한국에 있어서의 신종범죄와 그 형법적 대응

1)이형국*

I. 머리말

신종범죄라는 용어는 형법학이나 형사정책학상으로 정립되어 있는 학문적 개념이 아니고 단지 새로운 종류의 범죄 내지 범행수법이 새로와진 범죄를 의미하는 편의적 개념으로 사용한다는 것을 먼저 밝혀 두고자 한다.

이러한 의미의 신종범죄에는 수많은 다양한 범죄가 포함될 수 있겠으나 비교적 빈번하게 발생되어 사회문제로 되고 있는 컴퓨터부정조작 파괴 등 컴퓨터 관련 범죄, 신용카드범죄, 정보통신이나 인터넷을 이용하는 범죄 등에 중점을 두어 그 행위유형과 현황 및 형법적 대응방안에 관하여 간단히 살펴보고자 한다.

컴퓨터의 보급과 정보통신의 발달은 오늘날 세계적 추이이지만 한국은 세계 10대 정보통신강국이 된다는 목표하에 노력하고 있으며, 2001년에는 인터넷 사용인구가 전체 인구의 60% 선인 3,000만명을 넘어설 것으로 예견하고 있다. 이러한 추세에 따라 특히 컴퓨터 내지 정보통신관련범죄의 증가가 예견되고 그 대책이 당연한 형사정책의 중요한 현안문제로 되고 있다. 이들 외에도 그 성격이나 범행수법에 있어서 기존의 범죄와 달리 새로운 양상을 보이는 범죄가 출현하고 있었으나 본고에서는 그 언급을 생략하겠다.

II. 컴퓨터범죄

1. 행위유형

컴퓨터범죄는 관점에 따라 다양하게 분류되나 그 기능과 행위유형을 기준으로 하여 자료의 부정조작, 컴퓨터파괴(컴퓨터사보타지), 컴퓨터스파이, 권한 없는 사용 등으로 나누어 볼 수 있다.

가. 자료의 부정조작(computermanipulation)

자료의 부정조작이란 컴퓨터의 처리결과를 변경시켜 타인에게 손해를 입히고 자기나 제3자에게 이익을 얻게 하는 컴퓨터조작을 의미하는데, 금융기관내부에서 직원에 의하여 발생하는 경우가 많다.¹⁾ 그 범행수법을 보면 자기가 근무하는 은행에서 은행단말기에 접근하여 그

*) 연세대학교 법학과 교수

은행 자기계좌 돈이 입금된 것으로 조작하고 다른 지점에서 그것을 인출하여 국외로 도피한 경우, 특정인에게 대출해주는 것으로 컴퓨터단말기를 조작한 후 그 금액을 인출하여 가로챈 경우, 단말기 취급자가 자리를 비운사이에 단말기를 부정 조작하여 현금을 인출한 경우 등이 있다.

자료의 부정조작은 금융기관 외에서도 발생할 수 있고 그 조작방법도 다양하여 그 피해가 대규모적으로 발생할 수 있는 반면, 범행과 범인의 발견은 어렵다는 문제점을 안고 있다.

나. 컴퓨터손괴(computersabotage)

해킹의 방법으로 컴퓨터에 수록된 자료나 정보, 프로그램을 변경하여 자료의 이용을 방해하거나 컴퓨터의 작동을 불가능하게 하는 행위, 컴퓨터에 바이러스를 감염시켜 작동을 불가능하게 하는 행위, 다량의 전자우편(이른바 폭탄메일)을 발송하여 정당한 이용자들의 우편송수신을 불가능하게 하거나 지연시키는 행위 등이 이에 해당한다. 타인의 자료 정보나 프로그램을 삭제한 사건은 1992년이래 계속적으로 발생하고 있으며, 특히 바이러스감염사건은 가장 빈번하게 발생하고 있다. 메일폭탄사건도 최근에 발생한 일이 있다.²⁾

컴퓨터 파괴행위를 하는 해커들의 특성을 보면 대체로 청소년이 많고 죄의식이 거의 없으며, 복수심이나 욕구불만의 표출이 행위로 나타나거나 자신의 행위를 실력의 과시로 생각하는 측면이 있다. 반면에 그 행위로 인한 피해는 엄청나게 크게 나타날 수 있다(예컨대 주식거래, 은행업무, 병원업무 등의 마비).

다. 컴퓨터 스파이(computerspionage)

해킹의 방법으로 타인의 컴퓨터에서 프로그램, 자료, 정보를 탐지하는 행위이다. 수법에 따라서 특수프로그램(예컨대 비밀번호 해독프로그램)을 설치하여 특정인의 비밀번호를 알아내어 이를 이용하여 자료를 빼내거나,³⁾ 국가권력기관의 비밀번호를 알아낸 후 그 기관을 사칭하여 관계기관에 정보를 요구한 사건도 발생하고 있다.

컴퓨터 스파이 행위도 대부분 해커에 의하여 죄의식없이 이루어지는 경우가 많고 시간적 장소적 제한없이 국경을 초월하여 발생하며, 행위를 적발하기 어렵고, 스파이 당한 사실과 유출된 내용을 알기도 어렵다.

라. 권한없는 사용(unbefugte computernutzung)

권한 없는 자가 타인의 컴퓨터를 허락없이 사용하는 행위도 컴퓨터범죄에 의한 유형으로 거론되는 하나, 이러한 일은 거의 발생되고 있지 아니하고 그 행위로 인한 손해가 큰 것도 아니므로 범죄로서의 처벌할 정도로 보기는 어렵다.

2. 현황 및 대응방안

가. 현황

우리 나라의 컴퓨터범죄는 1973년에 최초로 발생하였고⁴⁾ 그후 1990년대 이르기까지 17년 동안 41건에 불과하였으나,⁵⁾ 90년대 이후에는 급속히 증가하고 있으며⁶⁾ 컴퓨터의 보급이 확대됨에 따라 더욱 증가할 것으로 예견되고 있다. 범죄유형에 있어서는 컴퓨터바이러스 침투에 의한 장애의 초래가 가장 많고(대략 70% 이상), 그 다음이 컴퓨터스파이, 자료의 부정조작 등의 순서로 되어 있다.

나. 대응방안

컴퓨터에 의한 업무처리에 있어서는 관련감독체계와 보안체계를 강화할 필요가 있으며, 모든 컴퓨터 사용자가 컴퓨터범죄에 대한 경각심을 가지고 항상 대처하도록 계몽할 것이 요망된다.

바이러스 침투와 해킹에 대한 예방기술을 개발해야 함은 물론 수사기관에서도 해커보다 앞서가는 전문성을 갖추고 컴퓨터범죄에 대처할 것이 요망된다. 최근 경찰에 사이버범죄수사대가 창설되고 전문적인 대처능력을 키우고 있는 것은 바람직한 일로 판단된다.

한국 형법은 1995년 12월 개정을 통하여 컴퓨터범죄에 대한 형법적 대응체계를 마련하고 있다. 자료를 조작할 권한이 없는 자가 컴퓨터통신이나 단말기를 이용하여 자료를 부정하게 조작하는 경우에 사무처리를 그르치게 하는 목적으로 공무원 또는 공무원의 전자기록 등 특수매체기록을 위작 또는 변작한 때에는 공전자기록 등 위작 변작죄(형법 제232조의 2)로 처벌된다. 자료를 부정하게 조작한 경우에도 이것이 허위정보 또는 부정한 명령을 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상 이득을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 때에는 컴퓨터사용사기죄(형법 제347조의 2)가 성립된다. 컴퓨터사용사기죄의 객체에서 재물을 제외한 것은 적절한 입법으로 볼 수 없다.⁷⁾

컴퓨터손괴죄는 재물손괴죄(형법 제366조)에 해당하며, 그 객체가 공무원소에서 사용하는 전자기록 등 특수매체기록인 때에는 공용전자기록손괴죄(형법 제141조)를 구성한다. 그러나 정보처리장치 또는 전자기록 등 특수매체기록을 손괴하거나, 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법(예컨대 메일폭탄)으로 정보처리에 장애를 발생하게 하여 사람의 업무를 방해한 때에는 컴퓨터손괴 등 업무방해죄(형법 제 314조 제2항)에 해당한다.

컴퓨터손괴의 객체가 전산망을 이용하여 정보를 처리보관전송하는 사업자가 안정성과 신뢰성 확보를 위하여 강구한 전산망의 보호조치인 경우에는 특별법인 전산망보급확장과 이용촉진에 관한 법률 제30조가 적용된다.

컴퓨터스파이의 경우에는 누가 무엇을 탐지하였는가에 따라 그 형법적 취급이 달라진다. 기밀의 탐지가 적국을 위하여 간첩을 하거나 간첩을 방조한 것에 해당하면 간첩죄(형법 제 98조)에 해당한다. 공무원이 그 직무에 관하여 전자기록 등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아낸 경우에는 공무상 비밀표시무효죄(형법 제140조)가 성립한다. 전

송중인 자료나 정보를 해킹의 방법으로 알아 내는 행위는 통신비밀보호법 제2조 제7호에 의하여 처벌된다.

Ⅲ. 신용카드 범죄

한국은 이미 국민 1인당 1카드시대를 맞이하여 카드에 의한 매출액도 해마다 증가하고 있고, 이에 따라 신용카드범죄도 계속 증가하고 있다.

1. 행위유형

가. 카드의 부정취득

이에는 자격미달자가 신용카드회사를 속여 부정하게 자기명의로 카드를 취득하는 경우, 타인명의로 신용카드를 부정하게 발급 받거나 타인의 신용카드를 절취, 강취, 사취, 갈취, 횡령하는 경우, 분실된 타인의 카드를 습득하여 사용하는 경우, 신용카드를 위조하여 취득하는 경우 등이 포함된다. 카드의 부정취득은 부정하게 사용하기 위하여 이루어지는 경우가 대부분이다.

나. 카드의 부정사용

부정하게 사용되는 카드의 명의를 누구의 것인가에 따라자기카드의 부정사용과 타인카드의 부정사용으로 나누어 볼 수 있다. 전자는 신용카드회원이 지급할 의사나 능력이 없는 데도 있는 것으로 가장하여 물품을 구입하는 경우이고, 후자는 위조 변조 도난 분실된 타인의 카드를 자기의 것으로 가장하여 사용하는 경우이다.

카드의 부정사용은 물품의 구입, 용역의 제공을 받는 것뿐만 아니라 예금의 인출, 현금의 서비스를 받는 경우를 모두 포함한다.

다. 카드의 부정처분

카드 회원은 카드의 사용권을 가질 뿐 그 소유권은 카드 발행회사에 있다. 그러므로 회원은 카드의 양도, 질권설정 등 부정처분을 해서는 안되며, 이러한 행위는 여신전문금융업법 제15조 위반이 된다.

라. 가맹점의 범죄

고객의 신용카드를 이용하여 물품을 판매한 것처럼 가장하여 허위매출전표를 작성하고 높

은 선이자를 공제한 후 자금을 대출해주는 행위, 회원의 비밀번호를 알아내어 카드를 위조하고 시중에 유통시키는 행위, 위조매출전표작성행위, 매출전표금액 변조행위, 가맹점 수수료를 회원에게 전가하는 행위 등이 있다.

2. 현황 및 대응방안

가. 현황

신용카드범죄는 지난 1994년 1,187건이 발생한 것으로 나타났으며, 3년 후인 1997년에는 2,038건으로 증가되었고,⁸⁾ 그 후 계속 증가하고 있다. 그 범행 수법도 고도로 지능화, 다양화되고 있다.

나. 대응방안

카드발급, 송부, 가맹점허가, 매출전표관리 등을 신중하고 철저하게 해야하며 신용카드의 사후관리와 보안기능을 강화해야 하고, 수사기관도 전문적 수사기법을 발전시켜 나아가야 할 것이다.

자기명의의 카드를 부정하게 발급받는 행위는 경우에 따라 사기죄가 성립될 수 있고 타인명의의 신용카드를 부당취득한 행위는 경우에 따라 그 형법적 취급이 달라진다. 타인명의를 도용하여 신용카드를 발급받는 행위는 사문서위조 및 동행사죄, 그리고 사기죄의 문제로 되며, 타인의 신용카드를 절취, 강취, 횡령한 경우에는 절도죄, 강도죄, 횡령죄에 해당한다. 결재할 의사나 능력이 없이 자기의 카드를 이용하여 물품이나 용역을 제공받는 행위는 사기죄에 해당한다고 보는 것이 다수설의 입장이다.

도난, 분실된 타인의 신용카드를 부정사용한 행위에는 특별법인 여신전문금융업법 제70조가 우선 적용된다는 점에도 유의하여야 한다. 신용카드회원이 신용카드를 불법 처분한 행위는 여신전문금융업법 제70조 제3항에 의하여 처벌된다.

가맹점의 이중매출전표작성행위, 매출전표의 위조 변조된 매출전표로 카드회사로부터 대금을 지급받는 행위는 위조 변조사문서행사죄와 사기죄의 상상적 경합죄로서 사문서 위조 변조죄와는 실제적 경합관계로 된다.

'물품의 판매 또는 용역의 제공을 가장하여 매출금액을 초과한 신용카드 매출전표를 작성하고 자금의 대출한 행위라든가 이를 중개, 알선한 행위에는 여신전문금융법 제70조 제2항 제3호가 적용되고, 매출전표를 양도하거나 향수하는 행위에는 여신전문금융법 제70조 제2항 제5호, 가맹점 수수료를 신용카드회원에게 전가하는 행위에는 여신전문금융업법 제70조 제2항 제2호가 각각 적용된다.

신용카드범죄가 고도로 지능화되고 다양화되는 그리하여 현실에 비추어 여신전문 근본금융업법이 단지 하나의 조문(제70조)으로 대응하고 있는 것은 적절하다고 보기 어렵고, 형사법상의 사기죄와 법정형의 균형이 맞지 아니하는 문제점도 드러나고 있다.⁹⁾

IV. 정보통신망이나 인터넷을 이용한 범죄

1. 행위유형

행위유형은 관점에 따라 다양하게 분류할 수 있으나 본고에서는 발생빈도가 높은 사이버 테러, 인터넷사기, 음란물, 음란정보유통에 관하여서만 살펴보기로 한다.

가. 사이버테러

사이버테러의 의미는 관점에 따라 달라질 수 있겠으나, 대체로 정보처리 장치나 정보통신망을 이용하여 타인의 생명, 신체, 명예, 재산 등에 해악을 발생하게 하거나, 해악의 발생을 고지하는 협박을 하거나 이러한 행위를 수단으로 이익을 얻으려는 일체의 행위를 의미한다.

최근 PC통신을 이용한 명예훼손이나 모욕, 언어폭력으로 상대방 여성에게 정신적 피해를 주는 이른바 온라인성폭력행위가 비교적 많이 발생하고 있다.

나. 인터넷사기

인터넷 이용자가 폭발적으로 늘어나고 인터넷을 이용한 전자상거래가 크게 증가하면서 인터넷을 이용한 사기사건도 급증하고 있다. 인터넷 사기혐의로 형사 입건된 자가 1996년에는 8만명이었으나 1997년에는 88명, 1998년에는 206명으로 급격히 증가되었고 1999년에는 7월까지 253명에 이르렀다.¹⁰⁾

범행수법을 보면 타인의 컴퓨터통신ID 및 비밀번호를 도용하여 PC통신망 게시판에 상품염가판매 광고를 내고 연락해 온 이용자에게 물품을 보내지 않고 대금만 가로챈 경우,¹¹⁾ 인터넷 영어학원에 가입하고 송금했으나 영어학원 사이트가 없어져 버린 경우¹²⁾ 컴퓨터통신망의 중고물품장터에 들어가 컴퓨터부품을 싸게 판매한다는 메일을 보내어 300여명의 네티즌으로부터 3,000여만원을 받아 편취하고 연락을 끊은 경우,¹³⁾ 인터넷을 통해 음란물 판매선전을 하여 신청자로부터 도합7,400만원을 사취하고 선전과 다른 내용을 전송한 경우¹⁴⁾ 등 매우 다양하다.

다. 음란정보 등의 유통

전에는 국제음란폰팅이 큰 사회문제가 되고 있었으나 인터넷이 보편화되면서 이를 이용한 음란정보가 확산되고 특히 청소년들에게 나쁜 영향을 미치고 있다. 인터넷 성인사이트는 1998년을 기준으로 할 때 약1만개로 추정되고 대부분 해외의 음란사이트이지만 최근에는 20여개의 한국형 음란사이트가 등장하고 있다. 음란물, 음란정보 등의 유통은 음란퇴폐 풍조를

확산시키고 연간 1,000억달러에 달하는 막대한 외화유출까지 초래하고 있는 실정이다.¹⁵⁾

1999년에는 대검찰청 컴퓨터범죄전담수사반이 음란물을 게재한 인터넷 홈페이지를 수사했는데, 불과 16세 소년이 않으면 안 되란 사진 4만장을 음란사이트에 올린 범행을 적발하였다.

PC통신을 이용한 사이버포주사건도 주목의 대상이다. 범인은 컴퓨터통신 유니텔에 접속하여 고소득아르바이트 보장이라는 비공개 대화방을 개설하고 10여명의 여자를 모집하여 윤락조직을 만들고 컴퓨터 통신망을 통하여 공금을 받고 여자들을 보냈다고 한다.¹⁶⁾

2. 대응방안

인터넷범죄는 익명성, 시간적, 공간적 무제약성, 고도의 지능적 범행수법 등 여러 가지 특성을 갖고 있어 그 효과적 대응이 쉽지 아니하다.

사이버테러의 방지를 위해서는 인터넷 보안시설을 갖추는 등 기술적 보안대책을 강구하고, PC통신 가입자의 신원을 명확히 확인하고 등록 ID도 실명으로 발급하는 것을 고려해 볼 필요가 있으며, 컴퓨터통신회사의 모니터 요원도 더 충원하는 것이 바람직하다. 인터넷 사기를 막기 위해서는 PC통신 사용자의 신상정보 유출을 막기 위한 제도적 장치를 마련하고 기망적 광고를 규제하고 기망행위 증거를 포착할 수 있는 제도적 장치가 필요하다. 인터넷 사업의 관련되는 기관에는 전담부서를 두고 인터넷 사업자의 신원도 명확하게 파악될 수 있어야 할 것이다. 음란물차단 프로그램도 적극적으로 개발하여 활용할 것이 요망된다.

형법적 관점에서 보면 사이버 테러는 그 행위유형에 따라 협박죄(형법 제283조), 전자기록 등 손괴죄(형법 제 366조), 명예훼손죄(형법 제 307조) 모욕죄(형법 제 308조) 등에 해당한다. 인터넷 사기는 사기죄(형법 제 347조)에 해당하며, 음란정보 제공자는 전기통신기본법 제48조의 2와 성폭력범죄 등 처벌법 제14조에 의한 처벌이 가능하다.

V. 기타

이상에서 살펴 본 신종범죄 이외에도 폰(홈)뱅킹사기, 전화방을 통한 윤락알선, 장기밀매알선사기, 몰래카메라를 이용한 촬영이나 시청, 첨단기술장비를 이용한 도청 등 새로운 수법의 범죄가 등장하고 있어 효과적인 대응 방안의 마련이 요망되고 있다.

VI. 맺는 말

우리나라뿐만 아니라 세계적으로 많은 나라에서 신종범죄의 중심을 이루고 있는 컴퓨터관련범죄, 신용카드 범죄, 정보통신이나 인터넷을 이용하는 범죄 등은 기술과 지능을 바탕으로 하기 때문에 이른바 하이테크 범죄라고도 불리워 진다. 특히, 컴퓨터관련범죄 내지 인터넷

을 이용한 범죄는 시공적 제약을 벗어나 국경을 초월하여 이루어지고 있으며 그 피해도 경우에 따라 엄청난 규모로 나타날 수 있다. 고도의 익명성 때문에 얼굴이 없어 범인을 잡기 어렵고 범행수법도 다양하며 기술적으로 범행의 흔적을 제거해 버릴 수도 있다. 또한 지능적이고 계획적인 범행이 이루어질 수 있는 반면, 죄의식이 없어 장난삼아 혹은 실력을 과시해 보려는 충동으로 범행이 이루어지는 경우도 있다. 기술발달에 따라 범행의 양상이 달라질 수 있으며 컴퓨터 보급과 인터넷 증가에 따라 범행도 계속 증가할 것으로 예상된다.

신중범죄들의 이러한 특성은 그 대책에 반드시 고려되어야 하며 신중범죄의 범행수법보다 그 대응방안이 뒤져서는 안 되며 오히려 앞서 나아가갈 것이 요망된다.¹⁷⁾

신중범죄에 대한 예리한 분석과 정확한 통계 등 형사정책적인 연구가 지속적으로 이루어지고 국내 관련 부서간의 긴밀한 협조는 물론 국가적인 공조와 협력도 필요할 것이다.

한국 형법은 1995년의 개정을 통하여 컴퓨터범죄에 대응하는 기본적인 규정을 도입하였고, 또한 이들 신중범죄를 처벌하는 특별법상의 규정도 마련되어 있다. 그러나 이들 상호간의 균형, 중복성, 당벌적 형태의 한계 등에 있어 충분한 검토가 있었다고 보기 어렵고, 범행수법의 기교와 다양성에 허점없이 대응할 수 있는 가도 살펴보아야 할 것이다. 이러한 관점에서 신중범죄에 대한 형법적 대응방안도 신중범죄의 특성을 충분히 고려하면서 종합적이고 지속적으로 검토하여 개선해 나아가야 할 필요가 있다고 본다.

- 1) 치안연구소(연구지도위원 이형국, 연구위원 강동범, 천종철), "향후신중범죄 추세 전망 및 대응 방안에 관한 연구", 치안논총, 제15집, 1999, 121쪽 이하 참조.
- 2) 1997년 하이텔이 운영하는 인터넷 전자우편 시스템에 한 해커가 10만여 통의 전자우편을 발송하여 업무를 방해한 사건이 발생하였다.
- 3) 동아일보 1996년 4월 17일
- 4) 1973년 10월에 AID차관 아파트 입주자 추첨과 관련하여 과학기술처 중앙전자계산소 프로그램이 프로그램조작을 한 것이 우리나라 최초로 컴퓨터범죄로 알려지고 있다(치안연구소, 전계논문, 133쪽)
- 5) 조규경, 컴퓨터조작범죄, 90년대의 범죄와 형사정책(세미나자료)", 한국형사정책연구원, 1990.4. 91쪽
- 6) 대검찰청 정보범죄대책본부의 통계에 의하면 1996년부터 1999년까지의 단속된 컴퓨터범죄는 682건에 이른다(www.dci.sppo.go.kr)
- 7) 박상기, 형법각론, 진정관, 1999, 305쪽
- 8) 치안연구소, 전계논문, 168쪽
- 9) 치안연구소, 전계논문, 179쪽
- 10) 동아일보, 2000.4.13, 9쪽 참조.
- 11) 치안연구소, 전계논문, 186쪽
- 12) 동아일보, 2000.4.13. 9쪽 참조
- 13) 대검찰청, 실무속보, 제212호, 2000.3.5. 1819쪽
- 14) 대검찰청, 실무속보, 제208호, 1999.11.5. 2021쪽
- 15) 대검찰청, 실무속보, 제207호, 1999.9.30. 참조
- 16) 대검찰청, 실무속보, 제196호, 1998.12.28. 12쪽 참조.
- 17) 검찰은 1999년 현재 16개청에 컴퓨터범죄 전담수사반을 운영하고 있고, 2000년까지 22개 전담수사반을 설치할 예정이다(www.dci.sppo.go.kr)

사이버범죄 - 일본에서 형법적 대응의 시도들 -

리키조 쿠즈후라(Rikizo Kuzuhara)*

한상훈(역)**

I. 들어가며

"사이버 범죄"라는 개념은 일본에서 아직 널리 통용되지는 않으나, 사안에 관련된 문제영역 전체를 지칭한다. "컴퓨터범죄"라는 전통적인 용어는 더 이상 오늘날 컴퓨터에 관련된 범죄의 핵심을 포섭하지 못한다. 오늘날에는 더 이상 특정한, 고립된 컴퓨터에 대한 범죄행위가 주로 문제되는 것이 아니라, 네트워크상에서, 무엇보다 인터넷에서 행해지는 범죄가 문제되고 있다. 이로부터 발생하는 대부분의 난점은 이른바 "사이버공간"의 특수성에 조건지워지고 있다. 개개 컴퓨터의 전자정보가 상호 연결되어 전체적으로 성립된 가상세계가 탄생함으로써, 컴퓨터 관련 범죄와 문제영역의 확장에 관한 토론에서도 논의의 중심이 이동하는 결과를 가져왔으며, 이는 국제적 맥락에서도 마찬가지이다.

오늘 강연에서 저는 우선 지금까지 일본에서의 논의상황, 특히 참조범위에서의 변화에 대하여 간략히 소개하고자 한다. 이어서 최근 일본의 논의와 1999년 8월 통과된 「부정한 액세스행위 금지 등에 관한 법률」에 대하여 살펴보고자 한다.

II. 종래 일본에서 컴퓨터범죄에 관한 논의에 초점

1. 은행네트워크의 남용

오래된 "고전적인" 사례유형은 은행네트워크의 조작사례이다. 이러한 유형으로 잘 알려진 사건으로, 한 대형은행에서 계좌에 관한 네트워크상 정보입출력을 담당하던 한 은행여직원이 은행단말기에서 가명계좌를 만들고 부당하게 이 계좌로 거액을 송금한 사건이 있었다(산와은행 사건). 또한 이 사건에서 이 여직원은 연이어 은행통장을 위조하여 해당금액을 현금으로 출금하도록 하였기 때문에 절도죄와 문서위조죄로 처벌되었다.¹⁾

만약 이 범죄자가 채무를 갚기 위하여 송금하는 등의 방법으로 모든 것을 전자정보처리를 통하여 조작했다면, 절도죄와("재물"이 존재하지 않으므로) 사기("기망"이 존재하지 않으므로)는 성립되

* 일본 간사이대학 법학부 교수

** 한국형사정책연구원 연구원, 법학박사

지 않았을 것이다.

이 사건은 그 손해의 거대함과 "컴퓨터네트워크"라는 새로운 범행수단이 사용된 점. 또한 80년대에 일련의 유사한 사건이 연이어 발생하였다는 점 때문에²⁾

공중의 관심을 불러일으켰다.

그러나 이러한 범죄유형은 비록 명백히 어느 정도의 문제성이 잠재되어 있었음에도 불구하고, 당시에는 두번째 사례유형이 가져온 정도의 형법적, 법정정책적 문제에는 이르지 않았다. 또한 당시에는 은행직원과 같이 단지 특정한, 제한된 범위의 일부사람만이 컴퓨터에 접근할 수 있었다.

2. 전자적 기록의 위조 및 무단변조

이미 70년대부터 전자적 데이터의 무단 생산과 변조는 많이 논의되었다. 일본에서 형성되는 소위 "카드사회(Karten-Gesellschaft)", 즉 거의 모든 개인이 재정업무를 한개 또는 여러 개의 전자적 은행카드 또는 신용카드로 해결하도록 강요되는 배경에서 한계에서는 은행카드의 전자마그네틱 테이프를 변조한다거나, 위조변조된 카드를 은행현금지급기에서 사용하는 사례가 많이 논의되었다. 자동차등록 또는 운전면허등록과 같은 공공정보의 무단변조행위도 실무상 중요한데 동일한 유형에 속한다고 볼 수 있다.

이러한 범죄유형에 전통적인 구성요건, 특히 문서위조죄, 유가증권위조죄 등을 적용할 수 있는가 하는 판단에 있어서는, 전통적인 "문서"개념과 "유가증권"개념을 불가시성(Unsichtbarkeit), 불가독성(Unlesbarkeit), 불지속성(Nichtdauerhaftigkeit)을 특징으로 하는 전자적 기록(電磁的 記録)에도 사용할 수 있는가 하는 점이 주로 문제된다.

은행카드위조에 있어서는 또한 위조변조된 은행카드를 은행현금지급기에서 사용하는 것이 ("제시" 또는 "교부"가 결여되어) 위조변조된 유가증권의 "사용" 또는 (사람의 "기망"이 결여되므로) 사기로 포섭될 수 있는지 의문이다. 만일 범죄자가 위조변조된 은행카드로 사용하여 자동지급기로부터 현금을 인출하였다면, 거의 문제없이 절도죄가 성립된다. 따라서 검찰은 기소편의주의에 의하여 일정한 경우 처음부터 유가증권위조죄나 사기죄로 기소하는 것을 포기한다. ³⁾

그러나 통상적으로 공공의 데이터뱅크에서 무단으로 정보를 변경한 경우 이와 같은 우회방법은 가능하지 않다. 일본판례는 발생할 수 있는 형사처벌의 흠결은 문서개념을 확장함으로써 메우려고 시도했다. 전자적 기록은 그 자체로는 보이지 않으나 프린터나 모니터를 통하여 볼 수 있으며, 가시적인 사용이 이러한 정보와 불가분적으로 연결되어 있다는 것이다. 따라서 전자적 기록도 "문서"라는 것이다. ⁴⁾

이러한 고찰방법은 판례와 일부학설에서 은행카드위조의 경우⁵⁾

발견되나, 다수설은 이를 타당하게도 죄형법정주의위반이라고 강하게 비판하고 있다.⁶⁾

여기에서는 기능적 공동성을 주장하며 유추가 이루어지고 있다.

3. 1987년 일본형법의 일부개정⁷⁾

불확실한 법률상황은 입법자로 하여금 형법전을 개정하도록 하였다. 1987년 발효된 일본형법의 일부개정은 전통적 구성요건, 즉 문서위조죄(일본형법 제157조 이하), 사기죄(일본형법 제246조), 업무방해죄(일본형법 제234조)와 문서손괴죄(일본형법 제258조 이하)의 확장과 보완을 주내용으로 하며, 무엇보다 행위객체로서 "전자적 기록(電磁的 記録)"과 "전자계산기"라는 개념을 도입하여 제157조 이하, 161조의 2, 234조의 2, 258조, 295조를 신설하였다.

독자적 구성요건으로 신설된 "컴퓨터업무방해죄"(일본형법 제234조의 2)는 컴퓨터 또는 정보의 파괴, 허위 정보나 허위 명령의 권한 없는 압력, 또는 기타의 방해를 모두 포함한다. 무엇보다 이 보충구성요건(Auffangtatbestand)으로 당시 논의되던 가벌성의 흠결이 죄형법정주의와 관련하여 거의 문제없이 해결되었다.

그러나 이 개혁입법에 의하여도 당벌적으로 판단되는 한 행위유형은 포섭될 수 없었다. 즉, 위조변조된 전화카드의 판매행위이다. 신설된 "부정(不正)하게" 제작된 전자적 기록의 사용을 처벌하는 규정(일본형법 제161조의 2 제3항)에는 부정하게 제작된 정보의 "양도"와 "유통"이라는 행위유형이 빠져 있다. 여기에는 입법과정상의 잘못이 존재한다.

전화카드의 전자적 기록(電磁的 記録)의 위조변조⁸⁾

와 위조변조된 카드의 사용은 각각 단지 "전자적 기록의 부정한 제작"(일본형법 제161조 제3항)과 "부정하게 제작된 전자적 기록의 공용(供用)"(일본형법 제161조의 2 제3항)을 충족시킨다. 행위자가 위조변조된 카드를 이용하여 통화요금의 지불을 회피한 경우, 추가적으로 컴퓨터사기죄(일본형법 제246조의 2)가 성립한다.⁹⁾

판매자 자신은 통상적으로 허위카드의 제작 또는 그 직접적 사용에 관여하지 않은 경우이다.

이러한 사례유형을 전통적인 "위조 또는 변조된 유가증권의 교부"(일본형법 제163조)로 포섭하려는 시도와 함께 전자적 기록을 "유가증권=문서" 개념에 포섭하려는 오래된 논의가 되살아났다.¹⁰⁾

III. 새로운 국면: 인터넷 범죄

1. 소위 사이버포르노그래피¹¹⁾

90년대 중반부터 소위 사이버포르노그래피라는 문제가 일본에서도 논쟁의 중심에 놓여있다. 여기에서는 주요하게 처벌되는 포르노그래피에 관한 법문의 해석이 문제된다. 일본형법 제175조는 음란한 문서, 도화 또는 기타 물건의 반포, 판매, 혹은 공연한 진열(陳列)을 처벌하고 있다.

인터넷, 혹은 컴퓨터를 통하여 유포되는 행위방법의 특징과 관련하여, 먼저 화면에 표현되는 그림이 도대체 "도화" 혹은 "기타의 (음란한) 물건"이라는 개념하에 포섭될 수 있는지 문제된다. 전통적인 개념정의에 의하면 문서, 도화 등은 지속적이어야 하고, "기타의 물건"과 같이 실체적인 것(Körperliches)이어야 한다.

화면에 나타난 그림을 이들 개념에 직접포섭하는 것을 부정함으로 인하여, 판례와 학설에는 두 가지 해결방안이 제시되었다. 하급심법원과 일부학설은 개인사용자의 모니터화면에 나타난 그림이 "음란한 물건"이 아니라, 음란한 전자적 기록, 즉 정보 자체가 그것이다라고 주장하였다.¹²⁾

다른 견해에 의하면, 그러한 정보가 저장되어 있는 하드드라이브 또는 이들이 설치되어 있는 컴퓨터가 음란한 물건으로 간주될 수 있다는 것이다. 13)

죄형법정주의의 관점에서 보면, 정보는 실체적으로 존재하지 않음에도 불구하고, 정보 자체를 "물건"으로 보는 것은 문제가 있다. 이렇게 보면, 음란한 정보를 포함하고 있는 하드드라이브 또는 컴퓨터를 "기타의 물건"으로 포섭하는 것은 보다 타당에 보인다.

그러나 이러한 해결방법에 있어 다른 문제가 존재한다. 인터넷에서 전형적인 음란한 정보를 상세히 특정될 수 없는 최종사용자에게 전화선을 통하여 전송하는 행위를 처벌할 수 있기 위하여, 반포, 판매, 혹은 공연한 진열이 존재하여야 한다. 음란한 문서를 저장하고 있는 하드드라이브는 판매되거나 반포되지 않는다는 것이다.

따라서 대부분의 실무와 다수설은 전술한 행위태양을 음란한 하드드라이브의 "공연한 진열"로 보고, 하드드라이브는 "기타의 음란한 물건"으로 보고 있다. 이 견해는 음란한 필름이나 비디오의 상영과 관련하여 다음과 같이 근거지워진다. : 필름이나 비디오의 상영에 있어서 일반인은 시각적, 또는 전자기적 테이프를 직접 보지 않고, 오히려 스크린이나 화면에 재생되는 그림을 본다는 것이다. "진열"의 객체, 즉 "음란한 물건"은 단지 필름 또는 비디오테이프만이 될 수 있다. 이러한 특수성에도 불구하고 지금은 아무도 포르노필름이나 비디오의 상영이 "음란한 물건의 진열"일 수 있다는 점을 논박하지 않는다. 이와 마찬가지로 정보처리의 과정에도 적용된다. 즉, 행위자의 하드드라이브에서 출발한 정보는 인터넷을 통하여 최종사용자의 화면에 도달한다는 것이다. 이러한 특수한 과정은 고려할 필요가 없다. 왜냐하면 여기에서는 절차에 조건적인 "진열"의 파생형태가 문제되고 있기 때문이라는 것이다. 14)

이러한 논증에 동의할 수 있다. 사이버포르노그래피를 현행 제175조로 처벌하고자 한다면, 다른 방도가 없다. 그러나 입법적 해결방법이 보다 바람직하다.

2. 기타 문제들

사이버포르노그래피의 영역에서 다른 문제들이 존재한다. 예를 들면 국경을 넘는 음란정보의 등록, 혹은 고의로 음란정보를 서버에 저장하도록 하거나 삭제하지 않은 제공자, 시스템운영자의 책임 등이 그것이다. 문헌에서 사이버포르노그래피에 대하여 설명하는 거의 모두가 이 문제들을 비록 주변적 문제로나마 다루고 있다. 15)

이 문제들에 대한 근본적인 연구는 실무나 학계에 아직 나타나지 않고 있다.

공중에는, 즉 주로 언론에서는 마약이나 자살에 적합한 약품의 판매, 타인의 개인정보의 부정확한 공개, 모욕적, 또는 명예훼손적 주장의 인터넷을 통한 유포 등이 새로이 문제되고 있다. 그러나 이들 범죄가 이미 각각 자살방조죄 혹은 명예훼손죄로 처벌되기 때문에 이러한 영역에서 이론적 검토는 거의 이루어지지 않는다. 근본적으로 거의 유일하게 -형법적으로 포섭될 수 없는 - 네트워크 제공자의 책임. 예를 들어 사이버포르노그래피와 같은 것이 문제되고 있다. 이러한 문제군은 일본에서 논의되고 있기는 하나, 아직 결론에 도달한 것은 아니다.16)

IV. 「부정한 액세스행위의 금지 등에 관한 법률」

1. 개관

이 모든 문제들이 아주 짧은 시간에 순식간에 연달아 나타났다는 사실은 당연히 인터넷의 전세계적 폭발적 발전과 관계된다. "네트"는 종래 단절되어 제한된 집단의 사람에게만이 접근할 수 있던 수많은 개개의 네트워크를 전화선으로 상호연결하였다. 이를 통하여 개별네트워크와 정보에 대한 접근이 대단히 수월해졌다. 따라서 자연스럽게 전통적 컴퓨터범죄에 비해"해킹", 즉 컴퓨터네트워크에 대한 부정한 접근의 위험이 증대되었고, 이에 대한 공포도 증가하였다.

1999년 8월 일본입법자는 인터넷범죄의 국경을 초월하는 속성을 감안하고 국제적 압력에 따라(예를 들면, 버밍햄회담의 커뮤니케) 「부정한 액세스 행위의 금지 등에 관한 법률」을 제정하였고, 이 법은 2000.2.13. 발표되었다.

이 법률은 총 4개의 범죄구성요건을 포함하고 있다(제3조 1항, 2항 1호, 3호, 제4조, 및 제8조 이하). 접근제어를 다음과 같은 방법으로 침해하는 행위 등이 처벌된다. 첫째, 접근통제장치가 되어 있는 컴퓨터에 타인의 인식부호(ID)를 무단히 입력하는 행위, 둘째, 해당 컴퓨터에 접근제한을 회피하는 정보 혹은 명령(인식부호를 제외함)을 입력하는 행위, 셋째, 다른 인증서버에 의하여 접근이 통제되는 컴퓨터에 정보나 명령을 입력하는 행위는 각 1년 이하의 자유형 또는 500,000엔 이하의 벌금에 처한다. 넷째, 타인의 인식부호를 무단히 공개함으로써 부정한 접근을 조장하는 행위는 300,000엔 이하의 벌금에 처한다. 17)

2. 비판적 검토

동법 제1조에 의하면, 동법은 컴퓨터관련직, 전자통신방법에 의한 범죄를 방지하고, "접근통제를 이용하여 성립되어 있는 전자통신에 관한 질서의 유지"를 목적으로 하고 있다. 따라서 컴퓨터네트워크의 보호 자체와 컴퓨터사기 또는 컴퓨터업무의 방해를 이미 그 전단계에서 금지하려는데 중점을 두고 있다.

이러한 동법의 목표설정이 그 자체로는 설득력이 있을 수 있으나, 동법에 의하여 구체적으로 규정되고 있는 접근통제의 회피에 관한 행위유형과 관련하여서는 각종 모순이 야기되고 있다.

동법의 범죄구성요건 중 어느 하나도 네트워크에서 특정한 범죄를 행할 목적을 요구하고 있지 않다. 따라서 이들 범죄구성요건은 특정한 범죄의 예비죄를 처벌하려는 것으로 볼 수 있다. 18)

일반적으로 불특정한 "범죄"의 예비행위를 구성하려는 것은, 단지 소수의 중대한 범죄의 경우에만 예비죄를 처벌하고 있는 일본형법의 근본태도와 모순된다.

따라서 이러한 형태의 가벌성의 전치(Vorverlagerung)은 의문시된다. 왜냐하면, 부정한 접근을 처벌하는 구성요건은 사실상 컴퓨터관련업무방해를 보다 앞당긴 것인데, 후자의 구성요건 자체도 이미 사기죄 혹은 위조죄를 앞당겨 처벌하는 것이기 때문이다. 이러한 이중전치(Doppelte Vorverlagerung)는 분명히 지나친 것이다.

고려되고 있는 범죄자집단이 소위 해커들이라면, 부정한 접근의 처벌을 다른 범죄의 방지라는

이유로 근거짓는 것은 형사정책적 문제들에 관한 한 설득력이 크지 않다. 왜냐하면 해커들의 주요 관심사는 대개 보호체계의 회피 자체이기 때문이다. 19)

이와 달리 접근에 성공한 후 다른 범죄를 범하려고 의도하고 있는 자는 접근 자체를 처벌함에 의하여도 사실상 막을 수 없다. 왜냐하면 이러한 행위를 부정접근의 실행 이후에서부터 의도한 범죄를 행하기 이전에 적발하여 이에 대한 효과적인 조치를 취하기란 사실상 불가능하기 때문이다.

동법의 두번째 목표에 관하여 볼 때, 먼저 "전자통신의 질서"의 유지가 불분명하게 규정되어 있다. "질서"라는 단어가 객관적, 기술적으로 네트워크의 시스템조건 또는 자원과 그 신뢰할 만한 기능을 의미한다면, 이러한 의미의 "질서"는 해커에게도 유의미하다. 왜냐하면 이것이 없다면, 서버에 도달할 수 없고, 접근을 통제할 수도 없으며, 따라서 접근을 조작할 수도 없기 때문이다. "부정한 접근은" 네트워크자원을 "파괴하지 않고 오히려 이용한다"20)

이러한 질서는 해커도 유지하고자 한다.

이에 반하여 경제적, 소유권적 질서를 의미한다면, 즉, 지불의사와 지불능력이 있는 자만이 네트워크를 향유할 수 있다는 의미라면, 이러한 질서는 단순한 접근통제의 회피행위를 통하여 아직 심각하게 위태롭지 않는다. 더우기 소유권적 방해의 방지는 오히려 동법 제1조의 범위에서 열거된 네트워크상 다른 범죄의 방지라는 첫번째 목표에 해당한다. 그러나 재산범죄의 방지는 형행법체계의 관점에서 예비행위의 일반적 처벌을 통하여 달성되어서는 아니된다.

"질서"라는 단어를 네트워크상에서 허위진술과 데이터 위조변조를 배제한 신뢰할 수 있는 정보통신의 체계화란 의미로 해석한다고 하여도 마찬가지이다. 이러한 의미의 네트워크질서의 보호는 원래 1987년 형법개정을 통하여 신설된 허위진술죄의 구성요건에 해당하는 것이다. 21)

이러한 질서의 보호를 위하여 가벌성을 앞당기는 것은 마찬가지로 정당화되지 않는다. 왜냐하면 네트워크접근시 허위정보의 입력이 동시에 그러한 정보의 유포와 그 이상의 통신이라고 할 수 없으며, 드문 경우에만 그러한 허위정보의 통신과 유포를 결과하기 때문이다.

접근통제의 회피는 "전자통신의 질서"를 위태롭게 하는 것이 아니라, 단지 폐쇄된 하나의 네트워크 내부에서 데이터의 안전을 위태롭게 한다. 경우에 따라 해킹을 처벌하는 것은 따라서 단지 데이터보호의 위태화라는 점에서 근거지워질 수 있다.22)

그러나 그렇게 되면 동법의 개별적 구성요건들은 다른 모습을 갖게 될 것이 틀림없다.

V. 결론

요약하자면 다음과 같이 말할 수 있다. 1987년 일본형법의 일부개정은 컴퓨터범죄에 있어서 전통적인 행위유형의 처벌은 불충분한 방법을 도입하였다. 또한 이후 발전하게 되는 인터넷범죄의 영역에서도 일본형법은 초기의 무부정상태에 이르는 자유관에 대하여 항복하지 않았다. 그러나 지금까지 획득한 해결방안은 이론적으로 언제나 성공한 것은 아니며, 종종 현실적이지 않았다.

그럼에도 불구하고 컴퓨터범죄에는 대처해야 한다. 인터넷에서 대단히 빨리 확산되고 있는 정보통신으로 인하여 최소한 개인적 정보처리데이터는 효과적으로 보호되는 데 적합해야 한다. 그러나 형법이 이를 위하여 가장 적합한 수단인지는 대단히 의심스럽다. 이에 관하여는 이미 반복하여 언급하였다. 현재 데이터보호기술과 해커의 기술은 모두 신속히 발달하고 있다. 특히 "해킹"의 영역

에서 형법은 머지 않아 더 이상 개입할 수 없게 될 수도 있다. 왜냐하면 「부정한 액세스행위의 금지 등에 관한 법률」의 4개 구성요건은 곧 사용할 수 없게 될 수 있고, 형법개정을 위하여는 너무나 많은 시간이 필요하여 "사이버공간"에서는 영원한 것처럼 경험될 것이기 때문이다.

- 1) Osaka 지방법원, 1982.7.27 선고, 1982, Hanrei Jiho 1059 (1982), S. 158.
- 2) 당시의 상황과 각 사례의 현상태에 대한 개관 및 검찰과 법원의 실무상 처리결과에 관한 개관으로는 Taya/Matoba/Yokobatake/Kawamura, Hosoo Jiho Bd. 39 (1987) Nr.12, S.65 이하 참조.
- 3) 예를 들어, Sapporo 지방법원, 1984.3.27. 선고, Hanrei Jiho 1116(1984), S.143
- 4) 이미 Nagoya 고등법원 Zweigstelle Kanazawa, 1977.1.27, Keisai Geppo(하급심형사판례 월보) Bd. 9(1977), Nr.1=2. S.8: Hiroshima 지방법원, 1978.9.29. Hanrei Jiho 913(1978), S.119: 일본최고법원은 1983.11.24. Hanrei Jiho 1099(1984), S.29 결정에서 자세한 논거 없이 이를 긍정하였다. : 학설로는 이미 Nishihara, Jurist 485(1971), S.35: 또한 Harada, Kenshu 332(1976), 56면: Miyazawa, Hanrei Hyoron 231(1978), S.42도 참조.
- 5) Osaka 지방법원, 1982.9.9. Hanrei Jiho 1067(1983), S. 159; Itakura, horitsu no hiroba Bd.35(1982) Nr. 12, S.25.
- 6) Nakamori, Hanrei Times 5089(1983), S.7; Yoshida, Keisatsugaku Ronshu Bd. 30 Nr. 12, S. 177; Kagawa, Keiho Kogi kakuron(Stafrecht BT) neubearbeitete Aufl. S. 167; Oya, Hogaku Seminar 364(1985), S. 28, Nishiyama, Hnrei Hyoron 308(1984), S.67; Nishida, Hogaku Koshitsu 48(1984), S.89; hnlich auch Yamaguchi, hogaku Kyoshitsu 43(1984), S.121.
- 7) 이 입법에 관하여 상세히 독일어로 작성된 개관으로는 Sonoda, Das neue Computerstrafrecht in Japan, wistra 1988, S. 167ff.; ders., Kansai University Review of Law and politics 10(1989), S. 55ff.; 개혁의 개별적 부분에 관하여는 Atsumi/Ida/Nakamori/Nishida/segawa/sono, Keiho Zasshi 28(1988), S. 47 ff.; Shiomu, Keiho Zasshi 29(1989), S. 589ff. 참조.
- 8) 일본의 전화카드는 독일과 같이 IC-Chip으로 제작되어 있지 않고, 정보가 마그네틱 테이프에 저장되어 있어 대단히 얇은 플라스틱카드이다.
- 9) 경우에 따라서는 또한 일본형법 제246조의 2에 의하여 "컴퓨터업무의 방해죄"가 성립한다.
- 10) 일본공중전화카드에는 일부 가독가능한 문자가 기록되어 있다. 예를 들면, NTT 『Nippon Telephon & Telegram m』와 요금단위가지 등이다. 일본최고법원은 1991.4.5, Keishu (Sammlung der Entscheidungen des obersten Gerichts in Strafsachen) Bd. 45(1991), Nr. 4, S. 171 에서 이 가독할 수 있는 부분을 전자적 기록과 관련하여 단일 하게 유가증권으로 보았다. 이에 찬동하는 견해로는 Oya, keiho Kogi kakuron(Strafrecht BT) 4. Aufl. 1995. S. 458 und Maeda, Keiho Kakuron Kogi(Strafrecht BT)3. Aufl. 1999, S. 409.소수설, 즉 Nishida, Keiho Kakuron (Strafrecht BT) 1999, S. 328은 가독부분만이 유가증권의 구성부분이 될 수 있다고 한다. Furuta, Kenshu 4959(1989), S.41는 제3설을 주장한다. 즉, 전자적 기록을 그 자체로 유가증권으로 볼 수 있다고 한다. 왜냐하면 유가증권은 언제나 문서일 필요는 없기 때문이라는 것이다. 전술한 두 견해는 행위자가 카드표면에 아무런 인쇄도 되어 있지 않으나 허위의 정보를 저장하고 있는 카드를 판매한 경우 타당하지 않다. 그러나 제3설에 의하면, 카드전화기를 조작할 수 있는 소형컴퓨터의 판매가 "변조된 유가증권의 교부" 일 수 있다. 따라서 다수설은 이러한 사례유형에 있어서 해석론 상 처벌을 부정한다. 예를 들어 Yamaguchi, jurist 951 (1990), S. 52; Hayashi, Keiho Kakuron (Strafrecht BT) 1999, S.387; Nakamori, Keiho kakuron (Strafrecht BT), 2. Aufl. 1996, S. 258; Sone, Keiho Kakuron (Strafrecht BT), 2. Aufl. 1997, S.251 참조
- 11) 이에 관하여 일반적으로는 Sonoda(von Schwarzenegger ins Deutsche bersetzt), Kansai University Review of Law and Politics 20(1999), S. 109ff. 참조
- 12) Okayama 지방법원 1997. 12. 15, Hanrei Times 972(1998), S.280; Watanabe, keisatsugaku Ronshu Bd. 45(1982) Nr. 8, S. 223f: 유사하게 Horiuchi, Kenshu 588(1997), S.3ff.는 정보를 화체한 물건이 중요한 것이 아니라, 물건에 화체된 정보가 중요하다고 강조한다.
- 13) 예로 Kyoto 지방법원 1997.9.24, Hanrei Jiho 1638(1998), s.160; Yamaguchi, Jurist 1117(1997), S. 74; 더이상의 판결로는 <http://w3.scan.or.jp/sonoda/dat/hanrei.html> 참조.
- 14) Kyoto 지방법원 1997. 9. 24, Hanrei Jiho 1638 (1998), S. 160; Yamaguchi, (Fu n. 13), S.74; 또한 Maeda, Jurist

- 1144(1998) , S.98; Sakuma, Festschr. f. Nishihara 1999, Bd.3, S. 221; Goto, Jurist 1144(1999) S. 110; shiomi, Gendai Keijiho 8(1999), S. 36; Yamanaka in : Takahashi/Matsui(Hrsg.), Internet to Ho(Internet und Recht) 1999, S.77; 이에 대하여 비판적인 견해로는 Sonoda, Kansai Daigaku Hogaku Ronshu Bd. 47(1997) S. 548.
- 15) 서비스제공업자의 책임에 관하여는 특히 Komukai, jurist 1117(1997), S. 19ff.: 또한 각주 10 내지 각주 13에서 제시한 문헌 참조.
- 16) 인터넷에서의 비방에 관하여는 특히 Tadaki, Gendai keijihou 8 (1999), S. 43ff.: 헌법적 관점에서는 Takahashi, Jurist 1117(1997), S. 26ff. 참조
- 17) 법문의 내용에 대하여 상세히는 부록 참조.
- 18) Sonoda, Hogaku Kyoshitsu 228(1999), S.45; Saeki, kenshu, 602(1998), S. 4. 또한 처음 동업을 기안한 경찰청 (NPA:National Police Agency)도 이러한 점을 시인하고 있다: Tsuyuki, Jurist 1165(1999), S.52.
- 19) Saeki, (Fu n. 18), S.5는 Dieks, 6 Harv. J.L. & Tech. 307(1993), 320-321를 인용하여 그렇게 주장하고 있으며, 또한 Sonoda, (Fu n. 18) 참조.
- 20) Ishii, Coputer Security Bd. 4 (1999) Nr. 7, S. 40.
- 21) 이에 반대하는 견해로는 Saeki, (Fu n. 18), S. 8ff.: 이외에도 이 구성은 더 추상적으로 도덕적 질서를 시사할 수 있다. 형법은 이러한 도덕질서를 보호객체의 단계로 격상시켜서는 아니된다.
- 22) 이에 관한 타당한 지적으로는 Ishii, (Fu n. 20), S. 40.

기업 및 기업내부자의 형사책임

귄터 하이네(Güter Heine) *

김혜정(역) **

I. 들어가는 말

1986년 스위스 Basel에 있는 대기업 Sandoz의 한 창고노동자가 많은 양의 화학물질을 운송하기 위한 마무리 작업을 맡고 있었다. 운송을 위해 이 화학물질은 플라스틱상자 안에 용접되어져야만 했다. 그 과정에서 작은 화재가 발생했고, 그 것은 큰불을 야기했다. Sandoz주식회사는 Basel시 한가운데 있기 때문에 Basel시민에게는 큰 폭발의 위험이 존재했다. 진압작업을 통해 30톤의 농화학물질이 消防水와 함께 기업에 인접해있는 라인강 안으로 흘러 들어갔다. 과도한 오염이 300 Km거리까지의 강에 있는 어류를 몰살시켰다. 독일과 네덜란드에서 식수공급이 위협해졌다. 7년간의 수사절차 후에 소방서 대장에게 형사책임이 지워졌다. 그는 가벼운 벌금형을 선고받았고, 그 벌금은 그후 곧 그 기업 간부진으로부터 대체되었다. 그러나 스위스 시민을 고무하기 위하여 라인강참사를 야기했던 것과 같은 종류의 화학물질을 30톤이 아니라 단지 1g을 물고기가 있는 수족관에 넣어, 물고기들의 사투장면을 촬영하여 텔레비전에 방영하도록 시켰던 한 영화감독은 두 배가 더 되는 벌금형을 선고받았다.

영화감독뿐만 아니라 소방서 대장은 형법상 어려움 없이, 즉 영화감독은동물학대의 직접행위 때문에, 소방대장은 소방작업을 통한 강물오염의 지시 때문에 정범이 될 수 있었다. 그러나 일반시민들의 상식적인 생각에 따라 “정말로 책임이 있는” 고위관리자들은 형사책임을 추궁 당하지 않았다. 그리고 똑같은 정도로 범인자체에도 책임이 추궁되지 않았다. - 많은 다른 나라에서도 그렇듯이 단체에 대한 형벌(범인의 형사책임 : Verbandsstrafen)이 스위스 법에서는 알려지지 않았다.1)

이러한 스위스 참사의 명백히 잘못된 형사처분은 단지 유럽의 문제만은 아니다. 오히려 실제적으로 모든 국가가 관련되는 부정적인 경험들을 가지고 있는데, 거기에 일본에서 60년대에 한 대기업에 의한 시민의 수은중독으로 야기된 4개의 커다란 이타이(Itai)소송을 들 수 있다.2) 만약 그러한 (불평등한)결과들이 야기된다면, 형법이 균등한 정의기능을 부정하는 것이 아니냐라는 의문이 물론 곧바로 생긴다.

지난 10년간 국제기구들, 입법자 그리고 법원은 기업과 관련된 사건에 있어서 고위관리자들에게 지금보다 더 낫은 형사책임을 확정할 수 있기 위하여 노력해왔다. 세 번째 단락에 이러한 경과들을 언급하고 있다(아래 III). 유럽평의회와 유럽공동체의 방침에 따른 국제적 이

* 독일 기센대학 교수

** 한국형사정책연구원 연구원

니시아티브를 통해, 유럽에서는 많은 국가들이 법인자체에 대한 형사제재의 도입을 결정하였다(아래 IV). 그러한 법인의 형사제재는 일본에서는 소위 특별형법으로서 이미 오래 전부터 실현되고 있고, 한국에서도 예를 들면 1991년의 환경법에 대한 특별법 제5조와 함께 법적으로 허용하는 방향으로 나아가고 있다. 먼저 새로이 발생하는 형법에 대한 문제점을 언급하도록 하겠다(다음 II).

II. 중심인물로서의 영리기업 - 형법에 대한 새로운 문제

1. 출발점: 고전형법상의 범죄인

과거 유럽형법과 여기에서 영향받은 형사체제에서 범죄인은 단지 자연인에 한정되었다. 한편 민법에 상응한 법인의 책임은 관심대상 밖이었다. 왜냐하면 우리형법은 책임형법이기 때문이다. 책임은 도덕과 윤리에 기초한 비난으로, 그 비난은 독일형법학에서 가장 단순하게 만들어진 의미대로 단지 자연인에만 지향될 수 있다. 고전적 정범은 범죄행위를 형성하고 그 범죄행위를 지배하는 단독범이다(“사건의 중심인물”).³⁾ 이러한 개별화적인 기본견해는 솔직히 형법 안에서 발전의 표지로 보여진다.⁴⁾ 만약 법익의 침해가 이러한 방식으로 행위한 사람에게 귀속될 수 있다면, 법익침해의 기업에의 귀속은 특별한 문제를 만들지 않는다. 사실 Basel참사에서 가능한 정범으로는 자연히 화학물질창고 안에서 불꽃을 취급한 노동자이거나 혹은 (더욱 범행에 근접한) 소방서 대장이다. 형법은, 그들의 행동이 가시적이고 피해를 야기하는 결과에 직접적으로 관여하되, 모든 檢事가 범죄행위로 재구성하고 조사할 수 있는 행동에 완전히 충동적으로 의지할 것이다. 그러나 이러한 명백한 사건의 배후와 우리의 생각에 따르면 “정말로 죄가 있는 사람들”은 그러한 단순한 결정에서 벗어난다. “개는 항상 분명한 마지막 사람만을 문다(Die Hunde beissen offenbar immer nur den letzten)”라는 의문이 확실해 진다. 이러한 속담은 실제적으로 기업과 관련하여 확실한 의미를 가지고 있는데: 왜냐하면 기업의 책임자는 모든 경우에 있어서 “배후조정자”로 되기 때문이고, 또한 배후조정과정은 재현하기 어렵고 사후에 평가할 수 있을 뿐만 아니라, 무엇보다도 책임의 전가가 차단될 수 있는 수많은 은폐가능성이 주어지기 때문이다(“조직의 개개인의 책임배제: organisierte individuelle Unverantwort-lichkeit”).⁵⁾ 이러한 어려움은 커다란 영리기업의 증가하는 사회적 의미와 함께 한층 더 격화되었다.

2. 사회발전의 복잡한 중개자로서의 영리기업

세계화시대에 영리기업은 현대적인 산업사회에서 사회발전을 위한 중심 중계인이 되었다. 형법이 전혀 문제를 가지지 않는 고전적인 개별상인은 커다란 경제체계에 의해서 해체되었다. 생산성과 효율성의 증진을 위해서 기업구조의 분업과 분권이 이루어졌다; 사회를 위한 중요한 진보에 대한 충동(Fortschrittimpulse)은, 에너지공급, 생약산업(Pharmaindustrie) 그

리고 유전공학산업 혹은 은행활동의 분야에 대한 예들이 증명하듯이, 그만큼 복잡한 큰 조직을 전체로 한다. 그러한 종류의 기업들은 會長의 개별적 지시를 통해서 혹은 고위관리자들의 “공동의 행위결정”을 통해서 행위하지 않는다. 오히려 기업은 다양한 기업의 담당 부서에 관계되는 많고 적은 독자적인 업무의 협력을 통해 행위능력을 얻는다.6)

3. 형법에 대한 새로운 문제

이러한 커다란 체계의 증가하는 중요성은 형법의 개별화라는 기본관점에 충동을 야기한다. 우리 모두는 복잡한 경제적 결합 속에서 개개인의 무기력을 매일 경험한다. 만약 기업밖으로 일반인의 이득에 장애가 생기면, 한 개인의 몫은 종종 수없이 계속되는 기업운영상의 체제결합의 공동작업 안에서 아주 작은 부분으로 나타난다. 새로운 조직구조는 다음과 같은 효과를 주는데: 구체적인 사회장애와 관련하여 현재의 가능한 행위력(Tatmacht)이 약해지면 약해질수록, 기업운영상 분권과 기능적 차이가 전략방법상 고위관리자로부터 하부조직의 영향으로 실제적인 행위가능성을 더욱 강하게 줄이면 줄어들수록, 오히려 더 형법의 전통적 귀속범위가 그 수용력의 한계를 접하게 된다. 따라서, 형법적으로 고려해볼 때, 대기업에서 “구조적으로 개별화된 책임배제”가 논의되고,7) 예방주의(처벌성)에 대한 결합(Präventionslücke)이 당연히 불평되어 진다.8) 고위관리자에게 집행될 수 있는 제재는 그들의 책임으로 된 불법과 그들의 재정적 생산력에 따라 정해지고 따라서 종종 상당한 해와 기업의 생산력에 대한 과도한 불균형(Missverhältnis)가 생기는 것을 통해 이러한 예방주의적 결합(Praventionsluecken)은 더 증가된다.

III. 고위관리자(Leitungsperson)의 형사책임

고위관리자의 형사책임에 대한 형사법적 이해를 위한 가장 최근의 발전으로 의무모델(아래 1), 정보모델(아래 2) 그리고 부작위책임의 모델(아래 3)의 세 가지 모델을 비교해서 요약해 보도록 한다. 이러한 점에서 예방주강함 정도에서 찾는 것이 아니고, 개별적인 (형사)책임에 관한 것임을 강조할 수 있다.

1. 의무모델

의무모델은 범죄행위의 귀속에 있어서 기본적인 방향을 전환하고 있다: 지금까지 형법적 귀속은, 위에서 보았듯이, 마지막 사람에 의해 직접 행해진 법익침해의 원인을, 즉 우리의 예시사례에서 소방수의 행위로부터 위의 책임자에게로 되돌리고, 그와 함께 조직속에서 고위관리자의 조직적이고 구조적인 책임배제의 문제점들을 반대편에서 바라보았다. 의무모델은 무엇보다도 의적(처벌성)결함에 대한 해결책을 제재의 종류와 기업의 행동을(반대로) 법인 자체의 행위로 특징지우고 있다. 기업에 대한 결과귀속에 의해, 전체의무는 기업안에서 활동하

는 자연인에게 귀속된다는 것이다. 원칙적으로 누구에게 어떤 권한이 사회적으로 부담될 수 있느냐는 기업내부의 조직계획이 결정적이다. 법인의 의무위반은 따라서 기업장급(Chefetage) 이하 기업구성원에게 자연스럽게 넘어간다. 따라서 형법적 일반책임과 업무관리의 전권의 원칙이 인정된다. 기업운영상 전권위임과 분업이 의심의 여지 속에 책임경감의 효과를 낸다는 것을 이 원칙이 저지한다.

이러한 의무모델에 대해 유럽공동체위원회는 유럽공동체독점(금지)법(EG-Kartellrecht)의 영역에서, 이탈리아와 프랑스 법원은 형법적 제조물책임의 입장에 서있고 독일대법원 또한 1990년 형법상의 제조물책임의 문제였던 Erdal-Lederspray-결정에서 원칙적으로 이 (의무)모델을 인정하였다.⁹⁾이것을 위해 이론적으로 소위말하는 의무(위반)범죄(Pflichtdelikte)가 성공적으로 알려지게 되었고, 그에 따라 우선 직접적으로 해로운 결과를 야기한 행위가 책임의 근거가 아니라 다른 사람들의 중간삽입에도 불구하고 구체적 결과가 실현되지 않게 또는 위험이 일어나지 않게 포괄적으로 저지되어야만 하는 것이 책임의 근거이다.¹⁰⁾

기업에 있어서 고위관리자의 형사책임에 대한 풀리지 않았던 문제들이 어려움 없이 해결되는데 문제가 없다. 그런 사이에 기업으로부터 개인에게로 의무의 부담이라는 중요한 문제가 초래되었다. 자연스러운 의무부담은 단일상황의 결정이 아니고, 시간이 경과하면서 그 시간영역에서 의미가 부여되는 체계적인 과정에 관한 것일수록 더 문제시된다. 이것은 우리의 예시사례에서도 알 수 있다: 화학물질창고지점의 선택, 창고의 계획과 건설, 저장물자체의 종류와 범위 등은 아마도 오랜 시간 전으로 소급해야할 기업의 결정과정이다. 그러한 것들이 수정될 필요가 있는 잘못된 결정으로 평가될 수 있는지, 있다면 어느 정도까지인지는 물론 처음부터 결정된 것이 아니고, 시간의 경과에 따라 나타난 것이다. 위에 언급한 (라인)참사는 일의 잘못된 경과진행으로 확실히 드러나게 되었다. 그것은 기업 자체를 위험을 구제해야할 의무의 이행자로 확정하는데 어려움이 없다. 그러나 이러한 새로운 의무모델의 근거 위에 정말로 시간영역에 관련된 기업운영상의 전체적인 조치가 쉽게 고위관리자의 몫이라고 선언되어야만 하는가?

두 가지 명백한 것은, 자연인과 기업의 의무와 책임의 범위는, 논리상 필연적으로 구별되어야만 하지만, 일치할 수 있는데, 왜냐하면 기업의 실제적인 기능과 사회적인 역할은 법적으로 자연인의 책임과 같이 포괄적인 책임을 이끌어야만 하기 때문이다. 대기업은 모든 개별행동의 집합체정도에 불과하다. 두 번째로 이 1번 모델은 게다가 한계점을 나타내는데, 이 한계는 예를 들어 “명백한 의무위반”에 대한 제한의 헌법 요구와 같은 일반적 기준을 야기할 수 있다.¹¹⁾ 이러한 제한들은 다음에 나오는 모델을 통해서도 또한 나타날 수 있다.

2. 정범모델

계급관계의 수평적 귀속결합과 수직적 귀속결합을 생각해 볼 수 있다. 정범의 고전적 개념에 관련되어 있는 이 두 귀속결합은 기업안에서 책임문제의 해결을 위해 객관적 귀속의 요소와 함께 더욱더 확실해 진다. 이러한 정범모델은, 의무유형과는 달리, 전통적 관점에 입각하여 정범으로서 책임을 법에 한걸음 더 나아가 확대하려고 시도하고 있다.

a) 수평적 귀책결합: 공동정범

범행이 분업적으로 수행되어지고, 이러한 실행이 공동의 범행결의에 기인하는 한, 공동정범으로 각각에 귀책이 발생한다. 위에서 본바와 같이 기업의 고위관리자의 행동에 있어서, 하나의 문제는 범의와 동떨어진 것과 또 다른 문제는 공동의 범죄계획의 요소의 동일성 그리고 마지막으로 “잠정적인 배후조정자”로서의 長은 전형적으로 범죄행위를 스스로 실행하지 않는다는 것이다. 실제적인 협력이 행위의 실행단계에서 요구된다고 가정하면, 그들이 결합의 인식 속에서 손해를 야기하는 결과를 계속 구제시키는 경우, 공동정범으로서 고위경영진의 구성원의 책임은 배제되어진다. 따라서 비교한다면 종종 범행의 공동실행의 요구가 점차 필요 없어진다. 한 예로 일본에 공모공동정범이론이 있다.¹²⁾ 독일의 다수설에 따르면 예비단계에서 행위기여의 정도에 주목하고, 따라서 고위관리자의 조직내에서의 힘은 전체사건의 (책임)귀속을 위해 결정적인 작용을 할 수 있다.¹³⁾

특히 단체연합결정(Gremienentscheidungen)과 같은 조직에서의 행위에 있어서 인과관계문제의 관점에서 다른 견해들이 한 걸음 더 발전해있다: 여기에서 귀속원칙은 행위에 대한 역할분담적인 공동정범이 아니고, 오히려 “공동정범”(=기업)체계에 대한 공동지배(Mitherrschaft) 자체로서(기능적인 체계지배) 충분한 것이다.¹⁴⁾ 이러한 근거 위에 나아가 과실의 공동정범도 가능한 것으로 간주한다.¹⁵⁾ 그에 따라서 어떤 사람이 작업분할적인 공동작업에서 결과로 나타난 다른 위험을 일으켰다면, 결과에 대해 공동으로 책임을 져야한다고 가정되어진다.¹⁶⁾ 실제로 모든 기업은 불법에 기초한 위험공동체로서 보여진다. 예견가능성이라는 단순한 요구는 책임의 충분한 한계를 거의 보장할 수 없다. 그러면 기업이 위험을 내포한 행위를 솔직히 목표로 삼았겠는지 Basel의 예시사례에서 누구로부터 무엇이 예견되어져야만 하는 것인지, 임의성이 넓게 자리하고 있다. 여하튼 수평적 단계에 대한 귀책문제라는 한계가 발생한다. 따라서 그에 따라 관리인과 현장근로자 사이에 공동위험부담이 고려되지 않았다. 반대로 그러한 수직적 귀속은 간접정범에서 문제가 된다.

b) 수직적 귀책: 간접정범

배후조정자에 의해서 이용됨으로서 그에게 정범 지위가 부여되는 도구로 이용된 사람이라는 간접정범의 고전적 출발점은 뚜렷하게 기업에서 (책임)귀속문제를 해결하는데 역할을 담당했다. 폴란드는 예를 들어 위임에 의한 정범이라는 법규를 제시했다.¹⁷⁾ 1998년 7월 17일의 국제형사법원의 로마결정(Statut)에서와 같이 권력의 실행 및 다른 사람의 예속성의 이용은 간접정범으로 자연히 인정된다.¹⁸⁾ 독일대법원에서 인정되고 Roxin교수와 Schroeder교수에 의해 공동으로 기초된 조직지배(Organisationsherrschaft)도 같은 방향이다.¹⁹⁾ 그에 따라 조직에서 규칙적인 과정의 이용으로 간접정범으로 하기에 충분하다; 그 배경은 범죄행위(모든 범죄성립요건이 존재한다면)를 실행한 개개인의 임의적인 교체가능성이다. 이러한 견해는 지금까지 국가적 불법체제(예를 들어 구동독이나 구소련-역자견해) 혹은 마약조직과 같은 법과 괴적(rechtsgeloest) 조직에 국한되었다. 독일대법원은 점차 법과괴성(Rechtsgeloestheit)의 기준에 예속되지 않으면서 조직지배(Organisation-sherrschaft)를 인정했고, 그와 함께 전체적인 영리기업에서 단지 불법적인지시만을 고려에 넣었다.²⁰⁾ 그러나 독일에서는 판례의 이러

한 확대해석의 근거위에 계층적인 조직이 존재하는 곳이 아니고, 형법이 커다란 영리기업에서 분권과 권한의 기능적 차이에 마주치게 되는 곳에서 한계가 나타날 수 있다. 왜냐하면 이러한 사례에서는 전형적으로 행위방법의 임의적 교체가능성에 있어서 배후조정자의 계급적인 조정의 자동제어가 어려울 수 있기 때문이다. 모든 사례에서 최고책임자의 불법적인 지시가 명백하지 않기 때문에 더 이상 간접정범으로 할 수가 없다.

3. 부작위적 감독에 대한 책임

사람에 대한 감독과 위험에 대한 감독이라는 두 개의 법적 관점이 고려의 대상이 된다.

정범이 되는 사람에 대한 감독의 경우, 다른 사람의 행위에 대한 책임이라는 “responsabilite du fait d'autrui”의 프랑سمodel을 언급할 수 있다. 프랑스에서는 이 모델이 강하게 실현되고, (책임)면제에 대한 증명(Entlastungs-nachweise)은 거의 허락되지 않는다.²¹⁾ 이러한 근거 위에 우리의 예시사례에서 모든 경우에 중앙의 경영진에게 책임을 지울 수 있게 되는데, 왜냐하면 현장에서 근로자들을 개인적으로 조정하는 것이 고위관리자의 업무는 확실히 아니기 때문이다. 물론 여기에서 곧바로 감독할 때에 개인적인 실수가, 이 라인참사에 대한 전체책임의 부담을 정당화할 수 있느냐라는 의문이 생기게 된다. 여기에다 많은 범영역에서, 그런 종류의 폭넓은 결과가 실제로 개별책임으로 행동한 다른 사람에 대한 규범적 지배에 관련되어 질 수 있느냐라는 일반적 의구심이 따른다.²²⁾

따라서 위험원에 대한 감독에 주목된다. 그와 함께 더 나아가 기업운영상 대물적위험이 장소적 제한이 적고 위협적일수록 그리고 결정의 범위가 폭넓을수록, 기업의 상층부에 책임이 오히려 더 머물러 있어야 한다. 이것은 기업과 관련된 기업운영상 기능에서 성장하는 특별한 위험의 근원이 자신의 책임있는 조정하에 머물러 있어야 한다는 의무로부터 나온다.²³⁾ 의무 모델(위 1)과는 다르게 여기에서는 법인자체로서 만나는 일반적인 의무를 부담하는 것이 문제가 아니라, 자연인의 감독의무가 문제이다; 그 범위는 법인체계의 능력이 아니라 인간의 능력을 통해 결정된다. 아마도 이런 기초위에 기업자체로서 부담하는 모든 의무가 결정되어 질 수 있다(II와 비교하시오). 더불어 여기에 모든 기업이 가져오는 일반적 환경적 위험이 아니라, 기업운영상 위험이 발생하는 대물적위험이 문제가 된다. 그와 같은 형법적 관점이 라인참사에 고려될 수 있다. 물론 안전하게 결과를 예방할 가능성이 존재했었어야 한다. 시기에 대한 기업운영상 잘못된 과정이 문제가 될수록, 전체적인 전제조건들은 매우 불확실해진다.

기업에서 개인적 책임을 부담지우기 위한 새로운 유형의 개관은 다양한 선택을 보여준다. 그런 문제에 있어서 법이 한걸음 더 나아갈 수 있는지, 또 얼마나 나아갈 수 있는지는 전적으로 앞으로 기업의 (형사)책임자체가 어떻게 형성될 수 있는지에 달려있다.

IV. 기업의 형사책임

세계적으로 형사정책적 경향은 분명하다: 증가하는 기업의 중요성은 증가하는 형사책임으로 변환되고 있다. 유럽에서는 영국과 아일랜드가 기업의 진정한(echt) 형사책임을 인정한 “고전적”국가이고 네덜란드에서는 1976년 이후 노르웨이에서는 1991년, 프랑스에서는 1994년, 핀란드에서는 1995년, 덴마크에서는 1996년 그리고 벨기에와 그리스에서는 각각 1999년부터 인정하고 있다.²⁴⁾ 여러 곳에서 개정안이 나오고 있는데, 예를 들면 스위스에서는 1998년 9월 21일의 초안을 비롯하여 많은 동유럽국가에까지 이르고 있다. 이러한 과정이 예를 들어 OECD의 국제적 통상에 있어서 외국공무원의 증회에 맞서기 위한 협약과 같은 법인의 책임 강화와 단체에 대한 제재(Verbandssanktionen)의 효율성을 민족국가들에게, 의외하는 국제적 협정/이니셔티브에 의해 지원되고 있다.²⁵⁾ 또한 수많은 유럽의 이니셔티브가, 설사 그들이 그대로 단체에 대한 형벌을 도입하는 강제적인 의무로 보지는 않더라도, 오히려 국가적 행정벌 및 벌금으로 충분하다는 것을 배경으로 하고 있다. 그와 반대로 유럽의회의 위임에 의한 유럽전문가의 연구인 법전(corpus iuris)은 유럽공동체(EU)의 재정적 이익보호를 위해서 법인의 형벌가능성(Kriminalstrafbarkeit)을 제시하고 있다.²⁶⁾ 반대로 국제법적 관점에서 1998년 7월 17일의 로마에 있는 국제법원의 결정은 귀속규범이 충분히 일치되지 않는 것으로 하여 법인의 형사책임을 부인하고 있다.²⁷⁾

새로운 견해들의 특징은 그 전제조건들의 차이에 이있다. 따라서 기본원칙에 대한 타협이 필요하다. 그와 함께 세 가지 유형으로 구별되어질 수 있는데: 첫 번째 모델에 있어서는 확실한 공동작업인/기관의 행위와 책임이 단체에게 귀속되는 것이다(아래 1). 두 번째 모델은 기업의 책임문제를 미결인 상태로 놔두고, 단체에 대한 제재를 위한 전제조건을 확립하는 것이다(아래 2). 세 번째 모델은 단체의 근본적인 책임에 주목하고 있다(아래 3).

1. 귀책모델

이 고전적 단체(Verbanden)의 책임모델은 영국에서부터 유래하고 있다: Haldane (1915)판 사이후로 법인에 있어서 “법인의 행위의사와 조정의사는 법인의 조정의 사고력과 의사, 법인의 진정한 자아와 인격중심인 자연인인에서 추상적 형태로 찾게되어야만 한다는 것이다.”²⁸⁾ 이러한 기본관점은 세계적으로 많은 추종자를 갖고 있는데, 독일에서는 질서위반법 (제30조), 프랑스에서는 프랑스형법 121-2조, 그리고 한국과 일본에서는 특별형법적 해결방법 등이 이러한 관점에 기초하고 있다. 특히 기업책임을 해결하는데, 어떤 인적범위가 적당한가에 대하여는 논란이 있다. 대부분의 사람들은 그 범위가 지도적 관리자(leitende Angestellte)로 제한되어야 한다고 한다. 유럽권내에서 협약은 “조정권한이 있는 사람”에 겨냥하여, 단지 중간관리자 뿐만 아니라, 모든 감독인도 포함한다.²⁹⁾ 덴마크와 스웨덴은 한 걸음 더 나아가 전체적인 공동작업인의 범죄행위는 기업이 그것에 의해 이익을 얻는 한, 기업에 속하게 한다.

이러한 지배적인 견해는 개인적, 집단적 책임을 동일시하는 의인화 귀속모델로 특징지을 수 있다. 그 이론은 한눈에 볼 수 있는 관계속에서 적은 고위관리자의 결정기능이 감지되는 소기업에서 이상적으로 기능한다. 기업의 증가하는 거대성과 복잡한 기업구조로 인해 어려움은 커지고 있다. 처음에 제시한 바와 같이, 자연인과 단체(기업)의 책임범위는 일치하지 않

고, 더불어 자연인을 법에 묶어 그에게 책임을 부담시키는 데는 어려움이 있다. 따라서 이 1 모델은 동시에 폭이 좁으면서도 넓다: 즉 개개인의 확정이 요구된다는 점에서 좁고, 만약에 해당하는 사람의 범죄행위가 확정되면 기업의 책임은 실제상 자동적으로 인정되고, 그와 함께 재차 기업의 위험책임으로 부가할 수 있다는 점에서 넓다. 프랑스법원은 문제점(Schwachpunkt)을 지적했는데: 기업에 책임을 부담시키기 위해서는 자연인의 잘못된 행동으로부터 구별할 수 있는 측정기준이 필요하다는 것이다. 이러한 측정기준을 프랑스법원에서는 기업의 조직구조, 즉 기업의 투자정책과 경제전략에 기초하고 있다.³⁰⁾ 그것을 통해 근본적인 책임의 세 번째 모델로 가는 결과가 나타난다(아래 3).

2. 제재모델

단체에 대한 제재도입에 제한을 두는 견해들은 자연인의 책임(Schuld)과 법인 및 기업의 책임에 대한 어려운 문제를 돌아가려고 시도한다. 책임을 전제로 하는 형벌과 책임을 포기하고 다른 요구없이 합목적성에 따르는 보안처분을 분리하고 있는 나라에서는 이러한 견해의 추종자들이 있다.³¹⁾ 스페인 입법자들은 1995년에 단체에 대한 제재의 포괄적인 리스트를 형법(129조)에 도입하였는데, 예를 들면 기업의 폐지, 특정한 기업의 행위 혹은 피고용인의 권리를 확실하게 하기 위한 사법적 지시의 금지 등이다.³²⁾ 그러나 이러한 관점에서 먼저 특별한 기업운영상 책임에 대한 법치국가주의를 유지할 수 있는 기준을 수립하는 기회가 포기된다. 순수한 제재모델에는 임의성을 넓히고 (의문의 여지가 있는 것은) 실무가 조심스럽게 행해지거나 혹은 예측할 수 없게 몰려들어오는 위험이 존재한다. 이러한 이유로 스위스 입법자들은 처분목록(Maßnahmenkatalog)에 근거하면서 책임의 문제를 공백으로 남긴 1991년 초안을 다시 사용하지 못하게 하였다.

3. 근본적인 책임의 모델

고전적 의인화 귀속모델이라는 해결책은 확실히 쉽게 생각되지 않는다. 그러나 만약 구체적인 전제조건하에서 그 해결책이, 한국의 판례의 경향과 같이, 자연인의 조사를 포기하거나 혹은 구체적 기업의 실행능력에 따라 제재를 측정한다면, 독점문제에 있어서 프랑스 법정 및 유럽법원과 같이, 많은 나라에서 그 해결책을 규정할 것이다. 자연인의 처벌받을 수 있는 행위와 직접 관련된 기업형법(Unternehmensstrafrecht)은 특정개인을 정범으로 혹은 집단의 사람을 공동정범으로 귀속시킬 수 없는 기업조직의 흠결을 통해 발생한 법익침해에 대처하기에는 부적절하다는 것은 뚜렷하게 인정된다. 따라서 예를 들어 영국법개정위원회(1996)는 오스트레일리아 입법자들이 이미 벗어난 고전적 귀속모델로부터 전환을 추천했다.³³⁾ 영국법개정위원회제안과 상응하여 기업은 특별한 위험전환의무와 감시의무가 기업특성상 중성적 위험이 단지 적절한 위험경영(Risikomanagement)을 통해 조정되어질 수 있는 감시보증인(Ueberwachungsgarant)으로 분류될 수 있다.³⁴⁾ 독점사례에 있어서 유럽법정의 실무와 상응하여 근본적인 단체책임에 대한 척도는 기업자체, 기업의 크기와 경제적 상황, 기업시장전략

과 관련 등이다. 이것은 예를 들면, 객관적 의무위반의 확정에 있어서 난폭한 공동작업인의 부차적인 개별위반이 결정적인 것이 아니고, 다양한 기업운영단계에서 작은 결함들의 집합으로서 경영위반이 결정적임을 뜻한다. 한 경영자의 단독 지식은 그만큼 결정적인 것이 아니고, 개별 부서에서 그리고 시간의 경과 속에서 축적된 기업의 지식이 결정적인 것이다. 이러한 입장은 다양한 전권위임, 분업 그리고 시간의 흐름에 따른 기업운영상 과정과 함께 현대적 조직형태를 고려에 넣는다.

그러한 근본적인 책임의 원칙에서 위에서 언급한 라인참사사례는 인정할 수 있는 범위 안에서 사법적 처리가 가능할 수 있다. 무엇보다도 화학물질을 다루는 대기업의 구체적 경영이 결함 없는 “위험 경영(risk management)”이라는 요구에 부합하는지 그리고 경우에 따라서는 기업운영상 잘못된 과정의 수정이 시민에 대한 위해와 라인강오염으로 나타난 기업운영상 위험의 발생을 줄였었다라면 하는 의문이 나온다. 다른말로: 만약 영업상 합법적인 거래에서 국가적 주의의무요구(Sorgfaltsanforderungen) 혹은 (기업의) 종류, 범위 그리고 크기에 따른 적정한 주의의무(Sorgfaltspflichten)에 의해 최소한 저지되어 질 수 있는 법익위해가 발생했다면, 그에 상응한 “경영진의 책임(Betriebsfuehrungsschuld)”이 존재한다. 법익침해가 구체적 개개인의 행위나 부작위에 귀속될 수 있는지 여부 혹은 단체조직에서 그 문제를 제거할 수 있는 사람이 없었는지 여부는 상관없다.³⁵⁾

V. 전망(Ausblick)

앞으로는 무엇보다도 자연인의 형사책임과 기업의 (형사)책임을 서로 적절히 조화시키는 것이 문제일 것이다. 사회적인 주변환경의 법익에 대한 직접적 효과라는 중요한 결정상황 속에서 개개인의 과실, 혹은 한편에서는 기업운영상 범죄행위의 실현을 위한 지시와 다른 한편에서 행위책임특성(Tatschuldqualitaet)상 개별적인 잘못된 결정이 아니고, 시간이 흐르면서 잘못된 경영으로 밝혀지고 피해가 나타난 경영의 책임자의 책임배제라는 두 가지 관점이 요구되어진다. 두 가지 관점은 고위관리자의 시간적으로 확정된 개별행위책임(Einzeltatschuld)이고, 다른 쪽에서는 시간적으로 확정되어질 수 있는 경영진책임(Betriebsfuehrungsschuld)으로 하는 두 가지 다른 책임원인, 즉 일면 두 가지로 구별되는 개인의 책임범위와 다른 한편에서는 기업의 책임범위를 표시한다.

- 1) Krau■ Plaedoyer 1/1989, S. 40f; Otto, Jura 1998, S. 410; Heine, Max-Planck-Spiegel 1990, S. 31ff.
- 2) 참조. Cho, Umweltstrafrecht in Korea, 1993.
- 3) 기본적으로 Roxin, Taeterschaft und Tatherrschaft, 7.Aufl., 2000, S. 25ff.
- 4) Jung, in Eser/Huber/Cornils(Hrsg.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht, 1998, S. 175.
- 5) Schwittermann, Unternehmenskriminalität, 1979, S. 34; Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 41.
- 6) 참조. Schwittermann, Unternehmenskriminalität, S. 30ff.; ders., in Umweltschutz und technische Sicherheit in Unternehmen, 1993, S. 139f.; Heine, Unternehmen, S. 31.
- 7) Heine, Unternehmen, S. 198; ders., in Arnold/Burkhardt/Gropp/Koch(Hrsg.), Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60.Geburtstag von Albin Eser, 1995, S. 54.
- 8) Schwittermann, in Schwittermann/Suarez Gonzales(Hrsg.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, 1995, S. 271; Hirsch, ZStW 107, (1995), S. 287.
- 9) Zur Kommission der Europäischen Gemeinschaft s. Dannecker/Fischer/Fritsch, Das EG-Kartellrecht, S. 258ff.; zu Frankreich s. Cour d'Appel de Versailles, Urteil v. 5.12.1980, Nr.618(Talc Morhange); zu Italien s. Corte d'Appello di Milano, Urteil vom 14.5.1985, Nr. 806/84(Seveso), zu den Niederlanden s. Waling, Niederländisches Umweltstrafrecht, 1991, S. 102 mwN. Zu BGHSt 37, 106 s. Kuhlen, WiVerw 1991, 243, Hilgendorf, NStZ 1993, 15, Eidam, Unternehmen und Strafe 1993, 162. Vgl. ferner Frisch, Tatbestandsmaessiges Verhalten, 1988, 208ff., ders., in Eser/Huber/Cornils aaO, 358, Dannecker, in Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten bürokratischen Organisationen, 2000, 212; Ransiek, Unternehmensstrafrecht, 1995, 8ff. Zu Italien s. noch Militello, in Schwittermann/de Figueiredo Dias (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts, 1994, 333.
- 10) 참조. Cramer/Heine, in Schwenke/Schröter, 26.Aufl., Vorbem. 84a vor §25 (in Vorbereitung).
- 11) Dannecker, in Amelung aaO, S. 226.
- 12) Yamanaka, in FS-Günter Kaiser, 1998, S. 1002.
- 13) 참조. Otto, Jura 1998, 410, vgl. auch BGHSt 37, 114, BGH NJW 1995, 2934.
- 14) 참조. Lampe, ZStW 106 (1994), S. 79. Vgl. auch Dencker, Kausalität und Gesamttat 1996, S. 161, Dencker는 귀책을 위한 전체행위계획(Gesamthandlungsprojekt) 안에서 그것이 성공기회를 높이느냐 여부는 공동법적 개별행위에 의해 결정되어야만 한다는 것으로부터 전체범행의 귀속원칙을 이끈다. 결과를 위한 각각의 개별행위의 인과관계는 포기되어질 수 있고, 위협의 상당성(Risikoerhöhung)만으로 충분하다.
- 15) Otto, Jura 1998, S. 412; Weisser, Kausalität- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996, S. 146ff., 156; Ransiek, Unternehmensstrafrecht, S. 70ff.
- 16) Otto, Jura 1998, S. 412.
- 17) Artikel 18조 §1 poln.StGB를 보시오.
- 18) 25조 3a항 Rom-Statut를 위해서는 Ambos, ZStW 111(1999), S. 186를 보시오.
- 19) 기본적으로 BGHSt 40, 236(Mauerschützen), 참조 bereits Roxin, GA 1963, S. 193; Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 143ff. 비슷한 예로 Gropp, JuS 1996, S. 16; Roxin, FS-Grütwald 1999, S. 549. Zum Ganzen Cramer/Heine, in Schwenke/Schröter, 26.Aufl., Vorbem. 25 vor §25.
- 20) BGH NJW 1998, 769, 참조 auch BGH 40, 237, 267, 비판적 입장으로 Roxin, Grütwald-FS, 559, Heine, in Arnold u.a. (Hrsg.), 65.
- 21) 참조. Hilgers, Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen, S. 173ff.
- 22) 참조. den Überblick bei Heine, Unternehmen, 109ff.
- 23) 참조. Heine, Unternehmen, 124ff., Jung, in Eser/Huber/Cornils, 183, 또 다른 참조로 Ransiek, Unternehmensstrafrecht, 51ff., Schlöchter, Salger-FS 146ff., Winkelbauer, Lenckner-FS 655, 스위스에서는 BGE 122 IV 102. 일본에 대해서는 Ida, SchwZStr. 116(1998), 266를 보시오.
- 24) 참조. Heine, Unternehmen, 213, Eidam, Straftäter Unternehmen, 1997, 76ff., ferner BT-Drs. 13/11425, S. 11.
- 25) Überblick bei Müllerschlager, in Eser/Heine/Huber, Criminal responsibility of legal and collective entities, 1999, 99ff.
- 26) Artikel 14, vgl. Deimas-Marty, Corpus iuris, 1997, 37ff.
- 27) 참조. Ambos, ZStW 111, 186.
- 28) Lennard's Carrying Company Ltd. v. Asiatic Petroleum Company Ltd. (1915) A.C. 705.
- 29) So das Zweite Finanzschutzprotokoll der EU und das Uebereinkommen des Europarats zur Bekämpfung der Bestechung.
- 30) 참조. z.B. Tribunal Cor. Lyon, 9. Oktober 1997, Journal Penal 1997, Dezember 7. 또다른 참조Tiedemann, der eine originaere Unternehmensschuld, ausgerichtet an Organisationsmaengeln, herausarbeitet (NJW 86,

1844, 88, 1171), und in Schoch/Stoll/Tiedemann, Freiburger Begegnungen, 1996, 49. 또다른 참조 Hirsch, ZStW 107 (1994), 291ff.

- 31) 참조. Stratenwerth, Schmitt-FS 298ff., ~~남~~übersicht bei Luetolf, Strafbarkeit der juristischen Person, 1997, 300ff.
- 32) 더불어 Bacigalupo, in Eser/Heine/Huber (eds.), Criminal responsibility of legal and collectkve entities, 1999, 255.
- 33) 참조. Heine, in Weick (ed.), Competition or convergence, 1999, 98, Wells, ZStW 107 (1995), 682.
- 34) 더불어 Heine, Verantwortlichkeit von Unternehmen, 271ff., Otto, Jura 1998, 416ff.
- 35) 참조. Heine, Verantwortlichkeits des Unternehmens, 316, Otto, Jura 1998, 417, ders., Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbaenden, 1993, 27.

국제형사법원으로 향한 발걸음: 로마조약의 생성 및 원칙들

알빈 에저(Albin Eser) *

1)조 병 선(역) **

1. 머리말

“이 조약의 체결국은

- 국가공동체 전체에 관련된 최고의 중죄는 반드시 처벌되어야 하는 죄라는 점, 개별국가의 수단 및 국제협력의 강화를 통해 소추의 효율성을 배가시킬 수 있음이 보장되는 점을 확인하고

- 범죄자가 처벌되지 않는 점을 종료하여 이러한 범죄의 예방에 기여한다는 것을 결의하며

다음과 같이 조약을 체결한다:

제1조: 이로서 국제형사법원이 설립된다.”

“국제형사법원에 관한 로마조약”은 전문의 첫 문장 및 제1문에서 언급된 바와 같이, 1998년 7월 17일 국제연합의 외교전권특사회의를 통해 로마에서 체결되었다. 이로서 의결로 설립된 헤이그의 가상적 법원이 실제로 설립된 것에 해당되는 첫 아이가 탄생된 것이다 (제3조 제1항 참조). 동시에 이러한 탄생은 여러 가지 측면에서 성공적인 탄생이라고 하기보다는 주목할 만한 사건이라고 해야 할 것이다:

- 첫째 국제연합이 설립된 이래 국제형사법원보다 더 국가의 주권에 장기적으로 영향력을 미칠만한 기구가 없었다: 이러한 의미에서 이는 국제법의 발전에 중대한 전기라고 하겠다.

- 정치적으로 볼 때 독재자나 국가최고권력자의 범죄가 형사면책적일 수 없다는 최초의 진지한 한 걸음을 나간 것이다.

- 그리고 형법적 견지에서 볼 때 이 사건을 결코 과소평가할 수 없다. 왜냐하면 국경을 넘어서 여러 법문화에 적용되는 조약의 창설은 형법이론가와 법실무가에게 전세계를 겨냥한 원칙과 규칙의 전개를 요구하고 있기 때문이다.

이러한 관점이 국제형사법원에 관한 강연을 하기에 아직도 충분하지 못하다면 두 가지의 또다른 이유를 대겠다.

- 하나는 본인이 양해각서로 부터 결국 조약으로 발전되기 이전의 초안의 작성에 참여하였던 경험과 로마회의에 영예롭게도 독일과견단의 일원으로 활약했던 경험을 갖었기 때문이고,

* 독일 후라이부르크 대학교 법과대학 교수 및 막스-플랑크-국제외국형법연구소 소장

** 청주대학교 법과대학 교수

- 다른 하나는 국제형사법원의 제안이 많은 국가들의 비준을 받기 위해서는 언제나 여론의 지지가 필요하기 때문이다.

II. 뉘른베르크에서 헤이그를 거쳐 로마로

1. 선구자

여기서 기억해야 할 상설국제형사법원을 향한 첫 번째 시도는 뉘른베르크에서 시작된 것이라고 하면 완전히 옳은 것은 아니다. 왜냐하면 뉘른베르크의 국제군사법정(IMT)를 무시해서는 안 되겠지만, 그 법정이 특정범죄에 대한 초국가적 법원의 시초라고 할 수는 없기 때문이다. 이미 16세기에 그 흔적을 찾을 수 있는데, 합스부르크와 프랑스의 사이에 있던 작은 도시국가인 브라이자흐, 다시 말해서 수세기 동안 오스트리아의 전방지역의 수도였던 내가 살고 있는 후라이부르크에서 찾을 수 있다. 그 당시의 전쟁범죄를 다루는 초국가적인 법원을 지금의 국제형사법원과 진지하게 비교하기는 조금 고려해야 할 점이 많지만, 적어도 다음과 같은 사실, 즉 국가의 형사법원이 거부할 때 국제적인 차원에서 법원을 설립한다는 사상이 20세기의 발명품이 아니라 19세기 후반에 스위스인 구스타프 모이니어가 이미 주장했던 것이다. 그는 1870년, 1871년에 걸친 불독전쟁의 잔인성에 전율하면서 국제형사법원의 설립을 제안했었다.

그러나 당시는 개인의 제안이었을 뿐이었고, 이러한 사상이 정치적으로 국제적인 인정을 받은 것은 제1차 세계대전후 베르사이유 평화조약이 정한 바에 따라 독일황제가 “조약의 국제적 도덕과 신성함을 침해하여 책임을 져야하는 것”으로 되면서부터 일 것이다. 그러나 이러한 국제적 행위는 실패하게 된다. 왜냐하면 네덜란드가 망명한 빌헬름 2세의 인도를 거부하였기 때문이다.

2. 뉘른베르크와 도쿄의 국제군사법정

이러한 실패에도 불구하고 사적 차원이나 정치적 차원에서 국제형사법원을 설립하고자 하는 노력은 계속되었다. 국제법적 의미에서 이러한 노력은 첫 번째 성공은 1937년에 체결된 “테러행위에 대한 국제형사법원”의 설립에 관한 조약일 것이다. 그러나 이 조약은 실패하는데, 이탈리아-이디오피아전쟁이 발발하였기 때문이다.

결정적인 발전은 뉘른베르크에 소재지를 둔 1945년 8월의 국제군사법정의 설립이다. 여기서는 전쟁범죄를 저지른 고위자를 소추하고 처벌하였다. 유사한 법원이 1946년 동경에도 설립되었다. 이 점에서는 뉘른베르크가 최초의 국제형사법원이라고 해도 틀린 것은 아니다. 왜냐하면 정치적인 전망이나 이론적 초안에 머무르지 않고 실제로 효력을 발휘하여 전범에게 유죄판결을 내리고 사형까지 내렸기 때문이다. 내가 독일인으로서 이러한 평가를 내리는데 주저한다면, 그것은 뉘른베르크와 동경의 군사법정이 세계공동체 전체의 지지를 받은 것이

아니라 오직 제2차 세계대전의 승자의 지지를 받아 설립된 것이어서 이른바 “승자의 사법”으로서 그 공정성에 의심이 가기 때문이다.

3. 유고슬라비아와 루완다의 임시법정

이러한 비난을 뉘른베르크 법정에 제기하지 않고 국제범죄에 대한 국제책임을 지운 최초의 전기라는 평가를 내린다면, 이 보다 더 확실한 전기는 헤이그를 소재지로 한 구유고슬라비아에 대한 국제형사법정(ICTY) 및 탄자니아의 아루샤를 소재지로 한 루완다에 대한 국제형사법정(ICTR)을 들 수 있다. 왜냐하면 이 법정은 보다 광범위한 정당성을 많이 갖고 있으며, 국제연합의 안전보장이사회가 설립한 것으로서 편파적인 승자의 법정이 아니라 광범위한 세계공동체의 법정이기 때문이다.

유고나 루완다에 대한 이 법정은 역사적-정치적 환경에 좌우되어서 관할권이 제한되는, 영구성을 상실한 임시법정은 아니지만, 이론적으로나 실무적으로나 반드시 소추되어야 할 범죄를 영구히 다룰 수 있는 상설법원도 아니다. 따라서 항상 재정문제를 검토해야 하고, 이에 따라 그 존재가 좌우된다.

4. 상설국제형사법원에 대한 로마회의의 결정

위와 같은 불안정성을 제거하고 영구히 우량적인 구조를 갖으며, 임시법원의 단점을 제어할 수 있는 상설형사법원의 설립이 대두되었다. 이는 결국 1998년 로마의 외교관회의에서 결실을 맺게 되었다. 비록 애초부터 여러 출발점을 갖고 여러 숨은 비화도 많지만 다음의 세 가지가 주목할 만하다.

- 준비과정에서 로마조약과 회의의 최종결과로서 놀랄만한 사례로 제시할 것은, 고도의 정치적 의미가 함축되고 복잡한 국제적 계획을 실현시키기 위하여 어느 정도까지 비정부단체의 도움이 필요하고, 어떤 정도까지 학문이 필수적인지 제시되었다.

- 둘째, 진정 국제형사법원의 설립을 원하는 국가들간의 힘의 경쟁에서 로마회의는 의지가 있으면 길도 있다는 점을 입증하였다. “같은 생각을 품은” 국가들의 단호한 동맹은(61개국으로 여기에는 독일도 포함된다) 총합계 120표를 행사하여 승리를 거두었다. 반대입장에 섰던 미국과 중국, 이라크 등은 결국 실패하고 말았다.

- 셋째, 로마회의는 주로 세 가지 문제를 해결하기 위하여 국제형사법원을 설립한다는 것을 입증하였다.

- 국제형사법원이 다룰 범죄의 선별과 정의

- 국제법원과 국가법원의 관계, 특히 국가공무원이 국제형사법원에 협력할 의무가 있는지의 여부, 예컨대 피의자의 인도나 증거자료의 제출 등.

- 국제연합편의 소추기관과 법원의 독립성의 정도와 국가편의 기관들의 정도, 다시 말해서 기타 외부적 압력에 대한 보호의 정도.

이러한 논점에 초점을 맞추는 것이 다른 논점이 중요하지 않다는 것을 의미하는 것은 아

니다. 개별국가의 주권이 침해될 우려가 있다는 국제법 대변자의 논쟁이 있었지만, 정치적 함의에 밀려 진짜 중요한 형법적 논점이 경시되었음을 주목해야 할 것이다.

5. 로마조약의 개관

여기서 로마조약의 모든 면을 고찰할 수는 없을 것이다. 일단 개괄적으로 고찰하고 선택을 하여 피상적으로 다루어지는 것을 피하려면 보다 결정적인 문제를 다루어야 할 것이다. 그러나 여기서는 일단 로마조약의 기본적 차례를 보자. 조약에는 전문이 있다. 전문은 국제범죄의 위협에 대하여 단호하게 대처할 것을 선언하였다. 전체적으로 13개 장으로 되어 있고, 총 128개 조문이 있다.

- 제1장: 법원의 설립 (제1조-제4조)
- 제2장: 관할, 허용범위, 적용범위(제5조-제21조)
- 제3장: 형법의 일반이론(제22조-제33조)
- 제4장: 법원의 구성과 행정사항(제34조-제52조)
- 제5장: 수사와 소추(제53조-제61조)
- 제6장: 공판(제62조-제76조)
- 제7장: 형벌(제77조-제80조)
- 제8장: 상소 및 재심(제81조-제85조)
- 제9장: 사법공조(제86조-제102조)
- 제10장: 행형(제103조-제111조)
- 제11장: 체약국간의 집회(제112조)
- 제12장: 재정지원(제113조-제118조)
- 제13장: 결론조문(제119조-제129조)

III. 국제형사법원의 원칙 및 한계

제2장의 관할, 허용범위, 적용범위(제5조-제21조)에서 언급되었듯이, 국제형사법원의 원칙 및 한계는 실체법과 절차법의 결합에 있다. 다시 말해서 국제형사법원의 관할에 속하는 범죄(A)와 그 절차적 전제조건(B), 이러한 두 가지가 충족되어야 국제형사법원의 관할이 성립한다는 점(C)이 그러하다.

A. 국제범죄의 네 가지 유형(제5조)

1. 공통적 표지

지난 세기에 계속 국제범죄의 대상이 확대되어서(주로 바시오니의 제안) 국제범죄의 범위

가 넓다고 느껴지지만, 사실 로마조약의 국제범죄의 범위는 협소하다. 왜냐하면 제4조는 오로지 네 가지의 범죄만 규정하고 있기 때문이다: 제노사이드, 반인륜범죄, 전쟁범죄 및 침략범죄.

그러나 국제형사법원의 관할을 “국제공동체 전체에 관련되는 최고의 중대범죄”(제1조 제1항 제1문)에 한정하여 이러한 협소한 범위는 더욱 협소해진다. 여기에는 소송의 “허용여부”를 두어서, 만일 “개정을 정당화시킬 만큼 사안이 그리 중대한 것이 아니라면”(제17조 제1항 제d호; 이에 대하여는 이하 B의 2의 서술을 참조) 소추가 허용되지 않는다.

이것은 위와 같은 범죄를 저질렀더라도 국제사회 전체가 중대한 범죄로 간주하고 있는지의 여부를 검토하여 소추를 하여야 국제형사법원이 정당성을 갖는다고 보는 관점이다. 이러한 점에 주목하면서 이하 개별범죄를 고찰하자.

2. 제노사이드(제6조)

제노사이드는 세 가지 요소를 전제로 한다:

- 보호법익은 국가적, 종족적, 인종적, 종교적 그룹 그 자체의 전부 또는 일부가 말살되는 것으로부터 보호되는 것이다.
- 행위는 생식제한조치를 통한 말살이나 아이의 다른 그룹으로의 양도를 통하여 그룹의 구성원의 생존조건을 어렵게 하는 현대적 형태나, 또는 살인, 상해를 하는 것과 같은 전형적인 제노사이드의 형태이다.
- 이 경우 전체 또는 일부의 그룹을 말살시킨다는 의도가 있어야 한다.

3. 반인륜범죄(제7조)

이 범죄에는 두 가지의 필수조건이 있다.

- 첫째, 고전적인 형태로서 제11조에 따르면 이른바 인종적 청소의 형태로 살인, 노예화, 고문을 하거나, 권력유지를 위하여 실종시키거나, 인종차별정책 또는 강요된 낙태, 또는 강제 불임시술을 행하는 것이다. 또한 이 조문은 제7조 제1항 제k호의 일반조항에 따라 “기타 비인간적인 유사행위”에도 확대된다.
- 둘째, 한편 제한적인 측면도 있다. 다시 말해서 “민간인에 대한 조직적 공격의 일환으로, 또한 공격을 인식하면서”(제7조 제1항)에 따라, “하위계급의 군인”은 제노사이드의 구성요건을 충족시킴에도 불구하고 소추가 확실치 않게 된다. 그러나 사실상 그들은 전체의 계획을 알고 수행하는 것이며, 군인권력자나 기타 정치지망자의 하수인 노릇을 한 것이다. 이 점에 대하여 논쟁이 아직도 일고 있다. 내 생각으로는 개인범죄자는 비인간적인 정책에 결부되었으므로, 전체계획을 실사 모른다고 할지라도 소추되어야 한다고 본다.

4. 전쟁범죄(제8조)

이 범죄의 특징적인 표지는 다음과 같다.

- 행위는 제네바조약의 중대한 위반에 해당하는(제8조 제2항 제a호) 고의의 살인, 비인간적 처우(생물실험포함)나 인질 및 국제법상의 또한 무장충돌지역의 “기타 중범죄”이다. 여기에는 대략 50여 가지의 행태가 있다. 이는 제7조의 반인륜범죄와도 중복된다. 예컨대 강간, 성노예화, 매춘강요가 그러하다. 이 경우 구성요건간의 경합이 있으리란 생각을 조약은 하지 못한 것 같다.

- 제한적 요소로서 작용하는 점은 국제형사법원의 전쟁범죄에 대한 관할권규정이다. “계획이나 정책의 일부로서, 또는 거시적으로 볼 때 그러한 범죄를 일부 범하였을 경우(제8조 제1항)”가 그러하다. 얼만큼 협소해질지는 계속 논란중이다. 예컨대 미국이 의도한 바와 같이 국제형사법원의 관할권이 “오로지” 일반조항에 따라 정해진다고 하면, 이러한 논쟁은 의미가 있다. 그러나 “오로지” 일반적이 아니라 “특별히” 정해진 범위가 있다면, 법원의 관할권은 정치적 목적 또는 “거대-규모-위원회”를 넘어서 다른 사례에 까지 확대된다고 해야 것이다. 예컨대 비방어중인 마을을 공격한 개별행위들은 전체계획을 몰랐다고 하더라도 관할권 하에 있다고 해야 할 것이다.

- 전쟁범죄에 대하여 경과규정(제124조)이 있다. 회원국은 조약이 효력을 발효하고도 7년 동안 국제형사법원의 관할권을 거부할 수 있다는 규정이다. 전쟁범죄가 자국민에 의해 저질러진 경우 그 국가는 자신의 주권을 이유로 국제형사법원의 관할권을 거부할 수 있다. 이 조항은 주로 프랑스의 주도하에 도입된 조항인데, 국제형사법원의 개입에 대하여 자국의 이익을 방어하자는 의도로 나온 것이다. 앞으로는 어느 나라든지 전쟁범죄의 국제책임을 인정하여 정치-윤리적 이유로 이러한 조항을 제시할 수 없도록 하는 것이 바람직하다.

5. 공격범죄(제5조 제1항 제d호, 제2항)

이 범죄유형은 전쟁범죄와 비슷하게 다수의 국가들에게는 채택하기 어려운 유형이다. 왜냐하면 국제형사법원은 공격범죄를 다룬다고 하지만(제5조 제1항 제d호), 공격의 정의에 대하여 로마에서는 합의점을 찾지 못하였기 때문이다. 따라서 제121조, 제123조에서 추후에 공격을 정의하고, 관할권을 행사하기 위한 보다 광범위한 조건을 확정해야 할 것이다(제5조 제2항). 언제 이 일이 성사될지 현재로서는 아주 불투명하다.

B. 관할권이 실행되기 위한 절차적 전제조건(제12조-제20조)

국제형사법원의 관할권에 대하여는 충분히 규정되지 않았다. 한편 더 이상의 조건들이 충족되어야 하는지 다른 한편 특정배제조건이 정해져 있지 않기 때문이다. 따라서 해석에 따라 긍정적 측면과 부정적 측면의 세 가지 형태를 고려해야 한다.

1. “연계점”

가장 간단한 방법은 국내형법의 국외범죄에 대한 확대적용을 비교법적으로 고찰하는 것이다. 형벌권(사법고권이 포함됨)의 행사는 영토에 한정되는 것이 원칙이므로(“속지주의”), 영토외의 적용에는 이른바 “연계점”이라는 형태의 특별한 근거가 필요하다. 범죄자의 국적(“적극적 속인주의”) 또는 범죄피해자의 국적(“소극적 속인주의”)이 근거가 되기도 하고, 또는 국가의 고유한 이익(“보호주의”) 또는 국제적으로 보호할 만한 법익(“세계주의” 내지 “보편주의”)가 근거가 되기도 한다. 경우에 따라서 “대리원칙”이 고려된다. 이것은 범행지의 국가가 형사소추하기 불가능할 경우에, 소추가 가능한 지역에 있는 국가가 형사소추를 대리하여 집행하는 것이다. 국제비교를 해보면 이상의 원칙들은 여러 형태로 결합되어 적용되는 것이 보통이다. 국제형사법원의 관할권은 “세계주의”에 해당된다. 조약에 따르면 관할권이 있는 범죄는 범행장소, 범행자나 피해자의 국적을 불문하고 적용된다. 유일한 예외는 테러행위와 관련하여 비체약국에 인정된다. 그러나 그러한 경우라도 제5조 제1항의 “국가공동체 전체와 관련된 경우”에는 예외가 인정되지 않는다. 이러한 “세계주의”는 자국의 이해관계와 주권을 걱정하는 국가들의 반발을 사게 된다. 따라서 로마조약은 열거된 국제범죄를 넘어서 “연계점”에 의존할 수 밖에 없을 것이다. 법기술적으로 명료하지 못한 다음의 사례를 고려해 보자.

a) 국제범죄로서 국제연합의 안전보장이사회가 국제형사법원의 소추기관에 위임한 “상황”(제13조 제b호),

b) 체약국의 일국 또는 다수의 국가가 혐의를 소추기관에 제기한 경우(제13조 제a호),

c) 소추기관이 스스로 수사를 개시하고, 사전절차를 담당하는 부서가 이를 승인한 경우(제13조 제a호, 제15조 제4항).

위의 b)와 c)의 사례에는

- 체약국중 범행지의 국가인 경우(제12조 제2항 제a호) “속지주의”가 적용되고,
- 피의자가 체약국의 국민인 경우(제12조 제2항 제b호) “적극적 속인주의”가 적용된다.

만일 비체약국이 테러행위와 관련하여 소추될 행위를 범하거나 피의자의 국적이 비체약국인 경우 이른바 “opt-in”조항을 근거로 관할권을 인정하게 되면(제12조 제3항), 위의 체약국에 한정되는 조건들은 더욱 복잡해지게 될 것이다.

2. 허용전제조건으로서의 충분한 “중대성”(제17조 제1항 제d호)

과연 허용의 진정한 전제조건이라고 봐야할지도 모르겠지만, “국가공동체 전체와 관련된 중대범죄의 경우”(제17조 제1항 제d호, 전문 제10항 및 제1조 제2문)에 국제범죄가 되므로, “사안이 충분히 중대하여 형사법원이 조치를 취하는 것이 정당화되어야 한다”는 것을 조건으로 “허용”하게 된다.

C. 국제형사관할권의 주요전제조건 요약

국내형사사법의 우선권(이하 IV의 1) 및 일사부재리(제20조)의 경우를 제외하고 형사관할권의 조건을 요약하면 다음과 같다.

1. 범죄의 대상은 제5조의 목록에 한정된다.
2. 범죄의 중요성은 국제형사법원의 소추권행사가 정당화될 정도로 중대해야 한다.
3. 체약국이거나 범행지의 국가, 또는 피의자의 국적국가(제12조 제2항)가 아닌 한, 제12조 제3항의 “opt-in”조항을 통해 국제형사법원의 관할권에 포함되어야 한다.

예컨대 비체약국의 군인이 체약국에 대한 테러행위를 하여 인도범죄를 범하였을 경우 비체약국의 국민도 국제형사법원의 관할권 안에 속한다. 또한 국제연합의 안전보장이사회가 범죄로 의심받는 행위를 소추기관에 제기하였을 경우에는(제13조 제b호, 위의 B 1 a 참조) 범행지국이 체약국인지 피의자의 국적이 체약국인지 상관없이 적용된다. 따라서 미국이 로마조약의 체약국이 아니더라도, 미국국민도 국제형사법원의 관할권에 속할 경우도 있다. 이러한 연유에서 미국은 여러 조항을 계속하여 심의하게 될 위원회에서도 빠졌으면서도 국제형사법원조약의 예외조항을 찬성하는 투표를 하고 열심히 관여를 하였었다.

IV. 국제형사법원과 국내형사사법 및 국제연합과의 관계

1. 국제형사법원과 국내형사사법의 상호보충성

전문(제10항)에 언급된 국제형사법원의 국내형사법원에 대한 “상호보충성”은 지난날의 과거국제법정을 고찰하여 새로운 형식인지 파악될 수 있다. 뉘른베르크와 동경의 국제군사법정은 - 이론적이 아니라 실무적으로 - 국가의 형사사법을 초월하여 배타적인 형사처벌권을 갖고 있었다. 군사법정은 그들의 국적을 원칙적 기준으로 삼았지만 그와는 별도로 범행지국가가 외국이거나 전쟁범죄의 피해자의 국가에 상관없이 국제형사법정이 직접 관여하여, 피고인이나 증거에도 직접 절차를 지휘하였다. 따라서 바시오니가 명명하였듯이 “직접소추모델”로 분류할 수 있다.

이는 유고와 르완다의 임시법정의 권한과는 사뭇 다르다. 다시 말해서 임시법정은 국내법원의 어느 절차의 단계에서나 소송을 양도해 달라는 요구를 할 수 있는 정도(ICTY조약 제9조 제2항)로 “국내법원에 대한 우월권”을 가지고 있을 뿐이다. 이러한 우월권은 배타적 권리가 아니라 국내법원과 경합적인 관할권을 갖는다는 것을 의미할 뿐이다. 임시법정은 사안을 자기 스스로 다루는 것이 아닌한 이러한 한계에서만 국제범죄를 소추할 수 있다.○(ICTY조약 제9조 제1항)

이는 우월권의 문제에서 국가의 고권의 우위를 의미한다. 따라서 이러한 관점이 로마조약에서도 채택되어야 할지 조약이 성사되지 못할 정도의 대단한 논쟁거리였다. 결국 해결책은 국제형사법원의 국가법원에 대한 “보충성”으로 판가름되었다(전문 제10조 제1항 제2문). 이 “마술적 단어”로부터 다음의 원칙을 추론할 수 있다.

a) “우월권”을 얘기하자면 결국은 국가법원이 우월권을 갖는다; 왜냐하면 국내법원이 국제범죄를 소추하여 판결을 내리게 되면 국제형사법원은 더 이상 소추하지 못하기 때문이다(제17조 제1항 제a-c호, 제20조).

b) 그러나 국가의 우월권은 국제범죄에 대한 “소추의지의 부재 또는 소추가능성의 결여” (제17조 제1항 제a, b호)의 경우에 한계를 갖는다. 그 경우란 국가의 형사절차가 시능만 내는 경우를 말한다(제17조 제2항, 제20조 제3항).

c) 경합적 관할의 경우 관할권의 다툼이 있을 경우 이른바 “권한에 대한 권한”으로 해결된다. 예컨대 국내법원이 소추가능성 하에서 소추의지를 갖고 있다면, 국제형사법원은 선의든 악의든 국내법원에 맡기는 수 밖에 없다. 그러나 국제형사법원이 보기에 소추가능성 및 소추의지가 결여되어 있다고 판단되면 관할권의 다툼에 대한 최종결정권을 갖는다. 이 경우가 조약에 구체적으로 규정되어 있으며(제17조 제3항), 이 한도에서는 국내법원의 우월권이 아니라 국제형사법원의 우월권이 인정된다.

d) 국내법원이 국제형사법원과 공조의무를 갖는다는 것은 중요한 의미를 갖는다. 로마조약 제9장 제86조-제102조는 이를 자세히 규정하고 있다.

2. 국제연합의 안전보장이사회와 소추기관의 역할

이러한 역할이 로마조약의 생성과정에서 격렬한 논쟁거리였다. 소추기관이 독자적인 소추개시권을 갖는지 또는 안전보장이사회의 승인을 받아야 소추할 수 있는지, 또는 형사절차에 전적인 주도권을 갖는지는 객관적 관할권의 문제라기 보다는 정치적 권력의 문제이다. 형사소추의 주도권이 안전보장이사회에 있게되면, 이사회에 속한 국가의 국민은 애초부터 방어막의 보호속에 있게 된다. 공정한 정의의 실행을 위해서는 그러나 소추기관의 독립성이 최대한 요청된다. 이러한 권력다툼의 문제는 다음과 같은 타협점을 찾아 해결되었다.

a) 한편 소추기관은 수사개시의 주도권(제13조 제c호, 제15조 제1항, 제2항)을 갖되, 사전절차담당부의 통제를 받는다(제15조 제3-6항).

b) 다른 한편 안전보장이사회는 국제범죄라고 할 만한 “상황”에서 소추기관에 제기할 권리를 갖고(제13조 제b호), 소추기관의 활동을 지시할 수 있다. 더우기 안전보장이사회는 12개월의 시한 하에서 수사절차를 연기시킬수 있는 권한도 갖는다. 이 규정은 예컨대 독재자에 대한 제재가 오히려 세계평화를 위협할 경우 효과적으로 적용될 수 있다. 그러나 피의자가 이사회에 국적을 갖는 경우, 이사회가 자국민의 형사소추를 막을 욕심으로 이를 적용하는 장애요소가 될 수도 있다.

c) 모든 개별국가들도 국제범죄라 할 만한 상황의 경우 소추기관에 제기할 권리를 갖는다(제13조 제a호). 이 경우 국내법원의 소추가능성이 희박하면 국제형사법원의 도움으로 해결하려는 것이지만, 안전보장이사회는 제16조에 따라 여기에도 관여할 수 있다.

개별국가의 이익에 관심을 둔 국가, 국제형사법원에 적극적인 국가, 소수의 안전보장이사회 소속국가들 사이의 권력분할에서 어디에 중점을 둘 것인가를 고려해야 한다. 유고와 르완다의 임시법정의 주임검사였던 루이제 아보어는 검사의 역할이 중요하다고 주장했는데, 이는 내가 주재한 “후라이부르크 선언”에서도 이미 주장되었던 논제이다. 이는 로마조약에 어느 정도 반영되었다고 보여진다.

V. 형사책임의 일반원칙 및 요소

로마조약이 제3장에 “형법의 일반원칙”이라는 독자적인 편장을 둔 것은 매우 의미있는 일이다. 왜냐하면 주로 국제법학자가 참여한 국제법위원회의 과거의 초안에는 형법이론에 대하여 전혀 언급이 없었고, 르완다와 유고의 임시형사법정의 규정에도 개인적인 형사책임에만 한정해서 간략히 언급되었을 뿐이었기 때문이다(ICTY 및 ICTR 조약 제6조, 제7조). 국제법위원회의 1994년도 상설국제형사법원초안에도 “법의 적용”이라는 제33조 하나만 간신히 규정하였을 뿐이었다. 다만 거기에는 형법전문가가 관여하기는 했고, 이를 바탕으로 1995년과 1996년의 시라큐사와 후라이부르크 워크숍을 통해 대안을 제시하는 쪽으로 발전되었다. 이 대안에는 실체법적 규정들이 다수 포함되었다(시라큐스 초안 제33조에서 제33-18조). 로마회의의 준비회의에서 이 초안이 수용되었고, 현재의 국제형사법원조약은 형사책임의 원칙의 정립에 초석이 되게 된 것이다(제21조-제33조). 다 말할 수는 없으므로 다음의 논점을 분석하자.

1. 법의 적용(제21조)

로마조약이 모든 형법문제를 다 해결할 수는 없으므로, 규범이 걸여된 경우에 적용할 법규를 정해야 한다. 이를 위해 제21조는 다음과 같은 구조를 갖고 있다.

- 우선 이 조약 그 자체가 적용된다.
- 두 번째로 기타 국제법적 조약과 원칙이 적용된다.
- 위의 두 가지 법원도 없을 때는 일반적 법원칙이 적용된다. 세계의 법체계에 따라 개별 국가들이 갖고 있는 규범에서 추출되고, 이 원칙들은 로마조약과 국제법에 저촉되지 않아야 한다(제1항 제c호)

- 다음으로 국제형사법원의 판례가 적용된다.
- 마지막으로 특히 캐나다에서 발전된 원칙인 일관성원칙(Consistency Test)이 법의 적용에서 하나의 기준이 된다. 이는 국제적으로 승인된 인권법에 부합되면서 차별성이 없어야 하고, 특히 성차별이 없어야 한다.

이러한 규정의 특징은 두 가지로 볼 수 있다.

- 첫째 국제형법적 원칙을 넘어서 개별국가의 형법원칙까지 고려하여, 비교법의 중요성이 대두된다.
- 둘째, 피의자의 국가의 법이 고려되는 반면 피해자의 국가의 법은 그러하지 아니하다. 앞으로 피해자의 차원에서 개선이 요구된다.

2. 법률주의(제22조-제24조)

죄형법정주의(제22조, 제23조)와 소급효금지(제24조)는 전반적으로 국내법과도 상응한다. 다만 국내법에서 유추해석은 허용되는 나라도 있고, 피고인을 위해 엄격한 해석만이 요구되

는 나라도 있어 일정하지는 않다.

3. 개인의 형사책임(제25조)

이 문제에 관하여 논란이 많다는 것은 이해할 만하다. 지금의 단계에서 일치된 결론이 도출되지 않는 것은 당연하다. 대략 기본적 원칙만을 추출할 수 있을 뿐이다.

- 국제형사법원조약은 자연인만을 관할권에 두고 있다. 여러 국가에서 인정하고 있는 법인의 형사책임은 채택되지 않았다.
- 개별행위자에 대한 상세한 규정이 없고, 공범의 형태로 규정되었다(제3항 제a-e호).
- 미수규정은 있으나 부작위규정은 없다. 다만 작위와 부작위를 포괄하는 유형을 두고 있다(제24조 제1항).

4. 형사책임의 배제사유

이 제목은 제31조의 명칭인데, 다른 조문에서도 여러 가지의 형사책임의 배제사유가 규정되어 있다. 이 조항은 명확한 필요성과 목적 및 범위를 확정하기 어렵기 때문에 성사되기 까지는 많은 우여곡절을 겪었다. 다음의 내용은 주로 아르헨티나의 제안에 따른 것이다.

- “디펜스”라는 용어 대신에 “형사책임을 배제시키는 사유”를 써서 대륙법체계를 따랐다.
- 목록을 열거하는 대신에 정당화사유 및 면책사유를 개방적으로 두었다.
- 책임능력에 관하여는 구별없이 정신장애나 명정상태를 두고, 정당방위와 긴급피난을 병렬적으로 두었다. 다수의 국가들이 구별하는 정당화사유와 면책사유의 구별은 채택되지 않았다.
- 개념정립의 곤란으로 인하여 “주관적 요소”와 “착오”는 제대로 된 규정을 두지 못하였다.
- 이탈리아와 캐나다가 제안한 나이에 대한 문제는 잘 정리되었다. 18세 미만의 자는 국제형사법원의 관할권에서 제외된다. 개별국가들의 규정은 7세부터 21세까지 다양하였는데, 18세로 정한 것이다. 따라서 18세 이하의 경우는 국내법에 따라서 적용된다.

5. 형벌(제77조-제80조)

이 영역에 대하여는 다음의 점이 주목된다.

- 형벌로는 자유형, 벌금형, 몰수형이 도입되었고, 사형은 배제되었다. 이는 단지 국제형사법원에만 적용될 뿐이고, 국내법의 적용과는 무관하다.
- 피해자에 대한 배상은 규정된 바 없다. 따라서 앞으로 위자료재단의 설립이 체약국의 모임에서 결정되어야 할 것이다.

VI. 대륙법계 형사절차와 영미법계 형사절차의 대립

국제형사법원의 형사절차를 말하려면 광범위하여 이것만 다룬 강연을 해야 한다. 여기서는 다만 구조적인 관점에서 로마회의에서도 문제가 되었던 대륙법계의 직권주의와 영미법계의 당사자주의의 대립을 말하고자 한다. 형사절차를 다룬 제5장, 제6장, 제8장은 수사절차(제53조-제61조), 공판절차(제62조-제76조), 상소절차(제81조-제85조)로 나누어진다. 이러한 삼분법은 영미법, 대륙법을 넘어서 세계공통적인 것이다. 절차와 증거의 원칙에 관하여는 구조적 문제 때문에 로마회의의 준비회의도 포기하였다(이하 VII 2). 다만 여기서 말할 것은 국제형사법원조약은 직권주의와 당사자주의를 혼합시켜 규정하고 있다는 점이다.

- 자백거부 및 자기부죄 거부특권, 플레아길티(유죄합의)도 인정되는데, 이는 영미법계에 가까운 것이다.

- 소추의 승인 및 수사수단의 허용을 검토하는 사전절차담당부가 설립되었는데, 이는 대륙법, 특히 독일법에 가까운 것이다. 또한 소추기관에 필적하는 상대자가 없다는 점에서 대륙법에 가까운 구조를 갖는다.

이러한 결합은 국내법의 발전에도 시사하는 바가 많다. 실체진실주의의 형사절차의 구조를 갖더라도 가급적 대립적인 방법으로 이 절차를 진행시키는 것은 양주의를 넘어서는 바람직한 방향이기 때문이다.

VII. 평가 및 전망

1. 목적달성여부 및 발전의 전망

로마조약에 대한 선별적인 검토만으로 평가를 내리는 것은 무리지만, 그래도 대략 다음과 같은 평가를 내릴 수 있을 것이다. 상설국제형사법원의 설립을 위한 장기간의 노력은 어느 정도 결실을 맺었다고 할 수 있다. 보완할 점이 많지만, 핵심적인 면에서는 진보를 이루었다고 평가된다. 부분적이거나 다음의 점을 강조하고자 한다.

첫째: 체약국은 국제형사법원의 관할 하에 있다. 다른 유보는 허용되지 않는다. 이러한 자동적인 관할을 넘어서 비체약국의 국민에 대하여도 체약국의 영토에서 국제범죄를 범하는 한 적용된다. 따라서 아직 이 조약에 회의적인 국가에 대하여도 그 국가 스스로의 이익을 위해서라도 체약국이 되어야 한다는 점을 설득할 수 있다. 국제형사법원은 이러한 점에서 매력적이고 권위가 있다.

둘째: “상호보충성”의 원칙에 따라서 국내법원의 형사관할권이 존중될 수 있으면서 국제형사관할권이 스스로 부인하지 않는 한 개입된다. 이 경우 국제형사법원의 우월권이 인정되는 것은 국제공동사회의 범죄예방을 위하여 정당화된다.

셋째: 국제연합의 안전보장이사회와 국제형사법원의 소추기관 사이의 대립관계는 완전히

성공적이지는 않지만 현재 상황으로서는 수인할 만한 균형을 이루었다. 소추기관의 독립성은 수사절차개시권에서 인정되는 반면, 안전보장이사회는 개시된 형사절차를 지연시킬 권리를 갖게 되어 균형을 이룬다. 안전보장이사회의 이러한 권리가 정치적 목적에 남용되지 않도록 주시할 필요가 있으며, 항상 비판을 주어야 할 것이다.

넷째: 국제형사법원의 목록에 오른 고전적 국제범죄는 새로운 반인륜범죄까지 확대될 수 있었다. 형사책임의 기본원칙의 상세한 내역이 정립되지는 못하였지만, 로마조약은 형법원칙의 정립에 초석을 놓은 의의를 갖는다.

다섯째: 절차규정은 많은 보완을 필요로 하지만, 세계의 절차법적 원칙들을 조화롭게 수용함으로써 바람직한 방향을 제시하였다. 절차법에 관한 한 국제형사법원조약은 하나의 모델로 남게 될 것이다.

여섯째: 중요한 발전 중의 하나는 국제형사법원조약을 통해 법학의 학제적 관점이 발전되었다. 그 동안 국제범죄문제에 독점적 역할을 한 국제공법이 로마조약에서는 형법과의 공동작업을 통하여 바람직한 법원칙을 제시하였다. 이러한 개방적 발전은 앞으로 국제형사법원의 판사의 선출에 형법, 형사소송법, 국제법의 영역을 혼합시키기로 합의한 점에서 뜻보인다. 이러한 점은 지금까지 기회가 적었던 형법에게는 하나의 찬스가 될 것이다.

2. 다음 단계의 전망

지금까지 언급했듯이 국제형사법원을 통한 아이는 아직 출산되지 않았고, 헤이그에 설치됨으로서 출산될 것이다. 이를 위해서는 아직 다음의 조건들이 채워져야 한다.

첫째: 로마조약은 아직도 많은 보완 및 안전장치가 필요하다. 국제형사법원의 준비위원회는 2000년 6월 30일까지 제9조 “범죄의 요소”와 제9조 및 제51조의 “절차와 증거의 원칙”을 보완해야 하고, 이는 체약국의 전체회의에서 승인을 받아야 한다.

둘째: 조약이 발효되기 위해서는 적어도 60개 체약국의 비준이 있어야 한다. 90개국이 넘는 국가가 이미 조약에 서명하였지만, 아직 비준서는 겨우 7개국(이태리와 노르웨이 등)만 제출하였다. 비준서가 하루 바빠 제출되어야 할 것이다.

셋째: 국제형사법원조약이 아직 발효된 상태는 아니지만, 많은 국가들이 이를 바탕으로 자국의 규정들을 개정하는 조짐이 보이고 있다. 이러한 발전이 지속된다면, 조약을 위한 작업은 형법역사에서 대단한 흔적을 남기게 될 것이다.

‘毒樹果實의 原理’에 대한 一考

曹 國 *

I. 들어가는 말

우리나라에서 자백배제법칙은 명문의 근거가 분명하기에 그 채택 여부는 문제가 되지 않고, 적용근거, 범위와 강도가 문제가 된다. 그러나 위법하게 수집한 증거물의 경우는 명문의 근거가 없기에 배제 여부를 둘러싼 논란이 있을 수밖에 없다. 우리 대법원은 과거 일본 최고재판소의 ‘性質·形狀不變論’¹⁾에 입각하여 증거물의 경우 위법수집증거배제법칙의 적용을 거부하고 있고,²⁾ 이에 반하여 학설상의 통설은 위법수집증거배제법칙의 채택을 지지하고 있음은 주지의 사실이다.³⁾ ‘毒樹果實의 原理’(the “fruits of the poisonous tree” doctrine)는 바로 위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙의 실효성을 확보하기 위한 것으로, 위법하게 수집한 제1차 증거물 또는 자백의 증거능력이 배제되더라도 이로부터 파생한 제2차적 증거의 증거능력이 인정된다면 위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙의 취지는 미약해지고 말기 때문이다.

위법하게 수집된 증거물 또는 자백, 즉 ‘독수’에 의거하여 발견된 派生證據(derivative evidence), 즉 ‘독수의 과실’을 증거로 사용하는 것을 금지해야 한다는 문제의식은 1920년 미국 연방대법원에 의해 처음 제기된 후 法系의 차이를 떠나 세계화되고 있다. 그러나 우리나라에서 ‘독수과실의 원리’에 대한 논의는 초보단계이며 이에 대한 연구는 힘을 얻고 못하고 있는 듯하다. 제1차 위법수집증거의 증거능력을 인정하는 우리 대법원이 ‘독수의 과실’의 증거능력을 배제할 것이라고 기대하기는 어렵기 때문에 ‘독수과실의 원리’를 탐구하려는 의욕이 저하되어 있는 것이다.

우리는 위법수집증거배제법칙은 수사기관의 불법행위를 억지하는 유일한 현실적 방책으로 신속히 채택되어야 하며, ‘독수과실의 원리’ 역시 자백배제법칙과 위법수집증거배제법칙의 실효성 확보를 위해 필요하다는 입장에 서서 ‘독수과실의 원리’에 대한 이론적 검토를 하고자 한다. 먼저 이 글은 이 원리를 최초로 정립한 후 정치하고 풍부한 이론들을 정립한 미국 판례의 논리를 살펴본다. 둘째, 증거금지(Beweisverbote)의 ‘먼거리효과’(Fernwirkung)란 이름으로 전개되어 온 독일 이론과 판례를 검토하며, 또한 일본 판례와 학설의 현황을 검토한다. 마지막으로 ‘독수과실의 원리’에 대한 우리 이론의 현재를 살펴본 후 몇 가지 제언을 하고자 한다.

* 동국대학교 법과대학 조교수, 법학박사

1) 日本 最高裁 1949.12.1. 裁判集 15號, 349면.

2) 대판 1968.9.17, 68도932; 대판 1987.6.23, 87도705; 대판 1994.2.8, 93도3318.

3) 배종대·이상돈, 『형사소송법』(제3판, 1999), 508, 512면; 백형구, 『형사소송법강의』(제7정판, 2000), 582, 584면; 신동운, 『형사소송법1』(제2판, 1997), 153면; 이재상, 『형사소송법』(제5판, 1998), 492, 497-98면; 차용석, 『형사소송법』(1998), 691-92면.

II. 미국의 ‘독수과실의 원리’

1. 원리의 형성과 전개

연방 사건에서의 위법수집증거배제를 선언했던 1914년의 ‘Weeks v. United States 판결’⁴⁾이 내려진지 얼마 되지 않아, 1920년 ‘Silverthorne Lumber v. United States 판결’⁵⁾에서 연방대법원은 ‘독수과실의 원리’의 기본골격을 제시한다. 이 사건에서 연방수사요원은 피고인 父子의 문서를 불법적으로 압수하여 기소배심(grand jury)에 제출하였는데, 연방법원은 문서를 찍은 사진과 복사본은 몰수한 채 문서의 반환을 명하였고, 검찰은 기소배심으로 하여금 당해 문서를 다시 획득하는 소환장(subpoena)을 발부하도록 유도하였다. 법원은 그 소환장은 불법한 압수로 획득한 문서의 내용에 기초하여 발부되었으므로 유효하지 않다고 판시한다. 판결문을 집필한 홈즈 대법관은 말한다.

어떤 방법으로 증거를 수집하는 것을 금지하는 규정의 핵심은 비단 그렇게 수집된 증거가 법정에서 사용될 수 없다는데 있는 것만이 아니고, 그 증거는 절대로(at all) 사용될 수 없다는데 있다.⁶⁾

바로 이어 법원은 “획득한 사실에 대한 지식이 독립된 출처(independent source)로부터 얻어진 것이라면” 이 원리가 적용되지 않음도 밝힘으로써 이 원리에 대한 예외창출을 예고하였다.⁷⁾ 동 판결에서는 아직 ‘독수과실’이라는 용어 자체는 사용되지 않았으며, 이후 연방통신법을 위반한 불법도청에서 나온 과실의 증거능력을 문제삼은 1939년의 ‘Nardone v. United States 판결’⁸⁾에서 법원은 이 용어를 최초로 사용하게 된다. 법원을 대표하여 프랑크푸르터 대법관은 다음과 같이 말한다.

[위법한] 방법의 직접사용은 금지하면서도 전면적인 간접사용에는 제한을 가하지 않는다면 윤리적 기준과 불일치하고 개인의 자유를 파괴하리라 생각되는 바로 그러한 방법을 끌고 오게 될 것이다.⁹⁾

이러한 원리를 재확인하면서도 법원은 독수와 과실 사이의 인과적 연관이 너무 희박해져서 그 오염(taint)이 없어질 정도라면 그 과실을 증거로 사용할 수 있음을 부언하였다.¹⁰⁾

이상과 같은 20세기 초반의 연방대법원의 판결에서 ‘독수과실의 원리’와 그 예외의 기본틀이 짜여진다. 이후 워렌 대법원장이 향도한 “형사절차혁명”(criminal procedure revolution) 속에서 내려진 1961년 ‘Mapp v. Ohio 판결’¹¹⁾과 1966년의 ‘Miranda v. Arizona 판결’¹²⁾로 위법수집증거배제 법칙이 확고히 자리잡으면서 독수과실의 원리도 보다 강력한 힘을 갖게 된다.

예컨대 위법한 압수·수색으로 획득한 자백을 제시하여 얻은 자백,¹³⁾ 수정헌법 제6조의 변호인접

4) 232 U.S. 383(1914). 물론 헌법 수정 제 4조에 의한 위법수집증거배제는 1886년 Boyd v. United States, 116 U.S. 616에서 최초로 제기되었으나, 이 사건은 민사사건이었고 경찰의 수색이 관련되지 않은 사건이었다.

5) 251. U.S. 385(1920).

6) Id. at 392.

7) Id.

8) 308 U.S. 338(1939).

9) Id. at 340.

10) Id. at 341.

견권을 침해하여 얻은 자백을 기초로 하여 얻은 증거,14) 변호인의 참여없이 법정 밖에서 이루어진 범인지목을 위한 정렬절차(line-up identification)에서의 목격자의 범인지목을 기초로 행해진 법정 내의 증인지목(courtroom identification),15) 불법하게 획득한 자백에 기초하여 이루어진 원심에서의 피고인의 법정증언16) 등이 ‘과실의 오염’이 인정되어 배제된다.

2. “제거된 오염의 예외”의 전개 - ‘오염’은 어떤 경우 제거되는가?

1963년의 ‘Wong Sun v. United States 판결’17)은 독수과실의 원리를 재확인하면서 “제거된 오염의 예외”(the purged taint exception)를 확립한 지도적 판결이다. 이 사건에서 연방마약반 수사관이 불법적인 가택수색을 통하여 Toy를 체포하고 진술을 확보하였다. 이어 수사관은 Toy로부터 Yee가 마약을 팔고 있다는 진술을 받은 직후 Yee에게 만났는데, Yee는 마약을 수사기관에서 제출하였고 또한 Toy와 Wong Sun이 자신에게 마약을 팔았다는 진술을 확보하였다. 이후 Wong Sun은 불법체포되었다가 석방되었으나, 수일 후 다시 자발적으로 출두하여 자백을 하였다. 이 사건에서 법원은 독수과실의 원리가 적용되는 경우와 그렇지 않은 경우를 구분한다.

법원은 먼저 Toy의 진술은 불법한 수색의 직접적 산물이므로 당연히 배제되어야 하며,18) Yee로부터 압수한 마약은 불법하게 획득한 Toy의 진술의 ‘과실’이고 Toy의 진술과 마약 압수 사이에 오염이 제거될만한 사건이 없었으므로 배제되어야 한다고 판시한다.19) 그러나 법원은 Wong Sun의 자백은 그 자신에 반하여 증거로 사용할 수 있다고 판시하는데, 그 근거는 Wong Sun이 처음에는 불법체포되었으나 이후 석방되었고, 이후 Wong Sun이 자발적으로 출두하여 자백하였기에 불법체포와 자백 사이에 인과적 연관이 너무 희박해져서 그 오염이 없어졌다는 것이다.20) 즉, 원래의 불법과 증거 사이에 별개의 요소가 개입하였으므로 위법수집증거배제법칙의 근거인 ‘사범의 연결성’이나 ‘경찰관의 불법행위의 역지’가 적용되지 않는다고 파악한 것이다. 브레넌 대법관의 정식화를 보자.

어떠한 증거가 경찰관의 불법적 행동이 없었다면(but for) 드러나지 않았을 것이라는 그 이유만으로 그 증거가 독수의 과실이라고 생각할 필요는 없다. 이러한 사건에서 보다 적절한 질문은 1차적 불법의 성립이 인정된 상태에서 이의제기가 이루어진 당해 증거가 [1차적] 불법의 이용하여 드러난 것인지 아니면 1차적 오염이 제거되었다고 충분히 판단할 수 있는 방법에 의하여 드러난 것인지 여부이다.21)

‘Wong Sun 판결’의 경우는 비교적 독수과실인 경우와 그렇지 않은 경우가 선명하게 구분되는 경우였다. 문제는 양자의 구별이 용이하지 않은 경우가 많기에 ‘Wong Sun 판결’만으로는 구별지침이 충분하지 않았다. 1973년의 ‘Brown v. Illinois 판결’22)은 오염제거를 결정하기 위한 보다 구체적인 지침을 제시한다.

이 사건에서 피고인은 ‘상당한 이유’(probable cause)없이 불법적으로 체포되어 경찰서로 인치된 후 미란다 고지를 받고 신문을 받았고 이어 1차 자백을 하였다. 미란다 고지가 다시 주어진 2차 신문에서 피고인은 2차 자백을 하였다. 법원은 1·2차 자백 모두 독수과실로 배제되어야 함을 분명히 한다. 법원은 미란다 고지 자체로는 불법한 체포의 오염을 항상 제거하지는 않는다고 말하면서, 자백이 불법한 체포를 이용하여 획득한 것인가를 판단하기 위해서는 이하의 사항도 고려되어야 한

다고 판시한다.

체포와 자백의 시간적 근접성, [체포와 자백 사이에] 개재하는(intervening) 상황의 존재, 그리고 특히 경찰관의 불법행위의 목적과 파렴치성²³⁾

그리하여 법원은 이 사건의 경우 ‘Wong Sun 판결’과는 달리 불법체포와 1차 자백 사이에 그리고 1차 자백과 2차 자백 사이에 “개재하는 사건”이 없었고,²⁴⁾ 경찰관의 체포는 기습적으로 피고인의 자백을 받기 위해 계산된 것임에 주목하면서,²⁵⁾ 두 자백 모두를 배제하였다. 불법한 체포로 자백을 획득했다면 설사 미란다 고지가 주어졌다 하더라도 그 자백은 배제되어야 한다는 입장은 이후 1979년의 ‘Dunaway v. New York 판결’²⁶⁾에서도 재확인된다. 그리고 1982년 ‘Taylor v. Alabama 판결’²⁷⁾은 불법체포 또는 수색과 자백 사이의 연관은 그 사이에 ‘개재하는 상황’이 있다고 하여 쉽사리 깨뜨려지지 않음을 보여주었다.²⁸⁾ (그러나 1990년의 ‘New York v. Harris 판결’²⁹⁾에서 연방대법원은 체포의 ‘상당한 이유’가 없어 불법한 체포였던 이상의 세 사건과는 달리, ‘상당한 이유’는 있으나 체포영장이 없어 불법한 체포에서 파생된 자백의 경우에는 배제되지 않는다고 판시하였다).

“제거된 오염의 예외”의 상황을 축약하여 도해화하면 다음과 같다.

한편 연방대법원은 불법한 방법을 통하여 인지된 증인의 경우는 그 오염이 쉽게 제거된다고 본다. ‘Michigan v. Tucker 판결’³⁰⁾에서 연방대법원은 검찰은 미란다 규칙 위반을 통해 신상이 확보된 증인을 법정에서 호출할 수 있다고 판시하였고, ‘United States v. Ceccoloni 판결’³¹⁾에서는 불법수색을 통해 신상이 알게 된 증인이 진술한 증언의 증거능력을 인정하였다.

3. “독립출처의 예외”의 구체화

상술한 1920년 ‘Silverthorne 판결’에서 언급되었던 “독립출처의 예외”(the independent source exception)는 1984년의 ‘Segura v. United States 판결’과 1988년의 ‘Murray v. United States 판결’에서 구체화된다.

먼저 ‘Segura 판결’³²⁾의 사실관계를 보면, 경찰관은 피고인을 체포하고 피고인의 가택을 수색할 ‘상당한 이유’를 가지고 있었으나 수색영장은 없는 상태에서 피고인을 그의 가택 바깥에서 체포하였다. 수색영장이 “행정적인 지연” 때문에 18 또는 20시간 정도 발부되지 못하자 경찰관은 피고인과 함께 그의 집 안으로 들어갔고, 이 때 마약흡입기를 발견하게 되자, 경찰관은 증거가 훼손되지 못하게 조치를 취하고 피고인의 동료도 체포하였다. 시간이 흐른 후 영장이 발부되자 경찰관은 수색을 펼쳐 코카인과 마약거래기록을 압수하였다. 5대4의 다수의견은 가택침입이 불법이었음을 인정하면서도 경찰관이 침입 이전에 수색영장을 발부받는데 ‘상당한 이유’를 가지고 있었고, 영장은 전적으로 문제의 최초의 불법침입 이전에 경찰관이 알고 있던 정보에 기초하여 발부된 것이라는 점에 중점을 두면서, 이 정보와 영장은 최초의 침입과 무관한 것이므로 압수한 증거에 대하여 ‘독립출처’를 가지고 있었고 따라서 압수된 증서는 ‘오염된 과실’이 아니라고 판시하였다.³³⁾

한편 ‘Murray 판결’³⁴⁾은 ‘독립출처의 예외’를 보다 확장하는데, 이 사건에서 경찰관은 피고인을

창고 밖에서 체포하고 영장발부신청을 하지 않은 채 창고를 침입하여 다량의 마리화나를 발견하였고, 그 다음에 영장발부신청을 하였다. 영장발부신청시 경찰관은 자신이 이미 창고 안에 들어가 있으며 마리화나를 보았다는 것에 대해서는 언급하지 않았다. 영장이 발부되자 경찰관은 다시 창고에 들어가 마리화나를 “재발견”하여 압수하였다. ‘Segura 판결’의 경우와는 달리 이 사건에서 경찰관은 최초의 창고침입시 영장발부를 위한 어떠한 절차도 밟지 않았고 증거의 발견은 최초의 영장없는 불법침입에서 이루어진 것이었으나, 5대 4의 다수의견은 이 경우에도 결국 영장발부가 있었다는 이유로 ‘독립출처의 예외’를 적용한다. 반대의견의 지적처럼, 다수의견에 따르면 경찰관은 영장발부에 신경을 쓰지 않고 일단 불법적 수색을 벌인 후에 무엇인가를 발견하면 영장발부절차를 밟아도 좋다는 식이 되므로 다수의견의 논리는 경찰관에게 영장없는 가택침입의 강한 동기를 제공하는 것이었다.³⁵⁾

‘Segura 판결’과 ‘Murray 판결’에서 구체화된 ‘독립출처의 예외’의 적용요건을 종합해보면, (1) 경찰관이 증거를 발견하였을 때 불법적으로 해당 장소에 있었을 것, (2) 경찰관이 수색영장을 발부받은 상태는 아니지만 영장을 발부받을 만한 지식 등 ‘상당한 이유’를 보유하고 있었을 것, 그리고 (3) 경찰관은 결국은 수색영장을 신청하려 하였을 것 등으로 요약할 수 있을 것이다. 이상과 같은 “독립출처의 예외”를 도해화하면 다음과 같다.

4. “가정적 상황”에 기초한 “불가피한 발견의 예외”의 신설

한편 연방대법원은 “독립출처의 예외”의 변종이라 할 수 있는 새로운 예외를 승인한다. 즉, “불가피한 발견의 예외”(inevitable discovery exception)이다. 연방대법원은 증거가 불법한 경찰수색을 통해 획득되었다 하더라도 그 증거가 별도의 독립적이고 합법적인 수단에 의하여 불가피하게 발견될 수 있었던 것이라면 그 증거능력을 인정할 수 있다고 판시하였는데, 이 예외는 통상 획득한 증거가 무기 또는 신체인 경우에 제한된다.

1984년 ‘Nix v. Williams 판결’[이하 Williams II]³⁶⁾이 ‘불가피한 발견의 예외’를 제시한 지도적 판결인데, 이 사건은 1977년 ‘Brewer v. Williams 판결’[이하 Williams I]³⁷⁾의 연장선상에 있는 판결이다. ‘Williams I 판결’은 수사기관이 피고인의 변호인접견권을 침해하여 사체의 위치를 알리는 발언을 끌어내었다는 이유로 피고인의 유죄평결을 내린 원심을 파기하였는데, ‘Williams II 판결’에서 문제가 된 것은 피고인이 사체 그 자체의 배제를 요청하였다는 점이다.

연방대법원은 원심에서 문제가 된 피고인의 변호인접견권을 침해하여 획득한 발언이 없었다 할지라도 경찰수색대가 이미 출동하여 피고인의 자백시점에 사체가 묻힌 장소에 가까이 와있었다는 점 등을 고려하여 사체는 “불가피하게 발견”되었을 것이라는 이유로 ‘독수과실의 원리’를 적용하지 않는다. 법원은 경찰관의 불법행위를 역지하려면 “소추측이 불법행위가 없었던 경우 보다 유리한 지위를 점하지 않아야 한다”는 점이 중요한데, 이 사안의 경우 “불가피한 발견”이 가능하므로 증거를 불배제하더라도 소추측이 유리한 지위를 점하지 않는다는 것이 핵심논거였다.³⁸⁾ 이상을 도해화하면 다음과 같다.

이 판결의 반대의견이 지적하였듯이 이 새로운 예외는 “독립출처의 예외”와는 달리 적법한 절차에 따라 발견되었을 것이라는 “가정적 상황”(hypothetical finding)에 기초하므로,³⁹⁾ ‘독수과실의 원리’를 기초를 무너뜨릴 소지를 갖고 있다. 그리고 이 판결은 수정헌법 제6조의 변호인접견권 침해

로 획득한 증거의 배제문제와 관련하여 ‘독립출처의 예외’를 만든 것이지만, 이는 향후 수정헌법 제 4조 위반의 불법한 압수·수색과 수정헌법 제5조 위반의 묵비권 침해 등과 관련해서도 적용될 가능성도 있다 하겠다.

5. 남아있는 문제 - ‘Miranda 원칙’ 침해하여 획득한 자백에서 파생된 자백 또는 물적 증거

이상에서 본 ‘상당한 이유’없는 불법한 체포나 변호인접견권을 침해하여 획득한 증거로부터 파생된 증거의 경우와는 달리, 미란다 규칙위반으로 획득한 자백으로부터 파생된 자백 또는 물적 증거의 경우를 어떻게 할 것인가에 대해서는 확고한 연방대법원의 지도적 판결이 존재하지 않는다.

그러나 연방대법원의 입장을 추론해 볼 수 있는 판결로 1985년 ‘Oregon v. Elstad 판결’⁴⁰⁾이 있다. 이 판결에서 연방대법원은, 피고인에 대한 적법한 체포시 미란다고지가 제대로 행해지지 않은 채 피고인이 자백하였고 이후 다시 적정한 미란다고지가 행해진 후 피고인이 다시 자백한 경우 두 번째 자백은 불법한 첫 번째 자백으로부터 파생한 ‘오염된 과실’이 아니라고 판시하였다.

오코너 대법관이 집필한 다수의견은 ‘독수과실의 원리’는 “헌법위반이 있을 것을 상정”하는데, 미란다 고지 위반은 그에 해당되지 않는다는 것을 근거로 이러한 결론에 도달했다.⁴¹⁾ “보수파” 법원 등장 이후 ‘미란다 원칙’은 “헌법에 의해 보장되는 권리 그 자체”가 아니라 자기부죄금지 특권을 보장하기 위한 “예방적(prophylactic) 규칙”에 불과한 것으로 이해되고 있는 바,⁴²⁾ ‘미란다 원칙’ 위반은 “헌법위반”의 경우는 아니고 따라서 독수과실의 원리가 적용되는 상황에서 제외된다는 것이다. 이 판결의 논리를 연장한다면, 미란다 고지를 행하지 않고 획득한 자백에 기초하여 수집한 물적 증거의 경우도 ‘독수과실’로 다루어지지 않을 가능성이 많다.

III. 독일의 ‘먼거리 효과’ 이론

독일의 위법수집증거배제는 “증거금지”(Beweisverbote) 이론에 따라 해결된다. 먼저 독일 형사소송법 제136a조는 “증거수집금지”(Beweiserhebungsverbot)과 “증거사용금지”(Beweisverwertungsverbot) 모두를 명문으로 규정하고 있는데, 동조는 형사피의자·피고인의 의사결정 및 의사활동의 자유가 폭행, 피로, 상해, 투약, 고통, 기망, 최면술 등에 의해 침해되어서는 안 되고 불법한 강박이나 약속도 금지됨은 분명히 하고 있음과 동시에 동조 위반으로 획득한 증거는 엄격하게 그 증거능력이 배제됨은 규정하고 있다.

그리고 제136a조 위반이 아닌 경우의 “증거금지”에 대해서는 유명한 1960년의 ‘녹음테이프 판결’⁴³⁾(Tonbandentscheidung)과 1964년의 ‘일기장 판결’⁴⁴⁾(Tagebuchentscheidung) 등에서 채택한 “이익형량론”(Abwägunglehre)에 따라, 즉 인격권 침해의 중대성과 실제적 진실발견의 필요성을 이익교량하여 판단해왔다.⁴⁵⁾ 그리고 헌법상의 기본권 침해를 이유로 증거사용이 금지되는 “헌법상 증거금지”의 경우는 인간의 프라이버시의 영역을 불가침의 핵심영역(Kernbereich), 핵심영역 밖의 개인적 영역(Privatbereich), 개인적 영역과 관련이 없는 일상생활 영역의 세 가지 영역으로 나누어 증거사용금지를 판단해오고 있다.⁴⁶⁾ 미국의 위법수집증거배제법칙과 비교하여 유의할 점은 독일 형사소송법 제136조 1항이 미란다 유형의 경고를 규정하고 있으나, 이 규정위반이 이를 통해 획득

한 진술의 증거능력을 자동적으로 배제하지는 않는다는 점이다.47)

독일에서 ‘독수과실의 원리’는 “증거금지” 중 “증거사용금지”의 “파급효”(Fernwirkung) 또는 “연쇄반응”(Kettenreaktion)의 문제로서 논의되고 있다. 이 문제의 단초는 독일 형사소송법 제136조의 a의 신설인데, 이 조항이 “사용금지”를 명시하자 사용금지를 금지된 신문방법의 사용에 의해서 획득된 진술에 한할 것인가, 아니면 그 진술을 매개로 하여 얻은 다른 증거의 사용도 금지할 것인가가 문제가 된 것이다.

이후 미국의 ‘독수과실의 원리’가 소개되면서 그 수용을 둘러싸고 본격적 논의가 시작되었고 이는 지금까지 계속되고 있다. 먼저 ‘파급효’를 긍정하는 견해는 미국의 ‘독수과실의 원리’를 수용하면서 사용금지의 성립을 인정하면서 파생증거의 사용을 허용하게 되면 수사기관이 증거금지규정을 위배하기 쉬우므로, 예방목적에 비추어 그로부터 얻은 증거에 대하여는 그 사용을 금지하는 것이 타당하다고 주장한다.48) 그러나 독일의 다수설은 ‘파급효’를 부정하고 있는데, 그 근거는 사용금지의 이유인 증거획득상의 금지위반과 이로부터 획득한 파생증거와의 관계는 ‘파급효’를 인정하지 않으면 안 될 정도로 필연적인 것은 아니며, 만약 ‘파급효’를 인정하면 인과관계의 증명이라는 매우 곤란한 문제가 발생한다는 것이다. 그리고 미국과 달리 검사에게 ‘객관의무’가 부여되어 있으므로 수사기관에 대한 훈육기능을 일방적으로 강조하는 것은 문제가 있다고 본다.49)

한편 독일 판례의 경우는 “증거금지”에 대한 판단에서와 마찬가지로 ‘파급효’ 인정도 “이익형량”에 따라 결정하고 있다고 보인다. 첫째, 독일연방대법원은 절차법규 위반이 존재하였으나 오랜 시간이 경과한 후 피고인이 자백한 경우는 이는 경찰관의 불법행위와 파생증거 사이에 인과관계가 단절되므로 ‘파급효’를 부정하였는데,50) 이는 미국의 “제거된 오염의 예외”의 논리와 유사하다. 둘째, 동 법원은 피의자가 신문시에 위법하게 수집한 녹음테이프를 틀어주고 난 후 그 녹음테이프에 담겨 있지 않은 사실에 대한 피의자의 진술을 얻은 경우라면 녹음테이프와 피의자의 진술 사이에는 인과관계가 없고 독자적 인지과정이 개입되었으므로 녹음테이프의 증거능력을 있을 수 있음을 인정하였는데,51) 이는 미국 “독립출처의 예외”와 논리와 유사하다. 그리고 학계에서 Roxin은 이상의 경우 외에 가설적 수사상황의 고려를 ‘파급효’의 예외로 보고 있다. 만일 형사소추기관이 위법하게 수집한 제1차 증거와는 별도로 적법한 방법으로 제2차 증거를 동일하게 수집할 수 있는 고도의 개연성이 인정되면 ‘파급효’는 인정되지 않는다는 것으로,52) 이는 미국의 “불가피한 발견의 예외”와 유사하다. 이상에서 독일에서 증거금지의 ‘파급효’의 인정범위에 관한 독일의 이론과 판례는 미국의 그것과 상당히 근접해 있음을 알 수 있다.53)

단, 독일 법원은 불법도청으로 획득한 파생증거에 대해서는 엄격하게 ‘파급효’를 인정하고 있다. 독일에서 도청문제는 형사소송법 제100a-101조와 이른바 “G-10 법”54)에 의해 규율되고 있는데, 독일 법원은 경찰관이 감청시에 법규의 요청을 정확히 지켰다 할지라도 만약 이를 통해 획득한 증거가 법규상의 감청대상범죄목록에 속하지 않는 경우라면 증거사용을 금지하고 있으며, 제1차 위법 수집증거에서 파생한 제2차 위법수집증거의 배제, 즉 ‘파급효’까지 인정하고 있다.

예컨대 1978년 2월 22일 연방대법원 판결의 경우,55) 합법적 감청이 행해졌으나 실상 이를 통하여 드러난 것은 감청대상목록에 없던 범죄였는데, 체포된 피고인 A에게 이 테이프를 들려주자 A는 자백하였다. 피고인은 판사 앞에서 한번 더 자백하였고 자신의 자백시에 어떠한 압력도 행해지지 않았음을 인정하였다. 그런데 연방대법원은 문제의 녹음테이프는 물론이고 2회의 자백 모두를 사용금지하였다. 이러한 입장은 1980년의 “슈피겔지(誌) 사건판결”56)에서도 관철되었다. 이 사건에

서 슈피겔지는 연방헌법수호청에 의해 감시를 받고 있던 핵물리학자의 글을 수록하였는데, 이 글은 유출된 정부문서에 기초하여 작성된 것이었고, 전직 연방헌법수호청 요원 출신 언론인 F에게 문서유출의 혐의가 두어졌다. “G-10법”에 따른 합법적 감청의 결과 수사기관은 F가 자신의 누이 집에 문제의 서류를 은닉하고 있다고 믿고 수색영장에 기초하여 그녀의 집을 수색하여 문제의 서류를 발견하였다. 그러나 이 서류는 “G-10법”에서 허용되지 않는 경한 범죄에 대하여 F의 관련을 입증해줄 뿐이었다. 이에 연방대법원은 이 서류의 사용을 금지하였다.

IV. 일본의 ‘독수과실의 원리’

일본 최고재판소는 1978년의 “오사카 텐노사(天王寺) 각성제 사건”⁵⁷⁾에 이르러 과거의 “性質·形狀 不變論”⁵⁸⁾을 버리고 위법수집증거배제법칙을 원칙적으로 수용한 바 있다. 단, 법원은 위법수집 증거배제가 헌법과 형사소송법에 규정되어 있지 않는 것이므로 형사소송법의 해석에 의해 해결할 문제라고 파악한 후, 미국식 의무적 배제를 거부하고 영장주의의 정신을 몰각하는 경찰관의 不法行爲의 重大性 및 미래의 경찰관 不法行爲에 대한 抑止效果라는 증거배제의 두 가지 기준에 따른 상대적 배제방식을 채택하였다 (이른바 “상대적 배제법칙”).⁵⁹⁾ 한편 일본 최고재판소는 “강제, 고문 및 협박”⁶⁰⁾ “약속 또는 위계”⁶¹⁾ 등으로 획득한 자백과 같이 헌법 제38조 3항과 형사소송법 제319조 1항에 명문의 근거가 있는 경우는 그 자백의 증거능력을 배제하고 있으나, 묵비권의 불고지,⁶²⁾ 변호인접견권⁶³⁾ 등으로 획득한 자백에 대해서는 불배제의 결론을 내린 바 있다.

‘독수과실의 원리’를 본격적으로 다룬 최고재판소의 판결은 없으나, 간접적으로 그 입장을 가늠케 하는 판결은 있다. 폭발물단속법규 위반사건에서 임의성에 의심이 있는 자백을 기초로 발견된 증거물은 당해 자백의 증거능력을 부정하는 취지에 따라 증거능력을 결한다는 하급심 판결⁶⁴⁾에 대하여, 항소심 판결은 傍論으로 자백획득의 수단이 고문 등 인권침해의 정도가 큰 경우에는 위법성이 크기 때문에 배제의 요청이 강하지만, 그 외의 적정절차위반의 경우는 위법성은 작으므로 위법성의 정도, 범죄사실 해명이라는 공공의 이익, 증거의 중요성, 위법수사가 제2차 증거획득을 위한 것이었던가 등을 형량하여 결정하여야 한다고 논하였다.⁶⁵⁾ 이 입장은 최고재판소에 일정하게 수용되어, 위법한 체포에 의해서 획득한 자백의 반복자백의 경우 질문을 행한 기관, 질문의 목적이 다르다면 증거능력은 부정되지 않는다고 판시하였다.⁶⁶⁾

한편 학계에서는 증거물의 형상은 불변이기에 증거의 가치에 차이가 없고, 이 원리를 미국에서 경찰의 위법수사가 지나치게 심하여 이것을 억제하기 위해 창출된 것이기에 일본과는 사정이 다르다는 점등을 이유로 ‘독수과실의 원리’의 채택에 반대하는 입장도 있으나, 통설은 이 원리를 인정하고 있다. 단 구체적으로 ‘독수과실의 원리’가 어떠한 경우에 적용되며 그 한계는 무엇인가에 대해서는 아직 충분한 논의가 이루어지지 않고 있는 듯하다.⁶⁷⁾

학설의 현황을 간략히 검토하자면, (1) 미국법상의 ‘독수과실의 원리’의 예외를 원용하여 과생증거를 소추측이 독립원인으로부터 확보한 경우, 위법행위와 증거입수의 인과관계가 당초의 위법행위를 무시할 정도로 희박한 경우 외에는 ‘독수과실’은 증거능력을 배제하여야 한다는 설,⁶⁸⁾ (2) 적정절차의 보장이라는 관점으로부터 배제할 경우는 인과성으로 충분하지만, 사법의 엄결성의 유지와 위법수사의 억제라는 관점으로부터 배제할 경우는 인과성의 정도, 제2차 증거의 중요성, 사건의

중대성을 형량하여 결정하여야 한다는 설(69) 등이 있다.

V. 우리 나라에서의 논의와 제언 - 결론에 대신하여

학설상으로는 임의성없는 자백의 경우에 의하여 수집된 증거에 한하여 제한적으로 ‘독수과실의 원리’를 인정하자는 견해(70)와 위법수집증거가 배제되더라도 과실의 증거능력이 인정되면 배제법칙은 무의미하게 되므로 위법수집증거에 기하여 수집된 증거 일반에 대하여 증거능력을 허용해서는 안 된다는 견해(71)로 크게 나뉘고 있으나 더 이상의 상세한 논의는 전개되지 못하고 있는 듯하다.

우리는 무엇보다도 먼저 우리 대법원에게 워렌 대법원장이 이끌었던 ‘진보파’ 대법원의 강력한 위법수집증거배제법칙을 수용하라는 요구가 무리라고 한다면, 버거/렌퀴스트 대법원장이 이끄는 ‘보수파’ 연방대법원의 각종 예외와 결부된 위법수집증거배제법칙이나(72) 일본 최고재판소의 ‘상대적 배제법칙’ 정도라도 수용하기를 희망한다. 또한 우리 대법원이 ‘자백배제법칙’을 적용하는데 보여주고 있는 “소극적 태도”(73)를 벗어나길 희망한다.

그리고 ‘독수과실의 원리’의 적용범위에 대해서는 첫째, 증거배제가 헌법 또는 실정법적으로 명문화되어 있는 경우는 이를 위반하여 획득한 제2차 증거에는 ‘독수과실의 원리’가 예외 없이 적용되어야 할 것이다. 즉, 헌법 제12조 7항 및 형사소송법 제309조를 위반하여 획득한 자백에 기하여 수집된 물적 증거나 자백, 그리고 통신기밀보호법 제4조를 위반하여 수집한 증거에서 파생한 물적 증거 또는 진술의 경우이다. 이러한 경우 ‘독수과실’의 증거능력을 배제하지 않는 것은 헌법과 실정법의 입법취지에 정면으로 반하는 것이다.

둘째, 증거배제가 명문으로 되어 있지 않으나 헌법의 요청 또는 형사소송법의 효력규정이 있는 경우 이를 위반하여 수집된 증거에서 파생된 제2차 증거는 무조건적 배제의 결론을 쉽게 내릴 수는 없다. 예컨대 영장주의 위반, 진술거부권 침해, 변호인접견교통권 침해, 선서없이 이루어진 증인 신문 등의 경우가 될 것인데, 이 경우 원칙적으로 파생증거는 배제되어야 하나 외국의 사례에서 보았던 몇 가지의 예외가 적용될 수 있다고 본다. 예외 적용여부는 위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙의 취지라 할 수 있는 수사기관의 불법행위의 억지, 사법의 엄결성(integrity) 확보 등을 기준으로 하여 판단하여야 할 것이다. 수사기관의 불법행위의 정도, 수사기관의 의도, 제1차 증거와 제2차 증거간의 인과관계가 주요하게 고려되어야 할 것이다.

단, 상술한 미국의 ‘Elstad 판결’의 결론은 우리에게 적용되지 않아야 할 것이다. 왜냐하면 미국의 미란다 원칙은 포기가 가능한 “特權”(privilege)이라면 우리나라의 진술거부권은 “포기”(waiver)될 수 없는 “主觀的 公權”이기 때문이다. 요컨대 미란다 고지 위반으로 획득한 자백에서 파생한 자백 또는 물적 증거에도 ‘독수과실의 원리’와 그 예외가 적용되어야 한다.

남아 있는 문제는 ‘독수과실’에 대한 입증책임의 문제이다. 이에 대해서는 미국 판례법에서의 논의를 참조로 쓸 수 있을 것이다. 첫째, 위법하다고 주장되는 압수·수색이 존재하였다는 점에 대해서는 피고인이 입증책임을 진다.(74) 이에 불법한 압수·수색이 입증되고 난 후 그 결과 획득한 증거가 각종의 ‘독수과실의 원칙’의 예외에 해당한다는 점은 소추측이 “증거의 우월”(preponderance of evidence)(75)로서 증명해야 한다.(76)

그리고 미란다 원칙과 관련해서는 피의자의 “포기”를 입증하는 “중한 책임”은 소추측에 있으

며,77) 피고인이 자신의 자백이 수사기관의 위법활동에 기인한 것이라는 점을 일응 의심이 생길 정도로 입증하면, 소추측은 “증거의 우월”로 반박해야 한다.78)

- 11) 367 U.S. 643(1961). 미국 수정헌법 제4조에 기초한 위법수집증거배제법칙에 대해서는 줄고, “미국 위법수집증거배제법칙에 관한 일고”, 「형사정책연구」 제9권 제4호 (1998년 겨울)을 참조.
- 12) 384 U.S. 436(1966). ‘미란다 원칙’에 대해서는 줄고, “미란다 규칙의 실천적 함의에 관한 소고 - 미국 연방대법원의 입장변화를 중심으로”, 「형사법연구」 제10호(1998)를 참조.
- 13) *Fahy v. Connecticut*, 375 U.S. 85(1963).
- 14) *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478(1964).
- 15) *United States v. Wade*, 388 U.S. 218(1967). 그러나 목격자가 아니라 피해자에 의해 법정 내에서 범인지목이 이루어 졌다면 피고인이 불법체포되었다 할지라도 그 지목을 통해 확보된 피고인의 인상착의는 ‘독수과실’이 아니다[*United States v. Crew*, 445 U.S. 463(1980)].
- 16) *Harrison v. United States*, 392 U.S. 219(1968).
- 17) 371 U.S. 471(1963).
- 18) *Id.* at 484. 법원은 독수과실의 원리를 적용하는데 있어 진술증거와 비진술증거를 구분할 필요가 없음을 분명히 한다 (*Id.* at 485-86).
- 19) *Id.* at 488. 한편 법원은 ‘독수과실’인 이 마약이 *Wong Sun*에 대하여는 사용할 수 있는가 하는 문제에 대해서는, 이 마약의 압수가 *Wong Sun*의 프라이버시를 침해한 것은 아니므로 *Wong Sun*은 증거배제를 요구할 適格이 결여되어 있고, 따라서 이 마약은 *Wong Sun*에 대해서는 증거로 사용할 수 있다고 판시한다(*Id.* at 492).
- 20) *Id.* at 491.
- 21) *Id.* at 488.
- 22) 422 U.S. 590(1975).
- 23) *Id.* at 603-04.
- 24) *Id.* at 604.
- 25) *Id.* at 605.
- 26) 442 U.S. 200(1979).
- 27) 457 U.S. 687(1982).
- 28) 이 사건에서 체포와 자백 사이에 6시간이 흘렀고, 미란다 고지가 자백 전에 시행되었으며, 피고인에 대해 그의 약혼자와 친구의 방문이 허용되었고, 육체적으로 가혹행위를 당한 적이 없으며, 또한 불법체포 후 신문 도중에 체포영장이 발부되었다. 그러나 법원은 이 모든 요소가 불법체포와 자백 사이의 연관을 깨뜨리는 데는 불충분하다고 판시하였다.
- 29) 495 U.S. 14(1990).
- 30) 417 U.S. 433, 451-52(1974).
- 31) 435 U.S. 268(1978).
- 32) 468 U.S. 796(1984).
- 33) *Id.* at 798-99. 이에 대하여 반대의견은 ‘독립출처의 예외’가 이 사안에는 적용되지 않는다고 주장한다. 먼저 반대의견은 최초의 가택침입뿐만 아니라 18-20시간 동안의 피고인의 가택 내에서의 작업도 수정헌법 제4조 침해라고 보았고 [*Id.* at 827(dissenting opinion)], 영장발부신청 중에 획득한 증거와 최초의 불법침입 중에 획득한 증거를 구별할 필요가 없다고 파악하였다(*Id.* at 831-32). 그리고 반대의견은 수색영장을 발부하게 한 “정보”가 오염되었다는 것이 아니라, 수사기관의 당해 증거에 대한 “접근”이 오염되었다는 점(*Id.* at 832), 즉 경찰관이 18시간 동안 피고인의 가택 내에 없었더라면 가택 내에 있었던 피고인의 동료들은 피고인이 체포된 것으로 추정하고 증거를 제거하였을 것이라는 점에 초점을 맞추었다.
- 34) 487 U.S. 533(1988).
- 35) *Id.* at 546-47(Justice Marshall’s dissenting opinion). 그리고 반대의견은 추후의 영장에 기초한 수색이 최초의 불법 침입과 전적으로 영향받지 않았다는 점을 뒷받침할 “역사적 사실”이 존재하지 않는다고 비판하였다(*Id.* at 549).
- 36) 467 U.S. 431, 448-50(1984).
- 37) 430 U.S. 387(1977). ‘*Williams* 판결’의 사실관계를 보면, 정신병력을 갖고 있고 강하게 종교에 경도되어 있었던 피고인이 10세 소녀 살인과 관련하여 자수하자, 경찰관은 미란다 고지를 행하였다. 피고인의 변호인이 신문장소에 도착하여 자신과 접견하기 전까지는 신문하지 말 것을 요청하였으나, 경찰관은 호송차 안에서 피고인에게 죽은 소녀에게 “좋은 성탄절 매장”을 해줄 수 있도록 사체를 발견해야 한다고 호소하였고, 이에 피고인은 자기부죄의 발언을 하였다. 당시 많은 이들은 이 사건에서 “보수” 대법원이 미란다 판결을 파기할 것이라고 생각하였으나, 놀랍게도 연방대법원은 수정헌법 제6조의 매시아 판결에 의존하면서 원심을 파기하였다(이 사건에 대해서는 Phillip E. Johnson, “The Return of the Christian Burial Speech Case”, 32 *Emory L. J.* 349(1983)을 참조).

- 38) Williams II, 467 U.S. at 443.
- 39) Id. at 459(dissenting opinion)(강조는 인용자). 브레넌과 마샬 대법관의 반대의견은 “불가피한 발견의 예외”를 인정하면서도, 이 점 때문에 그 증명의 정도를 다수의견보다 강하게 요구한다. 즉, 반대의견은 소추측이 “불가피한 발견”을 “우월한 증거” (preponderance of evidence) 정도가 아니라 “명백하고 설득력있는 증거”(clear and convincing evidence)에 의하여 증명할 것을 요구한다(Id.).
- 40) 470 U.S. 298(1985). 이 판결에서 다수의견은 미란다 고지가 제대로 시행되지 않았음에도 불구하고 두 번째 자백의 ‘독수과실’ 여부에는 초점을 맞추지 않고 오직 두 번째 자백이 자발적으로 만들어졌다는데 무게중심을 두어 판결을 하였다. 이러한 다수의견의 입장에 대해서는 미란다 규칙의 효력을 경감한다는 강력한 반대의견이 내부에서 제기되었다.
- 41) Id. at 305, 308.
- 42) Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433, 439, 444-46. 이러한 변화와 그 실천적 함의에 대해서는 줄고, “미란다 규칙의 실천적 함의에 대한 소고”, supra note 12, 419 참조.
- 43) BGHSt 14, 358(1960).
- 44) BGHSt. 19, 325(1964).
- 45) “녹음테이프 판결”과 “일기장 판결”에 대해서는 원형식, “형사소송상의 증거사용금지에 관한 연구”, 『형사정책연구』 제9권 제1호(1998년 봄호)를 참조.
- 46) BVerfGE 34, 238(1973).
- 47) BGHSt 22, 129(1968); BGHSt 22, 170(1968); BGHSt 31, 395(1983).
- 48) K. H. Fezer, Teilhabe und Verantwortung, JZ 1987, S. 937; G. Gr ndwald, Menschenrechte in Strafproze , StV, 1987, S. 470; Harris, Verwertungsverbot f ւլ mittelbar erlangte Beweismittel, StrV 1991, S. 313ff; Otto, Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren, GA, 1970, S. 293.
- 49) T. Kleinknecht, Strafprozessordnung (33d ed. 1977), 21; Rogall, Gegenw rtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den Strafprozessualen Beweisverboten, ZStW 91(1979); OLG Stuttgart, NJW(1973), S. 1941; BGH, NJW 1955, S. 1289.
- 50) BGHSt 35, 32.
- 51) 27 BGHSt 355(1978).
- 52) Roxin, S. 165.
- 53) 한영수, “위법수집증거(물)의 배제 또는 사용에 관한 체계적인 이론의 형성-독일의 증거금지이론에 입각하여-”, 형사법연구 제11호(1999), 42면.
- 54) Gesetz zur Beschr kung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimni es (Gesetz zur Artikel 10 Grundgesetz). 독일 내의 도청규제에 대해서는 James G. Carr, “Wiretapping in West Germany”, 29 Am. J. Com. L. 607 (1981)을 참조.
- 55) 27 BGHSt 355(1978).
- 56) 29 BGHSt 244(1980).
- 57) 最高裁 1978.9.7. 刑集 32卷 6號, 1672면. 이 판결에 대한 평석으로는 三井誠, “所持品檢査の限界と違法收集證據の排除”(下), 『ジュリスト』 No. 680(1978.12.15)을 참조.
- 58) 1978년 이전에는 最高裁 1949.12.1. 裁判集 15號, 349면 판결에 따라 물 자체의 성질, 형상은 불변이라는 논거로 위법수집증거의 불배제 입장을 취하고 있었다. 이는 현재 우리 대법원의 입장이기도 하다(대판 1987.6.23, 87도705).
- 59) 이 점은 일본 최고재판소가 위법수집증거배제에 대한 미국 버거 연방대법원의 입장을 수용하였음을 보여 준다. United States v. Calandra, 414 U.S. 338, 348(1974); Stone v. Powell, 428 U.S. 465(1976)을 보라. 이러한 위법수집증거배제법칙의 원칙적 수용에도 불구하고 일본 최고재판소는 이 사건에서도 또한 그 이후의 다른 사건에서도 이상의 두 가지 기준을 매우 높이 잡음으로써 위법수집증거를 배제하지 않았다. 1986년의 요시카와 사건(最高裁 1986.4.25. 刑集 40卷 3號 215면), “아사쿠사(淺川) 각성제 사건”(最高裁 1988.9.16. 刑集 42卷 7號 1051면), “아이즈 와 카마즈(會津若松) 소변추출 사건”(最高裁 1994.9.16. 刑集 48卷 6號 420면), “다이치 케이힌(第一京併) 도로질문 사건”(最高裁 1995.5.30. 刑集 49卷 5號 703면) 등을 보라.
- 60) 最高裁 1957.7.19. 刑集 11卷 7號 1882면(이른바 “八丈島 사건”).
- 61) 最高裁 1956.7.1. 刑集 20卷 6號 537면; 最高裁 1970.11.25. 刑集 12卷 7號 1670면.
- 62) 最高裁 1950.11.21. 刑集 4卷 11號 2359면.
- 63) 最高裁 1950.7.10. 刑集 7卷 7號 1474면; 最高裁 1989.1.23. 判時 1301號 155면.
- 64) 大阪地判 昭和51·4·17, 判時834號 11면. 이외에 ‘독수과실의 원리’에 따라 파생증거를 배제한 하급심 판결로는 大阪高判 昭和9·3·29 (判タ312號 289면)가 있다. 이 사건에서 불법도박장 운영과 관련된 피고사건에서 판돈 등에 대한 메모가 위법하게 압수되어 증거능력이 결한 것이었고 이 메모에 의하지 않는다면 기억이 나지 않기 때문에 피고인이 범행을 행한 것을 스스로는 설명할 수 없는 등의 상황이었는 데, 법원은 단순히 메모내용을 설명하는 것에 불과한 피고인의 공술도 증거능력이 없는 것이라고 판시하였다.
- 65) 大阪高判 昭和52·6·28, 刑月9卷 5·6號, 334면.
- 66) 最判 昭和58·7·12, 刑集37卷 6號 791면(伊藤 裁判官 보충의견 참조).
- 67) 井上正仁, 『刑事訴訟における證據排除』(1985), 411면; 河村博, “毒樹の果實”, 『刑事訴訟法の争點』(新版, 1991), 227

면.

- 68) 光藤景皎, “違法收集證據排除の範圍(四)”, 『判例タイムズ』 291號(1973), 42면.
- 69) 井上正仁, 전게서, 412면.
- 70) 백형구, 전게서, 584면; 정영석·이형국, 『형사소송법』 (1996), 343면.
- 71) 배종대·이상돈, 전게서, 513면; 신양균, 『형사소송법』 (1997), 490-91; 이재상, 전게서, 497면; 차용석, 전게서, 692면.
- 72) “보수과” 연방대법원이 위법수집증거배제법칙에 대한 예외를 창출하면서도 그 골간을 유지하였던 핵심적 이유는 이 법칙 외의 다른 방법으로 수사기관의 위법행위를 통제한다는 것은 거의 환상에 가깝다는 결론이 났기 때문이었던 바 (이에 대해서는 줄고, “미국 위법수집증거배제법칙에 관한 일고”, supra note 11, 156-58면을 참조), 이 점을 우리 대법원이 진지하게 고려하길 바란다.
- 73) 한국형사정책연구원, 『자백의 임의성과 증거능력에 관한 연구 - 판례를 중심으로 -』 (1997), 205면.
- 75) *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939).
- 75) “증거의 우월”은 유죄평결(verdict)에 필요한 입증의 정도인 “합리적 의심이 없을 정도” (beyond reasonable doubt)보다 낮은 입증의 정도로, 요증사실을 주장하는 측이 제출한 증거의 증명력이 이를 부인하는 측의 주장 보다 우월하면 족하다는 의미이다. 주로 민사사건에서 입증의 정도로 사용된다.
- 76) *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165(1969).
- 77) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 475(1966).
- 78) *Logo v. Towmey*, 404 U.S. 477(1972).

양형의 과정과 통제

최 병 각 *

I. 들어가는 말

형사소송에서 양형은 그 결론이 유죄판결의 주문에 제시되고, 나아가 재판의 당부를 다투거나 판결을 집행하는 기초가 된다는 점에서 유무죄의 문제에 결코 못지 않은 매우 중요한 의미를 지닌다.1) 이러한 양형의 궁극적인 목표는 피고인이 납득할 수 있는 적정한 형벌을 부과하는 것2)과 동질의 또는 유사한 범죄의 피고인들에게 균등한 형벌을 부과하는 것이라고 할 수 있다.3) 그러나 양형실무에서는 여전히 양형의 불균형과 부적정성이 문제되고 있는 바,4) 이는 양형에 관련된 법률규정과 양형이론이 법관의 양형에 대한 충분한 지침을 제공하지 못하고 있기 때문이라고 한다.5) 이에 대해 양형에 관한 법관의 자유재량의 범위가 넓어 개인간의 차이를 피할 수 없는 데다 양형판단은 피고인의 인격에 대한 가치판단의 성격이 강하여 그것을 합리화·과학화하는 데에 한계가 있다는 견해6)도 있다. 그러나 양형을 법적용의 일환으로 파악함으로써 적정성과 균등성을 보장함과 아울러 예측가능성과 통제가능성을 확보해야 할 것이다.7) 아울러 양형의 합리화를 위한 제도적 방안을 다각도로 모색하는 작업도 절실히 요청된다고 하겠다.8)

이 글에서는 양형의 과정과 통제에 관한 현행 형사법의 규정을 체계적으로 분석함으로써 불필요한 오해나 혼란을 불식시키고 나아가 양형을 둘러싼 다양한 문제를 해결하는 데에 기초적인 틀을 제시하고자 한다.

II. 양형의 개념

1. 개 관

우리 형사소송법은 소송절차를 사실인정절차와 양형절차로 분리함이 없이 사실인정과 양형 모두 법관에게 맡기고 있다. 이에 법관이 심리의 어느 시점에서 피고사건에 대하여 유죄의 심증을 형성하면 그때부터 양형이 시작되는 것이고, 그 결과는 최종적으로 유죄판결의 주문으로 나타나게 된다. 따라서 형사소송이 관할위반판결, 면소판결, 공소기각판결, 공소기각 결정이나 무죄판결로 종결될 때에는 양형이 아예 문제될 수도 없고, 유죄판결에 해당하는 형 선고판결, 형면제판결 또는 형선고유예판결을 하는 경우에만 유죄가 인정된 피고인에 대하여

* 한국형사정책연구원 선임연구원, 법학박사

형을 부과할 것인가 말 것인가, 부과한다면 어떤 종류의 얼마만큼의 형을 부과할 것인가가 문제되는 것이다. 또한 부과할 형이 정해진 다음에도 형선고 또는 형집행을 유예할 것인가 여부, 유예할 경우 유예기간이나 보호관찰·사회봉사·수감명령과 같은 유예조건을 어떻게 할 것인가, 뿐만 아니라 판결전구금의 산업일수나 노역장의 유치기간까지 문제될 수 있다. 이러한 문제를 통틀어 양형이라고 할 수 있는데, 양형의 과정과 통제에 관한 논의를 명확하게 하기 위하여 먼저 양형이 어떠한 개념으로 사용되고 있는가를 살펴보기로 한다.

2. 법률적 양형과 법관의 양형

양형은 입법자와 법관의 분업에 의하여 이루어지는 바, 이에 법률적 양형(gesetzliche Strafbemessung)과 법관의 양형(richterliche Strafzumessung)을 구별하는 것이 양형론의 출발점이 된다고 한다.⁹⁾

법률적 양형이라고 할 때 양형에 관한 법률의 제정뿐만 아니라 법정형 및 특별법정형의 확정이 포함된다는 견해¹⁰⁾가 있다. 이 견해에 따르면 법률적 양형에는 특히 형벌변경사유가 중요한데 이와 같은 형벌변경사유로는 형벌가중사유와 형벌감경사유를 들 수 있고, 특별법정형이란 예컨대 형법 제55조(법률상의 감경), 제56조(가중, 감경의 순서) 등에 의하여 변경된 법정형을 의미한다고 한다.¹¹⁾ 이러한 맥락에서 전래적인 의미에서 법정형과 처단형의 단계가 주로 법률적 양형과 관련된다는 것이다.¹²⁾

그러나 생각건대 우리 입법자는 형법에서 개별 범죄에 대한 법정형을 규정하고 있을 뿐만 아니라 법정형의 변경과 관련하여 형을 가중감면하는 다양한 사유와 그 순서 및 방법, 나아가 양형의 과정에서 고려해야 할 사항은 물론 형종에 따른 형량의 특정 방식¹³⁾까지 규정하고 있다. 이 모두가 양형에 관한 입법자의 판단으로서 법률적 양형이라고 할 수 있다. 반면 법관의 양형은 구체적인 사건에 대하여 앞에서 살펴본 법률적 양형에 제시된 기준을 해석·적용하는 것이라고 하겠다.

3. 협의의 양형과 광의의 양형

가. 양형의 분류방식

일반적으로 양형이라 할 때에는 법관의 양형을 뜻하는 바, 이는 유죄가 인정된 피고인에 대하여 형벌과 그 부수처분을 결정하는 과정이라고 할 수 있다.¹⁴⁾ 실무에서는 법관의 양형을 ①처단형의 범위에서 자유형의 형기 또는 재산형의 금액을 정하는 것을 의미하는 최협의의 양형, ②선택형으로 2종 이상의 형이나 유기형과 무기형이 정하여진 경우에 형종을 선택하는 것을 포함하는 협의의 양형, ③집행유예, 선고유예, 보호관찰에 대한 결정을 포함하는 광의의 양형, ④형의 선고와 동시에 하는 부수적 처분으로서 벌금·과료의 환형처분, 미결구금일수의 통산, 나아가 보호감호, 치료감호, 보호관찰 등의 보호처분에 관한 결정을 포함하는 최광의의 양형으로 구분하고 있다.¹⁵⁾

그러나 학계에서는 법관의 양형을 협의의 양형과 광의의 양형으로 구분하고 있는데, 그 범위에 관하여는 견해가 갈리고 있다. 통설에 따르면 협의의 양형은 구체적인 사건에 적용될 형의 종류와 양을 정하는 것임에 반하여 광의의 양형은 그 형의 선고와 집행여부를 결정하는 것까지 포함한다고 한다.¹⁶⁾

이에 반해 구체적 형기 또는 금액의 결정만을 협의의 양형으로 보고, 형량의 결정뿐만 아니라 형종의 선택, 가중감경, 선고유예, 집행유예, 환형유치의 결정까지 포함하여 광의의 양형이라 하는 견해¹⁷⁾도 있다. 이 견해에 따르면 광의의 양형은 법적용의 일환으로 이해되는 반면, 협의의 양형은 법관의 개별적인 형의 양정이 법에 구속된다는 점에서는 법적용이지만 양형에 관한 법원리에 의해 형을 양정한다는 측면에서는 창조적인 법형성행위가 될 것이라고 한다.¹⁸⁾ 또한 양자의 관계에서 협의의 양형이 먼저 결정되고 난 후에 광의의 양형이 이루어져야 하고, 따라서 광의의 양형이 협의의 양형에 소급적으로 작용하는 것은 허용되지 않는다고 한다.¹⁹⁾ 예를 들면 비록 우리나라의 양형실무에서 광의의 양형이 협의의 양형에 소급적으로 작용하는 사례가 빈번하다고 하지만,²⁰⁾ 형의 집행유예를 미리 결정하고 난 후에 이런 결정에 근거하여 형벌의 정도를 집행유예가 가능한 정도로 확정해서는 안된다는 것이다.²¹⁾ 특히 이러한 견해는 협의의 양형과 광의의 양형을 구분하는 것은 무엇보다도 형벌목적의 이율배반문제가 두 분야에서 다르게 해결되기 때문이라고 하면서, 협의의 양형에서는 책임원칙이 우위에 서지만 광의의 양형에서는 예방의 관점이 주도적인 역할을 담당한다고 한다.²²⁾ 여기에서 형종의 결정을 협의의 양형으로 볼 것인가, 아니면 광의의 양형으로 볼 것인가가 문제된다. 아래에서 자세히 살펴보기로 한다.

나. 형종선택과 양형

우리나라와 달리 독일에서는 일반적으로 형량결정만이 협의의 양형으로 파악되고 형종선택은 형벌의 유예여부와 함께 광의의 양형으로 분류되고 있다고 한다.²²⁻¹⁾ 이는 독일형법이 형벌의 종류로 원칙적으로 자유형(Freiheitsstrafe)과 벌금형(Geldstrafe)만을 두고 있고,²³⁾ 일수벌금제를 채택하여 벌금형의 일수나 자유형의 형기를 동일한 기준에 의하여 산정할 수 있도록 하면서(독일형법 제40조), 아울러 벌금형의 일수와 대체자유형(Ersatzfreiheitsstrafe)의 일수를 일치시키고 있으며(독일형법 제43조), 특히 6월 이하의 단기자유형(Kurze Freiheitsstrafe)을 선고하는 대신 그에 상응하는 벌금형으로 전환할 수 있도록 하고 있기 때문이다(독일형법 제47조 제2항). 그러나 우리 형법은 형벌의 종류를 9개로 나누면서(형법 제41조) 벌금과 과료의 경우 총액제를 채택하고 있고, 하나의 법정형에 징역·금고와 벌금·과료를 선택형으로 규정한 경우에도 전자의 형기와 후자의 액수 사이에 아무런 비례관계가 없을 뿐만 아니라 둘 이상의 법정형을 비교할 때 징역형기가 동일한데 벌금액수는 상이한 경우²⁴⁾도 적지 않고, 심지어는 징역형기가 더 높는데 벌금액수는 더 낮은 경우²⁵⁾도 있다. 더욱이 우리 형법은 제54조에서 형종을 먼저 선택한 다음 형량을 정하도록 규정하고 있기 때문에 형종의 선택과 형량의 결정이 함께 협의의 양형으로 파악되고 있다고 할 수 있다. 이와 같이 형량결정에 앞서 형종을 선택하도록 규정한 우리 형법의 입법방식에 대하여 형사제재의 합

리화라는 관점에서 볼 때 문제의 소지가 크다고 비판하는 견해²⁶⁾도 있다.

그러나 생각건대 범죄에 대한 형사제재의 수단으로 어떠한 종류의 형벌을 마련할 것인가는 물론 어떤 범죄에 대하여 어떤 종류의 얼마만큼의 형벌을 부과할 것인가도 궁극적으로는 입법자의 고유한 판단에 맡길 수 밖에 없다고 하겠다. 또한 형종의 선택과 형량의 결정이 과연 본질적으로 상이한양형원리가 작용하는 영역인가, 다시 말해서 서로 법적 성격도 다르고 적용기준도 다른가도 의문의 여지가 있다. 오히려 우리 형법 제51조의 양형조건이 형종선택과 형량결정에 공통적으로 적용되는 것이고, 형종선택과 형량결정의 시간적 순서는 사실상 별다른 차이가 없으며, 형종이나 형량이나 동일하게 양형부당이 문제될 수 있다고 할 수 있다. 이러한 맥락에서 형종의 선택을 굳이 형량의 결정 이후에 이루어져야 할 광의의 양형으로 파악하고, 나아가 우리 형법의 양형에 관한 규정을 독일형법의 양형규정에 대한 해석론에 터잡아 비판하는 것은 온당하지 못한 태도라고 하겠다.

다. 형면제와 양형

법관의 양형은 유죄가 인정된 범죄의 법정형에 법률상 가감 및 작량감경을 한 처단형의 범위안에서 구체적인 선고형을 정하는 세 단계로 진행된다고 한다.²⁷⁾ 그런데 형선고판결을 하는 경우는 물론 형선고유예판결을 하는 경우에도 선고할 형의 종류와 양을 정해야 하지만,²⁸⁾ 형면제판결을 하는 경우에는 법률상 형면제사유에 해당하는 사실의 존재가 확인되면 따로 처단형을 산정함이 없이 형면제 여부의 판단만 하면 된다.²⁹⁾ 이러한 사정 때문인지 양형과 관련하여 형면제 여부의 판단을 논하는 경우를 찾아보기 어렵다.

그러나 생각건대 우리 형법은 형면제사유를 필요적 형면제³⁰⁾와 임의적 형면제³¹⁾로 나누고 있고, 더욱이 특정한 사유에 형면제만을 규정한 것이 아니라 동일한 사유를 근거로 형면제와 형감경을 함께 규정하고 있다.³²⁾ 이에 따라 임의적 형면제의 경우 그 사유에 해당하는 사실이 존재하더라도 형면제 여부는 법관의 재량에 달려있고, 필요적 형면제의 경우에도 법관에게 형면제가 아닌 형감경을 선택할 수 있는 여지가 남아 있다. 이와 같이 법관이 형면제를 판단하는 것도 선고형을 정하는 것과 유사하게 선택과 결정의 과정을 거치는 것이다. 또한 형면제판결은 사형판결에 극대칭되는 가장 가벼운 유죄판결이라고 할 수 있다.³³⁾ 이는 유죄가 인정된 범죄사실에 대한 피고인의 양형책임이 零(zero)의 수준에 있고, 달리 그 수준을 이탈할 예방의 필요도 인정되지 않는 경우에 형면제판결을 하게 된다는 것이다. 결국 형면제판결도 양형판단의 결과이며, 형면제판결을 하는 경우에도 양형의 과정을 거치게 되고, 아울러 양형의 법리도 적용된다고 할 수 있다. 이러한 맥락에서 학계나 실무에서 양형을 논하면서 형면제의 문제를 아예 도외시하는 태도는 시정되어야 한다고 하겠다.

III. 양형의 과정

1. 양형과정에 관한 법령

가. 개 관

우리 형법은 제56조에서 형의 가중감경사유가 경합되면 ①각칙 본조의 가중, ②특수 교사·방조의 가중, ③누범 가중, ④법률상 감경, ⑤경합범 가중, ⑥작량감경의 순서에 의할 것을 규정하고 있다. 그런데 실무에서 양형에 관한 법령적용은 ①구성요건 및 법정형을 표시하는 규정의 적용, ②각칙 본조의 가중, ③특수 교사방조의 가중, ④과형상 일죄의 처리, ⑤형의 종류?

33) 형선고유예판결을 형법이 인정하고 있는 제재 가운데 가장 가벼운 제재라고 하는 견해가 있다. 이재상, 형법총론, 576면. 그러나 형면제판결이 비록 형을 부과하는 것은 아니지만, 무죄판결과 달리 각종의 불이익이 수반되는 “제재”임이 분명하고, 따라서 형선고유예판결보다 더 가벼운, 제재의 성격을 갖는 판결 가운데 가장 가벼운 것이라고 하겠다.

의 선택, ⑥누범가중, ⑦법률상 감경, ⑧경합범 가중, ⑨작량감경, ⑩선고형의 결정의 순서에 따른다고 한다.³⁴⁾ 아울러 형법은 가중감경의 방법, 즉 법정형의 상한과 하한을 어떻게 변경할 것인가³⁵⁾에 대하여도 각종 가중감경사유마다 상세한 규정을 마련하고 있다(형법 제34조 제2항, 제35조, 제38조, 제55조 제1항 등). 이에 따르면 징역과 금고는 서로 형종을 달리하지만 가감의 방법은 동일하고, 오히려 무기징역(금고)과 유기징역(금고)이 가감방법에 있어서는 형종이 다른 것처럼 취급되고 있다. 아래에서는 양형과정의 법령적용에서 문제되는 몇 가지 항목에 대하여 좀더 자세히 살펴보기로 한다.

나. 각칙 본조에 의한 가중

먼저 “각칙 본조에 의한 가중”이 무엇을 뜻하는가가 문제될 수 있다. 이를 “형법각칙의 특별구성요건에 의한 가중”, 즉 법률상 특수적 가중을 의미하는 것으로 파악하여, 특수범죄 가중과 상습범 가중이 이에 해당한다는 견해³⁶⁾가 있다.

그러나 생각건대 특수범죄의 경우에는 형가중의 근거가 되는 범행의 수단·방법이 이미 그 특수범죄의 구성요건 요소로 되어 있고, 상습범의 경우에도 범죄행위에 표출된 범인의 상습성이 상습범의 성립여부를 좌우한다. 다시 말해서 특수범죄나 상습범 모두 기본적 구성요건의 수정에 그치는 것이 아니라 기본적 구성요건과는 별개의 독자적인 구성요건으로 되는 것이다. 이는 범행의 주체에 따라 형이 달라지는 범죄(부진정 신분범), 범행의 결과에 따라 형이 달라지는 범죄(결과적 가중범, 조세범 등), 범행의 목적에 따라 형이 달라지는 범죄(내란 목적살인죄, 모해위증죄 등) 또는 범행의 대상에 따라 형이 달라지는 범죄(존속살해죄, 외국 원수폭행죄 등)의 경우와 동일하다.

결국 “각칙 본조에 의한 가중”은 특정 범죄의 성립을 전제로 형가중 여부를 다투는 것이 아니라 별개의 법정형이 규정된 상이한 범죄의 성립여부를 다투는 것이고, 이는 엄격히 말하자면 양형의 문제가 아니라 유무죄의 문제라고 할 수 있겠다.

다. 형종의 선택

우리 형법은 법정형에 사형만을 규정한 여적죄(형법 제93조)를 유일한 예외로 거의 모든 범죄에 대하여 종류와 범위가 다른 형을 선택적으로 규정하고 있다.³⁷⁾ 이에 형법은 제54조에서 “선택형과 작량감경”이란 제목으로 “1개의 죄에 정한 형이 수종인 때에는 먼저 적용할 형을 정하고 그 형을 감경한다”는 규정을 따로 두고 있다.

동규정은 문언만 보면 형을 감경하는 경우에만, 특히 제목까지 고려하면 작량감경을 하는 경우에만 적용되는 것처럼 보이나, 형을 가중하는 경우에도 동일하게 적용된다. 또한 동규정에 따르면 형종을 먼저 정한 다음에 형량을 가감하도록 되어 있으나 각 형종별로 형량을 가감한 다음 그 가운데 하나를 처단형으로 산정하는 것도 가능하고, 두 가지 방법이 실제로는 아무런 차이가 없다.

라. 누범 가중

우리 형법은 제35조 제2항에서 “누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중한다”고 규정하고 있는 바, 동조항에 따라 누범가중을 하는 경우 법정형의 단기는 그대로 유효하다.³⁸⁾ 그러나 특별형법의 누범가중은 별도의 가중된 법정형을 규정하거나³⁹⁾ 장단기 모두 2배로 가중하고⁴⁰⁾ 있다. 누범가중에 대하여 헌법의 일사부재리원칙과 평등원칙, 형법의 책임주의원칙 및 형사정책의 재사회화이념과 관련하여 다양한 논의가 전개되고 있다. 특히 우리나라의 경우 사회보호법에 보호감호의 규정을 따로 마련해두고 있고, 전과를 양형사유로 충분히 고려할 수 있으며, 실제로 누범가중을 하더라도 법정형의 상한을 넘는 선고형이 선고되는 예가 거의 없다는 점에서 누범가중의 규정을 폐지해야 한다는 견해⁴¹⁾와 누범가중을 폐지하면 보안처분에 과중한 부담을 주는 것이기 때문에 누범가중을 존속시키고 보안처분은 보충적 기능을 하도록 해야 한다는 견해⁴²⁾가 대립하고 있다.

마. 법률상 감경

법률상 감경은 통상 필요적·임의적 감경으로 나누어지는데, 앞서서도 살펴본 바와 같이 감경사유 가운데 일부는 동시에 면제사유로도 되는 감면사유라는 것을 유의할 필요가 있다. 여기에서 법률상 감경(감면)사유를 모두 찾아보면, 필요적 감경(감면)사유로 ①심신미약, ②농아자, ③중지범(감면), ④중범 등 4종이 있고, 임의적 감경(감면)사유로 ①외국에서 받은 형의 집행으로 인한 감경(감면), ②과잉방위(감면), ③과잉피난(감면), ④과잉자구행위(감면), ⑤미수범, ⑥불능미수(감면), ⑦자수 또는 자복(감면), ⑧해방감경과 소년법 제60조 제2항이 규정하고 있는 ⑨소년감경⁴³⁾ 및 특정범죄신고자등보호법 제16조에 규정된 ⑩범죄신고감경(감면) 등 10종이 있다. 이와 같은 법률상 감경사유가 수개 있는 때에는 거듭 감경할 수 있다(형법 제55조 제2항).

바. 작량감경

우리 형법은 법률상 감경과 별도로 재판상 감경, 즉 작량감경(형법 제53조)을 인정하고 있다. 작량감경은 “범죄의 정상에 참작할만한 사유”에 기초하는 임의적 감경사유인 바, 작량감경을 할 경우 상하한의 변경은 법률상 감경과 동일한 방법으로 하되,44) 정상참작사유가 수 개 있더라도 작량감경은 오직 1회만 가능하다.45) 특히 법관들은 법정형이 불균형적으로 높다고 판단되는 특정한 범죄유형의 사건에서는 작량감경규정을 이용하여 선고형을 낮게 정하고 있다고 한다.46)

그런데 법률상 임의적 감경이나 작량감경이나 둘다 감경사유에 해당하는 사실의 존재를 인정하더라도 감경 여부는 법관의 재량에 맡겨져 있다는 공통점이 있기 때문인지 법적 성격이나 기능에 있어서 양자의 차이가 그다지 명확하게 드러나지 않고 있다. 하지만 법률상 임의적 감경과 작량감경은 가감순서와 가감횟수의 측면에서 상이할 뿐만 아니라 당사자가 감경사유의 존재와 감경을 주장할 때 그에 대한 판단을 판결이유에 명시해야 하는가, 감경 여부에 대하여 당사자의 불복이 있을 때 상소심에서 어떻게 대응해야 하는가 하는 문제와 관련해서도 차이가 있다고 하겠다.

2. 실무의 양형과정

양형실무에서 이루어지는 양형과정은 법률에 정해진 순서나 이론에서 말하는 단계와는 실제적으로 차이가 있다고 하겠다. 일반적으로 법관은 범죄사실을 확정된 다음 행위자의 성상을 분명히 하여 정상을 고려하고 선고할 형벌의 종류와 형량이 피고인에게 미칠 효과 등을 참작하여 형을 양정한다고 한다.47) 그리고 법관은 “사건의 전체적 인상”을 계기로 그 종류의 범행에 관하여 일반적으로 양정되고 있는 형벌량을 상정하여 그에 의해 일응의 양형을 구상하고 다시 당해 사건의 특수한 제반사정을 고려하여 수정을 가한 후에 선고형을 정하는 것이 통상적이라고 한다.48) 또한 법관은 피고인을 집행유예 또는 벌금형으로 석방할 것인가, 아니면 실형을 선고할 것인가를 먼저 결정한다고 한다.49) 아울러 법관은 선고형을 미리 정해놓고 작량감경사유를 짜맞추는 방법을 사용한다고 한다.50)

이와 관련하여 작량감경이 처단형을 산정할 때 사용되는 것으로 이해되고 있지만, 실제로는 법관이 직관적으로 피고인에게 선고할 적당한 형량을 정하고 나서, 그 형량이 법정형에 대해 법률상 가중감경한 형벌범위안에 들어오지 않을 경우에 그것을 고치는 수단으로 이용되기 때문에 사실상 선고형, 작량감경, 처단형의 순서로 양형이 이루어진다는 견해51)가 있다. 이 견해에 따르면 작량감경은 죄형법정주의에 따라 형법이 정한 형벌범위를 법관의 재량으로 좌우할 수 있게 하여 형벌의 법률효과를 불명확하게 하는 바, 양형이 법정형, 처단형, 선고형의 단계로 구체화된다는 도그마가 이러한 사실을 은폐하는 기능을 한다는 것이다.52)

그러나 생각건대 법관의 내면에서 선고형이 먼저 정해지고 처단형이 산정되는가, 아니면 처단형이 정해진 다음 선고형이 결정되는가는 그다지 중요한 문제는 아니라고 할 수 있다. 특히 작량감경제도 자체의 존재에 관한 입법론적 논의는 별론으로, 양형과정에서 법령적용의

당부를 문제삼을 때 언제 작량감경을 하였는가가 아니라 어떻게 작량감경을 했는가, 다시 말해서 작량감경사유의 존부나 작량감경 여부에 대한 법관의 판단이 작량감경사유의 증명, 작량감경사유의 기재, 작량감경에 대한 상소이유 등과 관련하여 문제된다고 하겠다. 아래에서는 양형에 대한 통제를 위하여 우리 형사소송법이 마련하고 있는 장치를 살펴보기로 한다.

IV. 양형의 통제

1. 양형과 엄격한 증명

양형도 엄연히 재판의 일부인 것이고, 양형이 양형의 기초가 되는 사실에 양형에 관한 법령을 적용하여 결론을 이끌어내는 것이라고 할 때 양형사유의 증명이라는 문제를 피할 수 없다고 하겠다. 이 경우 양형사유의 존재를 입증하는 데에 엄격한 증명(Strengbeweis)이 필요한가, 아니면 자유로운 증명으로 충분한가가 문제될 수 있다.

우리 형사소송법은 제307조에서 “사실의 인정은 증거에 의하여야 한다”고 규정하고 있는 바, 동규정은 범죄될 사실은 엄격한 증명을 요한다는 규범적인 의미로 해석되고 있다.⁵³⁾ 이 경우 엄격한 증명의 대상이 되는 형사소송법 제307조의 사실은 형사소송법 제323조의 사실, 즉 유죄판결의 이유에 명시할 “범죄될 사실”과 동의어가 되는 것이 아니라, 전자는 실체형성 과정 그 자체로서 구체성을 요구함에 반하여 후자는 실체형성의 결과를 절차적으로 표시한 것이므로 형식적 유형성을 요구하는 것이며, 따라서 전자는 공소범죄사실에 한하지 않고 형벌권의 존부와 범위에 관한 사실을 포함함에 반하여 후자는 공소범죄사실만을 의미한다고 한다.⁵⁴⁾

그런데 법률상 형의 가중·감면의 이유되는 사실이 범죄사실은 아니라 하더라도 피고인에게서는 죄책의 유무보다 형기가 더욱 관심의 대상이 되는 것이고, 형기도 피고인의 인권과 밀접한 관계를 가지는 것이므로 범죄사실과 같은 중요성을 가지는 것이기 때문에 엄격한 증명의 대상이 된다는 견해⁵⁵⁾가 있다. 이에 따르면 누범전과, 심신미약, 중지미수, 자수·자복의 사실은 범죄될 사실 그 자체는 아니지만 범죄사실에 준하여 엄격한 증명의 대상이 된다고 한다.⁵⁶⁾ 그러나 양형의 기초가 되는 정상관계사실은 복잡하고 비유형적이므로 엄격한 증명의 대상으로 하기에는 적합하지 않을 뿐만 아니라 양형은 그 성질상 법원의 재량에 맡길 것이므로 자유로운 증명으로 족하다고 한다.⁵⁷⁾ 즉, 피고인의 경력(전과), 성격, 환경, 범죄후의 정황 등 형의 선고유예, 집행유예 또는 작량감경 및 양형의 조건이 되는 사실은 자유로운 증명으로 족하다고 한다.⁵⁸⁾ 한편 정상관계사실이라 할지라도 범죄의 수단, 방법, 피해정도와 같이 그것이 동시에 범죄사실의 내용이 된 때에는 엄격한 증명의 대상이 된다고 한다.⁵⁹⁾ 그러나 생각건대 “그 성질상 법원의 재량에 맡길 것이므로 자유로운 증명으로 족하다”고 한다면, 선고유예, 집행유예 및 작량감경이나 선고형의 결정과 마찬가지로 법률상 임의적 감경도 재량사항임이 분명하고, 이러한 논리에 따르면 법률상 임의적 감경사유는 모두 자유로운 증명으로 충분하다고 할 수 있을 것이다. 이 경우 법률상 임의적 감경사유의 하나인 자수·자복

을 굳이 엄격한 증명의 대상으로 파악하는 논거가 불분명하다.

또한 양형의 기초요소(불법과 양형책임)에 대해서는 물론 엄격한 증명을 요하게 함으로써 오류의 교정가능성을 높이고 있지만 그 밖의 양형조건(특히 개인적 특성, 전과, 범행동기, 피해자와의 관계 등)은 자유로운 증명의 대상일 뿐이므로 입증방법에 의한 합리성확보에는 한계가 있다는 견해(60)가 있다. 이러한 견해에 따르면 법률상 형의 가중감면의 이유되는 사실, 예컨대 누범, 상습성, 정신미약, 자수, 자복, 중지미수 등도 형벌권의 범위에 관련된 주요사실이므로 소송절차에서 엄격한 증명의 대상이 된다고 한다.(61) 하지만 양형의 조건되는 사실, 즉 형의 선고유예, 집행유예, 작량감경의 조건인 사실은 형벌의 존부와 범위를 정하는데 기초되는 주요사실이 아니므로 엄격한 증명의 대상이 아니고 단지 자유로운 증명으로 충분하다고 한다.(62) 그러나 생각건대 “형벌권의 존부와 범위를 정하는 기초가 되는 주요사실이 아니므로 자유로운 증명으로 충분하다”고 한다면, 법률상 임의적 감경사유는 모두 엄격한 증명의 대상이 된다고 할 수 있을 것이다.

반면 일반적으로 양형사유는 엄격한 증명의 대상이 아니라고 보고 있으나 실질적 법치국가원칙에 충실하기 위해서는 양형요소가 다투어질 경우에도 피고인에게 불리한 사정은 엄격한 증명의 대상으로 보아야 한다는 견해(63)와 상당한 증명을 요한다는 견해(64)도 있다. 그러나 생각건대 “실질적 법치국가원칙에 충실하기 위해서 피고인에게 불리한 사정은 엄격한 증명의 대상으로 보아야 한다”고 한다면, 자수·자복과 같은 법률상 임의적 감경사유나 선고유예, 집행유예 및 작량감경의 사유는 오히려 피고인에게 유리한 것으로 자유로운 증명의 대상이 되어야 한다는 결론이 된다.

이와 같이 자수·자복, 법률상 임의적 감경사유, 작량감경사유 등에 대한 증명방법에 혼선이 발생하는 것은 엄격한 증명의 대상과 자유로운 증명의 대상을 나누는 기준이 명확하지 않기 때문이기도 하지만, 양형사유의 유형에 따라 그 주장 및 입증의 주체가 달라진다는 것도 이유가 된다고 할 수 있다.

그러나 생각건대 우리 형법에 따르면 형가중사유는 모두 법률상 필요적 가중이고, 형가중은 형벌권의 강화로 피고인에게 불리한 것이기 때문에 엄격한 증명의 대상이 되어야 할 것이다. 또한 법률상 필요적 형감경(감면)사유의 경우 비록 피고인에게 유리한 것이긴 하지만 그 사실의 존부가 형감경(감면) 여부에 직결되는 것이기 때문에 법원은 당사자의 주장이 있든 없든 엄격한 증명을 거쳐 사실인정을 해야 할 것이다. 반면 법률상 임의적 감경사유나 작량감경사유는 결국 법관의 재량에 따라 결론이 달라질 수 있기 때문에 사실상 입증부담을 지는 피고인에게 굳이 엄격한 증명을 요구할 필요도 없다고 하겠다.

2. 양형과 판결이유

가. 유죄판결과 판결이유

우리 형사소송법 제323조는 “유죄판결에 명시할 이유”라는 제목으로 제1항에서 “형의 선고를 하는 때에는 판결이유에 범죄될 사실, 증거의 요지와 법령의 적용을 명시하여야 한다”

고 규정하고 있는데, 이는 “재판에는 이유를 명시하여야 한다”고 규정한 형사소송법 제39조의 특칙이라고 할 수 있다. 이와 같이 재판에 주문뿐만 아니라 이유까지 명시하도록 한 취지는 ①재판의 공정성을 담보하고, ②상소권자에게 상소제기 여부를 판단할 수 있게 하고, ③상소심으로 하여금 원심재판의 당부를 심사할 수 있는 기초를 마련하며, ④행정기관에 수형자의 처우에 대한 기준을 제공하고, ⑤기관력이 미치는 범위를 분명하게 하는 데에 있다고 한다.⁶⁵⁾

형사소송법 제323조 제1항은 그 문언만을 보면 형선고판결을 하는 경우에만 적용되는 것처럼 해석될 여지도 없지 않다. 그러나 생각건대 유죄판결이 형선고판결뿐만 아니라 형면제판결과 형선고유예판결까지 포함하는 것이 분명하고, 형면제판결이나 형선고유예판결이나 기본적으로 범죄의 성립과 증명을 전제로 다만 형부과 또는 형선고를 자제하는 것이기 때문에 그 경우에도 범죄될 사실, 증거의 요지와 법령의 적용을 판결이유에 명시해야 할 것이다.

형사소송법 제323조 제1항의 “범죄될 사실”은 특정한 구성요건에 해당하는 위법·유책한 구체적 사실을 뜻하고, 사건의 동일성과 기관력 내지 일사부재리효력의 범위를 명확하게 하는 기능을 한다고 한다.⁶⁶⁾ 그럼에도 범죄성립조건과는 분명히 구별되는 처벌조건에 대하여 형벌권의 존부를 좌우하는 범죄될 사실로서 판결이유에 명시해야 한다거나⁶⁷⁾ 형가중감면사유에 대하여도 형벌권의 범위를 정하는 사실로서 판결이유에 명시해야 한다는⁶⁸⁾ 논리를 전개하고 있다. 다만 이러한 논리에 따르면 “단순한 양형사유인 정상에 관한 사실”은 판결이유에 명시할 필요가 없다고 한다.⁶⁹⁾

그러나 생각건대 처벌조건이나 형가중감면사유는 물론 범죄성립조각사유도 엄밀하게는 “범죄될 사실”과 구별되는 것으로서 형사소송법 제323조 제1항이 직접 적용되는 사항은 분명 아니라고 하겠다. 하지만 이들은 “범죄될 사실”에 대하여 법령을 적용함에 있어서 그 기초가 되는 사실, 다시 말해서 비록 유무죄의 판단자료는 아니지만 형벌부과에 관련된 판단자료이기 때문에 형사소송법 제39조가 적용되어 판결이유에 명시해야 한다고 할 수 있겠다. 다만 범죄성립조각사유나 형가중감면사유의 경우 당사자의 주장이 있으면 형사소송법 제323조 제2항이 적용되어 판결이유에 명시해야 할 것이다.

나. 형가중감면사유와 판결이유

우리 형사소송법은 제323조 제1항에서 유죄판결에 범죄사실, 증거요지 및 적용법령을 명시할 것을 규정하는 데에 그치지 않고, 제323조 제2항에서 “법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유 또는 형의 가중, 감면의 이유되는 사실의 진술이 있는 때에는 이에 대한 판단을 명시하여야 한다”고 규정하고 있다. 이는 법원이 당사자의 주장을 무시하지 않았음을 나타내어 재판의 공정성을 확보하려는 취지에서 비롯된 것으로 당사자주의의 표현이라는 견해⁷⁰⁾와 당사자주의와는 무관하게 피고인의 소송주체성을 강조하는 것이라는 견해⁷¹⁾가 있다.

형사소송법 제323조 제2항의 소송법적 기능과 관련하여 동규정은 통상 범죄성립조각사유나 형가중감면사유의 주장이 배척된 경우에 비로소 의미를 가진다고 한다.⁷²⁾ 이와 관련하여 범죄성립조각사유나 형가중감면사유가 형사소송법 제323조 제1항의 “범죄될 사실”에 포함되

는 것73)이라거나 이러한 사유에 대한 소송관계인의 주장이 법원에 의하여 인정된 때에는 무죄판결을 하거나 형사소송법 제323조 제1항에 의하여 판결이유에서 기재할 것74)이라는 논거가 제시되고 있다. 특히 누범전과에 대하여 범죄될 사실에 포함된다는 견해75)와 범죄될 사실이 아니라는 견해76)가 대립하고 있고, 이는 범죄사실의 개념을 얼마나 넓게 잡느냐의 문제에 불과하다는 견해77)도 있다.

그러나 생각건대 유죄판결이 범죄성립과 그 증명의 여부에 따라 무죄판결과 구별되는 것이고, “범죄될 사실”과 “범죄의 성립을 조각하는 이유되는 사실”은 그 개념부터 다를 뿐만 아니라 누구에게 입증부담이 있는가도 상이하다. 이는 엄격히 말하자면 전자의 존재를 전제로 후자의 존부가 문제되고, 전자는 검사가 후자는 피고인이 입증의 부담을 지기78)때문이다. 더욱이 형가중감면사유 가운데 “각칙 본조에 의한 가중”과 같이 범죄구성요건이 달라지고 별개의 법정형이 적용되는 경우를 제외한 나머지는 도무지 유무죄 판단의 기초가 되는 “범죄될 사실”로 보기는 어렵고, 오히려 범죄될 사실, 즉 피고사건에 대한 양형의 전제가 되는 사실이다. 따라서 범죄성립조각사유나 형가중감면사유의 경우 형사소송법 제323조 제1항이 적용되어 당연히 판결이유에 명시해야 할 사항은 아니고, 다만 형사소송법 제39조에 따라 판결이유에 명시할 필요는 있다고 하겠다.

또한 생각건대 형사소송법 제323조 제2항에서 범죄성립조각사유와 형가중감면사유는 진술이 있을 때에 비로소 판결이유에 명시해야 한다고 규정하고 있다. 이는 범죄성립조각사유나 형가중감면사유에 대한 진술이 없다면 굳이 판결이유에 명시할 필요가 없지만, 만약 그러한 진술이 있으면 반드시 판결이유에 명시해야 할 의무가 있다는 취지라고 할 수 있다. 즉, 당사자로부터 범죄성립조각사유나 형가중감면사유에 대한 주장이 제기된 경우에는 법원이 그것을 인정하든 배척하든 그에 대한 판단을 판결이유에서 밝혀야 한다는 것이다. 특히 유죄판결을 하는 경우라면 범죄성립조각사유가 배척되었음은 당연한 논리적 전제이지만 형가중감면사유는 반드시 배척된 경우만 있는 것은 아니다. 다시 말해서 당사자가 주장한 형가중감면사유가 인정된 경우에도 유죄판결이 내려질 수 있고, 이 경우 법원은 형사소송법 제323조 제2항에 따라 그 판단이유를 명시해야 하는 것이다.

형사소송법 제323조 제2항이 적용되는 형가중감면사유의 범위와 관련하여 필요적 가중감면만을 의미한다는 견해79)가 있고, 임의적 감면사유에 대해서는 유죄판결 이유에서 판단할 필요가 없다는 판례80)도 있다. 그러나 임의적 감면사유도 피고인이 소송주체의 지위에서 주장하는 것으로서 신중한 판단을 요한다는 점과 판결의 객관적 공정성을 담보해야 한다는 점에 비추어 볼때 임의적 감면사유의 진술에 대해서도 유죄판결의 이유에서 판단을 명시해야 할 것이다.81) 형사소송법 제323조 제2항을 위반한 경우 그 판단사항이 이유 자체는 아니기 때문에 법령위반으로 상대적 항소이유(형사소송법 제361조의5 제1호)에 해당한다는 견해82)와 피고인의 방어권보장에 특별히 중요한 사실에 관하여 이유설시의무를 규정한 것을 위반한 것이기 때문에 이유불비로서 절대적 항소이유(형사소송법 제361조의5 제11호)에 해당한다는 견해83)가 대립하고 있고, 이유불비로서 절대적 항소이유임과 법령위반으로 상대적 상고이유(형사소송법 제361조의5 제1호, 제383조 제1호)가 된다는 견해84)도 있다.

그럼에도 불구하고 판례는 소송관계인이 법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유 또는 형의

가중감면의 이유되는 사실을 진술하더라도 그 주장이 받아들여지지 아니하는 경우에는 그대로 유죄의 선고를 함으로써 족하고 반드시 그에 대한 판단을 판결이유 중에 명시하여야만 하는 것은 아니라는 입장을 취하고 있다.⁸⁵⁾ 이러한 판례의 태도에 대하여 지나치게 소송경제에 치중하는 것으로서 형사소송법 제323조 제2항의 입법취지를 고려하지 않는 흠이 있다는 비판⁸⁶⁾이 제기되고 있다. 이에 따르면 소송관계인의 주장에 대한 판단은 재판의 공정성 담보와 함께 특히 피고인의 소송주체성을 강화하기 위한 것이라고 볼 때 그 주장에 대한 판단을 내리게 된 이유설명이 필요하다고 보아야 할 것이라 한다.⁸⁷⁾ 다만 그 판단을 이끌어내는 과정에 대하여 상세하고도 구체적인 증거설명까지 요구할 필요는 없다고 한다.⁸⁸⁾

다. 범죄정상과 판결이유

앞에서 살펴본 바와 같이 형사소송법 제323조 제1항의 해석과 관련하여 유죄판결을 하는 경우에 “단순한 양형사유인 정상에 관한 사실”은 판결이유에 명시할 필요가 없다는 것이 통설⁸⁹⁾이자 판례⁹⁰⁾이다.

이러한 해석론을 바탕으로 형사소송법을 개정하여 양형사유를 판결이유에 명시하도록 해야 한다는 입법론이 다양한 형태로 전개되고 있다. 예를 들면 독일은 형사소송법 제267조에서 유죄판결에 양형이유를 표시하도록 하고 있다는 점⁹¹⁾과 양형은 범죄사실의 인정과 같은 가치를 가지고 피고인에게는 보다 중요한 의미를 갖는 부분인 점을 논거로 하는 견해⁹²⁾가 있다. 또한 양형은 적정성과 균등성을 확보함으로써 일차적으로 피고인을 납득시킬 수 있어야 하고, 피고인은 형사절차의 단순한 대상이나 객체가 아니라 소송의 주체이기 때문에 양형에 관한 자료와 의견을 제시할 수 있는 권리를 가질 뿐만 아니라 법관에게 양형에 대한 합리적 근거를 밝히도록 요구할 수 있어야 한다는 관점에서 양형이유설시를 강제하는 형사소송법규정이 결여된 것은 심각한 입법상의 흠결이라는 견해⁹³⁾가 있다. 이 견해에 따르면 양형의 적정성은 최종형량에 의해서만 결정되는 것이 아니고, 오히려 최종형량에 도달하는 정당한 과정이 더 중요하기 때문에 이에 대한 상급심의 법적 통제는 양형의 합리화를 위해서는 필수조건이 된다고 하면서, 현행 형사소송법 제323조 제1항과 제2항에 따르면 “양형에 대해 결정적인 영향을 미치는 정상에 관한 사실”을 판결이유에 명시하지 않아도 되고, 이렇듯 양형판단에 대한 이유설시가 법적으로 요구되어 있지 않기 때문에 사실상 양형의 적정성에 대한 심사는 결국 형식적인 심사에 머물 수 밖에 없게 된다고 한다.⁹⁴⁾ 여기에서 “단순한 양형사유인 정상에 관한 사실”이나 “양형에 대해 결정적인 영향을 미치는 정상에 관한 사실”이나 모두 형법 제51조의 “양형의 조건으로 참작할 사항” 또는 형법 제53조의 “범죄의 정상에 참작할만한 사유”와 동일한 의미로 사용되고 있다.⁹⁵⁾ 이를 통상적으로 “양형이유”라고 하는데, 앞에서 살펴본 양형의 순서와 관련시켜 말하자면 양형이유는 법정형을 가감하여 처단형을 산정할 때 마지막으로 행하는 작량감경의 단계 또는 처단형의 범위안에서 선고형을 결정하는 단계에서 양형판단의 기초자료가 된다고 할 수 있다.

한편 현행법상으로는 판결서에 “범죄의 정상이나 양형의 이유”를 명시할 필요가 없다고 하면서, 항소심에서 양형의 당부에 대한 합리적인 검증이 가능하도록 하기 위해서 제1심 판

결에 “양형이유(집행유예나 선고유예의 이유나 형을 면제하는 이유도)”를 명시하도록 규정하여야 하고,96) 마찬가지로 이유로 항소심에서 원심의 양형부당을 인정하여 원심을 파기하고 양형을 변경하는 경우에도 “그 이유”를 구체적으로 실시하도록 하여야 한다는 견해97)도 있는데, 이 견해는 양형이유의 범위를 보다 넓혀 집행유예나 선고유예의 경우 참작사항은 물론 형면제사유도 양형이유에 포함시키고 있고, 더욱이 항소심에서의 양형변경이유까지 양형이유로 보고 있다. 그러나 생각건대 형면제사유는 현행 형사소송법 제323조 제2항이 적용되는 “법률상 형가중감면사유”의 하나임이 분명하고, 항소심에서 양형을 변경할 때 처단형의범위 안에서 선고형의 수준을 조정하거나 작량감경 여부를 번복하는 경우뿐만 아니라 법률상 임의적 가중감면 여부에 대하여 제1심과 다른 판단을 하는 경우도 있기 때문에 항소심에서의 양형변경이유를 통상의 양형이유와 동일시할 수는 없다고 하겠다.

결국 문제는 형법 제53조의 작량감경사유가 형사소송법 제232조 제2항의 적용을 받는가 여부이다. 그런데 단순한 양형사유인 정상에 관한 사실은 판결이유에 명시할 필요가 없다고 하면서도 작량감경사유는 임의적 가중감면사유의 하나로서 형사소송법 제232조 제2항을 적용하여 판결이유에 명시해야 한다는 견해98)가 있다. 생각건대 이러한 견해는 아마도 양형이유라는 동일한 표현이 사용되더라도 작량감경을 할 때의 양형이유와 선고형을 정할 때의 양형이유는 구별되어야 한다는 것을 전제하고 있는 것으로 보인다. 다시 말해서 작량감경을 하는 경우에는 반드시 그 근거가 된 “범죄의 정상에 참작할만한 사유”를 판결이유에 명시해야 한다고 하지만, 선고형을 정할 때 “양형의 조건으로 참작한 사항”은 굳이 판결이유에 명시할 필요가 없다는 것이다. 이와 관련하여 동일한 양형이유를 작량감경의 자료로도 사용하고 선고형을 정하는 데도 사용하는 것은 인식론적으로 허구라는 견해99)가 있다.

그러나 생각건대 작량감경사유도 형사소송법 제323조 제2항이 적용되어 판결이유에 명시해야 한다고 하겠다. 왜냐하면 실제의 소송에서 피고인이 작량감경을 주장하지 않는 경우는 거의 없을 것이고, 법원이 그에 대한 판단을 하지 않는다면 형사소송법 제323조 제2항의 입법취지를 무시하는 결과가 될 것이기 때문이다. 더욱이 형사소송법 제323조 제2항의 “법률상”이라는 문언이 “범죄의 성립을 조각하는 이유”와 “형의 가중, 감면의 이유”를 동시에 한정하는 것으로 통상 이해되고 있지만,100) 전자만을 한정하는 것으로 해석하는 것도 가능하다고 하겠다.101) 이 경우 “법률상” 가중감면사유뿐만 아니라 “재판상” 감경사유인 작량감경도 당연히 “형가중감면사유”에 포함될 것이고, 따라서 작량감경의 주장이 있으면 판결이유에 명시해야 한다는 결론이 될 것이다.

3. 양형과 상소이유

우리 형사소송법에 따르면 양형부당은 제1심의 모든 유죄판결에 대한 항소이유(형사소송법 제361조의 5 제15호)이고, 제2심에서 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 판결에 대한 상고이유(형사소송법 제383조 제4호)이다.102) 양형부당이 사실오인이나 법령위반과 달리 절대적 상소이유인 것은103) 양형부당은 판결에 영향을 미치지 않는 경우라도 무지 상정할 수 없기 때문이라고 하겠다.

아무튼 양형부당인가, 아니면 사실오인 또는 법령위반인가에 따라 상소제기의 허용범위와 상소이유의 인정요건이 달라지는데, 이와 관련하여 특히 각칙 본조에 의한 가중, 법률상 임의적 감경 및 작량감경과 관련하여 각 사유에 해당하는 사실의 존부에 대한 판단이나 가중 감경 여부에 대한 판단의 당부를 다투는 방법이 무엇인가를 상세히 살펴보기로 한다.

양형부당은 통상 처단형의 범위안에서 선고한 형이 지나치게 무겁거나 가벼운 경우를 의미하는 것으로 파악되고 있다.¹⁰⁴⁾ 이러한 맥락에서 “법정형”의 범위를 넘는 형을 선고한 경우 법령위반에 해당한다거나¹⁰⁵⁾ “법정형 또는 처단형”의 범위를 벗어나서 형을 선고하는 것이 법령위반이라고 한다.¹⁰⁶⁾ 여기에서 법정형도 법률상 가중사유가 있으면 그 범위가 변경되는 것이고, 변경된 범위안에서 선고형이 정해졌다면 본래 법정형의 상한을 벗어나더라도 법령위반이 있다고 할 수 없고, 오히려 하한도 함께 가중되는 경우 그 가중된 하한보다 낮은 선고형은 본래 법정형의 하한보다 높다고 하더라도 법령위반이 될 수 있다고 한다면, 후자의 표현이 보다 정확하다고 하겠다.

그런데 양형부당이 처단형의 범위안에서 이루어진 선고형의 당부를 다투는 것이라 한다면, 처단형을 산정하는 과정에서는 도무지 양형부당의 문제가 발생할 여지가 없을 것이다. 이는 법률상 필요적 가중감면을 하지 아니한 경우에는 양형부당이 아니라 판결내용의 법령위반, 즉 법령적용의 착오에 해당한다는 견해¹⁰⁷⁾에서도 일부 확인할 수 있다. 특히 법률상 필요적 가중사유의 하나인 “각칙 본조에 의한 가중”의 경우 앞에서 살펴본 바와 같이 그 가중근거가 이미 구성요건요소로 된 것이고, 따라서 각칙 본조에 의한 가중을 하지 않았다면 사실오인 또는 법령위반이 문제될 뿐 양형부당으로 다룰 수는 없을 것이다.¹⁰⁸⁾

여기에서 법률상 임의적 감경이나 작량감경을 하지 아니한 경우에 각 사유에 해당하는 사실의 존부에 대한 판단이나 감경 여부에 대한 판단에 대하여 무엇을 이유로 불복할 수 있는가가 문제된다. 다시 말해서 법률상 필요적 감경사유에 해당하는 사실이 존재함에도 감경을 하지 않고 처단형을 산정하였다면 당연히 법령위반이지만, 법률상 임의적 감경사유에 해당하는 사실이 존재하거나 작량감경사유로 될 수 있는 정상사실이 존재하더라도 감경 여부는 어디까지나 법관의 재량사항이라고 한다면 그 결정을 두고 법령위반을 다투기는 어려울 것이다.¹⁰⁹⁾ 또한 법률상 임의적 감경이나 작량감경은 법정형의 범위를 조정하여 처단형을 산정하는 단계에서 문제되는 것이고, 처단형의 범위안에서 선고형의 당부를 다투는 양형부당의 문제도 아니라고 하겠다. 결국 이는 양형부당을 처단형의 범위안에서 선고형의 경중을 다투는 것으로 잘못 이해하는 데에서 비롯된 혼란이라고 할 수 있다.

그러나 생각건대 상소이유로서 양형부당은 형종과 형량의 결정뿐만 아니라 선고유예, 집행유예, 미결구금일수, 노역장유치 등의 결정까지 포함하는 광의의 양형을 문제삼는 것이다.¹¹⁰⁾ 또한 달리 법률상 필요적 감경사유가 인정되지 않는 경우 법관이 피고인에게 법정형의 하한보다 낮은 형을 선고하려면 법률상 임의적 감경이나 작량감경을 하는 방법뿐이다. 이 경우 법률상 임의적 감경사유는 그 요건이 엄격하여 적용하기가 쉽지 않지만 작량감경은 보다 용이하게 적용할 수 있다. 더욱이 원심 이후의 사정변경은 상소심에서 작량감경사유로만 고려할 수 있다. 이러한 맥락에서 원심에서 법률상 임의적 감경 또는 작량감경을 하거나 하지 아니한 경우 당사자는 양형부당을 이유로 상소할 수 있고, 상소심에서는 감경 여부에 관

하여 독자적인 재량에 따른 결정을 할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다고 하겠다. 우리 대법원도 원심법원이 작량감경에 관한 법리를 오해하여 처단형을 잘못 산정하여 선고형을 정한 경우에 그 선고형이 대법원이 올바로 산정한 처단형의 범위를 벗어났다는 이유로 위법하다는 결론을 내리면서 원심판결을 파기환송하고 있는 바, 판결이유에서는 “작량감경에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다”고 판시하면서도, 판결요지에서는 “형의 양정이 심히 부당한 경우에 해당하여 위법하다”고 판시하고 있다.¹¹¹⁾

한편 양형의 기초사실에 관한 오인은 사실오인이 아니라 양형부당이라고 한다.¹¹²⁾ 주지하는 바와 같이 사실오인이라 함은 법원이 인정한 사실과 객관적 사실과의 사이에 차이가 있는 것으로 법원의 증거에 의한 사실인정이 채증법칙, 즉 논리법칙과 경험법칙¹¹³⁾에 위반되는 경우를 말한다.¹¹⁴⁾ 그런데 상소이유가 되는 사실오인에 있어서 사실이 ①재판의 기초가 된 모든 사실인가, ②실체형성의 대상이 되는 사실인가, 아니면 ③엄격한 증명의 대상인 사실인가가 문제되는데, 통설은 상소심이 피고인을 구제하는 기능을 한다는 점에서 형벌권의 존부와 범위에 관한 사실, 즉 엄격한 증명을 요하는 사실을 의미한다고 한다.¹¹⁵⁾ 이에 따르면 범죄구성사실, 처벌조건을 이루는 사실, 형의 가중감면의 이유되는 사실, 범죄성립조각사유 및 형벌조각사유 등에 해당하는 사실은 사실오인의 대상이 되지만 단순한 소송법적 사실이나 양형에 관한 사실은 여기에 포함되지 않는다고 한다.¹¹⁶⁾

그러나 생각건대 법률상 필요적 가중감경사유에 해당하는 사실을 잘못 인정하면 사실오인과 법령위반에 해당하겠지만, 법률상 임의적 감경사유나 작량감경사유에 해당하는 사실을 잘못 인정한 경우와 처단형의 범위안에서 선고형을 결정하는 조건이 된 사실을 잘못 인정한 경우에는 앞에서 살펴본 바와 같은 맥락에서 양형부당으로 다룰 수 있다고 할 것이다.

V. 맺음말

이 글에서 우리 형법과 형사소송법에 산재하고 있는 양형에 관련된 규정들이 각각 어떤 의미를 가지며 서로 어떤 관계에 있는가를 양형의 과정과 통제라는 관점에서 분석한 바, 특히 다음의 쟁점에서 기존의 논의와 구별되는 입장을 취하고 있다.

양형에 관한 법규의 제정과 그 해석·적용은 분명 구별해야 하지만, 법정형의 확인과 그 변경을 굳이 “법률적 양형”이라 하여 “법관의 양형”과 구별할 실익이 없다. 형중선택과 형량결정을 분리하여 고찰하는 것은 우리 양형법제에 모순되고, 실익도 없다. 우리 형법은 형면제를 형감경과 선택적 관계로 하고 있고, 형면제판결은 가장 가벼운 유죄판결이다.

각칙 본조에 의한 가중은 법정형이 다른 범죄의 성립여부에 관한 유무죄의 문제이다. 법률상 임의적 감경과 작량감경은 이른바 처단형을 산정하는 단계에서 법관의 재량에 따라 형벌범위를 하향시킬 수 있는 것인 바, 작량감경은 최후에 1회만 가능하지만 법정형이 높고 달리 법률상 감경도 할 수 없는 경우에 폭넓게 활용될 수 있다.

형가중사유와 필요적 감경(감면)사유는 엄격한 증명의 대상이지만 법률상 임의적 감경(감면)사유와 작량감경사유는 굳이 엄격한 증명을 요하지 않는다. 유죄판결에는 형가중감면사

유를 판결이유에 기재해야 하는데, 통상 형사소송법 제39조가 적용되거나 당사자의 주장이 있으면 형사소송법 제323조 제2항이 적용되는데, 법률상 필요적 가중감면사유는 물론 법률상 임의적 감면사유와 작량감경사유도 동규정의 적용대상이다. 법률상 임의적 감경과 작량감경의 당부는 양형부당으로 다룰 수 있다.

무릇 양형의 중요성에 비추어 양형을 규율하는 법원리를 구명하고 양형의 합리화를 위한 방안을 모색하는 것은 분명 바람직한 작업이다. 다만 그러한 작업은 우리의 양형법제와 양형실무에 그 초점이 두어져야 하고, 무엇보다도 논리적 일관성이 확보되어야 할 것이다.

- 1) 양형의 중요성은 수사, 기소 및 사실심리의 절차가 모두 양형을 지향하고 있고, 특히 형사재판에서 무죄판결이 내려지는 경우가 매우 희소하다는 사실에서도 확인된다. 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 형사정책연구, 제8권 제1호, 1997, 279면; 오병주, “양형의 문제점 및 합리화 방안에 관한 고찰(상)”, 법조, 제47권 제7호, 1998, 80-84면.
- 2) 그러나 양형의 적정성은 피고인이 납득할 수 있는가 여부에만 달려있는 것은 아닐 것이다. 이는 형사재판에서 피고인과 대립되는 당사자인 검사를 승복시킬 수 있는가, 나아가 재판결과를 지켜보는 피해자를 비롯한 일반 국민의 지지를 받아낼 수 있는가도 양형의 적정 여부를 결정하는 중요한 요소가 되기 때문이다.
- 3) 김영환, “양형의 법적 성격과 양형의 합리화”, 형사정책연구, 제7권 제1호, 1996, 171면.
- 4) 우리 양형실무가 아직 혼란과 무질서 속에서 허덕이고 있다는 사실은 “감에 의한 양형”이나 “관례에 의한 양형”, 이른바 “타협판결”, “양형부당을 이유로 한 항소심의 잦은 파기판결” 등에서 쉽게 알 수 있다는 견해는 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 311면.
- 5) 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 280면 ; 오병주, “양형의 문제점 및 합리화 방안에 관한 고찰(하)”, 법조, 제47권 제8호, 1998, 92면.
- 6) 김일수, 형법총론, 제6판, 박영사, 1998, 719면.
- 7) 김영환, “양형의 법적 성격과 양형의 합리화”, 174면 ; 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 280면.
- 8) 이와 관련하여 최석윤, “양형의 형벌이론적 기초와 합리화방안”, 고려대 박사학위논문, 1996, 207-247면 ; 하태훈, “공판절차 이분론(하)”, 형사정책연구, 제7권 제1호, 1996, 214-227면 ; 우병우, “미국양형기준제도의 국내도입검토”, 법무부, 해외연수검사연구논문집, 제13집 제2호, 1997, 292-299면 참조.
- 9) 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 283면.
- 10) 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 283면.
- 11) 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 283면 각주 10. 그러나 작량감경(형법 제56조)에 의한 형벌변경도 특별법 정형, 나아가 법률적 양형에 포함되는 것으로 파악하고 있는지 불분명하다.
- 12) 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 283면.
- 13) 우리 형법은 자유형을 선고할 경우 일정한 형기를 정하여 선고하는 정기형의 방식을 채택하고 있는데, 예외적으로 소년법에서 형의 장기와 단기를 정하여 선고하는 상대적 부정기형을 인정하고 있다(소년법 제60조). 또한 벌금형의 경우 총액벌금제와 일수벌금제로 나누어지는데, 우리 형법은 총액벌금제를 채택하고 있다.
- 14) 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 279면.
- 15) 사법연수원, 형의 양정, 1987, 6면.
- 16) 이재상, 형법총론, 제4판, 박영사, 1999, 545면 ; 김일수, 형법총론, 718면 ; 진계호, 형법총론, 제5판, 대왕사, 1996, 679-680면.
- 17) 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 286면 ; 이형국, 형법총론, 법문사, 1991, 462면.
- 18) 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 286면.
- 19) 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 286-287면.
- 20) 박성철, “양형인자의 심리방법과 문제점”, 법원행정처, 양형 적정화 방안 모색을 위한 토론회 결과보고서, 1995, 89면.
- 21) 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 287면.
- 22) 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 284면.
- 22-1) 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 285면.
- 23) 1992년 “불법약물거래 및 조직범죄의 대책에 관한 법률(OrgKG)”에 따라 신설된 독일형법 제43조의 a에서 무기 또는 2년 이상의 자유형에 부가하여 재산형(Vermögensstrafe)을 부과할 수 있도록 규정하고 있는데, 재산형은 벌금형과 달리 일수와 일수정액이 아니라 행위자의 재산가액을 한도로 총액이 정해진다.

- 24) 예를 들면 사기죄는 10년 이하 징역 또는 2천만원 이하 벌금(형법 제347조)인데, 업무상횡령죄는 10년 이하 징역 또는 3천만원 이하 벌금(형법 제356조)이다.
- 25) 예를 들면 강제추행죄는 10년 이하 징역 또는 1천5백만원 이하 벌금(형법 제298조)인데, 뇌물공여죄는 5년 이하 징역 또는 2천만원 이하 벌금(형법 제133조)이다.
- 26) 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 285-286면.
- 27) 이는 일본의 경우에도 마찬가지인데, 선고형에 미결구금일수를 공제한 것을 집행형이라 한다. 森下忠, 刑法總論, 悠久社, 1993, 281-284면.
- 28) 대판 1975.4.8. 74도618, 공1975, 8442면.
- 29) 형면제의 경우 처단형과 선고형이 동시에 정해진다는 견해는 배종대, 형법총론, 전정수정판, 홍문사, 1996, 679면.
- 30) 필요적 형면제사유로는 중지범(형법 제26조)이 있다.
- 31) 임의적 형면제사유로는 외국에서 받은 형의 집행(형법 제7조), 과잉방위(형법 제21조 제2항), 과잉피난(형법 제22조 제3항), 과잉자구행위(형법 제23조 제2항), 불능미수(형법 제27조 단서), 자수·자복(형법 제52조 제1항) 및 범죄신고(특정범죄신고자등보호법 제16조)가 있다.
- 32) 우리 형법은 특정한 사유에 대하여 형감경만을 규정한 경우는 있어도 형면제만을 규정한 경우는 없다. 반면 독일의 경우에는 불능미수(독일형법 제23조 제3항)만이 임의적 형감면사유이다.
- 34) 사법연수원, 형사관결서 작성실무, 1996, 135면.
- 35) 일본의 경우 형가중은 상한만 가중하고 형감경은 상하한 모두 감경한다고 한다. 西原春夫, 刑法總論, 成文堂, 1990, 445면.
- 36) 이재상, 형법총론, 547-548면.
- 37) 법정형을 정하는 방식을 절대적 법정형, 상대적 법정형, 절대적 진단형으로 구분하면, 우리 형법은 원칙적으로 상대적 법정형의 방식을 채택하고 있고, 여적죄만 절대적 법정형을 규정하고 있다고 한다. 이재상, 형법총론, 546면. 그러나 여적죄의 경우에도 법관의 작량감경이 가능하기 때문에 법률에 정해진 형이 그대로 선고형으로 되는 것은 아니다. 이에 절대적 법정형이라 할 수 없다는 견해는 정성근, 형법총론, 663면.
- 38) 장영민/탁희성, 누범에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994, 37면.
- 39) 폭력행위등 처벌에 관한 법률 제2조 제3항, 제3조 제4항, 특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제5조의 4 제5항, 제5조의 5, 환경범죄의 처벌에 관한 특별조치법 제4조, 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제3조의 2.
- 40) 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제3조.
- 41) 장영민/탁희성, 누범에 관한 연구, 101-103면 ; 임웅, 누범수형자의 효율적 관리방안, 한국형사정책연구원, 1993, 72-73면 ; 장규원, “누범과 양형”, 형사정책연구, 제5권 제1호, 1994, 266면.
- 42) 이재상, 형법총론, 561-562면.
- 43) 소년감경에 대하여 상세히는 최병각, “소년감경의 적용요건과 소송법적 효과”, 형사법연구, 제12호, 1999, 463-484면 참조.
- 44) 이재상, 형법총론, 549면 ; 대판 1964.10.28. 64도454, 집12(2)형 24면.
- 45) 대판 1964.4.7. 63도10, 총합 형법 53-6.
- 46) 변동걸, “전통적 양형기준의 근거와 그 문제점”, 법원행정처, 양형적정화방안 모색을 위한 토론회 결과보고서, 1985, 84면.
- 47) 김학세, “양형의 기준”, 사법연수원, 형사재판과 양형, 법관연수자료, 1979, 63면.
- 48) 김학세, “양형의 기준”, 42면 ; 이근웅, “적정 양형을 위한 여러 과제”, 법원행정처, 양형적정화방안 모색을 위한 토론회 결과보고서, 1995, 61면 ; 오영근, “양형론 소고”, 강원대, 강원법학, 제2권, 1987, 55면.
- 49) 박성철, “양형인자의 심리방법과 문제점”, 법원행정처, 양형적정화방안 모색을 위한 토론회 결과보고서, 1995, 89면.
- 50) 변동걸, “전통적 양형기준의 근거와 그 문제점”, 77면.
- 51) 배종대, 형법총론, 679면.
- 52) 배종대, 형법총론, 680면.
- 53) 이재상, 형사소송법 제5판, 박영사, 1998, 아래에서는 형사소송법 교과서의 경우 저자명으로 약칭한다. 451-452면.
- 54) 이재상, 452면 각주 1, 589면.
- 55) 이재상, 454-455면.
- 56) 이재상, 454면. 상습성도 법률상 가중사유로서 엄격한 증명의 대상이 된다는 견해는 신동운, 형사소송법, 범문사, 1993, 567면; 배종대/이상돈, 형사소송법 제3판, 홍문사, 1999, 490면. 그러나 상습성은 구성요건요소로서 범죄사실에 해당하기 때문에 엄격한 증명의 대상이 된다고 하겠다.
- 57) 이재상, 456면; 신동운, 567면. 한편 정상관계사실 가운데 피고인에게 유리한 것은 자유로운 증명으로 족하지만 피고인에게 불리한 것은 엄격한 증명을 요한다는 견해는 배종대/이상돈, 490면.
- 58) 이재상, 456면.
- 59) 이재상, 456면. 그러나 이중평가금지의 원칙에 따르면 이미 범죄사실의 내용이 된 사실을 정상관계사실로 참

- 작하는 것은 허용되지 않기 때문에 동일한 사실이 동시에 범죄사실도 되고 정상관계사실도 되는 것은 논리적으로 불가능하다고 하겠다. 이증평가금지원칙에 대하여 상세히는 장규원, “양형책임과 이증평가금지의 원칙”, 계산성시탁교수 화갑기념논문집, 형사법학의 과제와 전망, 1993, 309-318면 참조.
- 60) 김일수, 형법총론, 720면.
 - 61) 김일수, 형법총론, 734면.
 - 62) 김일수, 형법총론, 738면.
 - 63) 배종대/이상돈, 460면. 법관의 양형이란 범죄인, 범죄행위, 범죄행위로 초래된 사회적 갈등상황을 토대로 이들 요소에 대한 가치평가적인 취사선택의 과정을 통하여 해석학적 구성물(hermeneutische Konstruktion)인 양형사안을 구성하는 작업이라고 파악하면서, 양형사안을 구성하는 기초사실은 엄격한 증명의 대상이 되어야 한다는 견해는 배종대, 형법총론, 675-676면, 683면.
 - 64) 강구진, 421면.
 - 65) 이재상, 주 53)으로, 1998, 586면 ; 신동운, 형사소송법, 주 56)으로, 727면 ; 배종대/이상돈, 형사소송법, 주 56)으로, 639면. 주 53)으로.
 - 66) 이재상, 589면 ; 신동운, 728면 ; 배종대/이상돈, 641면.
 - 67) 이재상, 590면 ; 신동운, 729-730면 ; 배종대/이상돈, 644면.
 - 68) 이재상, 591면 ; 신동운, 730면 ; 배종대/이상돈, 644면.
 - 69) 다만 사형을 선고하거나 이례적인 양형을 하는 경우에는 단순한 양형사유도 형사소송법 제39조에 의거하여 판결이유에 명시할 필요가 있다고 한다. 이재상, 591면 ; 신동운, 730면 ; 배종대/이상돈, 644면.
 - 70) 이재상, 595면.
 - 71) 신동운, 733면 ; 배종대/이상돈, 647면.
 - 72) 이재상, 595면 ; 신동운, 733면 ; 배종대/이상돈, 647면.
 - 73) 배종대/이상돈, 647면.
 - 74) 이재상, 595면.
 - 75) 강구진, 519면 ; 김기두, 284면 ; 서일교, 216면.
 - 76) 이재상, 591면 ; 백형구, 364면.
 - 77) 배종대/이상돈, 644면.
 - 78) 이재상, 464면.
 - 79) 김기두, 286면 ; 백형구, 강의, 765면, 서일교, 218면 ; 신현주, 414면 ; 정영석/이형국, 430면.
 - 80) 예를 들면 자수는 형의 필요적 감경 또는 면제사유가 아님이 명백하므로 자수사실에 관한 주장은 형의 양정에 영향을 미치는 사유에 지나지 아니하여 형사소송법 제323조 소정의 유죄판결에 명시할 이유에 해당한다고 할 수 없다고 한다. 대판 1987.7.7. 87도945, 공1987, 1357면.
 - 81) 이재상, 597면 ; 신동운, 734-735면 ; 배종대/이상돈, 611면 ; 강구진, 522면.
 - 82) 소송절차의 범령위반이라는 견해는 이재상, 589면. 판결내용의 범령위반이라는 견해는 백형구, 797면.
 - 83) 배종대/이상돈, 641면.
 - 84) 신동운, 728면.
 - 85) 대판 1990.9.28. 90도427, 공1990, 2242면.
 - 86) 신동운, 733면.
 - 87) 신동운, 733면.
 - 88) 신동운, 733-734면 ; 강구진, 521면 ; 이재상, 596면 ; 배종대/이상돈, 648면.
 - 89) 이재상, 591면 ; 신동운, 730면 ; 배종대/이상돈, 644면.
 - 90) 대판 1969.11.18. 69도1782, 총람 22-1, 394-22.
 - 91) 독일형사소송법 제267조 제3항은 “유죄판결의 이유에는 그 밖에도 적용된 형법규정을 명시하고 양형의 결정적인 사항을 명시해야 한다”고 규정함으로써 실질적인 양형심사의 법적인 토대를 마련하고 있다. 독일연방재판소는 1960년대 이후 양형사유의 적법성과 타당성에 대한 상고심사를 광범위하게 행하고 있으며 이를 통해 양형의 합리화를 도모하고 있는데, 판결의 절차적인 위반뿐만 아니라 형의 양정의 심한 부적정성에 대해서도 상고가 허용되는지 여부에 대해서는 논란이 많다고 한다. 최석운, “양형에 대한 기초적 이해”, 307면 각주 93.
 - 92) 이재상, 591면.
 - 93) 최석운, “양형에 대한 기초적 이해”, 297면.
 - 94) 최석운, “양형에 대한 기초적 이해”, 306면 ; 오병주, “양형의 문제점 및 합리화 방안에 관한 고찰(하)”, 92면.
 - 95) 형법 제53조에 의한 작량감경을 하는 경우 참작할만한 사유에 관하여는 형법 제51조가 적용된다는 견해는 이재상, 형법총론, 549면.
 - 96) 이 경우 법관의 업무과중을 피하기 위하여 양형인자 및 양형사유를 기재한 간이서식을 마련하여 양형이유를 늘릴적으로 실시하는 방안을 수립해야 한다는 견해는 오병주, “양형의 문제점 및 합리화 방안에 관한 고찰”, 111면.
 - 97) 하태훈, “양형기준과 양형과정의 합리화방안”, 형사법연구, 제9호, 1997, 241면, 257면 ; 조배숙, “양형에 관한 향소심의 기능”, 법원행정처, 양형적정화방안 모색을 위한 토론회 결과보고서, 1995, 115면.

- 98) 이재상, 597면 ; 신동운, 734-735면 ; 배종대/이상돈, 649면.
- 99) 배종대, 형법총론, 680면.
- 100) 이재상, 597면 ; 신동운, 734면 ; 배종대/이상돈, 649면.
- 101) 형법 제170조 제2항의 경우에도 “자기의 소유에 속하는”이라는 문언의 수식범위가 문제된 바 있다. 신동운, 판례백선 형법총론, 24-36면 참조.
- 102) 양형부당을 이유로 한 상고의 허용범위를 제한한 것은 국민의 기본권보다 국가권력의 편의에 비중을 둔 것이라는 비판적 견해는 최석운, “양형에 대한 기초적 이해”, 306면 각주 92. 양형사안구성에 대한 상고제한은 철폐되어야 한다는 견해는 배종대, 형법총론, 683면.
- 103) 배종대/이상돈, 733면 ; 백형구, 795면. 반면 양형은 범죄의 경중과 피고인의 인격에 상응하여 부과되는 것이므로 특정한 양형사유에 대하여 일정한 객관적 가치를 주장하기 곤란하다는 이유로 양형부당은 상대적 항소 이유로 파악된다는 견해는 신동운, 851면.
- 104) 이재상, 671면 ; 신동운, 852면 ; 배종대/이상돈, 732면.
- 105) 이재상, 671면 ; 배종대/이상돈, 732면.
- 106) 신동운, 852면 ; 백형구, 799면.
- 107) 신동운, 852면 ; 백형구, 799면.
- 108) 예를 들면 상습범의 경우 상습성 유무에 관한 사실판단의 오류는 사실오인이 되고, 상습성을 인정하면서도 상습범 가중을 하지 않았다면 법령위반이 될 것이다.
- 109) 물론 감경여부를 재량이 아닌 법 적용이라고 보거나 재량이라도 법적으로 구속된 재량이라고 보아서 그 한계를 넘으면 법령위반이 된다고 해석할 수도 있을 것이다.
- 110) 이진록, “양형에 관한 일반적 고찰”, 한양대, 법학논총, 제2집, 1985, 230면.
- 111) 대판 1992.10.13. 92도1428, 공1992, 3190면. 동판결의 평석은 신동운, 판례백선 형법총론, 개정증보판, 경세원, 1999, 655면.647-656면 참조.
- 112) 신동운, 852면 ; 배종대/이상돈, 732-733면 ; 백형구, 799면 ; 차용석, 1056면.
- 113) 논리법칙과 경험법칙이 자유심증주의(형사소송법 제308조)의 내재적 한계를 이룬다는 견해는 이재상, 469-470면; 신동운, 694면; 배종대/이상돈, 610면; 정용인, “사실오인과 경험칙”, 법원행정처, 형사증거법(상), 재판자료, 제22집, 1984, 106면. 한편 법관의 심증형성이 논리와 경험칙에 반하여 합리성을 잃어버린 때에는 이유불비 또는 판결에 영향을 미친 사실오인으로 항소이유가 될 뿐만 아니라 채증법칙위반 또는 심리미진의 위법이 있기 때문에 상고이유가 될 수 있다는 견해는 이재상, 470면.
- 114) 신동운, 851면; 백형구, 799면. 채증법칙위반을 법령위반으로 볼 수도 있지만, 우리 민사소송법이나 일본 명치형사소송법에서 사실오인을 상소이유로 규정하지 아니한 것과 달리 우리 형사소송법은 사실오인을 상소이유로 하고 있기 때문에 굳이 법령위반으로 볼 것 없이 사실오인으로 보아야 한다는 견해는 정용인, “경험칙과 사실오인”, 115-116면.
- 115) 이재상, 670면 ; 신동운, 851면 ; 배종대/이상돈, 732면 ; 백형구, 798-799면 ; 정용인, “사실오인과 경험칙”, 117-118면.
- 116) 신동운, 851면 ; 배종대/이상돈, 732면. 특히 작량감경사유를 명백히 제외하고 있는 견해는 정용인, “사실오인과 경험칙”, 118면.

한상훈*

I. 서

운전할 의사로 음주, 만취하고 음주운전하여 교통사고를내고 피해자를 구호하지 않은 채 도주하여 피해자를 사상에 이르게 한 경우, 즉 도주 당시 책임능력이 존재하지 않는 경우, 행위자를 특정범죄가중처벌등에 관한 법률(이하 특가법) 제5조의 3 도주운전죄¹⁾제5조의 3 (도주차량운전자의 가중처벌)

「① 도로교통법 제2조에 규정된 자동차 원동기장치자전거 또는 궤도차의 교통으로 인하여 형법 제268도의 죄를 범한 당해 차량의 운전자(이하 "사고운전자"라 한다)가 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조제1항의 규정에 의한 조치를 취하지 아니하고 逃走한 때에는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다. <개정 84.8.4>

1. 피해자를 치사하고 도주하거나, 도주 후에 피해자가 사망한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

2. 피해자를 치상한 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

② 사고운전자가 피해자를 사고장소로부터 옮겨 遺棄하고 逃走한 때에는 사형 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.<1995.8.4 법률 제4962호에 의하여 개정>

2. 피해자를 치상한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.」

로 처벌할 수 있는지 논란이 되고 있다. 특가법상 도주운전죄는 교통사고의 발생을 인식하고도 피해자를 구호하는 등의 필요한 조치를 취하지 않고 도주함으로써 성립하는 고의범이다.²⁾ 그런데, 도주시 행위자가 음주로 인하여 책임무능력상태나 한정책임능력상태에 있었던 경우, 고의범으로 처벌하기 위한 고의책임이 존재한다고 볼 수 있는지 문제된다. 책임능력은 행위시에 존재하여야 한다고 보기 있기 때문이다(행위 책임능력 동시존재원칙). 이러한 행위자에 대하여 책임조각이나 책임감경을 인정하는 것은 형사정책적 관점이나 실체적 정의의 관점에서 볼 때 바람직하지 않다. 따라서 형법 제10조 제3항이 규정하고 있는 원인에 있어서 자유로운 행위라는 범형상을 통하여 음주 후 도주운전자를 형사법적으로 처벌할 필요성이 대두되는 것이다.³⁾

형법 제10조 제3항을 도주운전죄사례에 적용함에 있어서 가장 큰 난점은 선행행위시, 즉 음주시에 도주에 대한 고의를 인정하기 어렵다는 것이다. 통상 음주할 때, 음주운전에 대한 고의를 갖고 있는 경우는 쉽게 상정할 수 있으나, 도주나 유기에 대한 고의는 거의 생각하기 어렵기 때문이다. 따라서 도주운전에 대하여 원인에 있어서 자유로운 행위로 처벌하기 위

*) 한국형사정책연구원 연구원, 법학박사(shhan@mail.kic.re.kr)

하여는 다른 방법이 필요하게 된다. 이러한 방법으로는 다음을 생각해 볼 수 있다. 먼저, 해석론적 방법으로, 첫번째 방법은 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립요건을 유지완화 하는 방법이 있을 수 있다. 즉, 선행행위시 이중의 고의요건을 포기하는 방법이다. 도주운전죄에 관한 한 판례가 이러한 경향성을 띠고 있다고 보여진다.⁴⁾ 두번째 방법은 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립요건을 유지하고, 형법 제10조 제3항의 성립가능성을 부정하는 것이다. 이렇게 되면, 도주운전죄는 성립되지 않고, 기타 범죄로 처벌될 가능성만이 남게 된다. 학설에 이러한 경향을 보이고 있다고 할 수 있다.⁵⁾ 지금까지 이 문화를 둘러싼 논쟁은 두 경향의 대립양상을 보이고 있다.

그러나, 양 입장은 모두 바람직하지 않다고 생각된다. 판례와 같이 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립요건을 완화하게 되면, 헌법상의 원칙인 책임주의에 반할 소지가 있다. 반대로, 학설의 입장을 따르면, 형사처벌상의 흠결이 발생할 수 있기 때문이다. 그러므로 본 고에서는 지금까지의 두가지 방법 대신에 제3의 방법을 제시해 보고자 한다. 이는 도주운전죄에서 「도주」의 개념을 달리 해석하는 것이다. 도주개념을 새롭게 해석할 때, 음주시에 도주에 대한 고의를 인정할 수 있게 될 수 있기 때문이다.

또한 한정책임능력을 이용한 원인에 있어서 자유로운 행위에서는 어떠한 요건이 요구되는지도 검토해 보고자 한다. 종래 이 문제는 책임무능력 이용한 경우와 동일하게 취급되었다. 그러나, 한정책임능력상태에 있는 경우에는 도주시에 책임능력이 존재하고 책임고의, 불법의식도 비록 감경된 형태로나마 존재하고 있다. 즉, 행위 책임능력 동시존재원칙은 충족되고 있는 것이다. 이 경우에는 동시존재원칙 그 자체의 문제라기보다는 도주시 감경된 책임비난이 어떠한 요건하에서 완전한 책임비난을 구성할 수 있는가 하는 문제가 제기될 뿐이다. 따라서, 한정책임능력을 이용한 경우, 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립요건은 책임무능력을 이용한 경우보다 완화될 수 있게 되는 것이다. 대상판결에서 피고인은 도주에 책임무능력상태가 아니라 한정책임능력상태에 있었다. 그러므로 이러한 차이가 구체적으로 어떠한 효과를 가져올 수 있는지 상세히 살펴보고자 한다. 마지막으로, 특가법상 도주운전죄와 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 입법론을 검토해 보자.

II. 대상판례: 대법원 1992. 7.28 선고 92도999판결, 법원 공보 1992, 2698면(음주운전후 유기도주 사건)

1. 사실관계⁶⁾

피고인은 야외촬영차 영화제작진과 출연진과 함께 1991. 8.2 서울에서 정선에 도착하여 정선읍내 한 여관에 투숙한 후 그 다음날인 8.3. 저녁에는 일행등과 회식하면서 술에 만취되어 여관에 돌아가지 못하고 승용차 안에서 자다가 일행들의 부축으로 겨우 여관에 들어갈 정도였고 그 다음날(사고당일) 인 8.4.에는 위와 같은 숙취상태에서 아침에 소주 1병, 12:00경에 맥주 3강통, 14:00에서 15:00사이에 소주 1병 이상, 저녁에 소주 1병을 마셔 대취한 상태에서

승용차를 운전해 가다가 교통사고를 내고 구체적인 정황을 정확히 인식하지 못한 채 본능적으로 정거한 뒤 피해자를 약 12미터 떨어진 풀 속에다 버려두고 다시 차에 돌아와 운전을 계속하였으며, 피해자는 사망하였다. 피고인은 사고시로부터 약7시간이 지난 시점의 음주측정에서 혈중 알코올 농도가 0.26퍼센트로 매우 높은 수치로 나타났다.

2. 사건의 경과 및 고등법원의 판결내용

피고인은 특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제5조의 3 제2항 제1호, 형법 제268조, 도로교통법 제50조제1항 등으로 기소되었다. 1심은 피고인의 대한공소사실을 인정하면서도 피고인이 행위당시 책임능력이 미약하였다고 보아 형을 감경하였다. 이에 피고인측은 피고인이 이 사건 범행당시 심신상실의 상태에 있었는데도 심신미약 감경을 함에 그치고 있다는 이유로 항소하였고, 이에 반하여 검사측은 피고인이 이 사건 교통사고를 일으킨 후 범행을 은폐할 목적으로 길에 쓰러져 있던 피해자를 언덕 아래 수풀 속으로 옮겨 유기하고 도주한 것이어서 그 행위 태양으로 보아 범행 당시 형법 제10조 제2항 소정의 심신미약 상태에 있었다고 볼 수 없을 뿐 더러 위와 같은 범행에 대하여는 음주운전을 무겁게 처벌하는 관계법규의 규정취지에 비추어 심신미약 감경을 할 수 없는 것임에도 원심이 심신미약 감경을 한 것은 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 이유로 등으로 항소하였다.

이에 대하여 원심⁷⁾은 먼저 심신미약의 점에 대하여, 여러 사정 등을 종합하면 피고인이 피해자를 유기, 도주한 점에서 피고인은 사고 당시 술에 취하여 사리를 분별하고 의사를 결정할 능력이 상실된 상태였다고는 볼 수 없으나, 그러한 능력이 미약한 상태에서 있었다는 봄이 상당하다고 하여, 행위 당시에 피고인이 심신미약상태에 있었다는 점을 인정하였다. 그러나, 행위당시 심신미약상태에 있었다고 하여 곧바로 심신미약감경을 해야하는 것은 아니라고 하며, 다음과 같이 설시하였다. "무릇 형벌을 과하는 전제로 되는 책임능력이 행위시에 갖추어져야 함은 현행형법의 대원칙으로서 형법 제10조 제1항은 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니하는 것으로, 동조 제2항은 그러한 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경하는 것으로 규정하고 있으나, 한편 동조 제3항은 위협의 발생을 예견하고 자의로 위와 같은 심신장애를 야기한 자의 행위에는 제1,2항을 적용하지 아니하는 것으로 규정"하고 있으므로, 형법 제10조 제3항의 적용여부를 검토하여야 한다는 것이다. 이를 당해 사건에 적용하면, "음주할 때 에 이미 음주운전할 의사가 있었던 경우에는 그러한 위협의 발생을 예견하였거나 예견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한 것으로 보아 형법 제10조 제3항에 따라 심신미약으로 인한 감경 등을 할 수 없는 것이라고 봄이 타당하다"고 결론짓고, 피고인측의 항소를 배척하고 피고인에게 징역 5년을 선고하였다. 이에 피고인은 대법원에 상고하였다.

3. 대법원의 판결요지

대법원은 형법 제10조 제3항 및 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 피고인의 상고이유에 대하여, "형법 제10조 제3항은 「위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전 2항의 규정을 적용하지 아니한다」고 규정하고 있는 바, 이 규정은 고의에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위만이 아니라 과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위까지도 포함하는 것으로서 위험의 발생을 예견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한 이 기우도 그 적용대상이 된다고 할 것이다. "고 전제한 후, 당해 사건에 관하여 "피고인이 음주운전을 할 의사를 가지고 음주만취한 후 운전을 결행하여 이건 교통사고를 일으킨 이 사건에서 피고인은 음주시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 형법 제10조 제3항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다"고 하여 심신장애로 인한 형의 감경을 하지 않은 원심을 유지하고, 피고인측의 상고이유를 받아들이지 않았다.

다만, 대법원은 원인에 있어서 자유로운 행위의 적용과는 무관하게, 이 사건에 적용된 특정 범죄가중처벌등에관한법률 제5조의3 제2항 제1호가 1992. 4.28.자로 헌법에 위반된다는 헌법재판소 결정⁸⁾이 있었으므로 위 조항은 소급하여 그 효력을 상실하였다고 보아 위 조항을 적용한 원심판결을 파기하고 환송하였다.

4. 대상판결의 논점정리

이 판례는 최근 특가법상 도주운전죄는 물론 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 이후의 일련의 판례에 대하여 기본판결(leading case)로써 받아들여지고 있다. 이 판결에서 대법원은 위험의 발생을 「예견할 수 있었」는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우, 즉, 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위도 형법 제10조 제3항이 규정하는 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당되고, 따라서 행위당시에 심신미약상태에 있었다고 할지라도 형을 감경할 수 없다고 분명히 하였다.⁹⁾ 그리고, 당해사안에 있어서는 피고인이 음주시에 교통사고를 일으킬 "위험성을 예견"하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당한다고 보아 형법 제10조 제3항을 적용하여 심신미약감경을 배제하였다.

여기에서 많은 논점들이 발견될 수 있으며, 특히 "자의로"라는 표지의 해석, 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위의 가능성여부가 문제될 수 있다. 본고의 주제와 관련하여 대상판결에서 특히 나 논쟁이 될 수 있는 것은 과연 "교통사고야기의 위험성의 예견"이 구체적으로 무엇을 의미하는가, 그리고 이러한 "교통사고위험성의 예견"만으로 「도주의 고의」를 인정할 수 있는가 하는 점이다. 이에 대하여, 대법원은 "피고인이 음주운전을 할 의사를 가지고 음주만취한 후 운전을 결행하여 이건 교통사고를 일으킨 이 사건에서 피고인은 음주시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 형법 제10조 제3항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다"고 하여, 도주운전죄의 성립을 인정하였고, 이 문구는 이후에 선고된 일련의 판례¹⁰⁾에서도 동일하게 인용되고 있다. "예견"이라는 표현에 주목하게 되면 이는 범행에 대한 고의와 동일시될 수 있고, 따라서 이 사안은 범행을 예견하고 자의로 심신장애를 야기했으므로, 고의의 원인에 있어서 자유로운

행위라는 해석이 가능하다.¹¹⁾ 그러나, 판례는 음주시 예건의 대상이 「교통사고위험성」이라고 판시하고 있다. 판례는 이처럼 음주시 「교통사고의 위험성에 대한 예건」이 존재하면 특가법상의 도주차량운전자에 대하여 형법 제10조 제3항을 적용할 수 있다고 해석될 수 있다. 즉, 이 판결은 "도주" 나아가 "유기"의 점에 대하여 음주시에 고의가 있었는가 하는 점에 대하여는 언급하지 않은 채, 도주운전죄의 성립을 긍정하였으므로 비판이 제기된다.¹²⁾ 이러한 관점에서 도주운전에 대한 원인에 있어서 자유로운 행위를 부정하였던 하급심판례와 최근 이중의 고의의 필요성을 인정한 대법원판결을 차례로 살펴본다.

5. 비교판례(1) : 도주운전죄에 대한 원인에 있어서 자유로운 행위를 부정한 하급심판례¹³⁾

가. 사실관계

피고인은 병과류 장사를 하면서, 그 소유 업무용인 1톤 트럭의 운전업무에 종사하던자인 바, 1985.12.24. 시간불상경 위 트럭으로 경북 군위군 부계면 대울동에 가서 상품배달을 마치고는, 위 트럭을 운전하여 귀가하기에 앞서, 주취한 상태에서 운전하면 「교통사고의 위험이 있다는 사실을 잘 알면서도」. 술한잔 하고 귀가하리라 마음먹고, 혈중 알콜농도가 혈액 1밀리리터당 2.7밀리그램 정도가 되도록 음주 만취하여 스스로 심신상실의 상태를 야기시킨 후, 그날 21:30경 위 차량을 운전하여 같은 군 효령면 쪽으로 가던 중, 같은 군 부계면 창평 1동 보건소 앞 노상에 이르렀던 바, 당시 진행방향 우측 노면에는 피해자가 걸어가고 있었는데, 주취하여 이를 보지 못하고, 위 차량 우측 앞 범퍼부분으로 위 피해자를 뒤에서 충격하여 그로 하여금 그 자리에서 두개골골절상 등으로 사망케 하고 계속하여 같은 군 효령면 소재 군위경찰서 효령지서 앞까지 운전하였다.

나. 사건의 경과

1심인 대구지방법원은 피고인이 범행당시 심신상실의 상태에 있었던 사실을 인정한 후, 피고인의 주취운전은 교통사고의 발생을 예견하였으면서도, 자의로 음주행위에 나아가 심신장애를 야기한 행위, 이른바 "원인에 있어서 자유로운 행위"로 보아 피고인의 심신장애의 주장을 배척하고, 이 사건 공소사실 전부를 유죄로 인정, 처단하였다. 이에 피고인이 항소하였다. 항소심은 피고인에 대하여 업무상과실치사의 점은 교통사고처리특례법 제3조 제1항, 형법 제268조, 제10조 제1항, 제3항에, 주취운전의 점은 도로교통법 제109조 제2호, 제41조 제1항에 의하여 유죄를 인정하고, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반에 관하여는 범죄의 증거가 없다고 배척하여 징역 1년형에 처하였다.

다. 항소심의 판결요지

피고인은 주취한 상태에서 운전을 하게 되면 교통사고를 야기할 위험성이 있음을 잘 알고

있으면서도, '술 한잔하고 차량을 운전하여 귀가하리라' 마음먹고, 스스로 술을 마시기 시작하여 그 끝에 만취한 사실을 인정할 수 있으니, 피고인의 주취운전 및 업무상과실치사의 소위들은 모두 형법 제10조 제3항 소정의 "원인에 있어서 자유로운 행위"에 해당한다고 할 것이어서, 피고인으로서는 어차피 그 책임을 면할 수 없게 되었다고 할 것이다.

피고인의 사고 후 도주의 점을 "원인에 있어서 자유로운 행위"라 하여 유죄로 인정하기 위해서는, 피고인이 음주당시 그가 주취운전 중 교통사고를 야기하면 피해자를 구호하지 아니하고 도주할 것이라는 점에 대한 인식, 적어도 미필적 인식은 있어야 한다고 할 것인데, 피고인의 평소의 성행, 음주하게 된 경위 등 기록에 나타난 여러 사정을 비추어 보더라도, 피고인이 음주당시 위와 같은 인식을 하고 있었다고는 보이지 아니하고, 달리 이 점에 관한 아무런 증거가 없다.

6. 비교판례(2) : 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위에서 이중의 고의를 인정한 대법원 판례(대마초흡연후 살인사건)¹⁴⁾

가. 사실관계

피고인들은 피해자들을 살해할 의사를 가지고 범행을 공모한 후에 대마초를 흡연하였다. 이 상태에서 피고인들은 피해자 임0만을 범행장소로 유인하여 잔인한 방법으로 살해하여 매장한 다음, 곧이어 위 살인범행을 숨기기 위하여 위 피해자의 애인으로서 그 행방을 찾고 있던 피해자 박미에게 위 임만의 거처로 데려다 준다고 속여 최초의 범행장소 부근으로 유인하여 참혹하게 살해하였다.

원심은 위 범행 당시 대마초 흡연으로 인하여 심신이 미약한 상태에 있었음은 인정되나, 피고인들이 피해자들을 살해할 의사를 가지고 범행을 공모한 후에 대마초를 흡연하고, 각 범행에 이른 것으로 대마초 흡연시에 이미 범행을 豫見하고도 自意로 위와 같은 神障를 惹起한 경우에 해당하므로, 刑法 제10조 제3항에 의하여 神障로 인한 감경 등을 할 수 없다고 판시하면서 神障로 인한 감경주장을 배척하였다. 이에 피고인이 상고하였고, 大法院은 원심을 유지하였다.

나. 판결요지

피고인들은 상습적으로 대마초를 흡연하는 자들로서 이 사건의 살인범행 당시에 대마초를 흡연하여 그로 인하여 심신이 다소 미약한 상태에 있었음은 인정되나, 이는 위 피고인들이 피해자들을 살해할 의사를 가지고 범행을 공모한 후에 대마초를 흡연하고, 위 각 범행에 이른 것으로 대마초 「흡연시에 이미 범행을 豫見」하고도 自意로 위와 같은 神障를 惹起한 경우에 해당하므로, 刑法 제10조 제3항에 의하여 神障로 인한 감경 등을 할 수 없다.

III. 대상판결에 대한 학설의 입장과 검토

1. 학설의 입장

특가법상 도주운전죄에 대하여 형법 제10조 제3항, 즉 원인에 있어서 자유로운 행위의 범리를 적용하는 앞의 판례들에 대하여는 학설상 비판이 제기되고 있다.¹⁵⁾

조상재 교수는 본 대상판례에 대한 판례평석¹⁶⁾

에서 대법원이 도주행위의 부분에 대하여 언급하고 있지 않은 점을 지적한다. 통상의 도주차량사건에서, 즉 원인에 있어서 자유로운 행위가 문제되지 않는 사례에서 대법원은 특가법 제5조의 3 제1항의 성립에 도주의 범위를 일관하여 요구하고 있고, 여기에서 「도주」는 피해자가 사상을 당한 사실을 인식하였음에도 불구하고 도로교통법 제50조 1항에 규정된 의무를 수행하기 이전에 사고현장을 일탈하여 사고야기자로서 확정될 수 없는 사태를 초래하는 경우라고 판시하고 있는데,¹⁷⁾ 음주운전자가 도주한 사안에서는 원인행위인 음주시에 「도주」에 대한 인식, "예견조차 없었음은 명백하므로" 형법 제10조 제3항을 적용할 수 없다는 것이다.¹⁸⁾ 따라서 조상재 교수는 판례의 결론과 달리 형법 제10조 제3항을 적용하는 대신 두가지 대안을 제시한다. 첫째, 사고당시 행위자가 심신미약상태에 있었다면 최소한 형법 제10조 2항의 필요적 감경을 해야하며, 둘째, 완전한 심신 상실상태에 있었다면 도주운전죄는 무죄를 인정한 후(책임조각), 업무상과실치사죄(제268조), 사고후구호조치불이행(도로교통법 제50조 1항) 및 주취중운전금지(도로교통법 제41조)의 경합범으로 처벌하여야 할 것이라고 한다.¹⁹⁾

손동권 교수도 조상재 교수와 거의 동일한 관점에서 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립하기 위하여는 원인행위시에 뺑소니(도주)행위에 대한 고의가 있어야 하는데, 운전자가 음주할 때 뺑소니에 대해서까지(미필적) 고의가 있다고 볼 가능성은 거의 없다고 한다.²⁰⁾ 그러므로 고의의 도주운전죄는 성립하지 않고 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위는 성립할 수 있으나 도주운전죄의 과실범처벌규정은 없으므로 "처벌의 흠결"이 발생하게 된다고 한다. 이를 제거하기 위하여 입법론상 완전명정죄를 신설하는 것이 필요하다고 한다.²¹⁾ 형행법상은 사고후 도주시에 심신미약을 인정하더라도 필요적으로 감경되는 고의범으로 처벌할 수 있을 뿐이라고 한다.²²⁾

2. 학설의 검토

판례에 대한 학설의 비판은 일면 타당하다. 무엇보다 대법원이 음주시, 즉 선행행위시 도주의 점에 대한 고의의 존재를 분명히 하지 않은 채, 도주차량죄에 대하여 형법 제10조 제3항을 적용한 것은 옳지 않다고 보여진다. 「교통사고의 위험성의 예견」이 그 자체로 「범행의 예견」, 더우기 「도주의 예견」을 포함한다고 볼 수는 없기 때문이다.

그러나, 다른 한편, 판례를 비판하면서 만취상태에서 도주운전한 운전자의 처벌문제에

있어서 특가법상 도주운전죄의 적용을 부정하고, 단지 업무상과실치사상죄와 도로교통법상의 구호조치불이행죄 등의 경합범으로 처벌하려는 일부학설의 태도도 수긍하기 어렵다. 생명과 신체에 대한 보호를 강화하기 위한 특가법상의 도주운전죄의 형량이 음주 등으로 인한 심신미약에 있어서는 감경된다고 한다면, 현실적으로 뺑소니차량의 피해자에 대한 보호는 현저히 약화될 수밖에 없고, 결과적으로 음주운전에 대한 효과적 대응을 어렵게 하기 때문이다.

이러한 문제점으로 인하여 일부학설은 음주운전의 경우 발생할 수 있는 처벌의 흠결을 메우기 위하여 독일형법 제323a조와 같은 완전명정죄의 신설을 주장한다.²³⁾ 그러나 완전명정죄를 도입한다고 하여 도주운전죄에서 발생하는 처벌상의 문제점이 완전히 해결되는 것은 아니다. 독일형법 제323조의 a²⁴⁾ 와 같은 완전명정죄는 최고형량이 5년의 자유형인 일종의 抽象的 危險犯으로써²⁵⁾ 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립하지 않거나 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위만이 성립할 수 있는 경우 처벌의 「흠결」을 방지하자는 것이기 때문에²⁶⁾ 도주운전죄와 같이 일정한 범죄를 중형으로 「가중처벌」하려는 경우에는 별 도움이 되지 않기 때문이다. 예를 들어, 도주운전죄를 제10조 2항에 의하여 필요적으로 감경한다고 하여도, 무기형을 선택하여 감경할 경우 7년 이상의 자유형이 확보되므로(형법 제55조 1항 참조) 이미 완전명정죄의 형량을 초과하게 된다. 책임무능력의 경우에도 그 성립이 부정되지 않은 업무상과실치사죄(제268조)²⁷⁾와 주취중 운전죄(도로교통법 제41조 1항, 107조의 2 1호)²⁸⁾의 경합범으로 처벌할 수 있다.

따라서 위와 같은 음주후 도주운전의 사안에 대하여, 형사처벌의 직절성과 형평성을 확보하기 위하여 형법 제10조 제3항을 적용하여 심신미약, 심신상실의 주장을 배척할 수 있는지, 그러한 이론적 가능성을 검토해 보지 않을 수 없는 것이다. 도주운전죄에 대한 원인에 있어서 자유로운 행위의 적용여부를 평가하기 위하여는 먼저 심신장애상태에서의 실행행위로 평가될 수 있는, 도주운전죄에 있어서 「도주」, 「유기」 등의 의의가 무엇인가, 그리고 본 사안에서 도주에 대하여 예견한다는 것은 무엇을 의미하는가에 주목하고자 한다.

여기에서의 도주가 단순히 장소적으로 이탈하는 것을 의미하지 않음은 여러 차례의 판례를 통하여 시사되었으며, 아직도 불분명한 점들이 존재하고 있기 때문이다.²⁹⁾ 도주에 대한 해석여하에 따라서는 음주시에 도주의 예견이 없었다고 단언할 수 없는 사례도 존재할 수 있으며, 이러한 점에서 도주운전죄에 있어서 단순히 "도주에 대한 예견조치 없었음이 명백"하다고 단정하기 곤란한 경우가 적지 않기 때문이다.

IV. 특가법 제5조의 3의 해석론 - "도주"개념의 재해석

1. 도주운전죄의 의의와 보호범의

특가법 제5조의 3 도주운전죄는 형법 제268조의 죄를 범하여 사람을 사상한 사고운전자가 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항³⁰⁾의 규정에 의한 조치를 취하지 아니하고 도주한 때에 성립한다. 도로교통법 제50조 제1항, 제106조의 구호의무불이행죄는 특가법 제5

조의 3와 달리 재물에 대한 손괴의 경우에도 성립될 수 있으며, 나아가 운전자 아닌 승무원도 적용대상이다. 따라서 실무상 본조는 주로 업무상 과실재물손괴후 도주의 처벌규정으로 다루어지고 있다고 한다.³¹⁾ 또 도로교통법상의 구호의무불이행죄는 운전자의 고의, 과실을 전제하지 않으나, 특가법상의 도주운전죄는 고의, 과실로 교통 사고를 발생시킨 경우에만 적용된다.³²⁾ 독일형법 제142조(사고장소로부터의 무단이탈)³³⁾도 교통관여자가 사고장소로부터 무단 이탈한 경우 이를 처벌하고 있으나, 동조는 인적 물적 사고까지도 포함하고 있고, 인명구호와와는 관계없이 교통사고관여자의 민사법적 청구권관계를 명확히 확정하려는 데 그 의의가 있으므로³⁴⁾ 우리나라 특가법상 도주운전죄와는 차이가 있다.³⁵⁾

특정범죄가중처벌등에 관한 법률 자체는 1966.2.23 법률 제1744호로 제정되었으며, 동법 제5조의3 도주운전죄는 1973.2.24 법률 제2550호로써 신설되었다. 도주운전죄의 보호법익에 관한 학설로는 1) 교통사고 피해자의 생명과 신체라는 설³⁶⁾ 2) 민사상 불법행위에 기인한 손해배상청구권확보설. 3) 교통사고에 있어서 생명과 신체의 보호, 피해의 확대방지, 교통질서의 회복을 통한 도로교통의 안전이라는 설³⁷⁾ 등이 대립하고 있다.³⁸⁾ 생각건대, 특가법상 도주운전죄는 재물손괴의 경우는 적용되지 않고 인적 사상의 경우에만 적용되고 있으며, 교통의 안전확보는 다른 도로교통법상의 처벌규정을 통하여도 확보될 수 있는 만큼 피해자의 생명과 신체의 보호를 보호법익으로 하고 있다는 견해가 타당하다고 생각된다.³⁹⁾ 이 점은 특히 「도주」의 해석과 관련하여 중요한 의미를 갖고 있는데 이는 후술한다.

특가법상 도주운전죄는 사고운전자가 피해자를 구호하지 않고 도주하거나, 또는 피해자를 유기하고 도주함으로써 성립하는 범죄이다. 따라서 형법 제268조의 죄를 범한 사고운전자만이 특가법위반(도주차량)죄의 주체가 될 수 있으며, 이러한 의미에서 신분범이다.⁴⁰⁾ 또한 교통사고가 행위자의 과실에 의하지 않고 발생한 경우에도 도주운전죄는 성립하지 않는다.⁴¹⁾ 이상과 같은 점에 있어서는 별다른 문제가 존재하지 않는다. 문제는 구호조치의 불이행과 도주에 관한 점이다.

2. 「도주」 개념에 대한 논의

가. "도주" 개념에 대한 판례의 입장

구호조치불이행과 도주의 관계, 또는 도주의 의의에 대하여 판례는 일관되지 않고, 특히 사고야기자로서 확정될 수 없는 상태와 관련하여 "해석상 혼란"을 일으키고 있다고 볼 수 있다.⁴²⁾ 이러한 혼란에는 무엇보다 도주운전죄의 보호법익을 무엇으로 보아야 하는가에 관한 문제가 있다고 보여지므로, 보호법익과의 관련하여서 「도주」의 해석론으로 살펴보라는데 한다.

판례에 의하면 「도주」의 의의는 다음과 같이 정리된다. "특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의3 제1항에서 말하는 '도주'라 함은 사고운전자가 사고로 인하여 피해자가 사상을 당한 사실을 인식하고도 피해자를 구호하는 도로교통법 제50조 제1항에 규정된 의무를 이행하기 이전에 사고현장을 이탈하여 사고야기자로서 확정될 수 없는 상태를 초래하는 경우를

가리킨다.”⁴³⁾

판례에서는 「도주」의 요소로써 세가지를 적시하고 있다. 첫째, 교통사고로 인한 사상자 발생에 대한 인식, 둘째, 피해자에 대한 구호의무의 불이행, 셋째, 사고현장을 이탈하여 사고 야기자로서 확정될 수 없는 상태를 초래하는 것 등이다. 여기에서 첫째 요건에 대하여는 문제가 없다. 문제는 두번째 요건과 세번째 요건에 있다. 판례는 현장의 이탈과 사고야기자로서 확정될 수 없는 상태의 초래를 「도주」의 개념에 포함시키고 있다. 즉 도주의 요소는, 「사고현장의 이탈」(장소적 이탈)과 「사고야기자로서 확정될 수 없는 상태의 초래」이다. 이러한 요소들은 모두 도주의 의의, 개념에 관한 것이다.⁴⁴⁾

즉, 이는 환언하면 이들 요소 중 어느 하나라도 흠결되면 「도주」 자체가 성립되지 않아야 한다는 것이다. 일반적으로 범죄가 성립하기 위하여는 구성요건이 충족되어야 하고, 구성요건이 충족된다 함은 법률에 기술되어 있는 「모든」 구성요건요소가 실현되어야 한다는 의미이다. 구성요건요소 중 어느 하나라도 흠결되면 「기수」로는 별할 수 없고, 경위 따라서 「미수」로 별할 수 있을 뿐이다. 즉, 일반적으로 구성요건에 보다 많은 구성요건요소를 기술할수록 당해 구성요건이 충족될 여지는 좁아지게 된다.

그러므로 결론적으로, 판례에 의할 때, 특가법상 도주운전죄는 다음과 같은 경우에 성립된다. 교통사고를 야기하고(A), 「그리고」 구호조치를 행하지 아니하고(B), 「그리고」 신원을 확인하지 않고(C), 「그리고」 현장을 이탈하는(D) 경우인 것이다. 즉, 이를 논리공식으로 설명하면, 「A (and) B (and) C (and) D」와 같이 된다. 이 중 하나의 요소라도 결여되어 있으면, 도주 자체가 성립되지 않는다.⁴⁵⁾

그러므로, 판례의 도주개념에 의하면, 다음의 경우, 특가법상 도주운전죄가 성립할 수 있는지 특히 문제된다. 첫째, 구호조치의 내용과 관련하여, 병원에 후송하는 것으로 족한

것인지 여부, 둘째, 치료를 하게 하였으나 신원확인하지 않은 경우, 셋째, 구호는 하지 않고 신원만 확인한 경우, 넷째, 구호조치를 취하지 않고 현장을 이탈하지도 않은 경우 등이다. 이하에서 이러한 유형에 대한 판례의 입장은 무엇인지 비판적으로 검토해 본다.

나. 구호조치의무의 내용

먼저 피해자를 병원에 후송한 후 자신의 신원을 남기지 않고 현장을 이탈한 경우 도주운전죄를 인정한 판례를 본다. 피고인이 교통사고를 낸 후 피해자를 자신의 차량에 태우고 근처에 있는 병원으로 데리고 간 다음, 그 병원 접수창구 의자에 피해자들을 앉힌 후 접수직원에게 교통사고 피해자들이라고 말하고, 피해자들이 「치료를 받기 위하여 의자에 앉아 대기」하고 있는 사이에 병원 밖으로 나가 도주한 사건에서, 대법원은 “피고인은 피해자를 병원에 데리고 가기는 하였으나 도로교통법 제50조 제1항이 예정하고 있는 사고야기자로서 취하여야 할 구호의무를 제대로 이행하였다고 할 수 없음은 물론 피해자나 그 밖의 누구에게도 자기의 신원을 밝히지 않고 도주함으로써 사고를 낸 자가 누구인지 확정할 수 없는 상태를 초래케 하였다고 할 것이므로, 위에서 본 법리에 비추어 볼 때 피고인의 행위는 법 제50조의3 제1항 소정의 ‘피해자를 구호하는 등 필요한 조치를 취하지 아니하고 도주한 때’에 해당한다고 보아야 할 것이다.”고 하였다(도주판례1).⁴⁶⁾

또한 1999년에도 유사한 사례에서, 피고인이 피해자를 병원 「응급실에 데려다 준」 다음,

피해자나 병원 측에 아무런 인적사항을 알리지 않고 병원을 떠난 사건에서도 대법원은 "피고인은 피해자를 「병원에 데리고 가기」는 하였으나 도로교통법 제50조 제1항이 예정하고 있는 사고야기자로서 취하여야 할 구호의무가 제대로 이행하였다고 할 수 없음은 물론 피해자나 그 밖의 누구에게도 자기의 신원을 밝히지 않고 도주함으로써 사고를 낸 자가 누구인지 확인할 수 없는 상태를 초래케 하였다고 할 것"이라고 하여 도주운전죄의 성립을 긍정하고 있다(도주판례 2).⁴⁷⁾ 즉, 단순히 피해자를 병원에 후송하여 응급실에 데려다주는 행위만으로는 특가법 제5조의 3 제1항이 요구하고 있는 구호조치에 해당하지 않는다고 보는 듯하다.

이와 달리 도주운전을 부정한 사례를 검토해 본다. 1999년 한 판례에서 대법원은 "피고인 자신이 부상을 입고 경찰에 의하여 병원으로 후송된 것일 뿐 스스로 사고장소에서 이탈한 것이 아니고, 피고인이 그 후 병원으로 후송되어 치료를 받던 도중 아무 말 없이 병원에서 나와 경찰에 연락을 취하지 아니하였다 하더라도 그 당시에는 이미 「경찰에 의하여 피해자를 구호하는 등의 조치」가 이루어진 후이므로, 이를 두고 피해인이 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항에 규정된 의무를 이행하기 전에 사고장소를 이탈하여 사고야기자로서 확정될 수 없는 상태를 초래한 경우에 해당한다고 볼 수도 없다."⁴⁸⁾고 하여 도주운전죄의 성립을 부정하였다. (도주판례 3).

또한 이전의 다른 사례에서 대법원은 "피고인이 이 사건 교통사고 야기 후 사고 현장에서 다른 사람들과 같이 피해자들을 구급차에 나눠 신고 자신도 구급차에 동승하여 피해자 남광현을 병원 응급실로 「후송한 후 간호사가 혈압을 재는 것」을 보고 응급실 밖에서 담배를 피우고 있던 중 피고인 자신과 피해자가 타고 온 구급차가 다른 곳으로 가는 것을 보고 응급실에 다시 가 본 결과 위 피해자가 보이지 않자 간호사에게 피해자의 행방을 문의하였으나 그녀가 다른 곳으로 후송하였다고만 이야기하여 하는 수 없이 자신의 사무실로 돌아 간 사실을 확인한 다음, 피고인이 사고 현장에서 다른 사람들과 같이 피해자들을 구급차에 나눠 신고 자신도 구급차에 동승하여 피해자 남광현을 병원 응급실로 후송한 후 그 피해자를 「병원에 인계」하였다면 피고인이 사고 야기자로서 취하여야 할 구호의무는 모두 이행하였다고 보아야 할 것이고, 그 후 위 병원의 의사 등의 의학적 판단에 따라 피해자 남광현을 다른 큰 병원으로 이송하는 경우까지 피고인이 관여하여야 할 필요는 없다 할 것이므로 피고인이 비록 사고 현장에서나 그 후 경찰관서 등에 사고 신고를 하지 않았거나 또는 타인에게 자신이 사고 야기자라고 적극적으로 고지하지 아니하였다고 하더라도 피고인의 행위는 특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제5조의3 제1항 소정의 도주차량에는 해당되지 아니한다고 판단하였음은 옳고, 거기에 소론과 같은 채증법칙 위배나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다"⁴⁹⁾고 판시하였다(도주판례 4).

이상에서 도주운전을 긍정한 경우와 부정한 경우, 어떠한 차이가 있는가 하는 점은 일견 명확하지 않아 보인다. 그러나 자세히 살펴보면, 다음과 같은 기준에 의하여 판례를 구분할 수 있을 것 같다. 즉, 병원에 접수하여 실제로 치료행위가 개시된 경우에는 구호조치를 다한 것이고, 반대로 병원에 접수하기 위하여 대기하는 경우(도주판례 1), 병원에 데리고 간 경우(도주판례 2) 등 아직 치료행위가 개시되지 않은 경우에는 구호의무를 다한 것으로 볼 수 없

다는 것이다. 반대로, 간호사가 혈압을 재는 등 의료진에 의하여 실제적인 진료행위가 개시된 때 (도주판례 4)에는 구호조치를 다하였다고 보고 있다고 생각된다. 그러나 도주판례 3의 경우에는 이러한 기준에 의할 때에도 명확하지 않은 부분이 있다. 도주판례 3에서는 경찰에 의한 구호조치만을 언급하고 있으나, 경찰은 의료진이 아니고 따라서 아직은 의료진에 의한 치료행위가 개시되었다고 볼 수 없기 때문이다.

생각건대, 우리나라 의료현실상 응급환자가 입원비, 또는 수술비가 없다는 이유로 병원에서 치료도 받지 못하고 병원을 전전하다가 사망하는 경우가 적지 않음을 볼 때, 교통사고의 피해자를 단지 병원에 데리고 갔다는 점만으로 피해자에 대한 구호조치가 완료되었다고는 볼 수 없을 것이다. 도로교통법 제50조 제1항에서 요구하고 있는 「구호조치」는 최소한 피해자의 생명, 신체에 대한 급박한 위해를 실질적으로 제거하는 정도에는 이르러야 하기 때문이다. 그러므로, 피해자의 상해정도가 중하고 수술을 받지 않으면 생명이 위태로운 경우에는, 병원에서 단순히 치료행위를 개시하였다는 점만으로는 피고인의 구호의무가 종료되었다고 볼 수 없는 경우도 언제라는데 볼 수 있을 것이다. 많은 비용이 드는 대수술의 경우, 보호자나 재정보증인, 또는 교통사고 종합보험 등에의 가입여부가 확인되지 않으면, 수술을 개시하지 않을 수 있기 때문이다. 따라서, 긴급한 대수술을 요하는 중상해의 경우에는, 단순히 간호사, 또는 의사에 의하여 진단 등의 치료행위가 개시되었다는 사실만으로, 구호조치가 종료될 수 없고, 대수술에 필요한 수술비, 입원비 등의 지급을 위한 조치가 요구된다고 하겠다. 경우에 따라서는 이를 위하여 병원접수대에서 공통사고야기자의 신원을 확인해야 할 수도 있다고 보아야 할 것이다.⁵⁰⁾ 사고운전자의 구호조치의무의 범위에 대하여 "피해자가 병원으로 후송되었다고 하여도 사고운전자의 의무가 끝난 것은 아니며, 병원으로 달려가 치료여부 등을 확인하고 치료비 등 경비를 부담할 의무가 남아있다."⁵¹⁾는 견해도 있으나, 치료비부담이라는 민사적 행위가 구호조치에 포함된다고 보기도 어렵다고 생각된다. 치료비부담이라는 요건이 구호의무에 별도의 독자적인 의무 내용이라기 보다는 피해자의 생명, 신체를 구호하기 위한 적극적인 응급조치 및 필요한 경우 수술의 개시라는 관점에서 요구되는 한도에서 이를 구호의무의 부수적 내용으로 파악할 수 있을 것으로 생각된다.

다. 구호조치후 신원확인 없이 현장을 이탈한 경우

앞의 도주판례 4에서 바로 이러한 문제가 다루어졌다. 이 판례에서 대법원은 "피해자를 「병원에 인계」 하였다고 피고인이 사고 야기자로 취하여야 할 구호의무는 모두 이행하였다고 보아야 할 것이고, 경찰관서 등에 사고 신고를 하지 않았거나 또는 타인에게 자신이 사고 야기자라고 적극적으로 고지하지 아니하였다고 하더라도 피고인의 행위는 특정범죄가중처벌등에관한 법률 제5조3 제1항 소정의 도주차량에는 해당되지 아니한다"고 보았다. 즉, 피해자에 대한 구호조치를 완료하였다면, 경찰서나 제3자에게 신원확인을 해주지 않아도 도주운전죄의 도주에는 이행하지 않는다는 것이다. 즉, 도주의 개념 중 구호조치의무의 이행이라는 요건이 결여되어 있음으로 인하여, 신원확인없는 장소이탈이라는 요건이 충족되어야 도주운전죄의 도주는 성립되지 않게 되는 것이다.

이에 대하여 "병원으로 후송하여 치료받게 한 상태에서 그대로 자취를 감춘 경우는 도주가 아니라는 판결로 이해한다면 큰 오류가 발생한다"는 견해가 있다.⁵²⁾ 특가법상 도주운전죄는 "피해자의 적절한 구호조치 뿐 교통사고의 책임이 누구에게 있다는 것을 확정할 수 있도록 함으로써 민형사상 적절한 책임을 지도록 하고 면허처분 등 그에 적절한 교통안전에 필요한 조치를 취할 수 있도록 하자는 것"이라고 하여, 도주운전죄의 "필요한 조치"가 교통사고의 민 형사상 책임을 확정할 수 있도록 해야 한다고 한다.⁵³⁾

그러나, 이러한 비판은 부분적으로만 타당하다고 할 수 있다. 신원확인 의무는 피해자에 대한 치료, 수술을 가능하게 하는 범위에서만 요구되는 것이며, 일반적으로 요구되는 것은 아니기 때문이다.⁵⁴⁾ 또한, 특가법상 도주운전죄의 보호법익을 피해자의 생명, 신체의 보호를 넘어서서 형사상 책임확정으로까지 포함하여, 도주운전죄를 확장해석하는 것은 위헌의 소지가 있다. 도로교통법 제50조 제2항 신고의무위반행위에 대하여 벌금을 과할 수 있도록 한 도로교통법 제111조 제3호조차도 형사책임과 관련되는 사항에 대하여 적용하는 경우 헌법 제12조 제2항이 규정하고 있는 자기부죄금지원칙에 반할 수 있다는 헌법재판소의 결정⁵⁵⁾을 고려할 때, 그보다 훨씬 중하게 처벌하는 도주운전죄의 적용범위를 신고의무위반, 즉 신원확인불이행에 적용할 경우, 헌법 제12조 제2항에 보장된 진술거부권을 침해할 수 있기 때문이다.

그러므로, 이 문제에 대하여는 다음과 같이 말할 수 있을 것이다. 피해자를 병원에 후송하고 실질적인 치료, 수술을 받을 수 있는 모든 조치를 강구하였다면, 구호조치 의무를 완수한 것이고, 사전 또는 사후에 사고사실을 경찰에 신고하지 않았거나 자신의 신원을 밝히지 않고 병원, 또는 사고현장에서 이탈하였다고 하여도 도주운전죄의 도주를 구성하지 않는다는 것이다. 이는 헌법재판소의 결정⁵⁶⁾을 통하여도 확인할 수 있으며, 대법원 판례도 이러한 관점에서 해석될 수 있다고 보여진다.

라. 신원확인후 구호조치를 이행하지 않고 이탈한 경우

이번에는 전술한 유형과 정반대의 사례유형을 검토해 본다. 사고야기자가 피해자를 구호하지 않고, 단지 신원확인만을 하고 사고현장을 이탈한 경우이다. 즉, 피해자가 의식을 잃고 쓰러져 있음에도 불구하고, 피해자를 구호하기 위하여 경찰, 구급대, 병원 등에 신고하지 않고, 스스로도 피해자를 병원에 후송하여 응급조치를 받도록 노력함이 없이, 자신의 신원(이름, 전화번호, 차량번호 등)을 적은 쪽지를 피해차량의 앞에 놓아두거나 또는 기타의 방법으로 신원을 알리고 현장을 이탈한 경우, 도주운전죄의 도주에 해당하는지 문제될 수 있다. 이러한 사례를 다룬 대법원판례는 아직 찾아볼 수 없다. 그러나, 예컨대, 음주운전의 발각 등이 두려워 이를 피하기 위한 방법으로 이러한 사례가 발생할 가능성도 배제할 수는 없다 할 것이다.

바로 이러한 경우에 판례의 도주개념에 의하면 문제점이 발생한다. 전술한 바와 같이, 판례의 도주개념은 「피해자의 구호조치 이전에 사고현장을 이탈하여 사고야기자로 확정될 수 없는 상태를 초래하는 것」에는 「사고야기자로서 확정될 수 없는 상태의 초래」라는 요건

이 충족되지 않기 때문에 특가법상 도주운전죄의 도주에 해당한다고 볼 수 없게 되는 결과에 이르게 될 것이다.

이러한 결론은 판례의 도주개념에 입각하여 논리적으로 도출될 수 있을 것이다. 그러나, 이러한 결론은 수긍할 수 없다. 피해자의 생명, 신체를 도주운전죄의 주된 보호법익으로 파악할 때, 이러한 사례에 대하여 특가법상 도주운전죄를 적용할 수 없다고 한다면, 피해자의 생명, 신체에 대한 보호의 측면에서 보나, 형사정책적 관점에서 보나, 수인할 수 없는 중대한 결함이 발생할 것이기 때문이다. 대법원이 이와 유사한 사례에 대하여 장래 어떤 결론을 내릴지는 알 수 없나, 현재의 도주개념을 유지하는 한, 타당한 결론에 도달하지 못할 우려가 있다.

마. 구호조치를 이행하지 않고 장소도 이탈하지 않은 경우

이러한 경우는, 예를 들어, 사고운전자가 피해자를 구호하지 않고 사고현장을 이탈하지도 않았으나, 자신이 사고운전자가 아니라 단순한 목격자나 제3자인 것처럼 행동한 경우이다. 사고운전자가 사고현장에서 단지 목격자처럼 행동한 경우 도주운전죄를 인정한 대법원 판결⁵⁷⁾이 있다. 그런데, 이 사건에서는 판례가 피고인의 어떤 행위에 대하여 장소적 이탈이라는 요건을 인정하는지 분명하지 않다. 사고직후 신고를 위하여 파출소까지 걸어가는 행위에서 장소적 이탈을 포착했을 수도 있고, 경찰조사후 귀가하는 행위에서 사고현장의 이탈을 발견했을 수도 있다. 그러나 파출소에 신고하기 위하여 이탈하는 행위는 그 자체로 도주운전죄의 도주로 볼 수 없을 것이고, 귀가시점에는 이미 피해자의 구호가 경찰에 의하여 이루어졌으므로 이 시점에서 도주를 인정하기는 곤란할 것이다. 따라서, 「도주」 개념에 「장소적 이탈」을 포함시키는 한, 이 사건 피고인을 도주운전자로 처벌한 것은 타당하지 않다고 보여진다.

나아가 사고야기자가 사고직후 경찰에 의한 피해자의 구호가 이루어지기까지 전혀 장소를 이탈하지 않고, 사고현장에 남아있다가 피해자가 경찰에 의하여 구호되는 것을 확인하고서야 귀가하였다면, 과연 「구호조치이행전 사고현장의 이탈」이라는 도주의 요건이 충족될 수 있을지는 더욱 문제된다. 그러나, 현장에 남아 피해자를 구호하기 위한 아무런 조치도 취하지 않고, 경우에 따라서 단순한 목격자인양 피해자에게 불리하게 진술하거나, 기타 증거를 인멸하는 사고야기자를 도주운전죄로 처벌할 수 없다고 한다면, 이러한 경우, 피해자의 보호법익은 보호받지 못하게 되는 불합리가 발생할 뿐 아니라, 일반예방의 관점에서조차 중차대한 처벌상의 허점을 남기지 않을 수 없다. 이러한 문제점은 결국 판례가 도주개념에 장소적 이탈이라는 요소를 부과함으로써 발생하고 있다고 보여진다. 따라서, 도주운전죄의 도주개념을 재해석할 필요성이 있는 것이다.

3. 「도주」 개념의 재해석

이상에서 검토한 바와 같이, 도주운전죄에서 발생할 수 있는 문제점들은 판례가 도주운전

죄의 「도주」 개념에 지나치게 많은 요소들을 포함시킴으로써 발생하였다고 볼 수 있다.⁵⁸⁾ 한편, 이러한 문제점은 도주운전죄의 보호법익을 개인적 법익(피해자의 생명, 신체)과 공공의 법익(사고처리의 확보)이라는 두 가지 법익을 한꺼번에 고려하려고 하다보니 발생한 것이었다는 추론도 가능하다. 피해자의 구호와 신원확정이라는 요소들을 모두 「도주」라는 개념 속에 비체계적으로 포함시킴으로써, 오히려 「도주」의 성립범위가 대단히 좁아지고, 그 결과 피해자의 생명, 신체를 보호하려는 본래의 취지가 몰각되는 부작용이 발생할 수 있다는 것이다. 그러므로, 이러한 문제점을 해결하기 위하여는 「도주」의 개념을 「피해자의 생명, 신체의 보호」라는 측면으로 단일화해야 한다고 생각된다. 특가법상 도주운전죄에서 사고운전자의 의무에 피해자의 구호의무(도로교통법 제50조 제1항)는 포함되어 있어도, 사고의 신고의무(도로교통법 제50조 제2항)는 포함되어 있지 않다는 점도 주목하여야 한다. 전술과 바와 같이, 헌법재판소도 도주운전죄는 "사고피해자에 대한 구호의무위반을 그 필수적 구성요건으로 하고 있고 또 그 의무위반만으로써 구성요건이 충족되는 것이다. 따라서 도로교통법 제50조 제2항의 경찰관에 대한 사고신고의무위반은 이 사건 범죄의 요건이 아니며, 구호조치를 취하기만 하면 사고신고를 하지 않아도 이 사건 범죄는 성립하지 아니한다"⁵⁹⁾고 판시하였다. 구호조치만 다하면 경찰공무원에게 신고하지 않더라도 도주운전죄에 해당하지 않는다면,私人에게 자신의 신원을 밝히지 않았다고 도주운전죄에 해당하는 것으로 보기는 곤란하다.⁶⁰⁾ 도주운전죄의 보호법익은 피해자의 민사적 청구권이 아니라, 피해자의 생명, 신체이기 때문이다. 따라서 대법원이 도주개념에 대하여 "사고야기자로서 확정될 수 없는 상태를 초래하는 것"을 포함시키고 있는 것은 타당하지 않으며, 이 요소는 도주개념에서 제외되어야 하는 것이다.⁶¹⁾

그러므로, 위의 도주판례3,⁶²⁾ 도주판례 4⁶³⁾에서 신원확인을 하지 않고 귀가한 경우, 병원에 인계하는 등의 행위로 구호조치의무가 이행되었다고 보는 한, 신원확인조치를 하지 않고 귀가하였다고 하여도 도주운전죄에 해당하지 않는다고 판단한 것은 지극히 타당하다. 나아가, 이러한 법리는 피고인 스스로가 병원에 후송된 경우 이외에, 피해자 자신이 피해자를 병원에 후송한 후 병원을 이탈하였다고 하여도 동일하다고 할 것이다.⁶⁴⁾ 또한 「장소의 이탈」과 관련하여도 전술과 바와 같이 사고현장에 남아서 피해자를 구호하지 않을 때에, 특가법 제5조의 3, 도로교통법 제5조 제1항이 요구하고 있는 피해자의 구호조치의무는 이행된 것이 아니다. 그러므로, 장소이탈을 도주의 요건으로 전제할 필요도 없다고 보여진다. 이러한 본고의 해석론에 의할 때 도주운전죄의 「구호불이행 도주」는 다음과 같이 정의될 수 있다. 즉, 「도주」는 「교통사고와 피해자의 발생을 인식하고도 사고피해자를 구호하지 않고 생명, 신체에 대한 위험상태에 방치하는 행위」인 것이다.⁶⁵⁾

이러한 개념정의에서 분명하게 전제하지 않으며, 나아가 「신원 확인」도 원칙적으로는 전제하지 않는다는 점이다.⁶⁶⁾ 즉, 사고운전자가 현장에 남아있다고 하여도 피해자를 구호하지 않고 다른 행위, 예를 들어 죄증의 인멸 등에만 시간을 허비하거나, 사고운전자가 아닌 것처럼 가장한 경우에도 피해자구호를 이행하지 않았다면, 도주운전죄가 성립될 수 있다는 것이다.⁶⁷⁾ 왜냐하면, 도주운전죄는 사고피해자를 구호하지 않아 생명, 신체의 위험상태에 방치한 경우에 성립하는 것이고, 그러한 위험상태의 방치는 장소를 이탈함으로써 뿐만 아니라

적극적 행위를 하지 않음으로써도 인정될 수 있기 때문이다.⁶⁸⁾

4. 소결대법원이 특가법 제5조의 3 도주운전죄에 있어서 「도주」를 「사고운전자가 사고로 인하여 피해자가 사상을 당한 사실을 인식하고도 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항에 규정된 의무를 이행하기 이전에 사고현장을 이탈하여 사고야기자로서 확정될 수 없는 상태를 초래하는 경우」라고 해석하고 있는 것은, 도주운전죄의 보호법익을 피해자의 보호와 사고처리의 확보라는 이익들을 혼합하여 파악함으로써 인하여 여러 가지 문제점을 야기한다. 특가법 제5조의 3 도주운전죄에서 요구하고 있는 피해자의 구호조치는 피해자의 생명, 신체에 대한 위해를 방지하는 행위로 족하고, 신원 확인조치의 불이행은 이에 포함되지 않는다. 도주운전죄의 도주개념은 피해자의 생명, 신체의 보호라는 법익의 관점에서, 「사고피해자를 구호하지 않고 생명, 신체에 대한 위험상태에 방지하는 행위」라고 해석하여야 한다.

V. 도주운전죄와 원인에 있어서 자유로운 행위

1. 「도주」개념의 재해석을 통해 해결가능성

도주운전죄에서 「도주」개념을 종래의 판례와 달리, 피해자의 생명, 신체를 보호하는 단일한 관점에서 「피해자를 생명, 신체에 대한 위험상태에 방지하는 행위」로 파악하여야 함을 살펴보았다. 이러한 해석은 도주운전죄 일반의 해석론에서도 의미를 갖지만 동시에, 음주운전도주운전사례의 처리에 있어서도 중요한 의미를 갖게 된다. 도주개념을 본고와 같이 해석할 때, 음주행위에 도주에 대한 고의를 인정할 수 있는 여지가 생기기 때문이다. 이점을 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위의 요건과 관련하여 이하에서 검토에 보도록 한다.

2. 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위의 요건

형법 제10조 제3항이 규정하고 있는 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성근거에 대하여는 논란의 여지가 많으나,⁶⁹⁾ 현재까지 적어도 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 한, 성립요건에 대하여는 별다른 이견이 없다. 형법 제10조 제3항은 위협의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기할 것을 요구하고 있으므로, 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립하기 위하여는 선행행위시에 「이중의 고의」가 존재하여야 한다는 것이다.⁷⁰⁾

여기에서 이중의 고의라 함은 광의로 심신장애상태의 야기에 대한 고의와 결합상태에서의 실행행위에 대한 고의를 의미한다.⁷¹⁾ 이렇게 선행행위시 즉 일반적으로 음주시점에 이중의 고의가 존재하여야 선행행위시, 즉 도주시점에 결여되어 있는 책임능력, 책임고의, 불법의식 등이 선행행위시의 심리적 책임요소에 의하여 補填(ausgleichen) 될 수 있기 때문이다.⁷²⁾

3. 형법 제10조 제3항의 도주운전사례에의 적용

도주운전죄는 과실치사상이라는 과실범과 구호조치불이행 도주라는 고의범을⁷³⁾ 요구하는 결합범이다.⁷⁴⁾ 따라서 도주운전죄에 대하여 원인에 있어서 자유로능 행위가 성립하기 위하여는, 음주시에 과실치사상에 대하여는 과실이, 도주에 대하여는 고의, 적어도 미필적 고의가 존재하여야 한다.⁷⁵⁾ 그런데, 통상의 도주운전죄에서 음주시에 「도주」에 대한 고의를 인정할 수 있을 지 문제된다.⁷⁶⁾ 도주운전죄의 「도주」를 사전적 의미에서 "잡히지 않으려고 다른 곳으로 감"으로 파악하거나, 또는 판례와 같이 "사고운전자가 사고로 인하여 피해자가 사상을 당한 사실을 인식하고도 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항에 규정된 의무를 이행하기 이전에 사고현장을 이탈하여 사고야기자로서 확정될 수 없는 상태를 초래하는 경우"라고 해석할 때에, 통상의 경험칙상 음주운전의 의사로 음주하고 있는 운전자가 이러한 정도의 인식을 하리라고는 상정하기 어려운 것이다.⁷⁷⁾ 이렇게 통상의 경우 음주시에 이미 도주의 고의를 인정하기가 곤란하기 때문에 도주운전죄를 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위로 처벌하는 것은 이론적으로 문제되었던 것이다. 이러한 문제에 대하여, 판례는 이종의 고의요건을 완전함으로써, 그리고 학설은 도주운전죄에 대하여 원인에 있어서 자유로운 행위(형법 제10조 제3항)의 적용을 포기함으로써 해결하고자 하였다.

그러나 이러한 음주시 도주의 고의의 문제는 전술한 바와 같이 도주개념을 재해석함으로써 어느 정도 해결될 수 있다. 도주운전죄의 「도주」는 판례와 같이 해석할 수 없고, 오히려 "사고피해자를 구호하지 않고 생명, 신체에 대한 위험상태에 방치하는 행위"라고 해석하여야 함은 전술하였다. 도주를 이렇게 재해석할 때, 자기 자신의 「구호능력을 감소시키는 행위」도 결국 피해자를 생명, 신체의 위험상태에 방치하는 행위, 즉 「도주」로 파악할 수 있게 되고, 이러한 사실에 대한 고의는 음주시에도 존재할 수 있기 때문이다.

대상판례에서 대법원이 인정한 사실관계와 같이, 운전자가 "음주시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견"하고도 음주하여 교통사고를 일으키고 도주하였다면, 먼저 교통사고의 위험성에 대한 인식으로부터 교통사고로부터 통상적으로 발생하는 피해자의 사상의 결과에 대한 위험성의 인식도 존재한다고 해석할 수 있다(사물논리적 수반의식). 즉, 피해자의 死傷의 위험성에 대한 인식은 음주시에 존재한다고 볼 수 있다. 또한 음주만취하면 자신의 몸도 가누기 어려워 피해자를 구호하는 신속하고 합리적인 결정과 조치를 취하기 어렵다는 사실을 인식하고 있는 행위자가 교통사고발생의 위험을 예견하고 만취하여 운전하였다면, 바로 피해자에 대한 신속한 구호조치를 취하지 못함으로써 "피해자를 생명, 신체에 대한 위험상태에 방치하는 사실"에 대한 예견, 최소한 미필적 고의는 있다고 보지 않을 수 없으며, 따라서 도주운전죄의 「도주」에 대한 인식, 최소한 미필적 고의가 인정될 수 있다고 보아야 할 것이다.

행위자는 음주를 함에 있어서 인식 능력, 상황대처능력이 저하되고 있다는 사실을 충분히 인식하고도 그러한 사정을 감수, 혹은 용인하고 음주를 계속한 것이므로, 「구호불능상태의 야기」, 즉 「구호조치불이행 도주」의 점에 대하여 미필적 고의를 인정함에는 장애가 없다. 다만, 이러한 도주의 고의가 교통사고와 그에 수반한 신체상해라는 우연적 결과에 근거하여서만 성립될 수 있어 문제될 수 있다. 그러나, 판례가 인정한 바와 같이 교통사고의 위험성

을 예견하고도 계속 음주하여 결국 음주운전으로 인한 교통사고로 사람을 사상에 이르게 하였다면, 행위자가 예견한 결과가 결국 발생한 것이므로, 이에 대한 고의를 부정하는 논거가 될 수 없다. 나아가 음주시에는 피해자를 구체적으로 특정하여 인식하지 않았으므로, 고의의 특정성이 문제될 수 있다. 그러나 교통사고의 위험성을 예견하고도 이를 감수, 인용하여 계속 음주한 경우, 피해자의 정체성은 행위자에게 중요하지 않았으므로, 일종의 개괄적 고의(택일적 고의)를 인정할 수 있을 것이다.⁷⁸⁾

4. 중간결론

특가법상 도주운전죄의 「구호조치불이행 도주」를 「피해자를 구호하지 않고 생명, 신체에 대한 위험상태에 방치하는 행위」로 재해석한다면, 교통사고발생의 위험(가능성)을 「예견」하고도 계속 음주하고 음주운전하여 교통사고를 야기하고 교통사고의 피해자를 구호하지 않고 도주한 전형적인 사례에서, 음주시 「도주」에 대한 고의를 인정할 수 있다. 왜냐하면 첫째, 음주시에 교통사고, 즉 상해, 중상해에 대한 예견이 존재하며, 나아가 둘째, 구호행위를 불가능하게 하는 행위, 의사능력의 저하에 대한 (수반)인식이 존재하므로, 「구호행위의 불이행」으로 이해되는 「도주」에 대한 예견, 고의도 인정될 수 있기 때문이다. 그러므로 형법 제10조 제3항이 규정하고 있는 원인에 있어서 자유로운 행위의 요건과 관련하여 보면, 행위자는 「위험의 발생」, 즉 교통사고와 사상의 결과 발생 및 도주를 예견하고도 자의로 음주하여 심신장애상태를 야기한 경우에 해당하므로, 도주시에 책임무능력상태에 있었다고 하여도 형법 제10조 제3항에 의하여 형법 제10조 제1항의 적용은 배제되어 책임이 조각되지 않는다고 결론지을 수 있다.

5. 한정책임능력을 이용한 경우

이상의 논의에서도 암묵적으로 도주시 행위자가 책임무능력상태에 있었다는 점을 전제하고 있었다. 이러한 범위에서 도주시 결여된 책임능력, 책임고의, 불법의식 등은 책임능력이 있는 선행행위시 이중의 고의에 의하여 완전히 補填될 수 있고, 이러한 이중의 고의는 교통사고발생의 위험성을 인정하고도 음주를 계속하여 실제로 사고를 낸 경우, 형법 제10조 제3항의 원인에 있어서 자유로운 행위는 적용될 수 있음을 살펴보았다.

대상판례와 같이 행위자가 도주시에 책임무능력상태가 아니라 형법 제10조 제2항이 규정하고 있는 한정책임능력상태에 있었다고 한다면, 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립요건은 달라지게 된다. 왜냐하면, 책임무능력상태에 있었던 경우에는 실행행위시, 즉 도주시에 책임능력, 책임고의, 불법의식 등이 전혀 존재하지 않으므로, 선행행위시에 이러한 요소들을 모두 인정하고 고의의 책임비난을 근거짓기 위하여 이중의 고의라는 요건이 필요하였던 것이다. 그러나 실행행위시, 즉 도주시 한정책임능력상태에 있었던 경우에는, 도주시에 비록 감소된 형태로나마 책임능력이 존재하고 있는 것이고, 책임고의, 불법의식도 존재하고 있기 때문이다. 즉, 엄격히 말하면, 행위 책임능력 동시존재원칙은 한정책임능력을 이용한 경

우 유지되고 있다. 다만 이 경우에는 실행행위시 감소된 책임비난의 요소가 어떠한 요건하에서 선행행위시의 책임요소로 補塡될 수 있을 것인가 하는 점이 문제될 뿐이고, 이러한 보전의 요건은 책임무능력의 경우에 비하여 緩和되지 된다.⁷⁹⁾

한정책임능력을 이용한 경우, 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립하기 위한 요건은 감소된 고의책임을 보전할 수 있기 위하여 「이중의 고의」는 요구되지 않고, 단지 「하나의 고의」만으로도 족하다고 할 수 있다. 이 경우 두 유형으로 분류할 수 있다. 먼저 선행행위(음주)시 후행행위(도주)에 대한 고의가 존재하는 경우에는 책임결함상태를 고의로 야기하려는 책임무능력고의나 한정책임능력고의는 요구되지 않고, 이에 대한 과실, 즉 책임능력 과실로도 족하다. 두번째 유형으로, 책임결함상태의 야기에 대한 고의가 있는 경우, 후행행위(도주)의 위험성에 대한 인식(인식있는 과실)으로 족하다.⁸⁰⁾

6. 소결

이상에서 본고가 제시하는 도주개념의 재해석에 근거하여, 도주운전죄에 원인에 있어서 자유로운 행위(형법 제10조 제3항)를 적용하기 위한 성립요건을 살펴보았다. 즉, 도주운전죄의 「구호조치불이행 도주」를 피해자를 생명, 신체의 위험상태에 방치하는 행위로 해석할 때, 음주시에 자신의 구호 능력을 감소시키는 인식과 의사에서 도주의 공의를 발견할 수 있게 된다. 따라서 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립요건으로 요구되는 이중의 고의는 이러한 의미의 도주의 고의로 책임결함상태를 만들려는 의사로 음주를 계속할 때 인정될 수 있고, 따라서 형법 제10조 제3항도 적용될 수 있게 되는 것이다.

나아가, 행위자가 도주시 한정책임능력상태에 있었던 경우에도, 이미 도주시에 감소된 형태나마 책임능력, 책임고의, 불법의식이 존재하고 있기 때문에, 선행행위(음주)시에는 이러한 감소된 책임비난을 보전할 수 있는 정도의 고의책임만 존재하면 되었고, 이러한 책임비난요소는 이중의 고의가 아니라, 하나의 고의에서도 가능하다는 점을 살펴보았다. 대부분의 단순도주운전의 경우, 교통사고후 도주시에 한정책임능력상태에 있었다면, 위와 같은 이론을 곧바로 적용될 수 있을 것으로 보인다. 그런데, 대상판례는 단순도주운전사태가 아니라, 유기도주사건이므로, 이제는 유기도주에 대하여 상세히 검토해 볼 필요가 있다.

VI. 유기도주와 원인에 있어서 자유로운 행위

1. 「유기도주」의 개념

특가법 제5조의3 제2항은 "사고운전자가 피해자를 사고장소로부터 옮겨 遺棄하고 逃走한 때"에는 단순도주에 비하여 가중처벌하고 있다. 여기에서 「유기도주」가 무엇을 의미하는지 문제된다. 판례는 "피해자를 사고장소로부터 옮겨 유기하고 도주한 때"라고 함은 사고운전자가 범행을 은폐하거나 죄증을 인멸할 목적으로 사고장소로부터 피해자를 옮기는 행위를

감행하였고 그 결과 피해자를 단순히 방치하고 도주한 때에 비하여 피해자의 발견과 그 구호, 사고경위의 파악, 범인의 신원 파악 등을 더 어렵게 만든 때를 말한다고 봄이 상당하다고 하며, 중앙선부근에 충격하여 쓰러진 피해자를 약9.4미터 떨어진 옆 인도로 옮겨 놓고 도주한 사안에 관하여 유기가 아니"라고 판시하였다.⁸¹⁾ 즉, 본조의 「유기」는 형법상 유기죄의 유기와는 구별된다고 한다. 형법 제271조의 유기죄는 광의의 유기를 의미하는데 반하여, 본조의 유기는 협의의 유기, 즉 장소적 이전을 전제하는 유기만을 의미한다고 한다.⁸²⁾ 장소적 이전이 없이 피해자의 발견, 구호를 어렵게 하는 행위도 본조의 유기에 포함된다고 해석할 여지가 없는 것은 아니나.⁸³⁾ 본조의 문언이 "피해자를 사고장소로부터 옮겨 유기하고"라고 규정하고 있으므로 죄형법정주의에 의하여 장소적 이전을 전제하지 않을 수 없다고 생각된다.⁸⁴⁾

2. 원인에 있어서 자유로운 행위의 적용가능성

통상의 유기도주사례에서, 피해자를 옮겨 유기하고 도주한 경우⁸⁵⁾에는 음주시 「유기도주」의 고의를 인정하기는 어렵다고 보여진다. 여기에서 「유기도주」라 함은 단순한 구호의 불이행이 아니라, 피해자를 옮겨 발견이나 구호를 어렵게 하는 작위를 의미하기 때문에, 음주시에 이미 이러한 점에 대한 고의가 존재하는 경우는 오히려 예외적일 것이다. 따라서 유기도주행위시에 행위자가 「책임무능력상태」에 있었던 경우, 음주시 이미 피해자의 유기에 대한 고의가 있는 경우를 제외하고는 형법 제10조 제3항을 적용하여 유기도주에 대한 원인에 있어서 자유로운 행위를 인정할 수 없을 것이다. 다만, 이러한 경우에도 특가법상 도주운전죄가 전혀 적용될 수 없는 것은 아니고 단순도주운전죄가 적용될 수 있을 것이다. 왜냐하면, 유기도주도 피해자를 생명, 신체에 대한 위험에 방치한다는 측면에서는 광의의 유기로 포섭할 수 있으므로, 특가법 제5조의 3 제1항의 단순도주운전죄는 성립할 수 있기 때문이다.

유기도주의 경우에도, 유기도주시 행위자가 한정책임능력상태에 있었을 경우에는 이중의 고의요건이 완화된다는 점은 단순도주운전죄의 경우와 동일하다. 한정책임능력의 경우, 유기도주시에 감소된 형태로나마 책임능력, 책임고의, 불법의식이 문제 존재하고 있기 때문이다.

그러므로, 행위자가 유기도주시에 한정책임능력상태에 있었는가, 아니면 책임무능력상태에 있었는가는 음주운전유기도주죄에 대하여 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립여부를 정하는데 있어서 중요한 의미를 갖는다. 통상의 경우, 음주시에 유기도주에 대한 고의를 인정하기 어렵기 때문에, 유기도주시 책임무능력상태에 있었다고 한다면, 유기도주에 대한 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립되기는 어렵기 때문이다.

그러나, 유기도주죄는 대부분 한정책임능력상태에서 행해질 것으로 추론할 수 있다. 왜냐하면, 피해자의 유기라는 행위 자체가 바로 행위자에게 불법의식이 존재함을 반증하고 있기 때문이다. 음주운전 후 사고피해자를 구호하거나 방치하지도 않고, 적극적으로 장소를 이동하여 유기하는 이유는 명백하다. 특단의 사정이 없는 한 사고운전자의 음주운전사실이 적발될 경우, 가중처벌될 수 있으므로 바로 이러한 처벌을 면탈하기 위하여 증거인멸 등의 목적으로 피해자를 유기하고 도주한 것으로 볼 수 있다. 처벌의 가능성을 인식하고 있다는 것은

자신의 행위의 불법을 인식함을 전제로 한다. 그러므로, 피해자를 유기한 경우, 교통사고 및 유기행위에 대한 불법의식은 존재하고 있다. 불법의식이 존재하고 있으면, 책임능력도 존재하는 것이다. 책임능력은 일반적 책임능력이 아니라 특정한 행위에 대한 불법통찰능력과 조종능력⁸⁶⁾이므로, 평소에도 책임능력이 없어도 일정한 행위시점에 책임능력이 존재하면 형법 제10조 제1항, 제2항이 요구하고 있는 책임능력은 인정된다.⁸⁷⁾ 그러므로, 유기도주시 행위자에게 불법의식이 존재한다고 하면, 책임능력도 존재하고 있다고 할 수 있다. 완전한 책임능력이 존재하는지, 단지 감소된 한정책임능력이 존재하는지는 구체적 사건에서 규범적으로 판단되어야 하겠으나, 책임능력이 존재한다는 점에는 의심의 여지가 없는 것이다.

결론적으로, 유기도주운전의 경우, 통상적으로 유기도주시에 최소한 한정책임능력상태에 있었다고 할 수 있으며, 따라서 음주시에 유기도주에 대한 '고의'가 없었다고 할지라도, 음주시에 하나의 고의, 즉 한정책임능력고의가 존재한다면, 형법 제10조 제3항의 요건은 충족되고, 형법 제10조 제2항의 감경가능성은 배제된다.

VII. 대상판례의 검토

대상판례를 검토함에 있어서는 먼저 판례가 책임무능력의 경우와 한정책임능력의 경우를 구분하지 않았다는 점을 지적할 수 있다. 전술한 바와 같이 양 경우는 그 성립요건에서 차이가 나기 때문에 구분하지 않을 수 없기 때문이다.

두번째 점은, 판례가 원인에 있어서 자유로운 행위 일반론을 논하면서, 책임무능력을 이용한 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립요건으로서의 이중의 고의요건을 포기함으로써 책임주의에 반하는 결론을 제시하였다는 점이다. 도주운전죄에서 유기도주는 고의범이므로, 이에 대하여 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립하기 위하여는 선행행위시 이중의 고의가 요구된다. 이중의 고의는 고의책임을 근거짓기 위한 최소한의 요건으로써, 이 요건을 포기한다는 것은 곧 고의책임 없는 고의범처벌을 의미하며, 책임주의에 반할 소지가 있다. 그러므로, 책임무능력을 이용한 경우에도 선행행위시 이중의 고의가 필요하지 않았다는 견해로 해석될 소지를 남긴 점에서 판례에 대하여는 비판의 소지가 있다.

이제, 본고의 관점에서, 당해 사안을 평가해 본다. 우선, 당해사안은 한정책임능력을 이용한 경우라는 점에 유의할 필요가 있다. 책임무능력을 이용한 경우와 한정책임능력을 이용한 경우, 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립요건에 차이가 있음은 전술하였다. 책임무능력을 이용한 경우에는 선행행위시 이중의 고의가 있어서 고의책임을 근거지울 수 있는 반면, 한정책임능력을 이용한 경우에는 선행행위시 하나의 고의로도 고의책임을 보전할 수 있다. 행위자는 유기도주시에 한정책임능력상태에 있었으므로, 책임능력, 책임고의, 불법의식이 감소된 형태로나마 존재하고 있다. 이러한 감소된 책임비난을 보전할 수 있는 책임요소는 선행행위시의 하나의 고의로도 족하다고 할 수 있다. 당해사안에서 행위자는 고의로 책임결함상태를 야기한다는 점을 인식하고도 고의로 음주하였다. 즉, 최소한 한정책임능력고의는 존재하고 있으며, 이러한 고의책임요소는 실행행위시 감소된 책임비난을 보전하기에 충분하다. 그러나

, 형법 제10조 제3항이 적용되기 위하여는 또한 "위험 발생의 예견"이 필요하다. 그러므로, 행위자는 선행행위시 유기도주에 대하여 최소한 인식있는 과실이 있었을 것을 요하는 것이다. 그런데, 통상의 경우, 음주시에 이미 유기도주의 가능성에 대한 인식을 인정하기는 곤란할 것이다.⁸⁸⁾ 판례도 행위자에게 「교통사고의 위험성의 예견」은 존재한다고 보고 있으나, 「유기도주의 가능성에 대한 예견」이 존재하는지는 적극적으로 인정하지 않았다. 이는 죄를 구성하는 사실의 입증에 없는 경우라고 보여진다. 따라서 대상판례의 경우 특가법 제5조의 3 제2항 유기도주운전죄의 성립에 있어서는 형법 제10조 제3항이 적용될 수 없게 된다.

이에 반하여, 단순도주에 대하여는 달리 볼 수 있다. 도주운전죄의 「도주」를 피해자를 생명, 신체에 대한 위험상태에 방치하는 행위로 해석할 때, 음주를 통하여 행위자는 자신의 구호능력이 저하됨을 인식하고 또 이를 인용하였으므로, 도주에 대한 고의는 존재하기 때문이다. 최소한 인식있는 과실은 인정할 수 있다. 따라서 도주시 한정책임능력상태에 있었으므로, 선행행위시 도주운전에 대한 미필적 고의, 또는 인식있는 과실과, 한정책임능력고의는 도주시에 감소되어 있는 책임비난을 보전하여 완전한 책임비난을 가능하게 한다. 즉, 형법 제10조 제3항이 적용되게 된다. 그러므로, 대상판례의 경우 특가법 제5조의3 제1항 단순도주죄의 성립에 관하여는 형법 제10조 제3항에 의하여 형법 제10조 제2항의 필요적 감경의 가능성은 배제된다.⁸⁹⁾

특가법 제5조의 3 제1항(단순도주운전)과 제2항(유기도주운전)은 기본적 구성요건과 가중적 구성요건의 관계로 파악할 수 있으므로, 유기도주의 위험성에 대한 인식은 없으나, 단순도주의 위험성에 대한 인식은 있는 경우, 실제로는 유기도주를 했다고 할지라도 단순도주운전죄가 성립될 수 있다고 할 것이다. (형법 제15조 제1항 참조).

결론적으로 대상사건은 특가법상 유기도주운전죄를 적용하려면 형법 제10조 제2항에 의하여 필요적으로 감경하거나, 아니면 단순도주운전죄(특가법 제5조의3 제1항)와 원인에 있어서 자유로운 행위(형법 제10조 제3항)에 의하여, 필요적 감경 없이 동조의 통상의 법정형으로 처벌했어야 옳다고 본다.

VIII. 결론에 대신하여 - 입법론

이상에서 특가법 제5조의3 도주운전죄와 형법 제10조 제3항의 해석론을 살펴보고, 이에 근거하여 음주후 도주운전사례를 어떻게 처리해야 하는가 검토하였다.

이러한 해석론에 대하여 과연 도주운전죄의 「구호조치불이행 도주」를 「피해자를 생명, 신체의 위험에 방치하는 것」으로 해석하는 것이 유추해석 금지원칙에 반하지 않은가 하는 의문이 생길 수 있다. 보통의 표현방법에 의하면, 「도주」라 함은 「잡히지 않기 위하여 도망감」을 의미하기 때문이다. 그러나, 도주라는 한 개념에 집착하지 말고, 「구호조치불이행 도주」라는 도주운전죄의 전체적 문언을 고려할 때, 도주에 피해자를 방치하는 행위라는 의미를 부여하는 것이 전혀 불가능하다고 보여지지는 않는다.⁹⁰⁾ 본조에서 입법자가 비난의 대상으로 삼고 "도주"로 포섭하려는 행위는 "잡히지 않으려고 자리를 떠난 것"이 아니라, "피해

자를 구호하지 않고 방치한 것"으로 보아야 하기 때문이다.

그러나, 만약 이러한 해석이 가능하지 않다면, 특가법을 개정하는 문제를 고려해 보아야 할 것으로 생각된다. 「통상의 해석방법」에 의할 때, 「도주」가 「잡히지 않기 위하여 신원확인을 하지 않고 도망감」. 즉 도피의 목적, 신원불확인, 장소적 이동을 전제하고 있다면, 도주운전죄의 적용범위는 극도로 제한되어, 형사정책적으로 불합리한 결과를 가져올 수 있기 때문이다. 전술한 바와 같이, 사고현장을 떠나지 않고 목격자인양 행세하는 경우는 장소적 이동이 존재하지 않기 때문에 도주운전죄의 도주에 해당하지 않을 것이다. 또한 피해자를 구호하지 않고 신원확인쪽지만을 남긴 채 사라진 경우도 신원불확인이 존재하지 않으므로 역시 도주개념에 포섭될 수 없게 되기 때문이다. 그러므로, 특가법 제5조의 3의 도주운전죄에 포함되어야 하는 행위유형들을 明文으로 포함하기 위하여는, 제1항의 「逃走」를 「遺棄」로 개정하여야 할 것이다. 이렇게 되면, 문언은 "피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항의 규정에 의한 조치를 취하지 아니하고 유기한 때에는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다."로 될 것이다. 여기에서 "遺棄"라 함은 적극적 유기와 소극적 유기를 포함하는 것으로 형법 제271조의 해석론이 그대로 적용될 수 있을 것으로 생각된다. 따라서 장소적 이탈이 없는 소극적 유기도 포함되게 된다.

나아가, 유기도주운전죄도 이에 상응하게 개정되어야 할 것이다. 현행 특가법 제5조의 3 제2항의 유기도주운전죄는 "피해자를 사고장소로부터 옮겨 유기하고 도주한 때"라고 규정하고 있다. 여기에서는 「피해자를 적극적으로 옮기는 것」 즉 피해자의 「장소적 이동」이 전제되고 있다. 그러나, 피해자의 구호를 어렵게 만들어 생명, 신체에 대한 위험을 증대시키는 행위는 협의의 유기행위에 제한되지 않는다. 전술한 바와 같이 예를 들어, 낙엽이나 흙 등으로 피해자를 덮어 은폐하는 행위 등은 장소적 이동이 없다고 할지라도 행위의 비난가능성, 사회적 유해성의 관점으로 보아 협의의 유기와 다르게 평가될 이유가 없다. 그러므로, 이러한 행위유형도 포함될 수 있도록 조문을 개정하는 것이 바람직하다고 생각된다. 개정안으로는 "피해자를 옮기거나 은폐하는 등 피해자의 발견과 구호를 어렵게 만들고 유기한 때"를 생각해 볼 수 있다. 전항과 마찬가지로 "도주"는 "유기"로 개정되어야 하며, 단순유기와 달리 피해자의 구호를 어렵게 하여 생명, 신체에 대한 위험을 증대시키는 행위들이 모두 포섭될 수 있도록 구성되었다는 점에서 법률을 유연화할 수 있는 장점도 가질 것으로 보인다.

다음으로 형법 제10조 3항이 규정하는 원인에 있어서 자유로운 행위의 입법론을 살펴보도록 한다. 1992년 법무부 형법개정안은 刑法 제10조 제3항을 다음과 같이 개정하고자 하였다.

「第21條(精神障)

①-② (생략)

③ 스스로 精神障의 상태를 일으켜 故意 또는 過失로 행위한 者에 대하여는 第1項 및 第2項의 規定을 適用하지 아니한다.」

개정안의 입법취지에 의하면, 현행형법 제10조 제3항의 "自意로"라는 개념이 고의만을 포함하는 것으로 해석될 수 있기 때문에 과실도 포함하는 것을 명확히 하기 위하여 개정안을 마련했다고 한다.⁹¹⁾ 그러나, 이 개정안에는 先行行爲時 후행행위에 대한 심리적 관계에 관한 규정이 삭제되어 있기 때문에, 實行行爲에 대한 책임고의나 책임과실이 없어도 결합상태

를 유책하게 야기했다는 사실만으로도 결합상태에서 실행한 범죄로 처벌될 수 있는 여지를 열어놓게 되어, 責任主義에 반할 염려가 있다. 즉, 현행형법 제10조 제3항은 "위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위"라고 하여, 실행행위의 가능성을 예견할 것이 명문으로 요구되고 있다. 그러나, 형법개정안에는 「위험발생의 예견」이라는 부분이 삭제되어, 先行行爲時 후행행위에 대한 어떠한 고의나 과실이 없음에도 불구하고 심신장애상태를 스스로 야기했다는 점만으로 후행행위에 의하여 처벌될 수 있게 되는 것이다.⁹²⁾ 예를 들어, 주말 저녁에 집에서 음주하다가 과실로 責任無能力를 야기하고, 이 상태에서 전혀 뜻밖에 범의가 발동하여 밖으로 나가 살인을 한 경우, 형법개정안 제21조 제3항에 의하면, 고의의 살인죄로 처벌될 수 있게 된다. 행위자는 비록 과실이기는 하지만 "스스로" 정신장애의 상태를 일으켰고, 이 상태에서 고의로 살인을 했기 때문에 형법개정안 제20조 제3항의 요건은 모두 충족되어 형법개정안 제20조 제1항(책임무능력)의 적용이 배제되고, 그결과 결합상태에서 범한 고의의 살인죄에 의하여 처벌될 수 있는 것이다. 그러나, 原因에 있어서 自由로운 行爲에 관한 이론에 의하면, 이 사례에서 先行行爲時 후행행위에 대한 고의는 물론 이고 과실(豫見可能性)조차 없었으며, 後行行爲時에는 責任能力이 없으므로 責任故意를 물을 수 없는 것이다. 그럼에도 불구하고 개정형법안에 의하면 살인죄로 처벌될 수 있게 된다. 이는 살인죄를 범했으니 살인죄로 처벌되어야 한다는 結課責任(Erfolgshaftung)에 다른 아니며, 行爲責任主義와 人間の 尊嚴性에 반할 수 있다(헌법 제10조, 제12조 제1항, 제37조 제2항 참조). 이러한 위험은 해석에 의하여 제한될 수 있다고 말할 수도 있을 것이다. 그러나, 이처럼 법률로써 결과책임의 가능성을 열어놓을 것은 해석여하를 떠나서 그 자체로 대단히 위험하다고 하지 않을 수 없다. 개정형법안은 현행 刑法 제10조 제3항이 "自意로"의 해석과 관련하여 過失의 原因에 있어서 自由로운 行爲도 포함하도록 분명히 규정해야 한다는 점에만 집착하여, 原因에 있어서 自由로운 行爲 전체의 근본취지를 상실하였다고 비판하지 않을 수 없다.

이러한 법무부의 개정형법안에 대한 대안으로는 故意의 原因에 있어서 自由로운 行爲의 요건을 명확히 설정화하기 위하여, 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위와 과실의 원인의 自由로운 行爲를 별도로 규정하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 또한, 限定責任能力의 경우에는 전술한 바와 같이 二重의 故意 요건이 완화되어 故意犯으로 처벌할 수 있는 범위가 넓어지므로 이를 責任無能力과는 다른 방식으로 규정하는 것이 바람직할 것이다. 이러한 「代案」을 조문으로 정리하면 다음과 같이 될 수 있을 것이다.⁹³⁾

「第21條(責任無能力)

① (생략)

② 최소한 범행을 인용하고 고의로 책임무능력상태에서 일으킨 자에 대하여는 제1항의 규정을 適用하지 아니한다(故意의 原因에 있어서 自由로운 行爲).

③ 범행을 豫見할 수 있었음에도 고의 또는 과실로 책임무능력상태를 일으킨 자에 대하여는, 이러한 상태에서 행해진 범행에 대하여 過失犯으로 처벌함에 있어서 제1항의 규정을 適用하지 아니한다(過失의 原因에 있어서 自由로운 行爲).

제22조(限定責任能力)

① (생략)

② 최소한 범행을 인용하고 고의 또는 과실로 한정책임능력상태를 일으키고서, 범행을豫見할 수 있었음에도 고의로 한정책임능력상태를 일으킨 자에 대하여는 제1항의 규정을適用하지 아니한다(故意的 原因에 있어서 自由로운 行爲)

③ 고의 또는 과실로 한정책임능력상태를 일으킨 자에 대하여는, 이러한 상태에서 행해진 범행에 대하여 過失犯으로 처벌함에 있어서 제1항의 규정을適用하지 아니한다(故意的 原因에 있어서 自由로운 行爲)」

代案 제21조 제2항은 전형적인 故意的 原因에 있어서 自由로운 行爲로써, 先行行爲時 二重의 故意가 존재하면 責任無能力에 의한 책임조각을 배제하고 책임무능력상태에서 실행한 범죄에 해당하는 통상의 형으로 처벌하겠다는 취지이다. 여기에서 "최소한 범행을 인용하고"는 미필적 고의와 그 이상의 고의형태를 모두 포함한다는 의미이다.

代案 제21조 제3항은 先行行爲時 二重의 故意가 존재하지 않아, 故意的 原因에 있어서 自由로운 行爲가 성립하지 않는 경우, 過失의 原因에 있어서 自由로운 行爲로 처벌되는 경우를 규정하고 있다. 先行行爲時 후행행위에 대한 고의가 존재하지 않거나 또는 심신장애상태의 야기에 대하여 고의나 과실이 있는 경우이다. 여기에서 중요한 점은 형법각칙상 過失犯으로 처벌규정이 존재하는 경우에만 過失의 原因에 있어서 자유로운 행위가 성립한다는 것이다. (형법 제14조 참조). 각칙상 過失犯의 처벌규정이 없으면 過失의 原因에 있어서 自由로운 行爲를 통하여 과실범으로 처벌할 수 없다.

代案 제22조는 限定責任能力을 이용한 原因에 있어서 自由로운 行爲에 관한 규정이다. 限定責任能力을 이용한 경우에는 後行行爲時에 責任能力이 감소된 형태로나마 존재하고 있기 때문에 故意責任요소를 보전하기 위하여는 先行行爲時의 二重의 故意가 없어도 일정한 경우 완전한 故意責任이 인정된다는 점은 전술하였다. 이러한 내용을 실정화한 것이 바로 代案 제22조라고 할 수 있다. 이 경우에도, 고의의 原因에 있어서 자유로운 행위와 과실의 原因에 있어서 자유로운 행위는 별도로 규정하는 것이 혼란을 예방할 수 있는 방법이라고 생각된다. 과실범의 경우 형법각칙상 처벌규정이 존재하여야 한다는 점은 代案 제21조와 동일하다.

- 1) 특정범죄가중처벌등에 관한 법률(2000.1.12. 법률 제6146호(마약류관리에관한 법률)로 일부개정)
- 2) 대법원 1999.11.12 선고 99도3140 판결: 「특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제5조의 3 제1항 위반죄는 사람을 사상에 이르게 한 사실을 인식하고 도주한 경우에 성립하는 고의범이다」
- 3) 사회보호법상의 치료감호는 가능하나 이는 본질적으로 치료처분이지 사회적 비난으로써의 형벌이 아니므로, 사회적 비난가능성이 존재하는 사례에 있어서는 부적절한 조치가 될 수 있다.
- 4) 이에 관하여 자세히는 대상판례의 검토 참조. 반면, 살인죄에 대하여 최근의 비교판례(2)는 이중의 고의가 요구됨을 간접적으로 인정하였다.
- 5) 이에 관하여 자세히는 후술
- 6) 이 사건의 사실관계에 관하여 대법원판결에는 거의 설명되고 있지 않으므로, 원심의 사실인정을 바탕으로 정리하였다.
- 7) 서울고등법원 1992.4.2. 91노5029판결
- 8) 헌법재판소 1992.4.28 90헌바24 결정
- 9) 이 점에 대한 적절한 지적으로는 신동운, 판례백선, 형법총론, 경세원, 1999, 288면 참조
- 10) 대법원 1994.2.8. 93도 2400; 1995.6.13, 95도 826

- 11) 이러한 해석으로는 신동운, 판례백선 형법총론, 288면; 윤용규, 명형식교수화갑기념 논문집, 64면 참조.
- 12) 학설에 대하여 자세히는 후술
- 13) 대구고법 86.9.24. 86노1038판결(하집 86.3, 419면) : 손동권, 판례월보 1997.1.26면 참조(강조는 인용자)
- 14) 대법원 1996.6.11, 96도857판결
- 15) 조상제, 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위, 형사판례연구 4, 72면; 손동권, 자유로운 원인행위로 인한 완전 책임의 범죄성립, 판례월보 1997.1, 33면; 윤용규, "음주쌍소니 운전자"의 책임능력, 명형식교수화갑기념논문집, 1998, 61면 이하 참조.
- 16) 조상제, 형사판례연구 4, 72면 참조.
- 17) 대법원 1999.12.7, 99도2869; 1999.11.12, 99도3781 판결 외 다수.
- 18) 조상제, 형사판례연구 4, 72면 참조.
- 19) 조상제, 형사판례연구 4, 72면 이하 참조.
- 20) 손동권, 판례월보 1997.1, 33면
- 21) 손동권, 판례월보 1997.1, 33면
- 22) 손동권, 판례월보 1997.1, 33면; 또한 윤용규, 명형식교수화갑기념논문집, 1998, 76면 이하 참조.
- 23) 손동권, 판례월보 1997.1, 33면 참조
- 24) 독일형법 제323조의a(완전명정죄): 「① 알코올음료나 기타 흥분제를 사용하여 고의 또는과실로 자신의 醜酩 狀態를 惹起하여, 이러한 상태에서 위법행위를 행한 자는, 醜酩狀態로 인하여 責任能力이 없거나 또는 責任無能力이 배제될 수 없다는 이유로 이 위법행위로 처벌되지 않는 때에는, 5년 이하의 징역이나 벌금에 처한다. ② 그 형은 醜酩狀態에서 행한 행위에 대하여 규정된 형보다 중할 수 없다. ③ 醜酩狀態에서 행하여진 행위가 고소, 수권 또는 처벌요구가 있어야만 소추될 수 있는 때에는, 본 죄도 고소, 수권 또는 처벌요구가 있어야만 소추된다. 」
- 25) Lackner/K hl, StGB. Kommentar, 23. Aufl., 1999, 323a Rn. 1; Tr ndle/Fischer, StGB, Kommentar, 49. Aufl., 1999, 323a Rn. 1. 이러한 多數說의 입장과 달리 具體的 危險犯으로 파악하는 小數說로는 Hirsch, ZStW Beih. 1981, S.16. 이에 관한 독일에서의 논의에 관하여는 김형준, 명정범죄의 형사책임에 관한 연구, 중앙대학교 박사학위논문, 1992, 71면 이하 참조
- 26) 완전명정죄는 음주만취행위 자체를 처벌하고 있기 때문에 완전명정죄는 原因에 있어서 自由로운 行爲에 대하여 원칙적으로 일종의 補充構成要件(Auffangtatbestand)으로 이해될 수 있다. Tr ndle/Fischer, 323a Rn.5 참조.
- 27) 5년 이하의 금고.
- 28) 2년 이하의 징역
- 29) 이 문제에 대한 논의로는 김현철, 교통사고환자를 병원으로 후송하고 이탈한 경우 도주차량인지 여부 (1996.4.12, 96도358), 법조, 1998.3, 159면: 이기현, 특가법 제5조의 3의 도주운전죄, 형사판례연구 5, 424면 ; 조상제, 도주차량운전자의 가중처벌 소정의 도주의 의미해석과 그 한계, 형사판례연구 5, 385면; 조준현, 특정 범죄가중처벌등에 관한 법률 제5조의 3 도주차량운전자의 가중처벌조항의 해석: 도주의 의미를 중심으로 형사판례연구7, 256면 ; 황상현, 특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제5조의 3 제1항 위반죄와 관련된 제문제, 형사판례연구 3, 339면 참조.
- 30) 도로교통법 제50조 (사고발생시의 조치) ① 차의 교통으로 인하여 사람을 사상하거나 물건을 손괴(이하 "교통 사고"라 한다.)한 때에는 그 차의 운전자 그 밖의 승무원(이하 "운전자등"이라 한다.)은 정차하여 사상자를 구호하는 등 필요한 조치를 하여야 한다.
- 31) 서울지방검찰청, 교통형법법, 69면; 조상제, 형사판례연구 5, 389면 이하 참조
- 32) 대법원 1990.9.25, 90도978 참조.
- 33) 독일형법 제142조: 「① 교통사고 후 다음각호의 1에 해당하는 행위를 취하기 이전에 사고지를 이탈한 사고 관계자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
 1. 다른 사고관계자와 피해자를 위하여 현장에 남아 자신이 사고에 관계되었음을 진술함으로써 자신의 인적 사항, 차량 및 사고에 관계된 경우의 확인을 가능하게 하는 행위
 2. 타인이 확인조치를 취할 준비가 되어 있지 아니한 상태에서 정황에 비추어 적절한 시간을 대기하는 행위 ② - ⑤ (생략)」 이 조문의 번역로는 법무부, 독일신형법, 법무자료 제210집, 1997; 이기현, 형사판례연구 5, 422면 참조(단, 최근 동조 제4항, 제5항이 개정되었음에 주의).
- 34) Tr ndle/ Fischer, 142 Rn. 4; BVerfGE 16, 191; BGHSt 24, 382 참조.
- 35) 이기현, 형사판례연구 5, 423면 참조
- 36) 이기현, 형사판례연구 5, 423면 이하; 조상제, 형사판례연구 5, 400면
- 37) 김현철, 법조, 1998.3, 160면: 조준현, 형사판례연구 7, 268면. 황상현, 형사판례연구 3, 343면 이하는 교통의 안전이라는 공공의 이익과 피해자의 생명, 신체의 보호라는 개인적 법익 양자를 모두 보호법익으로 하고 있으나, 특히 개인적 법익을 더 우선하는 것이 타당하다고 한다.
- 38) 자세히는 조준현, 형사판례연구 7, 264면 이하 참조
- 39) 헌법재판소 1997.7.16, 95헌바2, 97헌바27결정도 특가법상 도주운전죄는 사고피해자에 대한 구호의무위반을 그

「필수적 구성요건」으로 한다고 한다.

- 40) 손기식, 교통형법, 고시계사, 1992.267면; 이기현, 형사판례연구 5, 416면; 이동기, 법조, 1997.10. 10면; 임승관, 교통형법, 법무연수원, 환경범죄 및 교통범죄, 1992, 483면.
- 41) 대법원 1991.5.28, 91도711면; 1996.5.28, 95도1200 판결
- 42) 이러한 지적으로는 김현철, 법조, 1998.3, 159면 참조.
- 43) 대법원 1999.11.12, 99도3781; 1998.3.27, 97도3079; 1997.11.28, 97도2475 외 다수, 판례와 같은 입장으로서는 김현철, 법조, 1998.3, 163면; 이동기, 법조, 97.10. 16면; 임승관, 교통범죄, 490면.
- 44) 이와 유사한 견해로는 또한 김현철, 법조, 1998.3, 172면 참조
- 45) 이를 다른 범죄, 예를 들어, 절도죄에 비교하여 보자. 절도죄는 (간단히 말하자면) 타인의 재물을 불법영득의사를 갖고 고의로 절취함으로써 성립한다. 즉, ① 타인의 재물 ② 불법영득의사 ③ 고의로 ④ 절취한 경우에 만 고의기수의 절도죄가 성립하는 것이다. 이 중 하나의 요소라도 결여되면 기수는 성립되지 않고, 경우에 따라 미수만이 성립되는 것이다.
- 46) 대법원 1997.11.28, 97도2475(강조는 인용자)
- 47) 대법원 1999.12.7, 99도2869(강조는 인용자).
- 48) 대법원 1999.4.13, 98도3315(강조는 인용자). 사실관계: 피고인은 동생 소유의 승용차에 여자친구 오선을 태우고 이를 운전하여 중앙선 없는 도로를 진행하다가 우로 굽은지점에서 왼쪽으로 치우쳐 운전한 잘못으로 반대방향에서 오던 엄d용 운전의 승용차를 들이받는 교통사고를 냈다. 피고인은 위 사고로 유리창에 머리를 부딪혀 피를 흘리고 팔 다리가 마비되는 등의 부상을 입고 약 10여 분간 차에 그대로 앉아 있었는데, 엄용이 피고인 쪽으로 와서 "운이 나빠서 사고가 났다고 생각하자. 다른 차량이 움직이지 못하니 우선 차를 옆으로 빼자."는 등의 말을 하므로, 피고인은 자신의 잘못을 인정하고 미안하다고 하였고, 이에 엄용은 차량수리비만 변상해 주면 된다고 하며 경찰에 신고하였으니까 경찰이 올 때 까지 차 안에 앉아서 기다리자고 하였다. 그 후 경찰이 사고장소에 도착하여 엄용에게 피해상황을 묻고 피고인에게 주민등록증과 면허증의 제시를 요구하였으나 피고인이나 오선은 이를 소지하지 않고 있어서 제시하지 못하였고, 이에 경찰은 피고인 및 오선의 인적사항을 따로 기재하지 않은 채 차량등록증만을 건네받은 후 119구급차가 도착하자 피고인을 119구급차에 실어 병원으로 보내면서 치료가 끝난 다음 경찰서로 오라는 말을 하지 않았다. 경찰은 엄용과 그 승용차에 동승하고 있던 일행 2명에게 별다른 이상이 없자 경찰차에 태워 파출소로 데리고 가서 사고조사를 하면서 나중에 진단서를 제출하라고 하였다(그들은 사고 후 10여 일이 지나서 2주 또는 3주의 치료를 요한다는 진단서를 발급받아 경찰에 제출하였다). 한편 오선은 피고인과 동행하여 병원에 도착한 다음 자신이 보호자로서 인적사항을 기재하여 접수하고 피고인으로 하여금 응급치료를 받게 하였는데 병원에서 정밀검사를 받을 것을 요구하자 피고인은 병원비가 없어 나중에 치료받을 생각으로 오선과 함께 아무런 말도 없이 병원에서 나온 후 경찰에 연락을 취하지 않았다.
- 49) 대법원 1996.4.12, 96도358(강조는 인용자)
- 50) 그러나, 이러한 신원확인절차가 구호조치의무에서 일반적으로 요구된다고 볼수는 없다. 수술을 요하지 않은 가벼운 상해의 경우에는 신원확인이 치료행위의 전제라고는 할 수 없을 것이기 때문이다.
- 51) 김현철, 법조, 1998.3, 162면
- 52) 김현철, 법조, 1998.3, 171면. 이 논문은 "교통사고를 낸 후 피해자를 병원에 데리고가 접수시켜주고 도망했다면 도로교통법 소정의 사고야기자로서 취해야 할 구호의무를 모두 이행한 다음 사고현장을 이탈한 것으로 봐야하고 비록 사고현장에서나 그 직후 자신의 신원을 안 밝혔어도 뺑소니로 볼 수 없다"고 판시한 서울지방법원 1997.8.19, 96노8687판결을 직접적으로 비판하고 있다. 김현철,상계논문, 159면 참조.
- 53) 김현철, 법조, 1998.3, 161면 참조.
- 54) 따라서 만약 사고야기자가 병원접수대에 거액의 현금을 주고 가는 등 치료비를 미리 지급하여 수술이 차질없이 진행될 수 있도록 하였다면, 자신의 신원을 확인하지 않았다고 하여도 도주운전죄에는 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다. 신원확인 의무는 동료통과법 제50조 제2항에서 별도로 규정하고 있기 때문이다. 반대로 서울지방법원의 위 판결은 구호의무를 지나치게 좁게 해석했다는 비판을 면할 수 없을 것이다. 단순히 「병원에의 접수」가 실질적 치료로 이어지리라고는 기대할 수 없기 때문이다.
- 55) 헌법재판소 1990.8.27, 89헌가118결정: "교통사고를 일으킨 운전자에게 신고의무를 부담시키고 있는 도로교통법 제50조 제2항, 제111조 제3호는, 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 범위 내에서 교통사고의 객관적 내용만을 신고하도록 한 것으로 해석하고, 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다."
- 56) 헌법재판소 1997.7.16, 95헌바2, 97헌바2, 97헌바27 결정: 도주운전죄는 "사고운전자가 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항의 규정에 의한 조치를 취하지 아니하고 도주한 때에 가중처벌하도록 규정하고 있다. 그러므로 이 사건 범죄는 사고피해자에 대한 구호의무위반을 그 필수적 구성요건으로 하고 있고 또 그 의무위반만으로써 구성요건이 충족되는 것이다. 따라서 도로교통법 제50조 제2항의 경찰관에 대한 사고신고 의무위반은 이 사건 범죄의 요건이 아니며, 구호조치를 취하기만 하면 사고신고를 하지 않아도 이 사건 범죄는 성립하지 아니한다."
- 57) 대법원 1997.5.7, 97도770판결: 「특정범죄가중처벌등에관한법률 제5의3 제1항이 정하는 '피해자를 구호하는

등 도로교통법 제50조 제1항의 규정에 의한 조치를 취하지 아니하고 도주한 때'라 함은, 사고운전자가 사고로 인하여 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항에 규정된 의무를 이행하기 전에 「사고현장을 이탈」 하여 사고야기자로서 확정될 수 없는 상태를 초래하는 경우를 말한다고 할 것인바, 원심이 인정한 사실관계에 의하면, 피고인은 순찰자가 이미 사고현장으로 오고 있는 것을 발견하고도 자기가 사고운전자임을 알릴 것도 아니면서 사고사실을 알고 있는 파출소까지 계속하여 걸어감으로써 구호조치를 소홀히 하였고 (기록에 의하면 당시 사고현장에 모인 사람들 중 하나가 인공호흡을 시도하고 있었던 것으로 보여진다). 그 사이에 피해자가 경찰 순찰차에 실려 병원으로 후송되었다면, 피고인으로서는 도로교통법 제50조 제1항이 규정하는 '사상자를 구호하는 등 필요한 조치'를 다하지 아니하였다고 할 것이고, 이러한 조치를 취하지 아니한 상태에서 사고현장에 남아 목격자로 행세하다가 비록 경찰관에게 자기의 신분을 밝힌 후 귀가한 것이라고 하더라도, 도로교통법 제50조 제1항에 규정된 의무를 이행하기 전에 사고현장을 이탈한 것으로 도주에 해당한다고 할 것이므로, 같은 취지로 판단하여 피고인을 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량)죄로 처단한 제1심판결을 유지한 원심판결을 정당하고, 원심판결에 논하는 바와 같은 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다」 (강조는 인용자) .

- 58) 도주개념을 이렇게 보는 견해로서 김현철, 법조, 1998.3, 172면은 "도주의 개념에는 사고야기자로서의 미확정상태와 구호조치를 취하지 않은 경우가 배타적인 구성요건이 아니라 도주개념의 하나의 구성요건에 불과하다"고 한다.
- 59) 헌법재판소 1997.7.16, 95헌바2, 97헌바27 결정.
- 60) 이기현, 형사판례연구 5, 422면 이하 참조
- 61) 동지: 이기현, 형사판례연구 5, 421면 이하; 조상제, 형사판례연구 5, 412면. 사고처리의 확보라는 법익은 도로교통법 제50조 2항의 신고의무 등을 통하여도 충분히 확보될 수 있는 것이고, 특가법 제5조의 3과 같이 가중처벌규정을 통하여 특별히 보장할 이유는 없다고 보여진다. 또한 구호조치의무위반행위에 대하여 5년 이하의 징역 또는 1천500만원이하의 벌금이라는 중형으로 벌하는 (도로교통법 제106조) 반면, 신원확인조치위반행위에 대하여는 30만원 이하의 벌금이나 구류의 형으로 벌할(도로교통법 제111조 제3호) 뿐이다. 즉, 입법자는 양 위반행위에 대하여, 5년 이하의 징역과 30만원 이하의 벌금이라는 현저히 다른 가치판단을 내리고 있는 것이다. 이러한 현저히 차이가 나는 법정형을 고려할 때, 신원확인조치의무(도로교통법 제50조 제2항)가 피해자의 구호조치의무와 동일하게 특가법상 도주운전죄의 구호조치의무에 포함된다고 보기는 어렵다고 생각된다.
- 62) 대법원 1999.4.13, 98도3315
- 63) 대법원 1996.4.12, 96도358
- 64) 다만, 단순히 「병원에 인계」 하였다거나, 또는 「간호사가 혈압을 재는 것」이 폭력한 구호조치의 모든 것이 아님은 전술하였다. 피해자의 상태가 중할 경우, 응급수술을 위한 수술비, 입원비 등을 지불하거나, 또는 보험가입여부를 확인하여 줌으로써 순조로운 수술이 진행될 수 있도록 협조하지 않는 한, 피해자의 생명, 신체에 대한 위험이 제거되었다고는 볼 수 없기 때문이다. 여기에서 강조될 점은, 신원확인 자체가 독자적인 구호조치의무의 한 내용이 아니며, 단지 치료, 수술을 위한 부수적 절차로서 요구될 수 있다는 것이다.
- 65) 이러한 견해로는 또한 이기현, 형사판례연구 5, 421면: "특가법의 범문상 도주개념의 중심은 도로교통법상의 구호조치불이행이다." 조상제, 형사판례연구 5, 405면: "도주운전죄에서 도주행위의 의미는 구호의무의 불이행만을 뜻하는 것이다." 참조.
- 66) 다만, 전술한 바와 같이, 피해자의 구호조치를 위하여 필요한 범위에서 신원확인도 구호조치의 한 부수적 절차로서 요구된다.
- 67) 이동기, 법조, 1997.10, 16면: 사고현장으로부터 일정거리를 이탈하였다는 것만으로 도주사실이 인정되는 것은 아니고, 또 사고현장에 있었다는 것만으로 도주사실이 부인되는 것도 아니다.
- 68) 여기에서 주의할 점은 도주운전죄에서 「구호조치불이행 도주」를 하나의 표지로서 파악해야 한다는 것이다. 「구호조치불이행」과 「도주」는 개념적으로 상호보완하며 도주운전죄의 행위태양을 구성하고 있다.
- 69) 종래의 다수설능 구성요건모델이었으나, 최근에는 예외모델이 다수설이 되었다. 예외모델을 취하는 견해로는 김성천/김형준, 형법총론, 346면: 명형식, 고시연구, 1990.2, 35면 이하; 박상기, 형법총론, 208면; 배종대, 형법총론, 359면(85/5); 손해목, 형법총론, 612면; 안동준, 형법총론, 263면; 임웅, 고시계, 1990.8, 33면; 정성근, 형법총론, 378면; 조준현, 형법총론, 236면; 진계호, 형법총론, 397면 이하 참조. 원인에 있어서 자유로운 행위의 처벌근거에 관한 여러 이론의 내용과 비판으로는 한상훈, 원인에 있어서 자유로운 행위와 책임귀속에 관한 연구, 서울대학교 박사학위 논문, 2000, 87면 이하 참조.
- 70) 김성천/김형준, 형법총론, 349면; 김일수, 형법총론, 368면; 배종대, 형법총론, 360면(85/14)이하; 신동운, 판례백선 형법총론, 313면 이하; 안동준, 형법총론, 155면 이하; 이재상, 형법총론, 307면(23/38); 임웅, 형법총론, 264면; 이형국, 총론연구 2, 408면; 하태훈, 형법총론, 257면; 정성근, 형법총론, 264면("限定責任能力缺陷狀態의 야기 의사(의도)와 구성요건적 결과실현에 대한 고위); Rath, JuS 1995, 405, 406; R n nau, JA 1997, 599, 601; Roxin, AT., 20; Rn. 65; Roxin, Lackner-FS, S. 320; Rudolphi-SK, 20Rn. 30; Tr ndle/Fischer, 20Rn.20; Jescheck/Weigend, AT., 40 VI2(S. 447); K hl, AT., 11 Rn. 11; Sch/Sch/Lenckner, 20 Rn. 36; Wessels/Beulke, AT. Rn. 417; 判例로는 大法院 1996.6.11, 96도857 참조

- 71) 고의는 구성요건적 사실에 대한 인식과 의사이므로, 선행행위시 "이중의 고의"라는 개념은 적절치 않다는 지적도 있다(박상기, 형법총론, 209면; 배종대, 형법총론, 85/16; 이기현, 고시계, 1993.10, 34면 각주 3; 조상제, 형사판례연구 4호, 61면 각주 12 참조). 부분적으로 타당하다. 원인에 있어서 자유로운 행위에서 말하는 "이중의 고의"라 함은, 구성요건적 고의, 즉 협의의 고의가 아니라, 일정한 사실에 대한 인식과 의사를 의미하는 광의의 고의, 즉 책임비난과 관련되는 「책임관련적 개념」(schuldbezogener Begriff)으로 사용되고 있음에 주의할 필요가 있다. 원인에 있어서 자유로운 행위에서 「구성요건적 고의」는 실행행위시, 즉 결합상태에서 행위할 때 존재하고 있다. 이에 대하여는 신동운, 판례백선 형법총론, 313면; 한상훈, 전개논문(주 69), 213면 이하; Neumann, arth. Kaufmann-FS, S. 592f.; R nnau, JA 1997, 599, 601 Fn. 15 참조.
- 72) 이러한 관점은 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 이론 중 理的 全價値責任論에 의한 것이다. 이에 관하여 자세히는 한상훈, 전개논문(주 69), 188면 이하 참조.
- 73) 대법원 1999.11.12, 99도3140
- 74) 조준현, 형사판례연구 7, 265면 참조
- 75) 서울지방검찰청, 교통형벌법, 344면 이하
- 76) 도주에 대한 고의를 부정하는 견해로는 조상제, 형사판례연구 4, 72면. 이와 반대로 「교통사고 후 도주」의 점에 대한 인식은 특별한 사정이 없는 한 인정될 수 있을 것이라는 견해로는 이동기, 법조, 1997.10, 25면
- 77) 이 경우 도주의 고의를 특별한 사정이 없는 한 인정할 수 있다는 이동기, 법조, 1997.10, 25면의 입장은 「도주」를 판례와 같이 해석하는 범위에서는 일반적 경향칙에 반한다고 하지 않을 수 없다.
- 78) 또한 선행행위시의 결과발생에 대한 고의, 과실은 구성요건적 고의, 과실이 아니라 광의의 고의, 과실로써, 책임비난에 관련되는 개념이므로, 그 성립범위가 구성요건적 고의, 과실에 비하여 확대될 수 있음도 지적될 필요가 있다.
- 79) 이에 관하여 상세히는 한상훈, 전개논문(주 69), 266면 이하 참조
- 80) 여기에서 인식있는 과실을 요구하는 것은 형법 제10조 제3항의 "위험발생의 예견"을 고의와 인식있는 과실로 해석한 결과이다. 인식없는 과실은 예견조차 없으므로 제10조 제3항에 포함된다고 볼 수 없을 것이다. (유추 해석금지원칙). 이에 관하여는 차용석, 고시계, 1986.6, 189면; 조상제, 형사판례연구, 4호 63면; 오영근, 형사정책연구, 1999년 여름호, 88면 이하; 윤용규, 법정고시, 1998.5, 118면 참조
- 81) 대법원 1991.9.10, 91도1737
- 82) 손기식, 교통형법, 1986, 274면; 임승관, 교통범죄, 492면
- 83) 예를 들어, 웅덩이에 쓰러져 있는 피해자 위에 낙엽이나 흙을 덮는 행위 등은 생각해 볼 수 있다.
- 84) 이러한 결론은 주 83과 같은 경우 형사정책적으로 바람직하지 않다고 생각된다. 이에 대한 입법론은 후술
- 85) 전술한 대법원 1992.7.28, 92도999과 같은 사례이다.
- 86) 이재상, 형법총론, 23/20 참조
- 87) 대법원 1983.10.11, 83도1897 참조
- 88) 음주사고후 도주를 상습적으로 하는 자에게는 이러한 가능성의 예견을 인정할 수 있을 것이나, 통상의 운전자에게 음주운전 자체에서 유기도주가능성의 예견이 존재한다고는 생각하기 어렵다.
- 89) 다만, 한정책임능력에서 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립요건을 완화한다고 하여도, 도주운전죄에서 「도주」 개념을 본고와 같이 해석하지 않으면, 당해 사안에 대하여 형법 제10조 제3항이 적용될 수 없음에 주의할 필요가 있다. 왜냐하면, 특단의 사정이 없는 한, 음주시에 이미 도주, 즉 피해자를 구호하지 않고 현장을 이탈하여 신원확인을 불가능하게 하는 상태를 초래할 위험이 있다는 데 대한 예견은 인정하기 어렵기 때문이다.
- 90) 보통의 표현방법과 부여가능한 의미에 대하여는 신동운, 판례백선 형법총론, 28면 이하 참조.
- 91) 형사법개정특별심의위원회, 형법개정요강 소위원회심의결과, 형사법개정자료 8, 1989, 45면; 이기현, 고시계, 1993.10, 42면 참조. 비판적인 논평으로는 신동일, 형사정책연구, 1998년 겨울호, 200면 이하.
- 92) 법무부의 개정안과 유사한 내용을 Hruschka도 제안하고 있다. 다만, Hruschka는 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 임의적 감경조항을 추가하고 있다. Hruschka, JZ 1996, S. 69 참조.
- 93) 최근 독일에서 원인에 있어서 자유로운 행위의 입법안으로 Hettinger의 안과 독일형 사제체제계의 개혁을 위한 위원회의 안에 대하여는 Abschu bericht dermflrh Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, 2000.3, S.185ff. 참조

일본법상 아동매춘등죄와 아동포르노반포등죄에 관한 고찰

이경재*

I. 머리말

최근 전세계적인 입법 추세 가운데 하나는 청소년에 대한 性犯罪를 매우 엄하게 다루고 있다는 것이다. 특히 청소년과 性行爲를 하거나 청소년으로 하여금 이른바 포르노그래피의 피사체로 하는 행위는 성인을 대상으로 하는 것보다 훨씬 엄하게 처벌하고 있다. 이는 물론 청소년의 性을 보호하여 그들이 건전하고 올바르게 육성되도록 하는 목적에서 행해지는 것이다. 우리나라도 이러한 추세에 발맞추어 이미 「靑少年保護法」과 「靑少年의 性保護에 關한法律」이 제정되어 시행되고 있다. 이러한 법률이 제정 시행되게된 배경에는 물론 우리 사회에서 행해지는 작금의 청소년 대상 性범죄가 위험수위에 다다랐다는 위기의식을 반영하는 것인데, 그 중에서도 이른바 '援助交際'라고 하는 逸脫的 性關係가 일부 성인들과 청소년들 사이에서 횡행하고 있다. 그런데 이 원조교제는 다름 아닌 이웃 일본에서 10여년 전부터 문제가 되어 온 것이다. 일본도 국내뿐만 아니라 국제적으로 행해지는 원조교제 또는 청소년을 대상으로 한 아동포르노의 제조 반포 등을 막기 위하여 이러한 행위들을 처벌하는 법률을 만들어 시행하고 있다. 앞서 언급한 우리의 법률은 일본의 법률을 많이 참고하여 만들어진 것으로 보인다.

이 글에서는 일본의 兒童買春等 處罰法 가운데 가장 핵심이 되는 兒童買春等罪와 아동포르노頒布等罪에 관하여 소개한다. 지면의 제약상 한국과 일본 법률의 비교법적 고찰은 다음 기회로 미루고자 한다.

II. 일본의 兒童買春等 處罰法 개요

일본은 1999년 5월 26일 「兒童買春, 아동포르노에 관련된 행위등의 처벌 및 아동의 보호 등에 관한 법률」(兒童買春, 兒童ボルノに係る行爲等の處罰及び兒童の保護等に關する法律, 平成 11년 법률 제52호, 이하 兒童買春等 處罰法이라 칭한다)을 제정하여 같은 해 11월 11일부터 시행하고 있다. 이 법은 18세 미만의 아동에 대하여 일정한 대가를 지불하는 성교 등을 '兒童買春'¹⁾으로 처벌함과 동시에, 아동포르노(child pornography)를 형법상의 음란물과 다른 관점에서 규제한다는 특색을 가지고 있다.²⁾ 즉 이 법은 性的 搾取나 性的 虐待로부터 아동의 권리를 보호하는 것을 그 목적으로 한다.³⁾⁴⁾

이법은 총 17개의 조문(부칙 6개조)으로 구성되어 있는데 각 조문과 그 標題語를보면 제1

*) 충북대학교 법학과 교수, 법학박사

조(目的), 제2조(定義), 제3조(適用上의 註意), 제4조(兒童買春), 제5조(兒童買春週旋), 제6조(兒童買春勸誘), 제7조(兒童포르노 頒布等), 제8조(兒童買春等目的 人身賣買等), 제9조(兒童의 季齡의 知情), 제10조(國民의 國外犯), 제11조(兩罪規定), 제12조(蒐査 및 公判에서의 配慮等), 제13조(記事等의 掲載等 禁止), 제14조(啓發 및 調査研究), 제15조(身에 有害한 影響을 받은 兒童의 保護), 제16조(身에 有害한 影響을 받은 兒童의 保護를 위한 體製의 整備), 그리고 제17조(國際協力の 推進)로 되어 있다.

III. 兒童買春等罪

1. 兒童買春罪

제2조(定義) 2 이 법률에서 「兒童買春」이라 함은 다음 각에 기재된 자에 대하여 代償을 供與하거나 그 공여를 約束하여 당해 아동에 대하여 性交 등(性交 또는 性交類似行爲를 하거나, 또는 자기의 性的 호기심을 만족시킬 목적으로 아동의 性器등(性器, 肛門, 乳首를 말한다. 이하 같다.)을 만지거나, 또는 아동에게 자기의 성기를 등을 만지게 하는 것을 말한다. 이하 같다)을 하는 것을 말한다.

①아동

② 아동에 대한 성교 등을 주선하는 자

③ 아동의 보호자(친권을 가진 자, 후견인 기타의 자로서 아동을 현재 監護하는 자르 말한다. 이하 같다.) 또는 아동을 그 지배하에 두는 자

제4조 (兒童買春) 兒童買春을 한 자는 3년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다.

가. 취지

兒童買春을 엄격하게 처벌하는 까닭은 금전 등의 對償을 공여하거나 그 공여를 약속하고 18세 미만인 아동에 대하여 성교 등을 행하는 兒童買春은 그 상대방이 된 아동의 심신에 유해한 영향을 줄뿐만 아니라, 이러한 행위가 사회에 만연하게 될 때에는 아동을 성욕의 대상으로 취급하는 풍조가 조장될 염려가 있고 신체 및 정신적으로 미숙한 아동의 심신성장에 중대한 영향을 미칠 수 있기 때문이다.⁵⁾

나. 행위의 주체

兒童買春의 행위주체에는 제한이 없다. 따라서 남성이나 여성 또는 미성년자라도 상관없이 이 죄의 주체가 될 수 있다.⁶⁾

다. 행위의 객체(兒童의 定義)

일본법상 '兒童'이라는 용어는 憲法(제27조 제3항), 學校教育法(제23조), 勞 基準法(제56조),

母子福祉法(제5조), 兒童福祉法(제4조) 등에서 사용되고 있지만 그 구체적인 내용은 각 법률마다 다르다. 이 법이 아동을 18세 되지 아니한 자로 정의한 것은 유엔의 「아동의 권리에 관한 조약」과 아동복지법 등을 고려하여 정한 것이라고 한다.⁷⁾

이 법에서는 아동을 18세 되지 아니한 자라고 정의하고 있고 이는 18세 미만의 자연인을 말하고 성별을 불문한다⁸⁾ 또 민법상의 成年擬製로 인하여 성인으로 취급되는 자라도 18세에 달하지 않으면 여기서 말하는 아동으로 취급된다.⁹⁾

아동을 18세 미만자로 한 실질적인 이유는 아동의 심신의 발육정도를 고려하여 사회적 경제적 능력에서 성인과 같이 취급하는 것이 적당하지 않다고 판단했기 때문이라고 한다.¹⁰⁾

연령의 기준을 몇 살로 할 것인가 하는 문제는 사실상 당해 국가의 제반사정을 종합적으로 고려하여 판단할 문제일 것이기에 꼭 어느 연령이 가장 적합하다고 말할 수는 없을 것이다. 다만 청소년의 性보호라는 측면과 청소년의 性的自由 또는 프라이버시權이 상충되지 않는 범위에서 사람들의 공감대를 얻을 수 있는 연령으로 정하는 것이 합당할 것이다.

이 법의 행위객체는 18세 미만자이지만 아동측에서 적어도 '對償' 또는 '性交 등'의 실질적인 의미를 이해할 것이 필요하므로 이를 이해하지 못하는 저연령의 아동에게 兒童買春行爲 등을 하게 한 경우는 이 법을 적용할 것이 아니라 형법상의 강간죄나 강제추행죄 또는 아동복지법상의 규정을 적용해야 할 것이다.¹¹⁾

이 법 제4조에서 제8조의 행위가 성립하기 위해서는 행위자가 아동이 18세 미만자라는 것을 인식해야 한다. 물론 미필적 고의라고 상관없다. 여기서 미필적 고의는 상대방이 18세 미만일지도 모른다는 정의의 인식으로 충분하다.¹²⁾ 또 제5조에서 제8조의 범죄에 대하여는 '아동을 사용하는 자'에게 아동의 연령확인에 관한 조사의무를 지우고 있다(제9조)

라. 처벌행위

① 兒童買春의 정의

이 법은 아동의 권리보호라는 측면에서 일반적으로 사용하고 있는 賣春이라는 용어 대신 '買春'이라는 용어를 사용하고 있다. 買春이라는 용어는 일본 東京都 「靑少年의 健全한 育成에 관한 條例」 18조의2(청소년에 대와 賣買春의 금지)에서 이미 사용된 바가 있지만, 國法 차원에서 사용된 것은 처음이라고 한다.¹³⁾

청소년의 '性的自己決定權'을 인정할 것인가에 대하여는 과거부터 격렬한 논쟁이 있어 되었다.¹⁴⁾ 이와 관련하여 일본에서는 이미 오래 전부터 靑少年保護育成條例의 '淫行' 규제 조항과 관련하여 논의가 되어 왔다. 특히 1985년 후쿠오카(福岡)의 조례가 법률상 문제가 되어 最高裁判所에서 나온 판례(最大昭和60年10月23日形集39卷6 419頁)가 유명하다.¹⁵⁾ 最高裁判所는 이 조례에서 사용하고 있는 '음행'의 의미를 널리 청소년에 대한 성행위 일반을 의미하는 것이 아니라 ① "청소년을 유혹 협박 기망 또는 곤혹스럽게 하는 등 심신이 미성숙한 청소년을 이용하여 부당한 수단에 의해 행하는 성교 또는 성교유사행위", 또는 ② "청소년

을 단지 자신의 성적 욕망을 만족시키기 위한 대상으로 취급하고 있다고 밖에 인정할 수 없는 성교 또는 성교유사행위" 라고 밝히고 있다.¹⁶⁾ 즉 최고재판소의 다수의견은 청소년의 성에 대하여 엄격하게 규제할 필요성을 인정하여 이러한 입장에서 兒童買春을 긍정하고 있다. 그러나 소수의견에서는 특히 ②의 유형에 대하여 18세 미만자 모두를 대상으로 하여 그 성적 자기결정권 침해 부정하고, 그 상대방이 되는 행위를 법률로 일률적으로 규제하는 것은 의문시된다고 토를 달고 있다.¹⁷⁾

② 對償

'對償'이라는 용어는 賣春防止法 2조에서 말하는 對償과 같은 말이다. 이는 아동에 대하여性交 등을 하는 것에 대한 반대급부로서 주어지는 경제적 이익을 말한다. 對償 또는 報酬라고 표현하지 않고 對償이라는 용어를 사용한 것은 그것이 정당한 반대급부가 아니라는 의미를 담고 있다. 경제적 이익은 통상 금전을 말하지만 이에 국한되지 않고 물품이나 채무면제 또는 음식의 제공 등도 이에 포함된다.¹⁸⁾ 따라서 對償에 해당하기 위해서는 첫째, 성교 등을 하는 것에 대한 반대급부라고 말할 수 있는지 하는 점과, 둘째 공여된 것이 사회통념상 경제적 이익이라고 말할 수 있는지 하는 점을 충족시켜야 한다.¹⁹⁾ 그러므로 단지 식사에 초대하는 것은 사회통념상 경제적이익이라고 할 수 없을 것이다.²⁰⁾ 對償은 반드시 買春을 하는 행위자 본인이 공여할 필요는 없다. 행위자 이외의 제3자가 아동에게 對償을 공여했다는 것을 알고 아동과 성교 등을 하는 경우도 兒童買春이 성립한다. 對償은 공여뿐만 아니라 그것이 '約束'으로도 충분하지만, 약속은 성교 등의 행위가 행해지기 전에 존재해야 한다. 따라서 성교 등을 행한 후에 사후적으로 공여 내지는 공여의 약속이 이루어진 경우는 兒童買春에 해당되지 않는다고 해석한다.²¹⁾

③ 性交等

兒童買春行爲는 性交뿐만 아니라 性交類似行爲, 그리고 性器를 매개로 한 接觸行爲²²⁾를 의미한다. 따라서 이 개념은 형법상 猥褻보다는 그 폭이 좁다고 해석한다.²³⁾

'性交'란 사람(남녀) 사이의 性器의 결합을 의미하며 獸姦은 제외된다.

이 법은 성교뿐만 아니라 '性交類似行爲'도 포함하고 있는데, 이는 실질적으로 보아 성교와 동일시할 수 있을 정도의 성행위라고 말할 수 있으나 구체적으로 명확히 정의하기가 매우 어렵다.²⁴⁾ 일반적으로 성교유사행위는 이성간의 성행위와 동일시할 수 있는 상황 또는 성교를 모방하여 행해지는 淫, 口腔性交, 肛門性交, 全性愛 등이 포함된다고 해석한다.²⁵⁾

그 외에도 자신의 성적 호기심이나 성욕을 만족시킬 목적으로 아동의 性器 등을 접촉하거나 아동에게 자신의 성기를 만지게 하는 행위도 兒童買春에 해당한다. 행위자의 성적 호기심을 만족시킬 목적이 있어야 하므로 치료행위 등을 이유로 접촉하는 것은 여기에서 제외된다.²⁶⁾

④ 保護者等

'保護者'라 함은 親權을 행하는 자, 후견인 또는 기타의 자가 현실적으로 아동을 감독, 보

호하는 있는 경우 이러한 자들을 말한다.²⁷⁾

또 이 법은 지배종속관계에 있는 아동에 대한 성적 착취나 성적 학대를 방지하기 위한 것
이므로 '아동을 그 지배하에 두는 자'의 兒童買春行爲도 그 대상으로 한다. 여기서 아동을
그 지배하에 두는 자라 함은 아동의 의사를 심리적 외형적으로 억압하고, 아동의 행위를 이
용할 수 있는 자를 말한다.²⁸⁾ 즉 아동의 의사를 좌우할 수 있는 상태하에 둔으로써 사용 종
속의 관계가 인정되는 자를 말한다. 예컨대 아동을 입주시켜 강제로 일을 시키는 폭력단의
조직원이 여기에 해당될 수 있다.²⁹⁾

마. 이른바 援助交際의 문제

일본에서는 이미 오래 전부터 미성년자에게 적당한 금품을 제공하고 성행위를 하는 이른
바 '援助交際'가 행해져 왔으나, 그 동안 이 문제에 대하여 일본정부는 적극적으로 대처하지
않았특히 일본인들이 외국, 특히 동남아에서 행한 兒童買春 또는 兒童虐待에 대하여는 국제
적으로도 큰 문제가 되어 왔다.³⁰⁾ 兒童買春은 그 형태가 다양하게 행해지고 있는데, 예컨대
동남아시아의 경우에는 빈곤에서 벗어나기 위해, 즉 생계를 위해 아동을 性的 대상으로 하는
경우도 있으며, 그 반대로 풍족한 소비사회에서 더 많은 소비를 위하여 性を 매매하는 경
우도 있다. 일본의 경우는 대체로 후자의 쪽이 많을 것이다.³¹⁾ 그러나 모두 금전적 이익을 배
경으로 아동을 오로지 성적 착취 또는 성적 학대의 대상으로 한다는 점에서는 큰 차이가 없
다. 따라서 兒童買春의 문제는 成人間의 賣買春의 문제와는 차원을 달리한다고 본다.³²⁾

바. 非親告罰

형법상 強姦罪나 強製猥褻(醜行)의 경우에는 피해자의 인격보호 및 수사기관이나 재판과
정에서 생길 수 있는 이른바 2차 피해(second rape)를 방지하기 위하여 친고죄로 하고 있지
만, 兒童買春罪의 경우에는 가해자나 그 배후에 있는 조직으로부터 보복을 두려워하여 고소
하지 않거나 또는 보호자에 대한 금전적 보상을 하여 고소를 하지 않도록 합의하는 경우 등
이 생기면 피해자인 아동의 보호가 소홀해질 수 있고, 또 아동을 성욕의 대상으로 하는 풍
조가 만연해질 염려가 있기 때문에 兒童買春罪는 非親告罪로 하고 있다.

2. 兒童買春週旋罪

제5조(兒童買春週旋) 아동매춘을 주선한 자는 3년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금
에 처한다.

2. 아동매춘을 주선하는 것을 業으로 한 자는 5년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금
에 처한다.

'週旋'이라 함은 兒童買春을 하려고 하는 자와 그 상대방이 되는 아동사이에서 兒童買春
이 행해지도록 중개하는 것은 의미한다.³³⁾ 주선이라는 용어는 이미 買春防止法 6조 1항에서

사용되어 왔다.³⁴⁾ 따라서 주선은 兒童買春의 성립을 지향하는 것이어야 하므로 이미 兒童買春에 대한 합의가 성립하고 있는 자 사이에서 단지 시간과 장소 등만을 연락하는 것은 주선에 해당하지 않는다.³⁵⁾

'業으로 한 자'라 함은 계속 반복적으로 행할 의사를 가지고 兒童買春의 주선을 하는 자를 의미한다. 계속반복의사가 있으면 단1회의 행위가 있더라도 이 죄가 성립하며,³⁶⁾ 주선이 본업일 필요도 없으며, 반드시 영리성을 가질 필요도 없고, 兒童買春의 對償이 일부를 취득할 필요도 없다.³⁷⁾ 법정형이 兒童買春 그것보다 무거운 것은 주선하는 행위가 兒童買春을 조장하고 확대시킨다는 점에 특히 치중하여 판단한 것이라고 한다.³⁸⁾

3. 兒童買春勸誘罪

제6조(兒童買春勸誘) 아동매춘을 주선할 목적으로 사람에게 兒童買春을 하도록 권유하는 자는 3년 이하의 징역 또는 300만엔 이하의 벌금에 처한다. 2 전항의 목적으로 사람에게 아동매춘을 하도록 권유하는 業으로 하는 자는 5년 이하의 징역 또는 500만엔 이하의 벌금에 처한다.

勸誘라 함은 사람에게 兒童買春을 하도록 적극적으로 작용하게 하는 것을 말한다.³⁹⁾ 그것은 언어에 의해서도 가능하며, 행동에 의해서도 가능하다. 권유는 상대방의 의사와는 무관계하므로 이미 兒童買春을 결의하고 있는 자에 대하여 권유한 경우에도 이 죄가 성립하며, 상대방이 권유에 응했는가 아닌가도 문제가 되지 않는다.⁴⁰⁾

이 죄는 목적범으로 되어 있는데, 여기서 주의할 점은 그 목적이 '아동매춘의 목적'이 아니라 '아동매춘의 주선 목적'이라는 것이다.⁴¹⁾

또 주선할 목적으로 권유한 자가 주선에 이를 때에는 週旋罪가 성립한다.⁴²⁾

IV. 아동포르노頒布等罪

1. 아동포르노반포등죄

제2조(정의) 3 이 법률에서 「아동포르노」라 함은 사진, 비디오 테이프 기타 물건이고, 다음 각호에 해당하는 것을 말한다.

① 아동을 상대방으로 하거나 또는 아동에 의한 성교 또는 성교유사행위에 관련된 아동의 姿態를 視覺에 의하여 인식할 수 있는 방법에 의해 묘사한 것

② 타인이 아동의 성기 등을 만지는 행위 또는 아동의 타인의 성기 등을 만지는 행위에 관련된 아동의 자태로 성욕을 흥분시키거나 자극하는 것을 시각에 의하여 인식할 수 있는 방법으로 묘사한 것

③ 의복을 전부 또는 일부 입지 않은 아동의 자태로 성욕을 흥분시키거나 자극하는 것을 시각에 의하여 인식할 수 있는 방법으로 묘사한 것

제7조(아동포르노반포등) 아동포르노를 頒布, 販賣, 業으로서 貸與 또는 公然히 陳列한 자는 3년 이하의 징역 또는 300만엔 이하의 벌금에 처한다.

2 전항에 게재된 행위를 목적으로 아동포르노를 製造, 所持, 運搬, 국내에 輸入, 또는 輸한 자도 전항과 같다.

3 제1항에 게재된 행위를 목적으로 아동포르노를 외국에서 수입 또는 외국으로부터 수출한 일본국민도 전항과 같다.

가. 아동포르노의 정의

① 1호의 아동포르노

'아동의 姿態'라 함은 1) 아동을 상대방으로 하는 성교에 관련된 것, 2) 아동을 상대방으로 하는 성교유사행위에 관련된 것, 3) 아동에 의한 성교에 관련된 것, 4) 아동에 의한 성교유사행위에 관련된 것의 4가지 형태를 들 수 있다.⁴³⁾ 따라서 이러한 자태를 시각에 의해 인식할 수 있다면 성기 등이 직접 묘사될 필요도 없으며, 성기 부분을 '모자이크 처리'하는 등 기계조작을 하여도 이에 해당한다.⁴⁴⁾ 또 '시각에 의해 인식할 수 있는 방법으로 묘사된 것'이므로 아동의 자태를 시각으로 인식할 수 없는 소셜, 녹음테이프 등은 이에 속하지 않는다.⁴⁵⁾

② 2호의 아동포르노

2호의 아동포르노는 성교 또는 성교유사행위 이외에 관련된 아동의 자태에 관한 것이다. 즉 다른 사람이 아동의 성기 등을 만지는 행위, 아동이 다른 사람의 성기 등을 만지는 행위를 묘사한 것이다. 성기 등은 성기, 항문 또는 유두를 말한다(법 2조 2항). 단 이것의 묘사가 '성욕을 흥분시키거나 자극하는 것'이어야 한다. 그러나 1호의 포르노와 마찬가지로 성기가 직접 묘사될 필요도 없고, 모자이크 등의 처리를 하여도 상관없다.

③ 3호의 아동포르노

'의복을 전부 또는 일부를 입지 않은'이라 함은 全裸 또는 半裸 등 사회 통념상 의복이라고 인정되는 것을 벗은 모습을 말한다.⁴⁶⁾ 사회통념상 의복이라고 인정할 수 없는 투명 또는 반투명의 소재로 만들어진 것을 착용하여도 이에 해당된다.⁴⁷⁾ 그러나 일반적으로 수영복을 입고 있는 것은 이에 해당한다고 볼 수 없을 것이다.⁴⁸⁾ 따라서 전라 또는 반라의 아동에게 선정적인 포즈를 취하게 한 자태를 묘사한 것이라면 의복을 전부 또는 일부를 입지 않은 아동의 자태로 성욕을 흥분 또는 자극시키는 것에 해당된다. 물론 성기가 직접 표현되지 않아도 되고, 특수처리를 하여도 상관없다.

④ 규제대상

이 법에서는 아동포르노가 표현된 것을 사진, 비디오 테이프, 그리고 기타의 物이라고 하고 있다. 사진이다 비디오 테이프는 어떤 有體物을 기록매체로 하는 물건을 말하는 것으로서 해석상 큰 논란은 없으나, 기타 물건에 해당하는 것은 다소 논란의 여지가 있을 수도 있다.

그러나 법문에 분명히 '物'이라고 표현하고 있기 때문에 電磁的인 기법에 의한 畫像 그 자체는 無體物이기 때문에 여기에는 해당하지 않는다.⁴⁹⁾ 이와 관련하여 특히 문제가 되는 것은 최근 컴퓨터와 컴퓨터통신의 발달로 크게 유행하고 있는 인터넷을 통한 음란물 畫像데이터 그 자체를 외설물로 볼 것인가에 대하여 일본의 판례⁵⁰⁾는, 畫像데이터 그 자체를 외설물로 보지 않고 다만 그것이 기록된 하드디스크 등을 외설물로 간주하고⁵¹⁾ 不特定多數人에게 다운로드가 가능한 상태를 설정하는 것은 '陳列'이라고 해석한 바 있다.⁵²⁾ 따라서 아동포르노에 관련된 화상이 기록된 플로피 디스켓이나 하드디스크 또는 CD-ROM, LD, DVD 등은 기타 물건에 해당한다.⁵³⁾

이 법은 형법상의 猥褻物罪와는 달리 규제대상에 文書를 포함시키고 있지 않기 때문에 소설 등 문자와 언어에 의한 표현물은 여기서 속하지 않는다고 해석한다. 또한 그림의 경우도 '시각에 의해 인식할 수 있는 것'이라고 하여도 아동을 특정가능한 정도로 사실적으로 묘사한 그림을 제외하고는 여기에 포함되지 않는 것으로 본다.⁵⁴⁾

심의단계에서 문제가 되었던 또 다른 점은, 아동이 實存해야 하는가 하는 것이었다. 이에 대하여는 이 법이 아동의 권리옹호를 위한 것이므로 아동은 실제로 존재해야 한다는 입장을 취했다.⁵⁵⁾ 또 컴퓨터합성에 의해 아동의 얼굴부분과 신체가 다른 경우, 예컨대 얼굴은 아동이지만 신체는 성인여자인 경우(이를 類似아동포르노라 부른다), 또는 성인여자가 아동의 모습을 하고 있는 경우를 어떻게 보아야 하는가도 문제되는데, 이에 대하여는 의견이 상반되고 있다. 즉 현실로서 확대된 아동이 존재하지 않기 때문에 이 법의 규제대상이 되지 않는다고 보는 견해⁵⁶⁾와, 이를 대비하면 많은 컴퓨터합성사진 등에 대하여 이 법은 무력할 수밖에 없으므로 얼굴 이외의 부분이 설령 얼굴과 다른 사람이라고 하더라도 '아동의 자태'라고 평가할 수 있으면 그 아동에 대한 침해행위로서 처벌이 가능하고, 설령 일부가 다른 사람이나 사진이라 하더라도 전체로서 특정한 아동의 자태라고 평가될 수 있으면 처벌할 수 있다고 해석하는 견해⁵⁷⁾이 대립한다.

⑤ 형법상 猥褻(음란) 개념과의 차이

이 법의 아동포르노에 관한 정의는 형법상 猥褻의 정의와는 다르게 규정하고 있다. 일본형법상의 외설에 대한 판례⁵⁸⁾와 학설⁵⁹⁾은 '오로지 性慾을 흥분 또는 자극시키거나, 보통인의 정상적인 性的 羞恥를 해하고, 선량한 性的 道義觀念에 반하는 것'이라고 해석상 정의한다. 그러나 이 법에서는 3항 1호의 아동포르노는 사실적인 요소를 들어 記述的인 정의를 하고 있는 반면, 2호와 3호에서는 '성욕을 흥분 또는 자극시키는'이라는 요소를 들어 법관으로 하여금 평가적 가치판단을 하게 하는 규범적 정의를 채택하고 있다. 그러나 형법상의 외설의 정의와는 달리 '보통인의 정상적인 수치심을 해한다'든가 '선량한 도의관념에 반하는' 것을 요하지 않는 것은 형법상 猥褻罪는 사회의 性風俗을 보호법적으로 하는 반면, 이 법의 아동포르노죄는 개인으로서의 아동을 보호하는 것이기 때문이 위의 두 요건을 불필요하다고 한다.⁶⁰⁾

그러나 이법에서는 특정한 규범적 가치판단이 포함되어 있기 때문에 구체적으로 무엇이 아동포르노인가 하는 것은 아무리 상세한 설명을 하여도 명확하지 않게 된다. 특히 3호와 관

런해서는 기준연령(18세 미만자)이 높기 때문에 처벌의 가능성도 그만큼 넓어질 우려가 있다는 판단이 제기되고 있다. 일본 衆議院의 法務委員會에서 심의될 때 에 이를 판단하기 위하여 (문제가 된 당해 아동포르노의) '구도, 장면, 주위상황, 자태 등'을 종합적으로 판단해야 한다고 설명하고 있는데 , 그렇다면 형법상의 외설개념과 크게 다르지 않게 될 것이다. ⁶¹⁾ 또 형법상 외설개념과 비교해 볼 때 이 법은 외설과 달리 '오로지'라고 하는 요건이 제외되어 있기 때문에 아동포르노는 그 묘사가 과도하게 될 것을 요하지 않는다. 따라서 예술작품일지라도 그것은 얼마든지 아동포르노에 해당할 수 있다. ⁶²⁾

이와 더불어 누구의 성욕을 흥분 자극시키는가도 매우 중요한 것인데 , 특히 아동에게만 성욕을 일어나는 아동성동착자(pedophilia)의 경우에는 일반인의 감각에는 전혀 성적 욕망을 일으키지 않는 천진난만한 아동의 나체에도 얼마든지 흥분될 수 있다. 이에 대하여 국회심의에서는 '일반 통상인'을 기준으로 하며, 이러한 性倒錯者를 기준으로 아동포르노를 판단하는 것은 아니라고 하고 있다. ⁶³⁾

결론적으로 아동포르노는 형법상 외설에 해당하지 않는 것도 그 대상이 될 수 있게 된다. 따라서 아동포르노에 해당하는가에 관한 판단은 제3조(적용상의 주의)를 충분히 참작하여 결정할 필요가 있다.

나. 1항의 죄

① 주관적 요소

제7조 제1항에 규정된 범죄는 고의범이므로 행위자가 아동포르노인 것을 인식할 필요가 있다. 물론 이 인식은 미필적 고의로도 충분하다.

② 객관적 요소

a. 頒布, 販賣, 業으로서의 貸與

'頒布'와 '販賣'라는 용어는 이미 형법 제175조⁶⁴⁾

에서도 사용하고 있으나 이 법은 '業다으로서의 貸與'까지 포함하고 있으므로 형법보다는 그 처벌의 범위가 넓다고 할 수 있다. ⁶⁵⁾ 그런데 일본에서는 형법상의 반포나 판매의 개념에 대하여 다툼이 있어 왔다. 통설은 有償의 讓渡를 판매로하고, 無償의 교부 또는 양도는 반포라고 해석하고 있다. ⁶⁶⁾ 즉 반포는 不特定 또는 多數人에 대하여 무상으로 판매 및 業으로서의 貸與 이외의 방법으로 교부하는 것으로서 ⁶⁷⁾ 상대방에게 전달될 필요가 있고 , 우송하여도 상대방에게 아직 도착하지 않는 한 반포로 보지 않는다. ⁶⁸⁾ 한편 , 판매라 함은 불특정 또는 다수인에 대하여 유상으로 양도하는 것을 말하고, 고객 한사람에게 판매한 경우에도 기수가 될 수 있지만 현실의 목적물이 다다르지 않았다면 매매계약을 체결한 것만으로는 판매로 보지 않는다.

그러나 통설의 이러한 설명에 의하면 무상의 대여행위는 반포죄에 해당하게 되지만, 유상의 대여행위는 반포나 판매에 해당하지 않게 된다. 그래서 최근에는 불특정 또는 다수인에 대한 유상의 소유권 이전을 수반하는 양도행위를 '판매'라고 해석하고 , 불특정 또는 다수인

에 대한 판매 이외에 방법에 의한 교부행위를 '반포'라고 해석하는 유력한 학설이 등장하고 있다.⁶⁹⁾

하지만 조문에서 반포나 판매에 덧붙여 '業으로서의 대여'라는 용어를 새롭게 추가함으로써 반포 등의 의미에 관한 위와 같은 해석상의 다툼을 입법적으로 해결하였다. 즉 '業으로서의 貸與'라 함은 계속반복의 의사를 가지고 목적물을 불특정 또는 다수인에게 빌려주는 행위를 말하는데 이때 유상 또는 무상 불문한다.⁷⁰⁾ 따라서 이 조문에서 규정한 반포와 판매의 개념에 대하여는 형법에서의 통설적인 해석에 따라 반포는 무상의 교부나 양도행위를, 그리고 판매는 유상의 양도행위를 의미한다고 하여도 다툼이 없게 되었다.

b. 公然히 陳列

'公然히 陳列'한다 함은 불특정 또는 다수인이 관람할 수 있는 상태에 두는 것을 의미한다.⁷¹⁾

따라서 특정되거나 소수인 자가 볼 수 있도록 하는 것은 공연히 진열하는 것이라고 볼 수 없다.⁷²⁾

다. 2항의 죄

① 주관적 요소

2항의 죄는 제1항의 죄를 범할 목적이 있어야 하는 이른바 目的犯이다.

② 객관적 요소

耐. 製造

'製造'라 함은 아동포르노를 새롭게 만드는 행위를 말한다. 원본으로부터 복사하여 만드는 것도 역시 제조에 해당한다. 그러나 제1항의 목적이 가지지 않고 단지 혼자 보기 위해 복사하는 것은 제조에 해당하지 않는다.⁷³⁾

형법의 猥褻物罪에 의하면 猥褻物이 제조행위는 처벌의 대상이 아니다. 그러나 이 법에서 아동포르노의 제조행위를 처벌하는 것은 아동포르노의 경우는 그 제조과정에서 아동에 대한 성적 착취와 성적 학대가 행해지게 된다는 점, 그리고 아동포르노의 제조 그 자체가 아동에 대한 성적 착취와 성적학대를 반영구적인 기록물로 남게 되어 그 아동에게 미치는 영향이 크다는 점에서 제조행위의 當罰性이 인정되었기 때문이다.⁷⁴⁾ 또 제조과정에서 兒童買春이 행해졌다면 兒童買春罪와 이 죄는 경합관계에 있게 될 것이다.

b. 所持

'所持'라 함은 아동포르노를 보관함에 있어서 사실상의 지배가 미치는 상태⁷⁵⁾ 또는 사회 통념상 일정한 자가 일정한 물건을 사실상 지배할 수 있는 지위에 있다고 인정되는 관계⁷⁶⁾를 의미한다. 자기를 위하여 소지하는가 또는 타인을 위해 소지하는가를 불문하며, 물리적으로 장악하고 있는지도 불문한다.

형법 제175조에서는 猥褻物 등을 단지 판매할 목적으로 소지하는 것을 처벌함에 반하여, 이 법에서는 반포 판매 업으로서 대여 공연진열 등의 목적으로 소지하는 것도 처벌하므로 형법보다 그 처벌의 범위가 넓다. 그러나 단순소지는 처벌하지 않는다.

c. 運搬

'運搬'이라 함은 아동포르노인 것을 알면서 그것이 놓인 장소를 이전하는 것.⁷⁷⁾ 즉 일정한 장소에서 다른 장소로 소재를 옮기는 것⁷⁸⁾을 말한다. 그 수단은 어느 것이 되었든 문제가 되지 않는다. 그러나 운반은 운반할 것을 계약한 것만으로는 성립되지 않고 현실적 장소이전이 필요하다.

d. 輸入, 輸出

이 죄의 주체는 일본국적을 가진 자이다.⁷⁹⁾ '輸入'이라 함은 국외로부터 국내(일본)에 아동포르노를 반입하는 것을 말하고, '輸出'이라 함은 그 반대의 행위를 말한다.⁸⁰⁾

라. 제3항(國外犯의 처벌)

이 규정은 제2항의 수출입죄와 마찬가지로, 일본국민이 국내외를 불문하고 아동포르노를 수입 또는 수출하는 행위를 처벌한다는 취지로 만든 것이다.

1항은 국내에서의 행위뿐 아니라, 국외에서의 행위도 포함한다. (이 법 제10조 참조). 따라서 '전항에 기재된 행위의 목적'(제2항), '제1항에 기재된 행위의 목적'(제3항)에는 국외에서 반포등의 행위를 행할 목적으로 포함한다.⁸¹⁾

마. 법정형

제7조에 해당하는 범죄의 법정형은 형법상의 猥褻物罪의 법정형보다 높게 되어 있다. 그 까닭은, 형법상의 猥褻物罪가 선량한 性風俗을 대상으로 하는 사회적 법익에 관한 죄임에 반하여, 이 법의 죄는 아동에 대한 성적 착취와 성적 학대를 방지하기 위한 개인적 법익에 속하는 것이기 때문이다.⁸²⁾

V. 兒童買春目的 人身賣買等罪(제8조)

제8조 (兒童買春目的 人身賣買等) 아동을 兒童買春에 있어서 性交 등의 상대방으로 하거나 또는 제2조 제3항 제1호, 제2호 또는 제3호의 아동의 姿態를 묘사하여 아동포르노를 제조할 목적으로 當該兒童을 賣買한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

2 전항의 목적으로 外國에 거주하는 아동으로 略取, 誘 또는 賣買된 자를 그 居住外國에 移送한 일본국민은 2년 이상의 유기징역에 처한다.

3 전2항의 죄의 未를 처벌한다.

이 규정은 일정한 목적을 전제로 하여 성립하는 목적범이다.

'賣買'라 함은 對價를 얻고 사람을 수수하는 행위를 말한다.⁸³⁾

그러나 매매계약만으로는 이 죄가 성립하지 않고 현실적으로 人身의 수수가 있던 때 기수로 된다. 다만 장소적 이전을 요하지는 않는다. 교환도 매매에 해당된다.⁸⁴⁾

'略取'라 함은 폭행 또는 협박을 수단으로 하여 사람을 보호되고 있는 상태에서부터 갈리 놓아 자기 또는 제3자의 사실적 지배하에 두는 것을 말하고, '誘'라 함은 기망 또는 유혹을 수단으로 하여 사람을 보호되고 있는 상태에서부터 갈리 놓아 자기 또는 제3자의 사실적 지배하에 두는 것은 말한다.⁸⁵⁾

한편, '移送'이라 함은 아동이 거주하는 국가로부터 다른 곳으로 옮겨 놓는 것을 말한다.⁸⁶⁾

VI. 기타 주요규정

1. 적용상의 주의사항(제3조)

제3조 (적용상의 주의) 이 법률의 적용에 있어서는 국민의 권리를 부당하게 침해하지 않도록 유의해야 한다.

이 규정은 이 법을 적용할 때 주의해야 할 사항을 정하고 있다. 이러한 류의 주의규정은 매춘방지법(4조), 술에 취해 공중에 곤혹스러운 행위를 방지하는 등에 관한 법률(10조), 輕犯罪法(4조), 그리고 破壞活動防止法(2조)에서도 찾아볼 수 있다.⁸⁷⁾

性の 문제는 매우 개인에게는 물론 사회생활에 있어서도 매우 민감한 문제에 속하는 것이다. 따라서 일정한 범익을 침해하는 성행동을 규제할 필요성이 있는 것은 타당하지만, 그렇다고 하여 개인이 기본적으로 가지고 있는 사생활의 비밀이나 프라이버시를 부당하게 침해해서도 안 된다. 특히 이 법은 형법상의 성범죄와는 달리 親告罪로 하고 있지 않기 때문에 兒童買春등의 규제에 있어서 국민의 기본권을 침해할 가능성이 크므로 이 법을 적용할 때 특히 이 점에 유의해야 한다는 취지를 명문으로 규정한 것이다.⁸⁸⁾

여기서 표현의 자유와 관련하여 檢閱의 문제를 생각해 보아야 할 것인 바, 검열이라 함은 '행정권이 주체가 되어 사상을 표현한 내용물을 대상으로 그 전부 또는 일부의 발표를 사전에 금지시키는 것을 목적으로 대상이 된 일정한 표현물에 대하여 일반적 망라적으로 그 내용을 심사한 뒤 부적당하다고 인정되는 것을 발표 금지시키는 행동권의 발동'⁸⁹⁾

이라고 말할 수 있는데, 이 법 7조에서 금지하고 있는 '반포 등을 목적으로 한 아동포르노의 제조 소지 운반 등'은 사전에 규제하는 것이 아니므로 검열에 해당하지 않는다.⁹⁰⁾

2. 兒童의 季齡의 知情(제9조)

제9조(兒童의 季齡의 知情) 아동을 使用하는 자는 아동의 연령을 알지 못하는 것을 이유

로 하여 제5조부터 前條까지의 규정에 의한 처벌을 면할 수 없다. 단 過失이 없을 때에는 그렇지 않다.

이 법 제5조부터 제8조까지 규정된 여러 범죄는 모두 고의범으로 되어 있기 때문에 상대방이 아동이라고 하는 인식, 즉 18세 미만자라고 하는 인식이 필요하다. 그러나 '아동을 사용하는 자'에 대하여는 아동에 대한 조사와 확인의무가 부여되므로 이러한 자에 대하여는 아동의 연령을 몰랐다는 이유만으로 처벌을 면해 주는 것은 타당하지 않다는 위치에서 이 규정을 두었다⁹¹⁾ 이는 아동에 대한 보호를 보다 두텁게 하기 위한 정책적 고려에서 나온 것이다.⁹²⁾

'아동을 사용하는 자'라 함은 아동과의 신분 또는 조직적인 관계에서 아동의 행위를 이용할 수 있는 입장에 있는 자를 말한다.⁹³⁾ 이는 계속적인 노사관계에 한하지 않으며, 노동관계 이외의 계속적인 관계로서 養親子關係 또는 暴力組織 같은 것도 포함된다.⁹⁴⁾ 그러나 아동과 일시적으로 지배종속 관계가 있었다고 간주되어도 그 관계가 이후 계속적인 것이 아니라 일시적인 관계였다면 '아동을 사용하는 자'에 해당하지 않는다고 해석한다.⁹⁵⁾

여기서 '知情'이라 함은 아동을 사용하는 자에 대하여 아동의 연령에 관한 조사의무를 부과한 것을 말한다. 앞에서 언급했듯이, 제5조부터 제8조까지는 고의범인데 이 규정은 아동을 사용하는 자에 한정하여 아동의 연령에 대한 인식을 필요치 한다고 한 것이고, 그 한도에서 일종의 과실범을 처벌하는 것이라고 해석할 수 있다. 즉 아동의 연령을 알지 못한 것에 대하여 과실이 없는 경우에는 처벌을 면하게 되지만, 이 경우 사용자에 대하여 연령조사의무를 부과했음에도 아동이라는 것을 알 수 없었다는 취지를 주장하고 이를 입증해야 할 책임을 부과한 것이다.⁹⁶⁾

사용자로서의 연령조사를 위하여 요구되는 주의의무는 사회통념상 당해관계에서 일반적으로 요구되는 주의능력을 기준으로 결정해야 한다. 아동 본인이 연령을 밝히고 또 신체의 발육상태를 보고 아동이 아니라고 믿은 경우에는 사용자로서의 주의의무를 다했다고 말할 수 없을 것이다.⁹⁷⁾

3. 國民의 國外犯(제10조)

제10조 (國民의 國外犯) 제4조부터 제6조까지, 제7조 제1항 및 제2항 그리고 제8조 제1항 및 제3항 (소條 제1항에 관련된 부분에 한한다)의 죄는 刑法(明治40年 법률 제45호) 제3조의 예에 따른다.

이 규정은 兒童買春等罪, 아동포르노頒布等罪, 兒童買春目的 人身賣買等罪에 관하여 일본 국민이 국외에서 범한 경우도 형법 제3조에 따라 처벌한다는 취지의 규정이다. 이미 앞서도 설명한 바와 같이, 일본인들이 해외에서 兒童買春을 하거나 아동포르노를 제조하는 행위가 국제사회적으로 지탄을 받고 있기 때문에, 국내외를 불문하고 이와 관련된 행위를 규제할 필요성에서 이 규정을 두었다. 또 이 법률이 목적으로 하고 있는 아동의 권리보호는 일본 국내에 있는 아동에 한정할 이유는 없기 때문에 이 규정은 의미가 있다.⁹⁸⁾

VII. 문제점

새로 제정된 이 법률에 대하여는 몇가지 비판이 제기되고 있다.

첫째, 구성요건상의 개념이 모호하다는 문제이다. 이 법 제2조에서는 '定義' 규정을 두고 있는데 그 가운데 兒童買春行爲는 性交뿐만 아니라, 性交 類似行爲까지도 포함하고 있다. 그런데 과연 어느 행위가 성교유사행위에 속하는지를 판단하기는 그렇게 쉽지 않다. 단적인 예가 아동에게 自慰行爲를 하게 하는 경우인데, 兒童福祉法을 적용한다면 이러한 경우도 '淫行을 하게 하는'행위에 속한다고 보지만 이 법은 '淫行'이라는 용어를 사용하고 하지 않기 때문에 문제가 될 수 있다. 왜냐하면 아동복지법상의 淫行은 '협박 또는 기망 등의 수단에 의한 경우와 자기의 성적 욕망을 만족시키기 위한 대상으로서만 취급하는 경우'에 국한되는데, 음행이라는 개념을 사용하고 있지 않은 이 법에서는 이러한 제한이 없다.⁹⁹⁾

또 아동의 신체에 대하여 아무런 접촉도 하지 않은 채 아동에게 옷을 벗게 하여 자신의 성적 욕망을 만족케 하는 경우도 마찬가지이다.

또 아동포르노의 개념도 문제가 있다. 예컨대, 표현된 물건에 아동이 실제 등장하지 않은 경우, 즉 컴퓨터 합성기술에 의하여 얼굴은 아동이나 신체는 성인인 경우 또는 반대로 나이 보다 어려 보이는 성인에게 아동복장을 하게 하여 음란한 행위를 연출한 경우 등도 아동포르노에 포함되는가 하는 문제가 있다.

둘째, 가장 문제가 되는 것은 아동포르노를 '物'(우리의 물건에 해당한다)에 한정하고 있기 때문에 최근 심각한 문제가 되고 있는 컴퓨터상의 畫像데이터를 어떻게 보아야 할 것인가 하는 문제가 생긴다. 특히 컴퓨터통신이나 인터넷을 통하여 아동포르노를 접하는 경우가 많은데, 이 법은 이에 대하여 침묵하고 있다. 따라서 '정보'에 불과한 사이버(아동)포르노를 유체물의 收受行爲를 전제로 한 반포 또는 판매 등의 개념에 아무런 문제없이 포함시키는 것은 罪刑法定主義의 원칙상 어려운 문제를 야기시킨다.¹⁰⁰⁾

이와 더불어 사이버 포르노의 규제는 더 어려운 문제를 포함하고 있다. 즉 법적 책임을 묻는 문제에 있어서 정보를 송신하는 자에게 책임이 있는지, 아니면 그것을 중개 또는 수신한 자에게 책임이 있는지를 가리는 것은 매우 어려운 문제에 속하기 때문이다. 이는 앞으로 더 연구되어야 할 과제로 남아있다.

셋째, 이 법은 아동포르노의 '단순소지'를 처벌하지 않는다. 물론 형법상 猥褻物罪보다 그 처벌범위가 확대된 것은 사실이지만, 아동포르노의 경우는 특히 兒童性倒錯者들이 입수하여 이를 가지고 아동에 대한 직접적 성적 학대나 성적 착취의 근거로 삼는다는 점에서 일반적인 포르노와 달리 취급해야 한다. 따라서 아동포르노의 단순소지도 처벌함이 마땅할 것이다.

101)

VIII. 맺음말

일본의 이른바 兒童買春等 處罰法은 이미 여러 법규에서 규제 또는 금지되어 온 청소년을 대상으로 하는 性犯罪를 종합적으로 체계화하고 단일화했다는 데에 그 의미가 있을 것이다. 그러나 법의 목적은 다소 다를지라도 처벌되는 행위가 여러 법규에 걸쳐 있는 중복되어 있다는 느낌도 없지 않다. 물론 이 법의 부칙 규정에서는 각 조례와의 관계 등 상호 충돌될 수 있는 부분을 조정하는 규정을 두고 있지만, 屋上屋이라는 비판도 적지 않다. 또 청소년과의 성행위가 일방적으로 청소년의 상대방 측에게만 當罰性을 인정하는 것도 문제로 지적된다. 이와 아울러 청소년의 성적 자기결정권을 인정해야 하는가 아닌가, 나아가 인정한다면 어느 정도까지 인정해야 하는가 하는 등등의 관련 문제들도 앞으로 심도 있게 논의되어야 할 과제일 것이다.

한국과 일본은 역사적으로나 문화적으로 상호 긴밀한 관계 속에서 양국의 독자성을 유지하면서 현재에 이르고 있는데, 法文化에 있어서도 서로 유사한 점들을 많이 찾아볼 수 있다. 이것은 다분히 우리의 法體製가 일본의 그것을 기초로 하여 성립된 탓도 있겠지만, 우리에게서 나타나는 사회현상들이 일본에서 먼저 성행한 후 유사한 모습으로 국내에 나타나고 있는 현상도 무시하지 못할 것이다. 청소년의 性保護라는 측면도 양국간의 유사성을 그 기반으로 하고 있음은 이미 週知하는 바이다. 그러나 이 문제를 둘러싸고 양국에서 진행되어 온 대응 방식은 많은 차이가 있다.¹⁰²⁾

일본은 이미 오래 전부터 청소년의 性保護를 위한 다양한 시도가 행해져 온 결과 그 결정판으로서 이 법률이 제정된 데 반하여, 우리의 경우는 갑자기 등장하게 된 사회현상에 대한 반작용으로서 급작스러운 법률이 제정되었다. 그러다보니 일본은 그 동안 많은 시행착오를 거치면서 충분한 학문적 실무적 논의를 바탕으로 하고 있는 반면, 우리의 경우는 사회적 공감대가 형성되었을지 몰라도 학문적 실무적 차원에서 준비된 것은 거의 없는 상태이다. 단적으로 청소년의 性保護에 관한 법학논문이나 판례를 거의 찾아볼 수 없는 것도 이러한 사정을 배경으로 하고 있다. 그러다 보니 사회적으로 문제가 되는 현상에 대하여 미봉책으로서 등장한 대응책은 '충격요법'이라고 밖에는 볼 수 없다. 좀더 솔직하게 말하자면, 우리의 입법 과정은 몇몇 소수의 사람들이 주도권을 가지고 외형적인 공감대를 불러일으키면서 외국(특히 일본)의 법률을 참조하여 단기간 내에 만들었다고 생각한다. 물론 이것이 모두 나쁘다고 비난할 수만은 없지만, 하나의 법률, 특히 범죄와 형벌을 규정하는 형사법의 제정은 그야말로 신중에 신중을 기하여도 모자라지 않는다. 더구나 인간의 性 문제는 규제와 처벌을 한다고 해서 모두 해결될 수 있는 문제가 아니다. 이른바 性刑法에 있어서는 '도덕에 대한 법의 불간섭 주의'를 충분히 고려하여야 할 것이다.

청소년의 건전한 육성을 목적으로 청소년들이 일정한 對償을 받고 성행위의 대상이 되는 것을 규제하고 금지하는 것은 국제적으로도 공감대가 형성되어 있다고 하더라도, 그것이 단지 일반적으로 또 가혹할 정도로 이룬다면 이는 형법이론상 문제가 될 수 있을 것이다. 문제는 어떠한 바람직하지 않은 사회현상에 대한 대응책으로서 다른 수단을 고려하지 않은 채 법률, 그것도 가장 가혹한 형법을 최우선적으로 적용한다면 '刑法의 最後段性 또는 補充性'의 원칙에 흠이 갈 수도 있다. 따라서 청소년에 대한 兒童買春 등의 행위들은 처벌과 아울러 사회보편적인 홍보와 교육 그리고 지도와 보호 등 가능한 모든 수단이 함께 시행되어야 그

효과가 있을 것이다. 그러나 무엇보다도 중요한 것은 역시 '건전한 사회환경의 조성'일 것이다. 여기서 '건전하다'는 의미는 모든 향락산업을 불법시하고 이를 규제 금지하는 것이 아니라, 일정한 범위에서의 향락산업을 인정하되 그 범위와 정도를 정하여 다른 사회문화와 공존해 나가도록 하여 일반시민이 자신의 의지로 선택하고 책임을 지는 것을 의미할 것이다.

그러나 사회는 점점 극도의 퇴폐와 향락의 길을 갖고 있고, 기업은 소비문화를 조장시키며, 정부는 끊임없이 향락산업을 허가해 가는 속에서 청소년의 性保護를 부르짖는다면 아마도 그것은 空念佛이 될 지도 모른다. 그것은 어떤 사회, 어느 국가에도 해당되는 일일 것이다. 따라서 먼저 올바른 소비문화를 지향하고, 향락산업 등을 최소화하는 작업이 선행된 다음 처벌을 논하는 것이 순서일 듯 싶다. 이와 아울러 사회에서 얼마만큼 청소년을 대상으로 하는 성범죄가 행해지는지 철저히 調査研究해야 할 것이다.

참고문헌

- 加藤久雄, “わいせつ犯罪と刑事政策 - 成人ポルノ解禁と幼児ポルノ嚴禁について”, 現代刑事法, No.11(2000.3), 37-47頁.
- 境分万純, “兒童買春・兒童ポルノ禁止法の意義と課題”, 世界, 1998.6, 35-38頁.
- 橋瓜 隆, “兒童福祉法60條3項の「兒童を使用する者」にあたりとされる事例”, ジュリスト, No.1089(1996. 5. 1-15), 333-336頁.
- 宮澤浩一, “青少年の性犯罪に對する法規制 - 特に, 青少年條例を中心として”, ジュリスト増刊總合特集『人間と性』(1982), 248-255頁.
- 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉編, 『大コンメンタール刑法第7卷 [第174條-第198條]』, 青林書院, 1991.
- 木村光江, “兒童買春等處罰法”, ジュリスト, 1166號(1999.11.1), 64-69頁.
- 所一彦, “性の規制をめぐる大人と子ども”, 刑法雜誌, 第26卷 3-4號(1988), 570-580頁.
- 阿部泰隆, “18歳未満の青少年との性行爲の可罰性”, 法學セミナー, No.372(1985.12), 21-23頁.
- 安部哲夫, “青少年の性的保護と刑事規制の限界 - 「青少年保護育成條例」を中心に”, 刑法雜誌, 26卷 3-4號, 553-569頁.
- 園田 壽(a), 『解説 兒童買春・兒童ポルノ處罰法』, 日本評論社, 1999.
- 園田 壽(b), “サイバーポルノと刑法”, 法學セミナー, No.501(1996 9), 4-8頁.
- 園田 壽(c), “インターネットとわいせつ情報”, 法律時報, 69卷 7號(1997), 26-30頁.
- 園田 壽(d), “陳列概念の弛緩 - 「アルファネット事件」控訴審判決”, 現代刑事法, No.11(2000. 3), 10-21頁.
- 前田雅英(a), 『刑法各論講義』(第2版), 東京大學出版會, 1999.
- 前田雅英(b), “法文の明確性と解釋の明確性”, ジュリスト, No.853(1986.2.1), 52-58頁.
- 池田泰昭, “兒童買春, 兒童ポルノに係る行爲等の處罰及び兒童の保護等に関する

る法律の制定について”, 警察學論集, 第52卷 第9號(1999.9), 122-141頁.
 川崎友巳, “ネットワーク犯罪の現状と對策”, 犯罪と非行, 第122號(1999.11), 30-53頁.
 眞嶋理恵子, “サイバーポルノ判斷の米國連邦最高裁法理の問題點”, ジュリスト, No.1159(1999.7.1), 98-105頁.
 平野裕二, “子どもの性的自己決定權をめぐる國際動向”, 法と民主主義, No.312(1996.10), 18-20頁.
 後藤啓二, “コンピュータ・ネットワークにおけるポルノ問題(上), (下)”, ジュリスト, No.1144(1998.11.1), 107-113頁, No.1145(1998.11.15), 80-85頁.
 横田耕一, “青少年に對する淫行の條例による規制と憲法”, ジュリスト, No.853(1986.2.1), 44-51頁.

- 1) 買春이라는 용어는 아동이 피해자인 점을 고려하여 賣春과 다른 점을 명확히 하고 있다(木邨光江, “兒童買春等處罰法”, ジュリスト, 1166 (1999.11.1), 69項, 註1 참조).
- 2) 園田 壽(a). 「解脫 兒童買春 兒童ポルノ處罰法」, 日本評論社, 1999, iii
- 3) 이 법은 18세 미만의 자를 '兒童'이라고 정의하고, 이렇다나 아동과 금품 등을 대가로 지불하거나 그것을 약속하고 성교 등을 하는 것은 '兒童買春'으로 하여 금지하고 법정형도 3년 이하의 징역 또는 100만엔 이하의 벌금으로 처벌하고 있다. 이와 더불어 兒童買春을 仲介하거나 勸誘하는 행위도 처벌된다. 또 아동가의 성교나 성교유사행위, 아동이 半裸로 성욕을 흥분시키는 자세 등을 묘사하는 사진 비디오 테이프 등을 '아동포르노'라고 정의하고, 이것을 반포 판매 공연진열 등의 행위를 하는 것도 처벌하고 있다. 뿐만 아니라 이 법은 일본인이 해외에서 兒童買春행위를 하는 것도 처벌하고 있다. 이미 형법상으로도 강간이나 강제추행은 國外犯일지라도 처벌이 가능했지만(일본형법 제3조 제5호). 이들 범죄는 報告罪이고 고소기간도 6개월에 불과하여 처벌의 실효성은 없었다고 한다. 이에 이 법은 兒童買春行爲를 報告罪로 하지 않고 國外犯을 처벌하고 있다(權田 壽(a), 2頁)
- 4) 일본에서는 이미 兒童買春과 아동포르노에 관련된 행위들이 刑法, 兒童福祉法, 賣春防止法, 또는 青少年保護確報育成條例등에서도 규제되고 있었다. 따라서 이 법과 다른 법률등 상호간에는 체계상 또는 해석상 상충되는 부분들도 존재한다. 이러한 비판에 대하여는 이미 몇몇 학자들과 실무자들로부터 나오고 있는데, 대표적인 사람으로서는 警察廳 少年課에서 근무하는 池田泰昭, “兒童賣春, 兒童ポルノに係る行爲等の處罰及び兒童の保護等に關する法律の制定について, 警察學論集, 第52卷 第9 (1999.9), 122-141頁 참조.
- 5) 池田泰昭, 129頁.
- 6) 그러나 대부분의 青少年保護育成條例에는 18세 미만자에 대하여 조례를 위반하는 행위를 하여도 벌칙을 적용하지 않는 예외규정을 두고 있는데 이는 문제점으로 지적되고 있다. (園田 壽(a), 34頁). 이에 관한 상세한 내용은 宮澤滌一, “ 青少年の性犯罪に對する法規製 - 特に, 青少年條例を中として, ジュリスト増刊總閣特集 「人間と性」(1982), 248-255頁 참조.
- 7) 園田 壽(a), 21頁
- 8) 일본형법상 性的 同意年齢은 13세이다(형법 제176조, 제177조). 일본형법 제176조는 強製猥褻罪(우리의 強製醜行罪에 해당된다)이고, 제177조는 強姦罪이다. 참고로 그 내용을 보면 다음과 같다. (자세한 내용에 대하여는 前田雅英(a), 「刑法各論護義」(製2版), 東京大學版社, 1999, 195-111頁 참조).
 刑法 176(強製猥褻) 13세 이상의 남녀에 대하여 폭행 또는 협박을 사용하여 외설적인 행위를 하게 한 자는 6월 이상 7년 이하의 징역에 처한다. 13세 미만의 남녀에 대하여 외설적인 행위를 한 자도 이와 같다.
 刑法 177조(強姦) 폭행 또는 협박을 사용하여 13세 이상의 여자를 간음한 자는 강간의 죄로 하여 2년 이상의 유기징역에 처한다. 13세 미만의 여자를 간음한 자도 이와 같다.
- 9) 池田泰昭, 125頁. 일본 민법상 혼인할 수 있는 연령은 남자 18세, 여자 16세이다(민법 제731조).
- 10) 여러 나라의 법률을 비교해 볼 때 성행위에 관한 동의연령은 나라마다 다르지만 대체로(성인과의)성행위에 동의할 수 있는 연령은 14-16세이며, 아동 사이의 성행위를 할 수 있는 연령은 이보다 더 낮다고 한다. 하지만 아동을 성적으로 착취하거나 이용하는 행위에 있어서는 대체로 많은 나라들이 18세 미만으로 하는 데에 합의하고 있다(園田 壽(a), 21頁). 참고로 청소년의 性的 自己決定權에 대한 국가간의 연령 비교에 대하여는 平野裕二, “子どもをの性的自己決定權をめぐる國際動向”, 法と民主主義, No.312(1996. 10), 18-20頁 참조.
- 11) 園田 壽(a), 22頁
- 12) 園田 壽(a), 22頁
- 13) 일본의 賣春防止法은 性を 상업적으로 거래하는 것을 금지하고 있는데, 동법 제3조는 '누구라도 매춘을 하거

- 나 그 상대방이 되어서는 아니된다'고 규정하여 일반적인 매춘행위를 금지하고 있지만 실질적으로 이를 처벌하는 규정은 없다. 다만 동법은 賣春을 조장하는 행위 등 賣春의 주변행위만을 처벌의 대상으로 삼을 뿐이다. 즉 賣春에 관하여는 성을 파는 쪽(주로 여성)의 악성에만 초점을 맞추고 사는 쪽(주로 남성)의 문제점은 고려하지 않고 있다. 그러나 이 법은 買春을 처벌하므로 사는 쪽의 위법성을 강조하고 있다. 또 이른바 원조교제를 하는 여학생들의 경우에도 이를 性的 일탈행위로 간주하고 설령 여성쪽에서 유혹하여도 자신의 신체를 경제적 이익과 교환한 아동은 性賣買의 피해자로 간주하여 보호대상으로 한 것이다(園田 壽(a), 12-13頁).
- 14) 서의 규제, 특히 음란물의 규제에 있어서 성인과 청소년을 구별해야 하는가, 또는 그 구별의 실효성이 있는가에 관한 논의에 대하여는 所一彦, "性の規制をめぐる大人と子ども", 刑法雑誌, 第26卷 3-4 (1988), 570-580頁 참조. 결론적으로 所一彦은 성인과 청소년을 구별하는 차별적 자유화는 근거는 있지만 실효성에 의의가 있다고 말하고 있다.
 - 15) 이 판례에 관한 문헌으로는 阿部泰隆, "18歳未満の靑少季との性行為の可罰性", 法學セミナー, No. 372(1985. 12), 21-23頁; 摺田耕一, "청소년에對する淫行의 條例による規制と憲法", ジェリスト, No. 853(1986. 2. 1), 44-51頁; 前田雅英(b), "法文의 明確性と解釋의 明確性". ジェリスト, No. 853(1986. 2. 1), 52-58頁; 安部喆夫, "靑少季의 性的保護と刑事規制의 限界 - 「靑少季保護育成條例」を中に", 刑法雑誌, 26卷 3-4, 553-569頁 참조.
 - 16) 前田雅英(b), 52頁
 - 17) 園田 壽(a), 13頁. 安部喆夫 교수는 특히 각 都道府縣에서 제정한 각 條例의 음행규제의 문제점을 1) 실질적 문제(규제하는 것 자체의 문제), 2) 법 형식적 문제(법률과 조례의 관계, 규제의 불균형, 음행의 정의), 3) 운용상의 문제(성인 뿐만 아니라 18,19세의 소년 등에게 적용되는 것) 등으로 나누어 비판하고 있다. 이에 관하여는 安部喆夫, 559-565頁 참조. 한편 음행 개념의 범문상 명확성과 해석상 명확성을 논한 문헌으로는 前田雅英(b), 52-58頁 참조.
 - 18) 池田泰昭, 126頁; 木邨光江, 64-65頁
 - 19) 池田泰昭, 126頁
 - 20) 園田 壽(a), 22頁
 - 21) 園田 壽(a), 23頁
 - 22) 성기의 접촉이 필요하므로 아동에게 접촉하지 않고 아동에게 자위행위를 시키게 하는 것은 兒童買春에 해당하지 않고 兒童福祉法 34조 6호(아동에게 淫行을 시키는 행위)에 해당한다. 또 자기의 면전에서 아동에게 제3자와 성교 등을 하게 하는 것도 역시 兒童買春이 아니라 아동복지법 34조 6호에 해당되는 행위이다(園田 壽(a), 24頁)
 - 23) 木邨光江, 65頁
 - 24) 性交類似行為라는 용어는 이미 兒童福祉法 34조 1항 6호에서 사용하는 淫行에 속하는 것이라고 해석한다(木邨光江, 65頁)
 - 25) 園田 壽(a), 24頁; 木邨光江, 65頁; 池田泰昭, 126頁
 - 26) 池田泰昭, 126頁
 - 27) 池田泰昭, 126頁
 - 28) 園田 壽(a), 24頁
 - 29) 池田泰昭, 126頁
 - 30) 境分萬純, "兒童買春 兒童ホルノ禁止法の意義と課題", 世界, 1998.6.35-36頁 참조.
 - 31) 최근 일본에서 性的 일탈행위로 보호받고 있는 소년들은 점차 감소추세에 있다고 하는데, 오히려 중고등학생들이 차지하는 비율이 2/3가 넘을 정도로 중고등학생들의 성적 일탈행위는 증가되고 있다고 한다(園田 壽(a), 35頁)
 - 32) 園田 壽(a), 35頁
 - 33) 池田泰昭, 130頁; 園田 壽(a), 42頁
 - 34) 賣春防止法 6조 1항에서 사용하고 있는 週旋은 1) 賣春의 성립을 지향하고, 2) 賣春하려는 자와 그 상대방이 되려는 자 쌍방의 의뢰 내지 승낙을 받아 행해지는 것이며, 3) 현장에서의 직접적인 중개는 물론, 전화로 중개하고 그후의 교섭을 당해인들에게 맡기는 경우도 포함하고, 4) 행위가 있으며 기수가 성립하고 賣春행위의 유무는 물론 매춘계약의 성부도 불문하며, 5) 주선 자체의 有償 無償도 불문한다고 해석한다(木邨光江, 65頁)
 - 35) 그러나 아동이 13세 미만일 경우에는 그의 동의를 무효이므로 강간죄가 성립하기 때문에 이 경우의 주선은 강간죄의 방조에 해당한다(園田 壽(a), 42頁)
 - 36) 池田泰昭, 130頁
 - 37) 園田 壽(a), 43頁; 木邨光江, 65頁; 池田泰昭, 130頁
 - 38) 園田 壽(a), 43頁
 - 39) 池田泰昭, 130頁
 - 40) 園田 壽(a), 44頁
 - 41) 이 점에서 賣春防止法의 勸誘罪(동법 제5조)와는 조금 다르다. 賣春防止法上 勸誘罪는 매춘부가 매춘부 자신의 매춘목적권유를 처벌함에 반하여, 이 죄의 兒童買春 勸誘罪는 買春의 주변행위의 예비적 행위를 처벌하는 것이다(木邨光江, 65頁)

- 42) 池田泰昭, 131頁
- 43) 園田 壽(a), 31頁; 池田泰昭, 128頁
- 44) 園田 壽(a), 31頁; 池田泰昭, 128頁
- 45) 池田泰昭, 126頁
- 46) 池田泰昭, 129頁; 이러한 표현은 풍속영업법에서 사용하고 있는 '의복을 벗은 사람의 자태'와 유사한 것이다 (園田 壽(a), 32頁)
- 47) 園田 壽(a), 32頁
- 48) 池田泰昭, 129頁
- 49) 園田 壽(a), 29頁
- 50) 東京地判平成8季 4月22日(判時, 1597, 151頁) 참조
- 51) 그러나 이에 대하여 반대하는 의견도 있다. 대표적인 학자로서는 園田 壽 교수를 들 수 있는데, 그는 형법규정상 '物'이라고 되어 있고 화상데이타는 어디까지나 정보(무체물)에 불과한 것이므로 유체물을 대상으로 한 형법규정에는 해당되지 않는다고 한다. 그의 논거에 관한 상세한 내용은 園田 壽(b), "사이버-볼노와 刑法", 法學七ミナ-, No.501(1996.9), 4-8頁 참조
- 52) 이른바 '사이버 포르노'(cyber porno)의 문제 및 관례에 관하여는 園田 壽(c), "인터-넷과 わせつ情報", 法律時報, 69卷 7號(1997), 26-30頁; 後詰二, "コンピュータ ネットワークにおけるボルノ問題(上下)", 法學七ミナ-, No.1144(1998.11.1), 107-113頁, No. 1145(1998.11.15), 80-85頁; 眞鳴理恵子, "사이버-볼노判斷의米國蓮邦最高裁判所の問題點", 法學七ミナ-, No.1159(1999.7.1), 98-105頁; 川崎友巳, "네트워크犯罪의現狀と對策", 犯罪と非行, 第122號(1999.11), 30-53頁 참조.
- 53) 池田泰昭, 127頁; 園田 壽(a), 29頁
- 54) 이 법안은 만들 당시에도 그림도 규제대상으로 삼았으나, 심의단계에서 제외되었다. 제외된 이유는 그림을 대상으로 하면 만화도 포함되게 되어 그 규제대상이 큰 폭으로 넓어지기 때문이라고 한다(木邨光江, 66頁)
- 55) 木邨光江, 66頁
- 56) 園田 壽(a), 31頁
- 57) 木邨光江, 66頁
- 58) 대표적인 판례로는 最判昭和26季 5月10日 刑集5卷6號 1026頁 참조
- 59) 前田雅英(a), 107頁; 園田 壽(a), 27頁
- 60) 木邨光江, 66頁
- 61) 木邨光江, 66頁
- 62) 園田 壽(a), 28頁
- 63) 園田 壽(a), 29頁
- 64) 형법 제175조 (외설반포등) 외설적인 文書, 圖畫 기타 물건을 頒布, 販賣 또는 公然히 陳列한 자는 2년 이하의 懲役 또는 250만엔 이하의 罰金 또는 科料에 처한다. 販賣할 목적으로 이들 물건을 所持한 자도 이와 같다.
- 65) 木邨光江, 66頁
- 66) 園田 壽(a), 45頁
- 67) 池田泰昭, 132頁
- 68) 前田雅英(a), 461頁
- 69) 大塚仁 河上和雄 佐蘇文哉編, 「大コンメンタール刑法第7卷[第174條-第198條]」, 青林書院, 1991, 48頁
- 70) 池田泰昭, 132頁
- 71) 前田雅英(a), 461頁; 池田泰昭, 132頁
- 72) 前田雅英(a), 45頁
- 73) 園田 壽(a), 47頁; 池田泰昭, 132頁
- 74) 園田 壽(a), 47頁; 木邨光江, 66頁
- 75) 園田 壽(a), 47頁
- 76) 池田泰昭, 132頁
- 77) 園田 壽(a), 48頁
- 78) 池田泰昭, 132頁
- 79) 池田泰昭, 132頁
- 80) 園田 壽(a), 48頁
- 81) 園田 壽(a), 49頁
- 82) 園田 壽(a), 49頁
- 83) 園田 壽(a), 50頁; 池田泰昭, 133頁
- 84) 園田 壽(a), 50頁
- 85) 園田 壽(a), 50頁; 池田泰昭, 133頁
- 86) 上同

- 87) 園田 壽(a), 33頁
- 88) 池田泰昭, 129頁
- 89) 最大判昭和59年12月12日民集38권12 1308頁 참조(園田 壽(a), 33頁)
- 90) 園田 壽(a), 33頁
- 91) 池田泰昭, 134頁
- 92) 이와 같은 입법규정은 兒童福祉法 제60조 제3항에도 있다 (園田 壽(a), 51頁)
- 93) 園田 壽(a), 51頁. 관례에 따르면 '아동을 사용하는 자'라 함은 "아동과 고용계약관계에 있는 자에 한하지 않고 아동과의 신분적 또는 조직적 관계에서 아동의 행위를 이용할 수 있는 자위에 있는 자" 또는 "특히 그 연령의 확인을 의무로 하는 것이 사회통념상 상당하다고 인식되는 정도의 밀접한 관계를 당해 아동과의 사이에 있는 자"라고 해석한다 (池田泰昭, 134頁)
- 94) 園田 壽(a), 52頁
- 95) 관례에 따르면, 우연히 만난 데에 불과한 아동을 외설사진의 모델로 하자고 유혹한 후 연기를 시켜 음행을 하게 한 사안에서 이 경우는 兒童福祉法 제60조 제3항에서 말하는 '사용자'에 해당하지 않는다고 한 관례(東京高判昭和40年1月19日高判集18卷1 1頁)가 있다(園田 壽(a), 51頁). 최근 이 조항과 관련된 사안에 대한 最高裁判所の 결정(最決平成5年10月26日刑集47권8 81頁)에 대하여는 橋瓜 隆, "兒童福祉法 60條3項の「兒童を使用する者」にあたることされる事例", *ジュリスト*, No. 1089(1996.5.1-15), 333-336頁 참조.
- 96) 園田 壽(a), 52頁
- 97) 園田 壽(a), 52頁
- 98) 園田 壽(a), 53頁; 池田泰昭, 134頁
- 99) 木邨光江, 68頁
- 100) 특히 컴퓨터상의 화상데이터를 '物'로 보기 어렵다는 의견을 제시하고 있는 학자로는 園田 壽교수를 들 수 있다. 이와 관련하여는 園田 壽(a), 64頁; 園田 壽(d), "陣烈概念の弛 - 「アルファネット事件」控訴審判決", *現代刑事法*, No.11(2000.3), 10-21頁 참조
- 101) 이에 대하여 반대 의견을 제시하는 학자로는 園田 壽가 있다(園田 壽(a), 63頁)
- 102) 이 문제와 관련하여 일례로서 성인용 포르노와 아동포르노를 엄격히 구별하여 전자에 대하여는 해금을, 후자에 대하여는 엄격한 금지를 해야 한다는 주장이 제기되고 있다. 이에 관하여는 加久雄, "わいせつ犯罪と刑事定策 - 成人ボルノ解禁と幼児ボルノ嚴禁について", *現代刑事法*, No.11(2000.3), 37-47頁 참조.

스토킹범죄의 형사입법동향

鄭 洸*

I. 서언

스토킹(stalking) 행위는 특정인을 상대로 하여 정신적 또는 신체적으로 집요하게 괴롭히는 행위를 말하며, 이러한 스토킹 범죄에 의한 피해사례가 증가하자 미국, 일본 등 외국에서는 스토킹 행위를 형법상 또는 특별법상 범죄로 규정하여 범죄자를 형사처벌하고 있다. 나아가 최근에는 사이버공간을 통하여 특정인을 괴롭히고 피해를 주는 사이버스토킹이 증가하고 있어 각국에서는 종래의 처벌조항에 사이버스토킹의 구성요건을 추가하거나 또는 별도의 사이버스토킹 처벌특례법을 제정하고 있는 상황이다.

스토킹범죄가 만연하여 큰 사회문제로 대두되자 법적 보호와는 별도로 스토킹을 당하지 않기 위한 많은 상품들이 개발되고 있다. 예를 들면, 눈에 뿌리면 잠시 시력을 잃게 하는 '립스틱형 소형최루탄' 등이 개발되어 여성들의 필수 휴대품이 되었고, 실제 사람을 빼어 닮은 실물 크기의 스토키 방지용 인형까지 개발되어 판매되고 있다.¹⁾

일본에서는 스토키범죄로 인한 피해를 보상해 주는 여성용 '스토커 보험'이 등장했다. 이 스토키보험은 상해보험의 일종으로, 스토키들의 극성행위로 상해를 입을 경우, 일반 상해보다 보상금을 최고 2배 더 지급하고, 다친 부위가 얼굴일 경우에는 4배를 지급한다고 한다.²⁾ 우리나라에서도 이미 많은 사례의 스토킹관련 범죄행위가 보도되고 있으나³⁾ 이에 대한 구체적인 법적 대책은 현재 마련되어 있지 않다. 1999년 제15대 국회에서 스토키처벌특례법안이 상정된 바 있으나 회기종료로 폐지된 바 있고⁴⁾ 2000년 제16대 국회에서 다시 법안상정이 시도되고 있다고는 하나⁵⁾ 입법 여부는 불투명한 상태이다.

이하에서는 먼저 스토킹의 유형에 대하여 간단히 분류해 본 후, 미국, 일본, 한국의 스토킹 관련입법동향을 차례로 살펴보고자 한다.

II. 스토킹의 유형

일반적인 스토킹의 방법으로는 끈질긴 구애전화 또는 음란전화 등 전화폭력, 지속적인 따라다님, 집 또는 직장 앞에서 기다림, 껴안기 또는 추근거림, 선물공세 등이 있으며 신체적 폭행이나 감금을 가하는 경우도 있다. 스토킹으로 인한 피해로는 "비슷한 사람을 보거나 전화벨소리에 놀란다", "혼자 있거나 외출할 때 두려움을 느낀다.", "불면증에 시달린다" 등이

*) 한국형사정책연구원 선임연구원, 법학박사

며 치료를 받아야 할 정도로 심각한 상태도 있다.⁶⁾

스토킹은 이와 같이 여러 가지 방법으로 행해지고 있지만, 그 목적을 고려할 때 대개 다음과 같은 몇 가지 유형으로 분류할 수 있다.

1. 연애행 또는 복수형 스토킹

가장 많은 스토킹 유형이며, 연애편계가 동반되거나, 직장 또는 학교에서의 왕따, 부조리한 해고, 증오 등에 의하여 발생한 '긴장상태'를 발단으로 하여 그 보복 또는 복수의 수단으로 쓸데없는 전화, 주거 오손, 파괴 등을 행한다.

이 유형은 매우 질서적이고, 계획성이 있으며 행위에 가감이 보인다. 따라서 차근차근히 생각해보면 반드시 범인이 누구인지 알 수 있다.

범인에게 정신적 혹은 기질적 문제(증상)는 거의 보이지 않는다. 따라서 제3자에 의한 적극적인 범인접촉이 가능하다. 원인이 되는 사상이 판별되더라도 피해자 자신은 자신의 책임을 완강히 부정하는 경향이 매우 강하므로 피해자와 범인의 직접적 접촉은 바람직하지 않다. 쌍방 모두 감정적인 주장으로 가득 차 있으므로 중도적 입장에 있는 제3자를 개재시켜 차분한 화해교섭을 통해서만 해결이 가능하다. 어느 한 쪽을 두둔하는 조정자는 곤란하다. 만일 이 유형의 범인이 형사사건으로 입건될 경우 법정에서는 주변인물이나 검찰관조차 알지 못한 피해자의 증과실이 폭로되어 피해자의 손해가 크게 확대될 가능성이 있으므로 공권력 이용은 신중을 기하여야 한다.

2. 망상형 스토킹

가장 유명한 스토킹 유형이면서도 가장 적은 스토킹 유형이다.

범인에게는 인지장애, 기질적 편차, 뇌과 이상 등이 의사에 의한 검사단계에서 확인된다. 연령적 경향은 망상형 스토킹에 관한 자료가 적어 명확한 분석이 불가능하지만 정신의학에서 의하면 남녀를 불문하고 30세경부터 망상분열에 기인하는 스토킹이 산발적으로 발견된다고 한다.

이 유형은 2-3개월에 걸쳐 서서히 증가하다가 갑자기 스토킹 행위 자체가 소멸된다. 행위가 무질서하고 가감이 없으며, 번덕이 심해 3일 이상의 정지기간이 들어 있다.

스토킹 행위자는 정상적 정신상태가 아니므로 문외한에 의한 문제해결은 곤란하다. 경찰에 신고함과 동시에 변호사와 상담하여야 한다. 또한 연애행 또는 복수형 스토킹과 달리 투약치료에 의하여 완치할 가능성이 높아 한번 지정병원에 입원하면 퇴원후의 보복가능성은 대개 낮아진다.

당연한 말이지만, 연애행 또는 복수형 스토킹은 지적인 정당성을 갖고 있기 때문에 이 망상형 스토킹과 혼동하여 처리해서는 안 된다. 이 경우 치명적인 피해의 확대를 직결될 가능성이 있기 때문이다. 즉 연애행 또는 복수형 스토킹의 가해자를 병원에 입원시키는 등에 의하여 일종의 심신미약을 이유로 한 살인특권을 부여할 수도 있는 것이다.

3. 텔런트 스토킹

망상형 스토킹과 혼동하기 쉬운 스토킹 유형인데 '유동적인 망상'과 '확신적 희망'이 명확히 분리되어 있는 점에서 양자는 다르다.

텔런트 스토킹이라면 유명 연예인만을 피해자로 생각하기 쉬우나, 여기서 텔런트의 의미는 '희소적 존재'로 해석해야 한다. 따라서 직장이나 동호회 등 폐쇄적 환경에서 두드러지게 눈에 띄는 사람도 타겟이 될 수 있다. 또 남녀비율이 현저히 편중된 직장이나 학교에서도 마찬가지이다.

범인의 근거심리에는 피해자에의 접근의욕에 대한 강렬한 '희망달성정신'이 뿌리박혀 있고, 철학적으로 그 희망, 목적에의 이미지를 반복함으로써 보다 더 희망달성에의 욕구와 확신에 가까워진다. 또한 이 시기의 범인은 정신의학적으로 편집기질이 표면화 된 경우가 많

이 유형은 거의 모든 범인이 스토킹 개시단계부터 자신을 밝힌다. 바꾸어 말하면, 범인이 명확히 특정되어 있는 경우에는 이 텔런트 스토킹 유형으로 보아도 좋다. 범인의 요구가 단도직입적이고, 명확하여 범죄요건을 구성할 수 없는 경우가 많다.

이 단계에서의 범인의 행위는 '생활스타일에의 간섭'이나 '논리적인 말참견', '팻션에 대한 요구' 등 마치 범인이 피해자를 독점한 것과 같은 언동이 현저하다. 피해자에게는 번거롭기 짝이 없는 일이겠지만 요구내용이 점차 증가되고 종반에 이르러서는 피해자가 공포감을 갖는 수준에 달하게 되는 경과를 거친다.

후에 연애형 또는 복수형 스토킹으로 변질될 가능성이 있는 유형이기는 하지만, 초기단계에서 단호하게 간섭하지 말라는 의사를 범인에게 전하면 중단되는 경우가 많다. 그러나 연예인의 경우 그것이 불가능하므로 보안회사에 의뢰하여 경호원을 붙이면 어느 정도 피해를 최소화할 수 있다.

또한 직장동료나 학교친구일 경우는 범인이 신뢰하고 있는 사람과 상담하여 범인, 피해자 쌍방에의 조언을 행하도록 요청하는 노력도 필요하다. 또한 이 유형은 범인의 이름이 알려져 있으므로 안이하게 범인에게 강제력을 갖는 사람에게 요청하거나 경찰에 신고하기 쉬운데 이는 수리되기 어려울 뿐 더러 그렇게 하면 연애형 또는 복수형 스토킹으로 변질되기 쉬우므로 상당히 조심하여야 한다.

4. 직업형 스토킹

소위 '파파라치'라고 불리는 특종기사추적집단이 이에 해당한다. 또 고리대금업자의 돈을 받아오는 사람의 경우도 직업형 스토킹으로 보아야 한다. 메시지와 목적이 명확한 직업이므로 스토킹 당하는 측에도 동등한 요인이 존재한다.

이 유형은 피해자 자신이 이유를 가장 잘 이해하고 있으며, 스토킹의 결과가 피해자 자신 및 사회적으로 반영된다.

연애인의 경우 보안회사에 의뢰하여 대책을 세우는 것이 좋은 방법이지만 보안회사의 도

움을 받지 않고 있다가 스토킹을 경험한 후에야 비로소 울며 매달리는 프로덕션과 매니저가 많다고 한다. 사전 예방조치가 가장 중요하며 주위에서도 이에 관하여 적극적으로 주의를 환기시키는 자세가 중요하다

5. 성범죄자와의 관계

음란목적의 침입자나 성범죄자를 스토킹범죄자로 볼 수는 없을 것이다. 스토킹은 스토킹에 의하여 목적이 달성됨에 대하여 성범죄자는 성행위에 이르지 못하면 그 목적을 완료할 수 없기 때문이다. 또 그 정신구조나 동기에 있어서도 스토킹범죄자와 성범죄자는 공통성이 없다. 따라서 뒤를 쫓거나 신변조사를 하는 행위 자체는 외견상 '스토킹'과 동일해 보이지만, 최종적 실행행사를 염두에 두고 있는 점에서 스토킹과 다르다.

스토킹의 경우 경범죄로 취급되는 경우가 많지만, 성범죄의 경우 비록 친고죄이기는 해도 형법범으로 기소할 수 있으며 부녀폭행과 강제추행은 경찰이나 검찰에서도 취급이 다르다. 물론 연애행 또는 복수형 스토킹이 복수를 위하여 부녀폭행, 강제추행으로 나갈 가능성을 생각할 수도 있지만, 이 경우에도 '폭행에 의하여' 복수를 하는(가해선행) 것이므로, '성욕을 채우는(자기이익선행) 성범죄자와는 차이가 있다. 이것이 성범죄자를 스토킹으로 볼 수 없는 이유이다.⁷⁾

III. 미국의 스토킹 규제법

1. 입법동향

미국에서 반(反)스토킹법이 제정된 것은 1989년 당시 21세의 여배우 레베카 세퍼가 남성 스토킹에 의해 피살되는 충격적인 사건이 계기가 됐다. TV에 출연한 모습에 반한 스토킹은 세퍼의 집에 찾아가 만나달라고 요구하다 거절당하자 흥분해 권총을 꺼내 쏘았다. 영화 '썬들러 리스트' 등의 스티븐 스필버그 감독도 스토킹의 표적이 됐다. 1997년 7월 스필버그의 자택 근처에서 수갑과 칼, 스필버그의 가족사진 등을 지닌 스토킹이 경찰에 체포됐다.

패션 디자이너 지아니 베르사체도 스토킹에 의해 목숨을 잃었고 테니스 스타 모니카 셀레스는 경기 중 뛰어든 스토킹의 칼에 부상을 당했다. 골프스타 타이거 우즈와 미국 프로농구(NBA)스타 테니스 로드맨도 스토킹 피해자인 것으로 보고됐다.

미국에서는 1990년 캘리포니아주를 시작으로 49개 주에서 차례로 반(反)스토킹법이 제정됐다. 1996년 제정된 '주간(州間) 스토킹 처벌 및 방지법'은 위험한 스토킹이 다른 주로 이동하는 것을 금지하거나 여러 주가 관련된 스토킹 사건을 다루고 있다.

1998년 11월에는 연방 반스토킹 확대법안이 의회를 통과해 스토킹의 범위를 인터넷 e메일 등으로 확대하고 재범은 보석을 어렵게 해놓는 등 스토킹의규제를 강화하였다. 플로리다주에서는 경찰이 스토킹이 있었다고 정당하게 판단하면 영장 없이 스토킹을 체포할 수 있으며 9

개 주에서는 미성년자 스토킹을 가중처벌하고 있다.

실제 미국의 한 통계에 따르면 여성 12명중 1명이, 남성 45명중 1명이 스토킹을 당한 경험이 있는 것으로 보고됐다. 미국에는 20만명의 스토킹자가 있고 이들로 인해 매년 전국에서 170만명이 피해를 입는 것으로 집계됐다⁸⁾

한편 지난 해 1월 미국에서는 게리 텔라펜타라는 남성이 '사이버스토킹' 혐의로 최초로 기소됐다. 텔라펜타는 교회에서 만난 한 여성이 간절한 구애(求愛)를 받아주지 않자 그녀가 강간당하고 싶어한다는 내용을 인터넷상에 게재했다. 이 여성의 외모는 물론 주소와 전화번호, 자택의 경보장치 해제법까지 공개했다. 이로 인해 이 여성은 수시로 낯선 남성들의 음란 전화에 시달렸고 6명의 남성이 그녀를 찾아오기까지 했다고 한다.⁹⁾

캘리포니아주에서도 1998년 '사이버스토킹'에 관한 법률을 제정해 스토킹을 호출기, 전자우편, 팩시밀리, 음성메일 기타 전자통신 매체를 사용한 협박에까지 확대해 적용하고 있다.

2. 각주의 반스토킹법 개요

가. 반스토킹법의 제정

1990년 캘리포니아주에서 최초로 주 차원의 반스토킹법이 제정된 이후 49개 주에서 차례로 반스토킹법이 제정되었다. 캘리포니아주의 반스토킹법은 젊은 여배우 레베카 세퍼를포함한 다섯 명의 젊은 여성이 스토킹 피해자로 살해된 것을 계기로 제정되었다.

30개 주가 끝이어서 반스토킹법을 제정하였고, 캘리포니아주는 1992년 반스토킹법을 개정하여 형벌을 확대하였다. 1993년에는 나머지 18개 주와 콜롬비아특별구가 반스토킹법을 제정하였다. 메인주만이 스토킹에 대하여 특별법을 제정하지 않았다.

이리하여 각 주에서 스토킹에 대하여 강제력을 갖는 법률이 전국적으로 제정되었고, 1993년에 주의 보호명령에 대한 조항이 추가되어 스토킹의 금지명령을 발하는 명령이 부여되었다.

1993년 9월 스토킹 모델법전이 발표되자 17개주가 그에 따라 반스토킹법을 개정하였다. 아이와주, 유타주는 모델법전에 제시된 내용을 반영하여 반스토킹법을 개정하였고, 위스콘신주는 모델법전과 유사한 조항을 포함시켜 개정하였지만, 모델법전에 규정된 '암시에 의한 협박'에 대하여는 추가하지 않았다. 기타 개정을 행한 주는 알라바마, 캘리포니아주, 콜로라도, 일리노이, 캔서스, 루이지애나, 노스캐롤라이나, 오클라호마, 로드아일랜드, 사우스캐롤라이나, 워싱턴, 웨스트버지니아 등이다¹⁰⁾

나. 스토킹의 정의

각주의 반스토킹법은 공통의 제정목적은 가지고 있지만, 스토킹을 어떻게 정의하고 대처하는가는 동일하지 않다.

스토킹에 대한 전형적인 정의는 고의성, 악의성, 추적을 반복하는 것, 사람을 괴롭히는 것

등인데 5개 주는 금지된 행위의 형식을 특별히 열거하고 있지 않다. 3개 주는 피해자의 자택 부근 등에서 계속 기다리는 것을 금지하고 있다. 7개 주는 스토킹행위의 감시를 포함한다. 일리노이주에서는 피해자를 감금하거나 구속하거나 상해를 가한 스토킹을 중스토킹죄의 중죄를 적용하고 있다.

대부분의 주는 스토킹으로 판단하기 위하여 일정한 행동패턴을 요구하고 있고, 또 피해자가 죽음이나 상해에 대한 안전에 대한 상당한 공포를 받을 것이 필요하다고 규정하고 있다. 텍사스주에서는 피해자가 반스토킹법에 의하여 고발하는 강제절차를 행한 후에도 스토킹행위를 계속할 것이 요구된다.

다. 협박

반스토킹법에는 두가지 중요한 요소가 있는데, 그것은 협박행위와 피고인의 범행의지이다. 4개 주는 반스토킹법에 의하여 고발되기 위하여는 피해자에 대한 범인의 협박행위가 필요하다고 규정하고 있다. 콜로라도와 뉴멕시코에서는 범인이 협박을 하는 것과 협박언동을 구체화하는 행위가 필요하다.

40개 주와 콜럼비아특별구는 비록 범인의 협박의 말이 없더라도 일반 사람들이 함박당하고 있는 기분을 느끼게 하는 스토킹 행동을 금지하는 조항이 있다. 8개 주에서는 협박언동을 구체화하는 의지와 능력을 범인이 가질 것을 필요로 하고 있다.

일부 주에서는 스토킹에 관한 증거를 제출한 피해자의 가까운 가족 등에 대한 협박도 금지하고 있다. 4개 주에서는 스토킹이 아니라 중스토킹죄를 소명하기 위하여 협박이 필요하다고 규정하고 있다. 하오이주와 텍사스주의 법률은 상해의 의도와 동시에 재산상의 손해를 줄 의도에 대한 협박을 금지하고 있다.

라. 고의

대부분의 주에서 스토킹으로 유죄를 선고하기 위하여는 피해자를 공포에 빠뜨릴 범의의도를 입증할 필요가 있다. 행동의 경위는 고의적, 의도적, 계획적, 그리고 지속성이 필요하다.

7개 주는 고발로 피고인이 피해자에게 놀라움과 곤혹을 야기할 의도를 증명할 필요가 있다고 하고 있다. 7개 주에서는 만일 피해자가 협박을 받거나 범죄를 당한 기분이 들면 스토킹이 피해자에 대하여 결과적으로 공포를 주는 행동을 할 의도는 필요없다고 규정하고 있다.

인디애나주와 미주리주에서는 피고인이 피해자에게 공포를 느끼게 할 의도를 가진 경우 중스토킹죄로 형벌이 가중된다.

마. 행위

반스토킹법으로 처벌되기 위하여는 스토킹의 행동이 단일하지 않고 목적있는 행동을 할 것을 필요로 한다. 목적을 가지고 행동한다는 것은 일정기간 이상의 연속한 행위로 되어 있

고 아무리 짧아도 목적을 위하여 연속된 행위이면 족하다.

일부 주에서는 스토킹법을 적용하기 위하여 어느 정도 회수의 행위가 필요한가 또는 일정 가능성이란 어느 정도인가를 명시하고 있다. 일리노이주에서는 적어도 2회의 유발된 행위라고 규정하고, 미시건주에서는 두 번 또는 그 이상의 기회의 별도의 행위, 콜로라도와 노스캐롤라이나주는 한 번의 기회에 그치지 않을 것을 규정하고 있다.

바. 판결

대부분의 주는 스토킹범죄를 중죄와 경죄로 분류하여 규정하고 있다. 스토킹 경죄는 1년 이내의 징역형을 선고받고 스토킹 중죄는 3년 내지 5년의 징역형을 선고받는다. 일부 주에서는 10년 내지 20년의 징역형 선고를 허용하고 있다.

대부분의 주에서는 보호명령을 위반하거나, 무기르 사용하거나, 16세 이하의 소년을 대상으로 하거나 중대한 스토킹위반을 범한 경우 형벌을 가중하고 있다. 14개 주에서는 피해자에 대한 중대한 위반에 대하여도 형벌을 가중하며, 9개 주는 이전에 다른 중죄를 범한 피해인에 대하여는 스토킹의 형벌을 상향 조정하는 것을 허가하고 있다.

최근 일부 주에서는 악질잔학한 행위로 유죄판결을 받은 것이 3회가 된 자(쓰리 스트라이크 아웃 법)에 대하여는 가석방 없는 종신형을 선고하는 법률을 제정하였다. 범죄의 악질과 잔학성으로 스토킹을 구분하여 스토킹 사건에 대처하는 것이다.

사. 보석

7개 주는 스토킹범죄에 대하여 반스토킹법과 그 관련 법률에서 보석과 재판전 석방을 규정하고 있다. 아칸소주와 메릴랜드주, 텍사스주와 웨스트 버지니아주에서는 재판전 석방에 대한 조건으로서 피해자와 면회연락을 사절하고 명령을 내리고 있다. 조지아주에서는 면회연락사절명령에 더하여 피고인이 재판전 석방의 조건을 지키지 않음을 증명하는 물건을 제출하면 보석과 스토킹위반의 가석방을 부정할 수 있음을 규정하고 있다.

일리노이주에서는 피고인이 스토킹 피해자를 협박할 것임을 입증하면 청문회 후에 보석을 대비할 수 있도록 규정하고 있다. 오하이오주에서는 보석의 일수와 조건을 결정함에 있어서 고려해야 할 특별한 요인에 대하여 목록으로 정리하고 있다. 몬타나주에서는 재판소 등이 심판전 피고인석방에 대한 정보를 스토킹 피해자에게 연락하지 않고 석방하는 일이 없도록 규정하고 있다. 버몬트주법에서는 스토킹에 대하여 잔학한 범죄로 정의하고 잔학범죄의 가이드라인에 따라 보석이 결정된다.

일부 주는 보석으로 석방되거나 다른 범죄로 가석방중이거나 중대악질사건으로 유죄판결을 받을 가능성이 있는 자에 대하여 재판기간중 피해자에 대하여 공격이나 보복을 한 자에 대하여 중대한 위반을 하였다는 이유로 보석을 취소하는 것은 헌법상 정당하다고 규정하고 있다. 일부 주는 악질 스토킹범으로서 고발된 자는 보석으로 석방하지 않음을 법원이 결정하는 것을 인정하고 있다.

아. 특별규정

1994년 일부 주에서 주법을 개정하여 '공포'의 요소에 성폭력의 불안을 포함시켰다. 웨스트버지니아주에서는 스토킹 행위에 대하여 스토키와 관계가 계속되고 있는가, 관계가 있었는가, 관계를 가지려고 뒤쫓고 있는가 등으로 명확히 규정하고 있다.

일부 주에서는 경찰에 영장 없이 스토키를 체포하는 것을 허용하고, 그 허용되는 범위와 조건을 규정하고 있다. 대부분의 주에서는 보호명령을 위반할 경우, 영장 없는 체포를 허락하고 있다.

몬테나, 뉴햄프셔, 노스다코타, 워싱턴주에서는 피해자가 접촉을 바라지 않음을 경고하였음에도 그것을 행하는 경우는 괴롭히려는 의도에 의한 것으로 추정한다. 미시건, 오클라호마주에서는 스토킹행위를 중지하도록 요청한 후에 행위를 수행하려 한 피고인에 대하여는 피해자를 위협한 행위라고 비확정적 추정(반증을 가지고 뒤엎는 것을 허용하지 않는 법률상의 추정)을 한다.

뉴햄프셔주에서는 다른 주에서 보호명령이 내려져 있는 경우, 그 주의 보호명령을 실시할 수 있다. 일부 주에서는 법집행기관, 검사, 법원 등에 대하여 스토킹 사건을 취급하기 위한 연수를 실시하고 있다.

일부 주에서는 재판전 석방이나 보호관찰 조건 또는 교도소에 갈 것인가의 여부에 대한 선택의 하나로 피고인에게 비디오형 전자장치에 의한 감시를 요구한다. 캘리포니아주에서 전자감시는 피로인의 동의를 요하며, 다른 주에서는 법원의 허가사항이다.

몬테나주에서는 스토킹으로 유죄판결을 받은 자가 의학적인 카운셀링을 받는 비용을 제공하거나 범인의 공격에 의하여 피해자가 손실을 입은 재산에 대하여 보상하도록 하고 있다.

메릴랜드주에서는 스토킹법에 의한 선고에 있어서는 연속과 동시발생한 행위 중에서 다른 범죄에 해당하는 것은 별도의 형을 선고할 수 있다. 플로리다주에서는 중스토킹죄로 고발된 소년은 자동적으로 성인재판소에서 재판을 받게 된다.

애리조나, 미네소타, 몬타나, 위스콘신주는 스토킹 피해자에 대하여 일정한 생활상태를 비밀로 해둘 것을 허락하고 있다. 캘리포니아주에서는 주 직원이 사망이나 상해의 공포를 느끼게 하는 스토킹행위라고 믿을 수 있는 사건일 경우 운전국은 운전면허증의 등록공개를 금지할 수 있다. 와이오밍 주에서는 피해자에 대하여 가능한 조언, 주의를 제공하는 서비스를 포함한 긴급원조를 정부기관에 인정하고 있다. 그리고 그러한 서비스가 실패하기 때문에 지게 된 부채에 대하여는 법률로 강제적으로 면제하도록 하다.

일부 주에서는 스토키가 재판전 석방될 경우 피해자에게 통지하도록 되어 있다. 또한 일부 주는 판결을 받고 석방될 경우도 통지를 하도록 하고 있다. 피해자 통제의 조항은 캘리포니아, 조지아, 인디애나, 미네소타, 몬테나, 네바다, 텍사스, 워싱턴의 주법에 규정되어 있다. 1994년에는 노스캐롤라이나주에서 스토킹의 유죄판결을 받은 자로 하여금 DNA 견본을 제공하도록 법이 개정되었다.

IV. 일본의 스토키 규제법

1. 입법동향

일본에서는 2000년5월 18일 "스토키행위 등의 규제에 관한 법률(스토키 규제법)"이 제정되어 11월 24일부터 시행에 들어갈 예정이다. 이 법률은 스토키 행위 등을 처벌하는 등 필요한 규제를 행하는 것과, 피해자에 대한 원조 등에 대하여 규정하고 있다.

2. 스토키규제법의 주요내용

이 법률에 의한 규제의 대상은 "따라다니기 등"과 "스토키행위"의 두 가지이다.

먼저 "따라다니기 등"에 대하여 이 법률에서는 특정인에 대하여 연애감정 등의 호의감정 또는 그것이 충족되지 않은 데 대한 원한의 감정을 충족할 목적으로 그 특정인 또는 그 가족 등에 대하여 행하는 이하의 여덟 가지 행위를 "따라다니기 등" 드로 규정하여 규제하고 있다.

첫째, 따라다니기, 잠복하여 기다리기, 진로에 막아서기, 주거 근무처 학교 기타 그 통상 소재하는 장소(이하 '주거동'이라 한다)의 부근에서 지켜보기 또는 주거 등에 들이닥치기.

둘째, 그 행동을 감시하고 있다고 생각케 하는 사항을 알리거나 또는 그 알 수 있는 상태에 두는 것. 예컨대 "오늘은 A씨와 함께 시내에서 식사를 하고 있더군요"라고 구두, 전화나 전자우편 등으로 알리거나, 자전거 앞 바구니에 메모를 두는 등 피해자가 알 수 있는 상태에 두는 것은 말한다.

셋째, 면회, 교제 기타 의무가 없는 일을 행할 것을 요구하는 것.

넷째, 현저히 거칠고 품위 없거나 난폭한 언동을 행하는 것, 큰소리로 "바보자식"이라고 거칠고 품위없는 말을 퍼붓는 것이나, 집 앞에서 자동차 경적을 울리는 것 등이 이에 해당한다.

다섯째, 전화를 걸어 아무 말도 하지 않거나 또는 거절하였음에도 불구하고 연속하여 전화를 걸거나 혹은 팩시밀리장치를 사용하여 송신하는 것. 무언전화를 거는 것이나, 거부하였음에도 불구하고 단시간에 여러 차례 전화나 팩스를 보내는 것이 이에 해당한다.

여섯째, 오물, 동물의 사체 기타 현저히 불쾌하거나 혐오스러운 정을 느끼게 하는 물건을 송부하거나 또는 그 알 수 있는 상태에 두는 일.

일곱째, 그 명예를 해하는 사항을 알리거나 또는 그 알 수 있는 상태에 두는 일

여덟째, 그 성적 수치심을 해하는 사항을 알리거나 혹은 그 알 수 있는 상태에 두거나 또는 그 성적수치심을 해하는 문서, 도화 기타 물건을 송부하거나 혹은 그 알 수 있는 상태에 두는 것. 음란사진 등을 송부하거나 전화나 편지로 음란한 말을 하거나 모욕을 주는 것 등이 이에 해당한다.

한편 이 법률은 동일한 자에 대하여 "따라다니기 등"을 반복하여 행하는 것을"스토키행위"

로 규정하여 벌칙을 두고 있다.

따라다니기 등을 당하면 곧바로 집에서 가장 가까운 경찰서, 경찰본부에 상담함으로써 이 신청에 따라 "따라다니기 등"을 반복해서는 안 됨을 경찰본부장 등이 경고할 수 있다. 나아가 경고에 따르지 않을 경우에는 도도부현 공안위원회가 금지명령을 행할 수 있다. 금지명령에 위반하여 "스토커행위"를 하면 1년 이하의 징역 또는 100만엔 이하의 벌금이 부과된다. 또한 "스토커행위"의 피해를 당한 경우에는 경고를 신청하는 이외에 상대방을 고소하여 경찰에 처벌을 구할 수 있다(고소하지 않으면 검거할 수 없다). "스토커행위"의 벌칙은 6개월 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금이다. 이 밖에도 경찰은 신청에 따라 피해를 방지하기 위한 조치를 교시하는 등 원조를 하게 된다.

일본경찰은 1999년 12월 "여성, 자녀를 지키는 시책 실시요강"을 정하여 스토커 사안 등에 대하여 적극적으로 대처하고 있다. 스토커규제법이 시행되는 11월 24일 이전이라도 형벌법령에 저촉되는 사안에 대하여는 피해자의 의사를 근거로 적절히 검거조치를 강구하고 있다. 또한 형벌법령에 저촉되지 않는 사안에 대하여도 피해자의 자택에서 가장 가까운 경찰서에서 첫째, 상대방에 대한 대응방법, 방법기기, 긴급시의 경찰에의 연락방법 등의 어드바이스, 둘째, 상대방으로부터 사정 청취, 셋째 필요한 경우에도 지도, 경고를 실시한다.

V. 우리나라의 스토킹 처벌법제

1. 입법동향

우리나라는 현재 스토킹 범죄를 처벌하기 위한 법제를 별도로 갖고 있지 않은 상황이며, 지난 1999년 5월 제105대 국회에서 스토킹 처벌에 관한 특례법안이 제출되었으나 통과되지 못하여 폐기되고 말았다. 그러나 106대 국회에서 다시 동 법안의 제출준비가 행해지고 있다고 한다.

2. 특례법안의 주요골자

최근 사회적 문제가 되고 있는 스토킹은 그 행위의 지속성과 집요함으로 인하여 피해자의 입장에서는 정신적 신체적 피해가 지대함에도 불구하고 사회적 인식의 부족과 현행 법규정의 미비로 인하여 방치되어 왔던 바 스토킹을 범죄로 규정하여 이러한 행위에 대하여는 형사처벌을 하도록 하고, 경미한 사안이나 특수한 사안에 대하여는 보호사건으로 처리하도록 함으로써 개인의 사생활의 자유를 보장하고 안정된 사회질서를 유지하도록 하기 위하여 특례법안을 마련하였다. 그 주요골자는 다음과 같다.

첫째, 이 법에서 "스토킹"이라 함은 특정한 사람을 그 의사에 반하여 반복적으로 미행하거나 편지, 전화, 모사전송기, 컴퓨터통신 등을 통해 반복하여 일방적으로 말이나 글 또는 사진이나 그림을 전달함으로써 심각한 공포심이나 불안감을 유발하는 행위를 말한다. (안 제2조)

둘째 특정한 사람을 그 의사에 반하여 반복적으로 미행하여 특정한 사람 또는 그 가족에게 심각한 공포심이나 불안감을 유발하는 행위를 한 자(다만, 수사기관의 범죄수사 등 다른 법률의 규정에 의하여 허용되는 경우에는 예외로 한다)와 편지, 전화, 모사전송기, 컴퓨터통신 등을 통해 반복하여 일방적으로 말이나 글 또는 사진이나 그림을 전달하여 특정한 사람 또는 그 가족에게 심각한 공포심이나 불안감을 유발하는 행위를 한 자에 대하여는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다(안 제3조)

셋째, 사법경찰관은 스토킹범죄를 수사하여 검사에게 송치함에 있어서 당해 사건을 보호처분으로 처리함이 상당한지 여부에 관한 의견을 제시할 수 있고 (안 제4조), 검사는 스토킹범죄가 재발할 우려가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 사법경찰관의 신청에 의하여 피해자, 피해자의 법정대리인, 후견인 및 이해관계인의 신청으로 제20조의 임시조치를 법원에 청구할 수 있으며(안 제5조). 검사는 스토킹사건으로서 사건의 성질 동기 및 결과, 행위자의 성행 등을 고려하여 이 법에 의한 보호처분에 처함이 상당하다고 인정할 때에는 보호사건으로 처리할 수 있다(안 제6조)

넷째, 제28조의 규정에 의한 보호처분이 확정된 때에는 그 행위자에 대하여 동일한 범죄사실로 다시 공소를 제기할 수 없으나 다만, 32조 규정에 의하여 송치된 경우에는 그러하지 아니하다(안 제13조).

다섯째, 보호사건의 조사 심리를 위하여 법원에 보호사건 조사관을 두고 , 조사관의 자격 임면 기타 필요한 사항은 대법원규칙으로 정하며 (안 제15조), 법원은 정신과의사 심리학자 사회학자 기타 관련 전문가에게 행위자의 정신 심리상태에 대한 진단소견에 관한 의견을 조회할 수 있고 , 보호사건을 조사 심리함에 있어 의견조회 결과 결과를 참작하여야 한다. (안 제16조)

여섯째, 판사는 보호사건의 원활한 조사 심리 또는 피해자의 보호를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 결정으로 행위자에게 피해자로부터 100미터 이내의 접근금지, 피해자에게 편지, 전화, 모사전송기, 컴퓨터통신 등을 통한 접근금지, 의료기관 기타 요양소에의 위탁, 경찰관서 유치장 또는 구치소에의 유치의 임시조치를 할 수 있으며(안 제20조 제1항), 판사는 보호사건을 심리한 결과 보호처분을 할 수 없거나 할 필요가 없다고 인정한 때 사건의 성질 동기 및 결과 , 행위자의 성행 습벽 등에 비추어 보호처분으로 처리함이 적당하지 아니하다고 인정한 때에는 처분을 하지 아니한다는 결정을 하고, 사건을 관할 법원에 대응하는 검찰청 검사에게 송치하여야 한다(안 제27조 및 제2항)

일곱째, 보호처분의 종류와 내용은 접근금지명령 즉 행위자를 피해자에 대한 접근금지, 편지, 전화, 모사전송기, 컴퓨터통신 기타 이에 상당히 접근을 금하는 것, 사회봉사명령 즉 행위자를 사회복지사업법이 정하는 사회복지시설 또는 대통령령으로 지정하는 시설에서 봉사적 노무에 종사하도록 명하는 것, 상담 수강명령 즉 행위자를 대통령령으로 정하는 기관의 프로그램에 따라 상담을 받도록 명하거나 수강을 명하는 것으로 하고 이러한 처분은 병과할 수 있도록 한다. (안 제29조 제1항 및 제2항)

여덟째, 접근금지명령의 보호처분 기간은 1년을 초과하지 못하고 , 사회봉사명령의 보호처분 기간은 6월을 초과할 수 없으며, 상담 수강명령의 보호처분 기간은 100시간을 각각 초과

할 수 없다9안 제30조0

아홉째, 법원은 조사관, 법원공무원, 사법경찰관리, 보호관찰관 또는 수탁기관소속 직원으로 하여금 보호처분의 결정을 집행하게 할 수 있으며9안 제32조 제1항), 법원은 보호처분을 받은 행위자가 제28조 제1항 제2호 또는 제3호의 보호처분의 결정을 이행하지 아니하거나 그 집행에 응하지 아니하는 때에는 직권, 피해자의 청구, 보호관찰관 또는 수탁기관의 장의 신청에 의하여 결정으로 그 보호처분을 취소하고 사건을 대응하는 검찰청 검사에게 송치하여야 한다. (안 제33조)

열번째, 행위자가 제28조의 규정에 의한 보호처분이 확정된 후에 이를 이행하지 아니한 때에는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처함다(안 제42조)

3. 특례법안의 문제점

이 법률안은 특정한 사람을 반복적으로 미행하거나 그 사람에게 반복적으로 편지, 전화 등을 통하여 글, 사진 등을 보냄으로써 당사자 및 그 가족에게 심각한 공포심이나 불안감을 조성하는 행위를 근절하기 위하여, 이러한 행위를 "스토킹 犯罪"로 규정하면서 이에 해당하는 행위를 한 者에 대하여는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 일정한 스토킹범죄에 대하여는 보호사건으로 처리할 수 있도록 함으로써 신속하게 스토킹행위를 금지시킬 수 있는 임시조치와 사회봉사명령등의 보호처분이 가능하도록 하여 피해자 보호 및 스토킹행위자에 대한 교화 개선을 도모하고 있다.

이 법안은 다음 몇가지 점에서 심도 있게 검토되어야 할 것이다.

첫째, 스토킹행위의 처벌을 위한 특별법 제정에 관한 것인데, 그 제안이유에서 알 수 있는 바와 같이 기본적으로 현행 법률로는 스토킹행위를 처벌할 수 없는 인식하에서 제출된 것이나, 안 제2조에 규정된 스토킹행위는 현행 경범죄처벌법에 규정된 일부 금지행위들과 그 구성요건이 중복되므로¹¹⁾ 스토킹행위의 근절을 위해서 이 법률안과 같은 특별법을 제정할 것인지 아니면 기존 법률의 내용을 보완하는 방향으로 추진할 것인지에 대한 검토가 먼저 이루어져야 한다.

둘째, 스토킹범죄의 구성요건과 관련하여 안 제3조의 규정에 의하면 스토킹범죄의 구성요건을 "특정한 사람을 그 의사에 반하여 미행하거나 편지, 전화 등을 통해 말이나 글을 반복음으로써 전달함으로써 특정한 사람 또는 그 가족에게 심각한 공포심이나 불안감을 유발하는 행위"로 규정하고 있는 바, 이처럼 범죄구성요건에 피해자 또는 그 가족의 공포심이나 불안감유발과 같은 주관적 요소를 포함시키는 것은 죄형법정주의에 위반된다고 단정할 수는 없지만 법률명확성의 원칙과 관련하여 문제가 있다고 보여진다. 그리고 현재안의 내용에 의하면 아무런 의사표시 없이 선물 등을 전달하는 행위, 특정인의 집 또는 직장에서 무작정 기다리는 행위 등은 스토킹범죄의 구성요건에 포함되지 않는 것으로 보여지는 바, 이러한 사항에 대한 검토 역시 필요하다.

셋째, 스토킹범죄의 보호사건처리에 관한 것인데, 안 제6조 및 제8조는 스토킹범죄사건을 담당하는 검사가 사건의 성질, 동기 및 결과, 행위자의 성행 등을 고려하여 그 사건이 보호

처분이 처함이 상당하다고 인정할 경우에는 그 사건을 보호사건의 관할법원에 이송할 수 하도록 하고, 안 제9조는 법원이 스토킹사건을 심리한 결과 보호처분에 처함이 상당하다고 인정하는 때에는 결정으로 그 사건을 보호사건의 관할법원에 이송할 수 있도록 규정하고 있는 바, 현행 법률 중 이러한 보호사건규정이 갖추어진 것으로는 소년법과 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 있다.

우선 법률안의 내용과 같이 스토킹사건을 보호사건으로 처리하는 경우 다음과 같은 이점이 있는 바, 첫째, 안 제20조에서 규정하고 있는 임시조치(피해자로부터 100미터 이내의 접근 금지조치 등)를 활용하여 스토킹피해자의 신속한 보호를 기할 수 있고 둘째, 보호사건에 대하여는 형벌이 아닌 보호처분(접근금지명령, 사회봉사명령 등)을 부과하게 되므로 전과자의 양산을 막을 수 있을 뿐아니라 스토킹행위자의 교화 개선을 꾀할 수 있는 반면, 다음과 같은 몇 가지 문제점들이 지적될 수 있다.

첫째, 일반적으로 보호사건으로 처리함에는 일반 형사사건의 경우와 비교하여 볼 때 범위는 보호처분 집행기관 등의 인력 및 예산이 과다소요되고, 둘째, 일반형사건으로 기소되어 처벌받는 자와의 형평성문제가 제기될 수 있으며, 셋째, 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 경우 대부분의 가정폭력이 장소적 동일성을 갖는 부부간에 발생하므로 우선 가정폭력의 피해자를 가해자로부터 신속히 보호하기 위한 임시조치가 필요하지만, 스토킹 범죄의 경우에도 과연 이러한 임시조치가 필요한 것인지에 대한 의문이 있으며, 넷째, 가정폭력범죄의 경우 가해자를 형사처벌하게 되면 이로 인하여 가정파탄이 초래될 수 있어 이를 방지하기 위하여 가해자에 대한 접근금지, 사회봉사명령 또는 수강명령 등과 같은 보호처분의 필요성이 인정되지만, 스토킹범죄의 경우에도 과연 이러한 보호조치의 필요성이 반드시 인정되는지 의문이 있고 게다가 현행 형법 제62조의2는 집행유예를 선고하면서 보호관찰, 사회봉사 또는 수강명령을 내릴 수 있도록 규정하고 있으므로 스토킹범죄자에게 대하여도 이 규정을 적절히 적용한다면 보호처분의 경우와 동일한 효과를 거둘 수 있을 것이다.

마지막으로 "스토킹"의 용어표현과 관련하여 이 법률안의 제명 등에서 사용되고 있는 "스토킹"이라는 표현은 해당 영어(Stalking)의 발음을 그대로 옮긴 것인 바, 이와 같이 외국어의 발음 그대로를 법률제명으로 사용하고 있는 법률이 컴퓨터프로그램보호법, 집단에너지사업법, 엔지니어링기술진흥법등 다수 있긴 하나, 앞에서 예를 든 법률들의 외국어 표현은 이미 일반 국민들사이에서 일상용어로 널리 사용되고 있을뿐만 아니라 그 의미의 전달에 별 문제가 없는 것으로 보여지지만, "스토킹"은 아직 다수의 국민들에게 비교적 생경한 외국어 표현으로 그 의미하는 바가 널리 알려지지 않은 것으로 생각되므로 이를 법률의 제명 등에 사용하는 것은 좀 더 신중한 검토가 필요하다. 더구나 이 법률안이 스토킹행위자에 대한 처벌을 목적으로 하는 것임을 감안한다면, 불측의 피해자를 막기 위해서라도 가능한 한 일반 국민들이 이해하기 쉬운 용어의 선택이 요망된다.¹²⁾

VI. 결어

매스컴의 보도에 따르면, 우리 사회에도 이미 스토킹범죄가 만연해 있고 따라서 그 처벌에 관한 입법이 매우 시급한 상황이다.

스토킹범죄의 처벌에 관한 특례법안이 이미 1999년 제15대 국회에 제출되었음에도 불구하고 진척이 없어 회기만료로 폐기된 상황이지만 2000년 제16대 국회에서 여성의원들을 주축으로 다시 입법이 시도되고 있다고 한다. 작년 스토킹처벌 특례법안에 대한 1999년 9월 여성특별위원회 의견서나 동 11월 법제사법위원회 전문위원 검토보고서는 스토킹범죄의 형사입법을 위하여는 전술한 문제점 분석에 나타난 바와 같이 좀더 심도있는 조문 검토와 아울러 공청회 등 국민의 의견을 들을 것을 요구하고 있다.

이러한 의견은 형사처벌 법제를 도입함에 있어서 신중을 기하여야 한다는 입장을 밝힌 것이지만 이미 스토킹 범죄가 심각성이 국내뿐 아니라 국제적으로 널리 알려져 있고 각국의 형사입법동향이 신속히 추진되고 있는 상황하에서 널리 알려져 있고 각국의 형사입법동향이 신속히 추진되고 있는 상황하에서 우리도 스토킹범죄의 피해를 방지하기 위한 좀더 신속한 형사입법 의지가 필요하다고 하겠다.¹³⁾

한편, 사이버시대가 도래함에 따라 사이버공간에서 여성에게 피해를 주는 사이버스토킹이 기승을 부리고 있지만 관련 형사처벌규정이 없어 문제가 되고 있다.¹⁴⁾

사이버스토킹의 형사입법에 있어서도 현재 준비중인 "스토킹 처벌에 관한 특례법안"에 '사이버스토킹'의 개념을 포함시켜 규정할 것인지 아니면 사이버스토킹을 별도의 특례법안으로 입법할 것인지 결정할 필요가 있다. 사이버스토킹에 관한 형사입법을 특별법으로 제정하는 입법례보다는 기존의 스토킹처벌법제에 구성요건을 추가하는 형식의 입법례가 많으므로 우리도 별도의 특별법으로 구성할 필요까지는 없을 것으로 보인다. 2000년 16대 국회에서 "스토킹 처벌에 관한 특례법안"을 입안할 때에 사이버스토킹의 구성요건도 포함시켜 입법하면 족할 것으로 생각된다.

참고자료

[일본] 스토킹행위 등의 규제 등에 관한 법률(2000년5월 24일 제정, 법률 제81호)¹⁵⁾

제1조(목적) 이 법률은 스토킹행위를 처벌하는 등 스토킹행위등에 대하여 필요한 규제를 행함과 동시에, 그 상대방에 대한 원조의 조치 등을 정함으로써 개인의 신체, 자유 및 명예에 대한 위해의 발생을 방지하고 아울러 국민생활의 안전과 평온에 기여함을 목적으로 한다.

제2조(정의) ① 이 법률에서 "따라다니기등"이란 특정인에 대한 연애감정 기타 호의의 감정 또는 그것이 충족되지 않은 것에 대한 원한의 감정을 충족할 목적으로, 당해 특정인 또는 그 배우자, 직계 혹은 동거친족 기타 당해 특정인과 사회생활에서 밀접한 관계를 갖는 자에 대하여 다음 각호의1에 열거하는 행위를 하는 것을 말한다.

1. 따라나가기, 잠복하여 기다리기, 진로에 막아서기, 주거 근무처 학교 기타 그 통상소재하는 장소(이하 '주거등'이라 한다.) 부근에서 지켜보거나 또는 주거 등에 들이닥치는 것
2. 그 행동을 감시하고 있다고 짐작케 하는 사항을 알리거나 또는 그 알 수 있는 상태에

두는 것

3. 면회, 교제 기타 의무 없는 일을 행할 것을 요구하는 것
4. 현저히 거칠고 품위가 없거나 난폭한 언동을 행하는 것.
5. 전화를 걸어 아무 말도 하지 않거나 또는 거절하였음에도 불구하고 연속하여 전화를 걸거나 혹은 팩시밀리 장치를 사용하여 송신하는 것.
6. 오물, 동물의 사체 기타 혐오의 정을 느끼게 하는 물건을 송부하거나 또는 그 알 수 있는 상태에 두는 것.
7. 그 명예를 해하는 사항을 알리거나 또는 그 알 수 있는 상태에 두는 것.
8. 그 성적 수치심을 해하는 사항을 알리거나 혹은 그 알 수 있는 상태에 두거나 또는 그 성적 수치심을 해하는 문서, 도화 기타 물건을 송부하거나 혹은 그 알 수 있는 상태에 두는 것

② 이 법률에서 "스토커행위"란 동일한 자에 대하여 따라다니기등(전항 제1호에서 제4호까지 열거하는 행위에 대하여는 신체의 안전, 주거 등의 평온 혹은 명예가 침해되거나 또는 행동의 자유가 현저히 침해되는 불안을 느끼게 하는 방법에 의하여 행해지는 경우에 한한다)을 반복하여 행하는 것을 말한다.

제3조(따라다니기등을 행하여 불안을 느끼게 하는 것의 금지) 누구든지 따라 다니기등을 행하여 그 상대방에게 신체의 안전, 주거 등의 평온 혹은 명예가 침해되거나 행동의 자유가 현저히 침해되는 불안을 느끼는 해서는 안 된다.

제4조(경고) ① 경시총감 혹은 도도부현 경찰본부장 또는 경찰서장(이하 '경찰본부장등'이라 한다)은 따라다니기등은 당하였다고 당해 따라다니기등에 관계되는 경고를 구하는 취지의 신청을 받은 경우에, 당해 신청에 관계되는 전조의 규정에 위반하는 행위가 있고 또 당해 행위를 행한 자가 다시 반복하여 당해행위를 할 우려가 있다고 인정할 때에는 당해행위를 한 자에 대하여 국가공안위원회 규칙으로 정하는 바에 의하여 다시 반복하여 당해행위를 해서는 안된다는 취지를 경고할 수 있다.

② 한 경찰본부장등이 전항의 규정에 의한 경고(이하 '경고'라 한다)를 한 경우에는 다른 경찰본부장 등은 당해 경고를 받은 자에 대하여 당해 경고에 관계되는 전조의 규정에 위반하는 행위에 대하여 경고 또는 제6조 제1항의 규정에 의한 명령을 발할 수 없다.

③ 경찰본부장등은 경고를 한 때에는 신속히 당해 경고의 내용 및 일시 기타 당해경고에 대한 사항으로 국가공안위원회규칙에서 정하는 것을 도도부현 공안위원회(이하 '공안위원회'라 한다)에 보고하여야 한다.

④ 전3항에 정하는 것 외에 제1항의 신청의 수리 및 경고의 실시에 관하여 필요한 사항은 국가공안위원회 규칙으로 정한다.

제5조(금지명령등) ① 공안위원회는 경고를 받은 자가 당해 경고에 따르지 않고 당해 경고에 관계되는 제3조의 규정에 위반하는 행위를 한 경우에 당해 행위를 행한 자가 다시 반복하여 당해 행위를 행한 자에 대하여 국가공안위원회 규칙에서 정하는 바에 의하여 다음에 열거하는 사항을 명할 수 있다.

1. 다시 반복하여 당해 행위를 해서는 안 되는 것.

2. 다시 반복하여 당해 행위가 행해지는 것을 방지하기 위하여 필요한 사항.

② 공안위원회는 전항의 규정에 의한 명령(이하 '금지명령등'이라 한다)을 발하려 할 때는 행정절차법(1993년 법률 제88호) 제13조 제1항의 규정에 의한 의견진술을 위한 절차의 구분에도 불구하고 청문을 행하여야 한다.

③ 전2항에 정하는 것 외에 금지명령등의 실시에 관하여 필요한 사항은 국가공안위원회 규칙으로 정한다.

제6조(가명령) ① 경찰본부장등은 제4조 제1항의 신청을 받은 경우에 당해 신청에 관계되는 제3조의 규정에 위반하는 행위(제2조 제1항 제1호에 열거하는 행위에 관계되는 것에 한한다)가 있고, 또 당해 행위를 행한 자가 다시 반복하여 당해 행위를 할 우려가 있다고 인정함과 동시에 당해 신청을 한 자의 신체의 안전, 주거 등의 평온 혹은 명예가 침해되거나 또는 행동의 자유가 현저히 침해되는 것을 방지하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정하는 때에는 당해 행위를 한 자에 대하여 행정절차법 제13조 제1항의 규정에도 불구하고 청문 또는 변명의 기회를 부여하지 않고 국가공안위원회 규칙으로 정하는 바에 의하여 다시 반복하여 당해 행위를 해서는 안 되다는 취지를 명할 수 있다.

② 한 경찰본부장등이 전항의 규정에 의한 명령(이하 '가명령'이라 한다)을 발한 경우에는 다른 경찰본부장등은 당해 가명령받은 자에 대하여 당해 가명령에 관계되는 제3조의 규정에 위반하는 행위에 대하여 경고 또는 가명령을 발할 수 다.

③ 가명령의 효력은 가명령을 발한 날으로부터 가산하여 15일로 한다.

④ 경찰본부장등은 가명령을 발한 때는 곧바로 당해 가명령의 내용 및 일시 기타 당해 가명령에 관한 사항으로 국가공안위원회 규칙으로 정하는 것을 공안위원회에 보고하여야 한다.

⑤ 공안위원회는 전항의 규정에 의한 보고를 받은 때에는 당해 보고에 관계되는 가명령이 있는 날로부터 기산하여 15일 이내에 의견청취를 행하여야 한다.

⑥ 행정절차법 제3장 제2절(제28조를 제외한다)의 규정은 공안위원회가 전항의 규정에 의한 의견의 청취(이하 '의견의 청취')를 행하는 경우에 준용한다. 이 경우에 동법 제15조 제1항중 "청문을 행해야 할 기일까지 상당한 기간을 두고"라는 표현을 '신속히'로 바꾸어 읽는 외에 필요한 기술적 용어교체는 정령으로 정한다.

⑦ 공안위원회는 가명령에 관계되는 제3조 규정에 위반하는 행위가 있을 경우에 의견청취의 결과 당해 가명령이 부당하지 않다고 인정하는 때에는 행정절차법 제13조 제1항의 규정 및 전조 제2항의 규정에도 불구하고 청문을 행하지 않고 금지명령등을 발할 수 있다.

⑧ 전항의 규정에 의하여 금지명령등을 발한 때에는 가명령은 그 효력을 상실한다.

⑨ 공안위원회는 제7항에 규정하는 경우를 제외하고 의견청취를 행한 후 곧바로 가명령의 효력을 상실케 하여야 한다.

⑩ 가명령을 받은 자의 소재가 불명하기 때문에 제6항에서 준용하는 행정절차법 제15조 제3항의 규정에 의하여 의견청취의 통지를 행한 경우의 당해 가명령의 효력은 제3항의 규정에도 불구하고 당해 가명령에 관계되는 이건의 청취 기일까지로 한다.

⑪ 전 각항에 정하는 것 외에 가명령 및 의견 청취의 실시에 관하여 필요한 사항은 국가공안요구 규칙으로 정한다.

제7조(경찰본부장 등의 원조 등) ① 경찰본부장등은 스토키 행위 또는 제3조의규정에 위반하는 행위(이하 '스토키행위등'이라 한다)의 상대방으로부터 당해 스토키행위 등에 관계되는 피해를 스스로 방지하기 위한 원조를 받고자 하는 취지의 신청이 있고 그 신청을 상당하다고 인정하는 때에는 당해 상대방에 대하여 당해 스토키행위등에 관계되는 피해를 스스로 방지하기 위한 조치의 교시 기타 국가공안위원회 규칙으로 정하는 필요한 원조를 행하여야 한다.

② 경찰본부장등은 전항의 원조를 행함에 있어서는 관계행정기관 또는 관계가 있는 공사단체와 긴밀한 연대를 도모하도록 노력하여야 한다.

③ 경찰본부장등은 제1항에 정하는 것 외에, 스토키행위등에 관계되는 피해를 방지하기 위한 조치를 강구하도록 노력하여야 한다.

④ 제1항 및 제2항에 정하는 것 외에, 제1항의 신청의 수리 및 원조의 실시에 관하여 필요한 사항은 국가공안위원회 규칙으로 정한다.

제8조(국가, 지방공공단체, 관계사업자 등의 지원) ① 국가 및 지방공공단체는 스토키행위 등의 방지에 관한 계발 및 지식의 보급, 스토키행위 등의 상대방에 대한 지원 그리고 스토키행위 등의 방지에 관한 활동 등을 행하고 있는 민간의 자주적인 조직활동의 지원에 노력하여야 한다.

② 스토키행위 등에 관계되는 역무의 제공을 행한 관계사업자는 당해 스토키행위등의 상대방으로부터의 요구에 따라 당해 스토키행위 등이 행해지는 것을 방지하기 위한 조치를 강구하는 것 등에 노력하여야 한다.

③ 스토키행위등이 행해지고 있는 경우에는 당해 스토키행위등이 행해지고 있는 지역의 주민은 당해 스토키행위등의 상대방에 대한 원조에 노력하여야 한다.

제9조(보고징수등) ① 경찰본부장등은 경고 또는 가명령을 하기 위하여 필요가 있다고 인정하는 때에는 그 필요한 한도에서 제4조 제1항의 신청에 관계되는 제3조의 규정에 위반하는 행위를 하였다고 인정되는 자 기타 관계자에 대하여 보고 혹은 자료의 제출을 구하거나 또는 경찰직원에게 당해 행위를 하였다고 인정되는 자 기타 관계자에게 질문케 할 수 있다.

② 공안위원회는 금지명령등을 발하기 위하여 필요가 있다고 인정하는 때에는 그 필요한 한도에서 경고 혹은 가명령을 받은 자 기타 관계자에 대하여 보고 혹은 자료의 제출을 구하거나 또는 경찰직원에게 경고 혹은 가명령을 받은 자 기타 관계자에게 질문케 할 수 있다.

제10조(금지명령등을 행하는 공안위원회등) ① 이 법률에서의 공안위원회는 금지명령 및 제5조 제2항의 청문 및 의견의 청취에 관하여는 당해 금지명령 등 및 동항의 청문 및 의견의 청취에 관계되는 사안에 관한 제4조 제1항의 신청을 한 자의 주소지를 관할하는 공안위원회로 한다.

② 이 법률에서의 경찰본부장등은 경고 및 가명령에 관하여는 당해경고 또는 가명령에 관계되는 제4조 제1항의 신청을 한 자의 주소지를 관할하는 경찰본부장등으로 한다.

③ 공안위원회는 경고 또는 가명령이 있는 경우에, 당해 경고 또는가명령에 관계되는 제4조 제1항의 신청을 행한 자가 그 주소로 당해 공안위원회의 관할구역내로부터 다른 공안위원회의 관할구역내로 이전한 때에는 신속히 그 경고 또는 가명령의 내용 및 일시 기타 당해

경고 또는 가명령에 관한 사항으로 국가공안위원회 규칙으로 정하는 것을 당해 다른 공안위원회에 통지하여야 한다. 다만 당해 경고 또는 가명령에 관계되는 사안에 관한 제4조 제2항의 청취를 종료한 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 공안위원회는 전항 본문에 규정하는 경우에 동항 단서의 청문 또는 의견의 청취를 종료한 때에는 당해 청문 또는 의견의 청취에 관계되는 금지명령 등을 할 수 있으며, 동항의 다른 공안요구는 제1항의 규정에도 불구하고 당해 청문 또는 의견의 청취에 관계되는 금지명령등을 할 수 없다.

⑤ 공안위원회는 전항에 규정하는 경우에 제3항 단서의 청문에 관계되는 금지명령등을 하지 않을 때에는 신속히 동항에 규정하는 사항을 동항의 다른 공안위원회에 통지하여야 한다.

제11조(방면공안위원회에의 권한의 위임) 이 법률에 의하여 도공안위원회의 권한에 속하는 사무는 정령으로 정하는 바에 의하여 방면공안위원회에 위임할 수 있다.

제12조(방면본부장예의 권한의 위임) 이 법률에 의하여 도경찰본부장의 권한에 속하는 사무는 정령으로 정하는 바에 의하여 방면본부장에게 행하게 할 수 있다.

제13조(벌칙) ① 스토크행위를 한 자는 6월 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다.

② 전항의 죄는 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다.

제14조 ① 금지명령등(제5조 제1항 제1호에 관계되는 것에 한한다. 이하 동일) 에 위반하여 스토크행위를 한 자는 1년 이하의 징역 또는 100만엔 이하의 벌금에 처한다.

② 전항에 규정하는 것 외에 금지명령 등에 위반하여 따라다니기등을 함으로써 스토크행위를 한 자도 동항과 동일하다.

제15조 전조에 규정하는 것 외에 금지명령등에 위반한 자는 50만엔 이하의 벌금에 처한다.

제16조(적용상의 주의) 이 법률의 적용에 있어서는 국민의 권리를 부당하게 침해하지 않도록 유의하고 그 본래의 목적을 일탈하여 다른 목적을 위하여 이를 남용하는 일이 있어서는 안 된다.

부칙

제1조(시행기일) 이 법률은 공포일로부터 기산하여 6월을 경과한 날로부터 시행한다.

제2조(조례와의 관계) 지방공공단체의 조례의 규정으로 이 법률에 규정한 행위를 처벌하는 취지를 정하고 있는 경우 당해 행위에 관계되는 부분에 대하여는 이 법률의 시행과 동시에 그 효력을 상실한다.

제3조 전항의 규정에 의하여 조례의 규정이 그 효력을 상실하는 경우에 당해 지방공공단체가 조례에서 별단의 정함을 두지 않은 때에는 그 실효전에 행한 위반행위의 처벌에 대하여는 그 실효후에도 여전히 종전의 예에 의한다.

제4조(검토) 스토크행위 등에 대한 규제, 그 상대방에 대한 원조 등에 관한 제도에 대하여는 이 법률 시행후 5년을 목표로 이 법률의 시행 상황을 감안하여 검토가 행해지고 그 결과에 기초하여 필요한 조치가 강구되어야 한다.

- 1) 이 인형은 진짜 사람과 구분이 안 갈 정도로 정교하게 제작되어 여성이 혼자 운전할 때 조수석에 태우고 다님으로써 스토키의 접근을 방지하는 효과를 발휘한다고 한다. 조선일보 1999.7.15자 관련기사 "스토키 방지인형 세이프맨" 참조
- 2) 예를 들어 보험에 가입한 사람이 자기 과실로 사망하거나 장애자가 된 경우에 약 870만엔, 입원시에 하루 3000엔, 통원시에 하루 1500엔이 지급되는데, 피해가 스토키에 의한 것이라면 이 금액의 두 배를 지급받게 된다. 이 스토키보험은 여성을 대상으로 하며, 보험상품을 개발한 스미토모화재해상보험측은 연간 2만여건의 가입을 예상하고 있다고 한다. 조선일보 2000.5.26자 관련기사 "일, 여성용 스토키피해보험 시판" 참조.
- 3) 지난 1998년 통계에 이미 일반여성의 30%, 연예인의 42%가 스토키 피해를 입은 것으로 조사된 바 있다. 당시 2030대 여성 1천3백27명과 남녀 연예인 1백6명을 상대로 행한 스토키 피해 설문조사 결과에 따르면 일반여성의 30%인 4백명과 연예인의 41.5%인 44명이 스토키 피해를 당한 것으로 나타났다. 이에 따라 최근 들어 사회적 문제로 부각되고 있는 스토키 피해가 더 이상 인기 연예인에 국한된 것이 아니라 일반적인 현상이 되고 있는 것으로 분석됐다. 피해여성 중 80.5%는 이 같은 피해를 줄이기 위해 스토키 처벌법을 제정해야 한다고 주장했다. 동아일보 1998년 7월 16일자 관련기사 "일반여성 30%-연예인 42% 스토키 피해"기사 참조.
- 4) 제15대 제204회 국회에서 1999.5.24. 제안되었으나 2000.5.29 제212회 국회에서 임기만료 폐기되었다. <http://na6500.assembly.go.kr/cgi-bin/sublist?BILLNO=151966>참조.
- 5) 조선일보 2000년 5월 23일 관련기사 "여 '우면파워' 의정준비 활발" 기사 참조
- 6) 지난 1998년 조사된 설문조사에 따르면, 이러한 스토키의 방법 중 끈질긴 구애전화 또는 음란전화 등 전화폭력이 71%(연예인 77.5%)로 가장 많았고 지속적인 따라다님 45%(41%) 집 직장앞에서 기다림 41%(43.2) 켜안기 추근거림 26%(34.1%) 선물공세 20% (31.8%) 등의 순이었으며 신체적 폭행이나 감금을 가한 경우도 3% (2.3%)나 됐다. 스토키로 인한 피해로는 50%가 「비슷한 사람을 보거나 전화벨소리에 놀란다」 29%가 「혼자 있거나 외출할 때 두려움을 느낀다」 14%가 「불면증에 시달린다」고 응답했으며 치료를 받을 정도로 심각한 상태로 1%나 됐다. 스토키 기간은 26개월이 48.6%로 가장 많았고 1개월 이하 24.8%, 712개월 19%, 1년 이상 7.5% 등의 순이었다. 동아일보 1998.7.16. 관련기사 "일반여성 30%-연예인 42% 스토키 피해" 기사 참조
- 7) 이상의 스토키 유형분류는 일본 다이아몬드 어플리코트 전화연구소 발간 '스토키개론'의 내용을 요약한 것이다. 山崎はるか, ストーカー概論, <http://www.nda.co.jp/stalkers/stalkersindex.html> 참조.
- 8) 동아일보 2000년1월 7일자 관련기사 "스토키 표적 국경 없다" 기사 참조.
- 9) 동아일보 2000.1.7자 관련기사 "사이버공간 스토키, 범망 피해갈 수 없다" 참조
- 10) 이하의 내용은 Bureau of Justice Assistance, Regional Seminar Series on Implementing Antistalking codes, June 1996 NCJ 156836 및 中川正満, "いわゆる'ストーカー問題' 管見 - 英米における'ストキソグ防止法' の概要について", 警察學論集 50巻 1997년 8월호 - 11월호 참조
- 11) 참고로 경범죄처벌법 제1조는 "다음 각호의1에 해당하는 사람은 10만원 이하의 벌금, 구류 또는과료의 형으로 벌한다"고 규정하고 그 제24호(불안감조성)에서 "정당한 이유없이 길을 막거나 시비를 걸거나 주위에 모여들거나 뒤따르거나 또는 몹시 거칠게 겁을 주는 말 또는 행동으로 다른 사람을 불안하게 하거나 귀찮고 불쾌하게 한 사람(이하 생략)", 그 제53호(장난전화 등)에서 "정당한 이유없이 다른 사람에게 전화 또는 편지를 여러 차례 되풀이하여 괴롭힌 사람"이라고 규정하고 있다.
- 12) 1999년 8월 제출된 여성특별위원회 의견서 및 1999년 11월 제출된 법제사법위원회 전문위원 검토보고서 참조.
- 13) 한편 현재 스토키 범죄의 처벌을 규정한 법률은 없지만 현재의 법제로 스토키를 처벌할 수 없는 상황은 아니다. 실제로 2000년 7월 부산지법은 맞선 본 여자를 스토키 한 30대 남자에게 징역 8월을 선고한 바 있다. 피고인은 1999년 6월 맞선을 본 여자가 만나주지 않자 같은 해 9월 20일부터 한달 동안 여자의 직장과 집 등에 전화를 걸어 만나줄 것을 요구하거나 PC통신에 여자의 전화번호를 올리고 부산 시외버스터미널 화장실에 전화번호를 기재하는 등 괴롭힌 혐의로 구속 기소되었었다. 동아일보 2000년 7월 10일자 관련기사 "맞선 본 여자 스토키 30대 男 징역 8월 선고" 참조
- 14) 사이버스토킹의 사례 및 법적 대책에 대하여는 정 완, "사이버성폭력의 실태와 대책" (형사정책연구원소식, 2000년 5/6월호) 18쪽 및 20쪽 참조.
- 15) 조문별 상세내용에 대하여는 檜垣重臣, "ストーカー行爲等の規製等に関する法律について", 警察學論執 제53권 제7호(2000년 7월호) 참조.

I. 들어가는 말

범죄지역에 관한 연구는 형사정책분야의 오랜 연구 주제중의 하나이다. 범죄의 지역적 분포와 관련요인을 설명하기 위한 연구들은 범죄학의 초기연구에서부터 시작되었다. 쇼와 맥케이(Shaw & Mckay)의 시카고지역연구는 범죄지리학의 고전적인 작업이라고 할 수 있다. 1980년대에 들어와서 범죄지역에 관한 연구는 일상활동/기회이론(routine activity/opportunity theory), 건축학에서 발전한 방어적 공간 개념(defensible space), 경찰행정의 지역사회경찰활동(community policing)이념과 접목되면서 발전되었다.

최근 들어 범죄지역연구는 지리정보시스템(geographical information system, GIS)이라는 새로운 정보기술의 발전에 따라 변화를 맞고 있다. GIS는 디지털지도와 데이터베이스를 결합한 컴퓨터응용시스템으로 지형공간에 관한 다양한 정보를 수집하고 처리한다. GIS를 범죄 분석에 활용하면 범죄집중지역을 쉽게 가려낼 수 있으며, 범죄발생과 관련된 지역특성을 파악할 수 있다. 또한 범죄자의 범행경로를 추적할 수 있고, 이를 기초로 경찰은 치안인력이나 자원을 효과적으로 배분할 수 있다. 더 나아가서 지도를 통해 주민 누구나 지역문제와 범죄 현황을 쉽게 이해할 수 있기 때문에 주민차원에서 범죄예방의 효과를 볼 수 있다.

범죄를 지역특성과 관련하여 분석한 국내의 범죄지역연구는 소수에 불과하다(이현희, 1995; 진수명 외, 1999; 이성식, 2000). 더욱이 범죄지역 연구를 위한 GIS프로그램은 국내 사회학자들에게는 거의 소개되지 않았다. 이와 같은 배경에서 이 연구는 GIS를 이용하여 범죄 지역을 살펴본다.

먼저 GIS기능과 사용방법을 소개하고, GIS를 이용한 범죄분석의 예를 서울지역의 범죄발생 분포를 통해 보여준다. 범죄지역분석에서는 1) 서울의 범죄지도와 지역특성지도를 작성하고, 2) 범죄유형별 지역분포를 살펴보고, 3) 1992년과 1999년의 차이를 비교한다.

이 연구는 범죄의 공간적 분포를 파악하기 위해 지도분석 프로그램인 ArcView GIS를 이용하며, 자료는 1999년과 1992년의 경찰자료를 이용한다.

II. 범죄지역연구

범죄지도의 초기작업은 1920년대 시카고학파로부터 시작된다. 쇼와 맥케이, 파크(Park), 버제스(Burgess) 등은 범죄를 설명하기 위해 도시의 환경적인 특성에 관심을 기울이며 시카고

* 삼성S1범죄예방연구소 전문위원, 사회학박사(hyunhlee@samsung.co.kr)

지역의 범죄분포를 살펴보았다. 그들은 청소년비행과 재범에 관한 자료를 수집하여 이를 지도로 표현하였는데, 청소년비행과 범죄는 도시의 거주지역에 따라 상당한 차이를 나타냈다. 범죄는 도심의 상업지구와 빈곤지역에 집중되었으며 도심으로부터 떨어진 중산층거주지역으로 갈 수록 감소하였다. 쇼와 맥케이는 이를 지역의 사회해체로 설명하면서 범죄는 인구이동이 잦고, 가난하며, 이질적인 인구로 이루어진 지역에서 발생한다고 결론지었다. 이들의 연구는 사회해체이론(social disorganization theory)의 기초가 되었으며, 이후 많은 범죄지역연구에 활용되었다(Bordua, 1958; Chilton, 1964; Pope, 1977; Cohen, 1980; Curry and Spergel, 1988).

1980년대 들어와 사회해체이론이 중심이 되었던 범죄지역연구에 코헨과 펠슨(Cohen and Felson, 1979)의 일상활동/기회이론이 도입된다. 일상활동/기회이론은 범죄를 행위자의 범죄동기를 중심으로 파악했던 이전 이론들과는 달리 범죄를 동기를 지닌 범죄자와 범죄목표물, 방어기제의 부재라는 세 요소의 결합으로 설명한다. 여기서 장소는 중요한 의미를 갖는다. 특정한 장소에서 이루어지는 사회적 활동에 따라 범죄자가 목표물을 만날 수 있는 기회가 달라진다. 이밖에 특정한 장소의 시설이나 주변 환경도 범죄를 유인하거나 억제한다. 예를 들어 편의점 주변이나 유흥가의 상업지역은 절도와 강도의 목표가 될 수 있는 대상물이 밀집하는 지역이면서, 유동인구가 많아 범죄를 억제할 수 있는 감시자의 눈이 미치지 어려운 장소이다. 심슨과 글로브(Sampson and Grove, 1989), 코헨과 칸토(Cohen and Cantor, 1981) 등에 의해 일상활동/기회이론은 범죄기회를 제공하거나 줄이는 지역적 요인들은 연구하는데 활용된다.

일상활동/기회이론에 의한 범죄지역연구는 방어적 공간개념(defensible space)이 건축학에 도입되면서 물리적 공간의 중요성이 강조되는 것과 시기를 같이 한다. 방어적 공간개념은 장소의 물리적이며, 건축적인 특성이 범죄를 억제하는 사회통제력과 관련된다고 보고, 합리적인 주거공간의 계획과 설계를 통하여 범죄를 예방하려는 목적에서 나온 것이다. 이러한 연구에서는 건물높이, 공공주택 단지규모, 승강기, 놀이터 등 공공시설의 형태와 위치가 범죄에 미치는 영향에 관심을 갖었다(Newman, 1978; Jeffrey, 1971; 도건호, 1992; 민병호외, 1992). 공동주택에 관한 뉴만의 연구는 대표적인 것으로 뉴만은 아파트의 특성에 따라 저층아파트보다는 고층아파트의, 소규모 단지보다는 대규모 단지의 범죄위험이 높은 것을 발견하였다. 이것은 고층아파트의 수평적인 건물구조와 대규모 단지의 익명성으로 인해 주민들의 범죄감시작용이 줄어들기 때문이다(Newman, 1978).

한편 최근 경찰행정의 변화범죄지역 연구를 촉진시키는 계기가 된다. 지역사회 경찰활동(community policing)은 범죄자 검거에 치중하였던 것에서 벗어나 포괄적인 지역사회문제 해결에 관심을 갖는다(Kelling and Coles, 1996). 심각한 범죄는 지역사회의 사소한 무질서와 더러운 환경에서 시작한다는 윌슨과 켈링(Wilson and Kelling, 1982)의 깨어진 창이론(broken window theory)을 배경으로 경찰은 범죄예방을 위해 지역주민의 참여를 적극적으로 유도하고, 환경개선과 주민의 일상문제해결에 치중한다. 이같은 경찰활동을 위해서 지역의 공간적 특성과 지역주민의 사회적 특성을 파악하고, 범죄집중지역에 대한 정확하고 신속한 정보를 수집하는 것이 필수적이다(Anselin, L. et al., 2000). 지역사회경찰활동이념은 1990년

대 이후 미국의 경찰에서 폭넓게 수용되고 있으며, 특히 뉴욕시 경찰의 지역환경개선과 GIS 분석방법인 컴스텟(Compstat)도입은 대표적인 성공사례로 꼽힌다.

III. GIS와 범죄분석

1. GIS(지리정보시스템)

GIS는 지리적 자료를 수집, 저장, 분석, 출력할 수 있는 컴퓨터 응용프로그램이다. 다양한 자료의 데이터 베이스와 전자지도(digital map)를 결합하여 분석하는 방법으로 지형공간에 관한 정보를 이해하기 쉽게 공간 안에 배열하고, 이를 바탕으로 각종 통계와 자료를 산출하고 지도에 표시한다.

GIS활용을 위해 가장 중요한 것은 자료분석의 기초가 되는 전자지도를 마련하는 일이다. 기초지도로는 수치지도와 지형지번도, 행정구역도, 토지이용현황도, 도로망도 등이 있으며, 그 작업은 각국의 공간정보 기반구축사업(spatial data infrastructure)을 통해 이루어진다. 우리나라의 경우 국립지리원과 국토개발연구원을 중심으로 1995년 국가 GIS구축 기본계획(1995-2000)을 수립하여 추진하고 있다(김영표외, 1998).

지리자료는 공간자료와 속성자료로 구성된다. 공간자료는 위도와 경도를 이용한 지형요소에 대한 위치, 크기, 다른 지형요소와의 공간적 위상관계를 나타내며, 속성자료는 지형요소와 관련된 기타 특성자료이다.

GIS의 기능은 첫째, 위치를 파악하는 것이며, 둘째, 대상물의 주변에 존재하는 대상물과의 관계(인접성, 연결성, 근접성)를 파악하는 것이다. 나아가 GIS를 이용하여, 공간적 대상물들의 시간에 따른 변화, 즉 시간이 공간적 특성에 미치는 영향을 발견할 수 있다(김영표 외, 1998).

GIS는 1960년대 캐나다에서 광활한 자연환경을 관리하기 위한 토지 및 환경정보시스템사업에서 발전하기 시작하였으며, 그 이후 미국, 영국, 유럽 등에서 개발되었다. GIS활용분야도 토지측량과 군사목적에서 도시개발, 환경, 주택, 인구센서스관리, 지역정보제공 등으로 확대되고 있다. 특히 80년대 중반이후 각 분야의 GIS활용은 급속도로 증가하였다. 이것을 가능하게 한 컴퓨터 산업의 획기적 발전이었는데 개인용 PC의 보급과 가격인하, 다양한 소프트웨어의 개발은 GIS활용의 저변확대를 촉진하였다. 컴퓨터기술의 발전은 국가의 공간정보구축사업과 더불어 형사정책분야의 GIS활용에도 큰 역할을 하였다(Anselin, L. et al., 2000).

2. 범죄분석과 GIS

가. GIS를 이용한 범죄분석방법

GIS의 장점은 많은 양의 자료를 지역지도와 함께 간결한 형식으로 제시하여 직관적으로

파악할 수 있다는 점이다. 지도를 통해 특정지역의 범죄에 대한 시간, 공간적인 분포와 변화를 파악하며 범죄관련 통계수치를 필요에 따라 제공한다. 또한 GIS는 범죄의 지리적 분포를 보여줄(visualization) 뿐 아니라 범죄와 관련한 지역적 요인들의 영향을 파악하기 위한 2차 분석(analysis)에도 유용하다. 흔히 범죄분포와 시간별 변화, 범죄집중지역(hot spot analysis), 지역특성과 범죄의 관계, 범죄자의 이동경로추적, 범죄자와 피해자의 거리를 분석한다.

범죄분석에 사용되는 지도의 종류는 각종 통계자료를 지도에 표현하는 statistical map, 범죄발생의 정확한 지점을 표시하여 파악하는 point map, 관할구역을 중심으로 전체적인 분포를 파악할 수 있는 choropleth map, 이동거리를 표시하는 데 적합한 isoline map이 있다. 지도안에 표현되는 범죄정보는 범죄발생과 가해자와 피해자의 위치(location), 거리(distance), 방향(direction), 유형(pattern) 정보로 표현된다.

현재 범죄분석에 널리 이용되고 있는 상용화된 GIS프로그램은 Map Info와 ArcView GIS이며, 이들은 미국경찰이 사용하는 GIS프로그램의 90%이상을 차지한다. 범죄분석을 위한 연장프로그램으로는 Spatial Analyst, Crime View, Crime Analysis Extention, Crime Analyst가 있다. 미국사법연구소(National Institute of Justice, NIJ; <http://www.ojp.usdoj.gov/nij>)에서는 Crime Stat1.1, SCAS 등을 개발하여 홈페이지를 통해 무료로 제공하고 있다. 이들 연장프로그램을 이용하면 범죄집중지역분석(hot spot analysis), 위험도분석(density analysis) 등 심층적인 분석이 가능하다.

나. GIS분석을 위한 자료

GIS를 이용한 범죄지역연구에 이용되는 자료는 범죄장소와 주민, 지역특성에 관한 복합적인 정보이다. 크게 범죄사건에 관련된 정보와 범죄자와 피해자 정보, 그 밖에 지역정보로 구분된다. 범죄사건자료는 범죄가 발생한 장소의 지리적 위치(좌표, 지번)와 장소의 물리적, 환경적 특성, 범죄발생시간, 범죄유형 등이다. 또한 범죄자와 피해자의 사회인구학적 특성(주소, 연령, 성별, 교육, 직업 등)이 이용된다.

이와 더불어 범죄발생장소 주변지역의 물리적 특성(공원, 하천, 공공기관, 교차로, 상권형성, 유흥업소 등)이나 지역주민의 사회인구학적 특성(주민의 연령별, 성별 인구구성, 직업, 경제수준, 인구이동성, 결혼상태와 가족구조)이 분석에 활용된다.

한편 경찰의 치안활동(지역내 파출소의 위치와 인력운영, 서비스형태 등)에 관한 자료도 지역범죄를 파악하는데 중요하다.

다. 범죄지도 연구동향

범죄분석을 위한 GIS활용은 1990년대 중반이후 미국을 중심으로 진행되고 있으며, 미국 사법연구소(NIJ)내의 범죄지도연구센터(Crime Mapping Research Center, CMRC; <http://www.ojp.usdoj.gov/cmrc>)가 주도적인 역할을 하고 있다. CMRC는 1996년 설립된 이후 범죄지도에 관한 각종 연구활동을 지원하고 있으며, 분석프로그램을 개발하여 보급하고 있

다. 또한 형사정책결정자, 범죄분석가, 경찰, 지역사회전문가를 위한 교육프로그램을 운영하고 있다. 현재 출판되어있는 GIS에 관한 연구보고서나 문헌들은 주로 CMRC의 지원 아래 이루어진 것들이며, 이것들은 범죄지역연구를 위한 주요 지침이 되고 있다(Harries, 1999; Lavigne and Wartell, 1998; Block, Dabdoub and Fregly, 1995; Weisburd and McEwen, 1998). 한편 경찰연구포럼(Police Executive Research Forum, PERF; <http://www.policeforum.org>)은 CMRC와 협조 아래 GIS를 도입하여 경찰행정의 효율성을 높이기 위한 연구를 지원하고 있으며, 각 경찰의 GIS활용 사례집을 발간하고 있다(Lavigne, N.G. and J. Wartell, 2000; 1998; Eck, J. E. and D. Weisburd, 1995).

일본에서는 경찰청 산하의 과학경찰연구소(日本科學警察研究所, NRPS; <http://www.nrips.go.jp>)를 중심으로 GIS연구가 진행되고 있다. 1996년부터 경찰활동 및 범죄분석에 GIS를 활용하기 위한 기초연구를 시작하였으며 그 이후 3차에 걸쳐 GIS관련 보고서를 출판하였다(地域安全情報システム研究會, 1996; 1997; 1998). 연구는 외국의 GIS기술 및 범죄분석동향을 소개하고, GIS프로그램을 이용한 다양한 범죄분석방법을 시도하고 있다. 1998년부터는 일선경찰을 위한 GIS프로그램개발에 착수하여 초안을 마련하였으며 현재 수정작업을 거듭하고 있다.

미국, 일본과 달리 우리나라에서는 형사정책분야의 GIS관련 논문이나 연구기관이 없다. 단지 일선 경찰의 GIS도입이 작년부터 추진되어 올해 서울지방경찰청이 지도프로그램을 도입하였으며, 현재 경찰청 주관으로 전국 경찰청으로 확대되고 있다.

IV. 지도분석 예 : 서울의 범죄분포와 특성

1. 자료와 분석방법

가. 자료

이 연구는 1999년과 1992년의 경찰사건자료를 사용한다. 1999년의 범죄자료는 서울의 31개 경찰서 관할구역에서 발생하여 신고된 경찰서별 범죄통계이다. 범죄유형은 살인, 강도, 절도, 폭력이다. 전체 사건은 137,644건으로, 살인 184건, 강도 3,371건, 절도 49,236건, 폭력 86,398건이다. 1992년의 범죄자료는 당시 507개 동에서 발생한 동별 통계이며, 범죄유형은 절도와 폭력이다. 전체 사건수는 69,386건으로 폭력 47,151건, 절도 22,235건이다.

지역의 사회인구학적 특성은 1992년 『인구 및 주택 총조사』, 각 구별 『통계연보』에서 수집한 동별 통계이다. 연구에 활용한 자료는 동의 인구수, 청소년인구수, 교육수준, 유흥업소밀집정도, 가족형태로서 일인가구이다.

나. 분석방법

이 연구는 서울의 범죄분포를 범죄유형별로 살펴본다. 또한 1999년과 1992년의 차이를 살펴보고, 이를 지역특성과의 관계 속에서 파악한다. 이를 위해 범죄지도와 지역특성지도를 작성하였으며, 통계분석을 보완적으로 사용하였다. 지도분석에 사용한 프로그램은 ESRI의 ArcView GIS 3.1이다. 이 연구에 사용된 지도는 행정구역을 중심으로 한 choropleth map이며, 범죄지도와 지역특성지도를 경찰서관할구역을 기준으로 그렸다. 또한 SPSS를 이용하여 범죄와 지역특성 간의 상관관계를 살펴보았다.

경찰서별 범죄지도 작성을 위해서는 서울의 31개 경찰서관할구역을 나타내는 전자지도(digital basic map)가 필요하다. 그러나 서울의 행정구역과 경찰관할구역은 일치하지 않아, 행정구역별 기초지도를 활용할 수 없었다. 따라서 경찰서관할구역지도는 동별지도를 이용하여 각 경찰서의 관할구역에 해당되는 동들을 통합하는 방식으로 편집하였다(<그림1>).

경찰지도를 이용하여 1999년의 범죄지도를 범죄유형별로 그렸으며, 이를 1992의 범죄분포와 비교하였다. 한편 지역특성에 의한 범죄발생의 차이를 살펴보기 위해 1992년의 범죄자료와 지역특성자료를 비교분석하였다. 이때 인구수에 따라 범죄사건수가 증감하는 문제를 해결하기 위해 사회인구학적 특성자료와 범죄자료를 동별 인구100명당으로 표준화하였다. 지도분석은 5분위 natural break 방법을 사용하였다.

<그림 1> 경찰서관할구역과 행정자치구

2. 서울의 범죄지도와 특성

가. 범죄의 지역적 분포와 변화

1) 범죄분포와 특성

<그림 2>는 1999년과 1992년 서울의 범죄분포를 범죄유형별로 나타낸 것이다. 1999년의 범죄지도를 보면 서울의 범죄는 4-5개 지역에서 집중적으로 발생하고 있다. 각 지도의 범죄집중지역(검은색)을 비교해보면, 살인은 동작구, 강도는 동작·서초일부·강동구에 몰려있으며,

절도는 서초 일부, 폭력은 동작·서초 일부·강동·마포·강서구에 몰려있다.

<그림 2> 서울시 범죄의 공간적 분포 (1999년/1992년)

4가지 범죄유형에 걸쳐 서울에서 범죄위험이 가장 높은 지역은 동작구의 노량진일대, 서초구의 일부지역이며, 강남지역(강동·송파·서초)과 마포·강서구도 범죄위험이 높은 편이다. 전체적 보면 서울의 범죄는 도심에서 적게 발생하며, 강남과 강서에 편중되어 분포한다. 이것은 강남과 강서지역에 아파트와 주택이 밀집해 있고, 많은 사무실과 편의시설이 입주해있어, 상주인구와 유동인구가 많기 때문인 것으로 보인다.

범죄유형별 분포를 비교하면, 강도와 폭력은 유사한 분포를 보이며, 강남지역(강동·송파·서초)과 동작·영등포·마포구에서 많이 발생한다. 이것은 강도가 재산을 목적으로 한 범죄이면 서도 폭력성을 수반하는 강력 범죄이기 때문이다.

절도와 폭력지도를 개략적으로 보면 절도와 폭력은 강남지역(강동·송파·서초일부지역)과 중랑·동대문, 마포·강서구에서 많이 발생하고 있다. 한편으로 절도와 폭력이 불일치한 곳들이 있는데 강남·관악·양천구는 절도는 많이 발생하지만, 폭력은 적은 편이다. 반면 영등포구는 폭력은 많이 발생하지만 절도는 적은 편이다. 관악·양천구는 아파트가 많은 주거지역이며, 영등포구는 대표적인 유흥가와 상업지역이다. 폭력범죄는 유동인구가 많은 상가·유흥가 지역에서, 절도범죄는 상대적으로 안정된 주거지역에서 발생한다.

2) 범죄분포의 변화(1992년/1999년)

<2-5>와 <2-6>은 1992년의 범죄분포를 나타낸 것이다. 1999년과 마찬가지로 범죄는 몇몇 지역에 집중되어 있다. 도시의 중심부와 북부지역에는 범죄가 적으며, 주로 구로·영등포 지역과 성동·광진, 동대문·중랑, 서초구 일부 지역에 집중되어있다.

폭력과 절도를 비교하면, 범죄유형별로 집중지역이 차이가 나타나는데, 강남구에는 절도가 집중되어있는 반면 서초구와 마포·용산구·강북구에는 폭력이 높게 나타난다.

1992년과 1999년의 범죄지도를 비교해보면 범죄집중지역의 뚜렷한 변화를 볼 수 있다. 1992년에는 범죄가 구로·영등포, 동대문·중랑·성동, 강남지역으로 분산되어 분포하였으나, 1999년에는 강남지역과 강서지역에 집중된다. 도시중심부와 북부지역은 큰 변화가 없는데, 이것은 아파트 건축과 도시개발사업이 강남과 강서를 중심으로 추진되고, 도심과 서울 북부 지역은 상대적으로 변화가 적었기 때문인 것으로 보인다.

절도분포가 크게 변화하였는데, 1992년에는 강남구에 집중되어있는 절도가 1999년에는 송

과, 강동의 근접지역까지 확대하여 강남의 전체지역이 절도집중지역으로 변화하고 있다. 한편 구로·영등포는 절도가 줄어든 반면에 강서·양천이 새로운 절도집중지역으로 변화하고 있다.

폭력분포를 살펴보면, 강남일대와 강북구 지역은 비슷한 유형을 보이나, 강서지역이 변화하고 있다. 구로, 영등포구의 폭력이 감소하는 대신 강서구의 폭력이 늘고 있다.

나. 범죄발생과 지역특성

<그림 3>은 1992년의 범죄와 지역특성을 인구수로 표준화하여 나타낸 지도이다. 이는 상주인구수에 따른 범죄피해의 차이를 통제하기 위한 것이며, 각 동별 인구 100명당으로 수치로 제시한 것이다.

<그림 3-1>와 <그림 3-2>을 보면 폭력과 절도 피해위험은 도심에서 높다. 종로경찰서와 동대문경찰서의 관할지역인 종로와 동대문 일부지역의 범죄발생율도 높다. 중구를 비롯해 도심지역은 종합상가와 재래시장으로 이루어진 상업지구이기 때문에 거주인구수가 적어 전체 범죄발생건수는 작으나, 인구당 범죄피해는 큰 것으로 나타난다.

지역특성을 나타내는 그림 <그림 3-3>의 유흥업소분포와 <그림 3-4>의 일인가구분포를 보면, 중구일대는 특히 일인가구가 많으며, 상가지역을 중심으로 유흥업소가 높은 비율을 차지한다. 시장지역은 익명성이 보장되고, 인구가동성이 높으며, 유흥업소 주변의 무질서와 많은 사람들의 이동으로 범죄가 발생하기 쉬운 기회를 제공한다.

폭력은 중구·종로·동대문·서대문 등 노원구를 제외하고는 도심에서 발생한다. 이것은 절도에 비해 폭력이 유동인구와 관련이 있음을 보여주는 것이다. 또한 <그림 3-4>의 일인가구분포도 이같은 사실을 뒷받침 한다. 청소년인구도 몇몇 지역에서 유사한 분포를 보인다. 청소년시기는 범죄참여율이 높고, 특히 신체적, 심리적 특성으로 인해 폭력범죄가 많은 시기로 알려져있다. 한편 평균학력이 높은 강남권은 폭력이 적어 지역의 경제수준과 폭력의 관련성을 확인할 수 있다.

<그림 3-2>의 절도를 보면, <그림 3-3>의 유흥업소 분포와 유사하다. 절도는 중구·영등포·강남구에서 많이 발생하는데, 이곳은 서울의 대표적인 유흥가지역이다. 폭력과 절도범죄의 분포는 도심을 제외하고는 상이하어, 범죄유형에 따라 다른 지역특성이 관련되고 있음을 알 수 있다.

다. 상관분석

앞서 지도를 통해 범죄와 관련된 지역특성들을 탐색할 수 있었다. 이를 좀더 상세히 살펴보기 위해서 1992년의 동별 범죄와 지역특성의 상관분석을 실시하였다(<표 1>). 절도범죄와 폭력범죄의 상관계수는 매우 높아(.803) 다양한 유형의 범죄가 한곳에 집중되어 나타남을 알 수 있다.

<표 1> 범죄와 지역특성의 상관계수표

지도분석에서 범죄는 3-4개 지역을 중심으로 분포되어있으며, 이는 유흥업소수 분포와 유사하였다. 상관분석결과도 이와 일치하고 있는데, 유흥업소와 범죄발생은 매우 밀접하게 연관되며(.694(절도), .825(폭력)), 특히 폭력과의 상관관계가 높게 나타난다. 한편 폭력범죄는 일인가구와 높은 상관관계(.644), 청소년비율과는 정의 관계, 교육수준과는 부의 관계로 나타나 앞의 지도분석의 결과를 뒷받침하고 있다.

V. 맺음말

이 연구는 범죄분석을 위한 GIS프로그램을 소개하기 위한 것이다. 이를 위해 choropleth map을 이용하여 서울의 범죄분포를 살펴보았다.

서울의 범죄지도를 통해, 최근 범죄는 강남과 강서 지역을 중심으로 편중되어있으며, 도심(중구·종로·서대문)은 상대적으로 범죄가 적고, 특히 동작과 서초 일부가 범죄집중지역임을 확인하였다. 또한 1992년과 1999년의 차이로 강남권 일대가 범죄지역으로 확대되고 있음을 알 수 있다. 한편 범죄유형에 따라 집중지역이 다르게 나타나서 폭력은 지역의 인구이동·청소년·빈곤과 관련되며, 절도는 유흥업소주변지역에서 발생할 가능성이 높다.

지도를 통해 개략적으로 파악되었던 범죄지역의 특성들은 상관분석에서도 유사하게 나타난다. 그러나 지역은 다양한 특성들이 복합적으로 존재하기 때문에 이를 확인하기 위해서는 좀더 세분화된 분석이 필요하다. 지도분석은 이를 위한 탐색적 분석(exploratory analysis)으로서의 의미를 갖는다.

여기서는 범죄집중지역의 분포를 경찰서관할구역을 중심으로 살펴보았으나, 심도있는 분석은 point pattern analysis를 통해 가능하다. point map은 정확한 위치(지번)를 포함한 각 사건의 고유 정보를 필요로 한다. 또한 각 사건정보를 입력할 수 있는 정밀한 지역의 수치지도(디지털지도)가 필요하다. 그러나 범죄자료와 수치지도를 확보하는 것은 쉽지 않아 GIS를 이용한 범죄연구를 제한한다. 특히 국내외를 막론하고 범죄사건자료의 수집은 연구에 큰 걸림돌이다.

GIS는 범죄연구뿐만 아니라 경찰의 치안행정을 위한 효율적인 도구이다. 경찰은 지도를 통해 지역사회안의 위험지역을 파악하고, 자료를 기초로 경찰의 인력과 자원을 배치하며 더 나아가 그 효율성에 대한 평가를 할 수 있다(Mamalian and Lavigne, 1999; Ratcliffe and McCullagh, 1998). 또한 범죄자의 이동경로를 추적하거나, 범죄자와 피해자의 거리, 범죄자와 사건장소의 관계 등을 파악하여 업무에 활용할 수 있다. 외국에서 범죄지도연구가 경찰과의 공동작업으로 진행되는 것은 이같은 이유에서이다.

GIS는 교정과 검찰 등 형사정책분야 전반에 활용될 수 있다. 최근 외국에서는 지역사회교정(community based correction)이 확대되면서 지역사회안에서 가석방자나 집행유예자를 감시하기 위한 도구로 이용된다. 가석방자의 주소지, 직장, 범죄위험지역, 지원기관 등에 대한

지리적 파악은 교정의 효율성을 높일 수 있다. 이밖에 112, 119의 출동, 응급의료지원, 화재 진압과 같은 긴급서비스 활동에도 활용될 수 있다(Rich, 1995).

GIS는 새로운 지역분석도구로서 다양한 기능을 제공한다. 범죄지도를 이용하여 범죄의 지리적 분포와 변화를 쉽게 파악할 수 있고, 범죄가 집중하는 위험지역을 가려낼 수 있다. 더 나아가서 범죄와 관련된 지역요소를 파악할 수 있다(Jefferic E, 1998; Mamlian and Lavigne, 1999). 그러나 GIS의 장점이 이같은 기술적인 측면에 있는 것만은 아니다. GIS는 지역사회와 공간의 중요성에 대한 새로운 인식을 기회를 제공한다. 이것으로 앞으로 국내의 범죄지역연구가 활발히 진행되는 계기가 될 수 있을 것이다.

참고문헌

- 김영표, 박종택, 한선희, 조윤숙. 1998. 『GIS의 기초와 실제』. 국토개발연구원.
- 도건호. 1992. 『공동주택의 범죄예방도입에 관한 연구』. 한국형사정책연구원.
- 민병호, 김상호, 도건호. 1992. “아파트의 범죄발생실태 및 범죄영향인자에 관한 연구 - 환경 계획적 요인을 중심으로.” 『대한건축학회 논문집』 8(10).
- 이성식. 2000. “거주지역의 특성과 범죄의 두려움.” 『형사정책연구』 41. 한국형사정책연구원.
- 이현희. 1995. “폭력범죄연구-지역적 접근을 통하여-.” 『논총』 65집. 이화여대 한국문화연구원.
- 진수명, 최인섭. 1999. 『지역특성과 범죄발생에 관한 연구』. 한국형사정책연구원.
- 地域安全情報システム研究會. 1996. 地域安全情報システムに關する研究-第1報告-. 日本科學警察研究所.
- 地域安全情報システム研究會. 1997. 地域安全情報システムに關する研究-第2報告-. 日本科學警察研究所.
- 地域安全情報システム研究會. 1998. 地域安全情報システムに關する研究-第3報告-. 日本科學警察研究所.
- Anselin, L., J. Cohen, D. Cook, W. Gorr and G. Tita. 2000. “Spatial Analysis of Crime.” The Nature of Crime: Continuity and Change, Criminal Justice 2000. NCJ182408. Washington, DC: National Institute of Justice.
- Bordua, D. J. 1958. “Juvenile Delinquency and Anomie: An Attempt at Replication.” Social Problem 6.
- Carolyn, R., M. Dabdoub and S. Fregly (eds.). 1995. Crime Analysis Through Computer Mapping. Washington, DC: Police Executive Research Forum.
- Chilton, J. 1964. “Continuity in Delinquency Area Research: A Comparison of Studies for Baltimore, Detroit and Indianapolis.” American Sociological Review 28.
- Cohen, B. 1980. Deviant Street Networks. Lexington, Massachusetts: Lexington Books.
- Cohen, L. E. and D. Cantor. 1981. “Residential Burglary in the United States: Life Style and Demographic Factors Associated with the Probability of Victimization. “

- Journal of Research in Crime and Delinquency 16.
- Cohen, L. E. and M. Felson. 1979. "Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach." *American Sociological Review* 44.
- Curry, D. and I. Spergel. 1988. "Gang Homicide, Delinquency, and Community." *Criminology* 26.
- Eck, J. E. and D. Weisburd (eds.). 1995. *Crime and Place*. Washington, DC: Police Executive Research Forum.
- Harries, K. 1999. *Mapping Crime: Principle and Practice*. Washington, DC: National Institute of Justice.
- Jefferis, E. 1998. "A Multi-Method Exploration of Crime Hot Spots." Presented at 1998 Academy of Criminal Justice Science Annual Conference.
- Jeffry, C. R. 1971. *Crime Prevention Through Environment Design*. Beverly Hills: Sage Pub.
- Kelling, G. L. and C. M. Coles. 1996. *Fixing the Broken Windows*. New York: The Free Press.
- Mamalian, C. A. and N. G. Lavigne. 1999. "The Use of Computerized Crime Mapping by Law Enforcement: Survey Results." *Research Preview*. Washington, DC: National Institute of Justice.
- Newman, O. 1978. *Defensible Space*. Collier Books.
- Lavigne, N. and J. Wartell (eds.). 1998. *Crime Mapping Case Studies : Successes in the Field*. Washington, DC: Police Executive Research Forum.
- Lavigne, N. and J. Wartell (eds.). 2000. *Crime Mapping Case Studies Vol. 2: Successes in the Field*. Washington, DC: Police Executive Research Forum.
- Pope, C. E. 1977. *Crime Special Analysis: The Characteristics of Burglary Incidents*. Washington, DC: Government Printing Office.
- Rich, T. F. 1995. "The Use of Computerized Mapping in Crime Control and Preventive Programs." *Research Action*. Washington, DC: National Institute of Justice.
- Ratcliffe, J. H. and M. J. McCullah. "Identifying Repeat Victimization with GIS." *British Journal of Criminology* 38(4).
- Sampson, R. J. and W. B. Grove. 1989. "Community Structure and Crime: Testing Social Disorganization Theory." *American Journal of Sociology* 94.
- Shaw, C. R. and H. D. McKay. 1942. *Juvenile Delinquency and Urban Area*. Chicago: University of Chicago Press.
- Weisburd, D. and T. McEwen (eds.). 1998. *Crime Mapping & Crime Prevention*. *Crime Prevention Studies* 8. New York: Criminal Justice Press.
- Wilson, J. Q. and G. L. Kelling. 1982. "The Police and Neighborhood Safety." *The Atlantic*.