

형사정책연구

제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

특 집 : 형사절차상 피의자 인권 보호

카르멘/김한균(역) / 미국의 인신구속제도	5
이진국 / 인신구속과 무죄추정원칙	31
이은미/한상훈/김지혜 / 여성장애인 피의자의 인권실태 및 인권증진 방안	63

연구논문

김희균 / 성폭력범 처벌의 이론: 강간죄의 구성요건 해당성	103
박강우 / 무영장·무동의 채혈의 적법성에 관한 각국 판례의 동향	133
권창국 / DNA 데이터베이스 도입 및 관련법제에 관한 연구 - 미국 등 각국의 DNA 데이터베이스법제 및 관련판례의 검토를 중심으로 -	167
김혜경 / 공직선거법과 인터넷실명제	203
박성수 / 유비쿼터스 기술을 이용한 경찰서비스에 관한 연구	233
이순래 / 지속적 소년비행의 원인에 관한 연구 - Moffitt의 이질적 비행발생론을 중심으로	267
민수홍 / 수형자의 자기통제력과 차별교제가 교도소내 규율위반에 미치는 영향	301

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 16. NO. 4 (Winter, 2005)

Special Theme on the Human Rights of a Suspect in Criminal Procedure

- The United States Arrest System
..... Rolando V. del Carmen/trans. by Kim, Han-Kyun 5
- Untersuchungshaft und der Grundsatz der Unschuldsvermutung
..... Lee, Jin-Kuk 31
- A Study on Conditions of and Promotion Plans for
Human Rights of Women with Disabilities
..... Lee, Eun-Mi/Han, Sang-Hoon/Kim, Ji-Hye 63

Articles

- How to Define a Crime of Rape: the Meaning of Consent:
..... Kim, Hee-Kyoon 103
- The Currents Cases about the Blood Sampling without
Warrant or Consent in the United States, Germany,
Japan and Korea Park, Kang-Woo 133
- The Study on Introduction of DNA Databases and Related
Legislative System in Korea - Concentrating on the DNA Databases
Legislative System DNA of United States, Other Countries
and Examination of Related Cases - Kwon, Chang-Kook 167
- The Law of Election of Public Officials and Internet
real-name system Kim, Hye-Kyeong 203
- Ubiquitous and Police Service Park, Seong-Su 233
- A Study on the Causes of Persistent Juvenile Delinquency
- Focusing on the Moffitt's theory on Heterogenous Etiology
..... Lee, Soon-Rae 267
- The Effect of Prison Inmates' Self-control and Differential
Association upon their Rule-violation at Prison Min, Su-Hong 301

미국의 인신구속제도

롤란도 뷔 델 카르멘
김 한 균(역)

형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

한국형사정책연구원

미국의 인신구속제도¹⁾ The United States Arrest System

롤란도 뷔 델 카르멘 (Rolando V. del Carmen)

형사사법 석좌교수(Distinguished Professor of Criminal Justice)

미국 텍사스 샘휴스턴 주립대학(Sam Houston State University)

번역 : 한국형사정책연구원 전문연구원 김 한 균

이 글은 공판이전단계까지의 미국 형사사법절차를 개관하는데서 시작하여, 형사사법절차의 기본목표들에 대해 설명하고, 범죄자처리절차에 영향을 미치는 기타 요소들을 확인하며, 미국의 인신구속(arrest)제도에 관련한 질의에 대해 답하는 순서로 이루어진다. 개별 국가에 있어 어떠한 제도가 가장 적합할 것인지에 대해 간략히 결론을 정리하는 것으로 강연을 맺고자 한다.

I. 공판에 이르기까지의 형사사법절차 개관

- A. 구속(arrest)전단계 수사
- B. 구속(arrest)
- C. 경찰입건
- D. 구속(arrest)후 수사

1) 이 원고내용의 대부분은 본인의 2006년 8월 출간예정인 저서 *Criminal Procedure: Law and Practice*, 제7판과 R. LaFave, Jerold H. Israel, & Nancy J. King, *Criminal Procedure*, 제4판을 참고한 것이다.

- E. 형사고발 여부의 결정
- F. 형사고발
- G. 치안판사의 구속(arrest)심사
- H. 최초법정출석
- I. 예비심리
- J. 기소배심심의
- K. 배심기소 및 검사기소

A. 구속전단계 수사 (Prearrest Investigation)

1. 구속전단계수사는 사후대응적 절차 (Reactive procedures)다. 즉 과거 발생한 범죄로서 경찰에 인지된 특정범죄에 대한 해결에 목적이 있다. 이 절차는 다음과 같이 구성된다.²⁾

(a) 현행범 구속 (“On the scene” arrests)

경찰이 현장에서 범죄발생을 목격하고 구속(arrest)하는 경우로서, 구속(arrest)에 상당한 이유(probable cause)가 경찰관의 시각, 촉각, 후각, 미각에 근거를 두는 경우를 의미한다.

(b) 사후대응적 수사 (Reactive investigations)

경찰은 사건이나 고발(complaint)에 대응하여 수사를 행한다. 시민은 경찰 또는 검찰청에 고발(complaint)을 할 수 있다. 고발의 경우 진술서 (affidavit) 형식이 요청될 수 있으나, 고발은 구두로 또는 비문서 형식으로 행해질 수도 있다.

(c) 사전예방적 수사 (Proactive investigations)

사전예방적 수사는 경찰에 인지되지 않은 범죄행위를 적발해내는 데 목

2) LaFave, et. al, *Criminal Procedure*, 제4판

적이 있다. 도시 특정지역 내 매춘행위가 만연해 있다는 정보에 근거해 수사를 벌이는 것이 그 예라 할 수 있다.

2. 기소여부 판단을 위한 수사 (Prosecutorial Investigations)

법원이 발부한 소환장(subpoena)에 의해 이루어지는 수사로서, 일반적으로 기소배심(grand jury)을 통해 진행된다. 예컨대 정치인부패사건에 대한 기소배심의 조사가 이에 해당된다.

B. 구속(Arrest)

I. 정 의

형사소추 또는 수사의 목적으로 개인의 의사에 반하여 구금하는 행위를 구속(arrest)이라 한다. 구속(arrest)은 국가가 거동의 자유(freedom of movement)를 박탈하기 위한 의도적 수단을 사용하는 경우에 한한다.

2. 구속(arrest)의 종류

(a) 영장구속(arrest with a warrant)

영장 (warrant)은 상당한 이유(probable cause)가 인정될 때 법관이나 치안판사(magistrate)에 의해 발부된다. 다만 주법(state law)상 근거가 있는 경우 법관이외의 기관도 구속영장(arrest warrant)을 발부할 수 있다.

(b) 영장없는 구속(arrest without a warrant)

미국내 대부분의 구속(arrest)은 영장없이 이루어진다. 중죄(felonies)해

당사건의 경우에는 경찰관 면전에서 현행범이나, 영장없는 구속(arrest without warrant)을 정당화할 수 있는 상당한 이유 내지 긴급한 사정(probable cause and exigent circumstances)이 있는 경우 영장없이 구속(arrest without warrant)할 수 있다. 경죄(misdemeanors)해당사건의 경우에는 현행범의 경우에 한해 영장없는 구속(arrest without warrant)이 허용된다. 그러나 경죄사건에 관하여 모든 주에서는 영장없는 구속(arrest without warrant)에 관한 경찰권한을 허용하는 예외규정을 대폭 확대해 왔다. 또한 다수의 주에서 시민구속(citizen's arrests)은 보통법(common law)에 근거하여 인정되어 왔으나, 중죄 또는 질서위반(a breach of the peace)과 관련된 경죄가 범해졌다고 믿을 만한 상당한 이유를 가진 경우에도 한정된다.

3. 일반적 요건으로서 상당한 이유(Probable cause)

영장구속(arrest with warrant)의 경우 법관 또는 치안판사가 영장발부시 상당한 이유의 여부를 판단하며, 공판절차 및 공판이후단계에서 그 여부를 재심리할 수 있다. 영장없는 구속(arrest)의 경우 구속(arrest)시 경찰관이 상당한 이유의 존부를 판단하며, 구속(arrest)이후 및 공판절차단계에서 법관 또는 치안판사에 의해 그 여부가 심리될 수 있다.

4. 특별요건

영장은 반드시 “중립적이고 이해관계로부터 자유로운”(neutral and detached) 치안판사에 의해 발부되어야 한다. 이는 영장발부자가 사안과 관련하여 경찰 또는 검사의 입장에 치우쳐서는 아니됨(not unalterably

aligned with the police or prosecutor's position)을 의미한다. 따라서 영장 발부에 따라 수수료를 수령하거나, 수색절차에 참여한 치안판사나, 책임수사관 내지 검사는 영장을 발부할 수 없다. 일부의 경우 실정법상 권한이 부여된 행정관이 영장을 발부하기도 한다. 이러한 경우 영장발부자는 법관 또는 치안판사의 자격을 요하지 아니한다.

5. 구속영장(arrest warrant)을 대신하여, 경찰소환(citation), 출두요구서(appearance ticket), 구속영장(capias), 소환장(summons), 구인장(bench warrant)이 발부될 수도 있다. 이들은 대체로 중범죄 이외의 사건에서 활용되며, 구속(arrest)인원을 크게 줄이게 된다.

C. 경찰입건 (Booking)

입건은 경찰 사건기록부(police blotter) 또는 구속대장(arrest book)에 피의자의 성명, 구속(arrest)일시와 혐의범죄의 내용을 기입하는 것이다. 혐의범죄가 중한 경우 피의자의 사진촬영과 지문채취가 이루어질 수 있다. 경미범죄의 경우 피의자는 보석금을 납부하고 지정기일에 공판정에 출석할 것을 서약하여 경찰보석(stationhouse bail)으로 석방될 수 있다. 반면 중한 범죄의 경우 피구속자(arrestee)는 치안판사의 보석결정이 있을 때까지 구금시설 내지 유치장에 구금된다.

D. 구속후 수사 (Post-arrest Investigation)

경찰 또는 여타 수사기관은 필요한 경우 피의자에 대한 추가증거확보를 위해 수사를 계속할 수 있다. 여기에는 피의자 및 피해자에 대한 면담을

비롯해 피의자신원확인정렬 (lineups), 피의자확인대질(show-ups), 사진신원확인(photographic identification)이 포함된다. 또한 적절한 경우 유전자검사(DNA testing)도 포함되는 바, 현재 피의자확인을 위해 수사기관에서 활용하는 가장 강력한 수단으로 여겨지고 있다. 거짓말탐지기 조사(polygraph examination)도 활용된다.

E. 형사고발의 결정 (Decision to Charge)

피의자에 대한 형사고발 여부의 결정은 다음의 네 단계 심사절차(screening procedure)를 거쳐 내려진다. (1) 수사관의 구속(arrest) 및 형사고발 결정, (2) 형사고발제기전 경찰심사, (3) 형사고발제기전 검찰심사, (4) 제기후 검찰심사.³⁾

F. 형사고발 (Filing the Complaint)

형사고발의 제기는 형사고발장(a complaint), 검사기소장(an information), 배심기소장(an indictment)을 통해 이루어진다. 형사고발장이나 검사기소장은 경미사안에 있어서 형사고소서면(charging document)을 의미한다. 기소배심(grand jury)제도를 유지하는 주에서 형사고소서면은 배심기소장이라 지칭된다. 피의자는 형사고발, 검사기소, 배심기소가 제기됨으로써 공식적으로 피고인(defendant)이 된다.

G. 치안판사의 구속심사 (Magistrate Review of the Arrest)

영장없는 구속(arrest without a warrant)후 피고인이 구금유치된 경우

3) LaFave, et. al, *Criminal Procedure*, 제4판

(in custody), 치안판사는 구금을 지속할 상당한 이유(probable cause)여부에 대해 판단할 수 있다. 이 절차에서도 치안판사는 서면자료 심사만을 해야 하며, 피의자를 직접 불러서 신문할 수 없다. 즉 일방적 절차(ex parte)이다. 치안판사는 경찰과 검사가 수집한 증거에 근거해 형사고발장 내지 검사기소장을 심사한다.

H. 최초법정출석 (First Appearance)

이 절차는 공판전출두(preliminary appearance), 최초출석(initial presentment), 공판전인부(preliminary arraignment), 영장인부(arraignment on the warrant) 또는 형사고발인부(arraignment on the complaint)로도 지칭된다. 대부분의 주에서 피구속자(an arrested person)를 반드시 ‘불필요한 지체없이’(without unnecessary delay) 치안판사에게 출두시키도록 법정하고 있다. 최초법정출두까지 구금(detention)할 수 있는 시한은 주마다 다르다. 일부 주에서는 최대 6시간까지 가능하며, 여타 주에서는 최대 48시간까지 허용하기도 한다. 이에 대한 확립된 해석은 없으나, 연방대법원은 (주말 및 공휴일을 포함한) 48시간이내의 피의자구금(detention of a suspect)은 합리적인(reasonable) 처분으로 추정된다고 판시하였다. 상당한 이유에 기한 구금이 48시간을 초과하는 경우, 그 상당성(reasonableness)에 대한 입증책임(burden of proof)은 경찰에 지워진다. 반면 상당한 이유에 기한 구금이 48시간 이내인 경우에도 불필요한 지체(unnecessary delay)가 있을 수 있으나, 피의자가 조기석방될 수 있었음에 대한 입증책임은 피의자에게로 전환된다. 다수의 경미범죄(minor offenses) 사건들은 최초출두시 유죄답변(guilty plea), 유죄답변협상(plea negotiation) 내지 무죄석방(acquittal) 처분을 거쳐 종결된다. 피고인(defendant)이 무죄를 주장하는 경우, 공판기

일(trial date)이 지정된다.

I. 예비심리 (Preliminary Hearing)

예비심리의 주된 목적은 피고인에 대한 형사고발(charge)에 상당한 이유 (probable cause)가 있는지의 여부를 판단하는데 있다. 상당한 이유가 부재하는 경우 형사고발은 기각된다. 예비심리는 공판과 유사하나, 그 목적이 더 제한적이며, 그리고 심리담당 치안판사(hearing magistrate)는 대체로 공판주재 법관이 아니다. 예비심리 (일부 주에서는 예비심사 (preliminary examination)라고 칭한다)는 일반적으로 피고인이 검사측이 확보한 증거내용과 기소내용의 경중에 대해 알 수 있는 최초의 공식적 기회가 된다. 검사는 상당한 이유를 입증하기 위해 증거를 제출해야 하지만, 반드시 확보된 모든 증거를 제출해야 하는 것은 아니다. 피고인은 예비심리를 포기할 수 있으며, 일체의 증거제출을 거부할 수도 있다.

J. 기소배심 심의(Grand Jury Review)

50개주 중 18개 주만이 일반적으로 중죄(felonies) 사건과 관련하여, 기소배심(대배심)에 의한 기소(grand jury indictments)를 규정하고 있으며, 이중 다수의 주가 경죄(misdemeanor cases)관련 기소배심여부에 대해서는 검사에게 선택케 한다. 그 밖의 대다수 주에서는 사안의 기소여부심의를 위해 기소배심을 활용하지 않고 있다. 기소배심의 주된 목적은 공판개시에 충분한 증거여부를 판단하는 데 있다. 따라서 검사의 기소재량(prosecutorial discretion)에 대한 일종의 통제기능을 하게 된다. 기소배심은 비공개심리를 통해 검사가 제출한 증거만을 심의한다. 기소배심절차에

서 피고인에게 보장된 헌법적 권리는 없다. 검사가 기소배심에 제기한 대부분의 사안이 정식기소(indictment)로 이어지기 때문에, 기소배심은 검사의 고무도장(rubber stamp)에 불과하다는 비판도 있다.

K. 배심기소 및 검사기소(Filing The Indictment Or Complaint, Or Information)

앞에서 언급된바, 기소배심이 형사고소내용을 인정하면 이를 배심기소(indictment)라 한다. 검사가 기소배심절차를 거치지 아니하고 형사고소한 경우 이를 검사기소(information)라 한다. 이로써 형사고소(charges)는 법원에 제기되며, 공판이 진행된다.

II. 형사사법절차의 기본목표⁴⁾

- 실체법의 실현 (Implementing the Enforcement of Substantive Law)
- 진실의 발견 (Discovery of the Truth)
- 당사자주의적 재판 (Adversary Adjudication)
- 검사의 입증부담 (Accusatorial Burdens)
- 오판의 최소화 (Minimizing Erroneous Convictions)
- 고소와 소송부담의 최소화 (Minimizing the Burdens of Accusation and Litigation)
- 국민참여 보장 (Providing Lay Participation)

4) LaFave, et. al, *Criminal Procedure*, 제4판

- 개인의 존엄성 존중 (Respecting the Dignity of the Individual)
- 공정성의 유지 (Maintaining the Appearance of Fairness)
- 절차 적용에서의 평등실현 (Achieving Equality in the Application Process)
- 범죄피해자에 대한 배려 (Addressing the Concerns of the Victim)

Ⅲ. 미국의 범죄자처리절차에 영향을 미치는 기타 요소들

A. 연방제정부 (Federal Form Of Government)

미국정부는 연방제형식을 취하며, 이는 수도 워싱턴(Washington, DC)에 중앙정부가, 각 50개 주마다 주정부가 존재함을 의미한다. 연방 및 주정부의 존재는 헌법상 보장되어 있다. 연방제 정부형태는 형사법 및 형사절차에 있어 다음과 같은 의미를 가진다.

(1) 미국 내에는 실질적으로 (연방 및 주정부로부터 독립된 지위를 갖는 콜롬비아 행정특별구(District of Columbia)를 포함한) 52개의 상이한 형사법과 형사절차가 존재한다. (2) 연방헌법은 최소한의 헌법적 기본권(minimum constitutional rights)을 규정하고 있다. 그러나 (3) 주헌법 및 법률은 연방헌법상 규정된 최소한의 기본권 내용을 확대할 수는 있어도 제한할 수는 없다. 따라서 일부 주의 형사피의자는 다른 주의 형사피의자에 비해 더 많은 권리를 향유할 수는 있어도, 미국내 모든 형사피의자들에게 헌법적 기본권(basic constitutional rights)은 동일하게 보장된다.

B. 경찰, 검찰, 법관의 광범한 재량 (Wide Discretion Given To The Police, Prosecutors, And Judges)

법집행에 있어 경찰은 광범한 재량권(discretion)을 가진다. 여기에는 구속(arrest) 하거나 구속(arrest)대신 소환(citation)할 권한, 피의자를 석방하거나 형사고발 (charge)할 권한, 구속된(arrested) 피의자에게 수갑을 채울지의 여부를 결정할 권한, 형사고발(charge)의 죄명을 특정할 권한, 자진출석서약조건부석방(release on personal recognizance)의 권한이 포함된다.

검사는 미국형사사법구성원 중에서 가장 많은 재량권을 행사한다. 검사는 오직 자신을 선출한 국민에 대해서만 책임을 진다. 검사재량권(prosecutorial discretion)의 정도는 다음과 같다. 즉 검사는 상당한 이유(probable cause)의 존재여부와 무관하게 어떠한 죄명으로도 피의자를 기소(charge)할 수 있으며, 검사는 범행에 대한 증거의 경중과 무관하게 피의자에 대한 특정죄명으로의 기소를 거부할 수도 있다. “검사는 마음만 먹으면 햄샌드위치도 정식기소할 수 있다”(A prosecutor can indict a ham sandwich)라는 말이 형사변호인들 사이에 흔히 이야기 된다. 국민의 투표권이나 임명권자의 권한 이외에는 검사의 막중한 재량권행사에 책임을 물을 길이 없다.

C. 주 정부 관심사로서의 치안과 사법행정(Policing And The Administration Of Justice Are Mainly Local Concerns)

국가안보는 주로 연방차원의 문제이나, 법집행과 사법행정은 연방헌법과 주법의 테두리 안에서 궁극적으로 주 정부차원의 문제다. 이는 치안 방식과 사법의 질(quality of justice)은 주법과 연방헌법에 반하지 않는 범위에서 주 정부 실무관행(local practices)에 따라 지역마다 상이할 수 있음을 의미한다. 주(州)관할 내에서도 지역마다 관련절차상 차이가 있을 수 있다.

IV. 미국의 인신구속제도(The United States Arrest System)

A. 미국의 형사절차법상 수사기관(즉 법원이 아닌 경찰 혹은 검찰)이 범죄수사를 목적으로 피의자를 구금할 수 있는 제도로서는 arrest(구속)가 유일한 수단인가?

arrest(구속)는 미국에서 유죄평결(conviction) 이전단계까지 수사기관이 일정기간 피의자를 구금할 수 있는 유일한 제도입니다. 형사절차에 있어서 개인은 arrest에 의하지 아니하고는 자신의 의사에 반해 구금(in custody)될 수 없습니다. 따라서 경찰 또는 검찰이 arrest로 여기지 아니하였다 하더라도, 불합리한 기간동안의 구금(detention for an unreasonable length of time)이라면 역시 arrest로 간주됩니다. 수사기관의 의도가 아니라, 개인의 자유에 대한 불합리한 제한(unreasonable limitation on a person's freedom) 사실이 해당 개인이 arrest상태(under arrest)에 있는지의 여부를 결정하게 됩니다.

오로지 수사의 목적 만으로서는 개인이 arrest(구속)되지는 아니합니다. 미국에서 어떠한 실무관행이나 절차도 경찰 또는 검찰의 권한으로 단지 수사를 위해 피의자를 구금하는 일은 허용되지 아니합니다. 경찰 또는 치안판사가 범죄사실과 피의자의 범행사실을 인정할만한 상당한 이유(probable cause)가 존재한다고 인정했을 경우 arrest(구속)가 집행됩니다. 이로써 피의자는 구금되고 형사범죄에 대해 이후 심문을 받게 되는 것이지, 경찰로 하여금 수사만을 진행할 수 있게 하기 위한 목적은 아닌 것입니다.

개인은 불합리한, 합리적이지 않은 기간동안(an unreasonable length of time) 구금되어서는 안 됩니다. 각 주마다 허용된 구금시한(time for allowable detention)은 다르지만, 일반적으로 주법(state law) 내지 기관정

책에 따라 6시간에서 48시간 이내입니다. 구금(detention)은 수사에 따른 arrest(구속)의 결과이기도 합니다. 다만 종종 피의자가 arrest(구속)되어 구금된 이후에도 수사가 진행됩니다. 이는 기소(prosecution)를 목적으로 피의자에 대한 증거를 보강하기 위해 행해집니다. 예컨대 피의자는 구금상태에서 신원확인을 위한 정렬(police line-up)를 행하거나, 신문을 받게 됩니다만, 이러한 수사는 피의자가 구금상태가 아닌 경우에도, arrest(구속) 이전에도 행해질 수 있습니다. arrest(구속)의 경우 상당한 이유(probable cause)만 있으면 구속이 정당화되고, 구속수사가 계속되겠지만, 유죄판결(conviction)을 위해서는 보다 높은 정도의 확실성(certainty) [즉 합리적 의심없는 유죄인정(guilt beyond reasonable doubt)]이 요구되기 됩니다.

구금(detention)은 영장에 의한 arrest 또는 영장없는 arrest(arrest with or without warrant)의 결과로서 피의자가 보석(bail)요건에 해당하지 아니하거나 보석허가가 거부된 경우입니다. 일반적으로 피고인(defendant)의 경우 법정에 출석하지 않을 가능성이 높은 경우 또는 지역사회에 위협을 초래할 수 있는 경우(danger to the community) 보석이 불허됩니다. 피구금자(detinees)는 피고인중 소수에 불과합니다. 대부분의 피고인들은 보석 또는 공판정 출석을 합리적으로 보장할 수 있는 절차를 통해 석방됩니다.

B. 미국에서 구속영장(Arrest Warrant)발부는 구속전에 피의자를 신문할 수 없는, 일방적 절차(Ex Parte Procedure)인가?

그렇습니다. 영장발부는 일방적 절차(ex parte procedure)입니다. 구속영장(arrests warrants)은 심리절차(hearing)나 피의자의 진술기회 부여없이 치안판사 또는 법관에 의해 발부됩니다. 상당한 이유(probable cause)판단에 기한 영장발부는 오직 고발인(complainant), 경찰, 검사가 법관에 제출한 증거에 근거해 이루어집니다.

치안판사나 법관은 구속영장(arrest warrant) 청구대상인 피의자에 대해 법정에 소환(subpoena)하여 신문하지 않을 뿐더러 소환하여 신문할 권한이 없습니다. 일부 관할에서는, 치안판사의 이 같은 법정소환은 부당한 조치가 됩니다. 경찰 내지 검찰이 제출한 증거에 기해 상당한 이유(probable cause)가 있다고 판단한 치안판사는 영장을 발부하게 됩니다. 이러한 일방적 절차(ex parte proceeding)를 둔 이유는 다음과 같습니다. (1) 법원결정으로서 영장발부는 형사사법 절차에 있어 핵심적 조치로 여겨지지 않습니다. (2) 미국은 당사자주의 사법체계를 취하고 있어, 법관은 적어도 영장발부단계에서는 양 당사자측이 제출한 증거에 의해서만 판단해야 하는 중립지위(neutral party)에 있기 때문입니다. (3) 영장발부 이전단계에서 법관이 피의자를 심문한다면 피의자의 헌법적 기본권인 자기부죄거부권(constitutional right against self-incrimination)을 침해할 수 있기 때문입니다.

C. 미국에서 구속영장(Arrest Warrant) 발부요건은 무엇인가?

미국연방 수정헌법 제4조에 따르면 “영장은 수색대상장소와 체포, 압수의 대상을 특정하고, 선서 또는 확약에 의해 뒷받침되며, 상당한 이유가 있을 경우에는” 발부해야만 됩니다(no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be search, and the person or things to be seized).

구속영장(arrest warrant) 또는 수색영장(search warrant)의 발부요건은 다음과 같습니다. (1) 상당한 이유(probable cause) (2) (구두 또는 서면에 의한) 선서 또는 확약(affirmation) (3) 수색대상 장소 및 체포대상인 사람, 압수대상인 물품에 대한 특정, (4) 치안판사의 서명.

미국에서 상당한 이유(probable cause)는 다음과 같이 정의됩니다. 즉

단순한 의혹(bare suspicion)의 정도를 넘어서, 판단자의 인식범위내의 사실과 정황이, 상당한 주의(reasonable caution)를 기울인 사람으로 하여금 당해 범죄가 행해졌거나 범행중이라고 믿을 수 있을 정도로 충분한, 상당히 신뢰할 만한 정보(reasonably trustworthy information)를 포함한다면, 상당한 이유가 존재한다는 것입니다. 일상언어로 하자면, 범죄가 행해졌고 피의자가 범행하였다는 개연성이 있을 때 상당한 이유 (probable cause)가 인정됩니다.

원칙적으로 구속(arrest)을 위한 영장은 헌법적 요청은 아닙니다. 대부분의 구속(arrest)은 영장없이 행해집니다. 이러한 경우 경찰관은 먼저 상당한 이유의 여부에 대해 판단을 내립니다. 다만 영장없는 구속(arrests without warrant)의 경우, 사후적으로 치안판사 또는 법관이 구금(detention)을 지속할 상당한 이유(probable cause)의 여부를 심리하게 됩니다.

D. 미국에서는 불구속수사원칙(Non Arrest Investigation Principle)이 일반적인가? 구속 이후에야만 본격적 수사 (Full Scale Investigation)가 이루어지는가?

경찰과 검찰의 본격적 수사(full-scale investigations)는 구속(arrest)전후, 공판과정, 유죄평결이후, 항소절차진행 중에도 이루어질 수 있습니다. 따라서 수사는 지속적 절차입니다. 경찰이나 검찰이 상당한 이유(probable cause)가 인정되지 않는다면, 확보된 증거로써는 합리적 의심없는 유죄인정(guilt beyond reasonable doubt)을 통해 유죄평결(conviction)에 이르게 할 수 없습니다. 충분하지 못하다고 판단할 경우, 수사는 언제든지 종결될 수 있습니다.

대다수의 구속(arrest)이 영장없이 이루어지기 때문에 (중죄이건 경죄이건 경찰관이 범행현장을 목격한 경우처럼), 경찰관의 판단에 합리적 의심 없는 유죄인정(guilt beyond reasonable doubt)과 유죄평결(conviction)을

기대하기에 증거가 충분하지 않은 경우에는 증거보장을 위해 추가수사를 계속하게 됩니다.

요약하자면, 경찰이나 검찰의 수사진행을 위해 구속(arrest)이 언제나 필요한 것은 아닙니다. 수사진행에 있어서 구속(arrest)은 중한 의미를 갖는 것은 아니라 하겠습니다.

E. 상당한 이유(probable cause)가 인정된다면 치안판사나 법관은 의무적으로 구속영장(Arrest Warrant)을 발부해야 하는가?

일반적으로 그렇습니다. 다만 현실적으로는 이를 의무로 강제하기는 어렵습니다. 치안판사나 법관의 영장발부 거부는 상당한 이유(probable cause)라는 용어가 주관적이기 때문에 용이할 수 있습니다. 즉 어떤 치안판사에게는 상당한 이유가 다른 치안판사에게는 상당한 이유로 판단되지 않을 수 있다는 의미입니다. 하지만 그렇게 부정적으로 볼 것만은 아닌 것이, 복수의 치안판사나 법관이 주재하는 법원에서, 특정 치안판사나 법관이 영장발부를 거부하는 경우, 경찰은 단지 영장을 발부할 만한 다른 치안판사나 법관에게 영장을 신청하면 되기 때문입니다. 이는 치안판사선별(magistrate shopping)이라고 알려져 있으며, 허용됩니다. 영장발부거부를 이유로 치안판사나 법관이 징계대상이 되는 경우는 드뭅니다. 반면 상당한 이유가 인정될 수 없음이 분명한데도 불구하고 영장을 발부한 치안판사나 법관은 어떠한 형사책임이나 민사책임도 지지 않습니다.

F. 미국에서 피의자를 구속(arrest)하는 사실상의 근거(De Facto Basis)는 무엇인가?

미국에서 피의자를 구속(arrest)할 수 있는 유일한 근거는 피의자의 범행사실을 인정할 만한 상당한 이유(probable cause)의 존재입니다. 경찰이

나 검찰이 본격적 수사개시의 목적만으로는 구속(arrest)할 수 없습니다. 다만 기소(prosecution)를 위해서도 구속(arrest)이 반드시 요청되는 것은 아닙니다. 형사고발된 피의자가 공판전이나 공판진행과정, 심지어 유죄평결이후 항소중에도 사회내에서 자유롭게 생활하는 경우도 많습니다. 구속(arrest)이후 피의자는 입건(booked)후 석방조치되거나, 공판정출석을 서약하기만 하면 구속(arrest)없이 석방되기도 합니다. 따라서 대다수 공판이 구속(arrest)에 기해 이루어지지만, 모든 피고인들이 공판절차중 구금(detention)되거나 구속(arrest)되지는 아니합니다. 일부의 경우 구속(arrest)이후에만 입건(booking)이 진행되기 때문에 입건되지 않은 피고인도 있게 됩니다. 공판전 구속(arrest before trial)은 예외적인 경우입니다.

G. 미국에서 무죄추정(Presumption of Innocence)이 의미하는 바는 무엇인가?

미국에서의 무죄추정(presumption of innocence)개념에 대해서는 블랙법률사전(Black's Law Dictionary)의 정의가 대표적입니다. 사전에 따르면, 무죄추정은 “형사법에서 신성시되는 원칙으로서 국가가 당해 범죄의 모든 요소에 대해 합리적 의심없는(beyond a reasonable doubt) 입증의 부담을 지며, 피고는 자신의 결백을 입증할 부담을 지지 않는다는 원칙이다. 무죄추정은 국가가 합리적인 의심없는 유죄입증의 부담을 지지 않는 한, 누구도 유죄평결을 받지 않는다는 원칙을 의미하지만, 정식기소(indictment)에 부가될 어떠한 중요성도 가질 수 없다는 의미는 아니다 ”라고 합니다.

다만 흥미로운 점은 형사기소에 있어서 피고인(accused)이 ‘결백’(innocent)하다고 인정되지는 않는다는 것입니다. 단지 ‘죄없음’(not guilty)을 인정받을 뿐이며, 이는 법적으로 피고인이 실제 범행을 했다하더라도, 국가가 합리적 의심없는 유죄(guilt beyond reasonable doubt)입증을 하지

못했음을 의미합니다. 다수의 배심원들은 공판 종료후 피고인의 범행사실을 확신하였으나, 검사가 합리적 의심없는 입증을 하지 못했다고 증언합니다. 법적 관점에서 볼 때, 형사사건에서 유죄(guilt)나 무죄(innocent)는 정반대의 개념이 아닙니다. 하지만 시민들은 죄없음(not guilty) 판단을 결백(innocence)과 혼동합니다. 피고인측에서는 시민들에게 결백(innocence)으로 인식되는 것을 더 선호하기 마련입니다.

H. 무죄추정(Presumption of Innocence)은 공판전단계에서도 적용되는가?

미국에서도 논란이 되고 있는 주제이며, 무죄추정이라는 개념의 해석에 달려있습니다. 앞에서 언급한 법률적 정의는 명백히 무죄추정은 공판절차에 한해 적용되며 따라서 증거법칙(rule of evidence)이라 규정하고 있습니다. 미국법조계는 일반적으로 이렇게 이해하고 있으며, 일부 법원판결을 통해 재확인되어 왔습니다.

일부에서는 이러한 개념이 법률적 기술적 정의에 불과한 것이며, 따라서 공판이전단계에서부터 모든 형사사법절차에 적용될 수 있다고 해석하기도 합니다. 또 일부에서는 무죄추정이 개인의 사생활과 인간의 존엄(human dignity)을 존중하는 모든 형사사법체계의 기본토대(basic foundations)라 주장하기도 합니다. 무엇보다도 무죄추정은 국가로 하여금 개인의 범행사실을 입증할 (반드시 합리적 의심없는 유죄입증까지는 아니더라도) 상당한 증거 없이는 개인의 자유를 존중하고 침해하지 말아야 한다는 요청입니다. 따라서 공판이전단계일지라도 적용될 수 있습니다. 예컨대 모든 구속(arrest)에는 무죄추정을 이유로 상당한 이유(probable cause)가 요청되는 것입니다. 요약하면, ‘무죄추정’에 대해서는 순수하게 법률적인 해석과 확장적 해석이 있는 것으로 보입니다. 미국법원은 법률적 정의를 채택하고 있

으나, 일부에서는 확장적 해석을 택하고 있습니다.

I. 미국에서 피의자구금은 사전구속영장제도(Prior Arrest Warrant System)를 통해서만 가능한가?

아닙니다. 앞서 언급한 바와 같이 구금을 위해 구속영장(arrest warrant)이 반드시 필요한 것은 아닙니다. 대다수의 구속은 영장없이 행해지며, 영장없는 구속(arrest without a warrant)된 경우에도, 경미범죄의 경우 경찰관의 재량으로 석방되거나, 중죄의 경우 소환(citation), 자진출석서약조건부 석방(release on recognizance), 보석(bail)으로 석방되지 않는 한, 구금될 수 있습니다. 혐의가 있는 경우 경찰은 수사를 진행할 수 있습니다. 일단 상당한 이유(probable cause)가 인정되면 구속(arrest)이 집행될 수 있습니다.

J. 미국에서 영장없는 구속(Arrest without a Warrant)이 일반적으로 이루어지는 이유는 무엇인가?

다음과 같은 이유에서입니다. (1) 필요성 (예를 들어 피의자의 도주로 인한 경찰력의 추가투입을 방지하기 위해서 구속(arrest)은 즉시 이루어 질 필요가 있습니다), (2) 경미범죄에서의 간편성(convenience), 구속 arrest는 상당한 시간과 문서수발을 요합니다), (3) 사회방위 (피의자가 즉시 구속(arrest)되지 아니한다면, 추가범행이 있을 수 있습니다), (4) 피의자의 신병을 확보함으로 적절한 절차를 거쳐 사회에 대가를 치르게 해야 하기 때문입니다. (5) 미국에서 대다수의 구속(arrest)은 간편한 석방절차규정이 마련되어 있는 경한 범죄(non-serious offenses)에 대해 집행되기 때문입니다.

일반적으로 영장없는 구속(warrantless arrests)은 다음과 같은 경우 집행될 수 있습니다.

(1) 경찰관이 범행을 목격한 경우, (2) 피의자를 즉시 구속(arrest)하지

않고서는 도주의 우려가 있을 경우, (3) 피의자를 즉시 구속(arrest)하지 않고서는 증거를 인멸, 은폐할 우려가 있을 경우, (4) 교통범죄 및 경미범죄와 관련된 사안인 경우, (5) 경찰관이 목격하지 않은 경우라도 범행사실을 인정할 만한 상당한 이유(probable cause)가 있는 경우, (6) 일부 가정폭력(domestic violence) 관련사건의 경우. 미국은 이러한 경우에 구속(arrest)이 집행됩니다. 요약하면, 영장없는 구속(warrantless arrests)은 실정법적 근거가 있는 한 집행될 수 있습니다.

미국 연방대법원은 구금형의 대상이 아닌 교통범죄자(traffic offender)도 구속(arrest)될 수 있다고 판시해 왔습니다(이러한 사안에서 교통범죄의 법정최고형은 벌금 fine에 한정됩니다). 대법원은 설사 유죄평결로 인해 단지 벌금이 부과될 뿐일지라도, 구속(arrest)을 허용할 정당한 근거가 확실하다는 입장입니다.

K. 미국에서 구속영장(Arrest Warrant) 발부권한은 누구에게 있는가?

법관, 치안판사 및 실정법상 권한이 부여된 자는, 당해사안에서 경찰이나 검찰의 입장에 치우치지 않는다는 의미에서 “중립적이고 이해관계로부터 자유로운(neutral and detached) 위치에 있는 한, 구속영장(arrest warrant)을 발부할 수 있습니다. 실정법적 근거가 있는 한”, 지방법원 서기(municipal court clerk)에게 지방조례(municipal ordinance)위반행위에 대해 구속영장(arrest warrant)을 발부할 권한을 인정한 법원의 판례도 있습니다.

L. 미국의 일부 치안판사(magistrate)들은 법학교육을 받지 않았다고 한다. 그렇다면 어떻게 치안판사의 역할을 담당할 수 있는가?

미국에서 치안판사(magistrate)라는 개념은 각 주마다 다른 의미를 가짐

니다. 예컨대 텍사스 주의 경우, 치안판사라 함은 최하급의 치안판사 (Justice of the Peace)(치안판사의 경우 대체로 법학교육을 이수하지 않은 경우입니다)로부터 주대법관(주대법관은 전원 법학교육을 이수했습니다)에 이르는 모든 사법관(judicial officer)을 의미합니다. 일부 공무원도 특정분야에서 일정한 치안판사기능을 수행하기도 합니다만, 이들을 치안판사(magistrate)라 지칭하지는 않습니다. 치안판사(magistrate)라는 개념은 대체적으로 유동적이어서 개별 주마다의 용례에 달려있습니다.

블랙 법률사전(Black's Law Dictionary)에 따르면 치안판사는 “일반적 의미에서 공무원(public civil officer)의 권한이 부여된 자 또는 행정 내지 사법권한이 부여된 공무원을 의미한다”고 합니다. 치안판사의 자격요건에 관하여는 개별 주마다 다르지만, 법학교육을 이수하지 않은 치안판사는 드물지 않습니다. 하지만 대도시지역에서는 치안판사들이 필수적 요건은 아니지만 법학교육을 이수한 자들이며, 반면 소규모지역이나 주에서는 대체적으로 치안판사들이 법학교육을 이수하지 않았습니다. 미국에서 법률가의 수요공급에 비추어 보면 그런대로 기능하는 것입니다.

법학교육을 받지 아니한 치안판사들이 어떻게 영장을 발부할 수 있는지에 대하여는 세 가지 설명이 가능합니다.

첫째, 미국 연방대법원은 1949년 *Brinegar v. U.S.* 판결에서 “상당한 이유(probable cause)에 관해 판단하는데 있어서…본 법원은 개연성(probabilities)을 다룬다. 이는 기술적 (technical)문제가 아닌데, 왜냐하면 법률기술자(legal technicians)가 아닌 합리적이고 신중한(reasonable and prudent) 사람으로서 행동할 때 근거를 두는 일상생활에서의 사실적, 실용적 고려(factual and practical consideration)이기 때문이다”라고 판시하였습니다. 또 다른 사안인 1975년 *Gerstein v. Pugh* 판결에서는 “비정형적, 정식절차가 아닌 절차(informal procedure)의 활용은 상당한 이유판단

(probable cause determination)의 비중적은 결과뿐만 아니라, 판단(determination) 그 자체의 본질에 의해서도 정당화된다. 상당한 이유판단에는 합리적 의심기준(reasonable doubt) 또는 증거의 우월기준(preponderance standard)이 요구하는 증거인정의 섬세한 결정을 요하지 않을 뿐더러, 신빙성판단(credibility determinations)은 합리적 의심없는 유죄인정(reasonable belief in guilty)의 여부를 판단하는데 있어서는 거의 중요하지 않다”고 판시하였습니다. 같은 판결에서 법원은 “상당한 이유판단(probable cause determination)의 제한된 기능과 그 비당사자주의적 성격(non-adversary character)으로 인해 기소절차에 있어서 법률전문가(appointed counsel)가 요구되는 ‘핵심단계’(critical stage)는 아니다.”라고 판시하였습니다. 간단히 말해서, 미국 연방대법원은 사법일선에서 복무하는 치안판사에게 법학교육이수가 필수적 자격이라고 보지 않습니다. 흥미롭게도 미국헌법도 연방대법관을 비롯한 모든 법관임명에 대해 법학교육이수를 자격요건으로 특정하지 않고 있습니다. 현재로서는 상상하기 어렵지만, 전혀 법학교육을 이수하지 않은 자도 연방대법관에 임명될 수가 있는 것입니다.

둘째, 형사사법절차의 기본목표중의 하나는 위에서 언급한데로, 국민의 참여(lay participation)를 보장하는 것입니다. 미국사법체계는 형사사법절차에서 국민의 참여를 중요시합니다. 그 증거가 바로 비법률가로 이루어지는 기소배심과 공판절차에서의 배심입니다. 미국인들 사이에 널리 퍼진 믿음은 ‘법률가의 손에만 맡겨 두기에는 사법은 너무도 중요한 문제(Justice is too important of a concern to be left solely in the hands of lawyers)’이며, 시민(members of the community)들이 내린 결정을 통해 최선의 정의가 실현될 수 있다는 것입니다. 이는 미국이라는 나라를 특징지우는 만민평등주의적(egalitarian), 민주적 전통의 일부라 할 수 있습니다. 최근 유

행하는 책의 제목을 빌어서 말하자면, ‘미국의 사법은 평평하다Justice in the United States is flat’라고, 또는 적어도 미국의 사법은 마치 높낮이를 골라 평평해진 운동장과도 같다고 말할 수 있겠습니다(Thomas Friedman의 신작 *The World is Flat: A Brief History of the Twenty First Century*에서 빌려 옴).

셋째, 치안판사는 일단 임용되면 법률연수를 받기 때문에 법률지식을 쌓게 됩니다. 많은 주에서 치안판사는 영장발부를 비롯한 직무를 행하지만, 피고인에게 구금형이 선고될 수 있는 공판심리에는 참여할 수 없습니다. 따라서 치안판사의 역할은 제한적입니다.

M. 미국에서도 불구속재판원칙(Non-Arrest Trial Principle)이 적용되는가?

앞서 언급한 바와 같이, 미국에서 대다수 구속(arrest)은 영장없이 집행되며, 피구속자(arrested)의 대부분이 석방됩니다. 석방은 경찰관의 재량이나, 소환장(citation) 발부, 자진출두서약조건부 석방(release through own recognizance) 또는 보석을 통해 이루어집니다. 따라서 대부분의 공판은 비구금상태에서 진행됩니다. 이는 다음 몇 가지 요소로 설명될 수 있습니다.

첫째, 경미범죄사안은(예컨대 구금형의 대상이 아닌 교통범죄의 경우) 최초공판기일에서 유죄답변(guilty plea), 유죄답변협상(plea bargain), 또는 약식재판(brief trial)으로 종결됩니다. 이는 피고인이 구속(arrest)직후 불필요한 지체(without unnecessary delay)없이 공판정에 출석하게 될 경우입니다. 만일 이 단계에서 사안이 종결되지 않게 되면, 추후 공판기일을 지정하고 대개 피고인은 석방됩니다.

둘째, 대부분의 구금형 대상범죄 관련 사안은 경죄(misdemeanor)로서, 구속(arrest)직후 경찰의 소환장(citations), 법정출석명령(summons) 등의

절차를 통해 석방되지만, 자진하여 공판정에 출석할 것이 요구된 경우입니다. 피의자가 공판정에 출석하지 않을 경우 구속영장(warrant of arrest)이 발부됩니다. 이러한 절차는 다수의 경죄(non-serious offenses)사안을 다룹니다. 중한 범죄일수록, 보석금을 납부할 수 없는 경우를 제외하고는, 구금(detention)상태 하에서 공판이 진행될 가능성이 커집니다.

중죄(serious offenses)의 경우에도 피고인이 공판전단계 또는 공판절차 진행과정에서 구금을 면할 다양한 방법이 있습니다. LaFave, Scott & Israel의 ‘형사소송법’에 따르면 다음과 같은 절차가 있습니다.

(1) 피고인의 보석금납입(posting of cash), (2) 보석보증보험 전문업자(professional bondsperson)로부터의 보석보증서(secured bond)구입, (3) 자진출석서약조건부 석방(release on personal recognizance), (4) 불출석시 위약금납입서약조건부 석방 (사적보증서 ‘unsecured’ personal bond), (5) 비금전적조건부 석방 (피고인의 대인접촉 내지 통행제한), (6) 법원에 보석금일부(일반적으로 보석금의 10%)를 납입후 지정일시 출석시 환급조건부 석방. 이러한 대안적 조치들은 경죄(misdemeanor) 또는 중죄(felony) 사안에 있어 공판전 또는 공판절차진행단계에서 비구금상태에 있도록 해줍니다. 일부 피고인들은 유죄평결이후 항소단계에서도 보석보증석방(free on bond)될 수 있습니다.

N. 미국에서 보석은 헌법적 권리(Constitutional Right)인가?

미국연방 개정헌법 제8조에 따르면 ‘과다한 보석금(excessive bail)을 요구하거나, 과다한 벌금을 부과하거나, 잔혹하고 부적절한(cruel and unusual) 형벌을 과하지 못한다’고 합니다. 미국연방대법원은 보석은 헌법적 권리가 아니라고 사실상 판시해 왔습니다. 이는 구금의 정당한 사유가

있는 한, 일부 피고인에 대해서는 보석이 허용될 필요가 없다는 의미입니다. 하지만 절대다수의 피고인들은 보석 내지 보석이외의 절차로 석방됩니다. 석방비율은 죄질과 기타 범죄요소들에 달려있습니다.

한 연구자에 따르면 보석은 사법부와 의회의 상충되는 이익을 조정하기 위한 노력의 일환이라고 합니다. 보석은 위험관리 (risk management) 기법이기도 합니다. 미국에서 보석이 불허되는 일반적 사유는 다음과 같습니다. (1) 피고인이 공판정에 출석하지 않을 높은 가능성, (2) 사회공동체방위(protection of the community), (3) 증거의 경중, (4) 피고인의 특성, (5) 범죄피해자의 안전(safety of the victim). 법관은 보석허가여부를 판단함에 있어서 피고인의 개별적 정황을 고려합니다. 보석을 허용받지 못한다해서 보석금이 과다하기 때문인 것만은 아닙니다. 보석허가결정에 있어서 자력(financial resources)은 고려사유중의 하나에 불과합니다. 보석금납입능력이 없는 자는 여타 구금의 사유가 있는 한, 구금될 수 있으며 이는 합헌적입니다. 요약하면, 피고인을 구금함으로써 공공의 필요성이 충족될 경우라면 법관이나 치안판사는 보석을 불허할 수 있습니다.

V. 결 론(Concluding Thoughts)

국가와 사회는 자신들의 필요성, 전통과 우선순위를 가장 잘 수용할 수 있는 유형의 형사사법체계를 택하게 된다. 취약점에도 불구하고 미국의 형사사법체계는 미국이라는 나라에 맞게 바람직하게 운영되어 왔으며, 미국 국민들 대다수의 지지를 얻고 있다. 분명 체계의 단점이 존재하며, 결코 비판을 피할 수 없을 것이다. 하지만 대체적으로 미국의 형사사법체계는 훌륭히 기능해 왔으며, 앞으로 큰 개선이 필요치 아닐 것이다.

폭넓고 다양한 국민과 민주적 이상과 만민평등주의원칙의 전통에 따라 구성된 체계로서, 미국의 형사사법체계는 매우 훌륭하게 유지되어 왔다. 이러한 체계 또는 그 일부 특징들이 다른 국가에서도 효과적으로 기능할지의 여부는 가늠하기 어렵다. 특히 민주화와 법치주의(rule of law)라는 세계적 추세의 관점에서 볼 때, 미국의 체계가 효과적으로 기능할지는 미국자체에서도 현재 논의되고 있는 주제다. 많은 부분은 한 나라의 역사와 문화, 우선순위와 국가적 목표(national commitment), 아마도 무엇보다도, 어떤 국민성(national character)이라 할 수 있는 것에 달려 있다.

궁극적으로, 효과적이고 실현가능한 형사사법체계(인신구속 arrest의 문제를 포함해서)는 국민들이 공무원과 의원들을 통해서, 자유롭게 공개적으로, 국가의 문화, 전통유산과 국민성을 가장 잘 구현하고, 강력한 국민적 합의(national consensus)를 반영한 결단을 내림으로써 이루어질 것이다.

인신구속과 무죄추정의 원칙

이진국

형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

한국형사정책연구원

인신구속과 무죄추정원칙

이 진 국*

I. 문제제기

우리나라 헌법 제27조 제4항은, “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다”고 규정하여 무죄추정의 헌법적 지위를 명시하고 있으며 이 원칙은 형사소송법 제275조의2에서도 재차 확인되고 있다. 또한 우리나라가 1990년 4월 10일자로 가입했고 동년 7월 10일자로 발효된 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(International Convention on Civil and Political Rights) 제14조 제2항에서도, “범죄의 혐의를 받는 모든 사람은 법률에 따라 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정 받을 권리를 가진다”고 규정함으로써 무죄추정을 피고인의 기본적 권리로 명시하고 있다.¹⁾

* 한국형사정책연구원 연구위원. 법학박사

- 1) 무죄추정원칙의 역사적 근거에 관해서는 논란이 되고 있다. 예컨대 무죄추정원칙이 영미법계의 고유한 법제도이며 대륙법이 이 원칙을 계수한 것이라고 이해하는 견해도 있다. 예컨대 Detlef Krauss, Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren, in: Müller-Dietz, Heinz(Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Köln u.a., 1971, 154쪽. 심지어 무죄추정원칙이 당사자주의 소송구조를 취하는 국가에서 완전한 의미를 가진다고 이해하기도 한다. 당사자주의 소송구조 하에서만 무죄추정원칙이 요구하는 법관의 완전한 공정성을 확보할 수 있는데 반해 대륙법계의 직권주의 하에서는 법관의 수사활동과 재판권이 결합하여 공정성을 기대하기가 어렵기 때문이라는 것이다. 그러나 오늘날 무죄추정원칙이 1789년 8월 26일 프랑스 인권선언 제9조에서 “모든 사람은 범죄자로 선고될 때까지는 무죄로 추정된다”고 규정한 것에 그 명시적 뿌리를 두고 있다고 이해하는 것이 일반적이다.

선진 외국과는 달리 우리나라 헌법에는 무죄추정원칙이 명시적으로 규정되어 있으며 이로써 헌법적 서열을 차지하고 있기 때문에 이 법원리는 형사소송법의 적용에서 뿐만 아니라 입법의 영역에서도 직접적인 효력을 미치게 된다. 그러므로 무죄추정원칙이 어떠한 규범적 효력을 가지고 있으며, 어느 범위까지 그 효력이 미치는지를 명확하게 밝혀야 한다. 이를 통하여 불명확조항으로서 헌법 제27조 제4항의 적용지침을 도출할 수 있기 때문이다. 이와 관련하여 특히 우리나라의 실무와 학계에서 문제로 되는 분야가 바로 인신구속과 무죄추정원칙간의 관련성이다. 무죄추정원칙이 수사상 강제처분에까지 그 효력범위를 가진다는 점을 긍정하는 경우에는 이 법원리가 구속법의 적용과 개혁에 있어 본질적인 역할을 담당하게 된다.

우리나라 헌법 제27조 제4항은 무죄추정원칙의 수범자를 ‘형사피고인’에 게만 국한시키고 있으며 형사소송법 제275조의2도 동일한 문언내용을 공판준비와 공판절차 부분(제3장 제1절)에서 명시하고 있다. 이 규정내용을 문언에 충실하게 해석해보면 피고인만이 무죄추정권의 향유주체가 된다. 그러나 우리나라의 통설과 판례²⁾는 법률에 반하는 해석(*contra legem*)을 통하여 무죄추정원칙의 적용범위를 수사절차상 피의자에게 까지 확대시키고 있다. 그 이유는, 고도의 범죄혐의가 인정됨을 이유로 공소가 제기되어 유죄판결을 받을 개연성이 더욱 높아진 형사피고인에게 조차 무죄의 추정이 인정된다면 아직 공소제기여부를 결정할 수 있을 정도로 범죄혐의가 높지 않은 형사피의자 및 그 전단계의 단순한 혐의자들에 대해서는 더욱 더 강한 무죄추정이 인정되어야 한다는 논리적 관련성 때문이다.³⁾ 그러나 이러한 형식논리적인 접근 이외에 수사상 강제처분과 무죄추정원칙간의

2) 헌재 1990.11.19. 90헌가48; 1992.1.28. 91헌마111; 1992.4.14. 90헌마82; 1992.4.14. 90헌마82; 1994.4.28. 93헌바26; 1995.7.21. 92헌마144; 1997.5.29. 96헌가17; 1997.6.26. 96헌가8·9·10(병합); 1998.2.27. 96헌마179; 1998.12.24. 94헌바46; 2003.11.27. 2002헌마193

3) 신동운, 무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분, 서울대 법학, 31권3·4호(83·84호), 서울대학교 법학연구소, 1990, 156쪽.

이율배반적인 관계에 관한 상세한 해명은 제시하지 않고 있다. 즉, 현행 형사소송법은 수사기관으로 하여금 피의자의 범죄혐의에 대한 사실상의 추정(즉 사실상 유죄의 추정)에서 출발하게 하면서도, 다른 한편으로는 피의자가 무죄로 추정되어야 한다는 모순관계를 명확하게 설명하여 이로부터 무죄추정원칙의 규범적 내용을 도출하지 않고 있다. 단지 무죄추정원칙의 일차적이고 직접적인 법적 효과로서 불구속수사원칙이 도출되고, 구속수사는 예외로 남아야 한다는 당위성만 도출하고 있을 뿐이다.

무죄추정원칙을 수사상 인신구속에 까지 적용되는 법 원리로 보아야 할 것인지의 여부를 판단함에 있어 논리적인 관점에서의 근거지움만으로는 불충분하다. 오히려 이 문제는 헌법 제27조 제4항의 명시적 규정내용, 적법절차원칙과 무죄추정원칙간의 관계, 무죄추정원칙의 본질, 수사와 범죄혐의간의 이율배반성, 우리나라 수사구조의 특성 등을 종합적·체계적으로 고려하여 판단해야 한다. 이러한 문제의식에서 출발하여 여기서는 우리나라 학설과 판례가 이해하고 있는 무죄추정원칙을 재음미해보고(II), 외국에서의 해석과 실무상 적용과정을 소개(III)한 후, 무죄추정원칙과 인신구속과의 관련성에 관하여 논의(IV)를 전개한 후 결론(V)을 맺을 것이다.

II. 우리나라 학설과 판례의 무죄추정원칙에 관한 이해

우리나라 재판실무에서 무죄추정원칙은 재판규범으로 활용되고 있다.⁴⁾

4) 현재 학설에서는 헌법 제27조 제4항을 근거로 개인이 직접 헌법소원을 제기할 수 있다는 점을 들어 무죄추정원칙이 헌법상의 구체적 기본권으로 이해하는 입장이 있다. 예컨대 김철수, 무죄추정권, 대한변호사협회지, 제70호, 대한변호사협회, 1981. 9, 11쪽; 신동운, 앞의 논문, 154쪽; 신양균, 형사소송법, 대명출판사, 1997, 267쪽; 진계호, 형사소송법, 형설출판사, 117쪽. 한편, 무죄추정원칙을 그 주관적 성격보다는 형사절차를 지배하는 지도적 원칙으로 이해하는 입장도 있다. 예컨대 변종필, 형사소송에서 진실개념,

이러한 무죄추정의 구체적 의미내용에 관해서는 일반적으로 세 가지 범주, 즉 증거법상 무죄추정원칙, 인신구속의 제한원리로서 무죄추정원칙, 형사 절차상 불이익처우 금지의 기초로서 무죄추정원칙으로 나누어서 논의가 전개되고 있다.

1. 증거법상 무죄추정원칙

증거법의 영역에서 무죄추정원칙은 입증책임의 소재를 정하는 규칙임과 동시에 ‘합리적 의심이 없을 정도’(beyond resonable doubt)의 유죄의 확신이라는 입증의 정도에 관한 소송법상의 규칙이다. 오늘날 무죄추정원칙이 입증책임의 소재나 입증의 정도에 관한 규칙이라는 점에서 대해서는 거의 이의를 제기하지 않는다. 그러나 무죄추정원칙의 핵심적 내용으로 간주되고 있는 ‘의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로’(in dubio pro reo)의 구체적 의미와 무죄추정원칙과의 관련성에 관해서는 논란이 있다.

in dubio pro reo에 관한 우리나라 통설은 이 법리를 무죄추정원칙과 거의 동의어로 이해하고 있다. 피고인에 대한 유죄의 실체판결을 하려면 법원은 증거에 의하여 합리적 의심이 없을 정도로 강하게 공소사실에 대하여 심증을 형성해야 하고, 증거자료를 판단한 결과 여전히 합리적 의심의 여지가 남는 경우에는 in dubio pro reo의 원칙에 따라서 피고인에게 무죄판결을 선고해야 한다는 것이다.⁵⁾ 이러한 이해방식에 따르면 무죄추정원

고려대학교 대학원 박사학위논문, 1996, 222쪽; 신현주, 형사소송법, 신정 2판, 박영사, 2002, 138쪽; 이재상, 형사소송법, 제6판, 박영사, 102쪽; 정동욱, 무죄의 추정, 16권 11호, 고시연구사, 1989, 149쪽. 한편 헌법재판소는 헌법 제27조 제4항의 규범내용을 기본권으로 이해하면서도, 형사절차의 전 과정을 지배하는 원리로 이해하기도 한다. 예컨대 현재 2003.11.27. 2002헌마193; 1992.1.28. 91헌마111; 1995.7.21. 92헌마144; 또한 헌법재판소는 무죄추정의 용어표현과 관련하여 무죄추정의 ‘원칙’이라는 개념을 사용하고 있으며 무죄추정권과 무죄추정원칙을 혼용하여 표현하기도 한다. 예를 들어, 현재 2003.11.27. 2002헌마193에서는 무죄추정원칙과 무죄추정권을 혼용해서 표현하고 있다.

5) 예컨대 신동운, 형사소송법 I, 제2판, 법문사, 1997, 570-571쪽; 이재상, 앞의 책, 108쪽.

칙과 in dubio pro reo 법리 간에는 일정한 접점이 존재한다. 그러나 이 두 가지 원칙은 그 본질이나 적용범위와 관련하여 무시할 수 없는 차이를 보이고 있다.

우선 본질의 측면에서 보면, in dubio pro reo의 법리는 가벌성에 관한 실체법적 요건의 존재가 입증되지도 않았을 뿐만 아니라 그 요건의 부존재도 입증되지 아니한 경우, 즉 입증불명(non liquet)의 상태에 있는 경우에 법원으로 하여금 ‘피고인에게 유리하게’ 판단하도록 하는 판단규칙을 의미한다. 유죄판결의 필수적인 조건이 피고인의 책임에 대한 법관의 확신이라는 규범적 명제로부터 법관이 피고인의 책임에 대하여 확신을 가지지 못한 경우에는 유죄판결을 선고해서는 안 되기 때문이다. 이 점에서 법관의 판단법칙으로서 in dubio pro reo의 법리는 형법상의 책임주의에 이면에 속하는 것인 반면, 무죄추정원칙은 소송법상의 지도원리라 할 수 있다. 적용범위와 관련해서는, 무죄추정원칙이 법관의 심증형성 시까지만 의미를 가지는데 반해, in dubio pro reo의 법리는 심증형성이후에 그것도 입증불명이 명확한 상태에서만 효력을 발한다고 보아야 한다. 즉, 무죄추정원칙은 재판절차에서 사실관계에 관한 재구성이 종료될 때까지 효과를 가지는 반면, in dubio pro reo 법리는 이러한 사실관계의 재구성이 종료된 이후에 가벌성에 관한 요건의 존재와 부존재가 불명확한 상황에서만 적용된다.

우리나라 학설에서는 일반적으로 in dubio pro reo 법리의 법적 효과를 ‘무죄’로 이해하고 있다. 그렇지만 in dubio pro reo 법리는 입증불명의 상황에서 피고인에게 ‘유리한 법효과’(pro reo)가 발생해야 한다는 것을 의미하는 것이지 의심스러운 상황에서 항상 무죄판결로 이어진다는 것을 말하는 것은 아니다. 무죄판결이 선고되어야 하는 사례로는 법원이 피고사건에 관하여 입증불명의 상황에 봉착한 경우에 공소가 제기된 사실관계와 다른 사실관계(예컨대 보다 경미한 사실관계)조차도 인정할 수 없어서 피고인

이 불가벌이라는 결론에 이른 경우이다. 피고사건에 관하여 심리한 결과 다른 사안으로 변경될 수 있는 경우에는 관련되는 형벌법규나 범죄유형간의 서열관계가 존재하는지 검토해 보아야 하고, 이러한 서열관계가 확정된 경우에는 그 중에서 경한 사실관계로 처벌해야 한다.

2. 인신구속의 제한원리

통설은 무죄추정이 인신구속의 제한원리가 된다는 전제에서 피의자에 대한 수사와 피고인에 대한 재판은 원칙적으로 불구속으로 행해져야 하며, 구속은 도주 및 증거인멸의 우려가 있는 경우에 예외적으로 허용되어야 한다는 점을 강조한다.⁶⁾ 개별적인 근거를 보면, 무죄추정원칙으로부터 구속피의자·피고인의 형사보상청구권이 인정된다거나,⁷⁾ 무죄추정원칙으로부터 구속이 최후수단으로 사용될 때에만 정당화되고,⁸⁾ 현행법상의 임의 수사원칙(제199조 제1항)이나 구속요건의 제한 등이 모두 무죄추정원칙을 그 이념적 기초로 하고 있으며,⁹⁾ 미결구금일수의 본형산입 및 구속된 피의자·피고인에 대한 접견교통권의 보장도 무죄추정원칙에서 연원¹⁰⁾하는 것으로 이해하고 있다.

그러나 불구속수사의 원칙을 무죄추정원칙의 내용에 포함시키는 것은 무죄추정원칙에 대한 오해에서 비롯되었다는 소수설¹¹⁾도 있다. 이 소수설은, 무죄추정원칙은 유죄확정 이전에 유죄확정자로서의 처우를 금하는 것이지 유죄확정 전에 전혀 불이익을 줄 수 없다는 것은 아니라는 점에서

6) 신동운, 형사소송법 I, 572쪽; 이재상, 앞의 책, 104쪽; 정동욱, 앞의 논문, 147쪽; 차용석 외 3인 공저, 주석 형사소송법(III), 제3판, 한국사법행정학회, 1999, 82쪽.

7) 신동운, 형사소송법 I, 573쪽.

8) 이재상, 앞의 책, 104쪽.

9) 차용석 외 3인 공저, 앞의 책, 82쪽.

10) 정동욱, 앞의 논문, 147쪽.

11) 신현주, 앞의 책, 137쪽.

출발하면서 강제처분은 형사절차의 운영을 위하여 당연히 요구되는 합당한 목적을 위하여 존재하는 것이지 무죄추정원칙이 금지하는 유죄확정전의 처벌의 금지 또는 적정절차원칙에서 요구하는 부당한 처벌금지에 해당하지 않는다고 이해하고 있다.

한편, 헌법재판소 판례는 통설과 마찬가지로 무죄추정원칙에서 불구속수사의 원칙을 도출하고 있다. 헌법재판소는, “...무죄추정의 원칙은 증거법에 국한된 원칙이 아니라 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전 과정을 지배하는 지도원리로서 인신의 구속 자체를 제한하는 원리로 작용한다. 신체의 자유를 최대한으로 보장하려는 헌법정신 특히 무죄추정의 원칙으로 인하여 수사와 재판은 불구속을 원칙으로 한다...그러므로 구속은 예외적으로 구속 이외의 방법에 의하여서는 범죄에 대한 효과적인 투쟁이 불가능하여 형사소송의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에 한하여 최후의 수단으로만 사용되어야 하며 구속수사 또는 구속재판이 허용될 경우라도 그 구속기간은 가능한 한 최소한에 그쳐야 하는 것이다...”라고 판시함으로써 무죄추정원칙이 구속에 적용된다는 점을 분명하게 확인하고 있다.¹²⁾

그 밖에 우리나라 학설과 판례는 무죄추정원칙이 미결구금에도 적용된다는 점에 일치하고 있다. 무죄추정원칙에 비추어 볼 때 구속피의자·피고인은 가능한 한 사회 일반인과 동일한 처우를 받아야 한다는 것이 핵심적

12) 헌재 2003.11.27. 2002헌마193; 1992.1.28. 91헌마111; 1995.7.21. 92헌마144; 또한 헌법재판소는 무죄추정원칙으로 인하여 구속기간은 최소한에 그쳐야 한다고 이해하면서 국가보안법상의 구속기간 연장 규정(제19조)을 찬양·고무죄(국가보안법 제7조)와 불고지죄(동법 제10조) 등에 적용하는 것은 무죄추정원칙에 따른 불구속수사의 원칙을 침해하여 위헌이라고 하였다(헌재 1992.4.14. 90헌마82). 사법경찰관과 검사에게 부여된 구속기간은 헌법상 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사원칙에 대한 예외로서 설정된 기간이고[헌재 1997.6.26. 96헌가8·9·10(병합)], 법원의 구속기간의 제한도 무죄추정원칙에서 도출(헌재 2001.6.28. 99헌가14)된다고 판시하고 있다. 다만, 파기환송 사건에 있어 구속기간 갱신 및 구속으로 인하여 신체의 자유가 제한되는 것은 무죄추정의 원칙에 위배되는지 않는다고 판시(대판 2001.11.30. 2001도5225)하였다.

인 이유이다. 공판정에서의 피고인의 신체구속의 원칙적 금지, 미결수용자의 의사에 반하여 두발과 수염을 짧게 깎지 못하도록 금지하는 행형법 제65조, 미결수용자와 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견에는 교도관이 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못하도록 하고 있는 행형법 제66조를 무죄추정원칙에서 도출하며,¹³⁾ 피의자의 집견교통권의 보장,¹⁴⁾ 기소전 보석 및 필요적 보석¹⁵⁾을 무죄추정원칙의 제도적 표현으로 이해하기도 한다.¹⁶⁾

3. 불이익 처우의 금지

나아가 학설과 판례는 헌법 제27조 제4항을 해석함에 있어 예단의 배제나 기타 일체의 부당한 처우의 금지를 무죄추정원칙의 내용에 포함시키고 있다. 형사절차상 피의사실이나 피고사실에 대한 예단형성은 공정한 형사절차의 진행을 저해하기 때문이라는 것이다. 그래서 공소장1통주의(형사소송규칙 제118조 제2항), 피고인의 소송에 관한 서류의 비공개(형사소송법

13) 신동운, 형사소송법 I, 573쪽.

14) 이재상, 앞의 책, 104쪽; 차용석 외 3인 공저, 앞의 책, 82쪽.

15) 차용석 외 3인 공저, 앞의 책, 82쪽.

16) 헌법재판소는 미결수용자의 수용시설 내에서의 처우에 관하여 지금까지 다양한 결정례를 내놓은 바 있다. 헌법재판소는, 무죄추정원칙은 현행법으로 체포되었으나 아직 구속영장이 발부·집행되지 않은 자에게도 당연히 적용되고, 이들에 대한 기본권 제한은 미결수용자들의 경우와는 달리 더 완화되어야 한다고 판시(헌재 2001.7.19. 2000헌마546)한 바 있으며, 미결수용자의 변호인의 충분한 조력을 받을 권리를 무죄추정원칙에서 도출(헌재 1992.1.28. 91헌마111; 1995.7.21. 92헌마144)하고 있고, 미결수용자가 수감되어 있는 동안 수사 또는 재판을 받을 때에도 사복을 입지 못하게 하고 재소자용 의류를 입게 한 행위를 무죄추정원칙에 위반된다고 판시[헌재 1999.5.27. 97헌마137, 98헌마5(병합)]하였다. 한편, 대법원은 법원의 재량에 의하여 판결선고 전 구금일수 중 일부만을 통산할 수 있도록 한 형법 제57조의 규정이 무죄추정원칙에 반하는 것이 아니라고 판시(대판 1993.11.26. 93도2505)한 바 있으며, 구속의 사유가 있어 구속영장이 발부, 집행된 이상 수사기관에서 구속된 피의자의 도주, 항거 등을 억제하는데 필요하다고 인정할 상당한 이유가 있는 경우에는 필요한 한도 내에서 포승이나 수갑을 사용할 수 있다고 판시(대판 1996.5.14. 96도561)한 바 있다.

제47조)도 무죄추정원칙의 내용으로 이해한다. 또한 고문·폭행·협박·가혹행위 등의 금지를 무죄추정원칙과 결부지워서 피고인에 대하여 고문을 가하고 모욕적인 신문을 가하는 것도 무죄추정원칙에 반하는 것으로 이해하면서 자백의 임의성(형사소송법 제317조), 진술강요 등 금지(형사소송규칙 제128조) 등을 무죄추정원칙의 귀결이라고 인정한다. 그러나 예단의 배제나 부당한 처우의 금지가 무죄추정원칙의 독자적인 규범내용인지에 관하여 의문을 제시하는 견해¹⁷⁾가 있다. 부당한 처우의 금지는 적정절차 원칙의 내용으로서, 유죄확정의 전후를 불문하고 적용되는 것이기 때문에 유죄확정 후에 가능한 처우를 유죄확정 이전에 금지하는 것을 내용으로 하는 무죄추정원칙과 필연적인 관련이 있는 것은 아니라는 것이다.

4. 검 토

우리나라의 경우 통설과 판례는 무죄추정원칙의 규범적 내용을 입증책임의 소재나 입증의 정도 등과 같은 증거법상의 효력범위를 넘어 이를 위법수사의 금지, 인신구속의 제한(불구속수사원칙), 형사절차상 부당한 대우의 금지 등과 같이 피의자나 피고인의 절차상의 자유를 보호하는 일체의 규범과 제도에 결부지우고 있다. 통설과 판례의 이러한 태도는 무죄추정원칙을 피의자나 피고인의 일반적인 자유권(즉, 절차상의 권리)을 포괄하는 개념으로 이해하고 있는 것으로 볼 수 있다. 즉 우리나라에서 이해하고 있는 무죄추정원칙의 규범적 내용을 상세하게 고찰해보면, 피의자나 피고인에게 직접 또는 간접적으로 유리하게 작용하는 일체의 규정과 제도에 대한 근거로 이해하고 있다.

17) 신현주, 앞의 책, 137쪽에 의하면, 무죄추정원칙은 적정절차원칙의 일부를 이루는 것이지만, 부당한 처우의 금지는 무죄추정과 무관한 적정절차의 원칙부분에 해당한다고 이해하고 있다.

그러나 증거법 영역에서의 무죄추정원칙의 기능과 가치를 제외하면 이외의 영역에서 무죄추정원칙에 포함시키고 있는 각각의 제도들은 무죄추정원칙의 1차적이고 직접적인 내용이라고 보기 힘들다. 또한 무죄추정원칙을 형사절차상 피의자나 피고인에게 직접 또는 간접적으로 유리하게 작용하는 일체의 규정과 제도를 포괄하는 원칙(favor rei prinzip)으로 이해하는 경우에는 이 법원리의 고유한 윤곽을 흐리게 만들고 그 실체상의 의미마저 잃어버리게 되는 결과를 초래할 수 있다. 나아가 무죄추정원칙에 근거하고 있는 것으로 간주되는 거의 모든 관점들은 이미 다른 형사소송법원리나 절차상 기본권들로부터 도출할 수 있다. 예를 들어 진술거부권이나 형사절차상 부당한 대우의 금지 등은 무죄추정원칙과 결부지을 필요도 없이 현행 헌법과 형사소송법의 관련 제도와 규정에서 도출할 수 있다.

Ⅲ. 인신구속과 무죄추정원칙에 관한 비교법적 검토

무죄추정원칙이 입증책임의 소재(소추자가 입증책임을 부담)와 입증책임의 정도(‘합리적 의심이 없을 정도의 증명’ 또는 ‘확신’)에 관한 규범적 기준이라는 점에 관해서는 우리나라 뿐만 아니라 외국의 법질서에서도 의심의 여지없이 인정되고 있다. 그러나 무죄추정원칙이 수사상 강제처분을 제한하는 원리로 작용하는지의 여부에 관해서는 외국의 학설과 판례에서 많은 논란이 있다.¹⁸⁾ 강제처분 중에서도 구속은 외형적인 관점에서 불 때 형벌과 유사한 것으로 나타나기 때문에 무죄추정원칙의 규범적 내용을 판

18) 이 점에서 “약 200년 정도의 역사를 가진 법원리라면 그 규정의 본질적인 내용에 대해서는 의견의 일치를 기대할 수 있음에도 불구하고 무죄추정원칙의 실질적 내용에 대해서는 여전히 본질적인 합의를 보지 못하고 있다”고 문제를 제기하는 Stuckenberg의 지적은 결코 낮설게 들리지 않는다. Carl Friedrich Stuckenberg, *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*, de Gruyter · Berlin u.a., 1998, 4쪽.

단하기 위한 시금석으로 간주되고 있다.

1. 미 국

미국 헌법에는 무죄추정원칙이 명시되어 있지 않지만, 연방대법원은 수많은 판례를 통하여 무죄추정원칙이 개정헌법 제5조 및 제14조의 적법절차 조항을 구체화하는 절차의 공정성에 대한 권리의 본질적 내용이라고 판시함으로써 불문의 헌법원리라는 점을 명백히 밝히고 있다.¹⁹⁾ 또한 무죄추정의 규범적 내용에 관하여 학설의 일반적인 견해는 무죄추정이 입증책임의 분배와 입증의 정도(합리적 의심의 기준)에 국한되어 적용되는 것으로 이해하고 있다. 즉, 미국에서 무죄추정원칙은 합리적이고 공정한 진실발견을 보장하는 증거법상의 원칙에 불과하다고 이해하는 것이 일반적이다.

이에 반해, 수사단계에서 무죄추정원칙의 적용가능성을 두고 미국의 학설과 판례는 오래전부터 논쟁을 거듭해 왔다. 미국의 경우 수사는 죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 피의자를 거의 100% 인신구속(Arrest)²⁰⁾함으로써 비로소 개시된다.²¹⁾ 즉, 사형 또는 1년 이상의 징역형

19) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 15 S. Ct. 394(1895); 특히 Estelle v. Williams 사건[Estelle v. Williams, 425 U.S. 501, 96 S. Ct. 1691, 48 L. Ed. 2d 126(1976)]에서 연방대법원은 “비록 무죄추정이 헌법에 명시되어 있지 않지만, 우리의 형사사법체계 하에서 공정한 절차의 기초적인 요소에 해당 한다”고 판시하였다.

20) 미국의 인신구속제도는 독일, 일본과 마찬가지로 일원적인 형식을 취하고 있다. 즉, 우리나라와 같이 ‘체포’(영장)와 ‘구속’(영장)이라는 이원적 인신구속제도를 가지고 있는 것이 아니라 ‘Arrest’라는 하나의 개념만 존재한다. 여기서 ‘Arrest’의 개념이해에 관하여 그것이 ‘구속’이라는 견해와 ‘체포’라는 견해가 대립하고 있다. 미국의 형사소송에서는 Arrest와 Detention의 개념이 있는데, Detention은 Arrest된 피의자가 치안판사 앞에 최초로 출석하여 심문을 받았으나 보석이 허가되지 않은 경우 구금의 계속을 의미하는 것뿐이다. 이와 같이 이해하면 Arrest를 구속으로 해석할 수도 있다. Arrest의 개념이해에 대한 의미있는 접근으로는, 이태훈, 미국의 인신구속제도, 운영실태와 법정신을 중심으로, 광주지방검찰청, 1997, 7-9쪽 참조.

21) 미국의 경우 인신구속의 법적 근거는 개정헌법 제4조와 연방형사소송규칙 제4조에 명시되어 있다. 개정헌법 제4조는 “....어떠한 구속영장도 ...선서 또는 확약에 의하여 뒷받침된 상당한 이유에 근거하지 아니하고는 발부해서는 안된다”라고 규정하고 있으며,

에 해당하는 큰죄(Felony)든 큰죄 이하의 징역형 또는 벌금형에 해당하는 작은죄(Misdemeanor)든 피의자가 범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유(probable cause)가 있는 경우에 치안판사는 인신구속영장(arrest warrant)을 발부한다. 경찰이 피의자를 구속한 이후에는 통상 24시간에서 36시간 이내에 치안판사 앞에 피의자를 출두시키는 최초출석(The First or Initial Apperance) 단계에서 구속을 위한 상당한 이유의 심사, 보석허가 또는 구금계속(Detention) 등의 절차가 진행된다. 그리고 이러한 최초출석 단계를 통하여 큰죄의 70% 정도, 작은죄의 90% 정도에 대하여 보석이 허가된다. 이점에서 미국은 불구속‘수사’가 아니라 불구속‘재판’의 원칙이 지배하고 있다고 이해하는 것이 일반적이다.²²⁾

무죄추정원칙이 수사단계에서 인신구속의 제한원리로 작용하는지의 여부에 관해 학설에서는 구속은 무죄추정원칙에 위배되는 것이 아니라고 이해하고 있다. 그렇지 않으면 전래적인 구속사유인 도주의 위험이나 증거인멸의 위험도 무죄추정으로 인하여 허용되지 않을 뿐만 아니라 전통적으로 형사소송 개시 이전에 피의자·피고인을 보호하기 위한 수단으로는 무죄추정원칙 보다는 보석에 더 많이 의존해 왔다는 것이 그 이유이다.²³⁾

한편 판례에서는 수사절차상 인신구속과 무죄추정원칙의 관계를 둘러싸고 집중적인 논의가 전개된 바 있지만, 결국 1979년의 연방대법원 판결을 통하여 분명한 결론에 이르게 되었다. 연방대법원은 Bell v. Wolfish 사건²⁴⁾에서 무죄추정이 단지 재판절차에서 형사피고인의 거증책임에 관련을

연방형사소송규칙 제4조는, “피의자가 죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 구속영장을 발부한다”고 명시하고 있다.

22) 이태훈, 앞의 글, 25쪽.; 대법원, 바람직한 형사사법시스템의 모색 자료집(1) - 미국·영국의 형사사법시스템-, 2004.7.12., 77쪽 이하.

23) George P. Fletcher, *The Presumption of Innocence in the Soviet Union*, 15 UCLA Law Review, 1968, 1212쪽 이하; John N. Mitchell, *Bail Reform and the Constitutionality of Pretrial Detention*, 55 Virginia Law Review, 1969-1970, 1231쪽; Harold J. Berman, *The Presumption of Innocence: Another Reply*, 28 American Journal of Comparative Law, 1980, 623쪽.

가질 뿐, 재판전 단계에서는 적용되지 않는다는 점을 명확하게 판시하였다. 이 사건은 뉴욕의 한 구치소에 수감 중이던 형사피의자·피고인들이 구치소에서의 고통과 알몸수색 등의 권리제한에 대하여 소송을 제기한 사안으로서, 하급심 법원²⁵⁾은 몇몇 문제된 권리제한이 무죄추정에 기초한 엄격한 구금생활의 조건을 지키지 않았다는 점을 들어 헌법에 위반된다고 판시하였다. 그러나 연방대법원은 구금시설에 대하여 책임을 지는 기관이 구금시설 내에서 생활을 규율할 관할권을 가지며 구금생활의 조건을 보다 더 잘 규율할 수 있기 때문에 하급심 법원이 엄격한 구금생활의 조건을 적용하는 것은 권력분립원리에 위반한 것이며, 무죄추정원칙은 구금조건에 적용되지 않기 때문에 구금생활의 엄격한 기준은 무죄추정원칙에서 요구되는 것이 아니라고 판시하였다.²⁶⁾ 구체적으로 연방대법원은, “무죄추정이 우리의 형사사법체계에서 중요한 역할을 담당한다는 데 의심의 여지가 없다. 피고인에게 유리한 무죄의 추정이라는 이 원칙은 의심의 여지가 없는 법칙이고, 공리이자 핵심이며, 무죄추정의 실현은 우리의 형사법운용의 초석이라 할 수 있다. 그러나 무죄추정원칙은 재판전 단계에서 피구금자의 권리를 판단하는 데 적용되는 것이 아니다”라고 명시적으로 판시하였다.

나아가 ‘재범의 위험성’을 구속사유로 하면서 보석도 배제할 수 있도록 허용하는 1984년의 연방보석개혁법(Federal Bail Reform Act 1984) 제3142조 제e항, 제f항의 ‘예방구속’(preventive detention)의 위헌성에 대하여, 연방대법원은 1987년 United State v. Salerno 사건²⁷⁾에서 구속기간의 한계가 없는 예방구속조항이 적법절차의 본질적 내용을 침해하였기 때문에 위헌이라고 판시한 하급심 판결²⁸⁾을 기각하였다. 예방구속을 규정한 연방보석개

24) Bell v. Wolfish, 441 U.S. 520, 99 S. Ct. 1861, 60 L. Ed. 2d 447(1979)

25) United States ex rel. Wolfish v. Levi, 439 F. Supp. 114 (1977); Wolfish v. Levi, 573 F. 2d 118 (2d Cir. 1978)

26) Bell v. Wolfish, 441 U.S. 562, 99 S. Ct. 1886, 60 L. Ed. 2d 447(1979)

27) United States v. Salerno, 481 U.S. 739, 107 S. Ct. 2095, 95 L. Ed. 2d 697(1987)

정법 제3142조 제e항은 범죄를 예방하고 사회의 안전을 보장하는 데 대한 정부의 이익이 개인의 자유에 대한 이익보다 더 크며, 적법절차의 본질적 내용을 침해하지 않았을 뿐만 아니라 예방구속은 형벌이 아니라 일종의 경찰법적 조치(regulatory measure)에 해당하기 때문이라는 것이었다.

2. 독 일

독일은 성문법을 기본으로 하는 대륙법계 국가임에도 불구하고 기본법에 무죄추정원칙에 관한 명문의 규정이 없다. 그렇지만, 독일의 학계²⁹⁾와 판례는 무죄추정원칙이 헌법의 구성요소라는 점에 합의를 보고 있다. 특히 독일 연방헌법재판소³⁰⁾는 판례의 일관된 입장을 통하여 무죄추정원칙이 법치국가원리의 구체적 표현이라고 판시해 오고 있다.

독일에서도 강제처분, 특히 구속과 무죄추정원칙과의 관련성 내지 양자의 조화관계가 논쟁의 대상으로 되고 있다. 양자의 관련성에 관한 논쟁의 근본적인 배경은, 우리나라와는 달리 일반적으로 적용될 수 있는 구속기간의 절대적이 상한이 법정되어 있지 않기 때문이다. 그러므로 개별사태에 따라서는 2년 이상의 장기간의 구속이 가능하며, 이는 외관상 자유형과 동일하다는 인상을 불러일으킬 수가 있는데, 학설에서는 이러한 구속기간을 제한하기 위한 논증도구로서 무죄추정원칙을 원용하고 있다.

지금까지 독일 연방헌법재판소는 무죄추정원칙을 유죄입증 이전의 불이

28) United States v. Salerno, 794 F. 2d 64(2nd Cir. 1986)

29) 학설에서는 무죄추정원칙의 근거를 인간존엄성(기본법 제1조 제1항), 보편적 인격권(기본법 제1조 제1항, 제2조 제1항), 법치국가원리(기본법 제20조 제3항), 일반적으로 승인된 국제법규(기본법 제25조), 비례원칙, 죄형법정주의(기본법 제103조 제2항), 책임원칙 등에서 도출하고 있다. 학설의 개별적인 내용 및 관련문헌은 Carl-Friedrich Stuckenberg, a.a.O., 48-53쪽 참조.

30) BVerfGE 19, 342(347); 22, 254(265); 25, 327(331); 35, 311(320); 74, 358(370); 82, 106(114); BVerfG NJW 1988, 1715; 1992, 1612; 1992, 2011; 1994, 377; NStZ 1987, 118; 1991, 30; 1992, 289, 290.

익처분의 금지와 확정판결 이전에 행하는 일체의 책임확정의 금지로 이해하면서³¹⁾, 무죄추정원칙은 사전에 형사소송법의 규정에 따른 절차를 경유하지 않고 형벌이나 책임확정과 동일한 효과를 가져 오는 불이익으로부터 시민을 보호하는 수단이라고 판시³²⁾하고 있다. 따라서 독일의 경우 무죄추정원칙의 적용범위는 피고인뿐만 아니라 피의자에 대해서도 미치며, 피고인이나 피의자에 대한 구속이 사전형벌로서의 의미를 가져서는 안 된다고 이해된다. 그렇지만 연방헌법재판소는 형사소추기관이 공판절차 종료 이전에 피의자의 가벌적 행위에 대한 혐의의 정도를 판단하고 이러한 판단에 기초하여 강제처분을 행사하는 것은 무죄추정원칙에 반하지 않는다고 판시하고 있다.³³⁾ 즉, 무죄추정원칙이 정당한 구속의 요건이 존재하는 사안에서 구속을 허용하지 않는다는 의미는 아니라고 명시적으로 밝혔다.³⁴⁾ 다만 수사절차상 강제처분 행사는 항상 비례원칙에 따라서 그 한계를 판단해야 한다는 요청은 남아있다고 한다.

독일 학계의 일반적인 견해도 무죄추정이 공소제기 이전 단계인 수사절차에서도 적용되지만, 구속과 같은 수사상 강제처분은 무죄추정과 조화를 이룬다고 이해하고 있다. 다만, 이 경우에 무죄추정과 강제처분의 모순관계를 해소하기 위하여, 수사상 강제처분의 내용(예컨대 구속기간)이 형벌과 동일하거나 유죄를 미리 예견하는 제재로 나타나는 경우에만 무죄추정원칙에 위배된다고 이해한다.³⁵⁾ 그러나 이 경우에 특정한 강제처분이 형벌과 동일하다고 판단하기 위한 구체적 기준(기본권제한의 강도, 기간 등)

31) BVerfGE 22, 254(265); BVerfG NJW 1988, 1715, 1716

32) BVerfGE 9, 137(144); 19, 342(347); 35, 311(320); 74, 358(371, 374); 82, 106(114, 117)

33) BVerfGE 82, 106(115); 74, 358(372)

34) BVerfGE 19, 342, 348

35) KK-Boujong, vor §112 Rdn.8; Andreas Kondziela, *Täter-Opfer-Ausgleich und Unschuldsvermutung*, MschrKrim, 1989, 181쪽 이하; Kristian Kühl, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, Köln u.a., 1983, 13쪽 이하, 33쪽 이하; Rudolphi, in: *SK StPO*, vor §94 Rdn. 8; Wolter, in: *SK StPO*, vor §151 Rdn. 108.

이 무엇인가에 관해서는 합의를 이루지 못하고 있다.³⁶⁾ 한편, 무죄추정원칙이 구속과 아무런 관련성을 가지지 않는다는 견해³⁷⁾도 있다. 구속은 형사절차의 목표를 달성하기 위한 처분이기 때문에 형벌과 아무런 관련성이 없다고 한다. 비록 구속으로 인한 미결구금이 추후에 유죄판결에 기초한 본형에 산입되는 경우에도 이로부터 구속이 형벌과 동일하거나 유사하다는 결론을 도출할 수 없다는 것이다.³⁸⁾

나아가 무죄추정원칙은 강제처분의 위법성을 판단하는 유용한 기준을 제공해 주지 않는다는 점을 지적하는 견해³⁹⁾도 있다. 구속은 그 기간이 얼마가 되더라도 구속일 뿐이며, 압수가 피의자의 권리를 심각하게 침해하는 경우에도 압수일 뿐이지, 장기간의 구속이나 피의자의 권리를 심각하게 침해하는 압수라고 해서 그것이 형벌의 성격을 가질 수 없다는 것이다. 이 견해는 과도한 강제처분의 행사에 대해서는 독일 형소법 제112조 제1항 2문에 규정되어 있는 비례원칙의 적용을 통하여 피의자의 권리가 보호되며, 무죄추정이 비례원칙을 대체하거나 보충한다면 피의자의 권리보호를 위한 법적 안정성이 더 위태롭게 된다고 경고한다.

3. 일 본

일본의 현행 헌법 및 형사소송법에는 무죄추정원칙이 명시되어 있지 않

36) 예컨대 1983년의 형사소송법 개혁대안은 제22조에서 구속기간을 예상되는 자유형의 2/3를 초과할 수 없다고 규정한 바 있다. Arbeitskreis Strafrechtsreform, *Die Untersuchungshaft, Gesetzentwurf mit Begründung*, vorgelegt von Knut Amelung u.a., Heidelberg, 1983, 113쪽 이하.

37) Karlheinz Meyer, *Grenzen der Unschuldsvermutung*, in: Hans- Heinrich Jescheck/Theo Volger(Hrsg.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlin u.a., 1989, 68쪽; R. Paulus, *Anmerkung zu BVerfG, Beschluß v. 29.5.1990 - 2 BvR 254 und 1343/88*, NSTZ, 1990, 601쪽; KK-Pfeiffer, *Einl.*, Rdn. 32a; Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung*, MRK Art. 6, Rdn. 14.

38) Arbeitskreis Strafrechtsreform, *a.a.O.*, 31쪽.

39) Karlheinz Meyer, *a.a.O.*, 68쪽.

지만, 일반적으로는 헌법 제31조를 적정절차조항으로 이해하여 이 조항에 무죄추정원칙도 포함된다고 이해⁴⁰⁾하고 있다. 또한 다수설은 ‘피고사건에 대하여 범죄의 증거가 없는 때’에는 무죄판결을 선고하도록 규정한 형사소송법 제336조를 헌법 제31조를 구체화한 조항으로 이해한다.⁴¹⁾

일본에서도 기본적으로 형사절차에서 피의자 내지 피고인에 대하여 ‘무죄추정’의 이익을 부여하는 것은 일본 형사사법의 대원칙이라 할 수 있다. 따라서 그 죄책이 적법한 절차를 통하여 입증되어 유죄의 판결이 선고될 때까지는 피의자 및 피고인은 가능한 죄가 없는 사람으로서 취급되어야 한다. 물론 피의자들 중에는 죄가 있는 사람이 다수 포함되어 있고 나아가 피고인이 되면 통계상 유죄율이 극히 높은 점⁴²⁾에서 볼 때에는 오히려 유죄를 추정하는 것이 진실이라 할 수도 있다. 이 점에서 무죄추정원칙은 피고인·피의자를 일반시민과 동등하게 취급하여야 한다는 원칙이 아니라 실체적 진실발견을 위하여 피고인·피의자의 자유를 제한하는 경우에도 그 제한은 가능한 필요최소한도에 그쳐야 한다는 법리로 이해되고 있다.⁴³⁾

따라서 체포·구속(즉, 拘留)의 처분도 증거인멸의 방지 또는 도망의 방지를 위해서만 승인된 절차이기 때문에 그 한도에 있어서만 일반인과 다른 절차상의 부담을 지는 것에 지나지 않고, 체포·구속의 상태에 있음을 이유로 그 이외의 목적을 추구할 수는 없다고 한다.⁴⁴⁾ 이와 관련하여 일

40) 三島聰, 刑事法への招待, 現代人文社, 2004, 15쪽; 田宮裕, 刑事訴訟法(新版), 有斐閣, 1999, 301쪽.

41) 松尾浩也, 刑事訴訟法(上), 弘文堂, 1987, 213쪽; 後藤昭, 「疑わしきは被告人の利益に」ということ, 一橋論叢 第117卷 第4号, 1997.4, 584쪽; 福井厚, 刑事訴訟法講義(第2版), 法律文化社, 2003, 42쪽.

42) 일본의 전사건 재판확정인원을 살펴보면 2003년 무죄확정자는 80명으로 최근 10년간의 통계 중 가장 많은 인원이지만 재판확정인원 총수 877,070명의 0.009%를 점하고 있다: 日本法務総合研究所編, 平成16年版犯罪白書, 2004, 122쪽 참조.

43) 松尾浩也, 前掲書, 211쪽; 田宮裕, 前掲書, 302쪽; 福井厚, 前掲書, 42쪽; 鈴木茂嗣, 刑事訴訟法の基本構造, 成文堂, 1988, 185쪽.

44) 井戸田侃, 無罪推定の法理-刑事訴訟法の現實と課題, 近代刑事法の理念と現實·柏木千秋先生喜壽記念論文集, 立花書房, 1991, 332쪽.

본에서는 ‘필요적 보석(권리보석)’을 무죄추정원칙과의 관계에서 설명하는 것이 일반적이다.⁴⁵⁾ 즉 구속은 이유가 있어 이루어지는 것이기는 하지만, 피의자·피고인에게 있어 자유의 구속은 중대한 희생을 강제하는 것이기 때문에 다른 방법이 있는 경우에는 이를 회피하여야 하며, 이러한 취지를 감안하여 일본의 현행법은 보석제도를 규정하고 있다는 것이다. 물론 당사 자주주의가 실질화되는 단계, 즉 정식고발단계에서부터 보석의 권리가 보장되는 의미와는 달리 일본의 경우에는 기소 후의 보석⁴⁶⁾만을 인정하고 있으며 기소전 보석제도는 장래의 입법문제로 인식되고 있다.⁴⁷⁾ 또한 구속의 요건으로서 규정되어 있는 ‘증거인멸의 우려’나 ‘도망의 염려’라는 사유 이외의 이유를 부가하여 구속을 정당화할 수도 없다고 한다.⁴⁸⁾

IV. 인신구속과 무죄추정원칙의 관련성

무죄추정원칙이 인신구속의 제한원리로 기능하는 것이 이론적·실무상으로 적절한지의 여부는 다양한 관점에서 검토해 보아야 한다. 우선, 무죄추정원칙이 금지하는 내용이 무엇인가를 확인해 보아야 하며, 외국에서 논의하는 인신구속과 무죄추정원칙과의 관계를 우리나라의 형사소송법 하에서 어떻게 이해할 것인가에 대하여 비판적으로 성찰해 보아야 한다.

45) 村井敏邦, 無罪推定原則の意義, 光藤景皎先生古稀祝賀論文集(上卷), 成文堂, 2001, 7쪽; 田宮裕, 前掲書, 257쪽.

46) 유엔인권위원회는 제4회 일본정부보고서에 대한 심사에 있어 일본의 기소전 勾留제도의 개혁을 강하게 권고하였지만, 일본정부는 기소 전 勾留가 단기간임을 이유로 기소 전 보석제도를 보류하고 있다고 한다. 村井敏邦, 前掲書, 7쪽.

47) 田宮裕, 前掲書, 260쪽.

48) 村井敏邦, 前掲書, 10쪽.

1. 불이익처분의 내용

우리나라의 통설과 판례는 형사절차상 피고인에 대한 유죄의 판결이 확정되기 전에는 불이익을 입혀서는 안 된다고 이해하고 있다. 그런데 외견상으로만 보면, 형사절차나 형사절차 외부에서 관련자에게 불이익한 효과를 초래하는 다양한 처분이 존재한다. 예컨대 과태료, 과징금, 범칙금 등과 같은 행정상 제재나 구속·압수·수색과 같은 수사상 강제처분, 감치 등도 피의자나 피고인 또는 관련자에게 불이익한 처분이 될 수 있으며, 구속의 경우에는 징역형과 유사하게 볼 여지도 있다. 그러므로 수사절차에서 무죄추정원칙을 엄격하게 적용하게 되면, 검사의 공소제기 조차도 허용되지 않게 되고, 이론적으로는 형사절차 그 자체가 존재하지 않을 수도 있다. 논리적으로 볼 때, 검사가 피의자의 유죄에 대한 고도의 개연성에 기초하여 공소를 제기하는 행위 자체도 헌법재판소 판례가 요구하는 ‘죄 없는 자에 준한 취급’과 ‘불이익처분 금지’에 해당할 수 있기 때문이다. 어떠한 기준에 따라서 ‘죄 없는 자에 준한 취급’과 ‘불이익처분 금지’를 결정할 지 논의해 보아야 하는 이유도 바로 여기에 있다.⁴⁹⁾

독일의 학설 중 불이익처분의 인정기준과 관련하여 사실적인 접근방식을 취하는 견해는, 형사절차에서 피고인의 무죄추정은 단지 정형화된 형사절차에서 확정적인 유죄판결에 의해서만 번복이 가능하다는 전제에서, 유죄가 확정되기 전에는 형벌과 형벌에 준하는 제재뿐만 아니라 사실상 형

49) 우리나라에서는 불이익처분의 구체적 개념과 인정기준에 대한 논의는 신동운 교수를 제외하면 거의 수행된 바가 없기 때문에 이에 관한 논의가 비교적 깊이 진행되고 있는 독일 학설에 따라서 이 문제에 접근해 볼 필요가 있다. 신동운, 무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분, 159쪽; 신동운 교수는, 유죄판결이 확정될 때까지 금지되는 불이익처분이란, 외형적으로 형벌과 동일하거나 유사한 처분뿐만 아니라, 통상 유죄판결에 수반되는 사회적 비난이나 사회적 차별의 불이익까지도 포함하지만, 당해 불이익처분이 유죄판결에 특별히 내재하고 있는 사회적·윤리적 비난을 수반하고 있어야 한다고 이해하고 있다. 여기서도 기본적으로 신동운 교수의 이해방식과 맥락을 같이 한다.

벌과 유사한 효과를 가져오는 일체의 불이익처분도 금지된다고 이해한다. 예컨대 Kondziela는, 일상적으로 구성요건에 해당하고 위법하며 유책한 행위에만 결부되어 피의자가 유죄라는 인상을 불러일으키거나 해악으로 다가올 수 있는 모든 법적 효과는 불이익처분에 해당한다고 이해한다. 이러한 이해방식을 취할 경우에는, 확정판결 이전에 부과하는 범죄에 대한 일체의 효과는 불이익처분에 해당하게 된다.⁵⁰⁾ 따라서 이 견해에 따를 때, 수사절차에서 검사가 피의자에 대하여 일정한 조건을 부담시키고 그에 상응하게 공소제기를 유예하는 소위 조건부 기소유예(Einstellung mit Auflage)는 무죄추정원칙을 위반한 것이라고 평가할 수 있다.

한편, Kühl 교수는 무죄추정원칙의 의미내용에 대하여 법원에 의한 유죄의 판결확정 이전에 형벌의 부과나 ‘형벌유사적 처분’(strafähnliche Maßnahme)의 부과를 금지하는 것으로 이해하고 있다.⁵¹⁾ 그러나 ‘형벌유사적 처분’의 의미내용에 대해서는 유죄판결의 확정 이전에 피의자나 피고인에게 부과되는 모든 유형의 해악부과는 아니라고 한다. 만약 형벌과 유사한 효과를 가지는 처분까지 무죄추정원칙의 금지대상인 ‘불이익처분’의 내용에 포함시키는 경우에는 질서위반법 위반에 따른 ‘질서위반금’의 부과나 검사가 독일 형사소송법 제153a조에 근거하여 조건부 기소유예 처분을 행할 때 부과하는 ‘사회봉사’나 ‘수강과정참가’ 등과 같은 처분과 구분지을 수 없을 뿐만 아니라 구속 자체도 형벌과 유사한 효과를 가지는 처분에 포함시키게 되어 무죄추정원칙의 금지내용이 불투명하게 되어 버리게 되는 결과를 초래하기 때문이라는 것이다. 오히려 Kühl 교수는 특정한 처분이 형벌의 본질이라고 할 수 있는 ‘반가치판단’(Unwerturteil)을 포함하는 경우에만 형벌과 유사한 처분에 해당한다고 이해하고 있다. 즉, 형벌유사적 처분의 판단기준은, 당해 처분이 피의자나 피고인에게 단순히 ‘해악’으

50) Andeas Kondziela, *aa.O.*, 183쪽.

51) Kristian Kühl, *aa.O.*, 13쪽 이하.

로 나타나는지의 여부에 달려있는 것이 아니라, 당해 처분이 ‘사회윤리적 반가치판단’(sozialethisches Unwerturteil)의 성격을 가지고 있어야 한다는 것이다.⁵²⁾ 이러한 이해방식에 따를 때, 형벌유사적 처분에 속하는 예로는 확신에 기초하지 아니한 법원의 예단된 유죄확정이나 피의자나 피고인이 범죄를 저질렀다는 형사사법기관의 명시적인 표현 등이다. 그렇지만 Kühl 교수는 피의자나 피고인의 혐의에 대한 형사사법기관의 표현이 회피 가능했던 경우에만 무죄추정의 위반으로 이해하면서 범죄혐의를 규명하기 위하여 필요한 수사행위나 소송행위에 필수적으로 포함되는 혐의의 확정은 정당화된다고 주장한다.⁵³⁾ 그렇지 않은 경우에는 국가적 형사사법을 포기하고 이로써 모든 시민의 자유와 안전을 단념해 버리게 되는 결과를 초래할 것이기 때문이라는 것이다.

무죄추정원칙에서 금지하고 있는 불이익처분을 사실적 관점에서 바라보는 Kondziela의 견해는 불이익처분의 범위를 불명확하게 만들어 버리는 난점을 가지고 있다. 예컨대 수사절차나 재판절차에서 피의자 또는 피고인에 대한 구속이나 압수·수색, 교통사범에 대한 범칙금이나 질서위반행위에 대한 과태료의 경우에는 적어도 관련자에게 해악으로 다가오기 때문에 결국 무죄추정원칙에 정면으로 반한다는 결과를 초래하기 때문이다. 불이익처분의 인정기준을 사실적으로 고찰하는 방식은 한마디로 수사절차의 수행을 불가능하게 만들어 버리고 만다. 수사절차와 공판절차에서 부과되는 일정한 처분이 무죄추정원칙에서 금지하는 불이익처분인지의 여부는 단순히 당사자가 해악으로 느꼈는가에 초점을 맞출 것이 아니라 그 처분이 사회윤리적 반가치판단을 포함하고 있는 형벌 또는 형벌에 준하는

52) Kristian Kühl, *aaO.*, 14쪽 이하. Kühl 교수가 불이익처분의 인정기준으로서 특정 처분의 ‘사회윤리적 반가치판단’을 제시하는 이유는 형벌의 본질적인 목적설정은 범행의 ‘사회윤리적 불승인’(sozialethische Missbilligung)에 있다는 점에 착안하고 있기 때문이다.

53) Kristian Kühl, *aaO.* 25쪽.

제재로 볼 수 있는지의 여부에 달려 있다. 결론적으로 무죄추정원칙에서 금지하는 불이익처분이란, 유죄의 확정판결 이전에 형벌 또는 형벌에 준하는 처분으로서 사회윤리적 반가치판단이 담겨져 있는 처분을 말한다.

2. 무죄추정원칙의 인신구속에 대한 적용가능성

통설과 판례는 불구속수사원칙이 무죄추정원칙에서 일차적이고 직접적으로 도출된다고 이해하고 있지만, 아래에서 제시하는 다양한 관점을 고려해 보면, 그 내용적 타당성에 의문이 제기된다.

첫째, 헌법의 적법절차와 형사소송법의 구속관련 규정에 따른 구속을 무죄추정원칙에서 금지하는 불이익처분이라고 볼 수 없다는 점이다. 무죄추정원칙의 본질적 내용인 ‘불이익처분의 금지’는 형사소송절차에 따라 유죄의 판결이 확정되기 전에는 형벌이나 형벌과 유사한 불이익처분을 과해서는 안 된다는 점을 지적해 주고 있다. 그러나 우리나라 형사소송법학계에서는 구속을 형사절차 확보의 수단으로 이해하고 있지, 형벌과 유사한 불이익처분으로 이해하지 않고 있다. 형사절차상 특정한 처분이 형벌과 유사한 효과를 가지는지의 여부는 그 처분이 범죄혐의의 규명이라는 절차상의 합법적인 목적에 이바지 하는 것인지에 달려있게 된다. 여기서 구속이 정당한 형사절차의 확보수단으로서 기능하는 한 이를 불이익처분으로 봐서는 안 된다. 만약 수사상 강제처분이 형벌과 유사하다는 이유만으로 불이익처분이라고 인정한다면 구속제도는 언제나 무죄추정원칙에 위반되는 결과를 초래하기 때문이다.⁵⁴⁾

둘째, 물론 형벌유사적 처분이라는 개념을 단순히 법적인 관점을 떠나 사회적 현상으로 이해할 경우 구속기간의 부당한 장기화는 피의자에게 불

54) Rudolphi, *SK-StPO*, Vor 94 Rdnr. 8 9; Detlef Krauss, *aaO*, 162쪽 이하.

이익처분으로 다가올 여지도 있다. 그러나 우리나라에서는 수사절차상 구속기간은 엄격하게 법정되어 있으며, 법정 구속기간을 경과한 경우에는 피의자를 의무적으로 석방해야 한다.⁵⁵⁾ 따라서 구속 그 자체는 무죄추정원칙의 금지대상에 포함되지 않을 뿐만 아니라 구속기간의 상한도 법정되어 있기 때문에 무죄추정원칙의 포착범위에 포함된다고 볼 수 없다.

셋째, 더 더욱 문제로 되는 것은, 무죄추정원칙이 구속이나 압수수색의 허용성(즉, 구속요건의 충족)에 어떠한 판단기준을 제공해 주는 지 불분명하다는 점이다. 특정한 강제처분을 제한하기 위해서는 그 강제처분의 위법성을 판단하는 기준이 있어야 한다. 구속이나 압수수색의 위법성을 문제삼는 경우에도 납득할 수 있는 개별화된 판단기준을 가지고 당해 강제처분의 위법성을 검토해 보아야 한다. 그러나 무죄추정원칙은 강제처분의 허용성이나 강도(強度)를 판단하는 기준을 제공해 주지 못한다. 또한 구속이 위법한지의 여부는 개별 사건마다 그 기초되는 사안을 달리하기 때문에 위법성 판단의 기준과 준거점도 개별사건마다 달라진다. 그런데 무죄추정원칙은 항상 동일한 크기로 존재하기 때문에 구속의 허용성이나 강도를 판단하는 데 아무런 판단기준을 제공해 주지 않는다. 유죄의 확정판결 이전에 형벌, 형벌과 유사하거나 사회적으로 차별하는 불이익처분을 부과해서는 안 된다는 무죄추정의 내용이 구속의 위법성 판단에 어느 정도의 판단기준을 제공해 줄지 의문이 제기된다.

넷째, 비교법적으로 고찰해볼 경우에도 인신구속에 무죄추정원칙이 적용된다는 우리나라의 학설과 판례는 설득력이 약하다. 미국 연방대법원은 이미 1979년 *Bell v. Wolfish* 사건에서 “형사재판 단계에서의 거증책임

55) 사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치해야 하고(형소법 제202조), 검사가 피의자를 구속하거나 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 반드시 석방해야 한다(동법 제203조). 단, 검사의 구속기간은 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 법원의 허가를 전제로 1차에 한하여 연장할 수 있다.

분배하는 원칙이며, 사실인정권자로 하여금 오로지 재판단계에서 나타난 증거에 의해서만 유·무죄를 판단하게 해야 하는 것이며, 재판단계에서 증거로 제출되지 아니한 피고인의 구속, 기소 기타 문제 등에서 일어나는 의심들에 기초해서 유·무죄를 판단해서는 안 되는 것이다.···그리고 이 원칙은 재판전 단계에는 적용이 되지 아니한다”고 판시하여 무죄추정원칙이 재판단계에서 입증책임의 분배에 관한 원칙임에 불과하다는 점을 명확하게 제시한 바 있다.⁵⁶⁾ 또한 독일의 학설과 판례는 구속과 무죄추정원칙이 상호 조화관계에 있으며, ‘재범의 위험’이 있는 경우에도 구속을 허용하는 형사소송법 제112a조(예방구속)도 무죄추정원칙에 위배되지 않는다고 이해하고 있다. 효율적인 범죄투쟁을 위하여 우리나라에 비해 수사상 기본권제한의 가능성을 더 느슨하게 열어두고 있는 미국과 독일의 구속관련 입법과 판례 및 학설의 태도는, 무죄추정원칙이 구속제한의 직접적인 기준이라고 주장하는 우리나라의 학설과 판례에 시사해 주는 바가 크다.

물론, 구속은 형사절차를 확보하기 위한 수단임에는 틀림없지만, 개인의 자유를 심각하게 제한하는 강제처분이라는 점에서 구속법의 적용에 일정한 제한이 따르지 않을 수 없다. 이를 위하여 현행 형사소송법 제199조 제1항은 구속을 포함한 강제처분은 필요한 최소한도의 범위 안에서만 행사할 것을 명시하고 있다. 이 점에서 비례원칙이 구속법을 지배하는 원리가 되는 것은 별론으로 하더라도, 무죄추정원칙이 구속의 당부를 판단하거나 불구속의 직접적인 근거가 된다고 보기 힘들다.

3. 강제수사의 규제원리로서 적법절차원칙

인신구속과 무죄추정원칙은 현상학적으로 보면 상호 이율배반적인 관계

56) Bell v. Wolfish, 441 U.S. 520, 99 S. Ct. 1861, 60 L. Ed. 2d 447(1979)

에 있다. 형사소송법 제195조는 수사기관의 수사를 강제하고 있으며, 여기서 수사의 기본적인 전제는 피의자에 대한 범죄혐의의 추정(즉, 유죄의 추정)라고 할 수 있다.⁵⁷⁾

물론 강제수사는 국민의 기본권침해 내지 제한과 직접적으로 결부되어 있기 때문에 그것이 통제되어야 하는 것은 당연하다. 이를 위해서 우리나라 헌법과 형사소송법은 적법절차원칙이나 비례원칙을 명시적으로 규정해 두고 있다. 나아가 헌법은 피의자의 진술거부권, 변호인조력권 등 절차상의 권리를 보장되고 있다. 따라서 수사절차에서 피의자는 수사기관의 강제처분에 대하여 절차의 객체로서의 지위가 인정되지만, 헌법이나 형사소송법의 관련 규정에 따라서 절차상의 기본권도 향유하게 된다.

그러나 형사소송법에 따른 구속의 요건이 존재하는 사례에서 피의자의

57) 무죄추정원칙이 수사상 강제처분에 적용될 수 있는지, 불구속수사의 직접적인 근거규범 인지의 여부를 논의함에 있어 이를 소송구조론적 관점에서 접근해 볼 수도 있을 것이다. 우리나라의 수사절차는 혐의사실에 관한 조사를 사실판단자가 직권으로 사실을 ‘조사’(Ermittlung)하는 것을 본질로 하고 그 조사의 범위와 관련해서도 유죄판결을 받기에 충분한 혐의까지 수사가 행해지는 대륙법계의 수사구조를 띄고 있다. 나아가 우리나라에서는 대륙법계 수사구조의 대표적인 특징인 검사의 객관주의를 인정하고 있는 점에서 알 수 있다(대판 2002.2.22. 2001도23447 참조). 이에 반해 영미법계와 같은 당사자주의에서는 절차주재자와 사실판단자는 중립적이고 당사자의 공방으로 사실확인이 이루어진다는 점에서 사실의 ‘제시’를 본질로 하며 법원의 절차가 매우 일찍 시작되기 때문에 공판절차로 넘어가기 위하여 필요한 범죄의 ‘혐의’도 대륙법계 소송구조 보다는 매우 낮은 것이다. 상세한 내용은 이완규, 검찰제도와 검사의 지위, 24-33쪽 참조. 그런데 이와 같은 대륙법계 수사구조의 특징을 이해하면서 구속제도와 무죄추정원칙간의 관계를 설명하는 견해가 있다. 예컨대 Natali와 Ohlbaum은 무죄추정원칙이 영미법계의 당사자주의 소송구조 철학과 대륙법계 직권주의 소송구조 철학간의 차이에서 나타나는 가장 현저한 특징이라고 언급하고 있다. Louis M. Natali & Edward D. Ohlbaum, *Redrafting the Due Process Model: The Preventive Detention Blueprint*, 62 Temple Law Review 1225, 1989, 1227쪽 이하 참조. 대부분의 유럽국가의 법질서에서는 무죄추정원칙이 승인되고 있지만, 이 원칙을 공판절차에 국한하여 적용하고 있으며 피의자나 피고인의 보석권과의 관련성 속에서 논의하지 않을 뿐만 아니라 예방구속의 허용여부도 헌법적 문제로 간주하지 않는다고 한다. 또한 대륙법계 직권주의 소송관념 하에서는 구속이 원칙이며 불구속은 예외라고 한다. 직권주의 소송구조 하에서의 형사소추체계는 사실을 조사하는 소추기관이 수사절차에서 이미 전체적인 증거자료를 조사하고 취사하여 공소제기를 결정함으로써 피의자의 범죄유무를 결정해 버리기 때문이라는 것이다.

인신을 확보하는 것은 형사절차의 확보와 관철에 관한 문제로서 무죄추정 원칙과 관련성을 가지는 것이라고 보기는 힘들다. 오히려 인신구속을 통제하는 규범적 기준은 헌법 제12조에 규정되어 있는 적법절차의 원칙이라고 보아야 한다. 이러한 적법절차의 원칙은, 수사기관의 구속처분이 절차상의 적법성(영장주의 등)을 갖추어야 할 뿐만 아니라 공권력행사로서 인신구속의 근거가 되는 형사소송법의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖출 것을 요구하고 있다. 무죄추정원칙이 명문으로 규정되어 있지 않은 미국이나 일본에서 이 원칙을 적법절차원칙의 한 요소로 이해할 필요성이 인정되지만, 적법절차원칙과 무죄추정원칙이 모두 헌법에 명시되어 있는 우리나라 헌법체계 하에서는 이 두 가지 원칙에 고유하고 독자적인 의미를 부여하는 것이 타당하다. 이러한 의미에서 적법절차원칙을 인신구속의 제한원리로 이해하고, 무죄추정원칙을 - 헌법 제27조 제4항에서 ‘형사피고인’으로 명시하는 것과 마찬가지로 - 공판절차에서 입증책임의 소재와 입증의 정도에 관한 법칙으로 이해하는 것이 헌법 제12조와 제27조 제4항의 체계적이고 합리적인 해석이라고 할 것이다.

V. 결 론

역사적으로 보면, 무죄추정원칙은 유죄판결을 위해서는 2명의 증인이나 피고인의 자백을 요구했던 규문주의하의 증거법칙에 따라 범죄사실이 증명될 수 없었을 경우에 법관이 무죄선고를 피하기 위하여 보다 경한 형벌(소위 특별형: poena extraordinaria)을 선고하는 것이 가능했던 규문소송 체계에 대한 투쟁의 산물이었다. 그러나 규문시대에서 해방된 오늘날 대부분의 법질서에서는 합리적 의심이 없을 정도의 증명에 기초한 경우에 한

하여 유죄의 선고가 가능하며, 이러한 입증의 정도에 이르지 아니한 채 피고인의 혐의를 전제로 한 형벌이나 불이익처분을 부과할 수 없다는 점을 분명하게 인정하고 있다. 물론 여기서 ‘유죄’의 확정은 형사절차를 통하여 재구성되고 확정되며, 이를 위해서는 합리적이고 예단이 개입되지 않은 진실발견을 보장하기 위한 투명한 입증의 절차, 즉 공정한 재판절차가 요구된다. 그리고 이러한 공정한 재판절차 속에서 피고인의 범죄혐의에 대하여 법관이 합리적 의심이 없을 정도의 확신에 이르지 못한 경우에는 피고인에게 유죄를 선고할 수 없다. 이러한 의미에서, 형사소송법상 무죄추정원칙이란, 미국의 연방대법원이 명백하게 판시한 바와 같이, 공소사실에 대한 입증책임의 소재와 입증의 정도를 정하는 법칙으로서 재판단계에서 나타난 증거에 의해서만 피고인의 유·무죄를 판단해야 한다는 증거법상의 원칙이다. 따라서 재판절차 이전단계에서 수사의 목적을 달성하기 위한 인신구속은 무죄추정원칙의 효력범위에 포함되지도 않는다고 이해하는 것이 헌법 제12조와 제27조 제4항에 대한 체계적이고 충실한 해석이다.

무죄추정원칙을 불구속수사의 규제원리로 받아들이는 우리나라 통설과 판례의 견해는 수사실무에서 나타나는 구속사례를 가급적 줄여보고자 하는 이론적 차원의 시도이라고 평가할 수 있는 여지도 있다. 그렇지만, 무죄추정원칙을 인신구속의 제한원리로 이해하는 경우에는 수사의 효율성을 현저하게 저해하고 이로써 형사절차의 정당한 관철을 무의미하게 만들어 버릴 위험이 있다. 이 점에서 불구속수사와 구속수사를 원칙과 예외의 관계로 양극화 시키고, 불구속수사원칙이 무죄추정원칙에서 연원하는 일차적이고 직접적인 귀결이라는 통설과 판례는 무죄추정원칙의 본질에 대한 오해에서 비롯된 것이며, 오히려 ‘형사피고인’만 주체로 명시하고 있는 우리 헌법 제27조 제4항의 고유한 윤곽마저 흐리게 할 위험이 있다. 무죄추정원칙이 인신구속의 제한원리가 된다는 통설과 판례의 주장내용은 수사기관

58 형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

에 대하여 ‘신중한 수사에 대한 요청’이라는 훈시적인 성격 이상의 의미를
가질 수 없다.

주제어: 무죄추정, 인신구속

Untersuchungshaft und der Grundsatz der Unschuldsvermutung

Lee, Jin-Kuk*

In der vorliegenden Arbeit versucht der Verfasser, die normative Aussage der in Art 27. Abs. 4 ausdrücklich vorgesehenen Unschuldsvermutung im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft zu verdeutlichen. Über den wesentlichen Sachgehalt der Unschuldsvermutung in der koreanischen wie auch ausländischen Lehren besteht keine Einigkeit, wie es Roxin angemerkt hat. Die Arbeit geht von der Unschuldsvermutung aus, dass sie einerseits ein subjektives Rechts des einzelnen ist, andererseits sich als Versonderung des Rechtsstaatsprinzips in das Gebot eines fairen Verfahrens einordnen lässt. Der Verfasser spricht jedoch gegen die Anwendbarkeit der Unschuldvermutung auf die Zwangsmassnahme im Ermittlungsmassnahme, wogegen die Schrifttum und Rechtsprechung einheilig aus der Unschuldvermutung ein Ausnahmebleiben der Untersuchungshaft ableiten. Da aber sich die Unschuldsvermutung für die Rechtsfertigung einer Zwangsmassnahme keine exakte Kriterien liefern lässt, ist sie nicht die Zwangsmassnahme anzuwenden. Gegen den Versuch, in dem durch die Unschuldsvermutung die Möglichkeit und Zulässigkeit strafprozessualer Zwangseingriffe begrenzt, eingewendet werden,

* Wissenschaftlicher Referent am Korean Institute of Criminal Justice Policy. Dr. iur.

Untersuchungshaft bleibt Untersuchungshaft und wird nicht zur Strafe oder strafähnlichen Sanktion, die Unschuldsvermutung überhaupt verbietet.

Keywords: Unschuldsvermutung, Untersuchungshaft

여성장애인 피의자의 인권실태 및 인권증진 방안

이은미/한상훈/김지혜

형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

한국형사정책연구원

여성장애인 피의자의 인권실태 및 인권증진 방안

이은미* / 한상훈** / 김지혜***

I. 서론

여성장애인은 ‘여성’이면서 동시에 ‘장애’를 가진 사회성원으로 한국사회의 가부장적 특성과 비장애인 중심 체제 속에서 이중의 차별과 피해를 경험하고 있는 집단이다(오혜경 외, 2000; Morris, 1991). 더욱이 사회경제적으로 남성장애인에 비해서도 뚜렷한 열위에 있는 여성장애인이 형사사건의 피의자나 피고인¹⁾이 될 경우 이러한 차별과 피해는 더욱 심각한 수준에 이를 것으로 추정된다.

그럼에도 여성장애인 피의자의 형사절차상 인권위협 실태는 일반적인 범죄백서에서는 말할 것도 없고 기존의 장애인실태조사나 여성장애인 관련 연구에서도 구체적인 모습을 드러낸 바 없다. 여성장애인 피의자의 형사절차상 인권침해 실태는 두드러진 개별 사례들을 접한 소수의 실무자들에 의해서만 그 문제의 심각성이 인지되는 정도로 그치고 있을 뿐 그동안 본격적인 문제제기와 조사연구가 이뤄지지 못했다. 우리 사회 최고 약자 집단으로서 형사절차중의 여성장애인이 겪는 이중삼중의 차별 및 인권침해

※ 본 연구는 2004년 법무부용역 연구과제로 내용의 일부를 수정 및 보완한 것임을 밝힘.

* 한국 사이버대학교 겸임교수

** 연세대학교 법과대학 조교수

*** 서울대학교 사회복지연구소 연구원

1) 이하 피의자로 표기

해는 지금까지 우리 사회에서 인권감수성의 중요한 사각지대로 남아있었다. 이러한 문제의식에서 본 연구는 시작되었다.

본 연구는 다음과 같은 두 가지 목적을 가진다. 첫째, 국내의 형사절차상 여성장애인 피의자가 조사 또는 재판을 받는 과정에서 인권침해 피해경험이 어떠한지 그 실태를 파악한다. 이러한 실태를 형사절차의 각 단계별로 조사한 후 분석한다. 장애는 유형이 매우 다양하므로 공통으로 겪는 경험 외에 각 장애유형별로 나타날 수 있는 인권침해 경험도 파악하고자 한다. 둘째, 이러한 실태조사와 분석을 기초로 여성장애인들이 형사절차상 경험하는 인권침해나 이와 연관된 피해를 줄이고 여성장애인의 인권을 보장하는 데 필요한 법적·제도적 보완책을 모색하고 제시한다. 이를 통해 지금까지 공백으로 남아있던 형사절차상 여성장애인 피의자의 인권증진에 대한 보다 생산적인 대안토론을 가능하게 하고자 한다.

II. 선행연구 검토

피의자로서의 여성장애인 인권에 대한 국내 연구는 거의 찾아보기 어렵다. 여성장애인에 대한 사회적 관심이 낮을 뿐 아니라 법체계내의 관심은 더욱 부족하기 때문이다. 또한 여성장애인이 주로 성폭력이나 가정폭력의 피해자로서 형사범죄에 연루되는 경우가 많아 피해자로서의 여성장애인에 대한 소수의 연구만 진행되어 왔기 때문이다. 따라서 여성장애인 피의자의 인권실태나 인권보호에 대한 선행연구는 비장애인 중심의 연구를 통해 고찰할 수밖에 없겠다. 그동안 국내의 피의자 인권관련 연구에서는 다음과 같은 주요한 비판들이 제기되어 왔다.

먼저, 형사절차상 피의자의 지위는 형사소송의 한 주체로서보다는 단순

한 신문의 객체로서 취급되고 있다는 사실이다(서보학, 2003; 우상욱, 2002; 이승천·이대운, 2001). 이미 수사기관은 유죄심증하에 피의자들을 신문하게 되기 때문에 피의자 인권침해의 소지가 높다는 비판을 면하기 어렵다. 검사에 대립할 수 있는 피의자의 주체적 지위가 보장되어야 하지만 현실적으로 어렵다. 이는 우리나라의 수사구조가 검사지배형으로 자백을 포함한 증거의 수집에 몰두하고, 유죄판결율이 검찰인사의 중요한 평가기준으로 사용되며, 기소편의와 기소독점이라는 강력한 권한 아래 기소재량을 악용하는 경우가 많기 때문이다. 또한 검사가 작성한 피의자 신문조서가 무제한적으로 증거능력으로 인정받음으로써 자백조서를 받아내기 위한 유혹이 많고, 피의자 신문이 밀실에서 이루어지는 비가시적 신문행태 등은 인권침해적 위법수사가 만연할 수 있는 환경으로 지적되고 있다(이동희, 2003).

한편 임의동행을 가장한 강제수사, 별건구속에 의한 본건수사, 긴급체포 내지 구속기간 연장 등과 같은 수사행태 또한 피의자 인권보장에 걸림돌이 되고 있다고 비판받는다(이승천·이대운, 2001). 특히 긴급체포 권한 행사의 남용에 대한 합리적 통제방안이 시급한데, 긴급체포는 법관 뿐 아니라 검사의 통제도 받지 않고 피의자의 신체의 자유를 제한할 수 있다는 점과, 긴급체포시 피의자의 체포기간이 지나치게 길어진다는 점은 피의자의 인권을 침해할 수 있다는 점에서 비판받고 있다(서보학, 2003; 이은모, 2003).

피의자권리와 관련한 선행연구들에서는 제도적 보완도 중요하지만 수사기관을 포함한 일반 국민의 인권의식이 고양되어야 한다는 점을 공통적으로 지적하고 있다(우상욱, 2002; 이승천·이대운, 2001). 피의자가 소송절차에 있어 소송주체라는 점과, 피의자의 인간으로서의 존엄성을 인식하는 것이 선행되어야 피의자의 인권을 보호하며 사회정의를 실현할 수 있는 법제도의 구현에 접근할 수 있을 것이다.

이미 언급한대로 국내의 경우 형사절차상의 피의자로서의 장애인 인권

보호에 대한 연구는 거의 진행된 바가 없다. 다만 인권침해가 매우 심각한 것으로 언론에서 보도된 몇몇 사례를 토대로 장애인피의자의 인권실태를 추측할 수 있는 정도이다(주간동아 통권 431, 2004.04.22; 형사소송법 개정을 통한 장애인인권확보공동행동, 2004). 주요하게 문제로 지적되는 것은 수사기관의 장애인에 대한 편견과 인식부족이 장애인 피의자의 인권침해의 가장 큰 원인이 된다는 점이다. 특히 각 장애유형별 특징을 전혀 인지하지 못하고 장애를 단지 ‘문제’로만 받아들이고 있다. 청각장애인이나 뇌성마비장애인의 경우는 의사소통능력이 아예 없음으로 간주하고 무시하거나 일방적인 수사를 진행하고, 시각장애인의 경우 진술서를 확인할 수 있는 방법을 전혀 마련해주지 않고 날인하게 하는 등의 문제가 발생되었다. 더욱 심각한 경우는 정신지체인이나 정신장애인 피의자의 경우인데 논리적이고 일관적인 진술이 가능하지 못한 점을 이해하지 못하고 일방적으로 범인으로 몰거나 자백을 받아 내기 위해 물리적 또는 언어적 폭력을 행사하는 것으로 나타나 충격을 던져주고 있다.

이와 같이 아직 형사절차상 여성장애인 피의자의 인권실태에 대한 체계적인 연구가 부족한 현실에서 본 실증연구를 통해 이들의 인권실태를 파악하고, 이를 토대로 여성장애인 피의자의 인권을 증진하기 위한 방안을 제안할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 연구방법

1. 자료수집방법

자료수집은 주로 연구참여자들과의 면대면 면접방법을 통해 이루어졌

다. 본 연구는 면대면 면접을 주 도구로 하는 질적 연구방식을 택하였다. 질적 연구방식을 택한 이유는 첫째, 전국 구치소와 교도소에 수감 중인 접근가능한 여성장애인 피의자가 전체 35사례밖에 되지 않아²⁾ 일정 수의 큰 표본을 전제로 하는 양적연구는 진행되기 어렵다는 현실적 제한을 가지고 있었다. 둘째, 연구대상자들의 생생한 진술과 경험을 통해 도출되는 질적 연구자료에서는 현상이나 사건의 맥락을 이해할 수 있고 다양하고 의미 있는 정보를 깊이 있게 이끌어 낼 수 있는 장점을 가지고 있기 때문이다.

본 연구에서는 형사절차를 크게 체포 및 구속당시, 경찰수사, 검찰수사, 공판단계 등 4단계로 나누어 법학과 장애인복지 전공자들이 직접 질문을 구성하고 법조인들의 자문을 받아 면접질문을 구성하였다. 면접내용은 피면접자들의 동의를 거쳐 대부분 녹음되거나 필사되었다. 또한 연구의 타당성을 높이기 위해 부가적 자료수집방법으로 수사기록 자료도 수집하였다.

2. 조사대상

법무부의 협조를 얻어 파악한 전국 여성장애인 수감자는 2004년 7월16일 현재 전국16개 지역 총 35명으로 조사되었다.³⁾ 35명의 여성장애인 수감자와 치료감호소 수감자들, 장애인단체를 통해 소개받은 형사범죄 경험에 있는 여성장애인 5명 중 지역과 장애유형을 고려하여 본 연구를 위해 총 24사례를 선택하였다. 사례 선택 후 각 구치소와 교도소에 공식협조요청 과정을 거쳐 연구자들이 직접 방문하여 면접을 실시하였다. 방문면접은 2004년 7월~8월에 걸쳐 진행되었고 방문지역은 서울, 경기, 충북지역에 소재한 총 5개 구치소나 교도소에서 실시되거나 장애인지원기관에서 진행되었다. 면접은 연구대상자별로 짧게는 1시간15분에서 길게는 1시간40분간

2) 공주치료감호소 정신장애여성 90명을 제외한 숫자

3) 35명 중 기결 수형자는 19명, 미결 수형자는 16명이다.

진행되었으며 면접을 진행하기 전 피면접자에게 연구의 목적을 서면과 구두로 설명하고 동의를 받은 후 동의서에도 서명을 받고 실시하였다.

3. 자료분석방법

연구참여자의 사전 동의를 얻어 면접내용을 녹음한 후 각 면접자들이 이를 녹취하거나 주요내용을 필사하는 방식으로 자료를 1차적으로 정리하였다. 1차 정리된 내용을 면접질문항목에 따라 분석한 후 연구자들은 내용에 대한 첨가나 기타의 가공 없이 피면접자의 진술내용을 진술그대로⁴⁾ 옮겨오면서 우리나라 헌법, 형사소송법, 형법, 기타 준칙 및 규정을 참고하여 인권침해적 문제가 있는 부분을 중심으로 분석하였다.⁵⁾

또한 부가적 자료수집방법으로 여성장애인 피의자들의 수사기록 자료도 수집하여 분석함으로써 본 연구분석의 객관성과 타당성을 높이고자 노력하였다.

IV. 형사절차상 여성장애인 인권실태⁶⁾

1. 연구참여자의 일반적 특성

본 연구의 면접에 참여한 피의자는 총 24사례로 연령대는 20-60대까지 다양하나 30, 40대가 각각 8명씩, 총 16명으로 전체 사례의 절반 이상을 차지하고 있다. 교육 수준은 무학 3명, 초등학교 졸업이하와 중학교 졸업

4) 문법 등을 고치지 않고 있는 그대로 인용하였다.

5) 청각 및 언어장애인 경우 수화통역자 통역내용을 정리하였고 이를 별도로 표기하였다.

6) 본 연구는 질적 연구로 연구대상 24명의 주관적 경험과 그들의 인식세계를 드러내고자 하는 목적을 가지므로 연구결과의 일반화에는 무리가 있음을 밝혀두고자 한다.

이하가 각각 5명으로 동일한 분포를 나타내고 있으며, 고등학교 졸업 이하가 7명으로 전체의 약 30%가량 차지하는 것으로 나타났다. 장애유형으로는 지체장애가 13명으로 절반이 넘는 비율을 차지하고 있었고, 다음으로 정신장애, 청각장애, 뇌병변장애, 시각장애 순으로 나타났다. 장애 등급은 4급, 2·3급, 1급, 5급 순으로 나타났으며, 미등록한 경우도 4명으로 16.7%를 차지하고 있었다.⁷⁾ 등급을 모른다고 답한 경우도 3사례 있었다. 결혼 상태에 대한 조사에서는 이혼이 9명으로 가장 많은 분포를 차지하고 있으며, 그 다음으로 미혼, 결혼 상태가 각각 6사례로 나타났으며 사별의 경우도 3사례가 되었다. 구속되기 이전에 직업이 있었는지에 관해서는 직업이 있었던 경우가 18명으로 전체 24사례 중 75.0%를 차지하고 있어, 대부분의 피면접자가 직업을 갖고 있었던 것으로 나타났다. 죄명은 사기가 9명으로 가장 많았고, 다음으로는 살인, 절도, 명예훼손의 순으로 나타났다. 총 24명의 피의자 중 18명이 전과가 없는 것으로 나타나, 조사 대상자의 75%가 초범인 것으로 나타났다.

가. 체포 및 구속단계

우리 헌법 제12조 제5항에서는 피의자의 권리고지와 관련하여 “누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족 등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체없이 통지되어야 한다”고 규정하고 있다.

7) 본 연구에서 미등록된 장애인을 포함한 것은 2000년 현재 장애인의 62.6%만이 장애인 등록을 한 것으로 추정되기 때문에(보건사회연구원, 2001) 나머지 3분의 1이 넘는 장애인이 미등록 상태인데 만약 이들을 제외하고 등록장애인만을 대상으로 할 경우 형사절차상 실질적인 어려움을 겪는 미등록 장애인을 배제하게 될 위험이 있기 때문이다. 본 연구가 형사절차상 특별한 배려가 필요한 장애인을 범위로 정하고 있으므로, 미등록 장애인을 함께 포함한 것은 의미가 있다고 사료된다.

<표 1> 조사대상자의 일반적 특성

변 수		빈도(백분율)	계
연 령 대	20대	1(4.2)	24(100.0%)
	30대	8(33.3)	
	40대	8(33.3)	
	50대	3(12.5)	
	60대	4(16.7)	
교육수준	무학	3(12.5)	24(100.0%)
	초졸(중퇴포함)	5(20.8)	
	중졸(중퇴포함)	5(20.8)	
	고졸(중퇴포함)	7(29.2)	
	대졸(중퇴포함)	4(16.7)	
장애유형	지체장애	13(54.2)	24(100.0%)
	청각장애	3(12.5)	
	시각장애	1(4.2)	
	정신지체	0(0.0)	
	정신장애	4(16.7)	
	뇌병변장애	2(8.3)	
	기타	1(4.2)	
장애등급	1급	3(12.5)	24(100.0%)
	2급	4(12.7)	
	3급	4(16.7)	
	4급	5(20.8)	
	5급	1(4.2)	
	6급	0(0.0)	
	미등록	4(16.7)	
	등급 모름	3(12.5)	
결혼상태	미 혼	6(25.0)	24(100.0%)
	기 혼	6(25.0)	
	이 혼	9(37.5)	
	사 별	3(12.5)	
직 업	유	18(75.0)	24(100.0%)
	무	6(25.0)	
죄 명	살 인	7(29.2)	24(100.0%)
	사 기	9(37.5)	
	명예훼손	1(4.2)	
	절 도	4(16.7)	
	기 타	3(12.5)	
전과기록	유	6(25.0)	24(100.0%)
	무	18(75.0)	

2. 여성장애인 피의자 인권 실태

형사소송법 제72조에서도 “피고인에 대하여 범죄사실의 요지, 구속이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다”고 각종 피의자 권리를 고지하도록 규정하고 있다. 형사소송법 제200조에서는 진술거부권을 명시하고 있다. 이와 같은 법규정을 참조하여 체포 및 구속단계에서 피의자 권리를 중심으로 조사한 결과 피의자 24명 대부분 영장을 제시받지 못했거나 피의자 권리를 고지 받지 못한 것으로 드러났다.

검찰에서 조사할 것이 있다고 전화가 왔어요. 두 번 정도 나가서 조사를 받고 집에 돌아왔는데 얼마 지나고 그냥 집으로 찾아와서 날 잡아가는 거예요. (영장제시 받으셨나요?) 영장요? ...그게... 아니, 그런 거 없었어요. 경향이 없어서 기억은 잘 안 나지만 그래도 뭐 보여준 것 없었어요(사례 10).

(체포이유나 범죄 사실 고지하시던가요?) 그런 건 못 들었고. 그냥 판사님 앞에 갔다 와서 기다려라 다섯 시 까지...그래서 다섯 시 딱 되니깐 영장이 떨어졌으니깐 들어가야 된다고...그래서 말없이 들어갔던 거죠(사례 8).

특히 의사소통이 어려운 장애인인 경우⁸⁾ 경찰과 대화가 거의 가능하지 않은 상태에서 경찰이 수화통역자 등을 대동하고 나타나는 것이 아니기 때문에 아예 피의자의 권리를 비롯한 기타 고지의무는 전혀 지켜지지 않고 있었다.⁹⁾

피의자들은 체포를 당할 때나 유치장에 수감되는 과정에서 다양한 경험을 했는데 이 때 각종 폭력이나 물리력 등으로 인한 정신적, 신체적 피해

8) 언어 또는 청각장애 등

9) 사례15 - 수화통역 된 내용

를 경험했던 것으로 드러났다. 사례9의 경우에는 사기죄로 고소된 상태에서 유치장 수감 시 살인, 강도, 절도, 강간, 조직 폭력 등의 죄질이 중한 유치인에 대해 실시하는 정밀검사를 받은 것으로 드러나 과잉수색이 벌어졌음을 추측케 하였다. 또한 알몸수색을 함에 있어서도 대부분 여자경찰이 시행하였으나 남자경찰도 함께 동석한 경우도 있어 더욱 성적수치심을 느끼게 되었다는 진술도 있었다.

인권유린이라고 할 수 있죠. 가자마자 옷을 다 벗으래요. 저는 흥터가 많거든요 그거 하나하나 체크해 가면서 이건 뭐냐 이건 뭐냐 물어보는데 정말 기분 나쁘더라고요(사례 22).

신체검사를 하는데 여자 경찰관이 했죠. 근데 남자 경찰관도 같이 있었어요. 대개 창피하고 싫었어요(사례 21).

현행법에서는 여성범죄에 대한 사법경찰관의 직무에 대해서는 소년 사건의 규정에 준용하고 있다. 본 연구에서는 다수의 연구대상자들이 경찰로부터 함부로 대하는 태도나 비하하는 태도를 경험했고, 욕설을 하거나 옷을 잡아당기거나, 여성의 신체적 특성에 대해 수치심을 유발하는 말을 하는 등의 언어적·비언어적 폭력을 당한 것으로 드러났다.

그 상황에서 할 말이 아닌데, 너 살 좀 빼야 되지 않겠냐 그러더라고요... 제가 배가 좀 나왔거든요, 제가 수술을 하다보니깐 수술하고 계속 앉아 있었거든요. 그런데 임신했냐? 안했다고 하니깐, 솔직히 얘기해라, 그런 식으로. 임신한 배 같다, 그러더라고요(사례 13).

형사소송법 제87조 제1항에는 “피의자를 구속할 때에는 변호인이 있을

경우에는 변호인에게, 변호인이 없을 경우에는 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매 호주 중에서 피고인이 지명한 자에게 피고사건명, 구속일시, 장소, 범죄사실의 요지 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있다는 것을 알려야 한다”고 규정하고 있다. 연구 결과, 많은 경우 가족에게 연락을 할 수 있다는 것에 대해서 고지 받지 못했으며, 체포 이후에도 가족과의 연락을 바로 취해주지 않고 모든 과정이 끝난 후에 이루어진 것으로 나타났다. 또한, 가족과의 연락을 경찰이 막거나 체포되고 가족이 면회를 오고 있는 중인데도 기다려주지 않고 강제로 차에 실고 간 사례도 있었다.

이미 구치소에 있을 때 왔죠. 그 때 울기만 했어요. 모든 절차 다 끝난 다음에 검사가 이야기를 해주고 딸내미한테 연락을 해주더라고...(사례 4)

체포되고 한 8시 반 되서 엄마한테 전화하고, 오빠한테 전화하고... 막 해서 빨리 오라고 하니까 엄마가 기다리라고, 오빠가 갔다고 하니까 기다리려고 하는데... 아저씨(형사)한테 그랬어요. 조금만 기다려야 한다고... 오빠가 오니까 얼굴만 한번 보고 들어가겠다고. 그러니까 안 된다고 강제로 막 넣었어요. 빨리 들어가라고 해서 가족들 얼굴을 못보고 들어갔어요. 가족은 이틀 후 아침에 면회가 되서 만났어요(사례 7).

우리나라 형사소송법 제201조의 2 제1, 제2항에서는 체포된 피의자에 대하여 구속영장 청구 시 본인이나 가족, 변호인 등에게 구속영장실질심사를 청구할 수 있는 권리가 있음을 고지하도록 규정하고 있다. 이는 피의자 및 변호인이 피의사실이나 구속사유 등에 관한 피고인의 입장을 충분히 확인할 수 있는 기회가 된다. 그러나 본 연구의 대상자 중 구속과 관련 없는 3명의 피의자를 제외하고 총 21명의 피의자 중 18명이 이 청구권에 대해 전혀 고지 받거나 들은 적이 없다고 응답하였다. 이것에 대해 전혀 아

는 바가 없는 응답자들은 자신들이 ‘무식하니까’, ‘모르니까’ 라고 응답했고 추후에 알게 되어도 유치장이나 교도소 수감자들을 통해 알음알음 알게 되었다고 진술하였다. 이 심사를 청구한 나머지 3명도 변호인이 알아서 청구하거나 다른 곳에서 듣고 청구했다고 밝혔다.

(구속영장실질심사청구권 알고계세요?) 잘 모르는데... (보석신청, 적부심 신청 이런 거 알고 계십니까?) 그건 얘기만 들었어요. 언니들한테. (언니들이 라면?) 같이 수감 되 있던 언니들... (경찰이나 이런 사람들에게 들은 적은?) 없어요(사례 7).

구속과정에서 여성장애인 피의자들은 비장애인중심의 절차나 물리적 환경을 대하면서 많은 어려움을 겪는 것으로 드러났다. 이러한 물리적, 환경적 불이익은 피의자의 심리상태에 불안정하고 부정적인 영향을 끼치고 결국 피의자가 자신의 기본적 권리를 행사할 수 없는 결과를 낳을 수 있다. 많은 여성장애인 피의자들이 신체적 장애가 있거나 질병이 있는 경우가 많은데 이러한 상태에서 체포나 구속 등의 법적인 절차에 놓여 행동이나 심리상의 제한을 당하고 물리적으로도 매우 제한적인 구금생활을 하게 될 때 장애나 질병으로 인한 고통이 심해지고 적절한 조치를 받지 못하는 등의 어려움을 경험하는 것으로 드러났다.¹⁰⁾

또한 장애가 경한 정도이거나 눈에 잘 띄지 않을 때 예를 들어 한쪽 눈만 보이지 않는 시각장애인, 한쪽 귀만 들리지 않는 청각장애인, 정신지체나 정신장애인의 경우 더욱 불이익을 당하기 쉬운 것으로 나타났다. 경찰이나 검찰, 또는 법원관계자들은 겉으로 확연히 들어나지 않는 이러한 장애를 전혀 인지하지 못하고 법적 절차를 진행하는 경향이 있었다. 사실 이러한 경증의 장애인들은 장애인으로 확실히 인식되지도 못하고 노출이 잘

10) 사례3, 사례12, 사례17, 사례22

되지 않음으로 인해 구속과정에서 일어나는 의사소통상의 문제에 부딪히게 된다. 특히 이들은 장애 때문에 내용을 잘 이해하지 못했다고 드러내놓고 이야기하지도 못하고 반복해줄 것을 요구하지 못하는 것으로 드러났다.¹¹⁾ 이는 결과적으로 장애인 피의자가 어려운 법적 용어나 절차를 이해하기도 어려운데 이에 더하여 기본적인 내용마저 놓치고 지나갈 위험이 크다는 것을 의미한다. 결국 피의자의 알 권리나 대응방식 등에도 부정적 영향을 미치게 되는 것이다.

나. 경찰수사단계

본 연구에서는 경찰 수사과정에서 경험한 언어적/비언어적 폭력을 반말, 무시하는 말, 욕설, 폭언, 협박, 신체 폭력, 음식이나 물, 수면제한으로 인한 자백강요, 고문, 신체적으로 견디기 힘든 장시간의 수사진행, 성 모욕감, 성추행, 성폭력 등, 반복질문, 위압적 질문, 유도신문, 일방적인 합의종용, 기타 등 구체적으로 나누어 살펴보았다. 조사결과 경찰의 수사과정에서 언어적·비언어적 폭력을 경험한 사례는 총 24사례 중 14사례인 것으로 나타났다.

형사들도 거의 반말해요. 나이어리다고, 말 똑바로 못하냐고... OO에서도 거의 반말로, 어떤 식으로 했냐고, 거짓말하지 말라고. 애가 재가 다 이야기했으니까 똑바로 말하라고. 계속 니가라고 이야기해요(사례 7).

너 삼류 소설 쓰냐? 이게 무슨 장난인 줄 아냐? 누가 이걸 믿겠냐? 이러더라고요(사례 13).

11) 사례5, 사례9

신체적 폭력의 경우는 사례가 많지는 않았지만 폭력피해 정도가 매우 심하여 사례1의 경우는 목숨의 위협까지 느낄 정도였으며 한 사람이 아닌 서너 명이 집단으로 구타하는 형태까지 나타났다.

2001년 여름이니까 3년전 인가 파출소에서 경찰서로 넘어가면서 조사실로 가서는 경찰서 직원이 무작정 때리고 머리도 박고 힘들게 하더라고요. 내용에 대해서는 들어볼 생각도 안하고 머리도 박고 가슴도 치고 말로 여자로서 치욕스러운 옷을 벗기고 뭘 한다니 창자를 드러낸다니 정말 표현 못할 만큼 욕도 하더라고요. 무조건 때리고 조사를 시작하더라고요. 한 6시간 정도를 서너 명에서 20여분씩 때리는데 정말 좀만 더 맞았으면 죽었을지도 모르겠어요. 그렇게 맞았다고 하니까 사람들이 안 믿더라고요. 변호사한테도 얘기했는데 나중에 처리하자면서 우선은 진단서부터 떼어놓으라고 하더라고요. 머리카락도 많이 빠지고 제가 장애인이니깐 조금만 때려달라고 말씀을 드렸는데...(사례 1).

구속되기 전에 갑상선 수술을 받아 말을 제대로 할 수 없었는데, ○○ 경찰서 수사관이 말하지 않는다고 욕설을 하면서, 주먹, 구둣발로 구타했어요. 너무 맞아서 몸을 굽히거나 앉지도 못했는데 치료도 못 받았어요. 수갑을 차고 있었는데 말을 잘 못한다고 수갑을 채운 채로 그냥 막 때리더라고요. 손이 묶여 있어서 더 힘들었어요(사례 17).

경찰수사단계에서 가장 중요한 부분은 피의자의 진술과 확인 부분이다. 형사소송법 제244조 제2항과 동법 제3항에서 피의자의 진술 조서 열람이나 증감, 변경 청구 등에 관해 규정하고 있는데 12) 이러한 권리가 지켜지

12) 형사소송법 제244조 제2항에서는 ‘피의자의 진술을 조서에 기재한 후 피의자에게 열람하게 하거나 읽어 들려야 하며 오기가 있고 없음을 물어 피의자가 증감, 변경의 청구를 하였을 때에는 그 진술을 조서에 기재하여야 한다’고 정하고 있다. 동법 제3항에서는 ‘피의자가 조서에 오기가 없음을 진술한 때에는 피의자로 하여금 그 조서에 간인한

지 않을 경우 진술이 중요한 증거자료로 채택되는 현실에서 피의자는 형사절차 전반에서 불이익을 경험하게 된다. 본 연구의 결과 대부분의 사례에서 진술한 내용과 조서를 확인하는 과정을 거쳤지만 진술한 내용과 경찰의 진술조서의 내용이 다른 경우가 있었고, 진술내용 확인에 필요한 도움이 제공되지 않았던 경우, 변경 요청이 거부당하는 경우 등 문제가 있었던 것으로 드러났다.

조서를 보여주기는 했는데, 제가 한글을 몰라서 제대로 읽지도 못했고요. 경찰도 제대로 읽어주지도 않더라고요(사례 17).

자기가 읽어주더라고. 제가 잘 안 보인다고 그랬더니 자기가 읽어주고 그냥 끝나버리더라고(사례 14).

제가 얘기한 거랑 틀려서 무인을 안 찍겠다고 했어요. 그랬더니 무인을 찍어야 빨리 집에 갈 수 있다고 해서 빨리 집에 가고 싶은 마음에 그냥 찍었어요. 그리고 제가 얘기한 거랑 다르긴 했는데 또 맞을까봐 무서워서 바뀌달라고도 안했어요. 그냥 찍었어요(사례 17).

한편 사법경찰관집무규칙 제43조 제2항과 인권보호수사준칙 제8조에 따르면 장애인의 경우 그 보호와 심신의 안정 등을 위해 도움을 주어 보호해야 함에도 불구하고 본 연구 결과 여성장애인피의자들은 기본적인 의료적 도움 요청이나 신체적 억압에 대한 호소, 식사해결 등에 있어서도 도움을 거절당한 것으로 나타났다.

조사를 받으러 갈 때 계단을 올라가야 되잖아요. 수갑을 차고 올라가면 힘들거든요. 그걸 말씀을 드렸어요. 도망가지 않을 테니깐 수갑을 풀어 달라.

후 서명 또는 기명날인하게 한다' 고 규정하고 있다.

계단을 올라갈 때까지만 풀어달라고. 넘어지면 나만 힘든 거기 때문에 그거에 대해서 배려를 좀 해달라고 해도, 수갑 절대 못 풀려준다 그러더라고요. 수갑 풀어주고 해도 나 장애인이고, 고무신을 신고 어딜 도망가겠느냐 이랬는데도... 그런 게 되게 힘들었거든요. 의자에서 일어날 때도 그것도 못 일어나. 일어나 수 있다, 힘들면 자기가 잡아 주겠다. 하지만 솔직히 여자로서 경찰들이 잡아주는 게 그렇게 썩 좋은 거는 아니잖아요. 남잔데... 나이가 이젠 성인이잖아요(사례 13).

피의자유치및호송규칙 제7조에서는 ‘신체장애인 등은 유치실이 허용하는 범위 내에서 분리하여 유치하여야 하며, 신체장애인에 대하여는 신체장애에 맞는 적절한 처우를 하여야 한다’고 정하고 있다. 그러나 본 연구 결과 여성장애인 피의자들은 유치장에서의 생활을 매우 불편하고 힘들었던 것으로 기억하고 있었다. 장애를 가진 경우 작은 환경적 변화에도 큰 영향을 받을 수 있음에도 불구하고 장애인의 상황과 상태에 대한 고려가 전혀 없었던 것으로 드러났다.

그때가 2월 아주 추울 때였는데 우리 같은 사람은 냉골에서는 혈액순환이 안 되니까 다리가 썩는다고요. 그래서 절단하는 사람도 많거든요. 그래서 검사한테 말을 했어요. 내가 어디 도망갈 사람도 아니고 언제 오라면 오고 가라면 갈 테니까 유치장에 넣지 말라. 그러니까 검사가 그러더라고요. XX구치소에 환자 보호방이 있으니까 불도 때주고 침대도 있으니까 가라고 하더라고요. 그래가지고 구치소로 왔는데 이건 완전히 냉골이에요. 환자들 방이라고 임신한 여자 있었고 또 어디 아픈 여잔가 다섯 명 정도 있었는데 똑같아요. 냉방예요. 10시부터 불을 넣어준다고 그랬는데 우리 같은 사람들한테는 완전히 냉골이에요. 좌변기가 없으니까 화장실도 못가고 그랬죠. 방광 근육을 조절해야 되니까 그래서 내가 먹던 약을 달라고 이름까지 말을 해줬는데 못준다고 그러더라고요(사례 22).

특히 유치장 내의 화장실 구조는 여성장애인 피의자들로 하여금 불편함과 수치심을 유발하는 것으로 나타났다.

화장실이 그냥 불편하고 남자들도 있으니까 무지 쟁피하더라고요(사례 9).

다리를 오므리지를 못하고 누워있어야 되니까 너무 아팠죠. 화장실에 거기 가서 거기 쓰레기통이 있더라고요. 쓰레기통에 걸터앉아서 소변보고 쓰레기통이 이렇게 높으니까 내려오지도 못하고... 거기 앉아서 소변 놓고 대변도 보고 그랬어요. 하나도 씻지도 못했어요. 일주일 만에 병원에 갔더니 우리 딸들이 이렇게 냄새가 날 수가 없다면서 뒷물 닦아 주고 다 벗겨서 버리더라고요(사례 14).

경찰수사단계에서도 여성장애인의 장애로 인한 특성을 고려하거나 배려하지 못할 뿐 아니라 심각한 언어적, 비언어적 폭력이 있었음을 본 연구 분석을 통해 알 수 있었다.

다. 검찰수사단계

검찰이나 경찰은 물리력 행사나 가혹행위 없이 과학수사에 의한 증거확보를 위해 다양한 방법을 이용하고 있지만 아직도 피의자들은 여러 가지 불법적 방식의 수사과정에 노출되어 있는 것이 현실이다. 본 연구 결과 검찰의 물리력 사용으로 인한 피의자 부상은 거의 없었지만 검찰의 언어적 폭력으로 인한 인권침해는 상당히 심각한 수위에 이르는 것으로 드러났다. 반말, 무시하는 말, 욕설이나 폭언, 협박, 음식이나 물, 수면제한으로 자백강요, 고문, 신체적으로 견디기 힘든 장시간의 수사진행, 성 모욕감, 성추행, 성폭력, 반복질문, 위압적 질문, 유도신문, 일방적 합의중용 등의 형태

로 나타났다.

가장 많이 드러난 문제는 경찰수사 단계에서와 마찬가지로 반말사용과 위압적 질문 및 태도의 문제였다. 반말로 피의자의 자존심을 상하게 하고 모욕을 느끼게 하는 것은 물론 위압적이고 단정적인 태도로 신문하는 경우가 많았던 것으로 드러났다. 이는 피의자로 하여금 인간으로서의 기본적인 가치도 느끼지 못하게 하는 매우 비인권적인 태도라 볼 수 있었다.

거짓말 하지마라. 네 말은 못 믿는다. 고소인들 오면 대질심문하면 안다. 저 같은 경우에는 고소인들이 왔어요. 고소인들이 하는 말이 애가 하는 말 믿을 수 있다. 거짓말 할 애는 아니다. 그제서야 그럼 애기 한 번 해봐라 말 씀을 하시더라고요. 그 전에는 이 사람 진짜 못 쓰겠네 거짓말만 하고, 뭐 하자는 거냐고, 나하고 한번 해보자는 거야 뭐야, 왜 거짓말 해? 이런 말만 하더라고요(사례 13).

그 나이가 한 사십, 사십 일곱인가? 여덟인가? 거기가 제일 오래되었어요. 니가 아이들 데리고 다니면서 시키고 다 했잖아 가시나야! 왜 거짓말 시키나 간나야! 막 이래요. 검찰청에서 이래요. 말도 얼마나 심하게 하는지 몰라요. (협박을 한 적이 있나요?) 네. 판사한테 이야기해가지고 막 십년 이십년 감옥에서 못나오게 한다고 말 똑바로 하라고 이 간나 거짓말시키는 거라고 막 그랬어요(사례 7).

검찰수사과정에서 장애인으로서 받은 불이익이나 어려움에 대한 조사에서 피의자들은 검찰수사 관계자들은 장애의 종류나 정도에 따른 고통을 전혀 이해하지 못한다는 점과, 장애인피의자 당사자가 이러한 어려움을 호소해도 검찰관계자들은 비장애인인 자신의 시각에서만 ~할 것이라고 추측하고 반응한다는 점을 호소했다.

사례11의 경우는 청각 및 언어장애인으로서 수화통역자의 도움과 역할

이 매우 중요함에도 불구하고 검찰의 인식부족으로 수화통역자 교체가 이뤄지지 않았고 수갑을 계속 풀어주지 않아 수화를 제대로 할 수도 없게 입을 막아버리는 어처구니없는 상황이 벌어졌다.

수화 통역자와 마찰이 있었고, 검사가 경찰조사를 바탕으로 조사를 했으며 더 이상의 진술을 요구하지 않았고, 진술하고 싶어도 그냥 넘어가자고 했음. 수화 통역자가 제대로 의사전달을 하지 않은 것 같은 인상을 받았음. 전체적으로 귀찮아했으며 대충대충 수사를 하는 것 같은 인상을 받았음. 하고 싶은 말이나 필요한 말조차 하지 못했음. 조사를 받을 때 수갑을 채운 상태에서 수화를 하기를 원했고 조사를 받을 때도 수갑을 풀어주지 않아서 제대로 수화를 할 수 없었음(사례 11-수화통역 된 내용).

라. 공판단계

여성장애인피의자들은 공판단계에서 난해하고 생소한 법적 용어나 절차에 대한 두려움, 어떻게 자신의 이야기를 주장해야 하는지에 대한 두려움, 앞으로 어떤 결과를 받게 될까에 대해 심각한 정도의 불안과 두려움을 갖게 되는 것으로 드러났다. 더욱이 피의자 대부분은 어떤 내용으로 어떻게 재판이 진행되는지에 대한 명확한 이해가 거의 없었던 것으로 나타났다. 법정의 위압적 분위기나, 검사나 판사의 피의자 신문태도 및 방법, 변호사의 충분하지 못한 변호, 잘 들리지 않는 판사의 말씀 등으로 어떻게 지나갔는지 기억이 잘 나지 않는다는 피의자가 대부분이었다. 또한 판사나 검사가 사건을 제대로 이해하지 못하고 있다는 느낌을 받은 경우가 상당히 많은 것으로 드러났다.

재판 당시 판사와 검사가 여자가, 농아가 왜 그렇게 하느냐는 추궁을 받은

사실 있음. 진술을 끊는 경향. 하고 싶은 말을 오래하지 못하게 함. 판사가 불쌍하다는 이야기를 했음(사례 15-수화통역 된 내용).

(우울증 장애인피의자가 치료감호 후 병세가 많이 호전된 상황에서 재판 을 받게 된 상황) 두 번째 재판에서 판사가 저를 보고“멀쩡하네”하더라고요. 검사도 내가 아들이 날 닮을까봐 두려워 죽이고 싶었다고 말하는 거 가지고 조사 때 말한 거랑 법정에서 말한 거랑 범행이유가 똑같다고 멀쩡한 거 아니냐는 식으로 말하데요(사례 21).

판사는 피고인이 거짓말을 하고 있다는 의심을 가지는 것 같았음. 전체적으로 판사는 사건을 이해하지 못하는 것 같았음(사례 11-수화통역 된 내용).

한편 판사의 말소리가 너무 작아 제대로 들을 수 없었다는 경우도 있었다. 이는 청각장애가 있는 경우뿐만 아니라 그렇지 않은 경우에도 문제로 제기하고 있었다.

하나도 안 들리더라구... 목소리가 너무 작으니까...(사례 5).

(한쪽 청력상실 피의자) 원래 잘 들리지 않는데다 판사님 목소리가 너무 작은 거예요. 거의 아무것도 못 들었어요. 안 들리니 아무 말도 못하고 내려왔죠. 처음부터 세 번째 재판까지는 거의 안 들려서 아무 말도 못했어요. 반성문에 귀가 잘 안 들린다고 썼는데 소용없었어요(사례 9).

국선이나 사선변호인을 선임하는 경우 피의자를 충분히 이해하고 피의자에게 도움을 주는 경우도 있었지만 대부분의 경우 변호사들이 형식적인 태도를 보이거나 피의자의 장애나 상태를 잘 이해하지 못하기 때문에 결과적으로 큰 도움을 받지 못한 것으로 드러났다. 장애로 인한 특성을 잘

이해하지 못하거나, 범죄를 시인하거나 인정하라는 식의 태도가 많았고, 재판진행절차에 대한 설명은 거의 이뤄지지 않았다. 판사의 종용에도 불구하고 피고인을 한 번도 찾아가지 않은 국선변호인도 있었다.

저 같은 경우에는 판사님이 “변호인 피고인한테 갔다 왔습니까?” “아 제가 바빠서 못 갔다 왔습니다.”라고 하시니깐 피고인에 대해서 아무것도 모르는 상태에서 “어떻게 변론을 하려고 하느냐? 가서 보고 와서 변호를 해라.” 그 다음에 갔는데 또 안 오셨어요. 그래서 판사님이 “가보셨습니까?” “못 갔습니다.” 판사님이 변호사님한테 하시는 말씀이 “변호인은 피고인에 대해서 아는 게 뭐가 있느냐 뭘 변론을 하고자 이 자리에 나왔느냐?” 하시면서 “다시 한 번 가보기를 권합니다. 판사로서 명령합니다.” 하고 끝났거든요. 그 다음에 또 안 오셨어요. 마지막에 판사님께서 “변호인 지금 뭐하자는 겁니까? 피고인한테 가서 충분히 설명을 들었습니까?” “못 들었습니다.” 하니깐, “이번에는 꼭 가서 피고인한테 알고 난 다음에 변론을 하는 것으로 하겠습니까. 꼭 가주십시오.” 이렇게 얘기를 해주셨어요(사례 13).

여성장애인은 장애로 인한 신체 및 정신 건강상의 어려움을 경험하고 있고, 피의자 신분이 되었을 때 여성장애인의 건강은 더욱 위협받게 된다. 본 연구 결과 24사례 중 21사례가 체포나 구속 후 몸이 아팠던 경험이 있었다. 장애인들은 이미 구속 전부터 질병을 갖고 있는 경우가 대부분이지만, 수사과정에서 장애가 악화되거나 새로운 질병을 얻게 된 것으로 나타났다. 그러나 이에 대해 적절한 조치를 받지 못하는 것으로 드러났다.

하도 많이 맞아서 그런지 혈압이 올라가더라고요. 근데 교묘하게 때려서 그런지 상처는 없었고 붓기만 약간 있었어요(사례 1).

구치소에 있던 중에 뇌출혈로 쓰러졌어요. 고소인이 계속해서 거짓말을 하는데도 입증할 방법이 없어 스트레스를 많이 받았나 봐요(사례 8).

이제까지 살펴본 내용들은 총 24명의 여성장애인 피의자가 형사절차 전 과정에서 경험하는 것들을 심층면접을 통해 분석한 내용들이다. 연구결과를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 형사절차상에서 수사기관의 장애인에 대한 이해와 인식이 매우 부족한 것으로 나타났다. 장애인 전반 및 장애유형별 특성에 대한 이해와 인식이 부재하여 여성장애인 피의자의 권리를 보호하기 위해 필요한 배려가 거의 이루어지지 않고 있었다. 배려가 부족할 뿐 아니라 여성장애인 피의자에 대한 신체적, 정신적 폭력도 발견할 수 있었다. 둘째, 경찰이나 검찰 수사관 등은 전반적으로 여성에 대한 배려가 부족하고, 여성을 폄훼하거나 무시하는 발언 및 태도를 보임으로써 여성장애인들의 심리적 위축감이 더욱 큰 것으로 드러났다. 셋째, 여성장애인 피의자들은 형사절차상에서 법 용어나 신문 질문에 대한 이해에 어려움을 느끼는 것으로 나타났다. 그러나 이러한 어려움에 대해 수사기관의 도움을 거의 받지 못한 것으로 드러났다. 넷째, 거의 모든 장애유형에 있어 의사소통에 어려움을 겪는 것으로 드러났다. 청각, 언어, 시각장애여성 뿐 아니라 지체장애나 내부장애, 정신장애 피의자의 경우에도 문자 또는 구술 의사소통에 많은 어려움을 겪는 것으로 나타났다. 그러나 이에 대한 수사기관의 배려나 조치는 매우 미흡했던 것으로 드러났다. 다섯째, 여성장애인 피의자들은 경찰이나 검찰의 수사 및 공판 등 형사절차의 전 과정에 있어 적절한 의료지원을 받지 못하는 것으로 드러났다. 여섯째, 열악한 수사 환경은 여성장애인 피의자의 기본적 생리욕구해결을 어렵게 하거나 건강을 해칠 정도의 문제를 가져오는 것으로 나타났다. 특히 화장실이나 구치소 바닥 등은 여성장애인의 생리적 욕구해결이 매우 어려운 정도의 환경이고, 건강을 악화시키거나 건강문제를 야기할 만한 환경인 것으로 드러났다. 일곱째, 장애가 눈에 잘 띄지 않는 경증장애인들은 더 많은 어려움을 경험하는 것으로 나타났다. 장애가 잘 드러나지 않아 수사기관의 배려나 도움을 받지 못하고 정식

으로 도움을 청하지도 못하는 것으로 드러났다. 마지막으로, 여성장애인 피의자 당사자들의 권리의식도 낮은 수준인 것으로 나타났다. 따라서 피의자로서의 권리를 제대로 행사하거나 주장하지 못했던 것으로 드러났다.

형사절차상에서의 여성장애인의 인권침해의 내용은 일반적으로 장애인들이 형사절차상에서 경험하는 인권침해의 내용을 포함한다. 여기에 더하여 여성이라는 특성으로 인한 암묵적, 비명시적 인권침해 요인들도 작용하고 있음을 알 수 있었다. 본 연구에서는 크게 부각되어 드러나지는 않았지만 여성장애인들이 교육이나 직업 등의 사회제도와 인식 등의 사회관념을 통해 이중차별과 억압을 경험해온 현실을 고려할 때 무력감과 자기 통제력 상실, 낮은 자아 존중감을 가지게 되는 경향이 있고, 이는 유사한 상황에서 심리적 위축과 무력감을 더 느낄 수 있음을 추측할 수 있게 해준다. 따라서 여성장애인의 인권 보호를 위해 ‘여성’과 ‘장애’라는 특성을 고려한 특별한 노력과 주의가 더욱더 필요하다고 할 수 있을 것이다.

다음에서는 이와 같은 연구결과를 토대로 여성장애인 피의자의 인권을 보호하고 이를 증진하기 위한 구체적인 방안을 제시하도록 하겠다.

V. 형사절차상 여성장애인 인권증진방안

1. 여성장애인의 특성에 대한 이해 및 의식전환을 위한 수사기관 및 법원의 교육 제도화

본 연구결과 수사기관 및 법원의 장애에 대한 이해가 매우 부족한 것으로 드러났다. 장애인 피의자에 대한 수사나 재판은 범죄사실의 확인에 앞서 당해 장애인이 가진 장애에 대한 이해에서 출발해야 한다. 따라서 장애인 피의자의 특성을 이해할 수 있는, 장애영역별 장애특성에 대한 내용을

포함하는 꾸준한 인권교육이 수사기관과 법원에서 반드시 실시되어야 한다. 그리고 여성장애인 피의자는 일반 여성피의자¹³⁾보다 수사 및 재판에 더 많은 심적 부담이나 수치심을 느끼고 있어 그에 대한 보호가 시급하므로 위와 같은 인권교육과정에 여성장애인 보호에 관한 별도의 규정을 포함시켜 수사기관 및 법원의 여성장애인 피의자에 대한 잘못된 시각을 시정하는 것이 중요하다.

2. 여성장애인 특성을 고려한 현행 형사절차법령 개정의 필요성

가. 적법절차를 무시한 불법체포 등에 대한 제재 등

피의자의 권리고지의무 등 적법절차를 준수하지 않는 불법체포 등에 대한 제제조치의 마련이 시급하다. 근본적으로 여성장애인 피의자의 인권침해를 막을 수 있는 체포과정의 개선이 필요하고, 위와 같이 적법절차를 위반하여 여성장애인 피의자의 권리가 침해된 경우 그 이후 수집된 증거들은 위법수사로 그 증거능력이 부인되어야 하며, 수사기관은 의무위반에 의한 불법행위를 이유로 형사처벌을 받아야 할 것이다. 나아가 수사기관에서 적법절차를 준수한 경우라도 수갑을 찬 상태에서 움직이기 어려운 신체적 장애를 가진 여성장애인 피의자에게 수갑을 채우지 않는다거나 다리가 불편한 소아마비장애인이나 지체장애인에게 포승을 사용하지 않는 등 여성장애인 피의자의 특성에 따른 체포나 구속이 가능하도록 관련 규칙을 개정하여 운용하는 것이 필요하다.¹⁴⁾

13) 참고로 법무부의 인권보호수사준칙 개정안 제16조 제3호는 "여성·청소년을 조사하는 경우 그 특성을 감안하여 되도록 다른 사람의 이목을 끌지 않는 장소에서 온정과 이해를 가지고 부드러운 어조로 조사하는 등 최대한 배려하여야 한다."고 규정하여 검사로 하여금 여성피의자가 가진 특성에 유의하도록 하고 있다.

14) 휠체어를 이용하는 신체장애인 경우 일반 의자에 앉아서 대기하거나 조사받는 것이 불

나. 임의동행의 금지

임의동행은 경찰관이 본인의 동의에 의하여 부근의 경찰관서에 동행할 것으로 요구하는 제도로서 본격적인 수사에 사용되는 제도가 아님에도 수사상 피의자를 강제로 연행하는데 사용되고 있고 이는 여성장애인 피의자에게도 동일하게 발생하고 있다. 특히, 의사소통이 어려운 여성장애인의 경우¹⁵⁾ 경찰과 대화가 가능하지 않은 상태에서 임의동행을 통한 사실상 긴급체포가 이루어지고 있었는데 이러한 경우는 경찰이 수화통역사 등을 대동하지 않기 때문으로 피의자의 권리 등이 전혀 고지되지 않았고, 이러한 사례는 뇌성마비 여성장애인 경우에도 동일하게 나타나고 있다. 뇌성마비 여성장애인 경우 임의동행이나 긴급체포 등 위급상황에서는 신체경직이 평소보다 심하게 일어날 수 있고, 평소 의사소통능력의 절반에도 미치지 못하는 어려움을 경험하는 경우가 많다. 이럴 경우 지적능력에 문제가 있는 것으로 오해받거나 의사표현능력이 전혀 없는 것으로 무시되어 인권침해소지가 더 높아질 위험이 있다. 따라서 여성장애인 피의자에 대한 임의동행을 금지하고, 불법 또는 부당체포가 이루어진 것이 발견된 경우에 해당 경찰관리에 대한 처벌이나 징계 등의 효과적인 대책도 마련되어야 할 것이다.

다. 수사 상황 녹화의 필요성

본 연구에서는 총 24가지 사례 중 12 사례에 대하여 수사기록을 검토하였다. 위 수사기록들은 모두 자백사건에 대한 것으로 수사기록상에는 수사기관의 잘못된 수사관행이나 여성피의자의 인권이 침해당한 예가 전혀 드러나지 않았지만, 개별면접 결과에 따르면 여성장애인 피의자에게 수갑을

편하므로 체포할 때 휠체어를 함께 운반할 수 있는 차량을 이용하는 것이 바람직하다.
15) 언어, 청각장애.

채운 채 폭행을 하여 자백을 강요하는 경우가 있었고, 청각장애인 여성피의자가 수화통역사의 통역이 마음에 들지 않아 여러 차례 교체를 요구한 경우가 있었다. 그러나 두 사례 모두 수사기록상에는 아무런 문제가 없는 것으로 되어 있었다. 즉, 앞의 사례의 경우 당해 여성장애인 피의자의 항의내용은 조서에 전혀 반영되지 않았고 뒤의 사례의 경우에도 수화통역사의 통역에 만족한 것으로 표시되어 실제 수사기관의 조사내용과 조서의 내용이 일치하지 않는 경우가 발견되고 있었다.

따라서 성폭력 피해여성과 마찬가지로 여성장애인 피의자에 대한 수사 상황을 녹화하여 이들의 인권침해를 방지하는 것이 요구된다. 특히, 청각장애를 가진 여성장애인 피의자의 경우 수화내용의 정확성을 기하기 위하여 이러한 수사상황의 녹화가 필수적이고, 정신장애를 가진 여성피의자의 경우에도 진술의 임의성을 확보하는데 있어서 진술 당시의 심리적 상태 등을 관찰하는 것이 필요하므로 이들 여성장애인 피의자에 대하여는 형사소송법 및 관련 법령¹⁶⁾상에 별도의 특칙을 두어서라도 반드시 수사상황녹화가 가능하도록 하여야 할 것이다.

라. 조서 작성 방법의 개선

피의자신문조서나 재판서 등 관련 서류가 한글문서로만 작성되는 관계로 시각장애인 여성피의자는 자신이 진술한 내용을 열람할 수 없어 부득이 수사관이나 보조인이 진술내용을 읽어주어 내용의 정확여부를 확인할 수밖에 없는 실정이다. 이는 시각장애인 피의자의 경우 자신이 진술한 내용을 직접 확인할 수 있는 권한이 원천적으로 박탈되고 있음을 의미한다. 따라서 조서나 재판서 등 관련 서류는 시각장애인 여성피의자가 직접 그 내용을 확인할 수 있는 형태¹⁷⁾로 작성되어야 할 것이다. 현재 점자를 읽

16) 인권보호수사준칙 포함.

을 수 있는 시각장애인이 전체 시각장애인의 15%에 미치지 못하고 점자로 문서를 작성하는 경우 양이 많아지는 단점이 있으므로 음성지원시스템을 갖춘 컴퓨터를 활용하여 진술내용의 정확성을 확인할 수 있도록 하는 방안의 도입이 필요하다.

마. 피의자신문시 변호인의 동석권 보장

여성장애인 피의자의 경우 일반 여성피의자보다 더 많은 심적 부담을 느끼기 때문에 사실과 다른 자백을 할 가능성이 상대적으로 높다. 따라서 이를 억제하기 위해 수사기관이 여성장애인 피의자를 신문할 때 당해 피의자에게 변호인이 있는 경우에는 동석권을 적극적으로 보장하는 것이 필요하다.¹⁸⁾

바. 재판부 및 국선변호인 지정의 개선

재판과정에서도 판사가 여성장애인 피고인에게 경찰이나 검찰과 마찬가지로 사건의 논점에서 벗어난 수치심을 유발하거나 비난하는 질문을 하는 경우가 많이 발견되고 있었다. 판사가 여성장애인 피고인에게 반말을 사용하는 경우가 많았고 잘 들리지 않게 이야기하는 경우가 많았다. 이런 이유로 벌금분할납부제도를 몰라 노역장에 유치된 여성장애인피고인도 있었다. 법원이 선정한 국선변호인의 경우도 여성장애인의 신체적 특성, 심리적 상태, 장애에 대한 이해부족으로 인하여 피의자의 입장을 제대로 반영하지

17) 점자나 플로피디스크 등.

18) 최근 법무부는 피의자신문에 변호인의 참여를 전면 허용하고 참여한 변호인은 신문 후 또는 신문 도중 의견을 진술할 수 있도록 하는 등 변호인의 활동을 보장할 수 있는 형사소송법 개정안을 마련하였으나 증거인멸·공범도주, 신문방해 등을 이유로 수사기관이 이를 제한할 수 있도록 함으로써(형사소송법 개정안 제243조의2) 그 실효성이 의문시되고 있다.

못하는 경우가 많았다. 특히 국선변호사로부터 합의를 종용 당한 여성장애인 피고인이 있었고 접견조차 오지 않은 상태에서 변론을 하는 등 불성실한 국선변호인이 발견되었다. 따라서 여성장애인 피고인의 장애 및 그 심리적 특성 등을 이해하고 있는 판사에 의한 재판진행이 하는 것이 필요하고, 국선변호인을 선정함에 있어서도 가급적 여성장애인의 특성을 이해하고 여성국선변호인을 선정하는 것이 바람직하다.

사. 여성장애인 사건을 전담할 수 있는 여성수사관의 확충

여성장애인 피의자는 체포과정 자체가 주는 공포감과 함께 여성으로서 더 많은 불안감과 두려움을 경험하게 된다. 그리고 연행과정에서 처음 보는 남자경찰이 신체접촉을 하는 경우 심한 거부감을 가지고 있고 여성으로서 수치심을 강하게 느끼는 것으로 조사되었다. 2005년 5월말 기준 전체 여성경찰관의 수는 3975명으로 전체 경찰관의 4.3%에 해당하는 수준이다. 이는 여경 비율이 10%를 훨씬 초과하는 미국이나 영국에 비하면 매우 낮은 수준으로 나타나고 있다(주간동아, 2005, 7, 12, 493호). 우리나라도 여성 수사관의 비율을 10%이상으로 늘려 여성장애인 피의자 체포과정이나 조사과정을 전담할 수 있게 함으로써 상대적으로 더 취약한 여성장애인의 인권을 보호할 수 있도록 해야 할 것이다.

3. 여성장애인 피의자의 인권증진을 위한 새로운 제도의 도입 필요성

가. 수사기관 및 법원에 대한 특별한 주의의무 부여 및 조치내용의 기록

많은 여성장애인 피의자들이 진술내용을 제대로 이해하지 못하거나 확인하지 못해 잘못된 진술을 수정하지 못한 경우가 많았고¹⁹⁾ 설사 잘못된

진술을 발견하여 수정을 요구하더라도 수사기관이 수정요구에 응하지 않은 경우도 있었다. 여성장애인 피의자의 심리적 특성 등을 이해하고 이들에게 아동이나 미성년자에 준하는 관심과 배려를 기울이도록 형사소송법 및 관련 법령상에 수사기관 및 법원으로 하여금 여성장애인 피의자에 대한 수사나 재판을 진행함에 있어서 특별한 주의(specific attention)를 기울이도록 하고 이러한 조치를 기록으로 남기도록 하는 것을 의무화하도록 규정하는 것이 필요하다. 최근 개정된 ‘인권보호수사준칙’에는 여성·아동·장애인·외국인 등에 대한 인권보호 방안을 넣었지만, 강제할 수 있는 조항이 없다는 점에서 그 실효성에 대한 문제가 제기될 수 있을 것이다.

나. 신뢰관계 있는 자에 의한 진술보조 및 동석권의 보장

보조인이나 신뢰관계 있는 자의 진술보조 및 동석을 통해 여성피의자가 심적인 안정을 가지고 수사기관이나 법원에서 정확한 진술할 수 있는 토대가 마련되는 것이 시급하다. 따라서 여성피의자가 심적인 안정을 가지고 수사기관이나 법원에서 정확한 진술할 수 있도록 장애의 특성에 따른 보조인이나 신뢰관계 있는 자의 진술보조 및 동석이 필요하다. 특히 시각장애인을 가진 여성피의자의 경우 수사내용의 이해 및 진술능력이 충분히 있으나 공간적 상황이 진술에 영향을 미칠 수 있고 진술 후에는 진술내용을 확인할 수 없는 어려움이 있다. 따라서 시각장애를 가진 여성피의자에게는 공간적 상황을 설명하여 심리적 위축감을 해소시켜 주고 진술내용을 읽어줄 수 있는 신뢰관계 있는 자의 동석과 보조가 반드시 필요하다. 언어나 뇌병변장애를 가진 여성피의자의 경우 수사내용의 이해 및 진술능력이 충분히 있으므로 이들에게는 당해 여성장애인 피의자의 진술을 정확하게

19) 이로 인하여 단순우발범으로 보이는 여성장애인 피고인이 계획범이 되는 결과를 초래한 사례가 있었다.

전달할 수 있는 신뢰관계 있는 자의 동석과 보조가 반드시 필요하다. 정신장애를 가진 여성피의자의 경우 수사내용을 제대로 이해하지 못하거나 그 진술의 일관성에 문제가 있을 수 있으므로 정신장애의 특성을 이해하고²⁰⁾ 피의자와 정신적 유대를 가진 신뢰관계 있는 자의 동석과 보조가 반드시 필요하다. 나아가 정신장애인 피의자의 경우 정신감정결과에 따라 대부분 처벌의 내용이나 수위가 정해지므로 이때에는 신뢰관계 있는 자의 동석권과 아울러 진술권까지 보장함으로써 오판위험을 최소화할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

최근 법무부는 장애인 등 특별히 보호를 요하는 자에 대하여 신뢰관계 있는 자의 동석권을 보장하는 형사소송법 개정안을 마련하였는데²¹⁾ 수사기관이나 법원에게 재량을 부여하는 것으로 해석될 소지가 많아 보완이

20) 수사관계자들이 정신장애인의 특성을 이해하기란 쉽지 않다. 그러나 다음의 내용은 초동수사에 임한 수사관들을 비롯한 검찰 및 법원 관계자들이 형사범죄의 피의자나 피고인, 피해자의 정신장애여부를 구별할 수 있는 간단한 지침이 될 것이다.

1. 만약 정신장애인이 자신이 정신장애를 가지고 있고 현재 치료를 받고 있는 중임을 설명할 정도의 병식이 있다면 이는 자기보호를 위한 조치나 선택이 가능한 상태이다. 그러나 만성적 정신장애를 가진 경우 병식이 있어도 의사표현 능력이나 사고능력 자체가 저하되어 있을 가능성이 높고 위협적인 상황에서 과도하게 위축될 위험이 높다. 이 때 병력에 대한 간략한 질문을 통해 병력이 오래되었거나 현재 치료중이라고 한다면 전문의의 도움을 받아 수사를 진행하는 것이 좋다.
2. 만약 현재 병식이 없고 증상이 진행되고 있는 상태라면 보통은 현실검증력이 떨어진다. 주요 증상으로는 환청, 망상, 조증, 과도한 우울, 의식의 손상 등이 있다. 망상은 주로 정신장애인이 말을 하는 내용이나 그 논리성을 보고 알 수 있는데 과대망상, 피해망상, 관계망상 등을 보인다. 환청은 혼자 중얼중얼 거리거나 허공에 대고 누군가와 이야기 하는 모습, 혹은 누군가의 지시를 받는 듯한 태도 등을 통해 파악할 수 있다. 조증은 말, 행동, 기분에 있어 과도하게 흥분된 상태이거나 지나치게 고조된 양상을 보여서 말의 속도가 아주 빠르다거나 사고의 비약이 있다거나 행동이 분주한 등의 모습을 보고 파악할 수 있다. 과도한 우울은 전체적으로 지나치게 처져 있거나 자살 등을 시도할 때, 의식의 손상은 시간이나 장소, 상황에 대한 지남력이 손상되어 있음을 보고 알 수 있다. 따라서 수사기관에서는 피의자나 피고인, 피해자의 정신장애여부가 의심될 때 다음과 같은 정보를 확인해야 한다. ① 자해 및 타해의 위험성이 있는지 ② 현재 증상(망상, 환각 및 환청, 조증 등)이 있는지, ③ 병식(자신의 병에 대한 인식이나 자각)이 있는지 ④ 입원경험, 진단명, 현재 정신과약물복용 여부 등의 병력이 있는지 등.

21) 개정안 제244조의 2

필요하다. 장애가 있는 것으로 판단되는 경우 신청이 있으면 동석을 거부하지 못하도록 의무화해야 하며, 동석권이 있다는 사실을 심문에 앞서 피의자에게 고지하도록 의무화해야 할 것이다.

다. 법률용어에 대한 충분한 설명의 필요성

본 연구결과에 따르면 대부분의 여성장애인 피의자들은 그들이 체포나 구속 당시 ‘영장실질심사’나 ‘구속적부심’에 관한 사항을 고지 받은 사실조차 모를 정도로 법률용어에 대한 이해의 정도가 낮았고 이로 인하여 법에 의하여 부여된 보호조치 제대로 받지 못한 것으로 드러났다. 일반 여성장애인집단에 비해²²⁾ 사례연구대상이 된 여성장애인 피의자의 학력이 상대적으로 높았음에도 불구하고 위와 같은 결과가 초래된 것은 수사기관이나 법원에 의한 충분한 설명이 이루어지지 않았기 때문으로 보인다.

따라서 수사기관이나 법원이 이해하기 어려운 법률용어에 대하여 충분히 설명을 하도록 하고 피의자신문조서나 공판조서의 말미에 수사나 재판의 내용을 충분히 이해했는지 여부를 확인하도록 하는 것이 필요하다.

4. 여성장애인의 특성을 고려한 수감 및 수용시설 개선의 필요성

경찰서 유치장, 검찰 구치감, 구치소, 법원대기실의 경우 대부분 여성장

22) 장애인의 교육수혜율은 매우 낮다. 특히, 중증장애인일수록 교육기회가 매우 낮아 시험 환경, 일반학교에서의 입·전학(편입)거부, 열악한 교육환경 등이 제대로 교육받을 권리를 침해하고 있다. 2000년 장애인실태조사 보고서(보건사회연구원)에 따르면 여성장애인의 37.0%는 무학, 초등학교 학력이 31.5%로 여성장애인의 68.5%가 무학 및 초등학교 학력인 것으로 나타나 남성장애인의 41.8%, 전국 여성의 29.6%와 비교하여 저학력 계층이 매우 많은 것으로 나타났다. 반면 본 연구에 참여한 24명의 연구대상자들의 학력분포는 무학이 12.5%, 초졸이 20.8%, 중졸이 20.8%, 고졸이 29.2%, 대졸이 16.7%로 일반여성장애인집단의 평균학력보다 훨씬 높은 수준인 것으로 나타났다.

애인 피의자가 이용하기에 불편하였다. 특히, 화장실이 불편했는데 실제로 여성장애인을 위한 편의시설을 갖추고 있는 곳이 드물었다. 여성의 경우 신체건강을 위해 청결함이 더욱 중요한 문제가 된다. 그러나 경찰서 유치장, 검찰 구치감, 구치소는 위생적인 문제를 해결할 수 있는 정도의 시설이 갖추어지지 않거나 이를 이용하기 어려웠다. 특히, 생리 중인 여성은 위생적으로 몸을 씻어야 하기 때문에 이를 요청하였으나 수사기관에서 이를 무시당한 경우가 있었고, 생리대를 남자경찰관이나 다른 수용자에게 빌려야 하는 등 생리대지급과 사용에도 많은 어려움과 불편함이 따르고 있었다. 또한 하반신 마비된 여성장애인 피의자에게 난방이 되지 않는 방은 생명의 위험을 초래할 수 있으나 경찰서 유치장이나 검찰 구치감은 차갑고 불편하여 여성장애인 피의자의 건강에 큰 위험요소가 되고 있었다. 따라서 경찰서 유치장 등 수용시설의 개선이 필요하고 여성장애인 피의자의 건강을 고려하는 수용규칙의 개정이 요구된다.

VI. 결 론

본 연구는 우리나라 형사절차상 여성장애인의 인권실태를 파악하고 이들의 인권을 증진하기 위한 방안을 모색하기 위해 실시되었다.

연구결과 여성장애인 피의자들은 ‘장애’와 ‘여성’이라는 특성에 의해 형사절차의 단계별로 지속적으로 불이익이나 인권침해를 경험해왔음이 드러났다. 이는 인식적 차원과 물리적 차원을 막론하고 광범위하게 나타났으며 언어적, 비언어적 폭력으로 인한 정신적 피해도 큰 것으로 드러났다. 이렇게 사회적 약자집단으로서 경험하는 피의자 신분의 여성장애인 인권실태는 본 연구를 통해 일면이나마 드러날 수 있었고, 앞으로 더욱 심도 있는

조사를 요청하고 있다. 또한 본 연구에서 제안한 인권증진 방안들이 구체적으로 실행되어야 할 것이다.

외국의 경우 장애인 피의자 인권에 대한 최근의 움직임은 눈여겨 볼만하다. 유럽연합에서는 2004년 4월 “유럽연합에서 형사절차상 특정한 절차적 권리에 대한 기본결정”이라는 제안에서 제10조를 통해 “특별한 주의에 대한 권리(right to specific attention)”라고 하여 정신적, 감정적 장애가 있을 경우 공정한 재판을 위하여 ‘특별한 주의(specific attention)’를 기울여야 한다고 규정하였다.²³⁾ 이는 형사절차의 진행 중에 특별한 주의를 기울여야 할 사정이 발견되면 즉시 이러한 주의를 다하여야 하고, 이러한 조치를 기록으로 남길 것을 의무화하고 있다. 이러한 변화는 장애인들이 형사절차상 경험할 수 있는 문제를 인식하고 이들의 인권을 보호하기 위한 적극적 조치로 볼 수 있다.

본 연구에서는 여성장애인에 대한 중층 처방의 지도원칙으로 특별한 주의를 받을 권리와 특별한 주의를 기울여야 할 국가²⁴⁾의 의무를 설정하고 크고 작은 다른 권리와 의무를 가급적 이 원칙과 연관 짓기 위해 노력했다. 실제로 수사당국과 재판당국이 여성장애인의 장애의 유형과 정도, 그리고 거기서 비롯된 특별한 필요와 요구에 대해 구체적인 주의를 기울인다면 여성장애인이 형사절차에서 겪어온 인권침해의 상당부분은 즉시 사라질 수 있을 것이다. 이러한 제도가 모두 완비된다고 하여 수사나 재판상의 여성장애인의 인권침해 위험소지가 전혀 없다고 장담할 수는 없다. 그러나 수사나 재판과정에서 발생할 수 있는 인권침해에 대한 통제장치는 그 침해를 최소화시킬 수 있는 첩경이 될 수 있다. 국가는 하루라도 빨리

23) Proposal for a Council framework decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union(2004.4.28 COM(2004) 328 final). http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/criminal/procedural/fsj_criminal_procedural_en.htm.

24) 수사기관, 법원, 행정기관 등

과감한 예산과 인력을 투자하여 이러한 제도를 구축하고 시행함으로써 인권의 사각지대로 남아있는 여성장애인의 형사절차상 인권을 증진하도록 노력해야 한다.

국가의 지원에 의한 제도의 구축 및 실현과 병행하여 공권력행사기관의 인식전환이 필요하고 이러한 인식의 전환을 위한 실질적인 인권교육프로그램이 마련되고 시행되어야 할 것이다. 인권보장은 한 사람 한 사람, 특히 사회경제적 약자와 정치, 문화적 소수자를 자칫 편견과 기피의 대상이 되기 쉬운 낙인집단의 일원으로 파악하는 대신 어김없이 존엄성과 자율권, 욕구와 꿈을 가진 구체적 개개인으로 인정하는 데서 출발할 수 있다. 한 사회의 인권감수성과 인권보장 수준은 가장 취약한 사람들의 존엄과 자유에 대해 얼마나 주의를 기울이는지에 따라 결정된다. 이 연구가 여성장애인에 대한 우리 사회의 특별한 주의의무 해태에 대한 기록이자 향후 요구되는 특별한 주의의무의 내용에 대한 탐색으로 읽히기를 기대한다.

주제어: 여성장애인피의자, 이중차별, 질적 심층면접, 인권실태, 인권증진방안

참고문헌

- 고시면(2002). “경찰서유치장 수용과정에서 알몸수색으로 인한 형사피의자의 피해자화에 대한 고찰”, 피해자학 연구, 제10권 제2호.
- 김명국(1998). 범죄조사와 피의자의 인권보장에 관한 연구, 광주대학교 석사 논문.
- 보건사회연구원(2001). 2000년 장애인 실태조사.
- 서보학(2003). “피의자신문에 있어서 인권보장 및 방어권 강화 방안”, 형사법연구, 제20호.
- 오혜경·김정애(2000). 여성장애인과 이중차별. 학지사.
- 우상욱(2002). “피의자의 인권보장에 관한 연구: 변호인의 조력을 받을 권리를 중심으로”, 경기대학교 석사논문
- 이동희(2003). “피의자신문의 현황과 개선책”, 형사법연구, 제20호.
- 이승천·이대운(2001). “강제수사와 인권보장에 관한 고찰”, 대구미래대학 논문집, 제19집.
- 이은모(2003). “피의자 인신구속제도의 정비방안”, 형사법연구, 제19호.
- 장애인 인권확보를 위한 형소법 개정안 공청회 자료집(2004). 형사소송법 개정을 통한 장애인인권확보 공동행동.
- 주간동아, 통권 431, 2004,04,22주간동아, 통권 493, 2005,07,12
- Morris, J. (1991). *Pride Against Prejudice*. London: The Women's Press.
- 인터넷 기사
- http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/criminal/procedural/fsj_criminal_procedural_en.htm

98 형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

A Study on Conditions of and Promotion Plans for Human Rights of Women with Disabilities

Lee, Eun Mi^{*} Han, Sang Hoon^{**} Kim, Ji Hye^{***}

Women with disabilities who are under double discrimination and oppression due to the attributes of gender and disability have been out of social attention. Moreover as a suspect in criminal proceedings, the issues and conditions of human rights of women with disabilities have not been investigated. This study has twofold purposes. First of all, it aims at finding out the experience of human rights violation under the criminal proceedings of women with disabilities and providing suggestions to promote the rights of women with disabilities in criminal proceedings. The results of in-depth interviews of 24 women with disabilities in prisons and detention house nationwide as follows.

Firstly, it showed that the lack of understanding and knowledge of the criminal investigators regarding disabilities.

Secondly, the investigators showed lack of consideration and attitudes of despising women which resulted psychological withdrawal of the women with disabilities.

^{*} Lecturer, Dep. of Social Welfare, Korea Cyber University

^{**} Assistant Professor, College of Law, Yonsei University

^{***} Research Fellow, Institute of Social Welfare at Seoul National University

Thirdly, women with disabilities were provided hardly enough help to understand the law language and questions from the investigators which are in general difficult to understand.

Fourthly, although women with disabilities regardless of the types of disability have experienced difficulties in communication with investigators due to their disabilities, there were not enough help to promote the communication.

Fifthly, in spite of the needs of medical treatment of women with disabilities, very limited range of help were provided.

Sixthly, the poor conditions of investigation settings appeared to make the physical health of women with disabilities worse.

Seventhly, women with not severe disabilities were suffering more difficulties due to their invisibility of disabilities.

Lastly, women with disabilities participated in this study showed low level of consciousness of their rights so that they have not been able to practice their rights in criminal proceedings.

With these results, we present a few suggestions to improve the human rights of women with disabilities in criminal proceedings. Firstly, consciousness raising educations are required to improve the understanding of the investigators and investigation authorities. Secondly, the current criminal procedure law needs to be revised in terms of illegal arrest, voluntary attendance to the police station, protocol writings etc. Also the adjudgment division and public defender system should be changed to properly meet the needs of women with disabilities in suspect. Thirdly, a number of new system

should be introduced in order to promote the human rights of women with disabilities in suspect. 'Specific attention duty' should be imposed to the investigation authority and assurance of permitting accompany of a person in trust with the suspect in order to assist to make a statement. Fourth, the detention house and prison facilities should be improved which often peril women with disabilities in poor health condition.

Keywords: women with disabilities as a suspect, double discrimination, qualitative in-depth interview, human rights, promotion plans for human rights

성폭력범 처벌의 이론: 강간죄의 구성요건 해당성

김 희 군

형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

한국형사정책연구원

성폭력범 처벌의 이론: 강간죄의 구성요건 해당성

김 희 균*

I. 문제의 제기

‘아웃사이더’의 작가 콜린 윌슨은 범죄의 역사를 돌아보면서, 다음과 같이 말했다.

고대 그리스에서는, 거리에 출몰하는 도적이나 바다를 휩쓸고 다니는 해적만 문제가 있는 것은 아니었다. 어느 시민이라도 그럴 생각만 있으면 아주 쉽게 도적이나 해적으로 변신하였다. 아무도 이것을 이상하게 생각하지 않았다¹⁾

세상에서 가장 오래된 범죄가 약탈²⁾이다. 서양의 고전 오딧세이에 흔히 나오듯이, ‘남자는 죽이고, 여자는 범하고, 재물은 뺏는 것’이 고대세계의 법칙이었다. 이처럼 강간은 영웅들의 출현과 함께 시작된 유서 깊은 범죄

* 성신여대 법학과 전임강사, 법학박사

1) 콜린 윌슨, 잔혹: 피와 광기의 세계사, 하서, 2003, 95면.

2) 약탈을 라틴어로 *rapere*라고 한다. 주로 살인(남자), 강간(여자), 강취(재물)를 통칭하는 개념으로 약탈을 사용하였고, 영어로 강간을 의미하는 *rape*는 이 단어에서 나왔다. 한편, 프랑스에서는 강간을 *viol*이라고 하는데, 이것은 남성이 여성에게 범하는 폭력성(*violence*)을 어원으로 한다.

이다. 그간에 무수한 법학자들이 강간에 대해서 시대에 따라 다른 정의를 해 왔고, 무수한 법들이 강간에 대해서 처벌해 왔다. 그럼, 이제쯤에는 강간에 대한 풍성한 논의에 관한 한 더 새로울 게 없는 것이 아닐까, 라고 생각할 수 있다.

하지만, 강간은 잘 알려진 범죄이기 이전에, 잘 드러나지 않는 범죄이다. 소위 신고되지 않는 범죄³⁾로서 강간을 말하려는 것이 아니다. 강간적인 요소를 가지고 있으면서 강간으로 치부되지 않는 영역, 다시 말하면 ‘유사강간’⁴⁾과 ‘진짜 강간’의 영역 구분이 모호한 범죄가 강간이다. 여성들은 쉽게 강간당하지 않는다. 진짜 강간만 놓고 보면 그렇다. 하지만 그럼에도 불구하고 여성들은 자주 강간을 당한다. 유사강간까지 포함하면 그렇다. 마치 우리가 폭행죄의 정식 피해자가 되는 경우는 별로 없지만, 일상생활에서 “사람의 신체에 대하여 물리적 유형력을 행사”⁵⁾하는 상황을 자주 맞닥뜨리게 되는 것과 같은 이치다.

이러한 상황에 대응하여, 강간죄를 처벌하는 법규의 문제점은 여러 곳에서 발견된다. 처벌이 때로는 느슨하기도 하고,⁶⁾ 처벌이 때로는 지나치게 중하기도 하다.⁷⁾ 상황이 이러한 데도 형법학자들은 “(성인) 강간에 대해서

3) “성폭력범죄의 신고율을 보면, 강간미수 1.9%, 강간 1.8%, 강제추행 3.7%, 어린이 성추행 0.7%로서 매우 저조하다” 조국, 형사절차에서 성폭력범죄 피해여성의 지지와 보호 방안, 2002, 형사정책, 192면.

4) ‘유사강’이라는 용어는 우리 법 어디에도 나와 있지 않다. ‘폭행, 협박으로 부녀를 간음하는 행위’ 강간이라고 한다면, 강간행위와는 내용을 달리하는 범죄로는 형법 제 305의 미성년자의제강간과 형법 299의 준강간, 형법 303조 2의 피구금부녀간음죄 등이 있다. 그러면 의제강간도 아니고, 준강간도 아니고, 위력간음도 아니면서, 강간죄에도 포함되지 않는 행위 혹은 범죄를 일용 ‘유사강’이라고 칭할 수 있을 것이다. See *infra*.

5) 대판 1990.2.13, 89도1406.

6) 피해자와 성행위에 합의했다는 이유로 폭행, 협박이 있었음에도 불구하고, 강간죄의 구성요건해당성을 인정하지 않는 사례가 그것이다. 강간죄에서의 합의 개념의 재검토가 문제된 사례로는 *infra* note 10.

7) 종래에는 처벌되지 않던 부부강간의 경우에도 처벌해야 한다는 의견과 그럼에도 불구하고 형량이 지나치게 높다는 주장에 대해서는 2005.09.12자 서울경제 “부부강간 처벌 반대 안 하지만 흉악범죄보다 형량 높이는 건 반대” 참조. 부부간의 강간에 두던 예외(marital exemption)를 폐지하거나 변경한 미국의 예와 형량에 대해서는 SANFORD

별로 신경을 쓰지 않았다.”⁸⁾ 강간죄에서 주로 문제되는 것은 “사실확정과 입증”⁹⁾이라고 생각했기 때문이다. 즉, 강간죄가 무엇인지는 잘 알겠으니까 더 이상 말할 필요를 못 느끼고, 다만 강간을 어떻게 주장하고 증명할 것이냐가 문제라는 것이다.¹⁰⁾

본 논문에서는 모두가 잘 알고 있다고 생각하는 강간이 과연 어떠한 범죄인지, 강간인 것과 유사강간인 것, 강간이 아닌 것을 구별하는 기준은 무엇인지, 이들 각각의 행위들에 대해서 어떻게 처벌할 것인지 등에 관해서 살펴보고자 한다.

II. 강간죄의 구성요건해당성: 계몽의 시대

1. 서론

조르쥬 비가렐로의 ‘강간의 역사’에 보면 다음과 같은 구절이 나온다.

강간을 당한 여자는 사람들의 뇌리에 투사되지 않는 한 존재하지 않는다. 그의 의지는 ‘보여져야’ 하고, 그의 저항은 말해져야 한다...의심을 견어내 줄 명백한 기준이 없는 한 희생자는 끈질긴 의심에서 벗어날 수가 없다...1612년 로마에서는 아버지의 친구를 고소한 아르테미시아 장틸레치라는 여자가 [강

H. KADISH & STEPHEN J. SCHULHOFFER, CRIMINAL LAW AND ITS PROCESSES 368 (6ted. 1994) 참조.

8) David, P. Bryden, *Forum on the Law of Rape: Redefining Rape*, 3 BUFF. CRIM. L. R. 317 (2000).

9) *Id.*

10) 사실확정과 입증에 대해서는 아무런 문제가 없음에도 불구하고, 강간의 ‘정의’ 자체가 문제된 최근의 사례는 호주에서 일어났다. 18세의 여성이 남성 3명과 성관계를 갖기로 합의를 했는데, 중간에 합의를 취소한 경우에, 남성들을 강간죄로 처벌할 수 있느냐 하는 점이 문제되었다. 2005.10.14자 연합뉴스 “호주서 ‘성범죄의 합의 개념’ 재검토.”

간죄의] 고소에 대한 의심의 눈길이 가지지 않자 고문 받기를 자청하고 나섰다.¹¹⁾

웬만큼 독한 마음을 먹지 않는 한, 강간범을 처벌하도록 하지 못하는 것이, 예나 지금이나 여성들이 처한 현실이다. 우선, 여성들은 강간을 당하는 동안 끊임없이 반항해야 한다. 중간에 지치면 안 된다. 일찍이 계몽시대의 철학자들이 지적했듯이, “중간에 꺾인 지조는 지조가 아니”¹²⁾기 때문이다. 동전 크기의 멍 정도가 남아서는 안 된다.¹³⁾ 확실한 반항의 흔적이 남아야 한다. 그렇지 않으면, 사람들의 의심이 시작된다.¹⁴⁾ 그리고 그 의심은 너무 당연하다고 여겨지는 것이어서, 웬만해서는 벗어나기가 쉽지 않다. 그래서 피해자가 오히려 고문 받기를 자청하는 것이다.

중세의 범죄자들은 자백하지 않으면 고문을 당했다. 이제는 강간죄의 피해자도 고문을 받아야 하는 상황이 된다. 이처럼 가해자와 피해자가 뒤범벅된 혼란스러운 법 이론은 어디서 시작되었는가? 단순히 “남성중심적 편견”¹⁵⁾에 근거한 것인가? 아니면 보다 정치한 법적 근거가 있는가? 이하

11) 조르주 비가렐로, *강간의 역사*, 당대, 2002, 63-4면.

12) J.F. FOURNEL, *TRAITE DE L'ADULTERE CONSIDERE DANS L'ORDRE JUDICIAIRE* 84 (1778), 조르주 비가렐로, 전게서, 재인용.

13) 판례는 ‘동전 크기의 멍’을 상해죄의 상해로 해석하지 않는다. 그것은 “일상생활에서 얼마든지 생길 수 있는 극히 경미한 상처” 대판 2003.9.26. 선고 2003도4606, 이기 때문이다. “강간의 미수에 그친 자가 피해자에게 경미한 상해(예컨대, 팔목에 2센티미터 정도 손톱에 긁힌 상처, 강간 도중 입으로 빨아 생긴 멍, 폭행으로 인한 동전 크기의 멍 등)를 입힌 경우에도 상해로 본다면 상해를 부정했을 때의 강간미수와 법정형에서 엄청난 차이를 갖는 강간치상죄(무기 또는 5년 이상의 징역, [비친고죄])로 처벌하여야 하기 때문이다” 하태훈, *형법사례연습*, 박영사, 2005, 231면.

14) See, e.g., “수사기관은 피해자의 진술을 받을 때 강간이 존재하였는가와 관련성이 없는 질문, 예컨대 피고인이 사정을 하였는지, 삽입시간은 얼마나 길었는지, 삽입 동안 피해자의 느낌은 어떠하였는지, 피해자는 성경험이 있는지 등을 세세하게 질문하고, 나아가 피해자가 충분히 반항하였는지 여부를 질문함으로써 피해자에게도 죄책감을 느끼게 만들고 있다.” 조국, *전개논문*, 193-94면. 단순히 죄책감을 느끼게 만드는 정도가 아니라, 피해자는 형법상 무고죄(형법 제156조)에 걸려들 수도 있다.

15) *Id.* at 194.

에서는 이런 물음들에 대한 해답을 찾아보고자 한다.

2. 구성요건해당성

가. 고전학과와 계몽주의

근대 형법의 시작이라고 할 수 있는 고전학파는 “계몽철학의 개인주의, 자유주의를 사상적 배경으로”¹⁶⁾한다. 고전학파의 공리를 여러 가지로 나눌 수 있겠지만, 그 중에 가장 특징적인 것은 다음과 같은 두 가지이다. 즉, “인간은 자기의 행동을 완전히 규율할 수 있는 자유인이므로 범죄인도 일반인과 동일한 자유의사(지)(Free Will)를 가진다”¹⁷⁾는 것과, “책임의 근거는 자유의사에 있다”¹⁸⁾는 것이다. 자유의지를 가진 인간은 범죄를 피할 수 있다, 그럼에도 불구하고 범죄인들은 자유의지에 반해서 범죄를 저지르고, 그 때문에 처벌을 받는다. 근대형법의 대원칙이라고 할 수 있는 책임주의는 이처럼 자유의지라는 추상적 개념에서부터 시작된 것이다. 그렇다면, 자유의지란 무엇인가?

자유의지의 정확한 의미를 파악하기 위해서는 계몽철학과, 그 근저에 있는 중세의 이원적 법사상, 즉, Nomos와 Physis의 대립에 대해서 이해할 필요가 있다.

힘 있는 동물은 힘없는 동물의 음식을 빼앗아 먹는다. 이는 물이 높은 곳에서 낮은 곳으로 흐르듯 아주 자연스러운 현상이다. 인간을 제외한 자연의 법칙은 이렇게 자연스럽다. 그리스에서는 이 자연의 법칙을 Physis라고 불렀다. 하지만, 인간은 이와 같은 자연법칙의 지배를 받는 존재이면서,

16) 이재상, 형법총론, 박영사, 2005, 62면.

17) *Id.*

18) *Id.*

그렇지 않은 존재이기도 하다. 즉, 인간만이 자연의 모든 물상과는 다르게 혼자서 ‘개념하는’ 법을 가진다. 이를 인간의 법이라고 부르고, Nomos라고 한다. 예컨대, “중력의 ‘법’칙은 Physis이고, 계약‘법’은 Nomos이다.”¹⁹⁾

Physis와 Nomos²⁰⁾의 대립은 그리스 철학으로 거슬러 올라간다. 인간이 처음으로 자연으로부터 독립된 ‘자아’를 사유하기 시작한 시대에, 정확하게 말하면 소피스트의 출현과 더불어, 인간은 더 이상 자연의 법에 지배되는 존재가 아니었다. 자연법적으로 옳은 것도 인간의 법으로는 옳지 않다는 믿음이 사유를 낳고, 이성을 낳았다. 인간은 자연법적으로 볼 때 당연한 것, 다시 말하면, 배고플 때 남의 음식을 훔쳐 먹는 것을 옳지 않다고 규정하고, 금지하기 시작하였다. 이것이 바로 인간의 법의 유래이다. 적어도 중세의 법학자들은 그렇게 생각했다. 인간의 법은 따로 있고, 그것은 선형적으로 존재한다고 믿었다. 자연이 전부 미친 듯이 욕망을 쫓아 돌아다녀도 인간은 옳지 않은 것을 하지 않는다는 믿음, 이 지독한 “인간 중심”²¹⁾의 사고가 서양을 지배해 온 것이다. 이로부터 “의지, 자유, 이성, 책임감, 그리고 양심, 현대적 의미의 주체성”²²⁾이 나온다.

옳고 그름에 대한 생각, Nomos는 모든 인간에게 있다. 그것은 마치 인간에게 뼈가 있고 피부가 있는 것처럼 자연스러운 일이다. 모든 인간은 자유의지로 옳은 일을 한다. 이성이 있기 때문이다. 그런데도 몇몇 범죄자는 옳지 않은 일을 한다. 그래서 처벌을 받는 것이다. 고전학파의 책임주의는 바로 이 말을 하고 있다.

그러면 강간피해자에게도 자유의지가 있는가? 물론 있다. 있을 뿐 아니라 적어도, 고전학파의 법 이론에서는 강간피해자에게 자유의지가 있다는 사실 자체가 아주 중요한 의미를 가진다. 강간죄의 구성요건 해당성 여부

19) James Q. Whitman, *Law and the Pre-Modern Mind*, 44 TA. L. E. 205, 208 (1991).

20) 뒤르켐의 아노미(Anomie) 이론은 ‘Nomos’가 없는 상태를 의미한다.

21) James Q. Whitman, *supra* note1, at 210.

22) *Id.*

를 판정하는 근거가 되기 때문이다.

나. 구성요건요소

계몽주의 철학의 전통을 이어 받은 프랑스 형법은 종래 강간죄를 다음과 같이 정의해 왔다.

[강간이란] 저항을 제압하기에 **충분한 유형력을 행사**하여, 피해자와의 **합의없이** 간음하는 것을 말한다(Emphasis added).²³⁾

이렇게 정의된 강간죄를 증거법적 관점에서 파악해 보면,

[강간은] 피해자가 **혼인 적령의 여자**일 경우에 다음과 같은 조건이 충족되었을 때 처벌할 수 있다. 1) 강간을 당한 피해자 측에서 끝까지 일관되게 저항하였을 것; 2) 가해자가 피해자를 제압할 만큼 힘의 우위를 가지고 있었을 것; 3) 피해자가 소리를 질렀을 것; 그리고 4) 폭행의 흔적이 피해자에게 남았을 것(Emphasis added)²⁴⁾

등이다. 이상의 설명을 기초로 강간죄의 구성요건요소를 분설하면 다음과 같다.

- 1) 정숙한 여자만 (자유의지가 있고) 강간죄의 객체가 된다.

계몽의 시대에 여자들은 두 종류가 있었다. 하나는 일반적인 의미에서 femme, 즉, 여자이고, 다른 하나는 femme réputée facile이라고 불리는 난

23) M.L. RASSAT, DROIT PENAL SPECIAL 430 (2d ed. 1999).

24) *Id.*

잡한 여자였다. 난잡한 여자는 정조를 지키고자 하는 자유의지가 없다. 따라서 강간죄의 보호대상이 되지 않는다. 이미 정조를 지키려는 자유의지가 없는 마당에, 정조유린을 논하는 것 자체가 무의미하기 때문이다. 앞서 고문 받기를 자처했던 아르테미시아 장틸레치는 ‘내가 정숙한 여자인지 못 믿겠다면, 차라리 나를 고문해 봐라. 그러면 알 것 아니냐?’라는 뜻으로 고문 받기를 원했던 것이다.²⁵⁾

일반적인 의미에서의 여자도 두 가지로 나뉜다. 하나는 다른 남자의 소유인 여자이고 다른 하나는 아무의 소유도 아닌 여자이다.

강간 가운데 가장 중한 처벌을 받는 경우는 피해자가 다른 남자의 소유로서 남자가 향유할 수 있는 여성의 가치가 파괴된 경우이다. 반대로, 그냥 처녀를 범하는 죄는 이른 바 경죄로 취급되어 그 처녀와 결혼을 하라거나, 처녀의 아버지에게 벌금을 내라는 것으로 무마되고 말았다.²⁶⁾

위의 예에서 보는 바처럼 종래의 강간죄는 상대에 따라서 여러 가지 유형이 있는 범죄였다. 그리고 강간죄는 피해자인 여성이 다른 남자의 소유권 아니건 간에, (물론 그에 따라 형량에 차이는 있겠지만) 자기 자신을 보호하고자 하는 자유의지가 있을 때만 문제되는 범죄였던 것이다.

2) (자유의지에 의한) 합의 없는 간음이 강간이다.²⁷⁾

계몽철학자들은 여자를 간음하는 행위가 피해자와의 합의 혹은 피해자의

25) 조르쥬 비가렐로, 전제서, 64면 참조.

26) Christina M. Tchen, *Rape Reform and a Statutory Consent Defense*, 74 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1518, 1521 (1983).

27) 예컨대, 조지아주법에 의하면 "힘으로, 여성의 의지에 반해서 범하는 것을 강간"이라고 한다. GA. CODE. ANN. § 16-6-1(a) 참조.

목시적 동의 없이는 불가능하다고 보았다. 볼테르가 든 예는 다음과 같다.

강간을 당했다고 하소연하는 처녀나 부인들에게는, 옛날 한 여왕이 강간을 당했다고 호소하는 부인을 어떻게 논박했는지 이야기해 주는 것만으로 충분할 것이라고 나는 생각한다. 여왕은 칼집을 잡고는 그것을 계속 움직이면서 그 상태로 칼을 칼집에 넣는 것이 불가능하다는 것을 부인에게 보여주었다. 강간은 이처럼 있을래야 있을 수 없는 것이다.²⁸⁾

즉, 마음만 먹으면 간음을 당하지 않을 수도 있는데, 간음이 일어났다면, 그것은 피해자인 여성이 원해서 그렇게 된 것이라는 말이다. 디드로도 다르지 않았다. “자진해서 백기를 들지 않는 이상 항복이란 있을 수 없다. 성을 지키겠다는 확고한 의지만 있다면, 완력으로 그 성을 함락하는 것은 불가능하다.”²⁹⁾ 루소도 마찬가지다. “자연은 가장 약한 자에게도 저항에 필요한 만큼의 힘을 부여해 주었다.”³⁰⁾ 다시 말하면, 계몽철학자들은 자유의지를 가진 정숙한 여성의 동의 없는 간음을 믿지 않았다. 혹시라도 그게 가능했다면, 즉, 피해자가 동의하지 않는데도 간음이 가능했다면, 그것은 유형력의 행사가 있었기 때문이다. 그리고 그 유형력의 행사란 저항 자체를 근본적으로 불가능하게 하는 엄청난 강도의 것이어야 한다고 믿었다.

3) (합의 없이 간음하기 위해서는) 폭행, 협박이 필요하다

계몽철학자가 생각한 폭행, 협박은 기본적으로 피해자인 여성의 ‘자유’의

28) FRANCOIS M. AROUET (Voltaire), PRIX DE LA JUSTICE DE L'HUMANITE 567, Garnier Frères, 1885, 조르비가렐, 전게서, 68-면에서 재인용.

29) D. DIDEROT, LES BIJOUX INDISCRETS 98, La Piéiade, 1969, 조르비가렐, 전게서, 6면에서 재인용.

30) J.J. ROUSSEAU, EMILE OU DE L'EDUCATION 448, Garnier, 1951, 조르비가렐, 전게서, 6면에서 재인용.

지를 꺾기에 족한 것'이어야 했다. 단순히 피해자의 몸을 잡고 누르는 정도는 폭행, 협박으로 보지 않았다. 그것은 남녀관계에서 흔히 있을 수 있는 다툼 혹은 애교로 치부하고 만 것이다. 가령, 카사노바는

정숙한 척하는 여자는 수치심의 울타리를 훌쩍 뛰어넘게 거칠게 다루어야 합니다. 그러면 승리는 확실합니다.³¹⁾

라고 말했다. 어느 정도 완력의 행사는 모든 남성이 의례히 행하는 바다. 문제는 당하는 여성의 의지이다. 앞서 말한 바처럼, 남성과 여성의 구조상 여성이 자기 자신을 보호할 정도의 완력을 가지고 있으므로, 원하지 않으면 피할 수 있다. 그런데도 그 완력을 제대로 쓰지 못했다면, 여성에게 가하는 남성의 폭행과 협박이 “명백한 힘의 우위(une inégalité évidente de ses forces)”³²⁾를 가지는 것이었다는 뜻이다. 이처럼 아무리 정숙한 여성이 자유의지로 피하려고 해도, 도저히 피할 수 없을 정도의 잔인한 폭력이 가해졌을 때만, 그 간음행위가 강간이 된다는 것이, 계몽철학의 논리이다.

(합의 없이 강간 당하는 부녀는) 끝까지 저항해야 한다.

하지만, 정숙한 여자를 힘의 엄청난 우위를 통해서 강간하는 것이 가능했다고 해서, 곧바로 강간죄로 처벌되는 것은 아니다. 앞서 말한 것처럼 “중간에 꺾인 지조는 지조가 아니”³³⁾기 때문이다. 즉, 저항을 그만두면 처음부터 저항하지 않은 것과 다름없다. 자신의 정조를 지키기 위한 한 개인

31) J. CASANOVA DE SEINGALT, HISTOIRE DE MA VIE 432 (1993).

32) M.L. RASSAT, *supra* note 23, at 430.

33) See *supra* note 12.

의 자유의지는 마지막 힘이 다하는 순간까지 표시되어야 한다. 그래야 사람들이 그 여성의 정숙함과 자유의지를 믿는다.

보디발의 아내가 그렇다.³⁴⁾ 즉, 진짜로 다윗이 보디발의 아내를 강간하려 했다면, 그녀는 소리를 질러야 한다. 그리고 소리를 질러도 아무도 들을 수 없는 곳에 있었다면, 죽을 때까지 저항해야 한다. 저항의 흔적이 남아야 한다. 그렇지 않은 한, 그것은 강간이 아니다.

이처럼, 계몽철학에서 보는 강간죄는 여성의 꺾이지 않는 자유의지와 그에 대한 무자비한 폭력의 행사로 요약할 수 있다. 이하에서는 이와 같은 계몽철학의 태도가 현대의 법제에서는 얼마나 바뀌었는지에 대해서 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 강간죄의 구성요건 검토

1. 서론

결론부터 말하면, 강간죄에 대한 계몽철학의 태도는 현대의 법제에서도 크게 바뀌지 않았다.

미국에서도 강간죄가 성립되기 위해서는 “1) 간음이 있을 것; 2) 부녀가 배우자가 아닐 것; 3) 심각한 신체적 위해를 가할 수 있는 폭행, 협박이 있을 것; 그리고 4) 부녀의 합의가 없을 것”³⁵⁾이라는 등의 네 가지 요소가 모두 충족되어야 한다. 이와 같은 태도는 우리 법에서도 다르지 않다. 강

34) “그가 나를 겁간(劫姦)코자 내게로 들어오기로 내가 크게 소리 질렀더니 그가 나의 소리 질러 부름을 듣고 그 옷을 내게 버려두고 도망하여 나갔느니라 하고...” 창세기 39장 14-5 절.

35) David P. Bryden, *supra* note, at 317.

간은 “폭행 또는 협박에 의하여 상대방의 반항을 곤란하게 하고 그 의사에 반하여 부녀를 간음하는 것”³⁶⁾이라고 읽힌다.

물론 우리법과 미국 법이 보고 있는 강간죄와 종래의 전통적 견해를 비교해 보면, 몇 가지 작은 차이들을 찾아낼 수는 있다. 예컨대, 현대의 법제에서 강간죄의 객체로서의 부녀는 ‘정숙한 부녀’에 한정되지 않는다³⁷⁾는 것이 그것이다. 하지만 이와 같은 차이점을 강간죄의 구성요건 해석에 관한 본질적인 태도의 변화로 봐야 하는지에 대해서는 의문을 갖지 않을 수 없다.

2. 구성요건 검토

가. ‘정숙한 부녀일 것’에 관하여

앞서 말한 바와 같이, 강간죄의 구성요건을 검토하는 데 있어서, 피해자가 ‘정숙한 부녀’이냐 아니냐 하는 것은 적어도 현대의 법으로는 고려대상이 아니라고 우리는 알고 있다. 하지만, 실제로는 그렇지 않다. 우선 현재의 프랑스 법에서는 “피해자가 난잡한 여자였다는 사실은…형량의 감경사유(une cause de modération de la peine)”³⁸⁾가 된다. 즉, 정숙한 부녀에 대한 합의 없는 강간은 강간으로 보고, 난잡한 여자에 대한 합의 없는 강간은 강간이 아닌 것으로 보는 것은 아니지만, 그 구분 자체가 전혀 의미가 없어진 것도 아니라는 말이다. 예컨대, 미국에서는 (강간죄로 처벌하는데 있어서) “피해자의 행실(behavior by the victim)”³⁹⁾이 여전히 중요한 고려 사항이 된다.⁴⁰⁾

36) 정웅석, 형법강의, 대명출판사, 2004, 786면.

37) 전게서, 785면 참조.

38) M.L. RASSAT, *supra* note 23, at 430.

39) Christina M. Tchen, *supra* note 26, at 1524.

술 마시고, 춤을 추고, 지나가는 차를 세우고 하는 등의 신호를 보낸 여성들은 강간을 유도한 것으로 여겨진다. 마찬가지로 야한 옷차림이나 음란한 행위 경력 등은 남성 피고인의 죄를 면하게 할 뿐 아니라, 피해 여성을 무고죄로 처벌하는 근거가 되기도 한다.⁴¹⁾

이와 같은 사정은 우리나라에서도 다르지 않다. “피해자의 직업이 유흥업소 종사자이다, 피해자가 과거 피고인 외의 제3자와 동의에 기초한 성관계를 맺은 적이 있다 등[의]...사항들을 심문”⁴²⁾하는 것이 현실이다. 그런 의미에서 우리는 아직도 ‘정숙한 여자’만 강간죄의 객체가 된다는 생각에서 완전히 자유롭지는 않은 것 같다.⁴³⁾

나. ‘폭행, 협박이 있었을 것’에 관하여

전통적 견해에 의하면, 강간죄의 폭행, 협박은 피해자의 자유를 제압하기에 충분한 정도의 것이어야 한다. 이에 관한 한, 우리 대법원의 태도도 기본적으로는 전통적 견해와 같다. 다만 그 구체적인 해석에 대해서는 조금 더 유연성을 보이고 있다. 대법원은 “강간죄에 있어서의 폭행 또는 협박은 피해자의 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도의 것이어야 ”⁴⁴⁾ 한다고 했다. 이를 받아서, 우리나라의 주류적 견해들은 “강간죄에서의 폭행, 협박은 여자의 반항을 불가능하게 할 것을 요하지 아니하고 반항을 현저하게 곤란하게 할 정도로 충분하다”⁴⁵⁾고 말하고 있다. 즉, 전통적 견해와는 다

40) 피해자가 같이 술을 마셨다는 이유로 묵시적 합의로 봐서 강간죄를 인정하지 않았던 사례로는, *Gorden v. State*, 26 So.2d 419 (1946) 참조.

41) Christina M. Tchen, *supra* note 26, at 1524.

42) 조국, 전제논문, 194면.

43) 미연방증거규칙 제412조에 의하면 “피해자가 예전에 다른 사람과 성관계를 맺었다는 사실에 대한 증거”와 “피해자의 성적 경향 등에 관한 증거”는 명문으로 증거능력이 없다. Fed. R. Evid. R. 412 (a).

44) 대판 1991.5.28. 선고 91도546.

르게, 반항이 전혀 불가능하지는 않았다고 하더라도, 현저하게 곤란하게 하는 정도면, 강간죄의 구성요건에 해당한다고 함으로써, 구성요건 해당성을 약간 넓혀 놓은 의미가 있는 것이다.

반대로 프랑스에서는 전통적 견해를 그대로 이어 받고 있다. 따라서 “[피해자의] 팔을 세계 누른 것 정도로는 반항을 불가능하게 하는 폭행으로 보지 않고”⁴⁶⁾ 있다. 마찬가지로 “대문이나 창문을 부순”⁴⁷⁾ 것도 강간죄의 폭행, 협박에 해당하지 않는다고 한다.

실제로 어느 정도의 폭행, 협박을 강간죄의 폭행, 협박으로 볼 것인가 하는 것은 중요한 문제이다. 팔을 세계 누르거나, 문을 발로 걷어차는 행위⁴⁸⁾까지 다 폭행, 협박으로 본다면, 강간죄로 처벌할 수 있는 경우가 많아지기 때문이다. 대법원은 비슷한 행위라도, “피해자의 몸을 누르면서 한 번 하게 해 달라고 애원한”⁴⁹⁾ 경우에는 강간죄의 폭행, 협박으로 보지 않았고, 반대로 “피해자를 소파에 밀어 붙이고 양쪽 어깨를 눌러 일어나지 못하게 한”⁵⁰⁾ 경우는 반항을 현저하게 곤란하게 하는 폭행, 협박으로 보는 등, “폭행, 협박의 내용과 정도는 물론 유형력을 행사하게 된 경위 등...모든 사정을 종합하여 판단”⁵¹⁾하고 있다.

결국 전체적으로 판단해 보면, 전통적 견해보다는 강간죄의 구성요건

45) 임웅, 형법각론, 법문사, 2005, 163면.

46) Aix-en-Provence 24 janv. 1986, *Juris-Data* n. 045740.

47) M.L. RASSAT, *supra* note 23, at 430.

48) 대법원은 “새벽 네 시에 여자 혼자 있는 방문 앞에 가서 피해자가 방문을 열어 주지 않으면 부수고 들어갈 듯한 기세로 방문을 두드린” 행위는 강간의 수단으로서의 폭행에 착수한 것으로 보았다. 대판 1991.4.9. 선고 91도288.

49) 대판 1999.9.21. 선고 99도2608 판결.

50) 대판 2005.7.28. 선고 2005도3071 판결. 이 판결은 강간죄의 구성요건 해석에 있어서 새로운 지평을 열고 있는 것으로 주목할 필요가 있다. 노래방 도우미가 손님에게 강간을 당한 사건에서 대법원은 ‘범행현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다해 반항하지 않았다는 사정’에도 불구하고, 전체 정황을 고려하여 강간죄의 성립을 긍정하였고, 외음부찰과상과 외음부 습진이라고 하는 비교적 가벼운 상처임에도 불구하고, 강간 치상이 성립한다는 점을 확실히 하고 있다.

51) *Id.*

해당성을 약간 넓혀 놓고 있다고 보아도 좋을 것이다.

다. ‘끝까지 저항하였을 것’에 관하여

프랑스 형법은 “폭행, 제압, 위협, 혹은 기습 등으로 다른 사람과 성적 교섭을 갖는 일체의 행위를 강간이”⁵²⁾라고 정의하고 있고, 우리 법도 “폭행 또는 협박으로 부녀를 간음”⁵³⁾하는 행위를 강간이라고 함으로써, 피해자가 ‘끝까지 저항하였을 것’을 명시적인 구성요건요소로 인식하지 않고 있다. 그러나 그렇다고 해서, 피해자의 저항을 전혀 고려하지 않는다고 결론을 내릴 수도 없다. “소리를 질러 구조를 요청하는 등 적극적으로 반향한 흔적을 찾아볼 수 없는 점”⁵⁴⁾ 때문에 강간죄를 부정한 판결도 있기 때문이다. 또 대법원 판례 중에는 “피해자의 거부의 의사표시나 다투는 소리 이외에는 별다른 저항이나 고함을 알아차리지 못하였다”⁵⁵⁾는 이유로 강간죄를 부정한 것도 있다.

강간죄를 인정함에 있어서, 폭행, 협박이라는 행위 요소 외에, ‘구조요청의 가능성’ 혹은 ‘저항의 흔적’ 등을 고려하고 강조하는 견해는 자칫 잘못하면 입증책임을 전환하는 결과를 가져 올 수 있다. 즉, 피해자가 구조요청이 불가능하였다는 점과 충분히 저항하려고 노력했다는 점을 입증해야 한다는 쪽으로 잘못 해석될 수도 있다는 것이다. 그러나 최근의 판례가 적절하게 지적하였듯이, “피해자가 사력을 다하여 반향하지 않았다는 사정”⁵⁶⁾이 강간이 아니라는 사실의 근거가 될 수는 없다. 중요한 것은 전후 사정이다. 전후 사정을 놓고 보아서, 반향을 현저하게 곤란하게 하는 폭행,

52) Code Pénal Art. 222-23.

53) 형법 제297조.

54) 광주고법 2005.4.28. 선고 2005노94 판결.

55) 대판 1990.12.11. 선고 90도2224 판결.

56) 대판 2005.7.28. 선고 2005도3071 판결.

협박에 의한 간음이 있었는지 만을 확정하면 되는 것이지, 그 이상의 위험을 피해자도 감수하라고 말할 자격은 누구에게도 없다. 이 점에서는 우리 판례가 전통적 견해로부터 진일보한 것이라고 할 수 있다.⁵⁷⁾

라. ‘합의가 없었을 것’에 관하여

앞서 본 세 가지 구성요건요소를 분석적으로 검토해 보면, 현재의 법제가 계몽철학이 보는 강간죄에서 진일보한 면도 있고, 반대로 종래의 논리를 그대로 이어받은 것도 있다. 그러나 전체적으로 놓고 보면 예전보다는 피해자에게 점점 더 유리하게 변해가는 것만큼은 틀림없어 보인다. 이제 남은 문제는 합의에 관한 것이다. 즉, 합의로 성관계를 맺게 된 경우에, 폭행, 협박이 수반되었을 때, 그것을 강간으로 볼지, 유사강간으로 볼지, 강간이 아닌 것으로 볼지, 하는 문제가 그것이다.

강간은 크게 두 가지로 나뉜다. 첫째는, forcible rape라고 해서 전혀 모르는 자가 남의 집에 침입해서 칼을 들고 위협하는 상황과 같이, 합의라고는 눈꼽만큼도 찾아볼 수 없는 일방적인 강간이 있다. 이런 경우라면, 강간죄의 구성요건 해당성을 인정하는 데 아무런 문제가 없다.⁵⁸⁾ 진짜 문제는, 아는 사람 사이의 강간이다. “성폭력 범죄의 다수는 낯선 남성이나 정신이상자 등의 별종의 남성에 의해 범해지는 것이 아니라, 친족, 직장동료, 선생님, 친구, 선후배, 데이트 상대 등 평소 서로 얼굴을 아는 가까운 남성에게 의하여 범해지고 있다.”⁵⁹⁾ 이런 경우를 영미에서는 acquaintance rape

57) 각주 50 참조.

58) See “[t]he consensus is that the criminal justice system performs at least reasonably well in dealing with aggravated rapes, defined as rapes by strangers, or me with weapons, or where the victim suffers ulterior injuries.” David P. Bryden, *supra* note, at 318.

59) 조국, 전계논문, 190면.

라고 부른다. 보통의 경우에 “신고를 해도 경찰이 믿지 않고, 검사가 기소하지 않고, 배심원들이 이해하지 않고, 항소법원이 뒤집지 않는”⁶⁰⁾ 그런 종류의 강간 사건이 바로 이 acquaintance rape이다. 무엇보다, 합의 혹은 합의와 유사한 무엇이 있기 때문이다.

다음 장에서는 이 합의 혹은 합의와 유사한 무엇이 어떤 것들이 있을 수 있는지 사례를 들어 설명하기로 한다.

IV. 합의의 문제(유사강간의 문제)

1. 합의의 의의

다수의 견해가 지지하고 있듯이, 강간죄의 보호법익은 “성적 자기결정권(sexual autonomy)”이다.⁶¹⁾ 피해자가 자유의지로 성관계를 맺기를 거부한 경우에, 강간죄가 문제되는 것이지, 피해자가 이미 동의했다면 아무런 문제가 되지 않는다는 게 일반적인 태도이다. 이에 관해서는 종래의 전통적 견해나 현재의 태도나 근본적으로 다르지 않다.

합의가 있었느냐, 없었느냐는 오래도록 강간인 것과 강간이 아닌 것을 가르는 표지로 사용되어 왔다. 그리고 불행하게도 합의의 의미는 넓게 해석되었다.⁶²⁾ 무슨 말이나 하면, 심하게 말해서 조금이라도 틈을 주면 다

60) David P. Bryden, *supra* note 8, at 318.

61) 임웅, 전제서, 161면.

62) See, e.g., “[The consent given by prosecutrix may be implied as well as expressed, and the defendant would be justified in assuming the existence of such consent if the conduct of the prosecutrix toward him at the time of the occurrence was of such a nature as to create in his mind the honest and reasonable belief that she had consented by yielding her will freely to the commission of the act” Christina M. Tchen, *supra* note 26, at 1523-24.

합의라고 보았던 것이다. 바이런의 돈 주앙에 보면 다음과 같은 구절이 나온다. “약간 빼는 척하고, 곧 후회했다. 그녀가 속삭였다. ‘절대 합의하지 않을 거야.’ 합의했군.”⁶³⁾ 예나 지금이나 일상의 경험칙은, 특히 남자들이 보는 경험칙은 이렇다. “성행위에 대한 여성들의 욕구로 인해 다소 강압적인 행위를 여성 측에서 요구할 수도 있다. 여기서 강압(coercion)이란 여자들의 수치심을 무마해 주는 효과가 있기 때문이다.”⁶⁴⁾

따라서 여성피해자의 자유의지에 비추어 보아 절대로 합의할 수 없는 것만 강간이다. 소리를 지르고, 죽을 때까지 반항하고 버틴 것만 강간이다. 그 나머지 영역은 강간이 아니다. 약간의 폭력이 수반되어도 강간이라고 말할 수 없다. 그것은 어쨌거나 ‘절대로 합의하지 않은 것’이 아니기 때문이다. 이와 같은 ‘남성적 편견’에 대해 일일이 대꾸하고 따져 묻는 것조차 이제는 너무 오래되었다.⁶⁵⁾ 오히려 화제를 바꾸어서 다음과 같은 사례를 검토해 보는 것이 훨씬 더 유용할 것이다.

2. 사례 1 : 미필적 고의에 의한 강간

Willy-Nilly case⁶⁶⁾

최근 호주에서 문제된 사안과 같이, 여성이 같이 은밀한 장소로 동행한 경우에 그녀가 동의하든 말든(will he, nill he) 간음을 강행하는 사람들을

63) G. BYRON, DON JUAN, CXVII (Marchand ed. 1958), *reprinted in id.* at n.32.

64) Christina M. Tchen, *supra* note 26, at 1519.

65) 성폭력범죄에 대한 남성중심적 편견비판에 대해서는 조국, 전제논문, 186면 이하 참조.

66) 연합뉴스스 2005.10.14.자 ‘호주서 성범죄 합의개념 재검토.’ 호주의 한 여성이 술을 먹다가 남자 3명과 성관계를 갖기로 합의했다가 뒤늦게 마음을 바꾼 사례에서, 법원은 10월 13일 무죄를 선고하였다. 영국에서는 Regina v. Morgan, 1976 App. Cas. 182 (1975)에서 법원이 “피해자의 궁극적인 동의 여부에 관계없이 성관계를 강행한 경우 구성요건적 착오를 원용할 수 없다”고 판시하였고, 이런 사례들을 설명하기 위해서 willy-nilly case라는 용어가 사용되고 있다.

어떻게 처벌할 것이냐 하는 문제가 있다.⁶⁷⁾

정숙한 여자에 대해서만 강간이 성립된다고 하면 별 문제이나, 이 경우는 틈을 보여 준 모든 여자의 문제이다. 틈을 보여 준 이상, 합의는 있는 것으로 보면, 결론은 ‘묵시적 승인’에 의한 강간으로 불가벌이다.⁶⁸⁾ 만약, 가해자 측에게 피해자의 합의에 관한 착오(good faith mistake about the victim's consent)’가 있었다면, 구성요건적 고의⁶⁹⁾가 조각된다. 기껏해야 과실범으로 처벌될 뿐이다. 그러나 한 걸음 더 나아가, 가해자가 피해자의 합의 여부 따위는 아예 관심 없다는 식으로 나오면 어떻게 되는가? 사례는 이 문제를 지적하고 있는 것이다.

이 경우 법원은 미필적 고의이나, 아니면 단순한 과실이냐를 진지하게 따져 물어야 한다. ‘당신 행실로 봐서 이걸 동의한 거나 다름없어. 무조건 가는 거야’라는 식으로 나오는 가해자의 인식은 미필적 고의에 관한 감수설,⁷⁰⁾ 혹은 용인설⁷¹⁾에 의할 경우, 명백히 고의에 의한 강간죄의 구성요건 해당성이 인정된다. 이 논점만 놓치지 않아도 ‘유사강간’의 많은 경우를 처벌할 수 있다. 피해자가 같이 술을 먹었는지는 전혀 논점이 아니다. 문제는 피해자가 명시적으로 성교행위에 동의하지 않았는데도, 혹은 동의했다가 철회했는데도, 가해자가 동의 여부를 전혀 따져 볼 자세가 안 되어 있었다는 데 있기 때문이다.

영미에서는 최근 들어 과실강간죄에 관한 논의가 활발하게 이루어지고 있다.⁷²⁾ 물론, “살인, 방화, 강간, 강도와 같이 심각한 낙인이 찍히는 범죄

67) See *id.*

68) 소위 구성요건적 양해 상황인데, 이의 가벌성에 대해서는 see *infra* pp. 16-8.

69) 강간죄의 구성요건적 고의는 “폭행, 협박에 의하여 부녀를 그 의사에 반하여 간음한다는 사실에 대한 인식과 인용”이다. 정웅석, 전제서, 787면.

70) 미필적 고의에 관한 감수설은 “결과 발생의 가능성을 인식하면서 구성요건 실행의 위험을 감수한 때에는 미필적 고의를 인정할 수 있다”고 한다. 이재상, 전제서, 167면.

71) 미필적 고의에 관한 용인설은 “결과 발생을 가능하다고 생각하고, 이를 승인 또는 내적으로 용인하거나 양해한 때에는 미필적 고의를 인정할 수 있다”고 한다. 이재상, 전제서, 164면.

이면서 형량이 높은 [범죄의] 경우에는 확실한 고의(mens rea)의 확증이 필요하”⁷³⁾ 다는 점은 맞다. 따라서 과실강간의 처벌가능성까지 논의를 확대하는 데에는 신중해야 한다. 그러나 미필적 고의에 의한 강간은 전혀 다른 문제이다. 그것은 분명히 현행법상 처벌 가능한 범죄이다. 피해자가 명시적으로 거부하고 반항하였을 경우만 강간죄를 인정할 일이 아닌 것이다. 그런 의미에서, 피해자가 어떻게 행위했든 간에, 명시적 동의가 없었던 경우에는, 가해자의 내심에 미필적으로나마 고의가 있었는지 심각하게 탐색해 보아야 한다.

3. 사례 2 : 의제강간(statutory rape)의 문제

미국에서는 전통적 의미의 강간범죄는 아니지만, 법이 강간으로 의제하는 경우를 statutory rape라고 부른다.⁷⁴⁾ 고의가 없는 결과에 대한 책임이라는 의미에서 strict liability⁷⁵⁾의 일종이라고 할 수 있다. 강간 피해자가 일정한 나이 아래일 경우, 가해자의 구성요건적 고의, 다시 말하면, 피해자가 일정한 나이 아래인 사실⁷⁶⁾과 피해자의 의사에 반해서 간음을 한다는 사실에 대한 고의가 없어도 의제강간으로 처벌된다.⁷⁷⁾

72) 소위 negligent rape에 대해서는 *see generall* Bryden, *supra* note, at pp. 32-4.

73) OSHU RESSLE, *NDERSTANDIN RIMINA* A 144 (3d ed. 2001).

74) *See id.* at 145.

75) 형법상 행위에 대한 인식을 결여된 고의가 없는 범죄에 대한 형사책임을 strict liability crimes라고 한다.

76) 우리나라에서는 13세 미만의 부녀를 간음하면 미성년자의제강간죄로 처벌된다. 형법 제297조 참조. 다만 미국과 다른 점은, 우리나라의 경우, “행위자가 [피해자를] 13세 이상의 여자로 오신하고 간음한 경우에는 고의가 부정되어” 불가벌이라고 하는 견해가 다수이나, 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2003, 168면 참조, 미국에서는 부녀의 나이를 알았느냐 여부는 범죄의 성립에 영향이 없다. *See, e.g.,* Garnett v. State, 632 A.2d 797 (1993) 참조. 의제강간이라는 것이 가해자의 고의의 내용을 문제삼지 않고 처벌하는 범죄라는 점에서, 13세 미만인지 아닌지에 대한 가해자의 인식은 고려대상이 아니라고 할 것이다.

77) JOSHUA DRESSLER, *supra* note 73, at 144.

의제강간에 대해서 또 하나 문제되는 것이, 소위 매 맞는 아내 혹은 애인에 대한 강간이다. State v. Alston⁷⁸⁾의 사실관계는 다음과 같다.

코티 브라운과 알스톤은 6개월째 동거를 하고 있는 중이다. 그들은 같은 아파트에 살고 있고, 가끔씩 알스톤이 때리는 적도 있었다고 한다. 코티의 증언에 의하면 그녀는 알스톤과의 섹스를 즐기기도 하지만 가끔은 마지못해 응한다고 한다. 5월 15일, 알스톤에게 두들겨 맞은 코티는 아파트를 떠났고, 6월 15까지 알스톤과 관계를 가진 적이 없다. 며칠 후 알스톤이 찾아 왔을 때, 코티는 둘 사이의 관계는 끝났다고 선언했다. 알스톤은 그 말을 들으려 하지 않았다. 둘은 알스톤의 친구의 집으로 갔다. 친구가 자리를 비켜 주자 알스톤은 코티를 애무하면서 옷을 벗으라고 했다. 코티는 순순히 응했다. 일을 마치고 나서, 코티는 경찰에 신고했다. 이를 후, 알스톤은 코티가 사는 새 아파트로 찾아 왔고, 다시 관계를 가졌다. 토티가 거부하지 않는 것을 보고 알스톤은 그녀가 섹스를 즐기는 것으로 알았다고 한다.⁷⁹⁾

이 사례는 “학자들이 강간죄의 개념을 넓힐 필요가 있다는 주장을 할 때 자주 인용”⁸⁰⁾하는 사례이다. 노스캐롤라이나 주 대법원이 결론 내린 바와 같이, 이 사건에는 종래의 강간죄와 같은 일방적인 폭행과 협박의 요소가 없다. 피해자가 거부한 것도 아니다. 적어도 행위가 이루어진 상황에서는 그렇다. 그러나 이렇게 순순히 응한 근거에는 소위 “피해자에게 폭력을 행사해 온 내력”⁸¹⁾이 있다. 피해자가 거부할 수는 있지만 사실상 거부하기 힘든 “비정상적인 상황(egregious circumstances)”⁸²⁾이 존재하는 것이다.

78) 312 S.E.2d 470 (N.C. 1984).

79) *Alston*, at 471-2.

80) David P. Bryden, *supra* note, at 351.

81) Berverly Balos & Mary L. Fellows, *Guilty of the Crime of Trus: Nonstranger Rape*, 75 IN.L. E. 599, 604-5 (1991).

82) *Id.* at 609.

이런 경우라면 종래의 강간죄의 이론구성이 적합하지 않은 면이 있다.

매 맞는 아내의 경우만이 아니다. 일반 성인에 대한 강간의 경우에도 이와 같은 상황은 존재한다. 그저 평범한 연인 간에도 ‘유사강간’의 문제가 발생할 수 있는 것이다. 미성년자 등에 대한 간음⁸³⁾도 아니고, 업무상 위력 등에 의한 간음⁸⁴⁾도 아니다. 굳이 분류하자면 한번 몸을 허락한 적이 있는 여자에 대한, 폭행의 습벽이 있는 남성에 의한 강간의 경우이다. 우리는 이런 경우를 너무 많이 발견하고, 너무 쉽게 간과하고 만다. 계몽철학자 루소의 말처럼, “남녀 사이에 폭력이 필요 없어지고 남자들이 그것에 더 이상 의존하지 않게 되면 폭력에 대해 말할 일은 거의 없어”⁸⁵⁾진다는 점에 우리가 너무 쉽게 동의하고 있는 꼴이다.

또 때릴까 봐 무서워서 마지못해 응한 경우도 동의라고 보는 법제가 우리의 법제이다. 강간죄의 구성요건에 대한 근본적인 재검토가 필요하고, 그 방향은 기본적으로, 의제강간의 구성요건을 현행 법제처럼 13세 미만자에 국한할 것이 아니라, 소위 매 맞는 아내 혹은 애인의 경우에도 확대하는 쪽이어야 할 것이다.

4. 결론 : 구성요건적 양해 상황

이제까지의 논의에서 제안한 바처럼, willy-nilly 사례의 경우에는 미필적 고의에 의한 강간을 인정하는 방향으로, Alston에서는 의제강간을 확대하는 방향으로 처벌의 가능성을 열어두는 것도 나쁘지는 않다.

하지만, 그전에 보다 근본적인 문제제기를 하고자 한다. 소위 강간죄에 있어서 합의가 무엇인지에 대해서 해석해 보는 일이 그것이다. 이에 관해

83) 형법 제302조.

84) 형법 제303조 1항.

85) J.J. ROUSSEAU, EMILE OU DE L'EDUCATION 449, Garnier, 1951, 조르비가렐, 전 계서, 70면에서 재인용.

서 다음과 같은 견해가 현재 다수를 이루는 것 같다.⁸⁶⁾

‘양해’란 당해 구성요건의 행위개념 자체가 이미 피해자의 의사에 반하는 것을 내용으로 하고 있기 때문에 피해자의 동의가 있으면 행위의 위법성을 거론하기에 앞서서 구성요건해당성이 배제되는 것으로 해석하는 것을 말한다. 예컨대, 절취, 주거침입, 강간 등의 행위개념은 피해자의 의사에 반하는 것을 당연한 내용으로 하고 있기 때문에, 피해자의 동의가 있으면 절취, 주거침입, 강간 등의 행위 자체가 성립하지 않게 되며, 처음부터 절도죄, 주거침입죄, 강간죄 등의 구성요건에 해당하지 않는다.⁸⁷⁾

부녀의 동의가 있으면 결론적으로 강간죄는 성립하지 않는다는 것이 우리 학설의 대체적 견해이다.

하지만, 이와 같은 견해는 사태를 잘못 읽고 있는 것으로 보인다. 피해자의 동의가 있으면 강간죄의 구성요건해당성이 없다는 전제 자체가 잘못되었다. 다 인정하듯이, 강간죄는 ‘폭행, 협박으로 부녀를 간음하는 행위’를 구성요건적 행위로 한다. 따라서 피해자의 동의의 방향은 단순히 ‘간음행위’가 아니라 ‘폭행, 협박에 의한 간음행위’에 대한 것이어야 한다. 경험적으로 생각해 볼 때, 성행위에 동의하는 부녀는 상상할 수 있어도, 폭행, 협박으로 성행위를 할 것에 동의하는 부녀는 상상할 수 없다. 아주 예외적으로 부녀가 폭행, 협박에 의한 성행위에 동의한 경우라면 구성요건적 양해가 될 수 있다. 다시 말하면, 폭행, 협박에 의한 변태적 성행위에 대해서 피해자가 동의한 극히 예외적인 경우라면, 피해자의 동의는 구성요건적 양해가 되고, 강간죄의 구성요건해당성은 배제된다. 그러나 그렇지 않은 대부분의 정상적인 경우에는 부녀의 동의는 성행위에 대한 동의일 뿐이다.

86) ‘양해’라는 개념 자체는 인정하지 않으면서, ‘부녀의 동의가 있으면 강간이 되지 않는다’는 결과적으로는 같은 태도를 취하는 예로는, 배종대, 형법총론, 홍문사, 2005년, 412면.

87) 임웅, 전제서, 248-49면.

그런데, 성행위에 대해서만 동의했음에도 불구하고, 폭행, 협박이 필요했던 상황이란, 도대체 어떤 상황일까? 십중팔구는 부녀가 동의를 철회하는 식으로 마음이 바뀐 상황일 것이다. Willy-nilly 사례가 정확하게 그런 경우이다. 따라서 간음행위에 대한 동의는 행위 당시의 동의라기보다는 행위 이전의 동의로 볼 수밖에 없다. 행위 당시에도 동의가 있었다면 굳이 ‘반항을 불가능하게 하거나 반항을 현저하게 곤란하게 하는 폭행, 협박’의 사용이 필요하지 않았을 것이고, 당연히 강간죄의 구성요건 해당성을 논하는 것조차 의미가 없었을 것이기 때문이다. 그러면, 이와 같은 행위 이전의 동의를 근거로, 폭행, 협박이 있었음에도 불구하고, 강간죄의 구성요건 해당성을 배제하는 해석론이 무슨 의미가 있겠는가. 의미가 없을 것이다. 즉, 구성요건적 양해를 논할 상황이 아니라는 것이다.

다시 극히 예외적으로, 행위 당시까지 동의가 계속되고 있었음에도 불구하고, 가해자가 굳이 폭행, 협박에 의한 간음을 선호했던 사례를 상정해 볼 수 있다. 이런 경우라면 간음행위에 대한 동의를 근거로 해서, 간음행위에 대한 구성요건 해당성을 배제하는 것도 가능하다. 그러나 폭행, 협박이라는 행위는 그 후에도 그대로 남는다. 즉, 법률적 평가가 필요하다는 것이다. 예컨대, 폭행, 협박이 있었던 것은 틀림없으므로, 그 부분에 대해서는 별도로 폭행죄 혹은 협박죄의 성립을 논할 수 있을 것이다.

요컨대, 강간죄는 “성범죄이기보다는 폭력범죄(a crime of violence rather than a crime of sex)”⁸⁸⁾이다. 성행위에 대한 합의는 강간죄에서 결정적인 이슈가 아니다. 문제는 폭행과 협박이다. 절도죄에서 물건을 가져가도 좋다는 피해자의 동의는 양해가 될 수 있다. 하지만, 폭행과 협박, 그리고 절도가 결합된 강도죄에서라면, 피해자가 물건을 가져가라는 합의는 할지언정, 정상적인 경우라면, 폭행과 협박 행위에 합의하지는 않는다. 따

88) Christina M. Tchen, *supra* note 26, at 1519.

라서 물건을 가져가라는 말 자체로 강도죄의 구성요건해당성이 배제되고 만다는 해석이란 있을 수 없다.⁸⁹⁾ 강도죄는 폭력 범죄이기 때문이다. 간음에 동의했다는 것은 간음죄의 구성요건 해당성을 배제할 수 있다. 그러나 간음에 동의했다는 것이 강간죄의 구성요건 해당성을 배제할 수는 없다. 지극히 예외적인 경우가 아니라면 말이다.

이런 이유로 미국에서 몇몇 개혁적인 주가 “[강간죄에서] 합의 여부를 구성요건요소에서 삭제하고, 오직 폭력행위라는 관점으로 강간죄를 파악하기”⁹⁰⁾ 시작했다. 강간죄에서 피해자가 무엇에 합의하는가에 대한 근본적인 문제 제기를 하고 있는 상황인 것이다.

V. 결 론

계몽철학의 도움을 받은 고전학파의 강간론에서, 가장 중요한 문제지평은 강간을 소유권범죄로 이해한 데 있었다.⁹¹⁾ 즉, 피해자인 여성의 성에 대한 처분권과 관련된 범죄로 이해한 것이다.⁹²⁾

여성의 처분권이 전체 법질서의 소유권질서와 관련되는 부분, 예컨대, 남성의 (여성에 대한) 소유권과 관련되는 부분에서는 법이 엄하게 대처했

89) 폭행, 협박 행위가 있는 후에 물건을 단순히 내 놓았다면 강도죄의 미수가 될 것이고, 물건을 단순히 내놓는데도, 폭행, 협박으로 물건을 빼앗아 갔다면 강도죄의 기수가 될 것이다. 설령, 강도죄의 기수로 별하지 않는다고 해도, 폭행, 협박행위에 대한 평가는 남는다. 그럼에도 불구하고, 강간죄에서는 성행위에 대한 합의만으로 폭행, 협박이라는 행위태양에 대한 평가가 획, 사라져버리는 것은 인정할 수 없다.

90) Christina M. Tchen, *supra* note 26, at 1519. See also MICH. COMP. LAW. ANN. § 750.520d.

91) See, e.g., “강간죄는 뒷문을 통해서 법의 영역으로 들어온 범죄이다. 그것은 남자의 다른 남자에 대한 소유범죄였다. 물론, 여성은 소유물이었다.” S. BROWNMILLER, AGAINST OUR WILL: MEN, WOMEN AND RAPE 8 (1975)

92) 남성의 소유권이 문제되지 않는 사안에서는, 즉, 처녀의 경우에는 강간은 (자유의지에 의한) 자유로운 처분권과 그에 대한 침해로 이론 구성한 것이다

다. 이것이 소위 간통죄의 문제이다.

남성의 소유권과 관련되지 않은 영역은 이제 순전히, 자유의사의 해석 문제로 둔갑한다. 따라서 여성의 자유의지가 끝까지 완강했음에도 불구하고, 무자비한 폭행과 협박으로 여성을 범했으면 그것이야말로 고유한 의미의 강간죄로 처벌될 수 있었다.

하지만 여성의 자유의지가 조금이라도 흔들린 (혹은 흔들렸다고 믿는) 영역에서는, 법질서가 가능하면 관여하지 않으려 했다. 그 영역은 자유로운 처분권의 문제라고 믿었기 때문이다.⁹³⁾ 또 자유로운 처분권이 아예 존재하지 않는다고 믿었던 영역, 다시 말해서, 난잡한 여자의 성적 자기결정권에 대해서는 법은 완전히 뒤로 물러섰다. 이와 같은 영역들이 바로 ‘유사강간’의 영역으로 현재까지 이론상으로 혹은 실무상으로 방치되어 있는 지점이다.

그러는 사이에 강간죄에서 피해자의 성행위에 대한 합의 여부가 도드라져 올라오고, 폭행과 협박이라는 행위반가치는 사람들의 관심에서 멀어졌다. 법이 적극적으로 나서서 보호하기를 주저하는데 행위자가 진지하게 고려할 리도 없다. 하지만, 거듭 강조하거니와, 강간은 폭력범죄이다. 따라서 강간죄의 구성요건 해당성을 논하는 데 있어서, 첫 번째 질문은, 폭행, 협박이 있었느냐, 가 되어야 하고, 두 번째 질문은 폭행, 협박이 수단이 된 간음행위가 있었느냐, 가 되어야 한다. 피해자가 성행위에 동의했느냐 여부는, 극히 예외적인 경우가 아니라면, 적절한 논점이 아닌 것이다.

여성의 성적 자기결정권을 존중한다면, 싫다고 할 때는 건드리지 말아야 한다. 만약에, 싫다는 데도 폭행, 협박으로 간음을 하면, 강간죄가 된다. 혹시, 좋다고 했다가 나중에 싫다고 마음을 고쳐먹은 경우에도, 폭행, 협박

93) 절도죄에서의 피해자의 수인과 강간죄에서의 피해자의 성행위에 대한 합의를 같은 평면에서 읽는다는 것을 보아도, 강간죄의 처분권적 요소가 지나치게 강조되고 있다는 사실을 알 수 있다.

으로 간음을 하면, 강간죄가 된다. 계속 좋다고 한 경우라도, 폭행, 협박을 사용하면, 아무리 물려서도 최소한, 폭행죄 혹은 협박죄는 된다. 싫은 지 좋은 지 불분명한 경우에도, 폭행, 협박을 사용하면, 아무리 물려서도 최소한, 폭행죄 혹은 협박죄는 된다. 즉, 여성과 성행위를 할 때, 폭행, 협박이라는 수단은 아예 사용할 생각을 말아야 한다. 강간죄의 구성요건 해당성을 따지면서, 피해자와의 합의 개념을 꼼꼼히 음미해 보면 이와 같은 결론에 이를 수 있을 것이다.

주제어 : 강간죄, 책임주의, 계몽주의, 구성요건적 양해, 의제강간, 과실강간, 폭력범죄, 성적 자기결정권.

참고문헌

- 김일수/서보학, 형법각론, 박영사, 2003.
 배종대, 형법총론, 홍문사, 2005.
 이재상, 형법총론, 박영사, 2005.
 임웅, 형법각론, 법문사, 2005,
 정웅석, 형법강의, 대명출판사, 2004.
 조국, 형사절차에서 성폭력범죄 피해여성의 저지와 보호방안, 형사정책, 2002.
 조르쥬 비가렐로, 강간의 역사, 당대, 2002.
 콜린 윌슨, 잔혹: 피와 광기의 세계사, 하서, 2003.
 하태훈, 형법사례연습, 박영사, 2005.
 Berverly Balos & Mary L. Fellows, Guilty of the Crime of Trust : Nonstranger Rape, 75 MINN. L. REV. 599 (1991).

S. BROWNMILLER, AGAINST OUR WILL: MEN, WOMEN AND RAPE (1975).

David, P. Bryden, Forum on the Law of Rape: Redefining Rape, 3 BUFF. CRIM. L. R. 317 (2000).

J. CASANOVA DE SEINGALT, HISTOIRE DE MA VIE (1993).

JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW (3d ed. 2001).

SANFORD H. KADISH & STEPHEN J. SCHULHOFFER, CRIMINAL LAW AND ITS PROCESSES (6th ed. 1994).

M.L. RASSAT, DROIT PENAL SPECIAL (2d ed. 1999).

J.J. ROUSSEAU, EMILE OU DE L'EDUCATION, Garnier Frères, 1951.

Christina M. Tchen, Rape Reform and a Statutory Consent Defense, 74 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1518 (1983).

James Q. Whitman, Law and the Pre-Modern Mind, 44 STAN. L. REV. 205, 208 (1991).

FRANCOIS M. AROUET (Voltaire), PRIX DE LA JUSTICE DE L'HUMANITE, Garnier Frères, 1885.

How to Define a Crime of Rape: the Meaning of Consent

Kim, Hee-Kyoon*

It is generally agreed that a crime of forcible rape has been clearly defined and rapists have been, accordingly, punished without great difficulty. A rape is a well-known crime, in a certain sense. Several factors, such as threat, violence, sexual intercourse, and lack of consent, which should be proved by the prosecution in order to convict a defendant of rape seemed to be fairly clear.

However, the lack of consent requirement leads us to think about, basically, how to understand a crime of forcible rape. For example, if the victim has consented to have a sex with the defendant, does it negate the essential element distinguishing rape from non-criminal sexual intercourse?

The French philosophers in the age of Enlightenment thought that rape was a crime against the victim's free will. Thus, they said that, in a situation where the victim's free will was unsteady, there was no need to talk about the criminality of that sort of sexual intercourse. However, as is deeply argued in this article, rape is a crime of violence rather than a crime of sex. Whenever a violator uses force by means of having a sex with a victim, we should conclude that a

* Professor of Law, Sungshin Women's University, Ph.D. in Law.

crime has occurred. Whether the victim has consented or not to that accident is not a critical factor in establishing all the elements of criminal rape. At the very most, it can be used by the defendant as an affirmative defense.

Recently, there are a lot of arguments among practitioners and commentators supporting the victims' right to accuse rapists regardless of their sexual behavior. Some reformers even insist on striking out the lack of consent requirement in the definition of forcible rape. I believe that we also need to focus on violence committed to female victims. By doing so, we can effectively punish and ward off the so-called willy-nilly rapes.

Keywords: rape, enlightenment, mens rea, statutory rape, negligent rape, acquaintance rape, sexual autonomy, consent.

무영장 · 무동의 채혈의 적법성에 관한 각국 판례의 동향

박 강 우

“이 논문은 2005학년도 충북대학교 학술연구지원사업의 연구비
지원에 의하여 연구되었음(This work was supported by the
research grant of the Chungbuk National University in 2005).”

형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

한국형사정책연구원

무영장·무동의 채혈의 적법성에 관한 각국 판례의 동향

朴 剛 旻*

I. 머리말

학계¹⁾에서는 이미 확고하게 자리잡은 위법수집증거의 증거능력배제원칙에 대하여 대법원은 아직도 위법하게 수집된 진술증거(자백, 피의자신문조서, 진술조서, 전문증거 등)에 대해서만 증거능력을 배제하고, 위법하게 수집된 증거라도 비진술증거(증거물)에 대해서는 여전히 증거의 성질, 형상 등에 변함이 없다는 이유로 위법수집증거라도 그 증거능력을 긍정하고 있다(대판 1987.6.23, 87도705; 1994.2.8, 93도3318).²⁾ 이것은 우선 우리 실

* “이 논문은 2005학년도 충북대학교 학술연구지원사업의 연구비지원에 의하여 연구되었음 (This work was supported by the research grant of the Chungbuk National University in 2005)”.

* 충북대학교 법과대학 교수, 법학박사

1) 강구진, 형사소송법원론, 1982, 506쪽; 배종대/이상돈, 형사소송법(제6판), 2004, 106/4; 백형구, 형사소송법강의(신정2판), 1996, 616쪽; 신동운, 형사소송법 I(제2판), 1997, 153-4쪽; 이재상, 형사소송법(제5판), 39/6; 정영석/이형국, 형사소송법, 1994, 325쪽; 신양균, 형사소송법, 2000, 634쪽.

2) 이러한 대법원판례의 태도는 일본 최고재판소의 과거 입장인 ‘성질·형상 불변론’(日本最高裁 1949.12.1, 재판집 15권 349면)에 따른 것이라 한다. 그러나 일본 최고재판소는 1978년 오사카 텐노사(天王寺) 각성제 판결(최고재 1978.9.7, 형집 32권 6호, 1672면)에

정법(헌법과 형사소송법, 통신비밀보호법 등)이 진술증거에 대해서만 그 수집절차의 위법이 있을 경우 그 증거능력을 배제하는 규정을 두고 있을 뿐, 비진술증거에 대해서는 명확한 규정을 두고 있지 않은데 기인한다. 예컨대 헌법 제12조 제7항 전단과 형사소송법 제309조는 임의성이 의심되는 자백에 대해서 증거능력을 부인하고 있고, 통신비밀보호법 제4조도 불법감청에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 취득된 전기통신내용의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다고 명시하고 있다.

따라서 대법원판례와 같이 이론적으로 비진술증거에 대해서만 위법수집 증거배제법칙의 적용을 배제할 필요성과 타당성이 있는가가 문제된다. 즉 헌법상 분명히 국민의 기본권으로서 주거의 자유(제16조)와 사생활의 비밀과 자유(제17조)가 규정되어 있고, 헌법 제12조와 형사소송법 제215조는 수사상의 압수·수색·검증을 위해서는 법관이 발부한 영장이 있어야 하는 것이 원칙임을 선언하고 있음에도 불구하고, 헌법과 법률의 요청을 위반한 대물적 강제처분(압수·수색·검증)을 통하여 수집한 증거물의 증거능력에 대해서 명문의 규정이 없음을 이유로 대법원 판례는 아직도 성질·형상 불변론에 근거하여 증거능력을 만연히 인정하고 있는 것이다.

그런데, 위법수집증거배제법칙을 이미 오래전부터 승인한 영미의 학설 가운데에서도 사소한 절차상의 하자가 있다고 하여 압수물의 증거능력을 무조건 부정하게 되면 형사소송의 이념의 하나인 실체적 진실발견이 거의

서 증거물에 대하여도 위법수집증거배제법칙을 적용하기로 입장을 바꾸었다고 한다. 조국, “재량적 위법수집증거배제법칙”, 법률신문 3321호, 2004.12.9. 하지만, 이러한 조국수의 입장과 달리 대법원 재판연구관 이충상 판사는 위의 텐노사 판결은 수집절차에 위법성이 있더라도 위법성이 중대하지 않을 경우 그 증거능력을 긍정하는 취지의 판결이라고 주장한다. 이충상, “위법수집된 비진술증거의 증거능력에 관한 우리나라와 일본의 학설·판례: 특히 영장·동의없는 채혈을 중심으로”, 판례실무연구 3권, 1999, 310쪽.

불가능하게 될 것이라는 우려를 제기하기도 한다. 다시 말해서 위법수집증거배제법칙은 원래 사법의 엄결성(judicial integrity)과 적정절차를 보장하기 위한 것인데, 이것이 문제되는 것은 수사기관이지 법원이 아니며 위법수집증거의 증거능력을 무조건 배제하는 경우에 명백한 죄인을 증거수집의 하자를 이유로 무죄 판결하는 것이 되어 사법에 대한 국민의 신뢰를 더욱 침해할 우려가 있다는 것이다.³⁾

이러한 학설과 판례의 태도는 위법수집증거배제법칙을 형사소송법상의 절대적 원칙이 아닌 일종의 재량적 원칙으로 이해하는 태도로서 우리 대법원뿐만 아니라, 영미와 독일, 일본의 판결에 어느 정도 공통된 것으로 생각된다. 이미 미국에서는 버거/렌퀴스트 판사의 보수적 연방대법원이 들어선 이후 위법수집증거배제법칙의 예외가 확장되고 있으며,⁴⁾ 독일에서는 증거사용금지의 지향목표가 미국과 같은 수사관의 위법수사억제에 있는 것이 아니라 예방적 관점에서 ‘헌법규점의 강화안정’이라고 설정하고 그 예방효과에 중대한 침해가 없을 경우 위법수집증거배제법칙의 적용을 완화하려는 경향이 있다.⁵⁾ 하지만, 이러한 위법수집증거배제법칙의 상대화 내지 예외의 확대를 우리 실정에 그대로 적용할 수는 없다. 왜냐하면, 현재 우리의 형사사법은 그동안 많은 개혁이 있었음에도 불구하고 불법적·탈법적 수사관행이 근절되었다고 자신있게 말할 수 없는 실정이며 불법적 수사관행에 대한 입법적 통제 또한 완벽하다고 보기 힘들기 때문이다. 따라서 위법수집억제를 위한 최후의 보루로서 이 법칙의 효용성은 여전히

3) McCormick, Criminal Procedure, p. 462; 이재상, 앞의 책, 39/9.

4) 자세한 것은 조국, “미국 위법수집증거배제법칙에 관한 일고”, 형사정책연구, 제9권 제4호(1998 겨울호), 152쪽 이하 참조.

5) Rogall, in: JZ 1996, S. 947; 한영수, 위법하게 수집된 증거에 관한 독일의 이론과 판례 - 특히 위법하게 채취한 혈액의 증거(사용)금지에 관하여 -, 판례실무연구 3, 1999, 274쪽 이하.

유효하다고 판단된다.

이하에서는 비진술증거인 강제채혈의 사례를 중심으로 위법수집증거의 증거능력에 관한 각국의 이론과 판례의 논의를 비교·검토한 후, 우리 실정에 타당한 해석론을 도출하고자 한다.

II. 위법수집증거와 강제채혈의 허용여부에 관한 각국의 학설과 판례

1. 미 국

미국에서도 당초 보통법하에서는 증거수집방법의 위법여부를 불문하고 사건과의 관련성(relevancy) 및 유죄입증에 대한 유용성(competency)만을 증거채택시의 문제로 삼았고 이러한 경향은 20세기 초까지 이어졌으나, 1914년 Weeks판결(Weeks v. United States, 232 U. S. 383(1914))을 계기로 연방법 위반사건에서 압수절차의 위법이 인정되는 경우에는 이를 기초로 수집한 증거는 수정헌법 제4조의 프라이버시 보호에 위반된다는 판례가 생성되고 이 원칙이 연방사건에 대한 원칙으로 확립되었다. 이후 1961년 Mapp판결(Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643(1961))⁶⁾을 계기로 이 원칙은 연방헌법 제14조의 적정절차의 원칙에 따라 주사건에 대해서도 확장 적용되면서 증거법의 확고한 원칙으로 자리잡게 된다.⁷⁾ 1946년에는 미국 연방

6) 폭파사건의 용의자가 Mapp이란 여성의 집에 숨어있다는 제보를 받고 Mapp의 주거를 클리블랜드 경찰관들이 영장없이 수색하여 음란물(외설적 책, 사진, 잡지 등)을 압수한 사건. 이 사건에서 찰관들의 무영장압수에 대하여 오하이오주 대법원은 비록 증거물이 무영장압수에 의하여 취득되기는 했지만, 그것이 피고인의 의사에 반하는 잔인하고 공격적인 물리력의 행사를 통하여 취득되지 않았다고 하여 증거사용을 허가하였다.

형사소송법 제42조의 3가 위법수집증거배제법칙을 명문으로 규정하였고, 압수절차 뿐만 아니라 자백수집절차가 위법한 경우에도 증거능력을 부정하는 판례가 나오게 되었다.

그러나 위법수집증거배제법칙이 등장한 이후에도 이 원칙에 대한 비판이 적지 않았고, 1970년대 이후에는 이 원칙의 적용범위를 제한하는 방향으로 나아가고 있다.⁸⁾ 즉 1970년 이후 미국사회에서 범죄의 증가와 사회의 보수화 경향에 맞물려 적정절차의 보장을 통한 사법의 엄결성 확보가 오히려 명백한 범죄인에게 탈법의 길을 열어줌으로써 사법에 대한 국민의 신뢰를 떨어뜨린다는 주장이 강하게 제기되고, 이에 따라 적정절차의 보장이라는 측면이 후퇴하고 위법수사의 억제라는 정책적 관점에서만 배제법칙을 적용을 제한하려는 제한적 입장이 우세한 실정이라는 것이다. 이후 연방대법원은 ① Mapp 판결의 소급효를 부정하고 ② 위법수집증거를 공판에서 배제하면 억제효과가 달성된다는 이유에서 기소배심에서는 증거배제를 부정하며 ③ 적법한 방법으로 쉽게 발견할 수 없는 경우에 예외적으로 증거로서 허용하는 ‘불가피한 발견의 예외’를 인정하는 한편, ④ 수사기관이 선의로 증거수집절차가 적법하다고 믿은 경우에도 예외적으로 허용하는 ‘선의의 예외’를 인정하고 있다.

한편, 미국에서 체내에 대한 신체검사는 영장에 의한 경우, 그리고 긴급한 상황에서 증거가 발견되리라는 것이 확실할 때에는 수정헌법 제4조에 의하여 허용된다고 한다. 즉 미국 연방대법원에 의하여 숙련된 기술자에 의한 혈액검사는 양심에 충격을 주는 행위가 아니며, 정의에 반하는 증거채취방법도 아니라는 것이다.⁹⁾

7) 신양균, 앞의 책, 635쪽.

8) 최근 논의에 대해서는 Roland V. del Carmen, 김성돈 역, 미국 형사소송법, 1999, 116쪽 참조.

특히 음주운전으로 체포된 사람으로부터 혈액채취가 필요하고 또한 장소와 절차가 합리적이라면 어느 정도 강압에 의해서도 혈액샘플을 채취할 수 있다고 한다. 이는 혐의자의 혈액안의 알코올이 영장을 발부받기 위하여 지체되는 동안에 사라질 우려가 있으므로 긴급히 채취할 필요가 있다는 데 근거한다.¹⁰⁾ 그리고 이 경우 미국 수정헌법 제14조에 규정된 자기부죄거부 특권은 피의자에게 보장되지 않는데, 그것은 자기부죄거부 특권이 진술증거의 강제적 답변의 경우에만 적용되고, 혈액증거와 같은 비진술증거에는 적용되지 않기 때문이라는 것이다. 그러나 단순한 음주운전인 경우, 즉 그 법정형이 자유형으로 처벌되지 않는 범죄인 경우에는 야간에 혐의자의 주거에 영장없이 들어가는 것은 긴급성의 결여를 이유로 위법하다고 한다.¹¹⁾

위와 같이 미국의 판례에서는 무영장·무동의 채혈의 적법성을 인정하기 위한 요건으로서 첫째, 범죄의 중대성과 둘째, 강제채혈의 긴급성, 그리고 셋째, 의료인에 의한 채혈의 실시(방법의 상당성)를 요구하고 있음을 알 수 있다. 이것은 만약 의료기관에서 의료인에 의하지 않고 경찰관서에서 경찰관이 채혈을 할 경우 이는 방법의 상당성을 결하여 적법한 긴급채혈이 될 수 없음을 암시하는 것이다.

2. 독 일

독일에서 영미식의 위법수집증거배제법칙에 해당하는 원칙은 ‘증거금

9) *Breithaupt v. Abram*, 352 U. S. 432 (1957). 이 사건에서 피고인은 음주상태에서 뉴멕시코주 하이웨이에서 픽업 트럭을 운전하다가 피해차와 충돌하여 3명이 사망하고 자신도 중태에 빠졌다. 병원 응급실에서 술 냄새를 맡은 경찰은 담당의사에게 의뢰하여 피고인의 혈액 20cc를 채취하였고, 이 증거에 의하여 피고인은 미필적 고의에 의한 살인죄(involuntary murder)로 기소되었다.

10) *Schmerber v. California*, 384 U. S. 757 (1966).

11) *Welsch v. Wisconsin*, 35 CrL 3080 (1984).

지'(Beweisverbot)라는 개념으로서 이는 증거의 사용뿐만 아니라 수집을 제한하는 포괄적 개념으로 이해된다. 즉 독일에서 형사법원의 실체해명은 기본법의 가치질서와 일치하는 범위 내에서만 허용되어야 하므로, 이러한 원칙에 합치되지 않는 증거는 수집되거나 사용될 수 없다는 원칙이다. 일반적으로 독일에서 증거금지는 증거수집금지(Beweiserhebungsverbot)와 증거사용금지(Beweisverwertungsverbot)로 구분된다.

가. 증거수집금지

증거수집금지는 거증금지, 증거방법금지 그리고 증거수집방법금지를 포괄하는 개념이다. 거증금지란 일정한 사실관계에 대하여 증명 자체를 금지하는 것이고(예컨대 의사의 업무상 비밀), 증거방법금지란 일정한 사실관계의 증명이 다른 증거방법을 통해서만 허용된다는 의미에서 특정한 증거방법의 사용을 금지하는 것이고(예컨대 진술거부권이 있는 자의 증언), 증거수집방법금지는 특정한 방식의 증거수집을 금지하는 것이다(예컨대 허용되지 않는 신문방법, 영장에 의하지 않은 통신제한조치).

나. 증거사용금지

증거사용금지는 특정한 증명의 결과를 증거조사의 대상에서 제외하는 것을 말하는데, 증거사용금지는 대개 증거수집금지를 기초로 하고 있으나(종속적 증거사용금지), 증거수집이 금지된 경우라고 해서 반드시 수집된 증거의 사용이 금지되는 것은 아니며, 반대로 절차상 하자없이 적법하게 수집된 증거라도 증거로 사용할 수 없는 경우가 있다(독자적 증거사용금지).¹²⁾

독일에서 증거사용금지는 법률뿐만 아니라 학설이나 판례를 통해서 광범위하게 인정되고 있으며, 단순히 절차위반뿐만 아니라 피고인의 기본권 보장이라는 차원에서 적법한 절차에 의하여 수집된 증거나 사인이 위법하게 수집한 증거에 대해서까지 증거사용금지가 적용되고 있다. 일찍이 벨링(Beling)은 위법하게 수집된 증거에 대해서 그 증거사용을 원칙적으로 금지하려는 엄격한 해결방법을 제안하였으나,¹³⁾ 당시 독일의 형사사법의 현실에서 절차에 위반한 증거수집이 워낙 잦아 이 원칙의 전면적 관철을 곤포기하게 된다. 왜냐하면 법치국가원칙의 실현을 위하여 국가는 개인의 인격의 자유로운 발전을 보장하는 것뿐만 아니라 국가형벌권의 적정한 실현을 목표로 삼아야 하기 때문이라는 것이다. 이후 독일에서는 적정절차와 형사사법의 효율성이라는 두 가지 영역의 긴장관계 가운데 증거금지의 문제가 논의되고 있다.

오늘날 독일에서 증거금지 원칙에 대해서는 모든 학자가 동의하고 있으나, 어떠한 영역의 절차위반이 증거금지에 영향을 미치며, 어떠한 영역의 절차위반은 증거사용을 허용하는가에 대한 분명한 합의는 이루어져 있지 않다고 할 수 있다.¹⁴⁾ 이러한 문제를 해결하기 위한 이론적 논의로서는 보호목적이론(Schutzzwecklehre)과 비교형량이론(Abwägungstheorie)이 있는 바, 양 이론의 주장자들은 구체적 사안에서 형사소추의 이익(주로 범죄의 중대성으로 측정)을 고려하여 적정절차에 대한 피고인의 요청을 기각하거나 인정한다. 위의 두가지 이론에서 증거금지의 평가를 위하여 고려되는 공통적 기준으로서 주목할 것이 ‘가설적 인과진행’(hypothetische

12) 신양균, 앞의 책, 637쪽.

13) 튀빙엔대학 취임연설 : Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, 1903, S. 30 ff.

14) Beulke, in : ZStW 103, S. 659.

Kausalverläufe)을 증거사용금지의 고려기준으로 파악하는 최근의 논의이다.¹⁵⁾ 가설적 인과진행이론에서는 적법한 대체행위가 있어도 똑같은 절차 위반이 반복될 경우 절차위반과 증거획득 사이의 인과관계를 탈락시킨다. 이하에서 강제채혈과 관련하여 자세히 살펴본다.

다. 강제채혈에 관한 독일의 판례와 이론

독일 형사소송법 제81조의 a는 피의자에 대한 신체검사(체내검사 포함)의 방법과 요건을 다음과 같이 규정한다. ① 피의자에 대한 신체검사는 소송에 필요한 사실을 입증하기 위하여 실시될 수 있으며, 이러한 목적으로 의사에 의해 행하여지는 혈액채취는 건강을 해칠 위험이 없는 한 피의자의 동의없이 허용될 수 있다. ② 체내검사 실시에 대한 지시는 법관이 하며, 지체하면 검사목적을 달성하지 못할 위험이 있을 경우에는 검사나 그의 보조원(법원조직법 제152조)도 할 수 있다. ③ 피의자에게서 채취한 혈액과 그 밖의 신체조직은 오직 당해 형사사건이나 계류중인 관련사건에만 사용될 수 있다. 더 이상 필요하지 않게 된 경우에는 즉시 폐기해야 한다.

독일에서도 혈액검사는 교통범죄의 사실규명에 많이 활용된다고 한다. 그리고 위에서 정한 요건과 방법을 그대로 준수하지 않고 수집한 증거에 대해서도 증거사용을 허용하는 경우가 많다.

이에 관한 중요한 독일판례(OLG Celle, Beschl. v. 14. 3. 1989, in : NSTZ 1989, 385 f.)를 살펴보자. 문제가 된 사안은 1987년 11월 12일 피고인이 음주한 상태로 국도에서 승용차를 운전하고 있었고 연달아 두 번이나

15) Herdegen, DAV 1989, 103, 118; Schlüchter, JR 1984, 517, 519; Wolter, in: SK StPO, vor §151 Rn. 202; ders., NSTZ 1984, 276; Welp, Die strafprozessuale Überwachung des Post und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 216.

차선을 이탈하여 교통표지판을 파손하였다. 마침내 피고인은 차선을 이탈하여 가로등과 교통표지만을 넘어뜨리고 나무에 부딪혀 중상을 입었다. 사고 직후 피고인은 병원으로 후송되어 곧바로 큰 수술을 받아야 했고, 이때 수술준비를 위하여 간호사에 의하여 피고인의 혈액이 채취되었다. 수술이 끝나고 피고인이 아직 회복실에 있을 때 경찰이 와서 이미 채취한 피고인의 혈액의 나머지 일부를 간호사에게서 건네받아 하노버 의대 법의학연구소에 검사를 의뢰하였다. 제1심법원은 이 검사결과에 근거하여 사고당시 피고인의 혈중알코올농도가 2.27 내지 3.59 로서 피고인의 유죄를 인정하여 일당 15DM 씩 40일에 해당하는 벌금을 선고하고 12개월의 운전면허정지 처분도 내렸다. 피고인은 이에 불복하여 항소하였는데, 항소이유는 혈중알코올농도를 측정함에 있어서 위법한 방식으로 혈액검사가 이루어졌고, 1심법원은 이것이 증거사용금지에 해당함에도 증거로 사용하였다는 것이다. 즉 권한있는 형사소추기관에 의하여 혈액검사명령이 내려진 것도 아니었고 피검자의 의사에 의하여 혈액채취가 이루어진 것도 아니었으므로 명백히 독일형사소송법 제81조 a의 위반이라는 것이다. Celle 고등법원은 이러한 피고인의 주장을 다음과 같은 이유로 배척하였다. 이 사건에서 경찰은 피고인의 혈액을 제81조 a에 따라 강제로 채취한 것이 아니라 간호사가 채취한 혈액을 그로부터 자발적으로 건네받았다는 것이다. 그런데 독일 형사소송법 제97조에 의하면 압수금지에 해당하는 대상물을 자발적으로 양도한 경우 이를 건네받은 자(경찰)는 그 전에 상대방에게 양도의무가 없음을 고지(Belehrung)하여야 하는데, 만일 이 내용을 고지하지 않고 대상물을 인수하였다면 이는 증거사용금지에 해당한다는 것이다(S. 385). 그럼에도 불구하고 Celle 고등법원이 연방대법원의 판례(BGHSt 24, 128)를 원용하여 증거사용을 긍정한 결론을 내린 판결이유는 독일 형사소송법 제81조 a 1항

둘째 문장에 적시된 방법으로 적법하게 피고인의 혈액을 채취할 수 있는 “가설적인 가능성”(die hypothetische Möglichkeit)이 존재하였기 때문이라는 것이다. 만일 이렇게 적법한 방식으로 피고인의 혈액을 재차 채취하였더라면 담당의사의 증언거부권을 침해하지 않았을 뿐만 아니라 이게 근거한 제97조 1항 3호의 압수금지규정의 적용도 받지 않았으리라는 것이다.

하지만 Celle 고등법원이 이렇게 복잡하고 다소 궤변적인 판결이유를 내세워 압수혈액의 증거사용을 허용한 데 대해서는 학계의 다음과 같은 비판이 가해진다. 예컨대, 가설적으로 수사기관이 피고인의 혈액을 재차 채취하는 경우 그 혈액채취는 이미 적합하지 않을 뿐만 아니라(이미 피고인이 상당한 양의 수혈을 받아 그 혈액검사의 신뢰성이 떨어짐), 상당하지도 않다는 것이다(수술후 회복상태에 있는 피고인의 혈액을 채취하는 것은 금기사항임).¹⁶⁾

그러나 독일에서도 다수 학설은 위 Celle 고등법원의 판결을 지지하며, 증거사용여부를 결정함에 있어서 ‘가설적 인과관계’는 다른 고려사항(예컨대 절차위반의 정도, 범죄의 경중, 수사기관에 의한 절차위반이 고의에 의한 것인가 아니면 과실에 기한 것인가 등의 제반상황)과 더불어 기능하고 있다고 보고있다.¹⁷⁾

이상과 같은 독일판례와 이론의 태도는 미국판례에서 요구하는 범죄의 중대성, 사안의 긴급성, 그리고 방법의 상당성과 비교할 때, 방법의 상당성을 판단하는 기준을 좀 더 세분함으로써 증거수집의 위법성여부를 판단하려는 것으로 보인다. 하지만, 증거수집의 위법여부를 판단함에 있어서 가

16) Beulke, in : ZStW 103(1991), S. 677. Wohler는 C고등법원이 가설적인 수사상황/인과 과정에 관한 문헌과 이론을 충분히 고려하였다면 오히려 증거사용의 금지를 긍정하는 결론을 내렸어야 한다고 주장한다. Wohler, in : NStZ 1990, S. 246.

17) 한영수, 앞의 글, 294쪽.

설적 인과관계를 고려하는 이론이나 판례의 정당성은 여러 가지로 의문인 바, 가설적 인과관계론을 적용할 경우 위법하게 수집된 증거의 대부분이 적법한 수집의 가능성을 이유로 증거사용이 허용될 것이기 때문이다. 이것은 적정절차의 보호에서 나아가 피고인의 기본권보호라는 위법수집증거배제법칙의 본래 취지를 몰각시킬 위험성을 가진 것으로 보인다.

3. 일 본

가. 학 설

일본에서 영장·동의없는 채혈이나 채뇨에 관하여 학설은 증거능력 부정설과 증거능력 긍정설이 팽팽하게 대립하고 있다.¹⁸⁾ 증거능력 부정설(小林 充, 谷澤忠弘, 門馬良夫 등)은 이러한 영장이나 동의없는 채혈은 형사소송법에 반하고 일본 헌법 제35조의 영장주의에도 반하는 중대한 위법이기 때문에 그 혈액은 증거능력을 부정해야 하며, 오히려 어떠한 영장에 의하여 채혈을 할 수 있는가가 문제라고 한다.

이에 대하여 증거능력 긍정설(青柳文雄, 河上和雄, 渥美東洋 등)은 긴급성, 상당한 방법에 의할 것을 조건으로 체포되어 있는 주취상태의 운전피의자로부터 무영장·무승낙으로 미량의 채혈이 가능하다고 주장한다. 특히 渥美東洋 교수는 체포중일 뿐만 아니라 불구속의 경우에도 음주운전에 대하여 영장없이 긴급압수·수색으로서 채혈이 가능하다고 한다.¹⁹⁾

18) 자세한 것은 이충상, 앞의 글, 309쪽 이하 참조.

19) 大コンメンタール 刑事訴訟法 제2권, 734면.

나. 판례

일본의 최고재판소는 1949.12.13 판결이후 압수물은 압수절차가 위법하더라도 증거물로서의 가치에는 변함이 없다는 입장을 유지하다가 1961.6.7. 판결에서 중대한 절차위반이 있을 때에는 원칙적으로 증거능력을 부정하여야 한다는 6인의 소수의견이 첨가되었고, 미국과 독일의 영향을 받은 소화 40년대(1965-1974년)에는 위법수집증거의 증거능력을 배제하는 하급심 판결이 줄을 이었으나 1978.9.7. 오사카 텐노사 각성제판결 이후에는 수집절차에 위법성이 있어도 위법성이 중대하지 않은 경우 그 증거능력을 긍정하는 것이 대체적인 경향이라고 한다.²⁰⁾ 이하에서는 강제채혈과 강제채뇨에 관한 몇 가지 중요한 판결을 소개하고자 한다.

1) 센다이(仙台)지방법판소 소화 46.8.4. 판결²¹⁾

이 사건에서 피고인은 스스로 일으킨 자동차사고로 인해 실신상태로 병원에 운반되었고, 그 병원 의사는 경찰의 촉탁의로서 교통사고자에 대하여 음주의심이 있으면 채혈하도록 위탁을 받았고 본건 피고인에 대해서도 간호사에게 명하여 약 2밀리미터의 채혈을 하여 경찰에 감정을 의뢰하였다.

이 사건판결에서 센다이 지방재판소는 일본 헌법 제31조(법정절차의 보장), 일본 형사소송법 제1조(이 법률의 목적)의 취지로부터 보면, 적어도 중대한 절차위배가 존재하는 증거에 대해서는 그 증거능력을 부정하여야 한다고 판시하였다. 채혈행위는 인간의 신체에 대한 상해를 동반하는 것으로 중대한 인권에 관계되는 것이고, 본건 채혈행위는 영장주의에 반하여

20) 이충상, 앞의 글, 310쪽 이하 참조.

21) 判例時報 653호, 121면.

중대한 절차위배가 범하였다는 것이다. 이에 검찰이 항소하였고 항소심판결에서도 센다이 고등재판소는 채혈이 ‘경도라고 하더라도 신체에 대한 손상을 동반하고 생리기능에 장애를 가할 위험이 있는 것’이라 하여 검찰의 항소를 기각하였다.

2) 후쿠오카(福岡) 고등재판소 소화 50.3.1. 판결²²⁾

피의자가 교통사고로 실신하여 수술을 받고 있었는데 경찰관이 시험관을 간호사에게 건네주며 거즈나 탈지면에 부착한 혈액이라도 좋으니까 넣어달라고 의뢰하여 간호사는 의사의 지시에 따라 피의자의 출혈을 막고 있던 거즈에 묻은 혈액 5.6밀리리터를 시험관에 넣어 경찰관에게 준 사안에 대하여, 후쿠오카 고등재판소는 위 채혈이 피고인의 신체에 하등의 장애나 고통도 가하는 것이 아니라는 이유로 적법하다고 판시하였다.

3) 마쓰야마(松山) 지방재판소 大洲지부 소화 59.6.28. 판결²³⁾

이 사건에서 피고인이 주취운전중 자신의 차를 대향차에 충돌시켜 사상자를 발생시키고 자신도 중상을 입었는데, 수사경찰이 피고인에게 음주운전의 의심이 있다고 판단하여 의사에게 혈액채취를 의뢰하였는 바, 의사는 피고인의 좌슬관절부의 출혈부위에서 저류(貯溜)된 상태의 혈액을 침이 없는 주사기로 흡인하여 채취하였다. 이때 피고인은 신체의 상태 등에 대하여 비교적 정확히 응답할 수 있었고 채혈에 대하여 특별히 거절의 태도를 취하지 아니하였다.

22) 司法研修所 編, 違法蒐集證據のめぐる諸問題, 1998, 176면.

23) 司法研修所 編, 위의 책, 176면 이하에 요약. 전문은 判例時報, 1145호, 148면 이하.

이 사건의 담당재판부는 본건 채혈이 그의 승낙을 얻은 것이라고 보기는 곤란하고 피고인으로터 채취된 혈액이 그의 신체로부터 유출되어 좌슬 관절부에 저류되어 있음으로 해서 피고인의 신체의 일부에 부착되어 있다고 하여도 그의 배타적 지배의사는 이미 없는 것이라 인정되고, 다른 한편, 그 채취방법이 전문적 의사에 의하여 피고인의 생명, 신체에 지장을 초래하지 않는다는 판단하에 행하여졌으며, 혈중 알코올함유량의 검사는 가급적 빠른 시기에 채취된 혈액을 통하여 행하여져야 하고, 그러한 의미에서 본건에서 피고인의 혈액을 채취할 필요성과 긴급성이 인정되고, 이상의 사정을 종합하여 고려하면 본건 채혈을 가지고 영장주의를 위법·무효한 것이라고까지 할 수 없다고 판시하였다.

4) 다가마쓰(高松) 고등재판소 소화 61.6.16. 판결²⁴⁾

피고인이 중앙선을 넘어 대향차량과 충돌한 후 병원으로 옮겨져 일상적인 검사용 혈액 10cc가 채취되었다. 피고인에게 큰 상처와 출혈은 없어서 경찰관이 음주운전의 감식을 시도하여 마신 술에 대하여 물어보니 ‘맥주’라고 대답하였으며 피고인이 매우 흥분하여 감식이 불가능하였다. 경찰관이 호흡측정기를 가지고 와서 알코올농도를 측정하려 하였으나 그 사이에 진정제를 맞고 잠이 들었기 때문에 그도 불가능하였다. 그리하여 경찰관은 밤 8시 20분경 의사에게 피고인의 혈액을 좀 달라고 하였고 종래 이에 대한 몇 번의 경험이 있는 의사가 간호사에게 지시하여 주사기로 통상의 채혈방법에 의하여 약 5cc 채혈하여 경찰관에게 건네주었다. 위 채혈시 피고인은 진정제 때문에 명확한 의식이 없었고 피고인이나 그 보호자가 채혈

24) 司法研修所 編, 위의 책, 177면 이하에 요약. 전문은 判例時報, 1214호, 142면 이하.

을 거부하거나 승낙하는 기색은 전혀 없었다. 검사 결과 혈중알코올 농도는 0.09%였고 병원에서 영장발부를 담당하는 가장 가까운 간이재판소 까지는 자동차로 약 1시간 거리였다.

위 사건 담당재판부는 다음과 같이 판시하였다. “적은 양의 채혈은 의사 또는 의사의 감독하에 있는 간호사에 의하여 의학적으로 상당한 방법으로 실시되는 때에는 강제채혈에 비하여 피채혈자에 대한 침해의 정도가 경미하다고 할 것이고 그 고통과 그 위험도 그다지 큰 것이라고 하기 어렵지만, 자기의 신체가 이유없이 침해되지 않아야 함은 헌법(제35조)에서 보장되는 것이기 때문에, 피채혈자의 동의가 없는 한 신체검사영장 또는 감정처분허가장의 어느 것을 요하는가 또는 그 상방을 요하는가는 별론으로 하고, 영장없는 강제채혈은 원칙적으로 위법하다고 하여야 하고, 그 위법의 정도가 영장주의의 정신을 몰각하는 것과 같이 중대한 것이고 채혈한 혈액의 감정서를 증거로서 허용하는 것이 장래의 위법한 수사를 억지하는 견지에서 상당하지 않다고 인정되는 때에는 위 감정서의 증거능력은 부정되어야 한다. 따라서 본건에서 영장에 기하지 않고 또한 피고인으로부터 동의를 얻지 않고 채혈하였기 때문에 위법하지만, 본건이 사망자 2명이라고 하는 중대한 교통사범이고 피고인의 주기를 띤 운전의 혐의가 농후하여 혈액입수의 필요성이 강하였던 점, 본건의 경우에는 영장을 발부받으려면 수시간을 요하는 한편, 본건 채혈은 객관적으로 강한 긴급성이 있었던 점, 본건 채혈은 의사의 감독하에 의학적으로도 상당한 방법으로 실시되었으며 채혈량도 인체에 유해한 영향을 주는 것은 아닌 점, 경찰관이 갑자기 채혈을 구한 것이 아니고 다른 검사방법을 사용하여 보려고 한 점, 당시의 피고인의 상황에 비추어 피고인의 동의를 구하여도 도로에 그쳤을 가능성이 강한 점 등 이상의 실질면, 절차면의 제요소를 비교교량하면, 본

건 채혈행위는 수사활동의 일환으로 인정되든 아니되든 간에 그 위법성은 낮다고 생각된다. (중략) 채혈행위 자체에 대해서는 객관적인 필요성, 긴급성, 상당성 등이 인정되기 때문에 그 위법성은 낮고, 압수절차과정에서의 위법이라는 면을 가미하여도 본건 채혈절차의 위법성이 영장주의의 정신을 몰각할 정도로 중대하였다고 까지는 할 수 없고, 결국 위 혈액을 감정자료로 한 감정서의 증거능력을 부정하는 것은 상당하지 아니하다”.

이러한 다카마쓰 고등재판소의 판결은 강제채뇨에 관한 일본 최고재판소의 판례(특히 소하 61.4.25. 판결과 소하 63.9.16. 결정)들의 사안과 비교하여 이 사건 사안이 전체적으로 위법성의 정도가 낮아 감정서의 증거능력을 긍정한 것으로 보인다. 이후 판결은 그대로 확정되었고 이후 일본에서 영장·동의없는 채혈에 관한 중요한 지도적 판례로 기능하고 있는 것으로 보인다.

Ⅲ. 강제채혈의 허용여부에 관한 우리나라의 학설과 판례

1. 학 설

우리 학설은 신체 자체를 검사의 대상으로 하는 경우 외부에서 육안 등에 의하여 바로 확인할 수 있는 표지(예컨대 얼굴이나 손 등에 남아있는 상처 등)를 인식하는 것은 일반적으로 검증에 불과하지만 검증이라도 신체검사에 전문적 지식과 경험을 요하는 경우 특히 신체 내부에 대한 침해를 내용으로 하는 경우 감정을 요한다고 보고 있다. 또한 이러한 신체검사

와 달리 신체내부에 대하여 침해를 가하여 일정한 증거를 수집하는 경우, 즉 혈액, 분비물, 정액, 오줌 등을 과학적 방법을 통하여 채취하거나 메스 암페타민 등 향정신성의약품의 복용여부를 확인하기 위하여 모발감정을 하는 경우 등을 특별히 신체침해(체내검사)라고 부르는 경우도 있다.²⁵⁾

이러한 신체침해에 대하여 피의자는 능동적으로 협력해야 할 의무가 없으며, 다만 강제처분을 수인할 의무만을 진다고 한다. 따라서 음주여부를 확인하기 위해 피의자가 깔대기를 붙어서 음주측정에 따르거나 구토제 등을 복용할 의무는 없지만, 적정하게 이루어지는 혈액채취에 대해서는 이를 수인하여야 한다는 것이다. 그리고 피의자가 아닌 자에 대해서는 신체외부로부터 증거를 찾아내는데 그치고 대상자의 동의가 없는 한 위세척, X-Ray 검사, 채혈과 같은 신체검사는 허용되지 않는다고 한다.²⁶⁾

이러한 신체침해 내지 체내검사는 다른 압수·수색·검증과 달리 인간존엄(헌법 제10조)을 침해할 위험성이 높아서 엄격한 수사비례원칙의 적용을 받는다고 한다. 특히 혈액은 전문의료인의 감정이 필요하므로 압수·수색영장 뿐만 아니라 감정처분허가장(제221조의 4)을 발부받아야 한다²⁷⁾는데 견해가 일치한다.

결론적으로 혈액 등의 채취는 신체의 일부를 외부로 분리하는 것이므로 신체의 손상과 건강상태에 대한 중대한 침해를 의미하므로 당사자의 동의여부와 관계없이 강제수사에 해당된다고 보아야 하고, 혈액 등을 강제채취하기 위해서는 ①증거보전의 필요성이 있고 ②증거로서의 중요성이 있으며 ③달리 증거를 수집·보전할 방법이 없고 ④전문가가 행하는 필요최소

25) 배종대/이상돈, 형사소송법, 54/10 이하; 신양균, 형사소송법, 2000, 210쪽.

26) 신양균, 형사소송법, 2000, 211쪽, 이재상, 형사소송법, 20/49.

27) 배종대/이상돈, 54/12; 백형구, 형사소송법(신정판), 1993, 449쪽; 신동운, 형사소송법, 150쪽; 이재상, 20/52

한의 채취라는 의미에서 방법이 상당성을 갖추어야 그 적법성을 인정할 수 있을 것이다.

연하물 강제배출에 대해서는 이것이 ‘양심에 대한 충격’(shocks against the conscience)으로서 적정절차의 위반이라는 것이 미국판례²⁸⁾의 태도이나, 우리 학설은 ① 압수대상물의 체내존재가 명백하고 ② 연하물에 대한 압수나 감정의 필요성이 있고 ③ 다른 증거가 충분치 않아 연하물이 증거로서 중요하고(보충성) ④ 연하물의 강제배출이 건강을 해치지 않는 범위 안에서 의사가 의학적 방법으로 시행할 것을 전제로 허용된다는 견해²⁹⁾가 있다. 따라서 이러한 요건들이 충족되고 압수·수색영장과 감정처분허가장을 발부받은 경우에는 연하물의 강제배출의 적법성을 인정할 수 있을 것이다.

연하물의 강제배출과 달리 강제채뇨는 허용되지 않는다는 견해가 우세하다.³⁰⁾ 왜냐하면 채뇨는 강제배출의 방법을 쓰지 않더라도 일정한 시간만 경과하면 가능하므로 특별한 경우가 아니면 그 필요성이 없고, 피의자가 이미 배뇨를 하고도 이를 제출하지 않은 경우에는 압수의 방법을 통해서 그 점유를 취득할 수 있기 때문이라고 한다.

2. 판례

체내검사 내지 신체침해, 특히 강제채혈에 관한 우리 판례는 아직 찾아볼 수 없다. 그러나 1999년 9월 3일 선고 98도968 대법원판결은 전형적인 강제채혈에 관한 사례는 아니지만, 신체침해 내지 체내검사와 관련하여 중요한 이론적 설시를 하고 있어 상세한 검토의 필요가 있다.

28) Rochin v. California 342 U. S. 165(1952)

29) 백형구, “체내강제수사”, 고시계 1994.4, 198쪽; 이재상, 20/51.

30) 동지 신양균, 앞의 책, 212쪽.

[사안] 피고인 A는 음주운전을 하다 중앙선을 침범하여 반대편에서 마주 오던 차와 충돌하여 상대방 차량에 타고 있던 3명에게 상해를 입히고 자신도 사고로 인하여 의식을 잃고 부상을 당하였다. 사고 장소에 긴급 출동한 경찰관 B는 사고현장과 피해자들을 촬영하는 등 교통사고장소에 대한 실황조사를 실시하는 한편, A와 피해자들을 인근병원의 응급실로 후송하였다. 이 병원의 간호사 C는 치료를 위해 A에게서 혈액을 채취하였고, 곧이어 응급실로 들어온 경찰관 B는 C로부터 A와 그 가족의 동의를 받지 않은 채 A의 혈액 일부를 제공받아 국립과학수사연구소에 감정을 의뢰하였고 A의 혈액에서 약 0.09% 가량의 알코올농도가 검출되었다는 감정결과를 통보받았다. 그리고 B는 A의 혈액에 대한 실황조사과정에서 아무런 영장도 발부받지 않았다.

가. 문제의 소재

위 사안에서 주목할 점은 사법경찰관 B가 수사목적으로 피고인 A의 혈액을 강제로 채취한 것이 아니라 진료목적으로 간호사 C가 채취한 A의 혈액을 임의제출물의 영치(형사소송법 제218조)를 근거로 수집하였다는 점이다. 즉 수사기관에 의하여 물리적 강제력이 동원된 전형적인 강제채혈의 사례가 아니라 사인인 간호사 C가 진료목적으로 채취한 혈액을 임의제출 형식으로 영치받은 것이다. 이와 관련하여 형사소송법 제219조에 의하여 준용되는 같은 법 제112조는 의료인 등(간호사 포함)이 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건에 대해서는 압수를 거부할 수 있다고만 규정하고 있을 뿐, 형사소송법이나 기타 법령에서 의료인이 진료목적으로 채혈한 혈액을 수사기관이 수사목적으로 압수하는 절차에 관하여 특별한 절차적 제한을 두고 있지 않다. 따라서 설문과 같은 수사방법은 강제채혈시 부과되는 엄격한 법적 제한(수사의 상당성 및 필요성과 영장발부)을 회피하려는 탈법적 수사방편으로 악용될 수 있기 때문에 이에 대한 상세하고도

엄격한 법해석이 필요하다고 생각된다. 이 사안의 쟁점은 다음의 4가지로 크게 나눌 수 있다.

첫째, 간호사 C의 혈액채출에는 어떤 위법이 있을 수 있는가, 둘째, 사법경찰관 B가 행한 수사방법은 적법절차를 준수하고 있는가, 셋째, B의 수사가 위법하다면 그 수사에 의해 획득된 증거인 감정의회회보는 증거능력이 있는가, 넷째, 만약 A의 수사가 적법하고 단지 C의 혈액채출만 위법한 경우, 즉 사인이 위법하게 수집한 증거로서 증거능력은 어떻게 되는가라는 문제이다. 세 번째와 네 번째의 문제는 특히 위법수집증거배제법칙 내지 이른바 독나무 열매이론과 관계되는 문제이다.

다소나마 혈액취득과정의 위법을 인정하고 있는 원심(대전지방법원, 1998.3.18, 97노1560)³¹⁾과 달리 대법원판례(대판 1999.9.3, 98도968)는 수사기

31) 이 사건에 관하여 보건대, 당심증인 김○찬의 증언과 기록에 의하면, 경찰관인 위 김○찬이 공주의료원에서 호흡으로 음주측정이 어려운 피고인에 대하여 피해자측 요구에 따라 그 음주운전 여부를 수사하기 위하여 혈액을 채취하려 한 사실, 당시 이 사건 사고로 후송되어 응급가료 중이던 피고인은 전혀 의식이 없었고 가족들도 현장에 없었는데 마침 간호사가 치료의 목적으로 피고인의 혈액을 채취하자, 위 김○찬이 간호사에게 부탁하여 채혈된 혈액 중 위 일부를 받아 교통사고 처리반에 인계하여 혈중알코올 농도의 감정용으로 사용한 사실을 각 인정할 수 있는 바, 위 인정사실과 같이 피고인이나 그 가족의 동의를 얻을 수 없는 상황에서 간호사에 의하여 병원에서 치료의 필요에 따라 채취한 피고인의 혈액 중 소량을 사용하여 얻어진 위 감정결과는 모든 절차를 적법하게 준수하여 얻어진 증거라고 할 수는 없다(원칙적으로는 동의 또는 영장에 의하여야 할 것이다) 하더라도, 그 위법의 정도나 그로 인하여 피고인이 입은 신체의 안전과 인간의 존엄성의 각 침해정도가 위 증거를 배제하여야 할 정도에는 이르지 아니하므로 위 채혈에 따른 감정의회회보는 그 증거능력이 있다고 보아야 할 것이다(숙련된 기술자에 의한 혈액검사는 양심에 충격을 주는 행동이 아니고, 정의감에 반하는 증거채취방법도 아니라고 하며, 특히 음주운전혐의자의 혈액내 알코올이 영장을 발부받기 위하여 지체되는 동안에 사라질 우려가 있으므로 긴급성이 있으므로, 음주운전으로 체포된 사람으로부터 혈액채취가 필요하고, 또한 장소와 절차가 합리적이라면 강압에 의해서도 혈액샘플을 채취할 수 있다고 인정한 미국 연방대법원 1966. Schmerber v. California 판결도 같은 취지로 판단한 것으로 보이고, 피고인의 변호인이 원심법원의 제2회 공판기일에서 위 감정의회회보를 증거로 함에 동의한다는 의사표시를 한 점도 참작될 수 있을 것이다).

관이 적법절차를 준수하여 용의자 혈액을 취득하였다고 보고 이 문제에 대한 판단을 하지 않았으나, 이러한 방식의 채혈이 전적으로 적법한 채혈이라고 볼 수 있는가는 여러 가지 점에서 의문이다. 이하에서 분설한다.

나. 간호사 C의 혈액제출의 위법여부

위 사안에서 간호사 C가 사법경찰관 B에게 A의 혈액을 넘겨준 행위에 있어서 어떤 위법이 인정될 수 있는가라는 문제는 감정서의 증거능력을 검토하기 위한 선결문제로서 C의 혈액제출이 적법행위일 경우 이후의 수사(영치, 감정위촉, 감정서수집)는 아무런 위법도 없게 된다. 간호사 C의 혈액제출의 위법성은 사법적 측면과 공법적 측면 두 가지 점에서 검토될 수 있다. 사법적 위법성과 공법적 위법성이 구분될 수 있는가에 대한 의문이 있을 수 있지만, 사법적 위법성을 인정하기 위한 요건과 공법적 위법성을 인정하기 위한 요건이 엄연히 다르지 않으며 민법적으로 위법한 행위(무과실에 의한 불법행위)가 형법적으로는 위법하지 않은 행위로 인정될 수 있다는 점을 감안하면 이 둘의 구별은 필요하고 가능하다고 할 것이다.

1) 사법적 위법성

간호사 C가 피고인 A의 혈액을 제출한 행위는 민사법적으로 1) 계약위반이나 2) 사무관리자의 선관주의의무위반 3) 권한남용이라는 3가지 관점에서 위법한 행위로 평가될 수 있다.³²⁾

우선 C가 진료목적으로 채취한 혈액을 B에게 넘겨준 것은 원래의 채취

32) 이상돈, 사례연습 형사소송법, 제2판, 2001, 169쪽 이하.

목적과 다른 용도로 사용한 것으로 이는 A와 병원 사이에 성립된 진료계약의 위반이 된다. 만약 A와 병원 사이에 명시적 계약관계가 성립하지 않았다면 사무관리관계(민법 제735조의 반대해석)의 위반으로 볼 수 있다. 간호사의 혈액인도행위는 선량한 관리자로서의 주의의무를 다한 것으로 볼 수 없기 때문이다. 그러나 대법원판례처럼 병원 또는 담당의사를 혈액의 소지자 겸 보관자로 보고 간호사는 특별한 사정이 없는 한 이들을 대리하여 혈액을 임의로 제출할 수 있는 권한이 있다고 보는 경우에는 C의 혈액 제출은 권한남용의 위법이 없다. 설사 간호사 C가 담당의사의 허락없이 혈액제출의 권한이 없다고 하더라도,³³⁾ 즉 간호사 C를 혈액의 점유자가 아닌 소지자로 보더라도 형소법 제218조는 소지자의 임의제출도 영장없는 압수로서 허용하기 때문에 C의 행위의 위법성이 인정될 여지는 없다.

생각건대 간호사 C의 계약위반이나 선관주의의무위반은 민사법적 위법성에 불과하므로 피해자 본인에 대한 손해배상책임의 귀속요건을 충족시킬 수는 있지만, 이러한 민사법적 위법성만으로 사법경찰관 B의 혈액압수(영치)가 위법한 수사행위가 되는 것은 아니라고 본다. 왜냐하면 개인들 간의 사회적 관계를 규율하는 민법이 국가권력과 시민과의 관계를 규율하지는 않기 때문이다.

2) 공법적 위법성

간호사 C의 행위가 공법적 위법성을 띠게 될 가능성은 두 가지 경우, 첫째, C의 행위가 형법상 범죄행위(업무상비밀누설죄, 상해죄)에 해당할 경우, 둘째, C의 행위가 A의 공법상 정보지배권을 침해할 경우이다. 그러

33) 한영수, “음주측정을 위한 동의없는 채혈과 혈액의 압수”, 형사판례연구 9, 2001, 360쪽 이하가 이러한 취지.

나 C의 혈액제출은 비밀의 ‘누설’에 해당한다고 보기 어렵고(C가 누설의 고의를 가지고 있다고 보기 힘들기 때문에), C의 채혈자체가 진료목적으로 피의자 A의 추정적 승낙아래 이루어진 점을 감안하면 상해행위로 구성하기도 어렵다.³⁴⁾

결국 간호사 C의 행위는 오늘날 정보화 사회의 새로운 기본권으로 떠오르고 있는 정보지배권 또는 정보적 자기결정권을 침해한 것이 아닌가하는 의문이 제기될 수 있다. 혈액을 비롯한 모발, DNA 등 자기신체에 대한 정보에 대한 수집, 저장, 사용을 자신이 결정할 수 있어야 한다는 것은 정보지식사회에서 주체적 삶을 살아가기 위한 필수적 요건이라 할 수 있다. 그리고 이러한 A의 정보지배권은 사인인 간호사 C에 대해서만이 아니라 국가기관인 B에 대해서도 효력을 미치는 것으로 보아야 한다(즉 국가기관은 A로부터 직접 동의를 받지 않은 채 A의 혈액정보를 수집, 저장, 사용할 수가 없다).

다. 사법경찰관 B가 행한 수사의 위법여부

1) B가 행한 수사의 법적 성격

B가 C로부터 A의 혈액을 제출받은 수사행위의 법적 성질을 어떻게 볼 것인가가 문제된다. 우선 이러한 수사방법이 강제수사인가 임의수사인가에 대한 판단이 있어야 하고, 둘째로 이를 압수수색의 일종으로 볼 지 아니면 검증으로 볼 것인지에 대하여 견해대립이 있을 수 있다.

우선 강제수사인가, 임의수사인가에 대해서 형식설은 이러한 수사방법

34) 이상돈, 앞의 책, 172쪽.

을 강제수사로 법정하고 있는 규정이 없으므로 임의수사로 인정하고, 실질 설은 B가 물리적 강제력을 사용하지 않았다는가, A의 의사에 반한 것이라고 단정할 수 없다는가, 간호사가 치료목적으로 피고인의 혈액을 채취하였으므로 이는 정당한 의료행위에 해당한다³⁵⁾고 하여 임의수사로 볼 여지가 많다. 적법절차기준설에서도 B가 C로부터 평화롭게 혈액을 교부받은 행위를 두고 ‘법공동체가 공유하는 최저한도의 기본인권을 침해할 위험성이 있는 경우’³⁶⁾라고 보기 어렵다는 점에서 임의수사로 인정할 여지가 많다. 이에 대하여 기본권 기준설에 의하면 B가 A의 명시적 동의없이 C로부터 A의 혈액을 넘겨받은 것은 A의 혈액정보에 대한 지배권이라는 기본권을 침해한 것으로서 강제수사에 해당한다고 보게 된다.³⁷⁾

생각건대 간호사 C의 혈액채취행위는 오직 치료목적에서만 정당화될 수 있고, 이를 넘어서서 수사목적으로 A의 혈액을 수사기관에 제출하고 수사기관이 이를 증거로 사용하는 것은 A의 동의가 없는 한 A의 혈액정보지배권을 침해한 것으로 보아야 한다. 따라서 이러한 B의 수사방법은 A의 기본권을 침해하는 강제수사로 보아야 하고 판례가 C의 혈액제출에 대해 압수수사를 규율하는 제218조를 적용한 것도 A의 혈액취득을 강제수사로 보았다는 점을 추론케 한다. 아울러, 강제수사법정주의와 영장주의의 근본취지가 임의적 수사활동에 의한 기본권침해의 방지에 있다고 본다면 수사대상자의 동의를 받지 않고 행한 채혈은 영장주의의 적용을 받는 강제수사로 보아야 한다.

이 사안 같은 비동의 채혈을 압수·수색으로 볼 것인지 아니면 검증으로 볼 것인지에 견해대립이 있을 수 있으나 압수·수색이든 검증이든 그에 관

35) 백형구, 형사소송법, 1993, 424쪽.

36) 신동운, 형사소송법 I, 1997, 117쪽.

37) 이상돈, 앞의 책, 176쪽 참조.

한 적법절차의 준수는 여전히 요구된다는 점에서 B의 혈액취득이 영장주의(제215조)에 위반되었는지 검토되어야 한다는 점에서 다를 바가 없다.

2) 영장주의의 적용여부

이 사안에서 B의 혈액취득은 현행범체포나(시한 경과) 긴급체포(음주운전죄의 법정형이 2년 이하)에 부수된 수사방법으로 볼 수 없고 따라서 제216조 제1항 제1호의 영장주의의 예외(체포현장에서의 압수·수색·검증)가 적용되지 않는다.³⁸⁾ 다만 B의 혈액취득이 형사소송법 제218조에 근거한 영치에 해당하는가가 문제된다.

그런데, 형사소송법 제112조에 따라 의사 등 의료인은 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로 타인의 비밀에 관한 것은 압수를 거부할 수 있으며 이 규정은 의료인과 환자와의 신뢰관계를 보호함으로써 결과적으로 개인의 사생활을 보호하려는데 그 취지가 있다. 이러한 압수거부권은 증거거부권(형소법 제149조)과 밀접한 보완관계에 있는데, 의사가 증언을 거부하더라도 수사기관이 그가 소지하는 치료기록을 모두 압수할 수 있다면 증거거부권은 형해화될 수 있기 때문이다.³⁹⁾

그러나 혈액의 소유자 등에게 압수거부권이 있더라도 압수거부권자가 ‘임의로’ 제출하는 물건은 형사소송법 제218조에 의하여 수사기관은 영장없이 압수할 수 있다. 따라서 이러한 임의제출물도 수사기관이 일단 영치하면 임의로 점유를 회복하지 못한다는 점에서 일종의 강제처분이라 할 수 있다.⁴⁰⁾ 더구나 이러한 강제처분은 법관의 영장없이 수사기관에 의하여 집

38) 다만 심희기 교수는 일정한 요건(범죄혐의의 상당성, 긴급성, 최후수단성, 의사의 기술, 신체안전의 위험이 극히 경미할 것)이 충족될 경우 사후영장에 의해서도 강제체혈이 정당화될 수 있다고 본다. 심희기, 형사소송법판례(제2판), 2003, 156쪽.

39) 배종대/이상돈, 형사소송법, 제3판, 1999, 274쪽.

행된다는 점에서 그 요건과 집행절차가 법치국가원칙에 합치해야 한다. 독일학설은 수사기관이 압수거부권자에 대하여 사전에 압수거부권이 있음을 고지한 경우에 한하여 임의제출의 임의성을 인정하고 있다.⁴¹⁾ 이러한 압수거부권의 고지의무는 증언거부권의 고지의무와 그 취지를 같이 한다. 즉 증언거부권자가 자신의 증언거부권을 모른 채 그 권리행사를 못하는 것을 방지하기 위해 재판장에게 고지의무를 부여하듯이(형소법 제160조), 압수거부권자도 자신에게 압수거부권이 있음을 모르고 압수거부권을 행사하지 못하는 것을 방지하기 위해서 수사기관에게 고지의무를 부여하여야 한다.

우리나라에서는 위 사례처럼 간호사가 자신에게 압수거부권이 있음을 전혀 인식하지 못한 상황에서 혈액을 건네 준 경우가 임의제출에 해당하는가에 대해서는 견해가 대립한다. 혈액제출의 임의성을 부정하는 견해(축소해석설)는 ① 간호사와 같이 압수거부권을 갖고 있는 자에게서 임의제출을 받은 때에는 압수거부권이 있음을 고지할 의무가 있고, 이 의무를 이행하지 않은 경우에는 압수물제출의 임의성을 인정할 수 없다거나,⁴²⁾ ② 혈액의 “소유자, 소지자, 보관자”를 축소 해석하여 의사와 같은 전문가만이 여기에 해당되고 간호사는 제출권한이 없는 것으로 보고 혈액의 임의제출자가 권한이 없는 경우 혈액채취대상자의 동의나 영장이 있어야 한다고 보는 견해이다. 이에 대하여 혈액제출의 임의성을 긍정하는 견해(문리해석설)⁴³⁾는 압수물의 소유자, 소지자 또는 보관자가 자율적인 의사결정에 의해 압수물을 수사기관에 제출하면 그 의사결정의 동기가 어떠하든 또는 제출권한의 유무와 상관없이⁴⁴⁾ 임의제출로 인정한다.

40) 배종대/이상돈, 위의 책, 288쪽.

41) Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, 43. Aufl. 1997, §97 Rn. 6.

42) 한영수, 앞의 글, 373쪽.

43) 이상돈, 앞의 책, 177쪽 이하.

44) 강동범, “동의나 영장없는 혈액압수의 적법성”, 고시계 1999. 12, 35쪽.

생각건대 위 상황에서 법률적으로 자신에게 압수거부권이 보장되어 있음을 모르는 간호사로서는 수사기관의 요구를 무시할 수 없었을 것이고, 따라서 이 사안에서 간호사는 경찰관에게 혈액을 자발적으로 건네준 것이 아니었으며 경찰의 요구에 단순히 순종한 것으로 보아야 한다.⁴⁵⁾ 아울러 이러한 형식의 영장없는 강제처분의 적용을 엄격히 제한하지 않으면 영장주의의 침해를 피할 수 없으며 형사소송법 제112조의 취지, 즉 의료인과 환자의 신뢰관계를 보호하고 개인의 사생활을 보호하려는 동조의 입법취지를 몰각하게 만들 우려가 있다. 문리해석설은 압수거부권의 고지의무는 진술거부권의 고지의무처럼 명문화되어 있지 않고 설령 해석상 이를 인정하여도 고지의무위반은 간호사 C의 의사결정의 자율성을 탈락시키는 것이 아니라 단지 그런 결정의 동기에 영향을 미칠 뿐이라는 점에서 임의성을 긍정할 수 있다고 하지만,⁴⁶⁾ 압수거부권의 불고지는 의사결정의 동기에 영향을 미치는데 그치는 것이 아니라, 임의제출행위 자체의 효력을 결정할 만큼 중대한 사항이라 할 수 있다.

설사 혈액제출의 임의성을 긍정한다 해도 앞서 보았듯이 사법경찰관 B가 피고인 A의 혈액을 피고인의 동의나 법관이 발부한 영장없이 압수한 것은 A의 혈액정보지배권을 침해하는 위법(헌법 제10조 본문, 제17조 또는 제37조 제1항의 위반)을 인정할 수 있다. 결국 C가 압수한 A의 혈액은 국가가 의하여 위법하게 수집한 증거가 된다.

국가가 위법하게 수집한 증거에 대해서는 위법수집증거배제법칙에 따라 증거능력이 배제되어야 한다. 사안에서 피고인이 음주운전을 통하여 사고를 야기하였다는 혐의가 있고 이를 밝히기 위하여 피고인 A의 혈액을 수집할 필요성이 인정되기는 하지만, 이러한 필요성이 무영장채혈이나 동의

45) 같은 견해는 한영수, 앞의 글, 373쪽.

46) 이상돈, 앞의 책, 178쪽.

없는 채혈을 정당화할 만큼 긴급하거나 중요한 이익이라고 볼 수는 없다. 왜냐하면 영장을 발부받은 후 피고인의 혈액을 채취하더라도 위드마크 공식에 의하여 사고당시 피고인의 혈중알코올농도를 역추산할 수 있으며, 혈액의 회석가능성이란 이유가 헌법상 영장주의의 침해를 정당화할 수 있을 만큼 중대한 이익은 아니기 때문이다.

IV. 맺음말

음주운전으로 인한 사고로 인하여 의식불명상태에서 병원에 입원하여 치료를 받는 경우 음주측정을 위한 혈액검사가 필요하게 된다. 이 사례와 같이 수사기관이 처음부터 수사목적으로 피고인의 혈액을 강제로 채취한 것이 아니라 간호사의 임의제출형식으로 영치받은 경우에도, 이러한 혈액취득은 피처분자의 동의가 없고 피처분자의 기본권(자기정보에 대한 결정권)을 침해할 여지가 있다는 점에서 강제처분으로 보아야 하고 이를 압수하기 위해서는 법원으로부터 압수수색 내지 검증영장과 감정처분허가장을 동시에 받아야 한다. 강제채혈에 대한 특별한 절차규정이 없는 우리 현실에서는 이러한 영장주의는 더욱 더 엄격히 지켜져야 하기 때문이다. 혈중알코올농도의 회석가능성이란 이유가 헌법상 영장주의의 침해를 정당화할 만큼 중대한 이익은 될 수 없다. 이로 인하여 음주운전죄의 처벌이 관철될 수 없다면, 이는 법치국가가 치러야 할 불가피한 비용에 해당한다고 할 것이다.

위 사안에서 문제는 혈액채취과정보다는 혈액압수과정에 있는데 수사기관이 압수거부권자(의사)에게 압수거부권이 있음을 고지하지 않고 간호사에게 혈액제출을 요구해 혈액을 압수한 것은 적법한 압수절차를 지키지 않

은 것이 분명하다. 즉 수사기관이 위법하게 음주운전증거를 수집해 간 것이고, 압수절차상 수사기관의 위법성이 있었다면 혈액검사결과는 위법수집 증거이고 그 증거능력은 위법수집증거에 관한 일반원칙에 따라 결정된다.

설사 혈액제출을 간호사의 ‘임의행위’로 보고 형사소송법 제218조를 적용하더라도 진료목적으로 채취한 환자의 혈액을 경찰관에게 제출한 간호사의 행위는 적법한 행위로 볼 수 없다. 이것은 A와 C 사이의 계약위반이나 사무관리상의 선관주의위반 또는 권한남용과 같은 민사적 불법을 넘어 기본권인 A의 혈액정보지배권을 침해한 형법상의 위법행위가 된다. 따라서 사인이 위법하게 수집한 증거에 대해서도 그것이 피고인의 혈액정보와 같은 인격의 핵심적 영역을 침해했을 경우에는 증거사용을 금지하여야 한다. 위 사안에 대한 관례평석에서 이충상 판사는 “일단 신체 밖으로 나온 혈액은 피고인의 배타적 지배하에 있다고 보기도 어렵고 재산적 가치도 거의 없으므로 위와 같은 위법은 위법의 정도가 크지 않다”⁴⁷⁾고 하고 있으나, 이러한 견해는 자신에 관한 중요한 인체정보를 담고 있는 혈액에 대한 정보적 자기결정권의 중요성을 부정하는 것으로서 수긍하기 곤란하다.

이제 우리 대법원도 “압수물은 압수절차가 위법하다고 하더라도 증거가 치에는 변함이 없다”는 판결은 폐기되어야 할 구시대적 판결임을 인정하여야 한다. 일본에서 이미 20여년전부터 폐기한 입장을 아직도 고수하는 것은 우리의 대법원의 결과중시 내지 절차무시적 판결태도를 보여주는 것이며 결국 사법후진국이라는 오명과 불명예에 기여할 뿐이다. 미국에서는 이미 오래전부터 범죄의 경중, 채혈의 긴급성, 방법의 상당성을 검토하여 중대한 위법이 없을 경우 무동의·무영장 강제채혈의 적법성을 긍정하고 있다. 우리의 경우 사안을 세분하여 살펴볼 있다. 첫째, 피의자가 의식이

47) 이충상, 앞의 논문, 325쪽.

있고 채혈을 거부하는 경우에는 도로교통법 제41조 제2항, 제3항에서 주취 여부를 검사하기 위한 호기측정과 그 측정결과에 불복하는 자는 혈액채취 등의 방법으로 다시 측정할 수 있고 피의자가 채혈을 거부하면 채혈할 수 없도록 규정하고 있으므로 이 경우 강제채혈은 위법한 수사가 된다. 이 경우 호기측정조차 거부하면 이는 도로교통법상의 음주측정불응죄로 처벌할 수 있다. 둘째, 피의자가 의식불명상태에 있어서 피의자의 동의도 받을 수 없고 영장도 받지 않은 경우 음주운전으로 사람의 생명이나 신체를 사상케 하여도 처벌할 길이 없다고 하는데,⁴⁸⁾ 이 경우 피의자의 음주혐의가 입증되지 않고 피해자의 처벌불원표시가 있을 경우에만 피의자가 처벌을 받지 않을 뿐이지 피해자가 처벌을 원하는 경우 업무상과실치사상죄로의 처벌이 충분히 가능하다. 이점에서 피의자의 혈액정보지배권을 침해하여 수집된 혈액의 증거능력을 긍정하는 해석론의 필요성은 그만큼 감퇴된다고 할 수 있다. 결국 피의자의 동의를 받지 않거나 영장을 받지 않고 수집된 피의자혈액의 증거능력은 부정되어야 한다. 현실적으로 긴급채혈의 필요성을 무시할 수 없다면, 입법적으로 독일 형사소송법과 같이 명문의 규정을 두어 긴급채혈의 정당화요건을 법정하는 것이 좀 더 명확한 해결방안이 될 것이다.

주제어: 강제채혈, 위법수집증거배제법칙, 강제채혈의 필요성과 긴급성, 방법의 상당성, 정보적 자기결정권, 긴급채혈

48) 이충상, 앞의 논문, 323-324쪽.

164 형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

The Currents Cases about the Blood Sampling without Warrant or Consent in the United States, Germany, Japan and Korea

Park, Kang-Woo*

The aim of this article is to review some criminal cases and provisions about the blood sampling without warrant of the judge or consent of the defendant in the various countries such as the United States, Germany and Japan. Today many criminal cases was under controversy whether or not to admit the legality of the blood sampling without warrant or consent.

The Exclusive Rule in criminal procedure asks not to admit the illegally obtained evidences whatever the evidences are statements or non-statements(things). But in practice there are occurring many criminal cases in which the police should obtain blood sample quickly from the defendant to examine his drunkenness in the crimes or accidents. In these cases there is no sufficient time to get the warrant from the judge, or it is impossible to get the consent of the defendant because he is often under unconsciousness. So several cases in the above countries admit the legality of the blood sample if there was the urgent necessities to extract the blood from the defendant and if

* Professor of Law, Chungbuk National University, Ph.D. in Law.

the procedure of the blood sampling was conducted by the medical doctor.

Recently, the supreme court of Korea admitted the legality of the blood sample which was obtained for care by the nurse in the hospital and then was handed over to the police by his request. In this case the right of the defendant to control the use of his blood information was infringed, so the court should not recognize the legality of the blood sample. Of course, the right of the victims to ask for just punishment and the interest of the public are important factors for admitting the legality. But the right to control acquisition and use of information over his or her blood, urine, hair, and DNA is the fundamental rights which are provided in the Constitution. and the right should not be disregarded or ignored. So by comparing the two opposite rights and interests the court should admit legality of the evidences from the compulsory investigation such as blood sample, hair and DNA etc.

Keywords: blood sample, Exclusive Rule, illegally obtained evidence, the right to control over the acquisition and the use of his or her blood

DNA데이터베이스 도입 및 관련법제에 관한 연구

- 미국 등 각국의 DNA데이터베이스법제 및 관련판례의 검토를 중심으로 -

권 창 국

형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

한국형사정책연구원

DNA데이터베이스 도입 및 관련법제에 관한 연구

- 미국 등 각국의 DNA데이터베이스법제 및 관련판례의 검토를 중심으로 -

권 창 국*

I. 서 론

현대 범죄수사에 있어서 중요한 특징의 하나로 통상 과학적 수사기법과 이에 따른 과학적 증거의 대량적 원용을 들 수 있는데, 이러한 현상은 다양한 과학적 분석기법의 발전과 함께 과학적 수사기법이 인증(人證)으로부터 물증(物證)을 확보하는 기존의 자백 등 진술증거 중심의 수사로부터 물증으로부터 인증을 확보하는 탈자백적 형태로의 수사패턴의 변화(수사의 객관화)를 통해 인권보호와 동시에 효율적 수사 그리고 궁극적으로 공판과정에서의 사실인정의 합리화를 도모하기 위한 유효한 수단이라는 점에 기인하는 것이다.

다양한 유형의 과학적 수사기법 중 분자생물학분야의 발전을 배경으로 1980년대 중반에 개발된 DNA typing은 분석기법의 지속적인 발전과 활용 사례의 증가와 함께 현재는 개인식별법 중 가장 우수한 식별력과 신뢰성을 갖는 기법으로 주목을 받음과 동시에, 형사사법 분야에서도 중요한 활용가치를 갖는 것으로 평가되고 있다.¹⁾ 실제로 1996년 미법무성 주도로

* 전주대학교 사회과학대학 법정학부 전임강사

1) James F. Van Orden, "Recent Development : DNA databases and Discarded Private Information : Your License, Registration and Intimate Bodily Details, Please", North

유죄확정 사건에 대하여 사후에 DNA typing에 의하여 오판임을 밝히고 오판원인을 분석 한 사례 등은 DNA typing에 관한 위와 같은 평가를 뒷받침하는 예라 하겠다.²⁾

반면 충분한 다형성(多形性, polymorphous), 항상성(恒常性, consistency)을 배경으로 우수한 식별력을 갖는 DNA typing이라도 수사기법으로서 완전하게 기능하기 위해서 필요한 전제조건이 있다. 이러한 전제조건에는 표준적 분석절차의 수립과 사후적 검증시스템(追試可能性 등)의 확보 등도 있지만, 지문의 경우 효율적 지문분류체계(fingerprint indexing system)와 풍부한 대조지문 자료(fingerprint database) 확보가 필요한 점에서 알 수 있듯이 DNA typing에 있어서도 동 자료의 데이터베이스화 검색시스템의 구축을 들 수 있다. 즉, 범행z

또한 DNA typing 자료의 데이터베이스화는 DNA typing이 활용기회가 많은 폭력성 범죄나 성범죄 등의 경우 상대적으로 재범율이 높은 반면, 피해대상이나 동기가 특정되기 어려워 용의자를 선별하기 어려운 유형의 범죄사건에 유효한 해결수단이 될 수 있다는 점, 또한 과거의 미제사건의 해결은 물론 범죄예방에도 효과적인 수단이 될 수도 있다.³⁾ 이러한 배경과 함께, 이른바 mass screening(DNA dragnet; 무작위적 대상에 대한 DNA typing)이 한국의 수사실무에서 사실상 이루어지는 점에서도 그 도입 필요성이 제기되고 있다.

이에 따라 현재 미국, 영국, 독일 등 대부분의 국가에서 DNA데이터베이스가 법제화와 함께 도입, 운영되고 있으며⁴⁾ 일본에서도 관련 논의가 이루

Carolina Journal of Law & Technology 6, Spring. 2005, p. 346.

2) Edward Connors, et. al., "Convicted by Juries, Exonerated by Science : Case Studies in the Use of DNA Evidence to establish Innocence after Trial", U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, 1996. June.

3) 정연보, DNA 타이핑(서울: 인제대학교 분자생물학연구소, 1996), 147면 이하.

4) 1997년과 2001년 EU는 유럽통합에 따라 이른바 cross border crime에 대한 효과적 대처 등을 위하여 회원국내의 DNA데이터베이스 구축과 함께 네트워크화를 권고한 바

어지고 있다. 한편 한국에서도 그 도입과 법제화의 논의가 시도되어 1992년 과학수사자문협의회에서 그 도입이 건의 되고 1994년 대검찰청에 유전자정보은행 설치추진위원회가 구성된 바 있고,⁵⁾ 동년 대검찰청과 경찰청이 각기 관련 입법안을 제출한 바 있고, 2005년에 재차 입법안이 제출되었다.

문제는 DNA데이터베이스의 도입, 운영에 따른 프라이버시 등 제 기본권 침해여부와 함께 세부적으로 데이터베이스화의 대상범죄의 범위, DNA 분석샘플의 채취방법과 시기, 데이터의 삭제가능여부 및 방식 및 사후적 처리 등에 대한 다양한 쟁점이 제기될 수 있다는 점이다.⁶⁾

이하에서는 한국에서의 DNA데이터베이스 도입 및 관련 입법안(유전자감식정보의수집및관리에관한법률안)의 내용 등에 대하여 위와 같은 쟁점을 중심으로 살펴보고, 미국 등 각국의 관련 법제들 가운데 미국판례 특히 2004년 미연방 DNA데이터베이스인 CODIS에 대한 미연방항소법원 판례(United States v. Kincade, 9th Cir. 2004)를 중심으로 살펴보도록 한다.

II. 미국 등 각국의 DNA데이터베이스 법제 검토

1. 미연방 및 각주의 DNA데이터베이스 법제

미국 내의 DNA데이터베이스는 연방차원에서는 미연방수사국(FBI)이 관리, 운용하는 CODIS(combined DNA indexing system) 및 각 주정부에서 운용되는 데이터베이스가 있는데, 1988년 버지니아주를 필두로 현재 50개

있다. Chritopher H. Asplen & Smith Alling Lane, "International perspectives on forensic DNA databases", Forensic Science International 146S, 2004, p. 119.

5) 2003년 검찰연감, 대검찰청, 316면.

6) 田前雅英, "DNAデータベース化の必要性と犯罪状況"警察學論集 第58卷 3号, 2005, 71頁以下.

주가 상이한 형태이지만 모두 독자적인 DNA데이터베이스를 운영하고 있다. 또한 미시시피주를 제외한 나머지 각주의 DNA데이터베이스는 FBI의 CODIS와도 네트워크화 되어, 상호접속 및 검색이 가능하게 되어있다.⁷⁾

최초 운영된 데이터베이스는 대개 폭력적 성범죄자만을 대상으로 하였으나, 점차 확대되어 2005년 1월 현재, 성범죄자들을 제외하고도 38개주가 모든 중범죄자(convicted felons)를 대상으로 DNA profile을 자료화하고, 47개주는 살인, 상해 및 폭행 등 폭력성 중범죄자를 대상으로 하고 있으며, 단지 3개주만이 살인의 경우만 한정하고 있다.⁸⁾ 더 나아가 확정 범죄자뿐만 아니라 캘리포니아 주와 같이 중범죄를 범한 모든 성인 및 소년 범죄자로부터 DNA 샘플을 채취하고 성범죄나 살인 등 중범죄에 국한하여서이지만 체포시점(피의자단계)에서부터 샘플채취를 허용하는 법안을 주민투표에 의하여 가결시킨 예도 있다.⁹⁾

먼저 미연방의 CODIS의 구성형태 및 관련 연방법제와 각 주의 DNA데이터베이스법제에 대하여 살펴보도록 한다.¹⁰⁾

가 미연방의 CODIS 및 DNA 데이터베이스 법제

1) CODIS(combined DNA index system)

1988년 이후 각 주에서 운용되고 있는 DNA데이터베이스는 RFLP(제한 효소절편다형성)방식에¹¹⁾ 기반을 두고 표준화되어있지 않다는 점에서 문

7) 山本龍彦, “DNAデータベースをめぐる米國最新判例の意義”, 警察學論集 第58卷 6号, 2005, 178-179頁.

8) James F. Van Orden, op. cit., pp.347-348.

9) 법안 칭은 the DNA Fingerprint, Unsolved Crime and Innocence Protection Act로 2004년 11월 2일 주민투표에서 찬성62%로 가결되었다. USA TODAY, 12/8/2004 참조.

10) 미연방 및 각주의 DNA데이터베이스 관련법제에 관한 보다 상세한 내용은 Louis J. Palmer, Jr., Encyclopedia of DNA and the United States Criminal Justice System (North Carolina : Mcfarland Company Inc., 2003) 참조.

제점이 노출되자, 1994년 연방차원에서 각 주의 데이터베이스를 연계 및 표준화를 추진하면서 기존의 RFLP방식이 아닌 STR(short tandem repeat)방식¹²⁾을 기반으로 하면서 HumvWA, D3S1358, D5S818 등 총 13

- 11) RFLP(제한효소절편다형성)방식의 DNA typing에는 크게 복합탐침방식(multi locus)과 단일탐침방식(single locus)의 2가지가 있다. 기본적인 원리는 동일한데, 먼저 제한효소에 의하여 DNA를 절편화하는데, 사용되는 제한효소 종류에 따라 일정한 염기배열순서로 절편화(이를 과변이지역-VNTRs-이라 한다)가 이루어지고, 염기배열순서의 반복횟수에 따라 각 절편의 크기가 달라진다. 이렇게 절편화된 DNA를 전기영동방법에 의하여 전하를 걸어주면 절편크기마다 이동속도에 차이가 생겨 절편의 분자량에 따라 정렬이 이루어지고 다시 변성과정을 거쳐 절편화된 DNA를 개별나선가닥으로 분리시킨 후, 사전에 염기배열순서와 크기가 확인된 방사성동위원소처리가 된 탐침과 재차 보합시킨 후, X선촬영에 의하여 육안관찰이 가능한 바코드와 같은 다수의 밴드문양이 얻게 되는데 이것이 RFLP방식의 DNA typing이다. 복합탐침 또는 단일탐침방식의 차이는 전기영동 및 변성과정 후에 사용되는 탐침의 형태에 따른 구분으로 단일탐침의 경우는 특정 과변이지역에서만 보합하게 됨으로 복합탐침방식의 단점(상대적으로 다량의 샘플과 분석시간이 많이 걸리고 다수의 밴드문양을 비교함으로써 정확한 판독이 어려우며 다수의 과변이지역을 사용함으로써 통계적 검증의 난점, 다수인의 복합샘플인 경우 판독시 어려움 등)을 어느 정도 극복할 수 있는 장점이 있다. 현재 복합탐침방식의 RFLP법은 친자감별 등의 경우 외에는 사용되지 않고 있으며, 미국에서 이루어지는 DNA typing의 90%가 단일탐침방식의 RFLP로 1992년 미국 NRC(National Research Council of the National Academy of Science)-1보고서도 동 방식을 추천한 바 있다. Predictions of The Research and Development Working Group, The Future of Forensic DNA tetsting, National Institute of Justice, D.O.J, November. 2000, pp. 8-19; Paul C. Giannelli & Edward J. Imwinkelried, Scientific Evidence Vol. 2, 3rd ed.(Charotterville, V.A.: Lexis Law Publishing, 1999), p. 14; Norah Rudin & Keith Inman, An Introduction to Forensic DNA Analysis 2nd ed.(N.Y.: CRC press, 2002), p. 21; M. Krawczak & J. Schmidtke, DNA Fingerprinting 2nd ed.(Oxford, U.K.: Bios Scientific Publishers, 1998), pp.20-21; 森喬, "DNA型鑑定の現状, 警察學論集 第47卷 第1号, 1994, 1-8頁; 岡田薫, "DNA型と個人識別", 警察學論集, 第45卷 第2号, 1992, 13-22頁.
- 12) STR(short random repeat)방식은 염기배열순서에 따른 DNA 절편의 크기가 RFLP방식 등의 과변이지역(VNTRs)에 비하여 작은(반복염기순서의 길이가 2~7bp이고 그러한 염기순서로 구성된 직렬반복구간이 수백 bp내) 것을 활용한다는 점에서 차이가 있는데 기본적인 분석기법이나 과정은 RFLP방식과 동일하다. STR방식은 DNA 증폭(복제)기법(PCR법)에 의하여 DNA 샘플을 대량으로 증폭하여 사용하는데, 실험비용이 저렴하고 분석기간의 단축, 미량, 손상된 샘플에서도 분석이 가능한 점, 무엇보다 기존의 RFLP방식은 VNTRs의 반복단위가 30bp정도이면서 대립유전자 분포가 수천 kb 정도에 이르러, 수백 개의 대립유전자가 존재하는데, 전기영동에 의하여 이를 모두 식별할 수는 없고 일부 구간을 선정, 한 구간 내에 들어가면 같은 대립유전자로 간주하였다. 따라서 필연적으로 집단유전학적·통계적 검증을 요하게 된다. 그러나 STR방식은 최저 3, 4개에서 최대 30여개에 불과하여 VNTRs에서와 같은 문제가 해결되는 장점이 있다. Mark

가지의 STR유전자좌를 표준으로 한 데이터베이스를 고안하여 1998년 10월부터 FBI가 이를 운영하고 있다.

CODIS는 유죄확정 범죄자로부터 제공된 DNA 샘플과 범죄현장에서 확보된 샘플 그리고 변사자 등 신원미상사체와 실종자의 친족 등으로부터 확보한 샘플을 분석한 자료로 구성되는데, 각 지역 경찰기관에 소속된 범죄분석실(crime Lab)에서 실시한 DNA typing 자료를 LDIS(local DNA index system)에 입력하고, 이를 주정부에 통합하여 SDIS(state DNA index system)에서 관리하고, 이를 FBI가 관리하는 NDIS(national DNA index system)에 통합, 관리하고 있다(NDIS에는 50개주 외에도 미국령 푸에르토리코 및 미군도 연계되어 있다). 아울러 CODIS 내의 자료는 여타 DNA데이터베이스와 동일하게 크게 Felon Index(범죄자 인덱스), Forensic Index(미제사건 인덱스), Population index(익명으로 처리된 일반인의 DNA typing 자료로 동일 DNA type의 발현빈도나 가능성비에 대한 집단 유전학적 통계검증을 위해서 활용한다)의 3부분으로 분류되어 있어, 새로운 사건이 발생한 경우, DNA type 결과를 범죄자 인덱스와 미제사건 인덱스 내의 자료와 비교하여 일치여부를 확인 한 뒤, 일치결과에 따라 인적 사항자료와의 대조를 통해 신원을 확인하거나 동일인에 의한 범행여부(소위 serial crime)를 확인하는 구조로 되어 있다.¹³⁾

2) 미연방 DNA데이터베이스(CODIS)법제

위의 CODIS는 the Violent Crime Control and Law Enforcement

Benecke, "DNA Typing in forensic medicine and in criminal investigations: a current survey", *Naturwissenschaften* 84, 1997, pp.182-183; Paul C. Giannelli & Edward J. Imwinkelried, op. cit., p.22.

13) Lisa Scriver Lewis, "the Role Genetic Information Plays in the the Criminal Justice System", *Arizona Law Review* 47, Summer. 2005, pp. 526-527; 김승현 외 7인 공저, *유전자감식*(서울: 탐구당, 2001), 183-193면.

Act(1968)를 근거로 1994년 DNA Identification Act에 의하여 설립되었다. 초기에는 각주의 DNA데이터베이스를 표준화하고 이를 통합하여 접속, 검색 가능하도록 자료를 구축함에 그치고 CODIS의 관리를 맡고 있는 FBI가 직접 연방범죄자 등으로부터 DNA 샘플을 수집, 자료화하지는 않았다. 그러나 1996년 the Anti Terrorism and Effective Death Penalty Act 및 2000년 DNA Analysis Backlog Elimination Act 등에 의한 개정을 거치면서 현재는 FBI가 직접 특정연방법 위반 범죄로 유죄 확정되어 연방교도소에 수감되거나 보호관찰(probation), 가석방(parole), 조건부 석방(supervised release)된 자 등으로부터 DNA 샘플을 수집, 분석하여 자료화할 수 있는 권한을 부여받게 되었다.

이러한 CODIS 관련 연방법률(이하 미연방 DNA데이터베이스법)은 미연방법전 제42편 제136장 이하에 규정되어 있는데¹⁴⁾ 그 내용을 개괄적으로 살펴보면 다음과 같다.

가) DNA 샘플의 수집

미연방 DNA데이터베이스법은 DNA 샘플수집대상을 살인, 성범죄, 유괴, 강도, 주거침입 및 방화 등의 연방범죄에 한정하고 이들 범죄행위로 유죄 확정된 교도소에 수감자나 보호관찰, 가석방, 조건부 석방대상자로부터 DNA 샘플을 수집하여 이를 FBI에게 제출하고 FBI는 이들 샘플을 분석하여 획득한 DNA typing 결과를 CODIS에 등록하도록 하고 있다.

샘플의 수집대상자가 DNA 샘플수집을 거부한 경우에는 1년 이하의 징역이나 10만달러 이하의 벌금형으로 처벌하도록 하면서, 보호관찰대상자 등에 대하여는 보호관찰부 석방 등의 전제조건으로 DNA 샘플의 제출을 의무화할 것으로 규정하여 간접강제에 의한 샘플확보를 원칙으로 하고 있

14) U.S. code title 42. Public Health and Welfare, Chap. 136. Violent Crime Control and Law Enforcement.

지만, 필요에 따라서는 샘플채취를 위한 필요한 수단을 사용할 수 있도록 규정함으로써, 일정범위에서 강제력의 사용을 허용하고 있다.

아울러 위 대상범죄 해당자 외에도, 범죄현장에서 획득된 DNA 샘플이나 변사자 등에서 획득된 샘플이나 행방불명된 자의 친족 등에게서 확보한 샘플도 분석하여 자료화하고 있다.

나) DNA데이터베이스 정보의 이용범위와 관리, DNA 샘플의 취급

CODIS의 자료는 ① 범죄수사 등 법집행을 목적으로 한 신원확인(law enforcement identification), ② 타 법률이나 규칙에 따라 자료공개가 허용된 경우나 법원의 명령에 의하여 공개가 결정된 경우, ③ 피고인의 변호를 위해 필요한 경우, ④ 인구통계조사나 DNA typing 분석기술이나 절차의 개량, 개선 및 분석결과의 품질향상을 위해 필요한 경우(다만, 이 경우에는 인적사항정보는 제외하고 익명화된 DNA typing 자료만을 공개할 수 있다)로 공개목적에 한정하고 있다. 또한 CODIS에 등록된 정보를 삭제할 수도 있는데, 재심에 의하여 유죄판결이 취소된 경우, FBI는 즉시 대상자의 정보를 삭제하도록 규정하고 있다.

DNA typing 활용되는 샘플은 신체조직 이나 유동체 등으로 규정하여 혈액에 한정하지는 않고 있는데, 실무적으로는 혈액샘플의 채취가 주로 활용된다고 한다. 아울러 연방법률은 DNA샘플의 위 4가지 목적외 사용과 동시에 샘플의 무단획득을 금지하고 있다.

다만 동 샘플을 이용목적의 범위 내에서라면 어떠한 형태나 부분에 대한 분석이 가능한가를 명확히 규정하지 않음으로써, 유전정보에 대한 분석 및 활용이 가능할 여지가 있고 또한 앞서 설명한 바와 같이 DNA typing 정보가 삭제될 수는 있지만, DNA 샘플의 폐기에 관한 규정 역시 없다는 점 등의 문제점이 지적된다.

나. 각 주의 DNA데이터베이스 법제

50개주가 각기 독자적인 DNA데이터베이스 및 관련 법규정을 갖고 있기 때문에, 개별 주별로 살펴보는 것은 곤란하다. 따라서 DNA데이터베이스에 포함되는 대상자(대상범죄)의 범위 및 DNA typing에 활용되는 샘플의 채취시기와 방식, 데이터베이스화되는 정보의 유형이나 DNA 샘플의 사후적 처리 등을 중심으로 살펴본다.

1) DNA데이터베이스의 대상자(대상범죄)

대체로, ① 성범죄 및 특정 폭력적 중범죄로 유죄 확정된 자를 대상으로 데이터베이스화하는 경우(성범죄 및 특정 중범죄 제한형), ② ①유형의 범죄 외에도 기타 폭력적 중범죄자들을 대상으로 한 경우(중범죄형), ③ ① 및 ②의 유형 외에도 경범죄를 포함한 모든 유형의 범죄자를 대상으로(무제한형) 한 3가지의 유형으로 구분할 수 있다.

대다수의 주가 최초 성범죄 및 특정 중범죄 제한형을 취하였지만, 현재 상당수가 그 대상범위를 점차 확대시켜가고 있다.¹⁵⁾ 예를 들면, 와이오밍 주의 경우는 협박죄를, 조지아주의 경우는 위증죄 등도 대상범죄에 포함시키고, 24개 주가 청소년 비행율, 6개 주의 경우는 스토킹(stalking) 행위도 포함시키고 있다.¹⁶⁾

2) DNA 샘플의 채취시기, 활용되는 정보유형 및 사후처리 등

먼저 DNA 샘플의 채취시점과 관련하여 ① 유죄확정 후 교도소 등 교

15) John Cronan, "the Next Frontier of Law Enforcement : a Proposal for Complete DNA Databanks", American Journal of Criminal Law 28, 2000, p.132.

16) 山本龍彦, "米國におけるDNAデータベース法制と憲法問題", 警察學論集 第58卷 3号, 2005, 99-100頁.

정시설에 수감되거나 보호관찰 등의 인정시점에서 샘플이 채취되는 유형(유죄확정후형)과 ② 체포시점에서 샘플이 채취되는 유형(체포시점형)으로 대별할 수 있다. 미국 내 대부분의 주가 ①(유죄확정후형) 유형에 해당하는데, 루이지애나주, 캘리포니아주(다만, 살인, 유괴, 아동성학대 등에 대하여만 체포시점에서의 샘플채취를 규정), 버지니아주가 ②(체포시점형)을 취하고 있다. 참고로, 사우스타코다주의 경우는 처음에는 모든 피체포자로부터 샘플을 채취하도록 하였으나, 1997년 개정을 통해 유죄확정판결을 받은 후로 한정하고 있다.¹⁷⁾

다음으로 DNA 샘플의 분석과 관련하여, 데이터베이스화되는 자료는 DNA 중 유전정보를 담고 있지 않은 개재염기배열부분(non coding region 또는 intron)에 한정되는데,¹⁸⁾ 연방법률에서와 마찬가지로 대부분의 주 법률에도 이를 명시적으로 규정하지 않고 단지 개인식별목적에 활용되도록 함으로써, 유전정보를 담고 있는 부분에 대한 활용가능성에 대하여 해석상 모호함(명시적으로 활용금지를 규정하지 않음)이 유발될 수 있는 문제점이 지적될 수 있다.

또한, DNA typing에 활용된 샘플의 경우, 29개 주가 활용된 샘플의 보관을 명시적 규정하고 있는데, 규정이 없는 대부분의 주의 경우도 ① 샘플을 폐기하지 않고 보관하고 있는 것으로 파악되고 있다(보존형). 문제는 DNA 샘플이 분석결과인 DNA type과 달리 유전정보를 포함한 상세한 개인정보원(源)이라는 점이다. 연방의 경우, FBI가 DNA typing 기술의 발전에 따라 재분석의 요구에 대한 대응필요, 분석의 정확성을 보장, 검증할 수 있는 추시가능성의 확보, 샘플의 남용사례가 보고된 예가 없다는 점 등을 들어, 샘플의 사후폐기에 반대하고 있다. 이에 반하여, 민감한 유전정보

17) 上掲論文, 101頁.

18) 그러나 최근, non coding region 부근에서도 유전정보가 획득될 수 있다는 문제제기가 있다. David Kaya, "Commentary: Two Fallacies about DNA Data Banks for Law Enforcement", Brooklyn Law Review 67, 2001, p.187.

의 유출에 의한 ② 개인정보남용을 예방하기 위하여 샘플의 사후적 폐기도 주장되는데,¹⁹⁾ 명시적으로 이러한 태도를 취한 경우는 위스콘신주가 유일하다(폐기형).

보존된 DNA 샘플의 관리 및 활용이 문제될 수 있는데, 이에 대하여 범죄수사 등 법집행을 목적으로 하는 경우(텍사스주) 또는 이 외에도 의학적 연구 등을 위해 유전정보획득을 목적으로 동 샘플을 활용할 수 있다는 규정을 두고 있는 유형(알라바마주)과 이와 상반되게 로드아일랜드주나 인디애나, 오레건주와 같이 신체적 특징이나 특성, 질환 등 각종 유전정보의 획득을 목적으로 샘플을 활용하는 것을 명시적으로 금지하는 유형도 있다. 그러나 대부분의 주가 이에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않음으로서 사실상 묵시적인 형태로의 활용가능성을 인정하거나 법집행을 위한 개인식별 목적으로 활용범위를 제한하더라도 유전정보에의 접근을 금지하지 않음으로서 법집행 차원의 개인식별을 목적으로 하는 한 유전정보에의 접근이 가능할 수 있다는 문제점이 제기되고 있다.

2. 영국 등 유럽각국의 DNA데이터베이스 법제

2004년까지 국제형사경찰기구(Interpol)에 가입한 유럽국가 중 46개국에서 범죄수사에 DNA typing을 활용하고 있고, 이 가운데 34개국이 DNA데이터베이스를 운용하고 있거나 도입을 계획하고 있는 것으로 확인되고 나아가 24개국은 각국의 자료를 상호검색이 가능하게 하고 있다.

유형별로 살펴보면, DNA 샘플의 채취시점의 경우, 독일(법원의 명령하에 특정범죄에 한한다. 다만, 성범죄 및 1년 이상의 징역형에 해당하는 중범죄의 경우는 체포시점형을 취한다), 프랑스(특정범죄에 한정. 다만, 성범죄 및 중범죄에 한하여 검사, 예심판사의 명령에 근거한 체포시점형을

19) National Academy of Science의 입장이다. 山本龍彦, 前掲論文, 102頁 注40).

취한다), 네덜란드(원칙적으로 4년 이상의 징역형이 규정된 범죄로 유죄 확정된 자를 대상으로 하고, 기타 범죄의 경우 동의하에 채취함) 등 대부분의 국가가 원칙적으로 유죄확정후형을 취하고 있다.

데이터베이스자료의 삭제와 관련하여, 유죄 확정된 범죄자의 경우, 독일, 네덜란드 등은 5~20년 후에 자료를 삭제하는 반면, 오스트리아 등은 삭제하지 않으며, 피의자의 경우는 오스트리아, 독일, 프랑스 등이 무죄판결 및 불기소처분에 따라 자료를 삭제하고 있다.

다음으로 DNA typing을 위한 샘플의 처리와 관련하여, 오스트리아, 덴마크, 스위스 등이 자료를 보존함에 비하여, 독일, 네덜란드 등은 DNA typing 후 샘플을 폐기하도록 하고 있다.²⁰⁾

영국은 1994년 Criminal Justice and Public Order Act를 근거로 1995년부터 DNA데이터베이스(NDNAD, national DNA database)를 범죄수사에 활용해오고 있는데, 초기에는 경찰에 의하여 체포된 피의자의 경우에는 본인의 동의하에, 기소된 경우에는 동의 없이도 법원의 명령에 의하여 DNA 샘플을 채취할 수 있고, 다만 불기소되거나 무죄판결의 경우에는 데이터베이스내의 자료를 삭제하도록 하였다. 그러나 2001년 the Criminal Justice and Police Act에 의하여 불기소 및 무죄판결이 이루어진 경우에도 동 자료가 삭제되지 않고 유지되도록 개정이 이루어지고, 다시 2003년 Criminal Justice Bill에 의하여 경찰에 의하여 체포된 피의자로부터 동의 없이도 샘플을 획득할 수 있도록 개정하였다. 아울러, 영국의 경우 데이터베이스화 대상범죄에 자유형의 실형이 선고될 수 있는 범죄(recordable offence)라면 범죄의 종류를 구분하지 않고 포함하고 분석에 활용된 샘플도 보존하도록 하고 있는 바, 앞서 살펴본 미국이나 기타 유럽 각국에 비하여 상당히 강화된 형태로 DNA데이터베이스를 운용하고 있음을 확인할 수 있다.

20) Chritopher H. Asplen & Smith Alling Lane, op. cit., pp.120-121.

<표> 유럽 주요국가의 DNA 데이터베이스 운영형태

database custodian (year of introduction)	samples stored and entry criteria	removal periods	anonymization requirements
U.K(1995)			
Forensic Science Service, central database lab in Birmingham	DNA profiles and reference samples of - suspects - convicted offenders - unknown samples for any recordable offense	acquitted suspects only	anonymous storage of reference sample and DNA profiles. separate register for personal records
Germany(1998)			
Bundeskriminalamt(BKA), Wiesbaden	DNA profiles only of - suspects - convicted offenders - unknown samples for serious crimes with one year imprisonment or more, sexual abuse and other serious crimes, after court order	routine case controls for samples to be removed every 5~10 years(juvenile/adult offenders)	open storage of DNA profiles together with personal data. typing of anonymized personal and crime scene samples in police and university laboratories
Netherland(1997)			
Netherlands Forensic Institute, Rijswijk	DNA profiles only of - convicted offenders - unknown samples with consent only, without consent only serious crimes with 8 years imprisonment or more after court order. no sample in case of confession	offenders: after 30 years samples: after 18 years	anonymous storage of DNA profiles only, separate register for personal records(crime samples can be stored)
Austria(1997)			
Central DNA Typing Laboratory, Institute of Legal Medicine, Innsbruck	DNA profiles and DNA reference samples of: - suspects - convicted offenders - unknown samples for crimes against life & health, sexual abuse, robbery, theft, arson, blackmail, drug-related and other serious crimes	acquitted suspects only	anonymous storage of reference samples and DNA profiles. separate register for personal records outside the central DNA lab.
France	a law from June 1998 allows the creation of a database in cases of sexual abuse and (samples are to be) obtained by consent, or from clearly identified biological material removed. database is to be operated by the Police Nationale and the Gendarmerie.		

* P.M. Schneider & P.D. Martin, "Criminal DNA databases : the European situation", Forensic Science International 2001. pp.234-236에서 발췌, 인용함.

영국 외, 기타 유럽 각국의 법제화를 살펴보면, 독일이 1998년,²¹⁾ 프랑스가 1998년(다만 프랑스는 아직까지 DNA 데이터베이스를 운영하고 있지 않다), 오스트리아가 1997년, 네덜란드가 1997년, 스위스가 1998년에 각각

21) 독일의 경우 DNA 감정법(DNA Identitätsfeststellungsgesetz)에 의하여 DNA 데이터베이스화가 구축, 운용되고 있다. 玉蟲由樹, "DNA鑑定と情報自己決定權" 自治研究 第79卷 8号, 2003, 142頁.

관련 입법을 한 것으로 파악되고 있다. 참고로 앞의 <표>는 유럽 각국의 DNA데이터베이스의 형태 등에 관하여 정리한 것이다.

3. 일본의 DNA데이터베이스 도입논의

일본은 DNA typing이 平成元年부터 범죄수사에 활용되어 현재까지 17년여 간에 걸쳐 다수의 활용경험을 축적하면서 가장 효과적인 개인식별법으로 인식되고 있다. DNA typing 감정실적을 살펴보면 平成15년 한해동안 1,159건을 기록하며, 총 5356건의 감정실적이 보고되고 있고 최종별 활용 형태면에서 보면, 강간 26.%, 살인 24.0%, 강제추행이 7.9%, 강도 7.4%, 절도 4.2% 방화 0.6%, 약취 및 유괴 0.4%, 기타 29.0%로 확인되고 있다.

이와 같이 범죄수사에 있어서 감정실적 증대와 함께 DNA typing의 신뢰성과 관련하여 최고재판소 판례를 통해 증거능력을 인정하여²²⁾ 형사공판에서도 DNA typing의 신뢰성에 대한 긍정적 평가가 정착되었다고 하겠다.

그렇다면 일본은 DNA데이터베이스의 도입에 대하여 어떠한 입장인가? 일본의 경우, 아직 DNA데이터베이스가 도입·운영되고 있지는 않다. 그러나 平成15년 12월 일본정부는 범죄대책각료회의를 통해 「犯罪に強い社會の實現のための行動計劃」을 발표하면서 그 내용 중에 DNA typing의 수사에 있어서 활용에 필요한 검토와 함께 DNA데이터베이스를 포함한 제도적 준비를 진행할 것으로 발표하였고, 서방선진8개국회의(G8)는 DNA 증거의 수집, 사용, 국제적 협력에 관한 능력을 확대할 것을 회원국에게 권고한 바 있는데, 이를 토대로 平成15년 5월 G8사법·내무각료회의에서

22) 最判平成12・7・17刑集第54卷6号550頁, “본건에서 증거의 하나로 채택된 소위 MCT118 DNA 형 감정은, 그 과학적 원리가 이론적으로 정확성을 갖고, 구체적 실시방법도 그 기술을 습득한 자에 의하여 과학적으로 신뢰할 수 있는 방법으로 행하여졌다고 인정될 수 있다. 따라서 위 감정의 증거가치에 대하여는 그 후의 과학기술의 발전에 의하여 새롭게 해명된 사항 등도 가미하여 신중히 검토하여야 하겠지만, 아울러 이를 증거로 하여 사용한 점이 허용된다고 한 원 판단은 상당하다.”

도 「DNA情報の使用及び共有に関するG8原則」을 발표하고 그 내용 중에 DNA데이터베이스의 필요성에 대하여 언급한 바 있다.²³⁾

한편, DNA데이터베이스의 본격적 도입과 법제화에 앞서, 이에 대한 기초 작업의 일환으로平成17년 6월 경찰청의 주관으로 DNA 데이터베이스에 관한 전문가회의(DNA型データベースに関する有識者會議)가 개최되었는데, 여기서의 논의결과를 바탕으로平成17년 8월 國家公安委員會規則 第15号 DNA型記録取扱規則을 제정하여 9월부터 시행하고 있다(필요한 세부 사항은 警察廳訓令第8号 DNA型記録取扱細則에서 정하고 있다).

國家公安委員會規則 第15号 DNA型記録取扱規則의 개요를 살펴보면 다음과 같다. 먼저 DNA형 기록을 인간의 DNA내에 특정유전좌위의 염기배열 반복횟수나 특정염기배열의 유무 등으로 정의하고 D3S1358, vWA, TH01, MCT118, TROX 등 총 11개의 특정유전좌위를 지정함으로써 DNA형 기록으로부터 유전정보가 포함된 부분을 제외함과 동시에 개인식별 목적으로만 사용하도록 사용목적에 명시적으로 제한, 규정하고 있다.

이러한 DNA형 기록은 ① 피의자자료와 ② 유류자료, ③ 변자사 등 자료의 3개 부분으로 구성되는데, 경시청 및 각급 道都府縣 경찰본부에 소속된 과학수사연구소(경우에 따라 경찰서장 등의 의뢰에 따라 대학 등 연구기관 등)가 피의자에게서 채취한 DNA 샘플 및 범행현장 유류샘플, 변자사 등의 샘플에 대하여 DNA 감정을 실시하고 그 결과를 경찰청 형사국 범죄감식관에서 전송하도록 하고 범죄감식관은 전송받은 자료를 기존의 데이터베이스자료와 비교하여 일치결과 등을 통지하도록 하고 있다.

데이터베이스화된 DNA형 기록의 삭제와 관련하여서는 피의자자료의 경우, 피의자의 사망이나 기타 보관 필요성이 없는 때에, 유류자료의 경우

23) 警察廳, DNA型情報の活用に向けて,平成17年 11月 25日. <http://www.npa.go.jp/seisaku/kanshiki/Main.htm>; 국제범죄에 관한 G8(서방선진8개국회의)의 권고에 관한 구체적인 내용에 대하여는 일본어로 번역된 자료를 참고하기 바란다. <http://www.npa.go.jp/sosikihanzai/kokusaisousa/kokusai1/transg8recj.htm>.

는 관련사건이 확정된 때 그리고 기타 보관의 필요성이 없어진 때에, 변사자 자료의 경우에는 자료대조가 종료된 때에는 각각 데이터베이스로부터 삭제할 수 있도록 규정하고 있다. 다만, 피의자 등이 먼저 기록을 삭제 요구할 수 있는 청구권 규정은 두고 있지 않다.

DNA typing을 위한 샘플의 채취방법 및 사후적 처리에 대하여 공안위원회규칙 및 경찰청훈령에는 특별한 규정을 두고 있지 않은데, 앞서 언급한 平成17년 6월의 DNA데이터베이스에 관한 전문가회의에서는 이 문제에 대하여, 단순히 모든 피의자가 체포된 것만으로 데이터베이스에 자신의 DNA형 기록을 등록하도록 한 것이 아니라 영장 등 법적절차에 따라 적법하게 행하여진 감정결과를 데이터베이스화 하는 점에서 일본의 DNA데이터베이스는 기존 수사자료의 네트워크화에 해당하고, 데이터베이스기록의 삭제와 관련하여 개인정보보호법상 정보에 대한 정정청구권은 충분히 긍정되지만, 삭제청구권까지 고려하고 있는지 모호한 점이 있다고 지적하면서 무죄판결확정에 따른 기록삭제의 의무화에 대하여는 좀더 검토가 필요하고 샘플의 사후적 처리에 대해 범죄수사에 활용되는 미량의 DNA 샘플이 활용이 대부분이고 기존 수사실무에서 DNA typing 분석이 종료된 후에는 샘플은 파기하였던 점, 그리고 일본의 인간게놈윤리위원회도 분석 후, DNA 샘플의 폐기를 권고하고 있지만, 오류 등에 대비한 사후적 분석가능성을 고려할 때, 샘플보존의 필요성이 긍정된다는 의견이 제시된 바 있다.

III. DNA데이터베이스 관련 판례

다음으로 DNA데이터베이스의 도입, 운영과 관련한 판례를 검토해 보기로 한다. 한국 및 일본에서는 아직 데이터베이스가 본격적으로 운영되고

있지 않기 때문에 관련판례를 살펴볼 수 없다. 이하에서는 DNA데이터베이스를 가장 광범위하게 운용하고 있는 미국에서 필자가 확인한 연방 하급심판례와 독일연방헌법재판소 판례를 소개함으로써 DNA데이터베이스와 관련하여 어떠한 법률적 쟁점들을 간략히 살펴보기로 한다.

1. United States v. Kincade, 379 F.3d 813(9th Cir. 2004) 사건

DNA데이터베이스에 대하여 아직 미연방대법원이 위헌여부를 판단한 경우는 없고 몇 건의 연방 하급심 및 일부 주 법원 판례가 있을 뿐이다. 가장 최근 판례로 2004년 미연방항소법원이 판단한 사례가 있는데²⁴⁾ 동 판례를 중심으로 서술하도록 한다.

가. 사안의 소개

1993년 7월 경제적 곤궁 등으로 이유로 당시 해군수병이었던 Thomas C. Kincade는 무장은행강도 행위로 체포되어 곧바로 유죄인정(plea guilty) 후 97개월 징역형에 선고되고, 3년간 약물중독치료 프로그램 이수와 어떠한 범죄행위도 하지 않을 것, 보호관찰관의 지시에 순응할 것을 조건으로 2000년 8월 조건부 석방(supervised release)되었다. 석방기간 중, 관찰기간 동안 이루어진 소변테스트에서 코카인 양성반응이 나오자, Kincade의 석방을 취소, 체포한 후 법원은 재차 관찰기간을 연장하여 석방할 것을 결정하였다. 이후 석방기간 중 보호관찰관이 연방 DNA데이터베이스법에 따라 혈액샘플 제출을 요구하였으나, Kincade는 이를 거부하고, 미연방헌법 수정 제4조가²⁵⁾ 압수수색과 관련하여 원칙적으로 특정범죄에 대한 개별적

24) United States v. Kincade, 379 F.3d 813(9th Cir. 2004).

25) 미연방헌법 수정 제4조 「The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be

혐의(individual suspicion)와 함께 영장이나 상당한 이유(probable cause)를 전제로 하고 있음에도 불구하고 이미 유죄가 확정된 자신의 경우는 개별적 혐의가 전제되지 않음에도 DNA typing을 위한 혈액샘플 제출을 강요한 것은 불합리한 압수수색을 금지(right against unreasonable search and seizure)한 동조 위반임과 동시에 신체의 완전성 및 프라이버시 침해 등을 주요 논거로 위헌을 주장하였다.

나. 각 위헌논거에 대한 판단

1) 미연방헌법 수정 제4조 위배여부에 대한 검토

가) 특별한 필요성의 유무(Special Need Test)의 기준

미국판례는 법집행에 있어서 통상의 필요성을 넘어서는 특별한 필요성이 인정될 수 있는 경우에는 수정 제4조의 예외를 인정하여 개별적 혐의 없이도 영장없이 압수수색을 허용할 수 있다는 소위 특별한 필요성의 유무(special need test)라는 기준을 제시한 바 있다.²⁶⁾

예를 들어, 경찰에 의하여 불법약물소시, 유통 등을 저지할 목적으로 이루어진 차량검문이 다투어진 사안에서²⁷⁾ 미연방대법원은 불법입국자를 단속할 목적으로 이루어지는 검문이나 음주단속을 위한 검문 등의 경우는 범죄수사 목적 외에도 국경경비나 음주운전에 의하여 야기될 수 있는 위험의 사전예방이라는 목적이 있지만, 사안의 경우에는 그 주된 목적(primary

violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.」.

26) 이러한 특별한 필요성의 유무라는 판단기준은 면제영역(exempted areas)으로 불리면서, 국경지역, 교정시설, 공항이나 항만 등의 일반적 수색이나 행정목적의 조사활동의 경우에도 인정되어 왔다. 山本龍彦, DNAデータベースをめぐる米國最新判例の意義, 警察學論集 第58卷 6号, 2005, 187頁 注10).

27) City of Indianapolis v. Edomond, 531 U.S. 32(2000).

purpose)이 약물범죄관련 증거수집이라는 범죄수사를 지향하는 점에서 수정 제4조가 요구하는 압수수색의 전제요건이 갖추어져야만 한다고 하여 위헌으로 판시한 바 있다. 아울러, 주립병원에서 임신여성에 대한 약물검사프로그램에 관한 사례에서는²⁸⁾ 약물검사를 통해 산모와 태아의 안전을 확보한다는 목적이 있지만, 이는 어디까지나 간접적인 목적이고 동 프로그램의 주된 도입목적은 어디까지나 약물범죄에 대한 수사에 있으며 이는 프로그램의 진행과정에 경찰기관이 상당부분 관여하고 있는 점 등에서도 확인할 수 있다고 하면서, 이른바 special need test는 엄격하게 제한적으로 적용될 수 있다는 입장을 제시한 바 있다. 즉, 특별한 필요성(special need)이란 통상 범죄수사 등 법집행목적 외, 행정적 규제나 관리 등 다른 목적이 오히려 주된 목적인 경우로 동 목적을 위하여 이루어지는 압수수색에 의하여 침해되는 프라이버시 등 제 이익과의 비교형량을 통해 특별한 필요성으로 지칭되는 국가의 이익이 보다 우월한 경우에 인정될 수 있는 수정 제4조의 예외라는 것이 미연방대법판례의 입장이라고 추정해 볼 수 있다.

그렇다면, DNA데이터베이스에 요하는 샘플채취와 관련하여서도 이러한 특별한 필요성이 긍정될 수 있는가? 1993년 State v. Olivas 사건에서²⁹⁾ 워싱턴주 대법원이 DNA데이터베이스를 위한 샘플제출의 강제와 관련하여, 전체 중범죄의 약 60%이상이 이전에 다른 중범죄나 경범죄로 검거된 경력이 있으며, 폭력적 범죄행위의 경우 30%이상의 예에서 범행현장에서 DNA증거가 수집가능하고 사전에 DNA typing 자료가 데이터베이스에 등록된 경우에는 검거를 두려워하여 범죄가 예방될 수 있다는 점을 들어, 범죄수사 외에 상습범죄자의 억제라는 별도의 목적에 기여한다는 점에서 특별한 필요성을 인정, DNA데이터베이스법의 합헌으로 판단한 예가 있다. 동 판례는 범죄예방목적을 범죄수사와 분리시켜 특별한 필요성을 긍정한

28) Ferguson v. City of Charleston, 532 U.S. 67(2001).

29) State v. Olivas, 856 P.2d 1076(Wash. 1993).

점에 특징이 있는데 앞서 소개한 City of Indianapolis v. Edmond 사건의 예외 비교하면 이러한 판단에 다소 의문이 제기될 수 있다고 하겠다.

한편, United States v. Reynard 사건에서도³⁰⁾ State v. Olivas 사건과 유사하게, 특별한 필요성의 예외는 범죄수사라는 목적을 넘어서는 한, 법 집행의 문맥에서도 적용될 수 있다고 하면서 DNA데이터베이스는 단순히 범죄수사가 아닌 전국적 규모의 데이터베이스구축에 의한 범죄예방에 있다고 하여 특별한 필요성을 긍정한 예도 있다.

위의 Kincade 사건에서 1심인 미연방 지방법원은³¹⁾ 특별한 필요성에 관한 미연방대법원의 Edmond 및 Ferguson 사건을 인용하면서, DNA 샘플의 채취가 보호관찰관에 의하여 이루어지더라도 그 최종적인 관리는 FBI가 담당하며, DNA데이터베이스법의 제정과정에서도 알 수 있듯이 동 법은 범죄의 신속한 해결, 기소에 있다는 점에서 궁극적인 목적도 범죄수사에 다름이 아니라는 점 등에서 특별한 필요성을 인정하기 힘들어 위헌으로 판단하였다.

나) 전체적 상황에 의한 검토(the totality of the circumstances test)

특별한 필요성 기준에 의한 판단 외에도 소위 '전체적 상황의 검토'를 통해, 수정 제4조의 예외를 인정하기도 한다. United States v. Knight 사건에서³²⁾ 미연방대법원은 약물범죄로 유죄판결이 확정된 후, 보호관찰 기간 중인 자에 대하여 방화사건 관련 다른 범죄혐의에 대한 수사의 일환에서 영장 및 동의 없이 가택에 대한 압수수색이 이루어진 사안에서, 보호관찰 등 일정한 교정처우를 받고 있는 자는 일반 시민에게 부여된 완전한 자유로부터 일정부분 제한될 수 있고,³³⁾ 특히 보호관찰의 경우, 보호관찰처분

30) United States v. Reynard, 220 F.Supp.2d 1142(S.D.Cal. 2002).

31) United States v. Kincade, 345 F.3d 1095, 2003 U.S. App. LEXIS 20123(9th Cir. Cal., 2003).

32) United States v. Knight, 534 U.S. 112(2001).

이 갖는 재사회화 기능의 원활한 발휘와 장래 범죄로부터의 지역사회보호라는 목적 및 우월적 이익, 또한 보호관찰처분 등을 받는 자의 재범율은 일반인의 범죄율에 비하여 상당히 높다는 점에서 통상적인 압수수색에 요하는 상당한 이유(probable cause)보다 낮은 수준의 혐의로도 충분하다고 하여, 위 압수수색을 합헌으로 판단한 바 있다.

Kincade 사건의 항소심은 위 Knight 사건을 인용하면서 수정 제4조는 개별적 혐의(individual suspicion)와 상당한 이유(probable cause) 또는 영장(warrant)의 발부라는 요건과 함께 압수수색의 합리성(reasonableness)을 요구하고 있는데, Edmond 사건과 같이 범집행 외의 다른 목적을 위한 특별한 필요성이 결여된 경우에도 보호관찰 등 일정한 교정처우를 받는 자는 일반인에 비하여 제한된 자유를 갖는다는 점을 전제로 수정 제4조에 의하여 보호된 침해이익과 사안에서와 같이 이루어진 압수수색에 의하여 확보되는 국가적 이익을 전체적인 상황에서 비교 형량한 결과, 후자가 전자에 비교하여 우위를 차지하는 때에는 수정 제4조에 위배하는 것으로 볼 수 없다고 하여 원심판단을 파기하고 Kincade 사건을 합헌으로 판단하였다.

Kincade 사건 항소심 판결은 DNA데이터베이스를 위한 DNA 샘플채취의 성격이 범죄수사 등 범집행을 목적으로 하면서도, 특정범죄에 대한 혐의가 없는 가운데 행하여진 압수수색 임을 인정하면서도 보호관찰 중인 자는 일반인에 비하여 프라이버시 보호범위가 제한될 수 있다는 점에서 합헌판단을 한 점에서 의의가 있다.

2) 신체적 침해에 대한 검토

DNA 샘플채취(특히 혈액샘플)에 수반하는 신체적 침해와 관련하여,

- 33) 교정처우를 받고 있는 경우, 일반인에 비하여 프라이버시에 대한 기대가 감소된다는 시각은 지문과 관련하여서도 동일한 견해가 제시된 바 있다. *Rise v. Oregon*, 59 F.3d 1556(9th Cir., 1995).

Kincade 사건 미연방 항소심은 혈액샘플을 확보하기 위한 채혈과정에서의 신체적 침해는 사실상 어떠한 위험부담이나 외상, 고통을 수반하지 않으며, 일상생활 중에서도 경험할 수 있는 일반적인 것이라는 점에서 중요성을 갖지 못한다고 판단하고 있다.³⁴⁾

3) DNA샘플의 사후처리를 포함한 프라이버시 침해가능성에 대한 검토

아울러 동 판례는 DNA typing시 활용되는 STR기법에 대하여 상당히 상세하게 언급하면서, 분석에 사용되는 STR좌는 유전정보를 담고 있지 않은 junk DNA(intron)로 이를 통해 확보되는 정보는 단순히 대상자의 신원확인을 위한 일련의 기록을 창출하는 것에 지나지 않으며, DNA데이터베이스의 대상 중범죄로 유죄가 확정된 경우에는 대상자의 신원정보와 관련하여 일반인에게서와 같은 정당한 프라이버시의 기대를 상실한다고 보아, 프라이버시 침해 역시 문제되지 않는다고 판시하고 있다.

참고로 독일연방헌법재판소도 2000년 DNA 감정법(DNA Identitätsfeststellungsgezetzt)에 대한 정보적 프라이버시 침해여부와 관련하여 판단한 바 있다.³⁵⁾ 동 판례에서는 DNA데이터베이스에 활용되는 자료의 성격이 DNA 중 유전정보가 포함되어있지 않은 비코드화부분을 대상으로 하는 점에서 지문과 유사성이 인정되고, 당해 개인의 유전적 성질, 성격, 질환 등 인격적 프로파일을 귀납적으로 추론하는 것이 불가능한 한, DNA데이터베이스가 반드시 절대적으로 보호되어야 할 인격의 핵심영역에 관련하는 것은 아니라고 하여 합헌으로 판시하였다.

34) DNA데이터베이스 관련사례는 아니지만 DNA typing시 샘플채취 과정에서 신체적 침해가 문제된 사례에서도 이와 유사한 판단을 한 바 있다. *Shelton v. Grudmanson*, 934 F.Supp. 1048, 1050-51(W.D. Wis. 1996).

35) BVerfGE 103, 21, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Sents vom 14. Dezember 2000.

DNA typing에 활용된 후의 보존 샘플의 남용가능성에 대하여는 분명히 그러한 위험성이 존재할 수 있고 간단히 배척할 사항은 아니지만, 유전정보의 활용, 제3자에의 공개, 유전적, 우생학적 차별 등의 문제가 현실화된 문제는 아니라는 점에서, 현재의 법제와 운용현실을 놓고 판단한다면 고려할만한 요소가 아니라고 판단하였다.

동시에, 강제적 DNA 샘플채취 및 typing, 데이터베이스화는 조건부 식방에 따른 조건이행여부의 파악을 통해 교정처우의 원래적 기능을 확보할 수 있다는 사회일반의 이익과 아울러 상습범죄자에 대한 억제효과, 과거의 미해결범죄사건에 대한 유효한 수단이 될 수 있는 점도 중요한 합헌판단의 논거로 제시하고 있다.

2. 기타 관련쟁점

Kincade 사건에 제기된 쟁점 외에도 미연방헌법 수정 제14조상의 평등보호의 원칙에 위배여부, 동 수정 제5조상의 자기부죄거부특권의 침해여부, 소급처벌금지 등과 관련한 쟁점이 제기되고 있다.

가. 평등보호원칙의 위배문제

미연방헌법 수정 제14조는 소위 equal protection of law를 규정하고 있는 바,³⁶⁾ DNA 데이터베이스의 자료제공 대상자들은 단지 특정범죄로 유죄확정을 받거나 체포된 경우에 DNA 샘플의 제출을 강요받는 것은 평등보호원칙에 위배된다고 주장할 수 있다. 그러나 이러한 주장이 논거를 갖기 위해서는 예를 들어 통계적 자료 등을 통해 특정인종(race)이나 성(sex)에

36) 미연방헌법 수정 제14조 「... nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.」.

편향되어 대상자가 선별되는 등의 부당하고 명확한 차별적 논거가 있어야 하지만, 어디까지 데이터베이스화의 범위는 특정범죄행위를 기준으로 설정되고, DNA데이터베이스를 통해 확보되는 상습범죄에 대한 억제효과나 범죄사건 해결에의 유용성, 보호관찰 등 각종 교정처우의 유효성 확보수단으로서의 적절성 등의 이익이 오히려 이를 통해 보다 효과적으로 확보될 수 있다는 점에서³⁷⁾ 평등보호원칙의 위배는 아니라고 판단한다.

나. 자기부죄거부특권의 위배문제

미연방헌법 수정 제5조는³⁸⁾ 자기에게 불리한 진술의 강요를 받지 않을 권리를 보장하고 있는데, DNA 샘플제출에 대한 강요가 동 권리에 대한 침해에 해당하는지의 여부가 문제될 수 있다. 그러나, 자기부죄거부의 대상은 어디까지나 진술(testimony)에 국한한다는 점에서³⁹⁾ DNA 샘플은 진술증거가 아닌 비진술증거(physical evidence)의 속성만을 갖는 다는 점에서 동 권리의 침해여부도 문제되지 않는다고 봄이 일반적이다.⁴⁰⁾

다. 소급처벌금지원칙의 위배여부

소급처벌금지와 관련하여⁴¹⁾ DNA데이터베이스법의 시행이전에 유죄 확

37) Lisa Schirmer Lewis, op. cit., pp. 530-532; Bankers Life & Cas. Co. v. Crenshaw, 486 U.S. 71, 81(1988).

38) 미연방헌법 수정 제5조 「...nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself...」.

39) Schmeber v. California, 384 U.S. 757, 761(1966).

40) Veronica Valdivieso, "DNA Warrants : A Panacea for Old, Cold Rape Cases?", Geo. L.J. 90, 2002, p. 1042-1043; Shaffer v. Saffle, 148 F.3d 1180(10th Cir. 1998); Boling v. Romer, 101 F. 3d 1136(10th Cir. 1996).

41) 미연방헌법 article I. section 10. 「No State shall ... pass any Bill of Attainder, ex post facto Law ...」.

정된 자 등에게도 DNA 샘플의 제공을 강제하더라도 이는 범죄자의 신원 확인 및 검거 등 수사상 편의를 위한 것으로 처벌적(형벌적) 속성을 갖고 있지 않다는 점에서 소급처벌금지원칙의 위배라 할 수 없다고 하겠다.⁴²⁾

IV. 한국의 「유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률(안)」에 대한 검토

한국의 경우, DNA데이터베이스의 도입에 앞서 법적근거 확보를 위하여 1994년 대검찰청(유전자 정보은행 설치에 관한 법률안) 및 경찰청(유전자 자료의 관리 및 보관에 관한 법률안) 주도에 의하여 각기 DNA데이터베이스법안이 제시된 바 있으나, 주관부서 및 DNA데이터베이스의 관리, 운영 책임 등의 문제를 놓고 대립이 벌어져 무산된 바 있다. 그 이후 2005년 양기관의 조정 및 합의과정을 거쳐 「유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률(안)」이 재차 제안되었는데, 여기에는 성폭력예방대책의 일환으로 유전자정보은행의 도입, 운영에 관한 제안 등과 함께 2004년 유명철 사건 등을 계기로 사회적 여론이 조성된 점이 배경원인이 되었다.⁴³⁾ 동 법률안에 내용을 개괄적으로 소개하면 다음과 같다.

1. 데이터베이스화의 범위 : 대상범죄 등

한국의 DNA데이터베이스 법안은 데이터베이스화 대상범죄로 형법범으로 방화, 살인, 상해 및 폭행, 체포 및 감금, 약취 및 유인, 강간 및 강제추행 그리고 절, 강도죄와 특별법범으로 폭처법 제4조 및 제5조, 특가법 제5

42) 다만, Jones v. Murray, 962 F.2d 302(4th Cir., 1992)에서는 DNA 샘플제공이 가석방 등의 조건과 결부된 경우에는 소급처벌금지원칙에 위배될 수 있다고 판시한 바 있다.

43) 대검찰청, 유전자감식정보 관리시스템 추진경과 종합, 2004. 11, 1면.

조의2, 제5조의4 내지 9 소정의 범죄, 성폭력특별법위반죄로 제5조 내지 제12조에 해당하는 범죄행위와 함께 마약류관리에관한법률위반죄로 한정하고 있다(성범죄 및 특정중범죄제한형).

아울러, 위 범죄행위(동 법안에서는 특정범죄라 지칭)와 관련하여 유죄확정판결을 받은 수형자로부터의 DNA 샘플채취를 원칙으로 하되, 구속영장이 발부된 피의자에 대하여 서면동의 또는 영장을 발부받아 DNA 샘플을 채취할 수 있도록 하고 있다(원칙적 유죄확정후형).

2. 데이터베이스화된 정보의 관리

DNA데이터베이스는 크게 수형자에 관한 자료와 피의자 및 범행현장자료로 구분되는데, 수형자에 관한 자료는 대검찰청장이 피의자 및 범행현장에서 확보한 자료는 경찰청장이 각각 관리, 운영하도록 규정하고 DNA데이터베이스의 관리, 운영, 표준기법의 선정, DNA typing에 관한 질적 관리 등에 대한 주요사항을 통합 심의기구로 유전자감식정보위원회를 국무총리 산하에 설치하도록 규정하고 있다.

3. 데이터베이스화 대상자료 및 샘플의 관리, 기타

DNA데이터베이스의 자료화 대상정보(이를 유전자감식정보라 한다)는 개인식별에 관한 유전자정보에 국한하되 개인의 질병, 유전적 소인에 관한 유전정보를 자료화 대상에서 제외하도록 명시화하고, DNA typing에 활용되고 난 후의 샘플의 처리에 대하여는 감식정보를 수록한 때에(범죄현장에서 확보한 시료의 경우는 당해사건의 판결확정시) 지체없이 폐기하도록 규정하여 DNA 샘플의 보존에 따른 유전정보의 남용적 활용가능성에 대

한 논란을 제거하고 있다(폐기형).

아울러, 데이터베이스에 수록된 유전자감식정보는 수형자의 경우 재심 판결을 통해 무죄 등의 판결을 선고받거나 피의자의 경우 불기소처분 및 무죄 등의 판결을 선고받은 때에 직권 또는 본인의 신청에 의하여 삭제하도록 하고 있다.

기타 DNA 샘플채취방식과 관련하여 구강점막 채취나 간이채혈에 의한 방식으로 원칙으로 하고 수형자로부터 샘플채취 시, 수형자는 교정시설의 장에 의한 샘플채취요구에 응하여야 하고 이에 불응 시, 교정시설의 장이 필요한 조치를 할 수 있도록 함으로써 명확하지는 않지만 직접강제도 가능하도록 규정하고 있다(피의자의 경우, 동의 또는 영장(형사소송법 제215조 소정의 영장)에 의하되, 직접강제의 가능성 등에 대하여 명시적인 규정을 설정하고 있지 않다).

4. 동 법안에 대한 평가

동 법안의 평가에 앞서 DNA데이터베이스의 도입에 반대하는 견해의 주된 논거를 살펴보면 대체로 첫째, 지문 등 여타 개인식별 정보와 달리 DNA의 경우, 민감한 유전정보에 대한 분석이 가능하다는 점에서 프라이버시에 대한 중대한 침해가 우려된다. 둘째, 현재 DNA데이터베이스를 운영하는 대부분의 국가에서 초기에는 폭력적 성범죄에 한정하여 데이터베이스화 하였지만, 점차 그 범위를 확대하고 있다. 이는 국가가 국민을 잠재적 범죄자 풀(pool)로 파악하는 것이다. 셋째, 광범위한 DNA데이터베이스를 구축하기 위해서는 막대한 인력과 경제적 비용이 투입됨에도 불구하고 과연 범죄사건의 해결에 어느 정도 도움이 될 수 있을지는 의문이다. 나아가 한국과 같이 치안상황이 안정적인 사회에서 필요성에 대하여도 역

시 의문이 제기된다는 점 등을 생각해 볼 수 있다.

그러나 DNA typing에 활용되는 부분은 유전정보(유전적 소인)가 내재되어 있지 않은 부분(비코드화 영역으로 intron이라 한다)에 해당하여 유전정보의 분석, 데이터베이스화 가능성은 불가능하다고 하겠다. 한국의 DNA데이터베이스법안은 명시적으로 유전자감식정보를 개인식별 목적에만 활용하도록 제한하고, 유전정보의 활용을 제외함으로써 이를 분명히 하고 있다. 아울러 DNA typing에 활용되고 남은 샘플은 파기하도록 규정함으로써(폐기형), 유전정보의 활용 및 유출가능성을 근본적으로 제거하고 있다.

데이터베이스화 대상범죄와 관련하여, 데이터베이스의 실효성을 확보하기 위해서는 일정 수준 정도의 데이터베이스규모가 필요하고, 실제 운용기간의 경과에 따라 데이터베이스의 대상인원은 증가하는 것은 사실이다.

그러나 한국의 DNA데이터베이스는 폭력성 범죄, 성범죄를 중심으로 하고 이외에 DNA typing 활용가능성이 높은 유형의 범죄에 국한함으로써 ‘성범죄 및 특정중범죄제한형’의 DNA데이터베이스라 할 수 있고, 샘플채취시점도 원칙적으로 유죄가 확정된 피고인을 대상으로 하여(유죄확정후형, 다만 피의자의 경우 본인의 동의 또는 영장에 의한 채취가 가능하도록 함으로써 예외적인 경우에 체포시점형을 취하고 있다), 그 대상을 최소화하도록 하고 있다.

또한, 데이터베이스화된 정보를 무죄확정 등의 경우에 삭제하도록 함과 동시에 피의자 등에게도 삭제청구권을 부여하여, 무분별한 DNA typing 정보의 축적을 방지하고 있다. 그리고 데이터베이스의 관리주체를 경찰과 검찰으로 분리하고 중립적인 감독기구로 국무총리 산하에 유전자감식정보위원회를 설치함으로써 자료의 통합, 독점운영에 따른 정보유출 등 남용가능성 등 관리상의 문제점의 해소를 시도하고 있다.

DNA데이터베이스의 실효성이나 필요성에 관한 문제제기에 대하여도,

과거 화성연쇄살인사건 등에서와 같이 이른바 저인망식 DNA typing (DNA dragnet)을 실시한 예가 있는 점에서 실무적으로는 이미 DNA데이터베이스가 경찰 등 수사기관에서 활용되고 있는데, DNA데이터베이스는 이에 대한 법적규제로서 오히려 수사의 적법성을 보장하는 장치가 될 수 있고, 이른바 동기 없는 범죄나 불특정 피해대상에 대한 범죄와 같이 수사 단서의 확보 등이 극히 어려운 범죄사건의 해결에 있어서는 DNA데이터베이스가 유효한 수사기법임은 각국의 사례를 통해 소개된 바 있음은 주지의 사실이다. 동시에, 이러한 DNA데이터베이스를 통해 초동수사단계에서 수사대상을 압축, 선별할 수 있도록 함으로써 오히려 인권보장과 함께 수사의 효율성도 확보할 수 있는 장점이 있다.

전체적으로 볼 때, 한국의 DNA데이터베이스법안은 미국의 CODIS나 영국 등의 DNA데이터베이스법제에 비교할 때 개인의 프라이버시 침해 등에 대한 논란을 어느 정도 제어하고 있다고 평가할 수 있다.

물론, 샘플의 채취방식과 관련하여 피채취자가 거부 시, 직접강제 가능 여부 등에 대한 규정이 다소 불명확한 점, 피의자에 대한 샘플채취 시, 원칙적으로 본인의 동의를 요건으로 하고 있으나, 과연 피의자가 자발적으로 동의한 것인지의 여부에 대한 의문, 데이터베이스화 대상범죄에 대한 보다 실증적, 통계적 검토(재범률 등) 등 보다 세부적인 검토가 필요한 부분은 있다고 생각한다.

V. 결 론

앞서 살펴본 바와 같이 한국의 유전자 감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안은 대상범죄의 범위를 살인, 상해와 폭행, 체포와 감금, 약취와 유

인, 강간과 추행, 절도와 강도, 마약류관련 범죄에 한정하고 있는데(동 법안 제2조 6항), 통상 DNA typing 기법이 유효하게 활용될 가능성이 높은 성범죄 및 폭력성 범죄 등을 중심으로 하되, 이러한 범죄행위의 상습범들이 이에 앞서 관련을 맺을 수 있는 타 범죄유형 등도 고려한 형태로 분석된다. 대체로 미국의 예를 빌리자면 특정 중범죄제한형 정도로 파악할 수 있겠다. 또한 DNA 샘플의 채취시점이 유죄확정판결을 받아 교정시설에 수감된 자를 원칙으로 하되(동안 제4조 및 제6조), 대상자의 동의나 필요시 영장을 발부받아 구속 피의자의 경우에도 샘플을 채취할 수 있도록 하는 점(동안 제7조)에서 원칙적으로 유죄확정후형으로 파악할 수 있겠다.

나아가 DNA 분석대상에서 유전정보를 제외하고, 데이터베이스화된 자료를 무죄나 불기소 등의 사유에 따라 직권 또는 신청에 의하여 필요적으로 삭제하고(동안 제12조), 분석에 사용된 샘플도 분석 후 지체없이 폐기토록 함(동안 제11조)으로써 정보남용의 가능성을 효과적으로 차단하고 있는 점 등을 고려한다면, 위 입법안은 미국의 CODIS, 영국의 NDNAD 등과 비교할 때 데이터베이스화의 대상자나 DNA 샘플의 획득시점 및 데이터베이스자료의 삭제가능여부 및 분석 후 샘플처리 등의 문제와 관련한 논란을 염두에 놓고 볼 때, 인권침해 가능성을 충분히 검토하여 제시된 법안으로 평가된다고 생각한다. 또한 수형자정보 및 피의자정보의 관리주체를 분리하고 유전자감식정보위원회를 설치하도록 한 점(동안 제13조)도 동일한 맥락에서 의미가 있다고 생각한다.

한국에서도 수사기법으로서 DNA typing의 활용규모가 증대, 일반화되고 있다는 점을 놓고 볼 때,⁴⁴⁾ DNA데이터베이스 운용에 대하여 막연한 부정적 시각을 갖는다는 것은 다소 현실적이지 못하다고 생각한다.

44) 2003년 국립과학수사연구소의 DNA type 감정실적은 총 210,500건에 달한다. 2004년 경찰백서, 경찰청, 161면; 아울러, 대검찰청 과학수사과 유전자감식실의 2002년 감정실적은 130건으로 확인된다. 2003년 검찰연감, 대검찰청, 315면.

결국 프라이버시 등 기본권침해 가능성과 범위를 최소화한 형태의 DNA데이터베이스의 고안과 도입을 모색하여야 할 것이고, 금번 한국의 입법안은 최종적인 법제화에 이르기까지 DNA typing 품질검증이나 향상이나 표준적 분석절차의 수립, DNA 샘플채취방법 등 세부적인 사항에 대하여 논의가 계속되어야겠지만 기본적으로 DNA데이터베이스법제의 적절한 모델을 제공한 것으로 판단된다.

주제어: 유전자, 유전자감식정보, 압수수색, 프라이버시

참고문헌

- 김승현 외 7인 공저, 유전자감식, 서울 : 탐구당, 2001.
- 정연보, DNA 타이핑, 서울 : 인제대학교 분자생물학연구소, 1996.
- 대검찰청, 유전자감식정보 관리시스템 추진경과 종합, 2004.
- 검찰연감, 대검찰청, 2003.
- 경찰백서, 경찰청, 2004.
- Giannelli, Paul C. & Imwinkelried, Edward J., Scientific Evidence Vol. 2, 3rd ed., Charlottesville, V.A. : Lexis Law Publishing, 1999.
- Krawczak, M. & Schmidtke, J., DNA Fingerprinting 2nd ed., Oxford, U.K. : Bios Scientific Publishers, 1998.
- Palmer, Louis J. Jr., Encyclopedia of DNA and the United States Criminal Justice System, North Carolina : Mcfarland Company Inc., 2003.

Rudin, Norah & Inman, Keith, An Introduction to Forensic DNA Analysis 2nd ed., N.Y. CRC press, 2002.

Predictions of The Research and Development Working Group, The Future of Forensic DNA tetsting, National Institute of Justice, D.O.J, November. 2000.

Asplen, Chritopher H. & Lane, Smith Alling , International perspectives on forensic DNA databases, Forensic Science International 146, 2004.

Benecke, Mark, DNA Typing in forensic medicine and in criminal investigations : a current survey, Naturwissenschaften 84, 1997.

Connors, Edward , et. al., Convicted by Juries, Exonerated by Science : Case Studies in the Use of DNA Evidence to establish Innocence after Trial, U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, June. 1996.

Cronan, John, the Next Frontier of Law Enforcement : a Proposal for Complete DNA Databanks, American Journal of Criminal Law 28, 2000.

Kaya, David, Commentary : Two Fallacies about DNA Data Banks for Law Enforcement, Brooklyn Law Review 67, 2001.

Lewis, Lisa Scriner, "the Role Genetic Information Plays in the the Criminal Justice System", Arizona Law Review 47, Summer. 2005.

Orden, James F. Van, Recent Develpoment : DNA databases and Discarded Provate Information : Your License, Registraion and

Intimate Bodily Details, Please, North Carolina Journal of Law & Technology 6, Spring. 2005.

岡田 薫, DNA型と個人識別, 警察學論集, 第45卷 2号, 1992.

玉蟲由樹, DNA鑑定と情報自己決定權, 自治研究 第79卷 8号, 2003.

山本龍彦, 米國におけるDNAデータベース法制と憲法問題, 警察學論集 第58卷 3号, 2005.

山本龍彦, DNAデータベースをめぐる米國最新判例の意義, 警察學論集 第58卷 6号, 2005.

山本龍彦, DNAデータベースをめぐる米國最新判例の意義, 警察學論集 第58卷 6号, 2005.

森 喬, DNA型鑑定の現状, 警察學論集 第47卷 1号, 1994.

田前雅英, DNAデータベース化の必要性と犯罪狀況, 警察學論集 第58卷 3号, 2005.

200 형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

The Study on Introduction of DNA Databases and Related Legislative System in Korea

- Concentrating on the DNA Databases Legislative System DNA of
United States, Other Countries and Examination of Related Cases -

Kwon, Chang-Kook*

There is positive view point about DNA databases; it is said that DNA database is effective mean to solve violent crimes or sex crimes which have high rate of recidivism generally and motive less crime in that case, criminals usually select victims or targets indiscriminatively, with no aims. over there, it is a useful investigative method to solve cold cases(unsolved criminal cases), to prevent crimes.

In fact, there were many cases of DNA dragnet(DNA mass-screening) in police investigation in Korea, too. so in this reason and social need for effective law enforcement, the introduction of DNA databases & legislative system has been proposed in Korea from early 1990s.

Now, DNA databases have been operated as criminal investigative method in United States(CODIS, combined DNA index system), United Kingdom(NDNAD), Germany, other many countries. in Korea, there was a attempt to introduce DNA databases in 1994 by national police agency and prosecutorial office. and in 2005, new legislative system

* Full-time Lecturer, Dept. of Public Administration & Law, Junju Univ.

of DNA databases has been introduced by cooperation of the national police agency & prosecutorial office, again.

In relation to DNA databases & legislation, many problems are proposed like this; ① wrongful invasion of privacy in relation with genetic information of individuals, ② unjustice discriminative restriction by country with DNA information etc. and so in details, there are much of debate about kinds of databased crimes, criminals, time to sampling DNA, method of sampling, possibility of deletion of databased information, managing of DNA samples, and so on.

In this study, in relation with the introduction of DNA databases in korea, it is a main object to analyzed Korean DNA databases & legislative system and proposed appropriate model of DNA databases in korea, comparing with United States, and the other country's examples, related law cases.

Keywords: DNA typing, DNA databases, privacy

공직선거법과 인터넷실명제

김 혜 경

형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

한국형사정책연구원

공직선거법과 인터넷실명제

김 혜 경 *

I. 서 론

사이버공간은 기존의 일방적이고 단편적인 매체들과는 달리 가장 참여적인 시장이면서 표현촉진적인 매체로서의 역할을 수행하고 있다.¹⁾ 종래 일반인이 기본권으로서 향유하던 표현의 자유는 실제로 그 행사의 장이라는 면에서는 한계가 있었다. 즉, 기존의 표현매체로서 이용되던 언론, 출판, 통신, 방송과 신문 등은 의사표현과 정보교환에 있어서 대부분의 일반인들을 수동적인 수용자에 머무르게 하였고, 이러한 매체에 의한 법익침해에 대하여 제도적으로나 법적으로 대응을 한다는 것이 용이하지 않았다. 그러나 참여자 모두 쌍방향의 의사표현이 실현되고, 불특정 다수의 당사자간에 자유로운 정보교환이 이루어지는 사이버공간은 헌법재판소의 결정처럼 가장 참여적인 시장으로서 의사와 정보의 표현의 장으로서의 기능을 보유하고 있고, 또한 그러한 역할을 하여야 한다.

이러한 사이버공간의 특성은 선거에 있어서도 많은 변화를 가져왔다. 즉, 인터넷을 이용한 선거활동은 유권자들에게 우회적이지 않은 직접접촉을 가능하게 한다는 점에서 과거의 매체들과는 다른 장점을 보유한다. 기

* 한국형사정책연구원 전문연구원, 법학박사

1) 憲裁決 2002.6.27, 99헌마480 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인(판례집 14-1, 631면).

존의 매체들은 일반적으로 선거의 후보자가 제공하는 정보를 한번 편집·정화하였다는 점에서, 사이버공간에서는 정치적 메시지들이 편집과정 없이 직접 유권자에게 전달될 수 있고, 또한 실시간 쌍방향적인 의사교환이 가능하다는 점에서 소위 진정한 의미에서의 민주주의 선거를 가능하게 할 수 있다고까지 표현한다. 즉, 선거운동과정에서 사이버공간 또는 인터넷은 저렴한 비용과 시·공간적인 제약 없이 광범위한 상대방에게 접근할 수 있다는 점 등의 장점을 통하여 선거에 있어서 주된 흐름으로 자리 잡아 가고 있는 중이다.

그러나 사이버공간의 쌍방향성, 시·공간적 무제약성, 광범위성, 동시성 등의 특징이 선거에 있어서 긍정적인 방향으로 작용한다면, 사이버공간의 또 다른 특징인 익명성은 간과하기 어려운 부작용을 초래한다. 익명성으로 인하여 특정후보에 관한 비방과 패러디, 명예훼손, 악의적인 비방 글들이 난무함으로 인하여²⁾ 공정하고 깨끗한 선거를 어렵게 하기 때문이다.

이에 따라 2004년 3월 12일 개정 공포된 공직선거법 제82조의6조는 인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인이라는 표제 하에 ‘인터넷언론사는 당해 인터넷사이트의 게시판·대화방 등에 선거에 관한 의견을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 의견게시를 하고자 하는 자가 기입하는 성명과 주민등록번호의 일치여부를 확인한 후 일치하는 경우에 한하여 의견게시를 할 수 있도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다’고 규정하고 동시에 당해 인터넷사이트의 게시판·대화방 등에 의견 게시자가 허무인 또는 타인의 명의를 이용한 것이 확인된 때에는 즉시 그 허무인 또는 타인 명의의 아이디로는 의견게시를 할 수 없도록 하여야 하며, 그 아이디로 게시된 의견을 삭제하여야 함을 명시하고 있다. 그리고 동조는 이른바 인터넷실명제

2) Susan Herring, *Gender and Democracy in Computer-Mediated Communication*, Rob Shields(2nd ed). *Computerization and Controversy: Value Conflicts and Social Choices*, San Diego, CA: Academic Press, 1996, p. 476 이하.

가 법문에 최초로 도입된 규정이라고 평가된다.

인터넷 실명제는 동법이 개정·공포되기 훨씬 이전부터 논의되어 온 제도이다. 즉, 인터넷 실명제는 인터넷의 역기능을 해소함으로써 사이버 세계의 신뢰를 높이고, 책임 있는 글쓰기를 통해 올바른 여론을 형성하자는 취지에서 나온 것이다. 이에 따라 정부에서는 '인터넷 주소 자원관리법' 등을 통해 2002년 이후 공공기관이나 인터넷 포털사이트 등의 게시판에 글을 올릴 때는 본인 확인을 거치도록 하는 인터넷 실명제의 도입을 계속 추진해 왔다. 그 최초의 결과물로 법규에 명시된 인터넷 실명제가 바로 공직선거법에 적용된 규정이다.

그런데 공직선거법상의 인터넷실명제는 몇 가지 해결해야 할 문제점을 내포하고 있다. 우선 인터넷실명제의 정의와 범위에 대하여도 충분한 논의가 이루어지지 않은 상태에서 법제에 도입함으로써 인하여, 강제적 인터넷실명제의 타당성, 인터넷언론사의 범위, 의사표현의 자유 및 정치에 있어서 언론의 자유, 현실세계에서의 정치문제에 관한 의사표현의 자유와의 한계, 강제 인터넷실명제를 위반한 인터넷언론사에 대한 제재의 타당성, 선거관련 불법행위와 인터넷언론사의 책임범위 등 선결해야 할 많은 과제들에 대한 부담감에서 벗어날 수 없다.

따라서 본 논문에서는 공직선거법상 인터넷실명제와 관련된 개정내용을 살펴보고 각국의 공직선거와 관련한 인터넷상의 행위에 관한 규제방향에 대하여 검토해 보고자 한다(Ⅱ). 그리고 인터넷실명제의 정의와 그 범위 및 찬반론에 관하여 살펴보고 현행 법제에서의 적용가능성에 대하여 논의하고(Ⅲ), 현행 공직선거법상 인터넷실명제의 타당성 및 비판점을 살펴보고(Ⅳ) 그 개선방안을 생각해 보고자 한다.

II. 개정 공직선거법과 인터넷선거활동

1. 개정 공직선거법과 인터넷언론사

가. 의 의

인터넷언론이라는 용어는 온라인저널리즘(online Journalism), 사이버저널리즘(cyber Journalism), 디지털저널리즘(digital Journalism), 인터넷뉴스(Internet News) 등의 용어와 혼재되어 사용되고 있다.³⁾ 이러한 용어들의 공통점은 가상의 정보공간을 통하여 뉴스로 대표되는 의견이나 정보를 교환·분배·전달한다는 점이다.⁴⁾ 그러나 이러한 유사성만으로 인터넷언론의 정의를 명확히 내리기는 어렵다. 다만 인터넷언론이란 인터넷과 언론의 합성어로서 그 의미에 접근할 수 있을 것이다. 인터넷⁵⁾이란 다시 온라인, 사이버공간 등과 혼용되어 사용되는 용어로서, inter와 Network의 합성어로 전세계의 각종정보 서비스망을 하나로 연결한 지구촌 네트워크, 네트워크들의 네트워크(network of network)이다.⁶⁾ 그리고 언론이란 신문사 또는 신문제작과 관련된 활동뿐만 아니라 언론활동이나, 시사적 문제에 대한

3) 황용석, “인터넷상의 선거보도, 현황과 전망”, 언론중재 제24권 제2호, 언론중재위원회, 2004/여름, 6면.

4) 윤영철, “온라인저널리즘과 뉴스패러다임의 변화”, 사이버커뮤니케이션학보 통권 제7호, 사이버커뮤니케이션학회, 2001, 182면.

5) 현행법상으로는 건강기능식품에 관한 법률, 국제회의산업육성에 관한 법률, 무역거래기반조성에 관한 법률, 민원사무처리에 관한 법률, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률, 전자정부구현을 위한 행정업무 등의 전자화촉진에 관한 법률, 정보격차해소에 관한 법률, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 주택법, 청소년기본법, 행정절차법 등에서 인터넷이라는 용어를 사용한다.

6) 1996년 6월 11일 미국 지방법원 펜실베이니아 동부지구의 ACLU v. Reno판결에서 인터넷을 이와 같이 정의하고 있다. 또한 미국의 1996년 통신품위법 sec 230(f)(1) 역시 인터넷을 기본적으로 네트워크의 네트워크라고 정의한다(The term 'Internet' means the international computer network of both Federal and non-Federal interoperable packet switched data networks).

뉴스 등을 취재, 편집해서 신문, 잡지, 방송 등을 통하여 보도, 논평, 해설 등을 하는 활동을 포함하는 넓은 개념으로 보아야 할 것이다.

그리고 개정 공직선거법은 인터넷언론사의 의미를 ‘신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 제2조 제7호7)의 규정에 따른 인터넷신문사업자 그 밖에 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자와 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자⁸⁾라고 표현한다. 다만 인터넷선거보도심의위원회의 구성 및 운영에 관한 규칙(이하 ‘위원회규칙’) 제2조에 의하여 첫째, 정당 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자 포함)가 설치·운영하는 인터넷 홈페이지, 둘째, 선거운동을 하는 기관·단체가 설치·운영하는 인터넷 홈페이지, 셋째, 기타 심의위원회가 인터넷 홈페이지의 게시내용·운영 및 이용양태 등을 고려하여 인터넷언론사로 인정하지 않는 인터넷 홈페이지는 제외된다.

이와 같은 정의규정에도 불구하고 인터넷 언론사의 의미는 여전히 불명확하다. 이에 따라 공직선거법 및 인터넷선거보도심의위원회 구성 및 운영에 관한 규칙 제2조의 규정에 따라 인터넷선거보도심의위원회는 2004.3.18 결정한 「인터넷언론사의 범위」 예시를 다음과 같이 수록하고 있다.

첫째는 오프라인 종속형 언론을 의미하는 것으로서, 기존의 인쇄신문과 잡지 등을 발행하거나 방송해 온 언론사가 자사의 인터넷 홈페이지에 오

7) 동조 제5호에 의하면, “인터넷신문”이란 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치와 통신망을 이용하여 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파하기 위하여 간행하는 전자간행물로서 독자적 기사 생산과 지속적인 발행 등 대통령령이 정하는 기준, 즉 첫째, 독자적인 기사 생산을 위한 요건으로서 취재 인력 2인 이상을 포함하여 취재 및 편집 인력 3인 이상을 상시적으로 고용하고, 주간 게재 기사 건수의 100분의 30 이상을 자체적으로 생산한 기사로 게재할 것, 둘째, 지속적인 발행요건으로서 주간 단위로 새로운 기사를 게재할 것 등을 충족하는 매체를 의미한다.

8) 법 제8조의 5 제1항 참조.

프라인에서 제공하는 기사를 게재하거나 자체적으로 뉴스를 생산·공급하는 형태,⁹⁾가 해당한다고 본다. 둘째는 이른바 온라인 독립형 언론으로서, 자체적으로 기사·논평·칼럼 등을 생산하여 신문·방송·웹진 등의 형태로 보도하는 인터넷사이트¹⁰⁾가 속한다고 보며, 셋째, 인터넷 포털사이트로서 수십 개의 뉴스사와 콘텐츠 공급계약을 맺고 이를 목록화해서 뉴스를 제공하는 형태를 의미하는데, 뉴스의 단순유통과 제한적인 뉴스선택 및 편집권한만 가지고 있으며, 자체적으로 뉴스를 생산하지는 않는다.¹¹⁾ 넷째, 한국인터넷신문협회 및 한국인터넷기자협회 등 인터넷언론 관련단체에 회원사로 가입된 인터넷사이트 및 다섯째, 기타 위 각호의 1에 해당하지 아

9) 동결정 예시에 따르면, 정기간행물등록에관한법률(현행 신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률) 제2조(정의) 제2호·제5호·제8호에 규정된 언론사 및 방송법 제2조(용어의 정의) 제1호에 의한 방송사가 직접 운영하거나 별도 법인으로 운영하는 인터넷 사이트를 의미한다. 인터넷선거보도심의위원회는 중앙일간지로서 디지털조선일보(chosun.com), 조인스닷컴(joins.com), 동아닷컴(donga.com), 인터넷한겨레(hani.co.kr), 한국닷컴(hankooki.com), 경향신문(khan.co.kr), 국민일보(kukminilbo.co.kr), 문화일보(munhwa.co.kr), 세계일보(segye.com), 내일신문(naeil.com), 서울신문(seoul.co.kr), 매일경제신문(mk.co.kr), 머니투데이(moneytoday.co.kr), 서울경제신문(sedaily.com), 메트로(clubmetro.co.kr), 포커스(e-focus.co.kr), 그리고 이와 유사한 지면발행신문의 종속형인 지방신문, 지역신문, 일반주간신문, 잡지, 지상파방송, 유선방송 등이 여기에 포함된다고 본다.

10) 예컨대, 대표적으로 통신사는 연합뉴스(yonhapnews.co.kr), 뉴시스(newsis.com), 인터넷신문으로는 오마이뉴스(ohmynews.com), 프레스리안(pressian.com), 도깨비뉴스(dkbnews.com), 브레이크뉴스(breaknews.com), 민중의 소리(voiceofpeople.org), 독립신문(independent.co.kr), 이타임즈넷(etimesnet.com), 뉴스앤조이(newsjoy.co.kr), 라이브이즈닷컴(liveis.com), 시민의신문(ngotimes.net), 업코리아(upkorea.net), 매일노동뉴스(labornews.co.kr), 미디어몹(mediamob.co.kr), 데이터뉴스(datanews.co.kr), e원컴(ewincom.com), 뉴스앤뉴스(newsandnews.com), 통일뉴스(tongilnews.com), 지키(zkey.co.kr), 사이버뉴스24(cppc.or.kr), 뉴스타운(newstown.co.kr), 뉴스킹(newsking.co.kr), 프레스25(press25.com), 빠라넷(bbira.net), 비상구(newskorea24.com), 경향뉴스원(newsonline.co.kr), 인천뉴스(ohmyincheon.net), 뉴스비전21(newsvision21.com), 뉴스매니아(newsmania.co.kr), 코리아라이프(koreanlife.net), 포항뉴스(pohangnews.co.kr), 바른지역언론연대(bjynews.com), 네오지컴(neo-g.com) 등을 들 수 있다.

11) 예컨대 네이버(naver.com), 야후코리아(kr.yahoo.com), 심마니(simmani.com), 한미르(hanmir.com), MSN(msn.co.kr), 클럽리치(down.clubrich.com), 엠파스(empas.com), 네이트(nate.com), 드림위즈(dreamwiz.com), 프리챌(freechal.com), 네띠앙(netian.com), 코리아닷컴(korea.com), 하나포스닷컴(hanafos.com) 등. 다만 현재 미디어다음(daum.net)은 자체 뉴스를 생산하고 있다.

니하는 경우로써 심의위원회가 인터넷언론사로 결정한 인터넷사이트라고 보다 구체적으로 명시하였다.

나. 규제내용

인터넷언론사는 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 행정자치부장관이 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다(제82조의6 제1항). 그리고 제1항의 규정에 따라 실명인증을 받은 자가 글을 게시한 경우 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 “실명인증” 표시가 나타나도록 하는 기술적 조치를 하여야 하며(동조 제4항), 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 “실명인증”의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글이 게시된 경우에는 지체 없이 이를 삭제하여야 한다(제6항). 또한 정당·후보자 및 각급선거관리위원회가 제6항의 규정에 따른 글을 삭제하도록 요구한 경우에는 지체 없이 이에 따라야 한다(제7항).

이러한 규정에 반하는 경우에는 82조의6 제1항의 규정을 위반하여 기술적 조치를 하지 아니한 자는 1천만원 이하의 과태료에(제261조 제1항), 제82조의6 제6항의 규정을 위반하여 실명인증의 표시가 없는 글을 삭제하지 아니한 자는 300만원 이하의 과태료에 처한다(제261조 제2항 제3호).

2. 각국의 인터넷선거관련 입법례

가. 개 관

선거제도는 나라의 수만큼 존재한다고 할 수 있을 만큼, 그 나라의 역

사와 문화에 깊이 뿌리박고 있기 때문에 선거법의 체계 자체는 근본적으로 다르다. 그러나 한편으로 과거에 존재하지 않았던 새로운 매체와 기존의 선거법체계와의 양립가능성을 도모하는 각국의 시도를 파악하는 것은 인터넷상의 선거관련행위에 대한 이해에 많은 도움이 될 것이다. 결론적으로 각국에 있어서는 기존의 선거법상의 규정들과의 관계에 있어서 인터넷에 의한 선거운동을 어떠한 방식으로 고려하는가에 대한 문제제기나 선거관리기관에 의한 법해석이 체계적으로 이루어지고 있는 단계라고 할 수 있다.¹²⁾ 대체로 주요 수단으로서 선거자금에 관한 통제방식을 이용하는 경우가 많은데, 미국이나 영국, 프랑스 등이 이와 같은 방법을 취한다.¹³⁾

나. 미 국

미국에서는 1984년 FCC사건¹⁴⁾에서 이미 새로운 미디어의 특성상의 차이점들로 인하여 각각의 매체들에 대하여 수정헌법 제1조의 보호기준을 달리 적용해야 할 필요가 있음을 지적하였다. 그렇지만 아직까지는 인터넷을 이용하여 정치적 의사표현을 하는 행위들에 대하여 미국 연방대법원은 기존의 수정헌법 제1조와 다른 방식을 적용한 사례는 없다.

다만 인터넷이라는 새로운 매체가 선거에 이용되자, 1999년 연방선거위원회가 선거운동과 인터넷에 관한 조사 고시를 발표하고 이메일과 하이퍼링크 등과 같은 인터넷상에서의 선거운동이 정치적 기부금이나 비용에 포함되어야 하는지를 조사하였다. 그러나 다른 한편으로 기존의 선거운동이

12) IT時代の選舉運動に關する研究會, IT時代の選舉運動に關する研究會 報告書, 2002/8, 14면 참조.

13) 선거 이외에 외국 정부기관의 인터넷 게시판 운용현황에 관하여는 한국전산원, 건전한 정보문화 정착을 위한 정책방안-‘인터넷 게시판’에 대한 논의를 중심으로-, 2003/12, 38면 이하 참조.

14) FCC v. League of Women Voters, 468 U.S. 364, 377(1984).

인터넷으로 활동영역을 확장하면서 연방선거운동법(Federal Election Campaign Act: FECA)을 집행하는 연방선거관리위원회(Federal Election Commission)는 인터넷상의 정치선거운동에 대하여 기존 법률을 어떻게 적용해야 하는가에 대하여, 기존의 선거운동의 주요매체였던 라디오, TV 및 신문과 같은 인쇄매체와 동일하게 적용해야 하는가라는 문제에 부딪혔다.

또한 연방선거운동법 제441조 d항은 신분증명에 관한 요건을 명시하도록 하고 있으면서, 지지 또는 낙선을 원하는 후보를 명백히 하기 위하여 해당 후보의 이름이나 사진 또는 삽화를 반드시 사용하도록 의무화하고 있다. 동법상 선거경비지출이란 ‘연방에 소속된 공직 선거에 영향을 끼칠 목적으로 행해지는 구입, 지불, 분배, 대출, 예금, 선불 또는 모든 유·무형의 소유권이전’을 포함한다.¹⁵⁾ 그런데 인터넷상의 정치선거운동에 대하여도 연방선거운동법 제441조 d항의 신분증명에 관한 요건을 적용해야 하는지 역시 문제이다.¹⁶⁾ 이에 대하여 FEC는 2001년 10월 인터넷상에서의 정치활동에 대한 규정(Notice of Proposed Rulemaking: NPRM)¹⁷⁾을 공표하였다. 동 규정은 개인의 정치적 웹사이트 사용을 허용하고, 기업과 노동조합이 특정 웹사이트에 링크하는 것을 허용하며, 보도자료의 게재도 허용하고 있다. 이는 FEC가 인터넷상에서의 정치활동영역을 넓히려는 의사의 표현이라고 할 수 있다. 또한 자신의 컴퓨터를 이용하여 인터넷서비스를 이용한 경우에는 연방선거운동법이 규정하고 있는 기부금이나 비용에 해당되지 않는다고 공표하고 있다.

15) 2 F.E.C.L. 431(9)(A)(i)(2002) ‘Expenditure’ is statutorily defined as including “any purchase, payment, distribution, loan, advance, deposit, or gift of money or anything of value, made by any person for the purpose of influencing any election for Federal office.

16) 심재훈, “미국의 선거법과 선거제도”, 세계의 언론법제 통권 제11호, 한국언론재단, 2002/상반, 231면.

17) 11 CFR Parts 100, 114, and 117[Notice 2001-14] The Internet and Federal Elections; Candidate-Related Material on Web Sites of Individuals, Corporations and Labor Organizations. http://www.fec.gov/pdf/nprm/use_of_internet/FR66n192p50358.pdf

다. 일 본

1) IT 시대의 선거운동에 관한 연구회 보고서

일본의 선거보도나 언론과 관련된 법률에는 공직선거법과 방송법이 있다. 따라서 신문, 잡지 등의 인쇄매체를 이용한 선거관련보도는 공직선거법, 방송매체 선거관련보도 등은 공직선거법과 방송법에 의하여 규제되고 있다. 그러나 최근 인터넷 등 새로운 매체의 급격한 변화로 인하여 선거운동 및 선거관련 규제에 관한 활발한 논의가 진행되고 있다. 그리고 이러한 활동 중의 하나가 일본 총무성의 'IT 시대의 선거운동에 관한 연구회'이다. 동 연구회는 공직선거법상 인터넷을 통한 선거관련 행위에 대한 규정이 없다는 반성 하에 2002년 8월 'IT 시대의 선거운동에 관한 연구회 보고서'를 발표한 이후 인터넷상의 선거관련 행위에 대한 다양한 접근을 시도하고 있다. 동 보고서는 인터넷을 선거운동에 도입하는 경우에는 선거의 공정을 확보를 위해 인터넷의 악용은 가급적 억제할 필요가 있다는 점을 기본으로 한다.

2) 인터넷상 선거관련 비방증상

(가) 인터넷상의 정보보호

동 보고서상 인터넷상 정보보호를 위한 내용으로는 본인사칭에 대한 대책과 홈페이지의 내용변경에 대한 대책이 있다.¹⁸⁾

본인사칭에 대한 대책으로는 다시, 어떤 홈페이지가 후보자 본인의 홈

18) IT時代の選挙運動に関する研究会, IT時代の選挙運動に関する研究会 報告書, 2002/8, 28-29면 참조.

페이지인가를 알 수 있도록 할 필요가 있는 동시에, 후보자 이외의 자가 후보자의 이름을 사용한 정보발신을 하지 않도록 억제하는 것이 적절하므로, 다음과 같은 대책을 취하는 것이 필요하다는 결론에 이른다.

① 홈페이지 개설자의 연락처 표시의무로서, 홈페이지를 개설하는 경우 홈페이지 개설자에게 연락처의 표시의무를 부과함으로써 본인사칭에 대한 억제효과를 거둬와 동시에, 유권자의 경우에도 연락처의 표시가 없는 것이나 엉터리 연락처를 써 놓을 것 등은 당해 홈페이지의 정보는 신뢰할 수 없는 것이라고 추정할 수 있을 것으로 본다(2(2) 참조).

② 성명 등 허위표시 금지로서, 인터넷을 이용한 선거운동을 인정하는 경우 단점을 조금이라도 억제하기 위해, 홈페이지상의 서명 등의 허위표시에 대해서는 벌칙을 두어 금지하는 조치를 강구함으로써(공선법 제235조의5의 개정) 성명 등의 허위표시에 대한 억지효과를 기대한다.

③ 후보자 홈페이지주소 공지 등의 편의제공으로서, 어떤 홈페이지가 후보자의 진정한 홈페이지인가를 명확히 하고 본인사칭 홈페이지를 배제할 수 있도록 하기 위해, 당해 선거에 관한 사무를 관리하는 선거관리위원회가 편의제공이라는 형태로 후보자의 홈페이지주소를 공지하는 등으로 유권자의 편의를 도모한다. 또한 인터넷은 스스로 정보를 취사선택하면서 이용하는 것인 이상, 홈페이지에 게재된 후보자에 관한 정보에 대해서는 유권자가 스스로 책임을 가지고 그 정보의 진위를 판단해 가는 것이 요구된다.

둘째, 홈페이지의 내용변경(개찬, 改竄)에 대한 대책에 대하여는, ① 홈페이지의 내용변경에 대해서는 선거운동자유방해죄가 적용되는 경우도 있지만, 내용이 변경되었는지 여부에 대해서는 홈페이지 개설자가 가장 잘 파악할 수 있는 이상, 기본적으로는 홈페이지 개설자가 자기책임에 따라 대처하여야 할 것이며, ② 홈페이지 개설에 있어 제공자 서버를 임차하는 경우에는 제공자의 보안관리에도 유의할 필요가 있다는 점을 내용으로 한다.

(나) 인터넷상의 비방증상에 대한 대책

이는 첫째, 인터넷의 이용형태를 홈페이지에 한정한다.¹⁹⁾ 그리고 홈페이지는 인터넷의 이용형태 중에서도 홈페이지 주소를 공표하는 것이 전제가 되는 이용형태이기 때문에, 메일과 비교하면 정보발신자를 추적하는 것이 용이하다는 점을 강조한다. 따라서 인터넷의 이용형태를 홈페이지에 한정함에 의해 정보발신자가 위법한 발언을 한 경우에는 발언에 대한 책임을 추궁할 수 있기 때문에, 비방증상 등의 홈페이지를 개설하기 어렵다는 억제효과가 기대된다.

둘째, 홈페이지 개설자의 연락처 표시의무이다. 홈페이지 상에서 성명 등의 표시의무를 부과하는 것은 익명에 의한 표현의 자유를 제한하는 것이 되어 문제가 된다는 지적도 있지만, 책임 있는 선거운동을 실현하기 위해서도 홈페이지를 개설한 자는 어떠한 연락을 취할 수 있는 정보를 홈페이지 상에 게재토록 하는 것을 의무화할 필요가 있다. 다만, 전단·포스터와 같이 성명이나 주소를 표시케 하면 인터넷상의 정보가 일상적으로 악용될 우려가 있다는 점에서, 성명 등의 악용을 우려하여 홈페이지에 의한 선거운동을 회피하는 경우도 생각할 수 있고, 그러한 움직임이 발생하면 유권자의 정치참여를 촉진하기 위하여 인터넷을 선거운동에 도입한다는 목적이 달성되지 않을 수 있다. 따라서 성명이나 주소의 표시는 아니지만 인터넷상의 주소라고도 할 수 있는 메일 주소의 표시를 의무화하는 것이 적절하다는 결론에 이른다. 이에 의해 제3자가 비방증상을 한 경우에도 홈페이지 개설자에게 연락을 취하는 것이 가능하고, 부정행위에 대한 억지력이 발생하는 것이 기대된다. 한편, 이용자도 이러한 연락처의 유무 등을 보고 홈페이지의 정보의 진위를 판단하는 것이 가능하다는 효과도 기대할

19) IT時代の選挙運動に関する研究會, IT時代の選挙運動に関する研究會 報告書, 2002/8, 29-31면 참조.

수 있다. 또한 홈페이지 상에서의 쓰기기능이 가능한 경우에도 당해 서비스를 제공하는 홈페이지 개설자가 책임을 가지고 부당한 발언을 삭제하면 족하고, 당해 쓰기기능을 이용하는 데 대해서도 메일 주소의 표시를 의무화 할 필요는 없다고 보고 있다.

셋째, 후보자 자신도 자기의 정견 등을 표명하는 통신수단을 가지고 있기 때문에, 비방증상에 대해서는 홈페이지 상에서 대응조치를 취하는 것이 가능하다. 또한 후보자의 반론이 용이하도록 당해 선거에 관한 사무를 관리하는 선거관리위원회에서 후보자의 홈페이지 주소의 공지에 대해 편의를 제공하는 것이 적절할 것이라고 본다.

넷째, 허위사향공표죄를 적용하는 방법이다. 일본 공직선거법은 당선되지 못하도록 할 목적으로 후보자 등에 관하여 허위의 사항을 알리거나 사실을 왜곡하여 알린 자는 현행법상 4년 이하의 징역이나 금고 또는 100만 엔 이하의 벌금에 처하도록 되어 있다(제235조). 동보고서는 홈페이지상의 비방증상에 대해서는 이 벌칙이 적용되는 경우가 많을 것으로 보고, 선거운동을 하는 자에 대해서는 이 규정의 존재를 충분히 공지함과 동시에 실제로 비방증상이 이루어진 경우에는 이 규정을 적용함에 의해 억지효과를 기대하고 있다.

3) 결 론

동 보고서는 인터넷상의 선거운동 및 규제와 관련하여 다음과 같은 아홉 가지의 종합적 결론을 내리고 있다.²⁰⁾

첫째, 현행 일본의 공직선거법상의 선거운동 규제사항을 유지하면서, 인터넷에 의한 선거운동은 가능하게 한다. 둘째, 인터넷에 의한 선거운동은

20) IT時代の選挙運動に関する研究会, IT時代の選挙運動に関する研究会 報告書, 2002/8, 37면 이하.

홈페이지에 의한 선거운동으로 한정한다. 셋째, 인터넷 홈페이지에 의한 선거운동을 모든 선거에 도입하고, 양적인 제한은 두지 않는다. 넷째, 인터넷 홈페이지에 의한 선거운동은 후보자 또는 정당 이외의 제3자에게도 선거운동을 할 수 있도록 한다. 다섯째, 선거운동에 이용되는 홈페이지에 제3자에 의한 의견개진이 가능하도록 한다. 여섯째, 후보자 및 회계담당자의 동의하에 설치된 홈페이지에 의한 선거운동에 소요된 경비는 종래와 같이 선거운동비로 계산한다. 일곱째, 후보자 이외의 인터넷 홈페이지에 의한 선거운동에 소요되는 비용은, 회계담당자를 통하지 않고 지출할 수 있게 한다. 동 소요경비는 선거운동 경비에 포함되지 않는다. 여덟째, 인터넷 홈페이지 상에서 사칭, 중상모략 등의 대책으로는 홈페이지 개설자에게 메일 주소를 표시할 수 있도록 한다. 아홉째, 선거관리위원회는 유권자 및 후보자에게 편의를 제공하기 위하여 후보자의 홈페이지 주소를 널리 알리는 등 이용촉진을 위하여 노력하여야 한다.

이와 같이 볼 때, 일본에서는 인터넷 실명제라는 방법을 사용하고 있지는 않지만, 선거와 관련하여 인터넷상 이루어지는 불법행위에 대한 대책을 마련하고 있고, 특히 홈페이지 개설자에게 메일주소를 표시할 수 있도록 함으로써 사실상 인터넷 실명제와 동일한 효과를 기대하고 있다.

라. 영 국

영국은 2003년 12월 29일 커뮤니케이션 법령이 발표되면서 기존의 방송, 광고, 인터넷, 전화 등 전체미디어를 통합한 오프콤(the Office of Communication: OFCOM)으로 단일화되었다. OFCOM은 방송기준위원회(BSC), 오프텔(OFTEL), 독립 텔레비전위원회(ITC), 라디오청(Radio Authority), 라디오 커뮤니케이션 행정국(Radio Communication Agency)이

각각 담당해오던 정치적 불공정성의 문제, 라디오 편성 및 광고규제, 선거 및 정치방송의 기본원칙 제시와 규제기능, BBC 부분적 규제 등을 하고 있다. 그러나 영국 역시 선거·정치방송과 관련된 세부사항에 대하여 법률 작업은 이루어지지 않고 있다.²¹⁾

참고로 2001년 총선거간 BBC 프로그램 제작에 관한 지침서를 살펴보면, 포럼과 자유게시판이 보다 활발한 토론의 수단으로서 기능하기 위하여, 주제는 인신공격적인 내용이 아니어야 하고, 사후검열을 엄격히 시행하며, 불법방해나 폐단 등으로부터 게시판을 보호하기 위하여 필요한 경우 단시간 내에 사후검열에서 사전검열로 전환할 수 있도록 하고 있다.²²⁾

Ⅲ. 인터넷실명제

1. 의의 및 종류

가. 의 의

인터넷실명제의 정확한 의의에 대하여는 아직까지 통일된 견해가 없는 듯하다. 일반적으로는 사이버공간에서의 활동주체인 네티즌의 동일성(Identity), 즉 신원 확인을 법제화하겠다는 의미라고 보거나, 사이버공간에서의 활동주체의 익명성 여부를 자율에 맡기지 않음으로써, 인터넷법치주의를 선언한 것이라고 보기도 한다.²³⁾ 그러나 신원확인 정도가 어느 범

21) 중앙선거관리위원회, 각국의 선거관계 언론법제, 중앙선거관리위원회 공보과, 2004, 167면 참조.

22) BBC 프로그램 제작에 관한 지침서의 자세한 내용은 선거관리위원회, 앞의 책, 181면 이하 참조.

23) 강경근, “인터넷 실명제”, 인터넷실명제 민·당·정 간담회 발표문, 2005/8/26, 1면.

위까지인가에 따라서 그 개념과 효과는 달라진다.

나. 종 류

정보통신부에서 소개한 인터넷실명제의 개념분류는 다음과 같다. 첫째, 순수인터넷실명제는 정보검색이나 게시판이용을 비롯한 모든 인터넷 서비스 이용에 이용자의 본인실명을 요구하는 제도이다. 둘째, 인터넷게시판 실명표시제는 인터넷 게시판을 이용할 때 성명 및 주민번호 등으로 본인 여부를 확인하여 이용여부를 결정하는 제도로써, 본인의 실명이 필요하게 된다. 셋째, 인터넷 게시판 실명확인제는 인터넷 게시판 이용시 성명 및 주민번호 등을 통하여 본인여부를 확인하되, 실명은 게시판 운영자에게만 노출되고 게시판상으로는 ID를 사용하여 활동할 수 있는 제도이다. 현재 대부분의 인터넷게시판은 가입시에는 실명 및 주민번호를 요구하고, 실제로 인터넷 게시판을 사용할 때에는 ID로써 정보를 유통할 수 있도록 하고 있기 때문에 이러한 의미의 인터넷 게시판 실명확인제는 이미 활용되고 있는 제도이다. 다음으로 실명게시판 우대제는 실명게시판과 익명게시판을 병행하여 운영하되 실명게시판을 접근성이나 응답 등에서 우대하는 제도이다.²⁴⁾ 이 중에서 어떠한 실명제를 도입할지도 문제지만, 어디까지 적용할 것인가 역시 아직까지 확정된 바는 없다. 대규모 포털사이트만 적용할 것인지, 공공서 사이트만 적용할 것인지, 각 사이트의 어떠한 게시판에 적용할 것인지 등도 선결문제이다.

정보통신윤리위원회의 조사결과에 따르면 사이버폭력 중에서 사이버 명예훼손과 사이버모욕의 상담건수가 2001년에는 245건 및 33건, 2002년 1133건 및 115건, 2003년 1022건 및 894건, 2004년 1306건 및 979건으로

24) http://www.mic.go.kr/gpms.tdf?a=common.HtmlApp&c=1001&page=policy/policy_c_23_r.html&mc=P_03_01_03 참조

급격히 증가하다가 2005년에는 9월까지 2826건과 1372건으로 3분기까지만 전해의 두 배 이상이 되었다. 이와 같은 사이버명예훼손의 이유를 정부는 사이버공간의 익명성에 두고 있다. 따라서 익명성으로 인한 폐해를 예방하기 위한 방법으로 인터넷실명제의 도입을 논의하고 있는 것이다.

그러나 인터넷실명제는 표현의 자유와 관련하여 찬반양론이 첨예하게 대립되고 있다. 여기에서는 인터넷실명제에 관한 찬반론을 살펴보고 그 도입가능성에 대하여 살펴보고자 한다.

2. 인터넷 실명제 찬반론

가. 반대론

실명제를 반대하는 입장에서는 헌법상의 일반원칙과 사이버공간의 특수성 등을 근거로 제시하고 있다.

첫째, 헌법상 과잉금지원칙에 위반이라고 주장한다. 범죄수사 등의 국가 목적을 위하여 모든 인터넷 게시물에 실명제를 도입한다는 것은 그 자체가 심각한 내용규제로서 과잉금지원칙에 위반된다고 본다. 즉, 실명제는 목적의 정당성에도 불구하고 그 실천을 위한 수단의 선택에 있어서 최소침해의 원칙 등에 반할 소지가 있으며, 실제로 수사상의 편의만을 도모한다는 목적에도 불구하고 차명이나 허명, Remailing Service 등을 이용하여 행위자가 법망을 빠져나갈 가능성이 높기 때문에 그 실효성에 의문이 든다고 한다.²⁵⁾ 유사한 취지에서 인터넷상의 각종 불법행위로 인한 피해들은 실명여부와 관계없음을 주장하기도 한다.²⁶⁾

25) 오병일, “인터넷 게시판 강제실명제의 문제점”, 시민과 변호사 통권 112호, 서울지방변호사회, 2003/5, 17면은 인터넷실명제가 모든 국민을 잠재적 범죄자로서 자신이 죄가 없음을 항상 입증할 수 있는 상태로 만든다고 비판한다.

둘째, 사이버공간은 익명성을 고유의 속성으로 하고 있으며, 익명성은 헌법적 권리라고 본다. 즉, 익명표현의 자유는 특히 사회적 약자나 소수자에게 중요한 의미를 가지며, 사이버공간은 일반대중이 자신의 생각과 사상을 자유롭게 표출하고 전파할 수 있다는 점에서 현실세계와는 구별되어야 한다고 본다. 또한 우리 헌법 제18조가 통신의 비밀을 보장하고 있고, 통신비밀의 보장은 언론의 자유의 전제조건이라는 점에서, 익명표현의 자유는 이미 우리 헌법 깊숙이 내재되어 있는 기본권이라고 본다.²⁶⁾

셋째, 명예훼손 등의 범죄방지의 효과와 개인정보침해라는 두 가지의 측면을 고려할 때 범죄방지의 효과보다는 게시판운영자에 의해 수집된 개인정보의 유출로 인한 개인정보침해라는 역기능이 더욱 심각하게 제기된다는 점을 든다.

넷째, 법률에 의한 강제적인 인터넷실명제는 의사표현의 자유를 심각하게 제한할 뿐만 아니라, 현실세계에서는 익명의 기고 등이 가능함에도 불구하고 오히려 의사표현을 보다 보호해야 할 사이버공간에서는 익명의 표현을 원천적으로 봉쇄하는 것은 형평성에 어긋난다고 본다. 또한 이는 모든 국민을 잠재적인 범죄자로 간주하는 사고로부터 출발된다는 점에서 실명제실시를 반대한다.

나. 찬성론

인터넷실명제 찬성론은 헌법 및 현행법령을 근거로 그 합헌성을 주장하고 있는데, 대체로 다음과 같은 논거를 제시한다.

첫째, 사이버공간 역시 헌법원칙을 준수하여야 하는 영역이라는 점을 기본으로 한다. 따라서 표현의 자유도 일반적인 제한원리인 헌법 제37조

26) 최소영, “인터넷 실명제가 해법인가?”, 인터넷실명제 민·당·정 간담회 발표문, 2005/8/26, 27면.

27) 이인호, “익명표현의 자유”, <http://www.lawnb.com> 게재글 중 발췌.

제2항의 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한된다는 점 및 언론·출판의 자유제한인 제21조 제4항의 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다는 점을 통하여 사이버공간도 예외가 아님을 전제한다.²⁸⁾

둘째, 인터넷실명제는 사전적 내용심사에 속하지 않으므로, 헌법이 금지하는 검열제도가 아니라고 본다.

셋째, 통신의 비밀은 개인이 공개하고 싶지 않은 내용이 제3자에 의하여 침해되는 것을 막는 것이기 때문에 내용공개가 원칙인 인터넷게시판은 헌법상 통신의 비밀 보호대상이 아니라고 한다.²⁹⁾

넷째, 특히 법적 근거가 있는 공공게시판이나 한시적 성격의 선거관련 게시판의 실명제는 명백한 합헌이라고 본다. 전자정부구현을 위한 행정업무 등의 전자화 촉진에 관한 법률(이하 전자정부법)은 행정기관에게 소관 법령의 제·개정, 행정예고사항, 그밖에 법령에서 공청회나 여론조사 등을 조사하도록 한 사항에 관하여는 정보통신망을 통한 의견수렴절차를 병행해야 할 의무를 부과하고 있고(제28조 제1항), 의견수렴 및 의견제출을 활성화하기 위하여 관계법령의 정비 등 필요한 조치를 하도록 하고 있다(제28조 제3항). 따라서 필요한 조치의 일환으로서 인터넷실명제를 시행할 수 있다고 본다. 또한 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률(이하 신용정보법)은 신용정보집중기관 및 신용정보제공·이용자는 공공기관의 장이 관계법령에서 정하는 공무상의 목적으로 이용하기 위하여 신용정보의 제공을 문서로 요청하였을 때에는 이를 무상으로 제공 할 수 있다고 규정하고 있다(제14조 제3항). 따라서 공공기관이 의견수렴 및 의견제출을 위하여 필요한 경우 실명제에 사용되는 성명 및 주민등록번호를 신용정보집중

28) 강경근, “인터넷실명제”, 인터넷실명제 민·당·정 간담회 발표문, 2005/8/26, 1면.

29) 명재진, “공공기관의 인터넷게시판 실명제 실시에 관한 소고”, CLIS Monthly, 정보통신정책연구원, 2003/5, 9면.

기관 등이 제공할 있다고 본다. 마찬가지로 공직선거법 제82조의6은 인터넷언론사 등에게 게시판에 의견게시를 하고자 하는 자의 성명과 주민등록번호를 확인할 수 있는 기술적 조치를 하도록 요구하고(제1항), 신용정보집중기관 등에게 성명과 주민등록번호의 일치여부를 확인하여 줄 수 있음을 규정하고 있다(제4항).

다. 소 결

사이버공간이 모든 참여자의 동등하고 공평한 표현의 자유를 보장하는 여론형성 및 의견개시의 장이라고 하더라도 헌법의 테두리 내에서만 그러한 권리를 보장받을 수 있음은 당연하다. 또한 표현의 자유는 헌법의 보호영역이라는 한계를 가지므로 타인의 기본권이나 법익을 침해해서는 안 될 것이다. 이러한 의미에서는 기본적으로 인터넷실명제는 합헌이다. 다만 실명제 실시의 영역과 정도의 확정이 문제라고 할 수 있다.

공공기관에 의한 인터넷실명제는 그것이 강제적이든 임의적이든 그 시행에 있어 문제가 없다. 현재 전자정부구현을 위한 행정업무 등의 전자화 촉진에 관한 법률이나 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률은 공공기관의 공익성을 전제로 실명확인이 가능하도록 되어 있기 때문이다. 물론 공공기관의 실명확인에 있어서도 신용불량 또는 실명확인을 거부하는 사람에게는 공공기관의 게시판에의 접근이 불가능한 반면에 이를 허위로 하는 자는 가능하다는 점 등의 문제³⁰⁾가 수반된다. 그러나 실명의 진위여부 확인의무까지 신용정보업자에게 부과하는 것은 현재로서는 무리일 것이다. 그렇다고 하더라도 관계법규 또는 하위법령의 정비를 통하여 인터넷실명제를 도입하는 것은 허용된다고 할 것이다. 그러나 민간업체에 의한 일반적 인터넷게

30) 이종수, “표현의 자유와 정보통신 내용규제제도”, 법학연구 제12권 제1호, 연세대학교 법학연구소, 2002, 38면.

시판에 대한 실명제시행은 법적 근거가 없을 뿐만 아니라 이로 인한 부작용을 고려하여 신중히 판단해야 한다. 다만 선거와 관련된 민간 포털사이트를 비롯한 인터넷언론사에 대한 강제 인터넷실명제는 공직선거법 제86조의2 제1항에 의하여 법적 근거가 마련되어 있다는 점에서 이와 같은 민간 업체에 대한 실명제의무부과가 타당한지 고려해 보아야 할 것이다.

IV. 공직선거법상 강제실명제

공직선거법상의 인터넷실명제 관련규정들은 다음과 같은 이유로 그 타당성에 대한 검토가 요구된다.

1. 인터넷언론사의 범위의 모호성

공직선거법은 인터넷언론사를 신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률상의 인터넷신문사보다 더욱 광범위하게 정의하여, 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자와 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자라고 하고 있다(제86조의2 제1항). 그러나 기사를 매개하거나 제공하는 인터넷홈페이지를 모두 포함할 뿐만 아니라 이와 유사한 언론의 기능을 하는 인터넷홈페이지도 모두 강제적 인터넷실명제의 대상으로 삼는 것은, 실질적으로 대부분의 민간업체운영 포털사이트, 홈페이지 등에게 인터넷실명제를 강제하는 결과를 초래한다.

인터넷선거보도심의위원회의 규칙상으로도 일반 포털사이트들은 모두

인터넷언론사에 속한다고 본다. 이미 일반포털사이트들은 동법의 시행 이전에도 실명제 게시판을 운영하는 것이 대부분이었다. 즉, 게시판의 글쓰기를 회원가입이라는 방법을 통하여 가능하게 함으로써 신용업자 등에게 실명확인을 요구할 권리를 보유하지 않았을 뿐 실명제가 시행되지 않았던 것은 아니다. 그러나 익명제와 실명제를 자율적인 판단 하에 선택하는 것과 강제적인 의무를 부과하고 과태료로서 법적인 규제를 하는 것은 동일한 문제가 아니다. 또한 선거관련 기사나 게시판은 일반포털사이트에서는 부수적인 내용에 불과하다. 그럼에도 불구하고 선거관련 불법행위를 사전에 차단하기 위하여 포털사이트 전체내용에 대하여 강제 실명제라는 결과를 초래하는 것은 형평성의 측면에서 타당하지 않다.

2. 기술적인 문제

기술적으로 선거와 관련된 내용을 올리거나 하는 자에 대하여 사전에 실명 및 주민등록번호의 일치여부를 확인한다는 것이 현실적으로 가능한가 문제이다. 이는 내용을 올리기 전에 선거와 관련된 것인지 확인할 수 있는가 여부뿐만 아니라, 게시 내용별로 선거와 관련된 것은 실명확인을 하고 그렇지 않은 것은 실명확인을 하지 않는다는 점은 사전에 모든 가입자 또는 이용자의 개인정보를 확보할 것을 요구하는 것과 다름없기 때문이다.

3. 예비후보자의 타인정보수집

공직선거법이 정당, 후보자 및 예비후보자가 운영하는 홈페이지게시판에 대하여도 인터넷실명제를 실시할 수 있도록 한 점은, 선거의 공정성보다 개인정보유출 및 권한범위의 문제와 관련하여 그 타당성에 의문이 제

기된다. 예비후보자는 공직선거법상 특별한 정의나 요건이 없고, 다만 선거운동의 융통성 있는 연장선상에서 이해된다. 따라서 후보자처럼 일정한 자격요건이 요구되는 것도 아니며, 누구든지 예비후보자가 될 수 있다.³¹⁾ 그럼에도 불구하고 홈페이지를 운영하는 예비후보자도 개인적으로 인터넷 실명제를 실시하여 타인의 실명과 주민등록번호를 수집할 수 있고 관리할 수 있는 기회를 제공한다는 것은 선거의 공정성과는 무관한 개인정보침해라는 역효과를 초래할 수 있다.

4. 현실세계와의 형평성

공직선거법 제86조의2 제5항은 강제 실명제의 부수적인 효과로서 의견게시자가 허무인 또는 타인의 명의를 이용한 것이 확인된 때에는 즉시 그 아이디로는 의견게시를 할 수 없도록 하고, 이미 게시된 의견은 내용에 상관없이 삭제할 것을 요구하고 있다.

그렇다면 현실세계에서는 선거와 관련하여 모든 국민이 익명으로 자신의 의사를 표현하는 것이 불가능한가? 즉, 현실세계에서는 익명의 의사표현이 가능함에도 사이버공간에서는 반드시 실명을 사용하여야만 의사를 개진할 수 있다는 것은 양자의 형평성에 어긋난다. 또한 내용의 불법성을 문제 삼지 않고 실명이 아니라는 이유만으로 의사표현을 사전에 차단하는 방법은 앞서 본 바와 같이 모든 국민을 잠재적인 범죄자로 간주하는 것과 다름없다.

31) 공직선거법상 예비후보자가 될 수 없는 자는 제60조의2 제2항에 의하여 1. 피선거권이 없는 것이 발견된 때, 2. 제53조(공무원 등의 입후보)제1항 및 제3항의 규정에 의하여 그 직을 가지고 입후보할 수 없는 자에 해당하는 것이 발견된 때, 3. 제266조(선거법죄로 인한 공무담임 등의 제한)제2항 및 제57조의2(당내경선의 실시)제2항 본문의 규정에 의하여 후보자가 될 수 없는 자에 해당하는 것이 발견된 때뿐이다.

5. 인터넷선거보도심의위원회의 지위

공직선거법은 기존의 인쇄매체에 의한 선거보도의 공정성을 유지하기 위하여 선거기사심의위원회를 언론중재위원회 산하의 비상설적인 기관으로 설치한 것에 반하여, 중앙선거관리위원회 산하기관으로서 인터넷선거보도심의위원회(이하 ‘인터넷선거위원회’)를 상설기관의 성격으로 설치하도록 규정하고 있다(제8조의5). 그리고 동위원회는 인터넷언론사의 선거보도에 대한 심의기준의 제·개정에 관한 사무, 인터넷언론사의 정정보도 등에 관련된 선거보도 심의 및 이의신청에 관한 사무, 반론보도에 관한 사무, 인터넷 선거보도의 공정한 심의를 위한 연구 활동, 인터넷 선거보도의 공정성 보장을 위한 각종 활동 등을 수행한다.³²⁾ 그런데 문제는 선거와 관련된 방송은 방송위원회, 기사는 언론중재위원회에 설치하여 선거관리위원회와 기능을 분리하는 반면,³³⁾ 인터넷언론사의 보도에 대하여만 중앙선거관리위원회 안에 그 규제기구를 직접 설치하였다는 점이다. 이는 실질적인 공정의 문제로 인식되는 정정보도나 반론보도의 심사에 있어서 중앙선거관리위원회의 간접적인 영향을 배제할 수 없다는 문제점을 초래할 우려가 있다.³⁴⁾

V. 결 론

사이버공간이라는 특수성은 기존의 매체와는 다른 성질로 인하여 과거의 매체에서는 예상치 못한 사회문제를 초래하기도 한다. 즉, 참여자의 익명성 보장과 고도의 정보전달 및 유포가능성은 이제 표현의 자유를 최대

32) 인터넷선거보도심의위원회의 구성 및 운영에 관한 규칙 제3조.

33) 공직선거법 제8조의 2 및 제8조의 3.

34) 같은 취지로 성선제, “인터넷 선거보도에 대한 규제의 문제점과 개선방안”, 언론중재 제24권 제2호, 언론중재위원회, 2004/여름, 37면.

한 보장하여 한다는 사고에서 더 나아가 그 규제를 어떻게 해야 할 것인가의 문제를 불러일으킨다. 이와 같은 특성으로 인한 타인의 범익침해의 양과 질은 과거의 수준을 넘기 때문이다. 그러나 다른 한편으로는 언론에 있어서 과거 반론권을 어떻게 보장할 것인가의 고민은 쌍방향성이라는 사이버공간의 특수성이 자연스럽게 해결해 주고 있다. 이와 같은 양면성은 권리의 보호와 침해에 관한 기존의 해결방식에 대하여 몇 가지 사고의 전환을 필요로 하게 만들었다.

그런데 공직선거법은 이와 같은 양면성을 도외시한 채 민간 포털사이트를 비롯한 광범위하고 모호한 개념의 인터넷언론사에게 선거와 관련하여 강제 인터넷실명제를 의무화 하고 있다. 또한 예비후보자도 자신의 홈페이지에 인터넷실명제를 실시할 수 있도록 함으로써, 선거와의 관련성이 확정되지 않은 자에게까지 타인의 개인정보를 수집할 수 있는 권한을 부여하는 결과를 초래하고 있다.

물론 인터넷실명제는 선거관련 불법행위 방지하기 위한 사전예방책으로서의 효과를 가질 수도 있다. 그러나 민간부문의 강제실명제의 타당성, 그 영역과 범위, 정도에 대한 신중한 고려 없이는 범죄예방을 위한 수단이 국민의 권리침해를 유발할 뿐만 아니라 또 다른 범죄의 수단이 될 수도 있다는 점을 간과해서는 안 될 것이다.

주제어 : 공직선거법, 인터넷선거보도, 인터넷언론사, 명예훼손, 인터넷실명제, 강제실명제

참고문헌

- 강경근, “인터넷 실명제”, 인터넷실명제 민·당·정 간담회 발표문, 2005/8/26.
- 김준호, “인터넷 게시판 실명제 추진”, 시민과 변호사 통권 11호, 서울지방변화사회, 2003/5.
- 도두형, “인터넷 선거보도의 문제점과 법적 책임”, 언론중재 제24권 제2호, 언론중재위원회, 2004/여름.
- 명재진, “공공기관의 인터넷게시판 실명제 실시에 관한 소고”, CLIS Monthly, 정보통신정책연구원, 2003/5.
- 성선제, “인터넷 선거보도에 대한 규제의 문제점과 개선방안”, 언론중재 제24권 제2호, 언론중재위원회, 2004/여름.
- 심재훈, “미국의 선거법과 선거제도”, 세계의 언론법제 통권 제11호, 한국언론재단, 2002/상반.
- 오병일, “인터넷 게시판 강제실명제의 문제점”, 시민과 변호사 통권 112호, 서울지방변화사회, 2003/5.
- 윤영철, “온라인저널리즘과 뉴스패러다임의 변화”, 사이버커뮤니케이션학보 통권 제7호, 사이버커뮤니케이션학회, 2001.
- 이인호, “익명표현의 자유”, <http://www.lawnb.com> 게재글.
- 이종수, “표현의 자유와 정보통신 내용규제제도”, 법학연구 제12권 제1호, 연세대학교 법학연구소, 2002.
- 중앙선거관리위원회, 각국의 선거관계 언론법제, 중앙선거관리위원회 공보과, 2004.
- 최소영, “인터넷 실명제가 해법인가?”, 인터넷실명제 민·당·정 간담회 발표문, 2005/8/26.

- 한국기자협회, “인터넷매체 선거보도의 법적문제” 토론문, 2002/2/19.
- 한국전산원, 건전한 정보문화 정착을 위한 정책방안-‘인터넷 게시판’에 대한 논의를 중심으로-, 2003/12.
- 황용석, “인터넷상의 선거보도, 현황과 전망”, 언론중재 제24권 제2호, 언론중재위원회, 2004/여름.
- Edward L. Carter, Esq., *Outlaw Speech on the Internet Examining the Link Between Unique Characteristics of Online Media and Libel Prosecutions*, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, 2005/1.
- Susan Herring, Gender and Democracy in Computer-Mediated Communication, Rob Shields(2nd ed). Computerization and Controversy: Value Conflicts and Social Choices, San Diego, CA: Academic Press, 1996
- IT時代の選挙運動に関する研究会, IT時代の選挙運動に関する研究会 報告書, 2002/8

230 형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

The Law of Election of Public Officials and Internet real-name system

Kim, Hye-Kyeong*

The election system also made change greatly owing to the features of cyberspace. In other words, Internet-based election activities made voters get in touch with candidates not in detour way but directly to be different from media in the past. Existing media generally edited and refined the information supplied by the candidates, while the cyberspace conveyed political messages directly to the candidates without editing process to do two way communication in real time and to realize democratic election from real point of view. Therefore, in the election campaign process, the cyberspace and Internet took the lead in the election by taking advantages of easy approach to many voters with inexpensive expenses and no limitation on time and space. However, two way communication of the cyberspace, no limitation on time and space, wide scope and isochronous function, etc had affirmative effects, while anonymous function of the cyberspace had adverse effects. And, the revision of the Law of Election of Public Officials asked Internet press to adopt Internet real-name system and to be punished at violation. The paper examined not only appropriateness of the

* Senior Researcher, Korean Institute of Criminal Justice Policy, Ph.D. in Law.

232 형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

revision of the Law of Election of Public Officials but also the introduction of Internet real-name system.

Keywords: the Law of Election of Public Officials, Internet real-name system, Internet press, anonymous function, cyberspace and Internet election campaign.

유비쿼터스 기술을 이용한 경찰서비스에 관한 연구

박 성 수

형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

한국형사정책연구원

유비쿼터스 기술을 이용한 경찰서비스에 관한 연구

박 성 수*

I. 서 론

최근의 정보통신기술 패러다임은 사이버공간을 중심으로 하는 인터넷에서 유비쿼터스컴퓨팅의 시대로 발전하고 있다. 이러한 고도의 유비쿼터스 정보통신기술은 기존의 인터넷의 한계와 문제점을 넘어서며 기업과 정부의 역할변화를 촉진시키고 있다. 유비쿼터스¹⁾란 물이나 공기처럼 도처에 있는 자연상태를 의미한다고 하며, 이는 유·무선을 가리지 않는 개념으로, 사용자가 컴퓨터나 네트워크를 의식하지 않는 상태에서 장소에 구애받지 않고 네트워크에 접속할 수 있는 환경을 가능케 한다.

유비쿼터스는 오늘날 사회, 경제적으로 커다란 변화를 가져올 것으로 예견되고 있다. 향후 유비쿼터스가 고도화될수록 가정, 기업, 국가에 미칠 영향력과 파급효과는 상상을 초월한다. 특히 국가는 모든 공공관리 공간(도로, 공원, 교량, 건물 등)에 유비쿼터스 기술을 적용하여 체계적인 관리와 활용이 가능하고 행정, 금융, 치안, 복지 등에서 업무효율의 향상과 경쟁력을 강화시킬 수 있을 것이다.

* 세명대학교 경찰행정학과 교수 경찰학박사

1) 본래 유비쿼터스의 어원은 라틴어의 'ubique'로 '신은 어디에나 널리 존재한다'는 뜻이다. 이를 한마디로 "나는 어디에나 존재한다. 고로 어디서나 연결한다."로 요약할 수 있겠다.

이는 결국 국가를 구성하는 모든 국민, 기업, 정부의 기능과 역할을 지능화시켜 국가 경쟁력을 향상시키고, 나아가서는 국민의 삶의 질을 혁신적으로 개선시킬 수 있는 비전을 담은 ‘새로운 국가, 기업의 경영 정책과 전략’으로 까지 확대되고 있다. 즉 IT정책과 관련 누가 더 빨리 유비쿼터스 컴퓨팅, 네트워크 기술을 토대로 물리공간과 전자공간의 경계를 뛰어넘는 유비쿼터스 공간 경영에 성공하느냐에 따라 21세기의 지배자가 될 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있는 것이다.

특히 국가공공서비스 분야의 하나인 경찰서비스와 접목된 사례들이 영화와 소설속에서 등장하고 있으며 최근 들어서는 전자감시제도 및 CCTV 등과 관련하여 많은 논의가 되고 있다.

본 연구는 유비쿼터스에 관한 이론적 고찰을 바탕으로 향후 치안서비스 적용 가능분야를 타진하는 것이라 할 수 있다. 치안유지의 최일선이라 할 수 있는 경찰이 현대사회 급증하는 범죄에 효율적으로 대처하기 위한 방법으로 사후진압과 사전예방적 측면에서 제공될 수 있는 서비스를 중심으로 논의하였다.

현재 활성화되고 있는 무선인터넷, 센서네트워크, RFID²⁾ 등의 유비쿼터스 기술을 통하여 경찰서비스에 대한 미래 전개방향을 예측할 수 있으며 이를 바탕으로 구체적인 서비스 등을 제시함으로써 앞으로 경찰정책에 도움을 줄 수 있을 것이다.

물론 이와 관련하여 경찰서비스 제공 및 활용에 있어 제기될 수 있는 문제점을 짚어보며 그 문제점 극복을 위한 정책을 제언하는데 본 연구의 목적이 있다 하겠다.

2) 전파식별(RFID, Radio Frequency IDentification)은 사물에 초소형 칩을 부착하여 사물 및 주변 환경정보를 무선주파수로 전송하고 처리하는 일종의 비접촉식 식별기술로서 좁게 보면 바코드를 대체할 차세대 기술이나, 넓게 생각하면 정보통신은 물론 물류/유통, 교통, 환경, 치안 등 다양한 분야의 유비쿼터스 핵심기술이다.

하지만 본 연구가 기술적이며 문헌연구에 그쳐 보다 객관적으로 유비쿼터스로 인한 사회구성원의 생활, 인식, 행위특성 등에 대해 실증적 연구를 하지 못한 점에 연구의 한계가 있으며 향후 이러한 점을 보완한 심도있는 후속연구가 뒤따라 할 것이다.

II. 유비쿼터스와 치안서비스의 이론적 고찰

1. 유비쿼터스 시대의 도래

가. 유비쿼터스 의의

유비쿼터스란 일반적으로 도처에 편재해 있는 물과 공기와 같이 자연물을 말할 때 사용되고, 종교적으로는 언제, 어디서나 시간과 공간을 초월하여 존재한다는 무소부재(無所不在)를 의미할 때 사용되는 말이다. 유비쿼터스란 용어를 컴퓨터 분야에서 처음 사용한 사람은 미국 제록스(Xerox)사, PARC(Palo Alto Research Center)의 마크 와이저(Mark Weiser) 박사로서, 그는 유비쿼터스 컴퓨팅의 원전이라고 불리는 ‘21세기를 위한 컴퓨터(The Computer for the 21st Century)’라는 논문에서 미래의 컴퓨터는 우리가 그 존재를 의식하지 않는 형태로 생활속에 스며들어 일상화될 것이라고 하였다(Mark Weiser, 1991: 94-100).

우리의 눈엔 보이지 않지만 분산되어 있는 수많은 컴퓨터들이 서로 연결되어 사람이 컴퓨터들을 의식하지 않고도 자연스럽게 컴퓨팅 기술을 이용할 수 있는 환경이며 이러한 환경을 ‘ubiquitous computing’ 혹은 ‘calm technology’로 부르면서 컴퓨팅의 ‘제3의 물결’이라고 보았다. Apple사의

Alan Kay는 이것을 ‘제3의 컴퓨팅 패러다임’이라고 부르고 있다(이성국, 2003: 14-34).

이러한 유비쿼터스 컴퓨팅은 기존의 산업사회나 지식기반사회에서는 나타나지 않은 고유한 4가지의 특징을 지니고 있다(홍영교, 2004: 11-13).

첫째, 기존 정보화가 PC속의 가상공간에서 이뤄졌다면, 유비쿼터스는 가상공간과 생활속의 물리적 공간이 결합한 실재(Real) 중심의 서비스를 제공한다는 것이다. 둘째, 사람뿐 아니라 모든 사물과 상시적인 접속체계(Connected)를 유지한다는 것이다. 셋째, 사물 속에 보이지 않게(Invisible) 내재되어 사람들의 인식하지 않는 사이에 서비스가 제공된다는 것이다. 넷째, 상황인식에 의한 자율적(Carm) 서비스를 제공한다는 것이다. 즉 사용자가 누구인지, 그가 어떤 상황인지를 인식하며, 자동적으로 서비스를 제공해 줄 수 있다. 즉 유비쿼터스 컴퓨팅의 특징은 보이지 않는 실시간 · 상시적 상황인식에 의한 자율적 서비스를 통해 지능기반 사회 구현이라는 핵심 역할을 할 것이다.

나. 유비쿼터스사회 실현을 위한 핵심 정보기술(UIT)

UIT(UIT : Ubiquitous Information Technology)는 최첨단 컴퓨팅 기술과 소프트웨어 기술을 활용하여 국가 경쟁력을 제고하려는 유비쿼터스 컴퓨팅 개념과 광섬유, 무선, MEMS, 센서, 가전기술 등을 활용하여 유비쿼터스 네트워크를 지원하는 기술로 정의할 수 있겠다.(홍영교, 2004: 14)

이러한 유비쿼터스 네트워크 실현을 위한 다섯 가지 핵심 기술은 다음과 같다(이장욱 · 이홍주, 2004: 30-31).

① 센서 기술 : 센서는 외부의 변화를 감지하는 컴퓨팅 입력장치라 할 수 있다. 최근에는 RFID(전자태그)를 활용한 관련 기술들이 활발하게 연

구되고 있다. ② 프로세서 기술 : 프로세서 기술은 센서를 통해 입력받은 데이터를 분석하고 판단하는 기술이다. 특히 유비쿼터스에서 사용되는 기술은 기기의 특성을 고려하여 간단하면서도 실시간 처리가 가능해야 한다. ③ 정보기기간의 의사소통을 위한 커뮤니케이션 기능 : 최근 상용화 단계에 있는 IPv6를 활용한 애드혹(ad-hoc, 시시각각 위치가 변하는 사물들을 동적으로 연결하기 위한 기술)네트워크기술 역시 반드시 필요한 사항이다. ④ 인체공학적인 인터페이스 설계 : 쉬운 정보기기 조작을 위한 인체공학적 기기 및 시스템 설계는 미래의 정보기술 환경에 반드시 필요한 기술요소이다. ⑤ 정보 보안에 대한 기술 : 쉽게 컴퓨팅할 수 있는 환경이 조성되는 만큼 개인 정보가 도처에 존재하게되며, 그에 따라 프라이버시도 큰 이슈로 등장하게 된다. 따라서 생체 인증 및 다단계 인증방식 등의 정보보안이 주요 기술로 등장할 것이다.

2. 유비쿼터스 기술에 의한 미래사회 변화

유비쿼터스는 우리의 생활 및 문화방식에 많은 영향을 줄 것으로 기대되고 있다. 다음과 같이 유비쿼터스 기술에 의한 미래사회 변화를 요약해 볼 수 있다(류석상 외, 2005: 6-20).

가. 유비쿼터스 IT의 급속한 발전

① 디지털 컨버전스(Digital Convergence)의 가속화

하나의 제품으로 복합적 기능을 편리하게 이용하고자 하는 소비자의 니즈가 증가하면서 디지털 컨버전스 제품이 속속 등장하여 고부가 가치의 추구 및 새로운 서비스가 창출되기 시작할 것이다.

② 휴대인터넷 등 모바일 초고속 인터넷서비스 시대 본격 전개

무선휴대인터넷인 와이브로(Wibro)가 국내에서 상용화되어 기존 무선랜과 휴대폰기반 무선인터넷의 장점(이동성, 전송속도)을 절충한 유무선 통합개념의 초고속 휴대인터넷이 상용화될 것이다. 또한 이동중에도 실시간으로 방송을 시청할 수 있는 이동통신과 방송의 융합형태인 DMB(테이크아웃 TV)가 운영되고 있다.

③ 유비쿼터스 핵심 인프라로 RFID 급부상

초기 국방분야에 적용된 RFID가 의료, 유통 등 생활전반에 급속히 응용되어 사물 공간에까지 지능화가 가속될 것이다.

④ 디지털 가전의 확대

2010년 경에는 언제 어디서나 자유롭게 모든 서비스를 이용할 수 있는 네트워크가 실현되고, 수십, 수백억개의 PC, 가전, 센서들이 네트워크에 접속되어 활용되어지며, 실시간 개인 인증 및 응답이 가능해 질 것이라 예측된다. 가까운 미래의 유비쿼터스 사회에서는 몸에 부착할 수 있는 컴퓨터로 노트북처럼 휴대가 가능한 제품이 선보일 것이며, 지능화 된 개인서비스로 누구나 손쉽게 정보기기를 이용할 수 있게 되는 것이다(이성용·정현수, 2002).

나. 새로운 디지털 문화양식의 확산

① ‘디지털 웰빙(Digital Well-being)’의 대두

최근 2000년 이후 대두된 웰빙 열풍과 결합하여 생활패턴 자체를 디지털화하는 ‘디지털 웰빙(Digital Well-being)’개념으로 진화하고 있다.

② 유비쿼터스 주거환경으로의 변화 가속화

주거개념이 단순한 거주와 휴식장소에서 지식창출이나 정보공유 등을 포

괄하는 복합 디지털 주거환경으로 급속히 변화하고 있다. 최근에는 디지털 벤치, 감성정원, 매직거울 등 미래 최첨단 정보기술을 활용한 새로운 ‘유비쿼터스 아파트’개념을 표방한 차세대 주거환경이 관심의 초점이 되고 있다.

③ 유비쿼터스사회의 새로운 문화풍속 등장

디지털 컨버전스가 가속화됨에 따라 의사소통의 수단으로 디지털기기를 일상적으로 활용하는 m세대, 펌킨족 등 신세대가 부상하고, 싸이월드(미니홈피)의 급격한 확산 등 사이버 커뮤니티도 개인 취향 및 관심사를 중심으로 변화하고 있다.

④ 디지털 경제의 유비쿼터스화 진전

PC에 국한된 인터넷쇼핑몰 개념에서 탈피 다양한 인터넷 접속이 가능한 모든 기기를 통해 쇼핑이 증가되고 또한 개인의 금융거래 유형도 은행 창구인 대면거래보다는 인터넷·모바일 등 비대면 거래형태로 급속하게 전환하는 추세이다.

이처럼 모든 생활에서의 변화를 일으킬 것이다. 유비쿼터스 세상에서는 정보가 자유롭게 흘러 다니고 인간과 사물 모두 살아 있는 인터페이스의 주체가 된다. 생활 속의 모든 사물에 컴퓨터와 네트워크 장치가 심어져 이들 스스로 생각하고 행동하기 때문이다. 지금까지 상상할 수 없었던 생활혁명을 이룰 것이다(한국전산원, 2004b: 17-19).

다. 위기관리와 관련한 유비쿼터스 서비스

구체적인 위기관리 유비쿼터스 사회 시스템 애플리케이션³⁾은 다음과 같이 구분할 수 있다(노무라총합연구소 저, 박우경·김의 역, 2003: 58-61).

3) 유비쿼터스사회 시스템 애플리케이션이란 유비쿼터스 네트워크를 기반으로 하고 그 위의 사회 시스템 플랫폼을 활용하여 전개되는 개개의 사회시스템 서비스를 말한다.

<표 1> 구체적인 위기관리(방법 및 방재, 치안서비스)의 유비쿼터스 사회 시스템 애플리케이션

사회시스템혁신 방향(필요성)	앞으로 필요하게 될 사회시스템의 이미지(개설)		참고사례
지역 시큐리티 네트워크 구축 (방법·방재)	지역종합시큐 리티 시스템	공공 공간에서의 상시감시, 긴 급통보 등의 시스템	원격 감시녹화 시스템, 원 격 도난예방 시스템
	대규모 수혜 대응 시스템	대규모 수혜시의 정보 수집·가 공·전달의 종합적인 시스템	안부확인 시스템, 재해시택 시정보 수집 시스템
	홈 시큐리티 시스템	집 밖에서 자택의 시큐리티를 확보하는 시스템	TV도어폰, 하우스에서케어 폰, 지킴이 핫라인(전기포트 이용), 부재중 eye

특히 치안환경변화에 따른 다양한 경찰서비스의 요구는 지속적으로 증대되고 있다. 즉 유비쿼터스 서비스 어플리케이션의 기대효과로 도시관리의 안전성제고를 들 수 있겠다. 예를 들어 아동·노인용·장애인용 u-보호관리시스템이 구현되면 외출 시 잃어버리게 되는 상황에서 인근 파출소 등에 자동적으로 정보가 연결된다는지 범죄발생시 자동으로 연결되어 위험상황에 신속히 대응할 수 있는 것이다.

현재 위치정보(GPS)와 무선통신망을 이용한 텔레메틱스⁴⁾ 서비스가 높은 자동차 보급률(3.6명당 1대)을 기반으로 최근 각광을 받는 상황이다.

3. 치안환경변화와 유비쿼터스 경찰(U-Police Service)

1960년대까지 범죄예방의 지배적 모델은 ‘치료모델(treatment model)’이었다. 즉 국가는 범죄행위가 진단되고 치료될 수 있는 개별범죄자의 생활에 개입할 수 있는 권한과 책임을 부여받아야 한다는 것이다. 그러나 1970

4) 통신(Telecommunication)과 정보과학(Information)의 합성어로 위성위치확인시스템(GPS)과 이동통신망을 이용, 운전자에게 교통정보를 비롯 e-메일, 인터넷영화, 온라인게임 등의 서비스와 긴급구난 정보를 제공하는 것을 말한다.

년부터 치료모델이 그 적용에 있어서 차별적이며 정의의 관념에도 부합하지 않는 결함을 갖는 이론이며, 재범률의 억제에 아무런 기여를 하지 못한다는 실무자들의 보고가 있는 후에, 개인에 대한 관심에 기초한 범죄대책에서 위험관리적 범죄대책으로 패러다임이 이동하게 되었다. 이 패러다임은 개별 범죄자를 변화시키고자 하는 것으로 흔히 ‘기회감소(opportunity reduction)’, ‘상황적 예방(situation prevention)’ 등의 용어로 불리우게 되었다. 이는 범죄자가 범죄를 실행하는데 들게 되는 비용을 극대화하고 수익을 극소화하는 방법을 통해 범죄자에게 범행을 포기하도록 만드는 것이다. 이러한 위험관리적 범죄대책은 감시에 의한 범죄대책이라고 할 수 있다(정진수, 1999: 102-103). 이러한 흐름은 사회적 범죄예방(social crime prevention)과 상황적 범죄예방(situational crime prevention)으로 나누어 표현되기도 한다.

가. 경찰서비스 유형과 치안환경변화

1) 경찰서비스 유형

전통적으로 경찰의 업무(활동 및 임무)는 진압적 업무(즉 수사), 예방적 업무였으며, 경찰의 목적은 공동체와 그 구성원인 시민들을 보호하는 것이었다. 즉 위험방지를 의미해왔다. 그렇지만 현대적 의미에 있어서 경찰의 기능은 대체로 공공의 질서유지, 범죄예방, 법집행과 다양한 서비스제공이라고 할 수 있다. 이러한 기능 중에서 경찰의 사전 범죄예방활동은 형사정책적 측면이나 치안정책적 측면에서 중요한 것이라 할 수 있다.

또한 경찰의 업무를 크게 권한에 의한 중재와 상징적 법집행의 두 가지로 구분하기도 한다. 권한에 의한 중재는 순찰경찰이나 교통경찰이 가장

많이 처리하는 분야로서 개인이나 집단간의 분쟁을 원만하게 조정하는 것이다. 권한에 의한 중재를 통해 경찰은 질서를 바로 잡을 수 있다. 사람들이 경찰을 필요로 하는 원인의 대부분이 범죄가 아닌 분쟁이나 다툼이라는 사실도 이 문제의 중요성을 강조하고 있다. 상징적 법집행이란 수사를 담당하는 형사나 교통문제를 다루는 교통경찰관이 주로 다루는 부분으로서 법이 살아있다는 점을 범법자에게 알리는 것이 목적이다(David H. Bayley, 1994: 34-35).

결국 경찰서비스는 사전예방적 전략과 사후진압(대응)적 전략으로 많은 논의가 되어왔다. 사전예방적 경찰활동 모델은 높은 사고 발생지역에 대한 경고와 범죄발생율이 높은 지역에 대한 경고를 하는 경찰의 역할을 포함하고 있다. 사후진압적 경찰활동 모델은 일상적인 순찰활동과 범죄가 발생했을 때 신속히 대응하는 것을 포함하고 있다(Bruce L. Berg, 2000: 92-93).

경찰의 자원과 인력은 거의 대부분 범죄문제에 투입되고 있다. 즉 사후진압(대응)적인 부분에 국한되어 집중적인 투입이 이뤄져 왔다. 앞으로는 경찰의 자원과 인력이 범죄예방분야에 보다 많이 투입되어야 한다. 만약 범죄예방에 경찰자원이 투입되지 않는다면 이전과 같이 발생한 범죄만을 대상으로 하는 경찰이 될 수밖에 없기 때문이다. 경찰은 시민 누구나가 살인, 강간, 강도의 피해자가 될 수 있다는 점, 즉 범죄피해의 두려움을 가지고 있다는 사실을 자주 잊는다. 시민들의 이러한 범죄피해의 두려움을 제거하고 안전한 생활을 영위하기 위해서는 적극적인 범죄예방 및 문제해결자로서의 역할이 요구된다.

그러므로 사이버범죄와 같은 지능범죄 및 강력범죄에 대처하고 다양한 시민들의 치안서비스 요구에 부응하려면 이러한 유비쿼터스 개념을 도입한 경찰서비스 제공은 필연적이라 할 수 있다.

2) 치안환경의 변화

① 다양한 경찰서비스의 요구 증대 : 최근 경찰을 둘러싼 치안 환경은 경찰에게 많은 변화를 요구하고 있다. 주 40시간 근무제와 웰빙 문화의 영향으로 주민의 안전욕구가 높아지고, 소득의 양극화 현상과 청년실업 및 고령화 사회 등으로 인해 경찰은 새롭게 급변하는 불확실한 치안 환경의 한 가운데에 위치하게 되었다. 시민의 기대에 부응하기 위한 무한의 노력이 필요한 시점이다.

② 시민의 사생활보호 및 인권의식 확대 : 또한 모든 경찰업무 추진에 있어 기본은 인권존중이라는 생각을 유념해야 할 것이다. 인권보호는 경찰의 당연한 임무임에도 과거 수사 편의와 수사 관행이라는 명목으로 법 집행 과정에 나타난 인권침해 행위에 대한 개선노력을 등한시한 적도 있었다. 하지만 범죄예방을 위해서 각종 제도나 관행의 필요성이 있는 경우라 하더라도 경찰이 적법절차를 생각하지 않고 불법을 자행한다면 이로 인한 인권침해 문제 등이 심각하게 발생하며 결과가 과정을 합리화시키지는 못할 것이다. 그러므로 국민의 인권의식 눈높이에 맞춰 경찰의 인권의식도 변화하지 않으면 안된다. 인권은 경찰과 대립관계에 있지 않고 상생관계에 있다는 것을 명심하고 그에 따른 법 집행이 이루어지도록 노력하여야 한다. 특히 유비쿼터스 기술을 적용한 경찰서비스 제공시 무엇보다 문제가 될 수 있는 것이 바로 시민의 인권 및 프라이버시 침해문제라 하겠다.

③ 민경 협력치안 강화 : 더불어 민경 협력치안 강화에 주력하여야 할 것이다. 사실 경찰력만으로는 치안상황에 대응하는데 한계가 있다. 특히 오늘날 경찰은 지역사회와 별개가 아닌 지역사회의 일부분으로 간주하고, 이들은 문제해결자로서 봉사와 협력 요인을 더 강조하는 추세이다. 경찰활동에 대한 인식이 점차적으로 법집행(law enforcement)보다는 대민서비스

(civil service) 중심으로 변화하고 있음을 알 수 있다(James J. Fyfe, et al., 1997: 4). 예컨대, 미국경찰의 경우, 전체 경찰활동시간 중에서 15%만이 법집행을 수행하는데 사용되며, 대부분의 시간은 질서유지나 공공복리 증진과 같은 서비스활동을 수행하는데 사용되는 것으로 나타났다(Charles R. Swanson, 1998: 1). 대민서비스를 강조하는 배경 속에는 경찰행정이라는 것이 근본적으로 시민 또는 지역사회와의 관계 속에서 이루어지는 것이기 때문에 경찰행정이 대민서비스에 우선순위를 둘 때, 자동적으로 시민의 신뢰와 협조 그리고 존경심을 이끌어 낼 수 있다는 것이다. 또는 이와 같은 시민의 경찰에 대한 우호적인 태도는 법집행 및 질서유지를 보다 효과적으로 수행 할 수 있게 해주기 때문에 결국에는 경찰활동의 성과가 보다 높게 나타날 것이다. 이제는 치안환경 변화에 따른 국민의 요구 사항이 무엇인지 스스로 파악하고, 경찰서비스 제공에 있어 수요자인 국민 중심의 시각으로 방향 전환을 할 때이다. 그러기 위해서는 무엇보다 경찰업무의 전산화, 정보화 등 유비쿼터스 기술활용은 필수적이라 할 것이다. 이를 통해 능률을 높이면서도 신속한 서비스가 이뤄지며 궁극적으로 주민에게 고품격의 경찰서비스를 제공할 수 있게 될 것이다.

나. 유비쿼터스 경찰서비스(U-Police Service)⁵⁾의 필요성과 효과

1) 지방화시대의 U-Police Service 필요성

강력한 지방분권화 경향과 지역주민의 요구의 다양화는 지방자치단체로

5) 필자는 유비쿼터스 시대에 따른 경찰서비스를 U-Police Service라 명명하고자 한다. 이것은 고도의 발달된 정보통신기술(무선인터넷, 센서네트워크, RFID 등)을 이용한 경찰 서비스로서 기존에 인경비 위주의 경찰서비스와는 구분되어지는 것이라 할 수 있겠다. 물론 단순한 기계경비를 이용한 경찰서비스와도 차원이 다르며 21세기 경찰서비스의 중요한 지표라 하겠다.

하여금 많은 변화를 가져오게 할 것이다. 지역주민의 요구를 충족시켜주고, 삶의 질을 높이기 위해서는 기존의 낡은 행정서비스방식과 태도로는 양질의 경찰서비스를 제공해 줄 수 없다. 그러므로 향후 지방화시대에 있어서는 다음과 같은 이유로 유비쿼터스기술을 이용한 경찰서비스가 요구된다.

첫째, 지역의 치안사각지대 보완을 통한 범죄두려움의 감소라 할 수 있겠다. 주민들의 안전과 평온은 강력범죄의 대처만이 아닌 생활주변에 발생하고 있는 위험으로부터 지속적인 보호라 할 수 있겠다. 이는 각종의 유비쿼터스 기술을 통하여 가능할 것이다.

둘째, 지역실정에 맞는 경찰서비스의 제공이다. 그 지역마다의 특수한 환경을 고려하여 주민의 요구에 맞는 경찰서비스를 제공할 수 있을 것이다.

셋째, 주민참여를 통한 지역사회경찰활동의 활성화이다. 지역치안에 있어 주민의 적극적 참여는 유비쿼터스 기술로 발생할 수 있는 개인정보 등의 문제를 해결시킬 수 있을 것이다.

따라서 우리나라 경찰서비스전달체계를 지능적으로 재창조함으로써 지역주민들의 개개인의 수요에 맞는 맞춤형 서비스를 실시간 언제 어디서나 때와 장소에 구애받지 않고 제공할 필요성이 그 어느 때보다도 요구된다. 이는 유비쿼터스 컴퓨팅을 통해서 구현될 수 있을 것이며 궁극적으로 주민에게 고품격의 경찰서비스와 만족을 줄 것이다.

2) 유비쿼터스 경찰서비스(U-Police Service)의 효과

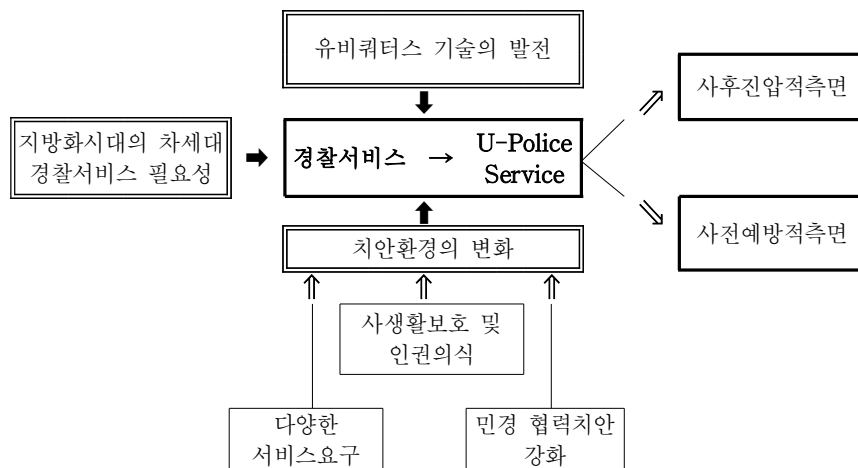
유비쿼터스를 활용한 과학적 경찰활동은 그동안 경찰력 위주의 인(人)경비치안활동을 넘어 부족한 경찰력으로 경찰활동이 미치지 못했던 범죄사각지대의 범죄에 대해서도 즉각적으로 대응할 수 있을 것이다. 즉, 직접적인 현장관찰이나 지속적인 대비체제를 갖출 수 없었던 위험지역의 경우라도

유비쿼터스 기술을 이용하여, 예를 들어 화상순찰을 실시한다든지 기타의 방법으로 사실상 그 지역에 대한 직접적인 방법순찰 효과를 거둘 수 있어 불필요한 순찰활동을 줄이고 부족한 경찰력의 대체효과는 물론 경력운용의 효율성을 높일 수 있게 할 것이다. 또한 주민들이 범죄로부터 느끼는 심리적 안전감에 있어서도 크게 상승될 것으로 예상된다. 즉 범죄자에게 사전에 범죄심리를 억제시켜 사실상 범죄예방활동에 큰 효과를 보일 것이다.

도입가능한 서비스부분 또한 경험적으로 실증적인 연구가 전무한바 본 연구에서도 현재 일부 통신회사나 기업에서 부분적으로 제공되는 분야를 중심으로 치안서비스 도입가능성(적용가능성)에 대한 논의를 하겠다.

다. 연구분석의 틀

이러한 연구를 위한 연구분석의 틀을 도식화하면 다음과 같다.



<그림 1> 연구분석의 틀

Ⅲ. 유비쿼터스 기술을 이용한 경찰서비스

본 연구에서는 경찰서비스, 즉 경찰의 활동(임무)이 사후집행적(사후진압적)측면과 사전예방적 측면으로 구분됨으로 서비스방안 또한 그러한 두 측면으로 모색하였다.

1. 사후집행적(사후진압적) 측면

가. 우범자에 대한 감시(보호관찰대상자의 관리)- 전자감시제도의 도입

실제 범죄의 50~60%가 재범자에 의해 저질러지고 있다. 2004년 검거된 범죄자의 56.3%는 재범자로서 같은 범죄를 반복해서 저지른 경우가 15.5%로 나타났다. 중요범죄의 재범은, 방화 75.0%, 살인 63.2%, 강도 63.1% 등 강력범죄의 재범률이 높게 나타났는데, 이는 강력범의 경우 교화·갱생의 효과가 충분하지 못한 요인과 범죄자에 대한 사회적 배려와 수용이 어렵고, 범죄자가 새로운 환경에 적응치 못하는 것이 재범의 주된 원인이라고 판단된다(경찰청, 2005).

이와 관련 법무부는 보호관찰업무에 지리정보시스템(GIS)와 PDA를 도입할 계획이다. 이 시스템이 도입되면 재범 가능한 보호관찰 대상자의 소재를 신속정확하게 파악할 수 있을 것이다.⁶⁾ 물론 이에 대하여 국회에서

6) 대만도 성폭행범 전자감시도입을 추진하고 있다. 가석방된 성폭행범들의 재범을 방지하기 위해 전자 팔찌와 발찌를 착용케 해 일거수 일투족을 감시할 수 있도록 관련 법안을 마련 중이다. 대만 법무부는 최근 가석방 성폭행범들의 재범방지를 위한 '성폭행 관호법안'을 마련중인 바 同법안은 가석방자들 가운데 재범률이 높은 성폭행범·중범죄자·거처가 없는 전과자들에게 전자 팔찌와 발찌를 착용케하여 감시하는 것으로 감시담당 교정자가 주 1회 이상 가정 방문 등을 통해 접촉, 감시 설비를 검사토록 하는 "커뮤니티 감시제도"를 도입 지역 관호소와 성폭행 방지 위원회 등이 감시 대상자의 이상행동을 발견하면 경고를 주거나 강제 치료를 받도록 하는 것을 골자로 하고 있다.

보호관찰의 근거인 사회보호법이 폐지된 현실에 있어 법무부가 이를 추진하는 것은 결국 보호관찰자들을 최첨단 감시행정의 실험 대상으로 삼는 것과 다를바 없다는 비판을 하며 ‘유비쿼터스 감시’의 시대가 도래한다는 주장도 있다(장여경, 2004: 38-39). 하지만 이는 전자 족쇄를 차더라도 일상생활이 가능하다면 감호소에 있는 것보다 보호관찰자의 인권이 향상된다는 측면 또한 간과할 수는 없다. 실제로 현재 경찰과 보호관찰기관은 심야시간대 ‘무인자동음성인식시스템’⁷⁾을 활용하여 대상자의 소재여부를 확인하고 있으며, 야간에 부득이하게 외출을 해야하는 경우에는 담당보호관찰관에게 미리 신고한 외출장소와의 일치여부를 확인하기 위하여 ‘발신번호확인시스템’⁸⁾을 활용하기도 한다(박성수, 2004: 109-110).

나. 도난품 및 실종자 수사

경찰은 경찰서 및 지구대(파출소)에서 도난신고를 받고 있으나 대다수의 경우 인력 및 제반문제로 인해 해결되지 못하는 경우가 허다하다.

하지만 인공 및 자연 지형지물에 부여될 전자식별자(UFID : Unique Feature Identifier)를 통해 국가기반시설물 및 중요물품뿐만 개인의 물건 등을 통합 관리할 수 있다. 이는 도난물품(차량 및 고가품) 및 실

앞으로 전자 감시 설비 외에 위성 위치확인시스템(GPS)을 이용해 가석방자들을 감시하는 방안도 추진예정이다. 이와 관련 법무부 관계자는 “성폭행범은 강제 진료와 치료를 받고도 다시 범행을 저지르는 등 재범을 근절하기 어려운 실정”이라면서 “전자 감시는 성폭행 재발을 방지, 여성들의 안전을 보호하는 가장 효과적인 방법”이라고 강조하고 있다. 이에 대해 인권단체들은 전자 감시 제도가 인권침해의 소지가 있다는 이유로 반대하고 있어 입법과정에서 논란이 예상된다(경찰청, 홈페이지 참조).

- 7) 컴퓨터와 통신망을 활용한 시스템으로 대상자의 주거지(집, 쉼터 등)에 전화를 걸어 본인의 일치 여부를 확인한다. 현재 서울보호관찰소 전산실에서 시험가동 중으로 한국통신과 협의를 거쳐 보완해 나갈 예정이다.
- 8) 최근 이동통신사업체에서 제공하는 발신번호 서비스를 응용한 것으로, 대상자가 보호관찰관에게 미리 신고한 외출지에서 전화를 걸면 발신전화번호 확인을 통하여 일치여부를 확인하는 시스템이다.

종자의 검색에 유용하게 사용될 수 있고, 사체가 유기되었을 때에도 보다 빠르게 찾을 수 있도록 도와줄 수 있을 것이다.

실제 납치 사건의 예방과 해결에 많은 도움을 주고 있다. 예를 들어 현재 SK텔레콤에서 운영중인 ‘친구찾기’서비스는 납치문제 해결에 많은 도움을 주고 있음을 매스컴을 통해 알 수 있다. 사람, 차량 등의 위치를 파악하고 추적할 수 있음은 물론, 산속이나 사막과 같은 오지에서 위험에 처했을 때 휴대폰의 응급 버튼을 누르면 구조기관에 연결되어 구조를 받을 수 있다. 이는 도주차량의 검거에 유용하게 사용될 것이다(주상돈, 2004: 17-21).

다. 사건발생과 처리

유비쿼터스 시대에서는 경찰관들은 사무실뿐만 아니라 가정, 출퇴근 길에서도 전자결재 및 민원을 접수하고, 업무상 현장에 나가서도 필요한 정보를 조회하고 결과 처리할 수 있게 된다.

① 즉응체제 구축 : 경찰관들은 순찰 중 급한 결재 건은 모바일 관리자 시스템에 접속해, 신고된 사항들이나 그동안 접수된 민원내용을 확인해 신속처리 및 결재할 수 있다. 이를 통해, 기존 행정처리에 비해 효율성과 정확성을 높임으로써 주민들의 삶의 질 향상과 만족도를 높일 것이다. 예를 들어 영국 리버풀시를 관할하는 머시사이드에 첨단 모바일 경찰서가 등장하여 첨단 무선통신망으로 범죄자 데이터베이스를 검색함으로써 범죄 소탕과 예방에 큰 효과를 보고 있다. 여기서는 중앙 서버에 있는 ‘범죄자 정보 데이터베이스’에 경찰관들이 무선으로 접속하여, 범죄가 일어난 지역에 관한 각종 정보를 바로 받아 볼 수 있어 현장에서 범죄자를 체포하는데 도움을 받고 있다. 이러한 이동경찰서는 특히 범죄 다발 지역에 설치, 범죄소탕 등 민원을 신속히 해결하는데 효용이 크다(전자신문, 2003. 2. 10). 현재 우

리의 경우도 순찰차량에 장착되어 보다 빠르고 정확한 정보를 제공해주어 치안서비스의 고급화에 일조하고 있다. 스마트 디스플레이와 GPS의 결합으로 순찰시나 현행범 추적시 등에 쓰이고 있다.

② 과학적이고 합리적인 사건처우 : 가해자나 범인의 취조에는 과거처럼 형사가 직접 억박지르거나 태형을 가하지 않고도 아주 편안한 구치소나 감방 또는 취조실에서 자연스럽게 피고의 행동을 감시, 측정, 분석하여 증거물을 확보하며, 그의 최후 진술을 확보하고 나서 실형을 선고하는 방식이 보급될지도 모른다. 다양한 피의자의 심리와 증거와 범행 일체에 대한 분석을 통하여 신체변화의 지수들과 피고의 체내 DNA를 계측하는 기기⁹⁾, 시험기, 그리고 담당 취조실까지 모두 벽면에 은폐되는 방식으로 부착된 무선태그와 액세스 포인트, 그리고 관리자들이 명명하여 유지보수 상태를 시행하여 그 기록을 새로이 갱신할 수 있을 것이다(박승창, 2004: 91-122). 물론 이러한 경우 피의자(피고인)의 권리보장과 프라이버시권 보장 문제가 발생할 수 있다. 현재 일선 경찰서 교통사고 조사계에서 교통사고를 처리함에 있어, 일일이 수작업으로 작성하던 사고실황조사서를 마우스를 이용하여 손쉽게 그릴 수 있도록 프로그램을 제작·보급하였으며 교통사고 접수에서부터 종결시까지 사고처리 전 과정을 전산화하고 교통사고 상황을 입체적으로 재현할 수 있는 프로그램을 도입하여 사고조사의 과학화와 업무의 효율성을 높였으며 또한 첨단 정보통신기기인 PDA(Personal Digital Assistant : 개인 휴대 단말기)를 교통단속현장에서 활용, 1분 이내로 단속내용을 무선으로 입력·전송하고 휴대용 프린터로 범칙금납부통고서를 교부할 수 있는 모바일 교통단속 입력·전송체계를 구축하였다. 기재사항을 대폭 축소(24개→4개)하고 범칙금통고서 관리·전산입력 등 업무프로세스도 단축(3일→1분)함으로써 업무량을 경감시키고 민원불편을 대폭 해소시키고 있다.

9) 예를 들어 뇌파분석장치나 심리생리검사(거짓말탐지기)등을 들 수 있겠다.

③ 컴퓨터 포렌식의 활용 : 컴퓨터 포렌식이란 컴퓨터를 이용한 범죄뿐만 아니라, 컴퓨터와 네트워크를 대상으로 하는 범죄가 발생하면, 적법한 절차에 의해 디지털 증거를 수집하여 민·형사상 책임을 지을 수 있도록 법적효력이 있는 증거로 가공하여 재판에 제출하는 일련의 과정을 포괄한다(Gary Palmer, 2001). 컴퓨터 포렌식은 앞으로 도래할 유비쿼터스시대에서는 모든 범죄수사에 필수적으로 사용될 것이다. 유비쿼터스시대에서는 컴퓨터나 네트워크뿐만 아니라 모든 물건 등에 센서 또는 칩이 내장되어 이를 인식하고 그에 걸맞는 맞춤형 서비스를 제공하게 된다. 이러한 유비쿼터스시대에는 자신이 알지 못하는 사이에 자신의 위치 또는 행동이 기록될 수 있다. 이는 프라이버시 문제를 야기하지만 역으로 범죄가 발생하면 결정적인 단서로 작용할 수 있다. 따라서 앞으로 컴퓨터 포렌식은 단지 컴퓨터 내부의 정보만이 아니라 미들웨어, 임베디드 시스템에 저장되어 있는 모든 정보들을 수집하고 분석할 수 있어야 하며, 단지 컴퓨터 범죄 뿐만 아니라 모든 범죄수사에 컴퓨터 포렌식 기술을 적용할 수 있어야 한다. 즉 컴퓨터 포렌식은 모든 전자적 정보를 이용하여 범죄수사를 진행할 수 있는 디지털 포렌식으로 그 모습을 탈바꿈해야 할 것이다(임종인, 2005: 12-16).

2. 사전예방적 측면

가. 범죄예방서비스

향후 차세대 네트워크(NGN, Next Generation Network)¹⁰⁾는 경찰의 범죄예방에 있어 더욱더 중요한 역할을 하게 될 것이다.

10) 차세대 네트워크 프로젝트는 전화망(PSTN), 인터넷, ATM, FR, 전용망, 무선망 등의 서로 다른 망을 하나의 공통된 망으로 구조를 단순화 해 음성과 데이터를 통합한 다양한 멀티미디어 서비스를 통합적으로 제공할 수 있는 차세대 통신 네트워크를 말한다.

무엇보다 초고속 광역망을 통해 언제 어디서든 보다 빠른 신고 접수가 이루어질 것이고, 누가 신고하지 않아도 거리에 내장된 카메라(CCTV) 등을 통해 발견된 범죄에 대해 빠른 초동 조치를 가능하게 할 것이다. 이는 경찰 인력의 감소와 집중화를 가져올 것이다. 순찰인력이 크게 줄어들고 그 자리를 장비들이 대신 할 것이며, 순찰 인력이 줄어드는 만큼 범죄대기조의 편성으로 범죄소탕에 집중적으로 대처할 수 있을 것이다. 순찰로 인한 범죄예방의 효과 또한 그 이상으로 기대할 수 있을 것이다. 현재 CCTV등을 이용한 범죄예방 활동으로 빈집 털이 절도범을 검거할 뿐 아니라 범죄 신고 접수가 줄어드는 등 높은 효과를 보이고 있어 설치 주문이 쇄도하고 있다.¹¹⁾

예를 들어 어두운 밤거리에서 노상강도 등을 만난 위기순간이나 성범죄 피해를 당하려는 순간 거리의 감시 카메라가 자동적으로 감지하여 바로 112나 119에 연락을 해서 즉각 조치를 취할 수 있게 해준다. 또한 도둑을 예방할 수 있도록 도와줄 수 있다. 입력되지 않은 침입자가 생겼을 때 경찰이나 민간경비회사 측에 즉각적으로 신고를 하여 초동조치 할 수 있을 것이다.

나. 교통정보제공 및 사고예방

예를 들어 교통사고 감지용 카메라가 설치된 유비쿼터스 신호등, 유비쿼터스 거리등을 들 수 있다. 유비쿼터스 신호등이란 과속 단속용 카메라

11) 강남경찰서에 따르면 2002년 말 전국최초로 방범용 CCTV를 시범 운영한 논현1동의 경우 살인, 강도 등 5대 범죄 발생률이 41%나 줄어들었다. 특히, 관내 3개 동 37개소로 확대한 2003년엔 하루 82건에 이르던 112신고 접수건수가 62건으로 대폭 감소했으며 2004년 12월 현재 범죄통계 결과 43%의 범죄예방 효과가 있었다고 밝혔다. 범죄 유형별로는 강도·절도 사건이 각각 40%, 46.4%씩 줄어든 것을 비롯해 살인·강간·폭력 등 5대 범죄도 31.5%나 감소했다고 한다. CCTV관제센터 개관 후에는 범죄현장에서 절도범을 검거하는 위력을 발휘했다고 한다(강남경찰서, 내부자료).

기능에서 확장되어 모든 신호등에 내장된 유비쿼터스 신호등은 건널목이나 네거리에서 발생하는 교통사고의 증인이 될 수 있다. 우리는 교통사고 현장에서 증인을 찾는 현수막을 자주 접한다. 인적이 드문 심야에 발생한 교통사고의 경우 더욱 증인을 찾기는 어렵다. 요소요소에 설치된 교통사고 감시 카메라는 사고 현장을 기록해 놓음으로써 증인보다 더 확실한 증거 자료를 제공할 수 있어 사고처리가 왜곡되거나 보상을 받지 못하는 일을 없앨 수 있다. 교통사고 감지 기능의 경우는 충돌음, 비명, 급브레이크음 또는 사람들의 긴박한 소리를 감지하는 음성 인식 기술이 요구된다.

유비쿼터스 거리란 영화 ‘디몰리션맨’을 보면 등장인물들이 레스토랑에서 대화를 나누는 장면이 나온다. 그러나 그들의 대화에 상스런 말들이 섞여 있으면 즉시 경고음을 발생하는 장면이 있는데 천장이나 벽 또는 테이블에 음성인식 기능을 생각해 볼 수 있다. 이와 같은 각종 감지 기능을 통하여 교통위반, 범죄 등을 인식하여 통지하는 기능을 생각해 볼 수 있다.¹²⁾

이러한 서비스는 현재의 기술로 충분히 구현할 수 있는 모습이다. 예를 들어 현재 실시되고 있는 ‘무선 존’을 구현, 모바일 지역사회치안을 구현할 수 있을 것이다.

다. 미아방지 서비스

특히 어린아이의 유괴범죄 피해 및 미아방지를 위한 방법으로 도심지역과 주택지역에 현재 설치된 CCTV에 RFID를 인식할 수 있는 판독기를 설치, 100m내 거리에 있는 태그를 원거리에서 자동으로 인식하고 통합관

12) 이와 관련하여 현재 경찰청에서는 뺑소니 범인차량을 쉽게 검거하기 위해 자동차 부품 DB 전산화 작업을 끝마침에 따라 전조등, 후사경, 방향지시등, 차폭등, 안개등, 라디에이터 그릴, 사이드미러 등 현장에 남긴 부품의 일련번호를 통해 용의자량을 쉽게 찾아낼 수 있도록 하고 있다. 이를 통해 79% 수준인 뺑소니 교통사고 피해자 검거율을 90%이상으로 올릴 수 있을 것으로 예상하고 있다.

리센터에서 이를 추적, 아이의 현재 위치를 모니터상에서 확인할 수 있게끔 할 수 있다. 만일 범죄가 우려될 경우, 어린이가 손목시계에 탑재된 ‘SOS’ 버튼을 눌러, 관제센터와 연계해 범죄에 신속하게 대응할 수 있다. 현재 이러한 서비스는 서울 강남구에서 ‘자녀 안심서비스’라는 계획하에 추진 중에 있다. 이처럼 CCTV와 전자태그를 통해 혹시라도 발생할 수 있는 미아 및 유괴범죄를 미리 방지할 수 있을 것이다.

라. 생체인식통한 국제범죄예방

<표 2> 범죄 및 경찰정보에 있어 생체인식 관련 프로젝트 및 평가활동 현황

국 가	기관명	생체모드	사업목적	비 고
독 일	연방범죄수사국 연방정보보호국	얼굴	Travel document의 사진과 얼굴 비교에 의한 신분확인 2003.4.~6. 평가규모: 250여명	알고리즘 성능평가 위조증명에 대한 평가
미 국	국가안전부	지문 얼굴	육로로 출입하는 외국인들의 신분 확인을 위한 SENTRI 프로그램에 생체인식 적용	움직이는 사람의 얼굴 인식
영 국	경찰정보기술원	지문 얼굴 장문	범죄수사를 위한 다중생체 DB 구축 및 평가시스템 계획중 2005년 6월 DB구축 완료 기존 범죄수사용 시스템과의 연동 계획	장문인식포함
말레이시아	여권관리국	지문 얼굴	지문과 얼굴을 저장한 칩을 내장한 여권 사용중(1998) ICAO 표준에 따르는 e-Passport 구현중	450만 생체여권 발급 49 Autogate(무인 신분확인 장치) 운영중

전 세계적으로 ID 및 패스워드 등 기존의 신원확인 기법보다 더욱 정확하고 편리한 방식으로, 신체의 고유 특성을 이용한 생체인식 기술이 부각되고 있으며 전체 국민을 대상으로 하는 주민등록증과 같은 National Identification Document 사업의 전 단계로써 범죄와 테러 위협 등의 안보 목적과 연계하여 여권, 비자 등이 우선적으로 검토되고 있다. 여기에는 정확하고 신속한 신원확인 기능으로 생체인식 기술이 중요한 역할을 수행할

것이다(길연희 외, 2005: 90-91).

영화 ‘마이네리티 리포트’에서는 사람을 식별함에 있어서 위에서 제시한 홍채인식을 사용하는 미래가 나타난다. 생체 인식 로봇을 통해 혹은 거리나 주요 건물, 지하철 역등에서 발사된 레이저를 통해 사람을 인식하고 그 사람에 대한 정보를 신속하게 알 수 있다. 얼굴인식과 홍채인식은 공항에서 국제테러범죄 용의자 색출, 탈주자 검거 등에 크게 도움이 될 것이며, 현재 지문검색의 한계를 충분히 보완할 수 있을 것이다.

IV 유비쿼터스 경찰서비스의 문제와 극복방안

1. 문제점

가. 개인의 프라이버시 침해

무엇보다 유비쿼터스 기술과 관련하여 떠오르는 가장 큰 우려와 두려움은 개인 b프라이버시를 침해할 수 있다는데 있다(김선경, 2003: 217-218).

정보사회의 진보가 정보통신 기술의 발전에 따른 혜택인 반면 의도적으로 악용된 개인정보 등 프라이버시와 관련된 문제는 신용사회와 정보사회의 전반적인 후퇴를 가져올 수 있다(이장욱·이홍주, 2004: 272-273).

예를 들어 2004년 6월 초 서울지하철공사는 지하철 역사에서 근무하는 공익요원들에게 근무실태 점검용 전자칩을 목에 걸고 근무하도록 해 인권 침해 논란을 불러일으킨 바 있다. 공익근무요원들은 근무시간 중 위치정보를 전송하는 전자칩을 반드시 휴대해야 하며, 불시에 순찰자가 공익근무요원이 제자리에 있는지 확인한 뒤 순찰자의 칩과 교차하면 그 시각이 칩에

기록된다는 것이다. 현재 지하철 1~4호선에 근무하는 공익근무 요원은 전자칩이 내장된 카드를 목에 걸고 지하철역에서 근무하고 있다(권현영, 2004: 177-178).

앞서 언급한바와 같이 당사자인 보호관찰 대상자(재범이 우려되는) 및 수혜자들에게 정확히 정보가 알려지고 있는지 의문이다. 국민들은 또한 유비쿼터스 서비스의 이면에 존재하게 될 방대한 개인정보 데이터베이스에 대해 모른다. 유비쿼터스 전자정부의 추진과정이 개인정보에 대한 국민의 권리를 무시하고 개인의 프라이버시를 침해할 수 있을 것이다.

현재 정부에서는 정보화에 따른 역기능을 최소화하기 위해 개인정보보호기본법 제정을 추진중에 있지만 아직 기본법의 초안조차 나오지 않은 상태이기 때문에 국민들의 불안감이 가중될 수밖에 없으며, 이러한 환경이 유비쿼터스 도래에 따른 경찰서비스 공급에 있어 장애요인으로 작용할 것으로 보인다.

나. 정보보안에 따른 디지털 포렌식과 기술적 한계

유비쿼터스 센서 네트워크(USN)의 보안 문제를 고려해야 할 것이다. USN은 개인정보 수집공간으로 작용해 심각한 사이버테러에 개인이나 집단을 노출시킬 것으로 우려가 있으며 USN 보안문제는 USN 발전 전에 선결돼야 할 심각한 문제다. 또한 유비쿼터스 시대의 사이버테러 문제를 생각해 볼 수 있는데 유비쿼터스 시대에는 웜과 바이러스, 피싱, 개인정보 유출, 모바일뱅킹, 사이버전쟁 등이 어느 때보다 심각한 위협으로 다가올 수 있다. 최근 들어 도청이나 CCTV등의 촬영 문제 등은 기술적인 문제의 심각성을 보여주고 있는 사례라 할 수 있다.

정보보호 문제의 해결은 기술적 과제이지만, 완전한 정보보호란 현실적

으로 실현하기 매우 어려우며 정보보호가 침해되었을 경우 그 결과로서 나타날 수 있는 사회적 문제가 심각하다고 할 수 있다.

유비쿼터스 컴퓨팅 환경 하에서는 정보보호의 침해가 비밀성, 무결성, 가용성¹³⁾ 훼손의 수준이 아니고, 개인이나 지역 또는 국가에 대한 테러행위로 발전할 가능성도 잠재되어 있다. 그러므로 U-IT 기술 도입에 따른 정보보호 환경의 변화는 다양한 정보보호 문제를 야기할 수 있으며 이는 정보보호 수요로 이어질 것이다. 현재의 정보보안기술 및 전문인력 그리고 정부 정책이 향후 U-IT 기술 도입에 따른 급격한 정보보호 수요의 증가를 수용하지 못할 경우 이는 U-IT 확산에 있어 가장 큰 장애요인으로 작용하게 될 것이다(한국전산원, 2004a: 12-13).

현재 국내 형사소송법상 디지털 증거에 대한 규정이 없어 증거로써 채택하기 어려운 부분이 있으므로 디지털증거의 수집과 증거사용을 위해서는 새로운 법을 제정하는 것보다 기존 형사소송법 등 관련 규정의 보완이 필요하다.

최근 국내에서는 처음으로 경찰청에서 디지털 증거분석센터를 운영하게 될 예정이라고 하는데, 이 센터는 증거분석 기능과 포렌식 및 추적기술 연구, 디지털포렌식 표준화 등을 담당하게 될 것이라고 한다. 이에 대한 구체적인 추진이 미흡한 실정이다.

다. 서비스공급의 관리문제

향후 유비쿼터스주택이나 아파트건설을 통해 'U-City'가 건설되었을 경

13) 흔히 사이버 공간에서의 보안을 이야기할 때 그 목적으로 정보의 기밀성(비밀성)과 무결성과 가용성을 꼽게 된다. 여기에 일어난 사건을 부정하지 못하게 하는 부인방지과 대화 당사자를 확인할 수 있도록 하는 신분확인 혹은 인증을 추가하는데, 후자들은 보안의 목적일수 도 있고, 전자의 목적들을 성취하기 위한 수단이 될 수 있다. 나아가 개인의 정보가 타인에 유출되고 악용되는 것을 방지하기 위한 개인 정보 침해방지인 프라이버시 보장이 또 다른 목적이다(홍만표, 2005: 94-95).

우 이러한 범죄예방을 위한 관리는 누가 할 것인가의 문제가 될 수 있다. 이는 최근에 자치단체가 CCTV를 설치·운영하는 경우 경찰, 지방자치단체 또는 지방의회 등이 관리할 것인가의 문제와 유사하다고 할 수 있겠다.

예를 들어 U-IT기술을 이용한 대규모의 주상복합단지가 건설되었을 경우 그 지역의 방법이나 범죄발생시 U-Police Service 관리 운용 주체가 누가 될 것이냐의 문제는 치안정책에 대한 신뢰성 확보와 직결되는 문제라 할 수 있다. U-Police Service 관리 운용과 관련하여 실제 민간업체(민간경비업체)나 지방정부가 완전히 통제를 하는 경우도 있고, 어떤 경우에는 경찰이나 사기업체가 완전히 통제하여 지방정부가 배제되는 경우도 있을 수 있겠다. 이러한 문제점을 필히 고려되어야 할 것이다.

2. 정책제언

유비쿼터스 컴퓨팅 환경에서의 LBS가 타인에 의해 위치정보가 도용되지 않으며 개인의 위치정보를 숨기기 위한 서비스로 전락되지 않고, 위치정보의 안전성이 보장되어 개인의 삶의 질을 높여줄 수 있는 서비스로 발전되어야 할 것이다.¹⁴⁾

가. 개인정보보호

무엇보다 전자정부의 주요한 목표 중 하나인 프라이버시 보호가 유비쿼터스와 공존하려면, 유비쿼터스 시스템 속에 국민의 개인정보가 어떻게 수집되고 어디로 전달되는지 투명하게 공개되어야 한다. 아니 정보주체인 국민 자신의 개인정보가 ‘언제’, ‘어떻게’, ‘어디로’ 전달되는지 완전하게 알고

14) 개인의 위치정보를 보호하기 위해 국내에서는 가칭 ‘위치정보보호및이용등에관한법률’이 시행됨에 따라 7월27일부터 휴대전화 소지자의 위치를 미리 지정한 제3자에게 제공할 경우엔 해당 단말기에 위치정보 제공사실, 제공일시 등을 통보해야 한다.

동의 혹은 거절할 수 있도록 보장해야 한다. 다행히 2005년 1월 정부가 입법예고한 ‘개인정보보호기본법’¹⁵⁾을 보면, 자동화된 개인정보수집장치(CCTV 포함)를 통해 개인정보를 수집할 경우에는 일정한 사항을 정보주체에게 알리도록 명시하여 개인정보의 무단수집을 제한하도록 하고 있다.

개인정보에 관한 기본원칙으로 국제적으로 일반적으로 인정되고 있는 것들을 프라이버시 보호 관련 규정에 적용할 수 있을 것이다. 개인정보 보호에 관한 OECD 8원칙¹⁶⁾, EU의 개인정보보호 지침, 미국의 세이프 하버 원칙과 UN의 ‘컴퓨터화된 개인정보 파일의 규율에 관한 가이드라인’ 등이 그러한 기준이 될 수 있을 것이다. 개인정보보호와 관련된 법에서 다루는 것과 중복되지 않는 범위에서 개인정보자기결정권의 구체적인 권리들인 익명권, 정보처리금지청구권, 정보열람권과 정보갱신청구권, 정보분리청구권 등이 적용될 수 있는 부분을 반영하여야 할 것이다(조규범, 2004: 44).

나아가 정부나 기업에 의한 위법한 개인정보처리로부터 정보주체의 개인정보 자기결정권을 실질적으로 보장하기 위해서는 개인정보처리를 감시·감독하며, 효과적이고 효율적인 권리구제를 질적으로 가능하게 해주는 개인정보감독기구의 존재가 필수적이다(이인호·권현영, 2004: 2).

나. 기술적 보안제도의 구축

유비쿼터스 시대를 성공적으로 맞기 위해서는 정보보호기술 보강 및 정보보호정책 확립 등 정보보호 기반을 수립해야 할 것이다.

15) 개인정보보호기본법(안) 제13조(자동수집장치에 의한 수집 등)

① 누구든지 폐쇄회로 텔레비전(CCTV), 자동정보수집 컴퓨터프로그램 등 자동화된 개인정보수집장치를 설치하여 개인정보를 수집, 처리하는 때에는 고지 기타 이와 유사한 방법으로 정보주체가 이를 알 수 있도록 하여야 한다.

② 제1항에 의해 개인정보를 수집하는 개인정보취급자는 자동화된 개인정보수집장치의 활용내역 등을 대통령령이 정하는 바에 따라 기록, 보존하여야 한다.

16) 8원칙으로는 수집제한의 원칙, 정확성의 원칙, 목적의 명확화/특정 원칙, 이용제한의 원칙, 안전조치의 원칙, 공개의 원칙, 개인 참여의 원칙, 책임의 원칙이 있다.

또한 정보보호 수준은 뒤쳐지고 있으므로 정부차원의 정보자원의 통합·표준화와 함께 정보보호체계를 강화 등 정보자원 관리의 혁신을 전자정부 주요사업으로 추진하여야 할 것이다.

한가지 주지할 점은 유비쿼터스는 도입하여 개발해야 하는 새로운 기술이 아니라, 정보기술의 새로운 패러다임이며, 구현하고자 하는 환경이라는 점이다. U-Korea 전략이 추진되고는 있으나, 우리나라에 있어서 유비쿼터스는 어떠한 의미를 지니며 어떤 환경이 구현될지에 대한 고민이 계속적으로 이루어져야 할 것이다(유지연, 2004: 46-47).

다. 서비스 공급체계의 확립

향후 자치경찰실시에 따른 서비스 공급과 관련하여 U-Police Service의 관리 운영에 지방정부나 민간의 참여를 반드시 고려하여야 할 것이다. 물론 우선적으로 범죄예방 및 수사 등 치안책임기관인 경찰의 참여는 필수적이라 하겠다. 이 경우 중앙경찰(국가경찰)과 자치경찰과의 관계 또한 고려해야 할 것이다. 주민의 대표기관인 의회가 참여할 것인가, 자치행정을 책임지고 있는 시·군·구청에서 참여할 것이냐의 문제는 집행기능과 통제 감시 기능 수행이라는 두 기관간 업무성격에서 찾아야 할 것으로 보인다. 또한 이러한 유비쿼터스 기술을 접목시킨 민간경비업체와의 협력 및 공조체계는 필수불가결한 것으로 전망된다. 그에 따른 구체적인 책임소재 및 권한의 명확화가 이뤄져야 될 것이다.

V 결 론

정보통신기술의 발달로 인한 유비쿼터스의 도래는 최근 전세계적으로

최고의 화젯거리이자 패러다임이라 하겠다. 그러나 상대적으로 개인정보 보호에 대한 인식과 노력이 매우 낮은 수준인 것이 우리 사회의 현실이다. 시민의 정보인권 보호에 취약한 것이 비단 경찰을 비롯한 형사사법기관만의 문제는 아니겠지만 이것은 매우 중요한 문제라 하겠다.

향후 지방분권화는 지속적으로 이뤄질 것이다. 또한 지역주민의 요구와 주장이 다양하고 복잡해지고 있으며, 이에 부응하여 지방자치단체가 지역주민의 요구를 충족시켜주고, 삶의 질을 높이기 위해서 많은 변화와 노력이 필요하다.

우리나라와 같이 국가적 차원에서 유비쿼터스 사회 실현에 노력하고 있는 일본에서는 'U-Japan 정책' 발표와 더불어 '유비쿼터스 사회현장(안)'도 제정하였다. 이러한 가운데, 일본 노무라종합연구소에서는 지난 2004년 12월 17일에 총무성의 '유비쿼터스사회 구현을 위한 정책간담회'의 위원 36명을 포함한 정보통신과 정보사회 등 각 분야별 전문가 177인을 대상으로 유비쿼터스사회 실현을 위한 추진과제를 조사발표하였다(유지연, 2005: 22-29). 이러한 것은 우리에게 주는 시사점이 크다 하겠다.

본 논문은 최근 활성화되고 있는 무선인터넷, 센서네트워크, RFID 등에서 유비쿼터스 시대의 경찰서비스에 필요한 각종 기술 및 서비스의 미래 전개방향을 알아보며 그로 인하여 발생할 수 있는 문제점과 극복방안을 마련하고자 하였다.

유비쿼터스 기술을 통한 경찰서비스 제공은 기본권침해 등 부작용에도 불구하고 첨단 하이테크기기의 많은 장점을 가지고 있기 때문에 방법, 수사 등 경찰행정 및 사법행정 분야에서 그 활용도가 매우 높아질 것으로 예상되고 있다. 가장 중요한 것은 범죄예방과 감소로 인한 시민의 치안만족도에 크게 기여할 수 있다는 것이다. 향후 범죄에 대한 공포의 증가, 지역사회범죄예방의 중요성 확대, 전자통신기술의 발전은 다소간의 기본권

제약이나 사생활 침해를 감수하고라도 안전한 사회를 바라는 시민의 욕구로 유비쿼터스 기술을 적용한 경찰서비스의 제공은 필연적이라 하겠다.

물론 지금까지 본 논문에서 논의한 서비스가 현재 제공되고 있는 서비스도 있지만 많은 부분 미래에 대한 예측이다. 하지만 그것이 가까운 미래가 되었건 먼 미래가 되었건 도래할 것임에는 틀림없다. 현재 많은 선진국들이 이 시스템의 도입을 서두르고 있고, 정착시키고 있는 현실이다. 우리 정부 및 치안관계자는 다가오고 있는 유비쿼터스에 대한 도입에 만전을 기울이고 현 시대에 발맞추는 경찰서비스를 제공하여야 국민에게 신뢰받을 수 있을 것이다.

21세기 경찰활동의 추세는 경찰이 국민으로부터 고립되어 수동적으로 사후 대응적 범죄진압에만 매달렸던 과거의 경찰활동에서 탈피하여 지역사회 주민과 동반자관계를 구축하고 전향적이고 적극적인 사전예방적 경찰활동이 강조되고 있다.

국제범죄 및 현대사회의 신종범죄에 대응하며 다양한 경찰서비스 요구에 부응하려면 단순히 예전의 소극적 치안활동을 벗어난 적극적이고 사전예방적인 치안활동으로 전환하여야 할 것이다. 이를 위해서는 유비쿼터스 시대에 부합하는 경찰서비스가 이뤄져야 할 것이다.

주제어 : 유비쿼터스, 치안서비스, 지역사회경찰활동, 범죄예방, 전자정부

참고문헌

- 경찰청(2005), 경찰백서.
- 권헌영(2004), “전자정부환경에서의 개인정보보호법제에 관한 연구”, 연세대학교 일반대학원 박사학위논문.
- 길연희 외(2005), 다중 생체인식 기술 동향, 「전자통신동향분석」 제20권 제1호.
- 김선경(2004), 유비쿼터스 서비스 어플리케이션과 기대효과, 「도시문제」 제39권제427호.
- 김선경(2003), 차세대 전자도시정부의 행정서비스기반 도입가능성 탐색에 관한 연구-유비쿼터스 정보기술을 중심으로-, 서울시립대학교 대학원 박사학위논문.
- 김양은(2004), 유비쿼터스 시대, 어떻게 준비해야 하나?, 「오늘의 청소년」 제19권제8호.
- 노무라총합연구소 저, 박우경·김의 역(2003), 유비쿼터스 네트워크와 신사회 시스템, 서울: 전자신문사.
- 류석상·류영달·이용석·정명선·정지선(2005), “유비쿼터스사회의 발전 추세와 미래 전망”, 「유비쿼터스사회연구시리즈」 제1호.
- 리처드 헌터 저, 윤정로·최장욱 역(2003), 공유와 감시의 두얼굴: 유비쿼터스, 서울: 21세기북스.
- 박성수(2004), 청소년비행에 있어 경찰과 보호관찰기관 상호협력에 관한 연구, 한국청소년개발원.
- 박승창, 소설체 유비토피아(2004), 서울: 전자신문사.
- 유지연(2005), “일본의 유비쿼터스 사회 구현을 위한 주요 과제 검토”, 「정보통신정책」 제17권 4호 통권 365호.

- 유지연(2004), “일본 유비쿼터스(u-Japen) 전략의 기본 방향과 의미”, 「정보통신정책」 제16권 15호 통권 353호.
- 윤영민(2004), U-컴퓨팅의 사회문화적 수용: 프라이버시 보호의 관점에서 본 전망과 대책, 「정보보호학회지」 제14권제1호.
- 이성국(2003), “유비쿼터스 IT 전략의 비교론적 고찰- 미국, 일본, 유럽을 중심으로 -”, 「디지털행정」 제25권 제1호(통권제91호).
- 이성용 · 정현수(2002). “유비쿼터스 연구 동향 및 향후 전망”. 「전자통신동향분석」, 20(1).
- 이인호 · 권현영(2004), “개인정보보호를 위한 통합감독기구의 설립방안”, 제4회 개인정보보호 정책포럼 자료집, 정부혁신지방분권위원회, p. 2.
- 이장욱 · 이홍주(2004), 유비쿼터스 혁명, 서울 : 이코북.
- 임종인(2005), “유비쿼터스시대의 컴퓨터 포렌식의 중요성과 향후 전망”, 「수사연구」 3월.
- 장여경(2004), 유비쿼터스 전자정부, 좋기만 한 일인가.: ‘언제 어디서나’ 접근할 수 있는 유비쿼터스 서비스, 나의 개인정보도 유비쿼터스하다면, 「네트워크」 제10호.
- 전자신문, 2003. 2. 10.
- 정진수(1999), “CCTV에 의한 감시와 사회통제”, 「형사정책연구」 39.
- 조규범(2004), 유비쿼터스 사회에서의 RFID와 개인정보보호에 관한 헌법적 연구, 「인터넷법률」 통권 제25호.
- 조덕호 · 엄홍석(2004), 유비쿼터스 도시전자정부의 필요성과 구축방향, 「도시문제」 제39권 제427호.
- 주상돈(2004), 유비쿼터스 공간기술 및 서비스 동향: 시공자재시대의 사이버국토 구축, 「국토연구」 통권제274호.

한국전산원(2004a), 유비쿼터스 시대의 사회간접자본 서비스 발전방안 연구.

한국전산원(2004b), 유비쿼터스 시대의 환경복지서비스 발전방안 연구.

홍만표(2005), 프라이버시 보장해야 하는 유비쿼터스 보안, 「정보시대」 통권 106호.

홍영교(2004), “한국의 유비쿼터스 IT 정보화 정책 추진 체계에 관한 연구”, 숙명여자대학교 일반대학원 석사학위논문.

Bayley, David H.(1994), POLICE FOR THE FUTURE, New York: Oxford University Press, 1994.

Berg, Bruce L.(2000), Policing in Modern Society, Boston : Butterworth Heinemann.

Charles R. Swanson(1998), Police Administration, N.J: Prentice Hall.

Gary Palmer, 'A road Map for Digital Forensics Research', DFRWS, Nov.2001, Available: www.dfrws.org

James J. Fyfe, et al.(1997), Police Administration, N.Y. : McGraw-Hill Companies, Inc.

Weiser, Mark(1991), The Computer for the 21st Century, Scientific American, September.

266 형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

Ubiquitous and Police Service

Park, Seong-Su*

The main purpose of this thesis is to suggest the guidelines of the police service in the 21st century environment and Ubiquitous government policy

The environmental changes of the 21st century characterized as "Ubiquitous" or "the anarchy of uncertainty", caused mainly by the information technology(IT), are unbelievably rapid and their range reaches farther than anyone can imagine.

Ubiquitous(or ubiquitous computing) is the method of enhancing computer use by making many computers available throughout the physical environment, but making them effectively invisible to the user.

Ubiquitous computers will help overcome the problem of crime and enable to offer police service that directly intimidates the people's daily life.

But probably the most important problem is that ubiquitous computing environments pose serious privacy risks. The second problem is that it is often difficult to maintain personalization of ubiquitous computing system. So, we are trying to construct systems

* Professor, Department of Police Administration in Semyung University.

268 형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

that protect privacy and right.

keyword: ubiquitous, police service, community policing, crime prevention, E-Government

지속적 소년비행의 원인에 관한 연구

- Moffitt의 이질적 비행발생론을 중심으로

이 순 래

※ 본 연구는 2004년도 원광대학교의 교비지원에 의하여 연구되었음.

형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

한국형사정책연구원

지속적 소년비행의 원인에 관한 연구

- Moffitt의 이질적 비행발생론을 중심으로

이 순 래*

I. 서 론

최근 우리나라의 소년비행은 양적 측면에서 안정화되는 경향을 보이고 있다. 비행소년의 숫자는 1997년에 164,182명을 정점으로 가장 많았다가 이후 해마다 줄어들어 최근 2003년에는 104,158명으로 지난 몇 년 사이에 1/3 이상이 감소하였다.¹⁾ 비행소년의 규모가 줄어든 것은 다행스러운 일이다. 반면에 우려스러운 현상도 동시에 진행되고 있다. 과거에 소년비행은 일과성(一過性)을 특징으로 하였다. 즉 소년이 비행을 저질렀더라도 대부분 한두 번에 그치고 곧 정상적 소년생활로 회귀하는 경향이였다. 구체적으로 10년 전까지만 해도 전체 비행소년 중에서 일과성 비행을 저지른 소년은 80% 가량으로 대다수를 차지했고 1회 이상의 과거비행이 있었던

※ 본 연구는 2004년도 원광대학교의 교비지원에 의하여 연구되었음.

* 원광대학교 경찰행정학부 부교수, 사회학 박사.

- 1) 도중진 등. 소년사범의 적절한 처리절차에 관한 연구. 한국형사정책연구원. 2005: Pp. 14-20. 비행소년의 수는 소년인구의 규모와 밀접한 연관이 있기 때문에 비행소년의 수가 감소하였다고 소년비행문제가 안정화되었다고 단언할 수 없다. 도중진 등(2005)은 인구규모의 변화를 고려하기 위하여 소년인구 10만명당 비행소년의 수를 산출하였는데 소년비행율은 1997년에 2,643.4명이었고, 2001년에 2,522.2명, 2002년 2,348.8명, 2003년에는 2,017.9명 등으로 감소하는 경향이였다.

지속비행소년은 20% 내외에 불과했다. 그러나 이후 지속비행소년(持續非行少年)은 해마다 증가하여 최근에는 전체 비행소년의 35% 가량을 차지하였다. 불과 10년 사이에 15% 이상 현저히 증가한 것이다.

지속비행의 증가는 매우 심각하게 논의해야 할 문제이다. 일과성 비행의 경우에 폐해는 크지 않을 수 있다. 청소년기의 한두 차례 비행은 이들이 아직 규범의식을 확립하지 못했기 때문에 규범학습을 위한 시행착오로 이해할 수 있으며, 또한 일과성 비행 자체가 해당소년이 곧 정상적 소년생활로 회귀했다는 것을 의미하므로 소년의 향후발전에도 별다른 악영향을 미치지 않는다. 지속비행의 경우는 그렇지 않다. 우선 동일 소년의 반복된 비행으로 다수의 선량한 피해자가 발생하기 때문에 사회적으로 관용하기가 쉽지 않다. 더불어 지속비행은 해당소년의 향후성장에 치명적 폐해를 유발할 수 있다. 주위의 거둬들인 지적에도 불구하고 비행을 반복하여 경찰서를 오가고 소년보호시설에 수용되면 이들은 성장기에 필수적인 교육 기회를 제대로 갖지 못하며, 또한 부모들도 더 이상 개선의 기대를 갖지 못함으로써 가족의 보호로부터도 멀어지게 된다.²⁾ 현대의 경쟁사회에서 교육과 가족의 보호를 받지 못한 소년의 장래는 자명하다. 학교생활이나 대인관계에 더욱 곤란을 겪을 것이며 나중에 성인이 되었을 때는 적절한 사회화의 부재로 좋은 직장을 갖고 원만한 사회생활을 하기도 어렵다. 지속비행의 폐해는 실제 경험적 조사에서 입증되었다. 이순래(1996)가 지속비행으로 소년원 수용경험이 있는 소년들을 추적 조사했을 때에 이들의 66.9%가 성인이 되어서 일상적 사회생활에 적응하지 못하고 성인범죄자로 발전하였다.³⁾

지속비행의 심각한 폐해에도 불구하고, ‘비행소년이 왜 비행을 지속하는

2) Liska, A.E. & M.D. Reed, "Ties to conventional institutions and delinquency: Estimating reciprocal effects," American Sociological Review, 50. 1985: Pp. 547-60.

3) 이순래, "소년범죄와 성인범죄와의 관계에 관한 연구," 형사정책 8. 1996: p.39; "범죄지속의 원인에 관한 연구," 형사정책연구 23. 1995: Pp.107-138.

가?’ 즉 비행지속의 원인은 제대로 연구되지 못하였다. 지금까지 비행연구들이 주로 다루었던 사항은 ‘어떤 소년이 비행을 저지르는가?’ 즉 비행참여의 원인에 관한 것이었다. 기존연구를 통하여 여러 요인들이 비행참여의 계기로 지적되었는데, 특히 부모와의 애착관계, 학업의 전념정도, 범죄를 옹호하는 가치나 태도의 수용여부, 기회구조에의 접근가능성, 지역사회 통제능력 등이 비행소년과 일반소년을 구별 짓는 중요한 요인으로 판명되었다. 그간의 노력으로 소년비행의 많은 부분이 설명된 것은 사실이다. 하지만 기존연구들이 간과하지 말아야 했던 것은 비행소년들 역시 이질적이라는 사실이다. 비행소년들 중에서 일부는 비행을 지속하지만 다른 일부는 곧 비행을 중단하고 정상적 소년생활로 회귀한다. 기존연구들은 비행소년과 일반소년의 차이를 밝히는데 치중함으로써 암묵적으로 비행소년들을 동일한 성질의 단일그룹으로 가정하고 지속비행의 원인을 밝히고 이론화하는 노력은 등한시하였다.

지속비행에 관한 이론화 작업이 시도된 때는 1990년대로 비교적 최근의 일이다.⁴⁾ 그 중에서 Moffitt는 비행소년을 생애 만성비행소년(life-course persistent offenders, 이하 만성비행소년)과 청소년기 한정비행소년(adolescence-limited delinquents, 이하 한정비행소년)으로 구분하였다.⁵⁾ 만성비행소년이란 개인의 기본성향 면에서 결함이 있으며 어려서부터 비행을 저지르기 시작하고, 이후 성장과정에서 여러 불이익이 누적되어 나이가 들어서도 범죄로부터 손을 씻지 못하고 비행이나 범죄를 지속하는 유형을 일컫는다. 반면에 한정비행소년은 기본성향의 면에서는 일반소년과

4) 이순래·박철현, “범죄현상에 대한 새로운 분석틀,” 한국공안행정학회보 9, 2000: p.83.

5) Moffitt, T.E. "Life-course-persistent and adolescence-limited antisocial behavior: A developmental taxonomy." *Psychological Review* 100, 1993: pp.674-701; "Adolescence-limited and life-course persistent offending: A complementary pair of developmental theories." In T. P. Thornberry (eds.), *Developmental Theories of Crime and Delinquency*, 1997: Pp.17-21.

차이가 없지만 청소년이란 발달과정상의 특징과 학습이나 모방에 의해 비행을 저지르고 이후에는 그만두는 유형이다. 이처럼 Moffitt는 비행소년들의 이질적(異質的) 구성을 인식하고 지속비행의 원인을 개인의 문제성향과 이들이 생활하는 과정에서 겪게 되는 여러 누적적 불이익에서 찾고 있다. Moffitt의 논의는 지속비행에 대하여 체계적 이론화를 시도했을 뿐만 아니라 비행소년에 대한 새로운 접근방법을 시사했다는 점에서 많은 주목을 받고 있다. 실제 영국은 Moffitt의 논의를 근거로 과거 수차례 허용했던 경찰훈방을 1회로 한정하고 이후의 비행에 대해서는 비행소년을 전담하는 기구로의 이첩을 법제화하여 만성비행소년의 지속비행을 예방하고 소년보호기관의 조기개입으로 이들의 선도를 도모하고 있다.⁶⁾

본 연구의 목적은 Moffitt의 논의를 중심으로 최근 악화되는 우리나라 지속비행의 원인을 분석하고 이에 대한 대처방안을 제시하는 것이다. 지속비행을 연구하기 위해서는 패널자료가 필요하다. 지속비행이란 전단계(前段階)에 비행이 있고 일정한 시간이 흐른 이후에 또 다른 비행이 있었는가에 따라 판별할 수 있는 현상이므로 조사대상자를 여러 시점에서 반복 조사하는 패널자료가 있어야 한다. 본 연구가 활용한 패널자료는 청소년개발원에서 전국의 3,499명 학생들을 대상으로 수집한 2004년의 1차 조사 자료와 2005년도의 2차 조사 자료이다. 2회에 걸쳐 수집된 패널자료를 사용하여 본 연구는 빈도분석을 통해 소년비행의 실태, 소년비행의 전이형태, 비행소년의 구성을 살펴보고, t-test와 상관관계분석을 통해서는 지속비행과 관련한 유관요인을 분석하고, 로지스틱 회귀분석으로 지속비행의 인과모형을 검증한다.

6) Bottoms, A. & J. Dignan, "Youth justice in Great Britain." In M. Tonry & A. N. Doob(eds), *Youth Crime and Youth Justice: Comparative and Cross-National Perspectives*. The University of Chicago Press. 2004: p.150.

II. 이론적 배경

1. Moffitt의 異質的 非行發生論

비행연구들이 그동안 집중적으로 탐구했던 사항은 ‘누가 비행을 저지르는가?’ 즉 비행소년과 일반소년의 차이를 구별하는 일이었다. 이에 따라 암묵적으로 비행소년들을 동일한 성질의 단일그룹으로 가정하였다. 그러나 경험적 사실들은 이러한 가정에 문제가 있음을 지적한다.⁷⁾ 최초비행을 어린 나이에 저지른 소년들과 청소년기에 들어서 시작한 소년들의 경우에 이들은 같은 비행소년들이지만 두 집단의 성질은 매우 다른 것으로 나타났다. 어린 나이에 시작한 소년들은 이후 여러 종류의 비행을 저질렀을 뿐만 아니라 성인이 되어서도 반사회적 생활습관을 버리지 못하였다. 반면에 최초비행을 청소년기에 저지른 소년은 대부분 곧 그러한 행위습관을 버리고 성인이 되었을 때는 더 이상 범죄를 저지르지 않는 경향이였다.

Moffitt는 비행소년의 이질적 구성을 인식하고 만성비행소년과 한정비행소년으로 이들을 구분하였다. 만성비행소년의 소질과 관련하여 Moffitt가 강조했던 사항은 정신심리적 기능(neuro-psychological function)의 장애와 어렸을 때의 부적절한 성장환경이다.⁸⁾ 즉 출생전후에 모체나 태아의 이상으로 정신심리적 기능장애가 발생하고 부모의 무관심이나 양육방법의 잘못으로 이러한 기능장애가 제대로 치유되지 못함으로써 만성비행소년으로

7) Bartusch, D.R.J., D.R. Lynam, T.E. Moffitt, and P.A. Silva. "Is age important? Testing a general versus a developmental theory of antisocial behavior." *Criminology* 35. 1997: Pp.13-48; Paternoster, R. & R. Brame. "Multiple routes to delinquency? A Test of developmental and general theories of crime." *Criminology* 35. 1997: pp.49-84.

8) Moffitt, T.E. "Adolescence-limited and life-course-persistent offending: A complementary pair of developmental theories." In T. P. Thornberry (eds.), *Developmental Theories of Crime and Delinquency*: pp.17-21.

서의 성향이 형성된다는 것이다. 출생전후의 상태에 주목함으로써 Moffitt는 만성비행소년의 성향을 형성하는 데에 있어서 생물학적 요인의 영향을 강조한 듯하다. 그러나 Moffitt는 출생전후에 정신심리적 기능장애가 있더라도 조기성장과정에서 부모가 유아의 기능결핍에 관심을 갖고 필요한 훈육방법을 사용하면 기능결핍 문제를 해결할 수 있다고 보았다. 따라서 만일 부모가 자녀의 기능장애에 주목하지 못하고 필요한 훈육을 하지 않았을 때에 만성비행소년으로서의 성향이 형성된다고 봄으로써 Moffitt는 생물학적 결정론을 넘어 생물학적 요인과 조기성장환경의 상호작용을 중요한 영향요인으로 고려했다는 것을 알 수 있다.

Moffitt는 이렇게 형성된 문제성향의 구체적 상태로 흥분성(irritability)이나 높은 활동성(high activity), 낮은 자아통제력(low self-control), 낮은 인지능력(low cognitive ability) 등을 지적하였다.⁹⁾ 더불어 만성비행소년이 생애 전과정에 걸쳐 정상적 생활을 하지 못하고 반사회적 행위에 빠지는 것은 바로 문제성향의 현시적 결과(contemporary outcomes)와 누적적 결과(cumulative outcomes)에 기인한다고 보았다.¹⁰⁾ 현시적 결과란 문제성향으로 말미암아 직접적으로 유발되는 부정적 결과이다. 예컨대 높은 흥분성의 사람들은 성장과정에서 여러 상황에 접했을 때에 그렇지 않은 사람에 비해서 감정적으로 대처하는 경향이 높고, 또한 낮은 인지능력의 사람들은 상황에 대해 종합적 판단을 하지 못하고 즉흥적으로 행동함으로써 여러 종류의 반사회적 행위에 빠져들 수 있다. 이같이 현시적 결과란 문제성향의 직접효과로 인하여 사회생활의 적응에 부정적 결과를 초래하게 되는 경우이다. 이에 반하여 누적적 결과란 문제성향이 성장과정에서 누적적으로 부정적 영향을 미치는 즉 문제성향의 간접효과에 의해 유발되는 결과들이다. 예를 들어 문제아동의 경우에 학교생활에 적응하는 데에 어려움으

9) Moffitt. 앞의 책: p.19.

10) Moffitt. 앞의 책: p.20.

로 학업을 중도에 포기하고 이로 말미암아 어른이 되어서도 정상적 취업 기회를 갖지 못해 불법적인 수단으로 생계를 유지하게 되듯이, 문제성향이 이후의 생활기회를 점차 제한함으로써 이들의 반사회적 행위가 장기화되는 경우이다.

Moffitt는 누적적 결과가 초래되는 경우를 크게 세 가지로 나누었다.¹¹⁾ 첫번째는 친사회적 행위목록을 학습할 수 있는 기회가 제한되는 경우이다. 문제성향의 소년들은 높은 흥분성과 낮은 자아통제력 때문에 친구들이나 주위사람들이 접촉을 회피하여 원만한 인간관계를 맺기 어렵다. 주위 사람들의 회피뿐만 아니라 문제소년 자신도 이들과의 관계를 기피함으로써 정상적 소년의 경우는 친구관계나 주위 사람들과의 상호작용으로 친사회적 행위목록 즉 합법적 문제해결방법을 학습할 수 있지만 문제소년들은 이 같은 학습기회가 갖지 못한다는 것이다. 두 번째는 어렸을 때의 비정상적 행위가 발전과정에서 덧으로 작용하는 경우이다. 낮은 자아통제력이나 충동성으로 문제성향의 소년들은 청소년기의 임신, 마약 탐닉, 중퇴, 범죄로 인한 상해 등의 사건을 겪을 가능성이 높다. 이러한 경험들은 미혼모의 경우처럼 이후에 해당소년이 정상적 생활로 환원하고 싶어도 그럴 수 없게 하는 일생의 덧(snare)이 됨으로써 일생동안 반사회적 생활양식을 버릴 수 없게 만든다. 세 번째는 사회적 낙인의 효과이다. 문제소년의 행위에 가해지는 사회적 낙인은 대인관계, 학업이수, 교외활동 등의 생활기회를 차단함으로써 이들이 반사회적 생활양식을 지속하게 하는 누적적 원인으로 작용할 수 있다. 이와 같이 Moffitt는 지속비행이 유발되는 중요한 원인으로 어렸을 때에 형성된 문제성향을 지적하고, 문제성향의 현시적 결과와 누적적 결과로 인해 이러한 성향의 소년들은 청소년기뿐만 아니라 이후 성인이 되어서도 범죄를 포함한 반사회적 행위에 반복적으로 빠져들게 된다고 주장하였다.

11) Moffitt. 앞의 책: pp.21-22.

이에 반하여 한정비행소년은 만성비행소년과 질적으로 다른 집단으로 인식하였다. 한정비행소년들은 기본성향 면에서 정상인들과 별다른 차이가 없고, 또한 만성비행소년은 문제성향으로 인해 어려서부터 비행에 빠져들지만 한정비행소년의 최초비행은 주로 청소년기에 시작되며 오래지 않아 곧 비행이나 범죄로부터 손을 씻고 정상적인 생활로 환원한다는 것이다.

그렇다면 청소년기에 한정비행소년이 출현하는 이유는 무엇인가? 이에 대해서 Moffitt는 청소년기에는 특유의 욕구가 있으며 비행이나 범죄는 이들의 욕구를 충족시켜주기 때문이라고 설명하였다. Moffitt가 청소년기에 나타나는 특유의 욕구로 지적한 사항은 독립성(autonomy)의 추구와 성인 역할(adult role)에 대한 갈망이었다.¹²⁾ 특히 현대사회는 영양상태의 개선으로 생물학적 성숙은 과거에 비해 어린 나이에 이루어지지만 전문화된 취업시장의 요구로 성인으로서의 사회적 지위가 부여되는 시기는 점차 지체되고 있다. 이에 따라 현대의 청소년들은 생물학적으로는 충분한 성숙의 단계에 들었지만, 성적 욕구를 억압해야 하며, 물질적 소유욕을 인내해야 하고, 자기 스스로의 의사결정을 보류하고 어른들에 의존해야 하는 등 성인으로서의 역할수행을 인내하는 기간은 상대적으로 연장되었다. 일반적 청소년들이 생물학적 연령과 사회적 연령의 간극으로 인하여 욕구좌절을 겪는데 반하여 만성비행소년은 그렇지 않다. 만성비행소년은 주위의 규제에 연연하지 않고 독자적인 생활을 할 뿐만 아니라 음주, 흡연, 성경험 등 일반소년들이 희구하는 대상들을 자연스럽게 향유한다. 이러한 배경에서 Moffitt는 청소년기에 한정비행소년이 대규모로 출현하는 이유는 욕구좌절을 겪는 일반소년들이 주위의 만성비행소년들이 독자성이나 성인역할을 향유하는 것을 목격하고 이들의 행위를 모방하기 때문이라고 지적하였다.

청소년기에 비행을 저지르는 한정비행소년이 이후 비행을 그만두는 까닭은 무엇인가? 이에 대해서 Moffitt는 상황변화, 인식의 변화, 낮은 현시

12) Moffitt. 앞의 책. pp.24-39.

적 불이익과 누적적 불이익 등 세 가지 측면에서 비행단절의 이유를 설명하였다. 우선 상황변화와 관련하여, 생물학적 연령이 증가함에 따라 한정 비행소년들은 이전에는 비행을 통해서만 맞볼 수 있었던 성인역할을 합법적으로 향유할 수 있는 급격한 상황변화를 겪게 된다. 상황변화로 인하여 비행의 긍정적 기능이나 상징적 의미는 퇴색하고 이에 따라 한정비행소년들은 비행을 그만두고 정상적 생활로 되돌아온다는 것이다. 두번째 이유는 인식의 변화이다. 나이가 들에 따라 한정비행소년들은 비행으로 인하여 자신의 미래가 위협받을 수 있다는 사실을 자각하기 시작한다는 것이다. 특히 Moffitt가 주목했던 인식변화는 전념비용에 대한 관심이 대두한다는 것으로, 한정비행소년들은 비행을 저지르면 처벌과 비공식제재가 가해질 것이며 이로 인하여 지금까지 있었던 자신의 노력이 수포로 돌아가고 미래가 위협받을 수 있다는 점을 인식하게 된다고 보았다. 세 번째, 낮은 현시적 불이익과 누적적 불이익이다. 한정비행소년들의 경우는 비행을 유발했던 원인이 성장과정상의 독립성 욕구와 비행친구의 영향과 같은 상황적 요인이었으며 만성비행소년들과는 달리 성격장애나 인지능력 자체에 있어 큰 결함은 갖지 않은 상태이다. 한정비행소년들은 현시적 불이익의 정도가 크지 않고 또한 청소년기에 들어서야 비행에 접함으로써 비행참여기간이 짧아 누적적 불이익으로 인한 폐해도 크지 않다. 이러한 이유로 Moffitt는 한두 차례의 비행 이후에 한정비행소년들은 곧 그것으로부터 이탈한다고 주장하였다.

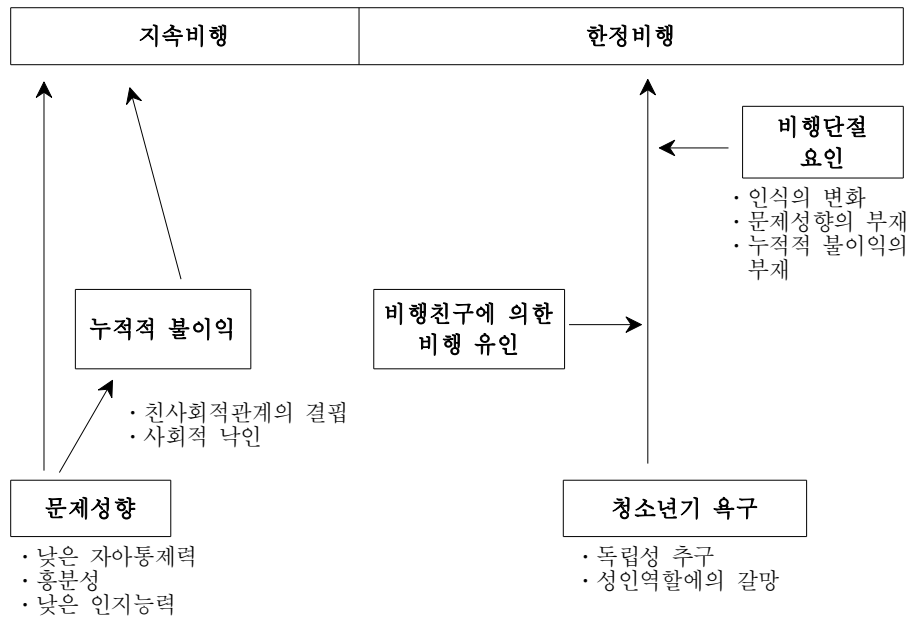
2. 연구모형

<그림 1>은 Moffitt의 논의를 바탕으로 본 연구의 모형을 도식화한 것이다. 연구모형에서 알 수 있듯이 우선, 사회에서 발생하는 전체 소년비행

은 일과성에 그치는 한정비행과 과거에 1회 이상의 전과가 있는 지속비행으로 구분할 수 있다. 이러한 구분에 의하면 최근 우리나라에서 발생한 104,158건의 소년비행 중에서 초범 사건인 68,327건(65.6%)은 한정비행으로 분류할 수 있고, 전과 1범 이상이 저지른 나머지 35,831건(34.4%)은 지속비행으로 분류할 수 있다. 다음으로 지속비행과 한정비행은 서로 다른 발생 구조에 의해 유발된다. 지속비행에서 중요한 인과요인은 문제성향이다. 문제성향으로 인해 지속비행이 유발되는 경로는 직접경로와 간접경로가 있다. 직접경로는 자아통제력이 낮고, 쉽게 흥분하고, 인지능력이 부족한 문제성향의 소년이 단기간에 자기의 욕구를 실현하려 하고, 감정적으로 대처하고, 상황에 대해 종합적 판단을 하지 못해 지속적으로 비행에 빠져드는 경우이다. 반면에 간접경로는 문제성향으로 인해 주위사람과 원만한 인간관계를 맺지 못하여 합리적 문제해결방법의 학습기회를 갖지 못하고, 일탈행위에 대한 사회적 낙인으로 일상적 생활기회가 차단되어 비행을 지속하게 되는 경우이다.¹³⁾ 한정비행에서 중요한 인과요인은 청소년기 욕구이다. 생물학적 연령과 사회적 연령의 차이를 겪는 소년들은 스스로 의사결정을 하고자 하는 독립성과 어른처럼 하고픈 성인역할에 대한 청소년기 특유의 욕구를 갖는다. 이에 반하여 주위에 있는 비행친구들은 외부의 규제에 연연하지 않고 독자적 생활을 하며 음주, 흡연, 조기 성경험 등 소년들이 희구하는 대상들을 자유롭게 향유한다. 소년들은 주위의 비행친구들이 독자성과 성인역할을 향유하는 것을 목격하고 이들의 행위를 모방함으로써 한정비행에 빠져든다. 그러나 나이가 들에 따라 비행으로 자신들의 미래가 위협받을 수 있다는 인식이 생겨나고, 개인의 기본성향에서 심각한 문제가

13) 누적적 불이익의 하나로 Moffitt는 청소년기의 임신, 마약 탐닉, 중퇴, 범죄로 인한 상해 등 발전과정의 틈을 포함하였다. 그러나 조사대상자들 중에서 성관계 경험의 비율은 2004년 자료에 1.1%, 2005년 자료에 0.8%에 불과하여 임신경험의 가능성이 희박하였고 또한 우리나라 중학교에서는 퇴학처분을 할 수 없기 때문에 본 연구에서는 발전과정의 틈을 고려하지 않았다.

없고 또한 누적적 불이익이 많지 않기 때문에 곧 비행으로부터 이탈한다.



<그림 1> 연구모형: 지속비행과 한정비행의 발생구조

<그림 1>의 연구모형에서 본 연구가 중점적으로 다루는 사항은 지속비행의 유발구조에 관한 부분이다. 이는 본 연구의 목적이 Moffitt의 이론 자체를 검증하는 것이 아니라 이를 토대로 최근 심각한 수준의 우리나라 지속비행문제를 설명하고 효율적 예방대책을 모색하고자 하기 때문이다. 따라서 본 연구에서 경험적으로 검증하고자 하는 가설은 다음과 같다.

가설 1. 문제성향이 강할수록 지속비행을 할 것이다.

가설 2. 누적적 불이익이 많을수록 지속비행을 할 것이다.

가설 3. 문제성향이 강할수록 누적적 불이익을 많이 겪을 것이다.

Ⅲ. 연구방법

1. 연구자료

지속비행은 전단계(前段階)에 비행이 있고 일정한 시간이 흐른 이후에 또다른 비행이 있었는지 여부에 의해 판별할 수 있기 때문에 패널자료가 요구된다. 본 연구가 활용한 패널자료는 청소년개발원에서 수집한 2004년의 1차 조사 자료와 2005년의 2차 조사 자료이다. 1차 조사 자료는 전국의 중학교 2학년 학생을 대상으로 층화다단계 집락표집의 방법을 추출한 3,499명을 대상으로 수집되었으며, 2차 조사 자료는 동일한 표본을 대상으로 중도 탈락한 220명을 제외한 3,209명으로부터 수집되었다. 자료수집은 학생 본인과 학부모를 대상으로 설문조사방법에 의해 실시되었다.¹⁴⁾

2. 주요 개념의 측정

본 연구가 설명하고자 하는 종속변수는 소년의 지속비행이다. 지속비행을 측정하기 위하여 1차년도 조사 자료와 2차년도 조사 자료를 조사대상자의 신분번호를 기준으로 결합하였다. 결합된 자료를 대상으로 조사대상자가 1차년도에 ‘다른 사람을 심하게 때리기’, ‘패싸움’, ‘협박하기’, ‘남의 돈이나 물건을 빼앗기’, ‘남의 돈이나 물건을 훔치기’, ‘성폭행이나 성희롱하기’, ‘원조교제’ 중에서 1건 이상의 비행을 저지르고 2차년도에 또다시 1건 이상을 저질렀으면 지속비행으로 측정하였다.

Moffitt는 지속비행을 유발하는 요인으로 문제성향과 누적적 불이익을 지적하고, 문제성향은 낮은 자아통제력, 흥분성, 낮은 인지능력 등 3가지

14) 이경상 등. 한국 청소년 패널조사(KYPS) I -조사개요보고서. 한국청소년개발원. 2004: Pp.13-28.

하위영역으로 구성되며 누적적 불이익은 친사회관계의 결핍, 발전과정의
 뒤통, 사회적 낙인 등 3가지 하위영역으로 구성된다고 주장하였다. 이를 반
 영하여 본 연구는 문제성향을 3가지 변수로 Moffitt와 동일하게 선정하였
 으나, 누적적 불이익은 조사대상자의 특성과 우리나라 교육현실을 고려하
 여 2가지 변수로 측정하였다. 낮은 자아통제력 변수는 ‘나는 내일 시험이
 있어도 재미있는 일이 있으며 우선 그 일을 하고 본다’, ‘나는 일이 힘들고
 복잡해지면 곧 포기한다’, ‘나는 위험한 활동을 즐기는 편이다’, ‘나는 다른
 사람을 놀리거나 괴롭히는 일이 재미있다’, ‘나는 화가 나면 물건을 가리지
 않는다’, ‘나는 학교 숙제를 제때에 잘 해 가지 않는 편이다’ 등 6개 항목
 에 대한 조사대상자의 평가점수를 합산한 총합척도(summated scale)로 측
 정하였다. 흥분성 변수는 ‘화가 나면 물건을 집어던지고 싶은 충동이 생길
 때가 있다’, ‘나는 때때로 남을 때리고 싶은 마음을 누를 수 없다’, ‘나는
 내 자신이 금방 터질 것 같은 화약과 같다고 생각한다’, ‘나는 아주 약이 오
 르면 다른 사람을 때릴 수도 있다’, ‘누군가 나를 때린다면 나도 그 사람을
 때린다’, ‘나는 다른 사람들보다 더 자주 싸운다’, 등 6개 항목의 평가점수
 를 합산한 총합척도로 측정하였다. 인지능력 변수는 ‘매우 못하는 수준’
 ‘못하는 수준’, ‘중간’, ‘잘하는 수준’, ‘매우 잘하는 수준’의 5점으로 평정한
 결과를 국어, 영어, 수학, 사회영역, 과학영역 등 5개 교과목에 걸쳐 합산
 한 총합척도로 측정하였다. 누적적 불이익의 하위영역인 친사회관계의 결
 핍은 ‘학교친구들과의 사이가 좋지 못하다’, ‘학교 선생님들과의 사이가 좋
 지 못한 편이다’, ‘학교규칙이나 규정에 적응하기가 어렵다’, ‘학교공부에
 흥미도 없고 따라갈 수가 없다’, ‘학교의 경고나 징계를 받는 적이 있다’
 등 6개 항목의 평가점수를 합산한 총합점수로 측정하였다. 끝으로 사회적
 낙인 변수는 ‘주위사람들은 나를 문제아라고 생각한다’, ‘주위사람들은 나를
 비행청소년이라고 생각한다’, ‘나는 나 자신이 문제아라고 생각한다’, ‘나는

나 자신이 비행청소년이라고 생각한다' 등 4개 항목의 평가결과를 합산한 총합점수로 측정하였다.

총합척도를 구성하기에 앞서 각 하위영역별로 요인분석(factor analysis)을 실시하여 측정문항들이 단일차원성을 유지하는지를 검증했으며, 각 총합점수들의 표준화를 위하여 100점으로 환산하였다. 또한 지속비행현상은 본 연구가 고려한 문제성향이나 누적적 불이익 이외에 연구에 포함되지 못한 제3의 요인들에 의해 영향을 받을 수 있다. 인과모형을 분석하는 단계에서는 제3의 요인들에 의한 영향을 통제하기 위하여 조사대상자의 성, 정상가정 여부, 보호자 교육수준, 보호자 직업수준 등을 통제변수로 선정하였다. 조사대상자의 성은 남학생인 경우는 '1'로 코딩하였고 여학생은 '0'으로 코딩하였다. 정상가정 여부는 부모와 함께 살고 있으면 '1'로 코딩하였고 그렇지 않은 경우는 '0'으로 코딩하였다. 보호자 교육수준은 교육이수 단계에 따라 1점 '무학이나 초등학교 졸업'에서 5점 '대학원 이상'까지 5점 척도로 측정하였고, 보호자 교육수준은 직업위세서열에 따라 1점 '무직이나 단순노무직'에서 7점 '전문직'까지 7점 척도로 측정하였다.

IV. 연구결과

1. 소년비행의 기초분석

인과분석에 앞서 <표 1>은 조사대상자들이 소년비행을 저지른 비율을 유형별로 살펴본 것이다. 전체적으로 2004년에 비하여 2005년에 비행을 했다는 소년의 비율은 감소하는 경향이다. 지위비행의 경우에 담배피우기는 2004년 자료에서는 전체의 13.3%가 그랬다고 응답했으나 2005년에는

10.5%로 감소하였고, 다른 지위비행인 술마시기, 가출경험, 성관계경험의 경우에도 모두 미세한 수준으로 감소하였다. 유일하게 증가한 것은 무단결석으로 2004년 자료에서는 4.8%이었으나 2005년에는 6.0%로 증가하였다. 그러나 다른 비행유형들은 모두 감소하였다. 폭력비행에서 다른 사람을 심하게 때린 비율은 2004년의 9.0%에서 2005년의 4.6%로 감소하였고, 패싸움의 비율은 5.4%에서 2.1%로, 협박하기의 비율은 4.3%에서 2.1%로 감소하였다. 마찬가지로 재산비행의 경우도 남의 돈이나 물건을 빼앗은 비율은 2004년의 5.5%에서 2005년의 3.4%로 감소하였고, 남의 돈이나 물건을 훔친 비율도 6.9%에서 3.2%로 감소하였다.

<표 1> 소년비행의 발생실태

비행유형		2004년(3,449명)		2005년(3,209명)	
		비행학생	퍼센트	비행학생	퍼센트
지위비행	담배피우기	458	13.3	338	10.5
	술마시기	1057	30.7	931	29.0
	무단결석	167	4.8	192	6.0
	가출경험	139	4.0	122	3.8
	성관계경험	38	1.1	27	0.8
폭력비행	다른 사람을 심하게 때리기	310	9.0	148	4.6
	패싸움	187	5.4	68	2.1
	협박하기	148	4.3	68	2.1
재산비행	남의 돈이나 물건을 빼앗기	189	5.5	109	3.4
	남의 돈이나 물건을 훔치기	239	6.9	104	3.2
성 비행	성폭행이나 성희롱하기	11	0.3	11	0.3
	원조교제	5	0.1	0	0.0

성비행에서는 성폭행이나 성희롱을 한 비율은 2004년도와 2005년도 모두에서 0.3%로 지극히 낮았으며 원조교제의 비율은 2004년에는 0.1%이었으나 2005년에는 전무하였다. 따라서 공식통계에 나타나고 있는 바와 같이

본 연구에서도 무단결석을 제외하고 소년비행이 감소하고 있는 추세라는 것을 알 수 있다. 소년비행의 동향을 분석하는 일은 본 연구의 범위를 벗어나지만¹⁵⁾ 이러한 감소추세는 최근 청소년의 생활이 인터넷을 매개로 이루어져 다른 사람과의 갈등이나 마찰이 줄어든 생활환경의 변화와 관련이 있는 것으로 설명할 수 있다.

<표 2>는 비행의 전이양태를 알아보기 위하여 2004년 자료와 2005년 자료를 비교한 것이다. 우선, 지위비행은 심각한 비행으로 발전하는 과정에 디딤돌(steping stone) 역할을 한다는 것을 알 수 있다. 2004년에 비행이 없었던 1,841명을 대상으로 2005년의 비행실태를 살펴보면 가장 많았던 비행은 지위비행으로 14.4%를 차지한다. 반면에 소년범죄로 처벌될 수 있는 폭력비행의 비율은 1.4%에 불과하고, 재산비행의 비율도 0.9%, 두 가지 이상의 복합비행을 저지른 비율도 0.7%에 불과하다.¹⁶⁾ 즉 과거에 비행이 없었던 소년이 처음으로 시작하는 비행유형은 담배피우기, 술 마시기, 무단결석 등의 지위비행이며 처음부터 범죄성 비행을 저지르는 경우는 적다는 것을 알 수 있다. 다음으로 2004년도에 지위비행을 했던 경우에(참조 <표 2>의 3번째 항) 2005년도에 또다시 지위비행을 저지른 비율은 50.4%이고, 폭력비행의 비율은 3.2%, 재산비행은 3.9%, 복합비행은 1.2% 등이다. 앞서 2004년도의 결과와 비교하면 지위비행은 14.4%에서 50.4%로, 폭력비행은 1.4%에서 3.2%로, 재산비행은 0.9%에서 3.9%로, 복합비행은 0.7%에서 1.2%로 모두 증가하였다. 따라서 비행이 발전하는 단계는 처음엔 지위비행을 시작하고 이후에는 이를 디딤돌로 점차 심각한 비행으로

15) 소년비행의 동향을 설명하기 위해서는 연령효과(age effect), 기간효과(period effect), 출생코호트효과(cohort effect)를 고려해야 한다. 즉 2005년 자료에 나타난 감소추세가 조사대상자들이 한 살을 더 많은 연령효과 때문인지, 지난 1년 동안의 상황변화라는 기간효과 때문인지, 아니면 조사대상자 출생집단에 국한된 출생코호트효과 때문인지를 분리하여야 한다.

16) 성비행은 2004년에 16건, 2005년에 11건에 불과하여 분석결과에 관한 논의를 생략한다.

발전한다는 것을 알 수 있다.

<표 2> 소년비행의 전이양태

구 분	비행유형 (2004년)					
비행유형(2005년)	무비행	지위비행	폭력비행	재산비행	성비행	복합비행
무 비 행	1,522 (82.7)	304 (41.0)	127 (43.6)	69 (37.3)	1 (33.3)	42 (28.6)
지위비행	265 (14.4)	374 (50.4)	100 (34.4)	61 (33.0)	1 (33.3)	38 (25.9)
폭력비행	26 (1.4)	24 (3.2)	45 (15.5)	8 (4.3)	1 (33.3)	22 (15.0)
재산비행	16 (0.9)	29 (3.9)	5 (1.7)	36 (19.5)	0 (0.0)	11 (7.5)
성 비 행	0 (0.0)	2 (0.3)	0 (0.0)	0 (0.0)	0 (0.0)	0 (0.0)
복합비행	12 (0.7)	9 (1.2)	14 (4.8)	11 (6.0)	0 (0.0)	34 (23.1)
전체비행	319 (17.3)	438 (59.0)	164 (56.4)	116 (62.7)	2 (66.6)	105 (71.4)
계	1,841 (100.0)	742 (100.0)	291 (100.0)	185 (100.0)	3 (100.0)	147 (100.0)

두 번째로, 다소의 전문화경향(specialization tendency)을 발견할 수 있다. 2004년 자료에서 폭력비행 소년 중에서 2005년에 또다시 폭력비행을 저지른 비율은 15.5%이고, 지위비행은 34.4%이고, 반면에 재산비행은 1.7%에 불과하다. 또한 전년도에 재산비행 소년 중에서 2005년에 또다시 재산비행을 저지른 비율은 19.5%, 지위비행은 33.0%, 폭력비행은 4.3%에 불과하다. 따라서 비행의 발전추세는 과거에 폭력비행을 저지른 소년은 차후에 또다시 폭력비행을 저지르고, 재산비행을 저지른 소년은 차후 비행에서 또다시 재산비행을 저지르는 전문화경향이 있지만 차후비행에서 지위비행을 저지르는 비율 역시 높게 나타나 전문화경향을 단언하기는 어렵다.

세 번째로, 비행유형별로 지속비행의 비율이 다르다. 2004년 지위비행을

했던 소년이 2005년에 한 가지라도 비행을 저지른 비율은 59.0%였고, 폭력비행의 경우는 56.4%, 재산비행에서는 62.7%로 각각 나타났다. 이에 비하여 복합비행을 저지른 소년의 지속비행률은 71.4%로 다른 소년들에 비해서 월등히 높았다. 따라서 지속비행의 비율은 과거의 비행유형에 따라 차별적이며, 특히 과거에 여러 유형의 복합비행을 저지른 소년들에서 지속비행의 개연성이 높다는 것을 알 수 있다.

<표 3> 비행소년의 구성

비행소년의 구성			
구 분	인원	구성비	비고
무비행소년	2,465명	76.8%	지위비행포함: 47.4%
비행진입소년	118명	3.7%	지위비행포함: 9.9%
비행단절소년	439명	13.7%	지위비행포함: 16.9%
지속비행소년	187명	5.8%	지위비행포함: 25.7%
소 계	3,209명	100.0%	
지속비행소년의 점유율			
구 분	조사대상자	지속비행소년	점유율
대상인원	3,209명	187명	5.8%
전체비행	12,099건	5,287건	43.7%
1) 지위비행	9,063건	3,016건	33.3%
2) 폭력비행	1,803건	1,326건	72.4%
3) 재산비행	1,200건	930건	77.5%
4) 성 비 행	33건	15건	45.5%

<표 3>은 비행소년의 구성을 살펴본 것이다. 지위비행을 포함했을 때에 1차년도와 2차년도 모두에 비행을 저지르지 않은 무비행소년은 47.4%이다. 즉 과반수 이상(42.6%)의 조사대상자들이 지난 2년 동안에 최소한 1회 이상의 비행을 저지르는 경향이었다. 그러나 지위비행을 제외하고 심각

한 비행만을 고려했을 때에 무비행소년은 조사대상자의 76.8%를 차지하여 대다수의 소년들은 심각한 비행과는 무관한 것으로 나타났다. 따라서 지위 비행까지를 포함하면 소년비행은 과반수 이상의 소년이 참여하는 일반화된 현상이지만, 소년범죄로 처벌되는 폭력비행, 재산비행, 성비행을 저지르는 경우는 조사대상자의 1/4 미만이라는 것을 알 수 있다.

심각한 비행에 국한할 때에 비행진입소년 즉 1차년도에는 없었지만 2차년도에 처음으로 비행을 저지른 경우는 118명으로 조사대상자 전체의 3.7%를 차지한다. 이를 통하여 연간 약 4%의 소년들이 비행소년집단에 새롭게 편입된다는 것을 알 수 있다. 한편 1차년도에 비행을 했지만 2차년도에는 하지 않은 비행단절소년은 439명으로 조사대상자의 13.7%를 차지하며, 1차년도와 2차년도 모두에 비행을 저지른 지속비행소년은 5.8%이다.

조사대상자의 6% 가량에 불과하지만 지속비행소년의 비행점유율은 경이로운 수준이다. 조사대상자 3,209명이 연간 저지른 비행을 합산했을 때에 전체 비행건수는 12,099건이었다. 그리고 지속비행소년이 연간 저지른 비행을 합산했을 때에 이들의 비행건수는 5,287건이었다. 즉 6% 가량에 불과한 지속비행소년이 조사대상자 전체가 저지른 비행건수의 43.7%를 차지한다. 비행유형별로 세분하면 지위비행에서는 전체 비행건수의 33.3%, 폭력비행의 경우는 72.4%, 재산비행의 경우는 77.5%를 지속비행소년이 저지른 것이었다. 6%에 불과한 소수의 지속비행소년이 전체 비행의 44%, 그리고 범죄성 비행에서는 70% 이상을 저질렀다는 것은 놀라운 일이 아닐 수 없다. 역으로 소수의 지속비행소년을 사전에 확인하고 이들의 향후 비행을 예방할 수 있다면 소년비행의 44% 가량을 줄일 수 있고 특히 범죄성 비행의 70% 이상을 감소할 수 있을 것이다. 이러한 논의하에 계속해서 다음에서는 지속비행과 관련한 유관요인들을 분석한다.

2. 지속비행의 유관요인 분석

Moffitt의 이질적 비행발생론에 의하면 지속비행은 문제성향의 현시적 결과와 누적적 결과에 의해 유발된다. 현시적 결과란 낮은 자아통제력, 높은 흥분성, 낮은 인지능력 등의 문제성향 때문에 지속비행이 직접 유발되는 것이며, 누적적 결과란 문제성향 탓으로 친사회관계의 형성에 실패하고 주위 사람들의 낙인에 의해 지속비행이 간접적으로 유발되는 과정이다.

<표 4>는 Moffitt의 논의를 경험적으로 검증한 결과이다. 문제성향을 측정한 낮은 자아통제력, 흥분성, 인지능력 모두에서 일반소년과 지속비행 소년은 통계적으로 유의한 차이가 있다. 낮은 자아통제력의 경우에 일반소년의 평균은 52.5점이지만 지속비행소년은 64.3점으로 통계적으로 유의한 차이로 지속비행소년의 자아통제력이 낮은 수준이다. 흥분성에서도 일반소년의 평균은 53.7점이고 지속비행소년은 65.8점으로 통계적으로 유의한 차이로 후자의 경우에 흥분성이 높다. 또한 인지능력에서도 일반소년의 평균은 63.2점인 반면에 지속비행소년은 56.9점에 불과하여 후자의 경우에 사물을 판단하고 해석하는 능력이 부족한 편이다. 따라서 문제성향과 지속비행과는 밀접한 관련이 있음을 알 수 있다.

<표 4> 지속비행의 유관요인 분석

구 분	일반소년(평균)	비행지속소년(평균)	검증 통계치
문제성향			
1)낮은 자아통제력	52.5	64.3	t=11.6, P<.01
2)흥분성	53.7	65.8	t=11.3, P<.01
3)인지능력	63.2	56.9	t=-5.3, P<.01
누적적 불이익			
1)친사회관계의 결핍	32.6	43.6	t=12.1, P<.01
2)사회적 낙인	33.1	46.2	t=12.6, P<.01

누적적 불이익에 대한 검증결과도 Moffitt의 논의와 일치한다. 친사회관계의 결핍에서 일반소년의 평균은 32.6점에 불과하지만 지속비행소년은 43.6점으로 통계적으로 유의한 차이로 후자의 경우에 친사회관계의 형성에 어려움을 많이 겪고 있다. 사회적 낙인에서도 일반소년이 주위로부터 낙인을 겪는 수준은 33.1점에 불과하지만, 지속비행소년의 경우는 46.2점으로 통계적으로 유의한 차이로 후자의 경우에 주위로부터 낙인을 겪는 수준이 높다. 따라서 지속비행은 문제성향으로 인한 누적적 불이익과도 밀접한 관련이 있음을 알 수 있다.

<표 5> 문제성향과 누적적 불이익과의 상관관계

분석항목	문제성향			누적적 불이익	
	낮은 자아통제력	흥분성	인지능력	친사회관계의 결핍	사회적 낙인
낮은 자아통제력	1.00				
흥분성	.40 (P<.01)	1.00			
인지능력	-.24 (P<.01)	-.05 (P<.01)	1.00		
친사회관계의 결핍	.36 (P<.01)	.20 (P<.01)	-.27 (P<.01)	1.00	
사회적 낙인	.32 (P<.01)	.30 (P<.01)	.23 (P<.01)	-.22 (P<.01)	1.00

<표 5>는 문제성향의 소년이 누적적 불이익을 많이 겪는지를 알아보기 위하여 상관관계를 분석한 것이다. 문제성향을 측정한 변수들과 누적적 불이익을 측정한 변수들과의 상관관계는 모두 통계적으로 유의했으며 상관계수의 값도 높은 수준이다. 낮은 자아통제력과 친사회관계의 결핍과의 상관관계수는 .36이고 사회적 낙인과의 상관관계수는 .32로 나타나, 자아통제력이 낮을수록 친사회관계의 결핍이나 사회적 낙인을 겪는 수준이 높았다. 또한

흥분성과 친사회관계의 결핍과의 상관계수도 .20이었고 사회적 낙인과의 상관계수 역시 .30으로 나타나, 흥분성이 높을수록 친사회관계의 결핍이나 사회적 낙인을 겪는 수준이 높았다. 한편, 인지능력의 경우 친사회관계의 결핍과의 상관계수는 -.27이고 사회적 낙인과의 상관계수는 -.23으로 나타나, 인지능력이 낮을수록 친사회관계의 결핍이나 사회적 낙인을 겪는 수준이 높았다.

<표 4>와 <표 5>의 결과는 가설 1, 가설 2, 가설 3 모두를 지지한다. 지속비행소년은 통계적으로 유의한 수준에서 자아통제력의 수준이 낮고, 흥분성이 강하며, 인지능력의 수준이 낮았다. 지속비행과 누적적 불이익과 관계에서도 지속비행소년은 일반소년들에 비해 친사회관계의 결핍과 사회적 낙인을 많이 겪었다. 또한 문제성향과 누적적 불이익에 대한 상관관계 분석결과도 가설 3을 지지한다. 자아통제력이 낮을수록, 흥분성이 강할수록, 그리고 인지능력이 낮을수록 더 많은 누적적 불이익을 겪어 친사회관계가 부족하였고 사회적 낙인을 많이 겪는 경향이였다.

3. 지속비행에 관한 인과모형 분석

<표 6>은 로지스틱 회귀분석을 통하여 다른 변수들의 영향과 본 연구에서 통제변수로 고려한 조사대상자의 성, 정상가정 여부, 보호자 교육수준, 보호자 직업수준을 포함한 상태에서 각 변수의 독립적 효과를 살펴본 것이다. 분석결과는 전체적으로 연구가설들과 일치한다. 문제성향을 측정하는 변수 중에서 낮은 자아통제력과 흥분성은 다른 변수들과 통제변수를 포함했음에도 통계적으로 유의하다. 즉 자아통제력이 낮을수록(계수추정치: .0246) 그리고 충동적일수록(추정계수치: .0361) 지속비행의 가능성이 높은 것으로 나타나 문제성향이 지속비행의 중요한 인과요인임을 입증한

다. 누적적 불이익을 측정한 변수들은 모두 통계적으로 유의미하다. 즉 친사회관계의 결핍이 많을수록(추정계수치: .0260), 사회적 낙인을 많이 겪을수록(추정계수치: .0173) 지속비행의 가능성이 높다. 그외 통계적으로 유의한 변수는 정상가정 여부와 조사대상자의 성별이다. 정상가정에서 양육된 소년일수록(추정계수치: -.5939) 지속비행의 가능성이 낮으며, 남자일수록(추정계수치: .4075) 지속비행의 가능성이 높은 경향이다.

<표 6> 지속비행에 대한 로지스틱회귀분석 결과

분석항목	지속비행모형	
	계수추정치	추정오차
낮은 자아통제력	.0246	.0066**
홍분성	.0361	.0064**
인지능력	-.0078	.0055
친사회관계의 결핍	.0260	.0064**
사회적 낙인	.0173	.0053**
성별(남성=1)	.4075	.2364*
정상가정 여부	-.5939	.2364*
보호자 교육수준	.0229	.1068
보호자 직업수준	.0483	.0676
절편	-7.5789	.6604**
-2LL (절편)	1,426.0	
-2LL (절편+분석항목)	1,209.0	
-2LL (분석항목)	217.0**	
자유도	9	
N	3,209	

* = $P < .05$

** = $P < .01$

문제성향의 직접효과와 누적적 불이익을 경유한 간접효과를 판별하기 위

해서는 경로분석이 필요하지만 지속비행이 이항변수인 이유로 본 연구는 경로분석을 활용하지 못하였다. 그러나 상관계수 분석에서 문제성향과 누적적 불이익이 높은 상관관계를 나타내고, 로지스틱 회귀분석에서 문제성향과 누적적 불이익이 다른 변수들을 통제한 상태에서도 통계적으로 유의미하게 판별된 것에 비추어 분석결과는 연구가설들과 전체적으로 일치하는 것으로 이해할 수 있다.¹⁷⁾ 이로써 자아통제력이 낮고, 쉽게 흥분하는 문제성향의 소년은 생활과정의 특정 상황에서 단기간에 자기의 욕구를 실현하고자 하고, 감정적으로 대처하려는 경향이 강하고(직접적 경로), 또한 주위 사람과 원만한 인간관계를 맺지 못해 합리적 문제해결방법에 대한 학습이 부족하고, 일탈행위에 대한 사회적 낙인으로 정상적 생활에 접근하는 것이 차단되므로(간접적 경로) 지속적으로 비행에 빠져든다는 것을 알 수 있다.

V. 결 론

최근 우리나라 소년비행에서 우려되는 현상은 1회 이상의 비행전력이 있는 지속비행소년이 증가한다는 것이다. 지속비행은 과거의 일과성 비행과 달리 해당소년의 장래와 미래생활에 심각한 폐해를 미치게 된다. 반복된 비행으로 이들은 학교생활이나 대인관계에 많은 장애를 경험하고 나중에 성인이 되어서도 정상적 사회활동에 적응하지 못해 반사회적 행위를 지속할 가능성이 높다. 지속비행의 폐해에 즈음하여 본 연구는 Moffitt의 논의를 중심으로 이러한 현상의 유발원인에 관한 가설을 구성하고 경험적으로 검증하고자 하였다. 다음에서는 본 연구의 결과를 요약하고 연구결과를 중심으로 지속비행소년에 대한 대책을 검토한다.

17) 그러나 로지스틱 회귀분석에서 문제성향을 측정한 인지능력에 관한 변수는 통계적으로 유의하지 않아 분석결과는 Moffitt의 논의와 완전히 일치하지는 않았다.

소년비행의 실태를 기술했을 때에 몇 가지 중요한 사실을 발견할 수 있었다. 우선, 공식통계에서와 마찬가지로 패널자료에서도 소년비행의 발생 수준은 최근에 들어 감소하는 경향을 보였다. 2005년 자료에서 무단결석을 제외하고 모든 비행유형의 감소를 발견할 수 있었다. 두 번째, 지위비행은 소년들이 더욱 심각한 비행으로 이행하는데 있어 디딤돌 역할을 하였다. 비행이 발전하는 단계는 처음에 지위비행으로 시작하고 이를 디딤돌로 더욱 심각한 범죄성 비행으로 발전하는 경향이였다. 세 번째, 전체 비행의 44%가 조사대상자 중 고작 6% 가량에 불과한 소수의 소년에 의해 저질러지고 있어 지속비행의 문제가 심각하다는 것을 확인할 수 있었다. 특히 범죄성 비행에서는 지속비행소년이 전체 비행의 70% 이상을 점유하여 이들에 대한 선도활동이 시급하였다.

분석결과는 Moffitt의 논의로부터 도출한 가설¹⁸⁾들을 전반적으로 지지하였다. 자아통제력이 낮을수록 그리고 흥분성의 수준이 높을수록 비행을 지속하는 확률이 높은 것으로 나타나 문제성향과 지속비행과의 가설은 지지되었다. 누적적 불이익과 지속비행에 관한 가설검증에서도 친사회관계형성에 어려움이 많을수록, 사회적 낙인을 많이 겪을수록 지속비행의 확률이 높은 것으로 나타나 가설을 지지하였다. 또한 낮은 자아통제력과 친사회관계의 결핍의 상관계수가 .36이고 사회적 낙인과는 .32 등으로 문제성향과 누적적 불이익에 대한 가설을 지지하였다. 이를 통해 비행소년이 지속적으로 비행에 빠져드는 것은 문제성향의 직접효과와 누적적 불이익을 통한 간접효과 때문이라는 것을 알 수 있다.

18) 익명의 검토자들이 지적하였듯이 Moffitt의 이론에서 지속비행소년 혹은 생애지속형 범죄자는 엄밀한 의미에서 생애과정 동안에 계속적으로 반사회적 행위에 빠져드는 사람을 의미한다. 따라서 2년의 자료조사를 통하여 지속비행소년을 분류한 것은 다소의 무리가 있을 수 있지만, 국내에 장기간에 수집된 패널자료가 부재하여 2년으로 한정하였다. 이러한 한계에도 불구하고 2년간의 조사로 판별한 지속비행소년을 일반소년을 비교했을 때에 문제성향이나 누적적 불이익의 측면에서 이들간에 이미 현저한 차이가 있다는 사실은 Moffitt의 이론을 지지하는 방향으로 해석할 수 있다.

지속비행을 예방할 수 있는 방안으로는 크게 두가지를 거론할 수 있다. 첫 번째는 지위비행을 저지른 소년에 대하여 적극적으로 개입해야 한다는 것이다. 현재 우리나라의 소년법은 지위비행을 저지른 소년을 우범소년으로 정의하고 소년보호처분을 실시할 수 있도록 규정하지만 실제 우범소년으로 처리되는 인원은 거의 없는 실정이다.¹⁹⁾ 본 연구결과에 의하면 술마시기나 담배피우기 등의 지위비행은 그것에 그치지 않고 처음엔 지위비행으로 시작하지만 더욱 심각한 비행으로 발전하는 디딤돌로서 작용하였다. 현재와 같이 지위비행 소년을 방임한다면 이들 중에서 일부는 지위비행을 디딤돌로 더욱 심각한 비행소년으로 발전할 것이다. 따라서 소년사법체계의 소극적 관심대상인 우범소년에 대하여 적극적으로 개입하고 필요한 선도활동을 실시하여 지속비행문제를 미연에 방지해야 할 것이다. 두 번째는 6%에 해당하는 지속비행소년에 대한 선도프로그램의 개발이다. 본 연구에서 나타났듯이 이들이 비행을 지속하는 이유는 어렸을 때에 잘못 형성된 문제성향과 성장과정에서 겪는 어려움이나 불이익 때문이다. 비행소년의 처우방안으로 주로 활용하는 보호관찰은 정상적 청소년생활을 허용한 상태에서 보호관찰관이나 범죄예방자원봉사자의 지원과 감독으로 이들의 선도를 도모하고자 하는 것이다. 지속비행소년이 낮은 자아통제력, 흥분성, 인지능력 등 문제성향 때문에 비행에 빠져든다는 점을 상기할 때에 보호관찰을 통하여 문제성향을 교화할 수 있을 것으로 기대하기는 어렵다. 또한 사회로부터 격리시키는 소년원이나 소년교도소의 시설내처우는 지속비행소년이 겪는 친사회관계의 결핍이나 사회적 낙인 등의 누적적 불이익을 더욱 배가시킬 수 있다. 보호관찰과 시설내처우의 중간단계로 본 연구가 제안하는 방안은 화해회합 프로그램²⁰⁾이다. 화해회합은 ‘비행에 관련된 비행소년,

19) 뿐만 아니라 범죄소년이나 촉법소년과 달리 우범소년규정에는 주관적인 판단요소가 내재되어 명확성의 원칙에 어긋나기 때문에 우범소년을 소년법의 대상에서 제외하자는 논의도 적극적으로 제기되고 있다 (운용규·최종식, “우리나라 소년사법의 운용실태와 개선방안에 관한 일고찰,” 형사정책연구, 2004: P.63-64).

피해자, 부모나 지역사회성원 등 당사자들이 직접 회동하여 앞으로의 일을 함께 해결하는 과정²¹⁾을 통해 비행소년의 관계회복을 도모하는 처우방법으로 외국의 경우에 적극적으로 활용하고 있다. 화해회합의 대면적 상호작용(face-to-face interaction)은 지속비행소년에게 자기의 잘못으로 고통을 겪는 피해자의 어려움을 직접 체험할 수 있게 하며 또한 회합에 참석한 부모, 선생님, 이웃사람과 같은 의미있는 타자들(significant others)의 질책과 훈계는 이들의 낮은 자아통제력이나 인지능력을 고려할 때에 적합한 처우방법일 것이다. 화해회합에 대한 평가결과는 대부분 긍정적이었다. 비행소년의 지속비행율은 현저히 감소했으며, 피해자들도 만족했고, 특히 지역주민들이 관심을 갖고 이들의 선도에 적극적으로 협조하고 지원하였다²²⁾. 이러한 점에서 우리나라도 최근 심각한 지속비행현상에 대한 대책으로 화해회합 프로그램의 도입과 활용을 적극 검토해야 할 것이다.

주제어: 지속비행, 문제성향, 누적적 불이익

20) 김은경. 각국의 회복적 소년사법 정책동향. 한국형사정책연구원. 2004.

21) Marshall, Tony. 1996, "The evolution of Restorative Justice in Britain", *European Journal of Criminal Policy and Research* 4. 1996: p.21-43. Marshall의 정의는 과정을 중시하는 입장이며, 반면에 Bazemore와 Walgrave는 결과를 중심으로 정의한다. Bazemore와 Walgrave는 범죄나 비행으로 인해 피해의 회복을 우선시하는(gives priority to repairing the harm that has been caused by that crime, Bazemore & Walgrave, 1999, "Restorative Justice: In search of fundamentals and an outline for systemic reform", In *Restorative Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, Gordon Bazemore & Lode Walgrave(eds), Monsey, NY: Criminal Justice, p.48) 처우방법으로 정의하였다.

22) Umbreit, M.S. "Avoiding the 'McDonaldization' of victim-offender mediation A case study in moving toward the mainstream." In *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, Gordon Bazemore & Lode Walgrave(eds), Monsey, NY: Criminal Justice. 1999,

참고문헌

- 김은경. 각국의 회복적 소년사법 정책동향. 한국형사정책연구원. 2004.
- 도중진 등. 소년사법의 적정한 처리절차에 관한 연구. 한국형사정책연구원. 2005.
- 운용규 · 최종식. “우리나라 소년사법의 운용실태와 개선방안에 관한 일고찰.” 형사정책연구. 2004.
- 이경상 등. 한국 청소년 패널조사(KYPS) I - 조사개요보고서. 한국청소년개발원. 2004.
- 이순래. “소년범죄와 성인범죄와의 관계에 관한 연구.” 형사정책. 1996.
- . “범죄지속의 원인에 관한 연구.” 형사정책연구 23. 1995.
- 이순래 · 박철현. “범죄현상에 대한 새로운 분석틀.” 한국공안행정학회보.. 2000.
- Bartusch, D.R.J., D.R. Lynam, T.E. Moffitt. and P.A. Silva. “Is age important? Testing a general versus a developmental theory of antisocial behavior.” *Criminology* 35. 1997.
- Bazemore & Walgrave, “Restorative Justice: In search of fundamentals and an outline for systemic reform”, In *Restorative Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, Gordon Bazemore & Lode Walgrave(eds), Monsey, NY: Criminal Justice, 1999.
- Bottoms, A. & J. Dignan, “Youth justice in Great Britain.” In M. Tonry & A. N. Doob(eds), *Youth Crime and Youth Justice: Comparative and Cross-National Perspectives*. The University of Chicago Press. 2004.
- Liska, A.E. & M.D. Reed, “Ties to conventional institutions and

- delinquency: Estimating reciprocal effects." *American Sociological Review*, 50. 1985.
- Marshall, Tony. 1996, "The evolution of Restorative Justice in Britain", *European Journal of Criminal Policy and Research* 4. 1996.
- Moffitt. T.E. "Adolescence-limited and life-course persistent offending: A complementary pair of developmental theories." In T. P. Thornberry (eds.). *Developmental Theories of Crime and Delinquency*. 1997.
- . "Life-course-persistent and adolescence-limited antisocial behavior: A developmental taxonomy." *Psychological Review* 100. 1993.
- Paternoster, R. & R. Brame. "Multiple routes to delinquency? A Test of developmental and general theories of crime." *Criminology* 35. 1997.
- Umbreit, M.S. "Avoiding the 'McDonaldization' of victim-offender mediation: A case study in moving toward the mainstream." In *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, Gordon Bazemore & Lode Walgrave(eds), Monsey, NY: Criminal Justice. 1999,

298 형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

A Study on the Causes of Persistent Juvenile Delinquency - Focusing on the Moffitt's theory on Heterogenous Etiology

Lee, Soon-Rae*

One of the serious concerns in Korean juvenile delinquency is that the proportions of persistent delinquents have continually increased in recent years. The purpose of this study is to examine the causes of persistent delinquency and suggest ways to deal with such problems. Hypotheses are derived from the Moffitt's theory on heterogenous etiology and tested by the panel data that were reported in 2004 and 2005 by Korean Youth Panel Studies.

The participation rates of delinquency among panel youths have decreased from 2004 to 2005. The decreasing tendency is the same to what appeared in official statistics. Also, status offenses are shown to function as a stepping stone in the development of delinquent behavior. It's rare for the youths to commit serious offenses at the initial stage of delinquency involvement. They tend to commit status offenses at the initial stage and move to more serious offenses at the later stage. Persistent delinquents are only 6 percent of the panel youths. However, their share on the total delinquency are astonishing. They occupy the 44 percent of all delinquent behaviors committed by

* Professor, Department of Police Administration in Wonkwang University, Ph.D. in Criminology

the panel youths.

Results of testing hypotheses generally support the Moffitt's theory. Problematic traits are significantly related to persistent delinquency. Youths of possessing low self-control and hyperactivity are likely to be persistent delinquents. Also, cumulative disadvantages are significantly related to persistent delinquency. Those youths who have difficulties in maintaining prosocial relationships and coping with negative social expectations are likely to be persistent delinquents. The correlation coefficients between problematic traits and cumulative disadvantages are high enough to support the Moffitt's contention. Overall results of this study indicate that youths are likely to be persistent delinquents by the direct effects of problematic traits and indirect effects of cumulative disadvantages mediated by problematic traits.

Early intervention by juvenile justice system are suggested to be carefully implemented for the status offenders. Also, the author proposes that reconciliation conference programs should be seriously considered as the new ways to treat persistent delinquents.

Keywords: Persistent delinquency, Problematic traits, Cumulative disadvantages

수형자의 자기통제력과 차별교제가
교도소내 규율위반에 미치는 영향

민 수 홍

형사정책연구 제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

한국형사정책연구원

수형자의 자기통제력과 차별교제가 교도소내 규율 위반에 미치는 영향

민 수 홍*

I. 서 론

1. 문제제기

수형자들은 유죄가 확정된 범죄자로 교도소라는 통제된 환경 속에서 생활하게 된다. 이들 가운데 상당수는 교도소의 규율을 잘 지키는 반면 교도소라는 총체적 기관 안에서 또다시 일탈적인 삶을 영위하는 수형자들이 있는 것은 어떻게 설명할 수 있을까? 이 논문은 범죄학 이론 가운데 가장 경험적 타당도가 높다고 평가를 받고 있는 자기통제이론(Gottfredson and Hirschi, 1990)과 차별교제이론(Sutherland, 1947)¹⁾을 이용하여 이 질문에 대한 설명을 시도하고 이것을 경험적으로 검증하여 보았다.

갓프레드슨과 허쉬가 1990년에 「범죄의 일반이론」을 출판한 이후로 15년이 지났다. 자기통제이론으로도 불리는 이 이론은 발표되면서부터 평

* 경기대학교 사회과학부 경찰행정전공 조교수, 사회학 박사

- 1) 서덜랜드(Sutherland, 1947)의 Differential Association Theory를 차별(적) 접촉이론으로 번역하기도 한다. 이 이론의 기본개념은 범죄적 가치를 가진 주변인들과 상호작용을 하면서 범죄를 학습한다는 것이다. 범죄적 가치를 가진 사람들과 관계가 형성되면서 이로부터 범죄의 동기, 기술, 태도 등이 학습되려면 순간적인 만남보다는 지속적이고 잦은 만남이 필요하다. 이러한 의미에서 사람과 사람이 서로 사귄다는 의미의 교제가 단기적인 교섭을 의미하는 접촉보다 이론의 핵심을 더 잘 나타낸다고 판단된다.

장한 관심을 불러 일으켜서 지금까지 많은 경험적 연구가 수행되어왔고, 이론과 정책 함의에 대한 논의도 활발하게 진행되고 있으며, 범죄와 범죄자를 이해하는 보다 근본적인 방식에 있어서도 논쟁이 뜨거워지는 등 지난 15 년간 범죄학에서 가장 영향력 있는 공헌을 한 이론 가운데 하나로 평가를 받고 있다(Romero, Gomez-Fraguela, Luengo, and Sobral, 2003).

자기통제이론은 일반이론으로 그 적용 범위가 매우 넓은 특징을 갖는다. 그 동안 미국을 중심으로 한 외국문헌에서는 연령대에 따라서 아동(Hope and Chapple, 2005), 청소년(Cauffman, Steinberg, and Piquero, 2005), 대학생(Smith, 2004), 성인(Grasmick, Tittle, Bursik, and Arneklev, 1993)을 대상으로 적용되었고, 청소년의 경우에는 중·고등학생(Benda, 2005), 시설 수용 비행청소년(Cauffman et al., 2005), 흑인계 청소년(Vazsonyi and Crosswhite, 2004) 등 다양한 하위집단에 대해 검증되어 왔다. 성인의 경우에도 일반성인(Burton and Evans, 1999)과 성인 범죄자(Piquero, MacDonald, Dobrin, Daigle, and Cullen, 2005)를 그 대상으로 삼았으며, 지역적으로는 미국, 영국(Polakowski, 1994), 캐나다(Peter, LaGrange, and Silverman, 2003), 독일(Eifler, 2004), 스페인(Romero et al., 2003), 뉴질랜드(Wright, Caspi, Moffitt, and Silva, 1999), 헝가리, 네덜란드, 스위스(Vazsonyi, Pickering, Junger, and Hessing, 2001), 러시아(Tittle and Botchkovar, 2005), 일본(Vazsonyi, Wittekind, Belliston, and Loh, 2004), 대한민국 등 여러 나라에서 검증되어 오고 있다. 또한 자기통제이론은 갓프레드슨과 허쉬가 범죄를 정의한 것처럼 다양한 종류의 완력(force)과 속임수(fraud)를 수반하는 행위를 설명하는 것으로 나타났고(Grasmick et al., 1993; LaGrange and Silverman, 1999; Longshore, 1998), 유사행위에서도 경험적인 지지를 받고 있다(Keane, Maxim, and Teevan, 1993).

우리나라에서는 연구대상에 따라서 초등학교 학생집단(민수홍, 1996),

중고등학교 학생집단(민수홍, 1998), 분류심사원과 소년원에 수감된 비행청소년(김두섭, 민수홍, 1996), 여자청소년(민수홍, 2002), 성인집단(이태원, 2005)을 연구해 왔고, 지역적으로는 서울을 중심으로 수집된 자료가 많으나 최근에는 전국규모의 자료(민수홍, 2005)를 이용해서 검증되고 있다. 자기통제이론을 가지고 설명한 종속변수에는 청소년의 지위비행, 폭력범죄, 재산범죄, 학교에서의 징계경험, 컴퓨터 비행, 만성적인 도박 등 다양한 행위가 포함되고 있고, 나날이 그 범위를 넓혀가고 있다.

그러나 국내문헌가운데 성인 범죄자를 대상으로 자기통제이론을 검증한 논문은 아직 없다. 해외문헌의 경우에도 수형자 집단의 교도소 내 규율위반행동을 자기통제이론으로 검증한 연구는 찾을 수 없다.

이 논문은 자기통제이론의 관점에서 수형자의 교도소 규율위반 행위를 설명하여 자기통제이론의 핵심적인 일반성(Generality) 주장과 다능성(versatility) 주장을 검증하고자 한다. 즉 자기통제이론이 수형자집단에까지 적용될 수 있는지의 일반성 주장을 검증한다. 특히 여자의 자기통제력이 남자보다 높다는 자기통제이론의 주장이 수형자 집단에서도 지지를 받는지 검증한다. 다음으로, 수형자의 규율위반행위를 검증해 봄으로써 자기통제력이 낮은 사람들은 다양한 종류의 범죄나 비행뿐만 아니라 크고 작은 규율위반도 하기 쉽다는 다능성 주장을 검증한다.

일부 연구에서는 자기통제이론과 경쟁관계에 있는 다른 이론의 설명력이 더 크다는 주장이 있다(Polakowski, 1994; Wyk, Benson, and Harris, 2000). 이러한 주장을 검증하기 위해서 이 연구에서는 자기통제이론과 차별교제이론을 함께 사용하여 교도소 내 규율위반행위를 설명해보았다.

일반인뿐만 아니라 형사사법 분야의 실무자들 사이에서도 교도소를 차별교제이론의 관점에서 보는 경우를 쉽게 찾을 수 있다. 예컨대, “서울고법 형사 6부는 친구를 상습적으로 괴롭힌다는 이유로 수업 중 교실에서

동급생을 살해한 혐의로 기소된 배모(14)군에게 ‘교도소에 오래 수감하면 오히려 범죄에 물들 우려가 있다’며 1심보다 형량을 낮춰 징역 장기 2년, 단기 1년 8개월을 선고했다고 22일 밝혔다” (조선일보 2002년 12월 23일). 이 사건에서 재판부는 교도소를 범죄학습이 이루어지는 범죄학교로 보고 있다. 이러한 재판부의 시각은 차별교제이론에 근거한 것이다. 조금 더 자세히 살펴보면, 교도소에는 범죄자들이 모여 있고 이들은 법 위반을 지지하는 가치와 태도(정의)를 가지고 있어서 이곳에 자주 수용될수록, 수용기간이 길어질수록, 교도소 안에서 다른 수형자와 긴밀한 관계를 형성할수록 법/규율 위반을 지지하는 정의를 학습하여 교도소에 수감되어 있을 동안에는 소 내 규율위반을 하기 쉽고, 출소하면 재범을 저지르기 쉽다는 것이다. 수형자들의 교도소 내 규율위반행동을 차별교제 유형의 차이로 설명하고 경험적으로 검증한 논문을 찾기 어려운 현실에서 이에 대한 설명과 검증을 시도한 이 논문은 의의가 있다.

II. 이론적 논의 및 문헌연구

1. 자기통제이론의 적용범위: 수형자 집단에의 적용

자기통제이론이 범죄자 집단에도 적용되는지를 검증한 국내 문헌은 없고, 외국문헌 몇 편을 찾아 볼 수 있다. 롱쇼어와 그의 동료들(Longshore, Turner, and Stein, 1996)은 자기통제이론을 마약 범죄자 집단²⁾에 가장 먼저 적용하였고 이들에 대해 지속적으로 연구해 오고 있다(Longshore, 1998; Longshore, Chang, Hsieh, and Messina, 2004). 들리시와 동료 등

2) 롱쇼어의 연구대상인 마약범죄자들은 대개 보호관찰 하에 치료 프로그램을 받고 있는 사람들이다.

(DeLisi, Hochstetler, and Murphy, 2003)은 마약범죄자보다 더 위험성이 높은 범죄자집단을 연구하기 위해 과거에 교도소에 수감되었다가 가석방된 남자 208명을 대상으로 그들이 수감되었을 때 저지른 범법행위를 연구하였다. 교도소에 수감 중인 수형자를 조사한 연구로는 범죄자가 범죄로부터 얻은 수입의 정도를 자기통제력과 네트워크를 이용하여 설명한 모셀리와 트렘블레이(Morselli and Tremblay, 2004)의 연구가 유일하다.

이상에서 살펴본 대로 모셀리와 트렘블레이(2004)는 교도소 수형자를 연구했지만 그들의 범죄수익을 분석했을 뿐 교도소 규율위반을 다루지는 않았다. 들리시와 동료 등은 남자 가석방자를 대상으로 그들이 교도소에서 행한 범법행위를 연구했으나 다음과 같은 두 가지 문제를 갖는다. 첫째, 이미 교도소를 벗어난 가석방자를 대상으로 그들이 과거에 교도소에서 저지른 불법행위를 물어봄으로써 응답자의 기억효과에 의한 신뢰도에 문제가 제기된다. 둘째, 여자가 배제되어 있어 대표성에 문제가 있다.

이 연구는 기존연구의 문제점을 보완하여 자기통제이론이 남녀수형자의 교도소 규율위반행위에까지 적용될 수 있는지 검증하고자 한다. 수형자의 자기통제력이 낮을수록 교도소내 규율위반을 하기 쉬울 것이라는 주장을 검증함으로써 1) 자기통제이론이 수형자집단에도 적용되는지, 2) 수형자는 특정 범죄에 전문화되지 않고 손쉽게 즉각적으로 자신의 욕구를 충족시켜 주는 행위라면 교도소내 규율위반도 하는 경향이 있는지 검증하게 된다.

2. 자기통제력과 성차

상대적으로 경미한 범죄를 제외하고 남자가 여자보다 범죄나 비행에 더 많이 저지르고, 이러한 성차는 시간과 공간을 초월해서 나타난다. 자기통제이론의 관점에서 보면, 여자아이는 어려서부터 부모나 보호자로부터 남자

아이보다 더 엄한 감독을 받는 경향이 있어서 여자가 더 높은 자기통제력을 개발하게 된다(민수홍, 1998; 2002; 2005). 성장한 이후에도 남녀 간에 활동범위와 시간대가 다르고 주변으로부터 받는 통제의 정도가 달라서 범 죄를 저지를 기회의 측면에서도 성차가 존재한다. 따라서 자기통제이론에 따르면 여자수형자 자기통제력이 남자수형자보다 높을 것으로 기대된다.

3. 자기통제력의 측정

자기통제이론의 두 저자는 자기통제력의 측정방법을 제시하지 않고 개별 연구자에게 맡기고 있다. 현재 가장 빈번하게 사용되는 측정으로는 그 레스믹과 그 동료들(Grasmick et al., 1993)이 만든 태도측정이다. 이 측정은 자기통제력을 6개의 하위요인으로 나누고 각 요인을 측정하기 위해 4개씩의 문항을 사용하여 신뢰도가 높고 이론이 제시한 하위요인들이 고르게 포함되는 장점이 있는 반면에, 사용되는 문항수가 많아지면서 지수(index) 구성시 무응답 등의 이유로 분석에 포함되지 못하는 사례가 늘어나서 편향된 표본이 될 위험성이 존재한다.³⁾

마르커스(Marcus, 2004)는 태도측정이 이론적으로 부적절하다며 행위측정을 주장한다. 허쉬와 갓프레드슨(Hirschi and Gottfredson, 1993)도 가장 이상적인 자기통제력의 측정은 범죄 혹은 유사행위와 독립적으로 제3자에 의해 관찰된 행위측정이라고 밝힌 바 있다. 객관적으로 관찰된 행위측정을 사용하기 위해서는 연구대상자와 그 주위의 사람들을 함께 조사하는 다원적인 연구가 필요하지만 시간과 비용의 현실적인 어려움이 존재한다. 행위

3) 자기통제이론의 관점에서 볼 때, 자기통제력이 낮은 응답자일수록 설문문항에 성실히 응답하지 않거나 설문의 지시를 따르지 않을 가능성이 클 것으로 예상되고, 이것은 경험적 연구에서 검증된 바 있다(Piquero, MacIntosh, and Hickman, 2000). 결국 자기통제력이 낮은 응답자들은 지수구성에 포함되지 못할 가능성이 커서 최종적으로 구성된 지표에는 자기통제력이 상대적으로 높은 응답자들이 과다 표집된 편향된 자료가 되기 쉽다.

적 측정은 높은 설명력을 갖는 장점이 있으나 하나의 행위가 여러 개의 하위영역들을 복합적으로 나타내서 이론이 제시하고 있는 하위영역들이 고르게 반영되기 어렵고, 자칫 순환적 설명에 빠질 위험도 존재한다. 이 연구에서는 태도적 측정과 행위적 측정을 함께 사용하여 그 각각이 갖는 한계를 보완하려 한다.

4. 차별교제와 규율위반

서덜랜드는 그의 차별교제이론에서 범죄행위는 학습된다고 주장한다. 학습내용에는 구체적인 범죄동기나 욕구, 기술, 합리화 등이 포함되며, 법 위반에 우호적인 정의를 가진 사람과의 차별적인 교제의 빈도, 지속성, 우선성, 강도가 높을수록 범죄를 저지르기 쉽다고 한다(Sutherland, 1947).

교도소는 유죄가 확정된 범죄자들이 모여 생활하는 곳으로 법 위반에 우호적인 정의를 쉽게 접할 수 있는 곳이다. 차별교제이론의 시각을 교도소 안에서의 규율위반에 적용시켜보면, 수형자에게 친한 동료 수형자가 있을수록 그 관계를 통해 규율위반의 동기와 기술, 합리화 등을 학습하게 되어 규율위반을 하기 쉬울 것이다. 같은 맥락에서, 수형자의 교도소 복역기간이 길고 전과가 많을수록 규율위반에 우호적인 정의에 노출되는 지속성과 빈도가 각기 높아져 규율위반을 학습하기 쉬울 것이다.

5. 연구가설

가설 1) 여자 수형자의 자기통제력이 남자 수형자보다 높을 것이다.

가설 2) 수형자의 자기통제력이 낮을수록 교도소 내의 규율위반 경험이 많을 것이다.

가설 3) 수형자의 교도소 복역기간이 길수록 교도소 내의 규율위반 경험
이 많을 것이다.

가설 4) 수형자가 친한 동료 수형자를 가지고 있을수록 교도소 내의 규
율위반 경험이 많을 것이다.

가설 5) 수형자의 전과가 많을수록 교도소 내의 규율위반 경험이 많을
것이다.

Ⅲ. 연구방법

1. 조사대상 및 분석방법

이 연구를 위해서 한국형사정책연구원이 2004년 9월 1일부터 9월 8일까
지 전국의 교도소 가운데 안양, 대전, 광주, 마산 교도소와 우리나라의 유
일한 여자 교도소인 청주여자교도소를 방문하여 수집한 자료를 사용하였
다. 이번 연구에 사용된 자료는 경기도, 충청남도, 충청북도, 경상남도, 경
상북도, 전라남도에 수감된 수형자를 대상으로 수집된 것으로 대체적인 지
역 대표성을 갖는다.

6개 교도소로부터 모두 413명을 대상으로 설문조사를 실시하였고, 이
가운데 상당수의 문항에 응답하지 않는 등 응답내용이 부실한 것으로 판
명된 54명(13.1%)을 제외한 359명(86.9%)이 최종 분석에 사용되었다.

수집된 자료는 SPSS for Windows(Version 12.0.1)를 사용하여 분석하
였다. 본 연구에 사용된 자료의 특징을 기술하기 위해서 각 변수의 빈도분
석과 평균 및 표준편차를 살펴보고, 성별과 주요 변수들 간의 관계를 보
기 위하여 t-검증을 실시하였으며, 주요 변수들 간의 단순상관관계를 분석

하였다. 자기통제력, 차별교제요인, 규율위반 사이의 인관관계를 살펴보기 위해서는 다중회귀분석을 사용하였다.

2. 주요변수의 측정

가. 자기통제력

그레스믹 등은 자기통제력을 (1)충동성(impulsivity), (2)단순한 일의 선호(preference for simple tasks), (3)위험한 일의 선호(preference for risk seeking), (4)신체적인 활동의 선호(preference for physical activity) 혹은 말보다 행동으로 자신을 표현하는 경향, (5)자기중심성(self-centered), (6)급한 성미(temper)의 6가지 하위영역으로 나누어 측정하였다. 그레스믹 등의 측정은 자기통제이론을 검증하는 연구자들에 의해서 자주 사용되고 있다(Longshore, 1998; Morselli and Tremblay, 2004).

자기통제력의 측정에는 그레스믹 등의 태도적 측정 이외에 허쉬와 갓프 레드슨(1993)이 선호하는 행위적 측정이 있다. 이 연구에서는 자기통제력의 6개 요소를 나타내는 태도적 측정문항 6개에다 행위적 측정을 나타내는 2문항을 추가하여 모두 8개의 문항으로 지수를 구성하였다. 이렇게 행위와 태도를 최소한의 문항으로 측정하다보면 Reliability가 낮게 나오는 어려움이 존재하는 반면에 서로 다른 문항들을 모으면 각각의 측정오류들이 상쇄되는 효과를 가질 수 있다(Marcus, 2004).

자기통제력을 측정하기 위해 본 연구에서 사용한 문항들과 각 문항과 연결된 하위차원은 다음과 같다. “나는 말보다 주먹이 앞선다”는 말보다 행동으로 자신을 표현하는 경향을 측정하고, “나는 일이 힘들고 복잡해지면 곧 포기한다”는 단순한 일의 선호를 나타낸다. “나는 지금 당장 이익이

되면 나중에 손해를 보더라도 한다”는 충동성을 주로 측정한다. “나는 위험하고 짜릿한 활동을 즐긴다”는 위험한 일의 선호를 “나는 사람을 놀리거나 괴롭히는 일이 재미있다”는 자기중심성을, “나는 화가 나면 물불을 가리지 않는다”는 급한 성미를 각각 측정한다.

이상의 6가지 문항에다가 행위적 측정문항으로 “귀하는 교도소에 들어오기 전에 담배를 피웠습니까? (피웠다면) 담배를 피기 시작한 것은 언제부터 입니까?”의 문항과 “귀하는 교도소에 들어오기 전에 술을 마셨습니까? (마셨다면) 술을 마시기 시작한 것은 언제부터 입니까?”의 2문항을 추가하여 자기통제력을 최종적으로 측정하였다. 술과 담배의 사용은 자기통제력의 여러 가지 하위영역을 복합적으로 나타낸다. 흡연과 음주경험 유무와 처음 사용한 때의 나이를 묻는 두 문항을 사용하여 각기 하나의 새로운 변수를 만들었다. 술, 담배를 하더라도 그 시기가 빠를수록 즉각적인 욕구충족을 추구하는 경향이 강하다고 볼 수 있어서 각기 ‘13세 이전 사용 시작’, ‘14-15세 시작’, ‘16-17세 시작’, ‘18-19세 시작’, ‘20-21세 시작’, ‘22세 이후 사용 시작’, ‘사용하지 않았다’의 7개 범주로 나누고 그 각각에 1, 1.5, 2, 2.5, 3, 3.5, 4의 값을 부여하였다. 자기통제력의 신뢰도를 나타내는 Cronbach의 alpha값은 .76으로 나타났다.

나. 교도소 내 규율위반경험

수형자의 교도소 내 규율위반경험은 설문조사 이전 6개월 동안⁴⁾ 모두 11개의 규정위반 경험이 몇 번이나 있었는지를 물어서 조사하였다. 규정위반에 포함된 행위는 1) 소리를 지르거나 쪽지를 통해 다른 사람과 연락하기, 2) 작업태도 불량(게으름 피우기 등), 3) 교도관에 대한 반항, 4) 물품

4) 지난 6개월로 기간을 정한 것은 기억효과를 고려하여 최선의 회상을 얻어내기 위해서이다. 이러한 기간설정은 범죄와 비행연구에 자주 활용되고 있다(Longshore et al., 2004).

부정소지 또는 제작, 5) 동료 수형자 폭행, 6) 자해행위 또는 자살시도, 7) 교도관에 대한 폭행, 8) 도주 또는 도주 시도, 9) 근거 없는 말로 남의 명예를 손상시킴, 10) 동료 수형자와 합의에 의한 동성애, 11) 동료 수형자를 동성애에 강제로 끌어들이는 것이다. 이상의 11개 문항 각각의 응답범주를 ‘없다’와 ‘있다’로 리코딩 하여 만든 지수의 신뢰도는 .74로 나타났다.

다. 차별교제 요인

차별적 교제양상은 범위반에 우호적인 정의가 학습되는 통로의 역할을 한다. 구체적으로 교제의 빈도, 지속성, 강도에 따라서 학습의 정도가 달라진다. 차별적 교제양상을 측정하기 위해 교도소를 포함한 형사사법기관과의 접촉 빈도(전과), 교도소 수감이 지속된 기간(총 복역기간), 교도소 생활 중에 동료 수형자와의 친밀한 관계형성(친한 동료수형자 유무)으로 나누어 측정하였다.

교도소 총 복역기간은 “귀하가 이번 교도소 생활을 포함해서 이제까지 교도소에서 생활한 기간을 다 합치면 얼마나 됩니까?”의 문항을 이용하여 총 복역기간을 1개월 단위로 측정하였다. 친한 동료 수형자 유무는 “개인적으로 문제를 터놓고 얘기하는 친한 동료 수형자가 있습니까?”의 질문에 없으면 ‘0’, 있으면 ‘1’로 처리하였다. 응답자의 전과는 1범, 2범, 3범, 4범 5범 이상으로 나누어 측정하였다.

라. 사회인구학적 변인

본 연구에서는 응답자인 수형자와 그가 속한 가정의 사회인구학적 특성을 알아보기 위해서 연령, 성별, 수입, 교육정도를 측정하였다. 연령은 실

제 태어난 해를 적도록 하여 계산하였고, 성별은 남자를 '1', 여자를 '0'으로 처리하였다. 수형자가 속한 가정의 수입을 측정하기 위해 “교도소에 들어오기 전에 귀하의 가족원들이 1년에 번 수입을 모두 합친 금액은 얼마나 됩니까?”의 문항을 사용하여 1000만원 미만부터 4000만원 이상까지 1000만원 단위로 모두 5개의 범주로 측정하였다. 수형자들의 교육수준은 상대적으로 낮은 특징이 있어서 교육수준을 초등학교 졸업 이하부터 초급대학 중퇴 이상까지 모두 4개의 등급으로 나누었다.

IV. 연구결과

본 연구에 포함된 주요 변수들의 빈도와 백분율은 <표 1>과 <표 2>에, 평균과 표준편차는 <표 3>에 제시되어 있다.

먼저 성별을 보면, 표본에 포함된 유효한 조사대상 수형자 가운데 남자가 303명(84.4%)이고 여자는 56명(15.6%)이었다(<표 1>). 표본자료에 포함된 여성 수형자비율이 모집단에 비해 높은 편이지만⁵⁾ 이것은 남녀간의 차이를 비교하기 위해 유의적 표집(purposive sampling)을 한 결과이다.

다음으로 표본에 포함된 수형자들의 전과빈도를 보면, <표 1>에 제시된 것처럼 전과 1범이 43.3%로 가장 많고, 2범이 26.4%로 그 뒤를 잇고 있다. 이러한 비율은 공식통계와 거의 일치하는 것이다. 다만 3범의 비율이 모집단 보다 조금 높고(3.4%) 전과 5범 이상은 약간 낮은 것(3.6%)을 알 수 있어서 표본에 포함된 수형자들의 전과가 모집단보다는 조금 낮은 경향이 있는 것으로 보인다. 이것은 부분적으로는 여성수형자의 비율이 모집단보다 높기 때문에 생겨난 결과일 수 있다.

5) 2003년도 전체 미결수용자 가운데 9.2%가 여자이고, 같은 해 전체 수형자 가운데 4.3%가 여성이다(법무연수원, 2004).

<표 1> 성별, 가구총수입, 교육, 친한 동료수형자 유무, 전과의 분포

변 수	N	내 용	빈 도	백분율(공식통계*)
성 별	359	0. 여	56	15.6(4.3)
		1. 남	303	84.4(95.7)
가 구 총 수 입	327	1. 1000만원 미만	90	27.5
		2. 1000 - 2000만원 미만	82	25.1
		3. 2000 - 3000만원 미만	46	14.1
		4. 3000 - 4000만원 미만	42	12.8
		5. 4000만원 이상	67	20.5
교 육	352	1. 무학, 초등학교 중퇴, 졸업	35	9.9(10.4)
		2. 중학교 중퇴, 졸업	62	17.6(31.2)
		3. 고등학교 중퇴, 졸업	190	54.0(49.5)
		4. 초급대학 중퇴, 졸업 이상	65	18.5(7.3)
친한 동료 수형자 유무	359	0. 없다	141	39.3
		1. 있다	218	60.7
전 과	349	1. 1범	151	43.3(43.4)
		2. 2범	92	26.4(25.7)
		3. 3범	49	14.0(10.6)
		4. 4범	21	6.0(6.4)
		5. 5범 이상	36	10.3(13.9)

* 공식통계는 범죄백서(2004)에 발표된 2003년 수형자 통계치이다.

세 번째로, 교육수준을 보면 고등학교 중퇴 혹은 졸업자(54.0%), 초급대학 중퇴 혹은 졸업이상자(18.5%), 중학교 중퇴 혹은 졸업자(17.6%)순으로 나타나서 표본에 포함된 수형자들이 모집단 보다 교육수준이 높은 것을 알 수 있다. 이것은 읽고, 이해하고, 쓰는 능력을 요구하는 설문조사의 특성상 애초 에 저학력자나 무학력자들이 배제되었거나 포함되었다고 하더라도 학력이 낮은 수형자들이 주어진 시간 안에 설문에 제대로 응답하지 못하여 부실응답으로 분류됨으로써 분석에서 배제될 확률이 높기 때문으로 추정된다. 이것은 범죄자를 대상으로 하는 설문조사가 갖는 한계이기도 하다. 면접 등 다른 조사방법을 대안으로 생각할 수 있겠지만 시간과 비용이 많이 소요되어서 현실적으로 사용하기 어려운 것이 사실이다.

다음으로 연령을 보면, 이 표본에 포함된 수형자들의 평균연령이 36.78세로 나타났다(<표 3>). 모집단인 수형자 집단의 평균연령을 구하기 위해서 범죄백서의 연령 빈도표⁶⁾를 10살 급간크기로 통일하고, 각 급간의 중간값을 이용하여 계산한 평균값이 36.6세로 표본 평균값과 매우 유사하게 나왔다.

이번 연구에 사용한 자료를 공식통계와 비교해 보면, 표본자료는 여성 수형자의 비율과 교육수준이 모집단보다 더 높은 반면에, 전과와 연령은 모집단과 거의 비슷한 것을 알 수 있었다.

이 밖에 가구 총 연수입액을 보면, 전체 응답자의 2/3정도가 3000만원 미만이라고 밝혀서 가구 수입이 상대적으로 낮은 편이고, 교도소에 복역한 총 기간의 평균은 62.77개월로 5년을 조금 넘게 복역한 것으로 나타났다. 친한 동료 수형자가 있다는 응답자가 61%정도로 없다는 경우보다 더 많았다.

응답자들이 지난 6개월 동안 경험한 교도소 규율위반 행위는 모두 11가지로 구성되었다. 전체적으로 사소한 규율위반은 높게 나타났고 심각한 규율위반은 낮게 나타나서 ‘소리 지르거나 쪽지로 연락하기’가 27.9%로 가장 높았고, 그 뒤를 이어 ‘작업태도 불량’(22.3%), ‘물품부정소지 또는 제작’(18.1%), ‘교도관에 대한 반항’(10.3%) 순으로 나왔다. ‘교도관에 대한 폭행’이 가장 적어서 1.1%만이 경험이 있었다(<표 2>). 수형자들은 교도소 안에서 성적인 욕구를 충족시키지 못하여 동성애를 통해 욕구충족을 할 위험이 있다는 우려가 있으나 조사결과 응답자의 1.9%인 7명만이 ‘합의에 의한 동성애’ 경험이 있었고, 1.7%인 6명만이 ‘강제에 의한 동성애’를 경험한 것으로 나왔다. 이것은 교도소 안에서의 동성애가 그렇게 빈번하지 않으며 가장 일반적인 성적욕구의 배출은 자위를 통해서라고 밝힌 알렌과

6) 범죄백서에 제시된 수형자 연령빈도표는 16세부터 19세까지는 2살 단위로, 20세부터 20세까지는 5살 단위로, 30세 이상에서는 10살 단위로 제시되어 있다.

시몬슨(Allen and Simonsen, 1998)의 주장이 설득력 있는 것으로 보인다. 이상의 11가지 규율위반행위 경험을 단순합산 하여 얻은 지수의 평균은 0.96으로 수형자들은 지난 6개월 동안 평균 1가지 정도의 규율을 위반한 것을 알 수 있었다.

<표 2> 지난 6개월간 경험한 교도소 규율위반 행위의 분포 (N=359)

변 수	내 용	빈 도	백분율
소리 지르거나 쪽지로 연락하기	0. 없음	259	72.1
	1. 있음	100	27.9
작업태도 불량(게으름 피우기)	0. 없음	279	77.7
	1. 있음	80	22.3
교도관에 대한 반항	0. 없음	322	89.7
	1. 있음	37	10.3
물품부정소지 또는 제작	0. 없음	294	81.9
	1. 있음	65	18.1
동료 수형자 폭행	0. 없음	346	96.4
	1. 있음	13	3.6
자해행위 또는 자살시도	0. 없음	351	97.8
	1. 있음	8	2.2
교도관에 대한 폭행	0. 없음	355	98.9
	1. 있음	4	1.1
도주 또는 도주 시도	0. 없음	352	98.1
	1. 있음	7	1.9
근거 없는 말로 남의 명예 훼손	0. 없음	342	95.3
	1. 있음	17	4.7
합의에 의한 동성애	0. 없음	352	98.1
	1. 있음	7	1.9
강제에 의한 동성애	0. 없음	353	98.3
	1. 있음	6	1.7

<표 3>에서 수형자들의 자기통제력 평균값은 25.44이고, 왜도값이 -.56으로 나와서 자기통제력의 관측 값들이 왼쪽으로 길게 꼬리를 늘이며 퍼져 있음을 알 수 있다.

<표 3> 자기통제력, 규율위반, 연령, 교도소 총복역기간의 평균 및 표준편차

변 수	N	평 균	표준편차	범 위
자기통제력*	310	25.44	4.0	11.5 ~ 32
규율위반*	359	0.96	1.56	0 ~ 11
연령	346	36.78	10.14	19 ~ 67
교도소 총 복역기간	348	62.77	66.98	3 ~ 318

※ 이 변수들의 평균 및 표준편차는 각 변수의 지표들의 단순합산을 기초로 산출됨

성별에 따라서 자기통제력, 규율위반, 차별교제 요인에서 차이가 있는지를 확인하기 위해 t-검증을 실시하였다. <표 4>에 나타난 것과 같이 ‘친한 동료 수형자 유무’에서만 성차가 발견되지 않았을 뿐 나머지 요인들에서는 모두 통계적으로 유의미한 성차가 발견되었다. 먼저, 여성수형자의 자기통제력이 남성수형자보다 높게 나왔고, 이 차이는 통계적으로 의미가 있어서 앞의 이론적 논의에서 설정했던 자기통제력의 성차에 대한 가설 1)은 경험적인 지지를 받았다($t=5.25$, $p<.001$). 한편, 남성수형자의 전과는 여성수형자보다 1.8배 정도 더 많았고, 교도소 총 복역기간은 2.7배 더 길었으며, 교도소 내 규율위반경험은 2배 더 많은 것으로 나타나서 남자수형자가 여자수형자보다 공식적인 범위반기록이 더 많고, 수형기간이 길뿐만 아니라 교도소 내 규율위반 경험도 많은 것을 알 수 있었다.

수형자의 자기통제력이 낮을수록 혹은 차별교제 요인이 강하게 작용할수록 교도소 내 규율위반을 하기 쉬울 것이라는 가설을 검증하기 위해 단순 상관관계분석과 다중 회귀분석을 실시하였다.

이 연구에 포함된 주요 변수들 간의 Pearson의 단순상관계수는 <표 5>에 나타나 있다. <표 4>에서 성별에 따른 주요변수들의 차이를 살펴보았기 때문에 여기에서는 성별을 제외한 주요변수들의 단순상관계수를 분석하였다. 연령은 친한 동료수형자 유무와 전과를 제외한 모든 변수들과 통

계적으로 유의미한 관계를 보이고 있다. 즉 연령이 높을수록 가구총수입이 많고, 교육수준은 낮으며, 자기통제력은 높고, 교도소 총 복역기간이 길며, 규율위반이 적은 것으로 나타났다. 특히 연령은 자기통제력과 정(+)의 상관관계($r=.38$)를 보여서 연령이 높을수록 자기통제력이 높게 나타났다.

<표 4> 자기통제력, 규율위반, 차별교제 요인의 성별에 따른 차이

변 수	성 별	N	평 균	표준편차	t
자기통제력	여 자	50	28.05	2.84	5.25***
	남 자	260	24.94	4.0	
교도소 내 규율위반	여 자	56	0.52	0.69	-2.32***
	남 자	303	1.04	1.66	
교도소 총 복역기간	여 자	56	25.57	33.04	-4.67***
	남 자	292	69.90	69.47	
친한 동료 수형자 유무	여 자	56	0.63	0.49	0.30
	남 자	303	0.60	0.49	
전 과	여 자	54	1.28	0.49	-5.44***
	남 자	295	2.29	1.36	

*** $p < .001$

3가지 차별교제변수 가운데 교도소 총 복역기간을 보면, 가구총수입과 교육에 대해서는 각기 부(-)의 상관관계를 보이고, 친한 동료수형자 유무, 전과, 규율위반과는 정(+)의 상관관계를 보인다. 즉 가구총수입이 낮을수록 또한 교육수준이 낮을수록 교도소 총복역기간이 긴 것으로 나타났고, 총 복역기간이 길수록 친한 동료 수형자가 있고, 전과가 높으며, 규율위반 경험이 많은 것으로 나타났다. 교도소 총복역기간과 규율위반 사이에는 통계적으로 .05수준에서 의미 있는 정(+)의 관계($r=.11$)가 나타나서 차별교제 이론에 기초한 가설 3)이 경험적 지지를 받았다. 다음으로, 친한 동료수형

자 유무는 교도소 총복역기간과만 통계적으로 유의미한 정의 관계($r=.17$)를 나타낼 뿐 규율위반을 포함한 다른 변수들과는 유의미한 관계를 나타내지 못했다. 따라서 수형자에게 친한 동료 수형자가 있을수록 교도소 내의 규율위반 경험이 많을 것으로 예상했던 가설 4)는 경험적 지지를 받지 못했다. 마지막으로 전과는 가구총수입, 교육, 자기통제력과 통계적으로 유의미한 부적 관계를 보였고, 교도소 총 복역기간 및 규율위반과는 통계적으로 의미 있는 정적 관계를 보였다. 즉 수형자 가정의 수입이 적을수록, 교육수준이 낮을수록, 또는 자기통제력이 낮을수록 전과가 높게 나타났고, 전과가 많을수록 교도소 총복역기간이 길고, 규율위반을 많이 하는 것으로 나타났다. 전과와 규율위반 사이의 유의미한 정의 관계($r=.15$)는 차별교제이론에 근거한 가설 5)를 지지하고 있다. 정리해 보면, 차별교제이론에 근거하여 설정된 3가지 가설 가운데 규율위반과 전과 그리고 규율위반과 교도소 총복역기간 사이에서 경험적 지지를 얻었고, 규율위반과 친한 동료수형자 유무사이에서는 경험적 지지를 받지 못했다.

마지막으로 자기통제력을 살펴보았다. 자기통제력과 가구총수입 사이는 통계적으로 유의미한 정(+)의 상관관계가 존재하고 있다. 이것은 가구총수입이 많을수록 자기통제력이 높다고 말할 수 있음과 동시에 자기통제력이 높을수록 가구총수입이 많다고 말할 수 있다. 자기통제력은 전과, 규율위반과 각기 통계적으로 유의미한 부(-)의 관계를 나타내어 자기통제력이 낮을수록 전과가 많고, 규율위반을 하기 쉬운 것으로 나타났다. 자기통제력과 규율위반 사이의 부적 관계는 자기통제력이 낮을수록 규율위반을 하기 쉽다는 가설 2)를 지지해 준다. 한편, 규율위반과 유의미한 상관관계를 갖는 변수들(성별($r=.12$), 연령($r=-.12$), 자기통제력($r=-.41$), 교도소 총복역기간($r=.11$), 전과($r=.15$)) 가운데 자기통제력이 가장 큰 상관관계를 보였다.

<표 5> 변수들 간의 단순상관계수 (N=274)

구 분	연 령	가 구 총수입	교 육	자 기 통제력	교도소 총 복역기간	친한 동료 수형자 유무	전 과
가구총수입	.110*						
교육	-.140*	.296***					
자기통제력	.380***	.208***	.075				
교도소 총 복역기간	.245***	-.178**	-.230***	-.099			
친한 동료 수형자 유무	-.055	.019	.011	-.022	.170**		
전 과	-.010	-.158**	-.208***	-.302***	.239***	-.023	
규율위반	-.123*	-.051	.041	-.406***	.109*	-.009	.145**

*: $p < 0.05$, **: $p < 0.01$, ***: $p < 0.001$

위에서는 주요 독립변수들과 종속변수들 사이의 상관관계를 살펴보았다. 아래에서는 이들 독립변수들을 함께 사용하여 이들이 교도소 내 규율위반 경험에 미치는 영향을 다중회귀분석에 의하여 분석하였다.

교도소 내 규율위반 경험을 설명하기 위해 먼저 성별, 연령, 가구총수입액, 교육수준 그리고 자기통제력을 넣고 다중회귀분석을 실시하였다. 분석결과가 제시된 <표 6>의 모델 1을 보면, 5가지 독립변수 가운데 자기통제력만이 통계적으로 유의미한 영향력을 행사하여 자기통제력이 강할수록 교도소 내에서 규율위반을 적게 하는 것을 알 수 있다. 이 밖에 성별이 규율위반에 정(+)적인 영향을 미칠 것으로 예상했었으나 유의미한 영향을 미치지 못하는 것으로 나타났다. 위의 상관관계 분석에서 성별과 규율위반 사이에서 발견되었던 통계적으로 의미 있는 정적 관계는 자기통제력이 통제되면서 사라진 것으로 보인다. 사회인구학적 변수와 자기통제력을 사용하여 교도소 내 규율위반경험을 설명한 모델 1의 결정계수는 .16이다.

<표 6> 다중회귀분석: 교도소 내 규율위반 행위에 미치는 수형자의 사회 인구학적 변수, 자기통제력, 차별교제 요인 효과

독립변수	규율위반	
	모델 1	모델 2
성별	.004	-.021
연령	.038	.018
가구 총 수입액	.020	.027
교육	.069	.094
자기통제력	-.420***	-.415***
교도소 총 복역기간		.094
친한 동료 수형자 유무		-.035
전과		.026
R ²	.16	.18
F비	10.98***	7.30***
사례수	285	274

*: p<0.05, **: p<0.01, ***: p<0.001

note: 위에 제시된 회귀계수는 표준회귀계수임.

모델 1에다 차별교제이론과 관련된 변수 3개를 추가하여 다중회귀분석을 실시하였고, 그 결과는 모델 2에 제시되어 있다. 교도소 내 규율위반 행위를 설명하기 위해 사회인구학적 변수와 자기통제력 이외에 교도소 총 복역기간, 친한 동료수형자 유무, 전과를 추가하여 분석을 실시해보아도 여전히 자기통제력만이 통계적으로 유의미한 영향력을 미쳤고, 차별교제이론과 관련된 변수들은 모두 유의미한 영향력을 행사하지 못했다. 앞의 상관관계분석에서 교도소 총복역기간과 전과는 각기 규율위반과 통계적으로 의미 있는 정적관계를 나타냈었으나 다른 독립변수들이 통제되면서 유의미한 영향력이 상실되었다. 모델 1에다 변수 3개를 추가한 모델 2의 경우에 모든 독립변수들이 규율위반의 약 18%를 설명하여 모델 1보다 r² 값

이 .02 높아진 것을 보면 차별교제이론과 관련된 변수들이 규율위반의 설명에 큰 공헌을 하지 못하는 것을 알 수 있었다.

정리해 보면, 다중회귀분석을 통해서 가설 2), 가설 3), 가설 4), 가설 5)를 검증한 결과 자기통제력과 규율위반에 대한 가설 2)만 경험적 지지를 받았을 뿐 차별교제와 규율위반에 대한 가설 3), 가설 4), 가설 5)는 모두 경험적 지지를 받지 못했다.

V. 논 의

비행과 범죄에 대한 많은 경험적 연구에서 학생집단을 대상으로 삼는 경향 있다. 헤이건과 맥카시(Hagan and McCarthy, 1997)는 학생집단(school criminology)을 연구하게 되면 가난하고 소외된 사람들(street criminology)이 배제되는 문제를 갖는다고 지적한 바 있다. 본 연구는 이런 의미에서 학교 범죄학에서 벗어나 길거리 범죄학에서도 자기통제이론이 적용되는지 살펴보았다.

범죄에 광범위하게 개입한 사람들에 대한 자기통제이론의 타당도가 아직 국내에서 검증되지 않은 상황에서 교도소 수형자처럼 심각한 범죄자를 대상으로 검증한 연구결과는 중요한 의미를 갖는다. 또한 교도소는 생활의 모든 영역에서 큰 통제를 받는 총체적 기관이어서 여기에 수감된 수형자들은 상대적으로 적은 (범죄)기회를 갖고 개인 간의 기회차이도 적을 것으로 예상된다. 자기통제이론은 자기통제력과 기회를 가지고 비행과 범죄를 설명하기 때문에 기회가 통제된 교도소 환경에서는 자기통제력이 종속변수에 미치는 영향을 보다 정확히 파악할 수 있게 된다.

그러나 이번 연구결과를 해석할 때 다음과 같은 몇 가지를 주의해야 하

졌다. 첫째, 수형자 집단처럼 자기통제력의 분포에서 극단에 속하는 집단은 변량이 적어서 다른 집단보다 독립변수의 종속변수에 대한 설명력이 제한을 받는다. 즉 모두 다 심각한 범죄자로 구성된 수형자사이에는 일반 모집단보다 상대적으로 자기통제력의 변량이 적게 된다. 둘째, 이번 연구에 사용된 자료는 나름대로 지역적 대표성이 있고 연령과 전과가 전체 수형자집단과 유사하게 나타난 반면, 범죄나 비행은 상대적으로 적게 저지르는 여성수형자와 교육수준이 높은 수형자들이 많이 표집되어 모집단보다 자기통제력이 높고, 소 내 규율위반 경험은 낮을 가능성이 있다. 그러나 이러한 편향가능성은 독립변수의 영향력이 과장되는 경우보다 보수적인 추정을 하게 되어 크게 문제가 되지는 않는다.

조사대상자들이 속한 환경의 특징과 표본의 특징을 고려하여 이번 연구결과를 해석해보면, 자기통제이론이 우리나라의 수형자집단에서도 경험적인 지지를 받는 것으로 나타난다. 그 영향력의 크기가 강하지는 않지만 예상된 방향에서 중간정도 크기의 영향력이 발견되어서 자기통제이론의 일반성주장이 경험적 지지를 받은 것으로 판단된다. 또한 연구결과에서 자기통제력이 낮은 수형자들이 교도소 내 규율위반을 하기 쉬운 것으로 나타남에 따라 범죄자들은 범죄뿐만 아니라 비행이나 유사행위도 저지르는 경향이 있다는 다능성 주장도 지지를 받았다.

청소년 비행에서 가장 큰 상관관계를 나타내는 요인 가운데 하나로 비행친구를 들 수 있고, 이것은 차별교제이론을 포함하는 사회학습이론과 관련된 것으로 해석된다. 그렇다면 비행 친구가 성인 수형자에게도 유의미한 영향을 미치는가? 우리는 차별교제이론의 관점에서 교도소 내에 친한 수형자가 있을수록 규율위반을 하기 쉬운 것으로 예상했었지만 이 연구에서 경험적인 지지를 받지 못했다.

나쁜 친구와 수형자의 자기통제력은 어떤 관계에 있는가? 룡쇼어와 동

료들(Longshore et al., 2004)은 마약범죄자들의 자기통제력이 그들의 마약 사용에 미치는 영향은 비행친구에 의해 매개된다고 밝히고 자기통제이론과 사회학습이론의 통합을 주장한 바 있다. 또 다른 연구(Pratt and Cullen, 2000; Baron, 2003)에서는 차별교제가 자기통제력과 독립적이면서 부가적으로 비행과 범죄에 영향을 미친다고 주장한다. 바론(2003)에 따르면 자기통제는 범죄와 약물사용에 영향을 미치지만 자기통제력을 통제해도 일탈친구와 일탈가치 등은 범죄와 마약사용에 유의미한 영향을 미친다고 한다. 이들의 주장이 옳다면, 자기통제력과 비행친구와의 교제 사이에 유의미한 상관관계가 관찰되어야 할 것이다. 그러나 이번 연구결과에서는 이 둘 사이에 의미 있는 관계가 관찰되지 않았다. 이렇듯이 이번 연구결과가 선행연구결과와 다르게 나온 것은 앞에서 언급했듯이 교도소라는 특수 상황에서 기회변수가 상대적으로 통제되어 자기통제력의 순수한 영향력이 파악되었기 때문일 수 있다. 그러나 보다 정확한 이유는 추가적인 연구를 통해서 밝혀야 할 것이다.

주제어 : 자기통제력, 차별교제, 교도소내 규율위반, 사회인구학적 변인

참고문헌

- 법무연수원. 2004. 범죄백서.
- 김두섭, 민수홍. 1996. 개인의 자기통제력이 범죄억제에 미치는 영향. 한국형사정책연구원.
- 민수홍. 1996. 비행의 조기에측에 관한 연구. 한국형사정책연구원.

- 민수홍. 1998. 가정폭력이 자녀의 비행에 미치는 영향. 한국형사정책연구원.
- 민수홍. 2002. “여자청소년의 자기통제력이 비행과 범죄에 미치는 영향,” 형사정책연구 13(1):35-66.
- 민수홍. 2005. “낮은 자기통제력의 결과로서의 청소년비행과 학교에서의 징계경험,” 청소년학연구 12(2):1-25.
- 이태원. 2005. “낮은 자아통제와 병리적 도박: 「범죄에 관한 일반이론 (General Theory of Crime)」의 경험적 검증,” 형사정책연구 16(2):75-106.

조선일보. 2002년 12월 23일.

- Allen, Harry E. and Clifford E. Simonsen. 1998. Corrections in America: An Introduction. 8th Edition. Prentice Hall. New Jersey.
- Baron, Stephen W. 2003. "Self-control, Social Consequences, and Criminal Behavior: Street Youth and the General Theory of Crime." Journal of Research in Crime and Delinquency 40(4):403-425.
- Benda, Brent B. 2005. "The robustness of Self-control in relation to form of delinquency." Youth & Society 36(4):418-443.
- Burton Jr. Velmer S. and David T. Evans. 1999. "Age, Self-control and Adults' Offending Behaviors: A Research Note Assessing A General Theory of Crime." Journal of Criminal Justice 27(1):45-54.
- Cauffman, Elizabeth, Laurence Steinberg and Alex R. Piquero. 2005.

"Psychological, Neuropsychological and Physiological Correlates of Serious Antisocial Behavior in Adolescence: The Role of Self-control." *Criminology* 43(1):133-175.

DeLisi, Matt, Andy Hochstetler, and Daniel S. Murphy. 2003. "Self-control Behind Bars: A Validation Study of the Grasmick et al. Scale." *Justice Quarterly* 20(2):241-263.

Eifler, Stefanie. 2004. "Rational Choice, Personality, and HIV-Preventive Behavior in the Presence of Opportunities." *Journal of Applied Social Psychology* 34(6):1251-1280.

Grasmick, Harold G., Charles R. Tittle, Robert J. Bursik, and Bruce K. Arneklev. 1993. "Testing the Core Implications of Gottfredson and Hirschi's General Theory of Crime." *Journal of Research in Crime and Delinquency* 30:5-29.

Gottfredson, Michael and Travis Hirschi. 1990. *A General Theory of Crime*. Palo Alto, CA: Stanford University Press.

Hagan, John and Bill McCarthy. 1997. "Anomie, Social Capital, and Street Criminology. In Nikos Passas and Robert Agnew (eds.), *The Future of Anomie Theory*. Boston: Northeastern University Press.

Hirschi, Travis and Michael Gottfredson. 1993. "Commentary: Testing The General Theory of Crime." *Journal of Research in Crime and Delinquency* 30:47-54.

Hope, Trina L. and Constance L. Chapple. 2005. "Maternal characteristics, parenting, and adolescent sexual behavior: The role of self-control." *Deviant Behavior* 26(1):25-75.

- Keane, Carl, Paul S. Maxim, and James J. Teevan. 1993. "Drinking and Driving, Self-control, and Gender: Testing the General Theory of Crime." *Journal of Research in Crime and Delinquency* 30:30-46.
- LaGrange, Teresa C. and Robert A. Silverman. 1999. "Low Self-control and Opportunity: Testing the General Theory of Crime As an Explanation for Gender Differences in Delinquency." *Criminology* 37(1):41-72.
- Longshore, Douglas. 1998. "Self-control and Criminal Opportunity: A Prospective Test of the General Theory of Crime." *Social Problems* 45(1):103-114.
- Longshore, Douglas, Eunice Chang, Shih-chao Hsieh, Nena Messina. 2004. "Self-control and Social Bonds: A Combined Control Perspective on Deviance." *Crime and Delinquency* 50(4):542-564.
- Longshore, Douglas, Susan Turner, and Judith A. Stein. 1996. "Self-control in a Criminal Sample: An Examination of Construct Validity." *Criminology* 34(2):209-228.
- Marcus, Bernd. 2004. "Self-control in the General Theory of Crime: Theoretical Implications of a Measurement Problem." *Theoretical Criminology* 8(1):33-55.
- Morselli, Carlo and Pierre Tremblay. 2004. "Criminal Achievement, Offender Networks and the Benefits of Low Self-control." *Criminology* 42(3):773-804.
- Peter, Tracey, Teresa C. LaGrange, Robert A. Silverman. 2003. "Investigating the Interdependence of Strain and Self-control."

Canadian Journal of Criminology & Criminal Justice
45(4):431-464.

Piquero, Alex, John MacDonald, Adam Dobrin, Leah Daigle, Francis Cullen. 2005. "Self-control, Violent Offending, and Homicide Victimization: Assessing the General theory of Crime." *Journal of Quantitative Criminology* 21(1):55-71.

Piquero, Alex, Randall MacIntosh, and Matthew Hickman. 2000. "Does Self-control affect Survey Response? Applying Exploratory, Confirmatory, and Item Response Theory Analysis to Grasmick et al.'s Self-control Scale." *Criminology* 38(3):897-929.

Polakowski, Michael. 1994. "Linking Self- and Social Control with Deviance: Illuminating the Structure Underlying a General Theory of Crime and Its Relation to Deviant Activity." *Journal of Quantitative Criminology* 10:41-78.

Pratt, Travis C. and Francis T. Cullen. 2000. "The Empirical Status of Gottfredson and Hirschi's General Theory of Crime: A Meta-Analysis." *Criminology* 38:931-964.

Romero, Estrella, Antonio J. Gomez-Fraguela, Angeles M. Luengo, and Jorge Sobral. 2003. "The Self-control Construct in the General Theory of Crime: An Investigation in terms of Personality Psychology." *Psychology, Crime & Law* (1):61-86.

Smith, Tony R. 2004. "Low Self-control, Staged Opportunity, and Subsequent Fraudulent Behavior." *Criminal Justice and Behavior* 31(5):542-563.

Sutherland, Edwin. 1947. *Principles of Criminology*. Fourth Edition.

Philadelphia: J. B. Lippincott.

Tittle, Charles R. and Ekterina V. Botchkovar. 2005. "Self-control, Criminal Motivation and Deterrence: An Investigation Using Russian Respondents." *Criminology* 43(2):307-353.

Vazsonyi, Alexander T., Janice E. Wittekind, Lara M. Belliston, and Timothy D. Loh. 2004. Extending the General Theory of Crime to "The East": Low Self-control in Japanese Late Adolescents." *Journal of Quantitative Criminology* 20(3):189-216.

Vazsonyi, Alexander T. and Jennifer M. Crosswhite. 2004. "A Test of Gottfredson and Hirschi's General Theory of Crime in African Adolescents." *Journal of Research in Crime & Delinquency* 41(4):407-432.

Vazsonyi, Alexander T., Lloyd E. Pickering, Marianne Junger, and Dick Hessing. 2001. "An Empirical Test of A General Theory of Crime: A Four-Nation Comparative Study of Self-control and The Prediction of Deviance." *Journal of Research in Crime and Delinquency* 38(2):91-131.

Wright, Bradley R., Avshalom Caspi, Terri E. Moffitt, and Phil A. Silva. 1999. "Low Self-control, Social Bonds, and Crime: Social Causation, Social Selection, or Both?" *Criminology* 37(3):479-514.

Wyk, Judy A. Van, Michael L. Benson, and Diana K. Harris. 2000. "A Test of Strain and Self-control Theories: Occupational Crime in Nursing Homes." *Journal of Crime and Justice* 23(2):27-44.

The Effect of Prison Inmates' Self-control and Differential Association upon their Rule-violation at Prison

Min, Su-Hong*

This study examines the impact of self-control and differential association on the rule-violating behaviors of a sample of prison inmates. On the one hand, self-control theory(Gottfredson and Hirschi, 1990)'s claim of generality is tested among incarcerated offenders. The results are strongly supportive of the self-control theory, showing that female inmates have higher level of self-control than that of male inmates, and that incarcerated offenders' level of self-control explains their rule-violating behaviors. On the other hand, differential association theory does not appear to explain prison inmates' rule-violating behaviors. Specifically, incarcerated offenders' rule-violating behaviors are not explained by any of having close inmate friends, accumulated length of imprisonment, and accumulated criminal records.

Keywords: self-control, gender, prison inmate, prison rule-violation, differential association

* Professor, College of Social Science, Kyonggi University, Ph. D. in Sociology

■ **특집 : 형사절차상 피의자 인권 보호**

카르멘 / 미국의 인신구속제도

이진국 / 인신구속과 무죄추정원칙

이은미/한상훈/김지혜 / 여성장애인 피의자의 인권실태 및
인권증진 방안

■ **연구논문**

김희균 / 성폭력범 처벌의 이론: 강간죄의 구성요건 해당성

박강우 / 무영장·무동의 채혈의 적법성에 관한 각국
판례의 동향

권창국 / DNA 데이터베이스 도입 및 관련법제에 관한 연구
- 미국 등 각국의 DNA 데이터베이스법제 및 관련
판례의 검토를 중심으로 -

김혜경 / 공직선거법과 인터넷실명제

박성수 / 유비쿼터스 기술을 이용한 경찰서비스에 관한
연구

이순래 / 지속적 소년비행의 원인에 관한 연구 - Moffitt의
이질적 비행발생론을 중심으로

민수홍 / 수형자의 자기통제력과 차별교제가 교도소내
규율위반에 미치는 영향

刊行物出版委員會

委員長：趙 炳 仁 (韓國刑事政策研究院 研究・經營局長)

委 員：吳 英 根 (漢陽大學校 法科大學 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 法科大學 教授)

金 成 彥 (慶南大學校 法行政學部 教授)

張 竣 午 (韓國刑事政策研究院 國際犯罪動向研究室長)

鄭 晉 秀 (韓國刑事政策研究院 刑事司法研究Center長)

延 聖 眞 (韓國刑事政策研究院 Cyber犯罪研究室長)

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를 명시하는 한 자유로이 引用할 수 있습니다.

형사정책연구

제16권 제4호(통권 제64호, 2005 · 겨울호)

발행인 : 이 태 훈
발행처 : 한국형사정책연구원
 서울시 서초구 우면동 142
 전화 (02) 575-5282-9
등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360
발행일 : 2005년 12월 27일
인 쇄 : 화신문화(주) (02) 2277-0624

본 학술지 내용의 무단전재를 금함
구독문의 : 출판실(02-571-0363)

판매처 : 교보문고, 영풍문고

[정가 : 7,000원]

학술지 [형사정책연구] 투고안내

학술연구지 [형사정책연구]는 학술진흥재단의 등재지로서 제17권 제1호 (통권 제65호, 2006·봄호)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(원고분량이 25매 이상은 접수를 하지 않습니다)

4. 투고기간 : 2006년 2월 15일(수)까지(3월말 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