

형사정책연구

제15권 제1호(통권 제57호, 2004 · 봄호)

■ 특 집 : 형사소송법상 수사절차에 관한 쟁점

이재상 / 형사소송법상 수사의 기본구조와 그 개정방향 - 국제수준의 공정한 수사절차의 확립 -	5
탁희성 / 전자증거의 압수·수색에 관한 일고찰	21
이진국 / 조건부 기소유예의 도입에 관한 검토	63

■ 논 문

노성호 / 학교폭력에 대한 기존 연구들의 비판적 검토	87
이성식 / 청소년 사이버일탈의 설명요인에 관한 일 연구 - 기존 현실일탈에서의 주요 요인의 적용을 중심으로 -	121
박미숙 / 몰수특례법상 불법재산의 추정과 법치국가적 한계	155
이건호 / 스토킹 행위의 형사법적 규제와 스토킹 행위의 유형화에 대한 고찰	191
이경렬 / 국제조직범죄에 대한 통제배달기법의 활용 - 특히 국제마약사범을 중심으로	245

■ 연구노트

김병준 / 종교·문화행사를 빙자한 집회·시위 처벌방안에 관한 연구	277
---	-----

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 15. NO. 1 (Spring, 2004)

■ Special Theme on Issues on Criminal Investigation Procedure

- Grundstruktur des Ermittlungsverfahrens in der koreanischen Strafprozeßordnung und Reformkonzept Lee, Jae-Sang 5
- A Study on Searching and Seizing Electronic Evidence Tak, Hee-Sung 21
- Einführbarkeit der staatsanwaltschaftlichen Einstellung mit Auflage in die koreanische Strafprozeßordnung · Lee, Jin-Kuk 63

■ Articles

- Critical Review of the Previous Studies on School Violence Noh, Sung-Ho 87
- An Empirical Study on Causes of Youth Deviance on Cyber-space. Lee, Seong-Sik 121
- Rechtsstaatliche Grenze der Beweislastumkehr im Verfallregelungen im Nebenstrafrecht Park, Mi-Suk 155
- Criminal Legal Control of Stalking and Typology of the Stalking Lee, Kun-Ho 191
- Controlled Delivery of Special Investigative Tolls against Transnational Illicit Traffic in Narcotic Drugs Lee, Kyung-Lyul 245

■ Research Note

- A Study on Punitive Measures against Public Gatherings and Demonstrations done under the Pretext of Religious and Cultural Events Kim, Byung-Joon 277

형사소송법상 수사의 기본구조와 그 개정방향
- 국제수준의 공정한 수사절차의 확립 -

이 재 상

형사정책연구 제15권 제1호(통권 제57호, 2004 · 봄호)

한국형사정책연구원

刑事訴訟法上 搜查의 基本構造와 그 改正方向

- 國際水準의 公正한 搜查節次의 確立 -

李 在 祥*

I. 序 論

한국 대법원은 2003.11.11. 한국 형사소송법상 搜查機關의 搜查方法에 劃期的 變化를 초래할 중요한 결정을 한 바 있다. 그 要旨는 “신체구속을 당한 사람은 수사기관으로부터 피의자신문을 받는 도중이라도 언제든지 변호인과 접견 교통하는 것이 보장되고 허용되어야 할 것이고, 따라서 구금된 피의자는 被疑者訊問을 받음에 있어 辯護人의 參與를 요구할 수 있고 수사기관은 이를 거절할 수 없다고 해석하여야 한다”는 것이었다.¹⁾ 한국 형사소송법에는 변호인의 被疑者訊問參與權을 인정한 규정이 없다. 헌법 제12조 4항이 “누구든지逮捕 또는 拘束을 당한 때에는 辯護人의 助力을 받을 권리를 가진다”고 규정하고 있을 뿐이다. 대법원은 이 헌법규정을 근거로 변호인의 被疑者訊問 參與를 인정한 것이며, 이는 실로 判例에 의한 立法 내지 法律改正이라고 평가할 수 있을 정도의 중요한 의미를 가진 결정이었다고 할 수 있다. 이 대법원 결정은 우리에게 그 10여년 전에 있었던 대법원의 또 다른 하나의 판결을 연상

※ 이 논문은 2004년 2월 26일 中國 西北政法大學의 초청에 의한 특별강연에서 발표한 원고임.

* 法學博士, 韓國刑事政策研究院 院長, 梨花女子大學校 法科大學 教授.

1) 대법원 2003.11.11. 선고 2003도402 판결(법률신문 3219-8).

케 한다. 즉 대법원은 1992.6.23. “수사기관이 미리 피의자를 신문함에 있어 陳述拒否權을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 證據能力이 부정되어야 한다”고 판시하였으며,²⁾ 이에 의하여 搜查節次에서 違法하게 蒐集된 陳述證據의 증거능력을 부정하는 원칙이 확립되었던 것이다.

형사소송의 基本理念은 형사절차에서 實體的 眞實을 발견하여 正義를 실현하는데 있다고 할 수 있다. 그러나 실제적 진실의 발견은 어떤 희생을 치루더라도 실현해야 할 유일한 이념이 되는 것은 아니다. 형사소송법이 직접 범죄에 대한 투쟁을 목표로 하는 것은 아니며 적법한 방법에 의한 진실발견이라는 의미에서 節次的 正義(Verfahrensgerechtigkeit)를 실현하는 것을 목적으로 보아야 할뿐만 아니라,³⁾ 헌법적 형사소송의 이념은 피고인과 피의자의 基本的人權이 보장되고 그의 자유와 권리에 대한 침해는 法定의 節次에 의하여 공정하게 이루어져야 하기 때문이다. 이러한 의미에서 형사소송의 이념은 被告人 또는 被疑者의 基本的人權이 보장되는 공정한 適正節次에서 迅速하게 실체진실과 정의를 실현하는데 있으며, 實體眞實의 발견과 適正節次의 原理, 형사소추의 效率性(Effizienz)과 公正性(Fairness)이라는 모순되는 두 개의 이념을 조정하는 것은 형사소송법개정의 기본이념이 된다고 할 수 있다.⁴⁾ 형사소추의 효율성과 공정성이 가장 예리하게 충돌되는 분야가 바로 搜查節次이다.⁵⁾ 이 글에서는 한국의 搜查節次의 기본구조를 소개하면서, 현재 한국에서 진행되고 있는 형사소송법의 개정운동이 수사의 효율성과 공정성을 어떻게 조정하고 있는가를 검토하고자 한다.

2) 대법원 1992.6.23. 선고 92도682 판결(법원공보 92, 2317).

3) Michael Köhler, Prozeßverhältnis und Ermittlungseingriffe, ZStW 107, 12.

4) Heike Jung, Einheit und Vielfalt der Reformen des Strafprozessrechts in Europa, GA 2002, 73; Thomas Weigend, Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht, ZStW 113, 273.

5) Eser에 의하면 지난 수년간 유럽 여러 나라에서 형사소송법 개정운동의 핵심은 수사절차에 집중되었으며, 그 중심은 구속절차와 피의자의 권리보장에 있었다고 한다. Albin Eser, Entwicklung des Strafverfahrensrechts in Europa, ZStW 108, 88.

II. 韓國의 搜查節次

韓國의 刑事節次, 특히 公判節次는 영미의 當事者主義와 대륙의 職權主義를 절충한 折衷的 構造를 택하고 있다. 따라서 절차는 當事者인 檢事와 被告人이 訴訟의 主體로서 소송진행에 주도적 지위를 차지하고 그 攻撃과 防禦에 의하여 소송이 진행된다. 즉 公判節次는 檢事の 公訴提起에 의하여 개시되며, 법원의 審判範圍는 公소장에 기재된 公訴事實에 제한되고 피고인은 이에 대하여 防禦를 집중하게 된다. 피고인에게는 陳述拒否權이 보장되고 피고인신문과 證人訊問은 當事者主義的 方式인 交互訊問(cross examination)에 의하여 진행된다. 證據調査는 당사자의 申請에 의하는 것이 원칙이고(제254조), 당사자에게는 證據保全請求權(제184조)·증거조사에 대한 參與權(제145조, 163조, 176조)·증거조사에 대한 異議申請權(제296조)이 인정된다. 이와 같이 한국의 공판절차는 檢事와 被告人의 공소사실과 증거조사에 대한 攻撃과 防禦에 의하여 진행된다는 점에서 當事者主義的이다. 그럼에도 불구하고 한국의 공판절차에는 職權에 의한 證據調査가 인정되고(제295조), 직권에 의한 被告人과 證人訊問이 허용되어 법원에게 實體眞實發見의 의무가 부여된다는 점에서 職權主義的 要素를 요소로 함께 가지고 있다. 공판절차와는 달리 한국의 搜查節次에는 當事者主義的 要素가 인정되지 않는다. 따라서 搜查는 피의자와 피의사실을 조사하는 搜查機關의 활동이며, 피의자에게는 辯護人選任權, 陳述權과 陳述拒否權, 證據保全請求權, 接見交通權, 逮捕·拘束適否審査請求權이 보장되어 공정한 수사에 의한 適正節次의 理念이 실현되고 있다고 할 수 있다.

韓國의 수사기관에는 檢事와 被告人이 있다. 搜查의 주재자는 檢事이고, 검사와 司法警察官은 上命下服關係에 있다. 수사는 강제력을 행사하지 않는 任意搜查에 의함을 원칙으로 하고(任意搜查의 原則),⁶⁾ 強制搜查를 규제하기 위하여 強制搜查法定主義와 令狀主義가 적용되고 있다. 피의자에게는 陳述拒否

6) 任意搜查에는 被疑者訊問, 參考人調査 및 公務所照會 등이 있다.

권이 보장되어 있으며, 따라서 수사기관은 피의자를 신문하기 전에 진술거부권을 고지하여야 하고(제200조 2항), 진술거부권을 행사하였다는 사실을 유죄 인정의 間接證據로 하거나 이를 근거로 有罪의 推定을 하는 것은 허용되지 않는다는 점에 이견이 없다. 參考人은 수사의 협조자에 불과하므로 출석과 진술을 강제당하지 않는다. 強制搜查는 원칙적으로 법관이 발부한 令狀이 있어야 할 수 있으며, 영장의 請求權者는 檢事에 제한되어 있다. 따라서 사법경찰관은 檢事에게 신청하여 검사의 청구에 의하여 영장을 발부받을 수 있다. 수사절차에서의 人權侵害를 제한하기 위한 취지이다. 한국 형사소송법상 인정되는 강제수사에는 逮捕와 拘束 및 押收 · 搜索 · 檢證이 있다.

1. 韓國의 人身拘束制度

한국의 인신구속제도는 逮捕와 拘束으로 2원화되어 있다. 逮捕는 수사초기에 단기간에 걸쳐 피의자의 신병을 확보하는 強制搜查이다. 逮捕는 피의자가 죄를 범하였다는 상당한 이유가 있고 정당한 이유 없이 수사기관의 출석요구에 응하지 않았다는 것을 요건으로 한다(제200조의 2). 逮捕도 逮捕令狀에 의한 逮捕를 원칙으로 하나, 중대한 죄를 범한 자에 대한 緊急逮捕나 現行犯人的 逮捕에는 체포영장을 요하지 않는다. 체포기간은 48시간이며, 수사기관은 48시간 이내에 구속영장을 청구하지 않으면 피의자를 석방하여야 한다(제200조의 2·3, 제211조 2항). 다만 체포기간은 구속기간에 포함된다. 피의자의 拘束은 범죄의 혐의가 인정되는 이외에 拘束事由, 즉 逃亡 · 證據湮滅 및 住居不定의 사유가 있어야 할 수 있으며, 拘束令狀에 의한 구속만 인정된다. 법관이 구속영장을 발부함에 있어서는 拘束前 被疑者審問制度를 인정하여 令狀實質審査制度를 채택하고 있다. 즉, 구속영장을 청구받은 지방법원판사는 체포된 피의자에 대하여는 피의자 또는 변호인 등의 申請이 있는 때에 피의자를 심문할 수 있고(제201조의 2 제1항), 체포되지 아니한 피의자에 대하여는 필요하다고 인정하는 때에 피의자를 구인하여 심문할 수 있다(동조 제3항). 구속

영장의 집행은 檢事の 지휘에 의하여 司法警察官이 행하며, 犯罪事實의 요지와 구속이유 및 辯護人을 選任할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속하지 못한다(제72조, 제88조, 제209조).⁷⁾ 피의자를 구속한 때에는 지체 없이 피의자의 변호인 또는 변호인선임권자 가운데 피의자가 지정한 자에게 拘束事實을 通知하여야 한다.⁸⁾ 국가권력에 의하여 피의자가 흔적없이 사라지는 것을 방지하여 節次의 公開原則과 法治國家原理를 보장하기 위한 것이다. 체포 또는 구속된 피의자는 법률의 범위 내에서 타인과 接見交通하고 書類 또는 물건을 授受하며, 醫師의 진료를 받을 수 있고(제89조, 200조의 5, 제209조), 변호인 또는 변호인이 되려는 자는 체포 또는 구속된 피의자와 자유롭게 接見交通할 수 있다(제34조). 구속기간은 사법경찰관과 검사의 구속기간이 각 10일이지만, 검사는 지방법원판사의 허가를 얻어 10일을 초과하지 않는 한도에서 1회 연장할 수 있다(제22조, 제205조). 逮捕 또는 拘束된 피의자는 법원에 逮捕・拘束適否審査를 청구할 수 있고, 법원은 청구가 이유 있다고 인정하는 때에 피의자의 석방을 명하는 이외에, 保證金納入 條件附로 피의자의 석방을 명할 수 있다(제214조의 2).⁹⁾

2. 韓國의 押收・搜索・檢證 및 監聽制度

證據物과 沒收物을 확보하기 위한 對物的 強制搜查로는 押收・搜索과 檢證이 있다. 압수・수색 및 검증도 강제처분이기 때문에 원칙적으로 令狀主義가 적용된다. 영장주의는 一般令狀의 금지를 내용으로 한다. 따라서 押收・搜索令

7) 판례는 피의자에게 犯罪事實의 要旨와 辯護人選任權을 고지하지 않은 때에는 체포 또는 구속사유가 인정되는 때에도 적법한 체포나 구속이 될 수 없으므로 이를 집행하는 경찰관을 폭행한 때에도 공무집행방해죄가 성립하지 않는다고 한다. 대법원 1994.3.11. 선고 93도958 판결; 대법원 1996.12.23. 선고 96도2673 판결 참조.

8) 구속통지는 구속한 때부터 늦어도 24시간 이내에 하여야 하며 급속을 요하는 때에는 電話 또는 模寫電送 기타 상당한 방법에 의하여 할 수 있다(형사소송규칙 제51조).

9) 保證金納入 條件附 被疑者釋放制度에 의하여 종래 被告人을 석방하기 위한 제도였던 保釋制度는 被疑者에 대하여까지 확대되었다. 그러나 한국에서의 피의자에 대한 보석 제도는 피의자가 逮捕・拘束適否審査를 청구한 때에만 허용된다는 점에 특색이 있다.

狀에는 압수할 물건이나 수색할 장소를 기재하여야 하며, 영장에 기재되지 아니한 물건은 물론 압수·수색을 종료한 때에는 동일한 물건 또는 장소에 대하여도 다시 압수·수색할 수 없다.¹⁰⁾ 다만 押收·搜索의 緊急性을 고려하여 逮捕·拘束目的의 被疑者搜索, 적법한 逮捕·緊急逮捕 및 拘束現場에서의 押收·搜索, 犯罪場所에서의 押收·搜索·檢證 및 任意提出物の 押收에 있어서는 영장을 요하지 아니한다(제216조 내지 제218조).

소위 現代的 搜查方法이라고 할 수 있는 盜聽이나 寫眞撮影에 관하여 형사소송법에는 규정이 없다. 다만 盜聽, 즉 電氣通信의 監聽은 通信秘密保護法이 규제하고 있다. 이에 의하면 전기통신을 감청하기 위하여는 檢事의 청구에 의하여 지방법원 판사의 허가를 얻은 때에만 通信制限措置를 할 수 있고, 國家安保를 위한 通信制限措置는 정보수사기관의 장이 고등법원 수석부장판사의 허가나 대통령의 허가를 받아 할 수 있도록 하고 있다. 긴급을 요하는 경우에는 사후에 법원의 허가나 대통령의 승인을 얻는 緊急監聽도 인정되고 있다. 寫眞撮影을 규제하는 법률규정은 없으나, 통설은 이를 強制搜查, 즉 檢證에 해당하기 때문에 檢證令狀을 받아서 할 수 있다고 해석하고 있다.¹¹⁾ 판례는 사진촬영의 특수한 성격을 고려하여 ① 범죄혐의의 明白性, ② 증거로서의 必要性, ③ 증거보전의 緊急性, ④ 촬영방법의 相當性이 인정되는 때에는 영장 없는 사진촬영도 허용하고 있다.¹²⁾

Ⅲ. 韓國搜查法の 改善을 위한 爭點과 改正方向

한국에서는 수년 전부터 司法改革이라는 차원에서 형사소송법의 개정이 논

10) 대법원 1999.12.1. 선고 99도161 판결(공보 2000, 524).

11) 裴鍾大/李相墩, 刑事訴訟法, 206面; 白亨球, 刑事訴訟法講義, 401面; 筆者, 刑事訴訟法, 209面.

12) 대법원 1999.9.3. 선고 99도2317 판결(공보 99, 2141); 대법원 1999.12.7. 선고 99도3329 판결(공보 2000, 249).

의되고 있다.¹³⁾ 형사소송법개정운동의 핵심은 搜查節次의 改善에 있으며, 搜查法改正의 기본방향은 수사의 效率性和 公正性の 확보에 있다고 할 수 있다.

1. 搜查節次의 公正性を 確保하기 위한 制度

수사절차의 공정성은 수사절차에서의 被疑者の 權利를 보장하고 搜查節次, 특히 拘束節次의 公正性 내지 適正性を 확보하는 측면에서 검토되어야 한다. 민주적 수사절차가 확립되었다고 볼 수 있는 유럽諸國에 있어서는 수사법의 개정이 주로 搜查의 效率性に 편향되었다고 할 수 있음에 반하여,¹⁴⁾ 한국 형사소송법의 개정에는 아직 被疑者の 權利를 보다 더 철저히 보장함으로써 民主的 搜查節次를 구성해야 할 필요성이 인정되고 있다.

가. 被疑者の 防禦權 強化

수사절차에서 피의자의 防禦權의 강화는 피의자신문에 있어서 辯護人의 參與를 허용할 것인가, 또 피의자에 대하여 國選辯護를 확대할 것인가와 관련하여 논의되고 있다.

1) 辯護人의 被疑者訊問參與權

현행 한국 형사소송법은 공판절차와는 달리 수사절차에서는 변호인에게 피의자신문에 참여할 권리를 인정하는 규정을 두지 않고 있다. 판례는 전술한 바와 같이 구속피의자의 辯護人의 조력을 받을 權利에 관한 헌법규정과 변호인의 接見交通權을 근거로 변호인의 피의자신문참여를 긍정한 바 있다. 그러

13) 1999년 대통령직속으로 사법개혁추진위원회가 사법개혁의 차원에서 인신구속제도와 수사절차의 개선안을 제시하였고, 현재 대법원에는 사법개혁특별위원회, 법무부에는 형사법개정특별위원회가 설치되어 형사소송법개정을 논의하고 있다.

14) Albin Eser, ZStW 108, 86.

나 이에 의할 때에는 변호인의 피의자신문참여권은 拘束된 被疑者에게만 인정하는 결과가 된다. 미국 헌법 수정 제6조는 “모든 형사사건에서 피고인은 방어를 위하여 피고인의 도움을 받을 권리를 가진다”고 규정하고 있으며, 공판절차에서 뿐만 아니라 형사절차에서의 모든 중요한 단계(critical stages), 따라서 피의자가 수사절차에서 신문을 받는 경우에도 辯護人의 參與權이 인정되어 피의자가 변호인의 출석을 요구할 때에는 피의자신문을 연기하도록 하고 있다.¹⁵⁾ 독일 형사소송법은 경찰에서의 피의자신문 시에는 변호인의 參與權을 인정하지 않지만 공판절차 이외에서의 법원에 의한 피의자신문에서 뿐만 아니라 검사에 의한 피의자신문의 경우에도 변호인의 참여권을 인정하고 있다(제163조의 a 제3항, 제168조의 c 제1항). 피의자신문과정에서의 변호인의 참여는 辯護權의 내용이고 피의자를 절차법적인 권리를 가진 主體로 인정하기 위한 불가결한 전제이며, 수사절차에서 변호인의 참여권을 인정하지 않는 것은 법치국가원리의 기초인 適正節次의 원리를 부정하는 결과가 된다고 할 것이다.¹⁶⁾ 따라서 구속사건뿐만 아니라 불구속사건에 있어서도 피의자의 신청이 있는 때에는 변호인이 피의자신문 시에 참여할 수 있게 하고, 다만 변호인이 출석하지 않거나 수사를 방해하거나 수사기밀을 누설할 우려가 있는 경우에 한하여 이를 제한하도록 하는 것이 타당하다고 생각된다.

2) 被疑者에 대한 國選辯護의 擴大

공정한 재판은 武器平等의 原則이 실현되어야 할 수 있으며, 피의자가 변호인의 효과적인 도움을 받을 수 있어야 무기평등이 실현될 수 있다. 변호인을 선임할 資力이 없어 私選辯護人에 의한 도움을 기대할 수 없는 빈곤한 피의자에 대하여는 辯護人에 의한 도움은 무의미하며, 무기평등의 원칙이 실현된

15) Minnick v. Mississippi, 111 S.Ct 486(1990).; La Fave/Israel, Criminal Prosedure, 2nd. edition, p. 345.

16) Morris, Right to Counsel, Encyclopedia of Crime and Justice, p. 279.

공정한 절차였다고도 할 수 없다. 한국 형사소송법은 피고인에 대하여만 국선변호를 인정하고 있으며,¹⁷⁾ 피의자에 대하여는 逮捕·拘束適否審査의 경우에 한하여 국선변호인을 선정하게 하고 있다. 그러나 체포·구속적부심사도 법원에 의한 재판의 과정에 국선변호인이 선정되는 것에 불과하다. 수사단계에서의 변호인에 의한 防禦權의 보장은 공판절차에 못지 않게 중요하고, 피고인에게만 국선변호를 선정함으로써 피고인은 방어의 기회를 잃게 될 우려가 있으므로 국선변호제도는 피의자에 대하여도 확대하는 것이 당연하며, 현재 拘束事件에 있어서는 피의자에게도 국선변호를 확대해야 한다는 논의가 진행되고 있는 것은 타당하다고 할 것이다.

나. 拘束節次의 適正性維持

수사절차, 구속절차의 있어서 적정절차 내지 공정성을 유지하기 위한 노력의 필요성은 필요한 拘束前 被疑者審問制度의 도입과 피의자에 대한 保釋請求의 허용문제에 의하여 구체화되고 있다.

1) 必要的 被疑者審問制度의 導入

현행 형사소송법은 구속영장의 발부절차에서 영장실질심사제도를 도입하면서 체포된 피의자에 대하여는 피의자 또는 변호인의 신청이 있을 때(제201조의 1 제1항), 체포되지 아니한 피의자에 대하여는 구속의 사유를 판단함에 있어서 필요하다고 인정할 때에만 피의자를 심문할 수 있다고 규정하고 있다(제3항). 판례는 逮捕된 被疑者の 申請이 있는 때에도 피의자심문을 할 것인가는

17) 국선변호인선정사유는 피고인이 ① 미성년자인 때, ② 70세 이상의 자인 때, ③ 농아자인 때, ④ 심신장애의 의심이 있는 자인 때, ⑤ 빈곤 기타 사유로 변호인을 선임할 수 없는 때이다(제33조). 이 이외에 必要的 辯護事件, 즉 사형 무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건에 대하여 피고인에게 변호인이 없을 때(제282조, 제283조)에도 국선변호인을 선정해야 한다.

법원의 재량에 의하여 결정된다고 해석하므로,¹⁸⁾ 형사소송법은 任意的 令狀實質審査制度를 채택하고 있다고 해야 한다. 영장실질심사제도를 필요한 것으로 할 때에는 피의자와 법원 소재지 사이의 거리를 고려할 때 법원과 검찰 및 경찰에 불필요한 과중한 負擔을 준다는 것을 고려한 결과이다.¹⁹⁾

그러나 피의자심문제도의 운영결과 이미 대부분의 피의자에 대하여 拘束前被疑者審問이 행하여지고 있으므로 必要的 審問制度의 도입에 관한 우려는 없어졌고,²⁰⁾ 영장실질심사제도는 피의자의 구속을 제한하고 구속된 피의자에게 법관의 對面權을 보장하기 위한 제도라는 점에서 판사에 의한 심문을 임의적인 것으로 규정할 때에는 제도 자체가 무의미하게 된다고 해야 한다.²¹⁾ 국제인권규약 제9조 3항이 “범죄혐의로 체포되거나 구금된 자는 法官 또는 法律에 의하여 司法權을 행사할 권한을 부여받은 기타 司法官에게 신속하게 인치되어야 한다”고 규정하고 있는 점에서 임의적 심문제도는 文明國家의 刑事訴訟의 最小限의 基準에도 미치지 못한다고 해야 한다. 미국에서는 被疑者를 체포한 경찰관은 즉시 피의자를 治安判事에게 인치하고 피체포자에게 권리를 고지하고 보석의 조건이 정해지며, 독일에서도 피의자가 拘束令狀에 의하여 구금되거나 緊急逮捕된 때에는 지체 없이 법관에 인치하고, 법관은 늦어도 다음날까지 피의자를 심문하도록 하고 있다(제115조, 제128조).²²⁾ 구속전 피의자심문제도는 앞으로 필요한 것으로 개정될 것으로 전망된다. 체포되지 아니한 피의자를 심문하기 위하여 피의자를 구인하여 審問하게 하는 것도 문제가 있다. 拘引은 拘束의 일종인데 구속을 제한하고 규제하기 위한 拘束前 被疑者審問을 위한

18) 대법원 1999.8.20. 선고 99도2029 판결(공보 99, 2263).

19) 白亨球, 刑事節次上 人權保障에 관한 當面課題, 刑事政策研究 1990·2號, 135面.

20) 2003년 현재 구속전 피의자심문을 신청한 피의자가 구속영장이 청구된 전체 피의자의 84.1%에 이르렀다.

21) 宋光燮, 刑事訴訟法, 365面; 申鉉柱, 刑事訴訟法, 254面; 車鏞碩, 刑事訴訟法, 297面; 筆者, 232面.

22) 유럽인권협약(EMRK) 제5조 3항과 4항에 의하면, 체포된 피의자는 즉시 법관에게 인치되어야 하고, 체포된 자는 반대심문이 보장된 구속심사를 받을 권리가 있다. 이에 따라 프랑스, 오스트리아 등 대부분의 유럽국가에서도 영장실질심사제도를 필요한 것으로 규정하고 있다. Eser, ZStW 108, 106.

拘束을 인정하는 불합리한 결과를 초래하기 때문이다. 따라서 체포되지 아니한 被疑者를 구속함에 있어서는 판사가 먼저 拘束令狀을 발부하여 구속을 집행한 후에 被疑者를 審問하는 방법을 고려할 필요가 있다고 생각한다.

2) 被疑者에 대한 保釋認定

한국 형사소송법은 保證金納入 條件附 被疑者釋放制度를 도입하여 被疑者에 대하여도 保釋이 인정될 수 있게 하였다. 그러나 보증금납입 조건부 피의자석방제도는 피의자에게 보석을 청구하여 석방되게 하는 제도가 아니라 피의자가 逮捕·拘束適否審査를 청구한 경우에 법원에서 보석을 결정하는 제도이다. 그러나 逮捕·拘束適否審査와 保釋은 그 성질을 달리하는 제도이므로 保釋을 위하여 適否審査를 청구하게 하는 것은 부당하며, 必要的 保釋을 원칙으로 하여 被告人에게는 保釋權을 인정하면서 피의자의 保釋은 任意的인 것으로 규정한 것도 문제이다. 피의자에 대하여도 피고인에 대한 보석규정을 준용하게 하면 족할 것이다.

2. 搜查의 效率性を 확보하기 위한 制度

수사의 효율성을 확보하기 위한 방안으로 한국에서는 피의자에 대한 구속기간을 연장하고, 參考人에게 수사기관에서의 出席과 陳述을 강제하는 방안이 논의되고 있다.

가. 被疑者 拘束期間의 延長

한국 형사소송법의 구속에는 피의자의 구속뿐만 아니라 피고인의 구속에 있어서도 구속기간이 엄격히 제한되어 있다는 점에 특색이 있다. 즉 피의자의 구속기간은 사법경찰관과 검사가 각 10일까지 구속할 수 있으나 검사는 1회

에 한하여 연장할 수 있고(제202조, 제203조, 제205조), 다만 국가보안법위반 피의사건에 관하여는 각 1회 더 연장할 수 있다(국가보안법 제19조). 피고인의 구속기간은 심급마다 2월이나 2회에 한하여 갱신할 수 있다(제92조). 따라서 제1심의 구속기간은 체포된 때로부터 6개월이다. 범죄에 대한 효과적인 투쟁을 위하여는 중대한 범죄에 한하여 구속기간을 연장해야 한다는 실무계의 요청이 있는 것은 사실이다. 독일이나 프랑스의 경우에 비교할 때는 한국의 구속기간이 지나치게 단기인 것이 사실이다. 그러나 일본, 미국 및 영국의 형사절차에서는 수사기관의 구속기간을 제한하고 있고,²³⁾ 무죄의 추정을 받는 피의자에 대한 구속은 엄격히 제한하여야 한다는 점에서 피의자의 구속기간을 연장하는 것은 바람직하지 않다고 생각한다. 한편 이와 반대되는 주장으로 현재의 구속기간을 유지하면서 사법경찰관의 구속기간을 5일로 단축하는 것이 타당하다는 주장도 있다.²⁴⁾

나. 參考人の 出席과 陳述의 強制

한국 형사소송법상 參考人調査는 任意搜查이므로 참고인은 수사기관에 대한 出席과 陳述의 의무가 없다. 參考人은 수사에 대한 協助者에 지나지 않으므로 그 출석과 진술을 강제하는 것은 적합하지 않다는 것을 근거로 한다. 그러나 犯罪搜查도 公益을 위한 것이므로 國家刑罰權의 적정한 실현과 實體眞實의 발견을 위하여 참고인에게 일정한 희생을 강요할 필요가 있다. 현행 한국형사소송법은 이를 고려하여 證人訊問請求制度를 두어 참고인을 증인으로 만들어 판사로 하여금 신문하게 하는 제도를 마련하였다(제221조의 2). 그러나 搜查의 效率性을 확보하기 위하여는 독일 형사소송법과 같이 참고인의 수

23) 일본 형사소송법상의 구속기간을 보면, 사법경찰관의 체포기간은 48시간(제203조), 검사의 구류기간은 10일이나 1회에 한하여 연장할 수 있고(제208조), 내란 및 외환의 죄에 한하여 5일을 넘지 않는 기간을 재연장할 수 있다(제208조). 미국의 Speedy Trial Act는 예비신문 후 30일 이내에 공소를 제기하도록 하고 있다.

24) 예컨대 1999년 司法改革推進委員會案의 태도이다.

사기관에 대한 出席과 陳述義務를 강제해야 한다는 주장이 있다.²⁵⁾ 생각컨대 독일 형사소송법이 참고인의 출석과 진술의무를 인정한 것은 독일에서는 公判節次를 개시할 것인가의 여부를 판단하는 中間節次(Zwischenverfahren)와 직권주의에 의하여 공판의 진행을 주도할 법관의 판단을 위해서는 檢事에 의한 참고인조사가 필요하고, 그러한 절차에서 만들어진 調書를 증거로 할 수 없는 체제를 배경으로 한 것이므로, 證人訊問請求制度가 마련되어 있는 형사소송법 하에서 參考人의 拘引과 陳述을 강제하는 것은 국민에게 지나친 희생을 강요하는 것이라고 해야 한다.

IV. 結 語

수사절차에 있어서 搜查의 效率性和 公正性은 각각 實體眞實의 발견과 適正節次의 원리라는 형사소송의 理念에 부합하는, 搜查法의 改善에 있어서 동시에 실현해야 할 과제이다. 수사절차의 民主化·適正化에 긴 역사를 가지고 있는 국가에서는 전자에 중점을 두고 있는 것이 사실이다. 영국에서 1994년의 형사사법과 공공질서법(Criminal Justice and Public Order Act of 1994)이 진술거부권을 행사한 피고인에게 불이익한 인정을 할 수 있게 하고, 독일 형사소송법이 테러범죄와 組織犯罪의 수사방법에 대한 특별규정을 두고 있는 것은 범죄진압과 검거에 형사정책적 대책의 중점을 둔 결과라고 할 수 있다. 이에 반하여 범죄수사에 있어서 人權侵害의 사례를 경험하였거나 국제적 수준에서 요구되는 文明的·人間的 刑事節次를 완비하지 못한 경우에는 절차의 適正性和 公正性を 전제로 한 法治國家的 刑事節次의 완비를 중시하지 않을 수 없다. 아직 한국의 형사절차에 있어서 일반국민은 수사절차에 있어서의 인

25) 독일 형사소송법 제161조의 a는 참고인의 검사에 대한 출석과 진술의무를 인정하여 출석을 거부한 참고인에 대한 拘引과 진술을 거부한 경우에는 과태료를 과할 수 있게 하고 있다.

권침해의 역사를 잊지 못하고 있고, 따라서 搜查節次의 適正과 公正을 요구하고 있는 것이 국민의식이다. 피의자신문시의 辯護人參與權을 인정하고, 被疑者에 대하여 國選辯護人選定을 확대하고, 구속전 被疑者審問制度를 필요한 것으로 고치고, 피의자에 대한 保釋을 정면으로 인정하자는 주장은 이러한 맥락에서 이해할 수 있다고 할 것이다. 被疑者의 基本的人權이 충분히 보장되는 法治國家的 搜查節次가 확립된 후 이러한 제도로는 범죄에 진압을 달성할 수 없다는 국민적 합의가 이루어지고 국민과 형사사법의 실무가 實體眞實의 발견과 正義의 실현을 위하여 보다 강력한 搜查節次와 對策이 요구될 때, 搜查의 效率性을 목표로 하는 개정이 실현될 수 있다고 생각된다. 被疑者의 人權을 보호하고 防禦權이 보장된 國際水準의 文明的 刑事節次의 基準에 부합하는 公正한 搜查節次의 確立이야말로 한국 형사소송법 개정의 기본방향이 되어야 한다.

주제어(Key Words): 수사절차, 사법개혁, 효율성, 인권보장, 방어권, 공정성

Grundstruktur des Ermittlungsverfahrens in der koreanischen Strafprozeßordnung und Reformkonzept

Lee, Jae-Sang*

Es ist nicht zu leugnen, daß bei der Reform des Ermittlungsverfahrens eine praktische Konkordanz zwischen der Effektivität der Ermittlung und der Fairness hergebracht werden soll. In einigen Staaten, in denen die Bürger eine lange Geschichte der Demokratie und des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens erfahren haben, wird jedoch die Gewichte der Strafverfahrensreform auf die Effektivitätserhöhung verlagert, wie man solche Tendenz im englischen Gesetz zur Strafjustiz und öffentliche Ordnung ("Criminal Justice and Public Order Act of 1994") finden kann, wonach so vorgesehen ist, daß trotz des Gebrauchmachens des Beschuldigtenrechts auf Aussageverweigerung die für ihn nachteiligen Schlüsse gezogen werden dürfen. Demgegenüber werden in manchen Staaten, in denen die Bürger oft die Grundrechtsverletzung erfahren haben oder in denen das geltende Strafverfahrensrecht weder humanitär noch die Höhe der internationalen Entwicklung erreicht ist, die Gewichte der Strafverfahrensreform auf die Rechtsstaatlichkeit und die damit zusammenhängende Fairness gelegt.

In der gegenwärtigen Diskussion um die Reform des Strafverfahrensrechts in Korea kommt es den Bürger mehr auf den Schutz der Grund- und Menschenrechte als die Effektivitätserhöhung an, da sie die Vergangenheit

* Professor an der juristischen Fakultät der Universität Ewha. Dr. iur.

der Menschenrechtsverletzung durch die Ermittlungsbehörde noch nicht vergessen. In diesem Sinne werden in der amtlichen Kommission über die Strafjustizreform häufig solche Vorschläge präsentiert: ausdrückliche Bestimmung des Teilnahmerechts des Verteidigers bei der Beschuldigtenvernehmung; Erweiterung der Hinzuziehungsmöglichkeit eines Pflichtverteidigers zugunsten des Beschuldigten; Änderung der fakultative Beschuldigtenvernehmung durch Gerichte vor Untersuchungshaft in die obligatorische; Erweiterung der Freilassungsmöglichkeit gegen Kautions neben dem Angeschuldigten auch nunmehr zugunsten des Beschuldigten.

Key Words: Reform des Ermittlungsverfahrens, Effektivität und Fairness, Menschenrechtsgarantie

전자증거의 압수·수색에 관한 일고찰

탁 희 성

형사정책연구 제15권 제1호(통권 제57호, 2004·봄호)

한국형사정책연구원

전자증거의 압수·수색에 관한 일고찰

탁 희 성*

I. 들어가는 말

오늘날 고속으로 발전을 거듭하고 있는 정보통신기술과 컴퓨터 성능의 향상 그리고 인터넷의 초고속화·대중화는 전문가가 아니고서는 도저히 이해하기 어려운 형태의 수많은 전자증거를 만들어내고 있다. 특히 이는 인터넷이라고 하는 글로벌 컴퓨터 네트워크를 통해 전송·처리·저장되는 불가시적·불가독적인 무형의 전자적 기록이기 때문에 기존의 유체물의 압수·수색 방식이나 범규정에 의해서는 해결하기 어려운 문제를 수반한다. 즉 수사기관이 형사소추의 목적으로 전자증거를 확보하고자 하는 경우, 이는 명백히 수사기관에 의한 강제처분의 성격을 가지고 있음에도 불구하고 현행 형사소송법상 압수·수색의 대상이 ‘증거물 또는 물수물’로 규정되어 있기 때문에 무형의 전자적 기록을 이 대상 안에 직접적으로 포함된다고 할 수 있는가가 문제된다. 그리고 전자증거가 압수·수색의 대상이 될 수 있다고 하더라도 전자적 기록의 특성에 비추어 볼 때 기존의 유형적인 증거물과 동일한 방식의 압수를 해야만 형사증거확보의 목적이 달성될 수 있는가의 여부에 대해서도 시각을 달리하여 논의해볼 필요가 있다. 또한 수색에 있어서도 그 장소가 단지 피의자의 컴퓨터가 있는 곳이

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

아니라 전자증거가 존재할 가능성이 있는 컴퓨터 서버의 소재지인 원격지, 더 나아가 외국이 될 수도 있기 때문에 영장주의 원칙상 압수·수색장소의 특정이라는 요건을 충족하지 못하는 문제가 제기된다.

전자증거는 현행 형사소송법상의 압수·수색의 개념 및 방식과 관련하여 정보화 사회에 적합한 압수·수색의 개념 및 방식으로의 전환을 요구하고 있다. 하지만 컴퓨터와 전자증거에 대한 압수·수색의 문제는, 만약 그것이 잘못된 방향으로 해결된다면 개인의 자유와 사생활에 대한 엄청난 침해할 초래할 수 있는 매우 현실적인 위협을 제시하고 있다는 점에서 볼 때 전자증거의 압수·수색이 지니는 복잡한 법률적인 문제들을 결코 가볍이 볼 것은 아니라고 할 것이다.

본 논문은 현행 형사소송법상 전자증거라는 새로운 형태의 증거에 적합하지 않은 절차상의 문제에 중점을 두고자 한다. 특히 전자증거가 압수·수색의 목적물로 포섭될 수 있는가, 전자증거의 압수·수색에 있어서 기존의 방식과 달리 생각해야 할 것은 무엇인가, 영장에 의한 압수·수색시 유체물의 경우와 달리 고려되어야 할 것은 무엇인가 등을 검토해 본 후 전자증거의 압수·수색에 관한 입법론적 제언을 제시해 보고자 한다.

II. 전자증거의 개념

전자증거라는 용어는 통상 범죄가 행해졌다는 것을 입증할 수 있거나 또는 범죄와 그 피해자, 범죄와 그 가해자간의 연관성을 제공할 수 있는 모든 형태의 디지털 데이터를 지칭하는 의미로 사용된다.²⁾ 이러한 전자증거는 디지털화 된 문서, 영상, 오디오, 비디오 등 기존의 다양한 정보의 형

2) Eoghan Casey, Digital Evidence and Computer Crime, 2000, p.5.

태 뿐만 아니라 컴퓨터상에서만 고유하게 사용되는 문자와 숫자의 조합이라는 형태로 존재하기도 한다.

그러나 전자증거라는 용어에 대해 아직까지 확립된 법률상 개념정의는 찾아보기 어렵다. 다만 이와 같이 디지털 방식으로 저장되거나 전송되는 증거가치가 있는 정보를 컴퓨터 법률과학(Computer Forensics)분야에서는 디지털 증거(digital evidence)라는 용어로 사용하고 있다.³⁾ 그리고 이와 같은 디지털 증거에 대한 별도의 법률을 마련하고 있는 입법례들에 있어서는 전자증거법(Electronic Evidence Act)라는 표제가 사용되고 있다.⁴⁾ 더욱이 컴퓨터 데이터를 논의의 주제로 하여 그에 관한 압수·수색이나 증거능력에 관한 문제를 다루고 있는 외국의 법률문헌들에 있어서도 디지털 증거와 전자증거라는 용어가 혼재되어 사용되고 있음을 볼 수 있다. 이는 데이터의 속성상 디지털이라는 개념과 전자라는 개념이 상호불가분적으로 결합되어 있는데서 비롯된 것이다.⁵⁾ 이 두 개념을 동일시 할 수는 없지만 컴퓨터 시스템 또는 그와 유사한 장치에서 처리되는 모든 데이터는 디지털화 되어지기 때문에 컴퓨터에 의해 생성된 전자적 기록은 모두 디지털화 된 전자적 기록이라고 볼 때, 디지털 증거와 전자증거를 굳이 달리 정의할 필요는 없다고 생각한다.

다만 본 논문에서는 공학적 개념색채가 강한 디지털 증거라는 용어보다는 외국의 법률과 논문에서 사용되고 있는 전자증거라는 용어를 사용하고자 하며, 전자증거란 “컴퓨터 시스템 또는 그와 유사한 장치에 의해서 전

3) SWGDE, "Digital Evidence: Standards and Principles", Forensic Science Communications, vol.2., No.2, 2000, p.2.

4) 필리핀은 전자증거법을, 인도는 증거법안에 전자증거라는 표제하에 규정을 두고 있으며, 싱가포르의 현재 모범전자증거법초안을, 캐나다에서는 전자증거법안을 마련하고 있다.

5) 컴퓨터 데이터는 0과 1로 되어 있는 디지털 신호의 집합체이지만 그것이 컴퓨터 또는 그와 유사한 장치 안에서 처리되어지기 위해서는 전자적인 방식과 결합되어야만 하기 때문이다. 이와 같이 디지털 데이터는 모두 전자적 성질을 지니는 기록인 반면에 전자적 기록이 모두 디지털화 되어지는 것은 아니기 때문에 양자를 동일시 할 수는 없다.

자적으로 생성되고, 저장되고, 전송되는 증거가치 있는 디지털 데이터”라는 개념으로 정의하여 사용하고자 한다.

Ⅲ. 형사소송법상 전자증거의 압수·수색의 가능성과 필요성

1. 전자증거의 압수·수색의 가능성

컴퓨터에 의해 처리되고 저장된 데이터 또는 프로그램 등이 저장되어 있는 자기테이프나 디스크는 유체물이기 때문에 압수대상이 되지만 데이터나 프로그램 그 자체로는 유체물이 아니기 때문에 형사소송법상 압수·수색의 대상이 될 수 있는가가 문제된다. 즉 압수·수색 대상이 데이터 기억저장매체가 아니고 무체정보 그 자체일 때는 본래 물리적으로 관리가능한 유체물을 전제로 규정하고 있는 현행 형사소송법 제106조 및 제219조의 압수·수색에 관한 규정을 그대로 적용할 수 있는가를 먼저 검토해 보아야 한다.

가. 긍정설

긍정설은 현행 형사소송법 제106조 및 제219조의 압수·수색규정에 의하여 전자증거를 압수·수색할 수 있다는 견해이다. 여기에는 데이터가 저장된 기록매체 자체를 형사소송법 제106조와 제219조에 규정된 물수물 또는 증거물로서 긍정하는 견해⁶⁾와 기록매체와는 별도로 데이터 자체를 물

6) 이철, “컴퓨터범죄의 수사와 전자적 기록의 증거능력(中)”, 법조 421, 1991, 34면; 安富潔, コンピュータ犯罪と刑事手續, 2000, 164面.

수물 또는 증거물에 포함되는 것으로 해석함으로써 형사소송법상의 압수·수색규정을 직접 적용하고자 하는 견해⁷⁾가 있다. 전자는 무체정보인 데이터는 유체물로 출력되거나 유체물인 기록매체에 반드시 수록되어야 증거로 사용할 수 있으므로 이를 일체로 파악하여 데이터의 압수가능성을 긍정한다. 이에 비해 후자는 압수·수색의 객체인 증거물 또는 물수물의 개념을 형법 제346조와 민법 제98조에 따른 법률상 “물(物)”의 개념으로 해석하여, 컴퓨터상의 전자적 기록 즉 데이터는 저장장치에 전자기적 신호로 저장되고 네트워크를 통해 이동될 때 전기적 신호의 속성을 지닐 뿐 아니라 컴퓨터 특성상 데이터는 그 어떤 무체물보다 배타적으로 관리가능한 것이므로 이를 무체물이라는 이유로 “물(物)”의 범주에서 배제시킬 근거가 없고 따라서 형사소송법상 압수·수색의 대상이 될 수 있다고 본다.

나. 부정설

부정설은 컴퓨터 데이터나 프로그램 그 자체는 유체물이 아니기 때문에 현행 형사소송법 제106조 및 제219조에 의해 압수·수색 하는 것은 불가능하다고 보는 견해이다. 여기에는 자기테이프 내의 정보와 출력된 유체물로 전화된 정보는 일체의 것으로 취급할 수 없으므로 자기테이프내의 정보는 증거물에 해당하지 않는다고 보는 견해⁸⁾와 데이터를 저장하고 있는 유체물은 큰 의미가 없고 오히려 그에 저장되어 있는 데이터에 중점이 있다고 보아 유체물이라고 할지라도 자기 디스크 자체 보다는 그에 내장되어 있는 방대한 양의 데이터가 더욱 중시되는 컴퓨터 기록 등을 형사소송법상의 규정에 의해 압수·수색하는 것은 어렵다고 하는 견해⁹⁾가 있다.

7) 노승권, “컴퓨터 데이터 압수·수색에 관한 문제”, 검찰 통권 제111호, 2000, 280면.

8) 강동욱, “컴퓨터관련범죄의 수사에 있어서의 문제점에 관한 고찰”, 현대형사법론, 박양빈교수화갑기념논문집, 1996, 707면.

9) 오기두, 형사절차상 컴퓨터관련증거의 수집 및 이용에 관한 연구, 서울대 박사논문,

특히 후자의 견해는 형사소송법상 압수·수색 규정을 적용할 수 없다고 해서 소추유지를 위한 전자증거의 확보를 포기할 수는 없을 뿐만 아니라, 전자적 기록을 저장하고 있는 매체 자체의 압수의 필요성이나 적법성을 확일적으로 부정할 수는 없다는 관점에서 데이터 저장매체인 유체물의 압수를 통한 데이터의 확보가능성을 간접적으로 인정함과 아울러 현행 형사소송법상 압수·수색을 대신하여 전자증거를 확보할 수 있는 방안으로서 출력강제, 복사본 작성, 검증 그리고 증거보전절차 등을 제시하고 있다.

다. 소 결

긍정설 가운데 유체물과 일체로서의 데이터의 압수가능성을 인정하는 견해는 데이터를 압수하는 수단과 목적을 혼동한 것이라고 생각된다. 즉 유체물인 저장매체는 데이터 등의 전자증거를 압수하기 위한 기술적인 도구 내지 수단에 불과한 것이지 그 자체가 압수·수색의 목적이 될 수 없으며 오히려 압수·수색의 목적은 데이터 그 자체에 두어져야 하기 때문이다. 또한 형사소송법상 증거물 또는 물수물에 있어서 “물(物)”의 개념을 법률상 물건의 의미로 해석하여 압수·수색의 객체에 데이터를 포함시키고자 하는 견해도, 데이터가 전자적 성질을 가진 신호이기는 하지만 그것 자체가 전기나 에너지가 아니라 디지털 신호의 집합체로서 일정한 내용을 지니는 정보이기 때문에 기존의 법체계에 쉽게 편입될 수 없는 새로운 개념이라는 것을 간과했다는 점에서 받아들이기 어렵다.

이에 반해 부정설이 현행 형사소송법상 압수·수색의 대상은 유체물에 국한된다는 전제하에서 데이터 자체를 압수·수색의 객체로 볼 수 없다고 한 점은 타당하다고 생각한다. 다만 그 논거를 제시함에 있어서 해당 전자

1997, 77면.

적 기록이 범죄혐의 내지 요증사실과의 연관성이 인정되어야 하고, 당해 범죄행위와 관련된 자료만 저장된 매체의 압수만을 허용한다고 보는 것은 사실상 데이터의 압수를 부정하는 결론을 초래한다는 점에서 그 타당성을 인정하기 어렵다.¹⁰⁾ 즉 컴퓨터 네트워크 시스템의 특성상 방대한 양의 데이터에 대해 압수·수색단계에서 범죄와의 구체적인 관련성 판단을 요구하거나 범죄와 무관한 데이터가 전혀 저장되지 않은 매체를 상상한다는 것은 불가능에 가깝기 때문이다.

현재 수사실무상 전자증거에 대한 압수·수색이 행해지고 있지만 이는 유체물인 저장매체에 저장되거나 프린터에 의해 출력됨으로써 궁극적으로는 유체물의 압수·수색의 형태를 띠고 있다. 그러나 유체물은 무체정보인 전자적 기록을 압수하기 위한 도구 내지 수단에 불과하다는 한계를 인정할 수밖에 없다. 즉 압수·수색의 목적이 전자증거 자체에 두어지는 한 유체물을 압수·수색의 객체로 규정하고 있는 현행 형사소송법에 의해서는 원칙적으로 압수·수색이 불가능하다고 보아야 한다. 즉 법과 현실의 괴리가 현실적인 필요성과 법규정의 엄격성을 충돌하게 함으로써 범죄수사에 난점을 제공하고 있는 것이다.

이와 같이 수사의 목적으로 전자증거를 확보함에 있어서 형사소송법상의 압수·수색규정을 적용할 수 없다고 보게 되면, 전자증거의 확보를 위한 수사기관의 처분행위의 법적 근거를 어디에서 구할 것인가 하는 문제가 남게 된다.

정보화 사회에서 컴퓨터 네트워크 상에서 처리, 수집, 정리, 보관, 전송의 대상이 되는 각종 전자적 기록들은 개인의 사적인 영역에 속하는 고도의 프라이버시를 보유하고 있다.¹¹⁾ 따라서 형사절차의 목적상 전자적 기록을 확보하고자 하는 수사기관의 처분은 개인의 중대한 법익인 프라이버

10) 노승권, 앞의 논문, 277-278면.

11) 권영성, 헌법학개론, 1999, 305면.

시에 대한 침해적 처분이라고 보아야 한다. 이와 같이 수사기관에 의한 강제성이 수반되는 전자증거의 확보를 위한 처분의 본질은 헌법상의 기본권인 사생활보호권의 침해에서 구하여야 하고, 형사소추를 위해 이러한 기본권이 침해되는 경우에는 그에 대한 요건을 제한하고 사법적 통제를 가하기 위해 헌법상 영장주의원칙이 적용되어야 한다.¹²⁾ 즉 형사소송법이 예정하지 못했던 새로운 증거에 대한 수사방법이 기본권의 침해를 야기하는 한 이는 강제처분으로 보아야 하고, 그러한 강제처분에 대한 법적 통제의 근거는 헌법상 적정절차원칙을 규정한 헌법 제12조 제3항에서 직접 구할 수밖에 없다.¹³⁾

이와 같이 수사기관에 의한 전자증거의 확보를 영장주의의 규제 하에 둠으로써 범죄수사 이외의 목적을 위한 데이터 확보 금지, 상당성 및 필요성에 대한 사법심사, 일반적·탐색적 데이터의 압수·수색금지, 수사기관의 타목적으로 기 확보된 데이터의 이용금지 등의 법적 근거를 마련할 필요가 있다. 다만 전자증거의 압수의 근거를 헌법 제12조 제3항의 영장주의 원칙에 두더라도 헌법은 원칙적인 규정만을 두고 있으므로 영장주의의 구체적인 내용을 어떻게 할 것인가 하는 문제는 여전히 남게 된다. 헌법은 형사절차를 지배하는 최고법이고 형사소송법은 헌법의 구체화라고 할 수 있으므로 헌법상 영장주의 원칙의 취지에 비추어 그 성질에 반하지 않는 한도 내에서 구체적인 절차적 내용은 형사소송법의 규정을 준용하는 형식을 취할 수밖에 없다¹⁴⁾고 할 것이다. 그러나 무엇보다도 현행 형사소송법상의 규정을 보완하여 전자증거의 압수·수색에 관한 구체적이고 명시적인 근거를 마련하는 것이 무엇보다도 시급한 일이라고 할 것이다.

12) 권영성, 앞의 책, 326면; 허영, 헌법이론과 헌법, 2001, 500면.

13) 신동운, 앞의 책, 78면.

14) 차용석, 형사소송법연구, 1983, 208면.

2. 전자증거의 압수의 필요성

전자증거의 압수의 필요성이란 수사기관의 강제처분에 의한 증거확보의 필요성은 있지만, 기존의 유체물에 대한 압수와 같은 의미에 있어서의 압수방식을 무형의 전자증거에 대해서도 고수할 필요성이 있는가에 관한 논의의 의미를 의미한다.

통상 압수란 수사기관에 의한 목적물의 강제적인 점유이전을 의미한다. 그런데 전자증거의 압수에 있어서는 해당 데이터에 대한 압수취지에 따라 목적물의 점유이전이 수반될 수도 있고, 수반되지 않을 수도 있다. 즉 전자증거가 금제품이거나 범행도구인 경우에는 수사기관이 원본데이터가 저장된 매체 자체를 압수하거나 피처분자의 컴퓨터상에 존재하는 원본데이터를 복사하여 복사본만을 압수하고 원본데이터 자체는 해당 컴퓨터에서 삭제하거나 접근을 차단함으로써 피처분자의 점유를 박탈하여 증거를 확보할 수 있다.¹⁵⁾ 이는 기존의 유체물에 대한 압수와 동일한 의미에 있어서의 점유의 이전을 수반한다고 말할 수 있다. 하지만 전자증거가 입증대상인 경우에는 증거의 멸실에 대비하여 형사절차의 진행을 확보하면 되기 때문에 원본데이터에 대한 복사본 내지 출력물을 작성하여 그것을 확보하는 것만으로도 압수와 동일한 효과를 거둘 수 있다. 이 경우 원본데이터는 사실상 피처분자의 점유 하에 그대로 남아 있는 결과가 되기 때문에 점유의 이전을 수반하지 않는 증거의 확보가 가능하게 된다. 즉 전자증거는 압수·수색영장에 의해 압수의 대상이 됨에도 불구하고 전자증거 자체를 유체물에 있어서의 압수방식으로 확보할 필요성은 없다고 판단되는 경우가 있는 것이다.

전자증거는 그것이 압수·수색의 객체라는 이유로 기존의 유체물과 마찬가지로 무조건적으로 압수해야 한다고 보아서는 안된다. 압수·수색현장

15) Eoghan Casey, op. cit., p.20.

의 상황에 따라 원본 데이터의 압수 자체가 불가능한 경우도 있기 때문에 복사본이나 출력물의 작성, 수사기관의 컴퓨터 시스템으로의 데이터 전송과 같은 방식으로의 증거확보도 그것이 강제처분으로서의 성격을 수반하는 한 압수·수색영장 하에서 행해질 수 있다고 보아야 한다. 다만 이는 강제처분이라는 점에서는 압수와 동일하지만 기존의 유체물에 대한 압수와는 분명히 성격이 다른 증거확보방법이라고 볼 때, 이러한 처분을 현행 법상 어떠한 근거 하에서 압수·수색영장에 의해 행할 수 있는가가 문제된다. 생각건대 원래의 압수·수색은 전자증거 자체의 점유이전을 의미하지만 수사비례의 원칙상 전자증거의 점유이전이 필요없는 과도한 데이터의 압수를 인정하는 결과를 초래하거나 경미한 처분으로 데이터 압수의 목적을 달성할 수 있는 경우에는 압수의 범위를 파일을 복사하거나 출력하는 것으로 제한하고, 그 취지를 압수·수색영장에 기재함으로써 그 처분을 행할 수 있다고 보아야 할 것이다.

IV. 전자증거의 압수·수색에 관한 주요논점

1. 전자증거의 압수·수색의 요건으로서 영장기재의 특정성

형사소송법 제219조에 의하여 압수·수색영장에는 압수·수색할 목적물과 압수·수색이 행하여질 장소가 특정되어야 한다. 영장기재의 특정성의 요건은 수사관으로 하여금 피처분자의 소유물 전체에 대한 일반·탐색적 수색을 허용하는 일반영장을 집행하지 못하도록 하는데 그 취지가 있다. 즉 구체적인 경우에 수사기관의 강제권한의 범위를 명확히 하고, 이것에 의해 처분을 받는 자에 대해 수사기관의 처분에 관한 수인의무의 범위를

명확히 함고 아울러 수사기관의 권한을 넘는 위법한 처분에 대해서 법령이 정하는 바에 따라 불복신청을 가능하게 함으로써 수사기관이 그 권한을 남용하여 개인의 프라이버시를 침해하는 일이 없도록 하고자 하는 것이다.¹⁶⁾ 따라서 압수·수색의 대상이 특정되지 않은 영장에 의하여 수집된 증거라면 그 증거능력이 부정될 수 있다는 점에서 특정성의 요건은 매우 중요하다. 그런데 이러한 특정성의 요건이 전자증거의 압수·수색에 있어서는 그대로 적용되기 어렵다는 문제가 있다. 전자증거가 지니고 있는 특성 - 개변소거의 용이성·휘발성 등 - 으로 인하여 압수·수색단계에서 그 대상이나 장소의 특징이 매우 곤란하기 때문이다. 아래에서 이 문제를 좀 더 자세히 짚어보고자 한다.

가. 압수·수색장소의 특정

컴퓨터 데이터에 대한 압수·수색에 있어서 그 장소를 특정하는 것은 유체물의 압수·수색장소의 특정 보다 훨씬 더 어렵다. 컴퓨터 데이터는 유선 또는 무선으로 연결된 네트워크를 통하여 무한히 전송, 조회, 검색이 가능하기 때문에 사실상 장소적인 개념을 초월한 것이라고 보아야 한다. 즉 압수목적물이 있다고 판단한 장소에 있는 컴퓨터 안에 찾고자 하는 데이터가 존재하지 않고 단순히 해당 데이터가 지나가는 경로의 역할만을 하고, 실제적으로 범죄에 중요한 데이터는 원격지에 존재하는 서버에 저장되어 있을 수도 있다. 또한 네트워크로 연결된 수많은 컴퓨터에 동일한 데이터가 존재하거나 데이터의 내용이 분산되어 있는 경우도 있다. 이러한 경우 수사관이 영장에 기재된 장소에 있는 컴퓨터를 이용하여 압수대상인 데이터를 다운로드 받거나 백업받을 수 있다면 그 데이터가 실제 저장되어 있는 서버의 장소가 압수·수색 영장에 기재된 장소와 다르다고 하더라도 해

16) 東京地判 昭和 33. 6. 12. 一審刑集 1卷 追録 2367面.

당 압수·수색을 적법한 것으로 보아야 할 현실적인 필요성이 있다.¹⁷⁾

생각건대 수사관이 네트워크에 연결된 다수의 컴퓨터에 압수·수색 대상인 동일한 데이터가 존재하거나 네트워크 컴퓨터에 분산되어 있다고 판단한 경우, 해당 데이터가 금제품과 같은 것으로서 반드시 압수하여 파기하여야 할 경우에는 해당 데이터가 존재하는 각각의 컴퓨터가 있는 장소를 특정하여 영장을 발부받아야 하겠지만 그와 같이 반드시 압수해서 파기해야 할 필요가 없거나 단순히 범죄의 혐의만을 입증하는 증거인 경우에는 피처분자의 컴퓨터가 존재하는 장소만을 특정하여 압수·수색영장을 발부받아 해당 데이터를 백업받거나 복사하여 증거물로 사용하면 충분하다고 할 것이다. 다만 해당 데이터가 동일한 형태로 존재하는 것이 아니라 부분적으로 분산되어 있는 경우에는 각각의 데이터가 존재하는 네트워크 시스템의 장소를 영장에 기재해야 할 것이다.

그러나 수사관이 전송이 용이한 전자증거의 특성으로 인해 압수·수색 영장청구단계에서 해당 전자적 기록이 피처분자의 컴퓨터가 아닌 다른 지역의 네트워크 시스템에 존재한다는 것을 알지 못한 경우에는 비록 영장 기재장소가 피처분자의 컴퓨터가 존재하는 장소로만 되어 있을지라도 해당 데이터가 그로부터 합법적으로 접속 가능한 네트워크 시스템 안에 존재하는 한 영장기재의 특정성을 위반한 것이라고 보아서 안될 것이다.

나. 압수·수색 목적물의 특정

압수·수색영장에 의해 압수될 증거물은 영장에 특정하여 기재되어야 한다. 그러나 이러한 영장기재의 특정성에 의해 처음부터 데이터 저장매체의 종류 및 명칭, 압수대상인 파일의 명칭 및 특징, 데이터 처리에 사용된

17) 김상우, “미국에서의 컴퓨터에 대한 압수·수색 개관”, 해외연수검사연구논문집(Ⅱ), 제12집, 1996, 261면.

프로그램의 명칭이나 특징, 운영시스템 내지 하드웨어 형식 등을 특정하기를 요구하는 것은 수사의 시작단계에서 수사의 마지막 단계를 요구하는 것과 같다고 할 수 있다.

컴퓨터 내에 존재하는 데이터의 유형이나 존재방식은 전문가가 아니고서는 그 유형조차 분류해내기 어려운 경우가 많다. 따라서 수색을 행하기 전에 해당 데이터가 어떻게 되어 있는지에 관한 정확한 형태를 모르는 경우에는 일반적인 기술로 충분하며, 압수되어질 항목들이 포괄적인 용어 또는 일반적인 용어로 기술되어 있는 영장일지라도 그 기술이 수사 중인 행위의 상황과 성격이 허용하는 한 구체적인 경우에는 유효하다¹⁸⁾고 보아야 한다. 즉 증거의 실체가 무엇이냐가 중요한 것이지 증거의 형태가 무엇이냐가 중요한 것은 아니므로 영장에 기술된 증거를 얻기 위해 압수되어야 하는 목적물이 무엇이냐에 대해서는 법집행기관의 합리적인 해석에 맡겨두는 것이 타당하다¹⁹⁾고 할 것이다. 즉 영장청구단계에서 압수하고자 하는 데이터 등의 전자증거를 구체적으로 특정하여 명시할 것을 요구하는 것은 무리이며, 따라서 유체물의 압수·수색의 경우에 비해 명시성과 특정성의 요건을 어느 정도 완화²⁰⁾하는 것이 타당하다고 생각한다.

2. 전자증거의 압수·수색의 범위에 있어서 관련성

현행 형사소송법상 증거의 관련성에 관한 개념이 명시적으로 규정되어 있지는 않다. 그러나 수사상 압수·수색이 필요하다는 판단을 내리기 위해서는 압수대상물과 피의사실과의 관련성이 인정되어야 한다.²¹⁾ 이는 수사

18) United States v. London, 66 F.3d 1227, 1238(1st Cir. 1995).

19) United States v. Hill, 19 F.3d. 984, 987-989(5th Cir. 1994); Hessel v. O'Hearn, 977 F.2d 299(7th Cir.1992).

20) 渥美東洋, “コンピュータと刑事節次上の問題點”, 刑事訴訟における自由と正義, 1994, 287面.

기관의 강제처분의 범위를 피의사실과 관련성 있는 증거로 제한함으로써 수사기관의 권한남용을 통제함과 동시에 개인의 사생활에 대한 침해를 최소화하고자 하는 취지에서 요청되는 압수·수색의 전제조건이다.

전자증거의 압수·수색에 있어서 관련성요건이 특히 중요성을 갖는 것은 유체물과는 달리 전자적 기록의 특성상 해당 데이터가 단독으로 존재하는 경우 보다는 대용량의 데이터 저장매체 안에 다른 데이터들과 혼재되어 있는 경우가 많기 때문에 관련성요건의 판단범위가 특정 데이터가 아닌 데이터 저장매체 안에 저장된 전체 데이터에 미친다는 점 때문이다.²²⁾ 더욱이 컴퓨터 네트워크의 특성상 관련성의 판단대상이 되는 데이터 저장매체가 피의자의 것이 아닌 범죄와 무관한 제3자의 것일 수도 있고, 그 안에 저장되어 있는 데이터의 상당부분도 범죄와 무관한 제3의 다수인의 것인 경우가 많은 바, 이같이 범죄와 무관한 제3자의 데이터와 압수·수색의 대상이 되는 데이터가 혼재되어 있는 경우 관련성을 어떻게 판단할 것인가 하는 문제가 제기된다.

전자적 기록의 특성상 컴퓨터 내지 네트워크 서버에 저장된 정보를 물리적으로 분리시키는 것이 불가능한 경우가 많기 때문에 컴퓨터에 대한 수색은 거의 불가피하게 관련된 데이터와 함께 무관한 데이터에 대한 압수를 수반하게 됨으로써 범죄와 무관한 고도의 개인적인 정보들이 압수·수색되어질 가능성을 증폭시킨다. 즉 컴퓨터 네트워크와 대용량의 데이터 저장매체에 대한 압수·수색은 허용할 수 없을 정도의 침해적인 형태로 모든 데이터에 대한 압수·수색을 행하게 할 고도의 잠재적 위험성을 가지고 있기 때문에 최소한 범죄와 무관한 제3자의 권리나 이익이 침해되지 않도록 관련성 요건이 판단되어야 한다. 그러나 피의사실과 무관한 데이터

21) 이재상, 형사소송법, 2002, 272면; 신동운, 형사소송법, 1993, 138면; 배종대/이상돈, 형사소송법, 2002, 290면.

22) Raphael Winick, "Search and Seizure of Computers and Computer Data", 8 Harvard Journal of Law & Technology, 1996, pp104-105.

의 보호라는 취지에서 피의사실과 무관한 데이터가 혼합되어 있는 저장매체 자체에 대해서 관련성을 인정하지 않는다면, 사실상 거의 모든 전자적 기록에 대해서 압수·수색을 해서는 안된다는 결론이 되어 형사소추의 유지라는 공익상의 필요가 달성될 수 없게 될 것이다.

생각건대 전자증거의 압수·수색의 범위에 있어서의 관련성의 요건은 범죄와 무관한 데이터 내지 제3자의 권리나 이익의 보호라는 측면과 형사소추유지의 이익이라는 측면을 적절히 고려할 수 있는 합리적인 기준이 모색되어야 할 것이다. 즉 압수·수색의 대상이 되는 데이터가 범죄와 무관한 데이터와 혼합되어 있는 경우라 할지라도 소추유지의 필요성에 비추어 해당 데이터에 대한 압수·수색이 불가피하고, 범죄와 무관한 자료와의 물리적인 분리가 사실상 불가능하다고 판단되는 경우²³⁾, 그로 인한 피처분자의 피해가 수인할 수 있는 범위에 해당하는 한 데이터 저장매체 전체에 대하여 범죄와의 관련성을 인정하여 이를 압수·수색할 수 있다고 해야 할 것이다.

3. 전자증거의 압수·수색 집행시 고려사항

가. 피처분자의 컴퓨터 이용

압수·수색의 목적물인 데이터 저장매체가 피처분자의 컴퓨터와 분리가 불가능하거나 그 안에 저장된 데이터가 피처분자가 스스로 프로그래밍한 또는 특정한 목적으로만 사용하는 매우 보기 드문 프로그램으로 작성된 경우에는 피처분자의 컴퓨터 전체를 압수하지 않는 한 이를 이용하여 출력하거나 분석할 수밖에 없다. 즉 피처분자의 컴퓨터 전체를 압수해서는 안되거나 압수할 필요성이 없는 경우에 피의사실과 관련성 있는 데이터를

23) Raphael Winick, op.cit., p.107.

획득하거나 출력하기 위해 피처분자의 컴퓨터를 강제로 이용할 수 있는가, 이용할 수 있다면 어떠한 법적 근거에 의해서 가능한가 하는 문제가 검토되어야 한다.

서구 여러 나라는 통상 압수·수색시 피처분자에 대해 압수 가능한 목적물의 제공의무를 법으로 규정하고 있다. 그러나 이러한 나라들에 있어서도 압수 가능한 목적물을 제공할 의무가 일반적으로 데이터 저장매체 안에 저장된 특정한 정보를 출력할 의무까지는 포함하지 않는다고 보고 있다. 즉 제공의무는 현존하는 유형물에 대한 것이므로 새로운 형태의 복사본이나 출력물을 작성하여 제출할 의무까지는 없다고 보는 것이다.²⁴⁾ 이는 법전에 규정되지 않은 시민의 의무를 인정하는 유추해석이 허용되어서는 안 된다는 것이며,²⁵⁾ 압수권한과 압수물의 제출의무는 단지 데이터의 자발적인 출력을 뒷받침할 뿐이라고 보는 것이다. 한편 캐나다와 영국은 이러한 피처분자의 컴퓨터를 이용한 출력의무를 법으로 규정함으로써 이 문제를 해결하고 있다.²⁶⁾

우리나라 형사소송법은 압수·수색시 피처분자의 컴퓨터와 같은 일정한 기기를 이용할 수 있는 근거조항을 별도로 두고 있지 않다. 그러나 동법 제120조 제2항은 압수물에 대해 ‘기타 필요한 처분’을 할 수 있다고 규정하고 있고, 이는 동법 제219조에 의해 검사 또는 사법경찰관의 압수·수색에 준용되고 있다. 따라서 피처분자의 컴퓨터를 이용하여 데이터를 출력하거나 복사하는 것이 이러한 필요한 처분으로서 허용될 수 있는가 즉 형사

24) Armin Leicht, “Pflicht zur Herausgabe von Datenträger und Mitwirkungspflichten bei der Aufbereitung von Dateien im Strafverfahren”, Informatik und Recht, 1986, SS.346, 351.

25) Ursual Nelles, “Strafprozeßrecht : Spuren in der Datensammlung”, JuS, 1987, SS.51, 53.

26) 캐나다는 1997년 형법전 Sec.487(2.1)에 “컴퓨터 시스템과 복사장비의 운용”이라는 표제 하에 피처분자의 컴퓨터 이용에 관한 법적 근거뿐만 아니라 이를 피처분자의 의무로 규정하고 있으며, 영국은 1984년 경찰 및 형사증거법 제19조(4), 제20조에 피처분자의 컴퓨터를 이용한 출력요구 규정을 두고 있다.

소송법 제120조와 제219조가 피처분자의 컴퓨터의 이용에 관한 법적 근거가 될 수 있는가가 논의의 핵심이라 할 것이다.

생각건대 특정 데이터를 출력 내지 복사하고자 피처분자의 컴퓨터를 이용하는 것은 전자증거와 관련한 형사절차에 있어서 필수적인 중요성을 가질 뿐만 아니라 형사절차상 실체적 진실발견의 목적과 비교할 때 개인의 권리에 대한 심각한 침해를 구성하지 않으며, 데이터 저장매체에 대한 광범위한 압수·수색 보다는 개인의 권리를 덜 침해하므로²⁷⁾ 적법한 영장에 의한 압수·수색 집행시 필요한 처분으로서 허용된다고 해석할 여지가 있다고 본다. 다만 필요한 처분이라고 하여 어떠한 처분도 가능하다고 해석할 수는 없는 것이므로, 집행의 목적을 달성하는데 있어서 필요하고도 사회적으로 상당하다고 인정되는 처분에 한정된다고 해야 한다.²⁸⁾

나. 암호화된 데이터의 해독

정보화사회에 있어서 암호화기술은 필수적으로 요구되는 부분이다. 하지만 암호의 광범위한 사용은 범죄자들에게 새로운 은신처를 제공하는 역할을 하고 있다. 수사기관으로서는 적법한 감청과 압수·수색을 통해서 전자증거를 적절히 수집하여야만 컴퓨터 관련범죄에 대해 확실한 범집행력을 확보할 수 있는데, 이와 같이 감청대상인 통신이 암호화되고 컴퓨터 데이터 등의 전자적 기록이 비트형식으로 암호화된다면 공소유지는 물론이거니와 수사 자체가 불가능해질 우려가 있다²⁹⁾는 점에서 압수·수색 집행시 암호화기술은 최대의 장애물이 되고 있다. 따라서 암호화된 데이터의 압수·수색 집행시 피처분자로 하여금 암호해독까지 강제할 수 있는가 문제된다.

27) Ulrich Sieber, Legal Aspects of Computer-Related Crime in the Information Society - COMCRIME Study -, Prepared for European Commission, 1998, p. 210.

28) 河上化雄, 押收搜索, 1998, 106面.

29) 정완, 사이버범죄의 보안대책, 한국형사정책연구원, 2001, 68면.

현행 형사소송법 제120조 제2항은 압수물에 대해 기타 필요한 처분을 할 수 있다고 규정하고 있으므로 원칙적으로 암호화된 데이터를 해독하는 것도 영장의 효력에 포함된다고 볼 것이다. 그러나 피의자나 피처분자가 암호해독을 거부하는 경우에는 영장으로서 이를 강제할 방법이 없으므로 전문가에게 감정을 의뢰하는 방식으로 이를 해독할 수밖에 없다. 하지만 전문가조차 해독할 수 없는 암호를 사용한 데이터인 경우에는 피처분자에 대한 암호해독의 강제여부가 고려될 수 있다. 이러한 경우 암호화된 데이터를 해독한 결과물이 피처분자에게 형사책임을 부담지울 수 있는 내용일 개연성이 있는 경우에는 피처분자에게 암호해독을 강제할 수 없다. 이는 헌법 제12조 제2항의 진술거부권을 침해하는 결과를 초래하기 때문이다. 따라서 암호해독 불가로 인한 해당 증거데이터의 입증불명의 부담은 “의심스러운 때는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)”원칙에 따라 판단되어야 할 것이다.

다만 피처분자가 암호화된 데이터와 이해관계가 무관한 제3자인 경우에는 해당 데이터가 범죄의 입증에 중요한 부분을 차지하고, 달리 그 데이터를 대체할만한 증거가 존재하지 않는 경우에 한해서 그리고 피처분자의 불합리한 손해를 초래하지 않는 범위 내에서 암호해독을 거부하는 피처분자에게 이를 강제할 수 있는 별도의 처분이 마련될 필요가 있다고 생각한다.

V. 전자증거의 압수·수색에 관한 외국의 태도

1. 미 국

미국은 판례를 통하여 수정헌법 제4조의 범위 안에 전자적 기록이 포함

될 수 있다고 해석하게 되었고, 또한 연방형사소송규칙 제41조의 압수대상으로 명시된 유체물을 예시에 불과한 것으로 해석함으로써 무체정보에 대한 압수를 명백히 긍정하고 있다. 이와 아울러 미국 법무성 산하의 CCIPS (Computer Crime and Intellectual Property Section)는 컴퓨터 압수·수색에 관한 연방지침서를 마련하여 법률적, 실무적 기준으로 사용하고 있다.

가. 영장에 의한 전자증거의 압수·수색

1) 법적 근거

미 수정헌법 제4조에 의거한 압수·수색의 기본원칙인 영장주의원칙이 유형적인 증거와 마찬가지로 무형적인 전자증거에도 적용된다³⁰⁾고 하는 것이 미국 법원들의 일관된 태도이다. 즉 컴퓨터에 의해 작성된 전자적 기록은 가시성·가독성을 가지고 있지 않으므로 그대로의 상태로 내용을 알 수 있는 서면에 기록된 정보보다도 훨씬 타인에게 알려지지 않는다는 기대의 정도가 높고 따라서 프라이버시에 대한 합리적인 기대정도가 한층 강하게 인정될 수 있기 때문에 수정헌법 제4조의 강력한 보호를 향유한다는 것이다.³¹⁾ 더욱이 컴퓨터에 저장되는 정보의 다양성과 계속하여 증가하고 있는 컴퓨터 저장용량이 그러한 프라이버시에 대한 고도의 기대를 정당화한다는 것이다.

또한 미 연방형사소송규칙 제41조(h)항이 압수·수색의 대상으로 ‘문서, 장부, 서류 기타 유체물(tangible objects)’을 규정하고 있는 것에 대해서도, 미국 판례들은 동 조항이 적법한 압수·수색의 대상에 대하여 한정을 가하고자 한 것이 아니라 단순한 예시규정을 둔 것에 불과한 것이라고 봄으

30) Warden v. Hayden, 387 U.S. 294, 305(1967).

31) United States v. Chan, 830 F.Supp. 531, 534(N.D. Cal.1993).

로써 전자적 기록과 같은 무체물도 압수대상으로 포함시키고 있다. 즉 “연방형사소송규칙 제41조(h)항에서 물건이라 함은 문서, 장부, 서류 기타 유체물을 포함한다고 정의하고 있으나 이는 한정적 열거가 아니며, 압수·수색의 대상으로 될 수 있는 물건을 모두 열거코자 한 취지도 아니다... 동규칙 제41조는 유체물에 한하지 않는다”³²⁾고 판시함으로써 전자증거도 압수·수색의 대상이 된다는 입장을 명백히 하고 있다.

2) 압수·수색영장의 청구

미 수정헌법 제4조는 불합리한 압수·수색으로부터 신체·주거·서류 및 재산을 보장받을 권리는 침해받지 않는다고 규정하고 있다. 따라서 개인에 대한 프라이버시의 합리적인 기대가 인정되는 경우에 법집행기관이 압수·수색을 하기 위해서는 첫째 상당한 이유가 있을 것, 둘째 수색할 장소 및 압수할 물건을 특정할 것, 셋째 중립·공평한 법관에 의한 영장이 발부될 것이 요구된다.³³⁾

미 연방최고법원은 영장에 첨부되는 선서진술서에 의해 구체적인 장소에서 범죄의 증거나 금제품이 발견되어질 것이라는 상당한 개연성이 입증되어야만 한다고 본다.³⁴⁾ 이는 전체적인 정황에 근거한 실제적이고도 상식적인 개연성에 대한 결정을 요구하는 것이지 수색되어질 장소 안에 있을 증거의 형태에 대한 천리안을 요구하는 것은 아니라고 한다.³⁵⁾ 인터넷 관련범죄에서 상당한 이유와 관련하여 문제되는 것은 선서진술서를 뒷받침하는 증거가 인터넷 계정 또는 IP Address에서 얻어진 경우이다. IP

32) United States v. New York Tel. Co., 434 U.S. 159, 169, 98 S.Ct. 364, 54 L. Ed.2d 376(1997).

33) Johnson v. United States, 333 U.S. 10, 14, 68 S.Ct.367, 92 L. Ed. 436(1948).

34) Illinois v. Gates, 462 U.S. 213, 238(1983).

35) United States v. Reyes, 798 F.2d. 380, 382(10th Cir. 1986).

Address나 계정이 특정한 자의 신원이나 위치를 결정적으로 증명하지 못하기 때문이다. 따라서 계정이나 IP Address의 접속기록에 기반을 둔 선서진술서는 범죄의 증거가 수색되어질 특정장소에서 발견되어질 상당한 개연성을 입증하기 위해 그 접속기록과 수색장소간의 충분한 연관성을 입증해야만 한다.³⁶⁾

이러한 상당한 이유와 함께 미 수정헌법 제4조는 압수되어질 물건이 영장 안에 상세하게 기술되어 있어야 한다고 하는 특정성의 요건을 규정하고 있다. 이러한 특정성을 요구하는 것은 범죄의 증거를 수색함에 있어서 그 사람의 소유물 전체에 대한 탐색적인 수색을 허용하는 일반영장을 집행하지 못하도록 예방하고자 하는데 목적이 있다고 한다.³⁷⁾ 이에 의해 영장청구시 압수·수색의 대상을 기술함에 있어서 압수·수색의 근거가 되는 상당한 이유가 단지 데이터에만 관련되어 있다면 영장에는 물리적인 저장장치 보다는 해당 데이터 또는 파일의 내용을 기술해야만 한다.³⁸⁾ 그러나 이와 같이 전자적 부호의 형태로 저장된 정보와 데이터를 포함하는 기록에 대한 압수·수색에 있어서는 그 데이터의 범위가 매우 광범위할 수 있으므로 가능한 한 제한적인 형태로 영장에 기술하되 구체적인 사안에 따라 합리적으로 판단되어야 한다고 본다.³⁹⁾

나. 영장에 의하지 아니한 전자증거의 압수·수색

미 연방최고법원에 의하면 영장없는 수색이 개인의 프라이버시에 대한

36) United States v. Grant, 218 F.3d 72, 76(1st Cir. 2000): 본 사건에서 법원은 “피고인 소유의 인터넷 계정이 몇몇 범죄행위와 연관되어 있으며, 피고인의 차가 그러한 범죄행위가 행해지는 동안에 인터넷 계정이 연결된 그의 주거지에 주차되어 있었다는 증거는 피고인의 주거를 수색할 수 있는 상당한 이유가 된다”고 판시했다.

37) 18 U.S.C. §2518(3)(c).

38) United States v. Gawrysiak, 972 F.Supp. 853, 860(D.N.J.1997).

39) United States v. Hill, 19 F.3d 984, 987-989(5th Cir. 1994).

합리적인 또는 합법적인 기대를 침해하지 않는다면 수정헌법 제4조를 위반한 것이 아니라고 한다.⁴⁰⁾ 따라서 컴퓨터관련 범죄에 있어서 영장없는 압수·수색과 관련하여 가장 기본적으로 고려되어야 할 것은, 개인이 자신의 통제 하에 있는 컴퓨터 또는 다른 전자적 저장장치 안에 저장된 데이터에 대한 프라이버시에의 합리적인 기대를 향유하는가의 여부라고 할 수 있다. 이에 대한 미국 판례의 경향은 통상 컴퓨터 데이터는 매우 높은 수준의 프라이버시의 보호를 받을 권리가 인정된다⁴¹⁾고 보지만 자신의 통제 하에 있던 전자적 정보에 대한 통제를 상실하거나 배타적 이익을 포기한 경우에는 수정헌법 제4조의 보호를 상실할 수 있다고 한다.⁴²⁾ 즉 컴퓨터 데이터를 네트워크 상에 전송한 경우 일단 그것이 의도한 수령인에게 도달하면 그 데이터에 대한 미 수정헌법 제4조의 보호를 상실한다고 본다. 그러나 일반적으로 서비스 제공자에게 저장되어 있는 전자통신에 대한 프라이버시는 보호되며, 미 수정헌법 제4조가 보호할 수 없는 경우에는 인터넷 사용자의 프라이버시를 보호할 수 있는 별도의 법률상의 보호⁴³⁾가 존재하고 있기 때문에 인터넷을 통하여 수없이 전송되고 있는 수많은 전자적 정보에 대한 무제한한 영장없는 압수·수색을 염려할 필요는 없다고 한다.

2. 일 본

가. 전자적 기록의 압수·수색의 가능성에 관한 논의 현황

일본 형사소송법 제99조 제1항과 제222조 제1항에 의하면 압수·수색의 대상이 되는 목적물은 증거물 또는 물수해야 할 물건으로 사료되는 것이

40) Katz v. United States, 389 U.S. 347, 362(1967).

41) Raphael Winick, op.cit., p.80.

42) California v. Hodari D., 499 U.S. 621, 624(1991).

43) 18 U.S.C. §§ 2702-2711.

다. 이는 전통적으로 압수가 강제적으로 점유를 취득하는 처분이기 때문에 대체성이 없는 유체물을 말하는 것으로 여겨져 온데 있다고 한다.⁴⁴⁾ 이와 같이 물리적으로 관리 가능한 유체물을 압수·수색의 객체로 한다고 해석되는 일본 형사소송법 제99조 제1항에 비추어 볼 때, 유체물성이 결여되어 있는 전자적 기록을 압수·수색의 대상으로 볼 수 있는가에 대해서 학설이 나뉘어 지고 있다.

일본의 다수설은 압수·수색의 대상물은 유체물이라고 해석해야 한다는 입장⁴⁵⁾에서 압수·수색의 대상은 피처분자의 지배영역 내에 소재하는 전자적 기록매체에 한정되어야 하고, 그 내용을 확인하기 위해서는 별도의 검증허가장이 요구된다고 한다.⁴⁶⁾ 이에 반해 전자적 기록의 압수·수색을 긍정해야만 하는 현실적인 필요성에 입각하여, 무체정보로서의 전자적 기록과 유체물로서의 컴퓨터 또는 전자적 기록매체라는 것이 이론상 구별된다고 하더라도 일정한 프로그램에 의해 출력되어 가시성·가독성 있는 상태가 됨으로써 비로서 증거로서 의미를 갖는다고 본다면 양자 사이에 동일성이 인정되는 한 이를 일체로 보아 ‘증거물’이라고 보는 것이 가능하다는 견해⁴⁷⁾가 있다. 한편 이와 같이 유체물과 일체로서의 전자적 기록의 압수·수색을 긍정하는 것이 아니라, 일본 헌법 제35조의 ‘주거, 서류 및 소지품에 대한 침입, 수색 및 압수를 받지 아니할 권리’에 관한 규정이 보통법의 전통을 계수한 것으로 보아 이를 개인의 프라이버시 보호라는 측면에서 이해함으로써 주거 등을 대상으로 한 물리적 지배권과 이용권을

44) 宋本時夫/土本武司 編/宋尾浩也 監修, 條解刑事訴訟法(新版), 1996, 263面.

45) 藤永辛治, 注釋刑事訴訟法(新版) 第2卷, 1997, 151面; 井上正仁, 搜查手段としての通信・會話の傍受, 1997, 92面; 古田佑紀, “コンピュータネットワーク上の捜査と第三者の保護”, 松尾浩也先生古稀祝賀記念論文集 下卷, 1998, 193面; 稱垣隆一, “情報と強制捜査 - 搜索差押の對象のついて -”, 情報ネットワークの法律實務, 1999, 502面.

46) 小川新二, “磁氣ディスクと押収・差押え”, 新實例刑事訴訟法(1), 1998, 253面; 井上正仁, “コンピュータ・ネットワークと犯罪捜査(1)”, 法學教室, 244号, 2001, 56面.

47) 安富潔, 前掲書, 215面.

보호하는 것뿐만 아니라 가시성·가독성이 없는 무체정보도 보호의 대상이 되고 따라서 영장에 의해 전자적 기록 자체를 압수할 수 있다고 해석하는 견해도 있다.⁴⁸⁾

즉 일본에서도 유체물과 일체로서의 전자적 기록은 증거물로 볼 수 있다는 점과 헌법상 프라이버시에의 보호라는 관점에서 전자적 기록에 대한 영장에 의한 압수·수색의 가능성을 긍정하는 유력한 주장들이 제기되는 것으로 보여진다.

나. 전자적 기록의 압수·수색 논의에 있어서 주요쟁점

1) 압수·수색의 범위

전자적 기록의 압수·수색의 범위와 관련하여 일본학자들은 유체물의 압수·수색과 마찬가지로 일반적으로 피의사실과의 관련성 유무 및 정도, 압수·수색의 필요성⁴⁹⁾에 따라 판단되어야 한다고 본다. 다만 전자적 기록의 특성상 관련성은 반드시 매체에 기록된 정보내용을 확인하지 않으면 판단할 수 없는 것은 아니고 범죄의 내용, 피처분자와 당해 범죄와의 관계, 당해 압수·수색현장의 상황 등에 비추어 당해 범죄의 증거가 당해 매체에 기록되어 있다고 의심하기에 족한 합리적인 이유가 있는 경우에는 일응 관련성이 있다고 추인되는 것이고, 수사기관에서 확인에 필요한 기재·기술·시간과 증거인멸의 염려가 없다는 것을 확인할 수 없는 경우에는 관련성이 있는 것으로서 압수가 허용된다고 해석함이 타당하다고 한다.⁵⁰⁾ 따라서 분명히 증거가 아닌 것을 제외한 내용을 알 수 없는 플로피

48) 渥美東洋, 前掲論文, 288面.

49) 島田仁郎, “押收の許される證據物と被疑事實との關聯性の程度”, 増補令狀基本問題, 1997, 212面.

50) 小川新二, 前掲論文, 161面.

디스크와 같은 전자적 기록매체는 그것이 소재하는 장소·상황으로부터 판단해야 하며, 개별적으로 보아 일응 관련성이 있다고 인정되는 정도의 소명이 있으면 차후 관련성이 없는 것으로 판명되어도 그 압수가 위법한 것은 아니라고 한다.⁵¹⁾

이와 같은 관련성의 문제는 또한 전자증거의 특성으로 말미암아 모든 전자적 기록매체에 대한 포괄적인 압수의 필요성에 관한 논의를 제기하고 있다. 이에 대해 일본의 다수설은 전자적 기록매체의 압수시에 예외적으로 그 전자적 기록매체의 내용을 확인하지 않고 포괄적으로 압수하는 것이 허용되는 경우가 있다는 것을 인정하고 있다.⁵²⁾ 또한 판례도 압수·수색의 현장에서 제반상황을 종합적으로 고려하여 피의사실과 관련성이 있는 증거가 존재하고 있다는 것이 분명하고, 현장에서 특징이 곤란하다고 하는 특별한 사정이 인정되는 경우에는 명백하게 증거가 아니라고 생각되는 경우를 제외하고 예외적으로 그 현장에 있는 모든 전자적 기록매체를 포괄적으로 압수하는 것도 일본 헌법 제35조에 반하는 것은 아니라고 판시하였다.⁵³⁾

2) 제3자에 대한 압수·수색

일본 형사소송법은 제3자가 소유·관리·점유하는 물건의 압수에 대해 직접적인 규정을 두고 있지 않기 때문에, 피의사실과 관련성이 있는 컴퓨터의 소유·점유 및 관리가 피의자와 피해자뿐만 아니라 제3자와도 관계가 있는 경우에 그 제3자의 컴퓨터에 대한 압수·수색이 허용될 수 있는

51) 秋山見雄, “令狀に記載された物以外の物件を差し押さえたのではないかが問題った事例”, 増補令狀基本問題(下), 1997, 251面.

52) 羽室英太郎, “ハイテク犯罪捜査における技術的留意事項について(下)”, 警察學論集 第52卷 3号, 1999, 144-145面; 稻垣隆一, “情報と捜査-搜索差押え實務上の問題點”, 情報ネットワークの法律實務, 1999, 5010-5012面.

53) 小川新二, 前掲論文, 261面; 大阪高判 平成3年 11月 6日 判例タイムズ 796号 264面.

지의 여부가 논의되고 있다. 이와 같은 제3자에 대한 압수·수색은 특히 컴퓨터 네트워크를 이용한 범죄수사에 있어서 문제가 되는 바, 이 경우 피의자가 계약을 체결하고 있는 서비스제공자의 서버에 기록·저장되어 있는 전자적 기록을 수사기관이 수집하고자 할 때 범죄와 무관한 서비스제공자의 서버에 대한 압수·수색영장을 청구해야만 하기 때문이다.

이와 같은 경우 일본 형사소송법 제100조가 준용되어야 하지만 서비스제공자는 전기통신사업자로서 통신에 관련된 광범위한 사실을 취급하기 때문에 서비스제공자에 대한 압수·수색에 있어서는 통신비밀보호의 배려가 필요하다고 본다.⁵⁴⁾ 이와 관련하여 일본 법원들은 통신사업자의 고객관리 데이터에 대한 압수처분을 취소하는 판결⁵⁵⁾을 내림으로써, 인터넷 서비스제공자와 같이 제3자가 피처분자로 되는 경우에 압수·수색을 결정함에 있어서는 피의사실과의 관련성을 엄격하게 해석할 필요성이 있다는 점을 강조하고 있다.

3) 피처분자의 컴퓨터 사용

수사기관이 피처분자의 컴퓨터를 이용하여 전자적 기록을 출력할 필요가 있는 경우 피처분자의 컴퓨터를 사용하는 것이 허용되는가의 여부도 전자증거의 압수·수색에 있어서 주된 논점으로 제시되고 있다. 이에 대해 일본 학설들은 수사기관이 피처분자의 컴퓨터를 사용해서 전자적 기록을 출력할 수 있다는 결론에는 대부분 일치하고 있지만, 그 법적 근거에 대해

54) 安富潔, “ネットワーク犯罪の問題點”, 情報ネットワークの法律實務, 1999, 5069面; 이에 대하여 일본 형사소송법 제222조 제1항이 준용하는 제105조가 업무상 비밀에 대하여 압수거절권을 인정하고 있다는 점을 근거로 들어 동조를 반대해석 함으로써 제3자에 대한 압수는 허용될 수 없다는 반대견해도 존재한다: 廣畑史郎, “コンピュータ犯罪と押収・差押え”, 警察學論集 41卷3号, 1988, 73面.

55) 東京之決 平成10. 2. 27. 判例時報 1637号 125면; 同旨: 京都地決 昭和46. 4. 30. 刑裁月報 3卷 4号 61面.

서는 일본 형사소송법 제111조 제1항에서 말하는 ‘필요한 처분’으로서 보는 견해와 동 조항에서 말하는 ‘필요한 처분’에는 포함되지 않고 별개의 사법심사를 필요로 한다는 견해로 나뉘어져 있다. 한편 피처분자의 컴퓨터 사용을 부정하는 견해는 피처분자를 피의자, 피해자, 제3자로 나누어 피의자와 피해자에 대해서는 원칙적으로 사법심사를 거쳐야 하되 경우에 따라서는 수사기관의 합목적적 판단으로 영장없이 피처분자의 컴퓨터를 이용하여 출력할 수 있지만 범죄와 무관한 제3자에 대해서는 필요한 처분을 근거로 출력을 강제할 수는 없으며, 따라서 수사기관은 그 필요성을 소명하는 외에 개별적으로 사법심사를 받아야만 한다고 본다.⁵⁶⁾

3. 독 일

가. 컴퓨터 데이터의 압수가능성에 관한 논의현황

독일은 형사소송법 제94조 이하에 의하여 형사소추기관이 중요한 증거수단의 확보 외에 앞으로의 절차의 확보를 가능하게 할 목적으로 소유권(압수), 주거권(수색), 우편 및 통신비밀에 대한 침해(통신감청) 뿐만 아니라 신체적 상해가 없는 침해(혈액채취), 그리고 개인의 결정의 자유와 활동의 자유의 침해권한까지 행사할 수 있도록 하고 있다.⁵⁷⁾ 이와 같은 침해적 강제처분은 범죄혐의가 있거나 입증에 중요한 목적물을 발견하고자 하는데 목적을 두며, 그 목적물이 피고인을 위한 증거방법 또는 피고인에게 죄책의 부담을 지우는 증거방법으로서 그 어떤 증거가치를 가지고 사용되어질 것이라는 것을 전제로 한다.⁵⁸⁾

56) 廣畑史郎, 前掲論文, 71面.

57) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, Aufl.23, 1993, S.241 ; Hans Heiner Kühne, Strafprozeßlehre, 1993, Rn. 165.

58) Gerhard Schäfer, LR StPO, 24. Aufl., 1988, §94 Rn.20; Rudolphi/Frisch/Paeffgen/

독일 형사소송법 제94조의 이러한 침해적 처분은 유형적인 객체를 대상으로 하는 규정인 바, 무형적인 데이터 확보에 대한 오늘날의 요청이 어느 범위에서 정당화될 수 있는가가 독일에서도 논의되고 있다. 이와 관련하여 대부분의 독일 형사소송법 주석서들은 구체적인 논의없이 무형적인 목적물은 입증의 목적으로 사용되어질 수 없지만, 그 데이터를 저장하고 있는 매체 자체는 독일 형사소송법 제94조하에 포함되어질 수 있다는 결론을 이끌어내고 있다.⁵⁹⁾ 하지만 이것만으로는 전자적 정보처리영역에 있어서 독일 형사소송법 제94조의 의미내의 압수가능한 목적물을 분류하기에는 충분하지 않다는 전제하에서 개별적인 전자적 정보처리장치들 - 데이터 저장매체와 프로그램, 컴퓨터 출력물, 저장 칩 등 -에 대한 압수가능성을 검토하는 견해도 있다.⁶⁰⁾

이와 같이 독일은 전자증거 자체는 유형성을 결여한 무형적인 목적물의 전형적인 예로서 독일 형사소송법 제94조의 목적물로서 취급되어질 수 없다는 입장을 고수하고 있다. 다만 독일 형사소송법 제98조 a-c에 데이터 검색에 관한 규정을 도입함으로써 컴퓨터 데이터 확보시 필요한 새로운 법률상의 압수권한의 근거를 마련하고 있는 것으로 보여진다.

나. 전산망을 이용한 스크린 검색(Rasterfahndung)

독일 형사소송법 제98조a는 전산망을 이용한 스크린 검색이라는 표제 하에 형사소추기관 이외의 다른 기관에 저장되어 있는 데이터 중에서 인적관련 데이터를 특수한 경우의 범죄학적인 조사기준을 이용하여 자동적으로

Rogall/Schlüchter/Wolter, SK StPO, 1997, §94 Rn.12.

59) Lutz Meyer-Göbner, StPO, §94 Rn.4; Rudolphi/Frisch/Paeffgen/Rogall Schlüchter/Wolter, SK StPO, §94 Rn.11; Gerhard Schäfer, LR-StPO, §94 Rn.18; Armin Nack, Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 4. Aufl., 1999, §94 Rn.4.

60) Wolfgang Bär, Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren, 1992, S.179ff.

검색하는 것을 허용하고 있다. 동 조항은 1992년 7월 15일자 조직범죄대책법(OrgKG)에 의해 독일 형사소송법에 도입된 것으로, 원칙적으로 자신의 인적 데이터의 사용과 포기에 관해 스스로 결정할 권리인 정보에 대한 자기결정권의 침해를 구성하기 때문에 입법자는 동 조항에 의해 법률상의 근거를 마련하여 형사소추의 목적상 자동화된 데이터검색의 가능성을 이용하고자 하였다.⁶¹⁾ 이 규정은 컴퓨터 데이터 압수시 법률상 새로운 필수적인 압수권한에 관한 최초의 규정을 포함하고 있는 조항이라고 한다.⁶²⁾

독일 형사소송법 제98조 a-c에 의한 데이터 검색은 수사기관이 사람 또는 사물에 대한 체계적이고 자동화된 수색을 하기 위하여 사전에 확인된 범죄적인 요소들에 따라서 데이터 처리장치상에 저장된 컴퓨터 데이터를 불러오는 것을 말한다. 이러한 데이터 검색이라는 개념은 컴퓨터에 의한 모든 탐색처분에 대한 상위개념으로서 범죄혐의가 있는 사람의 조사와 신원확인에 기여한다고 한다.⁶³⁾ 이러한 데이터 검색은 두 가지 목적에 기여하는 바, 그 하나는 범죄혐의가 없는 자를 배제하기 위한 것이며(소극적인 데이터 검색), 다른 하나는 수사에 있어서 중요하고 보다 광범위한 조사요소들을 확인하고자 하는데 있다(적극적 데이터 검색).⁶⁴⁾

독일 형사소송법 제98조 a와 b의 규정은 당해인이 임의로 제출한 데이터의 검색에는 적용되지만 동법 제94조, 제110조, 제163조에 따른 처분에 의해 획득된 데이터 검색에는 적용되지 않으며, 기계가 아닌 사람에 의해 직접적으로 검색이 행해지는 경우에도 적용되지 않는다고 한다.⁶⁵⁾

61) Rudophi/Frisch/Paeffgen/Rogall/Schlüchter/Wolter, SK-StPO, §98a Rn.2.

62) Wolfgang Bär, "Beschlagnahme von Computerdaten(II)", Computer und Recht, 1996, S.751.

63) Wolfgang Bär, a.a.O., S.751.

64) Lutz Meyer-Goßner, StPO, §98a Rn.2.

65) Hans Hilger, "Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG", NStZ, 1992, S.460 Fn.54; Kleinecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung 44. Aufl., §98a Rn.8.

4. 비교법적 검토

전자증거의 압수·수색에 관한 미국, 일본, 독일 세 나라의 논의현황을 간략히 살펴보았다. 미국은 이미 판례를 통하여 전자증거의 압수·수색을 확고하게 인정하고 이에 더 나아가 실무상의 지침서까지 마련하고 있는데 비해, 일본과 독일은 우리나라와 마찬가지로 기존의 형사절차법상 압수·수색의 목적물은 유체물에 제한된다는 기본적인 전제하에서 전자증거의 압수·수색의 가능성을 모색하기 위한 해석론을 전개하고 있는 단계에 머물러 있음을 알 수 있다. 즉 미국은 전자증거를 확보하고자 하는 수사기관의 처분이 프라이버시에 대한 침해를 초래하는 한 수정헌법 제4조의 영장주의의 적용을 받는 압수·수색의 대상이 됨은 유체물과 전자증거가 다를 바가 없다고 보는 반면에 일본과 독일은 형사소송법상 압수·수색의 목적물은 유체물에 한정된다고 하는 입장을 고수하여 데이터의 압수를 부정하는 견해가 다수를 차지하고 있다는 점에서 근본적인 차이가 있는 것으로 보인다. 다만 전자증거의 압수·수색의 필요성과 중요성을 전제로 하여 논의를 전개하고 있다는 점에서는 차이가 없는 것으로 보인다.

미국이 법원의 적극적인 해석에 의해 전자증거의 압수·수색에 관한 판례법을 형성하고 있다는 점은 상당히 중요하게 검토해 보아야 할 내용이지만, 형사소송법의 법원을 법률에 제한하고 있을 뿐만 아니라 강제처분법정주의에 의하여 강제처분의 종류와 내용이 법률에 규정되어 있어야 하는 우리나라로서는 판례만으로 전자증거의 압수·수색의 문제를 해결하는 방식을 검토하기에는 무리가 따른다고 할 수 있다. 오히려 전자증거의 압수·수색의 가능성을 모색하고자 법해석과 관련한 논의를 전개해 오고 있는 일본과 독일의 선례가 우리 형사소송법에 대한 해석론과 입법론을 전개함에 있어서 보다 더 참고가 될 것으로 생각된다.

VI. 전자증거의 압수·수색을 위한 입법론적 제언

1. 압수·수색 대상의 확대를 통한 전자증거의 포섭

정보기술 분야에 있어서 수사는 다양한 정보를 요구하며, 그 정보의 주된 형태는 컴퓨터화 된 데이터 즉 전자적 기록이라고 할 수 있는데, 현행 형사소송법상 전통적인 강제력 조항은 유형적인 재산과 관련하여 규정되어 있을 뿐 컴퓨터화 된 정보사회의 특수한 필요와 무형물에 대해서는 특별히 규정되어 있지 않다. 따라서 순수한 데이터나 전자적 기록 그 자체가 형사소송법상의 의미에 있어서 압수·수색의 객체에 포함될 수 있는가의 여부가 여전히 논의의 초점이 되고 있다. 이는 형사소송법의 압수·수색의 객체에 대한 해석을 어떻게 하느냐에 따른 문제이다.

현행 형사소송법은 압수·수색의 객체와 관련하여 동법 제106조 제1항 및 제219조에 ‘증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건’이라고 규정하고 있다. 여기서 ‘물(物)’ 또는 ‘물건’이라 함은 일상적인 언어 관념상으로도, 사전적 의미에 있어서도 유체물 내지 유형물을 의미한다. 따라서 이와 같은 압수·수색의 객체개념에 있어서 무체정보인 데이터가 포함된다고 보는 것이 그 언어의 가능한 의미를 넘는 해석인가 아니면 정당한 법해석으로서 현행법상 압수·수색의 객체에 전자증거가 포함될 수 있다고 보아야 할 것인지를 살펴보아야 한다.

앞에서도 살펴본 바와 같이 법률상 물건의 개념을 도입하여 컴퓨터에 의해 생성된 전자적 기록은 그 어떤 무체물보다 배타적으로 관리가능하기 때문에 이를 물건의 범주에 포함시킬 수 있고, 따라서 이를 증거“물” 또는 몰수“물”로서 압수·수색할 수 있다고도 볼 수 있다. 그러나 컴퓨터에 의해 생성된 전자적 기록은 배타적인 관리는 가능하지만 그것은 유형적인 물체

도, 자연력이나 동력과 같은 에너지도 아닌 제3의 단위라고 할 수 있다. 그러므로 이와 같은 제3의 단위로서의 데이터나 전자적 정보를 법적인 대상으로 파악하기 위해서는 기존의 법 개념을 수정하든가 아니면 정보를 유형적인 물체나 혹은 에너지로 파악할 도리밖에는 없다.⁶⁶⁾ 개인의 자유와 권리를 침해할 가능성이 가장 큰 강제처분에 관한 규정은 엄격히 해석되어야 하므로, ‘물(物)’에 대한 가능한 언어적 의미 내에서 포섭하기 어려운 무체 정보를 유추의 방식으로 확대해석하여 근거개념을 확장하는 것은 허용되어서는 안된다. 따라서 컴퓨터 데이터 등과 같은 무형적인 전자적 기록에 대해서 압수·수색이 행해지기 위해서는 현행 형사소송법의 압수·수색의 객체를 유체물에 제한하지 않고 데이터와 같은 무형적인 전자증거도 포함될 수 있도록 그 범위를 확대하는 것이 바람직하다고 생각된다.

오늘날과 같은 정보통신사회에 있어서 개인에 대한 심각한 프라이버시의 침해를 유발하거나 기업의 엄청난 재정적 손실을 유발할 수 있는 데이터나 전자적 기록에 대한 압수·수색을 명시적인 법규정이 없이 법해석으로만 해결하려고 한다는 것은 국가 강제력 행사의 편의만을 고려한 것이므로, 현행 형사소송법의 적극적인 개정을 통해서 무형의 전자증거에 대한 압수·수색의 적법성을 확보해야 할 것이다.

2. 전자증거에 적합한 압수·수색 개념의 도입

전통적인 의미에 있어서 압수는 물건의 점유를 취득하는 강제처분이고, 수색은 압수할 물건 또는 체포할 사람을 발견할 목적으로 주거·물건·사람의 신체 또는 기타 장소에 대하여 행하는 강제처분을 말한다. 이러한 압수·수색의 개념은 기본적으로 그 대상으로서 유체물을 전제로 한 것이다.

66) 김영환, “법의 대상으로서의 정보 - 소위 ‘정보법’의 이론적 착안점에 관하여 -”, 정보사회에 대비한 일반법연구(Ⅱ), 1998, 348면.

그러나 유체물에 적용되는 압수·수색의 개념이 무체정보인 전자적 기록에 대해 그대로 적용되기에는 여러 가지 점에서 무리가 따른다. 즉 유체물은 점유취득의 방법에 의해서만 압수의 목적을 달성할 수 있지만 데이터나 전자적 기록 등의 무체정보는 반드시 점유취득의 방법이 아니더라도 압수목적을 달성할 수 있다. 또한 유체물은 한 장소에 있는 동일한 물건이 다른 장소에 동시에 존재할 수 없기 때문에 그와 관련한 수색장소의 특징이 가능하지만 데이터는 동일한 데이터가 동시에 전세계의 여러 장소에 존재할 수도 있고, 순간적으로 사라질 수도 있다는 휘발성이 있기 때문에 장소의 특징이라고 하는 수색영장의 기본요건이 무의미해진다.

여기서 유체물을 전제로 형성된 압수·수색의 개념과 그 방법이 정보화 사회에 있어서 그대로 적용되기에는 한계가 있다는 점을 인정할 수밖에 없다. 즉 기존의 압수·수색의 개념 및 방법에 대하여 이제 어느 정도의 수정이나 사고의 전환을 요한다고 보여진다.

먼저 컴퓨터 데이터나 전자적 기록에 대한 압수에 있어서는 점유의 취득이라는 요소가 없이도 압수의 목적인 증거물 내지 물수물의 수집과 확보가 가능하다고 할 수 있다. 증거물인 경우에는 데이터를 복사하는 방법으로 증거를 수집·확보할 수 있으며, 물수물인 경우에는 데이터를 복사하고 난 후 그 데이터의 원본에 접근할 수 없게 하거나 원본을 삭제하는 방법으로 데이터를 몰수할 수 있다. 즉 원본 데이터에 대한 점유의 취득 없이도 압수목적을 충분히 달성할 수 있는 것이다. 다만 데이터나 파일을 복사하는 것을 압수로 특징지우는데 있어서의 어려움은 물리적인 세계에 있어서 압수가 제로섬의 개념이라는데 있다. 즉 수사관이 점유자로부터 재산을 압수하는 경우 수사관은 물리적으로 재산을 이동·점유하는 것이고,⁶⁷⁾ 따라서 점유자는 그 재산에 대한 점유와 사용을 박탈당하는 것이다. 그러

67) Discussion Paper from Computer Forensics UK Ltd., "the Judicial Review Relating to Search Warrants" 2002, <http://www.computer-forensics.com/articles/judicial.html>.

나 수사관이 컴퓨터 데이터나 전자적 기록을 확보하고자 하는 경우 그것이 금제품으로 몰수대상이 아닌 한 수사관은 일반적으로 복사본을 작성하여 복사본만을 가져가거나 원본과 복사본을 모두 가져가되 소유자에게 해당 전자적 기록의 또 다른 복사본을 제공한다. 그러므로 소유자는 그 파일에 포함된 정보의 사용과 점유를 박탈당하지 않기 때문에 어떠한 압수도 행해지지 않은 것처럼 생각하게 된다.⁶⁸⁾ 하지만 복사본을 피처분자가 임의로 작성, 제출하지 않는 한 복사본의 작성은 강제성을 띄지 않을 수 없고, 또한 피처분자의 입장에서는 복사본의 작성으로 인하여 해당 데이터에 대한 자유로운 이용 및 처분이 사실상 제약을 받지 않을 수 없다.

만약 수사기관에 의한 전자증거의 확보가 점유의 이전을 수반하지 않는다는 이유로 압수가 아니라고 보게 되면, 영장에 의한 압수요건을 충족하지 않거나 압수범위를 초과하는 파일이나 데이터에 대해서도 언제든지 복사가 가능하다고 보게 되어 사실상 데이터 압수의 범위가 무한히 확대될 우려를 배제하기 어렵다. 결국 정보화 사회에 있어서는 유체물에 한하여 의미가 있는 압수와 함께 데이터와 같은 무체정보에 대하여 의미를 갖는 처분가능성의 확보라는 개념이 함께 형사소송법에 규정될 필요가 있다. 그리고 이러한 무체정보를 확보하기 위한 적절한 권한이 부여될 수 있는 법률적 수단으로서 복사본의 작성, 저장데이터에 대한 접속 차단, 수사기관의 컴퓨터 시스템으로 데이터 전송⁶⁹⁾ 등이 함께 규정되어야 할 것이다.

한편 데이터에 대한 수색은 압수의 개념보다 훨씬 더 개방적인 사고를 요구한다. 기존의 유체물에 대한 수색에 있어서는 물리적인 경계를 가지고 있는 물건, 주거 또는 장소를 그 대상으로 했지만, 데이터와 같은 전자증거에 대한 수색에 있어서는 물리적인 경계라는 개념 자체가 무너지기 때

68) United States v. Place, 462 U.S. 696, 707(1983).

69) Council of Europe, Convention on Cybercrime, 2001, Sec.2 Title 4 Art.19, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>.

문이다. 비록 용의자가 있는 건물이나 장소에 대한 수색을 행하여 범죄를 수행하는데 사용된 컴퓨터를 발견했을 지라도 사실상 범죄의 증거는 그로부터 수천, 수만 킬로미터 떨어진 장소에 존재할 수도 있는데 이러한 경우 영장에 기재된 수색장소는 증거로서 데이터를 찾아내는데 있어서 아무런 의미가 없게 되어버린다.

결국 데이터나 전자적 기록에 대한 수색을 행함에 있어서는 일반적·탐색적 수색이 되지 않는 범위 내에서 물리적인 경계로서의 장소요건을 완화하거나 장소개념의 확대가 요구되며, 따라서 특정 컴퓨터 시스템에 대한 수색권한을 가지고 있는 수사기관이 그 시스템과 연결된 다른 컴퓨터 시스템 안에 그들이 찾고 있는 데이터가 저장되어 있다고 믿을만한 근거가 있는 경우에는, 수사기관이 보유하는 특정 컴퓨터 시스템에 대한 수색권한 또는 그와 유사한 접속권한이 연결된 다른 컴퓨터 시스템으로 확대될 수 있다고 보아야 한다. 다만 어떠한 경우에 있어서도 수색되어질 데이터는 최초의 특정 컴퓨터 시스템으로부터 합법적으로 접속할 수 있는 것이어야 하고, 또한 그 시스템을 이용하여 접속할 수 있는 것이어야만 한다.⁷⁰⁾

3. 데이터 보존 및 제출명령의 입법화

데이터 보존명령은 해당 데이터를 보관하고 있는 사람이 - 또는 기업이 - 범죄와 무관한 진실한 사람인 경우에는 그 데이터를 현존 상태 그대로 보존하라는 명령에 의해서 데이터의 완전성과 무결성을 보다 빠르게 확보할 수 있는 증거확보 방식이다. 그로 인하여 증거가치 있는 데이터에 대한 멸실 우려를 없앨 수 있고, 데이터를 저장 내지 기록하고 있는 컴퓨터나 네트워크 서버와 같은 재산에 대한 압수·수색을 집행함으로써 발생할 수 있는 영업활동과 기업의 명성에 대한 보다 덜 침해적인 수단이 될 수 있

70) Council of Europe, Explanatory Report, No.194.

다⁷¹⁾는 점에서 그 효용성이 인정된다. 이러한 데이터 보존명령은 인터넷과 관련된 범죄에 있어서 특히 유용한 수사도구로서 활용될 수 있는 바, 이를 기존의 압수·수색과 함께 전자증거의 확보방안의 하나로 입법화하는 것도 가능하다고 생각한다.

컴퓨터나 인터넷 관련 범죄의 수사에 있어서 데이터 보존명령과 함께 보다 덜 침해적인 수사방법으로 고려해 볼 수 있는 것이 데이터 제출명령이다. 데이터 제출명령은 침해적이고 부담스런 강제수사절차 대신에 적용할 수 있는 융통성있는 수사의 한 방법을 제공한다. 이는 특히 인터넷 서비스 제공자와 같이 범죄와 무관한 제3의 데이터 보관자에게 유익한 수사방법이다. 즉 이에 의해 인터넷 서비스 제공자는 자신의 통제 하에 있는 해당 데이터를 제출함으로써 수사기관의 압수·수색에 따른 인터넷 서비스 제공의 제한 내지 중지라는 엄청난 영업상의 손실을 입지 않을 뿐만 아니라 가입자 정보나 가입자의 사적인 데이터에 대한 공개금지라는 계약상의 책임을 면제받을 수 있는 정당한 법적 근거를 제공받을 수 있기 때문이다. 특히 전자적인 세계에서 데이터 제출명령은 압수·수색 또는 감청과 같은 강제적인 수사방법에 선행하는 예비적인 수사방법으로서 고려되어질 필요가 있다.

VII. 맺음말

형사소송법이 하루가 다르게 발전하는 정보통신기술의 변화에 따른 사회의 급속한 변화에 대처할 수 있도록 변모하지 못한다면, 사회의 통제규범으로서의 기능을 제대로 하지 못할 뿐만 아니라 그로 인한 입법의 흠결은 절차상의 혼란을 초래하고 그 만큼 사법에 대한 국민의 신뢰를 떨어뜨

71) Council of Europe, Explanatory Report, No.155.

리는 결과를 가져올 우려가 있다. 따라서 전자증거가 현행 형사절차에서 필요불가결한 것이라면 최소한 형사소송법상 관련규정에 이를 포섭할 수 있는 내용을 첨부하거나 아니면 별도의 입법을 마련하여 가치있는 전자증거가 훼손 내지 상실되어 이를 확보하지 못함으로써 범인을 형사절차의 통제범위 밖에 방임하는 결과가 초래되지 않도록 해야 할 것이다.

주제어 : 전자증거, 압수·수색, 영장주의원칙, 프라이버시, 특정성, 관련성

참고문헌

- 강동욱, 컴퓨터 관련 범죄에 있어서 증거상의 문제점에 대한 고찰, 공범론과 형사법의 제문제(下권), 정성근교수화갑기념논문집, 1997.
- 김영환, 법의 대상으로서의 정보-소위 “정보법”의 이론적 착안점에 관하여 -, 정보사회에 대비한 일반법연구(Ⅱ), 정보통신정책연구원, 1998.
- 노승권, 컴퓨터 데이터 압수·수색에 관한 문제, 검찰(통권 제111호), 대검찰청, 2000.
- 오기두, 컴퓨터에 저장된 금융정보추적의 제문제, 검찰(통권 제111호), 대검찰청, 2000.
- _____, 형사절차상 컴퓨터관련증거의 수집 및 이용에 관한 연구, 서울대 박사논문, 1997.
- 이광형, 정보화시대의 새로운 수사기법, 검찰(통권 제111호), 대검찰청, 2000.
- 이등원, 컴퓨터로 생성된 증거의 증거능력, 해외파견검사연구논문집 [제9집], 법무연수원, 1993.
- 이상우, 미국에서의 컴퓨터에 대한 압수·수색 개관, 해외파견검사연구논

문집(Ⅱ) [제12집], 법무연수원, 1996.

이 철, 컴퓨터 범죄의 수사와 전자적 기록의 증거능력(상),(중),(하), 법조 419, 420, 421호, 1991.

_____, 컴퓨터 범죄의 법적규제에 대한 연구, 경희대 박사논문, 1991.

이훈동, 컴퓨터관련범죄와 형사절차, 형사법학의 과제와 전망, 성시탁교수 화갑기념논문집, 1993.

하태훈/강동범, 정보사회에서의 범죄에 대한 수사와 재판, 정보사회에 대비한 일반법연구(Ⅱ), 정보통신정책연구원, 1998.

古田佑紀, コンピュータネットワーク上の捜査と第三者の保護, 松尾浩也先生古稀祝賀記念論文集 下巻, 1998.

廣畑史郎, コンピコータ犯罪と搜索・押収え, 警察學論集 41卷5号, 1988.

貴志治平, ハイテク犯罪の捜査に關する諸問題, 警察學論集 51卷7号, 1998.

島田仁郎, 押収の許される證據物と被疑事實との關聯性の程度, 増補令狀基本問題(下), 1997.

小川新二, 磁氣ディスクと搜索・押収え, 新實例刑事訴訟法(I), 1998

安富潔, ハイテク犯罪と刑事手續, 慶應義塾大學 法學研究會, 2000.

安富潔, ネットワーク犯罪の問題點, 情報ネットワークの法律實務, 1999.

羽室英太郎, 하이테크犯罪捜査における技術的留意事項についこ(下), 警察學論集 第52卷3号, 1999.

渥美東洋, コンピュータと刑事節次き上の問題點, 刑事訴訟における自由と正義, 1994.

井上正仁, コンピュータ・ネットワークと犯罪捜査(1)(2), 法學教室, 244号, 245号, 2001.

井上弘通, フロッピーディスクに入力された情報の収集と令狀の發付, 増補令狀基本問題(下), 1997.

秋山見雄, 令狀に記載された物以外の物件を差し押さえたのではないかが問

題った事例, 増補令狀基本問題(下), 1997.

秋山規雄, 令狀の記載された物以外の物件お差し押えたのではないかが問題となつた事例, 増補令狀基本問題(下), 1997.

Armin Leicht, Pflicht zur Herausgabe von Datenträgern und Mitwirkungspflichten bei der Aufbereitung von Datien im Strafverfahren, Information und Recht, 1986.

Ekkehard zur Megede, Bemerkungen zu Rechtsfragen im Bereich der EDV, NJW, 1989.

Johannes Wasmuth, Beschlagnahme von Patientenkarteien und Krankenscheinen im Strafverfahren wegen Abrechnungsbetruges des Arztes, NJW, 1989.

Karsten Koch, Die Beschlagnahme von Geschäftsunterlagen im Wirtschaftsstrafverfahren und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Wistra, 1983.

Manfred Möhenschlager, Computerstraftaten und ihre Bekämpfung in der Bundesrepublik Deutschland, Wistra, 1991.

Ulrich Sieber, Informationsrecht und Recht der Informationstechnik, NJW, 1989.

Ursual Nelles, Strafprozeßrechth: Spuren in der Datensammlung, Jus, 1987.

Wolfgang Bär, Beschlagnahme von Computerdaten(I),(II), Computer und Recht, 1996.

Alan Gahtan, Electronic Evidence, LEXPERT Magazine, 2000.

Amanda Hoey, Analysis of The Police and Criminal Evidence Act, s.69-Computer Generated Evidence, Web Journal of Current Legal Issues, 1996.

- Carrie Morgan Whitcomb, An Historical Perspective of Digital Evidence:
A Forensic Scientist's View, International Journal of Digital
Evidence, Vol.1, 2002.
- CCIPS, Field Guidance on New Authorities That Relate to Computer
Crime and Electronic Evidence Enacted in the USA Patriot Act
of 2001, [http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/patriotAct.
htm](http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/patriotAct.htm).
- Eoghan Casey, Error, Uncertainty, and Loss in Digital Evidence,
Internet Journal of Digital Evidence, 2002.
- Judd Robbins, Federal Guidelines for Searching and Seizing Computers:
Obtained, Formatted, and Hyperlinked by Computer Expert and
Digital Forensics Consultant, Criminal Law Reporter, Vol.56,
No.12, 1994.
- Raphael Winick, Search and Seizures of Computers and Computer Data,
Harvard Journal of Law & Technology, Vol.8, 1996.
- Susan W. Brenner and Barbara A. Frederiksen, "Computer Searches
and Seizures", Michigan Telecommunication Technology Law
Review, Vol. 8, 2002.
- SWGDE(Scientific Working Group on Digital Evidence), Digital
Evidence : Standards and Principles, Forensic Science
Communications, Vol.2, No.2, 2000.

A Study on Searching and Seizing Electronic Evidence

Tak, Hee-Sung*

The search and seizure of data stored or processed in computer system are the most important means of obtaining evidence in the investigation of computer-related crime cases. In most cases, the relevant data could be found on movable and tangible carriers, such as magnetic or optical discs. In some specific cases, the data may not even have a permanent embodiment in a corporeal data carrier.

With respect to the investigation of computer data permanently stored on a corporeal data carrier, the widespread limitation of the coercive power to the search and seizure of corporeal objects relevant to the proceedings or to finding the truth does not pose serious problems, since the rights to seize and to inspect the corporeal data carrier or the central processing unit also includes the right to copy or inspect the data. However, the application of the traditional powers of search and seizure might cause problems when data are not permanently stored on a corporeal data carrier. In these instances, it is questionable whether pure data or information can be regarded as an object in a sense of criminal procedure law. Because most traditional provisions were created in accordance with tangible property and were not especially designed for intangibles and for the legal demands of computerized information society.

Particularly, unavoidable problems rise with respect to search and

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

seizure in computer networks. As far as computer networks are concerned, it is questionable whether and to what extent the right to search and seize a specific computer installation includes the right to search database accessible by this installation but situated in other premises.

Therefore, the attempts has been made to identify the boundary as well as to give answer to the loopholes in the search and seizure field by proper legislative amendments. As an analogous application of criminal procedure law is impossible, it is required that law should be amended to cover the specific needs of computer and network based investigations.

In many countries including Korea, there still remains debate about the search and seizure of electronic evidence ; whether data per se can be the subject of search and seizure ; whether the relevant statute only apply to the data carrier itself. Yet, some countries, new measures have been created, such as expedited preservation of data to ensure that traditional measures of collection - for instance, the search and seizure - remain in the volatile technological environment. The Council of Europe have taken the flexible approach of using the old notions "search and seizure" as well as the new notions of "access and copying"

Most of all, the probability of huge private data collections, in connection with effective powers of search and seizure, can create the danger of an intensive intrusion of the state into the citizen's privacy should be kept in mind.

Key Words : digital data, electronic, evidence, search and seizure, access and copying, privacy

조건부 기소유예의 도입에 관한 검토

이 진 국

형사정책연구 제15권 제1호(통권 제57호, 2004 · 봄호)

한국형사정책연구원

條件附 起訴猶豫의 導入에 관한 檢討

李 鎭 局*

I. 들어가며

조건부 기소유예란 수사종결의 단계에서 검사가 피의자에게 피해배상, 일정한 지역에서의 출입금지 또는 수강명령의 이행 등 일정한 의무나 부담을 부과하여 이를 준수할 것을 조건으로 공소제기를 면제하는 처분을 말한다. 조건부 기소유예제도는 일반적으로 정형적인 형사절차에서 우회, 분리, 이탈한다는 의미에서 나온 다이버전(diversion)의 한 내용으로서 형사사법의 개혁논의에서 매우 중요한 의미를 가지고 있다.¹⁾ 조건부 기소유예를 통하여 수사종결단계에서 경미범죄의 비범죄화 및 이로 인한 형사사법의 부담을 경감시킬 수 있을 뿐만 아니라 피해자의 지위를 강화시키는 조치(예컨대 원상회복)를 조건부 기소유예의 부담사항 중의 하나로 규정하는 경우에는 피해자가 공판절차에서 겪게 될 재피해자화를 조기에 방지할 수 있기 때문이다. 우리나라 형사사법에서도 조건부 기소유예제도는 낯선 형상이 아니다. 정확한 의미에서의 ‘조건부’ 기소유예인가에 대한 논란이 있지만, 현재는 소년피의자를 대상으로 한 선도조건부 기소유예가 전국적으

* 한국형사정책연구원 연구위원, 법학박사.

1) 오영근, 선도조건부 기소유예제도의 실태와 개선방안, 제17회 형사정책세미나 ‘소년범죄자에 대한 사회내처우의 실태 및 개선방안’, 한국형사정책연구원, 1995, 115쪽; 신동운, 다이버전운동과 선도조건부 기소유예, 형사정책 2호(1987/12), 6쪽.

로 실시되고 있으며 나아가 1995년 1월 5일에 제정된 보호관찰등에관한법률 제15조 제3호에 따라서 소년피의자 뿐만 아니라 성인피의자에 대해서도 보호관찰소 선도조건부 기소유예가 활성화되고 있다.

그러나 현재 실시되고 있는 - 소년 및 성인피의자에 대한 - 선도조건부 기소유예는 법무부훈령이나 불명확한 법적 근거에 기초하여 실시되고 있다는 문제가 제기된다. 또한 현행의 선도조건부 기소유예는 피의자에게 부과하는 의무나 부담을 너무 좁게 포착하고 있어서 형사정책적으로 효과적인 범죄통제가 가능한 것인가에 대해서도 의문이 제기된다. 특히 형사소송법 제247조 제1항에 근거를 둔 기소유예는 검사에게 피의자에 대한 부담사항의 부과를 명시해 두지 않고 있기 때문에 범죄의 혐의가 명백한 피의자에게 아무런 의무를 부담시킴이 없이 공소제기를 면제해 버리는 경우에는 국가형벌권의 누수도 우려되지 않을 수 없다. 따라서 형사정책적 관점에서 한편으로는 비범죄화, 형사사범의 부담경감 및 범죄피해자 보호라는 세 가지 문제점을 모두 포착하고 다른 한편으로 불충분하게 규정되어 있는 현행 기소유예체계를 통일적으로 규율하기 위해서는 조건부 기소유예를 형사소송법에 명시적으로 도입하는 방안이 강구될 필요가 있다고 사료된다. 이 글에서는 조건부 기소유예의 개념과 법적 성질을 밝힌 다음(II), 성인범에 대한 조건부 기소유예가 현행 법질서에 어떠한 형태로 등장하고 있는지 검토할 것이다(III). 나아가 조건부 기소유예가 범죄통제의 관점에서 어떠한 형사정책적 의미를 포함하고 있으며 이를 형사소송법에 편입시킬 때 어떠한 문제점이 제기될 수 있는지에 관해서도 논의할 것이다(IV).²⁾

2) 다만, 이 글에서는 소년피의자에 대한 선도조건부 기소유예에 관해서는 상세한 논의를 생략한다. 대신에 소년피의자에 대한 선도조건부 기소유예에 관해서는 오영근/최병각, 선도조건부기소유예제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994.를 참조; 또한 오영근, 앞의 논문, 115-158쪽; 신동운, 앞의 논문, 5-14쪽; 박재윤/김병주, 선도조건부 기소유예제도: 한독간의 비교 연구, 국민대 법학논총 9집(1997/11), 37-66쪽 참조.

II. 조건부 기소유예의 개념과 법적 성질

조건부 기소유예도 검사의 불기소처분의 한 유형임과 동시에 범행에 대한 하나의 법적 효과라는 점에서 일반적인 의미의 기소유예와 동일하다. 조건부 기소유예에서 나타나는 보다 본질적인 문제는 어떠한 의무나 부담이 ‘조건’에 포함되며 그 법적 성질이 무엇인가에 있다. 조건부 기소유예라고 할 때, ‘조건부’란 일반적으로 피의자의 자유나 재산을 제한하는 부담사항 또는 피의자의 특정한 행위를 요구하는 지시사항(또는 준수사항)을 부과하고 그 위반시 법적 효과(예컨대 기소유예의 취소 및 공소제기)가 따른다는 점에 초점이 맞추어져 있다. 여기서 부담사항은 피의자가 범한 과거의 불법에 초점이 맞추어져 있으며 지시사항(또는 준수사항)은 장래의 범죄를 예방하기 위한 처분이다.³⁾ 따라서 소년에 대한 선도조건부 기소유예도 준수사항을 포함하고 있는 한 조건부 기소유예라고 판단하지 않을 수 없다.⁴⁾ 조건부 기소유예의 내용에 포함되는 부담사항과 지시사항에 관한 이러한 이해방식에 따를 때, 부담사항의 예로는 손해의 원상회복, 공익시설 또는 국고에 금전의 납부, 사회봉사, 가해자-피해자-조정 및 범행원상회복, 수강과정에 참가 등이 있다.⁵⁾ 또한 지시사항의 예로는 보호관찰등에관한법

3) Horn in SK StGB §56c Rdnr. 2.

4) 소년사범을 상대로 한 선도조건부 기소유예의 법적 성질에 관해서는 견해가 대립되고 있다. 선도조건부 기소유예를 (교육형적 의미의) 조건부 기소유예라고 이해하는 견해로는 배종대/이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2002, §67-8; 이재상, 형사소송법, 제5판(2001), 박영사, §25-19 참조. 이에 반해서 소년피의자를 대상으로 한 선도조건부 기소유예는 소년이 선도위원의 선도에 따르지 않아 재범한 경우에 다시 공소를 제기한다는 의미만 가질 뿐이므로 엄격한 의미의 조건부 기소유예로 볼 수 없다는 견해도 있다. 이러한 견해로는 예컨대 신동운, 형사소송법 I, 제2판(1997), 법문사, 305쪽; 진계호, 형사소송법, 형설출판사, 2000, 379쪽 참조. 그러나 소년에게 선도위원의 선도에 따르도록 하는 조치는 장래의 범행을 방지하기 위하여 소년피의자에게 부과되는 지시사항 내지 준수사항이라는 점에서 조건부 기소유예라고 보아야 할 것이다.

5) 독일 형사소송법 제153a조에 규정된 부담사항 및 지시사항에 관한 상세한 내용은 아래의 IV를 참조.

를 제32조(보호관찰대상자의 준수사항)에 기재된 준수사항을 들 수 있다.

그런데 조건부 기소유예의 본질적인 내용을 이루는 부담사항과 지시사항들은 피의자의 자유와 재산을 제한하는 제재라는 점에서 검사의 기소유예와 제재부과가 조화될 수 있는지에 관하여 문제가 제기된다. 만약 부담사항이나 지시사항이 제재적 성격을 가진다면 무죄추정원칙에 위배될 소지가 있기 때문이다. 이 문제와 관련하여 독일에서는 조건부 기소유예의 부담사항과 지시사항을 형벌이나 형벌유사적 제재로 보지 않고 대신 제재유사적 처분(sanktionsähnliche Maßnahmen)으로 이해하고 있다.⁶⁾ 부담사항이나 지시사항을 명함에 있어 검사는 피의자와 법원의 동의를 얻어야 하고 피의자도 자신에게 불리한 조건을 자발적으로 이행하기 때문이라는 것이다. 독일의 이러한 견해는 부담사항이나 지시사항이 원칙적으로 법원에 의하여 명해져야 한다는 것을 전제로 법치국가적 의문점을 해소시킬 수 있는 방향으로 조건부 기소유예가 입법되어야 한다는 점을 시사해주고 있다.

III. 현행법상 조건부 기소유예의 가능성

현행법질서에도 검사로 하여금 조건부 기소유예를 가능하게 하는 규정들을 찾아볼 수 있다. 그러나 형사절차상 조건부 기소유예가 일반적으로 가능한지의 여부를 판단하는 출발점은 형사소송법 제247조 제1항이다.

1. 보호관찰등에관한법률상 조건부 기소유예의 문제점

보호관찰등에관한법률 제15조 제3호에는 ‘검사가 보호관찰관의 선도를

6) BGHSt 28, 174, 176.; Rieß, in: Löwe-Rosenberg, Großkommentar zur Strafprozeßordnung, §153a Rdnr. 9.; Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, 44. Aufl., §153a Rdnr. 12.

조건으로 공소제기를 유예하고 위탁한 선도의 실시'(소위 보호관찰소 선도조건부 기소유예)를 보호관찰소의 관장사무로 규정하고 있다. 이에 따라서 검사는 피의자에 대하여 기소를 유예하는 조건으로 보호관찰소에 선도를 위탁시킬 수 있다. 동 규정을 형식면에서 보면, 모든 (경미) 범죄에 대하여 보호관찰소 선도조건부 기소유예가 가능하다는 결론이 도출된다. 실무에서도 성인피의자에 대한 선도조건부 기소유예가 점차적으로 그 의미를 증대시켜 나가고 있다. 예컨대 1997년에 114명에 불과했던 보호관찰소 선도조건부 기소유예인원이 2001년에는 600명을 상회하였다.⁷⁾

그러나 보호관찰등에관한법률 제15조 제3호를 조건부 기소유예의 직접적인 근거규정으로 보기는 힘들다.⁸⁾ 동법 제15조 제3호의 보호관찰소 선도조건부 기소유예는 보호관찰소의 관장사무 중의 하나로 규정되어 있을 뿐 동법 제3조에 규정된 진정한 의미의 보호관찰‘대상자’가 아니기 때문이다. 여기서 동법 제3조에 규정된 보호관찰대상자란 ‘범원’의 판결에 의하여 보호관찰의 명령을 받은 자를 의미한다. 따라서 동법 제3조에 따라서 범원으로부터 보호관찰의 명령을 받은 대상자가 보호관찰의 준수사항을 위반했을 경우에 뒤따르게 되는 제재조치들(구인, 긴급구인 및 유치)이 보호관찰소 선도조건부 기소유예자에 대하여 적용될 수 없는 것은 당연하다.

물론 검사에 의한 보호관찰소 선도조건부 기소유예의 실효성을 담보하기 위한 규범적 대응조치가 전혀 존재하지 않는 것은 아니다. 보호관찰소 선도위탁규정(법무부훈령 제365호)에는 보호관찰소 선도유예처분에 필요한 개별적인 절차들을 규정해 두고 있다.⁹⁾ 그러나 검사에 의한 보호관찰소 선도조

7) 법무부, 2002년도 보호관찰 통계연보, 31쪽.

8) 한영수, 보호관찰의 실시현황과 발전전망 - 특히 범·제도적 차원에서 -, 보호 통권 15호(2003/12), 15쪽.

9) 보호관찰소 선도위탁규정 제6조 제2항에서는 준수사항으로서 ① 선도유예처분을 받은 후 7일 이내에 주거지를 관할하는 보호관찰소에 출석하여 담당보호관찰관에게 신고할 것(제1호), ② 선도기간 중 임의로 주거지를 이동하지 아니하고, 주거지를 이동하거나 1월 이상 국내외 여행을 할 때에는 보호관찰관에게 신고할 것(제2호), ③ 나쁜 습관을

건부 기소유예에 관한 직접적인 근거규정이 없는 상태 하에서 법무부훈령으로 그에 관한 세부절차를 규정하는 것은 의미가 없을 뿐만 아니라 피의자의 자유와 재산을 제한하는 지시사항 내지 준수사항들을 훈령을 규정하는 것 자체가 법치국가원칙에 위배될 수 있다는 문제의 소지를 안고 있다. 나아가 보호관찰소 선도조건부 기소유예의 법적 근거에 관한 문제를 차치하더라도, 현행 보호관찰소 선도위탁규정 제6조 제2항에는 행위자의 장래의 행동을 조정하기 위한 준수사항만 규정되어 있을 뿐 과거의 범행에 대한 상쇄를 의미하는 부담사항에 관해서는 아무런 내용을 담고 있지 않다.

결론적으로 보호관찰등에관한법률 제15조 제3호에서 규정하고 있는 보호관찰소 선도조건부 기소유예는 검사의 조건부 기소유예의 직접적인 근거규범이 아니며 하위규범으로서 보호관찰소 선도위탁규정도 검찰의 실무관행을 확인하고 있을 뿐이다. 이러한 문제점들을 해소시키기 위해서는 오히려 형사소송법에 조건부 기소유예의 가능성을 규정해 두고 이에 따른 하위규범을 마련하는 것이 더 적합할 것이다. 그러나 형사소송법상 조건부 기소유예의 도입을 논의하기 이전에 이미 형사소송법 제247조 제1항을 근거로 검사의 조건부 기소유예의 처분이 가능한지 검토해 보아야 한다.

2. 형사소송법 제247조 제1항과 조건부 기소유예의 가능성

우리나라 형사소송법은 기소편의주의를 취하면서 그 구체적 내용으로 형사소송법 제247조 제1항에 기소유예를 명시적으로 규정하고 있다. 이에

버리고 선행을 하며 범죄성이 있는 자들과 어울리지 아니할 것(제3호), ④ 선도기간 중 보호관찰관의 선도교육 및 제반지시에 순응할 것(제4호), ⑤ 생업에 종사하며 맡은 일을 태만히 하지 아니할 것(제5호), ⑥ 마약·향정신성의약품·대마·본드·신나·부탄가스 등 해로운 작용을 일으킬 우려가 있는 물질을 사용하지 아니할 것(제6호), ⑦ 사행행위에 빠지지 말고 주류를 과도하게 마시지 아니할 것(제7호), ⑧ 이상의 사항에 위반하였을 때에는 유예사건의 제기 등 불이익처분을 받게 된다는 것을 명심할 것(제8호)이라고 규정되어 있다.

따라서 검사는 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다. 문제는 포괄적으로 규정된 형사소송법 제247조 제1항이 조건부 기소유예의 근거규범이 될 수 있는지의 여부이다. 부정설은 상대방의 의사에 반하여 강제적인 의무사항을 부과하는 것은 적법절차의 요청에 비추어 볼 때 법관이 담당하여야 할 사항이기 때문에 준사법기관인 검사가 법률에 특별한 규정이 없는 한 의무나 부담의 이행을 조건으로 하는 조건부 기소유예는 허용될 수 없다고 한다.¹⁰⁾ 이에 반해 긍정설은 권력분립원칙에 따를 때 기소유예의 권한 자체가 근본적으로 법관에게 속하는 것임에도 불구하고 현행법이 기소유예의 권한을 검사에게 부여하고 있는 한, 조건부 기소유예도 허용된다고 이해한다.¹¹⁾

형사소송법 제247조 제1항의 법문언 그 자체에서 보면, 피의자의 자유와 재산을 제한하는 강제적 부담사항 내지 지시사항이 규정되어 있지 않기 때문에 제247조 제1항은 무조건부 기소유예를 규정해 둔 것이라고 해석되어야 할 것이다. 무죄추정의 이익을 향유하는 피의자에 대하여 강제적인 의무사항을 부담시키는 위해서는 분명한 법적 근거가 필요하기 때문이다. 비록 검사의 기소유예처분이 고도의 범죄혐의를 가지고 있는 피의자에게 유리한 결과를 가져온다고 할지라도 사실상의 제재를 부담사항으로 부과할 경우에는 법률상의 근거가 당연히 요구된다. 이로써 현행법의 해석상 검사의 조건부 기소유예를 인정하는 분명한 법적 근거는 존재하지 않는다고 결론지을 수 있다.

10) 신동운, 앞의 책, 305쪽 이하; 이재상, 앞의 책, §25-19.

11) 배종대/이상돈, 형사소송법, 제4판, 홍문사, 2002, §67-7. 다만 이 견해는 형사소송법 제247조 제1항을 근거로 조건부 기소유예가 인정된다는 전제에서 피의자가 조건의 내용인 일정한 의무나 부담을 이행하면 기소유예처분에 일정한 존속력을 인정할 수 있다고 한다.

3. 형법의 법효과체계상 형사소송법 제247조 제1항의 문제점

형사정책적 관점에서 기소편의 및 이와 결부된 기소유예의 장·단점에 관한 논의에도 불구하고 오늘날 기소유예제도가 형사절차에서 필요불가결한 제도라는 점에 관해서는 이의를 제기하지 않는 것 같다.¹²⁾ 이러한 이해는 기소법정 그 자체만으로는 형사소추의 독자적인 지배원리로 기능할 수 없다는 점에 근거를 둘 뿐만 아니라 세속화된 사회에서 범죄 내지 범죄투쟁과 관련한 새로운 이해가 동반되어 기소편의의 도입에 대한 인식이 일반화되었기 때문일 것이다. 인간이 살아가면서 겪게되는 사회화과정 동안 한번 이상은 가벌적 행위를 범할 수 있다는 점, 형식적 낙인화로 인한 재범의 폐해방지 등 때문에 기소편의도 형사소추와 관련한 중요한 기능을 수행한다는 점은 전통적인 기소법정 이외에 기소편의도 형사사법의 소추체계에 필요한 제도라는 점을 인식하게 하였다. 이 점에서 기소편의는 오늘날 형사사법의 소추체계에서 더 이상 기소법정에 대한 반대어가 아니라 ‘기소법정에 대한 기능적 제한’(funktionale Begrenzung des Legalitätsprinzips)으로 이해된다.¹³⁾

그러나 현행 형사소송법이 피의자에게 기소유예의 조건으로 일정한 의무나 부담을 부과시키지 않는 방식을 취함에 따라 범행의 불법에 상응하게 형성되어야 할 형법의 법효과체계가 불균형을 초래한다. 오늘날 형법의 법효과에 대한 이해는 범죄에 대한 형벌에만 국한되는 것이 아니라 형사소송법상의 법효과를 포함한 모든 제재수단들을 포함하는 것으로 이해된다.¹⁴⁾ 그렇다면, 가벌적 행위에 대한 형사법의 법효과체계는 범행의 불법

12) 그러나 현행 형사소송법이 취하고 있는 기소편의 및 기소유예의 규정내용과는 달리 형사사법의 현실에서 검사에 의한 기소유예율은 저조한 편이다. 1993년부터 2002년까지 검찰이 처리한 사건 중 기소유예율은 평균 약 11%에 머물고 있을 뿐이다. 이에 관해서는 법무연수원, 범죄백서, 2003, 165쪽 참조.

13) Schöch in: AK-StPO, § 152 Rdnr. 15.

과 책임에 따라 단계적인 구조를 이루고 있어야 한다. 예컨대 최경미범죄에서부터 가장 중대한 범죄에 이르기까지 이에 대한 법효과(형벌 또는 제재와 유사한 처분)와 그 절차는 상호 체계적이고 단계적이어야 한다. 이것을 우리나라 형사법질서에 적용해보면, 최경미범죄에 대해서는 즉결심판절차에 의한 형벌선고, 경미범죄 및 중간정도의 중한 범죄에 대해서는 검사에 의한 기소유예처분 또는 약식절차, 중범죄의 경우 법원에 의한 정식재판이라는 구조를 이루어야 할 것이다.

그러나 우리나라의 형사절차에서는 특히 경미범죄에 대한 법효과 및 절차적 처리방식을 둘러싸고 이론상 중요한 문제점이 제기되고 있다. 예컨대 최경미범죄의 경우에는 경찰이 기소하지만 범행에 대한 법효과는 실체법상(형법 제41조) 규정된 ‘형벌’이다(예를 들어 벌금, 과료 또는 구류). 이에 반해 경찰의 즉결심판청구의 대상이 되는 최경미범죄보다 불법과 책임이 더 중한 범죄들은 검찰의 기소독점 하에 놓이게 되고, 여기서 검찰이 기소유예조치를 결정하면, 이미 총체적 법효과체계가 불균형을 이루게 된다. 최경미범죄에 대하여 경찰이 즉결심판을 청구한 결과는 법원에 의한 공식적인 책임판결과 형벌선고이지만, 그 이상의 경미범죄나 중간정도의 불법성을 가진 범죄에 대해서는 아무런 부담이 없는 기소면제만 행해질 것이기 때문이다.¹⁵⁾

14) Dieter Rössner, Strafrechtsfolgen ohne Übelszufügung?, NStZ 12(1992), S. 412.

15) 현행 형사소추체계상 이러한 불균형적인 법효과체계와 형사사건 처리방식은 결국 소추기관의 기소재량과 깊은 관련도 가지고 있다. 가장 경미한 범죄를 소추하는 경찰서장에게는 기소유예권이 없고 대신 기소가 강제됨에 반하여, 범행의 불법성이 더 짙은 범죄의 경우에는 검찰의 재량으로 기소면제가 될 수 있다. 물론 현재와 같은 경찰과 검찰의 양분된 소추방식은 일상범죄의 대부분을 차지하는 경미범죄에 효율적으로 대응하기 위하여 불가피하게 등장한 것이다. 최경미범죄에 까지 검사의 기소대상에 포함시킨다면 형사사법의 효율성에 과부하를 초래할 것이기 때문이다. 다른 한편에서는 독일에서와 같이 특정한 규범위반에 대하여 비형벌적 제재를 부과할 수 있는 질서위반법이 존재하지 않는 법체계전반의 문제와 결부되어 있기도 하다. 이러한 의미에서 검찰은 형사소송법 제247조 제1항에 규정된 포괄적인 기소재량에도 불구하고 많은 사례에서 기소유예의 결정에 주저할 수밖에 없을 것이다.

경미범죄의 처리를 둘러싸고 발생하는 법효과체계상의 불균형을 해소하기 위해서는 두 가지의 방안이 고려될 수 있다. 하나는 경찰에 의한 즉결심판청구의 대상범죄를 비형벌화하는 방안이다. 이것은 주로 행정형벌의 과태료 전환 등을 통한 비범죄화에서 나타난다. 이 경우에는 형법상의 형벌의 선고대상이 되는 범행이 모두 검사의 기소독점 하에 놓이게 때문에 어느 정도의 통일적인 기소유예의 실무가 가능할 것이다. 그러나 이 방식은 사건처리를 비교적 간명하게 할 수 있다는 장점이 있지만, 현실적으로 구체화시키기에는 많은 어려움이 따를 것이다. 다른 하나는 현행 형사소송법 제247조 제1항에 따른 무조건부 기소유예 이외에 조건부 기소유예를 입법함으로써 경찰의 즉결심판청구로 인한 법효과(형벌)와 검사의 공소제기면제로 인한 법효과(무조건부 기소유예)간에 나타나는 범행과 그 법효과간의 불균형을 어느 정도 시정할 수 있을 것이다. 경찰의 즉결심판청구제도가 존치된다는 것을 전제로 하는 경우에는 이 방식이 더 적합하다.

그러나 조건부 기소유예가 입법되어야 하는 보다 근본적인 이유는 이 제도에 포함되어 있는 형사정책적 필요성이다. 구금과 진압위주의 전래적 형사절차에서 탈피하여 수사종결의 단계에서 현재와 같은 피의자에 대한 무조건적 기소유예 대신에 약간의 위협적인 경고성 조치로서 부담사항을 부과시킴으로써 장래의 규범준수를 담보할 필요가 있기 때문이다. 요컨대 형사소송법 제247조 제1항의 기소유예는 범죄인을 모든 제재로부터 완전히 벗어날 수 있도록 하는 이른바 ‘전부 아니면 전무’(Alles oder Nichts)를 의미하는 것으로서 형사정책상 바람직스럽지 못하다.¹⁶⁾

16) 김창균, 비범죄화의 실현방안, 형사정책 제8호(1996), 한국형사정책학회, 33쪽.

IV. 조건부 기소유예 도입의 필요성과 법적 문제점

현행 형사소송법의 해석상 성인범에 대한 조건부 기소유예가 인정되지 않는다면, 남은 문제는 입법론적인 관점에서 조건부 기소유예 도입의 필요성과 정당성을 검토하는 작업이다. 조건부 기소유예가 도입되어야 할 필요성은 그것이 사실상의 비범죄화수단이라는 점, 피해자보호의 수단이라는 점, 형사사법의 효율성증대 수단이라는 점이다. 그러나 조건부 기소유예는 수사절차상 검사에 의한 유죄결정에 유사한 효과를 가져온다는 점에서 법치국가적 관점으로부터 몇 가지 문제가 제기된다.

1. 조건부 기소유예 도입의 필요성

가. 경미범죄의 비범죄화 수단

형사소송법에 조건부 기소유예를 도입함으로써 일차적으로 나타날 수 있는 효과는 경미범죄의 비범죄화라고 할 수 있다. 여기서 비범죄화란 형사사법의 공식적 통제권한에는 변함이 없음에도 불구하고 일정한 행위태양에 대하여 기소유예 등을 통하여 형사사법체계의 개입을 점진적으로 축소하는 내용을 담고 있는 소위 사실상의 비범죄화(De facto decriminalisation)를 의미한다.¹⁷⁾ 비범죄화의 필요성에 대해서는 형벌로 무장한 형법의 개입이 일반화되어 있다는 현재의 형사사법의 현실만 보아도 분명하게 알 수 있다. 그러나 피해자가 존재하는 범죄에서 실체법상의 범죄를 폐지함으로써 비범죄화를 의도하는 소위 법률상의 비범죄화(De jure decriminalisation)를 달성하기란 현실적으로 기대하기 어렵다. 지금까지

17) 배종대, 형사정책, 제3판(2000), 홍문사, §13-13.; 임웅, 비범죄화의 이론, 법문사, 1999, 10-13쪽; 또한 김창균, 앞의 논문, 28-33쪽.

지 형법적 범익을 통하여 보호를 받아오던 피해자로부터 기존에 보호받아 오던 범익을 박탈하기란 사실상 불가능하기 때문이다. 따라서 비범죄화 전략은 대부분 형사절차, 그 중에서도 수사절차를 통하여 달성할 수밖에 없다. 수사절차에서 검사가 경미한 범행에 대하여 행위자에게 재범을 하지 말 것을 경고하는 약간은 약화된 소극적 일반예방효과를 가진 조건부 기소유예처분은 형사사법의 경미범죄에 대한 관용요구와도 맞물린다. 특히 우리나라와 같이 가벌적인 경미한 범행을 질서위반범으로 전환하는 입법적 조치가 행해지지 않은 나라에서는 비범죄화 전략을 검찰 기소유예단계에서 기대할 수밖에 없을 것이다.

문제는 어느 정도의 불법성을 갖춘 범행이 검사의 조건부 기소유예의 대상으로 될 수 있는지의 여부이다. 범죄의 최종적인 판단은 법원에 귀속되어 있다는 점, 국민의 재산과 자유를 제한하는 것은 법관에 의한 판결을 전제로 한다는 점을 고려해보면, 조건부 기소유예의 대상은 경미범죄에 국한되지 않을 수 없다. 여기서 경미범죄란 구체적인 형벌구성요건에 해당하는 행위를 처벌할 필요성이 충분하게 존재하는지의 문제와 결부된 소위 부진정 경미범죄를 의미한다.¹⁸⁾ 그러나 경미범죄의 구체적 개념내용의 확정 은 오늘날 형법과 형사정책에서 불가능한 것으로 받아들여지고 있다. 일반적으로 인정된 경미성의 정확한 기준은 지금까지 발전되지 않았을 뿐만 아니라 이로 인하여 법률에도 규정되어 있지 않기 때문이다.¹⁹⁾ 예컨대 독

18) Eduard Dreher, Die Behandlung der Bagatellkriminalität, in: Günter Stratenwerth u.a.(Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel, de Gruyter · Berlin u.a., 1974, 917쪽 이하에서는 경미범죄를 진정경미범죄와 부진정 경미범죄로 구분하고 있다. 진정경미범죄란 문제된 행동이 형사처벌의 대상이 될 만한 것인가를 판단하는 입법자의 단계에서 이미 결정해야 할 문제이다. 예컨대 형사입법자의 관념에 따라서 기존에 형벌로서 위협되어 오던 경미한 질서위반행위를 과태료로 전환한다면 이것은 진정경미범죄의 맥락에서 이해된 것이다. 이에 반해 부진정 경미범죄는 기존에 형벌로서 위협되어 오던 범죄구성요건(예컨대 절도죄)을 적용하는 단계에서 구체적으로 그 행위의 불법성이 경미하다는 것을 의미한다.

19) Dieter Rössner, Bagatellkriminalität in: Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss(Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl., C.F.Müller · Heidelberg, S. 48.

일 형사소송법 제153조 및 제153a조가 검사의 기소유예의 대상이 되는 범죄를 실체형법상의 경죄(Vergehen)를 전제로 하면서도 범행의 구체적인 경미성을 간접적으로 규정해두고 있는 이유도 바로 이 때문이다.²⁰⁾ 따라서 경미범죄의 정확한 개념확정 대신에 경미성을 판단할 기준을 설정할 수밖에 없다. 기소유예의 기준으로서 경미성의 판단기준은 양형과 관련된 모든 행위관련적·행행위자관련적 상황을 처벌필요성의 관점 하에서 판단하는 것이다. 이러한 경미성을 기준으로 하여 기소유예될 수 있는 범행의 한계선을 설정할 때 무엇보다도 중요한 것은 현행 형사소추체계를 고려한 범행의 적절한 책임관련점이다. 즉, 구체적 범행에서 나타난 행위자의 책임이 경미한 경우에만 기소유예의 대상이 될 수 있다.

나. 피해자보호의 효과적 수단

검사의 기소유예처분에서 피해자관점을 고려하는 것은 오늘날 형사사법에 의한 구체적 정의의 실현과 직접적으로 결부되어 있다. 형사사법에서 피해자지위에 대한 논의는 1980년대 이후로 급속도로 논의되어 왔다. 행위자중심의 형사사법에서 탈피하여 피해자를 포함한 사법정의가 확보되어야 한다는 것이 피해자옹호론의 핵심점이다. 범행으로 인하여 파괴된 법질서는 구체적으로 피해자에게 나타난다. 피해자학의 연구결과에 의하면 피해자는 범행을 당하고 이를 해소해 나가는 과정에서 피해자화의 과정을 겪는다고 한다. 여기서 범행으로 인하여 피해자가 구체적으로 겪게 되는 물

20) 독일 형사소송법 제153조(무조건부 기소유예)와 제153a조(조건부 기소유예)는 모두 독일 형법 제12조의 경죄(범정형의 하한이 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처해질 범죄)를 대상으로 하지만, 수많은 범죄구성요건에 벌금형이 규정되어 있다는 점에서 기소유예의 대상이 될 범죄의 범위가 확대될 수 있다. 따라서 독일 형사소송법 제153조와 제153a조는 실체법상의 경죄를 기소유예의 대상이 된다고 명시해 두면서도, '행위자 책임의 경미성'과 '소추할 공익의 존재' 등과 같이 구체적인 범행에서 경미성을 인정할 조건들을 규정해두고 있다.

질적 및 정신적 피해의 과정을 1차 피해자화라고 하며, 공식적 범행해소의 과정인 형사절차, 특히 공판절차에서 증인 등의 소극적 지위로 인하여 겪게 되는 심적 고통, 수모 등을 2차 피해자화라고 한다. 행위자의 가벌성을 확인하고, 물질적 및 비물질적 범행결과를 건설적으로 상쇄하는 것이야말로 형사절차의 최우선 관할단계인 검찰의 실질적 임무라면, 기소유예를 행할 때 우선적으로 고려해야 할 요소가 바로 피해자의 이익일 것이다. 물론 피해자는 형사절차 내지 국가형벌권의 주인이 될 수는 없다. 피해자의 보상이익(Genugtuungsinteresse)은 국가형벌권의 목적이 될 수 없기 때문이다. 그럼에도 불구하고 형사사법이 피해자의 요구에 최대한 귀를 기울이는 것이야말로 피해자정의에 부합한다. 이 점에서 검찰이 피해자의 이익을 우선적으로 고려하기 위해서는 피해자에 대한 손해의 원상회복을 조건으로 기소를 유예하는 방향으로 입법되어야 할 것이다.²¹⁾

다. 형사사법의 효율성 증대

형사사법의 효율성 증대가 국가형벌권의 목적이 될 수 없는 것은 당연하다. 그럼에도 불구하고 오늘날 날로 증대하고 있는 사범의 부담증대는 형사사법기관으로 하여금 사안에 대한 충실하고 세밀한 검토를 어렵게 만든다. 국가 형사사법이 모든 범행을 인지할 수도 없으며 인지된 모든 범행을 소추하는 것 또한 불가능하다. 수사기관이나 형사소추기관의 일정한 능력과 제한된 수단은 최대한의 범죄투쟁에 한계를 가질 수밖에 없다. 따라서 법치국가적 보장체계를 깨뜨리지 않으면서 동시에 형사사법의 부담을 경감시킬 수 있는 해결책을 찾아보아야 한다. 여기서 조건부 기소유예전략

21) 현재 우리나라 실무에서는 피의자로 하여금 피해자에 대한 합의를 독려하거나 그러한 합의의 성공을 조건으로 기소유예하는 사례가 많다고 한다. 그러나 앞에서 언급하였듯이 형사소송법 제247조 제1항은 조건부 기소유예의 근거규범이 될 수 없다는 관점에 서게 되면, 합의를 조건으로 하는 기소유예의 실무는 근거없는 것으로 볼 수밖에 없다.

은 개별사안정의(Einzelfallgerechtigkeit) 또는 구체적 타당성에 초점을 둔 선별적 소추를 행함으로써 형사사법이 중범죄에 집중할 수 있도록 도움을 줄 수 있다.²²⁾

2. 외국의 예: 독일 형사소송법 제153a조

외국의 입법례의 경우 검사에 의한 조건부 기소유예는 일반적으로 인정되고 있다. 예컨대 마약치료, 교화절차, 피해배상 등의 조건을 붙이는 규범들이 존재할 뿐만 아니라 실무에서도 그 운용이 활성화되고 있다. 여기서 특히 우리나라의 수사절차와 유사한 독일 형사소송법상의 조건부 기소유예를 이해하는 것은 장래의 우리나라 형사소송법의 개혁에도 도움을 줄 것으로 생각된다. 독일 형사소송법에는 기소법정을 명시적으로 규정해 두고 있으면서도, 사법의 부담경감이나 비범죄화 및 피해자보호의 관점에서 기소편의와 기소유예를 세분화하여 규정해두고 있다. 독일 형사소송법 제153조 이하에서는 다양한 조문을 통하여 기소유예를 규정해 두고 있는데 그 중에서 일상범죄와 관련하여 가장 일반적인 의미를 가지고 있는 조문은 형사소송법 제153조와 제153a조라고 할 수 있다.²³⁾

형사소송법 제153조와 제153a조는 기소유예의 허용한계와 관련하여 일종의 단계적 구조를 띠고 있다. 제153조에 의하면, 경죄(Vergehen)에 한하여 행위자의 책임이 경미하고 소추에 대한 공익이 존재하지 않을 경우 검찰은 공판절차를 관할할 법원의 동의를 얻어서 기소를 유예할 수 있다.²⁴⁾

22) Hans-Heiner Kühne, Strafprozeßlehre, 4. Aufl., C.F.Müller, 1993, Rdnr. 295.

23) 독일 형사소송법상 기소유예규범은 제153조와 제153a조 이외에 형면제사유가 존재할 경우 법원의 동의를 전제로 한 기소유예(제153b조), 외국에서 범한 범죄의 기소유예(제153c조), 국가보호범죄에 대한 기소유예(제153d조), 국가공안사범의 발각시 능동적 참회를 고려한 기소유예(제153e조) 등이 규정되어 있다.

24) 그러나 법정형의 최하한이 상향조정(예컨대 징역 6월 이상)되지 않은 경죄에 해당하고 그 범행의 결과도 경미한 경우에는 검사는 법원의 동의를 얻을 필요가 없다.

이러한 의미에서 제153조에 따른 기소유예를 무조건부 기소유예(Einstellung ohne Auflage)라고 표현할 수 있다. 그러나 독일의 경우 피의자의 책임이 경미하고 소추에 대한 공익이 존재하지 아니하는 사건에 대하여 공소가 제기된 경우 법원도 검사와 피고인의 동의를 얻어서 절차를 중단할 수 있다는 점에서 우리나라의 기소유예체제와 차이를 보인다.²⁵⁾

독일 형사소송법 제153a조도 제153조와 마찬가지로 경죄를 적용대상으로 한다. 제153a조에 의하면, 검사는 피의자에 대하여 부담사항을 부과함으로써 소추에 대한 공익이 제거될 수 있고 책임의 중함(Schuldschwere)도 기소유예에 배치되지 않는 경우에 피의자와 법원의 동의를 얻어서 기소를 유예할 수 있다.²⁶⁾ 이 점에서 제153a조를 조건부 기소유예 또는 부

25) 독일 형사소송법상의 'Einstellung'은 절차중단 또는 절차중지로 번역된다. 독일의 경우 검사 뿐만 아니라 법원도 절차중단의 주체가 될 수 있는데, 이 경우 검사에 의한 절차중단은 우리나라 형사소송법상의 기소유예에 상응하는 개념으로 이해할 수 있다.

26) 조건부 기소유예를 논의하는 이 글에서는 이해의 편의를 위하여 특히 독일 형사소송법 제153a조의 조건부 기소유예규정을 옮길 필요가 있다.

제153a조(부담과 지시의 이행시 절차중단)

- ① 공판절차의 개시를 관할하는 법원과 피의자의 동의를 얻어 검찰은 경죄의 경우 잠정적으로 공소제기를 면제할 수 있으며 동시에 부담이나 지시가 소추에 대한 공익을 제거하기에 적합하고 책임의 중함에 배치되지 않는 경우에는 피의자에게 부담이나 지시를 명할 수 있다. 부담이나 지시로 특히 고려될 수 있는 것으로는,
 1. 범행으로 인하여 야기된 손해를 원상회복하기 위한 일정 급부의 이행,
 2. 공익시설 또는 국고에 일정액의 금전 납부,
 3. 그 밖에 공익급부의 이행,
 4. 일정한 수준의 부양의무의 이행,
 5. 피해자와 조정에 도달하려고 진정하게 노력하면서(가해자-피해자-조정) 범행의 전부 또는 중요부분을 원상회복하거나 범행의 원상회복을 이행하기 위한 노력,
 6. 도로교통법 제2b조 제2항 제2문 또는 제4조 제8항 제4문에 따른 수강과정에 참가, 부담과 지시의 이행을 위하여 검찰은 피의자에게 제2문 제1호 내지 제3호, 제5호 및 제6호의 경우 최고 6월, 제2문 제4호의 경우 최고 1년의 기간을 부여한다. 검찰은 부담과 지시를 추후에 취소할 수 있으며 기간도 1회에 한하여 3월로 연장할 수 있다. 검찰은 피의자의 동의를 얻어 부담과 지시를 추가적으로 부과할 수 있으며 변경할 수도 있다. 피의자가 부담과 지시를 이행한 경우에는 범행을 더 이상 경죄로 소추할 수 없다. 피의자가 부담과 지시를 이행하지 아니한 경우에는 자신이 제공한 기존의 급부는 반환되지 않는다. 동법 제153조 제1항 제2문은 본조 제2문 제1호 내지 제5호에 준용된다.

담부 기소유예(Einstellung mit Auflage)라 말할 수 있다. 제153a조에는 부담사항 내지 지시사항으로서 범행으로 인하여 야기된 손해를 원상회복하기 위한 일정 급부의 이행(동조 제1항 제2문 제1호), 공익시설 또는 국고에 일정액의 금전 납부(제2호), 그 밖에 공익급부의 이행(제3호), 일정한 수준의 부양의무의 이행(제4호), 피해자와 조정에 도달하려고 진정하게 노력하면서(가해자-피해자-조정) 범행의 전부 또는 중요부분을 원상회복하거나 범행의 원상회복을 이행하기 위한 노력(제5호), 수강과정에 참가(제6호)가 명시적으로 규정되어 있지만, 이것은 예시적으로 규정되어 있기 때문에 구체적 사건에서 범행해소에 적합한 부담사항 내지 지시사항의 확정이 가능하다.

제153a조의 탄생목적은 제153조의 무조건부 기소유예의 적용범위를 확장시킴으로써 사법의 부담을 경감시키고 나아가 절차상의 비범죄화를 보다 적극적으로 달성하기 위함에 있다. 이러한 의미에서 일상범죄의 소추에 있어 제153조가 최경미범죄에 대한 절차상의 비범죄화 수단이라면, 제153a조는 경미범죄 및 중간정도의 중한 범죄에 대한 비범죄화 수단이다. 특히 절차적 비범죄화와 범죄피해자의 보호를 동시에 달성하기 위하여 독일 형사업법자는 1999년 12월 20일자로 가해자-피해자-조정과 원상회복 및 이와 결부된 부수규정들을 형사소송법에 명문으로 도입하는 개혁²⁷⁾을 단행

② 공소가 이미 제기된 경우에는 법원은 검찰과 피고인의 동의를 얻어 사실확정을 최후에 심사할 수 있는 공판절차의 종료시까지 절차를 잠정적으로 중단하면서 피고인에게 전항 제1문과 제2문에 기재된 부담과 지시를 명할 수 있다. 전항 제3문 내지 제6문은 준용된다. 제1문의 판단은 결정으로 행한다. 이 결정에 대해서는 항고를 제기할 수 없다. 제4문은 제1문에 따라서 명해진 부담과 지시의 이행을 확인하기 위한 경우에도 적용된다.

③ 부담과 지시의 이행을 위하여 정한 기간이 진행되는 동안 시효는 정지된다.

27) Gesetz zur strafverfahrensrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleichs und zur Änderung des Gesetzes über Fernmeldeanlagen, BGBl I. S. 2491. 독일 형사소송법상 조건부 기소유예규범의 개혁에 관한 상세한 내용은, 이진국, 독일 형소법상 기소유예규범의 개혁과 정책적 함의, 형사정책연구 통권 47권(2001·가을), 233-249쪽 참조.

함으로써 조건부 기소유예의 활용가능성을 최대한 개방해 두고 있다.

3. 조건부 기소유예를 둘러싼 문제점

가. 권력분립원칙

전통적으로 검찰은 소추기관이지 재판기관은 아니다. 여기서 검사에 의한 조건부 기소유예의 부담사항이 제재유사적 처분이라고는 하지만, 그 실질에 있어서는 법관의 판결에 의하여 부과되어야 할 형사제재와 내용상 유사하다는 점에서 권력분립원칙에 위배되고 나아가 사법권의 독립도 침해할 수 있다는 의문이 제기된다.²⁸⁾ 소추권과 심판권이 분리되어 있는 현행 헌법 및 형사소송법 하에서 책임판단을 전제로 한 형사제재의 부과는 법원에 귀속되어야 하기 때문이다. 나아가 조건의 이행에 따른 기소유예처분에 대해서는 특단의 사정이 없는 한 재기소가 금지되는 존속력(Bestandkraft)이 인정되게 되는데, 이것도 결국 법원의 확정판결의 효력으로서 나타나는 일사부재리효력과 동일하다는 점에서 형사사건에 대한 법관의 관할권이 검사에게로 이전되는 결과를 초래하게 된다.²⁹⁾ 검찰에 의한 사법권 행사라는 비난을 불식시키고 나아가 탄핵절차의 원칙을 유지하기 위해서는 조건부 기소유예처분에 지방법원 판사의 동의를 받도록 하는 입법적 조치가 있어야 할 것이다.³⁰⁾ 참고로 독일 형사소송법 제153a조의 경우에도 검사가 조건부 기소유예처분을 함에 있어 관할법원의 동의를 받도록 명문으로 규정해두고 있다.

28) Hans-Heiner Kühne, a.a.O., Rdnr. 300.

29) Erhard Kausch, Der Staatsanwalt Ein Richter vor dem Richter?, Duncker&Humblot · Berlin, 1980, S. 48 f.

30) 배종대/이상돈, 앞의 책, §67-7.

나. 무죄추정원칙

무죄추정원칙(Unschuldsvermutung)이란 형사절차와 관련하여 피의자 또는 피고인은 유죄가 확정될 때까지 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 다루어져야 하고, 그 불이익은 필요최소한에 그쳐야 한다는 형사소송의 지배원리로서 헌법 제27조 제4항에 그 뿌리를 두고 있으며 형사소송법 제275조의 2는 이를 다시 한번 더 확인하고 있다. 무죄추정원칙은 모든 국가 권력을 구속하는 규범이며, 특히 행위자의 책임확정은 법원에만 있기 때문에, 타 국가기관이 법원의 확정적인 판결이 있기 전에 행위자의 책임을 인정하는 것은 금지되어야 한다. 이와 관련하여 검사가 행위자의 책임(의 경미성)을 고려하여 기소유예의 처분을 하면서 이러한 책임판단과 결부된 법효과로서 피의자의 자유나 재산을 제한하는 의무를 부담시키는 행위는 피의자를 마치 유죄인과 같이 다루는 것이 되어 무죄추정원칙에 위배된다는 견해가 있다.³¹⁾

조건부 기소유예가 무죄추정원칙에 위반되는지의 여부는 상세하게 검토할 필요가 있다. 우선 피의자에게 부과되는 조건사항으로서 각종 의무가 수사절차상의 타 강제처분(예컨대 구속) 보다 피의자의 소송법상의 권리를 덜 침해한다는 점을 들 수 있다. 수사절차상 피의자에게 불리한 처분도 비례원칙을 위반하지 않는 한에서 무죄추정원칙에 위반되지 않는다는 관점에서 보면, (주로 자백한) 피의자의 동의를 얻어서 일정한 의무이행을 조건으로 기소유예하는 것은 비례원칙에 위반된다고 볼 수 없을 것이다. 그러나 법원의 책임판단이 내려지기 이전에 검찰의 수사단계에서 피의자에게 ‘강제로’ 의무를 부담시키는 것은 무죄추정원칙에 명백하게 반한다고 볼 수 있다.³²⁾ 조건부 기소유예의 무죄추정원칙 위반문제를 불식시키기

31) Andreas Kondziela, Täter-Opfer-Ausgleich und Unschuldsvermutung, MschrKrim 72(1989), 177-189.

위해서는 피의자의 동의를 받도록 하는 것이 적절할 것이다. 피의자의 동의를 통하여 부담사항의 강제적 제재성을 불식시킴과 동시에 피의자의 자발적 책임수용도 가능하게 한다.

다. 검찰권의 막대화에 대한 우려

조건부 기소유예를 도입하고자 의도할 경우 특히 우리나라에서 나타날 수 있는 현실적인 우려는 검찰권의 막대화라고 할 수 있다. 검찰은 수사절차 전체를 총괄하는 수사의 주재자로서 수사종결시 기소·불기소 여부를 결정하는 권한까지 독점하고 있고 기소편의주의까지 채택하여 최종 수사결과 범죄의 혐의가 있는 경우라 할지라도 형사소송법 제247조 제1항에 따라서 기소유예결정으로 공소를 제기하지 않을 수도 있다. 특히 오늘날 과학적 수사기술이 발달한 현재의 형사실무에서는 애초에 ‘원래’의 형사소송으로 여겨져 왔던 공판절차의 중점이 수사절차로 사실상 이전하는 현상이 나타나고 있다. 검찰권 행사의 현실적 의의에 비추어 볼 때 피의자의 운명이 검찰에 달려있다고 해도 과언이 아니다. 이러한 현실 속에서 조건부 기소유예가 형사소송법 속으로 편입되는 경우에는 기소재량권의 남용이 발생할 우려도 있다. 검찰권의 막대화에 대한 우려를 해소시키기 위해서는 조건부 기소유예의 도입시 법적용의 요건을 엄격하고 명확하게 규정할 필요가 있다. 특히 조건부 기소유예가 허용될 수 있는 불법의 경미성을 가능한 한 명확하고 세세하게 규정함으로써 검찰에 대해서는 재량의 여지를 부여함과 동시에 법치국가적 통제가 가능하도록 해야 한다.

32) 이러한 의미에서 신동운, 무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분, 서울대학교 법학, 제31권 3·4호(1990), 162쪽에서는, 기소유예는 국가재정과 사법기관의 부담을 감소시키고 피의자의 사회복귀를 조기에 가능토록 하기 위한 기능적 역할을 담당하는 제도이며 또 그러한 한도내에서 무죄추정원칙과 조화될 수 있다고 한다.

V. 마치며

조건부 기소유예에 대한 법치국가적 관점에서의 문제제기에도 불구하고 조건부 기소유예를 도입함으로써 나타날 실익이 더 클 것으로 생각된다. 특히 우리나라 형사소송법은 독일과는 달리 이미 그 제정시부터 기소편의주의를 채택해오고 있다는 점을 고려해 보면, 기존의 기소유예규범 이외에 조건부 기소유예를 추가적으로 도입하는 데 이론상 큰 문제는 없을 것으로 보인다.³³⁾ 문제는 우리나라의 입법자가 조건부 기소유예의 필요성에 관하여 긍정적인 인식과 함께 이를 형사소송법 체계속으로 편입시키고자 할 때 현실적으로 어떠한 규범들이 규정내용 속에 포함되어야 할 것인가이다. 이 글에서는 조건부 기소유예의 필요성과 그 일반적인 내용만을 언급하였을 뿐 우리나라 형사소송법을 전제로 한 구체적 대안을 제시하지는 않았다. 다만, 필자는 이 제도의 도입에 찬성하는 것을 전제로 세부적인 규정대안을 마련할 경우 적어도 세 가지의 내용만은 입법에 포함되어야 한다는 점을 강조하면서 이 글을 마치고자 한다.

첫째, 조건부 기소유예의 부담사항과 지시사항에는 사회봉사나 수강명령 등과 같은 제재유사적 처분이 포함된다는 점에서 검사의 기소유예결정시 피의자의 동의와 법원의 동의를 받도록 규정되어야 할 것이다. 둘째, 어느 정도의 불법성을 가진 범행이 조건부 기소유예의 대상이 되는지에 관해서도 명시되어야 한다. 물론 조건부 기소유예시 검사가 판단하게 될 범죄의 경미성은 범죄구성요건 그 자체가 아니라 경미성을 개별 사건에서 나타난 구체적 고찰방식을 따를 수밖에 없다는 점에서 규정설정에 어려움이 따른다. 그러나 예컨대 독일 형사소송법 제153조와 제153a조의 입법내용을 참

33) 독일 형사소송법은 제152조에서 기소법정주의(Legalitätsprinzip)를 명시해두고 있기 때문에 기소유예 및 조건부 기소유예의 도입시 비판도 많이 존재하였다. 대표적으로는 Erhard Kausch, a.a.O., S. 39-42 참조.

고한다면, 규정형성의 문제는 크게 제기되지 않을 것으로 본다. 마지막으로 검사의 조건부 기소유예에 대한 관련자의 불복절차도 규정되어야 할 것이다. 그렇지만 이것은 반드시 조건부 기소유예에만 관계되는 문제가 아니라 검사의 불기소처분에 대한 일반적인 통제방안과 결부되어 있다.

오늘날 선진외국에서 조건부 기소유예를 채택하고 있는 이유는 이 제도에 대한 법치국가적 관점의 문제제기 보다는 비범죄화와 범죄피해자보호 및 형사사법의 부담경감이라는 세 가지의 해결되어야 할 과제에 더 큰 의미를 설정해두고 있기 때문일 것이다. 현재 진행되고 있는 형사사법개혁에 관한 논의에서 조건부 기소유예의 도입문제도 하나의 토의주제로 설정되기를 기대한다.

주제어(Key Words) : 조건부 기소유예, 기소유예, 독일 형사소송법 제153a조, 권력분립원칙, 무죄추정원칙

Einführbarkeit der staatsanwaltschaftlichen Einstellung mit Auflage in die koreanische Strafprozeßordnung

Lee, Jin-Kuk*

Die jetzige Einstellungsnorm in der koreanischen Strafprozeßordnung (kStPO) bezieht sich nur das folgenlose Absehen von einer Anklageerhebung, dessen gesetzlicher Grund §247 Abs. 1 der kStPO ist, wonach der Staatsanwalt unter Berücksichtigung der Strafzumessungsregelung (§51 kStGB) von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen kann. Die folgenlose Einstellung ist jedoch für die strafrechtliche Sozialkontrolle und die Verhaltenssteuerung des Täters weder angemessen noch wünschenswert, da sie keine Sanktionsverhängung gegen den Beschuldigten ermöglicht und damit Alles oder Nichts bei der Klageerhebung verfolgt.

Um einerseits die Überlastung der Justiz herabzusetzen, um andererseits die Überreaktion durch Kriminalstrafe zu vermeiden und schließlich um den effektiven Opferschutz zu erreichen, soll das geltende Einstellungssystem in die Richtung reformiert werden, dass neben der folgenlosen Einstellung gemäß §247 Abs. 1 auch die Einstellung mit Auflage in das kStPO neu einzuführen, die man ihr Vorbild in §153a deutsche Strafprozeßordnung nehmen kann. Nach §153a dStPO kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Gerichts und Beschuldigten bei einem Vergehen von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen und zugleich dem Beschuldigten Auflage und Weisungen erteilen, wenn diese geeignet sind, das öffentliche

* Wissenschaftlicher Referent am KIC., Dr. iur.

Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht. Als Auflagen oder Weisungen kommen insbesondere Leistungserbringung der Wiedergutmachung, Strafgeld, gemeinnützige Arbeit in Betracht.

Gegen die Einstellung mit Auflage wird jedoch die erhebliche Einwände erhoben, dass sie dem Rechtsstaatsprinzip und damit auch dem Gewaltenteilungsprinzip widerspricht: hervorgehoben wird z.B., daß die Einführung der Einstellung mit Auflage in die Strafprozeßordnung eine gravierende Verlagerung richtlicher Kompetenzen auf die Staatsanwaltschaft bedeute. Darüber hinaus werden die Bedenken gegen Unschuldsvermutung geäußert, wenn der Staatsanwalt dem Beschuldigten eine zwangsweisen Auflage oder Weisung erteilt.

Trotz der vielfach geäußerten Bedenken ist m.E. die Einführung der Einstellung mit Auflage in die koreanische Strafprozeßordnung bevorzugt, das bei der Interessenabwägung zwischen der Beibehaltung jetziger Einstellungsnorm und der neuen Einführung der Einstellung mit Auflage kann dem Letzten mehr Gewicht verliehen werden. Die Einstellung mit Auflage muß jedoch so voraussetzen, daß der Staatsanwalt bei der Einstellung mit Zustimmung des Gerichts und des Beschuldigten einzuholen hat und daß die Unrechtsgrenze als Gegenstand möglicher Einstellung so deutlich wie möglich vorgesehen werden und daß schließlich die Kontrollsystem im Zusammenhang der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung ausdrücklich vorzubereiten ist.

Key Words: Einstellung mit Auflage, Gewaltenteilungsprinzip,
Unschuldsvermutung

학교폭력에 대한 기존 연구들의 비판적 검토

노 성 호

형사정책연구 제15권 제1호(통권 제57호, 2004 · 봄호)

한국형사정책연구원

학교폭력에 대한 기존 연구들의 비판적 검토

노 성 호*

I. 서 론

최근 한 중학생이 친구를 집단적으로 괴롭히는 집단따돌림 장면을 촬영하여 인터넷에 왕따동영상을 올린 사건을 두고 네티즌을 중심으로 왕따에 대한 관심과 비난이 다시 비등하기 시작하였으며, 그 학교의 교장선생님이 자살하는 사태로 확대되면서 그 사건의 여파는 일파만파로 번져가고 있다. 이 사건은 집단따돌림과 학교폭력에 대한 관심을 다시 불러일으키고, 사람들을 각성시키는 계기가 되고 있다.

그동안 다양한 청소년비행 또는 청소년문제들이 사람들의 관심의 대상이 되고, 연구의 대상이 되어왔지만, 청소년을 중심으로 볼 때 주로 연구의 대상이 되는 것은 학교폭력, 집단따돌림 등이라고 할 수 있다.

김준호와 황지태(2002)는 학교폭력에 대한 연구결과들이 많지만, 그러한 연구결과들의 실상을 살펴보면 실태조사와 원인분석, 그리고 대책수립이 서로 유기적으로 연결되지 못하고 각각 따로 분리되어 제시되는 경우가 허다하다고 보았다. 그 근본적인 이유는 일차적으로 학교폭력이 발생하게 되는 맥락이 일반인들이 생각하는 것보다 훨씬 크고 복잡하다는 사실에 있지만, 조사방법과 관련된 문제를 검토해야할 필요성도 지적하였다.

* 전주대학교 법정학부 교수, 사회학박사

따라서 이제는 기존에 이루어졌던 연구결과들을 비판적인 입장에서 검토하여 문제점과 한계를 지적하고, 이를 보완하고 발전시킴으로써 범죄연구에 대한 새로운 방향을 설정하는 작업이 필요하다고 생각한다.

학교폭력에 대한 경험적 연구결과들을 살펴보면 공통적으로 나타나는 점이 학교폭력의 심각성에 대한 주장이다. 경험적 연구결과들은 서로간에 매우 큰 차이를 보이고 있지만, 공통적으로 학교폭력의 심각성과 시급한 대책마련을 주장하고 있다. 이러한 심각성의 주장은 많은 경우 학교폭력의 질적인 측면보다는 양적인 측면에 근거하고 있으며, 일부 연구의 경우에는 폭력피해를 경험한 학생이 70%가 넘는다고 보고하기도 하였다(이춘화, 1995). 그렇지만 실제로 학생들과의 면담을 통해서 학생들이 느끼는 학교폭력의 심각성을 이야기해보면 학교폭력이 심각하다고 느끼거나 폭력에 대한 두려움을 심각하게 느끼는 학생들의 수가 생각보다 그리 많지 않음을 알 수 있다. 이는 학교폭력에 대한 경험적 연구결과와 현실적으로 이루어지는 학교폭력의 실상간에 괴리가 존재하는 것은 아닌가라는 의문을 가지게 한다. 물론 이러한 결과가 학교폭력의 심각성에 대한 학생들의 인식이 잘못되었다는 점에서 기인하였을 가능성도 있지만, 그보다는 학교폭력에 대한 경험적 연구가 사회현상을 제대로 반영하지 못한 것이 아닌가라는 의문을 제기할 수 있다. 뿐만 아니라 학교폭력의 실태에 대한 조사결과들간의 차이, 학교폭력의 개념규정, 학교폭력의 유형에 대한 연구간의 차이들을 쉽게 발견할 수 있다. 이러한 결과들이 사회현상의 규정과 조사의 어려움과 한계에서 기인하는 부분도 있겠지만, 많은 부분은 연구자들의 관심과 태도에서 기인하는 부분도 무시할 수 없다.

몇 년 전에 유행처럼 번져서 사회에 왕따신드롬까지 만들어냈던 집단따돌림의 경우에도 유사하다. 집단따돌림에 대한 경험적 조사결과들은 많은 학생들이 집단따돌림의 피해를 경험하였으며, 집단따돌림의 수준이 심각하

다고 보고하였다. 여기에 언론의 흥미성 보도까지 더해져 많은 학부모들까지 자신의 자녀가 따돌림의 피해를 당하지 않을까 걱정하는 사태까지 벌어졌다. 학생들이 조금만 잘못하면 친구들에게 왕따를 당하고, 그 정도가 심해서 자살할 지경에까지 이른다는 생각을 가지게 된 것이다. 그렇지만 실제로 학생들과 이야기해보면 왕따의 수준이 그렇게까지 심각한 것은 아니면, 왕따에 대한 두려움을 느끼는 학생들의 경우도 그 정도가 그렇게 심각하지 않은 경우도 많다. 또한 학교폭력에 대한 연구결과에서와 마찬가지로 집단따돌림의 실태에 대한 조사결과들을 상당히 큰 차이를 보여주고 있다. 여기에는 여러 가지 원인이 있겠지만 주로 집단따돌림이나 왕따의 규정이나 경험적 조사에서의 측정, 조사방법, 조사지역 등의 차이에서 기인한다고 볼 수 있다.

이런 측면을 감안하여 본고에서는 기존의 학교폭력이나 집단따돌림의 연구들이 현실적인 상황을 제대로 반영하고 있는가, 실태조사결과에서 차이를 보이는 이유는 무엇인가, 개념규정은 올바르게 이루어지고 있는가, 연구방법은 적절한가 등의 질문에 대해서 비판적으로 검토하고, 나름대로 이에 대한 대안에 대해서 살펴보는 것을 목적으로 한다. 즉, 학교폭력과 집단따돌림의 연구가 현실을 제대로 반영하지 못하고, 연구결과간에도 차이를 보이는 이유 중의 하나는 연구에서 사용한 개념규정이나 연구방법과 같은 방법론적인 문제 때문이라고 보고, 이들 문제점들을 구체적으로 지적하고자 한다.

본 논문의 구성은 다음과 같다. 2절에서는 학교폭력의 기존 연구들에서 나타나는 방법론적 문제점들을 지적하였다. 먼저 연구결과들 간에 나타나는 차이점을 제시하고 이러한 차이가 나타나는 이유를 학교폭력 개념규정의 차이, 학교폭력 유형의 차이, 조사방법에 있어서의 문제점으로 나누어 살펴보았다. 3절에서는 집단따돌림 연구에서 나타나는 문제점을 집단따돌

림의 개념규정부분에 초점을 맞추어 논의하였다. 연구자, 학생, 교사 간에 집단따돌림에 대한 개념규정에서 차이가 있을 뿐만 아니라 학생들 간에도 그러한 개념의 차이가 존재하고 있음을 지적하였다. 4절에서는 청소년범죄 피해조사에서 일반적으로 사용되는 설문지를 이용한 집단면접방법의 문제점을 피해자조사자료의 재분석을 통해서 살펴보았다.

II. 학교폭력 연구의 방법론적 문제점

그동안 학교폭력을 주제로 해서 이루어진 연구결과들을 검색해보면 수백건에 이르고 있다. 그중에서 학교폭력의 실태조사들을 살펴보면 연구결과에 있어서 상당한 차이를 보이고 있다. 이러한 연구결과들은 학교폭력의 개념규정, 폭력의 유형, 연구방법(측정, 조사대상, 지역 등) 등에서 차이를 보이기 때문에 학교폭력에 대한 실태를 비교하고 추세를 판단하는데 사용하기 어려운 실정이다. 이 절에서는 학교폭력에 대한 기존의 연구들을 살펴봄에 있어서 기존 연구에서 아쉬운 점들과 개선하고 보완해야할 사항들을 검토하기로 하겠다.

1. 경험적 연구결과의 차이

먼저 90년 이후 학교폭력의 실태를 제시한 몇 개의 연구를 중심으로 학교폭력 연구결과들간에 나타나는 차이에 대해서 살펴보기로 하겠다. <표 1>에는 8개의 연구²⁾에 대해서 간략하게 소개하였다.

2) 앞서 이야기한 바와 같이 학교폭력에 대한 연구결과는 수없이 많다. 여기에서는 비교적 규모가 크고 체계적으로 조사된 연구들을 중심으로 소개하였다.

<표 1> 학교폭력 관련 조사연구 결과비교

연 구	시 기	지 역	대 상	인 원	전체피해율	가해율
김준호외(1991)	1990	서울	중고	5,587명	36.1%	
이춘화(1995)	1995	서울	중고	609명	73.4%	62.6%
김준호,김선애(1996)	1996	서울	초중고	909명	37.6%	
김준호외(1997)	1996	서울	중고	1,919명	57.1%	
최인섭외(1999)	1999	전국	중고	4,502명	24.5%	13.6%
노성호 외(1999a)	1999	서울	중고	2,224명	22.7%	
김준호(2002)	2001	전국	초중고	3,977명	개별피해율만 제시	
권준모외(2002)	2002	전국	초중고	5,697명	13.8%	11.1%

(1) 김준호 외(1991)의 연구는 청소년범죄피해조사로서 청소년의 폭력 및 범죄피해에 대한 첫 번째 대규모 조사라고 할 수 있다. 범죄피해조사에는 폭력 뿐만 아니라 재산범죄, 성폭력도 포함되어 있지만, 조사에 포함된 폭력의 유형은 금품갈취, 폭행, 협박이다. 각 유형별 피해율은 금품갈취가 22.6%, 폭행이 14.1%, 협박이 15.8%이다.

(2) 이춘화(1995)의 연구에서는 10개의 폭력유형을 가해대상에 따라서 구분하였다. 행위유형은 폭언, 물건던지기, 금품갈취, 협박, 폭행, 집단폭행이며, 피해는 같은 학교학생에게 당한 피해에 한정하였다. 한편 같은 행위 유형에 대해서 가해경험도 측정하였다. 10개 행위의 전체 피해율은 73.4%에 이르지만, 금품갈취, 협박, 폭행 3가지 행위의 피해율은 27.8%이다. 각 폭력행위별 피해율은 친구폭언이 59.3%, 친구폭행이 22.3%, 친구물건던지기가 23.8%, 금품갈취가 19.1%, 협박이 14.5%, 단독폭행이 9.5%, 집단폭행이 3.1%이다. 한편 가해율에 있어서 10가지 중 한가지 이상의 가해경험은 62.6%이며, 금품갈취, 협박, 폭행의 가해율은 9.4%이다.

(3) 김준호, 김선애(1996)의 연구는 초등학생도 포함시켜서 조사하였다. 가해자를 청소년으로만 한정하였으며, 폭력의 유형에는 금품갈취, 폭행, 피

롭힘을 포함시켰다. 각 유형별 피해율을 보면 금품갈취가 21.9%, 폭행이 15.5%, 괴롭힘이 17.4%이다. 가해경험도 조사하였지만 전체 행위의 가해율은 제시하지 않았고, 개별 항목의 가해비율만 제시하였는데, 금품갈취의 가해율은 8.8%, 폭행의 가해율은 48.4%로서, 폭행가해비율이 상당히 높은 점이 특징적이다.

(4) 김준호 외(1997)의 연구에서는 폭력유형에 언어적 폭력, 신체적 폭력, 금품갈취, 괴롭힘, 성폭력을 포함시켰다. 각 폭력유형별 피해율은 괴롭힘이 23.1%, 금품갈취가 27.6%, 신체적 폭력이 40.8%(단순한 싸움을 포함한 수치, 심각한 폭행은 10%), 언어적 폭력이 19.4%, 성적 피해가 38.7%이다.

(5) 최인섭 외(1999)의 연구에서는 폭력의 유형을 집단괴롭힘, 금품갈취, 폭행으로 한정하였고, 폭력의 발생지역을 교내와 학교주변으로 구분하여 측정하였다. 폭력유형별 피해율은 교내 집단괴롭힘이 6.6%, 학교주변 집단괴롭힘이 2.3%, 교내 금품갈취가 7.4%, 학교주변 금품갈취가 10.8%, 교내 폭행이 6.5%, 학교주변 폭행이 6.1%이다.

(6) 노성호 외(1999a)의 연구는 90년에 시행한 청소년범죄피해조사의 후속조사연구로서, 10년간의 변화를 보기 위한 목적으로 수행되었다. 조사에 포함된 폭력유형은 90년조사와 마찬가지로, 금품갈취, 폭행, 협박이며, 각 행위의 피해율은 금품갈취가 13.1%, 폭행이 8.0%, 협박이 9.3%로서, 90년의 청소년범죄피해조사보다 상당히 낮은 결과를 보였다.

(7) 김준호(2002)의 연구에서는 폭력을 17개의 세부유형으로 분류하여 포함시켰으며, 여기에는 금품갈취, 언어·신체적 폭력, 괴롭힘, 놀림·따돌림, 사이버폭력, 성폭력이 포함되었다. 전체 피해율은 제시하지 않았으며, 개별 피해율은 금품갈취가 10.1%, 심각한 언어폭력이 1.6%, 가벼운 신체폭력이 9%, 심각한 신체폭력이 0.8%, 가벼운 성추행이 6.6%, 심각한 성폭력이 1.8%이다. 이 연구의 특징은 사이버폭력을 폭력의 유형에 포함시켰다

는 점이다.

(8) 권준모 외(2002)의 연구는 폭행, 금품갈취, 언어폭력, 협박이 폭력의 유형에 포함되었으며, 각 행위의 피해율은 폭행이 6.7%, 언어폭력이 6.3%, 금품갈취가 2.1%, 위협과 협박이 2.0%이다. 이 연구는 인터넷을 통해서 학교폭력에 대한 조사를 실시하였다는 점이 특징이다.

<표 1>과 간략한 연구소개를 중심으로 살펴보더라도 학교폭력에 대한 연구들은 매우 다양한 모습을 보이고 있다. 표에서도 보듯이 학교폭력 실태연구는 대부분 학생들의 피해경험을 중심으로 조사가 이루어졌다. 8개의 연구중에서 가해경험을 조사한 연구는 절반정도인데, 실태의 제시는 대부분 피해비율을 중심으로 제시되었다.

학생들의 폭력피해율에 있어서 연구결과들간에 많은 차이를 보이는데, 가장 높은 피해율을 보인 연구에서는 73.4%의 피해율을 보인 반면 가장 낮은 피해율은 13.8%이다. 8개의 조사중에서 5개의 조사는 서울을 대상으로, 3개의 조사가 전국을 대상으로 실시되었으며, 초등학생까지 포함시킨 조사가 3개이고, 나머지 5개는 중고등학생만을 대상으로 하였다. 조사에 포함시킨 폭력의 유형도 상당히 다양하게 나타나고 있다. 집단따돌림이나 괴롭힘을 포함시킨 조사가 있는가 하면 언어적 폭력, 성폭력을 포함시킨 연구도 있다. 사이버폭력을 포함시킨 연구도 있다.

2. 학교폭력의 개념규정의 문제

가. 개념규정의 불명확

가장 먼저 논의할 필요가 있는 부분은 각 연구에서 학교폭력의 개념을

어떻게 규정하고 있는가 하는 부분이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 연구결과마다 실태와 원인, 대책 등에 있어서 차이를 보이는 것은 출발점인 학교폭력의 개념규정과 조사부분에서의 불일치에서 기인하는 경우가 많기 때문이다.

일반적으로 사회현상에 대한 연구를 시작할 때, 가장 먼저 이루어지는 것이 연구하고자 하는 대상에 대한 규정이다. 자신이 연구하고자 하는 대상이 어떤 것인지 구체화하고, 범위를 한정하고, 명료한 기술을 통해서 그것의 개념을 규정한다. 경험적 연구의 경우 이러한 개념규정을 토대로 다양한 방식으로 자료를 수집하기 위해서 개념에 대한 조작적 정의를 내린다. 그 이후 조작적 정의를 바탕으로 설문문항을 작성하고 실제적인 조사에 들어가게 된다. 범죄나 비행에 대한 연구에서도 똑같은 과정이 적용된다. 연구를 수행하기 위해서는 대상이 되는 범죄나 비행을 분명하게 정의하는 개념규정이 필요하다.

학교폭력에 대한 연구도 마찬가지로 그 연구의 출발은 학교폭력이란 개념에 대한 구체적인 규정에서 출발한다. 다행스럽게도 몇몇 학교폭력의 연구에서 학교폭력의 개념규정의 중요성, 개념규정을 위해서 고려해야할 기준 등에 대한 논의가 이루어졌다. 이러한 논의는 학교폭력을 정의함에 있어서 학교폭력으로 규정하는 행동의 범위를 어디까지로 할 것인가에 초점을 맞추고 있다. 여기에는 폭력이 발생하는 장소에 따라서 어디까지를 학교폭력으로 포함시킬 것인가, 가해자와 피해자의 신분을 어디까지 포함시킬 것인가, 학교폭력에 포함되는 행위의 유형을 어디까지로 할 것인가의 문제들이 포함되어 있다(임영식, 1998; 이순래, 2002).

그렇지만 학교폭력의 개념규정기준에 대한 논의가 그 이후 많은 연구에서 학교폭력에 대한 개념규정의 통일성으로 연결되지는 못하였다. 학교폭력에 대한 기존의 연구들을 검토할 때 학교폭력의 개념규정에 있어서 일

관성을 찾아보기 어렵다. 학자들간의 시각차이로 인해서, 개념정의에 대한 무관심으로 인해서, 또는 연구목적에 따라서 등 다양한 이유로 인해서 연구마다 학교폭력의 개념규정이 다르게 나타난다. 이러한 차이는 내용면에서 학교폭력이 발생하는 지역, 학교폭력의 가해자와 피해자의 신분, 폭력의 유형 등에서 나타난다.

학교폭력연구에 있어서 개념규정이 중요하게 여겨지지 않는 증거를 여러 곳에서 찾아볼 수 있다. 여러 연구에서는 학교폭력의 개념규정 자체를 하지 않는 경우도 많다. 일부 연구에서는 실제로 다른 연구에서 언급된 학교폭력에 대한 규정은 소개하지만 자신의 연구에서 사용하고자 하는 폭력의 개념규정은 하지 않는 경우도 찾아볼 수 있다. 다른 연구에서는 선행연구에서의 개념규정을 아무런 설명도 없이 그대로 옮겨 적는 경우도 있다. 이러한 것들은 모두 개념정의에 대한 관심부족과 소홀에서 기인한 것으로 볼 수 있다.

이러한 현상이 나타나다 보니 학교폭력이라는 용어를 동일하게 사용하지만 실질적으로 연구하는 대상은 다른 경우도 나타난다. 특히 90년대 후반에 이루어진 학교폭력의 연구 중에서 이러한 점이 발견되곤 한다. 학교폭력의 하위유형중의 하나로서 집단따돌림을 포함시킨 연구가 있는가 하면 학교폭력이라는 용어를 사용하면서도 실질적으로는 집단따돌림을 대상으로 한 연구도 있다³⁾. 그렇지만 같은 용어를 사용하기 때문에 연구결과의 분류에 있어서 학교폭력의 범주에 함께 포함된다. 이는 서로 다른 현상에 대한 연구결과이지만 결국 같은 개념을 사용하기 때문에 동일하게 취급되는 결과를 가져온다. 이는 같은 개념 또는 용어로 지칭되는 행위양식

3) 학교폭력과 집단따돌림의 개념에 대해서도 분명하게 논의할 필요가 있다. 이 역시 개념규정을 어떻게 하는가에 따라서 상당히 달라질 수 있는 부분이기 때문이다. 집단적으로 한 학생을 따돌리고 괴롭히는 집단따돌림(왕따) 현상도 넓은 범위에서 학교폭력에 속한다고 할 수 있다. 그러나 단순한 집단폭행과 집단따돌림은 다소 차이가 있는 현상인데, 학자에 따라서 이를 구분하지 않고 사용하고 있는 경우도 있다.

의 다양성을 검토할 필요성이 있음을 보여주는 예이다.

나. 학교폭력유형의 다양성

개념규정에 있어서 연구들간에 가장 큰 차이를 보이는 부분이 바로 개념규정에 포함시키는 폭력행위의 유형이다. 이 부분은 실태조사 결과에서 큰 차이를 보이는 중요한 이유가 되기도 한다.

각 연구에 공통적으로 포함되는 폭력유형이 금품갈취와 신체적 폭행이다. 이장현과 우룡(2001)은 90년대 학교폭력 관련 연구논문에서 사용한 폭력의 유형을 조사하였는데, 학교폭력의 유형을 괴롭힘이나 따돌림, 언어적 놀림이나 협박과 욕설, 금품갈취, 신체적 폭행이나 집단적 폭행, 성폭행 등으로 나누어 살펴보았다. <표 2>에 제시된 바와 같이 1990년대 연구논문에서 학교폭력의 유형을 다루는 비중은 신체적 폭행이나 집단적 폭행이 100%, 금품갈취가 97.2%로서 거의 대부분의 연구에서 폭행이나 금품갈취를 학교폭력에 포함시켰다. 그렇지만 나머지 세 항목에서는 차이를 보였다. 언어적 놀림이나 협박과 욕설을 포함시킨 것은 69.4%, 괴롭힘이나 따돌림을 포함시킨 것은 66.7%, 성폭행을 포함시킨 것은 19.4%이다. 이러한 결과는 모든 연구에서 ‘물리적 힘의 행사에 의한 폭력’을 받아들이고 있고, 다수의 많은 연구에서는 ‘상대방에게 해를 끼치려는 의도를 가진 어떠한 행동(따돌림이나 욕설과 같은 심리적이고 언어적인 폭력행위)’도 폭력으로 간주하였다는 것을 의미한다.⁴⁾

4) <표 2>에 의하면 ‘괴롭힘이나 따돌림’, ‘언어적 놀림이나 협박과 욕설’을 별도의 항목으로 구분하여 조사하였다. 그렇지만 두 개념의 구분이 연구마다 명확하지 않은 경우가 많다. 집단따돌림에 대해서는 다음 절에서 검토하기로 하겠다.

<표 2> 1990년대 학교폭력 관련 연구논문의 폭력유형 분류

구 분	내 용	편 수
유 형	괴롭힘이나 따돌림	24(66.66%)
	언어적 놀림이나 협박과 욕설	25(69.44%)
	금품갈취	35(97.22%)
	신체적 폭행이나 집단적 폭행	36(100%)
	성희롱이나 폭행	7(19.44%)
	계	36(100%)

출처: 이장현, 우룡(2001) p. 55

앞서 살펴본 <표 1>에 소개한 8개의 연구에서도 연구에 포함시킨 폭력의 유형에 있어서 차이를 보인다. 8개의 연구 중에서 언어적 폭력이나 욕설을 포함시킨 연구가 절반 정도인데, 이들 항목이 포함된 연구에서는 폭력피해의 실태가 상당히 높게 나타났다. 특히 이춘화의 연구(1995)와 김준호의 연구(1997)에서 학교폭력의 피해율이 매우 높게 나왔음을 주목할 필요가 있다.

이와 같이 연구에 포함된 폭력의 유형에 따라서 연구결과가 달라지는 것을 감안할 때, 학교폭력실태조사에서 연구에 포함시킬 폭력의 유형을 결정할 때 신중할 필요가 있다. 자칫 폭력의 범위를 지나치게 광범위하게 규정할 경우 실태조사에서 폭력의 실태가 높게 나타나게 되며, 이러한 결과는 학교폭력의 피해실태를 과장할 가능성이 있고, 실제로 학생들이 느끼는 학교현장과 연구결과간의 차이를 가져오는 원인이 될 수 있다. 즉, 연구결과에서는 학교폭력이 매우 심각하다고 주장하지만, 실제 학생들 중에는 학교폭력을 그렇게 심각하게 느끼는 학생이 그렇게 많지 않은 결과를 초래할 수 있다. 기존의 연구들은 폭력을 규정할 때 지나치게 광범위하게 정의하고, 사소한 유형까지 모두 폭력에 포함시키는 경향이 있어 왔다. 따라서

앞서 논의한 내용을 감안해서 앞으로의 연구에서는 학교폭력에 포함시키는 행위유형을 결정함에 있어서 실태를 제대로 반영할 수 있도록 지나치게 사소한 행위까지 포함시키지 않도록 유의할 필요가 있으며, 각 행위유형의 측정에 있어서도 분명한 기준을 제시하여 응답하는 학생이 혼동을 일으키지 않도록 해야 한다. 예를 들어 욕설을 폭력의 유형에 포함시키는 경우, 욕설의 범위와 대상을 구체적으로 지정해주지 않는다면 친구들에게 욕을 듣는 것도 모두 심리적 피해를 주는 폭력의 경험에 해당하게 된다. 일상적으로 청소년들이 욕설을 많이 사용한다는 현실을 감안해볼 때 이와 같이 조사하는 것은 폭력경험을 지나치게 과장하는 결과를 가져올 가능성이 높은 것이다.

교육현장인 학교에서 폭력이 사라져야 하는 것은 분명한 사실이다. 그렇지만 청소년기의 특성과 결부시켜서 생각한다면 가벼운 폭력을 한번 행사한 경우도 과연 학교폭력이라고 해야 하는지, 그러한 행위가 학교현장에서 학생들에게 심각한 문제가 되는지, 학생들에게 심각한 폭력에 대한 두려움의 대상이 되는지에 대해서 생각해볼 필요가 있다.

3. 조사방법

학교폭력의 실태를 파악하기 위해서는 두 가지의 접근이 가능하다. 하나는 학생을 중심으로 가해경험을 조사함으로써 폭력을 행사한 학생의 비율과 가해한 학생들의 특성 및 원인을 살펴보는 방법이며, 다른 하나는 학생을 대상으로 학교폭력의 피해경험을 조사함으로써 피해를 입은 학생의 비율을 알아내고, 피해학생의 특성, 가해학생의 특성을 살펴보는 것이다. 학교폭력의 실태 파악을 주제로 한 90년대 이후의 조사는 대부분 피해자 조사방법을 중심으로 이루어졌다. 이는 가해자중심의 조사만으로는 학교폭

력의 실태파악에 한계가 있기 때문이다. 김준호와 황지태(2002)는 기존의 학교폭력에 대한 실태조사가 피해자조사에 지나치게 의존하고 있을 뿐만 아니라 피해자조사가 가질 수 있는 기본적인 장점도 제대로 활용하지 못하였다고 비판하고 있다. 이들은 현 학교폭력 피해자조사의 문제점과 개선 방향을 세 가지로 지적하였다(김준호, 황지태, 2002: 87-97).

첫째로 피해-가해연계의 부재를 지적하였다. 온전한 학교폭력의 대책수립에 도움이 되기 위해서는 기본적으로 학교폭력피해조사가 그 가해원인에 대한 조사와 결합되어 이루어져야 한다고 보았다. 또한 학교폭력에 있어서 피해자와 가해자의 구별이 엄격하지 않고, 상당수의 피해자는 가해자이며 동시에 가해자의 성향을 공유하고 있다는 중첩성을 고려할 때도 피해와 가해를 연계한 조사가 필요함을 주장하였다.

둘째로 기존의 연구가 피해율과 피해후유증 사이의 괴리 현상을 간과하였다고 보았다. 기존의 연구는 주로 피해율에 초점을 맞추어서 학교폭력의 심각성을 강조하는 경우가 많으며, 이들 연구는 피해를 당한 학생들이 겪는 후유증이나 결과에 대해서는 관심을 가지지 않았다. 그렇지만 피해율뿐만 아니라 피해경험으로 인해서 나타나는 피해의 후유증이 어느 정도인가를 파악하는 것이 필요하다. 이 점은 학생들이 당한 학교폭력의 실제적인 심각성에 대한 인식과 연관하여 중요성을 가진다고 생각한다. 학생들이 실제로 심각하다고 인식하는 폭력행위를 조사연구에서도 고려하는 것이 보다 현실에 가까운 연구결과를 가져올 수 있기 때문이다.

셋째로 기존연구가 피해신고율이 낮은 이유에 대한 맥락의 파악을 하지 못하고 있다고 지적하였다. 학교폭력 피해신고율이 매우 낮은 것으로 나타났다지만, 후속 연구에서 신고율이 낮은 이유를 분명하게 밝히지 못하였다. 그 이유는 조사방법이 너무 단순해서 신고율을 높이는데 도움을 주는 단서를 제공하기에 미흡한 문항들로 구성되어 있기 때문이다.

이들이 지적하는 부분 외에도 학교폭력의 피해를 조사하는 연구에서 주

로 사용하는 집단면접 방법에도 관심을 가질 필요가 있다. 특히 학교폭력 연구에서는 조사방법으로 학급단위의 집단면접방법을 사용하는 경우가 많다. 범죄나 비행의 가해행위를 대상으로 해서 조사할 경우에는 이러한 방법이 큰 문제가 되지 않을 수 있지만, 학생들의 피해경험을 파악하고자 하는 조사에서는 이러한 조사방법의 사용이 문제가 될 가능성이 존재한다.

학급을 대상으로 조사하였을 때, 표본으로 선택된 학급에 특히 문제가 되는 학생이 있는 경우에 학급전반의 피해경험비율이 높아질 수 있다. 가해행위의 경우에는 다른 학생들의 행동에 의해서 크게 영향을 받지 않지만, 피해의 경우에는 다른 학생들로부터 직접적으로 영향을 받는 것이기 때문에 학교폭력이나 집단따돌림의 연구에서 학급단위의 집단면접방법을 사용할 때는 주의할 필요가 있다. 이런 조사에서는 특히 다른 학생들에게 폭력을 행사하거나 괴롭히는 학생이 존재하는지 여부를 설문문항을 통해서 확인할 필요가 있을 것으로 보인다. 특정 학급에서 폭력학생이 존재함으로써 피해율이 높아지는 결과가 발생하면 이는 전체 학생들의 폭력피해율을 높이는 결과를 가져오게 되며, 이러한 결과는 조사표본의 수가 많지 않은 연구에서 더욱 크게 나타나게 될 것이다.⁵⁾

III. 집단따돌림연구에서 개념규정과 인식의 문제

일반적으로 언론의 보도나 사람들 간의 대화에서는 집단따돌림이 무엇인지, 아니면 왕따가 무엇인지에 대해서 말하는 사람이나 듣는 사람들 간에 합의가 되어진 것으로 간주된다. 그렇지만 집단따돌림에 대한 기존 연구들을 살펴보면, 연구마다 집단따돌림의 개념에 대한 일관성이 없을 뿐만

5) 학교폭력연구에서 집단면접을 사용함으로써 나타날 수 있는 문제점에 대해서는 IV절에서 좀 더 상세하게 살펴볼 것이다.

아니라, 개념자체를 지칭하는데도 여러 가지 용어를 사용하고 있다. 이러한 개념규정의 불일치는 집단따돌림에 대한 연구 간에 나타날 뿐만 아니라, 연구자와 학생 간에, 교사와 학생 간에, 심지어는 학생들 간에도 집단따돌림에 대한 생각이나 정의에서 차이가 존재함을 볼 수 있다.

1. 기존 연구에서 집단따돌림의 개념정의

기존 연구에서 집단따돌림에 대한 정의는 다양하게 나타나고 있다. 서울시 교육청에서 발간한 집단따돌림에 대한 자료(1999)에는 집단따돌림을 ‘한 개인이 일방적이고 지속적인 심리적·육체적 고통을 받은 결과 심각한 고통을 느끼는 것’이라고 정의하여 피해를 당하는 학생을 중심으로 정의하였다. 청소년폭력예방재단(1997)에서는 집단따돌림이라는 용어를 사용하기 보다는 학교폭력이라는 개념으로 집단따돌림을 설명하는데, 이는 ‘자기보다 약한 처지에 있는 상대에게 불특정 다수의 학생이 남이 보지 않는 곳에서 신체적인 심리적인 폭력을 반복하여 행하거나 심각한 공격을 가하는 문제행동’이라고, 가해하는 행위를 중심으로 정의하였다. 이기문과 김진희(1999)는 집단따돌림이란 ‘한 집단 내에서 다수가 한 개인에게 여러 가지 방법으로 고통을 주는 행위라고 볼 수 있다. 그리고 여기에서 말하는 따돌림의 의미에는 어른들이 생각할 때처럼 단순히 놀이에 끼워주지 않거나 상대를 해주지 않는 정도의 소극적 따돌림부터 구타나 심부름, 금품갈취 등의 심한 물리적 괴롭힘까지 포함된다’고 하여 개념규정에 구체적인 행위까지 포함시켰다.

다른 일부 연구에서는 학교폭력이라는 용어를 사용하지만 내용적인 측면에서는 집단따돌림을 대상으로 하기도 한다. 이러한 차이는 집단따돌림이라는 현상이 복잡하다는 점에서 기인하기도 하지만, 학자들의 관심에 따라서 서로 다른 측면들을 강조하는데서 기인하는 것으로 보인다.

앞의 정의에서 공통적으로 나타나는 집단따돌림의 특징은 ‘신체적, 언어적 폭력’, ‘지속성’, ‘다수가 소수를 대상으로’ 등이다. 이와 같이 집단따돌림의 경우, 현상을 정확하게 파악하고 이해하기 위해서 행위의 발생뿐만 아니라 지속성이나 강도까지 고려해서 정의해야하기 때문에, 개념규정에서의 불일치는 학교폭력의 개념규정의 불일치보다 더욱 크게 나타날 수밖에 없다.⁶⁾ 이러한 개념규정의 불일치는 여러 실태조사에서 결과의 차이를 가져오는 출발점이 된다. 실제로 집단따돌림의 연구결과들은 실태에 있어서 상당히 큰 편차를 보인다.⁷⁾

2. 개념정의와 측정의 방법

집단따돌림 개념정의의 차이는 집단따돌림의 조작적 정의나 측정에서 더욱 크게 나타난다. 집단따돌림을 어떻게 측정하는가에 따라서 실태조사

-
- 6) 집단따돌림의 개념규정을 위해서는 먼저 이 현상이 기존의 학교폭력과 어떠한 차별을 가지는가를 따져볼 필요가 있다. 일상적으로 말하는 학교폭력은 집단따돌림 중에서 괴롭힘에 해당하는 행위와 유사하다고 할 수 있다. 그렇지만 소수의 학생이 다른 소수의 학생에게 폭력을 행사하는 행위와 집단따돌림에서의 괴롭힘은 구분되어야 하는 현상이다. 집단따돌림(왕따)은 어디까지나 다수의 따돌림이라는 바탕 위에서 이루어지는 것이라고 볼 수 있기 때문이다. 다른 학생들로부터 폭력의 피해를 당하고 있는 학생에 대해서 같은 반의 아이들이 불쌍하게 여기고 도와주려는 태도를 가지고 있다면 이는 학교폭력이라고 볼 수는 있지만, 집단따돌림에 해당한다고 보기는 어렵다. 다음으로 집단따돌림에 포함되는 현상의 범위에 대한 통일이 필요하다. 일반적으로 집단따돌림은 따돌림, 놀림이나 조롱, 괴롭힘으로 세분화한다. 집단따돌림으로 보기 위해서 먼저 선행되어야 할 점은 따돌림이나 소외에 반학생들 전부 아니면 적어도 대다수가 참여해야한다는 점이다. 뿐만 아니라 집단따돌림을 정의할 때에는 소외시키려는 의도 또는 적극성이 내포되어 있어야 할 것으로 생각된다. 여기에서 적극성이라 함은 단순히 개인적인 생각이나 취향에 의해서 싫어하는 것 이상으로 학생들 간에 명시적이든 아니면 암묵적이든 한 학생을 따돌리자는 합의가 존재하고, 이러한 합의에 기초해서 따돌리는 것을 의미한다. 단지 학생들이 싫어하는 차원을 넘어서서 반아이들의 적극적인 소외, 놀림, 괴롭힘의 행위 또는 행위의도가 포함되어 있어야 집단따돌림이라고 할 수 있는 것이다.
- 7) 집단따돌림의 실태조사 결과의 차이에 대해서는 노성호 외(1999b), 집단따돌림에 대한 연구 참조할 것. 이 연구에는 기존에 집단따돌림의 연구들을 비교 검토하여 실태조사 결과에서 차이를 보이는 이유에 대해서 여러 가지로 설명하였다.

결과는 많이 달라진다. 일부 연구에서는 학생들에게 집단따돌림 또는 왕따를 당해본 적이 있는가라고 직접적으로 질문하기도 하고, 다른 연구에서는 집단따돌림에 해당하는 행위를 제시하고 그러한 피해를 당한 것을 집단따돌림의 피해로 간주하기도 한다. 전자의 경우, 가장 정확한 측정이 될 수 있을 것처럼 보이지만 기본적으로 집단따돌림에 대한 조사자와 조사대상자간에, 그리고 조사대상자들 간에도 공통적인 인식이 있어야 한다는 점을 전제로 하고 있기 때문에 위험성을 내포하고 있다. 후자의 방법을 사용하는 경우 연구자에 따라서 측정의 세부적인 부분에서 많은 차이를 보인다. 조사에 포함시키는 행위의 유형에 있어서 차이가 날 뿐만 아니라, 행위의 빈도와 지속성의 부분을 해결하는 방법에 있어서도 차이를 보인다. 대부분의 연구에서는 집단따돌림의 피해를 측정함에 있어서 빈도와 지속성의 부분을 별로 고려하지 못하고 있다. 1-2번 정도 괴롭힘에 해당하는 피해를 당한 것도 모두 집단따돌림의 피해를 당한 것으로 간주한다. 이러한 측정 방법은 지속성, 반복성을 강조하는 집단따돌림의 개념규정과도 일치하지 않는 것이다. 또한 이러한 논의는 실제로 사회에서 발생하고 있는 집단따돌림과 연구에서 다루고 있는 집단따돌림 간에 어느 정도 근접성이 있는가의 문제와 연결된다.

엄밀하게 이야기했을 때 사회에서 문제가 되는 집단따돌림이란 한 학생이 학급에서 완전히 소외되고 일부 학생들에게 지속적으로 참기 어려운 폭력이나 괴롭힘의 피해를 당하는 것을 의미한다. 그리하여 피해를 당한 학생이 더 이상 참지 못하고 전학을 하거나 자살을 하는 등의 결과를 가져오는 가혹한 행위를 의미한다고 할 수 있다. 그렇지만 연구결과에서 나타나는 집단따돌림의 모습은 이와는 많은 차이를 보인다. 실제 실태조사 결과를 보면 집단따돌림의 피해를 당하는 학생의 비율이 적게는 10%대에서 많게는 40%대에 이를 정도로 다양하게 나타난다. 실제로 언론에 보도될 정도의 집단따돌림의 피해를 당한 학생의 비율이 이렇게 많다면 이는

정말로 심각한 상황이 아닐 수 없다. 그렇지만 연구결과에서 나타난 집단 따돌림의 피해실태가 언론에서 논의되고 있는 그러한 집단따돌림의 피해라고 볼 수 있는가라는 의문이 제기되며, 이에 대한 답은 부정적이다. 앞서도 간단하게 지적한 바와 같이 집단따돌림 연구에서는 집단따돌림에 해당하는 행위유형, 빈도, 지속성 등에 대해서 상당히 완화된 기준을 적용한다. 즉 소외, 놀림, 괴롭힘에 해당하는 행위를 일시적으로 한두 번 정도 당하거나 하기 싫은 일을 억지로 시키는 등의 일을 당한 경험이 한두 번만 있어도 모두 집단따돌림의 피해를 당한 것으로 간주한다(김용태, 1997; 박경숙 외, 1998; 이춘재, 박금주, 1999 등). 이러한 결과에서 행위의 심각성을 고려하고, 빈도와 지속성을 고려한다면 실제로 집단따돌림을 당한다고 볼 수 있는 학생의 비율을 급격하게 줄어들게 된다. 이런 점들은 많은 연구결과들이 집단따돌림의 현실적인 심각성을 제대로 반영하지 못하였다는 점을 보여준다.

3. 집단따돌림에 대한 학생들간의 인식차이

한 가지 더 지적해야 할 점은 집단따돌림에 대해서 학생들간에는 공통적인 인식이 존재하는가의 여부이다. 앞서 측정의 문제를 언급하면서 집단따돌림의 피해를 직접 물어보는 경우에는 대상에 대한 공통적 인식이 전제되어야함을 지적하였다.

그렇지만 집단따돌림에 대한 개념의 차이는 연구에서만 나타나는 것이 아니라, 직접 따돌림을 하고, 따돌림을 받는 학생들 사이에서도 찾아볼 수 있다. 이러한 현상은 학생들이나 연구자들이 같은 현상을 바라보고 있지만 개인마다 그 현상을 규정하고 이해함에 있어서 차이를 보이고 통일된 인식을 가지고 있지 못함을 보여주는 것이다.

<표 3> 조사방법에 따른 집단따돌림 인지의 차이

구분		긍정적 연결망	부정적 연결망	설문 자료	심층면접		학급의 특성
					교 사	학 생	
초등학교	A	10,25	25,16	1,17,22,23, 25,32	25	25	6학년, 남녀합반 왕따유무 : 73.5%
	B	11,24,34,38,45	1,9,25	5,24,25,37	왕따없음	왕따없음 (40,42:괴롭힘)	4학년, 남녀합반 왕따유무 : 18.9%
	C	4,6,9	18,12,1,16번	2,9	1,3,4	1,3,4,21	5학년, 남녀합반 왕따유무 : 44.4%
	D	6,8	11,10,14,28, 38	18	왕따없음	28,38	5학년, 남녀합반 왕따유무 : 24.3%
	E	1,6,10,22,39	13,14,16,37	14,29	왕따없음	왕따없음 (37: 싫어함)	6학년, 남녀합반 왕따유무 : 12.1%
중학교	F	6,16	11,16,19,26	2,16,26	26	6,7,16,17,26	6학년, 남녀합반 왕따유무 : 67.5%
	G	3,31,42	10,34	18	왕따없음	왕따없음	2학년, 남녀합반 왕따유무 : 24.3%
	H	16,47	47,16	32,41	47	왕따없음(16, 47: 싫어함)	2학년, 남녀합반 왕따유무 : 51.6%
	I	6,11,12		34	12	왕따없음 (12,19: 은파)	3학년, 여학생 왕따유무 : 38.7%
	J	23,25	23	14	왕따없음 (23: 싫어함)	왕따 없음	3학년, 남녀합반 왕따유무 : 37.8%
	K	15,20, 26	36,15, 20,32,	36	15,26	왕따없음 (15,36)	2학년, 여학생 왕따유무 : 45.9%
고등학교	L	3,4,11, 18,25	11,5	5,9,15, 21	왕따없음 (5,11:싫어함)	왕따없음 (11,18:은파)	1학년, 남학생 왕따유무 : 37.0%
	M	9,31,40,48	36,42		왕따없음	왕따없음	1학년, 남학생 왕따유무 : 14.0%
	N	12,17,18,21, 27,31,34,40	34,27	17,36, 37,42	왕따없음 (27,34)	왕따없음 (6,18,44:은파)	2학년, 여학생 왕따유무 : 56.1%
	O	1,11,27,42	27,42		왕따없음 (17,27,46:소외)	17,27,42	1학년, 남녀합반 왕따유무 : 53.1%
	P	15,40,51,52	12,42		왕따없음	왕따없음(7,24, 25,45:싫어함)	3학년, 남학생 왕따유무 : 27.5%
	Q	9,47	17		왕따없음 (17,49)	왕따없음 (14,49)	2학년, 여학생 왕따유무 : 3.8%
	R	12,20,42	12,46		왕따없음	왕따없음 (12,46번:은파)	1학년, 여학생 왕따유무 : 22.2%

출처: 노성호 외(1999b), p. 231, p. 237, p. 243의 표 재편집

학생들이 말하는 왕따의 의미, 즉 반 학생전체에게서 따돌림을 당하고 괴롭힘을 당하는 것이라는 의미에서 왕따를 당하는 학생이 학급에 존재한

다면 학급의 모든 학생들은 왕따의 존재에 대해서 알고 있는 것이 정상이다. 그렇지만 집단따돌림을 조사한 연구결과를 학급별로 비교해보면 실제로 그렇지 않음을 알 수 있다.

<표 3>에서 집단따돌림에 대한 조사결과⁸⁾를 분석해보면, 사용한 조사 방법에 따라서 왕따에 대한 인식에 차이가 있음을 알 수 있으며, 학급에서 왕따의 존재를 밝히는 것이 쉽지 않음을 알 수 있다. <표 3>에 표시되는 번호는 각 학생 고유의 개인번호를 나타낸다. 긍정적 연결망에는 학급에서 다른 학생들과 어울리지 못하고 소외되는 학생들의 번호가, 부정적 연결망에는 다른 학생들이 싫어하는 특성을 가지고 있는 학생, 즉 다른 아이들이 싫다고 지목한 학생들의 번호가 기록되어 있다. 설문자료 항목에는 설문조사에서 자신이 왕따의 피해를 당하고 있다고 응답한 학생의 번호가 기록되어 있다. 심층면접에서 교사부분에는 교사들이 지목한 자기 학급에서의 왕따의 번호가, 학생부분에는 학급의 일부 학생이 지목한 자기 학급의 왕따가 적혀있다. 각 연구방법에 같은 번호가 많이 나타날수록 그 학생은 집단따돌림의 대상이 될 가능성이 높다. 마지막으로 학급의 특성란에는 설문조사결과에서 자기 학급에 왕따가 있다고 생각하는 학생들의 비율이 제시되었다.

일반적으로 집단따돌림의 피해를 조사하는 연구에서는 위의 방법 중에서 한 가지 방법을 사용하는 경우가 많다. 그렇지만 <표 3>은 한 가지 방법만을 사용하여 집단따돌림을 측정하는 경우 오류를 범할 가능성이 높음을 보여준다.

<표 3>을 통해서 몇 가지의 사항을 살펴볼 수 있다. 첫째로 자기 스스로 왕따의 피해를 당했다고 생각하는 학생, 즉 주관적 인식에 의한 왕따의

8) 이 분석을 위해서는 노성호외(1999b)의 자료를 사용하였다. 이 연구에서는 학급별로 집단따돌림의 존재여부와 역학관계를 파악하기 위해서 다양한 방법을 시도하였다. 연결망분석과 더불어 18개 학급에 대해서 학급단위로 집단따돌림에 대한 설문조사, 교사와 일부 학생에 대한 심층면접을 병행하였다.

수가 상당히 많다는 점이다. 이는 특히 초등학생에게서 많이 나타나며, 고등학생으로 갈수록 자신이 왕따라고 생각하는 비율이 줄어든다. 표를 보면 교사나 다른 학생들에 의해서 왕따라고 지목되지 않았음에도 자신은 왕따의 피해를 당했다고 생각하는 학생들이 존재한다. 이와 같이 스스로 왕따라고 생각하는 학생의 수가 많은 것은 실제로 왕따가 아님에도 불구하고 자신의 주변에 약간의 변화가 발생하면 스스로 이것이 집단따돌림을 당하는 것이라고 생각하는 학생이 많다는 것을 의미한다. 이러한 결과를 볼 때 설문조사에서 단지 왕따의 피해를 당한 적이 있는가를 질문하여 그 자료만 사용하는 것은 집단따돌림의 실태를 과장하는 결과를 가져올 수 있음을 알 수 있다.

둘째로, 학생들 사이에 자기 반의 왕따의 존재에 대한 인식에 있어서 차이가 나타나고 있다. 어떤 학급에 왕따의 존재가 분명하다면 그 학급의 모든 학생들이 분명하게 그 사실을 인지하고 있는 것이 당연하다. 그렇지만 왕따유무에 대한 응답결과를 보면 가장 높은 비율을 보인 것이 73.5%에 불과하며, 객관적으로 왕따가 없다고 볼 수 있는 학급에서도 일부의 학생들은 왕따가 있다고 응답하였다. <표 3>에서 여러 자료를 종합해서 볼 때, 왕따가 존재할 가능성이 높은 학급은 A, F, H, K, O 정도를 들 수 있다. 그렇지만 이 학급에도 왕따가 존재한다고 인식하는 학생들의 비율은 73.5%, 67.5%, 51.6%, 45.9%, 53.1%이다. 즉 학급의 모든 학생들이 왕따의 존재에 대해서 동일한 인식을 가지고 있지 않다는 점을 보여준다. 이러한 차이를 보이는 것이 학생들 사이에서도 왕따의 존재에 대하여 동일한 개념을 가지지 않는 데서 비롯된다. 심층면접결과를 살펴보면 학생들이 사용하는 왕따의 개념도 그 범위와 정도에 있어서 학생들 간에 많은 차이를 보여서, 한 학급에서는 왕따라고 할 현상이지만, 다른 학급에서는 왕따가 아니라고 하는 경우도 있다. <표 3>에서도 학생들과의 심층면접에서 왕따는 없다고 대답하

였지만, 괴롭힘을 당하는 학생(B학교), 다른 학생이 싫어하는 학생(E, H, P 학교), 은따인 학생(I, L, N, R학교)이 존재한다고 응답하였다. 이러한 현상은 학생들 간에도 왕따에 대한 막연한 개념만 있을 뿐 공유된 범위의 설정이나 개념규정이 없다는데서 기인한다. 이러한 개념의 차이가 집단따돌림에 대한 조사에도 영향을 미칠 수 있는 것이다(노성호 외, 1999b).

셋째로, 교사와 학생들 간에 집단따돌림에 대한 인지에 있어서 차이가 존재한다는 점이다. 교사와 학생들의 왕따의 존재에 대한 인지가 동일한 학급도 있지만, 많은 경우에 교사는 왕따가 없다고 했지만, 학생들은 있다고 응답한 경우(D, O학교)도 있고, 반대로 교사는 왕따가 있는데 학생들은 왕따가 없다고 하는 경우(H, I, K학교)도 존재한다.

이러한 상황들을 종합해보면 집단따돌림의 개념을 규정한다고 하는 것이 그리 단순한 작업이 아니고, 보다 심층적이고 다각적인 접근을 필요로 하는 어려운 일임을 알 수 있다. 집단따돌림에 대해서 연구하는 사람들은 이와 같이 복잡한 현상에 대한 면밀한 검토를 통해서 자신의 연구가 현실적인 상황을 반영할 수 있도록 하는 노력이 필요할 것이다.

IV. 청소년범죄피해조사에서 집단면접의 문제

앞서 II절에서 학교폭력의 조사방법에서도 지적한 바와 같이, 청소년범죄피해조사에 있어서 집단면접의 방식을 사용하는 것은 문제를 야기할 수 있다. 하루생활의 대부분을 학교에서 지내야하는 학생들의 입장을 고려할 때, 반친구나 반의 분위기 등 학급환경 등은 학생들의 범죄피해에 상당히 큰 영향을 미칠 수 있다. 일반적으로 범죄가해행위는 그 원인이 여러 가지가 있을 수 있지만, 본인이 스스로의 판단과 결정에 의해서 저지르는 행위

이다. 반면 범죄피해라고 하는 것은 본인이 스스로 결정하거나 원해서 당하는 것이 아니라 다른 사람에 의해서 어쩔 수 없이 당하는 가능하면 피하고 싶은 경험이다. 따라서 범죄피해를 고려함에 있어서는 범죄자와의 근접성, 범죄에 대한 노출, 표적유인성, 보호능력과 같이 범죄가 발생하는 상황등과 같은 요인이 매우 중요하게 고려되고 있다. 이러한 점에서 청소년들의 범죄피해를 조사함에 있어서 집단면접의 방법을 사용하는 것은 잘못된 결과의 위험성을 높일 수 있다.

일반적으로 범죄피해조사를 실시하는 경우 초·중·고등학교의 한 학급을 단위로 하여 그 학급의 학생들을 대상으로 설문지를 통한 집단면접의 방법을 사용하여 자료를 수집한다. 그런데 이 때 학생들이 설문지에 응답하는 폭력범죄, 재산범죄 또는 성범죄의 피해는 그 학급에 그러한 가해행위를 저지르는 학생, 즉 문제학생이나 범죄소년이 얼마나 존재하는가의 여부에 의해서 매우 큰 영향을 받게 된다. 만일 어느 한 학급에 문제학생이 있어서 같은 반의 학생들에게 폭력을 빈번하게 행사하고 금품을 빼앗는 행위를 반복한다면, 그 학급에서 금품갈취나 폭행의 피해경험 비율은 엄청나게 높을 수밖에 없다. 반대로 학급내에 그러한 학생이 없다면 그 학급 학생들의 범죄피해경험은 상당히 낮아질 것이다. 즉 학급별로 범죄피해경험에 있어서 상당한 차이를 보일 것이다.

<표 4>과 <표 5>에서는 폭력범죄피해에 있어서 학급별 피해율의 차이를 비교하였다.⁹⁾ 각 표에는 조사에 포함된 중학교 32개 학급과 고등학교 24개 학급별로 범죄행동의 피해학생수와 피해율과 가해학생수와 가해율을 제시하였다. 표에 제시된 숫자는 학급 내에서 피해를 당한 적이 있는 학생

9) 이 분석에서는 노성호외(1999a), 청소년범죄피해에 대한 조사연구(Ⅱ)의 자료를 재분석하였다. 이 연구에서는 서울시의 중·고등학생들을 대상으로 범죄피해경험을 조사하였으며, 중학교 32개교, 고등학교 24개교를 선정하여, 학교에서 한 학급씩 무작위로 추출하여 설문지를 통한 집단면접의 방법으로 자료를 수집하였다. 최종적으로 분석에 포함된 사례는 2,224명이다. 학급의 번호는 임의로 부여하였다.

의 수와 학급에서의 비율, 가해를 당한 적이 있는 학생의 수와 학급에서의 비율이다. 피해율 차이에서 나타나는 체계적인 편차를 줄이기 위해서 학생들의 학급구성에 따라서, 남학생들만으로 구성된 학급, 여학생만으로 구성된 학급, 남녀합반인 학급으로 구분하여 피해율을 제시하였다.

먼저 <표 4>에서 중학생들의 폭력범죄피해율을 학급별로 비교해보면, 피해율에 있어서 상당히 큰 차이를 보이고 있음을 알 수 있다. 먼저 남학생학급에서 피해율의 차이를 보면 금품갈취는 16.2%의 피해율에서 47.2%까지의 상당히 큰 차이를 보였다. 폭행은 6.1%에서 38.9%로 그 차이가 더 크게 나타나고 있으며, 협박은 3%에서 36.1%에 이른다. 여학생학급에서는 피해율이 현저하게 낮아지고, 그 폭이 좀 줄어들기는 하지만, 금품갈취(최저 2.9%에서 최고 15.8%), 폭행(최저 0%에서 최고 5.9%), 협박(0%에서 최고 15.2%)에서 학급별 차이는 여전히 나타난다. 남녀합반 학급별 피해율의 차이는 금품갈취(5.5%에서 36.8%), 폭행(0%에서 16.7%), 협박(2.9%에서 27.8%) 모두에서 상당히 크다. <표 5>에서 고등학생들의 경우 전반적으로 폭력범죄피해를 당한 비율은 중학생보다 낮지만, 학급별 차이는 여전히 크게 나타나고 있다. 금품갈취, 폭행, 협박 모두에 있어서 학생들의 피해비율은 학급마다 상당히 큰 차이를 보인다.

이러한 학급별 피해율의 차이가 그 학급 내에서 폭력행위를 많이 저지르는 학생들의 존재에 의해서 야기되는지 알아보기 위해서 각 학급에서 가해행동을 한 학생들의 비율도 함께 살펴보았다. <표 4>에서 피해율이 가장 높은 학급 3의 경우에 가해경험을 한 학생의 비율도 다른 학급에 비해서 가장 높음을 알 수 있다. <표 4>과 <표 5>을 면밀히 살펴볼 때, 일대일 대응이 되는 것은 아니라 해도 대체로 가해학생의 비율이 높은 학급에서 피해율도 높게 나타나는 경향을 찾아볼 수 있다.

<표 4> 학급별 폭력범죄피해율 비교(중학교)

구 분		피해경험			가해경험		
유형	학급	금품갈취	폭행	협박	금품갈취	폭행	협박
남학생 학급	1	9 (25.7)	10 (28.6)	2 (5.7)	2 (6.3)	3 (9.4)	3 (9.4)
	2	6 (16.2)	7 (18.9)	5 (13.5)	1 (2.7)	4 (10.8)	3 (8.1)
	3	17 (47.2)	14 (38.9)	13 (36.1)	4 (11.1)	4 (11.1)	1 (2.8)
	5	10 (33.3)	2 (6.7)	4 (13.8)	1 (3.3)	1 (3.3)	0 (0.0)
	6	13 (36.1)	4 (11.1)	4 (11.1)	2 (5.6)	1 (2.8)	2 (5.6)
	7	14 (46.7)	3 (10.0)	5 (16.7)	0 (0.0)	4 (13.3)	0 (0.0)
	8	7 (25.0)	3 (10.7)	3 (10.7)	2 (7.7)	0 (0.0)	0 (0.0)
	9	14 (38.9)	7 (19.4)	7 (19.4)	1 (2.8)	0 (0.0)	2 (5.6)
	10	10 (31.3)	2 (6.1)	3 (9.4)	0 (0.0)	3 (9.4)	0 (0.0)
	11	15 (40.5)	6 (16.2)	5 (13.9)	3 (8.1)	1 (2.7)	3 (8.1)
	12	8 (24.2)	2 (6.1)	1 (3.0)	2 (6.1)	1 (3.0)	2 (6.1)
여학생 학급	13	3 (9.4)	1 (3.1)	3 (9.4)	1 (3.1)	1 (3.1)	1 (3.1)
	14	3 (8.3)	0 (0.0)	0 (0.0)	1 (2.8)	0 (0.0)	0 (0.0)
	15	1 (3.2)	0 (0.0)	1 (3.4)	0 (0.0)	0 (0.0)	0 (0.0)
	16	1 (2.9)	1 (2.9)	4 (11.4)	1 (2.9)	1 (2.9)	3 (8.6)
	17	2 (5.9)	2 (5.9)	5 (15.2)	3 (8.8)	4 (11.8)	3 (8.8)
	18	6 (15.8)	1 (2.6)	4 (10.5)	1 (2.6)	1 (2.6)	1 (2.6)
남녀 합반	4	5 (12.5)	2 (5.0)	4 (10.5)	0 (0.0)	3 (7.5)	2 (5.0)
	19	2 (6.3)	2 (6.3)	1 (3.1)	2 (6.3)	4 (12.5)	2 (6.3)
	20	2 (5.7)	2 (5.7)	2 (5.7)	0 (0.0)	0 (0.0)	0 (0.0)
	21	3 (5.5)	2 (3.6)	4 (7.3)	1 (1.8)	3 (5.5)	2 (3.6)
	22	8 (22.9)	0 (0.0)	1 (2.9)	3 (8.6)	2 (5.7)	4 (11.4)
	23	7 (19.4)	2 (5.6)	5 (13.9)	2 (5.9)	4 (11.8)	3 (8.8)
	24	5 (15.6)	3 (9.4)	4 (12.5)	3 (9.7)	4 (12.9)	4 (12.9)
	25	14 (36.8)	2 (5.3)	4 (11.1)	0 (0.0)	2 (5.3)	1 (2.6)
	26	5 (13.9)	2 (5.6)	3 (8.3)	5 (13.9)	2 (5.6)	2 (5.6)
	27	9 (24.3)	4 (10.8)	7 (18.9)	3 (8.3)	2 (5.6)	2 (5.6)
	28	10 (27.8)	6 (16.7)	10 (27.8)	2 (5.9)	2 (5.9)	1 (2.9)
	29	5 (14.7)	2 (5.9)	4 (11.8)	1 (3.1)	2 (6.3)	4 (12.5)
	30	3 (9.1)	0 (0.0)	1 (3.0)	0 (0.0)	1 (3.0)	0 (0.0)
	31	4 (12.9)	1 (3.2)	2 (6.5)	1 (3.2)	2 (6.5)	1 (3.2)
	32	13 (36.1)	5 (13.9)	3 (8.3)	3 (8.3)	3 (8.3)	2 (5.7)

<표 5> 학급별 폭력범죄피해율 비교(고등학교)

구 분		피해경험			가해경험		
유형	반	금품갈취	폭행	협박	금품갈취	폭행	협박
남학생 학급	52	2 (4.5)	2 (4.5)	2 (4.5)	1 (2.3)	2 (4.7)	3 (7.1)
	54	6 (13.0)	8 (17.0)	7 (14.9)	2 (4.3)	7 (14.9)	8 (17.0)
	56	2 (3.9)	11 (21.6)	6 (11.8)	2 (4.0)	9 (18.0)	4 (8.0)
	57	3 (6.4)	4 (8.5)	5 (10.6)	1 (2.1)	2 (4.3)	2 (4.3)
	58	1 (2.1)	7 (14.9)	9 (19.1)	3 (6.7)	4 (8.9)	5 (11.1)
	65	7 (16.3)	11 (26.2)	12 (29.3)	1 (2.4)	5 (12.2)	4 (9.5)
	67	4 (8.2)	7 (14.3)	6 (12.2)	4 (8.3)	9 (18.8)	4 (8.3)
	68	5 (10.0)	3 (6.0)	3 (6.1)	5 (10.0)	6 (12.0)	4 (8.0)
	72	5 (14.7)	3 (8.8)	4 (11.8)	1 (3.0)	3 (9.1)	2 (6.1)
여학생 학급	60	0 (0.0)	0 (0.0)	5 (9.4)	0 (0.0)	0 (0.0)	0 (0.0)
	61	1 (1.9)	1 (1.9)	0 (0.0)	0 (0.0)	0 (0.0)	0 (0.0)
	63	1 (1.9)	1 (1.9)	2 (3.8)	1 (1.9)	1 (1.9)	1 (1.9)
	64	1 (2.4)	1 (2.4)	2 (4.9)	0 (0.0)	0 (0.0)	2 (5.1)
	66	0 (0.0)	0 (0.0)	1 (4.2)	1 (3.8)	2 (7.7)	1 (3.8)
	69	1 (2.0)	0 (0.0)	3 (6.1)	0 (0.0)	0 (0.0)	2 (4.1)
	70	2 (3.9)	1 (2.0)	1 (2.0)	0 (0.0)	0 (0.0)	0 (0.0)
	71	5 (11.6)	2 (4.7)	2 (4.7)	1 (2.4)	1 (2.4)	2 (4.9)
	73	0 (0.0)	0 (0.0)	2 (4.3)	0 (0.0)	0 (0.0)	0 (0.0)
	74	1 (2.4)	0 (0.0)	1 (2.4)	2 (4.9)	1 (2.4)	2 (4.9)
남녀 합반	51	3 (6.1)	1 (2.0)	0 (0.0)	2 (4.1)	4 (8.2)	4 (8.2)
	53	5 (11.1)	6 (13.3)	4 (8.9)	0 (0.0)	0 (0.0)	2 (4.4)
	55	1 (2.4)	5 (11.9)	1 (2.4)	3 (7.3)	5 (12.2)	4 (9.8)
	59	0 (0.0)	1 (2.0)	0 (0.0)	2 (4.0)	4 (8.0)	5 (10.0)
	62	0 (0.0)	3 (7.1)	4 (9.5)	2 (5.0)	4 (10.0)	4 (10.0)

출처 : 노성호외(1999a) 자료재분석

우리나라의 경우 모든 학생들은 하루 중 많은 시간을 같은 반학생들과 같은 공간에서 지내고 있다. 이러한 상황에서 학급에 어떤 학생들이 존재하며, 어떤 분위기와 어떤 상황에 처해있는가는 범죄피해를 결정하는데 중요한 영향을 미칠 수밖에 없다.

이러한 점을 감안하면 학급의 범죄피해율은 학급의 성격에 따라서 극단

적인 피해정도의 차이를 가져올 가능성이 높으며, 이는 어떤 학급이 조사 대상으로 선정되는가에 따라서 전체 피해율뿐만 아니라 다른 조사내용에 있어서도 상당히 큰 편차를 가져올 수 있다. 학생을 대상으로 집단면접을 하는 경우 조사된 학생수가 1,000명이라 해도 학급의 수로 따진다면 20여 개에 불과해서 학급의 피해경험차이가 전체 피해율에 영향을 미치게 된다.

이러한 분석내용을 바탕으로 살펴본다면 학교폭력의 실태에 대한 기존 연구결과에서 연구마다 조사결과에 있어서 매우 큰 차이를 보이는 데는 폭력의 유형, 설문문항의 구성 등과 같은 요인뿐만 아니라 집단면접을 실시함으로써 야기되는 학급간의 편차, 즉 표집의 영향이 있었을 가능성이 있다.

그렇지만 현실적으로 청소년들을 대상으로 조사를 시행함에 있어서 집단면접의 방법을 버리고 바로 개별면접을 시행하는 것은 쉽지 않다. 따라서 연구자들은 먼저 집단면접을 시행했을 때 나타날 수 있는 문제를 숙지하고 있어야 하며 그러한 문제를 최소화시킬 수 있는 방안을 강구할 필요가 있다. 그 보완책으로는 조사를 시행하면서 조사대상이 되는 학급의 내용이나 성격에 대해서 교사와의 면접, 학생의 심층면접 등과 같은 방법을 통해서 파악하여 분석에 고려하는 방법이 있고, 다른 방법으로는 설문문항으로 통해서 학급의 특성을 파악해볼 수 있는 문항, 예를 들어 학급의 분위기, 문제를 일으키는 학생의 존재, 폭력을 많이 행사하는 학생의 존재, 집단따돌림의 존재 등과 같이 문항을 넣어서 이를 분석에서 활용하는 방법도 생각해볼 수 있다.

V. 결 론

지금까지 학교폭력, 집단따돌림, 청소년범죄피해에 대해서 수행되었던

연구들을 검토하면서 그 연구들에서 상대적으로 소홀하게 다루어져왔던 부분들을 살펴보았다. 학교폭력과 집단따돌림에 대한 연구결과들을 살펴보면 기존 연구들이 학교폭력의 실태를 객관적으로 보지 못하고 지나치게 심각한 방향으로 초점을 맞추고 있는 것은 아닌가 하는 생각이 든다. 또한 기존 연구들에서 나타나고 있는 연구결과의 불일치는 학교폭력현상의 정확한 인식을 어렵게 한다. 이러한 결과는 부분적으로 학교폭력의 개념규정, 조사에 포함시킨 학교폭력의 유형, 조사방법 상의 문제점이나 한계에서 기인하는 것으로 생각되며, 기존 연구에서는 이러한 방법론적인 측면에서 엄격성과 세밀한 검토가 부족한 것으로 보인다. 집단따돌림의 경우도 마찬가지이다. 집단따돌림에 관계되는 각 주체 간에 집단따돌림의 개념규정의 일관성을 확보하지 못함으로써 집단따돌림의 실태조사뿐만 아니라 집단따돌림에 대한 분명한 대책수립에 있어서도 어려움을 겪고 있다. 막연한 집단따돌림의 규정은 오히려 실제현상을 이해하는데 혼동을 초래할 수 있다. 한편 청소년범죄피해조사에서 학생들을 대상으로 집단면접방식으로 설문조사를 하는 방법도 심각하게 재고할 필요가 있다. 별다른 의심없이 사용했던 집단조사의 방식이 피해율의 조사결과에 치명적인 결점을 가져올 수 있기 때문이다.

본 논문에서 지적하였던 논의들이 학교폭력의 문제가 심각하지 않다거나, 대책이 필요 없다는 것을 의미하지는 않는다. 오히려 그보다는 학교폭력과 집단따돌림의 현실을 보다 정확하고 분명하게 이해하고, 이를 바탕으로 보다 현실적이고 실용적인 대책을 수립하기 위해서 좀 더 구체적이고 엄격한 연구가 필요함을 지적하는 것이다.

이를 위해서는 학교폭력의 개념을 더욱 엄격하게 규정하는 것이 필요하다. 지나치게 사소한 행위들을 제외시키고, 행위의 빈도에 있어서 반복성을 고려할 필요가 있으며, 피해학생들에 대한 부정적 영향을 고려한 개념

규정과 조작적 정의가 검토되어야 할 것이다. 피해를 당한 학생들이 자신의 피해를 어떻게 받아들이고 있는지, 피해의 후유증에 관한 조사도 이루어져야 한다. 더불어 학생들이 학교폭력을 얼마나 심각하게 받아들이고 있는지 등 학교폭력의 심각성에 대한 인식도 구체적으로 조사할 필요가 있다. 더불어 학교폭력의 실태를 파악하기 위해서 사용하는 집단면접의 방법에 대한 면밀한 검증이 필요하다.

집단따돌림의 경우도 유사하다. 개념규정부터 집단따돌림이 무엇인가에 대해 공통적인 현상인식에 대한 논의가 필요하며, 보다 현실적인 집단따돌림의 실태, 그리고 이에 기초한 대책의 수립이 세워져야 한다. 최근 왕따 동영상에 대한 시민들의 비판중에 하나로 집단따돌림이 나타난지 벌써 몇 년이 지났는데 체계적인 대책을 세우지 못한 교육당국과 정부에 대해서 질책하는 목소리가 높다. 더 이상 이러한 상황을 반복하지 않기 위해서라도 서로간의 지혜를 모아서 체계적인 연구의 기반을 마련하는 것이 필요하다.

또한 조사연구를 통해서 학교폭력의 추세를 파악하는 것이 가능하기 위해서는 일관성이 있는 조사가 지속적으로 반복적으로 이루어지는 것이 필요하다. 표본추출과, 설문지의 구성, 조사방법, 폭력의 정의와 포함시키는 폭력의 유형에 있어서 일관성을 가지는 조사를 주기적으로 시행함으로써 조사연구 간의 비교가 가능하도록 한다면 학교폭력의 추세를 보다 분명하게 파악하는 것이 더 수월하여 질 것이다. 이를 위해서는 학교폭력의 개념 규정, 측정문항, 조사방법에 대한 통일된 척도를 개발하는 공동의 노력이 필요하다. 권준모 외(2002)는 학교폭력의 근절을 위해서는 과학적이고, 지속적이고, 타당도 있는 통계치를 확보하는 것이 무엇보다도 우선되어야 한다는 생각에서 인터넷을 통한 학교폭력실태조사 방법을 정기적인 조사방법으로 제안하였다. 이들은 우리나라의 초·중·고등학교에는 초고속인터넷망이 구비되어 있고, 모든 학교에 웹으로 연결되는 컴퓨터실에 갖추어져

있다는 점에 착안하여, 정기적으로 학교폭력의 실태를 파악하기 위해서 IT인프라를 활용할 것을 제안하였다. 꼭 인터넷을 통한 방법이 아니라고 해도 서로 비교 가능한 연구를 수행할 수 있도록 관심있는 사람들 간의 협동과 공동의 노력이 필요하며, 이를 위해서는 관련학회나 교육당국, 관련기관 등이 앞장서는 것도 하나의 방법이 될 것이다.

주제어 : 학교폭력, 집단따돌림, 연구방법

<참고문헌>

- 권준모, 이훈구, 광금주, 김범준, 인터넷을 통한 학교폭력 정기실태조사 도
구개발연구, 한국청소년보호위원회, 2002
- 김용태, 박한샘, “청소년 친구 따돌림의 실태조사”, 청소년대화의 광장, 청
소년상담문제 연구보고서 29, 1997
- 김준호, “학교폭력의 현황 및 실태,” 청소년보호위원회 학교폭력근절을 위
한 국민 대토론회 발표문, 2002
- 김준호, 김선애, 학교주변 폭력 실태 및 유형에 관한 연구, 치안연구소,
1996
- 김준호, 노성호, 오수정, 장은숙, 청소년 범죄피해에 대한 연구, 한국형사정
책연구원 연구보고서, 1990
- 김준호, 박정선, 김은경, 학교주변 폭력의 실태와 대책, 한국형사정책연구
원 연구보고서, 1997
- 김준호, 황지태, “학교폭력 피해자조사의 문제점과 개선방향,” 피해자학연
구 10(2), 2002: 81-100
- 노성호, 김성언, 이동원, 김지선, 청소년 범죄피해에 대한 조사연구(II), 한
국형사정책연구원 연구보고서, 1999a
- 노성호, 김성언, 이동원, 김지선, 청소년의 집단따돌림에 관한 연구, 한국형
사정책연구원 연구보고서, 1999b
- 박경숙 외, 학생의 왕따(집단 따돌림 및 괴롭힘) 현상에 관한 연구, 한국교
육개발원, 1998
- 서울특별시 교육청, “집단따돌림 이렇게 지도합시다” 99 장학자료, 1999
- 이기문, 김진희, 홍시, 우리아이 왕따 아닐까, 국일미디어, 1999
- 이순래, 학교폭력의 원인 및 대처방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원
연구보고서, 2002

- 이장현, 우룡, 학교폭력의 최근동향과 문제점에 관한 고찰, 한국청소년개발원 연구보고서, 2001
- 이춘재, 광금주, “집단따돌림 경험 유형에 따른 자기개념과 사회적지지,” 한국심리학회지 발달 13(1), 2000: 65-80
- 이춘화, 청소년의 폭력에 관한 의식 및 실태 조사연구, 한국청소년개발원 연구보고서, 1995
- 임영식, “학교폭력에 영향을 미치는 요인에 관한 연구,” 청소년학연구 제5권, 1998
- 청소년폭력예방재단, “왕따 극복하기” 자료집, 1999
- 최인섭, 노성호, 이동원, 박순진, 진수명, 김지선, 자녀안심하고 학교보내기 운동 평가연구, 한국형사정책연구원 연구보고서, 1999

Critical Review of the Previous Studies on School Violence

Noh, Sung-Ho*

Lots of studies are conducted on school violence or bullying since 1990. However, these studies didn't show consistency in their results such as definitions of school violence or bullying, offense rate, victimization rate, etc. Some of these studies seem to have methodological problems or limitations. So this paper tried to critically review previous studies of school violence or bullying focused on their methodological limitation and suggest more developed method.

1) Many studies of school violence showed the seriousness of school violence in Korea. But interviews with students showed that they didn't have the same idea with that of the studies. This gap may be caused by the definition or measurement of school violence. Many researches included violent behaviors that were not serious in their measures, and this brought high victimization rate in their results. So the paper suggests the use of strict definitions of school violence or bullying that can represent the real situation.

2) Victimization survey method was used to measure school violence in most studies since 1990. Usually all students in a class was interviewed together with questionnaire at the same time. Group interview with

* Professor, School of Law and Public Administration, Jeonju University. Ph.D. in Sociology

questionnaire can cause serious problems in victimization survey on school violence. In this case, victimization rate can be affected by the presence of violent students in a class. The data analyzed in this paper shows the sharp differences in victimization rate across the class depend on the presence of violent students. This paper suggest that careful consideration should be taken when group interview method are used to measure the school violence.

Key Words: School Violence, Bullying, Research Method

청소년 사이버일탈의 설명요인에 관한 일 연구
- 기존 현실일탈에서의 주요 요인의 적용을
중심으로 -

이 성 식

형사정책연구 제15권 제1호(통권 제57호, 2004 · 봄호)

한국형사정책연구원

청소년 사이버일탈의 설명요인에 관한 일 연구

- 기존 현실일탈에서의 주요 요인의 적용을 중심으로 -

이 성 식*

I. 서 론

정보화의 진전으로 사이버공간은 청소년들에게 중요한 생활의 장이 되고 있다. 그러나 정보화 역기능의 하나로 사이버공간상에 청소년들의 일탈 행동은 급속히 증가하는 것으로 파악되고 있으며, 그 심각성에 대한 우려도 높다. 최근 이러한 문제의 확산으로 사이버공간상에서 일어나는 청소년들의 일탈행동의 원인에 대한 관심이 높아가고 있다.

그렇지만 국내외적으로 이에 대한 연구는 극히 적었다. 사이버범죄나 일탈에 관한 연구는 규제법규에 관한 연구가 주류를 이루어 왔으며, 청소년들의 사이버일탈의 유형이나 실태에 관한 연구가 그나마 새롭게 연구되어 파악되고 있으나(천정웅, 2000; 이종원, 2001), 청소년들의 사이버일탈의 원인에 관한 연구는 매우 드물게 진행되고 있다.

현실공간에서의 청소년 일탈행동은 그동안 많은 연구에서 다양한 요인으로 설명되어 왔다. 이 연구에서는 기존 현실공간에서 중요하게 다뤄져 왔던 원인들을 중심으로 그러한 요인들이 과연 사이버상의 일탈행동의 설명에 잘 적용할 수 있는지를 경험연구를 통해 파악하려고 한다. 기존 연구를 보면 사이버일탈의 원인에 대한 논의나 경험연구가 일천하여 이를 설

* 숭실대학교 정보사회학과 교수, 사회학박사

명하기 위한 모델이나 원인들이 제대로 언급되어 온 바 없기 때문에, 여기서는 청소년들의 사이버 일탈행동의 원인에 관한 경험 연구가 거의 없는 현실 실정에 비추어 현실세계의 일탈의 원인들을 중심으로 사이버일탈에 적용하여 그 원인들을 파악하고 모색하는 데에 목적을 두고 있다.

II. 이론적 논의

1. 사이버일탈의 개념, 내용과 분류

가. 사이버일탈의 개념

과거 컴퓨터범죄로 일컬어졌던 범죄행위는 컴퓨터의 작동을 방해하거나 컴퓨터내에 프로그램이나 저장된 자료를 조작하는, 즉 컴퓨터를 대상으로 하는 범죄가 주종을 이루었다. 그러나 1990년대 이후 인터넷 환경이 도래하게 되면서 여러 가지 형태의 사이버범죄가 등장하게 되었다. 사이버범죄라고 할 때 그것은 이제 주로 인터넷공간에서 일어나는 범죄를 일컫는다.

청소년 사이버일탈은 범죄행위로 규정된 사이버범죄이외에 사이버공간상에서 청소년들이 해서는 안 되는 바람직하지 못한 행위로 판단되어지는 제반 행위, 예컨대 성인에게는 허용되나 청소년에게는 허용되지 않는 현실공간으로 말하자면 흡연, 음주, 유흥업소 출입 등 지위비행에 해당되는 행동이 포함되기도 하는데, 사이버음란물의 접촉 등이 그 예에 해당된다. 또한 욕설이나 비방과 같은 제반 행동들도 포함되어, 결국 그 범위는 매우 크다고 할 수 있다. 그밖에 인터넷중독과 같이 지나치게 인터넷을 사용함으로 인해 청소년의 건전한 성장을 해치는 행동도 포함되기도 한다(이종원, 2001).

나. 사이버일탈행동의 내용과 분류

청소년들의 주요 사이버일탈행동들로는 해킹, 바이러스 유포, 스팸메일 유포, 사이버상의 명예훼손, 허위사실 유포, 사이버상 언어폭력/욕설, 사이버성폭력, 사이버음란사이트 운영과 음란물 접촉, 아이디/주민등록번호 도용, 인터넷도박, 인터넷사기, 그밖에 사이버매매추알선/원조교제, 반사회적 사이트 접촉, 게임아이템절도 등이 있다.

위와 같은 사이버일탈행동들은 다양한 방식으로 분류할 수 있다. 여기서는 기존 연구에서 언급되었던 다양한 분류방법을 간략히 소개하기로 한다.

1) 컴퓨터대상 일탈행동과 컴퓨터이용 일탈행동

이 분류는 컴퓨터자체가 범행의 대상이 되느냐 아니면 컴퓨터가 범행에 이용되었는가에 따라 나누는 방법이다. 예컨대 컴퓨터내의 자료변조나 파괴, 바이러스 유포와 같은 일탈행동은 전자에 해당되며, 인터넷사기, 사이버성폭력, 사이버명예훼손과 같은 행동은 후자에 해당된다고 하겠다.

2) 사이버공간상의 전통일탈행동과 신종일탈행동

이 분류는 여러 방법 중에서도 가장 많이 사용되는 분류방식으로, 사이버공간에서 일어나지만 이미 전통적으로 있어 왔던 일탈행동과 사이버공간상 새롭게 나타나고 있는 일탈행동으로 나누는 방법이다. 예를 들어 사이버성폭력이나 스토킹, 사이버명예훼손, 인터넷사기, 도박 등은 첫 번째 분류에 해당되며, 해킹, 바이러스유포, 음란사이트 운영 등은 두 번째 부류에 해당된다고 할 수 있다.

3) 해킹관련 일탈행동과 해킹과 무관한 일탈행동

이 분류는 사이버일탈행동이 해킹을 통해 이루어졌는가의 여부로 나누

는 방식이다. 사이버테러나 사이버스파이, 개인정보유출 등은 해킹과 관련된 일탈행동으로, 그리고 사이버사기, 사이버성폭력, 언어폭력, 사이버매매춘 등은 해킹과 무관한 일탈행동으로 나누는 것이다.

4) 정보통신보호 일탈행동과 정보통신내용 일탈행동

혹자는(백광훈, 2001) 정보통신보호 일탈행동과 정보통신내용 일탈행동으로 구분하기도 하는데, 전자에는 정보를 위협하는 것으로, 해킹, 바이러스 유포, 저작권침해, 아이디도용 등이 해당되며, 후자에는 정보의 내용이 사회질서를 위협하는 문제행동으로, 사이버성폭력, 스토킹, 명예훼손, 언어폭력, 사이버사기, 도박, 사이버매매춘 및 알선, 음란사이트, 반사회적 유해사이트 등이 해당된다.

5) 인터넷기능별 세 분류

한편 주리아와 권석만(2001)의 연구에서는 인터넷을 기능별로 정보제공 기능, 의사소통기능, 오락기능을 하고 있다고 보고 각 기능상의 문제를 중심으로 문제행동을 분류했는데, 정보제공기능과 관련해서는 유해정보(음란, 폭력물과 불건전사이트), 개인정보유출과 같은 일탈행동을, 의사소통기능과 관련해서는 성관계추구(성폭력, 매매춘), 공격적 가해행동(언어폭력과 욕설), 상업적 행동(사기)을, 그리고 오락기능과 관련해서는 게임, 도박, 성적 관련 중독행위를 포함하고 있다.

6) 인터넷 중독, 가해형 사이버일탈행동과 비가해형 사이버일탈행동

한국청소년개발원의 연구(이종원외, 2001)에서는 청소년의 사이버일탈행동을 인터넷 중독이외에 크게 가해형 일탈행동과 비가해형 일탈행동으로 세 가지로 구분하였다. 가해형은 해킹, 스팸메일과 바이러스 유포, 허위정

보 유포, 사이버언어폭력과 욕설, 사이버성폭력과 스토킹, 그리고 아이디/주민등록번호 도용을 말하며, 비가해형은 음란사이트, 폭력사이트, 반사회적 사이트(폭탄제조, 자살 등) 열람, 음란대화 시도, 불법소프트웨어 사용, 음란, 폭력게임 등이 포함된다고 하였다.

7) 인터넷중독, 사이버범죄, 문제행동의 세 분류

청소년일탈행동과 관련해서 천정웅(2000)은 인터넷중독, 사이버범죄, 부적절한 문제행동으로 크게 셋으로 구분하고, 사이버범죄로는 해킹, 바이러스유포, 아이디도용, 사이버성폭력과 스토킹, 매매춘알선, 인터넷도박을, 그리고 부적절한 문제행동으로는 그 정도가 다소 약한 유언비어와 타인비방, 언어폭력과 비속어사용, 음란/폭력물의 접촉을 들고 있다. 아울러 인터넷중독이 청소년의 사이버일탈에 포함되어 논의된다.

첫 번째부터 네 번째의 분류는 일반적인 사이버범죄를 분류하는 방식으로 적합할 수는 있으나 청소년들의 사이버일탈행동을 논할 때에는 통상 인터넷 중독이라든가, 혹은 청소년들의 문제행동을 포함해야하기 때문에 다섯 번째부터 일곱 번째의 분류가 더 적합할 수 있다고 볼 수 있다. 그러나 인터넷중독은 통상 사이버 혹은 현실에서의 일탈의 원인으로 다뤄질 수는 있으나 그 자체가 일탈인지에는 논란의 여지가 있는 것으로 판단된다.

2. 청소년 사이버일탈의 주요 설명요인들

여기서는 청소년들의 사이버일탈의 원인을 파악함에 있어 기존 논의에서 언급되었던 일탈의 주요 이론들과 관련 요인들을 제시해 보고, 사이버일탈을 설명함에 있어서는 어떻게 적용되어 왔는지를 살펴보기로 한다.

가. 주요 이론들

청소년일탈에 관한 이론은 크게 다섯 이론으로 구분할 수 있다. 첫 번째로 긴장이론(Merton, 1938; Agnew, 1992)은 일상생활 속에서 경험하는 좌절과 긴장, 화, 울분이 일탈의 동기로서 작용한다고 본다. 계층변인(하층)이나 부모와의 갈등, 학교부적응 등의 요인이 주요 요인으로 제시되는 것은 긴장이론에 근거한 것이다.

두 번째는 차별접촉/사회학습이론으로(Sutherland, 1939), 이 입장은 청소년들이 사회환경이나 주변 사람들(부모, 친구)로부터 규범과 가치, 태도를 학습하고 그 가치와 태도에 따라 행동하는 가운데 일탈을 저지르게 된다고 본다. 비행친구와의 접촉이나 일탈용인태도 등은 그 대표적인 요인이 된다.

세 번째로 사회통제이론(Hirschi, 1969)에서는 청소년들이 일탈을 하지 못하도록 하는 통제기제의 부족을 일탈의 원인으로 다룬다. 예컨대 부모의 애정, 관심부족으로 일탈이 일어난다고 한다면 그것은 사회통제이론에 의해 잘 설명될 수 있을 것이다.

네 번째 이론은 합리적 선택이론/범죄기회이론의 입장으로(Tittle, 1980; Cornish and Clarke, 1986; Katz, 1988), 청소년들이 일탈로 인해 얻는 이득과 손실 여하에 의해 일탈을 설명할 수 있다고 본다. 물질적 혹은 심정적(재미) 이득의 동기가 일탈의 원인으로 작동했거나, 혹은 처벌에 대한 위협이 손실로 작용하여 일탈 여부를 결정했다면 이것은 합리적 선택이론으로 잘 설명할 수 있을 것이다. 이득과 손실의 기회와 아울러 범죄기회이론에서는 집밖에 외출이 잦고, 유흥업소 등에 출입하여 우연한 범죄기회에 노출되어 있는 청소년들이 일탈, 범죄를 저지를 가능성이 높다고 주장한다.

다섯 번째 이론은 최근에 제시된 일반이론(혹은 자기통제이론)으로(Gottfredson and Hirschi, 1990), 일탈은 아이들이 어렸을 때 형성된 자기

통제력이라는 개인성향에 의해 설명될 수 있다고 보며, 자기통제력이 낮은 청소년이 일탈의 가능성이 높다고 본다.

나. 주요 설명요인들: 선행연구

1) 가정환경

가정은 그 동안 청소년일탈행동의 가장 중요한 원인의 하나로 다루어져 왔다. 가정요인으로는 부모의 사회경제적 지위와 빈곤, 부모의 이혼으로 인한 결손가정 등 구조적 가정환경 요인도 있지만, 그보다는 부모와 자식 간의 유대 약화 혹은 갈등, 부모의 자식에 대한 적절한 통제나 감독의 부족, 권위주의적이고 강압적인 잘못된 훈육방법 등 가정기능적 요인이 주요 요인으로 언급되어 왔다(Loeber and Stouthamer-Loeber, 1986; Smith and Stern, 1997; 김준호, 김선애, 1996).

사회통제이론의 시각에서 본다면 가정에서 부모와의 유대가 깨진 아이들이 현실공간의 일탈행동이외에도 사이버일탈행동을 저지를 가능성이 높다고 할 수 있다. 부모가 자식에 관심을 갖고, 또한 자식도 부모에 대해 애정을 느끼고 부모와 대화를 하는 등 서로 믿음과 유대가 이루어질 때 그러한 청소년들은 일탈행동의 가능성이 매우 낮다.

부모와의 유대와 신뢰가 깨진 아이들은 제반 다른 사이버일탈을 저지르기 쉽다. 윤영민(2000)의 연구에서는 음란사이트 접속이나 음란채팅과 관련하여 부모와 아이들간의 신뢰관계가 중요한 요인임을 밝히고 있으며, 이세용(2000)의 연구에서도 부모와 자녀와의 유대가 약한 아이들이 음란사이트에 방문을 하게 될 가능성이 매우 높으며, 그러한 아이들은 음란채팅도 많이 한다는 결과를 제시했다.

부모의 자식에 대한 적절한 통제와 감독은 같은 이유로 청소년일탈행동의 주요 요인으로 다뤄져 왔다. 즉 자식이 언제 누구와 무엇을 하는지 부

모가 적절히 통제하고 관심을 보이는 가정의 아이들은 일탈행동의 가능성이 매우 낮다. 윤영민(2000)의 연구에서는 음란사이트 접촉이 부모의 감독과 밀접한 관련이 있음을 밝히고 있다.

한편 일반긴장이론에서와 같이 부모와 자식간에 갈등이 있을 때 가정에서 긴장을 경험하는 아이들은 일탈행동에 쉽게 노출되는 경향이 있다. 또한 부모가 자식에 대해 지나치게 강압적이면서도 가혹한 체벌과 폭력을 행사할 때 이는 청소년에게 위험요소가 된다고 지적되고 있다. 강압적 양육, 체벌과 학대는 사회통제이론, 긴장이론, 그리고 차별접촉/사회학습이론에서 보면 부모와의 유대를 약화시키고 긴장을 유발하기도 하며, 강압적 양육과정에서 폭력을 학습한 아이들은 폭력적 일탈행동의 가능성이 높다고 할 수 있는데(Widom, 1989; 이성식, 2000), 사이버공간상의 욕설과 공격적 행위도 결국은 부모의 적절치 못한 양육에 의해 비롯되는 것이라고 볼 수 있을 것이다.

2) 학교요인

학교와 관련되는 요인 중 청소년일탈행동과 가장 연관이 있다고 여겨지는 요인은 학업실패와 학교부적응이다. 즉 긴장이론에서 주장되듯이 학업성적이 부진하고 학교에 잘 적응하지 못하는 아이들은 심한 좌절을 경험하게 되며 자긍심이 낮고 학교의 가치를 거부하고 반항적인 행동을 하게 되며 일탈행동에 쉽게 빠져들 수 있다. 아울러 사회통제이론에서의 논의처럼 학교공부에 많은 정열과 노력, 시간을 쏟는 아이들, 그리고 학교에 가치를 좋아하고 학교선생에 애착을 느끼는 아이들은 인습사회와의 유대기 있으므로 해서 일탈행동의 위험이 크게 적지만 그렇지 못한 아이들은 청소년일탈행동의 위험에 노출되고 있다고 보고된다(Hawkins and Lishner, 1987; 김준호, 노성호, 1993).

학업에 몰두하는 아이들보다는 학업성적이 뒤처지고 공부에 흥미를 갖

지 못하는 아이들이 사이버공간에서의 유혹에 빠지기 쉬우며 인터넷사용에 많은 시간을 보내게 되어, 사이버상의 일탈행동에도 빠질 가능성이 높다고 주장된다. 조남근과 양돈규(2001)의 연구에서는 학업이 부진하고 선생님으로부터의 사회적 지지가 약한 아이들이 인터넷 중독이외에 사이버상의 일탈행동을 일으킬 가능성도 높다는 경험연구결과를 제시했다.

3) 비행친구와의 접촉

가정에서 문제가 있거나 학교생활에 적응하지 못하는 아이들도 결국은 비행친구와 어울림으로 인해 일탈행동을 저지르게 될 가능성이 높다(Elliott et al., 1985). 차별접촉/사회학습이론에서는 일탈행동에 있어서 친구들의 영향이 매우 중요한 것으로 강조되어 왔다. 즉 현실공간에서와 마찬가지로 가깝게 지내는 친구가 비행청소년인 경우 그 아이들은 사이버일탈행동의 가능성이 높을 것이라고 볼 수 있다. 친한 친구의 행동에서 그 행동이 나쁜 것은 아니라는 태도를 갖게 되고, 유사한 친구들과 어울리면서 문제행동에 거부감 없이 그것을 용인하고 우호적인 태도와 가치를 학습하게 됨으로써 그 행동을 더욱 할 가능성이 높게 된다. 예컨대 음란사이트 열람은 같은 경험을 한 친구들로부터 이야기를 듣고 호기심에서 나쁜 행위라는 인식없이 접촉하는 경우가 많다.

또 친구에게 소심하게 보이지 않으려고 사이버일탈행동을 하며, 친구들에게 자랑하고 인정을 받으려는 이유로 일탈행동을 저지르기도 한다. 또 친구들과 어울리기 위해 사이버일탈행동을 할 수도 있다. 예컨대 음란물에 대해 모르면 친구들과의 대화에 끼지 못하여 소외되지 않으려고 사이트에 접촉하기도 한다. 친한 친구가 같이 하자는 권유와 압력으로 일탈행동이 일어날 수도 있는데, 이세용(2000)의 연구에서는 음란채팅의 경우 가까운 친구가 같이 하자는 압력에 의해 일탈행동을 저지르기도 한다는 결과를

제시했다. 그러나 그 연구에서는 음란사이트의 방문의 경우 친구의 영향이 안 나타나 음란사이트는 개인적으로 몰래 혼자서 한다는 것을 간접적으로 나타내고 있다.

4) 일탈용인태도

차별접촉/사회학습이론에 따르면 비행친구와 사귀는 경우 일탈행동을 용인하는 태도를 형성하게 되는데 비행친구를 비롯해서 주위로부터 그러한 태도를 학습하게 되는 아이들은 사이버일탈행동을 저지르게 될 가능성이 높다고 할 수 있다. 아무리 재미있을 거라고 생각해두, 성희롱이 나쁘다고 생각하는 아이들은 사이버성희롱의 가능성이 낮다. 그렇지만 그것이 주위에서 흔한 일이고, 그러한 가운데 그것이 크게 나쁜 일이 아니라고 생각이 되면 죄책감 없이 사이버일탈행동을 저지르게 된다.

해적판 불법소프트웨어의 사용을 중심으로 연구했던 외국의 연구를 보면(Skinner와 Fream, 1997) 비행친구가 있는 학생이 그리고 그러한 행위에 허용적인 태도를 지니는 학생이 그 가능성이 높다고 함으로써 차별접촉/사회학습이론의 중요성을 확인하는 연구결과를 제시했다. 김해옥과 동료들의(1999)의 연구 그리고 이성식(2003)의 연구에서는 음란물에 허용적인 태도와 사이버음란물에의 접촉과는 높은 관련이 있다는 결과를 제시했다. 사이버음란물 접촉의 경우 남에게 해를 주는 것도 아니고 어른들은 허용하는 음란물을 보는 것이 뭐 그리 나쁘냐고 생각하게 되는 아이들은 음란물에 접촉할 수 있으며, 사이버폭력(언어폭력이나 성폭력)의 경우도 신체적인 폭력이 동반되는 것은 아니기 때문에 크게 나쁜 일이 아니라고 생각하는 가운데 저지르기 쉽다고 할 수 있다.

5) 충동성(자기통제력)

일반이론에서도 주장되듯이 청소년일탈행동을 논할 때 흔히 충동성 혹은

자기통제력의 부족은 주된 개인성향의 요인으로 지적된다. 충동적 성향은 행동을 즉각적으로 취하는 경향으로, 충동적 성향을 지닌 자기통제력이 낮은 청소년들은 자신의 욕구를 지연하지 못하고 자신의 행동으로 인해 장차 미래에 있을 결과를 생각하지 못한 채 즉각적 만족을 추구하기 위해 충동적으로 쉽게 문제행동을 저지를 가능성이 높다고 주장된다(Gottfredson and Hirschi, 1990; Moffitt, 1993; 심응철, 1999).

실제로 청소년일탈행동의 대부분은 우발적으로 일어나는 경우가 많은데, 사이버공간에서도 쉽게 흥분하거나 화가 치밀어 상대방에 폭언을 행사하게 되는 경우나 재미삼아 호기심에 의해 상대를 비방하는 글을 띄우고, 또 음란사이트에 접촉하는 경우도 청소년이 자신의 순간적 욕구와 충동을 통제하지 못하는 데서 크게 기인한다고 볼 수 있다(이해경, 2002).

6) 이득과 처벌의 인지

문제행동은 개인의 안정된 성향이나 주변 환경특성에 의해서만 좌우되는 것은 아니다. 합리적 선택이론에 따르면 사람들은 그 행동으로 얻을 이득이 있고 그에 반해 손실이 적은 경우에 일탈을 선택한다고 보았다.

해킹의 경우 지적 능력을 과시하기 위해서, 음란물이나 폭력게임의 경우 호기심에서, 재미있어서, 스트레스를 해소하려고 등의 동기로 사이버일탈행동이 이루어진다. 또한 인터넷사기와 같은 행동은 돈이 필요해서라는 동기 때문일 수도 있다. 이렇듯 사이버일탈행동은 어떤 목적과 이득을 추구하려는 행위로 볼 수 있다.

손실의 요소로 처벌이나 발각가능성은 그러한 점에서 또 다른 주요 요인이 된다. 예컨대 아무리 충동적이고 부모의 관심 없이 일탈의 기회에 노출되어 있는 아이들이라 하더라도, 그리고 아무리 재미있고, 이득이 있어도, 그 행동의 결과로 처벌이 있게 될 가능성이 클 것이라고 생각하는 아

이들은 사이버일탈행동을 저지를 가능성이 낮다. 그렇지만 발각의 위험이 적고, 따라서 처벌을 덜 두려워하게 되는 경우 그것은 일탈행동의 한 요인으로 작용할 수 있다. 이처럼 처벌, 발각 가능성은 일탈행동을 결정하는 또 다른 요건이 된다.

7) 일탈기회

우연한 일탈기회에 노출될수록 일탈의 가능성은 높다고 볼 수 있다. 그러한 점에서 청소년들의 인터넷 사용시간은 일탈행동의 또 다른 주요 요인이 될 수 있다. 국내 연구에서는 인터넷 사용시간이 길고, 인터넷중독에 빠진 청소년들이 사이버상 일탈행동의 가능성이 높다는 경험연구결과를 제시하고 있는데(양돈규, 2000; 이성식, 2003), 인터넷에 보다 많이 접촉하여 사용시간이 많은 아이들은 음란물에 접촉하거나 혹은 다른 호기심과 유혹에 의해 다른 일탈을 저지르기 쉽다고 할 수 있다.

8) 익명의 상황

사이버공간에서는 서로 얼굴을 마주하지 않는 비대면성으로 인하여 의사소통시 상대를 덜 의식하게 되고, 그러한 연유로 우회적 표현보다는 직설적이고 노골적인 표현을 할 가능성이 높으며, 그 밖의 일탈행동의 가능성도 높아진다. 익명성은 사이버공간에서 서로 얼굴을 인식할 수 없는 특성이외에 자신이 누구인지 밝히지 않음으로 해서 서로가 누구인지 모르는 상태에 있다는 것을 말한다. 익명의 바다로 불리는 인터넷의 특성은 자유로운 표현을 가능하게 하지만 또 한편으로는 자신이 노출되지 않음으로 인해, 발각의 염려가 적어 더욱 대담하게 행동하게 되고, 하지 말아야 된다고 생각했던 것이 해제되는 탈억제 현상이 나타나 일탈행동의 가능성이 높아진다(Joinson, 1998). 무분별한 언어폭력과 욕설이라든지, 아무도 알아채지 못하는 상황에서 혼자 음란물을 보는 행동은 익명성 때문에 가능하다.

III. 연구방법과 측정

1. 연구방법

이 연구는 청소년들의 사이버공간상의 일탈행동의 원인을 파악함에 있어 고등학생 연령의 청소년을 대상으로 하며, 서울시에 재학 중인 남녀 고등학교 청소년을 조사대상으로 하여 설문조사를 실시한다. 조사는 남녀고등학교를 각각 3개씩 6개 학교를 선정하기로 하고, 선정된 학교에서 각각 1,2,3학년 한 학급씩(한 학급 30여명)을 선정하여 학급학생 전원이 응답하도록 하는 방식을 취했다. 남녀 각 학교의 선정은 무작위 표집방식으로 하여 6개 학교가 선정되었으며, 학교가 선정된 후 각 학교에서 각 학년별로 한 학급씩을 무작위 방식으로 선별하였다. 이러한 방식으로 남녀 각각 300여명씩 고등학생이 비슷한 숫자로 선발되었으며, 학년별로는 200여명씩, 총 616명이 조사대상자가 되었다. 조사는 2003년 6월 15일부터 2주간에 걸쳐 실시했다.

2. 측 정

이 연구에서 다루려고 하는 주요 요인의 측정방법은 다음과 같다.

1) 가정환경

가정환경요인으로 여기서는 부모의 애정, 감독, 부모와의 갈등, 강압적 양육 등 네 요인을 다루기로 하는데,

부모의 애정은 “부모님은 나를 사랑하신다”, “부모님은 나에게 무관심하다”(역부호화), “부모님은 나를 잘 이해하신다”(alpha=.651),

부모의 감독은 “부모님은 내가 누구와 무엇을 하는지 알고 계신다”의 한 문항으로,

부모와의 갈등은 “부모님과 나는 갈등이 심하다”로,

부모의 강압적 양육은 “부모님은 나에게 손찌검을 하신다”, “부모님은 나를 혼내실 때 고함을 지르고 욕을 하신다”, “부모님은 나를 몽둥이로 때리신다”로($\alpha=.723$) 질문을 하였고 5점 척도에 응답하도록 하였다.

아울러 응답자 부모의 교육수준과 가족의 수입 등 가정구조적 변인을 위해 부모의 교육수준은 아버지, 어머니의 교육수준을 각각 ‘중졸 이하’, ‘고졸’, ‘대졸 이상’에 응답하도록 했고, 또한 가족의 총수입을 ‘100만원 이하’, ‘101-200만원’, ‘201-300만원’, ‘301-400만원’, ‘401만원 이상’에 응답하도록 했다.

2) 학교요인

학교요인은 학교부적응, 학교공부관여를 중심으로 다루기로 하며,

학교부적응은 “나는 학교에 잘 적응 못한다”, “학교가기가 싫다”, “나는 공부에 흥미가 없다”로($\alpha=.640$),

학교공부관여는 “나는 공부를 열심히 한다”로 하나의 질문을 하고 5점 척도에 응답하도록 하였다.

3) 비행친구와의 접촉

비행친구가 있는가는 친하게 지내는 친구 중 비행으로 경찰서에 가서 조사를 받은 친구의 수로 알아보았고, “없다”, “1명”, “2-3명”, “4-6명”, “그 이상”에 응답하도록 했다.

4) 일탈용인태도

일탈용인태도는 인터넷일탈행동 전반에 대해 얼마나 나쁘다고 생각하는가의 하나의 질문을 5점 척도에 응답하도록 하였다.

5) 충동성

충동성(자기통제력)은 충동성, 위험추구성, 현재지향성, 무계획성을 나타내는 문항들, 즉 “나는 충동적으로 행동하는 경우가 많다”, “나는 재미 때문에 위험을 무릅쓰는 경우가 있다” 등 9개 문항을 사용하였다(alpha=.808).

6) 이득과 처벌의 인지

사이버일탈행동으로 얻는 이득은 심정적 이득의 측면에 주목하여 사이버일탈이 얼마나 재미있을 것 같은가를 질문하였으며, 사이버일탈의 손실의 측면으로 처벌의 인지도를 위해서는 사이버일탈행동으로 발각될 가능성은 얼마나 되는지를 질문하였다.

7) 인터넷 사용시간

인터넷사용시간은 하루에 인터넷을 사용하는 시간을 ‘30분’, ‘1시간’, ‘2시간’, ‘3-4시간’, ‘5시간 이상’에 응답하도록 하였다.

8) 익명성

익명성은 인터넷게시판이나 채팅, 토론방에서 주로 실명을 사용하는지, 사용하는 아이디로 자신을 판명하기 쉬운지를 질문하였고, 이에 5점 척도에 응답하도록 하였다.

9) 일 탈

종속변인으로 다룰 사이버일탈행동은 해킹, 바이러스 유포, 스팸메일 유포, 허위정보(유언비어) 유포, 욕설과 비방, 음란대화(성폭력), 사이버스토킹, 음란사이트접촉, 음란물유통판매, 다른 사람의 아이디나 주민번호 사용, 인터넷도박과 사기 등 총 12개에 해당하는 행동의 지난 1년간의 경험과 빈도를 질문하였다.

IV. 분석결과

1. 조사대상자의 특성

1) 성 별

본 조사연구에 있어서 조사대상자들의 특성을 살펴보면 우선 성별의 경우 <표 1-1>에서처럼 응답자 616명 중 남학생은 293명으로 전체의 47.6%를 차지했고, 여학생은 323명으로 52.4%를 차지해 여학생이 다소 많은 것을 보이고 있다.

<표 1-1> 응답자의 성별 분포

성 별	명 수	비율 (%)
남자	293	47.6
여자	323	52.4
계	616	100

2) 연 령

<표 1-2> 응답자의 연령별 분포

연 령	명 수	비율 (%)
15세	1	0.2
16세	34	5.5
17세	203	33.0
18세	191	31.0
19세	178	28.9
20세	2	0.3
무응답	7	1.1
계	616	100

<표 1-2>의 조사대상자들의 연령분포를 보면 15세부터 20세까지로 나타났는데, 17, 18, 19세가 전체의 93%로 대부분을 차지했으며, 17세가 그 중 203명(33%)으로 가장 많았고, 18세(31.0%), 19세(28.9%) 순으로 나타났다.

3) 부모의 교육수준

응답자의 부모님의 교육수준을 보면 아버지의 경우 <표 1-3>에 제시된 듯이 대졸의 학력이 310명(50.3%)으로 가장 많았고, 고졸이 248명(40.3%), 중졸이 26명(4.2%) 순으로 나타났으며, 어머니의 경우는 고졸이 351명(57.0%)으로 가장 많았고, 그 다음이 대졸 181명(29.4%), 중졸 51명(8.3%) 순으로 나타났다.

<표 1-3> 아버지의 교육수준별 분포

아버지 교육	명 수	비율 (%)
중 졸	26	4.2
고 졸	248	40.3
대졸 이상	310	50.3
무응답	32	5.2
계	616	100

<표 1-4> 어머니의 교육수준별 분포

어머니 교육	명 수	비율 (%)
중 졸	51	8.3
고 졸	351	57.0
대졸 이상	181	29.4
무응답	33	5.4
계	616	100

4) 가족의 수입

가족의 수입규모를 보면 <표 1-5>에서처럼 201만원에서 300만원 사이

가 138명(22.4%)으로 가장 많았고, 101만원에서 200만원 사이가 119명(19.3%), 401만원 이상이 108명(17.5%), 301만원에서 400만원 사이가 98명(15.8%) 순으로 나타나, 100만원 간격으로 살펴본 수입의 규모가 전체적으로 비슷하게 분포되어 있는 것으로 나타났다. 100만원 이하의 저소득층은 26명(4.2%)으로 적은 분포를 나타냈다.

<표 1-5> 응답자 가족의 수입별 분포

월수입	명 수	비율 (%)
100만원 이하	26	4.2
101~200만원	119	19.3
201~300만원	138	22.4
301~400만원	98	15.9
401만원 이상	108	17.5
무응답	127	20.6
계	616	100

2. 청소년 사이버일탈의 실태

청소년들의 사이버일탈의 경험을 살펴보면 <표 2-1>의 빈도분석 결과에서 제시되듯이 본 연구에서 관심을 갖는 12가지 사이버일탈에서 바이러스유포의 경험이 없는 청소년이 전체의 98.1%로 대부분이 그러한 경험이 없는 것으로 응답했으며, 그 다음으로 음란물의 판매(96.8%)나 스팸메일의 유포(96.6%)가 청소년들에게 있어서는 극히 드문 사이버일탈이라는 것을 나타내고 있다. 그밖에 사이버상의 도박(95.5%), 사기(92.4%), 해킹(92.2%), 허위정보의 유포(92.2%) 그리고 사이버성폭력과 사이버스토킹도 각각 응답자의 93.8%, 96.6%가 그러한 경험이 없다는 것을 나타내 극히 적은 청소년들이 그러한 일탈을 저지르고 있는 것으로 나타났다.

<표 2-1> 사이버일탈의 빈도

일 탈	없 음	일년에 한두번	한달에 한번	일주일에 한번이상	무응답	전 체
해 킹	568(92.2)	26(4.2)	12(2.0)	4(0.6)	6(1.0)	616(100)
바이러스	604(98.1)	3(0.5)	1(0.2)	2(0.3)	6(1.0)	616(100)
스팸메일	595(96.6)	6(1.0)	2(0.4)	7(1.1)	6(1.0)	616(100)
허위정보	568(92.2)	25(4.1)	10(1.6)	7(1.1)	6(1.0)	616(100)
욕설비방	468(76.7)	69(11.2)	39(6.3)	33(5.4)	7(1.1)	616(100)
성폭력	578(93.8)	13(2.0)	9(1.5)	8(1.3)	8(1.3)	616(100)
스토킹	595(96.6)	7(1.2)	4(0.7)	3(0.5)	7(1.1)	616(100)
음란물접촉	430(69.8)	69(11.2)	41(6.7)	69(11.2)	7(1.1)	616(100)
음란물판매	596(96.8)	5(0.8)	4(0.6)	5(0.8)	6(1.0)	616(100)
아이디도용	496(80.5)	77(12.5)	22(3.6)	14(2.3)	7(1.1)	616(100)
사 기	569(92.4)	14(2.3)	13(2.1)	13(2.1)	7(1.1)	616(100)
도 박	588(95.5)	11(1.7)	7(1.1)	3(0.5)	7(1.1)	616(100)

청소년들에게 있어 상대적으로 흔한 일탈은 사이버상의 음란물 접촉, 욕설과 비방, 그리고 다른 사람의 아이디나 주민등록번호의 도용인 것으로 나타났다. 사이버상의 음란물의 접촉의 경우는 응답자의 69.8%가 그러한 경험이 없다는 응답을 보였고, 응답자의 29.1%가 경험이 있는 것으로 나타나, 10명 중 3명 정도가 음란물의 접촉 경험이 있는 것으로 나타났으며, 일주일에 한번 이상 음란물에 접촉한다는 응답자도 616명 중 69명으로 전체의 11.2%를 차지하는 것으로 나타났다. 사이버상의 욕설과 비방의 경우는 응답자의 22.9%가 그러한 경험이 있다고, 그리고 76.7%가 그러한 경험이 없다는 응답을 보여 음란물접촉 다음으로 흔한 사이버일탈임을 나타냈다. 또한 다른 사람의 아이디나 주민등록번호의 도용도 응답자의 18.4%가 그러한 경험이 있다는 응답을 보여 청소년들에게 상대적으로 흔한 일탈인 것으로 나타났다.

전체적으로 보았을 때 <표 2-2>의 결과에서 알 수 있듯이 사이버일탈의 경험이 없는 청소년은 324명으로 전체의 52.6%를 차지했지만, 사이버일탈 경험자는 일년에 한두 번 하는 응답자가 88명(14.3%), 한달에 한번 정도 하는 응답자가 91명(14.8%), 그리고 일주일에 한 번 이상 한다는 응답자도 99명(16.1%)으로 높은 빈도를 나타냈다. 전체적으로 사이버일탈의 경험자는 응답자 616명 중 무응답자를 제외하고 전체의 45.2%로 거의 청소년 절반가량이 사이버일탈을 경험하는 것으로 나타났다.

<표 2-2> 사이버 전체일탈의 빈도

횟 수	명 수	비율 (%)
없음	324	52.6
1년에 한두번	88	14.3
한달에 한번	91	14.8
일주일에 한번 이상	99	16.1
무응답	14	2.3
계	616	100

3. 청소년 사이버일탈의 유형

앞서 제시한 12가지의 사이버일탈을 유형별로 구분하기 위해 요인분석을 해 보면 크게 세 유형으로 구분할 수 있게 된다.

첫 번째 유형은 요인3으로, 해킹, 바이러스 유포, 스팸메일 유포와 같이 현실공간에서는 없었지만 사이버공간에서 새롭게 나타난 신종 일탈유형이고, 두 번째 유형은 요인1로, 현실공간에서도 있었던 일탈 혹은 범죄이나 인터넷을 이용하여 사이버공간에서도 이루어지는 일탈로, 사이버성폭력이나 스토킹, 인터넷사기와 도박, 허위정보의 유포, 음란물 판매와 같은 전통적인 일탈이 그것이다. 그리고 세 번째 유형은 요인2로, 상대적으로 청소년

년들에게는 흔하며, 범죄로 취급되지는 않는 상대적으로 가벼운 사이버문제행동의 일탈로, 인터넷상의 음란물접촉이나 욕설과 비방과 같은 일탈이 이에 포함된다. 요인분석의 결과를 보면 아이디나 주민등록번호의 도용은 세 번째 유형에 함께 분류되는 것으로 나타났는데, 그것은 아이디나 주민등록번호의 도용이 음란물접촉이나 게임과 관련하여 이루어지며, 경험빈도도 상대적으로 많기 때문인 것으로 보인다. 이와 같은 결과는 기존의 주장에서처럼(천정웅, 2000) 사이버일탈을 사이버범죄와 사이버문제행동으로 크게 나눌 때 사이버범죄를 또한 전통적으로 있어 왔던 범죄와 사이버공간상에서 새롭게 나타난 신종범죄로 나눈 형태라고 볼 수 있다.

<표 3-1> 사이버일탈에 대한 요인분석

일 탈	요인1	요인2	요인3	공증성
해 킹	.074	.231	.843	.770
바이러스	.434	.010	.702	.681
스팸메일	.406	-.048	.452	.371
허위정보	.654	.190	.186	.499
욕설비방	.294	.674	-.103	.552
성폭력	.586	.394	-.018	.499
스토킹	.745	.175	.232	.639
음란물접촉	-.008	.882	.027	.676
음란물판매	.864	.116	.086	.773
아이디도용	.111	.649	.288	.517
사 기	.448	.220	.126	.265
도 박	.690	.214	.273	.596
아이겐값	4.363	1.451	1.023	

<표 3-2>의 평균분석을 비교해 보면 사이버공간에서의 문제행동이 가장 높은 수치를 나타냈으며, 그 다음이 사이버공간에서의 전통적인 일탈, 그리고 사이버공간에서의 신종일탈의 순으로 나타났다.

<표 3-2> 사이버일탈 유형별 기술통계

일 탈	평 균	표준편차
신종일탈	0.132	0.496
전통일탈	0.299	0.760
문제행동	0.832	1.116
전체일탈	0.941	1.160

4. 주요 설명요인들의 기술통계 분석결과

<표 4>는 본 연구에서 사용할 주요 설명요인들에 대한 기술적 통계분석의 결과를 나타낸다.

<표 4> 주요 설명요인들에 대한 기술통계

구 분	평 균	표준편차	범 위
부모의 감독	3.339	.958	1-5
부모의 애정	9.410	.930	3-15
부모와의 갈등	2.691	.907	1-5
강압적 양육	5.813	2.683	3-15
학교부적응	6.940	2.400	3-15
학교공부관여	2.879	.902	1-5
비행친구접촉	1.627	1.131	1-5
충동성향	26.488	5.898	9-45
일탈용인태도	3.618	1.003	1-5
재 미	2.492	1.139	1-5
처벌인지도	2.969	1.099	1-5
인터넷시간	2.648	1.142	1-5
익명성	2.880	.897	1-5

가정요인은 전체적으로 볼 때 평균적으로 부모는 대체로 자녀를 잘 감독하고, 애정을 베풀며, 강압적 양육은 적으며, 부모와 응답자간의 갈등도 적은 것으로 조사되었다. 또한 응답자들의 학교부적응도 낮아 대체로 학교

에 잘 적응하며, 학교공부도 평균적으로 열심히 하는 것으로 나타났으며, 비행친구도 적은 것으로 나타났다. 응답자들의 충동성향은 낮았으나 사이버일탈에 대해 용인하는 태도의 점수는 1-5 범위에서 3.618로 다소 높게 제시되었다. 사이버일탈이 재미있다고 보는 응답의 점수는 낮았고, 사이버일탈로 인한 처벌인지도의 점수는 중간정도를 나타냈다. 응답자들의 인터넷사용시간은 평균점수가 2점(1시간)에서 3점(2시간)의 중간정도로 나타났으며, 게시판이나 채팅 상에서 자신의 이름을 밝히지 않는 익명의 정도는 1-5 범위에서 볼 때 중간정도로 조사되었다.

5. 청소년 사이버일탈의 원인에 대한 다중회귀분석결과

<표 5>에서는 앞서 본 연구에서 제시한 요인들을 중심으로 사이버일탈의 원인에 대한 다중회귀분석의 결과를 나타낸다.

먼저 해킹이나 바이러스 유포와 같은 신종일탈의 경우를 보면 독립변인들 중에 인터넷사용시간의 영향력이 가장 크게 나타나 인터넷 사용시간이 많은 아이들이 신종일탈의 가능성이 높다는 결과를 제시했고, 아울러 비행친구와 사귀는 아이들, 그리고 가족의 수입이 높은 부유한 가정의 아이들이 신종사이버일탈을 더 저지른다는 결과를 제시했다.

가족의 수입의 영향력을 제외하곤 사이버공간에서의 전통적인 일탈과 사이버문제행동의 결과도 유사하게 나타났는데, 비행친구가 많은 아이들, 그리고 인터넷 사용시간이 많은 아이들이 전통적 일탈과 사이버문제행동을 저지르게 된다는 결과를 나타냈다. 전통적 일탈행동의 경우에는 그 외에도 충동성이 높은 아이들이, 그리고 사이버일탈이 재미가 있을 것이라고 생각하는 아이들이 더욱 그러한 행동을 저지르게 된다는 것을 제시하고 있다. 사이버일탈 전체를 종속변인으로 하였을 때를 보면 전체적으로 사이

버일탈에 영향을 주는 변인으로는 재미추구, 인터넷사용시간, 비행친구와의 접촉이외에 가족수입이 많고, 부모의 감독이 낮으며, 그리고 부모가 강압적인 양육을 하는 경우 그러한 가정의 아이들이 사이버일탈을 더 저지르는 것으로 나타났다.

<표 5> 사이버일탈의 원인에 관한 다중회귀분석결과(전체)

독립 변인	신중 일탈		전통 일탈		문제 행동		전체 일탈	
	b	β	b	β	b	β	b	β
부의 교육정도	-.020	-.027	-.085	-.067	-.116	-.064	-.140	-.075
모의 교육정도	.051	.071	.058	.047	.077	.043	.059	.032
수입	.036**	.100	.018	.029	.080	.089	.083*	.089
부모의 감독	-.017	-.037	-.001	-.002	-.104	-.091	-.105*	-.088
부모의 애정	-.015	-.024	.037	.032	.021	.013	.029	.018
부모와의 갈등	-.001	-.016	-.001	-.020	-.003	-.037	-.004	-.043
강압적 양육	.021	.053	.042	.061	.046	.047	.081*	.079
학교 부적응	-.023	-.046	-.024	-.031	-.077	-.063	-.088	-.069
학교공부 관여	-.015	-.031	.005	.006	-.008	-.007	.032	.026
비행친구 접촉	.047**	.113	.113***	.155	.184***	.176	.196***	.181
충동성향	.016	.024	.107*	.094	.070	.043	.112	.066
일탈 용인태도	.012	.026	-.023	-.029	-.036	-.032	-.034	-.029
재미	.025	.064	.056*	.083	.166	.171	.200***	.198
차별인지도	-.003	-.007	-.008	-.012	-.017	-.018	-.028	-.028
인터넷사용시간	.056***	.146	.113***	.169	.118***	.124	.185***	.187
익명성	-.004	-.009	-.015	-.018	.059	.050	.052	.043
R-Square	.073		.096		.135		.177	
F검증	3.771***		5.018***		7.364***		10.019***	

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

<표 5-1>과 <표 5-2>의 남녀별 분석결과와 일관성을 유지하기 위해 <표 5>에서는 성별의 변인을 고려하지 않았으나 <표 5>의 분석에서 성별의 변인을 통제변인으로 추가하였을 경우 본 연구에서는 표결과를 제시하지는 않았으나 다른 요인들의 영향력은 크게 변화되지 않고 성별의 영

향력이 크게 유의미하여 기존 연구들에서 보여주었던 현실일탈의 경우에 서와 마찬가지로 남자청소년들이 여자청소년보다는 사이버일탈을 더 많이 저지르는 것으로 나타났다.

한편 위의 결과를 남녀별로 살펴보면 <표 5-1>과 <표 5-2>에 제시되 듯이 남녀 모두에서 인터넷사용시간과 재미와 같은 요인이 중요한 요인으 로 작용했으나 여자청소년의 경우는 비행친구의 영향력은 상대적으로 적 었던 반면 남자와 비교할 때 부모의 감독 여하에 따라 사이버일탈이 설명 되는 것으로 나타났다.

<표 5-1> 사이버일탈의 원인에 관한 다중회귀분석결과(남자)

독립 변인	신중 일탈		전통 일탈		문제 행동		전체 일탈	
	b	β	b	β	b	β	b	β
부의 교육정도	-.017	-.020	-.139	-.084	-.093	-.043	-.172	-.081
모의 교육정도	.060	.074	.164	.104	.246	.119	.191	.094
수입	.084**	.213	-.005	-.007	.122	.122	.101	.101
부모의 감독	-.015	-.030	.065	.069	.042	.033	.048	.039
부모의 애정	-.084	-.121	.036	.027	-.040	-.022	-.076	-.044
부모와의 갈등	-.018	-.034	.063	.061	-.002	-.001	.040	.030
강압적 양육	.056	.115	.019	.020	-.076	-.061	-.033	-.027
학교 부적응	-.039	-.070	.092	.084	-.118	-.083	-.094	-.066
학교공부 관여	-.094*	-.176	-.062	-.059	-.059	-.043	-.065	-.049
비행친구 접촉	.057*	.154	.100*	.139	.150*	.158	.135*	.145
충동성향	.005	.007	.155	.107	-.033	-.017	.056	.030
일탈 용인태도	-.005	-.010	-.061	-.062	-.084	-.064	-.130	-.101
재미	.018*	.042	-.016	-.019	.175*	.162	.191*	.178
처벌인지도	-.018	-.040	.002	.002	-.030	-.027	-.063	-.057
인터넷사용시간	.057*	.142	.163**	.206	.151*	.147	.178**	.175
익명성	-.050	-.096	-.007	-.007	.050	.038	.015	.011
R-Square	.175		.137		.129		.139	
F검증	2.828***		2.087***		1.963*		2.104**	

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

<표 5-2> 사이버일탈의 원인에 관한 다중회귀분석결과(여자)

독립 변인	신중 일탈		전통 일탈		문제 행동		전체 일탈	
	b	β	b	β	b	β	b	β
부의 교육정도	-.057	-.087	-.002	-.003	-.132	-.104	-.111	-.079
모의 교육정도	.054	.082	-.039	-.059	-.090	-.071	-.065	-.046
수입	.051	.145	-.033	-.093	.061	.091	.081	.109
부모의 감독	-.063	-.141	-.064	-.144	-.142*	-.166	-.216**	-.229
부모의 애정	-.030	-.048	.055	.089	.088	.074	.169	.129
부모와의 갈등	.008	.018	-.041	-.089	.057	.065	.069	.071
강압적 양육	-.010	-.037	.012	.043	.040	.076	.027	.045
학교 부적응	.021	.049	-.008	-.019	-.053	-.063	-.022	-.023
학교공부 관여	.079	.044	.067	.146	.043	.049	.123	.127
비행친구 접촉	-.065	-.130	-.015	-.031	.165*	.170	.127	.119
충동성향	.020	.036	.061	.107	.026	.024	.030	.025
일탈 용인태도	.061	.147	.045	.106	.004	.005	.088	.099
재미	-.0001	.000	.072*	.191	.108	.148	.149*	.185
처벌인지도	.002	.006	.017	.046	.008	.011	.022	.027
인터넷사용시간	.035	.096	.011	.031	.148**	.208	.151**	.192
익명성	-.073	-.141	-.056	-.122	.080	.092	.021	.021
R-Square	.103		.112		.181		.174	
F검증	1.350		1.473		2.589**		2.455**	

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

V. 요약 및 결론

이 연구는 청소년들의 사이버일탈의 실태와 사이버일탈의 원인이 무엇인지에 주목하여 경험연구를 통해 살펴보려는 것에 주목했다. 이를 위해 사이버일탈을 유형별로 나눠 그 실태와 원인을 각기 살펴보고, 사이버일탈의 원인을 파악함에 있어서는 기존 일탈연구들에서 중요한 요인으로 다뤄졌던 요인들을 중심으로 사이버일탈에 적용하여 그 영향력을 살펴보았다.

여기서는 사이버일탈을 크게 세 가지 유형으로 구분하였다. 첫 번째 유

형은 해킹, 바이러스 유포, 스팸메일 유포와 같이 현실공간에서는 없었지만 사이버공간에서 새롭게 나타난 신종 일탈유형이고, 두 번째 유형은 현실에서도 있었던 일탈로, 사이버성폭력이나 스토킹, 인터넷사기와 도박, 허위정보의 유포, 음란물 판매와 같은 전통적인 유형의 일탈이며, 그리고 세 번째 유형은 상대적으로 가벼운 사이버문제행동으로, 청소년들의 인터넷상의 음란물접촉이나 사이버상의 욕설과 비방과 같은 일탈이 이에 포함되었다.

청소년들은 위의 세 가지 유형 중 사이버문제행동을 가장 빈도 높게 저지르는 것으로 나타났으며, 사이버일탈을 전체로 볼 때 응답자의 45.2%가 사이버일탈을 경험한 것으로 나타나 그 문제가 심각하다는 결과를 제시하였다. 그러나 그것은 사이버일탈에서는 음란물접촉이나 욕설과 같은 사이버문제행동이 상당수를 차지했기 때문이며, 해킹과 같은 신종일탈은 응답자의 8.1%, 전통적 일탈이 사이버 상에서 이루어지는 경우를 보면 응답자의 15.5%가 경험이 있는 것으로 나타났다.

사이버일탈의 원인을 보면, 사이버일탈은 익명성이나 비대면성과 같은 요인에 의해 크게 설명될 것이라는 주장과 달리 현실에서의 일탈을 설명하기 위해 제시되었던 요인들이 사이버일탈을 설명함에 있어서도 중요하게 작용하는 것으로 나타나 현실일탈과 사이버일탈의 원인이 크게 다르지 않다는 결과를 제시했다. 평소 비행친구와 잘 어울려 다니고 비행친구의 수가 많은 아이들이 사이버공간에서의 일탈도 많이 저지르는 것으로 나타났으며, 재미삼아, 호기심에서 사이버상의 일탈행동을 하는 것을 알 수 있었다. 또한 인터넷을 사용하는 시간이 긴 아이들이 일탈의 기회가 많아 사이버일탈을 더 많이 저지른다는 것을 나타냈다.

부모의 감독과 같은 요인도 사이버일탈을 설명하는데 있어 중요한 요인이라는 것을 제시했으나 특히 여자청소년의 경우에서 중요했고, 다른 가정환경요인들이나 학교부적응과 같은 학교요인, 그리고 일탈용인태도, 충동

성, 처벌인지도 등의 요인은 사이버일탈을 설명함에 있어서 매우 약한 영향력을 것으로 나타났다.

본 연구를 통해서 볼 때 사이버일탈에 있어서 처벌의 억제효과가 미약했다는 점에서 청소년의 사이버일탈에 대처하기 위한 사법적 대응방안은 한계가 있다고 볼 수 있다. 즉 강력한 검거나 처벌, 혹은 새로운 유형의 일탈에 대응하는 신속한 법제정만으로 일탈의 의지를 막는 것은 한계가 있다고 볼 수 있다.

또한 사이버일탈을 현실일탈과 다른 특이한 현상으로 보고 그것을 차단 기술을 통해 기회를 차단하려는 노력만으로는 나름대로 한계가 있다고 볼 수 있다. 방어벽이나 보안패치 프로그램, 스팸메일이나 음란물 차단 프로그램의 설치해킹이나 바이러스 침투, 스팸메일이나 음란물의 침투를 차단할 수는 있어도 근본적인 대책은 되지 못하며, 또한 성폭력, 욕설, 그밖의 다른 일탈을 막는 데에는 한계가 있을 것이다. 아울러 본 연구에서는 사이버일탈에 있어 익명성의 효과가 미약했다는 점에서 실명화 하는 방안이나 그것을 위한 기술적 대처도 근본적으로 사이버일탈에 대한 대책은 될 수 없다는 점을 나타내고 있다. 그렇지만 이 연구는 청소년을 대상으로 했다는 점에서 일반성인에게까지 적용할 수 있을지는 의문이 있다. 예컨대 신분노출의 파장이 일정한 사회적 지위를 가진 성인에게 더욱 클 것으로 본다면 그 영향력은 성인에게는 강하게 작용할 수도 있기 때문이다.

본 연구결과로 볼 때 현실에서와 마찬가지로 비행친구와 어울리는 아이들이 사이버일탈을 저지르듯 비행친구와 접촉을 막을 수 있는 방안이 청소년들의 사이버일탈을 막는 중요한 과제라고 볼 수 있다. 가정에서의 문제, 학교에서의 부적응이 결국 비행친구와 어울리게 하는 요인이라는 그러한 대책이 모색되어야 할 것이다. 또 사이버일탈은 호기심이나 재미에 의해서 이루어지고 있듯이 그것은 사이버일탈에 대한 큰 죄의식이 없이 그

것을 가볍게 생각하는 가운데 일어난다는 것으로 볼 수 있는데, 이는 인터넷사용의 건전한 문화가 성립되기 위한 올바른 교육이 필요하다는 것을 말해주며, 이에 학교 정규과정에 사이버공간에 필요한 정보윤리나 예절교육이 도입할 필요가 있다는 것을 나타낸다. 또한 청소년들이 재미있게 즐길 수 있는 건전한 놀이공간의 확립도 필요하다고 볼 것이다. 아울러 지나친 인터넷사용시간이 사이버일탈을 야기하듯 청소년들이 적절히 인터넷을 사용할 수 있도록 부모의 관심과 감독, 애정이 필요하다고도 볼 수 있을 것이다.

사이버일탈의 근본적 문제는 현실의 무미건조하고 고달픈 삶, 따뜻한 이해의 부족, 그리고 유해한 환경에 있다고 볼 수 있을 것이다. 즉 사이버일탈도 현실의 여건을 반영한다고 볼 수 있다. 결국 부모의 관심, 이해부족과 학업실패, 입시과중으로 비행친구와 어울리면서 현실뿐만 아니라 사이버일탈도 저지르는 것으로 볼 수 있는데, 부모나 선생의 아이들에 대한 관심, 그리고 입시교육의 탈피, 건전한 놀이문화의 조성 등 청소년들을 위한 사회여건을 마련하는 것이 청소년의 사이버상의 일탈을 막는 근본적인 방안이라고 할 수 있을 것이다.

주제어 : 사이버공간, 사이버일탈

참고문헌

- 김준호, 노성호. (1993) 『학교가 청소년일탈에 미치는 영향에 관한 연구』. 한국형사정책 연구원.
- 김준호, 김선애. (1996) “가족의 구조 및 기능과 반사회적 행동.” 『형사정책연구』, 2호:109-41.
- 김해옥, 손해숙, 박수경, 엄상화, 전진호. (1999) “부산, 경남지역 중학교 남학생의 컴퓨터 음란물 접촉 실태 및 관련요인.” 『인체의학』, 20:447-54.
- 백광훈. (2001) “정보통신범죄의 분류와 정보통신내용범죄의 처벌법규.” 정보통신윤리위원회 정기학술포럼.
- 심응철. (1999) “청소년의 충동성 및 공격성과 폭력행동의 상관관계.” 『한국심리학회지: 발달』, 12(2):24-34.
- 양돈규. (2000) “청소년의 감각추구경향과 인터넷중독 경향 및 인터넷 관련 일탈간의 상 관성.” 『청소년학연구』, 7(2):117-36.
- 윤영민. (2000) “청소년인터넷 사용: 분석모형의 개발.” 『정보와 사회』, 2:133-53.
- 이성식. (2000) “가정에서의 체벌과 청소년폭력.” 『교정연구』, 12:235-61.
- 이성식. (2003) “청소년의 인터넷음란물 접촉실태와 성비행에 미치는 영향.” 『형사정책연구』, 56:61-114.
- 이세용. (2000) “인터넷과 청소년의 성의식.” 『정보와 사회』, 2:154-82.
- 이종원. (2001) 『청소년의 인터넷관련 문제행동 실태 분석』. 한국청소년개발원.
- 이해경. (2002) “청소년들의 음란물, 음란채팅, 폭력게임중독 경험에 대한 비교분석.” 『청소년학 연구』, 9(1):91-114.

- 주리아, 권영만. (2001) “인터넷을 매개로 나타나는 문제행동과 유형분석.” 『심리과학』, 10:93-115.
- 조남근, 양돈규. (2001) “청소년이 지각한 사회적 지지와 인터넷 중독경향 및 인터넷관련 비행간의 관계.” 『한국심리학회지: 발달』, 14(1):91-111.
- 천정웅. (2000) “청소년 사이버일탈의 특성과 유형에 관한 연구.” 『청소년학연구』, 7(2):97-116.
- Agnew, R. 1992. “Foundation for a General Strain Theory of Crime and Delinquency.” *Criminology*, 30:47-87.
- Cornish, D.B. and R.V. Clarke. 1986. *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*. New York: Springer-Verlag.
- Elliott, D.S., D. Huizinga, and S. Ageton. 1985. *Explaining Delinquency and Drug Use*. Beverly Hills: Sage.
- Gottfredson, M. and T. Hirschi. 1990. *A General Theory of Crime*. Stanford: Stanford University Press.
- Hawkins, J.D. and D.L. Lishner. 1987. “Schooling and Delinquency.” In E.H. Johnson(ed), *Handbook on Crime and Delinquency Prevention*. Westport, CT: Greenwood Press.
- Hirschi, T. 1969. *Causes of Delinquency*. CA: University of California Press.
- Joinson, A. 1998. “Causes and Implications of Disinhibited Behavior on the Internet”. In J. Gackenbach(ed), *Psychology and the Internet*. New York: Academic Press.
- Katz, J. 1988. *Seduction of Crime*. New York: Basic Books.
- Liska, A.E. and M.D. Reed. 1985. “Ties to Conventional Institutions and

- Delinquency: Estimating Reciprocal Effects.” American Sociological Review, 50:547-60.
- Loeber, R. and M. Stouthamer-Loeber. 1986. “Family Factors as Correlates and Predictors of Juvenile Conduct Problems and Delinquency.” In M. Tonry and N. Morris(Eds.), Crime and Justice(Vol 7). Chicago: University of Chicago Press.
- Merton, R.K. 1938. “Social Structure and Anomie.” American Sociological Review, 3:672-82.
- Skinner, W. and A.M. Fream. 1997. “A Social Learning Analysis of Computer Crime among College Students.” Journal of Research in Crime and Delinquency,34:495-518
- 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. 1939. Principles of Criminology. 3rd Edition. Philadelphia: Lippincott.
- Tittle, C.R. 1980. Sanctions and Social Deviance: The Question of Deterrence. NewYork: Praeger.
- Widom, C.S. 1989. “Child Abuse, Neglect, and Violent Criminal Behavior.” Criminology, 27:251-71.

An Empirical Study on Causes of Youth Deviance on Cyber-space

Lee, Seong-Sik*

This study tries to find causes of youth deviance on cyber space through an empirical survey. Based on previous main theory and research, this study attempts to assess the effects of several relevant predictors: family factors(parents' education, family income, parental affection and supervision, conflicts with parents, and coercive punishment), school relevant factors(school failure and commitment to school activities), association with delinquent peers, attitude favorable to deviance, impulsivity(lower self-control), fun as motives, the perception of legal punishment, computer using time, and anonymity. Using data from 616 both male and female high school students in Seoul, 2003, this study finds the similarity between on-line and off-line deviance on their antecedent explaining factors. Results show that association with delinquent peers and fun or sensation seeking motives have the most strong impacts on deviance on cyber space. This study also reveals that computer using time is an important factor in explaining on-line deviance. In addition, the effect of parental supervision is also significant for female students. However, the

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

finding reports that the effect of other family and school factors, attitudes favorable to deviance, impulsivity, and the perception of legal punishment are not significant to explain deviance on cyber space. The policy implications of those results are discussed.

Key words: Cyber space, On-line deviance

몰수특례법상 불법재산의 추정과 법치국가적 한계

박 미 숙

형사정책연구 제15권 제1호(통권 제57호, 2004 · 봄호)

한국형사정책연구원

몰수특례법상 불법재산의 추정과 법치국가적 한계

박 미 숙*

I. 서 론

조직범죄 및 약물거래범죄 그리고 부패사범의 심각성과 더불어 새로운 경제범죄의 출현과 그에 따른 범죄문제가 심각해짐에 따라 형법상 몰수제도의 확대가 논의되어 왔으며, 이에 따라서 소위 범죄수익몰수특례법이 제정되면서 범죄행위의 수익에 대한 입증 문제가 중요한 쟁점을 형성하고 있다. 그 문제의 핵심은 몰수대상이 되는 수익과 범행과의 관련성에 대한 입증의 정도를 어느 정도 완화할 것인가 하는데 있다.

이처럼 몰수범위의 확대와 더불어 제기된 범죄행위의 수익에 대한 입증의 정도를 완화할 것인가 하는 문제는 몰수제도의 실효성을 확보하는데 중요한 수단으로서 그 필요성이 강조되면서부터이다. 각국의 입법례도 입증책임의 완화를 통하여 이러한 실무입장을 어느 정도 반영해오고 있는 것도 사실이다.

우리 나라의 경우에도 현재 몰수제도의 근간을 이루고 있는 형법상 몰수제도에 있어서는 몰수범위를 물건에 제한하여 그 대상으로 하고 있을 뿐, 범죄로부터 얻은 수익에까지는 미치지 않고 있다. 이러한 몰수제도로 인하여 특히 이윤추구를 목적으로 하는 마약류범죄와 부패사범 등의 경우

* 한국형사정책연구원 연구위원, 법학박사

에는 실질적이고도 효과적인 범죄대응방안이 되지 못한다는 문제점이 일찍이 제기되어 왔으며, 이러한 논의 끝에 마약류범죄와 부패사범 등에 대한 특례입법으로서 1995년에 「마약류불법거래방지에관한특례법」과 「공무원범죄에관한몰수특례법」이 마련되어 일부 범죄수익몰수제도가 도입되기에 이르렀다.

범죄수익몰수제도는 1980년대에 들어와 조직범죄의 급증과 심각성으로부터 약물거래범죄와 제조로 인한 치안에 대한 위험성 문제가 여론의 집중적인 관심대상이 되면서부터 형사정책적·형법이론적 논의의 핵심을 차지하고 있다. 이들 조직범죄 및 약물거래범죄의 경우에 새로운 대응방안을 모색할 수밖에 없었던 배경은 그 범죄의 특성과 행위자문제, 전통적 제재의 한계, 범집행의 문제, 교정의 문제 등과 관련하여 다른 특성을 보인다는 점 때문이다. 먼저 범죄의 특성을 보면 조직범죄 및 약물거래범죄는 그 범죄행위가 전형적으로 경제적 이익을 추구한다는 점과 이러한 불법취득 이익은 다시 범죄의 재생산과 조직의 유지·강화 그리고 확대에 기여한다는 점이다. 그 다음으로 이들 행위자들은 불법의식이 다른 범죄자들에 비하여 희박하고, 오히려 확신범에 가까운 성격을 가졌다는 점이다. 따라서 이들 행위자에 대한 재사회화 효과가 매우 낮다. 이상과 같은 약물·조직범죄의 특성 때문에 범죄수익몰수제도는 조직범죄에 대한 효과적인 대응방안으로서 각국의 입법례가 앞 다투어 채택하고 있을 만큼 매우 매력적인 제도로 인정받고 있다.

이런 의미에서 특례법은 몰수의 범위를 물건 이외에 범죄로부터 얻은 수익에까지 확대했다는 점에서는 일응 진일보한 입법으로 평가되고 있지만, 실무상의 필요성과 실효성확보라는 관점에서 입증의 어려움을 덜고자 소위 추정규정을 마련함으로써 형사정책적인 관점에서 소위 범죄투쟁의 실효성관점과 형법의 정당성 관점을 어떻게 조화시킬 것인가 하는 과제를

던져주고 있다.

사실 특례법이 제정된 이후에도 소위 불법재산의 추정규정이 실제로 적용된 예는 찾아보기 어렵다. 이는 이 규정이 갖는 법리적 문제점 때문에 적용하기가 쉽지 않다는 점과 또한 범죄로부터의 파생수익이 어디까지인가 하는 점을 결정하기가 쉽지 않기 때문이다. 그렇다고 한다면 차제에 이러한 입증의 완화 내지 추정규정에 대한 전면적인 재검토를 통하여 올바른 입법방향을 제시해볼 필요성이 크다고 하지 않을 수 없다.

이 글은 심각해지고 있는 범죄양상과 이로부터 생기는 이익을 박탈함으로써 범죄에 대한 근본적인 투쟁이 가능하도록 하는 효과적인 대응방안으로서 소위 불법재산의 추정문제에 대하여 법리적 관점에서 재검토함으로써 올바른 몰수제도의 체계화방안을 구체적으로 제시하는데 그 목적'을 두고 있다. 이러한 목적 하에 먼저 특례법상 불법재산의 추정규정을 도입하게 된 배경을 알아보고(Ⅱ), 불법재산의 추정규정이 갖는 문제점(Ⅲ, Ⅳ) 등에 대하여 차례로 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 특례법상 입증책임완화규정의 도입배경

1. 현행 몰수제도의 절차법적 측면과 그 문제점

현행 형법상 몰수의 경우에 몰수를 신고하려면 몰수대상이 되는지의 여부에 관하여 입증이 있어야 한다. 현행 형법상 몰수에 있어서는 몰수대상은 기본적으로 범죄행위와 관련된 물건이어야 한다. 즉 몰수대상은 반드시 범죄행위와의 관련성을 요구하여 범죄사실과 아무런 관련이 없는 물건은 몰수할 수 없도록 되어 있다. 구체적으로는 범죄행위의 제공물, 생성물건

과 취득물건, 그 대가로 취득한 물건이다(형법 제48조 제1항 각호). 따라서 예컨대 총포도검화약류단속법에 위반하여 불법 제조된 총포 그 자체와 당해 총포를 매각하여 받은 돈은 몰수되는데 반하여 이를 판매하여 얻은 이익금으로 다른 사업에 투자하여 얻은 이익금과 같은 것은 몰수할 수 없다. 또 범죄행위를 한 대가로 취득한 금품, 예컨대 청부살인이나 폭행사건 등의 사례금 등은 현행몰수제도 하에는 몰수대상이 되지도 않는다.

필요적 몰수로서 규정되어 있는 형법상 수뢰죄의 경우에도 증·수뢰에 의해 생긴 이익에 대하여 필요적 몰수를 하도록 하고 있는 한편으로는 형법 제48조, 제49조의 몰수와 같이 범죄와의 직접 관련성을 요구하고 있을 뿐만 아니라, 그 대상도 형법 제48조의 대가이익에 한한다는 점 등에 비추어 기본적으로 범행과의 관련성을 엄격히 요구하고 있음을 알 수 있다. 또한 특별법상으로 일정한 범죄수익의 몰수를 규정해두고 있는 경우에도 예컨대 구마약법 제70조에서도 범죄에 제공한 마약 및 시설, 장비, 자금 또는 운반수단과 그로 인한 수익금은 몰수하고, 이를 몰수하기 불능한 때에는 그 액을 추정한다는 규정(향정신성의약품관리법 제47조, 대마관리법 제23조 규정에서도 동일하다)은 수익금까지를 몰수할 수 있도록 규정하고 있는 점에서는 형법상 몰수보다는 그 범위를 확대하였다. 그러나 이 규정도 마찬가지로 범죄와의 직접 관련성을 요구하고 있다는 점에서는 형법의 기본입장을 그대로 유지하고 있었고, 물론 이 법률에 의해 실제로 범죄수익몰수가 행해지는 예는 거의 없다고 하겠다.

기본적으로 현행 몰수제도에 의하면 그 규정방식이 어떠한 기본적인 형법상 몰수를 근간으로 하고 있고, 특히 몰수대상과 범죄행위와의 관련성을 엄격히 요구하고 있는 등 형법의 몰수제도의 기본체제를 그대로 따르고 있어 범죄와의 효과적인 대책으로서 떠오른 범죄수익몰수제도의 실효성을 확보하는 것은 마찬가지로 쉽지 않을 것이다.

2. 국제적인 입법 추세

특례법상 범죄수익몰수제도에 대하여도 형법상 몰수와 마찬가지로 범죄와의 입증관련성을 엄격히 요구할 경우에는 범죄수익몰수제도의 원래의 취지를 살리지 못하고 그 실효성을 확보하기 어려울 가능성이 크다는 점이다. 위에서 보는 바와 같이 형법상 몰수제도에 있어서는 몰수대상과 범죄행위와의 관련성을 엄격히 요구함으로써 실무상으로 몰수하는데 어려움이 크다.

범죄자는 범행으로 취득한 수익을 은닉·가장하고자 하며, 그 수법 또한 매우 다양하여 특별하고도 전문적인 수사기법이 동원되지 않으면 이를 찾아내기가 쉽지 않다. 더욱이 몰수대상의 범위를 확대할 경우에 범죄행위와 몰수대상과의 관련성을 입증하는 것은 더욱 어렵게 된다. 이러한 문제의식은 입증책임의 전환을 통해서도 가능한 한 범죄로 획득한 재산에의 개입을 용이하게 하고자 하는 노력으로 이어지게 되는데, 범죄수익몰수제도에 있어서 입증책임의 완화 내지 전환문제가 그 핵심적인 쟁점이 되고 있는 이유가 이 때문이다. 비엔나협약 또한 몰수대상인 수익이나 재산의 합법적 출처에 대하여는 국내법의 원칙, 사법 기타 절차의 성질에 적합한 범위 내에서 입증책임 전환을 검토하도록 하고 있다(비엔나 협약 제5조 제7항).

그리하여 몰수대상과 범죄와의 입증관련성을 완화함으로써 이러한 어려움을 해결하고자 하는 입법이 등장하기에 이르렀으며, 이러한 입증책임의 완화 내지 법률상의 추정은 특히 조직범죄와 약물범죄의 대책 가운데 매우 현실적인 방안으로서 환영을 받고 있다. 현행 특례법 또한 일정한 범죄행위에 대하여 범죄수익몰수제도를 도입하면서 동시에 효과적인 대책으로서 활성화하기 위하여 불법재산의 추정규정을 두고 있다.

III. 불법재산추정규정의 문제점

1. 문제의 소재

문제는 범죄수익몰수제도의 정당성여부 내지 입법화문제에 있어서 입증책임의 전환이 법치국가적 기본원칙과 어느 정도 합치하는가 하는 점이다.²⁾ 이는 사실상 전통적인 형법이론과는 배치될 수 있다는 문제점을 갖고 있어 그 한계를 명확히 하지 않으면 불법수익몰수제도의 오·남용으로 인한 폐해를 야기할 수 있다는 점을 의미한다. 왜냐하면 입증책임의 전환은 구체적인 범죄책임의 증명 없이도 범인이나 범인소유물에 대하여 형벌 또는 준형벌적 제재수단의 부과를 허용하고 있기 때문이다.

현행 특례법상의 불법재산의 추정규정이 갖는 문제점이 무엇인가를 살펴보기 위해서는 우선 입증부담과 그 정도에 대하여 알아보기로 한다.

가. 입증의 부담

원칙적으로 형사절차에 있어서 피고인의 범죄사실의 존재에 대한 입증책임은 무죄추정의 법리에 의하여 검사에게 있다. 판례도 형사재판에 있어서 공소사실에 대한 거증책임은 검사에게 있다고 한다.³⁾

유죄로 인정하기 위한 증거의 증명력은 논리와 경험칙에 따른 객관적이고 합리적인 증거평가의 결과 합리적인 의심을 배제할 정도의 확신을 가져올 수 있는 것이어야 한다. 즉 검사의 입증부담의 정도는 법관에게 유죄의 확신을 갖게 할 정도이다. 합리적인 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없

2) Weßlau, Neue Methoden der Gewinnabschöpfung?, Svt 1991, 227면.

3) 대법원 1994.9.9. 선고 94도998 판결 ; 대법원 1994.11.25. 선고 93도2404 판결.

는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미한다.⁴⁾

○ 대법원 1996.03.08 95도3081 :

형사재판에 있어서 공소된 범죄사실에 대한 거증책임은 검사에게 있는 것이고 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.

나. 입증의 정도

마찬가지로 몰수에 있어서도 몰수를 하기 위한 범죄행위와의 관련성은 법관에게 유죄의 확신을 갖게 할 정도로 입증되어야 한다.

그런데 문제는 몰수에 있어서 입증의 정도에 대하여 대법원이 몰수대상이 되는지의 여부에 대하여 이는 범죄구성사실에 관한 것이 아니므로 엄격한 증명이 필요 없고, 일응 인정될 수 있는 증거만 있으면 충분하다고 판시하고 있다는 점이다. 이러한 입장은 대법원의 일관된 입장이기도 하다.⁵⁾

○ 대법원 1987.04.11.선고 87도399판결 :

몰수대상이 되는지 여부는 범죄구성사실에 관한 것이 아니므로 엄격한 증명이 필요 없는 것이고, 기록에 의하면 몰수한 과도 1자루는 피고인이 위 범행에 제공한 물건으로서 피고인은 이를 위 피해자의 집 부엌에서 나왔다고 하나 피해자 등은 부엌에 있던 칼이 아니고 전혀 모르는 물건이라

4) 대법원 1997.07.25.선고 97도974 판결.

5) 대법원 1973.4.17.선고, 73도279판결; 1982.2.9.선고, 81도3040 판결; 대법원 1987.04.11 87도399 판결.

고 하고 있으니 원심이 이를 피고인 이외의 자에 속하지 아니한다고 보아 몰수한 조치를 굳이 위법한 것이라고 할 수 없다.

이상과 같은 대법원의 판시내용 때문에 몰수에 있어서 몰수에 있어서 구체적인 입증의 정도에 대하여 학설상으로 약간 다툼이 있는 것 같다. 학설의 차이는 대법원의 입장에 대하여 몰수요건의 증명은 완전히 요하지 않는다거나 입증책임의 완화로 볼 것인가 하는 점으로 집약된다. 자유로운 증명도 법관의 확신정도에 있어서는 차이가 없으며, 형사사건의 입증에 있어서 합리적 의심 없는 증명은 자유로운 증명이라고 하여 예외가 아니다. 즉 자유로운 증명에 있어서는 형사사건의 입증에 필요한 합리적 의심 없는 증명은 요구된다. 대법원이 몰수대상이 되는지의 여부에 대하여 자유로운 증명으로도 족하다고 하는 것은 어떤 방법으로 증거조사를 하여야 하는가가 법원의 재량에 속하고, 법률에 규정된 증거조사절차에 따라야 하는 것은 아니라는 것을 의미하는 것으로 이해되어야 한다. 생각건대 엄격증명의 대상이 아니라고 하여 이를 바로 입증책임의 전환이라고 할 수는 없다. 몰수대상 여부에 대하여는 여전히 검사가 입증책임을 부담하고 또 적어도 몰수대상이 되는 범인의 재산을 법원의 심판을 받는 위법행위와 직접적이고 구체적인 상관관계를 가져야 함은 물론이다.

몰수대상과 범행과의 관련성이 엄격히 요구되기 때문에 실무상으로는 재산을 몰수하려면 먼저 공소장에 몰수의 대상이 되는 재산을 반드시 기재하여야 한다. 현행법상 몰수는 형벌의 일종이므로 유죄판결에 명시될 이유의 하나인 ‘범죄될 사실’과 몰수가능범위가 대응하여야 한다. 문제는 영업으로써 계속하여 약물거래를 하는 경우와 같이 포괄범죄의 관계에 있는 경우에는 일일이 그 범죄행위를 특정하고 증거를 수집하기 어려울 수가 있다는 점이다. 실무상으로는 이 경우 어느 한 시점의 양도나 수입 등 특

정행위만을 포착하여 이를 공소사실로 구성하여 기소하고 나머지 사실은 양형상 고려하는 것이 보통이라고 한다. 결국 형법상 몰수제도 하에서는 몰수대상과 범행의 관련성을 엄격히 요구함으로써 기소된 사실의 범위 내에서 증거로 인정되는 범죄될 사실로부터 취득한 물건에 대해서만 몰수할 수 있게 됨으로써 조직적이고 계속적인 범죄행위에 대하여는 적절히 대처할 수 없다는 문제점을 드러내고 있다.⁶⁾

2. 몰수특례법상 불법재산의 추정규정

현행 형법이 몰수대상을 엄격히 물건에 제한하고 있는데 반하여, 특정 범죄에 대하여 몰수대상을 확대한 것이 특례법이다. 이들 특례법은 형법상 몰수대상의 범위를 확대하고 이들 몰수절차에 있어서의 특례를 규정해두고 있어 형법상 몰수규정의 보완 및 특례규정으로서 의미를 갖는다. 그런데 이처럼 몰수대상의 범위를 확대할 경우에 그 몰수대상과 범행과의 관련성을 증명하기가 쉽지 않을 것이다. 그리하여 이들 특례법은 다른 한편으로는 몰수대상의 확대로 인한 어려움 즉 몰수의 대상을 확대함으로써 그 만큼 몰수대상과 범죄행위와의 관련성에 대한 입증이 어려워지게 되고, 이 때문에 불법재산의 몰수가 제대로 행해지기 어렵게 되어 몰수특례 입법의 근본취지가 공동화될 우려가 크다는 점을 고려하여 불법재산의 추정 규정을 두고 있는 것이다.

그리고 마약류특례법과 공무원몰수특례법은 몰수의 대상을 확대함에 따라서 몰수선고를 함에 있어서 불법수익과 재산취득사이에 상당한 개연성이 있는 경우에는 이를 불법재산으로 인정할 수 있다고 규정하고 있다. 특례법상 법률상의 추정규정은 몰수대상을 확대함에 따라 범인이 묵비권을 행

6) 조균석, 범죄수익박탈을 위한 입법론, 형사정책연구 제3권 제3호, 1992, 134면.

사하는 경우 등에 있어서 입증이 사실상 불가능하거나 어려울 경우가 많을 것으로 판단하여 몰수에 있어서 입증책임의 완화를 명확히 한데 그 의의가 있다. 예컨대 공무원이 부정한 범죄로 취득한 재산을 직계가족 등 친족명의로 옮겨놓는 경우가 많으므로 이와 같은 친족명의로의 재산에 대하여도 범인소유로 추정하거나 몰수관련 입증책임을 완화하는데 그 취지가 있다.

가. 몰수특례법상 불법재산의 추정규정

특례법의 규정도 공무원몰수특례법과 마약류특례법 사이에 입증책임의 정도와 관련하여 내용상으로는 차이가 있다.

공무원몰수특례법 제7조는 불법재산의 입증이라는 표제하에 ‘특정공무원범죄후 범인이 취득한 재산으로서 그 가액이 취득당시의 범인의 재산운용상황 또는 법령에 기한 급부의 수령상황 등에 비추어 현저하게 고액이고 그 취득한 재산이 불법수익금액·재산취득시기등 제반사정에 비추어 특정공무원범죄로 얻은 불법수익으로 형성되었다고 볼만한 상당한 개연성이 있는 경우에는 특정공무원범죄로 얻은 불법수익이 그 재산의 취득에 사용된 것으로 인정할 수 있다’고 규정하고 있다.

애초 입법안에 의하면 ‘특정 공무원범죄가 일정기간동안 수회에 걸쳐 이루어진 경우 그 기간 내에 범인이 취득한 재산으로서 그 가액이 취득당시의 범인의 재산운용상황, 또는 법령에 기한 급부의 수령 상황 등에 비추어 부당하게 고액이라 인정되는 것은 그 죄에 관련된 불법수익으로 추정한다’는 내용으로 규정되었다. 이러한 입법안에 대하여 추정요건을 지나치게 완화하였고, 또한 추정범위도 명확하지 않다는 점 등이 문제되었다. 이 때문에 추정의 요건으로서 상당한 개연성을 추가하였고, 나아가 추정되는 범위도 범인의 전체 재산이 아니라 그 재산 중 불법수익의 금액에 상

당하는 부분으로 제한하여 현재의 규정으로 되었다.

공무원몰수특례법상의 불법재산의 입증규정은 특례법이 범인이 취득한 재산의 가격, 범인의 재산운용상황, 불법수익금액 및 재산취득시기 등 제반요소를 고려할 때 범인이 취득한 재산이 불법수익으로 형성되었다고 볼 만한 ‘상당한 개연성’이 있는 경우에는 특정공무원범죄로 얻은 불법수익이 그 재산의 취득에 사용된 것으로 인정할 수 있다는 것으로서 엄격한 증거가 없더라도 이를 불법재산으로 인정할 수 있다는 의미이다. 이 불법재산의 입증규정의 취지는 검찰에 대하여 특정재산에 대하여 입증책임의 완화를 규정해둠으로써 입증의 곤란이나 어려움을 극복해보고자 한 데 있다.

이러한 공무원몰수특례법의 규정에 따라서 몰수대상이 되는 범인의 재산은 현재 법원의 심판을 받고 있는 위법행위와 직접적이고 구체적인 상관관계를 가질 필요가 없다. 형성과정이 불법인 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 재산은 몰수의 대상이 된다.

마약류몰수특례법상으로도 마약류범죄로 거액의 불법수익을 축적한 자 중 유죄판결을 받을 수 있는 증거가 충분한 자를 선정하여 해당 재산이 마약류범죄로 취득하였다는 점을 직접 입증할 수 있는 경우에는 대상자의 범죄사실을 확정하면 충분하다. 그러나 대부분의 경우 해당재산이 마약류범죄로 취득하였다는 점을 직접 입증하기가 쉽지 아니하므로 불법수익의 추정규정을 두기에 이른다.⁷⁾ 즉 마약류특례법은 불법수익 즉 마약류범죄의 범죄행위로 얻은 재산, 그 범죄행위의 보수로서 얻은 재산 또는 금지된 행위를 하기 위한 장소·시설·장비·자금 또는 운반수단을 타인에게 제공하는 등에 관계된 자금과, 불법수익에서 유래한 재산 즉 파생재산 등의 범위를 확정하는데 있어서 불법수익의 추정규정을 두고 있다. 즉 마약류몰수특례법 제7조는 불법수익의 추정이라는 제하 하에 제6조의 죄에 관계된 불법수익을 산정함에 있어 같은 조 각호의 규정에 의한 행위를 업으로 한

7) 선진 마약수사기법 사례집, 서울지방검찰청, 2003/3, 33면

기간 내에 범인이 취득한 재산으로서 그 가액이 당해 기간내의 범인의 재산운용상황 또는 법령에 의한 급부의 수령상황 등에 비추어 현저하게 고액이라고 인정되고 그 취득한 재산이 불법수익금액·재산취득시기 등 제반사정에 비추어 같은 조의 죄로 얻은 불법수익으로 형성되었다고 볼만한 상당한 개연성이 있는 경우에는 그 죄에 관계된 불법수익 등으로 추정한다'고 규정하고 있다. 마약류몰수특례법의 경우 불법수익의 추정이라는 제하를 두어 명문으로 추정규정을 두고 있다. 이러한 입법방식은 이미 환경범죄단속특례법에서 볼 수 있는데, 환경범죄단속특례법상의 입증규정도 사실상 법률상 추정규정에 다름이 아니라고 해석되고 있다.

양자의 입법방식을 비교해보면 마약류몰수특례법상 추정규정은 공무원범죄몰수특례법의 '상당한 개연성' 조항보다 더욱 완화된 입증조항을 둔 것으로 볼 수 있다. 즉 마약류몰수특례법은 공무원몰수특례법이 '... 불법수익이 몰수대상재산의 취득에 사용된 것으로 인정할 수 있다'고 규정하고 있음에 반하여 명백히 추정된다고 함으로써 마약류를 불법수입·수출 등을 하는 자들이 취득한 불법수익 등을 더욱 철저하게 몰수하겠다는 입법의지를 엿볼 수 있다. 다만 이처럼 추정규정을 두는 것은 사실상 입증책임의 전환을 인정하는 결과를 가져오고, 이는 무죄추정의 원칙에 반한다는 문제점을 제기하므로 형사정책적 필요성과 법치국가적 형법확보라는 관점에서 공무원몰수특례법상 불법재산의 입증 정도로 검사에게 입증부담의 완화를 규정함이 타당하다는 견해도 있다.⁸⁾

나. 현행 불법재산 추정규정의 문제점

공무원몰수특례법상의 상당한 개연성이 있는 경우에는 특정공무원범죄로 얻은 수익이 그 재산의 취득에 사용된 것으로 인정한다는 규정과 마약

8) 박승진 외, 각국의 몰수제도, 1993.

류특례법상의 불법재산의 추정규정의 해석과 관련하여 제기되는 문제는 첫째 상당한 개연성과 불법재산의 인정 내지 추정규정의 법적 성격이 무엇인가 하는 점과, 둘째 정당한 형성과정을 인정할 수 없는 모든 재산이 물수의 대상이 된다고 해석할 것인가 하는 점, 그리고 마지막으로 법치국가적 관점에서 제기되는 의문인데 이러한 규정이 형법의 기본원칙에 부합하는가 하는 점 등이다. 이하에서는 구체적으로 이들 특례법상 불법재산의 추정규정의 성질이 무엇인가 하는 점과 물수대상의 범위 등을 살펴보기로 하고, 법치국가적 문제점에 대하여는 절을 바꾸어 검토하기로 한다.

1) 불법재산 추정규정의 법적 성격

(가) 추정의 의미

추정이란 전제사실로부터 다른 사실을 추인하는 것을 말한다. 추정이 갖는 주기능은 입증책임을 경감시켜 주는데 있다.⁹⁾ 추정에는 법률상의 추정과 사실상의 추정이 있다. 사실상 추정은 전제사실로부터 다른 사실을 추정하는 것이 논리적으로 합리적인 사실을 말한다.¹⁰⁾ 사실상 추정된 사실은 증명을 요하지 않는다. 사실상의 추정과는 달리 법률상 추정은 법리적으로나 실제 효과측면에서도 문제가 적지 않다. 즉 법리적 측면에서는 실체적 진실주의와 자유심증주의에 반할 뿐만 아니라 무죄추정의 원칙에도 어긋난다는 점이다. 따라서 법률상의 추정은 형사소송에서는 인정되지 않는다.¹¹⁾

그럼에도 불구하고 현행법상 추정규정을 둔 예는 볼 수 있다. 현행법상 명문으로 법률상의 추정규정방식을 채택하고 있는 경우로서 환경범죄의단

9) 대법원 1993.09.14. 선고 92후2243판결.

10) 이재상, 형사소송법, 2001, 458면.

11) 이재상, 형사소송법, 458면.

속에관한특별조치법 제11조가 있다. ‘오염물질을 사람의 생명·신체, 상수원 또는 자연생태계 등(이하 “생명·신체등”이라 한다)에 위험(제3조 제3항 각호의 1에 해당하는 경우를 포함한다. 이하 같다)이 발생할 수 있을 정도로 불법 배출한 사업자가 있는 경우 그 물질의 불법배출에 의하여 위험이 발생할 수 있는 지역 안에서 동종의 물질에 의하여 생명·신체 등에 위험이 발생하고 그 불법배출과 발생한 위험 사이에 상당한 개연성이 있는 때에는 그 위험은 그 사업자가 불법 배출한 물질에 의하여 발생한 것으로 추정한다’고 규정하고 있다. 이러한 환경범죄단속특례법상의 입증규정은 사실상 법률상 추정규정에 다름 아니라고 해석되고 있다. 이러한 규정을 두게 된 이유는 인과관계 증명의 어려움을 해결하기 위한 것인데, 즉 불법배출과 발생위험 사이의 상당한 개연성이 있으면 행위자의 불법행위로 인한 위험발생이 추정된다. 문제는 이러한 추정으로 인해 사실상 입증책임이 전환되는 결과를 가져온다는 점이다. 물론 환경범죄단속특례법상으로도 전제사실이 존재하면 필요적으로 추정 사실을 의제하는 것이 아니라 법관의 재량에 따라 임의적으로 인정할 수 있다.

(나) 상당한 개연성의 의미

특례법은 불법재산의 입증 또는 추정과 관련하여 상당한 개연성의 정도를 요구하고 있다는 점에서는 공통적이다. 이미 위에서 살펴본 바와 같이 상당한 개연성 개념은 원래 공무원몰수특례법안에 대하여 추정요건을 지나치게 완화하였고, 또한 추정범위도 명확하지 않다는 점 등의 문제점을 개선하기 위해서 삽입된 요건이다. 과연 이처럼 상당한 개연성의 도입으로 추정규정이 갖는 법리적 문제점이 해소되었는가 하는 점이 문제되는데, 이 점은 사실 의문이다.

상당한 개연성이라 함은 경험칙상 합리적으로 판단하여 의심할 수 없는

정도의 가능성이 있는 경우를 말하는 것으로 이해되며,¹²⁾ 상당한 개연성 여부는 불법수익금액, 재산취득가액 및 시기 등 제반요소를 고려하여 판단한다고 한다. 그러나 이러한 해석은 형사소송법상 유죄입증의 정도 즉 합리적 의심의 여지가 없을 정도의 증명과는 구분되지 않는다는 점에서 적절한지 의문이다. 특례법상 입증책임의 완화는 적어도 유죄의 입증에 요구되는 합리적 의심의 여지가 없을 정도의 증명을 완화한 것으로서 이에 미치지 못하는 정도의 증명이라고 할 수 있다.

(다) 불법재산추정규정의 법적 성격

이상으로 추정의 의미와 상당한 개연성의 의미를 살펴보았는데, 이에 비추어 공무원몰수특례법상의 불법재산의 입증규정의 성질과 마약류몰수특례법상의 불법수익의 추정규정의 성질을 어떻게 파악할 것인지를 알아보기로 하자.

학설상으로는 특례법상 불법재산의 입증완화 내지 불법재산의 추정규정의 성격에 대하여 ‘자기 재산이 박탈당하는 것을 피하기 위해서는 피고인측이 본인 재산의 출처 또는 형성과정의 합법성을 증명해야 한다는 점에서 입증책임의 전환이 사실상 일어나는 것으로 볼 수 있다’¹³⁾고 하는 견해도 있다.

먼저 공무원몰수특례법에 의하면 불법재산의 입증은 명문상으로는 입증책임의 전환규정을 규정하고 있지는 않다. 이 경우의 불법재산의 입증은 검사의 입증부담의 완화 정도라고 이해하는 것이 실무 해석의 입장이다.¹⁴⁾ 문제는 실무상 이러한 규정으로 인해 범인은 자기재산이 박탈당하는 것을 피하기 위해서는 피고인측이 본인 재산의 출처 또는 형성과정의 합법성을

12) 법무부, 공무원몰수특례법 해설, 40면.

13) 서보학, 형법상 범죄수익몰수의 필요성과 범치국가적 한계, 안암법학 5호, 1997, 92면주10).

14) 김대현, 공무원범죄에 관한 몰수특례법, 국회보 339호, 1995, 77면.

증명해야 하고 따라서 사실상 입증책임의 전환이 이루어지고 있다는 점¹⁵⁾ 때문이다.

그리고 마약류몰수특례법상 불법재산의 추정규정에 대하여는 어떻게 이해할 것인가 하는 점이다. 형사소송법상으로 법률상 추정규정은 인정되지 않는다는 점에 비추어 이 경우에도 공무원몰수특례법과 마찬가지로 입증 부담의 완화로 이해할 것인가 하는 점이다.

특례법상 몰수제도에 있어서는 몰수대상이 기본적으로 범죄행위와 관련된 물건이어야 한다는 점에서는 공통적이지만, 이 경우에 양자의 관련성에 대한 입증문제가 좀 완화되어 있다. 즉 합리적 의심의 여지가 없을 정도가 아니라, 상당한 개연성이 있는 경우에 불법재산으로 추정되거나(마약류특례법), 불법수익이 그 재산의 취득에 사용된 것으로 인정할 수 있다(공무원몰수특례법).

2) 몰수대상으로서의 불법재산 또는 불법수익

그 다음으로 두 번째 문제에 대하여 정당한 형성과정을 인정할 수 없는 모든 재산을 몰수의 대상으로 하고 있는 것처럼 해석하는 입장도 없지는 않다.¹⁶⁾

그러나 공무원몰수특례법의 입증책임 완화규정을 둘 당시의 논의에 비추어보면 과연 이러한 해석이 타당한가 하는 의문이 든다. 원래 법안에서는 특정공무원범죄가 일정기간동안 수회에 걸쳐 이루어진 경우 그 기간 내에 범인이 취득한 재산으로서 그 가액이 취득 당시의 범인의 재산운용 상황 또는 법령에 기한 급부의 수령상황 등에 비추어 부당하게 고액이라

15) 강성남, 공무원부패방지법안과 관련된 예상쟁점과 입법상의 보완책, 현안분석, 제88호, 8,9면; 서보학, 92면 주10).

16) 서보학, 앞의 논문, 91면.

인정되는 것은 그 죄에 관련된 불법수익으로 추정한다'고 하였다. 이에 대하여 1회에 걸친 특정공무원범죄라 하더라도 거액인 경우에는 추정을 할 필요가 있는 등 몰수의 실효성·상당성 확보차원에서 그 제한이 삭제되었다.¹⁷⁾ 다른 한편으로 이 법안에 대하여는 추정의 요건이 지나치게 완화되어 있다는 점, 추정의 범위도 명확하지 않다는 점 등의 문제점이 제기되었다. 즉 공무원몰수특례법안의 몰수의 요건에 대한 입증책임이 사실상 피고인에게 전환하는 결과가 발생되고 이 때문에 헌법상의 무죄추정의 원칙에 반하여 위헌소지가 있을 가능성이 크다는 비판이 제기되었다.¹⁸⁾ 이러한 문제의식 때문에 현행 공무원몰수특례법은 추정의 요건으로서 상당한 개연성을 추가하고, 추정되는 범위도 범인의 전체 재산이 아니라 그 재산 중 불법수익의 금액에 상당하는 부분임을 명확히 하기에 이른 것이다.¹⁹⁾ 따라서 공무원몰수특례법상 몰수대상으로서 입증책임이 추정되는 재산은 범인의 모든 재산이 아니라 그 재산 중 불법수익의 금액에 상당하는 부분으로 보아야 한다.

IV. 불법재산의 추정과 법치국가적 한계

1. 각국의 입법례에 비추어본 입증책임의 문제

가. 미국의 몰수규제법규와 입증책임

미국 민사몰수제도 하에서 가장 중요한 의미를 갖는 것 중의 하나가 범

17) 법무부, 공무원몰수특례법 해설, 37면.

18) 법무부, 공무원몰수특례법 해설, 36면.

19) 법무부, 공무원몰수특례법 해설, 37면.

죄행위의 수익에 대한 입증책임의 문제이다.²⁰⁾ 이 문제는 이후 형사몰수 제도 하에서도 중요한 의미를 가지게 되고, 이는 이후 각국의 몰수제도에 있어서도 마찬가지로 중요한 쟁점을 형성하게 된다.

민사몰수제도 하에서는 몰수대상재산이 불법행위로부터 얻은 수익이라고 믿을만한 상당한 이유가 있다는 것을 정부가 입증하면 족하다. 정부가 이를 입증하면 입증책임은 현재의 소유자에게 이전되고 현재의 소유자가 재산의 원천에 대하여 자신이 알지 못한 것이 합리적이었다는 것을 증명하지 못하는 한, 그 재산은 몰수된다.

한편 RICO(Racketeer Influenced and Corrupt Organization)법상의 민사몰수제도에 있어서는 위에서 말한 민사몰수제도에 있어서와 마찬가지로 정부는 몰수대상인 재산에 해당하는가에 대하여 상당한 이유의 정도만의 입증책임을 부담할 뿐이다. 소유자는 몰수되지 않기 위해서는 그가 물건의 사실상 소유자라는 점, 그의 재산이 불법행위와 관련되었다는 것을 알지 못했다는 점, 또는 그가 위법행위를 방지하기 위해서 기대될 수 있는 모든 것을 했다는 것 등을 증거의 우월성에 의하여 증명해보여야만 한다. 따라서 사실상 입증책임이 소유자에게 전환되는 결과를 가져온다.

RICO법상 형사몰수는 기본적으로 양형에 해당되므로 피고인의 유죄가 확정된 다음에야 비로소 선고될 수 있다. 유죄의 선고에는 자백 기타 증거조사에 관한 모든 실정법 규정 및 헌법상 보장된 적법절차를 준수할 것이 요구되고 이를 통해 피고인의 유죄가 합리적 의심이 없을 정도로 확인되어야 한다. 국가측이 마약거래의 책임을 확정하기 위해서는 위법행위와 그 외에 고의도 입증해야 한다.

그리고 CCE(Continuing Criminal Enterprise ;포괄적 약물남용방지 및 규제법(약물규제법)법상 형사몰수의 경우에는 위 RICO법과는 달리 약물범

20) Maveal, The unemployed criminal alternative in the civil war of drug forfeitures, American Criminal Law Review, Vol.30, 1992, 46면 이하.

죄로 인한 수입에 관한 추정규정을 두어 당해 재산이 범죄기간 또는 합리적이라고 판단되는 그 후의 일정기간 내에 획득된 것이고 피고인에게 다른 자금원이 없다는 것을 국가가 증거의 우월성 정도로 증명하면 몰수대상인 재산으로 추정한다는 규정을 두고 있다(21 USC §853(d)). 이처럼 형사몰수에 있어서 몰수대상인가의 입증에 있어서 증거의 우월성 정도만으로도 족하다고 한 것은 합리적 의심의 여지가 없는 정도의 증명을 요구하면 원래의 입법취지를 살릴 수 없게 된다는 이유 때문이다. 이 규정에 대하여는 몰수대상으로서의 재산이 피고인의 전 재산을 대상으로 하는 것이 아닌가 하는 점에서 위헌시비가 제기되었는데, 판례는 몰수대상인 재산은 피고인의 전 재산을 의미하는 것은 아니라고 판시한 바 있다.

나. 독일의 이익박탈제도와 입증책임

1) 독일 형법상 이익박탈제도와 재산형

독일의 몰수제도는 물건의 몰수와 재산적 이익박탈로 구분되어 있다. 이익박탈(독일 형법 제73조)은 범죄행위의 대가로 또는 범죄행위로 인하여 취득한 이익을 국고에 귀속시키는 것이고, 물건의 몰수(제74조)는 범죄행위의 생성물 또는 그 수단을 국고에 귀속시키는 것이다.

1975년 형법개정에 의해 도입된 이익박탈제도는 그 전제조건으로서 위법행위를, 이익몰수의 객체를 재산적 이익으로 하여 이익박탈이 물건의 몰수와는 달리 범죄의 성립을 전제로 하지 않고, 단순히 위법행위가 있다면 그것으로부터 얻은 부정이익과 파생이익을 원칙적으로 필요적 몰수하는 것이다. 또 이익박탈은 부가형이 아닌 처분으로서 민법 제812조 이하의 부당이득반환청구권에 유사한 원상회복의 조치로 이해된다.²¹⁾ 이러한 이익

박탈제도는 지나치게 엄격하고 복잡한 적용요건으로 인하여 실무에서 별로 활용되지 못하였고, 그 동안 조직범죄, 경제범죄, 마약범죄, 환경범죄 등의 증가 등에 따라 이익박탈제도의 요건을 완화하여 실무상으로 활용할 형사정책 필요성이 더욱 더 커졌다. 이 때문에 불법수익에 대한 박탈제도를 개선해야 할 필요성이 있다는 주장이 제기되었다.

이와 같은 상황에서 1992년에 형법의 일부개정을 통하여 종래의 박탈기준이었던 순익주의를 총액주의로 대체하고²²⁾ 영업적 조직에 의해 행해진 범죄를 위한 가중처벌, 확대된 수사방법 및 증인보호개선책 등의 방안을 포함하는 조직범죄대책법이 제정되었다. 조직범죄대책법의 제정으로 불법이익을 제거하기 위한 새로운 제재규정으로서 이익확대박탈(독일 형법 제73조의 d)과 재산형(제43조의 a)이라는 새로운 불법수익박탈제도와 돈세탁방지를 위한 규정이 형법전에 도입되었다.

독일에서의 이익박탈제도는 당시 마약범죄 등의 증대와 형사정책적 요구에도 불구하고 이익박탈제도는 실무상 그다지 활용되지 않았다. 그 적용범위가 상당히 좁고, 순익주의를 취하면서 박탈할 수 있는 이익의 계산이 곤란하다는 점 때문이었다. 무엇보다 민사이익을 우선시킨다고 하는 고려 때문에 피해자의 손해배상청구권이 우선적으로 보호되어 피해자에게 청구권이 있는 경우에는 이익박탈은 불가능하도록 되어 있었다는 점도 실무상 활용을 제약하였다. 또한 이익박탈을 가능하게 하는 절차법이 충분하지 않는 점도 그 한 원인이 되었다.

무엇보다 형법상 이익박탈제도(제74조)는 필요적 이익박탈제도임에도 불구하고 실무상 활용되지 못한 것은²³⁾ 독일 형법상 이익박탈제도는 재산

21) Sch/Sch/Eser, StGB, 2002, §73, Rn.3.

22) 독일의 경우에 총액주의 취하고 있다 하더라도 순익주의 하에 이익박탈이 이루어지는 것을 배제하지는 않는다. 따라서 이익박탈제도가 여전히 이중적 성격을 갖고 있어 그 법적 성격을 규명할 필요가 있다는 논의가 끊이질 않고 있다. Sch/Sch/Eser, Vor§73, Rn.19.

가치가 유죄로 선고된 행위로부터 획득한 것이라는 것을 증명할 때에만 가능한데 실무상으로 이러한 증명이 쉽지 않기 때문이다. 그리고 이익박탈의 대상은 본래적 의미에서의 범죄행위로부터의 수익에 제한되는데, 이 경우에 범죄수익을 산정하고 수익물의 가치를 조사하며 행위자가 소비한 비용조사는 모두 법관이 행한다. 이러한 문제점 때문에 사실상 법관은 이들 이익산정에 한계를 느낄 수밖에 없게 된다. 그리하여 예외규정으로 고려되는 제73조의c의 가혹규정에 의해서도 필요적 물수제도인 이익박탈규정을 임의적 물수제도로 전환시키는 결과를 가져왔다. 학설상으로는 현실적으로 이익박탈을 전체범죄에 확대할 것이 아니라, 특히 약물범죄 대응에 있어서 효과적이고도 특별한 방안으로서의 기능을 담당하도록 함이 타당하다고 하는 주장²⁴⁾은 이러한 배경에 기인한다.

그리하여 물수대상물이 범죄행위와 관련되는가 하는 점에 대하여 입증책임의 완화 내지 입증책임의 전환이 중요한 의미를 갖는다는 점을 인식하기에 이른다. 다른 한편으로는 동시에 범죄수익물수의 법리적 문제점이 있다는 점은 충분히 인식하고 있다고 한다. 그리하여 독일 연방법무성은 형법적 범죄수익박탈제도는 입증의 재산가치에서 유래하는 모든 재산에 대하여 입증부담을 지울 것이 아니라 입증부담의 완화 정도로 함이 적절하다는 견해를 발표한 바 있다.²⁵⁾ 입증부담의 완화 정도로 함으로써 입증책임문제와 관련한 범죄수익물수제도에 대한 비판을 잠재울 수 있다고 보았기 때문이다.

이러한 상황에서 경제범죄·환경범죄·약물범죄 등이 극히 증대되고 이익박탈제도의 형사정책적 중요성도 아울러 증대되면서 이익박탈제도를 재검토한 결과 형법전에 확대박탈제도, 재산형의 도입 등이 이루어지게 된

23) Weßlau, 앞의 논문, 227면.

24) Weßlau, 앞의 논문, 228면.

25) Weßlau, 앞의 논문, 228면.

다. 이러한 확대박탈제도 및 재산형제도는 조직범죄대책법에 따른 조직범죄에 대한 투쟁 강화수단으로서 조직범죄에서의 효과적인 이익제거를 목적으로 불법수익박탈제도의 효율성을 제고할 목적에서 나온 것으로서, 독일 형법 제73조와 73조의 a의 몰수 및 추징규정에 따른 입증책임의 부담을 완화해보려는 의도에서 나온 것이다.

이처럼 독일 형법 제73조의d의 이익확대박탈과 제43조의a의 재산형 규정은 입증책임의 완화를 통하여 불법재산의 박탈을 가능하게 하는 제도로서, 소위 이익박탈규정이 약물범죄의 대응에 상당히 효과적이라는 평가 하에 이 이익박탈을 보다 효과적인 대응수단으로 하기 위한 방안모색의 하나로 도입된 것이다. 이 두 제도는 몰수의 대상을 범죄자의 전 재산에까지 미치도록 하는 것으로서 이 경우에 반증이 없는 한 범죄자의 재산은 범죄로부터 얻은 것이라고 하는 거증책임의 전환을 인정하는 규정을 두는 것과, 범죄행위와 재산 사이에 존재하는 구체적인 관련성의 요구를 포기한다는 점에 특색이 있다.

예컨대 재산형의 규정에 의해서도 재산형의 대상인 재산과 심판대상인 범행 사이의 관련성을 입증할 필요가 없다. 또한 행위자의 재산가치는 법원에 의해 추산될 수 있다. 확대박탈이 혐의재산의 불법성을 인정할 수 있는 정당한 사정이 있을 것을 요건으로 하는 반면에, 재산형은 애당초 그에 대한 입증은 필요로 하지 않는다. 특히 재산형은 일수벌금제(독일 형법 제40조)에 의해 확정되지 않는, 그 최고액이 행위자의 재산에 대한 평가를 통해 한정되는 특별한 벌금형이다. 그 재산을 평가함에 있어서(제43조의 a 제1항 제2문) 그의 몰수를 명하게 되는 재산상의 이득은 고려되지 않는다. 이익박탈과 달리 재산형은 재산이 합법 혹은 불법으로 취득하였는가를 묻지 않고 저촉된 법률조항이 행위자에게 재산형을 과할 수 있게 하면 그의 재산을 무조건 불법재산으로 간주하여 국가가 형으로 몰 수 있게 한 것으

로서 확대박탈에 비하여 보다 더 가혹한 형벌이라고 하겠다. 이 때문에 재산형의 적용범위는 상당히 제한된다. 독일 형법상 몰수제도와 관련하여는 먼저 독일 형법 제73조와 제73조의a에 의한 몰수 및 추징제도가 적용되고, 이들 몰수 및 추징의 요건으로서는 특정한 범죄행위에 의해 그리고 그러한 범죄행위를 위해 취득한 재물임이 증명되어야 한다. 그 다음으로 이익 확대박탈규정이 적용된다.

이익확대박탈제도는 재산형제도에 비해 특정의 범죄에 대하여 행위자의 죄책이 재산형을 과할 정도로 중대하지 않은 경우에 위법행위로부터 얻었다고 인정할 정도로 정당화하는 사정이 있는 경우에 행위자의 재산박탈을 가능하게 하는 것이다. 이 정당화 사정은 행위자의 본래의 수입과 자산관계로부터 미루어보아 당해 재산이 명백히 정당하게 취득된 것이 아닐 경우에 인정된다. 이로써 확대박탈제도는 제73조의 이익박탈제도의 요건인 이익과 개별 구체적인 위법행위와의 대응관계의 입증을 필요로 하지 않는다. 이처럼 확대박탈제도는 특히 박탈대상인 재산이 위법행위로부터 유래하였다는 사실에 대한 입증을 완화하려는 것을 그 핵심적인 내용으로 하고 있다. 이익박탈의 경우에는 정범 또는 공범의 재산이 위법행위에서 유래하였다는 사실이 완전히 입증되어야 하는 반면, 이익확대박탈의 경우에는 ‘형법 제74조의d를 지시하고 있는 법률에 위반되는 위법행위가 저질러지고 정범 또는 공범의 재산이 위법행위에서 유래된 것이라는 추정을 정당화할 만한 사정이 있으면 족하다. 결국 증명의 완화는 구체적인 범죄행위와 그로부터 취득한 재물의 관련성에 대한 증명이 요구되지 않음을 의미한다. 따라서 이익확대박탈의 경우에는 박탈대상인 재산과 현재 재판의 대상이 된 위법행위의 구체적 관련성이 요구되지도 않으며, 법원이 재산의 불법적 출처를 엄격하게 증명할 필요도 없다는 점이다. 이로써 조직범죄의 전형적인 범죄유형이라고 할 수 있는 마약범죄, 화폐위조, 인신매매, 장물

죄 등과 같은 특정한 위법행위가 법망에 걸려들기만 하면 정범 또는 공범의 재산이 과거의 다른 범죄행위에서 유래한 것이라고 할지라도 그 출처가 불법적인 것이라는 추정을 정당화할 만한 사정이 있으면 모두 박탈할 수 있는 길을 열어놓았다.

이익확대박탈제도 하에서는 예컨대 마약소지나 밀매, 화폐위조와 행사, 인신매매, 장물죄 등으로 유죄가 된 정범이나 공범이 소유하고 있는 현금, 예금 기타 변형재산 등을 모두 몰수할 수 있다. 왜냐하면 정범 또는 공범의 재산이 위법행위를 위한 것이라고 인정되거나 또는 위법행위로부터 취득한 것이라고 인정할 만한 정당한 사정이 있는 경우에는 ‘몰수를 명할 수 있도록 권한이 주어져 있기 때문에 몰수대상이 되는 재산이 현재 재판의 대상이 된 위법행위와 구체적인 관련성을 가질 필요가 없고, 또한 몰수재산의 불법적인 출처를 엄격하게 증명할 필요도 없기 때문이다. 결국 확대박탈제도 하에서는 행위자가 수익을 어떻게 취득했는가에 대하여 절차법상 요구되는 조사가 없이도 위법한 행위로부터 수익이 발생하였다고 하는 추정을 정당화하는 사정이 있을 때에는 행위자에 대한 재산박탈의 선고가 가능하게 된다.

2) 입증책임완화규정의 헌법적 문제점

독일에서도 이익확대박탈제도의 입증책임완화규정에 대하여는 헌법적 관점에서 정당화될 수 없다는 비판이 제기되고 있다.²⁶⁾ 즉 확대박탈이 형벌적 성격을 가지는 것은 의심의 여지가 없으며, 따라서 그 선고는 원칙적으로 무죄추정의 원칙이 적용된다는 것이다. 단지 이익박탈이 위법한 행위를 위한 이익 또는 그로부터 획득된 이익이라는 인식이 정당화되기만 하면 허용된다는 것은 혐의형벌로서의 성격을 의미하는 것으로서 허용되지

26) Sch/Sch/Eser, §73d, Rn.2.

않는다고 한다. 무엇보다 이익확대박탈에 있어서 이익박탈대상의 행위관련성을 요구하지 않는 것은 행위자가 사실상 범행대상이 아닌 장래 형사절차의 대상이 될지도 모른 것들에 대하여도 명확히 해야 한다는 것을 의미하는 것인데, 이는 피고인에게 불리한 증명규칙으로서 무죄추정원칙과 부합되지 않으며, 사실상 입증책임의 전환이라고 한다.

이에 대하여 이미 독일 연방대법원은 이익확대박탈제도의 해석에 의하여 헌법과의 조화가 가능하다는데서 출발하고 있다. 즉 이익확대박탈은 형벌선고의 부가효과로서 기본적으로 허용된다는 입장에서 출발하면서, 여기서 상당한 개연성을 단순히 대상물이 범죄로부터 유래하였다는 사실만으로는 인정할 수 없다고 보는 것이 입법자의 취지에 부합하는 것이며, 따라서 법관은 위법행위 자체를 구체적으로 확인할 필요는 없지만, 빠짐없는 증거조사와 증거평가에 근거하여 피고인이 위법행위로부터 박탈대상물을 취득하였다는 사실에 대한 완전한 확신을 얻은 경우에만 확대박탈명령이 고려된다고 판시하였다. 이러한 연방 헌법재판소의 입장에 따라서 이익확대박탈에 있어서 입증의 완화는 엄격한 제한 하에 적용되는데, 법관이 박탈대상이 위법한 행위로부터 유래하였다는 사실을 완전한 확신을 얻을 정도로 입증해야만 한다는 결과를 가져와 이익확대박탈에 있어서도 유죄입증에 요구되는 증명의 원칙이 그대로 타당하다는 점을 명확히 하였다.

그 다음으로 독일 형법상 재산형에 대하여는 도입당시부터 거센 비판이 제기되었다.²⁷⁾ 즉 일반적 재산박탈은 헌법적 관점에서 뿐만 아니라 형사정책적, 형법이론적 관점에서도 과도한 것으로 간주된다. 역사적 경험에서 보면 재산박탈은 자의적으로 행해왔고, 정치적인 또는 국고목적 위해 남용되어 왔다. 형사정책적으로도 재산형은 행위자에게 형벌없는 자유로운 삶을 영위하도록 하는 목적에도 반한다. 그밖에 행위자뿐만 아니라, 그 가

27) Ostendorf, Organisierte Kriminalität, Krim., 1991, 509면 이하; Deutscher Richterbund, DRiZ 1990, 106면 ; Deutscher Anwaltsverein, Anwaltsblatt 1990, 247면.

족에게도 매우 가혹하다. 이는 형벌의 목적에 반하여 동시에 책임원칙에 대한 침해를 구성한다. 나아가 제재로서의 재산박탈은 책임원칙에 부합하지 않는다. 재산형은 먼저 벌금의 액수에 따라 결정되며, 행위자의 책임에 따라 결정되는 것은 아니다. 대체자유형으로의 산정에서야 비로소 비교기준이 생기다. 그럼에도 불구하고 어떠한 결론에 따라 산정이 이루어지는지는 명확하지 않다. 그리하여 학설상으로 형사정책적 남용을 가져올 가능성이 큰 이러한 규정은 폐지되어야 한다는 입장이 지배적이었다. 재산형은 형사정책적·형법이론적으로 문제있는 형벌로서, 책임원칙의 의미에서도 양형의 원칙에 의해서도 취할 수 없는 형벌이며 특별예방적 목적에도 부합하지 않는다.²⁸⁾

이에 대하여 독일 연방대법원은 독일 형법 제43조의a의 재산형은 허용되지 않는 혐의형도 아니며, 또 책임원칙에 반하거나 명확성의 원칙에 반하지도 않으며, 헌법적 재산권보장을 침해하는 것도 아니라고 하였다.²⁹⁾ 연방헌법재판소도 금전적 제재 그 자체가 재산권을 침해하는 것은 아니라고 하는 입장을 취해왔다.³⁰⁾ 독일 연방대법원은 특히 재산형으로서 불법 취득재산의 범위가 무한정 확대되는 것을 막기 위하여 벌금형을 부과할 경우에 책임과 무관한 재산은 몰수할 수 없다는 것을 명확히 하였다. 이로써 재산형으로서 모든 불법수익을 제거하고자 한 입법취지는 명백히 제한되었다. 이러한 제한적 해석 때문에 재산형은 거의 적용되지 않고, 독일 형법 제73조 이하의 이익박탈제도와 확대박탈제도의 적용여부만이 고려되어 왔다. 최근에 들어와서 독일 연방헌법재판소는 독일 형법 제43조의a의 재산형 규정이 헌법 제103조의 명확성요청에 부합하지 않으며, 따라서 무효라고 판시하였다.³¹⁾

28) Weßlau, 앞의 논문, 235면.

29) BGHSt 40, 371.

30) BVerfGE 68, 287.

2. 불법재산추정의 헌법적 문제점

특례법상 불법재산의 추정규정은 피고인에게 몰수요건의 부존재에 대한 입증책임을 부담시킴으로써 무죄추정의 원칙을 규정하고 있는 범치국가적 헌법원칙에 반하는 것은 아닌가 하는 점이 문제되지 않을 수 없다. 즉 피고인의 특정한 재산을 불법수익으로 추정하여 몰수하는 것은 형사피고인에 대한 무죄추정을 규정하고 있는 헌법 제27조 제4항 및 형사소송법 제275조의2의 취지에 반하여 입증책임을 형사피고인에게 지우고 있으므로 위헌의 소지가 있을 수 있다는 점이다.

우리나라의 불법재산의 추정규정은 일본의 마약특례법의 규정을 모델로 한 것이고 일본의 마약특례법은 그 모델을 독일의 확대박탈제도에 두고 있다. 이런 점에서 독일의 확대박탈몰수제도에 대한 헌법적 관점에서의 비판은 현행 특례법상의 불법재산의 추정규정에 대하여도 그대로 타당할 수 있다. 몰수의 대상인 불법재산인가의 여부와 관련하여 결국 입증책임의 전환과 재산과 범죄행위와의 구체적 관련성 포기 등의 방법은 혐의형법으로 빠질 위험성을 배제하기 어렵다. 나아가 전재산의 박탈은 소유권을 보장하는 헌법 제14조와 무죄추정의 원칙에도 반할 우려가 있다는 점이 문제된다.

불법수익의 범죄와의 관련성에 대한 추정규정의 합헌성에 대하여는 견해가 대립하고 있다. 먼저 불법수익몰수규정이 제대로 적용·실효성을 거두기 위해서는 입증책임에 대한 어느 정도의 완화는 필요할 수밖에 없다고 하는 입장에서 출발하면서도 적어도 입증책임의 완화는 명문규정이 있어야 하고 또 이를 뒷받침할만한 합리적인 근거가 있어야 하며, 이 경우에도 입증부담의 완화가 입증책임의 전환에 이를 정도의 광범위한 범위가 아니라 일정한 자에 의한 일정기간내의 재산의 소지나 증가가 사회상당성이 결한 경우에 범죄수익으로 함이 효과적이라고 하는 견해³²⁾가 있다. 반면

31) BVerfG Lexetius.com/2002/4/81.

불법수익의 범죄와의 관련성에 대한 객관적인 증거에 근거하지 않고 단지 개연성만으로 범죄인에 속한 물건을 몰수하는 추정몰수는 본질적으로 범죄의 입증을 전제로 하지 않는 혐의형벌로서 헌법상의 무죄추정의 원칙이나 사유재산보장원리에 어긋날 뿐만 아니라, 형법상의 책임원칙에도 반하는 것으로서 삭제되어야 한다는 주장³²⁾이 대립하고 있다. 법리적으로 문제되는 법률상 추정규정을 두기보다는 ‘정황증거에 의한 사실상의 추정’ 규정을 둬야 타당하다고 하면서 추정이 남용될 가능성을 막기 위하여 전제사실의 요건이 구체적이고 세세하게 규정되어야 한다는 입장³⁴⁾도 있다.

가. 범죄수익몰수제도에 있어서 불법재산의 추정과 재산권보장의 원칙

이는 형법상 재산형으로서의 성질을 갖는 몰수와 헌법상 재산권보장원칙과의 조화문제이다. 형법상 재산적 제재의 정당성 문제는 헌법이론과 형법이론과의 합치문제를 제기한다. 이 문제는 형법상 소위 재산권의 남용문제와 그 파급효의 문제이다.

헌법상 재산권보장원칙은 재산권행사는 공공의 이익에 반하여 남용되어서는 안 된다는 범위 내에서 그 적용범위가 가능하다. 문제는 형법상 재산적 제재가 재산권남용의 관점과 상관없이 이루어질 수 있다고 보는 관점이다. 불법재산의 추정문제는 재산적 제재의 확대의 한계설정과 밀접한 관련을 갖는다.

기본권행사의 남용은 헌법상 보장되는 정당한 국가개입을 불러온다는 것이며, 이러한 헌법상의 기본적인 원칙은 재산적 제재확대의 한계설정을 위한 중요 논증토대가 된다.

32) 장영민 외, *현행 약물규제법규에 관한 연구*, 한국형사정책연구원, 1993, 132-133면.

33) 이재상, *형법상 약물범죄의 불법수익몰수규정과 돈세탁행위의 처벌규정의 법적 문제점*, 인권과 정의 269호, 1999, 79면.

34) 박기석, *환경범죄의 효율적 대처방안에 관한 연구*, 한양대학교 박사학위논문, 1996, 57면.

물수제도는 기본적으로 유죄판결에 대한 부가성을 그 특징으로 한다. 이처럼 물수는 유죄판결과 관련성을 가지므로 유죄판결의 결과로서 재산 가치의 박탈은 전통적인 재산에 대한 제한으로서 헌법상으로 문제되지 않는다고 보는 것이 독일 연방헌법재판소의 입장이면서 또한 학설의 입장이기도 하다.³⁵⁾ 즉 일반적인 물수는 이미 대법원의 판례에서 본 것처럼 헌법상 기본권보장의 제한원칙에 따른 것이다. 즉 물수에 의한 재산에 대한 침해는 행위자의 재산권남용을 이유로 정당화된다.

헌법상 재산권보장원칙에 따르면 공공의 이익에 반하는 재산권 남용은 재산권보장원칙에 의하여 보장받지 못한다. 공공의 이익에 반하는 재산사용은 재산이 범행에 이용될 경우이다. 재산이익이 위법행위로 취득한 경우에는 재산권을 남용한 것이다. 이 경우에 불법취득 재산이 계속 행위자에게 남아 있는 것은 공공의 이익에 반한다.

나. 불법재산의 추정과 무죄추정원칙

헌법과 형사소송법은 피고인에게 무죄추정의 원칙을 인정하고 있다. 무죄추정이란 피의자나 피고인은 법원으로부터 범행에 관한 책임이 선고되기 전까지는 무죄로 추정되어야 한다는 것을 의미한다. 헌법 제27조 제4항과 형사소송법 제275조의 2에서는 명문으로 피고인이라고만 규정하고 있으나, 피의자에게도 무죄추정원칙이 보장된다는 점에 대하여는 학설상 이견이 없다. 따라서 무죄추정원칙은 형사절차 전과정에서 인정되는 지도원리로 파악된다. 이러한 무죄추정의 원칙으로부터 국가기관은 피고인의 유죄를 예단하거나 불이익한 처우를 해서는 안 된다. 유죄의 입증책임을 회피하기 위하여 무죄의 입증책임을 피고인에게 전환시키거나 혐의가 있다는 사실만

35) 이에 대한 상세한 내용과 관점은 K.P.Julius, Einziehung, Verfall und Art.14 GG., ZStW 109, 1997, 59 면 이하 참조.

으로 직접 피의자 또는 피고인에게 불리한 처분을 해서는 안 된다.

무죄추정원칙의 구체적인 적용범위와 관련하여 피고인에게 유죄를 추단하게 하는 불이익의 내용이 무엇인가 하는 점에 대하여 헌법재판소는 ‘공소제기가 된 피고인이라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고 불이익을 입혀서는 안 된다고 할 것으로 가사 그 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소한에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 한다는 것이 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙이며, 여기의 불이익에는 형사절차상의 처분에 의한 불이익뿐만 아니라, 그 밖의 기본권제한과 같은 처분에 의한 불이익도 부과해서는 아니 된다는 의미도 포함된다고 할 것이다’³⁶⁾라고 판시하여 무죄추정의 적용범위를 광범위하게 일반 형사절차 이외의 범영역 전반에 걸쳐 적용된다고 보고 있다. 그러나 무죄추정원칙의 내용적 범위를 형사절차에만 국한되는 것이 아니라 민사절차, 행정절차 등과 같이 기본권을 제한하는 모든 처분도 포함된다고 하게 되면 무죄추정원칙의 본래 모습을 찾기 어렵다는 점³⁷⁾에서 무죄추정원칙상 금지되는 불이익은 유죄인정의 효과로서 나타나는 불이익으로 봄이 타당하다.³⁸⁾ 그렇다고 한다면 몰수대상여부인가를 확정함에 있어서 범죄행위와의 관련성을 입증하는데 상당한 개연성만 있으면 불법재산으로 추정된다고 하여 몰수대상재산이라고 하는 것은 결국 유죄인정의 효과로서 나타나는 불이익한 처분에 해당된다고 봄이 타당하다.

즉 무죄추정원칙은 형벌 또는 형벌유사처분의 개입을 책임증명 없이 행해지는 것을 금지하는 원칙으로 작용한다.

이러한 무죄추정의 원칙에서 본다면 특례법상 불법재산의 추정은 일정 범위 즉 상당한 개연성의 범위 내에서는 행위관련성의 기준이 마련되어

36) 헌법재판소 1990.11.19. 선고 90헌가48결정.

37) 신동운, 무죄추정의 원칙, 헌법재판자료 4집, 헌법재판소, 1991, 345면.

38) 신동운, 앞의 논문, 346면.

있기는 하지만, 결국 이는 행위와의 관련성에 대한 증명을 포기하는 것이다. 이러한 구성은 사실상 입증책임의 전환을 의미한다. 그런데 형벌 또는 형벌유사처분의 선고가 책임증명 없이 행해지면 이는 무죄추정에 반하는 것으로서 이는 헌법적으로 인정되지 않으며, 헌법위반이다.³⁹⁾

몰수의 요건에 대한 입증책임의 완화규정이 자칫하면 범인에게 입증책임을 전환시키는 결과를 초래하여 헌법상의 무죄추정의 원칙에 반할 결과를 가져올 수 있다는 점은 이미 공무원몰수특례법 입법당시에도 중요하게 고려되었고, 이 때문에 추정의 요건과 추정의 범위인 몰수의 대상을 보다 명확히 하고자 노력하였다. 이러한 노력의 결과 실무에서는 이러한 추정규정이 입증책임의 전환규정이 아니라 입증책임은 계속 검사에게 부담시키면서 입증의 정도에 있어 엄격한 증명을 다소 완화시킨 것에 불과한 것으로서, 범인이 재산취득금원의 정당한 출처를 설명하지 못하는 경우 검사가 그 재산이 범인의 재산운용상태 등에 비추어 현저하게 고액이고 불법수익으로 형성되었다고 볼만한 상당한 개연성을 입증하면 몰수하기에 족하다는 입증책임의 완화규정으로서 무죄추정원칙에 반하는 것이 아니라고 보고 있다.⁴⁰⁾ 무엇보다 기본적으로 공무원 수뢰죄 - 경우에 주형인 수뢰죄 등의 입증책임은 검사에게 있고, 검사가 주형의 유죄를 입증한 부가형으로서 몰수를 하려고 하는 경우에 한 하여는 2차적으로 몰수대상물에 관하여 취득당시 범인의 재산운용상황에 비추어 현저히 고액인 점과 재산취득시기 등 제반사정에 비추어 특정 공무원범죄로 형성되었다고 볼만한 상당한 개연성이 있는 점을 검사가 입증하는 경우에는 범죄구성요건 해당사실처럼 엄격한 증명을 하지 않더라도 불법수익으로 추정하려는 것이므로, 무죄추정원칙의 취지에 어긋난다고 볼 수 없다고 하였다.⁴¹⁾

39) Weßlau, 앞의 논문, 230면.

40) 법무부, 공무원범죄몰수특례법 해설, 38면.

41) 법무부, 공무원몰수특례법 해설, 38면.

특례법상 불법재산의 추정규정은 일반예방적 고려뿐만 아니라, 범죄조직이 그의 범행으로부터 얻은 수익을 조직과 새로운 범죄행위에 재유입하여 범죄의 재생산에 기여한다는 인식에 근거하고 있다. 즉 특례법상의 범죄수익몰수제도에 있어서는 새로운 범죄행위에 유입된 경제적 수단을 박탈한다는 형사정책적 필요성이 중요한 의미를 가지는데, 이 경우에 보안사상이 중요한 역할을 하는 것으로 보인다. 이는 다시 말하면 일반적으로 존재하는 위험에 대하여 행위자의 재산에 대한 개입이라는 수단을 통해 대응한다는 것이다. 그러나 일반적으로 존재하는 위험에 대한 대응은 책임원칙에 의해서만 정당화되어야 한다.⁴²⁾

물론 특례법상 불법재산의 추정규정은 명백히 입증책임의 전환을 의미하는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 범죄와 몰수대상과의 관련성을 의심의 여지가 없을 정도의 확신이 아니라 상당한 개연성의 확신 정도로도 충분하다는 것은 입증책임의 전환과 마찬가지로의 효과를 가져온다. 따라서 이러한 입증책임의 완화는 무죄추정의 원칙과 부합하지 않는다.⁴³⁾

V. 검토 및 결론

이상과 같은 불법수익몰수를 위한 불법재산의 추정규정은 사실 조직범죄에 효과적으로 대처하기 위해 실무가의 입증부담을 덜어줄 수밖에 없다는 현실적 필요성에서 비롯되었다는 점에서는 어느 정도 수긍되고 있다. 각국의 몰수제도에 비추어 보아도 이처럼 형사정책적 필요성이 법치국가적 정합성에 우월하고 있는 것이 일반적인 것으로 나타나 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 형사정책적 필요성에 따른 몰수의 확대는 법치국가 원칙

42) Weßlau, 앞의 논문, 232면.

43) Weßlau, 앞의 논문, 232면.

과 끊임없이 마찰을 불러오고 있다. 따라서 앞으로 몰수제도를 정비하는데 있어서는 형사정책적인 필요성과 법치국가의 이념을 서로 조화시키고자 하는 노력을 하지 않으면 안 된다.

현행 특례법상의 확대몰수 내지 범죄수익몰수제도는 이들 약물범죄와 공무원범죄 등의 억지를 위한 효과적인 방안으로서 활용해보고자 하는 입법자의 강한 의지가 구체화된 것이다. 이처럼 특례법상의 확대몰수제도는 약물범죄 내지 공무원불법행위에 대한 대책을 위하여 도입되었지만, 재산권의 보장, 무죄추정의 원칙, 책임주의의 관점에서도 문제되고, 나아가 범죄수익몰수제도가 형벌 또는 형벌유사처분이라는 법적 성격에 비추어도 문제가 없지 않다. 형사법상으로 법률상의 추정규정을 두는 것은 입증책임을 상당부분 피고인에게 전환하는 결과를 초래한다. 범죄행위와의 관련성에 대한 입증완화가 조직범죄대책을 위해 현실적으로 매우 필요한 제도라고 하더라도 법치국가적 관점에서는 정당화될 수 없다.

입증책임의 전환은 불법수익이라는 형법적 제도를 위한 유용한 문제해결은 아니다.⁴⁴⁾ 범인의 친족명의로 된 재산에 대하여는 보다 철저한 수사로 범인이 은닉한 재산이라는 것을 입증하여 이를 몰수하는 것이 바람직하다. 다시 말하면 기본적으로 입증문제의 어려움을 해소하기 위해서는 오히려 자금세탁방지 관련 법률의 내실화와 과학적 수사기법과 계좌추적 등의 권한 부여를 통하여 몰수대상물의 범죄출처를 보다 효과적으로 입증할 수 있는 수단을 마련하는 것이 더 중요하다.

주제어: 몰수제도, 범죄수익몰수, 불법재산의 추정, 입증책임, 몰수특례법

44) Kaiser, Gewinnabschöpfung als kriminologisches Problem und kriminalpolitische Aufgabe, Tröndle F.S., 1989, 703-704면 이하.

188 형사정책연구 제15권 제1호(통권 제57호, 2004 · 봄호)

Rechtsstaatliche Grenze der Beweislastumkehr im Verfallregelungen im Nebenstrafrecht

Park, Mi-Suk*

Die vor allem zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität eingeführten Gewinnabschöpfung soll dem Zweck dienen, in kriminellen Organisationen oder im Rauschgiftbereich ihnen die finanziellen Mittel für weitere kriminelle Aktivitäten zu entziehen. Aber ein großes praktisches Problem der Gewinnabschöpfung im Nebenstrafrecht kann erheben, ob in dieser Regelungen Beweislastumkehr oder Beweiserleichterung zu sehen ist. Tatsächlich spielen Einziehung und Verfallregelungen in der Praxis nach der bisherige Erfahrung aufgrund seiner Komplexität untergeordnete Rolle. Dabei hat in der vorliegende Arbeit der Verfasser versucht, die rechtsstaatliche Grenze der Beweislastumkehr im Verfallregelungen im Nebenstrafrecht zu setzen, um Gewinnabschöpfung als effektivere Waffe gegen die bestimmte schwere Kriminalität einsetzen zu können, auf der anderen Seite die Grundrechte der Bürger am hohen Maße zu garantieren.

Key Words: Verfall, Gewinnabschöpfung, Beweislastumkehr, Verfall im Nebenstrafrecht

* PhD Law, Research Fellow, Korean Institute of Criminology.

스토킹 행위의 형사법적 규제와 스톱킹 행위의 유형화에 대한 고찰

이 건 호

이 논문은 2003년도 한림대학교 교비연구비(HRF-2003-27)에
의하여 연구되었음.

형사정책연구 제15권 제1호(통권 제57호, 2004 · 봄호)

한국형사정책연구원

스토킹 행위의 형사법적 규제와 스토킹 행위의 유형화에 대한 고찰

이 건 호 *

I. 스토킹의 의의와 스토킹 문제의 등장

“스토킹(stalking)”이라 함은 상대방이 싫어하는 행위를 반복적으로 함으로써 상대방으로 하여금 두려움이나 불안함을 느끼게 만드는 다양한 행위들을 일컫는다고 할 수 있다. 그러나 이러한 스토킹 행위는 단순히 법률이 처벌하려는 범죄행위라고 규정되기에는 어려운 성질을 갖는다는 점에 문제의 심각성이 있다고 할 수 있다. 얼마 전만 해도 이런 스토킹 사례들은 흔히 TV 프로그램이나 영화를 통해서 시청자들에게 스타로 인식된 젊은 연예인들을 대상으로 행해지는 사건이라고 인식되어 왔었다. 여러 가지 스포츠 신문이나 TV를 통해서 전해오는 소식에서 마치 가십(gossip)거리마냥 인식되었던 적도 있었다. 그러나 현재의 상황은 그와 많이 변화된 것 같다. 2000년도에 들어오면서 형사법이나 일탈사회학 또는 심리학 관련 학계에서 뿐만 아니라 이제 여러 사회문제들을 다루는 보도 프로그램들에서도 스토킹 행위의 개인적·사회적인 피해뿐만 아니라 그 심각성에 대해서 보다 신중하게 다루기 시작했기 때문이다. 이제 사람들도 스토킹이라는

※ 이 논문은 2003년도 한림대학교 교비연구비(HRF-2003-27)에 의하여 연구되었음.

* 한림대학교 법학부 조교수, 법학박사

문제에 대해서 어느 정도 그 심각성과 문제점들을 인식하기 시작했다고 할 수 있다.

그러나 이에 대해서 어떻게 대처할 것인가에 대해서는 아직 이렇다 할 피해자를 위한 행동지침이 제시된 적도 없고, 스토킹 행위를 규제하기 위한 법률도 입법되지 못한 상황이다. 이미 우리나라에서도 1999년 5월에 “스토킹처벌에 관한 특별법안”이 제출된 적이 있지만 법률로 제정되지는 못했다. 또한 2003년 10월 13일에 이강래 의원 대표발의로 “스토킹방지법안”이 국회에 제출되었다. 관련 학계에서도 스토킹 문제의 심각성을 인식하고 스토킹에 관한 몇 가지의 연구들¹⁾이 제시되고는 있지만, 그에 관한 법률적인 관점에서의 검토는 아직 미흡한 상태인 것으로 보인다.

따라서 이하에서는 스토킹에 대한 개념적 정의를 살펴본 후에 이에 따라서 스토킹 행위를 법률적으로 규정하고 이에 대해서 법률적으로 어떻게 대처하는 것이 적절한가 하는 점을 중심으로 고찰하고자 한다. 스토킹 행위에 대한 규제대책을 마련하는데 있어서의 문제점은 스토킹 행위가 지니는 특성상 형법상의 전통적인 범죄개념을 통해서도 스토킹의 구체적인 행위태양들이 포섭되기 힘들다는 점에 있는 것으로 생각된다. 따라서 이 논문에서는 스토킹 행위가 전통적인 범죄행위개념 및 구성요건을 통해서 규정할 때 나타나는 문제점이 무엇인가 하는 점과 이런 스토킹 행위를 효과적으로 규제하기 위한 방안을 모색하고자 한다.

생각건대 여러 가지의 다양한 행위가 복합된 형태를 띠는 스토킹을 규제하기 위해서는 스토킹에 대한 선행하는 경험적 연구의 성과들이 형사정책적 관점에서 정리될 필요가 있다고 생각된다. 스토킹에 대한 사회학적 또는 심리학적 연구들이 강조하고 있는 행위자와 피해자의 관계를 중심으

1) 한국형사정책연구원, 신종 성폭력연구, 2000; 한국형사정책연구원, 스토킹의 실태와 대책에 관한 연구, 2000; 이건호/김은경/황지태, 스토킹 피해실태와 입법쟁점에 관한 연구, 2002.

로 하는 유형화가 형사법적 규제를 위해서도 일정 부분 반영될 필요가 있다고 생각된다. 이 논문에서는 이런 유형화가 지니는 형사정책적인 타당성을 제시하고 또한 이를 스톱킹 행위의 규제를 위한 입법의 한 방법으로 제시한다. 또한 이런 유형화가 필요하다는 것을 전제로 2003년도 국회에 제출되었던 “스토킹방지법안”을 살펴보고 그 문제점에 대해서도 논의하기로 한다.

또한 스톱킹 행위자와 피해자의 관계를 중심으로 하는 유형화는 실제로 스톱킹을 당하고 있는 피해자가 현재의 위험을 회피하고 피해를 최소화할 수 있는 방안도 제시해주고 있다. 이를 통해서 피해자는 자신의 위험을 평가하고 이에 필요한 대응방법도 찾을 수 있으리라고 생각된다. 이런 한도에서 이 논문에서는 피해자가 스스로 자신이 어떤 유형의 스톱킹을 당하는지 판단할 수 있는 일정한 기준도 제시하게 되리라고 생각된다.²⁾

II. 스톱킹의 개념규정과 법률적 개념규정의 곤란함

스토킹(stalking)이라 함은 일반적으로 스톱커(stalker) 또는 스톱킹 행위자라 할 수 있는 사람이 다양한 이유에 근거해서 상대방이 싫다고 하는 데도 불구하고 의도적으로 그리고 계속적으로 반복해서 따라다니거나 물건을 보내거나 하는 등의 행위를 하는 것³⁾을 말한다. 스톱킹 행위의 정의를 이렇게 추상적이고 모호하게 행위유형들을 나열하는 방식으로 하게 되

2) 스톱킹 피해를 회피하기 위한 행동지침을 제시하는 책으로는 그로스, 린덴, 스톱킹 알고 나면 두렵지 않다, 1999, 문학사상사(원서: Gross, Linden, To Have or to Harm: True Stories of Stalkers and Their Victims, 1994, Warner Books); 드 베커, 가빈, 범죄심호, 2003, 황금가지(원서: De Becker, Gavin, The Gift of Fear, 1999, Dell Publ.).

3) 박철현, 이상용, 진수명, 스톱킹의 실태와 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000, 15면; 김은경, “스토킹 피해실태와 그 쟁점들”, 형사정책연구 2003. 가을, 91면 이하.

는 이유는 바로 스토킹이라 일컬어지는 행위의 특징 때문이다. 즉 스토킹 행위는 그 행위유형 자체가 우리가 일반적으로 생각하는 범죄의 모습과는 사뭇 다르다고 할 수 있다.

스토킹의 개념규정이 어려운 것은 스토킹이라고 할 수 있는 행위에는 그 행위가 특별히 난폭성이나 폭력성을 지니지 않는 행위형태들도 포함되기 때문이다. 예를 들면 흔히 어떤 사람의 뒤를 평온하게 따라가는 행위란 그것이 1-2 회 정도 행해졌다고 해서 이에 대해서 사람이 특별한 위협을 느끼거나 하지도 않을 뿐만 아니라 또한 같은 방향으로 걸어가는 사람들에게서는 흔히 있을 수 있는 행동이기 때문이다. 또한 어느 사람에게 꽃이나 선물을 주는 행위를 생각해도 그것 자체가 받는 사람에게 어떤 해악을 주는 것이라는 것은 극히 생각하기 힘들기 때문이다. 형법 교과서적인 사례를 일부러 만들라면 꽃이나 특정한 물건에 대해서 알레르기 반응을 일으키거나 신체반응을 일으킨다는 것을 알고 그 물건을 주는 행위를 한 사람을 신체의 생리적인 기능을 침해하는 상해죄를 범한 것이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 이런 극단적인 예가 아니라면 꽃을 주거나 선물을 주는 행위는 위험하거나 난폭한 행위가 아니며 범죄행위가 아니다.

그러나 스토킹 행위가 사회적으로 주목을 받는 이유는 그것이 이와 같이 합법적이며 정당한 행위의 모습을 갖는 경우에도 그 행위 자체가 그런 행위의 상대방에게는 커다란 부담이 되며 더 나아가서는 공포나 불안을 불러일으킨다는 점일 것이다. 스토킹 행위가 법적으로 규제되어야 하는 이유는 이런 합법적인 행위가 상대방에게 불안이나 공포심을 유발함으로써 사생활의 평온을 침해한다는 점에서 찾아 볼 수 있다.

그렇지만 스토킹 행위가 언제나 이와 같이 적법하고 정당한 행위들을 통해서만 이루어지는 것이 아니라는 점에서 스토킹 문제의 심각성이 존재한다. 예를 들면 스토킹 행위 자체가 그 행위자와 스토킹 상대방 사이의

상호작용 속에서 나타나는 행위라는 점에서 그것이 상대방의 반응에 따라서는 매우 심각하고 위험한 행위로 급격하게 발전하게 된다는 점이다. 이는 마치 가정폭력과도 유사한 성격을 지닌다고 하겠다. 또한 스톱킹 행위는 그것이 반복적으로 행해진다는 점에서 그 행위의 상대방에게 많은 심리적인 부담감을 주게 되며 결국에는 상대방에게 공포심과 불안감까지 유발하게 된다.

그렇지만 스톱킹 행위가 주목을 받게 된 이유는 그것이 일으키는 해악이 다른 범죄보다 상대적으로 크다는 점에 있는 것만은 아니다. 오히려 스톱킹 행위가 매스컴의 주목을 받게 되는 것은 그것이 너무나도 극적이며 순간적으로 치명적인 결과로 발전한다는 점에 기인할 것이다. 그러나 극적으로 발생한다는 것은 단순히 결과적으로 살인이나 상해와 같은 스톱킹 피해자의 생명 신체에 대한 중대한 위해가 발생된다는 점만을 말하는 것은 아니다. 오히려 다른 범죄행위와 달리 그런 행위에 대한 법적 규제가 곤란한 경우가 많다는 점에 기인한다. 그 이유는 전술한 바와 같이 통상적인 행위들과 구분하기 어려우며 그런 통상적인 행위들의 과정이 갑작스럽게 치명적인 결과로 발전한다는 점 때문이다. 기존의 범죄에 대한 규제가 상대적으로 그 폭력성이나 결과의 중대성에 초점을 두고 이루어지는 것과 비교할 때 스톱킹 행위는 이런 기존의 법적인 규제형태의 초점을 벗어나는 사각(死角)에서 발생한다는 점에 문제의 심각성이 있다고 할 것이다.

뒤에서 살펴보게 될 외국의 스톱킹 방지입법에 있어서도 이러한 문제가 발생하였다. 만약 스톱킹 행위를 광범위하게 금지시키도록 하는 입법형식을 선택할 경우에는 금지되는 스톱킹 행위와 적법한 행위로 허용되어야만 하는 행위 사이를 어떻게 구분할 것인가 하는 문제가 발생하게 된다. 이미 언급한 바와 같이 스톱킹 행위의 대부분은 그 행위 자체로만은 상대방에게 아무런 해악도 끼치지 않는 행위인 경우(예를 들면 편지를 보내거나

선물을 보내는 행위)가 많기 때문이다. 반대로 중대한 해악을 끼치는 행위만을 스토킹 행위로서 금지시키는 경우에는 실제로 법적인 규제가 필요한 중대한 시점에서 경찰이나 기타의 사법기관이 아무런 조치도 취할 수 없다는 결함이 발생하게 될 것이다.⁴⁾

III. 스토킹 행위의 유형과 그에 의한 피해

앞에서 언급한 바와 같이 스토킹 사건은 우리가 이름만 말하면 쉽게 알 수 있는 그러한 TV 스타들이나 영화배우, 인기 가수의 문제인 것만은 아니다. 이미 영미 등 서구 국가들에서는 여러 연구들을 통해서 스토킹의 피해자가 일정한 영화 스타나 탤런트와 같은 인물들에 한정되는 것이 아니라는 점이 밝혀져 왔다.⁵⁾ 또한 미국이나 영국과 같은 서구의 나라들에서만 발생하는 사회문제인 것만도 아니다. 이미 국내의 여러 연구들에서 밝혀진 바와 같이 우리 사회에도 이런 스토킹 문제는 이전부터 광범위하게 존재하고 있어 왔다. 다만 여러 가지 여성에 대한 사회적 편견이나 법률적인 무지로 인해서 많은 사람들에게 명백하게 인식되지 못했을 뿐이라고 말하는 것이 옳을 것이다.

한 가지 예를 들어 보면 이러한 점은 쉽게 알 수 있으리라고 생각된다. 만약 어느 미혼의 청년이 직장에서 알게 된 어느 미혼 여성을 짝사랑하게 되어서 그 여자의 환심을 사려고 시도했다고 해보자. 그러나 이 여자는 이 청년에게 어떠한 관심이나 호감도 느끼지 못했으므로 그러한 시도를 거부하였다고 해보자. 이때 이 청년이 다시 그 여자에게서 환심을 얻기 위해서

4) Mullen/Pathé/Purcell, *Stalkers and their victims*, 2000, p. 250.

5) Pathé/Mullen, "The Victim of Stalking", in Boon/Sheridan(ed.), *Stalking and Psychosexual Obsession*, 2002, p. 2 이하 참조.

반복적으로 전화를 하거나 또는 반복적으로 선물을 보내거나 또는 그 여자가 자주 가는 곳들을 몰래 조사하거나 한다면 이미 스톱킹 행위로 발전할 수 있는 계기들이 존재한다고 말할 수 있다. 그러나 아직 법률이 개입할 정도의 불법을 행한 것이거나 그 여자에게 피해를 입힌 정도는 아니라고 할 수 있을 것이다.

여기서 이 청년이 여자의 환심을 얻거나 그 여자와 친밀한 관계가 되기 위해서 집요하게 반복적으로 전화를 하거나 선물을 보내거나 한다면 그리고 그런 행위를 통해서 그 여자에게 일종의 불편함 또는 불안감을 느끼게 만들었다면 이미 스톱킹 행위가 시작되었다고 볼 수 있다. 이 때 많은 사람들은 이 단계에서 그 청년의 행위에 대해서 서로 다른 평가를 할 수 있을 것이다. 어떤 사람들은 그 청년의 행위가 아직 법률적인 불법을 저지른 것은 아니라거나 또는 남자라면 그 정도 행위는 할 수도 있는 것이 아닌가 하는 판단을 할 수도 있을 것이다. 다른 한편 그 여자의 입장에 처해본 경험이 있거나 그런 당사자의 가족의 입장에 처해 본 적이 있는 사람이라면 그 남자의 행위는 법률이 개입해서 그만두도록 만들어야 한다고 판단할 수도 있다.

현재 여러 범죄행위에 적용될 수 있는 형법과 형사특별법들을 고려하여 본다면 위에서 예로 든 청년의 행위는 아직 법률이 개입할 수 있는 정도의 불법을 저지른 행위는 아니라고 판단된다. 비록 그런 행위를 당한 당사자에게는 사생활이 노출되는 피해나 생활에서 불편함을 느끼는 등의 고통을 당했다고는 볼 수 있지만 현재 이에 대한 특별한 처벌규정은 경범죄 처벌법 상의 몇몇 행위유형들을 제외하고는 존재하지 않는다고 생각된다.

그렇지만 이런 행위에 대해서 법률이 아무런 개입도 해서는 안되는가 하는 문제가 제기된다면 판단은 달라져야 할 것으로 생각된다. 이미 그런 행위를 당한 당사자가 느낀 불편함이나 불안감을 법률이 모른 척하고 방

입하는 것은 이와 유사한 행위들에 대해서도 법률의 개입을 포기하는 것이 될 것이기 때문이다. 다만 이런 행위에 대해서 형법적인 처벌이 가해져야 하는가 하는 문제라면 몇 가지 점에서 부정해야 될 것인데, 그에 대해서는 뒤에서 상세히 논의하기로 한다.

여러 가지 점을 고려해 볼 때 위 예에서 본 청년의 행위는 법률이 개입해야만 하는가 또는 그렇지 아니한가 하는 점이 구분될 수 있는 스토킹 행위의 한계선상 쯤에 놓여있다고 생각된다. 그러나 법률이 개입해야 한다고 단정짓거나 또는 개입하지 말아야 한다고 주장하기에는 여러 가지 곤란한 점들이 이 경계선에 놓여 있다. 이 문제를 해결하기 위해서는 그 스토킹 행위가 피해자에게 어떠한 구체적인 피해를 주고 있는가 하는 점과 이를 규제하기 위한 적절한 방법은 무엇인가 하는 점이 같이 고려되어야만 할 것이다.

이때 전자의 점, 즉 당사자의 피해의 측면을 고려할 때에는 여러 가지 스토킹 사례들에서 나타난 스토킹 행위의 다양한 특징들을 명확하게 구분해볼 필요가 있다고 생각된다. 여타의 스토킹의 사례들을 충분히 고려하지 않는 것은 몇몇 피해자의 주관적인 피해나 평가를 절대시하게 되는 결함이 나타날 수 있기 때문이다. 다른 한편으로 방송이나 소문으로 듣게 되는 몇 가지 사례들에서 보게 되는 스토킹 행위들의 전형적인 피해가 스토킹 행위가 가져오는 피해의 모든 형태들을 다 보여주는 것이 아닐 수 있기 때문이다. 이런 결함을 피하기 위해서는 스토킹에 관한 사회학적인 연구와 심리학적인 연구의 성과들을 같이 고려하는 것이 필수적이라고 하겠다.

1. 스토킹 행위가 피해자에게 미치는 해악에 대한 평가

스토킹 행위가 그런 행위의 상대방인 피해자에게 미치는 여러 가지 피

해에 대해서 정확하게 평가하지 않고 스톱킹 행위에 대한 규제를 논한다는 것은 여러 가지의 문제점을 불러오게 될 수 있다. 그 이유는 여러 가지 불법행위에 대해서 형사법적인 제재를 가하기 위해서 형사정책적인 고려가 필요한 이유와 동일하다고 하겠다. 형법이 규정하는 형벌이 국민의 자유와 권리에 대해서 가하는 제약이라는 것이 국가의 권력행사의 형태 가운데 가장 중대한 것이며 또한 그런 만큼 국민에게 미치는 영향도 심대하기 때문이다. 따라서 스톱킹 행위가 사회적으로 매스컴을 통해서 크게 주목되고 있다는 점만으로는 형사법적인 규제를 직접적으로 논할 수는 없다고 하겠으며 그만큼 스톱킹 행위가 미치는 피해가 어떠한 것인가 정확하게 평가해 볼 필요가 있다.

가. 스톱킹 행위에 의한 피해자화

스토킹 행위에 대해서 피해자가 되는 상대방은 일부 매스컴에서 주목되는 대중 스타에 한정되는 것은 아니다. 오히려 스톱킹 행위는 보다 광범위한 범위에서 행해지고 있으며 잠재적으로는 모든 사람이 그런 스톱킹 행위의 피해자가 될 수 있다고 알려져 있다. Fremouw et al.(1997)의 연구에 의하면 조사대상자 중 30%가 여성 피해자이며 17%가 남성 피해자라고 한다.⁶⁾ 조사대상의 80%의 응답자가 그들을 스톱킹하는 행위자를 알고 있었으며 여성 피해자의 43% 그리고 남성 피해자의 24%가 스톱킹 행위 이전에 스톱킹 행위자와 피해자 사이에 일정한 관계가 있었다는 점이 보고되었다. 오스트레일리아 통계국(Australian Bureau of Statistics, ABS)(1996)에 의한 조사에 의하면 6300명의 성인 여성의 15%가 스톱킹을 당한 경험이 있다고 보고하고 있다.⁷⁾ 그러나 이 조사는 스톱킹 행위에 대한 불명확한

6) Fremouw, W.J./ Westrup, D./ Pennypacker, J., "Stalking on campus: the prevalence and strategies for coping with stalking", Journal of Forensic Sciences, 42, 1997, pp. 666-669.

정의를 사용하였다는 점에서 비판되고 있다.

100명의 스토킹 피해자를 대상으로 한 Pathé & Mullen(1997)의 조사에 의하면 스토킹 피해자의 83%가 여성이라고 한다.⁸⁾ 그 대상자 중 29%가 스토킹 행위자와 피해자 사이에 스토킹 행위 이전에 일정한 관계가 있었다는 점을 보고하고 있다. 또한 21%가 스토킹 행위자를 알고 있었다고 보고하고 있으며 피해자의 16%만이 스토킹 행위자를 알지 못한다고 하였다. 이 조사에서 나타난 스토킹 행위의 유형은 이전의 조사와 크게 다르지 않은 것으로 나타나고 있다. 조사대상 사례의 58%에서 피해자나 피해자와 일정한 관련이 있는 제3자에 대해서 명백한 위협이 스토킹 수단으로 사용되었으며 응답자의 34%가 폭행이나 성폭력 피해를 입었다고 보고되었다.

Tjaden & Thoennes(1998)의 조사에 의하면 전화응답한 피해자의 78%가 여성인 것으로 밝혀졌으며 그 중 대부분이 18-29세의 여성이라는 점이 보고되었다.⁹⁾ 대부분의 사례에서 피해자들이 스토킹 행위자를 알고 있었으며, 여성 피해자의 59% 그리고 남성 피해자의 30%가 스토킹 행위 이전에 일정한 관계가 있었던 것으로 밝혀졌다. 그러나 반면에 여성 피해자의 23% 그리고 남성 피해자의 36%가 스토킹 행위자를 알지 못했던 것으로 밝혀졌다.

우리나라에서 어느 정도 스토킹 행위가 발생하고 그로 인한 피해가 발생하는가에 대해서 살펴볼 때 위 외국의 조사결과와 거의 동일한 결과가 나타나고 있다고 볼 수 있을 것이다. 2000년에 실시된 조사에 의하면 평생 동안의 경험을 되돌아보았을 때 조사대상 중 15.8%가 스토킹 피해를 당한 것으로 응답하였다. 응답자 중 여성이 20.9%로 스토킹 피해의 경험이 남

7) Australian Bureau of Statistics, Women's Safety, Australia, 1996.

8) Pathé, M./ Mullen, P.E., "The impact of stalkers on their victims", British Journal of Psychiatry, 170, 1997, pp. 12-17.

9) Tjaden, P./ Thoennes, N., Stalking in America, Washington, DC, National Institute of Justice and Center for Disease Control and Prevention, 1998.

성의 10.5%보다 높은 것으로 나타나고 있다.¹⁰⁾ 2002년 실시된 조사에서도 이와 유사한 결과가 나타나고 있음을 알 수 있다. 조사에 의하면 대학생의 경우 여성의 22.9%가 스톱킹을 경험한 적이 있었던 것으로 응답하였고 컴퓨터 여성의 경우 48.7%가 스톱킹을 경험한 적이 있다고 응답하였다. 또한 연예인의 경우에도 27.3%가 스톱킹을 경험한 적이 있다고 응답하였다.¹¹⁾

스토킹 피해자가 스톱킹 행위로부터 당하게 되는 피해를 평가하기 위해서는 피해자를 일정하게 분류하여 볼 필요성이 있다. 여러 가지 피해자 유형분류에 대한 선행연구가 있지만 여기서는 Mullen et al.(2000)의 피해자 유형분류¹²⁾에 따라서 스톱킹 피해자가 입게 되는 피해를 서술해보기로 한다.

1) 스톱킹 행위자와 피해자 사이에 밀접한 관련이 존재했던 경우

이전의 선행연구들에 의하면 스톱킹 피해자의 대부분은 스톱킹 행위자와 일정한 관계에 있었다는 점이다. 예를 들면 스톱킹 행위자가 피해자의 배우자이거나 동거자이거나 또는 이성 친구였던 경우가 많다고 한다. 일정한 경우에는 스톱킹 행위자가 사업상의 동업자이거나 피해자의 환자가 있었던 경우도 많다고 한다.¹³⁾ 스톱킹 행위자와 피해자 사이에 일정한 관계가 존재했던 경우에 그 피해자의 대부분은 여성이다. 피해자 중 절반가량이 이전의 관계가 종료되기 이전에 여러 가지 괴롭힘(harassment)을 당한 것으로 보고되고 있다. 그런 괴롭힘의 방법은 따라다니기, 감시, 협박 및 폭행이다. 피해 여성의 80%가 이전의 관계가 종료되기 이전에 폭행을 당하였으며 30%가 성폭행을 당한 것으로 나타난다.¹⁴⁾ 우리나라의 경우에도

10) 김은경, “스토킹 피해실태와 그 쟁점들”, 형사정책연구, 2003 가을호, 100면.

11) 이진호/김은경/황지태, 전개논문, 84면 이하.

12) Mullen, P./ Pathé, M./ Purcell, R., Stalkers and their victims, Cambridge University Press, 2000, pp. 45-64.

13) Pathé/Mullen, “The Victim of Stalking”, in Boon/Sheridan(ed.), Stalking and Psychosexual Obsession, 2002, p. 5.

이와 크게 다르지 않은 것으로 나타난다. 2002년 조사에 의하면 컴퓨터여성의 48.7%가 살아오는 동안 스토킹을 당한 경험이 있다고 응답하였고 최근 1년 사이에는 32.8%가 스토킹을 당한 경험이 있다고 응답하였다.¹⁵⁾ 여기서 컴퓨터여성의 가해자가 그 배우자라는 점은 스토킹의 피해실태가 위 외국의 조사결과와 크게 다르지 않다는 점을 보여준다고 하겠다.

스토킹 행위자와 피해자 사이에 일정한 관계가 존재했던 경우에 스토킹 행위는 보다 집요하고 장기간 지속된다고 한다. 스토킹 행위의 지속은 이전 관계에 대해서 행위자가 더 많은 집착을 보일수록 더 많이 나타난다고 한다.

2) 스토킹 행위자가 친구이거나 알고 지내던 사이인 경우

이런 경우에 스토킹 행위는 일상적인 만남이나 이웃간 친구간에 다툼이 발생한 직후에 시작된다고 한다. 남성 피해자의 경우에는 대부분이 이런 유형에 속한다고 한다. 피해자가 당하는 피해는 스토킹 행위자가 관계를 지속하기 원하거나 우정이 깨진데 대하여 이를 복구하기 위한 노력을 하는 중에 또는 관계를 거절한 데 대한 보복에서 나타난다고 한다. 피해자가 폭행을 당하는 경우는 매우 드물며 단기간에 스토킹 행위가 종료된다고 한다.¹⁶⁾ 그러나 이런 유형에 속한다고 하더라도 스토킹 행위가 언제나 쉽게 종료되리라고 기대할 수만은 없다고 한다.

3) 직업적인 접촉이 있었던 경우

심리상담자, 심리학자, 의사, 사회사업가, 변호사 등은 스토킹을 당할 위

14) Mullen, P./ Pathé, M./ Purcell. R., ibid. p. 46.

15) 이건호/김은경/황지태, 전제논문, 84면.

16) Mullen, P./ Pathé, M./ Purcell. R., ibid. p. 47-48.

험성이 상대적으로 높다고 한다. 심리적으로 또는 정신적으로 불안정한 사람들을 상대로 하는 직업을 가진 사람들은 그런 사람들과 개인적인 친분을 쌓게 되기 쉬우며 때로는 배우자 관계를 형성하기도 하는데 이런 것이 그런 직업을 가진 사람들로 하여금 쉽게 스토킹 행위의 피해자가 되도록 한다고 한다. 어떤 경우에는 그런 관계를 형성하지도 않았음에도 의사 등과 일정한 친분이 형성된 것으로 오인하고 치료의 중단을 그러한 관계의 거절이나 중단으로 인식하여 복수심 등으로 의사를 스토킹하게 되는 경우도 있다고 한다.¹⁷⁾

이런 유형의 스토킹 행위자의 경우 피해자에게 폭행을 가하기보다는 전화를 반복하여 걸거나 편지를 보내는 등의 행위를 하는 것이 보통이라고 한다. 그러나 스토킹 행위자가 상대방의 직업적인 명성을 깎아내리기 위한 행위를 하는 경우도 있다고 한다. 스토킹 행위자는 그 상대방이 속한 전문 직업분과의 협회에 투서하거나 경찰이나 신문, 방송 등에 알리는 경우도 있다고 한다. 이런 행위를 방어하기 위해서 피해자는 많은 시간과 비용을 투입하게 되며 때로는 같은 직업의 동료로부터도 외면당하게 되기도 한다. 이때 피해자들은 상당한 정도의 스트레스를 받게 되며 자신이 수행하는 직업에 대해서 회의를 느끼게 되기도 한다고 한다. 그리하여 피해자들은 자신이 수행하던 직업을 포기하고 보다 손쉬운 단순직종으로 이직하게 된다고 한다.¹⁸⁾

4) 스토킹 행위자와 피해자가 직장에서 접촉하게 된 경우

이런 사례에 해당하는 경우에는 스토킹 행위자와 피해자가 직장에서 접촉하게 되는 사용자와 피고용자 사이, 피용자와 감독자 사이 또는 피고용

17) Pathé/Mullen, "The Victim of Stalking", in Boon/Sheridan(ed.), *Stalking and Psychosexual Obsession*, p. 6.

18) Pathé/Mullen, *ibid.* p. 6-7.

자 동료 사이인 경우 그리고 서비스업 종사자와 그 고객이었던 경우가 해당된다.¹⁹⁾ 스토킹 행위자가 되는 입장에서는 이런 관계에서 부당하게 배제되었거나 다른 동료로 인하여 자기가 부당하게 취급되었다고 느낀 경우에 괴롭힘 행위를 시작하게 된다고 한다. 이런 상황에서 행위자의 불평이 감독기관이나 상급기관에서 받아들여지지 않게 되는 경우에는 부당한 취급에 대한 감정이 더욱 격앙되게 된다고 한다. 피해자는 행위자로부터 협박을 당하거나 또는 계속적인 감시를 행위자로부터 당하게 되는 경우가 보통이라고 한다. 극단적인 경우에 스토킹 행위자는 그의 극단적인 행위로 인하여 고용관계를 유지하지 못하게 되고 그 결과를 다시 직장에 투영함으로써 극단적인 폭력행위에 호소하게 되는 경우도 있다고 한다.²⁰⁾

5) 피해자가 스토킹 행위자를 전혀 알지 못한 경우

이런 사례들에서 스토킹 행위는 스토킹 행위자가 일방적으로 피해자와 일정한 관계를 형성하기를 원하기 때문에 시작된다고 한다. 이런 사례들에서 스토킹 행위는 장래에 일정한 성폭력 행위로 이어지기도 하는데 그 피해자는 남성, 여성 또는 심지어 미성년자나 어린이인 경우도 있다고 한다.²¹⁾ 피해자가 스토킹 행위자에게 선택되게 된 기준은 대체로 그 피해자가 지닌 일정한 매력 등이나 사회적 지위에 기인하지만 항상 그런 것은 아니라고 한다. 사이버 스토키의 경우도 여기 해당하지만 그들의 경우 직접 접촉하기 전까지는 피해자의 매력에 대해서 모르는 것이 보통이며 대체로 행위자 자신이 원하는 피해자에 대한 망상에서 스토킹 행위가 비롯된다고 한다.

19) Mullen, P./ Pathé, M./ Purcell. R., ibid. p. 49.

20) Mullen, P./ Pathé, M./ Purcell. R., ibid. p. 50.

21) Pathé/Mullen, "The Victim of Stalking", p. 7.

6) 피해자가 대중 스타인 경우

이런 사례들에서 피해자들은 주로 대중문화나 방송, 영화 등에 종사하는 것이 보통이지만 스포츠 선수이거나 작가, 정치가인 경우도 있다고 한다. 대중적인 인지도가 높은 사람들은 스토킹 행위의 표적이 될 가능성이 그만큼 많으며 이때 스토킹 행위자는 그런 스타와 친밀한 관계를 형성하기 원하기 때문에 또는 애정망상에 기해서 행위하는 것이 보통이라고 한다.²²⁾ 우리나라에서도 2002년의 조사에 의하면 조사대상 연예인들 중 27.3%가 살아오는 동안 스토킹을 경험한 적이 있다고 응답하였고, 최근 1년 사이에는 15.6%가 스토킹을 당한 경험이 있다고 응답하였다.²³⁾ 행위자들은 그런 스타에 대해서 접촉을 시도하는 것 자체가 목표가 되기도 하며 이것이 좌절될 경우 복수심에서 스토킹 행위를 하게 된다고 한다. 피해자는 이런 행위로 인하여 사생활의 침해를 받게 되는 것이 보통이다.

7) 스토킹 행위의 간접적 피해자

스토킹 행위자는 자신이 목표로 정한 상대방 만에 대해서 괴롭힘 행위를 하는 것은 아니다. 스토킹 행위 상대방의 가족이나 친구 그리고 직장 동료 등도 스토킹 행위자에 의해서 괴롭힘 행위의 대상이 될 수 있다. 그들은 간혹 스토킹 행위자에 의해서 상대방과 친밀한 관계를 형성하는데 걸림돌이나 장애물로서 인식될 수도 있다. 이런 제3자들은 스토킹 행위자에 의해서 협박을 당하게 되기도 하며 재산적인 손해를 입거나 또는 극단적인 경우에 공격대상이 되어 상해를 입게 되기도 한다.²⁴⁾

22) Mullen, P./ Pathé, M./ Purcell, R., *ibid.* p. 55-56.

23) 이건호/김은경/황지태, *전계논문*, 84면.

24) Pathé/Mullen, "The Victim of Stalking", p. 8.

스토킹 행위의 상대방 배우자나 애인 등은 스토킹 행위자에게는 자신의 애정관계의 장애물로서 나타나며 따라서 그런 관계에 있는 제3자는 특히 취약한 목표물이 될 수도 있다. 이때 스토킹 행위자는 매우 극단적인 폭력을 사용하기도 하며 따라서 그 결과도 매우 비극적인 경우가 많다고 한다.

이런 경우 스토킹 행위의 대상이 된 피해자는 자신의 친족 등이 당한 피해로 인해서 극심한 스트레스를 받게 되기도 한다. 예를 들면 스토킹 상대방의 친족에 대해서 폭력을 가하거나 자녀에 대해서 위협을 가할 것을 스토킹 행위자가 협박하는 경우에 피해자는 매우 큰 공포심을 느끼게 될 것이다. 이런 공포심으로 인해서 피해자들은 간혹 정신적인 장애나 심리적인 장애를 겪게 되는 경우도 있다고 한다. 예를 들면 스토킹 행위자가 자신의 자녀에 대해서 위협을 가할 것을 염려한 피해자가 집에서 나가지 못하거나 또는 위협이 대상이 된 자녀에 대해서 오히려 증오심을 품게 된 극단적인 경우도 있다고 한다.²⁵⁾

나. 스토킹 행위의 영향

여타의 다른 범죄행위들과 구별되는 스토킹 행위의 특징은 그것이 장기간 지속되거나 또는 그렇지 않거나를 불문하고 반복적으로 되풀이하여 행해지며 계속적으로 지속해서 행해진다는 점이다. 스토킹 행위의 피해자는 피해자 자신이나 가족에 대한 위협 등을 비롯하여 갖가지 괴롭힘 행위(harassment)를 반복해서 당하게 된다고 할 수 있다. 스토킹 피해자는 스토킹 행위자의 반복적인 행위로 인해서 논리적인 사유가 통하지 않거나 이성적인 대응이 작동하지 않는다는 것을 알게 됨으로써 결국 자신의 상황에 적절히 대처할 수 없다는데 좌절하게 될 것이다.²⁶⁾ 더욱이 현재의

25) Pathé/Mullen, "The Victim of Stalking", p. 9.

26) Mullen, P./ Pathé, M./ Purcell. R., *ibid.* p. 58.

법률적인 대응이 용이하지 않은 상황에서는 경찰 등의 무관심 등에 의해서 더욱 고립된다는 감정을 지니게 될 수도 있다.

스토킹 행위에 의한 외상(trauma)에 관한 연구에 의하면 스톱킹 행위자의 신체 또는 생명에 대한 협박 등에 장기간 노출된 경우 심리적인 기능에 이상이 나타날 수 있다고 한다. 통제상실과 관련된 외상은 다른 여타의 스트레스 요인들보다 그 피해자에게 보다 더 지속적으로 불안정을 가져온다고 한다. Baum et al.(1993)의 연구에 의하면 통제상실 또는 통제에 대한 기대가 위반됨과 관련된 사건들은 자연재해와 같이 통제가 전혀 불가능한 상황들과는 다른 영향을 미친다고 한다.²⁷⁾ 또 다른 연구는 사회적인 원조가 제공될 경우 외상의 심각성이 완화될 수 있다고 보고하고 있다. 즉 극도의 스트레스 요인이 존재하더라도 긍정적인 태도나 가족의 도움이 재난에 대처하는데 긍정적으로 작용할 수 있다는 것이다.²⁸⁾

다른 연구에 의하면 생명이나 신체에 대한 실제적인 폭력이 행해졌는가와는 관계없이 협박이 지속적으로 행해질 경우 그것이 스톱킹 피해자에게 중대한 영향을 미치며 그 결과 심리적, 사회적, 직업적 영역에서 피해자가 행동하는데 중대한 장애를 가져올 수 있다고 한다. 조사결과에 의하면 응답자의 70%가 사회적인 활동을 중단했으며 50% 이상이 자신의 직업을 포기하거나 근로시간을 감소시킨 것으로 나타났다.²⁹⁾

Pathé 등의 연구(1997)에 의하면 거의 모든 피해자들이 정신적으로 뿐만 아니라 신체적으로도 황폐화되는 것을 경험하였다고 보고하고 있다. 응답자의 3/4가 무력감을 느꼈으며 65%가 스톱킹 행위자에 대해서 보복할 생각을 가졌던 것으로 나타났다. 극단적인 경우 피해자가 스톱킹 행위자를

27) Baum, A./ Cohen, L./ Hall, M., "Control and intrusive memories as possible determinants of chronic stress", *Psychosomatic Medicine*, 55, 1993, pp. 274-286.

28) Holahan, C.J./ Moos, R.H., "Life stressors, personal and social resources and depression", *Journal of Abnormal Psychology*, 100, 1991, pp. 31-38; Mullen, P./ Pathé, M./ Purcell, R., *ibid.* p. 59.

29) Mullen, P./ Pathé, M./ Purcell, R., *ibid.* p. 60.

공격하거나 살해한 경우도 있는 것으로 보고되고 있다.³⁰⁾ 응답자의 25%가 자살만이 유일한 탈출구라고 생각하여 자살을 결심하거나 실행했던 것으로 보고되고 있다. 또한 응답자의 80%가 불안감을 느꼈으며 75%가 고질적인 불면증에 시달리는 것으로 나타났다.

우리나라에서도 스토킹 피해자가 얼마나 심각한 스토킹 피해를 당하고 있는가를 조사한 바에 의하면 그 피해정도를 단순한 폭행 이상으로 느끼고 있다고 응답한 응답자가 대부분인 것으로 나타나고 있다. 2002년 조사에 의하면 대학생의 경우 응답자의 82.7%가 그리고 연예인의 71.1%가 단순 폭행보다 심각하지만 성폭행보다는 덜 심각한 것으로 생각한다고 응답하였다. 이에 대해서 쉼터여성의 경우 응답자의 50.0%가 단순폭행과 성폭행의 중간 정도라고 응답한 반면 쉼터여성의 46.2%가 성폭행과 같거나 그보다 심각하다고 응답한 것으로 나타났다.³¹⁾

우리나라의 스토킹 행위의 괴롭힘에 의한 후유증에 대한 조사결과를 살펴보면 다음과 같다. 대학생, 쉼터여성 및 연예인 중 대부분이 “성가심”이나 “분노”를 경험한 것으로 나타났으며, 이 집단들 모두에서 80% 이상이 이러한 경험을 한 것으로 나타났다. 대학생 집단 65% 그리고 쉼터여성과 연예인의 80% 이상이 전화 받기에 대해서 두려움을 느낀 것으로 보고하고 있다. 또한 신변안전에 대해서는 대학생의 28%, 쉼터여성의 52% 그리고 연예인의 50%가 불안을 느낀 것으로 나타났으며, 대학생의 18%, 쉼터여성의 84% 그리고 연예인의 18%가 무력감이나 우울증을 경험한 것으로 나타났다. 스토킹 피해자 중 대학생과 연예인의 경우 약 20%가 그리고 쉼터여성의 경우 89%가 불면증을 경험한 것으로 나타났으며, 대학생과 연예인의 약 6, 7%가 쉼터여성의 52%가 자살충동을 경험한 것으로 나타났다.³²⁾

30) Pathé, M./ Mullen, P., “The impact of stalkers on their victims”, British Journal of Psychiatry, 170, 1997, pp. 12-17.

31) 이건호/김은경/황지태, 전계논문, 98면 이하.

32) 이건호/김은경/황지태, 전계논문, 128면 이하.

이상에서 서술한 스톱킹 행위의 심리적 또는 정신적인 피해 이외에 스톱킹 행위에 의한 피해는 상대방에 대해서 혐오감이나 공포심을 주는 것 이외에도 그 행위형태에 따라서는 그 상대방이나 그 상대방의 친족 등에 대해서 상해를 가하거나 극단적인 경우에는 그 생명을 박탈하는 경우까지 나타난다는 것을 알 수 있다. 그러나 유의하여야 것은 스톱킹 행위의 피해가 언제나 단일하게 나타나는 것은 아니라는 점이다. 현재까지의 선행연구에 의하면 스톱킹 행위에 의한 피해는 그 행위자가 어떠한 특성을 지니고 있는가에 따라서 달라진다고 한다. 이런 점을 고려할 때 스톱킹 행위에 대해서 형사법적인 규제를 하고자 한다면 그 행위유형에 대한 고려도 스톱킹 행위에 의한 피해와 함께 이루어져야만 한다고 생각된다.

2. 스톱킹 행위자의 유형분류

심리학이나 사회학적 연구에서는 대체로 스톱킹 행위자의 유형분류는 행위자와 스톱킹 피해자의 관계나 심리적인 정신이상 유무를 기준으로 이루어지고 있다. 예를 들면 Dietz et al.(1991)과 같은 경우는 스톱킹 행위자가 스톱킹 피해자에 대해서 어느 정도의 밀접성을 지니기를 원하는가를 기준으로 스톱킹 행위자를 구분하고 있다.³³⁾ Dietz 등은 대중 스타와 같이 대중적으로 인지도가 높은 인물의 경우에 스톱킹 행위자가 그 피해자에게 물리적으로 접근하려 하는가 또는 피해자에 의해서 인지되기를 원하는가에 의해서 행위자 유형을 구분하고 있다.

33) Dietz, P. E./ Matthew, D. B./ Martel, D. A./ Stewart, T. M./ Hruda, D. R./ Warren, J., "Threatening and otherwise inappropriate letters to members of the United States Congress", *Journal of Forensic Sciences*, 36, 1991, pp. 1445-1468; Dietz, P. E./ Matthew, D. B./ Van Duyne, C./ Martel, D. A./ Parry, C.D.H./ Stewart, T./ Warren, J./ Crowder, J.D., "Threatening and otherwise inappropriate letters to Hollywood celebrities", *Journal of Forensic Sciences*, 36, 1991, pp.185-209.

한편 Geberth(1992)는 스토킹 행위자의 심리적인 정신이상 유무를 기준으로 스토킹 행위자의 유형을 구분하고 있다.³⁴⁾ Geberth의 행위자 분류는 스토킹 행위자를 정신병자 스토킹 행위자(psychotic personality stalker)와 정신병적 성격장애 행위자(psychopathic personality stalker)로 구분한다. 전자의 경우 대중 스타와 같이 실제로 관계를 형성하기 어려운 대상을 스토킹 행위의 상대방으로 설정한다고 한다. 그리고 그 상대방도 자신과 같은 감정을 자신에 대해서 지니고 있다는 망상에 빠진다는 것이다. 이런 유형의 스토키는 “애정망상(erotomania)”이라는 정신이상이 있는 것이 보통이라고 한다. 이런 행위자는 스토킹 행위의 상대방이 자신의 존재를 인식하게 만드는데 집착한다고 한다. 그에 대해서 정신병적 성격장애 행위자는 자신의 이혼한 배우자나 전에 애정관계가 있던 이성에게 대해서 집착을 보이는 유형이라고 한다. 이런 유형의 행위자는 이전의 관계를 회복하려 하거나 또는 상대방에 대해서 폭력적인 행위를 하려는 경향을 보인다고 한다.

Holmes(1993)는 스토킹 피해자에 근거해서 스토킹 행위자의 유형을 6가지로 분류하고 있다.³⁵⁾ Holmes의 분류에 의하면 스토킹 행위자는 대중스타 스토키(celebrity stalker), 성욕추구 스토키(lust stalker), 모살형 스토키(hit stalker), 애정추구형 스토키(love scorned stalker), 가정폭력 스토키(domestic stalker), 정치적 스토키(political stalker)로 구분될 수 있다고 한다. 이외에도 사회학적 연구 및 심리학적 연구에서는 다양한 분류방법들을 소개하고 있다.

이러한 분류방법들은 스토킹 행위자가 지닌 성질이나 특성을 중심으로 분류한 것으로 스토킹 행위자들의 유형과 행위태양들을 정확히 파악하고

34) Geberth, V.J., “Stalkers”, Law and Order, 10, 1992, pp. 1-6.

35) Holmes, R.M., “Stalking in America: types and methods of criminal stalkers”, Journal of Contemporary Criminal Justice, 9, 1993, pp. 317-334; Holmes, R.M., Criminal Stalking: An Analysis of the Various Typologies of Stalkers, in: Davis, J.(ed.), Stalking Crimes and Victim Protection, pp.19-27.

또한 그런 행위에 대처할 수 있는 방법들을 강구하게 하는데 도움이 되는 것은 사실이지만 여전히 문제점이 있다는 것을 알 수 있다. 이런 분류방법의 문제점 중 첫 번째는 이런 유형분류가 스톱킹 행위자의 다양한 특성들을 충분히 구체적으로 파악하고 있지 못하다는 점이다. 위에서 소개한 분류법 대부분이 스톱킹 행위자 중 정상적인 심리상태의 스톱킹 행위자와 정신병을 지니고 있거나 성격장애를 지닌 스톱킹 행위자를 같은 범주 안에 포함할 수 있다는 것이다.³⁶⁾ 두 번째로 위 분류법들은 하나의 스톱킹 행위자를 일정한 구체적인 행위유형으로 포섭하기 곤란하게 만드는 모호한 요소들을 여러 분류들에서 같이 포함하고 있다는 점이다. 즉 어떠한 분류는 피해자와의 관계와 행위자의 정신상태 등을 함께 기준으로 삼고 있지만 그런 조합 자체가 가능한 것인지 자체가 의문시될 수 있기 때문이다. 세 번째로 위 분류법들이 기초로 삼고 있는 사례들 자체가 분명하지 않은 경우들이 많기 때문에 그러한 분류법이 신뢰할 만한 것인가에 대해서 의문이 제기될 수 있다는 점이다. 즉 분류법이 기초로 삼고 있는 사례 중에는 자의적으로 재구성되거나 또는 사회적인 주목을 받기 위해서 구성된 사례들도 존재할 수 있기 때문이라는 것이다.³⁷⁾ 네 번째로는 분류법들이 지닌 분류기준과 구분이 다양하므로 어느 것이나 다 비판이 가능하다는 점이다. 예를 들면 Geberth의 분류는 스톱킹 행위자의 정신이상이나 심리적 이상만을 대상으로 삼음으로써 너무 단정적이라는 비판이 가능한 반면에 Dietz 등의 분류는 대중스타와 같이 대중적으로 주목받는 사람들만을 피해자로 한다는 점에서 너무 협소하다는 비판이 가능하다. 또 다른 비판은 이런 분류가 스톱킹 행위자를 규제하거나 피해자들을 원조하는데 별 도움이 되지 않는다는 점일 것이다.

36) Sheridan, L./ Boon, J., "Stalker Typologies: Implications for Law Enforcement", in: Sheridan, L./ Boon, J.(ed.), *Stalking and Psychosexual Obsession*, p.65.

37) Sheridan, L./ Boon, J., *ibid.*

이런 분류의 단점을 극복하기 위한 분류법은 스토킹 행위자와 그 피해자의 관계를 중심으로 분류하는 방법이다. Zona et al.(1998)은 스토킹 행위자가 그 상대방과 스토킹 행위가 시작되기 이전에 일정한 접촉이나 관계가 있었는가를 중심으로 스토킹 행위를 구분하였다.³⁸⁾ Zona 등은 이러한 분류가 스토킹 행위자의 심리를 파악하기 가장 적합한 분류법이라고 주장한다. Harman et al.(1995)도 스토킹 행위로 형사고발된 행위자들을 상대방과 이전에 관계나 접촉이 있었는가를 기준으로 구분하였다.³⁹⁾ Meloy(1997)는 스토킹 행위자에 대한 연구가 그 행위자가 과거에 피해자와 어떠한 관계에 있었는가를 중심으로 이루어져야 한다고 주장한다.⁴⁰⁾ Meloy는 Harmon 등의 연구 데이터를 새로이 분석하여 스토킹 피해자의 절반 정도를 넘는 58%가 스토킹 행위자와 잘 아는 사이였다는 점을 밝혀냈다. 그리고 그중 21% 정도가 스토킹 행위자와 피해자가 서로 모르는 사이였으며 그리고 12%정도가 이전에 매우 가까운 관계였다는 점을 밝혀냈다.

스토킹 행위자와 그 피해자 사이의 관계를 기준으로 하는 분류는 이후에도 Meloy가 예측하였던 관계가 스토킹 행위자와 그 피해자 사이에 존재한다는 점을 지지해주고 있다. 즉 스토킹 피해자의 절반 이상이 스토킹 행위자와 알고 있는 사이라는 것이다. 이는 이전의 연구들이 대중스타나 대중적인 인지도가 높은 피해자에 대해서 집중되거나 정신병으로 인한 스토킹 행위자에 집중되는 경향을 나타낸 것이 오류였다는 점을 보여주는 결과라고 하겠다. Mullen et al.(2000)은 그 이전의 연구들을 평가하면서

38) Zona, M. A./ Palarea, R. E./ Lane, J. C. Jr., "Psychiatric diagnosis and the offender-victim typology of stalking", in: Meloy, J.R.(ed.), the Psychology of Stalking, 1998, pp. 70-83; Zona, M. A./ Sharma, K. K./ Lane, J., "A comparative study of erotomaniac and obsessional subjects in a forensic sample", Journal of Forensic Sciences, 38, 1993, pp. 894-903.

39) Harman, R.B./ Rosner, R./ Owens, H., "Obsessional harassment and erotomania in a criminal court population", Journal of Forensic Sciences, 40, 1995, pp. 188-196.

40) Meloy, J.R., "A clinical investigation of the obsessional followers", in: Schleginger, L.(ed.), Explorations in Criminal Psychopathology, 1997, pp. 9-32.

과거에 피해자와 가까운 사이였던 스톱킹 행위자가 스톱킹 행위자들 중 가장 많은 비율을 차지하며 또한 가장 광범위한 비율을 차지하는 피해자 집단도 그 스톱킹 행위자와 과거에 일정한 관계를 가졌던 경우라는 점을 밝히고 있다.⁴¹⁾

지금까지 살펴본 Meloy에 의한 스톱킹 행위자의 분류는 스톱킹 행위자의 행위유형과 함께 피해자와 어떤 관계를 지니고 있는가를 기준으로 한 것이라는 점에서 매우 유용한 분류방법이라고 할 수 있을 것이다. 앞에서 소개한 행위자의 특성을 중심으로 하는 분류보다 스톱킹 행위자가 그 상대방과의 관계에서 무엇을 추구하며 어떻게 행동할 것인가에 대해서 보다 상세한 설명을 제공할 수 있다. 그러나 이런 분류의 목적은 사회학적인 연구 및 심리학적인 연구를 위한 것이라는 점에서 역시 형사법적인 규제를 위해서 그대로 받아들여서 사용할 수는 없는 것이라고 하겠다. 따라서 스톱킹 행위자를 형법적으로 규제하기 위해서는 그러한 목적에 맞는 분류방법이 필요하다고 하겠다.

3. 스톱킹 행위의 형사법적 규제를 위한 유형분류

스토킹 행위가 그 상대방 또는 피해자에 대해서 미치는 해악이나 그 불법성을 고려할 때 형사법적인 규제가 필요하다는 점은 부정하기 힘들다. 그러나 스톱킹 행위를 단일한 행위유형으로 파악하여 일률적으로 형벌을 부과하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 스톱킹 행위를 구성하는 여러 가지 행위형태들은 그것이 국민의 자유권의 영역에 속한다는 점에서 그런 행위에 대해서 형벌을 부과하는 것은 위헌논의를 불러오게 될 뿐만 아니라 형사정책적으로도 그 효과가 의심스럽다고 할 수 있다. 따라서 스톱킹 행위

41) Mullen, P./ Pathé, M./ Purcell, R., *Stalkers and their victims*, Cambridge University Press, 2000, p. 44.

의 유형을 적절히 구분하여 형벌의 부과 필요성이 있는 행위들과 형벌부과가 아닌 다른 형사정책적 대응이 필요한 행위들로 구성해볼 필요성이 있다고 생각된다.⁴²⁾

이를 위해서는 스토킹 행위에 대한 사회학적 연구나 심리학적 연구의 유형분류를 참조해야 할 것이다. 사회학적 지식이나 심리학적인 지식이 전무한 필자로서는 선행하는 국내 실증연구를 기초로 그러한 분류법을 스스로 만들 수 없으므로 외국의 선행연구에 의존할 수밖에 없다고 하겠으며 그런 점에서 Sheridan & Boon(2002)의 연구가 유용할 것으로 생각된다. Sheridan 등은 스토킹 행위자를 그 상대방과 과거에 어떤 관계가 있었는가를 기준으로 분류하고 있으며 스토킹 행위자가 그 상대방에 대해서 어떤 목적을 추구하는가를 중요한 요소로 파악하고 있다.⁴³⁾ 이 연구가 참조될 수 있는 근거 중 하나는 이런 유형 분류가 영국의 형사사법기관에서 이루어진 실제 사건에 근거해서 이루어진 행위유형분류라는 점일 것이다.⁴⁴⁾

Sheridan 등의 유형분류는 스토킹 행위의 유형들에 따라서 유사한 행위도 각 행위자에 따라서 다른 의미와 내용을 담고 있다는 점을 전제로 한다. 예컨대 많은 스토킹 행위자들이 상대방에 대해서 반복해서 계속적으로 편지를 쓰고 이를 발송하는데 이 유사한 편지들도 서로 다른 함의를 지니고 있다는 것이다.⁴⁵⁾ 그리하여 스토킹 행위자가 과거의 배우자였던 상대방에게 편지를 보낸다면 그 편지는 자신이 보유하여야 할 권리와 권한이나 소유에 대한 원망이나 집착을 담고 있는 반면에 잘 모르는 상대방에 대해서 애정관계를 형성하려는 스토킹 행위자의 편지는 무해하거나 로맨틱한 내용을 담고 있을 것이라는 것이다. 또한 가학적인 스토킹 행위자의

42) 김은경, 전계논문, 128면.

43) Sheridan, L./ Boon, J., "Stalker typologies: Implications for Law Enforcement", in: in Boon/Sheridan(ed.), *Stalking and Psychosexual Obsession*, pp. 70-78.

44) Ibid. p. 70.

45) Sheridan, L./ Boon, J., *ibid.* pp. 79-80.

경우 편지 그 자체만으로도 매우 유해한 내용을 담게 될 것이고 이런 스토킹 행위가 형사법적인 규제의 대상이 될 경우에는 그 행위자에게 불리한 증거로서 사용될 수 있을 것이라는 것이다.

Sheridan 등의 유형분류는 스토킹 행위를 그 피해자인 상대방과의 관련을 기준으로 대체로 다음과 같이 분류한다. 과거의 배우자의 스토킹 행위, 애정추구형 스토킹 행위, 애정망상형 스토킹 행위 그리고 가학적 스토킹 행위가 그것이다. 이하에서 각 스토킹 행위유형의 특성을 서술하기로 한다.

가. 배우자 스토킹(ex-partner harassment/stalking)

이른바 배우자 스토킹은 과거 스토킹 행위자가 상대방인 배우자와의 관계에서 지냈던 증오 등의 감정과 얽혀있다고 한다. 행위자는 상대방에 대해서 적대감과 증오를 지니고 있으며 과거 배우자의 관계에 있었을 당시에도 그런 감정이 폭력으로 표출되었을 가능성이 높다고 한다. 스토킹 행위자는 물리적인 폭력이나 협박과 같은 언어폭력을 행사할 가능성이 매우 높다고 한다.

이런 스토킹 행위로부터 피해자가 피해를 당하지 않기 위해서는 스토킹 피해자인 상대방이 행위자와의 접촉을 극도로 삼가야 하며 가능한 한 행위자의 접촉으로부터 회피해야 한다고 한다. 또한 스토킹 행위자에 대해서 재정적인 규제, 법적인 규제나 언어폭력 등도 극도로 자제되어야 한다고 한다. 특히 행위자로부터 물리적인 거리를 확보하는 것이 중요하다고 한다.

나. 애정추구형 스토킹(infatuation harassment)

애정추구형 스토킹 행위자는 젊은 행위자의 경우와 중년의 해위자로 구

분해 볼 수 있다고 한다. 스토킹 행위자의 상대방은 피해자라기보다는 행위자에게 사랑하는 상대방으로 인식되며 모든 상황과 사건이 사랑과 관련해서 해석된다고 한다. 다른 스토킹 행위에 비해서 상대적으로 위험성이 작은 경우라고 한다. 행위도 상대방에 대한 위협보다는 선물공세가 대부분이라고 한다.

젊은 행위자의 경우에는 행위자가 상대방의 의도와 행위를 오해하고 있다는 점과 상대방의 정확한 생각인 거절이 행위자에 의해서 어떻게 오해되고 있는가를 이성적으로 해명하는 것이 중요하다고 한다. 또한 행위자의 행위가 법적으로 정확하게 어떤 의미를 갖는지 그 불법성과 그에 대한 법적 효과에 대한 논리적 설명이 효과적이라고 한다.

반면에 중년의 행위자의 경우에는 행위자의 가정생활에서의 불만이 다른 상대방에 대한 추구로 나타난 것이라고 한다. 따라서 상황을 이성적으로 설명하기 보다는 행위자와 물리적 거리를 확보하는 것이 중요하다고 한다. 행위자가 해결하지 못한 가정생활의 상황은 정신과 상담이나 가정상담 등을 통해서 해결될 필요가 있다고 한다.

다. 위험한 망상형 스토킹(dangerous delusional fixation stalking)

이런 유형의 스토킹 행위자의 경우 피해자에 대해서 고착된 경향을 보인다고 한다. 행위자는 인격장애나 분열증을 앓고 있는 경우가 많다고 한다. 행위형태는 일관성이 없으며 전화를 끊임없이 하거나 편지를 보내는 등의 행위를 한다고 한다. 행위자가 하는 전화나 보내는 편지 등의 내용은 성적인 것이거나 음란한 성격의 것이라고 한다. 행위자는 상대방에 대해서 성적인 의도를 사랑으로 표현한다고 한다. 행위자는 자신이 실제로는 상대방과 아무런 접촉이 없었음에도 불구하고 일정한 관계가 형성된 것으로

믿는 경향이 있다고 한다. 피해자인 스톱킹의 상대방의 경우 신체적인 매력이나 직업 등에서 일정한 특성을 지닌 것이 보통이라고 한다.

상대방은 스톱킹 행위자에 대해서 거절의 표시를 하거나 이성에 호소할 필요가 없으며 스톱킹 행위자가 정신과 치료를 받도록 하는 것이 가장 적절하다고 한다.

라. 덜 위험한 망상형 스톱킹(less dangerous delusional fixation stalking)

행위자는 상대방과 자신 사이에 어떤 이상적인 관계가 존재한다는 망상을 지니고 있다고 한다. 스톱커가 상대방에 대해서 어렴풋한 지식을 지닌 경우도 있다고 한다. 이런 행위자의 행위는 직접적인 위험성이 없는 것이 보통이며 대체로 상대방과 함께 있기를 바란다고 한다. 위의 망상형 스톱킹과 마찬가지로 명시적 거절이나 이성에 대한 호소는 효과가 없다고 한다. 이런 망상형 스톱킹 행위자의 경우에는 자신의 애정의 방해자로 인식된 사람에게 폭력을 가할 가능성이 있다고 한다.

피해자가 즉시 법률에 호소하는 것이 효과적이라고 한다. 가능한 한 피해자는 행위자에게 응답을 해서는 안되며 만약 응답해야 할 긴급한 필요가 있다면 감정표현을 삼가고 명시적인 거부를 표해야 한다고 한다. 상대방은 피해자에게 논박하거나 해서는 안되며 행위자와의 접촉을 극도로 삼가야 한다고 한다. 행위자가 논리적인 해명을 받아들이지 못하다는 점은 경찰과 같은 수사기관이나 검찰, 법원과 같은 사법기관도 인식해야 한다고 한다.

마. 가학적 스톱킹(sadistic stalking)

피해자는 행위자에게 목표물이나 약탈대상과 같이 인식된다고 한다. 행

위자가 피해자를 선택하는 기준은 피해자가 지닌 행복이나 안정 등이 될 수 있으며 행위자는 이런 상황을 망치려한다는 것이다. 피해자의 입장에서 그런 선택이 왜 자신에 대해서 행해졌는지를 전혀 이해하지 못할 수도 있다고 한다. 피해자인 상대방은 스토킹 행위자를 알지 못하는 경우가 대부분이라고 한다. 상대방이 전혀 무력하다는 것을 보임으로써 자신이 강하다는 인상을 주거나 가지려 하다고 한다. 행위자는 상대방에 대해서 어떤 동정심도 가지고 않으며 따라서 행위자가 정신병자인 경우가 많다고 한다. 이런 유형의 행위자는 그 위험성이 매우 높으며 피해자를 완전히 통제불능의 무력상태에 처하게 만들려는 경향을 보인다고 한다.

이런 유형의 스토킹 행위가 행해진 경우에는 매우 심각하게 받아들여야 한다고 한다. 행위자에게는 어떤 대화도 불가능하므로 피해자는 이런 행위자에 대해서 대화나 설득을 시도해서는 안되며 오히려 그런 시도가 위험을 가중시킬 수 있다고 한다. 반드시 행위자가 하는 행위를 정확히 기록하여 넘겨두는 것이 장래의 법적 대응에 도움이 된다고 한다. 피해자 자신이 처한 상황을 정확히 인식하여야 하며 막연히 상황이 나아질 것으로 기대해서는 안 된다고 한다. 따라서 형사사법기관에 신속히 신고하여 법률적인 조력을 받도록 해야 할 것이다. 경찰과 같은 수사기관이나 검찰 등의 형사사법기관은 행위자가 매우 계산적이라는 점을 명심해야 하며 법적인 대응에 대해서는 다른 새로운 가해행위를 할 수 있다는 점을 반드시 고려해야 한다고 한다.

4. 소 결

스토킹 행위는 이상에서 살펴본 바와 같이 하나의 단일한 범죄행위로 파악하기 어려운 여러 가지 특성을 지닌다는 점을 알 수 있다. 이런 특성

이 스톱킹 행위에 대해서 법률적 대응, 특히 형사법적인 대응을 어렵게 만드는 점이라고 할 수 있다. 그런 어려움을 구체적으로 말해보자면 첫째로 그것은 스톱킹 행위가 나타나는 외형적인 결과들에도 불구하고 그것이 단일한 행위형태인가 하는 점에 대해서 의문이 제기된다는 점일 것이다. 그것이 단일한 행위형태로 파악하기 힘든 이유는 법률적인 관점과 사회학적 또는 심리학적 관점으로 나누어 볼 수 있을 것이다.

먼저 법률적인 관점에서 볼 때 앞서서도 언급한 바와 같이 그것이 다양한 구성요건적인 행위로 이루어지거나 또는 법률적인 규제대상이 될 수 없는 행위들로 이루어졌다는 점일 것이다. 다양한 구성요건적 행위로 이루어졌다는 것은 스톱킹 행위가 반복해서 전화하거나 혐오스런 물건보내기 등과 같이 하나의 행위로만 파악하기에는 그 특성을 충분히 파악하기 힘들다는 점에 기인할 것이다. 기존의 형법상의 구성요건이란 이미 하나의 단일한 행위형태와 결과만으로도 그 규제의 필요성이나 형벌을 부과할 필요성이 충분히 파악되는 행위들인 것이 보통인 반면에 스톱킹 행위는 하나의 행위로는 범죄행위가 구성되기 힘들만큼 불법성이 뚜렷하지 못하기 때문일 것이다.

또한 스톱킹 행위 중 하나의 행위는 피해자가 당한 피해를 누적적으로 가중시키는 여러 가지 괴롭힘 행위들 가운데 하나일 뿐이므로 그 단일의 행위에 대해서만 형벌을 부과하거나 행위를 규제하는 것은 다른 형법상의 범죄와 달리 행위자가 실제로 행한 불법이나 책임에 미치지 못하는 형벌을 부과하게 될 가능성이 커지게 된다. 이런 문제점은 어떤 스톱킹 아닌 행위는 협박으로 처벌되는 반면 반복해서 사랑한다는 전화나 편지를 보낸 행위자는 상대방에게 신체나 생명에 대한 위해가 미칠지 모른다는 두려움을 가한 스톱킹 행위임에도 불구하고 경미한 경범죄나 협박죄보다 경한 형벌을 부과받게 될 것이다. 이런 결과는 불법과 책임에 상응하는 형벌이

라는 형사법상의 중요한 책임원칙을 형해화시킬 수 있을 것이기 때문이다. 따라서 스토킹 행위를 기존의 형법상의 구성요건과 동일하게 구성요건을 구성할 수 있는 입법기술이 요청된다고 볼 수 있다.

반면에 스토킹 행위를 기존의 형법상의 구성요건과 동일하게 범죄행위로 구성하기 위한 방법의 하나로서 스토킹 행위의 구성요건을 보다 명확성의 요건을 완화시킨 구성요건표지들을 사용하는 방법이 있을 것이다. 예를 들면 “상대방에게 반복해서 상대방이 거절하는 편지보내기, 따라다니기 등 행위를 함으로써 상대방에게 심각한 두려움 등을 유발한 사람은 몇 년 형 이하의 징역 등에 처한다”는 형식이 될 수 있을 것이다. 그러나 이렇게 구성요건표지를 추상성이 높은 용어들을 사용하여 규정하는 것은 형법상의 죄형법정주의원칙 중 명확성의 원칙을 침해하게 될 우려가 있다. 미연방의 여러 주들의 경우 스토킹 방지법률들이 위헌판결을 받은 것도 이와 같이 추상적인 문언의 사용이 미연방 수정헌법에 위반되었기 때문임은 아래에서 보는 바와 같다. 따라서 스토킹 행위를 단일하게 하나의 구성요건으로 규정하고자 하는 시도는 재고되어야 할 것이다.

다른 한편 스토킹 행위를 단일한 범죄행위로 구성하기 힘든 근거는 스토킹 행위에 대한 사회학적 연구 및 심리학적 연구에서 찾아 볼 수 있다. 스토킹 행위나 피해자화에 대한 연구들에 의하면 스토킹 행위는 그 공통적인 특성이 존재하기는 하지만 이를 단일한 행위자 유형이나 피해자 유형으로 파악하기 힘든 성질들이 존재한다는 점이다. 가장 뚜렷하게 구분될 수 있는 스토킹 행위는 스토킹 피해자가 과거에 배우자였던 경우와 스토킹 피해자가 대중적인 인기가 있는 연예인인 경우라고 할 수 있을 것이다. 예를 들면 각각의 스토킹 행위자가 상대방이 접촉을 거부했음에도 불구하고 행위자에게 계속적으로 접촉을 시도하거나 그런 접촉이 거부당했을 때 협박편지를 한 경우를 살펴보면 그것이 침해된 불법을 중심으로 평가하는

형법적 관점에서는 유사하다는 점을 알 수 있다. 그러나 이 두 가지의 유형의 스톱킹에 대해서 사회학자와 심리학자는 다른 견해를 주장할 것이다. 사회학자 등은 후자의 연예인에 대한 스톱킹보다 과거의 피해자에 대한 스톱킹 행위가 더 위험하다고 평가할 것이다. 이런 주장의 경험적인 근거는 이미 우리나라의 경우에도 2002년의 조사에서 나타난 바 있다.

결론적으로 말하면 스톱킹 행위를 형법적으로 규제하기 위해서는 사회학적 연구나 심리학적 연구의 성과가 입법기술의 측면에서 반영되어야만 보다 효과적으로 스톱킹 행위를 규제할 수 있을 것이라는 점이다. 따라서 스톱킹 행위를 단일한 구성요건으로 규정하여 획일적으로 형벌을 부과하기보다는 그 행위태양을 세분화 및 단계화하고 그 침해불법유형을 세분화하여 규정하는 한편 각 행위유형이 침해하는 불법한 결과를 방지하기 위한 규제수단들을 다양하게 규정할 필요가 있다는 점이다.⁴⁶⁾ 이때 앞에서 서술한 Sheridan 등의 유형분류(2002)가 규제행위와 규제수단을 구분하는데 도움이 될 수 있을 것으로 생각된다. 예를 들면 가정폭력의 연장선상에서 파악할 수 있는 과거의 배우자에 대한 스톱킹 행위는 다른 스톱킹 행위보다 폭력적인 가해행위로 발전할 가능성이 크다는 점⁴⁷⁾을 고려할 때 수사기관이나 형사사법기관이 보다 조기에 개입하는 전략을 구사할 필요가 있을 것이다. 반면에 청년이 미혼의 여성에게 행한 스톱킹 행위에 대해서는 보다 완화된 대응이 필요하다고 생각된다. 예를 들면 경찰과 같은 수사기관에 의한 행위중지의 경고나 반복행위 적발시의 처벌경고가 그것이 될

46) 김은경, 전제논문, 128면.

47) Mullen 등은 스톱킹 행위가 극단적인 폭력으로 발전할 수 있는 가능성을 예견할 수 있는 지표로서 약물과 알콜에 대한 의존성 전력(prior history), 과거 폭력행위를 한 전력, 그리고 스톱킹 상대방과의 성관계 유무 등을 들고 있다. Mullen, P.E./ Pathé, M./ Purcel, R./ Stuart, G.W., "Study of stalkers", American Journal of Psychiatry, Aug. 1999, pp. 156, 158 et 1249. 가정폭력이 살인사건으로 발전된 극단적인 사례에 대해서는 Albrecht, S.F., "Stalking, stalkers, and domestic violence", Davis, J.A.(ed.), Stalking Crimes and Victim Protection, pp. 88-92 참조.

것이다. 이런 후자의 경우라고 할지라도 처음부터 상대방의 생명, 신체에 대한 안전을 위협하는 협박이나 폭력행위가 행해진 경우에는 보다 중한 처벌이 부과되어야 할 것이다.

이하에서는 외국의 선진국가들이 스토킹 행위를 어떻게 규제하고 있는가를 살펴봄으로써 스토킹 행위자 및 피해자 유형에 따라서 구성요건 및 그 법률효과인 규제와 처벌을 단계화 및 다양화하는 대응방법이 보다 타당한 관점이라는 점을 간접적으로 논증해보고자 한다.

IV. 스토킹 행위 규제를 위한 외국 입법례에 대한 검토

1. 미국의 스토킹 방지법⁴⁸⁾

미국에서 가장 먼저 제정된 스토킹 방지법률은 캘리포니아주의 스토킹 방지법이다. 캘리포니아주의 스토킹 방지법은 스토킹 행위를 다음과 같이 규정한다. ‘스토킹 범죄’란 “고의로 그리고 악의적으로 타인을 뒤쫓거나 또는 괴롭히는 행위를 반복적으로 행하는 것 및 생명 또는 신체에 대한 상당한 위협을 가할 것을 위협함으로써 타인으로 하여금 공포심을 느끼게 할 의도로 상당한 위협을 가하는 것”을 말한다고 규정하고 있다(캘리포니아주 형법 646.9 (A)). 또한 ‘괴롭힘(harassment)’이란 “특정한 사람을 심하게 놀라게 하거나 괴롭히거나 또는 고통을 주는 행위로 어떠한 정당한 목적도 지니지 않는 고의의 악의적인 일련의 행위(course of conduct)를 말한다. 이러한 ‘일련의 행위’는 합리적인 사람에 대해서 중대한 감정적인 괴로움을 야기할 만한 것으로 또한 실제로 그 사람에 대해서 중대한 감정적

48) 미국의 여러 주들의 스토킹 방지법률들에 대한 보다 상세한 소개로는 이진호/김은경/황지태, 전제논문, 141면 이하 참조.

인 괴로움을 가하는 것이어야 한다”고 한다(동법 646.9 (e-g)).

이런 캘리포니아주 스토킹 방지법은 미연방의 여타 다른 주의 모범적인 입법이 되었고 다른 주들도 이런 입법형태를 취하고 있는 것으로 나타난다. 그러나 구체적인 입법의 모습은 서로 상이한 부분도 많은 것으로 나타나고 있다. 특히 다른 주들의 스토킹 방지법들 중에는 구성요건 상의 “위협(threat)”에 관한 규정이나 주관적 요건에 대한 규정들이 실제로 소송상에서 입증되기 어렵다는 점들로 말미암아 스토킹 행위자들을 규제하는데 곤란하다는 문제가 제기되고 있기도 하다.⁴⁹⁾

플로리다주의 스토킹 방지법은 경죄(misdemeanour)의 스토킹과 중죄(felony)의 가중된 스토킹(aggravated stalking)으로 구분하고 있다. 악의로 반복해서 다른 사람을 쫓아다니거나 괴롭히는 경우에 경죄의 스토킹 범죄를 구성하며 행위자는 1년 이하의 징역형에 처해진다. 스토킹 행위의 과정에서 다른 사람의 생명 또는 신체에 대한 안전을 위협함으로써 그 사람으로 하여금 상당한 공포를 느끼게 하거나 또는 법원이 부과한 금지명령을 위반하고 스토킹 행위를 계속하면 ‘가중된 스토킹’을 구성하게 된다. 가중된 스토킹 행위자에 대해서는 5년 이하의 징역형이 부과된다.

이런 여러 주의 스토킹 방지법들 중에는 그 규정의 추상성과 모호한 의미를 지닌 용어 사용으로 말미암아 여러 차례 위헌소송이 제기되고 있다. 플로리다주의 스토킹 방지법에 대해서도 이미 1997년까지 주 항소법원에서 26차례의 위헌심사가 청구된 바 있다. 최초로 상급법원에 의해서 스토킹 방지법이 위헌으로 판단된 것은 1994년 Commonwealth v. Kwiatkowski 판결에서 메사추세츠주의 스토킹 방지법에 대해서 위헌심사가 청구된 경우이다. 위헌심사를 한 법원은 법률이 모호하다는 피고인의 주장을 받아들였다. 주 법률상의 ‘반복해서 행해진 괴롭힘 행위’에 대한 정의가 잘못 되었다고 판단하였다. 법률은 괴롭힘 행위를 악의적인 일련의 행위로 규정하고

49) Mullen/Pathé/Purcell, Stalkers and their victims, 2000, p. 259-260.

있었는데, 법원은 이런 일련의 행위가 성립하기 위해서는 두 개의 일련의 행위가 있어야 하며 따라서 피고인이 적어도 네 개의 개별적인 행위를 행한 경우에만 여기 해당한다고 판단하였다.

이외에도 1995년에는 Oregon v. Norris-Romine/Finley 판결에서 오레건 주 스토킹 방지법의 “정당한 이유 없이”란 규정이 의미가 불명확하여 법률을 모호한 것으로 만든다는 이유에서 위헌으로 판단되었다. Starr v. Eccles 판결에서는 법규정이 광의로 규정되어 헌법상의 여러 권리들을 제한한다는 근거에서 위헌으로 판단되었다. 또한 1996년의 State v. Bryan 판결에서는 캔사스주의 스토킹 방지법이 피해자의 주관적인 감정에만 근거해서 공포나 괴로움을 판단한다는 이유에서 위헌으로 판단되었다.

1992년 미연방의회는 각 주의 스토킹 방지법을 합헌적이며 효과적으로 입법을 위한 임무를 미연방 법무부장관에게 부여하는 법률을 통과시켰으며 이에 따라서 스토킹 방지에 관한 모범법안이 공포되었다. 스토킹 사건과 관련된 위 위헌결정들은 이러한 노력에도 불구하고 스토킹 방지법을 합헌적으로 입법하는 것이 여러 가지로 곤란을 겪었다는 점을 보여주고 있다.

이상 살펴본 바에 의하면 미국의 연방 스토킹 방지법과 각 주들의 스토킹 방지법은 스토킹 행위를 구성하게 되는 금지되는 행위들을 규정하고 이를 통해서 보다 단일한 하나의 범죄행위형태로 규정함으로써 이에 대해서 형벌을 부과하는 방식을 취하고 있다는 점을 알 수 있다.⁵⁰⁾ 단일한 스토킹 행위를 상정하고 이를 구성요건화 하여 효과적으로 대응하려는 과정에서 보다 추상적인 문언을 사용하게 될 수밖에 없었으리라는 점을 추론할 수 있다. 이런 입법방식이 이후에 구체적인 사건에 적용되는 과정에서 헌법상의 권리를 침해할 수 있는 해석의 가능성을 제공하였을 것이며 이 점이 위

50) Lamplugh, D./ Infield, P., “Harmonising Anti-stalking laws”, George Washington International Law Review 2003, 34, 4, pp. 861-863에서는 미연방 각 주의 입법형식을 일본의 스토킹 방지법과 함께 이른바 나열형(list model)으로 분류하고 있다.

현심사로 이어졌을 것으로 생각된다. 물론 이런 대응형태가 스토킹 규제에 효과가 없다고 일방적으로 주장할 수는 없지만 다양한 스토킹 행위유형을 고려한 효과적이고 보다 유연한 대응은 보다 힘들 것으로 생각된다. 물론 미국의 경우 경찰제도나 민간의 피해자구조제도가 우리의 경우보다 더 조직적으로 형성되어 있다는 점을 고려한다면 위에서 살펴본 법률형태는 그 나름대로 효과적인 대응방식인 것으로 생각할 수 있을 것이다.

2. 영국의 스토킹 방지법

영국의 경우 ‘괴롭힘 방지법(Protection from Harassment Act)’이 1997년 제정되어 현재 잉글랜드, 웨일즈, 스코틀랜드 및 북아일랜드에서 적용되고 있다.⁵¹⁾ ‘괴롭힘 방지법’에서 금지하고 있는 행위유형은 ‘괴롭힘(harassment)’과 ‘사람으로 하여금 폭력에 대한 공포를 느끼게 하는 행위’이다(Section 1). 법률은 ‘괴롭힘’이 무엇을 말하는지에 대한 상세한 규정은 두고 있지 않다. 이런 일련의 행위(course of conduct)는 피해자로 하여금 놀라게 하거나 두려움을 느끼게 하는 두 개의 행위와 관련되어 있어야 한다고 규정되어 있다(Section 7). 이런 괴롭힘 행위는 경죄(misdemeanor)에 해당하며 6월 이하의 징역형이 부과된다.⁵²⁾

금지된 두 번째 행위유형은 ‘사람으로 하여금 폭력에 대한 공포를 느끼게 하는 행위’로서 이런 행위는 중죄(felony)를 구성하게 된다. “그의 일련의 행위가 최소한 2회 이상 다른 사람으로 하여금 공포를 느끼도록 한 경우에 그가 각각의 경우 그 행위가 다른 사람이 공포를 느끼게 할 것이라는 점을 알거나 또는 그러한 사실을 알 수 있었어야만 하는 경우에는 그러한 위반사실은 그의 범죄가 유죄라는 점에 대해서 불리한 증거로 이용

51) 영국의 “괴롭힘 방지법”에 대한 보다 상세한 소개로는 이진호/김은경/황지태, 전제논문, 158면 이하 참조.

52) Finch, The Criminalization of Stalking, Cavendish Publ. 2001, p. 217 이하.

될 수 있다”(Section 4). 이런 행위가 유죄로 인정되면 행위자에 대해서 5년 이하의 징역형을 부과할 수 있다.

영국의 1997년 괴롭힘 방지법의 특징은 법률 자체에서 무엇이 스토킹 행위인지 또는 괴롭힘(harassment)이 무엇인지를 구체적으로 설명하고 있지 않다는 점이다. 결국 영국의 법률은 스토킹 행위나 괴롭힘 행위에 대한 구체적인 판단은 법원을 통해서 이루어지도록 기대하는 것으로 보인다.⁵³⁾

영국의 1997년 괴롭힘 방지법의 경우에도 미국의 각 주들에 의한 스토킹 방지법들보다 더 추상적이기는 하지만 스토킹 행위를 경죄와 중죄라는 단일한 범죄행위의 형태로 규제하고 있다는 점을 알 수 있다. 전통적인 형법상의 범죄행위형태로 스토킹 행위를 규정하고 이에 대해서 형벌을 부과하는 입법형식을 선택한 것이다. 전술한 바와 같이 이런 단일한 규정형식은 다양한 스토킹 행위유형을 포섭하기에는 미흡하다고 생각되며 따라서 다양한 스토킹 행위형태 중 그 결과가 중대한 행위만을 대상으로 한다고 할 수 있다.⁵⁴⁾ 다만 영국의 경우에는 법원이 다양한 스토킹 행위들을 다양한 금지명령을 통해서 규제할 수 있다는 점⁵⁵⁾이 다양한 스토킹 행위에 대한 유연한 대응을 가능하게 해 줄 수도 있으리라고 생각된다.

3. 일본의 스토킹 방지법

일본에서는 2000년 5월 “스토키 행위 등의 규제에 관한 법률”이 제정되어 같은 해 11월부터 시행되고 있다. 위 법률은 스토킹 행위를 “따라다니

53) Lamplugh, D./ Infield, P., “Harmonising Anti-stalking laws”, pp. 863-856. 위 글에서 저자들은 영국의 괴롭힘 방지법을 “일반적 금지형(general prohibition model)”으로 분류하고 있다.

54) Ibid. pp. 866 f. 위 글에서 저자들은 스토킹 방지법률의 존재를 인식하고 있는 스토킹 행위자들은 규정된 범죄형태를 벗어나는 유형, 예를 들면 사이버스토킹(cyberstalking)과 같은 악의적인 괴롭힘 행위를 할 수 있다는 점을 들어서 스토킹 방지법률을 국제적으로 통일시킬 필요성을 강조한다.

55) Mullen/Pathé/Purcell, Stalkers and their victims, p. 275.

기 등 행위”와 “스토커 행위”로 구분하여 규정하고 이에 대해서 각각 다른 대응방식을 취하고 있다. “따라다니기 등 행위”는 보다 피해자에 대한 침해유형이 가벼운 형태로서 따라다니기, 잠복하여 기다리기, 진로 막아서기, 전화를 반복하여 하기 등이 여기 해당된다(동법 제2조 1항). 이런 행위에 대해서는 경찰서, 경찰본부 등에 신고를 할 수 있으며 신고를 받은 때에는 경찰본부장이 행위자에 대해서 “따라다니기 등 행위”를 다시 하지 말 것을 경고할 수 있다. 위 경고에도 불구하고 행위자가 동일한 행위를 반복하여 행했을 때에는 그 행위자에 대해서 국가공안위원회가 동법 제5조에 규정한 바 재차의 위반행위를 하지 말라는 금지명령을 발할 수 있다.

이보다 침해유형이 중한 스톱커 행위는 동법 제2조 제1항 1호에서 4호까지의 행위를 반복하여 행함으로써 상대방 신체의 안전, 주거 등의 평온 혹은 명예가 침해되거나 또는 행동의 자유가 현저히 침해하여 불안을 느끼게 하는 것을 말한다. 이런 스톱커 행위에 대해서는 그 행위자를 6월 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제13조). 위 금지명령 등에 위반하여 스톱커 행위를 한 자는 1년 이하의 징역 또는 100만엔 이하의 벌금에 처한다(동법 제14조 제1항). 또한 금지명령 등에 위반하여 따라다니기 등을 한 자도 동일한 형으로 벌한다(동조 제2항).

일본의 스톱킹 행위에 대한 규정의 방법은 경죄와 중죄를 구분하고 있는 영국의 경우와 유사한 것으로 보인다. 일본의 스톱킹 방지법의 특징이라면 경미한 행위유형에 대해서는 경찰이 우선적으로 경고를 발하도록 하고 또한 이에 위반한 경우에 국가공안위원회가 금지명령을 발하도록 함으로써 형벌의 부과를 뒤로 미루고 있다는 점이다. 생각건대 형사제재의 부과를 이와 같이 경고 및 금지명령과 형벌로 단계화한 입법형식은 위에서 살펴본 여러 가지 스톱킹의 유형 중 보다 경미한 형태인 애정추구형 스톱킹 행위자를 보다 경하게 제재하고자 하는 의도인 것으로 생각된다. 이런 점을 고려할 때 영국이나 미국의 입법형식보다 일본의 법률이 스톱킹 행

위에 대해서 보다 유연하게 효과적으로 대처할 수 있다고 생각된다.

그러나 일본의 스토킹 방지법도 다양한 스토킹 행위들의 특성들을 충분히 고려한 것으로 보기에 는 미흡한 점이 있다고 생각된다. 스토킹 행위에 대해서 언제 수사기관이나 형사사법기관이 개입하여야 하는가에 대해서 스토킹 행위에 대한 문외한인 스토킹 행위의 피해자가 결정하도록 하는 방법을 취하고 있기 때문이다. 그러나 피해자의 신고에 기해서 수사기관이나 형사사법기관으로 하여금 스토킹 행위에 잠재된 위험에 대한 정확한 평가 없이 개입하도록 하는 것은 일정한 스토킹 행위자에게는 극단적인 폭력행위를 촉발하는 계기가 될 수도 있기 때문이다. 이런 위험을 회피하기 위해서는 스토킹 사건의 위험성에 대한 전문가의 분석이 필요하다고 생각되며 또한 수사기관이나 형사사법기관의 종사자에 대한 교육도 필요하다고 생각된다.

V. 스토킹 방지법안에 대한 비판적 검토

우리나라에서도 스토킹 행위의 방지와 그 피해자 보호를 위한 입법이 시도된 적이 있었다. 1999년 5월에 “스토킹처벌을위한특별법안”이 국회에 제출되었으나 통과되지 못하고 폐기되었다.⁵⁶⁾ 이 법안은 스토킹 행위를 규제하기 위한 우리 법률상의 첫 번째 시도였지만 그 내용에 있어서는 여러 가지 문제점을 지니고 있었다. 우선 이 법률이 규정한 스토킹 행위의 형태가 너무 단순화되어 있어서 다양한 스토킹 행위들을 모두 규제할 수 없게 되어 있었다. 두 번째로 특별법안의 규정내용이 경범죄처벌법상의 여러 금지되는 행위들과 명확히 구분이 안 된다는 점에서 처벌의 불공평과

56) 1999년 “스토킹처벌에관한특별법안”은 같은 해 5월에 발의되어 국회에 상정되었지만 제15대 국회에서 처리되지 못함으로써 국회 임기만료로 자동폐기 되었다.

법 앞의 평등의 원칙을 침해할 위험이 있었다. 즉 특례법안의 금지되는 행위에 대해서는 경범죄처벌법상에서도 이를 금지하고 형사제재를 규정하고 있는데 어떤 행위는 특례법안의 규정에 의해서 또 다른 유사한 행위는 경범죄처벌법 상의 가벼운 제재로 처벌된다는 점이였다. 세 번째로는 법안에서 금지되는 행위로 형벌이 부과될 행위의 규정 내용이 모호하고 막연하기 때문에 죄형법정주의를 침해할 우려가 있었다는 점을 지적할 수 있다. 네 번째로는 특례법안의 금지되는 행위와 법안상의 보호처분위반행위 사이의 형량이 불균형하다는 문제점이 있었다. 규제대상행위를 한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금형에 처해지는데 반해서 이보다 불법성이 더 중한 보호처분위반행위에 대해서는 1년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처해지도록 규정되어 있었다.⁵⁷⁾

1999년의 특례법안이 국회에서 폐기된 데 이어 2003년 다시 “스토킹방지법안”⁵⁸⁾이 국회에 상정되었지만 이 역시 통과되지 못하고 폐기되었다. 이 법안의 내용은 앞서의 1999년의 법안보다 진보된 것이기 때문에 그 내용에 대해서 논할 필요가 있다고 생각된다. 그리고 이 법안의 내용에 대해서 비판적인 의견을 제시하기로 한다.

1. “스토킹방지법안”의 내용과 특징

이 법안은 금지되는 스톱킹 행위를 새로운 용어를 사용함 없이 “스토킹”이라는 외래어를 사용하여 규정하고 있다. “스토킹”이라 함은 당사자가 거부하거나 싫어함에도 정당한 사유없이 특정인에게 일정한 행위(제2조

57) 문제점에 대해서 보다 상세한 내용으로는 이견호/김은경/황지태, 전계논문, 182면 이하 참조.

58) 2003년 10월 13일에 이강래 의원을 대표로 하여 그 외 15인의 국회의원의 발의로 국회에 제출되었다. 이 법안을 제출한 국회의원은 이강래, 이낙연, 설송웅, 김태홍, 신기남, 이회규, 장재식, 임종석, 정동영, 송석찬, 천용택, 정동채, 임채정, 배기운, 김원웅 의원이다. 이 법안의 의안번호는 제2733이었다.

각호의 행위)로 당사자나 그 가족에게 공포감이나 불안감을 유발하거나 정신적·신체적으로 고통을 주는 것을 말한다고 한다(법안 제2조). 그런 행위로는 특정한 사람을 반복적으로 미행하거나 추적하는 것, 편지·전화·모사전송기·컴퓨터통신 또는 그 밖의 통신수단을 이용하여 특정한 사람에게 일방적으로 말이나 글을 반복적으로 전달하는 것, 특정한 물건을 반복적으로 전달하는 것이 포함된다.

사법경찰관은 피해자·피해자의 가족·피해자의 법정대리인 또는 후견인의 신청이 있으면 즉시 스토킹을 한 자에게 그와 같은 행위를 중지할 것과 이를 위반한 때 법안 제5조 규정에 의한 금지명령을 받을 수 있음을 경고할 수 있도록 규정하였다(법안 제3조 1항). 사법경찰관은 위 경고를 받은 행위자가 스토킹을 계속할 때에는 법안 제4조의 규정에 의한 금지명령 등을 신청할 수 있다. 이때 사법경찰관은 피해자 등의 의견을 들어야 하고 피해자 등이 동의하지 않는 때에는 금지명령 등을 신청할 수 없다(동조 제3항).

검사는 스토킹이 재발할 우려가 있고 피해자의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 직권이나 사법경찰관 또는 피해자등의 신청에 의하여 법안 제5조에 규정된 금지명령 등을 법원에 청구할 수 있도록 규정하였다(법안 제4조). 판사는 금지명령의 청구가 있으면 결정으로 행위자에게 다음의 명령 또는 처분을 할 수 있다. 그러한 명령이나 처분의 내용으로는 피해자로부터 100미터 이내의 접근금지명령, 피해자에게 편지·전화·모사전송기·컴퓨터통신 등을 통한 접근 또는 특정한 물건의 전달금지명령, 의료기관 그 밖의 요양소에의 위탁처분, 경찰관서 유치장 또는 구치소에의 유치처분이 규정되어 있다(제5조 제1항). 판사가 제5조 제1항에 규정된 금지명령 등의 결정을 한 때에는 검찰공무원 또는 사법경찰관리로 하여금 이를 집행하게 할 수 있다(제7조).

행위자가 제5조의 금지명령 등을 위반하거나 금지명령 등의 기간이 만료한 후에 다시 스톱킹을 한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 이와 같이 금지명령 등을 위반한 스톱킹에 대해서는 피해자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다(제20조).

2. “스토킹방지법안”의 문제점

스토킹 행위를 규제하기 위한 법률이 시급히 필요하다고 판단되는 시점에 위와 같은 법안이 국회에 제출되었음은 매우 큰 의의가 있다고 생각된다. 그렇지만 스톱킹 행위에 대한 형사법적인 규제라는 점을 고려할 때에는 법안에 대해서 관련 학계에서 다양한 의견제시와 검토를 거쳤더라면 더 좋았을 것이라는 생각이 든다. 그 이유는 스톱킹 행위를 규제하는 것이 중요함에도 불구하고 위 법안이 여러 가지 문제점을 포함하고 있다고 생각되기 때문이다.

우선 법안 제2조의 스톱킹 행위에 대한 정의 또는 개념규정이 추상적이며 상세하지 않다. 죄형법정주의의 관점에서 과잉처벌이나 형사사법기관 등의 과도한 개입을 초래할 우려가 있는 것으로 생각된다. 이런 문제점을 회피하기 위해서는 사법경찰관의 경고의 대상이 되는 행위와 처음부터 형사처벌대상이 되는 행위를 구분하여 규정함으로써 형법상의 기본원칙인 죄형법정주의 및 비례성원칙을 침해하지 않을 수 있을 것으로 생각된다.

즉 예를 들면 사법경찰관의 경고의 대상이 되는 행위는 행정적 예방조치라는 차원에서 죄형법정주의적인 원칙에 구속될 필요가 없이 신속하게 스톱킹 행위자의 장래의 행위를 차단할 수 있도록 해야 할 것이다. 이런 관점에서 본다면 현재 제출된 법안은 너무 지나치게 요건을 엄격하게 규정한 측면이 있다고 생각된다. 따라서 사법경찰관의 경고의 대상이 되는

행위의 요건으로는 피해자나 그 가족의 공포감이나 불안감과 같은 요건을 배제시키는 것이 타당하다고 생각된다. 즉 순수하게 행위자가 반복적으로 행하는 행위의 내용만을 객관적 요건을 통해서 규정하는 것이 필요하다.

반면에 법원의 금지명령 등의 처분이 되는 행위에 대해서는 그 처분을 받는 행위자에 대해서 미치는 영향이 크다는 점을 고려할 때 보다 엄격한 요건을 규정할 필요가 있다. 이때는 죄형법정주의적인 요청에 따라서 행위자의 행위유형에 대한 보다 상세하고 명확한 구성요건을 통해서 규정할 필요가 있다. 객관적 구성요건의 측면에서는 보다 상세하게 행위불법을 적시하는 규정내용이 제시되어야 할 것이다. 예를 들면 일본의 ‘스토커행위 등의 규제 등에 관한 법률’이 규정한 것처럼 피해자에 대한 스토킹 행위자의 다양한 행위양태들이 지금의 법안보다 더 세분되어서 명확하게 규정될 필요가 있다. 현재와 같은 행위내용에 대한 서술은 너무 추상적이고 모호하여 그 행위 자체가 사법적인 처분의 대상이 되어야 하는지에 대해서 의문이 제기될 수도 있을 것이기 때문이다. 국가의 침해행정의 대상이나 사법적 처분의 대상을 판단하는 기준을 추상적이고 모호하게 규정하는 것은 죄형법정주의의 원칙 중 하나인 명확성의 원칙을 침해하게 될 우려가 있으며 더 나아가 위헌판단을 받게 될 우려도 있기 때문이다.

다른 한편으로 피해자나 그 가족이 스토킹 행위로 인해서 받게 되는 주관적인 피해, 즉 공포나 두려움을 요건으로 규정하여야 할 필요가 있다. 즉 스토킹 행위자의 반복된 행위로 인하여 그 상대방인 피해자나 가족에게 자신의 생명이나 신체에 대한 안전에 대해서 위협이 발생할지도 모른다는 공포나 두려움을 느끼게 되었을 것을 그 요건으로 해야 할 것이다. 왜냐하면 법원의 명령이나 처분을 받게 됨으로써 그 명령 또는 처분의 대상이 되는 피해자는 상당히 중대한 영향을 받게 될 것이므로 그만큼 엄격한 요건을 규정하는 것이 자유로운 생활영위에 대한 국민의 기본권을 보장한다는 측

면에서 적절하기 때문이다. 그러나 이때에도 그런 공포나 두려움을 순전히 피해자의 주관적인 척도에 따라서 결정되도록 규정해서는 안될 것이다. 따라서 형법에서 주의의무위반이나 과실 등 주관적인 요건들을 판단할 때 사용되는 바와 같이 ‘평균적인 일반인’을 그 기준으로 판단하여야 할 것이다.

스토킹 방지법안에서 특이한 점은 스톱킹 행위자에 대해서 법원이 의료기관 그 밖의 요양소에의 위탁처분을 할 수 있다는 점이다. 이 규정은 ‘가정폭력등의처벌에관한특별법’ 제29조 제1항 3호의 ‘임시조치’인 의료기관 기타 요양소에의 위탁 및 제40조 제1항의 ‘보호처분’인 의료기관에의 치료위탁과 유사한 내용이다. 그러나 문제는 제6조에서 의료기관등에 위탁처분이 실행되기 위해서는 그 비용을 행위자가 부담해야 하는 한편 이를 행위자가 예납하도록 규정하고 있다는 점이다. 왜냐하면 행위자가 의료기관등에 위탁되었음에도 불구하고 이런 위탁을 거부할 뿐만 아니라 무자력이 아님에도 불구하고 비용의 예납을 거부하는 경우 어떻게 할 것인가에 대해서는 아무런 규정이 없기 때문이다. 물론 행위자가 부담할 비용의 계산, 청구 및 지급절차에 대해서는 대법원규칙이 정하도록 규정하고 있기는 하지만(법안 제6조 5항) 이 경우 대법원규칙이 비용의 납부를 행위자에게 강제하도록 규정할 수 있을 것인가는 의문이다.

또한 스톱킹 행위의 피해자를 보호한다는 측면에서 고려할 때에도 스톱킹 행위자에게 일정한 정신질환이나 심리적인 질환이 있음에도 불구하고 비용을 납부하지 않는다는 이유로 행위자를 방치하는 것은 문제가 있다. 물론 법원에 의해서 위탁처분 이외에 금지명령 등이 병과되어 있을 수는 있지만 정신질환이나 심리적인 질환이 있는 행위자에게 그러한 금지명령이 실효성이 있을 것인가는 매우 의문스럽기 때문이다. 또한 다른 한편 행위자가 자신의 행위가 위법하다는 점에 동의한다고 하더라도 이에 더해서 자신의 비용으로 의료기관등에 위탁되어야 한다는 사실은 피해자에 대한

복수심이나 원한만을 가중시킬 위험성도 있기 때문이다. 생각건대 이런 위험성을 회피하기 위해서는 행위자에 대한 의료기관등에의 위탁에 대한 비용은 국가가 부담하는 것이 타당하다고 생각된다.

VI. 스토킹 행위 방지입법을 위한 제언

앞에서 스토킹 행위에 대한 사회학적 심리학적 연구의 성과로서 스토킹 행위의 다양한 유형들을 피해자와 행위자와의 관계를 중심으로 한 결과들을 살펴본 바 있다. 이런 연구들에 의하면 스토킹 행위를 단순히 하나의 범죄행위로 이해하는 것이 여러 가지 측면에서 부적절하다는 점일 것이다. 법률적인 관점, 특히 형사법적 관점에 의하면 범죄행위는 구성요건에 해당하는 위법하고 유책한 행위이므로 스토킹 행위가 이런 표지들을 모두 갖추고 있지 못할 경우에는 형벌 등의 형사제재를 행위자에게 부과할 수 없다.

그러나 유감스럽게도 스토킹 행위를 구성하는 다양한 행위들의 대부분은 이런 표지들을 부분적으로 결여하고 있으며 따라서 전통적인 형법적 범죄개념으로는 이를 규제하기 매우 어렵게 된다. 예를 들면 젊은 여성에게 반복해서 편지를 보내거나 전화를 거는 행위가 그것이다. 또한 행위자가 반복해서 그 여성 앞에 나타나거나 그 여성의 눈앞에 띄는 경우를 생각해 보아도 그러하다. 그러나 선행하는 경험적인 연구들에 의하면 이런 행위들 내부에는 여러 가지 위험성이 잠재해 있을 수 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 우리가 잘 아는 대중스타들의 경우를 떠올리면 쉽게 그런 사소한 행위들이 지니고 있을 수 있는 행위들의 위험성은 명백하다. 존 레논, 레이건 미국 대통령과 조디 포스터, 슈테피 그라프와 모니카 셀레즈 등등.⁵⁹⁾

59) Holmes, R.M., Criminal Stalking: An Analysis of the Various Typologies of

형법적 관점에서 이런 행위들을 형법규정으로 포섭하여 처벌하려면 스톱킹 행위를 구성하는 사소한 행위들에 대해서 금지를 부과하고 이런 행위들이 일정한 피해를 일으킬 때 처벌할 필요가 있을 것이다. 그러기 위해선 형법은 스톱킹의 개념을 서술하는 법률문언을 보다 추상적이고 광의의 용어들을 사용해서 규정할 필요가 생긴다. 그러나 이런 입법기술은 헌법상의 국민의 행동의 자유나 기본권을 침해하지 않는 일정한 한계 내에서만 가능하다. 우리가 앞서 본 바와 같이 미연방 각 주들의 스톱킹 방지법률들 중에서 어느 것은 이런 한계를 넘어서는 것으로 판단되어 위헌심사가 신청되거나 위헌결정이 내려진 바 있다.

스토킹 행위에 대한 경험적 연구들이 보여주는 사실은 스톱킹 행위가 단순히 “과거의” 범죄행위라는 의미만을 지니는 것이 아니라는 점이다. 스톱킹 행위는 과거의 행위자와 피해자의 관계에 기반하고 있을 수도 있으며 현재도 진행되고 있고 장래에 다른 범죄행위로 발전할 가능성도 지니고 있다는 것이다. 이런 점을 고려할 때 형법적 관점의 문제는 그것이 오직 과거에만 초점을 맞추고 있다는 점에서 과거에 뿐만 아니라 현재 계속되고 있고 장래에도 계속될 우려가 있는 스톱킹 행위에 대해서는 효과가 적을 수 있다는 점이 될 것이다. 이런 문제를 해결하기 위해서는 전통적인 형사제재의 부과에만 치중할 수 없다. 이런 문제의식에서 2003년 법안은 사법경찰관에 의한 경고와 법원에 의한 금지명령 등의 제도를 도입하고 있다. 즉 그런 제도들은 행위자에 대해서 이성적인 각성을 통한 행위의 중지를 요청하거나 금지명령 등을 부과하여 행위자의 행위의 개선을 촉구하는 것이 될 것이다. 따라서 장래에 준비되는 입법에서도 이런 점이 충분히 고려될 필요가 있다.

본 논문의 전반부에서 강조한 바와 같이 스톱킹 행위를 효과적으로 규제하기 위해서는 스톱킹 행위의 유형에 대한 연구가 형사정책인 결정에

Stalkers, in: Davis, J.(ed.), Stalking Crimes and Victim Protection, pp.19 이하 참조.

반영되어야 한다. 물론 이것은 앞서 소개한 스토키 유형에 대한 연구가 전적으로 타당하다거나 형사정책적 결정이 반드시 이를 기준으로 하여야 한다는 것은 아니다. 오히려 우리는 우리의 상황에 적합한 스토키 행위유형에 대한 연구가 진행되어야 할 것이다. 그러나 그런 연구가 충분히 진행되고 그 성과가 일정한 수준에 도달하기 전까지는 외국의 선행연구를 충분히 참조할 필요가 있다.

이런 연구성과를 참조해 볼 때 다양한 스토키 행위를 효과적으로 규제하고 피해자를 충분히 보호하기 위해서는 스토키 행위에 대한 규제는 스토키 행위의 유형에 따라서 단계화 및 다양화되어서 이루어져야 한다. 예를 들면 스토키 행위의 초기단계부터 극단적인 폭력행위로 나아갈 위험성을 지닌 스토키 행위와 행위자에 대한 이성적인 설득을 통해서 효과적으로 대처할 수 있는 스토키 행위가 구분되어야 하기 때문이다. 애정추구형 스토키의 경우 이성적 설득이 가능하다는 것을 살펴본 바 있다.⁶⁰⁾ 이런 경우라면 2003년 법안 제3조가 규정한 바와 같은 사법경찰관에 의한 경고만으로도 대부분의 스토키 행위를 중단시키기 충분할 것이다. 그러나 위험한 망상형 스토키 행위와 같은 경우에는 경고만으로는 충분하지 않으며 오히려 경고는 행위자에게 극단적인 행동을 촉발시킬 위험마저 지니고 있다. 따라서 행위자에게 이런 위험성이 있다는 점이 명확하게 확인되는 경우라면 2003년도 법안 제5조와 제6조에서 규정한 바와 같은 의료기관등에 의 위탁처분 등이 필수적이다.

한편 스토키 행위자와 그 피해자 사이에 배우자 관계가 존재하는 경우라면 다른 스토키 행위의 유형과 다른 개입방식을 채택하는 것이 타당하다고 생각된다. 2002년 조사에 의하면 이런 경우 이미 이런 행위자와 피해자 사이에는 가정폭력사건이 이미 존재했던 경우가 많으므로 가정폭력사건에 대한 법률적 처분과 관련하여 스토키와 가정폭력의 문제를 통일적으

60) 본 논문 16면.

로 해결하는 것이 보다 타당하리라고 생각된다. 따라서 이런 경우 스톱킹 방지입법에 다른 규정을 두기보다는 가정폭력등처벌법 및 가정폭력피해자 보호등법률 등의 규정을 준용하는 방식을 취하는 것이 타당할 것이다. 구체적인 문제의 해결을 위해서는 가정폭력에 대한 형사법 및 사회복지적 통합서비스의 제도화를 주장하는 견해⁶¹⁾가 타당하다고 생각된다.

스토킹 행위의 문제를 단순히 법률의 입법과 집행을 통해서 충분히 해결될 수 있다고 보는 것은 지나친 낙관론이 될 수 있다. 이미 언급한 바와 같이 스톱킹 행위의 메카니즘에 대한 상세한 연구가 더욱 요구된다고 하겠다. 또한 스톱킹 행위의 문제는 스톱킹을 당하고 있는 피해자와 그 가해자 사이의 문제만은 아니다. 스톱킹을 당하고 있는 피해자들의 경우 그들이 받는 여러 가지 스트레스로 인하여 자신이 상황에 대한 정확한 판단을 하기 어려운 상태에 빠지기 쉽다는 점을 고려할 때 국가기관과 민간의 여러 단체들이 스톱킹 피해자들을 원조할 필요성이 크다는 점이 강조되어야 할 것이다.

스토킹의 문제를 효과적으로 해결하기 위해서는 스톱킹 유형에 따른 다양한 대응방안의 투입이 문제되는데 스톱킹 유형을 정확히 판단하고 그에 잠재된 위험을 평가하기 위해서는 수사기관이나 형사사법기관에 종사하는 사람들에게 대한 교육이 필수적이라고 생각된다. 이런 사람들은 단순히 법률적인 지식만이 아니라 스톱킹 피해자가 처한 상황에 대한 정확한 평가와 효과적인 개입수단에 대한 지식을 갖추는 필요가 있다. 그러나 이는 국가기관에만 미룰 수 없는 문제이다. 이들 형사사법기관에 종사하는 사람들이 관련분야의 전문가와 같은 수준의 지식을 갖추는 수는 없기 때문이다. 따라서 스톱킹 문제를 해결하기 위한 단체가 관련전문가를 포함하는 민간단체와 공공기관의 협력을 전제로 형성될 필요성이 있다.⁶²⁾ 이런 단체를 통해

61) 김은경, 가정폭력범죄의 형사절차상 위기개입 방안 연구, 2001, 149면 이하.

62) 이견호/김은경/황지태, 전개논문, 214-215면.

서 스토킹에 대한 일반적인 정책이 수립되고 정책대안이 제시되어야 하며, 다른 한편에서는 구체적인 스토킹 사건에서 어느 시점에 어떤 수단이 투입되는 것이 효과적이며 피해자 보호에 적합한 것인가 하는 문제가 결정될 필요가 있다.⁶³⁾ 이상 언급한 이런 노력들이 구체화될 때에만 스토킹 문제가 효과적으로 해결될 수 있고 피해자의 보호가 보다 적절히 이루어질 수 있다고 생각된다.

주제어: 스토킹, 괴롭힘 행위, 스토킹 방지입법, 스토킹 행위 유형, 가해자 피해자 관계, 가정폭력,

63) 김은경, 전게논문, 133-134면 참조.

참고문헌

- 그로스, 린덴, 스토킹 알고 나면 두렵지 않다, 1999, 문학사상사(원서: Gross, Linden, To Have or to Harm: True Stories of Stalkers and Their Victims, 1994, Warner Books);
- 김은경, 가정폭력범죄의 형사절차상 위기개입 방안 연구, 형사정책연구원, 2001.
- 김은경, “스토킹 피해실태와 그 쟁점들”, 형사정책연구 2003. 가을, 91면 이하.
- 드 베커, 가빈, 범죄신호, 2003, 황금가지(원서: De Becker, Gavin, The Gift of Fear, 1999, Dell Publ.).
- 박철현/이상용/진수명, 스토킹의 실태와 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000.
- 이건호/김은경/황지태, 스토킹 피해실태와 입법쟁점에 관한 연구, 형사정책연구원, 2002.
- 정진수/정 완/김은경, 신종 성폭력연구, 한국형사정책연구원, 2000.
- 조 국, “스토킹’ 방지법 제정에 관한 법률적 측면”, 시민과 변호사 제66호, 1999.
- [외국문헌]
- Albrecht, S.F., “Stalking, stalkers, and domestic violence”, Davis, J.A.(ed.), Stalking Crimes and Victim Protection, pp. 81-95.
- Austrailian Bureau of Statistics, Women's Safety, Austrailia, 1996.
- Baum, A./ Cohen, L./ Hall, M., “Control and intrusive memories as possible determinants of cronic stress”, Psychosomatic Medicine, 55, 1993, pp. 274-286.
- Boon, J./ Sheridan, L., Stalking and Psychosexual Obsessin, Wiley

Press, 2002.

Davis, J. A., *Stalking Crimes and Victim Protection*, CRC Press, 2001.

Dietz, P. E./ Matthew, D. B./ Martel, D. A./ Stewart, T. M./ Hruda, D. R./ Warren, J., "Threatening and otherwise inappropriate letters to members of the United States Congress", *Journal of Forensic Sciences*, 36, 1991, pp. 1445-1468.

Dietz, P. E./ Matthew, D. B./ Van Duyne, C./ Martel, D. A./ Parry, C.D.H./ Stewart, T./ Warren, J./ Crowder, J.D., "Threatening and otherwise inappropriate letters to Hollywood celebrities", *Journal of Forensic Sciences*, 36, 1991, pp.185-209.

Finch, *The Criminalization of Stalking*, Cavendish Publ. 2001.

Fremouw, W.J./ Westrup, D./ Pennypacker, J., "Stalking on campus: the prevalence and strategies for coping with stalking", *Journal of Forensic Sciences*, 42, 1997, pp. 666-669.

Geberth, V.J., "Stalkers", *Law and Order*, 10, 1992, pp. 1-6.

Harman, R.B./ Rosner, R./ Owens, H., "Obsessional harassment and erotomania in a criminal court population", *Journal of Forensic Sciences*, 40, 1995, pp. 188-196.

Holahan, C.J./ Moos, R.H., "Life stressors, personal and social resources and depression", *Journal of Abnormal Psychology*, 100, 1991, pp. 31-38.

Holmes, R.M., "Stalking in America: types and methods of criminal stalkers", *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 9, 1993, pp. 317-334.

Holmes, R.M., "Criminal Stalking: An Analysis of the Various

- Typologies of Stalkers”, in: Davis, J.(ed.), Stalking Crimes and Victim Protection, pp.19-27.
- Lamplugh, D./ Infield, P., “Harmonising Anti-stalking Laws”, The George Washington International Law Review, 2003, 34, 4, pp. 853-870.
- Meloy, J.R., “A clinical investigation of the obsessional followers”, in: Schleginger, L.(ed.), Explorations in Criminal Psychopathology, 1997, pp. 9-32.
- Mullen, P.E. / Pathé, M. / Purcell, M., Stalkers and their victims, Cambridge University Press, 2000.
- Mullen, P.E./ Pathé, M./ Purcell, R./ Stuart, G.W., “Study of stalkers”, American Journal of Psychiatry, Aug. 1999, pp. 156, 158 et 1249.
- Pathé, M./ Mullen, P.E., "The Victim of Stalking", in Boon/Sheridan(ed.), Stalking and Psychosexual Obsession, 2002, p. 2 f.
- Pathé, M./ Mullen, P.E., “The impact of stalkers on their victims”, British Journal of Psychiatry, 170, 1997, pp. 12-17.
- Sheridan, L./ Boon, J., “Stalker Typologies: Implications for Law Enforcement”, in: Sheridan, L./ Boon, J.(ed.), Stalking and Psychosexual Obsession, pp.63-825.
- Tjaden, P./ Thoennes, N., Stalking in America, Washington, DC, National Institute of Justice and Center for Disease Control and Prevention, 1998.
- Wells, C., “Stalking: The Criminal Law Response”, Criminal Law

Review, 1997, pp. 463-470.

Zona, M. A./ Palarea, R. E./ Lane, J. C. Jr., "Psychiatric diagnosis and the offender-victim typology of stalking", in: Meloy, J.R.(ed.), the Psychology of Stalking, 1998, pp. 70-83.

Zona, M. A./ Sharma, K. K./ Lane, J., "A comparative study of erotomanic and obsessional subjects in a forensic sample", Journal of Forensic Sciences, 38, 1993, pp. 894-903.

Criminal Legal Control of Stalking and Typology of the Stalking

Lee, Kun-Ho*

In '90s the stalking(or harassment) became increasingly the epidemic phenomenon. The stalking had long history in the criminal justice systems of western countries. But it has remained without being noticed by the social scientists and psychiatrists for a long while since 19th century. The tragic death of Rebecca Schaeffer called the mass media's attention and the stalking became a plague in 21st century. Many stalking cases are relatively trivial, while others end in rape, brutal assault, or murder. The parliaments of many countries made the anti-stalking laws for fighting stalker and harassment.

In many states of the USA some anti-stalking legislations were struck down by the supreme courts because of its breach of constitutional law. Some failure of anti-stalking legislations are thought to be rooted in its traditional perspective of penal laws. The penal law usually places its focus on the infringement of individuals rights which took place in past. The penal law requires some illegal action and actual bodily harms as a contents of criminal behavior. However the stalking behaviour or harassment has the various contents including some legal action and trivial mischief. In many cases stalking behavior

* Professor, Department of Law, Hallym University, Ph.D. in Law

has no actual harm from the perspective of others, but it could amount to very serious psychiatric harm. Traditional perspective of criminal justice system can no longer faces the new type of criminal behavior.

In order to combat against the stalking behavior the law enforcement and criminal justice system needs some scientific perspectives obtained from the recent sociological empirical research and psychological analysis. Recent psychological researches show the typology of stalking, behavior which focuses on history between the stalkers and his victims. Some psychological researches emphasize the various management methods according to the typologies of stalkers and stalking victims. The law enforcement system must introduce the various management methods according to the typology in its legislations and its enforcement.

Key Words: stalking, harassment, typology of stalking, stalker typology, anti-stalking legislation, domestic violence

국제조직범죄에 대한 통제배달기법의 활용
- 특히 국제마약사범을 중심으로 -

이 경 렬

형사정책연구 제15권 제1호(통권 제57호, 2004 · 봄호)

한국형사정책연구원

국제조직범죄에 대한 통제배달기법의 활용

- 특히 국제마약사범을 중심으로 -

이 경 렬*

I. 들어가는 말

국제적으로 이름 난 마약조직의 대부분은 조직범죄의 특성¹⁾을 구비하고 있으며 거래망을 개척하여 비밀리에 마약류를 공급하고 있다. 인접국가에서 마약을 제조하여 국내로 밀반입하는 소규모의 마약밀매조직조차도 원료책, 자금책, 운반책, 판매책 등으로 역할을 분담한 조직체계를 갖추고 있는 실정이고 심지어 최종소비자에게 마약류가 전달되는 경로까지도 점조직 형태의 조직망을 통하여 행해지고 있다.

조직범죄에 대한 특수한 수사방법으로는 종래 그 특성과 연계하여 도·감청, 잠입수사 및 함정수사, 컴퓨터자료검색 등이 논의되어 왔다.²⁾ 조직범

* 숙명여자대학교 정법대학 법학부 교수, 법학박사

- 1) 조직범죄는, 한편으로는 조직의 구성적 측면에서 조직원의 맹목적 충성, 조직원에 대한 신분보장적인 보상원칙, 조직배만자에 대한 잔혹한 보복을 근간으로 하는 엄격한 내부 규율에 의해 지배되고 다른 한편으로 그 활동적 측면에서는 은밀한 모의를 통해 통상 계획적으로 이루어진 범행이 조직내부에서 차상층(次上層)과 연결되지 않는 하부로 지시되는 것을 특성으로 하고 있다(김준규, “마약류 및 조직범죄의 효율적 수사기법”, 대검찰청/UNAFEL, 마약류 및 조직범죄의 현황과 대책, 1993. 7, 207면 이하).
- 2) 류전철, “조직범죄수사기법의 형사사법적 문제”, 비교형사법연구, 제3권 제1호, 한국비교형사법학회, 2001. 7, 283면; 배종대, 형사정책, 제2판, 홍문사, 1998년, 643면; 장영민, “조직범죄수사의 문제점과 개선방안”, 형사정책연구, 제5권 제2호(통권 제18호), 한국형사정책연구원, 1994년 여름, 44면 이하; 주용기/강인숙, “조직범죄의 효율적 대처를 위한 서론”, 한양법학, 제10집, 한양대학교 법학연구소, 1999년, 165면.

죄는 그 특성상, 범죄의 일부를 파악하더라도 그 전모를 밝혀내기가 쉽지 않으므로 조직범죄를 수사하는 데에는 일반범죄에 대한 수사방법과는 다른 기술성과 전문성을 가진 특수한 수사방법이 도입되어야 할 것이기 때문이다. 2000년 국제조직범죄에 대한 유엔협약(United Nations Convention against Transnational Organized Crime)은 제20조 제1항³⁾에서 국제조직범죄에 대한 특수한 수사방법으로 통제배달(controlled delivery⁴⁾), 전자감시(electronic surveillance), 잠입수사(undercover operation) 제도 등에 관하여 규정하고 있다. 그런데 국제조직범죄, 특히 국제적인 마약사범과 투쟁함에 있어서 가장 효과적인 수사방법중의 하나는 통제배달 제도라고 한다.⁵⁾

통제배달기법은 이미 1983년 국제연합 마약위원회(United Nations Commission on Narcotic Drugs)에서 마약류부정거래에 대한 효과적인 수사방법이라고 결의⁶⁾된 이래로 1988년 12월에 채택된 “마약 및 향정신성물질의 불법거래방지에 관한 유엔협약”(United Nations Convention against

3) 유엔협약 제20조 제1항: 체약국은 자국의 국내법체계의 기본원칙이 허용하는 경우, 조직범죄를 효과적으로 방지하기 위하여 자국의 권한 있는 기관에 의한 자국영역에서 통제배달의 적절한 활용 및 적당하다고 인정되는 정도의 전자 또는 다른 형태의 감시 그리고 잠입수사와 같은 특수한 수사방법의 적절한 활용을, 가능한 범위 안에서 또 자국의 국내법에 의해 규정된 조건하에서 허용하는 필요한 조치를 하여야 한다.

4) “controlled delivery”는 ‘감시하의 배달’ 또는 ‘감시부이전’(監視附移轉) 등으로 번역하는 것이 적절할 것으로 여겨지나 실무상으로는 통상 ‘통제배달’이라는 용어가 사용되고 있으므로 이하에서는 실무상의 용례를 그대로 따른다.

5) Mustafa Abdullah 외, “Special investigative tools to combat transnational organized crime (TOC)”, Resource material series No. 58, 116th International Training Course Visiting Experts’ Papers(in:<http://www.unafei.or.jp/pdf/58-07.pdf>), UNAFEI, Dec. 2001, p. 229.

6) 登里輝男, “國際的藥物密輸組織とコントロールド・デリバリーについて”, 警察學論集第44卷1号, 1991, 16면. 유엔이 채택한 ‘마약거래 규제전략’은 마약조직 및 마약류 불법거래를 감시하면서 마약조직의 수익금과 재산을 무차별적으로 빼앗는데 초점이 맞추어져 있다(조병인, “국제범죄조직의 불법자금 단속방안”, 형사정책연구, 제6권 제2호(통권 제22호), 한국형사정책연구원, 1995년 여름, 137~170면; Financial Action Task Force I, Report on Money Laundering(1989-1990), pp. 14~27; 한국은행·은행감독원, “자금세탁에 관한 금융활동특별위원회 보고서의 권고 내용”, 자금세탁에 대한 국제적 대응 동향 (번역자료) 부록, 1990년 7월).

Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances)에서는 통제배달을 국제적으로 실시하기에 필요한 조치를 취할 의무를 부과하였다.

우리나라는 1995년 12월 “麻藥類不法去來防止에 관한特例法”(법률 제 5011호)을 제정하여 1988년 유엔협약의 비준에 필요한 국내법적 준비를 완료하였고 1998년 12월에 유엔사무국에 협약 가입서류를 제출함으로써 152번째 계약국이 되었다.⁷⁾ 그러나 통제배달의 실시에 관한 법률의 명시적 규정은 보이지 않고, 다만 법률적 기초를 마약류불법거래방지에 관한 특례법 제2장 입국 및 상륙절차 등의 특칙에서 찾을 수 있다.⁸⁾

이하에서는 우리나라의 마약류불법거래방지에 관한 특례법의 규정을 중심으로 국제적인 마약사범에 대한 특수한 수사방법으로 통제배달기법의 필요성과 법적 근거, 실무상의 활용과 문제점 등에 대해 논의하고자 한다.

II. 통제배달제도의 개요

1. 통제배달의 개념과 종류

통제배달이란 마약이나 총기 등 금제품의 부정거래가 행해지는 경우 이를 감독하는 기관이 그 사정을 알면서 바로 검거하지 않고 감독기관의 감시하에 당해 금제품의 운반 등을 허용·추적하여 부정거래의 관련자를 특정하여 일거에 검거하려는 특수한 수사방법을 의미한다.

1988년 유엔협약 제1조에 의하면, 통제배달은 이 협약 제3조 제1항에

7) 관세청, 최근 마약류 밀수동향, 2003. 12, 253면.

8) 그러나 엄밀하게 얘기하면 “마약류불법거래방지에 관한 특례법”은 통제배달기법을 직접적으로 규정하고 있는 것이 아니라 통제배달을 국제적 조직의 마약류범죄에 대한 수사기법으로 실시하기 하기 위한 전제로서 행정상의 특별조치(특례법 제3조 및 제4조)와 통제배달을 효과적으로 행한 후에 필요로 하는 새로운 범죄유형(특례법 제9조)을 마련하고 있는 것이라고 해야 한다.

따라 규정된 범죄의 실행에 관여하는 자들의 신원을 파악할 목적으로, 1국 또는 수개국의 관할기관이 그 사정을 알면서 감시하에 마약, 향정신성물질, 이 협약의 부속 별표 1 및 별표 2에 열거된 물질이나 그 대체물질의 불법적 화물이나 또는 그러한 혐의가 있는 화물을 당해국가에서 반출, 통과 또는 반입을 허용하는 기법을 의미한다(동 협약 제1조 (g)호). 통제배달의 국제적 실시에 관하여 규정하고 있는 1988년 유엔협약 제11조⁹⁾에 의하면, 통제배달은 마약 또는 향정신성물질을 원상태로 그대로 두고 관할기관의 감시하에 계속해서 마약류를 배달하는 ‘라이브(live) 통제배달’과 마약류의 전부 또는 일부를 제거하여 무해물질로 대체한 상태에서 계속 배달하는 ‘클린(clean) 통제배달’로 구분할 수 있다.

한편 국제조직범죄에 대한 유엔협약에서는 통제배달은 범죄를 조사하거나 범행에 참가한 자를 수사하기 위한 목적으로 관할기관의 감시하에 그 정을 알면서 불법적거나 또는 의심스러운 위탁물을 어느 한 국가나 다수 국가의 영역에서 반출하거나 그 영역을 통과 또는 그 국내로 반입하는 수사방법을 의미한다고 규정되어 있다(동 협약 제2조 (i)호). 이 규정에 의하면 국제조직범죄와 관련한 통제배달에는 통제된 반출·통과 및 반입이 있음을 알 수 있다. 통제된 반출은 관할기관의 철저한 감시하에서 마약이나 총기 등 금제품을 내국에서 외국으로 가져나가는 불법적인 운송을 말하고, 통제된 통과는 관할기관의 감시하에 외국에서부터 내국을 거쳐 제3국에 불법적으로 운송하는 것이며 통제된 반입은 관할기관의 감시하에 외국에

9) 제11조 통제배달 (1) 체약국은 그 국내법체계의 기본원칙이 허용하는 경우, 제3조 제1항에 따라 규정된 범죄에 관여한 자를 발견하고 그에 대한 법적 조치를 강구하기 위하여 상호 합의한 협정 또는 약정에 기초하여 국제적 차원에서 통제배달을 적절히 활용하기 위한, 가능한 범위 내에서의 필요한 조치를 취하여야 한다.

(2) 통제배달의 활용은 사건별로(case by case) 결정되어야 하고, 결정에 필요한 경우 관계당사국은 제정에 관한 약정 및 관할권 행사에 관한 양해사항을 고려할 수 있다.

(3) 통제배달 하기로 합의된 불법적 화물은 관계당사국의 동의하에 도중에 차단될 수 있고, 마약 또는 향정신성물질을 원상태로(intact) 혹은 전부 또는 일부를 제거하거나 대체한 상태로 계속 배달하게 할 수 있다.

서 내국으로 들어오는 불법적 운송을 의미한다.

2. 함정수사와의 구별

수사기관이 범죄의 존재를 알면서 통제배달을 실시하는 것은 함정수사에 해당한다는 의문이 제기될 수 있다. 그렇지만 통제배달은 이미 수행 중에 있는 범죄의 진행과정을 감시하여 가장 효과적인 시기에 범행자를 검거하는 것에 불과하고, 범인에 대해 기회를 제공하거나 범의를 유발하는 요소를 전혀 포함하고 있지 않다는 점에서 함정수사와는 구별된다고 해야 한다. 즉 수사방법에 대한 위법성 유무의 판단에서 있어서 중요한 자료로서 함정수사의 경우에는 범인에 대한 기회제공 및 범의유발의 유무라는 주관적인 측면이지만¹⁰⁾, 통제배달의 경우에는 수사기관에 의한 사회악의 창출이라는 요소를 전혀 포함하고 있지 않기 때문에 객관적인 측면이 중요한 판단자료가 된다.

3. 통제배달의 필요성과 현황

가. 국제조직범죄의 전형 - 마약범죄

통제배달은 국제조직범죄, 특히 마약류범죄와 투쟁함에 있어서 가장 효

10) 대법원 판례에서는 함정수사의 위법성에 대한 판단기준을 범죄자에게 사전범의가 있었는지의 여부를 유일한 기준으로 삼아 이른바 ‘기회제공형 함정수사’는 적법하지만, ‘범의유발형 함정수사’는 위법하다는 미국 연방대법원(Sorrells v. United States, 287 U. S. 435 (1932))의 다수의견과 견해를 같이 하고 있다(대법원 1982.6.8, 82도884; 대법원 1992.10.27, 92도1377; 대법원 1994.4.12, 93도2535). 학계의 견해도 위와 같은 대법원의 견해를 별다른 문제제기 없이 수용하고 있는 것이 현실이다. 함정수사에 대한 입법론적 주장으로서는 조국, “함정수사의 위법성 기준과 법적 효과에 대한 재검토”, 형사법연구 제14호, 한국형사법학회, 2000년, 67면 이하, 특히 87면; 손동권, “조직범죄에 대한 현행 입법대책과 개선방향”, 비교형사법연구 제5권 제2호 특집호, 한국비교형사법학회, 2003. 12, 535면 이하.

과적인 수사방법의 하나로서 인식되고 있다. 국제적으로 이름 난 마약조직의 대부분은 조직범죄의 특성을 구비하고 있으며 거래망을 개척하여 비밀리에 마약류를 공급하고 있기 때문이다. 즉 외국에서 제조된 헤로인이나 코카인을 국내로 반입하여 판매하기 위해서는 해외의 공급조직과 국내의 판매조직 사이에 긴밀한 협력관계가 필요하다. 또 합성마약인 필로폰을 제조하려고 해도 그 원료인 염산에페드린을 외국에서 국내로 들여와야 하며, 국내에서 제조된 필로폰을 국외로 반출하는 경우에도 국내외 공급조직 사이에 유기적인 협조체제가 필수적이다. 이와 같이 마약류범죄는 전형적인 조직범죄인 동시에 국제범죄이기도 하다.¹¹⁾

인접국가에서 마약을 제조하여 국내로 밀반입하는 소규모의 마약조직조차도 원료책, 자금책, 운반책, 판매책 등으로 역할을 분담하는 조직체계를 갖추고 이는 실정이고 심지어 최종소비자에게 마약류가 전달되는 경로까지도 점조직 형태의 조직망을 통하여 이루어지고 있다.¹²⁾ 그럼에도 불구하고 실제 마약류를 운반하고 전달하는 과정에서는 다시 수사기관의 추적을 따돌리기 위하여 돌다리도 두드려보고 건너는 식으로 갖은 수법을 동원한다. 거래상대방에게 시간과 장소를 전화로 알려준 뒤 멀리서 현장을 관찰하며 접선장소를 몇 번이나 변경하며 상대방을 철저하게 검증한다. 이 과정에서 여러 개의 휴대폰과 호출기를 번갈아 사용하여 수사기관의 추적에 혼선을 야기하기도 한다. 일단 검증된 상대방이라 하더라도 다시 전화를 걸어 지정한 호텔에 투숙한 뒤 객실을 (상선의) 휴대폰에 입력할 것을 지시한다. 번호를 확인한 뒤에는 호텔 프론트에 전화를 하여 투숙객(하선)의 투숙상태, 즉 일행의 여부에 대해 확인한 다음에야 객실로 찾아가 거래를 한다. 또 지하철역 등의 사물보관함에 마약류를 넣어두고는 상대방에게

11) 조병인, “마약류 단속을 위한 국제협력”, 수사연구, 제222호(통권 제20권 제4호), 수사연구사, 2002. 4, 32~38면.

12) 신의기, “해외 마약범죄, 어떻게 수사하고 있나?”, 수사연구, 제222호(통권 제20권 제4호), 수사연구사, 2002. 4, 15~21면.

전화를 걸어 구입자금을 놓아둘 장소와 시간을 정해주는 수법도 사용한다. 제3의 심부름꾼을 시켜 돈 가방을 확인하면, “○○다방 카운터에서 맡겨둔 열쇠를 찾아가라”고 알려준다. 지역적으로 떨어져 있는 상·하선끼리는 고속버스 편으로 필로폰을 보내기도 한다. 비디오테이프나 책의 안쪽을 도려내고 마약을 담은 뒤 꼼꼼히 포장하여 감쪽같이 전달시킨다. 이와 같이 그 물망 같은 점조직을 통해 마약류를 유통시키다가도 수사기관의 수사망이 좁혀져 오면 바로 공급자와 수요자간의 연결고리는 끊어진다.

나. 조직범죄의 자금조달 - 마약범죄

국내의 폭력조직은 미국의 마피아, 일본의 야쿠자, 홍콩의 삼합회 등 기업형 국제범죄조직과는 달리 주로 유흥업소 등에 대한 금품갈취 등 전형적인 폭력을 행사하고 마약류범죄에 관여하는 것을 금기시하였다. 그러나 최근에 폭력조직의 전통적 조직운영자금 조달루트였던 유흥업소, 사행성 오락실, 사채업, 도박장 등에 대한 검·경의 집중적인 단속으로 자금조달이 원천적으로 차단되자 조직운영자금 확보의 일환으로 마약밀수 및 밀매에 적극적으로 개입하는 폭력조직이 급증하고 있다. 뿐만 아니라 일부 폭력조직은 일본의 야쿠자 등 국제범죄조직 및 국내의 마약류밀수 및 밀매조직 등과 조직적으로 연계하여 마약류의 밀수·밀거래에 직접 개입하고 있을 뿐만 아니라 마약정보제공자나 수사기관원을 살해하는 등 보복범죄도 서슴지 않고 있는 실정이다.¹³⁾ 따라서 체계적인 명령·지휘계통과 상당수의 조직원을 거느린 폭력조직이 마약류범죄에 개입하게 되면 마약류가 급속히 확산될 우려가 있을 뿐만 아니라 이들 폭력조직 또한 외국의 기업형 범죄조직과 같은 거대 폭력조직으로 발전할 가능성도 있는 점을

13) 마약류밀매 및 밀수와 관련된 보복범죄에 대해서는 대검찰청 마약과 편, 마약류범죄백서, 대검찰청, 2001년, 149면 이하참조.

감안한다면, 이에 대한 발본색원적인 철저한 대비책의 강구가 필요하다.¹⁴⁾

다. 각국의 현황

유엔협약에서 규정하고 있는 특수한 수사방법의 하나인 통제배달은 미국에서 이미 1950년대부터 국내우편을 이용하는 소량의 마리화나 밀매사범 등에 대해 실시되었다고 한다.¹⁵⁾

독일에서는 통제배달기법이 국제조직범죄에 효과적으로 대응하기 위하여 실무상 사용되는 형사소추기관의 재량에 속하는 중요한 전략 중의 하나이지만 그 사용에 관하여 법률로 규정하고 있지는 않다고 한다.¹⁶⁾ 그런데 통제배달에 대한 법적 규정은 ‘형사절차 및 범칙금절차에 관한 지침’(Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren; RiStBV)에서 찾을 수 있다.¹⁷⁾ 즉 이 지침 제29조의 b에 의하면, 통제된 운반(Kontrollierter Transport)은 다른 방법으로는 마약, 무기, 도품 및 장물의 불법적인 운반, 수입 및 수출에 관련된 범죄의 배후인물을 비밀리에 확정할 수 없거나 분배경로를 발견할 수 없는 때에 예외적으로 허용된다고 규정하고 있다.

일본에서는 “국제적인 협력하에서 규제약물에 관한 부정행위를 조장하는 행위 등을 방지하기 위한 마약 및 향정신약관리법등의 특례 등에 관한

14) 대검찰청 마약과 편, 마약류범죄백서, 대검찰청, 2001년, 143~144면.

15) 宇川春彦, “コントロールド・デリバリー”, 現代刑事法, No. 29, 2001. 9, 57면 주 2). 판례를 비추어 보아도 Controlled Delivery 라는 용어자체 상당히 이른 시기부터 정착하여 사용된 것을 알 수 있다. CD의 효용을 언급하고 있는 연방 항소법원 수준의 판례로서는 United States v. Bulgier, 618 F. 2 d 472, 476(7th Cir), cert. denied, 449 U. S. 843(1980).

16) Johan Peter Wilhelm Hilger, “Controlled delivery”, Resource material series No. 58, 116th International Training Course Visiting Experts’ Papers(in: <http://www.unafei.or.jp/pdf/58-07.pdf>), UNAFEI, Dec. 2001, p. 79.

17) National Legislation on Organized Crime(in: <http://www.uncjin.org/Documents/Crtoc/webtocid.pdf>), Aug. 1999, p. 27.

법률”(平成 3.10.5. 법률 제94호 제정, 平成 4.7.1.시행)에서 일부 규정하고 있다. 특히 동법이 시행된 1992년부터 2000년 10월까지 일본에서는 법집행 기관에 의해 총 160회에 걸쳐 통제배달이 실시되었다고 한다.¹⁸⁾

한편 우리나라의 경우에는 관세청 자료에 의하면, 1999년 10월에 “구룡산 자금 운용지침”을 개정하여 위장거래, 금융계좌추적, 통제배달, 조사 등 특수조사기법에 의한 수사시에 조사경비(이른바 구룡산 자금)를 조직밀수 사범의 검거를 위한 기획조사에도 활용하도록 확대하였을 뿐만 아니라, 그 구룡산 자금의 1회 조사경비 한도도 사건당 300만원에서 500만원으로 확대하였다고 한다.¹⁹⁾ 이로써 실무에서는 이미 마약사범에 대한 수사기법으로 통제배달제도를 활용하고 있음을 알 수 있다. 실제로 인천공항세관은 2001년 8월 4일 정기검색 중 캄보디아로부터 홍콩을 경유하여 도착된 DHL 화물 속에서 헤로인 408g을 적발하고 통제배달을 실시하여 베트남계 호주인 1명을 검거한 바 있다.²⁰⁾

4. 통제배달기법의 활용과 방법

통제배달기법은 국제조직범죄, 특히 마약범죄와 투쟁함에 있어서 가장 효과적인 수사방법의 하나로서 인식되고 있다. 이는 통제배달기법을 사용하지 않은 경우와 비교해보면 자명하게 드러난다. 이른바 “운반책 사례”에서 운반책 A가 수하물 등에 마약류를 은닉하여 국내로 반입하는 것을 공항에서 입국심사를 하면서 발견한 경우를 상정해보자. 입국심사시에 A를 검거한다면 당해마약류와 운반책을 몰수·체포할 수는 있겠지만 밀매조직의 중추에 이르는 것은 더 이상 기대할 수 없을 것이다. 일반적으로 운반책은 밀매조직의 구성원이 아니라 단지 고용된 외부인인 경우가 허다할

18) Isamu Ikenoue, UNAFEI lecture, 2 October 2000.

19) 관세청, 1999년도 밀수·부정무역사례집, 2000년, 22면.

20) 관세청, 최근 마약류 밀수동향, 2003년, 95면.

뿐만 아니라 입국시점까지는 당해 마약류의 전달 장소 및 상대방을 알지 못하는 것이 대부분이기에 당해마약류의 주문자와 발송인을 특정하여 수사하는 것은 지극히 곤란할 것이다. 경우에 따라서는 자기의 수하물에 마약 등 금제품이 은닉되어 있다는 사정도 모르고 있는 수도 있을 것이다. 그리고 국제우편과 화물운송을 이용하는 밀수사안의 경우, 세관에서 마약류를 발견하여 압수한 후에 국내에 거주하는 수취인에 대해 수사를 실시하더라도 ‘당해화물은 잘못 발송된 것이라든지, 아니면 자기는 모르는 일이라는 등으로 변명을 한다면, 국외의 발송인에 대해 수사를 진행하는 것은 현실적으로 불가능하기 때문에 이를 반박할 수 없고 결국 적발성과는 약물의 압수에만 그치고 말 것이다. 앞에서 상정된 어느 사례의 경우에도 마약밀매조직이 실제로 잃는 것은 마약뿐이다. 이러한 손해는 범법행위의 수익이 지극히 큰 마약‘비즈니스’에서 어느 정도 이미 고려되어 있는 위험부담(risk)에 지나지 않는다. 즉 마약밀매조직이 이로 인해 입을 타격은 지극히 제한적이며, 마약류의 압수가 지니는 범죄억지력도 한정적인 것에 불과하다는 것이다.

이에 반하여 통제배달을 수사방법으로 도입·실시한다면, 실제 누가 수하물을 수취하는지를 추적·확인하는 등, 마약류의 인도 및 취득의 완료시에 가담자를 검거하면, 전술한 바와 같은 변명은 봉쇄할 수 있다. 이와 같이 통제배달기법은 마약류범죄의 중핵이 아닌 마약의 압수와 1회용 소모품일 수 있는 운반책의 검거에서 범죄수사가 중도에 그치는 것을 회피하고 주모자나 기타 책임자를 특정·검거하여 준엄한 법의 심판을 받게 할 수 있다는 점에 최대의 의미를 지닌다.

물론 마약류범죄를 수사하기 위하여 통제배달기법을 활용하게 되는 경우에도 이 수사기법을 실시하기 전에 포장화물에서 마약 등 규제물품을 제거하고 무해한 물질로 대체 후 재포장하는 이른바 ‘클린(clean) 통제배달’을 실시할 것이지, 아니면 규제약물을 그대로 두고 원래 포장상태로 배

달하여 감시·추적하는 ‘라이브(live) 통제배달’을 실시할 것인지에 대해서는 고려하여야 할 것이다.

Ⅲ. 마약류불법거래방지에관한특례법의 내용

우리나라의 “마약류불법거래방지에관한특례법”상으로는 입국 및 상륙절차의 특례라고 하여, 특히 통제된 반입에 대해 규정하고 있다. 그러나 엄밀하게 얘기하면 동 특례법은 통제배달기법을 직접적으로 규정하고 있는 것이 아니라 통제배달을 국제적 조직의 마약류범죄에 대한 수사기법으로 실시하기 하기 위한 전제로서 행정상의 특별조치(특례법 제3조 및 제4조)와 통제배달을 효과적으로 행한 후에 필요로 하는 새로운 범죄유형(특례법 제9조)을 마련하고 있는 것이라고 해야 한다.

마약류불법거래방지에관한특례법 제3조에 의하면, 출입국관리공무원은 마약류범죄의 수사와 관련하여 검사의 요청이 있는 경우에 출입국관리법 제11조 제1항 제1호에 해당하는 자로 의심되는 외국인의 입국허가 및 상륙허가의 신청에 대해서도 법무부장관의 승인을 얻어 이른바 ‘감시조건부 입국 및 상륙’을 허가할 수 있다고 규정하고 있다. 또 마약류불법거래방지에관한특례법 제4조에서는 세관장은 통관화물을 검사함에 있어(관세법 제246조 참조) 그 화물에 마약류가 은닉되어 있다고 판명되거나 또는 그러한 의심이 드는 경우에도 마약류범죄를 효과적으로 수사하기 위한 검사의 요청이 있는 때에는 관세법 제241조의 규정에도 불구하고 당해 화물에 대한 수출입의 면허를 할 수 있다. 이 규정은 관세법 제257조의 규정에 의하여 국제우편물을 검사하는 경우 당해 우편물에 마약류가 은닉되어 있음이 판명되거나 그러한 의심이 드는 때에도 준용되고 있다.

1. 입국 및 상륙절차의 특례(특례법 제3조)

가. 규정의 취지

우리나라는 그동안 마약류공급사범에 대한 강력하고 지속적인 단속을 추진한 결과 국제사회로부터 마약퇴치에 성공한 국가라는 평가를 받아 왔다.²¹⁾ 이는 마약류 및 마약류의 제조에 사용되는 원료에 대해서도 그 소지·소유·사용·관리·수출입·제조·매매·매매의 알선 또는 수수하는 행위를 광범위하게 금지²²⁾하고 있을 뿐만 아니라 出入國管理法 제11조 제1항에서

21) 대검찰청, 마약류범죄백서, 2001년, 창간사.

22) 마약류관리에관한법률 제3조 (일반행위의 금지) 누구든지 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다. [개정 2002.12.26.]

1. 이 법에 의하지 아니한 마약류의 사용
2. 마약의 수출
3. 마약의 원료가 되는 식물의 재배 또는 그 성분을 함유하는 원료·종자·종묘의 소지·소유·관리·수출입·매매·매매의 알선·수수 및 그 성분을 추출하는 행위. 다만, 대통령령이 정하는 바에 의하여 식품의약품안전청장의 승인을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.
4. 디아세틸 모르핀, 그 염류 또는 이를 함유하는 것의 소지·소유·관리·수입·제조·매매·매매의 알선·수수·운반·사용·투약 또는 투약하기 위하여 교부하는 행위. 다만, 대통령령이 정하는 바에 의하여 식품의약품안전청장의 승인을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.
5. 마약 또는 향정신성의약품 제조 목적으로 원료물질을 제조·수출입·매매·매매의 알선·수수·소지·소유 또는 사용하는 행위. 다만, 대통령령이 정하는 바에 의하여 식품의약품안전청장의 승인을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다. [[시행일 2003.06.27.]]
6. 제2조제4호 가목의 향정신성의약품 또는 이를 함유하는 향정신성의약품을 소지·소유·사용·관리·수출입·제조·매매·매매의 알선 또는 수수하는 행위. 다만, 대통령령이 정하는 바에 의하여 식품의약품안전청장의 승인을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.
7. 제2조제4호 가목의 향정신성의약품의 원료가 되는 식물에서 그 성분을 추출하거나 그 식물을 수출입·매매·매매의 알선·수수·흡연 또는 섭취하거나 흡연 또는 섭취의 목적으로 그 식물을 소지·소유하는 행위. 다만, 대통령령이 정하는 바에 의하여 식품의약품안전청장의 승인을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.
8. 대마를 수입 또는 수출하는 행위. 다만, 마약류취급학술연구자가 대통령령이 정하는 바에 의하여 식품의약품안전청장의 승인을 받아 수입하는 경우에는 그러하지 아니하다.
9. 대마(대마초를 제외한다)를 제조하는 행위. 다만, 마약류취급학술연구자가 대통령령이 정하는 바에 의하여 식품의약품안전청장의 승인을 받아 제조하는 경우에는 그러

규정한 바와 같이 마약류 등의 규제물품의 국내반입을 원천적으로 봉쇄하는 방침을 취하고 공항이나 항만 감시체제를 강화하여 규제물품의 밀수를 차단한 결과이기도 하다. 출입국관리법 제11조 제1항 제1호에 의하면 법무부장관은 마약류를 소지한 외국인에 대해서는 입국을 금지하고 있다. 이러한 법률에 의하게 되면, 마약류수사를 담당하고 있는 검사라고 하더라도 범죄조직을 일망타진하기 위한 수사의 목적으로도 마약류를 소지한 운반책을 입국시켜 추적하는 ‘라이브 통제배달’은 실시할 수 없을 것이다. 따라서 마약류불법거래방지에관한특례법 제3조에서는 마약류를 불법으로 소지한 외국인의 입국 및 상륙을 일정한 요건하에서 가능하게 하고 있다.

나. 규정의 내용

출입국관리공무원은 외국인으로부터 입국 및 상륙허가의 신청이 있는 경우, 마약류범죄의 수사와 관련하여 ① 마약류의 분산 및 그 외국인의 도주를 방지하기 위한 충분한 감시체제가 확보되어 있고 또 ② 그 외국인을 입국 및 상륙시킬 필요가 있다는 검사의 요청이 있는 때에는 출입국관리법 제11조 제1항 제1호(외국인입국의 경우) 및 제14조 제1항 단서(승무원 상륙의 경우)의 규정에 의한 입국 및 상륙거부사유에 대한 심사를 하지 않고 법무부장관의 승인을 얻어 그 외국인의 입국 및 상륙을 허가할 수 있다(특례법 제3조 제1항 및 제2항). 사법경찰관이 통제배달기법을 활용하기 위해서는 검사에게 신청하여야 하고, 검사가 특례법 제1항에 의한 요청

하지 아니하다.

10. 대마를 매매 또는 매매의 알선을 하는 행위
11. 대마·대마초종자의 껍질을 흡연 또는 섭취하는 행위나 대마·대마초종자의 껍질을 흡연 또는 섭취의 목적으로 대마·대마초종자 또는 대마초종자의 껍질을 소지하는 행위 또는 그 정을 알면서 대마초종자·대마초종자의 껍질을 매매 또는 매매의 알선을 하는 행위
12. 제4조제1항 본문 또는 이 조의 제1호 내지 제11호에서 금지된 행위를 하기 위한 장소·시설·장비·자금 또는 운반수단을 타인에게 제공하는 행위

을 한다(특례법 제3조 제5항).

한편 입국 또는 상륙절차에서 특례를 적용받은 외국인에 대해서도 출입국관리공무원은 검사로부터 그 외국인이 진행중인 마약류범죄수사와 관련하여 우리나라에 계속 체류해야 할 필요는 없다는 통보를 받은 때에는 즉시 입국 또는 상륙당시에 그 외국인이 출입국관리법 제11조 제1항 제1호에 해당하였는지를 심사하여야 한다(특례법 제3조 제3항). 심사결과 그 외국인이 동법 제11조 제1항 제1호에 해당한다고 인정되는 경우 출입국관리공무원은 법무부장관의 승인을 얻어 그 외국인에 대한 입국허가 또는 상륙허가를 취소하여야 한다. 사법경찰관이 마약류범죄수사와 관련하여 당해 외국인이 우리나라에 계속 체류해야 할 필요는 없다는 통보를 해야 하는 경우에는 검사에게 신청하여야 하고, 검사는 특례법 제3조 제3항의 통보를 한다(특례법 제3조 제5항).

특례법 제3조 제1항 및 제2항에서 규정하고 있는 “충분한 감시체제”는 사건별로 판단할 수밖에 없지만, 통상은 수사에 이용되는 마약류의 이동경로나 그 외국인의 활동을 확실하게 파악하고 있어 이상한 징후가 있으면 언제든지 그 외국인을 검거하고 마약류를 압수할 수 있을 정도의 인원이나 장비가 구비되어 있는 감시체제인지를 기준으로 판단하여야 할 것이다.²³⁾

2. 세관절차의 특례(특례법 제4조)

가. 수출·입화물의 경우

마약류관리에관한법률 제18조 제1항에 의하면 마약류수출입업자가 아닌 한 마약류의 수출입은 금지되어 있고, 불법으로 마약을 수입한 경우에는 마약류불법거래방지에관한특례법 제6조에 의해 처벌하고 있다. 그리고 세

23) 御手洗伸太郎, “麻薬二法について”, 警察學論集 第45卷 3号, 1992, 8면 참조.

관장은 관세법 제246조의 규정에 의한 수입화물의 검사시에 그 화물 중에 마약류 등 수입금제품이 은닉되어 있는 경우에는 법률상의 예외사유에 해당되지 않는 한 그 수입을 허가하지 않는다.²⁴⁾ 마약류불법거래방지에 관한 특례법 제4조 제1항은 그러한 법률상의 예외사유로서 일정한 요건하에서 마약류 등이 은닉되어 있는 화물을 통관시켜 당해화물의 수입을 허가하고 있다. 즉 동조 제1항에서는 ① 마약류범죄를 수사하기 위하여 그 화물의 통관이 필요하다는 검사의 요청이 있고, ② 마약류의 분산을 방지할 수 있는 충분한 감시체제가 확보되어 있어야 할 것으로 요건으로 규정하고 있다. 다만 ③ 당해 화물의 통관이 관세관계법의 입법목적에 비추어 상당하지 않은 경우 세관장은 요청한 검사와 협의를 거쳐 당해화물의 통관조치를 취하지 않을 수 있다.

여기서 말하는 “충분한 감시체제”에 관해서는 특례법 제3조의 경우와 동일하게 해석할 수 있다. 그런데 주의를 해야 하는 것은 마약류불법거래방지에 관한 특례법 제4조 제1항 제1호의 규정에 의한 면허는 수입신고와 관련된 화물에 대해 그 신고에 따라 행해진 것이고, 그 면허의 효력은 당해 화물에 은닉되어 있는 마약류에는 미치지 않는다는 점이다. 따라서 은닉되어 있는 마약류에 관해서는 여전히 마약류관리에 관한 법률에 의한 수입죄(동법률 제58조 제1항 제1호)가 성립한다.

그리고 마약류불법거래방지에 관한 특례법 제4조 제1항 제2호에서 규정하고 있는 “기타 검사의 요청에 응하기 위하여 필요한 조치”는 그 화물의 통관에 수반하여 관세법에서 정하고 있는 관세의 징수, 보세운송의 승인, 보세구역에로의 반입 및 반출의 신고수리 등을 가리키고, ‘클린 통제배달’을 실시하기 위하여 은닉된 마약류를 압수하는 조치는 포함하지 아니한다. 은닉된 마약류의 압수는 법관의 압수·수색영장에 의하여 수사기관이 행하든지, 관세법조사의 일환으로 필요한 경우에는 세관공무원이 법관의 압

24) 특히 관세법 제273조에서는 범죄에 사용된 물품을 몰수할 수 있게 규정하고 있다.

수·수색영장(관세법 제296조)을 발부받아 압수하면 된다.

위의 설명은 마약류가 밀수되는 경우를 고려한 것이지만 마약류범죄에 대한 국제적인 공조수사를 실시하는 경우에는 우리나라에서 마약류를 소지하고 외국으로 나가는 것도 가능한 이상 도착지에서 통제배달을 실시하는 것이 적절한 경우도 있을 수 있다. 이러한 통제된 반출의 경우에도 세관장에게는 통제된 반입의 경우와 동일한 요건 하에서 규제물품이 은닉되어 있는 화물의 수출을 허가할 수 있는 권한이 부여되어 있다.

나. 우편물인 경우

우편물인 경우에는 통상의 화물과 달리 수출·입의 신고라든가 허가라는 절차는 행해지지 않지만, 그 대신에 서신을 제외한 우편물에 관해서는 관세청장이 지정한 통관우체국을 경유하여야 하고 세관공무원에 의하여 필요한 검사가 실시되는 것으로 규정되어 있다(관세법 제257조). 우편물의 검사에서 우편물에 규제물품이 은닉되어 있는 것으로 판명되면, 통관우체국의 장은 당해 우편물을 발송하거나 또는 수취인에게 교부할 수 없게 되어 있다(동법 제258조 제1항).

국제우편을 이용하여 마약류를 밀수하는 방법²⁵⁾도 배제할 수 없기에 우편물에 관해서도 통제배달기법을 가능하게 하는 것이 바로 마약류불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제2항의 규정이다. 실제로도 인천공항세관은 2002년 8월 10일 브라질로부터 독일 프랑크푸르트를 경유하여 코카인 230g을 동화책 속에 은닉·포장한 채 국제특급우편으로 밀수한 것을 독일세관, 검찰 등 유관기관과 통제배달을 실시하여 나이지리아인을 검거한 바 있다.²⁶⁾

25) 관세청 자료에 의하면, 2000년부터 급증한 미국인 마약사범들은 주로 영어학원 강사 등 국내거주자들로써 자신이 흡연할 목적으로 국제우편소포 등을 이용하여 소량의 대마초를 밀반입하려다가 검거되었다고 한다(관세청, 최근 마약류 밀수동향, 2003년, 88면).

26) 관세청, 최근 마약류 밀수동향, 2003년, 96면.

또한 동조 제2항은 통관우체국에서 제출한 우편물목록에 적힌 외국화물에 대해서는 관세법에서 적법하게 수입을 허가한 화물로 보는 동법 제240조 제1항 제1호의 적용을 배제하고 있다. 즉 “당해 마약류에 대하여는 같은 법 제240조의 규정을 적용하지 아니한다.”는 규정이 그것이다. 따라서 당해 우편물에 통하여 마약류를 수입하는 자는 여전히 마약류관리에 관한 법률에 의한 수입죄(동법률 제58조 제1항 제1호)가 성립한다.

3. 마약류로서 물품의 수입등(특례법 제9조)

마약류불법거래방지에 관한 특례법 제9조는 마약류범죄를 범할 목적으로 마약류 및 규제물품의 수입, 수출, 양도, 양수 또는 소지 등을 범죄로 규정하고 있다.

여기서 “마약류로서의 인식”은 당해 물품이 바로 마약류인지 아닌지에 관계없이 행위자가 마약류라고 주관적으로 인식하고 또 그러한 인식이 성립할 수 있는 객관적 상황이 있는 것을 의미한다고 해야 한다. 이른바 클린 통제배달기법을 실시하는 경우, 즉 수사기관이 미리 마약류를 제거하거나 또는 무해한 물질로 대체한 후 감시하에 배달하는 것이라면 마약류를 제거한 후에 관여한 자를 검거·처벌하는 것은 불가능하고, 이러한 부조화를 해소하기 위하여 마약류불법거래방지에 관한 특례법에서 새로운 범죄유형으로 규정한 것을 동조의 존재의의로 볼 수 있기 때문이다. 물론 마약류범죄를 범할 목적으로 마약류로 인식되는 객관적 상황하에서 마약류 또는 기타 물품을 취득하는 것은 그 자체로서 이미 마약류 남용을 조장할 위험성을 지닌 행위에 해당하고 이와 같은 고유한 범죄성도 처벌의 근거가 되는 것이라고 설명할 수 없는 것은 아니다.

결국 특례법 제9조는 단순히 클린 통제배달의 실효성을 담보하는 조치에 불과한 것도 아니고 그 적용대상도 그 사안에 한정되는 것도 아니다.

실제로도 동법 제9조의 죄는 마약류범죄의 불법수익의 몰수(특례법 제13조 이하) 및 추징(특례법 제16조 이하)이나 불법수익 등의 은닉죄(특례법 제7조)에 대한 전제범죄로 될 뿐만 아니라, 특례법 제6조의 “업으로 행한 불법수입등”죄의 구성요건으로도 되어 있다. 또 이미 수회에 걸쳐 취득 등이 행해진 것이 분명하지만 과거의 개별적인 취득등과 관련하여 그 입증이 곤란한 경우에는 원래의 행위와 조화되는 형사책임을 추급할 수 있게 함과 동시에 불법수익박탈이나 자금세탁의 규제를 실효성 있게 하기 위한 독자적인 존재의의도 지니고 있다.

다만, 통제배달을 실시함에 있어 주의해야 할 점은 마약류로서 수입·수출하는 경우(제1항)는 그 법정형이 3년 이상의 유기징역인데 반하여, 마약류로서 양도·양수 또는 소지하는 경우(제2항)에는 법정형은 5년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금이란 점이다.

IV. 국제마약사범에 대한 통제배달기법의 활용

마약류 등 규제물품의 밀수를 적발한 경우 통제배달기법을 사용할 것인지를 결정하고, 실시하는 것으로 결정한 때에는 그 실시계획을 수립하고 시행한다. 마약류밀수가 단독범행인 경우에는 통제배달의 대상에서 제외되며, 실제 통제배달을 실시하는 경우에도 마약류의 운반책에게 그 사실을 인지지킬 필요도 없다.

1. 통제배달실시의 법적 근거

앞에서 살펴본 바와 같이 마약류불법거래방지에 관한 특례법 제3조, 제4

조 및 제9조 그 어느 조문도 국내법을 정비하여 통제배달을 실시함에 있어 발생할 가능성이 있는 법적인 충돌을 제거한 것이지 통제배달이라는 수사절차를 신설하는 것은 아니다. 실무에서 활용되는 통제배달은 체포, 압수, 수색 등과 동등한 수사절차에서의 처분이 아니라 하나의 수사기법에 불과하다. 통제배달의 실시과정에서 필요로 하는, 예를 들면 마약류의 제거 및 대체, 감시, 추적, 체포, 압수 등도 형사소송법에 의해 인정되는 강제처분 내지 임의처분으로서 허용되는 미행, 잠복 등 여러 수사방법을 조합하여 실시하는 것에 지나지 아니한다.

수사기법으로서 통제배달은 수사기관이 마약류의 존재를 확신하면서도 검거의 시기(timing)를 늦추고 있는 점에서, 수사기관이 소매치기가 기수에 도달하기를 기다려 현행범으로 체포하는 방법이나 정범을 미행하여(광의의) 공범의 소재 등을 파악하여 체포영장을 집행하는 경우와 질적인 차이가 없다고 할 것이다.²⁷⁾ 한마디로 말하면 통제배달은 수사의 비례성 원칙 내에서 범죄의 성질을 고려한 가장 효과적인 수사기법의 선택문제에 지나지 않는다고 할 수 있다.

결국 마약류의 밀수 등 불법거래사범은 강력한 감독을 필요로 하는 지극히 중대한 사회악일 뿐 아니라 조직적이고 은밀하게 범해지는 범죄이고, 나아가 통상의 수사기법으로서의 중한 책임을 부담해야 할 배후의 실체를 밝혀 그에 상응하는 충분한 처벌을 하는 것이 곤란하기 때문에 마약류의 분산을 방지하기에 필요한 감시체제가 확보되어 있고 마약류범죄를 발본색원해야 할 특수한 수사의 필요성에서 통제배달실시의 정당성 및 법적 근거를 찾을 수밖에 없을 것이다. 그러나 그러한 필요에도 불구하고 형사절차에 있어서는 수사기관에게 사법적 통제를 받지 않을 수 있는 길을 터주어서는 안된다. 변화하고 있는 범죄현실을 직시하면, 즉 국제조직범죄에

27) 井上宏, “コントロール・デリバリーの可否”, 平野龍一・松尾浩也編, 新實例法學全集 I, 1998년, 40면.

효과적으로 대처하기 위해서는 특수한 수사기법을 도입할 필요성이 제기된다 하더라도 법치국가의 근간을 이루는 기본원칙은 유지되어야 한다.²⁸⁾ 형사절차에 관한 규정은 단순히 범죄에 대한 직접 투쟁을 목적으로 하는 것이 아니라 적정한 절차에 의한 진실발견이라는 의미에서 절차적 정의를 실현하는 것을 목적으로 삼고 있기 때문이다.

2. 통제배달의 실시

통제배달의 실시는 통상 단서의 취득, 마약 등 규제물품이 존재한다는 확인, 규제물품의 제거 및 무해물품으로 대체, 감시 및 추적, 수색 및 압수, 범인의 체포 등의 순서로 진행된다. 전술한 바와 같이 통제배달은 마약류불법거래방지에관한특례법의 규정이 아니라 형사소송법 혹은 관세법의 규정에 따라서 행해져야 한다.

가. 단서의 취득 및 계획 수립

세관공무원은 수출입화물 또는 서신을 제외한 국제우편물에 대하여 통관시에 필요한 검사를 할 수 있다(관세법 제246조, 제257조). 따라서 통관화물에 마약 등 규제물품이 은닉되어 있는지의 여부에 대한 확인은 법원의 영장이 없더라도 이들 관세법의 규정에 의하여 할 수 있다. 통관화물의 검사단계에서 규제물품의 존재가 확인되면, 현실적으로는 세관 및 수사당국은 협의하여 통제배달을 실시할 것인지를 결정할 것이다. 통제배달의 수사기법이 필요하다고 인정되는 경우 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사가 필요한 조치를 세관장에게 요청한다. 이 때 수사기관은 수입업자, 운

28) Michael Köhler, "Prozeßrechtsverhältnis und Ermittlungseingriffe", ZStW 107(1995), S. 12.

반책 또는 관계자가 통제배달 사실을 알아채지 못하도록 물품의 검사 등 통관절차상의 통제기능을 사전에 배제하게 할 수도 있다. 세관공무원이 통제배달을 하는 경우에는 세관장에게 계획을 수립·보고한 후에 그 승인을 받아야 한다. 다른 세관의 관할구역까지 통제배달기법을 확대해야 할 경우에는 관세청장의 사전승인을 필요로 한다고 하고 있다.²⁹⁾

일반적으로 통제배달기법의 계획을 수립하는 경우에 실무에서 고려하는 요소는 다음과 같다. 즉 ① 통제배달 대상(관련자 및 물품은 암호명으로 표시), ② 배달예상통로 및 통제감시대상자, ③ 지휘책임자 및 참여요원, 동원장비 및 관련부서 협조사항, ④ 참여요원에 대한 계획 통보 및 관련기관에 대한 협조요청의 시기, ⑤ 통신협조 등 미행추적시의 특별유의사항, ⑥ 검사의 지휘를 받아야 할 사항, ⑦ 특수조사활동비 및 활동내역 등이 그것이다. 그리고 국제적으로 통제배달을 실시하는 경우에는 ① 마약류범죄자의 기소대상국가 선정³⁰⁾, ② 수집된 관련 범죄증거의 기소국 법정에서의 증거능력 문제, ③ 마약 등 재판증거물의 취급방법(보관 또는 폐기 등), ④ 수사협조자에 대한 형사면책문제, ⑤ 국제형사사법공조에 관한 내용 등도 고려해야 할 것이다.

나. 통제배달의 방법

나아가 통제배달을 실시하기 위해서는 규제물품을 그대로 둘 것인지(이른바 라이브 통제배달) 아니면 제거할 것인지(클린 통제배달)도 고려하여야 한다. 일반적으로는 규제물품의 분실할 우려가 없는 클린 통제배달을 우선 검토할 것이다. 여기서 클린 통제배달을 실시하는 것으로 결정되었다

29) 김건영, “통제배달 및 위장거래기법”, 국제범죄와 특수조사실무, 관세청, 2003. 4, 89면.

30) 마약류범죄와 관련된 어느 1개국에 기소할 것인지 아니면 관련된 수 개국에 모두 기소할 것인지를 고려하여야 한다. 이와 관련해서는 일사부채리원칙의 효력 한계에 대한 검토가 필요하다.

면, 통관화물에서 규제물품을 제거하고 다른 무해물품으로 대체할 필요가 있다. 물론 클린 통제배달을 실시하기 위해서는 규제물품을 대체할 적합한 기회가 있어야 할 것이다. 또 범인 등이 알아채지 못하게 가능한 한 외관을 원상으로 회복할 필요도 있다.

이 경우 사법경찰관은 형사소송법 제113조에 의한 압수·수색영장을 발부받아 통관화물에 은닉되어 있는 마약 등 규제물품을 제거하고, 세관공무원도 관세법에 관한 한 사법경찰권(관세법 제295조)을 가지므로 범칙사건의 조사로서 관할 지방법원 판사가 발부하는 압수·수색영장(관세법 제296조)에 의하여 이를 행한다. 경우에 따라서는 운송업자 등으로부터 규제물품을 임의로 제출받아 법관의 영장 없이 압수할 수도 있다(관세법 제296조 제2항). 그리고 마약 등 규제물품의 제거를 운반책 등이 알아채지 못하게 다른 무해물품으로 대체하는 것도 특별한 불이익을 발생시키는 것이 아니기 때문에 수사의 일환으로 허용된다고 해석할 수 있다.³¹⁾

라이브 통제배달은 일반적으로 ‘충분한 감시체제하에서 대상을 추적하고, 마약 등 규제물품을 분실할 우려가 있는 경우에는 바로 검거한다’는 조건하에서 실시되지만, 충분한 감시체제는 그만큼 범인들에게 들킬 위험이 크고 또 최종적인 검거시기에 관해서도 판단차이가 있을 수 있어 체포하지 못할 우려도 있다. 이러한 관점에서 클린 통제배달은 단순히 안전문제만 아니라 방법적 측면에서도 장점이 있음을 부인할 수 없다. 그렇지만 예건대 화물 컨테이너(container) 내벽에 베이야 합판을 붙여 이중구조로 만든 후 그 사이에 오룡차(烏龍茶) 110주머니에 각성제 약 110Kg이 은닉되어 있었다고 한다면³²⁾, 이러한 경우에는 단시간 내에 규제물품을 제거하고 외관을 원상으로 회복하기는 불가능할 것이다. 따라서 규제물품을 그대로 두고 컨테이너를 감시·추적한 후에 컨테이너 내부로부터 마약류를

31) 吉田佑紀 外, 大コンメンタール I 藥物五癡法藥, 特例法, 1994년, 23면.

32) 北村道夫, “藥物事犯の捜査について”, 捜査研究 第530号, 1995년, 28면에 소개된 사건.

반출하는 자가 나타나면 검거한다는 통제배달 수사계획이라면, 커다란 컨테이너를 분실하는 사태는 일반적으로 생각할 수 없기에 라이브 통제배달을 결정하여도 안전하게 수사를 성공할 수 있다.³³⁾

요컨대, 통제배달 방법의 선택은 최초의 통제배달의 실시 여부에 대한 결정과 동일하게 합리적인 수사기법의 선택문제이지, 소송법상으로 다툼이 있는 그러한 문제는 아니다.

다. 통제배달 대상의 추적·감시

다음으로 규제물품을 감시하고 추적하는 것은 임의수사의 방법으로 미행이나 잠복 등에 의하여 행해진다. 감시·추적의 확실성을 보장하기 위해 문제의 화물에 추적장치(tracking device)를 설치하는 것이 적법한지 논의될 수 있다.³⁴⁾ 추적장치는 소형의 전파발신기(일명 beeper)를 의미하고, 이를 설치하면 전파발신기에서 자동으로 발신되는 신호를 수신하여 당해 화물의 장소적 이동을 전자적 또는 기계적으로 감시·추적하는 것이다.³⁵⁾ 단순히 위치정보만을 송신하고 당해 화물 주위의 음성이나 영상을 송신하는 기능을 지니고 있는 것은 제외한다면(이러한 기능을 지닌 경우에는 도청과 전자감시의 문제가 된다), 비퍼는 수사기관의 오감에 의한 감시를 보완하는 수단에 불과하고 이러한 장치의 설치에 임의수사로서 허용된다. 이미 마약 등 규제물품의 존재가 적법하게 확인되었으며 통제배달의 요건이 구비되어 있는 경우에는 배달경로상에 있는 당해 화물의 위치정보가 강제 처분법정주의에 의해 보호되어야 할 정도로 범인의 중대한 권리나 이익을 침해하는 처분으로 평가되지는 않기 때문이다.³⁶⁾

33) 宇川春彦, “コントロールド・デリバリー”, 現代刑事法, No. 29, 2001. 9, 55면.

34) 井上宏, “コントロールド・デリバリーの可否”, 平野龍一・松尾浩也編, 新實例法學全集 I, 1998년, 43면 이하.

35) 18 U. S. C. § 3117 (b).

라. 범인의 검거

마지막으로 통제배달의 물품을 수령하는 자를 검거하는 방법이다. 통제배달을 실시하기에 앞서 이미 운반책 등에 대해 압수·수색영장을 발부받아 관련자가 화물 등을 수령한 때에 영장에 의한 수색에 착수하고 규제물품이나 기타 증거물을 압수함과 동시에 관련자를 마약 등 규제물품의 소지 또는 기타 죄명의 현행범으로 체포하면 된다. 여기서 통제배달 물품의 유통현장을 확인하는 경우 관계자를 현장에서 체포하면 될 것이고, 여러 사람에게 시차를 두고 전달·거래되는 경우에는 거래할 때마다 유통 관련자를 차례로 체포한다.

3. 마약류사범에 대한 통제배달의 실례

국제마약사범에 대한 통제배달기법의 성공적인 활용사례로서는 이른바 ‘콜롬비아산 코카인 밀수입 사건’을 들 수 있다.³⁷⁾

가. 사건개요

피의자 로드리게스 외 1명은 콜롬비아 보고타시에서 콜롬비아인 윌리암으로부터 코카인 5Kg 시가 200억원 상당을 검은색 플라스틱 가방의 2중벽 안에 은닉되어 있는 것을 인수받은 후 한국으로 밀수입하기 위하여 경유지인 미국 LA공항에서 한국행 비행기를 탑승하려다가 98. 11. 6. 22:00경 미국 LA세관에서 적발되어 동 물품을 한국으로 밀반입하려다가 예비에 그쳤으나 미국세관의 통제배달에 의하여 한·미·일 합동수사로 1998. 11. 12. 검거되었다.

36) 宇川春彦, “コントロールド・デリバリー”, 現代刑事法, No. 29, 2001. 9, 55면.

37) 관세청, 국제범죄와 특수조사실무, 2003. 4, 103~104면.

나. 수사단서

1998.11.7. 미국 관세청으로부터 정보를 입수, 미국세관과 미마약청(DEA) 및 일본 경시청 등과 국제 공조하여 통제배달수사를 실시하였다.

다. 통제배달 내용

- 범인체포 및 통제배달 개시
- 1998. 11. 8. 김포공항도착 대한항공 012기편으로 미국 LA세관에서 본건 통제배달을 위해 미세관직원 2명이 피의자를 호송하여 범인체포 및 동 코카인을 압수하였으며,
- 동 피의자를 김포공항앞 소재 에어포트호텔 211호에 투숙시켜 기초 심문 및 한국내 접선자를 체포하기 위해 콜롬비아 보스인 윌리엄 및 핵타와 수회국제전화로 접촉 시도하였으나 실패
- 계속 잠복 근무 중 98. 11. 10경 본건 관련자 헤르만으로부터 동 물품을 전달받기 위해 일본인을 보내주겠다는 전화에 의거 일본에 있는 관련 피의자 하라다를 한국으로 입국시켜 검거
- 하라다의 진술내용을 일본 경시청에 통보함과 동시에 같은 해 11. 13. 일본 나고야로 재차 통제배달을 실시하여 일본 경시청에서 콜롬비아인 주범 헤르만을 검거

라. 수사상의 어려움과 평가

- 주범 헤르만을 일본에서 체포하기 전에 국내 조간신문 가판에 보도내용이 기사화 되어 자칫 주범을 놓칠 뻔 함.

- 본건 관련자들은 운반책으로 위조여권을 소지하고 있고 철거하게 점조직으로 되어있어 수사에 어려움이 있었으며, 남미산 코카인 밀수출 경로는 콜롬비아 보고타를 출발 상파울루 경유 미국 LA공항 등에서 T/S하여 한국과 일본으로 반입되고 있음을 확인한 사건으로 최초의 한·미·일 마약 통제배달사례 수립

V. 통제배달기법에 대한 평가

통제배달은 마약 등 규제물품의 밀수조직에 효과적으로 대처하기 위한 독자적 수사기법으로서의 지위를 차지하고 있다.

1. 장 점

통제배달기법의 장점으로서는 다음과 같은 것들을 열거할 수 있다.

- ① 세관절차상에서 미리 규제물품을 압수하고 범죄수사를 실시하여 밀매조직의 조직망이나 자금원 또는 기타 관련자들의 정보를 확보할 수 있다.
- ② 범죄조직의 운영자금도 몰수할 수 있는 기회가 생겨 성공한 통제배달은 조직자체를 와해시킬 수 있다.
- ③ 규제물품을 감시·추적하는 동안 밀매루트에 관한 정보를 수집할 수 있고, 범죄증거의 양적·질적 확보가 용이할 뿐만 아니라 관계된 다른 범죄조직을 와해시킬 수도 있다.
- ④ 국제공조수사인 경우에는 적어도 2개국 이상이 참가하여 서로 협력해야 하기 때문에 범죄에 대한 새로운 동향과 수사상의 새로운 기법도 상호 교환할 수 있다.

2. 단 점

한편 통제배달기법의 단점으로서는 다음과 같은 것들을 생각해 볼 수 있다.

① 수사를 수행하는 과정에서 마약 등 규제물품을 분실한다든지 수사요원이 피해를 입을 위험이 존재한다.

② 운반책에게 의심을 받지 않도록 단시간 내에 마약 등 규제물품을 제거하여 압수하고 대체물품으로 교체해야 한다. 만일 마약 등이 정교하게 통관화물에 은닉되어 있으면 사실상 단시간 내에 교체할 수 없기에 라이브 통제배달을 실시해야 할 것인데, 이 경우 규제물품의 분실위험이 증가한다.

③ 분실위험을 감소시키기 위하여 충분한 감시체제를 구축하게 되면, 그에 따른 인력과 예산상의 문제가 발생한다. 나아가 통제배달 수사가 범죄자 등에 발각되어 수사자체가 실패할 가능성도 있다.

3. 공개적인 도입의 문제점

아직까지는 대부분의 국가가 국내법으로 통제배달기법을 활용할 수 있는 충분한 법률적 근거를 마련해 놓지 않지만, 이를 공공연하게 수사에 활용하게 되면 다음과 같은 문제점이 있을 수 있다.

먼저 통관화물을 이용하는 밀매사안에서 범인들의 검거시기에 대한 판단이 곤란하다. 실무에서는 미리 배달예정 장소에 대한 압수·수색영장의 발부받아 범인들이 화물을 열고 규제물품을 취득하는 순간을 파악하여 체포하는 것이 일반적이다. 그러나 통제배달기법이 정착하여 주지의 수사기법이 된다면 밀매조직에서도 조직의 간부는 하역이나 유통 현장에 나타나

지 않는다든지 운반책과 다른 접선장소를 이용할 의사로 화물이 도착하더라도 일정시간이 경과하여 안전이 확인된 경우에만 나타나는 자위책을 강구하는 것도 생각해볼 수 있다. 사태가 이러한 양상으로 발전하게 되면, 통제배달을 실시하더라도 실제 현장에서 검거할 수 있는 자는 말단 직원뿐이고 밀매조직의 상층부 검거라는 효과는 반감될 수밖에 없다.³⁸⁾

다음은 실제로 복잡한 사안에 대한 통제배달의 대응책이다. 이런 경우에는 아직 통제배달에 따른 감시 및 추적, 관련기관과 업무분담 및 조정, 나아가 국제적인 합동 작전이나 기타 관련 절차에 대해 실무 경험이 없는 국가와 국제적 통제배달을 실시해야 한다면 많은 곤란함이 있을 것이다.

주제어 : 국제범죄, 마약범죄, 조직범죄, 특수수사, 통제배달

참고문헌

- 관세청, 1999년도 밀수·부정무역사례집, 2000. 5.
_____, 최근 마약류 밀수동향, 2003. 12.
_____, 국제범죄와 특수조사실무, 2003. 4.
김건영, “통제배달 및 위장거래기법”, 국제범죄와 특수조사실무, 관세청, 2003. 4, 83면 이하.
대검찰청, 마약류범죄백서(2001), 2002. 4.
류전철, “조직범죄수사기법의 형사사법적 문제”, 비교형사법연구, 제3권 제1호, 한국비교형사법학회, 2001. 7, 283면 이하.

38) 警察學論集, 第53卷 5号, 2000년, 13면 이하(특히 17면)의 “麻薬問題の現状と今後の對策”이라는 죄담회에서 折田康德 일본 경찰청 약물대책과장의 발언 참조.

- 배종대, 형사정책, 제2판, 홍문사, 1998년.
- 손동권, “조직범죄에 대한 현행 입법대책과 개선방향”, 비교형사법 연구, 제5권 제2호 특집호, 한국비교형사법학회, 2003. 12, 515면 이하.
- 신의기, “해외 마약범죄, 어떻게 수사하고 있나?”, 수사연구, 제222호(통권 제20권 제4호), 수사연구사, 2002. 4, 15면 이하.
- 장영민, “조직범죄수사의 문제점과 개선방안”, 형사정책연구, 제5권 제2호(통권 제18호), 한국형사정책연구원, 1994년 여름, 41면 이하.
- 조 국, “함정수사의 위법성 기준과 법적 효과에 대한 재검토”, 형사법연구 제14호, 한국형사법학회, 2000년, 67면 이하.
- 조병인, “국제범죄조직의 불법자금 단속방안”, 형사정책연구, 제6권 제2호(통권 제22호), 한국형사정책연구원, 1995년 여름, 137면 이하.
- _____, “마약류 단속을 위한 국제협력”, 수사연구, 제222호(통권 제20권 제4호), 수사연구사, 2002. 4, 32면 이하.
- Financial Action Task Force I, Report on Money Laundering(1989-1990), pp. 14~27; 한국은행·은행감독원, “자금세탁에 관한 금융활동특별위원회 보고서의 권고 내용”, 자금세탁에 대한 국제적 대응 동향 (번역자료) 부록, 1990년 7월)
- 주용기/강인숙, “조직범죄의 효율적 대처를 위한 서론”, 한양법학, 제10집, 한양대학교 법학연구소, 1999년, 151면 이하.
- 吉田佑紀 外, 大コンメンタール I 藥物五麻法藥, 特例法, 1994년.
- 登里輝男, “國際的藥物密輸組織とコントロール・デリバリーにつ

いて”, 警察學論集 第44卷1号, 1991년
北村道夫, “藥物事犯の捜査について”, 捜査研究 第530号, 1995년
御手洗伸太郎, “麻薬二法について”, 警察學論集 第45卷 3号, 1992년
宇川春彦, “コントロールド・デリバリー”, 現代刑事法, No. 29,
2001. 9.
井上宏, “コントロールド・デリバリーの可否”, 平野龍一・松尾浩也
編, 新實例法學全集 I, 1998년

Isamu Ikenoue, UNAFEI lecture, 2 October 2000.

Johan Peter Wilhelm Hilger, “Controlled delivery”, Resource
material series No. 58, 116th International Training
Course Visiting Experts’ Papers(in: <http://www.unafei.or.jp/pdf/58-07.pdf>), UNAFEI, Dec. 2001, pp. 79-81

Michael Köhler, “Prozeßrechtsverhältnis und Ermittlungseingriffe”, ZStW 107(1995).

Mustafa Abdullah 외, “Special investigative tools to combat
transnational organized crime (TOC)”, Resource material
series No. 58, 116th International Training Course
Visiting Experts’ Papers(in: <http://www.unafei.or.jp/pdf/58-07.pdf>), UNAFEI, Dec. 2001, pp. 228-239.

National Legislation on Organized Crime(in: <http://www.uncjin.org/Documents/Crtoc/webtocid.pdf>), Aug. 1999.

Controlled Delivery of Special Investigative Tolls against Transnational Illicit Traffic in Narcotic Drugs

Lee, Kyung-Lyul*

Controlled delivery is recognized to be one of the most effective investigative tolls to combat transnational organized crime(TOC), particularly illicit drug trafficking. It is defined as the technique of allowing illicit or suspect consignments to pass out of, through or into the territory of one or more states, with the knowledge competent authorities, with a view to the investigation of an offence and the identification of persons involved in the commission of the offence(Article 2 (i), 2000 UN Convention against TOC). We understand by this controlled importation, controlled exportation and controlled transit.

Controlled delivery is not governed by law in Korea. In practice, it is the subject to the tactical discretion of the criminal prosecution authorities. Individual provisions of its legal basis can be found in The special law against illicit traffic in narcotic drugs and psychotropic substances of 1995, particularly Art. 3, 4 and 9.

Since the endorsement of its application *vide* Article 11 of the 1988 UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, this investigative technique has been frequently utilized by law enforcement agencies in dealing with drug

* Professor of Sookmyung Women's University, Ph. D. in Law

offence, both domestically and internationally. Obviously this tolls has become one of the most effective weapons in fighting illicit drug trafficking as it enables the law enforcement agencies to specifically identify, arrest and prosecute not only the carriers and couriers but also the principals, organizers and financiers of such illicit activities. Apart from drug trafficking, the usage of this technique has been expended to other type of organized crimes such as trafficking of firearms, trafficking of stolen vehicles etc.

In reality, most countries have adopted this tactics of controlled delivery in tacking mainly drugs and firearms trafficking. Under the controlled delivery system, the shipments of such goods are monitored closely by law enforcement officers and many delay arrests in order to identify as many members of a trafficking network as possible and to arrest them at s point where legal proof is most readily available. This innovative technique of investigation can be very effective in trapping the managers of crime syndicates.

Key Words: Transnational crime, Illicit drugs trafficking, Organized Crime, Special investigation, Controlled delivery

종교 · 문화행사를 빙자한 집회 · 시위
처벌방안에 관한 연구

김 병 준

형사정책연구 제15권 제1호(통권 제57호, 2004 · 봄호)

한국형사정책연구원

[연구노트]

宗教・文化行事를 憑藉한 集會・示威 處罰方案에 관한 研究

김 병 준 *

I. 序 言

2002.6.13. 경기 양주군 광적면 효촌리 56번 지방도에서 미군 궤도차량에 의해 여중생 2명이 사망한 사건이 발생하였다.¹⁾ 이 사건의 가해자인 미군이 무죄평결을 받자²⁾ 이에 항의하여 시작된 반미시위는 연말을 기점으로 ‘촛불시위’로 전환되어 전국적으로 확산되었고 현재까지도 계속되고 있다. 또한 2003.7.14 전북 부안군이 원전수거물(방사성폐기물) 관리센터 유치신청서를 제출하자 일부 주민들과 시민단체 등이 반발하면서 시작된 시위는 급기야 학생들의 등교거부, 부안 군수 폭행사건 등으로 비화되었고, 같은 해 7.28부터는 여중생 사건으로 촉발된 ‘촛불시위’가 이곳에도 도입되었다.³⁾

현행 집회및시위에관한법률에 의하면 누구든지 일출시간前, 일몰시간後에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 되고, 다만 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고하는 경우에 한하여 허용할

* 경찰청 보안국장 치안감, 법학박사

1) 동아일보, 2002.6.14 사회면 참조.

2) 대한매일, 2002.11.23. 1면 참조.

3) 경향신문, 2003.7.29. 사회면 참조.

수 있을 뿐이다(동법 제10조). 또한 학문·예술·종교·의식 등의 행사인 경우에는 사전신고 및 금지 시간·장소의 제한을 받지 않는다고 규정하고 있다(동법 제13조). 그렇다면 앞서 언급한 ‘촛불시위’가 제10조의 단서규정에 의해 정당화되고 있는 집회인지, 아니면 집시법상의 신고 및 금지 시간·장소 등 규정을 배제할 수 있는 순수한 종교·문화행사인지 여부를 검토해 이러한 촛불시위가 정당한지 판단할 수 있을 것이다.

또한 현재 종교·문화행사 명목으로 이루어지는 집회·시위가 다수 발생하고 있고, 이러한 행사 자체가 집시법상의 규율대상이 되는지 논란이 일고 있다. 즉, 3보1배의 종교의식 형태의 집회·행진도 있고, 기자회견 명목으로 이루어지는 집회도 있다.

따라서 이하에서는 우선 최근의 여중생 사망사건과 불안사건을 중심으로 개최되는 촛불시위의 실태를 알아보고, 기타 3보1배·기도회·기자회견 등의 명목으로 이루어지는 집회·시위 행태를 분석해 본 다음, 종교·문화행사 명목으로 사실상의 집회·시위를 개최하는 행위에 대한 법적인 규제 방안을 제시해 보고자 한다.

II. 主要集會·示威事例 및 分析

1. 女中생 死亡事件 關聯 光化門 앞 촛불示威

가. 사건의 발단과 진행과정

2002.6.13. 발생한 여중생 사망사건은 한미주둔군지위협정(SOFA)에 의거 미군으로 신병이 인도되어 결국 11.22. 미8군 군사재판에서 두 미군 피고인에게 무죄평결이 내려졌고, 이를 계기로 반미집회와 한·미행정협정

개정 주장이 거세졌다. 11.30. 광화문에서 네티즌을 중심으로 촛불집회가 처음 등장하여⁴⁾ 참가인원 및 단체가 증가하였고, 동년 12.7. 광화문에서 3,000명이 촛불집회에 참가하는 등 전국 39개소 16,000여명이 반미집회 및 추모 촛불집회를 개최하였다.

이러한 촛불시위는 12.14. 서울시청 앞에서 45,000여명이 촛불행사 후 광화문까지 행진하는 등 전국 67개소에서 73,500여명이 참가, 최고조에 달하였고,⁵⁾ 이후 12.21 교보빌딩 주변에서 2,000여명이 촛불집회를 갖는 등 전국적으로 7,700여명이 참가하였으며 연말을 기점으로 인원은 축소되었으나, 지금도 매일 10여명이 촛불집회를 갖고 있다.

나. 촛불시위 행태

처음 촛불집회 개최당시에는 네티즌을 중심으로 순수한 추모행사 차원에서 시작하였지만 시간이 지나면서 인원이 증가하였고, SOFA 개정 플래카드 등이 등장하였으며, 급기야 광화문 차도 점거, 미대사관 진출, 미대사관 계란 투척 등 전형적인 ‘시위’형태로 발전하였다.⁶⁾ 이러한 촛불시위 행태는 연말을 기점으로 반미집회 자체 여론 및 정부의 SOFA 개정 약속과 사고재발 방지대책 추진 등으로 추모행사 빙자 반미시위는 감소되었다.

2. 원전수거물 관리센터 설치반대 관련 부안 주민 촛불시위

가. 사건의 발단과 진행과정

2002년 5월부터 전북 부안군 위도 주민들은 지역발전을 위해 원전수거

4) 한겨레, 2002.12.5. 19면 참조.

5) 문화일보, 2002.12.14. 23면 참조.

6) 경찰청, 2002.12.7·12.14·12.21·12.31字, 상황보고서 참조.

물 관리센터 유치에 나서기 시작하여, 7.14. 부안군이 산업자원부에 유치신청서를 제출함에 따라 장기 미제사업이 극적으로 해결될 것 같았으나, 지역 농민회와 종교·환경단체의 반발이 적지 않았고,⁷⁾ 동년 7.22. 부안수협 앞에서 부안군 주민 7,000여명이 집회 후 부안군청 앞으로 몰려가 돌·새우젓·각목 등을 청사로 던져 유리창 등이 파손되고 경찰 10여명이 다치는 등 폭력시위로 변질되었다.⁸⁾

그러다가 7.25. 시위를 끝낸 농민 등 50여명이 촛불을 들고 행진하는 것을 시작으로 7.28. 부안수협 앞에 500여명을 참가하는 촛불집회를 개최하였으며,⁹⁾ 8.2. 부안수협 앞에서 1만여명이 참석하여 촛불집회를 개최하고 부안군청까지 거리행진을 벌였다.¹⁰⁾ 그 이후에도 매일 1,000~2,000여명이 촛불시위를 계속하고 있다.¹¹⁾

나. 촛불시위 행태

부안 촛불시위는 여중생 사망사건과 관련한 촛불시위와는 다소 차이가 있다. 여중생 사망사건 관련 시위는 최초 추모행사 성격이 있었으나 부안의 촛불시위는 추모행사의 성격이 아니었다. 다만, ‘오락행사’적인 면이 있었으나, 노란티셔츠 착용·핵폐기장유치 반대구호 및 유인물배포·플래카드 소지 등 행사진행 실태를 보면 일반적인 시위의 행태로 볼 수밖에 없다.

7) 세계일보, 2003.7.15. 23면 참조.

8) 경향신문, 2003.7.23. 19면 참조.

9) 경향신문, 2003.7.29. 18면 참조.

10) 경향신문, 2003.8.2. 22면 참조.

11) 부안 원전수거물 관리센터 유치 반대관련 집회는 이외에도 2003.8.1. 격포항 선착장과 해상에서 어선 200여척을 동원하는 해상시위를 벌였고(경향신문 19면 참조), 동년 8.14. 서해안고속도로를 주민 등 7,000여명이 점거하였으며(경향신문, 23면 참조), 초등학교등교거부, 동년 9.8. 내소사를 방문한 부안군수를 감금·폭행하는 사건까지 이어졌다(동아일보, 9.9. 27면 참조).

3. 其他 宗教・文化行事を 名目으로 한 集會・示威

가. 보수단체 구국기도회 명목으로 집회 개최

지난 3.1 서울시청 앞에서는 10만여명의 시민들이 한국자유총연맹 등 114개 보수단체가 주최한 ‘자유통일 3·1절 국민대회’가 열렸다.¹²⁾

이들 단체는 지난 8.15. 서울시청 앞에서 1만여명이 참석한 가운데 ‘건국 55주년 반핵반김 8·15 국민대회’를 개최하였고, 행사 중간에 대형 인공기를 찢고 불태우는 퍼포먼스도 벌였으며, 소공로를 거쳐 서울역까지 행진을 하기도 하는 등¹³⁾ 단순한 구국기도회 차원을 넘어 사실상의 옥외집회 및 시위를 개최하였다.

나. 3步 1拜 형식의 집회・행진

새만금 갯벌 방조제 건설 중단을 촉구하며 지난 3.28.부터 5.31. 까지 부안 해창 갯벌에서 서울까지 3보 1배 형식으로 행진한 것은 순수한 종교행사로 보기에는 다소 무리가 있다. 최초 성직자 이외에도 30여명의 공식 수행단이 있었고, 행진 도중 평일엔 100여명, 주말엔 수백명이 행렬을 이뤄 연인원 2만 4천여명이 행진으로 뒤를 따랐다.¹⁴⁾ 물론 이들의 주장과 그 순수성은 별론으로 하더라도, 주장하는 내용, 행진 규모 및 인원으로 볼 때 집시법상의 ‘행진’으로 보지 않을 이유가 없는 것이다. 그럼에도 불구하고 종교행사라는 이유로 아무런 신고 없이 진행한 것은 다소 문제가 있다고 보여 진다.

12) 한겨레, 2003.3.3. 15면 참조.

13) 조선일보, 2003.8.16. 7면 참조.

14) 한겨레, 2003.6.2. 15면 참조.

이러한 3보 1배 형식의 ‘시위’가 점차 증가하고 있는데 그 문제의 심각성이 있다. 즉, 천주교, 불교, 개신교, 원불교 등 4대 종단의 여성성직자 6명은 지난 6.20. 서울에서 해창 갯벌까지 새만금 사업관련 3보 1배의 행진을 하였고, 종교인 40여명은 지난 9.26.부터 10.3까지 경부고속철도의 경남 양산시 천성산 관통을 막기 위해 부산역 광장에서 천성산 화엄벌까지 3보 1배 행진을 하였다.¹⁵⁾

향후 이러한 3보 1배 형식의 집회 및 행진이 점차 일반화 될 움직임이 보이고, 종교행사라는 측면도 없지 않으나, 무조건 방치할 경우 교통방해 등이 우려되고, 종교행사라 하더라도 ‘행진’까지 한 것을 보면, 집시법 제 13조에서 배제하는 ‘종교 집회’에 해당되지 않을 가능성이 높다.

다. 기자회견 명목의 집회

8.24. 대구 유니버시아드 대회시 북한 기자단과 보수단체간 충돌 사건은 기자회견 명목으로 사실상의 집회·시위를 개최한 대표적인 사례로 볼 수 있다. 당시 민주참여네띠즌연대, 북핵저지 시민연대 등 회원 20여명은 플래카드 3개를 내걸고 기자회견 중간에 구호를 외치는 등 사실상의 ‘시위’를 개최한 것이다.¹⁶⁾

이러한 기자회견의 경우 ‘언론의 자유’와 ‘국민의 알 권리’ 등을 보아 순수한 기자회견은 최대한 보장되어야 한다는 점에서 경찰에서 사전에 적극 대처하기는 매우 어려운 게 현실이다.

15) 경향신문, 2003.6.20. 15면 ; 한겨레, 2003.9.27. 14면 각 참조.

16) 한국일보, 2003.8.25. 8면 참조.

III. 宗教文化行事 名目の 集會·示威의 問題點

1. 촛불示威의 問題點

가. 야간행사로 인한 문제점

촛불시위는 부득이하게 야간에 이루어질 수밖에 없다. 야간에는 주간과는 달리 가시거리의 축소로 인해 집단행동시 과격·폭력 우려 등 제반 위험성이 상존하고 있다. 특히 야간에 고성능 확성기를 동원하여 행진까지 할 경우 주변 거주자에 대한 막대한 사생활 침해 및 교통체증은 불을 보듯 뻔하다. 더구나 야간이라는 시간적 특수성으로 인해 사소한 문제가 비화되어 집회 참가자들 간의 충돌 내지 나아가 이를 제지하는 경찰과의 충돌이 주간보다 더 우려될 수밖에 없다.

헌법재판소도 야간집회를 제한하는 제10조가 합헌이라고 하면서 ‘일반적으로 야간 옥외집회·시위는 주간의 옥외집회·시위보다 질서유지가 어렵고 그만큼 공공의 안녕질서에 해를 끼칠 개연성이 높고 심리학적으로도 주간보다 자극에 민감하고 흥분하기 쉬워서 집회 및 시위가 본래의 목적과 궤도를 이탈하여 난폭화할 우려가 있고, 이를 단속하기가 어려운 점 등 특성이 있다’¹⁷⁾고 언급한 적이 있다.

나. 주최자 없는 시위

광화문 등지에서 열린 촛불행사의 또 다른 특징은 사이버 상에서 특정 사이트 게시판을 통해 시위개최내용을 게시하고 상호간 토론회를 통해 시

17) 헌법재판소, 1994.4.28, 91헌바14 참조.

간·장소를 합의해서 네티즌들의 참가를 유도하여 집회신고 없이 실제로 ‘오프라인(일명 번개시위)’ 상에서 시위를 개최한다는 것이다. 이러한 집회의 참가자는 어느 집회와는 달리, 특정인·단체가 아닌 회사원·학생·주부 등 다양한 네티즌들로 구성되었다.

다. 경찰 대응상의 문제점

야간집회는 가시거리의 축소로 인한 시위참가자들의 행동과악의 어려움, 시위참가자들과 대치시 폭행 등 상존, 불법행위 발생시 해산과정에서의 변수발생 우려, 주변시민 보호의 어려움 등 제반 여건이 주간보다 훨씬 불리한 것이 사실이다.

또한 네티즌 중심의 촛불시위는 주최자를 특정하기 어려워 질서유지를 위한 협이나 집시법상 주최자 준수사항을 부과할 수 없고, 처벌이 곤란한 뿐 아니라, 즉흥적으로 시위가 결정되는 관계로 참가인원이나 시위용품에 대한 예측이 곤란하다. 아울러 이러한 시위가 불법으로 이어질 경우 해산 조치만이 유일한 대안이나 인원이 많을 경우 경찰력에 부담이 생기고, 충돌이나 부상 등의 불상사가 발생할 가능성이 높다.

2. 3步 1拜, 救國祈禱會 등 宗教行事를 憑藉한 集會의 問題點

가. 교통소통 등 장애 우려

3步 1拜 행진의 경우 적게는 4~5명씩 많게는 수십명씩 인도 또는 차도를 따라 진행하면서 이루어지기 때문에 교통소통에 장애를 가져올 수 있고, 신고되지 않은 사항이라 경찰이 행진하는 사람들에 대해서 제대로 보

호해 주지도 못하고 있는 실정이다. 또한 최근에 개최한 구국기도회를 보면 그 참가인원이 적게는 일만명이고 많게는 10만명에 달해 그 일대의 교통혼잡은 불을 보듯 뻔한 것이다.

나. 경찰 대응상의 문제점

일반적으로 집회신고 등을 받는 이유는 평화적인 집회를 최대한 보장하고, 공공의 안녕질서와 충돌이 있을 경우 일정부분 제한하여 양자간의 적절한 조화를 도모하고자 함에 있다. 그런데, 이러한 신고절차 없이 진행되는 집회 또는 행진은 경찰이 사전에 파악할 수 없어 평화집회라고 할지라도 보호해 줄 수가 없으며, 공공질서와의 충돌이 있을 경우 집회자 뿐만 아니라 다수인에게도 피해로 돌아간다.

특히 3보 1배 행사나 구국기도회 등 종교행사의 경우 대부분 평화적으로 이루어지는 집회이므로 경찰의 적극적인 보호가 필요할 것이고, 일정부분은 다수인을 위한 집회의 일정제한이 필요한 것은 사실이다. 그럼에도 불구하고 아무런 신고 없이 종교행사라는 이유만으로 강행한다면 교통상의 장애, 일반 보행자의 불편·충돌 등은 불을 보듯 뻔한 것이고, 경찰의 적절한 보호도 받지 못할 것이다.

3. 記者會見 名目 集會의 問題點

가. 기자회견을 빙자한 집회 양상

앞서 살펴본 바와 같이 기자회견은 언론의 자유와 함께 옥내뿐만 아니라 옥외에서의 기자회견도 어느 정도 보장되어야 하는 것이 타당하다. 그러나 옥외기자회견의 경우 인도나 광장 등을 사용해야 하는 장소적 특성

으로 인해 신중한 접근이 필요하다고 본다. 더구나 기자회견을 빙자하여 구호제창을 하거나 기자 없이 이루어지는 기자회견에 대해서는 집시법의 적용대상이 된다고 본다.

특히 이러한 기자회견은 집회금지장소에서 자주 일어나고, 기자회견중에 플래카드·피켓을 내걸거나, 가면 등을 쓰고 퍼포먼스 연출 등을 병행하여 사실상 집회·시위로 변질되는 경우가 많아 이에 따른 현장 제지나 사후사법처리 등 경찰조치가 필요하다고 생각한다.

나. 경찰대응상의 문제점

기자회견을 처음부터 제지한다는 것은 기본권 침해의 우려가 있으므로 신중한 적용이 필요하다. 따라서 참석자의 성향·참석 목적·회견의 방식·회견장에서의 행태 등을 구체적으로 검토하여 집시법을 적용하는 것이 타당할 것이다. 즉, 기자 없이 이루어지는 기자회견이나, 기자회견을 빙자하여 피켓팅·구호제창 등을 병행하는 경우와 같이 본래 목적의 기자회견을 일탈하는 행태에 대해서 사후조치 해야 한다고 본다. 그러므로 기자회견의 진행과정 등을 보아가며 현장에서의 엄격한 집시법 적용이 요구된다 할 것이다.

또한 기자회견 전 ‘기자회견의 범위’를 넘지 않도록 경고하고 피켓팅·구호제창·퍼포먼스 등을 병행하지 않도록 설득할 필요가 있으며, 기자회견이 집회로 발전, 중대한 위반이 있을 경우에는 현장 제지·처벌하고 경미할 경우에는 채증하여 사후 사법처리 하는 것이 바람직 할 것이다.

4. 擴散 可能性

앞서 살펴본 바와 같이 이러한 종교·문화 행사 명목의 집회시위는 앞

으로 더욱 확산될 가능성이 있고, 실제로 촛불시위 등이 계속 확산되고 있다는데 그 문제의 심각성이 있다.¹⁸⁾

더구나 이러한 종교·문화 행사 명목의 행사는 사실상 집회·시위로 변질되어도 기본권 침해·종교행사 탄압 등을 내세워 강제해산 등 경찰조치에 대응하기 용이하다는 점을 내세워 향후 더 확산될 조짐을 보이고 있다.

또한, 지난 연말 촛불시위에 대해서 경찰이 처음부터 강력하게 대처하지 못했기 때문이기도 하다. 물론 강력히 대처하지 못한 것은 당시 미군에 의한 여중생 사망으로 인해 전국적으로 반미감정이 확산되고 있던 터였고, 최초 촛불시위는 일종의 추모행사 성격을 가졌기 때문일 것이다. 국민 정서를 무시하고 원칙적인 법집행만 고집하다 보면 경찰 존립 자체가 문제시 될 수 있어 나름대로 인내를 가지고 대응해 왔다고 본다. 그러나 추모행사 차원을 넘어 시위로 변질되었을 때 과감한 법집행을 했었으나 했으나, 그러지 못함으로 인해 촛불시위는 계속 확산되었다.

IV. 集示法 適用與否 檢討

1. 集會 및 示威의 概念

가. 現行법 규정

집시법 제2조에서 「옥외집회라 함은 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 않는 장소에서의 집회를 말하고, 시위라 함은 다수인이 공동목적を 가지고 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가

18) 집시법 제8조제2항 참조.

하는 행위를 말한다」고 규정하고 있다.

나. 옥외집회의 개념

집시법상 ‘옥외집회’라 함은 법규정으로 볼 때, 사망이 폐쇄되었더라도 천장이 없거나, 천장이 있더라도 사망이 폐쇄되지 않는 장소에서의 집회를 말한다고 보아야 한다. 일각에서는 ‘옥외집회’의 개념 속에는 당연히 ‘공중이 자유로이 통행할 수 있는 곳’이라는 장소적 제한 개념이 내포되어 있어야 보아야 한다고 주장한다.¹⁹⁾ 그러나 집시법 제2조 제1호에서 옥외집회를 ‘천장이 없거나 사망이 폐쇄되지 않는 장소에서의 집회’라고 규정한 취지는 천장이 없거나 사망이 폐쇄되지 아니한 장소에서의 집회는 설사 그 곳이 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소가 아닐지라도 그 장소의 위치·넓이·형태·참가인원의 수·그 집회의 목적·성격·방법 등에 따라서 시위와 마찬가지로 공공의 안녕질서에 해를 끼칠 우려가 있어 규제의 필요가 있다고 보고 이를 시위와 동일하게 규제 대상으로 삼겠다는 데에 있는 것으로 이해되므로 옥외집회 개념 속에 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소적 제한개념이 내포되어 있다고 보기 어렵다할 것이다.²⁰⁾

또한 여기서 말하는 ‘집회’라는 개념은 특정 또는 불특정 다수인이 특정한 목적 아래 일시적으로 일정한 장소에 모이는 것을 말한다.²¹⁾ 다만 특정한 목적을 가지고 모였다는 자체만으로는 집시법상의 집회로 보기는 어렵고 공중에 영향을 줄 의도가 있어야 한다. 따라서 ‘옥외집회’라 함은 ‘천장이 없거나 사망이 폐쇄되지 아니한 일정한 장소에서, 특정 또는 불특정 다수인이, 특정한 목적 아래, 공중에 영향을 줄 의도로, 일시적으로 모이는 것’을 말한다고 볼 수 있다.²²⁾

19) 헌법재판소, 1994.4.28, 91헌바14 참조 (재판관 조규광, 변정수 반대이견).

20) 전게 헌법재판소 다수의견.

21) 서울지방법원 제22형사부 판결, 2003 고평 656 참조.

다. 시위의 개념

‘시위’란 다수인이 공동목적을 가지고 (1) 도로·광장·공원 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행함으로써 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위와 (2) 위력 또는 기세를 보여 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다고 풀이해야 할 것이다.

따라서 위력 또는 기세를 보인 장소가 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소이든 아니든 상관없이 그러한 행위가 있고 그로 인하여 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가할 개연성이 있으면 집시법상의 ‘시위’에 해당하는 것이고, 이 경우에는 ‘공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소’라는 장소적 제한개념은 ‘시위’라는 개념의 요소라고 볼 수 없다고 보아야 한다.²³⁾

2. ‘촛불示威’가 屋外集會 및 示威에 해당하는 지 與否

가. 현행법 규정

집시법 제13조(적용의 배제)에 의하면 「학문·예술·체육·종교·의식·친목·오락·관혼상제 및 국경행사에 관한 집회에는 제6조 내지 제12

22) 서울지방법원 북부지원에서는 ‘집시법 제6조 소정의 신고 의무 있는 옥외집회는 다수인이 공동 목적을 가지고 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 않은 장소에 모여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위를 말한다고 보아야 할 것이다’라고 판시한 바 있다(2003.8.28, 2003고단 2100, 참조).

23) 전개 헌법재판소 다수의견, 이에 반해 소수의견(재판관 조규광)은 ‘시위’의 개념을 다수인이 공동목적을 가지고 ‘공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소에서’ ‘행진 기타 위력 또는 기세를 보이는 방법으로’ 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위로 보아야 한다고 하여, 집시법의 규제대상이 되는 옥외집회의 개념 속에는 당연히 ‘공중이 자유로이 통행할 수 있는 곳’이라는 장소적 개념이 내포되어 있다고 보아야 한다고 주장하였다.

조의 규정을 적용하지 아니한다」고 규정하고 있다. 다만 제13조에서 학문·예술 등에 관한 ‘집회’에 대해서는 신고대상이 아닌 것으로 규정하고 있으나 ‘행진’에 대해서는 본법을 적용하지 않는다는 규정이 없으므로 행진에 대해서는 신고를 해야 한다고 본다.²⁴⁾

나. 촛불시위를 종교·문화행사로 볼 수 있는지 여부

1) 종교·문화행사의 개념

집시법상의 규정이나 현재까지의 법원판결 등에서도 종교행사나 문화행사에 대한 개념정의를 특별히 두고 있지 않다. 통상 종교행사라 함은 종교 의식과 관련된 행사로 보는 것이 타당하다. 그렇게 본다면 일반적인 기도회, 미사, 연등행사 등은 종교행사로 볼 수 있다. 또한 문화행사도 집시법상 특별히 배제한다는 규정은 없지만 친목·오락행사에 해당할 경우 법상 신고대상 등이 아님은 당연할 것이다. 이러한 종교·문화행사 등은 공동의 목적을 가지고 모인 것은 사실이나 불특정 다수인에게 영향을 줄 의도가 없고, 타인의 기본권과 크게 충돌될 우려가 없어 집시법상 신고대상에서 제외하고 있는 것이다.

2) 촛불시위가 종교·문화행사인가

결론부터 말하자면 종교·문화행사와는 거리가 멀다고 볼 수 있다. 왜냐하면, 여중생 사망 사건 관련 촛불시위 행태를 보면 앞서 언급한 대로 반미구호를 외치고 소파개정 플래카드 등을 들고 있는 것을 보면 누가 보더라도 자신들의 주장을 불특정 다수인에게 알리기 위한 행위로 볼 수 있

24) 경찰청, 집회및시위에관한법률 운용실무, 1999, 81면 참조.

다. 부안 촛불시위의 경우 등단 발언, 구호 제창 등 전형적인 시위행태를 보였고 경찰 차량의 방화 등 불법행위까지 하는 것은 명백히 집시법상의 시위개념에 해당한다고 보아야 한다.

또한, 법원에서도 여중생 범대위 명의로 개최한 광화문 교보빌딩 옆 소 공원에서의 촛불시위 도중 250여명이 미대사관 방면으로 진출하려다 이를 제지하는 경비경찰을 폭행한 사건에 대한 판결에서, ‘...종전에 경찰이 여중생 범대위 등이 주최하는 여중생 사망추모행사를 허용하여 왔기는 하지만 여중생 사망추모행사가 관혼상제의 성격도 가지고 있는 점 등 그 행사 목적과 의의 등을 존중하여 경찰이 사전신고 없는 관련 집회·시위를 단속하지 않았을 뿐인 것으로 보이므로, 이를 근거로 이 사건 집회·시위를 순수한 관혼상제에 관한 것으로 보기는 어렵고, 2003.6.7.자 집회·시위의 경우 그 행사의 목적과 내용, 참가자, 진행 상황 등 제반 사정에 비추어 볼 때 산전신고절차를 거쳐야 하는 집회·시위라고 보아야 할 것이며...’라고 하여 여중생 사망사건관련 촛불행사의 경우 집회·시위로 볼 수 있고 순수한 관혼상제로 보기는 어렵다고 판시한 바 있다.²⁵⁾

다. 야간집회금지 규정의 예외에 해당하는지 여부

1) 현행법 규정

현행 집시법 제10조에서는 ‘누구든지 일출시간전, 일몰시간 후에는 옥외 집회 또는 시위를 하여서는 아니된다. 다만, 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고하는 경우에는 관할 경찰관서장은 질서유지를 위한 조건을 붙여 일출시간 전, 일몰시간 후에도 옥외집회를 허

25) 서울지방법원 북부지원, 2003.8.28, 2003고단2100(분리) 집회및시위에관한법률위반 판결문 참조.

용할 수 있다'고 규정하고 있다. 물론 이 경우에도 옥외집회만 가능하고 시위는 금지된다.

2) 촛불시위가 예외적 허용사유에 해당하는 지 여부

여중생 사망관련 촛불시위의 경우나 부안 촛불시위의 경우에는 처음부터 질서유지인을 두고 미리 신고한 집회는 아니었다. 따라서 아예 이 규정이 적용될 여지는 없다. 만약 질서유지인을 두고 미리 신고하는 경우, 이를 허용해야 할 만한 사유가 있는가를 살펴보아도 부득이한 경우라고 보기 어렵다 할 것이다.

입법취지상 부득이한 경우라 함은 주간부터 시작한 집회가 늦게 시작되었거나 연사 등이 많아 어쩔 수 없이 일몰시간이후까지 가는 경우가 부득이한 경우로 볼 수 있고, 이 경우에도 일몰시간 이후 한두 시간 정도까지는 허용될 수 있으나 그 이후의 시간까지 계속하는 것은 곤란하다고 보아야 한다. 입법자가 야간집회를 원칙적으로 금지하는 이유는 앞서 살펴본 바와 같이 야간의 경우 시간적 특성으로 인해 안전사고의 위험 및 인근주민의 피해 등이 심각하기 때문이다.

따라서 여중생 사망관련 촛불시위나 부안 촛불시위 모두 야간부터 시작하고, 그 행태도 단순한 집회 차원을 넘어 시위의 개념으로 볼 수 있으며, 심지어 행진까지 하는 것을 보면 '부득이한 경우'로 보기 어렵고, 집시법 제10조의 예외적 허용사유에 해당한다고 볼 수 없다. 더구나 여중생 사망 사건 관련 촛불시위는 시청, 교보빌딩 옆 등이 집회금지장소(국내주재 외국의 외교기간 100M 이내)에서 진행되고 있는 것으로 집시법 제10조 적용여부와 상관없이 제11조 위반이다.

3. 其他 宗教・文化行事の 集示法 適用與否 檢討

가. 3步 1拜, 구국기도회 등 종교행사의 경우

순수한 종교행사의 경우, 같은 종교 숭배자끼리 기도나 예불 등을 드리고, 연등행사 등과 같이 옥외에서 이루어지는 경우도 있지만 대부분 실내에서 조용하게 행사를 갖는 것이 많다. 이러한 종교행사와는 달리 정치적·사회적 목적으로 이루어지는 행사는 이미 종교의식의 범위를 넘는 경우가 대부분이라고 볼 수 있다. 즉, 그 행사의 목적 자체가 이미 정치적·사회적 성격을 가질 때, 그것은 ‘불특정 다수의 의견에 영향을 미치기 위해서 위력이나 기세를 보이는 것’과 다름없으므로, 집시법에서 규율하는 옥외집회 및 시위의 개념에 포함시킬 수 있을 것이다.

나아가 정치적·사회적 목적을 갖는 행사의 경우, 구호제창·피켓팅·플래카드 게시·행진 등 전형적인 집회·시위 형태로 이루어지고 있으므로, 집시법 적용이 배제된다고 보기는 어려울 것이다. 그 주장하는 내용도 ‘새만금 사업 반대’, ‘주한미군 철수 반대’, ‘북핵포기’ 등 사회·정치적 성격을 띤 것으로 다수인이 모여 자신들의 주장을 관철시키기 위한 행동으로 보지 않을 수 없는 것이다.

또한 3보 1배 행진의 경우, 설령 순수한 종교행사라고 해도 집시법 제13조에서 배제하는 것은 ‘집회’의 경우만 해당하므로, ‘행진’까지 하는 경우는 배제되지 않는다고 볼 수 있어, 신고 등 제반 절차에 따라야 한다고 본다. 그러한 집시법상의 절차준수 없이 무조건 강행한다면 그로 인한 교통장애 및 통행불편 등은 고스란히 일반 국민들에게 돌아갈 것이기 때문이다.

나. 기자회견 명목의 행사

우리 헌법은 집회의 자유와 아울러 언론의 자유도 보장하고 있고, 이에

대한 허가나 검열 등이 인정되지 않고 있다.²⁶⁾ 언론의 자유와 관련해서 기자회견도 중요한 개인적 권리이고, 순수한 기자회견은 마땅히 보호되어야 할 것이다. 그러나 순수한 기자회견은 대부분이 실내에서 이루어지나, 최근 들어 옥외에서 기자 없이 이루어지거나, 기자회견 도중 퍼포먼스 연출, 구호제창, 피켓팅 등을 하는 사례가 늘고 있는 바, 이는 집시법상의 ‘옥외집회 및 시위’에 해당한다고 볼 수 있을 것이다. 즉, 다수인이 통행 가능한 장소에서 자신들의 주장을 관철시키기 위해 불특정 다수인을 상대로 위력 또는 기세를 보이는 전형적인 ‘시위’ 형태를 띠는 경우가 많기 때문에 집시법상의 제반절차에 따라야 한다고 본다.

V. 對應方案

1. 순수한 宗教 · 文化行事는 保護

집회의 자유는 헌법상 보장된 자유이고 허가제를 명문으로 금지하고 있는 헌법의 취지에 비추어 볼 때, 순수한 종교 · 문화행사는 최대한 보장되어야 한다.

또한 집시법 제13조에서 종교행사 등의 경우에는 신고의무 및 금지시간 · 장소 등의 규정이 적용되지 않는 점을 감안해 볼 때, 순수한 종교행사의 경우에는 신고의무조차 없고 집회 금지시간 및 금지장소에서도 할 수 있으므로 이러한 행사는 최대한 보호되어야 할 것임에는 틀림없다. 그러나 그러한 행사라고 하더라도 집시법상의 다른 규정이 전부 적용되지 않는 것은 아니다. 즉, 종교행사 등이 집단적인 폭행 · 협박 · 방화 · 손괴 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 경우에는 法제5조

26) 헌법 제21조 참조.

제1항이 적용될 수 있고, 해산사유(法제18조)에 해당할 수 있다.

따라서 종교・문화행사의 경우 신고의무 등만 면제되고, 그 외의 집시법 규정은 적용된다고 보아야 하므로, 이러한 종교・문화행사도 공공의 안녕질서유지와 적절히 조화되는 선에서 보호되어야 한다.

2. 屋外集會 및 示威에 대해서는 嚴正한 法執行 必要

가. 촛불시위에 대한 처벌

작년 말 한 네티즌의 주장으로 급속도로 확산된 촛불시위는 여러 단체들이 많이 선호하고 있고, 앞으로도 전국적으로 확산될 전망이다. 이러한 촛불시위는 현 집시법으로 규제가 가능하다고 본다. 즉, 법의 불비가 아니라, 현행법상으로 얼마든지 규제 및 단속이 가능함에도 현행법을 엄격히 적용하지 않았을 뿐이라고 생각한다.

앞서 살펴본 바와 같이 현재 진행되고 있는 촛불시위의 구체적인 양상을 살펴보면 집시법상의 ‘옥외집회 및 시위’의 개념 속에 포함될 수 있다고 본다. 또한 촛불시위는 참가인원・목적・행태 등으로 보아 단순한 종교・문화행사로 보기도 어렵고, ‘집회의 성격상 부득이한 경우’에 해당하여 꼭 야간에 이루어져야 할 이유도 없다. 따라서 당연히 집시법의 규율대상이고, 집시법상의 신고 등의 제반절차를 따라야 하며, 금지시간・금지장소에서 이루어지는 촛불행사에 대해서는 허용해서는 아니된다. 즉, 집시법 제10조를 엄격 적용하고, 위반시 해산조치(제18조) 및 벌금부과(제20조) 등 강력한 조치를 취해야 한다.

물론, 처음 촛불시위가 등장했을 때는 네티즌간의 순수한 추모행사로 우발적으로 시작되었고, 국민정서 등을 고려한 측면도 없지 않아 있으나, 어느 순간부터 촛불시위가 집시법의 규율대상이 아니라는 인식이 확산되

어 왔다. 종교·문화행사라고 하더라도 행사 목적, 내용, 절차, 준비물 등을 보아 명백한 옥외집회 및 시위에 해당할 때는 집시법의 적용이 필요하다. 그렇지 않으면 최근 촛불시위처럼 집시법 규정을 악용하는 사례는 더욱 확산될 것이며, 이로 인한 피해는 집회·시위와는 무관한 일반국민에게 돌아갈 것이 뻔하기 때문이다. 최근 교보빌딩에 입주해 있는 대사관에서는 확성기 등 소음으로 인해 정상적인 업무수행이 어렵다며 집시법의 엄격한 적용을 요구해 온 적도 있다.²⁷⁾

다만, 이러한 엄정한 법집행도 중요하지만 한 가지 유의할 점은 무조건적인 법의 잣대보다는 그 집회로 인한 공공의 안녕질서 침해가 얼마나 되는지 여부를 확인해 보고, 비교형량 하여 항상 조화를 이루도록 하는게 더 중요하다고 본다. 즉, 신고 없는 야간 촛불집회가 있다고 해서 무조건 금지·해산하기보다는 그 집회가 공공의 안녕질서유지와 전혀 무관할 경우에는 어느 부분까지는 허용해 주는 유연한 자세도 필요하리라 본다.

나. 3步 1拜, 祈禱會 등 宗教行事 憑藉集會에 대한 處罰方案

3보 1배의 종교의식이라 하더라도, 그 목적·참가인원·행진방법 등으로 보아 명백히 집회·시위에 해당할 때에는 집시법상 신고절차 등 제반 요건에 따르도록 해야 할 것이다. 특히 3步1拜 행사는 일종의 ‘행진’에 해당하므로 엄격한 집시법 적용이 요구된다. 다만, 극히 소수 인원이 인도를 따라 3보 1배 행사를 하고 통행에도 아무런 지장이 없을 경우에는 어느 정도 유연성 있는 법집행이 필요하다고 본다.

27) 2003.7.21. 외교통상부에서는 ‘주한 외교단장이 콜롬비아, 호주 등 7개 주한 외국공관이 입주하여 있는 교보빌딩 인근에서 집회 및 시위가 빈발하고 있으며, 동 집회 및 시위 시 사용되는 확성기 소음으로 인해 외국공관들의 정상적인 업무 수행에 많은 지장을 초래하고 있다며, 집회 및 시위 발생시 집시법(제11조)이 준수될 수 있도록 적절한 조치를 취해 달라’는 취지의 공문을 경찰청에 발송하였다.

구국기도회 등의 행사는 사실상 ‘옥외집회’에 해당하는 경우가 대다수이다. 구호제창, 피켓팅, 플래카드 게시 등 전형적인 집회·시위의 형태를 띠고 있음에도 종교행사라는 이유로 방치되고 있었던 게 사실이다. 따라서 종교행사 명목으로 집회를 개최하려 할 경우 행사의 성격·참가인원·준비용품 등으로 보아 명백히 집회·시위에 해당할 경우 사전신고를 받고, 집시법상 금지장소일 경우 금지통고 하는 등 집시법상의 제반절차에 따라 진행되도록 하여야 할 것이다.

다. 기자회견 명목의 집회·시위 규제방안

기자회견의 경우 사전 판단하기가 쉽지 않은 면이 있다. 따라서 처음부터 제지하기보다는 기자회견 진행상황을 보아가며 집회·시위로 변질될 시 사후 사법조치 하는 것이 타당할 것이다. 즉, 기자회견 과정에 피켓팅·구호제창 등 집회·시위로 변질될 경우에는 미신고 집회임을 통보하고 현지중단토록 요청후 불응시 사법처리토록 하고, 현장에서의 해산조치 등은 좀더 신중을 기해야 한다고 본다.

집회·시위로 변질된 기자회견이라고 하더라도, 현지 정황으로 보아 어느 정도 기자회견의 성격이 남아 있을 경우 강제해산 등 경찰력 행사는 자칫 언론의 자유 침해 등 오해의 소지가 있고, 설령 기자회견이 집회·시위로 변질되더라도 공공의 안녕질서 유지에 크게 무리가 없다면 어느 정도 허용해 주고 사후 사법 처리하는 방안을 강구하는 것이 타당할 것이다.

3. 새로운 示威 行態에 대한 對備

과거의 시위형태에서 벗어나 새로운 시위양상이 나타나고 있고 그 중 대표적인 것이 1인 시위였다.²⁸⁾

이와 더불어 좇불시위, 3보1배 시위, 기자회견 명목의 시위 등도 새로운 시위방법중 하나라고 볼 수 있을 것이다. 물론, 외견상 종교·문화행사로 보아 집시법상의 신고대상 등이 배제되는 것 같아 보이지만 엄밀히 따져 보면 시위로 보는 게 타당할 것이다.

이러한 새로운 방법의 시위는 앞으로도 얼마든지 확산·확대 될 수 있고, 주위사람들의 이목을 끌만한 방법이나 수단들이 동원될 것이다. 그들의 주장이 아무리 타당하고 받아들여져야 할 것이라고 하더라도 그것은 법 테두리 내에서 이루어 져야 하고, 법을 교묘히 이용하는 방법은 지양되어야 할 것이다. 집시법 적용이 가능한 지 면밀히 검토하여 법적 테두리 내에서 이루어지도록 유도하여야 할 것이다.

VI. 結 論

이상으로 종교·문화행사 명목의 집회·시위 양상을 살펴보고 그에 대한 경찰의 구체적 대응방안을 제시해 보았다. 현행법을 악용하거나 법의 사각지대에서 타인의 권리를 침해하는 행위에 대해 방치해서는 안된다. 법 적용이 가능한지 여부를 신중히 검토해보고 현행법 내에서 모든 것이 이루어지도록 유도할 필요가 있고, 필요하다면 법개정 작업을 거쳐 현행법 테두리 내로 끌어들이 필요가 있는 것이다.

물론 이 과정에서 집회의 자유라는 큰 틀을 가급적 침해하지 않는 것도 중요한 것이라고 본다.²⁸⁾ 이러한 집회 및 시위의 자유는 사회의 다양한 집단들이 그들의 의사와 주장을 집단적으로 표명함으로써 국민 전체 여론을 형성하고 나아가 그들의 주장을 관철시킬 수 있다는 점에서 민주적인

28) '시민단체 1인 시위 큰 호평', 한겨레신문, 2001.3.2.자 참조.

29) 허영, 한국헌법론, 박영사, 1996, 534면.

정치과정의 하나로 상당히 중요한 의미를 가진다.

그러나 집회의 자유를 헌법적으로 보장하고 있다고 해서 무제한적으로 허용되는 것이 아니라 사회 공공의 안녕질서와 적절히 조화되도록 일정한 제한이 따르게 된다.

이러한 헌법정신에 기초해 볼 때, 아무리 중요한 ‘집회의 자유’라고 할 지라도 타인의 권리 위에 설 수 없다. 즉, 집회의 자유가 사회 공공의 안녕질서와 조화를 이룰 때 진정한 자유로서의 의미가 있을 것이다. 특정인의 집회의 자유가 타인에게는 또 다른 침해가 된다면 그것은 규제할 필요가 있고 조화를 이루도록 개선한 필요가 있는 것이다.

현재 사회적으로 확산되고 있는 촛불시위나 3보1배 형식의 행진, 구국 기도회 명목의 집회 등도 마찬가지이다. 법적으로 금지되어 있는 야간 시위를 종교·문화행사라는 명목으로 무제한적으로 확산된다면 그것은 일반 국민들에게 ‘또 다른 침해’가 될 것이 명백하기 때문이다. 또한 이러한 촛불시위 등은 법적인 미비가 아닌 법리해석의 문제, 경찰상 판단의 문제이다. 그 행태로 보아 옥외집회 및 시위에 해당되고 집시법 제13조의 적용배제 대상이 아닌 한 집시법의 제반 규정이 적용된다고 보아야 한다. 따라서 집시법상 위반행위가 있다면 과감히 집시법을 적용해 나가야 할 것이다. 다만 여중생 사망관련 촛불시위 때처럼 국민 정서 등을 고려하여 어느 정도의 유연한 대처도 필요하리라 본다. 그러나 그 적용에 있어서 논란이 된다면 최종적인 판단은 법원에서 받아야 할 것이다.

주제어 : 종교행사, 문화행사, 집회, 시위, 촛불시위

참고문헌

- 허 영, 한국헌법론, 박영사, 1996
- 경찰청, 집회및시위에 관한 운용실무, 1999.
- 손동권, 평화적 집회 및 시위문화의 정착, 한국경찰학회 2000년 하계학술 세미나 보고서, 2000. 6.
- 김철준, 집회 및 시위의 제도에 관한 운용체계 및 발전방안, 판례·실무를 중심으로, 부산대 석사학위논문, 2000. 8.
- 함명선, 집회시위로 인한 시민불편 감소방안 연구, 원광대학교 행정대학원 석사학위 논문, 2002. 4.
- 양태규, 집시법상 문제점 및 그 개선방안에 관한 연구, 치안정책연구 제15호, 2001.11.
- 장유식, 현행 집시법의 문제점과 개정방향, 집시법개정안마련 공청회자료, 2001.11 .9.
- 정인섭, 집회시위의 자유와 외국공관의 보호, 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법센터 학술대회 자료, 2003. 5.
- 허경미, 집시법 운용상 한계 및 개정방향에 관한 연구, 경찰학연구 창간호, 2001.
- 한국경찰학회, 평화시위문화 정착을 위한 바람직한 시민과 경찰의 역할, 2001년도 상반기 공청회 자료, 2001. 5.

A Study on Punitive Measures against Public Gatherings and Demonstrations done under the Pretext of Religious and Cultural Events

Kim, Byung-Joon*

The death of two middle school girls in June 2002 by an armored vehicle of United States Forces-Korea touched off "Commemorative Candlelight Vigils" throughout Korea. Since then, these candlelight vigils have become a matter of concern and interest at home and abroad. In 2003, candlelight vigils also occurred during demonstrations by residents protesting the Government's plan to install a Nuclear Waste storage in Pu-an County of North Cholla Province. Candlelight vigils now seem to be a new type of demonstration strategy.

In accordance with the Law and Regulations on Assemblies and Demonstrations(Article 13), academic seminars, artistic performances, religious events and ritual performances are exempt from regulations, prior application reporting, and time and place restrictions. Article 10 of this law, however, does not allow assemblies and demonstrations before sunrise and after sunset hours except for the aforementioned events.

These candlelight vigils, if strictly examined in accordance with the

* The Director of the National Security Bureau, National Police Agency, Ph.D. in Law.

Law and Regulations on Assemblies and Demonstrations, are subject to application for prior approval. Nevertheless, these vigils seem to be an increasing trend through which protesters manipulate laws and regulations to avoid prior application reporting

Moreover, rallies and demonstrations are consecutively staged under the name of a "three-step and one-bow" march, prayers meetings and press interviews under the pretext of being religious ceremonies or cultural events. These people are not strictly observing the Law and Regulations on Assemblies and Demonstrations.

In this thesis, the actual state of candlelight vigils and other rallies and demonstrations staged under the pretext of a "three-step and one-bow" march, prayers meetings and press interviews are analyzed and examined to identify how these events are violating the Law and Regulations on Assemblies and Demonstrations.

In conclusion, a countermeasure policy is presented to balance the rights of freedom and the Law of Assemblies and Demonstrations to maintain public security for the peace and safety of our citizens.

Key Words: demonstration, Religious ceremonies, cultural event,
religious events

■ 특 집 : 형사소송법상 수사절차에 관한 쟁점

이재상 / 형사소송법상 수사의 기본구조와 그 개정방향 - 국제 수준의 공정한 수사절차의 확립

탁희성 / 전자증거의 압수·수색에 관한 일고찰

이진국 / 조건부 기소유예의 도입에 관한 검토

■ 논 문

노성호 / 학교폭력에 대한 기존 연구들의 비판적 검토

이성식 / 청소년 사이버일탈의 설명요인에 관한 일 연구 - 기존 현실일탈에서의 주요 요인의 적용을 중심으로

박미숙 / 몰수특례법상 불법재산의 추정과 법치국가적 한계

이건호 / 스토킹 행위의 형사법적 규제와 스토킹 행위의 유형화에 대한 고찰

이경렬 / 국제조직범죄에 대한 통제배달기법의 활용 - 특히 국제 마약사범을 중심으로

■ 연구노트

김병준 / 종교·문화행사를 빙자한 집회·시위 처벌방안에 관한 연구

간행물출판위원회

위원장 : 최 인 섭 (한국형사정책연구원 연구실장)

위 원 : 오 영 근 (한양대학교 법학과 교수)

이 순 래 (원광대학교 경찰행정학과 교수)

정 현 미 (이화여자대학교 법학과 교수)

장 준 오 (한국형사정책연구원 기획조정실장)

연 성 진 (한국형사정책연구원 연구실장)

박 미 숙 (한국형사정책연구원 연구실장)

간 사 : 김 능 겹 (한국형사정책연구원 출판담당)

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

제15권 제1호(통권 제57호, 2004 · 봄호)

발행인 : 이 재 상
발행처 : 한국형사정책연구원
 서울시 서초구 우면동 142
 전화 (02) 575-5282-9
등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360
발행일 : 2004년 3월 31일
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 제15권 제2호 (통권 제58호, 2004·여름호)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 좌측부터 시작하고, 그림제목은 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 및 주제어 : 영문(독문)으로 요약, 논문제목, 성명, 소속 및 직책을 반드시 작성을 해야 하며, 본문 맨 뒤에 국·영문 주제어를 표기한다.

3. 원고분량 : A4용지 80컬럼(훈글 신명조 11포인트) 27행(행간 180%)의 20매 내외

4. 투고기간 : 2004년 5월 31일(월)까지(6월말 발간예정)

5. 보내실 곳 : 137-715 서울시 서초구 우면동 142

한국형사정책연구원 출판실(담당 : 김능검)

전화 : 02-571-0363, 3460-5153, 팩스 : 02-571-7488

e-mail : kneky@kic.re.kr, kneky@hanmail.net