

# 형사정책연구

제14권 제3호(통권 제55호, 2003·가을호)

---

## ■ 특 집 : 우리나라 보호감호제도의 현황과 개선방향

- 김일수 / 사회보호법의 문제점과 개선방향 ..... 5
- 심희기 / 현행 보호감호제도의 문제점과 개선방향 - ‘한국형  
보호감호’ 구상과 그 가정에 대한 비판적 검토 - ..... 27
- 장규원 / 보호감호의 운영실태 및 개선방안 ..... 51

## ■ 논 문

- 김은경 / 스톡킹 피해실태와 그 쟁점들 ..... 91
- 구자숙·이현희·원영희·전영실 / 노인의 범죄피해와 범죄에  
대한 두려움 ..... 141
- 이성식 / 가정과 청소년비행 - 주요 이론들의 매개과정을  
통한 검증 ..... 175
- 박강우 / 朝鮮朝 大明律直解의 刑法總則的 條項의 分析 ..... 209
- 이경렬 / 국제조직범죄에 대한 증인보호방안 ..... 241
- 윤상민 / 군 수사절차상 인신구속제도의 문제점과 개선방안 ..... 295

## ■ 연구노트

- 박승진 / 검사의 직무상불법행위에 대한 배상책임 연구  
- 한·미 판례를 비교하며 ..... 323

# KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 14. NO. 3 (Autumn, 2003)

---

## ■ Special Theme: ein gegenwärtiger Stand und Reformvorschlage der koreaniachen Sicherungsverwahrung

- Probleme und Problemlosungen des koreanischen "Sozialschutzgesetzes" ..... Kim, Il-Soo 5
- A Critical Review of Korean Model of Selective Incapacitation of Chronic Offender: The Basic Ideas, Assumptions, Practice ..... Sim, Hui-Gi 27
- Reform und Stand der Sicherungsverwahrung ..... Chang, Gyu-Won 51

## ■ Articles

- The Empirical Study of Stalking Victimisation and its Legal Issues ..... Kim, Eun-Kyung 91
- Elderly Victimization and the Fear of Crime · Koo, Ja-Sook · Lee, Hyun-Hee · Won, Young-Hee · Jeon, Young-Sil 141
- Family and Delinquency: Testing Major Theories and Intervening Mechanisms ..... Lee, Seong-Sik 175
- The Analysis of the General Codes in Daemyoungryul in the Early Chosun Dynasty ..... Park, Kang-Woo 209
- Uber den Schutz gefahrdeter Zeugen gegen transnationale organisierte Kriminalitat ..... Lee, Kyung-Lyul 241
- The Problems of Suspect Detention on the Military Criminal Process and the Plan of Improvements ..... Yoon, Sang-Min 295

## ■ Research Note

- Claim on the Liability of the Prosecutorial Activity ..... Park, Seung-Jin 323

# 사회보호법의 문제점과 개선방향

김 일 수

형사정책연구 제14권 제4호(통권 제56호, 2003 · 겨울호)

**한국형사정책연구원**

## 사회보호법의 문제점과 개선방향

김 일 수\*

### I. 서 론

주로 사회보호법(1980.12.18 법률 제 3286호)에 의한 보안처분이 본격 도입된 지도 벌써 20여년이 훨씬 넘었다. 20여년이 지난 지금, 보안처분에 대한 대차대조표를 통해 이른바 형사제재의 이원체계에 대한 종합적인 평가가 필요해 보인다. 보호감호소를 거쳐 온 사람들과 현재 청송보호감호소에 수용된 피보호감호처분자들은 대부분 보호감호처분이 형벌보다 더 수용하기 어려운 제도라는데 인식을 같이 하고 있다. 헌법재판소의 합헌결정<sup>1)</sup>과 대법원 판결<sup>2)</sup> 그리고 여러 번의 사회보호법 개정<sup>3)</sup>에도 불구하고 많은 연구가들도 자유박탈적 보안처분 중 특히 보호감호처분에 대해서는 비판적 시각을 갖고 있다.

이미 잘 알려진 바대로 보안처분은 행위 속에 나타난 행위자의 재범위험성으로 사회를 방위하고 그를 보안 또는 개선하기 위해 과해지는 형벌

---

\* 고려대학교 법학과 교수, 법학박사

1) 헌재 88헌가5, 88헌가44 병합결정: 헌재 89헌가86: 헌재 92헌바28.

2) 대판 83도3161, 89감도524: 대판 90도135, 90감도19: 대판 95도 2162.

3) 1987.12.4 법률 제3993호: 1989.3.25 법률 제4089호: 1994.1.5 법률 제4704호: 1995.1.5 법률 제4993호: 1996.12.12 법률 제5179호.

이외의 형사제재이다. 형벌은 행위책임에 근거하여 진압적으로 과해지지만 보안처분은 책임과 무관하게 예방적으로 과해지는 조치이다. 책임원칙은 행위자의 위험성 때문에 책임의 정도를 넘어 형벌을 과하는 것을 금지하고 있다. 그런데 구체적인 범행자의 재범위험성이 그의 행위책임의 상한선보다 더 심각한 정도에 이른 경우, 종래의 형벌이론체계 하에서는 그 위험성을 사회가 감수할 수밖에 없었다. 이것은 고전학파의 자유주의적 응보사상의 요체였다. 하지만 근대학파의 예방적 형법사고는 이 같은 위험성이 상존할 경우 사회방위를 위해 추가적인 보안처분으로써 형벌을 보완해야 한다는 입장이었다. 역사적으로 보안처분의 입법화는 수십 년간의 학과논쟁이 절충에 이르면서 매듭지어진 결과이다. 독일의 경우 1930년 바이마르 공화국 헌법초안(라드브루흐 초안)에 이원체계가 도입되었다가 나치 집권 직후인 1933년 11월 24일자 「위험한 상습범과 보안처분에 관한 법률」로 입법화된 후 1975년 개정 독일형법전에 편입되었다.

형벌은 행위책임에 의존하나 보안처분은 책임과 무관한 행위자의 장래 위험성에 의존한다. 그러므로 형벌은 책임비난작용과 위해작용을 함께 지니지만, 보안처분은 책임비난작용 없이 단지 위해작용만 한다는 특징만 지닌다. 응보적인 책임상쇄에 기초한 응보사상을 형벌의 목적에서 배제한다면 행위자의 특별예방과 사회적인 일반예방을 주된 목적으로 삼는다는 점에서 형벌과 보안처분 사이에는 아무런 차이도 없다. 다만 형벌은 책임을 기초로 하기 때문에 책임원칙에 의해 제한을 우선적으로 받으나 보안처분은 비례성의 원칙에 의한 제한을 받는다는 점에서 양 제도는 구별된다. 이 같은 유사성과 차이 때문에 이원체계 하에서도 형벌과 보안처분의 분리와 집행 그 밖의 운영 등에 관해서는 다양한 양식이 존재할 수 있다.

사회보호법 제정 20여년, 이제 보안처분 제도의 공과를 면밀히 검토해 보고 그 문제점과 개선방향을 검토해 보아야 할 시점에 이르렀다고 생각한다.

## II. 사회보호법 상의 보안처분과 그 특성

### 1. 일반론

사회보호법상 보안처분에는 보호감호, 치료감호, 보호관찰 세 가지 종류가 있다(제3조). 비교법적인 분류에 따른다면 대체적으로 ‘대인적 보안처분’과 ‘대물적 보안처분’으로 구분할 수 있는데, 우리나라 사회보호법상 보안처분은 모두 대인적 보안처분에 속함을 알 수 있다. 대인적 보안처분은 다시 ‘자유를 박탈하는 보안처분’과 ‘자유를 제한하는 보안처분’으로 세분된다. 전자에는 치료감호처분, 교정원 또는 금절시설수용처분, 보호감호처분, 노동시설수용처분, 사회치료시설수용처분 등이 있다. 후자에는 보호관찰, 선행보증, 직업금지, 주거제한, 주점출입금지, 운전면허박탈 등이 있다. 우리나라 사회보호법상 보호감호와 치료감호는 자유를 박탈하는 보안처분이요, 보호관찰은 자유를 제한하는 보안처분임을 알 수 있다.

보호감호와 치료감호는 이처럼 자유를 박탈하는 보안처분이면서도 전자가 사회방위를 주목적으로 하는 본래적 의미의 보안조치(Sicherungsmaßnahme)인 반면에, 후자가 치료를 주목적으로 삼는 개선처분(Besserungsmaßregel)이라는 점에서 구별된다.

이미 앞서 언급한 바와 같이 책임응보의 관점은 책임과 무관한 보안처분의 목적이 될 수 없다. 보안처분의 중심에 자리 잡은 목적은 일찍이 v. Liszt가 주창했듯이 특별예방에 있다. 하지만 개별적인 보안처분의 종류에 따라 특별예방목적도 구체적으로 세분화될 수 있다. 보호감호처분이 특별예방의 카테고리 중 보안목적에 주력하는 반면, 보호관찰처분이 재사회화 목적에 주력하며, 치료감호처분은 이 양 요소를 함께 고려한다.

보안목적 위주의 보호감호처분은 오늘날 대체집행의 원칙과 보안처분

에 대한 집행유예 내지 가석방 원칙에서 배제되는 경향이 있다. 이것은 피처분자의 장기간 구금과 고립, 형벌 이상으로 피처분자를 사회적 이단자로 낙인찍는 효과가 크기 때문에 일찍이 Kohlrausch는 이를 징역형의 속임수라는 의미에서 명칭사기(Etikettenschwindel)라고 지칭<sup>4)</sup>했는가 하면, H. Mayer도 「사회의 보안필요성을 위해 자기의 자유를 빼앗기는 자는 타인의 목적을 위한 수단으로 전락된다. 원호·교육의 의미를 갖지 않는 보안처분은 형벌이며, 적법성의 한계를 넘어 과해지는 형벌은 인간의 존엄성 및 기독교적 박애사상과 상치된다」고 하여,<sup>5)</sup> 다같이 보호감호처분의 정당성을 부인했다.

인간의 존엄성이 구체적으로 보호감호제도 자체를 금지하고 있는지는 의문이다. 다만 이 처분이 법치국가적으로 정당화될 수 없다는가 아니면 남용의 여지가 많은데도 불구하고 이를 방치하는 운용실태 하에서라면 인간의 존엄성 논증도 경청해야 할 목소리라고 해야 할 것이다.

보호감호처분이 법익교량적 관점에서 그리고 기본권의 내재적 제약의 한계를 벗어나지 않는 범위에서는 그 정당성을 부정하기 어렵다.<sup>6)</sup> 한 사람의 자유가 타인의 자유와 안전을 침해할 개연성이 있고, 타인의 자유·안전의 보호가 전체적으로 보아 침해자의 자유박탈에 비해 훨씬 중요한 의미를 가질 만큼 긴박한 사정이 있는 경우라면 침해의 위험원이 되는 그러한 사람의 자유박탈을 자유형의 한계를 넘어 확장하는 보호감호처분은 정당성을 지닐 수 있다. 문제는 그 피처분자의 자유박탈이 사회의 안전을 위한 최후수단으로서 그리고 제한적이고도 엄밀한 법정조건에서 사려 깊은

4) Kohlrausch, ZStW 44(1924), S. 33.

5) H. Mayer, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962, S. 36, 380; Hall, Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, ZStW 70, S. 55도 마찬가지 입장이다.

6) 심재우, 「보안처분제도에 관한 고찰」, 고대 법학논집 제22집(1984), 156면 이하; 이재상, 총론, 552면; 김일수/서보학, 총론, 803면; 배종대, 「보안처분과 비례성원칙」, 법치국가와 형법, 1998, 42면 이하; 독일의 다수설도 마찬가지인 점에 관하여는 Jescheck, LB, 4. Aufl., § 9 II 1 참조 바람.

실무관행에 따라 수행되고 있느냐 하는 것이다.

## 2. 보호감호

보호감호는 누범 또는 누범적 상습범인으로서 재범의 위험성이 있다고 판단되는 피보호감호자(제5조, 제6조)를 보호감호시설에 수용하여 감호·교화하고 사회복귀에 필요한 직업훈련과 노동(피처분자의 동의가 있는 경우)을 과하는 처분이다(제7조 제1항). 종전에는 재범의 위험성을 요건으로 하지 않는 이른바 필요적 보호감호와 임의적 보호감호 두 가지가 있었으나, 전자에 위헌의 소지가 있다 하여 폐지되고 지금은 임의적 보호감호만 시행되고 있다.

보호감호기간은 특정되지 않기 때문에 일종의 부정기처분인 셈이지만, 최대한 수용기간을 7년으로 한정했다(제7조 제2항). 이 기간 안에서 사회보호위원회가 그 집행 개시 매1년마다 가출소 여부를, 가출소자에 대해서는 매6월마다 집행면제 여부를 심사·결정하도록 되어있다(제25조 제1항). 보호감호와 형이 병과된 경우에는 보호감호가 부정기처분인 속성상 형을 먼저 집행하지만 자격정지는 보호감호와 같이 집행한다(제23조 제1항). 이른바 누적·중복집행주의를 채택한 셈이다.

## 3. 치료감호

치료감호란 정신장애자, 마약 및 알코올중독자로서 재범의 위험성이 있다고 판단되는 피치료감호자(제18조)를 치료감호시설에 수용하여 이들에게 치료를 위한 조치를 행하는 보안처분이다(제9조 제1항). 외국의 입법례를 보면 정신장애자에 대한 치료처분과는 별도로 마약·알코올중독자에 대한

금절처분(독일 형법 제63조, 제65조 등)을 규정하고 있는데 비해, 우리나라 사회보호법상 치료감호는 이 양자를 통합했기 때문에 이 처분 집행을 위한 수용시설도 동일한 곳이 될 수밖에 없다는 점이 특이하다.

치료감호기간은 피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되어 사회보호위원회의 치료감호종료 결정을 받거나 가종료 결정을 받을 때까지로 하고 있어 일종의 절대적 부정기처분인 셈이다(제9조 제2항). 다만 사회보호위원회가 피치료감호자에 대하여 그 집행 개시 후 매6월 종료 또는 가종료 여부를, 가종료 또는 치료위탁된 피치료감호자에 대하여는 가종료 또는 치료위탁 후 매6월 종료 여부를 심사·결정하도록 되어 있다(제25조 제2항). 또한 집행 개시 후 2년이 지난 때에는 상당기간을 특정하여 친족에게 치료감호시설에서 치료하도록 위탁할 수 있다(제28조). 피치료감호자와 그 법정대리인 및 친족은 치료감호의 필요가 없을 정도로 치유되었음을 이유로 사회보호위원회에 그 감호의 종료 여부를 심사·결정하여 줄 것을 신청할 수 있다(제35조의2 제1항). 이 신청은 집행 개시 후 적어도 6개월이 지난 때라야 하며, 만약 이 신청이 기각되었으면 그 후 다시 6개월이 지난 때 재신청할 수 있다(제35조의2 제4항). 치료감호와 형이 병과된 경우에는 치료감호를 먼저 집행하고, 그 집행기간은 형기에 산입한다(제28조 제2항). 이른바 대체집행주의를 채택한 셈이다.

#### 4. 보호관찰

보호관찰은 가출소한 피보호감호자나 피치료감호자를 감호시설 외에서 지도·감독하는 것을 내용으로 하는 보안처분이다. 보호관찰은 ① 피보호감호자가 가출소한 때 또는 병과된 형의 집행 중 가석방된 후 가석방이 취소되거나 실효됨이 없이 잔형기를 경과한 때, ② 치료감호가 종료된 때

또는 피치료감호자가 치료감호시설 외에서 치료를 위하여 친족에게 위탁된 때 시작된다(제10조 제1항).

보호관찰기간은 3년이다. 다만 친족에게 위탁된 자에 대하여는 계속 보호관찰이 필요하다고 인정되는 경우 사회보호위원회의 결정으로 보호관찰기간을 1차에 한하여 3년간 연장할 수 있다(제10조 제3항). 이 단서조항은 1996년 12월 12일자 사회보호법 개정으로 신설된 것이다. 이 보호관찰기간 만료 전이라도 사회보호위원회의 보호감호 집행면제 또는 치료감호의 종결 결정이 있거나, 피보호관찰자가 다시 감호의 집행을 받게 되어 재수용되거나 금고 이상의 형의 집행을 받게 된 때에는 보호관찰이 종료된다(제10조 제4항).

### Ⅲ. 사회보호법상 보안처분의 문제점

#### 1. 보호감호처분의 문제점

##### 가. 이중처벌의 문제

보호감호처분에 대한 문제점 중 가장 오랫동안 지적되어 오고 있는 문제점이 이중처벌성이다. 형사제재를 형벌과 보안처분 2원체계로 운용하는 것은 상습범가중처벌에 인박한 형사사법에서 위험한 상습범에 대해서도 일단 형벌완화의 물꼬를 틀 수 있다는 점, 그리하여 형사제재 전반을 형사정책적인 관점에서 보다 합리적으로 재구성할 수 있다는 점에서 진일보한 제도라고 할 수 있다.<sup>7)</sup> 의사책임의 관점에서 상습범에 대한 가중책임의

7) Maurach, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, 1960, S.16.

근거를 찾기는 여간 어렵지 않다. 이같은 곤궁에서 벗어나기 위해 일찍이 Mezger가 생활영위책임(Lebensführungsschuld), Bockelmann이 생활결정 책임(Lebensentscheidungsschuld), Engisch가 성격책임(Charakterschuld)을 언급했지만, 곤궁을 제거하는데 성공했다고 보기는 어렵다. 형사정책적인 관점에서 상습범에 대한 형사사법 대응으로 가중된 형벌이 효과적인지는 의문이 아닐 수 없다. 가장 최선의 해결책은 못된다하더라도 차선의 해결책으로 보안처분을 끌어 들임으로써 형벌근거책임이 갖는 이 같은 난점을 피해갈 수 있는 길이 열린 셈이다.

하지만 이원주의가 갖는 내재적인 모순은 이로써 끝난 것이 아니다. 왜냐하면 형벌과 보호감호처분이 함께 선고된 행위자는 동일한 판결에서 동시에 일면 의사자유가 있어 그 죄 값을 치루어야 할 사람으로, 타면 의사자유가 없어 보호감호시설에 수용돼야 할 사람으로 다루어져야 하기 때문이다. 한쪽으로는 행위자를 비결정론적 관점에서 의사자유를 지닌 주체로 바라보면서 동시에 다른 한쪽으로는 행위자를 결정론적 관점에서 의사자유를 잃어버린 주체로 바라보는 것은 이론적으로 양자의 대립각만큼 모순의 틈이 깊어 보인다.<sup>8)</sup>

이 같은 모순은 법제도와 실무관행에서 형벌에 뒤이어 보안처분을 누적적·연속적으로 집행함으로써 모순 없는 것처럼 위장되고 있다. 하지만 그것은 일시적인 착시효과를 낼 수 있으나 근본적인 해결책이 될 수는 없다. 바로 일순간의 착시효과에서 깨어난 사람마다 보호감호처분은 명칭만 형벌과 다를 뿐, 실질적으로 이중처벌이라는 인식에 도달하게 된다.

이중처벌이라는 인식은 우선 사회보호법 제1조의 목적과 행형법 제1조의 목적을 비교해 보면 그 대동소이함에서 비롯되기 십상이다. 또한 형벌 집행 후 교도소에서 감호소로 옮겨진 피감호자는 교도소와 너무도 유사한 수용시설과 수용규칙에 놀라면서 스스로 제2의 순수한 형벌을 다시 받

8) U. Eisenberg, Strafe und freiheitsentziehende Massnahme, 1967, S.7f.

는다는 의식에 사로잡히게 된다.<sup>9)</sup> 그 결과 감호소에서 시작되는 보호감호 처분은 위에서 본 사회보호법상의 아름다운 목적에도 불구하고 초장부터 피감호자들의 재생과 거듭남의 의지를 꺾어, 기대되는 처분성과나 소기의 집행목적에 도달할 수 없게 만든다.

#### 나. 부정기화의 문제

보호감호처분은 최장기간이 7년이지만 그 한도 안에서 언제 출소할 수 있을 런지를 가늠하기 어렵다는 점에서 부정기처분에 속한다. 수용기간의 부정기화는 피처분자에게 또 다른 정신적 고통을 가할 뿐만 아니라 인격을 황폐화시키는 악영향을 가져오기 십상이다. 이러한 나쁜 영향력은 특히 재사회화에 필요불가결한 전제인 자발적인 재사회화노력과 협동노력을 고사시킬 수 있다. 더 나아가 부정기처분은 피처분자들로 하여금 적대감을 갖게 하여 더욱 고치기 힘든 사고뭉치로 전락시킬 위험을 내포한다. 이것은 결과적으로 이미 집행된 형벌의 개선효과까지 무효화시킬 수 있다. 형벌효과까지도 변질시킬 수 있는 이 같은 부정기화는 피처분자에게 감내하기 어려운 가혹한 부담으로 인식되기 십상이다.<sup>10)</sup>

#### 다. 재범위험과 가출소조건 판단의 어려움

보호감호처분의 선택적 부과조건으로 재범의 위험성이 있어야 한다. 이 위험성은 미래적인 사항이기 때문에 실무적으로 예측에 의해 확정될 수밖에

9) 독일에서도 보호감호처분은 동일한 행형시설물 내의 특별하게 구획된 공간에서, 자유 시간만 수형자보다 약간 더 넓은 자유를 맛볼 수 있다는 점을 제외하고는, 형벌과 실질적인 차이가 없다.

10) 필자는 최근 청송 제2보호감호소에 수용되어 있는 이○○씨(41세, 징역 10년에 보호감호 3년 8개월째)와 조○○씨의 진정서를 받았다. 거기에도 ‘보호감호는 보호감호 이전의 교정을 부정하고 있다’는 주장이 나온다.

에 없다. 여기에는 직관적 예측, 통계적 예측, 인상적 예측, 통합적 예측방법 등이 있다.<sup>11)</sup> 통계적 예측과 인상적 예측방법을 활용하려면 과학적으로 이를 수행할 수 있는 인력과 장비 같은 자원인프라가 구축되어야 하지만, 우리나라의 사법실무에서 검찰이나 법관의 판단오류를 예방하고 그 판단능력을 보완해 줄 전문적인 연구인력 인프라가 구비되어 있지 못한 실정이다. 결국 판단 자들의 직관적인 예측능력에 의존할 수밖에 없다. 천차만별, 백인백태의 직관적 예측능력에 의존하다보면 예측판단은 결국 원님식 재판처럼 자의적인 판단에 흐르기 십상이다. 이처럼 충분한 인프라도 구축하기 전에 보호감호처분제도를 서둘러 도입한 우리나라의 형사사법실무에서 나타난 통계자료를 접하면 이 제도를 활용하고 있는 유럽 여러 나라에 비해 우리나라가 너무 손쉽게 보호감호처분을 남발하고 있지 않은가 하는 의구심을 갖게 할 정도이다.<sup>12)</sup>

더 나아가 합리적인 형사정책을 고려함이 없는 우리나라의 형사사법에서는 누범·상습범이 발생하는 것이 아니라 불합리한 사법운영으로 인해 생산되는 경향이 있다. 노태우 정권시절에 있었던 범죄와의 전쟁이나, 춘·추계도범강조기간 같은 캠페인성 행사가 스치고 지나가면 전과자는 양산되고 만다. 줌도둑으로 소년원을 드나들기 시작한 소년은 성년이 되기도 전에 같은 줌도둑의 누적으로 상습범으로 제조되는 예가 허다하다. 이러한 형사사법풍토 하에서 보호감호처분의 조건인 2회 이상의 누범자나 상습범(제5조, 제6조)의 요건을 충족시키는 것은 어려운 일이 아니다.<sup>13)</sup>

---

11) 배중대, 앞의 글, 66면 이하.

12) 검찰의 보호감호청구인원은 1981년 2,076명, 1982년 1,723명, 1984년 1,137명, 1985년 883명, 1990년 729명, 1998년 490명, 1999년 620명, 2000년 578명, 2001년 582명, 2002년 655명에 이른다(법무부 보호국 보호과 제공자료). 이미 사양산업에 접어들었다고 일컫는 독일의 보호감호청구인원에 비하면 월등하게 높은 수준이다.

13) 수용된 피보호감호자의 죄명 중 압도적 다수를 차지하는 것이 절도이다. 2002년 현재 총 1,675명의 피보호감호수용자 중 강도 255명, 절도 1,243명, 폭력 99명, 사기 50명, 기타 28명으로 절도가 무려 74.2%를 점한다(법무부 보호국 보호과 제공자료).

사회보호법에는 가출소의 전제조건에 관한 근거규정이 미비되어 있어 (제25조 1항), 사회보호위원회가 집행개시 후 1년간의 수용성적을 바탕으로 재범의 위험성이 약화되었는지, 다시 재범할 위험은 없는지를 심사·결정할 수밖에 없다. 이것 또한 예측 가능한 합리적인 기준의 잣대가 없어 판단자들의 자의가 개재될 소지가 크다. 대개 위원회는 확실한 판단의 기준 없이 재량으로 보호감호의 목적이 성취되었다고 판단됨으로 가출소한다든 결정을 내리게 된다. 이런 사정 때문에 가출소의 기대가 무산된 수용자들은 수용시설의 관리들이나 법무부관료, 사회보호위원들에 대한 불신으로 가득 차게 되고, 자신을 버려진 2등인간이나 사회적 이단자로 단정한 나머지, 스스로 개과천선하려는 의지의 날개를 접고 만다.

이 같은 상황 하에서 보호감호처분의 목적이 남아 있다면 개선목적은 사실상 제로에 가깝고 순수한 보안목적만 남는다. 실제 피보호감호처분자들은 대부분 비사회적 일탈자군이지 본래 공격적이고 난폭한 살상범죄자나 폭력범 또는 직업적 범죄자군이 아니다. 만약 우리나라도 좁도둑 사례를 경영사범(Betriebjustiz)에 일임하거나 오스트리아 형법처럼 피해원상회복을 조건으로 공소권을 제한하거나 사회봉사명령과 같은 자유형의 대안형을 널리 활용하게 된다면, 보호감호처분의 필요성과 비율은 현저히 낮아질 수 있을 것이다.

#### 라. 그 밖의 문제점

중요한 논점 중 하나는 상습범의 상습성은 본래 정신의학적·심리학적 치료의 대상이지 형벌의 가중처벌이나 보안처분의 대상인가 하는 점이다. 처벌보다는 치료가 형벌의 보충성·최후수단성의 이념에 더 적합한 수단이 되리라는 점은 두말할 필요조차 없다. 이 점에서 사회치료교정원 같은

보다 인간존중적인 보안처분제도의 도입이 필요하며, 그에 비례하여 보호감호처분제도를 역사의 뒤안길로 밀어내는 작업도 필요하다 하겠다.<sup>14)</sup>

더 나아가 형의 선집행 후 보호감호처분의 후속집행에 들어갈 때, 판결시 함께 선고된 보호감호처분의 필요성이 여전히 남아있는지를 검증하는 중간심사제가 없다는 점이다. 그 밖에도 누적집행방식을 대체집행방식으로 바꾸고, 그 집행방법도 형벌과 보안처분에서 구별이 드러나게 각각 독자성을 부여하는 문제도 논의해 보아야 할 과제이다. 처분을 전후하여 행해 질 심사·결정의 주체도 사회보호위원회와 같은 행정기구로 할 것인가, 법관의 사법적 판단을 거치게 해야 할 것인가도 심도 있게 논의해야 할 문제로 보인다. 끝으로 가출소준비를 위한 사회복귀 프로그램의 활성화방안이 미비하다는 점이다. 이를 위해서는 맨투맨의 집중관찰과 집중준비가 반드시 행하여져야 한다.<sup>15)</sup>

## 2. 치료감호처분의 문제점

치료감호처분에서 심각하게 문제되는 점은 첫째, 절대적 부정기처분이라는 점이다. 언제 끝날지도 모르는 치료기간을 수용기간으로 예정해 놓은 상태에서는 피치료감호처분자가 자신의 확고한 의지로 스스로의 치유노력을 경주하기 더욱 어려워진다. 모든 치료의 승패는 치료자와 환자(수용자)의 개인적인 신뢰관계에 달려있다고 해도 지나친 말은 아닐 것이다. 수용자에게 동기부여를 하기 힘든 절대적 부정기처분 하에서 수용시설의 치료종사자들과 수용자 사이의 교육·개선적인 대화나 정신적인 접촉은 그만큼 더 어려워질 수밖에 없을 것이다. 이 같은 소원한 인간관계가 장기화할수록 수용자들은 자신의 처지를 스스로 치유하여 개선상태로 나아가기보

14) 이에 관하여는 A. Wiertz, Strafen-Bessern-Heilen?, 1982, S.103, 122, 139.

15) Jescheck, Lehrbuch, a.a.O., §9II2.

다는 자신을 운명에 내맡긴 채 자포자기상태에 빠질 확률이 높아진다.<sup>16)</sup>

둘째, 치료감호처분과 수용시설의 미분화 문제이다. 현행 사회보호법은 치료감호의 대상자로 정신장애자군(제8조 1항 1호)과 마약습벽·중독자군(제8조 1항 2호 전단)과 알코올습벽·중독자군(제8조 1항 2호 후단) 세 부류를 포함하고 있다. 여기에서 정신장애자군에 대한 치료감호처분은 외국 입법례에서도 흔히 있는 일이지만, 마약·알코올중독자에 대해서는 이와 구별되는 금절시설에 수용하는 교정처분이 행해지고 있다.<sup>17)</sup> 이러한 제도 자체의 세분은 치료·교정과정의 전문성을 낳고, 그 교정·개선효과를 높일 수 있다. 이 점에서 사회보호법상 보안처분은 더욱 세분화·전문화가 필요하다 하겠다.

더욱이 인격장애 있는 누범자나 성적 충동을 이기지 못하는 범죄성 정신병질자군에 대해서는 사회치료처분이 필요하고 그 피처분자들을 치료·개선하기 위한 사회치료교정원 같은 시설기구가 필요한데, 우리나라 사회보호법에는 아직 이 제도가 없고, 따라서 이를 전담할 전문인력도 준비되어 있지 못한 실정이다. 이런 사정 하에서 이들 정신병질자범죄군은 불행하게도 누범자군으로 간주되어, 보호감호처분의 명예를 지고 갈 수밖에 없다.

### 3. 보호관찰처분

감호소를 출소하는 자는 모두 가출소자로서 보호관찰처분에 연계된다. 가출소나 위탁개시가 보호관찰처분의개시를 의미한다(제10조 1항). 3년간의 보호관찰기간 중(제10조 3항) 이들 출소자들은 매월 1회 보호관찰소에 출석신고를 해야 한다. 장기수용 후 준비 없이 사회로 던져진 이들이 하루 하루 생계유지와 사회적응에도 힘든데 특정일 보호관찰소로 출석하게 하

16) U. Eisenberg, Strafe und freiheitsentziehende Massnahme, a.a.O., S.32.

17) 독일형법 제63조, 64조, 오스트리아형법 제22조, 스위스형법 제43조, 44조, 덴마크형법 제62조, 65조 등.

는 일은 이들에게 또 하나의 형벌 못지않은 중압감으로 다가간다. 뿐만 아니라 보호관찰관의 전화접촉이나 지시가 주위사람들에게는 이들을 전과자군으로 인식시키는 결과를 낳고, 따라서 소외감과 속박감은 사회 속에서도 이들의 가슴을 항시 짓누른다.

결과적으로 보호관찰은 가출소자들에게 3중의 처벌로서의 의미를 지닌다.<sup>18)</sup> 차라리 안에 있는 것이 더 낳았으리라는 체념과 반항심이 끓어오르면 그들은 영락없이 재범의 나락으로 빠져들고 만다. 가출소자 중 3년 이내에 재범에 이른 사람은 1989년 41.4%, 1990년 45.7%에서 1991년 37.5%, 1992년 32.8%, 1995년 26.7%로 감소추세를 보이다가 1996년 37.4%, 1997년 41.5%, 1998년 46.1%, 1999년 47.9%로 다시 상승세를 타고 있다. 이것은 우리나라 보안처분제도가 아직 실질적인 의미에서 범죄예방과 사회방위역할을 제대로 해내지 못하고 있다는 증거일 수 있다.<sup>19)</sup>

#### IV. 사회보호법의 입법정책과 그 개선방향

현재 중요한 쟁점은 사회보호법 중 특히 보호감호처분의 폐지 여부에 쏠려 있다. 폐지론을 염두에 둔 사람들은 보호감호처분이 제5공화국 출범 과정에서 야기된 삼청교육대 수용자들을 처리하는 수단으로 급조되었다는 점을 주목한다. 마치 독일의 보호감호처분이 1세대를 넘는 학파논쟁의 와중에서도 설자리를 잡지 못하고 유동하다가 나치집권 직후 전격적으로 입법화된 점을 떠올리면서, 보호감호처분과 같이 뜨거운 논쟁거리는 권위주

18) 최근 필자에게 보낸 청송 제2보호감호소 수용자 조○○의 사회보호법 폐지를 호소하는 진정서에서도 ‘보호관찰은 3중 형벌’이라는 언급이 있다.

19) 1984년 25명의 가출소가 시작된 이래 1999년 가출소 인원 457명에 이르기까지 전체 가출소 인원 9,385명 중 3년 이내에 재범인 인원은 3,482명에 달해 평균 37.1%의 높은 재범률을 보여주고 있다(2003년 6월 19일자 법무부 보호국 보호과 제공자료).

의시대 위로부터의 밀어붙이기식이 아니고는 함부로 법제화되기 어려운 제도라고 단정한다. 그리고 민주화시대에는 근본으로부터 새로운 논의를 시작해야 하고, 인간다운 형사제재제도, 인간존중적인 형사사법문화를 위해 이를 감연히 폐지하는 것이 옳다는 주장에 이른다.

하지만 사회구조의 급격한 변화, 해체, 산업화·도시화의 결과로 범죄의 질과 양이 달라진 우리사회의 오늘 여기에서 빈발하는 누범·상습범의 격증 앞에 책임형법적인 형벌제도만으로 효과적인 대처가 될 수 있다고 과신하는 것은 비현실적인 낙관론이 아니면 환상일 것이다. 직업적인 누범·상습범의 사회적 위험원에 대한 사회안전망 구축의 일환으로, 그리고 ‘형사정책의 최후 긴급조치’<sup>20)</sup>라는 최후의 보루로 보호감호처분의 존치는 여전히 유효해 보인다. 그 밖에도 책임능력을 결한 정신병약자, 알코올·마약중독자처럼 개선적·위하적 형벌이 적절한 대응수단이 될 수 없는 사람들에게 그 위험제거수단으로 치료감호처분이나 보호관찰처분이 필요불가결하다는 점도 첨언이 필요하지 않을 것이다.

입법정책적으로 폐지가 아니라 개선이라면 중요한 과제는 그 개선방향에 있다.

첫째, 보호감호처분은 재범의 위험성이 있는 범인을 격리시켜 사회를 보호하는 것을 본질적 특성으로 하는 만큼, 이것을 교화교정처분으로 얼버무리지 말고, 순수한 안전처분·보안처분으로 순화될 때 사회적 위험성이 현저하거나 높은 대상범죄군을 명백한 한계를 설정하여 축소시킬 수 있다. 여기에서 더 나아가 실제 운용상에 있어서도 최후의 긴급조치로서만 신중하게 발동하게 된다면 2중처벌이라는 일반인의 오해를 불식시킬 수 있을 것이다.

문제는 피보호감호처분자들이 갖는 이중처벌감을 어떻게 불식시킬 수 있

20) 이것은 독일형법개정안에 대한 독일 정부의 입장표명 속에 들어 있는 말이다 (BT-Drucksache V/4094 S.19).

겠느냐하는 점이다. 안전처분 안에서 의식주·여가선용·시설활용·규율·일과·직업훈련·작업·근로임금 등에 교도소와 비교하여 월등히 개선된 처우가 주어질 때 형벌과 보호감호처분의 차별화를 체감할 수 있을 것이다. 이에서 더 나아가 피보호감호처분자들이 자기 죄값 때문에 수용을 강요받고 있는 것이 아니라 자신의 장래 위험성 때문에 그리고 타인과 사회를 위하여 희생적인 짐을 지고 있는 점을 감안하여 그들이 인간으로서의 품위를 지닌 채 인격적인 처우를 받도록 국가가 세심한 배려를 더해야 한다. 국방의무를 다하기 위해 병영생활을 하는 군인들을 우리가 편견을 가지고 대하지 않듯, 안전의무를 다하기 위해 수용생활을 하는 피감자들을 역시 편견 없이 대할 수 있는 제도와 의식현실이 반드시 따르도록 해야 한다.

둘째, 부정기처분을 출소가능시기를 가늠할 수 있는 단계적 처분형식으로 바꿀 필요가 있다. 가출소의 기준을 입법적으로 명백히 해 두어야 하고, 비례성의 원칙이 적용될 수 있는 구체적인 준거점도 명문으로 실시해 두는 것이 좋다. 실제 운용상으로는 가출소준비를 위한 대인집중배례제도를 도입하여 사회복귀능력을 향상시켜야 하고, 가출소의 길도 지금보다 훨씬 넓힐 필요가 있다. 신체구속의 장기화는 인격의 성숙에 유해할 뿐만 아니라 개과천선은 절망에서 나오지 않고 희망과 신뢰에서 생겨나기 때문이다.<sup>21)</sup>

셋째, 보호감호처분의 경우 형벌의 선집행은 부득이해 보인다. 하지만 형의 선고시 선고된 보호감호처분을 연속 집행할 필요가 있는지는 그간의 행형효과를 고려해서 (행형이 악을 행하는 고정이 아니라 선을 조장하는 과정이라면) 반드시 법원에 의한 중간심사제도를 거치도록 해야 할 필요가 있다. 이른바 중간심사제도의 도입은 시급하다. 오스트리아형법 제24조 2항은 보호감호처분을 형벌과 누적적으로 집행하되(동법 제23조), 수용시설에 넘기기 전, 법원이 직권으로 다시 보안처분필요성을 검토하도록 하고 있다.

21) 보호감호처분 기간을 단기자유형인 경우 그 이내로, 중·장기자유형인 경우 그 1/2 이내로 축소하여 부과하도록 하는 방안도 고려해 볼직하다.

만약 보호감호처분에 이와 같은 중간심사제도가 없다면 누적집행방식(Kumulieren)이 아니라 대체집행방식(Vikariieren)을 고려해야 할 것이다. 스위스형법 제42조 5항은 상습범에 대한 보호감호처분에 필요한 대체집행방식을 적용하고 있다. 형사제재에서 응보관념을 배제하고 일반예방에 대한 특별예방 우위를 고려할 때, 대체집행방식은 사회일반인의 법익보호와 피처분자의 사회복귀를 돕는 형사제재제도에 가장 적합한 수단으로 보인다. 다만 대체주의가 보안처분의 집행이 형기에 산입되고 남은 나머지 부분에 대하여 형벌의 집행을 고집하거나 형벌이 집행되고 남은 보호감호처분의 집행을 굳이 고집한다면 그것은 응보관념의 잔재일 뿐 재사회화를 위한 형사정책에 이롭지 못하다. 대체집행방식을 채택하는 한 원칙적인 일몰제도 함께 고려해야 하는 이유가 여기에 있다.

넷째, 보호감호처분을 행형법의 광범위한 준용 하에 두는 것은 좋지 않다. 안전처분으로서의 특성을 살리려면 형벌집행과는 다른 독자적인 집행방법과 그 근거법률을 강구해야 할 필요가 있다. 원칙적으로 강화된 안전조치 아래서 이른바 non-intervention이나 division방법을 널리 중요해 적용해 보았으면 좋겠다.

다섯째, 우리 형법개정시에는 사회보호법상 보안처분제도를 국제적 안전규범이나 비교법적 평균수준에 맞도록 손질해야 함은 물론 이를 형사제재의 하나로 형법전에 편입시키고 그 집행과정에 수반되는 결정도 중요한 것은 사법적인 판단의 대상으로 삼았으면 좋겠다.

## V. 결 론

현대적인 보안처분이 도입·시행된 지 20여년이 지난 지금 우리는 다시

새로운 범죄, 새로운 위협에 시달리고 있다. 보안처분의 도입이 과거 신군부의 권위주의정권의 산물이라고 하겠지만, 그 이해득실의 평가는 정치적 평가와 달리 객관성과 중립성을 지닌 과학적인 방법으로 검증되어야 할 것이다.

최근 각계각층에서 논의되는 사회보호법의 개정 또는 폐지론은 제도 자체가 갖고 있는 치명적인 해악성 때문이라기보다 우리의 실무관행이나 운용방식의 전근대성이 도무지 민주화의 발전수준에 미치지 못하고 있기 때문으로 보인다. 비록 불완전한 제도라도 인간존중과 인간사랑의 정신을 따라 선하게 운용된다면 그 불완전성을 충분히 보완·수정할 수 있을 것으로 짐작된다.

차제에 보안처분제도의 개선과 운영에 정부차원의 각별한 관심과 사회의 공동노력이 있기를 기대해 마지않는다. 인간의 비극적인 단면인 죄와 벌의 문제해결에 천사표 해결책은 없어 보인다. 흠결을 솔직히 인정하는 겸손과 차선의 해결책을 강구하는 노력이 문제해결의 실마리를 이끌어 낼 수 있으리라 생각한다. 이러한 삶의 자세가 바로 Goethe가 일찍이 말했던 *sensus humanitatis*가 아닐까 생각해 본다.

## Probleme und Problemlösungen des koreanischen "Sozialschutzgesetzes"

Prof. Dr. Il-Su Kim\*

Der vorliegende Text enthält die unveränderte Wiedergabe des Plenarvortrags, den der Verfasser am 1. 7. 2003 vor dem Symposium des Institutes der Kriminalpolitik von Korea zu Seoul gehalten hat.

Dieser Aufsatz befasst sich mit den dringenden Reformbedürftigkeiten von Massregeln zur Sicherung und Besserung im Koreanischen Sozialschutzgesetz. Dieses Gesetz ist am 18. 12. 1980 in Kraft getreten. Seither gilt die Zweispurigkeit im Koreanischen Kriminalstrafrechtssystem.

Massregeln der Sicherung und Besserung im Koreanischen Sozialschutzgesetz sind die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung, die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt zur Besserung und die Führungsaufsicht.

Die Tendenz der Zweispurigkeit steht sehr wohl in einer Linie der neueren Reformbewegung, die auf die sog. moderne Schule zurückführt.

Jedoch wurde die Einführung der Massregeln der Sicherung und Besserung durch die Mächte vom neuen Militärregime von damals zwangsweise durchgesetzt. Gerade nach dem Eintreten der Zivilregierung im Jahr 1988 ist die Verfassungswidrigkeit dieses Sozialschutzgesetzes sowohl in der Öffentlichkeit diskutiert, als auch im Verfassungsgerichtshof überprüft worden. Die Auseinandersetzung mit diesem Gesetz kennt keine

---

\* Korea Universität, Seoul

Atempause bis heutzutage.

Nutzen und Nachteile der einzelnen strafrechtlichen Sanktionen werden keinesfalls einheitlich beurteilt. Es wird also darauf ankommen, die kriminalpolitischen Funktionen dieses Gesetzes noch einmal von den Grundlagen her zu durchdenken und heutigen Stande der Diskussion zu messen.

Erst bei einer solchen Berücksichtigung wird sich zeigen, was in den einzelnen Sanktionen noch bis zur jüngsten Gegenwart fragwürdig und problematisch und inwieweit sie reformbedürftig sind.

Dabei ist der Standpunkt bezogen, ob die einzelnen Sanktionen im Sozialschutzgesetz ihre Notwendigkeit für die Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens und damit für die Sicherheit der Gesellschaft in sich haben, und darüber hinaus ihre Eignung für die Erreichung dieses Zieles geben können. Ungerechtfertigte staatliche Strafgewalt ist ohne weiteres zurückzutreten, und Gerechtfertigte ist zum Ziele zu führen. Der Verfasser steht nicht zur Seite einer idealistischen oder einer realistischen Rechtsbildes bei, sondern nur zur Seite einer vernünftigen Vermittlung.

Denn die Reformdiskussion in Bezug auf das Sozialschutzgesetz, insbes. auf die Sicherungsverwahrung darf nicht auf eine wirklichkeitsfremde Utopie, sondern sollte auf eine wirklichkeitsnahe Utopie abzielen, die das Bestehende im Hinblick auf eine heute schon mögliche bessere Wirklichkeit überschreitet.

Der Aufbau der Darstellung ist wie folgt:

I. Einleitung

II. Massregeln der Sicherung und Besserung sowie ihre Eigenständigkeit im Sozialschutzgesetz

1. Theoretische Erörterung

2. Sicherungsverwahrung
  3. Besserungsmassnahme
  4. Führungsaufsicht
- III. Probleme der Massregeln im Sozialschutzgesetz
1. Fragwürdigkeit der Sicherungsverwahrung
    - (1) Problem der Doppelbestrafung
    - (2) Problem der unbestimmten Rechtsfolge
    - (3) Problem der Prognose zum Rückfallrisiko
    - (4) sonstige Probleme
  2. Probleme der Besserungsmassnahme
  3. Probleme der Führungsaufsicht
- IV. Gesetzgebungspolitik und Reformrichtlinie des Sozialschutzgesetzes
- V. Schlussbemerkung

현행 보호감호제도의 문제점과 개선 방향  
- ‘한국형 보호감호’ 구상과 그 가정에 대한 비판적 검토 -

심 희 기

형사정책연구 제14권 제4호(통권 제56호, 2003·겨울호)

**한국형사정책연구원**

## 현행 보호감호제도의 문제점과 개선방향

- ‘한국형 보호감호’ 구상과 그 가정에 대한 비판적 검토-

심 희 기\*

### I. 문제의 제기

사회보호법이 시행된 1980년 이래 보호감호는 싫든 좋든 상습범에 대한 한국 형사정책의 중추적 역할을 담당하는 제도가 되어 버렸다. 그런데 지금 피보호감호자(이하 ‘피감호자’로 약칭함)들은 전례 없이 강한 몸짓으로 보호감호의 폐지를 절규<sup>1)</sup>하고 있다. 그러므로 현재의 시점에서 위험한 상습범 문제에 관하여 보호감호가 가지는 형사정책적 의미를 재검토할 필요는 절실하다.

현재 시행되고 있는 사회보호법의 전반적·총론적 검토(김일수 교수)와 보호감호의 구체적 운영실태에 대한 각론적 검토(장규원 교수)는 다른 뛰어난 논자들이 수행할 것이므로 중복을 피하기 위하여 필자는 다른 논자들이 깊이 다루지 아니할 논점을 찾아 집중적으로 검토하려고 한다. 필자는 1980년부터 한국에서 실험되고 있는 ‘한국형 보호감호’의 기원과 그 전제들을 비판적으로 분석하고 그 토대 하에서 ‘한국형 보호감호’를 개선하

\* 연세대학교 법학부 교수, 법학박사

1) 피감호자들은 전례 없이 강한 모습으로 단식투쟁을 벌이고 있고 수 백 명이 헌법소원을 준비하고 있다고 하며 민주화실천가족운동협의회 등 26개 시민단체로 구성된 ‘사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회’(공대위)가 결성되어 이를 지원하고 있다.

는 방안을 탐구하려고 한다. ‘한국형 보호감호’는 ‘한국적 상황’에서 구상되고 실천되고 있는 것이므로 ‘한국형 보호감호’를 탄생시킨 ‘한국적 상황’의 고유한 특성을 찾아내야 실천 가능한 개선방향이 모색될 수 있다고 믿기 때문이다.

종래의 보호감호에 대한 개폐논의는 이론적·법철학적·인권론적 논의에 집중되었는데 이 글에서는 ‘범죄학적 관점’에서 보호감호에 대한 개폐논의에 좀 더 과학적으로 접근하려고 한다. 필자는 범죄학적 지식이 깊지 않지만 보호감호에 대한 개폐논의는 범죄학적 관점의 논의로 심화되어야 논쟁의 과학성을 한 단계 끌어 올릴 수 있다고 생각하기 때문이다.

## II. ‘한국형 보호감호’ 구상의 기원

현재 한국에서는 교도소를 출소한 출소자들이 아주 짧은 기간 안에 다시 동종 또는 유사한 범죄로 검거되는 재범인률이 매우 높을 뿐만 아니라<sup>2)</sup> 출소와 수감을 반복하는 사람들도 많다. ‘한국형 보호감호’는 그와 같은 교정현실을 목도하고 그 문제를 해결하려고 하는 형사사법실무가들의 ‘현실적인 문제의식’에서 입안된 것이므로 그들의 문제의식을 추적하는 것이 매우 중요하다.

한국의 교도소는 그 명칭에서 알 수 있듯이 특별예방을 지향하기 때문에 수감자의 재사회화를 위하여 교정당국의 행형은 기술교육과 직업훈련을 가장 중시하고 있다. 그럼에도 불구하고 출소와 수감을 반복하는 사람

2) “1988년도 전체 피의자 796,569명 중 재범인원은 245,573명으로 30.8%를 점하고 있고, 강력사범 7,688명 중 재범인원은 2,570명으로 33.5%에 달한다. 그리고 전체 수형자 중 재입소자 비율을 보면 1984년부터 1988년까지 5년간 평균비율은 66.2%가 된다. 이처럼 전과자의 재범률이 대단히 높은 상태이다” 김주덕, 범법자 사후관리와 재범방지대책, 사법행정 352호(1990.04), 29쪽.

들이 대량으로 발생하므로 검사들과 교정당국에게 ‘그들에 대하여는 통상의 교도소의 특별예방 대책이 효과가 없음이 드러난 것이고 따라서 그들에 대하여 별도의 ‘특별한 특별예방 대책’을 강구하여야 한다’는 발상이 생긴 것은 자연스러운 현상이다. 통상의 교도소의 특별예방 대책으로 교정이 안되는 사람들을 그들은 ‘위험한 상습범’<sup>3)</sup>으로 개념화·범주화 시키고 ‘위험한 상습범’에 대한 ‘특별한 특별예방 대책’을 고민하던 중 그들은 ‘독일형 보호감호’ 구상에서 깊은 共感을 얻고 ‘독일형 보호감호’ 구상을 벤치마킹하여 ‘한국형 보호감호’ 구상을 창출하였다. ‘상습범’ 구상은 1953년에 제정된 한국형법과 그 후에 제정된 특별형법 속에 이미 암시되고 있었고 ‘보호감호’ 구상은 1980년에 제정된 사회보호법 속에 구체화되었다. 그런데 1953년부터 1979년에 이르는 기간동안 법원은 상습범과 누범에 대한 높은 법정형 조항의 존재에도 불구하고 ‘상습범’과 누범에 대한 양형을 비상습범·비누범에 대한 양형과 눈에 띄게 달리 취급하지 아니하였다.<sup>4)</sup> 1980년에 사회보호법이 제정된 배경에는 권위주의적 군부정권의 선심성 발상<sup>5)</sup>

- 
- 3) 이재상, 상습범에 대한 보안처분으로서의 보안감호제도, 법조 25권 11호(1976.11), 114쪽; 이재상, 보호감호와 재범의 위험성, 법조 30권 10호(1981.10), 32쪽. 1980년 사회보호법이 제정되기 전까지 공표된 상습범에 관한 논문들을 순서대로 나열하면 다음과 같다. 서일교, 상습범죄에 대한 대책, 법정(구) 12권 5호(97호) (1957.05), 14쪽 이하; 남홍우, 각국입법례로 본 상습범인 대책, 사법행정 41호(5권 6호)(1964.06), 57쪽 이하; 남홍우, 상습범의 본질과 대책, 법제월보 7권 11호(1965.11), 1쪽 이하; 김동철, 상습범에 대한 몇 가지 고찰, 검찰 11호(1969.03), 186쪽 이하; 황상기, 신형법과 상습범의 인정에 관한 소견, 법률신문 918호 (1971.06) 5쪽; 안병성, 상습범죄자등에 대한 보안처분, 검찰 53호(1974.03), 132쪽 이하; 노승두, 상습범, 저스티스 13권 1호(1975.12) 93쪽 이하; 이수성, 상습범에 관하여, 법정 6권 10호(68호)(1976.10), 113쪽 이하; 이재상, 상습범에 대한 보안처분으로서의 보안감호제도, 법조 25권 11호(1976.11), 109쪽 이하; 남문우, 상습범에 관한 몇 가지 문제, 검찰 65호(1977.04) 85쪽 이하; 이재상, 상습범에 대한 보안처분제도, 법조 26권 12호(1977.12), 43쪽 이하; 이재상, 상습범에 대한 보안처분제도, 법조 27권 1호(1978.01), 88쪽 이하; 양우주, 상습범 청구대 법학논고 12집(1978.10), 148쪽 이하.
- 4) “현실적으로 상습범의 양형사유로서 상습가중은 그다지 많지 않다. 다만 상습범에게는 실형을 선고할 뿐 집행유예선고는 거의 없다. 근래에는 상습가중보다는 사회보호법상의 보호처분대상자의 요건을 갖춘 경우에 보호처분을 한다” 이영란, 상습범의 상습성 인정기준, 형사판례연구 제2권(1994.05), 132-133쪽.
- 5) 한국에서는 중범죄가 증가하고 있기는 하지만 미국이나 독일처럼 심각하지 아니하다.

외에 1953년부터 1979년에 이르는 기간동안 법원이 상습범과 누범에 대하여 높은 형벌을 선고하지 아니하여 왔던 ‘寬刑主義 量刑慣行’<sup>6)</sup>이 자리 잡고 있다.

범죄가 습벽화된 위험한 상습범죄자들에 대한 대책으로서의 ‘이상적 보호감호’ 구상<sup>7)</sup>은 형사사법 전문가들뿐만 아니라 범죄의 공포로부터 자유롭고 싶어 하는 일반시민들에게 매우 매력적인 발상으로 수용될 수 있다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 상습범과 비상습범을 잘 구분해 낼 수만 있다면 형사사법자원을 효율적으로 활용할 수 있으며 그 결과 상당한 비용을 절감할 수 있다. 자유형을 집행하는 시설인 감옥을 운영하는 데는 막대한 비용이 소요된다. 그런데 예를 들어 상습범과 비상습범을 구별하지 아니하고 감옥을 응보형론의 입장에서 운영하면 객관적으로 동일한 범죄에 대하여는 동일한 자유형을 집행하여야 하므로 비상습범에 대하여는 불필요하게 수감비용을 사용하는 결과가 되고 반면에 상습범에 대하여는 ‘효과 없는 자유형을 집행’하는 결과가 된다. 이에 반하여 상습범 대책을 확실히 강구하고 있는 ‘이상적 보호감호’ 구상은 그런 낭비를 절약할 수 있으므로 매우 효율적인 자원활용 대책임에 틀림없다.

---

1980년대에 사회보호법이 시행될 당시에 절도 등의 재산범죄가 무력화 전략을 취하여야 할 정도로 크게 문제될 상황은 아니었으며[최인섭, 강력범죄의 실태와 대책, 형사정책연구 제5권 제1호(통권 제17호), 1994년 봄, 34-38쪽 참조] 당시의 시민사회에서 절도범을 근절하여 달라는 피해자운동이 일어난 것도 아니었다. 그러므로 ‘사회보호법의 보호감호 발상이 선심행정에서 비롯된 것이 아닐까’ 하는 의혹은 근거 없는 의혹이 아니다.

6) 이에 대하여는 줄고, 한국문화와 형사사법제도: 신유학적 형사사법제도의 공과와 그 장래에 대한 전망, 형사정책연구 7권 4호(통권 28호)(1996.12) 39쪽 이하 참조.

7) 필자가 ‘이상적 보호감호’ 라는 용어를 쓰는 이유는 사회보호법의 문언이 추구하는 보호감호와 ‘현실세계에서 집행되고 있는 보호감호’가 크게 다를 수 있기 때문이다. 이하에서 ‘현실세계에서 집행되고 있는 보호감호’는 ‘현실의 보호감호’로 약칭하기로 한다. ‘이상적 보호감호’와 ‘현실의 보호감호’를 구별하지 아니하면 한국의 보호감호가 안고 있는 문제를 포착하거나 적절히 분석해낼 수 없기 때문이다. ‘현실의 보호감호’가 ‘이상적 보호감호’에 근접하면 ‘현실의 보호감호’에 대한 비난은 상당 정도 잠잠해 질 것이다.

둘째, 범죄가 습벽화된 위험한 상습범죄자들이 ‘특별한 특별예방 대책’을 받지 않고 단지 만기가 되었다는 이유로 출소하면 또 다시 범죄를 범할 것이 분명하므로 사전에 교정당국이 개입하여 미래의 범죄를 차단(이것이 ‘이상적 보호감호’이다)하면 적은 비용으로 범죄를 감소시키는 효과를 얻을 수 있다. 만약 상습범죄자들이 외부의 개입을 받지 않고 방임되면서 시간이 흐를수록 범죄빈도가 높아지고 흉포화 되는 경향<sup>8)</sup>이 있다면 보호감호의 범죄감소 효과는 다대한 것이 될 것이다.

위와 같은 두 가지 이점이 있기 때문에 많은 유럽 국가들이 ‘한국형 보호감호’와 유사한 ‘自國型 보호감호’를 구상하여 운영하고 있다. 미국의 ‘삼진 아웃제’는 ‘보호감호’의 명칭을 쓰고 있지 않을 따름이지 재범의 위험성이 예측되는 경력범죄자에 대하여 수감기간을 연장하는 방향의 제도이므로 기능상으로는 ‘한국형 보호감호’나 ‘自國型 보호감호’와 비슷한 것<sup>9)</sup>이다. 앞에서 기술한 바와 같이 한국의 보호감호(이하 ‘한국형 보호감호’로 약칭함)는 주로 ‘독일형 보호감호’를 벤치마킹한 것이다. 그렇지만 ‘한국형 보호감호’는 ‘독일형 보호감호’와 다른 점도 많이 가지고 있으므로 ‘한국형 보호감호’를 논증하는 마당에서 ‘독일형 보호감호’에서 사용되는 논증을 ‘한국적 문맥’에 따라 적절히 가감침삭하지 않고 직접적으로 원용할 수는 없는 일이다. 물론 ‘한국형 보호감호’, ‘독일형 보호감호’, ‘자국형 보호감호’, ‘미국형 삼진 아웃제’에 공통되는 ‘보편적 특성’이 없지 않다.

8) 그러나 실증적인 범죄학 연구성과에 의하면 그렇게 볼 증거는 아직 발견되지 아니하였다. Kathleen Auerhahn, “Selective incapacitation and the problem of prediction” in *Criminology Beverly Hills*, V.37 No. 4, Nov 1999,p.707.

9) 미국의 삼진아웃 법률은 두 번째, 혹은 세 번째 범죄가 적발된 경우 무기징역을 선고하는 제도이므로 한국의 보호감호와 유사한 기능을 하는 ‘기능적 대체물’이다. 미국에서 합헌선언[Seling v. Young, 121S.Ct.727(2001); Kansas v. Hendricks,521 U.S. 346(1997)]을 받은 ‘악질적 성폭행범’을 출소 후 민사구금(civil commitment)시키는 법(sexual predator laws)은 극히 예외적으로만 운용되고 있다.

### Ⅲ. ‘한국형 보호감호’ 구상이 전제하고 있는 가정들

‘보호감호’ 구상에는 여러 가지 가정들이 전제되어 있다. 아래의 첫째 가정과 둘째 가정은 ‘한국형 보호감호’, ‘독일형 보호감호’, ‘기타 유럽각국의 보호감호’(이하 ‘자국형 보호감호’로 약칭함), ‘미국형 삼진 아웃제’에 공통되는 ‘보편적 가정들’이다.

첫째, ‘보호감호’ 구상에는 범죄의 세계에서 상습범(혹은 경력범) 범주가 실재하며 형사사법기구가 상습범과 비상습범을 식별해 낼 수 있다는 가정이 전제되어 있다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이 이 가정은 범죄학적 관점에서 볼 때 아직 확고하게 검증된 상태라고 하기 어렵다.

둘째, 보호감호 구상은 기본적으로 형사사법기구와 교정당국이 개입하여 범죄가 습벽화 된 위험한 상습범의 ‘미래의 범죄를 차단’하려는 발상이다. 따라서 형사사법기구와 교정당국은 특정의 위험한 상습범이 그냥 내버려 두면(출소시키면) 장래에 범죄를 범할 것이라는 이른바 ‘재범의 위험성’을 예측하는 문제를 어떤 형태로든 해결하여야 하며 보호감호 구상에는 형사사법기구와 교정당국이 ‘재범의 위험성’을 예측할 수 있다는 가정이 전제되어 있다. 그러나 이 가정도 범죄학적 관점에서 볼 때 아래에서 보는 바와 같이 아직 확고하게 검증된 상태라고 하기 어렵다.

셋째, ‘독일형 보호감호’와 그것을 벤치마킹한 ‘한국형 보호감호’는 범죄가 습벽화된 위험한 상습범죄자들이 ‘특별한 특별예방 대책’을 받으면 교정될 수 있다는 가정<sup>10)</sup>을 전제하고 있고 거기에 덧붙여 교정당국은 범죄가 습벽화된 위험한 상습범죄자들에게 ‘특별한 특별예방 대책’을 시행하겠다는 의지를 공식적으로 천명하고 있다. 이 점이 ‘미국형 삼진 아웃제’와 ‘독일형 보호감호’·‘한국형 보호감호’가 다른 점이다.

10) 그러나 이 가정은 매우 쉽게 포기되고 있어서 한국의 법무부나 교정당국이 과연 진지하게 ‘특별한 특별예방 대책’을 쓰려고 마음먹고 있는 지를 의심스럽게 만들고 있다.

보호감호 구상이 암묵적으로 전제하고 있는 위와 같은 가정들과 정책의지의 천명은 그 유효성과 실효성이 경험적·실증적으로 검증될 필요가 있다. 물론 경험적·실증적 자료들에 의하여 검증되지 않는다고 하여 ‘보호감호’ 구상이 불합리하거나 부당하다고 단정할 수는 없다. 또한 ‘보호감호’ 구상이 경험적·실증적으로 검증될 가능성이 있음을 미리부터 배제하는 것도 공정하지 못한 태도일 것이다. 그러나 경험적·실증적인 유효성·실효성의 검증 없이 이론적·법철학적·인권론적인 논증만으로 ‘보호감호’ 구상의 정당성·부당성을 주장하는 것도 공허한 일이 될 것이다.

#### IV. 가정들과 정책의지의 실천정도에 대한 비판적 검토

‘한국형 보호감호’ 구상이 전제하고 있는 가정들을 비판적으로 검토하고 정책의지의 실천정도를 비판적으로 검토하면 ‘현행 보호감호제도의 문제점과 개선방향’을 탐구하는데 중요한 시사를 얻을 수 있다.

##### 1. 상습범 범주의 ‘근본주의 범죄학’적 특성

이 글의 문제의식에 비추어 볼 때 ‘한국형 보호감호’ 구상이 전제하고 있는 ‘상습범 범주’의 특성을 추출해 내는 것이 매우 중요하다. ‘한국형 보호감호’ 구상에 가장 커다란 이론적 자원을 제공한 것은 1970년대 말부터 발표된 이재상 교수의 논고들이다. 이재상 교수는 1977년에 발표된 논문에서 독일 형법이론서와 범죄학 서적을 참조하고 한국의 범죄현상을 고려하여 상습범을 “범죄에 대한 경향으로 인하여 반복하여 범죄를 범하는 자”로 정의 하고 ‘상습범의 개념요소’를 다음과 같이 지적하고 있다.

“① 상습범은 범죄에 대한 경향이 있을 것을 요하지만 그 경향의 원인은 문제가 되지 아니한다. 그 경향이 생래적인 것이냐 또는 환경에 의하여 생성 발달한 것이냐를 불문한다. ② 행위자가 범죄적 경향에 따라 범죄를 행한 이상 그 행위에 대한 외적 원인은 문제가 되지 아니한다. ③ 상습범이냐 아니냐에 대한 판단은 행위와 행위자의 종합판단의 결과여야 하며 따라서 행위뿐만 아니라 행위 이외에 놓여 있는 상황, 즉 행위자의 인격까지 고려하지 않으면 안된다. ④ 상습범의 행위는 그의 범죄적 경향에 대한 징표행위로서의 의미를 가져야 하며 따라서 반복하여 범한 범죄는 동일한 죄질에 속하는 것임을 요한다고 하지 않을 수 없다. 특히 각론상의 개별적인 범죄에 대하여 상습범에 대한 규정을 두고 있는 우리 형법의 해석에 있어서는 이는 더욱 명백하게 된다. 그러나 이러한 동일성은 범죄적 경향에 대한 징표로서의 의미를 가지면 족하며 따라서 재산범죄 폭력범죄와 같은 특정한 상위개념에 포함되는 행위는 동일성을 가진다고 하지 않을 수 없다. 우리나라의 판례도 폭행은 한번이지만 공갈이 수회인 경우에 양자는 동일한 犯質에 속한다는 이유로 폭행의 상습성을 인정한 바 있다<sup>11)</sup>”

한국어로 쓰여진 문헌 중에 상습범에 관하여 상세한 범죄학적 정의를 시도한 논고는 이재상 교수의 위 논문이 가장 심오한 것이다. 그러나 아쉽게도 이재상 교수의 상습범에 관한 범죄학적 정의는 독일 범죄학의 연구성과에 의존한 것이고 그것이 한국의 범죄현상에 기초한 범죄학적 정의로 승인되려면 한국의 범죄현상에 대한 치밀한 범죄학적 검증이 필요하다. 그런데 그 문제와는 상관없이 이재상 교수의 상습범에 관한 위와 같은 정의는 그 후 한국 법조실무의 상습범을 바라보는 관점의 지도형상이 되었다는 점에서 극히 주목을 요하고 그런 면에서 위와 같은 상습범에 대한 정의가 지니는 의미의 분석이 필요하다.

11) 이재상, 상습범에 대한 보안처분제도, 법조 26권 12호(1977.12), 46-47쪽.

그런데 위와 같은 상습범 파악방식과 그 대책으로서의 ‘보호감호 구상’은 20세기에 지구적 규모에서 풍미한 ‘근본주의 범죄학(fundamentalist criminology)’의 강령과 과학주의적 사고가 결합된 모습을 보여 주고 있어 주목된다. 근본주의 범죄학은 “범죄는 개별 범죄자를 타격대상으로 삼는 형사정책을 사용하여 통제할 수 있다”는 사고방식이며 과학주의란 “과학은 형사사법 정책가들에게 개별 범죄자의 특성에 적합한 형사정책을 찾아낼 수 있으며 또한 찾아내야 한다”는 사고방식을 말한다.<sup>12)</sup> 근본주의 범죄학과 과학주의가 결합되면 자연스럽게 ‘보호감호 구상’이 생성된다. ‘보호감호 구상’의 보편적 공통분모는 ‘위험한 상습범’ 혹은 경력범죄자를 ‘미리’ 그리고 ‘정확히’ 가려내 ‘장기구금’(lengthy incarceration)시킴으로서 ‘미래의 범죄를 차단’하여 ‘범죄를 감소’(crime reduction)시킨다는 발상이다. ‘보호감호 구상’의 또 하나의 보편적 공통분모는 ‘위험한 상습범’을 가려내 ‘장기구금’시키는 전략이므로 ‘선택적 장기구금 전략’(selective incapacitation strategy)이다.

그런데 과연 ‘범죄의 세계에서 상습범 범주가 실재(real)하는 것일까’ 하는 의문이 제기된다. 물론 우리들은 주변에서 교도소를 출소한 출소자들이 아주 짧은 기간 안에 다시 동종 또는 유사한 범죄로 검거되는 재범인들이 매우 높고 출소와 수감을 반복하는 一群의 사람들이 있음을 목격하고 있다. “범죄에 대한 경향으로 인하여 반복하여 범죄를 범하는 자”는 현상적으로 확인되고 있음을 부인할 수 없다. 그러나 그들이 ‘반복하여 범죄를 범하는’ 근거를 상습범 본인에게만 그 책임을 돌리는 ‘근본주의 범죄학’적 관점은 철학적·인간학적으로 너무나 비인간적이며 실제로도 편향적인 결과를 빚을 수 있다. 예를 들어 이재상 교수가 소개하고 있는 ‘독일형 보호감호 구상’에서는 혼인 외 출생자이거나 결손가정에서 출생한 자가 재범의

12) Kathleen Auerhahn, “Selective incapacitation and the problem of prediction” in *Criminology Beverly Hills*, V.37 No. 4, Nov 1999,p.726.

위험성 판단에서 불이익한 판단을 받고, 보호감호 선고를 받는 사람들 중에서 가정을 가지지 못한 사람이 80%를 넘고, 교육정도가 낮은 사람들이 70% 이상이며, 직업교육의 기회를 가지지 못하여 일시적·보충적인 노동에 종사하고 있는 사람들이 80% 이상이라고 한다.<sup>13)</sup> ‘근본주의 범죄학’은 개별 범죄자를 타격대상으로 삼는 형사정책을 추구한다는 점에서 보호감호의 대상이 사회적 약자, 상대적 빈곤층, 사회적 소외층에 집중되는 결과를 조장하는 측면이 있음을 부인할 수 없다.

따라서 현행 보호감호 제도를 개선하려 할 때는 보호감호가 사회적 약자, 상대적 빈곤층, 사회적 소외층에 집중되고 있는가 여부를 살펴 보호감호의 집행이 그런 방향으로 편향되지 않도록 의도적인 노력을 기울일 필요가 있다.

## 2. 재범의 위험성 예측의 정확성 증대를 위한 범죄학적 노력의 필요성

‘보호감호 구상’의 보편적 공통분모는 ‘위험한 상습범’을 ‘미리’, ‘정확히’ 가려내 ‘미래의 범죄를 차단’하여 ‘범죄를 감소’시킨다는 발상이다. 따라서 ‘재범의 위험성’ 판단의 정확성이 담보되지 아니하면 ‘보호감호 구상’은 정당성을 유지하기 어렵다.<sup>14)</sup>

상습범의 ‘재범의 위험성’ 예측의 오류 형태는 이론상 두 가지가 있을 수 있다. 하나는 (1) 否定誤謬(false negatives, 고위험자를 저위험자로 판정)의 가능성이고 또 하나는 (2) 肯定誤謬(false positive, 저위험자를 고위험자로 판정)의 가능성<sup>15)</sup>이다. 이 중 특히 긍정오류의 가능성은 인권적·

13) 이재상, 보호감호와 재범의 위험성, 법조 30권 10호(1981.10), 38-40쪽.

14) 이재상 교수도 이 점을 인정하고 있다. 보호감호와 재범의 위험성, 법조 30권 10호(1981.10), 32쪽, 48쪽.

15) Scott H. Decker and Barbara Salert, “Criminology: Predicting the Career Criminal: An Empirical Test of the Greenwood Scale” in 77 J. Crim. L. & Criminology 215,

헌법적 문제를 초래한다. 또한 설사 긍정오류가 없다고 가정 하더라도 장래 범하여질 범죄를 근거로 현재 구금하는 것은 위헌적인 예방구금(preventive detention)이 아닌가 하는 헌법적 도전을 받을 수 있다.

이 인권적·헌법적 도전에 대하여는 설사 긍정오류가 있다 하더라도 오류가 없는 부분만큼은 정당한 것이고 ‘형사사법을 운영하는 경우에는 수시로 미래를 예측(구속의 요건으로서 도망의 우려 등) 하여야 하므로 긍정오류의 가능성이 있는 것은 정상적인 것’이라는 반론이 있을 수 있다. 그러나 구속과 보석판단에서 미래예측을 잘못함으로써 초래되는 부정의와 ‘재범의 위험성’ 예측의 오류에서 초래되는 부정을 동렬 상에 놓을 수는 없을 것이다. 그러므로 ‘재범의 위험성’ 예측의 오류를 최소화 시키려는 장치를 개발하여 실천하는 일은 절대로 게을리 할 수 없다.

#### 1) ‘재범의 위험성’ 예측 오류를 최소화시키려는 장치

이재상 교수는 1981년에 발표된 논문에서 ‘재범의 위험성’ 예측은 “엄격하게 해석”하여야 하며 이를 위하여 ‘재범의 위험성’이란 “보호대상자가 장래에 죄를 범하여 법적 평온을 침해할 확정적 개연성”을 의미한다는 해석원칙을 제시하였으며<sup>16)</sup> 법조실무도 이 해석원칙을 충실히 따르고 있다. 검찰의 보호감호 청구도 해마다 감소하여 1981년에 2,000여명이던 청구인원이 2002년에는 655명으로 감소하였다. 우리는 위와 같은 검찰과 법원의 노력을 높이 평가하여야 한다. 그러나 위와 같은 해석원칙은 어디까지나 해석원칙에 불과하고 청구인원이나 선고인원이 감소하고 있는 사실이 ‘재범의 위험성’ 예측이 정확히 행하여지고 있다는 증거가 될 수는 없다.

Spring, 1986, p. 219.

16) 이재상, 보호감호와 재범의 위험성, 법조 30권 10호(1981.10), 33-34쪽.

2) 재범의 위험성 예측의 정확도에 대한 경험적·실증적 검증연구수행의 필요성

‘재범의 위험성’ 예측의 정확성은 경험적·실증적으로 검증되어야 피감호자를 설득할 수 있다.

그런데 1982년부터 미국에서 활발히 행하여지고 있는 경험적·실증적 검증연구들은 재범위험성 예측의 긍정오류는 약 48-55%에 달하는 것으로 보고하고 있다.<sup>17)</sup> 긍정오류가 48-55%라면 정확도는 52-45%인 셈인데 이 정확도는 어디까지나 개인차를 무시한 통계적 확률에 지나지 아니한다. 일정한 ‘경력 범죄자들’(career criminals)<sup>18)</sup>의 모집단에서 일정 비율의 사람들은 고위험자(high-rate offender)群에 속한다고 할 수 있지만 구체적으로 어느 누가 ‘고위험자’인가를 예측하는 것은 거의 불가능에 가깝다고 한다. 형사사법당국과 교정당국의 善意를 알리고 피감호자의 설득을 위하여 한국에서도 재범 위험성 예측의 경험적·실증적 검증연구들을 수행할 필요가 있다. 미국의 범죄학자들은 재범위험성 예측의 긍정오류의 비율이 높은 가장 큰 이유를 경력범죄자 중 출소 후 더 이상의 재범을 하지 않을(dropping out) 확률이 지속적으로 20-30%에 달하는 점<sup>19)</sup>에서 찾고 있다.

3) 재범의 위험성 예측에서 주목하여야 할 因子들

이재상 교수는 1981년에 발표된 논문<sup>20)</sup>에서 재범의 위험성 예측에서 주

17) Kathleen Auerhahn, "Selective incapacitation and the problem of prediction", in *Criminology Beverly Hills*, V.37 No. 4, Nov 1999,p.709; Gottfredson, Stephen D. and Don M. Gottfredson, "Behavioral prediction and the problem of incapacitation" in *Criminology* 32, 1994, 441-474.

18) 미국의 범죄학 문헌에서 사용되는 ‘경력 범죄자’(career criminal, chronic offender) 개념은 ‘한국형 보호감호 구상’의 상습범 개념과 정확히 일치하지는 않지만 거의 그것에 상응하는 개념이다.

19) Kathleen Auerhahn, "Selective incapacitation and the problem of prediction" in *Criminology Beverly Hills*; V.37 No. 4, Nov 1999,p.708.

목하여야 할 因子를 ‘보호대상자의 인격’으로 설정하고 그 인자들을 5개 범주로 나누어<sup>21)</sup> 상세히 언급하고 있다. 그 중에서 실무상 가장 중시되고 있는 것이 前科의 회수인데 이재상 교수는 전과의 회수 외에 범죄의 개시 시기, 범죄의 성질과 실행방법 및 ‘범죄와 범죄의 시간적 간격’이 중요하고 특히 범죄와 범죄의 시간적 간격이 중요함을 역설하고 있다. 이 지적은 2003년인 현재의 시점에서 통용될 수 있는 과학적 근거가 있는 귀중한 지적이고 법실무에서도 수용되고 있어 다행이라고 생각한다. 재범의 위험성 예측에서 주목하여야 할 因子에 관한 상세한 논의 역시 범죄학자가 활발히 활동하여야 할 영역이다. 다만 여기서 한 가지만 첨언하고자 한다.

이재상 교수가 1981년 논문에서 참고한 독일 측 문헌은 보호감호 선고를 받은 자를 대상으로 조사한 것이고 실제로 재범한 자를 대상으로 조사한 것은 아니었던 것으로 보인다. 이에 반하여 1982년부터 미국에서 보고되고 있는 연구들은 실제로 재범한 자를 대상으로 조사한 결과를 보고하고 있다. 1982년부터 미국에서 보고되고 있는 연구들에 의하면 중요한 예측인자들은 1. 전과, 2. 지난 2년 동안 50% 이상의 기간 구금되어 있었는가 여부, 3. 16세 이전에 유죄선고를 받은 적이 있었는가 여부, 4. 소년구금시설에 구금된 적이 있었는가 여부, 5. 지난 2년 동안 약물을 복용한 적이 있었는가 여부, 6. 소년시절에 약물을 복용한 적이 있었는가 여부, 7. 지난 2년 동안 50% 이상의 기간 취업하였는가 여부 등 7가지 인자<sup>22)</sup>이다. 이 7가지 예측인자는 이재상 교수가 독일측 문헌을 참조하여 소개한 예측인자와 크게 다르지 않다.

1989년 사회보호법이 개정되기 이전의 1980년 사회보호법은 필요적 보

20) 이재상, 보호감호와 재범의 위험성, 법조 30권10호 (1981.10) 37-42쪽 참조.

21) ① 연령, ② 가족관계, ③ 교육정도와 직업, ④ 전과, ⑤ 기타의 5개 항목으로 나누어 상세히 기술하고 있다.

22) Greenwood, Peter W. with Allan Abrahamse, Selective Incapacitation. Santa Monica, 1982, Calif.: Rand. Griset, Pamala L.

호감호의 요건으로 “최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제 후 3년 내에 죄를 범하였을 것”(구 사회보호법 제 5조 제1항 제1호)을 요건으로 하였었는데 1981년 발표된 논문에서 이재상 교수는 이 요건을 임의적 보호감호에도 삽입할 것을 제안하였다. 그러다가 1989년 사회보호법이 개정되어 필요적 보호감호가 폐지되면서 이 요건이 사라졌다. 과학적인 근거 하에 보호감호의 청구인원과 선고인원을 합리적으로 감소시키려는 방안을 모색하여야 한다면 “최종 형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제 후 2년<sup>23)</sup> 내에 죄를 범하였을 것”을 보호대상자의 범죄 요건으로 삽입하는 방안을 제안하고 싶다.

#### 4) 재범의 위험성 판단방법

이재상 교수는 1981년에 발표된 논문<sup>24)</sup>에서 재범의 위험성을 판단하는 판단방법으로 ① 직관적 방법, ② 생물학적 설문방법 ③ 점수제도를 소개한 후 “재범의 위험성은 직관적 방법에 의하여 판단하지 않을 수 없지만 객관적이고 정확한 판단을 위하여 ② 생물학적 설문방법도 고려하여야 한다”고 논하고 있다. 그러나 과학주의를 존중한다면 오히려 ③의 점수제가 가장 중시되어야 한다고 생각된다. 법원과 사회보호위원회는 보호감호, 가출소 심사시에 내부적으로 점수제를 시도하고 정기적인 검증을 경유하여 ‘한국형 점수제의 모형’을 개발하여야 할 것이다.

### 3. ‘특별한 특별예방 대책’의 검토

‘한국형 보호감호’는 ‘독일형 보호감호’를 벤치마킹하여 범죄가 습벽화

23) 3년으로 하지 않고 2년으로 축소한 것은 미국측 연구결과를 참조하였기 때문이다.

24) 이재상, 보호감호와 재범의 위험성, 법조 30권10호 (1981.10) 43-48쪽 참조.

된 위험한 상습범죄자들이 ‘특별한 특별예방 대책’을 받으면 교정될 수 있다는 가정을 전제하고 있고 거기에 덧붙여 교정당국은 범죄가 습벽화된 위험한 상습범죄자들에게 ‘특별한 특별예방 대책’(특수한 교육 개선 및 치료)을 시행하겠다는 의지를 사회보호법에 명시적으로 천명<sup>25)</sup>하고 있다. 그런데 사회보호법 제1조와 제7조에서 천명된 ‘이상적 보호감호 구상’은 사회보호법이 시행된 지 20여년이 경과한 2003년 현재 ‘현실의 보호감호’ 수준에서 실천되고 있지 않기 때문에 ‘이상적 보호감호 구상’조차도 단지 장기구금을 수행하기 위한 ‘허구나 은폐’가 아닌가 하는 의심을 받고 있다.

종래 보호감호를 운영하여 왔던 법무부·검찰이나 교정당국의 보호감호에 관한 ‘객관적 실천’은 피감호자를 감호소에 격리시켜 ‘사회를 보호’(그래서 보호감호의 근거법률의 명칭은 ‘사회보호’법이다)하자는 수준에서 크게 벗어나지 못하고 있다. 헌법재판소는 1988.12.17. 청송보호감호소에 대한 검증을 실시하였는데 헌법재판소의 다수의견도 피감호자가 “수용되어 있는 청송보호감호소나 청송교도소의 보호감호대용시설에 있어서 보호감호집행의 실정이 청구인들(피감호인들) 주장과 같이 2,607평의 협소한 방에 5 내지 8명씩을 수용하고 있는 등 그 시설이나 처우방법 등이 열악하여 이로써 인간의 존엄과 가치가 충분히 보장되어 있다고는 할 수 없[다]”고 인정하고 있다.<sup>26)</sup> 89헌마17 결정의 반대의견에서 변정수 재판관은 보

25) 사회보호법 제1조(이 법은 죄를 범한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육 개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 보호처분을 함으로써 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호함을 목적으로 한다)와 제7조(①보호감호의 선고를 받은 자(이하 “피보호감호자”라 한다)에 대하여는 보호감호시설에 수용하여 감호 교화하고, 사회복귀에 필요한 직업 훈련과 근로를 과할 수 있다. 다만, 근로는 피보호감호자의 동의가 있는 때에 한 한다. ② 보호감호시설의 장은 직업훈련 근로 치료 기타 감호 교화에 필요하다고 인정되는 때에는 적당한 기관에 피보호감호자의 감호등을 위탁할 수 있다. 이 경우 위탁 받은 기관은 보호감호시설로 본다)가 대표적인 천명조항이다.

26) “국가 재정형편이 허용하는 한, 이러한 점들은 마땅히 개선되어야 할 것임은 이론의 여지가 없다. 그러나 보호감호집행의 현실적인 여건이 위와 같이 불만족스럽다고 해서 재범의 위험성이 있는 사람들에 대하여 특수한 교육 개선을 함으로써 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호하고자 하는 독자적인 목적을 가지고 있는 보호감호제도 그 자체가

호감호의 발상이 “혹시 이들을 영구히 치료될 수 없는 인간쓰레기로 보아 단순히 사회로부터 격리시키자는 의도가 아닌지 의심스럽다”<sup>27)</sup>는 의혹을 제기한 바 있다.

변정수 재판관의 의혹은 일리 있는 의혹이다. 보호감호의 주안점이 ‘피감호자의 개선·교화나 재사회화에 있다’고 상정하면 도저히 납득할 수 없는 비합리적 조치들이 실무에서 지속적으로 실천<sup>28)</sup>되고 있기 때문이다. 그런데 생각을 180도 바꾸어 보호감호의 주목적을 오히려 피감호자를 ‘단순히 사회로부터 격리 수용’하는 것으로 설정·과약하면 종래의 형사사법 담당자들의 보호감호집행정책<sup>29)</sup>은 아주 자연스럽게 설명될 수 있다.

따라서 보호감호 제도의 개선방안을 탐색하는 마당에서는 ‘현실의 보호감호’ 수준을 ‘이상적 보호감호 구상’ 수준으로 접근시키는 방안이 모색되어야 한다. 상세한 개선방안은 다른 논자들(김일수 교수와 장규원 교수)의 논문에 맡기기로 하고 여기서는 ‘이상적 보호감호 구상’이 단순한 ‘허구’나

---

이로써 바로 위험적인 것으로 된다고는 할 수 없을 것”(89헌마17 결정의 다수의견); “2.607평의 방에 5-8명을 수용하고 있다면 1인의 방 점유면적이 겨우 0.52평 내지 0.32평 남짓 밖에 되지 아니하여 침식과 기거를 하기에 매우 고통스러운 좁은 면적이어서 다수의견도 시인하고 있는 바와 같이 그 점만으로도 청구인들을 비롯한 피감호자의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하고 있는 것이라고 아니할 수 없다. 그리고 청구인들이 방이 너무 비좁다고 지적한 것은 비인간적인 보호감호집행실태의 한 가지 예로서 지적하였을 뿐이고 청구인들은 보호감호집행의 실태가 전반적으로 비인간적이라고 주장하고 있는 것이므로, 그 밖의 점에 대하여 청구인들이 일일이 지적하여 주장하지 않고 있다고 하더라도 헌법재판소로서는 마땅히 집행방법의 전반에 걸쳐 과연 인간으로서의 존엄과 가치가 보장되어 있는지의 여부를 직권으로 조사하여 만약 집행방법이 부당하다면 집행을 취소하거나 시정명령을 하여야 하는 것이다. 그럼에도 불구하고, 더 이상의 조사를 아니 한 채 청구인들의 주장을 배척하고 만 것은 헌법재판소가 피감호자의 인권문제에 대하여는 아예 관심을 두지 아니한 나머지 그 직무를 포기하였다는 비난을 면하기 어려울 것이다”(89헌마17 결정의 재판관 변정수의 반대의견)

27) 89헌마17 결정의 재판관 변정수의 반대의견 중 절록.

28) 송문호, 보호감호의 집행실태와 법적 문제점, 교정연구 제17호 참조.

29) 그 징후로서 보호감호소가 중구급 교도소로 건설되고 경비되고 있는 점과 보호감호소를 오지에 설치한 것을 들 수 있다. 상세는 유혜정(인권운동사랑방 상임활동가), 사회보호법, 왜 인권의 문제인가? - 사회보호법의 제정역사와 대상, 보호감호 집행 실태를 중심으로 - 『사회보호법, 무엇이 문제인가?』(공대위가 2003년 5월 22일, 국가인권위원회 11층) 배움터2에서 주최한 토론회 자료집.

‘장기구금전략의 은폐수단’이 아닌 점을 피감호자에게 설득하기 위하여 필요한 핵심적인 조치가 무엇인가에 대하여만 간단히 언급하기로 한다.

1) ‘특별한 특별예방 대책’의 구체적 개발

‘현실의 보호감호’에 형벌과 구별되는 ‘특별한 특별예방 대책’이 희박하기 때문에 ‘현실의 보호감호’와 형벌은 잘 구별되지 아니하고 따라서 피감호자 뿐만 아니라 인권운동가들·일반시민들에게도 보호감호는 ‘이중처벌’이라는 주장이 유발되고 있다. 사회보호법은 물론이고 그 시행령과 시행규칙에도 ‘특별한 특별예방 대책’에 관한 규정이 매우 희박하다. 그런데 피감호자 뿐만 아니라 인권운동가들·일반시민들의 그러한 문제제기는 ‘이상적 보호감호 구상’에 대하여도 타당한 측면이 없지 않다. 왜냐하면 ‘현실의 보호감호’에 대하여는 많은 문제를 지적<sup>30)</sup>하면서도 ‘이상적 보호감호 구상’, 특히 ‘독일형 보호감호 구상’의 필요성과 정당성을 논증하고 있는 논자들은 독일에서도 보안감호는 형벌과 크게 다르지 않다<sup>31)</sup>는 식의 애매한 입장을 보이고 있기 때문이다. 아마도 ‘이상적 보호감호 구상’을 전개하는 논

30) 이재상, 사회보호법의 몇 가지 문제, 법조 31권 3호, 1982, 47쪽은 보호감호소를 경상북도 청송과 같은 궁벽지에 설치한 것의 문제점을 지적하고 있다.

31) 이재상, 상습범에 대한 보안처분제도, 법조 27권 1호, 1978, 106-107쪽은 “상습범의 사회복귀를 돕기 위하여 보안감호의 집행에는 특히 직업훈련이 강화되고 의복, 서신교류, 사물과 금전의 소유 활동과 외출 등에 관하여 안전의 목적을 위태롭게 하지 않은 범위 내에서 형벌의 집행의 경우보다 많은 자유가 보장되어야 하며 보안감호의 집행은 형벌과는 구별되어야 한다는 것이 강력히 주장되고 있다”고 지적하면서도 “상습범의 성격과 그 위험성으로 인하여 보안감호의 집행을 형벌의 집행과 본질적으로 구별하는 것이 성공한 예는 아직 없으며 대부분의 경우에 보안감호의 집행에는 형벌의 집행에 관한 규정이 준용되고 있다”고 지적하여 행정실무에서 피감호자에 대한 ‘특별한 특별예방 대책’ 개발을 등한시하는 빌미를 제공하고 있는 것이 아닌가 의심스럽다. 본 논문에서 게재될 김일수 교수의 논고에서도 “보호감호처분은 재범의 위험성이 있는 범인을 격리시켜 사회를 보호하는 것을 본질적 특성으로 하는 만큼, 이것을 교정교화처분으로 얼버무리지 말고 순수한 안전처분·보안처분으로 순화될 때 사회적 위험성이 현저하거나 높은 대상범죄군을 명백한 한계를 설정하여 축소시킬 수 있다”고 지적하고 있다.

자들은 보안감호 외에 사회치료시설수용처분 등 다양한 보안처분을 마련하고 있는 ‘독일형 보안처분제도 전체’를 염두에 두고 한국에서도 사회치료시설수용처분 등 다양한 보안처분이 마련된다면 현재의 보호감호를 비교적 순수한 형태의 무해화시설인 ‘독일형 보안감호’처럼 운영하여도 큰 탈이 없을 것이라는 전망 하에 위와 같이 지적한 것으로 보인다. 그러나 유럽의 부유한 국가들이 운영하는 사회치료시설수용처분 등 다양한 보안처분을 쉽게 도입할 수 없는 재정형편 하에 놓여 있는 법실무는 ‘이상적 보호감호 구상론자들’의 입법적 구상을 쉽게 오해할 여지가 있다.

## 2) 代替主義의 채택

현행 사회보호법 제23조는 치료감호와 형벌의 관계에 대하여 대체주의를 취하면서도(제2항) 형벌과 보호감호의 관계에 대하여는 형벌을 먼저 집행하고 형벌집행이 종료한 후에 곧 이어서 보호감호를 집행(제1항)하는 二元主義를 택하고 있다. 그러므로 형벌과 보호감호의 관계에 대하여도 치료감호와 형벌의 관계와 마찬가지로 대체주의를 채택하는 방안이 진지하게 고려되어야 한다. 아마도 입법자는 혹시라도 상습범죄자의 보호감호의 감호성적이 좋아 형벌집행이 생략되는 사태가 발생하면 경우에 따라서 상습범이 비상습범 보다 일찍 출소하는 경우가 생길 수 있고 그리되면 비상습범과의 사이에 형사제재의 균형이 맞지 않게 되므로 이원주의를 채택한 것으로 보인다.<sup>32)</sup> 그러나 그런 경우는 현실적으로 일어날 가능성이 희박하고, 보호감호가 ‘특별한 특별예방 대책’이라는 천명이 ‘허구나 은폐’가 아니라는 점을 피감호자에게 보여 줄 필요가 있으며, 그럴 가능성이 있어야 피감호자의 자발적 순응에 대한 동기부여가 가능하게 된다. 이원주의를 주

32) 이재상, 사회보호법의 몇 가지 문제, 법조 31권 3호, 1982, 46쪽 참조.

장하는 논자는 그럴 경우 피감호자가 오로지 빨리 출소하기 위하여 가식적인 행동으로 나올 가능성을 걱정할지 모른다. 그러나 ‘한국형 보호감호’ 구상에서는 재범의 위험성 예측의 정확성을 가정하고 있다. 재범의 위험성 예측의 정확성을 자신하는 교정당국이라면 오로지 빨리 출소하기 위한 피감호자의 가식적 행동도 가려 낼 수 있다고 가정하는 것이 타당할 것이다. 형벌과 보호감호의 관계에 대하여 대체주의를 채택하면 재범의 위험성 판단을 판결선고 시에 하도록 하고 있는 현행제도의 구상에도 합치되어 논리적 일관성도 유지할 수 있는 이점이 생긴다.<sup>33)</sup>

## V. 결 어

지금까지 필자는 가급적 한국의 ‘이상적 보호감호 구상’과 ‘현실의 보호감호’를 유지·개선하면서 현실을 타개할 수 있는 방안을 탐구하려고 노력하였다. 그러므로 이제 마지막으로 ‘현실의 보호감호’는 물론이고 ‘이상적 보호감호 구상’에 근본적인 문제가 있는 것이 아닌가, 있다면 그 문제가 무엇인가 하는 점을 검토하고자 한다.

‘현실의 보호감호’이든 ‘이상적 보호감호 구상’이든 보호감호 구상의 근본적인 문제는 위험한 상습범 문제해결수단으로 구금수단(incarceration)을 사용한다는 점에 있다. 현상적으로 볼 때 출소자, 가석방자, 가출소자, 가퇴원자의 재범인율은 매우 높다. 88헌가5 결정에서 법무부 장관은 다음과 같이 주장하였다.

“중래 상습범에 대한 대책으로 상습범의 가중처벌에 관한 규정만 있던 때에는 법원의 선고형량이 대체로 가벼워 운영에 미흡한 점이 있었던 것

33) 이재상, 사회보호법의 몇 가지 문제, 법조 31권 3호, 1982, 47쪽 참조.

으로 보아야 할 것이다. 그러나 사회보호법에 따른 보호감호제도가 시행된 뒤에는 보호감호의 주 대상 범죄라고 할 절도범죄의 증가율은 1980년부터 1987년까지 5.7% 증가에 그친데 비하여 전체범죄는 같은 기간에 57.4% 증가하여 절도범죄의 증가율이 대폭 둔화되었음을 알 수 있고, 특히 전체 피보호감호자의 5분의 1을 점하고 있는 소매치기 범죄는 오히려 23.5%나 감소하는 등 보호감호제도는 이미 상습범죄에 대한 대책으로 그 효과를 발휘하고 있다.”

절도범이 “1980년부터 1987년까지 5.7% 증가에 그친데 비하여 전체범죄는 같은 기간에 57.4% 증가하여 절도범죄의 증가율이 대폭 둔화”된 것은 보호감호 덕분이 아닐 수도 있다. 경험적인 범죄학 연구성과에 의하면 범죄율 하락에 가장 중요한 것은 ‘범집행의 확실성’에 있다. 감옥수감에 중점을 둔 형사정책의 수행으로 범죄율을 감소시켰다는 범죄학적 실증은 아직 보고 된 바 없다.<sup>34)</sup> 따라서 재범인율이 높은 이유를 그들이 범죄를 범하는 경향이 습벽화된 개인적 인격에서 찾아야 할 것인지 아니면 그것이 구금으로 인한 직접적·간접적 효과인지 여부를 엄밀한 범죄학적 방법으로 구명하여 보려는 시도가 행하여져야 한다. 이 문제의 해명은 범죄학자들에게 위임하고 싶다. 현재 보호감호 중에 있는 피감호자의 전과가 매우 높은 것이 사실이지만 그들의 존재형태가 재사회화 노력이 먹히지 않는 경력범죄자인지 아니면 교도행정의 재사회화 노력이 불충분하거나 부실한 보호감호집행의 부산물인지 면밀한 검토가 필요하다.<sup>35)</sup>

34) Kathleen Auerhahn, “Selective incapacitation and the problem of prediction”, in *Criminology Beverly Hills*; V.37 No. 4, Nov 1999, pp.726-729.

35) 이현희의 연구에 의하면 “구금형은 재범가능성을 높이지만, 구금기간은 재범가능성에 영향을 미치지 못”[한다]. 또한 “구금형은 개인특성이나 범죄유형과 독립된 효과가 있으며 구금형은 재범을 억제하기보다 촉진하는 효과가 있다는 것을 의미한다”(이현희, 경력범죄자에 대한 형벌의 특정억제효과[특별예방; 필자], 형사정책연구 제11권 제1호, 통권 제41호, 2000년 봄호, 182쪽). 따라서 우리나라의 전과 경력자들의 재범률이 높은

오늘날 근본주의적 범죄학의 연구성과를 의심하는 범죄학자들은 상습범 문제해결수단으로 구금수단을 사용하는 발상의 유효성과 실효성에 지극히 회의적이다. 영국은 한 때 ‘보호감호 구상’을 입법적으로 도입하였었지만 오래 전에 ‘보호감호 구상’을 중심으로 하는 형사정책을 폐기하였다. ‘보호감호 구상’을 입법적으로 도입하였던 독일어권 국가들에서조차도 이제 보호감호가 집행되고 있는 사례는 점차 줄어들고 있으며 삼진 아웃 제를 도입한 미국에서도 법률가들의 부정적인 태도로 삼진 아웃 제에 의하여 장기구금당하는 사례는 극히 희소한 실정이다. 한국에서도 보호감호 청구인 과 선고인 수가 점차 줄어들고 있다. 상습범 테제와 ‘보호감호 구상’이 쇠퇴하는 것이 21세기의 새로운 세계적·보편적인 현상으로 판단하는 것은 잘못된 진단이 아닌 것으로 보인다.

필자는 범죄학적 훈련을 구비한 사람이 아니면서도 이 논문에서 감히 범죄학적 입장을 견지하려고 애썼다. 상습범 범주와 보호감호 구상에 대한 범죄학자들의 보다 엄밀한 논증을 기대한다.

---

것(약 30%)은 그들에게 교도소의 재사회화 노력이 먹히지 않는 경력범죄자일 가능성보다 교도행정의 재사회화 노력이 불충분하거나 부실한 보호감호집행의 부산물일 가능성도 없지 않다.



## A Critical Review of Korean Model of Selective Incapacitation of Chronic Offender: The Basic Ideas, Assumptions, Practice

Sim, Hui-Gi\*

Support for the "rehabilitative ideal" began to decline in the 1970s. Increasing rates of crime throughout the 1970s coupled with a "radical loss of confidence in Korean political and social institutions" have been identified as factors contributing to the reshaping of the discourse surrounding imprisonment, particularly concerning the goals of incarceration; the rehabilitative paradigm also suffered a serious blow with the infamous declaration by a panel of policy makers

In the past 20 years, Korean criminal justice systems have undergone a great deal of structural and ideological transformation. There has been an increased emphasis on particularistic types of sentencing reform-reforms that promise to target and incapacitate "Chronic offenders". This type of reforms that seek to extend sentence length for "habitual offenders" present a special problem for correctional policy.

Korean model of selective incapacitation are predicated on the idea that they can prospectively identify Chronic Offenders sufficiently early in their careers to reap the incapacitative benefit of crime reduction. Given that they have every reason to believe a small subset of

---

\* Professor, Department of Law, Yonsei University, Ph.D. in Law

criminal offenders contribute disproportionately to the total volume of crime in a society, a strategy that promises to locate and incapacitate this group is almost irresistible in its elegance. However, major obstacle to the successful implementation of such proposals is that no convincing evidence exists that this is possible. It seems that the evidence produced by these explorations has been overlooked by many Korean researchers and Korean politicians in a policy arena dominated by "tough on crime" rhetoric

By now, the conclusion that incarceration-focused approaches to crime reduction are ineffective (or, at the very least, inefficient) should be obvious. It appears that the time has come to open the discourse of crime and crime prevention to permit the consideration of strategies that do not focus on incarceration in formulating our response to the crime problem.

The crime problem cannot be solved through sentencing methods, however ingenious-at least not through methods that would be acceptable in a free society. We should disbelieve those who promise it can.

# 보호감호의 운영실태 및 개선방안

장 규 원

형사정책연구 제14권 제4호(통권 제56호, 2003·겨울호)

**한국형사정책연구원**

## 보호감호의 운영실태와 개선방안

장 규 원\*

### I. 머리말

형벌로는 누범이나 상습범을 효과적으로 대응하기 어렵다는 인식과 함께 그러한 사람들을 사회로부터 격리시켜야 한다는 주장에 따라 보안처분이라는 형사제재가 등장하였다. 보안처분의 개념에 대해서는 여러 견해가 이야기되고 있으나, 일반적으로 장차 범죄를 저지를 위험성이 있는 범죄인이 다시금 범죄를 저지르지 않도록 방지하고 이를 통해 사회를 지키기 위하여 부과하는 형벌 이외의 형사제재라고 말한다. 보안처분의 근거는 헌법 제12조 제1항에서 찾을 수 있고, 사회보호법이나 소년법 등의 형사특별법에 보안처분을 규정하고 있다.

사법적 의미의 보안처분을 규정하고 있는 사회보호법은 죄를 범한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육이나 개선 또는 치료가 필요한 사람에 대하여 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호할 목적으로(제1조 참조), 그 대상자는 고의의 범행으로 인하여 여러 형을 받거나 여러 죄를 범한 사람(과실범은 제외)과 심신장애자 또는 마약류·알코올 기타 약물중독자로서 죄를 범한 사람으로 정하고 있다(제2조). 사회보호법은 보호감호·치료감호·보호관찰을 일정한 요건에 따라 형벌과 병행 또는 형벌에 우선하여

\* 원광대학교 법과대학 경찰행정학과, 법학박사

집행할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 사회보호법이 추구하는 목적에도 불구하고 입법과정에서부터 끊임없이 개정·폐지 또는 위헌성의 논란이 제기되었다. 이는 사회보호법이 정치적 과도기에 충분한 연구와 공개적인 논의 없이 제정되어 규정상의 문제점이 있었고, 또한 운용상에서도 많은 문제점이 나타났기 때문이다. 이 글은 사회보호법의 보호감호 운용실태를 살펴보고, 그 문제점이 무엇인가, 어떻게 개선하는 것이 바람직한가를 제시하고자 한다.

## II. 보호감호 내용과 운영실태의 개관

### 1. 보호감호처분의 요건과 내용

사회보호법, 사회보호법시행령, 사회보호법시행규칙은 보호처분의 종류와 내용, 그리고 결정절차와 집행관계 등을 규정하고 있는 법령이다. 한편 관련·부속법령으로는 보호감호시설에 수용된 피보호감호자에게 과하는 근로의 대상으로 지급되는 근로보상금의 관리에 관한 필요사항에 대한 ‘피보호감호자 근로보상금 관리규칙’과 피보호감호자에 대한 분류심사를 과학적으로 실시하여 그에 적절한 수용 및 교육을 시행하고 교화개선의 정도에 따라 처우를 점차 완화함으로써 효율적인 사회복지를 촉진하기 위한 ‘피보호감호자 분류처우규칙’이 있다.

사회보호법상 보호감호의 주 대상은 위험한 상습범이다(제1조, 제5조 제1항). 보호감호는 형과 함께 선고하며(제20조 제2항), 보호감호와 형이 병과된 경우 형의 집행이 끝난 후에 보호감호의 처분을 집행한다(제23조 제1항). 이는 보안처분과 형벌과의 관계에 있어서 이원주의에 따른 것이다.

사회보호법의 이러한 태도는 보호감호가 형벌의 기능을 대체할 때에는 중대한 위험성으로 인하여 형과 함께 보호감호까지 선고받은 사람이 단순히 형만을 선고받은 사람보다 유리하게 처우될 수 있다는 것과 보호감호의 성질상 형벌을 포함한 다른 제재수단을 거친 후에 보호감호의 집행에 들어갈 것이 요구된다는 것에 그 근거를 찾을 수 있다.<sup>2)</sup>

사회보호법은 제2장에서 보호처분의 요건과 내용, 제3장에서 보호처분의 절차에 관한 규정을, 제4장에서는 보호처분의 집행에 관한 규정을 그리고 제5장에서는 보호처분의 관리와 집행에 관한 사항을 심사·결정하기 위한 사회보호위원회의 규정을 두고 있다.

#### 가. 보호감호의 요건

보호감호는 사회보호법 제5조에 해당하는 범죄자로서 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에 과하여 진다: ① 동종 또는 유사한 죄로 두 차례 이상 금고 이상의 실형을 받고(제6조 제1항, 제2항 참조), 형기 합계 3년 이상인 사람이 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄<sup>3)</sup>를 범한 때, ② 별표에 규정된 죄를 여러 차례 범하여 상습성이 인정될 때, ③ 보호감호의 선고를 받은 사람이 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때이다. 따라서 사회보호법에서의 보호감호 요건으로 재범의 위험성과 상습성이 중요한 요소가 된다.

2) Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch. Kommentar, 24.Aufl., 1991, §67 Rd.11.

3) '별표의 죄'란 보호감호의 대상이 되는 범죄로서 다음과 같다: ① 형벌의 약취·유인죄, 강간죄, 미성년자 간음·추행죄, 강도상해·강도살인·강도강간, 사기·공갈죄의 상습범, ② 폭력행위 등 처벌에 관한 법률의 죄, ③ 특정범죄 가중처벌법의 약취유인, 상습강·절도, 강도상해범을 비롯하여 ④ 특정범죄가중처벌법의 상습사기·공갈·횡령·배임, 업무상횡령·배임죄 등이 대상이 된다.

1) 재범의 위험성이란 보호감호처분 대상자가 장래에 죄를 범하여 법적 평온을 침해할 현저한 개연성을 말한다.<sup>4)</sup> 재범 위험성의 인정은 피고인의 연령, 가정관계, 학력·직업, 전과관계, 최종전과로 인한 출소시기와 당해 범행간의 시기, 그 기간동안의 행적, 당해 범행의 동기와 횡수, 범행후의 정황 등 제반 사정을 종합하여 판단해야 하며, 보호감호처분이 그 대상자에게 미치는 영향을 고려할 때 재범의 위험성 여부에 관한 판단 기준은 엄격히 해석하여야 한다.

상습성이 인정되는 때에는 일반적으로 재범의 위험성도 인정된다. 그러나 재범의 위험성과 상습성은 그 판단기준이 서로 다르다. 상습성의 판단 및 인정은 어디까지나 과거와 현재에 있었거나 있는 사실에 근거한다. 이에 반하여 재범의 위험성은 과거와 현재의 사실만을 근거로 하는 것이 아니라 미래의 결과를 판단의 근거로 하는 것이다. 이와 같이 상습성과 재범의 위험성은 그 판단의 기준이 다르기 때문에 상습성이 인정된다는 사실만으로 재범의 위험성이 당연히 인정된다고 판정할 수는 없다(대법원 1992.9.22. 92감도13). 상습성이 있다고 할지라도 특별한 사정으로 인하여 죄를 범하였고, 더 이상 그러한 사정이 존재하지 아니하여 재범의 위험성이 없다고 판단되는 경우도 있기 때문이다.

재범의 위험성은 행위자와 범죄행위 사실의 ‘종합적인 평가’(Gesamtwürdigung)에 의하여 판단하여야 한다. 즉 행위자가 행한 범죄사실 뿐만 아니라 죄를 범하게 된 배후에 있는 모든 사정과 그 과정을 종합하여 위험성 판단을 하여야 한다. 재범의 위험성 판단에 있어서 행위자와 관련하여 검토하여야 할 기준은 다음과 같다. 행위자의 직업과 환경, 당해 범행 이전의 행적, 그 범행의 동기, 수단, 범행 후의 정황, 개전의 정 등이다(대법원 1986.9.9. 86감도156; 1989.8.8. 89감도108; 1990.9.25. 90감도144;

4) Kaiser, Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? 1990, S.14ff.; Schönke/Schröder/Stree, a.a.O., §66, Rd.35.

1991.11.12. 91감도128; 1992.9.22. 92감도13).

2) 상습성이란 반복되는 행위에 의하여 얻어진 성벽(性癖)을 말하며,<sup>5)</sup> 일반적으로 상습범이란 성격상 소질 또는 관행에 의하여 획득된 내부적 성벽으로 인하여 반복하여 범죄를 행하고 또 이를 반복할 성벽이 있는 사람을 말한다.<sup>6)</sup>

상습범의 처벌에는 형을 가중하는 주의, 부정기형을 주장하는 태도, 보안처분을 주장하는 태도 등이 있으며, 이들에 대한 내용과 문제점은 다음과 같이 정리할 수 있다. ① 형을 가중하는 태도는 책임주의와 관련된 것이다. 즉 상습범은 생활태도와 생활형식에 의하여 거듭 범죄를 저지른다는 점에서 책임이 가중된다는 것이다. 그러나 형을 가중하는 태도는 책임을 떠난 보안형벌로서 책임주의에 반할 뿐 아니라 행위자의 종래의 모든 범죄적 반사회성을 책임판단의 기초로 한 것은 부당하고, 형의 가중이 상습범의 사회복귀에도 아무런 도움을 주지 못한다는 비판이 제기된다. ② 부정기형을 인정하는 태도에 대해서는 형벌이 보안처분의 기능을 인수하는 것으로서 형벌을 제한하는 책임주의에 반하고,<sup>7)</sup> 우리나라 소년법분야에서도 도입되어 있는 부정기형이 사실상 대상자의 사회복귀 내지 교육에 아무런 효과를 기대하지 못하고 있는 점에 비추어 부정기형도 상습범에 대한 적절한 제재라고는 할 수 없다는 비판이 있다. ③ 보안처분은 형벌에 의해서 효과를 기대할 수 없는 범죄자에 대하여 과하여지는 것일 뿐만 아니라, 상습범에 대한 형의 가중이나 부정기형의 도입이 책임주의의 원칙과 형사정책적 고려에 의하여 정당화될 수 없는 이상 보안처분은 상습범에 대한 적절한 대책이라 할 수 있다.<sup>8)</sup>

5) Chang, Rückfall und Strafzumessung, 1993, SS.12-30.

6) Göppinger, Kriminologie, 4.Aufl., 1980, S.449.

7) 이재상, 보안처분의 연구, 법문사, 1978, 117면 이하 참조.

우리나라에서는 상습범에 대해 형법에 의한 형의 가중과 사회보호법에 의한 보호감호를 채택하고 있다.

#### 나. 보호감호의 내용

1) 사회보호법은 피보호감호자를 보호감호시설에 수용하여 사회복귀에 필요한 직업훈련과 노동을 부과하며, 노동은 피보호감호자의 동의를 있는 때에 한하도록 정하고 있다(제7조 제1항). 한편 보호감호시설의 장은 필요한 직업훈련과 노동 기타 감호·교화에 필요하다고 인정할 때에는 적당한 기관에 감호를 위탁할 수 있다(같은 조 제2항). 보호감호를 독립하여 선고할 때를 제외하고는(제15조), 보호감호는 형벌과 함께 선고한다(제20조 제2항). 보호감호시설에 수용되어 있는 동안에 형을 선고받은 경우를 포함하여 감호와 형이 병과된 때에는 형을 먼저 집행한다(제23조 제1항). 보호감호는 7년의 감호기간이 경과하거나 가출소한 피보호감호자에 대한 보호관찰기간이 만료되었을 때 종료한다(제7조 제3항, 제27조 제1항). 사회보호위원회는 보호관찰에 대한 집행면제결정을 할 수 있고, 이 결정으로 보호감호는 종료한다(제27조 제2항).

감호기간이 만료된 피보호감호자는 감호기간만료일에 석방된다(제7조 제3항, 제42조, 행형법 제54조 제3항). 그러나 보호감호의 기간이 경과하기 전에도 피보호감호자가 사회보호위원회의 결정에 의하여 가출소되어 보호관찰기간이 만료된 때에는 감호의 집행이 면제된다(제27조 제1항). 이에 따라 사회보호위원회는 피보호감호자에 대하여 그 집행개시 이후 매1년 가출소여부를 심사·결정한다(제25조). 요건과 심사요청절차 등에 관하여 살펴보면 다음과 같다(피보호감호자 분류처우규칙 제78조 내지 제84조 참

---

8) Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, In: Göppinger/Witter (Hrsg.), Handbuch der forensischen Psychiatrie I, 1972, S.201.

조; 이하 ‘규칙’이라 한다). ① 감호집행개시 이후 2년이 경과한 경우로서, 감호행장 ‘가’와 ‘나’급에 해당하는 대상자로서 가출소가 적당하다고 인정되는 사람과 감호행장 ‘다’와 ‘라’급에 해당하는 대상자로서 뉘우치는 빛이 뚜렷하고 사회생활에 적응할 수 있다고 인정되는 사람이다. ② 감호소장은 가출소예비심사위원회에서 가출소심사신청을 요청하기로 결정한 대상자에 대하여 관련서류를 첨부하여 관할 검찰청 검사에게 그 신청을 요청한다.<sup>9)</sup> ③ 피보호감호자가 출소한 때에는 감호소장은 사전에 가출소자의 본적, 입소 전 주소, 성명, 생년월일, 성별, 출소후의 거주예정지를 비롯하여 기타 필요한 사항을 피보호감호자로부터 신고 받는다(사회보호법시행령 제14조 제1항). 감호소장은 피보호감호자가 가출소하면 사회보호위원회와 출소 이후 거주예정지 관할의 보호관찰담당자에게 출소통보를 한다(같은 조 제2항). 한편 사회보호법 제30조에 의하여 가출소가 취소된 때에는 다시 감호를 집행할 수 있다.

형사소송법 제471조 제1항의 각호에 해당하는 사유가 있는 때에는 즉 ① 형의 집행으로 인하여 현저히 건강을 해하거나 생명을 보전할 수 없을 염려가 있는 때, ② 연령 70세 이상인 때, ③ 잉태 후 6월 이상인 때, ④ 출산후 60일을 경과하지 아니한 때, ⑤ 직계존속이 연령 70세 이상 또는 중병이나 불구자로 보호할 다른 친족이 없는 때, ⑥ 직계비속이 유년으로 보호할 다른 친족이 없는 때, ⑦ 기타 중대한 사유가 있는 때에는 감호소장은 관할검사에게 감호집행정지를 요청할 수 있다(제31조, 행형법 시행령 제17조).

9) 가출소예비심사위원회는 분류처우회의가 그 기능을 수행하며(규칙 제79조 제2항), 분류처우회의는 의장을 포함한 7인 이상 9인 이하의 교도관으로 구성된다. 위원장은 당해 소장이 되고, 구성원은 당해 감호소 등의 각 과장과 소장이 지명하는 7급 이상의 교도관으로 구성한다(규칙 제93조).

2) 보호감호의 관리와 집행에 관한 사항을 심사·결정하기 위하여 법무부에 사회보호위원회를 둔다(제32조). 사회보호위원회는 판사·검사 또는 변호사의 자격 있는 7인 이내의 위원으로 구성하며, 위원장은 법무부차관이 된다(같은 조 제2항). 위원은 위원장의 요청으로 법무부장관이 임명 또는 위촉한다(시행령 제15조 제1항). 사회보호위원회는 전문적 지식과 덕망이 있는 사람 가운데 위원장의 제청으로 법무부장관이 위촉하는 자문위원을 둘 수 있다(제32조 제4항). 자문위원은 10인 이내로 하고, 위원회의 심사·결정에 필요한 사항에 관하여 자문에 응한다(시행령 제15조 제5항).

## 2. 피보호감호자의 교정처우실태

사회보호법 제7조 제1항과 사회보호법시행령 제3조 제1항의 규정에 의거하여 보호감호의 선고를 받은 사람(이하 ‘피보호감호자’라 한다)을 수용하기 위하여 1981년 10월 2일 대통령령 제10476호로 청송 제1·2·3보호감호소를 개설하였으며, 1983년 3월 9일 대통령령 제11066호로 청송 제1보호감호소를 청송교도소로, 청송 제2·3보호감호소를 각각 청송 제1, 2보호감호소로 개편하였다.<sup>10)</sup>

### 가. 수용 실태

1) 수용은 국가가 강제력을 행사하여 사람의 자유를 박탈 구금하는 것이므로 그 집행은 일정한 조건에 따른 절차에 의하여 이루어져야 한다. 보호감호소의 수용대상자는 보호감호병과판결을 받은 수형자와 독립감호청구로 그 집행지휘를 받은 사람, 그리고 보호감호병과수형자로 그 형의 집

10) 법무부, 법무부사, 1987; 정봉교, “피보호감호자의 처우실태와 개선방안”, 제8회 학술회의발표회 자료집, 한국교정학회, 1994, 8쪽.

행을 마친 사람이다. 보호감호소의 수용정원은 피보호감호자의 개별적 처우, 감호교육의 효과와 건강관리에 영향을 미치게 된다.

보호감호소의 수용인원을 과연 몇 명으로 하는 것이 관리상 그리고 처우상 가장 적정한 것인가가 문제된다. 2001년을 기준으로 보호감호소에 수용중인 피보호감호자는 1,603명에 이르고 있다(<표-1> 참조).

<표-1> 피보호감호자 집행현황(1992-2001) (단위: 명)

| 년 도  | 1992  | 1993  | 1994  | 1995  | 1996  | 1997  | 1998  | 1999  | 2000  | 2001  |
|------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| 집행인원 | 2,911 | 2,845 | 2,643 | 2,491 | 2,239 | 2,039 | 1,760 | 1,640 | 1,546 | 1,603 |

출처: 범죄백서 2002

2) 보호감호소에 수용된 사람의 절대 다수는 절도범이다. 2002년 법무부 보호국 통계에 따르면, 피보호감호자의 73.7%가 절도범이고, 강도 15.3%, 폭력 5.5%, 상습사기 3.1%로 나타났다. 1992년 이후의 통계에서도 절도가 제일 많은 것으로 나타난다(<표-2> 참조).

<표-2> 보호감호원인죄명별 현황(1992-2001)

| 연 도  | 1992            | 1993            | 1994            | 1995            | 1996            | 1997            | 1998            | 1999            | 2000            | 2001            |
|------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|
| 집행인원 | 2,911<br>(100)  | 2,845<br>(100)  | 2,643<br>(100)  | 2,491<br>(100)  | 2,239<br>(100)  | 2,039<br>(100)  | 1,760<br>(100)  | 1,640<br>(100)  | 1,546<br>(100)  | 1,603<br>(100)  |
| 강 도  | 273<br>(9.4)    | 278<br>(9.8)    | 280<br>(10.6)   | 308<br>(12.4)   | 299<br>(13.4)   | 272<br>(13.3)   | 248<br>(14.1)   | 230<br>(14.1)   | 226<br>(14.6)   | 246<br>(15.3)   |
| 절 도  | 2,221<br>(76.3) | 2,143<br>(75.3) | 1,996<br>(75.5) | 1,853<br>(74.3) | 1,606<br>(71.7) | 1,502<br>(73.7) | 1,252<br>(71.1) | 1,204<br>(73.4) | 1,132<br>(73.2) | 1,181<br>(73.7) |
| 폭 력  | 280<br>(9.6)    | 250<br>(8.8)    | 225<br>(8.5)    | 182<br>(7.3)    | 159<br>(7.1)    | 129<br>(6.3)    | 126<br>(7.2)    | 106<br>(6.5)    | 94<br>(6.1)     | 89<br>(5.5)     |
| 상습사기 | 86<br>(3.0)     | 89<br>(3.1)     | 89<br>(3.4)     | 74<br>(3.0)     | 62<br>(2.8)     | 55<br>(2.7)     | 53<br>(3.0)     | 50<br>(3.0)     | 49<br>(3.2)     | 50<br>(3.1)     |
| 기 타  | 51<br>(1.7)     | 85<br>(3.0)     | 53<br>(2.0)     | 74<br>(3.0)     | 113<br>(5.0)    | 81<br>(4.0)     | 81<br>(4.6)     | 50<br>(3.0)     | 45<br>(2.9)     | 37<br>(2.4)     |

출처: 범죄백서 2002

\* ( )안은 분포백분율.

고금동서를 통털어 절도는 누구나 죄로 인식하고 있다. 그러나 보호감호의 주 대상자가 되는 강도나 상습범보다 절도범, 즉 재산범죄의 비율이 높다는 것은 보호감호의 운용에 있어서 문제점을 지적할 수 있겠다. 상습의 경우도 2001년을 기준으로 상습사기가 3.1%를 차지하고 있지만, 결국은 절도범과 같은 재산범죄에 포함할 수 있다. 따라서 재산범죄로 인한 보호감호의 선고가 높다는 것을 알 수 있다.

3) 피보호감호자의 전과회수별 실태를 살펴보면, 1998년까지는 전과 4-5범이 다수를 차지하였으며,<sup>11)</sup> 1999년부터는 전과 6-7범이 가장 많았고 다음으로 전과 4-5범이 많은 것으로 나타났다. 2001년도에는 전과 4범 이상자가 1,493명으로서 전체 93.1%를 차지하고 있다(<표-3> 참조).

<표-3> 전과별 현황(1992-2001)

| 연 도    | 1992            | 1993           | 1994           | 1995           | 1996           | 1997           | 1998           | 1999           | 2000           | 2001           |
|--------|-----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|
| 집행인원   | 2,911<br>(100)  | 2,845<br>(100) | 2,643<br>(100) | 2,491<br>(100) | 2,239<br>(100) | 2,039<br>(100) | 1,760<br>(100) | 1,640<br>(100) | 1,546<br>(100) | 1,603<br>(100) |
| 초 범    | 11<br>(0.4)     | 12<br>(0.4)    | 13<br>(0.5)    | 16<br>(0.6)    | 14<br>(0.6)    | 11<br>(0.5)    | 9<br>(0.5)     | 15<br>(0.9)    | 26<br>(1.7)    | 15<br>(0.9)    |
| 2~3범   | 161<br>(5.5)    | 146<br>(5.1)   | 131<br>(5.0)   | 127<br>(5.1)   | 99<br>(4.4)    | 87<br>(4.3)    | 99<br>(5.6)    | 88<br>(5.4)    | 89<br>(5.7)    | 95<br>(5.9)    |
| 4~5범   | 1,042<br>(35.8) | 965<br>(33.9)  | 864<br>(32.7)  | 805<br>(32.3)  | 735<br>(32.8)  | 594<br>(29.1)  | 610<br>(34.7)  | 534<br>(32.6)  | 458<br>(29.6)  | 447<br>(27.8)  |
| 6~7범   | 865<br>(29.7)   | 882<br>(31.0)  | 834<br>(31.6)  | 801<br>(32.2)  | 730<br>(32.6)  | 697<br>(34.2)  | 579<br>(32.9)  | 554<br>(33.8)  | 519<br>(33.6)  | 564<br>(35.1)  |
| 8~9범   | 419<br>(14.4)   | 406<br>(14.3)  | 393<br>(14.9)  | 374<br>(15.0)  | 335<br>(15.0)  | 311<br>(15.3)  | 273<br>(15.5)  | 251<br>(15.3)  | 246<br>(15.9)  | 270<br>(16.8)  |
| 10범 이상 | 413<br>(14.2)   | 434<br>(15.3)  | 408<br>(15.4)  | 368<br>(14.8)  | 326<br>(14.6)  | 339<br>(16.6)  | 190<br>(10.8)  | 198<br>(12.0)  | 208<br>(13.5)  | 212<br>(13.2)  |

출처: 범죄백서 2002

\* ( )안은 분포백분율.

11) 법무연수원, 범죄백서, 2002, 307쪽.

여러 차례 죄를 거듭 지어서 상습성이 인정되어야 한다는 보호감호의 요건에 비추어볼 때, 초범의 비율은 비교적 낮지만, 초범에서 상습성과 재범의 위험성이 인정된 비율이 일정하게 유지되고 있다는 것을 확인할 수 있다.

4) 피보호감호자의 학력은 낮은 것으로 나타난다. 2001년도의 경우 초등학교 졸업자가 550명으로 전체의 34.3%를 차지하고 있고, 그 다음이 중학교 졸업, 고등학교 졸업, 그리고 무학의 순으로 나타났고, 대학 졸업자의 경우는 0.5%인 7명에 불과하다. 그래서 초등학교 졸업 이하인 피보호감호자는 50.5%에 해당하는 809명으로 나타났다(<표-4> 참조).

<표-4> 피보호감호자 학력별 현황(2000-2001)

| 구 분  | 무 학         | 초등졸        | 중 졸        | 고 졸        | 대 졸        |         |
|------|-------------|------------|------------|------------|------------|---------|
| 2000 | 1,546 (100) | 338 (21.9) | 623 (40.3) | 393 (25.4) | 186 (12.0) | 6 (0.4) |
| 2001 | 1,603 (100) | 259 (16.1) | 550 (34.3) | 483 (30.1) | 304 (19.0) | 7 (0.5) |

출처: 범죄백서 2002

\* ( )안은 분포백분율.

이에 대하여 실제에 있어서는 학력이 더 낮을 것으로 추정된다. 피보호감호자들 스스로가 못 배운 것이 부끄러워 학력을 부풀리는 경우도 있을 수 있고, 또한 중졸·고졸이라고 해도 정상적인 교육과정이 아닌 교도소나 소년원에서 검정고시 등을 통해 취득한 학력이 있다고 추측할 수 있기 때문이다.<sup>12)</sup> 학력의 낮음이 범죄의 한 원인이 되어 보호감호의 처분에까지 이르렀다면, 그 처우의 내용에 있어서 학과교육의 중요성이 새삼 강조된다고 하겠다.

12) 유해정, “사회보호법, 왜 인권의 문제인가”, 사회보호법 무엇이 문제인가? 토론회 자료집, 2003 (<http://antiprison.org>).

5) 보호감호소에서 가출소한 사람의 재범율은 평균적으로 35.9%에 달하고 있다(<표-5> 참조).<sup>13)</sup> 피보호감호자의 많은 수가 절도 등 생계형 범죄라 할 수 있다. 따라서 이들 범죄의 원인과 책임은 개인으로만 돌릴 수 있는 것은 아니다. 피보호감호자의 재범을 줄이기 위해서는 범죄의 상습화를 야기하는 빈곤의 문제, 사회적 불평등과 빈부 격차 등을 해소하기 위한 사회 정책적 노력이 요구된다고 하겠다.

<표-5> 피보호감호자 재범률 및 재범 당시 범죄 유형

| 구 분       | 가출소 인원      | 재범인원        | 재범율(%)     |            |           |
|-----------|-------------|-------------|------------|------------|-----------|
| 1993      | 570         | 216         | 37.9       |            |           |
| 1994      | 582         | 190         | 32.6       |            |           |
| 1995      | 491         | 131         | 26.7       |            |           |
| 1996      | 559         | 209         | 37.4       |            |           |
| 1997      | 535         | 223         | 41.7       |            |           |
| 1984~1997 | 8,358       | 3,001       | 35.9       |            |           |
| 구 분       | 계           | 절 도         | 폭 력        | 사 기        | 기 타       |
| 가출소 인원    | 8,358       | 6,978       | 856        | 318        | 206       |
| 재범인원      | 3,001(100%) | 2,462( 82%) | 387(12.9%) | 116( 3.9%) | 36( 1.2%) |
| 재범율       | 35.9%       | 35.3%       | 45.2%      | 36.5%      | 17.5%     |

\* 재범률 통계는 가출소 후 3년 동안의 재범률임

\* 2001년 국정감사 자료

#### 나. 분류수용 및 처우

1) 피보호감호자의 분류는 그 분류의 적정이 교화개선의 정도에 따른 처우와 피보호감호자의 효율적인 사회복귀를 위한 기초가 되기 때문에 중

13) 이의 통계는 유해정, “사회보호법, 왜 인권의 문제인가”, 사회보호법 무엇이 문제인가? 토론회 자료집, 2003 (<http://antiprison.org>)에서 따온 것이다.

요한 의미를 가진다. 피보호감호자의 분류심사는 신입심사, 재심사로 구분하여 실시한다(규칙 제9조 제2항). 재심사는 개선급 또는 처우급 등의 변경심사를 말하며, 정기 재심사와 부정기 재심사가 있다(규칙 제11조 제1항). 신입심사는 매월 1일부터 말일까지 감호집행지휘서가 도달한 피보호감호자에 대하여 다음달 분류처우예비회의의 전일까지 완료하여야 하며(규칙 제10조 제2항), 재심사는 그 사유가 발생한 후 최초로 개최되는 분류처우예비회의 또는 분류처우회의 전일까지 완료하여야 한다(규칙 제11조 제2항).

신입심사는 피보호감호자의 개인적 특성·성장과정·교육의 정도를 비롯하여 범죄동기를 진단하고 분석하여야 한다(규칙 제10조 제1항). 정기재심사는 감호기간의 2분의 1에 도달한 때, 감호기간의 3분의 2에 도달한 때 실시한다. 그러나 보호감호 집행 개시 후 6월 이내에는 정기 재심사를 실시하지 아니한다(규칙 제11조 제3항). 한편 부정기 재심사는 ① 신입심사에 오류가 발견된 때, ② 규율을 위반하여 징벌하기로 결정한 때, ③ 각종 사고의 진압이나 방지에 공로가 있을 때, ④ 가출소 조건이 갖추어졌거나 귀휴심사상 필요한 때, ⑤ 가출소 취소 등으로 재입소한 때, ⑥ 각종 고시 합격이나 기능자격의 취득 또는 기능대회의 입상 등 감호성적이 우수하여 분류급의 조정이 필요하다고 인정된 때, ⑦ 기타 소장이 재심사가 필요하다고 인정한 때 등의 경우에 실시한다(같은 조 제4항).

2) 피보호감호자의 분류는 교정성 분류급과 처우성 분류급으로 나누고 있다(규칙 제15조). 교정성 분류급은 교정효과의 기대가능성에 따른 분류로서 A급은 교정효과 기대가능성이 높은 자, B급은 교정효과 기대가능성이 보통인 자, C급은 교정효과 기대가능성이 낮은 자로 구분한다. 한편 처우성 분류급은 피보호감호자에 대한 처우의 내용에 따른 분류이다(<표

-6> 참조). 특히 처우성 분류급은 2001년 피보호감호자 분류처우규칙의 개정에 따라 ‘자치적 처우가 필요한 자’(H급)를 추가하였고, 이를 통해 완화된 개방형 처우도 가능하게 되었다.

<표-6> 피보호감호자의 교정성·처우성 분류

| 교정성 분류급 |                   | 처우성 분류급 |               |
|---------|-------------------|---------|---------------|
| A       | 교정효과 기대가능성이 높은 자  | V       | 직업훈련이 필요한 자   |
| B       | 교정효과 기대가능성이 보통인 자 | E       | 학과교육이 필요한 자   |
| C       | 교정효과 기대가능성이 낮은 자  | R       | 근로가 필요한 자     |
|         |                   | G       | 생활지도가 필요한 자   |
|         |                   | T       | 전문적 치료가 필요한 자 |
|         |                   | S       | 특별한 양호가 필요한 자 |
|         |                   | H       | 자치적 처우가 필요한 자 |

3) 피보호감호자의 처우는 개선도에 따라 단계별로 완화기로 하는 누진 방법을 채용하고 있다. 피보호감호자의 행장급은 가, 나, 다, 라, 마급의 5 단계로 구분하여 처우하며(규칙 제18조 제2항), ‘가’급은 개방시설에서 사회적 처우를, ‘나’급은 반개방시설에서 대폭적으로 향상된 처우를, ‘다’급은 완화시설에서 향상된 처우를, ‘라’급은 반폐쇄시설에서 다소 완화된 처우를, ‘마’급에서는 폐쇄시설에서 제한된 처우를 한다.

개선의 정도를 수량으로 나타낸 것이 과학적인 방법이라고 할 수 있는 가는 의문이 제기된다. 보호감호 기간 단계별로 구분하여 처우할 수 있는 근거를 가지고 있는 것만으로도 그 유용성은 긍정적으로 생각할 수 있다.

#### 다. 처우의 실태

사회보호법은 피보호감호자들의 처우에 관하여 별다른 규정을 하지 않고

있으며 제42조에 피보호감호자의 처우에 관하여 행형법을 준용하도록 규정하고 있다. 또한 ‘피보호감호자 분류처우규칙’ 제100조는 “감호자의 분류, 처우 등에 관하여 이 규칙에서 특별히 정한 규정이 있는 경우를 제외하고는 보호처분의 성질에 반하지 아니하는 범위 안에서 행형법, 동 시행령, 수형자 분류처우규칙 및 분류업무지침 등 교정관계 법령 또는 교정관행에 따른다”고 명시하고 있어, 사실상 피보호감호자의 처우는 모든 부분에 걸쳐 수형자의 관계규정을 따르고 있다. 즉 수용생활과 직접적으로 관련된 내용은 행형법에 준하여 처우를 받게 되며, 피보호감호자들의 분류처우는 ‘피보호감호자 분류처우규칙’에 따라 처우를 받는다. 그러나 이 역시 내용적으로 수형자에게 적용되는 ‘수형자분류처우규칙’의 내용과 거의 같다.

‘피보호감호자 분류처우규칙’ 제4장에 의하면, 피보호감호자의 교정처우는 자치활동·접견, 서신 및 전화사용·급여·두발·교육과 교회·근로와 직업훈련으로 구분할 수 있다. 여기서는 접견·교육·근로와 직업훈련·징벌·의료를 중심으로 피보호감호자의 처우 실태를 살펴본다.<sup>14)</sup>

1) 피보호감호자는 오랜 기간동안 사회로부터 격리·단절되어 있기 때문에 (가)출소 이후 사회정착에 많은 어려움이 생긴다. 따라서 피보호감호자의 성공적인 사회복귀를 위해서는 가능한 접견·서신 등을 통해 외부와 접견교통권을 확대시켜야한다. 여기서 특히 접견은 피보호감호자의 가족 등과 유대관계의 지속을 위해 매우 중요한 통로이다. 피보호감호자 분류처우규칙에 의하면 피보호감호자 접견의 일반적인 실시 기준은 수형자와 큰 차이가 없다(규칙 제39조와 수형자분류처우규칙 제46조 참조). 그러나 피보호감호자의 경우는 보호감호소장의 허가에 의해 그 실시횟수를 사실상 철폐

14) 여기서 제시되는 통계는 김종정, 앞의 책, 1998, 47-265쪽; 범무연수원, 범죄백서, 2002; 유해정, 앞의 자료, 2003; 장규원, 앞의 책, 1993, 62-73쪽에서의 조사연구의 결과이며, 이 결과를 중심으로 처우의 실태를 살펴본다.

한 것과 다름없이 실시하고 있다. 그럼에도 한 조사연구의 결과에 따르면 피보호감호자의 65.5%가 보호감호 집행기간 내내 면회자가 아무도 없거나 접견횟수가 1~2에 불과한 것으로 나타났다.<sup>15)</sup> 보호감호소의 지리적 여건, 가족의 경제적 어려움 또는 피보호감호자와 가족과의 유대관계가 붕괴되어 상호간 소원한 관계가 되어버린 것이 원인이라 할 수 있다. 그러나 이러한 사정을 충분히 감안한다 해도, 보호감호소의 접견횟수는 수용인원이 비슷한 다른 일반 교도소와 비교해 보았을 때 상당히 적은 편이다(<표-8>참조).<sup>16)</sup> 피보호감호자들의 사회로부터의 고립감 등을 짐작할 수 있다.

<표-8> 1일 평균 면회 현황 (단위: 명)

| 구 분     | 청송1감 | 청송2감 | 공 주 | 원 주  | 제 주 | 경 주 |
|---------|------|------|-----|------|-----|-----|
| 1일 면회인원 | 3    | 4    | 52  | 130  | 125 | 129 |
| 전체 수용자  | 949  | 634  | 894 | 1249 | 642 | 646 |

\* 2000년 국정감사 자료

2) 보호감호소에서 피보호감호자에 대한 교육은 생활지도교육, 일반교육, 학과교육, 정신교육, 사회적응교육 등이 중심으로 운영되고 있다.

<표-4>에서와 같이 대부분의 피보호감호자들의 학력이 매우 낮기 때문에, 사회생활에 기초가 될 수 있도록 무학자나 교과지도를 필요로 하는 피보호감호자에 대하여는 그에 필요한 내용의 교과지도를 하고 있다(규칙 제56조). 피보호감호자들의 학과교육에 대한 기대는 상당한 것으로 나타난다(90.1%). 한편 학과교육 성적우수자는 검정고시 응시 기회를 배려하여 공인 학력을 취득할 수 있도록 하고 있다. 그러나 학과교육 이수자 중에서 검정고시 합격자 비율은 많지 않은 것으로 보인다. 이는 피보호감호자들이 대부분 나이가 많고, 또한 학업에 대한 집중력이 부족한 데서 기인한 것으

15) 김종정, 앞의 책, 1998. 220-221쪽.

16) 유해정, 앞의 자료(<http://antiprison.org>), 2003 참조.

로 보인다.

장기간 사회로부터 격리 구금되어 제한된 공간 내에서 수용생활을 계속하는 피보호감호자들에 있어서 무엇보다도 중요한 것은 사회적응교육이다. 피보호감호자 분류처우규칙은 사회적응교육을 위해 도서열람, 신문열독, 라디오·TV 시청, 체육행사, 오락회, 사회견학 등에 대하여 규정하고 있다.

행장급 ‘가’와 ‘나’급의 피보호감호자에게 사회견학을 허가하고 있다. 그러나 교화상 필요한 경우에는 그 외의 피보호감호자에게도 허가할 수 있기 때문에 실제로는 모든 피보호감호자가 사회견학을 할 수 있다(규칙 제 65조). 한편 사회적응력을 배양하고 가족과의 연계 강화를 통한 안정된 수용생활을 꾀하기 위해 귀휴제도를 운영하고 있다(행형법 제44조, 규칙 제 85조, 귀휴시행규칙 제2조). 그러나 그 취지에 따라 피보호감호자에게 더욱 강화되어야 할 귀휴나 사회견학과 같은 사회적 처우는 계호상의 문제, 보호관계의 불확실, 범죄경력 등의 제약 때문에 그 실적이 수형자보다 적은 것은 것으로 나타난다(<표-9> 참조).<sup>17)</sup>

<표-9> 보호감호소에서의 사회적 처우운영

| 구 분  | 매우 활발  | 대체로 활발  | 보 통      | 대체로 활발 못함 | 전혀 활발 못함 | 계        |
|------|--------|---------|----------|-----------|----------|----------|
| 귀 휴  | 4(3.5) | 4(3.5)  | 28(24.3) | 40(34.8)  | 39(33.9) | 115(100) |
| 사회견학 | 3(2.6) | 10(8.8) | 50(43.8) | 41(36.0)  | 10(8.0)  | 114(100) |

출처: <http://antiprison.org> (유해정, 1998)

3) 피보호감호자가 보호감호소 내외에서 노무에 종사하는 것을 근로취업이라 한다. 일반 교도소에서 수형자들의 징역과는 달리 근로는 종사하고 있는 노무에 강제성이 부여되어 있지 않다는 데 있다. 즉 징역은 수형자의 선택이나 의사결정에 관계없이 그들에게 부과하는 강제적인 징역이다(형

17) 김종정, 앞의 책, 1998, 263쪽.

법 제67조, 행형법 제35조 제1항 참조). 따라서 만일 수형자가 정당한 이유 없이 징역을 거부할 때에는 그에 상응한 징벌을 감수하여야 한다(수용자 규율 및 징벌에 관한 규칙 제3조 제3호). 피보호감호자의 근로는 교화 개선의 수단이며, 범죄에 대한 응보관념이나 교화를 위한 강제성이 배제된 자율성에 바탕을 두고 있다. 따라서 피보호감호자가 동의하지 않은 근로는 인정되지 않으며, 그 내용도 피보호감호자의 근로의욕을 높이고 직업상 유용한 지식이나 기능을 습득할 수 있는 것이어야 한다(사회보호법 제7조, 규칙 제70조 참조). 그러나 피보호감호자의 근로취업은 일반 사회 근로자의 사계약에 의한 근로자 노동과는 분명 다르다. 피보호감호자의 근로취업은 계약이 아니라, 동의와 거부를 선택할 수 있는 교화 수단의 하나라 한다. 한편 피보호감호자는 인간으로서 보장받을 수 있는 가장 기본적인 것을 제외하고는 노동관계법률, 사회보장관계법률, 사법상의 계약 등에 관하여 대부분 적용을 제한 받는다.<sup>18)</sup>

2003년 5월 현재 청송 제2보호감호소에서 실시되고 있는 작업은 거실에서 행하는 작업으로 ‘위생비닐장갑 개수 세어 포장하기’와 ‘종이 쇼핑백에 손잡이용 끈 끼어 접기’ 등 2개로 단순작업이다. 여성 피보호감호자의 경우 작업은 식당에서의 취사(9명) 뿐이다. 이러한 현실을 볼 때 작업을 통해 근로정신을 함양하고 원활한 사회복귀를 돕겠다는 작업의 취지달성과 피보호감호자들의 성공적인 사회복귀는 어려울 것이라 생각된다.<sup>19)</sup> 한편 일반 교도소에서 실시하고 있는 외부통근작업이 보호감호소에서는 실시되지 않고 있다. 외부출장근로는 수형자가 교정시설 밖의 외부기업에 취업하여 출·퇴근하는 제도로써 수형자의 자율성과 책임성을 함양시키고 기능향상을 통해 사회적응능력을 배양하여 출소 후 취업을 용이하게 하고 자립 재활의 기반을 마련한다는 취지에서 마련된 제도이다(규칙 제72조 참

18) 김종정, 앞의 책, 1998, 110쪽.

19) 유해정, 앞의 자료(<http://antiprison.org>), 2003에서 인용.

조). 일반교도소에서는 2002년 12월 현재 전국 28개 교정시설에서 1일 평균 1,710여명이 64개 기업체에 취업하여 봉제, 가구 공예, 전자제품 조립 등의 작업을 하고 있으며, 취업자들도 강한 갱생 의욕을 보이고 있어 교정 교화 프로그램으로서 성공적이라는 평가를 받고 있다.<sup>20)</sup> 보호감호소가 너무나 오지(奧地)에 위치해 있다보니 인근에 작업을 하러 나갈 공장도, 작업을 위탁해오는 기업체도 없는 까닭에 외부출장근로를 실시하지 못하고 있을 뿐만 아니라 적절한 대책을 세우지 못하고 있는 실정이다.

직업훈련은 수용자가 출소 후 사회에서 안정된 직업을 취업할 수 있도록 그들에게 적성에 맞는 기술을 가르치고 기능을 습득시키는 기술교육을 말한다(규칙 제77조 참조). 현재 보호감호소에서의 직업훈련은 정보화교육을 비롯해 타일, 건축도장, 보일러, 미용 등 10개의 직업훈련이 실시되고 있다(<표-10> 참조).<sup>21)</sup>

<표-10> 직업훈련 내용과목

| 남 성  | 여 성                                  |
|--|--------------------------------------|
| 58개 직종 (자동차정비, CNC 선반, 전자기기, 컴퓨터 수리, 승강기 수리, 제과제빵 등) | 6개 직종(한식 조리, 미용, 한복, 양장, 기계자수, 피부미용) |

\* 2000년 국정감사 자료

자격증 합격률은 90%를 상회하지만, 직업훈련 시설의 낙후와 설비의 미비, 자격증 취득 위주의 교육 등으로 사회에서는 활용하기 어렵다는 것이 지적된다.

피보호감호자의 근로에 대해서는 일정한 보상금을 지급하고 있다(규칙 제70조 제3항). 보상금의 지급을 위하여 지급 기준과 관리 방법을 따로 ‘피보호감호자근로보상금 지급규정’(2002.12.3 예규작업 제650호)을 두고 있

20) 법무부 교정국, 교정행정 개선, 2003 참조.

21) 유해정, 앞의 자료(<http://antiprison.org>), 2003에서 인용.

다. 근로보상금 지급의 취지는 근로의욕을 고취하고 작업활성화를 꾀하는 것에 있으며, 근로보상금은 근로성적 등급에 따라 결정하며 등급별 기본일액은 <표-11>과 같다. 하루 일당으로 받는 피보호감호자들의 근로보상금은 1,400원에서 5,800원 수준으로, 법정 1일 최저 임금이 18,200원이라는 사실을 감안한다면 상당한 차이가 나는 액수이다. 더욱이 의약품과 일용잡화 등을 별도로 구매해 사용해야하는 감호소 내 조건상 매달 필요한 지출을 감당하기에도 역부족이다. 적은 근로보상금은 사회 정착금으로서의 기능을 전혀 못하고 있다.<sup>22)</sup>

<표-11> 근로성적 등급별 기본일액표 (단위: 원)

| 구분   | 1급    | 2급    | 3급    | 4급    | 5급    | 6급    | 7급    |
|------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| 기본일액 | 5,800 | 4,700 | 3,800 | 2,900 | 2,300 | 1,700 | 1,400 |

출처: 피보호감호자 근로보상금지급규정

4) 수용 중 규율을 위반한 피보호감호자는 ‘수용자규율 및 징벌에 관한 규칙’의 적용을 받는다. 즉 이 규칙은 행형법 제45조 내지 제48조의2 및 사회보호법 제42조의 규정에 의하여 수형자·미결수용자 및 피보호감호자가 준수하여야 할 규율과 그 위반행위에 대한 조사·징벌절차 및 징벌양정기준 등 징벌처분에 관하여 필요한 사항을 규정하고 있으며, 이 규칙은 교도소·소년교도소·구치소 및 그 지소와 감호소의 수용자에 대하여 적용한다(제1조와 제2조 참조).

징벌이란 수용자가 수용 질서의 유지를 위한 규율에 위반하였을 경우, 그 수용자에게 과하는 불이익처분을 말한다. 징벌은 그 내용이 ‘필요한 최

22) 대부분의 피보호감호자들은 출소할 때 40~100만원 정도를 가지고 보호감호소를 나오게 된다. 그러나 이 정도의 돈으로는 장기 구금으로 인해 가족이 해체되거나 가족들과의 관계가 소원해진 피보호감호자들에게는 사회에서 불과 며칠을 생활 할 수 있는 액수밖에 되지 못한다(2003년 6월 17일 MBC PC수첩 참조).

소한도'이어야 하고, 그 수단으로서는 '최후의 수단'이며, 방법으로서는 '발생원인과 위반 내용의 정확한 분석'이라는 기준이 반드시 따라야 한다. 피보호감호자는 약 80% 이상이 보호감호소의 생활수칙과 규율이 엄하다고 한다.<sup>23)</sup> 징벌을 하나의 교화 수단으로 본다면, 그 제도에 맞는 구체적인 프로그램이 필요하고, 그 프로그램은 개별 규율 위반자에 따라 특성화되어야 할 필요가 있다. 또한 징벌의 운용에 관한 프로그램은 일정한 기본 범주 안에서 보다 적극적인 교화 방법이 되어야 하겠다.

5) 피보호감호자의 수용 전력은 평균 7범 이상이고 40대 이상의 연령이 전체 수용인원의 3분의 2를 차지하고 있으며 질병에 노출된 수용자의 과다와 질병의 다양성에 비해 의료 수요 욕구에 대한 충족이 이에 미치지 못하여 수용질서 유지에 항상 어려움을 겪고 있다. 이들 수용자들이 겪고 있는 질병으로는 고혈압, 당뇨, 위장장애, 간염 등 내과질환, 신경계 등 복합적으로 발병되는 구금성 질환이 주종을 이루고 있다.<sup>24)</sup> 그러나 인근에 종합병원 등 의료기관이 없어 45km떨어진 안동시 소재 의료기관을 이용하므로 소요 시간이 50여분 걸리고 계호 등 보안상의 어려움이 있어 원활한 환자 처치가 어려운 형편이다.<sup>25)</sup>

### Ⅲ. 형사제재 이원주의의 개관

사회보호법은 그 출발점에서부터 문제가 있는 것은 사실이다.<sup>26)</sup> 최근에

23) 김종정, 앞의 책, 1998 참조.

24) 박현희, “보호감호업무의 소고”, 교정 (3월호), 1999 참고.

25) ‘의료’에 관한 실태는 몇 가지 자구 수정 이외에 전체 내용을 유해정, 앞의 자료, 2003에서 따왔다.

26) 이에 대해서는 유해정, 앞의 자료, 2003; 한영수, “사회보호법상의 보호감호제도와 독일

제기되고 있는 보호감호제도의 근본적인 문제점과 개선방향을 찾기 위해서는 그 제도를 담고 있는 사회보호법의 정당성부터 따져야 할 것이다. 사회보호법은 사법적 의미의 보안처분을 규정하고 있기에 보안처분의 필요성 또한 생각할 문제이다. 오늘날 형벌과 보안처분제도, 즉 형사제재의 이원주의를 운영하고 있는 현실에서 형벌과 보안처분의 관계 또한 되짚어보아야 할 것이다. 이러한 내용들이 분명해져야 보호감호제도가 과연 필요한 것인가, 정당한 것인가, 어떠한 바람직한 틀을 갖춰야 할 것인가를 이야기할 수 있다.

#### 1. 우리나라 보안처분의 연혁

1) 형벌의 의의와 목적에 관하여 여러 가지의 논의가 있지만, 형벌은 응보를 본질로 하며 책임원칙에 따르면서 일반예방의 목적과 특별예방의 목적을 가진다고 하는 견해가 지배적이다.<sup>27)</sup> 그러나 응보적 책임형벌만으로는 사회의 변화에 따른 범죄의 다양화 및 누범과 상습범, 집중범(Intensivtäter)<sup>28)</sup>의 급증을 비롯하여 책임능력을 물을 수 없는 사람, 알코올·마약중독자와 같이 형벌의 위하적·개선적 효과가 기대되지 못하는 범죄인에게는 제재수단으로서의 한계를 가지게 되었다.

형벌은 과거의 범죄행위에 대한 제재수단으로 이에 는 책임주의의 원칙이 적용되지만, 보안처분은 범죄행위에서 나타난 행위자의 장래의 위험성

---

보호감호제도의 비교고찰”, 사회보호법 무엇이 문제인가? 토론회자료집, 2003(<http://antiprison.org>); 문부식, 잃어버린 기억을 찾아서- 광기의 시대를 생각함, 삼인, 2002 등의 문헌 참조.

27) Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 1992, S.43.

28) 집중범(Intensivtäter)은 범죄의 종류·경중 및 빈도에 있어서 특히 사회적 위험성이 높은 다중범의 형태(Mehrfachschaff)를 띠고 있다; 이에 대하여는 Chang, a.a.O., S.33ff.; Kaiser, Intensivtäter, In: KKW, 3.Aufl., 1993, S.178ff.; Kerner, Mehrfachschaff, “Intensivtäter” und Rückfälligkeit, In: KrimGegfr 17(1986), S.102ff.; Schneider, Kriminologie, 1987, S.314. 참조.

에 의하여 과해지는 점에서 본질적인 차이가 있다. 한편 보안처분은 사법 처분이라는 점에서 행정처분과 구별되며, 사법처분중 형사처분이라는 점에서 손해배상과 같은 민사처분과 구별된다.

현대적 의미의 보안처분은 1893년 스위스 형법학자 슈토스(Stooß)에 의하여 스위스 형법예비초안에서 제시되었다.<sup>29)</sup> 형사제재 이원주의가 슈토스의 초안에서 제시된 이후 유럽의 여러 나라에서 보안처분제도를 입법화 하게 되었으며, 오늘날 대부분의 국가는 보안처분을 형법전 내지 특별법에 규정하고 있다.<sup>30)</sup> 우리나라는 일제시대의 치안유지법에 따른 예비검속(豫備檢束)에 의한 보호조치를 비롯하여, 해방이후 보안처분적 제재가 시행되었다.<sup>31)</sup>

1972년 제4공화국헌법에서 보안처분에 관한 헌법적 근거를 마련하였다. 그러나 법률에서 보안처분이라는 용어를 처음으로 사용한 것은 1975년 제정된 사회안전법(1975.7.16, 법률 제2769호)이다. 사회안전법은 반국가사범에 대하여 형집행정료 후에도 재범위험성이 있고 사회복귀를 위한 교육·개선이 필요하다고 인정될 때에는 보호관찰, 주거제한 그리고 보안감호의 처분을 할 수 있도록 규정하였으며(같은 법 제3조) 이들 처분을 총괄하여 보안처분이라고 하였다. 그러나 사회안전법에서의 보안처분은 위법행위를 전제로 하여 장래의 위험성에 대처하기 위한 처분이라는 점에서 보안처분적 제재의 성격을 띠고 있으나, 보안처분심의위원회의 의결을 거쳐 법무부장관에 의하여 처분이 결정되기 때문에 사법처분으로서의 보안처분은 아니었다(같은 법 제17조).<sup>32)</sup>

29) 이재상, 사회보호법론, 1981, 30쪽.

30) 다른 나라의 보안처분제도에 관하여는 법제처, 앞의 자료, 1975; 법무부, 외국의 보안처분제도 연구(법무자료 제167집), 1992 참조.

31) 이에 대한 자세한 내용은 이승호, 우리나라의 보안처분류 제재체계에 대한 비판적 검토- 처분대상자의 관점에서, 서울대학교 박사학위논문, 1991, 19면 이하 참조.

32) 사회안전법은 1989년 5월 28일 사회안전법개정법률에 의해 보안관찰법으로 바뀌고 주거제한처분 및 보안감호처분이 삭제되고 보안관찰처분만 존치하고 있다.

상습범, 정신장애범죄자 그리고 마약류와 알코올 중독자 등 특히 위험한 범죄인에 대하여 사회보호와 교육·개선 및 치료를 위한 감호와 보호관찰을 행하는 보호처분제도를 마련하기 위하여 정부는 사회보호법의 제정을 제안하고 당시의 입법기관을 대신했던 국가보위입법회의에서 1980년 법률 제3286호로 공포하게 되었다.<sup>33)</sup> 한편 1992년 형법개정법률안에서는 형사정책적 요청에 부응한 형벌제도와 형량정비와 형사특별법의 형법에서의 통합이라는 형법개정의 기본방향에 따라 현행 사회보호법상의 보호처분제도를 개정형법안에 편입시켰다.<sup>34)</sup>

## 2. 보안처분의 필요성과 정당성

1) 보안처분의 필요성은 형벌만으로는 형법의 기능이 충분히 수행되지 못한다는 현실적인 이유에서 찾을 수 있다.<sup>35)</sup> 즉 형법은 인간의 공동생활에 있어서 불가결한 가치를 보호하기 위하여 형벌이라는 제재수단을 발동하지만, 형벌은 책임을 전제로 한다. 형벌이 이미 발생한 범죄행위에 대한 사후적 제재라는 관념과 행위책임을 엄격하게 고수하면 행위자의 특이한 성격적 결함으로 인하여 이에 대한 교화·개선의 필요성이 인정될 때, 재범의 개연성이 현저할 때 또는 형벌을 부과할 수 없는 책임무능력자의 재범위험성에 대한 보안·개선 그리고 치료의 목적은 책임을 기초로 하는 형벌로는 달성할 수 없다.

보안처분은 형벌의 제약성에서 출발하여, 형벌을 가할 수 없거나 행위자의 사회적 위험성으로 인하여 형벌에 의하여 목적을 달성할 수 없는 경

33) 국가보위입법회의, 국가보위입법회의통과법률집(제1집), 1981, 139면 이하 참조.

34) 이로써 기존의 형사제재의 이원주의에 근본적인 변화를 가져온 것은 아니지만, 특별법에 규율되어 있던 보호처분제도를 형법에 편입하여(제3장 형과 제4장 보안처분) 형사제재체계의 통일성을 이루게 되었다.

35) 송문호, “사회보호법상 보호감호에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 (제13호), 한국형사법학회, 2000, 289쪽.

우에 형벌을 대체하거나 또는 형벌을 보완하는 예방적 성격의 제재를 의미한다. 여기에서 보안처분의 필요성이 인정된다. 따라서 보안처분은 형벌 보충적·대체적 기능을 찾을 수 있다.<sup>36)</sup>

2) 보안처분이 필요한 제도라 해도, 보안처분도 형벌과 마찬가지로 대상자에 일정한 부담이나 자유의 제약이 부과되는 제재수단이다. 따라서 아무런 원칙도 없이 자의적으로 부과된다면 국민의 자유와 인권의 보장에 문제가 된다. 특히 보안에 중점을 두는 보호감호의 경우는 자유를 제한하는 정도가 크다는 점에서 정당성의 문제가 제기된다. 따라서 보안처분은 몇가지 지도원리하에서만 정당성이 확보될 수 있다. 법치국가의 이념에 상응하는 보안처분의 지도원리로는 보안처분법정주의, 적법절차원리, 그리고 비례성원칙이 있다.

죄형법정주의의 원칙은 형법의 기본원칙으로서 국가의 부당한 형사제재로부터 국민의 인권과 자유를 보장하여 주는 역할을 하고 있다. 보안처분도 형벌과 같은 형사제재이다. 따라서 이 원칙은 보안처분을 과하는 경우에도 적용되어야 한다. 이에 죄형법정주의 일반원칙인 성문법주의, 법률불소급의 원칙, 명확성의 원칙, 유추해석의 금지 등이 보안처분에서도 지켜져야 한다.

헌법 제12조 제1항은 보안처분에 대한 적법절차를 규정하고 있다. 적법절차란 누구든지 적정한 법의 절차에 의하지 아니하고는 생명·자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다는 원칙으로서 법률의 실체와 절차가 적정할 것을 요구한다. 보안처분을 과하기 위해서는 근거가 되는 법률이 정당한 절차에 의하여 만들어져야 할뿐만 아니라, 내용의 면에 있어서도 정당한 법이어야 하며, 법관의 선고에 의해서만 가능하도록 그에 대한 사법절차가

36) Jakobs, Strafrecht. A.T., 2.Aufl., 1991, S.31ff.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Straf- rechts. A.T., 5.Aufl., 1996, S.74ff.; Kaiser, a.a.O., 1990, S.5.

입법적으로 확립되어야 한다. 적법절차를 무시한 보안처분은 헌법위반이 되어 위헌심사의 대상이 된다.

구성요건에 해당하고 위법하며 유책한 행위는 형벌의 근거가 된다. 보안처분을 과하기 위해서도 구성요건에 해당하고 위법한 행위가 있어야 하고 다시 위법한 행위를 할 상당한 위험성이 있어야 한다. 형벌이 책임원칙에 의하여 제한되듯이 보안처분은 비례성의 원칙에 의하여 제한된다. 비례성의 원칙이란 행위자에 의하여 행하여진 범죄와 장래에 기대될 범죄의 위험성 정도와 균형을 종합적으로 고려하여 필요한 정도 내에서 제한한다는 원칙이다. 보안처분을 규정한 사회보호법은 비례성원칙에 대한 명문규정이 없으나,<sup>37)</sup> 오늘날 법치국가사상이 인간의 존엄과 가치를 모든 법질서에 우선시키고 있기 때문에 이 원칙이 무시되어서는 안된다.

### 3. 형벌과 보안처분의 관계

형벌과 보안처분의 관계는 비교법적으로 이원주의, 일원주의, 대체주의의 세 가지 입법태도가 있다.

1) 이원주의는 형벌과 보안처분이 동시에 선고되고 중복적으로 집행하는 태도이다. 형벌과 보안처분의 목적이 본질적으로 다르다는 점에서 출발한다. 즉 형벌은 책임을 기초로 과거행위에 대한 응보의 목적을 지닌데 반하여, 보안처분은 행위자의 장래의 위험성에 대한 대책이라는 목적을 지녔다는 점이다. 이러한 전제에 따라 이원주의는 형벌과 보안처분을 동시에 선고하고 중복적으로 집행할 것을 요구한다. 일반적으로 보안처분은 형벌의 집행종료 후에 집행한다. 이원주의는 형벌과 보안처분의 구별이 이론상

37) 현행 형법에는 책임원칙도 명문의 규정이 없다. 1992년 개정형법에서는 책임원칙은 제 44조 제1항에 이의 원칙을 명시하고 있으나 비례성의 원칙은 규정하고 있지 않다; 법무부, 형법개정법률안 제안이유서(형사법개정자료 XIV), 1992, 57면 이하 참조.

으로는 가능하지만 실제로는 불가능하고, 형벌과 보안처분이 중복적으로 집행되는 경우 그 대상자는 가혹한 처벌을 받는다는 생각을 갖게 되어 형사정책적 효과를 기대하기 어렵다는 비판이 제기된다.

2) 일원주의는 형벌과 보안처분의 목적은 본질적으로 같다고 보고, 형벌과 보안처분 중 어느 하나만을 선택적으로 적용하는 제도이다. 형벌과 보안처분이 범죄자의 개선 및 사회복귀라는 목적에서 동일하므로 형벌의 특별예방적 효과를 기대할 수 없는 경우에는 형벌의 적용을 배제하고 보안처분을 적용해야 한다는 생각이다. 실제에 있어서 보안처분 집행의 성격은 형벌과 같다.<sup>38)</sup> 형벌과 보안처분의 목적 동일성에 근거한 일원주의는 책임과 위험성의 구분이 모호하게 되며 책임원칙을 배제 내지는 약화시키는 결과를 초래하게 된다는 비판이 제기된다. 일원주의에 의하면 형사제재로서 형벌과 보안처분은 하나가 되어 형법은 결국 순수한 보안처분법으로 남게 된다고 한다.<sup>39)</sup>

3) 대체주의는 책임주의에 따라 형벌을 선고하되 그 집행단계에 있어서는 보안처분에 의하여 대체하거나 일정한 조건하에 보안처분의 집행이 종료한 후 형벌을 집행하는 제도이다. 이원주의와 일원주의를 절충한 형태이다. 보안처분은 행위자의 개선을 목적으로 하기 때문에 행위자에 대한 특별예방적 처분을 우선으로 여긴다는 것이 이론적 근거이다. 보안처분의 우선집행, 보안처분 집행기간의 형기산입, 보안처분 집행 후의 형벌집행의 유예가능성 등이 대체주의의 특징이며, 형벌과 보안처분의 관계에서 이론적인 면보다는 실질적인 면을 강조하고 형사정책적인 고려를 중시한다. 대

38) 따라서 보안감호는 보안처분이란 이름 하에 감추어진 형벌이며, 이에 명칭사기 또는 간판사칭(Etikettenschwindel)에 불과하다는 문제가 제기된다(하태훈, “현행 보안처분제도의 문제점과 개선방안”, 형사정책 제5호, 한국형사정책학회, 1990, 101쪽 참조).

39) 이재상, 사회보호법론, 경문사, 1981, 64쪽.

체주의도 비판이 제기되지만, 형벌과 보안처분의 본질상의 차이를 인정하면서 조화를 꾀한다는 점에 바람직하다. 이원주의적 형사제재에 있어서 응보의 관념을 배제하고 특별예방을 일반예방보다 우선적으로 고려한다면, 대체주의가 일반인의 법익보호와 범죄자의 사회복귀를 돕는 형벌관에 가장 적합한 것이라 할 것이다.

#### IV. 보호감호의 문제점과 개선방안

##### 1. 보호감호의 개선 필요성

우리나라의 보호감호는 집행과 처우, 그리고 보호감호소의 위치와 시설 등으로 형벌과 다름이 없다. 따라서 초기부터 보호감호제도는 이중 처벌의 논란과 위헌시비가 끊이지 않고 있으며, 그 실효성에 대한 강한 의문이 제기되고 있다. 먼저 보호감호제도를 폐지시켜야 하는가에 관한 논점부터 시작하자.

여러 가지 근거를 찾을 수 있다. 보호감호라는 제도 자체가 이중 처벌에 해당하기에 위헌이며, 따라서 폐지해야 한다는 주장이다. ‘이중 처벌’이라는 것을 놓고 볼 때에는 당연히 문제가 된다. 그러나 보안처분의 본질과 필요성을 생각한다면 보안처분의 한 종류인 보호감호의 폐지가 아닌 개선이 요구되는 사안이다. 우리의 경우 보호감호는 형벌과 보안처분의 관계에서 이야기되는 이원주의를 취하고 있기 때문에, 형벌을 집행하고 그리고 보호감호를 집행한다. 그러기에 이중 처벌 또는 이중 형벌이라는 생각을 떨칠 수 없다. 그러나 이원주의가 아닌 대체주의를 취한다면 논점은 달라질 수 있다.

보안처분제도 또는 개별예방주의에 대한 다양한 반대의 목소리에도 불구하고 새겨야 할 점은, 개별예방 또는 특별예방사상은 인본주의와 합리성의 한 단면으로서 형법에 받아들여졌으며, 따라서 너무 성급하게 포기해서는 안된다는 것이다. 보호감호의 경우에서도 대체주의를 통해서 개선할 필요가 있으며, 보호감호의 포기보다는 형식적 요건들을 강화해 나가고 적용 범위를 꼭 필요한 경우로 줄여 나가는 방향을 모색하여야 할 것이다.<sup>40)</sup>

## 2. 사회보호법의 폐지 필요성

1) 사회보호법 제42조에 의하면 보호처분에 관하여 이 법, 즉 사회보호법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위 안에서 형사소송법과 행형법의 규정을 준용하도록 하고 있다.

보안처분은 형벌과 본질적으로 성질이 다른 형사제재에 속한다. 이에 보안처분에 형사소송법과 행형법을 준용하는 것이 보안처분의 이념에 부합되는지의 의문이 제기된다. 책임을 전제로 하는 형벌이라는 제재에 관한 절차법인 형사소송법과 행형법을 장래의 위험성을 전제로 하여 범죄인의 개선 또는 격리를 목적으로 하는 보안처분에서도 그대로 준용함에 문제가 있다 할 것이다. 견해에 따라서는 별도의 보안처분집행법을 제정해야 한다고 한다.<sup>41)</sup> 그러나 행형법에 보안처분에 관한 별도의 장을 신설하면 족할 것이다.<sup>42)</sup>

40) 이에 대한 구체적 방안은 송문호, 앞의 글, 2000; 한영수, 앞의 자료, 2003의 내용을 참조.

41) 배중대, 형법총론, 2002, 604쪽.

42) 독일행형법에는 제3장에 '자유박탈을 수반하는 보안처분에 대한 특별규정'(Besondere Vorschriften über den Vollzug der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung, §§129~138)을 두고 있다.

2) 1992년 법무부 형사법개정특별심의위원회에서 확정된 형법개정안은 현행 사회보호법상의 보안처분제도를 형법전에 편입시켰다. 이로써 특별법인 사회보호법에 규율되어 있던 보호처분제도가 형법에 편입되어 형사제재의 이원주의체계에 있어서 통일성을 이루게 되었다.

형법개정안의 긍정적인 측면은 다음과 같다. ① 보안처분제도를 형법전에 편입시켰다는 점이다. ② 감호의 집행순서에 관해서 보호감호와 치료감호의 판결이 있는 때에는 치료감호를 먼저 집행하도록 하고 있다. 또한 정신장애자에 대한 치료감호처분과 마약·알코올 등의 중독자에 대한 치료감호처분의 판결이 있는 때에는 후자를 먼저 집행하도록(제107조 제5항) 규정하고 있다. 이와 같은 보안처분의 집행순서는 보안처분의 목적이 보안처분 대상자를 격리수용하여 사회를 보호하려는 보안목적만 있는 것이 아니라, 교화·개선과 치료를 통한 범죄인의 재사회화에 있다는 점을 고려한 것이며, 자유박탈적 보안처분이 부과된 범죄인에게 재사회화시도의 가능성이 열려 있어야 한다는 점에서 타당하다고 본다. 한편 ‘보호처분’이라는 명칭을 ‘보안처분’으로 하였으며, 보안처분의 종류로 보호감호(제93조, 제95조), 치료감호(제96조, 제97조) 및 보호관찰(제102조, 제103조)을 규정하고 있다.

그러나 형법개정안은 사회보호법상의 보호처분에 관한 규정 중 일부를 내용의 변경없이 그대로 형법에 옮겨 규정하고 있다. 즉 사회보호법의 보호처분의 종류, 보호감호의 요건과 내용을 비롯하여 치료감호의 요건과 내용, 보호관찰의 대상 및 내용에 관한 규정과 보호처분의 집행의 순서와 방법에 관한 규정 등이 ‘제4장 보안처분’(형법개정안 제92조~제109조)에 놓이게 되었다.<sup>43)</sup>

43) 이 점은 형사제재체계의 개정에 대한 부정적 평가의 근거가 되고 있다. 즉 1989년의 사회보호법의 개정에도 불구하고 많은 문제점을 안고 있는 보호처분제도를 내용적인 수정과 보완없이, 자구적 변경만을 가한 채 단순히 장소적으로 이전시켰기 때문이다.

3) 범죄자 처벌의 형벌제도, 그리고 위험한 상습범죄자 또는 누범자의 처우를 위한 보안처분제도로 구축된 형사제재의 이원주의를 제대로 구현하기 위해서는 1996년 개정형법과 같이 형법전에 형벌의 장(章)과 보안처분의 장을 같이 놓는 것이 바람직하다. 아울러 행형법 또한 수형자만을 대상으로 하는 것이 아닌 보안처분 대상자도 같이 규율할 수 있도록 피하여야 할 것이다. 이러한 의미에서 사회보호법은 폐지함이 마땅하다.

### 3. 보호감호의 개선 방향

1) 보호감호는 결국 위험한 상습범죄인 내지 상습누범자가 그 대상자가 된다. 일반적으로 보아 상습범죄인은 사실상 개선불가능이므로 많은 국비를 들여 교정한다는 것은 무의미하고 따라서 범죄로부터 사회를 보호한다는 사회방위의 차원에서 격리수용이야말로 보호감호의 실제적 목적이라는 견해가 나올 수도 있다.<sup>44)</sup> 그러나 이러한 상습누범자 내지 상습범죄인이 모두 개선불가능이라고는 단언할 수 없다. 결국은 분류제도의 과학화·전문화를 통하여 개선가능한 자와 개선이 불가능한 자를 가려내고, 그 결과 개선가능한 상습누범자에 대하여는 재범위험성을 제거하고 사회복귀를 추진하기 위하여 집중적인 노력이 요구되는 것이다. 한편 개선이 곤란한 위험한 상습누범자의 경우에는 사회의 안전을 위하여 격리수용의 필요성이 강조될 수밖에 없다.

따라서 개선 가능한 상습누범자 또는 범죄인에게는 ‘교정처우’에 치중한 보호감호처분과 개선이 곤란한 상습누범자 또는 범죄인에게는 ‘격리수용’에 치중한 보호감호처분의 이원적 제도운영의 필요성이 제기된다.<sup>45)</sup> 실제

44) 이러한 예로서는 미국의 소위 선택적 무력화(Selective incapacitation; Unschädlichmachung)를 들 수 있다.

45) 임웅, “누범수형자의 효율적 관리방안”, 형사정책연구 제3권 제1호, 1992, 252쪽 이하 참조.

로 청송보호감호소의 옆에 초중구금시설인 청송제2교도소가 개설된 바 이에 따라 보호감호처분의 이원적 운영의 적극적 검토가 가능하다.

2) 보호감호처분 제도의 운영이 실효성을 거두기 위하여는 수용시설을 가급적 소규모로 분산하고 또한 가능한 산업시설이 많은 중·대도시와 가까운 장소에 설치하여야 한다. 이는 보호감호소에서의 처우는 사회적응력 배양에 중점을 둔 직업훈련강화 등의 효율적인 실시가 요구됨에 그 이유가 있다. 종래 구금제도의 미비점을 보완 내지 대응하는 제도로서 될 수 있는 대로 일반사회에 접근시키고 또 사회와 교통케 하여 사회접근을 쉽게 하려는 처우의 사회화 경향을 들 수 있다.<sup>46)</sup>

이러한 취지에서 보호감호에서 무엇보다 시급한 개선은 개방시설에서의 처우이다. 전통적인 시설처우에서 탈피하여 수형자에 대한 형벌의 인도주의와 형벌의 교정효과 및 형벌의 경제성 등의 관점에서 수형자의 자율적 생활이 허용되는 제도이다. 개방적 처우가 수용자의 사회 재적응과 신체적·정신적 건강촉진에 유익하고, 교도작업과 직업훈련의 운영에 효율적이라는 것은 1955년 제네바에서 개최된 제1회 유엔범죄방지 및 범죄자 처우회의에서 채택된 ‘개방시설에 대한 권고결의안’에서 강조되었다. 보호감호의 시행에 있어서도 개방적 처우를 실시하여 수용정원 300~500명의 소규모 보호감호소를 도시 근교에 설치 운영하는 방안이 강구되어야 하겠다. 이러한 토대에서 외부 기업체 통근 작업 등을 실시할 수 있고, 그를 통하여 피보호감호자의 사회적응력을 배양할 수 있을 것이다.

3) 보호감호소 조직의 합리화가 요구된다. 보호감호소의 조직과 관련하여, 일반교도소와 보호감호소의 직원들의 차이점을 고려하여, 특히 보호감

46) 사회내 처우에 관한 자세한 내용은 오영근, 범죄인의 사회내 처우에 관한 연구 - 미국의 사회복귀이론과 제도를 중심으로, 서울대학교 법학박사학위논문, 1988 참조.

호소 직원들의 전문화가 요구된다. 현행의 조직운영의 구조는 보호감호소 자체의 직원의 인사·조직·운영 등은 법무부 교정국에서 실시하고 있으며, 피보호감호자들의 가출소 업무 등은 법무부 보호국에서 실시하고 있다. 이에 혼란을 제거하기 위하여 업무의 일원화가 필요하다.

4) 행형시설에서의 교육의 주된 목적은 수형자를 교정·교화하여 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 하는 것이다(행형법 제1조 참조). 현재 보호감호소에서 실시하고 있는 정신교육, 종교교육, 학과교육 및 직업훈련에 대한 문제점은 일반적인 교정교화에 있어서 제기되는 문제점과 유사하다. 이에 그 문제점과 개선방안을 다음과 같이 간단히 살펴본다.

첫째, 교육의 개선과 체계적 운용이 요구된다. 현재 시행중인 학과교육은 거의가 검정시험을 대비하기 위한 체제로 되어 있으며, 그 혜택 또한 일부 희망자에게 한정되어 있는 등 피보호감호자에 대한 전반적인 학과교육은 실효를 거두지 못하고 있다. 따라서 현재의 검정시험 위주의 교육방식을 과감히 탈피하여 초·중·고등 과정교육에 더욱 치중하여 내실화를 기해 교육의 혜택을 받고자 하는 피보호감호자는 빠짐없이 받도록 하여야 할 것이다. 이와 아울러 교육시설과 교육환경에 과감한 투자가 있어야 하겠다. 피보호감호자의 자립·자활의지 및 준법정신의 함양을 목적으로 하는 정신교육과 도덕성을 회복하여 진실한 삶을 영위토록 함에 목적을 둔 종교교육을 위하여 지도력과 덕망을 갖춘 전문가를 확보하는 것이 중요한 과제라 하겠다. 한편 학과교육의 강사부족의 해결 및 내실화를 위하여는 외국의 예와 같이 교사, 심리사, 사회사업사 등으로 세분하여 교사에게는 학과교육만을 전담케 하는 방안이 검토되어야 할 것이다.

둘째, 사회적응교육의 강화가 절실하다. 보호감호소에 수용되어 있는 피

보호감호자의 특성으로 보아 학과교육 외에도 사회교육과정이 강화되어야 한다. 피감호자가 출소후 사회에서 직면하는 제문제를 원활히 해결할 수 있도록 대인관계의 능력을 배양하고 건전한 사회인으로 육성시키기 위하여는 사회견학 등을 통한 사회적응교육이 강화·실시되어야 할 것이다. 보호감호소의 교육은 대부분이 시설내 교육으로 실시되고 있다. 시설내 교육과 훈련의 결합을 보완하기 위하여 감호시설의 근처에 있는 사회교육기관과 결연을 통하여 더욱 효과적인 사회적응교육을 실시할 수 있을 것이다.

셋째, 직업훈련이 개선되어야 하겠다. 보호감호소에서의 직업훈련은 새로운 기술의 습득보다는 취업에 도움이 되지 못하는 사양 직종에 대한 훈련에 그치고 있다. 오늘날 고도산업화의 추세에 비추어 효과적인 직업훈련의 실시를 위해서는 취업유망직종의 개발, 우수한 직업훈련교사의 확보, 외부출장 직업훈련의 강화, 직업훈련시설 및 장비의 과감한 투자를 비롯하여 훈련수료생의 사후지도 등이 고려되어야 할 것이다.

5) 여기에서는 보호감호대상자의 처우의 한 방법으로써 사회치료처우의 도입에 대하여 살펴보고자 한다.<sup>47)</sup> 사회치료는 의학적, 심리학적, 사회학적, 교육학적 등 오늘날 생각할 수 있는 모든 가능한 방법에 의해 범죄행위를 사회행동의 과정에서 될 수 있는 한 정상화(사회화) 시키며, 사회복귀를 적극적으로 돕고 나아가 재범방지를 목적으로 한다. 사회치료는 개개의 대상자가 사회생활 집단에서 다른 사람과 관계하면서 그 사람에 대한 문제점이나 결함을 스스로 자각하여 서서히 자력으로 생활을 극복할 수 있도록 하는 생활극복기술(Lebensbewältigungstechnik)을 습득시켜 건전한 생활을 유지할 수 있도록 도와주며 인도하는 것이라고 말한다. 사회치료의 방법에는 정신분석치료, 정신요법, 진단요법, 행동요법, 접촉요법, 작

47) 이에 대하여는 장규원, “독일형법 제65조의 삭제와 상습누범자의 대책”, 형사정책연구소식(통권 제16호), 1993, 8쪽 이하 참조.

업요법, 약물요법, 음악요법 등을 들 수 있다.<sup>48)</sup> 사회치료의 개념은 그 치료방법의 다양성과도 같이 상당히 폭넓다는 것을 알 수 있다. 결국 사회치료는 범죄인의 사회복귀를 도와주는 처우 목적에 따라 그들의 행동 또는 사고 변화에 대응하기 위한 모든 방법의 종합 개념이라 설명할 수 있다.<sup>49)</sup>

독일에서는 1960년대 형법개정작업에서 소위 대안과 교수들에 의하여 제안된 ‘사회치료시설에의 수용’이라는 새로운 제도를 입법화함으로써 처우가 곤란한 사람에 대하여 대처하고자 하였다.<sup>50)</sup> 그 대상자는 ① 중대한 인격장애에 따른 상습누범자, ② 위험한 성적 충동범, ③ 재범위험성이 있는 미성년 범죄자, ④ 정신장애범죄자의 4가지 행위자로 하였다. 사회치료처우의 실시는 그 근거조문인 형법 제65조의 삭제에 의해 소위 ‘보안처분에 의한 해결’(Maßregelösung)이 포기되었으나, 독일 행형법 제9조에 의한 이른바 형의 ‘집행에 의한 해결’(Vollzugslösung)에 의하여 계속되고 있는 제도이다.

사회치료처우의 기본은 이른바 사회치료법을 통해 중한 폭력성 누범자에 대하여 가능한 짧은 기간 동안에 폐쇄시설 내에서의 처우를 회피하면서 개방적인 분위기 속에서 지역사회의 협력아래 일반사회의 각종 시설이나 기관을 활용하여 사회복귀의 추진을 목표로 한다. 이를 위하여 다음의 기본원칙을 정하고 있다. ① 선고받은 형기 내에서 가능한 한 유효하면서

48) Göppinger, a.a.O., 1980, S.411.

49) 사회치료라는 용어는 형법, 형사정책 분야에서는 비교적 새로운 개념이다. 그러나 이의 개념은 1947년에 이미 빅터 본 바이체커(Viktor von Weizsäcker)에 의해 논의되기 시작 하였다; Steller, Sozialtherapie statt Strafvollzug, 1977, S.11ff. 참조. 그는 이 개념을 환자의 사회환경을 바꾸는데 도움이 되는 정신요법적 방법으로 이해하였다. 그러나 당시에는 ‘사회치료’를 이용하여 범죄자를 처우한다는 발상에는 이르지 못하고, 1966년 형법개정대안 제69조에 ‘사회치료시설에의 수용’(Die Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt)이 새로운 개선처분의 하나로 제안된 이래 형사법 영역의 용어로서 사용되었다(Alternativ-Entwurf eines StGB, A.T., 2.Aufl., 1969, S.133ff. 참조).

50) 사회치료시설 수용처분은 정신병원에서의 수용(제63조), 급단시설에서의 수용(제64조), 보호감호시설에의 수용(제66조)과 함께 자유박탈적 보안처분의 하나로서 구상하였다.

또한 집중적인 처우를 실시하며, 처우결과의 좋고 나쁨으로 형기의 연장 또는 단축을 하지 않는다. ② 치료상 필요하다 하여 확실치 않은 기간처우는 지양한다. ③ 특별한 신뢰관계, 부담, 자주성을 전제로 한 치료에 대해서는 대상자의 동의에 따라 비상근 치료전문가에게 의뢰한다. ④ 교육적인 면에서 집단 마라톤회의 등을 통하여 보다 적극적인 인간관계를 경험시킨다. ⑤ 작업, 교육프로그램, 공동생활, 여가시간에 관한 계획은 사전에 구체적으로 결정하게 한다. ⑥ 사회훈련, 학과교육, 시설내부에서의 치료처치 등에 대해서는 대상자 모두가 시간적으로도 충분히 그리고 끝까지 해낼 수 있는 기간을 설정한다.

사회치료처우의 제1단계는 폐쇄시설에 수용한다. 수용인원과 직원 수는 거의 비슷한 비율로 한다. 이 단계에서는 과거의 생활태도 등에 관하여 총점검하고 아울러 장기적이고 안정적인 미래의 생활설계의 확립이 중심이 된다. 처우의 두 번째 단계는 개방시설에서의 처우이다. 즉 대부분의 수용자는 자매시설이라고 하는 개방시설로 이송된다. 자매시설수용 규칙에 반할 경우에는 중앙시설로 보내어진다. 제2단계에서는 개방적 분위기 속에서 수용자의 완전한 자립을 그 처우 목표로 한다. 따라서 가능한 일반 노동자와 동일한 노동조건, 임금조건으로 취업을 시킨다거나 작업훈련을 시킨다. 제3단계에서는 남은 형기 동안 보호관찰에 진행된다. 물론 이 기간 중에도 대상자가 희망한다면 교육, 직업훈련, 여가시간 활동에 대한 원조를 제공한다. 이렇듯 사회치료처우에서 피하는 것은 폐쇄시설에서의 처우기간을 단축하고 개방적 분위기에서의 사회 복귀를 목표로 한다는 점에 있다.

사회치료처우를 우리의 형행에 도입한다고 한다면, 특히 상습누범적 경향을 갖고 있는 범죄자에 대한 처우의 한 가지 실험으로써 보호감호소에서 이 처우를 실시해 본다면 어떻게 될까? ‘꿈과 같은 이야기’라고 하여 구태의연한 형사정책에 만족하고 있을 것이 아니라 본다. 꿈과 같다고 생

각할 수 있는 구상을 하나씩 구체화 해나가는 것이 수형자를 위한 처우와 사회 안전과의 조화를 겨냥한 형사정책을 이끌어 낼 수 있을 것이다.

### 참고문헌

- 국가보위입법의회, 국가보위입법회의통과법률집(제1집), 1981.
- 문부식, 잃어버린 광기를 찾아서- 광기의 시대를 생각함, 삼인, 2002.
- 박현희, “보호감호업무의 소고”, 교정 (3월호), 1999.
- 법무부, 외국의 보안처분제도 연구 (법무자료 제167집), 1992.
- 법무부, 형법개정법률안 제안이유서(형사법개정자료 XIV), 1992,
- 법무부 교정국, 교정행정 개선, 2003.
- 송문호, “사회보호법상 보호감호에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 (제13호), 한국형사법학회, 2000.
- 오영근, 범죄인의 사회내처우에 관한 연구- 미국의 사회복귀이론과 제도를 중심으로, 서울대학교 법학박사학위논문, 1988
- 오영근/최병각, 부정기형제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993.
- 유해정, “사회보호법, 왜 인권의 문제인가”, 사회보호법 무엇이 문제인가? 토론회 자료집, 사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회, 2003 (<http://antiprison.org>).
- 이승호, 우리나라의 보안처분류 제재체계에 대한 비판적 검토- 처분대상자의 관점에서, 서울대학교 박사학위논문, 1991,
- 이재상, 보안처분의 연구, 법문사, 1978.
- 이재상, 사회보호법론, 경문사, 1981.
- 임 응, “누범수형자의 효율적 관리방안”, 형사정책연구 (제3권 제1호), 한국형사정책연구원, 1992.
- 장규원, “독일형법 제65조의 삭제와 상습누범자의 대책”, 형사정책연구소 식 (통권 제16호), 한국형사정책연구원, 1993.

- 장규원, 보호감호의 실태와 개선방안, 한국형사정책연구원, 1993.
- 정봉교, “피보호감호자의 처우실태와 개선방안”, 제8회 학술회의발표회 자료집, 한국교정학회, 1994.
- 하태훈, “현행 보안처분제도의 문제점과 개선방안”, 형사정책 (제5호), 한국형사정책학회, 1990.
- 하태훈, “형법개정안의 보안처분제도에 대한 평가”, 형사정책연구 (통권 제10호), 한국형사정책연구원, 1992.
- 한영수, 사회보호법상의 보호감호제도와 독일 보안감호(Sicherungsverwahrung)제도의 비교고찰, 사회보호법 무엇이 문제인가? 토론회 자료집, 사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회, 2003(<http://antiprison.org>).
- Chang, Gyu-Won, Rückfall und Strafzumessung. Rechtsvergleichende Untersuchung zur Behandlung des Rückfalls im deutschen und koreanischen Strafrecht und kritische Studie zur Strafschärfung wegen Rückfalls, 1993
- Göppinger, H., Kriminologie, 4.Aufl., 1980.
- Jakobs, G., Strafrecht. A.T., 2.Aufl., 1991.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996.
- Kaiser, G., Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? 1990.
- Lenckner, Th., Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, In: Göppinger/Witter (Hrsg.), Hand- buch der forensischen Psychiatrie I, 1972.
- Liszt, Franz von. Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik, In: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd.2 (1892-1905), 1905.
- Roxin, C., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 1992.
- Schönke, A./H. Schröder/W. Stree, Strafgesetzbuch. Kommentar, 24.Aufl., 1991.

## Reform und Stand der Sicherungsverwahrung

Chang, Gyu-Won\*

Alle länder der Erde scheint das Problem zu beschäftigen, daß es eine -wenn auch zahlenmäßig kleine- Gruppe von Menschen gibt, die, ohne schulunfähig zu sein, immer wieder im Bereich schwerster Kriminalität rückfällig wird. Diese Menschen empfindet die Allgemeinheit als ein erhebliches Gefährdungspotential. dementsprechend bemüht man sich allerorts, strafrechtliche Regelungen zu finden, ohne andererseits das Individualrecht des gefährlichen Rückfalltäters zu vernachlässigen.

Die vorliegende Arbeit wird sich mit der Untersuchung des wirklichen Standes der Sicherungsverwahrung in das Gesetz betreffend Sozialschutz (SSuG) und ihre Reform befassen. Als Problemlösung der Sicherungsverwahrung in SSuG, kann man Sozialtherapie überlegen.

Die Sozialtherapie begann bereits in den 60er Jahren, als im Zuge der allgemeinen Strafrechts- und Strafvollzugsreform ein bis dahin hauptsächlich in den USA und in Skandinavien vorherrschendes Rehabilitationsmodell, das im wesentlichen von einem medizinischen Behandlungsbegriff geprägt war, für das koreanische Strafrecht übernommen werden sollte.

Vorbild waren Konzepte, wie sie durch die in Herstedvester(Dänemark)

---

\* Professor, Wonkwang University, College of Law, Ph.D. in Law

praktizierte sogenannte Psychopathenverwahrung bzw. den entsprechenden Maßregelvollzug in den Niederlanden (von-der-Hoeven-Klinik in Utrecht) repräsentiert wurden. Als wesentliche Ergebnisse der umfangreichen empirischen Studien zur Sozialtherapie, bes. in der BRD, werden positive Veränderungen auf der Persönlichkeitsebene, ebenso wie verminderte oder weniger schwere Rückfälligkeit angegeben.

# 스토킹 피해실태와 그 쟁점들

김 은 경

형사정책연구 제14권 제4호(통권 제56호, 2003·겨울호)

**한국형사정책연구원**

## 스토킹 피해실태와 그 쟁점들

김 은 경\*

### I. 문제제기

통상 “스토킹”은 무슨 원인이든 간에 상대방이 싫다고 하는 데도 의도적이고 반복적으로 따라다니는 등 정신적 또는 신체적으로 집요하게 괴롭히는 행위를 말한다. 일반적으로 범죄행위들은 대개 단 한번의 사건으로 범죄가 성립된다. 경찰은 범죄행위가 저질러진 뒤 범인을 추적하고 체포하면 그만이다. 그러나 스토킹은 다르다. 스토킹에 해당되는 행위들은 따로 떼어놓고 보면 무슨 대단한 범죄같이 느껴지지 않는다. 그러한 개별적인 행위들이 반복된다는 점과 그로 인한 파괴력을 이해해야만 비로소 “스토킹”이란 범죄의 본질을 이해할 수 있다(그로스, 1999:36).

물론 스토킹과 관련한 몇몇 위법적인 행동은 기존 법체계하에서도 다루어질 수 있다. 하지만, 현행 법체계는 “개인에 대한 계속적인 나쁜 행위의 연속된 필름을 잘라서 스냅사진으로 흩어놓는 경향이 있기 때문”에 스토킹을 제대로 다루지 못한다. 기존 형법은 범죄행위가 되는 개별요소들을 주로 다루기 때문에, 개별 부분 혹은 개별 부분의 합보다 전체가 더 나쁜 그런 스토킹 행위를 다루는 데 있어서는 현저히 뒤쳐져 있다.

우리나라에서도 스토킹 행위의 잠재적 위험성과 심각성에 대한 인식이 강화되면서 1999년 제15대 국회에서 [스토킹처벌에 관한 특례법]이 상정되

\* 한국형사정책연구원 청소년범죄연구실장, 사회학박사

었으나 회기종료로 폐지된 바 있다. 법제화 논의가 시작되고 규제법안이 도출된 시점엔, 사실상 스토킹 행위 자체이나 피해자 특성 등에 대해서 별로 알려진 바가 없었다. 당시 스토킹 피해자에 관해 접근 가능한 정보들은 예외적으로 피소드적인 것이 우세했고, 종종 대중매체(뉴스보도나 텔레비전 쇼)로부터 이끌어낸 것들이 대부분이었으며, 이에 의존해서 관련쟁점들이 논의되었다. 스토킹 현상과 문제점을 예전보다 폭넓게 이해할 수 있음에도 불구하고, 여전히 잘 드러나지 않거나 잘 이해되지 않은 많은 측면들이 존재한다.

스토킹에 대한 효과적인 대응은 무엇보다도 스토킹의 실상과 본질에 대한 명확한 이해로부터 출발해야 한다. 법정책적 기본방침이나 구체적 법규정 작업이 경험적 자료에 의해 사실적 기초를 가지면 가질수록 보다 합리적으로 될 것이다. 법적 개입의 실질적 기준과 정책방향이 사실적 기초에 근거해야 한다는 점은 법적 안정성과 현실적합성 확보에 필수적이다. 이 글의 목적은 한국사회에서의 스토킹 현상 및 역학구조적 특성을 경험적으로 연구함으로써, 스토킹 범죄에 대한 이해를 넓히는 데 도움을 주려는 것이다. 나아가 경험적 자료들을 토대로 스토킹방지입법을 수립함에 있어서 고려해야 할 주요 쟁점과 개입원칙의 문제들을 검토한다.

이 글에서 검토할 스토킹 발생실태는 최근 2000년과 2002년에 시행된 두 가지 조사결과에 근거한다. 하나는 [스토킹 실태와 대책에 관한 연구(한국형사정책연구원, 2000)]로서, 스토킹 실태에 대한 가장 체계적인 표본조사 중의 하나로 꼽을 수 있다. 한국사회의 스토킹 발생규모를 추정하고 일반화 가능성을 확보하기 위하여, 수도권 거주 남·녀 1200명(16세 이상 59세까지)을 지역별·연령별·성별로 층화 표집한 표본에 대해 설문조사를 시행한 것이다. 다른 하나는 「스토킹 피해실태와 입법쟁점에 관한 연구(법무부, 2002)」로서, 스토킹의 역학구조와 피해자-가해자 특성 등을 심층적으로 파악하기 위하여, 스토킹 범죄에 노출될 가능성이 높은 주요 초점집단의 피해경험을 다룬 것이다. 주요 초점대상은 ① 가정폭력 피해자②,

② 젊은 미혼층(대학생집단)<sup>3)</sup>, ③ 연예인집단<sup>4)</sup> 등 세 집단이다.

## II. 스토킹 발생실태

### 1. 피해발생율

스토킹 피해경험을 측정하는 작업은 결코 단순하지 않다. 왜냐하면, ‘스토킹’의 개념 자체가 명확하지 않기 때문에, 응답자들마다 스토킹을 이해하고 개념화하는 방식이 상이할 수 있기 때문이다. 실제 ‘스토킹’의 개념에 대한 일정한 합의가 없는 관계로, 각종 조사 수치들의 편차는 상당히 크다.

- 
- 2) 조사의 모집단은 가정폭력 피해자들 중 일정기간 남편과 별거한 경험이 있거나 헤어짐을 시도한 경험이 있는 여성들이다. 조사대상자는 가정폭력 보호시설 내에 거주하고 있는 가정폭력 피해자 120명을 무작위로 선정하였다. 조사방법은 해당기관(쉼터) 관계자에게 연구취지와 설문조사 가이드라인을 설명하고, 이들이 조사감독자의 역할을 수행하는 방식으로 진행하였다.
  - 3) 조사의 모집단은 서울시 소재 4년제 대학교에 다니고 있는 남녀 대학생 집단이다. 표본은 대학생의 성별, 학년별 및 계열별, 지역별 대학교 소재에 따른 구성비를 고려하여 조사 대상을 추출하였다. 고른 표본을 추출하기 위하여, 행정구별로 동서남북중의 5개 지역으로 구분하고, 각 지역내 소재한 대학교의 목록 및 학생인원, 성별·계열별 인원 비율 등의 리스트를 정리하고, 이것을 표본추출기준으로 사용하였다. 최종적으로 분석에 사용된 설문지는 총 554부로서, 남학생이 288명(52.0%), 여학생이 266명(48.0%)이다. 표본의 성별 비율은 여학생 비율이 다소 많이 표집된 것이기는 하지만, 스토킹이 남녀간에 경험차이가 큰 행위 유형으로서, 특히 피해 경험률은 남학생들에게서 보다는 여학생들에게서 더욱 많이 발견될 것이라는 가정에 근거해 볼 때, 결과를 해석함에 있어서 큰 무리는 없는 것으로 판단된다.
  - 4) 이번 조사는 엄밀한 의미의 표본조사의 의미를 가진다기 보다는, 특정 스토킹 피해집단에 대한 심층연구의 성격이 강하다. 따라서 대중매체의 노출 정도(인기도)에 따른 스토킹 피해경험 여부, 그리고 피해와 관련된 연예인들의 사법서비스 욕구를 살펴보기 위하여, 조사협조가 가능한 연예인 100명에 대해서 설문조사를 계획하였다. 활동영역을 고르게 분포시키기 위하여, 가수, 텔런트, 영화배우, 개그맨, 모델, 아나운서 등의 영역 비율을 할당하였고, 이를 위해 SBS, MBC, KBS 등에 관련 프로그램 PD 등을 중간 섭외자로 활용하였다. 오류 및 불성실 응답 설문지를 제외하고 최종분석에 사용된 설문지는 총 77부이다.

따라서 각 조사결과의 의미를 정확하게 해석하기 위해서는 먼저, 분석도구로 사용한 ‘스토킹’의 개념적 차이와 더불어 모집단 및 표집 등 모수치에 대한 엄격한 이해가 선행되어야 한다.<sup>5)</sup> 실제로 1998년에 2-30대 여성 및 연예인 대상의 한 전화조사 결과, 일반여성의 30%, 연예인의 41.5%가 스토킹 피해를 입은 것으로 조사되었다(이시형 외, 1998). 한편, 1999년에 같은 기관에서 시행된 또 다른 설문조사 결과는 이에 비해 낮은 피해율을 보여 주었다. 전체 응답자(남녀700명)중 8%만이 “스토킹을 당한 적이 있다”고 답변했다(삼성생명 사회정신건강연구소, 1999). 이러한 차이를 보이는 주된 이유는 사용된 스토킹의 개념정의에서 비롯된 것이다. 즉 1998년에는 스토킹을 “내가 싫다고 하는데도 불구하고 지속적으로 전화를 걸거나 따라다니는 행위”라고 매우 느긋하게 정의한 데 비해, 1999년 조사에서는 이에 덧붙여 “귀찮게 하고 괴롭히는 행위”라고 보다 엄밀하게 스토킹을 정의하였기 때문이다. 즉, 동일한 행위라도 피해자가 어떻게 인지하는가에 따라, 굳이 스토킹으로 인식되지 않을 수 있다. 스토킹의 개념규정에서는 객관적 행위양태보다는 ‘피해자의 느낌과 정서적 반응’ 등 피해자 관점이 보다 중요하게 고려되어야 하는 것은 바로 이 때문이다.<sup>6)</sup>

2000년과 2002년 스토킹 실태조사에서는 스토킹에 대한 자기개념규정의 불일치를 최소화하기 위하여, ‘스토킹(Stalking)’이라는 용어를 그대로 이용하기 보다는, 구체적인 피해 요건을 단계별로 지문화하여 설문조사를 실시하였다. 즉, 다소 넓은 의미의 스토킹 피해경험(괴롭힘)<sup>7)</sup>에 대한 질문을

- 
- 5) 실제로, 주요 조사결과를 비교해 보면, 연구자에 의해 사용된 스토킹의 특정한 규정, 다시 말해 측정지표(측정도구)가 보고된 스토킹의 피해발생 빈도에 영향을 미친다는 것을 알 수 있다. 대부분의 사회조사가 그렇듯이 스토킹의 측정도구와 지표가 법적 규정과 완전히 일치할 수는 없다.
  - 6) 실제 신체적 위협이나 정신적 괴로움, 그리고 재산상의 피해 등 실제의 피해정도를 고려하여 보다 엄격한 의미의 스토킹 발생율을 추산하면, 이보다 낮은 3.6%의 발생율을 나타내었다(사회정신건강연구소, 1999).
  - 7) Tjaden 등(2000)이 제시하고 있듯이, 스토킹에 대한 일반적인 자기개념규정과 법률적 개념은 상당히 비밀치성과 비상동성을 드러내고 있다.

던진 다음, 피해경험이 있다고 답한 응답자들에게 다시 몇 가지 구체적인 조건들(구성요건 해당성)에 관한 질문을 추가로 제시하는 방식으로 설문지를 구성하였다. 이를 통해서, 주관적으로 판단하는 피해사실과 법률적으로 엄격한 의미에서의 스톱킹행위 구성요건을 갖춘 피해사실 간의 불일치와 간극을 살펴볼 수 있고, 일반인들의 스톱킹에 대한 자기개념규정도 함께 검토할 수 있다.

가. 한국사회에서는 스톱킹 현상이 어느 정도 발생하고 있는가?

먼저, 한국사회의 스톱킹(및 괴롭힘) 피해 발생규모를 살펴보기로 한다. <표 1>은 미국과 영국에서의 스톱킹 피해 발생율과 비교한 것이다. 2000년의 표본조사에 따르면<sup>8)</sup>, 평생 살아오는 동안, “원치 않는 집요한 접촉으로 인한 괴롭힘(광의의 스톱킹)”을 당한 적이 있다고 응답한 사람은 남자가 10.5%이고, 여자는 20.9%로 여성피해율이 2배 가까이 더 높다. 지난 1년 동안 스톱킹을 당한 경우는 남자가 4.2%이고, 여성이 6.6%로 상대적으로 큰 차이를 보이지는 않는 것으로 나타났다.

하지만, 이 수치들은 ‘피해자의 느낌과 정서적 반응’을 통해 재검토되어야 실제적인 스톱킹 피해현실에 접근할 수 있다. 즉 원치 않는 집요한 접촉으로 인하여 구체적인 ‘괴로움’을 겪었는지에 대해서 스크린하는 질문을 한 결과, 전체여성 5.4%가 그렇다고 응답하는 데 비해, 남성은 2.4%가 피해감정을 호소하고 있다. 피해감정과 결합하여 볼 때, 스톱킹의 피해자는 약 70% 이상이 여성이 차지하며, 남성은 30% 정도인 것으로 추산된다.

8) 여기에서는 ‘스토킹 행위’를 ‘일방적인 호감’이라는 행위동기와 ‘지속성과 반복성’이라는 두 가지 요소를 준거로, “상대가 싫다는 데도 불구하고 일방적으로 집요한 접촉(뒤쫓기, 전화·편지, 이메일, 선물공세를 통한 집요한 구애, 위협·협박 등)을 시도하는 것”이라고 규정하였다. 이와 같은 개념 규정은 비교적 넓은 의미의 스톱킹에 해당되는 것으로서, 성희롱 및 괴롭힘 등을 모두 포함한다.

또한 스토킹 행위로 인하여 신체안전의 두려움까지 경험한 경우는 여성이 2.6%이지만 남성은 0.1%에 불과하여, 스토킹이 미치는 감정적 충격이나 피해는 여성들에게 훨씬 더 직접적이고 부정적이라는 점을 알 수 있다. 객관적 피해발생율과 함께 감정적 반응의 성 차이를 함께 고려해 본다면, 결국 스토킹의 주된 피해자는 “여성”이라는 점을 재확인할 수 있다.

<표 1> 괴롭힘 및 스토킹 피해발생율의 국가간 비교 단위: %

|          |          | 한국 표본조사<br>2000년 (16-59세<br>성인대상) |      |      | 미국 NIJ 조사 1997<br>(18세이상 성인) |     |     | 영국 crime survey<br>1998 (16-59세 성인) |     |      |
|----------|----------|-----------------------------------|------|------|------------------------------|-----|-----|-------------------------------------|-----|------|
|          |          | 전체                                | 남성   | 여성   | 전체                           | 남성  | 여성  | 전체                                  | 남성  | 여성   |
| 생애<br>동안 | 원치않는 접촉  | 15.8                              | 10.5 | 20.9 |                              |     |     | 11.8                                | 6.8 | 16.1 |
|          | + 괴로움    |                                   |      |      |                              |     |     |                                     |     |      |
|          | +폭력의 두려움 |                                   |      |      | 5.2                          | 2.2 | 8.1 |                                     |     |      |
| 지난<br>1년 | 원치않는 접촉  | 5.4                               | 4.2  | 6.6  |                              |     |     | 2.9                                 | 1.7 | 4.0  |
|          | + 괴로움    | 3.9                               | 2.4  | 5.4  |                              |     |     | 2.6                                 | 1.3 | 3.7  |
|          | +폭력의 두려움 | 1.4                               | 0.1  | 2.6  | 0.7                          | 0.4 | 1.0 | 1.9                                 | 0.9 | 2.7  |

- 출처 1. 한국수치는 [스토킹 실태와 대책에 관한 연구](한국형사정책연구원, 2000)로부터 재구성.  
 2. 미국자료는 [Stalking in America: Findings from the National Violence Against Women Survey], U.S.Department of Justice, National Institute of Justice, 1998로부터 재구성  
 3. 영국자료는 [Stalking: Findings from the 1998 British Crime Survey] Home Office Research Study 210, 2000 으로부터 재구성.

이러한 수치를 전국의 인구수(2000년 인구센서스)로 환산해 보면<sup>9)</sup>, 우리나라에서 매년 원치 않는 관심에 따른 집요한 접촉을 경험하는 인구는 대략 165만명인 것으로 추산되며, 이 가운데 매년 37만명의 남성과 81만명의 여성이 집요한 접촉으로 구체적인 정서적·신체적 피해를 경험하고 있다.

9) 2000년 인구센서스에 따르면 16세 이상 59세 이하의 남성인구는 15,528,329명이고, 여성인구는 15,029,132명이다. 통계청(www.nso.go.kr)의 통계DB자료 참조.

또한 스토킹으로 인하여 신체안전의 두려움까지 느끼는 심각한 피해인구는 매년 약 42만명(남성 1만 5천명과 여성 39만명)에 이르는 것으로 추정된다.

미국(NIJ조사)이나 영국의 피해조사(BCS조사) 결과와 비교해 볼 때도, 우리나라의 스토킹 피해율은 결코 적지 않다. 스토킹 현상에 대하여 최초로 가장 체계적이고 심도있는 경험적 연구 중의 하나인 미국의 NIJ 조사는 스토킹을 법률적 구성요건에 보다 가깝도록 협의적으로 정의하여 측정 도구를 사용하고 있다.<sup>10)</sup> 1995-6년 사이에 남녀 만6천명에 대하여 이루어진 전화조사에 따르면, 매년 스토킹당하는 피해발생율은 전체인구의 약 0.7%로서, 대략 140만명에 해당된다고 추산하였다. 성별 피해율은 한해 동안 여성의 1%, 남성의 0.4%가 스토킹 피해를 경험하였으며, 스토킹 피해자의 78%는 여성이고 22%가 남성이었다고 보고하고 있다. 또한 전 생애 동안 스토킹을 경험한 인구비율은 5.2%로서, 여성이 8.1%, 남성이 2.2%인데, 이러한 수치는 전 생애동안 미국여성 12명 중의 1명, 미국남성 45명 중의 1명꼴로 스토킹 피해를 경험한 것이다.<sup>11)</sup>

영국의 1998년 범죄피해조사는 우리나라에서의 조사도구와 마찬가지로 넓은 의미의 Stalking 개념- 즉, 원치않는 집요한(지속적인) 관심을 받은 경험-을 사용함과 더불어 개념적으로 분화된 측정도구를 사용함으로써 유의미한 비교준거를 제시하고 있다. 지난 한해 동안 16-59세 영국인의 2.9%가 원치 않는 접촉 피해경험이 있는데, 이 피해율은 거의 90만명에 이르는 수치라고 한다. 여성들(4.0%)이 남성들(1.7%)보다는 보다 많은 피해경험을 가진 것으로 조사되었고, 특히 16세에서 19세사이의 젊은 여성들

10) 미국의 NIJ 조사에서 규정된 스토킹에 대한 정의는 다음과 같다. "a course fo conduct directed at a specific person that involves repeated visual or physical proximity, nonconsensual communication, or verbal, written or implied threats, or a combination thereof, that would cause a reasonable person fear, with repeated meaning on two or more occasions".

11) 이러한 수치는 미국인구 중 8백 2십만명의 여성과 2백만명의 남성에 해당되는데 (Tjaden, 1997:1), 이러한 수치는 이전의 예측치보다 상당히 높은 것이라고 한다.

(16.8%)에게서 가장 피해위험이 높은 것으로 나타났다.

실제 입법적 대책 및 제도적 대응수단을 마련하고 있는 미국과 영국의 스토킹 피해율과 비교해 볼 때, 원치 않은 집요한 접촉(넓은 의미의 스토킹)에 의한 피해율은 한국이 훨씬 더 높은 것으로 추정되며, 그로 인하여 실제적인 괴로움(피해감정)을 겪는 비율도 영국의 수치보다 더 높다. 신체 안전의 두려움을 야기하는 심각한 스토킹 피해 경험율은 한국과 영국이 거의 비슷한 수준을 나타내며, 미국의 경우에 비해 대략 2배 정도가 더 높다. 이처럼, 한국사회에서의 스토킹 피해발생율이 이들 나라들보다도 훨씬 더 심각하다는 점은 그만큼 많은 피해자들이 법적·제도적 도움없이 심각한 피해상태에 방치되어 있을 가능성을 의미한다. 무엇보다도 피해자 보호를 위한 적극적 위기개입과 입법적 및 제도적 대책 마련이 시급함을 단적으로 시사해준다.

#### 나. 주요 초점집단이 경험하는 스토킹 발생율은 어느 정도인가?

스토킹은 다양한 형태로 일어난다. 많은 경우 여성이 연인관계(또는 혼인관계)를 단절하거나 끊으려고 할 때, 파트너(애인이나 배우자)는 스토킹을 시작한다. 또 다른 경우엔 피해자는 저명인사이고 망상적인 팬에 의해서 스토킹을 당한다. 그러나 낯선 사람이나 안면이 있는 사람이나 직장동료 등 모든 사람이 스토킹자가 될 수 있다. 종종 스토킹 행위는 성가시게 굴기(annoyance) 그 자체로 시작된다. 예를 들면, 절연당한 연인이나 친구는 보상하기 위한 의도로 전화를 하거나, 선물을 보낸다. 그러나 이러한 행동은 위험하거나 치명적일 수 있는 잔인하고 예기치 않은 접촉으로 발전할 수 있다. 여기에서는 스토킹에 노출될 가능성이 높은 세 인구집단의 피해 경험율과 피해양상 등에 대해 보다 구체적으로 살펴보기로 한다.

2002년 조사에 나타난 세 집단별 피해율은 <표 2>와 같다. 살아오는 동안 단 한번이라도 “누군가로부터 지속적인 추적행위(뒤따라 다니기)나 집요한 추근거림 또는 원치 않는 접촉으로 괴롭힘을 당한 적(넓은 의미의 스토킹)”이 있었던 비율은 가정폭력 피해여성(쉘터여성) 집단이 48.5%, 연예인 집단이 27.3%, 대학생 집단이 15%으로 나타났다. 대학생 집단의 경우 피해경험의 성차이가 분명한데, 여학생의 경우 약 23% 정도가 피해경험을 보고하는 반면, 남학생은 7.6%에 불과했다. 최근 1년 동안의 피해 경험만을 살펴보았을 경우에도 역시 가정폭력 피해여성 집단의 피해율이 가장 높고 대학생 집단, 특히 남학생의 피해율이 가장 낮았다. 지난 한해 동안 가정폭력 피해여성 중 피해경험자는 32.8%나 되었고, 다음으로 연예인이 15.6%, 여학생은 11.3%, 남학생은 3.5%의 순서를 보여준다. 남자대학생들의 경우를 제외한 세 주요 초점집단의 피해경험율은 한국인들이 경험하는 평균피해율보다 상당히 높은 것으로 나타난다.

이 조사결과는 한국사회에서 주로 발생하는 스토킹 사건들은 가정폭력의 연장선상에서 이루어지는 경우가 지배적임을 단적으로 드러내준다. 무엇보다도 스토킹 방지를 위한 입법과정에서는 가정폭력 피해자들의 사법서비스 욕구에 보다 민감하게 대응할 필요가 있음을 시사한다. 또한 매스 미디어에서 주목하고 있듯이, 연예인이나 저명인사가 스토킹의 주된 대상이 되는 경향도 상당하다. 특히 연예인들의 경우엔 30대의 피해율(12.5%) 보다는 20대의 피해경험율(34.9%)이 거의 3배 가까이 높고, 월평균 TV출연횟수가 높을수록 스토킹에 더 많이 시달리는 것으로 조사되었다. 조사결과에 따르면, TV출연횟수가 월10회이하인 연예인들은 6명 중 1명 정도만이 스토킹 피해를 받을 가능성이 있는 반면, 20회 이상 출연할 경우엔 3명 중 2명은 스토킹 피해를 받을 가능성이 있다.



- (1) 상대의 의사와는 전혀 관계없는 일방적인 행위일 것
- (2) 원치 않는 일련의 접촉이 지속적, 반복적, 의도적일 것
- (3) 통상의 판단능력을 가진 사람이라면 누구나 자신 또는 가족의 생명, 신체의 안전위협을 느낄만한 행동일 것 등을 요건으로 한다.

<표 3> 심각한 범죄로서의 스톱킹 구성요건들에 대한 응답 분포

| 변 인                              | 응답범주 | 조사대상      |           |           | 유의도                      |
|----------------------------------|------|-----------|-----------|-----------|--------------------------|
|                                  |      | 대학생       | 컴퓨터여성     | 연예인       |                          |
| 상당기간 반복적으로 발생<br>(스토킹의 범죄구성요건 1) | 예    | 56 (70.9) | 34 (69.4) | 16 (80.0) | $\chi^2=.83$<br>N.S.     |
|                                  | 아니오  | 23 (29.1) | 15 (30.6) | 4 (20.0)  |                          |
|                                  | 소 계  | 79 (100)  | 49 (100)  | 20 (100)  |                          |
| 괴롭히려는 고의적 의도<br>(스토킹의 범죄구성요건 2)  | 예    | 25 (31.6) | 36 (67.9) | 6 (30.0)  | $\chi^2=18.79$<br>p<.001 |
|                                  | 아니오  | 54 (68.4) | 17 (32.1) | 14 (70.0) |                          |
|                                  | 소 계  | 79 (100)  | 53 (100)  | 20 (100)  |                          |
| 해코지에 대한 두려움<br>(스토킹의 범죄구성요건 3)   | 예    | 38 (48.1) | 51 (92.7) | 12 (60.0) | $\chi^2=28.93$<br>p<.001 |
|                                  | 아니오  | 41 (51.9) | 4 ( 7.3)  | 8 (40.0)  |                          |
|                                  | 소 계  | 79 (100)  | 55 (100)  | 20 (100)  |                          |
| 시간이 갈수록 폭력화 경향                   | 예    | 16 (20.0) | 46 (83.6) | 3 (15.0)  | $\chi^2=61.05$<br>p<.001 |
|                                  | 아니오  | 64 (80.0) | 9 (16.4)  | 17 (85.0) |                          |
|                                  | 소 계  | 80 (100)  | 55 (100)  | 20 (100)  |                          |

출처 : [스토킹 피해실태 및 입법쟁점에 관한 연구](법무부, 2002:81)

즉, 심각한 범죄로서의 스톱킹(엄밀한 의미의 스톱킹)은 “개별 행위유형과는 관계없이 그 집요함 때문에, 피해자에게 커다란 심리적 부담이 되고 신체안전감에 위협을 느끼게 하는 행위”를 의미한다. 다음의 <표 3>은 “원치 않는 접촉으로 인한 괴롭힘” 피해를 당했다고 응답한 사람들만을

대상으로, 그들의 피해양상이 심각한 범죄로서의 스토킹 피해에 해당되는 지를 스크린하는 네 가지 질문(구성요건)에 대한 응답을 정리한 것이다.

① “괴롭힘이 상당기간 반복적으로 발생했다”고 응답한 경우는 피해 대학생의 70.9%, 피해 컴퓨터여성의 69.4%, 피해 연예인의 80%로 나타나 세 집단 모두에서 매우 높은 비중을 차지하였다. ② “가해자가 고의적으로 괴롭히려는 의도가 있었다”고 응답한 비율은 피해 대학생의 경우 31.6%, 피해 연예인은 30%에 지나지 않은 반면 가정폭력 피해여성의 경우 67.9%에 달했다. ③ “해코지할지도 모른다는 두려움을 느꼈다”고 응답한 경우는 피해 컴퓨터 여성의 92.7%, 피해 연예인의 60%, 피해 대학생의 48.1%를 차지하여 이 역시 가정폭력 피해여성 집단에서 가장 높은 비율로 나타났다. ④ “가해자의 관심이 시간이 지날수록 위협적이고 폭력적인 형태로 나타났다”고 응답한 비율은 피해 대학생의 경우 20%, 피해 연예인은 15%에 머문 것과 비해 가정폭력 피해여성의 경우 83.6%를 차지해 집단간 차이가 더욱 두드러지게 나타남을 볼 수 있다.

<표 4> 엄격한 의미의 스토킹 피해 경험 단위: 사례(%)

| 변인                                 | 조사대상     |            |         | 유의도                      |
|------------------------------------|----------|------------|---------|--------------------------|
|                                    | 대학생(554) | 컴퓨터여성(119) | 연예인(77) |                          |
| 엄밀한 의미의 스토킹 피해<br>(3가지 구성요건 모두 충족) | 8 (1.4)  | 26 (21.8)  | 5 (6.5) | $\chi^2=83.02$<br>p<.001 |
| 악성 스토킹 피해<br>(4가지 요건 모두 충족)        | 7 (1.3)  | 26 (21.8)  | 2 (2.6) | $\chi^2=94.13$<br>p<.001 |

출처 : [스토킹 피해실태 및 입법쟁점에 관한 연구](법무부, 2002:82)

앞의 <표 4>는 심각한 범죄로서의 스토킹(엄밀한 의미의 스토킹) 피해 경험자의 비율을 각 집단별로 재정리한 것이다. 여기서 “심각한 범죄로서의 스토킹”은 “스토킹의 범죄구성요건” 세 가지를 모두 충족하는 경우를

말하며, “악성 스토킹” 피해는 이 세 가지 요건에다가 “시간이 갈수록 괴롭힘이 폭력적으로 나타나는” 경우까지 포함하여 나타낸 것이다. 심각한 스토킹 피해를 경험한 비율은 가정폭력 피해여성 집단이 21.8%로 가장 높았고, 다음으로 연예인 집단이 6.5%, 대학생 집단이 1.4%를 기록하였다. 한편 악성 스토킹 피해를 경험한 비율은 역시 가정폭력 피해여성 집단이 21.8%로 가장 높았고, 다음으로 연예인 집단이 2.6%, 대학생 집단이 1.3%로 나타났다.

## 2. 스토킹 현상에 대한 인식

### 가. 개념인지도 : 스토킹의 통상적 개념과 법률적 개념간의 간극

여기에서는 스토킹에 대한 일반인들의 인식정도 및 피해자들의 스토킹 개념인지도는 어떠한 지를 살펴보기로 한다. 다음의 <표 5>는 “이제까지 살아오는 동안, 누군가로부터 지속적인 추적행위(뒤따라 다니기)나 집요한 추근거림 또는 원치 않는 접촉으로 괴롭힘을 당했다”고 응답한 응답자들 중에서 자신이 당한 괴롭힘이 스토킹에 해당되는지의 여부에 대해 판단한 내용을 나타낸 것이다. 먼저 위와 같은 피해를 당했다고 응답한 연예인들 중 83.3%는 그러한 피해가 스토킹이라고 생각하였다. 한편 같은 응답을 했던 가정폭력 피해여성(쉼터 여성)들 중 60.8%, 그리고 대학생들 중 48.1%가 그에 대해 스토킹이라고 생각하였다. 여기에서 주목할 점은 가정폭력 피해자들의 경우 괴롭힘 피해경험율이나 심각한 범죄구성요건에 해당하는 피해경험이 높음에도 불구하고, 자신의 피해를 스토킹에 해당되지 않는다고 응답하는 비율이 상대적으로 높다.

<표 5> 자신이 당한 괴롭힘이 스토킹에 해당되는지의 여부에 대한 응답

| 응답범주 | 조사대상     |          |          | 유의도                      |
|------|----------|----------|----------|--------------------------|
|      | 대학생      | 취터여성     | 연예인      |                          |
| 예    | 39(48.1) | 31(60.8) | 15(83.3) | $\chi^2=7.96$<br>$p<.05$ |
| 아니오  | 42(51.9) | 20(39.2) | 3(16.7)  |                          |
| 합 계  | 81(100)  | 51(100)  | 18(100)  |                          |

출처 : [스토킹 피해실태 및 입법쟁점에 관한 연구](법무부, 2002:82)

그러면, 왜 자신들이 당한 괴롭힘 피해가 스토킹이라고 판단하거나 혹은 스토킹이 아니라고 판단한 근거가 무엇인지 살펴보기로 한다. 먼저 자신의 피해경험을 스토킹이라고 판단한 근거들을 살펴보면, 스토킹을 기본적으로 “일방적 행위”라는 개념으로 이해하는 경향에 있어서는 세 집단 모두 공통적이다. 하지만, ‘스토킹’을 개념화하는 다음 기준에 있어서는 집단별로 차이가 있는데, 대학생 집단의 경우 “성가심과 불편함을 겪었기 때문(26.3%)”의 응답율이 높고, 연예인 집단의 경우에는 “불편함/성가심”과 더불어 “반복적, 지속적이었기 때문”이라는 응답(각기 26.7%)이 함께 2위를 차지한 반면, 가정폭력 피해여성 집단의 경우 “신체안전의 위협, 두려움을 느꼈기 때문(29%)”이라고 응답하고 있다. 한편, 자신이 당한 괴롭힘 피해가 스토킹이 아니라고 판단한 근거 역시, 집단별로 차이가 있다. 대학생 및 연예인 집단에서는 “공포를 느낄 정도가 아니었기 때문”이라는 응답이 많은 반면에, 가정폭력 피해여성 집단에서는 “친밀한 사람에 의한 것이기 때문(50%)”이라는 응답이 가장 많았다. 또한 대학생 집단의 경우에 “괴롭힘이 일회성이었다”는 응답(31.7%)율이 상당하여, 실제 스토킹이라고 규정할 만한 피해경험율은 앞서 제시된 피해율보다는 낮은 것으로 판단된다.

<표 6> 자신이 당한 괴롭힘의 스토킹 해당 여부에 대한 주요 판단근거

| 판단여부     | 판단근거                 | 조사대상     |          |         |
|----------|----------------------|----------|----------|---------|
|          |                      | 대학생      | 쉽 터      | 연예인     |
| 스토킹에 해당됨 | 내 의사와 무관한 일방적 행위이므로  | 14(36.8) | 14(45.2) | 6(40.0) |
|          | 성가심과 불편함을 겪었기 때문     | 10(26.3) | 1 (3.2)  | 4(26.7) |
|          | 괴롭힘이 반복적·지속적이었으므로    | 6(15.8)  | 7(22.6)  | 4(26.7) |
|          | 신체안전의 위협, 두려움을 느꼈으므로 | 4(10.5)  | 9(29.0)  | 1 (6.7) |
|          | 호감(연애감정)에 기인한 것이므로   | 3 (7.9)  |          |         |
|          | 기 타                  | 1 (2.6)  |          |         |
|          | 소 계                  | 38(100)  | 31(100)  | 15(100) |
| 스토킹이 아님  | 공포를 느낄 정도는 아니었으므로    | 18(43.9) | 4(22.2)  | 2(66.7) |
|          | 괴롭힘이 일회성이었으므로        | 13(31.7) | 1 (5.6)  |         |
|          | 거부의사 후 곧 중지되었으므로     | 4 (9.8)  | 2(11.1)  | 1(33.3) |
|          | 호감에 기인한 것이 아니므로      | 3 (7.3)  | 1 (5.6)  |         |
|          | 친밀한 사람에 의한 것이므로      | 2 (2.6)  | 9(50.0)  |         |
|          | 기분 나쁘거나 성가시지 않았으므로   | 1 (2.4)  | 1 (5.6)  |         |
|          | 소 계                  | 41(100)  | 18(100)  | 3(100)  |

출처 : [스토킹 피해실태 및 입법쟁점에 관한 연구](법무부, 2002:83)

피해자들의 스토킹 인지도를 종합적으로 판단해 볼 때, 대학생 및 연예인 집단이 경험한 스토킹은 가정폭력 피해여성에게 비해서 상대적으로 경미한 피해양상으로 나타나고 있음을 암시한다. 그 결과, 대학생이나 연예인 집단은 ‘스토킹’을 “성가심/불쾌감을 야기하는 일방적인 행위”로서 개념화하는 경향이 강한 반면, 가정폭력 피해자들은 ‘스토킹’을 “신체안전을 위협하는 심각한 범죄”로서 이해하는 경향이 지배적이다. 하지만, 또 다른 한편으론 자신의 스토킹자가 “배우자”라는 점(친밀한 사람에 의한 것) 때문에

오히려 스토킹이라고 인지하지 않는 경향도 동시에 존재함으로써, ‘스토킹’의 문제에 대한 정확한 현실인식은 매우 부분적임을 알 수 있다. ‘스토킹’이란 용어를 일종의 괴롭힘(harassment)의 한 형태로서 인식하는 경향은 대부분의 사람들에게서 공통되지만, 대체로 그 이해방식은 상당히 협소하며, 특정한 행위유형이나 특정한 피해자-가해자 유형에만 연관되어서 이해하는 경향이 있음을 짐작할 수 있다. 실제 스토킹 사건의 대부분이 과거 또는 현재의 친밀한 관계(intimate relationship) 사이에서 발생함에도 불구하고, 대체로 ‘스토킹’에 대한 대중적 인식은 뉴스나 미디어의 영향으로 병적인 스토킹과 사회적으로 저명한 피해자 이미지와 연관되어서 상상하는 경향이 더 일반적이기 때문이다. 아마도 컴퓨터 여성들이 자신의 피해경험을 스토킹으로 인식하지 않은 것은 바로 이와 같은 대중적 인식의 한계 때문인 것으로 판단된다.

#### 나. 스토킹 행위 처벌에 대한 일반적 인식

2002년 조사에서는 각 초점집단에게 스토킹의 범죄 심각성 정도를 어느 정도로 평가하는지 질문하였다.<sup>13)</sup> 결과는 <표 7>과 같다. 세 집단 모두 스토킹 행위를 단순폭행과 성폭행의 중간 정도 심각성을 지닌 것으로 평가하는 경향이 지배적이다. 하지만, 집단별로 평가 정도는 매우 분명한 차이를 보이는데, 가정폭력 피해여성 집단의 경우엔 스토킹을 성폭행과 같거나 그보다 심각한 범죄라고 평가하는 경향(46.2%) 역시 매우 강한 반면, 연예인 집단과 대학생 집단의 경우엔 각각 25%와 10.6%만이 그러하다고 평가하고 있다.

13) “범죄의 심각성을 0점에서 10점까지로 평가할 때, 단순폭행은 3점, 성폭행은 8점이라고 한다면 이와 비교하여 스토킹 범죄 심각성 점수는 몇 점이라고 생각하십니까?”

<표 7> 스톱킹 범죄의 심각성에 대한 조사대상 집단별 평가

| 응답범주                     | 조사대상       |            |           | 유의도                      |
|--------------------------|------------|------------|-----------|--------------------------|
|                          | 대학생        | 쉽터 여성      | 연예인       |                          |
| 단순폭행과 같거나 그보다 경미 (3점 이하) | 37 (6.7)   | 4 (3.8)    | 3 (3.9)   | $\chi^2=82.00$<br>p<.001 |
| 단순폭행과 성폭행의 중간 (4점~7점)    | 454(82.7)  | 52(50.0)   | 54(71.1)  |                          |
| 성폭행과 같거나 그보다 심각 (8점 이상)  | 58(10.6)   | 48(46.2)   | 19(25.0)  |                          |
| 합 계                      | 549(100.0) | 104(100.0) | 76(100.0) |                          |

출처 : [스토킹 피해실태 및 입법쟁점에 관한 연구](법무부, 2002:90)

과연 ‘스토킹’의 심각성 평가에 있어서 성별 차이는 어떠한가? 이를 위해, 가정폭력 피해여성 집단을 제외하고 대학생 및 연예인 집단만을 대상으로 남녀별로 응답분포를 살펴보면, <표 8>에 제시된 바와 같이 심각성 평가에는 성별로 차이가 난다. 즉 일반적으로 여성이 남성보다 스톱킹 범죄를 심각하게 인식하는 경향이 나타났다. 하지만, 전반적으로 볼 때 남녀의 차이를 통제하더라도 가정폭력 피해여성들이 스톱킹을 심각하게 평가하는 정도(7.5점)는 대학생(5.9점)과 연예인(6.3점)에 보다 훨씬 높다.

<표 8> 스톱킹 범죄의 심각성에 대한 남녀별 평가

| 응답범주                     | 성별(쉽터 여성 제외) |            | 유의도                      |
|--------------------------|--------------|------------|--------------------------|
|                          | 남 성          | 여 성        |                          |
| 단순폭행과 같거나 그보다 경미 (3점 이하) | 34(10.8)     | 6 (1.9)    | $\chi^2=24.36$<br>p<.001 |
| 단순폭행과 성폭행의 중간 (4점~7점)    | 251(79.9)    | 257(82.6)  |                          |
| 성폭행과 같거나 그보다 심각 (8점 이상)  | 29 (9.2)     | 48(15.4)   |                          |
| 합 계                      | 314(100.0)   | 311(100.0) |                          |

출처 : [스토킹 피해실태 및 입법쟁점에 관한 연구](법무부, 2002:90)

다음 <표 9>은 “상대가 싫다고 함에도 불구하고 지속적으로 원치 않는 접촉을 시도하는 행위”, 즉 넓은 의미의 스토킹 행위를 형사처벌하는 것에 대한 의견을 집단별로 나타낸 표이다. 조사대상자들의 대부분은 스토킹 행위를 형사처벌해야 한다는 의견을 가지고 있는 것으로 나타난다. 이중 컴퓨터 여성의 형사처벌 찬성율이 가장 높다. 한편, 대학생 및 연예인 집단에 한정하여 성별로 살펴보면, 여성의 60.1%, 남성의 50.2%가 형사처벌에 찬성한다고 응답하여 성별 차이를 드러낸다.

<표 9> 스토킹 행위의 형사처벌에 관한 조사대상 집단별 의견

| 응답범주                       | 조사대상      |          |          | 유의도                      |
|----------------------------|-----------|----------|----------|--------------------------|
|                            | 대학생       | 컴퓨터 여성   | 연예인      |                          |
| 일종의 폭력이므로 법적으로 처벌할 수 있어야 함 | 294(53.4) | 87(74.4) | 52(67.5) | $\chi^2=32.44$<br>p<.001 |
| 형사처벌은 찬성이지만, 현재로서는 시기상조다   | 139(25.2) | 13(11.1) | 21(27.3) |                          |
| 폭력이 아니므로, 법적으로 처벌받을 일은 아니다 | 62(11.3)  | 4( 3.4)  | 2( 2.6)  |                          |
| 잘 모르겠다                     | 56(10.2)  | 13(11.1) | 2( 2.6)  |                          |
| 합 계                        | 551(100)  | 117(100) | 77(100)  |                          |

출처 : [스토킹 피해실태 및 입법쟁점에 관한 연구](법무부, 2002:92)

스토킹 행위자를 법률적으로 조치할 경우 그 구체적인 형태는 무엇이어야 하는지에 대한 의견은, 전반적으로 볼 때, “경찰에 의한 경고조치 및 접근 금지명령”을 내려야 한다는 입장이 많았다. 하지만, 가정폭력 피해여성들의 경우 “정신감정 후 상담치료”가 있어야 한다는 의견이 40%로 가장 많았다. 한편 이와는 별도로 스토킹 행위를 효과적으로 규제하기 위한 조치에 대한 질문에선 “피해자 신변안전 보호와 지원”이 강구되어야 한다는 의견이 세 집단 모두에게 가장 지배적이었다.

<표 9> 스토킹 행위자의 적절한 법률적 조치에 대한 대상 집단별 의견

| 응답범주                  | 조사대상       |            |           |
|-----------------------|------------|------------|-----------|
|                       | 대학생        | 쉽터 여성      | 연예인       |
| 경찰에 의한 경고조치 및 접근금지명령  | 281(50.9)  | 32(27.8)   | 51(66.2)  |
| 정신감정 후 상담치료           | 146(26.4)  | 46(40.0)   | 11(14.3)  |
| 보호관찰과 함께 사회봉사명령       | 46 (8.3)   | 5 (4.3)    | 2 (2.6)   |
| 언론 등에 스토킹 행위자 신상공개    | 37 (6.7)   | 15(13.0)   | 5 (6.5)   |
| 구속 후 형사처벌             | 20 (3.6)   | 14(12.2)   | 6 (7.8)   |
| 벌금형                   | 11 (2.0)   | 1 (0.9)    |           |
| 사적 문제이므로 법이 개입할 필요 없다 | 2 (0.4)    |            | 2 (2.6)   |
| 기타                    | 9 (1.6)    | 2 (1.7)    |           |
| 합 계                   | 552(100.0) | 115(100.0) | 77(100.0) |

출처 : [스토킹 피해실태 및 입법쟁점에 관한 연구](법무부, 2002:94)

요컨대, 조사대상자의 거의 대부분은 스토킹 행위를 단순폭행 이상의 심각성을 가진 범죄로 보고 따라서 그에 대해 법률적으로 처벌을 받을 만하다고 생각하지만, 그 처벌의 구체적 형태는 형사적 처벌보다는 상대적으로 가벼운 형태의 처벌(경고조치 및 접근금지명령)이나 치료 형태의 조치가 더 적합한 것으로 생각하고 있음을 알 수 있다. 하지만, 이와 같은 의견들은 개인별로 서로 다른 스토킹의 개념을 토대로 나온 것이기 때문에 이와 같은 조치를 모든 형태의 스토킹 행위자에게 일률적으로 적용하기는 어려울 것이다.<sup>14)</sup> 가령, 심각한 범죄로서 스토킹 피해를 경험한 비율이 높은 가정폭력 피해여성들의 경우엔 다른 집단에 비해 상대적으로 형사처벌을 찬성하는 율이 높은 데서 알 수 있다. 이와 같은 응답의 차이는 스토킹 행위양태 및 피해자-가해자 관계특성에 따라 스토킹을 다루는 접근방법과

14) 앞서 살펴 본 바와 같이 넓은 의미의 스토킹 또는 괴롭힘을 당한 피해 경험자들 중에서 상당수는 자신의 그와 같은 피해를 스토킹이라고 생각하고 있지만, 그들 중 많은 경우는 사실상 엄격한 의미의 스토킹 피해를 입은 것은 아니다.

대응조치가 다양화되어야 함을 암시한다.

3. 누가 누구를 스토킹하는가? - 피해자와 가해자의 관계특성

2000년 실태조사에 따르면, 스토킹 가해경험이 있는 경우는 남성(10.3%)이 여성(7.1%)보다 다소 높으며, 지난 한해 동안 스토킹을 행한 경우는 남자가 2.4%(14명)이고, 여자 1.6%(10명)로 통계적으로 유의한 차이가 없다. 한편, 이들 가해경험이 있는 남녀 24명이 집요한 접촉을 시도한 대상이 누구였는지를 살펴 본 결과, 남성이 가해자의 경우 주된 스토킹대상자는 ① 예전에 사귀었던 친구나 옛 애인(동거인)에 대한 경우(50%)가 가장 많았고, ② 잘 모르지만 사귀고 싶은 낯선 사람이 다음 순이었다. 여성의 경우는 ① 전혀 모르지만 사귀고 싶은 사람에게 스토킹을 행한 경우가 가장 많았고, 다음으로 예전에 친밀한 관계였던 친구나 애인의 순이었다(한국형사정책연구원, 2000:51).

<표 11> 관점별 피해자-가해자 관계

| 지난1년동안<br>경험있는<br>경우 |    | 전혀<br>모르는<br>사람 | 안면만<br>있는<br>사람 | 동료<br>선후배 | 헤어진<br>친구나<br>애인 | 현 애인<br>(동거인) | 헤어진<br>배우자 | PC를<br>매개로 | 무응답    | 합 계       |
|----------------------|----|-----------------|-----------------|-----------|------------------|---------------|------------|------------|--------|-----------|
| 가해자<br>관점            | 남성 | 5(35.7)         | 1( 7.1)         |           | 7(50.0)          |               | 1(7.1)     |            |        | 14(100.0) |
|                      | 여성 | 5(50.0)         | 1(10.0)         |           | 3(30.0)          | 1(10.0)       |            |            |        | 10(100.0) |
|                      | 전체 | 10(41.2)        | 2( 8.3)         |           | 10(41.7)         |               |            |            |        | 24(100.0) |
| 피해자<br>관점            | 남성 | 1( 4.0)         | 3(12.0)         | 5(20.0)   | 10(40.0)         | 1(4.0)        | 1(4.0)     | 4(16.0)    |        | 25(100.0) |
|                      | 여성 | 8(20.0)         | 12(30.0)        | 9(22.5)   | 7(17.5)          | 2(5.0)        |            |            | 2(5.0) | 40(100.0) |
|                      | 전체 | 9(13.8)         | 15(23.1)        | 14(21.5)  | 17(26.2)         | 3(4.6)        | 1(4.6)     | 4(6.2)     | 2(3.1) | 65(100.0) |

출처 : [스토킹 실태와 대책에 관한 연구](한국형사정책연구원, 2000)에서 재구성

지난 1년 동안 넓은 의미의 스톱킹 피해를 경험했던 남녀 피해자 65명의 관점에서 가해자와의 관계를 조사해 보면, 남성피해자들의 경우엔 예전에 사귀었던 친구 또는 옛 애인이었다는 비율이 40%로 가장 많은 반면, 여성피해자들의 경우엔 상대적으로 낯선 사람 또는 안면만 있는 사람으로부터 피해를 경험했다는 경우가 각각 20%와 30%로 남성피해자와 상당한 대조를 이룬다.

전반적으로 볼 때, 가해자 관점을 통해서이든 피해자 입장을 통해서이든 스톱킹은 병적인 낯선 사람에 의해서 이루어진다는 통념적 이미지와는 달리 “아는 관계”에서 발생하는 비율이 더 높다는 점을 재확인할 수 있다. 하지만, 서구와는 달리 전 애인이나 전배우자로부터의 스톱킹 피해사례를 보고하는 율은 그다지 높지 않다. 이러한 것은 아마도 남녀간의 관계맺기의 패턴이 다르고, 보다 근본적으로는 이혼이 문화적·제도적으로 자유롭지 못한 데서 비롯된 차이로 해석된다. 더욱이 스톱킹을 낯선 병적인 사람에 의한 행위로 인식하는 경향이 강하여 “친밀한 사람에 의한 집요한 접촉”은 스톱킹과는 다른 것으로 인지하려는 태도도 낮은 보고율에 기여하고 있다. 하지만 우리사회에서도 점차 이혼, 별거, 경제적 부양 등 가족문제 및 가족해체가 심각해짐에 따라, 이러한 양상의 스톱킹이 일종의 가정폭력으로 발전될 잠재력은 상당하다고 예상된다. 한편, 가해자 성별을 보면, 2000년 실태조사에서는 남성 피해자 모두가 여성이라고 응답하였고, 여성 피해자들의 경우엔 모두 남성이라고 응답하고 있는데, 이는 응답자들이 “스토킹”을 대체로 성적 관심이나 의미를 함축하는 범죄로 인식하거나 개념화하는 경향이 있었기 때문으로 추정된다.

2002년 주요 초점집단의 경우엔 가해자들의 성별 분포가 어떻게 드러나는가? <표 12>가 그 결과를 요약하고 있다. 전체적으로 볼 때, 대학생집단이든 연예인집단이든 여성피해자들의 거의 대부분(92%이상)은 남성가해

자로부터 스토킹 피해를 경험하는 나타나며, 남자들의 경우에는 상대적으로 동성에 의해 괴롭힘을 겪는 비율이 높는데, 특히 대학생 집단의 경우 약 39% 정도는 동성에 의해서 스토킹 피해를 경험한 것으로 조사되었다.

<표 12> 넓은 의미의 스토킹(괴롭힘) 가해자들의 성별

| 가해자<br>성별 | 대학생       |           |           | 연예인      |           |           |
|-----------|-----------|-----------|-----------|----------|-----------|-----------|
|           | 남 자       | 여 자       | 소 계       | 남 자      | 여 자       | 소 계       |
| 남 성       | 7(38.7)   | 55(96.5)  | 62(82.7)  | 1(20.0)  | 11(91.7)  | 12(70.6)  |
| 여 성       | 11(61.1)  | 2( 3.5)   | 13(17.3)  | 4(80.0)  | 1(8.3)    | 5(29.4)   |
| 합 계       | 18(100.0) | 57(100.0) | 75(100.0) | 5(100.0) | 12(100.0) | 17(100.0) |

출처 : [스토킹 피해실태 및 입법쟁점에 관한 연구](법무부, 2002) 원자료에서 재분석.

주요 초점집단별 가해자와의 관계 특성을 요약하면 다음과 같다. 대학생 집단과 가정폭력 피해여성 집단 사이에는 가해자와 피해자간의 관계가 친밀성 내지 근접성이 있다는 점에서 공통점을 발견할 수 있다. 특히 대학생 집단에서 괴롭힘 발생당시 가해자가 피해자와 친밀한 사이이거나 혹은 피해자와 근거리에서 있는 사람들인 경우만을 선택하여 그 비율을 계산하면, “낯선 사람”, “우연히 알게 된 사람”, “(일회적) 데이트 상대” 및 “기타”를 제외한 나머지의 비율인 61.5%에 달한다. 또 대학생 집단에서 엄밀한 의미의 스토킹 총 8 사례의 경우 낯선 사람에 의한 경우는 단 하나도 없었다. 요컨대, 심각한 스토킹 사건들은 ‘낯선 사람’에 의한 스토킹 사례에서 보다는 오히려 피해자와 가까운 관계(친밀한 관계)에서 발생할 개연성이 높다는 점에 주목해야 한다. 가정폭력을 다루는 현행 제도적 문제점에서 잘 드러나고 있듯이, 친밀한 사람들 간의 관계에서 벌어지는 괴롭힘이나 스토킹을 친밀성을 근거로 ‘사적’ 문제로 치부하려는 인식이나 관행은 전면적으로 재검토되어야 한다. 이에 반해 연예인 집단에서의 가해자들은 팬

들을 포함하여 대부분 낯선 사람들인 경우가 많이 나머지 두 집단과 차별성을 보인다.

#### 4. 왜 스토킹을 하는가? - 스토킹 동기와 특성

2000년도 표본조사에서는 넓은 의미에서 스토킹 가해경험과 피해경험이 있는 대상자들에게 그 원인과 계기가 무엇 때문이었는지를 질문하였다. 결과에 대한 요약 표는 <표 13>와 같다. 가해자 관점에서 스토킹의 주된 동기는 “관심을 끌기 위해서” 또는 “관계를 유지하기 위해서”였다는 응답이 많다. 또한 피해자가 본 스토킹 동기 역시 “관심을 끌기 위해서”와 더불어 “관계 유지” 및 “독점하기 위해서”라는 응답율이 높게 나타난다. 이와 같은 행위동기에 비추어 볼 때, 우리사회의 일반인들이 경험하는 스토킹은 대체로 소위 “연애형 스토킹”으로서 출발하고 있음을 보여준다. Zona 등(1998)에 의한 세 가지 스토커 분류법<sup>15)</sup>을 적용해 볼 때, 우리 사회에는 주로 단순집착자(Simple Obsessional)에 의한 스토킹이 지배적인 것으로 판단된다. 하지만 비록 인상적인 판단이기는 하지만 피해자들이 느끼기에 스토킹 행위자가 정신적으로 문제가 있다고 생각된 경우도 10.8%로 나타나고 있어서, 특정 사례들은 정신병리학적 진단과 처우가 요구됨을 암시하고 있다.

한편, 세 가지 초점집단의 피해자들이 생각하는 스토킹 동기를 검토해보면, 스토킹 발생의 원인과 계기가 피해자-가해자 관계유형별로 상당한 차이가 있다. <표 14>에 제시된 바와 같이, “관심을 끌기 위한” 스토킹을 경험하는 비율은 연예인 집단에서 가장 흔하며(66.7%), 대학생 집단의 경우에도 28.2%가 관심끌기의 일환으로 스토킹을 경험하는 것으로 나타난다. 이에 비해 가정폭력 피해여성들은 “지배형 스토킹”을 경험하고 있다는

15) Zona 등(1998) 가해자-피해자 관계에 따른 스토킹 행위자 유형을 살펴 보면, 크게 세 가지 유형을 발견할 수 있다. ① 연애망상자 또는 이상성욕자(Erotomania), ② 애정집착자(Love Obsessional), ③ 그리고 단순집착자(Simple Obsessional) 등이 있다.

응답이 40.4%로 가장 많다. 한편, “사랑한다는 착각(망상)”이 스토킹 동기가 되고 있다는 응답은 세 집단 모두 비슷하게 차지한다.

<표 13> 스토킹 이유

| 응답범주                  | 가해자 관점    |           | 피해자 관점    |           |
|-----------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|
|                       | 남 자       | 여 자       | 남 자       | 여 자       |
| 관심을 끌기 위해             | 3(21.4)   | 4(40.0)   | 2(20.0)   | 13(32.5)  |
| 그(녀)를 차지하기 위해/독점하기 위해 | 2(14.3)   | 2(20.0)   | 6(24.0)   | 8(20.0)   |
| 관계를 유지하기 위해           | 3(21.4)   | 2(20.0)   | 9(36.0)   | 5(12.5)   |
| 애정 거부에 대한 보복          | 1( 7.1)   | -         | 1( 4.0)   | 1( 2.5)   |
| 그냥 재미삼아               | 2(14.3)   | -         | 1( 4.0)   | 7(17.5)   |
| 단순히 괴롭히기 위해           | 2(14.3)   | -         | -         | 1( 2.5)   |
| 정신적으로 문제가 있기 때문에      | -         | -         | 3(12.0)   | 4(10.0)   |
| 무응답                   | 1( 7.1)   | 2(20.0)   | -         | 1( 2.5)   |
| 합 계                   | 14(100.0) | 10(100.0) | 25(100.0) | 40(100.0) |

출처 : [스토킹 실태와 대책에 관한 연구](한국형사정책연구원, 2000)에서 재구성

<표 14> 피해자가 생각하는 가해자의 동기

| 응답범주                | 조사대상      |           |           |
|---------------------|-----------|-----------|-----------|
|                     | 대학생       | 쉼터 여성     | 연예인       |
| 내 관심을 끌기 위해         | 20(28.2)  | 1( 1.9)   | 12(66.7)  |
| 사랑한다는 착각 때문에        | 19(26.8)  | 13(25.0)  | 5( 27.8)  |
| 예전 관계로 회복하려는 집착 때문에 | 11(15.5)  | 6(11.5)   |           |
| 아무런 이유가 없다          | 9( 12.7)  | 1( 1.9)   |           |
| 애정 거부에 대한 분노와 보복으로  | 7( 9.9)   | 7(13.5)   |           |
| 나를 지배하기 위해          | 1( 1.4)   | 21(40.4)  | 1( 5.6)   |
| 영리를 취하기 위한 수단으로서    |           | 3( 5.8)   |           |
| 기 타                 | 4( 5.6)   |           |           |
| 합 계                 | 71(100.0) | 52(100.0) | 18(100.0) |

출처 : [스토킹 피해실태 및 입법쟁점에 관한 연구](법무부, 2002:102).

5. 어떻게 스토킹하는가? - 스토킹 행위의 특성

2000년 표본조사에서 한국인들이 주로 경험하는 스토킹 행위유형을 보면, <표 15>과 같다.

<표 15> 2000년 표본조사에 나타난 스토킹 방법 단위: %

| 스토킹 행동유형                 | 2000년 1200명에 대한 설문조사 |        |        |
|--------------------------|----------------------|--------|--------|
|                          | 전체(65)               | 남성(25) | 여성(40) |
| 전화폭력(음란전화, 끈질긴 구애전화 등)   | 52.3                 | 44.0   | 57.5   |
| 지속적인 편지 및 선물공세           | 26.2                 | 24.0   | 27.5   |
| 비방/명예훼손/헛소문 등으로 어렵게 함    | 4.6                  | 12.0   | -      |
| 지속적으로 따라다님               | 20.0                 | 24.0   | 17.5   |
| 집이나 직장 앞에서 기다림           |                      |        |        |
| 추근거림(가까이 접근, 껴안기, 길막기 등) | 20.0                 | 24.0   | 17.5   |
| 지속적인 선물공세로 부담            |                      |        |        |
| 편지에 의한 괴롭힘               |                      |        |        |
| 협박이나 위협                  | 6.2                  | 8.0    | 5.0    |
| 신체적 폭행이나 감금              | 3.1                  | -      | 5.0    |
| PC통신상에서의 괴롭힘             | 7.7                  | 12.0   | 5.0    |
| 가족들을 위협                  | 6.2                  | 8.0    | 5.0    |
| 기타(소유물 손괴 및 도난)          | 1.5                  | -      | 2.5    |

출처 : [스토킹 실태와 대책에 관한 연구](한국형사정책연구원, 2000)에서 재구성

지난 1년동안 피해경험이 있는 사람들을 상대로 경험여부를 조사한 결과, 음란전화 등 전화폭력을 경험한 경우는 65명중 52.3%로 가장 많은 비율을 차지하고 있고, 다음으로 편지나 선물공세를 통한 경우가 26.2%, 행 선지를 지속적으로 따라다니는 경우와 신체적 접촉 등을 통해 추근거리는 경우가 각각 20%, PC통신을 통해 스토킹을 경험한 경우가 7.7%, 협박이

나 위협을 당하거나 가족이나 친구들과 같은 주변사람들을 괴롭히는 경우도 각각 6.2%의 순으로 조사되었다(한국형사정책연구원, 2000: 55-56). 한편, 스토킹이 지속되는 기간은 최근 1년 동안을 중심으로 살펴보면, 1개월 이내인 경우가 29.2%로 가장 많고, 다음으로 1-3개월 이내가 27.7%, 3-6개월이내가 21.5%, 6-12개월이 9.2%, 그리고 1년 이상이 12.5%였던 것으로 조사되었다(한국형사정책연구원, 2000: 56-57). 외국의 선행조사 결과는 스토킹이 상당히 장기지속적 특성이 있음을 보고하는 것에 비해, 다소 기간이 짧은 것으로 나타나는데, 그 이유는 질문이 “최근 1년 동안”으로 기간을 한정하여 물은 때문인 것으로 판단된다.

한편, 세 초점집단을 대상으로 괴롭힘 피해경험의 구체적 양상을 살펴보면, 다음의 <표 16>과 같다. 먼저 “전화폭력”을 당했다고 응답한 경우는 대학생 집단의 경우 괴롭힘 초기에 70%, 후기에 82%가 이러한 형태의 피해를 입었다고 응답하였고, 가정폭력 피해여성 집단의 경우 초기에 62%, 후기에 74%가 같은 형태의 피해를 당했다고 응답하였으며, 연예인 집단의 경우 초기에 72%, 후기에 71%가 같은 피해를 입었다고 응답하였다. 싫다고 하는 데도 “집 혹은 집 근처로 찾아오는 행위”를 경험했다고 응답한 응답자는 대학생 집단 내에서는 초기에 50%, 후기에 45%, 가정폭력 피해여성 집단 내에서는 초기에 59%, 후기에 54%, 연예인 집단에서는 초기에 47%, 후기에 41%의 비율을 각각 차지하였으며, “미행이나 엿담 행위”를 경험한 응답자는 대학생 집단 내에서는 초기에 37%, 후기에 38%, 가정폭력 피해여성 집단 내에서는 초기에 62%, 후기에 66%, 연예인 집단 내에서는 초기에 67%, 후기에 69%의 비율을 각각 차지하였다. 대체로 “전화폭력”, “원치 않은 편지나 선물 보내오기”, “집으로 찾아오기”, “미행이나 엿담하기”, “정보 캐고 다니기”와 같은 형태의 괴롭힘 피해는 세 집단 모두에서 비교적 높은 피해경험의 비율을 나타내고 있다는 것을 볼 수 있다.



는 것을 짐작할 수 있다.

스토킹의 심각성을 살펴보기 위하여 가해자로부터 직접적 위협을 받았는지 조사한 결과, 컴퓨터 여성의 80% 이상이 폭행위협(10-13%), 살해위협(35-40%), 주변가족위해 위협(10-12%)에 시달린 것으로 조사되었고, 실제 절반이상은 스톱킹 기간동안폭행을 당했던 것으로 조사되었다. 이에 비해 대학생 집단과 연예인 집단의 경우 80%의 사례에서 위협이 “전혀 없었고”, 다만 연예인 집단중 약 10%정도는 “사회적으로 매장위협”을 당한 적이 있고, 대학생의 경우에는 6-7%가 살해위협을 당했던 것으로 조사되었다. 실제로 스톱킹 기간동안 폭행을 경험한 경우는 대학생 집단의 경우는 약 10% 정도, 그리고 연예인 집단의 경우엔 약 5%정도로 조사되었다. 다음의 <표 17>을 보면, 괴롭힘에 동반되는 폭력성의 정도에 있어서도 가정 폭력 피해여성 집단이 다른 집단보다 심각하다는 것을 확인할 수 있다.

<표 17> 피해자 및 피해자 주변에게 드러낸 가해자의 공격성 정도

| 응답범주     | 대학생       |           | 컴퓨터 여성    |           | 연예인       |           |
|----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
|          | 초기        | 후기        | 초기        | 후기        | 초기        | 후기        |
| 폭력성 없음   | 33(51.6)  | 21(53.8)  | 3( 6.4)   | 5(11.6)   | 13(68.4)  | 11(64.7)  |
| 언어 폭력    | 25(39.1)  | 13(33.3)  | 24(51.1)  | 18(41.9)  | 5(26.3)   | 5(29.4)   |
| 상해 없는 폭행 | 2( 3.1)   | 3( 7.7)   | 6(12.8)   | 5(11.6)   | 1( 5.3)   |           |
| 경미한 상해   | 2( 3.1)   |           | 6(12.8)   | 5(11.6)   |           |           |
| 심각한 상해   | 2( 3.1)   | 2( 5.1)   | 8(17.0)   | 10(23.3)  |           | 1( 5.9)   |
| 합계       | 64(100.0) | 39(100.0) | 47(100.0) | 43(100.0) | 19(100.0) | 17(100.0) |

출처 : [스토킹 피해실태 및 입법쟁점에 관한 연구](법무부, 2002:112).

한편, 4개월 이상 스톱킹을 당한 피해자들에 한정하여, 괴롭힘에 동반되는 폭력성의 정도가 시간 경과에 따라 심화되는지 혹은 완화되는지 여부

를 살펴보면, <표 18>에 제시된 바와 같이 전반적으로 시간 경과에 따라 폭력성 정도가 심화되는 피해자 비율이 높은 집단은 쉼터 피해여성과 연예인 집단이라고 할 수 있다. 따라서 특히 이들 초점집단에 대한 피해자 보호와 적절한 위기개입이 더욱 필요하다.

<표 18> 시간경과에 따른 괴롭힘의 폭력성 악화 여부

| 범주 구분         | 조사대상      |           |           |
|---------------|-----------|-----------|-----------|
|               | 대학생       | 쉼터 여성     | 연예인       |
| 폭력성이 초기보다 완화됨 | 4(10.5)   | 5(13.2)   |           |
| 현상 유지         | 31(81.6)  | 25(65.8)  | 14(82.4)  |
| 폭력성이 초기보다 심화됨 | 3( 7.9)   | 8(21.1)   | 3(17.6)   |
| 합 계           | 38(100.0) | 38(100.0) | 17(100.0) |

출처 : [스토킹 피해실태 및 입법쟁점에 관한 연구](법무부, 2002:112)

### 6. 스톱킹으로 야기된 결과는 무엇인가? - 피해의 후유증

스토킹의 방법으로 전화폭력 및 PC, 편지 등의 공세가 가장 많은데, 음란한 내용이나 협박내용이면 성폭력특별법으로 처벌되지만, 현실적으로 가해자를 찾아내어 처벌하기란 매우 어렵다. 한국성폭력상담소의 상담자료에 따르면, 스톱킹 피해자들은 이로 인해 남편이나 가족에게 의심을 받고, 익명의 대상이 자신을 지켜보고 있다는 불안과 공포에 휩싸여 신경쇠약이 되기도 한다. 전화번호를 바꾸고, 이사를 하기도 하지만, 해코지를 당할까 늘 불안하다. 또한 집이나 직장앞 대기, 방문, 주변사람에게 자기여자라고 소문낸다는 하는 행위는 피해자에게 엄청난 불쾌감, 불안, 눈치보이기 등의 고통을 주지만 범죄로 규정하기엔 미흡하고 입증하기 어려워 답답할 뿐이라고 호소한다.

소위 스토킹이라고 불릴 수 있는 행위로 인하여 사람들이 구체적으로 어떤 피해 또는 피해감정을 느끼는지 살펴 보기로 한다. 2000년 조사에 따르면, 피해경험이 있다고 응답한 사람(65명) 중 불쾌감과 분노감을 느꼈다는 사람이 72.3%였고, 47.7%는 전화받기가 두렵다고 응답하였다. 그리고 41.5%는 피해경험으로 인하여 평온한 일상 생활에 지장을 초래할 정도였고, 정신적인 모욕감(수치심)과 외출의 두려움을 느낄 정도였다고 응답한 사람이 각기 33.8%, 30.8%로 나타났다. 그 외에 신체를 해칠지도 모른다는 두려움과 불면증 등의 노이로제가 각기 29.2%, 24.6%로 나타났다(한국형사정책연구원, 2000: 61). 이것을 성별로 나누어서 보면, 남성에 비해서 여성들은 특히 정신적인 두려움을 많이 느끼는 것으로 나타난 반면, 남성의 경우에는 직장이나 학업중단, 일상생활에 지장초래, 가정파탄 등 실생활의 피해경험을 호소하는 비율이 상대적으로 더 높았다.

한편, 스토킹 피해가능성이 높은 세 집단의 피해자들이 경험한 피해결과는 무엇인가? <표 19>는 대상 집단별로 피해결과를 요약한 것이다. 거의 대부분의 피해자들은 적어도 “성가심(불편함/당황)”이나 “분노”를 경험한 것으로 나타났는데, 세 집단 모두에서 이러한 경험을 한 사람들의 비율이 80%가 넘었다. 또 “전화 받기의 두려움”은 대학생 집단에서 65%가 경험하였고, 가정폭력 피해여성 집단과 연예인 집단에서는 80% 이상이 이를 경험하였다. 무엇보다도 “신체안전에 대한 불안, 두려움”은 쉼터 피해여성의 92%, 연예인 피해자의 50%가 경험하고 있는 반면, 대학생 피해자들의 경우엔 상대적으로 적은 비율(28%)만이 신체 안전의 두려움을 경험했던 것으로 조사되었다. 전반적으로 볼 때, 쉼터 피해여성의 스토킹으로 인한 정신적 후유증과 폐해가 다른 두 집단에 비해서 매우 뚜렷하다. 외출에 대한 공포를 비롯해, 불신감, 수치심, 고립감, 불면증, 무력감 등 거의 모든 형태의 정신적 후유증을 경험했다고 봐야 할 것이다. 특히 주목해야 할 점

은 스톱킹 피해를 경험한 쁚터여성들 52%는 자살충동에 시달리고 있으며, 실제 35%는 자살을 시도한 경험이 있다는 사실이다.

<표 19> 괴롭힘 피해의 후유증

| 응답범주          | 피해자 집단별 경험비중(%) |       |      |
|---------------|-----------------|-------|------|
|               | 대학생             | 쁚터 여성 | 연예인  |
| 성가심(불편함/당황)   | 98%             | 88%   | 100% |
| 분노(화남/증오심)    | 83%             | 96%   | 94%  |
| 전화받기 두려움 공포   | 65%             | 85%   | 83%  |
| 외출하기 두려움, 공포  | 38%             | 82%   | 44%  |
| 사람들에 대한 불신감   | 37%             | 78%   | 24%  |
| 수치심(모욕감)      | 32%             | 86%   | 24%  |
| 신변안전에 대한 불안   | 28%             | 92%   | 50%  |
| 고립감(간헐느낌/외로움) | 22%             | 88%   | 12%  |
| 불면증, 악몽, 환각 등 | 21%             | 89%   | 12%  |
| 무력감(우울증/좌절감)  | 18%             | 84%   | 18%  |
| 경찰 등 공권력 불신   | 10%             | 61%   | 18%  |
| 자살 충동         | 7%              | 52%   | 6%   |
| 자살 시도         | 2%              | 35%   | 6%   |
| 신체적 상해 입음     | 1%              | 5%4   | 6%   |

출처 : [스토킹 피해실태 및 입법쟁점에 관한 연구](법무부, 2002:115).

이와 같은 결과들은 실제로 스톱킹 문제를 가정폭력을 다루는 연장선상에서 보다 적극적으로 개입하는 전략을 수립하지 않는다면, 결과적으로는 배우자 살해나 자살을 방조하는 결과를 초래할 수 있다는 사실을 암시한다.<sup>16)</sup> 현재 우리나라에는 배우자 살해에 대한 체계적인 통계자료가 없지만, 대검찰청 [범죄분석] 자료에 나타난 동거가족간 범죄발생율을 가지고

16) 가정폭력 피해자가 된 여성들은 그렇지 않은 여성들에 비해 자살을 시도할 확률이 12배나 높고, 실제 구타여성의 35-40%가 자살을 시도하고 이중 상당수가 죽음에 이르렀다고 한다(UN여성인권관련보고서, 2000:26-27).

가정폭력의 위험성과 심각성을 추정해 볼 수 있다. 폭행이나 상해, 폭처법 등에서 차지하는 동거가족간의 발생비중은 1%-3%정도에 불과하지만, 살인범죄에 있어서는 5건중의 1건이 바로 동거가족간에 발생하고 있다(20-22%)는 사실은, 스토킹이나 가정폭력을 방치했을 때 벌어질 수 있는 위험성과 심각성을 매우 상징적으로 보여주는 것으로 판단된다(한국형사정책연구원, 2001:193-195).

#### 7. 스토킹에 대한 법적 대응현황과 문제점

2000년 일반인 표본조사에 따르면, 피해에 대해 법적 조치를 구한 경우는 단지 3%에 불과하여, 우리사회에서는 아직도 스토킹을 범죄라고 생각하기 보다는 본인 스스로 해결해야 할 개인적인 문제로 보고 있다. 대부분 회피하거나 설득하는 등 스스로 해결하는 대응방법을 택하고 있다. 신고하지 않은 이유에 대해서, 46%의 사람들이 자신이 경험한 스토킹이 사소한 일이라 생각되었기 때문이라고 응답하여, 스토킹에 대한 인지도나 자기규정이 부분적이거나 다소 모호하게 구성되어 있음을 시사한다. 그 다음으로 는 내가 해결할 수 있는 문제였기 때문에 신고하지 않았다는 경우는 전체의 38.1%, 그리고 신고한다고 달라질 것 같지 않아서라는 응답이 전체의 11.1%로 조사되었다(한국형사정책연구원, 2000:62-63).

한편, 주요 피해집단의 경우, 자신의 괴롭힘에 대한 피해구제를 위하여 경찰에 신고하거나 법적 조치(접근제한명령)를 구한 사례는 대학생 피해자의 2%, 컴퓨터 피해여성의 경우엔 35%, 연예인 피해자의 경우엔 24%인 것으로 나타나, 앞서의 일반인들의 경우에 비해서는 비교적 적극적으로 대응을 하는 경향이 있는 것으로 나타난다. 하지만, 여전히 다수는 경찰개입을 원하고 있지 않는데, 대상 집단별로 그 이유를 살펴보면, 대학생 집단과

연예인 집단에서는 “사소한 일로 생각되거나 혹은 별로 기분이 나쁘지만은 않아서”라고 응답한 응답자가 각각 46.2%와 41.7%로 가장 많은 비율을 차지한다. 반면 컴퓨터 피해여성의 경우엔 “보복이 두려워서”라는 응답이 35.3%로 다른 집단과 현격한 상황 및 맥락의 차이가 존재함을 드러내준다(법무부, 2002:121).

<표 20> 경찰에 가해자를 신고하지 않은 이유

| 응답범주                     | 조사대상      |           |           |
|--------------------------|-----------|-----------|-----------|
|                          | 대학생       | 컴퓨터 여성    | 연예인       |
| 사소한 일이라 생각되어서/기분 나쁘지 않아서 | 24(46.2)  | 1( 2.9)   | 5(41.7)   |
| 보복이 두려워서                 | 1( 1.9)   | 12(35.3)  |           |
| 신고한다고 달라질 것 같지 않아서       | 6(11.5)   | 9(26.5)   | 2(16.7)   |
| 처벌을 원하지 않았기 때문에          | 5( 9.6)   | 4(11.8)   | 4(33.3)   |
| 남들에게 알려지는 것이 싫어서         | 8(15.4)   | 4(11.8)   |           |
| 법적으로 처벌할 수 없는 것이기 때문에    | 2( 3.8)   | 3( 8.8)   |           |
| 사회생활과 경력에 오히려 해가 될 것 같아  |           | 1( 2.9)   |           |
| 기 타                      | 6(11.5)   |           | 1( 8.3)   |
| 합 계                      | 52(100.0) | 34(100.0) | 12(100.0) |

출처 : [스토킹 피해실태 및 입법쟁점에 관한 연구](법무부, 2002:121).

피해자들이 괴롭힘 가해자를 경찰에 신고했을 때 경찰이 취한 조치는 어떠한 것이었는지를 묻는 질문에 대한 응답을 아래의 표에서 살펴보면, 경찰이 단지 경고만을 하였다고 응답한 경우가 전체 신고 경험 응답자의 60%를 차지하였고, 법적 절차에 따른 처리를 하였다고 응답한 경우가 20%, 어떠한 조치도 취하지 않았다고 응답한 경우가 17.1%를 차지하였다. 한편, 응답자의 대부분은 가정폭력 피해여성들이며, 대학생과 연예인 피해자들이 경찰에 신고한 경우는 매우 적은 것으로 나타났다. 이와 같은 사실은 경찰에 신고한 피해자들이 사법서비스에 충분히 만족하지 못하였으리

라는 추정을 가능케 한다. 실제, 신고경험이 있는 응답자의 82.3%가 경찰의 조치에 만족하지 못했다. 경찰이 취한 조치에 만족하지 못하는 이유를 살펴보면, “아무런 조치를 취하지 않았기 때문”이라고 응답한 경우, 그리고 “가해자 처벌이 지나치게 경미했기 때문”이라고 응답한 경우가 전체 응답자의 24.1%로 가장 많았고, 다음으로 “경찰이 사건 자체를 잘 이해하지 못했기 때문”이라고 응답한 경우도 13.8%를 차지하였다. 한편 신고한 사람을 오히려 귀찮게 했기 때문이라고 응답한 경우, 그리고 경찰의 일처리가 매우 느리거나 경찰이 최선을 다하지 않았기 때문이라고 응답한 경우가 10.3%를 차지하였고, 오히려 문제를 악화시켰기 때문이라고 응답한 경우는 3.4%를 차지하였다(법무부, 2002:123).

경찰의 조치 이후에 달라진 가해자의 태도변화에 대한 응답을 살펴보면, 가해자가 법에 저촉되지 않는 범위 내에서 교묘하게 공포심을 유발했다고 응답한 응답자가 전체 응답자의 48.3%로 가장 높은 비율을 차지하였고, 다음으로 이전보다 더욱 심하게 위협적인 가해를 하였다고 응답한 응답자가 31%, 이전보다 공포심을 주지 않은 행위이지만 괴롭힘을 지속하였다고 응답한 응답자가 10.3%를 차지하였다. 반면, 괴롭힘 행위를 중단했다고 응답한 응답자는 단 한 명도 없는 것으로 나타났다(법무부, 2002: 123-123). 결국 스토킹 행위에 대한 적절한 법적 조치가 부재한 현재와 같은 상황에서 경찰에 스토킹 가해자를 신고한다는 것은 가해자의 스토킹 행위를 저지하는 데에 별다른 도움이 되지 못한다는 것이 사실로 드러난 것이다. 마지막으로, 경찰에 신고한 경우에 가해자의 법적 처벌 여부를 묻는 질문에 대한 응답 분포를 나타내었다. 전체 응답자 33명 중 9명인 27.3%만이 가해자가 처벌을 받았다고 응답하였고, 19명인 57.6%는 처벌을 받지 않았다고 응답하였으며, 5명인 15.2%는 잘 모르겠다고 응답하였다. 앞서 심각한 범죄로서의 스토킹 피해를 당한 사람이 대학생 8명, 컴퓨터피해여성 26명, 연예인 5명

등 총 40명이었다는 것을 상기해 보면, 매우 심각한 스토킹조차 그 법적 처리 1/4에도 못 미치고 있는 셈이다(법무부, 2002:124).

이상에서 본 바와 같이, 괴롭힘 행위에 대한 피해자들의 개인적 대응이 가해자에게 별다른 영향을 못 미치는 상황에서, 가해자에 대한 현행의 법적 조치 역시 커다란 효과가 없다. 대부분 피해자들은 스토킹을 당하고서도, 적절한 대응방안을 알지 못해 적극적인 피해구제에 나서지 못하고 있다. 다른 무엇보다도 피해당사자 뿐만 아니라 사법관계자들조차 스토킹 문제에 대한 적절한 이해와 정보를 갖고 있지 못하고 있으며, 더욱이 사회적으로 합의된 처벌규정이 없음으로 인해 문제는 더욱 악화되고 있는 것으로 보인다.

### Ⅲ. 쟁점과 토론

스토킹이란 반달리즘(vandalism)이나 상점절도(shoplift)와 같이 법률적 개념이라기 보다는 오히려 기술적 용어에 가깝다. 스토킹은 새로운 현상은 아니지만, 반사회적인 행위로서 분류되고 범주화되기 시작한 것은 비교적 최근의 일이다. 지난 10여년사이 각국에서는 스토킹 및 괴롭힘(harassment) 행위를 형사사법체계에서 어떻게 다루어야 할 것인지에 관한 정치적 또는 학술적 논쟁이 비등하다. 이제 우리사회에서도 이와 같은 논쟁이 본격적으로 가시화되는 시점에 이른 것 같다. 여기에서는 구체적인 입법기술적인 문제를 본격적으로 다룬다기 보다는 그러한 논의에 화두를 던진다는 의미에서, 우리사회에서 드러난 스토킹 피해양상과 문제점들을 토대로, 스토킹 방지입법을 수립함에 있어서 고려해야 할 주요 쟁점과 개입원칙의 문제들을 간략히 짚어보기로 한다.

### 1. 스토킹 행위의 법률적 개념규정 문제

Kerstein Walsh가 지적하듯이, “특정 범죄로서 스토킹을 구별하는 특징은 스토킹 행위가 서로 서로가 다음을 만드는 일련의 떨어져 있는 개별행동을 포함한다는 것이다. 이 떨어져 있는 행동들이 각각이 무죄가 되는 행동으로 여겨짐에도 불구하고 그것들을 전부 합쳐서 볼 때 위협적인 특성을 띤다. 그리고 관계된 기존 법 또한 스토킹으로 분류되는 어떤 행동을 금하지만 이 법들은 반복적인 행동이 되는 범죄의 근본적인 요소를 설명하지 않는다.”<sup>17)</sup> 그런 점에서 관련없는 사소한 위법행위의 한 분류가 아닌, 좀더 심각한 범죄로서 “일련의 행동들”을 취급할 수 있는 새로운 법적 개념과 법 형식이 요구된다.

하지만, 스토킹 행위를 어떻게 규정해야 하는지에 관한 명확성의 부족 때문에 더욱 문제는 여전히 복잡하다. 각국의 입법례에서 스토킹 정의를 보아도, 스토킹의 정의나 문제접근법에 통일성은 거의 없다. 수많은 나라의 입법과정에서 채용되고 있는 다양한 용어(harassment, threats, causing of fear, stalking 등)들을 볼 때, 여전히 스토킹의 ‘핵심’은 분명치 않고 여전히 논쟁적이다. 여러 나라에서 스토킹에 대한 법률적 개념은 매우 상이하 며, 스토킹을 다루는 입법적 조치들도 상당히 다양하다. 몇몇 나라들에서는 “스토킹”이라는 포괄적 개념(umbrella concept)을 사용한 스토킹방지법을 제정하기도 하고, 어떤 나라에서는 “스토킹”이라는 용어를 명시적으로 사용하지 않으면서 그와 관련된 행위들을 열거하거나 범주화하여 관련 법률을 구성하기도 한다(Malsh, 2000:3).

또한 각국에서 규정하고 있는 스토킹 범죄구성요건은 개입시점과 개입목표에 따라서 보다 폭넓게 해석하여 경미범죄(영국이나 일본의 관련법처럼)로서 규율하기도 하고, 보다 행위양상과 피해 심각성을 준거로 중한 범죄

17) <http://www.worldlii.org/hk/other/hklrc/reports/2000/3/index.html> chapter 4, 각주251.

(대부분 미국의 주법처럼)로서 접근하기도 하는 등 다양한 접근전략을 보인다. 요컨대, 미국처럼 스토킹을 중범죄로 다룰 경우, 스토킹의 법률적 개념의 핵심은 “causing of fear”에 있다.<sup>18)</sup> 반면, 영국<sup>19)</sup>이나 아일랜드, 노르웨이, 벨기에, 덴마크 등 서유럽 국가들의 경우에는 “victim’s peace of mind” 혹은 “person’s right to privacy” 등에 보다 강조점을 두어 스토킹 법제를 구성하는 경향이 있다. 이와 같은 입법상의 차이는 아마도 각 나라의 문화적 환경 및 스토킹 양상의 상이성에서 비롯된 것으로 판단된다.

그런 점에서 입법기술적으로 스토킹을 어떻게 규정하고, 어떻게 다룰 것인가를 논의할 때, 무엇보다도 우리의 스토킹 피해실태를 보다 면밀하게 검토할 필요가 있다. 실태조사 결과를 한마디로 요약하자면, 스토킹 피해를 당했다는 사람들의 피해경험이 결코 서로 동일하지 않다는 점이다. 피해자-가해자의 관계특성에 따라서 스토킹의 스펙트럼이 매우 상이하고 또한 침해되는 권리의 수준도 매우 다양하다. 가령, 친밀한 관계 내에서 이루어지는 스토킹 사례들은 치명적인 위협으로까지 진행될 개연성이 많으며, 실제 피해자들은 신체안전의 위협과 두려움을 경험하는 경향이 많다. 하지만, 낯선 사람에 의해 이루어지는 스토킹 사례들은 상대적으로 ‘신변안전의 두려움’에까지 발전하는 비율은 많지 않고, 대체로 당혹감이나 일상생활의 불편함(성가심) 등의 피해감정을 호소하는 경향이 많다. 즉 각 집단별 및 성별로 경험하는 스토킹 피해의 성격과 수준에 차이가 있다는

18) 대부분의 법령(statutes)은 특정 행위가 피해자에게 두려움을 불러일으키려는 특별한 의도(고의)에 의해서 이루어진 것, 그리고 그러한 행위가 객관적으로나 주관적으로 피해자에게 두려움이나 감정적인 혼란(distress)을 야기했을 것을 요구한다. 미국의 경우, 대부분의 스토킹 관련 법률은 피해자에게 상당한(credible) 위협이 존재했을 것을 요구한다(as well as the making of a credible threat with the intent to place that person in reasonable fear for his or her safety, or his or her family, Saunters, 1998).<sup>1)</sup> 이 경우, 스토커의 일련행위를 보통 판단력을 가진 일반인이라면 신체안전과 생명위험에 대한 공포로 느끼는 것이 당연하다고 여겨지는 점을 요건으로 명시하고 있다.

19) 이에 비해, 영국의 스토킹 방지법에 해당하는 [괴롭힘 방지법(Protection from Harassment Act, 1997)]은 좀더 포괄적이다. 여기에서 규율되는 행위는 단순히 “타인을 괴롭히는 행위(amount to harassment)”라고만 규정하고 있다(국회사무처 법제실, 2000).

현실은 모든 스토킹 행위에 대해 획일적이고 일반적인 법적 조치를 취할 수 없다는 것을 말해 준다. 다시 말해, 스토킹 행위양태 그 자체에 대한 법률적 개념규정만을 가지고는 행위의 불법성 정도를 파악하기가 어렵다. 스토킹에 대한 법적 개입이 구체적인 타당성과 실효성을 얻기 위해서는 피해자-가해자 관계특성 및 침해되는 권리를 기준으로 스토킹의 성격과 문제 층위를 구분하여 접근하는 전략이 필요하며, 여러 가지 다양한 형태의 조치(가령, 민사적 또는 형사적 법적 조치와 더불어 비법률적 개입수단까지)가 필요하다는 것을 의미한다.

사실상, ‘스토킹’이라는 용어에 초점을 두는 것이 항상 유용한 것은 아니다. 중요한 질문은 “스토킹이 무엇인가 또는 스토킹이 되기 위해서 어떤 행위가 구성되어야 하는가?”에 있는 것이 아니라, 형사사법체계가 범죄 피해가 개별적 행동에 의해서가 아닌 지속적으로 원치 않는 잠재적으로 위협적인 행위패턴에 의해 야기된 일련의 침해행위를 얼마나 잘 밝혀내고, 개입하고, 기소해야만 하는가에 있기 때문이다.

## 2. 범죄구성요건에 있어서 피해감정의 중요성과 성차 문제

스토킹 범죄구성에 있어서 ‘피해자의 느낌과 정서적 반응’은 불법성 정도를 판단함에 있어서 매우 중요한 요소가 될 수 있다. 스토킹에 대응한 피해자의 정서적 반응은 “별 것 아니다”에서부터 “두렵다”에 이르기까지 매우 다양하며, 상황과 맥락에 따라 다양한 스펙트럼이 존재한다. 특정 행위가 개인간의 불균형한 의사소통이 발생시킨 ‘있을 법한’ 에피소드인지, 다분히 폭력적이어서 야기된 피해가 공권력으로 보호되어야 할 만큼 심각한 것인지, 다시 말해, 일반적인 의사소통(표현의 자유)과 범죄(명예와 사생활 보호)를 구별해주는 경계를 설정함에 있어서, 피해반응(침해결과)은 주요한 판단 근거가 된다.

일반적으로 정서적 침해양상 또는 피해감정은 크게 세 가지 수준(niveau)으로 나뉠 수 있다. 첫 번째는 불쾌감 또는 성가심(harass or annoy) 등으로 표현될 수 있는 층위이고, 두 번째는 성적 수치심 또는 모욕감 등 자아 및 명예감정 손상에 해당되는 층위이며, 세 번째는 단순한 명예감정의 손상을 넘어서서 신체안전 등에 대한 두려움(불안감) 또는 공포감에 이르는 층위이다. 스토킹 문제와 관련하여 특히 중심으로 검토되어야 할 사항은 첫 번째 경우이다. 현행법제상 두 번째와 세 번째의 침해양상은 해당 행위의 범죄성을 논하는 데 큰 어려움이 없지만, ‘불쾌감과 성가심’의 경우엔 아직 피해로 접근하는 데 한계가 있다.

기본적으로 스토킹 범죄의 일차적 형태는 타인을 따라다니거나 또는 반복해서 타인에게 자신의 존재를 인식시키는 행위들(전화걸기, 편지보내기 등)을 통해서 행해진다는 점에서 스토킹으로 침해되는 권리나 법익은 “개인적인 사생활의 평화(평온)”이라고 할 수 있다. 또한 피해자의 측면에서 보자면 사생활에 대한 침해가 될 뿐만 아니라 “개인의 평온한 감정상태의 유지”를 파괴한다는 측면도 찾아 볼 수 있을 것이다. 물론 스토킹 행위가 타인의 사생활의 평온을 침해한다는 이유로 언제나 형벌이 부과되어야 하는 불법성을 지닌 것으로 판단할 수 없을 지도 모른다. 이에 대해서는 충분한 사회적 합의가 요구될 것이다. 하지만, 스토킹의 잠재적 위험성을 고려한다면, 이 경우에도 비형벌적 제재나 대안적인 개입수단을 마련할 필요가 있다. 가령 오스트리아나 캐나다, 미국 등지에서 발전되고 있는 ‘알람 시스템’<sup>20)</sup>이나 ‘긴급보호명령’과 같은 제도와 연결될 수 있을 것이다. 최근 서구에서는 스토킹과 관련한 피해자 보호법제의 필요성이 제기되면서,

20) 알람시스템은 가정폭력, 강간, 성폭력 그리고 스토킹 등을 포함하는 폭력에 노출된 여성들을 위한 장치로 다음과 같은 서비스를 제공한다. ① 기존의 전화선에 연결된 장치 혹은 목걸이 등의 형태를 띤 페닉알람이 있는데, 이 경우 일단 알람이 작동하면 기록 장치가 작동하고 이때 기록된 내용은 나중에 필요할 경우에 법적 대응을 위한 과정에서 증거자료로 사용되기도 한다. ② 999휴대폰의 경우에는 어디서나 이용이 가능하며 특히 집에 전화기가 없는 경우에 여성이 사용하게 된다.

“peace of mind” 또는 “privacy” 등의 피해자 이익을 보다 적극적으로 해석하여 “harassment”를 범죄로서 규정하는 추세를 주목해 볼 필요가 있다. 실제 스토킹 피해양상 및 피해감정 등을 종합해 볼 때, 일본의 관련 법제처럼, 예방적 관점에서 경미범죄로서 규율하는 체계와 침해이익의 중대성 및 위험성에 비추어 중범죄로서 가중처벌토록 하는 이원적 규율체계를 마련하여 다룰 필요가 있다.

한편, “신체안전에 대한 두려움” 또는 “공포감”이라는 피해감정을 야기시킨 행위는 위법성을 지닌다는 점에는 이론에 여지가 없다. 다만 기존의 법체계에서는 두려움의 피해감정이 야기되었다고 불법하지 않은 행위들에 의해 이루어졌을 경우에는 속수무책이라는 점 때문에, 개별행위의 단순 합이 아닌 “일련의 행위”가 결합하면서 상승적으로 파생시키는 범죄의 심각성을 포착할 수 있는 개념장치가 요구된다. 형벌이 부과되어야 할 만한 위법성을 지닌 “일련의 행위들”(심각한 스토킹 행위 범위)은 그 범위가 타인에 대해서 감내할 수 없을 정도의 고통을 주는 야기했는가 여부에 따라서 판단될 수 있다. 그런데, 상당한 두려움의 야기하였는가를 판단함에 있어서, 주요한 판단준거는 소위 “평균인” 개념이다. 일반적으로 피해감정에 있어서 성 차이는 매우 극명하다. 가령, 성희롱이나 성폭력에 대한 조사연구에서도 이미 밝혀지고 있듯이, 남성들은 오히려 재미있다거나 대수롭지 않게 인식하는 동일한 언설이나 행위에 대해 여성은 성적 수치심과 두려움 마저 느끼는 경우가 현실상에 드물지 않다. 그런 점에서, 스토킹과 관련한 피해감정에 있어서 여성적 감수성 문제를 법리적으로 어떻게 위치시킬 수 있을 것인지에 대한 검토가 요구된다.

### 3. 스토킹 문제에 어떻게 개입할 것인가?

스토킹 범죄에 대한 실질적이고 구체적인 대응방안은 기본적으로 두 가

지 방향에서 접근되어야 한다. 하나는 피해자 보호이고, 다른 하나는 재발 방지이다. 이를 위해서는 일반 형사사건과는 달리 스토킹 사건에 대해서는 형사법적 접근과 사회복지적 접근의 통합적 전략수립이 요구된다. 실태조사에서 드러나고 있듯이, 스토킹 사례들은 가해자와 피해자간의 관계적 친밀성에서 비롯되는 경우가 많다. 따라서 스토킹에 대한 효과적인 대응여부는 구체적인 법적 개입과정에서 신고하거나 또는 신고하지 않으려는 피해자들의 ‘요구와 필요’, 그리고 ‘법감정’ 등을 얼마나 충실하게 반영하고 있는지에 따라 결정된다. 우리가 만일 피해자들이 왜 경찰을 부르는지, 형사절차적 대응이 그들에게 얼마나 효과적일 수 있는지 등 간과된 질문들에 시선을 돌려보면, 단순한 형사법적 대응정책의 한계는 보다 분명해진다.

실제로 많은 피해자들은 형사법적 대응이 스토킹을 억제하는데 도움을 주지 못하는 것 같기 때문에 법에 호소하지 않는다. 문제의 가능한 해결점은 피해자의 이해(interest)와 욕구(desires)에 더 잘 부응할 수 있는 새로운 정책모델을 발전시키는 것이다. 특히 스토킹방지입법에서 보다 중요하게 다루어져야 할 부분은 임시조치 등을 비롯한 각종 “보호명령들”이 각 위기 단계마다 다양하고 신속하게 작동될 수 있는 체계를 만드는 것이다. 1999년 입법 제안된 스토킹특례법에서 스토킹을 보호사건으로 처리하는 방향을 제시한 바 있는데, 이 경우에도 무엇을 위한 ‘보호사건’이며, 누구를 위한 ‘보호처분’인지에 대한 신중한 검토가 요구된다. 필자가 보기에 「1999년의 특례법안」은 가정폭력특례법 모델을 거의 준용하고 있는데, 양자간의 입법목적과 취지의 상이성이 간과되고 있는 것으로 판단된다. 스토킹방지입법에서 가장 최우선적인 목표는 “피해자 신변안전 보호와 지원”이다. 그런 의미에서 현행 사회봉사명령이나 수강명령 등이 과연 피해자 보호와 안전을 위해 적합한 처분인지에 대한 신중한 검토가 요구된다. 오히려 스토킹 입법취지를 강화하기 위해서는 가해자 교육중심의 해법보다는 집중보

호관찰(ISP), 주변가족 등에 대한 접근금지(제한) 등 각종 피해자 “보호명령” 등이 다양하게 개발되어야 한다. 또한 현행 가정폭력특례법의 한계에서 드러나고 있듯이, 보호명령의 실효성을 보장하기 위해서는 단순한 보호처분의 접근보다는 혼합형 양형체계(blended sentencing system)로서 처벌요건을 강화할 필요가 있다(한국형사정책연구원, 2001:421).

#### 4. 친밀한 관계에 잠재된 치명성 평가(lethality assessment)의 중요성

스토킹 법제화 시점에 스토킹에 대해 알려진 대부분의 정보들은 본질적으로 예외소드적이다. 이전의 스토킹 연구는 가해자와 피해자 간의 이전 관계가 있는 스토킹에 관한 것보다는 Hollywood 유명인과 의회의원의 피해자화에 관해 주로 초점을 맞춰 왔다(Dietz, Matthews, Martell et al., 1991; Dietz, Matthews, Van Duyne et al., 1991; Bjerregaard, 2000: 389 재인용). 실제로 1989년 남성 스토킹에 의해 살해된 여배우 쉐퍼(Shaeffer)와 같은 이야기들은 스토킹 법제화 논의를 촉발시키는 계기가 되었다. 하지만, 이러한 유명인에 대한 스토킹 사례의 대부분이 미디어의 관심을 얻었더라도, 스토킹은 유명인들에게 제한된 경험은 아니다. 피해자는 이전의 배우자였거나 그들 스토킹 행위자의 연인인 경우가 많다. Virginians Against Domestic Violence의 지도자인 Ruth Micklem은 남자친구나 남편에 의해 살해된 여성의 90% 정도가 그들의 죽음 전에 스토킹을 당해 왔다고 평가하였다(Beck et al., 1992). 낭만적 관계는 가해자의 낙담으로 끝이 나고, 스토킹은 복수를 하거나 파트너의 맘을 되돌리려는 시도로서 행해진다.

일반적으로 스토킹은 일종의 ‘성폭력’으로 인지될 만큼 ‘성에 근거한 현상(gendered phenomenon)’으로 나타나며, 낭만적 관계(romantic relationship)의 단절이란 맥락에서 가장 잘 드러난다. 몇몇 주요 경험적 연구들은 스토킹

킹은 가해자와 피해자가 서로 친밀한 관계이거나 관계이었을 때 가장 흔하여, 가장 위험하다고 지적한다(Hall, 1998; Kienlen et al. 1997; Purcell, Pathe & Mullen, 2000; Tjaden & Thoennes, 1998). 대부분의 스토킹이 개시되는 시기는 스토키가 희망하는 사랑의 대상으로부터 거절당하거나, 관계의 청산 이후였다고 한다(Tjaden & Thoennes, 1998). 또한 Bachman과 Saltzman(1995)는 남편과 별거한 여성은 이혼한 여성의 경우보다 배우자로부터 스토킹 피해를 3배 더 받았고, 결혼한 여성의 경우보다는 15배나 더 많은 스토킹 피해를 받았다고 하여, 관계단절의 시점에서 피해 발생율이 가장 높다는 사실을 보여주고 있다(Coleman, 1997: 420 재인용).

앞서 실태조사에서 밝혀지고 있듯이, 스토킹은 가정폭력의 연상선상에서 이루어지는 경우가 지배적이며, “폭력의 순환(cycle of violence)”에서 일정한 역할과 기능을 하고 있다(Coleman, 1997). 따라서 행위자가 스토킹 피해자와 친족관계에 있거나 또는 과거에 그러한 관계가 있었던 경우에는 그 피해자를 더 강하게 보호할 필요성이 있다. 그런 의미에서 스토킹 방지입법은 가정폭력특례법과 상호보완적·유기적으로 구성될 필요가 있으며, 현행 가정폭력특례법의 부분 개정작업도 함께 이루어져야 한다. 무엇보다도 스토킹 방지입법은 피해자에 대해서 그러한 친족관계가 있거나 또는 그 상대방에 대해서 폭력을 사용한 전력이 있는 경우에 보다 이른 단계에서 형사사법기관이 개입할 각종 제도적 장치와 개입수단을 마련하는 것이 필요하다. 가령, 스토킹 행위자가 피해자의 헤어진 배우자였던 경우나 가정 내에서 폭력을 사용한 전력이 있는 경우에는 경찰 개입단계에서부터 피해자 신변안전과 보호를 신속하게 처리할 수 있도록 법적·제도적 개선을 이루는 것이 필요하다.<sup>21)</sup>

21) 우리는 여기에서 1997년에 제정된 오스트리아의 여성폭력방지법(Protection from Violence)의 개입모델을 참조할 수 있다. 이 법은 가정폭력이 발생하면, 경찰이 현장에 출동, 집안의 열쇠를 압수하고, 가해자 남편은 의무적으로 10일간 집을 나가야 하는 집근금지조항을 규정하고 있다. 예전에는 피해자가 집을 나서게 되었지만, 법 제정 이후

특히 초기 개입에서 가해자의 치명성 평가(lethality assessment) 과정을 제도화(조서양식 및 위험평가측정 등)하여, 선부른 개입이 가져올 수 있는 오류와 문제를 최소화할 필요가 있다. 일반폭력을 다루는 조서양식과 다른 범죄성격에 걸맞는 조서양식이 개발되어야 하며, 임시조치 및 각종 보호처분의 합리적 근거를 갖추기 위한 risk assessment form(피해자의 요보호성, 가해자의 책임성 및 위험성, 행위관계특성(CTS 등)와 보호처분 상당성 등)의 개발과 조사가 경찰조사단계에서부터 이루어져야 할 필요가 있다. 물론 판결전조사제도가 있기는 하지만 피해자 신변보호의 긴급요구에 비추어 볼 때, 현실적인 효용성이 떨어진다. 외국처럼, 위기에 대한 invention center 등이 전문가 개입이 제도적 발전되어 있지 않기 때문에, 더욱 더 경찰조사단계에서 스토킹 행위자에 대한 정보들을 정확하게 파악하는 것이 무엇보다도 중요하다. 특히 과도한 인신구속 및 인권시비를 피하기 위해서라도, 가해자의 행위책임성과 위험성 평가를 제도적으로 시행해야 한다.

#### IV. 맺음말

다른 범죄들과 마찬가지로 스토킹을 범죄로 규정하고 대응하는 과정에서, 실제 개별 피해자들의 운명은 기소나 처벌에 의해 개선될 수도 있지만, 더 나빠질 수도 있다. 위반과는 별도로 법적 처리과정 그 자체는 ‘이차

---

가해자가 집을 나가는 형태로 정책을 전환해, ‘경기를 잘못된 사람이 경기장에서 퇴장해야 된다’는 인식의 변화와 함께 피해자 보호 및 증거수집을 위한 경찰의 의무를 보다 제도적으로 강화함으로써, 오스트리아의 여성폭력에 대한 대응은 더욱 신속해지고 있다. 이 법은 EU를 중심으로 가정폭력법의 모델이 인정받고 있으며 독일 등 인근 국가에 동 모델이 확산되고 있다. 2002년 독일 역시 연방 폭력보호법(Gewaltschutzgesetz)을 개정, 법에 의해 가해자가 집을 떠나고 피해 여성이 집에 계속 남아있게 되며 가해자는 접근, 접촉금지 등 단계별로 피해자에게 접근하지 못하도록 경찰이 개입·조치하고 하고 있다. 가해자가 제한명령을 준수하지 않을 경우, 경찰은 그 즉시 가해자를 체포할 수 있다.

피해자화(secondary victimization)'를 가져 올 수도 있고, 이러한 경향은 피해자와 가해자가 서로 잘 알고, 증언에 대한 위협 가능성이 있는 범죄에서는 그럴 가능성이 더 높다. 실제, 공식적인 형사사법기관이나 법원의 개입은 스토킹 행위자의 행동을 보다 폭력적인 방향으로 발전시키게 될 위험성도 지니고 있다. 따라서 스토킹 행위자의 유형에 따른 효과적 개입전략에 대하여 앞으로 보다 심도있는 연구들이 진행될 필요가 있다.

#### 참고문헌

- 국회사무처 법제실(2000), Stalking에 대한 입법적 대응.
- 그로스, 린덴(1999), 스토킹 알고 나면 두렵지 않다, 문학사상사.
- 법무부(2000), 유엔여성인권관련보고서, 여성정책자료집.
- 법무부(2002), 스토킹 피해실태 및 입법 쟁점에 관한 연구.
- 삼성생명 사회정신건강연구소(1999), 스토킹실태에 대한 조사결과 분석자료.
- 이시형 · 이세용 · 김형주 · 신영철 · 이소희(1998), '현대사회와 스토킹', 여성특별위원회의견서.
- 한국형사정책연구원(2000), 스토킹 실태와 대책에 관한 연구.
- 한국형사정책연구원(2001), 가정폭력범죄의 형사절차상 위기개입방안 연구.
- Bjerregaard, B. (2000). 'An Empirical study of Stalking Victimization', Violence and Victims, Vol. 15 No. 4 : 389-406.
- Coleman, F. L.(1997), "Stalking Behavior and the Cycle of Domestic Violence", Journal of Interpersonal Violence, Vol. 12(3), pp 420-432.
- Davis, Keith E. and Frieze, Irene H.(2000), "Research on Stalking: What

Do We Know and Where Do We Go?”, *Violence and Victims*,  
Vol. 15(4).

Hall, D. M. (1998), ‘The victims of stalking’, in J. R. Meloy(ed.), *The Psychology of Stalking: Criminal and forensic perspective*, San Diego : Academic Press.

Home Office Development and statistics directorate (2000), *Stalking: Findings from the 1998 British Crime Survey*, Home Office Research Study 210.

<http://www.worldlii.org/hk/other/hklrc/reports/2000/3/index.html>

Kienlen K.K. Birmingham, D. L. Solbert, K. B. O’Regan, J. T. & Meloy, J. R (1997), ‘A comparative study of Psychotic and non-psychotic stalking’, *Journal of the American Academy of Psychiatry & the Law*, 25:317-334.

Malsh, M. (2000), ‘Stalking in the Netherlands’, Paper presented at the *Stalking : Criminal Justice Responses Conference* convened by the Australian Institute of Criminology and Held in Sydney 7-8, December,2000.

National Institute of Justice (1998), *Stalking in America: Findings from the National Violence Against Women Survey*, U.S. Department of Justice.

Purcell, R. M. Pathe and P Mullen (2000), ‘The Incidence and nature of Stalking victimisation’, Paper presented at the *Stalking : Criminal Justice Responses Conference* convened by the Australian Institute of Criminology and Held in Sydney 7-8, December,2000.

- Tjaden, P. and Thoennes, N. (1998), "Prevalence, Incidence, and Consequences of Violence Against Women", National Institute of Justice, November 1998.
- Tjaden, Patricia. et al. (2000), "Comparing Stalking Victimization From Legal and Victim Perspectives", Violence and victims, Vol. 15(1), pp 7-22.
- Tjaden. P. (1997), "The Crime of Stalking: How Big Is the Problem?", National Institute of Justice, November 1997.
- Zona, M. A., Sharma, K. K. and Lane, J. (1993), "A Comparative Study of Erotomaniac and Obsessional Subjects in a Forensic Sample", Journal of Forensic Sciences, Vol. 38(4), pp. 894-903.
- Zona, M. Palarea, R. and Lane J. (1998), 'Psychiatric Diagnosis and the Offencer-Victim Typology of Stalking' in J. Meloy(ed.), The Psychology of Stalking : Clinical and Forensic Perspectives, Academic Press, San Diego.



## The Empirical Study of Stalking Victimization and its Legal Issues

Kim, Eun-Kyung\*

In the last decade, stalking has emerged as a significant social problem. It occurs when one individual repeatedly attempts to impose on another unwanted contacts and/or communications. Legislators have broadly defined the offence as 2 or more such intrusions that are intended to, or actually, render the recipient fearful. At the time Anti-Stalking Law 1998 in Korea were also drafted, little was known about victims of this offense or nature of the offence itself. At that time, much of the information available concerning stalking victims was predominately anecdotal and frequently derived from popular media. At a population level, however, insufficient is known about the prevalence and nature of stalking.

The purpose of this article is to empirically examine the phenomenon and nature of stalking and its victims. This paper defines stalking as experiences of persistent and unwanted attention. It presents the findings from an innovative self-completion questionnaire included in the 2000 stalking victim survey designed to provide the first reliable measure of the extent of 'stalking' in Metropolitan Area, and in the 2002 three vulnerable groups(a random sample of college

---

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

student, a random sample of celebrities in popular media, and domestic violence victims in shelters) to be more likely to be victimized. It also identifies those most at risk and what types of behavior victims are subjected to. The results will be of great interest to researchers and practitioners alike. This research contributes that it seeks to empirically validate many of the elements that legislatures have utilized to define the stalking event as a crime. Further, this article explores the role that law can playing in combating stalking behavior and suggests several remedies-criminal law and other remedies (both of legal and non-legal nature)- might play in cases of stalking.

# 노인의 범죄피해와 범죄에 대한 두려움

구자숙 · 이현희 · 원영희 · 전영실

형사정책연구 제14권 제4호(통권 제56호, 2003 · 겨울호)

**한국형사정책연구원**

## 노인의 범죄피해와 범죄에 대한 두려움

구자숙\*, 이현희\*\*, 원영희\*\*\*, 전영실\*\*\*\*

### I. 서론

우리나라는 2000년에 노인인구가 전체인구의 7%를 넘어서서 ‘고령화 사회’에 진입하였다. 앞으로도 고령화가 급속도로 진행되어 2019년이면 인구의 14%가 65세 이상인 ‘고령사회’가 될 것이라고 전망되고 있다(통계청, 2002). 우리나라가 고령화 사회에서 고령사회로 이행하는 데에 소요될 것이라고 예측되는 시간은 19년에 불과하여, 프랑스의 115년, 스웨덴의 85년, 일본의 24년에 비하여 상당히 빠른 것이다. 실제로 주요 경제협력개발기구(OECD)국가 중 한국이 가장 급속도로 고령사회로 이행할 것이라고 한다(재정경제부, 1999).

사회적 인구구성비가 이렇게 변화한다면 우리 사회에서 문제되는 이슈들도 보다 다양해질 것이다. 우선 노인인구의 증가로 경제성장이 둔화될 위험성이 있다. 고령화가 급격히 진행되면 현재는 10명의 청, 장년이 노인 한 명을 부양하지만, 17년 뒤에는 5명이 노인 한 명을 먹여 살려야 한다는 것이다. 노인층 비율이 13.6%로 전국에서 가장 높은 전라남도에서는 고령화의 부작용이 벌써 두드러지게 나타나고 있어서, 지역 총생산액이 5년 전에

\* 서울디지털대학교 조교수, 심리학박사

\*\* 이화여자대학교 사회과학연구소 연구위원, 사회학박사

\*\*\* 한국성서대학교 부교수, 사회학박사

\*\*\*\* 한국형사정책연구원 부연구위원, 사회학박사

비해 불과 35%만이 증가하였다고 한다. 반면 노인비율이 5.8%인 경기도는 5년 사이에 지역 총생산액이 76%나 증가하였다는 것이다(이혜훈, 2001).

노인 인구의 증가는 경제적인 문제 뿐 아니라 여러 가지 해결해야 할 사회적인 과제들도 제시하고 있다. 도시화와 핵가족화의 영향으로 인하여 독거노인들이 늘어나고 있고, 과거에 대가족제 내에서 자연스럽게 정의되고 해결되었던 노인문제를 이제는 국가 차원에서 정책적으로 지원해 주어야 한다. 또한 65세 이상의 노인 인구가 급격히 증가하면서 단순한 사회보장 제도나 연금제를 넘어서서, 노인에게 대한 의료보험제도와 고령의 허약한 노인들을 수용하는 시설들을 새로이 마련하고 노인복지 증진을 위한 제도 정착에 노력을 기울여야 할 것이다(Longino, Soldo, & Manton, 1990).

이러한 추세를 감안해 볼 때, 노인 복지가 앞으로 점점 더 중요한 사회적 이슈로 부각될 것임에는 의문의 여지가 없다. 우리나라도 중장기 노인 대책을 세워 노인문제에 현명하게 대처해야 할 시점에 와있다. 노인의 복지는 70년대 초반부터 시작된 웰니스 운동(Wellness movement)에서 시사하듯이 단순히 질병의 부재만을 의미하는 것이 아니라, 최적의 신체적, 정신적 안녕을 유지하는 것을 의미한다(Atchley, 1988). 노인층의 주관적 안녕감을 고려한다면, 노인들의 일자리 창출과 의료보장, 수용시설의 확립뿐 아니라 노화의 심리적 결과(psychological aging)에 대한 연구를 다각적으로 실시하여 진정한 의미에서의 복지기반을 마련하는데 초점을 맞춰야 한다.

전통적으로 노인층이 경험하고 있는 문제점들로 간주되어왔던 것들로써는 범죄에 대한 두려움, 건강 쇠약, 수입 부족, 외로움, 아무도 필요로 하지 않는다는 느낌, 무로함, 취업문제, 주거시설의 열악함, 역할의 상실 등을 들 수 있다(National Council On Aging, 1975; Rosow, 1973). 이중 범죄에 대한 두려움은 노인들로 하여금 자신의 환경을 더 위협하고 불만스럽게 지각하게 함으로써 일반적인 안녕감을 감소시킨다는 명확한 연구결과들이

있었다(Jirovec, Jirovec, & Bosse, 1984; Lawton, 1985; Lawton & Yaffe, 1980; Yin, 1982).

범죄에 대한 두려움에 대해서는 지금까지 많은 연구가 수행되었지만, 대부분 기술적인 연구에 그쳤고 이론을 검증한 연구는 더더욱 없는 실정이다. 가장 혼란스러운 것은 연구 결과 자체가 일관적이지 않다는 사실이다. 미국에서 전국적인 규모로 실시한 범죄에 대한 두려움 조사에서는 노인들이 실제로 경험하는 문제들 중에서 가장 심각한 것으로 지목된 것이 건강이나 수입문제가 아니라 바로 범죄에 대한 두려움이었다(National Council On Aging, 1975). 하지만 다른 연구들에서는 범죄에 대한 두려움이 노인들에게 있어서 그리 심각한 문제가 아닌 것으로 나타났다(Jirovec et al., 1984; Ward, LaGory, & Sherman, 1986; Yin, 1982).

나이와 범죄에 대한 두려움의 관계도 마찬가지이다. 노인들의 생활양식이 범죄에 노출되는 기회가 거의 없기 때문에(예: 집에서 보내는 시간이 많고, 사람이 많이 모이는 장소에 갈 기회가 적으며, 밤에 외출하는 일이 거의 없다) 범죄피해를 입는 비율이 상대적으로 낮다(Cook, Skogan, Cook, & Antunes, 1978; Liang & Sengstock, 1981). 하지만 범죄에 대한 두려움을 측정하였을 때에는 노인들이 다른 연령층의 사람들에 비해 더 높은 두려움을 느끼는 것으로 나타났다(Clemente & Kleiman, 1976; Hindelang, Gottfredson, & Garofalo, 1978; Jaycox, 1978; Lewis & Salem, 1986; Lindquist & Duke, 1982; Moeller, 1989; Ortega & Myles, 1987).

하지만 보다 최근의 연구들에서는 노인들이 범죄에 대한 두려움을 더 심하게 느낀다는 결론 자체를 반박하는 결과들이 나오고 있다(Bankston, Thompson, Jenkins, & Forsythe, 1990; Ferraro & LaGrange, 1988, 1992; Jeffords, 1983; LaGrange & Ferraro, 1987; Lawton & Yaffe, 1980, Yin, 1980, 1982). 즉, 이전의 연구에서 시사하듯이 노인들이 범죄에 대한 두려

움을 가장 강하게 느끼는 연령층이 아니며, 오히려 가장 두려움이 낮은 연령층에 속한다는 것이다. 한국 형사정책연구원에서 서울시민들을 대상으로 한 범죄피해조사에서도 나이가 들수록 범죄에 대한 두려움이 오히려 감소하는 결과가 나왔다(한국형사정책연구원, 1992). 이와 같이 상반되는 연구 결과들이 얻어진 것은 측정방법, 표집, 자료수집방법, 분석방법, 사회적 변화 등의 여러 가지 측면에서 설명되고 있다(Ferraro & LaGrange, 1992).

이상에서 볼 수 있듯이 범죄에 대한 두려움은 노인 복지와 직접적인 연관이 있기 때문에 많은 연구관심이 집중되어져 왔지만, 기술적 연구들의 결과에조차 논란의 여지가 많은 상태이다. 범죄에 대한 두려움의 예측변인들에 대한 이론들도 명확하게 정립되어있지 않다. 기존의 연구결과들을 종합하여 노인의 범죄에 대한 두려움을 설명하는 가장 포괄적인 이론적 틀을 제시한 것으로 Yin(1980)의 연구를 들 수 있다.

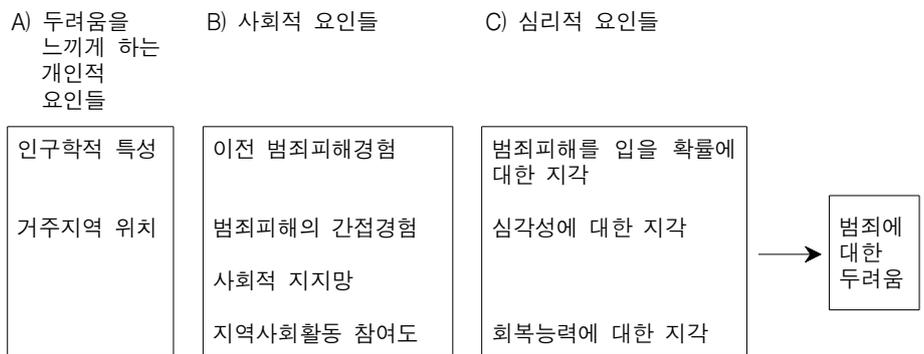
## II. 노인의 범죄에 대한 두려움을 설명하는 개념적 틀

Yin(1980)은 범죄에 대한 두려움의 예측변인들을 크게 세 가지 개념적 틀로 분류하였는데(<그림 1> 참조), 두려움을 느끼게 하는 개인적 요인, 사회적 요인, 심리적 요인이 그것이다.

### 1. 범죄에 대한 두려움과 관련된 개인적 요인

두려움과 관련된 개인적 요인들로는 인구학적 특성과 거주지역의 위치를 들 수 있다. 인구학적 특성으로는 성별, 나이, 인종, 사회계층 등을 들 수 있다. 범죄에 대한 두려움 연구들에서 가장 일관적으로 나타나는 결과가 성별

의 효과이다. 여성들이 남성에 비하여 범죄에 대한 두려움을 많이 느낀다 (Clemente & Kleiman, 1976; Erskine, 1974; Lebowitz, 1975; U. S. Department of Justice, 1977). 여성은 남성에 비해 방어 능력이 떨어지며, 강간과 같은 범죄는 여성에게 더 치명적인 위협이 되므로 범죄에 대한 두려움을 더 많이 느끼는 것으로 보인다(Riger, Gordon, & Le Baily, 1978). 또한 사회계층 면에서는 수입이 많은 노인이 수입이 적은 노인에 비해 범죄에 대한 두려움을 덜 느끼고, 백인이 흑인이나 다른 소수 인종에 비해 두려움을 덜 느끼는 것으로 나타났다(Clemente & Kleiman, 1976; U. S. Department of Justice, 1977). 나이의 효과는 피해-두려움 간의 역설적 관계를 중심으로 많은 논란의 대상이 되어왔고, 연구 결과도 일관적이지 않다.



<그림 1> 노인의 범죄에 대한 두려움의 개념적 틀(Yin, 1980)

거주지역의 위치에는 주거형태, 이웃 주민들의 연령구성, 지역사회의 범죄율, 지역사회의 크기 등의 요인들이 포함된다. 이전의 연구에서 비슷한 연령층의 사람들이 모여 사는 주거형태나 지역사회에서는 노인들이 범죄에 대한 두려움을 덜 느낀다는 결과가 얻어졌다(Sherman, Newman, & Nelson, 1976; Sundeen & Mathieu, 1976). 지역사회의 범죄율도 범죄에 대한 두려움을 예측해주는 변인이어서, 자신이 속한 지역사회의 범죄율이 높

으면 높을수록 더 큰 두려움을 느끼고 있었다(Furstenburg, 1971; Jaycox, 1978; McPherson, 1978; Lawton & Yaffe, 1979).

## 2. 사회적 요인

이전의 범죄피해 경험, 범죄를 주제로 한 상호작용, 사회적 지지망, 지역사회 활동 참여도 등이 사회적 요인에 속한다. 이중 이전 범죄경험과의 관계에 대해서는 많은 연구가 이루어졌지만 일관성 있는 연구결과는 얻지 못했다(Yin, 1980). 미 법무성의 범죄피해 조사(U. S. Department of Justice, 1977) 및 Reiss(1967), Biderman과 Reiss(1967), Bishop과 Klecka(1978)의 연구들에서는 범죄경험이 있는 사람과 없는 사람 간에 두려움 면에서 유의한 차이가 발견되지 않았다. 하지만 Lawton과 Yaffe의 연구(1977)에서는 범죄의 경험을 입은 사람일수록 많은 두려움을 느끼고 있는 것으로 나타났다. 범죄경험과 두려움과의 관계는 앞으로의 연구에서 더 검증해 보아야 할 것이고, 피해의 심각성(신체적 상해와 재산 손실의 정도)과 회복의 용이성 개념도 범죄피해의 경험에 포함되어야 할 것이다(Yin, 1980, 1982).

범죄피해의 간접경험은 친구나 이웃들의 범죄피해 경험, 그들과 범죄에 대해 이야기 하는 것 혹은 매스컴의 노인 피해자에 대한 보도를 접하는 것 등을 의미한다. Bishop과 Klecka(1978)의 연구에서는 노인의 직접적 범죄피해보다는 친구의 범죄피해경험(간접 경험)이 두려움을 더 잘 예언해주는 요인이었다.

사회적 지지망은 개인의 지역사회와의 친밀도와 연관된 개념인데, 같이 사는 사람들이나 친한 친구들의 숫자 그리고 그들과의 관계가 이에 포함된다. 이러한 사회적 지지망이 도움을 제공해 주므로, 범죄의 피해를 입더

라도 회복이 훨씬 용이해질 수 있다. 또한 지역사회 주민들과 친숙하면 할수록 범죄에 대한 두려움이 줄어들 것이다.

지역사회활동 참여도도 범죄에 대한 두려움과 유의한 관련이 있는데, 예를 들어 지역사회의 범죄예방 프로그램에 참여하는 사람들은 두려움이 적다고 한다(Cohn, Kidder, & Harvey, 1978). 즉, 지역사회에 보다 활발히 참여함으로써 이웃들을 더 잘 알게 되고 사회적 지지망이 확대될 수 있어서, 결국에는 범죄피해로부터의 회복능력이 증진된다는 것이다.

### 3. 심리적 요인

범죄피해를 입을 확률에 대한 지각, 피해의 심각성에 대한 지각, 그리고 피해로부터의 회복능력에 대한 지각이 범죄에 대한 두려움과 관련된 심리적 요인들이다. 초기의 연구들에서는 피해 확률에 대한 지각 혹은 위험도(crime risk)를 범죄에 대한 두려움의 측정치로 사용하였다. 하지만 Furstenberg(1971)와 Ferraro와 LaGrange(1987, 1992), LaGrange와 Ferraro(1989)는 범죄피해의 확률에 대한 판단과 두려움의 느낌은 서로 독립적인 개념이라고 주장하였다. 자신이 범죄의 피해자가 될 확률이 낮다고 생각한다고 해서, 그 사람이 범죄를 두려워하지 않는 것은 아니다. Warr(1984)는 “위험에 대한 민감도”가 성별이나 연령층에 따라 달라진다고 하였다. 예를 들어 여성이나 노인들의 범죄피해에 대한 확률 지각이 성인 남성들과 유사하여도, 성인 남성들에 비해 범죄에 대한 두려움을 더 크게 느낄 수도 있다. 범죄피해를 입을 확률에 대한 지각으로 범죄의 두려움을 측정하는 것은 타당하지 않을 뿐 아니라 결과의 해석을 오염시킬 수 있다.

범죄피해의 확률에 대한 지각과 구분되는 개념들로서 범죄피해를 입을 경우 경제적·육체적 피해의 심각성에 대한 지각과 피해로부터의 회복능

력에 대한 지각도 범죄에 대한 두려움을 예측해주는 심리적인 요인들이다(Yin, 1980). Goldsmith와 Tomas(1974), 그리고 Harris(1978)는 노인들이 입는 경제적인 손실은 다른 연령층에 비해 크며, 범죄피해를 당했을 때 신체적인 손상을 입을 확률도 더 높다고 주장하였다. 또한 Harris(1978)에 의하면 노인들은 범죄피해로부터 회복하는 능력도 더 떨어진다고 한다. 범죄피해의 “확률,” “심각성,” 그리고 “회복능력”의 세 가지 심리적 요인은 개인의 주관적인 지각 영역에 속하는 것으로서, 주관적인 지각이 현실과 일치하는가의 여부와 관계없이 범죄에 대한 두려움을 예언해주는 변인들이다(Yin, 1980). 즉 범죄피해를 입을 확률을 높게 지각할수록, 범죄피해의 정도가 심각하다고 지각할수록, 범죄피해로부터 회복할 수 있는 능력이 적다고 볼수록, 범죄에 대한 두려움은 높아질 것이다.

#### 4. 범죄에 대한 두려움과 관련되는 다른 변인들

Yin(1980)의 모형에는 포함되지 않았지만 이전의 연구들에서 범죄에 대한 두려움과 관련있는 변인들로서 관심의 대상이 되었던 변인들로는 범죄를 피하기 위한 행동, 사회적 고립의 정도, 그리고 안녕감(특히 고독과 소외감)을 들 수 있다. 범죄를 피하기 위한 행동은 범죄에 대한 두려움의 결과로 나타나는 현상일 수도 있지만(Lawton, 1980), 두려움을 예측해주는 변인으로 취급될 수도 있다(Patterson, 1978). 만일 범죄를 피하기 위해 행동을 취하는 것이 두려움으로 인한 결과라면 범죄에 대한 두려움과 정적인 관계를 나타낼 것이고, 만일 범죄를 피하기 위한 행동이 두려움을 예측해주는 변인이라면 범죄에 대한 두려움과 부적의 관계를 나타낼 것이다(Yin, 1980).

일반적으로 범죄에 대한 두려움이 크면 클수록 생활양식이 제한되어져 노인들이 사회적인 영역으로부터 고립될 것이라고 믿어 왔다. 하지만 연구

결과는 일관적이지 않다. Yin(1982)은 두려움이 많은 사람들일수록 원하는 활동을 제한하여 원하지 않는 고립상태에 놓이는 경우가 많다는 결과를 얻었으나, Lawton과 Yaffe(1980)는 두려움과 활동영역의 제한 간에 유의한 결과를 발견하지 못했다. 이에 비해 범죄에 대한 두려움과 주관적인 안녕감의 관계는 훨씬 명확하게 나타나서, 두려움이 낮을수록 전반적인 사기도 높고 자신의 주택이나 지역사회에 만족하고 있었다(Lawton & Yaffe, 1979).

Yin이 범죄에 대한 두려움의 개념적 모형을 제시한 이후에도, 이 모형을 검증해 보려는 경험적 연구가 거의 없다. 본 연구에서는 우리나라 노인들이 느끼는 범죄에 대한 두려움의 예측변인들은 어떤 것인지 Yin의 모형(1980)을 중심으로 분석해 보고자 하였다.

이를 위해 한국 형사정책연구원에서 서울에 거주하는 노인들을 대상으로 한 범죄피해조사(1995) 자료를 이용하여 Yin의 이론적 모형(1980)을 적용하여 범죄에 대한 두려움의 예측변인들을 분석하였다. Yin의 모형에 포함되지 않은 변인들 중 범죄에 대한 두려움과 관련이 있는 다른 변인들에 대한 추가적인 분석도 시도하였다.

### Ⅲ. 본 연구

#### 1. 연구내용

본 연구에서는 Yin(1980)의 개념적 모형을 기존의 자료에 적용하여 노인의 범죄에 대한 두려움의 예측변인들을 분석하였다. 또한 범죄에 대한 두려움과 관련이 있는 다른 변인들에 대한 추가적인 분석도 실시하였는데, 두려움이 클수록 범죄를 피하기 위한 행동을 많이 취하는지, 사회적으로 고립이 되는지, 안녕감이 저하되는지를 분석하였다. 마지막으로 범죄에

대한 두려움의 심리적인 요인에 해당하는 범죄피해에 대한 지각의 예측변인들을 분석해 보았다. Yin(1980)의 개념적 모형에서는 범죄피해에 대한 지각은 인지적인 요인으로서, 범죄에 대한 두려움의 예측 변인으로 포함되었다. 범죄에 대한 두려움은 범죄에 대한 정서적인 반응으로서, 범죄피해가 심각하다고 지각할수록 범죄에 대한 두려움이 커진다고 본 것이다. 하지만 Kury와 Ferdinand(1996), Kury, Obergfell-Fuchs, 그리고 Ferdinand(2001)의 연구에서는 범죄에 대한 두려움을 인지적인 요인과 정서적인 요인의 두 가지 하위요인으로 나누고, 범죄피해에 대한 지각을 범죄에 대한 두려움의 인지적인 요소에 해당한다고 주장하였다. 본 연구에서는 범죄피해에 대한 지각을 종속변인으로 한 분석을 추가적으로 실시함으로써 어떤 요인들이 범죄피해 위험도 지각과 관련이 있는지 알아보고, 인지적인 요소(범죄피해에 대한 지각)의 예측변인들이 정서적인 요소(두려움)의 예측변인들과 어떤 차이가 있는지 탐색해 보고자 한 것이다.

## 2. 연구방법 및 자료

### 가. 분석자료

한국형사정책연구원에서 서울에 거주하는 60세 이상의 노인들 600명을 대상으로 실시한 범죄피해조사(1995) 자료를 이용하였다. 이 조사에서는 서울시의 22개구의 60세 이상 노인인구 수를 조사하여 노인인구가 3만 이상인 구, 2만 이상인 구, 1만 이상인 구로 분류하여, 이중 6개구를(3만 이상인 구에서 2개구, 2만 이상인 구에서 3개구, 1만 이상인 구에서 1개구) 우선적으로 선정하였다. 이 6개구에서 각각 2동씩, 각 동에서 2통씩을 선정하였다. 각 통에서 25명씩, 모두 600명이 조사대상이 되었고, 그 중 593

명의 자료만이 분석 가능하였다.

#### 나. 예측변인

**두려움을 느끼게 하는 개인적 요인.** 개인적 요인 중 인구학적 변인에서 본 분석에 포함된 변인들은 성별, 연령, 가구 수입이었다. 거주 지역의 위치에는 주거의 형태와 지역사회 위험도 요인이 포함되었다. 주거의 형태는 아파트인지 단독주택인지를 묻는 질문이었고, 지역사회 위험도는 집 근처에 유흥가나 우범지대가 있는지를 묻는 질문이었다.\*

**사회적 요인.** 사회적 요인에는 이전의 범죄피해 경험, 범죄피해의 간접 경험, 사회적 지지망, 지역사회활동 참여도 요인들이 포함되었다. *이전의 범죄피해 경험*은 지난해부터 지금까지 절도, 사기, 강도, 폭행 및 상해 피해를 당한 적이 있는지 각각의 범죄에 대하여 있다, 없다고 응답하게 하였는데, 그 응답을 모두 합하여 계산하였다. *범죄피해의 간접경험*은 지난 1년 동안 가족이나 친지 중에서 범죄피해를 당한 사람이 있는지를 있다, 없다고 응답하게 하여 측정하였다. *사회적 지지망* 정도는 같이 살고 있는 가족의 수, 혼자 살고 있는지 혹은 양로원에서 살고 있는지 혹은 가족이나 친척과 살고 있는지의 여부, 가족간의 관계를 묻는 세 질문에 대한 응답을 표준화하여 모두 합산함으로써 산출되었다. *지역사회활동에의 참여도*는 범죄예방활동(자율방범대, 방범위원회, 부녀자회, 청소년선도위원회 및 그 밖의 순찰활동)에 참여하는지의 여부와 모임활동(동창회, 취미활동 모임 등)에 참여하는지의 여부를 묻고 그 응답을 합함으로써 산출되었다.\*\*

\* 성별, 주거의 형태, 지역사회 위험도는 모두 범주적 변인들이었으므로 dummy coding을 하여 회귀분석에 포함시켰다. 즉 여성은 0으로 남성은 1로, 아파트의 경우 0으로 단독주택의 경우 1로, 집 근처에 유흥가나 우범지대가 없다고 응답한 경우 0으로 있다고 코딩하였다.

**심리적 요인.** 범죄피해를 당할 확률에 대한 지각과 범죄피해의 심각성에 대한 지각이 심리적 요인을 측정하는 변인으로 포함되었다. *범죄피해를 당할 확률에 대한 지각*은 노인의 상대적 범죄피해 가능성을 묻는 질문, 소매치기/들치기, 폭행이나 협박, 강도, 사기, 살인을 당할 확률을 묻는 질문들을 모두 종합하여, 그 응답들을 표준화하여 합산함으로써 산출되었다. 상대적 범죄피해 가능성은 적다, 보통이다, 많다는 3점 척도로 측정되었으며, 점수가 높을수록 가능성이 많은 것을 의미하였다. 각각의 범죄피해를 입을 가능성 측정은 전혀 없다에서 매우 많다는 이르기까지 4점 척도로 측정이 되었으며, 점수가 높을수록 가능성이 많은 것을 의미하였다. 범죄피해의 심각성에 대한 지각은 자신의 *범죄피해 심각성에 대한 지각*을 묻는 문항으로 측정되었다. 이 문항은 자신이 범죄피해를 입으면 그 결과가 얼마나 심각할 것이라고 지각하는지 4점 척도로 측정되었으며, 점수가 높을수록 심각한 것을 의미하였다. 아쉽게도 *범죄피해로부터의 회복능력 지각*은 측정되지 않아 분석에 포함시키지 못했다.

#### 다. 종속변인: 범죄에 대한 두려움

범죄에 대한 두려움은 5가지 문항에 대한 응답을 합산하여 산출되었는데, 그 질문들은 다음과 같은 것들이었다: (1) 귀하는 밤에 집에 있을 때 얼마나 안전하다고 느끼십니까? (2) 귀하의 동네에서 밤에 혼자 걸을 때 얼마나 안전하다고 느끼십니까? (3) 귀하는 범죄피해를 당할까봐 어떤 곳을 피해 다니신 적이 있습니까? (4) 귀하는 혼자 다니기가 무서워 누군가와 같이 다니신 적이 있습니까? (5) 귀하는 일이 있어도 무서워서 외출하지 않고 다음으로 미루신 적이 있습니까? 이 5가지 문항은 한국형사정책

\*\* 범죄피해의 간접경험과 지역사회활동에의 참여도는 없다고 응답한 경우 0으로, 없다고 응답한 경우 1로 dummy coding하여 분석에 포함시켰다.

연구원에서 실시한 한국의 범죄피해에 대한 조사연구(1992)에서 사용한 것을 참조하여 구성한 것으로, 전혀 없다에서 매우 자주 있다에 이르기까지 5점 척도를 사용하여 두려움을 측정하였다. 점수가 높을수록 범죄에 대한 두려움이 많은 것을 의미한다. 이 문항들의 내적 일치도( $\alpha$ )는 .81로 나타났다.

#### 라. 범죄에 대한 두려움과 관련되는 다른 변인들

범죄에 대한 두려움과 관련되는 변인으로서 연구의 관심을 받아온 것들은 범죄를 피하기 위한 행동, 사회적 고립, 그리고 고독·소외감 변인들이다. 범죄를 피하기 위한 행동은 자물쇠 설치, 경보장치 설치, 경비견 소지, 관할 경찰서와 방법전화 연결, 이웃 간에 연락망 연결, 호신도구 소지 여부 등을 물어 측정하고, 그 응답들 중 긍정적인 반응의 수를 합산하여 산출하였다. 사회적 고립의 정도는 5문항으로 측정하였는데, (1) 외출의 빈도, (2) 밤 외출 제한, (3) 여가시간 활용방법, (4) 주로 만나는 사람의 수 등을 물어 그 응답들을 표준화하여 합산하여 산출하였다. 외출의 빈도와 밤 외출 제한여부는 5점 척도로 측정하였는데, 점수가 높을수록 외출의 빈도가 높고 밤에도 외출을 하는 것을 의미한다. 여가시간 활용방법은 집에서 지낸다는 응답을 0으로, 친지나 친구를 만난다는 응답을 1로 하여 dummy coding하였다. 주로 만나는 사람의 수를 묻는 문항은 혼자서 지나다에서 많은 사람을 만난다에 이르기까지 4점 척도로 측정되었다. 각 척도의 범위가 다르므로 각 문항에 대한 응답들을 표준점수로 전환하여 합산하였다. 범죄에 대한 두려움과 관련있는 정서로서 고독·소외감 측정은 이러한 정서를 얼마나 심각하게 느끼는 지 4점 척도로 측정하였다.

### 3. 결 과

#### 가. 범죄에 대한 두려움의 예측변인

예측변인들 즉, 성별, 연령, 가구 수입, 거주지역의 위치적 특성, 이전의 범죄피해 경험, 간접적 범죄피해 경험, 사회적 지지망의 정도, 지역사회활동 참여도, 범죄피해를 당할 확률에 대한 지각, 범죄피해의 심각성에 대한 지각을 모두 넣고, 범죄에 대한 두려움을 종속변인으로 하여 중다회귀분석을 실시하였다,  $R^2 = .238$ ,  $F(11,154) = 4.37$ ,  $p < .001$ . 그 결과 성별, 가구 수입, 거주지역의 위치적 특성, 범죄피해의 심각성에 대한 지각만이 유의한 변인으로 나타났다(<표 3> 참조). 즉 여성이 남성보다, 가구 수입이 많을수록, 아파트보다는 단독주택이나 연립주택에 살수록, 범죄피해가 심각하다고 지각할수록, 범죄에 대한 두려움을 많이 느끼는 것으로 나타났다.

#### 나. 범죄에 대한 두려움과 범죄예방행동, 사회적 고립, 그리고 고독·소외감 간의 관계

범죄에 대한 두려움을 예측변인으로 넣고 범죄예방행동, 사회적 고립, 그리고 고독·소외감의 심각성 정도를 각각 종속변인으로 하여 3변의 회귀분석을 실시하였다. 범죄를 피하기 위한 행동을 종속변인으로 한 분석에서는 ( $R^2 = .028$ ,  $F(1,578) = 16.64$ ,  $p < .001$ ), 두려움을 많이 느낄수록 범죄예방행동을 많이 취하는 것으로 나타났다,  $\beta = .167$ ,  $t(578) = 4.08$ ,  $p < .001$ . 사회적 고립(활동제약)을 종속변인으로 한 분석에서는( $R^2 = .017$ ,  $F(1,559) = 9.67$ ,  $p = .002$ ), 두려움을 많이 느낄수록 사회적으로 고립이 되고, 활동영역이 제한된다는 결과가 나타났다,  $\beta = -.130$ ,  $t(559) = -3.11$ ,  $p = .002$ . 고독·소외감의 심각성 정도를 종속변인으로 한 분석에서는( $R^2 = .019$ ,

$F(1,579) = 11.31, p = .001$ ), 두려움을 많이 느낄수록, 고독과 소외감을 느끼는 정도가 심각한 것으로 나타났다,  $\beta = .138, t(579) = 3.363, p = .001$ .

<표 1> 노인 범죄에 대한 두려움의 예측변인(회귀분석 결과)

| 예측변인        | $\beta$ | $t$   | 유의도    |
|-------------|---------|-------|--------|
| 성 별         | -.255   | -3.44 | .001** |
| 연 령         | .042    | .56   | .577   |
| 가구 수입       | .250    | 3.27  | .001** |
| 주거 형태       | .164    | 2.22  | .028*  |
| 지역사회 위험도    | .107    | 1.40  | .163   |
| 이전의 범죄피해경험  | .074    | .88   | .381   |
| 간접적 범죄피해경험  | .062    | .79   | .429   |
| 사회적 지지망     | -.045   | -.56  | .574   |
| 지역사회활동 참여도  | .034    | .45   | .651   |
| 범죄피해의 확률지각  | .026    | .29   | .775   |
| 범죄피해의 심각성지각 | .223    | 2.88  | .005** |

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

#### 다. 범죄피해 지각에 대한 예측변인

**범죄피해를 입을 확률 지각.** 개인적 변인과 사회적 요인에 해당하는 변인들인, 성별, 연령, 가구 수입, 주거 형태, 지역사회 위험도, 이전의 범죄피해경험, 간접적 범죄피해경험, 사회적 지지망, 지역사회활동 참여도를 예측변인으로 하고, 범죄피해의 확률 지각을 종속변인으로 하여 중다회귀 분석을 실시하였다,  $R^2 = .281, F(9,403) = 17.52, p < .001$ . 그 결과 가구 수입, 지역사회 위험도, 이전의 범죄피해경험, 간접적 범죄피해경험, 사회적 지지망이 유의한 예측변인으로 나타났다(<표 2> 참조). 즉 가구수입이

많을수록, 자신이 살고 있는 지역이 위험하거나 우범지역이 많을수록, 자신의 범죄피해경험이 많을수록, 주변 사람들의 범죄피해경험이 많을수록, 사회적 지지망이 적을수록, 범죄피해의 확률이 높다고 인식하였다.

<표 2> 노인 범죄피해를 입을 확률 지각에 대한 예측변인

| 예측변인       | $\beta$ | $t$   | 유의도     |
|------------|---------|-------|---------|
| 성 별        | -.016   | -.37  | .712    |
| 연 령        | .023    | .50   | .615    |
| 가구 수입      | .173    | 3.74  | .000*** |
| 주거 형태      | -.014   | -.32  | .753    |
| 지역사회 위험도   | .158    | 3.47  | .001**  |
| 이전의 범죄피해경험 | .254    | 5.52  | .000*** |
| 간접적 범죄피해경험 | .194    | 4.28  | .000*** |
| 사회적 지지망    | -.130   | -2.79 | .005**  |
| 지역사회활동 참여도 | .054    | 1.17  | .243    |

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

**범죄피해의 심각성 지각.** 종속변인을 범죄피해의 심각성 지각으로 하고, 위와 같은 중다회귀분석을 실시하였다,  $R^2 = .122$ ,  $F(9,158) = 2.45$ ,  $p = .01$ . 그 결과 거주형태, 이전의 범죄피해경험, 사회적 지지망이 약하게나마 유의한 예측변인으로 나타났다(<표 3> 참조). 즉 단독주택에 살수록, 자신의 범죄피해경험이 많을수록, 사회적 지지망이 적을수록, 범죄피해가 심각하다고 인식하였다.

&lt;표 3&gt; 범죄피해의 심각성 지각에 대한 예측변인

| 예측변인       | $\beta$ | $t$   | 유의도    |
|------------|---------|-------|--------|
| 성 별        | -.001   | -.01  | .991   |
| 연 령        | .057    | .72   | .472   |
| 가구 수입      | -.044   | -.55  | .584   |
| 주거 형태      | .132    | 1.73  | .085*  |
| 지역사회 위험도   | .109    | 1.37  | .173   |
| 이전의 범죄피해경험 | .143    | 1.74  | .084*  |
| 간접적 범죄피해경험 | .036    | .45   | .653   |
| 사회적 지지망    | -.208   | -2.52 | .013** |
| 지역사회활동 참여도 | .052    | .66   | .514   |

\*  $p < .10$ , \*\*\* $p < .05$

#### 4. 논 의

##### 가. 범죄에 대한 두려움의 예측변인들

노인의 범죄에 대한 두려움의 예측변인들 중 네 가지만 유의하게 나타났는데, 성별, 가구 수입, 주거형태, 범죄피해의 심각성 지각이 그것이다. 노인 집단 내에서 연령의 효과는 유의하지 않은 것으로 나타났다. 모든 연령 집단을 대상으로 하여 연령에 따라 범죄에 대한 두려움을 느끼는 정도가 달라지는가를 분석한다면 다른 결과가 나타날 수도 있다. 예상하지 못했던 것은 Yin의 모형(1980)에서 제시된 요인들 중 사회적 요인들은 모두 유의하지 않게 나타났다는 점이다. 또한 심리적 요인들 중에서도 범죄피해의 심각성 지각만 유의하게 나타나고 범죄피해를 당할 확률 지각은 유의하지 않게 나타났다. 이런 결과로 유추해 보면, Yin의 모형 중 사회적인

요인보다는 개인적 요인과 심리적인 요인이 범죄에 대한 두려움을 예측해주는 중요한 요인들임을 알 수 있다. 또한 범죄피해를 당할 확률보다는 일단 범죄피해를 입었을 때 그 피해의 심각성 여부가 범죄에 대한 두려움을 설명해주는 중요한 요인인 것으로 보인다. 이는 노인과 관계된 피해-두려움간의 역설적 관계(만일 이런 역설적 관계가 실제로 존재한다고 할 때)와 성별과 관계된 피해-두려움간의 역설적 관계를 잘 설명해 주는 기제로 작용할 것이다. 즉 노인과 여성은 성인과 남성에 비해서 범죄피해를 당할 확률은 낮지만 일단 피해를 입었을 때 피해의 심각성은 더 크고, 피해 확률보다는 심각성이 두려움을 더 잘 예측해주므로 범죄에 대한 두려움을 더 느끼게 될 것이다.

여성이 남성보다 범죄에 대한 두려움이 큰 것은 이전의 연구들에서도 일관적으로 나타났던 결과로서, 노인들의 경우에도 여성이 남성보다 더 높은 수준의 두려움을 갖고 있음을 알 수 있다. 범죄에 대한 두려움에서 성별의 효과를 자세히 분석한 LaGrange와 Ferraro(1987)의 연구를 보면, 여성들이 구체적으로 어떤 측면에서 남성에 비해 더 높은 두려움을 표명하고 있는지 알 수 있다. 그들의 연구에서 남녀간 두려움 수준 차이가 가장 크게 나타난 항목들은 (1) “집에 있을 때 누군가가 집으로 침입하는 것,” (2) “강간이나 성적 폭행을 당하는 것,” (3) “칼, 곤봉, 혹은 총을 든 사람에게 공격당하는 것” 이었다. 여성들은 이러한 종류의 범죄에는 남자들보다 많이 노출되어 있다고 생각하고, 물리적으로 자신을 방어할 수 있는 능력이 떨어지며, 부가적으로 성폭행을 당할 가능성까지 존재하기 때문에 남자들에 비해 더 큰 두려움을 가지게 된다.

가구의 수입이 많을수록 범죄에 대한 두려움을 많이 느끼는 것은 이전의 연구들과는 상반되는 결과이다. Lebowitz(1975), Mullen과 Donnermeyer(1985), Akers et al. (1987)의 연구들에서는 수입이 낮을수록 범죄에

대한 두려움을 더 느끼는 것으로 나타났다. 이런 결과는 재정적 자원이 적을수록 개인적 환경이 범죄에 취약해지기 때문에 안전하다는 느낌을 저해하기 때문으로 해석되었다. 본 연구에서 사용한 자료에서 정 반대의 결과가 나온 것은 범죄피해의 구조적 선택이론(Miethe & Meier, 1990)으로 설명할 수 있다. 즉, 가구 수입이 많은 노인들의 경우 범죄의 표적이 될만한 소유물이나 현금이 상대적으로 많으므로, 범죄피해의 가능성을 높게 지각할 수 있다. 노인들의 수입과 범죄에 대한 두려움간의 관계는 후속 연구에서 더 규명해야 할 필요가 있다.

아파트나 연립주택에 사는 노인들보다는 단독주택에 사는 노인들이 범죄에 대한 두려움을 더 많이 느끼는 것은, 실제의 범죄 피해율을 반영하는 현실적인 반응이다. 범죄분석(대검찰청, 각년도)에 나온 1994년부터 2000년까지의 범죄발생자료를 종합해 보았을 때, 단독주택에서 두 번째로 많은 범죄가 발생하여 총 124,858건이나 보고 되었다. 그 수치는 아파트 및 연립주택에 비해 1.5배에서 2배에 달한다. 1998년에 실시한 한국의 범죄피해 조사연구(한국형사정책연구원, 1999)에서도 같은 결과가 나타났다. 아파트에 비해 단독주택에서 훨씬 범죄가 많이 발생한다면, 단독주택에 사는 노인들이 범죄에 대한 두려움을 더 느끼는 것이 자연스러운 반응일 것이다.

범죄피해의 심각성 지각분석에서는 자신의 범죄피해가 심각하다고 지각할수록 범죄에 대한 두려움을 더 느끼는 것으로 나타났다. 이전의 연구들에서는 범죄피해에 대한 지각을 범죄에 대한 두려움을 측정하는 것으로 혼용하여 사용하기도 했는데, LaGrange와 Ferraro(1987)의 연구에서는 두 요인이 서로 다른 결과를 산출하여 개념적으로 명확히 구분해야 하는 요인 들임이 시사되었다. 본 연구의 분석만으로는 범죄피해에 대한 지각이 범죄에 대한 두려움의 예측변인인지, 아니면 Kury 등(2001)의 주장처럼 범죄에 대한 두려움의 하위 요인인지는 확인할 수 없다. 하지만 범죄피해에 대

한 지각이 범죄에 대한 두려움의 인지적 하위요인이라면 이 인지적 하위요인을 예측해주는 변인들은 무엇인지, 정서적인 요소로서의 범죄에 대한 두려움의 예측변인들과는 차이가 나는지를 알아볼 필요가 있었다. 따라서 범죄피해에 대한 지각에 대한 예측변인들은 무엇인지 알아보고, 정서적 요인으로서의 범죄에 대한 두려움의 예측변인들과 비교해 보았다.

#### 나. 범죄피해 지각의 예측변인들

범죄피해의 지각은 두 가지로 나누어 측정되었는데, 자신이 범죄피해를 입을 확률에 대한 지각과 우리나라 전체와 지역사회에서의 범죄피해 심각성 지각이 그것이다. 우선 범죄피해를 입을 확률지각은 가구수입, 지역사회 위험도, 이전의 범죄피해경험, 간접적 범죄피해경험, 사회적 지지망의 요인들이 유의한 예측변인들로 나타났다. 즉 가구수입이 많을수록, 자신이 살고 있는 지역사회가 위험할수록, 이전에 범죄피해경험이 많을수록, 주변의 친척이나 친구 중에 범죄피해를 입은 사람이 많을수록, 사회적 지지망이 적을수록, 자신이 범죄피해를 입을 확률이 높다고 생각하는 것이다. 범죄에 대한 두려움의 예측변인과는 상당히 다르게 나타나서 겹쳐지는 것은 가구 수입뿐이었다. 범죄피해의 확률지각은 자신이나 주변 사람들의 범죄피해 경험이라든지, 지역 사회의 위험도와 같이 보다 범죄발생과 직접적인 관련을 갖는 요인들과 밀접한 관련이 있었다.

범죄피해의 심각성 지각은 거주형태, 이전의 범죄피해 경험, 사회적 지지망이 유의한 예측변인들로 나타났다. 단독주택에 살고 있을수록, 이전에 범죄피해 경험이 많을수록, 사회적 지지망이 적을수록 범죄피해가 심각하다고 지각하고 있었다. 범죄에 대한 두려움의 예측변인들과 일치하는 것은 주거형태 뿐이었다.

이와 같은 결과는 범죄에 대한 두려움과 범죄피해 지각은 서로 성격이 다른 개념임을 나타내고 있다. 특히 성별이 범죄에 대한 두려움에서만 유의한 예측변인으로 나타났다는 것은 중요한 개념적 구분을 시사하고 있다. 여성들은 방어능력이 떨어지고 강간과 같이 여성에게 주로 위협을 주는 강력범죄의 존재 때문에, 인지적으로 범죄의 위험도를 더 높이 평가하고 있지는 않지만 정서적으로 두려움을 더 느끼는 것으로 보인다. Yin(1980)의 개념적 틀에서처럼 범죄피해에 대한 지각이 두려움의 예측변인인지, Kury 등의(2001) 연구에서처럼 범죄에 대한 두려움의 인지적인 평가의 한 요인으로 포함되어야 할지는 추후의 연구에서 더 밝혀야 할 과제이다.

#### 다. 범죄에 대한 두려움과 범죄예방행동, 사회적 고립, 고독과 소외감

범죄에 대한 두려움이 노인들의 삶의 질과 부정적인 관계를 갖는다는 것은 여러 연구자들에 의해 지적된 사실이지만, 실제적으로 어떤 관계가 나타나는지 다양한 분석이 시도된 적이 없고 그 결과도 일관적이지 않았다. 본 연구에서는 사회적, 행동적, 심리적 변인들과 범죄에 대한 두려움 간에 어떤 관계가 있는지 분석하였다. 그 결과 범죄에 대한 두려움을 느낄수록 범죄예방행동을 많이 취하고, 사회적으로 고립되고 활동영역이 제한되며, 고독과 소외감을 많이 느끼는 것으로 나타났다.

범죄에 대한 두려움과 범죄예방행동 간의 관계가 정적인 것으로 나타난 것은, 범죄예방행동이 범죄에 대한 두려움에 영향을 미치는 요인으로 작용한다기 보다는 그 결과로 나타나는 현상임을 시사하는 결과이다. 즉 범죄 예방 행동을 많이 취할수록 범죄에 대한 두려움이 감소하는 것이 아니라, 범죄에 대한 두려움이 클수록 범죄예방 행동을 많이 취한다는 사실을 시사하고 있는 것이다. 이는 미국에서 90년대에 들어 실제 범죄율은 줄어들고

있는데도 범죄에 대한 두려움은 오히려 증가하여, 집이나 사업장에 보안장치 시설을 설치하는 사람들이 점점 증가하는 현상을 잘 설명해주고 있다.

이전의 연구들에서 범죄에 대한 두려움과 노인들이 활동영역제한 간의 관계가 일관적으로 나타나지 않아, 일부 연구자들은 범죄에 대한 두려움이 클수록 노인들이 사회적 고립상태에 빠지는 것은 아니라는 결론을 내리기도 했다. 하지만 본 분석의 결과를 보면 그렇게 단언할 수는 없는 것 같다. 심리적으로도 두려움이 클수록 고독과 소외감도 많이 느끼는 것으로 나타나서, 범죄에 대한 두려움이 노인들의 안녕감 저하와도 연관되어 있음을 알 수 있다. 이는 이전의 연구들에서도 일관적으로 나타나는 결과로, 범죄에 대한 두려움이 노인들의 삶의 질에 있어서 중요한 요인임을 시사해 준다.

#### IV. 결 론

본 연구는 노인의 범죄에 대한 두려움의 예측변인들을 개념적 틀 안에서 규명하기 위하여 실시되었다. 이를 위해 한국형사정책연구원에서 조사한 노인의 범죄에 대한 두려움 자료를 체계적으로 분석해 보았다.

이제까지 범죄에 대한 두려움이 노인들의 삶의 질과 어떤 연관을 갖는지, 정서적인 측면까지 고려하여 다각적인 분석을 실시한 연구는 거의 없었다. 본 연구에서는 범죄에 대한 두려움이 노인들의 행동적, 사회적, 정서적인 측면과 어떤 관계성이 있는지 분석하였다. 그 결과 두려움을 많이 느낄수록 범죄를 피하기 위한 행동을 더 많이 취하고 고독과 소외감의 정서를 더 심각하게 느끼며 사회적 고립의 정도도 심한 것으로 나타나, 범죄에 대한 두려움이 노인들의 삶의 질에 심각한 위협 요인이 되고 있음을 알 수 있었다. 외출을 두려워하고 제한하게 되면, 사회적 활동에의 참여도가

감소하고 결국 노인들의 정신적 건강에 영향을 미칠 수도 있다. 노인들이 고독과 우울증에 빠져 자신을 돌보는 일을 소홀히 하게 될 수도 있다(O'Neill, 1990).

본 연구의 결과 우리나라 노인들은 여성인 경우, 가구 수입이 많을수록, 단독주택에 사는 경우, 범죄피해를 심각하게 지각할수록 범죄에 대한 두려움을 더 많이 느끼는 것으로 나타났다. 범죄의 위협에 많이 노출되고 그 위험성을 잘 인식하고 있으나 그 상황을 통제하지 못하고 위협으로부터 자신을 방어할 수 없을수록 두려움을 많이 느끼게 된다. 또한 범죄의 피해가 심각하고 그 피해로부터의 회복 또한 어려운 사람일수록 두려움을 많이 느낀다(이윤희, 1997). 결국 범죄에 대한 두려움과 관련된 개인적 요인들은 취약성(vulnerability)과 깊은 관련이 있다(Alston, 1986). Yin의 모형(1980)에 포함되었던 사회적 요인들과 심리적 요인 중 범죄피해의 확률에 대한 지각이 유의하지 않게 나온 결과는 후속 연구에서 일관성 있게 나타나는가에 대한 추후적인 검증이 필요하다. 만일 일관성 있게 범죄에 대한 두려움에 대한 유의한 예측변인이 아닌 것으로 나타난다면, 범죄에 대한 두려움의 모형에서 제외되어야 할 것이다.

노인들이 느끼는 범죄에 대한 두려움을 감소시키기 위해서는 우선 취약성에 대한 지각을 변화시켜야 한다. 이를 위해 국가적인 차원에서 노인들의 신체적 자가 방어능력을 키워주는 일은 현실적으로 불가능하다. 하지만 노인들 특히 여성들과 단독주택에 거주하는 노인들이 보다 안전하게 느낄 수 있도록 집안에 방범시설 등 안전장치를 설치하도록 할 수 있다. 또 노인단독가구에 대해 이웃감시활동을 통해서 범죄피해를 입을 확률을 줄이고, 노인들이 항상 보호받고 있다는 느낌을 가지게 하는 것도 도움이 된다.

지역사회의 통합을 권장하거나 매스 미디어의 폭력적 요소를 감소시키는 등 환경적 요인을 변화시켜주는 조치도 범죄에 대한 두려움을 감소시

키는데 효과적일 수 있다. 통합이라는 것은 사회적 연계의 강도를 의미한다. 개인에 있어서 통합은 가까운 관계를 맺고 있는 이웃이 얼마나 되는지, 혹은 사는 지역과 자신을 얼마나 동일시 하는지로 측정된다. 한 지역 사회의 통합 정도는 그 지역에서 사회적인 상호작용이 어느 정도로 이루어지는지, 혹은 지역사회에 기반한 회합이 몇 개나 되는지 등으로 측정된다. 통합의 정도가 높은 지역사회에서는 응급상황 시 연락할 수 있는 사람과 순찰과 감시 역할을 해줄 수 있는 사람도 많다. 따라서 이러한 지역사회에서는 범죄율도 낮고, 범죄에 대한 두려움도 낮게 나타난다(Alston, 1986). Skogan(1978)의 연구에 따르면 노인들은 나이가 들수록 사회적 연계가 감소하는 경향이 있다고 한다. 노인들을 지역사회에 통합시키려면 주민들과 함께 하는 지역 행사에 노인들을 적극적으로 끌어들이고, 지역사회에서 노인들이 담당할 수 있는 역할을 마련해 주어야 한다. 이러한 노력은 궁극적으로 노인의 범죄에 대한 두려움을 감소시키는데 기여할 것이다.

우리에게 범죄에 대한 간접경험을 가장 많이 제공해 주는 것은 매스 미디어이다. TV나 신문에서 다루는 범죄 보도가 대중의 범죄발생에 대한 지각과 범죄에 대한 두려움에 영향을 미칠 수 있다. TV와 신문보도는 특히 “집에 혼자 있는” 사람들에게 더 중요한 의미를 가지기 때문에, 사회적 접촉이 눈에 띄게 감소한 노인들의 경우 선정적인 범죄 보도를 접하게 되면 커다란 영향을 받는다(Skogan & Maxfield, 1981). 매스 미디어의 영향에 대해 연구자들이 가지고 있는 일반적인 가정은 매스 미디어가 사람들이 범죄에 대해 가지고 있는 기존의 생각을 강화시킨다는 것이다(Graber, 1980; Hubbard 등, 1975). 즉 미디어 보도를 보고 이전에 느끼지 않던 두려움을 갖게 되는 것은 아니지만, 가지고 있던 두려움이 증대된다고 본다. 따라서 범죄에 대한 두려움이 높은 노인들의 경우 폭력적 범죄에 대한 보도를 접하면 두려움이 크게 증대될 것이다. 범죄에 대한 두려움이 노인의

삶의 질에 미치는 부정적인 영향을 고려해 볼 때, 미디어의 폭력범죄 보도를 제한해야 할 필요가 있다.

본 연구에서는 기존의 자료에 개념적 틀을 부과하여 분석하다보니, 여러 가지 제한점이 있었다. 우선 범죄피해로부터의 회복능력 지각과 같은 요인은 측정이 되어있지 않아 분석에서 제외되었다. 후속 연구에서는 다양한 연령집단에 대하여 범죄에 대한 두려움을 직접 측정하여 관련 변인들을 모두 포함한 보다 포괄적인 분석을 행하고, 연령집단별 차이도 알아보아야 할 것이다. 연령집단 별로 취약성을 나타내는 범죄의 종류가 다르고 범죄피해율도 다르게 나타나는 만큼, 범죄에 대한 두려움을 예언해주는 변인들도 다르게 나타날 가능성이 있다. 그리고 범죄에 대한 두려움을 연령집단 별로 살펴봄으로써, 피해-두려움간의 역설적 관계에 대한 검증도 실시할 수 있을 것이다.

후속 연구에서는 범죄에 대한 두려움의 예측변인들과 범죄에 대한 두려움, 그리고 그 결과간의 관계를 종합적으로 알아볼 수 있는 요인구조 분석이 실시되어야 할 것이다. 요인구조 분석을 통해서 본 분석에서의 심리적 요인이 범죄에 대한 두려움 모형에서 어떤 위치를 차지하는지 더 명확한 그림을 그릴 수 있을 것이다. 심리적 요인은 개인적 요인이나 사회적 요인과 마찬가지로 범죄에 대한 두려움의 예측변인으로서 작용할 수도 있고, 혹은 예측변인들과 범죄에 대한 두려움의 관계를 매개할 수도 있다. 아니면 범죄에 대한 정서적인 두려움과 함께 또 하나의 종속변인의 측정치가 될 수도 있다. 모든 관련 변인들을 포괄하는 추후의 연구에서는 어떤 모형이 가장 적합한지를 밝혀낼 수 있을 것이다.

이와 같은 제한점에도 불구하고 본 연구는 노인의 범죄에 대한 두려움의 예측변인들을 이론적 틀 내에서 분석하고 범죄에 대한 두려움과 다른 행동적, 사회적, 심리적 변인들과의 관계까지 알아봄으로써 보다 포괄적인

분석을 실시하였다는 점에서 의의를 찾을 수 있다. 이를 출발점으로 하여 후속 연구가 지속적으로 이루어질 수 있을 것이다. 노령화 사회를 지나 노령사회로 빠르게 이행하고 있는 우리로서는 사회, 복지정책의 미래가 노인 문제의 해결에 달려 있다고 볼 수도 있다. 간접적 범죄피해라고 볼 수 있는 범죄에 대한 두려움은 노인 복지와 삶의 질에 주요한 영향을 미친다. 현재로서는 노인의 범죄피해와 범죄에 대한 두려움과 관련된 요인들을 정확히 이해하고, 효과적인 예방 대책이나 감소 대책을 세우는 것이 시급한 일이다. 이를 위해서는 노인의 범죄피해와 두려움에 대한 다각적인 연구노력이 절실히 요구된다.

#### 참고문헌

- 대검찰청, 1994-2000. 「범죄분석」.
- 이운호, 1997. 「형사정책」, 박영사.
- 이혜훈, 2001. 「인구 고령화와 재정의 대응과제」. 강문수·이혜훈(편), 「경제사회여건변화와 재정의 역할」: 281-359, 한국개발연구원.
- 재정경제부, 1999. 「OECD 한국경제보고서」.
- 통계청, 2002. 「장래인구 추계결과」.
- 한국형사정책연구원, 1992. 「서울의 범죄피해에 관한 조사연구」.
- 한국형사정책연구원, 1995. 「노인의 범죄 및 범죄피해에 관한 연구」.
- 한국형사정책연구원, 1999. 「한국의 범죄피해에 대한 조사연구(III)」.

Akers, R. L., La Greca, A. J., Sellers, C., and Cochran, J., 1987. "Fear of Crime and Victimization Among the Elderly in Different

- Types of Communities”, *Criminology*, 25: 487-505.
- Alston, L. T., 1986. *Crime and Older Americans*, Charles C. Thomas Publisher.
- Atchley, R. C., 1988. *Social Forces and Aging: An Introduction to Social Gerontology*. Belmont, Wadsworth Publishing Company.
- Bankston, W. B., Thompson, C. Y., Jenkins, Q. A. L., and Forsythe, C. J., 1990. “The Influence of Fear of Crime, Gender, and Southern Culture on Carrying Firearms for Protection”, *Sociological Quarterly*, 31: 287-305.
- Biderman, A. D., and Reiss, A. J. Jr., 1967. “On Exploring the Dark Figure of Crime”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 374: 1-15.
- Bishop, G., and Klecka, W., 1978. “Victimization and Fear of Crime among the Elderly Living in High Crime Urban Neighborhoods”, Paper presented at the Annual Meeting of the Academy of Criminal Justice Sciences, New Orleans, Louisiana, March.
- Clement, F., and Kleiman, M. B., 1976. “Fear of Crime among the Aged”, *The Gerontologist*, 16: 207-210.
- Cohn, E., Kidder, L., and Harvey, J., 1978. “Crime Prevention vs. Victimization Prevention: The Psychology of Two Different Reactions”, *Victimology*, 3: 285-296.
- Cook, F., Skogan, W., Cook, T., and Antunes, G., 1978. “Criminal Victimization of the Elderly: The Physical and Economic Consequences”, *The Gerontologist*, 18: 338-349.

- Erskine, H., 1974. "The Polls: Fear of Violence and Crime", *Public Opinion Quarterly*, 38: 131-145.
- Ferraro, K. F., and LaGrange, R., 1987. "The Measurement of Fear of Crime", *Sociological Inquiry*, 57: 70-101.
- Ferraro, K. F., and LaGrange, R., 1988. "Are Older People Afraid of Crime?" *Journal of Aging Studies*, 2: 277-287.
- Ferraro, K. F., and LaGrange, R., 1992. "Are Older People Most Afraid of Crime? Reconsidering Age Differences in Fear of Victimization", *Journal of Gerontology*, 47: 233-244.
- Furstenberg, F., Jr., 1971. "Public Reaction to Crime in the Streets", *American Scholar*, 40: 601-610.
- Goldsmith, J., and Tomas, N., 1974. "Crimes against the Elderly: A Continuing National Crises" *Aging*, 236: 10-13.
- Graber, D. A., 1980. *Crime News and the Public*, Praeger.
- Harris, C., 1978. *Fact Book on Aging: A Profile of American's Older Population*, National Council on Aging.
- Hindelang, M. J., Gottfredson, M. R., and Garofalo, J., 1978. *Victims of Personal Crime: An Empirical Foundation for a Theory of Personal Victimization*, Ballinger.
- Hubbard, J. C., DeFlur, M. L., and DeFlur, L. B., 1975. "Mass Media Influences on Public Conceptions of Social Problems", *Social Problems*, 23: 22-34.
- Jaycox, V., 1978. "The Elderly's Fear of Crime: Rational or Irrational", *Victimology*, 3: 329-334.
- Jeffords, C. R., 1983. "The Situational Relationship between Age and

- Fear of Crime”, *International Journal of Aging and Human Development*, 17: 103-114.
- Jirovec, R., Jirovec, M., and Bosse, R., 1984. “Environmental Determinants of Neighborhood Satisfaction among Urban Elderly Men”, *The Gerontologist*, 24: 261-265.
- Kury, H., and Ferdinand, T., 1996. “Recent Research on Victimization and the Fear of Crime”, *Comparative Law Review*, 30: 1-138.
- Kury, H., Obergfell-Fuchs, J., and Ferdinand, T., 2001. “Aging and the Fear of Crime: Recent Results from East and West Germany”, *International Review of Victimology*, 8: 75-112.
- LaGrange, R. L., and Ferraro, K. F., 1987. “The Elderly’s Fear of Crime: A Critical Examination of the Research”, *Research on Aging*, 9: 372-391.
- Lawton, M. P., 1980. “Crime Victimization and the Fortitude of the Aged”, *Aging Care and Services*, 15: 102-135.
- Lawton, M. P., 1985. “Housing and Living Environments of Older People”, In R. H. Binstock and E. Shanas, (Eds.), *Handbook of Aging and Social Sciences*, pp. 450-478, Van Nostrand Reinhold.
- Lawton, M. P., Yaffe, S., 1980. “Victimization and Fear of Crime in Elderly Public Housing Tenants”, *Journal of Gerontology*, 35: 768-779.
- Lebowitz, B., 1975. “Age and Fearfulness: Personal and Situational Factors”, *Journal of Gerontology*, 30: 696-700.
- Lewis, D. A., and Salem, G., 1986. *Fear of Crime: Incivility and the*

Production of a Social Problem, Transaction.

- Liang, J., and Sengstock, M., 1981. "The Risk of Personal Victimization among the Aged", *Journal of Gerontology*, 36: 463-471.
- Lindquist, J. H., and Duke, J. M., 1982. "The Elderly Victim at Risk: Explaining the Fear-Victimization Paradox", *Criminology*, 20: 115-126.
- Longino, D. F., Soldo, B. J., and Manton, K. G., 1990. "Demography of Aging in the United States", In K. F. Ferraro(Ed.), *Gerontology: Perspectives and Issues*, pp. 19-41, Springer Publishing Company.
- McPherson, M., 1978. "Realities and Perception of Crime at the Neighborhood Level", *Victimology*, 3: 319-328.
- Miethe, T. D., and Meier, R. F., 1990. "Opportunity, Choice, and Criminal Victimization of a Theoretical model", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 27: 243-266.
- Moeller, G. L., 1989. "Fear of Criminal Victimization: The Effect of Neighborhood Racial Composition", *Sociological Inquiry*, 59: 208-221.
- Mullen, R. E., and Donnermeyer, J. F., 1985. "Age, Trust and Perceived Safety from Crime in Rural Areas", *The Gerontological Society of America*, 25: 237-242.
- National Council on Aging., 1975. *The Myth and Reality of Aging in America*.
- O'Neill, D., 1990. "Burglary and the Elderly", *Care of the Elderly*, 2: 18-19.

- Ortega, S. L., and Myles, J. L., 1987. "Race and Gender Effects on the Fear of Crime: An Interactive Model with Age", *Criminology*, 25: 133-152.
- Patterson, A., 1978. "Territorial Behavior and Fear of Crime in the Elderly", *Environmental Psychology and Nonverbal Behavior*, 2: 131-144.
- Reiss, A., 1967. *Studies in Crime and Law Enforcement in Major Metropolitan Areas*, Vol. 1.(President's commission on Law Enforcement and Administration of Justice), U. S. Government Printing Office.
- Riger, S., Gordon, M., and Le Bailly, R., 1978. "Women's Fear of Crime: From Blaming to Restricting the Victim", *Victimology*, 3: 274-84.
- Rosow, I., 1973. "The Social Context of the Aging Self", *The Gerontologist*, 13: 82-87.
- Sherman, E., Newman, E., and Nelson, A., 1976. "Patterns of Age Integration in Public Housing and the Incidence and Fears of Crime among Elderly Tenants", In J. Goldsmith and S. Goldsmith, (eds.), *Crime and the Elderly: Challenge and Response*, pp. 34-45, Heath.
- Skogan, W. G., 1978. "The Fear of Crime among the Elderly", In U. S. House of Representatives, *Research into Crimes Against the Elderly*, Part II, U. S. Government Printing Office.
- Skogan, W. G., and Maxfield, M., 1981. *Coping with Crime: Individual and Neighbourhood Reactions*. Sage.

- Sundeen, R., and Mathieu, J., 1976. "The Fear of Crime and Its Consequences among Elderly in Three Urban Communities", *Gerontologist*, 16: 211-219.
- United States Department of Justice., 1977. *Public Opinion about Crime: The Attitude of Victims and Non-Victims in Selected Cities*, United States Government Printing Office.
- Warr, M., 1984. "Fear of Victimization: Why Are Women and the Elderly More Afraid?", *Social Science Quarterly*, 65: 681-702.
- Ward, R. A., LaGory, M., and Sherman S. R., 1986. "Fear of Crime among the Elderly as Person/Environment Interaction", *The Sociological Quarterly*, 27: 327-342.
- Yin, P., 1980. "Fear of Crime among the Elderly: Some Issues and Suggestions", *Social Problems*, 27: 492-504.
- Yin, P., 1982. "Fear of Crime as a Problem For the Elderly", *Social Problems*, 30: 240-245.

## Elderly Victimization and the Fear of Crime

Koo, Ja-Sook\*

Lee, Hyun-Hee\*\*

Won, Young-Hee\*\*\*

Jeon, Young-Sil\*\*\*\*

The purpose of the present study was to explore the extent of elderly victimization and the determinants of elderly fear of crime. Study 1 analyzed the elderly victimization rate and compared it with those of adults and adolescents. The elderly were more likely to be victimized than adolescents, but less likely than adults. Study 2 analyzed the victim survey data collected by Korean Institute of Criminology and sought the determinants of the elderly fear of crime based on Yin's conceptual framework(1980). The elderly fear of crime turned out to be a function of gender, the type of residential building, income, and perceived seriousness of victimization. The behavioral, social, and psychological consequences of fear of crime were also analyzed. Finally the strategies for fear reduction were discussed.

---

\* Assistant Professor, Seoul Digital University, Ph.D. in Psychology

\*\* Research Fellow, Institute of Social Science, Ewha Univ., Ph.D. in Sociology

\*\*\* Associate Professor, Korean Bible University, Ph.D. in Sociology

\*\*\*\* Associate Research Fellow, K.I.C., Ph.D. in Sociology

# 가정과 청소년 비행 - 주요 이론들의 매개과정을 통한 검증

이 성 식

이 연구는 숭실대학교 교내연구비 지원으로 이루어졌음.

형사정책연구 제14권 제4호(통권 제56호, 2003 · 겨울호)

**한국형사정책연구원**

## 가정과 청소년비행: 주요 이론들의 매개과정을 통한 검증

이 성 식\*

### I. 서 론

가정환경은 청소년비행에 있어 주요 요인의 하나로 다뤄져 왔다. 그 동안의 연구에서는 가정의 경제수준이나 부모의 이혼 등 가정구조적 요인도 강조되어 왔지만, 부모의 무관심, 애정부족, 강압적 훈육이나 체벌과 학대 등 부모의 부적절한 양육방법과 같은 가정기능상의 문제가 청소년들의 비행을 촉발하는 중요한 요인이 된다고 주장되어 왔다(Loeber and Stouthamer-Loeber, 1986; Smith and Stern, 1997; 김준호, 김선애, 1996). 비행성향이나 반사회성의 형성도, 학교에 적응하지 못하거나 비행친구를 사귀는 것도 문제 있는 가정에서 비롯되듯이(Elliott et al., 1985) 가정요인은 청소년비행의 시발점이자 설명에 있어 빼 놓을 수 없는 주요 요인이 된다.

그렇지만 가정요인은 실로 다양하다. 청소년비행을 설명하는 여러 이론들은 가정환경요인의 각기 다른 측면을 강조하고 있으며, 그 설명방식도 상이하다. 청소년비행의 주요 가정요인들은 부모의 무관심, 애정과 감독부

---

\* 본 연구는 숭실대학교 교내연구비 지원으로 이루어졌음

\* 숭실대학교 정보사회학과 조교수, 사회학박사

족, 부모와의 갈등, 강압적 훈육, 부모의 일탈, 부모의 낙인, 부모간의 다툼, 부모의 이혼 등 다양한 요인이 있다. 그러나 기존 경험연구에서는 부분적으로 일부 요인들의 영향력은 검증했지만(예컨대 이혼이 중요한지, 부모의 애정이 중요한지, 부모의 애정과 감독 중 어떤 요인이 중요한지, 부모의 체벌과 학대의 영향력은 어떠한지 등) 여러 다양한 요인들을 함께 포괄적으로 다루지는 못해 어떠한 요인이 보다 중요한지의 상대적 영향력 비교는 소홀했다. 또한 기존 연구들은 어떠한 가정요인들이 중요한지에 주목했지 그 요인들이 어떠한 이론에 근거하여 어떠한 이유로 비행을 설명하게 되는가 하는 이론적 연계의 작업에는 상대적으로 소홀했었다.

이 연구는 여러 주요 비행이론들에 근거하여 다양한 가정요인들을 도출하고 그 영향력을 경험적으로 살펴보고자 한다. 또한 그 요인들이 원인으로 작동되는 이유를 보다 구체적으로 살펴보기 위해 각 이론에 근거하여 주요 매개요인들을 고려함으로써 가정요인들의 작용이 어떤 이유 때문인지 기존의 이론들의 타당성을 검증해 보고자 하는 데에 주목하고 있다. 이렇듯 이 연구에서는 여러 가정요인들 중 주요 원인을 도출하여, 어떠한 요인이, 어떠한 매개과정을 통해 청소년비행에 영향을 주는가를 살펴보고자 하는 데에 목적을 두고 있다.

## II. 이론적 배경

### 1. 주요 비행이론들의 주장

여기서는 가정과 청소년비행과의 관계를 논함에 있어 기존의 주요 비행이론들 중 사회유대이론, 긴장이론, 차별접촉/사회학습이론, 낙인이론, 그

리고 최근 제시된 일반이론을 중심으로 다루려고 한다. 청소년비행의 가장 관련 요인들을 살펴보기에 앞서 여기서는 우선 이들 이론의 주장을 간략히 다뤄보기로 한다.

#### 가. 사회유대이론

사회유대 혹은 사회통제이론에서는 주위 사람들과의 애정적 결속력과 같은 유대 여하가 비행을 설명할 수 있다고 본다. Hirschi(1969, pp.10-11)에 따르면 청소년들은 누구나 비행동기를 갖고 있어 그것이 통제되지 않는 한 누구든지 비행을 저지르게 될 수 있다고 보면서, 비행의 동기요인 보다는 그것을 통제할 수 있는 요소가 있는가의 여부가 그 설명요인이 될 수 있다고 했다. 즉 부모나 학교 등에 사회유대가 강한 아이들은 비행동기를 통제함으로써 해서 비행의 가능성이 낮지만, 사회유대가 약한 아이들은 그렇지 못해 쉽게 비행을 저지른다고 보고 그러한 사회와의 유대요소를 그 원인으로 강조했다. 이러한 점에서 부모 등 주위 사람들과의 애정적 결속력과 유대는 비행 여부를 설명하는 사회유대의 주요 요소가 된다고 본다.

#### 나. 긴장이론

긴장이론에서는 Merton의 논의에 기반하여 하층 청소년들이 겪는 경제적 어려움, 성공, 목표좌절에서 오는 구조적 긴장과 좌절이 비행의 원인으로 작용한다고 보았다. 그렇지만 이후 연구들에서 계층과 비행의 관련성이 나타나지 않게 되자, 보다 최근에 Agnew(1992, pp.50-59)의 일반긴장이론에서는 하층이외에 중산층 청소년들도 경험할 수 있는 긴장으로 일상생활

에서의 긴장들, 예컨대 부모의 이혼이나 각종 생활사건, 부모와의 갈등, 학업성적의 하락, 이성친구와의 이별, 친구들의 놀림 등이 비행은 야기할 수 있다고 주장한다. 특히 일반긴장이론에서는 일상생활에서의 긴장으로 인해 경험하는 화, 절망감, 우울감 등의 부정적 감정이 매개 요인으로 작용한다는 것을 강조했는데, 비행은 일상생활에서의 긴장으로 경험하는 부정적 감정에 대처하기 위한 행동으로 이해한다.

#### 다. 차별접촉/사회학습이론

차별접촉/사회학습이론에서는 Sutherland(1947)의 논의에 근거하여 청소년들이 주변사람들로부터 비행관련 가치나 태도를 학습하게 됨으로써 비행을 저지르게 된다고 보고 있다. 즉 어떠한 아이들은 비행을 용인하지 않는 사람보다 그것을 용인하는 사람과 더욱 접촉하게 되고 그럼으로써 비행을 나쁜 행위로 보기보다는 그것을 허용하게 됨으로 해서 비행의 가능성이 높다고 주장한다. 친한 친구들 중 비행친구들이 많은 아이들이 비행을 저지르는 것도 그 때문이라고 보면서 비행친구들과 사귀는 것을 비행의 주요 원인으로 상정하고 있는 이론이다. 마찬가지로 이 이론에 따르면 부모가 법을 위반하는 경우 그 아이들은 비행 가능성이 높다고 할 것이다.

한편 사회학습이론에서는 주변사람들로부터의 가치, 태도의 학습이외에도 아이들의 부적절한 행동에 대한 효과적이고 적절한 처벌, 그리고 바람직한 행동에 대한 보상이라는 강화와 학습과정이 아이들의 행동발달에 중요하다고 보는데, 부모를 비롯한 주위 사람들의 효과적인 행동강화의 학습과정이 부족할 때 그것은 청소년비행의 주요 요인이 된다고 보고 있다 (Akers, 1985, pp.39-48).

#### 라. 낙인이론

한편 낙인이론에서는 부적절한 행동이나 사소한 비행으로 인해 공식기관에 의해 처벌을 받거나 주위 사람으로부터 낙인이 부여될 때 그러한 낙인이 차후 비행을 유발할 수 있다고 보았다. 즉 그러한 아이들이 주위로부터 낙인이 찍히지 않게 되었을 때에는 문제가 없지만 그러한 아이들에 대해 부정적 낙인이 있을 경우 아이들은 자기 자신에 대해 부정적 자아를 형성하게 되고 그로 인해 지속적으로 더욱 심각한 비행을 저지르게 된다는 것을 강조했다. 초기 연구에서는 공식기관에 의한 처벌과 낙인의 효과에 주목했지만, 보다 최근에는 비공식기관에 있는 주변 사람들, 예컨대 부모, 선생에 의한 낙인의 영향력이 보다 중요할 수 있다고 주장된다(Ray and Downs, 1986, pp.172-173).

#### 마. 일반이론

위의 이론들이 사회학이론으로는 가장 대표적인 비행이론이라 볼 수 있지만 보다 근래에 제시된 Gottfredson과 Hirschi(1990)의 일반이론은 빼놓을 수 없는 또 다른 주요 논의에 속한다. 그들은(pp.85-89) 비행이나 모든 범죄가 순간욕구에 의해 우발적이고도 즉각적이고 충동적으로 일어난다고 보면서, 결국 순간만족과 충동을 조절할 수 있는 능력으로서 자기통제력이 비행을 설명할 수 있는 유일한 요인이라고 주장한다. 즉 자기통제력이 낮은 아이들이 비행 가능성이 높다고 본다. 그들은 자기통제력이 아이들이 어릴 때 부모의 양육방법에 의해 형성된다고 보았는데, 한번 자기통제력이 형성되면 청소년기를 지나 성인이 되어서도 변하지 않는 지속적인 성향이 된다고 봄으로써, 결국 어려서 부모의 역할을 강조했다, 그 때

형성된 자기통제력을 청소년기의 비행의 중요하고도 유일한 원인으로 다뤘다.

## 2. 가정요인과 비행, 그 이유

청소년비행과 관련하여 제시되고 있는 가정요인들은 다양하다. 여기서는 기존 연구들에서 강조되어 왔던 주요 요인들을 제시하기로 하는데, 그러한 요인들이 어떠한 이유로 청소년비행의 원인으로 작용할 수 있는지는 앞서 언급한 이론들에 근거해서 설명될 수 있을 것이다.

### 가. 부모의 애정

부모의 무관심, 애정 부족은 청소년비행에 있어 중요한 요인으로 언급되어 왔다(Loeber and Stouthamer-Loeber, 1986). 사회유대이론에서는 부모와 자식간의 애정적 결속, 유대를 강조했다. 즉 부모의 사랑은 비행을 통제할 수 있는 주요 요소로 다뤄져 부모의 애정이 있는 가정에서의 청소년은 비행 가능성이 낮다고 주장하고 있다. 특히 사회유대이론에서는 부모의 애정도 중요하지만 자식이 부모에 대해 갖는 애착을 중요시하여 부모에 애착을 갖는 아이들이 비행의 가능성이 낮다고 보았다. 즉 언제 어느 우연한 상황에서 친구의 유혹이나 호기심의 발동으로 비행을 저지를 수 있는 경우에도 부모에 애착이 없는 아이들은 쉽게 비행을 저지를 수 있지만 부모와 유대가 강한 아이들은 자신의 행동을 통제한다는 것이다. 이처럼 가정의 다른 요인들보다도 부모의 사랑, 부모와 자식간의 애정적 유대, 그리고 청소년들이 부모에 갖는 애착은 비행의 주요 설명 요인으로 다뤄졌다(Cernkovich and Giordano, 1987).

#### 나. 부모의 감독

사회유대이론에서는 또한 부모의 아이들에 대한 적절한 감독과 행동통제가 비행의 주요 설명요인이 된다고 보았다. 즉 자녀가 어디에, 누구와 있는지, 무엇을 하는지를 알고 있듯이 부모의 적절한 관심과 감독은 아이들의 문제행동을 저지하는 데에 효과적이라고 본다(McCord, 1979; Barnes and Farrell, 1992). 그러한 적절한 감독이 없다면 아이들은 비행동기대로 언제든지 비행을 저지를 수 있다고 보았다. 사회학습이론에 근거하는 Patterson(1982)도 부모가 일정한 규칙을 정하고 적절히 행동을 감독하는 것이 비행통제에 중요하다고 보기도 하였다. 국내연구에서 김준호와 김선애(1996, 129-130면)는 부모의 애정, 관심보다도 감독과 통제가 더욱 중요한 요인이 된다는 결과를 제시했다.

#### 다. 부모와의 갈등

부모와 자식간의 갈등이 비행에 중요한 원인이 될 것이라는 주장은 일반긴장이론에서 강조되어 왔는데, 부모와 잦은 충돌과 갈등을 겪는 아이들은 긴장으로 평소 부정적 감정을 경험하게 되고 그러한 이유로 비행을 저지할 수 있다고 하였다(Agnew, 1992, pp.57-58). 사회유대이론이 부모의 애정이나 감독처럼 비행을 막을 수 있는 요인에 관심을 둔 데 반해, 긴장이론가들은 가정요인 중 부모와의 갈등과 같은 비행동기요인에 주목했다.

#### 라. 부모의 강압적 양육

사회학습이론에 근거하고 있는 Patterson(1982)의 강압이론의 논의에 따

르면 부모의 양육방식 중 부모의 강압적 훈육과 과도한 체벌은 청소년비행과 밀접한 관련이 있다고 주장한다. 즉 부적절한 지나친 체벌과 매, 폭언, 그리고 강압적 훈육은 잘못된 학습과정으로 청소년들에게 매우 위험하다고 본다. 그 부정적 영향력은 이후 많은 연구들에서도 밝혀지고 있는데(Widom, 1989; Simons et al., 2000), 지나친 강압적 훈육과 체벌은 폭력용인의 학습이외에 부모에 대해 갖는 애착을 저해하거나 청소년들에게 긴장을 유발함으로써 인해 청소년비행을 유발할 수 있다고 한다(이성식, 2001).

#### 마. 부모의 처벌

사회학습이론의 논의에 따르면 부모의 부적절한 자녀관리, 즉 자녀의 잘못된 행동에도 효과적인 처벌이 없이 아이들을 잘못 관리, 감독한다든지, 명확한 규칙과 기준이 없는 양육방식은 문제아이들을 낳을 수 있다고 지적한다. 즉 엄격한 규율, 그리고 잘못된 행동시 적절한 처벌과 강화를 통해 행동을 바로잡는 학습과정이 필요한데, 그렇지 못할 경우 아이들은 문제행동을 일으킬 가능성이 높다고 본다(Wells and Rankin, 1988). 국내 연구에서도 적절한 처벌과 행동제재를 받은 아이들은 비행의 가능성이 낮지만 그렇지 않은 아이들의 비행 가능성은 높다는 결과를 제시하고 있다(김준호, 김순형, 1995; 김준호, 김선애, 1996; 기광도, 이희길, 2002; 전영실, 2002).

#### 바. 부모간의 불화

부부간의 불화와 잦은 다툼은 또한 아이들의 건전한 성장에 영향을 미칠 수 있다. 부모의 다툼은 아이들에게 긴장을 유발할 수 있고, 또한 부부간에 불화가 있을 시 자녀에 대한 부적절한 양육과 관리, 예컨대 잦은 체

별과 학대로 아이들에게 부정적인 결과를 초래할 수도 있다. 아울러 부모의 다툼에서 부모간에 폭언과 폭력이 동반될 경우 이는 폭력학습으로 이어지기도 한다. 국내의 연구에서도 부부간의 불화와 갈등은 아이들의 반사회적 행동의 주요 요인 중 하나가 된다는 것을 밝히고 있다(연진영, 1992; 김준호, 김선애, 1996).

#### 사. 부모의 일탈

부모의 일탈은 자녀의 비행에 영향을 줄 수 있는 또 다른 주요 요인이 된다. 부모가 법을 지키지 않거나 일탈을 일삼을 때 차별접촉/사회학습이론가들의 주장대로 아이들은 부모에게서 일탈에 허용적인 태도를 학습하게 되어 비행을 저지를 수 있다. Zhang과 Messner(1995, pp.376-377)의 연구에서는 부모의 일탈은 비행에 직접적 효과이외에 잘못된 양육과 일탈 허용적 태도를 형성하게 함으로 해서도 비행에 영향을 준다는 결과를 제시했다. 한편 사회유대이론의 시각에서 보면 부모가 지나친 음주나 일탈을 일삼는 경우 그 아이들은 부모에 대한 애착이 낮아 비행을 하게 될 가능성이 높다는 주장도 있다(Sampson and Laub, 1993).

#### 아. 부모의 낙인

국내외 연구에서 상대적으로 소홀히 다루어졌던 가정요인은 부모의 자녀에 대한 낙인이다. 청소년연구에서 낙인이론가들은 공식기관의 처벌로 인한 낙인보다 부모와 같은 주위의 중요한 사람들의 낙인이 청소년들에게 중요한 영향으로 작용할 수 있다고 보았는데, 부모가 아이를 문제아라고 생각하고 취급하는 경우 그 아이는 비행을 저지를 가능성이 매우 높다는

결과를 제시하고 있다(Matsueda, 1992; 이성식, 전신현, 1993). 부모의 낙인은 아이들에게 부정적 자아를 형성하게 하여 비행에 영향을 주지만, 자식과 부모의 유대를 약화시키고, 또한 긴장이론가들에 따르면 그것은 아이들의 긴장과 부정적 감정을 유발하여 비행동기로 작용할 수도 있다.

#### 자. 어릴 때의 부모의 양육

한편 자기통제력을 강조하는 일반이론에 따르면 부모의 애정, 감독, 양육 방식 모두를 비행설명에 있어 강조하고 있지만, 특히 그것은 어릴 때 중요하다는 것을 강조한다(Gottfredson and Hirschi, 1990, pp.97-105). 즉 다른 이론들은 청소년비행을 설명함에 있어 청소년기 당시의 가정환경과 부모와의 관계를 중요시했다면, 일반이론에서는 청소년들이 자라온 과정에서 특히 어릴 때의 가정환경 요소가 중요하며 그러한 환경에서 어릴 때 형성된 자기통제력이 비행의 주요 원인이 됨을 강조했는데, 일반이론에 따르면 청소년기의 가정환경 요인들은 비행의 원인으로 중요하지 않다고 보고 있다.

### Ⅲ. 연구모델과 연구방법

#### 1. 연구모델

이 연구에서는 기존 연구들에서 제기되었던 주요 가정요인들의 비행에 대한 영향력을 살펴보고자 한다. 여기서는 부모의 애정, 감독, 부모와의 갈등, 부모의 강압적 양육, 부모의 처벌과 강화, 부모간의 다툼, 부모의 일탈, 낙인 등 여덟 요인들을 중심으로 다루려고 한다. 즉 부모로부터 사랑과 애

정을 받지 못하거나, 부모로부터 적절한 감독을 받지 못하는 아이들, 부모와 갈등을 겪는 아이들, 부모로부터 강압적 양육과 체벌을 당하는 아이들, 잘못된 행동에 부모로부터 적절히 처벌과 지적을 받지 않는 아이들, 부모간에 잦은 다툼을 하는 가정의 아이들, 부모가 일탈을 일삼는 가정의 아이들, 그리고 부모로부터 부정적인 낙인을 받는 아이들은 비행의 가능성이 높을 것이라고 본다.

이 연구에서는 특히 이러한 가정요인들이 어떠한 이유로 비행에 영향을 줄 수 있는지를 다루려고 한다. 사회유대이론, 긴장이론, 차별접촉/사회학습이론, 낙인이론, 그리고 일반이론에 따르면 그 이유는 상이하게 제시될 수 있는데, 사회유대이론에서는 아이들의 부모에 대한 애착이, 긴장이론에서는 부정적 감정이, 차별접촉/사회학습이론에서는 범위반에 대한 태도가, 낙인이론에서는 부정적 자아개념이, 그리고 일반이론에서는 자기통제력이 궁극적으로 비행에 영향을 준다고 볼 수 있으며, 앞서 제시한 가정요인들도 이러한 요인들을 매개로 비행에 작용한다고 할 수 있다.

부모가 자녀에게 무관심하고 애정이 부족할 경우 청소년들은 비행을 저지르기 쉬운데, 사회유대이론에 따르면 부모가 애정이 적을 때 자식이 부모에 대해 갖는 내적 유대와 애착이 약하여 비행을 저지를 가능성이 높다고 볼 수 있다(Hirschi, 1969). 또한 일반긴장이론의 논의대로라면 부모가 무관심하고 애정이 부족할 때 아이들은 평소 부정적 감정을 경험함으로써 그러한 감정이 비행의 동기요인으로 작용한다고도 볼 수 있을 것이다(Agnew, 1992).

사회유대이론의 논의에 따르면 부모의 감독은 다른 매개과정 없이 비행에 부(-)적으로 영향을 줄 수 있다. 부모의 감독은 직접적으로 자녀의 행동을 통제할 수 있기 때문이다. 그렇지만, 자녀를 적절히 통제, 감독하는 것은 자녀에 대해 관심을 보이는 것이라 볼 수 있기 때문에 그러한 부모

의 아이들은 부모에 대해 애착을 갖게 되고, 따라서 그러한 이유로 비행의 가능성이 낮다고 볼 수 있다(Jang and Smith, 1997).

부모와 갈등을 겪는 아이들은 긴장이론에서 주장하듯이 부정적 감정을 경험하여 비행을 저지를 가능성이 높을 것이다. 또한 부모와의 잦은 갈등은 부모에 대한 애착을 저해함으로써 인해 비행에 영향을 줄 수도 있다.

강압적 훈육과 과도한 체벌을 받으며 자란 아이들은 부모의 폭력적 언행을 학습하고 폭력에 호의적이 됨으로 해서 비행, 특히 폭력비행을 저지를 가능성이 높다(Patterson, 1982, Widom, 1989). 또한 사회유대이론의 논의에 따르면 강압적 훈육하에 자란 아이들은 부모에 대한 유대와 애착이 적고(Sampson and Laub, 1993), 또한 긴장이론가들의 주장대로 부모의 강압적 양육에 대한 불만과 긴장으로 인해(Brezina, 1998; 이성식, 2001) 비행의 가능성이 높다고도 볼 수 있을 것이다.

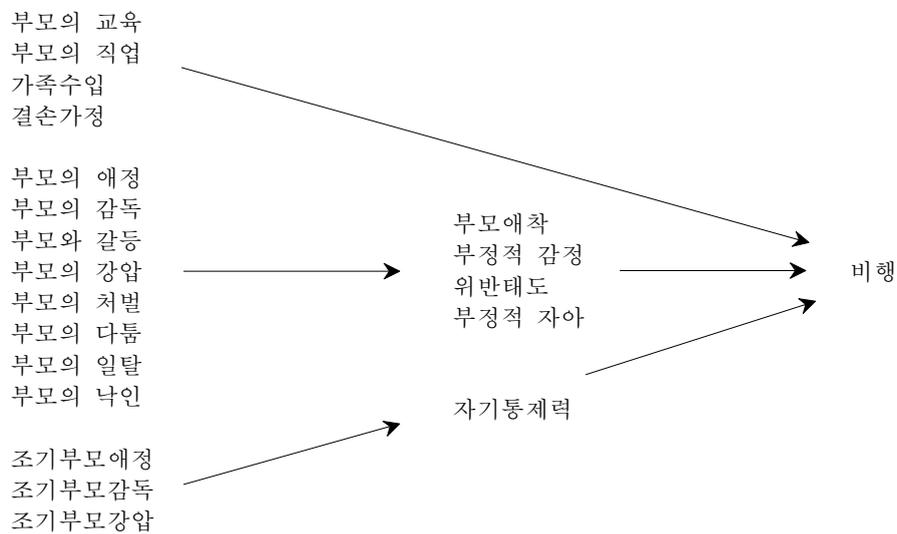
잘못된 행동에 대해 적절히 처벌을 받고 긍정적 행동에 대해 강화를 받으며 자란 아이들은 사회학습이론의 논의대로 잘못된 행동이나 범위반에 대해 부정적 태도를 지님으로 해서 비행의 가능성이 낮다고 할 수 있다. 그렇지만 그렇지 않은 아이들은 잘못된 행동에 긍정적 태도를 지니게 됨으로 해서 비행의 가능성이 높을 것이다(Wells and Rankin, 1988; 전영실, 2002).

부모간에 잦은 다툼이 있는 경우도 마찬가지로 아이들은 긴장과 부정적 감정을 자주 느끼고, 또 사회유대이론에 따르면 부모에 대해 애착이 낮음으로 해서 비행을 저지르게 된다고 볼 수 있을 것이다. 또한 부모의 다툼 과정에서 폭력이 동반되는 경우 아이들은 폭력을 학습하게 됨으로 해서 범위반과 폭력에 호의적이 되어 비행의 가능성이 높을 것이라고 볼 수도 있다.

아울러 부모가 범죄를 저질렀거나 일탈을 일삼는 경우도 아이들은 차별

접촉/사회학습이론의 논의대로 그것을 학습하여 범위반에 호의적이 되고 긍정적 태도를 지님으로 해서 비행의 가능성을 높다고 볼 수 있을 것이다. 그렇지만 부모의 일탈은 또한 자녀의 부모에 대한 애착을 약화시키고(Sampson and Laub, 1993), 긴장을 유발함으로써도 비행에 영향을 준다고 볼 수 있다. 부모가 일탈을 저지르는 경우 아이들은 주위 사람들로 부터 낙인을 받기도 하는데, 이는 아이들의 부정적 자아에도 영향을 주어 비행을 유발할 수도 있을 것이다.

부모로부터 부정적인 낙인을 받는 아이들은 낙인이론가들의 논의대로 부정적 자아를 형성하게 됨으로 해서 비행의 가능성이 높다고 할 수 있다 (Matsueda, 1992; 이성식, 전신현, 1993). 또한 부모의 낙인이 있으면 그것은 부모에 대한 애착을 약화시키고, 긴장이나 부정적 감정을 유발하여 비행에 영향을 줄 수도 있다.



<그림 1> 가정과 청소년비행의 연구모델

한편 일반이론에 따르면 이와 같은 청소년기의 가정요인은 중요하지 않으며 어려서의 가정환경 요소가 중요할 것이라고 보는데, 일반이론에 따르면 다른 매개 요인들, 즉 부모에 대한 애착, 부정적 감정, 위반에 대한 태도, 부정적 자아와 비교하여 자기통제력이 가장 중요한 요인이라고 볼 수 있다. 일반이론의 논의대로라면 어려서의 부모의 애정, 감독, 강압적 양육 방식이 비행의 설명에 중요하며, 그로 인해 형성된 자기통제력만이 유일한 원인이 되며, 자기통제력이 낮은 청소년이 비행을 더 저지르게 될 것이라고 예측할 수 있다.

또한 이 연구에서는 가정구조 요인으로 가정의 사회경제수준(부모의 교육, 직업, 가족의 수입 등), 그리고 부모의 사망이나 이혼 등의 결손가정의 여부를 주요 요인으로 고려하기로 하는데, 이들 요인들은 과연 본 연구에서 제시하고 있는 가정기능요인들과 비교할 때 비행에 어떠한 영향력을 갖는지를 살펴보려고 한다. 기존의 논의에 근거한다면 이러한 구조배경요인들은 상대적으로 약한 영향력을 가질 것이며, 혹은 가정기능요인들에 의해 매개됨으로 해서 비행에 간접적인 영향을 줄 것으로 예측한다(Rebellon, 2002)

## 2. 측 정

### 가. 가정요인

본 연구에서 사용할 독립변인으로 부모의 애정은 부모가 자식에게 얼마나 애정을 베풀며 이해해 주시는가를 나타내는 것으로, 여기서는 “부모님은 나에게 늘 애정을 베푸신다”, “부모님은 나를 잘 이해해 주신다”, “부모님은 나에게 관심이 없다” 등 세 문항을 5점 척도로 사용하였다

( $\alpha=.760$ ). 세 번째 문항은 역으로 재부호화 하였다.

부모의 감독은 부모가 자녀의 행동을 적절히 감독하는가를 나타내며, Hirschi(1969, pp.88-89)는 통상 아이들이 누구와 같이 있는지, 어디에 있는지, 무엇을 하는지의 세 가지 사항으로 파악하는데, 여기서는 “부모님은 내가 밖에 있을 때 내가 누구와 어디에서 무슨 일을 하는지 관심을 갖고 계신다”의 한 문항을 사용하여 5점 척도로 질문을 하였다.

부모와의 갈등은 “부모님과 나는 마음이 안 맞고 갈등이 심하다”의 한 문항을 5점 척도로 질문하였다.

부모의 강압적 훈육을 위해서는 “부모님은 나에게 벌을 주실 때 손찌검이나 몽둥이를 드시고 때린다”, “부모님은 나를 혼내실 때 차근차근 얘기 하시기보다는 몹시 흥분하고 화를 내고 고함을 지르신다” 등 두 문항을 5점 척도로 질문하였다( $\alpha=.770$ ). 또한 부모의 처벌은 잘못된 행동에 대해 그냥 놔두지 않고 적절히 처벌을 하는 것을 말하는 것으로, “부모님은 내가 잘못된 일을 할 때마다 앞으로 그러지 말라고 그때 그때 지적하신다”와 “부모님은 내가 잘못된 일을 해도 참견하지 않고 그냥 내버려 두신다”의 두 문항을 “전혀 그렇지 않다”에서 “매우 그렇다”에 이르는 5점 척도로 질문을 하였다( $\alpha=.642$ ). 여기서 두 번째 문항은 역으로 재부호화 하였다.

부모간의 다툼은 단순히 화목한지 아닌지를 넘어 부모간에 자주 다투고 또한 싸울 때 폭력도 사용하는지를 질문하였는데, “우리 부모님은 서로 폭언과 폭력을 쓰시면서 자주 다투신다”의 한 문항을 5점 척도로 질문하였다.

부모의 일탈은 부모가 법을 잘 위반하는지를 말하며, 구체적인 일탈의 경험을 묻기보다는 “부모님은 법 없이도 사실 정직하신 분이시다”의 질문에 5점 척도로 응답하게 하고 이를 역으로 재부호화 하여 사용하였다.

부모의 낙인은 부모의 실제 낙인보다는 부모의 입장에서 비추어 평가한

응답을 통해 살펴보았는데, “부모님은 나를 문제아이며 나쁜 아이라고 생각하신다”라는 한 문항을 사용하였고 5점 척도에 응답하도록 하였다.

이 연구에서 사용하는 어릴 때의 부모의 애정, 감독, 강압적 훈육은 회고적 방법을 통해 초등학교 초반 때의 기억으로 앞서 질문과 동일한 문항들로 각각 질문을 하였다. 아울러 가정구조 요인으로는 아버지의 학력과 직업유무, 가족의 수입, 그리고 결손가정 여부를 알아보았는데, 학력은 중졸이하, 고졸, 대졸 이상의 세 항목에, 직업은 직업의 유무를, 가족수입은 50만원 미만에서부터 51-100만원, 101만원-150만원 등 50만원 단위로 351만원 400만원, 401만원 이상에 이르는 아홉 항목에 응답하도록 했다. 결손가정은 친부모 중 적어도 한 분이 사망하셨는지, 두 분이 이혼, 혹은 별거하시고 계신지를 물어 보았다.

#### 나. 매개변인

부모에 대한 애착은 통상 부모에 대해 갖는 애정, 부모와의 대화, 부모와의 동일시로 측정되지만(Hirschi, 1969, pp.85-94), 이 연구에서는 응답자가 부모님을 얼마나 좋아하고 애착을 갖는가를 알기 위해 “나는 부모님이 좋다”라는 한 문항을 사용하였다.

부정적 감정은 화, 절망감, 불안감, 우울감 등을 말하며, 이를 위해 “나는 요즘 화가 난다”, “나는 요즘 짜증이 난다”, “나는 희망이 없다”, “나는 뭔가 불안하다”, “나는 우울하다” 등 아홉 개 문항을 사용하였다(alpha=.918).

범위반에 대한 태도는 범위반에 대한 일반적 태도로, “법을 위반하는 것은 나쁘다”로 질문을 하고 이에 5점 척도에 응답하도록 하였으며, 이를 역으로 재부호화하여 사용하였다.

부정적 자아를 위해선 통상 사용되는 자긍심보다 “나는 내가 문제아이며 나쁜 아이라고 생각한다”로 질문하여 자신을 문제아 혹은 비행소년으로 생각하는지를 직접적으로 물어 보았다.

한편 자기통제력은 기존 연구에서 사용되었던(Grasmick et al., 1993, pp.14-15) “나는 종종 재미 때문에 위험을 무릅쓰는 경우가 있다”, “나는 차후에 어떤 일이 있을지는 생각 않고 무엇이든 즉흥적으로 행동한다”, “나는 충동적으로 행동하는 경우가 많다” 등 위험성, 현재지향성, 충동성, 이기성, 단순작업성 등을 나타내는 아홉 개 문항을 사용하였다( $\alpha = .853$ ). 여기서는 이들 응답항목을 역으로 재부화하였다.

#### 다. 비행

본 연구의 종속변인으로 청소년비행은 1) 술집 등 미성년자출입불가의 출입 등 제반 지위비행과 아울러 2) 학교기물이나 공공기물, 혹은 다른 사람 소유의 물건 파손행위, 3) 남의 물건을 몰래 훔치는 절도, 4) 남의 물건이나 돈을 강제로 위협하여 훔치는 강도, 5) 남을 폭행한 경험, 그리고 6) 본드나 부탄가스, 환각약품의 사용 등 크게 여섯 개 항목의 비행에 대해 지난 일년간의 횟수를 기입하도록 했다. 이에 빈도를 중심으로 “0회”, “1회”, “2-3회”, “4-6회”, “7회 이상”으로 부호화 하였다.

### 3. 조사방법

이 조사를 위해 고등학교에 재학중인 남자학생을 대상으로 설문조사를 실시하였다. 조사지역은 대구를 중심으로 대구를 포함, 인근 중소도시로 하였다. 인구비례에 따라 대구에서는 6개 학교를, 울산시에서는 3개 학교

를, 그 밖의 도시에서는 1개 혹은 2개씩 총 20개 학교를 표본추출, 선정하고, 선정된 학교에서 2학년 또는 3학년 중 한 학급을 선정하여 학급당 40명씩 설문에 응답토록 하여 총 800명을 대상으로 하는 조사를 실시하였다. 조사는 2001년 5월에 2주간에 걸쳐 실시하였다. 본 연구에서는 무응답과 부적절한 응답이 많은 여섯 명을 제외한 794명을 최종분석대상으로 한다.

#### IV. 분석결과

<표 1>은 가정구조적 변인들의 특성이자 응답자들의 사회배경적 특성을 나타낸다. 응답자들의 아버지의 교육수준은 고졸이 약 50%로 가장 많았으며, 대략 80%가 아버지가 직업이 있는 것으로 나타났다. 가족의 한달 수입은 101만원에서 200만원 사이가 전체의 46.3%로 많은 부분을 차지하는 것으로 나타났으며, 결손가정의 경우 부모가 이혼한 아이들이 25명, 적어도 한 부모가 사망한 경우는 22명으로 총 47명(6.0%)인 것으로 나타났다.

본 분석에 앞서 우선 이 연구에서 사용할 주요 변인들에 대한 기술적 분석 결과를 보면, <표 2>에 제시되듯이, 응답자들의 부모는 대체로 자식에게 애정을 베풀고 있는 것으로 나타났다. 또한 부모는 아이들의 행동을 적절히 통제, 감독한다는 응답을 보였다. 부모와 갈등을 겪는다는 응답은 적었으며, 부모가 강압적이고 체벌을 한다는 응답도 평균적으로 적은 것으로 나타났다. 자신들이 잘못된 행동을 할 때 부모가 적절히 처벌한다는 응답은 많았으며, 폭력을 행사하면서 서로 다투는 부모는 적은 것으로 나타났다. 부모가 정직하지 못하고 일탈을 한다는 응답도 매우 적었다. 또한 부모가 자신을 문제아어로, 나쁜 아이로 본다는 응답도 적은 것으로 나타났다. 한편 어릴 때에는 부모의 애정과 감독, 그리고 강압적 양육이나 체

별도 평균적으로 현재 시기보다 그 점수가 다소 높았던 것으로 제시되고 있다.

많은 청소년들은 부모에 대한 애착 정도가 높았고, 범위반에 부정적인 태도를 보였다. 또한 화, 절망감, 우울 등 부정적인 감정을 경험하는 학생들도, 자신을 문제아이라고 생각하는 응답자도 평균적으로 적은 것을 알 수 있다.

<표 1> 응답자의 사회배경적 특성

| 구 분      | 빈 도 | %     |
|----------|-----|-------|
| 부교육      |     |       |
| 중졸 이하    | 166 | 20.9  |
| 고졸       | 396 | 49.9  |
| 대졸 이상    | 204 | 25.7  |
| 무응답      | 28  | 3.5   |
| 부직업      |     |       |
| 없다       | 109 | 13.7  |
| 있다       | 634 | 79.8  |
| 무응답      | 51  | 6.4   |
| 가족월수입    |     |       |
| 50만원 미만  | 27  | 3.4   |
| 51-100   | 74  | 9.3   |
| 101-150  | 180 | 22.7  |
| 151-200  | 187 | 23.6  |
| 201-250  | 110 | 13.9  |
| 251-300  | 64  | 8.1   |
| 301-350  | 36  | 4.5   |
| 351-400  | 18  | 2.3   |
| 401만원 이상 | 31  | 3.9   |
| 무응답      | 67  | 8.4   |
| 결손가정     |     |       |
| 이혼       | 25  | 3.1   |
| 사망       | 22  | 2.9   |
| 정상       | 676 | 85.1  |
| 무응답      | 71  | 8.9   |
| 총        | 794 | 100.0 |

&lt;표 2&gt; 주요 변인들에 대한 기술적 분석결과

| 구 분  | 평 균    | 표준편차  | 범 위  |
|------|--------|-------|------|
| 애 정  | 11.397 | 2.121 | 3-15 |
| 감 독  | 3.749  | .831  | 1-5  |
| 갈 등  | 2.375  | .955  | 1-5  |
| 강 압  | 4.377  | 1.711 | 2-10 |
| 처 벌  | 7.943  | 1.341 | 2-10 |
| 다 툽  | 2.069  | .970  | 1-5  |
| 일 탈  | 1.369  | .888  | 1-5  |
| 낙 인  | 1.835  | .844  | 1-5  |
| 조기애정 | 11.595 | 2.013 | 3-15 |
| 조기감독 | 3.377  | .941  | 1-5  |
| 조기강압 | 6.380  | 2.018 | 2-10 |
| 부모애착 | 3.875  | .867  | 1-5  |
| 부정감정 | 26.956 | 7.466 | 9-45 |
| 위반태도 | 2.341  | .829  | 1-5  |
| 부정자아 | 2.150  | 1.038 | 1-5  |
| 자기통제 | 24.316 | 5.800 | 9-45 |
| 비 행  | 2.545  | 4.007 | 0-24 |

먼저 가정구조변인들의 비행에 대한 영향력을 알기 위해 부모의 교육, 직업, 생활수준이나 결손가정의 여부 등 가정구조변인들의 비행에 대한 다중회귀분석의 결과를 보면 <표 3>에 제시된 바와 같다. 그 결과에 따르면 아버지가 직업을 갖고 있는 경우가 비행의 가능성이 다소 낮다는 결과가 있을 뿐 다른 변인들은 비행에 유의미한 영향력을 나타내지 못했다. 또한 본 연구에서는 표를 제시하지 않았으나 가정구조변인들의 가정기능변인들에 대한 영향력을 보면 아버지가 직업이 있는 경우 자식에 대한 감독이 높고, 아버지가 직업이 있고, 수입이 높을수록 부모간의 다툼은 더 낮다는 결과를 제시했을 뿐 가정구조요인들의 영향력은 전반적으로 매우 약하다는 것으로 나타났다.

&lt;표 3&gt; 가정구조 변인들의 비행에 대한 영향력(비표준화된 회귀계수)

| 독립변인      | 종속변인비행 |
|-----------|--------|
| 부교육       | .166   |
| 부직업       | -.972* |
| 가족수입      | .010   |
| 결손가정      | .012   |
| R- Square | .008   |
|           | *      |

\*p&lt;.05

가정기능요인들의 비행에 대한 영향력을 알아보기 위한 다중회귀분석의 결과를 보면 <표 4>에 제시되어 있다. 먼저 매개요인들을 포함하지 않고 가정요인들만을 독립변인들로 다룬 첫 번째 모델(1)의 결과를 보면 가정기능요인들 중 부모의 자녀에 대한 부정적 낙인이 비행에 있어 가장 큰 영향력을 갖는 것을 알 수 있다. 즉 부모가 자녀에 대해 부정적으로 낙인을 찍고 아이들도 부모에 의해 부정적으로 낙인찍히고 있다고 생각할수록 비행가능성이 매우 높은 것으로 나타났다. 또한 부모가 자녀에 강압적인 양육을 하는 경우와 부모가 일탈을 하는 경우 그 아이들도 p<.05 수준에서 유의미하게 비행을 저지르게 된다는 결과를 제시하고 있다. 본 연구의 예측과는 달리 부모의 애정과 감독, 부모와의 갈등, 부모의 처벌, 그리고 부모간의 다툼은 비행에 유의미한 영향력을 갖지 못했다.

두 번째 모델(2)에서는 청소년기의 가정요인들을 제외하고 청소년들의 어렸을 때 가정요인의 영향력을 다루기로 하는데, 그 결과를 보면 어렸을 때 부모로부터 애정을 받으며 자란 아이들이 비행의 가능성이 낮다는 결과를 제시했다. 그러나 부모의 감독과 강압적 양육의 영향력은 미비한 것으로 나타났다.

<표 4> 연구모델의 다중회귀분석결과(비표준화된 회귀계수)

| 독립변인     | 비행<br>(1)   | 종속변인비행<br>(2) | 비행<br>(3)   |
|----------|-------------|---------------|-------------|
| 애정       | -0.68       |               | -.100       |
| 감독       | .369        |               | .331        |
| 갈등       | .115        |               | .257        |
| 강압       | .237*       |               | .130        |
| 차별       | .141        |               | .272        |
| 다툼       | .020        |               | .106        |
| 일탈       | .446*       |               | .542**      |
| 낙인       | .860***     |               | .348        |
| 조기애정     |             | -.239**       | -.076       |
| 조기감독     |             | .283          | .181        |
| 조기강압     |             | .052          | .019        |
| 부모애착     |             |               | .175        |
| 부정감정     |             |               | -.026       |
| 위반태도     |             |               | .434*       |
| 부정자아     |             |               | .796***     |
| 자기통제     |             |               | -.080**     |
| R-square | .065<br>*** | .017<br>**    | .132<br>*** |

\*p<.05; \*\*p<.01; \*\*\*p<.001

<표 4>의 세 번째 모델(3)의 분석결과를 보면 과연 가정요인들의 영향력이 본 연구에서 상정한 매개변인들에 의해 매개되는가를 알 수 있게 되는데, 부모의 낙인의 영향력은 첫 번째 모델과 비교하여 크게 감소되고 부모의 강압적 양육의 영향력도 다소 감소됨으로 해서 그 요인들이 매개요인들에 의해 매개됨을 나타내고 있다. 또한 어릴 때 부모의 애정의 영향력도 감소한 것으로 나타났다. 그렇지만 부모의 일탈은 그 유의미한 정도가 계속 남아 본 연구들에서 제시한 매개요인들에 의해 매개되지 않는다는 결과를 제시했다.

매개변인들 중에는 사회유대이론에서의 부모에 대한 애착과 일반긴장이론에서 강조한 부정적 감정은 비행에 유의미한 영향력을 갖지 못하는 것으로 나타났으나, 낙인이론에서 제시하고 있는 부정적 자아가 가장 큰 영

향력을 갖는 것으로, 그리고 범위반에 대해 긍정적인 태도를 갖는 아이들이 비행을 저지를 가능성이 높다는 결과를 제시했다. 또한 자기통제력이 낮은 아이들도 비행가능성이 높은 것으로 나타났다.

<표 5>의 결과를 보면 <표 4>에서 가정요인 중 비행에 가장 큰 영향력을 나타냈던 부모의 낙인, 그리고 부모의 일탈은 부정적 자아에 의해 매개됨으로 해서 비행에 간접적인 영향력을 갖는 것으로 나타났다. 본 연구에서 가장 큰 영향력을 미친 매개변인은 부정적 자아인데, 그것은 부모의 낙인이외에도 부모의 애정이 부족할 때, 부모와 갈등이 있을 때, 그리고 부모의 일탈이 있을 때 부정적 자아가 형성된다는 결과를 제시했다.

<표 5> 가정요인들의 매개변인들에 대한 다중회귀분석결과(비표준화된 회귀계수)

| 독립변인     | 부모애착<br>(1) | 부정감정<br>(2) | 종속변인<br>위반태도<br>(3) | 부정자아<br>(4) | 자기통제력<br>(5) |
|----------|-------------|-------------|---------------------|-------------|--------------|
| 애 정      | .186***     | -.321       | -.022               | -.061*      | -            |
| 감 독      | .009        | .098        | -.016               | .078        | -            |
| 갈 등      | -.070*      | 1.688***    | .009                | .114*       | -            |
| 강 압      | -.034*      | .510*       | .023                | .033        | -            |
| 처 벌      | .017        | .392        | -.034               | .008        | -            |
| 다 톱      | -.010       | .345        | -.001               | .065        | -            |
| 일 탈      | -.103**     | -.411       | .026                | -.127**     | -            |
| 낙 인      | -.088*      | .787*       | .029                | .468***     | -            |
| 조기애정     | -           | -           | -                   | -           | .396***      |
| 조기감독     | -           | -           | -                   | -           | -.157        |
| 조기강압     | -           | -           | -                   | -           | -.292**      |
| R-square | .424<br>*** | .140<br>*** | .030<br>**          | .220<br>*** | .040<br>***  |

\*p<.05; \*\*p<.01; \*\*\*p<.001

앞서 <표 4>에서는 범위반의 태도를 갖는 아이들이 비행 가능성이 높은 것으로 나타났으나 본 연구의 예측과는 달리 가정요인들 중 범위반에 대한 태도에 유의미한 영향력을 주는 변인들은 없는 것으로 나와, 적어도

부모의 일탈이나 다툼, 혹은 강압적 양육이 범위반의 허용적 태도형성에 영향을 줄 것이라 보았던 차별접촉/사회학습이론의 논의는 지지되지 못한 것을 알 수 있다.

부모의 애정과 부모의 일탈 등 많은 가정변인들은 부모에 대한 애착(2행)에 유의미한 영향력을 보였으며, 부모의 강압적 양육과 낙인은 부정적 감정(3행)을 야기한다는 결과를 제시했으나 부모에 대한 애착과 부정적 감정은 비행에 유의미한 영향력이 없어 그러한 변인의 매개작용은 적을 것을 알 수 있다.

한편 어릴 때 부모의 애정은 자기통제력에 큰 영향력을 갖는 것으로 나타났다. 즉 어릴 때 부모의 애정의 비행에 대한 영향력은 자기통제력에 의해 매개됨을 알 수 있었다. 본 결과에서 제시하지는 않았지만 어릴 때 부모의 애정은 부모에 대한 애착, 부정적 감정, 위반태도, 그리고 부정적 자아에도 큰 영향력을 주는 것으로 나타났다.

한편 여기서는 표를 제시하지 않았지만 가정요인들과 매개요인들의 영향력을 비행 유형별로 살펴보면, 앞서 살펴보았듯이 부모의 낙인이 가장 큰 영향력을, 그리고 부모의 강압적 양육과 부모의 일탈이 비행에 유의미한 영향을 미쳤으나, 부모의 낙인이 크게 영향을 주었던 비행은 지위비행, 폭행, 그리고 약물사용이었고, 부모의 강압적 양육은 특히 강도의 경우에서, 그리고 부모의 일탈은 파손행위와 절도에 유의미한 영향력을 갖는 것으로 나타났다. 본 연구에서 고려한 매개변인은 앞서 전체비행의 경우와 마찬가지로 절도의 경우만을 제외하고 부정적 자아와 자기통제력이 모든 유형의 비행에서 유의미한 영향력을 갖는 것으로 나타났으며, 범위반에 긍정적인 아이들이 절도나 약물사용의 가능성이 높은 것으로 나타났다. 부모에 대한 애착이나 부정적 감정은 모든 유형에서 그 영향력이 약한 것으로 나타났다.

## V. 결론과 정책적 함의

이 연구는 주요 비행이론들에 근거하여 청소년 비행에 대한 다양한 가정 요인들을 도출하고 그 영향력을 살펴보고자 했다. 또한 가정요인들의 비행에 대한 영향력의 이유를 보다 구체적으로 밝히기 위해 주요 이론들에서 제시하는 요인들의 매개작용을 경험적으로 살펴보고자 했다. 이 연구에서는 여러 가정요인들 중 상대적으로 기존 연구에서는 많이 언급되지 않았던 부모의 자녀에 대한 낙인이 가장 중요한 요인이 된다는 결과를 제시했다. 또한 부모의 강압적 양육과 부모의 일탈도 비행에 중요한 요인으로 작용한다는 것을 알 수 있었다. 하지만 기존 연구들에서 주목받았던 부모의 애정, 감독, 처벌, 그리고 부모의 이혼이나 잦은 다툼 등의 요인들은 청소년 비행과 큰 관련이 없는 것으로 나타났다. 또한 청소년기의 부모의 애정은 중요하지 않은 것으로 나왔지만 어릴 때의 부모의 애정은 청소년기 비행에 있어 중요한 요인임을 제시했다.

부모의 낙인은 낙인이론에서 제시하듯이 부정적 자아를 통해 비행에 크게 영향을 주는 것으로 나타났다. 즉 부모의 낙인으로 부정적 자아를 형성하게 되는 아이들은 비행을 저지를 가능성이 높다는 결과를 제시했다. 그렇지만 긴장이론에서의 부정적 감정이나 사회유대이론에서의 부모에 대한 애착은 비행에 유의미한 영향력을 제시하지 못했으며, 위반에 허용적 태도는 비행에 다소 유의미한 영향력을 나타냈으나 그러한 태도가 가정요인들과는 큰 관련이 없어 가정요인들을 다룸에 있어서는 차별접촉/사회학습이론의 논의도 크게 지지되지 않는다는 것을 알 수 있었다. 아마도 그러한 태도는 부모로부터 보다는 주위의 비행친구들로부터 학습되는 것이라고 추측할 수 있을 것이다. 또한 일반이론에서의 자기통제력은 어릴 때 부모의 애정의 영향력을 매개했고 비행에 중요한 영향력을 나타냈지만 부정적

자아나 부모의 일탈의 영향력보다는 작은 것으로 나타나, 자기통제력만이 주요 원인이 된다고 보았던 일반이론의 주장도 부분적으로만 지지되었다고 볼 수 있었다.

이 연구를 통해서 볼 때 부모의 낙인과 부정적 자아가 청소년비행에 가장 중요한 요인이 되며, 따라서 낙인이론이 크게 지지됨을 알 수 있었다. 이는 부모가 자녀에게 신중히 대해야 하며 아무리 잘못된 행동을 하더라도 낙인을 찍지 않도록 조심해야 한다는 것을 제시한다. 이는 칭찬과 격려로 아이들이 긍정적 자아를 지닐 수 있도록 노력해야 한다는 것을 나타내기도 한다.

비행대책과 관련하여 그 동안은 부모의 적절한 양육방법을 강조하여 오래된 사회학습센터에서 제시했던 부모관리훈련(Patterson, 1982)과 같은 프로그램이 크게 각광을 받아 왔다. 부모관리훈련에서는 사회학습이론에 근거하여 지나친 강압적인 양육은 피하고, 자녀에 관심을 갖고 일정한 규칙을 정하여 적절한 보상과 벌로 자녀를 지도해야 한다는 것을 강조했다. 부모관리훈련은 문제 혹은 비행청소년을 둔 부모를 대상으로 상담가가 적절한 양육방법을 지도하는 것을 내용으로 한다. 그동안 연구들을 보면 부모관리훈련 프로그램은 그 효과가 크다는 것이 밝혀져 왔다(Patterson et al., 1992; Weisz et al., 1995).

본 연구에서도 부모의 강압적 양육이 다소 청소년비행을 유발하는 것으로 나타났으며, 특히 다른 비행보다도 강도와 같은 보다 심각한 비행을 설명하는 데 중요했던 것으로 나타났다. 이러한 결과는 사후적으로는 보호관찰과 같은 처우에서 보호관찰관이 상담가나 지역의 사회복지사와 협력하여 문제아이들의 가정을 방문하여 부모를 대상으로 상담하고, 혹은 사전적으로는 자녀를 둔 부모에게 강좌를 통해 강압적 양육의 위험성을 알리고 적절한 양육의 방법을 미리 지도하는 것이 필요하다는 것을 잘 나타내고

있다. 그러나 본 연구에서는 부적절한 행동에 대한 처벌의 영향력이 약하게 나와 부모관리훈련에서 또한 강조하고 있는 보상과 벌을 통한 양육의 방법이 효과가 있을지는 의문을 갖게 한다.

그럼에도 불구하고 본 결과에서 부모의 낙인의 효과는 매우 부정적인 결과를 초래하는 것으로 나타나 아이들에게 긍정적으로 대하고 긍정적 자아를 심어주는 것이 중요함을 나타내고 있는데, 부모관리훈련에서도 잘 할 때는 칭찬과 보상을 통해 격려해야 한다는 것을 강조하고 있듯이 늘 격려하고 인정해 주며, 잘 할 때는 용기를 북돋아 주는 것이 중요함을 나타내고 있다. 이에 비행청소년을 둔 부모에게 자녀에 대한 칭찬, 격려, 인정의 중요성을 알리고 고쳐나가도록 하며, 아울러 부정적 자아를 갖는 아이들에게는 긍정적 자아를 가질 수 있도록 하는 프로그램의 운영이 필요하다는 것을 나타내고 있다(홍봉선, 1997).

본 연구결과로는 부모의 애정, 감독, 부모와의 갈등 요인의 영향력이 미약하게 나타나 청소년기의 아이들이나 비행청소년들에게 부모가 애정으로 대하거나, 행동통제나 감독을 적절히 하고, 자녀와 갈등을 없애고 이해하도록 노력하는 것이 비행예방이나 재범방지에 그다지 중요하지는 않을 것이라는 것을 간접적으로 시사하고 있다. 그러나 자녀에 대한 애정과 관심은 어릴 때 보다 중요하다는 것을 나타내 어린 자녀를 둔 부모를 위한 사전 예방의 대책에서 중요하다는 것을 아울러 제시하고 있다. 실제로 부모의 역할은 자녀가 어릴 때 중요하며, 부모관리훈련도 어린 자녀를 둔 부모에게 사전에 실시하는 것이 효과가 있다는 주장도 있듯이(Kazdin, 1997), 이처럼 조기 프로그램의 운영이 강조되어야 할 것이다.

이 연구를 통해 볼 때 비행청소년을 선도, 교정함에 있어서 청소년들을 대상으로 하는 프로그램의 운영도 중요하지만 부모를 대상으로 하여 적절한 자녀양육의 방법을 알리고, 또한 사회복지사나 상담가는 문제 있는 아

이의 가정을 방문하여 부모의 문제를 해결하려는 적극적인 자세가 요구된다고 하겠다. 또한 사전적으로 여러 기관이 협력하여 아직 비행은 안 저질렀어도 비행가능성이 높은 아이들의 가정을 미리 찾아 방문하여 부모를 만나 상담하는 보다 적극적인 사전 예방책을 강구해야 할 필요가 있을 것으로 본다. 특히 이 연구결과에서 제시하듯이 청소년비행의 예방과 재범방지를 위해서는 여러 전략 중에서도 부모가 자녀들에 갖는 낙인의 위험성을 알려 아이들의 잘못된 행동을 엄하게 처벌할 것이 아니라 따뜻하게 감싸며 용서하고, 또 잘 할 때는 칭찬하고 격려하는 노력이 필요하다는 것을 적극적으로 홍보하는 방안이 강조되어야 한다는 것을 알 수 있었다.

#### 참고문헌

- 기광도, 이희길 (2002) 부모의 양육방식이 자녀비행에 미치는 효과분석. 교정연구 17:7-28.
- 김준호, 김순형 (1995) 가정환경과 청소년비행. 한국형사정책연구원 연구보고서.
- 김준호, 김선애 (1996) 가족의 구조 및 기능과 반사회적 행동. 형사정책연구 25:109-41.
- 연진영 (1992) 아동학대의 실태 및 영향. 한국형사정책연구원 연구보고서.
- 이성식 (2001) 가정에서의 체벌과 청소년폭력비행. 교정연구 12:235-61.
- 이성식, 전신현 (1993) 구조적 상호작용이론을 통한 청소년비행이론의 통합모색. 형사정책연구 16:153-82.
- 전영실 (2002) 부모의 훈육과 비행의 관계 연구. 형사정책연구 49:89-122.
- 홍봉선 (1997) 비행청소년 자아개념 강화를 위한 집단사회사업프로그램 개발과 그 적용에 관한 연구. 부산대학교 대학원 박사학위논문.
- Agnew, R. (1992) Foundation for a General Strain Theory of Crime and

- Delinquency. *Criminology* 30:47-87.
- Akers, R.L. (1985) *Deviant Behavior: A Social Learning Approach*. Belmont, CA:Eadsworth.
- Barnes, G.M. and M.P. Farrell (1992) Parental Support and Control as Predictors of Adolescent Drinking, Delinquency, and Related Behaviors. *Journal of Marriage and the Family* 54:763-76.
- Brezina, T. (1998) Adolescent Maltreatment and Delinquency: The Question of Intervening Processes. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 35:71-99.
- Cernkovich, S.A. and P.C. Giordano (1987) Family Relationships and Delinquency. *Criminology* 25:295-319.
- Elliott, D.S., D. Huizinga, and S.S. Ageton (1985) *Explaining Delinquency and Drug Use*. Beverly Hills, CA: Sage.
- Gottfredson, M.R. and T. Hirschi (1990) *A General Theory of Crime*. Stanford, Calif.:Stanford University Press.
- Grasmick, H.G., C.R. Tittle, R.J. Bursik, and B.K. Arneklev (1993) Testing the Core Empirical Implication of Gottfredson and Hirschi's General Theory of Crime. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 30:5-29.
- Hirschi, T. (1969) *Causes of Delinquency*. Berkeley: University of California Press.
- Jang, S.J. and C. Smith (1997) A Test of Reciprocal Causal Relationships among Parental Supervision, Affective Ties, and Delinquency. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 34:307-36.
- Kazdin, A.E. (1997) Parent Management Training: Evidence, Outcomes, and Issues. *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* 36:1349-56.
- Loeber, R. and M. Stouthamer-Loeber (1986) Family Factors as

- Correlates and Predictors of Juvenile Conduct Problem and Delinquency. In *Crime and Justice*, M. Tonry and N.M. Morris(eds.) Chicago: University of Chicago Press.
- McCord, J. (1979) Some Child-rearing Antecedents of Criminal Behavior in Adolescent Men. *Journal of Personality and Social Psychology* 9:1477-86.
- Matsueda, R. (1992) Reflected Appraisals, Parental Labeling, and Delinquency: Specifying a Symbolic Interactionist Theory. *American Journal of Sociology* 97:1577-1611.
- Patterson, G. (1982) *Coercive Family Process: A Social Learning Approach*. Eugene, OR: Castalia.
- Patterson, G.R., J.B. Reid, T.J. Dishon (1992) *Antisocial Boys*. Eugene, OR: Castalia.
- Ray, M.C. and W.R. Downs (1986) An Empirical Test of Labeling Theory Using Longitudinal Data. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 23:169-94.
- Rebellon, C.J. (2002) Reconsidering the Broken Homes/Delinquency Relationships and Exploring its Mediating Mechanism. *Criminology* 40:103-35.
- Sampson, R.J. and J.H. Laub (1993) *Crime in the Making*. Cambridge:Harvard University Press.
- Simons, R.L., C. Wu, K. Lin, L. Gordon, and R.D. Conger (2000) A Cross-cultural Examination of the Link between Corporal Punishment and Adolescent Antisocial Behavior. *Criminology* 38:47-79.
- Smith, C.A. and S.B. Stern (1997) *Delinquency and Antisocial Behavior: A Review of Family Processes and Intervention Research*. *Social Service Review* 71:382-420.
- Sutherland, E.H. (1947) *Principles of Criminology*. Philadelphia:

Lippincott.

- Weisz, J.R., G.R. Donenberg, S.S. Han, and D. Kauneckis (1995) Child and Adolescent Psychotherapy Outcomes in Experiments vs Clinics: Why the Disparity? *Journal of Abnormal Child Psychology* 23:83-106.
- Wells, L.E. and J.H. Rankin (1988) Direct Parental Control and Delinquency. *Criminology* 26:263-85.
- Widom, C.S. (1989) Child Abuse, Neglect, and Violent Criminal Behavior. *Criminology* 27:251-71.
- Zhang, L. and S.F. Messner (1995) Family Deviance and Delinquency. *Criminology* 33:359-87.



## Family and Delinquency: Testing Major Theories and Intervening Mechanisms

Lee, Seong-Sik\*

Although the empirical research on the relationship between family life and delinquency is substantial, the results seems incomplete and inconclusive. This study tests the effects of parenting factors on delinquency and intends to find the intervening mechanism. This work identifies several aspects of family factors: parental affection, supervision, maltreatment, punishment, parental conflict, parental deviance, and parental labeling. In addition, this study specifies five intervening variables: attachment to parents, negative emotion, attitudes favorable to delinquency, negative self-concept, and self-control. Using data from 794 male high school students in Kyungsang areas, this study tries to test several major theories. Results show that parental labeling has the most important impact on delinquency and its effect is mediated through negative self-concept. Those findings support labeling theory. In addition, parental deviance and coercion have also significant influences on delinquency. However, parental affection, supervision, punishment, and parental conflict are not statistically significant. The policy implications of those results are discussed.

---

\* Assistant Professor, Department of Information Sociology, Soongsil University, Ph.D. in Sociology

朝鮮朝 大明律直解의 刑法總則的  
條項의 分析

박 강 우

이 논문은 2002년 한국학술진흥재단 지원에 의하여  
연구되었음(KRF-2002-074-BS1060).

형사정책연구 제14권 제4호(통권 제56호, 2003·겨울호)

**한국형사정책연구원**

## 朝鮮朝 大明律直解의 刑法總則的 條項의 分析

박 강 우\*

### I. 머리말

우리가 현재 시행하고 있는 형사법과 그 관련제도는 서구의 대륙법을 계수한 것이다. 안타깝게도 우리 민족이 자주적 근대화에 성공하지 못하고 일제에 의하여 타율적 근대화를 감수할 수밖에 없었던 결과 우리는 전통적 법제도와 단절하고 이를 과거의 유물로 박물관에 보내야 했다. 이러한 사정은 법제도에만 국한되지 않았으며 전통적인 사회제도 대부분이 비슷한 운명을 겪어야 했다. 그 결과 자기가 아닌 타자에게서 지향모델을 찾아야 했던 것이 지금의 법학을 비롯한 우리 학문의 슬픈 시작이었고 이러한 자기부정과 타자화로 인한 자기소외를 운명처럼 받아들였던 결과 서구의 제도나 학문은 무비판적 맹종이나 답습의 대상이 되었지만 우리 전통적 법제나 사회제도는 무조건적 비판과 폐기의 대상이 될 수밖에 없었다.

하지만, 서구식의 법제도의 전면적 계수와 수용에도 불구하고 우리 민족의 전통적 법의식이나 관습은 아직도 그 끈질긴 생명력을 굳건히 유지하고 있으며, 그 결과 서구식의 개인주의적·자유주의적 범문화와 끊임없는 마찰과 갈등을 겪고 있다. 예컨대 아직도 우리 가운데에는 ‘법대로 하

---

\* 이 논문은 2002년 한국학술진흥재단 지원에 의하여 연구되었음(KRF-2002-074-BS1060).

\*충북대학교 법과대학 교수, 법학박사

자'는 말에 대해 야박하거나 인정머리 없다는 부정적 의식이 있고 '법 없이도 살 사람'을 이상적 인간형으로 여기는 의식이 남아있다. 이것은 한 나라의 법제도가 그 민족의 문화전통의 소산임을 고려한다면 당연한 귀결로서, 독일의 '사비니' 같은 이는 한 민족의 법제도를 마치 그 민족의 언어와 같이 그 민족만이 가질 수 있는 '민족의 정신'이라고 지적한 바 있다.

다시 말해서, 오늘날 한국 법체계의 외적 골격은 일본식으로 변용된 독일의 법체계를 모델로 한 것임에 반하여, 한국의 법문화는 기본적으로 전통사회의 그것에서 별로 탈피하지 못하고 있다는 것이다. 예컨대, 한국인은 법을 분쟁해결 내지 권리구제의 도구로 보기보다는 질서유지 내지 범죄예방의 수단으로 인식하고 있고, 평등한 개인간의 사적 자치를 목적으로 하는 민법적 법 관념보다는 국가를 통한 범죄자에 대한 형벌부과를 문제삼는 형법적 법 관념에 더욱 익숙해져 있으며, 분쟁이 발생하였을 때 소송보다는 당사자끼리의 타협에 의한 해결을 선호한다는 것이 7-80년대의 몇 차례의 법의식조사에서 나타나고 있다.<sup>1)</sup>

이것이 서구식의 법제가 관련 세계적 보편성을 획득한 지금에도 전통 법제나 법의식에 대한 연구가 필요한 이유이다. 오늘날 서양식 법제도가 우리 사회에 뿌리내리지 못하고 야기하는 갖가지 모순과 문제점의 해결은 이러한 전통적 법제나 법의식에 대한 깊이 있는 분석과 비판을 통하지 않고는 불가능하다. 우리 법학자가 서구 법제도에 대해서는 본국학자 못지않은 상세한 지식을 갖고 있음을 자랑하면서도 우리의 전통법제와 동양의 법제

1) 한국법제연구원, 국민법의식조사연구, 1991; 양승두, 우리나라 전통적 법의식과 그 변화에 관한 연구, 연세대학교 법률연구 2집, 1982; 임희섭, 한국인의 법의식에 관한 사회적 연구, 서울대학교 법학 15권 1호, 1974 등이 있다. 하지만 90년대 이후 사회의 전반적 민주화와 권리의식의 신장 등으로 인하여 나타난 고소·고발사건의 급격한 증가는 한국인의 법의식도 산업자본주의사회에 걸 맞는 개인주의적이고 합리적인 것으로 이행하고 있지 않는가라는 추측을 낳게 한다. 최근에는 조선후기에도 상민이나 노비들이 자기재산이나 권리를 찾기 위하여 활발히 소송을 제기하였다는 법사학적 연구가 나오고 있다. 대표적인 것은 조윤선, 조선후기 소송연구, 2002, 국학자료원 참조.

도에 대해서 무지함을 대수롭지 않게 생각하는 것은 서구 법제도의 비판적 수용을 위해서도 결코 바람직하지 못하다. 우리 민족이 근대화에 몰두하기 시작한지 100여년이 지난 지금 한국의 법학자들은 이제 외래 법사상, 법 개념, 법 이론을 습득·이해하고 소화하기에 급급하던 단계는 벗어났으며, 우리 민족의 고유한 법 전통, 법의식, 법사상을 규명하는데 매진해야 될 시기가 되었다고 생각한다. 그리고 그동안 법사학적 측면에서 우리 전통법제에 대한 연구는 상당히 축적되었지만,<sup>2)</sup> 이러한 법사학적 연구를 토대로 현대법의 시각에서 비교분석하는 작업들은 그리 많지 않았던 것 같다.

이러한 문제의식을 가지고 이 연구에서는 우선 조선시대 형사제도에 관한 근거없는 억측과 폄하를 극복하기 위하여 조선시대 형사법원인 대명률 중에서 형법총칙적 내용을 주로 소개하고 분석하려고 한다. 조선시대 형사법과 형사제도에 대한 올바른 규범적 평가는 그에 대한 정확한 사실 인식을 전제로 하기 때문이다. 서구식의 법치주의 전반에 대한 회의와 반성이 대두하고 있는 지금, 우리 전통규범문화를 맹목적으로 청산의 대상으로만 삼을 것이 아니라 현대사회의 법치주의제도가 갖는 문제점을 보완하는데 도움을 받을 수 있도록 신중히 검토할 필요가 있는 것이다.

이 논문에서는 특히 조선조 형사법원으로 중요하게 기능했던 대명률직해 중에서 형법총칙적 조항을 대상으로 형법교과서의 범죄체계론의 편제인 범죄구성요건, 위법성, 책임, 미수론, 공범론의 순서에 따라 조선시대 형사법제를 소개하고 분석하려고 한다. 다음의 고찰을 통해서 우리는 조선의 형사법제가 현대의 것과 동떨어진 미개적인 것이 아니라 현대형사법의 모습과 유사한 부분을 상당부분 발견할 수 있을 것이다. 아울러 조선도 비록 오늘날과 같이 자신들만의 고유한 법률을 창안하고 발전시키지 못했지만 대명률의 계수과정에서 발생하는 전통법제와의 충돌을 해소하고 그것을 조선의 실정에 맞게 조정하려는 선조들의 창의적 노력이 있었음을

2) 그 성과에 대한 일별은 정공식, 한국법사학논저목록, 한국법제연구원, 1992 참조.

엿볼 수 있을 것이다.

## II. 朝鮮朝 刑事法源으로서의 大明律<sup>3)</sup>의 繼受

조선은 중국 명나라의 법을 받아 들여 우리 실정에 맞게 고쳐서 적용하려고 노력하였다.<sup>4)</sup> 즉, 대명률의 수용은 서양법의 수용과 달리 외세의 압력에 의한 것이 아니라 주체적으로 이루어졌다는데 그 특징이 있다. 고려가 주로 唐·宋律을 계수하되 개별적인 王法<sup>5)</sup>과 慣習法을 기반으로 집권체제를 유지한 반면, 조선은 명나라의 대명률을 포괄적으로 계수하되 자국의 실정에 맞추어 꾸준히 보완하고 중앙집권체제의 완성을 위한 통일법전 편찬을 위하여 지속적으로 노력하였다. 이 점은 고려말 이래 형벌을 집행함에 있어 그 적용에 관한 기준이 없어 酷刑이 난무하고 동일범죄에 대한 형벌이 관청이나 관리에 따라 경중의 차이가 심하여<sup>6)</sup> 백성들의 원성이 높

3) 대명률은 크게 4차에 걸쳐 편찬되었는 바, 최초의 명률은 명태조 주원장이 아직 吳王이었던 吳 원년(1394년)에 제1차 명률이 완성되었다. 이 명률은 당률을 정리하고 조문을 줄인 것으로서 미비한 점이 많아 주원장이 국호를 명으로 고친 후 洪武 원년(1397년)부터 개정작업에 들어가 홍무 7년(1374년)에 완성되었다. 이 2차 명률부터 <대명률>이라는 명칭을 사용하였으며, 2차 반포한 대명률은 종래 육분직장에 육분하였던 것을 당률의 체제에 따라 12편으로 나누었다. 이어 홍무 22년(1389년)에 다시 3차 편찬작업이 이루어지고 이것은 이제까지 편찬된 대명률이 지나치게 여러 번 첨삭을 하여 통일되어 있지 않은데다가 類別로 편찬하지 않아 刑官이 이를 보고 제대로 활용할 수 없었던 점을 시정하기 위한 것이다. 이에 따라 홍무 22년 다시 육부분장에 따라 유별로 엮으면서 명례편을 編首로 한 7편의 대명률이 만들어진다. 이후 다시 홍무 30년(1397년)에 대명률을 개정하는데, 이는 홍무 22년의 율에다가 다만 大誥를 추가한 것이다. 조지만, 조선 초기 대명률의 수용과정에 관한 연구, 서울대 석사논문, 1998, 8면 참조.

4) 김기춘, 조선시대형전, 1990, 박영사, 19쪽 이하.

5) 구체적 사선과 관련된 왕의 판결과 명령을 집적한 것으로서 구체적 타당성이 주로 고려되기 때문에 법적 안전성과 보편적 적용성을 기하는 데에는 기본적으로 한계가 있었다. 고려에 독자적인 律이 있었느냐에 대해서는 논란이 많은데 이에 대해서는 임상혁, 고려의 재판에 관한 고찰, 서울대 석사논문, 1993, 43면 참조.

6) 고려말 형사법 상황을 잘 나타내어 주는 대표적 자료로서 高麗史 刑法志 서문을 보면 “... 그 폐단은 법망이 널리 미치지 못해 형벌이 느슨하고 사면이 잦아서 간사하고 흉

자 太祖가 즉위교서에서 “自今 京外刑決官 凡公私罪犯必該大明律”이라 하여 서울과 지방의 관관들이 공사의 죄를 범한 사람에게 반드시 대명률을 적용할 것을 지시하였던 점에서 입증된다.<sup>7)</sup> 태조가 이렇게 대명률의 적용을 명했던 것은 대명률이 조선의 건국이념인 유교이념과 합치되고 고려말의 총체적 형사사법의 붕괴현상을 극복할 수 있을 정도로 합리적이고 체계적이었던 점이 고려되었을 것이다. 대명률은 당률과 같은 역대 중국법의 성과들을 종합하여 편찬된 법률로서 그 체제가 매우 체계적이었다. 가령 당률에서는 살인죄가 도적, 투송, 잡률에 흠어져 있었던 반면 대명률에서는 이를 한데 모아 刑律 인명편을 구성하였다. 또한 고금의 손익을 절충하면서도 宋刑統의 수정증보형 체제를 따르지 않고 실효성 있는 조항들을 일관된 체계를 가지고 배치하였던 점에도 획기적인 면이 있었다.<sup>8)</sup>

하지만, 大明律은 한문과 이상한 문체로 구성되어 대명률을 조선의 관리(아전)들이 이해하기 쉽도록 하기 위해 번역작업이 시작되었는 바, 태조 4년(1395년)에 우리의 吏讀文으로 축조 작업한 大明律書 백여권이 인쇄되어 나왔는데 이것이 大明律直解이다. 이 대명률직해는 대명률의 모든 조문을 직해한 것은 아니고, 적용을 보류하려는 의도나<sup>9)</sup> 뜻이 명백하여 직해의 필요가 없다거나 이해가 용이하지 않을 경우 직해하지 않은 부분들이 적지 않다. 또한 대명률은 우리 실정에 맞지 않는 부분이 많이 있었는데

악한 무리들이 범망을 벗어나 제멋대로 놀아도 제지하지 못하였고 말기에 가서는 그 폐단이 극도에 달하였다...”는 기록이 있다.

7) 고려도 선진법인 唐律을 수용하였지만 고려는 이들 법령을 수용하면서도 일관되고 통일적인 형률을 지속적으로 발전시키지 못하였다. 무신란 이후 전개된 혼란한 정국과 사회상, 그리고 원의 통치와 같은 정치사회적 조건이 그 이유가 될 수 있을 것이다. 최종고, 한국법사상사, 57-8면 참조.

8) 조지만, 앞의 논문, 9면 참조.

9) 예컨대 <大明律直解> 戶律 倉庫 收糧違限條는 수세할 때 기한을 어긴 관리를 처벌하는 조항인데 “若違限一年之上 不足者 人戶里長杖一百”까지만 직해하고 이에 바로 이어지는 “遷徙提調部糧官吏典處絞”는 직해하지 않았다. 여기서 人戶와 里長을 장 100으로만 처벌하고 천도시키지 않겠다는 것과 제조부랑관과 이전은 교형에 처하지 않겠다는 뜻을 읽을 수 있다.

대명률직해에서는 우리 실정에 맞도록 원문과는 상이하게 增減取捨한 부분이 많았다. 예컨대, 대명률에서는 五刑에 대한 贖錢을 일정한 수량의 동전으로 정하고 있었는데(가령 流 3천리와 杖 100에 대한 속전을 銅錢 36貫으로 하는 등), 이것은 당시 조선의 경제사정과 맞지 않았기 때문에 대명률직해에서는 동전을 五升布로 환산 대납할 수 있는 규정을 신설하였다. 뿐만 아니라 명의 관제나 관서명, 직명을 우리 관서명 등으로 대체하고 조선의 풍속이나 관습에 맞게 적절한 가감작업이 첨가되었다. 이렇게 볼 때, 전체적으로 대명률직해는 남의 것을 계수한 것이기는 하지만 우리 실정에 맞게 개작한 우리의 법이라 말할 수 있다.

아울러 여기서 우리는 대명률이 조선에 정착되는 과정에서 조선의 고유 법과의 갈등을 어떤 방식으로 해결해 가면서 정착하였는가를 살펴볼 필요가 있다. 조선 초에는 대명률 이외에도 當律, 元의 법률인 至正條格, 議刑易覽, 당시의 처벌관행 등 다양한 법원들이 공존하고 있어 나름대로 적용 범규로서 운용되고 있었으며,<sup>10)</sup> 經國大典 刑典 用律條와 같은 지위를 갖는 교서가 포고된 적이 없었다. 즉 대명률이 태조의 즉위교서에 의해 바로 조선에 전면적으로 적용된 것이 아니라 국왕의 교서와 수교가 집적되어<sup>11)</sup> 대명률로서 형사법원이 통일되는 과정으로 이해해야 할 것이다.<sup>12)</sup> 따라서 우리가 대명률의 수용과정과 관련하여 좀 더 주목하여야 할 것은 당시 내려진 각종 판결과 해석이고, 이를 통해 대명률직해 뿐만 아니라 당시의 형사법원들을 좀 더 전체적으로 조망할 수 있을 것이다.

10) 박병호, 세종시대의 법률, 세종대왕기념사업회, 1986, 42-6면 참조.

11) 대명률과 같은 성문법전 이외에도 조선시대는 군주제사회로서 왕명이 곧 법률이 되고 행정지시가 되고 판결이 되기도 하였다. 즉 모든 법률은 왕명으로 이루어졌는 바, 이러한 왕의 명령을 教·判·制라 하고 그 내용이나 문서는 王旨·上旨·判知·教旨라 하였고, 하달된 왕명을 받들어 시행하는 것은 受教 또는 受判이라 하였다. 教旨를 만들어 전달하는 것을 傳旨, 왕이나 교지를 아래 시달하는 것을 下旨 또는 下教라 하였다.

12) 예컨대, 태종 11년에 태종은 元律을 섞어 쓰지 말도록 教를 내린다. 태종 11년 12월 2일 戊子 (제1권 612-b).

이후 世祖代에 이르러 우리나라 최초의 완비된 법전인 경국대전이 편찬되면서, 그 안의 刑典중 제일 첫머리 用律條에 ‘用大明律’이라 규정함으로써 형식과 실질에서 모두 우리 형사법으로서의 지위를 획득하였다.

### Ⅲ. 大明律直解上의 刑法總則的 規定

#### 1. 大明律直解의 구성 및 체계

大明律直解는 大明律에 대한 모두 30권의 방대한 주석서로서 총칙적 규정인 名例律(권1)과 吏律(권2-권3), 戶律(권4-권10), 禮律(권11-권12), 兵律(권13-권17), 刑律(권18-권28), 工律(권29-권30)의 각편으로 구성되어 있다. 그 중 刑律編에는 盜賊, 人命, 鬪毆, 罵詈, 訴訟, 受贓, 詐僞, 犯奸, 雜犯, 捕亡, 斷獄 등의 죄가 규정되어 있어서 오늘날의 개인적 법익에 관한 형법각칙의 주요범죄를 규정하고 있었고, 名例律編<sup>13)</sup>에는 十惡, 관리범죄, 군인범죄, 문무관의 공범죄, 문무관의 사범죄 등 국가적 법익에 관한 주요범죄를 규정하였던 것으로 보인다. 물론 吏律이나 戶律 등에도 형법각칙의 범죄를 규정한 조항이 산재하여 있다. 이러한 대명률직해의 체계는 오늘날의 형법전과 같이 죄에 관한 규정과 형에 관한 규정으로 정비된 것은 아니며, 주로 범죄자의 신분을 중심으로 규정된 형벌을 규정한 것이 특색이다.

조선은 잘 발달된 관료조직을 근간으로 한 계급적인 사회질서와 유교적인 도덕질서를 기반으로 한 사회였기 때문에 이러한 계급적 사회질서와 유교적 도덕질서를 침해하는 범죄의 위법성이 가장 큰 것으로 인정되었으며, 이를 重罪로써 처단하였다. 이러한 중죄를 10종류로 유형화하여 이를 十惡<sup>14)</sup>이라 하였고, 이러한 범죄에 대해서는 일체의 宥恕나 형의 감경을

13) 名은 五刑의 죄명, 例는 五刑을 적용하는 法例라는 뜻이다.

배제하였고, 행위자의 신분이나 과거의 공적을 고려하지 아니하였으며, 또한 형의 집행에서도 「重罪不待秋分」이라 하여 추분이 오기를 기다리지 않고 즉시 집행토록 하였다.

오늘날 범죄는 형식적으로 ‘구성요건에 해당하고 위법하며 유책한 인간의 행위’로 정의되지만 조선시대에는 범죄의 개념이 아주 광범위하여 위법성에 관한 판단의 기준을 객관적으로 명확히 규정지을 수 없다.<sup>15)</sup> 그렇지만 조선에서도 형식적으로 도덕과 법률은 구분되어 경국대전을 정점으로 한 실정법질서가 형성되어 있었고 형법에서도 죄형법정주의원칙이 확립되어 죄인을 처단할 때에는 반드시 율령의 조문을 구체적으로 인용하도록 하였다. 아울러 조선시대에는 오늘날과 같이 민사책임과 형사책임이 명확히 분리되지 않았기 때문에 오늘날 물론 조선에서도 賣買 · 徵債 · 奉祀 · 良賤 등과 같이 명백히 오늘날 민사사건에 속하는 것으로 볼 수 있는 재판들이 있으나 이러한 재판도 사권의 보호라는 민사재판이 가지는 본래의 취지나 법칙에서 파악된 것이 아니고 처벌가치가 미약한 사건, 다시 말하면 국가적으로 보아 형사사건으로서의 의의가 적고 가벌성이 미약한 사안이란 관점에서 처리되었을 뿐이다.

한편 위법성조각에 관하여 현재 형법과 같이 일반적인 통칙규정은 없었

14) 『大明律直解』卷第一 各例律 十惡條.

「一曰 謀反(謂 謀危社稷),

二曰 謀大逆(謂 謀毀宗廟 山陵及宮闕)

三曰 謀叛(謂 謀背本國 潛從佗國)

四曰 惡逆(謂 毆及謀殺祖父母父母夫之祖父母父母 殺伯叔父母 姑兄弟外祖父母及夫者).

五曰 不道(謂 殺一家 非死罪三人 及 支解人 若採生 造畜蠱毒魘魅)

六曰 大不敬(謂 盜大祀神御之物 乘輿服御物 盜及偽造御寶 和合御藥 誤不依本方及封制 錯誤 若造御膳 誤犯食禁 御幸舟船 誤不堅固).

七曰 不孝(謂 告言呪罵祖父母父母夫之祖父母父母 及 祖父母父母在 別籍異財 若奉養有關 居父母喪 身自嫁娶 若作樂 釋服從吉 聞祖父母父母喪 若不舉哀 詐稱祖父母父母死)

八曰 不睦(謂 謀殺及賣總麻已上親 毆告夫及大功已上尊長 小功尊屬)

九曰 不義(謂 部民殺本屬知府知州知縣 軍士殺本管指揮千戶百戶 吏卒殺本部五品已上長官 若殺見受業師 及 聞夫喪 若不舉哀 若作樂釋服從吉及改嫁)

十曰 內亂(謂 奸小功已上親父祖妾及與和者)

15) 서일교, 조선왕조 형사제도의 연구(재판), 1974, 박영사, 89면 참조.

으며 다음에서 보듯이 법령에 의한 행위, 긴급행위 등에 대해서는 특정한 조건하에서 개개 행위에 관한 위법성조각을 인정하고 있다.

## 2. 違法性關聯規定

### 가. 夜無故入人家

야간에 무단히 남의 집에 침입한 경우에 집주인이 현장에서 침입자를 살해하여도 처벌하지 아니한다. 그러나 이미 붙잡혀 있는 자를 함부로 살해하거나 상해한 자는 鬪毆殺傷罪로 처단하되 2등을 감경하며, 傷害致死한 자는 杖一百·徒3년의 형에 처한다.<sup>16)</sup>

### 나. 父祖被毆

조부모나 부모가 남에게 구타를 당하는 것을 자손이 즉시 구호하고 도리어 가해자를 구타한 경우에 그 구타로 인한 상해가 折傷 이상의 상해가 아니면 불문에 부치고, 절상의 이상의 重傷害에 이른 경우에는 일반구타죄로 처단하되 3등을 감경하며, 치사하게 한 자는 일반구타치사의 예에 의한다. 만약 조부모·부모가 남에게 피살된 것을 그 자손이 가해자를 임의로 살해한 경우에는 장60의 형에 처하며, 피해현장에서 범인을 살해한 때에는 불문에 부친다.<sup>17)</sup>

### 다. 殺死奸夫

처나 첩이 외인과 간통하는 것을 그 현장에서 奸夫·婦를 本夫가 몸소

16) 『大明律直解』 卷第18 刑律 盜賊 夜無故入人家條.

17) 『大明律直解』 卷第20 刑律 鬪毆 父祖被毆條.

捕捉하여 현장에서 살해한 때에는 불문에 부친다.<sup>18)</sup> 본부와 그 외의 자가 협력하여 간부를 타살한 경우에는 本夫의 죄는 논하지 아니하고 그 외의 자는 정상을 참작하여 定配한다.<sup>19)</sup>

### 3. 責任關聯規定

#### 가. 刑事責任年齡

조선시대에도 형사책임에 관하여 행위자 연령에 단계를 두어 절대적 책임무능력자와 한정책임무능력자로 구분한다. 耆悼者는 전자에 속하고 老小者와 老耄者는 후자에 속한다. 구도자는 90세 이상 7세 이하의 자로서 절대적 책임무능력자이고 비록 사형에 해당하는 죄를 범하여도 과죄하지 않으며, 단지 반역죄에 연좌되어 속공 복역시켜야 할 자에게는 이 규정을 적용하지 않는다.

노질자는 70세 이상 15세 이하의 자로서 이들의 범죄에 대하여는 流罪 이하인 경우에만 贖을 징수하지만, 그러한 노질자라도 死罪를 범하였거나 모반·반역의 죄에 연좌되어 유형에 해당하거나 또는 蠱毒을 조축하였거나 採生折割人 또는 殺一家三人하여 赦命을 만나도 오히려 사면되지 아니하고 유형시켜야 할 자에게는 이 규정을 적용하지 아니하였다.

#### 나. 故意와 過失

조선의 형사법제에서는 책임조건으로서 고의·과실을 명료히 구분하여 규율하고 있었고 착오에 과실에 관해서도 이를 구분하였다. 그러나 다른

18) 『大明律直解』 卷第19 刑律 人命 殺死奸夫條.

19) 『新受教集錄』 刑典 殺獄條 1306號.

일면에서는 連坐 등에 관한 규정을 두어 특정한 죄를 범한 자와 일정한 친족관계·신분관계에 있을 경우 직접 책임조건이 없는 자라 할지라도 이를 처벌할 수 있는 집단적 연대책임규정을 인정하고 있었다.

조선왕조에서 고의와 과실을 가장 분명히 구분하고 있는 범죄로서는 실화와 방화의 경우이며, 失火는 ‘失火’조에, 放火는 ‘放火故燒人房室’조에 각각 규정하고 있다.<sup>20)</sup>

살인의 경우에는 謀殺·故殺·誤殺·戲殺·過失殺 등으로 구분하여 이에 대한 처벌을 달리 하였다. 謀殺의 경우 처음에 發意首唱한 者는 斬刑, 附從者로서 下手에 가담한 자는 絞刑, 가담하지 아니한 자는 杖一百·流三千里에 처한다. 誤殺·戲殺의 경우에는 “무릇 희롱하다가 사람을 살해하거나 상해한 자와 구타하며 싸움하다가 잘못하여 옆의 사람을 살해하거나 상해한 자는 각각 싸움하다가 사람을 살해하거나 살상한 예로서 논죄하며, 사람을 모살하거나 고살하려다가 잘못하여 옆의 사람을 살해한 자는 고의 폭행의 예로서 논죄한다”<sup>21)</sup>고 규정하고 있다.

한편, 過失의 개념에 관해서는 대명률직해에 “과실이라 함은 사람의 이목이 닿지 아니하는 것과 사려가 미치지 못하는 것으로서 가령 금수를 쏘거나 어떤 사유에서 벽돌이나 기와장을 던지다가 의외로 살인하게 된 것, 또는 高險한 곳에 오르다가 발이 미끄러지면서 동반자에게 피해를 주게 된 것, 혹은 탄 배가 바람에 몰리거나 탄 말이 놀래어 내닫거나 차를 몰아 언덕을 내려가다가 내리미는 힘을 저지할 수 없는 형세에 놓인 것, 또는 함께 무거운 물건을 들다가 힘이 그것을 제어할 수 없어서 함께 들던 사람에게 손상을 미치게 한 것 등, 무릇 처음부터 사람을 해칠 의사가 없으면서 우연히 사람을 살해하거나 상해한 경우를 말한다”<sup>22)</sup>고 주석하고 있

20) 『大明律直解』 권제26 刑律 雜犯 失火條 및 放火故燒人房室條.

21) 『大明律直解』 刑律 戲殺誤殺過失殺傷人條 「凡因戲而殺傷人及因鬪毆而誤殺傷傍人者 各以鬪殺傷論 基謨殺故殺人而誤殺傍人者 以故殺論」.

22) 『大明律直解』 권제19 刑律 人命 戲殺誤殺過失傷人條의 註.

다. 예컨대, 過失殺傷은 상해치사죄에 준하여 贖을 받아 피해자에게 급여 하도록 하고 있다.<sup>23)</sup>

결과적 가중범인 상해치사죄에 대해서는 「凡鬪狗殺人者 不問手足他物 金刃 並絞」에서 보듯이 수족으로 찢거나 칼날 또는 기타 물건을 사용하였거나를 불문하고 교형에 처한다. 만약 투구의 결과 피해자가 辜限內<sup>24)</sup>에 상해로 인하여 사망하면 투구살인죄로서 논한다.<sup>25)</sup>

#### 다. 客體와 方法의 錯誤

방법의 착오에 관하여는 위 戲殺誤殺過失殺傷人條에서 보듯이 殺傷의 의사가 있는 한, 방법의 착오로 인하여 고의가 조각되지 아니하는 것으로 보았다.

객체의 착오에 대하여는 「…基本應罪重而犯時不知者 依凡人論」의 규정에 관한 설명에서 보듯이 「가령 叔과 姪이 서로 딴 곳에서 성장하여 처음부터 서로 알지 못하였는데, 질이 숙을 구타하여 상해를 입히고 官司의 訊問에서 비로소 그 사람이 범인의 숙부인 것을 알게 되었을 때에는, 보통 일반인끼리의 폭행상해죄의 예에 의하여 처단하고 숙부를 구타한 중죄로써 논하지 아니한다」라고 말하면서도, 다음 항에는 이와 반대로 「本應輕者 聽從本法」이라 하여 이에 대한 설명으로 “가령 父가 종전에 자를 알지 못하였다가, 구타한 뒤에야 처음으로 그 자가 자기의 아들인 줄 알게 된 경우에는, 다만 부가 자를 구타한 경우의 가벼운 법에 의거하여 처벌하고, 일반폭행상해죄로서 논하지 못한다는 것을 말한다”고 주석하고 있다.<sup>26)</sup>

23) 『大明律直解』 권19 刑律 人命 謀殺人條.

24) 保辜期限內. 保辜라 함은 상해죄의 경우에 피살자의 상해의 경중이 정하여질 때까지 상해자를 유지하여 두는 일. 이 보고기한은 경우에 따라 일정하지 않다.

25) 『大明律直解』 권제20 刑律 鬪毆 保辜期限條.

26) 『大明律直解』 권제1 名例律 本條別有罪名條의 註.

위와 같은 착오규정은 현재의 형법 제15조의 “특별히 중한 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위는 중한 죄로 벌하지 아니한다”라는 규정과 다르지 않다는 점에서 주목할 만한 것이라 생각된다.

#### 4. 未遂犯關聯規定

이상의 여러 규정에서 드러난 바와 같이 조선조의 형률에서는 행위자의 주관적 요소보다는 객관적으로 드러난 범행의 방법, 대상의 성질, 실해의 유무, 그 정도 등에 중점을 두어 과형의 기준으로 삼았다.

미수범처벌법에서도 이러한 객관주의적 경향이 드러나는 바, 어떤 경우에는 예비·음모를 처벌하고, 다른 한편으로 어떤 종류의 범죄에서는 다시 중한 일정한 결과가 발생한 경우 그 형을 가중하도록 하고 있다. 예컨대 謀殺罪의 규정을 앞에서도 보았듯이 처음에 發意首唱한 者는 참형, 附從者로서 下手에 가담한 자는 교형, 가담하지 아니한 자는 장일백·류삼천리에 처한다. 誤殺·戲殺의 경우에는 “무릇 희롱하다가 사람을 살해하거나 상해한 자와 구타하며 싸움하다가 잘못하여 옆의 사람을 살해하거나 상해한 자는 각각 싸움하다가 사람을 살해하거나 살상한 예로서 논죄하며, 사람을 모살하거나 고살하려다가 잘못하여 옆의 사람을 살해한 자는 고의 폭행의 예로서 논죄한다”<sup>27)</sup>고 되어 예비·음모·미수·기수 등 범죄의 발전단계, 피해의 유무 및 그 정도를 명확히 구분하여 이에 대한 형벌을 구별하였다.

한편, 재물의 취득시기에 관하여 대명률 公取竊取皆爲盜條에는 “器物錢帛之類는 절취한 곳에서 딴 곳으로 옮겨 놓은 것이라야 절취가 성립하고, 珠玉寶貨之類는 손에 넣어 감쳤으면 비록 아직 가져가지 아니하였더라도 또한 절도가 성립된다. 木石·重器로서 사람의 힘으로는 이겨낼 수 없는

27) 『大明律直解』 刑律 戲殺誤殺過失殺傷人條 「凡因戲而殺傷人及因鬪毆而誤殺傷傍人者各以鬪殺傷論 基謨殺故殺人而誤殺傍人者 以故殺論」

것은 비록 있던 곳에서 옮겼더라도 아직 車馬 등에 馱載하기 전에는 절도가 성립되지 아니하며, 馬牛駝驢之類는 우리나라 외양간에서 끌어낸 것이라야 하고, 鷹犬之類는 자기의 마음대로 할 수 있도록 자기가 잡고 있어야 절도가 성립된다”<sup>28)</sup>고 규정하고 있다. 이와 같이 기수시기를 재물의 종류에 따라 구분한 것은 절도법의 재물에 대한 사실상의 지배시기를 재물의 종류에 따라 다르게 본 것으로 현행형법의 통설인 취득설과도 일맥상통하는 논리라고 생각된다.

#### 가. 豫備·陰謀

조선조 형법에서도 몇 가지 중죄에서는 예비·음모의 가벌성을 인정하였다. 예컨대, 국가나 왕실의 안위에 관한 모든 범죄의 예비·음모는 모두 사형으로 하였다.<sup>29)</sup> 謀殺의 경우 음모를 행동으로 옮겼으나 사람을 상해하지 아니한 자는 杖一百 徒3년의 형에 처하도록 하였다.<sup>30)</sup> 조부모·부모에 대한 살해를 음모하여 행동에 옮긴 자는 모두 참형에 처하고 이미 살해한 자는 능지처사에 처하도록 하였다<sup>31)</sup>. 음모를 행동으로 옮긴 것에는 흥기·독약 등의 求得과 같은 예비행위도 포함하는 것으로 해석할 것인가에 의문이 있으나 오늘날과 같은 예비와 실행의 착수의 엄격한 구별이 당시에는 존재하지 않았으므로 이를 포함하는 것으로 보는 것이 타당할 것이다.<sup>32)</sup>

#### 나. 未遂

중죄에서는 미수를 처벌하지만 그 규정방법에는 다음과 같이 여러 가지

28) 『大明律直解』 권제18 刑律 盜賊 公取竊取皆爲盜條.

29) 『大明律直解』 권제18 刑律 盜賊 謀反大逆條, 謀叛條 참조.

30) 『大明律直解』 권제19 刑律 人命 謀殺人條.

31) 『大明律直解』 권제19 刑律 人命 謀殺祖父母父母條.

32) 서일교, 주15)의 책, 121쪽 참조.

경우가 있다.

첫째, 음모만을 규정하고, 미수·기수에 관한 규정은 두지 아니한 경우이다. 미수·기수가 음모의 발전된 단계이며, 음모에 대하여 이미 극형을 과하는 만큼, 그 발전단계에 관하여 따로 규정하지 않더라도 미수·기수를 충분히 처벌할 수 있는 것으로 본 까닭이다. 예컨대 모반·대역을 공모한 자는 首從을 가리지 않고 모두 능지처사한다<sup>33)</sup>고 하고, 모반을 공모한 자는 수종을 구분하지 아니하고 모두 참한다<sup>34)</sup>고 하였음은 그 예이다.

둘째, 기수와 미수를 동일형으로 처벌하는 경우가 있다. 예컨대 浮浪徒가 도적을 작당하여 인가에 침입한 경우에는 비록 재물을 얻지 못하고 인명을 살해하지 아니하였다 하더라도 주범과 종범을 막론하고 모두 참형에 처한다.<sup>35)</sup>

셋째, 대명률의 謀殺祖父母父母條의 규정과 같이 기수와 미수를 구분하여 처벌을 하되 미수이전의 단계 즉 예비·착수미수의 경우에도 실행의 유무 등을 불문하고 동일하게 처벌한다. 이는 斬刑과 凌遲處死와의 중간단계의 형이 없었던 까닭으로 보인다.

넷째, 통상 미수의 처벌에서는 실행의 유무를 구분하여 형벌에 차등을 둔다. 예컨대 謀殺人에 대해서 기수에서는 造意者는 참형에, 종범으로 가공한 자는 교형에, 불가공한 자는 장일백·류삼천리의 형에 처하는데 대하여, 미수에서는 실행에 착수하여 미수로 된 때에도 상해에 이르게 한 경우는 조의자는 교형, 가공자는 장일백·류삼천리, 불가공자는 장일백·도삼년에 처하고, 상해에까지 이르지 않은 경우에는 주모자는 장일백·도삼년 그 가담자는 장일백에 처하도록 하고 있다.<sup>36)</sup> 여기서 불가공자는 단순한 종범으로서의 역할에 그친 자를 의미하는 것으로 보인다.

33) 『大明律直解』 권제18 刑律 盜賊 謀反大逆條.

34) 『大明律直解』 권제18 刑律 盜賊 謀叛條.

35) 『新補受教集錄』 刑典 贓盜條 938호.

36) 『大明律直解』 권제19 刑律 人命 謀殺人條.

미수와 관련하여 이론상 불능범(미신범)이 고려될 수 있는데, 조선시대는 과학이 아직 발달하지 아니하여 呪呪도 그 결과발생의 가능성이 있다고 믿어졌던 때이므로 불능범이라는 관념이 존재할 수 없었다. 따라서 魘魅를 不道라 하여 중죄인 十惡의 하나로 규정하고 있다.<sup>37)</sup> 魘魅는 唐律疏議 名例에 의하면 “魘은 사람의 형상을 그리거나 새겨서 심장을 지르고 눈에 못을 박고 수족을 결박하는 類를 말하며, 魅는 귀신에 假託하거나 함부로 左道 즉 바르지 못한 짓을 행하는 짓을 말하는 것으로 결국 사람을 죽게 하거나 병에 걸리도록 방자하는 일을 말한다.”<sup>38)</sup>

살인의 경우 疉매·符書·저주로써 살인을 목적으로 한 경우와 疾若을 목적으로 한 경우를 구분하여 사람을 죽이려 한 자를 살인음모로 논죄하고 그로 인하여 사람을 죽게 한 자는 각각 살인본죄로서 논하였던 것<sup>39)</sup>으로 보아 疉매·부서·저주와 사망사이에 인과관계의 성립을 인정하고 있음이 분명하다.

## 5. 共犯關聯規定

조선시대에도 통상 수인이 공동으로 죄를 범한 경우 주범과 종범으로 구분하여 처형하였다.

### 가. 共犯

#### 1) 一般共犯

일반의 공범에서는 「凡共犯罪者 以造意爲首 隨從者 減一等」으로서 발

37) 『大明律直解』 권제1 名例律 十惡條.

38) 『唐律疏議』 제1책 권제1 名例 十惡條 不道 疏議.

39) 『大明律直解』 권제19 刑律 人命 造畜蠱毒殺人條.

의·주모한 자는 주범으로 처벌하고 그에 수종한 자는 종범으로 하여 주모자의 죄에서 일등을 감경한다.<sup>40)</sup> 그러나, 이 규정이 모든 죄에 일률적으로 적용되었던 것은 아니고 죄에 따라 수종의 구별없이 모두 정범으로 처벌하는 경우가 있었다. 즉 본조문의 규정에 「皆」라고 쓴 것은 죄에 정범·종범의 구별없이 과죄하고, 「皆」라고 쓰지 아니한 것은 主謀者와 隨從者를 구분하여 처벌한다. 궁성이나 궁전 등의 문을 함부로 들어가거나 私越關·私渡關하거나 또는 신역을 피하여 도망한 자와 간음자는 그 죄에 정범·종범을 구분하지 않고 과죄한다.<sup>41)</sup> 이러한 범죄들은 현대형법에서 이른바 自手犯으로서 타인을 교사하거나 이용하는 범죄가 불가능한 범죄들이라고 볼 수 있다.

## 2) 家人共犯

家人이 공범일 경우에는 대가족주의에 입각하여 특례가 인정되었는데, 만약 한집안 사람들이 공동으로 범죄를 행한 때에는 다만 그 家長만을 처벌하되, 가장이 80세 이상의 노인이거나 篤疾者이면 공범자들 중에서 그 다음의 尊長에게 과죄한다.<sup>42)</sup>

## 3) 侵損共犯

타인을 侵·損한 자는 비록 가족이 공동으로 행한 경우라도 일반범죄인의 주모자와 수종자의 예에 따라 처벌한다. 侵은 남의 재물을 절취한 것을 말하고 損은 구타·살인·상해의 류를 말한다. 가령 부자 또는 전가족이 공동하여 남을 침해하는 죄를 범하면 모두 일반인범죄에 대한 주모자와

40) 『大明律直解』 권제1 名例律 共犯罪分首從條.

41) 『大明律直解』 권제1 名例律 共犯罪分首從條.

42) 『大明律直解』 권제1 名例律 共犯罪分首從條.

수종자를 처벌하는 규정에 의거하고, 가장만을 처벌하는 가인공범에 관한 규정을 적용하지 아니한다. 이것은 남에게 손상을 주었기 때문에 尊長만을 처벌하는데 그치지 아니하는 것이다.<sup>43)</sup>

#### 나. 共犯과 身分

만약 공동으로 죄를 범하였으나, 주모자와 수종자의 본죄가 각각 다를 때에는 각각 그 본죄의 수종례에 따라서 논죄한다. 예컨대 갑이 타인을 끌어들이어 함께 친형을 구타하였으면 갑은 동생이 형을 구타한 죄에 의하여 杖九十·徒2년반의 형에, 타인은 일반인간의 구타례에 의하여 笞五十의 형에 처하며, 또 비속인 연소자가 외부인을 끌어 들여 함께 자기집의 재물이십관을 도취하였으면, 비속인 연소자는 私擅用財의 죄보다 2등을 가중하여 笞三十의 형에, 외부인은 일반절도의 수종례에 의하여 杖七十의 형에 처하는 類를 말한다.<sup>44)</sup> 현재의 친족상도례와는 반대로 오히려 형을 가중하는 점이 특이하다. 하지만 신분에 의하여 형이 경중이 있을 경우 신분없는 자에게 통상의 형을 과하는 점은 현대형법과 같다.

#### 다. 共犯在逃 및 首告

수인이 공동으로 죄를 범하고 그 중 일부만이 체포된 경우에 범죄자의 首從을 결정하는데 관하여는 犯罪事發在逃의 규정이 있다. 예컨대 2명이 공동으로 죄를 범하고 그 중 1인이 도망하였을 경우에 체포된 1명이 도망한 자가 주범이라고 말하고 그밖에 다른 반증이 없으면, 그 체포된 자를 일단 隨從으로 결정한다. 그러나 그 뒤에 도망한 자가 체포되어 먼저 사람

43) 『大明律直解』 권제1 名例律 共犯罪分首從條.

44) 『大明律直解』 권제1 名例律 共犯罪分首從條.

이 주범이라고 주장할 때에는 먼저의 범인을 다시 국문하되 그가 주범이라는 것이 사실이면, 다시 주범으로 논죄한다. 이 경우에는 전에 결정한 형을 통산하여 뒤에 결정하는 형량에 충당한다.<sup>45)</sup> 이것은 조선조에서 재판이 확정되어 형이 일단 집행된 후에도 새로운 사실이 발견되면 언제든 다시 재판하여 형을 보완할 수 있었음을 알 수 있다.

#### 라. 共犯의 共逃

공범에 있어서는 犯罪共逃의 특별규정이 있었다. 즉 무릇 죄를 범하고 함께 도망하였다가 그 중 경죄의 범인이 중죄의 범인을 포획하여 관에 자수(首告)한 경우와, 죄의 경중이 相等한 자가 함께 도망한 자의 반수이상을 포획하여 首告한 경우에는 그 본죄와 중지한 죄를 모두 면제한다. 현대 형법에서 중지미수자에게 형을 감면하는 규정과 일맥상통함을 알 수 있다.

남의 범죄에 연루되어 득죄한 자(범인을 은닉하거나 범인의 도망을 방조하거나 식량을 공급한 것과 부실한 증언을 하거나 감시·방지·단속 등을 잘하지 못하거나 그의 지휘를 받아 심부름을 한 류)는 정범이 自死하면 연루자는 그 죄를 2등 감경한다.

만약 죄인이 자수하거나 赦宥에 의하여 사면되거나 또는 특별한 은전을 입어 減罪되거나 贖罪하게 되면, 그 연루자도 정범에 준하여 사면·감경·속죄의 규정을 적용한다.<sup>46)</sup>

한편, 위에서 설명한 바와 같이 공범을 造意者와 隨從者로 구분하여 수종에 대하여는 일등을 감경한다는 원칙은 간통죄·증수죄와 같은 필요적 공범에 관하여는 적용하지 아니한다. 즉 간통죄에서는 「其和奸刁奸者男女同罪」<sup>47)</sup>라 하여 간통한 남녀를 동죄로 처벌한다. 또한 극히 중대한

45) 『大明律直解』 권제1 名例律 犯罪事發在逃條.

46) 『大明律直解』 권제1 名例律 犯罪共逃條.

범죄에 대해서도 수종을 구분하지 아니하는데, 모반대역에서 「但共謀者不分首從 皆凌遲處死」,<sup>48)</sup> 또한 謀叛에서 「但共謀者 不分首從 皆斬」,<sup>49)</sup> 강도에서 「但得財 不分首從 皆斬」,<sup>50)</sup> 또는 謀殺人에서 「若因而得財者同強盜 不分首從皆斬」<sup>51)</sup>라고 규정하고 있는 바와 같이 중죄에서는 首從을 가리지 않고 동일한 형으로 처벌한다.

#### 마. 教唆犯

교사범에 관한 규정은 우선 造蓄蠱毒堪而殺人에서 「凡造畜蠱毒堪而殺人及教令者斬」<sup>52)</sup>이라 하여 행위자와 이를 교령(교사)한 자는 다같이 참형에 처하게 되어 있어, 행위자와 교사자를 똑같이 처벌하는 현행 규정과 다르지 않다. 그러나 悼耄之人에 대한 교사는 교사자만을 처벌하는 것이 특이하다. 즉 「九十以上 七歲以下 雖有死罪 不加刑」, 「其有人教令 坐其教令者 若有贓應償 受贓者償之」<sup>53)</sup>의 규정에서 보는 바와 같이 90세 이상이나 칠세 이하의 자를 교사하여 죄를 범하게 한 때에는 그 교사자만을 처벌한다. 그 이유는 「禮云九十曰耄 七歲曰悼 悼耄之人皆少智力 若有教令之者 唯坐教令之人」<sup>54)</sup>이라고 하여, 90세 이상 7세 이하의 자는 사물의 판단력이 박약하여 그 실행행위가 책임조건을 다 갖추었다고 볼 수 없고 교사자는 피교령자를 단순한 도구로 사용한데 불과하며, 오늘날의 간접정범인 교사자만을 처벌한 것이다.

47) 『大明律直解』 권제25 刑律 犯奸 犯奸條.  
 48) 『大明律直解』 권제18 刑律 盜賊 謀反大逆條.  
 49) 『大明律直解』 권제18 刑律 盜賊 謀叛條.  
 50) 『大明律直解』 권제18 刑律 盜賊 強盜條.  
 51) 『大明律直解』 권제19 刑律 人命 謀殺人條.  
 52) 『大明律直解』 권제19 刑律 人命 造畜蠱毒殺人條.  
 53) 『大明律直解』 권제1 名例律 老小廢疾收贖條.  
 54) 『唐律疏議』 제2책 권제4 名例律 老小廢疾條 疎議.

바. 贓物分配 등에 의한 刑의 區分

공범에 관하여 위에서 보았듯이 造意와 隨從으로 구분하여 처벌하고 공범이 가인일 경우 존장만을 처벌하는 특례가 있었으나 이외에 공범에서는 장물분배나 실행행위에서의 참여여부에 따라 형을 구분하는 것이 있다.

실행행위에서의 참여여부로 형을 구별하는 예로는 살인에서 「造意者 身雖不行 仍爲首論 從者不行 堪行者一等」<sup>55)</sup>이라 하여 조의자(首犯)는 실행에서의 참여여부를 막론하고 주범으로 처벌하지만, 중범이 실행에 참여하지 아니하였으면, 참여한 중범의 죄에서 일등을 감경한다.

장물의 분배에의 참여여부 즉 分贓·不分贓에 따라 과형을 달리하는 경우로는 「凡強盜窩主造意 身雖不行 但分贓者斬 若不行又不分贓者杖一百流三千里 共謀者 行而不分贓者及分贓而不行者皆斬 若不行又不分贓者杖一百」<sup>56)</sup> 또는 「… 共謀者分贓 造意者爲竊盜首 餘人竝爲竊盜從 若不分贓 造意者 爲竊盜從 餘人竝笞五十…」<sup>57)</sup>의 규정에서 보는 바와 같이, 분장·불가분의 구별에 따라 과형에 현저한 차이가 있어서 조선조 형률의 객관주의적 성격을 엿볼 수 있다.

장물취득 여부는 공범과 마찬가지로 단독범에서도 과형의 중요한 요소인데, 「凡竊盜已行而不得財者笞五十 免勅 但得財者 以一主爲重 併贓論罪 爲從者 各減一等」<sup>58)</sup>에서 보는 바와 같이 득재·불득재의 따라 형이 다르다.

6. 累犯

조선조에서도 누범에 대해서는 형을 가중하였는데 그 이유는 「行盜之

55) 『大明律直解』 권제19 刑律 人命 謀殺人條.  
 56) 『大明律直解』 권제18 刑律 盜賊 盜賊窩主條.  
 57) 『大明律直解』 권제18 刑律 盜賊 共謀爲盜條.  
 58) 『大明律直解』 권제18 刑律 盜賊 竊盜條.

人 實爲巨蠹 屢犯明憲 罔有悛心 前後三入刑科 便是怙終其事 峻之以法 用懲其罪」<sup>59)</sup>에서 보는 바와 같이 개전의 정이 없는 자에 대하여 峻法으로 처벌함으로써 일반예방의 목적을 달성하려는데 있다. 절도의 예를 보건대, “모두 초범은 오른팔에 ‘竊盜’ 두 자를 勅字하고, 재범은 왼팔에 ‘절도’라고 칩자하며, 3범자는 교형에 처하되 ‘起除勅字’條의 규정에 의하여 일찍이 勅字의 형을 받은 전과자로서 처리한다”<sup>60)</sup>라고 하였으며, 소매치기도 절도범과 동일하게 처벌하였다.

이 밖의 누범가중의 예로는 軍兵이 도망하면 초범은 棍杖50의 형에, 재범이면 棍杖80의 형에, 삼범이면 효수형에 처하기로 하였으며,<sup>61)</sup> 또 숙종 17년 辛未(1691년) 왕명에 의하여 “禁制를 범하고 월경하여 採伐을 한 사람은 主從을 막론하고 처벌하며 재범을 한 경우 효수형에 처한다”<sup>62)</sup>라고 하였다.

## 7. 競合犯

경합범에서는 二罪俱發以重論으로 병과주의에 의하지 않고 흡수주의를 취하였다. 즉 무릇 2죄 이상이 한꺼번에 발각되면, 그중에서 중한 죄로서 논죄하고 이죄가 서로 상등하면 그중의 한 죄에 좇아 처벌한다. 만약 한 건의 죄가 먼저 발각되어 이미 論決한 뒤에 다른 죄가 발각되면, 그 죄가 이미 논결된 죄보다 경하거나 상등한 것은 불문에 붙이고, 먼저 죄보다 중한 것은 다시 논죄하되, 전죄에서 선고된 형을 통산하여 후죄의 형량에 충당한다.<sup>63)</sup>

59) 『唐律疏議』 제3책 권제20 賊盜 盜經斷後三犯條 疏議.

60) 『大明律直解』 권제18 刑律 盜賊 竊盜條.

61) 『續大典』 『大典通編』 및 『大典會通』 권지4 兵典 用刑條의 註.

62) 『受教集錄』 권지5 刑典 禁制條 751호.

63) 『大明律直解』 권제1 名例律 二罪俱發以重論條.

그러나 몰수·배상 등에 대하여는 이러한 흡수주의를 적용하지 아니하였다. 즉 당연히 관에 몰수하여야 할 것, 勅字의 형을 받아야 할 것, 과직하여야 할 것, 죄를 어느 형에 그쳐야 할 것을 규정한 것은 각각 그 본법대로 처단한다. 즉 일인이 여러 죄를 범한 경우에 枉法贓이나 不枉法贓을 받았으면 관에 몰수하여야 하고, 기물을 파손하였으면 배상하여야 하고, 절도하였으면 칙자형을 받아야 하고, 현직관원이 私罪를 범하여 장일백 이상의 형에 해당하면 파면하여야 하고, 불왕법장 120관 이상을 받았으면 죄가 장일백·류삼천리의 형에 그쳐야 하는 바,<sup>64)</sup> 이런 경우에는 이 여러 죄를 각각 그 본법에 규정한대로 모두 과죄한다.<sup>65)</sup> 이미 徒刑이나 流刑을 받고 있는 자가 또 죄를 범한 경우에는 다시 뒤에 범한 죄에 형을 과하되, 그 복역연한은 4년을 넘지 못한다.<sup>66)</sup>

이상과 같이 조선조 형률에서는 실체적 경합에 관한 규정은 존재하지만 하나의 행위로서 수개의 죄에 해당하는 상상적 경합에 관한 규정은 보이지 아니한다.

#### IV. 大明律과 傳統法의 衝突 및 例外規定의 生成

중국의 법률인 대명률은 직해의 과정을 거쳐 조선의 기본적 형사법원으로 자리잡았지만, 기본적 형사법원으로 자리잡는 과정에서 당시의 사회현실을 고려하여 새로운 규정이 생성되기도 하였다. 대명률을 일반법이라 한다면 이러한 수정규정은 특별법적 지위에 있게 된다. 다음의 사례들은 大明律

64) 어느 죄를 처벌할 때 그 형의 한도를 정하여 죄가 그 한도 이상의 형에 해당하더라도 형을 일정한 한도에 그치게 한 점이 특이하다(罪止者).

65) 『大明律直解』 권제1 名例律 二罪俱發以重論條.

66) 『典律通考』 권지5 刑典 推斷條.

의 규정을 보충하기도 하고 수정하기도 하면서 최종적으로 경국대전에 실리기도 하지만 대부분은 수교의 형태로 남는다. 두 가지 사례만 살펴본다.

### 1. 妻弟와 兄夫의 姦通

대명률에 의하면 간통은 화간일 경우 장 80에 처하여지는데 친속상간일 경우에는 친속의 원근에 따라 형이 가중되었지만<sup>67)</sup> 체제와 형부는 친족상간조에는 포섭되지 않는다.

그런데 사헌부에서는 우리나라가 率壻婚俗을 취하고 있으므로 형부와 처제는 의리가 골육과 같아 범간조에 의하여 장 80에 처하는 것은 부당하므로 친속상간조에서 아내의 전남편의 딸을 간음한 것을 유추하여 장 100도 3년형에 처하자는 의견을 제시하였다. 이에 세종은 대명률에 따르는 것이 합당하다고 하면서 이를 의정부에서 토의할 것을 지시하였다. 의정부에서는 律文에 의해서만 처벌하는 것은 '物議'에 맞지 않는다고 하여 절충안으로서 율문대로 과죄하여 장 80에 처하되 邊遠充軍을 加罪하자고 제시하였고 이것이 확정되었다.<sup>68)</sup>

이것은 조선에서 중국과 달리 형부와 처제를 술서혼속의 영향상 가족관계로 보는 경향이 있었던 반면에 대명률에서는 이들을 일반인과 마찬가지로 취급하였기 때문에 빚어진 현상이었다.

### 2. 庶兄의 嫡弟殺人

성종 9년(1478)에 庶兄인 황효산이 嫡弟인 황이경을 살인한 사건이 일어났다. 대명률에 의하면 적서의 구별이 없지만 조선에서는 적서의 차별이

67) 대명률 형률 범간 친속상간조에 의하면 최하 장 100이다.

68) 세종 18년 4월 20일[丙辰](제3권 671-abc).

심하였으므로 이를 어떻게 처리할 것인가가 문제되었다. 원래 大明律 刑律 鬪毆 毆其親尊長條에 의하면 장 100 도 3년이나 장 100 류 2천리에 처해질 것이었다. 그러나 적서의 차별이 엄연한 조선에서는 이 규정을 그대로 적용할 수 없어 논의가 되었는데, 제1설은 중국에서는 첩의 자식도 과거에 나아가 벼슬을 할 수 있으므로 율문에 적서구별이 없어 장유로서 논란하여야 하며 이를 법례로 새로 세울 것을 주장하였고 제2설은 제1설과 마찬가지로 이 사건에서 처리한 것이 遵例로 될 것이므로 따로 科條를 세우지 않아도 된다고 주장하였다. 제3설은 위의 毆其親尊長條를 적용하여 庶兄을 卑로 하여 처벌할 것을 주장하였고, 제4설은 적자우선의 원칙에 의하여 庶孽이 적자를 능멸한 자는 良賤相毆律에 따라 시행할 것을 주장하였다.<sup>69)</sup> 제5설은 율문에 구애되지 말고 범인이 사람을 죽인 율에 의거하여 시행할 것을 청하였다. 이 논의들은 제5설에서만 적제와 서형의 관계를 보통 사람간의 관계로 논하자는 것이고 나머지는 모두 서형의 적제 살인을 長幼로서 논하지 아니하고 尊卑로서 논한데 공통점이 있다. 따라서 어떤 견해에 의하든 서형인 황효산은 사형에 처해지게 된다.

그런데 성종은 적제가 서형을 살해하는 경우에도 이를 사형에 처할 수 있는 이론을 원하였고 이에 다시 논의가 시작되어 A설은 서형이 적제를 죽인 것은 卑로서 尊을 죽인 것이고, 적제가 서형을 죽인 것은 유로서 장을 죽인 것이어서 서로가 존비와 장유의 분별만 있을 뿐이므로 다 사형으로 처단할 것을 주장한다. 이에 대하여 B설은 적제가 서형을 죽인 것은 법에 의거하여 尊長이 卑幼를 毆殺한 것을 유추할 것을 주장한다(위의 제3설과 같다). C설은 서형이 비록 연장자이기는 하나 존속이 아니고, 적제가 비록 존속이기는 하나 연장자가 아니므로 율문중의 尊卑, 長幼와는 다르므로 새로 擅殺規定을 두어 장유와 존비의 분별을 엄격히 할 것을 주장

69) 이에 따르면 서형이 적제를 구타살인 한 경우 참형에 처해지나 적제가 서형을 살인한 경우에는 사형을 면하거나 교형에 처해진다.

한다(제1설과 같은 취지이다). 결국 성종은 자신의 의도를 반영한 A설을 취하게 된다.<sup>70)</sup> 이후 형조에서 이 경우를 처리할 科條를 세우게 되는데 서형과 적제의 경우는 毆其親尊長條에 의거하여 상등한 예로 처리하여 어떤 경우나 사형에 처하도록 하고, 嫡姪과 庶伯叔父母 등과의 구타·살상에는 毆大功以下尊長條에 의거하여 처벌하기로 하였다.<sup>71)</sup>

우리는 이 사안에서 대명률의 규정과 조선의 사정을 절충한 모습을 엿볼 수 있다. 형이 아우를 살해하거나 아우가 형을 살해하는 경우는 대명률 상에 명확히 규정되어 있지만 이러한 혈연관계가 嫡庶라는 신분관계와 결합하는 경우를 예정하고 있지 않으므로 조정의 논의에서 혈연관계와 신분관계를 모두 아우를 수 있는 결론을 도출해 낸 것이다.

## V. 맺음말

이상에서 우리는 조선조의 형사법원으로서 대명률의 구성, 체계 및 형법총칙적 규정 전반을 살펴보았다. 조선조의 형사법원으로서 대명률직해는 오늘날의 형법과 비교할 때 구성요건이 상당히 구체적이고 개별적인 점이 특징적이다. 이와 같이 각 범죄의 구성요건을 구체화·세목화한 것은 법률의 해석과 적용과정에서 전문적 지식이나 훈련을 받지 아니한 행정관료에게 적용하기 편리하게 하기 위한 점과 과형의 형평성을 기하는데 주안점이 있던 것으로 보인다.

물론, 조선의 형사법제는 계급간 차별적 적용을 인정하는 신분형법으로서 개인책임이 아닌 집단책임으로서 연좌제를 인정하는 등 자유롭고 평등한 개인을 주체로 보는 근대형법과 상충하는 면이 없지 않지만, 나름대로

70) 성종 9년 7월 20일[乙卯](제9권 630-cd, 631-a).

71) 성종 9년 8월 9일[戊戌](제9권 639-b).

죄형법정주의원칙을 고수하고 형사사건들에 대해 적정한 형벌을 부과하려고 노력하는 등 합리성을 갖추려고 주력했음을 엿볼 수 있었다. 또한 긴급행위에 대한 위법성조각, 연령이나 건강상태로 인한 형사책임의 제한이나 면제, 고의·과실의 구분, 미수·기수의 구분, 환형, 자수자에 대한 형의 감면, 사면 등 오늘날의 형법규정에 비하여 그다지 손색이 없을 정도로 발달된 법리를 가지고 있었다. 그리고 실제로 군주를 정점으로 한 위정자들은 재판을 함에 있어서도 백성들에 대한 愛恤精神을 가지고 실제 사건을 다루려고 노력했음을 확인할 수 있었다.<sup>72)</sup>

한편, 오늘날 우리의 형사법제는 어떠한가? 현대사회는 법만능사회이며 형벌만능사회이다. 사회적 문제가 발생할 때마다 정치가나 입법자들은 특별입법의 제정과 형벌의 상향조정을 약속한다. 하지만 그러한 조치들이 현실적으로 어느 정도 성과를 거두고 있는가는 과연 의문이다. 여기서 우리는 국가의 형벌권발동에서도 국민에 대한 教化가 먼저 선행되지 않고 법에 의하여 금지되는 행위를 하였다고 해서 무조건 형벌에 처하는 것은 그다지 효과가 없음을 알아야 한다. 孟子는 “잘 다스리는 것은 좋은 교화로 백성의 마음을 얻는 것만 못하다. 잘 다스려지면 백성은 두려움을 갖고 대하게 되지만, 좋은 교화에는 백성들이 애정을 느낀다. 따라서 잘 다스려지면 백성들의 재산을 얻게 되지만, 좋은 교화는 백성의 마음을 얻는다”<sup>73)</sup>고 하였다.

인간행위를 통제하는 객관적 규범이란 점에서 예와 법의 기능은 동일하지만 예규범에는 강제가 수반되어 있지 않은 점이 법규범과 다를 뿐이며 예규범에는 정치적 강제 대신 사회적 비난이 제재의 형식으로 따른다<sup>74)</sup>. 강제성이 없는 예규범의 규범력을 의심하는 사람도 있지만, 강제성이 있는

72) 그 실제사례에 대한 고찰은 임재표, 조선시대 행형제도에 관한 연구 - 훈형을 중심으로 -, 2000, 한국형사정책연구원 참조.

73) 孟子 盡心 上: 善政不如善教之得民也. 善政民畏之, 善教民愛之. 善政得民財, 善教得民心.

74) 심재우, 동양의 자연법사상, 법학논집 제33집, 고려대학교 법학연구소, 1997, 388면

법규범의 규범력도 제대로 확보되고 있지 않은 것이 작금의 현실이다. 현대의 법만능사회에서도 권력남용이 사라지지 않고 범죄행위가 좀처럼 줄어들고 있지 않은 것이 현실이라면 우리는 법의 강제적 규범력의 한계를 솔직히 인정하여야 할 것이다. 따라서 사회윤리규범으로서의 예와 강제규범으로서의 법은 서로 배타적인 관계로 놓일 것이 아니라 상호보완적 관계에 놓이는 것이 바람직하며, 특히 법은 ‘윤리의 최소한’에 머물러야 할 것이다.

사회생활의 모든 영역을 전부 법으로써 통제하는 것은 불가능할 뿐만 아니라 불필요하다. 이것이 조선시대의 유가적 법사상의 핵심인 主禮從法인 것이다. 주례종법에서 예와 법과의 비율이 어느 정도인지는 확인할 길이 없으나 유가의 3哲(孔·孟·荀)의 하나인 荀子는 법이 지배하는 영역을 좁히고 있다. 그는 「成相」 편에서 다음과 같이 말한다. “治平을 가져오는 길은 禮義와 刑罰의 두 가지이다. 군자가 그것으로써 몸을 닦으면 백성은 편안하게 된다. 德을 밝히고 刑罰을 신중히 하여 삼가면, 나라는 잘 다스려져서 온 천하가 태평해질 것이다.”<sup>75)</sup> 이 같은 조례종법의 사상에 따라 조선에서는 양반과 관리에게 형벌적용에서 많은 특혜를 부여하였는데, 이 같은 특혜의 배후에는 조선의 관리들이 법 이외에 예라는 기준에 의해 폭넓게 사회적으로 통제를 받았음을 간과하지 말아야 한다. 관리가 신분에서 벗어나는 일을 하면 누구나 상소로 고발할 수 있었고, 관리들의 뇌물수수에 대해서는 죄의 경중을 가리지 않고 엄격하게 처벌함으로써 조선조가 오백년을 지탱하여 올 수 있었던 밑거름이 되었던 것이다.

이상에서 우리는 조선조의 형사법원으로 기능했던 대명률이 조선에 계수되는 과정과 대명률 중에서 형법총칙적 내용들을 살펴보았다. 현행법제와의 자세한 비교·분석을 통한 조선형사법제에 대한 규범적 평가는 다음의 연구과제로 미루고 싶다.

75) 治之經，禮與刑，君子以修，百姓寧，明德慎罰，國家既治，四海平.

참고문헌

- 經國大典(上)(下), 법제처, 1962.  
古法典用語集, 법제처, 1979  
唐律疏議(名例編, 衛禁編), 법제처, 1988  
大典通編, 법제처, 1963  
大典會通, 법제처, 1963  
續大典, 법제처, 1965  
受教輯錄, 한국역사연구회구회, 청년사, 2001  
新補 受教輯錄, 한국역사연구회, 청년사, 2001  
新編 經國大典, 윤국일 편, 신서원, 1998.  
典錄通考, 법제처, 1974.  
朝鮮王朝實錄  
秋官志(1)-(4), 법제처, 1975  
欽欽新書(1)-(3), 박석무/정해림 역주, 1999
- 김기춘, 조선시대형전, 1990, 삼영사  
김구진, 대명률의 편찬과 전래, 백산학보 29, 1984  
김용희, 조선시대 형법상의 인륜비부에 관한 소고, 법학논집 16권 1호, 청주대학교 법학연구소, 1999  
김한식, 조선조 유학 정치이념에 대한 재조명, 한국정치학회보 29집 3호, 한국정치학회, 1995. 12  
이종길, 조선초 지배층의 형벌관, 박병호교수환갑기념(II) 한국법학사논총, 박병호교수 환갑기념논총발간위원회, 1991  
서일교, 조선왕조 형사제도의 연구(再版), 1974, 박영사

- 심재우, 동양의 자연법사상, 법학논집 제33집, 고려대학교 법학연구소, 1997
- 심희기, 한국법제사상의, 1997, 삼영사
- 오도기, 경국대전 형전의 성격, 국사연구, 조선대학교 국사연구소, 1978
- 유기준, 조선초기 형률연구 : 율문과 율학을 중심으로, 충남대학교 박사학위논문, 1996
- 윤백남, 조선형정사, 문예서림, 1948
- 이승환, 유가사상의 사회철학적 재조명, 고려대학교 출판부, 1998
- 이재룡, 조선 예의사상에서 법의 통치까지, 예문서원, 1995
- 임재표, 조선시대 행형제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000
- 조운선, 조선후기 소송연구, 국학자료원, 2002
- 전병재, 예의 사회적 기능 : 예와 법의 차이를 중심으로, 인문과학 43집, 1980
- \_\_\_\_\_, 비법률적 사회규범의 성격과 기능, 법학연구 8권, 연세대학교 법학연구소, 1998
- 정궁식, 한국법사학논저목록(1945-199), 한국법제연구원, 1992.
- 지철호, 조선전기의 유형, 법사학연구, 한국법사학회, 1985
- 진희권, 조선조 초기의 유교적 국가이념과 국가질서, 고려대학교 박사학위논문, 1998
- 황운룡, 다산 형정사상 연구, 아세아학보 8, 아세아학술연구회, 1970

## The Analysis of the General Codes in Daemyoungryul in the Early Chosun Dynasty

Park, Kang-Woo\*

The Current Criminal Law of Korea was adapted from Japanese Criminal Law in the origin of Continental Law System(especially German Criminal Law). So in the definition and interpretation about the Criminal Law was dominated the dogmatics of Japanese and German Criminal Law. But in the Chosun Dynasty there was a good and systematic Criminal Law in the origin of Chinese Criminal Law(Daemyoungryul).

The characteristics of Chosun Criminal Law was found in the so concrete and particular provisions about crime and the penalty as to give the judge no free discretion in judgement, and it laid importance on the objective result of the offence rather than on the subjective will or intention of the offender. The Chosun Dynasty was based on the birth class system, so it was thought natural that any similar offences should have deserved different penalties according to the differences of the social classes to which offenders, the offended or the owners of the objects of offences belonged. This is the main characteristics of the Chosun Criminal Law as compared to the Current Criminal Law, but it had also some theoretical aspects almost as much developed as that of the modern one. For instance, all the

---

\* Professor of Chungbuk National University, Ph.D. in Law

offences in Chosun Criminal Law were put into two categories, intentional and accidental, and the criminal categories of the offenders were so stipulate that those over seventy and under fifteen and those over eighty and under ten were respectively under the criminal responsibilities from the rest, and those with diseases or vital ailments were respectively reconsidered to some extent out of the regular criminal responsibility.

The regular criminal punishments of Chosun Dynasty were composed of the five types - lashing, flogging, imprisonment with hard labour, banishment and death penalty. Besides these were the supplementary punishments of tattoo and dismissal. In the Chosun Dynasty, there existed no separation of three powers but the King hand the whole three power - the legislative, the executive, and the judicature - at his command. Therefore no independent organization of justice was established, and executive officials performed the role of judges and prosecutors, because judicial judgements were not recognised as judicial measures but as part of the executive functions.

The contents of this article consists of followings.

I. Introduction

II. The Adaptation of the Chinese Criminal Codes (Daemyoungryul) in the early Chosun Dynasty

III. The General Clauses about Crime and Punishment in the Daemyoungryul

IV. The Conflict between the Daemyoungryul and the Customary Chosun Law and the Enactment of the Exception Clauses.

# 국제조직범죄에 대한 증인보호방안

이 경 렬

이 논문은 2002년 한국학술진흥재단의 기초학문육성지원사업 선정과제인 “組織犯罪에 대한 刑事法的 對應方案”(과제번호: KRF-2002-074-BS10620)에 관한 연구의 일부임.

형사정책연구 제14권 제4호(통권 제56호, 2003·겨울호)

**한국형사정책연구원**

## 국제조직범죄에 대한 증인보호방안

이 경 렬\*

### I. 들어가는 말

#### 1. 국제조직범죄에 대한 국제사회의 대응

국제적인 교통망과 금융시스템의 발달 그리고 인터넷으로 대표되는 정보통신기술의 획기적 발달과 폭발적 보급 등은 멀게만 느껴졌던 세계를 이웃 마을로 변화시키기에 충분하였다. 그러나 이를 범죄적 측면에서 생각해 보면, 인적·물적 자원의 국제적 교류의 증가현상 또는 자금 및 정보의 국제적 이동의 가속화현상은 범죄자들에게도 새로운 범죄의 기회를 제공하여 ‘국경을 초월하여 행해지는 범죄’(transnationale Kriminalität)를 증가시키기도 하였다. 이처럼 外國人の 內國犯罪, 內國人の 外國犯罪, 기타 다양한 형태의 외국인 또는 외국과 관련되는 범죄가 격증하는 현상을 ‘범죄의 國際化’라는 용어로 표현하고 그러한 범죄들을 통칭하여 ‘國際性犯罪’라고 한다.<sup>1)</sup>

※ 이 논문은 2002년 한국학술진흥재단의 기초학문육성지원사업 선정과제인 “組織犯罪에 대한 刑事法的 對應方案”(과제번호: KRF-2002-074-BS10621)에 관한 연구의 일부임.

\* 숙명여자대학교 정법대학 법학부 교수, 법학박사

1) 범죄의 국제화에 관하여 자세한 것은 김성규, “범죄의 국제화와 형법의 역할”, 형사정책연구 제31권 제3호, 한국형사정책연구원, 2002년 가을, 167면 이하; 김주덕, 국제형법, 개정3판, 1999, 8면 이하; 이영란, “한국의 국제범죄의 실태와 대책”, 형사정책, 제12권 제2호, 한국형사정책학회, 2000. 12, 262-263면 참조. 한편 범죄에 대한 수사를 일선에

범죄의 국제화현상에 직면하여 한편으로 서방선진국은 1994년 나폴리 정상회담 이래로 國際組織犯罪에 대한 對策을 매년 선진8개국(G8) 정상회담의 議題의 하나로 논의하였고, 특히 1998년 버밍엄 정상회담부터는 主要 議題의 하나로 취급하고 있다.<sup>2)</sup> 2000년 7월 23일 일본에서 개최된 제26회 쿠슈 · 오키나와 정상회담에서는 “일층의 번영, 마음의 안녕, 세계의 안정”을 주요 내용으로 하는 정상선언문을 채택하였는데, 국제조직범죄대책에 관해서는 ‘마음의 안녕’의 한 항목으로 자세하게 취급하고 있다.<sup>3)</sup> 이로써 국제조직범죄문제는 한 때(1999년 쾰른 정상회담) 코소보 사태 등과 같은 정치문제에 밀려 관심의 대상에서 멀어지기도 했으나 21세기를 앞두고 해결해야 할 주요문제의 하나임을 다시 한번 확인되었다.

다른 한편으로는 국제조직범죄방지와 관련하여 2000년 11월 15일 제55차 유엔총회는 ‘國際組織犯罪에 대한 유엔협약’(A/55/383, Annex I: United Nations Convention against Transnational Organized Crime)과 그와 관련된 2개의 부속의정서, 즉 ‘여성 및 아동 인신매매방지의정서’(A/55/383, Annex

---

서 담당하는 경찰청에서는 국제성범죄로서 마약류범죄, 총기류밀반입범죄, 신용카드범죄, 여권위조 · 외화밀반출사범, 해외도피사범 등을 분류하고 있다(사이버 경찰청 홈페이지, 자료실, 경찰백서 참조). 이러한 국제성범죄는 일개인에 의하여 범해지기보다는 오히려 범죄조직에 의하여 조직적으로 은밀하게 행해지는 것으로 파악되고 있다.

- 2) 국제조직범죄에 대한 대책의 연원은 1994년 나폴리 정상회담에서 이탈리아 정부의 제의로 같은 해 11월 나폴리에서 개최된 ‘국제조직범죄에 관한 세계각료회의’(World Ministerial Conference on Organized Transnational Crime)에서 채택된 ‘나폴리 정치선언 및 국제조직범죄에 대한 국제적 실행방안’(Naples Political Declaration and Global Action Plan against Organized Transnational Crime)에까지 소급될 수 있다(신의기, “국제조직범죄에 대한 유엔의 대응”, 형사정책연구소식, 제35호, 한국형사정책연구원, 1996년 5·6월, 8면 참조). 그 후 1996년부터 1998년에 걸쳐 유엔이나 리용 그룹에서 본격적으로 검토되었으며 1998년 유엔총회에서 본협약과 3개의 부속의정서라는 기본구상이 확정되고 초안작성을 위한 특별위원회가 설립되었다(靑木五郎 · 서거석 역, “국제조직범죄와 일본경찰의 과제”, 법학연구, 제22집, 전북대학교 법학연구소, 2001. 12, 319면).
- 3) 기타 범죄대책에 관하여 정상선언문은 ‘세계의 안정’의 한 항목으로 테러대책을 다루고 있고, “정보통신에 관한 특별성명”(이른바 ‘IT현장’)에서는 사이버범죄대책의 필요성을 강조하고 있으며 국제경제문제를 다루는 선진7개국(G7) 성명에서도 ‘국제금융시스템의 남용’이라는 내용에서 돈세탁을 비롯한 금융범죄대책을 취급하고 있다.

II: Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime) 및 ‘이민자 불법운송방지의정서’(A/55/383, Annex III: Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime)를 채택하였다.<sup>4)</sup> 국제조직범죄에 대한 유엔협약은 돈세탁의 예방 및 적결, 조직범죄행위의 모의와 교사 및 방조, 司法妨害行爲에 대한 처벌근거를 국제적으로 처음 마련함으로써 국제조직범죄에 강력하게 대응하려는 국제사회의 노력에 실효성을 부여하였을 뿐만 아니라, 1998년 7월 17일 유엔외교관회의(United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court)를 거쳐 채택된 ‘國際刑事法院에 관한 로마규정’(Rome Statute of the International Criminal Court)과 함께 국제형사법의 발전에 중요한 轉機를 마련한 것으로 평가되고 있다.<sup>5)</sup>

그런데 국제조직범죄에 대한 유엔협약은 최소한 40개국의 의회가 비준을 한 후 90일이 경과하면 효력이 발생하는데(본협약 제38조 제1항), 유엔은 당초 지난 2002년에는 이 협약이 발효될 것으로 전망하였다.<sup>6)</sup> 국제조직범죄에 대한 유엔협약이 발효하게 되면, 각 체약국은 본협약과 부속의정

4) 본협약과 함께 채택되지 않은 제3의정서인 ‘총기류 불법제조 및 거래방지의정서’(A/RES/55/255: Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime)는 2001년 5월 31일 유엔총회에서 채택되었다.

5) www.mofat.go.kr(외교통상부), 최신뉴스/보도자료/유엔국제조직범죄협약 채택(2000.7.31).

6) 이 협약은 모든 국가에 대해 2000년 12월 12일부터 15일까지 이탈리아의 팔레르모에, 그 후에는 2002년 12월 12일까지 뉴욕에 있는 유엔 본부에 서명을 받기 위해 전시된다(본협약 제36조 제1항). 우리나라는 2000년 12월 13일 팔레르모 회의에서 본협약과 2개의 부속의정서에 서명하였다. 일본은 2000년 12월 팔레르모에서는 본협약에만 서명하고, 3개의 부속의정서에 대해서는 2002년 12월 10일(뉴욕 현지시간 9일)에 서명하였다. 2003년 2월 10일 현재 본협약에 대해서는 147개국이 서명하였으나 자국 의회의 비준서, 수락서, 승인서 또는 가입서를 유엔사무총장에게 기탁한 국가는 30개국에 불과하다(外務省, 國際的な組織犯罪の防止に關する國際聯合條約の説明書, 平成15年 3月, 8~9면 참조).

서에 규정된 각종 조치를 시행하기 위하여 자국의 국내법에 관련법규를 신설하거나 기존의 법규를 유엔협약의 내용에 상응하게 보완 및 개선해야 할 의무를 부담하게 된다.

## 2. 조직범죄에 대한 증인보호의 필요성

조직범죄의 경우에는 범행계획이나 사실을 알고 형사절차에서 진술할 수 있는 증인은 대부분 그 조직과 밀접한 관련을 맺고 있는 자이거나 아니면 그 범죄의 피해자인 경우가 허다하다. 그 결과 피해자가 피고인(또는 피의자)의 유죄를 입증하는 진술을 하거나 또는 조직의 내부구성원이 ‘친구’나 ‘형님’의 범죄사실에 관하여 진술한다면, 그 진술은 조직범죄의 재판 과정에서 결정적인 작용을 할 수 있다. 이와 같이 범치국가의 형사소송에 있어서 증인의 진술은 범죄사실을 해명하는데 있어 가장 중요한 증거의 하나이다.<sup>7)</sup> 그 중요성 때문에 증인에게는 일정한 의무가 부과되어 있고 이러한 의무는 국민의 일반의무로부터 파생한다고 한다.<sup>8)</sup> 그렇지만 일반 범죄와는 달리, 조직범죄에는 철저한 報復原理가 작용하기 때문에 실제 수사를 함에 있어 그러한 증인을 확보한다는 게 그렇게 容易하지만은 않다. 조직범죄의 경우에는 자기 조직이나 조직원에 대해 불리한 진술을 한 자를 보복하기도 하고,<sup>9)</sup> 또 증인 등은 보복이나 그 위협 때문에 형사절차에

7) 증거(evidence)에는 증거방법과 증거자료의 두 가지 의미로 사용되고 있다. 증거방법(Beweismittel)으로서의 의미는 증인, 감정인, 증거물, 증거서류 등과 같이 사실의 인정에 사용될 수 있는 유체물 자체를 가리키고, 증거자료라 함은 증거방법을 조사하여 얻어진 내용 자체를 말한다. 증인을 예로 들어 보면 증인은 증거방법이고 증언 자체는 증거자료이며 증인신문은 증거조사에 해당한다(신동운, 형사소송법, 법문사, 1993, 558면; 이재상, 형사소송법, 제6판, 박영사, 2002, 36/2).

8) Sabine Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, Duncker & Humblot, 2002, S. 26. 일반적으로 증인의 의무에는 출석과 진술 및 증언의 의무가 인정된다. 증인의 의무에 대해 자세한 것은 이재상, 앞의 책, 34/14 이하; Werner Beulke, Strafprozeßrecht, 4. Aufl., C. F. Müller, 2000, Rn. 187 f.

서 진술을 거절하거나 진술하더라도 그 내용을 실제보다 축소할 가능성도 있다. 증인이나 그 가족에 대한 보복 또는 위협은 이미 그 자체로서 범죄 일 뿐 아니라 형사절차에서의 실제적 진실발견을 왜곡시키거나 불가능하게도 한다.<sup>10)</sup>

따라서 국가는 형사소송의 이념인 實體的 眞實發見을 위하여 증인의 증언을 획득·유지함으로써 형사절차의 법치국가성과 형사사법의 기능적 유용성을 보장하여야 한다. 이를 보장하기 위하여 국가는 증인에 대한 보복이나 위협을 차단하여 증인의 자유로운 출석과 진술을 확보하여야 한다. 결국 증인보호는 증인자신의 문제가 아니라 증인의 증언의무와 궤를 같이 하는 국가적 의무라고 해야 한다.<sup>11)</sup> 특히 조직의 내부규율을 어기고 증언을 하는 내부조직원에 대해서는 조직의 잔혹한 보복이 뒤따르는 경우가 허다하기에 그 조직원으로부터 조직의 범죄사실을 입증할 수 있는 진술을 확보하려면, 內部組織員의 刑事訴追에 대한 免責도 필요하지만 수사기관에 협조한 조직원에 대해서는 조직의 보복으로부터 身邊도 保護하여야 한다. 이러한 조직범죄에 대한 증인의 보호방안은 재판이 끝난 후에도 필요하다. 범죄조직은 조직의 배신자에게 반드시 보복함으로써 조직의 결속도 다지

- 9) 조직범죄사건과 관련하여 피고인에게 불리한 증언을 마치고 귀가하던 증인이 피고인의 소속 범죄조직의 조직원에 의하여 서울지방법원 동부지원 앞에서 살해된 1990년 6월의 이른바 “동화과 보복살해사건”이 그 대표적 예이다. 이외에도 직장여직원을 강간한 혐의로 구속된 김모씨가 재판과정에서 공장장이던 직장상사가 자신에게 불리한 증언을 하자 출소후 그의 집을 찾아가 그 아들과 이웃집 아이를 살해하고 부인을 중태에 빠트린 1994년 10월의 일명 “김경록 증인살해사건”과 1996년 1월에는 성폭행 혐의로 수감 후 출소한 다음날 고소인인 피해자를 찾아가 전치2주의 상해를 입히고 여관으로 끌고가 성폭행을 하는 등 11차례에 걸쳐 보복행위를 한 사건 등이 있다(경인현, “형사절차상 피해자보호 및 원상회복에 관한 연구” 검찰, 통권 제113호, 대검찰청, 2002, 341면).
- 10) 하태훈, “증인 또는 범죄피해자 보호제도”, 피해자학연구, 제4호, 한국피해자학회, 1995·1996, 4면; 정진수, 증인보호제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1996, 16면; 안경옥, “독일 형사절차상의 증인 및 피해자보호”, 형사정책, 제11호, 한국형사정책학회, 1999, 329면; 류전철, “특정범죄신고자등보호법 제10조의 형사소송법적 문제점”, 형사법연구, 제15호, 한국형사법학회, 2001, 272면.
- 11) *Peter Caesar*, “Noch stärkerer Schutz für Zeugen und andere nicht beschuldigte Personen im Strafprozess”, NJW 1998, S. 2313.

고 남아 있는 조직원에 대해 내부규율을 강화하기도 하기 때문이다.<sup>12)</sup> 피해자나 증인이 보복의 우려 때문에 고소, 고발, 신고 및 증언을 하지 않아 수사상의 어려움을 겪게 된다면 조직범죄는 결코 소탕될 수 없다. 누구든지 보복의 두려움 없이 범죄를 신고할 수 있도록 피해자나 증인을 보호할 수 있는 제도가 마련되어야 할 것이다. 조직범죄에 대한 증인확보의 어려움을 극복하기 위하여 증인보호제도가 필요하다<sup>13)</sup>는 데에는 異論이 없다.

### 3. 국제조직범죄에 대한 유엔협약의 증인보호제도

證人保護制度는 조직범죄에 관한 형사절차의 원활한 追行과 일반인의 형사절차에의 협조를 확보할 목적으로 증인 등에 대한 證據方法으로서의 가치를 훼손하거나 또는 절차협조 이후에 증인 등에 보복하는 위해요소를 사전에 예방함과 동시에 사후적 대비책을 강구하는 일련의 特別保護措置를 말한다.

국제조직범죄에 대한 유엔협약 제24조<sup>14)</sup>에서는 본협약의 적용대상인 국

12) 김주현, “조직범죄수사에 필요한 제도개선 방향에 관한 연구”, 강력검사연구논문집(IV), 대검찰청, 1994, 135면.

13) 장영민, “조직범죄수사의 문제점과 개선방안”, 형사정책연구, 제5권 제2호(통권 제18호), 한국형사정책연구원, 1994 여름, 62면; 이윤근, “21C 한국 조직범죄의 실태 및 대응방안”, 한국공안행정학회보, 제10호, 한국공안행정학회, 2000, 182면; 염장호, 세계조직범죄론, 오성출판사, 2001, 280~281면.

14) 본협약 제24조 증인보호 1. 모든 체약국은 이 협약에 규정된 범행에 관한 형사절차에서 진술하는 증인이나 경우에 따라서는 그의 친척 및 기타 그와 밀접한 관계에 있는 자를 보복이나 협박에 대해 효과적으로 보장하기 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다.

2. 제1항에 규정된 조치는 적정절차의 권리를 포함하여 피고인의 권리를 손상함이 없이 특히 다음의 각호의 내용을 포함할 수 있다.

a) 증인 등을 육체적으로 보호하기 위한 절차, 예를 들면 필요하고 수행할 수 있는 한 그의 거주지이전 및 경우에 따라서는 증인 등의 정체와 주거에 관한 정보를 전혀 공개하지 않거나 제한된 범위 내에서만 공개되게 하는 허가

b) 증인의 안전을 보장하는 방법, 예를 들면 비디오접속이나 기타 적절한 수단의 통신 기술을 사용하여 증인의 증언을 허용하는 것과 같은 증거법규정

3. 체약국은 제1항에 규정된 자의 거주지이전과 관련된 협정이나 기타 약정을 다른 국

제조조직범죄에 관한 형사절차에서 증언하는 증인 등에 대해 발생하는 보복이나 협박으로부터 증인 등을 보호함으로써 조직범죄에 대한 증인확보의 곤란함을 극복할 목적에서 다음과 같은 적절한 조치를 취할 의무를 계약국에게 부과하고 있다. 즉 증인 등의 居住地를 移轉하거나 그 人的 事項에 관한 情報公開을 제한하는 조치를 포함하는 證人의 身邊保護措置와 비디오표시나 기타 적절한 통신수단을 사용한 증거조사방법에 관하여 규정하고 있는 것이 그것이다. 형사절차상 증인을 보호할 수 있는 방안이 여기에 한정되는 것은 물론 아니다.

그러나 형사절차에 있어서 증인보호의 문제는 헌법상으로 보장된 被告人의 防禦權이라는 限界 때문에 결코 쉬운 문제가 아니다.<sup>15)</sup> 먼저 訴訟構造와 관련하여 증인은 형사절차의 제2선에 위치하고 있기에 그들의 요구와 이익이 1차적으로 고려될 수 없다는 사실이다. 전통적 형사절차에 있어서는 검사의 기능과 피고인의 방어권보장이 핵심문제일 뿐이고 피해자나 증인은 실제적 진실을 발견하는데 법원과 소송당사자가 사용하는 증거방법에 불과하다는 것이다.<sup>16)</sup> 다음으로는 형사절차와 관련하여 주장되는 증인보호의 논점, 즉 피고인의 구속요건의 완화 또는 보석의 제한, 증인에 대한 편의제공, 공개재판의 제한, 증인의 익명성보장 등은 피해자나 증인보호에 유리하더라도 거기에는 항상 피고인의 방어권보장이라는 한계가 있다는 점이다. 이와 같이 증인보호의 논의의 중점에는 서로 충돌하는 증인의 이익과 피고인의 이익을 어떤 기준에 의해 타협시킬 것인지의 문제가 놓여 있다.<sup>17)</sup> 국제조직범죄에 대한 유엔협약에서도 양자이익의 조화를

가와 체결하는 것을 고려하여야 한다.

4. 본조는 피해자에게도 그가 증인인 한 적용되어야 한다.

15) 정진수, 앞의 책, 17면.

16) 이재상, “형사절차에서의 피해자보호”, 피해자학연구, 창간호, 한국피해자학회, 1992, 37면.

17) 하태훈, 앞의 논문, 15면; Heike Jung, “Zeugenschutz”, GA 1998, S. 324; Thomas Weigend, “Empfehlen sich Änderungen, um Zeugen und andere nicht beschuldigte

명시하고 있다. 즉 유엔협약 제24조 제2항에서 보복범죄에 대한 증인보호의 조치는 適定節次(due process)의 원칙은 물론, 피고인의 권리(rights of the defendant)를 침해 없이 행해져야 한다고 하고 있다.

이하에서는 먼저 증인보호를 위한 우리나라의 형사실무를 간략하게 살펴보고, 유엔협약이 발효되는 경우에 예상되는 우리나라 현행 법률의 활용도와 개선가능성에 대하여 국제조직범죄에 대한 유엔협약에서 규정하고 있는 증인보호제도를 중심으로 하여 살펴보고자 한다. 즉 장차 유엔협약이 발효하는 경우 우리나라가 그 체약국으로서의 의무를 성실하게 수행할 수 있게 하는데 그 논의의 목적이 있다.

## II. 증인보호를 위한 우리나라의 형사실무

### 1. 수사단계에서의 참고인보호

檢事 또는 司法警察官은 搜查에 必要한 때에는 被疑者 아닌 者の 出席을 要求하여 그 陳述을 들을 수 있다(형사소송법 제221조). 여기서 피의자 아닌 제3자를 참고인이라 하는데, 범죄의 피해자나 고소·고발인도 참고인에 해당된다.<sup>18)</sup>

---

Personen im Strafprozeß besser vor Nachteilen zu bewahren?", NJW 1998, Beilage zu Heft 13, S. 16 f.

18) 참고인을 신문할 때에 피의자와의 관계, 범죄사실과의 관계, 진술의 근거, 직접 경험한 것인지 아니면 추측한 것인지의 여부 등을 명확히 하여야 한다. 특히 검사는 송치기록을 검토함에 있어 피해자가 참고인인 경우에는 피해를 입은 경위 외에 피해회복여부, 처벌희망의사의 유무, 범인에 대한 감정 등을 철저히 조사하여야 한다. 이는 형사소송법이 검사 이외의 수사기관이 작성한 조서와 검사가 작성한 조서 사이에 증거능력의 인정에 차이를 두고 있기 때문에(형사소송법 제312조) 추후의 공소유지를 위해 필요하기 때문이다(사법연수원, 검찰실무 I, 1999, 133~141면).

그러나 참고인에 대한 조사는 任意搜查에 해당하며 수사에 대한 협조 여부는 참고인의 임의에 속하므로 수사단계에서의 참고인에게는 출석 및 답변의 의무가 없다. 다만 참고인의 출석 또는 진술을 거부하는 경우에 검사가 형사소송법 제221조의 2에 의거하여 증인신문을 청구하게 되면, 일정한 법적 의무에 따른 강제성이 부여되어 출석 및 답변이 행해질 수 있다. 현재 수사단계에서 참고인을 보호하기 위한 수사기관의 활동은 特定強力犯罪의處罰에 관한特例法이나 性暴力犯罪의處罰및被害者保護 등에 관한法律 및 特定犯罪申告者등保護法の 관련규정에 의하여 부분적으로 이루어지고 있다.<sup>19)</sup>

## 2. 공판단계에서의 증인보호

法律에 다른 規定이 없는 한 法院은 누구든지 證人으로 訊問할 수 있다 (형사소송법 제146조). 공판단계에서의 증인신문은 ① 증거조사신청 또는 직권에 의한 증거조사결정, ② 증인에 대한 소환과 불응하는 경우에는 拘引(동법 제152조), ③ 증인신문(동법 제156조 이하), ④ 증인신문조서의 작성(동법 제48조 이하) 등의 과정을 거치게 된다.<sup>20)</sup>

19) 이러한 참고인에 대한 보호조치는 행정규칙인 경찰청훈령에서도 규정하고 있다. 즉 범죄신고자보호및보상에관한규칙(1995년 12월 31일, 경찰청훈령 제150호)에 의한 범죄신고자에 대한 신변안전보호조치(동시행령 제3조), 범죄신고자에 대한 비밀누설금지(제4조), 범죄신고자에 대한 보상금지금(제5조) 등을 규정하고 있다. 또 참고인등비용지급규칙(1993년 12월 20일, 경찰청훈령 제125호)에서는 사법경찰관으로부터 출석을 요구받고 지정된 장소에 출석한 피의자 아닌 제3자에게 지급할 여비·일당·숙박료 등에 관해 규정하고 있다(제3조).

20) 증인의 소환은 소환장의 발부에 의하여 행해지는데(형사소송법 제153조, 제73조, 제75조)소환대상, 증인의 주소 등의 기록이 없을 경우에는 증거신청인이 제시한 주소 등에 의하여 신문기일 24시간 전에 소환장을 발부하되 증인 등의 소재탐지, 전화 등에 의한 소환고지도 실무적으로 사용되고 있다. 그리고 증인신문조서는 형식적 기재사항란과 내용기재사항란으로 분류되어 있고, 형식적 기재사항란에는 사건의 표시, 공판기일의 회수, 증인의 인적 사항(성명, 주민등록번호, 직업, 주거, 주민등록상의 주소)을 기재하게 되어 있다. 이때 공판조서중의 하나인 증인신문조서에 별도로 증인신문에 참여한

공판단계에서 증인을 보호하기 위해 제도는 첫째, 형사소송법 제297조 제1항에서 규정하고 있는 被告人 등이 退廷한 후에 행하는 證人訊問이다. 재판장이 소송지휘권을 활용하여 이러한 증인신문방법을 적절하게 사용하면, 증인을 효과적으로 보호할 수 있는 방법으로 기능할 수 있다. 이와 같이 재판장이 증인에게 진실을 증언하기 두렵게 하는 상황을 미리 배제시키거나 증인의 신체 및 자유에 대한 침해위험을 제거시켜 실제적 진실 발견에 기여하게 된다.

둘째, 법원조서의 하나인 증인신문조서의 기재사항 중에서 증인의 신분을 노출시키는 인적 사항(성명, 주민등록번호, 직업, 주거, 주민등록상의 주소)의 기재를 생략하거나 그 공개를 금지하는 방법이 있다.<sup>21)</sup>

자는 기재하지 않고 있다. 또 證人訊問을 함에 있어서는 소송주체의 적극적 참여를 보장되 그 참여가 배제된 상태에서 증인신문이 행해졌더라도 다음 공판기일에 그 신문 내용을 고지하거나 아니면 그에 대한 이의신청이 없다면, 責問權의 拋棄로서 하자는 치유되고 증인의 證據能力은 회복된다. 또한 증인신문방식은 교호신문을 원칙으로 하여 반대신문권을 보장하고 있는데 피고인 등이 퇴정한 경우 변호인이 있을 때에는 변호인에게, 변호인이 없을 때에는 퇴정한 피고인을 입정하게 한 후 증언내용을 고지하고 재판장이 직접 증인에게 반대신문을 위한 발문을 한다(동법 제287조, 제297조). 증인신문은 개별신문을 원칙으로 하고, 증인의 진술이 일치하지 않거나 모순이 있는 경우 대질신문을 하고 있다. 또한 법정의 증인신문을 원칙으로 하지만 필요시에는 수탁판사에 의한 증인신문도 가능하다(법원행정처, 법원실무제요(형사), 1998, 553~591면).

- 21) 대법원은 1990년 6월 15일 송무심의 제45호로 증인보호에 대한 지시를 각급 법원에 시달한 바 있는데, 그 내용을 보면 ① 증인을 소환함에 있어 재판처리할 사건의 분량과 성격을 미리 파악하여 증인을 시차적으로 소환함으로써 증인이 불필요하게 장시간동안 법정주변에 대기하는 일이 없도록 하며, ② 각급 법원은 그 법원의 실정에 맞게 빈 법정이나 각종 심문실, 조정실 등을 활용하여 증인이 대기할 수 있는 공간을 확보하여 직원을 배치하는 등 임시증인대기실을 운용하는 방안을 강구·실시하여야 하며, ③ 증인의 신변안전을 고려하여 증인의 주거 등 인적 사항을 확인함에 있어서 불필요하게 신분이 노출되지 않도록 주민등록증 기타 증빙서면에 의한 방법을 적극 활용하여야 한다. ④ 증인 등이 특정인물(방청인)의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없을 경우에는 그 진술하는 동안 그 방청인을 퇴정하게 하는 등의 소송지휘권을 적절히 행사하여 증인이 안심하고 사실을 진술할 수 있는 분위기를 만들며, ⑤ 증인이 증언후 퇴정시 법정의 구조가 허락하는 한 일반방청인 출입구와는 다른 출입구를 사용하여 퇴정할 수 있도록 배려하여 혹시 발생할 수 있는 위험으로부터 증인을 차단해야 한다. ⑥ 법원 구내에서 증인과 당사자 및 이해관계인간의 폭력행위 등의 사태가 발생한 때에는 즉시 법정경위나 수위 또는 청원경찰 및 사법경찰의 지원을 요청하여 이를 초기에 진압하여 폭력사태의 확산을 예방하여야 한다. ⑦ 법원에서 증인을 소환함에 있어 불출석을 우려하는

마지막으로 형사실무상 위험이 예측된 사건의 경우에는 증인의 신분노출을 방지하고 피고인과의 대면을 회피하기 위하여 대질신문을 억제하는 방법, 우편·전화 등과 같이 수사기관에 직접 출두하지 않는 방법의 수사 및 출장수사의 방법을 취하고, 증거보전절차를 취하여 증인의 소환을 가급적 감소하는 방법도 실무적으로 고려할 수 있다.<sup>22)</sup> 또한 특히 조직범죄의 증인 등과 같이 보복이나 협박을 당할 위험이 있는 증인의 경우에는 소환장에 증인의 이름 및 주소를 가공의 제3자의 것으로 위장하는 방법도 생각해 볼 수 있다. 변호인의 기록열람·등사권의 행사시에 (피해자)증인의 이름을 가리는 방안도 피해자 및 증인의 신분노출을 방지할 수 있는 방법이 된다.<sup>23)</sup>

### Ⅲ. 국제조직범죄의 증인에 대한 신변보호조치

#### 1. 증인의 신변안전조치

국제조직범죄에 대한 유엔협약은 조직범죄에 효과적으로 대처할 목적에서 범죄조직의 보복이나 협박 등으로부터 증인이나 그 친척 또는 기타 밀접한 관계에 있는 자의 신변을 보호하는 적절한 조치를 취할 의무를 체약국에게 부과하고 있다. 유엔협약에서 규정하고 있는 증인 등에 대한 신변안전조치는 이미 우리나라에서는 몇몇 형사특별법을 통하여 시행되고 있다.

---

때에는 사전에 소환장에 피고인 등의 퇴정하의 증인신문제도 또는 비공개신문제도 등에 대한 안내문을 동봉하거나 검사, 피고인의 양측의 증인신문청구시에는 신문요지를 서면으로 제출하게 하여 불필요하거나 문제되는 증인신문내용을 사전에 통제하는 등의 실무관행을 갖게 하고 있다.

22) 박찬홍, “범죄피해자 보호대책”, 검사세미나연수자료집(X), 법무연수원, 1991, 62면.

23) 하태훈, 앞의 논문, 16면.

가. 특정강력범죄의처벌에관한특례법 제7조

먼저 特定強力犯罪의處罰에관한特例法 제7조에서 증인에 대한 신변안전 조치를 규정하여 1991년 1월 1일부터 시행하고 있다. 동조에 의하면 검사는 特定強力犯罪事件<sup>24)</sup>의 증인이 피고인 기타의 자로부터 생명·신체에 해를 받거나 받을 염려가 있는 때 관할 경찰서장에게 증인의 신변안전 조치를 요청하여야 하고, 당해 증인과 그 사건의 재판장은 검사에게 신변안전 조치를 청구 및 요청할 수 있게 하고 있다. 검사의 요청을 받은 관할 경찰서장은 즉시 필요한 조치를 취하고 검사에게 이를 통보하여야 한다.

나. 특정범죄신고자등보호법 제13조

그리고 2000년 6월 1일부터 시행되고 있는 特定犯罪申告者등保護法 제13조에 의하여 증인에 대한 신변안전조치의 적용범위는 범죄신고자 등으로까지 확대되었다. 즉 증인뿐만 아니라 특정범죄<sup>25)</sup>에 관한 신고·진정·고

24) 特定強力犯罪의處罰에관한特例法 제2조 제1항에 의하면 동법에서 말하는 特定強力犯罪은 다음의 각호에 해당하는 죄이다.

1. 刑法 第24章의 殺人의 罪중 第250條(殺人·尊屬殺害), 第253條(偽計등에 의한 囑託殺人등), 第254條(未遂犯. 다만, 第251條 및 第252條의 未遂犯을 제외한다)
2. 刑法 第31章의 略取와 誘引의 罪중 第287條(未成年者의 略取·誘引), 第288條(營利등을 위한 略取·誘引·賣買등), 第289條(國外移送을 위한 略取·誘引·賣買), 第293條(常習犯), 第294條(未遂犯. 다만, 第291條 및 第292條의 未遂犯을 제외한다)
3. 刑法 第32章의 貞操에 관한 罪중 凶器 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2人 이상이 合同하여 범한 第297條(強姦), 第298條(強制醜行), 第299條(準強姦·準強制醜行), 第300條(未遂犯), 第305條(未成年者에 대한 姦淫·醜行)의 罪 및 第301條(強姦등에 의한 致死傷)의 罪
4. 刑法 第38章의 強盜의 罪중 第333條(強盜), 第334條(特殊強盜), 第335條(準強盜), 第336條(略取強盜), 第337條(強盜傷害·致傷), 第338條(強盜殺人·致死), 第339條(強盜強姦), 第340條(海上強盜), 第341條(常習犯), 第342條(未遂犯. 다만, 第329條 내지 第332條의 未遂犯을 제외한다)
5. 暴力行爲等處罰에關한法律 第4條(團體등의 구성·活動), 特定犯罪加重處罰等에關한法律 第5條의8(團體등의 組織). 그리고 동조 제2항에서는 제1항 각호의 범죄로서 다른 法律에 의하여 加重處罰하는 罪도 特定強力犯罪로 보고 있다.

소·고발 등 수사단서를 제공하거나 진술 또는 증언 기타 자료제출행위 및 범인검거를 위한 제보 또는 검거활동을 한 자로까지 확대되었다(동법 제2조 제2호, 제3호). 동법 제13조에 의하면 검사 또는 경찰서장은 특정범죄의 신고자나 그 친족 등<sup>26)</sup>이 보복을 당할 우려가 있는 경우<sup>27)</sup> 일정기간동안 검찰청 또는 경찰청 소속 공무원으로 하여금 신변안전조치를 하게 하거나 대상자의 관할 경찰서장에게 이를 요청할 수 있게 하고 있다. 또 당해 사건의 재판장 또는 판사는 검사에게 필요한 신변안전조치를 요청할 수 있으며, 범죄신고자 또는 친족 등은 재판장·검사 또는 관할 경찰서장에게 이를 신청할 수 있게 하고 있다.

이러한 신변안전조치의 내용과 절차는 대통령령으로 정하도록 규정하고 있는데(동법 제13조 제5항), 특정범죄신고자등보호법시행령(2000년 5월 25일, 대통령령 제16815호) 제7조에서는 신변안전조치의 종류로서 ① 일정기간동안의 특정시설에서의 보호, ② 일정기간동안의 신변경호, ③ 참고인 또는 증인으로 출석·귀가시의 동행, ④ 대상자의 주거에 대한 주기적 순찰, ⑤ 기타 신변안전에 필요하다고 인정되는 조치 등을 규정하고 있다.

#### 다. 범죄신고자등보좌인제도(특정범죄신고자등보호법 제6조)

그밖에 특정범죄신고자등보호법 제6조에서 신설한 범죄신고자등보좌인

- 
- 25) 特定犯罪申告者等保護法 제2조 제1호에 의하면 특정범죄는 다음 각목의 1에 해당하는 범죄를 말한다.  
 가. 特定強力犯罪의處罰에 관한特例法 第2條의 犯罪  
 나. 麻藥類不法去來防止에 관한特例法 第2條第2項의 犯罪  
 다. 暴力行爲等處罰에 관한法律 第4條 및 特定犯罪加重處罰等에 관한法律 第5條의8의 團體의 구성원의 同團體의 활동과 관련된 犯罪.
- 26) 特定犯罪申告者等保護法 제2조 제4호에 의하면 "親族등"이라 함은 犯罪申告者등의 親族 또는 同居人 기타 밀접한 인적 관계에 있는 者를 말한다.
- 27) 特定犯罪申告者等保護法 제2조 제5호에 의하면 "報復을 당할 우려가 있는 경우"라 함은 犯罪申告者등과 관련하여 生命 또는 身體에 대한 危害나 財産등에 대한 被害를 입거나 입을 우려가 있다고 인정할 만한 충분한 이유가 있는 경우를 말한다.

제도도 증인 등의 신변안전조치의 내용으로 볼 수 있다. 동조에 의하면 보좌인은 범죄신고자 등이나 그 친족 등이 보복을 당할 우려가 있는 경우 직권 또는 범죄신고자 등, 그 법정대리인이나 친족 등의 신청에 의하여 사법경찰관·검사 또는 법원이 범죄신고자 등의 법정대리인·친족 또는 대통령령이 정하는 자중에서 지정한다고 하고 있다. 그리고 보좌인은 범죄신고자 등을 위하여 당해 형사사건의 수사·공판과정에 동행하거나 조언하는 등의 필요한 조력을 할 수 있게 규정하고 있다(동조 제3항). 보좌인은 증인이나 그 친족, 배우자 또는 지방검찰청 검사장의 위촉을 받은 자 중에서 지정하게 되어 있으며 보좌인에게는 실비변상 등이 이루어지게 된다. 그리고 보좌인은 증인 등의 지정취소, 교체신청, 기타 부적절한 사유로 인한 직권결정에 의한 지정취소가 없는 한 당해 형사사건의 종결까지 임무를 수행하도록 하고 있다. 이러한 범죄신고자등보좌인제도는 범죄조직의 보복이나 협박을 당할 우려가 있는 범죄신고자 등을 육체적으로 보호할 뿐만 아니라 경우에 따라서는 정신적인 안정감을 부여할 수도 있다.<sup>28)</sup>

#### 라. 현행 보좌인제도의 문제점

현행 보좌인제도와 관련해서는 외국의 입법례를 참조하게 되면 다음과 같은 의문이 생긴다. 먼저, 범죄신고자등보좌인의 임무를 범죄신고자 등에 대한 조언이나 동행에 국한한다면 굳이 보복의 우려가 있는 경우로만 보좌인지정을 제한할 필요는 없다고 본다. 우리나라의 보좌인제도와 유사한 미국의 옴부즈맨(ombudsman) 및 동반인 제도는 피해자나 증인의 일반적 권리를 보호하고 형사사법의 원활한 운영에 도움을 주는 독자적인 임무를 가지고 있을 뿐 보복범죄와 관련해서만 지정되고 임무를 수행하는 것은 아니다.<sup>29)</sup> 오히려 조직범죄에 대한 대책으로서의 증인보호임무는 연방법

28) 이호중, 형사질차상 피해자 보호방안, 한국형사정책연구원, 1993, 98~99면 참조.

무부 연방보안관실 증인보호국의 연방보안관중 소수의 정예요원인 증인보호요원(witness security protection staff)이 담당하고 있다.<sup>30)</sup> 독일의 경우에도 형사소송법 제406조f 제3항에서 피해자가 증인으로 신문받는 경우 변호인이 아니더라도 신뢰할 수 있는 자(배우자, 친척 또는 知人)를 동석하게 하여 법률적 조력을 받고 심리적인 안정상태에서 진술할 수 있게 한다고 규정하고 있으며 여기에 보복의 우려에 대해서는 언급하지 않고 있다.<sup>31)</sup> 그리고 일본 형사소송법 제157조의 2에 의한 證人立會人制度의 경우에도 증인의 불안과 정신적 긴장을 완화시키기 위하여 입회인의 동행을 규정하고 있고 보복의 우려로만 한정하고 있는 것은 아니다.<sup>32)</sup>

다음으로 현행과 같이 보복의 우려가 있는 경우로 한정하여 보좌인제도를 운영하려면 적어도 身邊安全措施에 대한 要請權을 인정하는 등 실질적 임무를 수행할 수 있는 권한을 부여하여야 할 것이다. 특정범죄신고자등보호법 제13조 제3항에서는 신변안전조치에 대한 신청권을 범죄신고자 등이나 그 법정대리인 또는 친족 등에 한정하고 있고, 보좌인에 대해서는 이러한 권한을 인정하고 있지 않다. 또한 인적 기재사항의 생략에 대한 신청권

29) 이에 대한 자세한 것은 정진수, 앞의 책, 135면; 이기현, 형법 및 형사특별법상 유사처벌조항의 정비방안, 한국형사정책연구원, 1998, 20~21면.

30) 염장호, 앞의 책, 286면. 증인보호요원은 연방보안관으로서 기본적으로 받는 교육 이외에 조직범죄에 대한 증인보호에 관한 전문적인 별도의 6주 교육을 받아야 한다. 증인보호프로그램에 참가하는 연방보안관은 6주간의 초임교육을 받은 후에도 매6주마다 별도의 보수교육을 받게 되어 있다. 증인보호업무를 수행하기 위해서는 상관의 인정을 받아야 하며 최소한 3년 이상 연방보안관으로 활동해야 한다.

31) Theoder Kleinknecht/Lutz Meyer-Goßner, StPO, 44. Aufl., C. H. Beck, 1999, § 406f, Rn. 4; Thomas Weigend, Deliktopfer und Strafverfahren, Duncker & Humblot, 1989, S. 461 f. 나아가 동조 제1항과 제2항에서는 피해자에게 법률적 원조를 할 수 있게 피해자변호인제도에 관하여 규정하고 있다. 피해자변호인제도에 관하여 자세한 것은 김성돈, “피해자변호인제도의 도입방안”, 피해자학연구, 제10권 제2호, 한국피해자학회, 2002. 10, 123면 이하.

32) 三井誠·酒卷匡, 入門 刑事手續法, 제3판, 有斐閣, 2001, 140면. 일본형사소송법상의 증인입회인제도와 우리나라 범죄신고자등보좌인제도의 차이에 대해서는 김용세·도중진, “형사소송절차에서의 피해자 지위 강화”, 비교형사법연구, 제2권 제2호, 2000, 255~256면 참조.

(동법 제7조 제6항), 증인신문의 비공개 또는 피고인퇴정후의 증인신문에 대한 신청권(동법 제11조 제5항)도 범죄신고자 등이나 그 법정대리인의 권한으로만 규정하고 있을 뿐이다. 실제로는 이미 보좌인은 증인 등과 밀접한 관계에 있는 친척일 경우가 대부분이라 하더라도 경우에 따라서는 친척이외의 자도 보좌인이 될 수 있으므로 전술한 신청권 등은 보좌인의 권한으로 규정될 필요가 있다.<sup>33)</sup>

## 2. 증인에 대한 거주지이전제도

### 가. 거주지이전제도의 의의

국제조직범죄에 효과적으로 대처할 목적으로 유엔협약은 보복의 우려가 있는 증인 등의 신변보호조치로서 거주지이전제도(relocation)를 예시하고 있다. 이에 대해 신변안전조치의 종류를 규정하고 있는 우리나라의 특정범죄신고자등보호법시행령은 거주지이전에 관한 내용을 명시하지 않고 있으며 그에 대한 예견도 없었던 것 같다. 그러나 동시행령 제7조 제5호에서 포괄적인 신변안전조치를 규정하고 있어 해석상으로는 국제조직범죄에 대한 증인 등을 효과적으로 보호하기 위하여 필요하다면 동조 제5호에 의거하여 거주지이전조치도 행할 수 있다고 본다. 그렇지만 미국에서 시행되고 있는 거주지이전제도를 참고하게 되면, 거주지이전조치에는 인력과 예산상의 지원이 뒷받침되어야 하므로 이를 분명하게 하기 위해서는 법률에 의한 명시적 규정이 필요하다고 생각한다.

33) 특정범죄신고자등보호법 제6조 제2항에 규정한 대통령령에 의한 보좌인의 자격을 동법시행령에서는 ① 학교·사회교육시설·사회복지시설 및 사회보호시설의 장 또는 그 직원, ② 법률구조법등 법령에 규정된 상담소의 장 또는 그 직원, ③ 범죄신고자 등의 고용주, ④ 기타 학식과 덕망이 있는 자로서 범죄신고자 등을 위하여 충분한 조력을 할 수 있다고 인정되는 자로 정하고 있다(특정범죄신고자등보호법시행령 제2조).

#### 나. 미국의 거주지이전제도

거주지이전제도는 조직범죄에 대한 증인보호프로그램의 대표적 제도로써 미국에서는 이미 1970년 조직범죄규제법(Organized Crime Control Act, Public Law No. 91-452, §§ 501-04. 1)에서부터 시행하고 있다.<sup>34)</sup> 즉 보복의 우려가 있는 조직범죄의 증인 등에게 새로운 신원(identity)을 부여하여 미국 내의 다른 지역으로 이주시켜 살게 하는 방법이다.

거주지이전제도에는 새로운 신원과 그 증명서의 제공 및 주거제공 등이 포함되어 있다. 심지어 증인 등에게 직업을 알선하고 정상적인 직업을 갖기 전까지 생활비를 연방정부에서 부담한다(18 U. S. C. § 3521 (a), (b)).<sup>35)</sup> 먼저 새로운 신원의 부여는 법원에 비밀리에 개명신청하면 판사가 사유의 적법성을 판단하여 허가한다. 다음으로는 새로운 신분과 일치하게 각종 신분증의 교체작업에 들어간다. 사회보장번호(social security number)는 물론 여권, 학생증, 운전면허 등이 전부 새 신분에 맞게 지급된다. 신용카드도 새로운 신분으로 가맹한 것이 지급된다. 신원이 변경된 증인에게 기타 공문서(학적부, 신원증명, 군적, 납세증명 등)가 필요로 하는 경우에는 미리 작성된 공문서등을 연방보안관실에서 발급한다. 증인 등이 거주지이전을 한 후에는 증인보호요원들이 주거를 마련해주고 자녀의 학교도 주선해준다.

신원이 변경된 증인의 경제활동을 보장하기 위해 별도의 직업도 알선하고 있다. 증인보호프로그램에 있어서 가장 어려운 부분이 바로 직업알선이다. 보호대상자가 범죄조직을 배신한 증인의 경우에는 범죄성이 크고 한탕주의에 빠진 경우가 많기 때문에 평범한 직장에서 오랫동안 근무하기가

34) 장영민, “조직범죄수사의 문제점과 개선방안”, 조직범죄의 현황과 대처방안, 한국형사정책연구원, 1994년 4월, 86면 참조. 여기서는 “전환배치”라는 용어를 사용하고 있다.

35) Vgl. *Stephen C. Thaman*, “USA”, in: *Walter Gropp-Barbara Huber*(Hrsg.), *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2001, S. 922.

어려우며, 목격자나 피해자인 경우에는 이전의 직장과 유사한 직장을 제공해야 하기 때문에 증인노출의 우려가 높다고 한다. 이러한 문제를 극복하고 정상적 사회인으로 생활할 수 있는 환경을 제공하기 위해 연방보안관실은 별도의 직업보도프로그램을 시행하고 있다. 신분이 바뀐 증인들의 취업을 위해 연방보안관실에서는 국내외 300여개 기업과 상호협조체계를 구축하고, 필요한 경우 이들 기업에 의뢰하여 보호중인 증인과 그 가족을 취업시키거나 다른 기업으로의 轉職도 도와주고 있다.<sup>36)</sup>

#### 다. 우리나라에의 도입 및 문제점

미국식의 증인보호프로그램을 우리나라에 도입하는 경우 고려해야 하는 문제점으로는 다음과 같은 것들이 있다.<sup>37)</sup> 먼저 증인보호제도의 효율성문제이다. 우리나라와 같이 영토가 좁은 나라에서는 거주지이전에 투입되는 비용에 비해 그 실효성이 적다는 것이다. 둘째는 증인보호제도 자체가 지닌 부작용도 고려해야 한다는 것이다. 즉 증인보호제도는 증인을 조직으로부터 보호하는 외에 증인의 민사채무 및 기타 소송으로부터 면탈되는 결과를 초래하여 증인이 필요이상으로 보호되며 나아가 보호대상자가 범죄조직의 구성원이었던 경우 과거 범죄경력 말소 등으로 형사법적 대응에도 문제가 발생한다는 것이다.

그러나 이러한 문제는 입법적으로 해결될 수 있다고 생각한다. 실제로 미연방법(United States Codes: U. S. C.)에 의하면 증인보호프로그램을 실시하기 전에 요보호증인에게 사전에 당해 형사사건과 관련하여 자기가 인지하고 있는 모든 관련자와 그 범행을 진술하며, 이후로는 범죄를 범하지 않을 것과 위장된 신분이 들어나지 않게 그리고 자신의 민사적 채무나 의무를

36) 엄장호, 앞의 책, 289~291면.

37) 장영민, 앞의 논문, 87~88면.

이행하기 위해 최선을 다할 것을 서약하도록 하고 있다.<sup>38)</sup> 또한 조직범죄에 대한 증인의 신분위장과 거주지이전 때문에 형사법적 차원에서 생길 수 있는 일반 공중에 대한 위험을 최소화하기 위하여 연방검사는 타인의 생명과 신체, 재산에 대한 위험부담과 당해 사건의 수사나 사안의 중요성을 비교하여 증인의 진술이 일반 공중이 부담해야 할 위험을 능가할 때에만 증인보호프로그램의 실시를 결정하고 있다. 그리고 신분위장과 거주지이전을 하기 위해 판단하여야 할 사항으로서 증인의 범죄경력과 자립가능성, 위장신분의 지속성(Stabilität) 기타 거주지이전의 代案 등을 규정하고 있다.<sup>39)</sup>

또한 영토가 좁은 국가에서 실시하는 거주지이전제도의 실효성에 대한 의문은 유엔협약과 관련된 국제조직범죄의 증인보호에서는 문제가 될 수 없다고 생각한다. 국제조직범죄의 증인을 실질적으로 보호할 목적에서 유엔협약은 그 증인에게 거주지이전제도를 실시하는 경우 다른 체약국과 그를 국제적으로 이주시키는 방안에 관한 협정을 체결할 것도 고려하고 있기 때문이다(본협약 제24조 제3항).

결국 국제조직범죄에 대한 증인보호대책으로서 거주지이전조치를 국내에 도입하는 경우, 형사실무상으로는 수사당국에서 증인보호를 위한 구체적 프로그램의 마련과 그에 대한 예산확보가 최대의 관건일 것이다. 미국의 경우 증인보호프로그램의 초창기에는 연간 30에서 50명 정도의 증인만이 채택되었는데<sup>40)</sup>, 오늘날에는 연간 약 500명을 대상으로 증인보호프로그램이 실시되고 있다. 최초 25년간 증인보호프로그램에서는 6,500명의 증인(이 중 98%가 범죄경력을 지닌 자) 및 그 가족 9,000명을 보호하고 이주시키고 새로운 신원을 부여하였으며, 이를 위해 약 4억 달러를 지출하였다. 1996년

38) 18 U. S. C. § 3521 (d).

39) 18 U. S. C. § 3521 (c).

40) 그 당시 증인보호프로그램을 위한 예산은 약 1만 달러였다. 1996년 2월 11일 New York Times Magazine, The Invisible Family, p. 33 ff.; Lawson 24 Arizona State L. J. 1431 Ann. 13(1992).

예산은 대략 5,310만 달러이었고, 해마다 증가하는 예산을 확보하기 위하여 연방법무부는 요보호증인이 진술한 사건의 유죄비율이 89%로 증가되었다고 주장하고 있다.<sup>41)</sup> 지난 2002년에는 미연방법무부산하 연방보안관실의 전체 예산 6억 4780만 달러 중에서 약 1억 4,715만 달러 정도를 증인보호를 위해 지출하였고, 2003년에는 전체 예산 7억 1550만 달러 중에서 약 1억 4,715만 달러를 증인보호를 위한 예산으로 편성하고 있다.<sup>42)</sup>

### 3. 증인의 신분노출방지

국제조직범죄와 관련한 형사사건의 증인을 보호할 목적으로 유엔협약은 증인의 신원과 주거에 관한 정보를 전혀 공개하지 않거나 제한된 범위에서만 공개하는 방안에 관해 규정하고 있다(본협약 제24조 제2항 제a호 후단). 이와 같은 증인의 신분노출을 방지하기 위한 유엔협약상의 조치는 우리나라에서는 이미 特定犯罪申告者等保護法에 규정되어 있다.

#### 가. 인적 사항의 기재생략 및 공개제한(특정범죄신고자등보호법 제11조 제2항)

형사소송법 제35조 및 제55조, 형사소송규칙 제30조 이하에서는 공소제기 이후 각종 증거 및 소송관계서류 등에 대해서는 제한 없이 변호인과 피고인에게 열람권이 보장되어 있다. 따라서 수사단계에서 작성된 참고인 진술조서나 증거보전, 증인신문청구에 의한 증인신문조서 및 피고인의 퇴정하에 행해진 증인신문의 내용이 기재된 공판조서, 증인신문조서의 경우도 사후적인 형태이긴 하지만 피고인 등에게 열람할 수 있는 권리가 부여

41) Vgl. *Stephen C. Thaman*, a. a. O., S. 923.

42) <http://www.usdoj.gov/jmd/2003summary/html/USMScharts.htm>; <http://www.usdoj.gov/jmd/2003summary/html/fews-bs.htm>.

되어 있다. 이로써 조직범죄의 피해자 및 신고인의 인적 사항이 기재된 수사서류는 변호인 등에 의해 가해자인 범죄조직의 수중에 들어갈 우려가 있다. 즉 피고인에게 인정되는 헌법상 辯護人의 助力을 받을 權利(헌법 제12조 제4항)와 형사소송법상의 書類閱覽·謄寫權(형사소송법 제35조)에 의하여 합법적으로 증인 등의 신상과 진술내용을 알아볼 수 있다는 것이다.

그런데 特定犯罪申告者等保護法 제11조 제2항에 의하면, 재판장 또는 판사는 소환된 증인 또는 그 친족 등이 보복을 당할 우려가 있는 경우 참여한 법원서기관 또는 서기로 하여금 공판조서에 그 취지를 기재하고 당해 증인의 인적 사항의 전부 또는 일부를 기재하지 아니하게 할 수 있다. 이 경우 재판장 또는 판사는 검사에게 신원관리카드가 작성되지 아니한 증인에 대하여 신원관리카드의 작성 및 관리를 요청할 수 있다. 나아가 동조 제3항에서는 보복의 위험을 받고 있는 증인의 인적 사항이 신원확인이나 증인선서·증언 등 증인신문과정에서 공개되지 않게 적절한 조치를 취할 의무를 재판장 또는 판사에게 부여하고 있고, 그러한 경우 소환된 증인의 신원확인은 검사작성의 신원관리카드에 의하도록 하고 있다. 다만 동법에서는 그러한 범죄신고자 등의 인적 사항의 공개를 예외적으로 허용하고 있는데, 그 예외적 사유는 동법 제9조에 의하면 다른 사건의 재판상 필요로 법원이 요청하는 경우, 다른 사건의 수사나 범죄신고자등구조금의 지급에 관한 심의 등 공무상 필요로 검사나 사법경찰관이 요청하는 경우 및 변호인이 피고인의 변호를 위하여 필요로 하는 경우 등이다. 이러한 경우에는 검사의 허가를 받아 신원관리카드를 열람할 수 있고, 이 때 검사는 범죄신고자등이 보복을 당할 우려가 있는 경우 이외에는 그 열람을 허용하여야 하는 것으로 규정하고 있다.

여기서는 인적 사항의 공개금지에 대한 예외규정인 동법 제9조가 증인 등의 신원관리카드에도 적용될 수 있는지 문제된다. 동법 제9조의 체계적

위치만 고려하면 증인 등의 신원관리카드에는 적용되지 않는 것으로 해석될 여지도 있다. 그렇지만 동조 제2항에 의한 증인 등의 신원관리카드도 검사가 작성한다는 점 및 동조 제2항의 위험에 처한 증인을 제1항의 피해자증인보다 두텁게 보호해야 할 특별한 사유도 없으므로 제11조 제2항의 신원관리카드도 제9조의 사유가 존재하는 경우에는 예외적으로 열람이 허용된다고 하는 것이 법해석상으로는 타당할 것이다.

그럼에도 불구하고 동법에서 규정하고 있는 이러한 규정이 조직범죄, 특히 국제조직범죄와 관련한 형사사건에 그대로 적용되어서는 아니 된다. 특히 동법 제9조에서 말하는 변호인은 당해 피고사건의 변호인을 의미하는데, 비록 변호인에게 신원관리카드의 열람이 허용되어 증인 등의 인적사항을 확인했다라도 이를 피고인 등에게 알려주는 것만은 실무상으로 반드시 금지해야 한다.<sup>43)</sup> 국제적 범죄조직인 경우에는 합법적 기업으로 가장하고 있는 경우도 허다할 뿐만 아니라 법률적 조언을 구하기 위해 아예 변호사를 자문으로 고용하고 있는 경우도 무시할 수 없기 때문이다.<sup>44)</sup> 따라서 형사정책적 차원에서 고려하게 되면, 당해 관련사건의 변호인에게 범죄신고자 등의 신원관리카드를 열람하게 하는 것은 조직범죄에 대한 증인 보호조치로서 적절하지 않다고 생각한다.

#### 나. 심리의 비공개와 증인보호(특정범죄신고자등보호법 제11조 제5항)

조직범죄의 증인을 보복범죄 등으로부터 보호하고 그의 증언으로부터 실

43) 정진수, 앞의 책, 103면 참조.

44) 우리나라의 범죄조직은 아직 여기까지 도달한 것으로는 보이지 않는다. 그러나 IMF 사태이후로는 국내의 폭력조직도 마피아식 기업형 조직으로 탈바꿈하고 있는 것을 보도를 통해 접할 수 있다. 이들은 심지어 변호사 사무실 직원을 법률고문으로 두고, 조직원이 구속될 경우 변호사 선임문제와 경찰과 검찰의 수사동향을 파악하는 대담성도 보이고 있는 것으로 드러났다. <http://www.sppo.go.kr/index.shtml>(대검찰청 홈페이지)/검찰청 소식/검찰관련뉴스: [부산지검] 유흥업소운영 마피아식 폭력조직 적발(출원: 동아일보 1997.7.29).

체적 진실을 발견할 목적으로 행해지는 전술한 증인의 신변보호조치도 실제 공판단계에서 공개재판의 원칙에 의하여 증인 등이 피고인과 대면하게 되거나 기타 방청객에게 노출된다면 그러한 보호조치는 空念佛일 것이다.

헌법(제27조 제3항, 제109조)과 법원조직법(제57조)은 법원의 심판절차를 국민의 감시하에 둠으로써 재판의 공정을 보장하고, 재판에 대한 국민의 신뢰를 유지하기 위하여 裁判의 公開를 규정하고 있다. 다만 “상당한 이유”가 있거나 “國家의 安全保障 또는 安寧秩序를 방해하거나 善良한 風俗을 해할 염려가 있는 때” 法院은 決定으로 審理를 公開하지 않을 수 있다.<sup>45)</sup> 나아가 형사소송법에서도 이러한 취지를 반영하여 證人이 被告人의 面前에서 진실을 陳述하지 않을 염려가 있는 경우에는 被告人을 法廷에서 退廷할 수 있도록 하고<sup>46)</sup>(동법 제297조), 또 證人의 事情을 考慮하여 法廷外의 장소로 召喚하거나 증인의 所在地에서 訊問할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제165조). 특히 후자는 證據保全節次(동법 제184조)와 결합하여 형사실무상 증인의 신분노출을 방지하기 위한 증인신문방법으로 활용되기도 하였다. 최근에는 이를 특정범죄신고자등보호법 제11조에서 명문으로 규정하고 있다. 즉 證人으로 召喚을 받은 犯罪申告者 등이나 그 親族 등이 報復을 당할 우려가 있는 경우에 檢事·犯罪申告者 등 또는 그 法定代理人은 法院에 被告人이나 傍聽人을 退廷시키거나 公開法廷外의 장소에서 訊問할 것을 申請할 수 있고, 法院은 職權으로 그러한 방법으로 證人訊問을 행할 수 있다(동조 제5항, 제6항).

45) 이외에도 공개재판의 원칙의 예외로서 강간죄 등의 성폭력범죄의 경우 피해자인 증인의 사생활을 보호하기 위하여 증인신문을 비공개로 할 수 있다(性暴力犯罪의處罰및被害者保護等에 관한法律 제22조(審理의 非公開)).

46) 이 경우에는 피고인의 가족 등도 함께 퇴정하도록 하여 사생활의 비밀 보호뿐만 아니라 증인에 대한 신체적 위협을 차단하고 자유로운 상태에서 증언하도록 해야 한다(하태훈, 앞의 논문, 17면).

다. 피고인의 절차참여권과의 관계

조직범죄에 관한 증인의 신분노출을 효과적으로 방지하려면 증인의 신원이 심리진행중에 피고인이나 방청인에 의해서도 특정될 수 없게 주의하여야 한다. 그러나 공판단계에서 증인을 보호하기 위한 이러한 유형의 증거조사방식은 증인보호라는 명목하에 피고인의 형사절차에 참여하는 권리를 제한할 수 있는 구실을 제공하는 문제점이 있다.

被告人의 證人訊問權(형사소송법 제161조의 2)과 公判廷出席權(동법 제276조)이 침해되지 않게 하기 위하여 刑事訴訟法에서는 裁判長은 書記로 하여금 被告人의 退廷時에 행해진 證人の 證言要旨를 入廷한 被告人에게 告知하게 하고 있고(동법 제297조 제2항), 특정범죄신고자등보호법에서는 刑事訴訟法의 規定을 準用하도록 하고 있다(동법 제11조 제7항). 특히 특정범죄신고자등보호법에서는 被告人에게 辯護人이 없는 경우에는 國選辯護人을 選任하여야 한다고 규정하고 있다(동법 제11조 제6항 2문). 이들 규정에 의하여 피고인은 그 변호인을 통하여 증인에 대한 반대신문을 할 수 있기에 일부에서는 피고인의 증인에 대한 반대신문권에 본질적 침해가 있는 것은 아니라고 주장하지만<sup>47)</sup>, 피고인의 증인에 대한 직접적 반대신문권은 여전히 제한되어 있다고 하겠다. 즉 공판절차에서 피고인의 퇴정 후에 증인신문을 행하거나 비공개신문을 하는 방법에 의하여 어느 정도 증인이 보호되기는 하나 이러한 방법만으로 피고인의 방어권과 조화를 이룰 수 있는 방법으로서는 충분하다고 할 수는 없다. 이들 규정에 의하게 되면 피고인은 증인신문이 끝난 뒤에야 비로소 증인신문의 요지를 들을 수 있으며, 증언의 신빙성에 대한 개인적인 판단을 가질 수 없고 신문하는 동안 증언에 바로 반응할 수도 없기 때문이다. 비록 변호인을 통한 피고인의 반대신문권이 유지되어 있다하더라도 피고인의 직접 증인신문을 통한

47) 하태훈, 앞의 논문, 17면

방어권 행사에는 그 영향력이 상당히 감소되어 있음이 틀림없다.<sup>48)</sup> 따라서 피고인의 방어권을 침해하지 않으면서도 실제적 진실발견에 효과적이며 아울러 증인을 보호하는데도 실효성 있는 방안이 모색되어야 할 것이다. 그러한 방안중의 하나로서 형사절차에서 비디오접속 등 영상매체를 증인신문에 사용하는 방법을 고려해 볼 수 있다.

#### IV. 증거조사방법의 특례-비디오접속 등 영상매체의 활용

##### 1. 비디오 등 영상매체의 활용과 필요성

일반적으로 형사절차에서 비디오 등 영상매체를 활용할 필요성은 공판절차의 효율성이라는 측면과 증인보호의 측면에서 구할 수 있다고 한다.<sup>49)</sup> 공판절차의 효율성의 측면에서는 사건의 신속한 처리, 법정과밀의 해소 및 피고인호송에 따른 인력과 경비의 절감 등을 위해서 뿐만 아니라 법원소재지와 멀리 떨어져 있는 지방이나 외국에 거주하는 증인의 신문에도 영상매체를 활용할 필요가 있다고 본다.<sup>50)</sup> 증인보호의 목적에서는 아동학대 또는 성범죄의 피해자나 위협을 받고 있는 증인의 경우 피고인과 대면하게 될 때 받게 되는 정신적 충격이나 보복위협을 예방하기 위하여 영상재판을 활용할 필요가 있다고 한다.<sup>51)</sup> 이처럼 비디오 등 영상매체가 가지는

48) Ellen Schlüchter/Oliver Greff, "Zeugenschutz durch das Zeugenschutzgesetz? Oder: Ist der Einsatz der Video-Technologie ein wirksamer Zeugenschutz?", Kriminalistik 1998, S. 532.

49) 정진수, 형사사법분야에서 영상매체의 활용, 한국형사정책연구원, 1999, 135~136면; 류전철, 앞의 논문, 276~277면.

50) 1995년 12월의 원격영상재판에관한특례법(1995년 12월 6일, 법률 제5004호)에 의하여 우리나라에서도 1996년 2월 경주-울릉도간, 홍천-인제·양구간에 각각 영상재판시스템이 개통되어 실제재판에 활용되고 있다. 1998년 10월 1일부로 울릉도가 대구지방법원 포항지원으로 관할이 이전함에 따라 경주-울릉도간의 영상재판은 사실상 중단되었다.

非現場性과 反覆可能性에 기하여 영상물을 통하여 중계되거나 재현되는 장면은 증언하는 증인을 피고인이나 방청인과 분리할 수 있어, 증인에게 심리적 안정감을 부여할 수 있을 뿐만 아니라 동일한 진술을 형사절차단계에 따라 반복하지 않을 수 있어, 특히 성폭력범죄피해자의 2차적 피해를 방지하는데 도움을 줄 수 있다.

국제조직범죄에 대한 유엔협약은 국제조직범죄와 관련한 증인을 보호할 목적에서 비디오접속에 의한 증언이나 기타 적절한 통신수단에 의한 증언을 허용하는 등 증거조사방법의 특례에 관하여 규정하고 있다(본협약 제24조 제2항 제b호). 그 뿐만 아니라 공판절차의 효율성의 측면에서 국제조직범죄에 대한 형사사법공조의 한 내용으로 국제조직범죄와 관련한 증인이나 감정인이 체약국의 공조요청에 따라 요청국의 법정에 직접 출석하는 것이 불가능하거나 바람직하지 않은 경우<sup>52)</sup> 영상매체를 사용하여 신문할 수 있다고도 규정하고 있다(본협약 제18조 제18항). 증인의 안전을 보장하기 위한 유엔협약상의 증거법관련규정은 우리나라에서도 이미 특정범죄신고자등보호법 제10조에 부분적으로 규정되어 있다.

## 2. 특정범죄신고자등보호법 제10조의 내용과 평가

### 가. 비디오테이프 등 영상물촬영의 내용

특정범죄신고자등보호법 제10조는 영상물촬영에 대해 규정하고 있다. 동조에 의하면 범죄신고자 등에 대하여 형사소송법 제184조(證據保全의

51) 이러한 비디오증언은 미국의 경우 1970년 연방법원에서 최초로 승인한 이래로 형사사법제도 내에서 그 이용이 지속적으로 확대되고 있다. 특히 아동학대사건의 경우 아동증인을 감정적·정신적 충격으로부터 보호하면서 대면권과 언론에 대한 접근을 유지하기 위한 해결책으로서 아동증언의 비디오녹화와 CCTV에 의한 증언을 허용하고 있다(정진수, 앞의 책, 147면 참조).

52) 예를 들면 국제조직범죄의 피고인에 대한 유죄입증에 결정적 증언을 할 증인의 死期가 임박한 경우 등 증언의 녹화가 실제적 진실발견에 필수적인 경우를 생각해 볼 수 있다.

請求와 그 節次) 또는 제221조의 2(證人訊問의 請求)에 의한 證人訊問을 하는 경우, 判事는 職權으로 또는 檢事의 請求에 의하여 그 과정을 비디오 테이프 등 映像物로 촬영할 것을 명할 수 있으며(동조 제1항), 이러한 映像物에 수록된 犯罪申告者 등의 陳述은 증거로 사용할 수 있다고 규정하고 있다(동조 제3항).

그런데 특정범죄신고자등보호법상의 映像物撮影에 관한 규정은 단순히 공판전의 증거보전절차에서 증인신문과정을 촬영할 수 있으며 그 영상물의 증거능력은 당연히 인정될 수 있다는 내용만을 규정하고 있어 다음과 같은 의문이 있다. 즉 형사절차에서 영상재판을 활용하는 필요성과 관련하여 먼저 동조 제1항의 입법취지를 무엇인지의 의문이 있다. 종래 동조 제1항의 입법취지에 대해서는 범죄신고자 등이 보복의 우려 때문에 행방을 감추거나 공판정에서 증언을 반복할 가능성을 배제하기 위한 것으로 이해하는 견해<sup>53)</sup>가 있는가 하면, 성범죄 또는 아동피해자의 진술의 원활을 도모하려는 규정이라고 보는 견해<sup>54)</sup>도 있었다. 그러나 특정범죄신고자등보호법 제3조에서 적용범위를 “特定犯罪에 관한 犯罪申告者등이나 그 親族 등이 報復을 당할 우려가 있는 경우”로 제한하고 있는 점을 고려하게 되면, 보복에 대한 우려 때문에 형사사범에 자발적 협조를 기피하는 현상을 예방하는 측면에서 도입한 것으로 이해해야 할 것이다.<sup>55)</sup>

다음으로 영상물로 촬영된 범죄신고자의 진술에 증거능력을 인정하고 있는 동조 제3항은 단순한 주의규정에 불과하고, 이를 규정한 적극적 의미는 없다고 할 것이다.<sup>56)</sup> 현행 형사소송법에 의하더라도 제184조 및 제221

53) 이기현, “범죄신고자등 보호방안”, 범죄신고자등 보호방안에 대한 공청회자료집, 한국형사정책연구원, 1995, 24면.

54) 송희진, “특정범죄신고자등보호법의 보호내용 및 문제점”, 형사법연구, 제13호, 한국형사법학회, 2000, 323면.

55) 류진철, 앞의 논문, 275~276면.

56) 이러한 의문에 반하여 서면과 영상물의 증거능력에 차이를 두는 영미법계 국가의 경우를 예로 들면서, 즉 영상물은 원칙적으로 전문증거로서 증거능력이 인정되지 않지만

조의 2에 의한 증인신문과정의 영상물은 제311조에서 말하는 法院 또는 法官의 調書에 해당할 수 있으므로 당연히 證據能力이 인정되기 때문이다.<sup>57)</sup> 다만 실무상으로는 조직범죄에 대한 증인보호를 목적으로 고려한다면, 피고인의 참여권이 당연히 인정되는 형사소송법 제184조에 의한 증인신문방식 보다는 예외적으로 피고인의 참여와 상호신문의 배제가 가능한 제221조의 2에 의한 증인신문방식이 선호될 것이다.

#### 나. 비디오테이프 등 영상물촬영의 문제

형사절차에서 증인보호를 위하여 비디오 등 영상매체를 활용하는 경우 형사소송의 일반원칙과 조화를 이루어야 함은 당연한 것이다. 그런데 증인보호를 위한 영상매체의 활용은 공판절차의 원칙인 직접주의에 위반될 뿐만 아니라 피고인의 방어권을 침해할 가능성이 있다. 여기서는 먼저 공판절차의 한 원칙인 직접주의의 위반여부와 관련하여 영상매체의 형사소송

---

아동보호라는 특별한 목적 하에서 아동의 증언을 촬영한 영상물은 특정범죄신고자등보호법 제10조 제3항에 의해 예외적으로 증거능력이 인정된다는 점에서 동조의 의미를 추론하는 견해로는 이기현, 앞의 논문, 24면.

57) 특정범죄신고자등보호법이 시행되기 전에 이미 대법원에서도 상대방의 동의 없이 촬영되었더라도 비디오테이프의 내용이 진실하다고 인정되는 한 증거능력을 원칙적으로 인정하였다(대판 1999. 3. 9, 98도3169). 그러다가 이른바 영남위 사건에서는 상대방의 동의가 없는 비디오촬영의 경우, 1차적으로 그 촬영이 위법한 것인지를 중심문제로 삼았지만 여전히 그 비디오테이프의 증거능력을 인정하고 있다(대판 1999. 9. 3, 99도2318). 특히 대법원은 99도2318 판결에서 “누구든지 자기의 얼굴 기타 모습을 촬영당하지 않을 자유를 가지나, 이러한 자유는 국가권력의 행사로부터 무제한으로 보호되는 것은 아니고 국가의 안전보장, 질서유지 그리고 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 상당한 제한이 따르는 것이고, 수사기관이 범죄를 수사함에 있어 현재 범행이 행하여지고 있거나 행해진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의하여 촬영을 한 경우라면 위 촬영이 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고는 할 수 없다”고 판시하고 있다. 대법원의 견해에서 추론되는 바와 같이 특정범죄신고자등보호법 제10조 제3항의 규정이 없더라도 형사소송법 제184조 및 제221조의 2에 의한 증인신문과정을 촬영한 비디오테이프 등 영상물에 대해서는 증거능력이 당연히 인정될 수 있다. 이러한 유형의 녹화된 비디오테이프의 증거능력에 관하여 자세한 것은 허일태, “비디오촬영의 허용과 촬영된 비디오테이프의 증거능력”, 형사법연구, 제12호, 한국형사법학회, 1999, 47면 이하.

법적 허용에 대하여 검토한다.

형사소송에 있어서 직접주의는 공판정에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있다는 것을 의미한다.<sup>58)</sup> 또한 직접주의는 제출된 증거에 대해 피고인이 직접 의견을 진술할 기회를 부여함으로써 법관에게 정확한 심증을 형성하게 하여 결국 공정한 재판을 실현하는 의미도 가지고 있다. 따라서 이러한 직접주의를 실현하기 위해서는 증인신문이 공판정에서 직접 행해져야 하고 증인신문조서 등으로 대체되어서는 아니 될 것이다.<sup>59)</sup> 즉 직접적인 인적 증거가 증인신문조서나 여기서의 영상물과 같은 재산출된 증거(대용)물보다 우선하여야 한다는 것이다. 그러나 증인이 공판정에서 진술할 수 없거나 공판정에서의 진술이 증인의 이익에도 일치하지 않는 경우에도 직접주의의 원칙을 엄격하게 관철하게 되면, 이런 경우에는 증인을 확보할 수 없고 결국 형사소송의 이념인 실체적 진실도 발견할 수 없게 되는 또 다른 문제가 생겨날 수 있다. 이와 같은 점을 고려하게 되면, 증인신문에 영상매체를 활용하는 것은 증인의 불편한 증언상황을 완화하거나 증언의 반복을 회피하기 위한 기술적인 선택이라고 할 수 있다.<sup>60)</sup>

영상매체를 이용하여 증인신문을 하는 경우 직접주의원칙과의 갈등을 회피하기 위하여 피고인이나 변호인이 이 증인신문에 참여할 것을 그 요건으로 규정하고 있는 외국의 입법예도 있다.<sup>61)</sup> 특정범죄신고자등보호법상의 영상물촬영에 의한 증인신문은 그 허용범위가 너무 넓기 때문에 증인에 대한 비공개신문이나 피고인퇴정 후의 신문 등 다른 방법으로 증인

58) 이재상, 앞의 책, 29/15.

59) 신동운, 앞의 책, 399면.

60) Heike Jung, a. a. O., S. 322.

61) 예를 들면 독일형사소송법 제255조a 제2항. 영상물촬영에 의한 증인신문에도 피고인이나 변호인의 참여권, 특히 반대신문을 할 기회는 고려되어야 하고, 보충신문에 의해서만 신체적 진실을 발견할 수 있을 때에는 이들의 보충신문을 허용하고 있다. Theoder Kleinknecht/Lutz Meyer-Goßner, StPO, § 255a, Rn. 8 u. 10; Peter Rieß, "Zeugenschutz bei Vernehmungen im Strafverfahren: Das neue Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998", NJW 1998, S. 3241 Fn. 30.

보호가 충분하지 않는 경우에 한해 예외적으로 인정되어야 하며, 이 경우에도 법관이 입회하여야 하며 증인신문에 피고인과 변호인의 반대신문권이 보장되어야 한다는 주장<sup>62)</sup>도 동일한 맥락에서 이해할 수 있다.

그런데 위에서 본 바와 같이 위협을 받고 있는 증인을 보호하기 위하여 증인신문에 영상매체를 활용한 것을, 공판절차의 한 원칙인 직접주의에 위반되지 않게 할 목적으로 이 증인신문에 피고인이나 변호인을 참여시켜 반대신문을 하게 된다면 당초의 증인보호목적은 달성할 수 없게 된다는 모순에 빠지게 된다. 이런 점에서 증언을 녹화함으로써 증인의 얼굴이 노출될 수 있다는 것을 고려하면, 오히려 특정범죄신고자등보호법 제10조의 영상물촬영이 아니라 현행 형사소송법 제221조의 2에 따라 증인신문을 하면서 동조 제5항에서 규정하고 있는 “특별히 搜查에 지장이 있다고 인정하는 경우”에 해당한다고 하여 피고인, 피의자 또는 변호인의 참여를 배제하는 것이 더 효과적인 증인보호방법이라는 주장<sup>63)</sup>은 설득력을 얻게 된다. 그렇지만 이러한 주장에 대해서도 보복의 우려가 있는 경우를 전제시킨 특정범죄신고자등보호법 제10조의 취지를 고려한다면, ‘보복의 우려가 있는 참고인’은 피의자의 면전에서 진술하려 하지 않을 것이며, 이런 경우는 법에서 규정하고 있는 ‘특별히 수사에 지장이 있다고 인정하는 경우’라고 보게 되어 결국 피의자·피고인 또는 변호인의 참여권의 배제는 예외가 아니라 원칙이 될 우려가 크다는 지적<sup>64)</sup>이 있음을 간과해서는 아니 된다. 결과적으로는 피고인의 참여권이 배제된 상황에서 특정범죄신고자등보호법 제10조에서 정한 영상물촬영에 의한 증인신문방식을 택할 것인가 아니면 형사소송법 제221조의 2에서 정하고 있는 법원조서에 의한 증인신문방식을 취할 것인가의 선택문제가 되어 버린다.

62) 정진수, 앞의 책, 152면.

63) 류진철, 앞의 논문, 285면.

64) 심희기, 형사소송법판례70선, 홍문사, 2000, 77면; 신동운, 형사소송법 I, 제2판, 법문사, 1997, 278면.

#### 다. 평 가

법치국가적 형사소송에서는 여전히 피의자·피고인에 중점을 두고 있다. 비록 근래의 경향이 형사소추의 효율성과 형사사법의 기능성 그리고 피해자보호에 관점이 형사소송에 도입되었지만, 이러한 관점도 형사소송의 이념인 적정한 절차의 원칙 안에서 실제적 진실발견을 실현할 수 있을 때에만 수용될 수 있다는 것은 자명하다. 이러한 원칙들은 증인보호를 위해서도 결코 용도폐기될 수 없다. 국제조직범죄에 대한 유엔협약이나 외국의 입법례에서도 이를 분명히 밝히고 있다(본협약 제24조 제2항, 독일형사소송법 제247조a, 제58조a).

생각건대 특정범죄신고자등보호법 제10조는 범죄신고자 등의 보호와 피고인의 방어권을 이익형량한 결과라고 보아야 한다. 즉 위협받는 증인을 보호하기 위하여 피고인을 직접대면하지 않도록 특별히 규정하였다면, 피고인의 증인신문에의 참여권은 이미 입법에 의해 부차적 이익으로 결단된 것이다. 증인보호를 위하여 증인의 증언을 영상물로 촬영한다는 동법 제10조의 규정은 실질적으로 피고인이나 변호인의 참여를 증인신문에서 배제해야 증인보호라는 우선적 이익을 보호할 수 있기 때문이다. 영상물촬영에 의해 증인의 신원이 노출될 가능성이 있다면, 이는 다른 방법 예를 들면 화면을 비디오화면을 모자이크 처리하거나 음성을 변조하는 등 기술적 방법에 의하여 방지될 수 있다.<sup>65)</sup> 이와 같이 녹화된 비디오테이프를 공판정에서 상영하고 필요한 경우에 피고인이나 변호인이 관여하여 보충신문권의 행사를 인정하게 되면, 증인이 공판정에서 직접 증언하지는 않지만 실질적으로 직접주의에 위반하는 것은 아닐 것이다.<sup>66)</sup> 이 방법은 증인의 신

65) 이러한 증인신문방식은 미국의 일부 주에서 법제화되어 실시되고 있다. 예를 들면 1347 California Penal Code, Ch421 Kentucky Revised Statutes, Art. 38071 Texas Code of Criminal Procedure.

66) 비디오기기를 이용한 증인신문의 녹화는 법정에서 증인이 직접 증언하는 것과 실질적으

원을 노출하지 않고 피고인의 반대신문 내지 보충신문권을 보장할 수 있기 때문에 조직범죄에 대한 효과적인 증인보호대책이라고 생각한다.

다만 이러한 증인신문방식에 대해서도 비난의 여지는 있을 수 있다. 즉 형사재판의 원리 내지 사실심리과정, 형사증거법 및 그 실무를 정확하게 파악하면, 증인의 진술만으로 要證事實이 형성되는 것은 아니라 증인의 증언과 함께 그 표정, 몸동작, 음성, 안색, 시선 등이 복합적으로 평가된다는 것이 그것이다.<sup>67)</sup> 문제는 결국 동법 제10조의 영상매체를 이용한 증언의 경우, 증인의 신분노출을 방지하면서 비록 부차적이긴 하지만 여전히 중요한 피고인이나 변호인의 반대신문권을 어떻게 어느 정도까지 보장할 것인지의 정도문제이다.

또 영상물촬영에 관한 문제와 관련하여 유의해야 할 점은 직접주의의 위반이나 피고인의 증인신문에의 참여권에 대한 침해 등이 주로 이른바 비디오녹화방식의 증인신문에 대한 지적이라는 것이다. 영상매체를 활용한 증인신문방식에는 비디오녹화의 방법 이외에 증인과 법정을 연결하는 비디오접속 등의 동시중계방법도 있다. 위협받고 있는 증인을 보호하기 위해서는 오히려 분리신문하면서 생방송으로 중계하는 방법이 의미를 가질 수 있다

---

로 차이가 없다는 견해로는 *Michael Bohlander*, "Videotechnologie bei der Vernehmung kindlicher Zeugen im Strafverfahren, Eine rechtsvergleichende Betrachtung der Modelle Englands, der USA und Australiens", *ZStW* 107(1995), S. 100.

67) 이러한 것을 '변론의 전취지'라고 하는데, 법관은 증인의 증언내용과 이러한 부수적 정보사항을 함께 음미하면서 증거의 증명력을 평가하며 사실인정을 위하여 취사선택한다. 증거에 대한 평가는 이렇게 종합적·입체적으로 행해지는 것이다. 특히 증거의 신빙성 판단에서는 이러한 변론의 전취지(Inbegriff der Verhandlung) 판단이 더욱 큰 의미를 갖는다(배종대·이상돈, 형사소송법, 제3판, 홍문사, 1999, 606면; 이재상, 앞의 책, 37/44). 독일형사소송법 제261조는 "법원은 변론의 전취지로부터 자유롭게 형성된 확신에 따라 증거조사결과를 판단한다"고 명문으로 규정하고 있다.

### 3. 국제조직범죄에 대한 영상재판의 도입

#### 가. 영상물촬영에 의한 증인신문방식과 입법례

영상물촬영에 의한 증인신문방식은 크게 두 가지 방법으로 구분될 수 있다. 하나는 비디오 등 영상매체를 이용하여 증인의 증언내용을 녹화하는 방법이다(이른바 비디오녹화방식). 이는 수사단계나 공판기일전에 증인신문을 영상물로 촬영하여 공판기일에 법정에서 재생하는 방법이다. 즉 증인신문을 영상물로 촬영하는 것은 공판기일의 증인신문을 대체하거나 보충하고자 하는 목적을 지니고 있다. 특정범죄신고자등보호법 제10조의 영상물촬영은 이러한 방식의 증인신문을 규정한 것이다. 독일형사소송법 제58조a 및 제255조a 제2항에서도 이와 동일한 증인신문방식을 규정하고 있다.<sup>68)</sup>

다른 하나는 비디오 등 영상매체를 이용하여 증인의 증언을 법정에 동시 중계하는 방법이다(이른바 비디오접속방식). 독일형사소송법 제247조a와 제168조e<sup>69)</sup> 및 일본형사소송법 제157조의 4<sup>70)</sup>에서 규정하고 있는 방식이다.

68) 독일형사소송법 제58조a (녹음·녹화) ① 증인신문은 비디오나 녹음기에 녹화·녹음할 수 있다. 다음 각호에 해당하는 경우에는 반드시 녹화·녹음하여야 한다.

1. 16세 미만의 범죄피해자이거나,

2. 증인이 공판기일에 증인신문을 받지 못할 우려가 있으며 증인신문의 녹음·녹화가 실제적 진실발견을 위하여 필수적인 때이다.

② 비디오-녹음기의 사용은 형사소추를 할 목적에서 실제적 진실을 발견하기 위하여 필수적인 때에 한하여 허용된다. 제100조b 제6항, 제149조 및 제406조e의 규정은 준용된다.

제255조a (영상-음성 기록의 상영) ① 증인신문의 영상-음성 기록의 상영에 대해서는 제251조 내지 제253조 및 제255조에 따르는 신문조서의 낭독에 관한 규정이 준용된다.

② 성적 자기결정에 대한 범죄(형법 제174조부터 제184조c)와 생명에 대한 범죄(형법 제211조부터 제222조) 또는 피보호자에 대한 성적 추행범죄(형법 제225조)에 대한 소송에서 16세 미만의 증인에 대한 신문은 공판기일전의 증인신문을 녹화한 영상-음성 기록의 상영에 의해 대체될 수 있으며, 이는 공판기일전의 신문에 피고인과 그의 변호인의 함께 참여했음을 요건으로 한다. 증인에 대한 보충신문은 허용된다.

69) 독일형사소송법 제168조e (분리신문) 증인이 신문참여권자의 면전에서 신문을 받게 되면 증인의 복리에 중대한 불이익이 발생할 급박한 위험이 있고, 그 위험을 다른 방법으로 회피할 수 없는 때에는 판사가 증인신문을 참여권자와 분리하여 진행시켜야 한

특히 독일에서 형사소송법에 비디오접속방식에 의한 증인신문을 도입한 이유는 조직범죄에 국제적으로 대처하기 위한 것이라고 한다. 즉 연방하원 법사위원회(Rechtsausschluss des Bundestages)의 1997년 11월 13일 보고서에 “이 초안은 증인보호를 위해서 아직까지 이용하지 않았던 새로운 의사소통수단을 이용하려는 국제적인 경향을 고려하고 있다. 국제적인 조직범

다. 신문은 영상과 음성으로 참여권자에게 동시에 증계된다. 그 밖의 참여권자의 참가권은 영향을 받지 않는다. 제58조a 및 제241조a는 준용된다. 제1문에 의한 결정에 대해서는 항고할 수 없다.

제247조a (법정이외의 장소에서의 신문) 증인이 범정의 방청인의 면전에서 신문을 받게 되면 증인의 복리에 중대한 불이익이 발생할 급박한 위험이 있고, 그 위험을 다른 방법, 즉 피고인의 퇴정 및 신문의 비공개를 통하여 회피할 수 없는 때 법원은 증인에게 신문하는 동안 법정이외의 다른 장소에 머물 것을 명할 수 있다. 이 명령은 형사소송법 제251조 제1항 제2호, 제3호 또는 제4호의 요건하에서 실제적 진실을 발견하기 위하여 필수적인 때에 허용된다. 이 결정에 대해서는 항고할 수 없다. 증인의 진술은 영상과 음성에 의해 동시에 법정으로 전송된다. 증인이 이후의 공판절차에서 신문될 수 없을 우려가 있고 실제적 진실을 발견하기 위하여 필수적인 때에는 진술을 녹화하여야 한다. 제58조a 제2항은 준용된다.

70) 일본형사소송법 제157조의 4(비디오 접속방식에 의한 증인신문) ① 법원은 다음에 기재한 자를 증인으로 신문하는 경우 상당하다고 인정하는 때에는 검사 및 피고인 또는 변호인의 의견을 듣고 판사 및 소송관계인이 증인을 신문하기 위하여 在席한 장소 이외의 장소(이러한 자가 재석한 장소와 동일한 構內에 한한다)에 증인을 재석시키고 영상과 음성의 송수신에 의하여 상대방의 상황을 인식하면서 통화할 수 있는 방법에 의하여 신문할 수 있다.

1. 형법 제176조에서 제178조까지, 제181조, 제225조(음란 또는 결혼목적에 관한 부분에 한한다. 이하 동호에서도 동일하다), 제227조 제1항(제225조의 죄를 범한 자를 방조할 목적에 관한 부분에 한한다) 및 제3항(음란목적에 관한 부분에 한한다) 또는 제241조 전단의 죄 또는 이들 죄의 미수죄의 피해자

2. 아동복지법(1947년 법률 제164호) 제60조 제1항의 죄 또는 동법 제34조 제1항 제9호에 관한 동법 제60조 제2항의 죄 또는 아동매춘, 아동포르노에 관한 행위 등의 처벌 및 아동보호 등에 관한 법률(1999년 법률 제52호) 제4조에서 제8조까지의 죄의 피해자

3. 전2호에 기재한 자 외에 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신상태, 피고인과의 관계 기타 사정에 의하여 판사 및 소송관계인이 증인을 신문하기 위하여 재석한 장소에서 진술하는 때에는 압박을 받아 정신의 평온을 현저하게 해할 우려가 있다고 인정되는 자

② 전항에 규정한 방법에 의하여 증인신문을 행하는 경우에 법원은 그 증인 이후의 형사절차에 있어서 동일한 사실에 관해 다시 증인으로 진술을 구할 필요가 있다고 사료되는 경우, 증인의 동의가 있는 때에는 검사 및 피고인 또는 변호인의 의견을 듣고 그 증인의 신문 및 진술과 함께 그 상황을 기록매체(영상 및 음성을 동시에 기록하는 것이 가능한 기구를 말한다)에 기록할 수 있다.

③ 전항의 규정에 의한 증인신문 및 진술과 함께 그 상황을 기록한 기록매체는 소송기록에 첨부하여 조서의 일부로 한다.

죄에 대한 투쟁과 관련한 1995년 11월 23일 유엔의 권고안은 증인신문시 증인의 위협을 방지하기 위하여 시청각적 절차의 이용이라는 법적 도움을 허용하도록 유엔가맹국들에게 요구하고 있다”고 기술되어 있다.<sup>71)</sup>

독일에서는 형사소송법 제247조a에 의해 법정외의 장소에 있는 증인의 증언을 공판정에 영상과 음성으로 송수신하는 방식으로 증인신문을 할 수 있게 되었다. 동조는 증인보호목적, 소송경제 및 사실해명 등과 같은 상이한 형사소송의 목적들 사이에 이루어진 타협의 산물이라 한다.<sup>72)</sup> 동조에 의하면 비디오접속방식에 의한 증인신문의 조건으로는, 증인을 공판정에 출석시켜 신문한다면 그 안전에 중대한 불이익이 발생할 긴급한 위협이 있을 것과 법원이 피고인의 (시간적인) 분리 내지 방청인의 (임시적인) 배제를 통해서도 그 위협을 제거할 수 없을 것이다. 그리고 독일 형사소송법 제251조 제1항 제2호 내지 제4호에 대해서도 이러한 증인신문방식의 사용이 허용되어야 한다고 규정하고 있다.<sup>73)</sup>

형사절차에 비디오기술을 활용하는 방안에 관한 지금까지의 논의를 반영한 동조에서 목표로 삼고 있는 증인의 유형으로서는, 첫째로 피해를 입었거나 감수성 있는 증인이다. 즉 아동, 성폭력범죄의 피해자 또는 발육상태나 기타 육체적·정신적 피해 때문에 특별히 보호할 필요가 있는 자가 여기에 해당된다. 둘째로는 증언으로 인하여 생명과 신체에 대해 중대한 위협에 빠진 위협받은 증인이다. 이러한 유형에는 비밀정보원(V-Mann)이나 잠입수사관(Verdeckter Ermittler)도 포함될 수 있다. 이들도 공판절차에서 자신의 정체를 공개하게 되면 보복행위를 통하여 생명 및 신체에 대한 위협을 받을 수 있기 때문이다. 끝으로 사실상 또는 법적 이유에서 법정에

71) BT-Druks. 13/9063, S. 4; Vgl. *Werner Leitner*, “Rechtliche Probleme von Video-Aufzeichnungen und praktische Konsequenzen für Verteidigung”, *StraFo* 1999, S. 45 ff. mit Fn. 19.

72) *Sabine Swoboda*, a. a. O., S. 144.

73) *Theoder Kleinknecht/Lutz Meyer-Goßner*, StPO, § 247a, Rn. 2 ff., insb. Rn. 6.

출석하는 것이 불가능한 증인인데, 이 유형에는 특히 외국에 있는 증인이 해당할 수 있다고 한다.<sup>74)</sup> 국제조직범죄에 대한 증인보호대책으로서는 특히 후2자에서 언급하고 있는 위협받고 있는 증인과 외국에 있는 증인의 의미를 가진다.

한편 일본형사소송법에서 규정하고 있는 비디오접속방식에 의한 증인신문은 법정이라는 장소에서 증언하는 것에서 수반되는 심리적 압박을 경감하기 위하여 증인을 법정의 別室에 在席시키고, 別실과 법정을 회선으로 접속하여 비디오모니터로 중개하여 신문하는 방식이다. 일본형사소송법 제157조의 4에 의하면 판사 및 소송관계인은 법정에 재석하여 別실에 있는 증인을 영상과 음성의 송수신에 의해 상대의 상태를 상호 인식하면서 통화를 하는 방식으로 신문한다. 동조에 의하면, 비디오접속방식의 증인신문의 대상범죄로는 형법상의 강제음란죄(일본형법 제176조), 강간죄(동법 제177조), 준강제음란 및 준강간죄(동법 제178조), 강도강간죄(동법 제241조 전단), 음란 및 결혼목적의 유괴죄(동법 제225조, 제227조 제1, 3항), 아동복지법상의 아동에 대한 음행의 죄, 유해지배의 죄 그리고 이른바 아동매춘법상의 아동매춘죄(동법 제4조 내지 제8조) 등이다.

이러한 비디오접속방식을 채택할 수 있는 증인으로는 두 가지의 유형이 있다고 한다.<sup>75)</sup> 하나는 성범죄 및 아동에 대한 성적 범죄의 피해자이다. 이러한 범죄의 피해자는 법정에서 피해체험을 증언하는 것 자체가 고통과 정신적 압박이 되는 것이고, 따라서 법원은 상당하다고 인정되는 때에 이러한 조치를 취할 수 있다. 다른 하나는 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신상태, 피고인과의 관계 기타 사정에 의하여 판사 및 소송관계인이 재석하는 장소에서 진술하는 경우 심리적 압박을 받아 정신의 평온을 현저하게 해할 우려가 있다고 인정되는 경우이다. 범죄단체에 의해 위협을 받고 있는

74) Sabine Swoboda, a. a. O., S. 145.

75) 三井誠·酒卷匡, 앞의 책, 141면.

조직범죄의 피해자를 증인으로 신문하는 경우에도 여기에 해당할 수 있다. 이러한 상처받기 쉬운 증인이 동일사실에 관해 증언을 반복하는 것은 가혹하기에 법원은 비디오접속방식의 증인신문을 행하는 경우, 그 증인이 이후의 형사절차에서 다시 증인으로 소환될 가능성이 있고 증인의 동의가 있는 때<sup>76)</sup>에는 증인신문의 상황을 녹화하여 기록할 수 있다.

나아가 일본형사소송법 제322조의 2에서는 비디오접속방식에 의한 증인신문조서의 증거능력에 관하여 규정하고 있다.<sup>77)</sup> 즉 증인신문의 녹화는 공판조서의 일부로서 다른 사건의 공판기일에서 이것을 재생하고, 소송관계인에게 진술자에 대한 신문 기회를 부여한다면, 증거로서 사용하는 것이 가능하다는 것이다. 동조에 의하면 傳聞法則의 예외로서 증거능력이 인정되기 위해서는 먼저, 이후의 형사절차에서 동일사실에 관해 다시 증언을 요구받는 상황을 회피하기 위한 정책적 필요성이 인정될 것, 둘째로는 기록매체의 재생이 공판기일에 법관의 면전에서 증인이 진술하는 것과 실질적으로 동일하게 취급될만한 형식적 요건을 구비할 것, 셋째로는 기록매체의 재생이 원래의 신문과 진술의 상황 및 내용을 정확하고 선명하게 재생할 수 있을 것 등의 조건을 충족해야 한다.<sup>78)</sup>

76) 증인의 동의를 요건으로 규정한 이유는 진술이 녹화된 영상물이 다수인에게 공개되는 경우에는 증인의 명예 또는 프라이버시가 손상될 수 있기 때문이다. 따라서 증인이 녹화에 동의한 경우에도 다른 소송기록과는 달리 영상물의 등사는 금지되어야 할 것이다 (일본형사소송법 제40조 제2항, 제180조 제2항, 제270조 제2항)

77) 일본형사소송법 제322조의 2(비디오접속방식에 의한 증인신문조서의 증거능력) ① 피고사건의 공판준비 또는 공판기일에 행해진 절차 이외의 형사절차 또는 다른 사건의 형사절차에서 제157조의 4 제1항에 규정하고 있는 방식에 의한 증인의 신문 및 진술과 함께 그 상황을 기록한 기록매체가 그 일부로 된 조서는 전조(피고인이외의 자의 진술서·진술녹취서의 증거능력) 제1항의 규정에도 불구하고 증거로 할 수 있다. 이 경우에 법원은 그 조서를 조사한 후 소송관계인에 대하여 그 진술자를 증인으로 신문할 기회를 부여하여야 한다.

② 전항의 규정에 의한 조서를 조사하는 경우에 제305조 제3항 단서의 규정은 적용되지 않는다.

③ 제1항의 규정에 의하여 조사된 조서에 기록된 증인의 진술은 제295조 제1항 전단 및 전조 제1항 제1호 및 제2호의 적용에 관해서는 피고사건의 공판기일에서 행해진 것으로 본다.

## 나. 평 가

일본의 경우에는 비디오접속방식에 의한 증인신문이 조직범죄에 대한 대책으로서 보복의 우려가 있는 조직범죄의 증인을 보호하기 위해 입법되었다고 보기보다는 오히려 아동 등 성범죄피해자를 보호하기 위하여, 특히 2차적 피해를 방지하기 위하여 형사소송법에 규정된 것이다.<sup>79)</sup> 이와 같이 입법목적의 相異로부터 독일의 경우(형사소송법 제247조a)와는 달리 일본의 경우(형사소송법 제157조의 4)에는 직접주의의 원칙을 충족시키기 위하여 소송관계인의 직접적인 참여권을 비디오접속에 의한 증인신문에서도 보장하고 있다. 즉 일본의 경우에는 동조 제1항에서 비디오모니터에 나타난 상대방의 상황을 인식하면서 통화하는 방법으로 신문하게 하고 있다. 그러나 조직범죄에 대한 증인보호를 주목적으로 하여 입법된 독일의 경우에는 그에 대하여 명시적으로 규정하고 있지는 않다. 이러한 입법의 차이를 고려하게 되면, 국제조직범죄에 대한 증인을 보호할 목적에서 증거조사의 특례를 마련할 의무를 각 체약국에 부여하고 있는 유엔협약의 규정방식이나 보복의 우려가 있는 범죄신고자 등을 보호하여 일반인의 형사절차에의 자발적 협조를 유도하는 우리나라의 특정범죄신고자등보호법에서 규정하고 있는 영상물촬영의 방식에 있어서는 직접주의의 원칙이나 피고인

78) 酒卷匡, “犯罪被害者保護のための新法律”, 法學教室, No. 240, 2000. 9, 41면. 이후의 형사절차에서 재판장은 재생증에 행해진 신문과 중복되는 신문을 제한할 수 있다. 또 재생에 의한 진술의 내용이 달리 존재하는 1호 서면과 2호 서면의 내용과 차이가 있는 때에는 그 판사면전조서와 검사면전조서를 증거로 하는 것도 가능하다(三井誠·酒卷匡, 앞의 책, 189면.).

79) 일본의 경우 조직범죄의 방지와 관련된 조직범죄대책3법은 ① 1999년 제145회 국회에서 통과한 “조직적범죄의 처벌 및 범죄수익의 규제 등에 관한 법률”(1999년 8월 18일, 법률 제136호), ② “범죄수사를 위한 통신방수에 관한 법률”(1999년 8월 18일, 법률 제137호) 및 ③ “형사소송법의 일부를 개정한 법률”(1999년 12월 18일, 법률 제138호)을 의미한다. 형사소송법의 일부개정법률은 1999년 9월 7일부터, 조직적 범죄처벌법은 2000년 2월 1일부터, 통신방수법은 2000년 8월 15일부터 시행되고 있다. 이에 대해 자세한 것은 大泉隆史·三浦 守, “組織的犯罪對策”, 西原春夫(編), 共犯理論と組織犯罪, 8, 成文堂, 2003, 198면 이하.

의 반대신문을 통한 형사절차에의 참여권도 부차적인 것으로 되어야 함을 알 수 있다. 다만 우리나라의 특정범죄신고자등보호법 제10조의 규정의 영상물촬영은 비디오녹화의 증인신문방식만을 규정하고 있으므로 장차 국제조직범죄에 대한 증인보호대책으로서 기능하기 위해서는 동시중계의 비디오접속방식이 보완되어야 하며, 이 경우 일본의 규정을 참조하기보다는 독일의 규정을 참조하여야 할 것이다.

#### 4. 비디오접속방식의 도입에 따른 문제

##### 가. 비디오접속방식의 단점

그러나 독일식의 비디오접속방식의 증인신문에 대해서도 다음과 같은 단점이 있을 수 있다. 먼저 판사와 피고인 또는 변호인에게 TV모니터 속의 연설자와 같아 보이는 증인의 증언에 대한 신빙성을 평가하기가 어렵다는 것이다. 미국의 연구결과에 의하면, 카메라의 촬영각도 또는 영상조정 등은 이미 의심스러운 영향을 신빙성판단에 미칠 수 있다고 한다.<sup>80)</sup> 뿐만 아니라 피의자나 증인의 불안감이나 기타 감정상태에 대한 손짓, 태도 및 다른 신체적 표시는 전혀 인지하지 못 하거나 아주 제한적으로만 인지된다.<sup>81)</sup> 즉 비디오접속방식에 의한 증인신문은 그 화면상의 제약으로 인해 법정외의 사실성(reality)과 세밀성(detail), 명확성(clarity)을 제한할 수 있어 증인의 신빙성에 대한 시청자들의 인식을 왜곡시킬 수 있다고 한다.<sup>82)</sup>

둘째, 솔직하지 못한 증인은 법정에서 -환언하면 피고인과 대면해서는-

80) Vgl. *Ina Hasdenfeufel*, Die strafprozessordnung als Grenze des Einsatzes von Videotechnologie in Strafverfahren bei sexuell missbrauchten Kindern, Bonn Univ. Diss., 1997, S. 20 mit weit. Nachw. Fn. 13.

81) *Klaus Zacharias*, Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren, Duncker & Humblot, 1997, S. 248 Fn. 231.

82) 정진수, 앞의 책, 149면.

보다 실제적 진실에 가깝게 진술할 것이지만 위협을 벗어난 곳에서는 즉, 법원이나 공판심리가 진행되는 곳과 멀리 떨어져서는 아마도 유죄의 증언을 반복하거나 그 방향으로 경도되어 증언하기 쉬운 것이라는 점이다. 그리고 비디오접속방식의 증인신문과 관련하여 무시하지 못하는 것은 그 진술상황을 상업적 텔레비전 방송과 비교하면 매우 지루하다는 점이다. 가장 큰 우려는 영상물로 녹화된 증언을 통해 만들어지는 법정 모습의 실제로 증언하는 것에 비해 상당히 달라질 수 있다는 점이다. 텔레비전이 증인의 외관에 의해 신뢰성을 평가하는 정도를 증가시킬수록, 증언의 진실성과는 무관한 요인을 강조하게 되고 진실을 발견하는 절차를 보다 덜 객관적으로 만들 수 있다는 것이다.<sup>83)</sup>

그러나 카메라조작을 통한 의심스러운 영향력에도 불구하고 아직까지 영상매체를 형사절차에 활용하는 방안이 일반인의 판단력을 전체적으로 혼동하게 할 수 있을 것이라고는 증명되지 않았다.<sup>84)</sup> 증언에 대한 신빙성 판단에는 이 이외에도 증인의 나이, 언어구사력 등과 같은 다른 요소들이 함께 고려되기 때문이다. 그래서 동일한 위의 미국의 연구결과에 의하면, 배심원들의 86%가 증인의 언어적 태도에 의하여 그들의 판단을 내리지 혼동을 줄 수 있는 비디오로 중계되는 시각적인 인상을 통해서만 판단을 하는 것은 아니라고 한다. 따라서 카메라조작에 의해 배심원의 판단능력에 영향을 줄 수 있다는 우려는 지지될 수 없다.<sup>85)</sup>

오히려 비디오접속방식에 의한 증인신문에서 주의해야 하는 점은 보복

83) *Ray Svette*, *Media, Crime and Criminal Justice: Image and Realities*, Wadsworth Publishing Co., 1997, p. 181 ff.

84) *Helen Westcott/ Graham Davies/ Davies Clifford*, "The Credibility of child witnesses seen on closed-circuit television", *Adoption & Fostering*, vol. 15 no. 1, 1991, p. 15 ff.

85) *Sabine Swoboda*, a. a. O., S. 186. 실제로는 증인과 법정을 연결하는 촬영카메라를 여러 개 준비하여 어떤 카메라는 전체 전경을, 또 다른 카메라는 대상을 밀착 촬영한다면, 현실에서 미처 보지 못한 증인의 신체적 태도도 관찰할 수 있고, 촬영된 필름을 확대하는 편집 혹은 반복상영을 한다면 오히려 세밀하게 관찰할 수도 있다.

의 위협을 받고 있는 증인을 보호하기 위하여 영상을 모자이크 처리하거나 음성을 변조하는 경우에 생길 수 있다. 즉 이러한 기술적인 음성변조에도 불구하고 증언하는 증인이 독특한 사투리를 사용하거나 개인적인 말투나 말실수를 한다면, 이를 통해 증인의 신원이 노출될 수 있기 때문이다. 이러한 유형의 위험부담은 증인을 법정으로 소환할 것인지의 여부 및 비디오접속방식의 증인신문을 채택할 것인지의 여부에 대한 결정을 하는데 고려되어야 한다. 그러한 결정에서는 피고인의 이익과 증인의 이익을 比較衡量할 수밖에 없을 것이다. 피고인의 방어권을 현저하게 감소시킨다는 사실이 법원에게 명확하더라도 증인을 보호하기 위하여 긴급한 경우에는 오직 증인의 차단만이 고려될 수밖에 없다.<sup>86)</sup>

#### 나. 비디오접속방식의 보완 - 일본의 증인차단조치

조직범죄에 대한 피해자나 목격자가 증언하는 경우 강한 심리적 압박감을 느끼는 이유의 하나는 범죄를 범한 피고인 또는 그가 범죄단체의 구성원일 경우에는 조직범죄의 특성상 보복의 우려가 있는 그들과 필연적으로 대면해야 한다는 점이다. 이들의 대면을 방지하는 것이 조직범죄에 대한 효과적인 증인보호대책이 될 수 있다. 이러한 방법의 하나로 일본형사소송법에서는 증인의 차단에 관해 규정하고 있다.

일본형사소송법 제157조의 3<sup>87)</sup>에 의하면, 법원은 증인신문에서 범죄의

86) Norbert Wagner, "V-Personen und Zeugenschutz: Das Zeugenschutzgesetz und seine Auswirkungen auf den Einsatz von V-Personen", *Kriminalistik* 2000, S. 168 f.

87) 일본형사소송법 제157조의 3(증인신문시 증인의 차단) ① 법원은 증인을 신문하는 경우에 있어서 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신의 상태, 피고인과의 관계 기타 사정에 의하여 증인이 피고인의 면전(다음의 조문 제1항에 규정하는 방식에 의한 경우를 포함한다)에서 진술하는 때에는 압박을 받아 정신의 평온을 현저하게 해할 우려가 있다고 인정되는 경우에 있어 상당하다고 인정되는 때에는 검사 및 피고인 또는 변호인의 의견을 듣고, 피고인과 그 증인과의 사이에 일방이 또는 서로가 상대방의 상황을 인식할 수 없게 하기 위한 조치를 채택할 수 있다. 단 피고인으로부터 증인의 상태를 인식할

성질, 증인의 연령, 심신의 상태, 피고인과의 관계 및 기타 사정을 고려하여 피고인의 면전에서 증인이 진술하는 때에는 심리적 압박을 받아 정신의 평온을 현저하게 해할 우려가 있으며 상당하다고 인정되는 때에는 피고인과 증인 사이에 일방이 또는 서로가 상대방의 상황을 인식할 수 없게 하기 위한 차단조치를 채택할 수 있다. 또 법원은 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신의 상태, 피고인과의 관계 및 기타 사정을 고려하여 상당하다고 인정되는 때에는 방청인과 증인 사이를 차단하는 조치를 채택할 수도 있다. 이러한 증인의 차단조치는 성범죄의 피해자등이 피고인과 방청인의 면전에서 증언하는 경우 심리적 압박을 받아 2차적으로 명예가 훼손되는 것을 방지하기 위하여 법정 내에 칸막이를 설치하는 등 증인의 모습을 차단하여 그와 같은 심리적 압박을 감경하도록 한 것이다.<sup>88)</sup>

일본법상의 증인차단방법을 국제조직범죄에 대한 증인신문에 활용하게 되면, 판사는 증언하는 증인은 물론, 증인의 표정, 몸동작, 음성, 안색, 시선 등을 복합적으로 평가하여 즉, 변론의 전취지에 의해 판단할 수 있어 비디오접속방식에 의한 증인신문보다 정확한 심증을 형성할 수 있다고 생각한다. 국제조직범죄에 대한 증인보호대책의 일환으로 증인신문의 새로운 방법으로서 일본형사소송법상의 증인차단조치에 관하여 입법적으로 검토해 볼 필요가 있다. 증인석과 법정 사이에 칸막이와 같은 차단조치(또는 특수한 유리)를 설치하는 것은 (피해자)증인의 정신적 보호의 관점에서 뿐만 아니라 육체적 안전의 측면에서도 매우 유용한 부담경감의 방법이 아닐 수 없다. 증인이 이러한 차단장치 후에 증언을 한다면, 피고인은 증인의 진술 내용을 듣거나 자신의 직접적인 반대신문을 할 수 있지만 증인의 신원이 노출되지 않기에 국제조직범죄에 대한 증인보호대책으로 기능할 수 있다.

수 없게 하기 위한 조치가 있어서는 변호인의 출석한 경우에 한하여 채택할 수 있다.

② 법원은 증인을 신문하는 경우에 있어서 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신의 상태, 명예에 대한 영향 기타 사정을 고려하여 상당하다고 인정되는 때에는 방청인과 그 증인과의 사이에 서로 상대방의 상태를 인식할 수 없게 하기 위한 조치를 채택할 수 있다.

88) 三井誠·酒卷匡, 앞의 책, 141면.

## V. 맺는 말

범죄사실을 해명하는데 있어 증인의 진술은 중요한 증거의 하나이다. 형사소송의 이념인 實體的 眞實發見을 위해 국가는 증인의 진술을 획득하고 유지함으로써 형사절차의 법치국가성과 형사사법의 기능적 유용성을 보장하여야 한다. 이를 담보하기 위해 국가는 증인에 대한 보복이나 위협을 차단하여 증인의 자유로운 출석과 진술을 확보하여야 한다. 그런데 조직범죄의 경우에는 일반범죄와는 달리 철저한 報復原理가 작용하기 때문에 실제로 수사를 함에 있어 증인을 확보하기가 그렇게 容易하지만은 않다. 따라서 조직범죄에 대한 증인확보의 어려움을 극복하기 위하여 증인보호제도가 필요하다. 보복의 두려움 없이 범죄를 신고할 수 있게 하는 증인보호제도가 마련되지 않는다면 조직범죄는 결코 소탕될 수 없기 때문이다.

국제조직범죄에 대한 유엔협약 제24조는 국제조직범죄에 관한 형사절차에서 증언하는 증인에 대해 발생하는 보복이나 협박으로부터 증인을 보호함으로써 조직범죄에 대한 증인확보의 어려움을 극복하기 위한 목적에서 다음과 같은 조치를 취할 의무를 체약국에게 부과하고 있다. 즉 증인의 居住地를 移轉하거나 그 人的 事項에 관한 情報公開을 제한하는 조치를 포함하는 證人の 身邊保護措置와 비디오접속이나 기타 적절한 통신수단을 사용한 증거조사방법에 관하여 규정하고 있는 것이 그것이다. 유엔협약에서 규정하고 있는 증인보호조치를 우리나라는 몇몇 형사특별법을 통하여 이미 부분적으로 시행하고 있다.

먼저 증인의 신변보호조치와 관련하여 유엔협약상의 규정내용과 상응할 수 있는 증인에 대한 身邊安全措置를 우리나라에서는 特定強力犯罪의處罰에관한特例法 제7조 및 特定犯罪申告者等保護法 제13조에서 규정하고 있다. 특정범죄신고자등보호법 제6조에서는 특히 犯罪申告者等補佐人制度를

신설하였는데, 이 제도가 조직범죄에 대한 증인의 보호대책으로 실효성을 갖게 하기 위하여 보좌인에게 증인을 위한 신변안전조치를 신청할 권리를 인정하는 등 실질적으로 임무를 수행할 수 있게 권한을 부여하여야 한다. 또 유엔협약은 증인에 대한 신변안전조치로서 거주지이전제도를 예시하고 있다. 현행법의 해석상으로도 국제조직범죄에 대한 증인을 효과적으로 보호하기 위하여 필요하다면 거주지이전조치를 취할 수는 있다. 그러나 거주지이전조치에는 인력과 막대한 예산상의 지원이 있어야 하는데, 이를 분명하게 하기 위해서는 법률에 의하여 명시적으로 규정할 필요가 있다.

다음으로 증인의 身分露出을 防止하기 위하여 유엔협약은 증인의 신원이나 주거에 관한 情報의 非公開 및 制限的 公開에 관하여 규정하고 있으며, 이러한 증인보호방안은 이미 特定犯罪申告者等保護法 제11조 제2항에 의해 제도적으로 보장되어 있다. 여기서는 동법 제9조에서 규정하고 있는 인적 사항의 공개금지에 대한 예외규정의 적용여부가 문제될 수 있는데, 국제조직범죄의 경우에는 형사정책적 차원에서 동조는 동법 제11조 제2항의 신원관리카드에 적용되지 않는다고 해야 한다. 그렇지 않고 변호인에게 신원관리카드의 열람이 허용되어 증인의 인적 사항을 확인할 수 있다면, 피고인에게 알려 주는 것만은 반드시 금지해야 하는 후속조치가 있어야 할 것이다. 동법 제9조에서 말하는 변호인은 당해사건의 변호인인데, 국제조직범죄의 경우에는 합법적 기업으로 가장하고 있는 경우뿐만 아니라 유능한 변호인을 자문으로 고용한 경우 등도 무시할 수 없기 때문이다.

조직범죄의 증인을 보호하고 그 증언으로부터 실제적 진실을 발견할 목적으로 행해지는 증인의 신변보호조치도 실제 공판단계에서 공개재판의 원칙에 의하여 증인이 피고인과 대면하게 되거나 기타 방청객에게 노출된다면 이제까지의 증인보호조치는 空念佛이 되어버린다. 증인의 노출을 효과적으로 방지하려면 증인의 신원이 심리진행중이더라도 피고인이나 방청인

에 의해서도 특정될 수 없게 하여야 한다. 물론 헌법을 필두로 현행법, 특히 특정범죄신고자등보호법 제11조에서는 명문으로 被告人의 退廷後 訊問이나 法廷外의 장소에서의 訊問을 허용하고 있다. 그러나 공판단계에서 증인보호를 위한 이러한 유형의 증거조사방식은 피고인의 형사절차참여권을 제한할 수 있는 여지를 제공하는 문제점이 있다. 따라서 피고인의 방어권을 침해하지 않으면서도 실체적 진실발견에 효과적이고 아울러 증인보호에도 실효성 있는 방안이 모색되어야 한다. 이와 같은 방안중의 하나로서 형사절차에 비디오접속 등 영상매체를 활용하는 방법을 고려해 볼 수 있다.

국제조직범죄에 대한 映像裁判의 도입에 대해서는 유엔협약도 명시적으로 규정하고 있을 뿐만 아니라 우리나라의 特定犯罪申告者等保護法 제10조에서도 부분적으로 규정하고 있다. 증인보호를 위한 영상매체의 활용은 공판절차의 원칙인 직접주의에 위반될 뿐만 아니라 피고인의 방어권을 침해할 가능성이 잔존하고 있다. 이러한 직접주의와의 갈등을 회피하기 위하여 피고인이나 변호인을 증인신문에 참여하게 하면 당초의 증인보호목적은 달성할 수 없게 되는 딜레마에 빠지게 된다. 이러한 모순관계를 극복하기 위해서는 화면의 모자이크 처리나 음성변조 등의 기술적 방법을 사용할 수 있다. 이 방법은 증거의 증명력을 판단함에 있어 판사에게 정확한 심증을 형성하게 할 수 없는 단점이 있음에도 불구하고, 증인의 신원을 노출하지 않고 피고인의 반대신문 내지 보충신문권을 보장할 수 있는 방법이라고 생각한다. 다만 우리나라의 특정범죄신고자등보호법 제10조의 규정의 영상물촬영은 비디오녹화의 증인신문방식만을 규정하고 있으므로 장차 국제조직범죄에 대한 증인보호대책으로서 기능하기 위해서는 동시중계의 비디오접속방식이 보완되어야 한다.

이외에도 국제조직범죄에 대한 증인보호대책으로서 일본형사소송법에 규정되어 있는 證人の 遮斷措置도 효과적일 수 있다. 조직범죄에 대한 증인

이 강한 심리적 압박을 받는 이유의 하나는 조직범죄의 특성상 보복의 우려가 있는 피고인이나 그 조직의 구성원과 필연적으로 대면해야 한다는 점인데, 이들의 대면을 방지하는 것은 증인에 대한 심리적 압박을 감소시키기 때문이다. 일본법상의 증인차단방법을 국제조직범죄에 대한 증인신문방식으로 활용하게 되면, 판사는 변론의 진취지에 의해 증명력을 판단할 수 있어 정확한 심증을 형성할 수 있고, 피고인은 증인의 진술내용을 듣거나 자신의 직접적인 반대신문을 할 수 있으며 증인은 신원이 노출되지 않기 때문에 국제조직범죄에 대한 효과적인 증인보호대책으로 기능할 수 있다. 따라서 국제조직범죄에 대한 증인보호대책의 일환으로 증인신문방법으로서 일본형사소송법상의 증인차단조치를 입법적으로 검토해 볼 필요가 있다.

끝으로 국제조직범죄에 대한 효과적인 증인보호방안을 마련하는 데에 있어서도 결코 소홀히 할 수 없는 점은 헌법상으로 보장된 被告人의 防禦權이라는 限界이다. 국제조직범죄에 대한 유엔협약에서도 보복범죄에 대한 증인보호의 조치는 適正節次의 원칙은 물론, 被告人의 權利를 해함이 없이 행해져야 한다고 하여 이를 명시하고 있다.

#### 참고문헌

- 김주덕, 국제형법, 개정3판, 엑스퍼트월드, 1999년.  
배종대·이상돈, 형사소송법, 제3판, 홍문사, 1999년.  
법원행정처, 법원실무제요(형사), 1998년.  
사법연수원, 검찰실무 I, 1999년.  
신동운, 형사소송법, 법문사, 1993년.  
신동운, 형사소송법 I, 제2판, 법문사, 1997년.

- 심희기, 형사소송법판례70선, 홍문사, 2000년.
- 염장호, 세계조직범죄론, 오성출판사, 2001년.
- 이기현, “범죄신고자등 보호방안”, 범죄신고자등 보호방안에 대한 공청회 자료집, 한국형사정책연구원, 1995년.
- 이기현, 형법 및 형사특별법상 유사처벌조항의 정비방안, 한국형사정책연구원, 1998년.
- 이재상, 형사소송법, 제6판, 박영사, 2002년.
- 이호중, 형사절차상 피해자 보호방안, 한국형사정책연구원, 1993년.
- 정진수, 증인보호제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1996년.
- 정진수, 형사사법분야에서 영상매체의 활용, 한국형사정책연구원, 1999년.
- 경인현, “형사절차상 피해자보호 및 원상회복에 관한 연구” 검찰, 통권 제 113호, 대검찰청, 2002, 332면 이하.
- 김성규, “범죄의 국제화와 형법의 역할”, 형사정책연구 제31권 제3호, 한국형사정책연구원, 2002년 가을, 167면 이하.
- 김성돈, “피해자변호인제도의 도입방안”, 피해자학연구 제10권 제2호, 한국피해자학회, 2002. 10, 123면 이하.
- 김용세·도중진, “형사소송절차에서의 피해자 지위 강화, -일본의 개정 형사소송법(2000.5)에 대한 비교법적 검토-”, 비교형사법연구, 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000, 249면 이하.
- 김주현, “조직범죄수사에 필요한 제도개선 방향에 관한 연구”, 강력검사연구논문집(IV), 대검찰청, 1994, 95면 이하.
- 류전철, “특정범죄신고자등보호법 제10조의 형사소송법적 문제점”, 형사법연구, 제15호, 한국형사법학회, 2001, 271면 이하.
- 박찬홍, “범죄피해자 보호대책”, 검사세미나연수자료집(X), 법무연수원, 1991, 62면 이하.

- 青木五郎·서거석 역, “국제조직범죄와 일본경찰의 과제”, 법학연구 제22집, 전북대학교 법학연구소, 2001. 12, 315면 이하.
- 송희진, “특정범죄신고자등보호법의 보호내용 및 문제점”, 형사법연구, 제13호, 한국형사법학회, 2000, 309면 이하.
- 신의기, “국제조직범죄에 대한 유엔의 대응”, 형사정책연구소식, 제35호, 한국형사정책연구원, 1996. 5·6, 4면 이하.
- 안경옥, “독일 형사절차상의 증인 및 피해자보호”, 형사정책, 제11호, 한국형사정책학회, 1999, 329면 이하.
- 이영란, “한국의 국제범죄의 실태와 대책, -국제공조 필요성의 관점에서-”, 형사정책 제12권 제2호, 한국형사정책학회, 2000. 12, 262면 이하.
- 이윤근, “21C 한국 조직범죄의 실태 및 대응방안, -마약류 및 위조지폐 관련 범죄를 중심으로-”, 한국공안행정학회보, 제10호, 한국공안행정학회, 2000, 161면 이하.
- 이재상, “형사절차에서의 피해자보호”, 피해자학연구, 창간호, 한국피해자학회, 1992, 37면 이하.
- 장영민, “조직범죄수사의 문제점과 개선방안”, 조직범죄의 현황과 대처방안, -제12회 형사정책세미나-, 한국형사정책연구원, 1994. 4, 63면 이하.
- 장영민, “조직범죄수사의 문제점과 개선방안”, 형사정책연구, 제5권 제2호(통권 제18호), 한국형사정책연구원, 1994 여름, 41면 이하.
- 하태훈, “증인 또는 범죄피해자 보호제도”, 피해자학연구, 제4호, 한국피해자학회, 1995·1996, 3면 이하.
- 허일태, “비디오촬영의 허용과 촬영된 비디오테이프의 증거능력”, 형사법연구, 제12호, 한국형사법학회, 1999, 47면 이하.
- 大泉隆史·三浦 守, “組織の犯罪對策”, 西原春夫(編), 共犯理論と組織犯罪,

8, 成文堂, 2003, 198면 이하.

酒卷匡, “犯罪被害者保護のための新法律”, 法學教室, No. 240, 有斐閣, 2000.  
9, 36면 이하.

三井誠・酒卷匡, 入門 刑事手續法, 제3판, 有斐閣, 2001년.

外務省, 國際的な組織犯罪の防止に關する國際聯合條約の説明書, 平成15年  
3月.

*Beulke, Werner*, Strafprozeßrecht, 4. Aufl., C. F. Müller, 2000.

*Bohlander, Michael*, “Videotechnologie bei der Vernehmung kindlicher  
Zeugen im Strafverfahren, Eine rechtsvergleichende Betrachtung  
der Modelle Englands, der USA und Australiens”, ZStW  
107(1995), S. 82 ff.

*Caesar, Peter*, “Noch stärkerer Schutz für Zeugen und andere nicht  
beschuldigte Personen im Strafprozess”, NJW 1998, S. 2313 ff.

*Hasdenfeufel, Ina*, Die strafprozessordnung als Grenze des Einsatzes  
von Videotechnologie in Strafverfahren bei sexuell  
missbrauchten Kindern, Bonn Univ. Diss., 1997.

*Jung, Heike*, “Zeugenschutz”, GA 1998, S. 313 ff.

*Kleinknecht, Theoder/Meyer-Goßner, Lutz*, StPO, 44. Aufl., C. H.  
Beck, 1999.

*Leitner, Werner*, “Rechtliche Probleme von Video-Aufzeichnungen und  
praktische Konsequenzen für Verteidigung”, StraFo 1999, S. 45  
ff.

*Rieß, Peter*, “Zeugenschutz bei Vernehmungen im Strafverfahren: Das  
neue Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998”, NJW 1998, S. 3240 ff.

*Schlüchter, Ellen/Greff, Oliver*, “Zeugenschutz durch das Zeugenschutz-

gesetz? Oder: Ist der Einsatz der Video-Technologie ein wirksamer Zeugenschutz?”, *Kriminalistik* 1998, S. 530 ff.

*Suette, Ray*, *Media, Crime and Criminal Justice: Image and Realities*, Wadsworth Publishing Co., 1997.

*Swoboda, Sabine*, *Videotechnik im Strafverfahren*, Duncker & Humblot, 2002.

*Thaman, Stephen C.*, “USA”, in: Walter Gropp-Barbara Huber(Hrsg.), *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2001, S. 869 ff.

*Wagne, Norbertr*, “V-Personen und Zeugenschutz: Das Zeugenschutzgesetz und seine Auswirkungen auf den Einsatz von V-Personen”, *Kriminalistik* 2000, S. 167 ff.

*Weigend, Thomas*, *Deliktoper und Strafverfahren*, Duncker & Humblot, 1989.

*Weigend, Thomas*, “Empfehlen sich Änderungen, um Zeugen und andere nicht beschuldigte Personen im Strafprozeß besser vor Nachteilen zu bewahren?”, *NJW* 1998, Beilage zu Heft 23, S. 16 ff.

*Westcott, Helen/ Davies, Graham/ Clifford, Davies*, “The Credibility of child witnesses seen on closed-circuit television”, *Adoption & Fostering*, vol. 15 no. 1, 1991, p. 14 ff.

*Zacharias, Klaus*, *Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren*, Duncker & Humblot, 1997.

## Über den Schutz gefährdeter Zeugen gegen transnationale organisierte Kriminalität

Prof. Dr. Lee, Kyung-Lyul Ph.D.in Law

Angesichts eines transnationalen Phänomens der Kriminalität sind alle Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen durch das gemeinsame Ziel verbunden, der Ausbreitung der organisierten Kriminalität in allen ihren Erscheinungsformen entgegenzutreten. Auf der 55. Tagung der Generalversammlung am 15. 11. 2000 wurde das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität verabschiedet.

Der Zeuge ist zwar für die Aufklärung von Straftaten ein zentrales Beweismittel des Strafprozesses. Im Bereich der organisierten Kriminalität hat aber Zeugengefährdung eine noch größere Bedeutung, weil die Aussage des Zeugen nicht nur den konkret Beschuldigten belasten kann, sondern unter Umständen Nachteile für eine gesamte Organisation mit sich bringt. Deshalb gehört der Schutz der gefährdeten Zeugen gegen organisierte Kriminalität zu einer Strategie von denen, die das Übereinkommen der Vereinten Nationen zwecks der Bekämpfung der transnationalen organisierten Kriminalität eingebracht hat.

Gem. Art. 24 dieses Übereinkommens muß jeder Vertragsstaat im

---

\* Dieser Aufsatz ist ein Teil von den Studien, die von „Korea Research Foundation“ unterstützt worden sind(KRF-2002-074-BS106289).

Rahmen seiner Möglichkeiten geeignete Maßnahmen treffen, um Zeugen bzw. ihren Verwandten und anderen ihnen nahe stehenden Personen in den über Straftaten nach diesem Übereinkommen ausgesagten Strafverfahren wirksamen Schutz vor möglicher Vergeltung oder Einschüchterung zu gewähren. Solche Maßnahmen können unbeschadet der Recht des Angeklagten, einschließlich des Rechts auf ein ordnungsgemäßes Verfahrens, unter anderem Folgendes umfassen:

a) Verfahren zum physischen Schutz des Zeugen, beispielsweise, soweit notwendig und durchführbar, ihre Umsiedlung und gegebenenfalls die Zulassung dessen, daß Informationen betreffend die Identität und den Aufenthaltsort dieser Personen nicht oder nur in beschränktem Maße offengelegt werden;

b) Beweisregeln, die Zeugenaussagen in einer Weise gestatten, welche die Sicherheit des Zeugen gewährleistet, beispielsweise indem Aussagen unter Einsatz von Kommunikationstechnologien wie Videoverbindungen oder anderen geeigneten Mitteln gestattet werden.

Durch „das Gesetz zum Schutz eines Anzeigers der nach diesem Gesetz bestimmt geregelten Straftaten(ASchG)“ vom 31. 8. 1999 sind die im Art. 24 des Übereinkommens der Vereinten Nationen vorgesehenen Maßnahmen bereits zum Teil eingeführt. Die durch das Gesetz neu eingeführten Maßnahmen sind in Bezug auf den Zeugenschutz die Anonymisierung des Zeugen und die Aufzeichnung der Vernehmung des Zeugen auf Videoband. Zum physischen Schutz des Zeugen vor möglicher Vergeltung zu gewähren, kann das Gericht die Information über persönliche Sache dieses Zeugen nicht oder nur in beschränktem Maße offen legen (§ 11 Abs. 2 ASchG). Die

Aufzeichnung auf Bild-Ton-Träger ist gem. § 10 des ASchG zulässig, wenn zu besorgen ist, daß der Anzeiger in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann (bzgl. § 184 korStPO) bzw. die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist (bzgl. § 221-2 korStPO).

Zwar dient solche Anonymisierung des Zeugen zu dessen Schutz, aber diese Formen des Zeugenschutzes geht auf das Kosten des Unmittelbarkeitsprinzips. Außerdem sieht zwar das Übereinkommen der Vereinten Nationen zum Schutz des Zeugen vor, daß gegebenenfalls gefährdeten Zeugen eine neue Identität gegeben wird (Umsiedlung), jedoch im Gesetz „ASchG“ gibt es hierfür kein spezifisches Verfahren.

Auf diesem Aufsatz wird unbeschadet der Recht des Angeklagten auf Konfrontation zum wirksamen Schutz der gefährdeten Zeugen gegen transnationale organisierte Kriminalität die Einführung der folgenden Maßnahmen vorgeschlagen:

1. Verfahren zum physischen Schutz des Zeugen über dessen - insb. internationale - Umsiedlung.
2. Beweisregeln, die Vernehmung des gefährdeten Zeugen unter der Videoverbindung zulässig sind.
3. Beweisregeln, die bei Vernehmung des gefährdeten Zeugen zulässig sind, einen Sperrzaun so einzurichten, daß der Angeklagte keine Identität des Zeugen erkennen kann.

# 군 수사절차상 인신구속제도의 문제점과 개선방안

윤 상 민

형사정책연구 제14권 제4호(통권 제56호, 2003·겨울호)

**한국형사정책연구원**

## 군 수사절차상 인신구속제도의 문제점과 개선방안

윤 상 민\*

### I. 들어가며

헌법 제110조 제1항은 “군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다”고 규정하고 있다. 헌법이 군사법원을 특별법원으로서 설치할 수 있도록 규정한 것은 군대조직 및 군사재판의 특수성을 고려하고 군사재판을 신속·적정하게 하여 군기를 유지하고 군지휘권을 확립하기 위한 것이다.<sup>1)</sup> 이에 따라 군인이나 군무원 등<sup>2)</sup>에 대하여 국가가 형벌법규를 구체적으로 적용·실현할 수 있는 군형사소송절차를 군사법원법<sup>3)</sup>에 규정하고 있다.<sup>4)</sup> 군사법원법은 제1편의 군사법원 및 군검찰, 제5편 전시·사변시의 특례를 제외하고는 일반 형사소송법의 체제와 형식을 그

\* 원광대학교 법학과 강사, 법학박사

- 1) 헌재결 1996.10.31, 93헌바25.
- 2) 군사법원법은 군인, 군무원 등에 대해서만 신분적 재판권을 가지는 것이 아니라 군형법 제1조 제4항에 규정된 죄(간첩행위죄, 유해음식물공급, 초병에 대한 범죄, 군용물에 관한 죄, 초소침범죄, 포로에 관한 죄 등), 계엄법 제10조에 규정된 죄(내란, 외환, 국교, 공안, 폭발물, 공무방해, 방화, 통화, 살인, 강도, 국가보안법 등) 등에 대해서는 민간인에 대해서도 재판권을 가진다.
- 3) ‘군사법원법’이라는 법률명은 군사법원의 조직과 권한, 재판관의 자격에 중점을 두어 명명한 것으로 보이나, 그 내용이 본질적으로 군형사소송절차를 규정한 법률이므로 법률명칭을 ‘군형사소송법’으로 변경하는 것이 타당하다고 본다.
- 4) 군 수사절차의 운용과 관련하여 군사법원법 이외에 ‘군사법원의 소송절차에 관한 규칙’(이하 규칙이라고 함), 군검찰사무처리규칙, 군검찰사무운용규정(이하 규정이라고 함), 군사법원사무규칙, ‘군사법원의 재판권에 관한 법률’ 등이 있다.

대로 따르고 있다.<sup>5)</sup> 이에 따라 군사법원법도 인신구속 등과 관련한 제도는 형사소송법의 개정과 맞추어 개정되어 왔다.

국방부는 1995년 형사소송법의 개정과 따라 지난 1997년부터 군사법원법 개정작업에 착수한 이래, 1999년 12월 28일 군사법원법의 개정을 통해 인권침해적 문제점이 많은 인신구속제도와 관련하여 형사소송법에 규정된 체포제도(영장에 의한 체포, 긴급체포), 구속전 피의자심문제도(영장실질심사제도), 기소전 보석제도(보증금납입조건부 피의자석방제도) 등 인신구속에 관한 새로운 제도를 도입하여 피의자의 인권을 강화하도록 하였다. 그러나 이러한 제도의 도입에도 불구하고 여전히 군이라는 계급사회의 특수성에 기인한 문제 때문에 군 수사절차에서 과도한 인신구속이 이루어지고 있고 이에 따라 인권이 침해될 위험성을 많이 가지고 있다.

이제까지 군 형사절차, 특히 인신구속과 관련해서는 군 조직의 폐쇄성과 특수성 때문에 일반의 관심밖에 있었다. 이 분야에 대한 연구도 군법무관들에 의한 단편적 연구를 제외하고는 매우 부족한 실정이다. 그러나 모든 사회조직들이 개방되고 투명성이 강조되고 있는 현실에서 이제는 군도 특수한 조직으로서만 존재할 수 없게 되었다. 특히 군 형사절차는 계급사회라는 특수성에다 국가의 형벌권 실현이라는 특수성이 가미됨으로써 항상 인권침해적 위험을 가지고 있다. 따라서 이에 대한 문제점과 개선방안의 마련이 절실하다.<sup>6)</sup>

5) 군사법원법이 일반형사소송법에 비하여 가지고 있는 특징은 관할관제도와 심판관제도를 두고 있다는 점, 비상계엄 하에서는 단심제를 적용한다는 점, 모든 피고인에게 국선 변호인을 선정하도록 한 점, 모든 고소·고발인에게 불기소처분에 대한 재정신청을 할 수 있도록 한 점, 고소·고발인의 검찰항고제도는 군검찰에 적용되지 않는다는 점 등을 들 수 있다.

6) 현재 국방부에서 마련하고 있는 군사법제도개선방안으로 국방부순회군관사단 운용, 관할권확인조치권의 공정성 보장, 관할관의 재판에 영향력 행사 금지 법제화, 국선변호인의 수사단계 지원 및 업무확대, 입장절차/영창시설 개선, 법무장교 획득제도/인사관리 개선 등이 중점적으로 논의되고 있으나, 군 수사절차상 인신구속과 관련한 개혁방안에 대한 논의는 미흡한 실정이다.

본 논문은 군사법원법을 중심으로 군 수사절차상 인신구속제도와 관련하여 군이라는 특수성에 기인한 문제점을 파악해보고 이에 대한 개선방안을 제시함을 주 목적으로 한다. 다만 형사소송법에서도 일반적으로 논의되고 있는 인신구속제도의 문제점에 대한 논의는 제외하고 군이라는 특수성에 기인한 인신구속제도의 문제점만을 논의하기로 한다.

## II. 법규정상의 문제점과 개선방안

### 1. 군사법경찰관에 대한 견제

#### 가. 문제점

군사법원법 제43조는 군사법경찰관을 ① 헌병과의 장교·준사관 및 부사관과 법령에 의하여 범죄수사업무를 관장하는 부대에 소속하는 군무원으로서 범죄수사업무에 종사하는 자, ② 법령에 의한 기무부대에 소속하는 장교·준사관 및 부사관 및 군무원으로서 보안업무에 종사하는 자, ③ 국가정보원직원으로서 국가정보원장이 군사법경찰관으로 지명하는 자, ④ 검찰수사관 등으로 규정하고 있고, 제46조는 군사법경찰관리를 ① 헌병인 병, ② 법령에 의한 기무부대에 소속하는 병으로서 보안업무에 종사하는 자, ③ 국가정보원직원으로서 국가정보원장이 군사법경찰리로 지명하는 자 등으로 규정하고 있다. 이와 같이 군사법원법은 너무 낮은 계급에까지 광범위하게 사법경찰관의 권한을 주고 있으며, 심지어는 인권의식이 부족한 의무복무를 하는 사병에게까지 군사법경찰리의 권한을 주고 있어 인권침해의 위험성을 많이 가지고 있다.

또한 군사법원법 제228조 제1항은 “검찰관 및 군사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 생각되는 때에는 범인·범죄사실 및 증거를 수사하여야 한다”고 규정하고 있어 형사소송법과는 달리 군사법경찰관은 검사의 지휘를 받지 않고도 독자적으로 수사를 할 수 있다.<sup>7)</sup> 물론 동조 제2항에는 군사법경찰관이 수사를 시작하여 입건하였거나 입건된 사건을 이첩받은 경우에는 이를 검찰관에게 통보하도록 규정하고 있다. 그러나 이 조항을 단순히 문언적으로 본다면 군사법경찰관은 검찰관에게 단순히 통보만 하면 되는 것으로 해석된다. 또한 군사법원법 제45조는 “군사법경찰관은 범죄를 수사함에 있어 직무상 상관의 명령에 복종하여야 한다”고 규정하고 있으나 이는 계급상 상관의 명령을 의미하는 것에 불과하며, 실질적으로 군 특성상 헌병이 군검찰관을 상관으로 보지 않기 때문에 이 조항이 군사법경찰관을 견제할 수 있는 규정이라고 볼 수 없다. 따라서 제1차 수사기관인 헌병이 지휘관에게 보고하여 결론을 내린 후 군검찰부로 사건을 송치하면 군검찰부의 기능이 상당히 제한되고 있기 때문에 군검찰의 견제장치 미비로 군사법경찰관의 불법수사 내지 위법수사에 대하여 적절한 통제를 할 수가 없다.<sup>8)</sup> 이러한 문제점은 군사법경찰관의 과도한 강제수사로 이어지게 된다.

그리고 군 수사는 거의 모든 사건을 헌병이 초동수사를 하고 그 결과를 부대장에게 지휘보고 한다. 그 지휘보고서 사실상 당해 사건의 처리방향 및 관련자의 처벌수위가 결정된다. 이후 검찰관에 대한 구속영장 신청 및 법무참모의 부대장에 대한 구속영장 결재 등의 절차는 사실상 형식적인

7) 주지하다시피 형사소송법 제196조 제1항은 “수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다”고 규정하고 있다. 물론 일반 수사실무에서 모든 사건에 대하여 사법경찰관이 검사의 수사지휘를 받는 것은 아니다. 또한 학계와 수사실무에서도 사법경찰관에게 일부 수사권이 부여되고 있다는 점을 인정한다(이에 관한 논의는, 정완/이진국, “수사권독립 논의에 관한 검토”, 형사정책연구 제14권 제2호, 한국형사정책연구원, 2003, 163면 이하 참조).

8) 이 문제점에 대한 지적은, 김경환, “현행 군사법제도의 근본적인 문제점과 개선방안,” 군 사법제도 개선 관련 토론회(2002.11.11) 발표문, 참여연대 사법감시센터([http://www.peoplepower21.org/issue/data/data\\_view.php?nu=1129&category=01010&sub\\_category=&find\\_str=](http://www.peoplepower21.org/issue/data/data_view.php?nu=1129&category=01010&sub_category=&find_str=)) 참조.

통과의례에 그치는 경우가 대부분이다. 또한 헌병대장의 보고과정에서 이루어진 지휘관의 결심을 사후에 법무참모나 검찰관이 변경하는 것은 계급사회라는 군의 특성상 거의 불가능에 가깝다. 이는 특히 체포나 구속과 같은 신체의 자유의 제한은 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장에 의하도록 규정하고 있는 헌법에 위반될 소지가 있고 인신구속의 경우 검찰관에 의한 엄격한 법적 요건 검토가 이루어져야 함에도 불구하고 지휘관과 헌병에 의한 자의적인 인신구속이 될 가능성을 배제할 수 없게 된다.<sup>9)</sup>

#### 나. 개선방안

현재 일반 형사소송절차에서는 경찰의 수사권독립과 관련하여 첨예한 논란이 되고 있다. 수사권독립을 부정하는 입장에서는 경찰에 의한 인권침해를 방지하기 위해 검사가 수사를 지휘하는 것이 타당하다고 주장한다. 그런데 인권침해의 위험성을 일반사회에 비해 더 많이 가지고 있는 군 수사과정에서 본다면 검찰관의 수사지휘 필요성이 더욱 요청된다. 특히 군 수사과정에서 헌병과 기무의 권한이 막강함에도 불구하고 이들 군사법경찰관을 견제할 수 있는 제도적 장치가 특별히 마련되어 있지 않은 것은 시급히 개선되어야 할 사항이다. 더욱이 군검찰의 경우 헌병이나 기무사 등에 비하여 그 조직이나 위상이 매우 낮은 것이 현실이다. 따라서 헌병이나 기무와 같은 군사법경찰기관에 대한 합리적인 견제 및 통제를 통하여 장병들의 인권을 실질적으로 보장하고, 공정한 군검찰권을 행사하기 위해서는 군검찰조직의 위상을 보다 높여야 한다.<sup>10)</sup>

군사법경찰관에 대한 군검찰의 견제와 통제는 군검찰이 지휘관으로부터

9) 이행규, “군사법제도의 개혁을 위한 제언,” 군사법개혁을 위한 토론회(2003.4.16) 발제문, 민주사회를 위한 변호사모임([http://minbyun.jinbo.net/pds\\_index.htm](http://minbyun.jinbo.net/pds_index.htm)) 참조.

10) 이행규, 앞의 발제문, 6면.

독립되는 것을 전제로 한다. 현재와 같이 국방부장관이 군검찰사무의 최고 감독자서 검찰관을 지휘·감독하고(제38조), 각군 참모총장이 각군 검찰사무의 지휘·감독자로서 예하부대 보통검찰부의 관할에 속하는 군검찰사무를 통할하고 소속검찰관을 지휘·감독하며(제39조), 군검찰부가 설치되어 있는 부대의 장이 소관 군검찰사무를 관장하고 소속검찰관을 지휘·감독하도록 되어 있는(제40조) 군검찰의 지휘체계는 군검찰권 행사의 중립성 내지는 독립성을 해칠 위험성을 많이 가지고 있다. 이에 대한 개선방안으로서 군검찰조직법을 제정하여 군검찰조직을 독자적인 조직으로 구성하고, 군검찰관의 신분을 군인이 아닌 군무원으로 임명하여 각 부대 보통검찰부에 파견하여 근무하는 방안이 제시되고 있다.<sup>11)</sup>

또한 군검찰 내부적으로도 법무관리관 또는 법무감, 각 법무참모로부터 독립성의 확보가 중요한 과제이다.<sup>12)</sup> 따라서 검찰관 통제의 수단이 되고 있는 인사 및 보직권 행사의 공정성 확보를 위한 검찰관인사위원회와 군검찰 업무를 감시할 독립적인 외부감찰위원회 등의 도입을 통하여 군검찰의 내부적 독립도 이루어져야 한다.<sup>13)</sup>

더불어 군검찰관과 군판사의 보직이 이원화되어 있지 않고 일원화되어 있는 구조도 개선되어야 한다. 현재와 같이 군검찰관을 하다가 군판사를 하기도 하고, 군판사를 하다가 군검찰관으로 하기도 하는 인사제도로는 군

11) 이행규, 앞의 발제문, 4면. 군검찰의 독립성뿐만 아니라 군사법원의 독립도 중요한 문제이다. 현행 군사법원법에 의하면 군판사의 임명은 각군참모총장이 소속 군법무관 중에서 임명하며, 다만 국방부 및 국방부지할통합부대의 군판사는 국방부장관이 소속 군법무관 중에서 임명한다(제23조 제1항). 군판사의 소속은 국방부 또는 각군본부로 되어 있다(제23조 제3항). 군사법원의 관할관은 고등군사법원의 경우에는 국방부장관, 보통군사법원의 경우에는 군사법원이 설치되어 있는 부대와 지역의 사령관·장 또는 책임지휘관이 된다(제7조). 따라서 지금과 같은 임명제도와 관할관제도로는 지휘관으로부터 군사법원의 중립성 내지 독립성도 기대할 수 없다.

12) 국방부에는 군 법무행정을 총괄하는 법무관리관이 있고, 각군(육, 해, 공군) 본부에는 각군의 법무행정을 총괄하는 법무감이 있으며, 각군 계대별(사단, 군단, 군사령부급)에는 참모부로서 각군 계대별 법무행정을 총괄하는 법무참모가 있다.

13) 이행규, 앞의 발제문, 4면.

검찰권 행사의 공정성과 군사재판의 공정성을 기대할 수 없다. 따라서 군 검찰관이나 군판사의 신분보장 및 인사의 공정성을 확보하여 군사법이 지휘권으로부터 독립되어야 한다.

## 2. 체포·구속의 요건

### 가. 문제점

군사법원법도 형사소송법과 마찬가지로 체포의 요건을 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유없이 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때”로 규정하고 있고, “다만 다액 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우 또는 정당한 이유없이 제232조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니한 경우에 한한다”고 규정하고 있다(제232조의2 제1항).

체포의 요건 중 ‘출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 경우’는 군의 특성에 보면 비현실적인 감이 있다. 즉 엄격한 상명하복의 관계를 본질로 하는 군의 계급구조의 특성상 군사법경찰관이나 검찰관의 출석요구에 불응하는 경우는 극히 이례적인 것이라 할 수 있기 때문이다. 또한 ‘피의자가 일정한 주거가 없는 경우’도 군인 또는 군무원 등의 경우에 주거부정을 체포사유로 한다는 것은 무의미한 것으로 보인다.<sup>14)</sup>

구속의 요건도 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있고, 피고인이 일정한 주거가 없는 때, 피고인이 증거를 없앨 염려가 있는 때, 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때”로 규정하고 있고,

14) 이 점에 대한 지적은, 박영만, “군사법원법상 인신구속제도의 실태와 개선방안”, 경북대 법학 제2집, 경북대 법학연구소, 1998.4, 190~191면 참조.

“다만 다액 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 범죄에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우에 한한다”고 규정하고 있다(제 238조 제1항).

구속의 요건 중의 하나인 ‘일정한 주거가 없는 때’도 이를 독립된 구속 사유로 하고 있으나 이에 대하여도 의문이 제기된다. 주거가 일정하지 않다고 언제나 도주의 위험이 있다고 할 수 없으며, 반대로 주거가 일정하다고 해서 도주의 위험이 없는 것도 아니기 때문이다.<sup>15)</sup> 특히 군의 경우에는 군무원이나 상근예비역 등 영외 거주자를 제외하는 영내거주를 원칙으로 하기 때문에 주거의 일정 여부를 구속요건으로 규정한 것은 다소 현실성이 떨어진다고 할 수 있다.

#### 나. 개선방안

체포의 요건의 하나인 ‘출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때’는 군 특수성을 고려한다면 삭제하는 것이 바람직하다. 이러한 체포의 요건이 긴급체포를 남용하게 하는 원인이 된다는 지적도 있다. 즉 현실적으로 군에서 수사대상이 된 피의자의 경우는 수사기관의 출석요구에 응하지 않는 경우가 거의 드물기 때문에 체포의 요건을 구비하지 못하게 될 우려가 있어 실무에서는 체포보다는 구속제도를 이용해야 한다는 결론에 이르게 되어 사전체포영장이 아닌 긴급체포 또는 현행범체포를 이용하여 체포후 구속영장을 발부받는다는 것이다.<sup>16)</sup> 그리고 체포요건이 지나치게 엄격하면 긴급체포가 남용될 수 있다는 점에 비추어

15) 이 점에 대한 지적은, 황인걸, “군사법원법상 인신구속제도에 관한 비판적 고찰”, 고려대 석사학위논문, 2001, 68면. 또한 군의 특수성에 맞는 구속요건에 대한 해석 내지는 판단에 대한 구체적 개선방안의 마련도 필요하다. 이에 대한 자세한 지적은, 박영만, 앞의 논문, 201~207면 참조.

16) 권오현, “개정군사법원법상 체포제도 고찰”, 법령연구논문집 제2집, 해군본부법무감실, 2001, 131면.

보면 통상 체포제도의 도입취지를 살리는 의미에서 체포의 요건에 대한 개정이 요구된다.

구속의 요건 중에 하나인 ‘일정한 주거가 없는 때’도 삭제하는 것이 바람직 하다고 본다. 특히 군형사관련법의 적용을 받는 군인 및 군무원 등의 경우에 주거부정을 구속사유로 한다는 것은 무의미하다. 실제 상근예비역의 경우 자기에서 출퇴근하기 때문에 주거가 부정한 경우가 있을 수 있으나 이러한 경우에도 군생활의 근거는 소속부대를 중심으로 이루어지므로 엄격한 의미로 보면 특별권력관계에 있는 자들에 대한 구속사유로 주거부정을 명시하는 것은 군의 특수성에 비추어 보면 적절하지 못하다.<sup>17)</sup>

### 3. 구속기간의 연장

#### 가. 문제점

군사법원법 제242조 제1항은 “보통군사법원군판사는 검찰관 또는 군사법경찰관의 신청에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 구속기간의 연장을 각각 1차에 한하여 허가할 수 있다고”고 규정하고 있다. 이와 같이 군사법원법은 형사소송법과 달리 검사에게만 구속기간의 연장을 신청할 수 있도록 규정한 것이 아니라 군사법경찰관에게도 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 구속기간의 연장을 신청할 수 있도록 규정함으로써 장기간 부당한 인신구속이 될 위험성을 가지고 있다.

물론 군사법경찰관이 구속기간을 연장하고자 할 때에는 검찰관에게 신청하여야 하며 검찰관이 관할 보통군사법원 군판사에게 청구하여야 한다(제242조 제3항).<sup>18)</sup> 이와 같이 군검찰의 통제가 있기는 하나 문언적 해석

17) 박영만, 앞의 논문, 191면.

으로는 형식적 통제에 불과하다.

구속기간연장의 문제는 사안이 경미하여 기소유예처분 등 불기소처분이 가능한 사건임에도 불구하고, 특히 피의자가 사병인 경우에는 훈계 내지는 반성적 차원에서 부당하게 구속을 연장하는 수단으로 활용될 위험성이 있다는 점이다. 특히 군대는 대다수 구성원들의 활동반경이 제한되어 있다는 특성상 범죄발생시 증거인멸이나 도주의 우려가 일반인에 비하여 훨씬 적을 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 군사법경찰관에게도 구속기간을 연장할 수 있도록 규정한 것은 장기간의 구속으로 인하여 피의자의 인권을 부당하게 침해하는 것이다.

#### 나. 개선방안

군사법원법도 형사소송법과 같이 원칙적으로 군사법경찰관에게 구속기간을 연장할 수 없도록 하여야 한다. 특히 최근 군검찰 사건의 처리현황을 보면, 2000년도에는 전체 범죄 11,478건 중 폭력범죄 3,954건, 교통범죄 3,220(이 중 음주 1,210건)건, 군무이탈 1,374건, 기타 2,930건으로 나타났으며, 2001년도에는 전체 범죄 9,644건 중 폭력범죄 3,131건, 교통범죄 2,788건(이 중 음주 1,116건), 군무이탈 1,447건, 기타 2,278건으로 나타나 군 범죄의 대부분이 단순 폭력범죄, 교통범죄, 군무이탈 등 비교적 사안이 단순하고 경미한 사건임을 알 수 있다. 따라서 구속기간을 연장하면서 까지 수사를 계속할 만한 사건은 그리 많지 않다.<sup>19)</sup>

현재와 같이 특정범죄에 한하지 않고 모든 범죄에 대하여 포괄적으로 군사법경찰관에게도 구속기간을 연장할 수 있도록 한 군사법원법 제241조 규정은 위헌적 소지가 있기 때문에 반드시 삭제하는 것이 바람직하다.<sup>20)</sup>

18) 규정 제18조 제4항에도 “군사법경찰관이 구속기간의 연장허가를 받고자 하는 때에는 검찰관을 거쳐야 한다”고 규정하고 있다.

19) 군 검찰 사건처리 현황은, 국방부, 2002년 국정감사 국회요구자료, 20면 참조.

#### 4. 구속의 통지

##### 가. 문제점

군사법원법 제127조는 구속의 통지와 관련하여 “피고인을 구속한 때에는 소속 부대장과 변호인이 있는 경우에는 변호인에게, 변호인이 없는 경우에는 피고인이 지정하는 자에게 피고사건명·구속 일시·장소, 범죄사실의 요지 및 구속이유와 변호인을 선임할 수 있음을 알려야 하며, 통지는 지체없이 서면으로 하여야 한다”고 규정하고 있다. 그러나 군은 일반적으로 사회로부터 격리되어 있는 곳이며, 군복무를 대부분 전·후방 오지에서 하고 있기 때문에 서면으로 구속통지를 하는 것은 부당하다. 물론 ‘군사법원의 소송절차에 관한 규칙’ 제53조의 2 제2, 3항은 “구속의 통지는 구속을 한 때로부터 늦어도 24시간 이내에 서면으로 하여야 하며, 급속을 요하는 경우에는 구속되었다는 취지 및 구속의 일시, 장소를 전화 또는 모사전송기 기타 상당한 방법에 의하여 통지할 수 있다. 다만 이 경우에도 구속통지는 다시 서면으로 하여야 한다”고 규정하고 있다. 이 규정은 급속을 요하는 경우에만 임의적으로 할 수 있는 것으로서 수사기관의 재량에 맡겨져 있다.

군대는 민간에 비해 외부와 소통이 자유롭지 못하다는 공간적 특수성으로 인해 가족들이 피의자의 상황이나 행적 등에 대해 거의 모르고 있는 경우가 대부분이다. 이 때문에 피의자의 자기 구제범위나 신속하게 가족·친

20) 참고로 국가보안법상 구속기간연장과 관련해서 헌법재판소는 “국가보안법 제7조(찬양·고무 및 제10조 불고지의 죄는 구성요건이 특별히 복잡한 것도 아니고 사건의 성질상 증거수집이 더욱 어려운 것도 아님에도 불구하고 국가보안법 제19조가 제7조 및 제10조의 범죄에 대하여서까지 형사소송법상의 수사기관에 의한 피의자구속기간 30일보다 20일이나 많은 50일을 인정한 것은 국가형벌권과 국민의 기본권과의 상충관계 형량을 잘못하여 불필요한 장기구속을 허용하는 것이어서 결국 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한입법의 원리인 과잉금지 원칙을 현저하게 위배하여 피의자의 신체의 자유, 무죄 추정의 원칙 및 신속한 재판받을 권리를 침해한 것이다”라고 판시한 바 있다(헌재결 1992.4.14, 90헌마82).

지에 의해 법률 구조를 받을 수 있는 기회는 민간에 비해 훨씬 제한적일 수밖에 없다.<sup>21)</sup> 특히 사병인 경우에는 신속하게 구속통지를 해주지 않으면 수사 초기단계에서 인권침해를 당해도 이를 적극적으로 방어할 수 없다.

#### 나. 개선방안

헌법 제12조 제5항은 “체포 또는 구속을 당한 자의 가족 등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체없이 통지되어야 한다”고 규정하고 있다. 헌법 규정의 취지에 부합하기 위해서는 가급적이면 시간이 오래 걸리는 서면통지보다는 전화나 모사전송 등 신속한 방법을 통하여 피의자 가족에게 통지함으로써 피의자의 접견기회를 보장하여야 한다. 이를 통하여 구속 수사 중의 인권침해적 위험을 방지할 수 있고, 인권이 침해된 경우 신속하게 구제할 수 있다.

따라서 군사법원법 제127조와 규칙 제53조의3 제3항의 구속통지와 관련한 규정을 전화나 모사전송 등 신속한 방법을 통한 구속통지를 원칙으로 하고 서면통지를 보충적으로 하도록 개정하여야 한다.

### Ⅲ. 운용상의 문제점과 개선방안

#### 1. 인신구속의 남용

##### 가. 문제점

군 사건의 경우 구속영장발부율이 거의 98~99%에 달하고 있어서 거의 모든 범죄에 대해 예외없이 구속수사를 원칙으로 하고 있다.<sup>22)</sup> 강제수사

21) 국가인권위원회, 군대 구금시설 인권실태조사를 위한 기초 현황파악, 2002, 24면.

와 관련하여 군사법원법 제231조는 제1항은 “강제처분은 이 법에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다”고 규정하고 있다. 이와 같이 군사법원법이 임의수사를 원칙으로 규정하고 있음에도 불구하고 현실은 강제수사를 원칙으로 하고 있다. 이는 군 판사들이 구속사유를 엄격히 심사하여 영장을 발부하는 것이 아니라 사안의 경중, 신분(계급), 사단검찰부의 입장, 소속부대에 미치는 영향 등을 구속기준으로 삼고 있기 때문이다.<sup>23)</sup> 또한 긴급체포가 남용되는 이유는 체포나 구속영장을 청구하는 절차보다는 일단 긴급체포를 하여 신병을 확보한 후 구속영장을 청구하는 것이 수사상 편리하고 또한 영장이 기각될 확률이 그리 높지 않기 때문이다.<sup>24)</sup>

군사법원법이 상정하고 있는 원칙적인 인신구속은 체포영장에 의하여 피의자의 신병을 확보하고 구속사유가 인정되는 경우 구속영장을 발부하여 구속하는 것이다. 따라서 체포영장에 의한 체포가 원칙이며, 긴급체포 등은 예외적으로 인정되는 것이다. 물론 군의 경우에는 피의자가 군 수사기관과 거리상으로 멀리 떨어져 있기 때문에 신병을 확보하여 수사를 하는 것이 수사기관의 입장에서는 편리할 수 있으나, 단순히 수사상 편리 때문에 인신구속을 남용하는 것은 적법절차의 원칙에 어긋난다.

#### 나. 개선방안

군사법경찰관이나 검찰관 모두 수사편의만을 위한 구속수사를 자제하여

22) 국방부의 ‘2002 국정감사 국회요구자료’에 의하면 육군의 경우 2000년에 구속영장 발부율이 98.9%, 2001년에는 97.9%에 달하고 있는 것으로 나타났다(국방부, 2002 국정감사 국회요구자료, 2002, 989면).

23) 박영만, 앞의 논문, 195면 각주 27) 참조.

24) 군사법원에 대한 2002년도 국회의 국정감사 시정요구사항에 따르면 긴급체포가 과도하게 이루어지는 것으로 나타나고 있어, 군 수사과정에서 긴급체포에 의한 인신구속이 남용되고 있음을 보여 준다.

야 한다. 군검찰관은 군사법경찰관의 영장신청에 대하여 엄격한 심사를 통하여 영장청구 여부를 판단하여 하며, 군판사는 엄격한 영장심사를 통하여 구속이 남용되는 것을 방지하여야 한다. 단순한 수사상의 편의 때문에 구속수사를 원칙으로 하는 것은 수사권의 남용이다.

이와 더불어 군사법경찰관의 긴급체포 남용을 방지하기 위하여 긴급체포시 군검찰관의 사전승인을 받도록 하는 것도 고려해볼 필요가 있다. 특히 군사법경찰관에 대한 군검찰관의 일반적 수사지휘권이 명문으로 규정되지 있지 않는 현실에서 군사법경찰관의 인신구속남용에 대한 사전통제의 필요성은 더욱 요청된다.<sup>25)</sup>

## 2. 국선변호인제도

### 가. 문제점

군 수사과정은 계급사회라는 군의 특수성 때문에 위압적 수사분위기가 지배하고, 그 과정에서 피의자들이 법적으로 인정된 권리행사를 하기 어렵다는 특성이 있다. 군의 경우 피의자가 대부분 사병이기 때문에 수사관의 계급이 훨씬 높고, 따라서 ‘수사관’이자 ‘상관’으로서 더더욱 위압적인 분위기가 지배하게 된다.<sup>26)</sup> 그러다 보니 사병의 경우 피의자로서 자신의 주장을 펼칠 능력도 가능성도 실질적으로 봉쇄된다. 따라서 수사과정에서 사병의 인권을 보호할 제도의 마련이 절실하다.

이와 관련하여 군사법원법 제62조 제1항은 “피고인에게 변호인이 없는 때에는 군사법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다”고 규정함으로써

25) 이 점에 대한 주장은, 박영만, 앞의 논문, 193면 참조.

26) 이 점에 대한 지적은, 한인섭, “군사법원에 의한 형사재판의 문제점과 개선방안”, 군사법제도 개선 관련 토론회(2002. 11. 11) 발표문, 참여연대 사법감시센터([http://www.peoplepower21.org/issue/data/data\\_view.php?nu=1129&category=01010&sub\\_category=&find\\_str=](http://www.peoplepower21.org/issue/data/data_view.php?nu=1129&category=01010&sub_category=&find_str=)) 참조.

형사소송법에 비하여 국선변호인제도를 확대하고 있다. 즉 형사소송법과 같이 일정한 선정사유가 존재하여야 국선변호인을 선정하는 것이 아니라 모든 피고인에게 변호인이 없는 경우에 군사법원이 직권으로 변호인을 선정할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 형사소송법에 비하면 매우 바람직한 규정이라 할 수 있다. 또한 체포·구속적부심사에서도 국선변호인을 선정하도록 규정하고 있다. 그러나 실제로 재판기일 약 1주일 전에 국선변호인이 선임되고 그것도 인근 부대의 검찰관이 하는 경우가 대부분이며,<sup>27)</sup> 1회 접견으로 재판이 이루어지고 있어 사선변호인을 선임하지 못한 피의자는 사실상 수사단계에서 변호인의 조력을 받을 권리를 전혀 보장받고 있지 못하다.

#### 나. 개선방안

군 수사과정에서는 상대적으로 장교에 비하여 사병의 인권이 침해될 위험성이 많다. 이와 관련하여 사병인 피의자의 인권을 수사단계에서부터 보호하기 위해서는 사병의 변호를 전담하는 사병전담변호인제도가 신설되어야 한다는 주장이 제기된다.<sup>28)</sup> 이는 매우 타당한 주장이다. 특히 피의자가 사병인 경우에는 상대적으로 자기 권리나 수사 및 기소절차에 대한 지식이 전무하며 상명하복식 규율에 익숙해져 있고, 군대 내 영창이라는 미결 구금시설의 위압감 때문에 더욱 수동적인 태도로 위축될 수 있기 때문에 사병전담변호인제도의 신설을 통해 피의자가 권리를 최대한 보장하도록 하여야 한다.

사병전담변호인은 일반 변호사로 선정하는 것을 고려할 필요가 있다.

27) 국선변호인의 자격과 관련하여 군사법원법 제62조 2항은 “변호사나 변호사의 자격이 있는 장교 또는 군법무관시보로서 당해 사건에 관여하지 아니한 자중에서 선정하여야 한다. 다만, 보통군사법원은 변호사 또는 변호사의 자격이 있는 장교를 변호인으로 선정하기 어려운 때에는 법에 관한 소양이 있는 장교를 변호인으로 선정할 수 있다”고 규정하고 있다.

28) 한인섭, 앞의 발표문 참조.

군사법원법이 모든 피고인에게 국선변호인을 선정하도록 규정한 것은 매우 바람직한 것이다. 그럼에도 불구하고 국선변호인제도가 실질적으로 만족할만한 기능을 한다고 보기는 어렵다. 따라서 같은 군검찰관이나 검찰관 시보 등을 국선변호인으로 선정하는 것보다는 수사단계에서부터 일반사회의 변호사를 국선변호인으로 선정하여 사병의 인권을 보호할 수 있도록 하여야 한다.<sup>29)</sup>

### 3. 인신구속에 대한 구제제도

#### 가. 문제점

인신구속을 제한하는 제도로서 군사법원법도 형사소송법과 마찬가지로 영장실질심사제도(238조의2)와 구속적부심사제도(제252조)를 두고 있으나, 본 제도의 활용이 일반형사소송절차에 비하여 현저히 낮은 것으로 평가되고 있다.<sup>30)</sup> 이러한 이유는 수사기관에서 체포나 구속된 피의자에게 피의자심문의 신청 또는 적부심을 신청할 수 있음을 적극적으로 고지하였는지와도 관련되며, 고지하였다고 하더라도 피의자가 헌병이나 기무대와 같은 수사기관에 대해 두려움을 가지고 있고 자신에게 돌아올지도 모를 불이익 때문에 의견표명을 제대로 하지 못하기 때문으로 평가된다. 군 수사실무에서는 군사법경찰관들이 조사과정에서 영장실질심사기간이 구속기간에 산입되지 않는다는 점을 부각시켜 피의자의 영장실질심사신청권의 포기를 유도하는 경우가 있다는 지적도 있다.<sup>31)</sup>

29) 현재 국방부의 군사법제도 개선방안의 하나로 수사단계에서부터 국선변호인을 지원하는 제도의 도입에 대한 논의가 진행되고 있다. 그 내용과 관련해서는 선정시기는 구속 영장이 발부된 피의자에 대해, 국선변호장교는 법무관 또는 법무관시보로, 국선변호장교의 소속은 각군본부로, 군단급에 1명씩 배치하도록 한다는 것이다.

30) 국가인권위원회의 조사결과에 의하면 영장실질심사를 이용하는율은 10~20%정도 되는 것으로 나타났다(국가인권위원회, 앞의 보고서, 21면 참조).

또한 구속기간에 불산입하는 이유는 실질적으로 피의자심문으로 2일이 소요되고 이에 따라 수사기간이 단축된다는 점 때문이나 긴급체포의 경우에는 48시간의 무영장상태가 인정되고 있으므로 사실상 인신구속상태 하의 무영장상태가 2배로 연장되는 비인권적 결과가 초래된다.<sup>32)</sup>

구속적부심의 경우에도 재판부 구성의 어려움 등으로 인하여 그 이용률이 극히 저조한 실정이다.<sup>33)</sup> 따라서 부당한 인신구속에 대한 실질적 구제가 이루어질 수 없다.

더불어 보증금납입조건부 피의자석방제도는 2000.5.1. 이후 시행된 이래 균형사소송절차에서 그 시행이 거의 전무한 실정이다. 그 이유는 사건수가 적은 이유도 있지만, 피고인보석에 대한 인식이 부족하기 때문이다.

#### 나. 개선방안

구속전 피의자에 대한 심문기간을 구속기간에 불산입한다는 군사법원법의 규정은 열악한 피의자에 대하여 심문신청권을 포기하게 하는 수단으로 악용될 우려가 있기 때문에 이를 폐지하는 것이 타당하다.<sup>34)</sup> 또한 군의 특성상 피의자가 자기의 의견이나 권리를 구체적으로 항변할 수 없는 현실에서 본다면 구속영장발부의 신중과 인권침해적 요소를 방지하기 위하여 피의자 등의 신청에 의한 임의적 영장실질심사제도를 필요적(원칙적)

31) 이행규, 앞의 발제문, 5면. 군사법원법 제238조의2 제8항도 피의자심문을 하는 경우 군사법원이 구속영장청구서, 수사관계서류 및 증거물을 접수한 날부터 구속영장을 발부하여 군검찰부에 반환한 날까지의 기간은 구속기간에 산입하지 아니한다고 규정하고 있다.

32) 황인걸, 앞의 논문, 67면.

33) 일반 형사소송의 경우 구속적부심사청구사건은 재정합의결정을 거쳐 지방법원장 또는 지원장이 미리 지정한 합의부가 담당하되 영장발부 판사를 제외하고 합의부를 구성할 수 없는 법원에서는 다른 판사가 단독판사로서 처리한다 [체포·구속적부심사청구사건의 처리요령에 관한 예규(송형 81-7); 법원행정처, 법원실무제요 제2판(형사), 1998, 246면 참조].

34) 황인걸, 앞의 논문, 67면. 피의자심문기간의 구속기간 불산입 규정의 폐지하여야 한다는 주장은 형사소송법도 마찬가지이다.

구속영장실질심사제도로 조속히 개정하여야 한다.<sup>35)</sup>

구속영장실질심사제도가 거의 이용되고 있지 않은 것은 피의자(특히 사병)가 이 제도가 무엇인지에 대한 이해가 전무하기 때문이다. 또한 영장실질심사를 청구하더라도 실질적으로 부당한 구속영장청구에 대하여 청구가 기각될 확률이 거의 없기 때문이다. 이는 구속영장 청구절차와도 관련한다. 검찰관이 구속영장을 청구함에 있어서 당해 군검찰부가 설치되어 있는 부대의 장의 승인을 얻어야 하며(규정 제8조 제2항), 청구서를 받은 부대의 장은 그 청구에 대한 승인여부를 기재하고 기명날인하여야 한다(규정 제7조 제2항).<sup>36)</sup> 따라서 군판사의 입장에서 자신 보다 계급이 높은 지휘관의 결재를 얻은 구속영장청구에 대해 구속사유에 해당하지 않는다고 하여 이를 기각하는 것을 기대하기는 어렵다. 따라서 군검찰권의 공정성과 함께 부당한 구속을 방지하기 위하여 지휘관의 결재를 얻어 구속영장을 청구할 수 있도록 한 규정은 삭제하는 것이 바람직하다.

보증금납입조건부 피의자석방제도는 체포·구속심리단계에서 법관이 직권으로 석방의 적정여부를 판단하여 결정하는 것이 특색이다. 따라서 체포·구속적부심을 담당하는 군판사는 종래의 타성에서 벗어나 기소전 보석의 적정성 여부까지 심리·판단하고 이를 적극 활용하는 자세를 견지함으로써 피의자 보석제도가 유명무실하게 되는 일이 없도록 하여야 한다.

한편 피의자를 체포·구속하는 경우에 체포·구속적부신청권과 기소전 보석으로 석방될 수 있다는 것을 피의자에게 고지하는 절차를 마련하는 것도 이 제도의 적극적 활용을 위하여 필요할 것이다.<sup>37)</sup> 다만 현재와 같이 군

35) 현재 법무부는 모든 피의자에게 구속영장실질심사를 할 수 있도록 형사소송법 개정을 추진하고 있다(중앙일보, 2003. 8. 27). 구속영장실질심사를 필요적(원칙적)으로 하는 것은 국제인권규약 '시민적 및 정치적 권리에 관한 규약(B)규약' 제9조 제3항 1문에도 합치한다.

36) 구속영장청구뿐만 아니라 체포영장을 청구하는 때에도 군검찰관은 부대의 장에게 체포영장청구서를 제출하여야 하며(규정 제8조 2항), 부대의 장이 승인여부를 결정한다(규정 제7조 제2항).

수사절차에서 체포·구속적부심사제도가 활용되고 있지 못한 현실을 고려한다면 영장실질심사단계에서 보석심사가 이루어지도록 하여야 하며 이를 통하여 과도·부당한 구속을 예방하는 효과를 달성할 수 있을 것이다.<sup>38)</sup>

#### 4. 미결구금시설로서 軍 營倉

##### 가. 문제점

군행형법 제2조 제7항은 “미결수용자를 수용하기 위하여 교도소 및 대통령이 정하는 부대 안에 미결수용시설을 둘 수 있다”고 규정하고 있다. 이에 따라 구속된 피의자는 일명 ‘영창’이라는 미결수용시설에 구금된다.<sup>39)</sup> 군 영창이라는 시설은 구속된 피의자를 수용하는 미결구금시설로서의 기능과 사병에 대한 징계제도<sup>40)</sup>의 하나로서 영창처분을 당한 사병을 수용하는 시설로서의 기능이라는 두 가지 역할을 수행한다.<sup>41)</sup> 이러한 영창은 현재 全軍에 97개소가 설치되어 있으며,<sup>42)</sup> 군 영창은 미결구금시설로 시설환경적 문제점

37) 황인걸, 앞의 논문, 88면.

38) 영장실질심사단계에서 보석제도가 도입되어야 하는 타당성에 대한 논거는, 정진수, “인신구속제도와 구속심사제도의 개선방안”, 형사정책연구 제9권 제3호, 한국형사정책연구원, 1998, 173면 참조.

39) 군 영창에는 미결수뿐만 기결수도 수용할 수 있다. 군행형법 제2조 제8항은 “교도소장·지소장 또는 미결수용시설이 설치된 부대의 장은 특별한 사정이 있는 경우에 교도소로 이송하여야 할 수용자를 3월을 초과하지 아니하는 범위 안에서 계속하여 수용할 수 있다”고 규정하고 있다.

40) 영창은 병에 대한 징계의 일종이며, 군인사법 제57조 제5호에 따라 부대 또는 함정에 설치된 영창이나 기타의 구금장소에 15일을 한도로 하여 구금하도록 되어 있다. 이러한 병에 대한 징계의 일종인 영창은 사병의 신체의 자유를 박탈함으로써 실제로 유엔이 금지하는 자의적 구금에 해당하며, 사병의 인권을 직접 침해하는 것이다. 세계인권선언 제9조, 국제인권 B규약 제9조는 법으로 허용되지 않는 구금, 이유 없는 구금(자의적 구금)을 엄격히 금지하고 있고, 피구금자 처우를 위한 최저기준규칙 제7조는 유효한 수용영장에 의하지 않으면 수용되지 않는 점을 보장하고 있다.

41) 여기에서는 사병에 대한 징계처분으로서 영창의 문제점은 제외하고, 미결구금시설로서의 문제점만 검토한다.

42) 군 영창은 보통 사단급 이상의 부대에 설치되어 있는데, 2002년도 국정감사에 따르면

과 뿐만 아니라 시설내 미결처우로서 많은 문제점을 가지고 있다.<sup>43)</sup>

군 영창에서의 처우는 대부분 정좌<sup>44)</sup>와 독서, 수양록 작성·반성으로 이루어진다.<sup>45)</sup> 이는 미결수용자를 헌법상 무죄추정의 원칙에 따라서 처우를 하여야 함에도 불구하고 정좌강요, 반성문 형식의 수양록 작성을 강요함으로 인하여 헌법상 규정되어 있는 양심의 자유를 침해하게 된다. 특히 반성문이나 수양록을 헌병근무병이나 구급시설소장, 당직사관 등의 간부가 결재함으로써 실질적으로 반성을 강요하는 결과를 초래하고, 군검찰에서의 수사상황을 헌병에서 파악하는 등 많은 문제점을 가지고 있다. 더욱이 헌병이 교정기관을 겸함으로써 피의자가 헌병의 강압수사나 위협수사에 제대로 대응하지 못한다. 또한 군검찰관에게 조사를 받은 다음에 다시 영창에 수용됨으로써 헌병에서 자백한 내용을 부인하지 못하고, 피의자로서의 권리를 적극적으로 주장하지 못하며, 수사기관의 처분에 복종할 수밖에 없는 분위기가 조성된다.

또한 구속장소 감찰과 관련하여 군사법원법 제230조는 검찰관이 매월 1회 이상 체포·구속장소를 감찰하도록 규정하고 있으며, 군행형법 제3조 제2항은 “군관사와 검찰관은 교도소 및 미결수용실을 수시로 살펴 볼 수 있다”고 규정하고 있다. 그러나 대부분 형식적 감찰에 그치고 있고, 군검찰관이 헌병과의 마찰을 꺼려하기 때문에 실질적인 감찰활동이 이루어지

---

현재 국방부 1개소, 육군 66개소, 해군 12개소(해병 4개소 포함), 공군 18개소 등 모두 97개소가 있는 것으로 나타났다.

43) 군 영창의 수용시설 실태와 문제점에 대한 상세한 내용은, 국가인권위원회, 앞의 보고서, 33~82면 참조.

44) 여기에서 정좌란 ‘시선을 고정하고 양반다리를 하고 허리를 곧게 펴고, 주먹 쥔 손을 무릎 위에 팔이 구부러지지 않기 올려놓는 자세’를 말한다.

45) 군 영창의 하루 일과는 군행형법상 특별한 규정이 없으며, 각 군별로 업무지침 형태로 영창 일과표가 마련되어 있다. 대개 기상 오전 6시, 오전 8시까지 점호·세면·청소·조식을 마치고, 12시 중식까지 수양정좌, 독서시간을 가진다. 중식 후 다시 체력훈련, 독서, 수양정좌가 반복되고, 오후 5~6시에 석식, 오후 6시 개인정비, 오후 7시부터 1시간 동안 TV/VTR 시청, 오후 8시부터 취침 10시까지 수양록 작성/반성의 시간, 점호, 명상의 시간을 갖는 것이 일반적인 일과이다. 군 영창 일과에 대한 자세한 내용은, 국가인권위원회, 앞의 보고서, 58면 참조.

지 않는다.

그리고 구금시설에 비해 시설의 운용이나 미결수용자들에 대한 처우가 대부분은 상대적으로 열악하고, 운동·면회·서신수발 등이 규정대로 지켜지지 않고 있는 경우도 많으며, 더욱 문제가 되는 부분은 미결수용자들의 인권을 보호할 구체적 규정이 없다는 점이다.<sup>46)</sup>

#### 나. 개선방안

미결수용자에게는 헌법상의 무죄추정권(제27조 제4항)이 적용되는 것이므로 원칙적으로 일반시민과 동일한 취급을 받아야 한다.<sup>47)</sup> 미결수용자의 교정시설내 처우와 관련하여 우리의 교정실무현실은 미결수용자를 단지 ‘증거인멸과 도주우려’를 이유로 교정시설에 구금하는 이외에는 실질적으로 무죄추정의 원칙에 따른 합당한 처우를 하지 못하고 있는 실정이다.<sup>48)</sup>

군 영창에 구금되어 있는 수용자도 무죄추정권의 향유주체로서 권리를 가지고 있다. 따라서 반성문 형식의 수양록 작성은 반성을 강요함으로써 양심의 자유를 침해하는 것이므로 폐지하여야 한다. 또한 미결수용자에 합당한 시설내 처우프로그램이 개발되어야 한다.

현재 미결구금자의 인권과 관련하여 미결피구금자에 대한 별도의 독립된 미결구금집행법(가칭)을 제정하여 형집행에 관한 법률과는 별도로 미결구금집행원칙을 법률로 명시하고 미결피구금자의 법적 지위에 상응하는 처우의 내용을 법률로써 명문화할 필요성이 제기된다.<sup>49)</sup> 이에 맞추어 군행형법에도 미결수용자 처우에 대한 구체적 조항을 마련하거나 미결수용

46) 국가인권위원회, 앞의 보고서, 82면.

47) 헌재결 1992.1.28, 91헌마111.

48) 미결구금자의 법적 지위에 관하여는, 도중진, 미결구금제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2001, 107면 참조.

49) 도중진, 앞의 책, 160면; 신양균, 미결수용자의 처우에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994, 122면.

자의 법적 지위에 따른 특수성을 고려하고, 집행의 원칙과 개별적인 처우를 구체적으로 포함한 독립된 군 미결구금행형법을 마련하는 것은 현재 군내 미결수용자의 처우를 개선하고 인권을 보호하는데 반드시 전제되어야 할 사항이다.<sup>50)</sup>

그리고 군 영창은 항상 수용자에게 가혹행위 등 부당한 대우가 행하여질 위험성이 존재하는 곳이다. 따라서 체포·구속장소인 영창에 대한 실질적 감찰활동이 이루어져야 한다. 이것은 군검찰의 지위가 개선되어야 가능한 일이다. 현재와 같은 군 사법 조직체계하에서는 군검찰이 현병이 관리·감독한 영창을 실질적으로 감찰하기를 기대하는 것은 어렵다. 그러므로 군검찰관이 지휘관의 감독이나 계급으로부터 자유롭게 감찰권을 행사할 수 있도록 군검찰권이 지휘권으로부터 독립되어야 한다.

#### IV. 맺으며

이제 더 이상 군은 일반사회로부터 떨어진 특수한 집단이 될 수 없다. 따라서 군사법제도 또한 군대라는 이유로 특수해야 할 이유가 하나도 없다. 군사법도 일반사회의 건전한 감시와 비판을 받아야 장병의 권리와 인권을 보장할 수 있는 군사법으로 다시 태어날 수 있다.

현재와 같은 군 수사체계나 법규정으로는 인신구속이 계속해서 과도하게 남용될 수밖에 없으며 군 수사에서 임의수사의 원칙을 기대하기란 어려울 것이다. 따라서 위에서 제시한 개선방안과 같이 군사법경찰관에 대한 견제장치 마련, 체포·구속요건의 개정, 군사법경찰관의 구속기간연장 규정 삭제, 구속의 신속한 통지 등이 이루어 져야 한다. 또한 군 수사기관들

---

50) 국가인권위원회, 앞의 보고서, 82면.

의 구속수사 자제와 군판사의 엄격한 영장심사, 피의자의 단계에서의 사병 전담구속번호인제도 도입, 구속영장실질심사제도나 체포·구속적부심사의 실질적 운용, 미결구금시설인 영창의 개선 등을 통해 실질적으로 장병의 인권과 권리를 보호하는 군사법이 되어야 한다.

더불어 군사법의 궁극적 개선을 위하여 앞으로 군사법의 민간화에 대한 논의가 구체적으로 이루어져야 할 것으로 본다.<sup>51)</sup> 헌법상 군사법원의 설치의 임의적인 것이고(헌법 제110조 제1항),<sup>52)</sup> 평시에 군사법원의 운용 필요성은 그다지 크지 않은 것으로 보인다. 설령 평시에 군사법원을 유지하는 경우에도 군사법원의 관할은 균형법상 규정되어 있는 범죄인 순정군사법에 한하는 것이 바람직하다고 본다.

51) 외국은 경우에도 군사법원을 두고 있지 않은 국가(오스트리아, 체코, 리투아니아, 포르투갈, 스웨덴, 슬로베니아, 일본 등), 군사법원과 민간법원을 혼합형으로 운영하는 국가(헝가리, 핀란드, 불가리아, 프랑스, 네덜란드, 노르웨이, 독일 등), 군사법원을 운영하는 국가(캐나다, 덴마크, 영국, 폴란드, 루마니아, 스페인, 스위스, 이스라엘, 터키, 미국, 이태리, 이집트, 남아공, 멕시코, 브라질, 호주, 페루, 중국, 인도네시아, 베트남, 칠레, 파키스탄 등) 등이 있다. 외국의 군사법제도에 관한 내용은, 박주범, “외국의 군사법원/군사법원의 존립목적”, 군사법개혁을 위한 토론회(2003. 4. 16) 토론문, 민주사회를 위한 변호사모임([http://minbyun.jinbo.net/pds\\_index.htm](http://minbyun.jinbo.net/pds_index.htm)) 참조.

52) 헌법재판소는 군사법원의 설치, 군사법원관할관, 군판사의 임명, 심판관의 임명과 자격 등과 관련한 헌법소원심판에서 “헌법이 군사법원을 특별법원으로 설치하도록 허용하되 대법원을 군사재판의 최종심으로 하고 있고, 구 군사법원법 제21조 제1항은 재판관의 재판상의 독립을, 같은 조 제2항은 재판관의 신분을 보장하고 있으며, 또한 같은 법 제22조 제3항, 제23조 제1항에 의하면 군사법원의 재판관은 반드시 일반법원의 법관과 동등한 자격을 가진 군판사를 포함시켜 구성하도록 하고 있는바, 이러한 사정을 감안하면 구 군사법원법 제6조가 일반법원과 따로 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하였다는 사유만으로 헌법이 허용한 특별법원으로서 군사법원의 한계를 일탈하여 사법권의 독립을 침해하고 위임입법의 한계를 일탈하거나 헌법 제27조 제1항의 재판청구권, 헌법 제11조의 평등권을 본질적으로 침해한 것이라고 할 수 없고, 또한 같은 법 제7조, 제23조, 제24조, 제25조가 일반법원의 조직이나 재판부구성 및 법관의 자격과 달리 군사법원에 관할관을 두고 군검찰관에 대한 임명, 지휘, 감독권을 가지고 있는 관할관이 심판관의 임명권 및 재판관의 지정권을 가지며 심판관은 일반장교 중에서 임명할 수 있도록 규정하였다고 하여 바로 위 조항들 자체가 군사법원의 헌법적 한계를 일탈하여 사법권의 독립과 재판의 독립을 침해하고 죄형법정주의에 반하거나 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권, 신체의 자유, 정당한 재판을 받을 권리 및 정신적 자유를 본질적으로 침해하는 것이라고 할 수 없다”고 판시한 바 있다(헌재결 1996.10.31. 93헌바25).

### 참고문헌

- 도중진, 미결구금제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2001.
- 신양균, 미결수용자의 처우에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994.
- 권오현, “개정군사법원법상 체포제도 고찰”, 법령연구논문집 제2집, 해군본부법무감실, 2001.
- 김경환, “현행 군사법제도의 근본적인 문제점과 개선방안”, 군 사법제도 개선 관련 토론회(2002.11.11) 발표문, 참여연대 사법감시센터 ([http://www.peoplepower21.org/issue/data/data\\_view.php?nu=1129&category=01010&sub\\_category=&find\\_str=](http://www.peoplepower21.org/issue/data/data_view.php?nu=1129&category=01010&sub_category=&find_str=))
- 박영만, “군사법원법상 인신구속제도의 실태와 개선방안”, 경북대 법학 제2집, 경북대 법학연구소, 1998.
- 박주범, “외국의 군사법원/군사법원의 존립목적”, 군사법개혁을 위한 토론회(2003.4.16) 토론문, 민주사회를 위한 변호사모임( [http://minbyun.jinbo.net/pds\\_index.htm](http://minbyun.jinbo.net/pds_index.htm)).
- 이행규, “군사법제도의 개혁을 위한 제언”, 군사법개혁을 위한 토론회(2003.4.16) 발제문, 민주사회를 위한 변호사모임([http://minbyun.jinbo.net/pds\\_index.htm](http://minbyun.jinbo.net/pds_index.htm))
- 정완/이진국, “수사권독립 논의에 관한 검토”, 형사정책연구 제14권 제2호, 한국형사정책연구원, 2003.
- 정진수, “인신구속제도와 구속심사제도의 개선방안”, 형사정책연구 제9권 제3호, 한국형사정책연구원, 1998.
- 황인걸, “군사법원법상 인신구속제도에 관한 비판적 고찰”, 고려대 석사학위논문, 2001.
- 한인섭, “군사법원에 의한 형사재판의 문제점과 개선방안”, 군 사법제도

개선 관련 토론회(2002.11.11) 발표문, 참여연대 사법감시센터  
([http://www.peoplepower21.org/issue/data/data\\_view.php?nu=1129&category=01010&sub\\_category=&find\\_str=](http://www.peoplepower21.org/issue/data/data_view.php?nu=1129&category=01010&sub_category=&find_str=))

국가인권위원회, 군대 구금시설 인권실태조사를 위한 기초 현황파악, 2002  
국방부, 2002년 국정감사 국회요구자료, 2002.  
법원행정처, 법원실무제요 제2판(형사), 1998.



## The Problems of Suspect Detention on the Military Criminal Process and the Plan of Improvement

Yoon, Sang-Min\*

1 of Article 110 of the Constitutional Law is stipulating that Military Court can be installed to control the Military Justice. Due to the above article, we have Military criminal Court Act about Military Court and Military Criminal process. Military Court Art takes the same form and system with the general Criminal Procedure Law except for Military Court and Military Prosecution in the chapter 1 and special case during the war and disaster in the chapter 5, and systems about suspect detention have been adjusting to revision of Criminal Procedure Law.

The Ministry of National defense introduced new systems about suspect detention like new arresting systems stipulated in Criminal Procedure Law, warrant substantial inspection and bail before prosecution. Through these, protection of suspect's human rights is consolidated. But despite introduction of these system, many of the suspect's human rights are being infringed because the severe suspect detention happens during the military criminal process.

This study will grasp the problem caused by military particularity about system of suspect detention on the military criminal process

---

\* Lecturer, College of Law, Wonkwang University, Ph.D. in Law

focused on Military Court Act. And major object of this study is to show the plan of improvement about the these problems. However, the problems only caused by military particularity will be discussed except for the problems of suspect detension system being discussed generally in Criminal Procedure Law.

검사의 직무상불법행위에 대한  
배상책임연구

- 한·미 판례를 비교하며 -

박 승 진

형사정책연구 제14권 제4호(통권 제56호, 2003·겨울호)

**한국형사정책연구원**

## [연구노트]

## 검사의 직무상불법행위에 대한 배상책임연구 - 한·미 판례를 비교하며

박 승 진\*

### I. 서 론

#### 1. 문제의식

최근 우리나라가 본격적으로 민주화되면서 우리나라 국민들의 권리의식이 눈 부실만큼 향상되게 되었다. 그리하여 예전에는 자신이 불이익을 당하더라도 무심코 지나고 말았던 사례가 많았었음에 비하여 최근에는 그러한 불이익이 부당한 것이라면 그러한 불이익에 대하여 저항하여야 한다고 생각하여 법적인 구제방법을 찾기에 이르렀다. 그 결과 의료사고 손해배상 사건, 미군사격장 소음피해 배상사건, 언론보도 피해 배상사건 등 가지가지 소송이 봇물 터지듯 나오게 되었고 급기야는 너무 남발되는 것은 아닌가 하고 우려할 정도에 이르게 되었다. 그러던 과정에서 자연스럽게 수사 및 공판과정에서 입은 불이익에 대한 손해배상을 청구하는 소송도 나타나기 시작하였으며, 그러한 소송은 날로 증가하여 모든 검사 및 법조인들의 지대한 관심을 불러일으키게 되었다.

---

\* 서울고등검찰청 검사

그런데 검사에 대한 손해배상청구소송이 많아진 것과 때를 같이 하여 판사에 대한 소송도 많아 졌는데, 판사에 대한 손해배상 사건과 검사에 대한 손해배상 사건이 일견 유사한 사법작용에 대한 손해배상사건인 듯한 생각이 드는데 반하여 양 소송에 대한 결론이 동일하지 아니하다. 판사에 대한 손해배상사건은 절대적 면책이 되어 기각되는 반면, 검사에 대한 손해배상사건은 절대적 면책이 되지 않고 간혹 청구가 인용되는 판결이 선고되기도 한다. 이에 검사에 대한 손해배상사건이 어떠한 경우에 인용되는지를 정확하게 알아야 검사가 각자의 직무를 집행함에 있어서 자신 있게 임할 수 있을 것 같고, 검사의 소신 있는 직무집행을 보장하기 위하여 우리나라 판례법상의 검사의 직무상불법행위에 대한 손해배상책임이론이 어떻게 수정되는 것이 바람직한가 하는 대안을 제시하고자 하는 마음에서 본 연구를 하게 되었다.

## 2. 공무원의 직무상 불법행위에 대한 법의 변천사

세계 각국 법률의 뿌리를 찾으려면 로마법을 살펴보아야 한다. 국가배상책임을 규율하는 각 국 법 역시 로마법에서부터 연유되어 발전되었다. 먼저 로마법은 공무원의 불법행위에 대한 배상책임을 어떻게 규율하였는지 살펴보자. 로마법은 국가를 ‘시민의 조직적 총체’로 이해하고 ‘위임이론’을 바탕으로 하여 국가배상 책임이론을 폈었다.<sup>1)</sup> 민법상의 위임이론에 따라 불법행위를 한 공무원은 당연히 피해자에게 손해배상을 하여야 할 민사적인 책임이 있다. 그렇지만 위임법 이론상 피해를 당한 사람은 수임자에 대하여만 손해배상을 청구할 수 있을 뿐 위임자에 대하여는 손해배상을 청구할 수 없는 것처럼<sup>2)</sup> 위임자인 국가에 대하여는 손해배상을 청구할

1) 구상엽 검사의 불법행위로 인한 국가배상책임 11p.

2) 박윤직 (전정판)채권각론 646p

수 없도록 운용되었다.

이러한 로마법이 유럽 각국에 계수되어 독일, 프랑스, 영국 등 국가는 공무원의 불법행위에 대하여 국가가 책임질 수 없는 것으로 법 이론이 정착되어 있었다. 위임법 이론 상 위임자인 국가가 손해배상책임이 없을 뿐만 아니라 국가는 개인 국민보다 우월한 존재이기 때문에 개인으로부터 소송을 당할 수 없다는 사고방식이 널리 퍼져 있었었다. 특히 영국에서는 ‘왕은 악을 행할 수 없다(The king can do no wrong)’이라는 사고방식까지 가지고 있어서 국가가 공무원의 불법행위에 대하여 손해배상 책임을 부담하여야 한다는 생각 자체가 싹트기 어려울 정도였다. 그러던 것이 ‘국가 권력이 더 이상 법적인 힘과 동일시 될 수 없고, 통치권자라 할지라도 법률위에 군림할 수 없다’는 법사상이 일반적으로 통용하기 시작하고, 국가의 행정기능이 확대·강화됨에 따라 개인의 권리구제를 적극적으로 배려해야 한다는 사고방식이 힘을 얻고, 민사법 상 고용주가 일정한 경우에는 무과실책임까지도 부담하여야 한다는 법리가 발전하면서 더 이상 국가가 손해배상 책임을 부담하지 않는다는 낡은 법 이론이 폐기되기 시작하였다.

그러던 중 프랑스가 최초로 국가도 손해배상책임소송을 당할 수 있다고 법이론을 변경하였는데, 1873년 권한법원(Tribunal des conflits)의 블랑코(Blanco) 판결이 그러한 법이론이 발전하는데 커다란 계기가 되었다. 위 판결은 국가의 책임을 민법에 의한 엄격한 구속으로부터 해방시켜 민법상의 배상책임과 그 구성을 달리하였다.

독일은 1919년 제정된 바이마르 헌법에서 처음으로 국가 및 공공단체의 배상 책임을 일반적으로 인정하게 되었는데, 위 헌법 제131조는 공무원이 위임된 공권력을 행사함에 있어서 제3자에 대한 직무상의 의무에 위반된 경우에는 원칙적으로 국가 또는 공공단체가 그 책임을 진다고 규정하였던 것이다.

영국은 1947년 국왕소추법(Crown Proceeding Act)을 제정하여 제2조 제1항 제1호에서 국가는 그 사용인 또는 대리인에 의하여 행하여진 불법 행위에 대하여 사인과 동일한 책임을 지도록 규정함에 따라 국왕의 불법 행위에 대한 배상책임을 명문으로 인정하기에 이르렀다.

### 3. 미국법의 변천사

미국은 본래 영국과 같은 불문법 국가로 영국의 보통법(Common law)을 계수받은 결과 일반적으로 국가는 공무원의 불법행위에 대하여 아무런 책임이 없다는 법이론을 유지해 나가고 있었다. 더욱이 1871년 공무원이 자신의 불법행위로 미국 시민에게 손해를 입게 한 때에는 공무원이 배상할 책임이 있음을 규정한 “시민권리법(The Civil Rights Act of 1871)”<sup>3)</sup>(약칭 1983법)이 제정됨에 따라 국민들은 당해 불법행위를 한 공무원에게 배상책임을 추궁할 뿐 국가에 대하여는 소송을 하지 않는 것이 일반적이었다.

그러나 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상책임을 공무원 자신이 진다고 하더라도 공무원의 무자력 때문에 국민들이 만족할 만한 배상을 기대할 수 없는 불공정한 점을 시정하기 위하여 1946년 미연방의회는 연방불법행위청구권법(Federal Tort Claims Act)<sup>4)</sup>을 제정하여 국가의 배상책임을

---

3) 42 USC Sec. 1983. - Civil action for deprivation of rights Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer's judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia

인정하게 되었다. 그러나 위법은 광범위한 적용배제 규정을 두어 국가의 배상책임을 실질적으로 축소하여 미국이 주권면책의 원칙을 완전히 버리지 못하였음을 보여주고 있다.<sup>5)</sup>

#### 4. 우리나라 법

1967년 제정된 국가배상법 제2조 제1항은 “국가 또는 지방자치단체는 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가하...여 손해배상의 책임이 있는 경우에는 이 법에 의하여 그 손해를 배상하여야 한다...”라고 규정하고, 제2조 제2항은 “제1항 본문의 경우에 공무원이 고의 또는 중대한 과실이 있는 때에는 국가 또는 지방자치단체는 그 공무원에게 구상할 수 있다.”라고 규정함으로써 공무원인 검사가 직무를 행하면서 범한 불법행위로 인하여 손해를 입은 국민은 국가나 지방자치단체에 손해배상을 청구할 권리가 있음을 명백히 하고 있다.

위법은 국민이 공무원 개인을 상대로 하여 손해배상을 청구할 수 있는지에 대하여 규정하고 있지 않으나, 필자는 국민이 검사 개인을 상대로도 손해배상을 청구할 수 있다고 생각한다. 국가나 지방자치단체가 당해 공무원에 대한 구상권을 행사할 수 있다고 규정한 것은 당해 불법행위를 한 공무원 개인도 배상책임이 있음을 인정하고 있기 때문이라고 생각한다.<sup>6)7)</sup>

4) 28 USC Sec. 2674. - Liability of United States The United States shall be liable, respecting the provisions of this title relating to tort claims, in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances, but shall not be liable for interest prior to judgment or for punitive damages.

5) 이상규 신행정법론(상) 588p, 위법은 연방법으로 미연방에만 적용될 뿐 각 주나 시 등 지방자치단체에는 적용되지 않는 제한적인 법입을 유의하여야 한다.

6) 대법원 1972.10.10. 선고 69다701 판결 참조 ‘헌법 제26조 단서는 국가 또는 공공단체가 불법행위로 인한 손해배상 책임을 지는 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다고 규정하여 국가배상법의 공무원 자신의 책임에 관한 규정 여하를 기다릴 것 없이 공무원은 그 자신의 불법행위를 이유로 민사상의 손해배상 책임을 져야 하는 것이 법리

그런데 1962년에 제정된 형사보상법 제1조 제1항은 “형사소송법에 의한 일반절차 또는 재심이나 비상상고 절차에서 무죄판결을 받은 자가 미결구금을 당하였을 때에는 이 법에 의하여 국가에 대하여 그 구금에 관한 보상을 청구할 수 있다”라고 규정하고, 제1조 제2항은 “상소권 회복에 의한 상소, 재심 또는 비상상고의 절차에서 무죄재판을 받은 자가 원판결에 의하여 구금 또는 형의 집행을 받았을 때에는 구금 또는 형의 집행에 대한 보상을 청구할 수 있다”라고 규정하여 무죄재판을 받은 자에게 국가를 상대로 일정한 액수의 보상을 청구할 수 있는 권리를 부여하고 있다.<sup>8)</sup>

이러한 규정은 국가의 구금이나 형의 집행이 불법행위에 기인한 것이 아니라 하더라도 그로 인하여 손해를 입게 된 국민에게 동정적 내지는 은혜적 차원에서 보상을 해주는 것이 상당하다는 정책적 고려에서 규정된 것이다.<sup>9)</sup> 따라서 국가의 구금 또는 형의 집행이 검사 또는 다른 공무원의 불법행위로 인한 것이라면 국민은 형사보상법에 의한 형사보상청구 외에 국가배상법에 따라 국가에 대한 손해배상 청구권을 가지고 있을 뿐만 아니라 검사 또는 다른 공무원에 대하여도 민법에 따라 손해배상 청구권을 가지고 있음은 두말할 필요가 없다고 하겠다.<sup>10)</sup>

---

이다' 문홍주, 김철수 교수 등이 같은 견해를 가지고 있다. 김남진, 김도창, 이상규 교수 등은 이러한 견해에 반대하고 있다. 이상규 신행정법론(상) 611p.

- 7) 공무원의 경과실로 인한 불법행위에 대하여도 공무원 개인을 상대로 직접 소송을 제기할 수 있느냐 하는 쟁점이 있을 수 있는데 필자는 이를 금지하는 법이 없으므로 가능하다고 생각한다.
- 8) 헌법 제28조는 “형사 피의자 또는 형사 피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 상당한 보상을 청구할 수 있다”라고 규정하여 형사보상권을 국민의 기본권으로 보장하고 있어 이를 구체적으로 실현하기 위하여 형사보상법이 제정되었다.
- 9) 차동언, 미국의 판례를 통하여 본 검사의 국가배상 책임 214p. 이러한 견해를 은혜설이라고 하는데 이상규 교수는 은혜설에 반대하여 특정인에게 가하여진 특별한 희생을 전체의 부담으로 보상하는 것이 정의와 공평의 요구에 맞는 일이라고 설명하는 특별희생설을 지지한다. 이상규 640p.
- 10) 형사보상법 제5조 제1항 “이 법은 보상을 받을 자가 다른 법률의 규정에 의하여 손해배상을 청구함을 금하지 아니한다.”

## II. 미국판례

### 1. Imbler v. Pachtman 판결(1976년)

미국에서 검사의 직무<sup>11)</sup>상의 불법행위에 대하여 손해배상을 청구할 수 있느냐 하는 문제를 다룰 때 참고하는 판례(leading case)가 미 연방대법원이 1976년에 선고한 Imbler v. Pachtman 판결이다.

1961년에 로스앤젤레스 시장에서 장사를 하는 모리스 헤이슨이라는 사람이 두 사람에게 의하여 강도를 당하였는데 그만 강도 중 한 사람이 총알에 맞아 사망하는 사고가 발생하였고, 그로부터 10일 후 세 사람이 캘리포니아 포모라라는 곳에서 강도를 하다 그중 한 사람인 네나드 링고가 피살당하고 공범 두 사람이 도주한 사건이 발생하였다. 그런데 원고인 임블러가 위 두 번째 사건 강도범인 중 한 사람이라면서 자수를 하였다. 검사는 위 헤이슨의 부인이 그때 범행한 강도중의 한 사람이 위 네나드 링고라고 증언하였고, 코스텔로를 포함한 세 사람의 증인이 임블러를 총을 쓴 사람이라고 증언하므로 원고인 임블러를 기소하였다. 그후 임블러는 증거 불충분으로 무죄판결을 선고받았다.

원고는 담당검사인 패치먼이 캘리포니아 주지사에게 임블러가 범인이라고 증언한 목격자 코스텔로가 그의 경력에 비추어 그리 믿을 수 있는 인물이 아니라는 취지의 편지를 보낼 정도로 목격자의 증언이 위증이라는 사실을 잘 알고 있으면서도 위증을 하도록 하였고, 피고인에게 유리한 지문감정 결과와 같은 중요증거를 은닉함으로써 피고인의 헌법상의 기본권

11) 일반적으로 미국의 검사가 주로 하는 직무가 공소제기 및 공판관여이고 한국의 검사가 정열을 기울이는 직무가 수사라고 생각한다. 그러나 미국의 검사 역시 필요할 경우에는 한국의 검사와 마찬가지로 직접 수사를 하고(특별검사를 보면 잘 알 수 있다.) 수사 지휘도 하며 기자회견도 한다. 앞으로 살펴볼 미연방대법원 판결은 미국의 검사가 하는 다양한 직무를 총망라하고 있어 미국의 검사 역시 한국의 검사와 대동소이한 직무를 담당하고 있음을 알게 해 준다.

을 침해하였으므로 1983법에 의거하여 검사에 대하여 손해배상을 청구한다고 주장하였다.

원고가 주장하는 요점은 검사가 악의를 가지거나(with intent) 또는 주의의무를 게을리 한 (with negligence)결과 코스텔로로 하여금 위증하게 하였고, 경찰의 지문감정 결과를 은닉한 것은 위법하다는 것이다. 덧붙여 원고의 거짓말탐지 결과 원고가 진실하다는 반응이 나왔음을 알면서도 원고를 기소한 것은 위법하다고 주장하였다.

이러한 원고의 주장에 대하여, 대법원은 1983법이 “주범을 구실로 하여 다른 사람의 헌법상 권리를 빼앗는 모든 사람은 권리를 빼앗긴 사람에 대한 손해배상책임이 있다”라고 규정하고 있어 법문 상으로는 공무원의 면책을 전혀 인정하지 않고 있는 듯 보여 지고, 혹자는 위 법조문을 엄격하게 적용하여야 한다고 주장하나, 그러한 주장은 소수의 견해에 불과하다고 판시하면서 검사의 면책 여부에 대한 법리를 밝히기 시작하였다.

영국과 미국의 역사에서 근거가 있어서 잘 확립되어 있는 면책특권은 1983법에 의하여 폐기된 것이 아니며, 그러한 법리는 1967년 선고된 Pierson v. Ray 사건에서 판사는 1983법에도 불구하고 보통법상 누리고 있는 절대적 면책특권(absolute immunity)을 가지고 있다<sup>12)</sup>고 명백히 판시된 바 있다. 검사가 면책특권을 가지는지 여부에 대하여 대법원이 결정한 바 없으나, 하급 법원은 일관되게 적어도 검사가 그의 직무상 의무에 따라 행동하다가 국민에게 손해를 가하였을 경우 1983법에도 불구하고 절대적 면책특권을 가진다고 판시한 바 있으며, 이러한 검사의 면책특권은 준사법상의 면책특권(quasi-judicial immunity)의 형태로 정의되며 판사의 면책특권의 파생물로 여겨져 왔다. 이에 대하여 원고는 검사가 행정부 공

12) 판사가 악의를 가지거나 부패된 결과 잘못을 저지른 경우에도 면책특권은 적용된다. 그 이유는 악의적이거나 부패한 판사를 보호하기 위함이 아니고, 판사가 독립적으로 그리고 판결결과를 두려워하지 아니하고 소신껏 기능을 다하도록 자유를 보장하는 것이 공공의 이익에 부합하기 때문이라고 판시하였다.

무원이기 때문에 사법부가 누리는 면책특권을 향유할 수 없으며, 따라서 행정부 공무원인 경찰과 마찬가지로 선의와 합리적인 이유(good faith and probable cause)가 있는 경우에만 제한적 면책특권(qualified immunity)을 가질 뿐 이라고 주장하고 있다.

그러나 인디애나주 대법원은 1896년 Griffith v. Slinkard 판결에서 검사가 대배심이 원고를 기소하는 것을 거부하였음에도 불구하고 대배심의 기소장에 원고의 이름을 합리적인 이유도 없이 추가한 사안에 대하여 검사는 절대적인 면책을 누린다고 판시한 바 있고, 미연방 항소심 법원 역시 1926년 Yaselli v. Goff 사건에서 검사가 악의적으로 그리고 합리적인 이유도 없이 허위이고 오도된 증거를 제출함으로써 원고에 대한 대배심의 기소장을 받아낸 검사를 상대로 한 손해배상 사건을 심리하면서 원고가 무죄판결을 선고받았음에도 불구하고 검사는 악의적인 기소를 이유로 하는 사법상의 소송에서 면책특권을 가지고 있으며 이러한 면책은 절대적이며 공공정책의 원칙(principles of public policy)에 근거한 것이라고 판시 하였으며 이 법원(미연방대법원) 역시 항소심 법원의 견해를 지지한 바 있었다.

이처럼 검사의 면책특권에 대한 법리는 보통법상 잘 확립되어 있다. 우리 대법관들은 이러한 검사의 절대적 면책특권이 유지되어야 한다고 생각한다. 왜냐하면 검사가 오로지 제한적 면책특권을 가질 경우에는 1983법에 의하여 소송을 당하게 될 위험성으로 인하여 검사가 제대로 직무를 수행하기 어렵기 되기 때문이다. 검사는 누구를 재판에 회부하고 공소를 유지할 것인지에 대하여 최선의 판단을 할 의무가 있다. 만약 검사가 매 사건에 대한 결정을 함에 있어서 손해배상 청구소송을 당할 수 있다는 위험성 때문에 위축이 된다면 검사의 직무에 대한 일반 국민의 신뢰가 저해되게 된다. 그리고 피고인이 종종 기소되는데 대한 화풀이를 검사가 부적절하고 악의적으로 직무를 수행하였다는데 돌려 그 결과 손해배상 소송이 제기되는 것 또한 예상될 수 있다.

더욱이, 검사가 그에게 제기된 소송에 응소하기 위하여 법정에 출석하여야 한다면 검사의 정력과 주의가 소송에 빼앗기게 되어 형사사범을 집행하여야 하는 긴급한 직무수행이 저해되게 될 것이다. 그리고 형사사범의 성질상 정직한 검사라 할지라도 제한적 면책이 되는 기준을 맞추는 것이 행정부 공무원의 경우 보다 훨씬 어렵다고 보아야 하겠다.

그리고 판사가 절대면책이 되더라도 악의적으로 국민의 헌법상의 권리를 침해하였을 경우 형사적으로 처벌 받을 수 있는 것 같이 검사도 잘못을 저지르면 형사적으로 처벌 받을 수 있고, 소속 기관에 의하여 징계를 당할 수도 있기 때문에 검사가 불법행위를 할 경우 민사적으로 손해배상 청구 책임을 부담하게 하는 방법만이 검사가 범죄혐의로 기소되는 피고인의 헌법상의 권리에 대하여 고려하게끔 할 수 있는 것은 아니라고 판시하였다.

이상과 같은 이유로 미연방대법원은 검사가 피고인을 기소하고 공소유지활동을 하는 직무행위는 형사소송에서 절대로 필요한 부분(integral part of judicial process)이므로 1983법에 의거한 손해배상 청구소송에서 면책된다고 판결하였다.

그런데 위 미연방대법원 판결에는 대법관 3명(White,<sup>13)</sup> Brennan,<sup>14)</sup> Marshall<sup>15)</sup>)의 소수의견이 있었다. 위 3명의 대법관들은 악의적인 기소를

13) White 대법관은 1962년부터 1993년까지 32년 동안 대법관으로 재직하였다. 그는 1966년의 *Miranda* 판결에서 진보주의적인 다수와 대법관들의 견해를 맹비난하여 보수주의적 의자로서의 면모를 확연히 보여준 바 있으나, 그 후 국민의 인권분야에 있어서는 진보주의자로 유명한 Brennan, Marshall 과 같은 입장을 취하게 되는 등 보수 진보 어느 쪽에도 치우치지 않는 중도적인 성향을 보이는 것으로 평가받고 있다.

14) Brennan 대법관은 1956년부터 1990년까지 35년 동안 대법관으로 재직하였다. 1964년 *Times* 사건에서 신문사가 악의를 가지고 공무원을 비난하는 기사를 작성한 경우에만 손해배상책임이 있다고 실시하는 등 시민의 자유 내지는 인권을 우선시 하는 견해를 유감없이 보여준 바 있었다. 그래서 그가 대법관에서 퇴임할 때 이제 자유의 황금시대가 끝났다는 평까지 나올 정도였다.

15) Marshall 대법관은 1967년부터 1991년까지 24년 동안 대법관으로 재직하였다. 그는 흑인 인권변호사로서 1954년 *Brown* 사건에서 원고 변호사가 되어 대법원이 미국 공립학교에서는 인종차별이 있어서는 안된다는 판결을 선고하게 하는 등 인권변호사로서 많은 성공을 거두게 된다. 그 결과 1967년 Johnson 대통령에 의하여 흑인 출신으로는 최

이유로 하는 손해배상 청구소송이 허용된다면 검사는 가급적 기소하는 것을 꺼리게 될 것이고 그러한 가능성은 권력자가 기소대상자일 경우 더 커지게 되어 사법절차가 제대로 운영되지 않을 위험성이 있게 된다면서, 다수의견과 같이 검사의 기소결정이 악의적이고 합리적인 이유가 없음을 내세우는 손해배상 청구소송에서 검사는 절대적인 면책을 가진다고 판시하였다.

그렇지만 검사가 무죄를 입증할 수 있는 증거를 대배심이나 법정에서 제출하지 아니한 경우에는 예외적으로 면책특권을 가지지 아니한다고 밝혔다. 형사소송에서 객관적인 진실을 밝혀야 하는 것이 중요하기 때문에 소송에 관여하는 사람들은 자신이 알고 있는 모든 적절한 증거를 전부 제출하도록 촉구되어야 하는데, 검사가 증거를 은닉하거나 제출하지 아니한다는 것을 이유로 한 손해배상 청구소송에서 면책특권을 가진다면 검사는 증거를 제출하려 하지 않으려고 할 것이기 때문에 증거를 제출하지 아니하는 위헌적인 행동에 대하여는 면책특권을 인정하지 않아야 증거제출을 가능하게 하여 소송의 목적을 이룰 수 있다고 하면서, 무죄를 입증할 수 있는 증거를 검사가 가지고 있는 경우에는 예외적으로 그 증거를 제출하여야 할 헌법상의 의무가 검사에게 있다고 실시하였다.<sup>16)</sup>

하지만 본 사건에서 검사가 지문감정 및 목격자 지목(line up)결과를 제출하지 아니하였지만 이는 검사가 그러한 사실을 알지 못하였었고, 검사가 거짓말검사결과를 알면서 제출하지 아니하였지만 그 결과는 꼭 제출할 필요가 있는 것이 아니어서 헌법상으로 제출하여야 할 의무가 없는 것이고, 원고가 증인의 배경에 대한 정보가 은닉되었다고 주장하지만 그와 같은 정보가 피고인에게 상당부분 알려졌기 때문에 은닉된 것이라고 볼 수 없

초로 대법관으로 임명되게 되었다. 그 후 흑인 및 약자의 인권을 보호하는데 앞장서서 대법관으로 활동하게 된다.

16) 1972년경 미연방 항소심법원은 Hilliard v. Williams 사건에서 무죄를 입증할 수 있는 증거를 은닉하는 행위는 형사소송의 본질적 부분을 구성하는 의무를 이행하지 않는 행위로 절대적 면책대상에 해당되지 않는다고 판결한 바 있었고, 미연방대법원 역시 위 사건의 상고를 허락하지 아니한 바 있었다.

으므로 결국 검사가 증거를 은닉하였다고 볼 수 없어 손해배상책임을 지지 않는다고 결론 내렸다.

위와 같이 검사의 기소 및 공소유지에 관하여는 절대적 면책을 인정하지만 무죄를 입증할 수 있는 증거를 제출하지 아니한 행위에 대하여는 면책을 인정할 수 없다는 3명의 대법관의 의견<sup>17)</sup>은 우리나라 대법원 2002. 2.22. 선고 2001다23447판결과 일맥상통하는 것이라는 점에서 매우 흥미롭다 하겠다.

## 2. Burns v. Reed 판결 (1991년)

검사가 형사소송절차에 있어서 국가측변호사의 역할을 하여 기소하거나 공소유지활동을 함으로써 제기된 손해배상 청구소송에서는 절대적 면책특권을 가지나, 수사지휘자의 역할을 함으로써 야기된 손해에 대하여는 절대적 면책특권을 가지지 못한다고 판시한 미연방대법원 판결이 1991년 선고된 Burns v. Reed 판결이다.

인디애나주의 경찰은 어떤 피살사건을 수사하던 중 원고인 번즈가 다중인격자로서 그녀의 아들들이 잠들어 있는 사이에 아들들에게 총을 쏘았다고 의심하기에 이르러 피고인 리드검사에게 원고에 대하여 최면을 걸어 진술을 들어보아도 되겠느냐고 유권해석을 부탁하였고, 이에 대하여 리드검사는 최면도 가능하다고 답하여 경찰이 원고에게 최면을 걸어 그녀가 총을 쏘았다고 자백하는 것을 듣게 되었으며, 이러한 자백이 그녀를 체포

---

17) 1980년 미연방하급심법원의 Wilkinson v. Ellis(E.D.Pa)사건에서의 재판부는 위 3명의 대법관과 같은 사고방식을 가지고 있었는지, 검사가 범죄에 개입하였음을 시인하는 자를 신문한 과정을 기록한 테이프를 파기한 사실을 들어 손해배상을 청구한 사건을 다루면서, 검사가 그와 같은 행위는 준사법적행위로 절대적 면책이 된다고 주장하였음에도 이를 받아들이지 아니하고 검사의 행위는 준사법적행위로서의 일반적인 특성을 가지고 있지 않다고 판결한 바 있었다. 그러나 대법원까지 사건이 올라가지 아니하여 위 하급심판결이 판례법이 되었다고 평가하기는 어렵다고 생각한다.

할 합리적인 이유가 있는 경우에 해당하느냐고 검사에게 의견을 구한 다음 검사의 지시에 따라 그녀를 체포하였다. 그 후 검사는 법관이 체포영장 발부 심리(probable cause hearing on a search warrant)를 함에 있어서 그녀가 자백한 사실에 대하여서만 밝혔을 뿐 그 자백이 최면에 의한 것이라는 점을 은폐하였고, 나중에 재판과정에서 최면에 의한 자백임이 드러나 공소가 취소되었다. 이에 원고는 연방헌법상의 권리를 침해당하였음을 이유로 검사를 상대로 손해배상과 징벌적인 의미의 배상을 청구하게 되었다.

미 연방대법원은 리드검사가 한 직무를 국가측변호사(advocate for the State)로서의 직무와 행정부 공무원 내지는 수사지휘관(administrator or investigative officer)으로서의 직무로 이분하면서, 검사가 체포영장발부심리에 관여함으로써 야기한 손해에 대하여는 절대적 면책특권을 가지나, 경찰을 수사지휘함으로써 야기한 손해에 대하여는 그렇지 않다고 판단하였다.

첫째로, 체포영장 발부가 사법행위라는 것은 의심할 여지가 없으며, 체포영장 발부심리에 관여하는 것은 형사소송 절차와 긴밀하게 관련되어 있고(intimately associated with the judicial phase of the criminal process), 그러한 것은 기소와 공소유지와도 관계되어 있으며 형사소송 절차를 보호하기 위하여 절대적 면책특권이 있어야 한다고 판시하였다.

둘째로, 범죄사건을 수사하는 단계에서 경찰을 지휘하는 것은 형사소송 절차와 긴밀하게 관련되어 있는 것이 아니므로 절대적 면책특권을 가질 수 없다고 판시하였다.

Imbler 판결이 선고되던 당시에 비하여 공무원에게 제한적인 면책특권을 부여하더라도 공무원을 보호하는데 지장이 없으며, 수사지휘에 대하여 절대적 면책특권을 부여하지 않게 되면 검사가 수사지휘를 주저하는 등 재고하도록 하게 되겠지만, 수사지휘를 받아 그에 따른 경찰이 제한적 면책특권을 가지는데 반하여 수사지휘를 한 검사가 절대적 면책특권을 가진다는 것은 불합리하다. 검사와 경찰의 면책특권을 달리 해석하게 된다면,

일반적으로 법학박사 학위가 없는 경찰관은 그 자신이 면책되기 위하여 법을 명확하게 잘 알고 있도록 요구됨에 반하여, 검사는 법을 잘 몰라도 상관없게 된다는 것을 의미하게 된다고 판시하였다.

위 판결에서 3명의 대법관은 (Scalia,<sup>18)</sup> Blackmun,<sup>19)</sup> Marshall)은 소수 반대 의견을 제시한 바 있다. 3명의 대법관들은 1871년 1983법이 제정된 무렵 보통법에 의하면 절대적 면책특권이 존재하지 않았으며, 그 당시 존재하지 않던 면책특권을 공공정책상 주어지는 것이 합당하다는 이유로 새로운 면책특권을 주는 권한이 대법원에 있지 않다고 하면서, 그 당시 검사라는 제도가 확립되어 있어서 검사에게 면책특권이 주어질 수 있는 상황이었다고 가정하더라도 검사의 직무는 준사법적인 것이어서 준사법적인 면책특권이 부여될 뿐이고 그와 같은 준사법적인 면책특권이라 하더라도 약의가 입증되면 더 이상 적용되지 않는다고 설시하였다.

### 3. Buckley v. Fitzsimmons 판결(1993년)

위 Burns v. Reed 판결은 검사가 체포영장발부심리에 관여하는 것은 국가측변호사로서의 직무로 절대적 면책이 된다고 밝힌 바 있었다. 그런데 검사가 피의자를 체포하는 과정에 관여하다 보면 자연스럽게 수사과정에도 일정부분 관여하게 되는데, 수사과정에서 행한 직무도 국가측변호사로서의 직무로 인정되어 절대적 면책이 되느냐 하는 점이 쟁점이 된 사건이 나타나게 되었다. 그 사건이 바로 Buckley v. Fitzsimmons 사건인데, 이 사건에서는 위와 같은 쟁점 말고도 검사가 수사 및 기소와 관련된 기자회견을

18) Scalia 대법관은 1986년부터 현재까지 대법관으로 일하고 있다. 그는 보수주의자로 유명하며, 헌법은 엄격하고 좁게 해석되어야 한다는 견해를 견지하고 있다.

19) Blackmun 대법관은 1970년부터 1994년까지 25년 동안 대법관으로 재직하였다. 그는 시민의 자유 그 중에서도 동성연애자의 인권을 보호 하려고 노력한 인물로 널리 알려져 있다. 특히 1973년 Roe v. Wade 사건에서 임신한 부녀자가 낙태를 선택할 수 있는 자유가 있다고 선고한 판결문을 작성한 대법관으로 유명하다.

하는 행위에 대하여 절대적 면책이 되느냐 하는 점<sup>20)</sup>도 쟁점으로 부각된 바 있었다.

일리노이주의 두페이지카운티의 주검사인 피츠시몬스는 11세 소녀인 피해자 니카리코를 강간하고 살해한 용의자로 원고인 버클리를 지목하고 수사하고 있었다. 피해자의 집 문에는 범인이 발로 걷어찰 때 생긴 발자국이 있었는데 그 지역의 각종 과학수사연구소는 그 발자국이 원고의 발자국이라는 감정을 하지 못하고 있었다. 그렇지만 신뢰할 수 없는 감정을 기꺼이 잘 한다고 의심받아오던 루이스로번스라는 인류학자가 그 발자국이 원고의 것이라는 감정을 한 바 있었지만 피고인 피츠시몬스 검사는 니카리오양 살인사건의 범인을 기소할 충분한 증거가 없다는 사실을 발표하게 되기에 이르렀다. 그러나 피고는 자신에 대한 검사 선출 선거일이 되기 12일 전에 더 이상의 수사의 진전이 없음에도 범인인 원고를 체포하고 기소하였다고 기자회견을 하였다. 그 후 10개월이 지나 공판이 개시되었으며 판사는 로빈스의 감정만으로는 유죄판결을 선고하지 못하여 재판이 공전된 채, 원고는 2년간 더 구금되어 있었는데 그 사이에 진범이 체포되었으며 결국 로빈스가 사망한 후 공소취소 되었다.

미연방대법원은 이 판결에서, 예전의 Burns 판결이 검사가 경찰을 수사 지휘하는 행위에 대하여는 절대적 면책특권이 미치지 않는다고 밝힌 바 있었는데 그에 반하여 검사가 피의자를 체포하는 것을 결정할 목적으로 그 자신이 수사를 직접 행하는 것에 대하여 절대적 면책특권을 부여하는 것은 이례적인 것이라고 위 Burns 판결<sup>21)</sup>을 비판하였다. 그리고 경찰관이 수사를 행하는 경우에는 제한적 면책특권이 부여될 뿐이므로 똑 같은 임

20) 미연방항소법원은 위 대법원판결이 있기 전인 1980년 *Marrero v. City of Hialeah*(2d Cir) 사건 및 1984년 *Powers v. Coe*(5th Cir) 사건에서 검사의 기자회견은 상대적 면책행위라고 판시한 바 있었다.

21) 위 Burns 판결은 “Almost any action by a prosecutor, including his or her direct participation in purely investigative activity, could be said to be in some way related to the ultimate decision whether to prosecute”이라고 실시한 바 있었다.

무를 행하는 검사에게도 동일하게 제한적 면책특권만이 부여되어야 한다고 하면서, 피고가 발자국 감정을 행하던 직무는 그 성질상 전적으로 수사 활동이지 공소제기나 공소유지를 위한 국가측변호사로서의 준비행위라 할 수 없다고 하였다. 그러면서도 검사는 피의자를 체포할 만한 합리적인 이유를 확보하기 전에는 검사 자신을 국가측변호사라고 생각하여서는 아니 된다고 부연 설명하였다.

한편 미연방대법원은 두 번째 쟁점에 대하여 판시하였는데, 검사가 형사소송과정에서 법정진술을 할 경우에는 명예훼손 손해배상책임과 관계되어 절대적 면책특권을 기지지만 법정 밖에서 행하여진 대부분의 진술에 대하여는 오로지 신의성실의 원칙에 따라 책임을 면할 뿐(only good faith immunity)이라고 판시하였다. 기자회견은 공소제기 또는 공소유지를 위한 준비활동과 관계가 없는 것으로 기자회견을 하는 검사의 법적지위는 언론을 상대하는 행정부 공무원의 법적지위와 다를 바 없다고 설명하였다.

위 판결에도 4명의 대법관들(Kennedy<sup>22)</sup>, Rehnquist<sup>23)</sup>, White, Souter<sup>24)</sup>)이 반대의견을 낸 바 있었다. 위 4명의 대법관들은 기자회견에 대하여는 절대적 면책특권이 없다는 점에 대하여는 동의하면서, 원고가 피고는 발자국 감정을 조작한 데 대한 손해배상책임을 져야한다고 주장하는데 대하여 검사에게 절대적 면책특권을 부여할 수 없다고 한 다수의견에 동의할 수 없다고 하였다. 검사가 기소할 것인지 아니 할 것인지를 결정하기

22) Kennedy 대법관은 1988년부터 현재까지 대법관으로 일하고 있다. 그는 상원에서 보수와 진보적인 시각이 균형 잡혀 있는 인물로 평가받아 임명동의를 받을 수 있었다.

23) Rehnquist 대법관은 1972년부터 대법관으로 1985년부터 현재까지 대법원장으로 재직하고 있다. 그는 철저한 보수주의자로 유명하며, 혼자서라도 소수의견을 나타내는 것을 주저하지 않아 외로운 특공대원이라는 별명까지 얻을 정도로 자기 소신을 따르는 대법관으로도 유명하다. 그는 Warren Burger 대법원장이 이끄는 대법원의 대법관으로 있으면서 Warren 의 대법원이 너무나 지나치게 사법적극주의적인 입장을 가지고 있는 것을 비판하였는데, 1985년 대법원장에 임명되면서 대법원이 국가의 이익을 우선시 하는 노력을 하는 등 보수주의적인 색채를 가지는데 기여하였다.

24) Souter 대법관은 1990년 대법관으로 임명되기 전에 10년 정도 검사로 일한 적이 있었다. 아주 보수주의적인 인물로 평가받고 있다.

위하여는 증거가치를 평가하는 작업이 선행되어야 하며, 검사가 증인이 결정적인 증인이란 그 증인이 법정에서 서기 전에 그리고 피의자를 기소하기 전에 그 증인을 조사하여야만 하며, 그러한 검사의 직무를 공소유지를 위한 준비활동이라고 보는 것이 더 정확하며 증인의 증언을 확보하고 검토하며 평가하는 일은 국가측변호사로서의 전형적인 직무이고, 공판 전 그리고 심지어는 기소 전의 증인 조사라고 할지라도 그것은 형사소송절차와 밀접히 관계된 것이라고 반박하였다.

또한 검사가 이러한 직무를 수행하는데 절대적 면책특권을 부여하지 않는다면 *Imbler* 사건에서 대법원이 필요하다고 해서 보호해 주었던 법익을 해치게 되고, 공판준비 활동을 저해하게 되며, 심지어는 혐의가 없는 피의자가 기소되지만 않는지 여부를 신중하게 하기 위하여 기소여부의 결정을 뒤로 미루어야 할 사건에서 마저 장차 검사가 손해배상 청구소송을 당할 경우를 대비하여 절대적 면책특권을 얻을 마음에 가능하면 빨리 피의자를 기소하도록 유도하는 역효과를 가지고 올지도 모른다고 우려하였다.

#### 4. *Kalina v. Fletcher* 판결(1997년)

검사가 체포영장을 청구하는 직무에 대하여 절대적 면책특권을 가지는지 여부와 검사가 체포영장을 청구하면서 잘못된 선서진술서를 제출하는 행위에 대하여도 절대적 면책특권을 가지는지 여부에 대하여 다른 미연방 대법원 판결이 *Kalina v. Fletcher* 사건이다.

상고인 칼리나 검사는 워싱턴주의 킹카운티 검사보로 근무하면서 피상고인 플레처를 학교의 컴퓨터장비를 절도한 혐의로 기소하면서 그에 대한 체포영장을 청구하였다. 그런데 워싱턴주 형사소송규칙은 체포영장을 발부하려면 선서진술서(*affidavit*) 또는 선서증언(*sworn testimony*)이 필요하도록 규정하고 있었다.<sup>25)</sup> 칼리나 검사는 체포영장 당시 두 가지의 문서를

제출하였는데 하나는 약식기소장(information)이고 또 다른 하나는 체포영장청구서(a motion for an arrest)로 선서진술서 등이 없었기 때문에 부득이 검사 자신이 거짓이 있으면 위증의 벌을 받기로 선서하고 작성한 “합리적인 이유 결정을 위한 보증서(certification for determination of probable cause)”를 동시에 제출하였다.

그 보증서에는 두 가지 허위사실이 기재되어 있었는데, 하나는 플레처의 지문이 학교의 유리칸막이 벽에 발견되었는데 그는 학교와 아무런 관계가 없으며 학교에 출입하거나 학교소유 물건을 가지고 갈 권한이 없다고 기재한 점이고, 둘째는 전자가계의 종업원이 몽타주 사진을 보고 도난된 컴퓨터의 시가를 감정해 달라고 요구한 범인이 바로 플레처라고 확인해 주었다고 기재한 점이었다. 실제로는 플레처가 학교 유리칸막이 벽을 설치한 사람으로 학교를 출입할 권한이 있었으며, 전자가계의 종업원이 그와 같은 확인을 한 사실이 없었다. 체포영장이 발부된 한 달 후 검사는 자신의 잘못을 깨닫고 공소를 취소하였다. 이에 플레처는 검사에 의하여 합리적인 이유가 없이 체포를 당하지 아니할 헌법상의 권리가 침해되었다는 것을 근거로 검사를 상대로 손해배상 청구소송을 하였다.

미연방대법원은, Burns 판결에 의하여 검사가 체포영장을 청구하여 발부받기 위하여 법정에서 출석하는 행위와 심리과정에서 증거를 제출하는 행위는 절대적 면책대상이 된다고 선언된 바 있으며, Imbler 판결의 취지를 살펴보면 검사가 영장청구를 하는 것은 공소제기 준비와 관계되어 있으며 영장청구시 첨부한 세 가지 문서 중 두 가지 문서 즉 약식기소장과 영장청구서를 제출한 행위는 절대적 면책대상이 됨이 명백하다고 판시하였다.

그러나 검사가 영장청구를 함에 있어서 보증서를 제출하는 것은 연방법 또는 주법 그 어디에도 필수적인 것이라고 규정하고 있지 않으며 그와 같이 보증서를 제출하는 관행이 킹카운티에만 행하여지고 있을 뿐 미국 어

25) Washington Criminal Rule 2.2(a).

디에서도 행하여지고 있지 않으며 킹카운티 법에도 규정되어 있지 않다고 하면서, 미국의 전통과 윤리의식은 일반적으로 변호사가 같은 소송에서 당사자로서의 역할과 증인으로서의 역할 모두를 담당함으로써 야기되는 위험을 피하여야 한다고 가르치고 있다<sup>26)</sup>고 훈시하였다. 검사가 사실관계에 대하여 증언하는 것은 증인으로서 해야 할 직무이지 국가측변호사로서 해야 할 직무가 아니므로 절대적 면책대상이 아니라고 판시하였다. 그리고 비록 본 대법원 판결이 선고되게 되면 킹카운티 검사들이 보증서를 제출하는 관례를 폐기할지도 모르나 그러한 관례가 폐기된다고 하여 사법정의의 실현이 방해받는다고 할 수 없다고 밝혔다.

위 판결 역시 2명의 대법관들(Scalia, Thomas<sup>27)</sup>)의 소수의견이 있었다. 2명의 대법관들은 검사들이 본 판결문을 읽어 본다면, 검사가 피의자를 기소한 다음 영장을 청구하는 행위는 절대적 면책대상이 되며 영장 청구시 증언을 서는 행위는 오로지 제한적 면책대상이 될 뿐이라고 결론을 내리게 될 것이다. 그러나 이러한 법리는 1983법을 제정할 1871년 당시 존재하였던 보통법과 완전히 반대되는 결론이므로 찬성할 수 없다. 보통법 당시에는 공무원이 실질적인 판결 선고를 포함하지 않는 재량적인 정책결정을 할 경우에는 준사법적 면책특권에 의하여 보호될 뿐이며, 그러한 면책특권 또한 악의적인 결정이라는 점이 드러나면 향유할 수 없으며, 따라서 준사법적 특권을 현재 용어상의 절대적 면책특권 보다는 제한적 면책특권에 더 가깝게 해석하여야 한다고 설명하였다. 그 당시 현재 검사에게 위임된 임무와 같이 공소를 제기하고 공소를 유지하던 시민에 대하여는 그가 악

26) Washington Rule of Professional Conduct 3.7.

ABA Model Rules of Professional Conduct 3.7.

27) Thomas 대법관은 1991년 흑인인 Marshall 대법관이 퇴임하게 됨에 따라 대법관에 임명된 흑인출신 대법관이다. 흑인이지만 강한 보수주의적인 시각을 가지고 있어 진보주의적인 흑인출신을 꺼린 Bush 대통령에 의하여 임명되었다. 이에 많은 흑인·시민단체·여성단체 등이 대법관임명을 강하게 반대하는 운동을 하였고, 심지어는 Anita Hill이라는 여성으로부터 성희롱을 당한 사실로 공격을 당하기까지 하였으나, 운 좋게 상원의 동의를 받을 수 있었다.

의적으로 그리고 합리적인 이유가 없이 행동하였을 경우에 불법행위 책임 소송을 당할 수 있었다는 것을 근거로 들었다.

또한 보통법 당시에는 형사소송과정에서 행하여진 진술에 대하여는 절대적 면책이 되는 것으로 인식되어지고 있었으며, 설사 그 진술이 악의적으로 허위 진술된 것이라고 하더라도 절대적 면책특권이 부정될 수 없었지만 그러한 특권은 오로지 명예훼손 및 모욕을 이유로 한 불법행위 소송에만 인정될 뿐이었다. 그러므로 보통법상으로는 칼리나 검사에게 현재의 제한적 면책특권과 유사한 특권이 부여될 뿐이며, 따라서 플레처가 검사에게 악의적인 사유가 있었거나 합리적인 이유가 없었음을 입증하게 되면 검사는 불법행위 책임을 져야 한다고 판시하였다. 끝으로 2명의 대법관은 현재 보통법과 달리 검사에게 절대적 면책특권을 주게 된 근본적인 이유가 1976년의 Imbler 판결 때문이라고 비난하면서도 현재 널리 퍼진 법이론을 배척하지는 않겠다고 하였다.

### III. 우리나라 판례

#### 1. 대법원 1993.8.13. 선고 93다20924 판결

검사가 피의자를 구속하고 기소하는 직무를 수행함에 있어서 공무원으로서의 성실의무를 위반하는 불법행위를 하였고 그로 인하여 피해를 입게 된 피해자로부터 손해배상 청구소송을 당하였을 경우 배상책임이 있느냐 하는 쟁점에 대하여 최초로 판결한 대법원 판결이 1993.9.13. 선고된 93다20924 판결이다.

이 사건 소송을 제기한 원고는 택시를 운전하다가 시내버스와 충돌하는

교통사고를 내게 되는데, 검사는 원고가 안전지대를 침범한 과실이 있음을 근거로 구속한 다음 기소하였으나 항소심에 이르러 원고가 안전지대를 침범한 사실을 인정할 증거가 부족하다는 이유로 공소기각의 판결이 선고되었다. 이에 원고는 수사기관인 사법경찰관이나 검사가 수사상의 과오로 원고를 부당하게 구속 기소함으로써 변호인 선임비용을 지출하게 되는 손해를 입고, 정신상의 고통도 받게 되는 등 각종 손해를 입게 되었으므로 그 손해를 배상하라고 소송을 제기하였다.

이에 대법원은 수사기관인 사법경찰관이나 검사가 특정의 범죄사실에 관하여 당해 피의자에게 범죄혐의가 있고 유죄의 판결을 받을 가능성이 있는 경우에는 소정의 절차에 의하여 당해 피의자의 구속을 품신하거나 구속하여 공소를 제기할 수 있으므로, 객관적으로 보아 사법경찰관이나 검사가 당해 피의자에 대하여 유죄의 판결을 받을 가능성이 있다는 혐의를 가지게 된 데에 상당한 이유가 있는 때에는 후일 재판과정을 통하여 그 범죄사실의 존재를 증명함에 족한 증거가 없다는 이유로 그에 관하여 무죄의 판결이 확정되더라도, 수사기관의 판단이 경험칙이나 논리칙에 비추어 도저히 그 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이른 경우에만 귀책사유가 있다고 판시함으로써 검사의 직무상 행위가 귀책사유가 있는 불법행위라면 피해자에게 손해배상책임을 져야 한다고 밝히고 있다.

그러면서 구체적으로 검사의 판단이 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이르는지 여부를 심사하였는데, 그 당시 사고당사자와 목격자의 진술이 확보되어 있었고 사고현장에서의 스키드마크 사고차량의 충격부위와 파손상태 등이 조사되어 있었던 수사결과상 원고가 안전지대를 침범하였다고 의심할 만한 합리적인 이유가 있었던 것으로 보여지므로 검사가 원고를 구속하여 기소한 점에 대하여 그 부당성을 인정하기 어렵고 따라서 검사의 직무상의 불법행위가 없었다고 판단하여 원고의 청구를 기각한 원심을 지지하였다.

## 2. 서울지방법원 1997.7.4. 선고 96가합74750 판결

우리나라에서 최초로 검사의 직무상 행위가 불법행위에 해당한다고 판단하여 검사가 피해자인 국민에게 손해를 배상할 책임이 있다고 판결함으로써 법조계에 큰 충격을 주었던 판결이 서울지방법원 1977.7.4. 선고 96가합7450 판결이다.

위 사건에서 원고들은 검사가 믿기 어려운 고소인의 주장 외에 유죄판결을 받을만한 아무런 증거가 없음에도 원고들을 구속하고 기소한 것은 불법행위에 해당한다고 주장하였다. 이에 제1심 법원은 검사가 피의자를 구속 또는 공소 제기할 당시에 있어서 당연히 예상할 수 있는 증거의 수집을 해태하거나 수집된 증거에 관한 평가를 잘못하여 그 증거 상 구속사유에 해당하거나 유죄판결을 기대할 수 있는 합리적인 이유가 없음에도 피의자를 구속하고 공소를 제기한 경우에는 검사에게 귀책사유가 있다고 할 것이고 이는 불법행위를 구성한다고 판시하면서 검사의 구속 및 공소 제기가 합리적인 이유가 있는지 여부에 대하여 판단하였다.

고소인이 원고 잡은 매도인이 시키는 대로 원고 잡 자신도 고소인과 공동으로 매수할 것처럼 바람을 잡아 고소인으로 하여금 토지를 매수하도록 사기범행을 하였다는 고소사실에 대하여, 원고 잡이 매도인에게 대금을 지급한 사실이 있음을 확인하였음에도 불구하고 추측에 불과한 고소인의 진술을 근거로 원고잡을 구속한 것은 구속당시 범죄혐의를 인정할 만한 합리적인 이유를 결한 것이라고 위 법원은 판시하였다.

또한 고소인이 원고들은 토지대금 영수증도 써주며 토지대금을 편취하였다고 고소한 또 다른 고소사실에 대하여, 원고 을이 이를 부인하고 공범도 자신이 영수증을 써 주었으며 원고 을은 단지 등기명의인에 불과하다고 진술한 사안이라면, 고소인의 주장을 그대로 믿을 수 없을 뿐만 아니라 영수증의 필적 감정을 하였다면 원고 을과 고소인중 누구의 말이 옳은지

를 알 수 있음에도 고소인의 진술만을 믿고 원고 을을 구속한 것은 합리적인 이유를 결하였다고 판시하였다.

그리고 구속 후 수사에서도 고소인의 진술 외의 다른 증거가 발견되지 않았음에도 불구하고 원고들을 공소 제기한 것 역시 합리적인 이유를 결하였다고 하였으며, 특히 원고 을의 변호사가 고소인이 원고 을에게 금 5,000 만원을 지급하였다는 고소인의 주장을 거짓이라고 검사에게 주장하면서 매도인의 예금계좌에 원고 을의 수표가 입금된 바 있으므로 그 계좌를 추적하면 그 무렵 고소인이 지급한 돈이 매도인에게 입금된 사실을 확인할 수 있다고 계좌추적을 강력하게 촉구하였음에도 검사가 계좌추적을 하지 아니한 상태에서(나중에 법원에서 계좌추적을 한 결과 원고 을 변호사의 주장이 사실로 드러났음) 공소 제기한 것은 합리적인 이유가 없다고 판시하였다.

어쨌든 제1심 법원은 고소인과 피의자측의 주장이 첨예하게 대립되어 있는 경우에는, 검사는 어느 일방에 치우치지 아니하고 가능한 한 예상가능한 모든 증거를 면밀하게 수집하는 한편 수집된 증거가 모순되는 경우 그 증거들의 전후 일관성 및 추측성 여부 등에 관하여 세밀하게 조사한 후 그 중 합리성이 있는 증거에 의하여 사실 판단을 함으로써 사안의 객관적인 진실을 밝힐 의무가 있는 것인데, 검사가 위와 같은 주의의무를 해태하고 단지 전후 일관성이 없고 다분히 추측으로 이루어진 고소인의 진술 등만을 그대로 믿은 나머지 피의자에 대하여 구속사유에 해당하거나 유죄의 판결을 받을 만한 가능성이 있는 혐의가 있다고 오인하고 피의자를 구속기소하는 것은 불법행위에 해당한다고 판시하였다.

그러나 제1심 법원의 판결은 항소심 법원에 대하여 파기되게 된다. 항소심 법원은 검사가 구속 또는 기소를 함에 있어서 법률이 허용하지 아니하는 불법적인 방법에 의한 수사를 하였다는 등의 사정이 없는 이상, 혐의 사실에 부합하는 증거자료와 이에 반하는 증거자료를 수집한 후 각 증거자료의 신빙성 여부를 검토하여 충분한 범죄혐의가 있다고 판단하였다면

구속 또는 기소의 처분이 위법하다고 할 수는 없으나, 구속 또는 기소처분의 과정에서 검사의 판단이 경험칙이나 논리법칙에 비추어 도저히 그 합리성을 수긍할 수 없는 정도에 이를 경우에는 위법하다고 평가된다며 제1심 법원과 같은 법리를 밝히고 있었다.

그러나 항소심 법원은 제1심 법원과는 달리, 토지의 매매대금 액수와 수수경위가 분명하지 아니하고 원고 을이 매매계약체결 장소에 나타나 고소인과 인사를 나눈 점 등 여러 상황이 있는 이 사건에서 검사가 고소인의 진술을 믿고 원고들을 구속하고 기소한 처분이 경험칙과 논리법칙에 비추어 도저히 그 합리성을 수긍할 수 없는 정도에 이르렀다고 단정할 수 없다고 판단하여 제1심 법원의 판결을 파기하였다.

제1심 법원은 합리성 유무를 엄격하게 판단한 반면에 항소심 법원은 합리성 유무의 판단은 다소 너그럽게 판단하여 결과적으로 검사의 증거가치 판단을 존중해 주어야 한다는 태도를 나타냄으로써 검사의 구속 및 기소에 대하여는 책임을 추궁하지 않는 것이 상당하다는 의식을 가지고 있었던 것으로 사료된다.<sup>28)</sup>

### 3. 대법원 2001.11.30. 선고 2000다68474 판결

검사가 공소제기 전 수사결과를 발표하는 행위가 어떠한 경우에 불법행위에 해당하는지를 판시하고 실제 검사의 수사결과 발표 행위가 불법행위에 해당한다고 인정하며 손해배상 책임이 있다고 최초로 대법원에서 판결한 사건이 2001.11.30. 선고한 2000다68474 판결이다.

부산지방검찰청 강력부는 제보자로부터 그 자신이 마산지역 폭력배로부

28) 제1심 법원의 전효숙 부장판사(2003.8. 최초의 여성 헌법재판관으로 임명됨), 이재권, 신숙희 판사는 검사의 직무보호 보다는 국민의 인권보호를 우선시 하는 진보적인 성향을 가지고 있었고, 항소심 법원의 김상기 부장판사, 김희동, 신태길 판사는 검사의 직무를 우선적으로 보호해야 한다는 보수적인 성향을 가지고 있었던 것으로 사료된다.

터 도박자금을 갚으라는 협박을 받고 있다는 제보를 받고 제보자가 금품을 주기로 약속한 장소에 출동하여 공범 두 명과 함께 있던 원고를 현행범으로 체포하게 되었고, 원고에 대한 구속영장 청구가 준비되고 있다는 사실을 알게 된 법조출입 기자들 10여명이 담당검사를 찾아가자 담당검사가 사건내용을 설명하는 등 원고에 대한 피의사실을 공표하여 그 피의사실이 언론에 보도된 바 있었다. 이에 원고는 검사가 피의사실을 언론에 공표하는 불법행위를 함으로써 원고의 명예가 훼손되었다며 소송을 제기하였다.

대법원은 형법 제126조가 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판청구 전에 공표하는 행위를 범죄로 규정하고 있다고 하여 검사가 공판청구 전에 하는 피의사실 공표가 모두 불법행위에 해당하는 것은 아니라고 설명하였다. 왜냐하면 일반국민들은 사회에서 발생하는 제반범죄에 관하여 알 권리를 가지고 있고 수사기관이 피의사실에 관하여 발표를 하는 것은 국민들의 이러한 권리를 충족하기 위한 방법의 일환이므로 모든 피의사실 공표를 위법하다고 할 수 없다는 것이다.

그러나 수사기관의 피의사실 공표행위는 공권력에 의한 수사결과를 바탕으로 한 것으로 국민들에게 그 내용이 진실이라는 강한 신뢰를 부여함은 물론 그로 인하여 피의자나 피해자 나아가 그 주변 인물들에 대하여 치명적인 피해를 가할 수도 있다는 점을 고려할 때, 수사기관의 발표는 원칙적으로 일반국민들의 정당한 관심의 대상이 되는 사항에 관하여 객관적이고도 충분한 증거나 자료를 바탕으로 한 사실발표에 한정되어야 하고, 이를 발표함에 있어서도 정당한 목적 하에 수사결과를 발표할 수 있는 권한을 가진 자에 의하여 공식의 절차에 따라 행하여져야 하며, 무죄추정의 원칙에 반하여 유죄를 속단하게 할 우려가 있는 표현이나 추측 또는 예단을 불러일으킬 우려가 있는 표현을 피하는 등 그 내용이나 표현방법에 대하여도 유념하지 아니하면 아니 된다고 하였다.

대법원은 이러한 법리에 따라 검사가 이러한 조건을 지키면서 피의사실을 공표하였는지를 기록에 의하여 살펴보았는데, 원고는 체포된 후 대학교 선후배 사이인 공범의 부탁으로 운전만 한 것일 뿐 나머지 사실에 대하여는 일체 아는 바가 없다고 범행가담을 극력 부인하고 있었으며 또 다른 공범 역시 자신이 범행에 가담한 것을 인정하면서도 원고에 대하여는 자신이 부산지리를 몰라 원고의 차를 타고 온 것뿐이라고 원고의 범행가담을 부인하는 취지의 진술을 하고 있어 결국 범행을 인정할 직접증거로는 제보자의 진술밖에 없으며 제보자의 진술자체가 그 당시 신빙성이 없다는 이유로 무죄 판결이 선고 확정된 바 있다면, 검사는 원고가 대질신문까지 받으면서도 피의사실을 강력히 부인하고 있었으므로 공범에 대한 보강수사 등을 통하여 피해자 진술의 신빙성을 밝혀 보았어야 함에도 이러한 수사를 하지 아니한 당시에는 피의사실의 진실성을 담보할만한 객관적이고도 충분한 증거를 확보한 상태였다고 할 수 없고, 검사가 원고의 범행이 확정된 듯한 표현을 사용하였으며, 피의사실을 공표함에 있어 검찰청 내부 절차를 밟지 않았던 점 등을 고려할 때, 이 사건 피의사실 공표행위에 대한 위법성이 조각된다고 볼 수 없다고 판시하면서 원고의 청구를 인용하는 원심을 지지하였다.

#### 4. 대법원 2002.2.22. 선고 2001다23447 판결

검사가 공판에 관여하면서 한 직무행위도 일정한 경우에 불법행위에 해당할 수 있으며 실제로 있었던 검사의 공판관여행위가 불법행위에 해당한다는 이유로 원고의 손해배상 청구권을 인용한 우리나라 최초의 대법원 판결이 2002.2.22. 선고 2001다23447 판결이다.

위 판결 사건의 사안은 다음과 같다. 원고는 부녀자를 강도·강간한 혐의로 구속된 후 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 위반죄로 기소되었다. 그런데 그 사건에서 결정적인 물증이 하나 있었는데 그것은 피해

자가 범인의 정액이 묻은 것 같으며 제출한 팬티였다. 검사는 그 팬티에 묻은 정액이 원고의 것이 아니라는 취지의 정액유전자감정서를 가지고 있었으나 그 감정서를 법원에 제출하지 아니하여 제1심 법원은 원고에게 유죄판결(징역15년)을 선고하였다. 그 후 항소심 법원은 국립과학수사연구소에 대한 문서송부촉탁을 통하여 위 감정내용을 알게 되었고 결국 증거부족을 이유로 피고인에 대하여 무죄판결을 선고하였고<sup>29)</sup>, 대법원은 검사의 상고<sup>30)</sup>를 기각함으로써 무죄판결이 확정되었다.

원고는 검사가 형사재판에 있어서 심증형성에 필요한 모든 증거를 제출할 의무가 있음에도 그 의무를 위반한 채 피고인에게 유리한 증거를 은닉하고 제출하지 아니한 행위는 불법행위에 해당한다고 주장하였고, 하급심 법원과 대법원은 원고의 그러한 주장이 정당하다고 인용하였다.

항소심 법원은 “검사는 범죄의 수사를 통한 사회방어 뿐만이 아니라 공익의 대표자로서 피고인등의 정당한 이익을 옹호하여야 할 의무도 함께 지닌다고 보아야 할 것인바, 피고인에게 이익 되는 사실도 조사·제출하여야 하고 피고인의 이익을 위하여 상소와 비상상고도 하여야 할 객관의무<sup>31)</sup>가 있다 … 따라서 검사가 피고인이었던 원고에게 이익이 되는 유전

29) 항소심법원은 피해자가 피고인이 범인이라고 법정에서 증언하고 있으나 수사기관에서의 진술과 차이 나는 점이 상당 수 있고 팬티의 유전자감정결과에 비추어 그 증언을 신뢰할 수 없고, 다른 피해자들도 피고인으로부터 강간을 당하였다고 증언하나 그들의 증언 역시 신뢰하기 어렵다고 설시하였다.

30) 검사는 상고이유서에서 팬티의 정액이 꼭 피고인의 것이 아니라 하더라도 피고인이 사정하였는지가 불분명하다면 그 감정여부가 유무죄에 있어서 결정적인 역할을 하는 것이 아니며, 다른 피해자도 하나같이 피고인에게 당하였다고 증언하는 것을 배척함은 잘못이라고 주장하였다.

31) 검사의 객관의무란 독일 형사소송법의 산물로서 ‘검사가 진실발견을 위하여 당사자적 입장에서가 아니라 객관적 입장에서 행동하여야 할 의무’라고 정의되어 진다. 백형구 주석형사소송법(상) 109p. 우리나라 형사소송법 원리상 검사의 객관의무가 존재하는지에 대하여 학설이 일치하지 아니하는데, 법원은 검사의 객관의무가 존재한다고 판시하였다. 이에 대하여 우리나라 형사소송법은 독일과는 달리 기소법정주의 대신 기소편의주의를 공판단계에서는 직권주의 대신 당사자주의를 각 채택하고 있어 검사의 객관의무를 인정하기 어렵다는 반론이 있다. 이 반론은 1988.12.19. 이일규 대법원장이 전국 법원장회의에서 증거서류 분리제출 원칙을 천명하고 이에 따라 증거서류 특정 개별제

자 감정결과를 법원에 제출하지 아니하고 신빙성에 의문이 많은 피해자들의 진술 등에만 의지하여 원고를 범인으로 단정하고 구속 기소한 후 공소를 유지한 행위는 경험칙이나 논리칙에 비추어 보더라도 도저히 합리성을 인정받기 어려운 것으로 위법한 것이므로 피고는 원고에게 그 손해를 배상할 책임이 있다”라고 판시하였다.

대법원도 항소심 법원의 견해를 지지하면서 “공판과정에서 원고에게 결정적으로 유리한 증거를 입수하고도 이를 법원에 제출하지 아니하고 은폐한 행위는 도저히 그의 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이르러 위법할 뿐 아니라, 평균적인 검사의 주의력을 기준으로 한다고 하더라도 검사가 그와 같은 감정서를 법정에 제출하지 아니한 데에는 과실이 있다”라고 판시하였다.<sup>32)</sup>

## IV. 결 론

### 1. 판례의 의의

불문법 국가에서는 애시 당초 국회가 제정한 법이 없으니까 법원이 선고한 판결 즉 판례가 법으로 역할하게 되므로 판례는 법이라고 말할 수

---

출의무를 규정한 형사소송규칙 제132조의2가 신설됨으로써 검사는 완전히 당사자로서의 역할만 할뿐으로 검사에게 객관의무는 없다고 해석한다.

32) 대법원은 평균적인 주의의무를 가진 검사라면 검사에게 객관의무가 있음과 따라서 위 증거를 제출할 의무가 있음을 알고 있다는 것을 전제로 하였으나, 현재 검사의 객관의무가 존재하는지에 대하여 논란이 되고 있으므로 대법원 1973. 10. 10. 선고 92다2573 판결이 법령에 대한 해석이 복잡 미묘하여 워낙 어렵고 이에 대한 확실, 판례조차 귀일하지 못하여 의의(疑意)가 있는 경우에는 공무원이 그 나름대로 신중을 다하여 어느 한 설을 취한 경우 공무원의 과실이 있다고 볼 수 없다고 실시한 바 있으므로 본 사건의 검사가 객관의무 부인설을 채택하여 증거를 제출하지 아니한 행위를 불법행위라고 할 수 없다는 비판이 있다. 구상엽, 검사의 불법행위로 인한 국가배상책임. 82p.

있다. 그러면 성문법 국가에서도 판례가 법인가 하는 점이 궁금해진다. 국회가 제아무리 법을 세밀하게 제정하더라도 그 법이 모든 법률적인 쟁점까지 총망라하기 어렵기 때문에 판례는 미처 성문법이 규정하지 아니한 쟁점에 대한 법리를 판시하게 되고, 그 결과 대법원이 판시한 쟁점에 관한 법리가 사실상 전 법원을 귀속하여 판례법으로 정착되게 된다. 성문법 국가의 국회에서 제정한 법이 너무나 영성하여 법률적인 쟁점을 다루지 못하면 못하게 될수록 판례법이 형성될 가능성이 많게 된다고 하겠다.

## 2. 법제정시 고려되어야 할 사항

법이란 다양한 이해관계를 조정하고 규율하기 위하여 제정되는 것인 만큼 어느 한쪽의 이익에 귀를 많이 기울이게 되면 다른 한쪽의 이익이 소홀해지기 마련이다. 그렇게 되면 이익을 받는 측에 비하여 손해를 보게 되는 측의 자기보호본능적인 행태로 인하여 야기되는 부작용 등으로 그 법이 매끄럽게 운영되기가 어렵게 된다. 따라서 각종 이해집단이 만족하여 수긍할 수 있는 법을 제정하기 위하여서는 여러 가지 이익을 서로 비교 교량하여 가장 먼저 배려해야 할 법익이 어떤 것인지 그리고 상대적으로 덜 보호해주어도 될 만한 법익이 어떤 것인지를 고려해야만 한다.

## 3. 검사의 직무상 불법행위에서 고려되어야 할 법익

검사의 직무상 불법행위에 관한 법리를 제정하는데 있어서 고려해야 하는 법익은 크게 보아 두 가지이다. 하나는 당해 형사소송에 관계되는 관계자 특히 피의자 또는 피고인등의 헌법상의 인권보장이라는 법익이고, 또 하나는 국가를 위한 효율적인 검찰권 행사의 보장이라는 법익이다.

개인의 헌법상의 인권이 보장되어야 한다는 측면이 더 고려되어야 하는 것이 바람직하다면 검사의 직무상 불법행위 책임을 넓게 인정해야 할 것이고, 반대로 검사의 효율적인 검찰권 행사를 보장해야 한다는 측면이 더 고려되어야 마땅하다면 검사의 책임 또한 좁게 인정되어야 할 것이다.

그리고 검사의 직무행위의 태양이 매우 다양하므로 그 각 태양에 있어서 우선적으로 고려되어야 하는 보호법익이 동일하지만은 아닐 것이다. 예를 들면 검사의 수사활동 단계라면 효율적인 수사보다는 개인의 인권보장이 더 우선시 되어야 하겠지만, 검사가 공소제기 하거나 불기소 결정하는 단계라면 검사의 재량권 행사를 보장하여야 한다는 정책적인 고려가 더 중시되어야 할 것이다.

그런데 우리나라 대법원은 위와 같이 대립되는 두 가지 법익이 있음을 잘 알고 있으면서도 항상 개인의 인권이 더 보호되어야 한다는 사고방식을 가지고 판례법을 제정하여 온 반면에, 미국 대법원은 어떤 경우에는 검사가 국가측 변호사로서의 직무를 수행함에 있어서 그로 인한 민사소송을 제소당할 수 있는 위험성을 제거하여 주는 것이 바람직한 검찰권 행사를 위하여 필요하다는 다소 유연한 사고방식을 가지고 판례법을 제정하여 온 바 있다.

미국의 판례를 자세히 검토해 본 사람이라면 모두가 느끼는 바와 같이, 미국의 대법관들은 판례법을 제정함에 있어서 어떤 법익을 우선적으로 보호해 주어야 상당하나 하는 것을 먼저 생각하고 그렇게 생각하게 된 자신의 인생관 및 철학관이 어떠하다는 것을 분명히 밝히고 있다. 미국 대법관들의 이러한 태도는 다양한 계층의 이해관계를 조정해야 하는 법조인이 가져야 하는 태도라고 필자는 생각한다. 이러한 점에서 우리나라 대법관도 판결문을 작성함에 있어서 그 판결로 말미암아 새로운 판례법이 형성되며 많은 계층의 사람들의 이해득실이 충돌될 수 있다는 점을 고려하면서 자신

의 인생관을 모두 담아내는 판결문을 작성하여야 한다고 필자는 생각한다.

#### 4. 한미 판례법의 비교

우리나라 대법원 판례가 검사의 직무상 불법행위책임에 대하여 밝히고 있는 법리의 요점은 다음과 같다. 즉, (1)검사의 직무상의 행위가 경험칙이나 논리원칙에 비추어 도저히 그 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이른 경우에는 불법행위에 해당하고, (2)검사의 직무행위가 불법행위를 구성하게 되면 그 직무행위가 수사이던 공소제기이던 공소유지활동이던 상관없이 피해자에 대하여 손해배상 책임을 부담하여야 한다는 것이다.

이에 반하여 미국 판례법의 요점은 다음과 같다. 즉, (1)검사의 직무행위가 악의적으로 행하여졌거나 합리적 이유가 없이 이루어진 것이라면 불법행위에 해당하지만, (2)검사의 직무행위가 체포영장청구·공소제기·공소유지활동 또는 그 준비를 위한 행위라면 그 행위는 검사가 국가측 변호사로서 형사소송과 긴밀히 연관된 임무를 수행하는 것으로 절대적 면책행위가 되어 손해배상책임을 추궁당하지 아니하고, 그 직무행위가 수사지휘 또는 수사활동·언론을 상대로 하는 행정부 공무원으로서 하는 행위라면 그 행위는 제한적 면책행위로서 손해배상책임이 있다는 것이다.

한미 판례법의 중요한 차이점은 바로 (2)항이라고 하겠다. 그러니까 미국 판례법이 검사가 국가측 변호사로서 활동하면서 하는 직무행위 다시 말하면 체포영장청구·공소제기·공소유지활동과 이를 위한 준비행위는 절대적 면책대상이 된다고 선언하고 있음에 비하여, 우리나라 판례법은 검사의 그와 같은 직무행위 역시 절대적 면책대상이 되지 아니하며 불법행위에 해당하면 손해배상책임을 면할 수 없다는 법리를 유지하고 있는 데 중대한 차이점이 있다.

## 5. 우리나라 대법원 판례에 대한 비판

우리나라 대법원 판례는 검사의 직무행위에 수사·구속영장청구·공소제기·공소유지 및 준비활동·형집행지휘 등 다양한 유형이 있으며 그 유형별로 직무를 보호해 주어야 할 필요성이 다르다는 점을 인식하지 아니한 채, 검사의 직무행위가 경험칙이나 논리칙에 비추어 도저히 그 합리성을 긍정할 수 없는 불법행위에 해당한다면 그 직무행위로 인하여 손해를 입게 된 피해자에게 손해배상을 해 줄 책임이 있다는 법리를 일관되게 유지하고 있으나 이는 재고되어야 한다고 생각한다.

미국판례는 앞에서 살펴 본 바와 같이 검사의 구속영장청구·공소제기·공소유지 및 이를 위한 준비행위<sup>33)</sup>는 형사소송절차와 긴밀하게 관련되어 있는 것으로 검사가 국가측변호사로서 하는 준사법적인 행위라고 설명하고 있으므로 이러한 검사의 직무행위는 판사의 직무행위에 준한 보호를 받는 것이 상당하다고 생각한다.

이러한 미국 판례의 태도는 비록 검사의 직무상 행위가 합리적인 이유가 없는 것이라고 하더라도 그에 대한 손해배상책임을 추궁하게 되면 그로 인하여 검사의 직무상 행위가 위축될 위험성이 있어 빈대를 잡으려다 초가를 태우는 우를 범할 수 있다는 정책적 고려에 기인한 것이다. 국민의 인권을 다른 어떤 나라보다도 우선시 하여 보호해 줌으로써 법률 선진국으로 평가를 받고 있는 미국이 검사의 직무를 국민의 인권보다도 더 우선하여 보호해 주고 있는 것을 볼 때 필자는 검사의 직무가 정말로 중요한 것이구나 하는 것을 느낄 수 있었다.

33) 한국의 검사가 하는 수사에는 두 가지 성격이 존재한다고 필자는 생각한다. 첫째는 검사가 경찰이 송치한 사건을 수사하는 것으로 이러한 수사는 2차적인 보충수사로 공소제기를 위해 준비하는 수사로 보아야 한다. 둘째 검사가 피의자를 직접 인지하여 구속하는 등 하는 수사는 공소제기를 위해 준비하는 행위라기보다는 초동수사로 순수한 수사활동으로 보아야 한다. 따라서 한국의 형사부검사가 하는 송치사건 수사는 미국식 표현으로는 국가측변호사로서 하는 직무라 하겠다.

위와 같은 검사의 준사법적인 행위는 검사가 형사소송절차에 있어서 피고가 되는 피의자나 피고인의 지위에 반대되는 원고 당사자의 입장에서 행하는 것으로, 원·피고간의 주장과 공격 방어에 대한 모든 판단 및 취사선택결정은 판사가 하므로 판사의 책임보다 무겁다고 할 수 없음에도 판사는 절대적인 면책특권을 가지고 있음에 반하여 책임이 상대적으로 가벼운 검사에게는 면책특권이 부여되지 않는다는 법리를 고집하는 것은 형사소송에서의 당사자로서 하는 검사의 직무를 보호하지 않겠다는 것으로 당사자주의를 근본으로 하는 형사소송의 목적을 원만하게 달성하기 어렵게 만들 것이 예상되므로 부당하다고 생각한다.

이러한 준사법적인 행위는 일반국민의 헌법상의 기본권을 해칠 위험성도 적을 뿐만 아니라 이러한 준사법적인 행위에 대하여 까지 검사에게 손해배상 청구책임을 인정하는 것은 검사가 직무행위를 함에 있어서 소신 있는 결정을 하기 보다는 자기 방어적인 결정을 하도록 만들 개연성이 높아 그 결과 형사소송절차가 효율적으로 운용되는 것을 방해할 우려가 있기 때문이다.

#### 참고자료

<http://glaw.scourt.go.kr/glis/legal-c/SearchFrame.jsp>(우리나라 대법원 판례 검색 사이트).

<http://www.findlaw.com/cascode/supreme.html>(미 연방대법원 판례검색 사이트).

<http://www4.law.cornell.edu/uscode/>(미 연방법 검색 사이트).

곽윤직, 채권각론(전정판) 1982. 박영사.

이상규, 신행정법론(상) 1993. 법문사.

구상엽, 감사의 불법행위로 인한 국가배상책임, 2003. 서울대 석사학위논문

차동언, 미국의 판례를 통하여 본 감사의 국가배상책임, 1997.9. 법조 492호.

## Claim on the Liability of the Prosecutorial Activity

Park, Seung-Jin\*

Citizen's rights have been so much improved lately that the claims on the activity performed by the prosecutor have been increased rapidly. Korea Supreme Court deals with the claims against the prosecutor applying the same case law as it does with the other claims. The trend of Korea Supreme Court has the possibility of hurting the duty of the prosecutor.

In United States, prosecutor acts as both the lawyer for the State and the investigative officer(administrator). When the prosecutor acts as the attorney of the State, he appears at a probable cause hearing on a search warrant, and files the indictment, and conducts in the trial. Those prosecutor's acts are associated with the judicial phase of the criminal process.

United State Federal Court has ruled that the quasi-judicial act which is initially associated with the judicial phase of the criminal process should be entitled to absolute immunity, because absolute immunity serves for both the independence of the prosecutor and the policy of protecting judicial process.

I strongly hope that Korea Supreme Court should take the role of the prosecutor into account and accept the immunity case law of United States Federal Supreme Court.

---

\* Senior Prosecutor, Seoul High Public Prosecutors' Office

- 특 집 : 우리나라 보호감호제도의 현황과 개선방향  
 김일수 / 사회보호법의 문제점과 개선방향  
 심희기 / 현행 보호감호제도의 문제점과 개선방향 - '한국형 보호감호' 구상과 그 가정에 대한 비판적 검토  
 장규원 / 보호감호의 운영실태 및 개선방안
  
- 논 문  
 김은경 / 스톡 피해실태와 그 쟁점들  
 구자숙·이현희·원영희·전영실 / 노인의 범죄피해와 범죄에 대한 두려움  
 이성식 / 가정과 청소년비행 - 주요 이론들의 매개과정을 통한 검증  
 박강우 / 朝鮮朝 大明律直解의 刑法總則的 條項의 分析  
 이경렬 / 국제조직범죄에 대한 증인보호방안  
 윤상민 / 군 수사절차상 인신구속제도의 문제점과 개선방안
  
- 연구노트  
 박승진 / 검사의 직무상불법행위에 대한 배상책임 연구 - 한·미 판례를 비교하며

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.

## 형사정책연구

제14권 제3호(통권 제55호, 2003·가을호)

---

발행인 : 이 재 상  
발행처 : 한국형사정책연구원  
          서울시 서초구 우면동 142  
          전화 (02) 575-5282-9  
등    록 : 1990년 4월 3일 바-1360  
발행일 : 2003년 9월 30일  
인    쇄 : 화신문화(주) (02) 2277-0624

---

본 학술지 내용의 무단전재를 금함  
구독문의 : 출판실(02-571-0363)

판매처 : 교보문고, 영풍문고

[정가 : 5,000원]

## 학술지 [형사정책연구] 투고안내

학술연구지 [형사정책연구]는 학술진흥재단의 등재지로서 제14권 제4호 (통권 제56호, 2003·겨울호)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 알파벳순으로 하되 단행본, 논문의 순으로 정리, 단 구미문헌의 경우에는 저자의 성을 먼저 기록한 후 이름을 기록하고 책명, 발행년도 순으로 구성한다.
- 6) 요약 : 영문(독문)으로 요약, 논문제목, 성명, 소속 및 직책을 반드시 작성을 해야 한다.

3. 원고분량 : A4용지 80컬럼 27행의 20매 내외(한글 신명조 11포인트)

4. 투고기간 : 2003년 11월 30일까지(12월말 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](mailto:kneky@kic.re.kr)