

형사정책연구

제15권 제2호(통권 제58호, 2004 · 여름호)

■ 특 집 : 범죄수사와 처벌의 최근 쟁점

이진국 / 사회내제재의 가치와 개편	5
김재운 / 기업의 가벌성에 관한 독일의 논의 분석	37
조성용 / 형사소송법상 DNA지문감식의 허용과 한계	67

■ 논 문

오영근 / 신용위험 공유자에 대한 대출과 배임죄	113
송문호 / 보호감호의 실질적 요건에 대한 실증연구	145
이태원 / 카지노 출입자의 사회인구학적 특성, 도박중독 그리고 도박동기와 실패에 관한 연구	173
김지선 / 피해경험과 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’: 성적괴롭힘 피해경험을 중심으로	215

■ 연구노트

이 철 / 컴퓨터증거의 수집절차상의 문제점	263
-------------------------------	-----

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 15. NO. 2 (Summer, 2004)

■ Special Theme on Issues on Criminal Investigation and Sanction

- Stellenwert und Ausbau der ambulanten
Sanktionen Lee, Jin-Kuk 5
- Die Diskussion über die Strafbarkeit des Unternehmens
in Deutschland Kim, Jae-Yoon 37
- Zulässigkeit und Reichweite der Erstellung des
DNA-Fingerabdrucks im Strafverfahren Cho, Sung-Yong 67

■ Articles

- The Improper Loan of the Bankers and the Crime
of Misfeasance Oh, Young-Keun 113
- Eine empirische Untersuchung über die materiellen
Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung · Song, Moon-Ho 145
- Socio-demographic Characteristics, Gambling Addiction,
Gambling Motives, and Gambling Patterns of Casino
Visitors of Kangwonland Lee, Tai-Won 173
- Sexual Harassment Victimization and Female Fear
of Crime Kim, Ji-Sun 215

■ Research Note

- Problems in Search and Seizure of Computer-
related Evidence Lee, Chul 263

社會內制裁의 價値와 改編

이 진 국

형사정책연구 제15권 제2호(통권 제58호, 2004 · 여름호)

한국형사정책연구원

社會內制裁의 價値와 改編

이 진 국*

I. 刑罰體系의 改編에 관한 論議

국가의 형벌체계를 합목적적으로 구성하는 것은 형사정책의 본질적 요소에 속한다. 여기서 형법은 역사적으로 잔혹한 형벌에서 점차 인도주의적 형벌체제로 변화하는 끊임없는 개정을 겪어왔다. 우리나라에서는 1953년 형법제정 이후로 형벌체계의 개편에 관하여 거의 논의되지 않다가 1980년대 중반부터 시작된 형법개정작업과정에서 본격적으로 문제된 적이 있다. 1985년부터 활동한 형사법특별심의위원회가 1992년 7월 6일 국회에 제출한 형법개정법률안은 형사정책의 요청에 따라 형벌제도를 개선한다는 기본방향에서 출발하여, ① 자격상실의 삭제, ② 물수를 별개의 장으로 편입, ③ 선고유예와 집행유예 및 가석방의 경우 보호관찰의 도입, ④ 벌금형에 대한 집행유예와 집행유예기간중의 재차집행유예 인정, ⑤ 사회봉사명령과 수감명령부 집행유예의 도입, ⑥ 보안처분의 형법전속으로의 편입 등 비교적 포괄적이고 상세한 개편내용을 담고 있었다.¹⁾ 그러나 1995년 12월 29일에 개정된 형법은 선고유예, 집행유예 및 가석방의 경우 보호관찰을 부

* 한국형사정책연구원 연구위원. 법학박사.

1) 1992년에 국회에 제출된 형법개정안중 형벌분야에 관한 검토는 오영근, 형법개정안의 형벌제도에 관한 검토, 형사정책연구, 제3권 제2호(1992·여름), 한국형사정책연구원, 3쪽 이하 참조.

과할 가능성과 사회봉사명령과 수강명령을 내용으로 하는 부담부 집행유예를 신설하는데 그침으로써 형벌제도의 불충분한 개선에 머물고 말았다는 비판을 받게 되었다.²⁾ 결국 1995년 개정형법상의 형벌체계개편은 변화된 사회현실을 충분히 반영했다고 보기에는 불충분했다고 평가할 수 있으며 이로써 합리적 형벌체계의 개편에 관한 목소리가 언제든지 터져 나올 가능성이 이미 배태되고 있었다. 2003년 하반기에 출범한 대법원산하의 사법개혁위원회가 ‘형벌체계의 합리적 재정비’³⁾라는 논의주제 하에 집행유예제도의 정비, 벌금형제도의 개혁문제, 사회내처우의 다양성과 실효성 확보 방안 등에 관하여 세부적인 대안을 마련하려고 의도하는 것도 어찌면 당연한 것인지도 모른다.

그런데 사법개혁위원회가 취급하는 형벌체계의 합리적 개선에 관한 문제영역은 대부분 사회내제재를 대상으로 하고 있다. 여기서 사회내제재(ambulante Sanktion)란 시설내제재(stationäre Sanktion)에 대립되는 개념으로서 자유박탈 없는 제재를 의미한다.⁴⁾ 예컨대 집행유예, 선고유예, 벌금형은 현행 형법상 전형적이고 독자적인 사회내제재수단이며, 보호관찰, 사회봉사, 수강명령 등은 비독자적 사회내제재수단이다. 또한 원상회복과

2) 박재윤, 우리나라 형사제재제도의 개편방안, 형법개정법률안에 대한 평가를 중심으로, 법학논총 5, 1992. 12, 국민대학교 법학연구소, 49쪽.; 김성돈, 자유형제도의 개선방안, 한국형사정책연구원, 1995, 45쪽.

3) 이에 관해서는 사법개혁위원회 제2분과 전문위원 연구반, 사법서비스 및 형사사법제도, 사법개혁위원회 제5차 회의 보고자료, 2004. 1. 5., 122-128쪽 참조(이 자료는 http://www.scourt.go.kr/kj_p.html에서 접근할 수 있다).

4) 사회내제재는 종종 사회내처우와 혼동된다. ‘사회내처우’는 원래 ‘Non-custodial Measures’를 번역한 말인데, 정확하게 표현하자면 ‘비구금처분’, 즉 ‘자유박탈없는 처분’이라는 해석이 더 어울린다. 우리나라에서는 사회내처우를 범죄인의 개선·갱생이라는 교정처우와 밀접하게 결부시키고 있다. 이에 반해 사회내제재는 검찰이나 법원이 구체적인 양형과정에서 부과하는 제재수단을 전제로 하고 있다. 사회내처우의 개념에 관한 상세한 내용은 사회봉사·보호관찰제도 해설, 법원행정처, 1997, 91-102쪽 참조. 또한 사회내제재의 개념에 관해서는 Heinz Schöch, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?, Gutachten C zum 59. Deutschen Juristentag Hannover 1992, C.H.Beck·München, 1992, 14-15쪽 참조.

전자감시는 현행 형법상 직접적인 근거규범을 갖추고 있지 못한 사회내제재수단이다. 국가형벌권체계에서 사회내제재가 각광을 받게 된 직접적인 이유는 서구에서 1960년대 이후로 구금을 통한 재사회화가 만족스러운 효과를 가져오지 못했다는 경험연구의 결과에 기초하고 있다. 요컨대 오늘날 우리나라에서 뿐만 아니라 외국에서도 확인할 수 있는 제재체계 개편의 주요방향은 한편으로는 행위자의 자유를 박탈하는 형벌을 가능한 한 회피하면서도, 다른 한편으로 효과적으로 범죄를 예방하기 위하여 형사사법체계를 분화시키는 가운데 개별사안에 적합한 제재선고가 가능하도록 사회내제재를 내재적으로 개편하거나 새로운 제재수단을 도입하는 것이다. 이 글에서는 오늘날 형사제재의 개편방향이 자유박탈없는 사회내제재의 발견과 확산⁵⁾에 있다는 전제에서 우리나라 형사제재체계의 일반적 문제점(아래의 II.)과 제재체계 개편에서 형법의 과제를 도출(III.)한 다음 오늘날 실무와 학문에서 논쟁의 중심에 서 있는 대표적인 사회내제재수단으로서 집행유예와 선고유예 및 벌금형에 대한 개편방안(III.)을 제시할 것이다.

II. 우리나라 刑事制裁體系의 問題點과 欠缺點

인도주의와 기본권 보장의 관점에서 지속적으로 경한 형벌의 역사를 밝아 온 독일의 예를 들면, 오늘날 형사사법실무에서 자유형(실형) 집행의 후퇴와 이를 대신하는 집행유예의 활성화 및 벌금형의 선호라는 분명한 특징을 찾아볼 수 있다. 그런데 이러한 경향은 단순히 수치적인 관점에서만 보면 우리나라의 제재실무도 그대로 나타난다. 1993년부터 2002년까지 제1심

5) 형사제재체계의 개편방향에 관한 상세한 논의는 김성돈, 새로운 형사제재수단, 법학논고 제13집(1997), 경북대학교 법학연구소 191-198쪽 참조; 또한 김상호/이상철, 현대 형사정책연구, 동남기획, 1999, 256-281쪽 참조.

공판사건의 처리인원을 보면, 자유형(실형)이 선고된 비율은 20% 초반대에 머물고 있고 유기자유형을 선고받은 자 가운데 집행이 유예된 비율은 40%를 넘고 있기 때문이다.⁶⁾ 나아가 벌금형은 우리나라 형사실무에서 가장 선호하는 제재수단이라는 점도 확인할 수 있다. 1990년대 이후로 현재까지 제1심 형사공판사건에서 자유형과 벌금형이 선고된 비율은 1993년도의 15.6%에서 서서히 증가하여 2002년에는 벌금형의 선고비율(25.3%)이 자유형(실형)의 선고비율(23.1%)을 압도하는 결과를 가져왔고, 약식사건에서는 거의 100%에 육박하고 있으며, 즉심사건에서는 벌금형과 과료가 선고된 비율이 96% 이상에 달한다.⁷⁾ 그러므로 형식적인 관점에서 수치상의 통계만 보면, 우리나라의 형사사법에서 형사제재의 개편은 이미 내재적으로 달성되었다고 말할 수도 있을 것이다. 그러나 현행 제재부과의 현실과 제재체계의 관계를 상세하게 고찰해보면 몇 가지 중요한 문제점이 발견된다.

1. 교도소 과밀화와 형사사법체계의 비효율성

우선, 통계자료를 보면, 자유형의 선고의 목적인 ‘구금을 통한 재사회화’가 그 본래의 목적을 달성하지 못하고 있다는 점이 나타난다.⁸⁾ 자유형과 재범률의 직접적인 상관관계를 알 수 있는 수형자의 입소경력을 보면, 1984년부터 2003년까지 20년 동안 교도소내에 수감된 자들 중에 이미 한번 이상 자유형을 선고받은 경험이 있는 자들은 평균 60%에 달하고 있다.⁹⁾ 이 비율은 자유형의 이념인 재사회화행형이 많은 부분 실패하고 있을 뿐만 아니라 시설행형에 고비용이 투자되는데 비해 개선·교화의 효과

6) 범죄백서, 법무연수원, 2003, 202쪽.

7) 범죄백서, 법무연수원, 2003, 202쪽(1심 공판사건), 237쪽(약식명령사건), 242쪽(즉결심판사건) 참조.

8) 김성돈, 자유형제도의 개선방안, 19쪽.

9) 범죄백서, 법무연수원, 2003, 263쪽.

는 현저히 떨어진다는 비효율성을 단적으로 보여주는 것이다. 나아가 1990년대 이후 수용률이 100%를 상회하고 있는 교도소과밀화 현상¹⁰⁾은 수용자 인권과 효과적 사회복귀를 어렵게 한다는 행형 그 자체에 대한 문제제기를 넘어서 이미 형사사법체계의 세밀하지 못한 운용이라는 문제를 불러일으키게 한다.¹¹⁾ 따라서 사회에 위협이 되는 특정한 행위자에 대하여 형벌의 척추로서 자유형을 선고해야 할 필요성을 인정하는 경우에도 행위자의 재사회화와 자유형선고의 비효율성을 제거하기 위해서는 기존에 자유형으로 선고된 많은 비율을 다른 제재로 대체할 필요가 있다.¹²⁾

2. 경미범죄와 중간정도의 중한 범죄에 대한 대응수단의 불충분

우리나라 형사제재체계에서는 경미범죄와 중간정도의 중한 범죄(mittelschwere Straftaten)에 대한 적절한 대응수단이 결여되어 있다. 이와 같은 범죄에 대해서는 낙인효과를 피하고 재사회화를 촉진시키기 위하여 예컨대 (조건부) 기소유예, 사회봉사, 수강명령, 가해자-피해자-조정 및 원상회복과 같은 사회내제재수단들이 적합하다. 그러나 수사절차상 기소유예의 처분이 내려지는 비율은 전체 소추가능범죄들 중 약 11%정도에 불과하며 조건부 기소유예는 그 분명한 법적 근거도 없다. 독일 형사소송법이 엄

10) 지난 10년간의 우리나라 전체 교정시설의 수용정원 대비 1일 평균 수용인원을 보면, 1980년대에는 90%에 머물고 있던 수용율이 1990년대에는 대부분 100%를 상회하고 있으며 특히 1998년 이후에는 120% 내외에 달하고 있어 과밀의 정도가 매우 심각하다. 법무연감, 법무부, 2002, 349쪽 참조.

11) 한영수 교수는 우리나라에서 교도소 수용인원이 과밀화되는 원인에 대하여, ① 인구와 범죄의 증가에 따른 국가형벌권의 개입증가 및 이와 결부된 자유박탈적 형벌의 빈번한 사용, ② 법정형이 대폭적으로 상향조정된 특별법상의 범죄구성요건의 적용, ③ 미결구금의 남용, ④ 자유형을 대체할 수 있는 제재의 미비 및 소극적 활용 등을 들고 있다. 상세한 내용은 한영수, 행형과 형사사법, 세창출판사, 2000, 76-86쪽 참조.

12) 이를 강조하는 견해로는 특히 허일태, 자유형제도의 문제와 개선방향에 관한 연구, 형사정책 제5호(1990), 한국형사정책학회, 52-53쪽.

격한 기소법정(제152조)을 취하면서도 기소유예(제153조)와 조건부 기소유예(제153a조)를 통하여 다이버전이 행해지는 비율이 전체 소추가능범죄들 중 약 50%를 차지하는 것과는 매우 대조적이다.¹³⁾ 또한 선고유예는 거의 활용되지 않고 있으며 사회봉사명령과 수강명령은 부가적인 제재수단에 불과할 뿐이다. 가해자-피해자-조정과 원상회복은 현행 형사법에 분명한 법적 근거를 두지 못하고 있는 실정이다. 결과적으로 우리나라 형사사법에서 경미범죄와 중간정도의 중한 범죄에 대한 일상적인 대응수단으로는 집행유예와 벌금형일 뿐이다. 이처럼 형사재판의 실무에서 피고인의 범행과 책임을 고려하여 법관이 선고할 수 있는 제재수단의 범위가 좁다는 것은 그만큼 법관의 형성의 폭을 줄이는 결과가 된다. 경미범죄와 중간정도의 중한 범죄에 대해서는 형사사법기관이 각종 유예제도나 사회봉사 등과 같은 사회내제재수단을 활용하여 탄력적으로 대응함으로써 중범죄에 대한 형사사법력의 집중이라는 효율성도 제고할 수 있을 뿐만 아니라 인도적·탈낙인적 제재부과를 통한 효과적 재사회화의 목적도 달성할 수 있다.

3. 건설적 범행해소 가능성의 함결

건설적 범행상쇄(konstruktive Tatverarbeitung)란 형사제재의 입법에서부터 집행에 이르기까지 기존의 국가와 행위자라는 일면적 관계에서 벗어나 범죄피해자까지도 포함하는 방향으로 재구성되어야 한다는 맥락에서 이해된다. 이러한 요청은 사회가 발전하면 할수록, 기본적 인권에 대한 존중의식이 커지면 커질수록 더욱 더 강조될 수밖에 없다. 법치국가적 토대가 굳건히 되고 민주주의가 성숙되면, 국가형벌권은 더 이상 행위자에 대하여 형벌해악을 부과하는 주체에 머무는 것이 아니라 범죄로 인한 개인적·사

13) BMI/BMJ, Erster Periodischer Sicherheitsbericht, Berlin u.a., 2001, 374쪽. 이 자료는 독일연방법무부 홈페이지(<http://www.bmj.bund.de>)에서 접근할 수 있다.

회적 갈등을 해소하는 역할까지도 담당해야 한다. 이러한 국가역할변화의 중심에 위치한 것이 바로 범죄피해자를 형사제재체계 속으로 편입시키려는 입법적 노력이다. 참고로 독일에서는 1994년 형법개정을 통하여 형법 제 46a조에 가해자-피해자-조정과 원상회복을 명문으로 규정하였으며, 원상회복사상의 적용범위를 넓히고 활성화하기 위하여 1999년에는 형사소송법 제 153a조(조건부 기소유예)에 자발적인 범행원상회복을 명시하면서 동법 제 155a조에서는 그 실효성을 확보하기 위하여 가해자-피해자-조정이 적합하다고 판단되는 사안에서는 검찰과 법원으로 하여금 의무적으로 조정을 성사시키도록 규정해두었다.¹⁴⁾ 나아가 집행유예나 선고유예 등과 같은 제재를 부과함에 있어서도 부담사항(Auflage)으로 피해자에 대한 손해원상회복의 유무를 일차적 고려요소로 법정해두고 있으며 최근 형사제재법 개혁안에는 일수벌금형과 피해자보호사상의 결합을 의도하고 있다.¹⁵⁾ 그러나 우리나라 형법의 법효과체계에서 가해자와 피해자를 통합적으로 고려하는 구체적인 흔적은 찾아보기 힘들다. 범죄피해자의 관점을 현실적으로 고려할 수 있는 통로가 형사소송법과 형법의 법효과체계라는 점을 인식하고 있다면, 형사절차상 피해자의 지위를 개선함과 동시에 형법의 제재체계에서도 피해자의 이익을 고려하는 방향으로 국가형벌권도 개편되어야 할 것이다.

III. 刑法上 社會內制裁의 價値

형사제재체계의 개편에서 일차적으로 문제되는 것은 형사제재의 구체적

14) 독일 형소법 제155a조에 관한 상세한 내용은 이진국, 독일형소법상 기소유예규범의 개혁과 정책적 함의, 형사정책연구 제12권 제3호(통권 제47호, 2001·가을호), 한국형사정책연구원, 244-246쪽 참조.

15) 이에 관한 상세한 내용은 아래의 IV. 참조.

형성이 전래적인 형벌목적에 기초하여 규범적·이념적 관점에서 근거지워져야 하는지(또는 근거지울 수 있는지) 아니면 이와는 달리 사회통제체계 속에서의 형법이라는 현실적·경험적 관점에서 출발해야 하는지를 밝히는 것이다. 규범적·이념적 관점에서 제재체계 개편을 근거지우는 경우에는 개별 제재수단의 개편이 추상화될 수 있는 반면, 현실적·경험적 관점을 고려하게 되면, 제재의 효과에 중심된 개편방안이 도출될 수 있다.

1. 형벌목적론과 그 문제점

오로지 형법의 규범적·이념적 관점에서만 고찰해보면, 형법에는 거의 전지전능한 과제가 부여된다. 예컨대 응보론은 절대적 정의의 추구, 일반 예방론에서는 국민일반에 대한 위협 내지 규범안정화, 특별예방론에서는 지금까지 잘못 형성된 인격성을 지닌 행위자에 대한 (재)사회화를 추구한다. 그러나 응보론은 정의를 실현하기 위하여 왜 형벌이 필요한지에 대한 대답을 주지 못한다. 오늘날의 형법체계에서 응보론은 형벌의 범위가 불법과 책임의 한계를 초과해서는 안 된다는 한계기능에서 그 의미를 찾을 수 있을 뿐이다. 한편, 일반예방의 관점에서는 입법, 형선고 및 형집행단계에서 일반국민에 대하여 형벌로써 위협함으로써 범죄예방을 달성할 수 있다고 생각하는 소극적 일반예방론과 형벌을 통하여 일반국민에게 규범효력을 확증하고 법의 불가침성을 실증해야 한다는 적극적 일반예방론이 전개되고 있는데, 이들 일반예방론은 형벌을 제한하는 내용적 기준을 가지고 있지 못하다는 근본적인 문제점을 안고 있다. 오히려 일반예방론은 법익침해에 대하여 지금까지의 형벌입법과 선고로써 충분하게 대응하지 못했으며 따라서 일반예방의 효과를 극대화시키기 위하여 보다 더 중한 형벌로 대처해야 한다는 형사정책을 근거지움으로써 범위반행위에 대한 국가적

테러의 위험마저 안고 있다.¹⁶⁾ 나아가 특별예방이론은 일반예방론과는 달리 법익의 보호에 필요한 형벌만 정당하다고 이해함으로써 양형에서 어느 정도 분명한 내용적 기준을 가지고 있지만, 형벌의 상한에 대한 기준을 제시하지 않음으로써 행위자를 무해화시키는 것까지도 정당화시키고 이로써 법치주의원칙에 기초한 책임주의를 위반된다는 문제를 안고 있다.

그러나 전래적인 형벌목적론에 대하여 제기되는 보다 본질적인 의문은 형벌목적론이 특정한 제재가 행위자의 행동을 조정하기 위한 타 통제수단보다 어느 정도로 더 나은 효과를 발휘할 수 있는지에 관한 분명한 대답을 줄 수 없다는 점이다. 형벌목적론은 제재의 효과와는 아무런 관련을 가지고 있지 않기 때문이다. 요컨대 전래적 형벌목적론은 사회통제의 전체체계라는 현실적 배경을 고려하지 않은 채 형벌의 과제를 이념적으로 고취시키고 있다.

2. 사회통제의 부분체계로서 형벌

따라서 형벌의 특수한 과제와 목적은 형벌 그 자체에서 도출되어서는 안된다. 오히려 형사제재를 취급함에 있어서는 개별적인 제재의 법적 요건이나 선고의 허용성 보다는 제재의 결과, 즉 개별 제재가 개인과 사회에 미치는 효과에 중점을 두어야 한다. 그렇다면 형사제재는 단순히 규범적 차원을 뛰어넘어 경험적이고 현실적인 관점에서 그 목적이 도출되어야 한다. 이 점에서 Kaiser는, 형사사법기관이 제재를 선고함에 있어 제재의 효과(Wirkung der Sanktion)에 중심을 두는 것은 합리적 형사정책의 표현이라고 말하고 있다.¹⁷⁾

16) Claus Roxin, Strafrecht AT I, C.H.Beck · München, 1997, §3 Rdnr. 32.; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Strafrecht AT, Duncker&Humblodt · Berlin u.a., 1996, 75쪽; Winfried Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., C.H.Beck · München, 1990, 310쪽.

형사제재법의 과제를 경험적이고 범죄학적인 상황에서 고찰할 때, 일차적으로 확인할 수 있는 것은 형법에 의한 통제가 범죄예방의 유일한 수단 이 아니라 사회통제의 전체체계 속에서 작용한다는 점이다. 사회통제 (soziale Kontrolle)라는 관념은 형법이라는 작은 체계를 뛰어넘어 전체사 회나 개인의 갈등을 극복하는 데 도움을 주는 일체의 수단과 통제기구를 포함하고 있기 때문이다.¹⁸⁾ 물론 형법은 규범이나 제재 및 이를 뒷받침하 는 절차가 고도로 정형화되어 있다는 점에서 사회통제의 타 메커니즘과 분명하게 구분된다. 그러나 형법적 사회통제는 사회통제의 타 수단들과 동떨어져 있는 것이 아니라 다양한 방식으로 상호 밀접하게 관련되어 비공 식적·비형법적 통제기구와 함께 작용하고 있으며 형법체계가 의도하는 효과도 타 통제체계의 효과에 의존하는 관계에 있다. 사회통제의 타 수단 들이 제대로 기능하지 못하는 경우에는 형법에 의한 개입도 큰 효과가 없 게 된다. 이 점에서 형법은 사회통제의 전체체계의 정점에서 포기할 수 없 는 위치를 점하고 있지만, 형법체계가 인간의 행동을 조종하는 능력은 그 다지 크지 못하다고 평가되고 있다.¹⁹⁾

형법적 제재가 인간의 행동조종에 단지 제한적인 효과만 가진다는 점은 1960년대 이후로 서구에서 수행되었던 제재의 효과분석(즉, 재범율)에 대 한 경험연구를 보면 분명하게 알 수 있다.²⁰⁾ 주지하는 바와 같이, 우리나라

17) Günther Kaiser, Kriminologie. Ein Lehrbuch, C.F.Müller · Heidelberg, 1996, §91 Rdnr. 1.

18) Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, Springer Verlag · Heidelberg, 2001, 1쪽.

19) Günther Kaiser, Kriminologie, §28 Rdnr. 11.; Dieter Rössner, Was kann das Strafrecht im Rahmen der Sozialkontrolle und der Kriminalprävention leisten?, in: Jörg-Martin Jehle(Hrsg.), Kriminalprävention und Strafjustiz, Schriftenreihe der Kriminologischen Zentralstelle e.V., Band 17, Wiesbaden, 1996, 206쪽 이하.

20) 우리나라에서도 한국형사정책연구원을 중심으로 구금형의 범죄억제효과에 관한 연구가 수행된 적이 있지만, 그 공통적인 연구결과는 구금형을 통한 교정정책이 단기적인 억제책이 될 수 있을 지언정 장기적인 효과는 바랄 수 없으며 형량의 증가나 가중도 재범을 효과적으로 방지하기 어렵다고 한다. 이에 관해서는 최인섭/박철현, 강력범죄에

라 뿐만 아니라 선진외국의 형사사법은 행위자의 재사회화와 이로 인한 재범방지를 본질적인 과제로 삼고 있다. 그래서 일반국민들은 형사사범으로부터 오랫동안 인격이 잘못 형성된 범죄행위자를 교도소로 보내어 그곳에서 재사회화의 훈련을 받게 함으로써 빼돌어진 인격성을 교정하기를 기대한다. 그러나 이러한 기대는 개인이 사회의 규범을 학습하는 효과가 그의 성장시기와 사회적 주변환경에 매우 강하게 의존하고 있다는 사회화²¹⁾ 연구(Sozialisationsforschung)의 기초적인 인식을 전혀 고려하지 못한 것이다. 사회화연구에 의하면, 인간이 자신의 성장시기(유년기, 청년기, 성인기) 중 규범학습에 영향을 미치는 시기가 빠르면 빠를수록, 자신과 관련을 가지는 사회적 유대의 범위가 넓으면 넓을수록 사회통제의 효과는 더욱 더 강하게 나타나게 된다. 따라서 개인의 규범학습의 효과, 즉 범죄예방의 효과는 사회통제의 기구가 가족, 대체가족 → 이웃, 친구 → 학교 → 종교단체 → 회사 → (형)법에 가까워지면 가까워질수록 줄어들게 된다. 유년기나 청년기에 제대로 형성되지 못한 사회화를 추후에 국가적 형벌을 통하여 재사회화로 조정하기가 매우 어렵게 되는 이유도 바로 여기에 있다.²²⁾ 일반적으로 성년기에 접어들게 되면 인적 관계의 집중성이 점차 와해되어 버리기 때문이다.

결론적으로 국가적 형벌의 과제를 순수하게 규범적·이론적 관점에서만

대한 선고형량이 재범방지에 미치는 영향에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994 참조; 또한 이현희, 경력범죄자에 대한 형벌의 특정억제효과 -구금형을 중심으로-, 형사정책연구 제11권 제1호(통권 제41호, 2000·봄호), 185쪽.

21) 여기서 사회화(Sozialisation)란 인간이 그 집단이나 사회의 일원이 되기 위해 그 사회가 허용하는 지식·행동양식 등을 습득하고, 타인과의 상호작용을 통하여 행동방법, 사물에 대한 사고방식, 그리고 감정의 표현이나 통제방법을 학습하는 과정을 말한다. Klaus Hurrelmann, Einführung in die Sozialisationstheorie, 6. Aufl., Beltz Verlag · Weinheim und Basel, 1998, 14쪽. 사회화과정에서는 개인이 점진적으로 사회의 주변환경에서 배운 가치와 규범을 자기의 것으로 습득해간다는 점, 즉 규범의 내면화(Normverinnerung)가 중요한 의미를 지니게 된다.

22) 김두섭/민수홍, 개인의 자기통제력이 범죄억제에 미치는 영향, 한국형사정책연구원, 1996, 115쪽.

도출하려는 의도는 제재부과의 현실을 고려하고 있지 못하다는 비판이 가능하며 구금을 통한 재사회화사상도 과대평가 되었다. 국가적 제재의 구성과 적용에서 본질적으로 중요한 것은 단순히 구금을 통한 재사회화를 의도하기보다는 사람들과의 관계를 증진시키는 방향으로 나아가는 것이다. 일반예방효과에 관한 경험연구의 결과도 형벌의 범죄억제효과가 그렇게 높지 않은 것으로 나타났다.²³⁾ 형사제재체계의 개편과정에서 사회내제재의 도입과 활성화가 우선시 되어야 하는 이유도 바로 여기에 있다. 특히 1960년대 이후의 경험연구의 결과들이 지적하는 제재수단들 간의 ‘대체가능성과 유연성’(Austauschbarkeit und Flexibilität)은 유죄판결을 받은 범죄자들 중에서 극단적인 경우를 제외한 평균적인 범죄자들의 경우에 제재부과를 통한 성공확률은 제재의 종류와 전혀 무관하게 그 예방적 효과가 동일하다는 점을 제시해주었다.²⁴⁾ 이러한 주장이 어느 정도 설득력이 있다는 것을 전제로 한다면, 형사사범은 이제 가능한 한 범죄자로 낙인을 찍지 않거나 행위자의 기존의 삶의 터전을 파괴시키지 아니하는 방향으로 형사제재를 적용해야 한다는 결론이 도출된다.

3. 형사사범 및 형사제재체계의 세분화 필요성

그러나 국가적 형벌의 형성과 적용이 사회내제재나 처우에 중점을 두어야 한다는 요청이 곧 자유형의 완전한 폐지를 정당화시키는 것은 아니다. 사회일반에 위험적 요소로 작용하는 상습범이나 재범자들 및 중대한 폭력

23) 독일의 경우 일반예방효과에 관한 경험연구의 결과에 의하면, 범죄의 억제효과는 형벌의 종류와 형벌의 중대함에 의존하는 것이 아니라 발각의 위험(Entdeckungsrisiko)에 있다고 한다. Franz Streng, Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 2. Aufl., Kohlhammer · Stuttgart u.a., 2002, 30쪽.

24) Günther Kaiser, Erfolg, Bewährung, Effizienz, in: Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl., C.F.Müller · Heidelberg, 117쪽.

범죄나 강간범죄의 경우에는 형벌을 통해서만 달성할 수 있는 사회의 안전확보를 고려할 때 선별적 무해화(selective Incapacitation)의 필요성이 인정되며 이 점에서 형벌의 ‘잔류기능’(Residualfunktion)이 명백하게 존재한다. 그렇지만 이러한 ‘잔류기능’은 무엇보다도 현실에서 드물게 존재하는 중범죄의 경우에 의미를 가질 수 있다. 경미범죄나 중간정도의 중한 범죄에 있어서는 자유박탈적 형벌의 개입보다 이를 대체하는 집행유예나 벌금형 등과 같은 사회내제재가 더 적합하다.

형벌의 최후수단성이라는 법치국가원리에 부응하면서도 중범죄에 대한 형벌의 개입필요성을 염두에 둘 때, 실무의 형사정책의 관점에서는 형사사법체계와 형사제재체계를 세분화하여 개별사안에 적합하게 대응하는 전략을 수립하고 적용할 필요가 있다. 참고로 독일의 경우 1990년대 이후부터 나타난 형사정책의 분명한 경향은 행위자를 세 그룹으로 구분하여 각각의 그룹에 상응하는 제재전략을 취하고 있다. 첫 번째 그룹은 초범과 경미범죄자그룹으로서 이 그룹에 속하는 범죄자들에 대해서는 (조건부) 기소유예와 사회내제재로써 효과적으로 대응한다. 최근의 연방의회에 제출된 형법개정안²⁵⁾은 이 점을 분명하게 부각시키고 있다. 두 번째 그룹은 이성적으로 행위하는 조직범죄 관련자들인데, 이들에 대해서는 효과적인 검거가 가능하도록 형사소송법에 새로운 수사기법을 입법하면서 불법재산을 효과적으로 박탈할 수 있는 제재수단을 규정해두고 있다. 그 구체적인 특징은

25) 독일법무부는 2003. 12. 기존의 제재체계가 법원으로 하여금 경미범죄와 중간정도의 중한범죄에 적합하게 대처할 수 있는 형성의 여지를 부여하지 못한다는 시각에서 사회내제재수단을 중심으로 개혁법안을 제출하여 연방의회의 법률안 통과를 기다리고 있다. 이 법안의 주요내용으로는 ① 제재로서 사회봉사제도의 확대개편(6월 이하의 자유형 선고시 사회봉사의 대체가능성, 벌금미납시 일차적 대체형벌로서 사회봉사의 활용, 선고유예선고시 부담사항으로서 60시간 이하의 사회봉사 허용), ② 부가형인 운전금지를 주형으로 전환, ③ 선고유예의 활성화를 위한 요건완화, ④ 벌금형집행시 피해자이익의 고려(벌금형납부로 인하여 피해자에 대한 피해배상이 어렵게 될 경우 지금까지는 형집행관청이 벌금납부를 경감할 수 있었으나 개정안에서는 법원이 판결문에 피해자이익을 고려한 벌금납부의 경감을 선고할 수 있음) 등이다.

1992년의 조직범죄투쟁법에서 찾아볼 수 있다. 마지막으로 세 번째 그룹에는 사회에 위험성이 있는 것으로 나타나는 성범죄와 폭력범죄자들이 관계되는데, 이들에 대해서는 장기간의 자유형이나 보호감호 및 출소이후의 감시 등으로써 대응하고 있다. 1998년에 입법된 성범죄자처벌법이 그 대표적인 예라고 할 수 있다.

IV. 個別的 社會內制裁手段에 관한 檢討

여기서 자유형을 대체하는 사회내제재를 전부 논의하는 것은 사실상 불가능하다. 대신에 우리나라 형사사법에서 그 활용빈도가 가장 높은 집행유예와 선고유예 및 벌금형을 논의의 대상으로 하되, 1992년의 형법개정안의 개편내용과 결부시켜서 검토할 것이다.

1. 집행유예제도의 개편

형의 집행유예제도는 단기자유형의 폐해를 회피하고 피고인의 재사회화를 촉진하기 위하여 등장한 것으로서 현대 형사제재체계 중 자유형을 대체하는 가장 의미 있는 제재로 간주되고 있다. 우리나라에서는 1995년 형법개정을 통하여 보호관찰부 집행유예가 도입되어 행위자의 재사회화를 보다 효과적으로 촉진시킬 수 있게 되었다. 그러나 우리나라 집행유예제도는 외국²⁶⁾의 그것과 비교해볼 때 그 활용도가 높지 않을 뿐만 아니라 규

26) 예컨대 독일의 경우 1968년도에는 자유형의 약 35%만 집행이 유예되었지만, 제1, 2차 형법개혁법이 시행된 이후 1970년에는 약 53%, 1988년 이후부터 1998년까지는 70%를 넘는 집행유예율을 보이고 있다. 이에 관해서는 *Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen*, 126쪽 참조. 이에 반해 우리나라에서는 제1심 공판사건에서 선고된 자유형의 집행유예율이 1993년부터 1996년까지는 약 48%에 달했지만, 1997년을 기점으로 서

정내용도 행위자의 사회복귀와 재범방지라는 본래의 목적을 충분하게 달성할 수 없을 정도로 단순하게 구성되어 있다는 점에서 집행유예제도의 내재적인 정비는 불가피하다.

집행유예제도의 개편은 비록 형법에 편입되지 못했지만, 의미있는 내용을 많이 담고 있었던 1992년의 형법개정입법안에서 상세하게 그 접근점을 찾을 수 있다. 그 당시의 형법개정안에는 ① 자유형에 대한 벌금형을 인정하면서 그 보다 가벼운 벌금형에 대한 집행유예를 인정하지 않는 것은 불합리하다는 점을 고려하여 벌금형에 대한 집행유예를 인정하였다(동법안 제62조 1항). ② 형법 제62조 단서에 규정된 과거 5년 동안의 형선고 경력의 부존재라는 형식요건이 가져오는 재판지연의 문제를 해소하기 위하여 그 판단시점을 재판시에서 행위시로 변경하는 한편, 이 경우에 피고인에게 나타나는 불리한 결과를 회피하기 위하여 과거전력의 기간을 5년에서 3년으로 단축하였다(동법안 제62조 1항 단서).²⁷⁾ ③ 집행유예기간 중에 재차 집행유예를 인정하면서도 재차집행유예가 가능한 대상을 1년 이하의 징역이나 금고의 형을 선고하는 경우로 제한시켰으며, 특히 정상을 참작할 만한 사유가 있는 때에 1회에 국한시켰다(동법안 제62조 2항). ④ 집행유예의 필요적 취소(제64조 1항)가 일사부재리원칙과 피고인의 진술거부권을 보호하는 헌법적 기본권을 침해한다는 점을 고려하여 이를 삭제하였다(동법안 제64조).

기본적으로 1992년의 형법개정안의 내용에 찬성하면서도 그것이 모든 문제를 완결적으로 해결했다고는 보기 힘든 쟁점영역이 있다. 아래의 다섯가지 문제영역이 해결되어야 할 것으로 본다.

첫째, 피고인의 열악한 재산상태를 고려하고 벌금형 미납시 환형유치의

서히 감소하기 시작하여 2002년에는 자유형의 40.8%만 집행유예의 선고를 받았다. 형식통계상으로만 보면 독일과 반대되는 집행유예율을 보이고 있다. 범죄백서, 법무연수원, 2003, 202쪽 참조.

27) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 형법개정자료 XIV, 1992.10, 78쪽 이하.

가능성을 회피하기 위하여 벌금형의 집행유예를 도입해야 한다는 견해²⁸⁾에 대해서는 집행유예의 본질이 ‘자유형’의 집행유예라는 점, 벌금형의 집행유예와 보호관찰 등이 결합하는 경우에는 보호관찰업무의 폭증으로 인한 형사사범의 부담이 증가한다는 점, 피고인의 재산상태의 고려는 벌금형 자체의 개편(일수벌금제 도입, 사회봉사에 의한 환형유치의 대체, 형집행기관이나 법원이 벌금의 연납 또는 분납의 허용)을 통하여 해결할 수 있다는 점에서 벌금형에 대한 집행유예의 도입에 반대한다.

둘째, 형법 제62조 단서와 같이 과거경력에 관한 5년이라는 형식적 결격사유를 설정하여 정상참작의 사유를 판단할 필요도 없이 집행유예의 가능성을 배제하는 것은 피고인의 장래의 법준수행위에 관한 예측을 너무나 과거에 종속시켜 버리는 결과를 초래한다는 점에서 5년이라는 제한을 삭제하는 것이 바람직하다²⁹⁾. 과거경력은 법관의 구체적 양형과정에서 행위자의 재사회화 가능성을 판단하기 위한 자료로 활용하는 것이 더 합리적이다.

셋째, 이전부터 있어왔던 논의이지만, 최근에 다시 대법원 산하 사법개혁위원회의 전문위원 연구반³⁰⁾이 자유형의 일부집행유예를 도입하자는 제안에 대해서도 회의적이다. 여기서 일부집행유예란 예컨대 2년의 징역중 1년 6월만 집행을 유예하고 나머지 6월은 집행하는 것³¹⁾을 말하는데, 현행 형법 제62조 제2항의 해석론에 의할 때, 하나의 형에 대한 일부집행유예는

28) 강동범, 재산형의 문제와 개선방향, 형사정책 제5호(1990), 92쪽; 박상기, 형의 집행유예에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 129쪽; 서보학, 집행유예제도: 입법론적 비판과 대안, 형사정책 제13권 제1호(2001), 한국형사정책학회, 70쪽; 1992년의 형법개정법률안 제62조 제1항도 벌금형의 집행유예를 인정하였다. 이에 대해서는 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 77쪽 이하 참조.

29) 서보학, 집행유예제도: 입법론적 비판과 대안, 68쪽.

30) 사법개혁위원회 제2분과 전문위원 연구반, 사법서비스 및 형사사법제도, 사법개혁위원회 제5차 회의 보고자료, 2004. 1. 5., 123쪽.

31) 이 경우 6월의 실형을 집행하고 난 뒤 나머지 1년 6월에 대해서는 집행유예에 들어가게 된다. 이 점에서 일부집행유예는 일부만 형의 집행을 받고 조기에 석방되는 가석방과 매우 비슷한 측면도 있지만, 일부집행유예는 법원의 사전적인 선고를 전제로 하지만, 가석방은 행정기관에 의하여 사후적으로 결정된다는 점에서 본질적인 차이가 난다.

부정된다. 그러나 전부집행유예와 전부유죄 사이에서 일부집행유예를 통하여 개별사례에 적합한 제재부과의 필요성이 존재하고³²⁾, 불구속재판의 정착과정에서 나타나는 형벌권위의 추락을 방지하고 단기간의 구금의 충격도 행위자의 사회복귀에 도움을 준다는 점에서 특히 실무계를 중심으로 입법론적으로 일부집행유예의 도입이 주장되고 있다.³³⁾ 그렇지만 일부집행유예의 도입의 문제는 형사사법의 효율성에 초점을 맞추기보다는 단기자유형이라는 충격적 구금이 긍정적인 제재효과를 가져오는지에 중점을 두어서 판단해야 한다. 물론 자유형의 일부집행유예의 결과로서 단기자유형의 집행이 타 제재들보다 범죄예방에 더 도움을 주는지, 보다 더 높은 효율성을 가져오는지에 관해서는 분명하게 말할 수 없다.³⁴⁾ 그렇다면 보충성과 최소침해라는 헌법적 원칙에 따라서 단기자유형의 집행을 자제하는 것이 더 적절하다고 판단된다.³⁵⁾ 특히 우리나라와 같이 구속률이 높게 나타나는 형사실무에서는 미결구금³⁶⁾이 사실상 일부집행유예의 기능을 담당하고 있고 형사절차 그 자체가 피의자/피고인에게 외견상 하나의 형벌로 나타나는 현재의 형사사법체계 하에서 피고인에게 특별하게 단기간동안 매우 충격을 주는 것은 국가형벌권의 과잉대응이라는 비난이 제기될 수 있다.³⁷⁾

32) 김성돈, 자유형제도의 개선방안, 126쪽.

33) 예컨대 김대휘, 형벌제도의 개선방향, 사법행정, 1992, 28쪽; 김성돈, 자유형제도의 개선방안, 125-136쪽; 박상기, 형의 집행유예에 관한 연구, 115쪽 및 130쪽; 오영근, 형법총론, 대명출판사, 2002, 892쪽.

34) 예컨대 독일에서는 단기자유형을 형법개혁의 핵심요소로 간주하고 있으며, 형법 제47조에서 6월 미만의 자유형은 예외적으로 선고하도록 규정하고 있다. 이에 반해 오스트리아나 스위스 및 스칸디나비아 국가들은 단기자유형이 매우 선호되고 있다. 특히 교통범죄나 경제범죄와 같이 사회적으로 이미 통합이 되어 있어 특별하게 재사회화가 필요하지 아니한 행위자들에 대해서는 단기간의 짧지만 매우 충격이 의미를 가질 수 있다고 한다. Günther Kaiser, Kriminologie, §93 Rdnr. 18.

35) Thomas Weigend, Die kurze Freiheitsstrafe - eine Sanktion mit Zukunft?, JZ 1986, 262쪽 이하.

36) 우리나라의 경우 1980년부터 현재까지 교정시설에 수용된 미결구금자의 비율은 전체 피구금자의 약 42%를 차지하고 있으며, 이는 우리나라의 형사절차가 미결구금(구속)을 중심으로 운영되고 있다는 비판을 가능하게 한다.

넷째, 집행유예의 부담사항목록과 준수사항목록의 확대필요성이다. 우리나라에서는 1995년의 형법개정을 통하여 단순집행유예 이외에 소위 보호관찰부 집행유예의 이원체계를 취하게 되었다.³⁷⁾ 또한 준수사항은 보호관찰등에관한법률 제32조와 제62조에서 규정하고 있다. 그러나, 개별사안별로 피고인에게 적합한 부담사항의 부과가 가능하도록 보호관찰부 집행유예의 부담사항의 항목을 확대할 필요가 있다. 예컨대 독일 형법 제56b조에서는 부담사항으로서 ① 능력에 따른 범행손해의 배상(동조 2항 1호), ② 공익시설에 일정액의 금전납부(2호), ③ 기타 공익금부의 이행(3호), ④ 국고에 일정액의 금전납부(4호)로 규정해두고 있다. 여기서 특이할 만한 것은 피고인이 손해를 원상회복하는 데 배치되지 않는 한도 내에서만 법원이 타 부담사항을 선고하도록 함으로써 범죄피해자의 이익을 우위에 두고 있다는 점이다. 우리 형법 제62조의2에도 도입되어야 할 것으로 사료된다. 나아가 보호관찰등에관한법률에 규정된 준수사항도 예컨대 자발적인 금절시설소 상담(독일형법 제56c조 제3항)과 같이 내용적으로 보다 의미 있게 구성할 필요가 있다. 또한 부담사항을 법원이 일방적으로 확정하는 현행 법체제를 탈피하여 피고인에게 불법을 상쇄할 적절한 금부를 자발적으로 이행할 가능성을 부여하는 방향을 개정할 필요가 있다. 부담사항의 일방적 부과는 행위자의 재사회화와 법평화의 회복에도 더 효과적이기 때문이다.³⁹⁾

37) 한편, 자유형에 대한 일부집행유예의 도입에는 반대하면서도, 벌금형에 대한 집행유예가 인정된다는 전제에서 벌금형의 일부집행유예에 찬성하는 견해도 있다. 피고인의 열악한 재산상태를 고려할 수 있다는 실익을 들고 있다. 서보학, ‘일부’집행유예제도와 “short sharp shock”, 형사정책 제9호(1997), 한국형사정책학회, 263쪽 아래.

38) 대법원(대판 1998.4.24. 98도98)은 보호관찰과 사회봉사명령 또는 수강명령은 어느 하나만을 해야 하는 것이 아니라 동시에 명할 수 있다고 판시함으로써 제재유형간의 결합(Kombination der Sanktionsformen)을 인정하고 있다.

39) 현행 형법 제62조의2는 법원이 사회봉사명령을 선고함에 있어 피고인의 동의를 요건으로 규정하지 않고 있는데, 규정이 헌법 제12조 1항의 ‘강제노역금지’에 위반되는지에 관하여 김영환외 3인, 사회봉사명령에 관한 비교법적 연구, 한국형사정책연구원, 1992, 189쪽에서는 형법규정에 준거한 집행유예부 사회봉사명령이 적법한 재판절차를 통해 부과된다면 설사 그것이 강제노역을 의미한다고 할지라도 헌법위반은 아니라고 한다.

마지막으로, 보호관찰부 집행유예를 선고받은 자가 준수사항이나 명령을 위반하고 그 정도가 무거운 경우에는 집행유예의 선고를 취소할 수 있도록 규정한 형법 제64조 2항도 자동적인 취소보다는 독일 형법 제56f조 2항과 같이 보호관찰대상자의 재사회화 가능성여부에 따라 보호관찰의 기간을 늘리거나 사회봉사 또는 수강명령의 추가적으로 부과할 수 있는 가능성을 열어두는 쪽으로 개정할 필요가 있다.

2. 선고유예의 활성화

형의 선고유예는 경미범죄나 초범자에 대하여 형의 선고 자체를 유예함으로써 피고인의 정상적인 생활을 할 기회를 보다 유효하게 제공하는 제재수단이다. 그러나 우리나라 형사실무에서 선고유예가 적용되는 비율은 1953년 형법이 제정된 이후로 매년 1% 정도에 불과할 뿐이다. 제재체계상 선고유예가 가지는 이러한 예외적 성격은 독일형법 제59조 이하의 선고유예(Verwarnung mit Strafvorbehalt)도 마찬가지다. 독일 형사실무에서 선고유예가 선고된 비율은 1990년 이후로 0.5% 정도에 머물고 있다.

그러나 우리나라와 독일의 형사사법체계에서 선고유예가 거의 적용되지 않는 이유는 많은 차이를 보이고 있다. 독일 형법상 선고유예는 180일까지의 벌금일수에 대하여 적용되는데, 이 정도의 불법은 형사소송법상의 무부담부 기소유예(제153조)와 부담부 기소유예(제153a조)를 통하여 소추 가능한 범죄의 약 50% 이상이 수사절차에서 비범죄화되어 공판절차에서는 선고유예가 거의 적용될 여지가 없다.⁴⁰⁾ 이에 반해 우리나라에서는 수사절

참고로 영국의 사회봉사명령제도나 독일의 형법시행법 제293조의 자발적 노동(freie Arbeit)는 당사자의 동의를 요건으로 한다.

40) 그럼에도 불구하고 독일에서는 선고유예의 적용범위를 확대하여 비행발화를 의도하고 있다. 2003년 12월에 연방의회에 제출된 형사제재체계의 개혁안은 선고유예가 피고인의 책임판결을 요건으로 하기 때문에 조건부 기소유예보다 법치국가적 관점을 고려한 것

차상 기소유예율이 매년 약 11%에 거치고 있을 뿐만 아니라 기소유예와 거의 같은 기능을 담당하는 선고유예도 거의 활용되지 않고 있다. 벌금형 이외에 자유형에 대한 선고유예까지 허용하고 있는 현행 선고유예체계의 선진성을 고려하여 그 적용을 보다 적극적으로 활용하는 방안을 고민해보아야 한다.

선고유예의 적용과정에서 나타나는 문제점을 해소하고 그 적용범위를 확대시키기 위하여 1992년의 형법개정안은 ① 1년간의 보호관찰부 선고유예의 도입(개정안 제59조), ② 선고유예의 실효사유로서 “유예기간 중 자격정지이상의 형에 처한 판결이 확정된 때”를 “유예기간 중에 범한 죄”로 변경하고 “자격정지이상의 형에 처하는 전과가 발견된 때”를 삭제하였다(개정안 제60조). 그러나 실제로 형법개정에서는 보호관찰부 집행유예만 도입되었을 뿐이었다. 일사부재리원칙과 피고인의 진술거부권을 고려하고 선고유예제도의 취지를 염두에 둘 때 개정안 제60조는 의문의 여지없이 형법으로 편입되어야 한다.

그러나 1992년의 형법개정안에 포함되어 있지 않았지만, 몇 가지 개정이 필요한 부분도 있다. 첫째, 집행유예에 있어서와 마찬가지로 선고유예도 피고인의 과거전과를 선고유예의 결정사유로 명시하고 있는데, 이는 선고유예를 ‘초범’에게만 적용하도록 하여 이 제도의 활용을 저해할 수 있기 때문에 삭제하는 것이 더 적절하다. 둘째, 2년으로 확정하고 있는 선고유예의 기간도 1년 이상 5년까지의 집행유예기간과 비교해볼 때 형평성의

이라는 전제하에 ① 지금까지의 임의적 선고규정을 필요적 선고규정으로 변경하고(형법 제59조 1항 1문), ② 과거 3년간 선고유예 또는 형벌을 받은 경력이 있을 경우에 선고유예를 불가하는 규정을 삭제하였으며(제59조 1항 2호), ③ 보호관찰기간을 3년에서 2년으로 하향조정하였으며(제59a조 2항), ④ 통상적인 사례에서 의무사항과 준수사항을 필요적 부과사항으로 하였고(제59a조 2항), ⑤ 의무사항에 60시간 이내의 사회봉사를 명문화하였다. 독일 선고유예의 개혁안에 관한 상세한 내용은, *BMJ, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionensystems*, 2003/12. 참조; 또한 *BMJ, Abschlußbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems*, 2000/3, 37-45쪽 참조.

관점에서 문제가 제기될 수 있기 때문에 '6월 이상 2년'이하로 조정할 필요가 있다.⁴¹⁾ '징역 1년에 집행유예 1년'을 선고받은 자는 1년만 무사히 경과하면 형선고의 효력을 잃게 되는 반면, 선고유예를 받은 자는 2년을 경과하여야 비로소 면소의 혜택을 받을 수 있어서 결국 보다 중한 범죄에 대하여 선고되는 집행유예보다 더 불리하게 되기 때문이다. 마지막으로 비구금화의 관점에서 선고유예에도 사회봉사나 수강명령의 의무사항을 결합시킬 필요가 있다. 단, 사회봉사나 수강명령의 부과시간은 집행유예와의 관계에서 보다 경미하게 설정되어야 한다.

3. 벌금형의 개혁

20세기 초반부터 단기자유형의 대체형으로서 각광을 받아오던 벌금형은 우리나라 형사제체체계에서도 가장 선호되는 형벌유형이다. 비교법적으로 고찰해보면, 예컨대 일수벌금제를 취하고 있는 독일에서는 1970년대 이후로 특히 모욕죄, 환경범죄 및 도로교통법위반 행위를 중심으로 평균 약 82%가 벌금형으로 선고되고 있다.⁴²⁾ 그러나 우리나라 형사실무에서 벌금형의 잦은 활용과 탄력적 운용가능성⁴³⁾에도 불구하고 현행 벌금형체계가 법치국가의 형법원리와 정의이념에 합치되게 구성되어 있지 못하다는 비

41) 김성돈, 자유형제도의 개선방안, 118쪽.

42) 심지어 독일형사실무에서는 대부분의 경우 30일 이하의 벌금일수로 확정되고 90일 이상의 벌금일수가 확정되는 사례는 거의 없다. 이로써 독일에서 벌금형은 단기자유형의 대체형으로서 역할을 수행한다는 점을 알 수 있다. 1998년도의 경우 90일 이하의 벌금일수가 확정된 비율은 전체 벌금일수 중 97.2%에 달하였다. Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 43쪽(표 1) 및 72쪽(표 2) 참조.

43) 우리나라와 독일의 벌금형체계는 분명한 차이가 있다. 독일에서는 벌금일수가 최대 360일로 제한되어 있기 때문에 사실상 1년 이하의 징역 또는 금고에 해당하는 범행에 대해서만 벌금형이 선고될 수밖에 없다. 이에 반해 우리나라에서는 예컨대 사기죄(형법 제347조)의 경우와 같이 10년 이하의 징역과 2천만원 이하의 벌금형을 선택적으로 부과할 수 있기 때문에 매우 탄력적으로 활용될 여지가 있다. 최병각, 노역장유치의 실제와 벌금양형, 형사정책 제12권 제2호(2000), 한국형사정책학회, 217쪽; 서보학, 벌금형제도 소고: 비판과 입법론적 대안, 형사정책 제10호(1998), 한국형사정책학회, 88쪽.

판이 있으며 이에 따라서 벌금형제도의 합리적 개선을 요구하는 목소리가 적지 않게 나오고 있다. 이와 관련하여 1992년의 형법개정안과 1995년의 개정형법은 벌금형의 구조 그 자체에 대한 개혁대신에 벌금액을 500환 이상에서 5만원 이상으로 현실화하고 형법각칙의 몇몇 구성요건에 벌금형을 선택형으로 추가하는데 그침으로써 벌금형제도를 둘러싼 논쟁의 불씨를 여전히 남겨두고 있다. 형사정책적 관점에서 벌금형제도와 관련하여 등장하는 최대의 쟁점은 일수벌금형제도의 도입여부이다.

가. 일수벌금형의 도입

우리나라의 벌금형제도는 형법에서 벌금의 액수만 규정하고 법원이 구체적 사안에 따라 그 액수를 확정하는 총액벌금제에 기초하고 있다. 그러나 총액벌금제는 ① 행위자의 불법과 책임에 상응하는 합리적인 벌금형산정이 매우 어렵고, ② 따라서 같은 금액의 벌금이 무자력자에게는 가혹한 형벌로 다가오는 반면, 자력자에게는 형벌의 효과가 미흡하다는 소위 ‘형벌효과의 불평등’이 제기되며, ③ 자유형과 벌금형간의 합리적인 환산기준이 결여되어 특히 벌금미납의 경우 그 미납액수에 상응하는 대체형의 기간을 계산 방식에 관한 문제를 낳고 있다. 일수벌금제의 도입이 지속적으로 주장되고 있는 이유도 바로 여기에 있다. 여기서 일수벌금제란 행위자의 불법과 책임의 정도에 따라 일수를 정한 후 행위자의 경제사정을 고려하여 일수정액을 정한 다음 일수와 일수정액을 곱하는 것을 말한다. 일수벌금제는 ① 행위자의 불법과 재산상태를 개별적으로 고려함으로써 형벌효과의 불평등을 제거할 수 있고, ② 벌금미납으로 인한 대체형의 투입시 자유형과 벌금형의 합리적인 환산을 가능하게 해준다. 물론 일수벌금제를 취하는 경우에도, 피해자의 재산상태를 정확하게 조사하기 어렵다는 점⁴⁴⁾, 희생동등성

(Opfergleichheit)에도 불구하고 무자력자에 대해서는 벌금이 여전히 중한 형벌효과를 가져오는 문제는 남아있다. 그럼에도 불구하고 총액벌금제보다 일수벌금제가 벌금양형의 합리성과 투명성의 가능성을 열어준다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없다. 이 점에서 우리나라의 제재체계에 일수벌금형 제도가 도입된다는 것을 가정할 때, 이 제도가 구체적으로 어떻게 운용될 수 있는지 독일 형법상의 일수벌금제를 중심으로 살펴볼 필요가 있다.

독일 형법상 벌금형의 양형은 세 가지의 단계를 거치게 된다. 즉, 벌금 일수의 확정단계, 일수정액을 확정단계 및 마지막으로 벌금납부경감(연납 또는 분납)의 신청에 관하여 결정단계이다.

벌금양형의 첫 번째 단계에서는 법원이 벌금일수(Tagessatz)를 확정하는데, 이는 독일 형법 제46조의 일반적인 양형원칙에 따르게 된다. 이 단계에서는 책임의 관점에 중점에 위치하며 따라서 불법의 정도가 근본적인 역할을 담당한다. 법원은 5일 이상 360일 이하의 벌금일수를 확정할 수 있다(독일형법 제40조 제1항 2문). 병합형의 경우 최대 720일의 벌금일수까지 가중할 수 있다(제54조 제2항 2문). 그러나 책임에 적합한 벌금일수를 확정하는 작업은 자유형의 형기를 확정하는 것과 마찬가지로 매우 어려운 문제에 속한다. 그래서 관례와 학설에서는 벌금미납시 1일의 벌금일수를 1일로 대체자유형으로 환산한다는 독일형법 제43조를 근거로 벌금일수를 “구체적 범행이 몇 일간의 자유형의 가치를 가지는가”라는 가설적인 공식에 기초하여 벌금일수를 확정해야 한다는 제안을 하고 있다.⁴⁵⁾

44) 우리나라에서 일수벌금형의 도입문제를 주로 시기상조론의 관점에서 보고 있다. 현상태에서는 피고인의 재산상태조사가 어렵다는 것이다. 강동범, 재산형의 문제와 개선방향, 90쪽; 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 55쪽; 신의기, 벌금형제도의 문제점과 개선방향, 형사정책연구 제7권 제3호(통권 제27호, 1996, 가을), 126쪽. 한편, 박기석, 벌금형 개선방안, 형사정책 제12권 제2호(2000), 23-26쪽에서는 일수벌금형제도의 도입에 정면으로 반대하면서 동일한 부에 대해서는 동일한 벌금이 부과되어야 한다는 관점에서 희생동등성원칙을 거부하고 있다.

45) BGH 27, 70(72): Schönke/Schröder/Stree, §40 Rdnr. 4; SK-Horn, §40 Rdnr. 4a; Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 59쪽; 이에 반하여 벌금형과 자유형

벌금양형의 두 번째 단계에서는 일수정액을 확정하게 되는데, 법문에서는 1일의 일수정액을 최저 1유로, 최고 5,000유로로만 확정해두고 있을 뿐이다. 따라서 일수정액을 확정하는 단계에서는 행위자가 하루동안에 벌어들이는 소득을 어떻게 확정할 것인가가 문제로 된다. 이와 관련하여 독일 형법 제40조 제2항은 순소득원칙(Nettoeinkommensprinzip)에 기초하여 행위자의 개인적·경제적 사정을 고려할 것을 요구하고 있다. 순소득원칙에 따르면, 일수정액은 행위자가 하루에 벌어들인 금액 또는 행위자가 노동을 하였더라면 하루에 벌어들일 수 있는 금액을 대상으로 산정하게 된다(제40조 2항 2문). 여기서 일수정액의 대상에 포함되는 것은 세금, 공과금 및 이와 유사한 연금, 의료보험 등을 공제한 일체의 수입이다.⁴⁶⁾ 이로써 순소득원칙은 비례원칙을 고려하지 않고 특히 자력이 모자라는 행위자에게 고통을 강요한다는 점에서 행위자에게 불리하게 작용한다. 그러나 독일 형법 제40조 제2항 2문에서 순소득원칙을 ‘통상적으로’ 취한다고 애매하게 규정한 입법태도에 상응하게 독일 법원은 일수정액이 높은 경우에 행위자의 부담과 일상생활에서 요구되는 지출의 필요성을 고려하여 일수정액의 하향조정을 허용하고 있다.⁴⁷⁾ 또한 벌금의 연납 또는 분납의 신청(제42조)을 광범위하게 수용하여 개별사례에서 순소득원칙의 문제점을 해소해 나가고 있다. 그러나 위에서 순소득원칙은 일수정액산정의 출발점에 불과하다. 일수정액을 구체적으로 확정하기 위해서는 형법 제40조 제2항 1문에 규정된 ‘행위자의 개인적·경제적 사정’을 고려해야 하기 때문이다. 따라서 행위자의 순소득에서 행위자가 제3자에게 사실상 이행한 생계비급부는 공제된다. 그러나 어떠한 지출이 ‘행위자의 개인적·경제적 사정’에

의 일수를 동일시할 수 없다는 견해도 있다. *Jescheck/Weigend*, AT, 770쪽; *LK¹⁰-Tröndle*, §40 Rdnr. 10-13.

46) 예컨대 독자적 노동이나 비독자적 노동에서 취득한 수입, 자본투자이익, 주택임대료, 대지임대료, 실업급여, 실업자부조금, 사회보장급부, 행형시설에서의 작업상여금 등이 포함된다.

47) BGHSt 26, 325(331).

포함될 수 있는지에 관하여 보편적인 기준을 설정하기란 매우 어렵다. 그래서 실무에서는 행위자가 부담하는 각종 비용지출이 일상생활에 적합한지 아닌지를 심사하는 소위 적합성심사(Angemessenheitsprüfung)의 관점에 따르고 있다.⁴⁸⁾ 그러나 비용지출의 적합성에 따라서 행위자의 개인적·경제적 사정을 고려하는 것은 소비억제를 본질로 하는 벌금형의 목적에 반할 뿐만 아니라 자력자와 무자력자를 차별하여 결국 희생동등의 원칙에도 반하게 된다.⁴⁹⁾ 일수벌금체계에서 희생동등원칙이 포기될 수 없는 본질적 요소라면, 평등원칙의 관점에서 출발하여 행위자가 부담하는 비용지출이 일상적인 것인가 아니면 특별한 것인가에 따라서 행위자의 개인적·경제적 사정을 고려해야 할 것이다.

벌금액산정의 세 번째 단계에서는 납입부담경감에 관하여 허가하는 것, 즉 벌금액의 연납과 분납을 허가하는 것이다. 독일 형법 제42조에 의하면, “법원은 벌금형의 선고를 받은 자의 개인적·경제적 사정에 비추어 벌금의 즉시납입을 기대하기 어려운 경우에는 납입기한을 지정하거나 분납액을 정하여 벌금의 분납을 허가한다”고 규정하고 있다.⁵⁰⁾ 이러한 벌금액의 연납과 분납제도는 국가가 시민에게 개인적으로 불가능하거나 기대할 수 없는 의무를 부담시켜서는 안된다는 일반적인 법치국가원칙에서 도출되며 나아가 벌금형에 내재하는 피고인의 가족에 대한 부담가중을 고려해야 한다는 관점에서 인정되고 있다. 벌금의 연납 또는 분납을 허가할 것인지에 관한 심사는 직권판단요소이다.

그러나 일수벌금형의 개별적인 산정과정 이외에 일수벌금형체계에서는 피고인의 재산상태를 상세하게 조사해야 한다는 절차적 문제점이 발생한

48) BayObLG NJW 1992, 2582(2583); Schönke/Schröder/Stree, §40 Rdnr. 14a; Tröndle/Fischer, §40 Rdnr. 20.

49) Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 64쪽.

50) 납입부담경감에 관한 독일형법 제42조의 법적 성격에 관하여 진정한 양형결정이라는 견해(Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 65쪽)와 사전적 형집행의 한 유형에 속한다는 견해(Tröndle/Fischer, §42 Rdnr. 4.)로 나뉘어지고 있다.

다. 벌금액을 정확하게 산정하기 위해서는 행위자의 개인적·경제적 사정에 대한 정확한 조사가 이루어져야 하기 때문이다. 원칙적인 관점에서 보면, 피고인의 재산상태에 대한 조사는 그 산정의 개별적인 요소들(소득, 생계의무, 기타 비용지불의무 등)을 직권으로 규명(독일형사소송법 제244조 제2항)해야 하고 공판절차에서 엄격한 증명의 절차를 거쳐야 한다. 그러나 개별사례에서 재산상태를 정확하게 조사하기란 어려울 뿐만 아니라 고비용도 수반한다. 나아가 세무서 등으로부터 관련서류를 열람하여 재산상태를 조사하는 방식도 봉쇄⁵¹⁾되어 있다. 이 점을 고려하여 독일 형법 제40조 제3항은 “일수를 산정함에 있어서는 행위자의 수입, 재산 기타 기초사실 등을 추정(Schätzung)할 수 있다”고 규정하여 재산상태조사의 부담을 경감시키고 있다. 따라서 예컨대 프리랜서로 활동한 피고인이 자신의 재산상태에 관하여 아무런 보고도 하지 않았고 정확한 조사를 위한 기초사실도 존재하지 않는 경우에는 벌금액의 추정은 항상 허용된다. 실무는 소송경제적인 관점에서 벌금액의 추정을 허용하면서도 예상되는 벌금일수가 60일 이상일 경우에는 상세한 조사가 이루어져야 한다는 지침을 적용하고 있다.⁵²⁾

나. 벌금미납에 따른 환형처분의 대체제재로서 사회봉사명령의 도입

벌금도 현행 제재체계상 형벌의 한 종류에 속하는 것이기 때문에 벌금의 제재효과를 높이기 위해서는 선고된 벌금의 수미일관한 집행이 전제되어야 한다. 이 점에서 형법 제69조에 규정된 벌금미납자에 대한 환형처분으로서 노역장유치는 벌금완납을 위한 압박수단(동조 제1항 단서)임과 동시에 벌금납입을 갈음하는 대체수단(동조 제2항)이다. 그러나 벌금미납자에 대한 노역장유치는 ‘벌금형의 단기자유형화’라는 역설적인 결과를 초래하게 된다

51) 정확한 재산상태의 조사를 위해서는 재정관청의 관련서류를 열람할 필요가 있지만, 이는 형법 제355조의 조세비밀의 누설죄에 해당하기 때문에 불가능하다.

52) Trödle/Fischer, §40 Rdnr. 26.

는 점에서 특히 자력이 없는 벌금미납자를 대상으로 노역장유치를 대체할 수 있는 다양한 방법들을 고려해보아야 한다. 예컨대 벌금형의 집행단계에서 벌금의 연납 및 분납을 활성화⁵³⁾하거나 법원이 연납과 분납을 허용할 수 있도록 관련규정을 삽입하는 방법을 생각해볼 수 있다. 그러나 노역장유치를 대체하여 단기자유형의 폐해를 방지할 수 있는 보다 의미 있는 방식은 벌금미납시 미납자에게 사회봉사활동을 할 수 있도록 법제화하는 것이다. 비교법적으로 보면, 독일의 경우 형법도입법(Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch: EGStGB) 제293조에 따라서 벌금미납시의 ‘자발적 노동’(freie Arbeit)으로서 사회봉사를 인정하고 있다. 그러나 형법도입법 제293조의 구체적 시행은 개별 주의 임의에 맡겨져 있기 때문에 사회봉사의 적용과 집행에서 개별 주마다 큰 차이를 보이고 있다.⁵⁴⁾ 그래서 벌금미납자에 대한 사회봉사명령을 연방차원에서 통일적으로 규율해야 한다는 인식하에 1998년에는 형법 제40a조를 신설하여 독자적 형사제재로서 사회봉사명령의 도입을 적극적으로 고려하고자 하였지만 회기만료로 법률통과가 무산되었다. 2003년 12월에 연방의회에 제출된 입법안에서는 벌금미납시 일차적으로 행위자의 동의하에 사회봉사를 부과할 수 있도록 하였고 행위자가 사회봉사에 동의하지 않거나 부과된 사회봉사를 제대로 이행하지 아니

53) 우리 형법에는 벌금형의 연납과 분납에 관하여 규정하지 않고 있다. 다만, 검찰징수사무규칙 제12조에 “지불의무자가 징수금의 일부지불 또는 지불연기를 받고자 할 때는 별지 12호의 서식에 의한 일부지불(지불연기)신청서를 제출하여야 한다”고 규정하여 징수금의 분납과 연납을 허용하고 있다. 그러나 이 규정의 목적은 벌과금 지불 당사자의 편의를 위한 것이 아니라 징수업무의 효율성을 제고하려는 실무적인 필요성을 고려한 것이며 연납이나 분납의 실무도 생활보호대상자나 장애인 등 매우 제한적으로 적용될 수밖에 없다. 장규원 외 3인, 외국에서의 벌금미납자에 대한 사회봉사명령 운영에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1999, 46쪽.

54) 독일의 대부분의 주에서는 행위자가 1일의 일수를 상환하기 위하여 현재 일반적으로 6시간, Bayern주와 Rheinland-Paltz주에서는 6-8시간 동안 사회봉사를 하도록 규정하고 있다. 그러나 야간봉사활동과 주말봉사활동의 경우 1일의 일수를 전환하는 기준을 3시간까지 감경할 수 있으며 행위자의 개인적인 사정과 사회봉사활동의 유형에 따라서 3시간까지 감경할 수 있는 가능성을 일반조항의 형식으로 규정해 두고 있다.

한 경우에 한하여 현재와 같은 대체자유형의 선고를 규정하고 있다. 나아가 행위자의 사회내 생활을 적극적으로 고려한다는 관점에서, 벌금일수와 대체자유형의 환산기준도 기존의 1일의 벌금일수와 1일의 자유형에서 2일의 벌금일수와 1일의 자유형으로 개정하고자 의도한다(동입법안 제43조).

다. 벌금제도와 피해자보호사상의 결합

그러나 사실 엄격히 보면, 벌금형은 구금을 통한 자유박탈을 대체한다는 의미 이외에 큰 의미를 가지고 있지 않다. 벌금납부만으로 행위자는 국가형벌권에 대한 모든 의무를 면제받고 이로써 ‘재사회화’나 ‘처우’와는 쉽게 어울리기 힘들기 때문이다. 벌금형을 보다 의미 있는 제재수단으로 바꾸기 위해서는 범죄피해자보호사상과 결합시킴으로써 벌금형을 건설적으로 구성하고 활용할 필요가 있다.

벌금형과 피해자이익을 결합시키는 구체적인 방식은 우선, 벌금과 손해배상할 능력을 충분히 갖추고 있지 아니한 행위자의 사정을 고려하여 피해자의 물질적 이익을 우선시킬 목적으로 벌금집행을 완화하는 방식이다. 물론 벌금의 연납과 분납을 통하여 이 문제의 해결을 기대할 수도 있지만, 연납과 분납제도는 피고인의 재산상태를 고려하여 벌금납입을 경감하는 것일 뿐 범죄피해자의 물질적 이익충족까지 염두에 둔 것은 아니다. 따라서 벌금형의 선고단계나 집행단계에서 피해자의 손해배상에 대한 이익을 고려하여 벌금형의 집행을 완화시키는 방안을 고려해 보아야 한다. 이와 관련하여 독일 형사소송법 제459a조는 형집행기관으로 하여금 벌금의 분납과 연납을 허용할 수 있도록 명시적으로 규정해 두면서도, 특히 분납과 연납을 허가하지 아니함으로써 범죄로 인하여 발생한 손해의 원상회복이 현저히 위태롭게 될 우려가 있는 경우에는 피해자에 대한 원상회복을 조건으로 벌금납입의 부담을 경감할 수 있다고 규정하고 있다. 나아가 2003

년 12월의 형사제재체계의 개혁에 관한 입법안 제42조는 벌금의 완납이 피해자의 손해배상이익을 위태롭게 할 경우에는 ‘법원’으로 하여금 납입부담을 ‘의무적’으로 경감시키도록 규정하고 있다.

벌금을 피해자의 원상회복이익과 결부시키는 보다 혁신적인 방식은 벌금 중 일정비율 또는 일정액을 피해자보호 내지 피해자원조를 위하여 직접 활용하는 것이다. 세금과 달리 벌금은 국가의 재원조달을 목적으로 하는 것이 아니기 때문에 벌금의 건설적인 사용은 가능할 뿐만 아니라 증진되어야 한다. 그 구체적인 방식은 벌금의 일부를 피해자기금으로 구성하여 기금의 구체적인 사용은 일정한 피해자보호시설에 흘러 들어가게 하는 것이다. 참고로 2003년 12월의 독일 형사제재체계의 개혁에 관한 법률안 제40a조에서는, “법원은 벌금형의 0.5%를 피해자보호와 관련한 승인된 공익시설(*anerkannte gemeinnützige Einrichtung der Opferhilfe*)에 할당한다(동조 1항). 승인된 공익시설이란 범죄피해자를 심리사회적, 물질적 또는 실제적으로 지원하거나 가해자-피해자-조정을 실시할 목적으로 설치되고 법인세법 제5조 제1항 9조에 따라서 법인세가 면제된 시설을 말한다(동조 제2항)”고 규정하고 있다.⁵⁵⁾

V. 마치며

이 글에서는, 형법적 제재는 범죄로 인하여 침해된 사회질서를 재건하고 안전을 유지하는데 필요한 경우에 한하여 투입되어야 한다는 내재적 보충성원칙에서 출발하여 사회내제재로서 집행유예와 선고유예 및 벌금형의 활용을 높이기 위한 개별적인 쟁점들을 검토하고 이에 대한 개편방안

55) *BMJ*, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionensystems, 2003, 44쪽 참조.

을 제시하였다. 나아가 범죄피해자의 보호가 오늘날 제재체계의 개편에서 중요한 의미를 가진다는 점에서 사회내제재와 피해자보호사상을 결합시키는 논의를 전개하였다. 그러나 이러한 논의에도 불구하고 사실 우리나라에서는 학문에서 뿐만 아니라 실무에서도 제재체계의 합리적 개편에 관한 문제를 가벌성에 관한 쟁점들보다 우선시 하지 않는 것 같다. 제재체계의 개편을 두고 실무에서는 법관의 재량을 축소시키기 위한 논의라고 생각할 수 있고, 학문에서는 순수한 정책문제로 파악하여 치밀한 포섭이 요구되는 가벌성에 관한 문제보다 후순위에 둘 수 있기 때문이다. 그러나 제재체계의 합리적 개편은 오히려 법관에게 다양한 사례에 적합한 제재선고를 가능하게 함으로써 양형형성의 폭을 넓혀주고 형법학에 대해서는 국가형벌권의 합리적 구성과 방향설정에 관한 본질적인 의미를 제공해준다. 나아가 행위자의 관점에서는 인도주의와 법치국가원리에 기초한 형벌정의를 학습하게 해주며 피해자에 대해서는 국가형벌권이 일면적 관계에서 벗어나 자신도 통합시킨다는 법질서에 대한 신뢰감을 불러일으키게 한다. 사회변화의 역동적 과정 속에서 사회내제재 체계의 개편과 확장은 결코 간과할 수 없는 형법개혁의 과제로 다가온다. 1980년대 중반부터 시작되었던 형사법 개정에 관한 논의가 제대로 결실을 맺지 못하고 단절되었다. 그러나 법치국가성과 민주화가 성숙되어가고 있는 현재의 사회질서를 고려해보면, 제재체계의 합리적 개편은 필수적인 것으로 보인다. 2003년 하반기에 출범하여 현재 활발한 논의를 전개하고 있는 사법개혁위원회가 형벌체계의 개편에 관한 문제를 합리적이고 건설적인 방향으로 해결할 것으로 기대한다.

주제어: 제재체계, 형벌, 사회통제, 형사사법개혁, 집행유예, 선고유예, 벌금형

Stellenwert und Ausbau der ambulanten Sanktionen

Lee, Jin-Kuk*

In der vorliegenden Arbeit beabsichtigt der Verfasser, das geltende Sanktionensystem unter besondere Berücksichtigung der Präventionsperspektiven zu reformieren. Das geltende Sanktionensystem nach koreanischem Strafgesetzbuch gibt den Gerichten zu wenige Gestaltungsmöglichkeiten, um auf die Bagatellkriminalität zu reagieren. Ziel der Reform der ambulanten Sanktionen, die z.B. Strafaussetzung mit(oder ohne) Bewährung, Verwarnung mit Strafvorbehalt, Geldstrafe umfassen, ist es, die Vollstreckung von kurzen Freiheitsstrafe möglichst zu vermeiden. Unerwünschte Nebenwirkungen von Freiheitsstrafe, die heute auch in der koreanischen Strafvollzugspraxis gefunden werden können, sollen verhindert werden. Der hier gezeigte Reformvorschlag der ambulanten Sanktionen, also Erweiterung und Ausbau der Sanktionen ohne Freiheitsentzug, dienen dem strafrechtlichen Rechtsgüterschutz einerseits, der Effizienzsteigerung andererseits. Darüber hinaus sollen bei der Reformüberlegung die einzelnen Sanktionen mit der Opferperspektive kombiniert werden, um die Interesse der Opfer wirksam zu berücksichtigen.

Keyword(Schlagwörter): ambulante Sanktionen, Sanktionen ohne Freiheitsentzug, Strafaussetzung mit(ohne) Bewährung, Verwarnung mit Strafvorbehalt, Geldstrafe

* Wissenschaftlicher Referent am koreanischen Institut für Kriminologie. Dr. iur.

기업의 가벌성에 관한 독일의 논의 분석

김 재 윤

형사정책연구 제15권 제2호(통권 제58호, 2004 · 여름호)

한국형사정책연구원

기업의 가벌성에 관한 독일의 논의 분석

김 재 윤 *

I. 머리말

오늘날 기업사회라 일컬을 수 있을 만큼 현대사회에서 기업의¹⁾ 수와 그 규모는 날로 확대되고 있으며, 전체 사회체계 내에서 기업은 엄청난 영향력을 행사하고 있다. 이러한 기업의 증가와 함께 수반되는 부정적인 영향중의 하나가 바로 기업범죄(예컨대 기업에 의한 경제범죄, 환경범죄 및 조직범죄)라고 할 수 있다. 이 때문에 자본주의 경제체제에 있어 기업범죄는 이미 19세기 프랑스 사회학자 뒤르켐(Durkheim)이 언급한 바와 같이 우리 사회의 하나의 본질적인 구성요소라고 해도 과언이 아니다.

한편 기업범죄에 의한 손실은 매년 천문학적인 액수에 달하고 있지만, 기업, 특히 대기업에 대해서는 경제활동의 위축을 우려한 나머지 대부분 조업정지 내지 과태료이라는 형태의 행정법상의 책임만을 묻고 있을 뿐이

* 건국대학교 법과대학 강사, 법학박사.

1) 기업(Unternehmen)이라 함은 일반적으로 경제적 기능에 지향된 의미로 이해될 수 있다. 이에 따르면 기업은 경제적 목적에 기여하기 위하여 설립된 조직적 통일체로 정의된다. 이러한 기업은 자연인(natürliche Personen), 법인(juristische Personen) 혹은 인적 단체(Personenvereinigungen) 등의 형태로 운영되고 있다. 이러한 기본적인 개념정의를 바탕으로 기업이라는 개념은 개별적인 법률의 전체관계에 따라 해석되어야 한다. 따라서 본고에서 기업이라 함은 경제적 이익추구를 목적으로 하는 여러 형태의 법인과 인적 단체를 포괄하는 상위개념으로 사용한다. 이에 관해 자세히는 Fritz Rittner, Wirtschaftsrecht, Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Heidelberg 1987, S. 121 ff. 참조.

다.²⁾ 더욱이 분업화, 업무의 위임 및 기능의 분화 등으로 대표되는 대기업의 소위 탈중심화라는 조직구성의 원칙은 책임, 의사결정 및 집행을 각각 분리시키고 있다. 그 결과 “책임의 조직화(Organisierung der Verantwortlichkeit)”는 “조직화된 무책임(organisierte Unverantwortlichkeit)”으로 변화되고 있으며, 이를 통해 개인책임의 확정, 즉 책임의 개인적 귀속 및 과책의 증명은 더욱더 어렵게 되고 있다.³⁾ 이러한 현상에 근거하여 “경미한 범죄자는 체포하고 중대한 범죄자는 놓아 준다”는 말이 현대형법의 위기에 대한 동의어로서 사용되고 있다.⁴⁾

그러나 우리나라뿐만 아니라 독일을 포함한 유럽 대륙법계의 형법은 “단체는 죄를 범하지 못한다(societas delinquere non potest)”⁵⁾는 법언에 따라 단지 자연인의 형사책임만을 요구하고, 기업의 가벌성은 책임원칙 하에 부인되고 있다. 이에 따르면 다만 기업 구성원의 개별적인 행위만이 기업에 의해 행하여진 범죄행위에 해당될 뿐이다. 이러한 점에서 독일형법은 1840년 이래로 법인의 형사책임(corporate criminal liability)을 인정하고 있는 영미법계와 근본적으로 구별 된다.⁶⁾

2) 환경부는 2003년 1~3월중에 전국 각 시·도(시·군·구) 및 환경감시대에서 총 23,241개의 대기 및 수질오염물질 배출업소를 단속하여 1,749건(위반율 7.5%)의 위반사실을 적발하였는데, 이중 개선명령 483건, 사용중지 207건, 조업정지 137건, 폐쇄명령 132건, 경고 등 기타 501건을 행정처분 조치하고 512개 업소에 대해서는 고발하였다(<http://kowra.or.kr/pds/첨부43.hwp> 참조).

3) Bernd Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Köln u.a. 1979, S. 34.

4) Günter Heine, Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts. Rechtsvergleichende Funktionsanalysen - unbestimmte Rechtsbegriffe - Reichweite von Genehmigungen, NJW 1990, S. 2425 ff. 참조.

5) 그러나 “단체는 죄를 범하지 못한다(societas delinquere non potest)”는 법언은 민법과 공법에서는 적용되지 않는다. 오히려 정관에 의해 설립된 회사는 책임법상 자연인과 동등한 위치에 있다. 특히 독일 민법 제31조에 따르면 이사회 등과 같은 기관이 그의 직무의 집행의 범위 내에서 행한 손해배상무역을 발생시키는 행위로 인해 제3자에게 손해를 가했다면, 법인은 그 손해에 대해 배상할 책임을 진다. 독일 민법 제31조에 규정된 이러한 책임규정은 일반적인 책임원칙으로서 적용되고 있다. 이에 관해 자세히는 Hans-Jürgen Schroth, Unternehmen als Normadressaten und Sanktionsobjekt, Gießen 1993, S. 169 ff., 185 ff. 참조.

이와 같은 전통적인 입장과는 달리 독일에서도 점차 증가하고 있는 기업범죄의 효율적 대처방안의 일환으로서 특히 경제형법 및 환경형법의 영역을 중심으로 기업의 가벌성을 긍정하고자 하는 논의와 시도가 활발히 진행되고 있다.⁷⁾

따라서 본고에서는 기업의 가벌성에 관해 독일에서 활발히 진행되고 있는 논의를 분석함으로써 기업사회라고까지 일컬어지는 현대사회에서 기업의 가벌성을 긍정하기 위한 이론적 근거를 제시하고자 한다. 이를 위해 먼저 독일에서 제기되고 있는 기업형벌의 다양한 형사정책적 필요성을 설명하고자 한다(II). 다음으로는 법인의 범죄능력을 부인하면서 양벌규정을 통해 법인을 처벌하는 우리나라의 학설을 간략히 검토하고(III), 마지막으로 기업의 범죄능력을 긍정하기 위해 독일에서 전개되고 있는 기업의 행위능력, 책임능력, 수행능력 및 기업형벌의 정당성의 논의가 분석될 것이다(VI). 이와 같은 논의를 바탕으로 기업범죄를 예방하기 위하여 어떠한 형벌이 적절한 것인가⁸⁾에 대하여 보다 구체적으로 검토할 필요가 있으나,

6) 최근에 대륙법계 내에서도 기업의 가벌성을 인정하는 국가가 더욱 증가하고 있다. 예컨대 덴마크는 1976년 이래로 법인의 가벌성을 긍정하고 있으며, 프랑스 또한 1992년에 제정되어 1994년 3월 1일부터 시행되고 있는 신형법에 의해 법인의 형사책임을 인정하고 있다. 네덜란드는 1976년부터 법인의 형사책임뿐만 아니라, 권리능력 없는 사단까지도 형사책임을 긍정하고 있다.

7) 이에 관한 최근의 대표적인 문헌으로는 Gerhard Dannecker, Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände, GA 2001, S. 101 ff.; Katharina Drope, Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe, Berlin 2002; Günther Jakobs, Strafbarkeit juristischer Personen?, in: Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2002, S. 559 ff.; Mordechai Kremnitzer/Khalid Ghanayim, Die Strafbarkeit von Unternehmen, ZStW 113 (2001), S. 539 ff.; Jens Peglau, Strafbarkeit von Personenverbänden, JA 2001, S. 606 ff.; ders., Unbeantwortete Fragen der Strafbarkeit von Personenverbänden, ZRP 2001, S. 406 ff.; Bernd Schünemann, Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht, in: Schünemann (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung. Die Rechtseinheit, Bd. III: Unternehmenskriminalität, Köln u.a. 1996, S. 145 ff.

8) 이에 대해서는 박기석, 환경범죄의 효율적 대처방안에 관한 연구, 한양대 박사학위 논문, 1996; 이기현/박기석, 법인범죄에 대한 효율적 제재방안, 한국형사정책연구원, 1996,

이는 다음 연구과제로 남겨두고자 한다.

II. 기업형벌에 대한 형사정책적 필요성

사회 공동체의 보호라고 하는 형사정책적 과제를 이행하기 위하여 어떻게 형법을 가장 합목적적으로 규정지을 수 있는가라는 질문은 형사정책의 본질적 논제중의 하나라 할 수 있다.⁹⁾ 특히 점증하고 있는 기업에 의한 경제범죄¹⁰⁾ 내지 환경범죄¹¹⁾의 효율적인 대처와 관련하여 장차 개별 행위자뿐만 아니라 기업에 대해서도 책임을 묻는 것이 필요한 것인가, 또는 더 나아가 기업에 대해 단순한 행정법상의 과태료 내지 행정제재의 부과 이외에 형법에서 규정하고 있는 형벌을 부과하는 것이 필요한 것인가라는 근본적인 문제가 제기된다.

그러나 대륙법계의 영향을 받고 있는 우리나라의 형법은 기업의 범죄능력을 부인하고 있기 때문에 기업형벌 도입과 관련된 여러 형사정책적 필요성의 논의가 미약하다.¹²⁾ 따라서 이하에서는 독일에서 제기

참조.

9) Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 1988, S. 18.

10) 경제관련 특별법위반으로 관세법, 조세범처벌법, 외국환관리법, 부정수표단속법, 건축법, 수산업법, 산림법등 위반사범을 그 내용으로 하고 있는 경제범죄는 1998년에 289건이 발생했으나 2002년에는 1,193건이 발생하여 300.3%가 증가하였다(범죄백서, 법무연수원, 2003, 96면).

11) 환경범죄는 1998년에 12,424건이 발생하였으나 2002년에는 13,446건이 발생하여 8.2%가 증가하였다(범죄백서, 법무연수원, 2003, 87면).

12) 예컨대 법인의 범죄능력을 인정하는 정성근 교수는 법인처벌의 형사정책적 필요성을 ‘기업체의 사회침해적 일탈활동을 억제하는 방법으로 민사상 손해배상이 있으나 기업은 기업활동 과정에서 소요되는 모든 비용을 원가계산에 포함시키고 있으므로 이러한 규제방법으로 회사 범죄의 억제 효과를 기대할 수 없다’는 이유를 제시하고 있다(정성근, 法人의 犯罪能力 再考, 柚一堂吳宣娃教授 定年紀念論文集, 2001, 2면 참조).

되고 있는 기업형벌 도입의 여러 형사정책적 필요성을 살펴보고자 한다.

1. 개인형벌의 불충분한 범죄억지력

부쉬(Busch)는 이미 1933년에 “단체의 형사책임에 관한 근본문제”라는 논문을 통해 기업의 가벌성을 긍정하기 위해 필요한 근본적인 논점들을 명확히 제시하고 있다.¹³⁾ 그에 따르면 단체형벌을 인정하지 않은 채 단지 개인적인 형벌위협만으로는 불법적인 행위에 의해 형성되는 단체이익을 억제할 수 없기 때문에, 개인형벌은 불충분한 범죄억지력을 가질 뿐이라고 한다. 즉 개개인에게 개인형벌을 부과함으로써 단체이익의 유지 및 확장에 적합한 불법적인 행위를 단념하게 하는 것이 거의 불가능하다고 한다.¹⁴⁾

이러한 개인형벌의 불충분한 범죄억지력과 관련하여 특히 쉬네만(Schünemann)은 다음과 같이 매우 설득력 있는 논거를 제시하고 있다. 쉬네만의 견해에 따르면 기업 구성원이 자신의 직장에 강력히 구속되어 있는 현상은 범죄행위를 하지 않고자 하는 동기형성을 방해하는 부작용을 야기시킨다고 한다. 오늘날 대부분의 사람에게 있어 일자리의 상실은 직업상의, 더 나아가 자신의 생존유지에 심각한 타격을 의미한다. 이러한 종류의 구속성은 자연스럽게 기업 구성원으로 하여금 기업의 목적추구에 유익한 것이라면 어떠한 행동이라도 하게끔 조장한다. 그 결과 직급의 강등 혹은 심지어 해고에 대한 두려움은 모든 기업 활동의 근본적 동기로 자리 잡게 된다. 더구나 기업의 번창에 따른 다양한 형태의 이익배당은 불법적인 행위를 해서라도 더 많은 기업이익을 창출하도록 하기 위한 지속적인 고 감염성이 있는 자극을 제공한다. 이러한 요소들은 단지 기업의 처벌을

13) Richard Busch, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, Leipzig 1933, S. 96 ff. 참조.

14) Busch, 위의 책, S. 122.

통해서만이 효과적으로 근절될 수 있다.¹⁵⁾

2. 개인형벌의 불충분한 응보효과

일반적으로 재판관은 양형에 있어 행위와 책임이라는 두 측면에서 갈등을 겪는다. 즉 기업범죄에 의해 침해된 법익의 사회적 보호가치는 매우 중요한 것이며, 침해에 의해 발생된 손해 역시 크기 때문에 행위측면은 엄격한 제재를 요구한다. 또한 기업범죄의 위험성은 바로 개별 행위자의 배후에 있는 기업의 막강한 권력과 그 영향력으로부터 도출된다. 이와 반대로 책임 측면에서는 범죄행위를 이행하도록 한 규범적인 기업정신의 힘과 관련하여 완화된 형벌을 요구한다. 이러한 상황과 관련하여 기업범죄에 대해 부과되는 개인형벌은 사회적 손해의 크기 및 개인의 책임의 정도를 동시에 절절히 조화시킬 수 없기 때문에 그 응보효과를 달성할 수 없다.¹⁶⁾

그러나 개인이 아닌 기업 자체를 처벌한다면 사회적 손해의 크기를 적절하게 평가할 수 있고 범죄행위에 대해서도 적절하게 그 죄를 물을 수 있다. 이와 반대로 단순한 개인형벌로의 제한은 행위에 비례한 응보의 포기를 의미한다. 하지만 이러한 포기는 결국 법질서의 일반적인 구속력에 대한 믿음을 동요시킬 뿐이다.¹⁷⁾

3. 기업의 사회·경제적 중요성에 상응한 응보기대

경험상 대표이사를 포함한 기관의 행위는 사회적 관점에서 보면 조직 통일체로서의 기업의 행위로 볼 수 있다. 사회 일반인은 기업 구성원의 가

15) Schünemann, 앞의 책, S. 23, 24.

16) Busch, 앞의 책, S. 107 ff.

17) Busch, 앞의 책, S. 107 ff.

벌적인 행위에 대한 책임비난 역시 기업 구성원뿐만 아니라 기업 자체에 까지도 연결되어야 한다고 생각한다. 사회는 사회 윤리적 불법판단을 함에 있어 그 적용범위를 그러한 종류의 범죄이행을 가능케 한 권력핵심에 국한하지 않기 때문이다. 따라서 사회적인 귀속은 법률적인 귀속보다 더 폭넓은 것으로 이해된다. 사회는 책임비난의 확대를 통해 기업 자체에 대해 기업범죄의 억제라고 하는 긍정적인 영향력을 행사할 수 있기를 기대한다. 그러나 기업 자체를 처벌하지 않고 단순히 기관을 처벌하는 것만으로는 사회가 일반적으로 기대하는 응보의 필요성을 충분히 만족시킬 수 없다.¹⁸⁾

더 나아가 사회·경제적 삶에 있어 커다란 중요성을 갖는 기업¹⁹⁾이 불법한 행위를 한 경우에 이러한 자신의 사회적 중요성을 과소평가하게 하거나, 책임을 자신의 구성원에게 미루게 해서는 안 될 것이다. 이러한 점을 배제하더라도 기업 구성원에게 부과되는 개인형벌은 종종 그 설득력을 상실한다. 왜냐하면 일반인의 관점에서 보면 기업 구성원은 “진정한 죄인(eigentlich Schuldige)”이 아니기 때문이다. 즉 기업 구성원은 단순히 기업 경영의 한 기능을 수행한 것에 지나지 않고 사회 유해적 행위에 대한 책임은 바로 기업 자체가 부담해야 한다. 때문에 법질서의 효력이 위태화 되는 것을 원하지 않는다면 결과적으로 기업 자체를 조정·간섭해야 한다.²⁰⁾

4. 조직화된 무책임의 문제해결

가장 낮은 직급에 있는 기업 구성원까지 책임영역에 있어 공동으로 책

18) Busch, 앞의 책, S. 113, 122.

19) Hirsch 역시 오늘날 사회생활에서 법인의 형태로 구조화된 경제통일체로서 기업의 역할의 중요성을 강조하면서 기업 스스로 이행해야 하는 형벌을 단지 기업을 위해 행동한 개인에게 전가시키는 개인형벌은 그 응보효과를 충분히 거둘 수 없다고 한다 (Hans-Joachim Hirsch, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, Opladen 1993, S. 5).

20) Klaus Volk, Zur Bestrafung von Unternehmen, JZ 1993, S. 429 ff.

임을 지는 “책임의 조직화”라는 원칙은 종종 오늘날 복잡한 기업의 조직 구조로 인해 “조직화된 무책임”으로 변화되고 있다. 이러한 조직화된 무책임의 문제와 관련하여 다수의 대기업의 복잡한 조직구조는 불가피하게 형법적인 인과관계의 증명을 어렵게 하는 원인이 된다. 더욱이 오늘날 기업의 조직체계에서 지배적인 분업화, 탈중심화 및 권한의 위임 등의 현상은 개별 행위자에 대한 수사를 본질적으로 곤란하게 한다. 왜냐하면 이러한 현대의 조직체계에서 기업 내부의 책임은 일반적으로 폭넓게 분산되어 지며, 모든 경영상의 결정 또한 대체로 일련의 개인들과 연결되어 행해지기 때문이다. 이 밖에도 형법상 중요한 행위결과는 다수의 개별적 행위의 공동작용에 의해 초래된다. 이러한 상황과 관련하여 귀책 있는 개별 행위자를 형법상 필요한 정도까지 확실히 조사한다는 것의 거의 불가능에 가깝다. 그러나 다른 측면에서 보면 이는 기업에 의해 언제나 범죄가 행해지고 있음을 나타내는 것이다. 이 때문에 기업 자체를 처벌해야 할 형사정책적 필요성은 더욱 분명해 진다.²¹⁾

5. 증가하는 경제범죄, 환경범죄 및 조직범죄에 대한 적절한 대처수단으로서의 기업형벌

기업의 형사책임의 인정은 특히 경제범죄, 환경범죄 및 조직범죄의 영역에서 시급히 요구되고 있다. 이미 경제범죄²²⁾가 전통적인 의미에서 기업범죄의 영역에 속하고 있음은 주지의 사실이다. 또한 매년 증가하는 기업형 환경범죄 역시 형사정책적으로 더욱더 중요시되고 있다. 이러한 기업형벌의 형사 정책적 필요성은 마약거래 및 불법 무기거래 등을 위한 조직

21) Bruni Ackermann, Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen, Frankfurt am Main u.a. 1984, S. 48 f., 189 ff.

22) 독일 경찰 범죄통계에 의하면 2000년에 발생한 경제범죄는 모두 90,706 건에 달하며, 이는 1995년 발생(74,177건)한 경제범죄와 비교할 때 22,3%가 증가한 수치이다.

범죄에 대한 적절한 대처에서도 발견된다. 더 나아가 자금세탁의 구성요건 및 특정 물품의 수출입금지에 대한 위반행위에 대해서도 기업의 형사책임이 인정되어야 한다는 요구가 증가하고 있다.²³⁾

또한 기업범죄의 확대는 현대 형법학의 영역에서 더 이상 무시할 수 없는 사실이기도 하다. 실제로 현재 독일에서 중대한 경제범죄 사건 중 80%가 기업 활동을 통해서 범해지고 있다. 이렇게 현대사회에서 기업범죄가 점증하는 원인으로는 기업의 무분별한 이윤추구, 첨예한 기업간의 경쟁 및 위험을 수반하는 기술의 발전 등을 언급할 수 있다.²⁴⁾

이러한 범죄영역에서 기업형벌을 통해 기업에게 실질적인 형사책임을 묻지 않은 채, 기업의 정책과 목적에 따라 단순히 움직이는 개별 행위자만을 개인형벌로 처벌해서는 아무런 형사정책적 효과가 없음은 명확하다.²⁵⁾

III. 법인의 범죄능력에 대한 우리나라 학설의 비판적 검토

우리나라의 통설²⁶⁾과 판례²⁷⁾는 전통적으로 법인의 범죄능력은 부정하면서 양벌규정을 통한 형사책임만을 긍정하는 데 반하여, 최근에는 현대사회에서 기업범죄의 억제라는 측면에서 법인의 범죄능력 또는 형사책임을

23) Günter Stratenwerth, Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, in: Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, Tübingen 1992, S. 295 f.

24) Hirsch, 앞의 책, S. 22.

25) Volk는 조직화된 경제범죄의 대처에 있어 마침내는 기업 자체에 대해 대항해야만 한다고 지적하고 있다(Volk, 앞의 글, S. 429 ff.).

26) 이러한 부정설에 속하는 대표적인 학자로는 박상기, 형법총론, 법문사, 1999, 64면; 배종대, 형법총론, 홍문사, 1999, 217면; 손동권, 형법총칙론, 율곡출판사, 2001, 94면; 이재상, 형법총론, 박영사, 2000, 85면; 이형국, 형법총론, 법문사, 1997, 110면; 진계호, 형법총론, 대왕사, 1990, 98면; 강동범, 경제범죄와 그에 대한 형법적 고찰, 형사정책 제7호, 1995, 25면.

27) 대표적인 판례로는 대판, 1984. 10. 10, 82도2595; 대판, 1985. 10. 8, 83도1375; 대판, 1994. 2. 8, 93도1483 등이다.

긍정하는 견해가 현저히 증가하고 있는 추세이다.²⁸⁾ 따라서 이하에서는 법인의 범죄능력에 관한 부정설의 논거를 비판적으로 검토하는 방식으로 긍정설의 논거를 간략히 설명하고자 한다.

법인의 범죄능력에 관한 부정설의 첫째 논거로 범죄행위는 전법률적인 인간의 자연적 행위를 전제로 하므로 자연적 의사와 육체를 갖지 않는 법인은 행위능력이 없다는 점을 들고 있다. 그러나 법인이 자연인과 같이 독립된 사회적 기능을 담당하는 사회적 존재라는 것은 법률 이전의 사회적 사실이고, 법인의 업무를 담당하는 자연인은 법인의 기관으로서 법인을 위해 의욕하고 행동하며 외부적으로 법인의 행위로 표현되기 때문에 법인의 행위로 귀속시킬 수 있다. 따라서 법인의 기관을 통하여 결정한 의사는 구성원인 개인의 의사와는 별개의 법인 고유의 의사이며, 법인의 인격은 개인의 인격과는 달리 법인독자의 인격이므로 법인도 기관을 통한 의사능력과 행위능력이 존재한다.²⁹⁾

둘째, 법인을 처벌하면 그 효과가 범죄와는 관계없는 법인의 다른 구성원도 처벌하는 것이 되어 자기책임의 원칙에 반한다고 한다. 그러나 법인의 다른 구성원도 법인의 구성원이라는 지위에서 어떠한 형태로든 그 법인의 특이한 체질형성에 직·간접적으로 기여하였을 것이며 그에 상응하여 법인 처벌로 인한 어느 정도의 간접적 불이익을 받는 것은 자신의 행

28) 김성천/김형준, 형법총론, 동현출판사, 1998, 117면; 김일수, 새로쓴 형법총론, 박영사, 2000, 142면; 정성근/박광민, 형법총론, 삼지원, 2001, 85면 이하; 차용석, 형법총론강의, 고시연구사, 1998, 275면 이하; 김종덕, 기업환경범죄에 관한 연구(계명대 박사학위 논문, 1995), 62면 이하; 박기석, 환경범죄의 효율적 대처방안에 관한 연구(한양대 박사학위 논문, 1996), 85면; 오도기, 법인의 형사책임(고시계, 1986. 7), 24면; 장영민, 환경범죄의 이론상의 문제점(1993), 152면; 하태훈, 사례연구 총론(1988), 57면. 행정법에 한하여 긍정하는 소위 제한적 긍정설은 유기천, 개정형법학, 일조각, 1980, 105면. 법인처벌규정이 있는 경우 제한적 긍정설은 권문택, 법인의 형사책임, 형사법강좌(I), 1981, 128면; 이인규, 환경범죄에 있어서 형사책임의 주체(부산대 박사학위 논문, 1993), 112면; 임웅, 형법총론, 법문사, 1999, 68면; 조병선, 질서위반법, 한국형사정책연구원, 1998, 331면 이하).

29) 다만 법인에게 행위능력을 인정한다고 해서 반윤리적 성격이 강한 모든 범죄를 범할 수 있는 것은 아니다(정성근/박광민, 앞의 책, 88면).

위기여에 대하여 당연히 부담해야 할 수인한도내의 책임이라고 해야 할 것이므로 자기책임의 원칙에 반하는 것이라 할 수 없다.

셋째, 법인은 적법한 목적의 범위 내에서만 존재하므로 법인의 불법행위란 생각할 수 없다고 한다. 그러나 법률에서 불법을 목적으로 하는 법인을 인정하지 않는다는(민법 제34조 참조) 법인의 성립문제와 이미 합법적으로 성립된 법인이 불법행위를 행한다는 불법행위능력문제는 별개의 문제인데도 부정설은 이 점을 혼동하고 있다. 따라서 민법상으로 인정되는 법인의 불법행위능력이 형법상으로 부정되어야 할 이유는 없고, 또 법인의 설립목적이 적법해야 한다고 해서 성립된 법인의 불법행위능력까지 부정하는 것은 타당하지 않다.³⁰⁾

넷째, 부정설에서는 책임의 윤리적 성질을 강조한 결과 법인에 대해서는 사회 윤리적 비난이 불가능하다는 이유로 범죄능력을 부정한다. 그러나 법인에 대한 형사책임은 사회 윤리적 비난이라기보다는 일종의 법적 비난이라고 할 수 있고, 형법상 과실책임이나 법인에 대한 민사책임도 윤리성이 극히 희박한 것이므로 윤리성이 모든 범죄의 결정적 요소는 아니다. 만약 통설에서처럼 법인의 범죄능력을 부정하면서 형사책임만을 인정하는 것은 논리모순이 된다.³¹⁾ 또한 도의적 책임론이나 성격책임론에 의한다면 법인에게 책임이 인정되지 않는다고 볼 수 있을지 모르나, 형벌의 본질을 목적형, 교육형에 두고 법인의 의사형성인 단체적 의결에 대해 책임을 추궁한다면 법인에게 책임능력이 없다고만 할 수는 없다.

다섯째, 법인에게 생명형·자유형을 과할 수 없으므로 범죄능력도 부정한다. 그러나 이러한 주장은 본말이 전도된 것이다. 왜냐하면 범죄를 전제로 형벌이 과해지는 것이지 형벌제도가 부적당하다고 해서 범죄능력을 부정해서는 안 되며, 도리어 법인에게 합당한 새로운 법적 제재수단의 구성

30) 정성근/박광민, 앞의 책, 89면.

31) 정성근/박광민, 앞의 책, 88면.

이 중요한 것이다.³²⁾ 뿐만 아니라 법인의 반사회적 활동의 급증에 따른 법인처벌의 형사정책적 필요성과 책임능력을 형벌적응능력 내지 사회적 책임의 귀속능력이라고 이해하면 이러한 능력은 법인에게도 존재한다.³³⁾

생각건대 법인의 범죄능력 부인론은 원래 자연인 범죄만을 엄두에 둔 기존의 형벌제도 및 형벌이론을 근거로 한 것이므로 새로운 기업범죄현상의 대책으로는 적절하지 못하다고 여겨진다. 나아가 기업범죄의 증가로 다수의 행정형법에 의해 법인의 처벌이 인정되는 현재의 입법추세로 보더라도 법인의 범죄능력을 긍정할 필요성이 있다. 종래와 같이 종업원의 불법행위에 기해 법인이 업무주로서 책임을 부담한다는 법리에 의한 것이 아니고 법인의 범죄능력을 정면에서 긍정하여 법인에게 형사책임을 부과하여야 할 것이다. 왜냐하면 법인의 범죄능력의 인정여부에 따라 법인처벌규정의 운용상의 차이가 있을 수 있기 때문이다. 즉 법인자체의 범죄라는 관념을 인정하면 예컨대 기업체가 환경오염을 발생하는 생산시스템을 가졌기 때문에 필연적으로 환경오염이 발생하든지, 또는 생산시스템 자체에는 잘못이 없으나 작동과정상의 잘못으로 환경오염이 발생하든지간에 양자 모두 기업체자체의 과실로 생각될 수 있다. 그러므로 문제가 되는 시점에 있어서의 구체적인 책임자가 누구였는가에 직접적으로 종속되지 않고 기업 구성원에 의한 결과발생과 객관적 업무관련성만 존재하면 기업의 처벌은 독립적으로 가능해 질 수 있다. 그러나 범죄능력을 부정한다면 환경오염물질의 배출을 예견하여야 하거나 적절한 조치를 하여야 하는 개인행위자의 처벌이 기업처벌의 전제가 되어야 한다. 이 경우 미량의 폐기물이 장기에 걸쳐 배출되거나, 잦은 인사이동 등에 의하여 그 부서의 책임자가 빈

32) 예컨대 재산형은 법인처벌의 주요수단으로 기능하며, 법인에 대해서도 존재의 말살인 생명형으로서 법인해산을, 활동의 자유를 제한하는 자유형으로서는 일정기간 이상의 영업정지나 사업장폐쇄를, 명예형으로는 공표를 그밖에 법인에 대한 보호관찰제나 사회봉사명령 등의 새로운 형벌제도로 생각할 수 있다. 이에 대한 자세한 논의는 이기헌/박기석, 앞의 책, 57면 이하 참조.

33) 정성근/박광민, 앞의 책, 89면 이하 참조.

번히 교체되면 책임을 묻는 시점이나 위법행위의 주체가 특정되지 않은 경우가 많음으로 인하여 기업처벌에 어려움이 생긴다. 그러므로 기업의 범죄능력을 인정하면 기업에 대한 형사책임의 추구를 확실하게 할 수 있다. 이에 대한 입법론으로서 기업에 의한 범죄행위의 심각성을 고려하여 영미법에서와 같이 형법상의 “인(人)”에 원칙적으로 기업체와 자연인을 포함시키는 방법³⁴⁾으로 기업체의 범죄능력을 일반적으로 인정하되 단지 성질상 또는 기업을 제외하는 특별규정이 있는 경우에 비로소 기업을 배제하는 것이 현대사회에 있어서 기업범죄에 대한 형사정책적 대응으로서 타당하리라 생각된다.³⁵⁾

IV. 기업의 가벌성에 관한 독일 학설의 체계적 분석

독일 내에서 기업범죄의 급증과 관련하여 1990년대 중반 이후로 독일학계에서도 기존의 법인의 범죄능력을 부인하는 입장에서 벗어나 기업의 형법상 가벌성을 인정하려는 경향이 대두되고 있다. 이러한 경향에 대해 우리 학계에서 부분적으로나마 비판적 검토가 이루어지고 있으나³⁶⁾, 기업의 행위능력, 책임능력, 수형능력, 기업형벌의 정당성에 대한 체계적인 분석은

34) 미국연방헌법 제1조는 “person”을 자연인 개인 뿐 아니라 corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, joint stock companies도 포함한다고 규정하고 있다(Comments, Criminal Sanctions for Corporate Illegality, The Journal of Criminal Law & Criminology, vol. 69, 1978, S. 47).

35) 법인의 범죄능력은 인정할 필요가 있지만, 조합이나 권리능력 없는 사단 또는 재단 등의 경우 실정법상 특별한 처벌규정이 없는 한 당연히 범죄능력을 가진다고 할 수는 없다. 이러한 단체도 사회적 활동은 하고 있으나 그 활동에 대한 사회적 통제는 그 단체의 실체에 대해서보다는 그 구성원 개인에게 향하게 함으로써 충분히 실효를 거둘 수 있다고 보기 때문이다.

36) 특히 윤영철 교수는 형법의 최후수단성의 원칙이라는 관점에서 Heine가 주장한 “중앙모델”을 비판적 시각으로 고찰하고 있다. 이에 대해 자세히는 윤영철, 형법의 최후수단성과 기업에 대한 형사처벌, 2002 한국형사법학회 춘계학술논문, 2002, 16면 이하 참조.

아직까지 미흡한 것 같다. 따라서 이하에서는 기업의 가벌성을 긍정하고자 하는 독일의 논의를 고찰함으로써 우리나라에서 기업의 범죄능력을 인정하기 위한 논리적 근거제시에 도움이 되고자 한다.

1. 기업의 행위능력

가. 기업의 행위능력에 대한 견해대립

기업은 그 자체로서가 아닌 단지 자연인을 통해서만 행위를 할 수 있을 뿐이라는 이유로 다수설은 기업의 행위능력을 원칙적으로 부인하고 있다.³⁷⁾ 그러나 이러한 부정설을 취하고 있는 학자들 중 일부는 적어도 질서위반법에서 단체질서위반금의 도입, 몰수와 관련한 독일형법 제75조 및 질서위반법 제29조의 귀속규정 등을 통해 기업은 행위능력이 없다고 하는 기존의 입장이 입법자에 의해 부분적으로나마 포기되어지고 있음을 시인하고 있다.³⁸⁾

다른 한편으로는 기업의 제재와 관련한 형사정책적 필요성 때문에 기업의 가벌성을 긍정하고자 하는 시도들이 있다. 특히 하프터(Hafter)는 “실질적인 단체인격론(Theorie der realen Verbandspersönlichkeit)”에 기초해서 모든 법 영역에서 행위능력을 새롭게 정의하고자 했다. 그에 따르면 비록 인적 단체가 인간의 피와 살로 이루어져 있지는 않지만, 실질적인 전체로서 구성되어 있다고 한다. 즉 이는 인간의 한 집단이 개인적인 의사로부터 분리해서 하나의 단체를 구성하고 개인적 영역 이외에 놓여있는 활동

37) Busch, 앞의 책, S. 69 ff.; Jescheck, 앞의 책, S. 204; Rudolf Schmitt, Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, Stuttgart 1958, S. 181 ff.

38) Adolf Schönke/Horst Schröder/Peter Cramer, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., München 2001, Vor § 25 Rn. 113; Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd.1, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Aufl., München 1997, S. 205, Rn. 50 f.

범위에서 통일적으로 그 모습을 나타내는 그러한 단체 전체를 의미한다. 따라서 개인들의 상호결합 및 개별적 의사의 본질적 구성부분의 통합을 통해서 집단 구성원의 단순한 총합과는 구별되는 하나의 독자적인 존재로서의 단체가 등장한다. 이러한 단체는 개별적 인간과는 구별되는 자연적이고 실질적인 생명체로서 설명된다. 이렇게 형성된 독자적인 존재로서의 단체에서 조직화는 특별한 의미를 획득한다. 즉 조직화를 통해 통일적인 단체의지가 형성된다는 것이다. 이로 인해 단체는 마치 인간처럼 의사표시가 가능하고 또 독자적인 기관을 통해 특별한 의사의 실현이 가능하다. 결국 하프터는 이러한 독자적인 존재로서의 단체는 자신의 기관을 통해 개별적 의사와는 구별되는 전체로서의 의사를 형성하고, 또 이를 토대로 행위를 할 수 있음을 주장하고 있다.³⁹⁾

나. 자연적인 행위에 대한 반론

가벌적인 행위는 자연적인, 즉 고유한 인간의 행위만을 전제로 하기 때문에 단체의 행위는 고려될 수 없다는 것을 이유로 기업의 행위능력은 독일 제국법원으로부터 부인되어 왔고 현재까지도 많은 학자들에 의해 부인되고 있다.⁴⁰⁾ 그러나 이러한 논거와 형법상의 행위론과의 특별한 연관성은 존재하지 않는다고 여겨진다. 즉 이러한 자연적인 행위에 대해서는 다음과 같은 반론이 제기될 수 있다.

먼저, 독일형법은 언제나 범죄인의 고유한 자연적인 행위뿐만 아니라 광의의 의미에 있어 행위로도 충분하다고 규정하고 있다. 즉 범죄구성요건의

39) Ernst *Haft*, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946, S. 47, 80.

40) RGSt 16, 121, 123; 28, 103, 105. *Beling*의 다음과 같은 견해는 대표적이다: “단지 개별적인 인간만이 행위를 할 수 있다. 법인 및 회사는 어떠한 범죄행위도 할 수 없는 생명 없는 구성물(seelenlose Gebilde)이다” (Ernst *Beling*, Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., Tübingen 1930, S. 13).

모든 표지를 스스로 실행하는 직접정범(독일형법 제25조 1항 1단)과 범죄를 스스로가 아닌 타인을 이용하여 실행하는 간접정범(독일형법 제25조 1항 2단)의 법적 정의를 고려하면 고유한 자연적인 행위에 대한 반론은 더욱 명확해진다. 특히 간접정범에 있어서는 행위중재자 행위도 자신의 행위로 귀속되기 때문에 고유한 자연적인 행위의 본질은 그 의미를 상실한다.⁴¹⁾

더 나아가 고유한 자연적인 행위가 없이도 가벌성이 인정되는 부작위범의 영역에서 이러한 점은 더욱 명확해진다. 부작위(Unterlassung)는 그 본질적 의미에서 보면 어떠한 것도 하지 않는 無(Nichts)를 의미한다. 그러나 입법자는 부작위를 언제나 가벌성이 없는 것으로 여기지는 않는다. 즉 부작위를 법적 행위기대라는 규범적 가치평가요소에 의하여 사회적 중요성을 갖는 인간의 행위로서 간주하여 형법적 가벌성의 평가의 대상으로 삼고 있는 것이다.⁴²⁾

이 때문에 기업이 그 자체로서, 즉 스스로 행위를 할 수 없다고 하는 주장은 형법에서 기업의 행위능력을 부인하기 위한 논거로는 충분하지 않다. 행위개념의 규범적인 요소와 관련하여 오히려 기업의 행위능력은 긍정될 수 있다. 왜냐하면 기업은 자연인과 같은 규범수범자로서 자신의 규범의무를 이행해야 하며, 이러한 의무를 기관을 통해서 침해할 경우에는 형벌이 부과될 수 있기 때문이다.⁴³⁾

다. 소 결

기업이 형법적 의미에서 행위능력이 없기 때문에 처벌될 수 없다는 독

41) 이러한 행위귀속에 관해 더 자세히는 *Roxin*, in: LK, § 25 Rn. 43 ff.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 25 Rn. 6.

42) 이에 관해서는 *Jescheck*, in: LK, Vor § 13 Rn. 85; *Schönke/Schröder/Stree*, Vor § 13 Rn. 139.

43) *Schroth*, 앞의 책, S. 179.

일 다수설의 주장은 다음과 같은 이유로 그 설득력을 상실해가고 있다. 왜냐하면 기업을 위해 행동한 특정한 개인의 가벌적 행위를 기업 그 자체로서의 행위로 귀속시키거나 이러한 방식으로 기업에게 행위능력을 부여하는 것에 결코 어떠한 결정적인 이론상의 결함도 존재하기 않기 때문이다. 더욱이 행위개념은 오늘날 수많은 기업형법적인 구성요건으로 인하여 더욱더 규범적인 의미로 이해되고 있다. 그 결과 기업에 대해 규제적인 제재 성격을 갖는 형벌부과가 요구되어 진다면 기업 또한 하나의 행위주체로서 이해되어져야 한다.

그러나 기업의 행위능력을 긍정한다고 해서 바로 기업이 형법전에 나타난 모든 범죄를 범할 수 있다는 것은 아님에 유의해야 한다. 특히 반윤리적인 성격이 강한 범죄행위는 기업조직체의 활동으로 그 범죄구성요건을 실현할 수 없기 때문에 이 경우 기업의 행위능력은 인정될 수 없다.

2. 기업의 책임능력

가. 기업책임에 대한 견해대립

엄격한 개인 형법이론의 지지자들은 단체의 책임능력을 형법과 질서위반법에서 부인하고 있다. 그 결과 이들은 단체질서위반금까지도 부인하고 있다. 이에 대해 오늘날 지배적인 완화된 개인 형법이론의 지지자들은 원칙적으로 단지 형법에서만 책임에 의존하는 단체제재, 특히 단체벌금을 부인한다. 반면에 이들은 책임원칙의 관점 하에서 단체질서위반금은 그 타협책으로서 인정하고 있다. 이와 달리 개인형법과는 구별되는 기업형법의 창설을 주장하는 소수의 학자들은 형법과 질서위반법에서 단체형벌 및 단체질서위반금을 책임도그마틱적인 관점 하에서 긍정하고 있다.⁴⁴⁾

나. 기업형법에서 책임원칙의 해소를 위한 다양한 제안들

1) 쉬네만(Schünemann)의 견해: 법익의 긴급피난

쉬네만은 형법의 기능의 변화와 관련하여 형법은 응보형법으로부터 예방형법의 방향으로 발전하고 있다고 한다. 이러한 예방형법에서 형사제재의 법적 허용성은 더 이상 과거의 범죄행위에 대한 응보가 아닌 미래의 예방적 유용성에 따라 결정된다. 하지만 쉬네만은 형벌의 정당성의 원칙으로서 책임만을 고수하지는 않는다. 그는 형벌의 정당성의 원칙으로서 책임 이외에 법익의 긴급피난(Rechtsgüternotstand)이라는 개념을 새롭게 주장하고 있다. 즉 요구되는 법익보호가 다른 방식으로 더 이상 보호될 수 없을 때, 위태화 된 법익의 유지가 단체에게 가해지게 될 손해보다 더 중할 때 및 이러한 종류의 법익보호가 그 밖의 법윤리적인 원칙들과 충돌되지 않을 때, 기업 또는 단체에게 그 책임과 독립한 訴를 제기하는 것은 법익의 긴급피난으로서 정당화 된다고 한다.⁴⁵⁾

2) 티데만(Tiedemann)의 견해: 조직의 과책

티데만은 이미 질서위반법에서 형법적인 책임요구는 점점 축소되고 있는 반면, 답책성(Verantwortlichkeit)은 더욱더 강력히 요구되고 있다는 점이 기업의 책임능력을 긍정하는 하나의 중요한 지표라고 한다. 왜냐하면 이러한 답책성은 전통적인 의미에서 인격적·윤리적 비난가능성으로 이해되는 인간의 책임에서 벗어나 사회적·법적인 범주로 지향된 광의의 의미의 책임개념으로 대체할 수 있는 가능성을 열어주기 때문이다.⁴⁶⁾ 이른바

44) *Schroth*, 앞의 책, S. 196 m.w.N.

45) *Schünemann*, 앞의 책, S. 236 f.

“조직의 결함(Organisationsfehler)” 또는 “조직의 과책(Organisationsverschulden)”⁴⁷⁾은 기업의 답책성을 근거 짓게 하고, 기업 그 자체에 대해 가할 수 있는 고유한 사회적 비난으로서 간주될 수 있다고 한다. 그러므로 만약 기업을 운영함에 있어 기관 또는 대리인이 범죄 또는 질서위반행위를 범하였다면, 기업은 이에 대해 책임을 져야한다. 왜냐하면 이러한 경우 기업은 불법적인 기업운영이 아닌 정상적인 기업운영을 유지하기 위해 요구되어지는 예방조치를 충분히 이행하지 않았기 때문이다.⁴⁸⁾

3) 쉬로트(Schroth)의 견해: 기관책임으로서 기업책임

쉬로트 역시 다음과 같은 논거를 통해 기업의 책임능력을 긍정하고 있다. 즉 책임원칙에 기초한 답책성 사고는 행위자의 잘못된 태도와 밀접하게 연관되어 있지만, 언제나 개별적인 인간의, 즉 조직과는 무관한 행위만을 의미하지는 않는다. 오히려 규범 수범자로서의 기업은 인간적·사적인 개별행위뿐만 아니라, 집합적인 행위방식까지도 책임을 져야 한다는 결론이 도출된다. 모든 기업의 행위는 인간의 의사형성의 결과물로서 표현되는 것이기 때문에, 기업차원에서 결함있는 집합적인 의사형성, 즉 기업책임 또한 고려될 수 있다고 한다.⁴⁹⁾ 이러한 책임은 단지 기업을 위해 답책성 있는 행위를 한 기관의 책임있는 역할행위에서만 나타날 수 있다. 이러한 기관

46) Klaus Tiedemann, Die “Bebußung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NJW 1988, S. 1169 ff.

47) Otto 또한 “조직의 과책(Organisationsverschulden)”이라는 개념을 사용하고 있다. 그러나 Tiedemann의 견해와는 달리 그는 구체적으로 행동한 행위자의 확정 및 인격적 책임비난을 요구하지 않는다. 오히려 기업의 형식적인 조직상의 과책만 있으면 충분하다고 한다. 왜냐하면 기업, 기관 및 그 대리인에 의한 주의의무, 조직의무, 감독의무 및 통제의무의 침해는 여기서 중대한 비난의 핵심을 형성하기 때문이다. Harro Otto, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, Berlin/New York 1993, S. 28 ff.

48) Tiedemann, 앞의 글, S. 1172 f.

49) Schroth, 앞의 책, S. 209.

책임은 독일형법 제75조 질서위반법 제29조, 제30조의 규정에 의해 기업에게 고유한 책임으로서 귀속되어지지만, 이렇게 이해된 기업책임은 개인과 밀접한 관련성을 맺는 기관책임과 동일시되지는 않는다. 오히려 기능적인 기관책임의 귀속으로 이해될 수 있다. 즉 이는 기능적으로 활동하는 기업 대표자의 책임있는 행위방식으로서의 기관책임을 의미할 뿐이라고 한다.⁵⁰⁾

4) 하이네(Heine)의 견해: 영업체운영책임으로서 기업책임

하이네는 기업의 책임능력과 관련하여 매우 흥미로운 견해를 피력하고 있다. 그의 견해에 따르면 개인 및 단체의 갈등을 하나의 공통분모로 하여 설명하려는 모든 시도는 설득력이 없다고 한다. 따라서 예컨대 전통적인 개인형법에서 사용되고 있는 책임개념을 기업영역에 적용 하는 것은 단지 형법 도그마틱의 왜곡만을 초래할 뿐이라고 한다. 이 때문에 하이네는 개인형법 이외에 기업형법이라는 새로운 형법영역을 창설하는 것과 여기서 집합적 담책성이라는, 즉 개인형법의 책임개념과 구별되는 또 하나의 축을 발전시키는데 찬성하고 있다.⁵¹⁾

개인형법에서 책임이라는 가벌성의 전제조건은 개인의 자유로운 심정결의에 기초하고 있다. 또한 기업형법에서도 구체적인 행위상황에서 결함 있는 결의와 관련성을 가질 수 있다. 예컨대 특정한 이사회결정은 (직접적인) 위법한 결과를 초래할 수도 있다. 그러나 기업운영상 발생하는 대부분의 대형사고는 개인의 개별적인 결의에 정확하게 귀속시킬 수 없다. 오히려 이는 대부분 위험의식과 위험예방에 대한 수년간의 결함의 결과인, 즉 기업운영상의 체계적인 오류과정의 결과물이라 할 수 있다. 이 때문에 기업형법에서 전통적인 책임이 과연 그 개념적·내용적 의미에서 무엇을

50) *Schroth*, 앞의 책, S. 204, 209.

51) *Heine*, 앞의 책, S. 201 ff.

의미하는지 적절하게 설명될 수 없다. 이로써 기업형법에서 책임개념은 법치국가에 합치하는 답책성의 원칙으로 변형된다. 즉 책임은 중대한 사회적 교란에 대한 기업의 특수한 답책성으로서 인정될 수 있다고 한다.⁵²⁾

기업에게 이러한 특별한 책임개념을 구체화할 때 무엇보다도 시간적 요소를 고려해야 한다. 왜냐하면 이는 단지 정확한 심정결의에 관한 것뿐만 아니라, 집합적 결의과정에 대한 책임, 즉 일련의 시간경과에 따라 순차적으로 형성되는 기업운영상의 잘못된 결의과정에 관한 것이기 때문이다. 이러한 책임은 개인형법에서 형성된 “생활영위책임(*Lebensführungsschuld*)” 개념에서 유추하여 “영업체운영책임(*Betriebsführungsschuld*)”으로서 표현될 수 있다.

개인형법에서 생활영위책임은 원칙적으로 책임판단의 기초로서 거부되고 있다. 왜냐하면 책임비난의 기초가 되는 불법은 금지된 것을 적극적으로 행하거나 요구된 것을 부작위하는 구체적인 행위이지 법적으로 부정되는 생활영위가 아니기 때문이다. 그러나 이와 반대로 기업형법에서는 순차적으로 진행되는 기업운영상의 잘못된 결의과정을 적절하게 바로잡는 것이 중요하고, 더 나아가 장래에 책임 있는 위험관리(*risk-management*)를 보증하는 것 또한 중요하다. 하이네의 견해에 따르면 기업이 비록 처음부터 기업운영상의 전형적인 위험을 매 순간 통제할 수 있었음에도 위험예방을 불가능하게 하는 단계로 나아갔다면, 이러한 “영업체운영책임”의 의미에서 형사책임을 저야한다고 한다. 이 때문에 만약 기업이 사업을 계획하고 투자를 함에 있어 위험한 상황을 충분히 예측하지 않고, 요구되어 지는 예방프로그램을 소홀히 한 채 평상시대로 기업운영(*business as usual*)을 했다면, 기업운영상의 대형사고는 책임 있는 행위로서 기업에게 귀속될 수 있다고 한다.⁵³⁾

52) Heine, 앞의 책, S. 265, 307.

53) Heine, 앞의 책, S. 287.

다. 소 결

쉬네만, 티데만, 쉬로트 및 하이네 외에도 기업형법에서 고유한 기업책임을 근거 짓기 위해 다양한 견해들이 제기되고 있으나, 이들 견해는 부분적으로 현저한 차이를 나타내고 있다. 그러나 기업의 책임능력 긍정을 위한 논의를 전체적으로 살펴보면 다음의 세 가지 기본모델로 구분될 수 있다. 먼저, 대다수의 견해는 귀속을 통해 매개되는 법인의 책임을 행위능력과 연계하여 설명하고자 한다. 다른 한편으로는 기업의 고유한 책임능력을 확립하고자 하는 시도가 증가하고 있다. 이때 “조직책임(Organisations-schuld)” 내지 “조직과책(Organisationsverschulden)” 등과 같은 개념이 새롭게 등장하고 있다. 마지막으로 기업형벌의 근거설정을 목적으로 기업형벌의 영역에서 책임개념을 완전히 포기하고, 대신에 처벌의 예방적 유용성 또는 합목적성의 기준으로 대체하고자 하는 모델이 있다. 따라서 이러한 세 가지 모델 중에서 어떤 모델이 기업의 책임능력을 근거 짓기 위해 적합한 것인지 검토할 필요성이 있다.

먼저, 대다수의 독일문헌에 의해 지지되고 있는 귀속모델은 기업의 책임능력을 적절하게 설명할 수 없다고 여겨진다. 왜냐하면 귀속모델에서 책임은 지극히 개인적인 사태로서 이해되어지기 때문이다. 즉 각 범죄참가자는 타인의 책임과 관계없이 각자 책임에 따라 처벌된다고 하는 독일형법 제29조에 따라 기업 구성원의 책임은 법인의 책임으로 거의 귀속시킬 수 없다. 더욱이 귀속모델에서 요구되는 자연인의 책임과의 연결점은 기업에서 흔히 발생하는 “조직화된 무책임”의 사례들을 해소할 수 없게 한다. 결국 귀속모델로도 기업의 책임능력에 관련된 문제점들을 적절하게 해결할 수 없다.

다음으로 단지 예방적 관점에서 기업형벌을 도입하고자 하는 모델 역시 형벌의 정당성을 확보할 수 없다고 여겨진다. 왜냐하면 예방사고를 통해 내용적으로 재구성된 책임개념은 자신의 행위에 대한 행위자의 책임이라

는 전통적인 책임개념과 어떠한 연결점도 가질 수 없기 때문이다. 즉 이 모델에서 기업형벌의 적합성과 필요성은 단지 예방적 측면에서 결정될 뿐이다. 이로써 책임개념은 자신의 본래의 의미를 상실할 위험성이 있다.

마지막으로 기업의 고유한 책임능력을 인정하는 모델에서는 어떻게 개인 형벌의 책임과 구별되는 기업의 고유한 책임을 구성할 수 있을지가 문제로 남는다. 그러나 이러한 문제는 현대사회에서 기업의 존재를 보다 자세히 살펴보면 해결될 수 있다. 즉 현대사회에서 기업은 독자적인, 기업 구성원의 단순한 총합과는 구별되는 특별한 사회적 존재로서 설명된다. 이러한 존재는 고유한 기업문화를 향유하고 있다. 현대 경영학에서는 이러한 측면을 개인의 정체성과는 명확히 구별되는 “기업의 정체성”이라는 개념으로 표현하고 있다. 이러한 살아있는 유기적 조직체로서의 기업은 하나의 고유한, 아주 특별한 역동성을 나타낸다. 이러한 역동성은 - 쉬네만이 이미 적절히 지적했듯이 - 초개인적인 기업정신 또는 범죄적인 기업의 태도로까지 표현되고 있다. 이러한 상황과 관련하여 기업은 조직 내부에서 일련의 결의과정에 의해 발전된 범죄적 불법에 대해 스스로 책임을 져야만 한다. 또한 현대사회에서 일반인도 대부분의 기업범죄에 있어 진정 책임 있는 범죄인은 바로 기업 구성원이 아닌 기업 자체라고 여기고 있다. 결국 현대사회에서 독자적인 사회적 구성체로서의 기업에게 그가 행한 반사회적 내지 불법행위 대해 형법상의 고유한 책임능력을 인정할 수 있다.

3. 기업의 수형능력

가. 형벌의 본질과 기업처벌

기업의 가벌성을 부인하는 독일의 다수설에 따르면 자연인과는 달리 법

인에게는 행위능력과 책임능력이 부인되는 동시에 책임 있고 위법한 행위에 대한 국가의 반작용으로서의 형벌을 부과할 수 있는 어떠한 준거점도 인정되지 않는다고 한다. 그러나 이러한 다수설의 입장은 다음과 같은 이유로 점점 그 설득력을 상실해가고 있다.

먼저, 규범일치적인 행위와 관련한 동기부여력이 법인에 대한 형벌에는 결여되어 있기 때문에 형벌이 법인에게 부과되는 경우에 그 본질적 의미를 획득할 수 없다고 하는 일부의 견해⁵⁴⁾는 설득력이 없다. 왜냐하면 법인 역시 자연인으로 구성되었기 때문에 법인으로 하여금 반사회적 내지 불법한 행위를 저지하게 하는 동기부여가능성은 여전히 존재한다. 따라서 벌금의 부과와 그에 따른 법인의 재정적 손실은 기업정책에 일정한 영향을 미칠 수 있으며, 기업에 대한 처벌은 기업에 속한 모든 개개인, 즉 대표이사, 기관 및 그 밖의 구성원에게 장래의 규범일치적인 행위와 관련하여 긍정적인 영향을 미치게 할 수 있다.⁵⁵⁾ 이와 더불어 주주와 관련하여 기업형벌은 그들에게 기업경영에 관한 감독권과 협력권을 적절하게 사용하게 하고 장래의 합법적인 기업운영에 긍정적인 영향을 미치게 할 자극을 제공한다.⁵⁶⁾

다음으로 기업은 형벌의 부과와 결합된 사회·윤리적 비난의 수범자가 될 수 없기 때문에 기업의 수형능력은 부인 된다⁵⁷⁾는 반론 역시 수긍할 수 없다. 왜냐하면 기업은 개인과 마찬가지로 대표이사 및 그 구성원에 의한 범죄를 저지하기 위해 필요한 모든 행위를 할 법적·윤리적인 의무를 수반하기 때문에 법적·윤리적 행위요구의 수범자로서 간주될 수 있다. 규범일치적인 행위를 하지 않았기 때문에 기업에게 가해지는 비난 역시 이

54) *Schmitt*, 앞의 책, S. 196, 216; *Walter Seiler*, *Strafrechtliche Maßnahme als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, Freiburg/Schweiz 1967, S. 92.

55) *Ackermann*, 앞의 책, S. 189.

56) *Anne Ehrhardt*, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, Berlin 1994, S. 201 f.

57) *Schmitt*, 앞의 책, S. 196 참조.

러한 윤리적인 거부의 일종이다. 이 때문에 개인과 마찬가지로 기업을 공공의 사회·윤리적인 불가치판단의 영역밖에 놓아 둘 수는 없다. 결국 기업에 대한 형벌의 부과는 원칙적으로 형벌의 본질과 모순 되지 않는다고 여겨진다.⁵⁸⁾

나. 기업형벌의 종류와 내용

앞서 살펴본 바와 같이 기업에 대한 수형능력이 긍정된다고 해도 여전히 어떠한 종류와 내용의 기업형벌이 부과될 수 있는 지에 관한 문제가 남아 있다. 이러한 기업형벌의 종류와 내용과 관련하여 특히 하이네는 기업에게 매우 광범위한 형사제재를 부과할 수 있다고 한다. 그에 따르면 비록 행정법상의 강제수단(예컨대 무허가 시설의 가동중지처분 또는 행정법규 위반행위로 인한 영업금지처분 등)으로서 이미 기업에 대한 제재가 규정되어 있지만, 이러한 수단은 결코 형법적인 제재로서 간주될 수 없다고 한다. 왜냐하면 행정법은 단지 예방적인 임무를 이행할 뿐이지, 형벌에서 요구되는 억압적인 목적은 달성할 수 없기 때문이다. 즉 억압적 조치로서의 강제수단은 단지 형법에서만 규정될 수 있다고 한다.⁵⁹⁾

어떠한 기업형벌이 부과될 수 있을 지를 살펴보면 먼저, 기업형벌의 가장 중한 제재로서 - 개인형벌의 사형 내지 무기징역형에 해당하는 - 기업의 “해산”을 생각할 수 있다. 이러한 기업의 해산은 최후수단으로서 단지 극단적으로 예외적인 경우에만 적용되어야 한다. 다음으로 자연인에 대한 자유형과 유사한 성격을 갖는 기업의 “잠정적인 재산압류”가 고려될 수 있다. 이러한 잠정적인 재산압류라는 형벌의 예로 특히 일정 기간동안의 기업의 영업금지를 들 수 있다. 이 형벌은 무엇보다도 영업금지 동안 기업

58) Ehrhardt, 앞의 책, S. 202.

59) Heine, 앞의 책, S. 301.

으로 하여금 장래에 적절한 위험관리를 도모하게 할 수 있는 장점이 있다. 그러나 이러한 형벌 역시 단지 중한 사례의 경우에만 부과되어야 한다. 마지막으로 전형적인 벌금형의 형태로 누적적인 또는 대체적인 “재정적 제재”를 고려할 수 있다. 이러한 재정적 제재로는 이익환수 및 원상회복 등이 있다. 이러한 종류의 형벌의 장점은 기업의 재정상태에 비례하여 형벌을 과할 수 있다는 데 있다. 이와 동시에 기업에게 특정한 의무를 부담하게 하는 형벌을 부과 할 수도 있다. 예컨대 경영상의 “환경감사”를 받도록 하는 명령을 생각할 수 있다. 이러한 제재의 목적은 장래에 기업운영상 전형적으로 발생하는 위험을 적절한 위험규제를 통해 저지하게 하는 데 있다. 이러한 다양한 형태의 기업형벌의 부과를 통해서 기업의 의사형성과정에서 긍정적인 영향을 미칠 수 있음은 분명하다.⁶⁰⁾

4. 기업형벌의 정당성

가. 책임 없는 기업 구성원에 대한 공동처벌(nulla poena sine culpa)?

기업형벌의 부과에 의해 기업의 구성원이 겪는 간접적인 공동의 어려움이 “책임 없으면 형벌 없다(nulla poena sine culpa)”라는 책임원칙에 반하는가에 대한 문제가 제기된다. 원칙적으로 기업형벌은 처벌과 관련을 맺고 있는 모든 사회 영역에 간접적인 영향을 미친다. 특히 기업에 경제적으로 의존하고 있는 기업 구성원은 기업형벌로 인해 심각한 타격을 입을 수 있음은 주지의 사실이다. 그러나 기업형벌을 지지하는 입장에서 보면 이러한 기업형벌의 부작용은 정당화 될 수 있다. 왜냐하면 개인형벌에 있어서도 이러한 형벌의 부작용은 형벌을 받는 자에 국한하여 나타나지 않기 때문

60) Ackermann, 앞의 책, S. 195; Heine, 앞의 책, S. 301 ff.; Hirsch, 앞의 책, S. 27; Volk, 앞의 글, S. 429 ff. 참조.

이다. 자연인, 예컨대 특히 한 가정의 경제를 책임지고 있는 가장에 대한 형벌은 빈번히 범죄인으로부터 독립된 제3자, 예컨대 범죄인의 부인 및 자녀, 심지어 그 친인척에게까지 간접적인 영향을 미친다. 결국 처벌을 받는 자와 그의 주변 환경 사이에서 밀접한 사회적 공동관계를 맺고 있는 자에게 형벌의 부과로 발생하는 이러한 간접적인 부작용을 완전히 억제하는 것은 거의 불가능에 가깝다고 하겠다.⁶¹⁾

다른 한편으로 기업형벌의 정당성과 관련하여 기업에 대한 형사제재는 특수한 문제를 내포하고 있다는 엥기쉬(Engisch)의 주장 역시 검토할 필요성이 있다. 그에 따르면 기업에 대한 형사제재는 경제적으로 참여하고 있는 기업 구성원, 특히 주주와 관련하여 불공정한 제재라고 한다. 왜냐하면 기업에 대해 부과되어 체감할 수 있는 벌금형은 주주의 투자에 의한 수익을 실질적으로 침해하기 때문이다.⁶²⁾ 그러나 이러한 그의 주장은 설득력이 없다. 왜냐하면 기업 구성원 내지 주주는 자기 자신의 고유한 재산으로 책임을 지는 것이 아니기 때문이다. 더욱이 이들에게 발생하는 손실은 기업체의 처벌에 의해 초래되는 결과에 국한된 것이며, 이들이 겪는 경제적 어려움 역시 단지 일반적으로 “경영상의 위험”이 실현된 것뿐이다. 기업 구성원 내지 주주는 기업의 활동으로 인해 발생한 이익을 획득할 수도 있지만, 반대로 손실 역시 감수해야 한다. 이는 경제활동의 결과로서 일반적으로 받아들여지고 있는 사실이다. 따라서 기업에 대한 형사제재가 그 구성원 내지 주주에게 간접적인 영향을 미치기 때문에 불공평하다는 주장은 설득력이 없을 뿐만 아니라 “책임 없으면 형벌 없다”라는 책임원칙에도 반하는 않는다.⁶³⁾

61) *Schroth*, 앞의 책, S. 207.

62) Karl *Engisch*, Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?, in: Verhandlungen des vierzigsten Deutschen Juristentages, Bd. II (Sitzungsberichte), Tübingen 1954, S. E 33 ff.

63) *Hirsch*, 앞의 책, S. 19 f.; *Schroth*, 앞의 책, S. 207.

나. 동일 자연인의 이중처벌(ne bis in idem)?

기업형벌의 반대론자는 기업형벌의 불공평성에 대한 논거로서 기업형벌 이외에 기관의 자격으로서 행위한 개인 범죄인에게 또 다시 개인형벌이 선고된다는 점에서 이중처벌이 발생한다는 점을 제시하고 있다. 즉 유책한 개인 범죄인은 자기 자신에게 부과된 형벌 이외에 기업에 대해 선고된 제재에 의해 이중으로 처벌되기 때문에 독일 기본법 제103조 2항⁶⁴⁾에서 규정하고 있는 “이중처벌금지(ne bis in idem)”의 원칙에 모순 될 수 있다고 한다.⁶⁵⁾

그러나 이러한 반론은 그 설득력이 없다. 헌법상의 이중처벌금지의 원칙은 동일한 범죄인에 대해 동일한 범죄행위로 거듭 처벌하는 것을 금지함을 의미한다. 그러나 이 원칙이 재판관으로 하여금 동일한 범죄행위에 대해 2명의 서로 다른 범죄인에게 제재를 부과하는 것을 금지하는 것은 아니다. 기업에 대한 형사제재는 자연인과 기업을 각각 서로 다른 수행주체로 인정하고, 이에 따라 각자를 처벌하는 것이지 동일한 자연인을 이중으로 처벌하는 것은 아니다. 따라서 이중처벌금지의 원칙에 반하지 않는다. 앞서 상술한 바와 같이 기업의 존재는 개별적 기업 구성원의 총합이 아닌, 이들에 의해 추상화된 새로운 초인격적인 구성체로서 여겨진다. 그러므로 기업은 그 구성원의 단순한 총합과는 구별되는 동시에 독자적인 수행능력인 있는 형법상의 주체라고 할 수 있다.⁶⁶⁾ 결국 기업형벌은 동일한 자연인에게 기업형벌과 개인형벌이 동시에 부과되는 것처럼 보이지만, 실질적으로는 기업의 이익을 위해 범한 범죄행위에 대해 독자적인 수행주체로 인정되는 기업과 자연인에게 각각 형벌이 부과되는 것이기 때문에

64) 독일 기본법 제103조 2항: “누구도 일반적인 형법의 기초에서 동일한 범죄행위로 인해 거듭 처벌받지 않는다.”

65) Hirsch, 앞의 책, S. 20 f.

66) Hirsch, 앞의 책, S. 15.

이중처벌금지의 원칙과 모순되는 것은 아니라고 본다.

V. 맺는 말

“단체는 죄를 범하지 못한다”는 원칙에 따라 현재까지 우리나라와 독일 형법전은 기업에 대한 어떠한 형사벌도 인정하고 있지 않다. 왜냐하면 현재 우리나라와 독일 형법은 개인책임형법에 속하며, 이때 형벌 또한 자연인의 개인적인 책임을 전제로 하고 있기 때문이다. 그러나 이러한 개인책임형법을 통해서는 기업에 의해 행해진 경제범죄, 환경범죄 및 조직범죄에 효율적으로 대처할 수 없다. 왜냐하면 기업의 복잡한 조직구조와 명령체계에 의해 기업의 활동범위 내에서 그리고 그 자신의 이익을 위해서 행해진 범죄행위를 개별 기업 구성원에게 귀속시키거나 형사책임을 묻는 것은 거의 불가능에 가깝기 때문이다. 이로 인해 오늘날 기업범죄와 관련하여 “조직화된 무책임”이 언급되고 있다.

기업형벌의 도입을 위한 다양한 형사정책적 필요성으로는 개인형벌의 불충분한 범죄억지력, 개인형벌의 불충분한 응보효과, 기업의 사회·경제적 중요성에 상응한 응보기대 및 조직화된 무책임의 문제해결 등이 지적될 수 있다.

기업의 가벌성을 부정하는 우리나라와 독일의 논거들은 다음과 같은 이유로 더 이상 그 설득력이 없다고 본다. 먼저, 오늘날 행위개념은 더 이상 자연적인 행위에 국한되지 않고 더욱더 규범적인 의미로 이해되고 있으며, 기업을 위해 행동한 특정한 개인의 가벌적 행위를 기업 그 자체로서의 행위로 귀속시키거나 이러한 방식으로 기업에게 행위능력을 부여하는 것에 결코 어떠한 결정적인 이론상의 결함도 존재하지 않는다. 둘째, 현대사회

에서 단순한 기업 구성원의 총합과는 구별되는 독자적인 사회적 구성체로서의 기업은 기업조직체 내부에서 일련의 결의과정에 의해 발전된 범죄적 불법에 대해 스스로 책임을 져야만 하며, 이때 기업에 대해 제기되는 책임 비난은 기업의 잘못된 경영활동과 감독소홀에 근거한 범죄적 활동에 기초하는 것이라 볼 수 있다. 따라서 기업에게 그가 행한 반사회적 내지 불법 행위 대해 형법상의 고유한 책임능력을 인정할 수 있다. 셋째, 기업의 수형능력 역시 긍정된다. 왜냐하면 개인과 마치가지로 법적·윤리적 행위요구의 수범자로서 간주될 수 있는 기업을 공공의 사회·윤리적인 불가치판단의 영역밖에 놓아 둘 수는 없기 때문이다. 기업형벌의 내용으로는 기업해산, 기업의 잠정적인 재산압류 및 전형적인 벌금형의 형태의 재정적 제재 등을 고려할 수 있다. 마지막으로 기업에 대한 가벌성의 긍정은 형법상의 “책임 없으면 형벌 없다” 및 헌법상의 “이중처벌금지”의 원칙에도 모순되지 않는다고 본다.

따라서 기업의 가벌성을 부정하고 있는 우리나라도 경제범죄, 환경범죄 및 조직범죄의 영역에서 형법의 실질적인 규범력과 그의 예방작용을 증대시키기 위해서 기업의 가벌성을 긍정하고 이에 대한 형사벌을 도입할 필요성이 있다.

* 주제어 : 기업의 가벌성, 기업형벌, 기업범죄, 경제범죄, 환경범죄

Die Diskussion über die Strafbarkeit des Unternehmens in Deutschland

Kim, Jae-Yoon*

Nach dem Grundsatz “*societas delinquere non potest*” kennen das heutige deutsche Strafgesetzbuch und darüber hinaus das gesamte deutsche Kriminalstrafrecht keine Kriminalstrafe gegen Unternehmen. Das geltende Strafrecht knüpft an das individuelle Verschulden an. Strafe setzt individuelle Schuld voraus. Dadurch können die von Unternehmen begangene Wirtschafts- und Umweltkriminalität sowie die gesamte organisierte Kriminalität nicht effektiv bekämpft werden. Selbst bei zweifelsfrei festgestellter Straftat - im Rahmen und im Interesse eines Unternehmens begangen - ist es aufgrund komplexer organisatorischer Strukturen und Unternehmenshierarchien oftmals nicht möglich, den bzw. die Straftäter zu individualisieren und strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Strafrechtsnormen sollten also dort ansetzen, wo der aus dem strafbaren Verhalten gezogene Vorteil tatsächlich entsteht. Anders als im geltenden deutschen Recht ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen sowohl im anglo-amerikanischen Rechtsraum (Großbritannien, USA) als auch in Artikel 121-1 des neuen französischen Code Pénal anerkannt. Darüber hinaus besteht ein kriminalpolitisches Bedürfnis nach einer Unternehmensstrafe, da die bereits bestehenden Kollektivsanktionen zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität nicht ausreichen. In Deutschland ist heute eine zunehmende Tendenz festzustellen, de lege ferenda auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit von

* Privatdozent an der Konkuk Universität, Dr. jur.

Unternehmen anzuerkennen. Unter Berücksichtigung der Fähigkeit juristischer Personen zur eingeständigen Teilnahme am Rechts- und Sozialleben und der daraus erwachsenden Pflicht zur Einhaltung der rechtlichen Verhaltensanforderungen einerseits sowie der besonderen Erklärungs- und Begründungszusammenhänge der Unternehmenskriminalität andererseits, erscheint eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen dogmatisch durchaus begründbar. Dem steht insbesondere das Schuldprinzip nicht grundsätzlich entgegen: Grundlage und Rechtfertigung des gegenüber den Unternehmen zu erhebenden Vorwurfs ist der Umstand, dass das kriminelle Verhalten des Handelnden den Schluss auf Fehlleistungen und Nachlässigkeiten auf Seiten des Unternehmens zulässt. Die prinzipiellen Einwände, die gegenüber der Strafbarkeit von Unternehmen erhoben werden, sind damit nicht durchschlagend. In letzter Zeit werden sowohl aus der Wissenschaft als auch aus der Politik Vorschläge zur Einführung einer Kriminalstrafe gegen Unternehmen vorgelegt.

Als Ergebnis bleibt demnach festzuhalten: Die Strafbarkeit von Unternehmen begegnet weder verfassungsrechtlichen noch strafrechtsdogmatischen Bedenken. Um die Geltungskraft des Strafrechts und dessen Präventionswirkung im Bereich der Wirtschafts- und Umweltkriminalität zu erhöhen, sollte sich Korea daher möglichst bald an diese internationale Rechtsentwicklung anschließen und die Kriminalstrafe gegen Unternehmen einführen.

Key Word : Strafbarkeit des Unternehmens, Unternehmensstrafe, Unternehmenskriminalität, Wirtschaftskriminalität, Umweltkriminalität

형사소송법상 DNA지문감식의 허용과 한계

조 성 용

형사정책연구 제15권 제2호(통권 제58호, 2004 · 여름호)

한국형사정책연구원

형사소송법상 DNA지문감식의 허용과 한계

조 성 용*

I. 서 론

“DNA지문을 통해 범인을 검거하다”. 이러한 표제는 이제 신문지상에서 자주 등장한다. 지금까지 가장 큰 센세이션을 불러 일으켰던 사례로는 1987년 초경에 영국 남부 라이세스트셔(Leicestershire)에서 발생하였던 여고생 강간살인사건을 꼽을 수 있을 것이다. 당시 경찰은 인근 마을 주민 가운데 16세 이상 30세 이하의 모든 남자에게 혈액의 제공을 요구하였고, 채취한 약 5500개의 試料를 DNA指紋法에 따라 피해자의 腔에서 채취한 정액과 대조하여 마침내 범인을 색출하는 개가를 올렸다.¹⁾

이러한 방법은 인간은 각자 고유한 형태의 DNA를 지닌다는 사실에 기초하고 있다. 세포핵의 구조는 모든 체세포에 동일하게 구현되므로 정액과 혈흔은 물론이고 기본적으로 머리카락 한 톨에 이르기까지 모든 유기체 조직은 거기에서 DNA를 채취해 낼 수 있는 한, DNA지문감식의 대상이 될 수 있다. 더욱 이 방법은 종래의 혈청학적 감정에 비해 그 식별능력이 월등히 뛰어나다.²⁾ 혈액형의 경우 동일인이 아님에도 우연히 일치할 확률

* 단국대학교 사회과학대학 법학부 교수, 법학박사

1) 이에 대해 자세히는 Dix, Das genetische Personenkenneichen, DuD 1989, S. 235.

2) 양자에 대한 자세한 비교·검토로는 이정빈, 유전자감정의 범죄수사 적용에 관한 연구,

이 최고 1/70에 이르는데 반하여, 유전자형의 경우는 이론상 최저 1/100부터 1/수백만 내지 수십억이어서 거의 완전한 개인 식별이 가능하다.³⁾ 그리하여 이러한 기법은 범죄수사상 처음으로 수집된 범죄 단서를 범죄용의자에게 개별적으로 귀속시키거나, 반대로 잘못 용의자로 지목된 자를 수사선상에서 배제시킬 수 있는 가능성을 제공하였다.

전체적으로 볼 때 형사소송에서는 다음과 같은 영역에서 다양한 유전공학적 검사기법이 투입될 수 있다. 즉 앞에서 언급한 개인 식별 이외에도 친자확인, 감식업무조치, 용의자추적, 책임 및 양형의 확정, 증인의 신빙성조사, 침해결과에 대한 인과관계의 확정 그리고 유전병으로 인한 임신중절의 경우가 그것이다. 물론 유전자 프로그램의 전체 또는 그 일부분에 대한 연구 자체가 형사소추기관의 관심영역이기는 하다. 그러나 가장 중요하고 현실적으로 빈번히 적용되는 영역은 의심의 여지없이 개인 식별임에 틀림없다.

DNA지문감식이 수사에 활용되면 용의자와 범죄자의 동일성을 거의 완벽하게 식별할 수 있어 검거율을 획기적으로 높일 수 있을 뿐만 아니라, 강력범죄에 대한 예방효과도 거둘 수 있다. 자신이 아무리 완벽하게 범행을 저질러도 결국은 붙잡히고 만다는 불안감으로 말미암아 범행을 포기하는 경우가 늘어날 것이기 때문이다. 더욱이 동일성이 확인되지 않는 경우에는 조기에 용의선상에서 배제할 수 있어 용의자에 대한 불필요한 인권침해를 막을 수 있다는 장점도 있다.⁴⁾ 그리하여 DNA지문감식은 세계 각국에서 범죄수사와 재판에는 물론이고 다른 분야에까지 유용하게 활용되

한국형사정책연구원, 1994, 11면 이하; 이승환, 유전자감식의 원리와 실제, 법조 484, 1997/1, 220면 이하; 이천현, 형사절차상의 DNA감정, 한양법학, 제6집, 1995, 3면.

3) 그리하여 혈청학적 감정은 어떤 개인을 동일인으로 포함하기보다는 배제하는데 유력한 반면에, DNA지문감식은 동일인 여부를 긍정할 수 있는 적극적인 실험법으로 그 우수성이 인정되었다. 이에 대해서는 최상규, DNA지문과 범죄수사, 형사정책연구, 1990, 28면; 이승환, 주2의 논문, 220면 이하; 이정빈, 주2의 책, 13면.

4) 유영찬/장영민, 경찰과학수사의 발전방안에 관한 연구, 치안논총 제14집, 1998, 451면.

고 있다.

우리나라에서도 1991년 이후 DNA지문감식이 수사실무에 활용되고 있으며,⁵⁾ 법정에서도 그 분석결과가 증거로 제출되고 있는 실정이다.⁶⁾ 최근에는 장래의 형사소송에서도 DNA지문감식을 적극 활용하자는 방안이 제기되고 있다. 그리하여 특정한 범죄자의 유전자형을 장래의 범죄에 대한 수사를 목적으로 유전자은행에 저장하여 수사목적에 활용하려는 시도가 활발하게 진행되고 있다.⁷⁾

그에 반하여 형사절차의 각 단계에서 이루어지는 DNA지문감식의 법적 근거에 대해서는 별다른 논의가 없는 실정이다.⁸⁾ 그러나 무엇보다도 시료를 채취하고, 채취된 시료에 대해 DNA지문감식을 실행하는 수사단계에서는 이에 대한 명확한 법적 근거가 요구된다고 하겠다. 왜냐하면 여기서는 경우에 따라 DNA지문감식에 필요한 체세포가 압수, 수색, 신체검사 등 강제수사를 통해 채취되거나 이에 대한 분자생물학적 검사가 실행되기 때문이다. 이로 인하여 관련당사자의 유전정보나 그 밖의 기본적 인권이 침해될 수 있다는 점을 간과해서는 안 된다.

그리하여 이 글에서는 DNA지문감식이 형사소송법상 어떠한 근거에서 허용되는지를 검토하고 그에 대한 문제점을 지적한 후, 입법론적으로 타당

5) 현재 우리나라에는 국립과학연구소와 대검찰청 유전자분석실 그리고 서울대학교 및 고려대학교 의과대학 법의학교실에서 DNA지문감식이 실행되고 있다. 우리나라에서 실행된 감식사례에 대한 소개로는 이정빈, 주2의 책, 87면 이하; 이천현, 주2의 논문, 23면 이하.

6) DNA지문감식결과의 증거능력과 증명력에 대해서는 심희기, 유전자감정의 증거능력과 증명력, 고시계, 1999/11, 125면 이하; 심희기, 과학적 증거의 허용성과 신빙성, 형사법연구 12호, 1999, 5면 이하; 이문호, 과학수사의 현재와 미래, 검찰 111호, 2000/12, 53면 이하; 원혜옥, 유전자감정결과의 증거사용에 관하여, 형사정책연구 제12권 제1호(봄호), 2001, 5면 이하.

7) 유전자은행의 설치와 활용에 대해서는 “유전자자료관리 및 보호에 관한 법률안”(1995년); 황적준, 유전자자료은행, 검찰 111호, 2002/12, 315면 이하; 유영찬/장영민, 주4의 책, 493면 이하; 이문호, 주6의 책, 60면 이하.

8) 이에 대한 문제제기로는 이준형, 형사소송과 DNA분석, 중앙법학, 제4집, 3호, 2002/12, 146면; 이천현, 주2의 논문, 384면; 유영찬/장영민, 주4의 책, 452면.

한 법적 근거를 마련해 보고자 한다. 그러나 이러한 작업은 分子生物學의 영역과 밀접하게 관련되기 때문에 이에 대한 필요최소한도의 先理解가 필요하다. 따라서 우선 이에 대한 역사적 그리고 생물학적 기초에 대해 간략하게 살펴본 후, DNA지문감식의 허용여부를 본격적으로 다루어 보도록 하겠다.

II. 역사적 그리고 생물학적 기초

1. 역사적 토대

현대 유전학의 토대는 19세기 중반 요한 멘델(Johann Mendel)로 거슬러 올라간다. 그는 부모의 특성이 어떻게 자손에게 전해지는가를 밝히기 위해서 브루네의 수도원 정원에서 완두콩 종자를 교배하였다. 수많은 교배 실험 끝에 멘델은 기본적인 유전법칙(우성의 법칙, 분리의 법칙, 독립의 법칙)을 알아내고 이를 1865년에 공표하였다. 멘델의 발견은 당시에는 학계에서 인정을 받지 못하였으나 1900년에 이르러 많은 학자에 의해 그의 업적이 재발견되었다. 그러나 1940년대까지는 어떠한 화학적 성분이 유전자인지 알지 못하였다. 1944년 미생물학자인 오스월드 에이버리(Oswald Avery)는 지금까지 알려져 왔던 단백질이 아니라 디옥시리보핵산(DNA)이 바로 유전정보를 포함하는 물질이라는 것을 증명하였고, 이를 바탕으로 1955년 제임스 왓슨(James Watson)과 플란시스 크릭(Francis Crick)이 DNA의 구조모형, 즉 DNA 二重螺旋構造를 밝혀내었다. 그 이후로 수많은 발견이 홍수를 이루었고, 지금까지 그 어떤 분야도 유전공학만큼 급격한 발전을 이루지는 못했을 것이다.

2. DNA의 구조

인간의 전체 유전정보는 염색체의 형식으로 핵세포에 존재하고 있는 DNA속에 집약되어 있다. DNA는 기본적으로 아데닌(A), 구아닌(G), 티민(T), 시토신(C)로 구성된 鹽基로 이루어져 있으며, 이들의 배열순서에 따라 유전형질이 결정된다. 이러한 염기는 糖과 磷酸과 더불어 한 가닥의 긴 실로 연결되어 있다(이를 뉴클레오티드라 부른다). 모든 각각의 염기는 반대방향으로 향한 또 한 가닥의 실에 있는 다른 염기와 결합하는데, 이때 반드시 구아닌은 시토신과 아데닌은 티민과 짝을 이룬다. 그리하여 마치 사다리다리와 같은 두 가닥의 실이 만들어진단다. 개개의 염기쌍은 사다리다리의 디딤판에 해당된다. 더 나아가 두 가닥의 실은 마치 나선모양으로 꼬여있어 보다 안정적이다.

각각의 3개의 염기가 모여 최소한의 정보단위, 즉 단백질의 구성요소인 아미노산을 형성한다. 특정한 단백질에 대한 정보를 담고 있는 DNA의 특정부위를 지칭하여 우리는 겐(Gen)이라 부른다. 게놈(Genom)이란 인간의 모든 겐의 총체를 말한다. 인간의 개별적 특성과 관련된 겐은 3만에서 5만 개에 달한다고 한다. 개개의 겐은 단백질을 형성하는데 필요한 정보와 관련이 없는, 길다란 염기서열의 부위에 의해 서로 나누어져 있다. 그러한 부위를 “Intron”(유전정보를 포함하고 있지 않은 DNA부위)이라고 부른다. 약 30억 개의 염기쌍으로 이루어진 인간의 DNA 중에서 90~95%가 그러한 부위에 속한다.

겐 내부의 유전정보는 진화의 측면에서 보면 매우 느리게 변화한다. 모든 변화는 개개의 염기서열이 變異(Mutation)에 의해 교환되는 과정에 기초하여 발생한다. 겐 내부에 변이가 발생하면 유기체는 생존할 수 없거나 중대한 장애 또는 유전병에 이르게 된다. 그리하여 변이도 계속 유전되기

어렵다. 이에 반하여 유전정보를 포함하고 있지 않은 DNA부위에 변이가 나타나는 경우는 유기체의 생존에 아무런 영향이 없다. 그 때문에 모든 이러한 변화는 유지되며 계속 유전된다. 그 결과 이 부위에서는 사람마다 염기서열 자체가 틀리거나 반복된 회수가 틀리게 나타나 이를 통해 모든 사람을 개별적으로 식별할 수 있는 高變移地域이 다수 존재하게 된다. 1985년 알렉 제후레이(Alec Jeffreys)가 명명한 미니세텔라이트(minisatellite) DNA부위도 여기에 속한다. 개인 식별을 위하여 오늘날은 적절한 DNA檢針試料(probe)를 이용하여 이러한 부위를 분석하고 있다.

3. DNA지문감식의 개념과 기법

우선 최광의의 의미에서 ‘유전자검사’⁹⁾는 인간게놈분석과 DNA지문감식을 모두 포함하는 상위개념이다. ‘게놈분석’은 유전공학적 방법을 이용하여 인간의 세포 내에 포함되어 있는 모든 유전인자의 구조 및 기능 등을 규명하는 것으로서, 최종적으로는 각 개인의 전체 생물학적 토대를 인식할 수 있는 유전자지도의 개발을 목적으로 한다. 이를 통해 모든 개인에게 불변하는 고유한 단백질의 합성구조는 물론이고, 심지어 특정한 질병이나 병적 성향까지 인식케 하는 단백질의 변이 및 그 밖의 결합상태도 밝혀 수 있다. 예컨대, 혈우병, 면역결핍증, Tay-Sachs씨 병에 따른 정신장애, Lesch-Nyhan 증후군에 따른 중추신경계 장애 및 신장위축, 외부적 환경요인에 대한 유전적으로 특이한 반응방식(흡연이나 스모그현상에서 발생하는 폐기능 장애 또는 특정한 영양섭취에 기인한 동맥경화) 등이 대표적

9) “생명윤리 및 안전에 관한 법률”(2004년 1월 29일 제정) 제2조 6호에 의하면, 유전자검사는 개인의 식별, 특정한 질병 또는 소인의 검사 등의 목적으로 혈액, 모발, 타액 등의 검사대상물로부터 염색체, 유전자 등을 분석하는 행위를 말한다. 이러한 개념을 사용하는 문헌으로는 배은영, 유전자검사 및 유전정보관리, 보건복지포럼, 한국보건사회연구원, 2001/4, 34면; 우재명, 유전자검사와 치료에 따른 윤리적 문제고찰, 신학과 사상, 제41호, 가톨릭대학, 2002/가을, 76면.

인 사례이다. 따라서 계놈분석에서는 DNA 중에서 유전정보를 포함하고 있는 부위(Exon)가 분석의 주 대상이 된다.

이에 반하여 ‘DNA지문감식’¹⁰⁾은 주로 범정(형사, 민사 그리고 행정소송)에서 개인 식별 및 혈통의 확인을 목적으로 유전정보를 포함하고 있지 않은 DNA부위(Intron) 가운데 극심한 개인차를 보이는 고변이지역(일명 유전자지문)을 분석하는 것을 말한다. 그리하여 범인식별 및 친자확인 등의 경우는 DNA지문감식에 속하고, 감식업무조치, 용의자추적, 책임 및 양형의 확정, 증인의 신빙성 조사, 침해결과에 대한 인과관계의 확정 그리고 유전병으로 인한 임신중절의 경우는 계놈분석에 속한다.

DNA지문감식에는 制限酵素多型性(RFLP)¹¹⁾이라고 불리는 전통적인 DNA지문법과 重合酵素連鎖反應(PCR)¹²⁾으로 지칭되는 분석기법이 우리나라를 비롯한 세계 각국에서 널리 사용되고 있다. DNA지문법은 제프레이가 1985년 처음으로 사용했던 기법이다. 간략하게 소개하면, 우선 사람의 DNA를 적당한 제한효소로 자르고 電氣泳動을 한 후, 겔(gel)판에 분리된 DNA절편을 멜브란 필터로 옮긴다(southern blotting). 그 다음 방사선동위원소가 부착된 DNA 검침시료를 멜브란에 남아 있는 DNA절편에 雜種化反應(hybridization)시키고, X-Ray 필름을 사용하여 현상한다. 그러면 여러 개의 막대모양의 띠(band)가 나타나는데, 이를 판독하여 개체를 식별하는 것이다. 다만 이 기법은 시료의 양이 제한된 사건의 증거물로부터는 필요

10) 문헌에서는 유전자형에 의한 개인 식별을 “유전자감정”, “DNA감식” 또는 “DNA분석”으로 부르고 있다. 그러나 이러한 용어들은 적절치 않다고 생각한다. 왜냐하면 이들은 자칫 잘못하면 DNA 전체부위를 분석대상으로 하고 있다는 인상을 줄 수 있어서 상위 개념인 ‘유전자검사’와의 구분이 모호해진다. 이에 반하여 ‘DNA지문감식’이란 용어는 오로지 유전정보를 포함하고 있지 않은 DNA부위 가운데 고변이지역만을 대상으로 삼고 있어서 유전자형에 의한 개인 식별의 의미를 정확히 살릴 수 있다.

11) 이 기법에 대해 자세히는 안대회, 유전자감식의 기본원리, 법조 429, 1992/6, 45면 이하; 이승환, 주2의 논문, 222면 이하; 이정빈, 주2의 책, 14면 이하; 최상규, 주3의 논문, 35면 이하.

12) 이 기법에 대해 자세히는 안대회, 주11의 논문, 49면 이하; 이승환, 주2의 논문, 227면 이하; 이정빈, 주2의 책, 19면 이하.

한 양과 질의 DNA 확보가 어렵기 때문에 오늘날은 원하는 부위의 DNA의 양을 증폭시켜 분석할 수 있는 중합효소연쇄반응기법을 선호하고 있는 실정이다.

III. DNA지문감식의 허용과 범위

일반적으로 DNA지문감식은 감식대상이 되는 시료의 수집, 수집된 시료의 분석이라는 단계를 거쳐 이루어진다. 이때 비교대상이 되는 시료를 각각 犯行痕迹試料(Tatspurenmaterial)와 對照試料(Vergleichsmaterial)라고 한다.

1. 범행흔적시료

가. 시료수집

범행흔적시료(혈흔, 머리털, 정액, 피부조각 등)는 무엇보다도 범죄현장에서 채취될 수 있다. 거기에서 수집된 범행흔적시료는 형사소송법 제106조 1항에 따라 압수의 대상이 될 수 있다. 그리하여 이러한 체세포가 가령 피해자의 의류 속에 있거나 피해자 또는 그 밖의 다른 사람의 보관 중에 있다면, 그들이 그것의 임의제출을 거부하더라도 압수가 가능하다.

피의자의 체세포는 그러나 범죄피해자 또는 그 밖의 증인의 신체에서도 존재할 수 있다(예컨대 손톱사이에 낀 피부세포, 핏자국, 정액 등). 이러한 체세포를 채취하기 위해서는 형사소송법 제141조 2항에 따라 신체검사가 실행될 수 있다. 검사는 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장(형사

소송법 제219조)에 의해 이러한 조치를 실행한다.

나. 시료분석

이와 같이 체세포를 합법적으로 채취할 수 있다고 해서 곧바로 체세포에 대한 DNA지문감식이 허용된다고 말할 수는 없다. 현행 형사소송법은 이에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않다.

한편으로는 압수·수색 및 신체검사에 의해 수집된 증거물은 형사소송법 제106조, 제109조, 제141조 및 제219조에 의하여, 그리고 강제처분의 형태가 아니라 범죄현장에서 우연히 발견하거나 임의로 제출된 범죄단서 시료의 경우에는 형사소송법 제218조에 근거하여 이에 대한 DNA지문감식이 가능하다고 볼 수 있다. 왜냐하면 그렇게 해석해야만 위와 같은 증거물이 잠재적인 증거방법으로서 그 의미를 지닐 수 있기 때문이다.¹³⁾ 다시 말해, 증거물을 발견하기 위하여 범행흔적시료에 대해 압수·수색 또는 신체검사를 할 수 있는 권한을 부여받았다면 그 시료를 법정에서 증거로 사용할 수 있기 위해서라도 그것에 대한 DNA지문감식이 요청된다는 것이다. 그리고 법관도 체세포의 채취를 내용으로 하는 영장(압수·수색영장 또는 신체검사영장)을 발부할 때 체세포에 대한 DNA지문감식의 필요성을 당연히 인정하고 있을 것으로 이해할 수 있다. 그리하여 범행흔적시료에 대한 DNA지문감식은 별도의 법적 근거없이, 수사기관이 전문가에게 감정을 위촉하는 임의수사의 형태(형사소송법 제221조)로도 허용된다고 한다.

이에 반하여 다른 한편으로는 범행흔적시료에 대한 DNA지문감식은 추정되는 피의자의 신체적 기본권 이외에 특정한 권리(예컨대 개인정보)를

13) Gössel, Gentechnische Untersuchungen als Gegenstand der Beweisführung, in: GS für K. Meyer, 1990, S. 134; Foldenauer, Genanalyse im Strafverfahren, Humbolt · Berlin, 1995, S. 44.

침해할 수 있으므로 이에 대한 별도의 법적 근거가 필요하다는 견해가 제기된다.¹⁴⁾ 여기에 의하면 DNA지문감식은 통상적으로 승인되어 왔던 혈청 검사와는 달리, 피검사자의 기본권에 대한 새로운 침해 내지 위험을 초래할 수 있는 새로운 검사기법이라고 한다.

이 같은 견해의 대립은 피의자에게서 채취한 대조시료에 대한 DNA지문감식에서도 동일하게 나타나므로 이에 대한 상세한 검토는 뒤로 미루도록 하겠다.¹⁵⁾ 결론만 간단히 요약하면, 발견하여 보관중이거나 압수한 범행흔적시료라 하더라도 이에 대한 DNA지문감식을 위해서는 형사소송법 제218조 및 제219조(제106조, 제109조, 제141조) 이외에 별도의 법적 근거가 요구된다고 하겠다. 명문의 규정이 없는 현행 형사소송법의 해석상, 수사기관이 전문가에게 감정을 위촉하는 형태로는 부족하고 검사의 청구로 판사가 발부한 감정처분허가장(형사소송법 제221조의 4)이 별도로 요구된다고 본다.

2. 대조시료

범죄흔적을 행위자에게 귀속시킬 수 있기 위해서는 대조시료가 추가되어야 한다. 이러한 시료는 신체에 대한 침해를 통해서 또는 그러한 침해없이 채취될 수 있다.

가. 신체적 침해를 통한 채취

DNA지문감식의 대상이 되는 체세포는 대개 신체적 침해(가령 혈액채

14) Simon, Genomanalyse - Anwendungsmöglichkeiten und rechtlicher Regelungsbedarf, MDR 1991, S. 11; Wagner, Das "genetische Fingerabdruckverfahren" als Hilfsmittel bei der Verbrechensbekämpfung, Kusterdingen, 1993, S. 188.

15) 이에 대한 자세한 논거는 III. 2. 가. 1). 나) 참조.

취)를 통해서 채취된다. 이에 대한 법적 평가는 한편으로는 대상자가 누구인가에 따라, 다른 한편으로는 대조시료를 수집하는가 혹은 수집된 시료에 대해 DNA지문감식을 실행하는가에 따라 달라지므로 이를 세분하여 살펴 보도록 한다.

1) 피의자

(가) 시료수집

범행흔적시료가 피의자에게서 연유된 것인가를 밝히기 위해서 피의자의 신체에서 체세포(대조시료)를 수집할 필요가 있다. 이때 필요한 시료는 다양한 형태로 채취될 수 있다. 다만, 대조시료를 수집할 목적으로 강제로 피의자의 정액을 채취하는 행위(가령 마스터베이션을 강요하거나 直腸으로부터 精囊腺을 조작하여)는 원칙적으로 허용되지 않는다고 보아야 한다. 왜냐하면 이러한 조치가 인간의 존엄에 반하는 것인가 라는 근본적인 문제를 제쳐두더라도 무엇보다도 DNA지문감식을 위해서는 더 경미하고 고통이 완화되는 침해수단이 얼마든지 가능하기 때문이다. 기본적으로 모든 체세포에 DNA가 포함되어 있으므로 피의자의 머리털(모근 포함)이나 양치질을 하게 한 후 그 배설물(타액)에서 구강조직을 채취하는 것만으로도 DNA지문감식은 충분하다. 실제로는 신체적 위험을 초래하지 않는 전형적인 강제조치로서 혈액을 채취하는 것이 일반적이다. 그러나 그러한 조치 모두 신체적 완전성(헌법 제12조 1항 1문)에 대한 침해에 해당되므로 이에 대한 법적 근거가 필요하다.

생각건대, 피의자의 머리털이나 타액은 소송에 중요한 사실을 확인하기 위한 방편으로 DNA지문감식을 실행하기 위하여 채취되는 것이며, 채취의 방식도 별다른 신체적 침해없이 신체의 외부에만 국한되므로 검증으로서

신체검사영장(형사소송법 제141조 1항, 제219조)에 의하여 허용된다고 볼 수 있다. 이에 반하여 강제채혈의 허용절차에 대해서는 견해가 일치하고 있지 않다.¹⁶⁾ 일반적으로 강제채혈은 혈액의 채취와 채취된 혈액에 대한 검사로 구분되어진다. 여기서는 먼저, 혈액의 채취라는 측면에 국한하여 관련된 학설을 검토해 보기로 한다.

우선 압수·수색영장설은 강제채혈은 원래 증거물을 물리적으로 취득하는 영득의 측면이 강하며, 피의자의 기본인권을 침해할 소지가 크므로 인권보호에 효율적인 압수·수색영장으로 이를 허용해야 한다는 입장이다.¹⁷⁾ 그러나 DNA지문감식을 위해 혈액을 채취하는 것은 증거물의 획득 자체가 주목적이 아니라 감식결과를 획득하기 위한 수단 가운데 하나를 선택하여 취한 것에 불과하므로, 이를 증거물의 압수로 이해할 필요가 없다. 또한 검증으로서 체내검사와 신체에 대한 수색(형사소송법 제109조)은 구별되어야 한다. 왜냐하면 체내검사와 신체에 대한 수색은 목적¹⁸⁾ 또는 실행방식¹⁹⁾에 따라 서로 차이가 나기 때문이다. 체내검사란 소송에 중요한 사실을 확인하기 위하여 사람의 신체내부를 검사하는 것을 의미하는데 반하여, 신체에 대한 수색은 압수할 물건의 발견을 목적으로 사람의 신체 표면이나 특별한 조치없이 자연적으로 관찰할 수 있는 신체의 開口部

16) 우리 학계에서는 주로 압수·수색영장설, 감정처분허가장설, 압수·수색영장 및 감정처분허가장설 그리고 신체검사영장 및 감정처분허가장설이 대립하고 있다.

17) 심희기, 과학적 수사방법과 그 한계, 한국형사정책연구원, 1994, 124면; 김형준, 형사절차상 혈액·뇨의 강제채취와 그 한계, 형사법연구, 1996, 314면 이하; 조균석, 과학수사와 영장의 요부, 검찰 93호, 1986, 257면. 그 외에 압수·수색영장 및 감정처분허가장설을 취하는 입장으로는 배종대/이상돈, 형사소송법, 제4판, 홍문사, 2001, 309면; 이상돈, 강제채혈의 유형과 허용요건, 고시계, 2001/5, 82면 이하; 임동규, 형사소송법, 법문사, 2000, 218면.

18) Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, 41. Aufl., München, 1993, §81a, Rn. 9; Löwe/Rosenberg-Dahs, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 24. Aufl., Berlin, 1988, §81a, Rn. 2.

19) Roxin, Strafverfahrensrecht, 23. Aufl., München, 1993, S. 246; Wassermann(Hrsg.), AK/StPO, Band I, 1988, §81a, Rn. 2.

(Körperöffnung)에 대한 검사를 말한다. 그리하여 체내를 순환하며 생체를 유지하는 인체의 구성요소인 혈액을 체외로 끄집어내는 것은 신체에 대한 수색에 해당되지 않는다. 더 나아가서 압수·수색영장에 의할 때에만 강제 채취에서 발생하는 인권침해적 요소를 효율적으로 막을 수 있다는 논거도 이해할 수 없다. 왜냐하면 압수, 수색, 검증은 비록 그 목적과 실행방식은 서로 다르지만 수사기관의 자의에 의한 강제수사의 남용을 억제하는 강제 처분이라는 점에서는 기본적으로 차이가 없기 때문이다. 인권보장에 충실하기 위해서는 강제채혈의 절차(어느 영장에 의할 것인가)보다는 강제채혈의 허용요건²⁰⁾에 대한 엄격한 요구가 더 효율적이다. 그러한 의미에서 강제채혈은 피검사자의 건강을 해치지 않는 범위에서 전문의료인에 의하여 의료기법에 맞추어 시행되어야 할 것이다.

그 밖에 감정처분허가장설은 혈액의 채취는 신체내부에 대한 침입을 내용으로 하며, 그 채취의 목적 또한 감정결과의 획득에 있으므로 전문가의 지식을 필요로 하는 감정의 절차에 따라야 한다는 입장이다.²¹⁾ 이에 따르면 수사기관은 검사의 청구로 판사가 발부한 감정처분허가장을 가지고 수사기관으로부터 채혈을 위촉받은 자를 통하여 감정에 ‘필요한 처분’(형사소송법 제221조의 4, 제173조 1항)으로서 채혈을 실시할 수 있다고 한다. 그리하여 이 견해는 혈액의 분석에 주목하여 분석자체를 감정처분으로 보고, 혈액의 채취는 단지 감정에 필요한 처분으로 이해하고 있다. 그러나 혈액의 채취를 단순히 감정인이 행하는 필요한 처분으로 보는 것은 타당하지 않다. 오히려 이는 독자적인 강제처분으로서 별도의 법적 근거가 필요하다고 하겠다. 왜냐하면 혈액의 채취와 혈액의 분석은 각각 그 주체가

20) 이러한 요건에 대해서는 신치재, AIDS에 대한 형사법적 법리와 그 대책, 형사정책, 제7호, 1995, 140면 이하; 이상돈, 주17의 논문, 83면 이하; 심희기, 주17의 책, 124면; 김형준, 주17의 논문, 308면 이하.

21) 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1983, 227면 이하; 신치재, 주20의 논문, 142면; 少林充, 採尿に必要な令狀, 令狀基本問題(新版), 一粒社, 1986, 610頁; 仙台高判 1972. 1. 25, 刑裁月報 4. 14.

다를 뿐만 아니라 그로 인하여 침해되는 영역도 차이가 나기 때문이다. 전자는 수사기관이 주체가 되어 검사의 청구로 판사가 발부한 신체검사영장에 의해 피검사자의 동의와 관계없이 채혈을 강제하는 강제처분인데 반하여, 후자는 수사기관에 의해 감정을 위촉받은 국립과학수사연구소 등의 전문의료인이 수사기관으로부터 넘겨받은 혈액에 대해 의학적으로 분석·감정하는 것이기 때문이다.

이상과 같이 살펴볼 때, DNA지문감식을 위한 혈액의 채취는 소송상 중요한 사실을 확인하기 위하여 신체의 내부를 검사하는 것으로, 검증으로서 신체검사영장(형사소송법 제141조 1항, 제219조)에 의해 허용된다고 하겠다.²²⁾ 물론 이때 신체검사에 신체적 침해(körperliche Eingriffe)도 포함되는가에 대하여 의문이 제기될 수 있다. 우리 형사소송법은 체내검사(특히 강제채혈)에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않으므로 이에 대하여 논란의 소지가 있으나,²³⁾ 체내검사가 불가피하게 사회통념상 허용되는 정도의 경미한 신체적 침해를 수반하는 것이라면 신체검사에 해당된다고 본다. 입법론적으로는 체내검사의 요건과 절차를 별도로 규정하는 것이 바람직할 것이다.²⁴⁾

(나) 시료분석

피의자의 신체로부터 대조시료를 합법적으로 수집할 수 있다고 해서 수집된 시료에 대한 DNA지문감식까지 자동적으로 허용되는 것은 아니다.

22) 신체검사영장 및 감정처분허가장설을 취하는 입장으로는 이재상, 강제채혈과 강제채뇨, 고시계, 1998/8, 164면; 손기식, 음주측정불응죄에 관한 약간의 고찰, 법조, 1995/10, 68면; 신동운, 형사소송법 I, 법문사, 1997, 266면(신교수가 이러한 입장을 취했는지는 분명하지 않다).

23) 우리나라에서는 이러한 측면이 본격적으로 논의되지 않고 있다. 혈액채취는 身體五觀의 작용에 의한 검증활동으로 파악될 수 없다는 견해로는 한영수, 음주측정을 위한 ‘동의없는 채혈’과 ‘혈액의 압수’, 형사판례연구 9, 2001, 361면. 참고적으로 독일의 경우, 일부 견해는 신체검사에 신체적 침해가 포함된다고 보나(Roxin, Eb. Schmidt), 다른 견해는 신체검사가 경미한 신체적 침해의 정도를 넘어 신체에 대한 중대한 침해조치로 확대되는 것에 반대한다(Kleinknecht/Meyer-Goßner, Wassermann).

24) 같은 생각으로는 한영수, 주23의 논문, 361면.

형사소송법 제141조 1항은 수집된 시료에 대한 검사방법의 유형에 대해서는 구체적으로 언급하고 있지 않다. 여기서도 범행흔적시료의 경우와 마찬가지로 상반된 두 가지 입장이 대립할 수 있다.

그 하나는 대조시료에 대한 DNA지문감식은 그 법적 근거로서 대조시료의 수집을 허용하는 형사소송법 규정(형사소송법 제141조 1항, 제219조; 견해에 따라서는 제106조, 제109조 1항)으로 충분하다는 입장이다.²⁵⁾ 그 근거로는, 소송상 중요한 사실을 확인할 목적을 위하여 피의자의 혈액 또는 그 밖의 체세포를 채취할 권한을 부여받았다면 어떠한 방법이던 간에, 즉 DNA지문감식에 의해서라도 그러한 사실을 확인할 권한도 부여된다는 점을 든다. 또한 실제로 대조시료를 수집하기 위하여 판사로부터 신체검사 영장을 발부 받을 때 이미 DNA지문감식의 필요성은 인정된다고 한다. 그리하여 대조시료에 대한 DNA지문감식을 위해서는 별도의 법적 근거없이, 수사기관이 감정을 위촉하는 형태만으로 충분하게 된다.

다른 하나는 대조시료에 대한 DNA지문감식은 신체적 완전성과는 별개의 새로운 인권침해(또는 가능성)를 내포하고 있기 때문에 단순히 신체적 침해만을 통한 대조시료의 수집을 허용하는 형사소송법규정 만으로는 허용될 수 없고, 별도의 법적 근거가 필요하다는 입장이다.²⁶⁾ 그 근거로서, 현

25) 우리나라에서 대조시료에 대한 DNA지문감식의 법적 근거에 대하여 아직까지 구체적으로 논의된 바는 없다. 다만, 강제체혈의 경우에 비추어 볼 때, 압수·수색설은 혈액의 분석을 위하여 압수·수색영장 이외에 별도의 법적 근거가 요구되지 않는다는 입장을 취하고 있다. 김형준, 주17의 논문, 315면; 심희기, 주17의 책, 123면; 조균석, 주17의 논문, 257면.

26) 현재 유전공학(또는 생명공학)의 발전에 따른 윤리적·법적 논쟁은 다양한 영역에서 전개되고 있다. 그러한 영역 중 대표적인 것으로는 인간배아의 연구 및 인간복제, 유전자치료, 유전자변형생물체, 생명공학기술의 특허, 유전정보의 수집 및 사용 등을 들 수 있다. 이에 대해서는 신승환, 인간생명을 다루는 생명과학의 범위와 윤리적 쟁점, 신학과 사상, 제41호, 2002/가을, 7면 이하; 이인영, 생식적 복제와 치료적 복제에 관한 쟁점사항과 입법제안, 한국보건사회연구원, 2001/4, 16면 이하; 김태명, 생명공학의 발전에 대한 국가와 법의 대응, 가톨릭대학, 사회과학연구소, 2001/12, 1면 이하; 우재명, 주9의 논문, 71면 이하; 배은영, 주9의 논문, 33면 이하. 그에 반하여 DNA지문감식에 의한 피의자(또는 피고인)의 기본권침해에 대해서는 본격적으로 논의되고 있지 않다.

대 유전공학기술의 신속한 발전은 그 전에는 예상하지 못하였던 새로운 위험을 야기하기 때문에 대조시료에 대한 DNA지문감식 자체는 기본적으로 피의자의 인권을 침해하는 새로운 유형의 강제처분으로 이해되어야 한다는 점을 든다. 그리하여 별도의 법적 근거없이 단순히 수사상 감정을 위촉하는 형태는 강제처분법정주의의 원칙(헌법 제12조 3항, 형사소송법 제199조)에 위반된다.

양 견해의 주된 차이점은 무엇보다도 대조시료에 대한 DNA지문감식이 과연 신체적 기본권의 침해를 넘어서 다른 기본권을 침해하는 ‘강제처분’인가 하는 점에 놓여있다. 형사소송법에서도 기본권의 효력이 미친다는 것은 자명하다.²⁷⁾ 그리하여 이하에서는 DNA지문감식에 의해 신체적 완전성 이외에 어떠한 기본권이 침해되는가를 개별적으로 검토해 보도록 한다.

우선 DNA지문감식은 일반적 인격권(헌법 제10조 제1문)의 일부로서 보호되는 內的 領域이나 私的 領域(Intim- oder Privatsphäre)을 침해하는 것이 아닌지 의심해 볼 수 있다. 이른바 내적 영역은 - 우리나라 헌법학자간에 다소 논란의 여지가 있지만²⁸⁾ - 절대적으로 침해되어서는 안 될 인격의 핵심영역인데 반면에,²⁹⁾ 사적 영역은 우월한 공공의 이익에 의하여 침해가 허용될 수 있는 영역이라고 볼 수 있다. 그리하여 유전정보가 들어 있는 DNA부위에 대한 게놈분석은 내적 영역에 대한 침해로서 법적으로 허용되기 어렵다. 왜냐하면 이러한 방법에 의하여 특정개인의 생물학

27) “헌법적 형사소송”에 대해서는 백형구, 형사소송법강의, 박영사, 2001, 12면 이하; 배종대/이상돈, 주17의 책, 5면 이하; 신동운, 주22의 책, 5면 이하.

28) 기본권의 본질적 내용에 대해서는 인간의 존엄가치로 보는 견해, 인간의 존엄가치와 밀접하다는 견해, 허용된 제한의 가능성이 끝나는 곳에서 시작된다는 견해, 구체적인 판례에 위임하는 견해, 모든 기본권에 공통된 부분(인간의 존엄가치)과 개별기본권에 특유한 부분으로 구성된다는 견해 등이 대립하고 있다.

29) 우리 헌법처럼 원칙적으로 모든 기본권을 법률에 의한 제한대상으로 삼는 경우에도 사람의 내심영역에 머물러 있으면서 아무런 외부적인 표출이 없는 인간의 내심작용을 법적인 규제대상으로 삼는 것은 사실상 불가능하다. 이에 대해서는 허영, 한국헌법론, 2001, 266면.

적 토대가 속속들이 조사되기 때문이다.

이에 반하여 DNA지문감식이 인격의 핵심영역을 침해하는가에 대해서는 의견이 대립되고 있다.³⁰⁾ 생각건대, 시료에서 DNA를 추출하여 유전정보가 들어 있지 않는 DNA의 특정부위를 분석하는 것이 인격의 핵심영역을 침해하는 것이라고 보기는 어려울 것이다. 인간은 그 자체로 고립된 개체가 아니라, 사회와 관련을 맺으면서 어느 정도 사회에 의해 제약을 받는 존재이다. 그리하여 ‘社會的 關聯性’(Sozialbezug)이 인정되면 불가침적 핵심영역은 더 이상 존재하지 않는다. 범인을 검거하는 데 중요한 범죄 혐의자의 신체적 정보(미니세텔라이트 DNA부위)는 더 이상 인격의 핵심영역에 속하지 않는다. 왜냐하면 구체적인 범죄 혐의와 연결된 사회적 관련성으로 말미암아 이미 인격의 핵심영역을 떠났기 때문이다.

피의자에 대한 DNA지문감식은 오히려 위에서 언급한 사회적 관련성으로 말미암아 사적 영역에 대한 침해로 보아야 할 것이다. 사적 영역에서는 공공의 이익이 개인의 개별적 이익보다 우월하면 침해가 법적으로 허용된다. 우월한 공공의 이익은, 예컨대 범죄소추의 이익과 같은 형태로 존재한다. 즉, 누구도 자신의 범죄에 대해 수사하지 못하도록 주장할 수 없다. 그리하여 다른 법적 전제, 특히 수사비례성의 원칙에 반하지 않는 한, 사적 영역에 대한 침해는 허용된다고 하겠다.³¹⁾

그 이외에도 DNA지문감식이 피의자의 정보적 자기결정권과 조화될 수 있는지 문제된다. 정보적 자기결정권의 법적 근거에 대해서는 논란의 여지

30) DNA지문감식을 옹호하는 입장에 의하면, DNA지문감식은 유전정보가 들어있지 않은 DNA부위에 대한 분석이므로 그러한 분석이 인격성을 결정할 수 없다고 한다. 이에 반하여 DNA지문감식의 반대자들은 이른바 Intron과 Exon의 구분은 아직까지 명확하게 밝혀지지 않았고, 앞으로 Intron에서 유전정보를 도출해 낼 수 있는 가능성이 배제될 수 없다고 한다. 특히 효율적인 범죄수사를 추구하는 수사실무의 성격상, DNA지문감식이 실제로 Intron에 국한되지 않을 것이라고 우려하고 있다.

31) Koriath, Ist das DNA-Fingerprinting ein legitimes Beweismittel?, JA 1993, S. 270, 277; Sternberg-Lieben, “Genetischer Fingerabdruck” und §81a StPO, NJW 1987, S. 1242, 1245; Gössel, a.a.O.(Fn. 13), S. 142.

가 있으나,³²⁾ 우리나라 헌법상 정보적 자기결정권이 보장되어야 한다는 점에 대해서는 의견이 일치되어 있다. 이러한 권리는 독일의 인구조사법 판결을 계기로 더욱 구체화되었다.³³⁾ 거기에 따르면 개인정보가 언제, 어떠한 범위에서 공개되는가는 원칙적으로 개개인 자신에게 내맡겨져 있다고 한다. 왜냐하면 개인정보의 무제한한 조사, 수집 그리고 사용은 자기결정권과 조화될 수 없기 때문이다.³⁴⁾ 일부 견해에 의하면,³⁵⁾ 정보적 자기결정권이 DNA지문감식에 의해 침해되는 것은 아니라고 한다. 그러나 피의자 DNA의 특정부위를 분석하여 피의자가 범죄현장에 있었음을 밝히는 것은 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 제2조 2호에서 말하는 개인정보³⁶⁾의 수집, 사용 및 처리에 해당된다. 자신의 유전적 특징과 이전의 체류장소가 수사기관에 의해 조사되고 있음을 항상 염두해 두어야 하는 사람은 더 이상 자유롭게 사회생활을 영위할 수 없을 것이다. 이러한 위험성 때문에 DNA지문감식은 그 자체로 피의자의 정보적 자기결정권에 대한 침해로 평가될 수 있는 것이다. 물론 정보적 자기결정권도 우월한 공공이익에 의해 제약을 받을 수 있다. 그리하여 개인정보처리가 허용되기 위해서는 비례성 원칙에 따른 명시적인 허용규정이 필요하며, 더 나아가 개인정보처리과정에 상응해서 조직적 그리고 절차적인 예방조치를 명문으로 규정해야 한다.³⁷⁾

32) 인간의 존엄가치(헌법 제10조)로 보는 견해로는 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2001, 540면. 반면에 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조)로 보는 견해로는 대판 1998. 7. 24. 96다42789 및 서울고법 1995. 8. 24. 94구39262; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2001, 427면 이하; 김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구, 공법연구, 제29집 제3호, 2002, 101면 이하.

33) BVerfGE 65, 1ff. 이 판결에 대한 상세한 소개로는 김연태, 정보의 자기결정권과 경찰의 정보관리, 고려법학, 제36호, 2001, 157-172면 참조.

34) BVerfGE 65, 1, 43.

35) Lührs, Genomanalyse im Strafverfahren, MDR 1992, S. 929ff.

36) 동법에 의하면, 개인정보란 생존하는 개인에 관한 정보로서 당해 정보에 포함되어 있는 사항(성명, 주민등록번호 등)에 의하여 당해 개인을 식별할 수 있거나 당해 정보만으로는 특정기인을 식별할 수 없더라도 다른 정보와 용이하게 결합하여 식별할 수 있는 것을 포함한다. 그리하여 특정인 또는 특정가능한 자연인과 인적 또는 물적으로 관련되는 것인 한, 모두 개인정보가 될 수 있다.

더 나아가 DNA지문감식의 실행이 인간의 존엄가치(헌법 제10조)를 침해하는 것은 아닌지 문제된다. 인간의 존엄은 법질서 최상의 가치이고,³⁸⁾ 또한 형사소송법을 포함하여 법치국가적 형사소송을 지배하고 있다. 인간의 존엄가치는 그 개념의 추상성으로 인하여 적극적으로 규정할 수 없지만 소극적인 형태로는 가능하다.³⁹⁾ 즉, 인간의 존엄은 개개인이 단순한 수단의 객체가 되었을 때에 침해된다.⁴⁰⁾ 그리하여 거짓말탐지기를 사용한 수사⁴¹⁾나 마취수사⁴²⁾ 등은 이러한 이유에서 허용되지 않는다. 그러나 DNA지문감식이 이와 동일하게 취급될 수는 없다. DNA지문감식은 영혼이나 무의식의 세계를 파헤치는 것이 아니며, 피의자의 인격을 폭로 - 피의자의 숨은 동기, 감정 또는 경험 등을 알아낸다는 의미에서 - 하는 것도 아니다. DNA지문감식에 의해 밝혀지는 것은 피의자의 신체적 속성 내지 신체의 (내적 또는 외적) 존재양식에 관한 표지를 분석하여 얻어낸 사실, 즉 피의자가 범죄현장에 있었는가 없었는가 하는 점뿐이다. 이것이 피의자를 형사소송의 단순한 객체로 취급하는 것이라고 볼 수는 없다.

이상과 같이 살펴볼 때, DNA지문감식은 기본적으로 신체적 완전성 이외에 일반인격권과 정보적 자기결정권을 침해하는 강제처분으로 파악되나,

37) BVerfGE 65, 1, 44.

38) 헌재결 1992. 10. 1. 91 헌마 31 참조.

39) 인간존엄의 최소내용에 대해서는 홍성방, 헌법학, 헌암사, 2002, 359면.

40) 칸트의 사상을 토대로 인간존엄의 의미를 재조명하는 문헌으로는 심재우, 인간의 존엄과 법질서, 고려대 법률행정논집, 제12집, 1974, 103면 이하.

41) 대다수의 학자들은 수사기관에 의한 거짓말탐지기 사용은 기본적으로 인격의 핵심영역을 침해하므로 금지된다고 보나, 예외적으로 피검사자의 동의 유무에 따라 결론을 달리하고 있다. 다수의 견해는 피검사자의 동의가 있으면 허용된다고 보는데 반하여, 소수설(신동운, 주22의 책, 136면; 독일의 통설, 판례)은 동의와 관계없이 허용될 수 없다고 한다. 생각건대, 인간의 존엄가치에 반하는 수사방법은 피해자의 동의여부와 관계없이 절대적으로 위법한 것이므로 소수설이 타당하다고 본다.

42) 마취분석은 통일체로서의 인간의 정신을 해체시키고 인격의 분열을 초래하는 것이므로 피검사자의 동의와 관계없이 허용되지 않는다. 이러한 견해로는 이재상, 형사소송법, 6판, 박영사, 2002, 207면; 차용석, 형사소송법, 세영사, 1987, 253면; 백형구, 주27의 책, 403면.

법적으로 허용될 수는 있다고 하겠다. 그러나 현행 형사소송법은 이에 대한 명문의 규정⁴³⁾을 두지 않았기 때문에 어떠한 영장에 의하여 DNA지문감식을 허용해야 할지 문제가 아닐 수 없다. 생각건대, DNA지문감식 자체가 형사소송법상의 강제처분인 동시에 전문적인 지식과 경험이 필요한 감정의 성격을 지니고 있다는 점을 고려하면, DNA지문감식은 감정처분허가장(형사소송법 제221의 4조)에 의해 허용된다고 하겠다.⁴⁴⁾ 그리하여 수사기관은 검사의 청구에 의하여 판사가 발부한 감정처분허가장을 가지고 수사기관으로부터 감정을 위촉받은 자를 통하여 형사소송법 제173조 제1항 소정의 감정에 필요한 처분으로서 DNA지문감식을 실행할 수 있다고 해석할 것이다.

2) 피해자

(가) 시료수집

범행상황을 정확하게 해석하기 위하여 피해자의 DNA를 반드시 분석해야 할 경우가 발생한다. 흔히 강간사건에서 보여지듯이, 피해자의 질분비

43) 대조시료의 수집근거인 형사소송법 제141조 1항 및 제219조는 입법의 취지나 형식으로 볼 때, 피의자의 인격권 및 정보적 자기결정권의 침해를 허용하는 법규정으로 볼 수 없으며, 정보보호의 일반법인 “공공기관에 의한 개인정보보호에 관한 법률”(1994.1.7. 법률 제4734호)은 공공기관의 컴퓨터에 의해 처리되는 개인정보만을 보호대상으로 하므로 DNA지문감식에는 직접적으로 적용되지 않는다. 현재로서는 유일하게 “생명윤리 및 안전에 관한 법률”(2004.1.29. 법률 제7150호)이 유전자검사 및 유전정보의 보호 및 이용에 관한 규정(동법 제24조~제35조)을 두고 있다. 그러나 이 법은 아직 법률로 시행되고 있는 상태가 아닐 뿐만 아니라 유전자검사에 대한 일반법의 성격을 띠고 있어서, 수사상의 강제처분에 대하여 개별적이고 구체적인 법적 근거를 요구하는 형사소송법의 수권규정으로 보기는 미흡하다. 실무적으로는 대검찰청에서 내규(대검예규 제202호, 1992. 8. 31)를 두고 유전자감식을 시행하고 있으나, 이는 검찰내부의 행동통일을 도모하기 위한 업무처리의 지침에 불과하므로 DNA지문감식에 대한 법적 근거라고 보기 어렵다.

44) 강제체혈의 경우, 대다수의 학자들은 채취된 혈액에 대한 화학적 검사를 위하여 별도로 감정처분허가장이 필요하다고 본다. 이에 반하여 전술한 압수·수색설에 의하면 별도의 감정처분허가증이 필요하지 않다고 한다. 그러나 DNA지문감식 자체는 강제처분의 성격이 강하므로 그 실행을 위해서는 별도의 영장이 반드시 필요하다고 보아야 한다.

액과 피의자의 정액이 서로 뒤엉켜 있어 피해자의 DNA를 분석하지 않고는 피의자의 신분을 정확히 밝힐 수 없는 경우가 그러하다. 이때, 어떠한 근거에서 피해자에 대한 DNA지문감식이 가능할지 문제된다. 물론 이러한 법적 근거는 피해자가 자신에게 가해진 범죄행위에 대한 수사에 협조하기를 거부할 때에만 필요한 것이다.

대개는 강간피해자의 질에서 질분비액을 채취하는 방법으로 대조시료가 수집된다. 형사소송법 제141조 2항은 證迹의 존재를 확인할 수 있는 현저한 사유가 있는 한, 피해자의 동의가 없어도 피해자의 신체에 대해 범죄흔적을 검사할 수 있도록 규정하고 있다. 이 규정은 물론 신체에 대한 침해를 명시하고 있지는 않으나, 신체의 은밀한 부위에 대한 검사를 배제하지 않는다.⁴⁵⁾ 일각에서는 피해자에 대한 신체검사 규정은 질분비액의 채취에 대한 법적 근거가 될 수 없다고 한다.⁴⁶⁾ 거기에 의하면, 질분비액은 범죄행위와 관계없이 항상 존재하는 것이므로 결코 범죄행위의 결과가 아니라고 한다. 그러나 이러한 견해는 타당하지 않다. 왜냐하면 그러한 논리는 혈액이나 피부에 대해서도 마찬가지로 적용되기 때문이다. 결정적으로 중요한 것은 이러한 신체부위에 범행흔적(예컨대, 독약이나 황산의 성분이 남아있거나 정액이 묻어있는 경우 등)이 남겨져 있는가에 달려 있다. 그리하여 피해자의 질분비액을 채취한 경우는 검증으로서 신체검사영장(형사소송법 제141조 2항, 제219조)에 의해 허용된다고 하겠다. 특히 이때에는 의사나 성년의 여자를 참여하게 해야 한다(형사소송법 제141조 3항).

그 밖에 질분비액의 채취 이외의 방법으로, 가령 피해자의 혈액을 강제로 채취하는 경우에는 명문의 규정은 없지만, 피의자에 대한 강제채혈에서와 마찬가지로 검증으로서 신체검사영장에 의해 허용된다고 본다. 다만,

45) 신체검사의 특수한 유형으로 체내검사에 대해서는 이재상, 주42의 책, 287면; 신동운, 주22의 책, 264면 이하; 배종대/이상돈, 주17의 책, 309면 이하.

46) Oberlies, Genetischer Fingerabdruck und Opferrechte, StV 1990, S. 469ff.

피해자에 대한 강제채혈은 피의자에 대한 그것보다 더 엄격한 요건 하에서 허용된다고 하겠다. 왜냐하면 피의자는 범죄와의 관련성 때문에 피해자보다 더 큰 제한을 감수해야만 하기 때문이다. 이러한 의미에서 형사소송법 제141조 2항은 동조 1항과는 달리 “증적의 존재를 확인할 수 있는 현저한 사유”를 추가로 요구하고 있다. 그리하여 피해자에 대한 시료수집은 피해자의 건강과 명예를 해칠 염려가 없으며 진실발견을 위해 불가피한 조치인 경우에 한하여,⁴⁷⁾ 허용된다고 해석해야 할 것이다. 더 나아가 이러한 요건이 충족된다 하더라도 피해자에게는 고소를 포기하거나 취소할 권리가 유보되어 있다는 점을 주의해야 한다.

나) 시료분석

형사소송법 제141조 2항은 단지 시료를 수집하는 것만을 규정하고 있을 뿐, 시료에 대한 사용에 대해서는 규정하고 있지 않다. 그리하여 여기에서도 대조시료에 대한 DNA지문감식의 허용여부는 피해자의 신체적 기본권 이외에 어떠한 권리가 침해되는가에 따라 검토되어야 한다.

우선, 피해자의 내적 영역에 대한 침해는 발생하지 않는다. 왜냐하면 피해자의 개인정보는 - 설사 본인 자신은 원하지 않은 결과일지라도 - 사회적 상호작용에 의하여 이미 내적 영역을 떠난 것이기 때문이다. 사적 영역에 대한 피해자의 권리는 우월한 공공의 이익에 의해 침해될 수 있다. 일반적으로 형사소추라는 공공의 이익이 DNA의 특정부위에 대한 피해자 자신의 비밀유지이익보다 중하다고 평가된다. 특히, 잠재적 피해자들의 형사소추이익과 무고하게 피의자가 된 자의 이익도 함께 고려되어야 한다. 그리하여 피해자의 사적 영역에 대한 침해는 허용된다고 하겠다.

정보적 자기결정권은 물론 피해자에게 원칙적으로 자기 정보에 대한 포

47) 그러한 조치가 불가피한가는 개별사례의 증거상황에 달려있다. 반드시 이전에 모든 다른 증거가능성이 무용하게 된 후에야 그러한 조치를 취할 수 있는 것은 아니다.

기를 결정할 수 있는 권능을 부여하지만, 이러한 권리가 무제한적으로 보장되는 것은 아니다. 여기서도 공공의 이익은 피해자의 이익보다 더 중하게 평가될 수 있다. 다만, 침해가 허용되기 위해서는 앞에서 언급했던 헌법적 요청을 충족해야만 한다.

더 나아가 피의자와 마찬가지로 피해자도 소송의 객체로서 전락되어서는 안 된다. 그러나 DNA지문감식의 대상이 된 시료가 전적으로 또는 부분적으로 피해자로부터 채취한 것이라는 단순한 사실만으로 피해자를 소송의 객체로 전락시켰다고 평가해서도 곤란하다. 그리하여 인간의 존엄의 침해라는 논거는 타당하지 않다.

이상과 같이 살펴볼 때, 피해자에 대한 DNA지문감식은 피해자에 대한 신체적 완전성 이외에 인격권 및 정보적 자기결정권을 침해하나 법적으로는 허용될 수 있다고 하겠다. 다만, 이에 대한 법적 근거를 마련하는 경우에는 피해자에게서 채취한 대조시료에 대한 DNA지문감식은 피의자에 대한 그것보다 허용요건을 더 엄격히 규정해야 할 것이다. 단순히 폭력범죄의 희생자가 되었다는 이유만으로 피해자에게 피의자와 동일한, 심지어는 그 이상의 불이익을 강요해서는 안 되기 때문이다.

그러한 의미에서 피해자에게서 채취한 혈액표본 또는 그 밖의 체세포는 본인의 동의가 없는 한, 적어도 피의자에게서 대조시료를 채취한 이후에야 DNA지문감식의 대상이 될 수 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 전형적인 강간사태에서 보여지듯이, 피해자는 알려져 있으나 추정되는 범인은 아직 밝혀지지 않은 시점에서 피해자에게서 채취한 대조시료에 대하여 단독으로 DNA지문감식을 실행하는 것은 피해자에 대한 불필요한 침해를 야기하기 때문이다.⁴⁸⁾ 무엇보다도 피해자는 구체적인 범죄혐의도 없는 상황에서 도 대체 혐의가 있는 것인지를 비로소 밝혀내기 위해서 범죄용의자에게 조차

48) Oberlies, aa.O.(Fn. 46), S. 470ff.

도 허용되지 않는 DNA지문감식을 강요당하게 된다.

형사소송법 제141조 2항은 범규정의 제정취지나 형식으로 볼 때, 위와 같은 기본권의 침해를 허용하는 법적 근거로 보기 어렵다. 현행 형사소송법은 이와 관련하여 별도의 명문규정을 두고 있지 않으므로 현행 법체계 내에서 법적 근거를 찾아야 한다. 기본적으로 DNA지문감식은 전문적인 지식과 경험이 필요한 감정의 성격을 지니고 있다는 점을 고려하면, 피해자에 대한 DNA지문감식은 검사의 청구로 판사가 발부한 감정처분허가장(형사소송법 제221조의 4)에 의해 허용된다고 본다.

3) 그 밖의 관련인

많은 사례의 경우, 피해자 이외에 다른 증인이나 범행현장에 있었던 자들도 범죄의 용의자로서 고려된다. 이들은 범죄혐의자가 아니라 단지 다른 사정으로 인하여 범행현장에 혈흔, 머리카락 또는 정액을 남긴 사람들이다. 예컨대, 강간이 행해지기 전에 나중에 강간피해자가 된 자와 성교를 했던 파트너가 대표적이다. 이때 채취된 피해자의 질분비액에는 피의자의 정액과 파트너의 정액이 뒤엉켜 있으므로 범인의 신원을 정확히 밝히기 위해서 파트너의 DNA를 분석할 필요가 있다.

피해자 이외의 증인이나 다른 관련인에 대하여 혈액을 채취하는 것은 신체검사영장(형사소송법 제141조 2항, 제219조)에 의해 허용된다. 다만, 이때에도 피해자의 경우와 마찬가지로 건강이나 명예를 해칠 염려가 없고 진실발견을 위해 불가피한 경우에만 허용된다. 이 경우에는 반드시 혈액채취가 아니더라도 머리털이나 관련인의 동의를 얻어 입가심을 하게 한 후 그 배설물에서 구강조직을 채취할 수 있다. 이러한 의미에서 강제채혈의 요건은 좀 더 엄격하게 해석되어야 한다.

DNA지문감식의 실행에 관한 한, 이미 피해자와 관련해서 언급했던 것이 그대로 타당하다. 그리하여 피해자 이외의 증인이나 다른 관련인에 대한 DNA지문감식은 감정처분허가장(형사소송법 제221조의 4)에 의해 허용된다.

4) 사 자

기본적으로 DNA지문을 채취하고자 했던 관련인이 이미 사망한, 수많은 경우를 생각해 볼 수 있다. 대개는 범죄피해자가 사망한 경우일 것이나 공범 중 1인이 도주하다가 사살된 경우도 가능하다. 우선, DNA지문감식을 위하여 사망한 자의 혈액을 채취하는 행위는 어떠한 근거에서 허용되는지 문제된다. 형사소송법 제141조 4항은 신체검사의 일부로서 사체의 해부 또는 묘지의 발굴을 규정하고 있다. 그리하여 사체에서 혈액을 채취하는 것은 물론, 매장된 사체 발굴 및 해부도 이 규정에 의해 허용된다고 하겠다.

형사소송법 제141조 4항은 그러나 검시의 유형에 대해서는 규정하고 있지 않다. 그리하여 사자의 혈액에 대한 DNA지문감식이 이 조항에 의해 허용될 수 있는지 문제된다. 일부 견해는 사자에 대한 DNA지문감식이 허용되려면 형사소송법 제141조 4항만으로는 부족하고, 그 이외에 사자의 유족들의 동의가 필요하다고 본다.⁴⁹⁾ 왜냐하면 사자에 대한 DNA지문감식은 설사 그것이 유전정보가 들어 있지 않은 DNA부위에서 실행된다고 해도 생존해 있는 가까운 친족(부모, 형제, 자식)에까지 파급되어, 결국은 그들의 인격권 및 정보적 자기결정권이 침해되기 때문이라고 한다. 그러나 이러한 견해는 지나치게 신중하다는 느낌을 준다.

사자에 대한 DNA지문감식에서 침해될 수 있는 기본권은 이미 앞서 살

49) Oberlies, a.a.O.(Fn. 44), S. 469ff.

펴보았듯이, 사자의 인격권 내지 정보적 자기결정권이다. 사자는 더 이상 이러한 기본권의 주체가 될 수 없다. 이와 관련하여 사자의 유족들이 침해 받을 수 있는 기본권이란 사자에 대한 DNA지문감식에서 추론해 낼 수 있는 그들에 관한 개인정보일 것이다. 그러나 그러한 정보란 제한효소다형성 기법에 따라 최종적으로 X-Ray 사진에 나타난 띠 모양의 막대 중 절반이 사자의 부모 또는 자식에게도 나타날 수 있다는 사실뿐이다.⁵⁰⁾ 이러한 사실은 살아있는 사람에 대한 DNA지문감식에서도 나타나는 문제이며, 일반인이 이 사실을 안다고 해도 과연 어떠한 띠 모양의 막대가 구체적으로 어떻게 작용하는가에 대해 이해할 수 있을지 의문이다. 형사소송법 제141조 4항은 사체의 해부 또는 묘지의 발굴을 하는 때에는 미리 유족에게 통지하도록 규정하고 있으므로 DNA지문감식을 위해서는 이러한 사실을 미리 유족에게 통지하는 것으로 충분하고 그들의 동의는 요구되지 않는다고 생각한다. 따라서 사자에 대한 DNA지문감식은 검증으로서 신체검사영장(형사소송법 제141조 4항, 제219조) 및 수사기관의 감정위촉만으로 허용된다고 하겠다.

5) 비관련자 - 일반대중에 대한 DNA지문감식

범죄수사의 목적상 구체적인 범죄혐의가 없는 수많은 사람들을 대상으로 - 대개는 거의 남성 - 체세포를 채취할 경우가 있다. 주로 한정된 지역에서 강간피해자가 사망한 경우에 이러한 문제가 발생하는데, 아직까지 우리나라에서는 이러한 사례가 보고 되지 않고 있다. 그리하여 이하에서는 외국의 사례를 중심으로 일반대중에 대한 DNA지문감식이 지니는 문제점

50) 유전자에는 다형성을 지니는 특정한 유전자 부위(遺傳子座)가 다수 존재한다. 한 개의 유전자좌는 쌍으로 구성되어 하나는 어머니로부터 유전형질을 유전받는 자리이고, 다른 하나는 아버지로부터 받는 자리이다. 이렇게 이루어진 유전자 구성이 바로 그 사람의 유전자형이 된다. 자세한 것은 이정빈, 주2의 책, 14면.

에 대해 살펴보도록 한다.

첫 번째 사례는 이미 서론에서 언급했던, 1987년에 남부 영국에서 발생한 사건이다. 당시 채취한 5500개의 혈액시료를 대상으로 DNA지문감식이 실행되었으나 피의자의 정액과 DNA가 일치하는 대조시료는 발견되지 않았다. 그 후 얼마 있다가, 혈액채취 대상자 가운데 한 사람이 실은 친구에게 자기를 대신하여 혈액 테스트에 응해 줄 것을 부탁했던 사실이 밝혀졌다. 그리하여 그 사람에게서 새로이 시료를 채취하여 DNA지문감식을 실행한 결과, 그가 진범임이 확인되었다.

두 번째 사례는 독일 뮌스터 근교에서 발생한 연쇄 강간살해사건이다.⁵¹⁾ 동일범의 수범으로 추정되는 강간살해사건이 연쇄적으로 발생하자, 1989년 중반 경찰은 DNA지문감식을 실행하기 위하여 92명의 용의자를 선정하고 이들로부터 혈액채취를 감행하였다. 이들 중 3명은 자발적인 혈액채취를 거부하였기 때문에 경찰은 강제혈액채취규정(독일 형사소송법 제81a조)에 의거하여 강제로 혈액을 채취하였다. DNA지문감식 결과 3명 가운데 한 명에게서 양성반응이 나타났다. 이러한 사실을 기초하여 경찰은 그 자에 대하여 장기간의 끈질긴 추궁 끝에 2건에 대해 자백을 얻어내었다.

세 번째 사례는 독일 하노바 근처에서 발생한 강간살해사건이다.⁵²⁾ 1992년 1월, 하노바 근처의 헤니히젠(Hänigsen)에서 소방대가 주축이 된 축제가 열렸는데, 축제 중에 한 여인이 강간을 당해 숨진 채 발견되었다. 경찰은 축제에 참가한 138명의 남성 모두에게 혈액을 채취하여 DNA지문감식을 의뢰하였다. 분석결과 그 중 한 명의 시료가 강간피해자에게서 채취한 정액과 DNA가 일치하였다.

이상과 같은 사례에서 무엇보다도 논란이 되는 것은 경찰의 조치가 어떠한 근거에서 허용되는가에 있다. 우선 형사소송법 제141조 1항이 이에 대

51) Heitborn/Steinbild, Ein (fast) unlösbarer Sexualmord, Kriminalistik, 4/1990, S. 185ff.

52) Foldenauer, a.a.O.(Fn. 13), S. 76.

한 법적 근거로 고려될 수 있다. 이 규정을 적용하기 위해서는 이때의 용의자가 피의자이어야 한다. 피의자의 개념은 수사절차가 이미 계류 중이어야 하는 것을 의미하지는 않는다. 이때 이른바 초기혐의(Anfangsverdacht), 즉 구체적 사실에 입각한 수사상의 경험에 비추어 소추가능한 범행이 존재한다는 근거만으로 충분하다.⁵³⁾ 이에 반하여 도대체 범죄혐의가 존재하는지가 형사소송법 제141조 1항에 따른 조치를 통해서 비로소 발견되는 것이라면 그러한 조치는 허용될 수 없다.⁵⁴⁾ 일반대중에 대한 혈액채취의 경우에는 대개 개별적인 범죄혐의가 존재하기 않기 때문에 형사소송법 제141조 1항은 애당초 법적 근거에서 제외된다.

그러면 이러한 경찰의 조치가 형사소송법 제141조 2항에 의거하여 허용될 수 있는지 검토해 보자. 형사소송법 제141조 2항은 “피고인 또는 피의자가 아닌 자”를 대상으로 하므로 피해자 또는 그 밖의 관련인이 여기에 해당될 것이다. 문제는 일반대중을 여기서 말하는 그 밖의 관련인으로 볼 수 있는가 하는 점이다. 양자의 핵심적인 차이는 피해자 및 범죄행위와의 관련성이 구체적이고 특정가능한가에 달려있다.⁵⁵⁾ 물론 관련의 구체성과 특정가능성은 개별사례마다 달라질 수 있겠지만, 적어도 축제에 참여한 일반인은 우연히 범죄현장에 함께 있었다는 점을 제외하고는 피해자 또는 범죄행위와 아무런 관련이 없으므로 형사소송법 제141조 2항에서 말하는 기타 관련인으로 볼 수 없다. 설사 실체적 진실발견을 위하여 이들에 대한 수사가 불가피하다고 할지라도 적법절차의 원칙이라는 형사소송법의 대원칙을 고려한다면, 비관련자에 대한 수사는 허용되어서는 안 된다.

그 밖의 다른 법적 근거가 발견되지 않으므로 비관련자에 대한 강제채혈은 물론이고, 채취된 혈액에 대한 DNA지문감식도 법적으로 허용되지

53) Roxin, a.a.O.(Fn. 19), S. 279.

54) Löwe/Losenberg-Dahs, a.a.O.(Fn. 18), §81a, Rn. 7.

55) Foldenauer, a.a.O.(Fn. 13), S. 73, 78ff.

않는다고 할 것이다. 이에 반하여 일부분헌에서는 비관련자가 만일 경찰의 조치에 자의적으로 동의한다면 그러한 자에 대한 DNA지문감식은 허용된다는 견해⁵⁶⁾가 적지 않게 대두되고 있다. 그러나 순순히 조사에 응함으로써 자신에 대한 범죄혐의를 벗을 수 있기 때문에 누구나 자신의 이익을 위해서라도 자발적으로 경찰의 조치에 응할 것이라는 논거에 대해서는 찬성할 수 없다. 형사소송법상 강제처분에 대한 동의의 효력은 단순히 시민이 유효하게 자신의 기본권을 포기하였다는 점에서 끝나는 것이 아니다.⁵⁷⁾ 우리 형사소송법의 중요한 원칙의 하나인 무죄추정(헌법 제27조 4항)도 이와 함께 침해된다. 왜냐하면 자발적으로 동의한 자 스스로가 자신은 무죄라는 입증을 해야 하기 때문이다.⁵⁸⁾ 혈액채취를 거부한 3명에 대하여 독일 형사소송법 제81a조에 따라 즉각 강제채혈을 명하였던 뮌스터 사례에서 보여지듯이, 테스트를 거부한 자는 곧바로 DNA지문감식을 강제하기에 충분한 혐의를 받게 된다. 그리하여 개개인이 과연 자발적인 결정을 내릴 수 있는 상황에 있었는지 의문스럽다.⁵⁹⁾ 결론적으로 일반대중에 대한 DNA지문감식은 ‘사실상’ 자발적인 동의가 가능한 상황에서만 허용된다고 하겠다.

나. 신체적 침해를 수반하지 않는 채취

대조시료의 채취는 신체적 침해를 수반하지 않고도 가능하다. 가령 피의자, 피해자 및 기타 관련인의 집에서 머리카락이나 혈액이 묻은 옷가지 또는 정액이 묻은 팬츠를 수집하는 경우이다. 마찬가지로 피의자는 심문과

56) Kleinknecht/Meyer-Goßner, a.a.O.(Fn. 18), §81a, Rn. 3.

57) Koriath, a.a.O.(Fn. 31), S. 270ff.; Rademacher, Verhinderung der genetischen Inquisition, ZRP 1990, S. 380, 383.

58) Foldenauer, a.a.O.(Fn. 13), S. 80; Koriath, a.a.O.(Fn. 31), S. 270ff.

59) Rademacher, a.a.O.(Fn. 57), S. 380, 383.

정 또는 구금상태 중에 피부조직, 모근 또는 입가심할 때 생긴 구강분비액 등을 자연스럽게 남길 수가 있다. 그리하여 대조시료는 영치(형사소송법 제218조) 또는 경우에 따라서 수색영장(형사소송법 제109조, 제219조)에 의해 채취될 수 있다.

그러나 대조시료에 대한 DNA지문감식을 위해서 신체검사규정(형사소송법 제141조 1항, 2항 및 제219조)을 직접 원용할 수는 없다. 물론 이때 유추적용은 가능하다. 즉, 신체적 침해를 통한 시료채취에서 DNA지문감식이 가능하였다면 하물며 신체적 침해가 없는 채취에서는 당연히 DNA지문감식이 허용되어야 한다는 것이다. 이러한 유추적용은 그러나 자세히 살펴보면 곧 허점이 드러난다. 신체적 침해를 수반하지 않는 채취의 경우에는 피의자, 피해자 또는 기타 관련자가 대부분 자신이 남긴 시료가 수사기관에 의해 수집되고 있다는 사실을 모르는 것이 보통이다. 정보적 자기결정권의 측면에서 보면 그렇게 채취한 시료에 대한 DNA지문감식은 신체적 침해를 통해 채취된 시료의 분석보다도 더 중한 침해를 야기하게 된다.⁶⁰⁾ 피의자, 피해자 및 다른 관련자가 만일 그러한 사실을 미리 알았다면 시료에 대한 DNA지문감식에 대비하여 최소한도의 통제 및 법적 보호조치를 취할 수 있었을 것이다.⁶¹⁾

그리하여 피의자, 피해자 및 다른 관련자에 대하여 사전에 이러한 사실을 통고하지 않으면 신체적 침해를 수반하지 않는 대조시료에 대해서는 원칙적으로 DNA지문감식이 허용되지 않는다. 물론 이때에도 피의자, 피해자 또는 기타 관련인이 자신이 남긴 시료에 대한 DNA지문감식을 사후에 동의하는 것은 무방할 것이다. 신체적 침해를 수반하지 않는 대조시료에 대한 DNA지문감식을 예외적으로 허용하는 규정을 두고 있지 않은 현

60) Keller, Die Genomanalyse im Strafverfahren, NJW 1989, S. 2289, 2295; Foldenauer, a.a.O.(Fn. 13), S. 81ff.

61) Keller, a.a.O.(Fn. 60), S. 2289, 2295.

행 형사소송법에서는 신체적 침해를 수반하지 않는 대조시료에 대해서도 법관이 발부한 감정처분허가장이 있으면 DNA지문감식은 허용된다고 볼 수 있다.

3. 중간결론

범죄단서시료의 채취는 원칙적으로 압수·수색 및 신체검사의 영장(형사소송법 제106조, 제109조, 제141조 및 제219조) 또는 영치(형사소송법 제218조)에 의하여 허용된다. 그러나 발견하여 보관 중이거나 압수한 범죄단서시료라 하더라도 이에 대한 DNA지문감식을 위해서는 별도의 법적 근거가 필요하다. 명문의 규정이 없는 현행 형사소송법의 해석상, 검사의 청구로 판사가 발부한 감정처분허가장(형사소송법 제221조의 4)이 별도로 요구된다고 본다.

대조시료에 대한 DNA지문감식의 경우도 마찬가지로 명문의 법규정을 필요로 한다. 현행 형사소송법의 해석상, DNA지문감식을 위해서는 신체검사영장 이외에 감정처분허가장이 요구된다. 구체적으로 어떠한 영장이 필요한가는 대상자에 따라 달라진다.

피의자의 경우 머리털, 타액 및 혈액 대한 DNA지문감식은 신체검사영장(형사소송법 제141조 1항, 제219조) 및 감정처분허가장에 의하여 허용된다. 피해자의 경우 질분비액 및 혈액에 대한 DNA지문감식은 신체검사영장(형사소송법 제141조 2항, 제219조) 및 감정처분허가장에 의하여 허용된다. 그 밖의 관련인의 경우는 피해자 및 범행장소와 충분히 관련되어 있다는 전제하에서 신체검사영장(형사소송법 제141조 2항, 제219조) 및 감정처분허가장에 의하여 허용된다. 사자의 경우는 신체검사영장(형사소송법 제141조 4항, 제219조)에 의하여 허용된다. 일반대중에 대한 DNA지문감식은

오로지 피검사자가 자발적으로 동의하는 경우에만 가능하다. 이때에도 이러한 자의성이 ‘사실상’ 준수되었는가가 중요하다.

마지막으로 신체적 침해를 수반하지 않는 대조시료에 대한 DNA지문감식은 피의자, 피해자 및 다른 관련자에게 이러한 사실을 사전에 통고하지 않으면 원칙적으로 허용되지 않는다. 예외적으로 이를 허용하는 명문의 규정이 없는 현행 형사소송법의 해석상, 검사의 청구로 법관이 발부한 감정 처분허가장이 있으면 이에 대한 DNA지문감식은 허용될 수 있다.

IV. 새로운 법규정의 마련

1. DNA지문감식에 관한 명문규정의 필요성

지금까지 살펴본 바와 같이, 우리 형사소송법은 DNA지문감식에 관한 명문의 규정을 두지 않고 영장주의에 의하여 그 허용여부를 해결하고 있다.⁶²⁾ 물론 강제처분법정주의는 형사소송법이 예상하지 아니한 새로운 강제처분이 출현함에 따라 탄력적인 해석이 필요하지만, DNA지문감식에 대한 지금의 입법태도가 법치국가적 요청에 비추어 과연 바람직한 것인지는 의문이다. 왜냐하면 피의자(또는 피고인) 및 피의자 아닌 자에 대한 DNA지문감식은 그 허용요건을 구분해야 할뿐만 아니라, DNA지문감식은 기존의 과학수사기법과 달리 그 자체로 많은 위험요소를 내포하고 있어서 그 허용요건과 절차를 엄격히 법으로 규정할 필요가 있기 때문이다. DNA지

62) 현행 형사소송법은 법제상 강제수사에 대하여 독일식의 법정주의와 미국식의 영장주의를 병용하여 채택하고 있다. 심회기 교수에 의하면 최근에 과학적 수사기법이 속속 등장함에 따라 종래의 독일식의 강제처분법정주의는 서서히 미국식의 영장주의 속으로 포섭 또는 수렴되어 가는 추세에 있다고 한다. 이에 대해서는 심회기, 형사소송법의 쟁점, 제2판, 삼영사, 2002, 85면.

문감식은 한편으로는 첨단과학수사기법의 하나로 칭송되어 왔지만, 다른 한편으로는 기술상의 문제로 인하여 지금까지 많은 비판을 받아왔다. 그러한 우려의 목소리를 몇 가지로 집약해 보면 다음과 같다.

첫째로, 분석절차상의 과오이다. 지금까지 보고된 바에 의하면, 분석 도중에 DNA 검침시료가 잘못 사용되거나, 오염된 시료로 인하여 박테리아 또는 이물질의 DNA가 함께 검출되기도 한다.⁶³⁾ 또한 DNA절편이 화학적으로 해체되어 X-Ray상에 나타난 막대모양의 띠가 사라지는 경우도 있다. 더 나아가 막대모양의 띠가 이전되는 현상(bandshifting)이 종종 발생하는데, 아직도 그 정확한 원인은 밝혀지지 않았다고 한다.⁶⁴⁾ 이 밖에도 범인인 확률을 산출하는데 사용된 유전자형 통계⁶⁵⁾가 얼마만큼 정확한가도 논란의 소지가 있다.

둘째로, 분석결과의 재현성 여부이다. 원칙적으로 동일사건에 대하여 반복적으로 DNA지문감식을 실행하더라도 같은 결과가 나와야 하나, 실제로는 시료가 충분치 못하여 반복적으로 실행할 수 없거나 시료는 충분해도 다른 결과가 나오는 경우가 있다.⁶⁶⁾

셋째로, 남용의 위험이다. 실제로 DNA 검침시료만 바꾸어 사용하면(예컨대, 미니세텔라이트가 아니라 젠에 대하여) 얼마든지 유전정보가 포함되어 있는 DNA부위에 대한 분석(계놈분석)이 가능하다. 이에 따라 개개인의 유전적 소질 및 특성도 밝혀낼 수 있다. 이 점은 특히 수사실무자에게 매력적으로 작용한다.⁶⁷⁾

63) 이정빈, 주2의 책, 25면; 최상규, 주3의 논문, 48면.

64) Neufeld/Colman, Wissenschaft im Zeugenstand, SdW 7/1990, S. 110ff.

65) 이에 대해서는 이승환, 유전자감식의 적용례를 통한 문제점의 고찰, 법조 500, 1988/5, 233면 이하; 안대희, 주11의 논문, 52면 이하; 이정빈, 주2의 책, 33면 이하.

66) 이승환, 주2의 논문, 235면.

67) 예컨대, 개인식별이 아니라 범인을 색출할 목적으로 범죄단서시료에 대해 계놈분석을 실행한다고 가정해 보자. 분석결과 추정되는 범죄인이 특수한 유전병이나 특이한 행동양식을 지니고 있다는 사실이 밝혀지면, 수사도 그에 상응하여 특수한 약품, 병원 및 보험회사 등에 초점을 맞추어 범인의 관련성 여부를 조사하게 될 것이다. 그리하여 추

생각건대, 첫 번째 문제를 해결하기 위해서는 기본적으로 DNA지문감식을 실행할 만한 자질이 있는 전문가의 확보와 분석절차를 통제할 수 있는 제도적 장치가 필요하다고 본다.⁶⁸⁾ DNA지문감식의 대상이 되는 부정확한 요소들은 여러 종류의 제한효소, 여러 종류의 DNA 검침시료를 사용함으로써⁶⁹⁾ 어느 정도 해소될 수 있을 것이다. 더 나아가 유전자형 통계의 적정성 여부는 법원에 제출된 DNA지문감식결과와 증거능력 내지 증명력과 관련하여 논란의 소지가 될 수 있다.⁷⁰⁾ 일단 현재로서는 DNA지문감식에 사용되는 유전자 좌에 대하여 한국인을 대상으로 對立遺傳子의 종류 수와 그 분포양상을 조사하여 유용성을 검토하여야 할 것이다.⁷¹⁾

두 번째 문제의 해결을 위해서는 분석절차의 표준화가 절실하다. 이러한 표준화는 생명공학기술이 점차적으로 특허권을 획득함에 따라 어려움에 봉착할 수 있으나,⁷²⁾ 가급적이면 국내의 모든 감정기관이 표준화된 분석절차를 준수하는 것이 바람직하다. 이러한 작업에 의하여 분석결과에 대한 투명성과 신빙성이 확보될 수 있을 것이다.

세 번째 문제를 극복하기 위해서는 무엇보다도 분석의 목적을 오로지 개인 식별이나 친자확인만으로 한정시켜야 한다. 그리고 다른 목적으로 전용되지 않도록 사용가능한 DNA검침시료의 종류를 특정해 놓을 필요가 있다. 이러한 의미에서 DNA지문감식에 사용할 유전자 좌를 선정하고, 대

정되는 범죄인에 대한 유전정보는 범인색출의 결정적 단서가 될 수 있다.

68) 유전자분석의 신뢰성을 보증하기 위한 프로그램에 대해서는 유영찬/장영민, 주4의 책, 521면 이하.

69) 현재는 개인 식별을 위하여 MCT118(DaS80)과 YNZ22(D17S30) 및 apoB 등 3가지 검침시료를 사용하여 분석하고 있으나, 꾸준한 연구와 실험으로 앞으로 몇 개의 검침시료가 추가로 개발될 것으로 예상된다.

70) 이에 대해서는 심희기, DNA 감정결과와 증거능력과 증명력, 영남법학 2, 1994/9, 279면 이하; 심희기, 주6의 논문, 130면 이하.

71) 대립유전자(allele)란 사람에 따라 특정 유전자 좌에 환치될 수 있는 각 유전자를 말한다. 어떤 유전자 좌에서 대립유전자의 종류가 많고 대상 인구집단에 고르게 퍼져 있을수록 개인 식별능력은 높아진다. 이에 대해서는 이정빈, 주2의 책, 14면 이하.

72) 이러한 문제에 대해서는 김태명, 주26의 논문, 21면 이하.

립유전자의 명명도 통일하는 것이 바람직하다고 본다. 또한 공정성을 확보하기 위하여 수사기관 및 수사수행의 보조기관을 DNA지문감식 자체로부터 배제시켜야 한다. 더 나아가 개인정보의 보호를 위하여 철저적인 보호규정이 시급하다고 하겠다.

이상과 같이 살펴볼 때, DNA지문감식의 실행과정 중에 오류가 있다고 해서 그러한 기법 자체를 부정해서는 곤란하다. 다시 말해 남용의 위험과 오류가능성은 결코 과소평가해서는 안 되나, 이는 엄격한 통제와 주의환기를 통해 극복할 수 있는 문제이다. 따라서 DNA지문감식은 허용하되, 그 요건과 절차를 형사소송법에 명문으로 규정할 필요가 있다고 하겠다.

2. 새로운 법규정의 제정방향

DNA지문감식에 관한 명문규정이 신설되면 법적 투명성 및 안정성을 기할 수 있게 되며, 법치국가의 원칙에도 부합할 것이다. 새로운 법규정의 제정을 위한 중요한 사항들을 살펴보면 다음과 같다. 다만, 피의자에게서 채취한 감식용 시료와 그에 대한 감식결과가 구체적인 당해 형사소송의 목적에만 국한되어 사용되어야 하는지 아니면, 장래에 발생할 사건수사이거나 장래의 형사소송을 위해서도 사용 또는 보관될 수 있는지(이른바 DNA 데이터베이스)에 대해서는 별도의 상세한 논의가 필요하므로 여기서는 다루지 않았음을 밝혀둔다.

첫째, DNA지문감식은 오로지 혈통의 확인 또는 범행흔적시료의 신원을 확인하기 위해서만 허용된다. 따라서 유전적 소질(遺傳因子)에 대한 확인은 배제되며 또한 그 사용도 금지된다.

둘째, 피의자 이외의 자에 대한 불필요한 검사를 방지하기 위하여, 이들에게서 채취한 범행흔적시료에 대한 DNA지문감식은 피의자에게서 대조

시료가 채취된 후에야 허용된다.

셋째, DNA지문감식은 검사의 청구로 판사가 발부한 영장에 의해서만 허용된다. DNA지문감식은 단순한 증거물의 압수, 수색, 검증과는 그 성질을 달리하므로 검사에 의한 사후영장은 인정되지 않는다.

넷째, 판사의 허가영장에는 감정을 위촉받은 감정인 및 DNA지문감식을 위하여 사용하게 될 DNA 검침시료의 종류가 지정되어야 한다.

다섯째, DNA지문감식을 위촉받은 감정인과 관련 종사자는 허용되지 않은 유전공학적인 검사 및 감식용 시료와 감식결과의 무단유출 등을 배제하기 위하여 기술적 그리고 조직적 조치를 강구하여야 한다.

여섯째, 유전정보의 보호를 위하여 감식용 시료는 감정인에게 익명으로 교부되어야 한다.

일곱째, 피의자 이외의 자에게서 채취한 감식용 시료와 그에 대한 감식결과는 구체적인 당해 형사소송의 목적을 위해서만 사용될 수 있으며, 형사소송을 위하여 더 이상 필요가 없으면 지체없이 폐기되어야 한다.

여덟째, 형사소송법에 규정된 피의자 또는 피의자 이외의 자에 대한 통지의무는 DNA지문감식에 대해서도 그대로 적용된다.

3. 새로운 법조항의 제안

새로운 법규정의 방향에 입각하여 새로운 법조항(형사소송법 제141조의 2 및 3)을 제안하면 다음과 같다.

제141조의 2 【DNA지문감식】

① DNA지문감식이란 개인식별 및 혈통의 확인을 목적으로 유전정보를 포함하고 있지 않은 DNA부위 가운데 극심한 개인차를 보이는 고변이지

역을 분석하는 분자생물학적 기법을 말한다.

② 혈통을 확인하거나 범죄인을 식별할 목적으로 피의자에게서 채취한 혈액표본 또는 그 밖의 체세포는 본인의 동의없이 DNA지문감식을 위하여 검사될 수 있다. 제2항 제1문과 동일한 목적으로 피의자 이외의 자에게서 채취한 혈액표본 또는 그 밖의 체세포는 본인의 동의가 없는 한, 피의자에게서 대조시료를 채취한 후에야 DNA지문감식을 위하여 검사될 수 있다. 유전적 소질을 확인하여서는 안되며, 그 사용도 허용되지 않는다.

③ 제2항에 의해 허용된 DNA지문감식은 발견하여 보관 중이거나 압수한 범죄단서시료에 대해서도 적용된다. 제2항 제3문을 준용한다.

제141조의 3 【DNA지문감식의 절차】

① 제141조의 2의 DNA지문감식은 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 감정처분허가장에 의해서만 허용된다. 감정처분허가장에는 제173조 제2항에 기재된 사항 이외에 DNA지문감식에 사용될 DNA 검침시료의 종류가 지정되어야 한다. 제221조의 4를 준용한다.

② DNA지문감식을 위촉받은 감정인과 관련 종사자는 허용되지 않은 유전공학적 검사 및 감식용 시료와 감식결과의 무단유출 등을 배제하기 위하여 기술적 그리고 조직적 조치를 강구하여야 한다.

③ 피감식자의 이름, 주소, 생년월일을 알리지 않고 감식용 시료를 감정인에게 전달하여야 한다. 피의자 이외의 자에게서 채취한 감식용 시료와 그에 대한 감식결과는 구체적인 당해 형사소송의 목적을 위해서만 사용할 수 있으며, 형사소송을 위하여 더 이상 필요가 없으면 지체없이 폐기되어야 한다.

④ 제141조의 2의 DNA지문감식은 피감식자에 대하여 사전에 통지하지 않으면 허용되지 않는다. 단, 발견하여 보관중인 피의자 또는 추정되는 범

104 형사정책연구 제15권 제2호(통권 제58호, 2004 · 여름호)

죄혐의자의 체세포는 수사의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 때에는 사전에 통지하지 않고도 검사될 수 있다.

주제어 : DNA지문감식, 유전적 소질, 유전공학, 인권침해

참고문헌

1. 국내문헌

- 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1983
- 김연태, 정보의 자기결정권과 경찰의 정보관리, 고려법학, 제36호, 2001
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2001
- 김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구, 공법연구, 제29집 제3호, 2002
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2001
- 김태명, 생명공학의 발전에 대한 국가와 법의 대응, 가톨릭대학, 사회과학연구소, 2001/12
- 김형준, 형사절차상 혈액·뇨의 강제채취와 그 한계, 형사법연구, 1996
- 배은영, 유전자검사 및 유전정보관리, 보건복지포럼, 한국보건사회연구원, 2001/4
- 배종대/이상돈, 형사소송법, 제4판, 홍문사, 2001
- 백형구, 형사소송법강의, 박영사, 2001
- 안대회, 유전자감식의 기본원리, 법조 429, 1992/6
- 우재명, 유전자검사와 치료에 따른 윤리적 문제고찰, 신학과 사상, 제41호, 가톨릭대학, 2002/가을
- 이문호, 과학수사의 현재와 미래, 검찰 111호, 2000/12
- 이상돈, 강제채혈의 유형과 허용요건, 고시계, 2001/5
- 이승환, 유전자감식의 원리와 실제, 법조 484, 1991/1
- _____, 유전자감식의 적용례를 통한 문제점의 고찰, 법조 500, 1988/5

- 이인영, 생식적 복제와 치료적 복제에 관한 쟁점사항과 입법제안, 한국보건사회연구원, 2001/4
- 이정빈, 유전자감정의 범죄수사 적용에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994
- 이준형, 형사소송과 DNA분석, 중앙법학, 제4집, 3호, 2002/12
- 이재상, 형사소송법, 제6판, 박영사, 2002
- _____, 강제채혈과 강제채뇨, 고시계, 1998/8
- 이천현, 형사절차상의 DNA감정, 한양법학, 제6집, 1995
- 임동규, 형사소송법, 법문사, 2000
- 원혜옥, 유전자감정결과의 증거사용에 관하여, 형사정책연구, 제12권 제1호, 2001
- 유영찬/장영민, 경찰과학수사의 발전방안에 관한 연구, 치안논총, 제14집, 1998
- 손기식, 음주측정불응죄에 관한 약간의 고찰, 법조, 1995/10
- 신동운, 형사소송법 I, 법문사, 1997
- 신승환, 인간생명을 다루는 생명과학의 범위와 윤리적 쟁점, 신학과 사상, 제41호, 2002/가을호
- 신치재, AIDS에 대한 형사법적 법리와 그 대책, 형사정책, 제7호, 1995
- 심희기, 유전자감정의 증거능력과 증명력, 고시계, 1999/11
- _____, 과학적 수사방법과 그 한계, 한국형사정책연구원, 1994
- _____, DNA 감정결과의 증거능력과 증명력, 영남법학 2, 1994/9
- _____, 과학적 증거의 허용성과 신빙성, 형사법연구 12호, 1999
- _____, 형사소송법의 쟁점, 제2판, 삼영사, 2002
- 심재우, 인간의 존엄과 법질서, 고려대 법률행정논집, 제12집, 1974
- 조균석, 과학수사와 영장의 요부, 검찰 93호, 1986

- 차용석, 형사소송법, 세영사, 1987
- 최상규, DNA지문과 범죄수사, 형사정책연구, 1990
- 한영수, 음주측정을 위한 ‘동의없는 채혈’과 ‘혈액의 압수’, 형사판례연구 9, 2001
- 허 영, 한국헌법론, 2001
- 홍성방, 헌법학, 현암사, 2002
- 황적준, 유전자자료은행, 검찰 111호, 2002/12

2. 외국문헌

- 少林充, 採尿に 必要な令狀, 令狀基本問題(新版), 一粒社, 1986
- Dix, Alexander, Das genetische Personenkenneichen, DuD 1989
- Foldenauer, Genanalyse im Strafverfahren, Humbolt · Berlin, 1995
- Gössel, Karl-Heinz, Gentechnische Untersuchungen als Gegenstand der Beweisführung, in: Gedächtnisschrift für Meyer Karl-Heinz, 1990
- Heitborn, Harry/Steinbild, Frank, Ein (fast) unlösbarer Sexualmord, Kriminalistik, 4/1990
- Keller, Rainer, Die Genomanalyse im Strafverfahren, NJW 1989
- Kleinknecht, Theodor/Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozeßordnung, 41. Aufl., München 1993
- Koriath, Heinz, Ist das DNA-Fingerprinting ein legitimes Beweismittel?, JA 1993
- Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Erster Band, 24. Aufl., Berlin 1988

Lühns, Wolfgang, Genomanalyse im Strafverfahren, MDR 1992

Neufeld, Peter J./Colman, Neville, Wissenschaft im Zeugenstand, SdW
7/1990

Oberlies, Dagmar, Genetischer Fingerabdruck und Opferrechte, StV
1990

Rademacher, Christie, Verhinderung der genetischen Inquisition, ZRP
1990

Roxin, Klaus, Strafverfahrensrecht, 23. Aufl., München 1993

Simon, J., Genomanalyse - Anwendungsmöglichkeiten und rechtlicher
Regelungsbedarf, MDR 1991

Sternberg-Lieben, Detlev, “Genetischer Fingerabdruck” und §81a StPO,
NJW 1987

Wagner, Ute, Das “genetische Fingerabdruckverfahren” als Hilfsmittel
bei der Verbrechensbekämpfung, 1993

Zulässigkeit und Reichweite der Erstellung des DNA-Fingerabdrucks im Strafverfahren

Cho, Sung-Yong*

Das sogenannte genetische Fingerabdruckverfahren, das als Mittel der Täteridentifikation inzwischen schon fast zur polizeilichen Routinearbeit gezählt wird, ist sicherlich die bekanntest genetische Untersuchungsart. Dieses Verfahren bietet erstmals in der Geschichte der Untersuchung von Spurenmaterial die Möglichkeit der individuellen Zuordnung einer entsprechenden Spur zu dem Spurleger bzw. des sicheren Ausschluss einer fälschlich als Spurenleger angenommen Person. Um eine Tatortspur einem Täter zuordnen zu können, muß Vergleichsmaterial hinzugezogen werden. Dazu werden der betreffenden Person, zumeist dem Tatverdächtigen, Körperzellen entnommen, die anschließend auf DNA-Ebene untersucht werden. Unklar bleibt dabei, ob und wenn ja, auf welcher Rechtsgrundlage basierend, eine solche Vergleichsanalyse vorgenommen werden darf.

Das als Mittel der Strafverfolgung eingesetzte genetische Fingerabdruckverfahren ist nach Meinung des Verfassers eine neue Technik, die wegen der mit ihr verbundenen weitreichenden Ausforschungsmöglichkeiten durch die in der StPO vorhandenen Eingriffsgrundlagen (§§ 106, 109, 141 in Verbindung mit § 219 StPO) nicht gedeckt ist. So greift die Erstellung des DNA-Fingerabdrucks in

* Professor, Department of Law, Dankook University, Ph.D. in Law

die das Recht auf körperliche Unversehrtheit weitgehenden Rechte, insbesondere Grundrechte des Betroffenen ein. Sie gefährdet zwar die Menschenwürde und greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein, kann aber gesetzlich begründet werden.

Um Mißbräuchen, Nachlässigkeiten und sonstigem fehlerhaften Umgang mit der noch jungen Technik entgegenzuwirken, sollten flankierenden Regelungen der vorgeschlagenen Art geschaffen werden. Die wesentlichen Punkte sind:

- Die Erstellung des DNA-Fingerabdrucks darf nur zur Feststellung der Abstammung oder zur Feststellung der Herkunft des Spurenmaterials von den Betroffenen durchgeführt werden. Feststellungen über genetische Anlagen sind damit ausgeschlossen und selbstverständlich unverwertbar.

- Um unnötige oder verfrühte Analysen bei anderen Personen als Beschuldigter zu vermeiden, ist die Erstellung des DNA-Fingerabdrucks erst zulässig, wenn auch Vergleichsmaterial eines Tatverdächtigen zur Verfügung steht.

- Die Erstellung des DNA-Fingerabdrucks darf nur durch den Richter angeordnet werden. Die Notwendigkeit einer Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft besteht hierfür nicht.

- In der schriftlichen Anordnung sind der mit der Untersuchung zu beauftragende Sachverständige und das Verzeichnis der ausschließlich einzusetzenden DNA-Sonden zu bestimmen.

- Der mit der Untersuchung zu beauftragende Sachverständige hat

durch technische und organisatorische Maßnahmen zu gewährleisten, daß unzulässige genanalytische Untersuchungen oder die unbefugte Kenntnissnahme Dritter sowie die Weitergabe von Spurenmaterial und Testergebnissen ausgeschlossen sind.

- Den Sachverständigen ist das Untersuchungsmaterial anonymisiert zu übergeben.

- Von anderen Personen als Beschuldigten entnommene oder stammende Körperzellen und alle im Zusammenhang mit der Erstellung des DNA-Fingerabdrucks angefallenen Materialien, Unterlagen und Ergebnisse dürfen nur für Zwecke des anhängigen Strafverfahrens verwendet werden; sie sind verzüglich zu vernichten, sobald sie für das Strafverfahren nicht mehr erforderlich sind.

- Die in der StPO vorgesehene Benachrichtigungspflicht gegenüber dem Beschuldigten oder anderen von der Maßnahme betroffenen Personen wird ausdrücklich auf die Erstellung des DNA-Fingerabdrucks erstreckt.

Keywords: DNA-Fingerabdruck, Mißbräuch der DNA-Daten,
Benachrichtigungspflicht

신용위험 공유자에 대한 대출과 배임죄

오 영 근

이 논문은 2001년도 한양대학교 교내연구비에 의한 것임.

형사정책연구 제15권 제1호(통권 제57호, 2004 · 봄호)

한국형사정책연구원

신용위험 공유자에 대한 대출과 배임죄*

오 영 근**

I. 서 론

기업이 도산하거나 사업에 실패하여 손해를 입은 경우 기업경영자의 형사책임 문제가 발생할 수 있다. 경영자의 형사책임에서 가장 대표적으로 문제되는 범죄는 업무상횡령죄 및 업무상배임죄이다. 경영자는 기업의 사무를 처리하거나 재물을 보관하는 자로서 배임죄나 횡령죄의 주체가 될 수 있기 때문이다.

횡령죄와 배임죄 중에서는 횡령죄의 성립여부의 판단이 보다 용이하다고 할 수 있다. 회사의 자금이나 재물 등을 용도 이외에 사용하거나 개인적으로 착복하였는가는 비교적 어렵지 않게 확인될 수 있기 때문이다. 이에 비해 배임죄의 성립여부를 결정하는 데에는 좀더 복잡한 문제가 있다. 임무에 위배되는 행위라는 개념이 늘 분명한 것은 아니기 때문이다. 판례는 배임죄에서 '임무에 위배하는 행위'라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대하는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체

* 이 논문은 2001년도 한양대학교 교내연구비에 의한 것임.

** 한양대학교 법학과 교수, 법학박사

의 행위를 말한다고 한다.¹⁾ 또한 재산상의 이익이 적극적 이익뿐만 아니라 채무를 면하는 것과 같이 소극적 이익을 포함하듯이, 재산상의 손해도 적극적 손해뿐만 아니라 확보할 수 있는 이익을 확보하지 못한 소극적 손해도 포함할 수 있다.²⁾

기업의 사업 활동에서는 언제나 이익창출과 손해발생이 예상되기 마련이다. 예를 들어 어떤 사업에 착수할 수 있는 기회가 있고 그 사업에서 이익발생가능성과 손해발생가능성이 각각 50%인 경우, 경영자가 사업에 착수하거나 하지 않는 것이 배임행위인지 문제될 수 있다. 사업에 착수하였으나 손해가 발생한 경우 경영자에게는 손해발생에 대한 인식과 인용이 있다고 할 수 있으므로, 사업에 착수한 행위가 배임행위가 될 가능성이 있다. 뿐만 아니라 사업에 착수하지 않은 경우에도 - 다른 기업이 그 사업에 참여하여 이익을 얻었다고 가정할 경우 - 신의칙상 해야 할 행위를 하지 않은 것으로서 배임행위가 될 가능성이 있다. 이렇게 되면 결국 경영진은 일정한 상황에서는 필연적으로 배임죄를 범할 운명에 처하게 되고, 이러한 현상은 거래가 모험적일수록 더욱 심화된다.

그러나 경영자의 정책결정상의 책임과 배임죄처벌을 통한 형사책임은 엄격하게 구별되어야 한다. 경영에 실패하여 손해가 발생하였지만 경영자에게 윤리적 또는 정책결정상의 책임만을 묻거나 민사책임만을 물어야 하는 경우에도, 경영실패로 손해를 보게 된 이해당사자들은 물론 제3자들도 경영진에게 형사책임까지 묻고 싶어 하는 경향을 보이기 때문이다. 기업이 망했는데도 호의호식하는 악질적인 기업가들이 적지 않은 우리 사회에서는 이러한 경향이 더 많이 나타날 수 있다. 그러나 그 때 그 때의 불확실

1) 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도5679 판결; 대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결; 대법원 2002. 6. 28. 선고 2000도3716 판결; 대법원 2000. 12. 8. 선고 99도3338 판결 등.
2) 여기에 판례는 재산상의 손해란 현실적인 손해뿐만 아니라 손해발생의 위험성을 포함한다고 넓게 해석하고 있다(대법원 2003. 10. 30. 선고 2003도4382 판결; 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도5679 판결; 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결 등).

한 시장상황에서 그 당시로서는 합리적이라고 생각되는 경영선택을 하였음에도 불구하고 기업에 손해가 발생하였다는 사후적 결과만으로 경영진에게 배임죄의 책임을 묻는 것은 형법의 보충성원칙에 맞지 않는다.³⁾

하지만 어떤 경우에 실패한 경영자에게 배임죄의 책임을 물어야 할지에 대한 명백한 기준을 제공해주는 학설이나 판례들이 현재에는 그리 많지 않다. 오히려 배임행위 여부나 배임죄의 이득액을 산정함에 있어서 윤리적 사고에 기울어진 것으로 보여지는 판례들도 종종 있는 것 같다.

이 글에서는 구상호신용금고법상의 상호신용금고 임직원의 부당대출의 경우 배임죄 인정여부와 이들에게 배임죄를 인정할 경우의 이득액 산정에 관해 좀더 명백한 기준을 제시해보려고 한다. 상호신용금고는 초지역적 지점망을 갖지 않은 상태에서 영업을 하며, 물적 담보를 제공할 여력이 없거나 부족한 서민과 중소기업에 대한 자금조달에 이바지하던 금융기관이다(구상호신용금고법 제1조, 제11조 제5항; 상호저축은행법시행령 제8조의2). 이 때문에 상호금고의 대출행위는 시중은행 등에 비해 손해발생의 위험성이 높지만 한편으로는 시중은행보다 높은 이자를 받아 이익발생의 가능성이 높아 좀더 모험적 거래로서의 성격을 띠게 된다. 따라서 상호신용금고 사안은 배임행위의 한계와 배임죄 성립시 이득액이나 손해액을 좀더 세밀하게 다룰 수 있는 기회를 제공할 수 있다고 생각되기 때문이다.

3) 이와 같이 윤리적으로 비난가능성이 있다고 판단되면 거기에 형법이론을 덧씌워 형사 처벌을 하는 경향에 대해 이상돈 교수는 “경영형법의 위험한 흐름”이라고 규정하고 업무상 배임죄를 비윤리적 경영행위를 처벌하는 포괄구성요건으로 리모델링하는 작업을 중지하여야 한다고 주장한다. 이상돈, “경영실패와 경영진의 형사책임”, 법조, 2003년 5월호, 61면, 88면, 94-96면 등.

II. 구상호신용금고법 제12조의 동일인에 대한 대출

1. 구상호신용금고법 제12조 위반 여부의 검토이유

상호신용금고의 대출행위가 배임행위가 되는지를 결정하는 데에는 여러 가지 기준이 있지만, 대출행위가 법규나 내규에 위반했는지의 여부가 가장 우선적인 기준이 될 것이다. 구상호신용금고법(이하 ‘신용금고법’이라 한다) 제12조는 “상호신용금고는 동일인에 대해서 자기자본의 100분의 20의 범위 내에서 대통령령이 정하는 비율을 초과하여 대출할 수 없다”, 동법 제39조 제1항은 “상호신용금고의 발기인·임원·관리인·청산인·지배인 기타 상호신용금고의 영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인으로서 그 업무에 위배한 행위로 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 상호신용금고에 손해를 가한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역 또는 1천만원 이상 1억원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있었다.

여기에서 예를 들어, 상호신용금고가 甲법인에게 대출을 해준 후, 동법인의 대표이사 A 개인에게 다시 대출을 해주고 A가 이를 甲법인의 사업자금으로 사용하거나, 甲법인의 계열사인 乙법인에게 대출을 해준 경우 동법상의 동일인에 대한 대출로서 배임행위에 해당되는가가 문제될 수 있다.

2. ‘동일인에 대한 대출’의 문자적 의미

‘동일인에 대한 대출’이라는 개념이 배임행위 성립의 전제가 되므로 그 해석은 형법해석의 원칙에 따라야 한다. 따라서 ‘동일인에 대한 대출’이라는 말의 일상적 의미를 먼저 찾고, 여기에서 언어의 가능한 의미

(mögliches Wortsinn)까지 확장 해석할 것인가 아니면 일상적 의미 보다 축소 해석할 것인가를 결정해야 한다. 문리해석, 확장해석, 축소해석 중 어느 것을 택하느냐는 해석의 합리성 내지 타당성의 문제이다. 그러나 아무리 합리성과 타당성이 있다 하더라도 피고인에게 불리한 경우 언어의 가능한 의미를 넘어서는 유추해석은 허용되지 않는다. 동일인에 대한 대출이라는 개념도 피고인에게 불리한 개념이기 때문에 이러한 해석의 한계를 지닐 수밖에 없게 된다.

‘동일인에 대한 대출’의 문자적 의미는 동일한 금융기관이 동일한 자연인 또는 법인에 대해 여러 차례에 걸쳐 대출하는 것이다. 예컨대 어느 금융기관이 A와 그의 부인 B에게 대출을 해주고 A, B의 대출금을 모두 A가 사업자금으로 사용한 경우나 甲법인의 대표이사인 A가 대표이사 자격으로 대출을 받은 후 다시 개인의 자격으로 대출을 받아 이를 모두 甲법인의 사업자금으로 사용한 경우라도 가장 엄격하게 말한다면 이를 ‘동일인에 대한 대출’이라고 할 수는 없다.

피고인에게 불리한 규정을 해석할 경우에는 이와 같이 형식적 확실성을 갖는 해석에서 그치고, 부족한 부분은 입법으로 해결하는 것이 죄형법정주의 정신에 충실하다고 할 수 있다. 판례는 실질적으로 동일한 인격이라고 할 수 있는 1인회사와 관련된 업무상횡령죄에 대해 “주식회사의 주식이 사실상 1인의 주주에 귀속하는 1인회사의 경우에도 회사와 주주는 별개의 인격체로서 1인회사의 재산이 곧바로 그 1인 주주의 소유라고 볼 수 없으므로, 그 회사 소유의 금원을 업무상 보관 중 임의로 소비하면 횡령죄를 구성하는 것이다”라고 하여 실질적 기준 보다는 형식적 기준을 중시하고 있다⁴⁾. 그렇다면 배임죄에서도 이와 같은 형식적 기준을 중요시하는 것이 논리일관된 것일 것이다.

4) 대법원 1999. 7. 9. 선고 99도1040 판결; 대법원 1996. 8. 23. 선고 96도1525 판결; 대법원 1995. 3. 14. 선고 95도59 판결 등.

그러나 이렇게 엄격한 해석에 따른 결론이 매우 부당할 때(예를 들어 실질적으로는 한 사람이 대출을 받으면서 외견상으로는 여러 사람이 대출을 받는 형식을 취하는 경우를 규율할 수 없는 경우) 확장해석도 허용될 수는 있을 것이다. 다만, 이러한 확장해석은 ‘동일인에 대한 대출’이라는 언어의 가능한 의미까지만 허용된다.

먼저 동일인에 대한 대출에 관한 판례의 입장을 살펴보고 판례의 타당성을 검토한 후 논의를 진행하기로 한다.

3. 동일인대출에 관한 판례

가. 판례의 소개

1) 대판 2001. 11. 13. 선고 2001도3531 판결⁵⁾

실질적인 차용인이 장모, 처의 명의를 빌려 대출하였고, 이 사실을 피고인도 알고 있었던 사건이다. 대법원은 “대출인 명의를 다른 조합원들 명의로 함으로써 각각의 대출명의인을 기준으로 한 대출금은 동일인에 대한 대출한도를 초과하지 않는다고 하더라도, 대출금이 실질적으로 귀속되는 자를 기준으로 할 경우 대출한도를 초과하는 이상 그 대출행위는 구신용협동조합법(1998. 1. 13. 법률 제5506호로 전문 개정되기 전의 것) 제32조나 개정된 신용협동조합법(1998. 1. 13. 법률 제5506호로 전문 개정되고 2000. 1. 28. 법률 제6204호로 개정되기 전의 것) 제42조에 위배된다”고 한다.

5) 이 판례는 상호신용금고법이 아닌 신용협동조합법 위반사건에 관한 것이다. 사건에 대한 구체적 사실관계는 대전고법 2001. 6. 22. 선고 2001노133 판결 참조.

2) 대판 1987. 7. 21. 선고 87도546 판결⁶⁾

중앙상호신용금고 대표이사인 피고인이 별다른 담보를 취득함이 없이 변제자력이 불충분한 공소 외 甲과 乙에게 수차례 대출을 해준 사건이다.

대법원은 피고인의 공소 외 甲에 대한 수건의 대출과 공소 외 乙주식회사에 대한 수건의 대출은 각각 배임죄의 포괄일죄이고, 甲에 대한 배임죄와 乙에 대한 배임죄는 실체적 경합범관계에 있다고 한다.

나. 판례에 대한 평가 및 해석

1) 판례에 대한 평가

위의 두 판결을 통해보면, 판례는 동일인에 대한 대출이란 ‘자기명의로 수개의 대출을 받은 자’에 대한 대출 및 각각의 대출명의인은 다르더라도 ‘대출금의 실질적 귀속자’가 같은 경우의 대출이라고 보고 있는 것 같다. 즉, 판례는 동일인을 형식적으로만 파악하여 대출명의자에 한정하지 않고, 실질적으로 파악하여 대출명의는 없더라도 대출금의 실질적 귀속자까지 확장시키고 있다.

이러한 해석이 형법해석으로서 바람직하다고 할 수는 없다. 1998. 1. 13. 개정된 신용협동조합법 제42조 제2문은 “본인의 계산으로 다른 사람의 명의로 하여 행하는 대출 등은 이를 그 본인의 대출 등으로 본다”고 규정하고 있다. 이는 ‘본인명의로 대출’과 ‘본인계산에 의한 타인명의로 대출’은 다르다는 것을 전제로 한 것이라고도 할 수 있기 때문이다. 그러나 위와 같은 판례의 해석이 ‘동일인에 대한 대출’이라는 말의 가능한 의미를 넘어서는 것이라고 까지 할 수는 없을 것 같다.

6) 구체적인 사실관계는 원심인 대구고법 1987. 2. 4. 선고 86노733, 86노133 판결 참조.

한편 판례가 말하는 ‘대출금의 실질적 귀속자’라는 개념 역시 해석을 요한다. 따라서 문제는 ‘대출금의 실질적 귀속자’를 어떻게 해석하는 가로 옮겨가게 된다. 생각건대, 판례가 말하는 ‘대출금의 실질적 귀속자’도 확장된 개념이기 때문에 이 개념은 더욱 엄격하게 해석해야 할 것이다. 이런 의미에서 판례가 말하는 ‘대출금의 실질적 귀속자’란 ‘내부적으로 자신은 채무를 부담하지 않을 의사를 가지고 단순히 명의만을 빌려준 자를 통해 대출을 받는 자’를 의미하는 것이라고 해야 할 것이다.

2) ‘대출금의 실질적 귀속자’와 ‘대출에 의한 이익을 받는 자’의 구별

판례는 상호신용금고법, 신용협동조합법 소정의 ‘동일인’ 대출한도에서의 동일인을 모두 ‘대출금의 실질적 귀속자’라고 보고 있다. 그러나 판례는 대출금의 실질적 귀속자와 ‘대출금을 통해 이익을 얻은 자’를 구별하고 있다. 즉, 판례에 의하면 다음과 같은 요건이 갖추어진 경우에만 ‘대출금의 실질적 귀속자’에 대한 대출로서 ‘동일인에 대한 대출’이 인정될 수 있을 것이다.

첫째, 실제로 동일인이 대출을 받았거나,⁷⁾ 실제 대출금을 사용할 자가 그의 친인척명의를 빌려 대출을 받았거나,⁸⁾ 동일인 소유의 부동산을 담보로 수인이 대출을 받아야 한다.⁹⁾

둘째, 대출명의자와 대출금의 실질적 귀속자 내부적으로는 대출명의자가 채무를 부담하지 않고 단순히 명의만을 빌려준다는 점에 명시적, 묵시적 합의가 있어야 한다.

셋째, 대출당시 대출자가 위와 같은 사실을 알고 있어야 한다.

7) 대법원 1987. 7. 21. 선고 87도546 판결.

8) 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001도3531 판결; 대법원 2001. 6. 26. 선고 2000도1148 판결.

9) 대법원 2001. 6. 26. 선고 2000도1148 판결; 대법원 1984. 7. 24. 선고 83도3196 판결.

이상을 종합하면, 판례는 경제적으로 보아 동일인에게 그 이익이 돌아가더라도 실질적으로 다른 사람이 대출을 받은 경우에는 동일인에 대한 대출을 인정하지 않고 있다고 할 수 있다.

3) 동일인과 ‘신용위험을 공유하는 자’의 구별

현재 금융관련법에서 ‘동일인과 동일차주(同一借主)라는 용어가 사용되고 있고, 후자는 일반적으로 ‘신용위험을 공유하는 자’로 정의되고 있다. 예를 들어 1999년 2월 5일 개정된 은행법 제35조 제1항과 제3항은 각각 “금융기관은 동일한 개인 또는 법인 및 그와 대통령령이 정하는 신용위험을 공유하는 자(이하 ‘동일차주’라 한다)¹⁰⁾에 대하여 당해 금융기관의 자기자본의 100분의 25를 초과하는 신용공여를 할 수 없다”, “금융기관은 동일한 개인이나 법인 각각에 대하여 당해 금융기관의 자기자본의 100분의 20을 초과하는 신용공여를 할 수 없다”고 규정하고 있다.

여기에서 동일차주에 대한 대출이 동일인에 대한 대출이 될 것인가가 문제될 수 있다. 그러나 금융관련법에서 동일인과 동일차주는 결코 같은 의미로 사용되지 않는다. 상호저축은행법 제12조 제1항과 제2항도 은행법과 유사한 규정을 두고 있고, 신용협동조합법 제42조는 동일인에 대한 대출을 의제하는 규정을 두고 있기 때문이다.

따라서 ‘동일인에 대한 대출’이란 ‘본인의 계산으로 타인의 명의로 의하여 행하는 대출’을 포함한 본인의 대출만을 말하는 것이고,¹¹⁾ ‘신용위험을

10) 한편 은행법상의 “신용위험을 공유하는 자”란 독점규제및공정거래에관한법률 제2조 제2호의 규정에 의한 기업집단에 속하는 회사를 말한다(同法 시행령 제20조의2). 同法の 취지에서 보면 공정거래위원회가 관리·감독하는 대규모기업집단에 대한 여신을 규제하기 위한 것이 은행법 제35조의 입법취지라고 볼 것이다.

11) 1998년 개정되어 同年 4월 1일부터 시행된 상호신용금고법 제12조의 “동일인”의 개념은 同法 제2조 제5호에서 위와 같이 개념정의하고 있고, 상호저축은행법 제2조 제5호도 동일하게 개념정의하고 있다.

공유하는 자에 대한 대출'은 동일인에 대한 대출이 아니라 '동일차주에 대한 대출'에 포함된다고 해야 할 것이다.¹²⁾

다. 판례의 구체적 적용례

이상을 종합하면, 판례에서 말하는 '대출금의 실질적 귀속자'란 객관적으로 볼 때 대출명의자가 실차주의 부탁으로 내부적으로 자신은 채무를 부담하지 않을 의사를 가지고 단순히 명의만을 빌려준 자일 때여야 할 것이고, 주관적으로는 대출자가 실제의 대출자로부터 부탁을 받고 이런 사실을 안 경우에 한정하여야 할 것이다. 신용위험을 공유하는 자에 대한 대출을 동일인에 대한 대출로 보는 것은 현행 금융관련법에 해석에 반할 뿐 아니라 명백한 법률적 근거없이 피고인에게 불리한 유추해석을 하는 것으로서 죄형법정주의에 위반될 것이다.¹³⁾

다음 사례들에서 '대출금의 실질적 귀속자'에 대한 대출로서 동일인에 대한 대출이라고 할 수 있는가 문제될 수 있는데, 이를 판례의 입장에 따라 해결하면 다음과 같다.

1) 甲회사에 물품을 납부한 A가 대금채권을 담보하기 위해 甲회사 발행의 어음을 교부받고 그 어음을 상호신용금고에서 할인하여 대출받은 경우 A만 이익을 받는 것이 아니라 甲회사도 대금채무지급기한이 연기되는 경제적 이익을 누리게 된다. 이 때 상호신용금고가 A에게 어음할인대출을

12) 그러나 아직 대통령령에서는 "동일차주"의 범위에 대해 규정하고 있지 않다. 서민과 소규모기업을 주된 대출대상으로 삼는 상호저축은행의 특성상 그 범위를 확정하는 것이 결코 쉬운 일은 아닐 것이다.

13) 만약 신용위험공유자에 대한 대출을 동일인에 대한 대출로 판단하여 금융기관의 대출 담당직원을 배임죄로 처벌한다면, 사법상으로는 금융기관이 대출명의인과 행한 대출계약이 통정허위표시 또는 비진의 의사표시에 해당되어 무효가 될 위험성이 높아지게 될 것이다. 이는 오히려 대출의 종국적인 책임을 부담하여야 할 대출명의자의 도덕적 해이를 조장하는 결과가 될 것이다.

해준 것을 甲에 대한 대출로 볼 수 있는가가 문제될 수 있다.

이를 부정하는 것이 옳다고 생각된다. 긍정설은 우선 형법해석의 엄격성원칙에 반하는 문제점을 안고 있다. A에 대한 어음할인대출을 甲회사에 대한 대출로 보는 것은 예외적인 것이고 이러한 예외를 인정하기 위해서는 명문의 규정이 있어야 한다. 명문의 규정이 없음에도 불구하고 이를 긍정하는 것은 피고인에게 불리한 유추해석으로서 죄형법정주의에 반한다고 할 수 있다.¹⁴⁾

긍정설은 상호신용금고를 인정하는 제도의 취지에도 반한다. 상호신용금고는 서민과 소규모기업에 대한 대출을 목적으로 설립된 금융기관이고 적금대출과 어음할인대출을 주 대출업무로 하고, 대출대상이 법적으로 제한되어 있다.¹⁵⁾ 또한 지점설치 등의 영업망확충도 극히 제한적으로만 허용되므로 지방 소재 상호신용금고의 경우 그 지방의 소규모기업의 경제활동이 활발하지 않은 경우 현실적으로도 대출영업업무의 대상이 많지 않게 된다. 이러한 이유로 상호신용금고는 물적 담보가 충분하지 않은 서민이나 소기업에게 일정 한도에서는 신용대출을 하는 것이 불가피하기 때문이다.¹⁶⁾

따라서 A에 대한 어음할인대출이 甲에게 경제적 이익을 준다는 점을 알고 A에 대해 어음할인대출을 해주었다 하더라도 이를 甲에 대한 대출

14) 1998년 1월 13일 개정된 구상호신용금고법 제2조에 의한 개념정의가 있기 전까지는 상호신용금고법이나 동시행령에 '동일인'에 대한 개념정의가 없었을 뿐 아니라, 동법시행령 및 시행규칙에도 '동일인'의 범위에 관한 규정은 없었고, 동법시행령 제8조에서 동일인에 대한 대출에 있어서 자기자본 대 대출금액의 비율 및 전체 대출금액의 제한 등만 두고 있었다. 이후 개정된 동법시행령에서도 마찬가지이다.

15) 1995년 1월 5일 개정된 구 상호신용금고법 제11조 제5항은 서민과 소규모기업의 금융편의를 도모하여야 의무를 상호신용금고에 부과하고 있고, 2000년 6월 27일 개정된 상호저축은행법시행령 제8조의2에 따르면 이를 보다 구체화하여 영업구역내의 개인 및 소규모기업에 대한 대출을 전체 대출의 100분의 50을 유지하도록 하고 있다.

16) 1996. 7. 1.부터 동일인의 범위를 구체적으로 규정하고 있던 상호신용금고업무운용준칙(재경부령) 제4조 제4, 5항이 폐지되었다. 이는 친인척 내지 종업원, 동일계열 기업 등이 동일인대출의 판정기준이 아니라 실제 자금의 사용자가 판정기준이 되었다는 것을 의미한다.

이 될 수 있다고 해서는 안 될 것이다.

2) A와 B, C, D 등은 동일지역에서 각각 별개의 사업체를 경영하지만 서로 친인척관계에 있으므로 상호협조하면서 사업을 운영하고 있었다. A에 대해 대출해준 상호신용금고가 B, C가 운영하는 乙, 丙법인에 대출해준 경우 A에게도 경제적 이익이 생길 수가 있다. 이러한 경우 乙, 丙 법인에 대한 대출을 A에 대한 대출로서의 의미를 가지므로 동일인에 대한 대출이 될 수 있는가가 문제될 수 있다. 이에 대해서는 위 1)에서와 같은 이유로 동일인에 대한 대출임을 부정해야 할 것이다.

3) 乙법인의 주주인 B가 회사의 규모를 확장하거나 사업에 필요한 자금을 조달할 목적으로 甲상호신용금고로부터 개인자격으로 금전을 차용한 것도 동일인인 乙에 대한 대출인지 문제될 수 있다.

이 경우에도 비록 B가 자신이 주주로 있는 사업체 乙에 증액출자하거나 자금조달을 목적으로 대출을 받았다 하더라도, 그 대출채무를 자신이 부담할 의사로 대출받는 것이므로 乙법인에 대한 대출이라고 볼 수 없다. 乙 법인의 법인격이 형해화 되어 있지 않은 한 주식회사를 그 주주와 별개의 법인격으로 인정하는 우리 법의 근간을 침해하는 것이고, 1인회사 대표이사의 업무상횡령을 인정하는 앞의 판례들¹⁷⁾과 논리적 일관성을 결여하기 때문이다.

4. 소 결

구상호신용금고법 제12조의 동일인에 대한 대출이란 본인명의로의 대출과 ‘본인의 계산에 의한 타인명의로의 대출’ 두 가지를 포함하고 있다. 본인의

17) 각주 4)의 대법원 1999. 7. 9. 선고 99도1040 판결 등.

계산으로 한 타인명의의 대출이란 간접대리에 의한 대출을 의미하고, 예컨대 본인에 대해 대출금액 상당액을 출연하여야 할 법적 의무를 부담하지 않는 자가 상호신용금고와 대출계약을 체결한 후 상호신용금고로부터 대출금을 수령한 후(이는 대출통장에 입금할 형태를 취할 것이다), 그 통장 또는 통장으로부터 출금한 것을 그대로 본인에게 건네는 경우를 의미한다.

그러나 ① 본인에게 경제적 이익을 귀속시킬 법적 의무를 부담하는 자가 그 의무의 이행을 위해 대출계약을 체결하고, 그 대출금을 본인에게 지불하여 그 의무를 이행하는 경우는 ‘본인의 계산에 의한 타인명의의 대출’에 포함될 수 없음은 자명하다. 여기에서는 대출명의자가 채무를 면하게 되는 경제적 이익을 향유하기 때문이다. ② 본인에 대해 채권을 가지고 있는 자가 본인이 발행한 어음을 할인 대출받은 경우에도 ‘본인의 계산에 의한 타인명의의 대출’일 수 없는 것이다. 이 경우 어음발행인이 어음할인대출 명의자를 대신하여 대출이자를 변제하였다고 하더라도 그 대출이 ‘본인의 계산에 의한 타인명의의 대출’일 수 없는 것은 자명한 일이다. 어음발행인은 대출명의자에 대한 채무이행의 방법으로 상호신용금고에 변제한 것이기 때문이다. ③ 법률상 또는 사실상의 이유로 상호간에 협력관계가 있는 자(甲)가 자기명의로 대출한 후, 이를 乙에게 지원하고, 자신(甲)이 그 대출채무를 부담하고 乙의 사정이 나아지면 자신에게 돌려 줄 것이라고 기대하는 경우에도 甲과 乙은 동일인일 수 없으며, 甲의 대출을 ‘본인의 계산에 의한 타인명의의 대출’이라고 볼 수 없다. ④ 주식회사의 대주주 또는 임원이 사업자금을 조달할 목적이거나 증자를 할 목적으로 대출받아 그 대출금을 주식회사에 건넨 경우에도, 그 주식회사가 형해화 되어 법인격을 부인할 정도가 아닌 한 ‘본인의 계산에 의한 타인명의의 대출’이라고 할 수 없다고 해야 한다.

나아가 ‘동일인에 대한 대출’을 이유로 배임죄가 성립하기 위해서는 대

출자가 ‘본인의 계산에 의한 타인명의의 대출’, 즉 간접대리에 의한 대출임을 알면서도 대출해 줄 경우에만 성립될 수 있다고 해야 한다.¹⁸⁾ 그렇지 않는 한 상호신용금고의 임직원을 처벌하기 위해 대출명의자의 책임을 면제해주는 결과가 될 것이고, 그것은 대출명의자의 도덕적 해이를 조장할 것이기 때문이다. 이로 인해 생기는 해악은 ‘동일인에 대한 대출’로 생기는 해악 보다 더 큰 해악일 수 있다.

III. 특경법 제3조의 이득액산정

1. 이득액산정의 중요성

부당대출의 경우 임직원의 업무상배임죄가 성립하기 위해서는 금융기관에 손해가 발생하였다는 것만으로는 부족하고, 임직원이 스스로 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득하도록 하여야 한다. 한편 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(이하 ‘특경법’이라 한다) 제3조는 금융기관 임직원의 업무상배임죄에 의해 취득한 이득액이 5억원 이상인 경우와 50억원 이상인 경우를 나누어 각각 가중처벌하고 있다.

따라서 신용금고법 제12조의 동일인에 대한 대출에 해당되어 대출자가 업무상배임죄의 죄책을 진다고 할 경우 이득액을 어떻게 산정하는가에 따라 피고인이 특경법 제3조 제1항 제1호 또는 제2호에 의해 처벌될지 아니

18) 특히 본인의 부탁에 의해 동일인에 대한 대출이 있었지만, 이 사실을 금융기관에서 몰랐던 경우에도 배임죄가 성립한다고 한다면, 대출명의인에 대한 대출은 사법(私法)상으로는 무효가 될 가능성이 지극히 높다. 왜냐하면 통상 통정허위표시(민법 제108조), 상대방이 악의인 비진의 의사표시(민법 제107조), 본인이 안 경우의 간접대리(민법 제115조, 상법 제48조)에 해당될 수 있기 때문이다. 이는 상호신용금고의 임직원을 처벌하기 위해 대출명의자의 책임을 면제해주는 결과가 될 것이고, 그것은 대출명의자의 도덕적 해이를 조장할 것이기 때문이다. 이런 해악이 더 큰 해악임은 말할 것도 없다.

면 형법 제356조에 의해 처벌될지 결정된다.

2. 특경법 제3조의 적용과 죄수의 결정

가. 특경법 제3조의 적용과 죄수결정의 필요성

1989년 특경법이 시행된 이래 판례는 “특경법 제3조 제1항에서 말하는 이득액은 단순일죄의 이득액이나 혹은 포괄일죄가 성립되는 경우의 이득액의 합산액을 의미하고 경합범으로 처벌될 수죄에 있어서 그 이득액을 합한 금액을 말한다고 볼 수는 없다”고 일관되게 판시하고 있다.¹⁹⁾

수개의 부정대출행위가 업무상배임죄의 일죄(단순일죄와 포괄일죄)와 실체적 경합범 중 어디에 해당되는가가 문제될 경우, 일반적으로는 일죄라고 하는 것이 피고인에게 유리하다. 실체적 경합범은 가중 처벌되기 때문이다. 그러나 특경법 제3조와 관련하여 일죄인지 아니면 실체적 경합범인지 의심스러운 경우에는 실체적 경합범으로 파악하는 것이 피고인에게 더 유리하다. 이렇게 해석하는 것은 일반형법에서의 죄수결정원리와 특경법에서의 죄수결정원리가 상호모순 되는 문제점이 있다. 그러나 이러한 문제점은 특경법 제3조와 같이 이득액에 따라 차등처벌을 하는 입법형식을 취하는 이상 불가피하게 발생하게 된다.

이러한 의미에서 특경법 제3조의 이득액산정의 기준이 되는 죄수에 관한 판례의 입장은 타당하다고 할 수 있고, 따라서 수개의 배임행위가 있어서 죄수가 의심스러운 경우에는 포괄일죄라기 보다는 실체적 경합범으로 해석해야 할 것이다. 이는 실체적 경합범으로 다루어서 생기는 일반형법상의 불이익 보다 특경법 제3조를 실체적 경합범에 적용함으로써 생기는 불

19) 대법원 1989. 6. 13. 선고 89도582 판결. 최근의 판결로 대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도28 판결.

이익이 훨씬 더 크기 때문이다.

나. 동일인에 대한 대출의 경우 죄수에 대한 판례의 입장

포괄일죄와 실체적 경합범의 구별에 관한 판례의 일반적 경향은 “동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 한다”는 것이다.²⁰⁾

한편 동일인에 대한 대출로 배임죄가 성립할 경우의 죄수에 대해 판례는 “상호신용금고는 동일인에 대하여 2천만원을 초과하여 대출할 수 없음에도 불구하고 상호신용금고가 동일한 채무자에게 10회에 걸쳐 각 2천만원씩 합계 2억원을 대출한 것이 비록 타인의 명의로 대출한 것이라 하더라도 실질적으로 동일한 채무자에게 동일한 근저당권설정등기를 담보로 하여 각 대출한 것으로 인정된다면 위 대출행위는 상호신용금고법 제12조 규정에 위배되는 행위로서 금 2천만원을 초과하는 대출시마다 동 죄가 성립한다 할 것이므로 위 각 초과대출행위는 실질적인 경합범에 해당한다”고 한다.²¹⁾

동일인에 대한 대출로서 배임죄가 성립할 경우 동일죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정기간 계속하고 그 피해법익도 동일한 경우에 해당될 가능성이 충분히 있다. 그럼에도 불구하고 위의 대법원 판결이 실체적 경합범을 인정하는 것은 이례적이라고 할 수 있다. 그러나 이는 특경법 제3조라는 부당한 규정으로 인해 생기는 해석상의 문제라고 할 수 있다. 이런 의미에서 특경법 제3조의 적용범위를 축소하기 위해 동일인에 대한 대출과 관련하여 의심스러운 경우 실체적 경합범을

20) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도6288 판결; 대법원 2003. 8. 22 선고 2002도5341 판결; 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도5679 판결 외 다수 판결.

21) 대법원 1984. 7. 24. 선고 83도3196 판결.

인정하는 판례의 입장이 더 타당하다고 생각된다.

3. 재산상 손해액 산정방법에 대한 비교법적 고찰

가. 일 본

1) 법률적 재산설과 경제적 재산설

일본의 판례도 우리와 마찬가지로 현실적 손해만이 아니라 손해발생의 위험이 생기면 배임죄가 성립할 수 있다고 하므로²²⁾, 재산상의 이익 또는 손해라는 개념이 문제가 되었다. 일본에서도 재산개념에 대해서는 법률적 재산설과 경제적 재산설이 대립하였지만, 점차 경제적 재산설이 지배적 위치를 차지하게 되었다.

법률적 재산설에 의하면 부당대출의 경우에도 은행이 원리금반환채권을 취득하는 이상 손해가 생기지 않은 것으로 이해할 수도 있기 때문이었다.²³⁾ 그러나 경제적 재산설에 의하면 변제를 받을 가능성이 없는 채권은 경제적으로는 무가치한 것이고, 또한 담보가 없는 채권은 담보가 있는 채권과 비교하여 경제적 가치가 적은 것이 명백하므로, 이것을 실패 발생의 위험이라고 보든 현실적 손해라고 보든 재산상의 손해로 볼 수 있다. 경제적 재산설에 따르면 재산상 손해발생 여부와 정도는 재산의 지출과 수입을 비교하여 결정해야 한다.²⁴⁾

22) 가령 最高裁判所, 昭和 38.3.28, 刑集 17권 2호 166면; 同, 昭和 37.2.13, 刑集 16권 2호, 68면; 大審院, 昭和 13.10.25, 刑集 17권 35면) 등 참조. 이에 대해서는 비판이 많다. 注釋 刑法(6), 294면 참조.

23) 林幹人, 刑法各論, 153면 참조.

24) 大塚仁, 刑法各論 上, 668면 참조.

2) 판례

最高裁判所 昭和 58년 5월 24일 결정은 “형법 제247조의 ‘본인에게 재산상의 손해를 가한 때’라 함은 경제적 견지에서 본인의 재산상태를 평가하여 피고인의 행위에 의해 본인의 재산가치가 감소한 때 또는 증가하여야 할 가치가 증가하지 아니한 때를 말한다”²⁵⁾고 한다. 이처럼 경제적인 관점에서 재산적 손해의 발생여부를 판단하게 되면, 위의 사안에서 채무자가 예컨대 대출 후 우연히 복권에 당첨되어 변제할 수 있게 되었다 하더라도 그것은 범죄 후의 사정에 지나지 않고, 배임죄의 기수판단에는 영향이 없다는 것이다.²⁶⁾

또한 最高裁判所 平成 8년 2월 6일 결정²⁷⁾은 손해에 상당하는 경제적 이익이 피해자에게 귀속된 경우에는 배임죄가 성립하지 않는다는 것을 전제하고 있다.²⁸⁾ 이러한 판례의 입장에 의하면 배임죄에서 재산상 손해는 재산상의 가치를 감소시키는 것 또는 실해(實害) 발생의 위험을 생기게 하는 것이라 할 수 있다.²⁹⁾

3) 부정대출 또는 부당대출에의 적용

이상의 논의들을 불량대출 또는 부당대출에 적용하면 다음과 같다.

① 신용협동조합, 농업협동조합과 같이 조합원 이외 자에게는 원칙적으로 대출을 금지하고, 예외적으로만 일정한 요건 하에서 대출을 허용하는 경우가 있다. 昭和 29년 7월 1일 東京高判은 이 경우 “변제의 가능성이 있

25) 刑集 제37권 제4호, 37면

26) 内田博文, “背任罪における財産上の損害の意義”, 刑法の争点 제3판, 202면.

27) 刑集 제50권 제2호, 129면.

28) 다만 이 판결에서는 은행(甲)의 대표인 피고인이 경영상태가 악화된 회사(乙)의 대표이사 발행한 수표를 보증한 것에 대해 배임죄의 성립을 인정하고 있다.

29) 佐藤道夫, 刑事裁判實務大系 8권, 528면 이하 참조.

느냐 없느냐에 초점을 맞추어 손해발생의 유무를 판단하는 것은 타당하지 않다”³⁰⁾고 함으로써 조합원 이외 자에 대한 대출이 곧바로 재산상의 손해에 해당되는 것처럼 표현하기도 한다. 그러나 이 사건은 비조합원에 대한 무담보대출이 문제된 사안이었기 때문에, 무담보 또는 과소담보가 아닌 한, 곧바로 재산상의 손해를 인정하기는 곤란하다고 해석하는 견해도 있다.³¹⁾

② 무담보대출의 한도액, 인적담보로 충분한 한도액 등과 같이 대출한도액이 내규 등으로 정해진 경우 이것을 위반한 대출이 있다면, 그 초과분에 관하여 배임죄가 성립한다고 해석하는 것이 당연하다고 한다.³²⁾ 경우에 따라서는 대출액 전액에 관하여 배임죄가 성립할 수도 있지만 판단하기 위해서는 대출실행 전의 조사상황 등을 감안하여 신중하게 판단하여야 한다고 한다.³³⁾

4) 정 리

최근의 일본의 지배적인 학설과 판례는 단순한 실해(實害) 발생의 위험만으로는 배임죄의 요건이 충족되지 않고, 실해발생의 위험은 경제적 건지에서 보아 실해와 동일시할 수 있을 경우에만 배임죄의 기수를 인정한다. 따라서 비록 법령위반의 부당대출이 있었다 하더라도 대출당시 별다른 장애없이 그 채권의 실현을 가능하게 하는 담보를 대출 충분히 갖추었다면 재산상의 손해가 없다고 한다. 또한 대출 당시에 갖춘 담보만으로 원리금 반환채권의 실현에 충분하지 않은 경우에도 전체 대출금액이 아니라 대출시점에서 실현가능한 담보의 가액과 원리금반환채권의 액면가액의 차액이 재산상 손해라고 본다.

30) 裁判特報 제1권 제호, 1면.

31) 佐藤道夫, 앞의 책, 514면.

32) 大審院 昭和 13년 10월 25일, 刑集 17권 17호, 735면.

33) 佐藤道夫, 앞의 책, 539면 참조.

일본은 우리의 특경법 제3조와 같은 규정이 없어서 이러한 일본법상의 해석원리를 우리의 특경법 제3조의 이득액에 바로 적용할 수는 없다는 의견이 제기될 수 있다. 그러나 재산상의 손해액과 이익액의 산정은 같은 원리에 의하는 것이 논리적일 것이다.

나. 독 일

1) 재산개념

독일의 경우 배임죄의 재산상 손해는 전체재산에서의 가치감소를 의미하고, 배임행위의 이전과 이후의 본인의 재산가치를 비교하여 이후의 재산가치가 이전의 가치보다 낮은 경우에 재산상 손해가 있다고 본다.³⁴⁾

여기에서 재산을 어떻게 파악할 것인지에 따라 그 손해의 인정 여부가 달라질 수 있다. 과거에는 재산을 개인에게 속하는 권리와 동일시하는 법률적 재산개념³⁵⁾이 있었으나 오늘날에는 이런 극단적인 주장은 더 이상 없고, 그 이론을 수정하여 결론에 있어서는 경제적 재산개념과 크게 다르지 않다고 한다. 한편 법적 재산개념에서의 형식적 손해산정(법적 재산개념설)과 객관적 척도에 의한 추상적 손해산정(경제적 재산개념설) 간에 조정을 시도하는 개인적 재산이론(personale Vermögenslehre)도 있다. 이에 대해 경제적 재산개념에서는 법적 권리유무와 상관없이 경제적 가치가 귀속될 수 있는 모든 지위를 재산에 포함시켜야 한다고 한다.

판례는 기본적으로 경제적 재산개념을 따라 ‘개인의 금전가치 있는 재화에서 채무를 공제한 잔액의 총액’을 재산이라고 한다.³⁶⁾ 그리고 이익과

34) Mitsch, Strafrecht BT 2, 2. Aufl. 2003, 479면 이하 참조.

35) 이하 다른 언급이 없으면, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 263 Rn. 322 ff.를 참조. 독일의 경우 사기나 배임에 있어서의 손해개념을 동일하게 보므로 사기에 관한 서술을 참고로 한다.

불이익 전부를 객관적, 전체적으로 계산하여 경제적 가치 있는 재산이 감소된 경우에 손해가 있다고 한다.³⁷⁾ 또한 의무부담이라는 재산적 지출은 그로 인한 반대급부라는 재산적 수입을 공제하여 그 손해액을 산정하여야 한다고 한다.³⁸⁾

연방대법원은 재산은 금전가치 있는 재화에서 채무를 공제한 잔액이며, 사기죄에서 재산상 손해는 사기로 인한 재산감소, 즉 피기망자의 재산처분을 전후한 재산가치 간의 차액이라고 한다. 그리고 이 때의 가치는 교환가치에 따라 판단해야 한다고 한다. 다만 개인의 생활상의 관계에 비추어 보면 재산유출로 취득한 물건이 사용가치가 없는 경우에는 객관적으로 동가치일지라도 손해가 있을 수 있다고 한다. 그러나 이런 경우에도 피해자의 주관적인 가액산정이 아니라 당사자와 무관한 제3자가 합리적으로 판단하여야 한다고 한다.³⁹⁾

3) 학 설

통설은 경제적 재산개념에 입각하고 있지만, 몇 가지 제한을 가하고 있다. 첫째, 재산가치산정의 개인적 요소를 부분적으로 인정하고, 둘째, 법적 재산가치 산정 방법도 보완한다는 것이다. 그 결과 가령 본인의 재산이 유출되는 대신 그가 원하지 않는, 그러나 객관적으로 동가치 있는 재화가 유입되는 경우에도 손해를 인정할 수 있다고 한다.

36) Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, § 263 Rn. 80 참조.

37) BGHSt 16, 321, 325. 이 판결에서 연방대법원은 사기로 인해 급부의무를 부담하게 되고, 그 대가로 동일한 가치의 반대급부를 취득하게 된 자는 경제상의 활동자유를 침해당했다고 하여 그것만으로 재산상의 손해가 있다고 할 수 없다고 한다.

38) BGHSt 30, 388, 389. 옵션거래에서의 매수인이 입은 손해는 당사자간에 합의한 옵션가격(Optionspreis)과 실제의 옵션가치(시장가격) 간의 차이라고 한다.

39) BGH St 16, 220, 221. 매도인이 인조모직바지를 순모라고 속여 판매하였으나, 그 가격은 통상의 시장가치대로였다. 원심에서는 사기미수죄를 인정하였으나 연방대법원은 무죄를 선고하였다. 기타 BGH, NJW, 1991, 2573도 참조.

4) 부당대출에의 적용

위와 같은 판례와 학설을 부당대출에 적용하면, 법령 또는 신임관계를 위반하여 부당대출이 되더라도 물적 담보가 제공되거나, 채무인수나 보증이 있는 경우에는 손해가 부정된다. 판례는 소비대차상의 원리금반환채권에 대한 충분한 담보가 제공된 때에는 신용공여로 인한 채권자의 위험이 경제적인 관점에서 볼 때 보완된 것이고, 따라서 손해가 없다고 한다.⁴⁰⁾ 물론 그 담보의 실현가능성이 어려운 경우에는 손해가 인정된다고 한다.⁴¹⁾

채무자의 자력이나 다른 사정에 의해 담보 없이도 반환청구권이 실현될 수 있는 경우나 당사자가 약정한 초과담보를 제공하지 않았다는 것만으로는 손해를 부정한다. 반면 대출로 인해 원리금반환채권을 취득하였다는 것만으로는 동가치 있는 반대급부의 취득이라고 보지 않는다. 특히 채무자의 무자력 또는 상환의사가 없음으로 인해 그 원리금반환채권의 실현가능성이 불투명한 경우에 그러하다.

4. 특경법 제3조의 이득액 산정방법

가. 판례

1) 경제적 재산개념

판례는 “재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태와의 관

40) BGH, NJW 1986, 1183 참조. 이 때의 담보에는 보증이나 채무인수와 같은 인적 담보도 포함된다고 한다. 그러나 합의한 물적 담보가 제공되지 않은 경우, 인적 담보만으로는 통상 손해를 부정할 수 없는데, 경제거래상 인적 담보만이 있는 신용은 위험성이 있기 때문이라고 한다.

41) Schönke/Schröder, § 263 Rn. 162 참조.

계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 하며, 따라서 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당되어 배임죄를 구성한다”⁴²⁾고 하여 경제적 재산개념을 따르고 있다.

판례는 배임죄의 재산상 손해는 현실적 손해뿐만 아니라 손해발생의 위험도 포함된다고 하지만⁴³⁾, 재산상의 손해액이나 이득액의 구체적 산정방법에 대해서는 명백히 언급하고 있지 않다.

2) 배임죄 이외의 재산범죄등에서 이득액 산정방법

배임죄 이외의 재산범죄등에서 재산상 이익의 산정방법에 관해 판례는 서로 모순되는 것처럼 보이는 입장을 취하고 있다.

첫째, 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결은 “구 증권거래법 제 207조의2 단서 소정의 ‘위반행위로 얻은 이익’이라 함은 거기에 함께 규정되어 있는 ‘손실액’에 반대되는 개념으로서 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이윤 즉 그 거래로 인한 총 수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 말하고”라고 한다.⁴⁴⁾ 이는 범죄행위 이전과 이후의 재산가액을 비교한 차액이 재산상의 이득액이라는 입장이라고 할 수 있다.

둘째, 판례들 중에는 “사기죄에 있어서 그 대가가 일부 지급된 경우에도 그 편취액은 피해자로부터 교부된 재물의 가치로부터 그 대가를 공제

42) 대법원 1999. 6. 22 선고 99도1095 판결. 대법원 2001. 10. 23. 선고 2001도2991 판결은 부녀가 금품 등을 받을 것을 전제로 성행위를 하는 경우 그 행위의 대가는 사기죄의 객체인 경제적 이익에 해당된다고 하는데 이 역시 경제적 재산개념을 따른 것이라고 할 수 있다.

43) 대법원 2003. 10. 30. 선고 2003도4382 판결.

44) 같은 취지, 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1855 판결; 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256판결.

한 차액이 아니라 교부받은 재물 전부라 할 것이다”⁴⁵⁾, “유가증권을 편취한 사기범행의 이득액은 그 유가증권의 액면가액이다”⁴⁶⁾, “금융기관의 대출이나 신용보증기금의 신용보증서 발급이 기망행위에 의하여 이루어진 이상 그로써 곧 사기죄는 성립하는 것이고, 담보권의 설정이 있었다 하여 결론을 달리하는 바는 아니며 또 그러한 경우 사기죄의 이득액에서 담보물의 가액을 공제하여야 하는 것이 아니다”⁴⁷⁾라고 하는 것들도 있다. 이는 범죄행위 전후의 재산상태를 비교할 필요가 없다는 입장이라고 할 수 있다.

3) 부정대출에서의 이득액 산정방법

판례는 배임죄와 관련하여 “피고인이 그 업무상 임무에 위배하여 부당한 외상 거래행위를 함으로써 업무상 배임죄가 성립하는 경우, 담보물의 가치를 초과하여 외상 거래한 금액이나 실제로 회수가 불가능하게 된 외상거래 금액만이 아니라 재산상 권리의 실행이 불가능하게 될 염려가 있거나 손해 발생의 위험이 있는 외상거래대금 전액을 그 손해액으로 보아야 하고, 그것을 제3자가 취득한 경우에는 그 전액을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조에 규정된 제3자로 하여금 취득하게 한 재산상 이익의 가액에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다.”⁴⁸⁾ “부실대출에 의한 업무상배임죄가 성립하는 경우에는 담보물의 가치를 초과하여 대출한 금액이나 실제로 회수가 불가능하게 된 금액만을 손해액으로 볼 것은 아니고, 재산상 권리의 실행이 불가능하게 될 염려가 있거나 손해발생의 위험이 있는 대출금 전액을 손해액으로 보아야 하며, 그것을 제3자가 취득한 경우에

45) 대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도1899 판결.

46) 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도2032 판결; 대법원 1992. 10. 23. 선고 92도1983 판결.

47) 대법원 1983. 4. 26. 선고 82도3088 판결.

48) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99도334 판결.

는 그 전액을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조에서 규정한 제3자로 하여금 취득하게 한 재산상의 가액에 해당하는 것으로 보아야 한다.”⁴⁹⁾고 한다.

이러한 판례의 입장은 재산상의 이득액 산정에 있어서 배임행위 전후의 재산상태의 변경을 고려하지 않고 이득액을 정하는 것이라고 할 수 있다.

4) 판례에 대한 평가

판례가 재산적 경제개념을 따르는 것과 증권거래법위반행위로 얻은 이익을 산정하는 방법은 타당하다고 생각된다.

그러나 부당대출에서 대출금전액을 배임죄의 이득액이라고 보는 것은 문제가 있다. 배임죄의 보호법익에 대해서는 재산권이라고 하는 견해,⁵⁰⁾ 재산이라는 견해⁵¹⁾ 등이 있지만, 배임죄의 성립에 재산상의 손해발생을 필요로 하고 손해발생 여부는 배임행위전후의 전체재산을 비교해야 하므로 ‘전체로서의 재산’이라고 해야 할 것이다.⁵²⁾ 그렇다면 배임죄에 의한 이득액이나 재산상의 손해액을 산정함에는 배임행위 전후의 재산관계를 비교해야 하고, 단순히 부당대출액 전액을 손해액으로 보아서는 안될 것이다.

예를 들어 담보물의 가액의 범위 내에서 대출을 한 것이면, 설령 그 대출이 법령을 위반하거나 내부적 복무규율을 위반한 것이라고 하더라도 재산상의 손해발생은 없으므로 배임죄가 성립할 수 없다. 담보가치를 초과하는 가액을 대출하여 준 경우에도 그 초과액이 아니라 대출액 전액이라고 하는 것은 배임행위의 전후의 재산상 이익이나 손해의 증감을 따져야 하

49) 대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도28 판결; 대법원 1996. 7. 12. 선고 95도1043 판결; 대법원 1995. 2. 17. 선고 94도3297 판결.

50) 배종대, 형법각론, 홍문사, 489면; 이재상, 형법각론, 박영사, §21.

51) 박상기, 형법각론, 박영사, 396면; 백형구, 형법각론, 현암사, 214면.

52) 같은 취지, 김일수·서보학, 형법각론, 박영사; 유기전, 형법각론, 일조각, 291면; 임웅, 형법각론, 법문사, 410면.

는 배임죄의 성격에 맞지 않는 것이라고 할 수 있다.

판례는 대출금전액에 대해 재산상 권리의 실행이 불가능하게 될 염려가 있거나 손해발생의 위험이 있다는 것을 근거로 든다. 이는 배임죄의 보호의 정도를 구체적 위험범으로 파악하는 것이라고 보인다.⁵³⁾ 그러나 배임죄를 구체적 위험범으로 파악한다고 하여 항상 대출금전액을 이득액이라고 볼 필요는 없다. 재산상 이익, 재산상 손해라는 개념은 장래의 이익이나 손해도 포함하는 개념이기 때문에 재산에 대한 구체적 위험이 발생한 것은 일정범위에서 재산상 손해라고 볼 수도 있기 때문이다.⁵⁴⁾

그러나 재산에 대한 구체적 위험에 의해 재산가치가 감소되었다 하더라도 그 범위는 다양하다고 할 수 있고, 재물과 달리 재산상 이익은 언제나 분할이 가능하므로 확실한 담보가 제공되어 있는 부분에 대해서는 배임에 의한 이득액으로 인정해서는 안될 것이다. 일상생활에서도 어떤 사람이 거래전후의 재산상태를 비교하지 않고 이득액이나 손해액을 산정한다면 매우 어리석다고 평가받을 것이다. 예컨대, 3천원짜리 물건을 1만원에 산 사람에게 대해 3천원의 재산상의 이익을 취득하였다고 하는 경우를 생각해 보면 된다. 이렇게 본다면 배임행위 전후의 재산상태를 비교하지 않고 이득액이나 손해액을 산정하는 것은 이득액이나 손해액이라는 언어의 가능한 의미를 벗어난 것이라고 할 수 있다. 특히 특경법 제3조와 같이 입법기술상으로 문제점이 있고, 형벌가중도 과중하다는 점을 고려한다면, 동규정의 이득액은 될 수 있는 대로 피고인에게 유리하게 해석하는 것이 형법해석의 원칙에 맞다고 할 수 있다.

53) 배임죄에 대해서는 위험범설(강구진, 형법각론, 학연사, 378면; 유기천, 앞의 책, 291면; 이재상, 앞의 책, §21-1. 및 침해범설(김성천/김형준, 형법각론, 동현출판사, 515면; 김일수·서보학, 앞의 책, 348면; 임웅, 앞의 책, 410면; 정성근·박광민, 형법각론, 법지사, 533면; 진계호, 형법각론, 대왕사, 369면)이 대립한다

54) 일본, 독일에서와 같이 대법원은 구체적 재산위험(konkrete Vermögensgefährdung)을 실손해와 동일시하는 것이라고 할 수 있다.

이런 관점에서 볼 때 비록 증권거래법위반사건이긴 하지만, 최근의 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결을 비롯한 일련의 판례⁵⁵⁾들이 범죄 행위 전후의 재산상태를 고려하여 이득액을 정하고 있는 것은 매우 바람직하다고 할 수 있다.

나. 부정대출의 경우 이득액산정방법

부정대출의 경우 좀더 구체적으로 배임죄의 이득액 산정방법을 살펴보면 다음과 같다.

1) 물적 담보대출의 경우

첫째, 금융기관이 대출하면서 대출계약에 부수해 물적 담보권을 취득한 경우 원리금반환채권의 경제적 가치는 대출의 시점에서 합리적 제3자의 입장에서 관찰한 그 채권의 실현가능성이라고 할 것이다. 따라서 그 물적 담보권의 합리적 가액만큼은 원리금반환채권의 경제적 가치를 인정하지 않을 수 없다. 만약 그 담보물에 선순위의 저당권이 설정되어 있거나 유치권이 설정되어 있거나 하는 경우에는 잔존 담보가치를 기준으로 원리금반환채권의 경제적 가치를 산정하여야 할 것이다.

둘째, 부동산매입자금을 대출하면서 채무자에게 소유권이전등기가 경료되는 것과 동시에 그 부동산에 저당권을 설정하기로 한 경우와 같이 대출하면서 당해 소비대차계약에 부수한 계약에 기해 담보권을 취득하였으나, 즉시 취득한 것은 아닌 경우이다. 이러한 경우에는 대출자가 채무자에게 저당권설정할 의사가 없었다는 것을 안 경우와 같이 특별한 사정이 없는 한 담보물권의 경제적 가치만큼은 원리금반환채권의 경제적 가치를 인정

55) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1855 판결; 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256판결.

하여야 할 것이다.

셋째, 채무자의 신용, 자력 등을 감안하여 원리금반환채권의 실현에 별다른 문제가 없다고 신뢰하고 단기대출을 하였으나 만기일에 채무자가 상환하지 못하여 대출기간을 연장하면서 물적 담보권을 취득한 경우 담보권에 상응하는 경제적 가치를 인정해야 할 것이다.

2) 인적 담보대출의 경우

첫째, 대출계약에 부수하여 인적담보를 취득한 경우 통상 금융기관에서 산정하는 인적 담보제공자의 책임재산의 인정범위를 기준으로 원리금반환채권의 경제적 가치를 산정하여야 하고, 요구되는 인적 담보제공자의 수는 일치하지만 그들의 책임재산이 미미한 경우에는 무담보원리금반환채권을 기준으로 하여 그 경제적 가치를 산정하여야 할 것이다.

둘째, 당해 소비대차계약에 부수한 계약에 기해 담보권을 취득하였으나, 즉시 취득한 것은 아닌 경우에도 위의 경우와 같이 동일하게 처리해야 할 것이다.

셋째, 대출 후 나중에 별도의 계약으로 인적 담보권을 취득한 경우 등은 앞의 물적 담보를 취득한 경우에서와 같이 처리하면 될 것이다.

3) 무담보대출의 경우

무담보대출이 법령 또는 내부규정 등에 의해 적극적으로 허용되는 경우에는 합리적인 조사를 거쳐 무담보대출이 이루어졌다면 임무위반을 인정하기 곤란할 뿐 아니라, 손해도 인정할 수 없을 것이다.

또한 내부규정을 위반하여 무담보대출이 이루어졌다 하더라도 대출 당

시의 채무자의 자력, 변제의사, 예상 회수가능액수 등을 손해액이나 이득액을 산정해야 할 것이다.

4) 대출규정에 위반한 경우

대출규정에 위반한 것은 징계사유가 될 수는 있으나, 이것이 곧 재산상의 손해나 손해위험을 발생시킨 것이라고 할 수는 없다. 따라서 규정위반 대출의 경우에도 대출 당시의 제반사정과 채권의 회수가능성 등을 고려하여 이득액과 손해액을 결정하여야 할 것이다.

IV. 결 어

기업은 수많은 경쟁에 직면하여 있기 때문에, 그 때 그 때마다 신속하고 적절한 경영판단을 하지 않으면 경쟁에서 살아남기 어렵다. 더구나 금융업은 대출채무자가 예상치 않은 경기변동에 따라 경제사정이 나빠지게 되면 그들에 대한 대출이 부실채권으로 전환될 수 있는 리스크가 큰 사업이다. 서민, 중소기업에 대한 대출을 목적으로 설립된 상호신용금고와 같은 금융기관의 경우에는 이러한 리스크가 더욱 크다고 할 수 있다.

따라서 부실채권이 발생하였을 경우에도 금융기관의 임직원을 배임죄로 처벌하는 것에는 신중을 기할 필요가 있다. 부실대출이 초래된 거래와 관련된 부당한 금품을 수수하거나 자신 또는 이해관계인에 대한 대출인 경우는 그렇지 않겠지만, 법률위반 또는 내부규정 위반만을 이유로 배임행위를 너무 쉽게 인정하여서는 안될 것이다. 배임행위를 쉽게 인정하게 되면 불투명한 미래를 사전적으로 예측하여 판단하여 대출하여야 하는 임직원

을 사후적 판단기준만에 의해 처벌하는 결과가 초래되기 때문이다.

구상호신용금고법 제12조의 ‘동일인’에 대한 대출 여부의 판단에서도 형법해석의 엄격성원칙이 적용되어야 한다. 2003년 개정되었으나 아직 그 내용이 시행령으로 구체화되지 않은 상호저축은행법상의 ‘신용위험을 공유하는 자’에 대한 대출을 ‘본인의 계산으로 다른 사람의 명의로 하는 대출’을 포함하는 의미의 ‘동일인에 대한 대출’에 포함시켜서는 안될 것이다.

한편 금융기관의 임직원을 업무상배임죄로 처벌하는 경우에도 특경법 제3조의 이득액산정에서 배임죄의 본질에 따라 배임행위 전후의 재산상태를 비교하여야 할 것이다. 형법 제355조 제2항은 배임죄성립에 재산상 이익의 취득 뿐만 아니라 재산상 손해발생이 필요한 것으로 규정하고 있다. 이는 배임죄를 전체로서의 재산에 대한 범죄고 규정한 것이고, 이득액이나 손해액은 재산상태의 비교를 전제하는 용어이고, 특경법 제3조의 처벌규정이 지나치게 엄격하다는 점을 고려해야 하기 때문이다. 따라서 부정대출에 의한 배임죄의 이득액도 구증권거래법위반죄의 이득액을 산정하는 최근 일련의 판례와 마찬가지로 방식으로 산정해야 할 것이다.

주제어: 동일인에 대한 대출, 부당대출, 배임, 이득액, 손해액, 신용위험공유자

The Improper Loan of the Bankers and the Crime of Mifeasance

Oh, Young-Keun*

This study treats the problems of the loan of the bankers to the same person or corporation(the debtors who share the same credit risk). This study especially focuses on the limiting the criminal responsibility of the bankers who do not loan the money illegally, but only improperly. From this view point, are analysed and criticized the cases regarding to the way of assessment of amount of profit and loss in case that the banker are convicted with crime of misfeasance.

The contents of this study is as follows:

I. Introduction

II. The Problem of the Loan of the Bankers to the Same Person or Corporation

1. The Meaning of the Debtors who Shares the Same Credit Risk
2. Case Review
3. Critics and Comments

III. The Problem of Assessing the amount of Profit and Loss in case of the Crime of Misfeasance

* Professor, College of Law, Hanyang University, Ph.D. in Law

1. Case Review
2. Critics and Comments

IV. Conclusion

Keyword : loan to the same person or corporation, improper loan, misfeasance, amount of profit, amount of loss, the debtors who share the same credit risk

保護監護의 實質的 要件에 대한 實證研究

송 문 호

형사정책연구 제15권 제2호(통권 제58호, 2004 · 여름호)

한국형사정책연구원

保護監護의 實質的 要件에 대한 實證研究

송 문 호*

I. 머리말

사회보호법상 보호감호의 원래 명칭은 보안감호(selectiveincapacitation, Sicherungsverwahrung)이다.¹⁾ 보호감호는 형법상 보안처분의 일종으로서 장래에 발생할 매우 위험한 범죄로부터 일반인을 보호하기 위해 사회보안에 초점을 맞춘 형법상 특별조치이다. 보호감호를 규정하고 있는 사회보호법은 1980년 신군부 쿠데타의 성공과 함께 사회정화 프로그램의 하나로 국가보위입법회의에서 만들어졌다.²⁾ 그 후 사회가 민주화되어가면서 사회보호법에 대한 위헌론이 수차례 제기되었고³⁾ 헌법재판소의 합헌판결로 인

* 대구가톨릭대학교 법학부 조교수

- 1) 우리나라의 보안처분법상 용어들은 정돈되지 못한 양상을 보이고 있다. 여기서 말하는 보안감호라는 용어는 舊사회안전법상의 보안감호와 성격이 다르다. 사회보호법상 보호감호라는 명칭은 단지 1975년에 제정된 사회안전법상의 보안감호와 구분하기 위하여 사용된 것이다.
- 2) 동법은 국회가 아니라 국가보위입법회의라는 일종의 혁명위원회에서 제정되었으며 제정과정에서도 정부제출안을 국가보위입법회의의 법제사법위원회가 자구수정만 하고 동 수정안을 본 회의에서 “이의 있습니까?” “이의 없습니다”의 두 마디로 통과시켰다고 한다. 국가보위입법회의사무처, 국가보위입법회의 회의록 제8호, 3면. 이승호, 우리나라의 보안처분류 제체제에 대한 비판적 검토, 서울대학교 박사학위논문, 1991, 128면에서 재인용.
- 3) 사회보호법의 위헌성여부에 관한 대표적인 문헌으로는, 인권과 정의, 1989년 4월호, 특집: 사회보호법의 위헌성, 10-32면; 대표적인 판례로는, 헌법재판소 전원재판부 1989.

해 당분간 평온을 유지하다가 2001년 6월 25일 대통령직속 의문사진상규명위원회가 1984년 당시 청송 제1감호소에 수감되어 있던 박영두가 여러 교도관의 가혹행위에 의하여 사망한 사건의 전모를 발표함으로써 다시 한번 사회보호법 폐지에 대한 논란이 일었다.⁴⁾ 이어서 2002년 청송보호감호소 피감호자들은 근로보상금인상,⁵⁾ 가출소 확대 그리고 궁극적으로는 사회보호법을 폐지할 것을 주장하며 세 차례에 걸쳐 단식농성을 벌였다.

결국 근로보상금을 인상하는 선에서 표면적으로 사태는 진정되는 듯했지만, 2003년 3월 11일 민주사회를 위한 변호사모임과 인권운동사랑방, 참여연대 등 22개 민간단체는 사회보호법문제와 관련한 최초의 민간단체연대기구로 ‘사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회’를 구성하여 사회보호법상 보호감호제도에 대한 헌법소원을 제기했다.⁶⁾ 또한 국가인권위원회에 사회보호법과 관련하여 약 120여건의 진정이 접수되어 있다고 알려져 있으며 그 대부분은 보호감호의 문제이다.

우리형법은 한 때 사회보호법을 1992년 형법개정초안 제4장에 편입시켜 형식과 내용면에서 형법상 이원주의의 틀을 갖추려 시도하였으나 국회의 정쟁으로 진지하게 고려되지 못하였고 오히려 현재는 사회보호법의 폐지를 목전에 두고 있다.⁷⁾

개별예방사상의 대표적인 법제도인 사회보호법상 보호감호는 그동안의 많은 논쟁에도 불구하고 철저한 이론적 검증작업이 부족하였다. 또한

7. 14. 88헌가5, 8, 89헌가44(병합).

4) 민주법학, 2001 (통권20호), 258면 참조.

5) 그 당시까지 근로보상금은 하루 1100원에서 4800원이었고 그나마 최고액을 받는 자는 극소수에 불과했다. 2002년말 집단단식농성이후 22%인상되어 피감호자들은 현재 최고 일당 5800원을 받고 있다. 인터넷한겨레, 2002년 11월 5일자; 대한매일, 2003년 1월 17일자 참조.

6) 오마이뉴스, 2003년 3월 12일.

7) 한겨레신문, 2004년 4월 20일자에 의하면, 민변을 중심으로 한 제야 법조계가 17대 총선을 계기로 민법과 국가보안법, 사회보호법 등 각종 법률의 개정 또는 폐지 및 한-미 주둔군지위협정(소파) 개정 등을 위해 태스크포스를 구성하고 본격적으로 나서고 있다고 한다.

보호감호가 본래 제도의 취지에 맞게 실제로 운영되었는지 그리고 보호감호를 운영함으로써 범죄예방의 효과는 어느 정도 있었는지에 대한 경험적·실증적인 연구조사가 전혀 이루어진 적이 없다. 따라서 이 글에서는 보호감호부과의 실질적 요건인 원인범죄의 범죄양태와 재범위험성예측에 대한 실증적인 검증을 통해 그동안 시행되었던 보호감호제도의 집행에 있어 구체적 정당성을 검토해보기로 한다.

II. 보호감호 원인범죄의 실태

형법상 보안처분의 범죄예방목적은 이미 행해진 위법한 행위 즉, 원인행위(Anlaßtat)의 기초 위에서만 추구될 수 있고, 이것은 법치국가적 형사입법의 불가결한 요소이다.⁸⁾ 이러한 원인행위를 전제하지 않은 범죄예방과 공공질서유지는 경찰행정의 임무와 관할에 속한다.⁹⁾ 따라서 형법상 행위이며 구성요건에 해당하고 위법하다는 범죄의 형식적 요건을 충족하여야 한다. 그리고 처벌받는 미수범, 과실범, 공범, 고소가 제기된 친고죄 등도 여기서 말하는 위법한 행위에 포함된다.¹⁰⁾ 이미 행해진 위법행위는¹¹⁾ 행위자의 미래의 위험성을 판단하는 행위자에게 불리한 예측의 기초로서

8) 배종대, 위험의 종합판단, 판례연구 제4집, 1986, 고려대학교 법학연구소, 91면에서 “이것은 형법이 모든 형법적 제재는 최소한 하나의 위법행위를 필요로 한다는 결론으로서 ‘심정형법’을 배제하는 것과 동일한 법치국가적 고려에 기초한다.”라고 한다.

9) Frisch, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung, in: Ulsamer Lexikon des Rechts - Strafrecht, Strafverfahrensrecht -, 1996, S. 609.

10) BGHSt 31, 134.

11) 원인행위(Anlaßtat)라는 용어사용과 관련하여 Frisch는 이미 행해진 위법행위를 기초로 행하는 예측의 기초가 되는 기능(또는 징표기능)과 비례성원칙에서 기준이 되는 실제적 기능을 은폐하므로 그냥 이미 행해진 위법행위라는 용어를 쓰는 것이 낫다고 한다. Frisch, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 102 (1990), S. 377 f.

(Prognosebasis) 실질적인 징표기능을 가지고 있으므로 행위자의 위험성은 이미 행하여진 위법행위로부터 읽어낼 수 있어야 한다. 비례성의 원칙에 비추어볼 때 미래에 기대되는 범행의 중대성에 대한 판단은 이미 행하여진 위법행위로부터 도출되어야 한다.¹²⁾ 따라서 적어도 미래에 기대되는 범행의 중대성에 상응하여 경미한 범죄는 원칙적으로 보안처분이 될 수 없다는 입법적 한계를 그어주는 것이 바람직하다.¹³⁾

이미 행해진 불법에 대한 응보가 아닌 미래의 위험한 잠재적 범죄자의 자유를 침해하기 위해서는 비례성 원칙에 입각해서 일반적으로 높은 정도의 人的 법익이나 침해받았을 때 다시 회복하기 어려운 법익에 대한 위협이 존재하여야 한다.¹⁴⁾ 일반적으로 단순 재산범죄, 모욕죄등 경미한 범죄로서 양형에서 고려되는 법익침해의 정도가 벌금형에 처해질 범죄, 그리고 보안처분의 성격상 행위양태나 결과가 사회방위와는 거리가 있는 부작위범, 자기위태화범죄(Selbstgefährdungsdelikt)등은 보안처분의 부과대상범죄에서 제외된다. 반면에 자유를 박탈하는 보안처분부과대상범죄에 대한 일반적인 가이드라인은 다음과 같은 위험상태에 대한 두 가지 명제가 기준이 될 수 있겠다: 침해받을 위험에 처해있는 법익이 회복가능성이 있는가 - 예컨대 보통의 단순 경미한 재산범죄는 언제든지 회복가능하다 - 아니면 회복불가능한가의¹⁵⁾ 명제 그리고 잠재적 피해자의 효과적인 자기보호능력에 대한 (기대)가능성에 대한 명제.¹⁶⁾ 1998년 독일형법 개정시 제66

12) BGHSt 24, 153, 156; BGH NStZ 1984, 309.

13) 배중대, 각주 8), 92면 이하는 더 나아가 현재의 범죄행위도 살인, 강도, 강간, 방화, 중상해 등의 죄명으로 한정해야 한다고 한다.

14) Frisch, 각주 11), S. 385.은 양형도그마틱에서 발달한 포괄적인 레파토리들은 이 경우에도 아주 적절한 기준을 제공하며 최소한 2-3년의 자유형에 처해질 범죄가 대상이 된다고 주장한다. 그러나 실제 적용되는 독일의 형벌은 전반적으로 우리나라보다 낮다고 보여지며 형사실무에서 실무가들의 인식도 우리나라와는 차이가 있다고 생각되므로 우리나라의 상황에 맞는 검토가 필요하다고 생각한다.

15) 예를 들어 살인죄, 중상해, 폭력을 수반한 성범죄, 미성년자에 대한 성범죄 등.

16) 이와 같은 명제는 역시 치료감호에도 유효하다.

조 3항이 신설되어 몇 개의 보안감호부과대상범죄가 추가되었는데 주로 미성년자·要保護者 등에 대한 성범죄, 피보호자 학대, 위험한 상해, 중독 상태에서의 범죄 등이고¹⁷⁾ 대체로 앞에서 지적한 일반명제와 일치한다고 생각한다. 더구나 3항 후단에서는 위에 열거한 범죄를 저질렀을 때 통상의 보호감호요건을 완화하여 형벌이나 보안처분을 받은 전력이 없어도 보안감호를 과할 수 있는 가능성을 열어놓고 있다.¹⁸⁾

아래에서는 보호감호에 대한 위와 같은 이론적 기본명제들이 우리의 실무에서 얼마나 실현되고 있는지 살펴본다.

1. 보호감호소의 일반적 수용현황

가. 보호감호소 수용인원

<표 1> 연도별 보호감호소 수용인원

구 분	1987	1989	1991	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2003.10	2003.12
수용 현황	4,698	3,072	2,579	2,643	2,491	2,239	2,039	1,760	1,640	1,282	890

<표 1>에서 볼 수 있는 바와 같이 보호감호소에 수용중인 피보호감호자는 2003. 10. 31. 현재 1,187명에 이르고 있다. 보호감호제도 시행초기인 1981년부터 5년간은 급격히 수용인원이 증가하였으나¹⁹⁾ 1980년대 후반에는 4500명선, 1991년에는 2,579명으로 감소하기 시작하였고, 1998년도에는

17) 열거해보면, §§ 174 bis 174c, 176, 179 Abs. 1 bis 3 §§ 180, 182, 224, 225 Abs. 1 oder 2 oder nach § 323a.

18) 이러한 입법은 물론 여러 가지 이유가 있겠지만, 미성년 소녀를 성적으로 남용하고 살인하는 사례가 끊이지 않고 해당 범인이 연쇄범이거나 같은 종류의 범죄로 이미 형벌이나 보안처분을 받은 사례가 많다는 사실이 밝혀지자 비등하는 여론에 대한 입법자의 대답이었다고 생각된다.

19) 범죄백서 2001, 308면.

수용인원이 드디어 2000명 이하로 내려갔다. 숫자상으로는 계속 감소하고 있는 추세이다. 이는 신군부시대와 민주화운동 등 여러 가지 사회상황을 반영하는 것이기도 하겠지만 그 동안 보호감호제도에 대한 위헌여부, 인권 침해여부 논란과 비판들이 영향을 끼친 결과라고 추측된다.²⁰⁾ 특히 1980년대에서 1990년대로 넘어가며 피보호감호자 수용인원이 1000명 단위씩 감소한데에는 1989년 3월 25일자로 필요적 보호감호가 삭제된 배경이 중요한 원인이었다고 할 것이다. 또한 법무부 보도자료에 의하면 2003년 12월 19일 112명을 가출소시킴으로써 피보호감호자 수용인원은 약 890명 정도로 예상되어 최초로 1000명 이하 수준으로 감소되게 되었다고 한다.²¹⁾

나. 죄명별 수용현황

<표 2> 죄명별 수용인원

구분	1987	1989	1992	1994	1996	1997	1999	2001	2003
수용인원	4,698	3,072	2,911	2,643	2,239	2,039	1,640	1,597	1,282
강도	148	153	273	280	299	240	230	235	159
절도	3,953	2,531	2,221	1,996	1,606	1,535	1,204	1,187	982
폭력	413	209	280	225	159	128	106	92	67
사기	146	86	86	89	62	55	50	35	36
기타	38	63	51	53	113	81	50	38	38

<표 2>는 피보호감호자의 감호원인을 죄명별로 분류한 것이다. 절도죄가 계속하여 압도적으로 많은데 대표적으로 1987년에는 전체 감호원인범 죄 중 84.1%, 2003년에는 총 수용자 1,282명중 982명으로서 전체의 76.5%를 점하고 있으며 지속적으로 70%~80%대에 머물고 있다. 90년대 들어

20) 이러한 입장의 대표적인 문헌들로는 심재우, 보안처분의 한계, 고시연구 1985년 4월, 66면 이하; 이승호, 각주 2); 배중대, 현행 보안처분법의 개선점, 성곡논총 제18집, 1987, 741면 이하.

21) 법무부 보도자료 2003년 12월 19일

평균 70%대에 머물러 미미하게 감소하는 추세이다. 사람의 생명과 신체에 대한 폭력을 수반하지 않는 범죄가 감호원인범죄 중 전체적으로 80%를 상회한다는 사실은 굳이 외국의 통계와 비교하지 않더라도 ‘형사정책의 부득이한 최후수단’으로서 보호감호의 기본성격을 무색케 하는 것이라 하지 않을 수 없다.

다. 범수별 수용현황

<표 3> 피보호감호자의 前科回數別 현황(1986년~2001년)²²⁾

年度 前科	1986	1987	1989	1991	1993	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
計	4,573 (100)	4,698 (100)	3,072 (100)	2,579 (100)	2,845 (100)	2,491 (100)	2,239 (100)	2,039 (100)	1,760 (100)	1,640 (100)	1,546 (100)	1,603 (100)
初犯	29 (0.6)	36 (0.8)	9 (0.3)	13 (0.5)	12 (0.4)	16 (0.6)	14 (0.6)	11 (0.5)	9 (0.5)	15 (0.9)	26 (1.7)	15 (0.9)
2~3犯	298 (6.5)	461 (9.8)	157 (5.1)	158 (6.1)	146 (5.1)	127 (5.1)	99 (4.4)	87 (4.3)	99 (5.6)	88 (5.4)	89 (5.7)	95 (5.9)
4~5犯	1,514 (33.1)	4,609 (34.2)	1,128 (36.7)	955 (37.0)	965 (33.9)	805 (32.3)	735 (32.8)	594 (29.1)	610 (3.47)	534 (32.6)	458 (29.6)	447 (27.8)
6~7犯	1,314 (28.7)	1,314 (28.0)	924 (30.1)	764 (29.6)	882 (31.0)	801 (32.2)	730 (32.6)	697 (34.2)	579 (32.9)	554 (33.8)	519 (33.6)	564 (35.1)
8~9犯	704 (15.4)	647 (13.8)	441 (14.4)	350 (13.6)	406 (14.3)	374 (15.0)	335 (15.0)	311 (15.3)	273 (15.5)	251 (15.3)	246 (15.9)	270 (16.8)
10犯以上	714 (15.6)	631 (13.4)	413 (13.4)	339 (13.1)	434 (15.3)	368 (14.8)	326 (14.6)	339 (16.6)	190 (10.8)	198 (12.0)	208 (13.5)	212 (13.2)

<표 3>은 피보호감호자의 前科回數別 분포상황을 나타낸 것이다. 전체적으로 보아 4~7범사이의 전과회수 피보호감호자가 가장 많은 비율을 차지하고 있다. 1991년까지는 대부분 전과 4~5범인 자가 가장 많았으나 그 후부터는 전과 6~7범인 자와 비슷해졌다. 형법각칙상 상습범 가중처벌규정이 적용되어 포괄일죄로 평가받아 범한 범죄수보다 형벌을 받은 숫자가 적을 것이라는 점을 감안한다고 하여도 절도죄 등 단순재산범이 보호감호

22) 범죄백서 2002, 308면; 범죄백서 1996, 213면.

처분대상자의 대부분을 차지한다는 사실을 상기한다면 매우 쉽게 보호감호를 부과하고 있는 것이다. 이는 독일의 경우 절도범과 사기범 등 단순재산범의 경우 약 13회 정도의 형벌선고와 55회 정도의 범죄경력이 있을 때 보호감호를 부과하고 있는 실무의 입장과 비교해보아도 알 수 있다.²³⁾

2. 분류지표 분석을 근거로 한 죄명별 현황

보호감호부과의 원인범죄양태를 좀더 정확하게 파악하기 위해 피보호감호자의 분류지표를 무작위로 제1감호소 317명, 제2감호소 161명, 총478명을 표본으로 삼아 분석해 보았다.²⁴⁾ 법무부예규로서 분류처우 업무지침에 따른 분류지표는 서식이 간단함에도 불구하고 피감호자의 범죄전력과 범죄양태에 대한 비교적 많은 정보를 담고 있다.

<표 4> 최초범행 연령

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
15세 미만	13.8 (66)
20세 미만	55.0 (263)
20세 이상	31.2 (149)
합 계	100.0 (478)

23) 독일의 통계에 대해서는 필자의 논문, 보호감호의 집행실태와 법적 문제점, 교정연구 제17호, 2002, 143면 이하와 비교.

24) 필자는 2003년 11월 국가인권위원회, 참여연대, 인권시민실천연대와 공동으로 청송보호감호소 현지실태조사를 실시한 바 있다. 위 분류지표 분석자료는 이 때 개인인적사항을 제외하고 각 항목별로 단순통계를 낸 결과이다.

조사인원현황

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
제1감호소	66.3 (317)
제2감호소	33.7 (161)
합 계	100.0 (478)

분류지표에 나타난 피보호감호자의 최초 범행연령은 15세 미만이 13.8%, 20세 미만이 55%, 20세 이상이 31.2%로 피보호감호자들은 비교적 일찍 청소년기부터 범죄를 저질렀던 것으로 나타났다.

<표 5> 범죄횟수

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
6회 이상	70.9 (339)
5회 이하	22.8 (109)
3회 이하	6.3 (30)
합 계	100.0 (478)

피보호감호자들은 6회 이상 범죄를 저지른 경우가 70.9%, 5회 이하가 22.8%, 3회 이하가 6.3%인 것으로 나타났다. 아쉬운 점은 단순히 범죄횟수만 표시되어 있어 범죄별 범죄횟수를 파악할 수 없었다는 것이다.

<표 6> 전과형기

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
6년 초과	95.6 (457)
6년 이하	4.0 (19)
4년 이하	0.4 (2)
합 계	100.0 (478)

피보호감호자들의 전체 수형기간은 6년을 초과한 경우가 95.6%로 대다수를 차지하고 있어 비교적 장기의 수형생활을 했던 것으로 나타났다. 그 외 6년 이하는 4%, 4년 이하는 0.4%에 불과했다.

<표 7> 재범기간

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
1년 이내	69.7 (333)
1-3년 이내	25.7 (123)
3년 초과, 초범	4.6 (22)
합 계	100.0 (478)

피보호감호자들의 재범을 저지르는 빈도정도 또는 속도는 출소 후 1년 이내가 69.7%로 상당히 높은 비율을 나타냈고 1~3년 이내가 25.7%, 초범이거나 3년을 초과한 경우가 4.6%로 나타났다. 실무상 재범의 빈도가 범죄인의 범죄상습성판단의 중요한 기준이 되고 있다는 사실을 고려한다면 피보호감호자들은 범죄의 유혹에 대해 저항력이 상당히 약한 편이라는 반증이 된다.

<표 8> 병과형기

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
2년 이상	59.0 (282)
2년 미만	39.7 (190)
1년 미만	1.3 (6)
합 계	100.0 (478)

보호감호와 병과된 형벌의 기간을 분석해보면, 2년 이상이 59%, 2년 미만이 39.7%, 1년 미만이 1.3%로 나타났다.

<표 9> 죄 명

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
1군: 존속범행, 특정강력범죄, 방화, 공무집행방해, 행정사범	7.1 (34)
2군: 사기, 횡령, 배임 등, 특가법(절도), 폭력행위 등	92.7 (443)
3군: 단순절도, 단순폭력, 상습도박	0.2 (1)
합 계	100.0 (478)

보호감호부과의 원인이 된 범죄는 2군²⁵⁾ 범죄인인 사기, 횡령, 배임 등, 특가법(절도), 폭력행위 등의 범죄가 92.7%를 차지하고 있고 그 중 대부분은 특가법상 절도죄이다. 전형적인 보호감호대상범죄군에 포함될 수 있는 특정강력범죄, 방화죄 등 비교적 사람의 생명과 신체에 대해 위험한 범죄인 제1범죄군은 7.1%에 그치고 있다.²⁶⁾

<표 10> 범죄동기

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
고의, 계획범	97.7 (467)
우발, 격정, 기회범	2.3 (11)
합 계	100.0 (478)

25) 분류지표상에 분류된 범죄군을 필자가 편의상 1, 2, 3 범죄군으로 칭하였음.

26) 필자의 견해로는 분류지표상의 죄명별 범죄분류는 조정되어야 할 필요가 있다고 본다. 예컨대 제1범죄군의 경우 그리 위험하지 않으나 공권력에 대한 위협으로 여겨서인지 공무집행방해 그리고 치료의 대상이 되어야 할 행정사범이 특정강력범죄와 같이 분류하고 있으나 이는 범죄의 범익침해의 정도 행위양태 등을 고려해볼 때 보호감호에 그대로 적용하는 것은 옳지 못하다.

<표 11> 반복정도 단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
직업범,치기범	14.9 (71)
상습범	84.9 (406)
미수범,단순범	0.2 (1)
합 계	100.0 (478)

피감호자의 대부분은 <표 10>과 <표 11>에서 볼 수 있는 바와 같이 고의(계획)범(97.7%)이자 상습범, 직업범(99.8%)인 것으로 나타났다. 반면 우발범, 걱정범, 기회범은 2.3%, 미수범, 단순범은 0.2%에 불과했다.

<표 12> 흉기 및 도구사용 단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
소지,고의사용	36.0 (172)
우발사용	3.8 (18)
미사용	60.3 (288)
합 계	100.0 (478)

피보호감호자가 범행시 흉기 및 도구를 소지하거나 사용한 경우는 36% 그친 반면 우발사용은 3.8%, 전혀 사용하지 않은 경우가 60.3%로서 피보호감호자의 많은 수는 범행시 흉기 및 도구를 소지하거나 사용하지 않아 사람의 생명이나 신체에 대한 공격성은 그리 위험한 수준이 아니라고 평가할 수 있다.

<표 13> 공범여부

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
주범, 2명 이상	14.4 (69)
종범, 공동범	16.5 (79)
없음	69.0 (330)
합 계	100.0 (478)

피보호감호자의 범행시 공범여부는 69%가 단독범인 경우이고 종범 및 공동범인 경우가 16.5%, 주범이거나 2명이상인 경우가 14.4%로 나타나 피보호감호자들은 범행시 범행이 조직화되지 않은 경우가 훨씬 많았다.

<표 14> 피해정도 27)

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
심 각	6.3 (30)
경 미	91.0 (435)
없음(미수포함)	2.7 (13)
합 계	100.0 (478)

피보호감호자의 범행으로 발생한 피해정도는 91%가 경미한 정도이고 피해가 전혀 없는 경우도 2.7%여서 양자를 합해 93.7%는 피보호감호자의 범죄로 인해 침해된 법익이 심각하지 않은 것으로 나타났다.

27) 범무부 분류처우 업무지침에 의하면:

피해정도: (가) 인명피해

① 심각 : 사망, 살해, 상해 1개월 이상 또는 2명 이상의 상해 합계가 1개월 이상, 강간

② 경미 : 상해 1개월 미만 또는 2명 이상의 상해 합계가 1개월 미만

(나) 재산피해

① 심각 : 피해액 1억 이상

② 경미 : 피해액 1억 미만

<표 15> 검거유형 단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
체 포	98.5 (471)
기 타	0.8 (4)
자 수	0.6 (3)
합 계	100.0 (478)

피보호감호자 중 98.5%는 체포되어 검거되었고 자수는 0.6%, 기타 검거 유형으로는 0.8%로 나타났다.

3. 분류지표를 통해 본 원인범죄 분석 정리

위에서 보는 바와 같이 피보호감호자가 최초로 범행을 저지른 시기는 20세미만인 피감호자가 68.8%로 비교적 이른 청소년기에 범행을 지르는 早發犯으로 나타났다. 범죄학에서의 주요관심사는 상습누범을 되도록 일찍 기회범 또는 일회적 범죄인과 구분해내어 적절한 범죄예방대책을 세우는 일이므로 우선 다각도로 누범의 특징 및 표지를 분석해내는 것이다.²⁸⁾

피보호감호자 중 早發犯이 많으며 보호감호원인범죄가 폭력성향의 범죄가 아닌 대부분 절도 등 단순재산범이고 학력이 낮다는 사실들은 피감호자의 대부분이 어린 시절 또는 청소년기부터 사회적, 경제적으로 불우한 환경에 놓여있었다고 추측된다. 또한 향후 이러한 범죄인그룹과 사회적으로 열악한 환경에 처해있는 잠재적 범죄인들에 대해서 사후 진압보다는 좀더 많은 교육기회와 사회복지혜택이 주어지고 과학적 범죄대책을 기반으로 한 소년형사사법과 행형에 대한 노력을 우선적으로 기울일 필요성이

28) 예를 들면 Schäffer, Rückfall bei ehemaligen Strafgefangenen: Ergebnisse einer Nachuntersuchung der Tübingerjungtäter-Vergleichsuntersuchung, 1996, 83 ff., 281 ff.

제기된다 하겠다.

또한 피보호감호자의 전과는 5회 이상이 93.7%, 전과형기는 6년 초과인 경우가 95.6%로 압도적으로 많았다. 즉 피보호감호자들은 대부분 5회 이상의 전과경력이 있으며 6년 넘게 교도소생활을 한 것이다. 초감호자와 재감호자 이상의 비율은 대략 반반정도로 추산된다. 그리고 1년 이내에 재범을 저지르는 경우가 70%정도를 차지하며 전체적으로 3년 이내에 재범을 저지르는 경우가 95.4%로 매우 높은 수치를 기록하고 있다. 따라서 피보호감호자는 범죄의 유혹에 대한 저항력이 약하며 출소 후 기본적인 사회생활조건들의 열악함 등 여러 이유로 재사회화에 어려움을 겪고 있는 것으로 드러났다.

보호감호가 병과되었던 형기는 약 60%정도가 2년 이상이었고 1년 이상인 경우까지 통틀어 보면 총 98.7%로 대부분 최소 1년 이상의 자유형과 함께 보호감호가 부과된다고 할 수 있다.

또한 보호감호의 원인죄명은 앞의 <표 9>에서 볼 수 있는 바와 같이 2군 범죄인인 사기, 횡령, 배임 등, 특가법(절도), 폭력행위 등의 범죄가 92.7%를 차지하고 있고 그 중 대부분은 특가법상 절도죄이다. 특히 특가법상 절도는 그 범죄구성요건이 상습범을 대상으로 하므로 그의 상습성을 근거로 가중처벌하고 이들에 대해 다시 보호감호처분을 내리는 결과가 된다. 이는 이중처벌금지의 원칙에 위반된다. 반면 전형적인 보호감호대상범죄군이라고 할 수 있는 특정강력범죄, 방화죄 등의 매우 위험한 범죄인 제1범죄군은 정작 7.1%에 그치고 있다.

피감호자의 대부분은 고의범(97.7%)이자 상습범, 직업범(99.8%)이다. 그러나 범행시 흉기 및 도구를 소지하거나 사용한 경우는 36% 그친 반면 전혀 사용하지 않은 경우가 60.3%로서 피보호감호자의 많은 수는 범행시 흉기 및 도구를 소지하거나 사용하지 않아 사람의 생명이나 신체에 대한

공격성은 그리 위험한 수준이 아니라고 평가된다. 피보호감호자의 범행시 공범여부에 대해서는 약 70%가 단독범인 경우여서 범행이 조직화되지 않은 경우가 훨씬 많았다.

또한 매우 중요한 사실은 범행으로 발생한 피해정도는 91%가 경미한 정도이고 피해가 전혀 없는 경우도 2.7%여서 양자를 합해 93.7%는 침해된 법익이 심각하지 않은 것이라는 점이다.

정리해보면, 일반인의 선입관과는 달리 피보호감호자의 많은 수는 불우한 환경으로 인하여 어린 시절부터 범죄에 빠지고 계속적, 누적적으로 범죄를 저질러 수회의 전과가 있지만 일반인에 대해 그리 위험하지 않은 단순재산범인 경우가 많다. 즉 사회내에서 매우 위험한 범죄인이 아니라 그저 자주 작은 범죄를 반복적으로 저지르는 귀찮은 그룹일 뿐이다. 또한 이들의 범죄성향은 많은 수가 사람에 대한 공격성과 폭력성을 드러내지 않았고 조직화되지 않았으며 피해의 정도도 경미하다. 이러한 범죄인 그룹에게 보호감호를 부과하는 것은 형(헌)법상 비례성의 원칙에 어긋나며 이러한 정도의 사회적 위험성으로 인해 형법상 상습범가중처벌과 병렬적으로 개인의 자유를 박탈하는 보호감호를 과하는 것은 헌법상 과잉입법금지의 원칙에도 위배되고 정당화되지 못한다.

결국 보호감호원인범죄를 분석하여 전체적으로 평가할 때 본래 보호감호제도의 취지와 목적에 걸맞게 논의되어야할 범죄인그룹은 매우 위험하지 않은 범죄인그룹을 제외한 피보호감호자 중 10% 정도로 추산되며 이 소수그룹에 대한 집중적인 관리 및 연구와 투자가 필요하다 하겠다.

III. 재범위험성 판단의 실태- 가출소와 재범률을 중심으로

보안처분에 있어 행위자의 위험성은 형벌에 있어 이미 행해진 불법행위에 대한 책임을 확정하는 것과 같은 차원에서 내용적으로 채워져 소송에서 확정되어야 할 보안처분의 실질적 요건이며 가장 중요한 관심사이다. 그러나 유감스럽게도 위험성이라는 개념자체가 매우 불확실하며 남용의 위험까지 도사리고 있다.²⁹⁾ 또한 위험성의 확정도 예측판단(Prognoseentscheidung)에 의존하게 되어 과연 인간의 인식능력이 미래의 법적 행위를 어느만큼 예측할 수 있는가 라는 회의적인 물음이 제기된다.³⁰⁾

보호감호부과의 법률상 형식적 요건과 함께 실질적 부과요건인 재범의 위험성에 대한 판단은 우리의 경우 대부분 전적으로 법관의 직관에 맡겨져 있다. 따라서 피보호감호자의 반복적으로 계속되는 범죄에 대한 정신장애여부나 인격장애여부를 전문적이고 과학적으로 판단하여 범죄유형별로 적절한 대책을 강구하는 제도적, 현실적 여건들이 아직 마련되어 있지 않고 그 필요성에 대한 인식 또한 매우 부족하다. 이는 보호감호의 근본사상인 특별예방사상의 본래의 취지에 반하며 형사소송상 감정인제도의 도입과 사회치료처분시설 등 이에 대한 제도적 보완이 이루어져 범죄인의 진단과 재범의 위험성 판단이 좀더 과학적으로 이루어질 필요가 있다.

1. 가출소 현황분석

재범의 위험성 판단은 보안처분 전 과정에 미치는데 특히 가출소여부를 판단하는 기준이 된다. 즉, 재범의 위험성에 대한 긍정적 예측은 가출소를

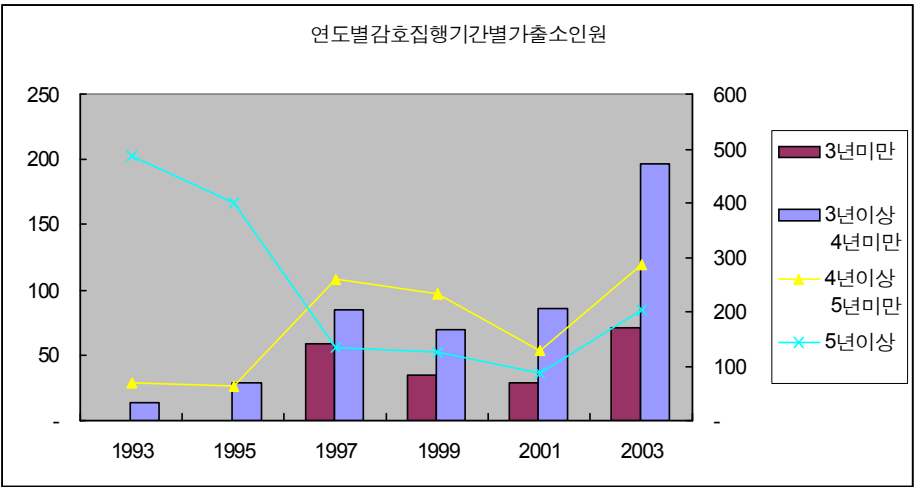
29) Exner, Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914, S. 59는 “위험성은 위험한 개념”이라며 남용의 위험을 경고하고 있다.

30) 법률에서 이 문제를 해결하는 방법으로는 위험성의 판단을 완전히 법관에게 맡기든지, 아니면 ‘몇 회의 전과사실’등과 같이 법률에 일정한 형식적 제한을 두는 방법이 있다.

허가하는 데에 있어 결정적인 기준이 되는 것이다.

<표 16> 연도별 감호집행 기간별 가출소 인원 단위 : 명

구 분	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
계	570	582	491	559	537	568	462	487	329	338	758
3년 미만	-	-	-	40	58	66	35	63	28	75	71
3년 이상 4년 미만	14	26	29	77	85	95	70	93	86	31	197
4년 이상 5년 미만	68	90	62	249	259	303	233	219	128	106	286
5년 이상	488	466	400	193	135	104	124	112	87	126	204



연도별 감호집행 기간별 가출소 인원을 살펴보면 <표 16>에 나타난 바와 같이 1995년 이전에는 보호감호가 3년 미만 집행된 경우에는 가출소가 전혀 이루어지지 않다가 1996년부터 보호감호 3년 미만 집행자도 조금씩 가출소되었다.

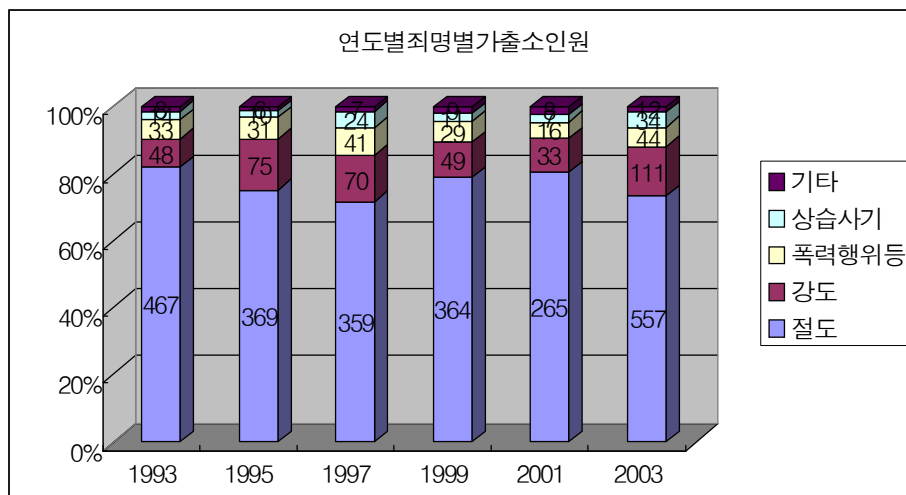
전반적인 특징은 1995년 이전에는 5년 이상 집행된 경우가 가출소자의

대부분을 차지하다가 1996년 이후부터 4년 이상 집행된 경우를 중심으로 가출소가 이루어져 집행기간이 단축되었다는 것이다.

<표 17> 연도별 죄명별 가출소 인원

단위 : 명

구 분	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
계	570	582	491	559	501	568	462	487	329	338	758
절 도	467	493	369	422	359	472	364	373	265	252	557
강 도	48	30	75	59	70	50	49	59	33	54	111
폭력행위 등	33	39	31	54	41	22	29	27	16	11	44
상습사기	14	18	10	21	24	18	11	16	7	12	34
기 타	8	2	6	3	7	6	9	12	8	9	12



이러한 사실이 반증하는 것은 가출소에 있어 보호감호제도의 본래의 취지에서 벗어나 재범의 위험성판단이 제대로 이루어지지 않고 있다는 것이다. 왜냐하면 대부분 감호기간이 길어질수록 즉 시간이 경과하면 자동적으

로 가출소의 기회가 오며 이는 재범의 위험성에 대한 고려라기보다 실무에서 보호감호를 단지 부족한 형벌을 메우는 보충적 수단으로 인식하고 실행되어져 왔다고 할 수 있다. 이러한 실무의 태도는 보호감호의 기본이념에 배치된다.

<표 17>에서 볼 수 있는 바와 같이 연도별 죄명별 가출소 현황 중 대표적으로 2003년 현황을 보면 절도가 557명, 강도가 111명, 폭력행위 등이 44명, 상습사기가 34명, 기타가 12명 가출소되었다.

이는 가출소가 범죄유형을 크게 고려하지 않고 죄명별 피보호감호자 범죄별 수용현황과 상응하여 대개 3년에서 5년 즉, 일정기간이 지나면 대개 자동적으로 이루어지고 있음을 알 수 있고 2003년 강도와 폭력행위 등의 범죄인도 155명 가출소된 사실을 보면 재범의 위험성과 그에 대한 장래의 침해가 우려되는 법익의 중대성은 크게 고려되지 않은 것으로 분석된다.

그러나 보호감호폐지에 대한 여론이 높아지면서 법무부는 보호감호를 우선 탄력적으로 운영할 필요성을 느꼈던 것 같다. 따라서 2003년 12월 19일 법무부 보도자료에 의하면³¹⁾, 상습절도, 무전취식 등 비교적 사회적 위험성이 낮은 유형의 피보호감호자들에 대해 가출소를 대폭 실시하기로 결정하고 6월 이후 총 937명을 가출소 시켰다고 한다.³²⁾

<표 18>은 연도별 범죄횟수별 가출소 인원을 보여주고 있다. 대표적으로 2003년 10월 현재 가출소 인원현황을 살펴보면 초범 8명, 2-3범 40명, 4-5범 206명, 6-7범 267명, 8-9범 138명, 10범 이상은 55명이 가출소되었다.

피보호감호자 범죄횟수별 수용현황을 보면 4-7범이 가장 많은 비중을 차지하고 있고 이와 상응하여 4-7범의 가출소인원이 가장 많은 것으로 미

31) 법무부 보도자료 2003년 12월 19일

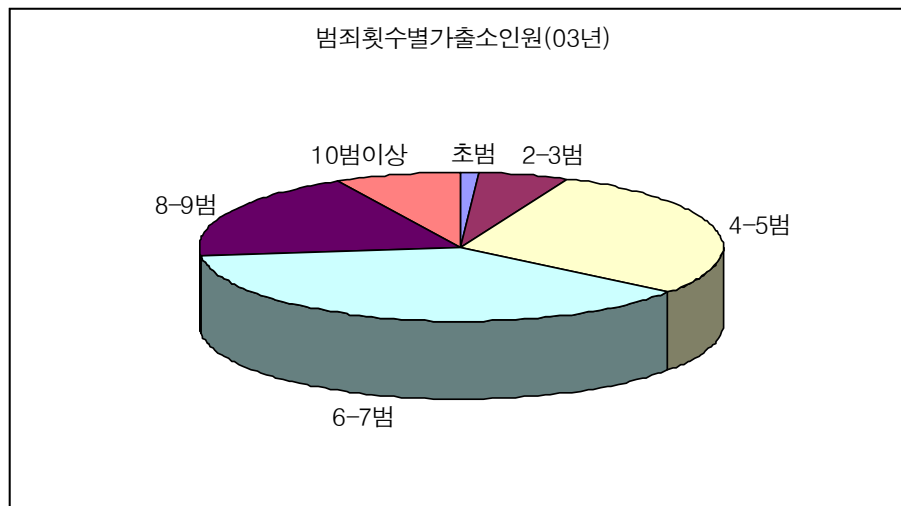
32) 그러나 2003년 7월~12월 가출소한 894명 가운데 23.6%인 211명이 다시 범죄를 저질러 입건되고 이 가운데 149명이 구속됐다고 한다. 한겨레신문, 2004년 3월 25일자. 이러한 사실은 구체적으로 사후 대책없는 제도의 시행과 운영이 얼마나 공허한가를 단적으로 표현해주고 있다.

루어 보아 일정기간이 지나면 역시 거의 기계적으로 가출소가 이루어지고 있음을 알 수 있다.

<표 18> 연도별 범죄횟수별 가출소 인원

단위 : 명

구 분	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
계	570	582	491	559	537	568	462	487	239	338	714
초범	5	1	1	3	2	4	5	6	-	3	8
2-3범	33	30	36	41	26	20	22	44	17	18	40
4-5범	197	253	201	163	167	157	161	195	16	109	206
6-7범	202	162	134	171	173	197	158	140	114	129	267
8-9범	76	71	60	84	88	96	69	63	53	40	138
10범 이상	57	65	59	97	81	94	47	39	39	39	55



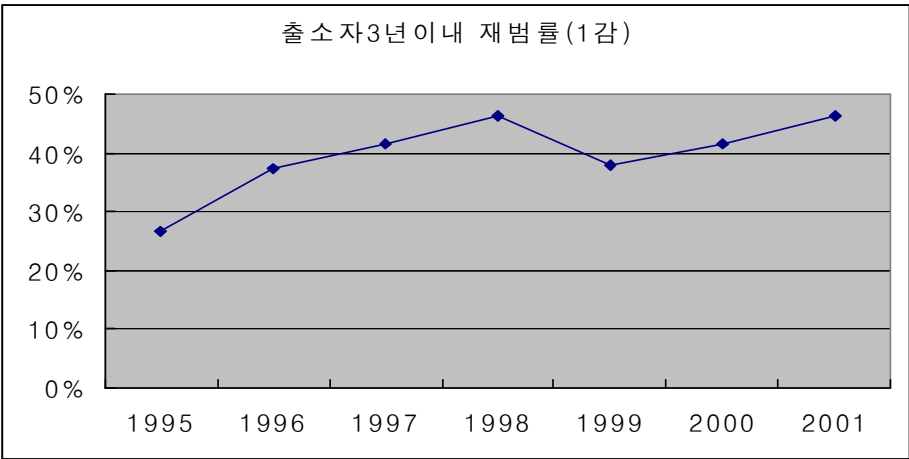
전체적으로 정리해보면 대체로 보호감호가 3-5년 정도 집행된 사이에 즉, 일정기간이 경과하면 범죄의 일반인에 대한 위험성과 그에 대한 장래에 침해가 우려되는 법익의 중대성은 크게 고려하지 않은 채 감호소 수용

인원에 비례하여 사무적으로 가출소가 이루어지고 있으며 가출소 판단 시 위험성예측 등 감호자 개인에 대한 과학적 분석과 장래에 침해가 우려되는 법익의 경중여부는 진지하게 고려되지 않는다고 생각된다.

2. 재범율

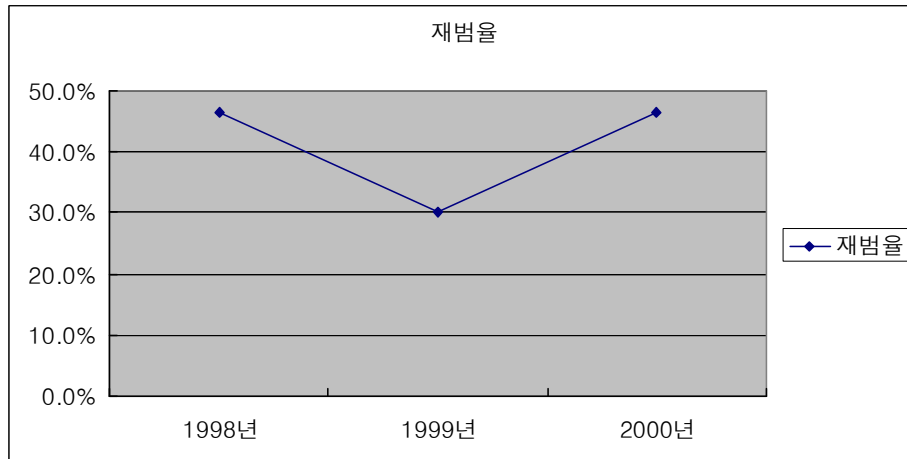
<표 19> 제1감호소 출소자 3년 이내 재범률 단위 : 백분율

구 분	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
1(감)	26.7	37.4	41.7	46.4	38.0	41.7	46.4



<표 20> 제2감호소 가출소자 재범률

구 분	가출소인원	재범인원	재범율
1998년	565	262	46.4%
1999년	457	138	30.2%
2000년	420	195	46.4%
98년,99년 가출소자는 전체 가출소자임			



가출소자가 출소하여 사회에 나가 다시 범죄를 저지르게 되는 재범율은 범죄인에 대한 장래의 범죄위험성 예측판단과 보호감호집행의 효율성여부를 반증해주는 중요한 척도이다. 보호감호소 자료에 의하면 최근 몇 년간 재범율은 제1감호소의 경우 1998년 46.4%, 1999년 38%, 2000년 41.7%, 2001년 46.4%로 상당히 높은 편이다.

재범율이 높으면 재범의 위험성 판단이 적어도 재범율의 비율만큼 실패했다는 사실을 증명한다. 특히 최근 재범율은 거의 50%를 육박하고 있어 행형은 물론이고 재범의 위험성 예측과 보호감호집행이 그만큼 실패했다는 사실을 반증한다.

또한 간과할 수 없는 사실은 이 수치는 출소한 피보호감호자만을 대상으로 한 것이기 때문에 재범의 위험성이 없는데 보호감호처분을 받아 자유를 박탈당하고 있는 피보호감호처분자까지 고려한다면 잘못된 재범의 위험성 예측은 훨씬 많아질 것이다.

따라서 재범위험성의 예측에 대한 보다 전문적이고 합리적인 제도가 도입되고 재범방지를 위한 행형과 보호감호집행에 대한 효과적인 프로그램개

발에 관심을 기울이며 이를 뒷받침할 적극적인 투자가 따라주길 기대한다.

IV. 맺음말

보호감호제도를 탄생시킨 특별(개별)예방의 출발점은 과학적이고 합리적인 형사정책이다. 위에서 살펴본 것처럼 현행 보호감호는 제도자체의 정당성여부는 별론으로 하더라도 제도의 근본취지와 달리 그동안 운영상 많은 문제점을 노출시켜왔다.

보호감호는 형법상 보충적 수단이 아니라 최후수단이며 비상조치이다. 보호감호부과대상범죄인의 대부분을 차지하는 5~7회의 절도를 저지른 범죄인은 형법상 비상조치를 내려야 할만한 우리 사회의 위험요소는 아니다. 사람의 생명과 신체에 대한 구체적 위험을 수반하지 않는 범죄가 보호감호원인범죄 중 80%를 상회한다는 사실은 ‘형사정책의 부득이한 최후수단’으로서 보호감호의 기본성격을 무색하게 하는 것이라 하지 않을 수 없다. 오히려 낙인이론에 의하면 그들은 사회의 도움을 받아야할 희생자들일 수도 있다.

형법이론상 불우한 가정환경, 교육환경, 사회환경 하에서 성장하여 인격형성에 장애가 있는 경우 사회도 애초부터 돌보거나 도움을 주어야할 일 정책임이 있음을 인정한다면 이에도 불구하고 개인의 인격에게만 책임을 돌리는 결과는 부당하다. 따라서 서구에서는 사회치료 등 원조적 관점에서의 처분을 오래전부터 시행해왔고 이는 보안과 개선의 두 가지 목표를 달성하고자 하는 균형감각의 대표적 산물이다. 또한 범죄인에 대한 정확한 진단과 그의 치료, 개선을 위한 프로그램도입과 개발은 비난이 본질인 형벌보다 100% 개별예방사상의 표현인 보안처분이 이론적으로 훨씬 가깝다.

그럼에도 불구하고 보안처분은 불확실한 개념인 행위자의 장래의 위험성과 범죄예측에 의존하므로 일차적으로 형법상 매우 위험한 범죄군을 대상으로 한다. 이러한 범죄군의 경우 장래의 행위를 예측하기가 비교적 쉽고 형벌과의 관계를 도외시한다면 법치국가적 원리에 비추어보아도 그의 자유를 박탈하는 것을 정당화할 수 있을 것이다.

따라서 보호감호는 사람에 대한 공격을 수반하는 매우 위험한 소수의 범죄인에게만 부과되어야하고 그 소수를 개선시키려는 적극적인 과학적 대책과 투자들이 담보될 때 정당화될 수 있을 것이다.

주제어: 보호감호, 보안처분, 특별예방, 형벌, 상습범

참고문헌

- 민주법학, 2001 (통권20호), 긴급결의문.
- 배종대, 위험의 종합판단, 판례연구 제4집, 1986, 고려대학교 법학연구소.
- 배종대, 현행 보안처분법의 개선점, 성곡논총 제18집, 1987.
- 범죄백서 1996.
- 범죄백서 2001.
- 범죄백서 2002.
- 법무부 보도자료 2003년 12월 19일.
- 송문호, 보호감호의 집행실태와 법적 문제점, 교정연구 제17호, 2002.
- 심재우, 보안처분의 한계, 고시연구 1985년 4월.
- 이승호, 우리나라의 보안처분류 제재체계에 대한 비판적 검토, 서울대학교 박사학위논문, 1991.
- 인권과 정의, 1989년 4월호, 특집: 사회보호법의 위헌성, 10-32면.
- Exner, Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914.
- Frisch, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung, in: Ulsamer Lexikon des Rechts - Strafrecht, Strafverfahrensrecht -, 1996.
- Frisch, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 102 (1990).
- Schäffer, Rückfall bei ehemaligen Strafgefangenen: Ergebnisse einer Nachuntersuchung der Tübingerjungtäter-Vergleichsuntersuchung, 1996.

Eine empirische Untersuchung über die materiellen
Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung

Song, Moon-Ho*

Als die letzte Notmaßnahme der Kriminalpolitik ist die Sicherungsverwahrung die fragwürdigste Maßregel des Strafrechts. Die Wirklichkeit der Sicherungsverwahrung entspricht gegenwärtig in Korea nicht dem Bild einer Maßregel zur Bekämpfung der schwersten Kriminalität. So befanden sich in Korea durchschnittlich 2000 Personen in der Sicherungsverwahrung. Davon 75-80% der Verwahrten wurden wegen einfacher Vermögensdelikte(Diebe, Betrüger) verurteilt. Dies ist rechtsstaatlich unhaltbar.

Wenn die Sicherungsverwahrung in Korea beibehalten werden soll, so sollte sie beschränkt werden auf diejenigen Hangtäter, von denen schwersten Straftaten zu erwarten sind. Hinsichtlich der begangenen Taten müssen strenger Anforderungen gestellt werden. Auch mit diesen Einschränkungen ist die Beibehaltung der Sicherungsverwahrung nur zu rechtfertigen, wenn gewährleistet werden kann, daß den Verwahrten nur die unerläßlichen Freiheitsbeschneidungen auferlegt werden.

Der Zustand der Täterpersönlichkeit muß sich prognostisch als gefährlich darstellen. Diese Gefährlichkeit läßt sich darüberhinaus aus dem Tatgeschehen herleiten.

* Associate Professor, Faculty of Law, Catholic University of Daegu

In diesem Sinne fordert Verfasser weitere Beschäftigung und Zusammenarbeit von Psychiatern und Juristen mit der statistischen und klinischen Prognosemethode, um zuverlässige Prognosetafeln auszugestalten.

Keyword(Schlagwörter): Sicherungsverwahrung, Maßregel,
Individualprävention, Strafe, Hangtäter

카지노 출입자의 사회인구적 특성, 도박중독, 그리고 도박동기와 실태에 관한 연구

이 태 원

이 연구는 한국학술진흥재단(KRF-2003-072-BM1004)의 재정적
지원에 의하여 이루어진 것이다.

형사정책연구 제15권 제2호(통권 제58호, 2004 · 여름호)

한국형사정책연구원

카지노 출입자의 사회인구적 특성, 도박중독, 그리고 도박동기와 실태에 관한 연구*

이 태 원**

I. 서론: 문제의 제기

전국 석탄공급의 30% 이상을 차지하고 있던 강원도 남부 탄광지역은 1989년 석탄산업합리화정책이 시행되면서부터 지금까지 급속한 사회변동의 회오리를 경험하고 있다. 합리화정책에 의하여 지역경제의 기둥이 되어 왔던 탄광들이 대부분 폐광되고, 지역경제는 침체와 좌절에 빠져들지 않을 수 없었다. 지역경제를 살리고자하는 지역주민들의 힘겨운 투쟁은 1995년 국내 처음으로 내국인 출입이 가능한 카지노 설립의 허가를 얻음으로서 일단 매듭지어졌다. 그리고 2001년 강원랜드는 스몰 카지노를 개장하였으며, 2003년 3월에는 메인 카지노를 개장하여 현재까지 합법적 도박장을 개장해 영업을 계속해 오고 있다. 지역경제를 살리기 위해 설립된 강원랜드는 지난 4년간의 영업을 통하여 외형적으로는 예상을 초월하는 매출액과 영업이익이 나고 있으며, 지역경제에도 긍정적 영향을 미치는 것처럼 평가되고 있다.¹⁾

* 이 연구는 한국학술진흥재단(KRF-2003-072-BM1004)의 재정적 지원에 의하여 이루어진 것이다.

** 강원대학교 사회학과 교수, 문학박사

그러나 주지하는 바와 같이 합법화된 도박은 양면적 특성을 갖고 있어서 도덕적 평가는 물론이고, 정책적 평가에 있어서도 항상 논쟁의 대상이 되어왔다. 일반적으로 도박 합법화의 긍정적 측면-주로 경제적 측면-은 직접적이고 가시적이며 명시적인 것으로, 그리고 부정적 측면-경제적 측면은 물론 사회적 측면-은 간접적이고 비가시적이며 잠재적인 것으로 알려져 있다. 이러한 도박의 양면적 특성 때문에 강원랜드 카지노가 지역사회에 미치는 총체적 영향평가는 긍정적 측면과 부정적 측면의 평가가 동시에 이루어져야 가능할 것이다. 이 연구의 궁극적 목적은 강원랜드 카지노가 지역사회에 미치는 영향에 대한 종합적 평가를 지향하고 있으며, 본 연구는 그것의 기초 작업에 해당된다.

사회과학적 측면에서 볼 때, 도박에 관한 연구는 세 가지 영역으로 구분될 수 있다. 첫째 국가가 도박을 합법화시키는 이유는 무엇인가, 둘째 어떤 사회경제적 배경을 가진 사람들이 무슨 이유로 어떤 종류의 도박을 하며, 그것이 개인들에게 미치는 영향은 무엇인가, 그리고 셋째 합법적 도박이 도박자와 지역사회에 끼치는 영향은 무엇인가 하는 것이다. 첫째 영역이 도박 합법화에 대한 국가의 성격과 역할에 관한 것이라면²⁾, 두 번째 영역은 도박행위를 참여자의 측면에서 규명하는 것이며, 세 번째 영역은 도박합법화의 사회적 결과에 관한 것이다. 본 연구는 합법적 도박연구의 세 분야 중 두 번째 영역에 관심을 갖는다. 구체적으로 강원랜드 카지노 출입자들의 사회인구적 특성의 파악과 도박중독자의 비율 그리고 도박동기와 도박실태를 변수들 간의 상호관계 속에서 경험적으로 규명하기 위한 것이다. 두 번째 영역의 연구가 진행된 이후에야 세 번째 영역의 연구인, 합법적 도박의 지역사회에 대한 종합적 영향을 평가할 수 있기 때문이다.

1) 강원랜드(주)의 연도별 카지노 매출액과 영업이익에 대해서는 이태원(2003)과 레저백서(2003)를 참조할 것.

2) 이 문제에 관한 연구는 이태원,김석준(1999)를 참조할 것.

카지노가 지역사회에 미치는 종합적 영향에 대한 예비 작업이라는 목적 이외에도 본 연구는 세 가지 측면에서 중요한 의미를 갖는다. 첫째, 우리나라 사회학 분야에서 볼 때 이 연구는 특정 종류의 합법적 도박에 참여하고 있는 사람을 대상으로 최초로 경험적 조사를 수행하였다는 사실이다. 둘째, 도박행위에 관한 서구의 사회학적 이론들은 도박 행위자의 사회인구적 특성의 차이에 따른 참여 동기의 차이와 도박종류의 차이를 고려하지 못함으로서 설명력이 떨어진다는 비판을 받고 있다(이태원, 2003). 이 연구는 카지노 참여자들만을 대상으로 그들의 사회인구적 특성과 도박중독의 비율 그리고 도박동기와 실태를 조사하고 상호관계를 분석함으로써 기존 이론들에 대한 경험적 검증은 물론, 이론의 정교화에도 기여할 것이다. 셋째, 도박중독자의 비율과 도박실태에 대한 조사는 합법적 도박의 부정적 영향을 규명함으로써 합법적 도박에 관한 정책의 수립에 도움을 줄 것이다.

II. 이론적 논의

1. 도박의 정의와 카지노의 특성

우리나라의 도박금지법(형법 제 246조)에 따르면 “재물로써 도박한 자는 500만원 이하의 벌금 또는 과료에 처한다. 단, 일시 오락 정도에 불과한 때에는 예외로 한다”(김일수 1997: 403)고 규정되어 있다. 또한 “도박이 성립하려면 당사자 사이에서 확실히 예견할 수 없고, 자유로이 지배할 수 없는 우연한 사정에 의해 승패를 결정하고 재물을 다투어야 한다. 복표 또는 복권은 추첨방식에 의한다는 점만 특이할 뿐 우연한 사정에 의하여 재물의 득실이 결정되는 점에서 도박과 유사하므로 복표도 넓은 의미에서

도박의 일종이라고 할 수 있다. 다만 공익목적을 위하여 도박(복권, 경륜, 그리고 경마 등)이 법적으로 허용된 경우에는 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각(阻却)된다”(김일수 1997: 399-411)고 함으로써, 합법화된 도박은 형법상의 범죄가 아님을 밝히고 있다. 이러한 법률적 정의는 도박에 대한 법규정의 이중성을 보여주는 것이며, 결국 합법화된 도박은 합법화된 범죄라는 모순적 특성을 갖고 있다.

일반적으로 놀이와 도박의 경계는 매우 모호하여, 어떤 행위가 놀이이고 도박인가에 대한 구분은 종종 주관적인 판단에 의존하는 것으로 보여 진다. 여기서는 도박을 우연에 의한 미래의 불확실한 사건의 결과에 기대어 금전과 가치 있는 어떤 것의 이전에 자발적으로 참여하는 활동으로서 놀이의 하나로 인식되는 재정적 위험부담 행위로 정의하고자 한다(Devereux, 1949: 53; Mcmillen, 1996: 6; 까이와, 1994). 이러한 정의는 돈이 이윤을 창출함이 없이 단지 놀이를 하는 사람들 사이에서 순환되는 비공식적인 사적 도박을 배제할 뿐만 아니라, 산업 활동을 통하여 장기간의 재정적 상업적 이윤을 추구하는 투기로서의 주식시장에서의 투자를 배제한다.

이 연구에서는 합법적 도박인 카지노에 관심을 갖는다. 현재까지 우리나라에서 합법화된 도박은 복권, 경마, 경륜, 경정, 그리고 카지노 5 가지가 있다. 다른 4 종류의 합법적 도박들과 비교하면서 카지노 도박의 차별적 특성을 살펴보면 다음과 같다. 첫째 내기 방법에 있어서의 차이를 들 수 있다. 다른 도박들이 놀이를 하는 사람들 사이의 게임(player to player)인데 비하여³⁾, 카지노는 카지노 운영자 대 게임에 참여하는 사람들 사이의 내기(banker to player)이다.

3) 이러한 내기방식을 패리뮤추얼(Parimutuel) 방식이라 한다. 이 방식 하에서 돈을 거는 행위는 시행업체를 상대로 거는 것이 아니라 내기하는 사람들끼리 경주에 돈을 거는 것이며 시행업체는 그 사이에서 중개인 역할(주식의 경우 증권회사 역할)을 하는 것이다. 따라서 중개인은 내기를 중개해 준 대가로 일정한 비율의 수수료를 받음으로서 이윤을 얻게 된다.

둘째, 게임운영시간과 종류에 있어 카지노는 다른 도박들과 차이가 있다. 게임운영시간을 보면 복권의 경우는 주 1회(즉석식은 제외), 경마는 토요일과 일요일에, 경륜은 금요일 토요일 그리고 일요일에, 그리고 경정은 수요일과 목요일에 개최된다. 이에 비하여 카지노는 1년 동안 하루도 쉬지 않고 개장되며, 일일 게임시간도 아침 10시부터 다음날 새벽 6시까지 하루 20시간 계속된다. 게임의 종류를 보면 경마 경륜 그리고 경정은 모두 한 가지 게임종류(비록 몇 가지 게임방식을 갖고 있다 하더라도)를 갖고 있는 반면, 카지노는 총 7가지 종류의 게임이 있다. 게임을 1회 시행하는 데 걸리는 시간을 보면, 경마와 경륜 그리고 경정은 트랙을 미리 결정된 횟수만큼 돌아야 하기 때문에 1회 경주에 걸리는 시간은 약 2-30분 정도 소요된다. 반면 모든 종류의 카지노 게임들이 1회 시행에 걸리는 시간은 수초에서 수분(길어야 5분을 넘지 않음)에 지나지 않기 때문에, 주어진 시간 동안 상대적으로 많은 횟수의 내기를 할 수 있다. 따라서 주어진 시간 당 고액의 손실액도 다른 것들에 비하여 상대적으로 훨씬 크다.

셋째, 심리학자들에 따르면 일반적으로 도박꾼들은 자극과 흥분을 추구하는 경향이 있으며(Dickerson, 1993: 3-24; Coventry and Brown, 1993: 25-50; NORC, 1999: ix), 자극과 흥분을 추구하는 정도가 높을수록 도박에 중독 될 가능성이 높다고 주장하고 있다. 따라서 도박의 종류 가운데 자극적이고 흥분을 유발하는 특성이 높은 도박일수록 도박중독자의 비율이 높을 것으로 판단된다. 중독은 도박이 갖고 있는 흥분, 위험감수, 그리고 각성과 갖는 내재적 특성들로부터 유래한다. Coventry and Brown(1993: 43)에 따르면 장외 베팅 보다는 장내 베팅과 카지노가, 한 가지 형태의 게임에 참여하는 것보다는 여러 형태의 게임에 참여하는 것이 더 높은 자극과 흥분을 제공한다고 보고하고 있다. 이러한 주장은 경험적 연구에서도 증명되고 있는 데, 가장 중독성이 강한 것이 패리뮤추얼(경마 경륜 그리고 경

정) 방식의 게임이며, 그 다음이 카지노이고, 장외 베팅과 복권의 중독성이 가장 약한 것으로 보고 되고 있다(NORC, 1999: 26; Ministry of Public Safety and Solicitor General, 2003: 46).

2. 이론적 배경 및 선행연구의 검토

가. 이론적 논의

도박에 관한 사회과학적 논의는 응용과학(관광학 분야)를 제외하면 주로 사회학과 심리학에서 이루어지고 있다. 심리학적 접근은 도박중독과 중독의 원인 그리고 도박의 동기에 대한 미시적 접근을 주로 시도하고 있다. 반면 사회학의 도박에 관한 논의는 거시적 접근과 미시적 접근으로 구분될 수 있다. 거시적 접근들의 관심대상은 도박에 대한 국가의 합법화에 논의의 초점을 맞추고 있으며, 구조-기능주의적 관점과 마르크스주의적 갈등이론이 여기에 속한다.⁴⁾

거시사회학적 접근들과 달리 미시적 접근들의 연구대상은 어떤 사회인구적 특성을 가진 사람들이 무슨 이유로 도박에 참여하는가를 설명하기 위한 것이었다. Devereux(1949)의 구조-기능주의적 관점에 터하여, 미시적 관점에서 도박 참여자의 사회인구적 특성과 도박참여 원인의 관계를 설명하려는 것으로는 아노미론 혹은 박탈이론과 소외이론이 있다. Merton(1968)의 아노미 혹은 박탈이론에 따르면 도박은 일반적으로 불법적이기는 하지만 사람들이 사회적으로 인정된 목표를 성취하려는 노력 속에서 경험하게 되는 좌절을 경감시켜 줄 수 있는 기회를 제공한다. 아노미 이론은 적어도 도박이 사회적 성공을 위한 가능성을 제공하기 때문에, 그것은 물질적 성

4) 도박에 관한 거시수준의 논의는 이태원(2003), Devereux(1949), Fuller(1974), 그리고 Aasved (2003)을 참고할 것.

공에 대한 접근이 더욱 제한되어 있는 사람들 사이에 더욱 널리 퍼져 있을 것이며, 접근기회가 제한되어 있지 않은 상층 계급의 사람들 사이에 덜 확산되어 있을 것이라고 주장한다. 그러므로 도박의 비율은 사회계급과 그리고 계급 내에서는 수입의 수준과 역으로 관계를 맺고 있음에 틀림없다. 결국 아노미 이론은 빈곤한 사람일수록 도박을 할 가능성이 더 높아질 것이라고 예측하고 있다. 하층계급의 사람들은 도박의 당첨금액과 도박의 상금에 대하여 많은 관심을 가지며, 그것은 또한 도박참여의 원인으로 작용한다(Brenner and Brenner, 1990: 26; Brinner and Clotfelter, 1975; Clotfelter, 1979; Fery, 1984; Clotfelter and Cook, 1987).

소외이론은 산업화되고 비 개인화된 도시적인 자본주의 사회들의 복잡함 속에서 노동계급들의 무력감을 기술하기 위하여 종종 사용되어 왔다. 많은 사회학자들은 시간의 기록, 단조로운 일관조립에 의한 노동, 그리고 거대한 관료조직을 가진 현대 산업화의 출현이 노동자들에게 비참조적이고, 고립적이며, 어떤 주도권도 행사할 수 없고, 그리고 자신들의 생활에 대해 어떤 통제력도 행사할 수 없다는 느낌을 갖게 만들었다고 믿고 있다. 결국 도박에 대하여 생각하기 시작한 많은 초기의 사회학자들은 사회의 거대한 부분들에 의하여 조우되는 강력한 소외감에 도박을 귀속시켰다. Herman(1967)의 트랙경기에 대한 배팅 연구에 의하면, 도박이 개인들로 하여금 자신에 대한 통제를 행사하도록 허락한다고 주장한다. 즉 개인은 행동의 비용과 이윤을 계산할 수 있고 자신이 적합한 결정이라고 느끼는 것에 배팅할 수 있는 드문 기회를 제공받는다. 이러한 종류의 심사숙고는 정상적인 일상생활 특히 작업장에서는 일반적으로 가능한 것이 아니다. 불법적인 장외의 객실배팅에 관한 Zola(1963)의 연구에 따르면 “이성적 수단에 의하여 체계를 파괴함으로서 혹은 그것을 압도함으로서 이들은 자신들이 통제를 행사할 수 있으며, 일순간만이라도 자신의 운명을 통제할 수 있

다는 것을 과시하였다”(Zola, 1963: 30)고 진술하고 있다. 결국 소외이론은 하층계급이 상층계급보다 도박참여율 높을 것이라는 점에 대해서는 아노미 이론에 동의하고 있는 반면 도박원인에 대해서는 견해를 달리하고 있다. 아노미 이론이 하층계급의 도박원인을 금전적 성공으로 보고 있는 데 반하여, 소외이론은 의사결정의 자율성이라는 비금전적 요인을 더 중요시하고 있다.

아노미 혹은 박탈이론과 소외이론이 하층계급의 높은 도박참여를 주장하는 이론들이라면, 참여관찰에 의한 상호작용적 접근이나 소비이론은 사회인구적 특성과 도박참여의 관계보다는 도박이 갖고 있는 특성에 주목하고 있다. Goffman(1967)은 자연적 환경에서 일어나는 일시적인 상호작용 상황을 연구하는 데 관심을 가졌다. 그러한 상황 중의 하나는 고의적으로 위험감수를 추구하거나 혹은 ‘행동(action)’을 포함하고 있다. 행동은 개인이 피할 수 있는 것으로 지각된 중요한 모험을 고의적으로 행할 때는 언제든지 발견된다. 행동은 자발적이며, 상업화된 운동경기, 구경꾼이 없는 위험한 스포츠, 그리고 축제나 볼링 경기장과 같은 상업화된 행동장소에서 발견되는 경향이 있다. 행동 활동들은 그 결과로 인하여 가치 있는 것들이 획득되거나 상실될 수 있다는 점에서 중요하고 운명적이다. 이러한 점에서 도박은 운명적 활동에 의한 행동의 원형이다(Frey, 1984: 113-114).

소비이론은 도박에 대한 경제적 접근에 기초하고 있다. 도박의 오락적 가치를 주목하는 이 이론에 따르면, 도박을 하는 사람들이 이기적이고, 목표 지향적이며, 그리고 이성적인 다른 소비자들과 차이가 없는 것으로 간주되고 있다. 그들은 ‘효용성’과 만족을 얻는 것을 궁극적인 목표로 하여 상품을 구매하고 소비한다. 이러한 관점에서 볼 때, 도박꾼들은 오락의 소비자들이며, 손해는 비용이며, 효용성은 기대된 부의 대가가 아니라 개인적인 즐거움의 대가가 된다. 도박이 제공할지도 모르는 탈 금전적인 효용

성이나 혹은 만족의 예들은 친구와 교제하고, 흥분을 추구하며, 현실도피의 수단이 되고, 의사결정과 자신의 지적 능력을 검증할 수 있는 도전이 되거나 아니면 단지 호기심을 만족시킬 수 있는 기회가 될 것이다. 소비이론가들은 3시간의 카지노 도박은 축구나 야구 게임과 같은 전문 스포츠에 참여하는데 드는 전체 비용과 비교할 때 값싼 오락이라고 느끼고 있다. 그러므로 “투자라기보다는 오락으로서 분석된다면, 룰렛은 비이성적인 것으로 보이지 않는다”(Keren and Wagenaar, 1985: 154; Aasved, 2003: 47-48). 소비이론의 관점에서 보면 도박은 오락적 가치를 지니고 있기 때문에, 특정 사회계급과 도박 참여와는 관계가 없을 것이다.

도박에 대한 심리학적인 논의들은 도박에 참여하는 사람들 가운데 도박중독자를 측정해 내고, 개인들의 특징을 통하여 도박중독의 원인을 밝혀내며, 치료하기 위한 것에 집중되고 있다. 도박중독은 정신장애의 진단체계인 DSM-IV(APA, 1994)에도 ‘병적 도박’으로 분류되어 있듯이, 충동조절 능력에서 현격한 무능력이 나타나는 정신장애의 일종이다. 성격특성이론과 인지이론은 도박중독의 원인을 설명하는 가장 대표적인 이론이라 할 수 있다. 심리학의 성격특성이론에 따르면, 도박에 취약한 성격특성을 가지고 있거나 아니면 비합리적인 사람이 도박중독자가 된다고 설명하고 있다. 취약한 성격특성을 강조하는 연구자들은 도박을 하는 이유가 돈을 따기 위한 것이 아니고 도박의 다른 측면들을 통제하는데 실패한 결과로 본다. 즉 도박중독자들은 도박 행위에 의해 발생하는 각성이나 흥분에 중독되어 있다는 것이다. 이렇게 각성이나 흥분에 중독되기 쉬운 사람들은 충동성이나 감각추구성이 높은 사람들이라고 분류되고 있다(Steel & Blaszczynski, 1998; Zuckerman, Bone, Neary, Mangelsdorf, & Brustman, 1972).

인지이론에 따르면, 병적 도박자들은 높은 충동성 등 도박에 취약한 성격을 가지고 있을 뿐만이 아니라, 특이한 방식으로 귀인하는 사고패턴을

가지고 있다고 한다(Ladouceur & Walker, 1996; National Research Council, 1999). 즉 이들은 돈을 댔을 때는 자신의 도박기술이나 능력이 뛰어나서라고 평가하고, 반대로 돈을 잃었을 때는 운이 없었다는 식으로 실패를 귀인한다는 것이다. 또한 도박중독자들은 자신에게 운을 조절하고 시스템을 이길 수 있는 능력이 있다는 잘못된 신념을 가지고 있다. 다시 말해서 병적 도박의 문제는 도박자의 행동이 아니라 잘못된 인지적 가정과 기대라 할 수 있다. 인지적 기대는 규칙적이고 빈번한 도박, 계속된 손해에도 불구하고 도박을 지속하게 하는 과정을 잘 설명한다(이인혜, 2004).

나. 최근의 경험적 검증들

사회학적 측면에서 볼 때, 90년대 이전의 도박행동에 관한 경험적 검증은 주로 기능주의 이론의 하위이론이라 할 수 있는 미시적 접근들(아노미 혹은 박탈이론과 소외이론)을 검증하기 위한 것이었다. 이들의 기본적인 관심은 두 가지였다. 하나는 사회계급과 도박참여와의 관계를 설명하기 위한 것이었으며, 또 하나는 도박참여가 그들의 일상생활 주는 영향에 관한 것이었다. 도박에 관한 사회학적 이론들을 검증하기 위한 가장 야심적인 노력은 영국에서 Downes와 동료들(1976)에 의하여 착수되었다. 그들은 도박과 관련하여 아노미, 소외, 노동계급의 문화, 기능주의, 의사결정, 위험감수, 일 중심적 여가, 그리고 가족중심에 관한 서너 개의 의사이론들(quasi-theories)과 명제들을 검증하였다. 그들의 연구는 약간 당혹스러운 결과를 보여주었다. 왜냐하면 거의 모든 명제들이 증명되었지만 유의미한 정도는 아니었기 때문이다. 그래서 이들은 우리는 이 연구를 통하여 도박행동에 대하여 어느 정도 알고 있는 것처럼 보이기는 하지만, 명확한 것은 아무 것도 없다는 결론에 도달하였다고 고백하고 있다.

또 하나의 연구는 미국정부의 재정적 지원을 받고 도박정책위원회(Commission on the Review of the National Policy toward Gambling)의 감독 하에 미시건 대학에서 수행되었다(Kallick et al., 1979). 전체적으로 볼 때, 이 연구는 도박이 일탈행동이라는 가설과 가난한 사람들은 물론 풍요로운 사람들의 경제적 추구라는 가설에 대한 어떤 강력한 지지도 발견하지 못하였다. 대체로 도박의 비율은 수입에 따라 증가하는 경향을 보였으며, 도박의 규모는 일정하지는 않았지만 대체로 도박의 종류에 따라 상이하였으며, 도박에 의한 손해의 상대적 규모는 수입의 정도에 따라 감소하였다. 특히 대부분의 도박 참여자들의 내기 액수는 적었기 때문에, 도박이 모든 계급을 위한 오락의 한 형태라는 생각에 대한 지지가 가장 강력한 것으로 발견되었다.

서구 사회의 경우 90년대에 들어오면서 합법적 도박이 급속히 팽창하였다. 이와 함께 도박문제도 빠르게 증가함에 따라, 여러 분야의 전문가들이 공동으로 전국단위의 포괄적 조사를 통하여 어떤 사람이 무슨 이유로 어떤 종류의 도박을 얼마나 하는지에 대한 대규모 실태조사가 빈번히 수행되었다. 특히 이들의 관심대상은 전체 인구중 도박중독자가 차지하는 비율의 파악에 모아졌다(NORC, 1999; Ministry of Public Safety and Solicitor General, 2003; National Council of Welfare, 1996; Welte et al., 2002; Canadian Centre on Substance Abuse, 2002; Dunstan, 1997)⁵⁾. 이들 조사

5) NORC(1999: 26)와 Ministry of Public Safety and Solicitor General(2003: 46)의 보고에 따라 지난 해(past-year) 도박경험을 중심으로 도박중독자의 비율을 살펴보면, 미국은 경마 고객 중 28.5%가 그리고 카지노 고객 중에는 14.1%-6.1%(카지노가 개장되어 있는 장소에 따라 차이가 있음) 도박중독자인 것으로 나타났다. 그리고 캐나다의 경우는 경마 고객 중 10.4%가 그리고 카지노의 고객 중 8.8%가 도박중독자인 것으로 밝혀졌다. 도박중독자의 수는 패리뮤추얼 게임에 참여하는 사람들 사이에서 가장 많을지 모르지만 미국의 경우 합법적 도박에 참여하고 있는 사람들 중 82% 정도가 카지노 도박을 하고 있으며(Huermeland, 1998: 8), 24시간을 기준으로 할 때 카지노는 다른 도박과 비교하여 돈을 빠르게 잃을 가능성이 가장 높기 때문에 도박중독자를 양산할 가능성이 가장 높다

들은 대개 지방 및 중앙정부들의 재정적 지원 하에 이루어졌으며, 어떤 사회인구적 특징을 지닌 사람들이 어떤 종류의 도박을 무슨 원인에서 참여하고 있으며, 그것의 개인적 사회적 영향은 무엇인가를 실태조사의 차원에서 연구하여 보고서로 제출하여 왔다. 연구 결과들을 요약하면 남성이 여성보다 도박에 대한 참여율이 높으며, 연령과 도박에 대한 참여율은 반비례의 관계에 있으며, 사회계급과 도박의 관계는 일관성이 없으며, 결혼한 사람들이 그렇지 않은 사람들보다 도박에 대한 참여율이 낮으며, 신교를 믿는 사람들이 그 이외의 종교를 믿는 사람들보다 도박에 대한 참여율이 낮은 것으로 나타났다. 또한 도박에 대한 중독비율도 도박의 종류에 따라 다르게 나타나고 있다(NORC, 1999; Volberg and Moore, 1999; Canadian Centre on Substance Abuse, 2002; Dunstan, 1997).

이들 연구들은 특정 종류의 도박 고객들을 대상으로 표본을 추출한 것이 아니라 전국을 모집단으로 하여 추출된 표본이다. 따라서 특정 종류의 도박행동에 관한 실태와 참여동기에 대한 연구로는 부족한 감이 있다. 또한 이 연구들의 결과가 보여주는 일관된 발견은 수입이 낮을수록 복권의 구매율은 높다는 것이다. 그 이외의 사회인구적 변수들 복권구매율 그리고 여타 종류의 도박참여 정도와의 관계는 일관성이 없는 것으로 나타나는 단점을 보이고 있다.

3. 연구의 관심

심리학적 접근은 도박중독의 측정에 초점을 맞추고 있으며, 그 원인을 개인적 특성들을 통하여 설명하고 있다. 반면 위에서 검토한 것과 같이 도박행동을 설명하는 사회학적 이론들과 경험적 연구들의 결과는 일관성을 보여주지 못하고 있다. 아노미이론과 소외이론은 금전적 목적을 동기로 하

는 하층계급의 도박행동을 잘 설명할 수 있지만, 상층계급의 도박행동들을 설명할 수 없다. 반대로 소비이론은 도박하는 사람들이 손해를 감수하면서 구매하는 즐거움으로서 도박을 설명하고 있다. 소비이론은 많은 예들에서 -합법적이든 불법적이든- 보여지고 있는 것과 같은 상층 계급은 물론 중하층 계급에서 발생하고 있는 오락성 도박이나 관습적 도박은 잘 설명할 수 있을 것이다. 그러나 이 이론이 갖고 있는 가장 큰 단점은 도박에 대한 설명들이 가장 관심을 갖고 있으며 사회적으로도 문제가 되고 있는, 병리적 도박이나 무책임한 도박행위를 설명할 수 없다는 약점을 갖고 있다. 또한 경험적 연구의 결과들도 상호 모순적이거나 일관성 없는 결과를 보여주고 있다.

도박행동은 도박의 종류와 특성, 도박에 대한 개입의 정도, 도박하는 사람들의 사회인구적 특성, 그리고 도박하는 사람들 개개인이 갖고 있는 성격과 함수관계에 있다. 따라서 이러한 다양성을 고려하지 않은 결과가 이론의 설명력을 약화시키고 경험적 발견들의 불일치를 가져왔다고 볼 수 있다. 상이한 사회인구적 배경을 갖고 있는 사람들은 상이한 동기 때문에 상이한 특성과 종류의 도박을 하고 있는 것이다. 이런 관점에서 보면 도박에 관한 연구는 이제 특정 종류의 도박에 관한 집중적 연구에 관심을 가져야 한다. 도박에 관한 사회학적 이론들은 정교화의 요구에 직면하고 있으며, 이론적 정교화는 특정 도박에 대한 집중적인 경험적 접근으로부터 이루어질 수 있기 때문이다.

카지노는 앞에서 언급한 것과 같이 다른 종류의 도박과는 구별되는 독특한 특성을 갖고 있으며, 현대 자본주의 사회에서 가장 널리 유행하고 있는 합법적 도박 중의 하나이다. 그럼에도 불구하고 어떤 사회인구적 특성을 가진 사람들이 어떤 동기에서 카지노 도박을 하는지, 그리고 카지노가 끼치는 개인적 사회적 영향은 무엇인가에 관한 연구는 거의 없다. 특히 카

지노 도박자 중 도박중독자가 얼마나 되는지에 관한 신뢰성 있는 연구는 전혀 없다. 이런 점에서 본 연구는 우선 사실발견의 차원에서 카지노 출입자들을 대상으로 그들의 사회인구적 특성, 도박중독자의 비율, 그리고 도박동기와 실태를 알아보고자 한다. 그 다음 이들 변두들 간의 관계에 대해서도 분석해 보고자 한다. 연구의 관심을 좀 더 구체적으로 진술하면 다음과 같은 4가지로 정리된다.

첫째, 우리나라에서 내국인 출입이 유일하게 가능한 강원랜드 카지노 출입자들의 사회인구적 특성을 파악한다.

둘째, 강원랜드 카지노 출입자들 중 문제가 있거나 병리적 수준에 있는 사람들의 비율을 측정한다.

셋째, 카지노 출입자들의 도박동기와 도박실태를 기술한다.

넷째, 카지노 출입자의 사회인구적 특징과 도박중독의 정도에 따라 도박동기와 도박실태의 차이를 검증함으로써, 도박에 대한 사회인구적 변수와 도박중독의 설명력을 검증한다.

III. 연구방법

1. 표본추출

본 연구의 조사대상은 강원도 정선군에 소재한 강원랜드(주)가 운영하는 카지노 도박장 방문객들이다. 2002년을 기준으로 할 때, 연간 총 출입자 수는 918,673명이며(레저백서, 2003: 432), 월 평균 76,556명, 그리고 일일 평균 출입자 수는 2,517명이다. 강원랜드 카지노 방문객 중 토요일과

일요일에는 관광객들이 많이 오고, 평일에는 단골 고객들이 자주 온다. 따라서 본 연구를 위한 표본추출에서는 관광객과 단골 고객들이 모두 포함되도록 하기 위하여 질문지 조사요일을 토요일 오후에서부터 일요일 그리고 월요일까지 3일간 실시하였다. 조사가 실시된 날자는 2004년 1월 31(토)일부터 2월 2일(월)까지였다. 조사를 위하여 강원랜드 1층 카지노 출입구가 있는 홀에 책상과 조사원을 배치하고, 카지노 도박을 하기 위하여 입장권을 구매하러 오는 모든 고객들을 대상으로 질문지 조사에 응답해 줄 것을 요청하였다. 그 결과 응답을 거절한 몇몇 사람들을 제외하고는 대부분의 사람들이 질문지에 응답해 주었다. 따라서 본 연구에서 사용된 표본추출 방법은 비확률적 표본추출 방법에 의한 공간적 표본추출이라 할 수 있다. 유효한 질문지의 요일별 표본의 수를 보면, 첫날인 토요일에는 250부, 일요일에는 372부, 그리고 월요일에는 309부로 분석대상이 된 총 표본 수는 831부였다⁶⁾.

- 6) 강원랜드 카지노 영업장은 일반고객을 위한 일반영업장과 VIP 고객을 위한 VIP-Room으로 나뉘어져 있다. 본 조사의 대상이 된 응답자들은 모두 일반영업장에 출입하는 고객이었으며, VIP-Room의 출입자에 대한 접근은 불가능하였다. 강원랜드 카지노 VIP-Room은 영업장의 규모가 일반영업장에 비하여 매우 작고 따라서 출입자의 수도 적다. 그럼에도 불구하고 VIP-Room의 매출액은 상당히 높은 것으로 나타나, 일반영업장 출입자들에 비하여 훨씬 더 심각한 도박문제를 갖고 있을 것으로 추측해 볼 수 있다. VIP-Room의 규모, 출입자 수, 매출액, 그리고 1인당 손실액을 일반영업장과 비교하면 다음과 같다. 강원랜드는 카지노 VIP-Room의 현황을 외부로 공개하지 않고 있다. 본 자료는 필자가 개인적으로 입수한 자료를 참고로 작성되었기 때문에 정확성에 문제가 있을 수 있다.

강원랜드 카지노 영업장별 영업실적 비교(03.3.28-04.3.21)

구분	규모	출입자 수	매출액	1인당 손실액
영업장 전체 (VIP룸 포함)	테이블: 120대 머신: 960대	1,726,879명	약 7137억원	413,275원
VIP-Room	테이블: 20개 (바카라: 16대, 블랙잭: 4대)	37,896명	2365억원	6,241,000원

2. 변수의 측정

사회인구적 특성의 측정을 위하여 사용된 변수는 ‘성’, ‘연령’, ‘교육정도’, ‘월평균 수입’, ‘직업’, ‘재산’, 그리고 ‘혼인관계’ 7개 변수였다. 성은 명목척도로 측정되었다. 연령, 교육정도, 월평균 수입, 그리고 재산은 범주화하여 서열변인으로 측정하였다. 직업의 경우는 직업범주를 전문직, 관리직, 사무직, 판매직, 기능직, 노무직, 농수산업, 기타(전업주부), 그리고 무직으로 범주화 한 후, 각 범주에 따라 구체적인 예를 제시하였다. 그리고 나서 직업범주에 대한 위세에 따라 가중치를 부여하였다. 또한 현재 무직이라고 응답한 사람에 대해서는 과거에 직업이 있었는지에 관한 질문을 하였으며, 직업이 있었다고 응답한 사람들에 대해서는 실직의 이유가 카지노게임 때문이었는지에 관하여 다시 명목척도의 형태로 질문을 하였다.

도박중독(혹은 병적 도박)의 측정은 응답자 중 도박중독자의 비율을 알아보기 위한 것이다. 도박중독의 측정을 위해서는 SOGS(The South Oaks Gambling Screen; Lesieur and Blume, 1987)를 사용하였다. SOGS는 자기완성(self-administered) 검사도구로서, 도박중독과 병적 도박을 측정하기 위하여 현재 세계적으로 가장 널리 사용되고 있는 척도이다.⁷⁾ SOGS 점수는 0점에서부터 20점까지의 범위를 갖는다. 0점은 ‘문제없음’으로 1-4점은 ‘약간 문제있음(some problem)’으로 5점 이상은 ‘병리적 도박자(probable pathological gambler)’로 분류된다(평균=6.14, 표준편차=6.04).

도박동기에 대한 측정을 위해서는 16개의 질문항목을 만든 후, 5점 척

7) SOGS(The South Oaks Gambling Screen)은 도박중독과 병적 도박을 측정하기 위하여 최초로 만들어진 측정도구이다. 이 측정도구는 DSM-III(Diagnostic and Statistical Manual-III: 미국정신의학회에서 만든 정신진단분류체계)를 참고로 1986년에 만들어진 것으로(Lesieur and Blume, 1987), 여러 상황과 집단에서 적용되어 신뢰성과 타당도를 검증받았다. SOGS는 그 후 적용집단과 상황의 변화에 따라 약간의 수정된 버전을 갖게 되었다. 이에 관한 자세한 내용은 (NORC, 1999: page 12; Ministry of Public Safety and Solicitor General, 2003: page 5-8)을 참조할 것.

도로 측정하였다(Neighbors et al., 2002). 16개 문항의 내용은 돈벌기 위해, '대박 기대', '즐거움 추구', '흥분과 자극 추구', '친구교제', '시간 보내기', '승리감 추구', '경쟁에서 승리', '친구에 대한 동조', '모험과 위험', '기술과시', '재미', '좌절과 절망의 도피', '도전 즐기기', '운수 시험', 그리고 '잃은 돈 되찾기'로 구성되어 있다. 그리고 도박동기에 관한 하위차원을 확인하기 위해 16개 문항에 대한 요인분석을 실시하였다. 그 결과는 <표 1>과 같다.

고유치(Eigenvalue)를 1로 하여 직각회전(varimax rotation)을 시킨 결과가 <표 1>이다. KMO=.909, Sphericity=5388.113, df=120, p=.000으로 이 요인분석은 변수들의 선정과 요인분석 모형이 적합하였음을 보여주었다. 그러나 요인분석의 결과는 당혹스럽게 나타났다. 그 이유는 도박에 대한 동기는 일반적으로 밝혀진 바와 같이 4-5개의 하위차원으로 구분되는 것이 아니라 금전적 동기와 비 금전적 동기 2개로 구분되었기 때문이다.⁸⁾

결국 도박에 대한 동기의 하위차원은 '금전적 동기'와 '비금전적 동기'로 구분하고, 각 요인의 점수는 개인들의 각 문항에 대한 값에 요인점수 부하

8) 도박동기에 관한 측정을 위해 본 연구는 서너 개의 하위범주를 구성하고, Neighbors et. al.(2002)를 참조하여 각 범주에 따라 서너 개씩의 질문항목을 구성하였다. 전체 질문항목은 16개로 되어 있으며, 하위범주들에 대한 측정의 타당도를 위하여 16개의 문항에 대한 요인분석을 실시하였다. 그러나 요인분석의 결과 도박동기에 대한 문항들은 2개의 요인으로밖에 구별되지 않았다. 당초 질문항목의 구성에서 예측한 것과 같이 금전적 동기에 관한 3개의 질문은 하나의 요인에 속하였지만, 나머지 13개의 문항은 모두 하나의 요인으로 형성되었다. 따라서 13개의 문항에 대하여 다시 요인분석을 실시한 결과 2개의 요인이 산출되었으나, 각 요인 내에 있는 문항들의 내용들 간에 어떤 관련성도 발견되지 않았다. 결국 2개의 요인으로 구분된 처음 요인분석을 수용하기로 결정하고, 그 이름은 '금전적 동기'와 '비금전적 동기'로 명명하였다. 비금전적 동기들이 질문내용에 따라 각기 다른 요인으로 구분되지 않은 것에 대해서는 추후 심도 있는 규명이 요구된다. 현 단계에서는 그 이유를 2가지 중의 하나로 예측해 볼 수 있을 뿐이다. 하나는 카지노 도박의 특성상 참여자들의 '금전적 동기' 너무 강하여 여타의 동기들은 그 차별성이 희석되어 버렸거나, 다른 하나는 도박동기 중 비금전적 동기를 측정하고자 하는 문항들의 타당성이 약하기 때문일 것이다. 이 문제는 추후 연구의 과제로 남겨두고자 한다.

치를 곱한 후 이에 대한 합계를 계산함으로서 산출되었다. 단 ‘친구동행’의 요인 부하치는 0.4에도 미치지 못하고 있으며, ‘즐거움’은 요인계수가 요인 1과 요인 2에 모두 .50이상 부하되어 분석에서 제외시켰다. ‘금전적 동기’의 경우 평균=2.99, 표준편차=1.00이었으며, ‘비금전적 동기의 경우 평균 =2.95, 표준편차는 0.99이었다.

<표 1> 도박동기들의 요인분석

구 분	요인 1	요인 2
돈벌기 위해		.818
대박 기대		.595
잃은 돈 되찾기		.797
즐거움 추구	.509	-.581
흥분과 자극	.724	
친구교제	.554	
시간 보내기	.654	
승리감 추구	.701	
경쟁승리	.726	
친구동행	.332	
모험과 위험	.790	
기술과시	.682	
재미	.634	
좌절의 도피	.607	
도전 즐기기	.743	
운수 시험	.640	
Eigen Value	6.242	2.030

도박실태의 측정을 위해서는 ‘지난 1동안 카지노 방문 회수(방문회수)’, ‘일일 평균 지출금액(일일지출)’, ‘1주일 이상 도박장 있는 지역에 체류경험(체류경험)’, ‘지금까지 잃은 전체 금액(잃은금액)’, 그리고 ‘지금까지 카지노 도박의 전체 승패결과(승패결과)’를 측정하였다. ‘방문횟수’와 ‘일일평균 지출금액’ 그리고 ‘잃은금액’은 적합한 구간을 설정하여 응답자들로 하여금

해당 번호에 표시하도록 하였다. ‘체류경험’은 도박을 하기 위하여 가정을 떠나 현지에서 1주일 이상 머물러 본 경험이 있는지 질문하였으며, ‘예’ 혹은 ‘아니오’ 중 하나를 선택하도록 하였다. ‘승패결과’에 대해서는 지금까지 게임결과를 생각할 때 잃었다고 생각하는지 그렇지 않다고 생각하는지 질문한 후, ‘잃었다’, ‘땀다’, 혹은 ‘따지도 잃지도 않았다’ 중 한 가지를 선택하도록 하였다. 이 외에도 ‘카지노에 대한 최초 동행자’, ‘평상시 카지노 게임 동행자’, 그리고 ‘돈을 딸 확률에 대한 인지정도’에 대하여 응답범주를 명목척도로 제시하여 측정하였다.

IV. 조사결과의 분석

1. 사회인구적 특성과 도박중독

카지노 출입자들의 사회인구적 특성과 도박중독을 분석한 것이 <표 2>이다. 먼저 출입자들의 성별 분포를 보면 전체 조사대상자 중 대략 2/3 이상이 남성이고 1/3 정도가 여성임을 알 수 있다. 연령분포를 보면 3-40대가 전체의 70% 이상을 차지하고 있으며, 20대와 50대 이상이 각각 15% 정도로 비슷한 비율을 보이고 있다. 교육수준은 대졸 이상이 약 46%이며, 대졸 미만이 54%로 고학력보다는 저학력자들의 비율이 더 높게 나타났다. 출입자들의 수입분포를 보면, 수입이 적을수록 참여율이 더 높은 것으로 나타났다.

재산정도를 보면 1억 미만이 56.0%이고 1억 이상이 44%의 분포를 보이고 있다. 1억 미만의 사람들 중 재산정도가 3천만 원 이하이거나 빚만 있는 사람들이 32% 정도 되어, 재산정도가 낮은 사람들의 카지노 출입도 매

우 높은 것으로 나타났다. 직업분포를 보면 직업적 위세가 높은 전문 관리직이 약 24%로 가장 많은 것으로 분석되었으며, 그 다음 중간계층에 속한다고 볼 수 있는 판매 자영업과 사무직이 35.1%, 그리고 직업적 위세가 낮은 농수산, 노무, 기능직과 기타 직업 및 무직이 약 44%로, 직업적 위세가 낮을수록 카지노 출입자가 상대적으로 많은 것으로 나타났다. 결혼관계의 분포를 보면, 기혼자가 64.7%로 조사대상자의 2/3 정도가 되었으며, 그 다음이 미혼자로 27.0%였다. 그리고 응답자의 7.4% 정도는 이혼, 별거, 그리고 동거 상태에 있는 것으로 분석되었다. 과거에는 직업이 있었으나 현재 없다고 응답한 사람들 중 약 1/3 정도는 실직의 동기로 카지노 도박을 들고 있어, 카지노가 실직의 동기가 된 경우도 꽤 있음을 알 수 있다.

다음은 관심의 중요한 대상이 되는 도박중독에 관한 분석이다. 도박중독과 병리적 도박에 대한 표준화된 척도인 SOGS에 의한 측정결과를 보면, 카지노 방문객들의 도박중독은 매우 심각한 수준에 달하여 있음을 알 수 있다. 전체 응답자 중 문제가 없는 것(no problem)으로 나타난 사람은 23.7%에 불과하며, 약간 문제를 갖고 있는(some problem) 사람이 28.5%, 그리고 심각한 수준인 병리적 도박자들(pathological gambler)들이 47.8%인 것으로 나타났다. 결과는 매우 충격적인 수준이라 할 수 있다⁹⁾. 이러한 수치는 지금까지 카지노 도박중독에 대하여 알려진 어떤 연구결과보다도 심각한 상태이다. 따라서 이 문제는 카지노 고객에 대한 추가적인 조사를 필요로 할뿐만 아니라, 다른 종류의 합법적 도박에 대한 중독자 조사의 필요성을 제기하고 있다. 동시에 합법적 도박중독에 대한 대책의 시급함을

9) 서양의 연구에서도 아직 특정 종류의 도박만을 조사하여 도박중독자의 비율을 산출한 연구는 없다. 그러나 우리나라 카지노 출입자의 도박중독 수준에 대한 두 조사가 있었다. 이 조사결과들을 보면 이충기 외(2002: 191)가 문제성 도박자의 비율을 29.3%로 그리고 오락성 도박자의 비율을 70.7%로 보고하고 있으며, INCO(2002)에 따르면 45.5% (중독자 27.3% 그리고 고객 유병율 18.2%)라고 보고하고 있다. 그러나 두 조사는 척도상의 문제와 표본의 대표성에 문제가 있어 카지노 도박중독자와 여타 합법적 도박 중독자들의 비율이 축소보고 되고 있을 가능성 높다.

경고하는 의미도 함축하고 있다.

<표 2> 사회인구적 특성과 도박중독에 관한 빈도분석

성(n=831)		재산(n=831)	
남성	67.7%	빚만 있다	7.4%
여성	32.3	3천만원 미만	24.9
연령(n=831)		3천만-1억 미만	23.7
20대	14.7%	1억-3억 미만	23.8
30대	36.8	3억 이상	16.9
40대	33.8	무응답	3.3
50대	12.2	직업(n=831)	
60대 이상	2.5	농수산, 노무, 기능직	12.4%
교육수준(n=831)		판매 자영업	20.2
중졸 이하	5.2%	사무직	11.4
고졸-전문대졸	48.5	전문 관리직	23.7
대졸 이상	45.9	기타 및 무직	31.7(무직=13.5)
무응답	0.4	무응답	0.6
수입(n=831)		결혼관계(n=831)	
150만원 미만	29.9%	결혼	64.7%
150-250 미만	27.9	미혼	27.0
250-400 미만	25.7	이혼	4.3
400 이상	15.7	별거 및 동거	3.1
무응답	0.8	무응답	0.8
실직사유(n=107)		도박중독(SOGS, n=831)	
카지노 때문이다	32.0%	문제없음(0점)	23.7%
아니다	68.0	문제있음(1-4점)	28.5
		병리적 도박(5점이상)	47.8

도박중독과 병리적 도박의 중요함 때문에 도박중독과 요일을 교차시켜 분석해 볼 필요가 있다. 그 이유는 평일과 휴일(토요일과 일요일) 어느 요일에 출입하느냐에 따라서 출입자의 도박중독 정도가 다를 것이 때문이다. 교차분석의 결과가 <표 3>이다.

요일에 따른 도박중독의 차이에 관한 교차분석은 더욱 심각한 결과를 보여주고 있다. 분석결과에 의하면 휴일(토요일과 일요일)의 경우에는 도박문

제가 없는 출입자가 29.8%인 데 비하여, 평일에는 13.9%에 지나지 않으며, 문제 있는 출입자의 경우 휴일에는 31.8%인 데 비하여 평일에는 23.0%로 나타났다. 반면 병리도박자의 경우는 휴일에는 38.7%인 데 비하여, 평일에는 63.1%나 되었다. 이러한 결과는 휴일에 카지노 출입자의 경우도 문제가 있지만, 평일 카지노 출입자 중 23%는 문제 도박자이고 63.1%는

<표 3> 요일에 따른 도박중독의 차이

()는 실수

구 분	휴 일	평 일	계
문제없음	29.8	13.9	23.7
문제있음	31.8	23.0	28.5
병리도박	38.7	63.1	47.8
계	100.0%(522)	100.0%(309)	100.0%(831)

 $\chi^2=49.4$, $df=2$, $p=.000$

병리적 도박자인 것으로 나타나 이 두 범주를 합할 경우 평일 출입자의 86% 정도가 카지노 도박에 대한 중독(가능성)상태에 있음을 보여준다는 점에서 놀라움을 금할 수 없다.¹⁰⁾

10) 강원랜드에서는 도박중독자 비율의 심각함을 인식하고, 해결을 위하여 도박자들 개인의 월별 출입날자 수에 대한 통계를 뽑았다. 그 통계에 의하면 일일 총 출입자의 수를 4,500(2003년 기준)명 정도로 가정할 때, 월 15일 이상 출입자가 1600명 정도, 20일 이상 출입자가 1,000명 정도, 그리고 25일 이상 출입자도 500명이 넘는 것으로 나타났다. 그러나 이 통계에서도 VIP-Room 출입자에 대한 통계는 제외되어 있었다(2004년 2월 1일 강원랜드 내부 관계자 인터뷰 내용). 이 통계에 의하면 강원랜드 출입자의 1/3 이상은 매우 심각한 중독 상태에 있음을 알 수 있으며, 이들은 가족과 직장을 떠나 사복 고한 지역에서 거주하고 있다는 것을 알 수 있다.

2. 도박실태에 관한 분석

도박실태에 관한 분석을 제시한 것이 <표 4>이다. 우선 최초로 강원랜드 카지노를 방문한 계기와 동행자에 대한 분석을 보면, 처음에는 단순호기심(53.1%)이나 오락(29.1)을 목적으로 방문하는 사람이 대부분이며, 돈을 따기 위해 오는 사람은 12.8%에 지나지 않았다. 카지노 방문객들의 최초 동행자를 보면 혼자서 오는 사람은 14.1%이었으며, 친구와 함께 오는 비율이 가장 높아 45.1% 그리고 그 다음이 가족과 함께 오는 비율로 37.2%, 그리고 단체관광의 비율은 3.2%였다¹¹⁾.

응답자의 지난 1년간 방문횟수를 보면 1주일에 서너 번 이상 방문한 사람의 비율이 17.3%, 한 달에 서너 번 이상 방문한 사람이 17.1%로 이 두 범주를 합하면 34.4%가 자주 강원랜드 카지노를 방문하고 있음을 알 수 있다. 카지노를 하기 위하여 그 지역에 1주일 이상 머물러 본적이 있는지는 질문에 '있다'고 응답한 사람이 31.4%가 되어, 응답자의 약 1/3 정도가 카지노를 위하여 1주일 이상 집을 떠났던 경험을 갖고 있었다.

카지노에서 게임을 한 결과를 전체적으로 볼 때(승패결과), 잃었다고 응답한 사람이 70.5%로 나타났으며, 돈을 딸 확률에 대한 예측에서는 46.1%가 5% 미만이라고 응답하였으며 50% 미만이라고 응답한 사람은 35.5%가 되어, 전체적으로 보면 약 81% 정도가 도박으로 돈을 딸 확률보다는 잃을 확률이 높다고 응답한 것을 알 수 있다.

11) 최초 동행자와 그 이후 주로 누구와 함께 오는지를 비교하기 위하여, “카지노에 올 때 주로 누구와 함께 오십니까?”라는 질문을 하였다. 응답내용은 다음과 같다. 그 결과를 보면, 혼자서 오는 사람이 22.3%, 친구 혹은 친목회모임이 42.0%, 부인 혹은 가족과 함께 오는 사람이 29.1%, 단체관광이 0.8%, 그리고 무응답과 기타가 5.8%로 나타났다. 따라서 처음에는 친구나 가족 혹은 단체로 온 이후에는 도박을 위하여 혼자서 오는 비율이 크게 늘어난 것을 알 수 있다.

<표 4> 도박실태에 관한 빈도분석

최초 방문계기(n=831)		일일 평균지출 금액(n=831)	
단순호기심	53.1%	10만원 미만	30.8%
오락	29.8	10 이상-50 미만	26.2
흥분과 스릴	3.2	50 이상-1백 미만	17.3
돈을 따기 위해	12.8	1백 이상-5백 미만	17.2
무응답	1.1	5백 이상	6.1
최초 동행자(n=831)		무응답	2.3
혼자서	14.1%	지금까지 게임 승패결과(n=831)	
도박 잘하는 친구와	15.5	잃었다	70.5%
처음 오는 친구와 함께	29.6	땀다	7.5
가족과 함께	37.2	본전이다	18.8
단체관광	3.2	무응답	3.2
무응답	0.4	지금까지 잃은 금액(n=831)	
지난 1년간 방문횟수(n=831)		1백 이하	28.4%
거의 매일	5.5%	1백 이상-5백 미만	12.2
일주일에 서너번	11.8	5백 이상-1천 미만	7.3
한달에 서너번	17.1	1천 이상-5천 미만	11.7
한달에 한번 이하	12.6	5천 이상-1억 미만	6.6
일년에 서너번 이하	52.8	1억 이상	10.5
무응답	0.2	무응답	23.3
1주일 이상 체류경험(n=831)		돈 딸 확률 예측(n=831)	
있다	31.4%	50% 이상	19.4%
없다	67.6	50% 미만	35.5
무응답	1.0	5% 미만	46.1

일일 평균 지출액(일일지출)에 대한 것을 보면 57%가 50만 원 미만으로 응답한 반면, 약 41% 정도는 평균지출액이 50만 원 이상 된다고 응답하였다. 마지막으로 지금까지 잃은 금액에 대한 분포를 분석해 보면, 5백만 원 이하가 40.6%로 가장 많고, 5백에서 1천만원 정도가 7.3%, 그리고 1천에서 5천 사이가 11.7%, 5천 이상이 17.1%로 나타났다. 그러나 이 문항에서는 유난히 무응답자가 23.3%로 높게 나타났으나, 이들의 특성을 분석한 결과 무응답자들의 대부분이 따지도 잃지도 않았다고 응답한 사람들임을 알 수 있다.

3. 변수들 간의 단순상관관계

변수간의 관계를 알아보기 위하여 단순상관분석과 다중회귀분석을 실시하였다. 분석에 사용된 변수를 보면 사회인구적 특성에서는 성, 연령, 교육, 수입, 직업, 그리고 재산 6가지였으며, 성은 가변인(dummy variable)으로 처리되었다. 도박중독 지표로는 SOGS가 사용되었다. 도박실태에 관한 변수로는 방문횟수, 체류경험, 일일지출, '잃은금액', 그리고 지금까지의 게임결과에 대한 승패(승패결과) 5가지가 사용되었다. 승패결과는 응답항목인 '잃었다', '따지도 잃지도 않았다', 그리고 '잃었다'에 대하여 각각 1, 2, 그리고 3의 가중치를 부여하여, 동간척도화 하였으며, 명목척도인 체류기간은 가변인(dummy variable)으로 처리되었다.

<표 5>은 분석에 포함되어 있는 변수들 간의 상관관계를 보여주고 있다. 먼저 사회인구적 변수들이 도박중독(SOGS)과 도박동기 그리고 도박실태에 관한 변수들과 갖는 관계를 살펴보면 몇 가지 중요한 특징이 나타나고 있음을 알 수 있다. 첫째, 사회인구적 변수들은 도박중독이나 도박동기 그리고 도박실태의 변수들과 관계의 정도가 약하거나 아니면 일관성이 없는 결과를 보여주고 있다. 사회인구적 변수 중 성은 가장 많은 변수들과 정의 상관관계를 보이고 있어, 남성이 여성보다 도박중독, 도박동기와의 관련성, 도박실태의 심각성이 높은 것으로 나타났다. 연령은 성보다 관계의 정도가 약하지만 관계가 있는 경우 역시 정적 관계를 보이고 있다. 재산과 수입은 역시 타 변수들과 약한 상관관계를 보이고 있으며, 관계가 있는 경우 모두 정적인 관계를 보이고 있다. 따라서 재산과 수입이 증가할수록 도박중독과 도박실태가 더 심각해지고 있음을 알 수 있다. 그러나 학력과 직업은 관계의 정도가 약하기는 하지만 같은 사회인구적 변수들 내 다른 변수들과는 상이한 특성을 보여주고 있다. 즉 관계가 있는 경우 관계의

방향이 부적인 관계를 보여 학력과 직업적 위세가 높아질수록 도박중독, 도박동기 중 금전적 동기 그리고 도박실태의 심각성이 낮아지고 있음을 알 수 있다. 결국 사회인구적 변수들의 도박행동에 대한 낮은 관련성과 일관성 없는 관계는 카지노 도박이 갖고 있는 중요한 특징을 반영하고 있는 것으로 보여 깊은 관심을 필요로 한다.

<표 5> 변수들 간의 단순상관관계

구 분	성	연령	학력	수입	직업	재산	SOGS	금전 동기	비금 전 동기	방문 횟수	일일 지출	승패 결과	잃은 금액	체류 경험
성	1.000													
연령	.027	1.000												
학력	.166**	-.121*	1.000											
수입	.281**	.095**	.284**	1.000										
직업	.284**	-.042	.222**	.396**	1.000									
재산	.083*	.282**	.112**	.372**	.148**	1.000								
SOGS	.222**	.094**	-.081*	-.006	-.143**	.113**	1.000							
금전 동기	.117**	.004	-.067	-.024	-.116**	.013	.604**	1.000						
비금전 동기	.159**	-.046	.016	.048	.050	-.020	.186**	.354**	1.000					
방문 횟수	.204**	.177**	-.125**	.010	-.159**	.134**	.582**	.430**	.017	1.000				
일일 지출	.191**	.088*	.007	.274**	-.014	.209**	.509**	.366**	.156**	.413**	1.000			
전체 승패	.131**	.216**	-.062	.024	-.061	.069*	.295**	.232**	.030	.196**	.162**	1.000		
잃은 금액	.235**	.178**	-.061	.143**	-.101**	.184**	.668**	.499**	.042	.574**	.550**	.475**	1.000	
체류 경험	.121**	.076*	-.075*	-.056	-.234**	.088*	.574**	.393**	-.006	.560**	.338**	.207**	.566**	1.000

1) 이 표에서 성과 체류경험은 가변인(dummy variable)으로 처리되었다.

2) N=831, 3) * p<.05 ** p<.01 *** p<.001 (양측검증)

둘째, 도박중독(SOGS)의 여부는 도박동기는 물론 도박실태의 심각성과 높은 상관관계를 갖는 가장 중요한 변수이다. 응답자들은 중독성이 높아질수록 도박동기에서 금전적 동기와 비금전적 동기 모두 높아지고 있으며, 도박실태의 심각성도 더욱 증가하고 있음을 알 수 있다. 다만 도박중독은 도박동기 중 비금전적 동기보다 금전적 동기와 더 높은 정적 관계를 갖고 있다. 셋째, 도박동기는 도박실태의 변수들과 도박중독 다음으로 높은 관계를 갖고 있다. 그러나 도박동기의 두 변수 중 금전적 동기는 도박실태와 관련성이 높은 반면, 비금전적 동기는 도박실태의 변수들과 매우 약한 관계를 보이고 있다. 이러한 현상은 카지노 도박자들의 도박동기는 대부분 금전적 동기에 의한 것이며 금전적 동기가 높을수록 도박실태도 더 심각한 현상을 보여주고 있음을 의미 한다.

4. 변수들에 대한 다중회귀분석

사회인구적 특성의 지표들, 도박중독, 도박동기 그리고 도박실태에 대한 다중회귀분석을 실시한 것이 <표 6>이다.¹²⁾ 이 표에 의하여 먼저 사회인구적 변수들이 SOGS에 미치는 영향을 살펴보면, 수입과 연령은 도박중독과 아무 인과관계가 없는 것으로 나타났다. 나머지 변수들 중에는 성의 설명력이 가장 높았으며, 그 다음이 직업, 재산, 그리고 교육의 순이었다. 그러나 전체적으로 보면 사회인구적 변수들의 도박중독에 설명력은 약한 것으로 나타나, 수정된 R^2 은 .114로, 도박중독의 11.4%밖에 설명하지 못하는 것으로 나타났다.

12) 이 변수들 간의 인과관계는 사회인구적 특성을 나타내는 변수들이 가장 선행하는 변수로 취급되고 있으며, 그 다음이 도박중독 도박동기의 순서로 되어 있으며, 도박실태가 최종 종속변수로 되어 있다. 도박중독이 도박동기와 도박실태에 선행하는 변수로 취급된 이유는 측정 당시 조사대상자들은 이미 문제가 없거나 도박중독의 상태에 있었으며, 따라서 도박중독의 상태에 따라 도박동기와 도박실태가 달라질 것이라고 판단되었기 때문이다.

		도박중독	도박동기	도박실태
		SOGS	금전 비금전 동기 동기	방문 채류 일일 잃은 승패 횟수 기간 지출 금액 결과
사회인구 변수	성	.294***	-.006 .107*	.124*** .049 .003 .100*** .096*
	연령	.033	-.047 -.050	.009*** .017 -.003 .089** .188**
	학력	-.084*	-.016 -.001	-.081** -.015 -.049 -.055 -.032
	수입	-.033	.019 .029	.015 -.011 .297*** .146*** .012
	직업	-.212***	-.023 .041	-.073* -.158*** -.036 -.068* .033
	재산	-.133***	-.048 -.056	.059 .043 .056 .043 -.033
도박중독	SOGS		.611*** .180*	.430*** .485*** .426*** .496*** .183***
도박동기	금전적 동기			.198*** .136*** .102*** .244*** .139***
	비금전 동기			-.140*** -.141*** .030 -.148*** -.056
설명력	R	.347	.609 .239	.635 .620 .600 .724 .368
	R ²	.121	.37 .057	.403 .385 .360 .525 .136
	수정된 R ²	.114***	.365*** .048*	.396*** .377*** .352 *** .519*** .125***

2) N=831, 3) * $p<.05$ ** $p<.01$ *** $p<.001$ (단측검증)

사회인구적 변수, SOGS, 그리고 도박동기의 변수들이 도박실태 변수들에 끼치는 설명력의 정도와 방향을 알아보자. 우선 사회인구적 변수들의 경우 방문횟수와 유의미한 인과관계를 갖는 것은 성, 연령, 교육, 그리고 직업 4개인 것으로 나타났다. 성과 연령은 정적 인과관계를 그리고 교육과 직업은 부적 인과관계를 갖는다. 그러나 사회인구적 변수 4개 모두 β 계수가 매우 적어 관계의 정도가 약하다는 것을 알 수 있다. SOGS의 방문횟수에 대한 인과관계는 $\beta=.430$ 으로 높게 나타났다. 도박동기 변수들 중 금전적 동기의 방문횟수에 대한 영향은 $\beta=.198$ 로 정적 인과관계를, 그리고 비금전적 동기의 방문횟수에 대한 영향은 $\beta=-.140$ 으로 부적 인과관계를 보이고 있다. 방문횟수에 대한 전체 설명력은 39.6%(수정된 $R^2=.396$)이었으며, 이 설명력은 대부분 SOGS와 도박동기로부터 나오고 있음을 알 수 있다.

체류기간과 일일지출에 대한 독립변수들의 설명력을 보자. 먼저 체류기간에 대한 영향력을 보면, 사회인구적 변수들의 경우 직업을 제외하고는 체류기간에 대하여 유의미한 설명력이 없음을 알 수 있다. 직업의 경우 부적 인과관계를 보여, 직업적 위세가 높아질수록 체류경험이 낮아지는 것을 알 수 있으나 설명력은 매우 약하다. 반면 SOGS는 $\beta=.485$ 로 높은 설명력을 보이고 있으며, 도박동기 변수들 중 금전적 동기는 약한 정적 인과관계($\beta=.198$)를 그리고 비금전적 동기는 약한 부적 인과관계($\beta=-.141$)를 보이는 것으로 나타나고 있다. 독립변수들의 종속변수들에 대한 전체적 설명력은 수정된 $R^2=.377$ 로 어느 정도 큰 것으로 나타났지만, 체류기간에 대한 설명력 또한 SOGS와 도박동기에 관한 변수들로부터 나오고 있다. 일일지출에 대한 독립변수들의 영향을 보면, 우선 사회인구적 변수들의 경우 수입이 약하기는 하지만 부정적 영향력을 미치는 것을 제외하고는 유의미한 인과관계를 보이는 변수들은 없다. 반면 SOGS는 $\beta=.426$ 으로 상당한 정적 인과관계를 보이며, 도박동기의 변수 중에는 금전적 동기만이 매우 약한

정적 영향력($\beta=.102$)을 미치는 것으로 나타나고 있다. 전체 설명력은 수정된 $R^2=.352$ 로 나타났으며, 이러한 설명력의 대부분은 또한 SOGS로부터 나온다.

마지막으로 도박실태 변수들인 ‘잃은금액’과 ‘승패결과’에 미치는 독립변수의 효과를 분석해 보자. ‘잃은금액’에 대한 사회인구적 변수들의 효과를 설명력의 순서로 보면 수입, 성, 그리고 연령은 약하기는 하지만 긍정적 효과를 보이고 있으며, 직업은 약한 부정적 효과를 보이고 있음을 알 수 있다. SOGS는 다른 종속변수에 대한 효과와 마찬가지로 높은 긍정적 효과($\beta=.496$)를 미치고 있었다. 도박동기는 금전적 동기가 긍정적 효과를 그리고 비금전적 동기가 부정적 효과를 미치고 있으며, 효과의 크기는 도박동기의 변수들이 사회인구적 변수들의 효과보다 더 큰 것으로 나타나고 있다. 독립변수들의 ‘잃은 금액’에 대한 전체적 설명력은 수정된 $R^2=.519$ 로 높게 나타나고 있다. ‘승패결과’에 대한 독립변수들의 효과를 보면, 사회인구적 변수 중에서 성별과 연령만이 긍정적 효과를 미치는 것으로 나타났지만, 그 크기는 역시 매우 작았다. SOGS의 효과는 $\beta=.183$ 이었으며, 도박동기 변수 중 금전적 동기만이 $\beta=.139$ 의 효과를 갖고 있었다. 독립변수의 ‘승패결과’에 대한 전체적 설명력은 수정된 $R^2=.125$ 로 적은 것으로 나타났다.

결론적으로 성과 연령은 SOGS와 도박실태 중 일부 변수들에 대하여 긍정적 방향에서 효과를 미치지만, 그 정도는 매우 약하다. 수입은 도박실태 변수들 중 일부에 대하여 약하기는 하지만 긍정적 영향을 미치고 있다. 재산은 SOGS에 대해서만 약한 부정적 효과를 미치고 있다. 반면 교육과 직업은 SOGS와 도박실태 변수들 중 일부와 약하기는 하지만 부정적 효과를 미치고 있다. 요약하면, 1) 사회인구적 변수들의 SOGS, 도박동기, 그리고 도박실태에 대한 효과는 매우 약하며, 효과의 방향도 일관성이 없다. 2) 성과 연령 그리고 수입이 SOGS, 도박동기, 그리고 도박실태에 대한 효과는

부분적이기는 하지만 긍정적인 반면, 학력과 직업은 부정적인 방향의 효과를 갖는다. 이러한 결과는 과거의 연구들은 물론 최근 연구들(NORC, 1999; Volberg and Moore, 1999; Canadian Centre on Substance Abuse, 2002; Dunstan, 1997)에서 보여지고 있는 것과 일치하고 있음을 알 수 있다.

SOGS는 도박동기에 대하여 모두 긍정적 방향에서 효과가 있는 것으로 나타나고 있지만, 비금전적 동기보다는 금전적 동기에 대하여 훨씬 강한 영향을 나타내고 있다. 또한 SOGS는 도박실태의 변수들과도 '승패결과'를 제외하고는 모두에 대하여 강한 효과를 보여주고 있다. 도박동기의 도박실태에 관한 효과를 보면 금전적 동기의 경우 도박실태 변수들 전부에 대하여 긍정적 효과를 보이고 있지만 효과의 정도가 큰 것은 아니다. 반면 비금전적 동기는 도박실태 변수들 중 일일지출을 제외하고는 모두 부정적 효과를 갖고 있지만, 그 영향력은 크지 않다. 결국 도박실태에 가장 강한 효과를 미치는 것은 SOGS이며, 그 다음이 도박동기이며, 사회인구적 변수는 효과가 가장 약하면서 동시에 효과의 방향도 일관성이 없는 것으로 분석되었다.

V. 논의 및 결론

사회학적 측면에서 볼 때, 도박에 관한 이론적 논의는 주로 어떤 사회인구적 특성을 가진 사람들이 무슨 동기로 어떤 종류의 도박을 하는가에 초점을 맞추어 왔다. 그러나 이론을 검증하기 위한 경험적 연구들은 각기 다른 종류의 도박들을 대상으로 연구하거나 혹은 포괄적으로 모든 종류의 도박을 조사대상에 포함시킴으로서, 어떤 일관성 있는 결과도 보여주지 못하여 왔다. 따라서 본 연구는 우리나라 최초로 카지노출입자들만을 대상으

로 그들의 사회인구적 배경, 도박중독 정도, 도박동기, 그리고 도박실태의 정도를 사실발견과 인과관계의 측면에서 규명하고자 하였다. 분석의 결과는 몇 가지 중요한 결과들을 밝혀주었을 뿐만 아니라, 논의의 쟁점들도 제시하고 있다.

첫째, 조사대상자들의 사회인구적 변수들은 도박중독, 도박동기, 그리고 도박실태의 변수들에 대한 설명력이 없거나 매우 낮았으며, 변수들 내에서도 인과관계의 방향이 일관되지 않는 결과를 보여주고 있다. 이러한 결과는 사회계층과 도박과의 부적 관계를 주장하는 아노미 이론(Brenner and Brenner, 1990; Frey, 1984; Clotfelter and Cook, 1987)과 소외이론(Zola, 1963; Herman, 1967)은 물론이고 사회계층과 도박과의 정적 관계를 주장하는 소비이론(Keren and Wagenaar, 1985)도 거부하는 것이다. 이 연구의 결론은 카지노 도박자들의 사회인구적 배경은 도박중독, 도박동기, 그리고 도박실태를 설명하는 적합한 변수가 아니라는 것이다. 사회인구적 변수들의 설명력과 방향의 불일치 쟁점은 추후의 연구는 물론 다른 종류의 합법적 도박과의 관계 속에서 명확히 규명되어야 할 과제로 남는다.

둘째, SOGS에 의한 카지노 출입자들의 도박중독 문제는 매우 심각한 수준인 것으로 밝혀졌다. 조사대상자 전체를 보면 ‘문제 있음’이 28.5%, ‘병리적 도박’이 47.8%로 나타났으며, 더욱이 평일카지노 출입자의 경우 23.0%가 ‘문제 있음’으로 그리고 63.1%가 ‘병리적 도박’ 증후를 보이고 있다. 물론 중독자의 비율에 대한 정확한 측정은 SOGS의 신뢰성과 타당도와 관계가 있으며, 앞으로 척도의 문제는 더욱 정밀화될 필요성이 있다. 그러나 현재의 상태에서 확인된 높은 중독비율은 많은 사회문제를 발생시킬 것으로 예측된다. 경제적 파산과 실업, 가정파괴, 홈리스, 그리고 범죄와의 관련성 등은 이미 합법적 도박의 부정적 효과로서 지적된 바 있으며(이태원, 2001: 49-73), 이는 한국사회 전체는 물론 강원랜드 카지노가 위

치해 있는 지역에 대해서도 많은 부정적 영향을 미칠 것이다. 이러한 결과는 앞으로 도박연구에 대하여 중요한 두 가지 과제를 제시하고 있다. 하나는 한국사회에서 도박중독의 심각성은 카지노에만 국한되지는 않을 것이라는 사실이다. 다른 종류의 합법적 도박들(경마, 경륜, 그리고 경정 등)에 대해 도박중독자들의 비율을 정확히 파악하는 것이 중요하다. 다른 하나는 도박종류에 따른 도박중독자의 비율과 도박동기를 비교하는 것은 매우 중요한 과제가 된다. 이러한 비교를 통해서만 합법적 도박들의 상이한 특성과 도박동기에 대한 이론적 설명이 가능해 지기 때문이다. 모든 합법적 도박에 대한 중독은 도박이 갖고 있는 부정적인 사회적 영향에 대한 연구의 출발이며, 합법적 도박의 사회적 영향에 대한 총체적 평가는 부정적 영향에 대한 올바른 평가가 이루어진 다음에야 가능해 진다.

셋째, 카지노에는 여러 종류의 게임이 있다. 이중 블랙잭과 바카라는 기술게임으로 분류되며 나머지는 운수게임으로 분류된다. 일반적으로 기술게임은 중독의 수준이 높을수록 그리고 운수게임은 초보자나 중독의 문제가 없는 사람들 사이에서 더 선호되고 있는 것으로 분석되고 있다. 앞에서 언급되지는 않았지만 최초방문목적이 오락이나 흥분 혹은 단순호기심인 사람들은 운수게임(특히 슬롯머신)을 가장 선호하며, 금전을 목적으로 하는 사람들과 중독의 정도가 높은 사람일수록 기술게임(특히 블랙 잭)을 더 선호하는 것으로 나타난다. 그렇다면 오락목적이 방문객이 단골고객이나 도박중독자로 진행되는 과정과 게임종류와의 어떤 관계가 있는 것일까? Breen and Zimmerman(2002)에 의하면 카지노 방문객이 처음 접하게 되는 머신게임들은 카드, 주사위, 복권, 그리고 트랙과 스포츠 경기 그 어느 것보다도 짧은 시간 내에 게임하는 사람들을 병리적 도박 상태로 진입하게 하며, 이러한 현상은 남성보다도 여성들에게서 더 현저하다고 주장하고 있다. 이러한 사실을 고려할 때, 게임의 종류뿐만 아니라 그 이외에 어떤

요인들이 카지노 방문객들을 오락적 차원의 도박으로부터 병리적 상태로 진행시키는가에 관한 미시적 차원의 많은 연구들이 요구된다.

마지막으로 도박에 관한 선행연구들은 도박의 동기로서 금전적인 것뿐만 아니라 오락과 흥분의 추구 그리고 사회적 교제와 기술의 과시 등을 제시하고 있다. 이론적 측면에서는 아노미이론이나 소외이론보다는 소비이론이 그리고 방법론적 측면에서는 양적 접근보다는 참여관찰을 사용한 연구들이 도박의 비 금전적 이유를 중요한 요인으로 제시하고 있다. 카지노 도박에 관한 양적 접근을 시도한 본 연구에서 나타난 결과도 카지노 방문객들의 카지노 도박 동기는 대부분 금전적인 이유 때문으로 나타나고 있으며, 여타의 동기들은 매우 약한 것으로 보인다. 그러나 도박동기의 두 차원은 상호배타적으로 취급될 수 있는 것은 아닐 것이다. 본 연구에서도 분석된 바와 같이, 강원랜드에 방문에 대한 최초 동기는 비금전적인 이유에서 출발한다. 그러나 출입빈도의 증가에 따른 손실액의 증가는 잃은 돈을 만회하기 위해 금전적인 이유로 도박을 하도록 만드는 동시에 도박에 대한 의존성 내지 중독을 증가시킬 것이다. 금전적 파산과 중독은 도박하는 사람의 기존 사회적 관계를 단절시키고, 도박을 중심으로 한 새로운 사회적 관계를 형성하도록 만든다. Rosecrance(1986)는 도박 단골고객들 사이에 요구되는 정보수집, 금전적 대여, 우발적 사고에 대한 공동 대비, 그리고 사회적 상호작용 등이 도박을 매개로한 사회를 구성하며, 어떤 경제적 혹은 심리학적 관점들보다도 단골 고객들의 과도한 도박문제를 이해할 수 있는 근본적 동기라고 지적하고 있다. 양적 접근뿐만 아니라 도박중독자들에 대한 생애사적 연구나 도박을 매개로한 사회에 대한 참여관찰이 도박의 동기와 이유에 대한 심도 있는 설명을 가능케 할 것이다.

주제어: 카지노 도박, 사회인구적 특성, 도박중독, 도박동기, 도박실태

참고문헌

- 김일수. 1997. 『한국형법 IV』. 박영사.
- 까이와(Caillois, R.). 이상률 역. 1994. 『놀이와 인간』. 문예출판사.
- 이영길. 1997. “강원지역 석탄산업의 변천과 전망”, 강원사회연구회 엮음, 『강원사회의 이해』, 한울아카데미, pp. 289-303.
- 이인혜. 2004. “카지노 도박자의 성별, 게임 선호유형 및 도박의존성과 심리적 특성 간의 관계: 비합리적 도박신념과 충동성을 중심으로”, 강원대학교 사회과학연구소 기초학문 중간발표 자료집.
- 이태원·김석준. 1999. “도박의 정치경제학: 한국 사회의 도박합법화와 도박문제의 확산에 관한 비판적 접근.” 한국사회사학회, 『사회와 역사』 통권56집. pp. 179-214.
- 이태원. 2001. “도박의 합법화: 하나의 대안인 아니면 환상인가?.” 『사회과학연구』 제40집. pp. 49-73. 강원대학교 사회과학연구소.
- _____. 2003, “합법적 도박행위: 확산, 이론, 그리고 경험적 검증의 검토, 『사회과학연구』 제42집. pp. 106-132. 강원대학교 사회과학연구소.
- 이충기 외. 2002. “강원랜드카지노 이용객의 유형별 특성비교”, 강원랜드, 도박중독예방 및 치유프로그램 수립을 위한 기초연구, pp.183-236.
- 한국레저산업연구소. 2003. 『레저백서 2003』.
- INCO Group. 2002. 『병적 도박 실태조사 및 치료프로그램』, 한국마사회 국민체육진흥공단 연구용역 보고.
- Aasved, M. 2003. The Sociology of Gambling. Charles C. Thomas. Publisher, LTD.
- American Psychiatric Association. 1994. Diagnostic and statistical manual of mental disorders, 4th edn., Washington DC.,

American Psychiatric Association.

- Breen, R.B. and Zimmmerman M. 2002. "Rapid Onset of Pathological Gambling in Machine Gamblers", *Journal of Gambling Studies*, Vol. 18, No. 1.
- Brenner, R. and Brenner, G.A. 1990. *Gambling and Speculation: A theory, a history, and a future of some human decisions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Brinner, R.E. and Clotfelter, C.T. 1975. "An Economic Appraisal of State Lotteries", *National Tax Journal* 28(4), 395-404.
- Canadian Centre on Substance Abuse, 2002. *Gambling and Problem Gambling in Saskatchewan*, <http://www.naspl.org/studies.html>.
- Clothfelter, C.T. 1979. "On the Regressivity of State-Operated 'Number' Games", *National Tax Journal* 32(4), 543-547.
- Clothfelter C.T. and Cook, P.J. 1989. *Selling Hope: State Lotteries in America*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Coventry, K.R. and Brown. R.K. 1993. "Sensation Seeking in Gamblers and Non-Gamblers and its Relation To Preference for Gambling Activities, Chasing, Arousal and Loss of Control in Regular Gamblers", Eadington, W.R. and Cornelias J. A.(eds), *Gambling Behavior and Problem Gambling*, University of Nevada, Reno, pp. 25-50.
- Devereux, E.C. 1949. "Gambling and the Social Structure: A Sociological Study of Lotteries and Horseracing in Contemporary America." Ph. D. dissertation, Harvard University.
- Dickerson, M. 1993. "Internal and External Determinants of Persistent

- Gambling: Problem in Generalizing from One Form of Gambling to Another", Eadington, W.R. and Cornelias J. A.(eds), Gambling Behavior and Problem Gambling, University of Nevada, Reno, pp. 3-24.
- Downes, D.E. et al. 1976. Gambling, Work, and Leisure. London: Routledge and Kegan Paul.
- Dunstan, R. 1997. Gambling in California, <http://www.naspl.org/studies.html>.
- Frey J. 1984. "Gambling: A Sociological Review." ANNALS, AAPSS. Vol.474. pp. 107-121.
- Fuller, P. 1974. "Introduction." in Halliday, J. • Fuller, P.(eds). The Psychology of Gambling. New York: Harper & Low.
- Goffman, E. 1967. Interaction Ritual: Essays on Face-to-Face Behavior. New York: Anchor.
- Herman, R.K. 1967. "Gambling as Work: A Sociological Study of the Racetrack." in Herman(eds). Gambling. pp. 87-104. New York: Harper & Row.
- Hjelmeland, A. 1998. Legalized Gambling: Solution or Illusion?, Learner Publications Company.
- Kallick, M., Sutis, D., Dielman, T. and Hybels, J. 1979. A Survey of American gambling attitudes and behavior. Ann Arbor, Michigan: Survey Research Center, Institute of Social Research, University of Michigan.
- Keren, G. • Wagenaar, W.A. 1985. "On the psychology of playing blackjack Normative and descriptive considerations with

- implications for decision theory.” *Journal of Experimental Psychology : General* Vol.114. No.2. pp. 133-329.
- Ladouceur, R., & Walker, R. 1996. A cognitive perspective on gambling. In P.M. Salkovskis(Ed.), *Trends in cognitive and behavioral therapies*, pp.89-120, New York: John Wiley & Sons.
- Lesieur, H.R. and Blume, S.B. 1987. "South O만 Gambling Screen(SOGS), A New Instrument for The Identification of Pathological Gamblers", *American Journal of Psychiatry* 144, pp. 1184-1188.
- McMillen, J. 1996. "Understanding Gambling: History, Concepts and Theories", J. McMillen(eds), *Gambling Cultures: Studies in history and interpretation*, London and New York, pp. 6-42.
- Merton, R.K. 1968. *Social Theory and Social Structure*. Free Press.
- Ministry of Public Safety and Solicitor General, 2003. *Final Report: British Columbia Problem Gambling Prevalence Study*, <http://www.naspl.org/studies.html>.
- National Council of Welfare. 1996. *Gambling in Canada*, <http://www.naspl.org/studies.html>.
- National Research Council on the Social and Economic Impact of Pathological Gambling .1999. *Pathological gambling: a critical review*, National Academic Science.
- Neighbors, C. et. al. 2002. "Measuring Gambling Outcomes Among College Students", *Journal of Gambling Studies* Vol. 18(4), pp. 339-360.

- NGISC. 1999. Final Report. <http://www.ngisc.gov>.
- NORC. 1999. Gambling Impact and Behavior Study: Report to the National Gambling Impact Study Commission. <http://www.ngisc.gov>.
- Rosecrance, J. 1986. "Why Regular Gamblers Don't Quit: A Sociological Perspective", *Sociological Perspectives*, Vol. 29 No. 3, 1986, pp. 357-378.
- Steel, Z., & Blaszczynski, A. (1998). Impulsivity, personality disorders and pathological gambling severity, *Addiction*, 93, 895-905.
- Volberg, R.A. and Moore, W.L. 1999. Gambling and Problem Gambling in Washington State: A Replication Study, 1992-1998, <http://www.naspl.org/studies.html>.
- Welte, J.W. et.al. 2002. "Gambling Participation in the U.S.: Results form a National Survey, *Journal of Gambling Studies*, Vol. 18(4), pp. 313-337.
- Zola, I.K. 1963. "Observation on Gambling in a Lower Class Setting." *Social Problems* 10, pp. 353-361.
- Zuckerman, M., Bone, R.N., Neary, R., Mangelsdorf, D., & Brustman, B. 1972. What is the sensation seeker?: personality trait and experience correlates of the Sensation Seeking Scale, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 39, 308-321.

212 형사정책연구 제15권 제2호(통권 제58호, 2004 · 여름호)

Socio-demographic Characteristics, Gambling Addiction, Gambling Motives, and Gambling Patterns of Casino Visitors of Kangwonland

Lee, Tai-Won*

In spite of the increases in legalized gambling behaviors, we can not find any empirical studies on them in South Korea. The purposes of this article are to find out why and what kinds of persons take part in casino gambling of Kangwonland. Another concerns of this study are about the levels of addictions and the various patterns of gambling behaviors. Before the empirical analysis, definitions of gambling and casino gambling and the sociological and psychological theories of gambling is reviewed for the research interest.

831 respondents to self-administered questions are sampled in ticketing hall for the entrance to Kangwonland Casino during the three days from January 30, 2004. Measured variables are socio-demographic variables(age, sex, and socio-economic status variavles), levels of addiction(SOGS), monetary and non-monetary motives of gambling behaviors and various patterns of gambling behaviors.

Results of this empirical analysis show the several important facts.

* Professor, Department of Sociology, Kangwon National University, Ph.D. in Sociology.

First, there is no relationship between impacts of socio-demographic variables and other factors. If any, they are very weak except for sex and the directions of impacts are not consistent. By the results of this survey, anomie theory and alienation theory, which have insisted that lower class has higher level of gambling participation than middle or upper class. Second, The levels of addiction of gamblers measured by SOGS(the South Oaks Gambling Screen) is very serious. Only 23.7% of samples have no problems of gambling dependence. 28.5% of samples has some problem, and 47.8% of samples are pathological gamblers. This high level of gambling addiction are not found anywhere except in Korea, and gambling addictions is the most important predictor for the patterns of gambling behavior. Third, most of visitors are gambling for the monetary motives, not for the non-monetary motives. Therefore, theories that suggest other motives of gambling except monetary factor must be rejected or modified in case of casino gambling. Finally, this study suggest the necessity of policies that can prevent gambling addiction of visitors.

Key Word: Casino Gambling, Socio-demographic Characteristics,
Gambling Addiction, Gambling Motives, and Gambling
Patterns

피해경험과 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’:
성적괴롭힘 피해경험을 중심으로

김 지 선

형사정책연구 제15권 제2호(통권 제58호, 2004 · 여름호)

한국형사정책연구원

피해경험과 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’: 성적 괴롭힘 피해경험을 중심으로

김 지 선*

I. 서 론

범죄가 일반인들 사이에는 흔치 않은 경험인 것에 비해 ‘범죄에 대한 두려움(fear of crime)’은 일반인들 사이에 널리 확산되어 있으며, 그것이 야기하는 부정적인 사회적 결과 때문에 학문적·정책적 관심의 대상이 되고 있다. 이에 따라 지난 30여 년 간에 걸쳐 영국과 미국을 중심으로 ‘범죄에 대한 두려움’에 관한 많은 경험적인 연구들이 수행되었는데, 기존의 연구들은 ‘범죄에 대한 두려움’이 사회적 집단에 따라 매우 불균등하게 분포되어 있음을 보여주고 있다. 특히, 기존연구에서 나타나는 가장 일관된 결과는 ‘범죄에 대한 두려움’의 수준과 그에 대한 반응을 결정하는데 있어 가장 강력하고 일관된 변인은 ‘성(gender)’이라는 점이다(Baumer, 1978; Balkin, 1979; Hindelang et al., 1978; Riger and Gordon, 1981; Skogan and Maxfield, 1981; Garofalo, 1979; Gordon and Riger, 1989; Pain, 1991; Stanko, 1987; Warr, 1984; Ferraro, 1995, 1996; 노성호·김지선, 1998; 이성식, 2001 등). 연령, 사회계급, 피해경험, 지역적 특성, 사용된 측정도구의 유형에 관계없이 여성은 남성보다 범죄에 대해 훨씬 더 두려워한다는 것

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 사회학박사

이다. 위와 같은 일관된 조사결과는 두려움에 있어서의 성차(gender difference)가 경험적으로 의미 있는 것이며, 일반적으로 남성들이 다른 사람들에게(특히, 면접원에게) 자신의 두려움을 잘 표현하지 않으려는 경향에서 나온 방법론적인 가공물(methodological artifact)이 아니라는 점을 보여준다(Sacco, 1990:487).

그렇다면 왜 여성들은 범죄에 대해 두려워하는가? 본 연구는 이러한 문제를 성(gender), 피해경험(victimization), 두려움(fear)과의 관계를 통해서 규명해보고자 한다. 기존의 연구들은 범죄피해조사 결과를 근거로 여성은 남성에 비해 범죄피해율이 낮음에도 불구하고, ‘범죄에 대한 두려움’이 높다는 점을 제시하면서, 여성의 높은 수준의 ‘범죄에 대한 두려움’을 객관적인 피해경험에 근거하지 않은 주관적인 반응 혹은 더 나아가 대중매체의 영향으로 인해 과장되고 부풀려진 비합리적인 반응으로 인식하였다. 그러나 본 연구에서는 기존의 연구들이 남성지배적인 사회에서 여성이 경험하는 다양한 남성폭력피해에 대한 부정확한 이해와 측정으로 인해 성-피해경험-두려움간의 관계에 있어서의 복잡성을 규명하는데 실패하였다는 점에 주목함으로써, 기존의 연구들이 제시하는 것보다 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’은 훨씬 더 객관적인 피해경험에 근거하고 있음을 보여주고자 한다. 특히, 본 연구는 여성들의 남성폭력피해경험 중 연구자들과 정책입안자들로부터 간과되어 왔었던 공공장소에서 여성들이 일상적으로 경험하는 성적괴롭힘(sexual harassment)에 주목함으로써 성적괴롭힘 피해경험이 여성의 폭력범죄에 대한 두려움에 미치는 영향을 살펴보고자 한다.

본 연구가 성적괴롭힘 피해경험의 중요성에 주목하는 이유는 다음과 같다. 첫째, 기존의 범죄피해조사에서 여성들의 성적괴롭힘 피해경험은 피해 유형의 하나로써 다루어지지 않았지만, 성적괴롭힘에 대한 최근의 조사연구들은 여성들 특히, 젊은 여성들의 상당수가 다양한 상황과 장소에서 성

적괴롭힘 피해를 경험하고 있음을 보여주고 있다는 점이다. 둘째, 기존 연구들이 보여주고 있는 바와 같이 여성의 '범죄에 대한 두려움'은 대부분 성적인 피해에 대한 두려움에 의해서 형성된다는 점을 고려한다면(Warr, 1984; Ferraro, 1995, 1996), 성적괴롭힘 피해경험은 그 행위와 상호작용이 갖는 성적인 속성으로 인하여 여성의 '범죄에 대한 두려움'에 있어 중요한 결정요인이 될 수 있다는 점 때문이다.

II. 이론적 논의

1. 피해경험-두려움간의 패러독스(victimization-fear paradox)

'범죄에 대한 두려움'이 하나의 사회적 문제로서 등장하고 범죄학자들의 학문적·정책적 관심의 대상이 되었던 때는 1960년대 후반부터였다. 초기의 범죄학자들은 '범죄에 대한 두려움'은 사람들이 노출된 범죄의 양과 관련된다고 생각하였다(Salem and Lewis, 1988:4). 이와 같이 '범죄에 대한 두려움'을 개인의 직접적인 범죄피해경험이나 실제적인 범죄율의 결과로서 보는 관점은 피해경험적 관점(victimization perspective)이라고 불린다. 그러나 '범죄에 대한 두려움'을 범죄에 대한 노출의 결과로서 보는 피해경험적 관점의 기본가정은 경험적인 연구결과를 통해서 일관되게 입증되지 않았다.

개인적인 수준에서 범죄피해경험과 '범죄에 대한 두려움'간의 상관관계를 살펴본 일부의 연구에서는 두 변인 간에 상관관계가 있는 것으로 나타난 반면에(Balkin, 1979; Chiricos et al., 1997; Feyerherm & Hindelang, 1974; Kleinman & David, 1973; Liska et al, 1988; Skogan, 1987 등), 다

른 연구에서는 두 변인 간에는 약한 상관관계가 있거나 관계가 없는 것으로 나타났다(Box et al, 1989; Braungrat et al, 1980; Garofalo, 1979; Reiss, 1967; Block & Long, 1973; Mayhew, 1984). 그리고 집합적인 수준에서 볼 때, 범죄율이 높은 지역에 사는 사람들이 모두 범죄에 대해 두려워하는 것은 아니며, 객관적인 범죄피해 위험이 높은 집단이 반드시 범죄에 대해 두려워하지 않으며, 오히려 범죄피해 위험이 가장 낮은 집단이 범죄에 대해 가장 두려워하는 것으로 나타났다.

이와 같은 경험적인 조사결과들은 ‘피해경험-두려움간의 패러독스(victimization-fear paradox)’ 혹은 ‘두려움의 패러독스(fear paradox)’라고 불리면서, 학문적인 영역에서 ‘범죄에 대한 두려움’에 관한 논쟁과 경험적인 연구를 촉발하게 되었다.¹⁾ 여기서 특히 주목의 대상이 된 것은 공식통

1) 얼핏 보기에 관계가 매우 명확해 보이는 직접적인 피해경험 혹은 피해위험율과 ‘범죄에 대한 두려움’간의 패러독스에 대해서 여러 가지 다양한 관점과 설명들이 제시되었다. 첫 번째는 여전히 피해경험적 관점 내에서 피해경험과 두려움간의 패러독스를 해결하려는 입장이다. 이러한 입장은 두려움의 수준과 차원 그리고 범죄에 대한 분석에서 좀더 세련된 분석도구를 사용함으로써 이러한 패러독스를 해결하는 입장과 간접적으로 알게 된 범죄피해에 대한 정보가 ‘범죄에 대한 두려움’에 영향을 미칠 수 있다는 간접적 피해경험모델(indirect victimization model)을 주장하는 입장으로 나누어 볼 수 있다. ‘범죄에 대한 두려움’을 비합리적인 반응이라고 해석하기보다는 방법론적인 세련화를 통해서 그러한 패러독스를 해결하려고 하는 입장은 기존연구의 몇 가지 방법론적인 오류를 지적하고 있다. 첫째, 종속변수인 ‘범죄에 대한 두려움’을 측정하는 도구가 ‘범죄에 대한 두려움’이라는 실질적인 개념을 올바르게 측정하고 있지 못하였으며, 이것의 결과로서 범죄피해경험과 두려움과의 관계가 모호하게 나타난다는 것이다. 이에 대한 대안으로는 두려움(fear)의 개념과 위험(risk)의 개념을 분리해서 측정하고(Ferraro and LeGrange, 1987), 범죄유형별로 두려움을 측정해야 한다는 점에 제시되었으며(Warr and Stafford, 1984), 둘째, ‘범죄에 대한 두려움’에 영향을 미치는 독립변수인 범죄피해경험도 범죄유형별로 측정해야 하며, 범죄피해경험유무뿐 아니라 피해의 심각성이나 피해의 수도 고려해야 할 필요성이 제시되었다. 두 번째는 사회통제모델(social control model)이라고 불리는 것으로 ‘범죄에 대한 두려움’을 범죄에 대한 경험 및 정보에 대한 반응으로 보는 피해경험적 관점의 기본가정을 넘어서서 ‘범죄에 대한 두려움’을 설명하는데 있어 걱정과 불안감을 형성하는 공식적·비공식적인 정치적 사회적 구조, 사회통제력의 약화를 나타내는 물리적·사회적 환경적 무질서(incivility), 그리고 그러한 무질서를 억제할 수 있도록 지역사회에 힘을 불어넣을 수 있는 사회적 통합의 부족과 같은 요인들에 관심을 갖고 있다.

계나 범죄피해조사(national victimization survey)의 결과를 통해서 볼 때, 범죄피해를 입을 위험이 가장 낮은 집단으로 분류되는 여성이 범죄에 대해서 가장 두려워한다는 사실, 즉 여성의 두려움의 패러독스(female fear paradox)였다. 왜 여성은 범죄피해위험이 낮음에도 불구하고, 범죄에 대해 두려워하는가? 범죄학 내에서 이에 대한 다수의 설명들이 제기되었는데, 대부분의 설명들은 여성의 '범죄에 대한 두려움'은 객관적이지 않다고 주장한다. 한쪽 극단에서 여성의 '범죄에 대한 두려움'은 비합리적인 것으로 인식된다. 영국에서 전국적인 범죄피해조사를 주도하고 있었던 신관리주의 범죄학자(new administrative criminology)²⁾들은 객관적으로 합리적인 것(실제적 범죄피해위험)과 주관적·감정적으로 비합리적인 것(범죄에 대한 두려움)간의 이분법에 근거하여 여성들이 주관적으로 느끼는 '범죄에 대한 두려움'은 객관적인 범죄율을 반영하지 않은 것으로 선정주의적인 대중매체 등을 통한 잘못된 정보 때문에 과장된 것(Sparks, 1992:2)이거나 더욱 기본적으로는 여성들의 비합리성에 근거한 것(Tulloch, 2001:9)이라고 주장한다.³⁾ 이러한 인식에 따라 신관리주의 범죄학자들은 전국적인 범죄피해

2) 신관리주의 범죄학은 1970년대 후반과 1980년대 초반 영국의 내무성 연구팀에서 '상황적 범죄예방'이라는 개념을 둘러싸고 발전한 범죄학의 한 분파이다. 신관리주의 범죄학은 범죄의 주요한 원인을 불평등한 사회적 구조 및 조건에서 찾았던 전후의 주요한 범죄학이론이었던 급진적 범죄학의 실패에 대한 반응의 하나로써 형성되었다. 이 이론은 고전주의 범죄학에 기초하여 인간의 의사결정에 대해 합리적 선택이론을 채택하였다. 이에 따라, 잠재적인 범죄자를 어떤 활동과 관련된 이익과 불이익을 주의 깊게 계산하는 자기이윤을 극대화하는 의사결정자로서 간주하였다. 범죄예방은 범죄의 실행과 관련된 위험이나 노력을 증가시키고 그것과 관련된 보상을 감소시키기 위하여 의사결정 과정을 변화시키는 것을 목적으로 해야 한다고 주장하며, 이러한 논리에 따라서 '상황적 범죄예방이론(situational crime prevention)'을 제시하였다. 다른 한편, 신관리주의 범죄학은 전국적인 범죄피해조사(British Crime Survey)를 실시하였는데, 이러한 조사에서 그들은 범죄를 분류하고 범죄율을 계산하는데 있어 법적인 정의를 적용하였다. 이러한 법적인 정의에 기초한 범죄피해조사의 결과 범죄의 문제는 소수의 사람들에게만 관련된 것이고, 대다수의 사람들에게는 영향을 미치는 문제가 아닌 것으로 파악하였다. 오히려 그들은 실제적인 범죄보다는 '범죄에 대한 두려움'이 더 문제가 되고 있으며, 영향력도 훨씬 큰 것으로 간주하였다.

3) 이후 '범죄에 대한 두려움'의 논의는 비합리성-합리성 논쟁을 중심으로 전개되었다. 그

조사를 통해서 일반인들에게 범죄피해실상을 정확히 알려줌으로써 잘못된 인식을 바로 잡아 ‘범죄에 대한 두려움’을 감소시키는 것이 자신들의 임무라고 생각하였다(Mooney, 2000).

다른 한편으로 여성의 두려움의 패러독스는 성역할 사회화(gender role socialization)나 여성에게 고유한 신체적·사회적 취약성(physical, social vulnerability)에 의해서 설명기도 하였다. 성역할사회화이론은 ‘범죄에 대한 두려움’과 밀접한 관련이 있는 겁, 수동성, 의존성과 같은 여성의 특성은 여성에 대한 차별적인 사회화과정에 의해서 결과하는 것이라고 주장한다. 즉 여성들은 두려워하도록 그리고 두려움을 더 솔직하게 표현할 수 있도록 사회화되었기 때문에 더 두려워한다는 것이다. 취약성이론은 여성은 남성보다 신체적·사회적으로 취약하고, 따라서 여성들은 그들의 신체적 안전과 범죄피해에 대해 더 두려워한다고 주장한다. 신관리주의 범죄학자들과는 달리 성역할사회화이론과 취약성모델 모두 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’을 지각된 위협에 대한 합리적인 반응으로 설명하기는 하지만, 실제적인 경험에 기반하지 않기 때문에 여전히 주관적인 것으로 간주하고 있다.

위와 같은 논의들에 대해 좌익실재론(left realism)과 여성주의 범죄학자들은 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’은 범죄피해조사가 지적하는 것보다 훨씬 더 객관적인 것에 근거하고 있음을 주장한다.⁴⁾ 즉 여성의 두려움의 패

러나 최근 들어서는 ‘범죄에 대한 두려움’을 합리적 혹은 비합리적인 것으로 간주하는 것은 비판을 받고 있다. 본 논문에서 이론적 자원으로 삼고 있는 여성의 실제적인 피해 위협의 중요성을 강조하는 좌익실재론과 여성주의 범죄학자도 이러한 비판으로 자유로울 수 없다. 이에 대한 자세한 비판은 Spark(1992)과 Lupton and Tolluch(1999)를 참조할 것.

- 4) 좌익실재론은 영국의 좌파의 범죄학이론으로서 출현하였지만, 범죄에 대한 피해자 중심적 시각에 있어 여성주의의 영향을 강하게 받았으며, 비가시적인 피해자(invisible victims) 특히, 가정폭력과 성폭력 피해에 대한 관심, 범죄와 경찰활동이 남성과 비교해서 여성에게 미치는 상이한 영향, 범죄와 경찰활동이 안전과 관련된 인식과 행동에 미치는 영향 등에 관심을 갖고 있다는 점에서 급진적 여성주의학자들의 관심과 일치한다(Ahuwalia, 1992). 따라서 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’의 비합리성을 주장하기 위한 근거로 사용되었던 전국적인 범죄피해조사가 여성의 피해경험을 정확하게 포착하는데

러독스는 여성의 피해경험에 대한 불완전한 이해와 측정으로 인한 결과이며, 불평등한 사회구조라는 사회적 맥락 내에서 여성의 피해경험 특히, 남성폭력피해경험(male violence against women)을 파악한다면, 여성의 '범죄에 대한 두려움'은 객관적인 피해위험에 대한 합리적인 반응이라고 주장한다. 질을 달리하여 아래에서는 여성의 두려움의 패러독스를 주장하고, 이에 근거해서 여성의 '범죄에 대한 두려움'을 비합리적인 반응으로 보는 신관리주의 범죄학에 대한 좌익 실재론과 여성주의 범죄학자들의 비판과 그들의 주장을 자세히 살펴보기로 하겠다.

2. 두려움의 패러독스? : 객관적 위험에 대한 합리적 반응

좌익실재론과 여성주의 범죄학자들의 비판은 주로 여성의 두려움의 패러독스의 문제를 제기하고 이를 여성의 비합리성으로 해석하였던 신관리주의 범죄학자들을 향해서 제기되었다. 좌익실재론과 여성주의학자들은 신관리주의 범죄학자들이 여성의 피해경험과 '범죄에 대한 두려움'을 다루는데 있어 남성주의적 범죄학(malestream criminology)의 편향을 드러내고 있다고 비판하고 있다. 그들의 남성주의적 범죄학의 편향은 두 가지 측면에서 드러나는데, 그 중 하나는 그들의 문제제기방식에 관한 것이다. 신관리주의 범죄학자들은 피해의 위험성이 높으면서도 '범죄에 대한 두려움'이 가장 낮은 집단인 남성의 '범죄에 대한 두려움'은 비합리적인 것으로 다루지 않고, 여성의 '범죄에 대한 두려움'만을 비합리적인 것으로 간주하였다는 점이다. 이러한 문제제기 방식은 비합리성(irrationality)을 여성성

있어 갖는 한계점에 대한 비판에 대해서 두 입장이 거의 유사하다. 그러나 좌익실재론은 성(gender)을 주요한 변수로 다루고 있으며 성차를 주요한 주제로 검토하고 있지만, 가부장제 사회에서 성별 관계(gender relation)라는 맥락에서 여성에 대한 범죄와 두려움을 이해하지 못하고 있으며, 특히, 남성권력에 대한 분석이 부재하다는 점에서 여성주의학자로부터 비판을 받고 있다(Mooney, 2000).

(feminity)과 등치시키는 그들의 남성주의적 편향으로부터 나왔다는 것이다(Walklate, 1997).⁵⁾

남성주의적인 범죄학의 편향이 드러나는 두 번째 측면은 신관리주의 범죄학자들이 '범죄에 대한 두려움'을 설명하는데 있어 핵심적인 요인으로 파악하였던 객관적인 피해경험과 피해위험을 조사하고, 산출하는 방식에 관한 것이다. 신관리주의 범죄학자들에 의해서 수행된 기존의 전국적인 범죄피해조사에서는 연구자들의 성 중립적인 관점(gender neutral perspective; Stanko, 1995)이 조사방법과 피해경험을 측정하는 조사항목에 그대로 반영되어 여성들이 실제로 경험하는 피해의 유형과 정도를 제대로 포착하지 못함으로써 여성의 피해율을 과소평가하는 결과를 낳았다는 것이다. 즉 공식통계가 갖는 암수범죄의 문제를 해결하기 위해서 실시된 범죄피해조사도 여성들의 피해경험의 실상을 제대로 드러내지 못하는 암수의 문제를 갖고 있다고 지적한다.

좌익실재론자인 Young(1988)은 여성의 피해경험과 관련하여 범죄피해조사가 갖는 암수의 문제를 양적인 측면과 질적인 측면으로 구분하여 지적하고 있다. 먼저 양적인 측면에서 살펴보면, 일대일 면접방식으로 이루어지는 기존의 범죄피해조사에서는 여성 응답자들이 '범죄에 대한 두려움'이나 창피함 때문에 자신들의 피해경험 특히, 성폭력 피해경험을 진실 되게 응답하지 않는 비율이 상당히 높다는 점을 지적한다.⁶⁾ 양적인 측면에

5) 이와 관련하여, Walklate(1997)는 "남성들이 위험과 두려움과의 관련성을 어떻게 경험하고, 이해하고, 접합시키는가에 대해서는 범죄학과 피해자학에서 상대적으로 탐구되지 않았다"고 지적하고 있다. 최근 들어 Goodey(1994), Walklate(1994), Stanko and Hobdell(1993)과 같은 여성주의적 관점에 서 있는 여성 범죄학자들이 남성의 '범죄에 대한 두려움'의 특성과 본질에 대해 관심을 보이기 시작했으나 이러한 최근의 경향은 '범죄에 대한 두려움'의 연구에서 예외적인 것이라고 할 수 있다

6) 성폭력 피해경험과 관련된 암수범죄의 문제는 1982년 영국에서 실시된 범죄피해조사에서 강간범죄가 단 한건 보고 되었다는 점과 범죄피해조사를 실시한 후 조사의 대상자가 되었던 사람들의 피해를 경찰기록을 통해서 추적해 본 결과 성폭력 범죄와 친숙한 사람이나 가족구성원이 가해자인 폭력범죄는 범죄피해조사에서 매우 낮게 보고 되는

서 암수범죄는 범죄피해조사에서 사용되는 조사준거기간에서도 나타난다. 범죄피해조사에서는 피해경험을 측정할 때, 응답자들에게 지난 12개월간의 피해경험만을 질문함으로써 조사시점 이전의 단일한 외상적인 피해경험이 장기간에 걸쳐 '범죄에 대한 두려움'에 영향을 미칠 수 있으며, 특히 주로 여성들이 대상이 되는 성폭력피해는 피해자에게 미치는 신체적·정신적 피해가 매우 크고 그 영향력이 상당히 오랜 기간 지속된다는 점을 간과하고 있다는 것이다.

질적인 측면에서의 암수문제는 기존의 범죄피해조사가 여성들의 피해경험을 측정하기 위해서 사용했던 피해유형목록과 관련이 있다. 기존의 범죄피해조사에서는 폭력범죄보다는 재산범죄, 여성과 낮은 지위의 사람들이 주로 피해대상이 되는 범죄보다는 높은 지위의 사람들이 주로 피해대상이 되는 범죄, 가족 내에서 행해진 범죄보다는 낯선 사람에 의해서 행해진 범죄에 초점을 맞추고 있다는 것이다(Young, 1988). 좌익실재론자들과 여성주의 범죄학자들은 이러한 방식의 편중된 측정도구로 인하여 기존의 범죄피해조사는 여성들이 주로 피해자가 되는 사적인 공간에서 가족구성원이나 친밀한 관계에 있는 남성들에 의해서 경험하게 되는 신체적·성적 폭력피해의 실상을 제대로 파악할 수 없다고 주장한다(Stanko, 1988, 1990, 1995).

한편, 좌익실재론자들과 여성주의학자들은 질적인 측면에서 암수문제가 심각한 피해유형으로 친밀한 관계에서 발생하는 신체적·성적 폭력이외에 성적괴롭힘 피해를 지적하고 있다. 이들은 기존의 범죄피해조사가 범죄피해경험을 측정할 때 범죄를 법적인 카테고리 내에서 정의함으로써 법적으로 범죄로 규정되지 않지만 여성의 삶과 안전에 대한 인식에 중요한 영향을 미치는 직장 및 공공장소에서의 성적괴롭힘이나 스토킹 등과 같은 광범위하게 일상적으로 발생하는 남성폭력을 고려하지 못하였다고 비판한다(Pain, 1997, 2000; Painter, 1992; Stanko, 1990, 1995).⁷⁾ 직장 및 공공장소

것으로 나타났다(Block and Block, 1984)는 점에서 여실히 드러난다.

에서의 성적괴롭힘이나 스토킹과 같은 피해는 형법에 의해서 포괄되지 않거나 형사사법기관에 의해서 사소한 것으로 처리되기는 하지만, 이러한 반사회적인 행동들은 형법상 규정되어 있는 살인이나 강도, 강간보다 여성이 일상생활에서 빈번하게 경험하는 피해이며, 이러한 피해경험들이 지속적으로 축적되어 여성의 삶을 불행하게 만들기 때문에 주요한 피해유형의 하나로서 고려해야 한다는 것이다(Painter, 1992; Young, 1988).⁸⁾

음란전화, 원치 않는 성적인 접촉 및 관심, 성기노출 등과 같은 일상적인 성적괴롭힘의 실태 및 그 효과에 대한 연구결과들은 이러한 유형의 성폭력이 직장 이외에 다양한 장소(특히, 학교, 공공장소)에서 발생하고 있으며, 대다수의 여성이 일상적으로 빈번하게 경험하고 있음을 보여준다(Junger, 1987; Gardner, 1990, 1995; Pain, 1991; Painter, 1992). 그리고 피해가 없거나 사소한 것으로 여겨졌던 성적괴롭힘 피해경험이 공공장소와 낯선 사람은 예측할 수 없고 통제할 수 없다는 생각들을 강화하면서 낯선 사람에 의해서 저질러지는 범죄에 대한 걱정과 두려움을 야기하고 있음을 보여준다(Pain, 1997). 또한, 연구결과에 의하면 성적괴롭힘의 경험은 좀더 심각한 성폭력에 대한 불안감을 야기한다고 한다. 여성은 공공장소에서 누군가가 접근하거나 뒤따라오거나 소리치거나 치근거리는 것이 어두운 곳에서 홀로 있을 때 발생한다면 좀더 심각한 폭력(강간이나 성폭력)의 전조

7) 이러한 주장은 좌익실재론과 여성주의 학자들이 범죄에 대한 주관적인 정의를 중요시하는 입장에서 나온 것이다(Mooney, 2000; Painter, 1992). 이들 학자들은 남성폭력에 대한 인습적인 정의와 법적인 규정에 반대하고, 여성 스스로가 무엇을 폭력으로 생각하고, 폭력을 어떻게 정의하는가 하는 주관적 정의가 여성의 피해경험과 위험을 평가하는데 매우 중요하다고 주장한다(Kelly, 1987). 이러한 입장에 따라 폭력에 대한 정의는 물리력의 사용뿐 아니라 여성들을 어떤 방식으로 행동하게 하거나 행동하지 못하도록 강요하거나 억압하기 위해서 사용하는 폭력에 대한 위협(thereat of violece)도 포함해야한다고 주장한다. 이러한 인식에 따라 성폭력은 강간이나 아내구타와 같이 신체적 피해나 손해가 명시적이고 명확한 폭력의 형태로부터 성적괴롭힘과 같은 위협적인 폭력형태를 포괄하는 개념으로 확장된다(Hammer, 1978; Hammer and Maynard, 1987:6에서 재인용).

8) 이와 관련하여, Young(1988 :173)은 “BCS와 같은 기존의 범죄피해조사는 다양한 하위 집단들의 주관적인 정의와는 분리된 객관적/법적 정의를 취함으로써 사소한 것을 중요한 것으로 만들고, 중요한 것을 사소한 것으로 만들어 버렸다”는 점을 지적하고 있다.

가 될 수 있다고 생각하며, 이를 통해 성적괴롭힘이 강간과 성폭력에 대한 두려움을 유발하거나(Gordon and Riger, 1989; Warr, 1985) 심지어 죽음에 대한 두려움을 유발할 수도 있다는 것이다(McNeill, 1987).

3. 분석틀

본 연구는 여성의 '범죄에 대한 두려움'을 이해하는데 있어 성차별적인 사회구조 내에서 여성의 남성폭력피해경험의 특성을 강조하는 좌익실재론과 여성주의 범죄학자들의 논의를 배경으로 하여 여성들을 조사대상으로 하여 남성폭력피해경험과 '범죄에 대한 두려움'간의 관계에 대해 분석하고자 한다. 위에서 살펴본 바와 같이 좌익실재론자들과 여성주의 범죄학자들은 기존의 범죄피해조사를 통해서도 여성의 실제피해경험을 제대로 파악할 수 없으며, 그러한 성중립적인 관점에 근거한 부정확한 측정도구를 통해서 산출된 피해경험과 '범죄에 대한 두려움'을 관련시킬 경우 '범죄에 대한 두려움'은 객관적인 근거를 갖지 않는 비합리적인 반응으로 보일 수밖에 없다고 주장한다. 따라서 공식통계와 기존의 범죄피해조사에서 제대로 밝혀지지 못하거나(성폭력과 가정폭력) 측정하지 않았던(성적괴롭힘, 스토킹 등) 여성에 대한 광범위하고 일상적인 남성폭력에 대한 이해가 여성의 피해경험-두려움간의 패러독스를 이해하는데 핵심적이라고 주장한다. 이는 여성의 남성폭력 피해경험의 역동성을 좀더 정확히 파악해야만 피해경험과 '범죄에 대한 두려움'간의 설명력을 개선할 수 있다는 점을 의미한다고 할 수 있다.

좌익실재론과 여성주의 범죄학자들은 가부장제 사회에서 여성의 종속적인 위치로 인해 여성은 남성폭력의 피해자가 되기 쉬우며, 남성폭력의 가해자는 낯선 사람보다는 친밀한 사람이거나 가족구성원인 경우가 더 많으며, 남성폭력 특히, 성폭력피해의 결과는 매우 오랜 기간 지속되며, 심각성

이 낮은 것으로 인식되는 성적괴롭힘과 같은 피해들이 일상적이고 빈번하게 발생한다는 점 등을 여성적 피해경험의 특성으로 제시하고 있다. 따라서 여성을 대상으로 하여 피해경험과 ‘범죄에 대한 두려움’간의 관계를 분석하고자 하는 본 연구에서는 여성적 피해경험의 세 가지 측면을 고려하고자 한다. 첫째, 성폭력과 같이 소수만이 피해자가 되는 피해유형과 함께 여성이 일상적으로 경험하는 남성폭력피해인 성적괴롭힘 피해경험을 고려할 것이다. 본 연구에서는 피해경험과 ‘범죄에 대한 두려움’과의 관계를 살펴보는 데 있어 특히 공공장소에서의 성적괴롭힘 피해경험이 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’에 미치는 영향에 주목하고자 한다. 공공장소에서의 낯선 남성에 의한 성적괴롭힘은 물리력이 가해지지 않는 남성폭력이라는 이유 때문에 사소한 것으로 간주되었고, 따라서 정책입안자와 법집행자들의 관심으로부터 제외되어 왔었다. 또한, 다양한 유형의 남성폭력에 관심을 가졌던 여성주의학자들도 집-사적인 곳/일터-공적인 곳이라는 이분법적인 공사개념에 의존함으로써 여성의 일상생활과 관련된 맥락에서 공공장소의 중요성을 다루지 못했다. 따라서 그들은 직장이나 학교 등에서 아는 남성에게 의한 성적괴롭힘 피해에만 관심을 가졌다. 그러나 최근 몇몇 논의들은 직장 뿐 아니라 공공장소에서 낯선 남성에 의한 성적괴롭힘이 범죄에 대한 인식 및 두려움에 영향을 미친다는 사실을 제시하고 있기 때문이다.

둘째, 여성의 피해경험은 피해경험의 유무뿐 아니라 피해자와 가해자와의 관계를 중요하게 고려하여 가해자의 유형에 따라 피해경험과 ‘범죄에 대한 두려움’간의 관계에 유의미한 차이가 있는가를 살펴볼 것이다. 기존의 연구에서 일부의 연구자들은 친밀한 관계에서 발생하는 폭력 및 성폭력에 관심을 기울이면서 이러한 유형의 폭력에 대한 경험이 여성의 낯선 사람에 대한 두려움과 ‘범죄에 대한 두려움’에까지 영향을 미친다고 주장한다 (Smith, 1988; Stanko, 1985). 친밀한 관계에 있는 사람에 의한 신체적 폭력 및 성폭력 피해경험은 피해여성이 평소에 믿었던 사람들에게, 안전하다고

가정되는 집에서 발생하여 피해자들의 안전에 대한 평소의 기대와 믿음을 깨뜨리기 때문에 낯선 사람에 의한 피해에 비해 주위 세계에 대한 불안감과 두려움을 더 많이 유발하고 사람을 판단하는 능력에 대한 확신감을 감소시킨다는 것이다(Schepple and Bart, 1983). 한편, Agnew(1985)는 피해자가 피해의 영향을 중화시키기 위해서 사용하는 중화기제(neutralization mechanism)에 대해 논의하면서, 피해자가 중화기제를 사용하기 어려운 피해의 특성 중 하나로 안전한 것으로 가정된 사람들에게 피해를 당하는 상황을 지적하고 있다. 이러한 논의들은 친밀한 사람에 의한 신체적·성적 폭력피해경험은 낯선 사람에 의한 피해경험에 비해 안전에 대한 인식과 두려움에 더 큰 영향을 미칠 것이라는 점을 가정할 수 있게 한다.

그러나 가해자와 피해자와의 관계가 두려움에 미치는 영향에 대한 경험적인 연구결과들은 확정적이지 않다. Foa와 Riggs(1994), Schepple과 Bart(1983), Smith(1988) 등은 친밀한 관계에 있었던 남성 혹은 믿을 만한 사람으로 간주하고 있었던 남성으로부터 성폭력을 당한 여성이 그렇지 않은 여성에 비해 그들의 안전에 대한 평가가 급격하게 변화하며, 두려움이 더 커지는 심각한 결과를 낳는다는 사실을 보여주고 있다. 반면에 일부의 연구는 낯선 사람에 의한 성폭력이 장기간에 걸쳐 더 큰 두려움을 낳는다는 결과를 보여주기도 하고(Ellis et al., 1981), 어떤 연구는 낯선 사람과 잘 알고 지내는 사람간의 차이는 피해 이후의 반응에 차이를 만들어내지 못한다는 점을 보여주기도 한다(Kayleen et al., 2001).

셋째, 피해경험을 측정하기 위해서 준거가 되는 기간을 일생동안의 경험으로 확장시킬 것이다. 성폭력 피해를 경험한 여성에 대한 경험적인 연구들은 성폭력의 피해경험은 다른 범죄유형에 비해 피해자에게 미치는 신체적·정신적 피해가 매우 크고, 그 영향력이 상당히 오랜 기간 지속된다는 점을 보여주고 있다(Burt and Katz, 1985; Gordon and Riger, 1989;

Madritz, 1997; Stanko, 1990). 이러한 연구결과들은 여성의 피해경험을 측정할 때 기존의 연구에서처럼 응답자들에게 지난 12개월간의 피해경험만을 질문하는 것은 조사시점 이전의 피해경험이 장기간에 걸쳐 ‘범죄에 대한 두려움’에 영향을 미칠 수 있다는 점을 고려할 수가 없다는 점을 시사한다. 따라서 여성의 피해경험은 일생동안의 피해경험으로 측정해야 할 필요가 있다.

III. 연구방법

1. 자료수집

본 연구에서는 필자가 직접 참여하여 조사를 기획하고 실시한 제6차 한국의 범죄피해조사 자료 중 서울시, 6대 광역시 및 경기지역(읍면지역은 제외)에 거주하고 있는 20세 이상의 여성 557명에 대한 자료를 추출하여 분석대상으로 사용하였다. 본 연구에서 연구대상을 도시지역으로 한정된 것은 ‘범죄에 대한 두려움’이 다분히 도시적인 현상이라는 점 때문이다. ‘범죄에 대한 두려움’과 관련이 있는 높은 수준의 범죄율, 사회적 유대와 응집력의 약화, 이로 인한 비공식적 사회통제력의 약화 등과 같은 지역적 특성들은 농촌지역보다는 도시지역과 더 밀접한 관련이 있다. 따라서 일반적으로 볼 때 대도시에 사는 사람들이 교외나 농촌지역에 사는 사람들보다 ‘범죄에 대한 두려움’이 더 높다(Clemente and Kleinman, 1977; Conklin, 1971; Lawton and Yaffee, 1980). 이와 같이 도시와 농촌은 ‘범죄에 대한 두려움’에 있어서의 차이를 보이며 이를 경험적인 자료를 통해서 보여주는 것도 의미 있는 작업이지만, 본 연구의 목적이 도시와 농촌

간의 지역성격의 차이에 따른 두려움의 차이를 보여주고자 하는 것이 아니기 때문에 본 연구의 연구주제를 더욱 명확히 부각시키기 위해서 행정구역상 읍면지역으로 분류되는 지역은 조사대상에서 제외하였다. 한편, 조사대상을 20세 이상의 성인여성으로 한정된 것은 청소년들의 경우 학교라는 장이 삶에 있어 가장 중요한 영역이며, 따라서 그들이 느끼는 '범죄에 대한 두려움'은 성인여성과는 그 양상이 매우 달라 별도로 연구되어야 할 것으로 판단되었기 때문이다. 이와 같은 과정을 통해서 추출된 557사례를 최종적인 통계분석에 사용하였다.

2. 조사대상자의 사회인구학적 특성

구체적으로 최종분석에 사용된 조사대상자의 사회인구학적 특성을 제시한 것이 <표 1>이다. 먼저, 연령분포를 보면, 20대가 22.9%, 30대가 26.8%, 40대가 27.5%, 50대가 15.9%, 60대 이상이 6.8%를 차지하고 있는 것으로 나타났다. 교육수준을 보면, 중학교 졸업 이하가 19.6%, 고등학교 졸업이 44.7%, 대학교 졸업이상(전문대학교 졸업 포함)이 35.7%였다. 직업분포를 살펴보면, 주부가 36.5%였고, 학생이 8.4%, 직업을 가진 여성은 51.2%, 기타가 3.9%였다. 직업을 가진 여성의 경우 구체적인 직업유형을 살펴보면, 판매서비스직이 전체의 30.9%, 관리사무직이 9.5%, 전문직이 7.9%, 생산직이 2.9%를 차지하고 있는 것으로 나타났다. 마지막으로 소득수준을 살펴보면, 180만원이하가 20.3%, 181만원이상 - 300만원이하가 48.7%, 301만원이상이 31.0%를 차지하는 것으로 나타났다.

<표 1> 조사대상자의 사회인구학적 특성

단위 : 명(%)

	구 분	빈도(%)
연 령	20대	128 (22.9)
	30대	150 (26.8)
	40대	154 (27.5)
	50대	89 (15.9)
	60대이상	38 (6.8)
	계	559 (100.0)
교육수준	중학교 졸업 이하	109 (19.6)
	고등학교 졸업	249 (44.7)
	대학교 졸업 이상	199 (35.7)
	계	557 (100.0)
직 업	전문직	44 (7.9)
	관리사무직	53 (9.5)
	판매서비스직	173 (30.9)
	생산직	16 (2.9)
	학생	47 (8.4)
	주부	204 (36.5)
	기타	22 (3.9)
	계	559 (100.0)
소득수준	180만원 이하	103 (20.3)
	181-300만원 이하	259 (48.7)
	301만원 이상	145 (31.0)
	계	532 (100.0)

3. 변수의 측정

가. ‘범죄에 대한 두려움’

본 연구에서는 ‘범죄에 대한 두려움’을 지각된 범죄피해위험(percievied risk)과는 개념적으로 구분되는 것으로 보고, “범죄 혹은 개인이 범죄와 관련시키는 상징들에 대한 걱정이나 불안감으로부터 야기되는 정서적인 반

응(emotional reaction, Ferraro and LaGrange, 1987:71; Garofalo, 1981:840)”으로써 정의하였다. 그리고 ‘범죄에 대한 두려움’이라는 개념이 지각된 피해위험과는 달리 정서적·심리적인 측면을 갖는다는 점을 고려하기 위해서 지문에 “얼마나 두려워하는가”라는 표현을 사용하였다. 또한, 본 연구에서는 ‘범죄에 대한 두려움’은 “폭력범죄”에 대한 두려움으로 한정하였다. 대부분의 연구들은 폭력범죄에 대한 두려움과 재산범죄에 대한 두려움은 그 정도와 영향을 미치는 요인이 상이하다는 점 때문에 두 가지 범죄유형을 구분하여 측정하고 있는데, 본 연구에서는 여성이 자신의 안전에 대해 느끼는 불안감과 두려움은 신체적인 해(physical harm)와 성적인 완결성에 대한 침해와 관련되어 있으며, 성이나 섹슈얼리티(sexuality)에 기초해서 발생하는 폭력범죄가 가부장제라는 사회구조 하에서 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’에 대한 원인으로 어떻게 작용하는가를 밝히고자 하는데 관심이 있기 때문에 폭력범죄에 대한 두려움에 한정하여 분석하였다. 구체적으로 폭력범죄에 대한 두려움은 주거침입강도, 노상강도, 낯선 사람에 의한 폭행, 낯선 사람에 의한 성폭행 등 4가지 유형의 폭력범죄에 대해 그러한 피해를 당할까봐 얼마나 두려워하는가로 측정하였다. 각 문항에 대해서는 두려움의 정도를 4점 척도로 평가하도록 하였으며, 점수가 높아질수록 폭력범죄에 대해 두려워함을 의미한다. 그리고 4가지 항목을 합쳐서 ‘폭력범죄에 대한 두려움’이라는 지수(index)를 구성하였다. 이러한 지수의 적합성을 검증하기 위해서 신뢰도 검증을 한 결과 alpha값이 .85로서 상당히 신뢰할만한 척도로 볼 수 있다.

나. 남성폭력피해경험

본 연구에서는 남성폭력피해경험을 성폭력 피해경험과 성적괴롭힘 피해

경험으로 나누어 측정하였다⁹⁾. 본 연구에서는 성폭력이나 성적괴롭힘 모두 여성의 성적 자기결정권을 침해한다는 의미에서 동일한 남성폭력으로 보지만, 기존 연구에서 간과했던 흔히 낮은 수준의 침해행위로 생각했던 성적괴롭힘이 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’에 미치는 효과에 주목하기 위해서 성폭력과 성적괴롭힘을 분리해서 개념화하였다. 강간, 강제추행은 성폭력 피해경험에 포함시켰다. 성적괴롭힘의 범위에는 언어적(음란한 농담이나 외모에 대한 성적인 비유나 평가, 성적인 내용의 언급 등), 시각적 성적괴롭힘(외설적인 그림, 낙서, 음란출판물을 게시하거나 보여주는 행위, 성과 관련된 자신의 특정 신체부위를 고의적으로 노출하거나 만지는 행위 등)과 함께 신체적 성적괴롭힘을 포함시켰는데,¹⁰⁾ 여기서 신체적 성적괴롭힘이란 입맞춤, 포옹, 뒤에서 껴안기, 가슴, 엉덩이 등 특정 신체부위를 만지는 행위 등 강간이나 강제추행에 비해 비교적 가벼운 신체적 접촉을 지칭하는 것으로 사용하였다.

구체적으로 낯선 사람에 의한 성적괴롭힘은 한적한 거리, 공원이나 버스, 지하철, 쇼핑센터 등과 같이 사람이 많이 모인 곳에서 “낯선 사람으로부터 성적으로 불쾌하거나 모욕적인 말, 욕을 들었다”, “낯선 사람이 손을 잡거나 신체의 일부분을 만졌다”, “낯선 사람이 뒤에서 껴안거나 몸을 고의로 밀착시킨 적이 있었다”, “낯선 남자가 내 앞에서 성기를 일부로 노출시킨 채 서 있었던 적이 있었다”, “낯선 사람으로부터 음란전화를 받아 본 적이 있었다”와 같이 5가지 항목에 대한 경험여부를 측정하였다. 아는 사람에 의한 성적괴롭힘은 직장이나 학교 등에서 “아는 사람으로부터 성적으로 불쾌하거나 모욕적인 말, 욕을 들었다”, “아는 사람이 손을 잡거나

9) 어떤 행위를 성적괴롭힘에 포함시킬 것인가에 대해서는 논자에 따라 다양하다. 성적괴롭힘에 강간이나 강제추행 등을 포함시키는 경우도 있고, 강간이나 강제추행 등을 성적괴롭힘의 범위에서 제외시키는 경우도 있다(전영실, 1999).

10) 일반적으로 직장이나 학교라는 상황에서 발생하는 성적괴롭힘은 언어적, 시각적, 신체적, 성적 서비스형 성적괴롭힘으로 구분된다(한국여성민우회, 1998; 전영실, 1999; 한정자, 2001).

신체의 일부분을 만졌다”, “아는 사람이 뒤에서 껴안거나 몸을 고의로 밀착시킨 적이 있었다” 등 3가지 항목에 대한 경험여부를 측정하였다.

다. 간접적인 남성폭력피해경험

간접적인 남성폭력피해경험은 조사대상자의 친구, 친척, 이웃 등이 남성 폭력피해경험을 당한 적이 있는가로 측정하였고, 피해경험이 있으면 1, 없으면 0으로 부호화 하였다.

라. 무질서에 대한 지각(perceived incivility)

사회통제모델에서 무질서에 대한 지각과 ‘범죄에 대한 두려움’의 관계를 분석한 연구를 참조하여(Box et al, 1988; Covington and Tylor, 1991; Gates and Rohe, 1987; Lewis and Maxfield, 1980; Lewis and Salem, 1986; Taylor and Hale, 1986), 무질서에 대한 주관적인 지각을 물리적 무질서와 사회적 무질서로 나누어 측정하였다. 물리적 무질서는 아무렇게나 버려진 쓰레기, 관리되지 않은 빈집이나 빈터, 어둡고 후미진 곳 등 불량하고 열악한 물리적인 환경을 말하며, 사회적 무질서는 무례하거나 남을 배려하지 않는 위협적인 사람들의 존재 및 행동을 의미하는 것으로 불량 청소년들, 밤에 술 취한 사람 등의 존재에 관련된 3항목이 포함된다. 그리고 위와 같은 여섯 가지 항목의 문항은 ‘전혀 그렇지 않다’에서 ‘매우 그렇다’까지의 4점 척도로 구성하였다. 점수가 높아질수록 물리적 사회적 환경 조건을 열악하고 위협적인 것으로 지각한다는 것을 의미한다.

IV. 분석결과

1. 여성들의 남성폭력피해경험실태와 특성

본 연구에서 중요한 독립변인인 여성의 피해경험관련 특성을 살펴보면 <표 2>와 같다. 552명의 응답자 중 일생동안 성폭력, 성적괴롭힘 중 한 가지라도 피해를 당한 적이 있다고 응답한 여성은 전체의 76.7%로 나타났다. 피해유형별로 보면, 성폭력의 경우 5.2%(29명)만이 피해경험이 있다고 응답하였다. 그러나 성적괴롭힘의 경우에는 전체 응답자 가운데 76.5%가 일생동안 적어도 한 가지 유형 이상의 성적괴롭힘 피해를 경험하였다고 보고하였다. 이러한 결과를 통해 강제추행, 강간미수, 강간과 같이 법적으로 규정된 매우 심각한 형태의 성폭력은 상대적으로 덜 발생하는 반면에, 원치 않는 성적인 대화, 가벼운 신체적 접촉, 음란전화, 성기노출 등과 같은 비교적 가벼운 형태의 피해가 좀더 보편적으로 발생하고 있음을 알 수 있다.

피해자와 가해자 간의 관계유형별로 보면(<표 2> 참조), 성폭력은 아는 사람에 의한 피해경험이 있다고 보고한 여성은 3.9%, 낯선 사람에 의한 피해경험이 있다고 보고한 여성은 2.7%로 아는 사람에 의해 성폭력 피해를 당한 여성이 더 많은 것으로 나타났다. 그러나 성적괴롭힘 피해경험은 이와는 다른 양상을 보여준다. 성적괴롭힘의 경우 직장이나 학교 등에서 아는 사람에 의해서 피해를 당했다고 보고한 여성은 46.1%였으나, 한적한 거리, 공원이나 버스, 지하철, 쇼핑센터 등과 같이 사람이 많이 모이는 공공장소에서 낯선 사람에 의해서 피해를 당했다고 보고한 여성은 72.9%로 조사대상 여성 10명 중 7명 정도가 공공장소에서 낯선 사람에 의해서 성적괴롭힘을 당한 경험이 있는 것으로 나타났다.

<표 2> 남성폭력피해경험

단위:%(명)

구 분			“있다”고 응답한 비율
성폭력 피해경험	아는 사람	강제로 키스를 하거나 성기를 만짐	2.9(16)
		강제로 성행위를 하고자 했으나 실패	2.3(13)
		강제로 성행위	0.4(2)
		소 계	3.9(22)
	낯선 사람	강제로 키스를 하거나 성기를 만짐	1.4(8)
		강제로 성행위를 하고자 했으나 실패	2.0(11)
		강제로 성행위	.4(2)
소 계		2.7(15)	
성폭력피해경험		5.2(29)	
성적괴롭힘 피해경험	아는 사람	성적인 대화	34.6(193)
		손이나 신체의 일부분 만짐	24.2(135)
		껴안거나 몸을 밀착시킴	23.1(128)
		소 계	46.1(346)
	낯선 사람	성적인 대화	25.7(143)
		음란하거나 음흉한 눈빛으로 쳐다보기	40.4(225)
		음란전화	55.7(310)
		성기노출	37.3(207)
		손이나 신체의 일부분을 만짐	18.9(105)
		뒤에서 껴안거나 몸을 고의로 밀착시킴	23.0(128)
		소 계	72.9(404)
성적괴롭힘 피해경험		76.5(423)	
남성폭력 피해경험 ^a		76.7(429)	

^a : 아는 사람과 낯선 사람에 의한 성폭력과 성적괴롭힘 중 한 가지이상의 피해를 경험한 적이 있는 여성의 비율

다음은 여성의 중복피해경험을 살펴보면, <표 3>과 같다. 본 연구에서는 각 피해유형별로 피해빈도를 측정하지 않았다. 그러나 성폭력의 경우 6가지 유형, 성적괴롭힘의 경우 9가지 유형의 피해경험을 측정하였으며, 성폭력과 성적괴롭힘 각각에 대해 가해자유형별로 나누어 피해경험을 측정하였

기 때문에 개별사례가 당한 피해가지수를 통해 성폭력과 성적괴롭힘 피해 각각에 대해 중복피해정도를 알아볼 수 있다. 또한 성폭력과 성적괴롭힘 피해 각각에 대해 낯선 사람에 의한 피해와 아는 사람에 의한 피해의 중복성 여부를 알아볼 수 있다. 먼저 성폭력과 성적괴롭힘 피해에 대한 중복피해정도를 <표 3>을 통해서 살펴보면, 성폭력의 경우 2가지 피해를 당한 여성이 27.6%(8명), 3가지 피해를 당한 여성이 2명(6.9%), 4가지 이상의 피해를 당한 여성이 3명(10.3%)로 전체적으로 13명(44.8%)의 여성, 즉 성폭력 경험이 있다고 응답한 여성 10명당 4명 이상이 일생동안 2가지 이상의 성폭력피해를 당한 것으로 나타났다. 성적괴롭힘의 경우에는 77.8%의 여성이 2가지 이상의 피해를 경험하였으며, 4가지 이상의 피해를 당한 여성도 31.7%나 되는 것으로 나타났다. 이러한 결과는 여성이 비슷한 유형의 성폭력 및 성적괴롭힘 피해를 중복적으로 경험하고 있으며, 성폭력보다는 성적괴롭힘 피해를 더욱 빈번하게 중복해서 경험하고 있음을 알 수 있다.

<표 3> 성폭력 및 성적괴롭힘 중복피해 정도

단위:명(%)

구 분	성폭력	성적괴롭힘
1가지	16 (55.2)	112 (27.7)
2가지	8 (27.6)	95 (23.5)
3가지	2 (6.9)	69 (17.1)
4가지 이상	3 (10.3)	128 (31.7)
합 계	29 (100.0)	404 (100.0)

성폭력과 성적괴롭힘 피해를 가해자유형별로 구분해서 중복피해경험을 살펴보면(<표 4> 참조), 성폭력의 경우에는 아는 사람에 의해 피해를 당한 여성이 14명(48.3%), 모르는 사람에 의해 피해를 당한 여성이 8명(24.1%), 두 가지 유형의 피해를 모두 경험한 여성이 8명(27.6%)으로 나타났다. 피해경험이 있는 여성 10명 중 거의 3명에 다다른 여성이 낯선 사

람에 의한 성폭력과 아는 사람에 의한 성폭력을 중복적으로 경험하고 있음을 알 수 있다. 한편, 성적괴롭힘 피해의 경우 아는 사람에 의해 피해를 당한 여성이 20명(4.9%), 모르는 사람에 의해 피해를 당한 여성이 151명(37.3%), 두 가지 유형의 피해를 모두 경험한 여성이 234명(57.6%)으로 나타나 성폭력에 비해 아는 사람에 의한 피해와 낯선 사람에 의한 피해를 중복적으로 경험하는 경우가 훨씬 더 많다는 것을 알 수 있다. 그리고 성적괴롭힘 피해의 경우에는 낯선 사람에 의한 성적괴롭힘 피해가 일반적이어서 아는 사람에게 성적괴롭힘을 경험한 여성의 대다수가 낯선 사람에 의한 성적괴롭힘 피해를 중복적으로 경험하고 있음을 알 수 있다.

<표 4> 성폭력 및 성적괴롭힘의 가해자 유형별 피해실태 단위:명(%)

가해자 유형	성폭력	성적괴롭힘
아는 사람	14 (48.3)	20 (4.9)
낯선 사람	7 (24.1)	151 (37.3)
두 가지 유형 모두	8 (27.6)	234 (57.8)
합 계	29 (100.0)	405 (100.0)

여성의 남성폭력피해경험 실태에서 나타난 위와 같은 결과들은 여성들을 대상으로 피해경험과 두려움간의 관계를 고려함에 있어 몇 가지 함의를 갖는다. 첫째, 여성의 경우 피해경험을 법적인 카테고리 안에서만 정의하는 것은 여성이 실제 생활에서 경험하는 문제와 부합되지 않는다는 점이다. 기존의 연구에서는 강간범죄에 초점을 맞추으로써 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’을 강간범죄에 대한 두려움으로 제한하고 있다(Ferraro, 1995; Gordon and Riger, 1989; Riger and Gordon, 1981; Warr, 1984)¹¹⁾. 그러나 본 연구

11) Riger and Gordon(1989)은 여성의 강간범죄에 대한 두려움을 ‘여성적 두려움(female fear)’이라고 명명하고 있다.

의 실태조사결과에서 나타난 여성의 성적괴롭힘 피해경험의 편재성과 중복 피해의 경향은 심각한 성폭력의 유형으로 흔히 고려되는 강간뿐 아니라 사소한 것으로 간주되지만 여성에게 일상적으로 빈번하게 반복적으로 발생하는 사건들이 ‘범죄에 대한 두려움’을 야기할 수 있다는 점에 주목해야 할 필요성을 보여준다. 더 나아가 직장이나 학교 등에서 아는 사람에 의한 성적괴롭힘보다는 공공장소에서 낯선 사람에 의한 성적괴롭힘 피해경험이 더 일상적이며 보편적이라는 사실은 직장 및 학교 내에서 아는 사람에 의한 성적괴롭힘에 초점을 맞추었던 기존의 논의들과는 달리 여성의 피해실태를 정확히 이해하기 위해서는 공공장소에서의 성적괴롭힘 피해경험을 포함시켜야 할 필요성을 보여 준다¹²⁾. 공공장소에서 낯선 사람에 의한 성적괴롭힘 피해경험은 피해자가 잠재적인 가해자가 누구일지를 모른다는 사실에 의해서 그러한 피해를 예측하여 미리 피하기 어렵게 만든다는 특성을 갖고 있으며, 이러한 특성들이 여성의 높은 수준의 ‘범죄에 대한 두려움’과 밀접한 관련이 있을 것으로 기대된다. 이에 대해서는 성적괴롭힘 피해경험과 두려움간의 관계를 파악하는 부분에서 자세히 다룰 것이다.

둘째, 여성의 남성폭력피해경험 실태조사의 결과는 여성은 성폭력 및 성적괴롭힘과 같이 남성이 경험하지 않는 다양한 형태의 피해를 경험함으로써 남성에 비해 훨씬 더 많은 피해를 경험하고 있다는 점을 보여준다. 따라서 성적괴롭힘과 같이 여성이 당하는 피해경험을 무시하고 여성의 피해경험을 평가했을 때 여성의 피해경험은 과소평가될 수밖에 없으며, 이와 같이 과소평가된 피해경험에 근거해서 두려움과의 관계를 검토한 연구들이 여성의 두려움이 비합리적인 것으로 보는 것은 정당하지 않다는 점이다.

12) 국내외를 막론하고 공공장소에서 성적괴롭힘에 관한 연구는 거의 없다. 국내의 경우 성적괴롭힘에 대한 연구는 직장 내에서의 성적괴롭힘의 실태와 원인에 관한 연구에 초점이 맞추어져있다(신성자, 1993; 이상은, 1995; 전영실, 1999; 한정자, 2000 등).

2. 남성폭력피해경험과 '범죄에 대한 두려움'간의 관계

가. 피해유형별 남성폭력피해경험과 '범죄에 대한 두려움'간의 관계

먼저 남성폭력피해유형별로 피해경험과 '범죄에 대한 두려움'간의 관계를 살펴보기로 한다(<표 5>와 <표 6> 참조). 직접적인 성폭력 피해경험 여부에 따라 '범죄에 대한 두려움'이 달라지는가를 살펴보면(<표 5> 참조), 강간 및 강제추행과 같은 성폭력 피해경험이 있는 여성이 성폭력 피해경험이 없는 여성에 비해 '범죄에 대한 두려움'의 수준이 더 높은 것으로 나타났다. 그러나 두 집단간의 평균차이는 통계적으로 유의미하다고 할 만한 수준은 아니었다.

<표 5> 직접적인 성폭력 피해경험에 따른 폭력범죄에 대한 두려움의 평균차이

구 분	사례수	평균	t값	유의도
없 다	522	12.93	.50	n.s.
있 다	27	13.26		

n. s. = non significance

위와 같이 직접적인 성폭력 피해경험이 폭력범죄에 대한 두려움에 영향을 미치지 않는 것으로 나타났지만, 이러한 통계결과를 해석할 때 염두에 두어야 할 사실이 있다. 앞서 남성폭력피해경험실태에서 살펴본 바와 같이 성폭력 피해경험이 있는 여성은 전체의 5.2%에 불과하다. 따라서 성폭력 피해경험이 있는 여성과 피해경험이 없는 여성 간의 '범죄에 대한 두려움'의 평균을 비교하는 데는 통계적인 어려움이 있다. 이와 관련하여, Baumer (1985)는 대부분의 양적인 조사연구에서 범죄피해경험과 '범죄에

대한 두려움'이 관계가 없게 나타나는 것은 부분적으로는 피해경험이 있는 사람들의 수가 매우 적기 때문이라는 점을 지적하고 있다. 사회통계에서 관계를 나타내는 지표들은 변인들의 분포에 민감하기 때문에 사건(event, 즉 범죄피해경험)의 희귀성으로 인하여 '범죄에 대한 두려움'과의 높은 관계의 가능성을 사라지게 한다는 것이다(Smith, 1997).

성적괴롭힘 피해경험과 폭력범죄에 대한 두려움간의 관계분석은 성적괴롭힘의 유형을 시각적·언어적·신체적 성적괴롭힘의 세 가지 유형으로 분류하여 실시하였다. 아래의 <표 6>에 나타난 바와 같이, 언어적·시각적·신체적 성적괴롭힘 모두 피해경험이 없는 여성에 비해 피해경험이 있는 여성이 폭력범죄에 대한 두려움도 더 높았다. 또한, 다양한 유형의 성적괴롭힘을 많이 경험하였을수록 폭력범죄에 대한 두려움이 더 높아졌다. 이는 성적괴롭힘의 구체적인 피해유형과 관계없이 성적괴롭힘 피해경험의 피해가지수가 폭력범죄에 대한 두려움에 유의미한 영향을 미치고 있음을 보여준다. 따라서 이후의 분석에서는 성적괴롭힘 피해경험을 세부유형별로 구분하여 분석하지 않고, 성적괴롭힘 피해경험 유무 및 피해가지수에 따라 폭력범죄에 대한 두려움의 수준이 달라지는가를 살펴보기로 하겠다.

<표 6> 성적괴롭힘 피해경험에 따른 폭력범죄에 대한 두려움의 평균차이

피해유형	범주	사례수	평균	F값	사후검증
언어적 성적괴롭힘	① 없 다	182	8.84	7.32***	①② /③④
	② 1가지	184	9.16		
	③ 2가지	105	10.07		
	④ 3가지	82	9.32		
시각적 성적괴롭힘	① 없 다	241	8.90	12.5***	①/②③
	② 1가지	192	9.96		
	③ 2가지	118	9.35		
신체적 성적괴롭힘	① 없 다	332	9.06	3.65**	①②/ ③④⑤
	② 1가지	70	9.40		
	③ 2가지	69	9.84		
	④ 3가지	37	10.35		
	⑤ 4가지	42	9.66		

* $p < .05$ **, $p < .01$ ***, $p < .001$

2) 가해자 유형별 남성폭력피해경험과 '범죄에 대한 두려움'간의 관계

이론적 논의에서 살펴본 바와 같이 남성폭력의 가해자와 피해자와의 관계가 '범죄에 대한 두려움'에 미치는 영향에 대한 경험적인 연구결과들은 확정적이지 않다. 이하에서 이를 경험적으로 분석해보기로 하겠다. 성폭력 피해경험의 경우 피해율이 매우 낮아 가해자 유형별로 구분해서 평균값을 구하고 그 평균값을 비교하는데 통계적인 어려움이 있다. 따라서 본 연구에서는 성적괴롭힘 피해경험만을 대상으로 해서 가해자유형에 따라 폭력 범죄에 대한 두려움의 수준이 달라지는가를 살펴보기로 하겠다. 그 결과를 구체적으로 살펴보면(<표 7> 참조), 학교 선후배나 직장동료 등 아는 사람에 의한 성적괴롭힘 피해경험이 있는 여성의 평균점수가 가장 낮고, 그 다음이 성적괴롭힘 피해경험이 전혀 없는 여성, 낯선 사람에 의한 성적괴

롭힘 피해경험이 있는 여성, 두 가지 유형의 피해경험이 모두 있는 여성의 순으로 나타났으며, 이러한 집단간 차이는 통계적으로 유의미하였다¹³⁾. 한편, 집단간의 평균차이의 유의미성을 좀더 자세히 알아보기 위해서 사후검증을 해 본 결과, 성적괴롭힘 경험이 전혀 없는 여성과 두 가지 유형의 성적괴롭힘 피해경험이 모두 있는 여성간의 평균차이만이 통계적으로 유의미하였다. 이러한 사후검증결과는 여성들이 낯선 사람에 의한 성적괴롭힘 피해경험이 매우 일상적이며, 따라서 아는 사람에 의한 성적괴롭힘을 당한 여성들의 상당수가 낯선 사람에 의한 성적괴롭힘을 중복해서 경험하고 있는 상황에서 가해자 유형에 따른 차이를 고려하는 것이 별로 의미가 없을 것을 보여준다. 따라서 이후의 분석에서는 가해자의 유형은 고려하지 않을 것이다.

<표 7> 성적괴롭힘 가해자유형별 폭력범죄에 대한 두려움의 차이

성적괴롭힘 가해자유형	사례수	평균	F값	사후검증
① 피해경험 없음	147	8.75	7.13***	①/④
② 아는 사람에 의한 피해	20	8.60		
③ 낯선 사람에 의한 피해	150	9.72		
④ ② + ③	232	9.84		

*** p < .001

직접적인 폭력피해경험과 ‘범죄에 대한 두려움’ 간의 관계를 종합해보면, 성폭력 피해보다는 형법에 의해서 범죄로 규정되지 않거나 형사사법기관에 의해서 사소한 것으로 처리되고 있는 성적괴롭힘 피해경험유무와 피해가지수가 강력하고 일관되게 폭력범죄에 대한 두려움이라는 정서적인 반

13) 성적괴롭힘 피해경험이 없는 집단을 제외하고, 피해경험이 있는 집단을 대상으로 집단간 평균차이 검증을 하였을 때도 아는 사람과 낯선 사람간의 차이는 유의미하지 않은 것으로 나타났다.

응에 영향을 미치고 있음을 알 수 있다. 이러한 결과는 여성의 폭력범죄에 대한 두려움이 피해경험의 심각성보다는 피해경험의 '빈도'와 더 관련이 있음을 반영한다. 성폭력이나 신체적 폭력피해의 결과가 성적괴롭힘피해보다 심각할지라도 이러한 피해유형들은 흔하게 자주 발생하는 피해유형은 아니다. 이에 비해 성적괴롭힘 피해는 다양한 남성가해자(직장동료 및 선후배, 학교 선생님 및 선후배, 낯선 사람 등)에 의해서 오랜 기간 동안, 더 자주 발생할 수 있다. 다양한 형태의 피해경험이 두려움을 유발하는 스트레스 요인이라고 상정할 때, 성폭력 피해경험이나 신체적 폭력 피해경험은 급성적인 스트레스 요인이라면 성적괴롭힘과 같은 피해경험은 만성적인 스트레스 요인으로 볼 수 있다(Keane, 1995). 좀더 미묘한 행위를 포함하는 성적괴롭힘과 같은 만성적인 스트레스 요인은 여성으로 하여금 자신이 남성폭력피해로부터 안전하지 않다는 점을 지속적으로 생각나게 함으로써(Stanko, 1985:71) 폭력범죄에 대한 두려움을 유발하는 역할을 하고 있음을 알 수 있다.

3. 성적괴롭힘 피해경험, 범죄관련 정보 및 무질서의 지각, 그리고 '범죄에 대한 두려움'

직접적인 피해경험과 '범죄에 대한 두려움'간의 불일치를 설명하기 위한 대안 중의 하나는 사람들이 범죄에 대해 두려워하는 것이 반드시 직접적으로 피해를 경험하는 것과 관련될 필요는 없다는 점을 제시하고 있다. 직접적으로 피해를 경험하지 않은 사람들도 친구, 가족, 잘 알고 지내는 사람들의 경험을 통해서 대리적·간접적으로 그러한 피해경험 공유할 수 있기 때문에 범죄에 대해 두려워할 수 있다는 것이다(Baumer, 1985; Gomme, 1986; Gordon and Riger, 1989; Perloff, 1983; Skogan and Maxfield, 1981; Tyler, 1984). 다른 한편에서는 범죄를 유발하는 것으로

기대되는 특정한 환경적 조건과 상황을 위험한 것으로 인식함으로써 ‘범죄에 대한 두려움’이 유발될 수 있다고 주장한다. 즉 살고 있는 지역의 물리적·사회적 환경이 위협적인 것으로 지각된다면, ‘범죄에 대한 두려움’은 높아질 것이라고 주장한다.

한편, 여성의 성적괴롭힘 피해경험에 주목하고 있는 연구들은 성적괴롭힘과 같이 사소한 형태로 간주되는 피해가 여성 사이에 널리 퍼져있기 때문에 이로 인하여 여성은 남성에 비해 다른 사람의 범죄피해에 관한 정보에 대해 더욱 민감하게 반응하고, 지역사회내의 안전에 대해 더욱 민감하게 되며, 이러한 안전에 대한 커다란 관심은 지역사회의 물리적 환경에 대한 관심으로 표현된다고 주장한다(Smith and Torstensson, 1997; Smith et al., 2001; Stanko, 1995). 이는 성적괴롭힘의 피해경험이 간접적 피해경험에 더욱 민감하게 반응하고, 거주지역내의 무질서를 나타내는 단서들을 더욱 민감하게 지각함으로써 ‘범죄에 대한 두려움’을 높인다는 것을 의미한다. 이를 경험적으로 검증하기 위해서 성적괴롭힘 피해경험과 간접피해경험 및 거주지역의 무질서의 지각, ‘범죄에 대한 두려움’간의 관계를 살펴본 결과는 <표 8>과 <표 9>와 같다.

먼저 <표 8>을 보면, 성적괴롭힘 피해경험이 없는 집단의 경우에 간접적인 성폭력피해경험이 없는 여성과 간접적인 성폭력피해경험이 있는 여성간의 폭력범죄에 대한 두려움의 평균차이는 통계적으로 유의미한 차이가 없는 것으로 나타났다. 반면에, 성적괴롭힘 피해경험이 있는 집단의 경우에는 간접적인 성폭력피해경험이 있는 여성이 그렇지 않은 여성에 비해 폭력범죄에 대한 두려움이 더 높으며, 이러한 평균차이는 통계적으로 유의미한 것으로 나타났다. 즉 직접적인 남폭력피해경험의 유무에 따라 간접적인 피해경험이 ‘범죄에 대한 두려움’에 미치는 효과가 달라진다는 것이다.

간접적인 피해경험모델은 간접적인 피해경험이 본인이 직접적으로 피해를 경험하지 않은 집단에까지 ‘범죄에 대한 두려움’을 일반화시킨다는 점

을 가정한다. 그러나 본 연구의 결과는 직접적인 성적괴롭힘 피해경험이 있는 집단의 경우에만 간접적인 피해경험의 영향이 유의미한 것으로 나타났다. 이는 직접적으로 성적괴롭힘 피해를 경험한 사람이 주위의 피해에 대한 정보에 더 민감하게 반응함을 의미한다. 이와 같은 결과는 직접적인 피해경험을 통제된 상태에서도 간접적인 피해경험이 영향을 미치거나 혹은 직접적인 피해경험에 비해 간접적인 피해경험이 더 큰 영향을 미치는 것으로 나타난 기존의 결과와는 상이하다. 이러한 차이는 본 연구가 기존 연구와는 달리 직접적인 피해경험을 측정하는데 있어서 범죄피해경험뿐 아니라 여성이 일상에서 경험하는 남성폭력피해유형인 성적괴롭힘 피해를 포괄함으로써 나타난 차이라고 할 수 있다.

<표 8> 성적괴롭힘 피해경험유무별 간접적인 남성폭력피해경험이 폭력범죄에 대한 두려움에 미치는 효과

성적괴롭힘 피해경험	간접적 남성폭력피해경험	평균	사례수	t값
없 다	없 다	8.57	109	-.52
	있 다	8.90	20	
있 다	없 다	9.14	194	-3.49**
	있 다	9.94	221	

** p < .01

<표 9>는 성적괴롭힘 피해경험이 있는 여성과 없는 여성 간에 거주지역의 환경적 무질서에 대한 지각이 두려움에 미치는 영향이 달라지는가를 살펴보기 위해서 작성된 표이다. 그 결과를 살펴보면, 성적괴롭힘 피해경험이 없는 여성의 경우 지각된 물리적·사회적 무질서 모두 폭력범죄에 대한 두려움에 영향을 미치지 않았다. 그러나 성적괴롭힘 피해경험이 있는 여성의 경우에는 살고 있는 동네의 물리적인 환경과 사회적 환경을 무질서하게 인식하는 사람일수록 폭력범죄에 대한 두려움이 더 높은 것으로

나타났다. 그리고 물리적인 무질서(Beta=.19)보다는 사회적인 무질서(Beta=.22)의 영향력이 상대적으로 더 큰 것으로 나타났다.

<표 9> 성적괴롭힘 피해경험유무에 따른 무질서의 지각이 폭력범죄에 대한 두려움에 미치는 효과에 대한 회귀분석

독립변인	성적괴롭힘 피해경험이 없는 여성		성적괴롭힘 피해경험이 있는 여성	
	B	Beta	B	Beta
사회적 무질서의 지각	.35	.10	.53	.22***
물리적 무질서의 지각	.18	.09	.46	.19***
F값	1.25		19.04***	
R ²	.02		.08	
사례수	129		419	

*** p <.001

위와 같은 결과는 성적괴롭힘 피해경험은 여성이 동네주변의 물리적·사회적 환경조건에 대해 더욱 민감하게 만듦으로써 폭력범죄에 대해 더 두려워하게 만들고 있음을 보여준다. 이는 간접적인 범죄피해경험이 성적괴롭힘 피해경험이 있는 집단의 경우에만 유의미한 차이를 보이는 것과 같은 맥락에서 해석해볼 수 있다. 간접적인 피해경험이나 동네주변의 무질서한 사회적 환경조건은 직접적인 피해경험이 없는 사람들에게 ‘범죄에 대한 두려움’이라는 심리적 현상을 일반화시키는데 기여한다기보다는 직접적인 성적괴롭힘 피해경험이 있는 사람들로 하여금 범죄와 관련된 다른 사회적 환경이나 정보에 더 민감하게 만들고 있다는 점을 보여주고 있다.

다음은 기존연구들과는 달리 직접적인 피해경험에 성적괴롭힘 피해경험을 고려하였던 본 연구의 모델이 기존모델에 비해 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’을 설명하는데 어느 정도 기여할 수 있는가를 살펴보면 <표 10>과

같다. 직접적인 성폭력피해경험(피해경험모델), 간접적인 성폭력피해경험(간접적인 피해경험모델), 지각된 무질서(사회통제모델)와 같이 기존모델에서 사용된 변인들만을 투입한 전통적인 모델의 경우, 모델의 설명력은 11%인데 반해, 직접적인 피해경험에 성적괴롭힘 피해경험을 추가하여 만든 대안모델의 경우에는 설명력이 13%로 나타나, 전통적인 모델에 비해 설명력이 약 2% 향상되었다.

<표 10> 기존모델과 대안모델의 설명력의 차이

독립변인	기존모델	대안모델
<u>통제변인</u>		
연령	-.05 ^a	-.03
교육수준	.03	.03
소득수준	.05	.04
<u>직접적인 남성폭력피해경험</u>		
성폭력 피해	-.01	-.03
성적괴롭힘 피해		.15***
<u>간접적인 남성폭력피해경험</u>		
	.10*	.05
<u>무질서에 대한 지각</u>		
사회적 무질서	.23***	.21***
물리적 무질서	.16***	.16***
R ²	.106	.125
F값	8.673***	9.06***
사례수	515	515

^a 제시된 수치는 표준화된 회귀계수(Beta)값임.

* p < .05, ** p < .01, *** p < .001

한편, 요인별 차이를 보면, 기존모델에서는 직접적인 남성폭력피해경험과 폭력범죄에 대한 두려움과는 통계적으로 유의미한 관계가 없는 것으로

나타났다. 그리고 간접적인 피해경험이나 사회적·물리적 무질서와 같이 자신의 폭력피해위험에 대한 평가에 영향을 미치는 요인들만이 통계적으로 유의미한 관계가 있는 것으로 나타났다. 유의미한 영향을 미치는 변인들 중에서 특히, 사회적 무질서의 상대적인 영향력이 가장 크게 나타났다. 이러한 결과는 기존모델을 사용해서 일반인들의 ‘범죄에 대한 두려움’을 설명하고자 했던 연구들에서 나타난 결과와 유사하다. 즉 ‘범죄에 대한 두려움’은 직접적인 피해경험에 의해서 야기된다기보다는 다른 사람들과의 대화를 통해서 알게 된 범죄나 범죄피해에 대한 정보나 지식, 그리고 일반적으로 사람들이 범죄와 관련시키는 환경적 단서들과 같이 개인의 주관적인 위험평가에 영향을 미치는 요인들에 의해서 야기된다는 것이다.

그러나 대안모델의 경우에는 성적괴롭힘 피해경험의 영향력이 중요하게 부각된다. 좀더 자세히 살펴보면, 여성이 일상적으로 경험하는 남성폭력피해인 성적괴롭힘 피해를 고려한 결과 성적괴롭힘 피해가 ‘범죄에 대한 두려움’에 정적인 영향을 미치는 것으로 나타났다. 이러한 결과는 기존모델과는 달리 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’이 부분적으로는 그들의 직접적인 피해경험에 근거한 것임을 보여준다. 그리고 대안모델에서는 간접적인 피해경험의 효과는 사라지고, 사회적 무질서의 영향력도 감소되는 것으로 나타나는데, 이는 앞에서 살펴본 바와 같이 성적괴롭힘 피해경험의 유무에 따라 간접적인 성폭력피해경험과 무질서의 지각이 ‘범죄에 대한 두려움’에 미치는 효과가 달라지기 때문인 것으로 풀이될 수 있다.

V. 결론 및 함의

본 연구에서는 남성지배적인 사회에서 여성들이 경험하는 다양한 남성폭력에 대한 성인지적 관점에서의 이해와 측정의 문제를 제기한 좌익실재론

자들과 여성주의 범죄학자들의 논의를 중심으로 성-피해경험-두려움간의 관계를 규명해보고자 하였다. 이에 따라 본 연구는 기존의 피해경험적 모델에서와 마찬가지로 이전의 피해경험과 '범죄에 대한 두려움'간의 관계에 초점을 맞추고 있지만, 강간과 같은 심각한 유형의 성폭력에서 직장이나 공공장소에서 발생하는 사소한 것으로 간주되는 시각적, 언어적, 신체적 성적괴롭힘 피해에 이르기까지 다양한 형태의 여성에 대한 남성폭력유형과 가해자유형을 함께 고려함으로써 기존연구들과 다른 방식으로 이전의 피해경험과 여성의 '범죄에 대한 두려움'의 관계를 규명해보고자 하였다.

기존연구에서는 직접적인 피해경험과 '범죄에 대한 두려움' 간에는 유의미한 관계가 없는 것으로 나오거나 관계가 있더라도 그 정도가 매우 미미하였다. 그러나 직접적인 피해경험의 한 유형으로 성적괴롭힘 피해경험을 고려한 본 연구의 분석결과, 다른 변인들의 영향력을 통제한 후에도 성적괴롭힘 피해경험은 여성의 폭력범죄에 대한 두려움에 영향을 미치는 유의미한 변수인 것으로 나타났다. 한편, 기존모델에 성적괴롭힘 피해경험을 고려한 결과 '범죄에 대한 두려움'에 영향을 미치는 요인들의 영향력이 변화하는 것으로 나타났다. 기존모델에서는 간접적인 피해경험과 무질서에 대한 심각한 범죄피해경험 그 자체보다 '범죄에 대한 두려움'을 더 잘 설명할 수 있다고 주장하며, 경험적인 연구결과들은 이를 지지해주고 있다. 그러나 기존모델과는 달리 성적괴롭힘 피해경험을 고려한 본 연구의 대안 모델에서는 간접적인 피해경험의 영향력은 사라지고, 사회적·물리적 무질서의 영향력은 약화되는 것으로 나타났다.

이와 같은 결과는 여성의 폭력범죄에 대한 두려움은 성적인 위협에 대한 과장되거나 부정확한 정보에 기인한다는 기존의 논의와는 달리 부분적으로는 실제적이고 객관적인 피해경험에 근거하고 있음을 보여준다. 또한 여성들이 일상적으로 경험하는 성적괴롭힘 피해는 여성들의 '범죄에 대한 두려움'을 높이는데 기여할 뿐 아니라 범죄와 관련된 정보나 지식에 더욱

민감하게 반응하도록 만들고, 여성의 신체적 안전에 대한 인식과 관심의 정도를 변화시킨다는 사실을 보여준다. 이러한 결과들은 왜 여성들이 남성에게 비해 그들의 신체적인 안전과 범죄피해에 대해 더 많이 두려워하고 걱정하는가를 설명하는 기초를 제공해준다.

위와 같은 본 연구의 분석결과를 피해경험과 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’과의 관계를 연구하는데 있어 여성의 피해경험을 단지 형법을 위반한 행위인 “범죄”로 협소하게 규정하는 것을 넘어서서 남성지배적인 사회에서 여성의 좀더 광범위한 남성폭력피해경험 내에 두려움을 위치시켜야 한다는 점을 보여주고 있다. 기존연구에서는 범죄를 ‘형법을 위반한 행위’라고 협소하게 개념화하고, 다른 한편으로는 남성지배적인 사회에서 사람들이 경험하는 피해유형과 잠재적인 피해위험이 매우 성별화되어(gendered) 있다는 점을 간과함으로써 여성들이 일상에서 경험하는 남성권력의 남용인 성적괴롭힘 피해경험을 고려하지 못하였다. 그러나 본 연구에 의하면 여성들은 직장이나 학교 등 아는 사람에 의해서 혹은 한적한 거리나 사람들이 붐비는 대중교통시설에서 모르는 사람에 의해서 성적괴롭힘 피해를 일상적으로 경험하고 있는 것으로 나타났으며, 이와 같이 여성이 흔히 경험하는 남성폭력피해를 고려하여 ‘범죄에 대한 두려움’간의 관계를 살펴보았을 때 피해경험이 ‘범죄에 대한 두려움’에 유의한 영향을 미쳤다는 결과는 여성의 경우 피해경험이 여성의 안전에 대한 인식과 두려움에 미치는 영향을 고려할 때, Kelly가 제시한 ‘성폭력의 연속성(continuum of sexual violence)’이라는 개념이 매우 유용하다는 점을 보여주고 있다. 이러한 결과를 좀더 일반화시킨다면 연구대상의 피해경험의 특성과 본질에 대한 이해로부터 출발할 때만이 연구대상이 느끼는 ‘범죄에 대한 두려움’을 피해경험의 역동성내에서 적절하게 설명할 수 있다는 사실을 도출해낼 수 있다.

본 연구에서 주로 공공장소에서 낯선 남성에게 의한 성적괴롭힘 피해경험

을 피해경험모델의 관점에서 해석하였지만, 성적괴롭힘이라는 피해경험이 범죄만큼 심각한 경험은 아니지만 어떻게 '범죄에 대한 두려움'을 야기할 수 있는가는 사회통제모델을 통해서 해석해볼 수 있다. 사회통제모델에서는 '범죄에 대한 두려움'이 범죄에 대한 직접적인 피해경험보다는 무질서 혹은 무질서를 나타내는 위협적인 단서들을 경험함으로써 야기된다고 주장한다. 무질서는 범죄와 경험적으로 밀접하게 관련되어 있고, 따라서 무질서는 심각한 범죄피해가 발생할 가능성이 있다는 것을 보여주는 상징적인 단서가 된다는 것이다. 그리고 일반적으로 사람들은 범죄보다는 무질서를 더욱 일상적으로 자주 경험하기 때문에 범죄보다는 무질서가 두려움에 있어서 더 많은 변이를 만들어내는 것으로 상정한다(Hunter, 1978:9, La Grange et al. 1992:313에서 재인용). 특히 이 모델에 대한 경험적인 연구 결과들은 '범죄에 대한 두려움'을 야기하는데 있어 물리적 무질서보다는 사회적 무질서가 더 중요하다는 점을 보여주고 있다. 사회적 무질서란 '과격적이거나 무례한 사회적 행동'을 의미한다. 본 연구에서 관심을 갖는 성적괴롭힘은 여성이라는 특정 성(gender)을 향해서 행해지는 무례한 사회적 행동의 일종이라 할 수 있다. 즉, 성별로 특정화된 무질서(gender specific incivility: Goodey, 1994)이다. 따라서 사회적 무질서가 두려움을 야기하며, 범죄보다 두려움에 있어서 더 많은 변이를 만들어낸다는 가정을 하는 사회통제모델은 성적괴롭힘이라는 사소한 피해경험이 어떻게 '범죄에 대한 두려움'을 야기할 수 있다는 점을 보여준다. 다만 사회통제모델은 지역주민들이 사회적 상호작용을 통해서 응집성을 형성해나가는 단위인 근린지역(neighborhood)을 기본단위로서 해서 그러한 거주지역의 사회적 환경요인으로부터 받는 연계 되는 위협에 대한 인식과 '범죄에 대한 두려움'을 다루고 있기 때문에 여성이 경험하는 성적괴롭힘의 문제를 제대로 다루지 못했다. 그러나 성적괴롭힘은 근린지역이나 지역성이라는 지리학적

한계를 넘어서 확장되는 가부장제적인 사회관계를 기초로 하여(Painter, 1992) 다양한 상황과 장소에서 발생하는 것이다. 따라서 사회통제모델에서와 같이 인근지역이라는 제한적인 상황에서의 일반적인 사회적 무질서뿐 아니라 직장, 학교, 공공장소 등에서 광범위한 상황에서 성으로 특정화되어 있는 사회적 무질서인 성적괴롭힘이 ‘범죄에 대한 두려움’에 미치는 영향을 보다 체계적으로 살펴볼 필요가 있다.

마지막으로 성적괴롭힘 피해경험이 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’을 형성하는데 있어 중요하다는 본 연구의 결과는 정책적으로 볼 때 다음과 같은 함의를 갖는다. 첫째, 기존에 ‘범죄에 대한 두려움’의 감소전략으로 제시되었던 범죄감소전략이나 상황적 범죄예방전략 만으로는 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’을 감소시키는 별로 효과적이지 않다는 점을 시사한다. 단지 전형적인 ‘강력범죄’만을 감소시키고자하는 전략에서 벗어나서 공공장소에서 여성이 일상적으로 직면하게 되는 반사회적인 행동들 특히, 남성이 여성의 섹슈얼리티를 향해 가하는 무례한 행동들에 적절하게 대응해야 할 필요성을 보여준다. 둘째, 성적괴롭힘은 성별관계구조 내에서 단순히 여성이라는 이유로 남성이 여성에게 가하는 남성폭력의 한 형태로서 여성의 사회내의 종속적인 위치의 결과라는 점을 고려해보면, 여성의 ‘범죄에 대한 두려움’의 감소전략은 단지 성으로 특화된 무질서나 범죄의 감소뿐 아니라 여성의 사회내의 불평등의 감소와 인권향상의 문제와 연계되어야 할 필요가 있음을 시사한다.

주제어 : 여성의 범죄에 대한 두려움, 두려움의 패러독스, 성적괴롭힘 피해경험

참고문헌

1. 국내문헌

- 노성호 · 김지선. 1998. “범죄의 두려움에 관한 경험적 연구.” 『피해자학』 6 : 169-205.
- 신성자. 1993. “직장에서 발생하는 성적 성가심의 유형, 부정적 영향 그리고 피해여성의 개인적 상황적 특성에 관한 연구.” 『사회과학연구』 5 : 93-110.
- 이성은. 1996. “직장내 여성들의 성희롱에 대한 순응과 적응에 관한 연구.” 이화여자대학교 대학원 석사학위논문(미간행).
- 이성식. 2001. “거주지역의 특성과 범죄두려움.” 『형사정책연구』 41 : 117-40.
- 전영실. 1999. 『직장내 성희롱의 실태와 대책』. 한국형사정책연구원 보고서.
- 최인섭 · 김지선 · 황지태. 2003. 『한국의 범죄피해에 관한 연구(IV)』. 한국형사정책연구원 보고서.
- 한정자. 2001. “직장내 성차별 문화와 여성정책 효과에 관한 연구.” 이화여자대학교 박사학위논문(미간행).

2. 외국문헌

- Agnew, Robert S. 1985. “Neutralizing the Impact of Crime.” *Criminal Justice and Behavior* 12(2) : 221-39.
- Ahuwalia. 1992. “Counting What Counts : The Study of Women's Fear

- of Crime” in *Realist Criminology : Crime Control and Policing in the 1990's*. 1992. edited by John Lowman and Brian D. MacLean. University of Toronto Press.
- Balkin, S. 1979. “Victimization Rates, Safety, and Fear of Crime.” *Social Problems* 26 : 423-35.
- Baumer, Terry L. 1985. “Testing a General Model of Fear of Crime : Data From a National Sample.” *Journal of Research in Crime and Delinquency* 22(3) : 253-64.
- Block and Long. 1973. "Subjective Probability of Victimization and Crime Levels : An Economic Approach." *Criminology* 11 : 137-60.
- Box, Steven, Hale, Chris and Glen, Andrews. 1988. "Explaining Fear of Crime." *British Journal of Criminology* 28(3) : 338-56.
- Braungrat, Margart M., Braungart, Richard G. and Hoyer, William J. 1980. "Age, Sex, and Social Forces in Fear of Crime." *Sociological Focus* 13 : 55-66.
- Burt, Martha R. and Katz, Bonnie L. 1985. "Rape, Robbery, and Burglary : Responses to Actual and Feared Criminal Victimization with Special Focus on Women and the Elderly." *Victimology : An International Journal* 10 : 325-58.
- Clemente, F. and Kleinman. M. B. 1977. "Fear of Crime in the United States : A Multivariate Analysis." *Social Forces* 56 : 519-31.
- Covington, Jeanette and Taylor, Ralph B. 1991. "Fear of Crime in Urban Residential Neighborhoods : Implications of Between and Within Neighborhood Sources for Current Models." *Sociological Quarterly* 32(2) : 231-249.
- Dobash and Dobash. 1979. *Violence Against Wives : A Case Against Patriarchy*. Free Press : New York.
- Ellis, E. M. Atkeson, B. M. and Calhounm, K. S. 1981. “An

- Assessment of Long Term Reaction to Rape." *Journal of Abnormal Psychology* 90 : 263-66.
- Ferraro, Kenneth F. 1995. *Fear of Crime : Interpreting Victimization Risk*. New York : State University of New York Press.
- _____. 1996. "Women's Fear of Victimization: Shadow of Sexual Assault?." *Social Forces* 75(2) : 667-90.
- Ferraro, Kenneth F. and LaGrange Randy. 1987. "The Measurement of Fear of Crime." *Sociological Inquiry* 57(1) : 70-101.
- Foa and Riggs. 1994. "Posttraumatic Stress Disorder and Rape." pp 133-63 in *PTSD : A Clinical Review*, 1994. edited by R. S. Pynoos. Lutherville. MD ; Sidran.
- Gardner, Carol Brooks. 1990. "Safe Conduct : Women, Crime, and Self in Public Places." *Social Problems* 37(3) : 311-28.
- _____. 1995. *Passing By : Gender and Public Harassment*. Berkely. CA : University of California Press.
- Garofalo. 1979. "Victimization and The Fear of Crime." *Journal of Research in Crime and Delinquency* 16(8) : 80-97.
- Gate, L. B. and Rohe, W. M. 1987. "Fear and Reaction to Crime : A Revised Model." *Urban Affairs Quarterly* 22 : 425-53.
- Gomme, I. M. 1988. "The Role of Experience in the Production of Fear of Crime : A Test of Casual Model." *Canadian Journal of Criminology* 30 : 67-76.
- Goodey, Jo. 1994. "Fear of Crime: What Can Children Tell Us?." *International Review of Victimology* 3 : 195-210.
- _____. 1997. "Boys Don't Cry : Masculinities, Fear of Crime and Fearlessness." *British Journal of Criminology* 37(3) : 401-18.
- Gordon, Margaret T. and Riger, Stephanie. 1989. *The Female Fear*. London : The Free Press.
- Griffin. 1971. *Rape : The All-American Crime*. Ramparts.

- _____. 1979. *Rape : The Power of Consciousness*. New York : Harper and Row.
- Hale, C. 1996. "Fear of Crime : A Review of the Literature." *International Review of Victimology* 4(2) : 79-150.
- Hanmer and Maynard. 1987. "Introduction: Violence and Gender Stratification." pp 1-12 in *Women, Violence and Social Control*, 1987. edited by Hanmer and Maynard. London : McMillan Press.
- Hanmer and Saunders. 1984. *Well-Founded Fear*. London : Hutchinson.
- Hindelang, M., Gottfredson, M. and Garofalo, J. 1978. *The Victims of Personal Crime*. Cambridge : Ballinger.
- Junger, Marianne. 1987. "Women's Experiences of Sexual Harassment." *British Journal of Criminology* 27(4) : 358-83.
- Kayleen A. Culbertsonm, Peter W. and Beverly J. Kooiman. 2001. "The Impact of Sexual Assault, Sexual Assault Perpetrator Type and Location of Sexual Assault on Rating Perceived Safety." *Violence Against Women*. 7(8) : 858-875.
- Keane, Carl. 1995. "Victimization and Fear : Assessing the Role of Offender and Offence." *Canadian Journal of Criminology* July : 431-455.
- Kelly, Liz. 1987. "The Continuum of Sexual Violence." pp 46-60 in *Women, Violence and Social Control*. 1987. edited by Hanmer, Jalna and Maynard, Mary. London : Macmillan.
- Kleinman and David. 1973. "Victimization and Perception of Crime in a Ghetto Community." *Criminology* 11 : 307-39.
- LaGrange, Randy L., Ferraro, Kenneth F. and Supancic, Michael. 1992. "Perceived Risk and Fear of Crime : Role of Social and Physical Incivilities." *Journal of Research in Crime and Delinquency* 29(3) : 311-34.

- Lenton, Rhonda, Micheal D. Smith, John Fox, and Norman Morra. 1999. "Sexual Harassment in Public Places : Experiences of Canadian Women." *CRSA/RCSA*. 36(4) : 517-40.
- Lewis, D. A. and Maxfield, M. G. 1980. "Fear in the Neighborhoods : An Investigation of the Impact of Crime." *Journal of Research in Crime and Delinquency* 17 : 160-89.
- Liska, A., Sanchirico and Reed, M. D. 1988. "Fear of Crime and Constrained Behavior Specifying and Estimating a Reciprocal Effects Model." *Social Forces* 66 : 827-37.
- Lupton, Deborah and Tulloch, John. 1999. "Theorizing Fear of Crime : Beyond the Rational/Irrational Opposition." *British Journal of Sociology* 50(3) : 507-23.
- MacMillan, Ross, Nierobisz, Annette and Sandy, Welsh. 2000. "Experiencing the Street : Harassment and Perception of Safety Among Women." *Journal of Research in Crime and Delinquency* 37(3) : 306-322.
- Madriz, Esther. 1997. *Nothing Bad Happens to Good Girls : Fear of Crime in Women's Lives*. University of California Press.
- Mayhew, Pat. 1984. "The Effects of Crime : Victims, the Public and Fear." Paper presented at the 16th International Symposium on Criminology. Stasbourg.
- McNeill, Sandra. 1987. "Flashing : Its Effect on Women." pp 93-109 in *Women. Violence and Social Control*. 1987. edited by Hanmer. Jalna and Maynard. Mary. London : Macmillan.
- Mooney, Jayne. 2000. *Violence and the Social Order*. Macmillan.
- Pain, Rachel. 1991. "Space, Sexual Violence and Social Control : Integrating Geographical and Feminist Analyses of Women's Fear of Crime." *Progress in Human Geography* 15(4) : 415-431.

- _____ 1997. "Social Geographies of Women's Fear of Crime." Transactions Institute of British Geographers 22 : 231-44.
- _____ 2000. "Place, Social Relations and the Fear of Crime : A Review." Progress in Human Geography 24(3) : 365-88.
- Painter, Kate. 1992. "Different Worlds : The Spatial, Temporal and Social Dimensions of Female Victimization, Spatial Patterns and Social Processes." pp 165-95 in Crime, Policing and Place : Essays in Environment Criminology. 1992. Evans D. J. Fyfe N. R. and Herbert D. T. London : Routledge.
- Perloff. 1983. "Perception of Vulnerability to Victimization." Journal of Social Issue 39 (2) : 41-61.
- Radford, 1987. "Policing Male Violence-Policing Women." pp 30-45 in Women. Violence and Social Control. 1987. edited by Hanmer, Jalna and Maynard, Mary. London : Macmillan.
- Reiss, A. J. 1967. Studies in Crime and Law Enforcement in Major Metropolitan Areas Field Surveys III. Part I. President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice. Washington. D. C. : U. S. Government Printing Office.
- Riger, Stephanie and Gordon, Margaret T. 1981. "The Fear of Rape : A Study in Social Control." Journal of Social Issues 37(4) : 71-92.
- Sacco, Vincent F. 1986. "Worrying about Sexual Assault." Paper Presented at John Howard Society National Conference On Violence. Ottawa. Canada.
- _____ 1990. "Gender, Fear and Victimization : A Preliminary Application of Power Control Theory." Sociological Spectrum 10 : 485-506.
- Scheppele, Kim Lane and Bart, Pauline B. 1983. "Through Women's Eyes : Defining Danger in the Wake of Sexual Assault."

Journal of Social Issues 39(2) : 63-80.

- Skogan, Wesley G. and Maxfield, Michael. 1981. *Coping with Crime*. Beverly Hills. CA: Sage91-14. Washington. DC : US Government Printing Office.
- Smith, Michael D. 1988. "Women's Fear of Violent Crime : An Exploratory Test of a Feminist Hypothesis." *Journal of Family Violence* 3(1) : 29-38.
- Smith, William R. and Torstensson, Marie. 1997. "Fear of Crime : Gender Differences in Risk Perception and Neutralizing Fear of Crime." *British Journal of Criminology* 37(4) : 608-34.
- Smith, William R., Torstensson, Marie and Johnson, Kerstin. 2001. "Perceived Risk and Fear of Crime : Gender Differences in Contextual Sensitivity." *International Review of Victimology* 8 : 159-181.
- Sparks, Richard. 1992. "Reason and Unreason in 'Left Realism' : Some Problems in the Constitution of the Fear of Crime." pp 119-35 in *Issues in Realist criminology*. 1992. edited by Matthews R. and Young J. SAGE Publication.
- Stanko, Elizabeth. 1987. "Typical Violence, Normal Precaution : Men, Women and Interpersonal Violence in England, Wales, Scotland and the USA." pp 124-34 in *Women, Violence and Social Control*. edited by Hanmer J. and Maynard M. London : Macmillan.
- _____. 1990. *Everyday Violence : How Women and Men Experience Sexual and Physical Danger*. Pandora Press.
- _____. 1992. "The Case of Fearful Women : Gender, Personal Safety and Fear of Crime." *Women & Criminal Justice* 4(1) : 117-35.
- _____. 1995. "Women, Crime and Fear." *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 539 : 46-58.

- _____. 2000. "Victims R Us'." pp 13-30. in Crime, Risk and Insecurity. 2000. edited by Tim Hope and Richard Sparks. London and New York : Routledge.
- Stanko, Elizabeth A. and Hobdell, Kathy. 1993. "Assault on Men : Masculinity and Male Victimization." British Journal of Criminology 33(3) : 400-15.
- Taylor, R. B. and Hale, M. 1986. "Testing Alternative Models of Fear of Crime." Journal of Criminal Law and Criminology 77 : 151-89.
- Tulloch, Marian. 2000. "The Meaning of Age Differences in the Fear of Crime: Combining Quantitative and Qualitative Approaches." British Journal of Criminology 40(3) : 451-67.
- Tylor, Tom R. 1984. "Impact of Directly and Indirectly Experienced Events : The Origin of Crime-Related Judgements and Behaviors." Journal of Personality and Social Psychology 39 : 13-28.
- Walklate, Sandra. 1997. "Risk and Criminal Victimization : a Modernist Dilemma?." British Journal of Criminology 37(1) : 35-45.
- Warr, Mark. 1985. "Fear of Rape among Urban Women." Social Problems 32(3) : 691-702.
- Warr, Mark and Stafford, Mark. 1983. "Fear of Victimization : A Look at the Proximate Causes." Social Forces 61(4) : 1033-43.
- Young, Jack. 1988. "Risk of Crime and Fear of Crime: A Realist critique of Survey-Based Assumptions." pp 164-76 in Victims of Crime : A New Deal? 1988. edited by Maguire M. and Pointing J. Milton Keynes : Open University Press.

Sexual Harassment Victimization and Female Fear of Crime

Kim, Ji-Sun*

Fear of crime has been one of the major growth areas for both academic research and policy initiatives, because it has negative social consequences beyond a deep-seated sense of personal anxiety. Consistently across all studies female gender has been the best predictor of fear of crime. But when according to published crime figures, they are less likely than men to be victimized. Why women express greater fear of crime than men do, although they are less likely than men to be victimized? This dissertation starts from this question. In exploring to answer this question, this dissertation is different from past conventional studies which deal with between previous victimization and fear of crime in one respect. Past studies on female fear of crime have focused predominantly on fear of rape and serious sexual violence victimization as rape. However, this study intend to show how sexual harassment victimization considered by many to be less serious such as offensive comments or touches in the street, at work, and in school cause intimidation and fear of crime. These study shows that sexual harassment offences which might be less likely to the attention of the police, such as being followed, receiving an obscene phone call, or being the victim of an indecent exposure, are strongly associated with fear of crime.

Keyword: gender, female fear of crime, sexual harassment victimization in public

* Korean Institute of Criminology, Senior Researcher.

컴퓨터증거의 수집절차상의 문제점

이 철

형사정책연구 제15권 제2호(통권 제58호, 2004 · 여름호)

한국형사정책연구원

[연구노트]

컴퓨터증거의 수집절차상의 문제점

이 철*

I. 概 說

범죄의 혐의가 있다고 사료되는 때에 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 하는 것¹⁾은 컴퓨터관련 범죄에서도 다른 범죄와 마찬가지로이다. 또한 형사소송법 제199조는 강제처분을 할 때에는 법률에 특별한 규정이 있어야 한다고 규정하고 있고, 우리 헌법 제12조는 누구든지 법관이 발부한 영장이 없는 체포, 구금, 압수, 수색을 받지 아니한다고 규정하여 영장主義를 명시하고 있다. 따라서 컴퓨터와 관련된 증거를 수집함에 있어서도 압수, 수색 등의 강제처분을 하기 위하여서는 영장주의의 적용을 받음은 당연하다.²⁾

그러나 컴퓨터와 관련된 증거를 수집함에 있어서는 전통적 증거의 수집과 달리 증거수집절차상에 있어서 새로운 문제가 야기된다. 즉 장부나 회의록, 출납부 등 可視的 형태의 증거를 수집할 경우는 별문제가 없으나 컴

* 경기대 겸임교수, 변호사. 법학박사

1) 형사소송법 제195조

2) 이재상, 형사소송법 제273면

퓨터에 수록된 不可視的 데이터가 증거로 채택된 경우에는 압수·수색절차 등에 있어서 새로운 문제가 발생하게 되며 이는 영장주의를 채택하고 있는 외국의 입법례에서도 마찬가지이다.

따라서 本稿에서는 컴퓨터증거의 임의수사 범위와 강제수사의 요건을 외국의 입법례를 중심으로 살펴보고 불가시적 데이터의 수집절차상의 특수한 문제점을 검토한 후 우리 형사소송법에 대한 입법론적 검토를 하도록 하고자 한다.

II. 컴퓨터관련증거에 대한 任意搜查

현행 형사소송법이 임의수사를 원칙으로 하고 있으므로³⁾ 범죄관련 컴퓨터기록 등을 압수·수색영장에 의하지 않고 소지자가 임의제출 하는 경우에는 별 문제될 것이 없다. 수사기관은 권한있는 자의 동의가 있는 경우에는 영장없이 일정한 장소 또는 물건을 수색할 수 있다. 그러나 이와 같은 동의는 자발적으로 이루어져야 하는 바 동의의 적법성을 판단하기 위하여는 동의한 자의 연령, 교육정도, 지적 수준, 정신적 및 신체적 상태 등을 복합적으로 고려하여야 할 것이다.

그러나 컴퓨터의 수색에 대한 동의가 있었는지에 관하여는 통상의 경우보다 더 복잡한 문제가 발생할 소지가 있다고 할 것이다. 첫째 수색의 범위와 주어진 동의의 범위문제이다. 예를 들면 대상자가 컴퓨터에 대한 수색을 동의하였지만 데이터를 암호화하고 있다면 동의의 범위는 암호를 해독하여 수색하는 데까지 미치는지, 둘째 전자게시판과 같은 복수의 사용자가 있는 경우에 수색에 대해 동의를 할 당사자는 누구인지, 시스템 관리자

3) 이재상, 전게서 208면

가 모든 시스템 사용자의 파일에 대한 수색에 동의를 할 수 있다고 할 수 있는지 등의 문제가 그것이다.⁴⁾

1. 동의의 범위

수색에 대하여 동의를 하는 자는 그 범위를 명시적으로 제한할 수 있고 동의의 범위가 명시적으로 제한되어 있는 경우에는 수사기관은 그 범위를 넘어 대상을 수색할 수 없다. 동의는 철회될 수 있으며 동의가 철회될 때에는 제출된 서류를 복사하는 등에 시간이 필요하다는 이유로 상당기간 수사기관에서 더 보유할 수 없다.⁵⁾ 동의 범위는 묵시적으로 제한될 수도 있다. 피고인이 자신의 컴퓨터에 있는 정보를 자발적으로 제공하는데 동의하였다 하더라도 수사관으로 하여금 패스워드를 보지 못하게 노력하였다면 이는 동의에 관한 묵시적 한계를 구성한다고 보아야 한다.⁶⁾

2. 제3자에 의한 동의

일반적으로 자신이 개별적으로 사용하는 컴퓨터에 대하여 그 개인이 압수. 수색에 동의하여 이루어지는 임의수사에는 별 문제가 없다. 그러나 하나의 컴퓨터를 여러 사람이 공동사용하는 경우 공동사용자 중 1인이나 네트워크 운영자 등 제3자의 동의로 컴퓨터 전체에 대한 임의수사가 가능한지, 또한 컴퓨터사용자가 퍼스널컴퓨터나 터미널을 연결하여 데이터통신을 통해 정보를 전달할 수 있는 인터넷에 의한 원거리정보교환이 가능한 시대에 동의할 수 있는 네트워크 운영자는 누구이며 수사관은 어느 범위까

4) 김상우, 미국에서의 컴퓨터에 대한 압수·수색 개관, 해외연수검사연구논문집 12권, 227면(1996)

5) U.S. vs Griffin, 530 F 2d 739, 744(7th Cir. 1976)

6) U.S. vs David, 756 F. Supp. 1385(D. Nev. 1991)

지 임의수사가 가능한지가 문제되며 부모나 사용자등의 제3자가 압수·수색에 동의할 수 있는지 하는 것들이 문제될 수 있다. 이는 압수, 수색에 영장발부를 요건으로 하는 영장주의가 개인의 프라이버시보호를 위하여 인정되는 원칙임에 비추어 제3자의 동의가 개인의 프라이버시보호와의 관계에 비추어 어떤 범위에서 영장주의의 예외로서 임의수사가 가능한 동의로 간주될 수 있느냐, 다시 말하면 강제수사와 임의수사의 한계의 문제이기도 하므로 자세한 것은 강제수사에서 詳論하기로 하고 여기서는 부모의 동의와 사용자의 동의에 대하여 살펴보기로 한다.

가. 부모의 동의

최근의 컴퓨터의 발달은 기존의 성인보다는 청소년층에 많은 영향을 주고 있으며 실제 컴퓨터통신 인구의 상당수는 이미 청소년이라고 보아야 할 것이다. 이러한 청소년들은 자신의 이름으로 직접 컴퓨터 통신을 사용하거나 컴퓨터를 구입하는가 하면 한편으로는 부모의 이름을 빌어 그와 같은 일을 하기도 한다. 따라서 컴퓨터관련 범죄는 다른 범죄에 비하여 일반 성인들보다는 청소년들에 의하여 저질러지는 경우가 많고 또한 법적으로는 성인이라 할지라도 아직 별도로 독립하지 못하고 부모와 함께 거주하는 자녀들에 의하여 저질러지는 경우 또한 적지 아니하다. 이러한 경우 부모들의 동의를 받아 자녀가 소유하는 또는 사용하는 컴퓨터에 대하여 압수·수색할 수 있는가가 문제된다.

일반적으로 부모는 가족들이 거주하는 집의 공동영역을 수색하는데 대하여 동의할 권한이 있는 것은 명백하다. 나아가 미성년자인 자녀의 경우 그가 아무리 배타적인 영역을 확보하려는 별도의 노력을 하는 경우에도 법정대리권을 가지고 있는 부모들로부터 동의를 얻은 경우 자녀들의 방을

포함한 집 전체에 대하여 동의에 기한 압수·수색을 할 수 있다고 해석된다. 따라서 부모가 자녀의 방에 있는 디스켓이나 패스워드에 대한 수색에 동의하였다면 이러한 것들은 유효한 것으로 보아야 할 것이다. 그러나 성인자인 자녀들의 경우 자신의 배타적인 영역을 확보하고 있다면 부모의 동의만으로 수색에 충분한 동의를 얻었다고 보기는 어려울 것이다.⁷⁾

나. 사용자와 근로자와의 관계

일반적으로 사용자는 근로자의 작업영역에 대한 수색에 동의할 권한이 있고, 반대로 근로자 역시 사용자의 일정한 영역에 대한 수색에 동의할 권한이 있다고 보아야 할 것이다. 예를 들면 출판사 안에 잠겨 있고 전화도 설치되지 아니한 지하실이 있고 이 장소에 대한 관리를 책임지고 있는 사원이 압수·수색에 동의하지 아니하였다 하더라도 사원과 같이 열쇠를 가지고 있는 부사장의 동의에 기하여 적법한 압수·수색을 할 수 있다.⁸⁾

컴퓨터와 관련하여 사용자는 그 회사 소속인 컴퓨터에 대하여 근로자가 사용한다 하더라도 이에 대한 압수·수색에 적법한 동의를 할 수 있으며 플로피 디스켓 등 그 안에 무엇이 담겨 있는지 알 수 없는 경우에는 일단 일하는 장소에 있는 이상 사용자의 동의에 의하여 수색할 수 있다고 보아야 할 것이다. 그러나 사용자가 근로자의 작업영역에 대한 수색에 동의를 하는 경우에는 대상물이 업무와 관련된 것으로서 근로자 개인의 프라이버시를 인정하여 주어야 할 경우가 아니어야 할 것이다.

7) U.S. vs Block, 590 F. 2d 535(4th Cir. 1978)에서는 23세의 아들의 방에 대한 압수·수색에 대하여 어머니의 동의가 있었다 하더라도 잠겨진 신발장에 대하여는 그 동의의 효력이 미치지 않는다고 판시하고 있다.

8) U.S. vs Gargiso, 456 F. 2d 584, 587 (2d Cir 1972)

Ⅲ. 컴퓨터관련증거의 强制搜查

현행 형사소송법이 임의수사를 원칙으로 하고 있음은 前述한 바와 같으나 관계자가 임의제출을 거부하거나 증거의 성질상 관계자의 임의협력을 요구하면 증거인멸이 우려되는 경우에는 압수·수색에 의한 증거수집이 이루어져야 한다.

1. 데이터의 押收可能性

데이터처리 시스템 내에 저장되어 있거나 처리중인 데이터타를 수집함에 있어서는 컴퓨터 시스템이 설치되어 있는 건조물에 들어가 이를 수색하고 데이터를 압수할 수 있어야 한다.

이때 우선 문제가 되는 것은 데이터가 수록된 자기테이프의 내용을 압수의 대상으로 할 수 있느냐이다. 통상 압수의 객체는 可動有體物인 증거물인바, 데이터가 수록된 자기테이프 자체는 유체물로서 압수의 대상이 되나 실제로 증거가 되는 것은 자기테이프에 수록된 無體情報인 데이터이며, 따라서 엄밀하게 말한다면 이 데이터만을 직접 압수의 대상으로 하여야 하므로 무체정보에 대한 압수가 가능한가 하는 문제를 고려해 봄직하다. 우리 형사소송법 제106조는 압수의 객체를 ‘증거물 또는 몰수할 것으로 사료되는 물건’으로 규정하여 文言上 有體物을 대상으로 하는듯 한 표현을 사용하고 있기 때문에 무체정보의 압수문제가 논란이 될 수 있다.

압수의 객체에 대하여 같은 규정을 둔 일본 형사소송법 제199조의 해석에 있어서 일본의 학설은 무체정보도 압수의 대상으로 인정하고 있다.⁹⁾ 그러나 무체정보인 데이터는 유체물로 출력되거나 유체물인 기록매체에

9) 新保佳宏, 「手続法をめぐる 諸問題」, 犯罪と刑罰, 제3호, 107면.

반드시 수록되어야 증거로서 사용할 수 있으므로 유체물 자체를 직접 압수할 수 있다고 해석되며 실제로 무체정보만을 압수하는 경우는 생각하기가 어렵기 때문에 무체정보만의 압수를 논의할 實益은 적다고 할 것이다.

2. 컴퓨터증거에 대한 令狀主義의 적용

가. 일반원칙

컴퓨터관련 증거를 강제처분에 의하여 압수할 때에도 헌법상의 영장주의의 원칙이 적용되어야 한다. 적법절차의 원리에서 나온 영장주의는 압수·수색여부도 헌법과 법률에 의하여 양심에 따라 재판하고 또 사법권 독립의 원칙에 의하여 신분이 보장된 법관의 판단에 따라 결정되어야 한다는 것을 의미한다.¹⁰⁾ 따라서 이러한 영장주의의 원칙은 컴퓨터에 의해 생성되는 증거를 압수·수색함에 있어서도 지켜져야 하는 것은 당연하다. 더욱이 수사기관의 입장에서든 당사자의 동의나, 긴급성을 이유로 영장없이 압수·수색하는 것보다 적법절차 준수라는 측면에서 가급적 압수·수색영장을 발부받아 수사에 착수하는 것이 바람직하다 할 것이다.

컴퓨터에 의하여 작성된 電磁記錄은 다른 전자적, 자기적 방식에 의하여 작성된 기록과 같이 可視性, 可讀性이 없으므로 컴퓨터를 이용하여 출력하지 아니하면 그 자체로서는 당해 기록의 내용을 읽고 알 수 있는 서면에 기록된 정보보다도 타인에게 알려지지 않은 것에 대한, 즉 프라이버시에 대한 기대정도가 높다고 할 수 있다. 그러므로 컴퓨터 시스템을 이용하거나 이것과 관련된 범죄의 증거에 대한 압수·수색을 벌이는데도 위 영장주의의 원칙은 그대로 적용된다고 보아야 할 것이다. 그러나 한편 전자기록은 통상의 유체물이 압수·수색 대상이 되는 경우와 비교하여 용이

10) 헌법재판소, 1993.12.23. 고지 93헌가2, 헌법재판소판례집 5권2집 596면

하게 消去하거나 改變할 우려가 크므로 긴급성의 예외에 해당하는 것으로 보아 영장에 의하지 않은 압수·수색을 할 수 있는 예외적인 경우가 많다고 보아야 할 것이다.

영장주의원칙은 미국에서 프라이버시보호와 관련하여 발전한 이론이며 컴퓨터증거의 압수·수색에 대한 논의도 미국에서 가장 활발하게 진행되고 있으므로 미국의 영장주의원칙과 컴퓨터증거에의 적용 및 예외 해당성을 살펴보기로 한다.

나. 美國의 令狀主義와 컴퓨터증거¹¹⁾

1) 미국의 영장주의 概觀

미국 헌법 수정 제4조는 “모든 국민은 신체, 주거, 서류, 동산에 관하여 불합리한 수색과 압수로부터 보호받을 권리가 있으며 영장은 법관이 상당한 이유를 가지고 수색할 장소와 압수 또는 체포할 사람을 명시하여 발부하여야 한다”라고 규정하고 있다. 이는 불법한 체포와 압수·수색으로부터 개인의 프라이버시를 보호하기 위하여 영장주의를 헌법에 명시한 것이며 이 규정은 인권보호의 권리장전과 같은 기능을 하고 있다.

(가) 수정 제4조의 적용범위

연방대법원은 처음에 수정 제4조가 물리적 압수·수색으로부터 유체물을 보호하는 것으로만 해석하여 Olmstead사건¹²⁾에서 공중전화박스에의 통화내용을 영장없이 도청한 증거에 대하여 수정 제4조는 불법한 압수·수색으로부터 사람을 보호하는 것이지 장소를 보호하는 것이 아니므로 수

11) C. Ryan Reetz. "Warrant Requirement for Searches of Computerized Information," Boston University Law Review vol. 67(1987), pp.179~212.

12) 277 U.S. 438(1928) Olmstead v. United States.

사관이 공중전화박스에 침입하지 않고 영장없이 통화내용을 도청한 행위도 당사자의 프라이버시에 대한 기대(Expectation of Privacy)를 침해한 것이 되어 수정 제4조에 반한다고 판시하여 견해를 바꾸어 현재까지 이 견해를 유지하고 있다. 따라서 수정 제4조의 보호법익은 ‘개인의 프라이버시에 대한 합리적 기대’(Individual’s reasonable expectation of privacy)이며 이는 개인이 ‘실제로 프라이버시에 대한 기대’(Actual expectation of privacy)를 가지고 있어야 하며 그러한 기대가 객관적으로 합리적(reasonable)이어야 한다.

(나) 영장발부요건(The Warrant Requirement)

영장주의는 수정 제4조의 핵심이며 영장은 중립적인 치안판사가 수색을 정당화할 만한 ‘상당한 이유’(probable cause)가 있다고 인정한 경우에만 발부하도록 되어 있다.¹³⁾ 영장에는 수색할 장소와 물건이 명시되어야 하며 영장을 요구하는 수사관은 수색할 장소에 찾는 물건이 있다고 믿을 만한 상당한 이유를 제시해야만 한다. 그러나 이와 같은 영장주의에는 예외가 있는바, 예컨대 경찰이 불심검문할 상당한 이유가 있는 자동차나 적법한 체포에 수반한 수색, 범인에 대한 越境追跡(hot pursuit) 기타 긴급한 경우에는 영장없이 수색할 수 있다. 컴퓨터정보의 수색에 있어서 특히 중요한 영장주의의 예외는 ‘당사자가 스스로 타인에게 정보를 공개한 경우’(Disclosure Exception)와 ‘당사자의 승낙에 의한 경우’(Consent Exception)이다.¹⁴⁾

(a) Disclosure Exception

수정 제4조는 개인의 프라이버시 보호를 목적으로 하므로 정보를 제3자

13) Johnson v. United States, 333 U.S. 10, 14(1948).

14) Reetz, supra, p. 185.

에게 공개(disclose)하는 경우에는 제3자가 그 정보를 다른 사람이나 정부에 제공할 우려가 恒存하므로 어느 정도 그 정보에 대한 프라이버시를 포기했다고 볼 수 있어 정부로서도 스스로 공개한 정보에 대한 수색에는 영장을 요구할 필요가 없다고 본 것이다. Miller사건¹⁵⁾에서 경찰이 피의자의 은행구좌기록을 은행으로부터 제출받은 사실에 대하여 대법원은 피고인이 은행구좌기록에 관하여 프라이버시 기대권이 없다고 판시하면서, 그 이유로 은행기록은 피의자의 사적 기록이 아니고 은행의 업무상 기록이며 구좌에 기록된 정보는 피의자가 은행에 스스로 제공한 것이므로 이에 대한 프라이버시를 포기한 것이라고 판시하고 있다. 한편, Smith사건¹⁶⁾에서는 피고인이 시외전화를 한 경우에는 전화국에서 그 전화번호를 정당한 업무상의 목적으로 기록할 수 있기 때문에 전화번호에 대한 프라이버시가 인정되지 않는다고 판시하고 있다. 이와 같은 정보공개에 의한 프라이버시 포기는 반드시 명시적으로 이루어져야 하는 것은 아니다. 위 Miller사건에서도 수표와 입금전표를 은행에 제출함으로써 자신의 재산사항에 대한 정보가 자동적으로 공개되고, Smith사건에서도 시외전화 다이얼을 돌림으로써 전화번호가 자동으로 노출되는 것처럼 묵시적인 정보의 공개가 얼마든지 가능하다.

(b) Consent Exception

수정 제4조는 개인의 프라이버시를 보호하기 위한 것이므로 당사자가 수색을 승낙한 경우에 영장없이 수색할 수 있는 것은 당연하다. 다만 이때의 승낙은 승낙할 권한이 있는 자에 의한 자발적인 것이어야 한다. 우선 정보의 소유자 자신이 승낙할 수 있는 것은 당연하나 본인 이외의 제3자도 일정한 범위에서 승낙할 권한을 가진다. 대법원은 Matlock사건¹⁷⁾에서 수색대

15) United States v. Miller, 425 U.S. 435(1976).

16) Smith v. Maryland, 442 U.S. 735(1979).

상이 되는 지역이나 물건에 대하여 공동의 권한을 가진 제3자는 수색을 승낙할 권한이 있다고 판시하면서, 이때의 권한은 단순한 재산적 권한을 말하는 것이 아니라 수색대상에 대한 공동의 사용권한을 의미하며, 따라서 건물의 소유자는 임차인이 살고 있는 주택에 대한 수색을 승낙할 권한이 없으나 함께 거주하는 공동임차인은 승낙할 권한이 있다고 설시한다.

2) 컴퓨터기록과 令狀主義

다른 기록과 마찬가지로 컴퓨터기록도 개인의 재산사항, 인적 사항, 거래의 비밀 등 프라이버시의 대상이 되는 정보를 포함하고 있다. 前述한 Katz사건에서 대법원은 수정 제4조가 유체물에 대한 물리적인 검색을 보호대상으로 한다는 Olmstead사건을 파기하고 개인의 적법한 프라이버시期待權을 보호법익으로 인정하였기 때문에 컴퓨터에 수록된 무체정보가 수정 제4조의 보호대상이 됨은 당연하다. 다만 영장주의의 예외를 논함에 있어서 컴퓨터정보는 타임쉐어링이라는 특이한 저장방식과 데이터통신에 의한 접근이 가능함에 따라 특별히 살펴보아야 할 문제점이 있다.

(가) 공동사용자의 동의(타임쉐어링기록의 영장주의 예외해당성)

최근에는 수색의 대상인 컴퓨터를 여러 사용자가 공유하고 있는 경우가 많은데 이를 ‘時分割使用’(Timesharing)이라고도 한다. 이러한 경우 복수의 사용자 중의 일부가 컴퓨터의 수색에 동의한다면 그 동의로 현재 없는 공동사용자와의 공동으로 사용하는 영역을 검색할 수 있는가가 문제된다. 시분할사용(Timesharing)은 하나의 컴퓨터를 여러 사용자가 공동으로 사용하는 제도¹⁷⁾로서 규모가 크고 값이 비싼 비용의 컴퓨터를, 비용의 일부를

17) United States v. Matlock, 415 U.S. 164(1974)

18) Reetz, supra, p. 192.

부담하고 사용할 수 있는 利點이 있어 특히 컴퓨터 타임(time)의 판매나 대학생들의 컴퓨터이용 등을 위하여 널리 활용되고 있다. 그러나 타임쉐어링 컴퓨터의 사용자는 자신의 데이터 외에 공동사용중인 타인의 데이터에도 접근할 수 있어 프라이버시보호라는 측면에서는 위험부담이 큰 제도이다. 물론 사용자에게 비밀번호를 부여하고 사용자 개인의 인적 사항을 코드화하여 다른 타임쉐어링 이용자의 접근을 막을 수 있으나 컴퓨터의 소유자나 오퍼레이터의 접근은 비밀번호로도 막기 어렵다. 오퍼레이터는 데이터의 기록매체를 다른 장치를 통하여 관독할 수 있기 때문에 비밀번호 등의 파일보호장치는 실효가 없다. 이는 오퍼레이터가 컴퓨터사용료의 계산을 위하여, 또는 데이터의 滅失에 대비한 백업·카피작업을 하기 위하여 사용자파일의 이름과 저장장소, 데이터량 등이 기록된 디렉토리(directory)에 접근(access)할 필요가 있기 때문에 오퍼레이터에게 그와 같은 근접권한을 준 것이다. 이와 같이 오퍼레이터에게 데이터의 접근이 허용된 타임쉐어링시스템에서는 상대적으로 수정 제4조에 의한 프라이버시보호가 소홀하게 될 우려가 있다¹⁹⁾

타임쉐어링시스템의 컴퓨터에 수록된 컴퓨터기록을 수색하는 수사기관은 다음과 같은 이유로 위 기록이 수정 제4조의 보호범위 밖에 있다고 주장할 수도 있다. 즉 시분할사용자(TIMESHARER)의 기록은 전술한 Smith·Miller사건에서와 같이 전자적으로 공개(electronic disclosure)되어 오퍼레이터가 경찰에게 기록을 공개할 위험을 受忍(assumption of risk)한 것이며, 또는 오퍼레이터의 근접권한으로 시분할사용자(TIMESHARER)는 프라이버시기대권(expectation of privacy)을 상실하였기 때문에 수정 제4조의 보호를 받을 수 없다거나, 오퍼레이터는 시분할사용자와 데이터에 대한 공동권한을 가진 제3자로서 수사기관의 수색을 승낙할 수 있다는 주장이 가능하다.²⁰⁾

19) Reetz, supra, p. 194.

20) Reetz, supra, p.199.

그러나 Miller사건에서 예금주가 자신의 은행구좌기록에 대하여 프라이버시 기대권이 없다고 판시한 근거는 데이터의 공개라는 요소 외에 은행 기록은 은행에서 사용하는 업무상기록(Business Record)으로 은행의 자산이며 은행원이 쉽게 접근할 수 있다는 이유에서이다. 따라서 제3자에의 정보공개라는 요소는 프라이버시기대권의 포기를 결정하는 한 요소가 될 수는 있으나 제3자에게 공개된 정보라고 하여 프라이버시보호가 전적으로 부정되는 것은 아니라고 해석하여야 한다.²¹⁾ 또한 Smith사건에서 피고인이 통화한 시외전화번호가 전화국에 공개되어 피고인이 그 전화번호에 대하여 프라이버시기대권이 없다고 판시한 대법원이 katz사건에서 수사기관이 공중전화박스의 통화내용을 도청한 행위에 대하여 프라이버시침해를 인정한 것과 대비해 보면, 결국 정보의 자발적인 공개(voluntariness of disclosure)의 경우에 수정 제4조의 적용을 배제한 것으로 볼 수 있고 Smith사건에서 자발적으로 공개된 정보도 전화번호에 국한할 뿐, 통화내용은 전화국에 자발적으로 공개된 것이 아니므로 전화국이 통화내용까지 임의로 수사기관에 공개하는 것을 허용하는 취지는 아니다.²²⁾ 타임웨어링 컴퓨터의 오퍼레이터가 업무수행상 파일디렉토리 등 시분할사용자에 관한 제한된 범위의 데이터에 접근할 수 있는 권한이 있음은 명백하며 그 범위에서 사용자의 프라이버시기대권이 박탈되는 것은 당연하나, 오퍼레이터가 자신의 업무수행목적을 넘어 사용자의 데이터 내용까지 관독할 권한이 없는 것은 전화국에서 통화내용을 감지할 수 없는 것과 軌를 같이 하며, 따라서 시분할사용자는 개인정보에 관한 컴퓨터기록에 대하여 프라이버시기대권을 가진다고 할 것이다.²³⁾

다음 타임웨어링컴퓨터의 소유자나 오퍼레이터가 전술한 Matlock사건에

21) Reetz, supra, p.200.

22) Reetz, supra, p.203.

23) Reetz, supra, p. 205.

서와 같이 수사기관에 정보공개를 승낙할 수 있는 제3자에 해당하는지가 문제된다. 위 사건에서의 제3자는 수색대상이 되는 정보에 공동권한이 있거나 승낙할 수 있는 충분한 관계에 있는 자임을 요하며 단순한 물권적·재산적 권리만으로는 부족하다고 판시하고 있는바,²⁴⁾ 따라서 단순한 물권적 소유권만을 가진 타임쉐어링컴퓨터의 소유자에게 승낙권한이 없는 것은 당연하며 오퍼레이터는 일정범위에서 시분할사용자의 기록에 접근할 권한이 있으나 이는 업무수행을 위한 제한된 권한일 뿐 위 사건에서 판시한 ‘모든 목적의 액세스’(Access or control for most purposes)나 ‘공동권한’(concurrent authority)을 인정한 것으로 볼 수 는 없다.²⁵⁾

(나) 데이터통신기록의 영장주의 예외 해당성

컴퓨터사용자는 퍼스널컴퓨터나 터미널을 연결하여 데이터통신을 통해 정보를 전달할 수 있으며 원거리의 컴퓨터와 정보교환을 위한 필요성이 증대됨에 따라 데이터통신의 이용도 漸増하고 있다. 데이터통신의 이용에는 컴퓨터사용자 상호간의 정보교환을 위한 전자게시판제도(BBS: Computer Bulletin Board System)와 원격지에서 자신의 컴퓨터자료를 활용하기 위한 데이터통신의 두 가지 방법이 있다.²⁶⁾ 그러나 컴퓨터기록과 데이터통신의 연결은 데이터의 부정사용(Unauthorized Access)의 위험을 안고 있으며 이와 같은 정보의 노출은 BBS의 경우가 더욱 우려된다. 컴퓨터의 발달로 컴퓨터기록이 범죄수사의 증거로서의 가치가 높아짐에 따라 수사기관도 컴퓨터정보에 데이터통신을 통한 비밀접근을 시도할 가능성이 있으며, 한편으로는 전화선에 의하여 접근할 수 있는 컴퓨터파일은 다음과 같은 근거로 수정 제4조의 보호대상이 아니라는 주장도 예상된다.

24) Reetz, supra, p. 206.

25) Ibid.

26) Reetz, supra, p. 195.

즉 피의자는 통신회선에 의해 접근가능한 컴퓨터기록에 대하여 프라이버시 기대권이 없으며, 그러한 정보는 당사자에 의하여 자발적으로 공개되었을 뿐 아니라 데이터통신을 이용함으로써 수색을 승낙한 것으로 볼 여지가 있다.²⁷⁾

그러나 컴퓨터정보가 통신회선에 의하여 제3자에게 공개된다는 사실만으로 프라이버시를 포기한 것으로 볼 수 없는 것은 타임쉐어링의 경우와 다를 바가 없으며, 더우기 비밀번호와 사용자의 코드번호를 사용하여 제3자의 접근범위를 제한하는 경우에는 당연히 프라이버시가 보호되어야 한다. 한편, 컴퓨터기록의 당사자나 데이터를 전달하고자 하는 상대방은 데이터를 공개하거나 수색을 승낙할 수는 있으나 데이터통신에 의한 접근이 가능한 정보라 하더라도 접근이 허용된 상대방이 아닌 자로부터는 보호되어야 하므로 승낙을 일반적으로 의제하는 것은 무리이다.²⁸⁾

3. 데이터의 押收・搜索節次상의 문제점

가. 데이터의 압수・수색과 出力强制

당사자가 임의제출을 거부하여 수사기관이 압수・수색할 때 통상 데이터가 수록된 테이프 등 기록매체를 압수하게 되나 기록매체에 수록된 데이터는 可視的 상태로 출력되지 않으면 증거로 사용할 수 없는바, 이를 가시화함에 있어서 다음과 같은 문제가 발생한다. 즉, ① 수사기관은 적법하게 압수한 자기테이프의 내용을 새로운 영장(예컨대 검증영장)없이도 출력할 수 있는가 ② 수사기관은 피처분자의 컴퓨터를 사용하여 자기테이프의 내용을 출력할 수 있는가, 이때에도 새로운 영장이 필요한가 ③ 수사기관

27) Reetz, supra. p. 207.

28) Reetz, supra. p. 210.

은 피처분자나 피의사건에 정당한 자가 협조를 거부할 때 이를 강제할 수 있는가 등이다.

우선 첫 번째 문제에 대하여 일본의 학설은 현상하지 않은 사진필름의 현상을 인정한 일본판례²⁹⁾를 인용하여 새로운 영장없이 테이터를 출력할 수 있다고 해석하면서, 근거조문으로서 일본형사소송법 제111조 제1항의 “압수·수색영장의 집행에 있어서는 시정을 열거나 개봉 기타 필요한 처분을 할 수 있다”는 규정을 들고 있는바³⁰⁾ 우리 형사소송법 제120조도 같은 규정을 두고 있으므로 같은 해석이 가능하다. 이는 자기테이프를 압수하더라도 그 내용을 출력하지 않는 이상 법관이 이를 解讀할 수가 없고 이를 출력하기 위하여 새로운 영장이 필요하다면 애초에 자기테이프를 압수하기 위하여 발부한 영장은 본연의 목적을 전혀 달성할 수 없는 무의미한 영장이 되므로 애초의 영장의 집행에 ‘필요한 처분’으로서 출력을 강제할 수 있는 효력이 포함되어 있다고 해석함이 타당하다. 그러나 이러한 출력을 무제한으로 허용할 때에는 피처분자의 권익을 침해할 우려도 있으므로 이를 압수의 목적을 달성할 수 있는 범위로 제한할 필요가 있으며, 이는 강제처분의 집행을 위하여 ‘필요한 처분’의 적용범위를 구체화·실질화하는 문제로서 검토되어야 할 것이다.³¹⁾

한편 컴퓨터는 機種에 따라 사용되는 특유한 언어가 있으며 同機種, 同號數의 기계라 하더라도 언어가 다르면 A라는 컴퓨터에서 읽을 수 있도록 수록된 자기테이프의 내용을 B컴퓨터에서는 출력할 수 없는 경우가 있게 된다.³²⁾ 이 경우 압수된 내용을 피처분자의 협력없이 수사기관이 독자적으로 출력한다는 것은 수사기관에 우수한 컴퓨터기술자가 있더라도 사실상

29) 東京高裁, 昭和 45. 10. 21 判決(高刑集 23권 4호, 479면).

30) 河上和雄, 「證據法ノート(1)」(1979), 86면; 原田國男, “コンピュータ, クレジット・カード 等を利用した犯罪,” 現代刑罰法體系2(1983), 225면.

31) 新保佳宏, 前掲論文, 110면.

32) 各和吉四郎, “コンピュータ 犯罪と捜査,” 警察學論文, 제28권 3호(1975), 68면.

불가능하거나 곤란하게 된다. 따라서 자기테이프를 일단 경찰이 압수한 다음 경찰의 컴퓨터를 사용하지 않고 압수현장에서 그 곳에 있는 컴퓨터로 출력할 필요가 있으며, 이때 피처분자의 컴퓨터를 사용할 수 있는가가 두 번째로 문제된다. 이에 대하여 일본의 河上 검사는 “당해 자기테이프가 증거물로서의 가치가 있는지의 여부를 판단하기 위하여는 이를 출력해 보는 방법 이외에 다른 방법이 없으므로 피처분자의 컴퓨터를 사용한 출력이 압수. 수색의 집행에 ‘필요한 처분’으로서 가능하다”고 해석하는 바,³³⁾ 이는 공익성과 진실규명의 필요성을 강조한 입장이라 할 수 있다. 그러나 일본의 原田 판사는 “상대방의 영업 등에 치명적인 손해를 주는 경우에는 무제한으로 형사사범의 지상성만을 강조할 수 없으므로 내재적인 제약을 인정하는 신중한 입장을 취해야 하며, 이때 ‘內在的 制約’의 기준으로서의 피의사건의 중대성, 혐의의 존재, 당해 증거의 중요성과 조사의 필요성, 다른 수단의 유무, 상대방이 입은 피해의 정도 등이 고려된다”고 주장한다.³⁴⁾ 생각컨대, 일반적으로 압수, 수색영장의 집행을 위하여 취할 수 있는 ‘필요한 처분’은 강제수사의 일환임을 고려할 때 집행의 목적을 달성하는데 필요하고 타당한 범위로 한정되어야 하며³⁵⁾ 이는 컴퓨터범죄의 수사에서도 예외가 아니다. 따라서 피처분자의 컴퓨터를 사용하여 출력하는 것을 인정하더라도 실시에 신중을 기할 것을 요구하는 것이 타당하다고 생각된다. 특히 피처분자의 컴퓨터를 사용하는 것이 피의사건과 관계없는 제3자에게 손해를 줄 것이 예상되는 경우에는 더욱 신중을 기하여야 한다.³⁶⁾

세 번째 문제로서 컴퓨터증거의 수사에 있어서 당사자가 협력하지 않으면 어느 자기테이프에 어떤 정보가 입력되어 있는지, 또는 어떤 프로그램을 사용하여 정보를 처리하였는지, 수사기관이 판단할 수 없는 경우가 있

33) 河上, 前掲書, 86면.

34) 原田, 前掲論文, 225면.

35) 新保佳宏, 前掲論文, 111면.

36) Ibid.

으므로 관계자의 협력이 다른 사건의 수사 이상으로 요청되는데 이때 수사기관이 피의사건에 정통한 자에 대하여 자기테이프 등의 출력을 강제할 수 있는지가 문제된다. 이에 대하여 일본의 통설은 현행법상의 강제처분의 집행을 위한 규정만으로는 이를 강제하기가 어렵다고 해석한다.³⁷⁾ 이에 대한 입법론적 해결방안으로서 출력을 강제할 수 있는 새로운 입법³⁸⁾도 가능하나, 일본의 통설은 새로운 입법을 하지 않더라도 실무적으로 이를 해결할 수 있다고 보고 있다. 즉 河上 검사는 “내용을 모르면 모든 자기테이프를 압수하지 않을 수 없게 되므로 피처분자측에서도 이를 피하기 위하여 필요한 부분의 출력에 협력하지 않을 수 없으므로 사실상 해결되게 된다”³⁹⁾고 하며, 原田 판사도 “압수 자체가 적법한 이상 이를 근거로 상대방의 협력을 구하는 것은 부당한 강요에 의하지 않는 한 허용된다”⁴⁰⁾고 하여 입법적 해결에 소극적이다. 생각컨대 자기테이프의 출력강제는 행정법상의 直接強制에 해당한다고 본다. 우리 법제상 舊 행정집행령에서는 직접강제가 일반적으로 인정되었으나 현재는 기본권존중의 견지에서 이를 인정하는 일반법은 없고 개별법에 의하여 선별적으로 직접강제를 도입하고 있는 것에 비추어,⁴¹⁾ 해석론에 의하여 자기테이프의 출력을 강제하는 것은 무리라고 생각된다.

나. 英國의 警察및刑事證據法(The Police and Criminal Evidence Act, 1984)

컴퓨터기록의 압수·수색의 집행에 있어서 불가시적 데이터의 출력을

37) 大谷實·古田佑紀·西田典之, “コンピュータ犯罪と刑事立法の課題(懇談資料).” *ジュリスト* 제846호(1985), 34면; 原田, 前掲論文, 226면; 各和, 前掲論文, 68면.

38) 英國은 이를 강제하는 새로운 立法으로 「警察및刑事證據法」(The Police and Criminal Evidence Act, 1984)을 제정하였다(後述).

39) 河上, 前掲書, 87면.

40) 原田, 前掲論文, 226면.

41) 朴銳旿, 「行政法講義(上)」, 378면.

위하여 피처분자의 컴퓨터를 사용할 수 있는지와, 피처분자가 출력을 위한 협력을 거부하는 경우에 협력을 강제할 수 있는지 등 다른 物的證據의 압수·수색과는 다른 특수한 문제점이 있는 것은 위 가항에서 고찰한 바와 같다. 일본의 경우 이를 현행법의 해석론을 통하여 해결하려는 입장에서 새로운 입법을 한 바 없으나, 피처분자의 협력을 강제하기 위한 새로운 입법을 한 최초의 예로서는 영국의 입법례를 들 수 있다.⁴²⁾ 영국은 경찰에 의한 증거수집, 체포, 구속절차와 기타 증거법칙 등에 관한 규정으로 1984년 10월 31일 ‘警察및刑事證據法’을 제정하여 1986년 1월부터 시행하고 있다.⁴³⁾ 그 중 특히 컴퓨터에 관련된 규정은 컴퓨터정보의 압수·수색절차와 증거능력에 관한 것이며 압수·수색절차에 관한 규정을 살펴보면 다음과 같다.

동법에 의하면 수색영장이나 체포영장 등의 집행을 위하여 사람의 주거 등 당해 장소에 적법하게 들어간 경찰관은 “수사관이 현장에서 수사 중인 범죄 또는 다른 범죄에 관한 증거가 되거나 범죄수행의 결과 얻어진 것으로서 隱匿, 消去, 改變 또는 破壞를 막기 위하여 필요하다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있는 경우에는 컴퓨터에 내장되거나(contained) 당해 장소로부터 접근할 수 있는 모든 정보에 대하여 이를 取去하거나 읽을 수 있도록 출력할 것을 요구할 수 있다”고 규정⁴⁴⁾하고 있다. 이때 수사관은 컴퓨터정보에 대하여 가시적인 하드카피를 요구하여 압수할 수도 있고 당해 정보가 기록된 플로피디스크(floppy disk) 자체의 인도를 소유자에게 요구할 수 있고 소유자는 그 요구를 거절할 수 없으며, 만약 경찰관의 요구에 응할 의무있는 소유자가 이를 거부하면 경찰법(The Police Act 1964 제 51조)에 의하여 1개월 이하의 구금 또는 200파운드 이하의 벌금에 처하게 된다.⁴⁵⁾

42) 河村 博, “イギリスにおけるコンピュータ-関連刑事立法- 證據・捜査手続法改正について,”ジュリスト, 제846호(1985), 47면.

43) Sieber, The International Handbook on Computer Crime, p. 111.

44) 同法 제19조 4항, 제20조

그러나 범죄와 관련있는 정보라고 하여 모두 압수할 수 있는 것은 아니고 예외가 있다. 즉 변호인과 의뢰인간의 법적 특권에 의하여 보호되는 대상물에 대하여는 수색영장의 발부가 인정되지 않고,⁴⁶⁾ 이 특권의 대상물이라고 인정될 만한 합리적인 근거가 있으면 경찰관의 압수가 허용되지 않으며,⁴⁷⁾ 따라서 이 경우에는 소지인이 임의로 제출한 때에만 수사에 이용할 수 있다. 이는 변호사와 의뢰인간의 정보를 강제수사의 대상에서 제외하려는 것으로서 변호사가 의뢰인에게 법률적 조언을 주는 과정에서 생긴 정보와 변호사와 의뢰인 또는 제3자간에 법적 절차를 취하는 과정에서 생긴 정보 등이 그 대상이 된다.⁴⁸⁾ 그러나 이와 같은 요건을 갖춘 정보라도 변호사 자신이 범행에 가담하는 경우처럼 범죄를 수행하기 위하여 얻어진 정보는 특권의 대상에서 제외된다.⁴⁹⁾

한편 위 특권과 유사한 것으로서 배타적 자료(excluded material)와 특수절차자료(special procedure material)에 대하여서는 약간의 예외는 있으나 법원의 제출명령(production order)에 의하여 이를 수집할 수 있으며 수색영장은 2차적인 수단으로 사용된다.⁵⁰⁾

배타적 자료란 “①직업, 사업, 전문직업 기타 직업에 관하거나 영리 또는 비영리의 직무수행 중에 획득되거나 작성된 개인등록으로서 內密하게(in confidence) 보관된 것 ②진단 또는 의학적 치료를 위하여 취득한 인간의 장기 또는 체액으로서 내밀하게 보관된 것 ③내밀하게 보관된 저널리즘의 자료로서 문서 또는 기록물”을 말한다.⁵¹⁾ 이 중 개인기록은 특정할 수 있는 개인에 관한 문서 기타 기록물로서 당해 개인의 육체적 또는 정

45) 河村 博, 前掲論文, 49면

46) 同法 제8조 1항 d호

47) 同法 제19조 6항

48) 同法 제10조 1항

49) 同法 제10조 2항.

50) 同法 제8조1항d호, 제9조.

51) 同法 제11조 1항.

신적인 건강상태나 동인과 가진 정신적인 카운슬링 등에 관한 것으로⁵²⁾ 예컨대 의료기록, 종교가의 파일, 노동자의 복지관계기록 등이 이에 해당한다. 저널리즘의 자료로는 신문, 잡지 등의 출판을 위해 수집, 작성된 것으로 예컨대 신문기자의 취재노트, 투서란의 편집자에게 보낸 익명의 편지 등이 이에 해당한다.⁵³⁾ 특수절차자료는 앞의 개인기록에는 해당하지 않지만 계약 등에 의해 守備義務가 부과된 것, 또는 저널리즘의 자료이나 내밀히 보관된 것이 아닌 자료 등이 이에 해당한다.⁵⁴⁾

이러한 배타적 자료와 특수절차자료는 강제수사의 대상에서 제외되는 것이 아니라 소지자에게 진술의 기회를 주고 발부하는 제출명령에 의한 수사를 원칙으로 하고 있다. 제출명령을 발부하는 요건으로서 특수절차자료에 대하여는 당해 자료가 일정한 중대범죄의 증거가 되거나 수사할 본질적 가치가 있는 것으로서 다른 수단에 의하여서는 이를 획득할 수 없거나 당해 자료에 대한 접근을 요구하는 명령이 공공의 이익에 부합할 만한 합리적인 근거가 있을 것을 요한다.⁵⁵⁾ 순회법관은 경찰관의 청구에 의하여 위 조건이 충족되었다고 인정되는 경우에 일정기간 내(원칙적으로 7일)에 당해 자료의 소지자에 대하여 그 자료를 경찰관에게 제출하든가 경찰관의 접근을 허락하라는 취지의 명령을 발부하여야 한다.⁵⁶⁾

한편 경찰관이 위 명령을 청구할 때에는 상대방인 소지인에게도 고지하여야 하며,⁵⁷⁾ 고지를 받은 자는 제출명령의 대상이 되는 정보를 개변할 수 없고,⁵⁸⁾ 제출명령에 위반한 자에 대하여는 刑事法廷侮辱罪(a contempt of the Crown Court)로 처벌하여⁵⁹⁾ 제출명령의 효력을 담보하고 있다.⁶⁰⁾

52) 同法 제 12조

53) 河村 博, 前掲論文, 50면.

54) 同法 제15조 1항, 2항

55) 同法 別表1 para. 2.

56) 同法 別表1 para. 4.

57) 同法 別表1 para. 8.

58) 同法 別表1 para 11

컴퓨터에 기억된 자료에 있어서 위 제출명령이 자료의 제공을 명하는 것 일 때에는 프린트-아웃된 하드카피와 같이 可視·可讀的(vigible and legible) 자료를 제출하여야 하며 접근(access)을 명하는 경우에는 경찰관이 읽을 수 있는 자료에 접근하도록 허용하여야 한다.⁶¹⁾ 이는 컴퓨터 처리된 정보는 통상의 문서 등과 달리 그 프로그램 등을 이해하는 자가 아니면 쉽고 확실하게 수집할 수 없을 뿐 아니라 대량의 정보가 저장된 점을 착안하여 관계자에게 협력의무를 부과함으로써 효율적인 증거수집을 도모하려는 취지이다.⁶²⁾ 더 나아가 전술한 경찰관의 고지에 의하여 증거인멸을 시도하는 등 수사활동에 중대한 지장이 생길 우려가 있는 경우에는 경찰관이 수색영장의 발부를 순회법관에게 청구 할 수 있도록 규정하고 있다.⁶³⁾

IV. 立法論的 檢討

컴퓨터에 수록된 데이터의 不可視性으로 말미암아 이를 압수·수색하는 데에 새로운 문제가 제기됨은 이미 살펴본 바와 같다. 데이터의 압수·수색에 있어서 제기되는 문제로서 무체정보인 데이터 자체를 압수의 대상으로 할 수 있느냐와 데이터를 출력할 때 별도의 영장없이 피처분자의 컴퓨터를 사용할 수 있느냐, 데이터의 출력을 위하여 피처분자 등의 협력을 강제할 수 있느냐 하는 것이 문제되는 것도 살펴보았다.

형사소송법 제120조는 “압수·수색영장의 집행에 있어서는 시정을 열거나 개봉 기타 필요한 처분을 할 수 있다”라고 규정하고 있다. 컴퓨터에 수

59) 同法 別表para. 15

60) 河村 博, 前掲論文, 50면

61) 同法 別表1 para. 5.

62) Ibid.

63) 同法 別表 1 para. 12(a), 14.

록된 데이터의 출력은 기술적인 문제로 수사기관의 컴퓨터로는 출력이 어렵고 데이터가 원래 저장되었던 피처분자의 컴퓨터를 이용하여 출력할 수밖에 없는 경우가 있으며 이러한 경우 영장없이 피처분자의 컴퓨터를 이용하는 것은 법 제120조의 ‘기타 필요한 처분’에 해당한다고 보는 것이 우리와 일본의 일반적인 해석이므로 이를 위하여 새로운 입법을 할 필요는 없다 할 것이다. 다만 이때 ‘필요한 처분’은 압수의 목적을 달성할 수 있는 최소한의 범위로 제한할 필요가 있으며, 컴퓨터증거의 중요성에 비추어 앞으로 이와 같은 ‘필요한 처분’의 적용범위에 관한 판례가 구체적으로 형성되어야 할 것이다.

피처분자의 컴퓨터를 이용하여 데이터를 출력할 경우 기술적인 문제 때문에 수사관은 피처분자의 컴퓨터를 이용하더라도 이를 출력할 수 없고, 그 분야에 정통한 피처분자 또는 기술자의 도움을 받아야 출력할 수 있는 경우도 있을 것이며 이 경우에 피처분자 등의 협력을 강제할 수 있는가가 가장 문제된다. 이에 대하여 일본의 통설은 현행법상 강제처분의 집행을 위한 규정만으로는 이를 강제하기 어렵다고 해석하고 있고, 행정법상 직접강제가 일반적으로 인정되지 않는 우리 법제상으로도 자기테이프의 출력강제는 현행법에서는 인정키 어렵다고 보는 것은 전술한 바와 같다.⁶⁴⁾

따라서 압수한 데이터를 출력하기 위하여 피처분자 등의 협력을 강제하려면 이를 허용하는 새로운 입법이 있어야 할 것인바, 입법의 필요성에 대하여 일본의 河上 검사는 “피처분자가 협력하지 않는 경우에는 압수할 필요가 없는 데이터까지 모두 압수당하는 불이익을 입게 되므로 어차피 협력하지 않을 수 없다”⁶⁵⁾고 하면서 굳이 협력을 강제하는 새로운 입법이 필요하지 않다고 주장하며, 原田 판사도 “압수 자체가 적법한 이상 이를 근거로 협력을 강제하는 것은 부당한 강요에 해당하지 않는 한 허용된다”⁶⁶⁾고

64) 본장 제1절 I. 데이터의 押收, 搜索과 出力强制 참조.

65) 河上, 前掲書, 87면

하여 입법적 해결에 소극적이다. 그러나 原田 판사의 견해는 행정상 직접 강제를 원칙적으로 인정하지 않는 우리 법제상으로는 취할 수 없고, 河上 검사의 주장에 의하더라도 피처분자의 컴퓨터에 압수하고자 하는 데이터 이외에 다른 데이터가 많이 저장되어 있고 피처분자가 다른 데이터의 공개를 꺼릴 때 협력을 예상할 수 있을 뿐 압수목적 이외의 다른 데이터가 컴퓨터에 내장되어 있지 않거나, 피처분자가 다른 데이터의 무형적 제공보다 압수목적의 데이터의 출력을 원치 않을 때에는 협력을 예상할 수 없을 것이다. 따라서 증거로서 중요한 컴퓨터데이터의 출력을 이와 같이 현행법의 확장해석이나 피처분자의 자의적 협력에 의존하는 것은 타당치 않으며 피처분자의 협력을 강제할 수 있는 새로운 입법을 할 필요가 있다고 본다.

새로운 입법은 영국과 같이 특별법으로 제정하는 방식도 있겠으나 형사소송법을 개정할 때 새로운 기술발전에 따른 압수, 수색절차 집행의 특칙 규정을 신설하는 것이 바람직하다고 생각된다.

압수의 대상으로서 무형적 데이터 자체를 압수의 대상으로 할 수 있는가에 대하여도 일본형사소송법 제199조의 해석에 있어서 학설은 무체정보도 압수의 대상으로 인정하고 있고⁶⁷⁾ 대체로 무체정보는 유체물에 출력되어야 증거로서 사용할 수 있으므로 무체정보만의 압수를 논의할 실익은 적다고 주장한다. 그러나 우리 형사소송법 제106조가 압수의 객체를 ‘증거물 또는 몰수할 것으로 사료되는 물건’으로 규정하여 유체물만을 대상으로 하는 표현을 사용하고 있어 무체정보는 압수의 대상에 포섭하기가 어렵고, 또 무체정보를 유체물에 출력하지 않은 상태로 압수하는 경우를 전혀 예상할 수 없는 것도 아니므로 형사소송법을 개정할 때에는 정보화시대의 추세에 맞추어 컴퓨터데이터 등 무체정보 자체를 압수의 대상으로 하는 법규정의 신설이 필요하다고 할 것이다.

66) 原田, 前掲論文, 226면.

67) 新保佳宏, 前掲論文, 107면

형사소송법 제110조 내지 제112조는 압수대상의 제한으로 군사상 비밀을 요하는 장소에 대한 수색과 공무상 비밀 및 업무상 비밀에 관한 사항의 압수는 당사자의 승낙이나 중대한 공익상 이익을 위하여 필요한 경우가 아니면 압수, 수색을 할 수 없다고 규정하고 있다. 컴퓨터데이터도 이와 같은 사항에 관한 것일 때에는 당연히 압수가 제한 될 것이다. 이때 업무상 비밀에 관한 압수의 제한은 법 제112조가 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 약사, 약종상, 조산원, 간호원, 종교의 직에 있는 자가 지득한 비밀로 한정하고 있으나 앞으로 사회 각 분야의 정보가 컴퓨터데이터에 수록되는 추세가 확산되면 업무상 비밀로 보호되어야 하는 컴퓨터데이터의 범위가 더 넓어져야 하는 것이 아닌가에 대하여도 입법론적인 검토가 있어야 할 것이다.⁶⁸⁾

미국에서는 영장주의와 관련하여 타임쉐어링기록과 데이터통신기록을 영장없이 압수·수색할 수 있는지에 대하여 위 기록이 영장주의의 예외요건인 당사자의 승낙(consent exception)과 공개된 정보(disclosure exception)에 해당하느냐에 관하여 판례와 해석론이 활발한 것을 보았다.

앞으로 우리나라에서도 타임쉐어링컴퓨터에 저장된 정보가 많이 나타날 것으로 예상되며 이와 같은 타임쉐어링기록과 통신중인 데이터가 우리 형사소송법상의 영장주의의 예외로서 임의수사가 가능한지에 대한 연구가 있어야 할 것이다. 또한 우리 소송법상 당사자의 승낙이 있는 경우에는 임의수사가 가능하므로 이와 같은 기록이 당사자의 승낙에 해당하는지를 검토할 필요가 있다.

주제어 : 컴퓨터증거와 영장주의, 데이터의 압수·수색

68) 영국의 警察 및 刑事證據法 제11조는 압수가 제한되는 데이터로서 “직업의 종류를 제한하지 않고 영리·비영리의 직무수행중에 지득한 개인기록으로서 內密하게 보관된 것”과 “秘密하게 보관된 저널리즘의 자료로서 문서 또는 기록물”을 押收制限對象으로 넓게 규정하고 있다.

288 형사정책연구 제15권 제2호(통권 제58호, 2004 · 여름호)

Problems in Search and Seizure of Computer-related Evidence

Lee, Chul*

The principles underlying in collecting evidence should be applied to computer-related evidence. Therefore warrant requirement in search and seizure process should also be applied in collecting computer-related evidence as same as ordinary shaped-evidence.

But Collecting digitalized data pose difficult problems because of its invisibility.

Many issues which are resulted from unique character of computer-related evidence are dealt in this article, such as; whether Invisible data itself could be the object of seizure or not; whether the investigator could use the owner's computer to print out the seized data without another warrant to use the computer; when the investigator could not print out without the aid of the computer owner, is it allowable to order the owner to cooperate the investigator to print out.

Keyword: warrant requirement of computer-related evidence, Search and seizure of digitalized data

* Lawyer, Ph.D. in Law

■ 특 집 : 범죄수사와 처벌의 최근 쟁점

이진국 / 사회내제재의 가치와 개편

김재윤 / 기업의 가벌성에 관한 독일의 논의 분석

조성용 / 형사소송법상 DNA지문감식의 허용과 한계

■ 논 문

오영근 / 신용위험 공유자에 대한 대출과 배임죄

송문호 / 보호감호의 실질적 요건에 대한 실증연구

이태원 / 카지노 출입자의 사회인구학적 특성, 도박
중독 그리고 도박동기와 실태에 관한 연구

김지선 / 피해경험과 여성의 '범죄에 대한 두려움':
성적괴롭힘 피해경험을 중심으로

■ 연구노트

이 철 / 컴퓨터증거의 수집절차상의 문제점

刊行物出版委員會

委員長：崔 仁 燮 (韓國刑事政策研究院 犯罪動向研究室長)

委 員：吳 英 根 (漢陽大學校 法學科 教授)

李 淳 來 (圓光大學校 警察行政學科 教授)

鄭 賢 美 (梨花女子大學校 法學科 教授)

張 竣 午 (韓國刑事政策研究院 企劃調定室長)

延 聖 眞 (韓國刑事政策研究院 靑少年犯罪研究室長)

朴 味 淑 (韓國刑事政策研究院 刑事法研究室長)

幹 事：金 能 謙 (韓國刑事政策研究院 出版擔當)

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 執筆者を 명시하는 한 자유로이 引用할 수 있습니다.

형사정책연구

제15권 제2호(통권 제58호, 2004 · 여름호)

발행인 : 이 재 상
발행처 : 한국형사정책연구원
 서울시 서초구 우면동 142
 전화 (02) 575-5282-9
등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360
발행일 : 2004년 6월 30일
인 쇄 : 화신문화(주) (02) 2277-0624

본 학술지 내용의 무단전재를 금함
구독문의 : 출판실(02-571-0363)

판매처 : 교보문고, 영풍문고

[정가 : 5,000원]

학술지 [형사정책연구] 투고안내

학술연구지 [형사정책연구]는 학술진흥재단의 등재지로서 제15권 제3호 (통권 제59호, 2004·가을호)에 게재할 학술논문을 아래와 같이 모집합니다.

1. 제출 및 게재

- 1) 형사정책 관련분야의 학술적 독창성이 있어야 하며 발표되지 않은 것이어야 한다.
- 2) 제출된 원고는 관련규정에 따라 심사를 하여 게재여부를 결정하며, 원고 내용의 수정요청이 있을 경우 필자는 이에 응하거나 거부할 수 있다.
- 3) 원고 투고자의 자격은 학계의 대학교수, 실무계의 변호사, 판사, 검사 등 형사정책 관련분야의 박사학위 취득자 및 연구경력자로 한다.
- 4) 채택된 원고는 연구원 관련 규정에 따라 소정의 원고료를 지급한다.

2. 논문작성 요령

- 1) 한자의 혼용여부 : 국·한문 혼용원칙으로 하되 필요한 경우 영문 또는 독문도 괄호 안에 넣을 수 있다.
- 2) 주 처리방법 : 각주는 논문 하단에 위치하되 일련번호를 명시한다.
- 3) 단위의 표기 : I., 1., 가., 1), 가) 순으로 구성하며, 제목 위, 아래 한행씩을 띠어준다.
- 4) 표와 그림은 구분하여 일련번호를 명시한다. 표의 제목은 표의 상단 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 8월 31일(화)까지(9월말 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