

형사정책연구

제17권 제2호(통권 제66호, 2006 · 여름호)

특 집 : 사형: 쟁점과 대안

조준현 / 사형제도 존폐논쟁의 현황과 전망: 이념논쟁과 국민정서	5
허일태 / 사형의 대안으로서 절대적 종신형 도입방안	37
강석구 / 사형대상 범죄의 합리적 축소방안	63

논 문

이태원 / 카지노 도박이 지역사회 범죄에 미치는 영향: 정선군 지역에 대한 경찰통계를 중심으로	101
기광도 / 자녀양육이 자기통제력 및 비행에 미치는 효과분석	137
허경미/백창현 / 인터넷 게시판 실명제 관련법의 정비방향에 관한 연구	173
양근원 / 디지털 포렌식과 법적 문제 고찰	205
도중진/류병관 / 소년법상 선의권의 문제점과 개선방안	247

연구노트

민영성/계승균 / 저작형법에 관한 시론	283
-----------------------------	-----

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 17. NO. 2 (Summer, 2006)

Special Theme on the Death Penalty: Issues and Alternatives

- Debates on Death Penalty - the Dogmatic Problems
and Public Attitude towards the Capital Punishment
..... Cho, Jun-Hyon 5
- Issues on Introduction of Positive Life Sentences as
a Substitute for Capital Punishment Hoh, Il-Tae 37
- Reconsideration of Types of Crime Subject to
Capital Punishment Kang, Seok-Ku 63

Articles

- Impact of Casino Gambling on Crime Rate of Jeongseon
Community: In Case of Official Statistics of Police
Agency Lee, Tai-Won 101
- Child Rearing, Self-Control, and Delinquency Ki, Kwang-Do 137
- A Study on Consolidation Course of Law on the Internet
BBS Real-name System Huh, Kyung-Mi/Baek, Chang-Hyun 173
- A Study on the Digital Forensics and Legal Issues
..... Yang, Kun-Won 205
- The Problem with the Primary Authority in the Juvenile Law
and its Reformation Plan Toh, Joong-Jin/Ryu, Byung-Kwan 247

Research Note

- Der strafrechtlicher Urheberrechtsschutz in koreanischem
Urheberrechtsgesetz Min, Young-Sung/Kye, Seung-Kyoon 283

사형제도 존폐논쟁의 현황과 전망:
이념논쟁과 국민정서

조 준 현

형사정책연구 제17권 제2호(통권 제66호, 2006 · 여름호)

한국형사정책연구원

사형제도 존폐논쟁의 현황과 전망 - 이념논쟁과 국민정서-

조 준 현*

I. 현재의 상황

2006. 1. 13일 열린 공법연구회에서 행한 현직검사의 발표에 따르면 1948년 정부수립이후 사형집행당한 사형수의 수는 998명이라고 한다. 그 가운데에서 약 30%의 사형수가 공안사범이었다.¹⁾ 2006. 5월 현재 사형판결이 확정되어 집행대기 된 사형수는 63명으로 알려져 있으며 모두 살인에 관련된 범죄자들이다.²⁾

현행법상 사형에 처해지는 범죄는 형법, 군형법, 국가보안법, 마약류관리에 관한 법률, 마약류불법거래방지에 관한 특별법 등 21개 법률, 113개 조항에 달하고, 이를 행위유형으로 보면 약 160여의 범죄구성요건에 걸쳐서 규정되어 있다.³⁾

사형범죄의 종류를 보면 고의의 살인기수범죄 이외에도 치사범죄, 생명침해없는 상해·강간 등 신체에 대한 범죄, 생명침해 없는 방화·파괴·강탈·폭행·협박 등 적극적 침해행위, 내란·외환·간첩 등 국가의 안전 또

* 성신여자대학교 법학과 교수, 법학박사

1) 문화일보, 2006. 1. 13일자 사회면.

2) 1994년부터 2004년까지 범죄를 범하고 사형판결이 확정된 59명 모두가 살인, 존속살인, 강도살인, 방화치사 등 인명을 빼앗은 살인 등의 죄를 범하였다.

3) 강석구 / 김한균, 사형제도의 합리적 축소방안, 형사정책연구원, 2005, p.150면 이하.

는 공공의 안전을 해하는 행위, 생명침해 없는 공공의 안녕질서를 해하는 행위, 관련조항별 미수범죄행위 등이다.

1998. 2. 25일 김대중 대통령 취임이래 사형집행이 없었으며, 노무현대통령취임 이후에도 여전히 사형집행사례는 없다. 국회에서도 사회폐지론이 점차 관심을 끌고 있다. 국회에서는 1999. 12. 7일에 유재건의원이 사형폐지특별법안을 발의한 이래, 2001. 10. 30일 정대철 의원, 2004. 12. 8일에 유인태 의원이 각각 발의한 바 있다. 물론 상임위원회에서도 아직 심의가 이루어지지 않는 않지만 유인태 의원의 폐지안 발의시 동조 국회의원이 175명이나 되어 국회재적의원의 과반수를 훨씬 넘어서자 관심을 끌게 되었다.

폐지법안의 제안이유는 사형제도의 제도자체의 부당성, 형벌목적의 야만성, 예방효과가 있다는 근거가 없다는 점, 세계 각국의 추세와 발을 맞추어야 한다는 시대적 당위성 등이었다.

법무부는 법무부변화전략계획을 발표하면서 사형의 범죄억지력 및 사형폐지의 사회적 영향에 대한 연구검토를 하여 장차 사형을 절대적 종신형으로 대체하는 안을 포함하여 사형제도를 전면 재검토할 계획이라고 하였다.⁴⁾ 법무부는 검찰, 행형, 인권옹호, 출입국관리업무를 담당하는 부서이지만 일반인의 느낌으로는 주로 검찰행정을 하는 부서로 이해되기 마련인데 바로 법무부에서 사형제도를 적극적으로 재검토할 계획을 발표하여 특히 주목을 끌었다.

국가인권위원회도 2005. 4. 6일에 사형제도의 문제점을 지적한 후 가석방이나 감형없는 종신형을 대체안으로 선택하는 안과 전시에만 사형을 유지하자는 안 등을 제시하면서 현행그대로 사형제도를 유지해서는 안된다는 의견을 밝혔다.

인터넷 여론조사업체, 민간연구소, 신문사, 국정홍보처 등이 사형폐지에

4) 법무부, 희망을 여는 약속, 2006, p.119-120.

관련하여 여론조사를 한 결과 존치론이 60-70%, 폐지론이 30-40%로 나타났다. 가장 최근의 조사결과는 2005. 10월의 인터넷조사결과인데 사형존치론 68%, 폐지론 31%로 나타났다.⁵⁾ 사형폐지에 대한 여론조사결과를 보면 아무의견 없다는 응답은 거의 없는 것을 볼 수 있는데 이는 여론조사에서 통상 30% 이상이 무응답인 것에 비하면 아주 이례적이다.

대법원은 사형을 선고하기 위해서는 기록에 나타난 양형조건들을 평면적으로만 참작하는 것에서 나아가 피고인의 주관적 양형요소인 성행과 환경, 지능, 재범의 위험성, 개선교화 가능성 등을 심사할 수 있는 객관적인 자료를 확보하여 이를 통하여 사형선택여부를 심사하여야 할 것은 물론이고 피고인이 범행을 결의하고 준비하며 실행할 당시를 전후한 피고인의 정신 상태나 심리상태의 변화에 대해서도 정신의학이나 심리학 등 관련분야의 전문적인 의견을 들어 보는 등 깊이 있는 심리를 한 후 그 결과를 종합하여 양형에 나아가야 한다고 하였다.⁶⁾

사형은 인간의 생명을 박탈하는 냉엄한 궁극의 형벌로서 문명국가의 이성적인 사법제도가 상정할 수 있는 있는 극히 예외적인 형벌이라는 점을 감안할 때 사형선고는 범행에 대한 책임의 정도와 형벌의 목적에 비추어 그것이 정당화될 수 있는 특별한 사정이 있다고 누구라도 인정할만한 객관적 사정이 분명히 있는 경우에만 허용되어야 하고, 따라서 사형을 선고함에 있어서는 범인의 연령, 직업과 경력, 성행, 지능, 교육정도, 성장과정, 가족관계, 전과의 유무, 피해자와의 관계, 범행의 동기, 사전계획의 유무, 준비의 정도, 수단과 방법, 잔인하고 포악한 정도, 결과의 중대성, 피해자의 수와 피해감정, 범행후의 심정과 태도, 반성의 가책의 유무, 피해회복의 정도, 재범의 우려 등 영형의 조건이 되는 모든 사정을 철저히 심리하여 위와 같은 특별한 사정이 있음을 명확히 밝힌 후 비로소 사형의 선택여부

5) www.pollever.com (2005.10).

6) 대판 1999. 6. 11 99도763.

를 결정해야 한다고 하였다.⁷⁾

헌법재판소도 생명권의 절대성을 강조하면서도 현실적인 측면에서 생명권도 법률유보의 대상이 될 수밖에 없다고 보았다. 인간생명이 함부로 사회과학적 평가 내지 법적 평가의 대상이 되어서는 안되지만 생명권이 헌법상의 기본권으로 조명될 때에는 다른 기본권과 마찬가지로 모든 규범을 초월하여 영구히 타당한 권리로서 남는 것은 아니라면서, 타인의 생명을 부정하거나 그에 못지않은 중대한 공공의 이익을 침해할 때에는 국법은 타인의 생명이나 공공의 이익을 우선하여 보호할 것인가의 기준을 제시하지 않을 수 없고 이러한 경우에는 이념적으로 절대적 가치를 지닌 것이라고 하여도 생명에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있다고 판시하였다.⁸⁾

대법원이나 헌법재판소는 이념적으로는 논란의 여지없이 절대적인 성격을 지니는 생명이지만 특정인의 생명권이 법의 세계에서 어느 정도 보호되어야 하는 문제에 들어가면 절대적 가치를 지닌 생명도 법적 평가를 통하여 어느 정도 상대화가 불가피하다는 논리위에서 중대한 공공의 이익을 해하거나 타인의 생명을 침해하는 자의 생명(권)은 제한이 불가피하다고 보았으며 이는 전형적인 사형존치론이라고 하겠다. 특히 사람을 살해하는 행위 이외에도 중대한 공공의 이익을 침해하는 행위에 대해서도 사형이 가능하다고 보았다.

현재로는 대법원 및 헌법재판소에서 사형의 합헌성을 인정하기 때문에 사형폐지를 놓고 국회의원들이 의원입법의 형식으로 이들 판례의 입장인 사형존치론을 극복하려는 것이다.

인권위원회에서도 전원위원회에서 논의를 했지만 사형폐지론에 서서 하나의 의견으로 모아지지 아니하였고 무조건 폐지, 가석방 없는 종신형으로 대체, 전시에 한하여 존치, 사형대상 법률 및 대상범죄의 축소조정, 현행대

7) 대판 2003. 6. 13 2003도924.

8) 헌재 1996. 11. 28 95헌바1.

로 유지 등 다섯 가지로 압축되었을 뿐이다. 사형폐지에 관한 의제를 전원 회의에 올리기 위하여 제1소위원회에서 논의할 때에는 압도적으로 폐지의 견이 우세했지만 막상 전원위원회에서는 사형을 재검토하자는 데만 합의가 이루어졌고 구체적인 재검토한 결과 구체적인 개선안을 전체위원회에서 의결하지는 못했다.

이념상으로는 사형폐지론이 강력히 지지를 받지만 현실 속에서 국민은 이를 선뜻 받아들이기를 주저하고 있으며 이러한 상황이 결국 위와 같은 입장으로 표출되었다. 사형을 둘러 쓴 저서와 논문들을 보면 소수만이 사형존치론 내지 현행제도의 유지를 주장하고 있고, 대다수의 문헌 및 논문들에서는 사형폐지론이 주장되면서 대안으로 종신형이 제안되고 있다.

절충적인 입장에 서는 학자들은 사형대상 법률이나 행위를 대폭 축소·조정하거나 전시에 한하여 사형제도를 유지하자거나, 사형집행을 유예하고 소정의 기간 경과후 무기형으로 감형할지여부를 심사하도록 하는 방식을 주장한다.⁹⁾ 여기서 사형을 폐지하고 감형·가석방 없는 무기형으로 대체하자는 의견은 가석방 없는 무기형제도라는 또 다른 문제를 남기기 때문에 별도로 논의가 필요할 것이다.

국제적으로는 지난 10여년간 거의 한해에 한나라 꼴로 사형폐지국가가 늘고 있다. 2000년 기준으로 모든 범죄에 대하여 사형을 폐지한 국가는 73개국이다. 13개 국가는 일부 범죄에 대한 사형을 유지하고 있지만 대부분의 범죄에 대하여 사형을 폐지하였다. 일부범죄에는 전시범죄가 들어간다. 결국 95개 국가가 법률로 또는 사실상 관행으로 사형폐지국가의 대열에 서 있는 셈이다. 지구상 존재하는 전체국가의 47%가 넘는 수이다.¹⁰⁾ 이

9) 강석구 / 김한균, 사형제도의 합리적 축소방안, 형사정책연구원, 2005, p.90-103에 상세히 소개되어 있다.

10) Amnesty International USA, Annual Report 2000: The Death Penalty: An Affront to our Humanity.

숫자는 2002년에 이르러 111개국에 달하게 되었고 반이 넘는 국가들이 사형폐지의 대열에 합류한 셈이다. 사형을 존치하고 있는 나라 중에서 경제선진국은 사실 미국과 일본정도이며 그 다음으로는 중국과 우리나라가 줄을 잇고 있다.

2000년 현재 3,800여명의 사형수가 있는 미국이야말로 서구선진국 중에서는 거의 마지막으로 사형제도를 보존하고 있는 나라이다. 그러나 미국에서도 사형집행사례가 점점 줄어들고 있으며 구체적인 사형집행이 다수미국인의 가치관과 일치하는 것인지 의문이 제기되고 설령 사형이 집행되더라도 사형의 선고 및 집행에 있어서 헌법적 요구를 충족시켜야 한다는 명제아래에서 고민을 하고 있다.

II. 일본의 사형제도논의

일본에서는 오래 전부터 사형폐지가 논의되어 왔으나 피해자의 감정이라는 면을 특히 고려하는 사회적 분위기로 인하여 대다수의 국민들은 사형존치론에 서 있다. 1956년에 무소속 참의원인 市川의원이 「刑法のの一部を改正する法律」이라는 이름으로 사형폐지 법안을 상정한 이래 2004년에는 龜井의원이 「사형폐지를 추진하는 의원연맹」의 이름으로 「중무기·사형제도조사회법안」을 제출할 계획을 밝히고 있다. 일본에서 일부의원들이 앞장서고 있는 정도라고 해도 활발하게 사형폐지법이 추진되고 있는 것은 전세계 각국의 형사정책이 사형폐지론으로 기울어지고 있는 점, 경제선진국으로서 사형을 존치하고 있는 나라는 미국과 일본밖에 없다는 인식을 배경으로 한다. 유엔에서는 1989년에 사형폐지조약을 채택하고 국제인권자유권규약위원회에서는 1993년에 일본정부에 대하여 사형을 폐지

할 것을 권고하였다. 유럽평의회에서도 일본과 미국에 대하여 사형폐지를 권고하였으며, 사형폐지 또는 사형집행의 일부정지와 같은 가시적인 조치를 취하지 않을 경우 양국의 유럽평의회 참관인자격을 박탈할 것을 결의하기도 하였다. 이러한 정황아래에서 국회의원들은 「중무기형의 창설및 사형제도조사위원회설치 등에 관한 법률안」을 제출하였고, 가석방 없는 종신형으로 사형을 대체할 것을 제안하고 사형제도의 가부에 관하여 논의하기 위하여 「사형제도임시조사회」를 국회 내에 설치하여 결론이 나올 때 까지 사형집행을 정지하자는 것이 요지였다. 동시에 범죄피해자의 구제 조치를 개선하기 위한 검토도 권고하였다. 동 법안을 둘러싸고 사형존치·폐지론이 첨예하게 맞서게 되었다. 동 법안에 대한 비판론 즉 사형존치론자들은 종신형의 도입은 최근의 추세인 형벌의 완화라는 방향과도 맞지 않고, 종신형은 지나치게 잔혹한 형벌이며 일시적으로 사형집행을 정지하도록 입법도 입법권의 남용으로 사법권을 부당하게 제약하는 위헌적인 법률이라고 반박하였다.

이에 대하여 菊田幸一은 다음과 같이 반론을 제기하였다. 현행일본법 체계에서는 사형과 무기형이 있는 바 판사는 무기형을 선고하면서 사형을 회피하려는 의도가 있게 마련이다. 판사들이 사형은 과다하고 그러나 20년이 채 경과하기 전에 석방되는 무기형만으로는 부족하다고 여길 수 있는데 이러한 사례에 대하여 종신형은 적절한 선택이다. 또 종신형 그 자체가 잔혹하다고 여겨지지만 사형을 함께 고려할 때 보다 합리적인 판단을 할 수 있고, 종신형의 문제는 사형폐지 후에 시행하면서 차츰 살펴보는 것이 사리에 맞는다고 하고, 사형집행정지를 명하는 법률은 입법에 의하여 인권을 보장하는 고도의 입법정책으로 가능하다고 본다.¹¹⁾ 일본에서는 사형을 놓고 주로 죄 값과 피해자의 보호라는 면에서 존치론이 계속 우세하다. 특

11) 菊田幸一, 加害者を死刑にしても遺族は癒されない.假釋放のない終身刑を導入せよ: 日本の論点, 2004, 文藝春秋編, 678頁

히 菊田은 살인범죄자에 대하여 평생토록 교도소에서 지내게 하는 것이 피해자의 깊숙이 담긴 억울한 감정에 더욱 부합할 수 있다고 하면서 만일 오옴진리교 교주 麻原彰晃가 사형당하면 그는 오옴진리교의 교주로서 추앙되고 숭배될 것이라고 하면서 수십 명의 생명을 앗아가도록 한 그를 사형에 처하는 것은 바람직하지 않다고 존치론을 비판한다. 2003. 2. 22일 존일 여론조사에서는 일본인들이 사형에 대해서 존치하는 것이 맞다고 하는 의견이 45.7%이었지만 가석방 없는 종신형으로 사형을 대체하는 것에 대해서도 29.9%가 지지하였고, 즉시 폐지의견은 불과 2.1%였지만 모르겠다고 하는 의견도 20.8%에 달하여 그간의 사형존폐론에 관련하여 미묘한 모습을 나타냈다.

Ⅲ. 미국의 사형제도

거의 대부분의 유럽 국가들이 사형제도를 폐지했거나 집행을 하지 않고 있다. 사실 사형은 인류문화가 시작된 이래 언제나 같이 해온 형벌제도였다. 소크라테스와 예수의 처형은 이미 2천년전에 이루어졌다. 4천년전 세워진 비석에 그 흔적이 남아 있는 함무라비법전에서도 특정한 범죄에 대하여 사형은 적절한 형벌로 인식되었다. 중세에 이르러 교회의 지배를 받았던 유럽에서 사형은 가장 중요한 형벌제도로 남용되었다.

사형논의가 가장 활발한 미국의 경우가 우리와 상황이 다르지만 미국에서 논의되고 있는 사형존폐론을 간단히 살펴보기로 한다. 미국에서 19세기부터 20세기 초에 이르기 까지 사형에 처해진 사람들은 대부분 아프리카계 흑인이었다. 당시 대부분의 주에서 오로지 흑인에 대해서만 적용되는 노예제도규정이 입법화되어 있었다. 1830년대에 버지니아주에서는 흑인들

에 대하여 70가지의 범죄행위로 사형이 규정되었고, 백인들에 대해서는 오직 5가지의 범죄만이 사형에 처해지는 범죄로 분류되었다고 한다.

버지니아주에서는 1848년에 3년 이상의 징역에 처해지는 범죄를 범한 흑인에 대해서 사형을 선고할 수 있도록 하는 규정을 통과시켰다. 조지아주에서는 1816년에 흑인이 백인여성을 강간하면(미수포함) 사형에 처하고 백인이 흑인여성을 강간(미수포함)하면 2년형에 처하도록 규정되었다.¹²⁾ 미국에서는 19세기 전체를 통하여 범인으로 체포되면 당일로 재판을 받고 처형되는 일이 일반적이었다. 많은 경우 성난 군중들 스스로 처형을 하였다. 미국통계청자료에 의하면 1950년대 중반까지도 수십년 동안 매월 1건 이상 군중에 의한 사형집행사례가 보고되었다.¹³⁾ 많은 경우 정신지체자, 정신장애자, 연소한 자들이 이러한 만행의 희생자가 되었다. 그런 가운데에서도 점차 변화의 움직임이 일기 시작했는데 1847년 영어를 사용하는 미시간 속지에서 처음으로 반역죄를 제외하고 모든 범죄에서 사형규정을 폐지하였다. 20세기 초에 이르러 위스콘신, 로드아일랜드, 메인, 미네소타, 노스다코다에서 미시간의 예를 따라서 사형을 폐지하였다. 또한 사형이 지나치게 잔인하지 않은가, 교수대설치하는 데 소용되는 비용을 좀 줄일 수 없는가하는 비판이 있자 20세기 초부터 전기의자가 도입되었다. 전기의자는 오하이오교도소 수형자인 저스티스가 제작하였는데 제작자인 그는 가석방되었으나 후에 경찰관을 살해한 죄로 1911. 10. 27일에 본인이 제작한 그 의자에서 처형되기도 하였다. 미국법무부는 1930년부터 사형집행을 기록하기 시작했는데 1930년부터 1967년까지 3,829명이 사형이 집행되었다. 가스실은 1938년에 캘리포니아주에서 도입되었는데 보다 깨끗하게 형집행을 하기 위한 의도였다. 가스실 사용방식은 사형집행이 유달리 많았던 10

12) D. Newman / P. Anderson, Introduction to Criminal Justice, 1989: L. Territo / J. Halsted / M. Bromley, Crime and Justice in America, 2004, p. 420.

13) L. Territo / J. Halsted / M. Bromley, Crime and Justice in America, 2004, p. 421.

년 사이에 널리 보급되었다. 사형집행이 가장 많았던 해는 199명이 사형이 집행된 1935년이였다. 1년 단위로서는 가장 집행건수가 많았던 해가 바로 이 해였다. 이때부터 30년간 사형이 집행된 사람들의 50 내지 89%가 아프리카계 흑인이였다. 당시 아프리카계 흑인이 미국의 인구에서 차지하는 비중은 11%에 불과했다. 이중 20%가 남부의 주에서 일어 난 강간으로 인한 범죄에 대한 것이였다. 어쨌든 1935년을 정점으로 사형집행사례는 1967년까지 점차 감소되어 왔다. 사형을 둘러싼 법적 논쟁도 차츰 수그러들기 시작하였다. 1960년대에 들어오자 미국에서는 사형제도에 대해서 점차 회의하는 시각이 늘어 갔다. 1968년에는 미국인들 중 38%만이 사형제도를 지지하였다.¹⁴⁾

미국연방 대법원은 이러한 분위기에서 1972년 6월 29일 유명한 *Furman v. Georgia* 사건에서 사형위헌판결을 하였다. 9인의 대법관으로 구성된 대법원은 5대4로 사형은 미국수정헌법 제4조 및 제14조에 위배되는 잔인하고 비정상적인 형벌이라고 판시하였다. 사형판결의 논지는 사형판결은 잔혹하고, 변덕스러웠으며, 자의적으로 이루어진 경우가 적지 않았으며 이러한 결과는 헌법적으로 수용되기 어려운 제도라는 취지였다.

미국각주의 법원은 연방대법원의 판결로 엄청난 충격을 받았다. 주의 법관들은 미국전체로 보아 6,000명이 넘는 사형수들에 대한 사형판결을 취소하고, 무기형으로 감형하는 등의 조치를 취하기 시작하였다. 사형위헌판결은 1968년의 여론조사에서 나타난 사형제도에 대한 낮은 지지율과 사형집행의 감소라는 시대적 상황을 배경으로 나온 것이였다. 이때의 위헌판결을 놓고 전면적인 폐지로 가야하는데 그렇게까지 나아가지 못한 것은 아닌가 하는 비판도 있었고, 사형을 부과할 필요가 생겨나면 다시 이를 시행할 수 있는 것이 아닌가 하는가 하는 주장 등이 논의되었다.

14) H. Badau, The case against the Death Penalty, 1984 : L. Territo / J. Halsted / M. Bromley, p.422.

법리적으로 보면 퍼만 대 조지아사건에서 대법원판결의 요지는 사형제도 자체를 헌법상 용인할 수 없는 형벌이라고 본 것은 아니었다. 다만 적절히 통제되지 못하고, 명확한 기준이 없는 가운데 사형이 선고되고 집행된다면 이는 헌법에 위배하여 사형을 시행하는 것이라는 것이다. 미국 각주에서는 이 판결 후 두 가지 방식으로 대응하였다. 하나는 특정범죄에 대하여 유죄가 확인되면 반드시 사형을 선고하도록 하는 방식인데 21개주에서 채택하였다. 다른 하나는 배심원들이 유죄, 무죄를 평결하고 나서 이어 형의 가중·감경사정을 고려하여 사형 또는 자유형을 권고하는 방식이었다. 양형가중사정에는 피고인의 전과가 얼마나 많은가, 다른 중죄를 범하면서 살인한 적이 있는가, 범행이 잔인하고, 흉악하고 극악했는가, 자유형 집행 중에 다른 수형자를 살해했는가, 경찰관을 살해했는가, 피해자가 한 사람이 아니었는가, 청부 살인이었는가 등이 해당된다.

사형에 처해지는 죄의 양형감경사정에는 피고인이 매우 젊은가, 살인이 가족으로 받은 학대를 이기지 못하여 이루어진 것인가, 배후의 공범들이 매우 사악한 자들이었는가 등의 사정이 포함된다. 배심원들은 이러한 감경사정을 인정하는 경우에도 가중사유에 비하면 그 무게가 크지 않다고 판단되면 사형평결을 한다. 많은 사람들의 기대와는 달리 퍼만 대 조지아사건의 판결을 통하여 사형제도에 관한 논쟁은 해결되지 못하였던 것이다.

1976년 연방대법원은 Gregg v. Georgia 사건에서 퍼만사건 판결이후 각주에서 사형제도를 정비하면서 제시된 입법들은 과거의 사형규정에 비교하면 자의성이나 우연성을 훨씬 줄였다고 판시하였다. 새로이 정비된 사형관련법들은 합헌이며 이러한 법률에 의거한 사형은 헌법이 합치되는 사형집행으로 보았다.

이처럼 종전의 사형규정에 비교하여 새로운 사형규정들은 의도한 살인에 대해서만 사형을 인정하고, 행위의 정황을 고려하여 사형에 적합하다고

인정할 만한 양형가중사유가 인정될 때에만 사형을 선고하도록 하며, 사형을 선고할 때에는 반드시 합리적이며 구체적인 기준을 제시하도록 의무지워졌다는 점에서 차이를 보였다.

그렉 대 조지아주 사건에서 대법원은 각주에서 배심원들이 사형선고에 관련된 양형가중·감경사유를 심리하도록 하고 있기만 하면 각주에서 사형도입여부를 재량으로 결정할 수 있다고 하였다. 종전에는 각주의 사형관련규정들에 있어서 이와 같이 양형참작사정을 충분히 고려하도록 보장되어 있지 않았다고 본 것이다.

조지아주의 신법은 사형을 선고하기 위하여 다음과 같은 양형가중사유를 확인하도록 하였다. ① 피고인이 중죄로 유죄판결을 받은 일이 있거나, 중폭행등의 전과를 여러 차례 기록하였을 것, ② 강간, 무장강도, 약취, 절도 및 방화행위 중에 살인이 자행되었을 것, ③ 2명 이상의 생명을 침해하려고 했을 것, ④ 사익을 위한 살인이었을 것, ⑤ 법원직원이나 검사의 직무집행 중에 이들을 살해했을 것, ⑥ 경찰관, 보호관찰공무원, 소방공무원의 직무집행 중 살해했을 것, ⑦ 사람을 시켜서 살해했을 것, ⑧ 고통을 가하고, 극악한 마음으로 혹은 가혹한 폭력으로 추잡하고 잔인하게 살해했을 것, ⑨ 교도소를 탈주한 자가 체포를 면탈하려고 살인을 자행했을 것 등이 양형가중사유이다.

IV. 미국대법원 판례분석

미국대법원은 사형은 언제나 잔인하지 않으며 비정상적이라고 할 수 없다고 보지 않았다. 사형은 사형을 선고함에 있어서 중요한 의미를 지니는 양형가중 및 감경사유(여기에는 범죄실행사정 및 행위자의 배경)를 판사든

배심원들이든 판단하게 하고, 사형선고를 받은 피고인에게 부당하게 차별적으로 사형선고가 내려졌다는 주장을 할 기회를 주어야 하며 이러한 절차를 거친 후 성인에 대해서만 선고될 수 있는 형벌로 보았다.¹⁵⁾

미국대법원의 입장은 처음 그렉 사건에서 그 윤곽이 드러났는데 만일 판사가 피고인에 대한 판결전 보고서(presentence investigation report)를 작성하게 한 후 이를 공판기록에 포함시키면서도 피고인, 변호인에게는 공개하지 않았고 이를 토대로 사형을 선고하였다면 피고인은 이 보고서 내용에 관련하여 항소를 하지 못하게 된 것이며 이렇게 사형을 선고하였다면 사형선고를 하기 위한 요건은 충족되지 못했다고 보는 것이다.¹⁶⁾ 다른 판결에서는 대법원은 규정내용이 지나치게 넓게 재량판단의 여지를 허용하고 있고, 그 규정에 의하여 변덕스러운 선택으로 사형선고가 이루어졌다면 헌법 제8조 및 제14조에 위배된다고 하였다.¹⁷⁾ 미국대법원은 배심원들에게 폭넓게 재량판단을 하여 평결을 하도록 했다. 배심원들에게 별로 자세히 설명되지도 않은 범행에 대해서 검토할 기회를 주지 아니하고 사형 평결을 내리게 한다면 이는 위헌이라는 의미이다.¹⁸⁾

물론 배심원들이 평결한다고 해서 그것으로 끝은 아니며 주대법원이나 연방대법원이 이를 다시 심사한다. 그렇지만 검사는 배심원들에게 법적으로 인정되는 사실을 모두 다 설명해서는 안된다. 만일 검사가 그렇게 하게 되면 이는 배심원들이 갖는 두렵고도 엄청난 권한인 사형평결권을 크게 위축시키게 되기 때문이다.¹⁹⁾ 약간의 주에서는 배심원들이 사형 또는 중신형의 평결을 할 경우 이는 판사를 구속하지 못하고 권고적 효력만을 지니게 하기도 한다. 이들 주에서는 판사가 사형판결을 하게 되는데, 이때

15) Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976) ; Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586 (1978).

16) Gardner v. Florida, 430 U.S. 349 (1977).

17) Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972).

18) Beck v. Alabama, 447 U.S. 625 (1980).

19) Caldwell v. Mississippi, 472 U.S. 320 (1985).

반드시 주의 법률로 판사가 평결을 수용할지 말지 여부를 결정해야 하는 것은 아니라고 본다.²⁰⁾ 그렉 대 조지아사건의 판결 이후 미국대법원은 여러 차례의 판결을 통하여 사형선고가 합헌적이기 위하여 구비하여야 될 조건을 구체적으로 적시하였다. 강간에 대하여 사형을 선고하도록 하는 규정은 피해를 능가하는 형이므로 미국사회를 지배하는 가치관에 부합하지 않으며 위헌이라고 보았다. 생명을 침해하는 행위정도에 이르지 못한 행위에 대한 사형은 헌법에 어긋난다는 것이다.²¹⁾

정신장애자에 대한 사형도 위헌이며 행위시 정상인이었다고 해도 형선고시 또는 형집행시에 정신장애를 일으켰다고 해도 이들에 대한 사형은 위헌으로 보았다.²²⁾ 정신지체상태이었지만 심리를 받을 수 있었던 살인자에 대하여 사형을 선고한 것은 합헌이라고 하였다.²³⁾ 또 1989년에는 미성년자에게 사형을 선고할 수 있는지를 다루면서 범행시 16세 이상인 미성년자 살인범에 대하여 사형을 선고할 수 있으며, 연소한 자에 대한 사형이 금지되어야 한다는 사회적 합의는 없으며 헌법적으로 보아 아무런 문제가 없다고 보았다.²⁴⁾ 그러나 다른 사건에서는 16세미만 자에 대한 사형은 위헌이라고 하였다.²⁵⁾ 심리를 받을 수 있는 능력이란 공판절차에서 자신을 심리를 받고 자신을 변호할 능력이 있는지의 문제이며, 정신장애(insanity)는 범행시 정신적 장애가 있었는지의 문제라는 점에서 차이가 있다. 피고인이 심리의 의미를 이해하지 못한다면 심리는 진행되어서는 안되며 그가 형벌의 의미를 이해하지 못한다면 사형집행을 할 수는 없을 것이다.

그렉 판결이후 처음으로 처형된 Gary Gilmore는 유타주 당국에 자신을

20) Harris v. Alabama, 513 U.S. 504 (1995).

21) Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (1977).

22) Ford v. Wainwright, 477 U.S. 399 (1986).

23) Penry v. Lynaugh, 492 U.S. 302 (1989).

24) Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989).

25) Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988).

사형시켜 달라고 요구하여 결국 1977년에 뜻대로 처형되었다. 처음에는 대수롭지 않은 사건에 대한 판결로 보였지만 이 판결을 계기로 각주에서 차츰 사형완화의 흐름으로 나아가게 되었다. 1978년에는 사형집행이 보고되지 않았지만 1979년에 2명, 1980년에 없었고, 1981년에 12명, 1982년에 2명, 1983년에 5명으로 늘어 갔다. 반드시 사형수들이 많은 주에서 이러한 집행이 이루어진 것은 아니다. 예를 들어 캘리포니아주에는 607명의 사형수가 있었지만 1976년 이래 2002년까지 10명이 처형되었을 정도였다. 말하자면 전체 사형수 중 1.6%에 대해서만 사형이 집행되었다. 물론 미조리주와 같은 주에서는 전체 사형수의 43%가 처형된 주도 있다. 2002년 1월 기준 미국전체 사형수는 3,711명이었다. 46%는 백인, 43%는 흑인, 9%는 중남미계, 2%는 그 밖의 인종이었다. 또 98.5%인 3,656명이 남성이었다. 여성사형수 중에는 범죄를 범할 목적으로 자신의 아이 2명을 살해한 Susan Smith가 있는데 그녀는 나중에 종신형으로 감형되었다. 사형수 중 90%가 스스로 변호인을 선임하지 못하고 공익변호사 (우리의 국선변호인에 해당)의 조력을 받아 재판에 임하였다.²⁶⁾

사형수에 대하여 비교적 관대한 처우를 한다고 알려져 있는 텍사스주에서는 사형수에게 주당 110시간의 접견 및 운동시간이 허용되고, 엄격하게 처우한다고 알려진 오아이오주에서는 불과 2시간의 옥내운동시간만 허용된다. 알래스카주, 콜롬비아특별구, 하와이주, 아이오와주, 메인주, 매사추세츠주, 미시간주, 미네소타주, 노스다코다주, 로드아일랜드주, 버몬트주, 웨스트버지니아주, 위스콘신주에서는 사형규정이 없다. 전체 사형수의 54%가 남부에 있는 주의 사형수이며, 서부에 25%, 중서부에 14%, 북동쪽에는 불과 7%만 있다. 텍사스주의 사형수가 가장 많고, 집행 건수도 가장 많다.

미국 사법통계청통계에 따르면 1977년부터 2000년까지 사형판결이 확정

26) NEAA Legal Defense Fund 1993. <http://deathpenaltyinfo.org>.

된 사형수는 집행시까지 평균 10년이 소요되었다. 결국 미국은 사형제도를 둘러싼 논쟁에서 비교적 균형을 유지하면서 현실과 이상을 조화하려고 노력하고 있다고 본다. 결국 미국도 서구의 여러 나라들의 예에 따라서 사형폐지국의 대열에 설 것으로 보인다. 미국의 대부분의 주에서 사형선고율이나 집행율이 차츰 감소하고 있는 데에서 그러한 추측을 해 본다. 물론 1950년대처럼 사형선고와 집행율이 높아진 때도 있다.

미국대법원은 전기의자사형, 교수형, 총살형, 독가스사형, 독극물주사사형을 모두 합헌적인 방법으로 보았다. 대부분의 주에서는 전기의자방식을 지양하고 독극물주사방식을 선택하였다. 주사를 하게 되면 사형수는 즉시 의식을 잃고 고통 없이 죽음에 이르게 할 수 있는 방식이다. 독극물주사방식은 1982년에 텍사스에서 Charles Brooks Jr.에게 시행된 것이 처음인데 그에게 바르비투르산염과 칼륨염화물정제를 주사하여 마비를 가져오고, 호흡을 중지시켜 사망에 이르게 하였다. 주사방식에 의한 사형에 대한 논란은 80년대 중반에 이르러서 더 이상 일지 않게 되었다. 1989년에 플로리다주에서 전기의자방식으로 사형을 집행하다가, 불꽃이 튀면서 사형수 Tafero의 얼굴을 덮은 마스크에 불이 붙어서 전기의자방식에 의문이 제기되면서 위험심사에 까지 이르렀던 경험 때문이다.

V. 사형제도를 둘러싼 쟁점들

1960년대 중반 미국인들 중 42%만이 살인범에 대한 사형을 지지했는데, 1980년대에는 3분의 2가 지지했고 1990년대에 들어와 무려 77%의 국민이 사형을 지지했다.²⁷⁾ 왜 이렇게 서유럽국가들의 일반적 추세와는 다른

27) W. Bowers, M. VanDuse, P. Duzan, " A New Look at Public Opinion on Capital

방향으로 나아가게 되었는데, 여기에는 무엇보다도 미국사회에 만연되어 있는 인종갈등의 측면이 함축되어 있다.

사형이 실제로 어떻게 작용하고 있는지를 거의 알기 어려운 입장에 서 있는 일반인들에게 이 제도의 찬반을 물어 본 것인데 일반인들은 사형제도가 마땅히 구현하려는 의미에 집착하여 사형을 찬성한다. 더 중요한 것은 그것이 현실의 세계에서 어떻게 작용하는지 하는 문제이다. 사형이 구체적으로 집행되면서 어떻게 상황이 전개되는지를 알게 되면서 아무래도 사형에 찬성하는 분위기는 점점 약해지고 있다.

MacArthur는 조사결과 응답자의 75%가 사형이 사형에 처해질 범죄의 억제효과를 가지고 있다고 답하였는데, 만일 사형이 살인과 같은 범죄의 억제에 별다른 효과가 없다고 할 경우에도 동일한 의견을 가질 것인가 하는 질문에는 불과 55%의 사람만이 그래도 사형은 유지되어야 한다고 답했다.²⁸⁾ 이와 비슷한 조사결과는 Flanagan과 Maguire이 뉴욕에서의 행한 조사에서도 볼 수 있다. 뉴욕시민들은 72%가 사형의 필요성을 인정하였는데 그러나 62%에 달하는 사람들이 사형을 대신하여 다른 고통스러운 형이 선고될 수 있으면 그것도 괜찮다고 답하였다.²⁹⁾

1988년에 대법원장 Rehnquist는 사형선고에 있어서 적법절차란 어떠한 의미를 지니는 것인가를 놓고 검토하도록 위원회를 설치하였고 위원장에는 은퇴한 대법관인 Lewis F. Powell Jr.를 임명하였다. 동위원회는 1989년에 보고서를 발표하였는데 사형수들이 단편적이며 반복적으로 사형의 위헌을 주장하고 있는 현재 변화가 절실히 필요하다고 하면서 다음과 같

Punishment : What Citizens and Legislators Prefer, " American Journal of Criminal Law, vol. 22 (1994), p.97; L. Territo / J. Halsted / M. Bromley, Crime and Justice in America, 2004, p. 427.

28) J. MacArthur, "The Death Penalty and the Decline of Liberalism, " John Marshall Law Review, vol. 30. 1997.

29) Z. Flanagan, K. Maguire, Sourcebook on Criminal Justice Statistics 1991: U.S. Department of Justice, 1992.

이 목표를 제시하였다. “사형은 주에서 연방에서 여러 가지 사정이 검토되어야 하며 이는 완전하고도 공정한 절차를 의미한다. 이 절차에서 즉각 처형하라고 하는 압력에 굴복해서는 안되며, 피고인을 위하여 유능한 변호인의 조력이 갖추어지지 않으면 안된다. 만일 이러한 점이 인정되면 사형수들의 절규는 받아들여지지 않아도 된다.”

보수파를 대표하는 렌퀴스트 대법원장은 적법절차에 의거한 이의제기는 적절히 제한되지 않으면 안된다고 설파했으며, 적법절차에 의하여 권리주장이 남용되면 결국 판결의 궁극성을 훼손하며 전체 형사사법체제를 폄훼하는 것이라고 보았다.³⁰⁾ 사형판결을 받은 피고인들은 유능한 변호인을 지명할 수 있다고 하는 하급법원의 판결에 대해서 대법원은 만일 주법원에서 이러한 주장이 받아들여지지 않는다면 그러한 권리를 인정받을 수 없다고 하였다.

그후 파월위원회에서는 피고인의 지명변호인과 주에서 인정하는 변호인간에 능력의 차이가 있다면 이는 보완되도록 해야 한다고 권고안을 냈다.

사형을 중심으로 논의되는 중요한 문제는 다음과 같이 다섯 가지로 분류될 것이다. 사형제도가 사회에서 사형에 처해지는 범죄를 예방하는 역할을 하고 있는가. 일반인들이 받아들이는 보복의 필요성, 사형이 자의적으로 선고될 우려, 오판의 가능성, 범죄자를 무해하게 만드는데 있어서 사형의 역할이 그것이다.

이들 쟁점을 풀기위해서 우선 형벌이란 무엇인가 하는 문제와 인간의 생명의 존엄성에 대한 가치관이 검토되어야 한다. 사형에 대하여 찬반의견이 나누어지지만 사람들은 형벌이란 필요하며 또는 사회적으로 유용하다고 본다. 그러나 형벌의 목적에 대해서는 의견이 갈라진다. 사형존치론자들은 형벌의 목적을 주로 보복과 억제에서 찾고, 사형폐지론자들은 무해화

30) McClesey v. Zant, 111 S.Ct. 145 (1987).

와 재사회화에서 찾는다. 이러한 가치관의 차이가 쟁점에 대하여 나름대로 상반된 의견으로 나아가게 된다. 사형존치론자들이나 폐지론자들 모두가 자신들이야말로 사람의 생명을 존중하는 입장에 서있음을 주장한다. 폐지론자들은 처형은 아무런 의미도 없이 사람의 생명을 침해하는 것이며, 이는 부당하며 건전하지 못하다고 본다. 존치론자들은 살해된 피해자를 존중한다면 사형은 당연하다고 보며 살인에 대하여 적합한 형벌은 사형밖에 없다고 한다.

폐지론자들은 사람의 생명을 그토록 존중한다고 하면서 어떻게 사람의 생명을 침해하는 형벌을 생각하는가 하고 반문한다. 사형이 합법적으로 이루어지지만 그렇다고 그것이 도덕적이라고 하는 말은 아니다. 신문에서 보는 것처럼 사형판결을 받고 피고인이 상소한 사건을 보면 미국에서 3건중 2건의 비율로 상급법원에서부터 사형판결이 파기되는 현실은 너무나 잘못된 선입견 - 법원은 진실위에서 사형을 선고하고 있겠지 - 이 잘못이라고 하는 을 알려준다. 물론 우리나라에서 그렇게 까지 사형판결의 흠이 큰 것은 아니지 않는가 하는 막연한 생각을 해 본다.

1. 사형의 흉악범죄 억제효과

사형은 무엇보다도 살인과 같은 흉악범죄를 억제하려고 하는 형벌이다. 합리적으로 사고하는 사람들은 처벌을 받게 될 가능성이 매우 높아 범행을 통하여 얻게 되는 이익을 훨씬 능가한다고 판단되면 범행을 포기하는 것이다. 과연 정확하게 억제효과를 측정할 수 있는지는 별론으로 하더라도 사형과 같은 극형이 나타내는 억제효과는 무슨 의미인지 논의되고 있다.

사형의 범죄억지력은 전체 형사사법제도의 운영과 관련지워 논의되어야 한다. 예를 들어 살인을 억제하기 위하여 살인범죄자들이 당해 처벌조항을

알고 있어야 한다. 사형과 같은 고통스러운 형벌을 받게 될 것이 거의 확실하다면 범죄자는 범행을 주저할 것이 틀림없다. 살인범이 그러한 인식을 하지 못하고 있었다면 그의 살인은 억제되지 못할 것이다. 어떠한 형벌이 억제효과를 가질 수 있는지는 다른 적절한 대안이 있는지 여부에 달려 있다. 보다 경미한 형벌로도 동등하거나 더욱 커다란 억제효과가 가능하다면 구태여 가혹한 형벌을 동원할 필요는 없을 것이다. 사람들은 가정교육을 통하여 너무나 늦게 일어나면 아침밥을 먹지 못하는 벌을 받게 된다고 배워 왔다. 사람들은 사형이 살인과 같은 범죄에 대하여 효과적인 억제수단이 될 수 있다고 믿게 된다. 살인을 범할지도 모르는 사람들의 마음에 사형판결과 집행은 형벌의 위험을 크게 부각시키게 된다. 살인범은 사형에 처해진다는 형벌규정은 다른 사람의 생명을 침해하는 행위의 무모함을 여실히 드러낸다.

여러 문헌들을 통하여 지난 수년간 사형의 억제효과를 분석하는 연구결과를 볼 수 있게 되었는데 그 결과는 다양하게 나타났다. 연구는 사형제도를 운영하는 주와 그렇지 않은 주의 살인범죄의 발생율, 특정지역의 사형이 존치되고 있을 때와 폐지된 이후의 살인범죄 발생율, 특정한 법원의 관할구역에서 사형이 존치되고 있을 때와 폐지된 이후의 살인범죄 및 기타 범죄의 발생율의 비교를 통하여 이루어졌다. 이들 연구결과 사형이 있다고 해서 살인범죄의 발생율이 낮아 졌다는 증거는 없었다.³¹⁾

사형폐지론자들에 따르면 이러한 연구결과를 볼 때 사형은 장기형보다 살인범죄를 효과적으로 억제하는 하는 것이라고 보기 어렵다고 본다. 사형선고를 받는 살인범죄자들은 그다지 많지 않으며, 더구나 처형되는 숫자는 더욱 적다는 것이 현실이다. 1984년 미국에서는 1,000명의 살인범당 1명꼴로 사형선고를 받았다. 살인범들은 자신이 체포되거나 사형재판을 받고 죽

31) L. Territo / J. Halsted / M. Bromley, Crime and Justice in America, 2004, p. 431; H. Badau / C. Pierce, eds., Capital Punishment in the United States. 1976.

는다는 것을 실감하지 못한다. 살인범들에게 있어서 합리적으로 사고하는 인간성을 찾기 어려운 경우가 많다.

정리하면 억제이론은 통계자료를 보고 그 당·부당을 판단하기는 어렵다. 존치론자나 폐지론자 모두 사형의 억제효과는 입증하기 어렵다는데 일치하고 있다. 이러한 문제는 현실적으로 검증하기가 어려운데 사회와 인간성을 다루는 사회과학의 본질상 다른 문제와 마찬가지로 문제 자체가 복잡성을 띠고 있기 때문이다.

2. 보복의 필요성

일반인은 사회생활 속에서 상응하는 대가를 치루는 것이 긴요하다고 본다. 살인범죄자를 사형에 처하는 것은 보복을 통하여 잔인한 살인자에 대하여 비난을 가하려는 것이다. 가장 비열한 살인범죄자에 대하여 사회는 유일한 적절한 대응으로서 가장 준엄한 제재방식을 취하여 처단해야 한다. 눈에는 눈, 이에는 이라는 방식이다. 시민이 다른 시민의 생명을 침해하였다면 사회의 도덕적 균형은 깨진 것이며 이를 바로 잡기 위하여 살인자의 생명은 박탈되어야 한다. 피만사건에서 대법원은 보복은 사형에서 추구하는 가장 중요한 목적은 아니지만 보복이 금지된다거나, 보복이 인간존엄에 대한 존중과 모순되는 것은 아니라는 점을 분명히 했다. 사형폐지론자들은 범죄자에게 가혹한 형벌을 부과할 수는 있지만 사회는 비열한 범죄자에 대하여 분노하여 도덕적인 분노로 형벌을 과할 수는 없다고 주장한다. 보복의 의미에서 사형을 정당화하는 견해에 대하여 반대론자들은 사회를 더욱 더 도덕적으로 만들겠다는 목적은 비열하게 살인을 한 자에 대한 분노를 이기지 못하여 사형에 처하도록 하는 방법으로는 결코 실현되지 못한다고 반박한다. 이들은 국가야말로 어떤 점에서는 살인자들보다 더욱 합리적으

로 사고하고, 냉정하지 않으면 안되는 그러한 존재이어야 함을 강조한다. 학설의 다툼은 누구나 다른 사람에게 해를 입히면 그에 상응하는 보복을 받아야 하는 것은 당연하며 이는 자유사회에서는 시민들이 자기책임의 원리에 따라서 살아야 하는 원리로서 기본적인 도덕에 속하는 것이라는 주장의 수용여부에 따른 것이다. 보복이 기본 도덕인가, 기본도덕은 모두 법적으로 실현이 보장되어야 하는가 하는 등등의 문제가 우리 앞에 놓여 있다.

3. 자의적인 사형선고의 가능성

미국에서는 사형선고가 차별적으로 이루어지는 것은 아닌지 하는 논쟁이 끊임없이 제기되었다. 우선 사형은 남성들에게만 집중적으로 선고되고 있는 것 아니냐 하는 의문이다. 살인범죄자들 중 여성의 비율은 13%인데 사형수들 중 여성의 비율은 1.9%에 불과하다.³²⁾ 또한 아프리카계 흑인에 대하여 부당하게 높은 비율로 사형이 선고되고 있다는 지적도 있다. 그러나 사형존치론자들은 사형의 위헌을 인정했던 퍼만사건 이래 자의적이며 불평등한 사형선고를 배제하도록 되었으며 이점은 더 이상 사형폐지론의 논거가 될 수 없다고 한다.

Bowers와 Pierce는 이 문제를 검토한 결과 퍼만사건 이후에도 가해자와 피해자의 인종에 따른 차별적 취급현상이 여전히 남아 있다고 지적하였다.³³⁾ 사형폐지론자들은 사형의 자의적 선고를 폐지론의 유력한 논거로 제시한다. 생명이 걸린 재판이니만큼 만의 하나라도 잘못된 판단을 해서는 안되지만 살인을 범하여 실제로 사형에 처해지는 사람들은 극소수라는 점

32) J. Inciardi, *Criminal Justice*, 7th ed. 2002, p.450.

33) W. Bowers / G. Pierce, "Deterrence or Brutalization: What is the Effect of Execution?" *Crime and Delinquency*, vol. 26, no. 4 (1980) pp. 453 - 484; L. Territo / J. Halsted / M. Bromley, *Crime and Justice in America*, p.431.

도 고려하면서 자의성여부를 고려해야 한다고 주장한다. 자의적 사법은 논리적 모순이며 어떠한 법령도 이를 허용하지 않으며, 합리적이지 못한 어떠한 목적을 위하여 제멋대로 재판하는 것이라고 비판될 것이다.

미국에서 아프리카계 흑인의 인구는 전체의 14%인데 유죄판결을 받은 수형자 중 43%가 흑인들이다. 바로 이러한 수형자들로부터 피해를 입은 사람들의 인종을 보면 그 이상으로 특정인종에 집중되어 있다. 플로리다주에서는 백인을 살해한 피고인에 대하여 사형선고된 숫자가 흑인을 살해한 피고인(흑인이든 백인이든)에 대하여 사형선고된 숫자보다 무려 8배나 많았다.³⁴⁾ 미국 전체로 보면 약 4배정도의 비율로 사형이 선고되었다. 1991년 이전에 흑인을 살해한 백인이 사형선고를 받은 것은 1944년 사건이 마지막이었다. 무려 1,000여명의 사형집행이 있었고 근 반세기가 지난 후 1991년에 사우스캐롤라이나주에서 흑인을 살해한 백인이 처형되었다. 어쨌든 미국의 형사재판에서 흑인피고인은 백인피고인에 비교하여 좀 더 가혹하게 취급된 것은 사실이다.³⁵⁾ 피만사건 이래 차별은 많이 시정되었지만 아직도 충분치 않다. Baldus는 그의 실증적인 연구에서 재판통계를 통하여 인종적 차별이 있었음을 알 수 있는데 이는 주로 검사의 기소단계에서 차별이 일어나고 있음을 알 수 있다고 하면서 차별은 여전히 근절되지 않았고, 위헌판결이후에도 여전히 그렇다고 결론을 내렸다. 그러나 연방대법원은 사형폐지론자들의 자의성 주장을 근거없다고 보았다.³⁶⁾ 연방항소법원과 마찬가지로 대법원은 사법통계자료를 가지고 사형을 선고하는데 인종적 요소가 중요하게 작용했다는 증거를 찾아 볼 수 없다는 입장이다.

34) M. Radelet, "Racial Characteristics and Imposition of the Death Penalty," American Sociological Review, vol. 46 (1991). pp. 918-927; L. Territo / J. Halsted / M. Bromley, Ibid.

35) D. Baldus / G. Woodworth / C. Pulaski, Equal Justice and the Death Penalty : An Empirical Analysis, 1990; L. Territo / J. Halsted / M. Bromley, Ibid.

36) McCleskey v. Kemp, 481 U.S. 278 (1987).

4. 오판의 가능성

사형폐지론의 논거로서 가장 설득력을 지니는 주장 중 하나가 바로 이것이다. 사형이야말로 원상회복이 불가능한 형벌이므로 사형은 선고되어서는 안된다는 것이다. 징역형은 언제든지 형기를 단축할 수 있으나 사형은 그것이 불가능하다. 만일 오판으로 사형이 선고된다면 그 폐해는 결코 복구될 수 없을 것이다. 사형폐지론들은 사형선고가 오판에 의하여 엉뚱한 사람에게 선고될 가능성이 적지 않다고 한다. 또 사형에 처해질 정도의 범죄자는 아니고 무기형으로도 충분한 경우에 사형이 선고될 가능성은 더욱 크다는 주장이다. 일찍이 Thomas Jefferson도 사형은 오판의 위험으로 갈지도 모르는 길이기 때문에 부도덕한 형벌이라고 한다. 제퍼슨은 인간이 하는 판결이 오판의 위험을 벗어 날 때까지는 사형제도를 존치하면 안된다고 한다. 사실 인간이 일정한 절차를 거쳐서 사실을 확인하는 것은 완벽하지 못하며 범죄사실을 확인한 후 사형을 선고하는 것은 죄 없는 사람을 사형에 처할 위험을 안고 가는 것이다. 아무리 충분히 검토한다고 해도 결국 오판의 가능성은 있으며 이러한 가능성을 알면서도 사형을 존치한다면 이는 부도덕한 형벌을 수용하는 것이라는 의미이다.

1987년에 Badau와 Radelet는 25년간의 연구결과를 발표하였는데 사형에 처해지는 범죄를 조사한 결과 20세기에만도 350명이 오판으로 사형선고를 받았다고 주장하였다.³⁷⁾ 이들은 적법절차위반으로 사형판결이 기각된 경우나 정당방위 또는 정신장애로 인하여 무죄판결을 받은 경우도 모두 제외하였다. 350명의 경우 법적으로나 사실상 범행에 연루되지 않았거나 허위자백을 한 경우에 해당되는 자들인데 사형선고를 받은 사례들이다.

극단적인 사례이지만 어떤 피고인은 1945년부터 1958년 사이에 무려 5

37) H. badau / M. Radelet, "Miscarriage of Justice in Potential Capital Case," Stanford Law Review, vol. 40, no.1 (November 1987), pp.21.

번이나 살인으로 기소된 사람도 있었다. 그는 4번이나 유죄판결을 받았고, 결국 사형선고를 받았다. 후에 펜실바니아 대법원은 당해 피고인에 대한 유죄판결을 오판의 비극이라고 할 수 있다고 개탄하였다. 350명 중에서 139명에 대하여 사형이 확정되었고 결국 23명은 형장의 이슬로 사라졌다.

DNA감식기술은 오판에 의한 사형선고의 확률을 매우 낮추었다. 많은 주에서는 이미 적법하게 재판을 받은 수형자들의 사건을 다시 들추게 될 지 모른다는 점에서 DNA감식기법을 통하여 다시 재판을 하는 것을 주저한다. 그러나 많은 사람들이 거의 틀릴 확률이 없는 DNA감식기법을 사용하여 재판하는 것은 당연하며, 사법적 정의에 대한 신뢰를 고양하는데 기여할 것으로 믿는다. 살인사건이 가장 많이 일어나는 주의 하나인 텍사스에서 입법으로 사형선고를 하는 경우 법원은 반드시 DNA감식을 하도록 규정하였다. 사형존치론자들은 오늘날 선진국들은 오판을 방지하기 위한 보호장치가 마련되어 있기 때문에 이를 이유로 폐지를 주장하는 것은 억지주장으로 본다. 사형선고를 하는 경우 여러 가지 검증절차가 마련되어 있고, 정밀한 조사가 이루어지므로 극히 희소한 오판가능성을 이유로 사형제도를 반대할 필요는 없다는 것이다.

5. 사형의 무해화기능

사회는 형벌을 통하여 범죄를 예방하고, 범죄를 범할 기회를 갖지 않도록 하려고 한다. 형벌은 바로 이러한 기능을 달성한다. 이를 형벌의 무해화라고 하겠다. 사형이이야말로 완전무결하게 무해화를 이루는 방식이기는 하다. 처형된 사형수가 다시 범죄를 범할 수는 없다. 물론 사형수가 다시 사회에 복귀하여 사회에 적응하여 살 수 없게 되었는데 무슨 의미가 있는지 하는 반문이 제기된다. 폐지론자들은 가석방 없는 종신형을 선고해도

그만한 효과는 거둘 수 있다고 한다. 사형은 자주 선고되지 않으며, 또 신속히 이루어지는 법이 없으며, 확실히 실현되지도 않는다. 따라서 종신형으로도 사회를 범죄에서 해방시키는데 사형만큼의 효력을 나타 낼 수 있다는 주장이다.³⁸⁾ 사실 사형선고를 받은 피고인이 상소를 하여 상급법원에서 판결이 파기되면 아무래도 시민들의 사법제도에 대한 신뢰가 떨어지게 마련이다. 이에 대하여 가석방 없는 종신형을 선고하면 반복하여 상소를 제기하는 일은 많이 줄어들게 될 것이다. Wright는 가석방 없는 종신형을 통하여 사형의 폭력성도 넘어 서고 생명에 대한 외경심을 조금도 손상하지 않게 된다고 한다. 그녀는 미국에서 종신형이라는 대체무기는 미국 사법제도의 병기 창고에서 가장 큰 무기인 사형이 불발사고 내지 오발사고를 내는 것을 보완하게 해준다고 하는 식으로 재치 있게 설명하면서 미국인들은 이제 사형을 대체하는 종신형이 폭력적인 살인범죄를 통제할 수 있다고 인식하고 있으며, 감형·가석방 없는 종신형의 이론적 근거 및 실제적 유용성을 인식하게 되었다고 한다.

폐지론자들은 배심원들과 일반인들은 가석방 없는 종신형이야말로 사형보다 더욱 살인범죄자들에게 확실한 처벌이라고 생각한다. 사형은 살인을 억제하고, 사회를 보호하며, 보복의 감정을 충족시켜주는 것이지만 가석방 없는 종신형도 그러한 기능을 충분히 달성할 수 있으며 생명을 침해한다는 도덕적 부담없이 그렇게 할 수 있다고 본다. 사형은 진정 생명을 존중하지 않는 형벌제도이며 또한 사형수를 감형해 주는 것은 사람의 생명에 대하여 진정 존중하는 마음을 갖지 않은 사형수에 대하여 가석방을 해주는 것이므로 정말 문제라고 하면서 폐지론을 주장한다.

38) J. Wright, "Life without Parole: An Alternative to Death or Not Much of a Life at All? " *Vanderbilt Law Review*, vol.43 no. 2 (March 1990), pp.529.

6. 기타 쟁점들

위의 쟁점에 비하면 중요성이 떨어지지만 그밖에도 약간의 논쟁이 있을 수 있다.

① 비용 : 사형에 처해질지도 모르는 사람을 종신형에 처하면 그 형집행 비용이 상당하다고 지적한다. 폐지론자들은 물론 외견상 그렇게 보이지만 사형선고를 하는 사법절차에 소요되는 비용도 그에 못지않다고 한다. Gray는 종신형이 많은 비용이 소요되는 것은 사실이지만 사형선고를 위하여 배심원들의 선정비용, 배심절차운용비용, 상소비용 등을 고려하면 오히려 사형재판비용이 이를 능가한다고 주장한다. Miami Herald지 기사에서는 40년을 교도소에서 지내면 소요비용은 51만 달러이며 사형선고 및 집행절차에 소요비용은 300만 달러로서 무려 6배나 더 든다고 하고, 캘리포니아주 새크라멘토에서 연구결과에 따르면 캘리포니아주의 주민들은 매년 사형제도에 관련하여 1,500만 달러를 부담하며, 사형을 폐지하면 900만 달러를 절약할 수 있다고 한다. 아칸소주에서는 사형수 15명을 종신형으로 감형하면 주는 150만 달러를 절약할 수 있다고 하는 조사결과를 발표하였다

② 사회의 보호 : 사형선고와 집행을 해도 사형에 처해지는 범죄는 별로 줄어들지 않고 있다는 지적은 결국 사형의 장점이 크지 않다는 지적이다. 일반인들이 걱정하는 것처럼 살인범들이 출소하여도 다시 살인사건이 만연하지는 않는다. 살인범죄자들의 재범율이 다른 범죄자들의 재범율보다 높은 것도 아니다. 얼마 안되는 사형수의 숫자로 마치 사형제도를 통하여 흉악범죄를 줄일 수 있다고 하는 것은 잘못된 주장이고 사형은 그저 범죄예방을 위하여 사회가 지니고 있는 여러 가지 상징체계의 하나일 뿐이며 실질적으로 의미를 지니는 것은 아니라는 것이다. 일부 상습범죄자들이 만기출소 후 또는 가석방 후에 재범을 자행하는 경우가 있으나 이는 특정한

범죄자의 정신장애의 문제로 보아야 한다는 것이다.

③ 여론의 방향 : 70년대 이래 미국의 각종 투표나 여론조사에서 사형 존치론은 항상 폐지론을 능가하는 수치를 나타냈다. 이것이 정치인들에게 영향을 미치면서 사형폐지는 이루어지지 못하였다. 민주주의와 중우주의는 항상 명료하게 구분되는 것은 아니다.

④ 잔인한 형벌 : 사형은 그 자체 잔인하기 그지없는 형벌이 아닌가 하는 주장이 있다. 미국 대법원은 정신장애자, 정신지체자, 18세 미만의 자에 대하여 사형을 선고하는 것은 잔인한 것으로 판시하였다.

⑤ 사형집행공개와 야만성 : 최근에 미국에서는 사형집행을 공개하기도 한다. 대표적인 주가 오클라호마주이다. 피해자 및 언론인들에게 사형집행을 공개하고 이를 보도하게 하여 살인범죄자들의 의욕을 좌절시키겠다는 뜻이다. 그러나 많은 학자들은 처형의 공개는 결코 살인범죄를 억제하지 못한다고 주장한다. 집행공개는 극소수의 사람들 예를 들면 정신장애자들에게 살인을 상상하게 하고 암시하게 하여 애꿎게도 살인을 유발하는 효과만 있을 뿐이라고 비판한다.

VI. 소 결

이제까지 사형제도를 둘러싼 우리나라 및 외국의 논쟁, 시민들의 의견, 판례의 추이 등을 간소하게 살펴보았다. 외국의 경우처럼 우리나라에서도 인권의식이 철저해 지면서 사형폐지론을 검토할 때가 되었다고 생각하여 정치인, 사회운동가, 학자들이 사형폐지론을 주장하고 있으며 차츰 지지를 얻고 있다고 판단된다.

이념적으로 사형폐지론은 확실히 설득력이 있다. 사람의 생명을 국가가

형벌제도아래에서 박탈할 수 있도록 하는 것은 철학적으로, 종교적, 도덕적으로 타당성을 갖지 못한 주장이다. 역사적으로 보더라도 보복이 아니라 이성과 합리주의로 사회문제를 해결해 나가도록 하는 것이 발전방향일 것이다. 사회계약으로 국가를 형성하는 계약을 체결한 시민들은 결코 자기 자신을 부정하는 사형을 용인하는 사회계약에 동의하지 않았다는 Beccaria의 주장이 말해주는 것처럼 사형수의 모든 것을 부정하는 사형제도가 어떻게 해서 사회계약의 내용에 들어오게 될 수 있는가 하는 의문은 자기를 중심으로 우주를 그려보는 인간성에 비추어 볼 때 당연한 주장으로 본다.

이에 대하여 칸트는 나는 한 인간으로서 범죄를 범할지도 모르는 그러한 인간으로서 즉 또 다른 자아로서 시민단체에 속하는 다른 구성원들과 함께 형법전에 복종하는 것이라고 보면서 순수이성을 지닌 존재로서 경험적 의사로서 사형에 동의하지 못하는 자아가 아니라 나의 이성에 의하여 나는 사형집행의 순간에도 사형에 동의할 수 있다고 반박하기도 하였다.³⁹⁾

사형존치론과 폐지론은 이처럼 인간성에 대한 관점의 차이에서 오는 논쟁이기도 하다. 사형폐지론이 인간성에 대한 이념적 완성을 지향하는 점에서는 타당하기는 하지만 많은 시민들이 사형의 존치를 받아들이고 있는 현실을 무시할 수도 없다. 많은 사람들이 사형의 억제효과는 근거가 없다고 하지만 사실 그 반대의 주장도 근거가 확실하지는 않다. 사형을 놓고 이는 사형이 추구하는 목적에 비추어 실제적 효과는 없지만 사회체제를 유지하는 상징기호로서의 기능은 여전하다고 하는 입장도 있다. 이러한 입장에서면 점진적 폐지론 내지 사형대상범죄축소론으로 이어지게 될 것이다.

지난 1997년말 이래 한번도 사형집행을 하지 않아서 이제 미집행 10년째 되는 국가의 대열에 들어가게 되었다. 인권존중의 역사를 쓴다는 면에서는 아주 소중한 경험의 10년이지만 구체적인 사례 속에서 사형의 타당

39) G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 1970, S.272.

34 형사정책연구 제17권 제2호(통권 제66호, 2006 · 여름호)

성 및 부당성을 더욱 더 논의하는 공론화과정이 필요할 것이다. 사형은 결국 국민이 선택하는 것이 아니겠는가.

주제어 : 사형존치론, 사형폐지론, 흉악범억제 효과, 보복의 필요, 오판 가능성, 자의적 판단, 무해화

Debates on Death Penalty - the Dogmatic Problems and Public Attitude towards the Capital Punishment

Cho, Jun-Hyon*

There are five major issues in the capital punishment debate : the argument that capital punishment acts as a deterrent, the retribution argument, the arbitrariness argument, the danger of mistake argument, the incapacitation argument.

Of course there are other less important issues such as cost efficiency argument, community protection argument, appeal to public opinion argument, cruel and unusual argument, brutality argument etc.

The most serious sentence imposed by national and international criminal courts is the death penalty. Often thought no longer civilized penalty in the whole world, the death penalty is gaining popularity at an increasing rate. Over 70% of the Korean people have a pro attitude toward the so cruel punishment. Yet for the state to take a life especially of murderers, such action must be theoretically and dogmatically justified. The justification and excuse of the death penalty had been hotly debated. Proponents argue that capital punishment plays a key role as a deterrent for the individual as well as for other potential murderers.

Really many people accentuate that capital punishment is the only

* Professor, Dr. Jura, Law Department, Sungshin Women's University.

satisfactory retribution that society can gain for such a heinous act as premeditated murder. Opponents argue that such sentences are not effective for deterring murder. Sentences are imposed arbitrarily, often based on the wealth of the victim or murderers. Such a mistake justifies of the elimination of the death penalty. Finally they pointed out that all of the empirical on the subject failed to prove death penalty acts as a deterrent. Other minor issues must be examined.

Keywords: proponent and opponent of the death penalty, deterrent, retribution, arbitrariness, danger of mistake, incapacitation

사형의 대안으로서 절대적 종신형 도입방안

허 일 태

형사정책연구 제17권 제2호(통권 제66호, 2006 · 여름호)

한국형사정책연구원

사형의 대안으로서 절대적 종신형 도입방안

허 일 태*

I. 문제의 제기

2006년 4월 현재 전 세계 196개국 가운데 사형제도를 법률상 또는 사실상 폐지한 국가는 123개국이며,¹⁾ 이를 존치하고 있는 국가는 73개국²⁾에

* 동아대학교 법과대학 교수, 법학박사

1) 1. Abolitionist for all crimes: ANDORRA, ANGOLA, ARMENIA, AUSTRALIA, AUSTRIA, AZERBAIJAN, BELGIUM, BHUTAN, BOSNIA-HERZEGOVINA, BULGARIA, CAMBODIA, CANADA, CAPE VERDE, COLOMBIA, COSTA RICA, COTE D'IVOIRE, CROATIA, CYPRUS, CZECH REPUBLIC, DENMARK, DJIBOUTI, DOMINICAN REPUBLIC, ECUADOR, ESTONIA, FINLAND, FRANCE, GEORGIA, GERMANY, GREECE, GUINEA-BISSAU, HAITI, HONDURAS, HUNGARY, ICELAND, IRELAND, ITALY, KIRIBATI, LIBERIA, LIECHTENSTEIN, LITHUANIA, LUXEMBOURG, MACEDONIA (former Yugoslav Republic), MALTA, MARSHALL ISLANDS, MAURITIUS, MEXICO, MICRONESIA (Federated States), MOLDOVA, MONACO, MOZAMBIQUE, NAMIBIA, NEPAL, NETHERLANDS, NEW ZEALAND, NICARAGUA, NIUE, NORWAY, PALAU, PANAMA, PARAGUAY, POLAND, PORTUGAL, ROMANIA, SAMOA, SAN MARINO, SAO TOME AND PRINCIPE, SENEGAL, SERBIA AND MONTENEGRO, SEYCHELLES, SLOVAK REPUBLIC, SLOVENIA, SOLOMON ISLANDS, SOUTH AFRICA, SPAIN, SWEDEN, SWITZERLAND, TIMOR-LESTE, TURKEY, TURKMENISTAN, TUVALU, UKRAINE, UNITED KINGDOM, URUGUAY, VANUATU, VATICAN CITY STATE, VENEZUELA.

2. Abolitionist for ordinary crimes only: ALBANIA, ARGENTINA, BOLIVIA, BRAZIL, CHILE, COOK ISLANDS, EL SALVADOR, FIJI, ISRAEL, LATVIA, PERU.

3. Abolitionist in practice: ALGERIA, BAHRAIN, BENIN, BRUNEI DARUSSALAM, BURKINA FASO, CENTRAL AFRICAN REPUBLIC, CONGO (Republic), GAMBIA, GRENADA, KENYA, MADAGASCAR, MALAWI, MALDIVES, MALI,

불과하다. 국제엠네스티는 2006년을 한국의 사형제도폐지 집중캠페인의 해로 결정한 바 있다.³⁾ 아울러 국내적으로는 사형폐지에 관한 특별법안이 지난 15대 국회와 제16대 국회 국회의원들에 의해 발의되었고,⁴⁾ 제17대 국회에서는 2004년 12월에 재적국회의원 과반수가 넘는 175명의 발의로 국회에 다시금 사형폐지에관한특별법안이 제출된 상태이다.⁵⁾ 그리고 이 법안에 관해 2006년 4월에는 국회 법사위에서 공청회가 개최된 바 있다.⁶⁾

MAURITANIA, MOROCCO, MYANMAR, NAURU, NIGER, PAPUA NEW GUINEA, RUSSIAN FEDERATION, SRI LANKA, SURINAME, TOGO, TONGA, TUNISIA.

- 2) Retentionist: AFGHANISTAN, ANTIGUA AND BARBUDA, BAHAMAS, BANGLADESH, BARBADOS, BELARUS, BELIZE, BOTSWANA, BURUNDI, CAMEROON, CHAD, CHINA, COMOROS, CONGO (Democratic Republic), CUBA, DOMINICA, EGYPT, EQUATORIAL GUINEA, ERITREA, ETHIOPIA, GABON, GHANA, GUATEMALA, GUINEA, GUYANA, INDIA, INDONESIA, IRAN, IRAQ, JAMAICA, JAPAN, JORDAN, KAZAKSTAN, KOREA (North), KOREA (South), KUWAIT, KYRGYZSTAN, LAOS, LEBANON, LESOTHO, LIBYA, MALAYSIA, MONGOLIA, NIGERIA, OMAN, PAKISTAN, PALESTINIAN AUTHORITY, PHILIPPINES, QATAR, RWANDA, SAINT CHRISTOPHER & NEVIS, SAINT LUCIA, SAINT VINCENT & GRENADINES, SAUDI ARABIA, SIERRA LEONE, SINGAPORE, SOMALIA, SUDAN, SWAZILAND, SYRIA, TAIWAN, TAJIKISTAN, TANZANIA, THAILAND, TRINIDAD AND TOBAGO, UGANDA, UNITED ARAB EMIRATES, UNITED STATES OF AMERICA, UZBEKISTAN, VIET NAM, YEMEN, ZAMBIA, ZIMBABWE.

- 3) 국제엠네스티가 그렇게 한 이유는 2006년인 올해가 한국에서 사형집행이 없는 9년째가 되고 2007년 12월까지 집행이 없으면 10년간 사형집행을 하지 않게 됨으로써 한국은 사실상 사형폐지국의 반열에 올려지게 되며, 사형폐지국들을 중심으로 하는 국제적인 감시 때문에 사형의 집행을 사실상 어렵게 만들기 때문이다.

- 4) 제15대 국회에서 1999년 12월 7일 유재건 의원 대표발의(90인 발의); 제16대 국회에서 2001년 10월 30일 정대철 의원 대표발의(63인).

- 5) 유인태의원이 대표발의한 법안의 이름과 내용은 다음과 같다(부칙 제외). 사형폐지에관한특별법안: 제1조(목적) 이 법은 국가 형벌 중에서 사형을 폐지함으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 존중하고 범죄자의 인권보호 및 교화·개선을 지향하는 국가형벌체계를 수립함을 목적으로 한다. 제2조(사형의 종신형 대체) 형법 및 그 밖의 법률에서 규정하고 있는 형벌 중 사형을 폐지하고 이를 종신형으로 대체한다. 제3조(종신형의 정의와 종류) ①종신형이라 함은 사망 때까지 형무소 내에 구치하며 형법에 의한 가석방을 할 수 없는 형을 말한다. ②종신형은 종신징역과 종신금고로 나눈다.

- 6) 2006년 4월 4일 이현규 대구지방검찰청 부장검사(법무부추천), 유해용 사법연수원교수(대법원 추천), 민경식 대한변호사협회 법제이사(대한변호사협회 추천) 허일태 동아대 교수(한국법학교수회 추천), 김형태 천주교인권위원회 위원장(천주교인권위원회 추천), 김상겸 동국대 교수(한국법학교수회 추천), 이재교 변호사(자유주의연대 추천) 등이 진

국가인권위원회도 2005년 4월 6일 전원회의를 개최하여 사형제도 폐지와 그 대안으로서 절대적 종신형 등의 검토를 권고하였다.⁷⁾ 또한 사형제도의 존치 입장을 꾸준히 고수하여왔던 법무부도 2006년에 들어와서 종래의 견해를 백지화하고, 사형제도의 폐지 및 절대적 종신형 도입여부를 원점에서부터 재검토하겠다는 입장을 공표한 바 있다.⁸⁾

이러한 분위기와는 달리 국민여론은 유영철 사건⁹⁾을 계기로 사형제도의 존치 쪽으로 더욱 경도되고 있다.¹⁰⁾ 또한 형사정책연구원에서 작성된 최근의 보고서¹¹⁾에서도 국민여론의 이러한 입장과 크게 벗어나지 않는 수준의 결론이 제시되고 있다. 특히 이 보고서는 사형제도의 존폐와 사형제도의 대안에 관한 실증적 검토를 심도 깊게 다루었다고 평가하기 어려우며, 국민여론에 부합하고 현행법의 준수라는 틀 속에서 법감정적 차원을 핵심적 근거로 하는 사형제도의 존치를 전제로 구성되어 있다. 사형제도의 존폐문제를 국책연구기관인 형사정책연구원이 다룰 때 조심해야 될 것은 무엇보다 제3자적 입장에서 객관적이고 냉정한 접근이 요구된다. 그럼에도 형사정책연구원의 개인적 입장이긴 하지만 사형제도의 존치라는 결론을

술인으로 국회법사위에서 공청회가 개최됨. 여기서 허일태 교수와 김형태 변호사는 사형제도폐지 쪽에서, 김상겸 교수와 이재교 변호사는 사형제도 존치 쪽에서 진술함.

7) 국가인권위원회는 2005년 4월 6일에 “2005년 제8차 전원위원회”를 개최하여, 사형제도는 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이므로 폐지되어야 하며, 다만 사형폐지 이후의 후속조치로서 감형·가석방 없는 종신형제도, 일정기간 감형·가석방 없는 무기형제도 및 전쟁 시 사형제도의 예외적 유지 등의 방안이 검토될 수 있다고 밝혔다.

8) 법무부, 희망을 여는 약속, 119쪽 이하 참조. 이에 따르면, 추진내용으로 ① 사형제도가 보유한 범죄억지력 유무 및 사형제도 폐지 시 사회에 미치는 영향 연구, ② 절대적 종신형 도입의 타당성에 있음을 명백히 하였다.

9) 2004년 7월 연쇄 살인사건의 용의자로 유영철이 검거되자, 국민여론은 격앙되어 사형제도의 존치론이 더욱 설득력을 얻게 되었고, 2005년 6월 9일 대법원 1부는 노인과 여성 21명을 연쇄 살인한 혐의 등으로 구속기소된 그에 대해 사형을 확정하였다.

10) 1. 한국사회여론연구소 여론조사(2004년 7월): 사형제도 유지 66.3%, 사형제도 폐지 33.7%; 2. 인터넷 여론조사업체 Pollever(2005년 10월): 사형제도 유지 68.8%, 사형제도 폐지 33.7%. 3. 동아대 허일태 교수가 2006년 5월에 조사한 바에 의하면 사형제도 유지 64%, 사형제도 폐지 36%로 나타났다.

11) 강석구/김한균, 사형제도의 합리적 축소정비방안, 한국형사정책연구원(2005).

미리 내놓고, 이의 변론을 위한 방식을 합리적인 해결책으로 보는 것은 매우 잘못된 것이다: 즉 사형의 대상범죄 축소를 위한 합리적 기준을 세우고, 이에 맞추어 줄여나가는 방향으로 개선하자.

돈과 시간이 피나 들었을 이 연구보고서가 내린 이와 같은 결론을 보면서 허탈하기까지 하다. 사형제도의 존폐론은 결코 응보감정에 지나치게 집착하거나 법률말기적(法律末技的) 사고를 가진 분들이 논해서는 아니 된다. 왜냐하면 이 문제는 국민과 국가 내지 시민과 사회, 헌법정신과 인권보장, 인간의 존엄성의 내용과 한계, 사형제도의 범죄억지력, 강력범죄와 그 피해자, 국가의 범죄예방과 범죄피해자에 대한 국가책무, 사형의 대안으로서 적절한 형벌의 존재유무와 그 도입방안 등을 충분한 숙고 끝에 내려진 결론이어야 하기 때문이다. 그럼에도 불구하고 사형제도의 존치여부를 남북간의 특수한 사정과 국민의 응보감정 내지 법감정에 주로 호소하는 사형제도 존치론자들이 득실대는 한국에서 사형제도의 폐지는 사실상 어렵게 보인다.

물론 사형제도가 폐지되면, 어떠한 문제가 발생할 것인지에 관한 충분한 검토 없이 법이론 내지 법이념에 의해서만 사형제도의 존폐를 논하는 것은 국가의 형사정책으로 바람직한 것은 아니다. 법이란 법문화의 소산이고 그 나라의 상황과 현실의 문제로부터 완전히 초연할 수 없기 때문이다. 그러나 국가가 법을 상황논리에 따라서만 해석하여, 사형제도의 존폐문제에 대하여 인권보장의 최후보루인 헌법정신이나 이념을 무시할 수는 없는 일이다.

또한 잘못된 질문과 그에 기인한 정책방향의 전개는 일방적인 사형제도의 존치를 유지하는 데에 기여할 뿐이다. 이런 잘못된 질문 가운데 하나는 사형제도의 존치여부만을 묻는 것이다. 다수의 국민이 존치를 간절히 바라고, 이들 중의 상당수는 사형제도의 대안으로서 현행 형법상 무기형만으로

는 역부족일 수밖에 없음을 알고 있다. 반인륜적 범죄나 극악무도한 흉악 범죄가 자주 발생하고 있는 우리 현실에서 사형제도를 무조건 폐지하는 것만으로는 불안할 수밖에 없는 것이 사실이다. 이런 점에서 범죄자를 사회로부터 영원히 격리하여 국민의 불안을 어느 정도 해소할 수 있는 절대적 종신형을 사형의 대안으로서 도입하는 것은 적극적으로 고려할 필요가 있다. 또한 절대적 종신형을 사형의 대안으로 하여 사형제도의 존폐에 대한 여론조사를 시행해 보면, 사형폐지 쪽에 동의하는 견해가 압도적으로 많을 것이다.

이하에서는 첫째로 절대적 종신형의 의미와 그것이 사형의 대안적 형벌로서 가능한 것인지 여부, 둘째로 종신형의 도입으로 발생하게 될 사형제도의 폐지가 미치는 영향, 셋째로 절대적 종신형을 경험한 국가에서 강력 범죄의 억제능력과 범죄방지의 효력이 사형제도를 존치할 경우와 대비하여 본질적 차이가 있는지 여부를 살펴보고, 넷째로 우리나라에서 이러한 절대적 종신형의 도입가능성을 모색해 보고자 한다.

II. 사형의 대안으로서 절대적 종신형

1. 절대적 종신형의 의미와 내용

여기서 절대적 종신형이라 함은 범죄자에 대한 가석방의 가능성을 배제함으로써 사회로부터 영구히 격리하여 평생을 교도소에 가두어 두는 형벌을 의미한다. 사형은 사형수의 생명을 박탈하는 형벌을 의미한다. 이에 반해 현행법상 무기형은 용어상으로는 무기한의 자유박탈을 뜻하는 것으로 보이지만 법적으로는 10년 이상의 구금과 행형성적이 좋으면 사회로 복귀

할 수 있는 여지를 남겨두는 가석방제도를 수반하고 있다. 게다가 무기형이 확정된 무기수의 대부분은 20여년 정도의 옥살이 후 사회에 복귀하고 있다.¹²⁾ 즉 무기형은 사형에 대해 건널 수 없을 정도의 간극을 갖고 있는 셈이다. 절대적 종신형은 사형보다는 가볍지만 무기형보다는 훨씬 무거운 형벌이라는 점에서 사형과 무기형 사이의 간극을 매워줄 수 있는 형벌로 이해할 수 있다.

2. 절대적 종신형의 형벌대체가능성

사형제도를 폐지하게 되면 강력범죄에 대한 국민적 불안감과 응보감정을 현행법상 차상의 중형인 무기형만으로는 해소할 수 없기 때문에 국민의 대다수가 사형제도의 폐지에 반대하고 있다. 그러므로 사형제도를 폐지하기 위해서는 전제요건이자 그 대안으로 사회로부터 영원히 격리시킬 수 있는 절대적 종신형을 고려해야만 한다. 왜냐하면 절대적 종신형은 한편으로 사형제도로부터 야기되는 온갖 문제를 최대한 극복할 수 있으면서, 다른 한편으로 살인 등 강력범죄에 대한 국민의 불안감과 응보감정을 상당부분 잠재울 수 있기 때문이다.

이러한 인식에 기초하여 필자는 2000년 10월 10일에 사형존폐와 절대적 종신형의 도입여부를 묻는 설문조사를 시행한 바 있다. 사형제도를 존치해야 한다는 입장에 선 1,004명을 대상으로 조사한 바에 의하면, 사형의 대안으로 가석방 없는 종신형을 우리나라에 도입할 경우에 사형제도의 폐지에 찬성할 것인가를 설문하는 문항에서 369명이나 되는 응답자가 그렇다는 답변을 제시하였다. 이는 사형존치를 고수하는 사람들 중에서도 약 37%가 사형을 대신하는 가석방 없는 종신형의 도입에 대한 찬성한 것이

12) 그러나 무기형에 대해서도 적지 않은 위험성의 문제가 없는 것이 아니다. 이에 관해 자세한 것은 허일태, 『자유형제도의 문제와 개선방안』, 형법연구 I(1997), 231쪽 이하 참조.

다. 그런데 1999년 10월에 국제엠네스티가 한국인 1,500명을 대상으로 사형제도의 존폐를 묻는 설문조사에서 50%가 사형제도를 찬성하고, 43%는 반대한 바 있다. 이러한 통계상의 수치를 유추해 볼 때, 사형폐지 지지자 43%와 사형존치론자 중에서 가석방 없는 종신형이 도입되면 사형제도를 폐지하겠다는 입장을 합한 61.5%는 절대적 종신형의 도입을 조건으로 사형제도의 폐지에 찬성한 것으로 추정될 수 있다.

필자는 2006년 5월 11일과 12일 양일간에 걸쳐 다시 한번 사형존폐와 절대적 종신형에 관한 종전과 같은 내용의 설문조사를 하였다. 사형제도의 찬반을 묻는 질문에 응답한 총 1,636명 가운데 1,013명이 사형제도의 존치를 지지하고, 반대는 623명에 불과했다.¹³⁾ 즉 약 62%가 사형제도의 존치를 찬성하고 폐지입장은 38%에 지나지 않았다. 그러나 사형제도의 존치를 찬성한 1,013명 가운데 절대적 종신형을 사형의 대안으로 삼는다면, 사형제도를 폐지하겠다는 의견이 637명으로 집계되어 이를 전체적으로 비교하여 환산하면 약 76.4%가 사형제도를 폐지해도 무방하다는 생각에 동의하고 있다는 유의미한 결론이 도출되었다. 이에 반해 엄격하고 절대적으로 존치입장을 고수한 경우는 고작 23.6%에 불과하였다. 이러한 결과는 단순히 사형제도의 존치여부만을 묻는 일도양단의 질문으로는 사형제도 존폐의 근거로 삼아서는 아니 된다는 점을 보여주는 징표이기도 하다.

2000년의 조사와 2006년의 조사 사이에는 물론 상당한 차이가 있는 것이 사실이지만, 확실한 것은 두 번의 조사에서 사형의 대안으로서 절대적 종신형을 도입하면 국민의 과반수를 훨씬 넘는 61.5%와 76.4%가 사형제도의 폐지에 찬성할 것이라는 점을 확인할 수 있었다. 이와 같은 사정은 사형제도에 대한 정서가 우리와 비슷한 이웃나라 일본의 경우에서도 찾아볼 수 있다. 즉 “사형폐지포럼 90”이 1996년 10월, 일본 중의원 선거당선

13) 부산광역시 시민 2,000명을 대상으로 실시하였으나, 응답을 하지 않았거나 하였더라도 서명파 살고 있는 지역 등을 명시하지 않아 신뢰도가 보장될 수 없는 설문조사지 364개를 빼고 계산하였다.

자를 대상으로 실시한 조사에서 “종신형 등의 대체형이나 피해자원조의 충실 등의 조건을 갖추어 사형을 폐지해야 한다”고 회답한 의원이 무조건 폐지를 포함하여 85.2%를 차지하였다. 미국에서도 역시 이와 같은 경향을 뚜렷이 볼 수 있다. 사형제도의 존치를 주장하는 사형존치론자 1,000명을 대상으로 실시한 조사에서 가석방 없는 종신형으로의 처벌 및 손해배상의 충분한 부담을 지게 하면 어떤 입장을 취하겠느냐의 질문에서 41%가 사형제도의 존치를 지지하고, 종신형 지지자는 44%에 달했다고 한다.¹⁴⁾

그러므로 이러한 결과를 토대로 이제 더 이상 사형제도의 존폐문제로 싸우는데 귀중한 시간을 낭비하지 않았으면 하는 생각이다. 그 보다는 오히려 절대적 종신형을 도입하면 어떠한 문제가 발생하며, 절대적 종신형을 채택했던 외국의 경험을 파악하는 것이 유의미할 것이다.

Ⅲ. 사형제도 폐지가 국가·사회에 미치는 영향

1. 부정적인 면

가. 살인 등 강력범죄에 대한 국민의 불안감 가중

일응 사형제도의 무조건적 폐지는 반인륜범 혹은 가정파괴범 같은 강력 범죄에 대한 국민의 불안감을 가중시킬 수 있다. 이는 객관적인 자료에 의해 입증될 수 있는 부분이다. 즉 사형제도의 존치를 주장하는 입장에 있으면서도 존치의 필요성을 없게 하려면, 반인륜적 범죄나 재범의 우려가 큰 흉악범 등에 대해 사회로부터 영구히 격리할 수 있는 절대적 종신형의 도

14) 菊田幸一, 사형의 대체형으로서 종신형에 관하여, 법학시보 제72권 10호, 57쪽에서 재인용.

입을 요구하는 입장이 적지 않다는 사실이다. 즉 적게는 존치론 주장자의 37%가, 많게는 62%의 존치론 주장자들이 사형제도 폐지를 위해 절대적 종신형을 요구하고 있다는 데서 이러한 사실을 추정할 수 있다. 오직 응보 감정에 근거하여 사형제도의 존치를 요구한다면 절대적 종신형을 도입한다고 해도 사형제도 존치희망을 거의 유지할 것이기 때문이다.

이런 점에서 사형제도의 폐지에 대해 큰 걸림돌의 하나는 사형을 폐지하게 되면 야기될 수 있는 국민적 불안을 어떻게 불식시킬 것인지를 합리적인 차원에서 해결하는 일이다. 더구나 우리나라에서는 사형과 무기형의 간극이 지나치게 크다는 점에 주목할 필요가 있다. 우리나라는 무기형을 받는 자라도 10년 이상의 수형생활을 거친 후 재범의 여지가 없으면 가석방이 가능하며,¹⁵⁾ 사면이 남용되고 있는 한국의 현실에서 무기수도 쉽게 가석방이나 형의 면제 등의 형식으로 자유의 몸이 된다는 것을 보아 왔던 국민들이다. 이런 국민이 현행 무기형제도를 그대로 두고 사형제도를 조건 없이 폐지하자는데 동의하기란 강력범죄에 대한 국민의 불안감을 비교할 때 결코 간단한 문제가 아닐 것이다.

나. 국민과 피해자 측의 응보적 감정을 누그러뜨릴 수 있는 언덕 제거

아무리 극악한 연쇄살인범일지도 그에 대한 형벌로 기껏해야 가석방이 가능한 무기형으로만 처벌될 수 있다고 한다면, 현재 국민 일반의 법감정으로 판단할 때 받아드리기 어려울 것이 사실이다. 범법행위를 한 자는 그에 어울리는 합당한 형벌을 받아야 마땅하다는 것이 국민 일반의 보편적 정서이기 때문이다. 그렇다고 살인을 범했으면, 무조건 사형을 받아야 한다는 식의 논리와 주장이 정당화되기는 어렵다. 절도를 다시금 못하게 하는 최선의 진리는 절도자의 손을 잘라버리는 일이겠지만, 그렇게 할 수 없

15) 형법 제72조 참조.

는 것처럼 살인자에 대해서도 사형으로 응보할 수는 없는 일이다. 다만 살인범에 대한 국민의 응보적 범감정을 정당한 방법으로 충족시킬 수 있는 형벌은 불가피한 것이다.

살인과 같은 강력범죄로 피해를 입은 피해자 측의 충격은 상상하기 어려울 정도로 대단한 것이다. 그렇기 때문에 피해자는 그에 대한 보복감정이 그만큼 크며, 따라서 쉽게 이를 억누를 수 없게 된다. 그럼에도 불구하고 국가가 사적 보복을 금하면서 어마어마한 범행을 하였던 가해자에게 적절한 죄 값을 치루지 않게 한다는 사실은 피해자 측이 기대하고 있는 가해자의 상응한 죄 값이라는 그나마 기댈 수 있는 위안의 언덕을 제거해 버리는 셈이다.

게다가 살인 등과 같은 범행으로 인해 피해자 측의 가족 해체를 야기하는 일이 다반사이고 경제적으로도 피해자 측에 과도한 손해를 야기함으로써 인간다운 삶이 본질적 침해 받게 되는 상황에서 피해자 측의 가해자에 대한 응보적 감정의 박탈은 상상을 뛰어 넘을 수 있는 결과를 초래할 수 있다.

다. 국가의 형사정책에 대한 전면적 재검토의 필요성

사형폐지로 말미암아 가중될 사회적 불안을 잠재울 대책이 국가차원에서 요구되며, 특히 범죄피해자 측의 보호와 함께 가해자에 대한 보상심리를 담보할 수 있는 조치가 불가피하다고 판단된다. 왜냐하면 국가는 모든 범죄, 특히 살인과 같은 피해자 측의 인권을 처참하게 침해하는 범죄를 예방하고, 그런 범죄의 범인에 대한 적절한 형벌을 부과하여야 할 책무를 지고 있는데, 이를 소홀히 한 결과 피해를 야기하여 피해자 측에 정신적·물질적으로 감내할 수 없는 피해를 발생케 하였다면, 이는 국가가 당연히 해

결해야 할 책무가 되는 것이기 때문이다.

이를 위해서는 한편으로 사형폐지의 대안으로서 인간 존엄성의 본질을 침해하지 않는 범위 내에서 절대적 종신형과 같은 형벌의 모색이 요구되며, 다른 한편으로 피해자 측이 정신적 충격에서 벗어날 수 있는 대책을 포함하여 가족해체를 방지하고 재산적 손실에 대해서도 이를 극복할 수 있는 최소한의 대책이 강구되어야 할 것이다. 특히 후자의 대책으로서 범죄피해자에 대한 국가의 보상과 정신적 충격 등을 완화할 수 있는 프로그램을 마련하고 실천할 것이 절실히 요구된다.

2. 긍정적인 면

가. 오판과 사법살인 등에 의한 무고한 생명의 희생방지

한국에서는 아직 실체법의 내용뿐만 아니라, 적법절차의 측면에서도 국민의 기본적 인권보장을 위한 노력이 선진국가의 수준으로 완전하게 정착되지 않고 있는 마당에 사형제도는 한편으로 정치적 반대자를 위해 악용되었거나, 오판에 의해 무고한 사람들을 형장의 이슬로 사라지게 했으며, 다른 한편으로 인권보장의 책무를 지닌 국가가 오히려 고의로 살인을 하는 반헌법적인 법질서를 강요하는 수단으로서 악용되기도 하였다. 즉 지난 반세기만 하더라도 이승만, 박정희 등 권위주의적 정권 아래서 사형제도는 통치권자의 권력 강화를 목적으로 사소한 사건을 정치적으로 대단한 것처럼 조작하여 민주적 인사나 정치적 반대세력을 제거하여 지속적 정권장악의 한 방법으로 이용하려 했던 일도 적지 않았다.

사형제도가 존치하였기 때문에 한국 사법사(司法史)에 돌이킬 수 없는 큰 오점으로 남은 인혁당 사건,¹⁶⁾ 조봉암 사건, 김대중 사건 같은 사법살

인이나 사법살인의 미수범을 낳았으며, 오판의 기회를 시정할 수 없는 경우도 발생하게 하였다. 이제 사형제도가 폐지되면 한국 땅에서 더 이상 사법살인이 없게 될 뿐만 아니라 오판에 의한 무고한 생명을 희생시키는 악순환의 고리도 끊을 수 있게 될 것이다.

지금은 권위주의적 시대가 아니므로 사형제도가 존치한다고 해서 사형제도를 정치적으로 악용하는 일은 없을 것이라고 말하는 사형존치론자들이 많이 있다. 그러나 4·19의거에 의해 독재정권을 무너뜨리고 자유민주국가 건설의 시발을 준비하던 그 때, 박정희를 비롯하여 그릇된 가치관에 경도된 일부 정치군인들은 군사쿠데타로 정권을 장악하고서 불법적 정권을 유지하기 위해 무고한 사람들을 사형제도를 교묘하게 악용하여 형장의 이슬로 사라지게 한 것이 사실이다. 아직도 박정희의 정치유산을 일정 부분 상속한 정당이 거대정당으로 활동 중이고, 또한 박정희를 추모하고 추종하는 세력이 적지 않은 마당에 앞으로 이 땅에 권위주의적 정권이 다시금 일어날 수 없다고 큰소리치는 사형존치론자의 생각은 소박하다 못해 순진하게 보인다.

나. 인간의 존엄성과 헌법이념의 합치

형법이 최후수단으로서 역할을 한다는 점은 누구나 부인할 수 없을 것이다. 그런데 형법의 수단인 형벌에 의해 전과자가 된 자가 사회에서 인간적인 삶이 초토화되는 것 또한 흔히 볼 수 있다. 사정이 이렇다면, 최후수단으로서 작용하는 형벌이 인간적인 삶의 초토화를 넘어서 생명을 박탈하는 경우에 이르게 될 때 그것은 과연 우리의 헌법정신에 합치될 수 있을까. 헌법 제10조에 의하면“모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적

16) 이에 관해 자세한 것은 천주교인권위원회 위임, 사법살인 -1975년 4월의 학살- 참조.

인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있고, 같은 법 제 37조 제2항 단서는 “... 공공복리를 위하여 ... 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 명시하고 있다. 이를 종합하면 다음과 같은 결론이 도출된다: 인간의 가장 본질적 인권은 생명권이며, 이 생명권에 대하여 국가는 불가침적 기본권을 확인하고 보장해야 하기 때문에 그에 대한 본질적 침해는 공익을 위해서도 불가능하다.

그렇다면 국가는 개인의 생명과 신체 그리고 재산 등을 보호하기 위한 책무를 부담하며, 따라서 개인의 인권확보가 국가존립의 1차적인 목적이 되어야 하고(헌법 제10조: 인간의 존엄과 가치의 보장), 국가를 구성하고 유지하는 목적이란 결국 이러한 1차적인 목적을 지지하기 위한 2차적인 수단에 불과하다고 생각된다. 바로 이런 점 때문에 형법이 보호하는 가장 중요한 법익도 국가적 법익이라기보다는 개인적 법익의 근간이 되는 생명보호에 있는 것이다. 왜냐하면 첫째, 국가가 권력분립을 통한 권력 간의 견제와 균형을 유지하려는 것은 국가 자체의 존립을 위한 것이 아니라 국민의 기본권보장을 담보하기 위한 지혜에서 비롯된 것이고, 둘째, 형법에서 국가유지를 보호법익으로 하는 유형의 과실범은 불가벌로 하고 있지만, 생명침해와 직접 관련된 과실범은 원칙적으로 처벌하고 있다는 점에서, 생명보호가 국가유지보다도 법률상에서 더 우선적임을 보여주고 있기 때문이다.

이처럼 생명보호가 국가유지를 포함한 다른 어떤 법익보다도 더 높은 가치를 가진다는 것이 형법상의 근본원리라면, 생명보호에 반하는 의식적 사형제도의 존치가 논리적으로 타당할 수 없고, 따라서 개인의 생명보호보다는 국가유지 목적을 위해 개인의 생명을 적극적으로 침해하는 사형제도가 헌법상의 원리라고 보는 것은 설득력이 없다. 이런 점에서 사형제도의 폐지는 우리의 헌법이념인 인간의 존엄성보장조항과 어울린다고 할 것이다.

다. 그 밖의 사형제도 폐해 극복

사형이란 범죄 피해자 측에는 일시적으로 감정상의 보상심리를 채워 줄 수 있을지는 모르지만, 사형을 당한 당사자에게는 비인간적이고, 야만스럽게 짝이 없는 잔인한 고통 바로 그 자체이며, 인간성을 말살하는 참을 수 없는 고통만을 안겨줄 뿐이다. 그것만이 아니다. 사형집행 당사자의 직계 존비속에게도 일생 동안 가슴에 못이 박히는 이중의 고통을 강요하는 일이기도 하다. 형벌은 죄를 범한 그 당사자에게만 미쳐야지 사형처럼 사형수의 가족에게까지 인간적으로 참을 수 없는 고통을 가져다주는 것은 또 다른 사형의 집행인 셈이며, 그 때문에 그들의 삶을 근본적으로 초토화시키는 것이 된다. 자식이 부모에게 범한 가장 큰 불효는 부모 앞에 먼저 죽는 일인데, 사형수들의 거의 대부분은 사회활동이 한창인 젊은 사람들인 것을 감안해 볼 때, 하물며 이른바 법과 국민의 이름으로 젊은 사람을 고의로 살해케 하여 부모의 가슴에 못 박는 짓거리는 유교적 전통을 가진 우리 국민적 정서에도 반하며, 이는 형벌의 개별책임 사상에 반하는 것이기도 하다. 게다가 사형선고를 내려야만 하는 법관과 정당행위로서 사형집행을 해야만 하는 교도관, 특히 교도관의 사형집행으로 인한 고통 역시 사형제도가 낳게 되는 또 다른 인격과 인권에 대한 침해를 야기하는 것이 된다. 따라서 사형제도의 폐지를 통해 이러한 문제들을 일거에 해소할 수 있을 것이다.

IV. 사형폐지 이후의 강력범죄 추이

사형제도 폐지국가에서 사형제도 폐지 전과 후의 강력범죄발생 추이를

살펴보려고 하였으나, 필자의 현재 능력으로 이를 정확히 파악하기 힘들다. 다만 독일의 경우를 통하여 사형폐지 이후의 강력범죄 추이를 어느 정도 살펴볼 수 있지만, 이 경우에도 사형폐지전인 1949년 이전의 강력범죄 추이를 정확하게 알 수 없고, 사형 선고된 수치를 통해서 간접적으로 유추해 볼 수 있을 뿐이다.

그런데 전 세계국가 가운데 68%에 해당하는 123개 국가가 이미 사형제도를 법률상 내제 사실상 폐지하고 있고, 게다가 폐지국가가 해마다 2-3개씩 늘어가는 추세에 있다. 물론 미국의 일부 주를 비롯한 경우처럼 극히 예외적으로 사형제도를 폐지하였다가 다시의 존치로 전환한 경우가 있긴 하지만, 이는 무시할 정도로 미미한 수준의 문제이다. 사정이 이렇다면 사형제도의 폐지가 강력사건을 급격히 증가시킬 정도의 문제를 야기한다고 보이지 아니하며, 독일의 경우를 살펴보아도 역시 그러한 결과를 추정할 수 있다.

1. 독일의 경우

독일은 1949년 이전까지 사형제도를 존속시켰으며, 1882년부터 1939년까지 해마다 평균 41명이 사형을 선고받았으나 전쟁 중의 경우는 급격히 많아지고, 평화시대에는 그 절반이 안 되는 때가 많았다. 사형의 집행은 평균 24명으로 사형확정판결 받은 자의 64%에 이르는 것으로 나타났지만, 제2차 세계대전 와중에는 급격히 증가하였고, 심지어 선고판결을 받은 자보다 훨씬 많은 사형집행이 있었다. 예컨대 1939년에는 그 이전보다 사형선고가 50% 이상 늘어난 139명인데, 사형집행자는 이보다 훨씬 많은 219명이나 되었다.

제2차 세계대전이 끝나고 독일은 연합국의 수중에 들어가면서 사형의

선고와 집행이 사실상 이루어지지 아니하였으며, 1949년의 기본법에 의해 사형제도가 헌법상 금지되었다. 그 결과 종신형이 독일에서는 가장 높고 엄중한 형벌이었으며, 1945년부터 1975년까지 총 1,915명이 종신형을 선고 받았으며, 이는 해마다 평균 64명에 이른다. 이는 그 이후에도 크게 변하지 않아 1980년에 54명, 1985년에 86명, 1990년에 56명, 1995년 100명 등이며, 현재 종신형으로 수형생활을 받고 있는 자는 2,098명이다(2004년 3월 31일 현재). 1995년에 종신형이 선고된 자의 수가 갑자기 100명이 된 것은 독일이 통일되면서 동서독의 통합으로 인해 결과에 따른 것이다.

독일은 1949년에 사형제도를 폐지하면서 절대적 종신형제도를 도입하여 1977년까지 큰 문제없이 운용하여 왔다. 그러던 중 연방헌법재판소는 1977년 종신형의 경우라도 가석방의 가능성을 허용하여야 독일 기본법에 합헌이 된다는 취지의 판결(BVerfG 45, 187)을 내렸고, 이에 따라 연방의회는 독일형법 제58a조를 제정하여 종신형에 대해서도 가석방의 가능성을 열어 놓는 입법을 하였다.

독일에서 사형제도가 폐지된 1949년 이후의 강력범 추이와 그 이전을 비교해 볼 수 있는 자료는 찾을 수 없다. 그러나 사형이 종신형보다 가벼운 형벌임을 인정한다면, 1939년 이전의 사형선고를 받은 사람들의 연평균 인원이 41명이었던 점을 감안할 때, 1949년 사형폐지 이후 1975년까지 종신형을 받은 사람의 연평균 인원이 64명이라는 사실은 폐지 전후와 특별한 차이가 없다는 사실을 반증하는 것이다.

2. 한국에서 사형이 집행되지 않은 이후의 강력범죄 추이

한국에서는 1997년 12월에 사형집행이 있고 난 후, 2006년 현재까지 사형집행이 없으며, 현재 총 63명의 사형수가 미결 수용되어 있다. 통계상으

로 1998년부터 살인 등 강력범죄는 급격히 증가하였다. 즉 1997년에 789건의 살인사건이 1998년에 966건, 1999년에 984건, 2000년에 964건, 2001년에 1064건, 2002년에 983건, 2003년에는 1,011건이 이를 말해 준다.

그러나 이러한 수치의 증가가 사형집행이 되지 않았다는 것과 결정적으로 인과적이라고 말할 수는 없다. 왜냐하면 우리나라는 1997년 말 IMF의 구제 금융을 받을 정도로 국가경제가 파국으로 몰렸고, 이로 인해 수많은 사람들이 경제적 파탄에 직면하게 되었다. 사회는 극도로 혼란스러웠고, 이 혼란이 수습되는 과정에서 경제적 양극화는 더욱 격화되었다. 이러한 상황에서 사회적 약자 내지 최하계층 국민의 생활상은 지극히 비관적이고 처참하게 되었음은 두말할 나위 없는 일이다. 따라서 이들의 욕구분출은 결과적으로 범죄, 특히 강력범죄화로 치달게 되었음을 잊어서는 아니 될 것이다.

한편 사형제도가 엄연히 존치하고 있음에도 유명철 사건이 발생하고 있다는 것은 사형제도의 존치가 이러한 유형의 범죄를 억제할 수 없다는 사실을 역설적으로 입증해 준다.

V. 절대적 종신제의 도입방안

1. 종신형의 종류와 한국에서 현행 무기형의 문제점

종신형은 수형자가 자연사할 때까지 자유를 박탈하는 형벌이지만, 이는 가석방의 가능성을 완전히 차단하는 절대적 종신형과 가석방이 가능한 상대적 종신형으로 구분할 수 있다. 절대적 종신형의 경우, 사형제도 존치국가가 사형제도 폐지국가로 전환하는 과정에서 이용하는 형벌이다. 예를 들

어 나치스의 불법국가를 경험한 독일이 1949년의 기본법을 제정하면서 사형제도를 폐지할 때에도 절대적 종신�형만을 두었으며, 1931년에 사형제도를 폐지한 미국의 미시간주 역시 사형의 대체형으로서 가석방이 없는 종신�형만을 두었다.

사형제도가 폐지된 국가에서는 시간이 지나면서 종래의 절대적 종신�형에서 상대적 종신�형으로 변경하는 추세를 보이고 있다. 그 사례의 하나를 독일에서 볼 수 있는데, 절대적 종신�형이 1949년부터 시행되고 약 30년이 지난 후인 1981년에 이르러서야 독일은 제19차 형법 개정으로 종래 절대적 종신�형 대신에 가석방이 가능한 상대적 종신�형으로 대체하게 되었다. 종래의 종신�형에 대해 1977년 독일연방헌법재판소는 종신�형을 합헌이라고 보면서도, 그러나 “종신행도 그 집행 시에 인간의 존엄성을 파괴할 때에는 위헌이며, 따라서 종신행으로 선고받은 자도 근본적으로 다시금 자유를 찾을 수 있는 가능성이 있어야 되며, 특별사면의 가능성 하나만으로는 불충분하며, 오히려 종신행의 집행을 중지하는 전제조건을 세우고 그 절차를 법으로 규정하는 것은 법치국가의 임무”¹⁷⁾라고 선언하였다. 이에 따라 개정된 독일형법은 이러한 헌법재판소의 판결을 받아들여 일정한 제한적 조건에서 종신행의 잔여기간을 면제해 주는 가석방 규정을 두게 된 것이다.¹⁸⁾

17) 지금까지 독일은 최근 50年史에서 일반사면은 고작 4번 밖에 없었다. 특별사면도 그렇게 흔하지 않다. 가장 최근의 특별사면으로는 2000년 10월초에 단행된 Guenter Schawobski와 Guenter Kleiber에 대한 특별사면이다. 이들은 구동독과 서독간의 국경에서 발생했던 국경이탈자에 대한 발포행위와 관련한 책임을 지고, 자유형을 선고받은 후, 올 1월부터 교도소에서 복역 중의 수형자였다. 이에 관한 자료는 Dr. Dietlinde Albrecht 저(이진국 역), 사면의 법적 한계 -독일통일과 관련된 논의-, 2000년 10월 6일 한국비교형사법학회 외국 지명인사 초청강연, 2쪽 참조.

18) 독일은 종신행에 대해 두 가지 방법을 경험한 국가다. 1949년 5월 23일 시행된 독일기본법 제102조에서 사형제도를 폐지한 후, 처음에는 가석방이 불가능한 절대적 종신행만을 두었다. 그러던 것이 그 후 30여년이 지난 후 1977년의 절대적 종신행에 대한 인간의 존엄성과 관련된 연방헌법재판소판결 영향으로 1981년 형법개정을 통하여 가석방이 없는 절대적 종신행 대신에 가석방이 가능한 제도를 두게 되었다. 이 때의 연방헌법재판소는 다음과 같은 요지의 판결을 하였다. “1. 謀殺에 대한 종신행은 독일 기본법의 근본정신에 합치된다. 2. 종신행으로의 형집행은 행형법의 규정과 특별사면제도에

한국에서는 현재 절대적 종신형에 관한 규정은 없다. 현재의 무기형은 단순히 상대적 종신형에 불과하기 때문에 다음과 같은 문제점을 나타낸다. 첫째로 무기수를 가석방할 때, 수형자의 범죄적 책임에 관계없이 일률적으로 무조건 10년 이상의 수형생활을 하고, 개전의 정이 있으면 가석방될 수 있다는 점이다. 이러한 결과는 만일 사형제도를 폐지하고, 현재의 무기형 제도만을 고집하여 존치한다고 할 때, 악질적이고 반인륜적 범죄를 범하여도 그 수형자의 행상이 양호하고 개전의 정이 현저하다는 요건이 충족되면 가석방이 될 수 있다. 둘째로 무기형의 가석방요건이 10년 이상의 형집행을 요구하므로, 사형제도가 폐지되어 무기형만 존치하면, 오늘날의 평균 연령 수준에 비추어 볼 때, 10년의 기간은 너무 짧아 보인다. 왜냐하면 1953년에 제정된 형법전은 당시의 차원에서 10년이란 기간은 그 당시의 한국인 평균수명으로 보아 적지 않은 세월이지만, 오늘날 한국인의 평균수명이 당시보다 20년 이상 늘어났고, 현재 25세의 청년이 앞으로 더 살 수 있는 평균기간은 45년 정도가 되며, 30세의 경우에도 40여년의 기대수명을 갖고 있기 때문이다¹⁹⁾. 셋째로 현행 무기형의 체제는 유기형의 체제와 적절한 비례관계에 있지 않다. 즉 유기형의 경우 비록 상한선은 15년이지만 가중 사유가 존재하면 25년으로 가중이 가능하다. 그런데 무기형을 감경할 경우 7년 이상의 유기형에 불과하여, 법정최고형인 15년 이상으로 벌할 수 없다. 그 결과 결국 무기형을 받는 자에게는 형벌의 가중사유가 있더라도

비추어 볼 때 인간의 존엄(기본법 제1조 제1항)을 침해할 정도의 심리적, 신체적인 회복 불가능한 침해상태를 야기한다고 확신할 수 없다. 3. 종신형의 수형자도 다시금 자유를 부분적으로 향유할 기회를 갖는다는 것은 인간의 존엄에 어울리는 행형의 전제조건에 속한다. 그러므로 특별사면의 가능성만으로는 불충분하다. 오히려 범치국가원칙은 종신형의 집행을 배제할 수 있는 조건과 이 경우 적용되어야 하는 절차를 제정법으로 규율하는 것을 요구한다...”

- 19) 한국 남성의 기대수명표에 의하면, 20세의 경우는 그의 餘命이 약 50년이고, 30세의 경우는 40여년, 40세의 경우는 32년 정도가 된다. 반인륜적 범죄자의 대부분은 20~30대인 점을 고려하면, 오늘날 그들의 기대 수명은 한국 형법의 제정 당시보다 근본적으로 늘어났음은 부인할 수 없다.

더 이상 형벌을 가중하지 못하는 결함이 생기는데 반해서, 감경사유가 존재하여 감경하게 될 때에는 15년 이상의 유기형을 선고할 수 없게 된다. 이에 반해 유기형의 경우 법정최고형이 15년이지만, 가중 사유가 존재하면 25년까지의 법정형이 가능하여, 감경사유가 존재하더라도 결과적으로 12.5년까지 형벌을 선고할 수 있게 된다.

이제 사형제도 폐지를 실현하고자 하는 마당에서 처음부터 상대적 종신형으로 갈 수 있으면 절대적 종신형의 위헌성을 사전에 차단할 수 있겠지만, 그러나 앞에서 밝힌 바와 같이 현재 한국의 무기형은 사형을 대체할만한 필요·충분한 형벌로서의 조건을 갖추지 못하고 있다.

2. 절대적 종신형의 도입과 위헌성의 문제

절대적 종신형을 도입할 경우 당장 문제될 수 있는 것 가운데 하나는 어떠한 범죄에 대해서, 그리고 어떠한 범죄적 행위에 대해서 종신형을 부과할 것인가라는 점이다. 그러나 그것은 큰 문제가 될 수 없어 보인다. 왜냐하면 종래 사형을 법정형으로 하고 있는 모든 구성요건과 범죄행위에 대해서는 사형 대신에 절대적 종신형으로 대체하기만 하면 족하기 때문이다.

오히려 절대적 종신형을 도입할 경우 가장 문제될 수 있는 부분은 헌법에서 인정하는 인간 존엄성과의 상충을 어떻게 해결할 것인가라는 점이다. 왜냐하면 한국 헌법 제37조 제2항에서는 “모든 국민의 자유와 권리는 … 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 천명하고 있고, 또한 행형법 제1조는 “이 법은 수형자를 격리하여 교정교화하며… 사회에 복귀하게 하며”라고 명시하고 있기 때문이다. 이는 우리 헌법과 행형법이 어떠한 형벌도 기본적으로는 가석방이 가능한 자유형을 전제하고 있다는 것을 의미하기 때문에, 가석방 없는 절대적 종신형제도를 인정하는 것은 수형자

의 본질적 권리를 침해할 수 있는 가능성과 함께 사회복귀를 전제로 하는 자유형의 사상과 원칙적으로 모순된다고 할 것이다. 현행 형법에서 인정되고 있는 무기형도 장기간의 집행을 통해서 비록 필연적인 것은 아니지만, 개별적으로 정신적 장애가 발생하여 인격의 퇴화, 유년단계로의 퇴보, 사회생활적응능력의 상실 등이 일어날 수 있다. 특히 약 20년 이상의 구금생활은 수형자를 정신적으로 뿐만 아니라 육체적으로도 쓸모없는 인간으로 만들 가능성이 적지 않다고 한다.²⁰⁾

헌법상의 기본권 보장은 절대적 종신수형자에게도 예외일 수 없다. 그런 종신수형자라고 할지라도 헌법 제10조에 의해 보장된 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 갖는다. 비록 수형자는 법률에 의해 신체상의 자유를 박탈당한 자이지만 그것을 이유로 그의 전인격이 박탈될 이유가 없다. 종래에 수형자는 특별권력관계에 있기 때문에, 법률에 의한 기본권제한의 원칙이 존중될 수 없다고 하였다. 그러나 오늘날 특별권력관계가 기본권의 사각지대가 아닌 점에 대해서는 의견이 일치하고 있다.²¹⁾ 따라서 수형자도 단지 법률에 의해서만 그의 기본권이 제한될 수 있으며, 수형자의 교도소구금이, 그에 따른 법률관계의 성질에 의해서 그의 기본권이 제한될 수 있겠으나 그것도 기본권 제한 입법의 한계를 이탈하지 않는 범위에서 적법하다고 해야 할 것이다.²²⁾ 그렇다면 절대적 종신수형자에 대하여서도 그의 헌법상 기본적 인권인 인간의 존엄과 가치를 누릴 권리를 침해할 수 없다. 여기서 인간의 존엄과 가치는 우리의 실생활에서 실현시키기 위한 인간의 자기결정권과 자유롭게 살고 싶은 기본적인 믿음에서 우리나라 인격의 내용을 이루는 윤리적인 가치라고 볼 수 있기 때문에 이러한 인격적 윤리가치를 정면으로 침해하는 기본권의 제한은 용

20) 이에 대해 자세한 것은 BVerfGE 45, 192ff.

21) 허 영, “한국헌법론”, 271쪽.

22) 정영석, “형사정책”, 393쪽.

납될 수 없다.²³⁾ 다시 말해 절대적 종신형에 의한 장기간의 구금생활로 그 수형자의 인간성에 대한 명백한 파괴가 일어난다면, 그와 같은 절대적 종신형은 인격의 윤리성을 파괴할 수 있기 때문에 헌법 제10조에서 보장하고 있는 인간의 존엄을 침해하게 된다 할 것이다.²⁴⁾

그러나 절대적 종신형을 두더라도, 사회방위를 위해서 재범의 가능성이 아주 높거나 또는 그의 반인륜적 행위에 대한 책임성이 형의 집행을 계속적으로 요구하는 범죄의 경우에도 무조건 일정 시점에서 가석방할 수 있게 하는 것이 정당한 것인가는 의문시된다. 그러한 점에서 우리 헌법 제37조 제2항이 기본권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 천명하고 있을 때, 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위한 목적으로 법률로써 절대적 종신형이라는 형벌을 통해 인간의 본질적 기본권을 제한할 수 있는가 하는 점은 형사정책적인 측면과 인권보장의 한계라는 측면 사이의 적절한 비례관계에 의해 해결될 문제이다. 따라서 수형자의 반사회적 인격성과 그의 반인륜적 책임에 대한 형벌의 종신적 집행은 그 정당성을 가질 수 있다 할 것이다. 더구나 한국에서 절대적 종신형을 두더라도, 이와는 별도로 종래의 무기형을 존치하고 있는 한, 절대적 종신형의 폐단은 상당부분 감소될 수 있을 것이다. 왜냐하면 법원은 피고인의 범죄행위와 책임을 고려하여 양형단계에서 사회적으로 영구히 격리가 필요한 절대적 종신형과 가석방이 가능한 상대적 종신형인 무기형 가운데서 폭넓은 선택을 할 수 있기 때문이다. 게다가 한국은 특별사면이 매우 빈번하게 이루어지고 있어서, 아무리 절대적 종신형을 선고하더라도 절대적 종신수형자에 대해서도 사회가 수용할만한 개선의 정이 있는 한 특별사면을 통해서 형이 면제될 가능성이 많기 때문에, 절대적 종신형에 대한 위헌성의 문제는 상당부분 상쇄될 수 있다. 그리고 만일 사형의 대체형으로 절대적 종신형이

23) 허일태, 한국의 사형제도의 위헌성, 저스티스 제31권 2호, 1쪽 이하 참조.

24) 김일수, “형법학원론”, 1988, 1163쪽.

채택된다면, 그 때 가서 당연히 헌법상의 위헌성의 문제가 일어날 수 있을 것이고, 그것이 헌법불합치로 평가된다면 다시금 가석방이 가능한 상대적 종신형만을 인정하는 방향으로 지향할 가능성을 가지게 될 것이다. 그러나 사형제도가 아직도 폐지되지 않은 마당에, 지금 당장 그런 문제에 대해서 까지 우리가 고민의 폭을 확대하기에는 다소 지나치다고 판단된다.

VI. 결 론

사형제도가 드러내는 반인권성과 반가치성 때문에 사형제도는 무조건 회피해야 할 형벌제도라고 아무리 강조해도 지나치다고 할 수 없을 것이다. 그런 회피의 방법으로 위에서 언급한 바 있는 절대적 종신형의 도입을 검토해야 한다. 마침 유인태 의원의 대표발의에 의해 절대적 종신형의 도입을 중심으로 한 사형제도폐지특별법안이 국회법사위에 제출되어 있고, 관련된 심의가 진행 중에 있다.

인간존엄의 본질적 권리를 인정하고 있는 헌법 제37조 제2항과 헌법 제10조에 명시된 헌법정신에 따라 사형제도를 폐지해야 하는 것은 논리적이고 너무나도 자명한 헌법적 당위명제이긴 하지만, 국민의 정서는 아직까지 사형제도의 존치에 과반수의 찬성을 표하고 있다. 이러한 분위기 속에서는 사형폐지는 쉽지 않다.

그러므로 사형제도 폐지를 위해서는 전 국민을 상대로 사형의 대안적 기능을 수행할 수 있는 절대적 종신형을 적극적으로 계몽하고 홍보하여야 한다. 아울러 동시에 절대적 종신형을 대안적 조건으로 제시하면서 사형폐지의 존치여부에 관한 여론조사를 시행해 보아야 한다. 이와 함께 절대적 종신형의 내용에 대한 관련 정보를 국민일반에게 널리 제공하는 노력도

게을리 해서는 아니 될 것이다. 그렇게 하여야만 국민의 절대 다수가 사형제도의 폐지에 선뜻 찬성하게 되며, 국회에서도 사형제도폐지 특별법이 쉽게 통과될 수 있기 때문이다.

끝으로 입법자의 결단이 요구된다. 국회는 사회정의의 구현하고, 인간이 국가 내지 사회에서 인간답게 살 수 있도록 이성적인 법률을 만들어야 하는 곳이다. 따라서 국회의원도 변덕스러운 여론의 향배에 따를 것이 아니라, 무엇이 인간존엄성을 담보할 수 있는 입법인가를 깊이 고민해야 한다. 우리나라의 국회의원 수준이 다른 나라, 예컨대 프랑스와 본질적으로 다르다고 생각되지 않는다. 프랑스에서는 사형제도 폐지 법안에 66%의 국민이 반대한 바 있다. 그럼에도 프랑스 국회는 “올바른 입법을 하는 것이 국민의 뜻을 존중하는 것이며, 그것이 민주주의의 원칙”이라며, 사형제도 폐지 법안을 1981년에 통과시켰다.

이제 지금까지의 주장을 정리해 보자. 우선 첫째로 사형의 대안으로서 절대적 종신형을 도입해야 한다. 현행 형법 전에는 무기형이 규정되어 있기 때문에, 형법상의 무기형은 현행 명칭 그대로 사용하고, 가석방이 없는 절대적 종신형은 단순히 종신형으로 규정하여도 무리가 없어 보인다. 둘째로 법정형이 사형으로 규정되어 있는 모든 범죄구성요건상의 형벌은 전체가 종신형으로 대체되어야 한다. 셋째로 가석방에 대한 규정은 현행법상에서 명시된 규정을 그대로 두는 것이 바람직하다. 그렇게 함으로써 종신형에 대한 가석방제도를 두지 않게 되어, 가석방이 없는 종신형이 존재하게 된다. 넷째로 종신형을 선고할 때에는 행위자의 범죄책임이 가석방을 불가능하게 할 정도의 비난가능성과 형사정책적 차원에서의 재범의 우려 등 종신형의 불가피성이 있는지를 신중하게 검토하여 결정되도록 해야 한다.

주제어: 사형제도, 사형폐지, 절대적 종신형, 상대적 종신형, 생명보호

Issues on Introduction of Positive Life Sentences as a Substitute for Capital Punishment

Hoh, Il-Tae*

As capital punishment is a violation of human rights, it should be abolished and replaced with the life sentence. The intrinsic human rights confirmed in Article 37, Clause 2 of the Constitution and the spirit of the Constitution articulated in Article 10 states that capital punishment should be done away with. At this time however, national emotions do not call for its abolition. In such an atmosphere, it would not be easy to relegate capital punishment to the pages of history.

In order to abolish capital punishment, we have to give advice on the introduction of life sentences as a replacement for capital punishment for the entire nation. Such an introduction would require opinion polls about whether or not to retain capital punishment and provide information as to the concept of life sentences. Therefore, the majority of the people will no doubt approve of abrogating capital punishment and the National Assembly would easily pass a bill that abrogates capital punishment. A commitment by Legislators is required as well. Legislators must not simply obey every mood and whim of public opinion. Rather, a legislator must consider carefully what

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

legislation best ensures human dignity.

First, life sentences must replace capital punishment because the current criminal code provides imprisonment for life. Imprisonment for life in the criminal code must be maintained under its current name and life sentences without parole should be considered as absolute life sentences.

Second, all composition-condition of penalty stipulated for capital punishment, as a statutory penalty should be substituted for life sentence.

Third, parole rules should be left alone. As there is no place for parole in life sentences, a life sentence without parole can exist.

Fourth, in order to decide upon a sentence of life without parole, we must decide cautiously the possibility for criticism that the doer's responsibility for the crime is not as serious as life without parole and its necessity for such behavior as recidivism in view of penal policy.

Keywords: death penalty, the abolition of death penalty, positive life sentence, relative life sentence, the protection of life

사형대상 범죄의 합리적 축소방안

강 석 구

형사정책연구 제17권 제2호(통권 제66호, 2006 · 여름호)

한국형사정책연구원

사형대상 범죄의 합리적 축소방안

강 석 구*

I. 머릿글

사형존폐에 관한 논의는 1764년에 베카리아(C. B. Beccaria)가 그의 저서 ‘범죄와 형벌’에서 사형제도의 불합리성에 대해 설파한 이래 이미 2세기 넘게 계속되어 왔다. 우리나라에서도 1930년에 이미 고하(古下) 송진우(宋鎭禹) 선생이 인도주의와 형사정책적인 견지에서 사형폐지를 주창한 바 있었고, 1989년에 ‘한국사형제도폐지운동협의회’(회장: 이상혁 변호사)가 결성된 이래 종교인과 재야법조인을 중심으로 사형존폐에 대한 논의가 우리 사회에서 본격적으로 이루어졌다.¹⁾ 이러한 사형폐지운동은 정치권에도 영향을 미쳐 1999년 이래 3회에 걸쳐 국회에서 사형폐지특별법안이 발의된 바 있으며, 2005년 4월 6일에 국가인권위원회의 사형폐지 의견을 끌어내기도 하였다. 최근에는 사형존폐 문제를 근본적으로 재검토하겠다는 법무부장관의 입장표명도 있었다.

그런데 사형폐지운동이 인명존중의 사상을 환기하고 신중한 사형선고와

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

1) 당시 조선일보사는 월간조선 5월호에 사상범에 대한 사형폐지를 골자로 한 사형폐지운동을 특집으로 소개하였고, 오늘날 대표적인 사형폐지론자인 김일수(金日秀) 교수 역시 교정(矯正) 5월호에 “사형은 폐지되어야 한다”는 글을 게재하여 사형존폐 논의를 촉발시켰다.

집행을 이끌어낸 점은 높이 살만 하지만, 사형폐지론은 국민의 다수가 여전히 사형의 존치에 찬성하고 있다는 한계에 봉착하고 있다.²⁾ 또한 폐지론측의 기대³⁾와는 달리 폐지론의 입장이 법학자나 법률전문가들 사이에서조차 다수설의 지위를 차지하지 못한 것으로 보인다.⁴⁾ 이는 사형제도를 정치범·사상범에 대한 통제수단으로서 악용해 왔던 수십 년 간의 독재정권이 이미 청산됨에 따라 사형폐지의 정치적 의의가 반감되었고,⁵⁾ 범행대상을 가리지 않는 이른바 ‘묻지마’식의 연쇄살인 사건 등이 최근 빈발하면서 이러한 흉악범·살인범에 대한 사회방위수단으로서 사형제도의 필요성을 국민들이 공감하고 있기 때문이라고 판단된다.

사형제도를 폐지해야 할 마땅한 이유가 있고 그것이 국민의 행복증진에 보탬이 된다면 굳이 존치에만 연연해야 할 이유는 없겠지만, 사형존폐의 결정은 결국 주권자인 국민들의 몫이기 때문에 오늘날 우리나라의 현실에서 사형폐지가 그만큼 시급한 과제인지는 냉정하게 따져볼 필요가 있다. 다만 우리나라의 사형제도가 완벽한 것도 아니며 이 제도를 운영함에 있어서 적지 않은 문제점을 드러내고 있는 것도 분명하기 때문에 사형제도를 현재보다 조금이라도 더 개선(改善)해 나가는 작업은 현시점에서도 의

2) 2003년도 국가인권위원회의 여론조사 결과 국민의 65.9%가 사형의 존치에 찬성하고, 20.9%가 시기상조라고 하여 폐지에 대한 반대의견은 86.8%에 이르고 있다고 한다(국가인권위원회, 사형제도에 대한 국가인권위원회의 의견, 2005, 2쪽 참조).

3) 김일수, “사형은 폐지되어야 한다,” 교정 제157호, 1989. 5, 26쪽은 사형에 대한 국민여론이란 항상 유동적이며, 이성적인 법적 가치판단에 기초하기 보다는 감정적·즉흥적인 판단에 의존하는 경우가 많으므로 이를 바탕으로 사형존폐 여부를 결정할 수 없다고 주장한다.

4) 강석구·김한균, 사형제도의 합리적 축소정비방안, 한국형사정책연구원, 2005, 91~103쪽 참조.

5) 1987년 이전까지는 국가보안법, 반공법 등의 공안사범에 대한 사형선고 비율이 전체 제1심 사형선고 인원의 20%를 상회하였지만(박홍식, “사형제도 폐지의 법학적 논리,” 국제사면위원회 한국연락위원회(편), 사형제도의 이론과 실제, 도서출판 까치, 1989, 101~103쪽 참조), 1991년 이후에는 국가보안법 위반으로 제1심에서 사형선고를 받은 경우가 전혀 없었다(법원행정처, 사법연감, 2004, 595쪽의 ‘제1심 형사공판사건 죄명별 사형인원수 누년비교표’ 참조).

미 있을 것이다. 그래서 이를 사형존치론의 입장에서는 사형제도의 청사진을 보여줄 수 있는 기회로서, 사형폐지론의 입장에서는 사형제도의 폐지를 위한 교두보를 확보하는 기회로서 활용할 필요가 있다. 여론조사의 결과도 국민의 11.2%만이 사형제도의 폐지를 희망하고 있고, 37.5%는 사형제도의 존치·강화를, 51.4%는 사형제도의 축소를 희망하고 있다고 한다.⁶⁾

이에 이 글에서는 사형제도를 합리적으로 개선·정비하는 방안으로서 지금까지 논의된 사항을 - 존폐론을 불문하고 - 정리하여 소개하는 한편, 사형개선론의 이론적 근거를 도출하고, 사형개선방안 중 가장 시급한 당면 과제인 ‘사형대상범죄의 범위축소를 위한 합리적 정비방안’의 구체적 기준을 제시하고자 한다.

II. 사형제도 개선을 위한 여러 방안들

사형제도의 개선책으로서 그간 제시된 방안들을 정리하면 ① 사형대상범죄의 범위축소, ② 사형판결의 신중성 확보, ③ 사형재고(再考)를 위한 제도 마련, ④ 사형집행의 인도화 등으로 요약할 수 있는데, 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

1. 사형대상범죄의 범위축소

사형을 법정형으로 규정하고 있는 형벌규정들을 개별적으로 검토하여 해당 범죄에 대하여 형벌로서 사형을 두고 있는 것이 타당한지에 대하여

6) 한국형사정책연구원, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안[1], 2004, 73쪽.

검증한 후, 이를 통해 과잉입법된 것으로 판단된 형벌규정들부터 선별하여 우선적으로 폐지하는 것이 보다 합리적이라고 할 것이다. 그래서 사형제도의 개선책으로는 사형이 선고될 수 있는 사형대상범죄의 범위를 축소해야 한다는 의견이 가장 많았다.⁷⁾ 구체적인 내용을 살펴보면, 타인의 생명을 고의로 살해한 살인범죄에 한정하거나⁸⁾ 특히 중대한 모살에 관한 범죄에 한정하는⁹⁾ 등 특정 행위태양에 “한정하여” 사형을 존치시키자는 견해와, 과실범이나 결과적 가중범을 제외하거나,¹⁰⁾ 국가보안법 위반 등 정치범·사상범을 제외하거나¹¹⁾ 또는 국가적·사회적 범의 침해행위를 제외하거나,¹²⁾ 재산범죄 등 경제사범을 제외하거나,¹³⁾ 인명과 무관한 사회발전저해

7) 김남일, “사형제도에 관한 연구,” 지역개발연구 제8집, 1996. 12, 37쪽; 김민호, “어느 사형폐지론자의 딜레마,” 한세정책 제41호, 1997. 11, 119쪽; 김영옥, “우리나라의 사형현황과 개선방안,” 인문사회과학연구 제4집, 1997. 12, 333~334쪽; 김일수·서보학, 새로 쓴 형법총론, 1998, 729쪽; 노인수, “신중한 사형 존치론,” 사목 제246호, 1999. 7, 76쪽; 박상기, 형법총론, 1999, 512쪽; 성영모, “현행 사형제도의 개선방향,” 법학연구 제5권 제1호, 1994. 12, 321~325쪽; 손동권, 형법총칙론, 2001, 525쪽; 안동준, 형법총론, 1998, 331쪽; 오영근, 형법총론, 2005, 331쪽; 이재상, 형법총론, 1998, 499쪽; 이태언, “형벌제도개선에 관한 연구,” 외대논총 제9호, 1991. 2, 552쪽; 이훈동, “사형제도에 대한 새로운 시각,” 교정연구 제16호, 2002. 9, 162쪽; 임웅, 형법총론, 2002, 588쪽; 전지연, “대한민국에서의 사형제도,” 비교형사법연구 제6권 제2호(특집호), 2004. 12, 54쪽; 정규만, “사형제도에 관한 고찰,” 입법조사월보 제182호, 1989. 9, 63쪽, 67쪽; 정영일, 형법개론, 2003, 286쪽; 최선희, “사형제도에 관한 연구,” 법학연구 제9집, 2002. 6, 522쪽; 한인섭, “역사적 유물로서의 사형 - 그 법 이론적·정책적 검토,” 사목 제246호, 1999. 7, 70쪽; 국가인권위원회, 앞의 의견, 19쪽, 위원 김준호의 반대의견; 국회 법제사법위원회, 사형 폐지에 관한 특별법안 검토보고, 2001. 11, 6쪽; 현재 1996. 11. 28, 95헌바1 전원재판부.

8) 김남일, 앞의 글, 37쪽; 성영모, 앞의 글, 324쪽; 한인섭, 앞의 글, 70쪽.

9) 오영근, 앞의 책, 331쪽; 이훈동, 앞의 글, 162쪽.

10) 김영옥, 앞의 글, 333쪽; 박상기, 앞의 책, 512쪽; 성영모, 앞의 글, 325쪽; 손동권, 앞의 책, 525쪽; 이재상, 앞의 책, 499쪽; 이훈동, 앞의 글, 162쪽; 정규만, 앞의 글, 67쪽.

11) 김영옥, 앞의 글, 333~334쪽; 김인선·한용순, “우리나라 사형집행 현황과 사형제도 개선방향에 관한 연구(사형대체형을 중심으로),” 교정 제304호, 2001. 8, 36쪽; 김진혁, “사형제도에 관한 연구,” 교정연구 제21호, 2003. 12, 212쪽; 성영모, 앞의 글, 324~325쪽; 이태언, 앞의 글, 552쪽; 이훈동, 앞의 글, 162쪽. 국가보안사범에 대한 사형 존치 의견으로는 정규만, 앞의 글, 67쪽.

12) 박상기, 앞의 책, 512쪽; 이재상, 앞의 책, 499쪽; 전지연, 앞의 글, 54쪽. 단, 이재상 교수는 반역죄를 제외한다.

13) 김영옥, 앞의 글, 334쪽; 박상기, 앞의 책, 512쪽; 이재상, 앞의 책, 499쪽; 전지연, 앞의

사범을 제외하거나,¹⁴⁾ 행정범죄를 제외하는¹⁵⁾ 등 특정 행위태양을 “배제 하여” 사형대상범죄를 인정하자는 견해로 나눌 수 있다.

한편 법정형으로 사형만을 규정한 절대적 법정형을 폐지해야 한다는 의견,¹⁶⁾ 사형대상범죄는 모두 형법전에 편입하여 규정하여야 한다는 의견,¹⁷⁾ 군형법을 전반적으로 개정해야 한다는 의견¹⁸⁾ 등도 제시되었다.

2. 사형판결의 신중성 확보

법정형으로서 사형이 적정한 것일지라도 사형을 선고함에는 신중을 기 함으로써 사형을 사실상 제한하는 효과를 얻을 수 있다. 그래서 하급심에 서 사형이 선고되면 재판절차를 더욱 신중하게 운영함으로써 오판의 가능 성을 최소화하자는 의견도 적지 않았다. 구체적인 방안으로는 사형선고를 확정할 경우 대법원 전원재판부의 만장일치의 찬성을 요구하거나¹⁹⁾ 절대 다수(3분의 2, 5분의 4 등)의 찬성을 요구해야 한다²⁰⁾는 의견이 많았고, 이 밖에도 일본 개정형법초안 제48조 제3항과 같이 “사형의 적용은 특히 신중하게 하지 않으면 안된다”는 주의적 규정을 명문으로 두거나²¹⁾ 초범

글, 54쪽.

14) 김남일, 앞의 글, 37쪽; 정규만, 앞의 글, 67쪽.

15) 김민호, 앞의 글, 119쪽.

16) 김영옥, 앞의 글, 334쪽; 김인선, “우리나라 사형제도의 역사적 고찰과 그 위헌성 여부,” 교정 제287호, 2000. 3, 28쪽.

17) 박기석, “형사특별법의 구성요건 및 법정형의 문제점과 정비방안,” 형사정책연구 제12권 제3호, 2001, 151~152쪽.

18) 이훈동, 앞의 글, 162쪽.

19) 김일수·서보학, 앞의 책, 729쪽; 김진혁, 앞의 글, 212쪽; 손동권, 앞의 책, 526쪽; 손해목, 형법총론, 1998, 1178~1179쪽; 오영근, 앞의 책, 331쪽; 이훈동, 앞의 글, 166쪽. 만장일치제에 반대하는 견해로는 김남일, 앞의 글, 38쪽; 이재상, 앞의 책, 499쪽; 전지연, 앞의 글, 54쪽.

20) 김남일, 앞의 글, 38쪽; 성영모, 앞의 글, 326쪽; 전지연, 앞의 글, 54쪽; 최선호, 앞의 글, 522쪽. 다만 성영모 교수는 하급심에서는 합의부의 전원일치 판결제를 도입하고 대법원에서는 전원재판부의 3분의 2 이상의 찬성을 요하도록 하는 절충안을 제시한다.

자에 대한 사형금지 등 사형선고기준을 구체적으로 명시하여야 한다²²⁾는 의견, 사형선고에 한하여 5심제²³⁾ 또는 배심제²⁴⁾를 도입해야 한다는 의견, 누구나 인정할 수 있는 확실한 증거나 자발적 자백 없이 사형선고를 할 수 없도록 해야 한다는 의견,²⁵⁾ 사형이 선고될 수 있는 중대범죄에 대해서는 판결전 조사제도를 도입해야 한다는 의견,²⁶⁾ 필요적 복수번호인 제도를 도입하자는²⁷⁾ 의견 등이 제시되었다.

3. 사형재고(再考)를 위한 제도 마련

법정형으로 사형이 적정하고 또한 이를 신중하게 선고했다고 할지라도 오판의 가능성이 완전히 소멸되었다고 볼 수는 없고, 진범인 사형수라고 할지라도 특별예방의 관점에서 개선할 수 있는 가능성이 높다고 판단된다면 굳이 그 기회를 박탈하는 것이 최선(最善)은 아니라고 할 것이다. 따라서 사형의 확정판결에 대하여 이를 재고할 수 있는 제도적 장치를 마련하는 것도 형사정책상 의미가 있다. 그 방법으로서 사형의 집행유예제도를 도입하자는 의견,²⁸⁾ 재심제도를 보완하자는 의견 등이 제시되었다.

21) 김남일, 앞의 글, 37쪽; 정규만, 앞의 글, 69쪽.

22) 박상기, 앞의 책, 512쪽.

23) 김진혁, 앞의 글, 212쪽.

24) 김진혁, 앞의 쪽; 오선주·이병희, 앞의 글, 55쪽.

25) 김진혁, 앞의 글, 213쪽.

26) 성영모, 앞의 글, 326쪽; 최선희, 앞의 글, 523쪽.

27) 이훈동, 앞의 글, 166쪽.

28) 김남일, 앞의 글, 38쪽; 김영옥, 앞의 글, 334~336쪽; 김일수·서보학, 앞의 책, 729쪽; 성영모, 앞의 글, 329쪽~330쪽; 손동권, 앞의 책, 526쪽; 신원하, 앞의 글, 268~269쪽; 오선주·이병희, “사형존폐론에 관한 비판적 고찰,” 법학논집 제15호, 1999. 8, 55쪽; 오영근, 앞의 책, 331쪽; 이훈동, 앞의 글, 168~170쪽; 임웅, 앞의 책, 588쪽; 전지연, 앞의 글, 55쪽; 정규만, 앞의 글, 69쪽; 정성근·박광민, 형법총론, 2001, 645쪽. 사형집행유예제도의 도입을 반대하는 견해로는 손해목, 앞의 책, 1178쪽. 사형집행유예제도란 원래 사형즉시집행에 대한 대체조치로서 중국에서 고안된 제도로서, 이미 여러 가지 문제점이 지적되고 있기 때문에 우리나라에 도입하기 위해서는 우리 현실에 맞게 상당 부분

사형집행유예제도에 대해서는 ① ‘집행유예판결의 범위’에 대해서는 사형집행을 필요적으로 유예하거나²⁹⁾ 2원적으로 운용하자는 의견이 있었고,³⁰⁾ ② 구체적인 ‘유예기간’에 대해서는 3년 내지 5년,³¹⁾ 5년,³²⁾ 5년 내지 7년³³⁾ 등 다양한 의견이 제시되었다. 원칙적으로 무기형으로 하되 집행이 사실상 가능한 시기까지로 한정하는 한편, 감형신청불허기간을 설정하자는 의견도 있었다.³⁴⁾ ③ ‘유예기간 경과 후의 조치’에 대해서는 일정기간 경과 후 바로 무기형으로 전환해야 한다는 의견,³⁵⁾ 정황을 참작하여 종신형을 선고할 수 있다는 의견,³⁶⁾ 최저 1년에 1회 이상 사형집행심사위원회의 심사를 거쳐 확실히 개전의 상태가 지속된다고 인정된 경우에만 무기형으로 감형할 수 있다는 의견³⁷⁾ 등이 있었다. 법무부장관이 사형집행에 서명하지 않음으로써 사실상 유예해야 한다는 의견³⁸⁾도 이와 같은 맥락이라고 할 수 있다.

수정·보완할 것이 필요하다. 사형집행유예제도의 문제점에 대해서는 강석구·김한균, 앞의 책, 168쪽의 각주 296) 참조.

29) 김영옥, 앞의 글, 335쪽; 성영모, 앞의 글, 329쪽; 이훈동, “사형의 집행유예제도와 형사정책적 의의,” 교정연구 제20호, 2003. 9, 110쪽..

30) 오선주·이병희, 앞의 글, 55쪽은 사형을 선고할 정도의 증거가 충분한 경우는 현행과 같고, 관련법관 전원의 합의가 되지 않은 경우에만 사형집행유예제도를 활용하자는 의견을 제시하였다.

31) 손동권, 앞의 책, 526쪽; 전지연, 앞의 글, 55쪽; 정규만, 앞의 글, 70쪽.

32) 이훈동, “사형제도에 대한 새로운 시각,” 169쪽의 각주 47).

33) 김영옥, 앞의 글, 336쪽.

34) 이훈동, “사형의 집행유예제도의 형사정책적 의의,” 111쪽. 이에 따르면 감형신청불허기간이란 범죄인에게 반성의 시간을 주는 기간으로서 일정 기간(예: 5년간) 무기형으로의 감형신청은 인정되지 않도록 하고, 신청기간 후는 일정 기간(예: 1년간) 재신청을 허용하지 않도록 하여야 한다고 한다.

35) 김일수·서보학, 앞의 책, 729쪽; 정성근·박광민, 앞의 책, 645쪽.

36) 오선주·이병희, 앞의 글, 52쪽.

37) 이훈동, “사형제도에 대한 새로운 시각,” 119쪽.

38) 김일수·서보학, 앞의 책, 729쪽; 한인섭, 앞의 글, 70쪽. 이 경우에는 5년 또는 7년 경과 후 심사하여 무기형으로 감형할 수 있는지 여부를 결정해야 한다고 한다(한인섭, 앞의 쪽). 참고로 형사소송법 제45조 제1항은 판결이 확정된 날로부터 6월 이내에 법무부장관이 사형집행명령을 내려야 하는 것으로 규정하여 사형즉시집행제도를 채택하고 있지만, 1997년 이래 현재까지 이 규정이 지켜진 예는 없다.

재심의 경우 사형이 선고된 경우 필요적 재심사유로 하거나³⁹⁾ 재심청구 사유를 확대하여야 한다⁴⁰⁾는 의견이 제시되었고, 재심심판을 원판결의 법원이 하는 것이 아니라 국가인권위원회 또는 제3의 기관을 통하여 하여야 한다는 의견도 있었다.⁴¹⁾ 이 밖에 심사기구를 구성하는 등의 방법을 통하여 사면제도를 적극적으로 활용해야 한다는 의견도 있었다.⁴²⁾

4. 사형집행의 인도화

진범이 확실하며 개선불가능한 사형수라고 할지라도 인간으로서의 존엄성을 가졌음은 부인할 수 없으므로 사형을 집행하더라도 신체의 외관을 손상하지 않고 순식간에 집행할 수 있는 방법을 모색하여 사형집행의 인도화를 도모하여야 한다는 의견도 적지 않았다.⁴³⁾ 구체적인 대체집행방법으로는 (독물)주사살,⁴⁴⁾ 가스살,⁴⁵⁾ 전기살⁴⁶⁾ 등이 제시되었고, 이들 방법 중에서 수형자가 선택할 수 있도록 하자는 의견도 있었다.⁴⁷⁾

이 밖에도 사형집행자의 인권과 관련하여 독일과 같은 집행법관 제도를 신설하자는 의견,⁴⁸⁾ 피해자·유족에 대한 보상과 관련하여 사형피해자 보상제도를 개선하거나⁴⁹⁾ 피해자 구제시스템을 충실히 하여야 한다⁵⁰⁾는 의

39) 성영모, 앞의 글, 326쪽; 최선희, 앞의 글, 523쪽.

40) 박상기, 앞의 책, 512쪽.

41) 노인수, 앞의 글, 76쪽.

42) 김영옥, 앞의 글, 339쪽; 노인수, 앞의 글, 76쪽; 손해목, 앞의 책, 1178쪽.

43) 김남일, 앞의 글, 37쪽; 김인선, 앞의 글, 28쪽; 성영모, 앞의 글, 330쪽; 오선주·이병희, 앞의 글, 53쪽; 정규만, 앞의 글, 70쪽. 1953년 독일의 사형집행방법인 교수(絞首), 효수(梟首), 총살(銃殺) 중 교수가 가장 무거운 집행방법이었고, 교수형이 가장 오래 걸리므로 가장 잔인한 형벌이라는 비판도 있다(김남일, 앞의 쪽).

44) 성영모, 앞의 글, 330쪽; 오선주·이병희, 앞의 글, 53쪽.

45) 김인선, 앞의 글, 29쪽.

46) 김인선, 앞의 쪽.

47) 김남일, 앞의 글, 39쪽.

48) 이훈동, 앞의 글, 174쪽.

49) 김남일, 앞의 글, 40쪽은 국가가 피해자에게 우선 보상한 후 이를 수형자의 노임에서

견 등이 제시되었다.

5. 소 결

이상에서 제시된 개선방안을 종합해 보면, 사형존폐론을 불문하고 다수의 학자들이 현행 사형제도를 근본적으로 개선하여야 한다는 점에 공감하고 있고, 즉시폐지만을 고집하지 않는 한 그 방법론에서도 비슷한 양상을 보이고 있다는 점을 알 수 있다. 다만 각각의 방안이 모두 일장일단(一長一短)이 있기 때문에 어떠한 방안을 도입하는 것이 사형제도 운용상의 합리화와 적정화를 도모하는 데 유리하겠는가를 조목조목 따져봐야 할 것이다. 이는 범죄예방, 인도화의 요구, 오판가능성의 최소화, 국민의 법감정, 또는 우리의 문화수준이나 사회현실에 비추어 보아 판단해야 할 것이고, 국민에 대해 책임질 수 있는 수준의 개선책이 마련되어야 할 것이다.

또한 사형과 같이 고조선 이래 수천 년의 세월 동안 이어져온 제도라면 그 제도에는 그 나름의 장점이 있기 때문일 것인데, 사형제도를 오로지 정권유지의 수단으로 단정하거나 국민들이 우매하기 때문에 이를 폐지해내지 못한 것으로 단정해서는 곤란할 것이다. 어떤 제도에 문제점이 있다고 하여 대안의 마련 없이 폐지만 하면 그만이라는 사고도 곤란하며,⁵¹⁾ 사형제도를 폐지함으로써 또 다른 문제점을 양산할 우려가 있다면 폐지를 주장하는 측에서 이러한 문제점을 최소화하기 위한 방안도 함께 제시해야 할 것이다. 벨기에와 같이 사형제도를 시험적으로 폐지하자는 의견⁵²⁾도

구상(求償)하는 방안을 제시하고 있다.

50) 이재석, “사형제도에 관한 고찰,” 사회과학연구 제8집 제2호, 2000. 12, 25쪽.

51) 허일태, “사형의 대체형벌로서 절대적 종신형의 검토,” 비교형사법연구 제2호, 2000. 7, 234쪽은 절대적 종신형을 대안으로 제시하는 한편, 그 위헌성 문제에 대해서는 “사형제도가 아직도 폐지되지 않은 마당에, 지금 당장 그런 문제에 대해서까지 고민하기에는 다소 지나치다”고 하여 절대적 종신형에 대한 충분한 검토는 시기상조라고 주장한다.

52) 김영옥, 앞의 글, 336쪽; 최선호, 앞의 글, 524쪽.

이러한 맥락에 있다고 할 것이고,⁵³⁾ 사형폐지를 전제로 하여 대체형을 마련하자는 의견도 마찬가지라고 할 것이다.⁵⁴⁾ 그 득실(得失)을 따져봄이 없이 존치나 폐지의 일방만을 주장해서는 안될 것이다.

그래서 이 글은 사형존폐 논의의 자료로서 다양한 의견들을 종합하여 소개하는데 그치지 않고, 어떠한 개선방안이 보다 합리적인 결론을 도출할 수 있을 것인지 그 기준도 함께 모색하고자 한다. 이러한 기준을 정립하기 위해서는 사형존폐 논의 과정에서 제시된 논거들을 곱씹어볼 필요가 있다.

Ⅲ. 사형개선론의 이론적 근거

사형존폐 논의 과정에서 특히 쟁점이 되는 것으로는 ① 사형제도 자체

53) 참고로 판결이 확정된 날로부터 6월 이내에 법무부장관이 사형집행을 명령하여야 한다는 형사소송법 제465조 제1항의 규정에도 불구하고 1998년 이후 현재까지 단 1건의 사형집행도 이루어지지 않은 반면, 이 기간 동안 사면·감형된 인원은 14명에 이르고 있다. 이는 사형의 시험적 폐지와 다름없으므로 사형폐지에 따른 실효적 측면을 예측하는 기회도 될 수 있을 것인데, 1994년부터 2003년까지의 형사공판사건에서 ‘살인의 죄’로 접수된 제1심 재판인원의 변동추이를 살펴보면 사형집행을 사실상 유예하기 이전보다도 살인범죄가 30% 이상 증가한 사실을 확인할 수 있다(강석구·김한균, 앞의 책, 162쪽 표 4-8 참조). 이와 같은 단기간의 자료를 바탕으로 살인범죄의 증가가 사형의 미집행에 기인한 것으로 판단해서는 안될 것이지만, 적어도 사형의 시험적 폐지가 그다지 실익이 없다는 반증은 될 수 있을 것이다.

54) 사형제도를 폐지할 경우 그 대안으로서 사형의 대체형을 마련해야 한다는 의견도 적지 않았다. 특히 사형의 대체형으로서는 종신형(오선주·이병희, 앞의 글, 51~52쪽), 가석방이 불가능한 절대적 종신형(김인선·한용순, 앞의 글, 42~43쪽; 윤종행, 윤종행, “사형제도와 인간의 존엄성,” 법학연구 제13권 제2호, 2003. 6, 91~92쪽; 허일태, 앞의 글, 235쪽), 가석방이 불가능한 무기형(유석성, 사형과 인간의 존엄, 2004, 47쪽; 임웅, 앞의 책, 587쪽; 전지연, 앞의 글, 55쪽), 가석방·사면 등이 가능한 종신형(이재석, 앞의 글, 26쪽), 20년 복역 후 가석방이 가능한 ‘특별무기자유형(또는 중무기형)’(이훈동, 앞의 글, 173~174쪽; 정성근·박광민, 앞의 책, 645쪽; 최선호, 앞의 글, 524쪽), 15년 복역 후 가석방 가능한 ‘중한 무기형’(김영옥, 앞의 글, 337쪽; 성영모, 앞의 글, 330쪽) 등이 제시되었고, 현행의 무기형으로 충분하다는 의견도 있었다(이상혁, “인간의 존엄을 무시하는 현재의 사형제도,” 사목 제246호, 1999. 7, 96쪽).

가 헌법 제10조에 규정된 ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 본질적 내용을 침해하는지 여부 ② 특별예방목적이 형벌의 본질인지 여부 ③ 사형이 일반 예방효과로서의 범죄억제력을 가지는지 여부 ④ 현 사형제도 아래에서 오판을 방지할 수 있는지 여부라고 할 것이다. 이들 쟁점의 문제점을 검토하고, 이를 바탕으로 사형제도 개선의 합리적 기준을 도출하고자 한다.

1. 인간의 존엄과 생명권의 관계

대부분의 폐지론자는 우리 헌법 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며”라고 규정하여 ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 존중한다고 선언함으로써 모든 생명은 동일한 가치를 가지게 되고, ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 본질적 내용인 생명권은 “절대적 권리”로서 법률유보 조항인 헌법 제37조 제2항의 적용을 받지 않으므로 국가안전보장·질서유지·공공복리 등 어떠한 이유로도 이를 제한할 수 없다고 주장한다. 이와 관련하여 “타인의 천부인권을 심각하게 침해하는 자의 천부인권까지도 보호하는 것이 이른바 자연법사상이라고는 할 수 없을 것”이라는 반론도 있지만,⁵⁵⁾ 대부분의 존치론자는 이에 대해 침묵을 지키고 있다. 이는 존치론자나 폐지론자나 할 것 없이 ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 본질적 내용이 ‘생명권’이라는데 공감하기 때문인 것으로 짐작된다. 그러나 ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 본질적 내용이 생명권이고, 따라서 생명이 박탈되면 인간으로서의 존엄과 가치도 박탈되기 때문에 인간의 생명은 절대적으로 보호되어야 한다는 논리는 한번 곱씹어볼 필요가 있다.

먼저 ‘인간의 존엄’이 어떤 의미인지부터 음미해 보자. ‘인간의 존엄’이란 표현은 영어의 dignity of man, 독일어의 Würde des Menschen, 라틴어의

55) 김민호, 앞의 글, 119쪽.

dignitas hominis에 대응한 번역어인데, ‘인간의 존엄’이라고 쓰이는 경우가 개념은 ‘인간에게 특수한, 즉 인간에게만 존재하는 가치’라는 의미로서 이해할 수 있다. 즉, 모든 사물에는 일정한 ‘가치(Wert)’가 있고, 인간의 인간으로서의 가치를 ‘존엄(Würde)’이라고 한다.⁵⁶⁾

여기서 인간에게 고유의 가치가 있다고 하는 의식은 서양문화에서는 이미 오랜 역사를 가지고 있다. 즉 구약성서에는 신이 자신을 본떠서 인간을 만들었다고 기술되어 있고, 신약성서에는 인간은 그리스도의 죽음으로써 구원되므로 인간의 가치라는 것은 그리스도의 피와 같은 가치인 것으로 기술되어 있다. 김일수 교수의 ‘신성성(神聖性)’이란 표현⁵⁷⁾에서 짐작할 수 있듯이 ‘존엄(dignitas)’이라는 개념은 이러한 종교적인 연원을 가지고 있었다. 그런데 이러한 ‘존엄’ 개념이 근대적인 개념으로 변모하게 된 것은 ‘인격은 존엄을 함유(含有)한다’거나 ‘인격은 존엄의 명칭이라고 생각된다’는 토마스 아퀴나스(Thomas Aquinas)의 견해와 같이 ‘존엄’이라는 개념이 ‘인격(persona)’ 개념⁵⁸⁾과 결부되면서부터였다. 특히 아퀴나스는 ‘인간의 존

56) 호세·ヨンバル트, 刑法の七不思議, 1989, 199쪽.

57) 김일수, “사형은 폐지되어야 한다”, 19쪽은 “사람의 생명은 개인의 사회생활의 차원에서 정당방위에 의하지 않고는 희생될 수 없다. 그것은 불가침의 신성성(神聖性)을 갖고 있기 때문이다”라고 표현하고 있다. 그런데 기독교적으로 판단한다고 하여 반드시 사형은 폐지되어야 한다는 결론에 이르게 되는 것도 아니다. 하나님께서 생명을 내어주시면서 인간을 구원하려고 한 것은 인간이 하나님의 형상을 지닌 존엄한 인간이지만, 그렇기 때문에 이러한 인간을 의도적으로 죽이는 것은 결코 하나님이 용납하지 않는다는 추론도 가능하기 때문이다. 이와 관련하여 신원하, “사형제도는 폐지되어야 하는가?,” 고신신학 제3호, 2002, 266쪽은 “그것은 하나님 당신을 해하는 행위로 간주하시기 때문”이며 “하나님은 노아와 언약을 맺으시면서 창조계와 인간 생명을 보호하기 위해 극형을 명령(창 9:6)하신 것은 바로 이런 의미가 있음을 깊이 새길 필요가 있다”고 하면서 인간의 생명을 보호하고 창조계를 보호하기 위해 하나님이 엄명하며 만드신 조치인 사형제도를 결코 반기독교적이라고 할 수 없다고 주장한다.

58) 우리말의 ‘인격’이라고 하는 단어는 person(persona)의 번역어로서 일본에서 만들어진 것이고, 그 이전에는 존재하지 않았었다. 이 단어로 표현되는 개념도 고대 그리스나 로마 문화에서는 찾아볼 수 없었고, ‘인격(persona)’이란 개념을 사상사적으로 도입하는 기회가 된 것은 크리스티교의 출현에 기인한다. 신약성서에도 persona라는 단어는 없지만 ‘父’나 ‘子’와 ‘성령’이란 3개의 고유명사가 있었는데, 테르투리아누스(Tertulianus)가 그 3개를 총괄개념으로서 ‘페르소나’라고 명명하였다. 그 후에 ‘인격’이란 이성적 본

엄, 즉 인간은 본성상 자유이고, 자기를 위하여 존재하는 것'이라고 하여⁵⁹⁾ '인간의 존엄'의 본질적 내용이 '자유'에 있음을 밝히고 있다.⁶⁰⁾

이처럼 인간은 자유롭게 스스로를 만들어나갈 가능성을 가지는 존재이기 때문에 존엄한 것이지, 단지 생명을 가진 존재라는 이유만으로 존엄하다고는 말하기 어렵다. 생명은 인간에 한하여 주어진 것이 아니라 인간 이외의 동식물 등 모든 생물에 주어진 것이고, 생물뿐만 아니라 존재하는 모든 사물은 그 자체의 가치를 가지기 때문이다. 또한 인간의 인격이 '절대적인 것'(즉, 절대자)은 아니기 때문에 그 의미로서의 가치도 절대적인 것은 아니라고 할 것이다.⁶¹⁾ 단지 인간은 범죄자이거나 불치의 환자이거나 죽음에 다다른 자이거나 간에 인간인 한 예외 없이 존엄을 가지고 있어서 그러한 인간으로서의 존엄을 침해해서는 안된다는 의미일 뿐이며,⁶²⁾ 인간에게 절대적인 가치를 인정하려는 시도는 절대자(神)가 되고픈 인간의 오만에 지나지 않는다고 할 것이다.

이러한 의미에서 '인간의 존엄'의 본질적 내용이 '생명권'이며, 따라서 '생명은 절대적으로 보호해야 한다'는 우리 법학계의 확고부동한 공식의

성을 가지는 個的 實體이다'라고 보에티우스(Boethius)가 정의함에 따라 오늘날의 인격 개념이 형성되었다(ホセ・ヨンバル트, 앞의 책, 200~201쪽 참조).

59) Summa theologiae, II, II, qu. 64, art. 2.

60) 호세・ヨンバル트, 앞의 책, 199~202쪽 참조.

61) 호세・ヨンバル트, 앞의 책, 204쪽.

62) 인간의 존엄은 흔히 '불가침(不可侵)'이라고 말하여지는데, 이것이 구체적으로 어떠한 의미를 가지는지 분명히 할 필요가 있다. 예컨대 나치의 강제수용소에서 살해된 유대인은 분명히 인간의 존엄이 침해되었다고 말할 수 있지만, 인간으로서의 존엄을 상실했던 것은 아니었다. 또한 정당방위로 사람을 살해한 때, 또는 범죄자를 교도소에 집어넣은 때에도 인간의 '생명' 또는 인간의 '자유'를 박탈한 것이지만, '인간의 존엄'이 박탈된 것은 아니다. 이와 같이 인간의 존엄이란 것은 침해될 수는 있지만 상실되거나 박탈될 수 없는 성질을 가지며, 인간으로서 가질 수 있는 최대의 가치를 가진다고 말하여지는 '생명'과 '자유'를 모두 박탈하더라도 그 인간의 존엄은 박탈되지 않는다고 보아야 할 것이다(ホセ・ヨンバル트, 앞의 책, 204쪽). 인간의 생명이 인간존재의 근원인 점은 부인할 수 없으나 인간의 존엄이란 것은 인간의 생물학적인 생명이나 외면적인 자유에 내재하는 것은 아니라고 할 것이며, 한 인간의 생명을 박탈한다고 하여 그의 존엄성까지 박탈될 것이라는 일부 폐지론자의 논리는 다소 비약이라고 생각한다.

타당성에 대하여 재고하였으면 한다.⁶³⁾ ‘인간의 존엄’의 본질이 ‘생명’과 ‘자유’, 어느 쪽에 있는지가 검증되지 않는 한 이러한 공식에는 선뜻 찬동하기 어렵기 때문이다. 만일 ‘인간의 존엄’의 본질이 ‘자유’에 있다면 사형 폐지의 대안으로서 제시되는 종신형은 죽음보다 더 큰 인권침해가 될 것이며, 특정종교의 교리를 이유로 사형수의 인권을 도구화한다는 비판을 면하기 어려울 것이다.⁶⁴⁾

그러나 ‘절대적 생명보호의 원칙’과 ‘인간의 존엄’이 필연적인 관계에 있지 않다고 할지라도 인간이 존엄한 만큼 그 생명이 존중되어야 한다는 것은 부인하기 어렵다. 그래서 타인의 생명을 존중한 자(즉, 타인의 생명을 침해하지 않은 자)는 자신의 생명도 존중받을 권리를 가진다고 할 것이다. 따라서 타인의 생명을 존중한 자에 대한 사형은 정당하지 않은 형벌이 될 것이다. 반면 타인의 생명을 존중하지 않은 자(즉, 타인의 생명을 침해하거나 침해하고자 한 자)는 자신의 생명을 존중받을 권리를 주장할 수 없다고 할 것이다. 이는 사회적 합의라고 볼 수 있고,⁶⁵⁾ 모든 사람이 타인의 생명을 존중하게 되면 사형은 저절로 폐지의 길로 들어서게 될 것이다.

또한, ‘인간의 존엄’ 사상은 사형집행의 방법을 결정함에 있어서도 중요한 의미를 갖는다. 현행법상 일반형사사범에 대한 사형은 교도소와 구치소 내의 사형장에서 교수(絞首)하여 집행하게 되는데(형법 제66조, 형사소송

63) 이와 관련하여 형법학의 영역에서 인간생명의 보호를 신학적 논거로 뒷받침하는 것은 합당하지 못하며, 형법상 생명은 절대적으로 보호되고 있지 못하다는 사실, 그리고 과학적 담론에서는 ‘절대적’이라는 용어는 피해야 할 것이라는 점을 고려하여 ‘절대적 생명보호의 원칙’보다는 ‘최대한 생명보호의 원칙’이란 표현이 더 적절하다는 견해도 있다(임웅, 형법각론, 2004, 10쪽).

64) 이상돈, 인권법, 2005, 13쪽은 어떻게 하든 생명만은 구하고 보자는 종교적 생명사상을 비판하면서, 자유회복의 아무런 가능성도 바라보지 못한 감옥 속의 삶은 죽음보다 더 큰 인권침해일 수 있고, 극단적으로 볼 때 ‘삶은 신이 내리신 은총이니 오로지 신의 뜻에 의해서만’이라는 종교적 윤리를 동일하게 강요하기 위해 주체의 의사와 관계없이 사형수의 인권을 도구화한다고 비판하고 있다.

65) 루소(J. J. Rousseau)는 ‘자신이 살인자가 되었다면 이는 사형에 처해지는 것에 동의한 것’이라는 이유로 사형을 정당화하고 있다(ホセ・ヨンパルト, 앞의 책, 226쪽 참조).

법 제463조, 행형법 제57조 제1항) 이 경우 사형수는 의식이 있는 상태에서 암실(暗室)에 갇혀 최소 수분 간의 시간 동안 죽음의 고통 속에서 몸부림쳐야 하며, 군사사범에 대한 사형은 총살(銃殺)로써 집행하게 되는데(군형법 제3조, 군사법원법 제506조) 이 경우 사형수의 유해가 심하게 훼손된다는 문제점이 있다. 따라서 사형을 집행하더라도 사형수의 신체를 온전히 보전하는 한편, 고통 없이 순식간에 집행할 수 있는 방법을 모색하여야 할 것이다.

2. 형벌의 본질과 응보의 관계

사형제도가 형벌로서 정당한가를 판단을 하기 위해서는 먼저 형벌의 본질부터 분명히 할 필요가 있다. 왜냐하면 형벌의 본질을 구명한 다음에야 구명된 본질과 국가의 형사정책적 목적에 부합되는 형벌의 내용을 결정할 수 있을 것이고, 형벌로서 사형제도가 적합한지 판단할 수 있을 것이기 때문이다.

형법학계의 다수설은 형벌의 본질을 응보(또는 해악)라고 판단하고 있는 것으로 추측된다.⁶⁶⁾ 다만 이 입장이 형법학계의 다수설이라고 단언할 수 없는 것은 상당수의 형법교과서가 형벌의 본질에 대하여 명백하게 밝히지 않고 있기 때문이다. 그러나 형벌의 본질을 분명히 해두지 않으면 국가의 형사정책적 목적만으로 어떤 형벌이라도 정당화시킬 수 있는 위험이 있다. 왜냐하면 ‘응보’라는 관념 속에는 ‘복수’라는 의미뿐만 아니라 책임은 범죄행위에 ‘상응’하여야 한다는 긍정적인 의미도 내포되어 있기 때문에

66) 박상기, 앞의 책, 507쪽; 배종대, 형법총론, 1999, 11쪽 및 639쪽; 신동운, 형법총론, 2001, 719쪽; 안동준, 형법총론, 1998, 12쪽; 이재상, 앞의 책, 493쪽; 이정부, 형법총론, 2003, 479쪽; 임웅, 형법총론, 2002, 582쪽. 이와는 달리 김성천·김형준, 형법총론, 2002, 647쪽은 형벌의 본질을 ‘국가차원의 범죄대책’으로, 김일수·서보학, 새로쓴 형법총론, 711쪽은 ‘이미 발생한 범위만사건에 대한 국가의 반작용’으로 파악하고 있다.

형벌의 본질이 응보에 있는 이상 형벌의 종류도 한정될 수밖에 없기 때문이다. 또한 ‘복수’라는 의미도 부정적인 것만이 아니라 복수를 위한 사적 제재를 배제하고 형벌권의 주체를 국가에 한정시킨다는 의미를 담고 있다. 그래서 형벌의 본질이 해악으로서의 응보에 있는가, 아니면 응보 “이외의” 다른 이성적 목적에 있는가 하는 문제는 형법학계의 해묵은 논쟁거리임에도 불구하고 분명히 해두지 않으면 안되는 중요한 문제라고 할 것이다.

물론 형벌의 본질을 조금이라도 응보에 두지 않는다면, 사형은 악(惡)과 또 다른 악(惡)의 악순환만을 가져오는 절대악(絕對惡)으로서 폐지되어야 할 것이라는 주장⁶⁷⁾도 가능할 것이다. 그리고 이러한 결론이 아니면 이 입장에서 수미일관한 논리적 정합성을 가지기 힘들 것이다. 그런데 응보사상을 완전히 폐기하기 위해서는 응보사상뿐만 아니라 책임주의 원칙, 국가의 형벌독점원칙까지 폐기해야 할 것이다. 그러나 이러한 결론은 우리나라 형법체계 아래에서는 받아들이기 어렵고, 형벌의 본질을 응보에 두지 않는 입장에서도 전통적인 의미의 책임이 형벌에 대한 정당성의 근거이며⁶⁸⁾ 형벌은 형사정책적 목적수행을 위해서 어떠한 경우에도 책임의 상한선을 넘어가서는 안된다고 절충한다.⁶⁹⁾ 그렇다면 그 책임의 상한이 과연 어디까지인지 의문이 아닐 수 없으며,⁷⁰⁾ 이에 대해 납득할 만한 설명이 수반되지 않는 한 형벌의 본질에 관한 논거는 폐지론의 논거로서는 적절하지 않다고 할 것이다.

반면 형벌의 본질이 해악으로서의 응보에 있다고 파악하게 되면, 예컨대 범죄인의 생명의 박탈을 내용으로 하는 형벌(즉, 사형)을 부과하고자

67) 김일수, “사형은 폐지되어야 한다”, 27~28쪽.

68) 김일수·서보학, 새로쓴 형법총론, 2002, 397쪽.

69) 김일수·서보학, 앞의 책, 724쪽.

70) 김일수, “사형은 폐지되어야 한다,” 26쪽은 “정당한 응보란 합리적으로 측정할 수 있는 대상이 아니라 어느 의미에선 국가와 법의 자의적인 추정을 허용해주는 허구 외에 아무 것도 아니다”라고 주장하고 있어 이 입장에서 도출될 책임의 상한을 더욱 더 짐작하기 어렵게 하고 있다.

한다면 이에 상응하는 범죄행위는 최소한 피해자의 생명박탈을 요하는 것으로 이론구성하는 것도 가능할 것이다. 따라서 범죄행위에 상응하는 책임이 죽어 마땅한 정도에 이르지 않았음에도 불구하고 사형으로 법정형이 정해진 형벌규정에 대해서는, 존폐론을 불문하고 그 폐지를 관철해내야 할 것이다. 마찬가지로 형벌의 본질이 해악으로서의 응보에 있다고 파악하는 이상 이 입장에서 사형폐지를 주장할 경우에는 반드시 사형에 “상응하는” 형벌을 대안으로서 제시하여야 할 것이다.

3. 형벌의 목적과의 관계

사형제도가 형벌로서 적합한가를 판단하기 위해서는 형벌의 목적을 검증하여야 한다. 왜냐하면 형벌의 목적이란 바로 국가가 형벌제도를 마련함으로써 실현하고자 하는 형사정책적 목표이므로 형벌로써 그러한 목적을 달성해내지 못할 때에는 ‘효과 없는 정책’으로서 폐기되어 마땅하다는 주장도 가능하기 때문이다.

이에 형법학계에서 논의되어 온 형벌의 목적을 살펴보면, 대부분의 형법학자는 이를 ‘범죄예방’이라는 예방목적에서 찾고 있다고 생각된다. 다만 범죄예방이라는 형벌의 목적을 사회 일반인과 범죄인 중 어느 쪽에서 달성할 것인가 하는 관점에서 일반예방주의의 입장과 특별예방주의의 입장이 대립하고 있을 뿐이다. 따라서 일반예방주의의 입장에서는 사회 일반인에 대한 일반예방효과가 있음을 입증해야 할 것이고, 특별예방주의의 입장에서는 범죄인에 대한 특별예방효과가 있음을 입증해야 할 것이다. 사형에 위하적 효과 또는 범죄억지 효과가 존재하는지에 대한 논쟁이라든가 사형에는 특별예방효과가 없다는 폐지론의 주장도 결국은 형벌의 목적 및 사형의 범죄예방효과와 관련한 논쟁에 불과한 것이다.

이와 관련하여 사형을 폐지한 국가에서 사형에 해당하는 흉악범죄가 증

가하지 않았다는 사실로써 사형의 일반예방효과가 없음이 입증되었다는 주장도 있다⁷¹⁾. 그러나 이는 관련 통계의 신뢰도에 따라 달라질 수 있는 논거이며 조사대상이나 표본추출의 방법에 따라 제각각의 결과를 도출할 수 있으므로 이러한 식의 접근은 오히려 폐지론의 설득력을 반감시킬 것으로 생각한다.⁷²⁾ 또한 사형에 일반예방효과가 있는지 입증할 책임은 존치론 쪽에 있다는 주장도 있는데,⁷³⁾ 이미 존재하고 있는 제도를 폐지하고자 하고자 한다면 이와 관련한 논거는 폐지를 주장하는 쪽에서 제시하는 것이 경우에 맞을 것이다. 대부분의 국민들이 사형에 일반예방효과가 있다고 믿고 있음에도 불구하고 그러한 효과가 없음을 주장한다면 그 입증 역시 주장하는 쪽의 몫이기 때문이다.

그런데 어느 입장이 타당한가를 별론(別論)으로 하더라도 사형의 일반예방효과의 유무에 대해서 존폐론 어느 쪽에서도 납득할 만한 증거를 제시하지 못한 것은 분명하다.⁷⁴⁾ 더욱이 일반예방효과의 유무는 사형에만 국한되는 문제가 아니라 모든 형벌에 공통되는 문제인데, 가장 극단적인 형벌인 사형에도 일반예방효과를 인정할 수 없다면 그보다 정도가 약한 다른 형벌에 어떠한 일반예방효과를 인정할 수 있을지 의문이며,⁷⁵⁾ 사형에 일반예방효과를 인정하지 않는 한편 일반예방효과가 없음을 이유로 폐지해야 한다고 하게 되면 국가에 형벌권을 부여하는 것 자체가 정당하지 못하다는 결론에까지 이를 수 있다. 결국 사형에 일반예방효과가 있는지 여부는 검증될 수 없는 논쟁에 불과하며,⁷⁶⁾ 형벌의 일반예방목적은 국민의 법감정 또는 신뢰를 바탕으로 정당화할 수 있는 것일 뿐 그 효과를 증명하거나 부인할 수 있는 절대적인 논리가 존재하는 것은 아니라고 할 것이다.

71) 유석성, 앞의 책, 34쪽.

72) 같은 생각: 김천수, “사형제도에 대한 법학적 접근,” 철학논총 제26집, 2001. 10, 313쪽.

73) 이재석, 앞의 글, 28쪽.

74) 류지영, “억지력과 사형,” 중앙대학교 법학 제20호, 1995. 12, 498쪽.

75) 김진혁, 앞의 글, 205~206쪽.

76) 박상기, 앞의 책, 511쪽; 오선주·이병희, 앞의 글, 47쪽.

그리고 특별예방효과를 기대할 수 없기 때문에 사형제도는 폐지되어야 한다는 논거⁷⁷⁾의 타당성에 대해서도 검증해볼 필요가 있다. 알다시피 특별예방목적이란 것은 범죄인의 재사회화 내지는 사회복귀를 전제로 하는 개념이다. 반면 사형이나 종신형 등의 형벌은 사회의 일원이기를 철저히 거부하는 범죄인을 사회에서 영구히 추방할 목적으로 고안된 형벌로서, 애초에 범죄인의 재사회화 내지 사회복귀를 전제로 하지 않는 제도라고 할 것이다. 그러므로 이러한 형벌에 특별예방목적이 개입할 여지는 없으며, 재사회화 대상이 아닌 것으로 분류된 범죄인에 대해서까지 특별예방목적이 요구되는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 사형수에게까지 특별예방목적이 달성되어야 한다는 주장은, 모든 범죄인을 반드시 재사회화하여야 할 의무를 국가가 가진다는 전제에서나 가능할 것이다. 그러나 이러한 의무가 국가에게 부여되어 있다고 볼 근거는 없다. 더욱이 일반예방목적이건 특별예방목적이건 간에 이들 개념은 형벌의 정당한 목적을 찾는 과정에서 고안된 개념에 불과하므로 국가의 형사정책이 반드시 이에 구속되어야 하는지도 의문이다.⁷⁸⁾

다만 진범인 사형수라고 할지라도 개선할 수 있는 가능성이 높다고 판단된다면 굳이 그 기회를 박탈하는 것이 최선(最善)은 아니다. 그래서 사형의 확정판결에 대하여 특별예방의 관점에서 이를 재고(再考)할 수 있는 제도적 장치를 마련하는 것도 형사정책상 의미가 있을 것이다. 따라서 사

77) 최선호, 앞의 글, 526쪽; 허일태, 앞의 글, 20쪽.

78) 특히 특별예방목적만을 형벌의 본질로서 이해하는 입장은 형벌을 악(惡)이 아니라 범죄인을 교화하기 위한 선(善)이라고 이해하고 있다고 생각된다. 그러나 형벌을 통하여 범죄인이 교화된 것은 형벌의 순기능에 불과한 것이며, 일부 범죄인이 교화되었다고 하여 형벌이 선(善)이고, 형벌은 좋은 것이기 때문에 모든 범죄인을 교화하여야 한다는 생각은 본말(本末)이 전도된 것이 아닌가 싶다. 특별예방목적은 형사사법기관이 추구해야 할 목표 중 하나이기는 하나, 절대적인 것은 아니라고 생각한다. 더욱이 특별예방효과를 전혀 기대할 수 없음을 이유로 사형폐지를 주장하는 입장에서, 사형의 대체형으로서 범죄인의 재사회화를 전제하지 않는 절대적 종신형을 제시한다면(허일태, “사형의 대체형벌로서 절대적 종신형의 검토,” 비교형사법연구 제2호, 2000. 7, 234쪽) 특별예방목적의 무의미함을 스스로 자인하는 것에 불과하게 될 것이므로 재고를 요한다.

형제고를 위한 제도적 장치를 마련한다고 하여 일정 기간 경과를 요건으로 바로 자유형으로 전환하도록 하는 발상은 특별예방의 관점에서 결코 바람직하지 못하며, ‘개선의 가능성’을 기준으로 심사하는 과정을 반드시 포함시켜야 할 것이다. 또한 ‘개선의 가능성이 없거나 낮은’ 경우에는 즉시 사형을 집행하거나, ‘개선의 가능성에 대한 확신이 없는’ 경우에는 다시금 일정 기간 동안 심사를 유예하는 방안도 고려할 수 있다.

4. 오판 가능성의 문제

폐지론의 입장에서는 오판의 가능성을 사형폐지의 주요한 논거로서 제시하고 있다.⁷⁹⁾ 물론 인간이 재판하는 이상 오판(誤判)이 없을 수 없고, 사형뿐만 아니라 모든 형벌의 선고에는 오판의 가능성이 존재한다. 그런데 사형은 다른 형벌과는 달리 생명이란 법익을 박탈하는 것이므로 그 회복은 영원히 불가능하고, 이미 생명이 박탈된 무고한 사형수에게는 그 어떠한 보상도 무의미하다는 것도 분명한 사실이다.⁸⁰⁾ 이러한 의미에서 폐지론의 지적은 타당하며, 적어도 사형에 있어서만은 오판 가능성의 문제가 경시(輕視)되어서는 안될 것이다.

다만 자유형의 경우에도 ‘생물로서의 생명’은 보호되고 있지만, 인간의 정신적 활동을 중시한다면 ‘인간생활로서의 생명’에 불가역적인 변경이 가해진 것에 대해서 회복불가능한 것은 사형과 다를 바 없다는 점도 고려해야 할 것이다.⁸¹⁾ 그 누가 청춘(靑春)을 다시 되돌릴 수 있단 말인가. 오판

79) 김영옥, 앞의 글, 332쪽; 유석성, 앞의 책, 34쪽; 앞의 글, 90쪽; 이재석, 앞의 글, 22쪽; 한인섭, 앞의 글, 67~68쪽; 허일태, “한국의 사형제도의 위헌성,” 20~21쪽.

80) 사형집행에 대한 보상금은 ① 집행 전 구급에 대한 보상금(일수에 따라 1일 5천원 이상 대통령령이 정하는 금액 이하의 비율에 의하여 산정), ② 3천만원 이내의 가산 보상금(모든 사정을 고려하여 법원이 상당하다고 인정하는 액), ③ 재산상의 손실액(증명된 때에 한함)에 한한다(형사보상법 제4조 제3항).

81) 植松正, “死刑廢止論の感傷を嫌う,” 法律のひろば 제43권 제8호, 1990. 8, 14쪽.

이 있어서는 안되겠지만, 오판 가능성의 문제는 사형존폐의 문제와는 전혀 다른 차원의 문제라는 점을 강조하고 싶다.⁸²⁾

또한 오판은 일반적인 경우가 아니라 지극히 예외적인 경우에 지나지 않는다는 점도 간과해서는 안된다. 오판사례로서 흔히 제시되는 ‘최창식 대령 사건’⁸³⁾의 경우 비록 재심에서 법률적 견해의 변경이 있었지만 최창식 대령이 한강교 폭파의 실행행위자라는 사실만은 부인할 수 없고, ‘오회웅 사건’⁸⁴⁾의 경우 오판임이 판명된 사례가 아니라 오판의 가능성을 의심하는 것에 그치고 있다. 또한 ‘김기웅 순경 사건’ 등 대부분의 오판사례는 사형확정 또는 사형집행 이전에 진범이 밝혀진 경우여서 실제로 오판에 의하여 사형이 집행된 것으로 판명된 사례는 아직 소개된 바 없다고 하여도 좋을 것이다. 물론 이러한 사실을 바탕으로 오판에 의해 사형이 집행될 가능성이 전혀 없다고는 말할 수 없지만, 적어도 오판에 따라 사형이 집행될 가능성이 극히 낮다는 점은 말할 수 있다. 더욱이 배심제도를 채택하고 있는 국가에 비해 우리나라는 전문적인 법관에 의해 증거조사 및 유무죄의 판단과 양형 등 일련의 재판이 이뤄지기 때문에 오판의 위험도 상대적으로 적을 수밖에 없다.⁸⁵⁾ 그래서 이처럼 예외적인 사실을 가지고 엄청난 사회적 파급효과를 가져올 수 있는 사형폐지의 논거로 제시하는 것은 지나치다는 지적⁸⁶⁾도 한편으로는 의미 있다고 할 것이다.

그러나 오판의 가능성은 어떠한 사법제도 하에서도 상존(常存)하는 것이므로 사형제도를 존치시키는 경우에는 늘 이에 대해 경계하여야 하며, 만의 하나라도 오판이 발생하지 않도록 그 가능성을 최소화하는 방안을

82) 같은 생각: 植松正, 앞의 쪽.

83) 허일태, 앞의 글, 20쪽의 각주 18).

84) 이범렬, “사형수 오회웅의 이야기,” 시민과 변호사 제8호, 113쪽 이하.

85) 제259회국회(임시회), 법제사법위원회회의록(임시회의록) 제2호, 2006. 4. 4, 9쪽, 변호사 민경식의 진술.

86) 김민호, 앞의 글, 119쪽.

마련할 것이 필요한 점도 분명하다. 그래서 하급심에서 사형이 선고되면 재판절차를 더욱 신중하게 운영함으로써 오판의 가능성을 최소화하는 방안이나, 사형집행을 일정 기간 유예하거나 다시금 재고하도록 함으로써 오판에 의한 집행을 방지하는 방안 등도 고려할 필요가 있다.

다만 사형판결의 신중성 확보와 관련하여 한 가지 주의할 할 것이 있다. 그것은 오판을 방지하기 위해 사형선고 및 집행을 신중하게 해야 한다는 것과 진범(眞犯)에 대한 사형선고조차 어렵게 만듦으로써 결과적으로 오판가능성이 줄어들게 되는 것은 큰 차이가 있다는 점이다. 예컨대 사형선고의 확정에 만장일치의 찬성을 요구하거나 사형선고에 한하여 5심제를 도입하는 방안 등을 채택한다면 사형선고 건수는 현저하게 줄어들 것은 분명하고 그만큼 오판의 가능성도 줄어들게 되겠지만, 정작 사형이 선고되어야 할 흉악·중대한 범죄행위에까지 사형을 선고할 수 없게 되는 역기능을 우려하지 않을 수 없다. 신중한 사형판결은 지향(指向)해야 할 것이지만, 너무 신중함으로 인해 사법부의 맡은 바 소임을 다하지 못하는 사태는 지양(止揚)해야 하지 않을까 싶다.

5. 소 결

이상의 내용을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 헌법 제10조의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 본질적 내용이 생명권인지 여부 및 생명의 침해로써 인간의 존엄성을 박탈할 수 있는지 여부에 대해 검증할 필요가 있다. 다만 ‘절대적 생명보호의 원칙’과 ‘인간의 존엄’이 필연적인 관계에 있지 않더라도 ‘생명존중의 사상’은 경시될 수 없으며, 타인의 생명을 존중한 자에 대한 사형은 정당한 형벌이 될 수 없다. 사형집행의 인도화를 위한 방안도 이러한 차원에서 접근해야 할 것이다.

둘째, 형벌의 본질이 응보(惡)에 있는지, 아니면 다른 이성적 목적(善)에 있는지 여부에 대해 검증할 필요가 있다. 만일 그 본질이 응보에 있다면 사형폐지시 사형에 상응하는 대체형을 강구할 필요가 있다.

셋째, 사형의 일반예방효과의 유무에 대해 존폐론 어느 쪽에서도 납득할 만한 증거를 제시하지 못하였고, 대부분의 국민이 일반예방효과가 있다고 믿고 있는 한 그 효과의 입증책임은 폐지론측에 있다. 사형과 같이 애초에 영구격리를 목적으로 고안된 형벌에 대해서도 특별예방목적을 고려해야만 하는지 검증할 필요가 있으며, 개선가능성이 높은 범죄인의 구제를 위하여 사형의 즉시집행제도는 재고되어야 한다.

넷째, 오판에 따라 사형이 집행될 가능성이 현저히 낮으며, 오판 없는 사법제도란 있을 수 없으므로 오판가능성의 문제가 사형존폐의 논거로서는 적당하지 않다. 그러나 생명은 회복이 불가능하므로 사형과 관련하여 오판 가능성의 문제가 경시되어서는 안되며, 만의 하나라도 오판이 발생하지 않도록 그 가능성을 최소화하는 방안을 마련하여야 한다.

살펴본 바와 같이 ‘사형대상범죄의 범위 축소’ 문제는 응보주의의 관점에서 접근하여야 할 것이고, ‘사형판결의 신중성 확보’ 문제는 오판가능성의 문제와의 관련 하에 고찰하여야 할 것이다. ‘사형재고를 위한 제도 마련’ 문제는 오판가능성의 문제 및 특별예방의 관점에서 접근하여야 할 것이고, ‘사형집행의 인도화’ 문제는 인간존엄의 문제와 관련된다고 할 것이다. 그 어느 것이나 간단히 접근할 수 있는 문제는 아니라고 할 것이며, 이 글도 원론적인 방향을 제시한 수준을 벗어나지 못한다. 다만 ‘사형대상범죄의 범위 축소’ 문제만은, 그 구체적인 기준만 마련된다면 지금 당장이라도 실천할 수 있는 과제라고 할 것이므로 이 글에서는 이 문제를 중심으로 개선방안을 제시하고자 한다.

IV. 사형대상범죄의 현황 및 문제점

1. 사형대상범죄의 현황

사형대상범죄란 사형을 법정형으로 정하고 있는 범죄를 말하며, 현행법상의 사형대상범죄는 형법·군형법뿐만 아니라 국가보안법, ‘마약류 관리에 관한 법률’, ‘마약류 불법거래 방지에 관한 특별법’, 문화재보호법, ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’, ‘부정선거 관련자 처벌법’, ‘선박 및 해상구조물에 대한 위해행위의 처벌 등에 관한 법률’, ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률’, 원자력법, ‘원자력 시설 등의 방호 및 방사능 방재대책법’, ‘장기 등 이식에 관한 법률’, ‘전투경찰대 설치법’, ‘지뢰 등 특정 재래식 무기 사용 및 이전의 규제에 관한 법률’, ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’, ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’, 한국조폐공사법, 항공법, ‘항공 안전 및 보안에 관한 법률’, ‘화학무기의 금지를 위한 특정 화학물질의 제조·수출입 규제 등에 관한 법률’ 등 21개 법률, 113개 조항에 걸쳐 규정되어 있고, 행위태양으로 볼 때는 그 수가 무려 160여개에 이르고 있다. 이처럼 사형대상범죄는 생각 외로 그 수가 많은데, 이렇게 많은 범죄에 대해 극형(極刑)인 사형을 규정하는 것이 타당한지에 대해서는 의문의 여지가 있다.

2. 사형대상범죄 규정의 문제점

가. 인명침해 없는 범죄에 대한 사형규정

사형의 본질적 요소가 ‘범죄자의 생명박탈’에 있으므로 만일 응보사상에 충실하자면 ‘사람의 생명을 박탈한 범죄’에 한해서만 사형이 부과되어야

할 것이다. 그러나 ‘사람의 생명에 대한 침해’를 요건으로 하는 사형대상범죄는 9개 법률, 26개 조항에 불과하고,⁸⁷⁾ 그나마 고의살인범의 형태로 규정되어 있는 경우는 단 12개 조항에 불과하다.⁸⁸⁾

따라서 대부분의 사형대상범죄는 인명(人命)침해를 요건으로 하고 있지 않다고 할 것이고, 심지어 어떠한 결과발생도 요구하지 않는 위험범이나 형식범에 대하여 사형을 부과하는 경우도 태반이 넘는다. 이처럼 인명침해를 요건으로 하지 않는 범죄에 대해서는 - 전쟁·사변 등의 특수한 시대상황을 전제로 하는 군형법 등을 별론(別論)으로 하더라도 - “사형에 상당하는” 처벌근거가 존재하는지 검토해야 할 것이다.

나. 미수범 등에 대한 사형규정

인명침해를 요건으로 하는 사형대상범죄의 경우 대부분 미수범을 처벌하고 있다.⁸⁹⁾ 그런데 미수란 ‘범죄의 실행에 착수하여 실행행위를 종료하지 못하였거나 종료하였더라도 결과가 발생하지 아니한 경우’를 말하므로 대부분 사망의 결과가 발생하지 않은 경우라고 할 것인데, 미수범은 형(刑)의 “임의적” 감경사유에 불과하므로 사망의 결과가 발생하지 않은 미수범에 대해서도 사형이 선고될 가능성이 전혀 없지는 않다고 할 것이다.

87) ‘사람의 생명에 대한 침해’를 요건으로 하는 사형대상범죄는 고의살인의 형태 외에도 폭행치사·상해치사·방화치사 등 결과적 가중범의 형태로 규정되어 있다.

88) 형법 제88조(내란목적의 살인), 제250조(살인, 존속살해), 제301조의2(강간등 살인), 제324조의4(인질살해), 제338조(강도살해); 군형법 제53조 제1항(상관살해), 제59조 제1항(초병살해); 부정선거관련자처벌법 제5조(살인행위자); ‘선박 및 해상구조물에 대한 위해행위의 처벌등에 관한 법률’ 제5조 제1항(살인죄); ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 제10조 제1항(강간등 살인); ‘지뢰등 특정재래식 무기 사용 및 이전에 규제에 관한 법률’ 제10조 제1항 제1호; 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의2 제2항 제2호(약취·유인죄의 가중처벌).

89) 고의살인범의 경우 형법 제301조의2, ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 제10조 제1항, ‘지뢰등 특정재래식 무기 사용 및 이전에 규제에 관한 법률’ 제10조 제1항 제1호를 제외하고는 모두 미수범 처벌규정을 두고 있다.

즉, 판사는 사형대상범죄의 미수범에 대해서도 얼마든지 사형을 선고할 수 있다. 더욱이 이는 인명침해를 요건으로 하는 사형대상범죄에만 해당하는 문제가 아니라 대부분의 사형대상범죄에 해당하는 문제여서 미수범에 대하여 사형을 부과할 수 있는지에 대해서도 검토가 필요하다.

또한 이는 미수범의 문제에만 그치지 않는다. 1960년 12월 31일에 제정된 ‘부정선거관련자 처벌법’(법률 제586호) 제5조 제1항은 “부정선거에 관련하여 사람을 살해하거나 또는 부정선거에 항의하는 국민을 살해한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역이나 금고에 처한다”고 규정하는 한편, 동 제4항에서 “제1항의 예비, 음모와 미수는 이를 처벌한다”고 규정하여 미수범뿐만 아니라 그 예비·음모까지도 처벌하고 있다. 더욱이 통상적인 예비·음모죄와 달리 법정형을 규정하지 않음으로써 이러한 예비·음모를 과연 어떠한 형으로 처벌해야 하는지도 의문이고, 이를 별론(別論)으로 하더라도 범죄의 준비단계에 불과한 예비·음모에 대해서까지 사형을 선고할 수 있다는 것은 지나친 감이 있다.

다. 결과적 가중범에 대한 사형규정

결과적 가중범으로서의 사형대상범죄는 9개 법률, 21개 조항에 규정되어 있다.⁹⁰⁾ 이러한 결과적 가중범은 ‘고의의 기본행위’ 및 ‘중한 결과의 발생’

90) 이에 해당하는 규정으로는 형법 제164조제2항(현주건조물등에의 방화치사), 제340조제3항(해상강도 살인·치사·강간), 군형법 제42조제2항(유해음식물공급치사), 제52조제1항(상관에 대한 폭행치사), 제52조의3(상관에 대한 중상해), 제52조의4(상관에 대한 상해치사), 제58조제1항(조병에 대한 폭행치사), 제58조의4(조병에 대한 상해치사), 제60조제3항(직무수행중인 자에 대한 폭행치사), 제60조의4(직무수행중인 자에 대한 상해치사), 제71조제3항(합선, 항공기의 복물손괴), 제83조제1항(약탈로 인한 치사); ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’ 제2조제1항제3호(부정식품 제조등의 처벌), 제3조제1항제3호(부정의약품 제조등의 처벌); ‘선박 및 해상구조물에 대한 위해행위의 처벌등에 관한 법률’ 제12조(치사죄); ‘원자력시설 등의 방호 및 방사능방재 대책법’ 제47조제4항; ‘장기 등 이식에 관한 법률’ 제39조제2항; ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의2제

이라는 구조를 가지고 있으므로 결과적 가중범의 불법·책임에 상응하는 법정형의 상한은 기본범죄에 대한 법정형과 중한 결과발생에 대한 법정형을 합산한 범위를 초과해서는 안된다는 한계를 가지고 있다.⁹¹⁾ 예컨대 ‘사망’이란 동일한 결과를 발생시켰다고 할지라도 결과발생에 대해 고의가 있는 경우에는 살인죄(형법 제250조 제1항)의 법정형을 따져보아야 할 것이고, 과실이 있는 경우에는 중과실치사죄(동법 제268조)의 법정형을 따져보아야 할 것이다. 만일 기본범죄와 중한 결과발생 가운데 어느 쪽에서도 사형을 법정형으로 규정한 바가 없음에도 불구하고 그 결과적 가중범에 대해 법정형으로 사형을 규정한다면 책임주의의 본질적 한계를 넘어서는 것이라고 말할 수 있다.

라. 절대적 법정형으로서의 사형규정

절대적 법정형으로 사형만이 규정된 범죄는 형법상의 여적죄(제93조)뿐만 아니라 군형법상의 반란수괴죄(제5조 제1호), 반란목적의 군용물탈취수괴죄(제6조), 군대 및 군용시설제공죄(제11조), 군용시설 등 파괴죄(제12조), 간첩죄(제13조. 단, 간첩방조 제외), 불법전투개시죄(제18조), 불법전투계속죄(제19조), 항복죄(제22조), 술대도피죄(제23조), 적전 직무유기죄(제24조 제1호), 지휘관의 수so이탈죄(제27조 제1호), 적전예의 도주죄(제33조), 집단항명수괴죄(제45조 제1호 전단), 상관에 대한 집단특수폭행·협박수괴죄(제51조 제1호 전단), 상관살해죄(제53조 제1항), 전지강간죄(제84조 제1항) 등에 폭넓게 규정되어 있다. 이처럼 사형만이 절대적 법정형으로

2항제4호(약취·유인죄의 가중처벌), 제5조의3제2항제1호(도주차량운전자의 가중처벌); 항공법 제158조(항행중항공기위험발생으로 인한 치사상의 죄); ‘항공안전 및 보안에 관한 법률’ 제40조제2항.

91) 같은 생각: 김용욱, “결과적 가중범의 개정방향,” 연세법학연구 제6집 제1권, 1999. 6, 15~17쪽.

되어 있는 죄에 대해서도 작량감경(형법 제53조)의 여지는 남겨져 있으므로 반드시 사형에 처해야 하는 것은 아니지만, 그 선택의 폭이 다른 범죄에 비해 현저하게 한정되어 있는 것은 분명하다.

마. 특수가중으로서의 사형규정

형법 제35조는 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자를 누범으로 처벌하는 한편(제1항), 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기(長期)의 2배까지 가중하는 것으로 규정하고 있다(제2항). 따라서 사형에 대해서는 누범가중의 적용이 없다.

그런데 ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’ 제3조의2는 “제2조 또는 제3조의 죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 다시 제2조 제1항 제1호 또는 제3조 제1항 제1호의 죄를 범한 자는 사형·무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다”고 규정하고 있는데, 주로 허가나 신고 등의 행정의무위반에 대한 보건범죄의 누범에 대해서까지 사형을 규정한 것은 입법론상 재고를 요한다.

또한 국가보안법 제13조도 “이 법, 군형법 제13조·제15조 또는 형법 제2편 제1장 내란의 죄·제2장 외환의 죄를 범하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행을 종료하지 아니한 자 또는 그 집행을 종료하거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 자가 제3조 제1항 제3호 및 제2항 내지 제5항, 제4조 제1항 제1호 중 형법 제94조 제2항·제97조 및 제99조, 동항 제5호 및 제6호, 제2항 내지 제4항, 제5조, 제6조 제1항 및 제4항 내지 제6항, 제7조 내지 제9조의 죄를 범한 때에는 그 죄에 대한 법정형의 최고를 사형으로 한다”고 규정하고 있는데, 이는 국가보

안법상의 모든 범죄, 균형법상의 간첩죄, 형법상의 내란의 죄 및 외환의 죄를 범하여 ‘금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행을 종료하지 아니한 자 또는 그 집행을 종료하거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 자’가 - 不告知(제10조), 특수직무유기(제11조), 무고·날조(제12조)의 경우를 제외하고 - 국가보안법에 위반되는 행위를 할 경우 죄질과 책임의 정도를 불문하고 무조건 그 법정최고형을 사형으로 정한다는 취지와 다를 바가 없다. 이미 헌법재판소도 - 비록 찬양·고무죄(제7조)에 한정된 것이었지만 - 이 조항이 비례성의 원칙과 명확성의 원칙에 위반하는 것이어서 위헌이라고 판시한 바 있는데,⁹²⁾ 이는 찬양·고무죄에 국한된 문제라고 보기 어려우므로 동 조항에 대해서는 전반적인 재고를 요한다고 할 것이다.⁹³⁾

92) “입법목적 달성을 위해 아무리 중벌이 요구된다 하더라도 사형이라는 형벌은 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 인정되어야 할 것인데 (헌재 1996. 11. 28. 95헌바1 전원재판부), 단지 반국가적 범죄를 반복하여 저질렀다는 이유만으로 다시 범한 죄가 국가보안법 제7조 제5항, 제1항과 같이 비교적 경미한 범죄라도 사형까지 선고할 수 있도록 한 것은 그 법정형이 형벌체계상의 균형성을 현저히 상실하여 정당성을 잃은 것이고, 이러한 형의 불균형은 반국가적 범죄로부터 국가 및 국민을 보호한다는 위와 같은 입법목적으로도 극복할 수는 없는 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항은 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 인간의 존엄과 가치를 존중하고, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 정하여야 한다는 실질적 법치국가의 이념에 반한다. 물론 이 사건 법률조항에 따라 사형을 선고할 것인지의 여부는 법관의 양형재량권 범위 내에 속하는 문제이므로 법정형에 사형을 추가하더라도 큰 문제는 없을 것이라는 논리도 가능하다. 그러나 법정형의 문제에 있어 상한과 하한은 모두 결정적으로 중요한 것이고, 양형재량권은 법정형의 상한과 하한이 어느 정도 합리적으로 정해져 있을 때 의미가 있는 것이다. 또한 이 사건 법률조항이 법정형의 상한을 사형으로 정함으로써 사형 선고를 가능하게 하고 있다는 것 자체가 위험성을 내포하고 있는 것이다”(헌재 2002. 11. 28. 2002헌가5 전원재판부).

93) 이외에도 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의4 제3항에서는 상습강도(누범자 포함)에 대해서, 제5조의5에서는 강도상해의 제범자에 대해서 사형을 규정하고 있다.

V. 사형대상범죄의 정비방안

1. 범위축소의 원칙

사형대상범죄의 범위를 고의적 살인 또는 중대한 모살에 관한 범죄로 한정하거나,⁹⁴⁾ 정치범·사상범, 경제사범, 행정사범, 사회발전저해사범 등을 배제하여야 한다⁹⁵⁾는 주장은 결국 사람의 생명과 관련 있는 범죄에 한하여 사형을 인정하자는 견해로 볼 수 있다. ‘범죄자의 생명박탈’을 본질로 하는 사형의 특성상 그 대상범죄도 ‘생명의 박탈’을 본질적 요소로 하여야 한다는 것은 ‘눈에는 눈, 귀에는 귀’로 대변되는 응보사상에도 부합될 뿐만 아니라 인종학살, 테러에 의한 대량살상 등 중대한 흉악범죄에 대한 대처방안으로서도 부족함이 없을 것이다. 이에 사형대상범죄의 축소정비를 위한 최소한의 기준으로서 “국민의 생명과의 밀접한 관련성”을 제시하고자 한다. 여기서 생명의 주체를 ‘사람’이 아니라 ‘국민’으로 설정한 것은 생명보호는 개인적 차원의 문제일 뿐 아니라 한편으로 국가적 차원의 문제이기도 하기 때문이다.

그런데 사형대상범죄를 국민의 생명과 밀접한 관련성이 있는 범죄에 한정한다고 할 때 그 범위를 국민의 생명을 현실적으로 침해하는 범죄에 한정할 것인지, 아니면 더 나아가 국민의 생명을 침해할 위험성이 있는 범죄까지 포함할 것인지에 대해서는 좀 더 고민해볼 필요가 있다. 예컨대 전쟁, 사변, 내란, 테러 등의 경우 이에 수반하여 다수의 국민이 살해당할 위험성

94) 김남일, 앞의 글, 37쪽; 성영모, 앞의 글, 324쪽; 오영근, 앞의 책, 331쪽; 이훈동, 앞의 글, 162쪽; 한인섭, 앞의 글, 70쪽.

95) 김남일, 앞의 글, 37쪽; 김민호, 앞의 글, 119쪽; 김영옥, 앞의 글, 333~334쪽; 김인선·한용순, 앞의 글, 36쪽; 김진혁, 앞의 글, 212쪽; 박상기, 앞의 책, 512쪽; 성영모, 앞의 글, 324~325쪽; 이재상, 앞의 책, 499쪽; 이태언, 앞의 글, 552쪽; 이훈동, 앞의 글, 162쪽; 전지연, 앞의 글, 54쪽; 정규만, 앞의 글, 67쪽.

이 크고, 불법한 장기적출의 경우도 장기기증자 또는 이식대상자가 사망할 위험성이 크다. 이러한 경우에 아직 생명에 대한 현실적·직접적인 침해가 없었다는 이유만으로 일률적으로 사형대상이 아니라고 한다면 국민의 생명은 그만큼 더 침해의 위험에 노출되게 된다. 따라서 사형대상범죄를 국민의 생명과 밀접하게 관련 있는 범죄에 한정한다고 하더라도 국민의 생명을 현실적으로 침해하는 범죄로만 국한되어서는 안 되며, 적어도 국민의 생명 침해가 수반될 구체적 위험성이 있는 범죄까지 포함되어야 할 것이다.

이러한 기준에 의할 경우 살인대상범죄는 구성요건에 생명침해가 포함된 범죄 및 생명침해가 수반될 구체적 위험성이 있는 범죄만으로 한정될 것이다. 따라서 생명의 침해 또는 침해의 구체적 위험성이 없이 단지 엄벌(嚴罰)을 위한 중형(重刑)으로서 사형을 규정한 범죄는 반드시 폐지되어야 할 것이다. 예컨대 ① 군기강 확립을 위하여 사형을 규정한 경우 ② 흉악한 성폭력을 방지하기 위해 사형을 규정한 경우(형법 제340조 제3항에서의 해상강도강간죄, ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 제5조 제2항) ③ 위조통화의 불법유통을 방지하기 위해 사형을 규정한 경우(한국조폐공사법 제19조 제1항) ④ 마약 등의 불법거래를 방지하기 위해 사형을 규정한 경우(‘마약류 관리에 관한 법률’ 제58조 제2항, ‘마약류 불법거래 방지에 관한 특별법’ 제6조 제1항 제1호) ⑤ 부정선거를 방지하기 위해 사형을 규정한 경우(부정선거관련자처벌법 제3조 제1항) ⑥ 반사회단체 조직을 방지하기 위해 사형을 규정한 경우(국가보안법 제3조 제1항, ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’ 제4조 제1항 제1호) 등과 같이 국민의 생명과 전혀 무관한 범죄에 대한 사형은 입법론상 재고되어야 한다.

2. 그 밖의 고려사항

이러한 기준을 적용할 때는 다음 사항도 고려하여야 한다.

첫째, 기본범죄는 국민의 생명과의 밀접한 관련성이 인정되지만, 그 파생범죄는 기본범죄와의 관련성만 인정될 뿐 국민의 생명과는 거리가 있는 경우가 있을 수 있으므로 이에 대한 검토가 필요하다. 예컨대 형법각칙 제2장 ‘외환의 죄’에 규정된 외환유치죄(제92조)와 간첩죄(제98조)는 적어도 국민의 생명과 관련해서는 전혀 별개의 성격을 가지고 있다. 여기서 외환유치죄는 외국과 통모하여 대한민국에 전단을 열게 하거나 외국인과 통모하여 대한민국에 항적한 경우에 성립한다. 6·25 사변을 통하여 이미 전쟁의 참상을 경험해 보았듯이 외환을 유치할 경우 국토가 전장(戰場)이 되어 수많은 사람들이 죽게 될 것은 자명한 일이며, 국민의 생명과 밀접한 관련성이 없다고 말할 수 없다. 그런데 ‘외환의 죄’에서의 간첩죄는 적국(敵國)을 이롭게 함으로써 반사적으로 국가의 안전을 위태롭게 하는 것에 불과하다. 외환유치의 예비단계로도 볼 수 없는 간첩죄를 굳이 국민의 생명과 연관시키려고 한다면 적어도 적국과의 실제적인 전시상황 정도는 전제되어야 할 것이다. 이는 이적죄의 경우도 마찬가지이며, 간첩죄의 예비단계에 불과한 국가보안법상의 목적수행죄(제4조)나 잠입·탈출죄(제6조)의 경우도 마찬가지이다.⁹⁶⁾ 따라서 ‘외환의 죄’에 부수된 이들 범죄에 대한 사형은 입법론상 재고를 요한다고 할 것이다.

둘째, 미수범은 형의 임의적 감경사유에 불과하여 미수범에 대해서도 얼마든지 법정최고형의 선고가 가능하게 되므로 사형대상범죄의 미수범에 대해서까지 사형을 부과하여야 할 것인지에 대한 검토도 필요하다. 특히 살인죄 등 생명에 대한 침해범의 경우는 별론(別論)으로 하더라도 형법상의 내란죄나 외환유치죄와 같이 생명에 대한 직접적인 침해를 요건으로 하지 않고 생명침해와의 밀접한 관련성만 인정되는 범죄의 미수범에 대해서까지 사형선고가 가능하도록 규정하는 것은 지나치다고 할 것이다. 따라서 이들

96) 다만 대한민국의 군인만을 적용대상으로 하는(군형법 제1조 제1항) 군형법상의 간첩죄의 경우는 이와는 다른 차원의 문제라고 할 것이다.

범죄의 미수범에 대해서는 “미수범을 처벌한다. 단, 사형으로 처할 것일 때에는 무기징역으로 한다”와 같은 규정을 별도로 마련할 것이 필요하다고 할 것이다. 또한 예비·음모에 대해서까지 사형선고가 가능하도록 규정한 부정선거관련자처벌법 제5조 제4항에 대해서도 입법론상 재고를 요한다.

셋째, 결과적 가중범의 불법·책임에 상응하는 법정형의 상한은 기본범죄에 대한 법정형과 중한 결과발생에 대한 법정형을 합산한 범위를 초과해서는 안된다는 한계를 가지고 있으므로 결과적 가중범에 대해 사형을 규정하는 것이 적정한지에 대해서도 검토하여야 한다. ‘사망’이라는 중한 결과에 대한 고의가 있는 부진정 결과적 가중범의 경우는 문제가 없겠지만, 중한 결과발생에 대해 과실이 있는 진정 결과적 가중범의 경우에는 중과실치사죄(형법 제268조)의 법정형을 판단기준으로 삼아야 할 것이므로 기본범죄의 법정형에 사형이 포함되지 않은 이상 진정 결과적 가중범에 대한 사형규정은 책임주의의 본질적 한계에 위배된다고 할 것이다. 더욱이 중한 결과가 ‘사망’이 아니라 ‘상해’에 불과함에도 불구하고 이에 대해 사형을 규정한 경우(예컨대 군형법 제52조의3 제2호)는 생명침해와 전혀 무관하다고 볼 것이므로 즉각적인 개정을 촉구한다고 할 것이다. 마찬가지로 이유로 중한 결과가 ‘사상(死傷)’인 경우(예컨대 군형법 제42조 제2항 및 제71조 제3항, ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’ 제2조 제1항 제3호 및 제3조 제1항 제3호)도 입법론상 재고를 요한다.⁹⁷⁾

넷째, 사형만이 절대적 법정형으로 규정되어 있는 범죄(예컨대 형법 제93조, 군형법 제5조 제1호, 제6조, 제11조, 제13조(간첩방조 제외), 제18조, 제19조, 제22조, 제23조, 제24조 제1호, 제27조 제1호, 제33조, 제45조 제1호 전단, 제51조 제1호 전단, 제53조 제1항, 제84조 제1항 등)의 경우라도

97) 항공법 제158조 및 ‘항공안전 및 보안에 관한 법률’ 제40조 제2항에도 ‘사상’의 경우에 사형을 규정하고 있지만, 기본범죄에 이미 사형이 법정되어 있으므로 본 논의에서 제외한다.

반드시 사형에 처해지는 것은 아니며 제4장 제3절에서 살펴보았듯이 작량 감경의 여지가 남겨져 있다는 반론도 가능하다. 그러나 이들 규정은 국민의 생명과의 밀접한 관련성이 없을 뿐만 아니라 단지 엄벌(嚴罰) 또는 중형(重刑)을 도모하기 위한 규정에 불과하므로 이들 절대적 법정형으로서의 사형규정에 대해서도 입법론상 재고를 요한다.

다섯째, 재범이나 누범·상습범에 대한 특수가중으로서 사형을 규정한 범죄(예컨대 국가보안법 제13조, ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’ 제3조의 2, ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의4 제3항, 제5조의5)의 경우 이미 처벌을 받은 자가 반성하지 않고 비교적 단기간 내에 또다시 동종 범행을 저지르는 행위에 대하여 가중처벌하는 취지라고 판단된다. 그러나 이러한 범죄를 엄벌함으로써 재범 등을 방지하는 일반예방효과를 도모할 수 있을지는 모르나 ① ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’ 제3조의2의 경우 주로 허가나 신고 등의 행정의무위반행위의 누범에 대한 가중처벌규정이고 ② ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의4 제3항의 경우 재산범죄인 강도죄의 상습범·누범 등에 대한 가중처벌규정이며 ③ 이들 범죄 모두 국민의 생명침해와 무관하다는 점 등을 지적할 수 있다. 특히 국가보안법 제13조는 비록 찬양·고무죄에 한정된 것이지만, 비례의 원칙 및 명확성의 원칙 위반을 이유로 이미 헌법재판관 전원일치 위헌판결을 받은 바 있다.⁹⁸⁾ 이에 이들 범죄에 대한 특수가중규정으로서의 사형규정은 입법론상 재고를 요한다.

98) 헌재 2002. 11. 28, 2002헌가5 전원재판부.

VI. 맺음글

이상 사형대상범죄의 합리적 축소를 위한 방안을 제시하였지만, 사형존폐 논의에 있어 양측에 환기하고 싶은 것은 이 문제가 ‘보수와 진보의 갈등’이라든가, ‘독재와 인권의 대립’으로만 볼 문제는 아니라는 것이다. 사형을 폐지한 유럽국가에서 사형폐지를 주도한 것은 주로 야당(野黨), 특히 사회당과 공산당이었지만,⁹⁹⁾ 사회주의 국가인 러시아나 중국 등은 오히려 사형제도를 공고히 하고 있다. 인권선진국인 미국이 사형집행 건수에서는 세계 4위이다.¹⁰⁰⁾ 사실 사형폐지운동이 보수언론인 조선일보사의 후원 아래 시작된 것이나, 사형폐지법안이 여당의 주도 아래 발의된 것도 우리나라만의 특이점이라고 할 것이다. 이처럼 사형존폐 문제는 이념문제가 아니라 정치문제에 불과한데도 우리나라에서는 이 문제와 관련하여 극단적인 대립양상을 보이는 것은 다소 이해하기 어렵다.

그래서 사형제도에 근본적인 문제점이 있음에도 불구하고 그 존치만을 고집하거나, 사형제도가 형사사법제도 운용에 필요한 제도임에도 불구하고 그 폐지만을 고집해서는 그 누구에게도 도움이 되지 않는다고 생각한다. 어떠한 결론이 국민의 행복증진과 사회방위에 보탬이 되겠는가를 냉정하고 신중하게 따져보아 바람직한 방향으로 나아갈 수 있도록 중지(衆智)를 모아야 할 것이고, 충분한 토의와 국민들을 설득하는 과정이 병행되어야 할 것이다. 인류의 역사를 돌이켜볼 때 국민의 마음을 얻지 못한 개혁은 반드시 실패하며, 국민이 주권자임을 부정하지 않는 이상 국민여론에 반하는 사형제도의 변경은 의회민주주의 제도 하에서는 할 수 없을 뿐만 아니

99) 호세·ヨンパルト, 앞의 책, 218쪽.

100) 앰네스티 인터내셔널의 2006년 연례보고서에 의하면 2004년 미국의 사형집행 건수는 60명으로서 세계 4위라고 밝히고 있다. 1위는 1770명에 대해 사형을 집행한 중국이 차지했다(프레시안, 2006년 4월 20일자 참조).

라 해서도 안되기 때문이다.¹⁰¹⁾ 우리나라는 이제서야 진지한 논의의 첫발을 내딛은 것뿐이므로 사형의 존폐를 굳이 서둘러 결정할 필요는 없다고 생각한다.

주제어: 사형, 사형폐지, 사형대상범죄, 인간의 존엄, 생명권, 특별예방, 오판가능성

101) 같은 생각: 이훈동, 앞의 글, 162쪽.

Reconsideration of Types of Crime Subject to Capital Punishment

Kang, Seok-Ku*

Death penalty in Korea is an multi-dimensional issue which involves in the jurisprudential matters of justifiable criminal sanctions, legal culture and sentiments over the crimes and punishments, and the question of fairness and effectiveness as a means of criminal justice policy. Theoretical arguments for or against death penalty have brought little progress in the criminal justice reform. What matters in reality is not the question of abolishtionist or retentionist. Rather, policy-makers should examine the legality of the administration of death penalty and the effectiveness of criminal policy on death penalty, and thus would devise a fair and effective system.

So this paper aims to study reform policies of capital crime and punishment in Korea. First of all, the scope of capital crimes should be limited to the most serious crimes which violate human lives of the people. Secondly, sentencing procedure should have safeguards to ensure a fair trial. Thirdly, right to appeal and right to seek pardon should be guaranteed. Lastly, death penalty should be carried out in humane way so as to inflict the minimum possible suffering. There is

* Associate Research Fellow, Korean Institute of Criminal Justice Policy, Ph.D. in Law.

no valid reason to abolish capital punishment in Korea in a hurry.

Keywords: death penalty, capital crime, capital punishment, dignity of man, right to live, misjudgement

카지노 도박이 지역사회 범죄에 미치는 영향:
정선군 지역에 대한 경찰통계를 중심으로

이 태 원

형사정책연구 제17권 제2호(통권 제66호, 2006 · 여름호)

한국형사정책연구원

카지노 도박이 지역사회 범죄에 미치는 영향 : 정선군 지역에 대한 경찰통계를 중심으로

이 태 원*

I. 문제의 제기

합법화된 도박은 양면적 특성을 갖고 있어 도덕적 평가는 물론이고, 정책적 평가에 있어서도 항상 논쟁의 대상이 되어왔다. 일반적으로 도박 합법화의 긍정적 측면은 직접적이고 가시적이며 명시적인 것으로, 그리고 부정적 측면은 간접적이고 비가시적이며 잠재적인 것으로 알려져 있다. 이러한 도박의 양면적 특성 때문에 카지노가 지역사회에 미치는 영향에 대한 종합적 평가는 긍정적 측면과 부정적 측면에 대한 고려가 모두 요구된다. 일반적으로 카지노는 많은 병리적 도박자들을 양산하고 있는 것으로 검증되어 왔으며, 병리적 도박과 범죄는 밀접한 관계를 갖는 것으로 주장되어 왔다. 따라서 카지노가 지역사회의 범죄에 주는 부정적 영향은 중요한 연구대상이 된다(이태원, 2004; NGISC, 1999; Meyer and Stadler, 1999).

본 연구는 강원도 정선군 폐광지역에 카지노가 설립된 이후, 그것이 지역사회의 범죄발생에 끼치는 영향을 경험적으로 검증하기 위한 것이다. 이 연구는 세 가지 점에서 중요한 의미를 갖는다. 첫째, 2000년 강원랜드 카지노의 설립 이후, 카지노가 지역사회 범죄에 어떠한 영향을 미치는지에 대한 국내 경험적 연구는 없다. 본 연구는 이 분야 최초의 경험적 연구가

* 강원대학교 사회학과 교수, 문학박사

될 것이다. 둘째, 서구에서 수행된 카지노와 범죄와의 관계에 대한 지금까지의 논의는 그 결론이 아직도 불명확하다. 본 연구는 우리사회에서 도박과 범죄의 관련성을 검증함으로써 그 관계를 명확히 하는 데 일조할 것으로 기대된다. 셋째, 지난 1990년대 이후 한국사회에서는 도박의 합법화가 급속도로 진행되고 있다.¹⁾ 그러나 도박의 합법화를 위해서는 그것이 주는 긍정적 효과와 부정적 효과에 대한 과학적이고 객관적인 검증이 요구된다. 이 연구는 합법적 도박의 가장 중요한 부정적 효과의 하나로 알려진 도박과 범죄와의 관계를 검토함으로써, 도박 합법화에 대한 정책수립에도 기여할 것이다.

이하의 내용은 다음과 같이 구성되어 있다. 먼저 합법적 도박과 범죄와의 관계를 이론적 측면에서 검토하고, 이에 대한 경험적 연구들을 소개할 것이다. 다음 본 연구에서 사용된 자료의 성격과 수집방법 그리고 분석전략을 논의 할 것이다. 마지막으로 카지노 도박과 지역사회 범죄발생과의 관계를 분석한 후, 이에 대한 논의와 결론을 제시하고자 한다.

II. 이론적 논의와 선행연구의 검토

1. 이론적 논의

범죄에 관한 기존이론들은 카지노가 지역사회 범죄에 미치는 영향에 대하여 어떤 함의를 제공해 줄 수 있을까? 일반적으로 범죄에 관한 이론들은 범죄유발요인들을 강조하는 이론들과 범죄억제요인들을 강조하는 이론들로 구분될 수 있다.²⁾ 유발요인에 초점을 맞춘 이론들의 측면에서 보면,

1) 이에 대해서는 이태원/김석준(1999), 이태원(2001, 2003)을 참조할 것.

2) 범죄에 관한 이론들이 도박과 범죄에 대한 설명에 줄 수 있는 함의에 대해서는

도박의 합법화는 범죄발생요인을 증가시킴으로써 카지노가 설치된 지역의 범죄를 증가시킨다. 반면 억제요인에 초점을 맞춘 이론들의 측면에서 보면, 도박의 합법화는 범죄에 대한 공식적 비공식적 통제를 강화시키고 범죄발생 원인을 억제함으로써 지역의 범죄를 오히려 감소시킨다고 주장한다. 이러한 상반되는 주장에 따라 도박의 합법화가 범죄를 유발시킬 수 있는 요인과 억제할 수 있는 요인들을 살펴보면 다음과 같다.

가. 도박합법화의 범죄유발요인

카지노는 직접적 그리고 간접적인 채널들을 통하여 범죄를 증가시킬 수 있다. 범죄유발요인 중 첫째는 경제개발의 부작용에 의한 것이다. 카지노는 경제발전에 해를 끼침으로서 범죄를 증가시킬 수 있다. 어떤 사람들은 성장을 가져오는 것으로 카지노를 추천한다. 그러나 이에 반대하는 사람들은 카지노가 불량고객들을 끌어 들이고 중독자를 양산하며 매춘이나 향락 산업은 물론 도박과 관련된 불법적인 행동을 발생시킨다고 주장한다. 이러한 것들이 결과적으로 카지노가 개장된 지역에 기업과 공장을 설립하기에 부적합하게 만들고, 지역주민들의 삶의 질을 악화시킴으로서 궁극적으로 지역경제발전에 해를 끼친다(Kindt, 1998; Simon, 1998).

둘째는 방문객의 증가이다. 카지노는 범죄 가능성이 더욱 높거나 혹은 범죄 피해자가 될 가능성이 높은 방문객들을 유인하기 때문에 범죄를 증가시킬 수 있다. Chesney-Lind and Lind(1986)는 관광지역이 종종 더 높은 범죄율을 보이는 한 가지 이유는 방문객들이 범죄목표가 되기 때문이라는 것이다. 그러나 국립공원에 대한 방문객이 범죄를 증가시키지는 않는다는 사실을 고려할 때 만약 카지노 방문객들이 범죄를 유도한다면, 그것은 카

Margolis(1997), Smith, Wynne, and Hartnagel(2003)와 이태원(2005b)를 참조할 것.

지노 방문객들이 국립공원 방문객들이나 혹은 다른 관광지들의 방문객들과는 특성이 다르기 때문이다. 방문객의 종류에 따른 범죄에 대한 영향력의 차이는 라스베가스, 올랜도, 그리고 브루밍턴을 비교한 연구에서 잘 증명되고 있다(Grinols and Mustard, 2004: 2). 이 연구에 따르면 카지노 방문객들은 다른 일반 관광객들과는 달리 범죄를 저지를 가능성이 높은 것으로 증명되었다. 카지노 방문객이 다른 관광객과는 상이한 고객이라는 한 가지 지표는 카지노가 개장되었을 때 생겨나는 전당포 수의 엄청난 증가이다.

셋째는 병리적 도박자의 양산이다. 범죄는 병리적 도박으로 인하여 증가할지도 모른다. 병리적 도박사들(중증 도박중독자들 혹은 강박적 도박사들로 언급됨)은 도박에 대한 충동에 지속적으로 저항하지 못한다. 따라서 개인적인 사회생활이나 직장에 대한 자신의 통제력을 상실한 병리적 도박사들은 도박으로 인하여 발생한 절망적인 재정적 상황을 타개하기 위하여 다른 사람들에게 의존하며, 도박을 위한 재정확보를 위하여 불법적인 행동들을 저지르는 것으로 검증되고 있다(NGISC, 1999: tables 4-2와 4-5; Meyer and Stadler, 1999).³⁾

3) 병리적 도박과 범죄행동 사이에 존재하는 인과관계에 대하여서는, NGISC(National Gambling Impact Study Commission, 1999)의 최종 보고서는 도박을 한 적이 없는 사람들은 오직 7%만이 투옥되었으나, 대조적으로 자신의 지난 생애 동안 언젠가 병리적 도박사인 적이 있었던 사람들의 경우 약 세배 이상(21.4%)이 투옥을 경험한 바 있다고 보고하고 있다. Blaszczynski and Silove(1996)은 도박과 관련된 범죄활동의 발생과 정도에 대한 우리의 제한된 이해 때문에, 이 문제는 우리가 생각하는 것보다 더욱 심각하다고 말하고 있다. 치료되지 않은 문제 도박사들의 사회에 대한 연중 비용(이것은 치료와 갚지 못한 채무 그리고 상실된 생산성과 같은 비용들 이외에도 경찰 사법체계 그리고 형무소 운용비용 등을 포함하고 있다)을 분석한 Politzer, Morrow, and Leavey(1981)는 “밀바닥 생활을 하는 병리적 도박사들은 그들의 도박시기 동안 1년에 사회에 대하여 61,000달러의 비용을 부담시키며, 덜 심각한 문제도박사들의 경우에는 연간 26,000달러의 사회비용을 부담시킨다고 주장하고 있다. South Carolina 문제도박사에 관한 연구에 따르면 문제 도박사 1인당 연간 사회비용에 대한 보수적인 추정치는 6,300달러이다(Thompson and Quinn, 2000). 이러한 숫자를 미국에 있는 문제도박사들의 추정된 수와 곱함으로써, 저자들은 전국적으로 연간 190억 달러의 사회비용을 계산해 내었는데, 이 숫자는 정부가 미국에 있는 도박 산업으로부터 거두어들인 전체 과세 수입을 초과하고 있다.

넷째는 범죄로 인한 이익의 증가이다. 카지노는 범죄를 위한 정보비용을 낮추고 불법적 행위의 잠재적 이익을 증가시킴으로서 범죄를 증가시킬 수 있다. 카지노는 도박사들과 돈을 끌어 들이며, 이들은 종종 범죄에 대한 피해에 취약하다. 카지노 설립 지역으로 사람과 현금의 더 높은 집중과 잠재적인 피해자들의 증가는 동기화된 범죄자들로 하여금 범죄행동을 위한 비용은 낮추고 이익은 더욱 증가시킬 수 있도록 만든다.

다섯째는 카지노로 인한 인구구성의 변화이다. 호텔과 레스토랑과 같이 도박과 관련된 산업들과 함께, 도박의 합법화는 비숙련 노동에 대한 높은 수요를 창출하는 많은 성장부문 중의 하나이다. 유흥업소 종사자의 증가와 함께 비숙련과 저임금 노동자에 대한 고용의 증가는 기본적인 노동력과 주민들의 구성을 범죄를 저지르거나 범죄행위로 인한 피해자가 될 가능성이 높게 지역사회의 인구구성을 변화시킬지 모른다(Grinols and Mustard, 2004: 2).

나. 도박합법화의 범죄억제요인

도박의 합법화가 범죄억제요인으로 작용한다는 주장의 근거는 세 가지로 정리될 수 있다. 첫째는 임금효과이다. Grogger(1997)는 임금의 증가가 범죄를 감소시킨다고 주장하였으며, 고용의 증가와 저숙련 노동자들의 임금이 범죄를 감소시키고 있다는 것을 보여 주었다. 그러므로 만약 카지노가 저숙련 노동자들에게 더 큰 노동시장 기회들을 제공한다면, 카지노는 범죄를 낮출 수 있을 것이다. Evans and Topoleski(2002)는 카지노가 아메리카 인디언 자치지역에 개장되었을 때, 고용은 상당한 정도로 증가하였으며, 범죄를 저지를 가능성이 더 큰 가난한 성인들의 비율이 14%까지 감소하였다고 주장하고 있다.

둘째는 개발효과이다. 개발이 범죄증가요인으로 작용한다는 주장과는 반대로 카지노는 개발효과를 통하여 간접적으로 범죄를 감소시킬 수 있다는 주장들 또한 존재하고 있다. 예를 들어, 미국 중서부에서는 카지노 도박을 탈 범죄화시키는 입법이 경제개발의 이론적 근거로서 논의되었다. 재개발이 일어나고, 거리에 불빛이 나타나고, 주민들의 출현이 증가하면, 한 때 범죄를 발생시켰던 마을의 버려진 지역들과 침체하고 있는 선창들은 더 이상 범죄를 발생시키지 않을 수 있다. 대표적으로 라스베이거스 주변의 거리들은 이제는 밤에도 가장 안전한 거리로 자주 언급된다(Grinols and Mustard, 2004: 1).

셋째는 공식적 범죄통제의 강화이다. 카지노가 범죄를 유발시킬 수 있다는 우려는 카지노가 설립되는 지역에 대하여 공식적 통제기구를 강화시키는 결과를 가져 왔다. 예를 들어, 미국의 미시시피 주의 의원들은 카지노로 인한 범죄의 증가를 예방하기 위하여 지역사회가 카지노로부터 받는 재정수입의 20%를 지역경찰의 예산을 증가시키는 데 사용하도록 의결하였다. 미시시피 주의 빌록시(Biloxi)에서는 1992년에 9개의 새로운 카지노가 설립되어 범죄율이 급격히 증가되었다. 그러나 도박으로 인한 지역의 재정수입이 경찰력을 세배 이상 증가시키는 데 사용되자, 이 지역의 범죄율은 다시 감소하였다(Moffett and Peck, 2001).

3. 선행연구의 검토

합법적 도박과 범죄의 관계에 관한 경험적 연구는 서로 충돌되는 세 가지 연구결과들을 생산하여 왔다. 도박의 합법화가 지역사회 범죄를 증가시킨다는 연구결과들, 도박 합법화와 지역사회 범죄는 아무런 관계가 없다는 연구들, 그리고 도박의 지역사회범죄에 대한 영향은 지역의 특성과 범죄의

성격에 따라 다르다는 복합적 연구결과들로 구분된다. 이 연구들은 대부분 새로운 도박장 설치를 전후하여 범죄통계에 유의미한 증가가 있었는지 비교하는 방법을 사용하였다.

Sternlieb and Hughes(1983)은 1978년에 아틀랜틱 시에 카지노 도박이 개설된 뒤 쓰리는 8배, 절도는 5배, 그리고 강도와 폭력은 3배 증가하였다는 것을 발견하였다. 또한 아틀랜틱 시의 범죄자료에 초점을 맞추면서, Hakim and Buck(1989)는 카지노 설립 전후 가장 큰 범죄의 증가는 폭력 범죄, 자동차 절도였으며, 증가가 가장 적었던 것은 주택침입이라고 언급하였다. 이러한 연구결과는 두 개의 콜로라도 산중 마을에서 카지노의 사회경제적 영향을 연구한 Stokowski(1996)의 경우에도 동일하였다.⁴⁾

카지노 도박의 설치와 지역범죄율 증가 사이의 인과적 연관성을 주장하고 있는 가장 최근의 연구(Grinols, Mustard, and Dilley, 1999)는 NGISC(U.S. National Gambling Impact Study Commission)의 지원을 받아 수행되었다. Grinols와 동료들(1999)은 미국 카운티들 중에서 카지노를 갖고 있는 지역과 카지노가 없는 지역에서 1977년부터 1996년까지 범죄율(FBI의 지수 I 위반들인 폭력범죄들과 재산범죄들)을 비교한 후 그리고 카지노를 갖고 있는 지역에서 카지노 개장 전과 후의 범죄율에 대한 분석을 시도한 후에, 카지노를 갖고 있는 지역들은 카지노를 갖고 있지 않은 지역에 비하여 평균적으로 8% 더 높은 범죄율을 보인다고 결론 내리고 있다. 이 보고서는 또한 범죄에 대한 카지노의 영향은 카지노 개장 후 약 3년 후부터 시작되며, 그 이후에 계속 증가한다는 것을 보여주고 있다. 필자들은 미국에 있는 모든 카운티들이 카지노를 갖게 된다면, 전국적으로 범죄와

4) Stokowski에 따르면, 1991년 카지노 도박이 합법화된 후 심각한 범죄들의 증가가 있었음을 지적하고 있다. 카지노 도박 개시 2년 후에, 전체 체포 수는 306%까지 증가하였으며, 가장 높은 성장을 보여주고 있는 체포 범죄유형은 절도, 자동차 절도, 그리고 음주운전이었다. 마약, 폭력, 무질서 행위, 위조, 그리고 사기에 대한 체포 백분율 또한 증가하였다(Stokowski, 1996: 209).

관련된 사회비용은 약 120억 달러에 이를 것으로 예측하고 있다.

특히 최근에 수행된 오스트레일리아의 범죄와 도박의 관계에 관한 연구는 연구의 포괄성과 방법론적 독창성으로 주목할만 하다(Crofts, 2002).⁵⁾ 연구의 주요발견은 다음과 같다. ① 불완전한 경찰활동과 법원의 파일들 그리고 확인된 다른 요인들 때문에, 뉴 사우스 웨일즈에서 도박과 범죄 사이의 관계는 과소 추정되고 있다. ② 일반 모집단들보다 문제도박사들에게 특별히 초점을 맞추어 볼 때, 병리적 도박행동과 범죄행위의 인과적 관계는 더욱 명백해 진다. ③ 반사회적 성격보다는 오히려 도박이 범죄행위의 주요 동기가 된다. ④ 문제도박 범죄자가 선호하는 도박의 유형은 전자도박기계, 카지노와 경마, 그리고 장내 혹은 장외 트랙이었다. ⑤ 조사대상자 대부분의 경우, 도박에 대한 접근가능성이 그들에게 도박을 소개하고 도박 습관을 유지하는 도구가 된다. ⑥ 조사대상자의 대부분은 애정결핍상태에 대처하기 위한 수단으로서 도박을 선택하였다.

카지노와 범죄의 관계는 거짓관계일지 모른다는 주장은 Albanese(1985)에 의해 본격적으로 제기되었다. 그는 1978년부터 1982년까지 아틀랜틱 시에서 보고된 지수범죄에 대한 자료 분석을 통하여 다음과 같은 3가지 사실을 발견하였다. ① 1978년에서 1982년 사이에 보고된 범죄의 수가 증가하였지만, 경찰의 수도 증가하였다. 범죄를 밝혀낼 수 있는 경찰이 더 많아졌기 때문에 보고된 범죄가 증가하였을 가능성도 더욱 높아졌다. ② 일일 평균 인구 수(주민 + 방문객)도 이 기간동안 또한 증가하였다. 이러한 증가는 위반자와 피해자가 될 사람 수를 증가시킴으로서 절대적인 범죄의 수가 계속 증가하도록 할 가능성이 높다. ③ 그 주 나머지 지역의 범죄 또한 증가하였으며, 이것은 아틀랜틱 시에서 증가된 범죄는 단순히 범죄에

5) Crofts(2002)는 도박과 관련된 재산범죄의 관련성을 포괄적으로 연구하기 위해 1995년부터 1999년까지 New South Wales의 법원기록을 조사하였다. 그는 파일 2,779개를 검토하였으며, 피상적인 공식적 범죄통계조사를 넘어 63개의 사례에 대한 깊이 있는 탐색을 하고 있다.

있어 일반적인 증가를 반영할 가능성이 있다.⁶⁾

Ochrym(1990)은 뉴저지에서 5개의 도시에 대한 범죄율을 비교하는 연구를 수행하였다. 그는 관광지는 일반적으로 비관광지보다 높은 범죄율을 가지고 있으며, 관광이 카지노 방문을 목표로 한 것이건 혹은 다른 유형의 관광목적과 관계가 있는 것이건 문제가 되지 않는다고 결론 내렸다.⁷⁾ Giacopassi and Stitt(1993)은 미시시피 주의 작은 도시인 빌록시(Biloxi)에서 카지노가 합법화되기 1년 전과 1년 후 보고된 범죄의 변화를 비교하였다. 그들은 도박의 합법화가 어떤 폭력적 지수범죄도 유의미할 정도로 증가시키지는 않지만, 절도와 자동차 절도는 유의미한 정도로 증가하였다는 것을 발견하였다. 다른 위반들(지수범죄가 아닌)이 분석되었을 때, 카지노 게임이 합법화된 후 어떤 범죄도 유의미할 정도로 증가하지는 않았다. Chang(1996)은 카지노 영업 2년 후에 빌록시의 범죄율을 연구하였으며, Giacopassi and Stitt(1993)연구와 비슷한 결론에 도달하였다. 미국 게임 협회(American Gaming Association)의 재정적 지원을 받은 연구에서, Margolis(1997)는 미국에 있는 합법화된 카지노 도박이 노상범죄와 관련이 있는지 그리고 조직범죄가 카지노 운영에 어느 정도까지 개입하고 있는지

6) Miller and Schwartz(1998)에 의한 최근의 논문은 노상범죄, 관광, 그리고 카지노 도박에 관한 문헌들을 검토하고 있다. 그들 연구의 분석은 관광은 더 높은 비율의 범죄와 관련을 갖고 있지만, 이러한 점에서 카지노가 다른 매력 있는 관광들과 다르다는 명백한 증거는 존재하지 않는다고 결론내리고 있다. Miller and Schwartz(1998)는 또한 많은 관광객들을 끌어 들이는 지역사회들에서 관광이 수행하는 역할을 범죄학자들이 무시하는 것은 상식과 많은 연구들을 모욕하는 것이며, 범죄학적 분석을 매우 대중적인 언론들의 술책에 굴복시키는 것이라고 언급한다.

7) 도박장 설치 제안자들은 카지노가 위치한 지역의 높은 범죄율은 방문객의 대거 유입이 그 원인이라고 주로 주장하고 있다. 즉 아틀란틱 시에서 카지노가 개장된 직후 범죄는 상당히 증가하였다. 그러나 디즈니 월드가 개장된 후 올란드에서도 범죄가 증가하였으며, 그들은 이것을 '디즈니 월드 테제'라고 불렀다. 관광객들은 잠재적인 피해자인 동시에 범죄자이기 때문에 어떤 지역으로 더 많은 관광객이 온다는 것은 범죄율을 증가시킬 가능성이 높다. 그리고 범죄율은 주민들의 모집단을 기초로 한다. 관광객의 수와 그들의 방문 이유에 대한 공식적인 통계는 좀처럼 파악될 수 없기 때문에, 주민과 방문객에 관한 범죄율에 관한 자료는 이용가능하지 않다(Smith et al. 2003: 25).

알기 위한 연구를 수행하였다. Margolis의 연구결과도 도박과 범죄는 관계가 없다는 것이었다.

복합적인 결과를 보여주는 연구들도 있다. 새로운 카지노 설립지역에서 범죄에 대한 카지노의 효과와 주민의 삶의 질을 연구하기 위하여 미국 국가사법연구소(National Institute of Justice)의 재정지원에 의하여 이루어진 논문들이 그것들이다(Stitt, Nichols, and Giacomassi, 1999, 2000). 이 연구를 위한 자료들은 1990년대 이후 적어도 4년 동안 카지노를 운영해 온 미국 내 7개의 지역으로부터 수집된 것이다. 카지노의 범죄에 대한 영향을 조사하는 것 이외에도, 저자들은 자살과 이혼발생, 문제도박에 대한 인식, 파산, 그리고 지역사회 만족도와 같은 사회-경제적 지표들에 관한 카지노의 영향을 조사하였다. 7개 지역에서 범죄율에 대한 카지노 효과를 조사한 것을 볼 때, 결과는 복합적이었다. 카지노 설립 전과 후를 비교한 결과, 범죄율과 범죄의 빈도는 3개 지역사회에서 유의미하게 증가하였으며, 다른 3개의 지역에서는 유의미한 감소를 보였다. 나머지 한 지역에서는 아무런 변화를 보이지 않았다. 모든 연구에서 증가를 보여준 두 범주의 범죄는 주거침입과 마약사범이다. 이러한 복합적인 관계를 보여주는 연구결과는 인디애나 주의 2개 지역에 대한 선상도박과 지역사회 범죄와의 관계를 연구한 Wilson(2001)에게서도 동일하게 나타나고 있다.

Ⅲ. 자료의 성격과 분석전략

1. 자 료

강원랜드 스몰 카지노는 2000년 10월에 설립되었으며, 2003년 3월에는

메인 카지노가 개장되었다. 따라서 본 연구에서 사용된 자료는 카지노가 설립되기 4년 전인 97년부터 설립 4년 후인 2004년까지 총 8년간 강원경찰청과 정선경찰서에서 집계한 정선군 지역의 공식적 범죄통계이다.⁸⁾ 주지하고 있는 것과 같이 경찰의 범죄통계는 2003년을 전후하여 통계방법의 전환을 겪는다. 2002년까지는 소위 ‘202통계’ 방법을 사용하다가, 2003년부터는 모든 범죄통계를 전산화함으로서 CIMS (Crime Information Management System)에 의한 통계를 이용한다.⁹⁾ 따라서 본 연구에서도 2002년까지는 ‘202통계’를 그리고 2003년부터는 CIMS에 의한 통계자료를 사용하고 있다.

범죄종류별 통계를 내기 위해, 경찰에서는 범죄를 여러 기준에 따라 분류하고 있다. 범죄의 심각성과 발생빈도에 따라 5대 범죄와 9대 범죄로 구분하기도 하고, 범죄의 방법에 따라 수범범죄를 구분하기도 한다.¹⁰⁾ 그러나 이러한 분류들은 모든 형사범죄 중 관점에 따라 특정 부류의 범죄들을 선택한 것에 지나지 않는다. 사실 범죄에 관한 우리나라 경찰통계를 작성하기 시작한 이후(83년 ‘202통계’ 이후), 범죄에 관한 분류는 3단계로 나뉘

8) 본 연구에서 사용된 범죄통계에 관한 자료의 수집에 적극 협조해준 강원경찰청과 정선경찰서에 감사의 뜻을 전한다.

9) 우리나라의 범죄통계는 1983년부터 ‘202통계’(202란 의미는 내무부 훈령 202호에 의하여 경찰에서 공식적 통계를 작성하였다는 의미에서 유래됨)를 공식 집계하여 관리해오고 있었으나, 이 방법이 수작업에 따른 부정확성과 신중범죄 및 범죄유형변화에 부응하지 못한다는 지적과 함께 1999년부터는 컴스텟 제도를 도입했다. 202통계는 범죄발생통계원부를 보고 사람이 일일이 손으로 적는 것이었다. 그렇기 때문에 오차가 심했고 범죄통계의 정확성도 없었다. 컴스텟 제도는 범죄발생을 실시간으로 파악할 수 있는 장을 열었다는 평가는 받았지만 운영을 위해 수집된 범죄통계와 기존의 202통계와의 오차문제 및 통계자료가 이중으로 관리 되면서 여러 가지 문제점이 도출 되었다. 범죄통계의 현실화 및 정확성에 대한 요구로 2002년 이를 통합하기 위한 방안이 모색되어 2003년 CIMS의 개발로 범죄통계의 전환점을 맞이하게 된다. CIMS가 202통계의 문제를 획기적으로 개선하였다는 점에서는 많은 발전이 있었다. 그러나 기존의 공식적 범죄통계가 갖고 있는 문제들은 아직도 상존하고 있으며, 특히 통계 입력자들의 훈련 경험 부족으로 아직도 보완해야 할 점이 많은 것으로 지적되고 있다.

10) 5대 범죄에는 살인, 강도, 강간, 절도, 그리고 폭력이, 9대범죄에는 5대 범죄에 마약, 약취, 유인, 그리고 도박이 추가된다. 수범범죄에는 5대 범죄에 사기, 공갈, 위변조, 그리고 방화가 포함된다. 그 이외에 범죄통계에 대한 좀더 구체적인 내용에 대해서는 김준호 외(1991)을 참조할 것.

어져 있다. 먼저 대분류에는 강력범, 절도범, 폭력범, 지능범, 풍속범, 기타형법범, 그리고 특별법범 7가지가 있으며, 대분류는 다시 중분류로 구분된다. 예를 들어 강력범에는 살인, 강도, 강간, 그리고 방화 4종류의 범죄가 속해 있으며, 절도에는 절도범 한 가지만이 중분류에 속해 있다. 그리고 폭력범에는 8가지가, 지능범에는 9가지가, 풍속범에는 2가지가, 기타형법범과 특별법범은 그 자체 하나만이 속해 있다. 소분류는 중분류를 범죄특성에 따라 종류별로 다시 더 세분한 것이다.¹¹⁾ 카지노가 지역사회의 범죄에 미치는 영향을 검증하기 위한 본 연구에서는 대분류와 중분류를 주로 사용할 것이다.¹²⁾ 그러나 중분류도 범죄종류에 따라 그 분류항목이 너무 많은 것이 있고, 발생빈도가 전혀 없는 것들이 많기 때문에 필요에 따라 재분류되었다.

2. 분석전략

강원도의 행정구역에 따르면 카지노가 입지한 사북읍과 고한읍은 정선군에 속해 있으며, 정선군의 범죄통계는 정선경찰서에서 집계하여 강원경찰청으로 보고되고 있다. 따라서 카지노로 인한 범죄의 영향을 직접 받을 것으로 판단되는 사북읍과 고한읍의 범죄통계를 직접 확보하는 것은 어렵다. 두 지역의 치안을 담당하고 있는 지구대에서는 범죄통계를 작성하지

11) 소분류는 중분류보다 더욱 자세히 세분되어 있다. 예를 들어 기타형법범과 특별법범의 경우 대분류와 중분류는 모두 하나의 범주로 이루어져 있는 데 비하여, 소분류는 대단히 세분되어 있다. 기타 형법범은 장물에 관한 죄와 내란의 죄 등 33개의 소분류가 있으며, 특별법범에는 도로교통법과 교통사고처리특례법 등 212개의 소분류가 있다.

12) 본 논문의 앞서 논의에서 밝힌 바와 같이 카지노로 인한 범죄의 경우 대인범죄보다는 재산범죄가, 그리고 심각성이 높은 범죄보다는 낮은 범죄가 많아 저질러지고 있는 것으로 나타났다. 따라서 중분류에서는 발생빈도가 너무 낮아 유의미하지 않은 경우 대분류를 사용하였다. 또한 카지노와 관련된 특수한 종류의 범죄들일 경우 많은 범죄가 특별법범에 분류되어 있어, 그 구체적인 내용을 알 필요가 있을 경우 중분류에 대한 검증도 시행하였다.

않기 때문이다. 본 연구에서는 1997년부터 2004년까지 정선군 전 지역에 대한 범죄통계를 통하여, 같은 기간동안 사북읍과 고한읍의 범죄증감을 추정할 수밖에 없다. 추정의 정확성을 위하여 본 연구에서는 다음과 같은 분석전략을 사용하였다.

첫째, 97년부터 2004년까지 정선군의 범죄종류별 발생빈도의 통계자료를 수집하고, 97년을 기준년도로 하여 범죄빈도의 연도별 증감률을 분석한다. 그리고 카지노가 설립되기 4년 전인 97년부터 설립 4년 후인 2004년까지 범죄의 종류에 따라 월별 발생빈도와 평균발생빈도를 확인한다. 그 다음 카지노 설립 전후에 범죄발생빈도에 있어 유의미한 차이가 있는지 검증하기 위해 범죄종류별 월별 평균발생빈도에 대한 대응표본 t-검증(a Paired-Samples T-Test)을 실시한다.

둘째, 특정지역의 범죄발생건수는 지역 내 상주 인구수의 변화와 인구구성의 변화 그리고 관광객 수의 변화와 함수관계에 있다. 그러므로 범죄발생빈도보다는 상주인구와 관광객의 증감을 고려한 범죄발생률이 지역사회 범죄의 증감에 대한 올바른 분석이다(Albanese, 1985; Chesney-Lind and Lind, 1986; Chang, 1996; Margolis, 1997; Miller and Schwartz, 1998). 본 연구에서도 카지노 설립 전후 범죄발생빈도의 단순비교에 더하여, 같은 기간동안 범죄종류별 연도별 발생률을 계산해 내고 발생률 증감도 분석할 것이다. 이를 위하여 먼저 97년부터 2004년까지 정선지역의 상주인구수와 일일평균 관광객 수를 계산하여 상주인구총수를 계산한다. 그 다음 카지노 설립 전후 범죄종류에 따라 발생률에 유의미한 차이가 있는지 알아보기 위해, 범죄종류별로 카지노 설립 4년 전후에 대한 월별 평균범죄율에 차이가 있는지를 t-검증(a Paired-Samples T-Test)을 통하여 알아 볼 것이다.

셋째, 앞서의 언급에서와 같이 카지노가 입지하고 있는 사북·고한지역만의 범죄통계를 수집하는 것은 불가능하였다. 따라서 본 연구에서는 행정

구역상 이 지역이 속해 있는 정선군 경찰서의 범죄통계를 이용하여 사북 · 고한지역의 범죄증가를 정선군의 다른 지역과 비교하여 추론할 수밖에 없다. 이러한 한계를 보완하기 위하여 본 연구에서는 또 하나의 분석전략을 사용한다. CIMS에 입력된 2004년 정선군 지역에서 발생한 모든 범죄에 대한 원자료로부터 발생한 범죄 하나하나에 대하여 하위 행정구역에 따른 발생지역과 범죄종류를 확인한 후 부호화하여 통계분석을 시도 할 것이다. 비록 2004년에 국한된 것이기는 하지만 이를 통하여 사북 · 고한지역과 정선군내 타 지역의 범죄발생빈도와 범죄율에 대한 비교가 가능할 것이다.¹³⁾

IV. 분석결과

1. 카지노 설립 전후 범죄발생 빈도의 차이

본 연구의 대상이 된 1997년부터 2004년까지 총 8년 동안 범죄종류별 발생빈도를 제시한 것이 아래의 <표 1>이다.¹⁴⁾

13) 2004년 통계에만 의존하여 사북 · 고한지역과 타 지역간 범죄율의 차이가 카지노 존재유무에 의한 차이에서 기인한다고 단정하는 것은 문제가 될 수 있다. 올바른 비교를 위해서는 카지노설립 전 두 지역간의 범죄율 차이와 현재의 범죄율 차이를 비교해야만 할 것이다. 그러나 현 자료에서는 2004년 통계에 대한 접근만이 가능하며, 두 지역간의 범죄율 차이가 카지노 존재 유무의 차이에서 기인할 것이라고 추론할 수 있는 정도이다.

14) 자살의 경우는 경찰의 범죄통계에서 변사로 처리되어 있다. 정선경찰서의 CIMS를 통해 변사 내용 중 자살에 해당되는 것을 발췌하여 통계를 내어보면 다음과 같다. 아래의 표에 의하면, 카지노 설립 이후 자살건수에는 큰 변화가 없다가 2004년도에 와서 갑자기 증가한 것을 알 수 있다. 그 이유에 대해서는 추가적인 연구와 설명이 요구된다.

<정선군 지역 연도별 자살빈도 >

()는 비율

연 도	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	계
빈 도	7(13.2)	6(11.3)	4(7.5)	6(11.3)	2(3.8)	5(9.4)	4(7.5)	19(35.8)	53(100.0)

<표 1> 1997-2004년 정선지역의 범죄발생빈도(%)

범죄종류		연 도	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	비*
강 력 범	살 인		0	0	1	0	2	0	1	0	0.62
	강 도		0	2	2	2	1	1	2	1	
	강 간		6	6	11	11	3	4	2	9	
	방 화		1	4	4	2	3	2	1	3	
	소 계		7	12	18	16	9	7	6	11	
	증가률(%)**		100.0	171.4	257.1	228.6	128.6	100	85.7	157.1	
절 도	절도범		35	31	47	110	124	54	96	105	1.70
	증가률(%)		100.0	88.6	134.3	314.3	354.3	154.3	274.3	300.0	
폭 력 범	공갈·손괴		22	27	17	16	26	22	39	22	1.18
	상해·폭행·폭력		169	200	219	271	302	213	263	203	
	협박·약취유인 체포 감금		0	0	1	0	2	13	1	4	
	소 계		191	227	237	287	330	248	303	229	
	증가률(%)		100.0	118.8	124.1	150.3	172.8	129.9	158.6	119.9	
지 능 범	사 기		145	197	143	155	227	214	302	406	1.84
	횡 령		11	15	12	15	32	9	22	56	
	배임·직무유기·직 권남용·증수뢰		3	7	7	9	8	4	6	11	
	통화, 유가증권인지		0	0	0	0	0	0	0	8	
	문서, 인장		0	3	0	0	0	0	0	22	
	소 계		159	222	162	179	267	227	330	503	
	증가률(%)		100.0	139.6	101.9	112.6	167.9	142.8	207.5	316.4	
풍 속 범	풍 속		0	6	0	0	44	0	0	5	2.03
	도 박		8	9	13	35	41	31	17	6	
	소 계		8	15	13	35	85	31	17	11	
	증가률(%)		100.0	187.5	162.5	437.5	1062.5	387.5	175	137.5	
기타 형범	기타형범		80	74	109	89	115	103	128	63	1.16
	증가률(%)		100.0	92.5	136.3	111.3	143.8	824.0	160	78.6	
특별 범	특별범		970	1,047	1,116	1,142	1,097	1,395	1,283	1,099	1.14
	증가률(%)		100.0	107.9	115.0	117.7	113.1	143.8	132.3	113.3	
총 범죄	총범죄		1,439	1,621	1,694	1,849	2,014	2,054	2,144	1,912	1.23
	증가률(%)		100.0	112.6	117.7	128.5	140.0	142.7	149.0	132.9	

* 비는 카지노 설립 전 4년간의 평균 범죄발생빈도에 대한 설립 후 4년간의 평균범죄발생빈도의 비를 의미함.

** 증가율은 1997년을 기준으로 한 것임.

<표 1>에 의하여, 정선군 지역의 범죄종류별 발생빈도와 97년을 기준년

도로 한 증가율을 살펴보면 다음과 같다. 강력범죄의 경우 전체적으로 발생빈도가 낮을 뿐만 아니라, 8년간의 전체발생빈도에서 카지노가 설립된 2001년 이후의 발생빈도가 차지하는 백분율은 32.5%로 2000년 이전(67.5%)보다 낮은 것을 알 수 있다. 8년 동안 강력범죄에 속하는 범죄들(총 86건) 중에서 강간이 52건으로 가장 빈도가 높다. 그러나 이 경우도 2001년 이후에는 18건에 불과해 8년간 발생한 전체강간의 36.5%에 불과하였다.

반면 절도범죄의 경우는 2001년 이후 발생빈도가 가파르게 증가하였음을 알 수 있다. 97년부터 2004년까지 전체절도발생건수 602건 중 2001년 이후 발생빈도가 63.0%를 차지한다. 폭력범죄의 경우는 약간의 증가경향을 보이고 있다. 8년간 폭력범죄 전체 발생건수인 1,965건 중 2001년 이후 4년간 발생건수가 차지하는 백분율은 54.2%였다. 폭력범죄 중 가장 높은 비율을 차지하는 것은 상해·폭행·폭력으로 전체 폭력범죄 중 93.6%를 차지하고 있다. 상해·폭행·폭력 범죄의 경우 2001년부터 2004년까지 4년간 발생비율은 53.3%로 역시 카지노 설립이후 약간 증가하였다.

지능범죄의 경우 연구대상 기간인 8년간 총 발생빈도는 2,049건이었으며, 이 중 카지노 설립이후 4년간 발생건수가 전체 발생빈도에서 차지하는 백분율은 64.7%에 달하였다. 지능범죄 증가율에서도 알 수 있는 것과 같이 97년을 기준으로 하였을 때, 2004년에는 지능범죄가 3배 이상 증가하였음을 알 수 있다. 범죄종류별로 보면 지능범죄 중 사기가 가장 높은 백분율(87.3%)을 차지하고 있다. 카지노 설립 전후를 비교하여 볼 때, 사기범죄의 경우 설립 후 4년간 발생빈도가 전체발생빈도에서 차지하는 비율은 64.2%로, 지능범죄의 증가와 비슷한 양상을 보이고 있다.

풍속범죄의 경우 연구대상 기간 8년 중 카지노 설립 이후 4년간 발생빈도가 차지하는 백분율은 61.1%로 역시 상당히 증가하였음을 알 수 있다. 기타형법범의 경우를 보면, 설립 4년 후 기간의 발생빈도가 전체빈도의

53.4%를 차지하여 약간의 증가를 보이고 있다. 마지막으로 특별법범의 경우는 전체 8년 중 설립 후 4년간의 발생빈도가 차지하는 백분율은 53.2%로 약간의 증가를 보이고 있다.¹⁵⁾

총 범죄의 증가율을 97년을 기준년도로 계산해 보면, 2004년까지 해마다 약간씩의 증가를 보이고 있으며, 2004년은 140%의 증가율을 보이고 있다. 그리고 97년부터 2004년까지 8년간 발생한 총범죄의 발생빈도는 14,727건이었다. 이중 카지노가 설립된 2001년 이후 4년간 발생한 범죄의 빈도가 전체 8년간의 발생빈도에서 차지하는 백분율은 55.5%로 약간의 증가를 보였음을 알 수 있다. 범죄종류별로 보면 설립 후 가장 많은 증가를 보인 범죄는 지능범(64.7%)이었으며, 그 다음은 절도(63.0%), 풍속범(61.1), 폭력범(54.2%), 그리고 기타형법범(53.4%)과 특별법범(53.2)의 순서이었다.

이러한 경향은 범죄종류에 따른 카지노 설립 전후 4년간의 평균범죄발생빈도에 대한 비에서도 동일한 결과를 보이고 있다. 즉 풍속범의 평균발생빈도의 비가 2.03으로 약 2배 이상 증가하였으며, 그 다음이 지능범으로 2.84배 증가하였고, 절도는 1.7배 증가하였다. 가장 낮은 것은 강력범죄로 카지노 설립 전보다 설립 후에 약 38%의 감소를 보이고 있음을 알 수 있다. 마지막으로 카지노 설립 전후 총 범죄의 평균발생빈도의 비를 보면 카지노 설립 전에 비하여 후에 23% 증가한 것으로 나타났다.

정선군 지역에 카지노가 설립되기 전과 후를 비교할 때, 범죄발생빈도에 있어 유의미한 변화가 있었는지 알기위한 분석이 <표 2>이다. <표 2>는 97년부터 2000년까지 설립 전 4년과 2001년부터 2004년까지 설립 후 4년의 범죄종류별 월별 평균발생빈도를 계산하여, 대응표본 t-검증(a

15) 정선경찰서 수사과에 근무하는 형사들을 면접한 결과에 따르면 자신들이 판단하기에 카지노 설립 전과 후를 비교할 때, 설립 후에 전체적으로 범죄가 월등히 증가한 것으로 판단되지는 않는다고 응답하였다. 그러나 범죄종류에 따라서는 카지노 설립 후 뚜렷이 증가한 것들이 있는데, 대표적인 것이 특별법범 중 '여신전문금융업법위반'과 기타형법범 중 '권리행사를 방해하는죄'라고 응답하였다(연구자의 인터뷰 결과).

Paired Samples T-Test)을 실시한 결과이다.

<표 2> 카지노 설립 전 후 정선지역 범죄종류별 월 평균발생빈도의 차이

구 분	범죄종류	Mean (before)	Mean (after)	t-value
강력범	살 인	0.02	0.06	-1.00
	강 도	0.13	0.10	.25
	강 간	0.71	0.38	1.85
	방 화	0.23	0.19	.34
	전 체	1.08	0.73	1.40
절도범	절 도	4.65	7.90	-4.77**
폭력범	공갈, 손괴	1.02	1.17	-.56
	상해, 폭행, 폭력	17.90	20.44	-2.31*
	협박, 약취유인, 체포감금	0.02	0.42	-1.49
	전 체	18.94	22.02	-3.14**
지능범	사 기	13.33	23.94	-12.37***
	횡 령	1.10	2.48	-5.18***
	배임, 직무유기, 직권남용, 중수뢰	0.54	0.60	-.43
	통화, 유가증권, 인지위조	0.00	0.17	-3.55**
	문서, 인장 위조	0.06	0.46	-2.50*
	전 체	15.04	27.65	-13.20***
풍속범	풍 속	0.13	1.02	-5.77***
	도 박	1.35	1.98	-3.01*
	전 체	1.48	3.00	-4.64**
특별범범	특별범범	89.06	101.54	-1.77
기타형범범	기타형범범	7.33	8.52	-1.03
전체범죄		137.58	171.35	-4.36

*= p<.05, **= p<.01, ***= p<.001

<표 2>를 보면, 강력범죄의 경우는 전체뿐만 아니라 중분류에 의한 범죄종류별로도 카지노 설립을 전후하여 발생빈도에 있어 유의미한 차이가 없는 것으로 분석되었다. 절도범죄의 경우는 유의미한 차이(t= -4.77**)를 보였을 뿐만 아니라 카지노 설립 후 범죄가 증가한 것으로 나타났다. 폭력범죄의 경우는 카지노 설립 전후범죄 전체적으로 유의미한 차이를 보였으

며($t = -3.14^{**}$), 상해·폭행·폭력 범죄에서도 설립 후 유의미한 차이를 보였다. 그리고 절도와 폭력 두 범주 모두에서 카지노 설립 이후 범죄발생 빈도가 증가한 것(t -값의 부호가 모두 ‘-’임)으로 나타났다.

지능범죄의 경우 전체적으로도 유의미한 차이($t = -13.20^{**}$)를 보였으며, 사기와 횡령 그리고 통화 및 유가증권위조에서도 유의미한 차이를 보였다. 또한 지능범죄는 물론 그 하위 영역의 범죄들도 카지노 설립 전보다 후에 모두 유의미하게 증가한 것(t -값의 부호가 모두 ‘-’임)으로 분석되었다. 풍속범죄의 경우를 보면, 전체적($t = -4.64^{**}$)으로나 하위영역에서나 모두 유의미한 차이를 보였으며, 카지노 설립 이후 모두 유의미하게 증가한 것으로 분석되었다. 그러나 특별법범과 기타형법범죄는 모두 설립전과 후에 범죄발생의 유의미한 차이를 보이지 않았으며, 총범죄도 유의미한 차이를 보이지 않았다.

2. 카지노 설립 전후 범죄발생율의 차이

<표 3> 정선지역 상주인구 수 및 관광객 수

단위=명

연 도	지역상주인구수(A)	연관광객수	일일평균 관광객수(B)	상주인구총수(A+B)
1997년	54,714	1,242,522	3,404	58,118
1998년	53,899	994,323	2,724	56,623
1999년	51,768	1,138,248	3,118	54,886
2000년	50,631	1,618,713	4,435	55,066
2001년	49,111	2,939,971	8,055	57,166
2002년	51,299	1,778,501	4,873	56,172
2003년	46,362	2,294,354	6,286	52,648
2004년	45,633	3,156,907	8,649	54,282

범죄발생 빈도에 대한 분석만으로는 카지노 설립이 지역사회 범죄에 끼치는 영향을 온전히 규명할 수 없다. 인구수 변화와 관광객 수의 변화는

범죄발생 빈도에 있어 변화를 가져오기 때문이다. 따라서 상주인구 수와 관광객 수를 고려한 범죄율 변화를 고찰할 필요가 있다. <표 3>은 연구대상 기간동안 정선군지역의 상주인구와 관광객 수의 변화를 제시하고 있다.

<표 3>에 따르면, 연구대상 기간인 1997년부터 2004년까지 8년 동안 지역 상주인구 수와 관광객 수에 있어 급격한 변화가 일어났음을 알 수 있다. 지역 상주인구 수의 경우, 2002년 갑작스러운 증가를 제외하고는 지속적으로 감소하여 2004년에는 1997년에 비하여 약 9,000명 정도 감소하였다. 반면 관광객 수는 지속적으로 증가하여, 2004년에는 1997년의 약 2.5배 증가하였다. 지역 상주인구 수와 일일평균 관광객 수를 더한 상주인구총수¹⁶⁾를 보면 지역인구의 감소와 관광객 수의 증가로 서로 상쇄되기는 하였지만, 결국 97년에 비하여 2004년에는 상주인구총수가 약 4,000명 정도 감소하였음을 알 수 있다.

<표 4>는 연구대상 기간동안 정선군지역의 범죄종류별 연도별 인구 100,000명 당 발생률을 계산한 것이다. 범죄종류별로 보면, 강력범죄의 경우 카지노 설립 전인 97년부터 2000년까지의 발생율과 비교하여 설립 후인 2001년부터 2004년까지 발생률이 오히려 더 감소한 것으로 나타났다. 기타 형법범과 특별법범의 경우 카지노 설립 전보다 설립 후에 발생률이 전체적으로 증가한 것처럼 보이지만, 연도에 따른 증가와 감소가 일관성을 보이지 않고 파동적이어서, 카지노 설립 후 두 범죄의 발생률이 증가하였다고 단정하기 어렵다. 이러한 형태는 풍속범에서도 동일하다. 그러나 카지노 설립 전 4년의 범죄율 평균에 대한 설립 후 4년간의 범죄율 평균의 비를 보

16) 상주인구수는 범죄율 계산의 기준이 된다. 문제가 되는 것은 상주인구수를 어떻게 산출하는가이다. 특히 관광객들이 많아서 인구가동률이 높은 경우 지역의 범죄율의 계산에 신중해야 한다. 본 연구에서는 상주인구총수와 범죄율을 다음과 같이 계산하였다. 상주인구개념에 대한 구체적인 논의에 관해서는 진수명(1998)을 참조할 것.

상주인구총수 = 지역상주인구수 + 일일평균관광객수.

범죄율 = [범죄발생건수/상주인구총수] * 100,000

면 설립 후에 강력범은 40% 정도 감소하였지만, 기타형법범과 특별법범은 모두 20%씩 증가하였으며, 풍속범은 100% 증가하였음을 알 수 있다.

<표 4> 정선지역 종류별 연도별 범죄발생율

범죄종류		연 도	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	비*
강 령 범	살 인		0.0	0.0	1.8	0.0	3.5	0.0	1.9	0.0	3
	강 도		0.0	3.5	3.6	3.6	1.8	1.8	3.8	1.8	0.9
	강 간		10.3	10.6	20.0	20.0	5.3	7.1	3.8	16.6	0.5
	방 화		1.7	7.1	7.3	3.6	5.3	3.6	1.9	5.5	0.8
	전 체		12.0 (100.0)	21.2 (176.0)	32.8 (272.4)	29.1 (241.4)	15.7 (130.7)	12.5 (103.5)	11.4 (94.7)	20.3 (168.3)	0.6
절 도	절도범		60.2 (100.0)	54.8 (90.9)	85.6 (142.2)	199.8 (331.7)	216.9 (360.2)	96.1 (159.6)	182.3 (302.8)	193.4 (321.2)	1.7
폭 령 범	공갈·손괴		37.9	47.7	31.7	29.1	45.5	39.2	74.1	40.5	1.4
	상해·폭행·폭력 협박,약취유인,체포 감금		290.8	353.2	399.0	492.1	528.3	379.2	499.5	374.0	1.2
	전 체		156.6 (100.0)	400.9 (256.0)	431.8 (275.8)	521.2 (327.1)	577.3 (368.7)	441.5 (282.0)	575.5 (367.6)	421.9 (269.4)	1.3
	전 체		156.6 (100.0)	400.9 (256.0)	431.8 (275.8)	521.2 (327.1)	577.3 (368.7)	441.5 (282.0)	575.5 (367.6)	421.9 (269.4)	1.3
지 능 범	사 기		249.5	347.9	260.5	281.5	397.1	381.0	573.6	748.0	1.8
	횡 령		18.9	26.5	21.9	27.2	56.0	16.0	41.8	103.2	2.3
	배임, 직무유기, 직권 남용, 중수뢰		5.2	12.4	12.8	16.3	14.0	7.1	11.4	20.3	1.1
	통화, 유가증 인지		0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	14.7	3.7
	문서, 인장		0.0	5.3	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	40.5	7.9
	전 체		273.6 (100.0)	392.1 (143.3)	295.2 (107.9)	325.1 (118.8)	467.1 (170.7)	404.1 (147.7)	626.8 (229.1)	926.6 (338.7)	1.9
풍 속 범	풍 속		0.0	10.6	0.0	0.0	77.0	0.0	0.0	9.2	8.1
	도 박		13.8	15.8	23.7	63.6	71.7	55.2	32.3	11.1	1.5
	전 체		13.8 (100.0)	26.5 (192.4)	23.7 (172.0)	63.6 (461.6)	148.7 (1079.8)	55.2 (400.8)	32.3 (234.5)	20.3 (147.1)	2.0
기타 형법범	기타형법범		137.7 (100.0)	130.7 (94.9)	198.6 (144.3)	161.6 (117.4)	201.2 (146.1)	183.4 (133.2)	243.1 (176.6)	116.1 (84.3)	1.2
특별 법범	특별법범		1,699.0 (100.0)	1,849.1 (108.8)	2,033.3 (119.7)	2,073.9 (122.1)	1,919.0 (112.9)	2,483.4 (146.2)	2,436.9 (143.4)	2,024.6 (119.2)	1.2
총범죄	총범죄		2,476.0 (100.0)	2,862.8 (115.6)	3,086.4 (124.7)	3,357.8 (135.6)	3,523.1 (142.8)	3,656.6 (147.7)	4,072.3 (164.5)	3,522.4 (142.3)	1.3

* 비는 카지노 설립 전 4년의 범죄율 평균에 대한 설립 후 4년간의 범죄율 평균의 비를 의미함.

** 범죄율= [범죄발생건수/상주인구총수] * 100,000

*** ()안의 수는 97년의 범죄율을 100으로 하였을 경우 각 연도의 증감율을 의미함.

절도, 폭력, 그리고 지능범의 발생률을 보면, 비록 완전하지는 않지만 다른 범죄들에 비하여 좀 더 안정적이고 일관성 있는 증가형태를 보이고 있다. 카지노 설립 4년 전의 연평균 범죄발생률과 설립 4년 후 동안의 연평균 발생률의 비를 보면, 설립 후에 절도는 70% 폭력은 30% 그리고 지능범은 90% 증가하였음을 알 수 있다. 마지막으로 총 범죄의 경우 카지노 설립 전 4년 동안의 연평균 발생률에 대한 설립 후 4년 동안의 연평균 발생률의 비를 보면 설립 후에 총범죄가 30% 정도 증가하였음을 알 수 있다.¹⁷⁾

요컨대, 정선지역에 카지노가 설치된 후 범죄율의 증가는 종류에 따라 증가하였거나 혹은 차이가 명확하지 않은 것으로 나타났다. 강력범은 감소하였으며, 기타형법범과 특별법범의 경우는 카지노 설립이후 약간의 범죄율 증가를 나타내고 있다. 절도범, 폭력범, 풍속범, 그리고 지능범의 경우는 카지노가 설립되기 4년 전인 1997년부터 카지노 설립 후 4년이 지난 2004년까지 꾸준한 범죄율의 증가를 보이고 있다. 또한 총 범죄율의 경우도 비록 완만하기는 하지만 카지노 설립이후 지속적인 증가를 보여, 카지노 설립 전보다 설립 후에 30% 증가하였음을 알 수 있다.

주목해야 할 사실은 앞서 언급한 인구수의 변동과 범죄율의 변동과의 관계이다. 정선지역의 경우 97년부터 상주인구의 지속적인 감소와 관광객수의 꾸준한 증가가 있었으며, 전체적으로 볼 때 상주인구총수는 감소하였다. 이러한 사실을 고려할 때, 지역에 상주하는 주민들이 지각하는 범죄발생률은 실제 증가율보다 훨씬 더 높을 것이다(이태원, 2005b).

앞에서는 카지노 설립 전후에 정선지역의 범죄율이 범죄종류에 따라 증가하였는지 아니면 감소하였는지 알아보기 위하여 연도별 그리고 범죄종류별 증가율을 살펴보았다. 그러나 범죄 종류에 따라 연도별 발생률은 선

17) 이러한 결과는 카지노 설립 후에도 증가를 보이지 않는 강력범과 기타형법범, 그리고 특별법범죄가 포함되어 있기 때문이다. 더욱이 특별법범(대부분이 교통법규 위반임)의 경우 전체범죄에서 차지하는 비율이 다른 어떤 범죄보다도 높다.

형적 형태를 보이지 않았다. 또한 공식적 통계는 범죄발생률의 일부만을 반영하기 때문에, 연도별 범죄발생률만의 차이로 카지노 설립 전보다 설립 후에 범죄가 증가하였다고 결론내릴 수 없다. 따라서 이러한 단점을 보완하기 위하여 카지노 설립 전후 정선지역의 범죄종류별 월별 발생률의 변화에 대한 대응표본 t-검증(a Paired-Samples T-Test)을 실시하였다. <표 5>는 분석결과를 제시하고 있다.

<표 5> 카지노 설립 전 후 정선지역 범죄종류별 월 평균발생율의 차이

구 분	범죄종류	Mean (before)	Mean (after)	t-value
강력범	살 인	0.04	0.11	-.98
	강 도	0.23	0.19	.22
	강 간	1.27	0.68	1.80
	방 화	0.41	0.34	.33
	전 체	1.94	1.32	1.36
절도범	절 도	8.34	14.35	-4.88***
폭력범	공갈, 손괴	1.81	2.13	-.68
	상해, 폭행, 폭력	31.98	37.11	-2.59*
	협박, 약취유인, 체포감금	0.04	0.75	-1.49
	전 체	33.83	39.99	-3.49**
지능범	사 기	23.74	43.74	-13.06***
	횡 령	1.97	4.52	-5.23***
	배임, 직무유기, 직권남용, 증수뢰	0.97	1.10	-.50
	통화, 유가증권인지	0.00	0.31	-3.55**
	문서, 인장	0.11	0.84	-2.53*
	전 체	26.79	50.51	-13.65***
풍속범	풍 속	0.22	1.80	-5.79***
	도 박	2.44	3.55	-2.97*
	전 체	2.66	5.34	-4.60**
특별범범	특별범범	158.86	184.67	-2.05
기타형범범	기타형범범	13.10	15.49	-1.18
총범죄발생율		245.52	311.68	-4.79**

*= p<.05, **= p<.01, ***= p<.001

<표 5>에서 카지노 설립 전후 강력범죄율의 차이를 보면, 강력범죄에 속하는 범죄들의 증가율 모두와 강력범 전체 증가율에서 카지노 설립 전과 후에 유의미한 차이가 없는 것으로 분석되었다. 그러나 절도범의 경우에는 카지노 설립 전과 후에 범죄율에 있어 유의미한 차이($t = -4.88^{**}$)를 보여 주었다. 그리고 t -값이 ‘-’이기 때문에 카지노 설립 후 절도범이 유의미하게 증가하였다는 것을 알 수 있다.

폭력범죄의 경우 항목별로는 상해·폭행·폭력에서 유의미한 증가를 보이고 있으며, 폭력범 전체 증가율에서도 유의미한 증가($t = -3.49^{**}$)를 보이고 있다. 지능범죄의 경우 배임·직무유기·직권남용·증수뢰만을 제외하고 모든 중분류 항목과 지능범 전체의 발생률에서 유의미한 증가($t = -13.65^{**}$)를 보이고 있다. 카지노 설립 이후 지능범 전체와 그 중분류 항목에서 이렇게 뚜렷한 증가를 보이는 것은 카지노 설립과 밀접한 관계가 있는 것으로 추론할 수 있다. 풍속범죄의 경우 전체 범죄율은 물론이고 세부 항목에 속하는 풍속범과 도박범에서도 카지노 설립 후 유의미한 증가율을 보이고 있다. 그러나 특별법범과 기타형법범의 경우에는 카지노 설립 전후 유의미한 차이가 없는 것으로 나타났다. 총범죄의 경우를 보면, 발생빈도에서는 유의미한 차이를 보이지 않았으나 발생률에 대한 검증에 있어서는 카지노 설립 후에 유의미한 증가($t = -4.79$)가 있는 것으로 분석되었다.

분석결과를 전체적으로 살펴보면, 카지노 설립 후 유의미한 증가를 보이지 않는 것은 강력범죄, 특별법범, 그리고 기타형법범이었다. 나머지 절도, 폭력범, 지능범, 그리고 풍속범은 물론 빈도분석에서는 유의미한 차이를 보이지 않았던 총범죄도 카지노 설립 후 발생률에 있어 유의미한 증가를 보이고 있다. 증가율에 있어 유의미한 차이를 보이는 범죄들은 카지노 도박과 관련이 있음을 알 수 있다. 이런 관점에서 카지노에서의 금전적 손실과 경제적 난관을 비합법적 방법으로 해결하려는 행위들이 관련 범죄들

의 증가를 가져왔음을 추론할 수 있다. 또한 이러한 범죄종류의 발생률이 카지노 설립 후 유의미하게 증가하였다는 사실을 통하여 카지노가 주민들의 생활의 질에 부정적 영향을 미쳤을 것임도 알 수 있다. 인구감소를 고려하면 부정적 영향은 훨씬 더 강력하였을 것이다.

3. 정선군 지역 내 범죄율의 차이

카지노 설립 후 정선지역 범죄율이 유의미하게 증가하였다는 사실이 사북·고한지역 범죄율의 증가를 증명하는 것은 아니다. 따라서 정선군 지역 내에서 사북·고한지역과 그 이외의 지역간의 범죄율을 비교해 볼 필요가 있다. 이하의 분석은 CIMS에 입력된 2004년 정선군 지역에서 발생한 모든 범죄에 대한 원자료에서 정선군 내 하위 행정구역에 따라 범죄행위 각각에 대한 발생지역과 범죄종류를 출력한 후 이를 부호화한 후 분석한 것이다. 먼저 2004년 정선군 지역별 인구수와 관광객 수를 살펴보면 <표 6>와 같다.

<표 6> 2004년도 정선군 상주인구 및 관광객 수 ()는 %

구 분	정선군 전 체	사북·고한지역	기타 지역
상주인구	45,633(100.0)	18,068(39.6)	27,565(60.4)
일일관광객	8,649(100.0)	5,117(59.2)	3,532(40.8)
상주인구총수*	54,282(100.0)	23,185(42.7)	31,097(57.3)

* 상주인구총수는 지역상주인구 수와 일일평균관광객 수를 합한 것임.

<표 6>에 의하면 2004년 정선군 전체의 인구 중 사북·고한지역의 인구는 약 40% 정도인 반면, 일일관광객 수는 사북·고한지역이 약 60%로 상대적으로 높은 비율을 보이고 있다.¹⁸⁾ 상주인구와 관광객을 합한 상주

인구총수 비율은 사북·고한지역이 42.7%를 차지하고 있는 데, 이것은 관광객 수가 상대적으로 많기 때문이다.

2004년 정선군 내의 범죄발생 빈도와 발생률을 사북·고한지역과 그 이외의 지역으로 나누어 분석한 것이 <표 7>이다. 먼저 강력범죄의 경우를 살펴보면, 전체 12건 중에서 사북·고한지역의 발생 백분율이 33.3%로 상주인구총수의 비율인 42.7%보다 낮게 나타났으며, 범죄율도 17.25로 25.73인 기타지역보다 낮게 나타났다.

<표 7> 2004년 정선군 사북·고한지역 및 그 외 지역 범죄율 비교 ()는 %

구 분	전 체		사북·고한지역		기타 지역	
	발생빈도	범죄율*	발생빈도	범죄율*	발생빈도	범죄율*
강력범	12(100.0)	22.11	4(33.3)	17.25	8(66.7)	25.73
절 도	101(100.0)	186.07	54(53.5)	232.91	47(46.5)	151.14
폭력범	236(100.0)	434.77	118(50.0)	508.95	118(50.0)	379.46
지능범	334(100.0)	615.31	240(71.9)	1035.15	94(29.1)	302.28
풍속범	11(100.0)	20.26	7(63.6)	30.19	4(36.4)	12.86
특별범	1113(100.0)	2050.40	407(36.6)	1755.45	706(63.4)	2270.32
기타 형법범	59(100.0)	108.69	28(47.5)	120.77	31(52.5)	99.69
계	1912(100.0)	3522.35	872(45.6)	3761.05	1040(54.4)	3344.37

* 범죄율= [범죄발생빈도/상주인구총수] * 100,000

결국 강력범죄의 경우 사북·고한지역이 기타지역에 비하여 발생률이 더 낮음을 알 수 있다. 절도범죄의 경우 정선군 전체의 53.5%를 사북·고한지역이 차지하고 있으며, 이 지역 범죄율(232.9)이 타 지역 범죄율(151.1)

18) 정선군 관광객 수는 지역 내 유료 관광지에 대한 입장객 수만이 파악가능하다. 따라서 유료 관광지를 방문하지 않는 관광객은 관광통계에서 배제된다. 정선군 내에는 유료 관광지가 11곳 있으며, 이중 카지노와 정암사 두 곳이 사북·고한지역의 유료 관광지이다. 정선군 전체 관광객 중 카지노 관광객이 차지하는 비율은 56.5%에 해당되며, 사북·고한지역에만 국한시킬 경우 총 관광객의 95.3%가 카지노 관광객이다.

보다 훨씬 높은 것으로 나타났다. 폭력범죄의 경우도 사북·고한지역이 전체 폭력범의 50%를 차지하고 있어 인구구성 비율보다 높은 것으로 분석되었으며, 범죄율도 이 지역은 509.0으로 타 지역(379.5)보다 훨씬 높았다.

지능범과 풍속범의 경우도 동일한 양상을 보이고 있다. 지능범의 경우를 보면 사북·고한지역이 정선군 전체의 지능범죄의 71.9%를 차지하여 상주인구총수의 구성비보다 높으며, 범죄율을 보면 1035.2로 타 지역의 비율(302.3)보다 3배 이상 높은 것으로 분석되고 있다. 풍속범의 경우는 사북·고한지역이 정선군 전체 범죄의 63.6%를 차지하여 상주인구총수의 비율보다 높은 비율을 보이고 있으며, 범죄발생률도 30.19로 12.86의 타 지역 풍속범죄율보다 2배 이상 높았다.

특별법범을 보면 정선군 전체의 범죄빈도 중에서 36.6%를 사북·고한지역이 차지하고 있으며, 범죄율도 1755.5로 2270.3인 타 지역보다 훨씬 낮게 나타났다. 기타 형법범의 경우는 사북·고한지역이 120.8로 타 지역의 99.7보다 높은 양상을 보이고 있다. 끝으로 전체 범죄빈도의 47.5%를 사북·고한지역이 차지하고 있어 상주인구총수의 비율인 42.7%보다도 높다. 사북·고한지역의 전체범죄율도 3761.1로 3344.4인 타 지역보다도 높게 나타났다.

요컨대 강력범과 특별법범을 제외하면 그 이외의 모든 범죄(절도, 폭력, 지능범, 폭력범, 기타형법범, 그리고 전체범죄)에서 사북·고한지역이 범죄발생빈도는 물론 범죄발생률에 있어 타 지역보다 월등히 높은 것으로 나타났다. 이러한 사실에서 정선지역이 카지노 설립 전에 비하여 설립 후에 범죄발생빈도와 범죄율이 증가하였다는 것도 사북·고한지역의 범죄증가에서 기인함을 알 수 있다. 결국 카지노 설립은 지역사회의 범죄빈도와 범죄발생률을 증가시킨다고 결론내릴 수 있다. 또한 증가된 범죄들은 모두 카지노와 직접 간접으로 연관된 종류들이라는 것도 알 수 있다.

V. 결론 및 제언

정선지역에 강원랜드(주) 카지노가 개장한 것은 2000년 10월이다. 석탄 산업합리화 이후 급격히 침체한 경기를 되살리기 위한 차선의 선택이었다. 실직한 노동자의 취업, 지역경제의 활성화, 관광객의 증가, 그리고 지역개발과 같이 발전을 위한 많은 긍정적 효과의 기대에도 불구하고, 부정적 효과 또한 만만치 않을 것이라는 비판도 비등하였다. 범죄의 증가는 카지노가 지역사회에 미치는 가장 대표적인 부정적 영향중의 하나로 지적되어 왔다. 그러나 이론적 측면은 물론이고 경험적 연구의 결과들도 카지노가 범죄에 미치는 영향에 대하여 서로 충돌되는 주장들을 제시하여 왔다.

이러한 문제의식 하에 본 연구는 카지노 도박이 지역사회의 범죄에 미치는 영향을 경찰의 범죄통계를 통해 검증하였다. 분석방법은 97년부터 2004년까지 8년 동안 카지노 설립 전 4년과 카지노 설립 후 4년간의 범죄 발생빈도와 범죄발생률[(발생빈도/지역상주인구수+일일관광객 수)*100,000]을 산출하고 대응표본 t-검증을 통하여 비교하는 것이었다. 또한 2004년 정선군 지역 내에서 발생한 모든 종류의 범죄를 카지노가 설립된 사북·고한과 기타지역을 비교하는 것이었다.

연구결과는 카지노의 설립이 지역사회의 범죄를 증가시킨다는 주장을 지지하는 것으로 나타났다. 카지노 설립 전후 유의미한 차이를 보이지 않는 강력범, 특별범범, 그리고 기타형법범을 제외하고 나머지 범죄들은 유의미한 차이를 보이고 있으며, 범죄빈도는 물론이고 발생률도 증가한 것으로 분석되었다. 발생률을 보면, 절도는 70%, 폭력범은 30%, 지능범은 90%, 풍속범은 100%, 그리고 총범죄는 30%가 카지노 설립 후에 증가하였다. 또한 카지노 설립 후 증가한 범죄들(절도, 폭력범, 지능범, 풍속범)은 성격상 카지노와 직접 간접으로 관련되어 있음도 알 수 있다.

그러나 본 연구는 이후 추가적인 경험적 연구에 의하여 보완되어야 할 몇 가지 과제를 남겨놓고 있다. 이러한 과제들은 이 글이 경찰의 공식적 범죄통계를 자료로 사용하였기 때문에 발생하는 문제이다. 우선 공식적 범죄통계가 안고 있는 근본적인 내재적 한계를 이 논문도 벗어날 수 없다(김준호, 이동원, 1991). 또한 연구자의 시간적 경제적 문제 때문에 사북·고한지역의 범죄통계를 범죄발생통계원부를 통하여 직접 접근하지 못하고, 강원경찰청이 분류한 정선군 범죄통계 자료를 이용하여 간접적으로 범죄종류에 따른 발생빈도와 범죄발생률의 변화를 분석하였다. 또한 이 문제를 보완하기 위하여 2004년의 경우 CIMS를 통하여 정선군 지역에서 발생한 범죄건수 하나하나에 대하여 범죄발생지역과 범죄종류를 분류하고 부호화하여 통계적으로 분석하였다. 그러나 이것도 2004년에 국한된 것이고, 범죄발생통계원부를 분석한 것도 아니다. 이러한 한계는 연구결과의 엄밀성과 정확성을 떨어뜨릴 수밖에 없다. 본 논문이 공식적 범죄통계를 사용함으로써 발생하는 또 하나의 문제가 있다. 자료의 분석결과 카지노 설립 이후 사북·고한지역에 범죄발생의 빈도와 범죄율이 증가한 것으로 나타났지만, 이것이 카지노 때문에 발생한 것이라는 명확한 증거는 없다. 확실한 인과관계의 규명을 위해서는 범죄발생통계원부와 범죄자에 대한 면접을 통한 범죄의 동기에 대한 접근이 요구된다. 덧붙여, 강원랜드 카지노에서의 손실로 인하여 발생하는 범죄가 사북·고한지역에만 국한되는 것도 아니다. 사북·고한의 인접지역은 물론 전국이 카지노로 인한 범죄의 피해지역이 될 수 있다. 이후의 연구들이 이러한 한계를 극복하고, 다양한 종류의 합법적 도박과 범죄의 인과관계를 밝히는데 이 글이 보탬이 되기를 기대한다.

주제어: 카지노 도박, 지역사회 범죄, 공식적 통계

참고문헌

- 김준호, 이동원. 1991. 「범죄통계의 문제점 및 개선방안에 관한 연구」, 한국형사정책연구원.
- 이태원, 김석준. 1999. “도박의 정치경제학: 한국 사회의 도박합법화와 도박문제의 확산에 관한 비판적 접근.” 한국사회사학회, 『사회와 역사』 통권56집, pp. 179-214.
- 이태원. 2001. “도박의 합법화: 하나의 대안인가 아니면 환상인가?” 『사회과학연구』 제40집, 강원대학교 사회과학연구소, pp. 49-73.
- _____. 2003. “합법적 도박행위: 확산, 이론, 그리고 경험적 검증의 검토”, 『사회과학연구』 제42집, 강원대학교 사회과학연구소, pp. 106-132.
- _____. 2004. “카지노 출입자의 사회인구적 특성, 도박중독 그리고 도박동기와 실태에 관한 연구”, 『형사정책연구』 제15권 제2호(통권 제58호), pp. 175-216.
- _____. 2005a. “낮은 자아통제와 병리적 도박: 「범죄에 관한 일반이론 (General Theory of Crime)」의 경험적 검증”, 『형사정책연구』 제16권 제2호(통권 제62호) . pp. 75-106.
- _____. 2005b. “카지노가 지역주민의 범죄증감에 대한 지각에 미치는 영향”, 『사회과학연구』 제44집, 강원대학교 사회과학연구소, pp. 27-48.
- 진수명. 1998. “치안수요예측과 상주인구개념 보완의 필요성”, 『형사정책연구소』 5-6월호, pp. 17-24.
- Albanese, Jay S. 1985. "The Effect of Casino Gambling on Crime", Federal Probation, 49(2): 39-44.
- Blaszczynski, A. and D. Silove. 1996. "Pathological gambling: Forensic issues", Australian and New Zealand Journal of Psychiatry, 30:

358-369.

- Chang, Semoon. 1996. "Impact of Casino on Crime: The Case of Biloxi, Mississippi", *Journal of Criminal Justice*, 24(5): 431-436.
- Chesney-Lind, M. and I. Y. Lind. 1986. "Visitors as victims: Crimes against tourists in Hawaii", *Annals of Tourism Research*, 13: 167-191.
- Crofts, P. 2002. *Gambling and Criminal Behavior: An Analysis of Local and District Court Files*, A report prepared for the Casino Community Benefit Fund, Sydney, AU.
- Dombrink John and William N. Thompson, 1990. *The Last Resort: Success and Failure in Campaigns for Casino*, University of Nevada Press, Reno and Las Vegas.
- Evans, W. N. and J. Topoleski. 2002. *The Social and Economic Impact of Native American Casinos*, University of Maryland Working Paper, August.
- Friedman, Joseph, Simon Hakim, and J. Weinblatt. 1989. "Casino Gambling As A 'Groth Pole' Strategy and Its Effect on Crime", *Journal of Regional Science*, 29(4): 615-623.
- Garcia, R., and L. Nicholls. 1995. "Crime in New Tourism Destinations: The Mall of America", *Vision in Leisure and Business*, 14(3): 15-27.
- Gazel, Ricardo. 1998. "The Economic Impacts of Casino Gambling at the State and Local Levels", *Annals of The American Academy of Political and Social Science*, 556: 67-83.
- Giacopassi, D. and B. G. Stitt. 1993. "Assessing the Impact of Casino

- Gambling on Crime in Mississippi", *American Journal of Criminal Justice*, 18(1): 117-131.
- Grinols, Earl L. and David B. Mustard, and C. Dilley. 1999. *Casino and Crime*, Report prepared for the U. S. NGISC, Washington, D. C.
- Grinols, Earl L. and David B. Mustard. 2004. *Casinos, Crime, and Community Costs*, <http://econwpa.wustl.edu:80/eps/le/papers/0501/0501001.pdf>.
- Grogger, J. 1997. *Markte Wages and Youth Crime*, NBER Working Paper.
- Hakim, Simon and Andrew J. Buck. 1989. "Do Casino Enhance Crime?", *Journal of Criminal Justice*, 17: 409-416.
- Kindt, John W. 1998. "Legalized Gambling Is Bad for Business", Evans R. L. and Mark Hance(eds), *Legalized Gambling: For and Against*, 129-165.
- Margolis, Jeremy. 1997. *Casino and Crime: An Analysis of the Evidence. A Report for American Gaming Association*, <http://www.americangaming.org>
- Meyer, Gerhard and Michael A. Stadler, "Criminal Behavior Associated with Pathological Gambling", *Journal of Gambling Studies*, 15(1): 29-43.
- Miller, William J. and Martin D. Schartz. 1998. "Casino Gambling and Street Crime", *Annals of The American Academy of Political and Social Science*, 556: 124-137.
- Moffett, T. and D. Peck. 2001. "When casino gambling comes to your hometown: The Biloxi experience" *FBI Law Enforcement*

- Bulletin, Washing D. C.
- NGISC. 1999. Final Report, <http://www.ngisc.gov>.
- Ochrym, R. 1990. Street Crime, tourism and casinos: An empirical comparison, *Journal of Gambling Studies*, 6(2): 127-138.
- Politzer, R., J. Morrow, and S. Leavey. 1981. Report on the Social Cost of Pathological Gambling and Cost-Benefit Effectiveness of Treatment, Paper presented at the Fifth National Conference on Gambling and Risk Talking, Reno, NV, Oct.
- Simon P. 1998. "Gambling Has High Social Costs and Should Be Restricted by the Government", Evans R. L. and Mark Hance(eds), *Legalized Gambling: For and Against*, 201-218.
- Smith, Garry, Harold Wynne, and Tim Hartnagel. 2003. Examining Police Records to Assess Gambling Impacts: A Study of Gambling-Related Crime in the City of Edmonton, A Report prepared for the Alberta Gaming Research Institute, <http://www.abgaminginstitute.ualberta.ca/>
- Sternleib, G. and J. Hughes. 1983. *The Atlantic City Gambling*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Stitt, B. Grant, M. Nichols and D. Giacomassi. 1999. "Attitudes of community leaders in new casino jurisdictions regarding casino gambling's effect on crime and quality of life", *Journal of Gambling Studies*, 15(2): 123-147.
- Stitt, B. Grant, David Giacomassi, and Mark Nichols. 2000. "The Effect of Casino Gambling on Crime in New Casino Jurisdictions", *Journal of Crime and Justice*, 23(1): 1-23.

- Stokowski, P. 1996. Riches and Regrets: Betting on Gambling in two Colorado Mountain Towns, Niwot, CO: University Press of Colorado.
- Thompson, W. and F. Quinn. 2000. South Carolina Saga: Death Comes to Video Machine Gambling: An Impact Analysis. Paper presented at the National Conference on Problem Gambling, Philadelphia, PA, Oct.
- Wilson, Jeremy M. 2001. "Riverboat Gambling and Crime in Indiana: An Empirical Investigation", Crime and Delinquency, 47(4): 610-640.

Impact of Casino Gambling on Crime Rate of Jeongseon Community: In Case of Official Statistics of Police Agency

Lee, Tai-Won*

In Korea, despite the proliferation of patrons and pathological gamblers of casino, any study does not investigate a link between casino gambling and the change of crime rate in the community where casino is located. Literature regarding criminological theories and empirical tests on the relationship between two bring about the contradictory results in western society. The purpose of this article is to empirically test whether the crime rate of Jeongseon community has been increased or not in comparison with before/after the opening of casino gambling during the 8 years. Official Crime Statistics of Kangwon Police Agency is used to test the difference of the frequency and rate of crimes between before and after the opening of casino.

Results show that the opening of casino gambling increased crime frequencies and crime rate of the community. Especially larceny, violent crime(except serious crimes such as homicide, rape, robbery and arson), intellectual crimes and crimes against public morals, which are related with casino gambling, increased in numbers and rate of

* Professor, Department of Sociology, Kangwon National University, Ph.D. in Sociology.

crimes after opening of the casino. In case of crime rate, larcenies show the 70% increase, violent crimes show the 30% increase, intellectual crimes show the 90% increase, crimes against public morals show the 30% increase and total crimes show the 30% increase in comparison with before/after the opening of casino.

Keywords: casino gambling, community crime, official statistics

자녀양육이 자기통제력 및 비행에 미치는 효과분석

기 광 도

이 논문은 2005년 대구대학교 학술연구비 지원에
의한 것임

형사정책연구 제17권 제2호(통권 제66호, 2006 · 여름호)

한국형사정책연구원

자녀양육이 자기통제력 및 비행에 미치는 효과분석

기 광 도*

I. 머릿글

인간의 행위는 기본적으로 사회적 환경과 내면화된 가치, 상황적 기회 등에 의하여 영향을 받는다고 할 수 있다. 개인의 행위에 영향을 미치는 사회적 환경으로는 법 및 정치체계, 경제체계, 사회체계 등이 있지만, 개인의 행위에 가장 직접적으로 영향을 미치는 요인은 가정환경이라고 할 수 있다. 가정환경은 개인의 삶의 조건 및 삶의 기회에 영향을 미치고, 사회적 규범 및 가치에 대한 사회화 및 자녀양육을 수행하며, 개인의 행위에 대한 학습과 통제 등의 역할을 수행한다. 이러한 가정은 자녀에 대한 물리적 보호 및 물질적 자원제공, 정서적 유대, 사회규범 및 가치에 대한 사회화, 그리고 개인의 행위에 대한 학습 및 통제 등의 기능을 담당한다. 이러한 측면에서 범죄학에서도 가정과 비행간의 관계는 이론적 논의 및 경험적 연구들이 활발하게 이루어지는 주제이다. 개인의 비행이나 범죄에 대한 가정의 역할은 가정의 구조적 요인과 과정적 또는 기능적 요인으로 구분하여 다루어지고 있으나, 최근에는 결손가정 등의 가정의 구조적 요인보다

※ 이 논문은 2005년 대구대학교 학술연구비 지원에 의한 것임. 세심하고 날카로운 비판과 조언을 해주신 익명의 논평자들에게 감사를 드립니다.

* 대구대학교 행정대학 경찰행정학과 교수, 사회학 박사

는 가정의 사회화 및 자녀양육 등이 자녀의 가치 및 행동을 결정하는데 중요하다는 견해들이 제시되고 있다.

가정에서의 사회화 및 자녀양육이 자녀의 비행행동에 미치는 영향은 주로 통제이론적 측면에서 논의되고 있다. 허쉬(Hirschi, 1969)는 사회통제이론에서 부모와 자녀간의 애착과 같은 간접적인 통제에 초점을 두고 있으며, 페터슨(Patterson, 1982)은 가정에서의 훈육이나 감시, 처벌 등의 직접적인 통제를 통하여 자녀의 비행을 설명하고자 하였다. 또한 허쉬(Hirschi, 1983; Gottfredson and Hirschi, 1990)는 청소년의 비행이나 문제행동을 가정에서의 사회화과정, 즉 자녀양육을 통하여 형성된 자녀의 내면적인 통제력으로 설명하고자 하였다. 그들에 의하면, 가정에서 부모에 의하여 적절하게 자녀양육이 이루어지면, 자녀의 자기통제력이 높아지고, 자녀가 높은 자기통제력을 갖게 되면 비행이나 문제행동 등을 저지르지 않는다는 것이다. 이러한 자녀의 자기통제력은 부모의 사회화 및 자녀의 내면화과정을 통하여 형성된 자율적 통제력이라고 할 수 있다.

갓프레드슨과 허쉬에 의하여 자기통제이론(self control theory)이 제시된 이후, 자기통제력에 관한 수많은 경험적 연구들이 시도되었다. 그러나 일반이론으로서의 자기통제이론을 검증하려는 대부분의 경험적 연구들은 주로 자기통제력의 측정이나 자기통제력과 비행 및 범죄행위간의 관계에 관심을 집중하는 상황이라 할 수 있다. 그에 비하여 자기통제이론을 형성하는 가정의 구조적 환경이나 자녀양육방식에 대한 연구는 적은 편이었다. 이 연구에서는 가정에서의 사회화가 개인의 내면적 통제력과 행위에 미치는 영향을 분석하려는 것이다. 특히 갓프레드슨과 허쉬의 자기통제이론의 입장에서 부모의 자녀양육이 자녀의 자기통제력을 형성하고, 이러한 과정으로 형성된 자녀의 자기통제력이 비행에 미치는 효과에 초점을 두고자 한다.

II. 자기통제이론에 관한 고찰

갓프레드슨과 허쉬는 비행 및 범죄에 영향을 미치는 주요 요인으로 자기통제력(self-control)을 강조하고, 이러한 자기통제력에 영향을 미치는 주된 요인으로 가정환경 및 자녀양육을 제시하였다(Gottfredson and Hirschi, 1990). 자기통제이론은 허쉬(Hirschi, 1969)의 사회통제이론(social control theory)보다 더욱 개인적이며 심리적인 측면을 강조한 이론이라고 할 수 있다. 물론 자기통제이론도 사회통제이론 및 억제이론과 같은 고전이론의 전통 위에 서 있다(Hirschi, 1986). 고전이론은 인간의 자유의지, 자기 이해의 추구하고 합리적 사고 및 행동선택 등의 성향을 전제하고 있다. 즉 인간의 행동은 기본적으로 자율적인 자기결정에 의하여 이루어지며, 인간은 자기이익을 추구하려는 기본적인 성향을 지니고 있으므로 자신의 상황에서 합리적으로 판단하고 행동한다는 것이다. 이러한 전통에 바탕을 둔 자기통제이론의 기본적 물음도 왜 개인들은 규범을 위반하는가가 아니라, 왜 개인은 규범을 지키는 것인가이다. 자기통제이론에서는 개인들이 규범 및 법을 준수하는 것은 사회화과정을 통하여 금지행위를 해서는 안 된다는 것을 받아들여 자신의 내면적 태도로 삼았기 때문으로 파악하고 있다. 갓프레드슨과 허쉬에 의하여 제안된 자기통제이론은 1990년대 이후 많은 관심을 불러일으킨 이론이 되었으며, 수많은 경험적 연구를 통하여 자기통제이론의 주장을 검증하거나 비판하며, 그리고 반박이 이루어지고 있다(Akers, 1991, 2004; Pratt and Cullen, 2000).

갓프레드슨과 허쉬는 범죄를 사회적 과정의 측면보다는 행위의 고유한 속성으로 파악하고 있다. 그들은 범죄를 “자신의 이익을 추구하기 위하여 강제하거나 속이는 행위”(Gottfredson and Hirschi, 1990: 15)로 정의한다. 그리고 개인은 기본적으로 자신의 이익을 위하여 고통을 피하고 쾌락을

추구하는 경향이 있는 것으로 전제한다. 이와 같이 범죄는 개인들이 자신의 이익을 추구하는 행위이며, 추구하는 과정에서 강제력이나 기만적 방법을 사용하는 행위라고 할 수 있다. 그리고 이러한 범죄행위의 가장 밀접하고 주된 원인으로 개인의 낮은 자기통제력(low self control)이라고 제시하였다. 그러나 간프레드슨과 허쉬는 자기통제력을 직접적으로 명확하게 정의하고 있지는 않다. 그들은 먼저 범죄행위의 속성을 밝히고 그러한 범죄행위는 자기통제의 부재, 즉 낮은 자기통제력에 의한 것으로 파악하고자 하였다. 따라서 그들은 범죄를 유발하는 낮은 자기통제력의 속성을 통하여, 간접적이고 우회적으로 방법으로 자기통제력의 속성을 정의하려고 하였다. 그들에 의하면, 자기통제력이 낮은 사람들은 즉각적인 만족을 추구하고, 장기적인 이해를 고려하지 못하는 경향이 강하다는 것이다. 그들은 낮은 자기통제력을 구성하는 요인들을 (1) 즉각적인 욕구충족, (2) 간단하거나 손쉬운 욕구충족, (3) 흥분되고 위험하거나 짜릿한 행동선호, (4) 장기적인 이익에의 무관심과 준비부족, (5) 지식습득을 위한 기술과 계획의 부족, (6) 자기중심적인 경향으로 제시하였다. 따라서 자기통제력이 낮은 사람은 위험스러운 행위를 좋아하고, 단순한 일을 즐겨하며, 화를 잘 내거나 흥분하기 쉬우며, 정신적 사고보다는 육체적인 활동을 좋아하고, 만족을 억제하는 능력이 부족하고, 자기중심적으로 판단하고 행동하는 성향이 강한 것으로 평가된다. 이에 비하여 자기통제력이 높은 사람들은 위험성을 추구하는 경향이 약하고, 다소 복잡하고 진취적인 일을 추구하고, 온화하며 비교적 화를 잘 참아내는 경향이 있으며, 복잡한 정신적인 노력을 수행하며, 만족을 억제하며, 다른 사람에 대하여 배려하는 경향이 강한 편이다. 이러한 요인을 고려하여 살펴보면, 자기통제력은 즉각적인 욕구의 절제이며, 장기적인 이득을 추구하는 것, 즉 사회적 규범을 준수하는 것을 의미한다고 볼 수 있다(Grasmick et al, 1993; Hirschi and Gottfredson, 1993;

Arneklev et al., 1993; Wood et al., 1993; Longshore et al., 1996, 1998; Piquero et al., 1998, 2000; Arneklev et al., 1999).

이러한 자기통제력은 부모의 사회화 및 자녀의 내면화의 결과라고 할 수 있다. 자기통제이론에서는 부모에 의한 직접적 및 간접적 강제력과 자녀의 자율성을 모두 인정하고 있지만 자녀의 내면적 통제력에 더 초점을 두고 있다고 할 수 있다. 잣프레드슨과 허쉬는 자기통제력을 형성하는 주요 기관으로서 가정의 역할을 강조하였다. 가정에서 사회화, 즉 자녀에 대한 애착(attachment), 감독(monitoring), 인지(recognition), 처벌(punishment) 등을 통한 자녀양육을 통하여 자녀의 자기통제력이 형성된다고 보았다. 그들은 자녀의 자기통제력을 형성하는 필요한 조건을 부모에 의한 (1) 자녀의 행동에 대한 파악, (2) 일탈행위가 발생했을 경우에 인지, (3) 그러한 행위에 대한 적절한 처벌로 제시하였다. 그리고 이러한 자녀양육이 성공하기 위해서는 자녀에 대한 애정과 투자가 바탕이 되어야 한다고 주장하였다. 자녀를 돌보는 부모는 자녀의 행위를 감시하고, 그들이 해서는 안 되는 행위를 하는지 파악하고, 그러한 행위를 저지르지 못하게 노력해야 한다는 것이다. 이러한 자녀양육은 자녀들이 욕구를 억제하고, 타인의 의도와 기대를 이해하게 되며, 독립적이며, 자신의 장기적인 목적을 달성하기 위하여 강압이나 폭력을 사용하지 않게 한다는 것이다. 결국 자녀의 비행은 아래와 같이 가정의 자녀양육 잘못되어 낮은 자기통제력을 형성하였을 때 발생한다는 것이다. 첫째로 부모가 자녀를 돌보지 않는 경우, 둘째는 부모가 비록 자녀를 돌본다 하더라도, 자녀의 행동을 감시할 시간과 능력이 없는 경우이며, 셋째는, 부모가 자녀를 돌보고 감시하더라도, 자녀의 행동에서 잘못을 인지하지 못하는 경우이다. 마지막은 비록 위의 모든 것이 이루어진다고 하더라도, 부모가 자녀에게 처벌을 하지 않으려고 하거나 그 수단을 가지지 못하는 경우이다. 이러한 자녀양육을 통하여 자기통제력을 형성하

고, 개인의 높은 자기통제력은 즉각적인 욕구를 추구하기보다는 좀더 장기적인 욕구 또 사회적으로 용인된 행위를 추구하게 한다는 것이다(Hirschi, 1983; Gottfredson and Hirschi, 1990; Gibbs et al., 1998; Hay, 2001).

Ⅲ. 연구설계

1. 연구모형

이 연구는 가정에서의 사회화가 자녀의 내면적인 가치 및 행위에 어떠한 영향을 미치는지를 분석하려는 것이다. 특히 갓프레드슨과 허쉬(1990)의 자기통제이론의 입장에서 부모의 자녀양육이 자녀의 자기통제력과 비행에 영향을 미치는 과정에 초점을 두고자 한다. 미국에서는 갓프레드슨과 허쉬에 의하여 자기통제이론이 제시된 이후 수많은 경험적 연구들이 활발하게 시도되었으나, 자기통제이론에 대한 대부분의 경험적 연구는 주로 자기통제력의 측정이나 자기통제력과 비행 및 문제행위간의 관계에 관심을 집중하는 상황이라고 할 수 있다. 그에 비하여 자기통제이론을 형성하는 가정의 구조적 환경이나 자녀양육방식에 대한 연구는 상대적으로 적은 편이다(Gibbs et al., 1998; Hay, 2001). 국내에서도 자기통제이론에 근거한 경험적 연구들이 시도되기는 하였지만(민수홍, 1995, 1996, 1998, 2002; 이성식, 1995; 김두섭 · 민수홍, 1996; 기광도, 2001a, 이희길, 2005), 가정환경 및 자녀양육과 자녀의 자기통제력간의 관계에 대한 관심은 소홀한 편이라고 할 수 있다. 비록 가정적 요인과 비행간의 관계에 대하여 비교적 많은 연구가 시도되었지만(김준호 · 김순형, 1995; 이성식, 2003; 기광도, 2001b; 기광도 · 이희길, 2002, 2004; 전영실, 2002a, 2002b), 두 현상을 매개하는

심리적 요인 등에 관한 연구도 아직은 미진한 편이라고 할 수 있다. 이 연구는 부모의 자녀양육이 자녀의 자기통제력과 비행에 어떠한 영향을 미치는지를 살펴보고자 한다. 이러한 접근은 자기통제이론의 측면에서는 자기통제력의 형성요인을 밝히려는 노력이며, 가정과 비행간의 관계의 측면에서는 심리적인 매개요인에 대한 규명이라고 할 수 있다.

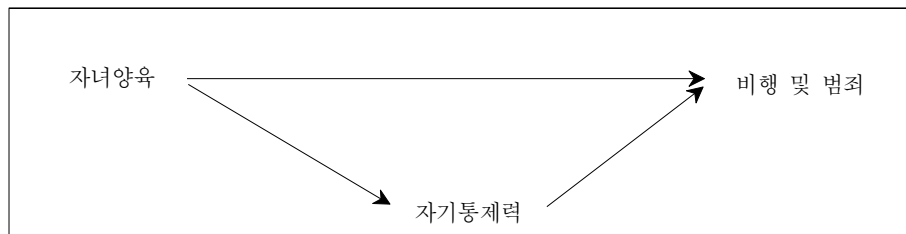
가정의 자녀양육과 비행간의 관계는 다양한 측면에서 이론적 설명이 시도되었다. 사회학습이론에서는 사회화 역할모형, 사회통제이론에서는 허쉬의 사회유대이론, 페터슨의 강압이론, 갓프레드슨과 허쉬의 자기통제이론 등이 제안되었다. 사회학습이론에서 가정은 사회화의 역할 모형을 제공하는 기관으로 고려되었고, 사회유대이론에서 가정은 개인의 욕구를 억제하여 간접적으로 비행을 통제시키는 기관으로, 강압이론에서는 부모의 자녀양육은 직접적으로 자녀의 비행을 감시하고 통제하는 활동으로, 자기통제이론에서 부모의 자녀양육은 자녀의 비행 등의 행위에 영향을 미치는 자기통제력을 형성하여 주요 요인으로 파악되었다. 자기통제이론에 의하면, 부모의 자녀양육이 애정에 근거하여 일관된 훈육으로 이루어진다면, 자녀는 높은 자기통제력을 지니게 되어 성인이 된 후에도 사회규범에 따르는 행동을 할 가능성이 높다는 것이다. 그러나 잘못된 훈육은 이기적이고 즉흥적인 충동을 통제하지 못하기 때문에 즉각적인 만족을 추구하려는 경향이 강하며, 결국 비행 및 범죄, 그리고 그와 유사한 행위를 더 저지른다는 것이다(Benson and Moore, 1992, Brownfield and Sorenson, 1993; Keane, Maxim, and Teevan, 1993; Polakowski, 1994; Gibbs and Giever, 1995; Paternoster and Brame, 1997, 1998).

이와 같이 자기통제이론은 자녀의 비행이나 문제행동을 자녀의 자기통제력으로 설명하고 있다. 자기통제력은 자녀의 내면화한 통제력이지만, 부모에 의한 사회화의 산물이라는 것이다. 갓프레드슨과 허쉬는 이러한 자기

통제력의 속성을 다음과 같이 제시하였다. 첫째로 자기통제력은 태도적(attitudinal) 및 행동적(behavioral) 측면에서 파악될 수 있다고 보았다. 그리고 자기통제력은 하나의 단차원적인 잠재적 특질로 파악되며, 예측성, 무차별성(invariant) 등의 특성을 지니는 것으로 고려하였다(Hirschi and Gottfredson, 1993; Evans et al., 1997; Gibbs et al., 1998). 둘째로 자기통제력은 시간적 안정성(stability)을 지닌다. 자기통제력이 어린 시절 형성된 이후, 연령에 따라 일정한 안정적인 경향을 보인다는 것이다. 부모의 자녀 양육에 의하여 어린 시절에 형성된 자기통제력은 다른 외부 기관이나 작용에 의하여 영향을 받지 않으며, 오히려 이후의 학교, 직장, 결혼 등의 생활에 영향을 미친다. 즉 학교에서의 학업성취정도, 기술습득정도, 결혼, 직업, 친구관계에도 영향을 미친다. 이러한 자기통제력은 범죄행위 뿐만 아니라 일상적인 모든 행위에도 영향을 미친다는 것을 의미한다(Evans et al., 1997; Wright, Caspi, Moffitt, and Silva, 1999). 셋째로 자기통제력은 행위유형별 다능성(versatility)의 특성을 가진다. 이는 자기통제력이 낮은 사람들은 범죄행위뿐만 아니라, 범죄성이 없는 다른 즉각적인 만족을 추구하는 행위인 흡연, 음주, 마약, 도박, 불법적 성관계 등을 저지를 가능성이 높다는 것이다. 또한 범죄행위의 경우에도 특정 범죄만을 전문적으로 저지르기보다는 여러 가지의 유형의 범죄를 두루 저지르는 경향이 있다. 즉 자기통제력이 낮은 사람은 비행이나 범죄, 그리고 이와 유사한 문제행위를 모두 저지를 가능성이 높다(Brownfield and Sorenson, 1993; Keane, Maxim, and Teevan, 1993; Polakowski, 1994; Paternoster and Brame, 1997, 1998; Junger and Tremblay, 1999; Burton, Evans, Cullen, Olivares, and Dunaway, 1999). 넷째로 범죄는 자기통제력의 결여에 의한 것이며, 이는 가정에서의 사회화의 실패 또는 부재로 인한 것이다. 가정에서 자녀에 대한 애정과 정서적 유대, 자녀의 행동에 대한 감시, 잘못된 행위에 대

한 파악, 그리고 잘못에 대한 적절한 처벌이 이루어진다면 자녀는 높은 자기통제력을 지니게 된다는 것이다. 마지막으로 자기통제력은 비행이나 범죄의 유일하고 결정적인 원인은 아니다. 그들은 범죄가 발생하는 상황적인 기회조건을 인정한다. 즉 낮은 자기통제력을 지닌 사람들은 범죄를 저지러 수 있는 조건이 주어지면, 참지 못하고 범죄 및 유사행위를 저지른다는 것이다. 그에 비하여 자기통제력이 높은 사람들은 비록 범죄기회가 주어지더라도, 미래에 대한 지향과 장기적인 이득을 고려하여 범죄를 억제한다는 것이다(Burton, Cullen, Evans, Alarid, and Dunaway, 1998; Longshore and Tuener, 1998; LaGrange and Silverman, 1999; Sellers, 1999).

이러한 자기통제이론의 주장에 의하여 구성된 부모의 자녀양육과 자녀의 자기통제력 및 비행간의 관계에 대한 분석모형은 <그림 1>과 같다. 부모의 자녀양육은 직접적으로 자녀의 비행 및 범죄에 영향을 미치고, 간접적으로는 자녀의 자기통제력을 통하여 자녀의 비행에 영향을 미치는 것으로 설정하였다.



<그림 1> 자녀양육과 비행간의 분석모형

2. 자료수집 및 분석방법

이 연구에서 사용된 자료는 서울시에 있는 남자 고등학교 학생을 대상으로 자기보고식 설문조사방법을 통하여 수집된 것이다. 조사대상을 표집

하기 위하여 먼저 서울시를 동서남북 4개의 구역으로 나누고, 각각의 구역에서 3-4개의 구를 선정하였다. 다시 선정된 구에서 한 학교를 선정하여, 각각의 학교에서 1개의 반을 선정하고 그 반의 모든 학생을 조사대상으로 삼았다. 이러한 절차를 거쳐 서울시의 13개 구에서 13개 고등학교를 선정하였다.²⁾ 조사된 548명 가운데 응답에 충실하지 못한 사례를 제외하고 최종 512명을 분석대상으로 삼았다. 그리고 자기보고식 설문지에는 부모의 사회경제적 요인, 자녀양육에 대한 태도 및 방식, 그리고 자녀의 자기통제력 및 비행 등에 대한 문항을 포함시켰다. 조사는 2000년 11월 6일부터 11월 25일까지 이루어졌다.

부모의 양육방식이 자녀의 자기통제력과 비행에 미치는 인과 및 매개효과를 분석하기 위하여 상관관계와 회귀분석, 그리고 구조방정식 모형분석(structural equation modeling)을 사용하였다. 구조방정식 모형분석은 변수들간의 매개 및 인과효과를 밝히는데 사용되었다. 구조방정식 모형분석에서는 상관관계분석 및 회귀분석보다는 더 많은 통제적 전제 및 가정들이 필요하지만, 독립 및 종속변수간의 인과 및 매개관계를 설정하고, 이론적 개념변수들을 직접 분석할 수 있어 이론적 주장을 검증에 유용하다는 장점이 있다. 그러므로 구조방정식 모형분석을 통하여 부모의 자녀양육이 자녀의 자기통제력과 비행에 미치는 효과를 좀 더 간명하게 분석하고자 한다.

3. 변수측정

부모의 자녀양육이 자녀의 자기통제력과 자녀의 비행에 미치는 효과를 분석하기 위해 사용된 변수에 대한 측정은 다음과 같다.³⁾ 부모의 자녀양육

2) 조사대상으로 선정된 13개 구는 중랑구, 관악구, 도봉구, 용산구, 양천구, 은평구, 강동구, 강남구, 강북구, 관악구, 광진구, 마포구, 영등포구이다.

3) 자기통제이론에 근거하여 <그림 1>에서 제시된 부모의 자녀양육과 자녀의 자기통제력

방식으로는 부모와 자녀간의 애착정도, 자녀의 행동에 대한 감시, 자녀의 잘못에 대한 인지, 그리고 자녀의 잘못에 대한 처벌적정성으로 파악하였다. 자기통제력은 충동성, 자기중심성 등에 대한 심리적 태도로 파악하였고, 자녀의 비행은 가벼운 비행과 심각한 비행으로 구분하여 파악하였다.⁴⁾

부모의 자녀양육방식은 부모와 자녀간의 관계 및 상호작용에 대한 태도로 파악하였다. 부모와 자녀간의 애착은 부모에 대한 존경이나 순종 등을 반영하는 동일시와 장래와 고민 등에 대한 부모와의 의사소통정도에 대한 태도로 파악하였다. 자녀의 행동에 대한 감시는 집 밖에 있을 때 누구와 어디서 무엇을 하는지에 대한 파악정도로, 자녀의 잘못에 대한 인지는 잘못을 저지를 경우 부모가 그것을 신속하고 확실하게 파악할 가능성으로 측정하였다. 그리고 자녀의 처벌의 적정성은 자녀가 잘못을 저질렀을 때, 일관되고, 연관성 있으며, 적절한 수준의 제재정도로 파악하였다.

자녀의 자기통제력은 자녀의 충동성, 단순한 작업, 위험성 추구, 신체적 활동, 자기중심성, 그리고 흥분성으로 구분하고, 이러한 심리적 경향에 대해 각각 2개의 문항으로 척도화를 시도하였다. 충동성은 미래를 위한 노력을 하지 않거나 지금 당장 재미있다면 하고 보는 성향, 단순한 일의 선호는 힘들고 복잡한 일이나 간단하고 손쉽게 할 수 있을 일에 대한 성향, 위험성 선호는 모험적이고 짜릿한 활동이나 재미있다면 위험하더라도 하려는 성향, 신체적 활동은 활동적이고 정력적인 성향, 자기중심성은 다른 사

및 비행간의 인과관계는 이론적으로 구성된 것이지만, 이러한 이론적 모형을 검증하기 위한 경험적 자료가 종단적 조사에 의한 것이 아니라, 16-18세의 청소년을 대상으로 횡단적 조사로 수집되었다는 점에서 분석모형의 인과관계를 분석하는 데 있어서 많은 어려움이 있다. 이 연구는 부모의 자녀양육방식이 자녀의 어린 시절부터 지금까지 큰 변화가 없이 안정적이며, 현재의 자녀의 자기통제력도 어린 시절에 형성되어 지금까지 안정적인 상태로 지속되었다는 등의 변수간의 인과관계를 전제함으로서 가능하다. 이러한 전제는 현재의 우리의 연구 상황에서 현실적으로 종단적 연구가 어렵기 때문에 불가피하게 시도하였다.

- 4) 분석에 사용된 변수들의 구체적인 문항 및 빈도는 <부록 1>과 <부록 2>를 참조하기 바람.

람에 대한 고려와 배려, 동정 등에 대한 성향, 그리고 흥분성은 의견이 다를 때 화를 내는 정도 등으로 파악하였다.

자녀의 비행은 가벼운 비행과 심각한 비행으로 구분하여 측정하였다. 가벼운 비행은 학생으로서 해야 할 것을 하지 않거나, 해서는 안 될 것을 하는 행위를 의미한다. 이러한 가벼운 비행은 지난 1년 동안 숙제 안하기, 담배 피우기, 취하도록 술 마시기, 시험에서 부정행위, 무단으로 결석하기, 부모님 허락 없이 외박하기, 유흥업소 출입하기, 음란 만화나 잡지, 음란 비디오보기, 이성과의 성관계, 환각제나 본드 등의 흡입, 거리에 침을 뱉거나 쓰레기를 버리기, 거리나 공공장소에서 시끄럽게 하기, 무단횡단이나 교통질서 위반행위 등으로 파악하였다. 심각한 비행으로는 고의로 학교물건을 파손한 행위, 공중전화와 같은 공공기물 부수기, 남의 집이나 물건(차)을 훼손하기, 다른 사람과의 다툼, 다른 사람과의 가벼운 몸싸움, 다른 사람과의 심한 몸싸움, 가게에서 간단한 물건을 슬쩍하기, 집안의 물건이나 현금을 훔치기, 다른 사람의 물건이나 현금을 훔치기, 위협하여 남의 물건이나 돈을 빼앗기, 타인을 속여 남의 물건이나 돈을 얻기 등으로 측정하였다. 이러한 비행의 측정은 분석에서는 비행여부나 비행을 저지른 횟수보다는 전반적인 비행성향, 즉 범죄성(criminality)의 측면에 초점을 두고 측정하였다.

IV. 분석결과

1. 자료의 일반적 특성

가정의 자녀양육이 자녀의 자기통제력 및 비행에 미치는 효과를 분석하기 위한 주요 변수의 기본적 특성은 <표 1>에 제시되어 있다. 부모와 자

녀간의 애착에 대한 척도는 최저값이 4, 최고값이 16이고, 평균이 10.09, 크론바하의 α 값은 .76으로 나타났다. 이러한 척도의 값이 높을수록, 부모와 자녀간의 애착이 강한 것으로 이해할 수 있다. 자녀의 행위 등에 대한 부모의 감시는 최저값이 3, 최고값이 12이고, 평균이 7.23, 표준편차가 1.96이며, 크론바하의 α 값은 .79로 나타났으며, 이는 척도의 값이 높을수록, 자녀의 행동 등에 대한 부모의 감시정도가 높은 것을 의미한다. 또한 자녀의 비행등의 행동에 대한 인지는 최저값이 3, 최고값이 12이고, 평균이 7.01, 표준편차가 1.95이며, 크론바하의 α 값은 .74로 나타났고, 척도의 값이 높을수록, 자녀의 잘못된 행동에 대해 부모가 신속하고 정확하게 파악하는 정도가 높은 것을 뜻한다. 그리고 자녀의 잘못에 대한 부모의 처벌의 적절성은 최저값이 3, 최고값이 12이고, 평균이 8.81, 표준편차가 1.72이며, 크론바하의 α 값은 .53으로 나타났으며, 척도의 값이 높을수록, 자녀의 잘못에 대한 부모가 적절하게 처벌하는 것을 의미한다.

<표 1> 분석에 사용된 변수들의 특성

구 분	최소값	최대값	평 균	표준편차	α 값
애 착	4	16	10.09	2.49	.76
감 시	3	12	7.23	1.96	.79
인 지	3	12	7.01	1.95	.74
처 벌	3	12	8.81	1.72	.53
자기통제력	12	46	29.47	4.43	.65
가벼운 비행	0	33	11.18	6.09	
심각한 비행	0	30	3.09	3.21	

자녀의 자기통제력에 대한 척도는 최저값이 12, 최고값이 46이고, 평균이 29.47, 표준편차가 4.43이며, 크론바하의 α 값은 .65로 나타났으며, 척도

의 값이 높을수록, 자녀의 자기통제력이 높은 것을 의미한다. 또한 자녀의 비행 중에서 가벼운 비행에 대한 척도는 최저값이 0, 최고값이 33이고, 평균이 11.18, 표준편차가 6.09이며, 자녀의 심각한 비행에 대한 척도는 최저값이 0, 최고값이 30이고, 평균이 3.09, 표준편차가 3.21로 나타났다. 이러한 비행척도의 값이 높을수록, 자녀의 비행정도가 높다는 것을 의미한다.

2. 자녀비행에 관한 회귀분석

자녀양육이 자녀의 자기통제력 및 비행에 미치는 효과를 살펴보기로 한다. 부모의 자녀양육방식은 비행 및 반사회적 행위에 직접적인 영향을 미치기도 하며, 다른 한편으로는 자녀의 자기통제력을 통하여 간접적인 효과를 미치기도 할 것이다. 그러면 자녀양육이 비행에 미치는 직·간접적인 효과를 살펴보기로 한다.

부모의 자녀양육방식과 자녀의 자기통제력 및 비행간의 상관관계 분석 결과는 <표 2>에 제시되어 있다. 먼저 자녀양육간의 관계를 살펴보면, 부모와 자녀간의 애착은 자녀의 행동에 대한 감시, 자녀의 잘못된 행동에 대한 인지, 그리고 자녀의 잘못에 대한 적절한 처벌과 정의 관계인 것으로 나타났다. 또한 자녀행동에 대한 감시는 자녀의 잘못에 대한 인지, 그리고 잘못된 행동에 대한 처벌의 적정성과도 정의 관계로 나타났다. 그리고 자녀의 잘못에 대한 인지와 자녀의 잘못에 대한 처벌의 적정성간에도 정의 관계로 나타났다. 이러한 결과는 자녀에 대한 양육방식간에는 서로 밀접한 연관성과 일관성이 있다는 것을 보여준다. 즉 부모와 자녀간의 정서적인 애착이 강할수록, 자녀의 행동에 대한 관심 및 감시가 강하며, 자녀의 잘못에 대한 파악도 잘 이루어지며, 그러한 잘못에 대한 처벌도 적절하게 이루어지는 것을 밝혀졌다.

이러한 부모의 자녀양육방식과 자녀의 자기통제력간의 관계를 살펴보면, 부모와 자녀간의 애착, 자녀의 행동에 대한 감시, 자녀의 잘못에 대한 인지, 자녀의 잘못에 대한 처벌의 적절성은 모두 자녀의 자기통제력과 정의 관계로 나타났다. 이는 부모와 자녀간의 애착의 정도가 강할수록, 자녀의 행동에 대한 감시가 잘 이루어질수록, 자녀의 잘못에 대한 파악이 제대로 이루어질수록, 자녀의 잘못에 대한 처벌이 적절할수록, 자녀의 자기통제력은 높은 것으로 나타났다. 이러한 부모의 자녀양육방식 가운데 부모와 자녀간의 애착이 다른 유형보다 상대적으로 자녀의 자기통제력과 강한 관계로 나타났다.

그리고 부모의 자녀양육과 자녀의 비행간의 관계를 살펴보면, 자녀양육 중 부모와 자녀간의 애착은 자녀의 가벼운 비행과 심각한 비행 모두와 부의 관계로 나타났다. 부모와 자녀간의 애착의 정도가 강할수록, 자녀의 비행은 낮은 것을 알 수 있다. 이러한 비행 가운데 가벼운 비행이 심각한 비행보다 부모와 자녀간의 애착과 더 강한 관계를 보이는 것으로 나타났다. 자녀의 행동에 대한 부모의 감시도 자녀의 가벼운 비행이나 심각한 비행 모두와 부의 관계로 나타났으며, 그 가운데 가벼운 비행과의 관계가 더 강한 것으로 나타났다. 즉 자녀의 행동에 대한 부모의 감시정도가 높을수록, 자녀의 비행은 줄어드는 것을 알 수 있다. 자녀의 잘못에 대한 인지는 가벼운 비행과 부의 관계로 나타났고, 자녀의 심각한 비행과는 관계가 없는 것으로 나타났다. 자녀의 잘못에 대한 인지정도는 자녀의 가벼운 비행에는 영향을 미칠 수 있지만, 심각한 비행에는 영향을 미치지 못하는 것을 시사한다. 자녀의 잘못에 대한 처벌의 적절성은 자녀의 가벼운 비행이나 심각한 비행과 모두 부의 관계로 나타났으나, 애착이나 감시와는 다르게 자녀의 심각한 비행과의 관계가 더 강한 것으로 밝혀졌다. 자녀의 잘못에 대한 처벌이 적절하게 이루어질수록, 자녀의 비행은 줄어드는 것으로 의미하며,

특히 처벌의 적정성은 가벼운 비행보다는 심각한 비행에 더 큰 영향을 미친다는 것을 시사한다.

<표 2> 부모의 자녀양육과 자녀의 자기통제력 및 비행간의 상관계수 (N=493)

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)
(1) 애착	1.00						
(2) 감시	.47***	1.00					
(3) 인지	.29***	.40***	1.00				
(4) 처벌	.40***	.24***	.20***	1.00			
(5) 자기통제력	.20***	.19***	.10**	.16***	1.00		
(6) 가벼운 비행	-.15**	-.21***	-.15**	-.10**	-.38***	1.00	
(7) 심각한 비행	-.08*	-.09*	-.03	-.14**	-.32***	.51***	1.00

*: $p < 0.05$, **: $p < 0.01$, ***: $p < 0.001$

자녀의 자기통제력과 비행간의 관계를 살펴보면, 자녀의 자기통제력은 자녀의 가벼운 비행이나 심각한 비행 모두와 부의 관계로 나타났으며, 심각한 비행보다는 가벼운 비행과 관계의 정도가 강한 것으로 나타났다. 이는 자녀의 내면적인 자기통제력이 강할수록, 자녀의 비행은 낮다는 것을 의미한다. 그리고 자녀의 비행간의 관계를 살펴보면, 자녀의 가벼운 비행과 심각한 비행간에는 높은 상관관계(.51)를 보여준다. 이는 사소한 비행을 저지르는 청소년이 심각한 비행도 더 저지른다는 것을 의미한다. 위와 같이 낮은 자기통제력을 지닌 개인은 사소한 비행뿐만 아니라 심각한 비행도 두루 저지른다는 것을 보여준다. 이러한 자기통제력과 비행간의 관계는 자기통제이론에서 제안한 행위유형별 다능성(versatility)의 특성을 보여준다.

<표 3>은 부모의 자녀양육이 자녀의 자기통제력 및 비행에 미치는 효과를 분석한 회귀분석결과를 보여준다. 제시된 값은 보통최소자승법(ordinary least square method)으로 구한 표준화된 회귀계수(β -coefficient)이다. 자녀양육이 자녀의 비행에 미치는 효과를 분석하기 위

하여, 먼저 부모의 자녀양육이 자녀의 자기통제력에 미치는 영향을 분석하고, 부모의 자녀양육과 자녀의 자기통제력이 자녀의 비행에 미치는 영향을 분석하였다. 모형(1)에서는 부모의 자녀양육이 자녀의 비행에 미치는 직접적인 효과를 분석하고, 모형(2)에서는 자녀의 자기통제력이 자녀의 비행에 미치는 효과를 분석한 후, 모형(3)에서는 부모의 자녀양육과 자녀의 자기통제력이 자녀의 비행에 미치는 효과를 분석하고자 하였다. 이러한 분석을 통하여 자녀에 대한 부모의 양육방식이 자녀의 비행에 미치는 효과를 분석하고, 자녀의 자기통제력이 부모의 자녀양육과 자녀의 비행간의 관계를 매개하는 효과를 살펴보고자 한다.

먼저 부모의 자녀양육이 자녀의 자기통제력에 미치는 효과를 보면, 부모와 자녀간의 애착과 자녀의 행동에 대한 감시, 그리고 자녀의 잘못에 대한 처벌의 적정성이 자녀의 자기통제력에 정의 효과를 미치는 것으로 나타났다. 즉 부모와 자녀간의 정서적인 애정정도가 높을수록, 자녀의 행동에 대한 관심과 감시정도가 강할수록, 그리고 자녀의 잘못에 대한 처벌이 적절하게 이루어질수록, 자녀의 강한 자기통제력을 형성하는데 긍정적 영향을 미친 것으로 나타났다. 앞의 상관관계분석에서는 모든 유형의 자녀양육과 자녀의 자기통제력과 관계가 있는 것으로 나타났지만, 다른 자녀양육방식을 통제한 회귀분석에서는 자녀의 잘못에 대한 인지는 자녀의 자기통제력의 형성에 영향을 미치는 못하는 것으로 나타났다. 이러한 부모의 자녀양육이 자녀의 자기통제력의 형성에 대한 설명력은 6%로 나타났다.

자녀의 가벼운 비행에 대한 회귀분석결과를 살펴보면, 모형(1)의 부모의 자녀양육이 자녀의 가벼운 비행에 미치는 효과분석에서 자녀의 행동에 대한 감시만이 자녀의 가벼운 비행에 부의 효과를 미치는 것으로 나타났다. 즉 자녀의 행동에 대한 감시가 잘 이루어질수록, 자녀의 지위비행이나 질서위반 등의 가벼운 비행은 낮다는 것을 보여준다. 이는 다른 자녀양육방

식보다 자녀가 집 밖에서 어디서, 누구와 어떤 행동을 하는 것에 대한 관심과 감시가 자녀의 가벼운 비행에 줄이는데 효과적이라는 것을 의미한다. 이러한 모형에 의한 자녀의 가벼운 비행에 대한 설명력은 5%로 나타났다. 자녀의 자기통제력이 자녀의 비행에 미치는 효과를 분석한 모형(2)에서 자기통제력은 비행에 부의 효과를 미치는 것으로 나타났다. 이는 자녀의 자기통제력이 강할수록, 가벼운 비행을 덜 저지른다는 것을 의미한다. 이러한 모형에 의한 자녀의 가벼운 비행에 대한 설명력은 14%로 나타났다. 이러한 결과는 부모의 자녀양육에 의한 모형의 설명력보다 현저하게 높은 설명력을 보여준다. 모형(3)은 부모의 자녀양육과 자녀의 자기통제력이 자녀의 가벼운 비행에 미치는 효과를 분석한 것이다.

<표 3> 자녀의 자기통제력 및 비행에 대한 회귀분석결과

	자기통제력	가벼운 비행			심각한 비행		
		모형(1)	모형(2)	모형(3)	모형(1)	모형(2)	모형(3)
애착	.10*	-.05		-.02	-.01		-.02
감시	.12*	-.15**		-.10*	-.07		-.03
인지	.01	-.08		-.07	-.03		-.03
처벌	.09*	-.03		-.01	-.12**		-.09*
자기통제력			-.38***	-.35***		-.32***	-.30***
R ²	.06	.05	.14	.17	.02	.10	.11
F비	7.77***	6.28***	85.53***	20.29***	2.88*	56.27***	12.23***
사례수	512	512	512	512	512	512	512

* : $p < 0.05$, ** : $p < 0.01$, *** : $p < 0.001$

부모의 자녀양육 중에는 자녀의 행동에 대한 감시정도와 자녀의 자기통제력이 자녀의 가벼운 비행에 부의 효과를 미치는 것으로 나타났다. 이러한 자녀의 행동에 대한 감시와 자녀의 자기통제력은 서로를 통제하더라도 각각 독립적으로 자녀의 가벼운 비행에 영향을 미친다는 것을 보여준다.

이러한 모형에 의한 자녀의 가벼운 비행에 대한 설명력은 17%로 나타났다.

다음은 자녀의 심각한 비행에 대해 살펴보면, 부모의 자녀양육이 자녀의 가벼운 비행에 미치는 효과분석에서 자녀의 잘못에 대한 처벌의 적절성만이 자녀의 심각한 비행에 부의 효과를 미치는 것으로 나타났다. 즉 자녀의 잘못에 대한 처벌이 적절하게 이루어질수록, 자녀의 폭행, 절도 등의 심각한 비행을 덜 저지르는 것을 보여준다. 이는 가벼운 비행과는 다르게 자녀의 잘못에 대한 처벌의 적절성이 비행을 줄이는데 더 큰 영향을 미친다는 것을 보여준다. 이러한 모형에 의한 자녀의 심각한 비행에 대한 설명력은 2%로 낮게 나타났다. 자녀의 자기통제력이 자녀의 비행에 미치는 효과를 분석한 모형(2)에서 자기통제력은 자녀의 심각한 비행에 부의 효과를 미치는 것으로 나타났다. 자녀의 자기통제력이 강할수록, 심각한 비행을 덜 저지른다는 것을 의미한다. 이러한 모형에 의한 자녀의 가벼운 비행에 대한 설명력은 10%로 나타났다. 부모의 자녀양육에 의한 심각한 비행에 대한 설명력보다 현저하게 높은 것을 보여준다. 부모의 자녀양육과 자녀의 자기통제력이 자녀의 심각한 비행에 미치는 효과를 분석한 모형(3)에 의하면, 부모의 자녀양육 중에 자녀의 잘못에 대한 처벌의 적절성과 자녀의 자기통제력이 자녀의 심각한 비행에 부의 효과를 미치는 것으로 나타났다. 이러한 자녀의 잘못에 대한 처벌과 자녀의 자기통제력은 서로를 통제하더라도 각각 독립적으로 자녀의 심각한 비행에 영향을 미친다는 것을 보여준다. 이러한 모형에 의한 자녀의 가벼운 비행에 대한 설명력은 11%로 나타났다.

3. 자녀비행에 대한 구조방정식모형 분석

앞에서 부모의 자녀양육이 자녀의 자기통제력과 비행에 미치는 영향을 살펴보았다. 그러나 회귀분석결과에서는 부모의 자녀양육이 자녀의 자기통

제력에 미치는 영향 및 자녀의 비행에 미치는 영향을 각각 살펴볼 수 있었을 뿐이며, 부모의 자녀양육이 자녀의 자기통제력을 통하여 자녀의 비행에 영향을 미칠 수 있다는 것을 추론할 수 있을 뿐이다. 또한 이러한 회귀분석결과를 통하여 경로모형을 구성할 수도 있을 것이지만, 그렇기 위해서는 변수간의 각각의 상관관계 및 회귀분석 등의 방정식을 통합해야 하는 어려움이 있다. 이러한 문제를 해소하기 위하여 구조방정식모형(structural equation modeling)을 통하여 자녀양육이 자녀의 자기통제력과 비행에 미치는 효과를 살펴보기로 한다.

구조방정식모형은 관찰변수를 통하여 이론적 잠재변수를 구성하고, 구성된 잠재변수간의 인과 및 매개관계를 분석하는 방법론적 도구라고 할 수 있다. 이러한 구조방정식모형은 기본적으로 측정모형(measurement model)과 잠재변수모형(latent variable model)으로 구성되어 있다 ((Duncan, 1975; Jöreskog and Sörbom, 1989; Bollen, 1989). 측정모형은 관찰변수와 이론적으로 설정된 잠재변수간의 관계를 분석하며, 잠재변수모형은 잠재변수간의 관계를 분석하는 방법이다. 이러한 구조방정식 모형은 회귀분석이나 경로분석보다는 좀 더 많은 전제와 가정이 필요로 하지만, 관찰된 변수를 통하여 이론적인 잠재변수를 구성하여 분석하고, 인과 및 매개관계가 상호적(reciprocal)인 것과 잔여변수간의 상관을 허용할 수 있으며, 최대가능법(maximum likelihood method) 등을 다양한 추정방식을 사용할 수 있다는 장점이 있다. 특히 이론적 개념 및 인과 및 매개관계에 대한 가설에 대하여 복합적이며 간명하게 분석할 수 있다는 장점이 있다 (Bollen, 1989; 이순목, 1990; 차종천, 1991).

그러면 부모의 자녀양육, 자녀의 자기통제력, 그리고 비행간의 구조방정식 모형분석을 시도하고자 한다. 자녀양육에 대한 측정모형은 부모와 자녀간의 애착, 자녀의 행동에 대한 감시, 자녀의 잘못에 대한 인지, 자녀의 잘

못에 대한 처벌의 적정성으로 구성하였다. 또한 자녀의 자기통제력은 충동성, 단순성, 위험성, 활동성, 이기성, 흥분성의 여섯 유형의 태도, 자녀의 비행은 가벼운 비행과 심각한 비행으로 구분하여 측정모형을 구성하였다. 이와 같이 관찰된 변수들을 통하여 부모의 자녀양육, 그리고 자녀의 자기통제력 및 비행이라는 이론적인 잠재변수를 설정하고, 그렇게 설정된 잠재변수간의 인과 및 매개관계를 설정하여 구조방정식모형을 구성하였다.⁵⁾ 부모의 자녀양육을 외생적 잠재변수(ξ_1)로 설정하고, 자녀의 자기통제력(η_1)과 자녀의 비행(η_2)을 내생적 잠재변수로 설정하였다. 그리고 부모의 자녀양육은 자녀의 자기통제력에 영향을 미치고, 자녀의 비행은 부모의 자녀양육에 의하여 직접적 영향을 받으면서, 다른 한편으로는 부모의 자녀양육에 의하여 영향을 받은 자녀의 자기통제력에 의해서도 영향을 받는 것으로 인과 및 매개관계를 구성하였다. 이러한 구조방정식 모형을 통하여 <그림 1>에서 제시된 연구모형과 같이, 부모의 자녀양육이 자기통제력을 통하여 자녀비행에 미치는 직·간접적인 효과를 모두 분석하려는 것이다. 아래는 구조방정식 모형 중에서 잠재변수모형의 방정식을 제시한 것이다. 이러한 모형은 부모의 자녀양육이 자녀의 자기통제력과 자녀의 비행에 직접적 또는 간접적인 모든 효과를 분석하기 위한 포화모형이다. 이러한 모형은 자녀양육방식이 자녀의 자기통제력을 매개하여 자녀비행에 미치는 인과 및 매개관계를 분석하기 위한 것이었기 때문에 선택된 것이다.

$$\begin{aligned} \eta_1(\text{자기통제력}) &= \gamma_{11}\xi_1(\text{자녀양육}) + \zeta_1 \\ \eta_2(\text{자녀비행}) &= \gamma_{21}\xi_1(\text{자녀양육}) + \beta_{21}\eta_1(\text{자기통제력}) + \zeta_2 \end{aligned}$$

<표 4>는 위의 구조방정식 모형에 근거하여 추정된 모수치, 표준편차,

5) 구조방정식 모형분석을 위한 통계패키지로는 LISREL, EQS 등이 있으나 요레스코그와 소르봄의 LISREL이 가장 널리 사용되기 때문에, 이 글에서도 구조방정식모형에 관한 용어 및 부호는 LISREL모형을 따랐다.

표준화계수 등을 보여준다.⁶⁾ 먼저 측정모형에 의한 관찰변수와 잠재변수간의 관계를 살펴보면, 자녀양육의 경우에는 부모와 자녀간의 애착, 자녀의 행동에 대한 감시, 자녀의 잘못에 대한 인지, 그리고 자녀의 잘못에 대한 처벌의 적절성 순으로 강한 관계를 보이는 것으로 밝혀졌다. 자기통제력에 대한 측정모형을 살펴보면, 자기통제력은 충동성, 그리고 단순한 작업의 선호는 비교적 강한 관계를 보이지만, 자기중심적 성향이나 흥분성, 위험성의 선호 등은 약한 관계를 지니는 것으로 나타났고, 신체적 활동을 선호하는 경향은 아주 약한 관계를 보이는 것으로 밝혀졌다. 자녀의 비행에 대한 측정모형을 살펴보면, 자녀비행은 가벼운 비행, 심각한 비행 순으로 강한 관계를 보이는 것으로 나타났다. 이러한 측정모형분석에서 자기통제력을 구성하는 변수들 중에서 신체적 활동, 위험성 선호, 그리고 흥분성과의 관계가 .30이하로 나타났으며, 이는 각각의 관찰변수들이 이론적 개념들과 관련이 적다는 것을 의미하며, 이는 척도의 타당도 및 신뢰도가 낮다는 것을 의미한다. 즉 위험성을 추구하는 성향이나 즉각적인 흥분, 그리고 신체적 활동을 선호하는 속성은 자녀의 자기통제력을 구성하는 적절한 척도가 아닐 수 있다는 것을 시사한다.

구조방정식 모형에 의하여 분석된 이론적 개념변수간의 관계, 즉 자녀양육이 자기통제력과 비행에 미치는 영향은 <그림 2>에 제시되어 있다. 부모의 자녀양육은 자녀의 자기통제력에 강한 정의 효과(.55)를 미치는 것으로 분석되었다. 그리고 자녀의 자기통제력이 자녀의 비행에 미치는 효과는 강한 부의 효과(-.48)로 나타났다. 그러나 부모의 자녀양육과 자녀의 비행과는 관계가 아주 약한 것으로 나타났다.

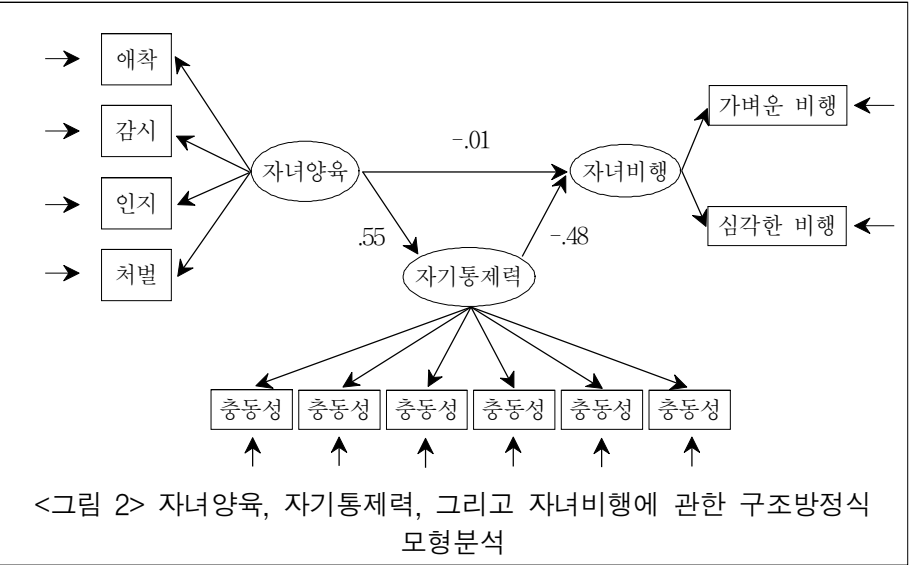
6) LISREL 모형의 적합도는 기본적으로 표준 공분산행렬과 예측 공분산행렬의 차이의 크기를 나타내는 Chi-square값을 이용하여 판단하지만, Chi-square 값은 표본의 크기에 민감하게 반응한다는 단점이 있다. 그러함 점에서 예측 공분산행렬이 표준 공분산행렬을 설명하는 일반부합도(GFI: Goodness of Fit Index) 등을 고려하여 모형의 적합도를 평가하는 것이 바람직하다고 할 수 있다(이순목, 1990).

<표 4> 자녀비행에 대한 구조방정식모형 분석결과

모 수	추정치	표준편차	T-값	표준화계수
λ_{x11} (애착-자녀양육)	1.00	-	-	.71
λ_{x21} (감기-자녀양육)	.95	.09	10.24	.67
λ_{x31} (인지-자녀양육)	.69	.08	8.51	.49
λ_{x41} (처벌-자녀양육)	.65	.08	8.17	.46
λ_{y11} (충동성-자기통제력)	1.00	-	-	.71
λ_{y21} (단순성-자기통제력)	.75	.09	8.17	.53
λ_{y31} (위협성-자기통제력)	.38	.08	4.85	.27
λ_{y41} (신체적-자기통제력)	.21	.08	2.77	.15
λ_{y51} (이기적-자기통제력)	.49	.08	6.06	.35
λ_{y61} (홍분성-자기통제력)	.36	.08	4.58	.26
λ_{y72} (가벼운 비행-자녀비행)	1.00	-	-	.77
λ_{y82} (심각한 비행-자녀비행)	.94	.13	7.05	.72
γ_{11} (자녀양육-자기통제력)	.55	.07	7.38	.55
γ_{21} (자녀양육-자녀비행)	-.01	.09	-0.11	-.01
β_{21} (자기통제력-자녀비행)	-.52	.11	-4.76	-.48
Ψ_1	.35	.06	5.63	.96
Ψ_2	.45	.08	5.45	.74
R^2			0.24	
Chi-Square/d.f.			227.48/51	
GFI			0.93	
RMSEA			0.082	
사례수			512	

이러한 부모의 자녀양육과 자녀의 자기통제력에 의하여 자녀의 비행에 대한 설명력은 24%로 비교적 높게 나타났다. 이러한 결과는 부모의 자녀양육이 적절하게 이루어질수록 자녀의 자기통제력은 높으며, 자녀의 자기통제력이 높을수록 자녀의 비행수준은 낮다는 것을 보여준다. 이는 부모의 자녀양육이 자녀의 비행에 직접적인 효과를 미치기 보다는 자녀의 자기통

제력을 통하여 간접적인 영향을 미친다는 것을 보여준다고 할 수 있다.



V. 맺음글

지금까지 부모의 자녀양육이 자녀의 자기통제력 및 자녀의 비행에 미치는 효과를 살펴보았다. 분석결과는 갓프레드슨과 허쉬의 자기통제이론에서 제시한 바와 같이 가정에서의 자녀양육은 자녀의 비행에 중요한 영향을 미치는 요인으로 나타났으며, 이러한 자녀양육은 자녀의 자기통제력을 통하여 비행에 영향을 미치는 것으로 나타났다. 부모의 자녀양육은 자녀의 비행에 직접적으로 영향을 미치기보다는 자녀의 자기통제력을 통하여 간접적인 영향을 미친다는 것이다. 이는 부모의 자녀양육과 자녀의 비행간의 직접적인 관계도 중요하지만 자녀양육과 자녀비행간의 관계를 매개하는 자녀의 심리적인 요인에 관심을 가져야 할 것을 시사한다. 그렇다고 해서

부모의 자녀양육이 자녀의 비행에 미치는 영향을 소홀히 해서는 안 될 것이다. 부모의 자녀양육이나 사회화는 자녀의 자기통제력 등의 내면적인 성향을 결정하여 자녀의 행동에 영향을 미치는 중요한 요인이라는 것이다.

이러한 연구결과는 청소년 비행에 대한 정책적 측면에서 가정환경과 자녀양육의 중요성을 다시 한 번 일깨워준다고 할 수 있다. 부모가 자녀에 대하여 애정을 가지고 적절하게 자녀양육을 하면 자녀의 자기통제력이 강화되고, 강한 자기통제력은 즉흥적이나 충동적인 행동을 자제하게 하며, 좀 더 장기적이고 상징적이며, 사회에서 허용하거나 바람직한 것으로 여기는 가치를 위하여 참고 노력할 수 있는 능력을 키우게 된다는 것이다. 이와는 반대로 부모가 애정도 없이 적절하지 못한 자녀양육을 하게 되면, 자녀의 자기통제력은 형성되지 못하여, 단기적이며 물질적인 이득을 추구하여 즉흥적이고 충동적인 행동을 하게 된다는 것이다. 이러한 낮은 자기통제력을 지닌 사람들은 사회적으로 금지한 행위, 즉 일탈행위나 문제행위, 그리고 범죄행위를 더 저지르는 경향이 있으며, 종국적으로 학업이나 취업 등에서 배제되어 사회·경제적으로 하위계층으로 전락하게 될 가능성이 높다는 것이다. 이러한 측면에서 가정에서의 부모의 사회화 및 자녀양육의 중요성이 더욱 강조되는 것이다.

그러나 이 연구는 몇 가지의 한계와 문제점을 지니고 있다. 먼저 이 연구는 현대 범죄학에서 유명한 자기통제이론을 한국 사회에서 검증하고자 한 것이다. 분명 이러한 주제는 미국에서 많은 학자들에 의하여 논의하고 경험적 자료를 통하여 연구된 바 있다고 할 수 있다. 그러한 점에서 우리에게 너무 익숙한 주장이라고 할 수 있다. 그러나 이론의 중심축에 속한다고 할 수 있는 자녀양육, 자기통제력, 그리고 비행간의 관계에 대한 경험적 연구는 미국에서도 매우 적은 상황이며, 우리 사회에서도 마찬가지라고 할 수 있다. 둘째로 이 연구에서는 상관관계나 회귀분석보다는 좀 더 많은

통계적인 전제나 가정들이 필요한 구조방정식 모형분석을 사용하였으나, 이러한 통계방법은 다양한 변수간의 인과 및 매개관계를 분석하기 위한 시도였다고 할 수 있다. 앞으로 사회현상에 대한 통계방법의 활용에 대한 한계 및 문제점에 대하여 더욱 정밀한 논의와 개선이 필요하다고 여겨진다. 또한 이 연구에서는 우리 사회의 서울지역의 남자 청소년을 대상으로 분석되었다는 점에서 여자청소년의 경우나 다른 집단을 대상으로 연구를 확대할 필요가 있다. 또한 종단적 조사가 아닌 횡단적 조사자료라는 점에서 인과 및 매개관계에 대한 분석에서 방법론적인 한계를 지니고 있다. 이러한 방법론상의 문제는 미국범죄학계에서도 지속적인 논쟁거리로 남아 있는 상황이며, 이 연구에서는 허쉬의 입장에 따라 횡단적 자료만으로 분석을 시도된 것이다. 그리고 자기통제이론의 중심이 되는 자기통제력은 미국에서 활용된 질문문항을 수정하여 구성된 것이었으나, 분석결과는 우리 사회에 그대로 활용하기에는 다소 문제점이 있는 것으로 나타났다. 앞으로 우리 사회에 적절한 척도의 구성이 필요하다고 할 수 있다. 그리고 자기통제력은 부모의 사회화 및 자녀의 내면화과정에 의하여 형성된 것이라 할 수 있다. 그러나 이 연구에서는 부모의 자녀양육에 초점을 둠으로서 자녀에 의하여 자율적으로 형성되는 과정을 다루지 못한 한계가 있다. 끝으로 이 연구는 자기통제이론의 중심이 되는 자녀양육과 자기통제력, 그리고 자녀의 비행간의 관계를 우리 사회의 자료를 가지고 경험적으로 검증하고자 한 것이다. 이 연구를 통하여 자기통제이론과 그에 대한 경험적 연구의 논쟁거리를 해결하기보다는 더 많은 논쟁거리를 제기하게 되었다고 할 수 있다. 앞으로 우리사회에서 이에 대한 많은 관심과 논의, 그리고 정밀한 분석들이 활발하게 이루어졌으면 한다.

주제어: 자녀양육, 애착, 자기통제력, 비행, 범죄

참고문헌

- 기광도, 2001a. 「사회계층과 범죄행위간의 관계: 자녀양육 및 자기통제력을 중심으로」, 성균관대학교 박사학위논문.
- _____, 2001b. “사회계층과 자녀양육 및 비행간의 관계분석.” 「형사정책연구」, 한국형사정책연구원, 47: 139-173.
- 기광도·이희길, 2002. “부모의 양육방식이 자녀비행에 미치는 효과분석”, 한국교정학회, 「교정연구」 16: 7-27.
- _____, 2004. “가정환경이 자녀비행에 미치는 효과분석: 자녀양육의 매개과정을 중심으로”, 한국형사정책연구원, 「형사정책연구」 60: 323-360.
- 김두섭, 1993. 「사회과학을 위한 회귀분석」. 서울: 법문사.
- 김두섭·민수홍, 1996. 「개인의 자기통제력이 범죄억제에 미치는 영향」, 한국형사정책연구원.
- 김준호·김순형, 1995. 「가정환경과 청소년비행」. 한국형사정책연구원.
- 민수홍, 1995. “낮은 자기통제력의 원인과 결과.” 「형사정책연구」. 한국형사정책연구원.
- _____, 1996. 「비행의 조기에측요인에 관한 연구」. 한국형사정책연구원.
- _____, 1998. “초등학교 학생의 자기통제력과 비행.” 「한국청소년연구」 제9권 1호: 91-108.
- _____, 2002. “여자청소년의 자기통제력이 비행과 범죄에 미치는 영향.” 「형사정책연구」, 49: 35-66.
- 이성식, 1995. “청소년비행론에 있어서 허쉬의 사회통제이론에 대한 수정된 논의.” 「형사정책연구」. 한국형사정책연구원.
- _____, 2003. “가정과 청소년 비행: 주요 이론들의 매개과정을 통한 검

- 증.” 「형사정책연구」 55: 175-207. 한국형사정책연구원.
- 이순묵, 1990. 「공변량구조분석」. 서울: 성원사.
- 이희길, 2005. 「범죄성의 세대간 전이에 관한 연구」. 성균관대학교 박사 학위논문.
- 전영실, 2002. “부모의 훈육과 비행의 관계 연구.” 「형사정책연구」 49: 89-121. 한국형사정책연구원.
- _____, 2003. “성, 사회유대, 비행에 대한 연구: 가족적 요인을 중심으로.” 「형사정책연구」 53: 313-347. 한국형사정책연구원.
- 차종천, 1991. “사회계층연구를 위한 LISREL모형.” 「사회계층: 이론과 실제」. 서울: 다산출판사.
- Akers, R.L., 1991. "Self-Control as a General Theory of Crime." *Journal of Quantitative Criminology* 7: 201-211.
- _____, 2004. *Criminological Theories: Introduction and Evaluation*. Los Angeles: Roxbury(민수홍 · 박기석 · 박강우 · 기광도 · 전영실 · 최병각 역. 2005. 「범죄학이론」. 나남.)
- Alwin, Duane F., and Robert M. Hauser, 1975. "The Decomposition of Effects in Path Analysis." *American Sociological Review* 40 : 37- 47.
- Arneklev, B.J., H.G. Grasmick, and R.J. Bursik, Jr., 1999. "Evaluating the Dimensionality and Invariance of Low Self-Control". *Journal of Quantitative Criminology* 15: 307-331.
- Arneklev, B.J., H.G. Grasmick, C.R. Tittle, and R.J. Bursik, Jr., 1993. "Low Self-Control and Imprudent Behavior." *Journal of Quantitative Criminology* 9: 225-247.

- Bollen, K.A., 1989. Structural Equations with Latent Variables. New York: John Wiley & Sons.
- Bohenstedt, George W., and David Knoke, 1982, Statistics for Social Data Analysis. (장상희.홍동식 역. 「사회통계학 : 원리와 실제」. 서울 : 박영사. 1984).
- Brownfield, D., and A.M. Sorenson, 1993. "Self-Control and Juvenile Delinquency: Theoretical Issue and an Empirical Assessment of Selected Elements of a General Theory of Crime." Deviant Behavior 14: 243-264.
- Burton Jr., V.S., T.D. Evans, F.T. Cullen, K.M. Olivares, and R.G. Dunaway, 1999. "Age, Self-Control, and Adults' Offending Behaviors: A Research Note Assessing a General Theory of Crime." Journal of Criminal Justice 27: 45-54.
- Burton Jr., V.S., F.T. Cullen, T.D. Evans, L.F. Alarid, and R.G. Dunaway, 1998. "Gender, Self-Control, and Crime." Journal of Research in Crime and Delinquency 35: 123-147.
- Duncan, Otis D., 1975. Introduction to Structural Equation Models. New York: Academic Press. (차중천 · 장상수 역. 1994. 「구조방정식 모형」. 서울: 나남.)
- Evans, T.D., F.T. Cullen, V.S. Burton, Jr., and R.G. Dunaway, and M.L. Benson, 1997. "The Social Consequences of Self-Control: Testing The General Theory of Crime." Criminology 35: 475-504.
- Gibbs, J.J., D. Giever, 1995. "Self-control and Its Manifestations among University Students: An Empirical Test of Gottfredson and

- Hirschi's General Theory." *Justice Quarterly* 12: 231-255.
- Gibbs, J.J., D. Giever, and J.S. Martin, 1998. "Parental Management and Self-Control: An Empirical Test of Gottfredson and Hirschi's General Theory." *Journal of Research in Crime and Delinquency* 35: 40-70.
- Gottfredson, M., and T. Hirschi, 1990. *A General Theory of Crime*. Palo Alto, CA: Stanford University Press.
- Grasmick, H.G., C.R. Tittle, R.J. Bursik, Jr., B.J. Arneklev, 1993. "Testing the Core Empirical Implications of Gottfredson and Hirschi's General Theory of Crime." *Journal of Research in Crime and Delinquency* 30: 5-29.
- Hay, C., 2001. "Parenting, Self-control, and Delinquency: A Test of Self-control Theory." *Criminology* 39: 707-736.
- Hirschi, T., 1969. *Causes of Delinquency*. Berkeley: University of California Press.
- _____, 1983. "Crime and the Family." In J.Q. Wilson(ed.). *Crime and Public Policy*. San Francisco: ICS Press.
- _____, 1986. "On the Compatibility of rational Choice and Social Control Theories of Crime." In Cornish, D.B., and R.V. Clarke. (eds.). *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*. New York: Springer-Verlag.
- Hirschi, T., and M. Gottfredson, 1989. "The Significance of White-Collar Crime for a General Theory of Crime." *Criminology* 27: 359-371
- _____, 1993. "Commentary: Testing the General Theory of Crime."

- Journal of Research in Crime and Delinquency 30: 47-54.
- Jöreskog, K.L., and D. Sörbom, 1988. LISREL7: A Guide to the Program and Applications. Chicago: SPSS Inc.
- Junger, M., and R.E. Tremblay, 1999. "Self-Control, Accidents, and Crime." Criminal Justice and Behavior 26: 485-501.
- Keane, C., P.S. Maxim, and J.J. Teevan, 1993. "Drinking and Driving, Self-Control, and Gender: Testing General Theory of Crime." Journal of Research in Crime and Delinquency 30: 30-46.
- Lagrange, T.C., and R.A. Silverman, 1999. "Low Self-control and Opportunity: Testing the General Theory of Crime as an Explanation for Gender Differences in Delinquency." Criminology 37: 41-72.
- Longshore, D., and S. Turner, 1998. "Self-Control and Criminal Opportunity: Cross-Section Test of the General Theory of Crime." Criminal Justice and Behavior 25: 81-98.
- Longshore, D., S. Turner, and J.A. Stein, 1996. "Self-Control in a Criminal Sample: An Examination of Construct Validity." Criminology 34: 209-228.
- Longshore, D., J.A. Stein, and S. Turner, 1998. "Reliability and Validity of a Self-Control Measure: Rejoinder." Criminology 36: 175-182.
- Paternoster, R., and R. Brame, 1997. "Multiple Routes to Delinquency? A Test of Developmental and General Theories of Crime." Criminology 35: 49-84.
- _____, 1998. "The Structural Similarity of Processes Generating Criminal and Analogous Behaviors." Criminology 36: 633-669.

- Patterson, G.R., 1982. *Coercive Family Process*. Eugene. Oregon: Castalia.
- Piquero, A.R., and A.B. Rosay, 1998. "The Reliability and Validity of Grasmick et al.'s Self-Control Scale: A Comment on Longshore et al." *Criminology* 36: 157-173.
- Piquero, A.R., R. MacIntosh, and M. 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: 897-929.
- Polakowski, M., 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.
- Sellers, C.S., 1999. "Self-Control and Intimate Violence: An Examination of the Scope and Specification of the General Theory of Crime." *Criminology* 37: 375-404.
- Wood, P.B., B. Pfefferbaum, and B. J. Arneklev, 1993. "Risk-Tasking and Self-Control: Social Psychological Correlations of Delinquency." *Journal of Crime and Justice* 16: 111-130.
- Wright, B.R.E., A. Caspi, and P.A. Silva, 1999. "Low Self-Control, Social Bonds, and Crime: Social Caution, Social Selection, or Both?" *Criminology* 37: 479-514.

Child Rearing, Self-Control, and Delinquency

Ki, Kwang-Do*

The purpose of this study is to test empirically the hypothesis that parents child-rearing would be effected on juvenile delinquency mediated by child's self-control. The data used in this study are drawn from a self-reported survey conducted in Seoul in November, 2000. The sample consists of a total of 512 high school students aged between 15 and 19. In this study, parental child rearing is conceptualized as having four components; attachment, regulation, supervision, and punishment. Children's self-control is measured by 12-items reflecting the tendencies of cognitive and behavioral aspects such as impulsivity, simple tasks, risk seeking, physical activity, self-centered, and temper. Involvement in criminal behavior is measured for offences committed over past one year. It is indexed by two types of crime: status delinquency and series delinquency. To examine the causal and mediate relationship between social class and self-reported criminal behavior, we used Jöreskog and Sörbom's LISREL VIII.

Major findings of our analyses are as follows. Parental child rearing

* Professor, Department of Police Administration, Daegu University. Ph.D. in Sociology.

such as attachment, supervision, and punishment has an indirect effect on criminal behavior through children's self-control. And children's self-control is strongly related to criminal behavior in the direct way. Thus, it appears to be an important predictor of delinquency, criminal and analogous behavior. In sum, it may be said that this results support Gottfredson and Hirschi's self-control theory.

Keywords: child rearing, attachment, self-control, crime, delinquency

<부록 1> 분석된 변수의 문항 및 빈도값 (1)

	확실히 그렇다	대체로 그렇다	별로 그렇지 않다	정혀 그렇지 않다
<부모와 자녀간의 애착>				
나는 나의 장래에 대해 부모님과 상의하는 편이다	98(19.1)	193(37.7)	188(36.7)	33(6.4)
나는 학교생활에 대해 부모님과 자주 이야기한다	54(10.5)	153(31.1)	227(44.3)	72(14.1)
나는 고민이 있을 때 부모님과 상의하는 편이다	29(5.7)	92(18.0)	275(53.7)	116(22.7)
나는 부모님을 매우 존경한다	124(24.2)	259(50.6)	111(21.7)	18(3.5)
<자녀의 행동에 대한 감시>				
내가 집 밖에 있을 때, 부모님은 내가 어디에 있는지 아신다	39(7.6)	234(45.7)	187(36.5)	52(10.2)
내가 집 밖에 있을 때, 부모님은 내가 누구와 함께 있는지 아신다	33(6.4)	204(39.8)	219(42.8)	56(10.9)
내가 집 밖에 있을 때, 부모님은 내가 어떤 행동을 하는지 아신다	30(5.9)	174(34.0)	233(45.5)	75(14.6)
<자녀의 잘못에 대한 인지>				
내가 잘못을 저질러도 부모님은 잘 모르실 것이다	32(6.3)	199(38.9)	229(44.7)	52(10.2)
내가 잘못을 저지르면 부모님은 반드시 아실 것이다	43(8.4)	141(27.5)	225(43.9)	103(20.1)
내가 잘못을 저지르면 부모님은 즉시 아실 것이다	32(6.3)	119(23.2)	275(53.7)	86(16.8)
<자녀의 잘못에 대한 처벌의 적정성>				
내가 잘못을 저지르면 그 정도에 따라 적절하게 꾸중이나 벌을 주신다	59(11.5)	312(60.9)	111(21.7)	30(5.9)
내가 잘못했을 때 벌주는 이유를 말씀하신다	97(18.9)	257(50.2)	112(21.9)	46(9.0)
같은 잘못을 저질러도 기분에 따라 벌을 주신다	33(6.4)	150(29.3)	186(36.3)	143(27.9)
<자녀의 자기통제력>				
나는 미래를 위한 노력을 별로 하지 않는다	33(6.4)	177(34.6)	209(40.8)	93(18.2)
나는 당장 재미있다면 일단 하고 보는 편이다	106(20.7)	264(51.6)	122(23.8)	20(3.9)
나는 일이 힘들고 복잡하면 그만두는 편이다	28(5.5)	181(35.4)	242(47.3)	61(11.9)
나는 손쉽게 할 수 있을 일을 좋아한다	107(20.9)	273(53.3)	114(22.3)	18(3.5)
나는 모험적이고 짜릿한 활동을 즐기는 편이다	120(23.4)	226(44.1)	140(27.3)	26(5.1)
나는 신나는 일이라면 위험하더라도 꼭 한다	55(10.7)	176(34.4)	214(41.8)	67(13.1)
나는 앉아 쉬거나 책을 보는 것보다 움직이는 것을 좋아한다	161(31.4)	176(34.4)	136(26.6)	39(7.6)
나는 활동적이고 정력적인 편이다	124(24.2)	212(41.4)	151(29.5)	25(4.9)
나는 다른 사람에게 불편을 주더라도 개의치 않고 나의 일을 하는 편이다	20(3.9)	90(17.6)	290(56.8)	111(21.7)
나는 어려움에 처한 사람을 적극적으로 도와준다	40(7.8)	231(45.1)	220(43.0)	21(4.1)
나는 다른 사람과 의견이 다를 때 쉽게 화를 낸다	35(6.8)	148(28.9)	257(50.2)	72(14.1)
나는 화가 나면 물건을 가리지 않는다	63(12.3)	135(26.4)	203(39.6)	111(21.7)

<부록 2> 분석된 변수의 문항 및 빈도값 (2)

	전혀 없다	한 두번	가끔	자주
<가벼운 비행>				
숙제 안하기	57(11.1)	112(21.9)	196(38.3)	147(28.7)
음란 만화나 잡지, 음란 비디오보기	108(21.1)	189(36.9)	152(29.7)	63(12.3)
시험에서 컨닝하기	269(52.5)	167(32.6)	52(10.2)	24(4.7)
취하도록 술마시기	279(54.5)	120(23.4)	76(14.8)	37(7.2)
담배 피우기	357(69.7)	45(8.8)	29(5.7)	81(15.8)
유흥업소 출입하기	374(73.0)	66(12.9)	46(9.0)	26(5.1)
부모님 허락없이 외박하기	408(79.7)	61(11.9)	31(6.1)	12(2.3)
이성과의 성관계	454(88.7)	32(6.3)	14(2.7)	25(2.3)
무단으로 결석하기	468(91.4)	27(5.3)	11(2.1)	6(1.2)
환각제, 본드 등의 흡입	489(95.5)	10(2.0)	6(1.2)	7(1.4)
거리에 침을 뱉거나 쓰레기를 버리기	59(11.5)	146(28.5)	176(34.4)	131(25.6)
무단횡단이나 교통질서 위반행위	74(14.5)	166(32.4)	173(33.8)	99(19.3)
거리나 공공장소에서 시끄럽게 하기	99(19.3)	176(34.4)	160(31.3)	77(15.0)
<심각한 비행>				
고의로 학교물건을 파손한 행위	370(72.3)	97(18.9)	35(6.8)	10(2.0)
공중전화와 같은 공공기물 부수기	456(89.1)	41(8.0)	11(2.1)	4(.8)
남의 집이나 물건(차)을 훼손하기	456(89.1)	46(9.0)	6(1.2)	4(.8)
다른 사람과의 다툼	153(29.9)	252(49.2)	93(18.2)	14(2.7)
다른 사람과의 가벼운 몸싸움	258(50.4)	196(38.3)	46(9.0)	12(2.3)
다른 사람과의 심한 몸싸움	403(78.7)	86(16.8)	18(3.5)	5(1.0)
가게에서 간단한 물건을 슬쩍하기	429(83.8)	66(12.9)	13(2.5)	4(0.8)
집안의 물건이나 현금을 훔치기	443(86.5)	57(11.1)	10(2.0)	2(0.4)
타인을 속여서 남의 물건이나 돈을 얻기	463(90.4)	42(8.2)	4(0.8)	3(0.6)
다른 사람의 물건이나 현금을 훔치기	485(94.7)	25(4.9)	1(0.2)	1(0.2)
위협하여 남의 물건이나 돈을 빼앗기	495(96.7)	14(2.7)	2(0.4)	1(0.2)

인터넷 게시판 실명제 관련법의 정비방향에 관한 연구

허경미 / 백창현

형사정책연구 제17권 제2호(통권 제66호, 2006 · 여름호)

한국형사정책연구원

인터넷 게시판 실명제 관련법의 정비방향에 관한 연구

허 경 미* / 백 창 현**

I. 들어가며

인터넷 게시판 실명제란 온라인상에서 성명, 주민등록번호 등의 개인정보 입력을 통하여 실명 인증 과정을 거친 후 실명이 확인된 경우에만 인터넷 게시판에 글을 올릴 수 있도록 하는 방식을 말한다. 그리고 그것의 법제화란 전부 또는 일부 웹사이트의 인터넷 게시판에 이러한 실명제의 실시를 법률적으로 의무화하는 것을 의미한다. 이 때 적용범위에 따라 전면적 게시판 실명제와 제한적 게시판 실명제로 나눌 수 있는데, 전자의 경우는 모든 웹사이트의 인터넷 게시판에 실명제 실시를 법률적으로 의무화하는 것을 말하고 후자의 경우는 일부 웹사이트에 실명제 실시를 의무화하는 것을 말한다. 이러한 실명제 게시판의 경우에는 보통 모든 게시물에 작성자의 실명이나 가명, 아이디(ID) 등이 외부적으로 남게 된다.¹⁾

* 계명대학교 경찰학부 교수

** 계명문화대학 경찰행정과 교수

1) 통상 게시판 실명제는 두 가지의 의사소통적 구조에서 요청된다고 한다. 첫째는 의사소통적 관계에 들어가 있는 당사자들이 상호 상대방의 개인적 속성 - 특히 그의 현실 공간(real space)에서의 개인적 속성(personal attributes) - 을 알 수 있게 하거나 또는 그에 관한 정보를 요청하는 상태(컨텐츠로서의 실명: 현명성)가 그것이며, 둘째는 컨텐츠의 밖에서 의사소통의 상대방이나 이들 의사소통적 관계와 떨어져 있는 제3자의 입장에서 이 의사소통적 관계에 들어가 있는 당사자들의 신원을 사후적으로 확인할 수

이러한 인터넷 게시판 실명제는 각자가 책임 있는 게시물을 올리도록 유도하여 익명성을 이용해 남을 비방하거나 명예를 훼손하는 것을 사전에 방지하는 효과가 있다고 할 수 있다. 즉 누구든지 자신의 실명을 밝히게 됨으로써 자신의 실체를 그대로 드러내거나 익명 혹은 가명을 사용한다 하더라도 약간의 추적을 통하여 자신의 실명이 바로 드러날 수 있다는 가능성을 인식한 채 통신에 임하게 됨으로써 자신의 모든 정보통신행위 그 자체에 대하여 스스로 책임을 지게 되는 구조를 형성하게 되는 것이다.²⁾ 그러나 한편으로 인터넷 게시판 실명제는 사람들에게 사회적 차별이나 정치적 보복 우려로 인한 상당한 심리적 압박(사전적 자기통제의 기제)을 가하여 표현의 자유를 위축시키고 자유로운 의견 개진을 힘들게 만들 수도 있는 단점이 있다.³⁾ 실명제에 가까워질수록 글들은 정제되겠지만 게시판에는 실용적인 의견들만 올라오고 그렇지 않은 의견들은 아예 올라오지 않아 게시판이 활성화되지 않을 가능성도 있는 것이다.⁴⁾ 사실 익명성은 표현의 자유라는 관점에서 볼 때에는 상당히 긍정적인 요소일 수도 있다. 사람들은 실명보다는 익명일 때에 자신의 의견을 더 자유롭게 표현하는 경향이 있기 때문인데, 결국 인터넷 게시판 실명제는 표현의 자유보다는 개인의 명예를 더 보호하기 위한 제도라 할 수 있을 것이다.

그러나 이미 사회적으로 매우 심각한 수준에 이른 인터넷상의 명예훼손성·비방성·허위성·음란성 게시물들로 인해 현재 많은 사람들이 게시판 실명제의 법제화에 찬성하고 있음에도 불구하고,⁵⁾ 일부 네티즌과 시민단

있는 상태(추적가능성으로서의 실명)로 만들고자 하는 요청이 그것이다(한상희, “사이버공간에서의 익명성과 책임”, 『CLIS Monthly』, 2003-5/6호, 2003, 15면).

2) 한상희, “음란물 규제법제와 통신실명제”, 『정보법학』, 제3호, 1999, 370-371면.

3) 한상희, “통신실명제 - 그 가능성의 검토”, 『재단법인 지식문화재단 입법공청회 발표자료집: 사이버명예훼손 어떻게 대처할 것인가 - 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 개정안을 중심으로』, 2001, 50면.

4) 오병일, “인터넷 게시판 강제 실명제의 문제점”, 『시민과변호사』, 제112호, 2003, 16면.

체, 학계 및 언론 등은 자유로운 토론 문화 저해, 표현의 자유 제약, 전자 감시의 수단화, 사생활 침해 등을 이유로 여전히 이에 반대하고 있다. 하지만 게시판 실명제는 인터넷 공간에 넘쳐나고 있는 온갖 저질 게시물들의 방지에 가장 근원적이고도 효과적인 대책이라 할 수 있기 때문에 이의 법제화를 통한 법률적 강제는 상당 부분 요구된다고 본다. 현재로서는 이러한 인터넷 게시판 실명제가 체계적으로 법제화되어 있지 않아 법률적 강제성이 없으므로 각 웹사이트 운영자의 자의적 선택에 따라 자율적으로 이루어지고 있는 실정이기 때문에 그 효과가 상당히 미약한 것이 사실이라 할 수 있다.

여기서는 인터넷 게시판 실명제의 법제화에 찬성하는 입장에서 그 필요성과 현행법상 관련 규정들을 살펴본 후 인터넷 게시판 실명제 관련법의 정비방향을 제시해보고자 한다. 특히 인터넷 게시판 실명제 관련법의 정비방향에서는 전부 또는 일부 웹사이트에 대해 인터넷 게시판 실명제 실시를 법률적으로 의무화하기 위한 바람직한 입법방향 등을 세부적으로 제시하게 될 것이다. 이 연구가 세계 최고의 인터넷 강국 중 하나인 한국에서 이미 심각한 사회 문제가 된 인터넷 공간의 명예훼손성·비방성·허위성 저질 게시물들의 정화와 건전한 통신예절문화 정착에 다소나마 기여할 수 있게 되기를 기대해본다.

5) 포털사이트 네이버(www.naver.com)가 2005년 9월부터 10월까지 한달여간 실시한 사이버여론조사에 따르면, 응답자 4,947명 가운데 2,042명(41.3%)이 일부 포털사이트에 대한 제한적 게시판 실명제에 찬성했고 1,728명(34.9%)이 모든 인터넷 사이트에 대한 전면적 게시판 실명제에 찬성하였다. 결국 76%에 달하는 사람들이 제한적이든 전면적이든 게시판 실명제에 찬성하고 있는 셈이다. 반대 입장은 1,177명(23.8%)에 불과했다(내일신문, 2005. 12. 23, '입법취지는 공감 효과는 글썄').

II. 인터넷 게시판 실명제 관련법의 정비 필요성

1. 명예훼손성 · 비방성 · 허위성 · 음란성 게시물의 난무

인터넷 환경과 활용 등의 면에서 한국은 세계 최고 수준의 인터넷 강국이라 할 수 있다. 총 인구의 약 70%에 달하는 3,300만명 이상이 인터넷을 이용하고 있고 초고속인터넷 가입자 수는 이미 1,200만명을 돌파하여 초고속인터넷 부문에서는 가히 타의 추종을 불허할 정도이다. 세계적으로도 유례가 없는 PC방은 비록 지금은 각 가정의 초고속인터넷 보급으로 다소 감소 추세에 있으나 여전히 전국적으로 2만여개 이상이 영업 중이며, 초고속인터넷 상시 접속요금 또한 세계에서 가장 낮은 수준인 것으로 알려져 있다. 이러한 강력한 인프라를 바탕으로 한 인터넷 활용도와 인터넷 비즈니스, 웹사이트 콘텐츠 등의 발달 수준도 세계 수위권임은 마찬가지이다. 인터넷 쇼핑, 인터넷 뱅킹, 온라인 주식거래, 온라인 게임, 메신저 이용, 뉴스 검색 등은 이미 일상화 된지 오래이며 단체나 기업, 기관 등은 자체 인터넷 홈페이지 구축과 인터넷을 활용한 업무 처리가 필수불가결한 것으로 인식되어 있다.

특히 한국에서는 인터넷 게시판을 통한 상호 의사 교환, 토론 등의 커뮤니케이션이 매우 발달해 있는 편이라 할 수 있는데, 대형 포털사이트를 비롯하여 정부기관 · 기업 · 학교 · 동호회의 홈페이지 등 거의 대부분의 웹사이트에서는 게시판을 필수적으로 두고 있다. 즉 이러한 인터넷 게시판을 통하여 누구든 자유롭게 참가할 수 있고 정보의 발신자가 동시에 수신자가 되는 쌍방향 또는 다방향의 커뮤니케이션이 가능하게 된 것이다. 또한 이를 통해서 정보가 공유 · 공개되는 새로운 커뮤니티가 형성되어 정보원은 판매자가 되고 정보의 수신자는 구매자가 되어 정보에 대한 찬반의 의

사를 결정할 수 있는 사상의 자유시장이 활성화되었다. 이제는 누구든지 인터넷이 연결된 개인용 컴퓨터만 있으면 인터넷 게시판 등을 통하여 쉽고 간편하게 수시로 자신에게 필요한 정보를 수신하고 적극적으로 정보를 발신할 수 있게 된 것이다.⁶⁾

그러나 한편으로는 이렇게 편리하고 유용한 인터넷 게시판이 어느새 온갖 저질 게시물들로 가득 차게 되었다. 인터넷 게시판의 익명성을 악용한 사이버 테러와 명예훼손, 비방, 욕설, 허위정보, 음란정보 등의 내용을 담은 게시물들이 넘쳐나게 된 것이다. 인터넷을 검색하다보면 불특정 또는 다수인이 익명으로 자유로운 내용의 글을 올릴 수 있는 인터넷 자유게시판을 중심으로 하여 명예훼손성·모욕성·허위성·음란성 게시물들이 끊이지 않고 있음을 알 수 있다. 인터넷 공간에서의 개인이나 단체에 대한 비방, 욕설, 감정싸움 등은 사실상 이제 일상화가 되어 버렸다고 해도 과언이 아닐 정도이다. 특정인에 대한 비방과 사이버 테러는 거의 매일 지속적으로 발생하고 있으며 그 외 허위 사실을 유포하거나 남을 가장하여 글을 올리는 행위, 도배성 게시물을 무차별적으로 올리는 행위, 음란성·광고성 게시물을 지속적으로 올리는 행위 등도 마찬가지이다. 결국 이로 인한 개인적·사회적 피해는 이루 헤아릴 수 없다고 할 것이다. <표 1>은 정보통신윤리위원회 내에 설치되어 있는 사이버명예훼손·성폭력상담센터에 2001년부터 2005년까지 접수된 상담신청 현황을 피해내용별로 나타낸 것이다.

<표 1>을 보면 사이버명예훼손·모욕에 대한 상담신청 건수가 2001년에는 278건이던 것이 2005년에는 5,735건이 접수되어 4년 사이에 20.6배 가량 증가한 것을 알 수 있다. 이것은 사이버성폭력이나 사이버스토킹의 증가폭에 비해 월등히 높은 수치이다. 명예훼손성·모욕성 게시물들은 사

6) 이해완, “사이버스페이스와 표현의 자유: 판례를 중심으로”, 「헌법학연구」, 제6권 제3호, 2000, 89면.

실 범죄에 해당함에도 불구하고⁷⁾ 이제는 너무나 일상화되어 있어서 행위자, 피해자, 제3자를 가릴 것 없이 범죄의식, 일탈의식, 심지어 피해의식조차도 상당히 약화된 상태라 생각된다.

<표 1> 사이버 명예훼손 · 성폭력상담센터에 접수된 피해내용별 상담신청 현황 (단위: 건)

연 도 \ 피해내용	계	명예훼손 및 모욕	성폭력	스토킹	기타
2001	1,054	278	204	22	550
2002	3,616	1,248	224	53	2,091
2003	4,217	1,916	557	95	1,649
2004	3,913	2,285	322	81	1,225
2005	8,406	5,735	889	193	1,589
합 계	21,206	11,462	2,196	444	7,104

* 자료: 정보통신윤리위원회, 「2005년 사이버 명예훼손 · 성폭력 상담사례집」, 2006, 328면.

이것은 행위자에게는 더욱 쉽게 명예훼손범죄로 나아가게 하고, 피해자

7) 특히 사이버 명예훼손의 경우, 한국에서는 형법상 명예훼손죄(제307조-제312조) 이외에 특별법인 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제61조에서 소위 사이버 명예훼손죄를 별도로 규정함으로써 인터넷 등 정보통신망을 통하여 공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 행위를 형법상 명예훼손죄보다 무겁게 처벌하고 있다. 그러나 인터넷상의 명예훼손에는 기존의 명예훼손죄에 관한 법리를 그대로 적용하는 것이 부적절하다는 견해가 있다(박광민, “인터넷상의 명예훼손에 대한 형사법적 규제”, 「한국형사정책연구원 제35회 형사정책세미나 자료집: 사이버공간에서의 정보유통과 형사정책적 대응」, 2005, 98면). 이것은 확장성, 개방성, 국제성, 쌍방향성, 정보의 다양성, 익명성 등과 같은 인터넷의 특징 때문이라고 할 수 있는데(이광진, “인터넷 시대에서의 표현의 자유”, 「인터넷법률」, 제8호, 77면), 사이버공간에서는 매스미디어 등에 비해 자신의 명예를 훼손하는 표현에 대한 반박이 상당히 용이하므로 훼손된 명예에 대한 회복을 형사적 처벌이나 민사적 구제수단 등과 같은 기존의 법적 수단에 의해 실현하지 않고 거의 인터넷을 통한 공개토론의 장에서 그 해법을 모색하게 된다는 것이다(Johnson, D. R. and Post, D., “Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace”, *Stanford Law Review Symposium Surveying Law and Borders*, 48(5), 1996, pp. 1381-1382).

에게는 그것을 어쩔 수 없이 감내하게 하고, 제3자에게는 그것을 재미있는 구경거리 정도로 인식하게 하는 태도로 연결되고 있다.⁸⁾ 그러므로 이에 대책은 시급하고도 절실하다 할 수 있는데, 그러한 대책들 중 입법적 방안으로서 인터넷 게시판 실명제의 법제화는 가장 효율적이고도 효과적인 대응방안이라 할 수 있으므로 관련법의 제·개정 필요성이 강력히 요청된다.

2. 익명성의 제거 및 완화

인터넷 공간에서 익명성(anonymity)은 상대방의 정체가 잘 드러나지 않는 상태를 지칭한다. 익명성은 개인의 실제 정체를 드러내지 않음으로써 사회적 차별이나 정치적 보복에 대한 두려움 없이 진실한 목소리를 낼 수 있다⁹⁾는 긍정적인 측면에도 불구하고 많은 논란이 되고 있다. 이것은 개인을 보복으로부터 보호해 주기도 하지만 말과 행위에 대한 책임성을 약화시켜 많은 부작용을 낳게 하기도 하는 것이다.¹⁰⁾ 그래서 일반적으로 인터넷상에서의 익명성이 가지는 폐해로 ① 범집행의 곤란성 ② 일탈성향의 조성 ③ 정보에 대한 신뢰성 감소 등을 들고 있다.¹¹⁾ <그림 1>은 인터넷 이용자가 인터넷 게시판 등에서 자신의 정체를 드러낼 수 있는 방법을 연속선상으로 나타낸 것이다.

8) 백창현, “인터넷 명예훼손범죄의 특성과 수사상 대응전략”, 「치안정책연구」, 제17호, 2003, 367면.

9) 침묵을 강요하는 집단압력(group pressure)에 의한 억압적 분위기는 변화의 기회를 차단하게 되어 각자가 제 목소리를 내지 못하도록 만들 수 있으나, 익명성은 사람들로 하여금 자신이 진실로 믿는 견해를 표명할 수 있도록 하고 일반적이지 않은 의견을 제시하거나 관례적인 지식에 대해 의문을 제기할 수 있도록 만들 수도 있다(Lee, G. B., "Addressing Anonymous Messages in Cyberspace", *Journal of Computer Mediated Communication*, 2(1), 1996, pp. 28-32).

10) 조동기·김병준·조희경, 「사이버문화의 특성과 사회적 영향(연구보고 01-39)」, 정보통신정책연구원, 2001, 110면.

11) 한상희, 전개논문(「CLIS Monthly」, 2003-5/6호), 16면.



* 자료: Wood, A. F. and Smith, M. J., Online Communication, Mahwah, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 2001, p. 57.

<그림 1> 인터넷 공간에서의 정체변화 연속선

인터넷 게시판 등의 인터넷 공간에서 자신을 제시할 수 있는 방식은 <그림 1>에서 보는 바와 같이 연속선을 따라 다르게 나타날 수 있다. 이 연속선의 한쪽 끝은 아무 것도 드러나지 않는 완전한 익명성(anonymity)이고 다른 한쪽 끝은 실제적 정체성(real identity)이다. 그 중간에는 정도에 따라 다양한 수준의 가명성(pseudonymity)이 존재할 수 있게 된다.

대면적 단서의 결여에 따른 익명성은 인터넷 공간에서의 정체성에 흥미로운 영향을 미치게 된다. 문자를 이용한 커뮤니케이션 과정에서 사람들은 자신을 있는 그대로 제시하거나 자신의 일부만을 제시하거나 또는 상상의 정체를 제시하거나 아니면 완전히 익명적으로 남을 수도 있다. 또 사람들은 대화를 하거나 게시판에 글을 올리거나 온라인 게임을 할 때 자기표현의 방식을 마음대로 조절할 수도 있게 된다. 별명, 대화명, 개인프로필 등을 만들 때 사용자들은 다른 사람들이 자신을 인식하는 바를 많이 고려하게 되는데, 사이버 공간에서 개인의 정체가 완전히 익명적인 경우는 드물지만 별명이나 필명과 같은 가명을 통해 상대적인 익명성이 유지되는 것이다. 가명은 실제 이름은 아니지만 사용자가 정체성의 일관성을 유지할 수

있게 해주고 그 사람의 행위나 말을 다른 사람들이 알아볼 수 있게 해준다. 익명성과 마찬가지로 이러한 가명성은 자신을 어느 정도 보호해줄 뿐만 아니라 익명성으로는 불가능한 자신의 이미지를 표현할 수 있게 해준다. 사람들은 그것을 통해 다른 사람들에게 밝히고 싶은 정체 의 일부분만을 드러낼 수 있게 되는 것이다. 특히 자신의 실제 이름을 밝히기를 꺼리는 사람들에게 상호작용의 기회를 제공하게 되는데, 인터넷은 이러한 다양한 수준의 가명성을 가능하게 해준다. 그 정도가 어떠한 것은 인터넷 사용자들에게 자기 제시를 조절하는 능력을 부여함으로써 개인의 힘을 강화시켜 주고 있다.¹²⁾

이 때 중요한 사실은 이러한 익명성이 탈금제(脫禁制, disinhibition)의 토대가 된다는 점이다. 탈금제란 대면적 상황에서는 함부로 말할 수 없는 내용을 사이버 공간에서의 익명성에 힘입어 자신의 생각과 의견을 쉽게 표현하고 구속감을 적게 느끼고 보다 개방적인 태도를 취하게 되는 현상을 말한다. 익명성에 힘입은 이러한 탈금제는 개인들이 행위의 결과에 대한 책임의식 없이 함부로 행동하게 하는 경향을 낳아 이용자들이 바람직하지 못한 욕구나 감정을 추구하도록 만들기도 한다. 이에 따라 거친 말, 절제되지 않은 비판, 분노, 혐오, 두려움이 무차별적으로 표현되기도 하고 현실공간에서는 쉽게 접근할 수 없는 음란물이나 폭력물과 같은 지하 세계가 드러나기도 하는 것이다. 인터넷 공간에서는 모든 사항이 홈페이지에 등록되고 전자우편으로 전송되며 전자게시판에 게시되므로 누구든 언제 어디서나 자신을 드러내지 않고 정보에 대한 접근이 가능하다. 따라서 사람들은 이러한 인터넷을 이용하여 쉽고 자유롭게 루머(rumor), 빈정거림, 격렬한 논쟁을 포함하는 많은 양의 개인적 내용들을 드러내 놓게 되는 커뮤니케이션 스타일을 만들어 온 것이다.¹³⁾ 이에 따라 인터넷 게시판 등에

12) 조동기·김병준·조희경, 전제서, 110-111면.

13) Trager, R. and Dickerson, D. L., *Freedom of Expression in the 21th Century*,

서는 항상 익명 내지 가명을 이용한 상호간의 거친 의사표현과 모욕, 명예훼손이 장소와 시간을 불문하여 벌어지게 되었다.

결국 익명성으로 인한 탈금제의 경향이 현재와 같은 저질 게시물들의 만연을 가져오게 된 것이라 할 수 있다. 이러한 점은 익명성을 제거 또는 완화하는 것, 즉 실명확인을 통해서만 게시물을 올릴 수 있도록 하는 것이 그러한 현상에 대한 근원적인 대책일 수 있음을 말해주는 것이다. 즉 게시판 실명제는 사람들로 하여금 일정한 심리적 압박(사전적 자기통제의 기제)을 가하여 자신의 통신행위에 대해 사전에 스스로 책임성을 자각하도록 만드는 장치로 작용하게 되는 것이다.

3. 수사의 용이성

비실명제 게시판을 통한 명예훼손범죄 등의 가장 큰 특성 중 하나는 강한 익명성이라고 할 수 있다. 그래서 범죄자의 신원이 직접 드러나지 않기 때문에 경찰의 수사와 범인 검거에는 상당한 애로가 뒤따른다. 현재 비실명제 게시판상에서의 인터넷 명예훼손범죄에 대한 경찰의 수사방법은 사실상 IP주소¹⁴⁾를 추적하고 로그인 기록을 분석하는 것이 전부라고 해도 과언이 아니다¹⁵⁾. 특히 로그인 기록 분석을 행하는 이유는 사용자의 IP주소와 게시물 게재 시각 등을 파악하기 위해서이다. 그러므로 로그인 기록에 나타난 IP주소와 접속시각은 인터넷 명예훼손범죄 등의 수사에 있어 가장 핵심적인 증거이자 단서라고 할 수 있다. 그러나 IP주소를 추적하고 로그인

Thousand Oaks, California: Pine Forge Press, 1999, p. 192.

14) IP주소(Internet protocol address)란 인터넷에 연결된 모든 통신망과 그 통신망에 연결된 컴퓨터에 부여되는 고유의 식별 주소를 의미한다. 이 주소는 내부에서 32비트(4byte)로 기억되지만 표기할 때에는 4개의 10진수를 점(.)으로 구분하여 표시한다. IP 주소는 인터넷과 연결해 주는 서비스를 하고 있는 사업체에서 할당해 주고 있는데, 한국의 경우 한국인터넷진흥원(NIDA)에서 최종 사용자에게 할당하고 있다.

15) 백창현, 전계논문, 364-369면.

기록을 분석하여 글이 발송된 컴퓨터를 찾아낸다고 하더라도 게시물을 올린 범인은 찾아내지 못하는 경우가 많다. 특히 범행이 PC방 등의 공공장소에서 이루어진 경우가 그러한데, 이러한 곳에서는 사용자가 자신의 신원을 드러내지 않고도 컴퓨터의 자유로운 이용이 가능하므로 접속 위치를 추적해내더라도 사용자를 찾아내기가 상당히 어렵다고 할 수 있는 것이다.

그러므로 관련법의 제·개정을 통해 인터넷 게시판 실명제를 법률적으로 의무화한다면 현재보다 훨씬 많은 인터넷 게시판이 비실명제에서 실명제로 전환될 것이므로 인터넷 명예훼손범죄 등에 대한 수사과 범인 검거가 지금보다 훨씬 용이해질 것으로 기대된다. 어느 특정 게시물이 문제가 되었을 때 여러 가지로 번거로운 IP주소 추적과 로그인 기록 분석 단계를 거치지 않고도 해당 웹사이트의 회원정보와 실명확인기록을 조사하여 작성자를 즉시 찾아내 검거할 수 있기 때문이다. 결국 인터넷 게시판 실명제의 법제화는 인터넷 명예훼손 사건 등의 수사효율성을 획기적으로 제고하기 위한 차원에서도 매우 훌륭하고 효과적인 방안이라 할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 현행법상의 인터넷 게시판 실명제 관련 규정

1. 공공부문 인터넷 게시판의 경우

가. 전자정부구현을 위한 행정업무 등의 전자화 촉진에 관한 법률

공공부문 홈페이지 인터넷 게시판에 대한 실명제의 법제화와 관련된 조항으로는 전자정부구현을 위한 행정업무 등의 전자화 촉진에 관한 법률 제28조를 들 수 있다. 동조 제1항에서는 ‘행정기관은 소관법령의 제·개정,

행정절차법 제46조 제1항의 규정에 의하여 행정예고를 하여야 하는 사항, 그밖에 법령에서 공청회·여론조사 등을 실시하도록 한 사항에 관하여는 정보통신망을 통한 의견수렴절차를 병행하여야 한다'라고 규정하고 있고, 제2항에서는 '행정기관은 그 처분에 관하여 의견이 있는 당사자 및 이해관계인이 그 의견을 정보통신망을 통하여 제출할 수 있도록 하여야 한다'라고 규정하고 있다. 이에 따라 행정기관은 의무적으로 정보통신망을 통한 의견수렴 및 의견 제출을 거쳐야 하는데, 이러한 절차를 수행하기 위한 방법으로 자체 홈페이지의 인터넷 게시판 등을 활용하고 있다. 그 외에 동조 제3항에서는 '행정기관의 장은 제1항 및 제2항의 규정에 의한 의견수렴 및 의견 제출을 활성화하기 위하여 관계법령의 정비 등 필요한 조치를 하여야 한다'고 규정하고 있고, 제4항에서는 '행정기관은 국민을 대상으로 하여 통계조사, 민원사무처리에 대한 만족도 조사 등을 실시하는 경우에는 정보통신망을 활용하는 방안을 적극적으로 강구하여야 한다'고 규정하고 있다. 즉 공공부문 중 행정기관 인터넷 게시판의 경우에는 바로 이러한 조항들에 근거하여 게시판 실명제를 법제화할 수 있다고 볼 수 있는 것이다.

그러나 이것은 행정기관 인터넷 게시판에 대한 실명제의 법제화를 직접적으로 규정한 조항들은 아니며 단지 그 근거를 일반적·포괄적으로 규정하고 있는 것이라 할 수 있다. 또한 게시판을 실명제로 운영할 것인지 비실명제로 운영할 것인지에 관한 결정 역시 어디까지나 해당 행정기관의 재량사항에 달려있다고 볼 수 있을 것이다. 그래서 현재 온라인상에서의 개인정보(성명, 주민등록번호 등) 입력을 통한 실명인증과정을 거친 후 게시판에 글을 올릴 수 있도록 하는 실명제 게시판을 운영하고 있는 행정기관은 절반 정도에 그치고 있는 실정이다. 그리고 실명제를 실시하고 있더라도 실명인증과 민원처리결과통보 등을 위한 몇 가지 개인정보(성명, 주민등록번호, 전화번호, 주소 등)만을 요구하고 있을 뿐이다.¹⁶⁾ 이것은 공공기관

(행정기관 포함)의 개인정보보호의무¹⁷⁾ 등의 이유 때문인 것으로 보인다.

나. 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률

공공부문 홈페이지 인터넷 게시판에 대한 실명제의 법제화와 관련된 또 다른 조항으로는 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제14조 제3항을 들 수 있다. 여기서는 ‘신용정보집중기관 및 신용정보제공·이용자는 공공기관¹⁸⁾의 장이 관계법령에서 정하는 공무상의 목적으로 이용하기 위하여 신용정보의 제공을 문서로 요청하였을 때에는 이를 무상으로 제공할 수 있다’라고 규정하고 있는데, 여기서의 신용정보란 금융거래 등 상거래에 있어서 거래상대방에 대한 식별·신용도·신용거래능력 등의 판단을 위하여 필요로 하는 정보로서 개인의 성명·주소·주민등록번호(외국인의 경우 외국인등록번호 또는 여권번호)·성별·국적 및 직업 등과 기업 및 법인의 상호·법인등록번호·사업자등록번호·본점 및 영업소의 소재지·설립연월일·목적 및 임원에 관한 사항 등 특정 신용정보주체를 식별할 수 있는 정보 등을 말한다(신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제2조 제1호, 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 시행령 제2조 제1항).

이 때 게시판 실명제에서 실명확인을 위해 사용되는 성명, 주민등록번호

16) 미국, 일본, 영국, 독일, 호주 등 외국의 행정기관에서는 홈페이지에 인터넷 게시판을 아예 운용하지 않는 것으로 파악되고 있는데, 이러한 행정기관 홈페이지에서의 인터넷 게시판 운용은 한국의 행정기관만의 독특한 문화라 할 수 있다(김준호, “인터넷 게시판 실명제 추진”, 「시민과변호사」, 제112호, 2003, 13면).

17) 공공기관의 장은 사상·신조 등 개인의 기본적 인권을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보를 수집하여서는 아니된다. 다만, 정보주체의 동의가 있거나 다른 법률에 수집 대상 개인정보가 명시되어 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 공공기관은 소관업무를 수행하기 위하여 필요한 범위 안에서 개인정보 파일을 보유할 수 있다(공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 제4조·제5조).

18) 전자정부구현을 위한 행정업무 등의 전자화 촉진에 관한 법률 제2조 제2호에서 규정하고 있는 ‘행정기관’의 범위보다는 넓다.

등은 이에 따라 신용정보로 분류되어 있고 공공기관이 게시판 실명제를 실시하기 위해 필요한 온라인상에서의 실명확인(성명과 주민등록번호의 일치 확인)은 ‘공무상의 목적’으로 볼 수 있을 것이므로, 신용정보집중기관 및 신용정보제공·이용자는 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제14조 제3항에 따라 공공기관이 자체 홈페이지 게시판의 실명제와 관련하여 성명, 주민등록번호 등 신용정보의 제공을 문서로 요청해 올 경우 무상제공으로 이에 대해 협력할 수 있을 것이다¹⁹⁾. 그러므로 이 조항에 근거하여서도 공공기관 게시판 실명제의 법제화는 가능하다고 볼 수 있는 것이다.

그러나 이 역시도 공공기관 인터넷 게시판에 대한 실명제의 법제화를 직접적으로 규정한 조항은 아니라고 할 수 있으며, 단지 공공기관이 인터넷 게시판을 실명제로 운영함(성명, 주민등록번호 등의 확인을 통한 온라인상에서의 실명확인)에 있어 필요한 신용정보를 신용정보집중기관 등으로부터 무상으로 제공받을 수 있도록 하는 근거 조항일 뿐이다. 또한 ‘무상으로 제공할 수 있다’라고 규정하여 의무사항이 아닌 재량사항으로 두고 있으므로 신용정보집중기관 등이 공공기관의 요청에 대해 무조건 협력하여야만 하는 것도 아니다.

2. 민간부문 인터넷 게시판의 경우

민간부문 인터넷 게시판에 대한 실명제의 법제화와 관련된 조항으로는 공직선거법 제82조의6을 들 수 있다. 여기서는 ‘인터넷언론사²⁰⁾의 인터넷

19) 명재진, “공공기관의 인터넷 게시판 실명제 실시에 관한 소고”, 「CLIS Monthly」, 2003-5/6호, 2003, 8면.

20) 신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 제2조 제7호의 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 자를 말한다(공직선거법 제8조의5 제1항). 중앙선거관리위

홈페이지'와 '정당·후보자가 자신의 명의로 개설·운영하는 인터넷홈페이지'의 게시판·대화방 등에 대한 실명제를 규정하고 있다. 동조 제1항에서는 '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'라고 규정하고 있고,²¹⁾ 동조 제2항에서는 '정당·후보자는 자신의 명의로 개설·운영하는 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 제1항의 규정에 따른 기술적 조치를 할 수 있다'라고 규정하고 있다. 또한 동조 제6항에서는 '인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 실명인증의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글이 게시된 경우에는 지체없이 이를 삭제하여야 한다'라고 규정하고 있고,²²⁾ 동조 제7항에서는 '인터넷언론사는 정당·후보자 및 각급 선거관리위원회가 제6항의 규정에 따른 글을 삭제하도록 요구한 경우에는 지체없이 이에 따라야 한다'라고 규정하고 있다.

따라서 민간부문 인터넷 게시판 중 인터넷언론사의 인터넷홈페이지와 정당·후보자가 자신의 명의로 개설·운영하는 인터넷홈페이지의 경우에는 인터넷 게시판 실명제의 법제화가 직접적으로 규정되어 있다고 할 수 있다. 그러나 이것은 인터넷언론사 등 일부 인터넷홈페이지만을 대상으로 하고 있으며, 그 기간도 선거운동기간 등으로 한정하고 있다. 또한 정당·후보자가 자신의 명의로 개설·운영하는 인터넷홈페이지의 경우에는 '기술

원회 인터넷선거정보도심의위원회의 심의대상인 인터넷언론사는 현재 약800여개에 이르고 있다.

21) 이에 위반하여 기술적 조치를 하지 아니한 자는 1천만원 이하의 과태료에 처한다(공직선거법 제261조 제1항).

22) 이에 위반하여 실명인증의 표시가 없는 글을 삭제하지 아니한 자에 대하여는 300만원 이하의 과태료에 처한다(공직선거법 제261조 제2항 제3호).

적 조치를 할 수 있다'라고 규정하여 실명제의 실시를 의무사항이 아닌 재량사항으로 두고 있으며, 이의 위반에 따른 과태료 등의 벌칙규정도 두고 있지 않다.

IV. 인터넷 게시판 실명제 관련법의 정비방향

다음에서는 전면적 게시판 실명제를 실시하는 경우와 제한적 게시판 실명제를 실시하는 경우로 각각 나누어 관련 법률의 제·개정을 통해 그것을 법률적으로 의무화하기 위한 구체적 입법방향을 제시해보기로 한다.

1. 전면적 게시판 실명제를 실시하는 경우

모든 웹사이트의 인터넷 게시판에 실명제의 실시를 법률적으로 의무화하는 것은 사실상 현실적으로 불가능하다고 할 수 있다. 공공기관, 대형 포털 사이트, 기업, 학교 등 법인이나 단체, 기관이 운영하는 홈페이지는 벌칙규정 등을 두어 이를 법률적으로 강제하는 조치가 가능하나, 기타 개인 등이 운영하는 소규모의 홈페이지까지 규제하는 것은 실제로 불가능할 뿐만 아니라²³⁾ 개인에게는 다소 과중한 조치가 될 수 있기 때문이다. 이것은 오히려 인터넷의 발전을 저해시키고 사용자의 인터넷 활용 의욕을 떨어뜨려 국

23) 한국인터넷진흥원에 등록된 KR 도메인의 수만 2006년 현재 70여만개에 달하고 있다 (http://isis.nida.or.kr/sub01/sub01_dom_count.html 참조). 그 외 COM, NET 등 도메인을 쓰고 있는 한글 홈페이지, 단독 도메인이 아닌 하위 도메인을 쓰고 있는 홈페이지 등까지 감안하면 그 수는 정확한 집계조차 되지 않는 실정이다. 또한 하루에도 수없는 웹사이트가 만들어지거나 사라지고 있는 것을 고려해보면 모든 웹사이트에 게시판 실명제의 실시를 법률적으로 강제한다는 것은 현실적으로 불가능한 일이라 할 수 있을 것이다.

가발전에 득보다는 실을 가져올 우려가 상당 부분 존재한다고 할 수 있다. 그러므로 전면적 게시판 실명제의 법제화는 현실적으로 가능하지도 않을 뿐만 아니라 긍정적 측면보다는 부정적 측면이 더 많은 것으로 보이므로 이것의 실시는 크게 고려해볼 필요성이 적은 것으로 판단된다.

2. 제한적 게시판 실명제를 실시하는 경우

인터넷 게시판 실명제를 법제화함에 있어서는 공공기관, 대형 포털사이트 등 일부 웹사이트에 대한 한정적 실시가 현재로서는 가장 현실적이고 효율적인 방안인 것으로 보인다. 그 구체적인 방안으로서는 ① 기존의 법률을 개정하는 방안 ② 새로운 단행법을 제정하는 방안으로 나눌 수가 있는데, 다음에서는 그 두 가지 경우로 각각 나누어 게시판 실명제 법제화의 구체적인 입법방향을 제시해보기로 한다.

가. 기존의 법률을 개정하는 방안

기존의 법률을 개정하는 방안으로서는 현재 정보통신부에서 추진하고 있는 바와 같이 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률을 개정하는 것이 가장 효율적인 것으로 보인다. 2005년 12월에 정보통신부는 이미 사회적으로 매우 심각한 수준에 이른 온라인상의 음해성 제보 및 폭로, 명예훼손 등을 막기 위해 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 개정안을 마련하여 2006년 상반기쯤 국회에 상정할 방침이라고 발표하였다. 이것은 대형 인터넷 포털사이트를 대상으로 한 인터넷 게시판 실명제의 법률적 강제(제한적 게시판 실명제)를 내용으로 하고 있는데, 이에 따라 이러한 사이트의 게시판 이용자들은 이용 전에 반드시 본인확인절차를 거

쳐야 한다.²⁴⁾ 또한 정보통신부장관의 인터넷 실명제 도입 대상 포털사이트를 선정하기 위한 자료 수집에 응하지 않거나, 실명제 대상으로 선정된 후 이용자의 본인확인절차를 소홀히 한 포털사이트에 대해서는 정부가 시정명령을 내리거나 1천만원 이하의 과태료 처분을 할 수 있도록 하였다. 그 외에도 게시판에 게재된 정보로 인하여 명예훼손이나 모욕 등의 피해를 본 사람이 해당 게시물의 삭제 요청을 하면 인터넷 포털사이트 운영자가 정보를 올린 당사자의 동의 없이 삭제할 수 있도록 하고 있으며, 나아가 피해자의 요청이 없더라도 운영자의 자체 판단에 따라 다른 사람의 이익을 침해할 수 있다고 인정되는 정보는 삭제할 수 있는 권한을 부여하였다.²⁵⁾

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률은 정보통신망의 이용을 촉진하고 정보통신서비스를 이용하는 자의 개인정보를 보호함과 아울러 정보통신망을 건전하고 안전하게 이용할 수 있는 환경을 조성함에 목적을 두고 있으므로, 사실상 현재로서는 정보통신망의 이용 등과 관련된 법률들 중 가장 근간이 되는 기본법이라 할 수 있다. 그러므로 기존 법률의 개정을 통하여 인터넷 게시판 실명제를 법제화하기 위해서는 이 법률을 개정하는 것이 가장 효율적이고 바람직할 것으로 보인다. 그러나 그와 관련된 세부적 개정방향에 있어서는 다음과 같이 개정안을 마련하는 것이 좋을 것으로 생각된다.

① 게시판 실명제의 적용 대상: 현재 정보통신부의 개정안에서는 게시판 실명제의 적용을 받는 웹사이트의 종류를 언론사와 유사한 기능을 하는 대규모 인터넷 포털사이트 등 민간부문으로 제한하고 있으나, 이것의 범위를 좀더 넓혀 공공기관, 대규모 인터넷 포털사이트, 대형 기업, 인터넷 언론사, 대학교 등으로 확대 적용하는 방안이 더욱 바람직할 것으로 보인

24) 다만 이용자가 게시판을 이용할 때 실명을 표기해야 하는 것은 아니어서 본인확인 절차를 거치기만 하면 별명 등과 같은 필명은 사용할 수 있다.

25) 중앙일보, 2005. 12. 21, '대형 포털 내년부터 실명제'.

다. 대규모 인터넷 포털사이트만으로 제한하는 경우에는 그 적용범위가 좁아 게시판 실명제의 법제화로 인한 효과를 크게 기대하기가 어려울 것으로 보이기 때문이다. 이러한 대상 선정에 있어서는 해당 웹사이트의 하루 평균 이용자 수, 매출액 등을 종합적으로 평가하여 정보통신부장관이 6개월 혹은 1년 단위로 지정·고시하는 것이 좋을 것으로 생각된다.

② 게시물의 삭제: 현재 정보통신부의 개정안에서는 게시판에 게재된 정보로 인하여 명예훼손이나 모욕 등의 피해를 본 사람이 해당 게시물의 삭제 요청을 하면 웹사이트 운영자가 정보를 올린 당사자의 동의가 없이도 즉시 삭제할 수 있도록 하고 있다.²⁶⁾ 나아가 피해자의 요청이 없는 경우라도 운영자의 자체 판단에 따라 다른 사람의 이익을 침해할 수 있다고 인정되는 정보는 삭제할 수 있는 권한을 부여하였으며, 이 경우 운영자가 선의로 삭제한 경우에 대한 정보통신서비스제공자의 민사상 배상책임²⁷⁾을 면제하는 조항²⁸⁾까지도 마련하고 있다. 이 때 피해자의 삭제 요청에 대해

26) 이것은 기존의 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조를 기반으로 한 것이다. 이 조항에서는 법률상 이익이 침해된 자의 정보통신서비스제공자에 대한 정보삭제요청권을 규정하고 있는데, 이러한 제도는 기존의 매체에서는 볼 수 없는 규제장치이자 피해자의 신속한 구제를 위한 제도적 장치라는 점에서 개인의 명예보호를 보다 보호해야 한다는 입장에서 도입된 제도라 볼 수 있다(헌법재판소, “사이버공간상의 표현의 자유와 그 규제에 관한 연구”, 「헌법재판연구」, 제13권, 2002, 494면).

27) 이것을 보통 ‘ISP(Internet Service Provider) 책임’이라 부른다. ISP 책임에 관하여 자세한 내용은 김동근, “가상공간에서의 표현의 자유와 온라인서비스제공자의 책임”, 「기업법연구」, 제7호, 2001; 이태규, “인터넷사업자 책임에 관한 사례 연구: 미국판례와 입법례를 중심으로”, 「연세법학연구」, 제26호, 2005; 한상희, “정보통신서비스제공자의 법적 책임: 명예훼손과 관련하여”, 「언론중재」, 제81호, 2001; 정기웅, “명예훼손에 대한 온라인 서비스 제공자의 불법행위책임에 관한 연구”, 「논문집(경찰대학)」, 제23집, 2003; 백윤철, “인터넷상 명예훼손과 ISP의 법적 책임”, 「인터넷법연구」, 제1호, 2002; 소성규, “인터넷상 명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 민사책임”, 「비교사법」, 제26호, 2004; Brown, A., “Demonic Liability”, *New Statesman*, 128, 1999; MacLean, D., “Internet Defamation”, *Communications & the Law*, 24(4), 2002; Ghannam, J., “Libel Online”, *ABA Journal*, 87(3), 2001 등 참조.

28) 이것은 미국 통신예절법(Communications Decency Act) 제230조 (c) (1)의 ‘선한 사마리아인(good samaritan)’ 조항을 도입한 것이라 할 수 있는데, 이 조항에서는 ‘양방향 컴퓨터 서비스 제공자나 이용자는 제3자의 정보제공자에 의하여 제공되는 어떠한 정보

웹사이트 운영자가 해당 정보를 올린 당사자의 동의가 없이도 즉시 삭제할 수 있도록 하는 조치는 명예훼손죄나 모욕죄가 형법상 반의사불벌죄나 친고죄로 규정되어 있고 기존의 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조에서 법률상 이익이 침해된 자의 정보통신서비스제공자에 대한 정보삭제요청권을 규정하고 있는 점 등을 감안할 때 합당하고도 정당한 것이라 볼 수 있을 것이다. 또한 게시물의 삭제는 명예훼손성·모욕성 게시물에 대한 정보통신서비스제공자의 가장 1차적이고도 강력한 대처방법이라는 점, 그리고 명예훼손 등의 피해가 더 이상 커지는 것을 미연에 방지한다는 측면에서도 매우 효과적이며 효율적인 것이라 할 수 있다. 그러나 피해자의 요청이 아직 없음에도 불구하고 다른 사람의 이익 침해 가능성을 웹사이트 운영자가 자의적으로 판단하여 게시물을 임의로 삭제할 수 있도록 하고 이에 따른 민사상 배상책임까지도 면제받을 수 있도록 한 조치는 그리 합당하고도 정당한 것이라 생각되지 않는다. 이러한 조치는 웹사이트 운영자의 주관적 판단에 따른 무원칙한 게시물 삭제 권한의 남용을 불러와 오히려 의사표현의 자유²⁹⁾ 등을 억눌러 인터넷을 통한 커뮤니케이션 활용도를 떨어뜨리고 사용자의 인터넷 활용 의욕을 떨어뜨려 국가발전에 손해가 될 소지가 있기 때문이다.

③ 벌칙: 인터넷 게시판 실명제를 법률적으로 강제하기 위해서는 제 위반행위에 대한 벌칙규정을 마련하는 것이 효과적이라 할 수 있다. 현재 정보통신부의 개정안에서는 정보통신부장관의 게시판 실명제 적용 대상이 되는 웹사이트를 선정하기 위한 자료(하루 평균 이용자 수, 매출액 등)의

에 관하여서도 그 정보의 출판자 또는 발언자로 취급되지 않는다'라고 규정하여 정보통신서비스제공자로 하여금 메시지의 선별책임을 면제하고 있다(이인석, "명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 민사책임", 「한국정보법학회 제1회 사례세미나 발표자료집」, 2002, 6-8면).

29) 헌법 제21조의 언론·출판의 자유에 속하는 기본권으로서, 자신의 의사를 표현하고 전달하며 자신의 의사표시를 통해 여론형성에 참여할 수 있는 권리를 말한다(허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2005, 543면).

수집에 응하지 않은 자나 대상으로 선정된 후 게시판 이용자의 실명확인 절차를 소홀히 한 자에 대하여는 1천만원 이하의 과태료 처분³⁰⁾ 등을 할 수 있도록 하고 있다. 그러나 대상 범위가 대규모 인터넷 포털사이트 뿐만 아니라 공공기관, 대형 기업, 인터넷언론사, 대학교 등으로 확대될 경우에는 과태료 처분뿐만 아니라 영업정지, 시정명령 등의 행정처분을 병행하는 것이 더욱 효과적일 것으로 보인다.

나. 새로운 단행법을 제정하는 방안

새로운 단행법을 제정하는 방안은 기존의 법률을 개정하는 방안에 비해 게시판 실명제를 더욱 통일적이고 체계적으로 법제화할 수 있는 이점이 존재한다고 할 수 있다. 특히 선진 외국의 입법동향을 살펴보면, 정보통신망의 이용 등과 관련된 종합적이고 통일적인 단행법의 제정이 일반적인 추세인 것으로 보인다. 각국의 입법동향을 살펴보면 다음과 같다.

미국의 경우에는 1996년에 기존의 통신법(Telecommunications Act)을 개정하여 ISP 책임을 부여하는 내용을 포함하는 통신예절법(Communications Decency Act)을 만들었다. 이 법은 인터넷 서비스를 제공하는 업체와 홈페이지 운영자 등으로 하여금 미성년자에 대한 음란물의 제공, 불건전 자료 또는 명예훼손성 게시물 게재에 대한 책임을 지우도록 규정하고 있다.³¹⁾ 독일의 경우에는 1997년부터 시행하고 있는 연방정보통신사업법(Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations und Kommunikationsdienste)에서 ISP 책임 등에 대하여 규정하고 있는데, 불법행위의 유형을 일정하게 한정하지 않고 명예훼손과 저작권 침해, 음란물

30) 공직선거법 제261조 제1항에서도 실명확인을 위한 기술적 조치를 하지 아니한 인터넷 언론사에 대하여 1천만원 이하의 과태료에 처할 수 있도록 하고 있다.

31) 최상호, “명예훼손에 대한 민사법적 책임”, 「계명법학」, 제5호, 2001, 104-105면.

유통 등 인터넷 사용시에 발생할 수 있는 민·형사상 모든 유형의 불법행위에 대해 일반조항의 형태로 규정하고 있다.³²⁾ 영국은 1996년에 기존의 명예훼손법(Defamation Act)을 개정하여 인터넷상의 명예훼손에 대하여도 같은 법이 적용됨을 명확히 규정하는 한편, ISP사에 대한 면책규정까지 도입하였다.³³⁾ 일본은 인터넷 이용자의 권리 침해에 대한 ISP사의 책임 범위 등을 명확히 하여 정보의 유통을 촉진시키기 위한 입법조치로 特定電氣通信役務提供者의 損害賠償責任制限 및 發信者情報의 開示에 관한 法律을 제정하여 2002년부터 시행하고 있는데, 이 법은 독일의 입법례와 같이 명예훼손과 저작권 침해 등의 경우를 모두 일반적으로 규율하고 있다. 그러나 이러한 선진 외국의 입법례에는 한국에서 논의되고 있는 인터넷 게시판 실명제에 관한 내용은 포함되어 있지 않다.

새로운 단행법을 제정함에 있어서는 인터넷 게시판 실명제에 관한 내용(실명확인을 위한 정보제공, 게시물 삭제 등과 관련된 내용 포함) 이외에 민사상 책임과 손해배상절차, 벌칙 등의 내용을 모두 포함할 수 있도록 인터넷 게시판 실명제에 관한 종합적 규제법률(가칭 ‘인터넷 실명제에 관한 법률’)을 입안하는 것이 효율적일 것으로 보인다. 이에 대한 세부적 입법 방향에 있어서는 다음과 같은 내용들을 제시할 수 있다.

① 게시판 실명제의 적용대상: 게시판 실명제의 적용을 받는 웹사이트의 종류는 앞서 기존의 법률을 개정하는 방안에서 제시한 바와 같이 공공기관, 대규모 인터넷 포털사이트, 대형 기업, 인터넷언론사, 대학교 등으로 규정하는 방안이 바람직할 것으로 보인다. 물론 그 대상 선정에 있어서도 해당 웹사이트의 하루 평균 이용자 수, 매출액 등을 종합적으로 평가하여 정보통신부장관이 6개월 혹은 1년 단위로 지정·고시하는 것이 좋을 것이다.

② 실명확인을 위한 정보의 제공: 현재 게시판 실명제를 실시하고 있는

32) 이인석, 전계논문, 9면.

33) 이해완, 전계논문, 102면.

공공기관의 경우에는 실명확인을 위해 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제14조 제3항에 근거하여 한국정보통신산업협회 등이 제공하는 정보통신 신용정보 등을 무상으로 이용하고 있다. 그러나 공공기관을 제외한 대규모 인터넷 포털사이트, 대형 기업, 대학교 등에 대하여는 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제14조 제3항이 적용되지 않으므로, 이들이 게시판 실명제를 실시하기 위해서는 개인정보 DB를 보유하고 있는 또 다른 신용정보집중기관 및 신용정보제공·이용자로부터 일정한 비용을 지불하고 실명확인 서비스를 받아야하는 실정이다. 이것은 게시판 실명제의 법제화가 오히려 특정 기업들로 하여금 개인정보를 이용한 영리행위를 할 수 있도록 그 기반을 제공해주는 것이라는 점에서 비판과 반발을 불러올 소지가 존재한다고 할 수 있다.³⁴⁾ 또한 신용정보는 그 대상이 다소 제한적이어서 실명확인을 위한 기초정보로는 부적합하다고 할 수 있다. 그러므로 게시판 실명제의 적용 대상이 되는 모든 웹사이트로 하여금 행정자치부의 주민등록 DB를 실명확인용 DB로 무상 이용할 수 있도록 규정하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다. 현재 공직선거법 제82조의6에서는 민간부문 인터넷 게시판 중 인터넷언론사 등의 인터넷홈페이지에 대해 게시판 실명제를 실시함에 있어 행정자치부장관이 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하여야 함을 규정하고 있다.

③ 게시물 삭제: 게시판 실명제를 실시함에 있어 게시물의 삭제와 관련된 내용은 앞서 기존의 법률을 개정하는 방안에서 제시한 바와 같이 게시판에 게재된 정보로 인하여 명예훼손이나 모욕 등의 피해를 본 사람이 해당 게시물의 삭제 요청을 하면 해당 웹사이트 운영자가 정보를 올린 당사자의 동의가 없이도 즉시 삭제할 수 있도록 규정하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 그러나 피해자의 요청이 없는 경우에도 운영자의 자체 판단

34) 김영홍, “인터넷 실명제: 인터넷 실명제를 반대한다”, 「국회보」, 제439호, 2003, 89면.

에 따라 다른 사람의 이익을 침해할 수 있다고 인정되는 정보를 삭제할 수 있도록 규정하는 것은 바람직하지 않으며, 이에 따른 정보통신서비스제공자의 민사상 배상책임 면제조항의 규정 역시도 바람직하지 않다고 본다.

④ 민사상 책임과 손해배상 절차: 정보통신서비스제공자의 명예훼손성 게시물 방치에 대한 민사상 책임(피해자의 게시물 삭제 요청에 대해 웹사이트 운영자가 즉시 해당 게시물을 삭제하는 등의 조치를 취하지 않음으로써 발생하는 민사상 책임), 그리고 이와 관련된 민사상 손해배상절차 등을 규정해 놓을 필요성 역시 있는 것으로 보인다. 게시물 삭제 요청에 대한 웹사이트 운영자의 게시물 삭제 권한과 의무 조항을 규정해놓는다면 향후 한국에서도 미국, 영국 등과 같이 ISP사에 대한 손해배상청구사건³⁵⁾이 빈번해질 것으로 예상되기 때문이다.³⁶⁾ 즉 정보통신서비스제공자의 명예훼손성 게시물 방치에 대한 민사상 책임과 범위를 규정하고, 이에 대한

35) 커비사 대 컴퓨서브사(Cubby Inc. V. Compuserve Inc.) 사건(1991), 스트래튼오크몬트사 대 프로디지사(Stratton Oakmont Inc. V. Prodigy Serv. Co.) 사건(1995), 제란 대 AOL사(Zeran V. America Online Inc.) 사건(1997), 블루멘탈 대 맷드러지&AOL사(Blumenthal V. Matt Drudge & America Online Inc.) 사건(1998), 로렌스갯프리 대 데몬인터넷사(Laurence Godfrey V. Demon Internet Limited) 사건(1999) 등을 대표적으로 들 수 있다(Davidson, S. J., Podkopacz, J. S. and Dechery, L. J., “사이버스페이스법: ISP 책임”, 「인터넷법률」, 제1호, 2000, 161면; 이인석, 전계논문, 6-8면; 한국법제연구원, 「인터넷·언론·법」, 한국법제연구원, 2002, 128-130면).

36) 이미 한국에서도 PC통신 전자게시판에 올라 있는 명예훼손성 글에 대해 피해자로부터 삭제요청을 받고도 가해자에게 경고메일을 발송하는 등의 조치만 취하고 5-6개월간 해당 게시물을 방치한 한국통신하이텔사에 대하여 전자게시판 관리의무 위반행위로 인한 손해배상책임을 인정한 첫 판결(대법원 2001.9.7. 선고 2001다36801 판결)이 있었다. 그 외에 인터넷상의 전자게시판 관리자가 타인의 명예를 훼손하는 내용의 게시물을 방치함으로써 생긴 손해배상책임을 요건에 관한 판결(대법원 2003.6.27. 선고 2002다72194 판결)이 있는데, 여기서는 그 요건으로서 운영자에게 그 게시물을 삭제할 의무가 있음에도 정당한 사유 없이 이를 이행하지 아니한 경우여야 하고 그의 삭제의무가 있는지는 게시의 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 반론 또는 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도, 당해 사이트의 성격·규모·영리목적유무·개방정도, 운영자가 게시물의 내용을 알았거나 알 수 있었던 시점, 삭제의 기술적·경제적 난이도 등을 종합해 판단하여야 한다고 판시하였다. 이 사안에 대한 더 자세한 내용은 백광훈, 「사이버범죄에 대한 ISP의 형사책임에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 2003, 178면 이하 참조.

민사상 손해배상절차를 특별히 규정해놓는 방안이 필요한 것이다. 이와 관련하여서는 현행 전기통신사업자의 손해배상(전기통신사업법 제33조의2), 그리고 손해배상절차 및 재정신청(전기통신사업법 제33조의3) 등에 준하여 규정하면 될 것으로 생각된다. 즉 손해배상에 있어서는 명예훼손성 게시물 방치 등에 대한 정보통신서비스제공자의 손해배상의무, 그리고 배상책임의 경감 또는 면제 규정을 두고, 손해배상절차 및 재정신청에 있어서는 먼저 당사자의 협의를 우선으로 하되 협의가 성립되지 않거나 협의를 할 수 없는 경우에는 통신위원회 등에 재정을 신청할 수 있도록 하는 것과 같은 절차규정을 마련하는 것이다.

⑤ 벌칙: 벌칙규정에 있어서는 앞서 기존의 법률을 개정하는 방안에서 제시한 바와 같이 정보통신부장관의 게시판 실명제 법제화 대상이 되는 웹사이트를 선정하기 위한 자료(하루 평균 이용자 수, 매출액 등)의 수집에 응하지 않은 자나 대상으로 선정된 후 게시판 이용자의 실명확인절차를 게을리 한 자에 대하여 과태료 처분이나 영업정지, 시정명령 등의 행정처분을 과할 수 있도록 규정하는 것이 좋을 것이다. 그 외 도배성 게시물을 무차별적으로 올리는 행위 등 현행법상 마땅한 처벌규정이 존재하지 않는 일부 인터넷 게시판 상에서의 통신예절 위배행위에 대하여는 벌금형 등의 일정한 벌칙규정을 두어 이를 규제할 필요성도 요청된다.

V. 맺으며

세계 최고의 인터넷 강국 중 하나인 한국은 현재 인터넷 게시판 상에서의 명예훼손과 비방, 모욕, 사이버테러 등의 문제가 사회적으로 매우 심각한 수준이라 할 수 있다. 이것은 인터넷 공간에서의 익명성으로 인한 탈금

제의 경향 때문이라 할 수 있는데, 이러한 점은 익명성을 제거 또는 완화하는 것, 즉 인터넷 게시판을 실명제화 하는 것이 그에 대한 근원적 대책일 수 있음을 말해준다. 게시판 실명제는 그러한 저질 게시물들의 방지에 가장 효과적이고도 근본적인 대책이라 할 수 있기 때문에 기술적 방안들이 아무리 개발된다 하더라도 이것 이상의 효과를 기대할 수 있는 방안이 등장하기는 당분간 어려울 것이라 전망된다. 그리고 그 효율적 시행을 위해서는 인터넷 게시판 실명제 관련법의 제·개정을 통해 체계적인 법제화를 이루어 이를 어느 정도 법률적으로 강제할 필요성이 요청된다고 할 수 있다.

인터넷 게시판 실명제를 법제화함에 있어서는 공공기관, 대규모 인터넷 포털사이트, 대형 기업, 인터넷언론사, 대학교 등으로 적용 범위를 한정하는 제한적 게시판 실명제를 실시하는 것이 좋을 것으로 보이는데, 그 구체적인 방안으로는 ① 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 등의 기존 법률을 개정하는 방안 ② 새로운 단행법(가칭 ‘인터넷 실명제에 관한 법률’)을 제정하는 방안을 들 수 있다. 그러나 후자가 전자에 비해 게시판 실명제를 더욱 통일적이고 체계적으로 법제화할 수 있는 이점이 존재하는 것으로 보이므로 기존의 법률을 개정하는 것보다는 새로운 단행법을 제정하는 방안에 찬성하는 바이다. 이를 위해서는 게시판 실명제의 적용 대상, 실명확인을 위한 정보의 제공, 게시물의 삭제, 민사상 책임과 손해배상 절차, 벌칙 등의 세부사항들을 각계각층의 의견을 수렴해 면밀히 검토한 후 구체적인 세부규정을 마련하여 인터넷 게시판 실명제에 관한 종합적 규제법률을 입안하는 것이 좋을 것이다.

어쨌든 인터넷 게시판 실명제의 법제화에 대하여는 사회 각계 각층의 의견이 대립하고 있고 논란이 분분하여 앞으로 그 시행에는 적지 않은 난관이 있을 것으로 보인다. 그러나 현재로서는 게시판 실명제로 인해 얻을

수 있는 공익(타인의 명예권 보호 등)이 그것에 의하여 제한될 수 있는 사익(의사표현의 자유 등)보다 큰 것으로 보이며, 또한 사회적으로 심각한 상황에 이른 인터넷 게시판 상에서의 명예훼손과 모욕, 사이버테러 등에 대한 가장 근원적이고 효과적인 대책이라 할 수 있으므로 그 법률적 시행을 적극적으로 검토할 필요가 있다. 앞으로는 이러한 인터넷 게시판 실명제의 법제화에 관한 연구 이외에도 인터넷 게시판 상에서의 명예훼손·비방·사이버테러 행위 등에 대한 효율적 대응방안에 관한 연구가 많이 나와야 할 것으로 생각된다. 현재 이와 관련된 연구는 그 현실적 필요성에 비해 아직도 국내외적으로 상당히 적은 것으로 보이기 때문이다. 인터넷 게시판 실명제의 법제화와 관련된 지금까지의 논쟁은 현재와 같이 익명성을 악용한 사이버테러와 명예훼손, 비방과 욕설, 허위·음란 게시물들이 인터넷 공간에 넘쳐나는 한 앞으로도 영원히 지속될 수 있는 이슈이므로 이에 대한 학술적 연구는 계속적으로 이루어져야 할 필요성이 있다.

주제어: 인터넷, 게시판 실명제, 정비방향, 명예훼손, 사이버테러

참고문헌

- 김동근, “가상공간에서의 표현의 자유와 온라인서비스제공자의 책임”, 「기업법연구」, 제7호(2001. 4).
- 김영홍, “인터넷 실명제: 인터넷 실명제를 반대한다”, 「국회보」, 제439호(2003. 5).
- 김준호, “인터넷 게시판 실명제 추진”, 「시민과변호사」, 제112호(2003. 5).
- 명재진, “공공기관의 인터넷 게시판 실명제 실시에 관한 소고”, 「CLIS Monthly」, 2003-5/6호(2003. 5).
- 박광민, “인터넷상의 명예훼손에 대한 형사법적 규제”, 「한국형사정책연구원 제35회 형사정책세미나 자료집: 사이버공간에서의 정보유통과 형사정책적 대응」, 2005.
- 백광훈, 「사이버범죄에 대한 ISP의 형사책임에 관한 연구」, 서울: 한국형사정책연구원, 2003.
- 백운철, “인터넷상 명예훼손과 ISP의 법적 책임”, 「인터넷법연구」, 제1호(2002. 6).
- 백창현, “인터넷 명예훼손범죄의 특성과 수사상 대응전략”, 「치안정책연구」, 제17호(2003. 12).
- 소성규, “인터넷상 명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 민사책임”, 「비교사법」, 제26호(2004. 9).
- 오병일, “인터넷 게시판 강제 실명제의 문제점”, 「시민과변호사」, 제112호(2003. 5).
- 이광진, “인터넷 시대에서의 표현의 자유”, 「인터넷법률」, 제8호(2001. 9).
- 이인석, “명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 민사책임”, 「한국정보법학회 제1회 사례세미나 발표자료집」, 2002.

- 이태규, “인터넷사업자 책임에 관한 사례 연구: 미국판례와 입법례를 중심으로”, 「연세법학연구」, 제26호(2005. 6).
- 이해완, “사이버스페이스와 표현의 자유: 판례를 중심으로”, 「헌법학연구」, 제6권 제3호(2000. 11).
- 조동기·김병준·조희경, 「사이버문화의 특성과 사회적 영향(연구보고 01-39)」, 과천: 정보통신정책연구원, 2001.
- 정기웅, “명예훼손에 대한 온라인 서비스 제공자의 불법행위책임에 관한 연구”, 「논문집(경찰대학)」, 제23집(2003. 12).
- 정보통신윤리위원회, 「2005년 사이버명예훼손·성폭력 상담사례집」, 서울: 정보통신윤리위원회, 2006.
- 최상호, “명예훼손에 대한 민사법적 책임”, 「계명법학」, 제5호(2001. 2).
- 한국법제연구원, 「인터넷·언론·법」, 서울: 한국법제연구원, 2002.
- 한상희, “음란물 규제법제와 통신실명제”, 「정보법학」, 제3호(1999. 12).
- 한상희, “통신실명제 - 그 가능성의 검토”, 「재단법인 지식문화재단 입법공청회 발표자료: 사이버명예훼손 어떻게 대처할 것인가 - 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 개정안을 중심으로」, 2001.
- 한상희, “정보통신서비스제공자의 법적 책임: 명예훼손과 관련하여”, 「언론중재」, 제81호(2001. 겨울).
- 한상희, “사이버공간에서의 익명성과 책임”, 「CLIS Monthly」, 2003-5/6호(2003. 5).
- 허영, 「한국헌법론」, 서울: 박영사, 2005.
- 헌법재판소, “사이버공간상의 표현의 자유와 그 규제에 관한 연구”, 「헌법재판연구」, 제13권, 2002.
- 내일신문, 2005. 12. 23, ‘입법취지는 공감 효과는 글썄’.

중앙일보, 2005. 12. 21, ‘대형 포털 내년부터 실명제’.

Brown, A., “Demonic Liability”, *New Statesman*, 128, 1999.

Davidson, S. J., Podkopacz, J. S. and Dechery, L. J., “사이버스페이스법: ISP 책임”, 「인터넷법률」, 제1호(2000. 7).

Ghannam, J., “Libel Online”, *ABA Journal*, 87(3), 2001.

Johnson, D. R. and Post, D., “Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace”, *Stanford Law Review Symposium Surveying Law and Borders*, 48(5), 1996.

Lee, G. B., “Addressing Anonymous Messages in Cyberspace”, *Journal of Computer Mediated Communication*, 2(1), 1996.

MacLean, D., “Internet Defamation”, *Communications & the Law*, 24(4), 2002.

Trager, R. and Dickerson, D. L., *Freedom of Expression in the 21st Century*, Thousand Oaks, California: Pine Forge Press, 1999.

Wood, A. F. and Smith, M. J., *Online Communication*. Mahwah, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 2001.

A Study on Consolidation Course of Law on the Internet BBS Real-name System

Huh, Kyung-Mi^{*} / Baek, Chang-Hyun^{**}

In spite of many person's approval for legislation of the BBS real-name system due to defamatory, libel, false, and lewd stuffs on BBS, some people are still against it due to obstruction of free debate culture, restriction of free expression, and invasion of person's privacy. But It is necessary because the BBS real-name system is extremely fundamental and effective measure. In this study, we are to present consolidation course of law about the Internet BBS real-name system through examining the necessity and relative provisions from the standpoint of approval for legislation of it.

We presented concrete legislation course(in case of full-scale BBS real-name system and restrictive BBS real-name system) through enactment and revision of the relative law in the consolidation course of law about the Internet BBS real-name system. We are against legislation of the full-scale BBS real-name system because it is impossible and negative. In case of restrictive BBS real-name system, divided into two plans that revision of the existing law(The Act about Use Promotion of Information Digital Network and Protection of

^{*} Professor, Department of Police Administration, Keimyung University.

^{**} Professor, Department of Police Administration, Keimyung College.

Information Guardianship) and enactment of the new special law(The Act about Internet Real-name system), we presented the details about application objects of the BBS real-name system, offer of information for checking up one's real name, deletion of stuffs on BBS, compensation for damages in civil affairs, and punitiverules. But we approve of the plan that enact an new special law because it has the advantage of unificative and systematic legislation.

Keywords: Internet, BBS real-name system, consolidation course, defamation, cyber terror

디지털 포렌식과 법적 문제 고찰

양 근 원

형사정책연구 제17권 제2호(통권 제66호, 2006 · 여름호)

한국형사정책연구원

디지털 포렌식과 법적 문제 고찰

양 근 원*

I. 서 설

형사사건을 수사하고 기소하며 재판하는 과정에서 유죄입증을 위해 각종 증거가 수집되고 분석되며 법정에 제출된다. 우리 형사법상 증거방법으로는 크게 증인, 서증, 물증으로 구분된다. 그런데 증거 가운데는 특별한 과학적 분석 없이 수집된 원형 그대로 제출되는 경우가 있는 반면, 유체물의 상태, 현상 등에 대한 과학적 분석을 통해 그 의미를 밝혀 이를 증거로 하는 경우가 있다. 이러한 일련의 과정을 일반적으로 ‘포렌식(Forensics)’라고 한다. 즉 법정에 증거로 제출되는 것을 전제로 증거가치가 손상되지 않도록 과학적 기법을 사용하여 증거물을 수집하고 분석하는 일련의 절차, 기법을 말하는 것이다. 미국 등 선진국가에서는 ‘포렌식’이 하나의 학문영역으로 자리잡고 있지만 우리나라에서는 각 수사기관, 국립과학수사연구소 등에서 실제 ‘과학수사’라는 이름으로 과학적 수집, 분석 등이 행해지고 있음에도 ‘포렌식’이라는 용어에 대해서는 생소하게 받아들이고 있는 것이 현실이다. 이와 관련하여 일반 유체물이나 DNA, 지문 같은 생물학적 증거에 대한 취급은 일반적으로 형사소송법에 규정된 절차, 즉 증거의 수집, 검증, 감정 등의 절차에 의해 포섭되고 있어 별도로 논란이 되는 경우가 없다.

* 경찰청 사이버테러대응센터 팀장(경정), 법학박사

그런데 최근에는 기존의 증인, 서증, 물증 외에 새로운 증거방법이 형사 절차상 중요한 증거로 등장하고 있다. 바로 디지털 증거이다. 미국 버클리 대학의 한 연구에 의하면 세계에서 생성되는 정보의 약 90% 이상이 디지털 형태로 만들어진다고 한다.¹⁾ 나아가 통신방식도 디지털 처리방식을 이용하여 최대한 효율성을 높인 패킷 교환 방식²⁾이 인터넷의 기반을 이루고 있다. 생활환경이 디지털 방식으로 바뀌었다면 사람들의 행위로 말미암은 결과와 자료들도 자연스럽게 디지털 방식으로 저장되게 되고 각 사람들의 행위에 따르는 제반 법적인 문제들을 해결하기 위해서는 디지털 방식의 자료들을 이용할 수밖에 없을 것이다. 그런데 디지털 데이터는 기존의 물리적 자료 혹은 아날로그 방식의 자료와는 확연히 다른 여러 가지 특성을 가지고 있다. 따라서 이러한 디지털 증거의 특성을 감안하여 증거가치가 손상되지 않도록 하면서 그 취급과 보존, 분석 절차에 있어서 기존의 포렌식과는 다른 특별한 절차와 기술이 필요하게 된다. 미국 등 선진국에서는 이 디지털 증거와 관련된 포렌식 즉 ‘디지털 포렌식(Digital Forensics)’이 새로운 영역으로서 활발하게 논의되고 있다. 세계 어느 나라보다도 정보통신 기술의 발달과 보급이 급속한 우리나라의 경우 많은 디지털 증거가 수집되고 분석되며 제출되고 있지만 이에 대한 법적, 기술적 논의는 거의 없다. 증거법적 차원에서의 논의의 필요성도 절실하다. 여기에서는 이런 점을 감안하여 ‘디지털 포렌식’이라는 새로운 분야에 대해 고찰해 보고자 한다.

1) Peter Lyman · Hal R. Varian, How Much Storage is Enough?, U.C. Berkeley, 2003. 6, <http://www.acmqueue.org/modules.php?name=Content&pa=printer_friendly&pid=45&page=1> (2006. 4. 16 방문).

2) 패킷교환 방식(Packet-switched)은, 패킷이라고 불리는 비교적 적은 데이터 단위가 각 패킷에 담긴 목적지 주소를 기반으로 하여 네트워크를 통해 발송되는 네트워크의 한 형태이다. 통신 메시지를 패킷으로 나뉘어서 네트워크 내의 동일한 데이터 경로를 여러 명의 사용자들이 공유할 수 있게 된다. 송신자와 수신자간의 이러한 형태의 통신을 비연결형이라고 부른다. 인터넷상의 대부분의 트래픽은 패킷교환 방식을 사용하며, 인터넷은 기본적으로 비연결형 네트워크이다.

II. 디지털 증거의 의의

1. 디지털 증거의 개념

디지털 증거가 무엇인가에 대한 개념적 정의는 아직 확립된 바 없다. ‘전자적 증거(Electronic Evidence)’³⁾ 또는 ‘컴퓨터 관련 증거’⁴⁾로 언급되기도 하며 어떤 경우에는 ‘디지털 증거(Digital Evidence)’⁵⁾라는 용어로 사용되기도 한다. 우선 개념적 정의를 위해서 ‘전자적’ 저장방식과 ‘디지털’ 저장방식에 대한 이해가 필요할 것이다. 전자적 저장방식은 전기와 자기신호를 이용하여 매체에 저장하는 방식을 총체적으로 의미하며 구체적인 저장방식은 디지털 방식이 될 수도 있고 아날로그 방식이 될 수도 있다. 디지털 저장방식은 데이터를 0과 1의 조합이 만들어진 값으로 표현하는 방식이다. 데이터를 디지털로 저장하는 경우 매체와 기기에 상관없이 동일한 값이면 동일한 가치를 지닌 데이터로 취급된다. 반면 아날로그 방식은 연속으로 변화하는 양을 그대로 표현하는 방식⁶⁾으로 동종의 기기나 매체를 벗어나서는 호환이 어려울 뿐만 아니라 다른 매체에 복사되거나 이동되면 반드시 전자적 혹은 물리적으로 양적·질적인 손실이 있기 때문에 동일한 데이터로 취급될 수 없다. 전자적 방식에 의한 증거가 특별한 취급을 요하는 것은 결국 디지털 저장방식에서 나타나는 특성 때문이다. 따라서 디지털 방식과 아날로그 방식을 모두 포괄하는 ‘전자적 증거’라는 용어는 현실적인

3) 탁희성, 전자증거에 관한 연구, 이화여자대학교 박사학위논문, 2004. 8면.

4) 오기두, 형사절차상 컴퓨터관련 증거의 수집 및 이용에 관한 연구, 서울대 박사학위논문, 1997, 15면.

5) 안경옥, “형사재판절차에서 테크놀로지의 활용과 형사소송법적 문제점” : 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안(V), 한국형사정책연구원, 2005, 155면.

6) 현재 아날로그 방식을 유지하는 것으로는 VHS 비디오테이프, 녹음테이프 등이며 이러한 저장방식은 DV(Digital Video), DVD, MP3 등의 디지털 저장방식으로 급속히 대체되고 있다.

면에서 사용될 수는 있어도 기술적인 면에서 새로운 방식의 증거에 대응하는 법률적 체계에 사용되는 용어로는 정확한 것은 아니라고 할 수 있다.

한편 미국 법무부에서 2001년 발간한 수사지침⁷⁾ 및 2002년 발간한 압수수색 매뉴얼⁸⁾에서는 ‘전자적 증거(Electronic Evidence)’라는 용어를 사용하고 있으나 2004년 4월 사법연구원(National Institute of Justice : NIJ)에서 발간한 지침서⁹⁾에서는 ‘디지털 증거(Digital Evidence)’라는 용어를 사용하고 있다. 미국 국립법과학센터(National Center for Forensic Science : NCFS)에서는 포렌식의 대상인 증거의 종류를 크게 물리적 증거(Physical Evidence), 생물학적 증거(Biological Evidence), 디지털 증거(Digital Evidence) 등으로 나누고 있다.¹⁰⁾

디지털방식으로 데이터를 처리하는 기술은 컴퓨터에서부터 출발하였다는 점에서 컴퓨터 관련 증거는 가장 원천적인 디지털 증거라고 할 수 있다. 그러나 최근에는 컴퓨터의 디지털 방식을 응용한 기기의 영역이 광범위하게 확대되고 있으며 가전제품의 전 영역에서 응용되고 있다. 따라서 디지털 저장 방식을 취하는 매체가 컴퓨터뿐만 아니라 매우 다양하게 활용되는 환경하에서는 단순히 ‘컴퓨터 관련 증거’라는 용어는 더 이상 적절치 않은 것으로 판단된다.

이제 디지털 증거를 어떻게 정의할 수 있을 것인가? 1995년 미국, 호주, 홍콩, 영국 등 여러 국가의 법집행관계자들을 중심으로 창설된 ‘컴퓨터증거에 관한 국제조직(International Organization on Computer Evidence : IOCE)’

7) U.S DOJ-NIJ, Electronic Crime Scene Investigation : A Guide for First Responders, 2001. 7, <<http://www.ojp.usdoj.gov/nij>> (2006. 4. 8 방문).

8) U.S. DOJ CCIPS, Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations, 2002. 9.

9) U.S. DOJ-NIJ, Forensic Examination of Digital Evidence : A Guide for Law Enforcement, 2004. 4, <<http://www.ncjrs.org/pdffiles1/nij/199408.pdf>> (2006. 4. 8 방문).

10) 국립법과학센터 초기화면 메뉴 참조, <<http://www.ncfs.org>> (2006. 4. 24. 방문).

은 ‘디지털 증거’에 대해서 ‘이진수 형태로 저장 혹은 전송되는 법정에서 신뢰될 수 있는 정보’라고 정의하고 있다.¹¹⁾ 한편 1998년 미국 연방기관의 증거분석 연구소들을 중심으로 구성된 ‘디지털증거에 관한 과학실무그룹 (Scientific Working Group on Digital Evidence : SWGDE)’은 디지털 증거를 ‘디지털 형태로 저장되거나 전송되는 증거가치 있는 정보’라고 규정하고 있다.¹²⁾ 디지털 증거는 저장방식이 이진수 방식이며 이를 기본적으로 디지털이라고 한다는 점, 그리고 증거로서의 가치를 가지고 있는 정보여야 한다는 점 등을 고려하면 ‘디지털 증거에 관한 과학실무그룹’의 정의를 그대로 따르는 것이 합리적일 것이다. 따라서 디지털 증거(Digital Evidence)란 ‘범죄와 피해자 또는 범죄와 가해자 사이의 연결고리를 제공할 수 있는 모든 디지털 데이터를 말하는 것으로 여기에서 디지털 데이터란 전통적 의미의 컴퓨터상에 있는 데이터뿐만 아니라 이진 형태로 저장되거나 전송될 수 있는 모든 텍스트, 이미지, 오디오 및 비디오 데이터 등을 포함한다고 할 것이다.¹³⁾

2. 디지털 증거의 특징

가. 매체독립성

디지털 증거는 ‘유체물’이 아니고 각종 디지털 매체에 저장된 혹은 전송

11) ‘G8 Proposed Principles For The Procedures Relating To Digital Evidence’라는 권고안에서 밝혀지고 있는 원문은 “Digital Evidence : Information stored or transmitted in binary form that may be relied upon in court.”라고 정의되어 있다. <http://www.ioce.org/G8_proposed_principles_for_forensic_evidence.html> (2006. 4. 9 방문).

12) 원문을 보면 “Digital Evidence : Information of probative value stored or transmitted in digital form.”로 되어 있다. <<http://www.fbi.gov/hq/lab/fsc/backissu/april2000/swgde.htm>>(2006. 4. 9 방문).

13) Eoghan Casey, Digital evidence and computer crime, 2000, p.1.

중인 ‘정보’ 자체다.¹⁴⁾ 디지털증거는 매체와 독립된 혹은 중립된 정보 내용이 증거로 되는 경우이며 이 정보는 값이 같다면 어느 매체에 저장되어 있든지 동일한 가치를 지니고 있다. 이러한 특성 때문에 다른 매체에 복사 또는 기타의 방법으로 이전되어 제시되는 경우가 많을 것이며 이와 관련한 다양한 증거법적 문제가 발생할 소지가 있다.

나. 비가시성 · 비가독성

전자적 기록매체에 기록 · 보존된 디지털 증거는 그 존재 및 상태를 사람의 지각으로 바로 인식할 수 없기 때문에 증거로 사용되기 위해서는 반드시 일정한 절차를 거쳐야 한다는 특징이 있다.¹⁵⁾ 즉 디지털 데이터는 잠재적인 증거로서 변환절차를 거쳐야만 현시적인 증거로서 기능을 할 수 있는 것이다. 통상적으로 이 과정에서는 여러 가지 소프트웨어와 장치 및 전문가들이 개입되게 되며 이로 인한 논란이 발생할 소지가 있다.

다. 원본과 사본 구별의 곤란성

디지털 증거는 아날로그 자료와는 달리 값만 동일하면 반복된 복사과정에서도 질적 저하가 없다.¹⁶⁾ 따라서 수집된 증거가 범행의 결과로 나타난 원본 증거인지 복사본인지 명확하게 하는 절차가 필요하다. 특히 내용이 동일한 디지털 데이터라 할지라도 복사되거나 다른 이전방법에 의해 새로 저장되었을 경우 데이터가 생성되거나 접근한 시간이 서로 달라지게 된다.

14) 원혜옥, “컴퓨터관련 증거의 증거조사와 증거능력”, 수사연구 2000년 6월호, 32면.

15) 원혜옥, 전제 논문(수사연구), 32면; 이성진 외, 해킹피해시스템 증거물 확보 및 복원에 관한 연구, 한국정보보호진흥원, 2002, 148면; 경찰청, 디지털 증거분석, 2005, 8면.

16) 이성진 외, 전제서, 150면; 경찰청, 전제서, 9면.

따라서 증거수집절차상 각별한 기술적 대책과 절차가 필요한 것이며 증거능력을 인정함에 있어서 이 부분이 명확치 않을 경우 증거로서의 가치가 상실될 수도 있다.

라. 취약성

디지털 증거는 위·변조 및 삭제가 매우 용이하다. 단 하나의 명령만으로도 수많은 디지털 자료를 삭제하거나 변경시킬 수 있고 자료의 일부만 용이하게 변경시킬 수도 있다.¹⁷⁾ 또한 증거수집·보존·분석과정에서 각종 소프트웨어나 장비들이 사용되게 되는데 이 경우 의도하지 않았다 하더라도 시스템 작동과정에서 필연적으로 시스템내의 많은 파일들에 변화가 일어나는 경우가 있다.

마. 대량성

최근 저장기술의 발전으로 물리적으로 아주 작은 저장매체에도 방대한 분량의 정보를 저장할 수 있게 되었다.¹⁸⁾ 또한 개인이 사용하는 컴퓨터나 디지털 저장매체일지라도 갖가지 종류의 응용프로그램에 의해 생성된 수많은 형태의 자료가 저장되어 있는 경우가 많다. 특히 다중이 공동으로 이용하는 서버의 경우에는 하나의 저장매체 또는 시스템인 경우라도 범죄와 관계없는 수많은 사람들의 데이터가 저장 또는 전송되는 것이 통상적이다.¹⁹⁾ 따라서 증거수집의 범위와 관련된 법적문제가 발생할 수 있다.

17) 이성진 외, 전계서, 149면; 안경옥, 전계 논문(한국형사정책연구원), 156면; 경찰청, 전계서, 8면.

18) 이성진 외, 전계서, 3면.

19) 안경옥, 전계 논문(한국형사정책연구원), 157면.

바. 전문성

디지털 방식으로 자료를 저장하는 데에는 수많은 기술과 프로그램들이 사용된다. 따라서 저장된 자료가 어떤 소프트웨어를 사용해서 저장되었는지 정확하게 규명되지 않으면 자료에 접근하기조차 어려운 문제가 발생한다. 마찬가지로 접근하여 수집된 자료라 할지라도 이를 가독성·가시성 있는 자료로 제시하고 그 내용을 해석하는 데에는 해당분야에 대한 전문적 지식 없이는 불가능한 경우가 많다. 즉 디지털 증거의 수집과 분석에 전문적 기술이 사용되고 많은 전문가가 개입할 여지가 생기며²⁰⁾ 증거법적으로 문제가 발생할 소지가 많은 것이다.

III. 디지털 포렌식(Digital Forensics)

1. 디지털 포렌식의 의의

디지털 증거가 수집·분석되어 법정에 제출되는 경우에는 증거로서 가치를 상실하지 않도록 과학적·기술적 지식과 더불어 적법한 절차와 수단을 토대로 진행되어야 한다.

앞에서 살펴보았듯이 디지털 증거는 취약성, 휘발성 등 여러 가지 특성이 있기 때문에 원 매체에 저장되어 있는 디지털 정보를 수집하는 것 자체도 증거가치 보존을 위한 기술적인 방법들을 동원해야 하고, 법정에 제출될 것을 대비해 그 입증방법도 마련해 두어야 한다. 디지털 증거를 분석

20) 경찰청, 전게서, 9면.

함에는 더욱 고차원적인 소프트웨어들이 사용되기 마련이며 분석관의 주관적 판단이 어느 정도 개입될 수밖에 없다. 법집행관 또는 수사관이 기술적인 전문성을 가지고 증거의 실체적인 내용을 분석하고 전문지식을 바탕으로 개개 증거의 가치에 대한 주관적 판단을 행하는 경우가 많이 생겨나고 있다. 이와 같은 일련의 과정, 즉 법적인 증거로 사용된다는 관점에서 디지털 데이터의 수집과 분석에 관한 일련의 절차, 기술들을 통칭하여 ‘디지털 포렌식(Digital Forensics)’이라고 한다. 즉 디지털 포렌식은 ‘디지털 소스로부터 디지털 증거를 보존(Preservation), 수집(Collection), 증명(Validation), 식별(Identification), 분석(Analysis), 해석(Interpretation), 기록(Documentation), 제출(Presentation)하기 위하여 과학적으로 이끌어내고 증명하는 방법’²¹⁾이라고 할 수 있다.

2. 디지털 포렌식(Digital Forensics)의 발달

디지털 포렌식은 아직 완전히 정립된 개념은 아니며 진행 중인 개념이다. 원래 ‘포렌식(Forensic)’은 사전적 의미로 보면 ‘法廷의’ 또는 ‘法科學의’라는 뜻을 가진 용어이다. 이는 증거를 수집·보존·처리하는 과정에서 법정에서 증거로 사용하기 위해 과학적·기술적인 기법을 사용하되 증거가치상실이 없도록 하는 일련의 절차, 과정을 일컫는 말이다. 미국 등 국가에서는 ‘법과학(Forensic Science)’이 학문의 한 영역으로 자리잡고 있으며 일찍부터 발달되어 왔다. 그만큼 재판과정에서 증거의 중요성이 강조되어 왔기 때문이다.

디지털 포렌식은 컴퓨터포렌식으로부터 발달했다. ‘컴퓨터 포렌식(Computer Forensics)’은 개인용 컴퓨터가 개발되고 급격히 이용되기 시작

21) Gary Palmer, A Road Map for Digital Forensics Research, DFRWS, 2001, <<http://www.dfrws.org/2001/dfrws-rm-final.pdf>> (2006. 4. 20. 방문).

한 '90년대 초반부터 발전되어 왔다. 원래 '컴퓨터 포렌식'은 1991년 오레곤주 포틀랜드에서 열린 '국제컴퓨터전문가협회(International Association of Computer Specialists : IACIS)'에서 탄생한 말이다.²²⁾ 그 이후 컴퓨터 포렌식은 컴퓨터 보안 분야와 법학분야에서 큰 관심을 끌게 되었으며 법률을 과학에 적용하는 분야로 인식되어 왔다.²³⁾ 한편 미국 정부기관에서는 1984년부터 FBI 법과학 실험실(Forensic Laboratory)을 선두로 하여 몇몇 법집행기관이 컴퓨터 증거(Computer Evidence)의 시험에 관한 프로그램 개발에 착수하면서 컴퓨터 포렌식에 대한 본격적인 연구가 시작되었고, 이후 FBI가 '컴퓨터분석 대응팀(Computer Analysis Response Team : CART)'을 설립하여 운영하면서 발전시켜 왔으며²⁴⁾ 여러 법집행기관들도 나름대로 컴퓨터 포렌식 기구들을 설립하였다. 그러나 각 나라별로 사법제도에 차이가 있을지라도 컴퓨터 포렌식 결과에 있어서는 차이가 있을 수 없기 때문에 그 절차에 대한 국제적인 표준화가 필요하게 되었다. 이에 따라 1991년 남 캐롤라이나 찰스턴에서 국제 법집행기관과 미국의 연방 법집행기관들이 모여 컴퓨터 포렌식에 대한 표준화된 접근방법의 필요성에 대해 논의하게 되었다. 1993년에는 미국 FBI가 주최한 '컴퓨터 증거에 관한 국제 법집행기관 컨퍼런스(International Law Enforcement Conference on Computer Evidence)'에서 국제 법집행기관 및 미국의 연방·주·지역 법집행기관 대표자들이 모여 이 문제에 관한 논의를 하였으며 1995, 1996, 1997년 각각 회합을 가졌다. 이 결과 이들은 '컴퓨터 증거에 관한 국제 조

22) 임종인, "유비쿼터스시대의 컴퓨터 포렌식의 중요성과 향후 전망", 수사연구 2005년 3월호, 수사연구사, 2005. 3., 13면.

23) NTI, Computer Forensics Defined, <<http://www.forensics-intl.com/def4.html>> (2006. 4. 19 방문).

24) Michael G. Noblett · Mark M. Pollitt · Lawrence A. Presley, "Recovering and Examining Computer Forensic Evidence", Forensic Science Communications Volume 2 Number 4, October 2000, <<http://www.fbi.gov/hq/lab/fsc/backissu/oct2000/computer.htm>> (2006. 4. 19 방문).

직(International Organization on Computer Evidence : IOCE)'을 결성하게 되었다.²⁵⁾

이와 함께 초기 컴퓨터를 중심으로 하던 컴퓨터 포렌식은 1998년부터 '디지털 증거(Digital Evidence)' 자체에 주목하기 시작하였고 IOCE는 이때부터 '디지털 증거(Digital Evidence)'라는 용어를 정식으로 사용하기 시작하였다.²⁶⁾ 이를 분석하는 법과학 분야도 컴퓨터 포렌식 대신 '디지털 포렌식(Digital Forensics)'이라는 용어를 사용하기 시작하였으며 특히 2001년 8월 대학교 연구진들과 컴퓨터 포렌식 전문가들이 뉴욕주 유틀카에서 '디지털 포렌식 연구 워크숍(Digital Forensic Research Workshop : DFRWS 2001)'을 개최하면서 정식으로 '디지털 포렌식'이라는 용어를 사용하기 시작하였다.²⁷⁾

한편 미국내 법집행기관들은 1990년대 중반이후 음악, 영상 등 데이터 저장방식이 아날로그 방식에서 디지털 방식으로 변화하는 것을 감지하고 디지털 형태의 증거 자체에 관심을 갖기 시작하였으며 정부기관 법집행기관 책임자들을 중심으로 1998년 '디지털증거 과학작업반(Scientific Working Group on Digital Evidence : SWGDE)'을 결성하였다.²⁸⁾ 1998년 3월과 5월 각 기관의 책임자들에게 '디지털 증거' 문제를 정식으로 상정하고 디지털 증거에 대한 포렌식 문제점들을 다루기 위한 '디지털 증거 기술 실무그룹(Technical Working Group on Digital Evidence : TWGDE)'을 결성하였으며 이들이 중심이 되어 '디지털 포렌식'에 관한 절차를 마련하고 관련 문서를 개발하는 작업을 계속하였다.²⁹⁾ 당시 실무그룹의 의장이었던

25) Michael G. Noblett · Mark M. Pollitt · Lawrence A. Presley, Ibid.

26) IOCE, G8 Proposed Principles For The Procedures Relating To Digital Evidence, <http://www.ioce.org/G8_proposed_principles_for_forensic_evidence.html> (2006. 4. 19 방문).

27) <<http://www.dfrws.org/about.html>> (2006. 4. 19 방문) 참조.

28) Mark M. Pollitt, Who is SWGDE and what is the history?, 2003. 1, <http://ncfs.org/swgde/SWGDE_History.pdf> (2006. 4. 20 방문).

Mark Pollitt(Unit chief, FBI-CART)를 중심으로 ‘전자적 범죄수사를 위한 기술그룹(Technical Working Group for Electronic Crime Scene Investigation : TWGECSI)’을 결성하여 준비 작업을 거쳐 초보사용 지침서를 만들었는데 미 법무부 사법연구원(National Institute of Justice : NIJ)은 이를 토대로 2001년도에 ‘전자적 범죄현장 수사(Electronic Crime Scene Investigation : A Guide for First Responders)’라는 지침서를 만들어 냈다. 나아가 사법연구원(NIJ)은 디지털 증거 분석과 관련된 표준화된 절차 마련을 위해 정부 법집행기관 포렌식 전문가, 수사관, 변호사, 업체 엔지니어, 학자 등 55명이 참석하여 ‘디지털증거분석 기술 실무팀(Technical Working Group for the Examination of Digital Evidence : TWGEDE)’을 만들고 이들이 만들어 낸 보고서를 중심으로 2004년 4월 ‘디지털증거분석 지침(Forensic Examination of Digital Evidence : A guide for Law Enforcement)’³⁰⁾을 만들어 배포하게 되었다. 이는 2001년도에 펴낸 지침서에 이은 두 번째 지침서로 미국내 디지털 포렌식과 관련된 표준 지침으로 기능을 하고 있다.

3. 디지털 포렌식 개관

여기에서는 앞에서 언급한 미 법무부 사법연구원(NIJ)의 ‘디지털증거분석지침’뿐만 아니라 일반적으로 알려져 있는 디지털 포렌식과 관련된 자료들을 참고하여 현실적으로 적용되는 주요한 내용들을 정리해서 살펴보기로 하겠다.

29) Carrie Morgan Whitcomb, “An Historical Perspective of Digital Evidence : A Forensic Scientist’s View”, IJDE Spring 2002 Volume 1, Issue 1, 2002, <http://www.ijde.org/archives/carrie_article.html> (2006. 4. 19 방문).

30) <<http://www.ncjrs.org/pdffiles1/nij/199408.pdf>> (2006. 4. 20 방문).

가. 디지털 포렌식의 기본원칙

1) 디지털 증거 원본의 절대적인 보존

디지털 증거의 내용은 변경되지 않아야 한다. 즉, 디지털 증거 원본은 절대적으로 보존해야 한다. 따라서 수집·분석 등 증거분석 절차에서 발생 가능한 변경을 방지하고 원본 사용을 통제하는 한편 무결성을 증명하는 조치가 병행되어야 한다. 이를 위해 디지털 증거 운반시 봉인을 해야 하고, 분석시 원본을 복제한 후 원본은 보존하고 복제본을 가지고 분석 작업을 수행하는 것이 일반적이다.³¹⁾ 예외적으로 원본 기록매체에서 자료를 추출할 필요가 있는 경우 책임 있는 전문가를 통해 작업을 수행하고 그 과정과 절차를 반드시 기록으로 남겨야 한다.

2) 분석도구의 신뢰성 확보

분석도구의 신뢰성 확보를 위해 신뢰성이 검증된 분석 장비와 소프트웨어를 사용하고 공개된 알고리즘(Algorithm)³²⁾을 사용하여 증거가치를 확보해야 한다. 앞서서도 언급하였다시피 디지털 포렌식의 제반 과정에서는 필연적으로 소프트웨어와 장비들을 사용하게 되는데 이러한 장비와 소프트웨어들에 대한 신뢰성이 검증되지 않는다면 그 결과물을 보증할 수 없는 것은 당연한 이치이다. 또한 디지털 증거의 무결성을 확보하기 위해

31) 경찰청, 전계서, 10면.

32) 계산법·해법·작도·정보처리의 순서·과정의 뜻으로 사용되는 수학·정보과학·컴퓨터 용어이다. 아라비아숫자 기수법(記數法), 계산법의 순서·과정을 나타내는 수학용어로서, 아라비아 수학자 알과리즈미에서 유래한 알고리즘(algorism)이 사용되어 왔다. 그러나 지금은, 계산법 등 수학적 처리의 순서·과정을 나타내는 용어로는 그리스어인 alithmos에서 유래한 alolithm이 수학·정보과학·컴퓨터 등의 용어로 많이 사용하게 되었다(야후 백과사전).

사용하는 알고리즘은 학문적으로 입증되고 공개된 알고리즘을 사용하는 것이 일반적이다.

3) 모든 과정의 문서화

디지털 포렌식에 있어서는 반드시 디지털 증거 원본을 획득하되 증거분석의 모든 과정을 상세하게 기록해야 하며 증거 수집시에도 가급적 입회자를 확보하여 신뢰성을 확보한다. 이를 일반적으로 ‘보관의 연속성(Chain of Custody)’이라고 한다. 또한 디지털 증거를 수집하고 분석하는 과정에서는 일시적인 현상이 일어나는 경우가 다반사이므로 이에 대한 사후 검증을 위해 명확한 문서화 작업이 필요하다. 나아가 ‘디지털 증거분석 결과 보고서’ 등 체계적인 분석보고서를 작성하여 분석과정과 결과를 사후에 입증할 수 있게 해야 한다.³³⁾

보고서는 수사관이나 법관, 변호사 등이 쉽게 내용을 이해할 수 있도록 6하 원칙에 따라 명백하고 객관적으로 작성해야 한다.³⁴⁾ 분석 프로그램에서 보여주는 논리적·물리적 주소를 화면으로 보관하고 사용한 증거분석 프로그램과 버전을 명시해야 한다. 보고서를 작성한 사람은 보고서의 내용에 책임을 져야 한다.³⁵⁾ 다만 분석보고서의 성격에 대해서는 우리 형사소송법상 다툼이 있을 수 있다. 왜냐하면 수사기관의 분석행위는 오관의 작용에 의해 사물의 존재 사실을 기록하는 검증의 성격과 전문적 지식을 바탕으로 객관적 사실을 분석, 판단하는 감정의 성격을 동시에 지니고 있기 때문이다.

33) 경찰청, 전게서, 11면.

34) 임종인, 전게 논문, 16면.

35) NIJ, *Ibid*, p.19; 경찰청, 전게서, 31면.

나. 디지털 포렌식의 유형

디지털 포렌식도 일반 범죄수사와 마찬가지로 범죄에 사용되어지는 모든 것들을 대상으로 증거를 수집하는 것에서부터 출발한다. 수집된 증거에 대해서는 그 특성에 맞추어 각각의 기술과 전문적인 지식, 검증된 도구들을 사용하여 정밀 분석한다. 디지털 증거분석의 유형은 어떤 대상을 수집하고 분석하느냐에 따라 통상 아래와 같이 구분할 수 있다.

1) 휘발성 증거에 대한 포렌식

휘발성 데이터는 보통 피해 시스템 등에 피해 사실을 확인하고 용의자 추적 단서를 찾기 위한 기초조사시 이루어지는 단계로 컴퓨터 시스템의 전원을 끄기 전에 수집하여야 한다. 휘발성 데이터로서 수집해야 할 구체적인 예를 들어 보면, 레지스터³⁶⁾와 캐쉬³⁷⁾의 내용(Registers, Cache Contents), 메모리 내용(Memory contents), 네트워크 연결 상태(State of network connections), 실행중인 프로그램 상태, Swap파일³⁸⁾ 시스템 내용(Swap Contents), 기타 하드디스크 등에 저장되어 있는 파일과 디렉토리

36) CPU 내부에 있는 고속 저장소를 말하며 일반적으로 사용하고 있는 메모리보다 데이터를 훨씬 빨리 읽거나 쓰도록 되어 있다.

37) CPU에서 어떤 데이터를 반복적으로 사용하게 될 경우 필요할 때마다 램이나 하드디스크에서 불러오면 속도의 차이가 많이 나기 때문에 시스템 성능이 떨어지므로 CPU내부에 속도가 빠른 임시 저장장치를 붙여 여기에 일시 저장시켰다가 필요한 경우 불러다 쓰게 되는데 이 메모리를 '캐쉬'라고 부른다.

38) 윈도우는 도스에 비해서 사용하는 메모리가 대단히 많아 물리적으로 시스템에 장착되어 있는 메모리 이외에 하드디스크의 공간을 메모리 용량으로 사용하는 메모리 스와핑을 수행한다. 이러한 작업은 가상 메모리라는 개념 아래에서 진행되는데 가상 메모리는 하드디스크에 있는 공간에 SWAP 파일을 생성하고 실제 메모리에 있는 자료들 중에서 가장 오래 전에 사용되었던 것을 우선으로 SWAP 파일에 저장한다. 이러한 작업의 연속으로 실제 물리적 메모리에는 항상 넉넉한 공간을 유지할 수 있게 되고 프로그램에서 사용할 수 있는 메모리의 양은 대폭적으로 늘어나게 하는 것이다.

들에 대한 시간 속성 정보 등이다. 비록 그 저장매체가 하드디스크이나 위와 같은 파일과 디렉토리에 관한 생성, 접근 및 변경시간 정보는 이어지는 조사과정 등에서 쉽게 변하는 속성이 있다.

일반적으로 휘발성 데이터는 디스크 이미지 복사 등을 사용하여 수집하기 어렵기 때문에 획득한 데이터가 진정하며 원본과 동일하다는 입증을 위해 기술적 조치를 취해야 한다. 유용한 방법으로는 수집한 데이터 파일이나 원본 파일에 대한 ‘메시지 다이제스트(Message Digest)’³⁹⁾를 행하는 것이다.

2) 디스크 증거에 대한 포렌식

하드디스크, 플로피 디스크, CD(Compact Disk), DVD(Digital Versatile

39) 메시지다이제스트 알고리즘은 디지털정보인 객체를 받아들여서 하나의 숫자를 생성하는 블랙박스와 같은 것이다. 메시지 다이제스트는 주어진 입력에 대해서 그것이 변하지 않는다면, 역시 산출하는 결과도 매번 동일한 알고리즘을 가지고 있다. 또한, 훌륭한 메시지 다이제스트 알고리즘일수록 주어진 입력이 다를 때마다 매번 다른 출력을 나타낼 것이다. 그러므로 비트스트림(Bit Stream) 복사 같은 것이 정확하게 원래의 것과 동일하게 이루어졌다면 메시지 다이제스트는 같은 결과를 나타낼 것이고, 복사한 것의 내용이 원래의 것과 다르다면 다른 출력을 나타낼 것이다. 이것으로 수정이 되었는지, 안 되었는지 알아볼 수가 있는 것이다. 현재 가장 많이 쓰이고 있는 메시지다이제스트 알고리즘은 MD5이다. 기본적으로 MD5는 전자적인 2진 정보를 가지고 있는 입력객체를 계산하고 출력하는데 있어서 32개의 숫자와 문자의 조합을 사용해서 출력한다. 인간이 가지고 있는 DNA나 지문과 같이, 만약 파일이 동일하게 복사되지 않았다면 같은 메시지 다이제스트 출력을 가질 확률은 매우 희박하다고 할 수 있다. 메시지 다이제스트는 자료의 구체화 방법을 제시했다고 볼 수 있다. 그래서 때때로 메시지 다이제스트는 전자지문으로 불리기도 한다. 메시지 다이제스트는 또한 전자증거의 변경여부를 확인하는데도 매우 유용하다. 아무리 조그만 차이가 자료에 생겼다고 하더라도 메시지다이제스트의 출력은 원래의 것과 크게 다를 것이다. 전자서명은 메시지다이제스트에 신뢰성을 첨가한 것이다. 필수적으로 전자서명은 계산되어진 특정한 파일의 메시지 다이제스트 출력을 지시한다. 본질적으로 메시지다이제스트는 파일의 변경된 것이 없음을 증명해주고, 서명절차는 파일의 성립의 권위를 입증해준다(Eoghan Casey, Digital Evidence and Computer Crime : Forensic Science, Computers, and the Internet, Second Edition, Academic Press, 2004, 9장 3절 중에서).

Disc), USB(Universal Serial Bus) 메모리 등 비휘발성 저장장치로부터 증거물을 획득하고 분석하는 것을 말한다.⁴⁰⁾ 여기에는 Windows, UNIX, Linux 등 각 운영체제마다 독특한 전문지식이 필요한 경우가 많고 인터넷 접속기록, 임시 인터넷 파일, 전자우편 분석, 삭제 파일 복구 등 세세한 전문기술분야를 별도로 구분할 수 있다.

특히히 디스크에 디지털 방식으로 저장된 데이터라 하더라도 데이터를 생성해낸 소프트웨어에 따라 다양한 저장방식이 사용되기 때문에 각각의 데이터를 분석하기 위해서는 거기에 맞는 방법과 도구들이 사용되어야 한다. 나아가 데이터의 개별적인 의미들을 해석하는 것만으로 해결되는 것이 아니라 개별적 의미들을 종합하여 분석하는 기술도 사용되어야 한다. 특히 범죄자 대부분이 로그 등 관련 증거를 삭제하기 때문에 그 어려움이 더욱 커진다. 따라서 비휘발성 데이터가 저장되어 있는 하드디스크 등을 압수하거나 이미지 복사 등의 방법으로 디스크를 복제, 증거를 확보한 뒤 분석하는 것이 일반적이다. 그러나 복제할 하드디스크가 없거나 조사 대상 시스템이 피해 회사의 소유가 아닌 여러 업체가 공유하는 호스팅 서버여서 법적·기술적 문제로 인하여 백업을 받지 못할 경우에는 하드디스크 전체에 대한 디렉토리나 파일의 목록에 대한 time stamp 정보⁴¹⁾를 획득하여 저장하고 관련 증거를 수집하여야 한다.

3) 네트워크 증거에 대한 포렌식

네트워크상에서 전송중인 디지털 증거를 획득하고 분석하는 것을 말한

40) 이성진 외, 전제서, 4면.

41) 각각의 데이터 파일에 대한 생성, 수정, 접근 시간 등의 정보를 말한다. 디지털 데이터는 같은 내용의 파일이라 할지라도 다른 매체에 복사 등의 방법으로 저장하게 되면 이와 관련된 정보가 변경되게 되므로 증거가치의 손상을 야기할 우려가 있다.

다.⁴²⁾ 여기에는 특별한 도구를 사용하는 경우가 많으며 크게 전송중인 패킷의 헤더부분을 분석하는 경우와 통신 내용을 분석하는 경우로 나눌 수 있고 엄격한 통신비밀보호법 절차를 거쳐야 한다. 다만 우리의 통신비밀보호법은 두 가지의 경우를 구분하고 있지 않아 현행법상에서는 법 적용에 어려운 점이 있다. 네트워크 증거분석 도구 등을 통해 수집되거나 분석되는 증거에 대해서도 그 진정성을 입증하는 방편으로 수집된 증거에 대한 MD5체크섬값을 구하여 보존하는 것이 필요하다.

4) 프로그램 소스(Source)⁴³⁾ 분석

확보된 프로그램 원시코드를 분석하거나 원시코드가 없을 경우 리버스 엔지니어링(Reverse Engineering)⁴⁴⁾ 등의 기법을 사용하여 증거로 확보된 프로그램의 작동방식, 결과 등을 분석해 내는 분야이다. 따라서 고난도의 전문지식이나 기술, 소프트웨어 등이 필요하다.

5) 기 타

최근 발달하고 있는 디지털 전자기기, 저장매체에 따라 PDA(Personal

42) 이성진 외, 전거서, 6면.

43) 컴퓨터 등에서 실행되는 응용프로그램은 컴퓨터가 해석할 수 있는 0과 1로 된 이진코드 방식으로 명령어들이 저장되어 있다. 그러나 프로그래머가 프로그래밍을 할 경우에는 이와 같은 이진코드방식으로 명령을 작성할 수 없기 때문에 대부분 C, Delphi 등 프로그래밍 언어는 프로그래밍 자체는 사람이 쉽게 인지할 수 있는 단어로 된 방식으로 작성하게 하고 작성된 프로그램을 각각의 프로그래밍 언어의 방식에 따라 이진코드로 변환하는 작업을 통하여 컴퓨터가 인식할 수 있는 상태로 만드는 작업을 수행한다. 이 과정에서 사람이 인식할 수 있는 형태의 언어로 작성된 프로그램을 Source 혹은 원시코드라고 부른다.

44) 소프트웨어 공학의 한 분야로 이미 만들어진 시스템을 역으로 추적하여 애초의 문서나 설계기법 등의 자료를 얻어내는 일을 말한다.

Digital Assistants)⁴⁵⁾, 전자수첩, 휴대폰 등에 대한 포렌식 분야가 있는데 이에에는 각각의 저장매체나 기기에 대한 인식 장치나 분석도구가 필요하다.

4. 디지털 포렌식 모델

가. NIJ 초기 디지털 포렌식 모델

미 법무부 사법연구원, 즉 NIJ에서는 2001년 ‘전자적 범죄현장 수사 (Electronic Crime Scene Investigation: A Guide for First Responders)’⁴⁶⁾라는 지침서를 통해서 다음과 같이 디지털 포렌식 절차를 정리하고 있다.

첫째는 수집(Collection) 단계로서 이는 디지털 증거의 수색과 인식, 수집, 그리고 이에 관한 기록단계를 말한다.

둘째는 시험(Examination)단계로 증거의 원천과 의미를 진술하면서 가시성을 부여하는 단계이다. 숨겨진 데이터나 불분명한 정보, 관련된 기록들을 명확하게 하는 것과 관련되어 있다. 즉 삭제데이터의 복구 등이 이에 해당한다.

셋째는 분석(Analysis)단계로 시험의 결과 사건과 관련된 증거로서의 중요성과 가치를 지니고 있는 산출물을 상세히 분석하는 과정이다.

넷째는 보고(Reporting)단계로 시험과정과 전 수사과정에서 수집되거나 복구된 관련 데이터에 대한 보고서를 작성하는 과정이다.

45) 휴대폰 컴퓨터의 일종으로, 집이나 사무실에 있는 컴퓨터로 작성한 문서 파일을 집어 넣으면 이동하면서도 계속 작업이 가능하고, 전자수첩과 마찬가지로 개인 정보 관리나 일정 관리가 가능한 휴대폰 개인정보 단말기를 말한다. 초기에는 계산이나 일정 관리 등 제한된 용도로만 사용되다가 정보통신 기술이 급속도로 발전하면서 ‘포스트 PC’의 대표적인 정보통신 수단으로 각광받고 있다.

46) NIJ, Electronic Crime Scene Investigation : A Guide for First Responders, 2001, <<http://www.ncjrs.org/pdffiles1/nij/187736.pdf>> (2006. 4. 17 방문).

나. 개괄적 디지털 포렌식 모델(The Abstract Digital Forensics Model)⁴⁷⁾

이는 공군 기술연구소의 Mark Reith 등 3명이 2002년도에 디지털 포렌식 절차를 다음과 같은 단계로 구분하여 디지털 증거 관련 학술지에 제안한 것이다.

첫째, 사건 정립(Identification)단계이다. 이 단계는 사건을 인식하고 그 유형을 결정하는 단계이다.

둘째는 준비(Preparation)단계로서 포렌식에 사용할 도구, 기술, 영장 등 법적 수단, 지원 상태 등을 준비하는 과정이다.

셋째는 접근전략 수립(Approach Strategy)단계로서 피해자에 대한 부담을 최소화하면서 흠 없는 증거를 수집하도록 효율을 최대화하기 위한 절차를 계획하는 단계이다.

넷째는 수집(Collection)단계로서 물리적인 상황에 대한 기록과 표준화된 절차에 따라 디지털 증거를 복제하는 과정이다.

다섯째는 검사(Examination)단계로 범죄와 관련되어 있는 증거에 대한 정밀하고 체계적인 검색을 하는 과정이다.

여섯째는 분석(Analysis)단계로서 데이터의 중요성을 결정하고 그 조각들을 맞춰서 재구성하면서 발견된 증거들을 기초로 결론을 도출하는 과정이다.

일곱째는 증거제시(Presentation)단계로 증거의 분석 결과 얻은 결론을 요약하고 제시, 설명하는 단계이다.

여덟째는 증거환부(Returning evidence)단계로 물리적인 혹은 디지털 재물을 소유자에게 환부하는 것을 결정하는 단계이다.

47) Mark Reith · Clint Carr · Gregg Gunsch, "An Examination of Digital Forensic Models", International Journal of Digital Evidence, Vol1 Issue3, Fall 2002, <http://www.ijde.org/archives/02_fall_art2.html> (2006. 4. 13 방문).

다. NIJ의 2004년 디지털 포렌식 모델

NIJ에서는 정부 법집행기관 포렌식 전문가, 변호사, 학자 등이 참석하여 ‘디지털증거분석 기술 실무팀(Technical Working Group for the Examination of Digital Evidence : TWGEDE)’을 만들고 이들이 만들어낸 보고서를 바탕으로 최종적으로 2004년 4월 ‘디지털증거분석 지침(Forensic Examination of Digital Evidence : A guide for Law Enforcement)’⁴⁸⁾을 만들어 배포하였는데 이 지침에서 제시하고 있는 디지털 포렌식 절차를 개괄하여 소개하면 다음과 같다.

첫째 평가(Assessment)단계이다. 디지털 포렌식 분석관들은 어떤 행동을 취할 것인가를 결정하기 위해 사건의 범위와 관련된 측면에서 디지털 증거를 철저히 평가해야 한다. 여기에서는 예컨대 압수·수색 영장 등 정당한 법적 수단을 가지고 있는지, 압수·수색할 대상과 범위는 어디까지인지 등이 평가되어야 한다.

둘째는 획득(Acquisition)단계이다. 디지털 증거는 본질상 취약하기 때문에 부적절하게 취급하거나 검사하면 쉽게 변개·손상·파괴될 수 있다. 따라서 원본 증거는 이러한 취약성을 보호하는 방법을 사용하여 획득되어야 하고 증거의 무결성이 보존되어야 한다.

셋째는 분석(Examination)단계이다. 분석절차의 목적은 디지털 증거를 추출하고 분석하는 것이다. 증거의 추출은 저장매체에서 데이터를 복구하는 것과 관련이 있고 분석은 복구된 데이터를 해석하고 논리적으로 이용 가능한 형태로 만드는 것과 관련이 있다.

넷째는 기록 및 보고(Documenting and Reporting)단계이다. 디지털 증거에 대한 포렌식 절차에서 취해진 행동과 관찰사항들은 기록되어야 한다.

48) NIJ, Forensic Examination of Digital Evidence : A guide for Law Enforcement, 2004, <<http://www.ncjrs.org/pdffiles1/nij/199408.pdf>> (2006. 4. 20 방문).

기록과정은 최종 결과를 문서로 작성, 준비하는 것으로 결론짓게 된다.

IV. 디지털 증거분석과 법적 문제

1. 서 설

일련의 디지털 포렌식 절차 중에서 분석⁴⁹⁾부분은 특히 기술부분과 법적 부분이 결합된 핵심적인 부분이다. 우리나라의 형사소송법에서는 ‘디지털 포렌식’이라는 개념이 함축되어 있지 않으므로 이와 관련한 다양한 법적 문제가 발생하고 있다.

디지털 증거는 여러 가지 측면에서 분석된다. 디지털 증거가 시스템에 존재하는 경우에는 우선 디지털 증거의 존재이유와 가치를 평가하기 위해 네트워크 구조, 시스템 운영체제, 시스템내의 파일 구조, 시스템 내에서 실행 중인 프로그램 종류, 네트워크 접속 상황, 증거데이터와의 관련 파일 등 디지털 증거가 존재하는 주변상황은 수집된 증거의 생성 조건과 증명력을 더해줄 수 있는 기초적인 자료가 되기 때문에 분석되고 기록되며 증거로서 제출되어야 한다. 또한 이미 압수된 증거나 단일 매체에 저장된 증

49) ‘분석’이라는 단어는 형사절차에서 법적인 용어로 익숙하게 사용되고 있지는 않다. 앞에서 살펴본 디지털 포렌식의 여러 절차 중의 하나로 사용되는 ‘Analysis’ 단계를 우리말로 번역한 것이다. 이는 증거가 획득된 이후에 이루어질 수도 있지만 획득과 동시에 이루어질 수도 있다. 전통적인 증거의 수집과 이용과정에서 볼 때 수사과정에서의 증거에 대한 관찰·분석은 크게 검증과 감정, 두 가지로 구분해 볼 수 있는데 ‘감정’은 감정인의 전문적·주관적 판단이 개입될 수 있는 여지가 큰 개념이며 ‘검증’은 수사관의 객관적 사실에 대한 관찰 개념에 더 근접하다고 할 수 있다. ‘분석’과정은 객관적으로 존재하는 증거에 대해 전문적 지식을 가미하여 인식하고 해석하는 과정이라고 할 수 있으며 실질적으로는 검증과 감정의 중간영역이라고 할 것이다. 따라서 ‘검증’이라는 용어 대신에 ‘분석’이라는 용어를 사용한 것이다. 하지만 현행법상으로 볼 때 이러한 분석행위를 어떻게 평가할 수 있는가의 문제가 중요하게 다루어질 필요가 있는 것이다.

거라 할지라도 단순하게 해석되며 간단한 작업을 통해 사람이 그 내용을 인지할 수 있는 것이 아니라면 전문지식을 바탕으로 존재하는 증거에 대한 재분석과 증거의 의미를 명백히 하는 과정이 필요하다. 이러한 작업은 전문기관 또는 업체에 분석을 의뢰하는 경우도 있다. 하지만 최근 법집행 기관에서는 실질적 필요에 따라 전문적인 지식을 보유한 수사관을 양성하고 이들이 상당부분 이러한 분석을 맡아 실행하며 그 결과를 ‘분석결과보고서’형태로 제출하도록 하고 있다. 이런 역할을 맡는 수사관을 보통 ‘디지털 포렌식 분석관(Digital Forensic Examiner)’이라고 부르며 별도의 분리된 조직 체제로 운영하는 경우도 있고 실제 수사를 담당하는 사람이 동시에 분석관의 역할을 수행하는 경우도 있다. 따라서 이러한 분석과정 및 분석결과보고서에 대한 법적인 취급, 그리고 관련 문제에 대해 검토해 볼 필요가 있다.

2. 범죄·증거수집현장에서의 분석

우선 범죄현장 또는 증거를 수집하는 현장에서 증거의 물리적 상황, 네트워크 연결 상황, 디렉토리 위치, 실행 중인 프로그램 및 시스템 운영 상황 등 증거와 관련된 주변 상황을 분석, 기록하는 행위는 일종의 검증이라고 할 수 있을 것이다.⁵⁰⁾ 이러한 행위가 필요한 것은 대형 혹은 네트워크로 운영되고 있는 시스템상에서 수집된 증거는 단독으로 의미를 가질 수도 있지만 증거 데이터를 생성하게 된 환경, 증거가 시스템상에서 가지는 위치, 역할 등이 종합되어야만 의미가 명확해지기 때문이다. 압수·수색·검증 영장을 발부 받아 압수·수색하는 현장에서 위와 같은 사항에 대한 분석을 수행하고 그 결과를 검증조서 형식으로 기록하면 될 것으로 생각

50) 강동욱, “컴퓨터관련범죄의 수사에 있어서의 문제점에 대한 고찰”, 관대논문집 제25권, 관동대학교, 1997, 490면.

된다.⁵¹⁾

나아가 관계자 등의 동의를 받은 임의수사형태의 검증은 실질적으로 실무상 많이 사용되고 있는 실황조사와 유사한 개념이라고 할 수 있다. 실제 해킹과 같은 사이버 범죄의 경우에는 범죄 피해자들의 신고와 자발적인 협력에 의해 피해 시스템을 정밀 분석하는 경우가 많다. 그러나 현행법상 이와 같은 행위를 정확하게 규명하는 것은 상당히 곤란하다. 유사한 처분인 실황조사에 견줄 수 있기는 하지만 그에 대한 법적 근거가 없는 것이 문제이다. 이 실황조서의 법적 성질에 대해서는 그 실질에 있어서는 검증인 임의수사라고 볼 수 있으나 조사서의 증거능력을 인정하는 것에는 형사소송법상 근거 규정이 없기 때문에 논란이 있으며 사후에 검증영장을 발부 받은 경우에 한해서만 인정하자는 절충설도 있다.⁵²⁾ 한편 판례는 수사기관이 실황조사를 한 후에 사후영장을 발부 받지 않은 경우에 증거능력을 부정하고 있다.⁵³⁾

어쨌든 피해시스템을 범죄현장으로 보고 범죄현장에서 시스템을 분석하고 그 결과를 기재하는 처분에 대해 실질은 검증으로 본다고 하더라도 현행법상 동의, 혹은 승낙에 의한 임의 검증처분을 인정할 수 있느냐의 문제는 제기될 것이다. 왜냐하면 우리 형사소송법은 범죄현장에서의 검증은 강제처분으로서 반드시 영장을 발부 받도록 하고 있기 때문이다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾ 따라

51) 같은 취지로는 이은모, “전자적 정보에 관한 수사상의 문제점”, 형사법연구 제23호, 한국형사법학회, 2005, 169면.

52) 배종대 · 이상돈, 형사소송법, 623면.

53) 대법원 1984.3.13. 선고 83도3006 판결.

54) 형사소송법 제216조 (영장에 의하지 아니한 강제처분) ③범행 중 또는 범행직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체 없이 영장을 받아야 한다.

55) 대법원 1984.3.13. 선고 83도3006 판결 : 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있는 것이나 강제처분은 형사소송법에 특별한 규정이 없으면 하지 못한다 할 것이고 (형사소송법 제199조 제1항) 사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원 판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있으며 (형사소송법 제215조 제2항) 범행 중 또는 범행직후의

서 수사관이 직접 분석결과를 기재한 경우에는 제3자의 진술이나, 피의자 신문조서 등이 아니고 일종의 영장 없는 검증결과라고 볼 수 있으므로⁵⁶⁾ 현행법상 영장 없는 검증으로서 전문법칙 예외의 사유에 해당하지 않아 증거능력을 인정할 수 없다는 것이 문제이다. 따라서 이에 대해서는 입법적으로 해결하여 동의에 의한 검증을 인정하는 규정을 두는 것이 필요할 것이다.

3. 수집된 증거에 대한 분석

가. 수사기관의 자체 분석 및 결과보고서의 법적 성격

수집된 디지털 증거가 단순하게 해석될 수 있는 경우가 아니라 기술적인 분석을 통해 증거의 의미를 재해석해야 하는 경우가 있는데 이미 압수된 증거물에 대한 이러한 분석행위는 실질적으로 소지자, 관리자 또는 제3자에게 강제력을 부과하는 처분은 아니나 증거물의 상태를 수사관 혹은 분석관의 오관의 인식에 의해 인지하는 과정이므로 성질상 검증의 일종이라고 할 수 있다.⁵⁷⁾

범행 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있는 것이나 이 경우에는 사후에 지체 없이 영장을 받아야 하는 것인바 (형사소송법 제216조 제3항) 이 사건 사법경찰관 사무취급 작성의 검증조서에 의하면 동 검증은 이 사건 발생 후 범행 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없으므로 영장 없이 시행한다고 기재되어 있으므로 이 검증은 형사소송법 제216조 제3항에 의한 검증이라 할 것임에도 불구하고 기록상 사후 영장을 받은 흔적이 없음은 논지가 지적한 바와 같으니 이러한 검증조서는 피고인에 대한 유죄의 증거로 할 수 없다.

56) 이와 유사하게 차용석 교수는 사법경찰관리의 자동차 속도측정기에 의한 차량의 진행 속도를 측정하여 작성한 서면 및 도로교통법상의 주취 운전죄의 입증자료로서 사용되는 주취 감식카드는 수사기관의 검증의 결과를 기재한 조서와 같이 취급되어 제312조의 적용을 받는다고 한다. 임의처분으로서 실질적 검증도 인정해야 하기 때문이라고 한다(차용석·최용성, 형사소송법, 세영사, 2004, 582면).

57) 이은모, 전게 논문, 169면.

우선 우리 형사소송법이 압수영장의 집행 과정 및 압수물에 대해서도 필요한 처분을 할 수 있다고 규정하고 있는 점을 감안하여⁵⁸⁾ 압수현장에 서뿐만 아니라 이미 압수된 증거물에 관해서도 증거를 분석하기 위한 제반 조치, 즉 임의 프로그램을 통한 암호해독, 파일해석, 리버스 엔지니어링 등 각종 처분이 가능하다고 할 수 있는지에 대해서는 의문이 있을 수 있다. 생각건대 우리 형사소송법이 압수·수색을 규정하면서 별도의 감정처분 허가 또는 검증영장을 발부 받도록 하는 것은 해당 증거물의 점유를 취득함으로써 개인의 권리가 침해될 수 있는 것과는 별도로 신체의 검사, 사체해부, 분묘 발굴, 물건의 파괴 등 감정 및 검증에 따른 처분에 의해 또 다른 침해가 일어나며 이에 대한 적절한 법률적 근거와 통제가 필요하기 때문이라고 할 수 있다. 이런 측면에서 보면 이미 적법한 절차에 의해 압수되어 수사기관의 점유 하에 있는 물건에 대해서는 그 형상이나 본질적인 성질을 변화시켜서 또 다른 범익을 침해하는 행위가 아닌 한 수사기관이 압수를 통해 이루고자 하는 본래적 목적인 증거가치, 증거의 내용을 확인하기 위해 어느 정도의 처분을 행하는 것은 인정할 수 있다고 할 것이다. 따라서 압수된 디지털 증거에 대해 또 다른 범익을 침해하는 행위 없이 복사본 등을 이용하여 그 내용을 분석하는 것은 압수의 본래의 목적을 이루고자 하는 것이며 또 다른 침해를 야기하지 않으므로 허용된다고 하는 것이 타당하다고 본다. 그러나 영장 없는 검증 행위의 결과는 증거능력 인정문제가 추가적으로 발생하므로 이에 대해서도 명확한 규정을 두는 것이 필요할 것이다.

수사기관은 이에 따라 예컨대 프로그램 파일을 증거로 압수한 경우 가상의 네트워크를 구축한 뒤 프로그램의 자세한 성능 등을 분석해 내는 방법도 사용할 수 있을 것이다. 또한 저장매체를 특별한 프로그램을 이용하

58) 형사소송법 제120조.

여 심도 있게 분석한다든지, 슬랙스페이스 등을 검색한다든지, 수집된 로그 파일을 특수한 프로그램으로 정밀 분석한다든지 하는 행위를 할 수 있을 것이다. 이와 같은 분석을 시행하는 경우 분석이 종료된 뒤에는 대개 그 분석을 맡은 수사관 혹은 분석관의 이름으로 분석결과보고서를 작성하여 서류형태로 첨부하는 것이 관례적이다. 이에 대한 법적성격과 관련하여 수사관이 제출한 분석결과보고서를 수사보고서의 일종으로 볼 수는 없다고 생각한다. 검사 또는 사법경찰관리가 작성한 분석결과보고서는 단순한 수사보고서라기 보다는 증거의 동작상태 등을 오관에 의해 인식하고 그 결과를 기재한 서류로서 형식은 다르되 실질적으로는 검증조서라고 할 수 있다. 하지만 분석결과보고서는 우리 형사소송법상 명확한 근거가 없는 것이므로 검증조서 혹은 감정서로서 증거능력을 갖기 위해서는 소송법에서 규정한 일정한 형식적인 요건을 갖추어야 할 것이며 명확한 입법적 해결이 필요하다 할 것이다.

나. 감정 위탁

디지털 증거의 생성, 기능 분석 등을 통해 사실확인과 아울러 입증방법의 상당성, 결과의 신뢰성을 확보하기 위해서 특별한 지식과 경험을 가지고 있는 전문가에게 감정을 의뢰할 수 있고⁵⁹⁾ 수탁감정인은 형사소송법 제221조의 4 제1항, 제173조⁶⁰⁾에 의거하여 필요한 처분을 할 수 있다.

59) 형사소송법 제221조 (제삼자의 출석요구) 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있고 감정, 통역 또는 번역을 위촉할 수 있다.

60) 제173조 (감정에 필요한 처분) ① 감정인은 감정에 관하여 필요한 때에는 법원의 허가를 얻어 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기, 선박 내에 들어 갈 수 있고 신체의 검사, 사체의 해부, 분묘의 발굴, 물건의 파괴를 할 수 있다.

② 전항의 허가에는 피고인의 성명, 죄명, 들어갈 장소, 검사할 신체, 해부할 사체, 발굴할 분묘, 파괴할 물건, 감정인의 성명과 유효기간을 기재한 허가장을 발부하여야 한다.

4. 복구 절차의 진정성 문제

디지털 포렌식 절차 중 증거를 획득하고 분석하는 과정에서 원본 데이터를 복제하거나 삭제되거나 손상된 데이터를 복구하는 경우가 있다. 특히 복구(Recovery) 절차는 독특하다. 의도적이든, 비의도적이든 논리적으로 응용소프트웨어에서는 더 이상 관련 데이터로 인식될 수 없도록 삭제·손상시킨 파일일지라도 일정한 조건하에서는 저장매체의 일정한 부분, 예컨대 데이터 저장 공간, Slack Space 등에 남아 있게 되고 그것이 만약 증거 가치가 있다면 분석과정에서 되살려 증거로 사용하게 된다. 즉 잠재적 증거를 현실화시키는 절차인 것이다. 그러나 직접적으로 수집된 증거가 범죄와 관련 있는 삭제된 증거였다는 것을 입증할 방법은 없다. 직접적인 증언이 불가능하다면 간접적인 방법에 의해 그 진정성이 인정될 수 있을 것이다. 따라서 디지털 포렌식 절차가 그 증거의 진정성을 인정하는데 있어서 효율적인 방법이 되곤 한다.⁶¹⁾ 미국에서도 *Bray v. Bi-State Development Corp.* 사건⁶²⁾에서는 전문 분석관은 사용한 컴퓨터 소프트웨어의 신뢰성을 입증할만한 충분한 입증자료를 증언해야 한다고 판시하고 있다.⁶³⁾

5. 포렌식 도구의 유효성

디지털 증거를 처리하는데 사용된 컴퓨터 프로그램의 신뢰성에 관한 문제가 제기될 수 있다. 우리나라에서는 아직 포렌식 도구의 신뢰성 검증의 문제가 발생한 적은 없지만 어차피 포렌식에 사용되는 프로그램들도 사람이 만드는 이상 그 정확성, 신뢰성이 입증되어야 하는 것이다. 미국 사법

61) Guidance Software, Inc., *EnCase Legal Journal*, May 2005, p.8.

62) *Bray v. Bi-State Development Corp.*, 949 S.W.2d 93(1997).

63) Guidance Software, Inc., *Ibid*, p.10.

연구원의 보고서에 의하면 포렌식에 사용되는 모든 소프트웨어는 국가기관에 의해 적절하게 인증 받은 것을 사용할 것을 권고하고 있고⁶⁴⁾ 미 ‘국가표준기술연구소(National Institute of Standards and Technology : NIST)’에서는 미 사법연구원의 지원을 받아 ‘컴퓨터 포렌식 도구 시험 프로그램(Computer Forensics Tool Test Program : CFTT)’을 운영하면서 포렌식 도구들을 검증 및 평가하고 있다.⁶⁵⁾ 이와 관련하여 Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 사건⁶⁶⁾에서 연방대법원 판결은 과학적 증거의 유효성·신뢰성 문제와 관련한 기념비적인 판결이 되었다. 이 판결로부터 나온 것이 ‘Daubert standard/analysis’라고 하는데 이는 법적인 관점에서 포렌식에 사용되는 도구들을 검증하는 기준을 세운 것이다. 여기에서 특히 포렌식 도구와 관련하여 Daubert 분석 기준으로 거론되는 기본적인 사항들을 들면 다음과 같다.

- 이론 혹은 기술이 검증(test)될 수 있거나 검증되었는지의 여부,
- 그 이론 혹은 기술이 검토(Review)와 공표(publication)를 거쳤는지 여부,
- 특별한 기술적 측면에서 ‘알려진 혹은 잠재적인 오류율’이 높은지 여부,
- 그 이론이나 기술이 ‘관련된 과학자 사회(Relevant Scientific Community)’에 일반적으로 받아들여지는지 여부 등이다.⁶⁷⁾

이와 같은 기준과 절차는 비록 미국에서 탄생한 것들이지만 유사한 환경에서 디지털 증거를 다루는 우리나라에도 그대로 적용될 수 있을 것이다.

6. 분석관(Forensic Examiner or Investigator)의 전문성 검증

64) NIJ, Ibid, p.3.

65) 자세한 사항에 대해서는 프로그램 홈페이지인 <http://www.cftt.nist.gov/>를 참조.

66) Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786, 125 L.Ed2d 469(1993).

67) Guidance Software, Inc., Ibid, p.17.

디지털 증거 분석은 사람에 의해서 이루어지며 결국 증거분석을 수행한 사람이 전문적인 지식을 바탕으로 적절한 자격을 갖춘 사람인지 문제가 될 수 있다. 디지털 증거분석은 현상을 오관의 작용에 의하여 인지하고 그 결과를 기록하는 단순한 검증과는 실질적으로 다르다. 우선 저장매체에 저장되어 있는 수많은 데이터 가운데서 증거로 판단되는 현상을 분별해 내기 위해서는 저장매체의 기록방식에 대한 지식, 저장원리, 검색원리, 프로그램의 동작 원리 등에 대한 상세한 지식이 있어야 하고 발견된 증거가 어느 부분에서 어떤 프로그램에 의해 어떻게 생성된 것인지, 그 의미하는 바가 무엇인지 상세히 알고 있어야 하기 때문이다. 따라서 포렌식 분석관에게는 현행 형사소송법에서 규정하고 있는 감정인과 같은 전문적 자격을 갖추는 것이 요구된다고 할 것이다. 실제로 디지털 증거분석은 어떤 면에서는 검증과 더불어 감정과 유사한 성격을 지니고 있기도 하다. 이 경우 분석관이 분석해낸 결과가 증거로서의 가치를 인정받기 위해서는 전문적인 자격을 가지고 있는 분석관에 의해 정확하게 도출된 결과라는 증명이 필요할 것이며 디지털 증거가 누구나 쉽게 인지하고 판단할 수 있는 증거가 아닌 이상 이에 대한 도전은 항상 있을 수밖에 없다. 미 연방증거규칙 제 70조는 이에 대해서 ‘과학적인, 기술적인 혹은 특수한 지식이 필요한 사항에 있어서는 전문지식, 기술, 경험을 소유하고 교육을 받은 자질 있는 전문가가 증언해야 한다.’⁶⁸⁾고 규정하고 있다.

V. 디지털 증거의 특성과 증거법적 문제

68) Federal Rule of Evidence, Rule 702. Testimony by Experts If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise....

앞에서는 디지털 증거를 분석하는 행위 즉 디지털 포렌식과 관련하여 생길 수 있는 법적인 문제점들에 대해 검토해 보았다. 이제 디지털 증거가 수집되고 분석된 후 법정에서 제출되었을 경우 디지털 증거가 가지고 있는 고유한 특성에 따라 증거법적으로 문제가 될 수 있는 여지는 없는지 살펴볼 필요도 있을 것이다. 그러나 이는 ‘디지털 포렌식’이라는 본 논문의 범위를 벗어나고 있으므로 이에 대하여서는 간략하게 고찰해 보고자 한다. 사실 디지털 증거의 특징들은 이전의 물리적 증거에서는 볼 수 없었던 것들이다. 그런데 우리 법을 비롯하여 기존의 법체계는 이러한 특성을 가지고 있지 않은 물리적 증거를 기준으로 이루어져 있기 때문에 증거로서의 가치를 지니기 위한 요건과 제도적 장치들이 정확하게 적용되지 않는 경우가 발생할 수 있다.⁶⁹⁾ 특히 이러한 점과 관련해서 문제가 되는 사항들을 살펴보면 다음과 같다.

1. 진정성 · 무결성의 문제

흔히 증거법상에서 진정성의 문제는 예외적으로 진술증거인 전문증거의 증거능력을 인정하는 조건으로 형식적 · 실질적 성립의 진정성을 논의하는 것으로 다루어지고 있다. 그러나 디지털 증거의 진정성 문제는 사후에 제출된 증거가 저장 · 수집과정에서 오류가 없으며, 특정한 사람의 행위의 결과가 정확히 표현되었고 그로 인해 생성된 자료인 것임이 인정되어야 한다는 것이다. 저장매체에 저장된 증거라 할지라도 저장 · 수집 · 보존과정에서 오류가 발생하고 변형될 가능성은 얼마든지 있다. 따라서 수집된 증거가 용의자 혹은 주변 시스템이 산출한 증거 자체라는 것을 입증할 수 있

69) 하태훈 · 강동범, 전제 논문, 290면.

는 증거를 공판정에 제출해야 하고 그것이 정확하게 그 결과를 발생케 했다는 점을 입증해야 할 필요가 있는 것이다.⁷⁰⁾

또한 디지털 증거는 다른 증거와는 달리 변경, 훼손이 아주 용이하다는 특징이 있으므로 최초 증거가 저장된 매체에서 법정에 제출되기까지 변경이나 훼손이 없었다는 점이 입증되어야 한다. 디지털 증거에 대한 수집·분석·보관·처리·법정제출 과정에서 많은 사람들의 행위가 개입되게 되는데 이 경우 각 행위시마다 원본 데이터의 무결성이 그대로 유지되고 있다는 절차적 보증이 필요하다. 일반 물리적 증거는 대부분 최초 수집된 증거가 법정에 제출되는 경우가 많으며 의도적인 행위가 개입하지 않는 한 변경이 쉽지 않으나 디지털 증거는 증거 취급자의 의도가 없이도 용이하게 변경, 훼손이 가능하다는 특징이 있으므로 이에 대한 특별한 주의와 그 처리과정에 대한 절차적 입증이 필요한 것이다.

미 연방증거규칙 제901조 a항은 ‘증거 허용에 대한 선행조건으로서 진정성과 동일성의 요구조건은 의문시되는 사안에 대해 청구인이 주장하는 결론을 뒷받침하기에 충분한 증거에 의해 충족되어야 한다.’고 규정하고 있다.⁷¹⁾

캐나다 증거법(Canada Evidence Act) 제31조의 1에서 ‘전자적 기록을 증거로 제출하는 사람은 제출된 전자적 증거의 진정성을 입증하는 책임을 지고 있다.’⁷²⁾라고 전자적 기록의 진정성에 대해 규정하고 있다. 한편 제31조의 4에서는 정부에서 보안서명이 된 전자적 기록에 대한 무결성을 추정할

70) 오기두, 전제논문, 236면.

71) 미국 연방증거규칙 §901 (a)은 이렇게 규정하고 있다. “The requirement of authentication or identification as a condition precedent to admissibility is satisfied by evidence sufficient to support a finding that the matter in question is what its proponent claims.”

72) Chapter C-5 31.1 Any person seeking to admit an electronic document as evidence has the burden of proving its authenticity by evidence capable of supporting a finding that the electronic document is that which it is purported to be.

수 있도록 하는 규정을 제정할 수 있는 제도를 규정하고 있다.⁷³⁾ 나아가 제31조의 5에서는 전자적 기록을 증거로 허용하는 것과 관련하여 무결성과 진정성의 입증수단으로서 표준(Standard) 및 절차를 고려하고 있다.⁷⁴⁾

2. 원본성의 문제

디지털 증거 자체는 가시성과 가독성이 없으며 매체독립적인 정보이기 때문에 매체에 저장된 상태 그대로 매체와 함께 증거로 제출되는 경우도 있으나 대용량 혹은 다중이 사용하는 시스템의 경우, 원 저장매체와 함께 압수되어 제출되게 되면 시스템 운영이 중단되게 되고 범죄행위와 상관없는 많은 피해를 야기하게 되므로 원 매체에 있는 증거를 이동성과 휴대성 있는 다른 저장매체에 복사 혹은 기타 방법으로 이동시켜 수집하게 된다. 또한 가시성·가독성 없는 증거를 법정에서 조사하는 경우에는 가시성·가독성 있는 형태로 변환시켜 제출하게 된다. 이 경우 증거 원본이 제출되어야 하는 증거법상의 원칙상 제출되는 사본 증거, 그리고 가시성·가독성 있는 형태로 변환된 증거를 원본으로 인정할 수 있는가가 문제된다. 이에 대해서도 입법적 보완이 필요하다고 할 것이다.

미국에서 이 문제는 ‘최량증거법칙(The Best evidence Rule)’의 문제로

73) Chapter C-5 31.4 The Governor in Council may make regulations establishing evidentiary presumptions in relation to electronic documents signed with secure electronic signatures, including regulations respecting (a) the association of secure electronic signatures with persons; and (b) the integrity of information contained in electronic documents signed with secure electronic signatures.

74) Chapter C-5 31.5 For the purpose of determining under any rule of law whether an electronic document is admissible, evidence may be presented in respect of any standard, procedure, usage or practice concerning the manner in which electronic documents are to be recorded or stored, having regard to the type of business, enterprise or endeavor that used, recorded or stored the electronic document and the nature and purpose of the electronic document.

다루어지고 있다. 연방증거규칙 제1001조 제1호에 의하면 디지털 증거는 자기적 혹은 전기적 방식에 의한 기록물로서⁷⁵⁾ 제1002조의 ‘서류, 기록물 등’에 포함된다. 따라서 디지털 증거도 당연히 원본으로 제출될 것을 요구 받는다. 그러나 미 연방 증거규칙은 정보화 진전에 따른 원본성의 문제를 제1001조 제3호에서 ‘... 데이터가 컴퓨터 또는 동종의 기억장치에 축적되어 있는 경우에는 가시성을 가지도록 작출한 출력인쇄물 또는 기타 산출물로서 데이터의 내용을 정확히 반영하고 있다고 인정되어지는 것은 원본이다.’⁷⁶⁾라고 규정함으로써 디지털 증거를 작출한 출력인쇄물 또는 기타의 산출물을 원본으로 인정하는 것을 입법적으로 해결하고 있다.

3. 전문법칙 적용 여부

디지털 증거가 수집되고 증거로 사용되는 방법은 획일적으로 정해져 있지는 않다. 어떤 증거는 수사관의 요청에 의해 시스템 관리자 등이 시스템에 저장된 디지털 증거를 분석한 뒤 그 결과를 문서화하여 증거로 제출하기도 하고 어떤 증거는 디지털 데이터 자체가 증거로 사용되고 나아가 가시성·가독성을 부여하기 위해 데이터 원문이 변형 없이 그대로 출력되어 사용되기도 한다. 또한 디지털 증거 자체가 사람의 사상을 전자적인 방법

75) Rule 1001. Definitions For purposes of this article the following definitions are applicable: (1) Writings and recordings. “Writings” and “recordings” consist of letters, words, or numbers, or their equivalent, set down by handwriting, typewriting, printing, photostating, photographing, magnetic impulse, mechanical or electronic recording, or other form of data compilation.

76) Rule 1001. Definitions (3) Original. An “original” of a writing or recording is the writing or recording itself or any counterpart intended to have the same effect by a person executing or issuing it. An “original” of a photograph includes the negative or any print therefrom. If data are stored in a computer or similar device, any printout or other output readable by sight, shown to reflect the data accurately, is an “original”.

으로 표현하는, 즉, 진술 내용을 토대로 하는 데이터인 경우에도 그것이 전문을 기록한 것인 경우가 있는가 하면 사람의 관념이나 마음의 상태 등이 특정 범죄의 구성요건에 해당하는 요소로서 기능을 하는 경우도 있다. 따라서 디지털 증거에 대한 전문법칙의 적용여부는 개별적 사안에 따라 구체적으로 검토되어야 할 것이라고 생각된다.

미국의 연방법원에서도 원래 특히 컴퓨터 관련 증거를 허용할 것인가의 문제에 대해서 컴퓨터 증거를 잠정적인 전문증거로 취급하고 있었으며 컴퓨터 관련 기록들을 전문법칙 중 연방증거규칙 제803조 제6호에 규정된 업무상기록의 예외 규정에 의해 판단해왔다.⁷⁷⁾⁷⁸⁾ 그러나 연방법원도 컴퓨터기록에 익숙해지면서 이러한 일원론적 취급방법에서 벗어나 컴퓨터 기록이 어떠한 종류인가에 따라 어떻게 증거를 허용할 것인가 하는 증거법적인 문제가 자주 발생하게 되었는데, 예컨대 법원에서는 문서적 성격을 지닌 컴퓨터 기록이라 할지라도 컴퓨터로 생산된 문서와 단순히 컴퓨터에 저장된 문서로 구분하여 취급하였다.⁷⁹⁾ 여기에서 컴퓨터에 저장된 문서는 사람이 단순히 컴퓨터를 이용하여 자신의 사상이나 관념을 기재한 것으로서 전문증거로 취급되었으며, 반대로 컴퓨터로 생산된 문서는 사람의 손이 아니라 인터넷 로그 등과 같이 컴퓨터 프로그램 등이 생산한 문서로서 사람의 진술이 포함되어 있지 않고 컴퓨터의 산출물에 불과하기 때문에 전문증거로 취급되지 않는 것이다.

VI. 결 론

77) CCIPS, *Ibid*, p.197.

78) *United States v. Salgado*, 250 F.3d 438, 452 (6th Cir. 2001); *United States v. Cestnik*, 36 F.3d 904, 909-10 (10th Cir. 1994); *United States v. Goodchild*, 25 F.3d 55, 61-62 (1st Cir. 1994); *United States v. Moore*, 923 F.2d 910, 914 (1st Cir. 1991); *United States v. Briscoe*, 896 F.2d 1476, 1494 (7th Cir. 1990); *United States v. Catabran*, 836 F.2d 453, 457 (9th Cir. 1988).

79) *People v. Holowko*, 486 N.E.2d 877, 878-79 (Ill. 1985).

이제까지 정보통신 혁명이 가져온 디지털 증거와 이를 법정 증거로 사용하기 위한 일련의 절차, 즉 디지털 포렌식과 이와 관련된 법적 문제에 대해 살펴보았다. 한편 디지털 포렌식 과정은 많은 경우에 있어서 수사기관과는 다른 별도의 기구에서 별도의 전문가가 일종의 ‘감정’행위로서 수행하기보다는 증거의 수집, 분석이 일련의 과정속에서 이루어짐에 따라 수사기관의 전문성 있는 수사관, 분석관 등을 통해서 이루어지는 경우가 많다.⁸⁰⁾

따라서 현재의 수사기관과 감정기관이 구분되고 검증과 감정이라는 이분법 체제를 가지고 있는 형사소송법 혹은 증거 취급체제로는 해결되지 않는 다양한 문제가 발생하고 있다. 여기에는 법적인 미비점과 아울러 포렌식 도구의 신뢰성 확보 방안, 분석관의 전문성 문제에 이르기까지 기술적인 대안까지 마련되어야 하는 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 법적인 측면에서 발생할 수 있는 문제점들을 입법론적인 측면에서 해결함과 동시에 디지털 증거의 특성과 이에 대응하기 위해 사용되는 기술적인 수단들을 감안한 표준절차 마련, 제반 기술적인 문제에 대한 사법적 차원의 검증을 수행할 수 있는 체제 마련 등 다양한 해결책들이 준비되어야 할 것으로 본다.

한편 디지털 증거의 특성에 따라 제기될 수 있는 증거법적인 문제에도 대응해야 할 것이다. 우리 대법원은 압수절차가 위법한 경우라 할지라도 물건 자체의 성질, 형상에 변경을 가져오는 것은 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치는 변함이 없어 증거능력이 있다고 판결한 바가 있어⁸¹⁾ 폭

80) 예컨대 영국, 호주의 하이테크범죄대책단(National High Tech Crime Unit : NHTCU) 내에 증거분석팀이 있으며 일본 경찰청의 기술대책과내에 컴퓨터포렌식센터가 있고, 우리나라 경찰청 사이버테러대응센터내에 디지털증거분석센터가 있다.

81) 대법원 1996. 5. 14. 자 96초88 결정 : (2) 압수물은 압수절차가 위법하다고 하더라도 물건 자체의 성질, 형상에 변경을 가져오는 것은 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없어 증거능력이 있다고 할 것인바(대법원 1987. 6. 23. 선고 87도705 판결, 1994. 2. 8. 선고 93도3318 판결참조), 설령 위 형사소송법 제217조 제1항이 위헌이

넓게 증거능력을 인정하는 경향을 보이고 있다. 그러나 디지털 증거의 특성에 따라 제기될 수 있는 증거법적인 문제 즉, 무결성, 진정성에 대한 입증은 물건 자체의 성질, 형상에 변형을 가져왔는가 하는 점과 관련된 문제이다. 즉 진정성은 물건 자체의 본질에 대한 의문을 제기하는 것이며 무결성은 물건의 형상이 훼손, 변경되었는가 하는 것과 관련되어 있는 것이다. 그러므로 이에 대한 입증은 법적, 기술적으로 이루어져야 하는 것이다. 그러나 우리나라 현행법의 규정은 이에 관해서는 전혀 준비되어 있지 않다. 따라서 현행법의 규정상으로는 이 문제를 다루기에는 근본적인 한계가 있다고 할 것이다.

향후에는 대부분의 범죄에서 유죄 입증 자료로서 디지털 증거가 활용될 것으로 생각된다. 이러한 형사사법 환경의 변화에 맞추어 법과 현실간의 간극을 좁히기 위한 방편으로 디지털 포렌식은 법과 기술이 융합된 하나의 독립된 연구 영역으로 많은 논의가 이루어져야 하는 것이며 증거법을 포함한 형사절차법의 개정도 동시에 이루어져야 한다고 본다.

주제어: 디지털 증거, 디지털 포렌식, 전자적 증거, 컴퓨터관련 증거, 컴퓨터 범죄, 디지털 증거분석.

라서 신청인에 대한 긴급구속시 행하여진 압수절차가 위법한 것이라고 하더라도 그 압수물이 법원에 증거로 제출된 이상 그 증거능력은 있고, 나아가 신청인이 그 제출된 압수물을 증거로 함에 동의한 이 사건에서는, 법원으로서 위 조항의 위헌 여부와 관계없이 위 압수물을 유죄의 증거로 삼을 수 있으므로, 위 조항의 위헌 여부는 이 사건 재판의 전제가 되지 아니한다고 할 것이다.

참고문헌

- 경찰청, 디지털 증거분석, 경찰청, 2005. 7.
- 경찰청 사이버테러대응센터, 디지털증거분석지침, 경찰청, 2004. 12.
- 배종대 · 이상돈, 형사소송법(제6판), 홍문사, 2005.
- 안경옥, “정보화사회의 새로운 수사기법과 개인의 정보보호”, 비교형사법 연구 Vol. 5 No. 1, 한국비교형사법학회, 2003.
- , “형사재판절차에서 테크놀로지의 활용과 형사소송법적 문제점”, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안(V), 한국형사정책연구원, 2005.
- 양근원 외, 디지털 증거의 수집과 분석, 경찰청, 2003.
- 양근원 · 임종인, “사이버범죄 분석과 법률적 대응방안”, 과학사상 2004년 제2권(통권49호), 범양출판사, 2004.
- 오기두, 형사절차상 컴퓨터관련 증거의 수집 및 이용에 관한 연구, 서울대학교 박사학위 논문, 1997.
- 원혜옥, “컴퓨터관련증거의 증거조사와 증거능력”, 수사연구 2000년 6월호, 수사연구사, 2000. 6.
- 이성진, “Computer Forensics의 정의와 특징”, 수사연구 2004년 5월호, 수사연구사, 2004. 5.
- 이성진외, 해킹피해시스템 증거물 확보 및 복원에 관한 연구, 한국정보보호진흥원, 2002. 11.
- 이은모, “전자적 정보에 관한 수사상의 문제점”, 형사법연구 제23호(2005 여름), 한국형사법학회, 2005.
- 이재상, 형사소송법, 박영사, 2002.
- 임종인, “유비쿼터스시대의 컴퓨터 포렌식의 중요성과 향후 전망”, 수사연

- 구 2005년 3월호, 수사연구사, 2005. 3.
- 정 완, “컴퓨터관련증거의 증거조사와 증거능력”, 수사연구 2004년 4월호, 2004. 5.
- 탁희성, 형사절차법상 digital evidence에 관한 연구(압수·수색을 중심으로), 한국형사정책연구원, 2002. 12.
- _____, 전자증거에 관한 연구, 이화여자대학교 박사학위논문, 2004.
- 차용석·최용성, 형사소송법(제2판), 세명출판사, 2004.
- 하태훈·강동범, “정보사회에서의 범죄에 대한 수사와 재판”, 정보사회에 대비한 일반법연구(II), 정보통신정책연구원, 1998.
- Allan M. Gahtan, Electronic Evidence, 2000.
- Carrie Morgan Whitcomb, “An Historical Perspective of Digital Evidence: A Forensic Scientist’s View”, IJDE Spring 2002 Volume 1, Issue 1, 2002, <http://www.ijde.org/archives/carrie_article.html>.
- DFRWS Technical Report, A Road Map for Digital Forensic Resuearch, Report form the First Digital Forensic Research Workshop, 2001. 11.
- Eoghan Casey, Digital Evidence and Computer Crime: Forensic Science, Computers, and the Internet, Second Edition, Academic Press, 2004.
- George Berg·Jagdish S. Gangolly, Incidents, Evidence and the Law, State University of New York at Albany, 2004. 3.
- Guidance Software, Inc., EnCase Legal Journal, 2005. 5.
- Mark M. Pollitt, Who is SWGDE and what is the history?, 2003. 1, <http://ncfs.org/swgde/SWGDE_History.pdf>.

- Mark Reith · Clint Carr · Gregg Gunsch, “An Examination of Digital Forensic Models”, International Journal of Digital Evidence, Fall 2002, Vol1, Issue3, <http://www.ijde.org/archives/02_fall_art2.html>.
- Michael G. Noblett · Mark M. Pollitt · Lawrence A. Presley, “Recovering and Examining Computer Forensic Evidence”, Forensic Science Communications Volume 2 Number 4, October 2000, <<http://www.fbi.gov/hq/lab/fsc/backissu/oct2000/computer.htm>>.
- NCFS(The National Center for Forensic Science), Digital Evidence in the Courtroom : A guide for Preparing Digital Evidence for Courtroom Presentation, 2003. 12.
- NIJ(National Institute of Justice), Forensic Examination of Digital Evidence : A Guide for Law Enforcement, NIJ, 2004. 4, <<http://www.ncjrs.org/pdffiles1/nij/199408.pdf>>.
- NIJ, Electronic Crime Scene Investigation : A Guide for First Responders, 2001. 7.
- Orin S. Kerr, “Digital Evidence and The New Criminal Procedure”, Columbia Law Review Vol. 105-279, Jan. 2005.
- U.S. DOJ CCIPS, Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations, 2002. 9.

A Study on the Digital Forensics and Legal Issues

Yang, Kun-Won*

Recently, the environment consisting of our legal life is changing. The environment is changing from the analog age to digital age. It is a main stream that the analog data has been converted to the digital data, and more than 90% of new information are produced by digital methods nowadays.

But these digital environments have produced a new type of evidence called digital evidence. It is questionable that the digital data can be collected, analyzed and used for evidence as same as by the method of physical evidence.

Digital data hold a status of independent information which overpass the limitation of physical sphere or space. Large and complex volume of data can be stored in just one flash time and various technologies are used to do it. Furthermore, as digital evidence could be changed and deleted easily. Therefore, digital forensics that legal conception applies to technology and take its result as evidence should be considered in depth. I have covered an overview of digital forensics contained substantially technical factors in terms of characteristics of digital evidence. I have researched an issue of the position and existed

* Team Leader, Cyber Terror Response Center, KNPA, Ph. D. in Law

formation of digital forensics

In this thesis, I have reviewed the legal application in terms of technical issues. Even it could not be enough, this proposed issue hopefully become a triggering point that Korean criminal procedural law could be amended. In addition, there should be a lot of discussion about digital forensics. And Reasonable and justifiable legal system should be introduced with the development of scientific technology.

Keywords: Digital Evidence, Digital Forensic, Electronic Evidence, Computer Related Evidence, Computer Crime, Analysis of Digital Evidence.

소년법상 선의권의 문제점과 개선방안

도중진 / 류병관

형사정책연구 제17권 제2호(통권 제66호, 2006 · 여름호)

한국형사정책연구원

소년법상 선의권의 문제점과 개선방안

도중진* / 류병관**

I. 문제의 소재

오늘날 세계 각국에서는 소년비행문제가 심각한 사회문제의 하나로 인식되어지고 있는 가운데 그 방지와 비행소년의 처우 및 재범방지를 위한 노력이 꾸준히 계속 되고 있다. 나아가 이러한 노력은 어느 한 국가의 문제로만 그치는 것이 아니라 이제는 국제적인 연대 속에서 공동으로 대처 방안을 강구하기에 이르렀다.¹⁾ 물론 소년범죄에 대처하는 소년사법제도는 각국마다 상이하지만, ‘국친사상(Parens Patriae)’²⁾을 바탕으로 소년에 대한 처벌보다는 교화 내지 보호에 중점을 두고 소년의 건전한 성장을 유도하기 위해 노력한다는 점에서는 상당한 일치를 보이고 있다.

* 한국형사정책연구원 연구위원, 법학박사

** 건양대학교 경찰행정학과 교수, 법학박사

1) 그 효시는 국제연맹의 ‘소년권리선언(제네바선언, 1924년9월26일 국제연맹 제5차 총회에서 채택)’에서 찾을 수 있으며, 그 후 국제연합의 ‘소년권리선언(1959년11월20일 국제연합 제14차 총회에서 채택)’, ‘소년권리조약(1989년11월20일 국제연합 제44차 총회에서 채택)’에 이르고 있다 : 澤登俊雄/比較少年法研究會著, 少年司法と國際準則-非行と子どもの人權-, 三省堂, 1991, 2面参照.

2) ‘parens patriae’는 12세기에 영국의 국왕과 관련하여 생겨 난 개념이다. 문자 그대로 해석하면 ‘국친(parent of the country)’이라는 의미로, 소년 사건에 국한하여 보면, 국왕이 소년과 관련한 모든 문제에 대하여 결정을 하고 책임을 진다는 뜻이다 : Dean J. Champion, The Juvenile Justice System : Delinquency, Processing and the Law 3rd edition, p.25.

그러나 소년에 대한 교화의 효과에 대한 의문이 전혀 줄어들지 않고 날로 흉포화하고 있는 소년범죄의 현실에 대한 실망과 위기감, 소년에 대한 법원의 지나치게 관대한 결정에 대한 반발³⁾, 그리고 소년에 대한 '적정절차(due process)'의 보장 요청 등에 의해 각국의 소년사법제도는 많은 비판과 함께 근본적인 변화를 겪게 되었다.⁴⁾

이러한 현상은 최근 우리나라의 상황에도 그대로 적용될 수 있다. 즉 우리나라에서는 성인범죄자에 비하여 可塑性이 풍부하고 환경개선과 성행 교정에 의한 개선가능성이 큰 비행소년⁵⁾을 가급적 형사사법의 낙인을 찍지 않고, 개선·보호하여 소년을 건전하게 육성하기 위한 목적으로(소년법 제1조) '소년법'⁶⁾을 제정하고, 소년의 건전한 육성이라는 목적을 달성하기 위하여 비행소년에 대해서 특별절차(가정법원 내 소년부의 보호절차)와 특별대응조치(보호처분)를 마련하여 운영하여 왔다.⁷⁾ 그러나 소년사법의 이러한 기대와 배려에도 불구하고 소년범죄는 양적으로 증가하고 질적으로 흉포화하고 있을 뿐만 아니라 누범·상습범화·저연령화·조직화현상까지

3) 미국에서는 1980년대 이래 범죄에 대한 개인적 책임을 강조하면서 범죄인에 대하여 보다 강력하게 대처할 것을 주장하는 그룹과 이들에 의한 입법 움직임이 일어났는데(get-tough movement), 이들은 소년법원이 소년법에 대하여 죄에 상응하는 처벌을 하지 않음으로써 날로 흉포해지는 소년범으로부터 사회를 보호하는데 실패하였다고 비판하고 있다: 권용석, 미국의 소년사법제도에 대한 연구, 해외연수검사연구논문집(I) 제17집, 2001, 278쪽 참조.

4) 대표적인 예로는 최근 일본에서 신자유주의적 개혁의 일환으로 진행된 '시민적 치안주의' 내지 이를 구현한 '시민적 치안입법'을 대표하는 법률의 하나로 '2000년 개정소년법(개정2000.12.6. 법률 제142호)'을 들 수 있다. 이에 대하여 상세하게는 후술 참조.

5) 비행소년은 형사법(특히 소년법)뿐만 아니라 사회학, 교육학 등에서도 사용되는 개념으로 그 개념정의도 각 영역에 따라 그 내용을 달리한다. 즉 형사법 영역에서는 단 한 번의 규범위반행위도 이에 해당하는 것으로 이해하지만, 사회학이나 교육학 등에서는 어느 정도 지속적인 비행만을 이에 해당하는 것으로 이해한다. 여기서는 비행소년을 소년법상의 우범소년, 촉범소년, 범죄소년을 모두 통칭하는 개념으로 사용하기로 한다: 김기두, 우리나라 청소년범죄자의 처우에 관한 연구, 서울대법학 제14권 제1호, 1973, 5쪽.

6) 소년의 건전한 육성은 교육법, 청소년기본법, 청소년보호법 등에서 추구되는 이념이다.

7) 즉 '소년법'은 보호처분에 해당할 사유를 발견한 검사가 당해 소년사건을 관할 소년부에 송치하도록 하고(동법 제49조 제1항), 형사법원도 검사에 의해 기소된 사건을 소년부에 송치할 수 있는 길을 열어 놓고 있다(동법 제50조).

도 나타나고 있는 실정이다.⁸⁾ 더욱이 소년범죄의 재범율이 매년 30%를 상회하고⁹⁾, 소년사범의 성인범으로의 전이율은 67%에 달한다고 한다.¹⁰⁾

그럼에도 모든 범죄소년에 대해서 소년법상의 소년보호이념을 실현하기 위해서는 물론 소년법원이라는 독립된 법원을 설치하여 일반성인범에 대한 형사절차와는 다른 특별한 절차를 거치게 함으로써 소년에 대한 특단의 보호처분을 부과하는 방안이 바람직할 수 있다.¹¹⁾ 이처럼 소년법원이 형사법원과 별개의 법원으로 설립되어 있고 소년의 사법처리가 보호절차와 형사절차로 양분되어 있는 경우, 대체로 처리절차의 선택은 곧 바로 처분의 종류와 직결된다. 그러나 독립된 소년법원을 인정하고 있지 않을 뿐만 아니라 이원적 절차와 이원적 처분가능성을 인정하고 있는 우리나라 소년사법제도 하에서는 범죄소년의 경우, 일반적으로 소년사건의 처리절차를 제1차적으로 선택하는 권한인 선의권¹²⁾은 1958년 소년법 제정 시부터 검사에게 부여되어 있다(검사선의주의).

그러나 최근 범죄수사 및 형벌권의 주재자인 검사가 소년보호의 이념을 구현하기 위한 보호절차의 진입에 일차적으로 관여하는 일에 대하여 의혹을 제기하면서, 검사선의주의에 대한 대안론으로 현행 소년법이 안고 있는 문제점을 한꺼번에 해결할 수 있는 디딤돌로서 법원선의주의를 도입하여야 한다는 견해가 강력히 제기되고 있다.¹³⁾ 사실 검사에게 소년보호사건

8) 배종대, 형사정책 제6전정판, 홍문사, 2005, 470쪽 이하 참조.

9) 범무연수원, 범죄백서 2001, 123쪽.

10) 김준호/이순래, 소년범죄자의 성인범죄자로의 전이에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995, 12쪽 참조.

11) 김성돈, 우리나라 소년법상의 검사선의주의모델의 개선방안, 『부부재산제』·『법원선의주의공청회』, 서울가정법원 가사소년제도개혁위원회, 2005/1, 93쪽.

12) ‘선의권’이 절차선택권과 기소재량을 합친 개념으로 사용되는 것을 비판하면서 이를 ‘선결권’이라는 용어로 대체하자는 견해로는 이완규, 범죄소년처리절차에 관한 연구: 소위 검사선결주의를 중심으로, 서울대학교 석사학위논문, 1981, 8-9쪽.

13) 민학기, 소년보호사건 심리절차의 문제점과 개선방안, 소년보호사건의 개선을 위한 회의결과 보고서, 법원행정처, 1997/4, 69쪽; 이경구, 소년사법절차의 개선방안, 『부부재산제』·『법원선의주의공청회』, 서울가정법원 가사소년제도개혁위원회, 2005/1, 142

을 소년법원에 송치할 수 있는 권한(즉 소년심판청구권)이 인정된다는 점을 제외하면, 소년심판절차에서 검사의 역할은 전혀 존재하지 않는다. 형사절차와 달리 검사가 소년법원의 조사와 심리과정에 참여할 수도 없고, 소년법원의 결정에 불복할 수도 없으며, 소년보호처분의 집행을 지휘·감독할 수도 없기 때문이다. 그럼에도 불구하고 검사는 선의권의 행사를 통하여 거의 모든 소년사건의 운명을 결정하는 막강한 지위에 있는 것도 사실이다. 최근 대두되고 있는 법원선의주의로의 전환도 이러한 맥락에 기초하고 있다 할 것이다.

이러한 논의를 토대로 소년법 제49조 제1항의 해석을 둘러싸고 전개되는 견해의 대립이 검사선의주의의 장단점에 대한 논의 및 선의권의 범위에 직결된다는 인식 아래, 소년법 제49조 제1항과 관련된 선의주의의 해석론(입법자가 검사의 선의권을 미리 제한하기 위하여 규정한 것인지 여부문제)을 살펴보고 이를 토대로 검사선의주의의 개선방안을 제시하기로 한다.

II. 선의주의의 유형과 비교법적 고찰

1. 검사선의주의와 법원선의주의에 관한 주요국의 입법례

소년법원이 형사법원과 별개의 법원으로 설립되어 있고 소년의 사법처리가 보호절차와 형사절차로 양분되어 있는 경우에 일반적으로 범죄소년

쪽 이하. 입법론적으로도 1963년 소년법 제1차 개정과정에서 범죄소년에 대해서도 소년법원에 선의권을 부여하자는 '소년법원집중주의'가 있었으나, 검사의 기소편의주의와 수사지휘권을 제한하고 예산상 곤란하다는 검찰측 주장에 따라 검사선의주의가 유지되었으며(권순영, 소년법개정의 입법과정, 사법행정, 1963/10, 18쪽), 1988년의 소년법 제3차 개정시에도 법원선의주의로 변경하자는 주장이 제기되었지만 채택되지는 못하였다(정동기, 개정소년법의 주요내용, 법무부, 각국의 소년사법제도연구, 법무자료 제113집, 1989, 255-298쪽).

사건의 처리절차를 제1차적으로 선택하는 권한을 ‘선의권’이라고 한다.

범죄소년사건의 처리과정과 관련하여서는 입법적으로 두 가지 태도가 있다. 즉 소년사범의 구조를 선의권의 귀속주체에 따라 대별하면, 첫째 검사가 재량으로 소년사건을 형사법원에 기소할 수도 있고 소년법원에 송치할 수도 있는 구조인 ‘검사선의주의’와, 둘째 검사가 모든 소년사건을 반드시 소년법원에 송치해야 하고, 소년법원에서 보호사건으로 심판하든지, 아니면 검사나 형사법원으로 보내 형사사건으로 처리하도록 하는 ‘법원선의주의’로 나눌 수 있다.¹⁴⁾

현행 소년법은 검사선의주의를 채택하고 있다. 따라서 검사는 범죄소년에 대하여 형사사건으로 처리할 것인지, 보호사건으로 처리할 것인지를 소년법원이나 형사법원에 앞서서 결정하고 있을 뿐만 아니라(소년법 제49조 제1항 전단), 촉범소년과 우범소년을 소년법원에 송치하고 있다(소년법 제49조 제1항 후단).¹⁵⁾ 검찰이 소년사건을 처리하는 방법은 기소유예, 求略式, 선도조건부기소유예, 소년부송치, 不拘束求公判, 구속구공판 등이다.

입법태도와 관련하여 대체로 검사선의주의는 사법적 형사처분에 기초하는 태도로서 독일, 프랑스, 이탈리아 등 대륙법계의 입법태도이고, 후자는 복지적 보호처분에 바탕을 둔 영미법계와 일본의 입법태도라 할 수 있는데,¹⁶⁾ 이는 각국의 역사적 배경과 사회·문화·정치적 여건의 차이에서 비롯된 것이다. 비교법적 관점에서 소년사건처리절차의 문제와 관련된 주

14) 법원행정처, 기타의 사법제도 : 소년사건처리절차 개선방안, 사법정책자료 제9집, 1992, 290-291쪽.

15) 검사의 선의권 행사에는 예외가 있다. 경찰이 촉범소년과 우범소년을 소년법원에 직접 송치하거나(소년법 제4조 제2항) 보호자 등이 비행소년을 소년법원에 직접 통고(동법 제4조 제3항)하는 제도가 있으며, 소년법원이 검사가 보호사건으로 송치한 소년사건을 다시 형사사건으로 검사에게 송치하거나(동법 제49조 제2항) 형사법원이 검사가 형사사건으로 기소한 소년사건을 소년법원에 이송(동법 제50조)하는 제도 등이 그것이다.

16) 平場安治, 少年法[新版], 有斐閣, 1991, 17面以下; 平野龍一, 檢察官の先議權, ジュリスト 第353号, 1966, 38面以下; 阿部純二, 檢察官先議の問題點, 少年法改正, 慶応通信, 1972, 208面 以下.

요국의 선의권 구조를 살펴보면 다음과 같다.¹⁷⁾

가. 미 국

미국의 소년법제상 소년사건처리절차는 크게 나누어 송치(referral), 접수(intake), 심리(adjudication) 및 처분(disposition)의 순서로 진행되는데, 원칙적으로 소년법원이 소년사건에 대한 전면적인 관할권을 가진다. 대부분의 州에서는 경찰, 검찰, 보호자 등이 비행소년, 요부조소년 또는 방임소년을 소년법원에 송치하면, 소년법원이 보호관찰관(probation officer, intake officer)의 조사결과를 참작하여 심판청구(petition)를 받아들이거나, 아니면 기각(dismissal)하거나 비공식적 프로그램(informal program)으로 처리한다. 연방, 콜롬비아특별구 및 48개 주에서는 이와 같은 접수단계에서 소년법원이 일정한 경우에는 재량으로 소년사건을 형사법원으로 이송(transfer, waiver of jurisdiction)할 수 있도록 하고 있다. 즉 소년법원은 범죄의 경중, 범죄피해의 정도, 소년의 연령이나 전과 등을 고려하여 사회방위에 필요하거나 소년의 사회복귀를 위해서는 성인에게 가능한 형사처분이 필요하다고 인정하는 경우에 형사법원으로 이송할 수 있다.¹⁸⁾

다만 주에 따라(예컨대 플로리다주의 경우) 형사법원으로 이송할 수 있

17) 최병각, 소년보호사건의 범위와 처리에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1998, 126쪽 이하; 오영근/최병각, 소년사건처리절차의 개선방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995, 85쪽 이하; 최종식, 소년법상 보호처분에 관한 연구-우리나라 소년보호처분제도와 그 개선방안을 중심으로-, 강원대학교 박사학위논문, 1996, 55쪽 이하; 소순무, 각국의 소년법제와 우리제도의 개선방향, 가정법원사건의 제문제, 재판자료 제18집, 1983/8, 711쪽 이하; 이완규, 앞의 논문, 14쪽 이하.

18) In re Kent, 383 U.S. 541[1941], 86 S.Ct. 1045, 16 L. Ed. 2d 84. Kent판결은 연방대법원이 최초로 소년사건을 다룬 판결이다. 연방대법원이 이 사건을 심리했다는 것 자체가 소년절차에도 헌법적 보호규정을 적용하겠다는 것을 암시하는 것이라 할 수 있는데, 이 판결에서 연방대법원은 소년에게 적법절차에 따른 청문(hearing)을 받을 권리, 변호인의 조력을 받을 권리, 기록열람권 등을 보장해야 한다고 판시하였다: 오영근, 소년법 사법처리절차의 변천과정-미국을 중심으로-, 보호 통권 제3호, 법무부, 1996, 38쪽.

는 소년사건의 범주를 제한하거나, 검사가 소년법원에 대하여 형사법원으로 이송할 것을 신청할 수 있도록 하거나, 검사의 동의가 있어야 소년법원이 보호사건으로 심판할 수 있도록 하는 입법례도 있다.¹⁹⁾ 주에 따라서는 소년법원의 선의권에 대한 예외를 인정하는 주도 있는데, 첫째, 일리노이주를 비롯한 36개 주에서는 살인, 강간 등의 중대한 범죄나 교통법규위반, 불법납치 등의 경미한 범죄를 저지른 소년에 대하여 형사법원에 제1차적 관할권을 부여하는 방식(excluded offences)을 채택하고 있고, 둘째, 조지아주, 아칸소주, 네브라스카주, 와이오밍주를 비롯한 12개 주에서는 검사에게 형사법원에의 기소와 소년법원에의 심판청구를 선택할 수 있도록 하는 방식(concurrent jurisdiction)을 채택하기도 한다.²⁰⁾ 최근 들어 소년범죄가 날로 증가하고 흉포화하는 경향을 나타내자,²¹⁾ 소년범죄에 대한 강력대응(get tough)이 강조되면서 많은 주에서 성인법정에서 재판이 가능한 소년의 하한연령을 낮추고 성인법정으로의 '자동송치(automatic transfer)'조항을 신설하거나,²²⁾ 판사에게 중대한 강력 범죄(serious and violent crime)

19) 오영근/최병각, 앞의 책, 86쪽 참조.

20) 일부 주는 일정 소년범에 대하여 소년법원과 성인법원 모두에게 관할권을 인정하고 있다. 이처럼 양 법원이 중첩적인 관할권을 갖고 있는 경우 검사는 어느 법원이 그 사건을 심리할 지를 결정할 수 있는 권한을 갖게 되는데, 이를 '중첩적 관할(concurrent jurisdiction)' 혹은 '검사재량(prosecutor discretion)'이라고 부른다. 플로리다 등 14개 주와 콜롬비아 특별구는 소년을 성인법원에 기소할지, 소년법원에 기소할지와 관련하여 검사에게 재량권을 부여하고 있다 : 권용석, 앞의 글, 296쪽.

21) 1997년 소년법원은 170여만건의 소년비행사건을 처리하였는데, 이는 1988년보다 약 48% 증가한 수치이다. 이 기간 동안 마약범죄와 대인범죄(person offense)가 각각 125%와 97% 증가한 반면, 재물손괴 등 대물범죄(property offense)나 공공질서 위반범죄는 19%와 67% 증가에 그쳤다. 미국인 중 18세 미만의 소년이 차지하는 비율은 11%에 불과하나, 강력범죄의 19%, 재물범죄의 35%가 이들에 의해 저질러지고 있다 : <http://www.ojjdp.ncjrs.org> 참조.

22) 1970년대 이후 미국 대부분의 주는, 중죄를 저지른 소년은 성인법정에서 재판받게 하는 내용의 입법을 하였는데, 성인법정에서 재판 가능한 소년의 연령에 대하여, 1975년 캘리포니아 주는 18세에서 16세로, 일리노이주는 17세에서 14세로, 뉴욕주는 16세에서 14세로 각 낮추었고, 1994년 캘리포니아주와 알칸사스주는 16세에서 14세로, 1995년 오레곤주는 14세에서 12세로, 위스콘신주는 10세로 각 낮추었으며, 1996년 테네시주는 아예 하한 연령을 폐지하였다: Franklin E. Zimring, American Youth Violence, 1998, p.9.

를 저지른 소년에 대하여 소년법에 대하여 소년구금시설에 송치하거나 혹은 성인교도소에서 복역케 하는 형을 선택적으로 혹은 병과하여 선고할 수 있는 ‘혼합판결(blended sentencing)’을 선고할 수 있도록 하는 식의 입법으로 나타났으며,²³⁾ 소년법원이 형사법원으로 이송하는 소년사건의 범주가 확대되고, 이송건수도 증가하고 있다고 한다.²⁴⁾

일례로 텍사스주의 경우에는 의뢰된 소년의 비행이 예비조사에서 중죄(Felony)에 해당하는 것으로 보이거나, 경죄(Misdemeanor)라도 대인 폭력이나 총기, 칼 등 무기를 사용 또는 휴대하고 범행을 한 경우에는 사건을 소년검사에게 송치하여야 한다.²⁵⁾ 텍사스가족법 제53.01조 (d)항에 따른 ‘대체위탁계획(Alternative referral plan)’을 소년위원회가 승인하는 경우, 위원회는 동 계획을 소년보호관찰위원회(TJPC)에 등록하여야 한다[Texas Family Code §53.01 (f)].²⁶⁾ 예비조사를 거친 사건에 대해 소년검사가 충분한 증거가 있는지, 그리고 기소가 적합한지에 대하여 사전에 검토를 하고 사건의 신청(Petition, 기소)여부를 결정한다. 이 경우 검사는 예비조사에서 밝혀진 혐의사실에 구애받지 않는다[Texas Family Code §53.012(a)].

나. 독 일

최근 독일에서도 소년사법절차와 관련하여 교육이념의 수정과 함께 소년 심판체계의 형식에 대한 개선이 요구되고 있다.²⁷⁾ 독일의 경우 범죄소년에

23) 김양곤, 주요국가의 소년보호관찰제도 연구 - 미국, 영국, 일본의 소년보호관찰제도를 중심으로 -, 한국형사정책연구원, 2004, 43쪽.

24) 오영근/최병각, 앞의 책, 86쪽. 이러한 경향은 사회복지에만 치우쳤던 종래의 태도에서 사회방위의 목적을 아울러 고려하여야 한다는 사상에 근거하고 있다고 할 수 있다.

25) 그러나 검찰송치규정에 관해 소년위원회의 승인이 없다면 사건이 조건에 해당하더라도 검사에게 송치할 필요가 없다[Texas Family Code §53.01 (d)].

26) 소년의 혐의사실이 형법 §19.03(중대 살인), §19.02(살인)에 해당됨에도 사건을 검사에게 송치하지 않도록 하는 대체의뢰계획(alternative referral plan)에 대해서는 소년위원회가 이를 채택하지 않을 수 있다[Texas Family Code §53.01 (f)].

대한 사법처리절차를 규정하고 있는 ‘소년법원법(Jugendgerichtsgesetz)’은 일반형법 및 형사소송법의 특별법으로서 우리나라의 소년법과는 달리 소년형법의 성격을 지니고 있다.²⁸⁾ 소년사건처리절차와 관련하여서는 적법절차원칙의 적용여부가 아닌 교육이념에 의해 범죄소년이 성인범죄자보다 부당하게 처벌될 수 있다는 점이 문제점으로 지적되고 있다.²⁹⁾

독일의 경우 독립된 소년법원이 범죄행위를 저지른 소년(Jugendliche, 14세 이상 18세 미만)과 청년(Heranwachsende, 18세 이상 20세까지의 소년)³⁰⁾에 대한 관할권을 행사하여 ‘교육처분(Erziehungsmassregel, 소년법원법 제10조), ‘훈육처분(Zuchtmittel, 동법 제13조)’ 및 ‘소년형(형사처분, Jugendstrafe, 동법 제17조)’이라는 세 가지 유형의 형사제재를 부과하는데, 처리절차가 제재유형에 따라 구분되지 않고 모두 동일한 절차에 따라 사법처리되기 때문에 절차선택권을 뜻하는 선의권의 개념은 생각할 수 없다.³¹⁾

그러나 다이버전과 관련하여 검사는, 첫째, 소년의 피의사실이 경죄(Vergehen)에 해당하고, 책임이 경미하고, 소추할 공익이 없을 때에는 법

27) 독일에서는 1990년대초 극우소년에 의한 폭력주의적인 범죄의 다발과 1990년대 중반 경찰통계상 관찰할 수 있는 소년범죄의 저연령화 및 흉악화, 특히 14세 미만의 아동에 의한 촉법행위의 증가 등을 배경으로 소년범죄에 대한 엄벌화요구가 강하게 제기되고 있다: Horst Viehmann, Kriminalpolitisches Bewußtsein im Wandel - 25 Jahre Jugendstrafrechtspflege, ZblJugR Ht.83 Ht.9 1996, S.82.

28) 신동운, 서독의 소년사법제도, 각국의 소년사법제도연구, 법무자료 제113집, 법무부, 1989, 145쪽; 원혜옥, 적절한 소년사건처리절차의 보장, 형사정책 제11호, 1999, 369쪽.

29) Wolfgang Heinz, Reformbedarf des Jugendstrafrechts? MschrKrim Jg.81 Ht.6 1998, S.399ff.

30) 이들은 일반 형사법원에 기소되는 것이 원칙인데, 심리를 평가한 결과 문제의 범죄자가 지적 성숙도나 감정적 성숙도에서 전형적으로 미성년의 특징을 보이거나, 범죄유형 및 상황 또는 동기에서 전형적인 소년법적 특성을 가지고 있는 경우에는 소년법원으로 이송될 수 있다(소년법원법 제105조).

31) 독일은 촉법소년사건 등에 대하여 경찰이 직접 소년법원으로 송치하도록 하고 있는 우리나라나 일본의 경우와는 달리 모든 소년사건을 검찰의 형식적 기소절차(기소법정주의)를 통해서만 소년형사법원에 회부하도록 되어 있다. 이는 독립된 소년법원을 설치하여 단일화된 절차를 전제로 한 소년사법모형을 취하고 있는 독일 소년사법제도의 특징이라 할 수 있다. 이에 대하여 상세하게는 김성돈, 앞의 글, 102쪽 이하 참조.

관의 동의없이 기소유예(*Absehen von der Verfolgung*)를 할 수 있고(소년법원법 제45조 제1항, 형사소송법 제153조 제1항 및 제153a조), 둘째, 교육적 조치가 이미 집행 또는 개시되어 법관의 관여나 공소제기가 불필요한 때에는 기소유예를 하여야 하며(소년법원법 제45조 제2항), 셋째, 소년이 자백하고, 공소제기는 불필요하지만 훈계(*Ermahnung*)가 필요한 때에는 법관에게 사회봉사, 피해자와의 화해 또는 교통교육수강의 지시나 부담을 명할 것을 청구하여 법관이 검사의 청구를 받아들이고 소년이 법관의 명령을 이행하면 기소유예를 하여야 한다(소년법원법 제45조 제3항). 또한 법관은 공소제기된 소년사건에 대하여 첫째, 피의사실이 경죄이고 책임이 경미하여 소추할 공익이 없을 때, 둘째, 교육적 조치가 이미 집행 또는 개시되어 판결이 불필요한 때, 셋째, 판결이 불필요하고 자백한 소년에게 사회봉사, 피해자와의 화해 또는 교통교육수강의 지시나 부담을 명한 때, 넷째 소년이 미성숙하여 책임능력을 인정할 수 없는 때에는 ‘절차중지(*Einstellung des Verfahrens*)’를 할 수 있는데, 둘째와 셋째의 경우에는 검사의 동의를 얻어 6월 이하의 기간 동안에 일시적으로 절차중지를 할 수 있고, 소년이 교육적 조치, 지시, 부담을 이행하면 종국적으로 절차중지를 하여야 한다(소년법원법 제 47조).³²⁾

이상과 같은 독일의 소년법원제도는 소년범죄억지 및 소년범죄예방이라는 형사정책의 이념을 근간으로 하고 있는 사범모델로서 교육과 재사회화라는 두 가지 목표를 동시에 추구하는 사범적 형사처분에 기초한 소년사범모델이라 할 것이다.

다. 일 본

최근 일본의 소년비행의 현상은 소년인구가 급격히 감소하고 있음에도

32) 박재윤/김병주, 독일 소년사범법상 소년사범보호제도, 한국형사정책연구원, 1997, 21쪽.

불구하고 형법범으로서 검거·선도되는 소년은 오히려 증가하고 있으며, 나이프를 사용한 범죄 등 소년비행의 凶惡化가 현저한 경향을 나타내고, 소년에 의한 각성제의 남용, 소위 원조교제라 불리는 성비행 등도 높은 수준에 있는 등 일본의 소년비행도 歐美와 같이 暴力, 藥物, 性으로 특징지워진다. 이러한 상황아래 법원선의주의의 철저화를 기하여 오던 일본의 소년법도 신자유주의적 개혁의 일환으로 진행된 ‘시민적 치안주의’ 내지 이를 구현하기 위한 ‘시민적 치안입법’을 대표하는 법률의 하나로서 2000년 12월 6일 법률 제142호(개정소년법)로 개정되어, 검사의 권한을 대폭 강화하고 소년심판의 사실인정절차에 관여할 수 있도록 하였을 뿐만 아니라 형사처분이 가능한 연령을 인하하는 등 엄벌화의 경향을 보이고 있다.³³⁾

법원선의주의를 채택하고 있는 일본의 현행 소년법상의 소년사건처리절차를 개략적으로 살펴보면 다음과 같다. 즉 경찰이 소년사건을 수사한 결과 금고 이상의 형에 해당하는 범죄혐의가 인정되면 검사에게 송치(형사소송법 제246조)하는 것이 원칙이지만, 벌금 이하의 형(법정형)에 해당하는 범죄혐의가 인정되거나 촉범소년이나 우범소년에 해당하면 소년법원에 직접 송치하여야 한다(소년법 제41조).³⁴⁾ 따라서 경찰이 금고이상의 형에 해당하는 범죄사건을 소년법원에 직접 송치한 경우 그 효력에 대하여는 견해가 나뉘고 있다. 즉 이러한 송치는 형사소송법 제246조 및 소년법 제41조에 위반하여 무효라는 견해도 있지만, 일반인이 통고하는 것도 인정하고 있다는 점(소년법 제6조), 소년법원도 증거조사의 권능을 가지고 있다

33) 葛野尋之, 改正少年法の檢證, 刑法雜誌 第44卷第1号, 2004/8, 8面; 全司法勞動組合編, 21世紀の少年司法を考える: <http://www.zenshiho.net>. ‘사실인정절차의 적정화’와 관련하여서는 일정한 중죄 사건에 대해서, 소년법원이 비행사실의 인정에 검사가 관여할 필요가 있다고 인정할 때는 그 심판에 검사를 출석시킬 수 있도록 하는 ‘검사의 관여제도’(소년법 제22조의2 제1항)를 도입하였다.

34) 이는 소년법원이 벌금이하의 죄에 해당하는 사건을 검사에게 송치할 수 없기 때문에(소년법 제20조 제1항) 형사소송법 제246조에 대한 특칙규정을 둔 것이라 할 수 있다: 菊田幸一, 少年法, 北樹出版, 2002, 55面.

는 점, 검사송치결정이 있는 경우에는 그 후의 수사에서 보충이 가능하다는 점 등의 이유에서 위법한 송치일지라도 무효라 할 수 없다는 견해가 다수설이며, 이에 따르는 판례도 있다.³⁵⁾ 그러나 이러한 경우에는 심판조건이 결여되어 있기 때문에 불개시결정을 내린 후에 다시금 검사를 경유하여 소년법원에 송치하게 하는 것이 바람직할 것이다.

한편 검사가 소년사건을 수사한 결과 범죄혐의가 인정되거나 촉법소년이나 우범소년에 해당하면 소년법원에 송치하여야 한다(소년법 제42조).³⁶⁾ 검사가 소년법원에 소년을 송치하지 않고 직접 공소를 제기한 때에는 판결로 공소를 기각하여야 한다.³⁷⁾ 또한 검사가 사건을 소년법원에 송치하고 그 사건이 역송된 후 여죄가 판명된 경우 그 여죄에 대하여도 소년법원을 경유하지 않으면 기소할 수 없다.³⁸⁾

소년법원은 보호절차에 따라 심리불개시(소년법 제19조), 불처분(소년법 제23조 제2항),³⁹⁾ 보호처분(소년법 제24조) 등을 하거나 아동상담소에 송치(소년법 제18조 제1항, 제23조 제1항)하거나 또는 검사에게 송치(소년법 제19조 제2항, 제23조 제3항, 제20조 제1항, 제23조 제1항)하여야 한다. 즉 소년법원이 죄질과 정상에 비추어 형사처분의 필요가 있다고 인정하여 소년사건을 검사에게 송치하는 것을 逆送이라 하는데, 벌금 이하의 형에 해당하는 범죄인 경우에는 역송할 수 없다(소년법 제20조 제1항).⁴⁰⁾ 그러나

35) 東京家庭裁判所決定昭和55(1980)年3月7日, 家月第33卷第1号114面.

36) 이점에서 법원선의주의 또는 보호우선주의라 한다.

37) 名古屋高等裁判所判決昭和29(1954)年6月8日, 家月第8卷第2号49面.

38) 日本最高裁判所判決昭和28(1953)年3月26日, 刑集第7卷第3号641面.

39) 심리불개시결정이 조사의 결과 이루어지는 것입에 대하여 불처분은 심판의 결과 이루어지는 점에서 서로 다르다. 한편 여기서는 심리불개시결정·불처분결과와 일사부재리의 관계가 장기간 문제되어 왔다. 즉 보호처분에 대하여는 일사부재리와 유사한 효력이 규정되어 있지만, 심리불개시결정·불처분결정에 대하여는 그러한 규정이 없었기 때문이다. 그러나 2000년 소년법 개정으로 인해 검사가 심판에 관여하여 결정된 사건의 불처분 결정에 한하여는 일사부재리와 유사한 효력을 인정하게 되었다(소년법 제46조 제2항).

40) 2000년 11월 28일 소년법 개정 전의 구소년법에서는 “다만 송치시 16세가 되지 않은 소년의 사건에 대해서는 이를 검찰에 송치할 수 없다”고 하는 단서가 있었으나, 처벌

실무에서는 벌금이 예상되는 경우에도 역송하는 경우도 있다. 이는 보호처분으로 결정하면 소년원송치 또는 보호관찰이 되지만, 형사처분의 경우에는 벌금만이 부과될 가능성이 농후한 때이다.⁴¹⁾ 그리고 2000년 소년법 개정에 따라 16세 이상의 소년에 대하여는 고의의 범죄행위로 피해자를 사망시킨 범죄사건은 원칙적으로 검사에게 송치하도록 하고 있다(소년법 제20조 제2항, 원칙역송제도).

검사는 소년법원으로부터 역송된 소년사건에 대하여 공소제기에 충분한 범죄혐의가 인정되면 반드시 기소하여야 하는데, 역송사건 일부에 공소제기에 충분한 범죄혐의가 인정되지 않거나 범죄정상에 영향을 미칠 새로운 사실이발견되거나 송치 후 정황에 의하여 기소가 상당하지 않을 경우에 예외적으로 불기소할 수 있다(소년법 제45조 제5항).⁴²⁾ 그러나 14세 미만의 소년에 대하여는 보호자가 없는 등 아동복지법상의 조치를 필요로 하는 경우(아동복지법 제25조)에는, 복지사무소 또는 아동상담소에 통고하도록 되어 있다. 형사법원은 소년에 대한 피고사건을 심리한 결과 보호처분의 필요가 있다고 인정되면 소년법원에 이송하여야 한다(소년법 제55조).

이상에서 살펴본 바와 같이 법원선의주의를 채택하고 있는 국가에서도 그 나라의 법률문화와 법체계에 따라 법원선의주의를 고수하면서도 소년에 대한 교화의 효과에 대한 의문이 전혀 줄어들지 않고 날로 흉포화하고 있는 소년범죄의 현실에 대한 실망과 위기감, 소년에 대한 법원의 지나치게 관대한 결정에 대한 반발 등에 의해 그 실질적인 내용에 있어서 검사

의 엄격화를 주된 내용으로 하는 소년법 개정에 따라 단서가 삭제되었다(형사처분 가능연령 인하).

41) 이러한 경우 소년에 대한 자유제약의 관점에서 역송하는 경우가 소년에게 유리하다든지, 처우효과의 관점에서 보호처분보다 유효하다는 점이 논거로 거론된다: 菊田幸一, 前掲書, 98面.

42) 소년법원에서 역송된 소년에 대하여는 소년법원예의 재송치를 제외하고는 반드시 공소를 제기하여야 하는데, 이점에서 일본의 소년법은 전건송치주의와 함께 기소강제주의를 채택하고 있다.

의 권한을 대폭 강화하는 등의 근본적인 변화를 보이고 있는 점은 주목할 만한 일이라 할 것이다.

2. 우리나라의 검사선의주의와 법원선의주의에 관한 논의

우리나라의 경우 범죄소년사건을 형사처분으로 할 것인지, 보호처분으로 할 것인지를 처분선택권은 검사가 먼저 행사하도록 하고 있다.⁴³⁾ 따라서 현행법규상 검사는 범죄소년에 대하여, 경찰이 송치하거나 검사가 직접 인지한 소년피의사건을 수사하여 범죄혐의가 없거나, 죄가 안 되거나, 공소권이 없을 경우에는 ‘불기소처분’을 하고, 재범가능성이 희박하고 선도보호의 필요성이 있는 때에는 범죄내용의 경중에 관계없이 ‘선도조건부기소유예처분’을 하며(소년선도보호지침 제4조),⁴⁴⁾ 벌금이하의 형에 해당하는 사건이거나 보호처분의 필요성이 있는 때에는 소년법원에 송치하고(소년법 제49조 제1항), 벌금·구류·몰수에 처할 사건인 경우에는 ‘약식명령’을 청구할 수 있으며(형사소송법 제448조 제1항), 소추의 필요성이 인정되는 때에는 공소를 제기하거나(소년법 제48조), 사회보호법에 따른 ‘감호청구’를 할 수도 있다(사회보호법 제14조).⁴⁵⁾

그러나 이러한 검사선의주의를 반대하는 입장에서는 주로 다음과 같은 실무운영상의 문제점들을 그 논거로 지적하고 있다.⁴⁶⁾

첫째, 검사는 본질적으로 범죄의 수사와 소추를 담당하기 때문에 소년사건의 처리에 있어서 소년의 인격이나 환경보다는 범죄사실의 경중을 중

43) 강영철, 소년사건처리절차의 현황과 개선방안, 소년보호연구 제1호, 1999, 91쪽.

44) 1981년 법무부훈령 제88호로 제정된 ‘소년선도보호지침’ 제4조 단서는, 공안사범, 마약사범, 흉악범, 조직적 또는 상습적 폭력배, 치기배, 현저한 과립치범을 선도유예대상에서 원칙적으로 제외하고 있다.

45) 오영근/최병각, 앞의 책, 40쪽. 장규원, 보호감호의 실태와 개선방안, 한국형사정책연구원, 1993, 87쪽.

46) 이완규, 앞의 논문, 100-119쪽 ; 법원행정처, 앞의 사법정책자료 제9집, 301-318쪽.

시하고, 선도가 아닌 처벌을 우선하는 경향이 있다. 이 때문에 소년보호이념에 적합한 선의권 행사를 검사에게는 기대하기 어렵다.⁴⁷⁾ 즉 우리나라의 검사는 범죄소년에 대한 선의권을 행사함에 있어서 보호처분보다는 형사처분을 위주로 선택하고 있다는 것이다.⁴⁸⁾

둘째, 검사에게 선의권을 부여하더라도 이에 대해 사법권의 주체인 법원이 통제할 수밖에 없기 때문에 사실상 절차중복이나 처리지연이라는 부작용만 발생한다. 특히, 형사법원에서 소년에 대한 피고사건을 소년법원에 송치하는 경우에 그 대부분이 구속사건이라는 사실을 보더라도 검사선의 주의는 소년에게 불리하다.⁴⁹⁾

47) 정진호, 검찰에 있어서 소년범죄처리실태와 그 개선방안, 법무부, 청소년범죄연구 제5집, 1987, 137쪽 ; 김양균, 소년선도보호제도에 관한 회고-지침의 적정성 및 관련선도사업의 실효성 검토-, 법무부, 청소년범죄연구 제4집, 1986, 151쪽.

48) 이경구, 앞의 논문, 137쪽. 특히 논자는 138쪽에서 청소년백서(2002년판)의 ‘소년범죄처리현황’을 근거로 1997년부터 2001년까지 검찰에서 이루어진 처분 중 기소는 30-36.8%에 달하는 반면, 소년법원에 송치한 비율은 14-16.7%에 불과하며, 소년법상 범죄소년에게 보호처분의 필요성이 있다면 검사는 반드시 소년법원에 송치하여야 함에도 위 처분내용에 따르면 우리나라 범죄소년 중 약 15%에게만 소년법상의 보호처분을 행하였기에 검사의 선의권행사가 형사처분 위주로 이루어지고 있다고 비판한다.

그러나 논자가 인용한 통계를 보면, 구공판율은 1997년 총인원 163,813명(100%) 중 23,030명(14.1%)에서 2001년에는 총인원 138,166명(100%)중 10,364명(7.5%)으로, 검찰연감(2004년판) 426쪽 이하의 ‘소년사건의 처리인원’에서 2003년에는 104,325명(100%) 중 6,500명(6.2%)으로 점점 감소하고 있으며, 또한 검찰연감에 의하면 검찰의 소년법원송치율은 1997년 22,909명(14.0%)에서 2003년 18,055명(17.1%)으로 증가하였으며, 구약식은 1997년 37,271명(19.4%)에서 2003년 18,928명(27.9%)으로, 기소유예는 1997년 62,447명(37.5%)에서 2003년 43,207명(41.0%)으로 증가하고 있는 추세이다.

따라서 최근 7년간의 통계에 따르면 검사의 선의권 행사는, 공식사법절차에 의한 낙인효과와 감소와 절차로부터 신속한 해방이라는 관점 및 소년법원송치보다는 구약식이나 기소유예 또는 선도조건부기소유예가 소년보호의 이념에 더욱 충실할 수 있다는 관점에서 소년보호의 이념에 충실한 방향으로 나아가고 있다고 분석하는 것이 보다 실질적인 분석이라 할 것이다 : 같은 취지로는 최병각, 앞의 학위논문, 123쪽; 오영근, 앞의 논문, 41쪽; 같은 이, 지정토론문, 『부부재산제』 · 『법원선의주의공청회』, 서울가정법원 가사소년제도개혁위원회, 2005/1, 170쪽; 임상규, 소년범죄의 합리적 처리방안, 형사법연구 제17호, 한국형사법학회, 2002, 245쪽.

49) 임상규, 앞의 논문, 248-250쪽 참조. 물론 법원선의주의를 취하는 경우에도, 수사기관에서 수사한 결과 명백히 형사사건으로 심리하는 것이 타당한 경우에도 일단 법원에 송치하여야 하고 법원에서 다시 절차에 대한 판단을 하는데 일정 기간이 소요될 수 있으

셋째, 검사가 선의권을 행사함에 있어서 비행소년의 인격과 환경에 대한 충분한 조사가 필수적이지만, 현실적으로 적절한 조사가 이루어지지 않는다. 즉 소년전담검사가 소년법원송치결정을 위해서는 소년에 대한 보호의 필요성을 확인하여야 하는데 그 판단자료 및 조사에 한계가 있을 뿐만 아니라, 이러한 상세한 조사절차없이 범죄소년의 장래를 결정하는 것은 소년의 개선교화라는 소년법의 근본이념에 반할 소지가 다분하기 때문에 검사의 직무내용과 관련한 역할은 교육이념 및 사회복귀이념에 부합하지 않는다는 것이다.⁵⁰⁾

이에 대하여 검사선의주의를 찬성하는 입장에서는, 첫째, 검사에게 선의권을 부여하면 현실적인 형사정책적 필요에 대응하여 형벌과 보안처분을 효과적으로 조화시킬 수 있고, 둘째, 검사가 절차의 초기단계에 사법처리 여부와 처리절차의 종류를 결정하는 것이 비행소년의 불안감을 완화하고 법원의 업무부담을 감경할 수 있으며, 셋째, 검사가 선의권을 행사함에 있어서 전국적으로 일관된 기준을 정립하는 것이 용이할 뿐만 아니라, 검사는 행정부에 소속되어 있어서 소년의 복지를 위한 다른 행정적 조치를 강구하기에 유리하다는 점 등을 그 논거로 든다.⁵¹⁾

이상과 같은 검사선의주의에 대하여는 이미 오래 전부터 검사가 모든

며, 검찰에 대한 역송 등의 절차를 다시 거쳐야 하기 때문에 절차지연 및 절차중복의 부작용이 해소되는 것은 아니다: 법무연수원, 소년범처리절차개선방안 - 소년법개정에 관한 의견을 중심으로 -, 1984/9, 141쪽 이하.

50) 김성돈, 앞의 글, 96-97쪽; 이경구, 앞의 글, 139-140쪽. 그러나 이에 대하여는 후술하는 제49조 제1항의 개선방안 부분과 관련하여 검사들도 소년의 요보호성판단의 과학화를 위하여 소년분류심사원을 활용할 수 있는 방안을 생각할 수 있으며(신희구, 소년감별위탁기관 및 감별기관에 관한 개선방안, 법무부, 청소년범죄연구 제3집, 1985, 108쪽), 검사는 기소편의주의 등의 활용을 통하여 교육적 또는 복지적 측면에서 소년보호이념의 구현에 진력한다는 점에서 검사의 직무역할이 소년보호이념에 부합하지 않는 것인지는 의문이다.

51) 정진호, 앞의 글, 148쪽; 김상희, 종합토론, 법무부, 청소년범죄연구 제1집, 1983, 146쪽; 차정일, 소년범죄의 운영실태 및 그 개선책, 검찰, 1983, 46-47쪽; 김용우, 소년사건처리절차의 문제점, 국회도서관 입법조사분석실, 1998, 129쪽 등.

소년사건을 소년법원에 송치하고 소년법원이 선의권을 행사하는 구조로 개혁하여야 한다는 법원선의주의의 주장은 꾸준히 제기되고 있는데,⁵²⁾ 최근 들어 기존의 선도조건부 기소유예제도의 성과를 살리고 소년법원의 업무부담을 급격히 증가시키지 않는다는 취지에서 법원선의주의를 채택하더라도 검사에게는 기소유예(소년법원송치유예)의 재량만은 인정하는 방안⁵³⁾과 검사가 소년사건을 불기소 외에 구약식으로 처리하는 것까지 인정하는 방안,⁵⁴⁾ 검사가 수사한 결과 혐의가 없다고 인정되는 사건은 불기소하고 기소재량권을 행사하여 형사처분 및 보호처분이 필요하지 않다고 판단되는 매우 경미한 사건은 기소유예할 수 있도록 하되 현재와 같은 조건부기소유예는 폐지하여 기소유예할 수 있는 요건을 엄격히 제한하자는 방안⁵⁵⁾ 등이 제시되고 있다.

한편 법원행정처도 소년법원이 송치받은 소년사건을 형사사건과 보호사건으로 분류하여 관할 법원에 직접 이송할 수 있도록 하되, 소년법원의 심리불개시결정에 대하여는 검사가 항고할 수 있도록 함으로써 소년법원의 선의권에 대한 검사의 불복권을 인정할 것을 제안하고 있다.⁵⁶⁾ 또한 소년법원에 소년보호부와 소년형사부를 설치하여, 소년보호사건은 물론 소년형사사건까지 처리하도록 할 것을 주장하는 견해는, 첫째, 형사사건의 심판에 있어서도 소년의 인격과 환경 등을 충분히 조사하여 소년에 대한 처분

52) 김기두, 소년법상의 제반 문제점과 개정방향, 법무부, 청소년범죄연구 제3집, 1985, 15-16쪽; 박재윤, 비행소년에 대한 효과적인 재범방지대책-현행소년사법제도를 중심으로 -, 법무부, 청소년범죄연구 제9집, 1991, 49쪽; 유진식, 소년조사관제도의 분석과 그 개선방안, 법무부, 청소년범죄연구 제9집, 1991, 193-194쪽; 한상호, 소년재판제도의 운용현황과 개선방향, 법무부, 청소년범죄연구 제1집, 1983, 52쪽; 이경구, 앞의 글142쪽 이하; 소순무, 앞의 글, 746-747쪽; 민학기, 앞의 글, 67쪽 등.

53) 소순무, 앞의 글, 747쪽; 강봉수, 소년법개정에 있어서의 문제점Ⅱ - 소년사건처리절차 -, 법무부, 청소년범죄연구 제5집, 1987, 60-61쪽.

54) 법원행정처, 앞의 사법정책자료 제9집, 328쪽.

55) 이경구, 앞의 글, 146쪽.

56) 민학기, 소년보호사건 심리절차의 개선방안, 법원행정처, 소년보호사건 개선을 위한 회의 결과보고서, 1997, 67쪽.

결정의 자료로 삼을 수 있고, 둘째, 소년법의 근본정신이 소년의 건전한 육성에 있음에 비추어 보호사건과 형사사건을 일괄하여 처리하는 것이 타당하며, 셋째, 공범사건 등에서 보호사건과 형사사건 처리결과의 불균형을 피할 수 있을 뿐만 아니라 소년에 대하여 선도와 처우, 즉 보호처분을 우선한다는 이상에 합치된다는 논거를 제시하고 있다.⁵⁷⁾

그러나 법원선의주의에 대하여도 다음과 같은 실질적인 문제점을 지적할 수 있다. 즉 법원선의주의의 실현을 위해서는 독립된 소년구금시설의 설립, 독립된 소년법원의 설치, 소년조사관의 확충, 소년전담판사 인원의 대폭 증원 및 전문성 확보(물론 이는 검사선의주의에도 적용되는 문제점이라 할 것이지만) 등의 문제해결이 선행되어야 할 것이다.⁵⁸⁾ 이러한 물질, 인적 기반이 전혀 갖추어지지 아니한 상태에서는 범죄 및 비행소년의 건전육성이라는 소년법의 기본이념을 실현하는 것은 요원할 것이기 때문이다. 또한 전건 송치되어 온 피의사건을 조사해야 할 담당주체로서 독립된 소년법원이 설치되고 나아가 그 산하의 조사관제도가 확대 개편되어 소년분류심사원의 확충과 정비가 이루어진다고 하더라도, 소년법원에 송치된 소년피의사건에 대해서는 보호처분의 해당성 내지 필요성에 대한 조사에 앞서 피의사실에 대해서조차 수사기관의 활동에 갈음하는 정도의 ‘사실조사’가 이루어질 수 있는지도 문제이다.⁵⁹⁾ 즉 검사와 피고인이라는 대등당사자의 공방에 의하여 증거조사가 이루어지는 형사절차와는 달리, 규문주의에 입각하여 일방당사자에 대한 법원의 심리만이 이루어지는 소년보호절차에서 사실인정의 적정성을 기대한다는 것은 대단히 어려울 것이기 때문이다.⁶⁰⁾

57) 소순무, 앞의 글, 744쪽; 최세영, 소년에 대한 보호처분의 장래, 사법연수원, 소년법에 관한 제문제, 법관연수자료, 1979, 239-240쪽; 김영란, 개정소년법에 대한 일고, 법무부, 청소년범죄연구 제7집, 1989, 239쪽 등.

58) 김현채, 지정토론문, 『부부재산제』 · 『법원선의주의공청회』, 서울가정법원 가사소년제도개혁위원회, 2005/1, 154쪽.

59) 김성돈, 앞의 글, 101쪽.

60) 2000년 12월에 개정된 일본소년법은 법원선의주의를 고수하면서도 바로 이러한 문제점

Ⅲ. 현행법상 검사선의주의의 해석론과 정책론

검사선의주의를 규정하고 있는 소년법 제49조 제1항의 해석을 둘러싸고 전개되는 견해의 대립은 앞에서 언급한 검사선의주의의 장단점 및 선의권의 범위에 직결된다. 소년법은 제49조 제1항에서 검사가 소년법원에 송치하여야 할 사건의 범위를 ‘벌금이하의 형에 해당하는 범죄사건인 경우’와 ‘보호처분에 해당하는 사건인 경우’로 구분하고 그 중 어느 하나에만 해당하면 송치대상으로 인정하고 있다.

1. 벌금 이하의 형에 해당하는 범죄사건

‘벌금이하의 형에 해당하는 범죄사건’은 검사가 소년법원에 송치하여야 할 사건이다. 그런데 여기서는 벌금이하의 형에 해당하는지 여부를 어떠한 기준으로 판단할 것인가가 문제된다.

이에 관하여 통설인 법정형설은 벌금이하의 형에 해당하는지 여부를 법정형을 기준으로 판단하여야 한다고 주장한다. 즉 법정형이 벌금이하의 형인 범죄사건이 소년법원에 송치될 사건이라는 것이다.⁶¹⁾ 법정형의 최상한이 벌금형이어야 하기 때문에 법정형에 사형, 징역, 금고, 자격상실 또는 자격정지의 형이 선택형이나 병과형으로 규정되어 있는 범죄는 당연히 이 범위에서 배제된다. 법정형설은 그 논거로, 범죄사실만으로는 법정형을 판단할 수 있을 뿐이고 선고형은 법관이 양형사유에 관한 조사·판단을 거

을 해소하고 사실인정의 적정화를 피하기 위하여 소년심판에 검사를 관여시킬 수 있는, 즉 검사의 역할을 강화한 ‘검사의 관여제도(일본소년법 제22조의2)’를 도입한 것이다.

61) 이재상, 소년법개정에 있어서의 문제점 I-보호대상과 처우 -, 법무부, 청소년범죄연구 제5집, 1987, 40쪽; 법원행정처, 앞의 사법정책자료 제9집, 292쪽; 유진식, 소년법, 육법사, 1982, 221쪽; 김시수, 소년보호사건의 처리과정에 있어서의 문제점, 법원행정처, 가정법원사건의 제문제, 재판자료 제18집, 1983, 764쪽 등.

쳐서 정하는 것이기 때문에 검사가 선고형을 기준으로 삼을 수 없다는 점, 검사가 이미 양형사유까지 검토한 경우라면 보호처분에 해당함을 이유로 소년법원에 송치할 수 있기 때문에 구태여 벌금이하의 형에 해당한다는 것을 소년법원에의 송치요건으로 따로 규정할 이유가 없다는 점 등을 들고 있다.⁶²⁾

이에 대하여 선고형설은 벌금 이하의 형을 선고할 범죄사건이면 소년법원에 송치할 사건이라고 한다. 즉 소년법 제49조 제1항은 ‘…해당하는…’이라는 표현을 사용하고 있는데, 다른 법률에서 일정한 형에 ‘해당하는’ 또는 ‘대처할’ 때라고 규정하고 있는 경우에는 사물관할의 기준(법원조직법 제32조 제1항 제3호)이나 공소시효의 기간(형사소송법 제249조 제1항)⁶³⁾ 등은 법정형을 기준으로 하지만, ‘즉결심판에 관한 절차법’ 제2조의 ‘20만원 이하의 벌금, 구류, 과료’에 처할 사건, 형사소송법 제448조 약식명령의 대상인 ‘벌금, 과료, 몰수, 추정’에 처할 사건에서는 각각 선고형이 20만원 이하의 벌금, 과료, 구류인 범죄사건이나, 선고형이 벌금, 과료, 몰수, 추정인 범죄사건을 의미한다.⁶⁴⁾ 또한 형사소송법 제70조 제2항 및 제200조의2 제1항 단서는 ‘다액 50만원 이하의 벌금, 구류, 과료에 해당하는 사건’의 경우에는 체포 및 구속사유를 주거부정과 출석불응으로 제한하고 있는데 이처럼 체포·구속이 제한되는 사건의 범위는 선고형을 기준으로 판단하여야 할 것이며, 소년법 제59조의 ‘사형 또는 무기형으로 처할 것인 때’도 선고형이 사형 또는 무기형인 때라는 의미로 새겨야 할 것이다.⁶⁵⁾

62) 권태호, 소년법에 대한 형벌의 효율성 검토 - 사형금지 기준연령, 부정기형과 벌금형을 중심으로 -, 법무부, 청소년범죄연구 제4집, 1986, 43쪽; 신기하, 소년법상의 문제점, 사법연수원, 소년법에 관한 제문제, 법관연수자료, 1979, 491-492쪽.

63) 배종대/이상돈, 형사소송법 제5판, 홍문사, 2004, 60/361쪽.

64) 김희옥, 즉결심판제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 24쪽; 백형구, 즉결심판 절차법상의 제문제, 대한변협지, 1987/9, 45쪽; 이재상, 형사소송법 제6판, 박영사, 2002, 734쪽; 배종대/이상돈, 앞의 책, 853쪽.

65) 대법원 1986.12.23. 86도2314 판결.

이처럼 다른 법률의 유사규정과 비교할 때 소년법원에 송치하여야 할 소년사건의 범위는 법정형이 아닌 선고형을 기준으로 벌금, 구류, 과료인 경우로 해석하는 것이 타당할 것이다. 즉 소년보호이념을 근거로 소년에게는 형벌보다 보호처분을 우선하여야 한다는 관점과 검사의 선의권에 대한 입법적·사전적 통제의 관점을 중시하면 검사가 소년보호사건으로 처리하여야 할 사건의 범위를 보다 넓게 해석하는 것이 타당할 것이기 때문이다.⁶⁶⁾

2. 보호처분에 해당하는 사건

‘보호처분에 해당하는 사건’은 소년법 제49조 제1항이 규정하고 있는 검사가 소년법원에 송치하여야 할 대상사건의 하나이다. 여기서는 ‘보호처분에 해당하는 사건’의 범위가 소년법 제4조에서 규정한 ‘보호의 대상에 해당하는 사건’과 동일하게 해석하여야 한다는 주장이나, ‘형사처분을 할 범죄가 없더라도 보호처분이 필요한 경우’ 즉 범죄소년이 아닌 경우라고 해석하는 견해가 있다.⁶⁷⁾ 그러나 전자와 같이 ‘보호의 대상에 해당하는 사건’과 ‘보호처분에 해당하는 사건’을 동일하게 해석하는 경우에는 검사가 소년피의사건을 수사한 결과 대상자에게 형사처분의 필요가 인정되는 경우에도 형사절차에 따라 사건을 처리할 수 없고 보호처분의 대상인 범죄소년임을 이유로 반드시 소년법원에 송치하여야 한다는 결론이 되기 때문에 검사의 선의권을 인정할 여지가 아예 사라지게 될 우려가 있으며, 후자의 경우에는 범죄소년은 벌금 이하의 형에 해당하는 범죄를 이유로, 촉법소년이나 우범소년은 보호처분에 해당하는 사유를 이유로 소년법원에 송치하여야 할 것이기 때문에 소년법원에 송치할 사건의 범위가 대단히 좁아지는 결과를 초래하게 되어 이 또한 검사의 선의권의 의미를 유명무실하게

66) 김용우, 앞의 글, 52쪽; 최병각, 앞의 학위논문, 118쪽.

67) 신기하, 앞의 논문, 492쪽.

만들 우려가 있다.

따라서 소년법 제49조 제1항의 보호처분에 해당하는 사건은 소년법 제32조 제1항의 ‘보호처분의 필요가 있는 사건’과 동일한 의미로 해석할 필요가 있다. 즉 검사가 소년피의사건을 수사한 결과 범죄사실의 유무와 그 경중을 불문하고 소년에게 ‘보호처분의 필요’까지 인정되는 경우에 그 사건을 소년법원에 송치하여야 한다고 새겨야 할 것이다.⁶⁸⁾ 따라서 검사는 피의소년의 범죄사실이 금고 이상의 형에 해당하든, 벌금 이하의 형에 해당하든 보호처분에 해당하는 사유를 이유로 소년법원에 송치할 수 있으며, 처벌조건이나 소송조건이 결여되어 형벌을 부과할 수는 없지만 보호처분을 하는 것이 상당한 경우에도 소년법원에 송치할 수 있다고 하여야 한다.⁶⁹⁾

3. ‘…송치하여야 한다’의 의미

이상과 같이 소년법 제49조 제1항에 따르면 검사는 그의 재량판단으로 소년에 대하여 소년법원에 송치하거나 기소할 수 있다. 그런데 여기서는 소년법 제49조 제1항과 형사소송법 제247조 및 제448조와의 관계가 문제될 수 있다. 즉 검사는 소년법 소정의 조항에 따라 벌금 이하의 형에 해당하는 소년사건을 반드시 소년법원에 송치하여야 하는 것인지, 아니면 형사소송법 소정의 규정에 따라 약식명령을 청구하거나 불기소처분 또는 기소유예를 할 수 있는지 여부가 해석상 문제될 수 있는 것이다. 이 문제는 소년법이 과연 검사의 선의권에 대한 입법적·사전적 제한을 위하여 필요적 소년보호사건의 개념을 인정하고 있는지 하는 문제로, 무엇보다도 소년법 제49조 제1항을 어떠한 규정(강행규정인지 훈시규정인지)으로 파악할 것인가라는 문제와 직결된다.

68) 강봉수, 앞의 글, 57쪽; 김용우, 앞의 글, 51쪽; 최병각, 앞의 학위논문, 119쪽.

69) 유진식, 앞의 책, 222쪽.

가. 강행규정설의 문제점

검사는 실무에서 모든 소년사건에 대하여 선의권을 행사하고 있는데, 이는 소년법 제49조 제1항을 훈시규정으로 파악한 결과이다. 그러나 이에 대하여 소년법 제49조 제1항이 문언 그대로 강행규정이며, 동 규정 전단의 ‘벌금 이하의 형에 해당하는 범죄’는 검사가 반드시 보호사건으로만 처리해야 하는 이른바 ‘필요적 소년법원송치’의 대상이라는 주장(강행규정설)이 있다.

소년법 제49조 제1항을 강행규정으로 보아 송치강제를 주장하는 강행규정설은 그 논거로, 첫째 송치의 요건을 ‘벌금 이하의 형에 해당하는 범죄’와 ‘보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정한 사건’으로 나누고 있는데 전자의 경우가 강제송치의 요건의 아니라면 구태여 ‘벌금 이하의 형’이라고 양자를 구분하여 규정한 의의가 없다는 점, 둘째 소년은 일반적으로 경제적 능력이 없기 때문에 재산형의 집행이 사실상 어렵다는 점,⁷⁰⁾ 셋째 소년법 제50조에서 형사법원이 보호사건으로 처리하여야 할 사건의 범주가 소년법 제49조 제1항의 검사가 보호사건으로 처리하여야 할 사건의 범죄와 동일하다는 점, 넷째 소년법 제49조 제2항에서 소년법원이 ‘금고 이상의 형사처분’의 필요가 있는 사건만 형사사건으로 처리할 수 있도록 규정한 점 등을 들고 있다.⁷¹⁾ 이들은 소년에 대하여 형벌보다는 보호처분이 우선되어야 한다는 점과 입법자가 검사의 선의권을 미리 제한하기 위하여 소년법 제49조 제1항에서 ‘필요적 소년보호사건’을 규정하고 있다는 점, 벌금 이하의 형에 대한 판단기준이 법정형이라는 점을 전제로 하고 있다.⁷²⁾

이미 언급한 것처럼 ‘벌금 이하의 형에 해당’한다는 것에 대하여 통설과

70) 배종대, 앞의 글, 28쪽.

71) 김용우/최재천, 형사정책, 박영사, 1998, 547쪽.

72) 강봉수, 앞의 글, 56-58쪽; 김용우, 앞의 글, 51쪽; 신기하, 앞의 글, 491쪽; 이완규, 앞의 글, 67쪽.

실무는 법정형의 최상한이 벌금형인 경우로 해석하여, 법정형에 자격정지 이상의 형이 선택형이나 병과형으로 규정되어 있거나 상상적 경합 또는 실체적 경합의 관계에 있는 범죄의 법정형이 자격정지 이상인 형의 경우는 이 범주에서 배제하고 있다.⁷³⁾ 그러나 ‘벌금 이하의 형에 해당’하는지 여부를 처단형을 기준으로 해석할 경우 검사의 선의권은 더욱 제한된다. 검사가 법정형에 징역형과 벌금형이 선택형으로 규정된 범죄사건(예를 들면 상해, 폭행, 절도 등)을 처리할 때, 법정형을 기준으로 해석하면 필요적 소년보호사건이 아니기 때문에 형사사건으로 기소(구약식 포함)하거나 보호사건으로 소년법원에 송치할 수 있다. 그러나 처단형을 기준으로 해석하면, 검사가 벌금형으로 처단할 범죄라고 판단하면 필요적 소년보호사건이 되어 보호사건으로 처리해야 하고, 징역형으로 처단할 범죄라고 판단하면 형사사건으로 처리해야 하는데, 이 경우 구공판은 가능하나 구약식은 논리적으로 불가능하게 된다.

나. 훈시규정설의 타당성

이에 대하여 훈시규정설은 소년법 제49조 제1항이 ‘송치하여야 한다’는 강행규정의 문언으로 규정되어 있기는 하지만 ‘송치할 수 있다’는 훈시규정으로 해석한다.⁷⁴⁾ 훈시규정설은 그 논거로, 첫째 소년법 제49조 제1항을 강행규정으로 보는 것은 동법 제62조(환형처분의 금지)를 둔 것과 배치된다는 점, 즉 소년법에 환형처분의 금지규정을 둔 것은 소년에 대하여 벌금을 선고할 수 있는 경우를 상정하여 입법된 것인데, 검사가 벌금형에 해당하는 소년사건을 반드시 소년법원에 송치해야 한다고 해석하는 것은 모순

73) 법원행정처, 앞의 사법정책자료 제9집, 292-293쪽; 이재상, 앞의 글, 40-41쪽; 강봉수, 앞의 글, 57쪽; 신기하, 앞의 글, 486쪽.

74) 권태호, 소년법에 대한 형벌의 효율성검토 - 사형금지 기준연령, 부정기형과 벌금형을 중심으로 -, 법무부, 청소년범죄연구 제4집, 1986, 43쪽; 오영근/최병각, 앞의 책, 76쪽.

이라는 점, 둘째 소년법 제49조(검사의 송치)나 제50조(법원의 송치)는 소년법의 선도적 측면에서 검사나 법원에게 적절한 처분을 선택할 재량권을 준 것이라는 점,⁷⁵⁾ 셋째 벌금 이하의 형이 법정형을 의미한다면, 벌금 이하의 형에 해당하는 가벼운 범죄는 모두 소년심판의 대상으로 하고 자격정지 이상의 형에 해당하는 더 무거운 범죄는 약식기소로 처리할 수 있다는 매우 불공정한 결과가 발생하는 것을 피할 수 없다는 점, 넷째 법정형이 보다 무거운 범죄를 저지른 소년이 기소유예를 통해 형사법원의 심판을 회피할 수 있는 반면에 법정형이 보다 가벼운 범죄를 저지른 소년에게 소년법원의 심판을 반드시 거치도록 하는 것은 Diversion의 측면에서 부적절할 뿐만 아니라 형평에도 어긋난다는 점⁷⁶⁾ 등을 든다. 대법원도 소년법 제49조 제1항과 동일한 문장으로 규정된 동법 제50조를 훈시규정이라고 판시한 바 있다.⁷⁷⁾

그런데 소년법 제49조 제1항을 강행규정으로 해석하여 필요적 소년보호 사건을 인정하는 경우에는 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다.

첫째, 범죄사실이 벌금 이하의 형에 해당하는 소년사건을 검사가 약식기소로 처리하는 것은 소년법 제49조 제1항의 규정에 위반하는 공소제기이기 때문에, 이 경우 형사법원은 공판절차에 의하여 심판(형사소송법 제450조)하거나 소년법원에 송치(소년법 제50조)하여야 한다는 주장이 가능하다.⁷⁸⁾ 그러나 여기에서 벌금 이하의 형에 해당하는지 여부를 법정형을 기준으로 판단한다면, 벌금 이하의 형에 해당하는 가벼운 범죄는 모두 소년심판의 대상이 되지만, 자격정지 이상의 형에 해당하는 더 무거운 범죄는 약식기소로 처리할 수 있다는 매우 불공정한 결과가 발생하는 것을 피할 수 없다. 즉 현실적으로 소년으로서는 약식기소로 처리되는 것이 소년심판을 받

75) 김용우·최재천, 앞의 책, 547쪽.

76) 오영근/최병각, 앞의 책, 74-75쪽.

77) 대법원 1986.5.19. 86모8 결정.

78) 김성돈, 앞의 글, 110쪽; 이경구, 앞의 글, 138쪽.

는 것보다 훨씬 유리할 뿐만 아니라,⁷⁹⁾ 반드시 보호처분을 하는 것이 소년 보호의 이념에 충실하다고만 할 수 없기 때문이다.⁸⁰⁾ 한편 처단형을 기준으로 판단할 경우에 그러한 불공정한 결과는 피할 수 있을 것이지만, 소년에 대한 약식기소가 전적으로 불가능해진다는 점을 감수하여야 할 것이다.

둘째, 검사가 범죄사실이 벌금 이하의 형에 해당하는 소년사건을 소년법원에 송치하지 않고 기소유예로 처리하는 것은 소년법 제49조 제1항에 어긋날 뿐만 아니라, 형사소송법에 대하여 소년법은 특별법의 관계에 있기 때문에 소년피의자에 대한 기소유예보다는 소년법의 보호절차와 보호처분이 우선되도록 하여야 한다는 주장도 가능하다.⁸¹⁾ 이는 소년법 제49조 제1항을 범죄사실이 벌금 이하의 형에 해당하기만 하면 보호처분의 필요가 있든 없든 소년법원에 송치하여 심판을 받도록 하여야 한다고 해석할 가능성이 있기 때문이다. 그러나 법정형이 보다 무거운 범죄를 저지른 소년이 기소유예를 통해 형사법원의 심판을 회피할 수 있는 반면, 법정형이 보다 가벼운 범죄를 저지른 소년에게 소년법원의 심판을 반드시 거치도록 하는 것은 다이버전(전환처분)의 측면에서 부적절한 뿐만 아니라 형평에도 어긋난다. 실무에서 검사가 소년사건에 대하여 기소유예처분을 하는 것은 실질적으로는 소년법원예의 송치를 유예하는 것이라고 할 수 있다.⁸²⁾

그런데 소년법 제48조는 ‘소년에 대한 형사사건에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 없으면 일반형사사건의 예에 의한다’고 규정하고 있다. 이점에서 논자가 일반법과 특별법의 관계를 강조하면서 소년피의자에 대하여는 소년법의 보호절차와 보호처분이 우선되도록 하여야 한다는 주장이나

79) 즉 약식명령이 청구되면 즉시 석방되고 벌금만 납부하면 되지만(이 경우 18세 미만의 소년은 벌금을 납부하지 않더라도 노역장에 유치되지 않기 때문에 사실상 아무런 제재도 받지 않는 결과가 된다), 소년법원에 송치되는 경우에는 소년분류심사원에 위탁되거나 그 후에 소년원송치처분을 받을 가능성도 있어서 훨씬 부담스럽기 때문이다.

80) 오영근, 앞의 지정토론문, 169-170쪽.

81) 강봉수, 앞의 글, 57쪽; 김용우, 앞의 글, 53쪽; 김성돈, 앞의 글, 109쪽; 이경구, 앞의 글, 141쪽.

82) 법원행정처, 앞의 사법정책자료 제9집, 292쪽.

형사소송법의 특별법인 소년법에는 기소편의주의가 그대로 적용된다고 할 수 없다는 주장⁸³⁾은 이론적으로 납득할 수 없다. 즉 일반법과 특별법의 관계는 양 법률에 동일조항이 서로 충돌하는 경우에 특별법의 조항을 우선 적용하여야 한다는 원칙을 말하는 것으로 이해하는 것이 바람직하다 할 것이고, 입법자는 바로 이 점을 감안하여 소년법 제48조를 규정한 것이라 생각되기 때문이다. 따라서 검사와 형사법원은 소년사건이 벌금 이하의 형에 해당하는 범죄이거나 보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정하는 때에는 소년법원에 송치하여야 하지만, 그 이외의 경우에는 소년법상의 형사사건절차에 따라 처리하여야 하는데 우리 소년법은 범죄소년의 형사사건과 관련하여 기소유예규정을 두고 있지 않기 때문에, 동법 제48조의 규정에 따라 형사소송법의 기소유예규정(제247조 제1항)이 범죄소년의 형사사건에도 그대로 적용되는 것이라 할 수 있다. 그렇다면 법무부훈령에 의해 실시되고 있는 선도조건부기소유예의 법적 근거에 대한 논란은 별론으로 하더라도,⁸⁴⁾ 검사가 기소유예의 권한을 갖는 것이 소년법의 규정에 부합하지 않는다는 비판은 본질을 벗어난 비판이라 아니할 수 없다.

여기서 또 다른 문제는 벌금 이하의 형에 해당하는 범죄소년에 대하여는 보호처분사건으로 소년법원에 송치하여야 하는가라는 문제인데, 이는 에서 언급한 정책적 고려에서 형평에 맞지 않을 뿐만 아니라,⁸⁵⁾ 공식사법절차에 의한 낙인효과의 감소와 절차로부터의 신속한 해방이라는 관점에서 소년법원송치보다 기소유예가 소년보호의 이념에 더 충실할 수 있으며,⁸⁶⁾ 또한 소년법 제48조의 규정을 감안 할 때 대는 소를 포함한다는 논

83) 강봉수, 앞의 글, 57쪽; 김용우, 앞의 글, 53쪽; 김성돈 앞의 글, 109쪽; 이경구, 앞의 글, 141쪽.

84) 최근 법무부는 선도조건부기소유예의 법적 근거가 미약하다는 지적에 따라 향후 보호관찰소 선도조건부기소유예를 더욱 활성화하고 조건부기소유예의 구체적인 근거, 요건, 기간 등을 입법화하는 방안 검토하고 있다고 한다: 김현채, 앞의 지정토론문, 153쪽.

85) 김현채, 앞의 지정토론문, 154쪽.

86) 오영근, 앞의 지정토론문, 170쪽.

리명제에 따라서 벌금이하의 형에 해당하는 범죄소년에 대하여도 형사소송법의 기소유예규정을 적용할 수 있다고 하여야 할 것이다. 다만 검사에게 기소유예의 권한을 인정하는 명문의 규정을 소년법에 두는 것이 바람직하다고 할 것이므로, 소년법 제48조의 법조문을 ‘범죄소년에 대하여 이 법에 특별한 규정이 없으면 일반형사사건의 예에 따른다’고 개정하여 소년법 제1장 총칙에 규정할 필요가 있다.

셋째, 벌금 이하의 형에 해당하는 소년사건이 필요적 소년법원송치사건이라고 한다면, 소년에게는 아예 벌금형이 선고될 가능성이 없기 때문에 18세 미만의 소년에 대한 환형처분을 금지한 소년법 제62조는 입법상 과오로 존치된 규정에 불과하다는 주장이 있을 수 있다.⁸⁷⁾ 나아가 소년에 대한 환형유치를 금지할 것이 아니라 보호자에게 벌금을 대납하게 하거나 소년에게 사회봉사로 대체하도록 하는 것이 바람직하다고 주장하면서 오히려 소년법 제62조에 비추어 소년법 제49조 제1항을 훈시규정으로 해석하여야 한다는 견해도 있다.⁸⁸⁾ 그러나 예를 들어 검사가 방화범으로 소년을 수사한 결과 형사처분의 필요가 있다고 판단하여 형사법원에 기소하였는데 재판과정에 실화로 밝혀진 경우 형사법원은 소년법원송치로 처리할 수도 있지만 공소장변경을 거쳐 실화죄로 처단하여 벌금형을 선고할 수 있다. 이러한 이유에서 소년법 제62조가 전혀 의미 없는 규정은 아니라 할 것이다.

4. 정책론으로서 검사의 선의권 행사에 대한 사후적 · 사법적 통제

범죄소년사건에 있어 검사의 선의권 행사에 대한 통제가 전혀 없다면 검사에 의해 보호처분이 타당하다고 판단하여 소년부에 송치한 범죄소년을 소년법원은 그대로 보호처분을 할 수밖에 없고, 형사법원에 기소된 소년에

87) 이완규, 앞의 글, 66쪽; 신기하, 앞의 글, 492쪽.

88) 권태호, 앞의 글, 43쪽.

대해서는 형사처분을 할 수밖에 없게 된다. 따라서 검사의 선의권행사에 대하여 법원이 통제할 수 있는 제도적 장치가 마련될 필요가 있는데, 소년법 제49조 제2항 및 제50조는 바로 이러한 사후적·사법적 통제방안이다.

소년법원이 보호사건으로 접수된 소년사건을 검사에게 송치하여 형사처분절차에 회부하도록 하는 것을 송검(送檢)이라 한다(소년법 제7조, 제49조 제2항). 소년법 제49조 제2항은 ‘소년부는 제1항의 규정에 의하여 송치된 사건을 조사·심리한 결과 그 동기와 죄질이 금고 이상의 형사처분을 할 필요가 있다고 인정할 때에는 결정으로써 검사에게 송치할 수 있다’고 규정하고 있다. 이 규정은 문언형식상 재량규정이기 때문에 ‘동기와 죄질이 금고 이상의 형사처분을 할 필요가 있다고 인정된’ 소년범죄사건이라 할지라도 송검여부는 소년법원 재량에 따라 결정된다. 즉 검사의 판단과 소년법원의 판단이 서로 다른 사건을 종국적으로 사법부인 소년법원판사의 결정에 따르도록 함으로써 사후적·사법적 통제를 하고 있는 셈이다.⁸⁹⁾

그런데 송검의 대상과 관련하여 문제가 되는 것은, 소년법 제49조 제2항은 송검의 대상을 검사가 송치한 사건(소년법 제49조 제1항)에 한정하고 있기 때문에 별다른 문제가 없지만, 소년법 제7조 제1항은 송검의 대상을 전혀 제한하고 있지 않기 때문에 경찰이 송치(소년법 제4조 제2항)하거나 보호자 등이 통고(소년법 제4조 제3항)한 사건 이외에 검사가 송치(소년법 제49조 제1항)하거나 형사법원이 송치(소년법 제50조)한 사건도 송검의 대상이 될 수 있는가 라는 의문이 발생할 수 있다. 그러나 검사가 송치한 사건(소년법 제49조 제1항)은 소년법 제49조 제2항이 송검의 대상으로 규정하고 있으며, 형사법원이 송치한 사건(소년법 제50조)은 소년법 제51조의 이송대상으로 규정하고 있으므로, 소년법 제7조 제1항의 송검의 대상은 경찰이 송치한 사건(소년법 제4조 제2항)과 보호자 등이 통고한 사건(소년법 제4조 제3항)에 한정된다고 보는 것이 타당할 것이다.⁹⁰⁾

89) 김용우, 앞의 글, 56쪽; 이완규, 앞의 글, 78쪽.

송검과 관련된 또 하나의 문제는 소년법원의 송검이 검사를 어느 정도 기속하는 가라는 점이라 할 수 있는데, 현행 소년법은 송검된 소년사건에 대하여 검사가 다시 소년법원에 송치할 수 없다고 규정하고 있으며(소년법 제49조 제3항) 또한 검사에게 송치하는 결정에 대해서는 불복신청도 할 수 없으며⁹¹⁾ 항고도 불가능하다고 한다.⁹²⁾

그런데 송검에 대한 검사의 기속정도와 관련하여 특히 중요한 문제는 소년법원이 접수된 소년사건을 검사에게 송치한 경우, 검사가 그 사건을 반드시 공소제기하여야 하는가, 아니면 기소유예로 처리할 수 있는가 라는 점이라 할 수 있는데, 일단 송검된 소년사건에 대해서 검사가 소년법원에 재송치는 할 수 없지만 기소 여부까지는 기속하지 않는다고 보기 때문에 검사는 기소편의주의에 의하여 기소유예도 가능하다고 하여야 한다.⁹³⁾ 즉 소년법원이 소년사건을 검사에게 송치하면 검사가 그 사건을 처리하는 데에는 소년법에 특별한 규정이 없으므로 소년법 제48조에 의해 형사소송법이 적용되고, 따라서 기소유예로 처리할 수도 있고 구공판이나 구약식으로 기소할 수 있기 때문이다.

IV. 현행 소년법상 검사선의주의의 개선방안

이상과 같이 검사선의주의 및 법원선의주의에는 장점뿐만 아니라 문제점 또한 적지 않고, 최근에는 영미법계나 일본에서 채택하고 있는 법원선

90) 소년법 제7조 제1항의 송검대상을 경찰이나 보호자 등으로부터 접수된 사건에 제한함을 명문으로 규정하는 것이 바람직하다는 주장으로는, 오영근/최병각, 앞의 책, 81쪽.

91) 법원행정처, 법원실무제요행정·소년·비송, 1986, 375-376쪽; 유진식, 앞의 책, 350쪽.

92) 소년법원이 범죄소년을 검사에게 송치하는 결정은 그 소년에게 불리하게 작용할 수 있으므로 입법론적으로는 소년법원의 송검결정에 대하여 소년이 항고할 수 있는 명문의 규정을 두는 것이 바람직하다: 오영근/최병각, 앞의 책, 81쪽; 이완규, 앞의 글, 87쪽.

93) 유진식, 앞의 책, 350쪽; 신기하, 앞의 논문, 497쪽.

의주의로의 전환방안이 구체적으로 제시되고 있지만, 현재 우리 형사사법이 취하고 있는 기소편의주의 및 기소독점주의와의 조화를 고려하고, 선의권 행사에 대한 사전제한과 사후통제의 철저화를 통하여, 검사선의주의의 장점을 최대한 살리고 문제점을 극소화하는 방향으로 운영할 것을 전제한다면, 현행대로 검사선의주의를 유지하더라도 범죄소년에 대한 이원적 처리절차의 관할통합이나 사무분담의 적정한 운영을 통하여 검사선의주의가 안고 있는 문제점을 어느 정도는 해소할 수 있을 것이다.⁹⁴⁾ 그럼에도 검사선의주의의 효율성을 제고하기 위해서는 다음과 같은 개선방안이 강구되어야 할 것이다.

첫째, 검사선의주의 하에서 그 동안 가장 큰 문제점으로 지적되어 온 것은 형사사건으로 기소된 범죄소년이 형사법원에 의해 소년법원으로 송치될 경우, 범죄소년사건의 절차와 관할의 이원화로 인하여 범죄소년은 공판 및 심판이 진행되는 동안 구치소, 교도소의 미결수용실 또는 대용감방 등에 미결구금되어 있다가 소년법원 송치결정과 함께 소년분류심사원에 위탁되는 등 미결구금이 장기화되어 절차지연과 중복으로 인한 불이익을 받는다는 점이다.⁹⁵⁾ 즉 형사법원에서 소년법원으로의 송치는 이미 앞에서 언급한 것처럼 검사의 선의권행사에 대한 가장 중요한 사후적·사법적 통제수단으로서 소년에 대한 교육과 보호의 견지에서 검사선의주의가 갖는 형사처분우위적 경향을 완화하고자 하는 의미를 갖는 것이지만, 대상소년의 입장에서는 절차지연과 미결구금기간의 장기화라는 불이익을 받고 있는 것이다. 그러나 이는 선의주의의 문제라기보다는 현재 운영되고 있는 범죄소년의 처리절차가 형사절차와 보호절차로 이원화되어 있기 때문에 필연적으로 발생하는 문제라 할 것이다.

94) 최병각, 앞의 학위논문, 130쪽; 김일수, 종합토론, 법무부, 청소년범죄연구 제5집, 1987, 98쪽; 김용우, 앞의 책, 129쪽; 김성돈, 앞의 글, 117쪽. 검사선의주의에 입각하면서도 검찰과 경찰의 역할분담을 주장하는 견해로는, 임상규, 앞의 논문, 48쪽 이하.

95) 김지선, 소년미결구금제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2003, 45쪽.

따라서 소년미결구금과 관련된 문제점은 소년사건처리절차에 대한 개선을 대전제로 할 때 근본적인 해결책을 모색할 수 있다 할 것인데, 가장 바람직한 개선방안은 독일과 같이 독립된 소년법원을 설치하고 소년사건처리절차를 일원화하는 방안을 채택하는 경우 선의권 문제를 근본적으로 해소할 수 있을 뿐만 아니라 형사법원과 소년법원간 이송 내지 소년형사부와 소년보호부간 이송에 따른 미결구금기간 장기화의 문제도 일거에 해결할 수 있다.⁹⁶⁾

차선책으로는 현행 제도를 유지하면서 형사절차에서도 범죄소년을 구치소에 구금시키는 대신 소년분류심사원에 위탁할 수 있도록 하는 방안을 생각할 수 있다. 이 경우에는, 비행소년에 대한 미결구금의 일원화가 이루어져 통일된 기준을 정립·시행하기가 용이하고, 소년분류심사원의 비행소년에 대한 조사역량을 강화할 수 있는 계기가 마련되며, 검사가 기소재량과 선의권을 행사할 때 소년보호이념에 충실한 보다 합리적인 판단을 내릴 가능성이 커질 수 있다. 따라서 사법처리의 대상이 된 비행소년에 대한 미결구금은 검사가 신청하여 소년법원(또는 형사법원)이 발부한 영장에 의해 소년분류심사원(또는 독립된 소년구금시설)에 수용하되, 소년분류심사원에 대한 위탁기간을 현재의 구속기간보다 길지 않도록 제도화하는 것이 바람직할 것이다.⁹⁷⁾

둘째, 검사의 선의권행사와 관련하여서는 소년문제에 대한 비전문가인 검사 중심의 소년사법에서 소년문제에 대한 전문가 중심의 소년사법으로의 전환이 가장 중요하다. 학계에서 그 동안 끊임없이 주장되어 온 것 중의 하나가 바로 소년전담검사제의 확립이었다. 이는 특히 검사가 범죄소년의 인격과 환경에 대하여 조사하는 경우에 조사에 필요한 전문적인 지식이 없는 경우가 많아서 충실한 조사가 불가능하다는 비판에 직면하게 된

96) 김성돈, 앞의 글, 117쪽; 김현채, 앞의 지정토론문, 158쪽.

97) 오영근/최병각, 앞의 책, 98-99쪽; 김성돈, 앞의 글, 116쪽 참조.

다. 소년사건처리에 있어서 비행사실의 유무에 못지않게, 오히려 더욱 중요한 것이 소년의 인격과 환경에 따른 특별예방의 필요성, 즉 형사처분의 필요성 또는 보호처분의 필요성의 존부이기 때문이다.

이와 관련하여 현행 소년사건 처리절차상 판사에 대하여는 조사관 조사 명령, 소년분류심사원 위탁, 판결전조사 등 소년범의 범죄원인 규명과 재범예측에 필요한 자료를 제공받을 수 있는 다양한 방법이 제도화되어 있는 반면, 검사는 소년사건 처리시 참고하여야 할 범죄원인·환경·요보호성 등에 대한 자료를 수집·분석할 수 있는 수단이 제도화되어 있지 못한 실정이다. 따라서 검사도 분류심사의 필요성이 있다고 판단되는 소년범을 소년분류심사원에 위탁할 수 있도록 하고 그 결과를 참조하여 기소유예, 기소 또는 소년법원 송치여부를 결정하는 방안을 강구할 필요가 있다. 이 경우에는 형사기소되는 소년범이나 소년법원송치되는 소년범이 모두 절차에 상관없이 조기에 비행성진단을 받을 수 있다는 점에서 실익이 크다 할 것이며, 앞에서 언급한 일원화된 소년절차 모델과 결합되는 경우에는 분류심사를 거쳐 소년법원에 기소함으로써 절차를 간소화하여 법원의 부담을 경감할 수 있다는 장점도 있다.⁹⁸⁾ 그리고 소년사건에 관한 전문성이 결여되었다는 비판을 받고 있는 검찰도 직제개편과 각종 교육 등을 통하여 전문성을 보장하는 방안을 강구하여야 할 필요가 있음은 물론이다.

셋째, 현행 소년법상 보호절차에 뒤따르게 될 보호처분의 종류와 내용은 빈약하기 때문에 검사가 절차에 대한 선의권을 행사할 때에 독립적인 영향을 미칠 변수로 작용하지 못하고 있는 수준이다. 따라서 검사의 선의권행사를 더욱 용이하게 할 수 있는 선행조건은 보호처분의 종류를 보다 다양화하여 그 내용을 더욱 풍부하게 하는 일이라 할 것이다. 특히 보호처분의 종류로서 복지모델에 부합된 처분의 종류뿐만 아니라 범죄예방적 효과를 거둘 수 있는 처분의 종류, 나아가 ‘회복적 사법모델’에 적합한 처분

98) 김지선, 앞의 책, 153쪽; 김현채, 앞의 지정토론문, 159쪽; 신희구, 앞의 글, 107-108쪽.

의 종류를 구비할 필요가 있다. 선택적 판단을 위한 형식적인 기준을 마련하는데 그치지 않고 그 판단 시에 고려할 수 있는 실질적인 내용까지 마련해 둔 토대 하에서 검사의 선의권행사는 훨씬 더 수월해 질 수 있을 것이기 때문이다.⁹⁹⁾

주제어 : 소년법상 선의권, 검사선의주의, 법원선의주의, 소년법원, 소년분류심사원

99) 김성돈, 우리나라 소년사법에 있어서 가족집단협의(Family Group conferencing)제도의 도입방안, 2005년 춘계국제학술회의 발표문, 한국피해자학회, 2005/4, 102쪽. 논자는 법적 근거없이 인정되어 오던 선도조건부기소유예제도 대신에 가족집단협의라는 회복적 사법의 프로그램을 기소유예와 연계한다면, 협의의 결과물에 대하여는 법원의 사후통제도 필요없이 절차를 종결할 수 있게 되어 진정한 의미의 검찰Diversion제도가 현실화 될 수 있을 것이라 주장한다.

The Problem with the Primary Authority in the Juvenile Law and its Reformation Plan

Toh, Joong-Jin* / Ryu, Byung-Kwan**

Nowadays, as the juvenile delinquency is being realized as one of serious social problems around the world, the effort to prevent it and to reform a juvenile delinquent is continually going on.

Though the judicial system dealing with the juvenile delinquency is different in each country, they have in common in emphasizing the reformation and the protection of the juvenile for their proper development rather than the punishment of them.

Generally, the right to prior consideration, that is, the right to consider the process of handling with the juvenile crime as the first one, has been given to the public prosecutor since the establishment of the juvenile law in 1958. However, recently, while there is a suspicion about the prosecutor's direct interference in the process of protection for the juvenile delinquent, that the legal court has to be introduced as the alternative to the prosecutor's prior involvement in the juvenile legal process, in order to solve the problem related with the present juvenile law, is coming up as a strong opinion.

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

** Professor, Department of Police Administration in Konyang University, Ph.D. in Law

Therefore, this research, after discussing the advantage and disadvantage of giving the priority to the prosecutor with the review of the legal interpretation related with the juvenile law§ 49 (1), tried to suggest the reformation plan.

The present right of the priority to prosecutor has to be corrected like the following, as the effective defense from the juvenile delinquency whose problem is becoming severe in quantity and quality.

First, we have to install the separate juvenile legal court as like in Germany, and choose the alternative to unify the juvenile legal process.

Second, in relation with the priority to the prosecutor, the transformation from the juvenile law centered around the prosecutor which is amateur about the juvenile problem, to the one professional about the juvenile delinquency, has to be done. In other words, the legal process which is professional about the juvenile delinquency, has to be founded.

Third, we have to diversify the kinds of protection in order to facilitate the prosecution practice properly, and enrich its content.

Keywords: The primary authority in the juvenile law, Juvenile legal court.

저작형법에 관한 시론

민영성 / 계승균

형사정책연구 제17권 제2호(통권 제66호, 2006 · 여름호)

한국형사정책연구원

저작형법에 관한 시론

민영성* / 계승균**

I. 머리말

동서고금을 막론하고 학문, 문화, 예술의 중요성에 대해서는 누구나 공감하는 바이다. 이는 인간의 특징적인 삶의 형태로써 우리 삶을 윤택하게 하고 풍요롭게 해주는 역할을 하기 때문이다. 그러나 이러한 문화현상은 일반 재화처럼 사고파는 물건이 아니었기 때문에 경제적 중요성도 자각되지 못했고 단지 감정의 문제로만 여겨져 온 결과, 문화에 관한 권리의 기본이라고 할 수 있는 저작권침해의 문제에 대해서는 그 동안 무감각했던 것이 사실이다. 역사적으로 보더라도 표절이나 불법복제의 경우 이를 명예의 문제로만 보고 저작권침해의 문제로는 다루지 않았었다. 그러나 문화에 관한 시장의 광역화, 국제화와 문화유형의 다양화와 함께 문화에 많은 자본이 투하되면서 저작권침해에 대한 인식이 새롭게 자각되게 되었고, 그 결과 이에 대해 적극적으로 대처하고자 하는 움직임의 일환으로서 저작자에게 많은 권리들이 실정법적으로 부여되게 되었다. 국내적으로만 보더라도 대학가에서의 대학교재의 불법복제 문제가 1980년대부터 불거지기 시작하였고, 1990년대에 들어서면서 불법복제음반, 불법복제비디오, 불법복제 컴퓨터프로그램 등의 문제가 나타나게 되었다. 또한 1990년대부터 콘텐츠가 인

* 부산대학교 법과대학 부교수, 법학박사

** 변호사, 법학박사

터넷을 통하여 유통되면서 인터넷에서의 불법전송 등이 문제가 되고 있다.

문화가 단순한 교류의 형태가 아닌 교역의 형태가 되면서 문화자체가 하나의 상품 내지 재화로 변하고 있는 것이 현실이다. 문화자체도 하나의 산업으로서 경제정책의 대상으로 변질됨에 따라 경제적 논리와 수익을 갈망하는 대상으로 변하게 되었고, 이러한 변화의 속도는 점점 빨라지고 있다.

그렇다면 문화를 생성해 내는 사람들의 권리에 대한 침해는 결코 간과할 수 없는 중대한 문제이고 따라서 그에 대한 보호를 당연히 요청할 수밖에 없다. 단순히 문화 창작자의 감정을 상하게 한다는 정도가 아니라, 문화 창작자가 창출해내는 수익에 대한 보장을 침해할 때에 그 저항의 정도는 더욱더 커진다고 할 수 있기 때문이다. 이처럼 현대사회에 있어서 문화라는 산업은 영리의 대상이 되기 때문에 기업들이 높은 관심을 보이고 있고 따라서 문화창작에 대한 침해에 대해서 민감하게 반응하면서 보호를 요청하게 된다.¹⁾

이 보호의 방법에는 전통적으로 민사적 보호와 형사적 보호가 제시되어 왔다. 문화공급자인 창작자가 제공하는 문화라는 재화에 대해서 문화수요자가 이를 정당한 방법으로 취득하지 아니하고 불법적으로 부당이득을 취하면서 저작권을 침해하고 있는 경우, 부당이득을 환수하거나 저작권 침해자를 처벌하는 등의 대책이 필요하다. 계약위반이나 손해가 발생한 경우에는 민사적 방법이 채택되어야 할 것이고, 이러한 불법의 형태가 국가질서 내지 사회질서의 유지 차원에서 대응하여야 한다고 판단되는 사안이라면 국가의 공권력을 동원할 수도 있다.

우리의 저작권법은 위의 양자 모두를 채택하고 있다. 즉 저작권침해에 대해서 민사적 구제방법과 형사적 구제방법 모두를 규정하고 있다. 본고에

1) 문화보호와 관련하여 문화와 국가와의 관계에 대해서 생각해 볼 필요가 있다. 예나 지금이나 문화는 국가로부터 자유로운 영역에 속할 수는 없다고 판단된다. 국가가 문화의 가장 큰 후원자이기 때문이다(우리 헌법 제9조 참조). 헌법재판소 1994. 2. 24. 선고 93헌마192 전원합의회 결정에서 우리나라는 문화국가를 지향하고 있음을 밝히고 있다.

서는 먼저 저작권보호의 필요성에 대해서 간단히 설명한 후, 저작권자에 대한 구제방법 중 형사적 구제방법의 핵심이라고 할 수 있는 저작형법의 기능에 관하여 살펴보기로 한다. 나아가 저작형법의 핵심적인 조항에 관해서도 검토해 보기로 한다. 다만, 우리의 경우 이 분야에 관한 해석론이 걸음마 단계에 있고 사례도 아직까지는 희소하므로 우리 저작권법의 모델이라고 할 수 있는 독일저작권법의 내용과 해석론을 참조하면서 논의를 전개하기로 한다.

II. 저작권보호의 필요성

오늘날 문화와 예술은 우리의 삶에 커다란 의미를 부여해 줄 뿐만 아니라 그 경제적 의미 또한 더욱더 커지고 있다. 따라서 예술과 문화를 향유하는 자들은 창작자 내지 문화창조자에 대하여 일종의 감사의 채무를 부담하고 있다고 하겠다. 즉 개인의 문화적 욕구를 충족시켜주는 점에 대해서 일반 대중은 문화의 창작자에게 감사하여야 한다. 일반 대중은 정신적 창작자에게 개인적이면서 경제적인 이익을 실질적으로 보장해줌으로써 이러한 감사를 표현해야 한다.²⁾

그런데 문화나 예술을 즐기기 위해서는 문화향유자는 문화를 담고 있는 매개체 또는 재화를 수단으로 삼아야 한다. 앞서 언급한 대로 문화나 예술은 그 자체로서 국민경제의 성장요인이 되고 고용시장을 창출한다. 흔히 일컬어지는 문화산업, 문화경제라는 말은 이를 두고 하는 말이다.³⁾ 이러한

2) BGHZ, 17, 266, 278.

3) 우리나라에서도 이미 문화를 하나의 산업 내지 상품으로 보고 이를 법률로 정하여 진흥을 꾀하고 있다. 대표적인 법률로서 우선 문화산업진흥기본법(2005. 7. 21. 개정, 법률 제7604호)을 들 수 있다. 이 법 제1조에서는 문화산업의 지원 시 육성에 필요한 사항을 정하여 문화산업 발전의 기반을 조성하고 경쟁력을 강화시키며, 국민의 문화적

문화를 산업적인 측면에서 이해할 경우, 문화 창작자의 창작활동에 대한 경제적 보호의 측면에서 저작자는 자신의 저작물을 이용하려면 일정한 이용료를 내고 이용할 것을 요구할 수 있고, 이용료의 지불 없이 이용하는 것을 금지시킬 수 있다. 저작권은 창작자의 정신적 활동에 대한 대가를 보장해주는 적절한 수단이라고 할 수 있고, 저작권법은 이를 보장하는 법률이라고 할 수 있다. 독일의 연방대법원⁴⁾은 이미 1955년에 이 점에 관하여 적절하게 지적하고 있다.

“근대 저작권에 있어서 저작자의 이용권은 창작활동에 기반을 두고 있는 정신적 소유권의 외적 발산이라는 것은 일반적으로 잘 알려져 있다. 제3자가 자신의 저작물을 이용하려 할 때에 적당한 보수를 청구할 수 있는 저작자의 저작물에 관한 지배권은 단순히 입법자가 수여한 것에 지나지 않는 것이 아니라, 사물의 본성으로부터 나오는 것이다. 즉 자신의 정신적 소유권으로부터 추출되는 것이다. 실질적인 입법은 이것의 단순한 승인과 외적 표현에 지나지 않는다.”

저작권법은 문화공급자인 창작자와 문화수요자인 이용자 사이의 다양한 관계를 규율한다. 따라서 저작권법은 문화활동을 하는 자들에 대한 기본적인 법률질서이다. 이는 정신적 소유권(das geistige Eigentum)을 물질적 소유

삶의 질 향상과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다고 하여 문화 자체가 하나의 산업이며 인간의 삶뿐만 아니라 경제발전에 기여하는 요인으로 보고 있다. 제2조 제1호에서는 문화산업의 유형에 대해서 정의하고 있고 제2호에서는 문화상품을 문화적 요소가 체화되어 경제적 부가가치를 창출하는 유·무형의 재화(문화관련 콘텐츠 및 디지털문화콘텐츠를 포함한다)와 서비스 및 이들의 복합체라고 보고 있다. 문화예술진흥법(2005. 3. 24. 개정, 법률 제7415호) 제2조 제2호에도 문화산업이라 함은 문화예술의 창작물 또는 문화예술용품을 산업의 수단에 의하여 기획·제작·공연·전시·판매를 업으로 영위하는 것으로 정의하여 문화의 산업성, 경제성의 중요성을 부인하지 않고 있다. Schricker, Gerhard, “Urheberrecht zwischen Industrie- und Kulturpolitik”, GRUR 1992, SS. 242.

4) BGHZ, 17, 266, 278.

권(das Sacheigentum)과 동일시하여 보호하고자 하는 것이다. 이는 우리 헌법 제23조에서 밝히고 있는 재산권보장규정에도 부합하는 것이고, 특히 제22조 제2항의 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보장한다”라고 하는 헌법의 정신을 저작권법이 구체적으로 구현하고 있는 것이라고 할 수 있다.⁵⁾ 독일의 연방헌법재판소⁶⁾는 “저작자에게 정신적 창작에 관한 재산적 가치를 기본적으로 귀속시키는 것은 헌법에서 말하는 소유권으로서의 저작권의 구성표지에 속한다”라고 하여 저작권도 분명히 보호대상임을 밝히고 있다. 또한 독일 연방대법원⁷⁾은 정신적 소유권을 보호하지 않는 사회는 실질적으로 자유사회가 아니라고 단언하고 있다. 나아가 저작권 침해는 무역충돌의 원인이 되기도 하고, 저작권보호의 필요성은 개별 국가 내에서 뿐만 아니라, 국가간의 교역에 있어서도 문제가 된다.

III. 저작형법의 기능

1) 형사법적인 관점에서 보면 저작권보호는 다음과 같은 의미를 가진다.

공동체 속에서 보호의 가치는 있지만 형법적 보호 특히 국가강제력에 의한 보호로부터 제외되는 저작물이라면 규범의 수범자들은 굳이 책임의식까지 느끼지는 않는다. 단순히 민사적인 보호 아래에 있는 저작물을 침해한 경우에는 자신은 단순한 채무자라고만 느낄 뿐이지 자신이 저작질서나 창작질서를 침해한 범죄행위자로 생각하지는 않을 것이다. 이러한 경우 침해받은 저작권자는 민사소송을 제기하거나 손해배상을 청구하여 자신의

5) 김종보, “지적재산권의 강화 경향과 정보공유와의 관계에 대한 고찰”, 법학연구 제46권 제1호, 2005, 98면; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2005, 471면 참조.

6) BVerfGE 49, 382.

7) BGHZ, 17, 266, 278.

손해를 보전하려고 할 것이다. 그런데 민사소송을 통하여 자신의 권리회복을 하고자 하는 경우에는 오랜 기간이 소요될 뿐만 아니라, 소송비용을 부담하여야 하는 단점이 있다. 이러한 단점에 더하여 규범의 유효성에 대한 신뢰를 상실하게 될 가능성도 있다. 이런 점에서 저작형법은 규범보호역할을 담당한다.

저작형법은 또한 문화보호라는 관점에서 중요한 역할을 한다. 문화는 일종의 사회현상으로서 인간의 창조적인 노력에 기초하고 있다. 그런데 문화라고 하는 추상적인 현상은 구체적인 형태, 즉 도서, 강연, 회화, 노래 등의 형태로써 후대에 전수되고 동시대의 사람들에게 전달된다. 따라서 어떻게 이러한 전달수단이 보호될 수 있는가는 중대한 문제이고, 저작권법이 바로 이 문제를 다루는 법이라고 할 수 있다. 저작권의 역사는 문화전달체인 저작물 보호의 역사라고도 할 수 있다. 역사적인 예를 들면 1450년에 인쇄기의 발명과 복제기술의 진전은 저자나 출판업자에게 정신적으로 창작된 저작물을 보호해야한다는 점에 관한 경각심을 갖게 하였다. 그 결과 출판업자들은 이에 대한 보호장치로서 특권을 요구하게 되었던 것이다. 정신적 소유권을 침해하는 것은 비난받을 수 있는 행위라는 관념이 형성되게 된 것이다. 이러한 기초적인 인식은 오늘날까지 그대로 이어지고 있기는 하다. 저작자 내지 저작권자는 자신의 저작권이 침해당했을 경우에 형사법적인 보호방법, 민사법적인 보호방법 중에서 선택할 수 있다. 다만, 형사법적인 보호규범보다는 민사법적인 보호규범이 앞선다는 민사법 우위의 원칙(das Primat des Zivilrechts)은 여기서도 유지되고 있다.⁸⁾

8) 민사법우위의 원칙(Primat des Zivilrechts) 내지 형법의 보충성(Subsidiarität des Strafrechts)의 원칙에 따라 저작권 침해의 문제를 민사적으로 해결하면 되지 굳이 국가 형벌권까지 동원하여 해결하는 것은 과도한 국가의 형벌권행사에 해당되지 않는가 하는 의문이 들 수도 있다. 배중대, 형법총론(제7판), 홍문사, 2004, 41면 참조. 그러나 불법복제의 경우 저작권침해에 해당하더라도 그 실질은 저작권자의 저작물을 무단으로 복제하여 저작권자의 경제적 수익가능성 내지 경제적 과실을 직접적으로 찬탈하는 경제사범에 해당한다. 표절의 경우 저작자의 창작성을 차용하여 마치 자신의 아이디어나

2) 형법의 3가지 기능으로서 사회의 보호, 억압적 및 예방적 기능, 법익 보호와 사회윤리적인 행위가치의 보호를 드는 것이 일반적이다.⁹⁾

먼저 형법은 사회에서의 인간 공동체의 삶을 보호한다. 인간은 로빈슨 크루소처럼 무인도에서 다른 사람과 관계를 맺지 않은 채 영원히 살아갈 수는 없다. 형법은 인간의 사회관계에 있어서 중요한 역할을 한다. 형법은 이미 발생하고 형성된 법익을 침해한 행위에 대해 징벌함으로써 공동체보호라는 임무를 수행한다. 이러한 점에서 억압적 내지 응보적 기능을 담당한다. 다른 한편으로 법익침해에 대해서는 형벌이라는 수단을 부과할 것이라는 점을 경고함으로써 법익을 보호하고자 한다. 이러한 점에서 형법은 예방적 기능을 담당한다. 이러한 형법의 억압적 기능과 예방적 기능은 서로 대립되고 모순되는 기능이 아니라 하나의 통일된 개념으로 이해하여야 한다. 법익을 보호한다는 의미에서는 같은 임무라고 할 수 있기 때문이다. 이처럼 형법은 공동체 사회의 법익뿐만 아니라 인간의 행위에 대해서도 보호한다. 이러한 형법의 세 가지 기능은 저작권법에도 그대로 적용된다고 할 수 있다.

3) 그런데 저작물의 특성상 저작권에 대한 침해는 한 국가 내에서만 이루어지는 것은 아니다. 특히 현대사회에서는 한 국가 내에서 이루어진 저작물이 순식간에 전세계로 전파되고 따라서 침해 역시 국제적으로 이루어질 가능성이 상존한다. 그렇다면 국경을 넘어서 이루어지는 저작권침해에

표현인 것처럼 행사하는 것이기 때문에 그 비난가능성은 다소 적다고 할 수 있더라도 저작인격권 등을 침해하는, 창작자의 명예를 건드린다는 점에서 비난가능성은 존재한다. 또한 현실적인 문제로서 아직까지 저작권침해에 대해 다소 둔감한 사회적 현실과 저작권침해(크게는 지적재산권침해)에 대해 신속하고 실효성 있는 배상제도가 마련되지 않은 상황 하에서는 민사적 구제방법을 지나치게 강조하는 것은 시기상조가 아닌가 하는 생각이 든다.

9) 이재상, 형법총론(제5판), 박영사, 2005, 6-8면; 김일수/서보학, 새로 쓴 형법총론 (제10판), 박영사, 2004, 28-31면; 임웅, 형법총론(개정판), 법문사, 2002, 7-10면.

대해서 어떻게 대응할 것인가 즉, 국제적 보호문제를 어떻게 해결할 것인가가 문제된다. 이 문제에 관해서는 이미 19세기 말부터 논의가 시작되어 현재는 WTO체제 하의 문제로서 다루어지고 있다. 즉, 외국인 저작물의 국내에서의 보호에 관해서는 국내입법에 의한 일방적인 보호방법과 양자간 조약에 의한 방법, 다자간 협약에 의한 방법들이 있으나, 그 내용은 대부분 내국민대우의 원칙, 최소보호의 원칙, 소급보호의 원칙, 관세의 면제 문제, 분쟁해결의 방법 등으로 구성되어 있고 형사처벌조항과 관련하여서는 그다지 심도 있는 논의는 이루어지지 않고 있다. 저작자구제수단으로서 형사처벌조항을 둘 것인지 여부는 국내입법 [예를 들면, 음반의 무단복제로부터 음반제작자를 보호하기 위한 협약(Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorised Duplication of Their Phonograms of 29 October 1971) 제3조 참조]에 맡기고 있다.

IV. 저작권의 형법적 보호

앞에서 살펴 본 바와 같이 저작권도 소유권 등과 마찬가지로 재산권의 한 내용으로서 보호받을 가치가 있고, 이에 대한 침해에 대해서는 국가의 형벌권이 동원되는 형사적 보호방안도 보장되고 있다. 그런데 저작권은 권능의 다발로 보는 것이 일반적인 견해이다.¹⁰⁾ 즉 저작권은 저작재산권과 저작인격권으로 대별되고, 저작재산권에는 복제, 공연, 방송, 전송, 전시, 배포, 2차저작물작성권이 포함되며, 저작인격권에는 공표권, 성명표시권, 동일성유지권이 포함된다. 우리 저작권법 제97조의5는 저작재산권을 침해한 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고

10) 오승중/이해완, 저작권법(제4판), 박영사, 2005, 238면; 송영식/이상정, 저작권법개설 (제3판), 세창, 2003, 120면.

있다. 문제는 저작인격권이다. 우리 저작권법 제98조 제2호에서는 저작인격권을 침해하여 저작자의 명예를 훼손한 자를 처벌한다고 규정하고 있고, 또한 제99조에서는 저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명·이명을 표시하여 저작물을 공표한 자도 처벌하고 있으며, 저작자가 비록 사망하였더라도 그 저작물을 이용하는 자가 저작자가 생존하였더라면 그 저작인격권의 침해가 될 행위를 한 경우에도 처벌하고 있다. 이러한 조항들을 보면 알 수 있듯이 우리 저작권법은 저작권침해행위를 처벌하는 것을 원칙으로 하고 있으며, 특정한 의무위반행위 예를 들어 저작물을 이용하면서 출처를 명시하지 않은 경우에도 벌금형에 처하도록 하고 있다.¹¹⁾

독일저작권법의 경우 그 중심규정은 독일 저작권법 제106조¹²⁾라고 할 수 있다. 이 조문은 백지규범이라고 불려 지는데, 그 이유는 저작권을 비교적 포괄적으로 보호하고 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 원칙적으로 우리와는 달리 저작인격권의 침해에 대해서는 처벌하지 않는다. 독일저작권법 제11조¹³⁾와 관련하여 제97조¹⁴⁾의 민사법적인 보호규범은 저작자에게

11) 오승중/이해완, 앞의 책, 503면; 윤경, 저작권법, 육법사, 2005, 683면.

12) 제106조 (보호저작물의 무단 이용)

① 법률상 허용된 경우 이외에 권한이 있는 자의 승낙 없이 저작물, 저작물의 개작물 또는 변형물을 복제, 배포 또는 공개 재생하는 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다.

② 미수는 처벌한다.

13) 제11조 (통칙) 저작권은 저작물에 관한 저작자의 정신적, 개인적 관계에서 그리고 저작물의 이용에 있어서 저작자를 보호한다. 동시에 저작권은 저작물의 이용에 관한 상당한 보상의 보장에 이바지한다.

14) 제97조 (정지 및 손해배상 청구)

① 저작권 혹은 본법상 보호되는 여타 권리를 위법하게 침해한 자에 대하여 피해자는 침해의 배제를, 반복할 위험이 있는 경우에는 침해의 정지를, 가해자에게 고의 또는 과실이 있는 경우에는 손해의 배상도 청구할 수 있다. 피해자는 손해의 배상에 갈음하여 가해자가 권리의 침해에 의하여 얻은 이득의 반환 및 그 이득에 관한 계산보고를 청구할 수 있다.

② 저작자, 학술적 출판물의 작성자(제70조), 사진가(제72조) 및 실연자(제73조)는 가해자에게 고의 또는 과실이 있는 경우에는 재산적 손해배상 이외의 손해를 이유로 형평에 합치하는 범위 내에서 금전에 의한 배상을 청구할 수 있다. 이 청구권은 양도할 수 없다.

이중적인 보호관점, 즉 자신의 정신적이고 개인적인 저작물과의 관계(in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk)를 보호하고 저작물의 이용권(in der Nutzung des Werkes)을 모두 보호해주고 있는데 반하여, 저작형법의 규정인 제106조는 소위 저작재산권의 영역에 대해서만 구제¹⁵⁾를 하고 있다. 다만, 제107조¹⁶⁾에서 두 가지 예외를 인정하면서, 저작인격권에 관한 고의적인 침해에 대해서는 형벌에 처하도록 하고 있다. 이하에서는 저작인격권침해와 저작재산권침해의 경우로 나누어 설명해 보기로 한다.

1 저작인격권의 보호

가. 우리나라의 경우

저작인격권(Urheberpersönlichkeitsrecht, moral right)이란 저작자가 자신의 저작물에 대하여 가지는 인격적 권리를 말한다. 독일 저작권법 제11조는 이를 저작물에 대하여 갖는 저작자의 정신적이고 개인적인 관계를 보호하는 것이라고 보고 있다. 민법상의 인격권은 일반적인 인격권 보호에 중점이 있지만, 저작인격권은 저작자의 명예와 명성, 저작물과의 관계를 보호한다.¹⁷⁾

③ 다른 법률의 규정에 의한 청구권은 이로 인하여 영향을 받지 아니한다.

15) Schricker, Gerhard/Haß, Gerhard, Urheberrecht (2. Aufl.), C.H.Beck, 1999, §106, Rdnr. 1; Schack, Haimo, Urheber-und Urhebervertragsrecht, Mohr Siebeck, 1997, S. 315.

16) 제107조 (저작자 표시의 무단 표시)

① 미술저작물의 원본에 저작자의 승낙을 얻지 아니하고 저작자 표시(제10조 제1항)를 부가하거나 이와 같이 부가한 원본을 배포하는 자, 미술저작물의 복제물, 개작물 또는 변형물에 원본의 외관을 가지게 하는 방식으로 저작자 표시(제10조 제1항)를 부가하거나 이와 같이 표시된 복제물 혹은 이와 같은 개작물 또는 변형물을 배포한 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다. 다만, 위 행위가 여타 규정에 의하여 보다 무거운 형이 과해질 경우에는 예외로 한다.

② 미수는 처벌한다.

우리 저작권법은 저작인격권을 침해하여 저작자의 명예를 훼손하거나(제98조 제2호), 저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명·이명을 표시하여 저작물을 공표하거나(제99조 제1호), 저작자의 사망 후에 저작자의 저작물을 이용하는 자가 저작자가 생존하였더라면 그 저작인격권의 침해가 되는 행위를 한 경우에는 처벌하고 있다. 다만 그 행위의 성질 및 정도에 비추어 사회통념상 그 저작자의 명예를 훼손하는 것이 아니라고 인정되는 경우에는 그렇지 않다(제99조 제2호).¹⁸⁾ 우리 저작권법은 저작인격권과 관련하여 저작자의 명예보호에 상당한 관심을 가지고 있다고 할 수 있다.

저작권법 제98조 제2호는 제12조 제2항 또는 제13조 제2항의 경우를 제외하고 저작자의 동의 없이 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제13조 제1항에 규정된 권리를 침해하는 것을 내용으로 한다. 다만 이 조문의 해석상, 저작인격권의 침해만으로는 범죄가 성립되지 않으며 저작인격권 침해와 더불어 저작자의 명예도 함께 훼손되어야 한다는 점을 특색으로 꼽을 수 있다.¹⁹⁾ 우리 대법원²⁰⁾도 같은 견해를 취하고 있다. 판례에 따르면 “구 저작권법 제16조²¹⁾의 이른바 저작자의 명예와 성망을 해한 것이 되려면 저작물의 내용을 자의로 변개한 것만으로는 부족하고 그 변개의 내용이 잘못된 것이어서 저작자의 명예와 성망을 훼손시킨 때에 그 요건이 충족되는 것이므로, 현실 법령에 부합되도록 저작물의 내용을 변경한 것이고 그 내용이 틀린 것이 아니라면 저작자의 명예와 성망을 해한 것이라 볼 수 없

17) 오승중/이해완, 앞의 책, 236면; Reh binder, Manfred, Urheberrecht 9. Aufl., C.H.Beck, 1998, SS. 172, 173.

18) 우리의 구 저작권법(1957. 1. 28 제정, 법률 제432호)에서도 저작인격권침해에 대해서 처벌하고 있었다. 구 저작권법 제69조에서 “제14조·제16조의 규정에 위반하여 저작자의 명예를 훼손시킨 자는 6월 이하의 징역 또는 만원 이하의 벌금에 처한다”라고 하여 저작인격권 침해 시 명예훼손을 요건으로 들고 있었다.

19) 허회성, 신저작권법축조개설(하), 저작권아카데미, 2000, 342면.

20) 대법원 1969. 10. 28. 선고, 69다1340 판결.

21) 제16조(원상유지권) 저작자는 저작물에 관한 재산적 권리에 관계없이 또한 그 권리의 이전 후에 있어서도 그 저작물의 내용 또는 제호를 개찬(改竄)·절제(截除) 또는 기타 변경을 가하여 그 명예와 성망(聲望)을 해한 자에 대하여 이의를 주장할 권리가 있다.

다”라고 하고 있다. 본죄는 친고죄이다.

그런데 제99조 제2호의 입법취지는 사망 저작자의 문화적 유산을 국가적 견지에서 보호하는데 있다고 한다.²²⁾ 이는 저작자의 생존 중의 저작권을 보호한다고 하는 의미보다는 사회 공공의 법익을 보호한다는 색채가 강함을 의미한다. 따라서 본죄는 친고죄가 아니다. 제102조에서는 이 조항을 친고죄에서 제외하고 있다.²³⁾

저작인격권침해와 관련하여 의미 있는 조항은 제99조 제1호라고 할 수 있다. 이 조항은 소위 저작자의 성명사칭죄²⁴⁾를 규정한다. 본호의 처벌 행위는 저작자가 아닌 자를 저작자로 표시²⁵⁾하여 저작물을 공표하는 행위이다.²⁶⁾ 본호에 해당하는 행위를 한 자는 저작물에 표시된 저작자명의 허위표시자가 아니라 허위표시된 저작물을 공표한 자라는 점을 주의²⁷⁾하여야 한다.²⁸⁾ 여기서 공표의 의미²⁹⁾는 저작권법에 정의되어 있다. 저작권법

22) 허회성, 앞의 책, 351면.

23) 윤선희, 지적재산권법 (제6전정판), 세창, 2004, 329면.

24) 허회성, 앞의 책, 345면.

25) 실제 저작자들의 성명을 표시하지 아니하고 “대영학원 국어과”, “대영학원 영어과”를 편저자로 하여 저작물을 공표한 경우에도 이에 해당한다. 서울형사지법 1991. 8. 14. 선고, 91노2543판결(확정).

26) 이해완, “저작권의 침해와 그 구제”, 지적소유권에 관한 제문제(하), 법원행정처, 1992, 433면.

27) 대법원 1992.12.8. 선고 92도2296 판결은, 제99조 제1호는 저작자 아닌 자를 저작자로 표시하여 저작물을 공표한 자에 대한 처벌규정이므로 저작자가 아님을 알면서도 이들을 저작자로 표시하였다면 위 벌칙해당행위에 대한 고의가 있다고 볼 것이며 진정한 저작자를 몰랐다고 하여 고의가 없었다고 할 수 없다고 하면서 교정 등 단순작업에 종사한 사람들을 ‘엮은 사람’이라 하여 저작물에 표시한 행위가 위 죄의 구성요건을 충족한다고 보고 있다.

28) 허회성, 앞의 책, 438면; 서울형사지법 1993. 6. 10. 선고 92노8384 판결(확정)에 따르면 본 호의 의미는 저작자의 이름을 사칭하여 저작물의 복제물을 공표하는 행위로서 저작자의 성명을 사칭하는 것은 일반 세인을 속이는 사기적 행위이므로 이를 방지하고, 부수하여 저작명의자의 인격적 이익을 보호하기 위한 조항으로서, 실제로 본 조가 의도하는 것은 저작자이름을 사칭하여 표시하는 행위를 범죄시키는 것이지만, 본 조에 의하여 처벌의 대상이 되는 자는 위와 같이 복제물을 공표한 자로 되어 있어 저작자의 이름을 사칭하는 행위 자체를 범죄로 하는 것이 아니고, 이러한 복제물의 배포와 결합된 행위만을 대상으로 하고 있기 때문에 최종적으로 저작자의 이름을 사칭하는 결과를 생기게

제2조 제17호에서는 공표를 저작물을 공연·방송 또는 전시 그 밖의 방법으로 일반 공중에게 공개하는 경우와 저작물을 발행하는 경우를 말한다고 규정하고 있다. 실무적으로는 본 호가 적용될 수 있는 경우는 극히 한정적이다.³⁰⁾ 본호는 저작인격권 중 동일성유지권과는 관계가 없고, 성명표시권을 위반한 경우에는 제98조 제2호에 해당한다. 그렇다면 공표권이 본호의 대상이라고 하여야 하는데 저작자 아닌 자가 공표권을 행사한 경우에도 역시 제98조 제2호가 적용대상이 된다. 따라서 본호가 적용대상이 되는 것은 저작자 아닌 자에게 저작물의 공표를 허용한 경우인 저작권법 제11조 제2항 내지 제4항까지의 규정에 한정된다.³¹⁾

한편 저작권법에서 보호하고 있는 저작인접권자의 저작인격권을 보호해야 할 것인지가 문제된다. 역사적으로 볼 때 저작권은 인간의 정신으로부터 추출된 내면의 세계를 창작한 행위를 보호³²⁾하고자 하는 것임에 반하여, 저작인접권은 창작자들의 저작물을 이용하지만 여기에 투하된 자본의 회수를 보장하거나 인접권자가 행한 노동, 해석들을 보호하고자 한다. 따라서 서로 독립된 별개의 권리라고 할 수 있다. 다만 창작자의 저작물을 이용한다는 점에서 즉, 저작권에 인접해 있다는 점에서 저작인접권이라고 부르고 있다. 저작권의 대상이 되는 저작물은 그 유형이나 내용이 표현형식의 발전에 따라 얼마든지 새롭게 나타날 수 있지만, 저작인접권은 저작권법상 실연가, 방송사업자, 음반제작자에게만 인정되는 열거주의가 채택되고 있다. 또한 저작권법의 역사적인 형성과정을 살펴보면, 민법과 같이 법상 규정되어있지 않는 것도 할 수 있는 것이 아니라, 법에서 허용하고

하는 행위로서의 배포행위를 주된 처벌대상으로 하고 있다고 볼 수 있다고 한다.

29) 서울형사지법 1993.6.10. 선고 92노8384 판결(확정).

30) 우리의 사례를 보면 논문 저작자가 자신의 논문 1편만을 게재하여 만든 이른바 별채본 형식의 논문집 표지에 다른 저작자를 표시하여 공표한 행위도 저작권법 제99조 제1호 소정의 죄에 해당한다고 보고 있다. 대법원 1992.9.25. 선고 92도569 판결 참조.

31) 허회성, 앞의 책, 440면.

32) 이런 의미로 ‘정신적 소유권’이라는 용어는 특히 저작권분야에서는 의미가 있는 말이다.

있는 것만 저작권의 내용으로서 인정되는 특징을 가지고 있다. 그런데 우리 저작권법에서는 저작인접권자에게는 저작인격권에 해당하는 권리를 부여하고 있지 않다. 따라서 해석론상으로는 저작인접권자에게 저작인격권 침해의 문제는 일어나지 않는다.³³⁾ 저작인격권에 유사한 침해가 저작인접권자에게 행해진다면 저작인접권자는 부정경쟁을 이유로, 상표법의 침해를 이유로, 민법상의 불법행위 특히 일반적인 인격권의 침해를 이유로 보호를 요청할 수 있다.

나. 독일의 경우

독일의 경우 앞에서 언급한 바와 같이 저작인격권의 침해에 대해서는 처벌하지 않는 것을 원칙으로 한다. 다만 제107조가 규정하고 있는 두 가지 경우에만 처벌하고 있다. 독일저작권법 제107조 제1호는 저작자 표시여부와 관련된 문제이고, 제2호는 조형예술물의 거래와 관련된 문제이다.

1) 제107조 제1호

본 호는 저작자가 저작자표시여부와 경우에 따라서 어떠한 저작자로 표시할 것인지를 결정하는 제13조의 제2문³⁴⁾에 근거한 권한을 보호해 준다

33) 정책론상, 입법론상으로는 저작인접권자에게 저작인격권 내지 이와 유사한 권리를 보장해줄 필요성과 실효성에 대해서 논의의 여지는 있다고 보여진다. 현대사회에 들어와서 앞서 언급한 대로 문화의 산업성, 경제성이 강조되면서 창작자보다 저작인접권자의 역할이 증대되고 있기 때문이다. 따라서 저작인접권자의 저작인격권에 해당하는 침해가 발생한 경우에 현행법에서 보장하고 있는 보호수단이 미약하거나 실효성이 없다고 판단될 경우에는 저작인접권자에게 저작인격권 내지 저작인격권에 유사한 형태의 보호를 채택할 수 있을 것이고, 나아가 형사적 보호까지도 고려할 수 있을 것이다.

34) 제13조 (저작자 인정) 저작자는 저작물상 자신이 저작자임을 인정하는 권리를 가진다. 저작자는 저작물에 저작자 표시를 할 것인지의 여부 및 어떤 표시를 할 것인지의 여부를 결정할 수 있다.

는 것이 유력한 견해³⁵⁾이다. 예를 들면 예술가가 자신이 가장 자신이 있어 하는 예술품에 대해서만 자신의 이름을 밝히고 나머지 저작물에 대해서는 예명을 사용한다든지 하는 경우이다. 따라서 예술가가 익명을 사용하는 경우에는 보호하지 않는다고 해석하는 것이 적절하다고 본다.³⁶⁾ 본 호의 행위객체는 ‘조형예술물’이다. 독일저작권법 제2조 제1항 제4호³⁷⁾에 의하면, 건축저작물, 응용예술품³⁸⁾ 그리고 이러한 저작물의 초안 등은 조형예술물의 개념에 포함된다. 독일제국법원³⁹⁾의 정의에 의하면, 형태의 목적에 부가된 미학적인 것이 생활 속에서 바라볼 때 어느 정도 예술이라고 말할 수 있을 때에 조형예술물이라고 한다. 일상생활에서 사용하는 것인지 아니면 개인적인 특성이 나타나 있는 것인지가 중요한 기준이 되며⁴⁰⁾ 저작물의 질은 중요하지 않다. 이러한 저작권법적인 해석, 즉 민사법적인 해석은 형사법의 영역에서는 약간의 의문을 남긴다. 형사소송의 증거법상의 원칙인 ‘in dubio pro reo’ 원칙과 대립되기 때문이다.⁴¹⁾

35) Fromm Friedrich Karl/Nordemann, Wilhelm, Urheberrecht, 8. Aufl., Kohlhammer, 1994, §107 Rdnr. 1; Lampe, Ernst Jochaim, “Der strafrechtliche Schutz der Geisteswerke(II)”, UFITA Bd. 83 1978, S. 17.

36) Sieg, Rainer, “Der unzulässige Anbringen der richtigen Urheberbezeichnung (§107 UrhG)”, Frankfurter am Main, 1985, S. 85.

37) 제2조 (보호저작물) ① 보호되는 문학, 학술 및 예술저작물에는 특히 다음 각 호의 것이 해당된다.

1. 문자저작물, 연설 및 컴퓨터프로그램과 같은 어문저작물
2. 음악저작물
3. 무용저작물을 포함한 무연저작물
4. 미술저작물 : 이에 건축 및 응용미술저작물과 이들의 초안이 포함된다.
5. 사진저작물 : 이에 사진저작물과 유사하게 만들어지는 저작물이 포함된다.
6. 영상저작물 : 이에 영상저작물과 유사하게 만들어지는 저작물이 포함된다.
7. 도면, 지도, 표, 약도, 도표 및 입체적 저작물과 같은 학술적이거나 기술적인 종류의 표현물

38) 이기수/안효질, “응용미술작품의 보호”, 창작과 권리 1997, 여름호(제7호), 112면 이하 참조.

39) RGZ, 76, 339, 344; BGHZ, 16, 4, 6; 24, 25, 64; 이 점에 대한 비판은 Fromm/Nordemann, a.a.O., §2, Rdnr. 13.

40) Sieg, a.a.O., S. 92.

독일에서는 제107조를 불완전한 백지규범이라고 이해하고 있는데, 형사법상의 문제를 해결하기 위하여 민사법적인 규범해석을 원용할 수도 있다. 예를 들면 조형저작물, 개작, 저작자표시와 같은 부분은 저작권법적인 해석을 필요로 한다. 그런데 저작권법적인 측면에서 볼 때 한 가지 의문은, 원저작물을 개작 내지 변형시킨 경우에 이를 원저작물과 동일시 할 수 있을까 하는 것이다. 그러나 독일저작권법 제3조에서는 제2차적 저작물 즉 개작저작물도 개작자의 개인적이고 정신적인 창작물이라고 판단될 경우에는 독자적인 저작물로 인정하여 보호하고 있으므로 달리 볼 필요는 없을 것이다. 이처럼 제107조 제1호의 원저작물과 동일하게 보아야 한다는 것이 독일의 통설⁴²⁾이다. 그러나 이에 반하여 저작물을 변형시켰을 경우에도 독자적인 저작물로 볼 것인지에 관해서는 의문이 든다.⁴³⁾ 마찬가지로 저작자 표시가 없는 원저작물의 복제물도 원저작물과 동일시 할 것인지 여부도 불투명하다. 독일의 지배적인 견해⁴⁴⁾는 저작자 자신뿐만 아니라, 원저작물의 복제에 협력하거나 감독하는 자가 행한 것도 원저작물로 간주하여야 한다고 보고 있다.

본 호의 행위는 저작자표시에 대한 침해라고 할 수 있다. 여기서 말하는 저작자표시(Urheberbezeichnung)의 개념과 관련해서는 독일저작권법 제10조 제1항의 내용을 먼저 살펴볼 필요가 있다. 동 항은 “발행된 저작물의 복제물 혹은 미술저작물의 원본에 통상의 방법으로 저작자로서 표시된 사람은 반대사실의 입증이 없는 한 당해 저작물의 저작자로 본다. 표시가 저작자의 필명 혹은 예명으로 알려진 경우에도 마찬가지이다”⁴⁵⁾라고 하고

41) Sieg, a.a.O.,

42) Fromm/Nordemann, §3, Rdnr. 20; Sieg, a.a.O., s. 94; Weber, a.a.O., S. 252.

43) Fromm/Nordemann, §23, Rdnr. 1; Weber, a.a.O., S. 77.

44) Fromm/Nordemann, §26., Rdnr. 2; Sieg, a.a.O., s. 94; Weber, a.a.O., S. 250.

45) 박익환 번역, 독일저작권법(2004), 저작권심의조정위원회, 2004, 18면. § 10 Wer auf den Vervielfältigungsstücken eines erschienenen Werkes oder auf dem Original eines Werkes der bildenden Künste in der üblichen Weise als Urheber bezeichnet

있으나, 독일의 해석론은 제2문의 경우를 제한적으로 해석하고 있다. 즉 저작자가 성명을 공표할 것인지 또는 어떠한 성명으로 공표할 것인지를 결정하는 권리에 한해서 적용하고 있다.

또한 저작표시의 변경이 독일저작권법 제13조 제2문에 해당되는지의 여부도 의문이다. 예술가가 서명하지 않은 저작물에 자신의 이름으로 서명한 행위자는 독일저작권법 제107조 제1항에 따라 처벌이 가능하다. 문제는 예술가의 이름에 다른 문자를 부가한다든지 하는 경우에도 처벌이 가능한가 하는 점이다. 독일의 해석론⁴⁶⁾은 제107조가 비록 제13조를 언급하고 있지는 않다 하더라도 제107조 제1호와 제13조가 서로 밀접한 관계를 가지고 있기 때문에 이러한 변경도 구성요건에 해당한다고 보고 있다.

또한 행위자가 저작자의 승인 없이 이름을 기재하는 경우, 예컨대 무명의 화가가 자신의 그림에 세계적인 화가의 성명을 기입한 경우처럼 저작권법 제107조에 의해서 포섭되지 않는 저작자 표시의 경우에는 어떻게 될 것인지도 의문이다. 독일에서는 이러한 경우 독일저작권법 제107조 제1호에 의해서가 아니라, 독일형법 제267조에 따라 처벌받게 된다. 즉 정당한 저작자 표시를 그릇되게 표시하는 것은 처벌을 받지만, 즉 유명화가의 그림에 있는 서명을 변개시키는 경우에는 처벌을 받지만, 위의 예에서처럼 무명화가가 자신의 그림에 유명화가의 서명을 저작자로 표시를 하는 것은 저작형법에는 해당하지 않는다.⁴⁷⁾

또한 독일저작권법 제64조와 제69조에 의해 더 이상 저작권보호가 되지 않는 예술저작물에 대한 저작자표시의 침해에 대해서도 처벌이 가능한가가 문제된다. 즉 이러한 저작물보호기간의 제한이 독일저작형법 제107조의

ist, wird zum Beweis des Gegenteils als Urheber des Werkes angesehen; dies gilt auch für eine Bezeichnung, die als Deckname oder Künstlerzeichen des Urhebers bekannt ist.

46) Sieg, a.a.O., S. 99.

47) Lampe, a.a.O., S. 17.

형법규범에 대해서도 적용되는가 하는 것이다. 이 점과 관련하여 독일에서는 의견이 나뉘고 있다. 일부 견해⁴⁸⁾는 저작권법적으로 더 이상 보호되지 않는 예술저작물의 저작자표시의 침해는 구성요건의 "의미와 목적(Sinn und Zweck)"을 근거로 형벌권이 제한된다고 한다. 그러나 이러한 견해에 대해서는 오히려 의미에 반한다고 반대하는 견해⁴⁹⁾도 있다. 즉 저작권보호기간이 지나지 않은 저작물에 대해서만 이 조항을 적용하는 것은 불합리하다는 것이다. 이 견해는 대중은 저작권보호기간 내에 화가의 그림보다 이미 저작권보호기간이 지났다고 하더라도 유명 화가의 그림에 대해서 더 관심을 가진다는 점을 근거로 든다.

이 점에 대해 저작물의 보호기간 문제와 국가형벌권행사의 문제는 별개로 취급하는 것이 타당하다고 생각된다. 저작물 보호기간은 사법상의 저작권행사기간을 의미하는 것이고, 이 기간이 경과하면 저작물은 공유재산으로서 누구나 이용할 수 있는 것이다. 사법상 보호기간이 지나 권리행사가 제한되는 행위에 대해서 국가가 형벌권을 동원할 수 있다는 것도 법전체적인 해석측면에서 보면 서로 모순되는 측면도 있다. 비록 예술품은 오래된 것일수록 더 가치 있다는 일반인의 문화감정에는 저촉되는 면이 있기는 하지만 국가형벌권행사에 있어서는 신중성을 기할 필요가 있기 때문이다.

2) 제107조 제2호

독일저작권법 제107조 제2호의 해석과 관련해서는 제1호와는 달리 저작자의 인격적인 이익을 주로 보호하는 것이 아니고, 조형예술저작물의 거래의 순수성을 보호하고자 하는 것이라고 보는 것이 통설⁵⁰⁾의 입장이다. 이

48) Sieg, a.a.O., S. 103.

49) Lampe, a.a.O., S. 21.

50) Weber, Ulrich, Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts, J.C.B.Mohr, 1976, S.

러한 통설의 견해에 대해서는 법조문의 제목과 모순된다는 점을 지적하면서 이 조문의 목적은 저작자보호에 있고, 고소권과 사소제기의 권한은 저작자에게 유보되어 있어야 한다고 주장하면서 반대하는 견해⁵¹⁾도 있다.

이 조문의 행위객체는 복제물(Vervielfältigungsstücke), 개작물(Bearbeitungen), 변형물(Umgestaltungen)이다. 복제물이란 독일 판례⁵²⁾에 따르면 직접적이든 간접적이든 어떠한 형태로든 인간의 감각으로 저작물을 인식하는 데에 적합한 실체적인 유형물을 말한다. 개작물⁵³⁾이란 저작물의 외적 형태를 변경시키지만, 저작물의 내용은 변경하지 않는 경우를 말한다. 변형물이란 독일 저작권법 제23조⁵⁴⁾의 제목에 의하면 “개작물과 저작물의 다른 변형물”이다. 이처럼 변형물은 개인적이고 정신적인 창작이라고 볼 수 없는 변경을 말한다. 따라서 이는 보호되지 않는다.⁵⁵⁾

침해행위는 오인하도록 하는 서명이다. 즉 제107조 제2호가 의도하는 바는 예술에 관심이 있는 대중이 복제물을 원저작물로 착각하는 위험으로부터 보호해주는 것이다.⁵⁶⁾ 독일의 통설⁵⁷⁾은 원저작자도 본 조문에 저촉되는 행위를 할 수 있다고 본다. 그 이유는 본 조문의 입법취지는 저작자보다는 예술에 관심이 있는 대중을 보호하는데 목적이 있기 때문이다. 복제물에 저작자표시를 행함으로써 원저작물인양 하는 외관을 나타낸다면, 이것 또한 처벌가능한 행위이다.

254; Lampe, Der strafrechtliche Schutz des Geisteswerke(II), S. 18.

51) Ulmer, Eugen, Urheber-und Verlagsrecht, 3. Aufl., Springer, 1980. S. 567.

52) BGHZ, 17, 269 ff; Sieg, a.a.O., S. 153; Rehbinder, a.a.O., S. 148.

53) Rehbinder, a.a.O., S. 111.

54) 제23조 (개작 및 변형) 저작물의 개작물 혹은 기타 변형물은 개작 또는 변형된 저작물 저작자의 동의가 있어야만 공표 또는 이용될 수 있다. 저작물의 영화화, 미술저작물의 도표나 초안의 실시, 건축저작물의 모방 또는 데이터베이스저작물의 개작이나 변형의 경우, 개작물 또는 변형물의 제작에는 저작자의 동의를 요한다.

55) Fromm/Nordemann, § 23, Rdnr. 1.

56) Fromm/Nordemann, § 107, Rdnr. 3; Sieg, a.a.O., S. 158.

57) Lampe, a.a.O.; Fromm/Nordemann, § 107, Rdnr. 1; Sieg, a.a.O., S. 158; Weber, a.a.O., S. 253.

3) 문서위조죄와의 관계

우리의 통설⁵⁸⁾은 저작물, 예술작품 등의 문서성에 관해서 단순한 관념이나 사상의 표현에 불과한 소설, 시, 학술논문은 문서로 볼 수 없다고 한다. 소위 저작물이나 예술작품에는 문서의 법률상 또는 사회생활상의 중요사항에 관한 증명능력(Beweisfähigkeit)이 없기 때문이라는 것이 그 이유이다. 그러나 예술가의 서명 또는 낙관이 문서에 해당되는가에 관해서는 의견이 나뉘고 있다. 이를 예술가 자신의 작품이라는 의사를 나타낸 생략문서로 보아 문서라고 하는 견해⁵⁹⁾와 단순히 인장죄의 객체가 된다는 견해⁶⁰⁾가 있으나 후자가 통설이다

그러나 독일의 경우는 우리와 견해를 달리하고 있다. 독일의 일반적인 견해⁶¹⁾는, 문서란 문서의 사상적인 내용에 따라 특정할 수 있거나 적합한 것을 구체화한 의사표시가 법률관계를 증명할 수 있거나 발행자를 인식할 수 있는 것을 가리킨다고 한다. 독일의 판례⁶²⁾도 일관성 있게 이러한 견해를 따르고 있다. 독일판례의 정의에 따르면 서명, 증거표시 등은 문서성에 명확하게 포함된다. 그렇다면 화가의 그림에 그려져 있는 예술가의 표시는 문서성에 해당되는지 여부를 특별히 심사하여야 한다. 의사표시가 되어 있는 서명은 문서개념의 중심에 서있고, 계약서나 해지서, 유언서 등은 전형적인 문서에 속한다. 그런데 서명이 되어 있는 그림의 문서성에 관해서는 의견이 크게 두 가지로 나누어지고 있다. 독일의 지배적인 견해⁶³⁾와

58) 이재상, 형법각론(제5판), 박영사, 2004, 567면; 이형국, 형법각론연구II, 법문사, 2005, 132면; 오영근, 형법각론(제2판), 대명출판사, 2002, 860면

59) 이재상, 전게서, 565, 566면,

60) 임웅, 형법각론(개정판), 법문사, 2003, 624면; 이형국, 전게서, 130면.

61) Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetzbuch 52 Aufl., C.H.Beck, 2004, § 267 Rdnr. 10;

62) RGSt 61, 161; BGHSt, 3, 82, 84f; 4, 284, 285; 13, 235; 16, 94, 96.

63) Tröndle Herbert/Fischer, a.a.O., §267 Rdnr. 4/Peter, Schönke/Schröder, C.H.Beck,

판례는 서명이 있는 그림을 문서로 보고 있다. 이러한 통설과 판례에 대해서 반대하는 견해⁶⁴⁾는 그 반대 근거로서, 첫째, 그림의 서명은 서명자가 그 그림을 직접 그렸다는 것을 증명하지 않으며 서명 후에도 그림은 초기의 상태 그대로 남아 있다는 점, 둘째, 그림은 화가의 서명 후에도 그림으로 남아 있고 따라서 어떠한 문서도 되지 않는다는 점을 들고 있다.

또한 독일저작권법 제10조 제1항과 관련하여 예술가의 이름을 전부 다 기재하는 것과 예술가의 이름을 짧게 하여 기재하는 것을 구별하여야 하는가에 관해서 독일제국법원⁶⁵⁾은, 전체 이름으로 서명한 것과 이를 단축하여 서명한 것이 관여자들 내에서 알려진 관행에 따라 동일시되고 단축 서명도 대체적인 것이긴 하지만 완전한 형태의 서명으로 간주되고 동일한 목적에 기여하기 위한 기재였다면, 생략된 예술가 표시에도 다 같이 적용되어야 한다고 한다.⁶⁶⁾

통설에 따라 서명이 있는 그림을 문서로 본다면, 저작자 표시를 왜곡되게 하는 서명은 5년 이하의 징역에 처하게 되고, 정당한 저작자표시를 불법적으로 표시한 경우에는 3년 이하의 징역에 처하게 된다. 그런데 서명이 있는 그림을 문서로 보지 않는 견해⁶⁷⁾는 가벌성을 두 가지로 나누어 설명한다. 우선, 행위자가 유명한 화가의 서명을 무명화가의 그림에 기재했다면, 이는 형법 제267조에서 말하는 문서의 의미로 생산된 것이 아니기 때문에 가벌성이 없다고 본다. 이에 반하여 예술가의 서명을 예술가가 서명

1997, §267, Rdnr. 22; Lackner, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts (AT), Duncker & Humboldt, 2004, §267, Rdnr. 4.

64) Sieg, a.a.O., S. 141, 143.

65) RGSt 56, 357, 358.

66) 또한 1965년도 이전에 적용되던 독일의 저작권법인 KUG(Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9. Januar 1907) 제9조 제1문에서도 서명이 있는 화가의 지위에 대해서 규정하고 있다. §9 Ist auf einem Werke der Name eines Urhebers angegeben oder durch kenntliche Zeichen ausgedrückt, so wird vermutet, daß dieser der Urheber des Werkes sei.

67) Sieg, a.a.O., S. 146.

하지 않은 그림에 기재했다면 이는 독일저작권법 제107조 제1호에 따라 처벌이 가능하다고 한다.

서명이 있는 예술저작물 등을 문서로 파악한다면 문서의 작성명의와 작성권한에 관한 침해를 기준으로 하여 처벌하면 되지만, 우리의 경우처럼 문서로 보지 않는 통설에 따르면 성립의 진정만을 처벌하는 인장죄의 객체가 되고, 우리 저작권법에 따라 저작인격권침해여부를 다시 심사하여야 할 것이다. 독일저작권법 제107조 제1호에 따르면 저작자의 표시를 저작자의 '동의없이'(ohne Einwilligung des Urhebers) 행한 경우에 처벌을 하고 있다. 이 때의 동의가 구성요건해당성배제사유인지 아니면 정당화사유인지에 관해서 독일의 통설⁶⁸⁾은 이 경우의 동의를 소극적 구성요건표지로 보지 않고 위법성을 조각하는 사유로 보고 있다.

2. 저작재산권의 보호

가. 우리나라의 경우

우리 저작권법 제97조의5에서는 저작재산권 기타 이 법에 의하여 보호되는 재산적 권리(제73조의4의 규정에 의한 권리를 제외한다)를 복제⁶⁹⁾·

68) Fromm/Nordemann, §106 Rdnr. 5; Weber, a.a.O., S. 261ff; Sieg, a.a.O., S. 113.

69) 저작재산권 침해의 원초적인 형태는 불법복제이다. 산업의 발전이나 기술 수준의 발전은 저작권 침해의 형태나 대상을 점점 더 복잡·다양하게 만들고 있다. 이전에는 도서를 불법 복제하는 정도에 그쳤지만, 이제는 음반, CD, DVD, 사진저작물, 영상저작물, 컴퓨터프로그램, 게임 등 그 대상이 점점 더 늘어나고 있다. 한 가지 흥미로운 것은 이러한 불법복제도 현대에 있어서는 경제의 한 분야가 되었다는 점이다. 우선 전형적인 불법복제인 음반복제의 경우, 다음과 같은 세 가지 침해유형을 생각할 수 있다. 불법녹음, 불법복제, 불법적인 배포가 그것이다. 이는 Piracy, Counterfeits, Bootlegs의 용어로 설명되고 있다.

1. Piracy(Raubspressungen)

원본인 음반을 완전히 복제하거나 다양한 음반으로부터 자신이 의도하는 대로 불법으로 복제하는 것을 말한다. 이러한 형태의 불법복제는 원본음반의 외부표장과는 구

공연·전시·전송⁷⁰⁾·배포·2차적저작물 작성의 방법으로 침해한 자는 처벌한다고 규정하고 있다.⁷¹⁾ 이 조항은 소위 저작권재산권에 대한 보호 조항이다. 저작권보호와 관련하여 가장 현실적인 조항이라고 볼 수 있다.⁷²⁾ 그런데 여기서 주의할 점은 행위유형이다. 즉 죄형법정주의 원칙상 저작권재산권을 복제, 공연, 방송, 전시, 전송, 배포, 2차적저작물을 작성한 경우에만 처벌받게 된다. 이는 죄형법정주의 원칙상 당연한 결론이다. 이러한 행위의 해석에 있어서는 기존 저작권법에서 규정하고 있는 정의에 따라야 한다.⁷³⁾ 우리의 저작권법에 있어서는 앞에서 언급한 대로 형법총칙의 규정

별된다. 예를 들면 음반이 들어 있는 케이스나 상표, 라벨 등은 원본음반과 구별된다. 따라서 외형상으로도 불법복제 제품이라는 것을 금방 알 수 있는 경우이다.

2. Counterfeits(Fälschungen)

이러한 형태의 침해는 원본 음반을 변경시키지는 않는다. 외부 표장도 동일하게 모방한다. 제작자의 상표나 라벨 그리고 저작자 단체의 명칭까지도 복제한다. 또한 원본 음반 케이스까지 일치하도록 복제한다. 이러한 형태의 복제는 검사 단계에서 종종 위조라고 판명된다.

3. Bootlegs(Mitschnitte)

이러한 형태의 침해는 연주회 개최자의 정당한 승인 없이 또는 방송사업자의 승인 없이 녹음하여 복제하는 것을 말한다. 이러한 형태로 복제하는 음반제작자는 명백히 외부 표장이나 상표 등은 원본제작자의 그것과 다른 것을 공급한다. 예를 들면 연주자의 사진이나 단순한 내용을 적은 라벨이라든지, 상표를 부착하지 않았든지 하는 것이다. 이러한 Bootlegging은 원음반제작자의 권리를 침해하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 형태의 침해는 단순히 음반에만 국한되는 것은 아니고 비디오, CD, DVD 등 여러 가지 형태의 매개체에서도 그대로 나타난다.Fromm/Nordemann, a.a.O., Vor 106 Rdnr. 2, 3. 불법복제와 관련하여 독일에서는 이미 1990. 7. 1.부터 정신적소유권의보호강화와제품복제에대항하기위한법률(Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie(PrPG) vom 7. März 1990(BGBl. I S. 422)을 제정하여 저작권을 보호를 강화시켰다. 이에 대한 개략적인 소개의 글은 Ensthaler Jürgen, "Produktpirateriegesetz", GRUR 1992 S. 273 ff.

70) 인터넷 상에서의 저작물의 불법전송과 관련해서는 박현경, "P2P와 저작권 보호", 법학연구(부산대학교) 제43권 제1권(통권 제51권), 2002, 283면 이하 참조.

71) 강동세, 지적재산권의 형사적 이해, 세창, 2003, 202, 203면 참조.

72) Flechsig, Nobert P., "Urheberrechtskriminalität und Urheberstrafrecht", Zeitschrift für Rechtspolitik, 1980 (Heft 12), S. 313f

73) 이러한 각 행위에 대한 정의는 저작권법 제2조에서 규정하고 있다. 복제에 관해서는 제14호에서, 공연에 관해서는 제3호, 방송에 관해서는 제8호, 전송에 관해서는 제9호의 2, 배포에 관해서는 제15호, 2차적 저작물 작성에 관해서는 제5조에서 규정하고 있다.

이 당연히 적용된다. 따라서 과실범이나 미수범 규정이 없기 때문에 이러한 행위 형태는 처벌되지 않는다.⁷⁴⁾

나. 독일의 경우

독일저작권법에서도 저작자의 저작재산권은 포괄적으로 보호받고 있다. 독일저작권법 제106조의 조문의 제목은 “저작권법상 보호받고 있는 저작물을 무단으로 사용한 경우(unerlaubte Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke)”라고 하고 있다. 이 조문의 제목만 보면 저작물을 허락받지 않고 이용하는 행위 모두에 대해서 처벌하는 것으로 오해할 소지가 있다. 그러나 이 조문의 보호대상은 저작자의 저작재산권이다. 제106조에서는 가능한 행위태양으로 “복제, 배포 또는 공개재생”을 들고 있다.

해석상 저작물이 원본이든, 개작되었든, 변형된 형태로 재생된 것이든 동일한 것으로 본다. 제106조상의 구성요건표지인 ‘저작물’의 개념은 제2조와 연결되어 해석하여야 한다. 저작권법으로 보호를 받고 있는 저작물은 여전히 보호된다. 이러한 저작물 외에 제106조에서는 2차적 저작물과 저작물의 변형물에 대해서도 보호받는 것으로 보고 있다. 개작물은 제3조에서 독립적인 저작물로 보고 있기 때문이다. 이에 반하여, 저작물의 변형물에 대한 보호는 과도한 것으로 보는 견해도 있다. 원저작물을 약간 변형시킨 것은 원저작물과 별 다를 게 없다는 것이 그 이유에서이다.⁷⁵⁾ 동의는 단순한 정당화 사유이다. 구성요건해당성을 배제하지는 않는다.⁷⁶⁾ 독일민법 제183조에 따르면 동의(Einwilligung)는 사전에 받아야 하기 때문이다. 그러나 사후에 저작물의 사용을 승인(Zustimmung)한 경우에는 저작권자는 고소를 제기할 수는 없다. 사후 동의(Genehmigung)는 동시에 형사고소의 철회로

74) Ulmer Eugen, Urheber-und Verlagsrecht, Springer, 1980, S. 564.

75) Fromm/Nordemann, §106 Rdnr. 2; Lampe, a.a.O., S. 20.

76) Jescheck, a.a.O., S. 376f.

볼 수 있기 때문이다. 가별적인 저작재산권의 침해행위는 침해자의 월권행위를 내용으로 한다. 이는 저작자에게 유보되어 있는 이용권을 제멋대로 사용하는 것을 말한다. 여기서 한 가지 주의할 점은 제106조의 제목처럼 허락받지 않은 모든 행위를 처벌하는 것이 아니라, 권한이 없는 복제, 배포, 공개재생만을 처벌한다는 점이다. 이는 죄형법정주의의 원칙상 당연하다.

복제의 의미는 독일저작권법 제16조 제1항에서 찾을 수 있다. 저작권법상 복제의 의미는 저작물을 직접적이든 간접적이든 인간의 감각으로 인식할 수 있는 유체적 형태로 제작하는 것을 말한다. 단 한 차례의 복제물을 생산하여 낸 경우에도 구성요건을 충족시킨다. 따라서 복제물의 수는 중요하지 않다. 독일저작권법 제6장에서는 저작권을 제한하는 규정을 두고 있다. 이러한 권리제한 규정은 형법전에서는 찾을 수 없는 규정이기도 하다. 이러한 권리는 객관적으로 저작권을 제한하는 요소(예를 들면 제53조 이하의 복제물)외에 주관적인 정당화 요소(예를 들면 개인적인 사용이라는)도 필요로 한다. 독일저작권법 제53조⁷⁷⁾와 제54조⁷⁸⁾에서 언급하고 있는

77) 제53조 (사적 사용 및 기타 개인적 사용을 위한 복제)

- ① 저작물을 사적으로 사용하기 위하여 자연인을 통하여 임의의 소지자에게 개별적으로 복제하는 행위는, 직·간접적으로 영업목적이 아니며 복제를 위해 명백하게 위법하게 제작된 모형이 사용되지 않는 한도 내에서 허용된다. 복제할 권능이 있는 자는, 무상으로 행해지거나 종이 혹은 임의적인 사진기술적인 절차나 여타 유사한 효과가 있는 절차를 이용한 유사 매체로의 복제가 행해지는 한도에서, 복제본이 또한 타인에 의하여 작성되도록 할 수 있다.
 - ② 다음 각 호의 사용을 위하여 저작물의 개개 복제물을 작성하거나 작성되도록 하는 것은 허용된다.
 1. 개인적인 학술상의 사용을 위하여 복제가 행해지는 한도에서
 2. 개인적인 기록보존에 수록하기 위하여 복제가 행해지며 복제를 위한 모형으로 개인적으로 소장하고 있는 복제물이 이용되는 한도에서
 3. 방송을 통하여 방송된 저작물과 관련하여, 시사문제에 관한 개인적인 정보를 위하여
 4. 다음에 해당되는 경우, 기타 개인적 사용을 위하여
 - a) 발행된 저작물의 사소한 부분이거나 신문 혹은 잡지 안에 실린 개개 기사가 관련되는 경우
 - b) 적어도 2년 이상 절판된 저작물이 관련되는 경우
- 제1문 제2호의 경우 추가적으로 다음 각 호의 하나가 인정되어야 적용된다.

1. 종이 혹은 임의적 사진기술 절차나 기타 유사한 효과가 있는 절차에 의한 유사 매체로의 복제이거나
 2. 오직 아날로그로 이용되거나
 3. 기록 보존에 직, 간접적으로 학술적이거나 영업목적이 추구되지 않는 경우 제1문 제3호, 제4호의 경우 추가적으로 제2문 제1호 혹은 제2호가 인정되어야 적용된다.
 - ③ 저작물의 작은 부분, 개별 논문의 부분 혹은 신문이나 잡지에서 발행되었거나 공중 전달된 개개 기사로부터 다음 각 호의 복제물을 작성하거나 작성되도록 하는 것은 당해 복제행위가 다음의 목적을 위한 한도에서 허용된다.
 1. 비영업적인 교육시설, 재교육시설, 그리고 직업훈련시설에서 수업에 사용하기 위한 용도로, 학급에 필요한 수만큼
 2. 국가시험 그리고 학교, 대학, 비영업적인 교육시설, 재교육시설, 직업훈련시설에서 시험을 치르기 위하여, 필요한 수만큼
 - ④ 다음의 복제는 수서(手書)로 행해지지 아니하는 한 항상 권리자의 승낙을 얻거나, 제2항 제2호의 요건 아래서 또는 최소한 2년 이상 절판된 저작물인 경우 개인적 사용을 위하여 허용된다.
 - a) 음악저작물의 악보복제
 - b) 도서 또는 잡지를 본질적으로 전체를 복제하는 경우
 - ⑤ 제1항, 제2항 제2호 내지 제4호, 제3항 제2호는 그 요소들이 개별적으로 전자적인 수단의 도움으로 접근될 수 있는 데이터베이스저작물에 적용되지 않는다. 제2항 제1호 및 제3항 제1호는 학술적인 용도 및 수업에서의 사용이 영업 목적 없이 행해진다는 범위에서 데이터베이스저작물에 적용된다.
 - ⑥ 복제물은 배포될 수 없으며, 공개 재현되도록 이용될 수도 없다. 그러나 신문 및 절판된 저작물로부터 적법하게 작성된 복제물 그리고 복제모형은 대여될 수 있는데, 복제모형에서 약간 손상되거나 소멸된 부분은 복제물로 대체된다.
 - ⑦ 저작물의 공개 강연, 공연 혹은 상영을 녹화물 혹은 녹음물로 수록, 미술저작물을 위한 악보 및 초안의 실시 및 건축저작물의 증축은 항상 권한이 있는 자의 승낙이 있어야 허용된다.
- 78) 제54조 (녹화 및 녹음의 방법으로 복제하는 경우의 보상의무)
- ① 저작물의 성질상, 제53조 제1항 혹은 제2항에 의하여 방송물로부터 녹화물 또는 녹음물로 수록되거나 녹화물 또는 녹음물로부터 별도의 녹화물 또는 녹음물로 옮겨져 복제될 것이 예상된다면, 당해 저작물의 저작자는 이 복제에 제공된 것으로 인정되는 1. 기기 및 2. 녹화물 또는 녹음물의 제작자를 상대로 당해 기기 및 녹화물 또는 녹음물의 판매를 통하여 생겨난, 그러한 복제가 행해질 가능성에 대한 적절한 보상의 지급을 구하는 청구권을 가진다. 제작자 이외에 기기 혹은 녹음물, 녹화물을 본법의 적용영역 내로 영업적으로 수입 혹은 역수입하는 자와 이들과 거래하는 상인은 연대채무자로 책임을 진다. 당해 상인이 반년에 6,000시간 미만의 연주시간을 가지는 녹화물 혹은 녹음물이나 100개미만의 기계를 거래한다면 책임을 지지 않는다.
 - ② 수입업자란 기기, 녹화물 또는 녹음물을 본법의 적용영역으로 옮기거나 옮기도록 하는 자이다. 수입이 국외자와의 계약에 근거한다면, 영업상 활동하는 한에서 본법의 적용영역 내에서 거주하는 계약당사자만이 수입자이다. 단지 운송인이거나 운송주선인 혹은 재화의 교역에 있어서 이와 유사한 지위에 있는 자는 수입자가 아니

“개인적인 사용을 위한”이라는 요소는 행위의 객관적 불법에 관계되지 않고 단순히 주관적인 불법에 귀속시킬 수 있는 요소로서 주관적 불법배제 요건으로 볼 수 있다.⁷⁹⁾ 제106조에서 말하는 배포는 일반적으로 저작권법상 보호를 받고 있는 저작물로서 복제물을 말하는 것은 아니다. 제17조에서는 배포의 의미를 “원저작물, 복제물을 공중에 제공하거나 거래에 제공하는 것”이라고 하고 있다. 저작권법상 보호를 받고 있는 저작물을 권한 없이 공개적으로 재생하는 것은 제106조에 의해서 금지되는 행위이다. 공개재생은 한편으로는 무형의 형태로 공중에게 재생할 수 있는 저작자의 배타적 권리인 독일저작권법 제15조 제2항과 관련되고 있으며, 저작권법 제15조 제2항과 관련되어 있다. 그러나 다른 한편으로는 제106조에서 정하고 있는 형법적인 금지규정은 독일저작권법 제19조 내지 제22조에서 규정하고 있는 절차들과 관련성을 가지고 있다.

다. 목적물을 제3국으로부터 공동체의 관세 확정을 위한 1992년 10월 12일자 위원회명령(EWG) 번호 2913/92 (ABl. EG Nr. L 302 S. 1) 제166조에 따라 자유무역지대나 보세창고로 옮기거나 옮기도록 하는 자는, 당해 목적물이 이 지역에서 사용되거나 관세법상 자유로이 거래된다면, 수입자로 간주된다.

79) 이와 관련된 문제로서 ‘저작물의 공정이용’에 대하여 생각해 볼 수 있다. 그런데 여기서 한 가지 유의하여야 할 것은 영미법에서 말하고 있는 저작물의 공정이용 내지 독일법상의 저작물의 자유이용은 저작‘물’과 관련된 것이지, 저작‘권’과 관련된 논의는 아니라는 점이다. 문화수요자 내지 문화이용자가 타인의 저작물을 이용할 때에 제시되는 기준을 논의하는 것이 공정이용 내지 자유이용인 것이다. 대표적인 예가 패러디라고 할 수 있다. 패러디가 이루어진 경우에는 저작물을 공정하게 사용한 때에 해당하기 때문에 저작권침해의 문제는 일어나지 않는다. 만일 저작물을 서로 비교·검토하여 표절이라고 판단될 경우에 저작권법에서 규정하고 있는 저작권자의 각종 권리를 침해했는지를 비로소 심사하게 된다. 저작물의 공정이용 내지 자유이용은 저작권의 보호 내지 제한과는 다소 차원을 달리하는 문제라고 할 수 있으며, 오히려 문화 수요자들의 행위를 보호하면서 새로운 창작물에 대한 보호를 어떻게 할 것인가에 관한 분야라고 할 수 있다. 이 부분에 관한 간단한 소개의 글은 계승균, “독일저작권법상 저작물의 자유이용”, 저스티스, 제63호, 2001, 169-182면 참조.

V. 맺음말

오늘날 문화의 중요성이 점점 강조됨에 따라 문화창작자의 기본적인 권리인 저작권에 관한 관심도 높아지고 있다. 저작권은 앞에서 언급한 대로 우리 헌법이 보장하는 재산권보호질서 속에 포함되어 있다. 저작권은 창작자의 권리이기도 하지만 다른 한편으로는 자신의 정신적 근로에 대한 보호를 규정한 것이기도 하다. 따라서 일반 다른 사법질서와 마찬가지로 권리를 중심으로 구성되어 있으며, 법률은 권리보호에 중점적인 관심을 갖고 있다. 최근 특히 인터넷상의 정보유통과 관련하여 저작권을 부인하는 현상이 나타나는 등 저작권 보호에 저항하는 경향도 없지는 않다.⁸⁰⁾ 이러한 현상은 문화는 서로 교류하는 것이 본질이라고 보고 이를 독점케 하는 제도에 대해서 반기를 드는 것이라고 할 수 있다. 이러한 문화에 관한 해석태도의 당부는 일단 제쳐두고 저작권을 보호하고자 하는 우리 헌법의 정신이 저작권법에 구체화되어 있는 이상 저작권보호방안으로서 형사법적인 접근을 행함에 있어서는 근본적으로 기존의 형법이론, 즉 죄형법정주의, 고의에 관한 법리 등 형법이론의 신중함을 그대로 인식하는 것이 중요하다고 생각된다. 문학, 예술, 학문과 같은 정신적 창작의 소산물을 생산해내는 분야에 국가의 공권력이 동원되어 그 옳고 그름을 재단한다는 것은 다소 무리한 면이 있기도 하고, 문화의 자율성을 해치는 면이 있기도 하기 때문이다.

그러나 다른 한편으로 문화는 더 이상 문화 그 자체로서 머무르고 있는 것이 아니라 산업의 일부가 되고 있고, 국가 경제정책의 주요 목표가 되고 있다. 앞에서 소개한 문화를 진흥시켜야 한다는 ‘문화산업진흥기본법’에서도 문화의 산업성과 경제성을 강조하고 있고, 정부에게 이를 촉진하고 진

80) 박민영, “미국 연방헌법상 지적재산권 조항과 소프트웨어의 법적 보호”, 미국헌법연구(제12호), 2001, 미국헌법학회, 105면, 137-138면.

흥시킬 임무를 부여하고 있다. 문화를 하나의 경제적인 재화로 보면서, 이를 보호하고자 하는 취지이다. 이에 대한 침해는 곧 재산권에 대한 침해이며, 침해행위는 사회적 유해성⁸¹⁾이 있다고 할 수 있다.

기술의 발달에 따라 저작권 침해행위의 유형과 정도도 같은 궤적을 그리고 있다. 이 말은 침해행위의 유형이 다양화되고 그 정도도 예전과 달리 거의 원본과 진위를 구별할 수 없는 지경에 이르렀다고 하는 것이다. 이러한 점에서 문화의 침해를 ‘용서받을 수 있는 낭만적인 행위’라고 치부하기에는 재산권의 침해가 심각하고 그 행위의 사회적 유해성도 어느 경제사범에 못지않다고 하겠다. 문화적 소산물인 창작물과 그 권리에 대한 침해도 중요한 범죄행위의 일종이라고 할 수 있다. 따라서 저작권에 관한 보호방안, 특히 형사법적인 보호방안에 관해서도 지속적인 연구가 이루어져야 한다고 본다. 다만, 문화와 관련된 범죄행위의 연구에 있어서는 문화의 특수성을 감안하여야 한다는 점도 지적해 두고 싶다. 문화의 경제성을 아무리 강조한다고 할지라도 문화 자체는 결국 향유의 대상이기 때문이다. 또한, 문화는 역사성을 가지고 있지만 다른 한편으로는 동시대성에 대한 평가와 관용도 가지고 있기 때문에, 함부로 법률의 잣대로 평가하는 것이 바람직하지 않은 경우도 있다. 따라서 저작권법의 해석에 있어서는 기존 저작권에 관한 연구 성과물의 도움도 충분히 받으면서 신중하게 접근할 필요가 있다고 생각된다.

주제어 : 저작권, 저작형법, 저작인격권, 저작재산권, 저작자보호, 문화보호

81) Flechsig, a.a.O., S. 315.

참고문헌

- 강동세, 지적재산권의 형사적 이해, 세창, 2003
- 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론 (제10판), 박영사, 2004
- 박익환 번역, 독일저작권법(2004), 저작권심의조정위원회, 2004
- 송영식/이상정, 저작권법개설 (제3판), 세창, 2003
- 오승종/이해완, 저작권법(제4판), 박영사, 2005
- 오영근, 형법각론(제2판), 대명출판사, 2002
- 윤 경, 저작권법, 육법사, 2005,
- 윤선희, 지적재산권법 (제6전정판), 세창, 2004
- 이재상, 형법총론(제5판), 박영사, 2005
- 이재상, 형법각론(제5판), 박영사, 2004
- 이형국, 형법각론연구II, 법문사, 2005
- 임 웅, 형법총론(개정판), 법문사, 2004
- 임 웅, 형법각론(개정판), 법문사, 2003
- 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2005
- 허희성, 신저작권법축조개설(하), 저작권아카데미, 2000
- 김종보, “지적재산권의 강화경향과 정보공유와의 관계에 대한 고찰”, 법학연구 제46권 제1호, 2005
- 박현경, “P2P와 저작권 보호”, 법학연구(부산대학교) 제43권 제1권(통권 제51권), 2002
- 이기수/안효질, “응용미술작품의 보호”, 창작과 권리 여름호(제7호) 1997
- 이해완, “저작권의 침해와 그 구제”, 지적소유권에 관한 제문제(하), 법원행정처, 1992

- Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, AT, Duncker & Humboldt, 1997.
- Fromm Friedrich Karl/Nordemann, Wilhelm, Urheberrecht, 8. Aufl., Kohlhammer, 1994,
- Schönke, Adolg/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, C.H.Beck, 1997.
- Rehbinder, Manfred, Urheberrecht 9. Aufl., C.H.Beck, 1998
- Schack, Haimo, Urheber-und Urhebervertragsrecht, Mohr Siebeck, 1997
- Schricker, Gerhard/Haß, Gerhard, Urheberrecht (2. Aufl.), C.H.Beck, 1999
- Sieg, Rainer, "Der unzulässige Anbringen der richtigen Urheberbezeichnung (§107 UrhG)", Frankfurter am Main, 1985
- Ulmer, Eugen, Urheber-und Verlagsrecht, 3. Aufl., Springer, 1980
- Tröndle, Herbert/Fischer Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetzbuch (52. Aufl), C.H.Beck, 2004.
- Weber, Ulrich, Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts, J.C.B.Mohr, 1976, S. 254;
- Ensthaler, Jürgen, "Produktpirateriegesetz", GRUR 1992
- Flehsig, Nobert P., "Urheberrechtskriminalität und Urheberstrafrecht", Zeitschrift für Rechtspolitik(Heft 12) 1980.
- Lampe, Ernst Jochaim, "Der strafrechtliche Schutz der Geisteswerke(II)", UFITA Bd. 83 1978
- Schricker, Gerhard, "Urheberrecht zwischen Industrie- und Kulturpolitik", GRUR 1992

314 형사정책연구 제17권 제2호(통권 제66호, 2006 · 여름호)

Der strafrechtlicher Urheberrechtsschutz in koreanischem Urheberrechtsgesetz

Min, Young-Sung* / Kye, Seung-Kyoon**

Kunst und Kultur sind in der modernen Zeit für unser Leben von großer Bedeutung und werden wirtschaftlich immer bedeutsamer. Um sich durch Kultur und Kunst erfreuen zu können, muß der Genießende sich das Kultur vermitteln lassen. Deshalb dient Kultur und Kunst an sich dem Wachstum der Volkswirtschaft und der Schaffung von Arbeitsplätzen.

Wie im sonstigen Vermögensschutz gibt es auf dem Gebiet der geistigen Werke zwei Schutzmethoden: zivilrechtliche und strafrechtliche.

Die Aufgaben des Urheberstrafrechts sind neben dem zivilrechtlichen Schutz unter drei Gesichtspunkten von Bedeutung: nämlich von der Normschutz-, der Kulturschutz- und der Urheberschutzseite aus. Das Urheberstrafrecht spielt auch vom Gesichtspunkt des Kulturschutzes aus eine wichtige Rolle.

Bekanntlich entwickelt sich unsere Technik sehr schnell. Die Entwicklungszeit wird immer kürzer und Art und Umfang der Entwicklung immer umfassender. Deshalb wird das Tor zur Verletzung des Urheberrechts immer weiter geöffnet. Mit der Zeit werden Art und

* Associate Professor, Department of Law, Pusan National University, Ph.D. in Law

** Attorney in Law, Ph.D. in Law

Umfang der Erscheinungsformen der Urheberrechtsverletzungen immer vielfältiger. Dadurch steht das Schutzproblem im Mittelpunkt. Die zentrale Vorschrift im Urheberstrafrecht ist Verwertungsrecht des Urhebers

Stichwörter: Urheberrecht, Urheberstrafrecht, Urheberpersönlichkeitsrecht, Verwertungsrecht Urheberrechtsschutz, Kulturschutz

■ 특 집 : 사형: 쟁점과 대안

조준현 / 사형제도 존폐논쟁의 현황과 전망: 이념논쟁과
국민정서

허일태 / 사형의 대안으로서 절대적 종신형 도입방안

강석구 / 사형대상 범죄의 합리적 축소방안

■ 논 문

이태원 / 카지노 도박이 지역사회 범죄에 미치는 영향:
정선군 지역에 대한 경찰통계를 중심으로

기광도 / 자녀양육이 자기통제력 및 비행에 미치는 효과분석
허경미/백창현 / 인터넷 게시판 실명제 관련법의 정비방향에
관한 연구

양근원 / 디지털 포렌식과 법적 문제 고찰

도중진/류병관 / 소년법상 선의권의 문제점과 개선방안

■ 연구노트

민영성/계승균 / 저작형법에 관한 시론

刊行物出版委員會

委員長：辛 義 基 (韓國刑事政策研究院 研究委員)

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)

金 恩 璟 (韓國刑事政策研究院 青少年犯罪研究室長)

申 東 逸 (韓國刑事政策研究院 사이버범죄研究室長)

卓 姬 成 (韓國刑事政策研究院 研究委員)

金 芝 璿 (韓國刑事政策研究院 研究委員)

都 重 珍 (韓國刑事政策研究院 研究委員)

李 天 鉉 (韓國刑事政策研究院 研究委員)

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.

[本誌는 韓國學術振興財團 登載誌임을 밝힘]

형사정책연구

제17권 제2호(통권 제66호, 2006 · 여름호)

발행인 : 이 태 훈

발행처 : 한국형사정책연구원

서울시 서초구 우면동 142

전화 (02) 575-5282-9

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2006년 6월 31일

인 쇄 : 화신문화(주) (02) 2277-0624

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

구독문의 : 출판실(02-571-0363)

[정가 : 7,000원]

학술지 [형사정책연구] 투고안내

학술연구지 [형사정책연구]는 학술진흥재단의 등재지로서 제17권 제3호 (통권 제67호, 2006·가을호)에 게재할 학술논문을 아래와 같이 모집합니다.

1. 제출 및 게재

- 1) 형사정책 관련분야의 학술적 독창성이 있어야 하며 발표되지 않은 것이어야 한다.
- 2) 제출된 원고는 관련규정에 따라 심사를 하여 게재여부를 결정하며, 원고 내용의 수정요청이 있을 경우 필자는 이에 응하거나 거부할 수 있다.
- 3) 원고 투고자의 자격은 학계의 대학교수, 실무계의 변호사, 판사, 검사 등 형사정책 관련분야의 박사학위 취득자 및 연구경력자로 한다.

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 띄어준다.
- 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(한글 신명조 11포인트) 27행(행간 180%)의 20매 내외(원고분량이 25매 이상은 접수를 하지 않습니다)

4. 투고기간 : 2006년 8월 16일(수)까지(9월말 발간예정)

5. 보내실 곳 : 137-715 서울시 서초구 우면동 142
한국형사정책연구원 출판실(담당 : 김능검)
전화 : 02-571-0363, 3460-5153, 팩스 : 02-571-7488
e-mail : kneky@kic.re.kr, kneky@hanmail.net