

청소년 성매매를 둘러싼 논의들에 대한 검토

안 경 옥*

I. 서

현재 한국사회에서 성을 사고파는 윤락행위 혹은 성매매행위¹⁾는 법적으로 전면 금지되어 있음에도 불구하고,²⁾ 실제로는 처벌받는 자가 드물어 지극히 보편적인 사회현상으로 여겨지고 있다. 소위 ‘윤락가’라는 특정지역에서 윤락행위를 하는 매춘여성과 분단이라는 특수한 상황으로 인해 한국군인과 주한 미군 군대주변에 성업하는 소위 ‘군대매매춘’의 특수한 형태에 종사하는 매춘여성이 존재하며, 이들에 대한 심각한 인권유린 상황은 특수한 경우를 제외하고는³⁾ 그다지 주목받지 못하며 별다른 대책도 없는 상황이다.⁴⁾ 아울러 주택가, 공원, 학교지역, 공단지역 등을 가리지 않고

* 영남대학교 법학과 교수, 법학박사

- 1) 성과 관련된 향락산업에 있어 성적 행위는 여러 용어로 표현되고 있다. 가장 대표적인 것으로는 賣春이 있으며 최근에는 매춘보다는 매매춘이라는 용어를 사용하며 이와는 조금 다르게 사용하는 것이 성매매행위 혹은 성매수행위 또는 원조교제이다. 그 밖에도 윤락행위라는 용어도 사용되고 있는데 이러한 용어에 대해서는 후술함.
- 2) 매춘에 대한 입법유형은 우리나라의 경우처럼 매춘을 범죄행위로 금지하는 전면적 금지주의를 취하는 경우와 경찰 및 행정당국의 허가에 의해 통제하는 국가통제주의 유형과 국가에 의한 통제는 없으며 일정한 매춘행위만 금지하는 부분적 금지주의가 있다(이재순, 향락산업의 청소년 고용실태, 8면). 예를 들어 독일이나 영국, 스웨덴 등의 구미 각국에서는 성인간의 단순매춘을 범죄로 처벌하지 않으며 매춘행위를 정당한 직업으로 인정하고 있다.
- 3) 한 예로 2000년 9월 군산 대명동의 한 매춘업소에서 화재가 발생하여 감금당하여 생활하던 5명의 윤락여성이 목숨을 잃는 사고가 발생하였다. 최근에도 군산 윤락가에서 다시 화재가 발생하였는데 건물 1층에 잠금장치를 설치하여 대피하지 못한 윤락녀 12명이 사망하였다.

일상적인 삶의 공간 속에서 종전의 매매춘행위는 여러 위장된 형태로 다양하게 나타나며,⁵⁾ 숙박업소, 이용업소, 안마시술소, 주점, 찻집 등에서 새로운 유형의 신종 매매춘행위가 개발되고 있다. 다방의 티켓제는 이미 오래 전부터 여종업원이 차를 파는 것보다 몸을 파는 것으로 주수입을 올리는 영업형태이다.

최근에 들어서는 인터넷과 같은 새로운 다양한 통신수단이 발달함에 따라 이러한 매체를 이용하여 종래의 매매춘행위와는 또 다른 형태의 매매춘이 IMF 경제위기를 겪으면서 실직한 비정규직 여성들과 10대 청소년을 대상으로 확대되어 가고 있다. 특히 청소년이 향락 윤락업소에 종사하거나 소위 ‘원조교제’라는 10대의 성매매행위가 급속히 증가하고 있어 심각한 사회문제가 되고 있다.⁶⁾

따라서 청소년을 대상으로 한 성매매나 음란물 제작 등의 문제를 해결하기 위해 ‘청소년의 성보호에 관한 법률’⁷⁾이 2000년 1월 14일에 국회 본회의를 통과하였고, 2월 3일에 공포, 7월 1일부터 시행되고 있다. 그리고 2001년 5월 24일 일부 개정이 있었다. 동법은 청소년의 건전한 성발달과

4) 김주영, 성산업(性産業)의 유형별 분류와 실태, 수사연구 2001/5, 10면.

5) 이영자, 우리 사회의 성문화, [청소년을 사고 파는 향락산업, 어떻게 할 것인가?], 제1차 IMF시대 향락산업으로부터 딸·아들 지키기 연속토론회 자료집, 1998, 26면.

6) 신미식, 성매매 청소년 문제 실태와 해결방안에 관한 연구, 한국청소년개발원, 2000, 3면. 청소년의 성매매행위를 포함한 10대 여성의 매매춘행위가 국민적 관심을 끌게 된 직접적인 계기는 김강자 서장이 중앙 경찰서 서장으로 새로 부임하여 10대 여성 청소년이 미아리 텍사스촌을 이끌어 가는 주 매매춘 여성이라는 사실이 알려지면서부터 라고 한다. 그 외에도 1990년 후반 법무부 주도 자녀 안심하고 학교보내기 운동의 일환으로 학교 주변의 유해업소를 점검하고 그 과정에서 청소년들이 향락업소에 대거 몰려 있는 것을 발견한 것이 계기가 되어 국가에 의해 청소년 성매매와의 전쟁이 선포되어 10대 여성 성매매 반대운동은 국가의 청소년 보호정책의 일환으로 제시되어온 측면이 있다. 김지선, 우리나라의 성매매 청소년에 관한 정책, 형사정책연구소식 통권 제68호(2001 11/120, 30면; 박미숙, 청소년 매매춘과 형사정책, 형사정책연구소식 통권 제55호(1999, 9/10), 26,27면.

청소년의 성매매행위를 포함한 10대 여성의 매매춘행위가 국민적 관심을 끌게 된 직접적인 계기는 중앙 경찰서 서장으로 김강자 서장이 새로 부임하여 아직 가정에서나 사회에서 보호받아야 하는 10대 여성 청소년이 미아리 텍사스촌을 이끌어 가는 주 매매춘 여성이라는 사실이 알려지면서부터 라고 한다.

7) 이하에서는 청소년성보호법으로 약칭함

그 보호를 위해 청소년의 성을 사거나 이를 알선하는 행위, 청소년을 이용하여 음란물을 제작, 배포하는 행위 및 청소년에 대한 성폭력행위 등에 대한 처벌규정을 신설하거나 가중처벌하고 있다.

청소년성보호법의 제정을 계기로 ‘청소년 성매매’에 대한 사회적 관심이 높아졌으며, 이와 관련된 토론과 자료 등이 많이 축적되었다.⁸⁾ 그러므로 이제는 이러한 자료와 연구성과를 정리하고 기존의 연구가 공통적으로 지적하고 있는 문제점에 대해 부분적인 논의가 아닌, 체계적이고 종합적인 해결방안을 모색할 필요가 있다. 이러한 목적에서 본고에서는 먼저 청소년 성매매 등의 용어를 정리할 필요가 있고 다음으로 청소년이 성매매 산업에 유입되는 과정이나 발생현황 등 청소년성보호법의 적용 대상이 되는 청소년 성매매의 현실을 살펴보고자 한다. 그런 다음 청소년성보호법에 관한 내용을 정리하고 그 가운데에 현재 논란이 되고 있는 쟁점과 그 해결방안에 관해 타당성 여부를 검토하여 실효성 있는 대책을 모색하고자 한다.

따라서 본 논문의 궁극적인 목적은 지금까지의 연구자료와 토론내용을 체계적으로 정리하여 본 주제에 대한 보다 더 깊이 있는 연구의 출발점을 마련하는 데에 있다.

II. 청소년 성매매 행위

1. 용어정의 : 성매매·성매수·원조교제·매매춘·윤락행위

이전에는 성을 팔고 그 대가로 돈이나 금품을 받는 행위를 윤락행위 혹은 매춘행위라고 하고 이러한 행위를 하는 여성을 윤락여성 혹은 매춘여성이라고 불렀다. 그러나 최근에는 윤락이나 매춘이라는 용어 대신에 ‘성

8) 대표적으로는 2001년 8월 24일에 형사정책학회 주관으로 ‘청소년 성매매의 현실과 대책’이라는 학술회의가 개최되었으며, 2001년 11월에는 청소년보호위원회의 ‘청소년 성보호 현황과 대책연구’라는 연구보고서도 출판되었다.

매매'라는 용어를 사용하고 있다.⁹⁾ 매춘이나 윤락이라는 용어가 성을 파는 여성이나 청소년만을 부각시켜, 그 처벌 필요성을 논한다면 '매매춘'이나 '성매매'는 성을 사고파는 행위를 모두 나타내는 용어로 볼 수 있기 때문이다. 그러므로 윤락이나 매춘보다는 성매매나 매매춘의 용어가 더 적절한 것으로 보인다. 한 편 '성매수'는 성을 파는 청소년을 형사처벌하지 않고 매수자만을 처벌하기 때문에 매수자인 성인남성에 중점을 두고 있으며 청소년성보호법의 '청소년의 성을 사는 행위'에 해당하는 용어이다.

성매매의 유형은 크게 전통형 매매춘과 산업형 매매춘으로 나눈다.¹⁰⁾ 전통형 매매춘은 특정지역을 중심으로 매매춘만을 하는 형태로 1960-70년대 가장 성행하였고, 지금도 특정지역에 집촌화되어 있는 소위 '윤락가'로 불리는 청량리 588 등에서 이루어지는 성매매를 의미한다.¹¹⁾ 이에 반해 산업형 매매춘은 본래의 1차적 목적이 성매매가 아닌데도 불구하고 압암리에 부수적인 서비스로 매매춘행위를 하거나 매매춘 행위를 알선하는 형태로, 단란주점, 룸살롱, 호텔, 여인숙, 여관, 증기탕, 이발소, 휴게방, 안마시술소 등이 있다. 그 중 청소년들이 고용되어 성매매행위에 참여한다고 알려진 업소는 단란주점 및 유흥주점 그리고 다방 등이다.¹²⁾

전통형 매매춘이나 산업형 매매춘 이외에도 최근에 청소년들이 많이 참여하고 있는 형태로는 지정된 장소나 업소가 아닌 전화방, 폰팅, PC방, 인터넷 채팅방에서 첨단통신 기기를 이용하여 성을 사고 팔 사람이 개별적으로 만나 성행위를 하는 성매매행위, 소위 원조교제가 있다. 이러한 성매매 유형은 특정 업소에 소속되지 않은 상태의 매매춘으로 비고용 매매춘 혹은 사적 매매춘으로 구분하기도 한다.¹³⁾

청소년 성매매와 동일시되는 원조교제는 일본에서 유래한 용어로 주로 성인 남성과 나이 어린 여중고생 사이에 이루어지는 성적

9) 신미식, 9면.

10) 변화순/황정임, 산업형 매매춘에 관한 연구, 1998, 49면 이하.

11) 김주영, 성산업의 유형별 분류와 실태, 수사연구 2001/5, 10면.

12) 김주영, 10면.

13) 김주영, 10면; 정완, 원조교제의 발생원인과 방지대책, 형사정책연구소식 통권 제60호 (2000 7/8), 11,12면.

교제를 가리킨다. 우리나라에서는 1998년경부터 사회문제로 부각되었는데,¹⁴⁾ 성의 수요자(성인남성)와 공급자(여중고생)가 한쪽은 금전이나 경제적 이익을 제공하고 다른 한 쪽은 그 대가로 성적인 교제를 제공하는 합의에 의해 이루어지는 교제 현상이다.¹⁵⁾

원조교제는 첨단통신 기기를 사용한다는 점에서, 그리고 ‘많은’ 돈을 벌 수 있다는 점에서 많은 십대 청소년이 관심을 가지며, 또한 은밀하고 익명성이 철저히 보장된다는 점에서 성인 남성 역시 선호하는 성매매이다.¹⁶⁾ 그러나 현재 우리 사회에서 이루어지고 있는 ‘청소년성매매’는 인터넷 채팅 등을 통해 성행위의 가격을 약정한 뒤 만나 성행위를 하고 그 대가로 금전 등을 수수하는 방식의 ‘일회성 유탁’이기 때문에¹⁸⁾ 지속적인 ‘교제’관계나 이에 기초한 ‘원조’행위로 보기는 어렵고 따라서 일본의 원조교제라는 개념과 거리가 있기 때문에 ‘청소년 성매매’로 용어를 정리하는 것이 더 적절하다고 하겠다.¹⁹⁾

14) 조아미/이명화, 성매매 청소년의 과거, 현재, 그리고 미래, 청소년 복지연구 제3권 3호, 2001, 58면.

15) 전대양, 신중 10대 매매춘의 실상과 대책 -원조교제를 중심으로-, 형사정책연구 제11권 제4호(2000 겨울호), 181면. 원조교제는 전통적인 매춘과 다음과 같은 점에서 차이를 보인다고 한다. 먼저 원조교제는 생계를 위해 직접으로서 행하는 전통적 매춘과 구별된다. 물론 원조교제도 가출소녀가 생계를 위해 하는 경우도 있지만 직업적이지 않으며 자신이 갖고 싶은 유명 브랜드 상품을 사기 위해, 유흥비 마련을 위해 그리고 돈을 벌기 위한 일종의 아르바이트에 가까운 형태가 원조교제이다. 다음으로 전통적 매춘은 성의 수요자(남성)를 선택할 수 없지만 원조교제의 당사는 교제대상을 고르며 자신이 원하는 목적을 이루었을 때 언제라도 그만둘 수 있다. 마지막으로 전통적 매춘은 불특정인을 상대로 하는 경우인데 원조교제는 원한다면 특정인과 반복 지속적인 관계를 가진다(전대양, 182, 183면). 그러나 최근 원조교제는 불특정을 대상으로 한 전통매매춘의 형태로 발전되는 경향이 보이므로 이러한 구별이 반드시 타당하지는 않으며, 일본의 원조교제와도 차이를 보인다. 원조교제에 대한 상세한 내용은 전대양, 183면 이하 참조.

16) 신미식, 11면; 정완, 12면.

17) 과거의 전통적인 매매춘을 ‘공적 매춘’이라고 하고 정보통신의 발달로 인한 무선전화 이용 등의 매춘행위를 ‘사적 매춘’으로 분류하는 경우도 있다(전대양, 179면).

18) 청소년 성매매의 실태에 대해서는 후술함

19) 김중휘, 청소년성매매의 실태와 분석, <청소년 성매매의 현실과 대책>, 형사정책학회 2001 하계 학술회의 자료집, 2001, 2면.

2. 청소년 성매매의 현황 및 특징

가. 현 황

인터넷 채팅 등을 통한 비고용 혹은 사적 성매매는 컴퓨터와 통신수단의 발달로 인해 최근 급속하게 증가하고 있다. 현재 수사실무에서 가장 많이 발생하고 있는 청소년 성매매의 형태도 인터넷 채팅 혹은 전화방, 문자메세지(문팅)을 통하여 여자 청소년과 성인 남성이 성행위의 가격을 흥정한 뒤 은밀히 만나 바로 여관으로 가 성행위를 하고 그 대가로 금전 등을 수수하는 방식으로 보고된다.²⁰⁾ 그러나 이러한 형태의 매매춘은 특정지역에서 이루어지는 것이 아니기 때문에, 정확한 실태를 파악하기가 매우 어렵다.²¹⁾

아울러 청소년성보호법의 시행기간도 짧아 여기서는 검찰과 경찰의 내부적 단속자료 등을 중심으로 성매매 실태를 실증적으로 살펴보면, 먼저 대검찰청이 1997년 9월부터 1998년 8월까지 1년간 전국의 청소년 유해업소에서 적발된 5048명의 청소년을 분석한 결과를 발표하였다.²²⁾ 발표된 자료에 따르면 유해업소에 고용되었다가 적발된 전체 여성 중 초, 중, 고 재학생이 20.9%를 차지하였으며, 유해업소에 고용된 전체 여성중 19세 미만 여자 청소년은 54.8%이고, 17세 미만은 30.4%, 16세 미만도 13.6%에 달한다고 하였다.

아울러 1999년 대검찰청이 1998년 12월부터 두달간 2,500여개 청소년 유해업소에서 접대부 등으로 일하다 적발된 1,309명의 10대 소녀들을 분석한 자료를 살펴보면, 이들 10대 소년 중 53.4%(699명)가 단란주점 등의

20) 예컨대 청소년이 윤락을 암시하는 ID와 대화명을 사용하여 대화방을 차려 놓고 성인을 유혹하는 경우도 있는데, 이런 경우 사용 ID를 보면 '알바녀', '웹조녀' 등이나 '신림 1:1 15' '2:2 병개하자'는 자신의 거주하는 동네이름과 1대1로 성행위를 하는 경우 15만원을 받겠다거나 2대1로 번개섹스를 하자는 식의 윤락조건을 ID화 한다(김종휘, 3면).

21) 김주영, 15면.

22) 대검찰청, 1999, 유해업소에 고용된 미성년자 현황분석 보고서; 여기서는 김지선, 형사정책연구소식 2001 11/12, 31면.

접대부로, 27,3%(358명)가 윤락녀로 일해 왔으며 나머지 19,3%(252명)가 단순고용으로 밝혀졌다.²³⁾ 이중 성인남성들과 성매매를 한 소녀가 105명이었으며 18살 미만이 70명으로 전체의 66.7%에 이르는 것으로 집계됐다. 특히 중학교 재학생인 16살 이하가 34명으로 32.4%에 달했고 13세 소녀도 1명 있었다.²⁴⁾

청소년 성매매의 경우는 다른 매매춘의 유형보다도 인터넷이나 문자서비스 등의 정보통신매체를 이용하여 성매매를 위한 접촉이 증가하는 추세에 있으므로 이에 대해 좀 더 구체적으로 살펴보면,²⁵⁾ 원조교제 혹은(비고용) 청소년 성매매는 무엇보다 인터넷 채팅을 통해 가장 많이 접촉하여 전체의 66.7%를 차지하였고 (82/123명), 그 다음으로 전화방이 이용되었으며 PC와 핸드폰의 소지가 보편화되면서 이를 이용한 청소년 성매매도 급속히 확산되고 있다.²⁶⁾

처음 인터넷 등을 통하여 대화를 나누고 약속장소를 정하여 여관 등지에서 성행위에 이르는데 걸린 시간은 매우 짧았으며, 약 57%가 불과 4시간 이내에 성관계를 가졌으며 1시간 이내에 성관계를 가진 사례도 12%에 이르며,²⁷⁾ 청소년 성매매의 대가는 10만원대가 40.8%(62/152명)로 가장 많았고, 숙식제공 등 편의제공도 전체의 약 13%에 해당하였다.²⁸⁾

동일인과의 성적 접촉횟수는 1회의 만남과 1-2회의 성관계로 끝난 경우가 약 80%(111/133명)로 대다수를 차지하였다. 마지막으로 성매매 대상 청소년은 만 15-17세가 전체의 약 70%를 차지하고 청소년은 대부분 중·고교 재학생에 해당하는 연령으로 학생신분인 청소년과 비학생인 청소년의 비율이 비슷하였다. 범행동기를 보면 용돈 마련 목적이 50.7%로 가장

23) 이는 1998년 청소년 보호위원회가 가출하여 취직한 청소년의 취직장소를 조사한 통계자료와 비슷한 수치이다(청소년보호위원회, 청소년 인권의 현황과 대책, 1998 참조).

24) 전대양, 190면.

25) 이는 주로 김종휘, 5면 이하를 참조한 것으로 통계내용은 2000.7.1. 청소년성보호법이 시행된 이후 2001. 3월 말까지 입건된 청소년 매매사범에 대한 사건기록을 분석, '청소년성매매사범 분석통계표'를 작성한 것이다.

26) 참고로 성매수는 전체의 37.9%가, 청소년은 전체의 60.6%가 PC방을 이용하였다.

27) 전체 91건수중 5시간 이내가 58명으로 전체의 64%를 차지한다.

28) 김종휘, 8면.

많았고²⁹⁾ 청소년들은 성매매로 받은 돈의 대부분을 친구들과의 유흥비, 핸드폰 구입비 등으로 사용하였으며, 대상 청소년의 대부분(조사 응답자중 76%)은 이미 남자 친구 등과 성경험이 있었으며, 가출경험과 관련하여서는 대상 청소년의 상당수가 가출한 경험이 있거나 가출한 상태 등으로 나타났다.

나. 특 징

이러한 실태를 통해 나타난 점은 먼저 가출소녀가 성매매 청소년의 다수를 차지하여, 가출청소년들은 섹스산업의 '취업예비군'을 형성하고 있다는 점이다.³⁰⁾ 아울러 성매매 대상 청소년의 연령층이 낮으며, 성매매 청소년들이 정보통신매체의 이용에 능숙하기 때문 인터넷 채팅, 휴대폰 문자 서비스 등을 이용하여 일회성 매매춘의 형태로 성매매가 이루어지는 경우가 많으며 익명성이 보장되므로 적발이 쉽지 않다는 것이다.³¹⁾

아울러 앞서의 통계자료는 청소년의 향락업소에의 유입실태가 심각하다는 것을 실증적으로 보여주는 자료이다. 즉 단속결과에 의하면 10대 청소년들에 대한 불법고용은 유흥업소뿐 아니라 단란주점, 티켓다방등 모든 유형의 업소로 급속히 확산되고 있으며 이들 대부분의 업소들에서 청소년들에게 퇴폐적인 행위를 요구하고 있고, 청소년에 대한 율락행위까지 알선하고 있으며 또한 나이 어린 여중생들까지 율락업소나 유흥업소에 불법

29) 그러나 성매매의 목적, 동기에 대하여 다른 결과를 보이는 통계도 있다. 청소년보호단체에서 자체적으로 조사한 통계에 따르면 가출 여부와 상관없이 성매매의 주된 목적이 생활비 마련이 주된 목적이었다.

30) 전대양, 191,192면.

31) 전대양, 192면. 최근 한글과 컴퓨터가 합병한 회원 수 200여만명의 국내 최대 인터넷 채팅사이트인 '하늘사랑(skylove)'에는 1만 1,000여명의 네티즌들이 수백여 개의 대화방을 만들어 놓았다. 이 곳 대화방에는 노골적으로 짝짓기 이루어진다고 한다. 국내에서는 현재 이 사이트를 비롯해 수백여 개의 크고 작은 인터넷 채팅사이트가 운영되고 있으며 대화방의 과반수가 이러한 원조교제 매매춘 음란대화를 하고 있다고 한다. 아울러 PC방이 널리 퍼져 있어 채팅을 활용한 원조교제사범을 적발하기는 거의 불가능에 가깝다고 한다. 사이버공간을 이용한 원조교제의 상세한 내용에 대하여는 전대양, 193면 이하 참조.

고용되어 윤락행위를 하고 있다.³²⁾

청소년이 성매매 산업으로 유입되는 과정을 살펴보면, 이는 이미 잘 알려져 있는 사실이라고 보는데, 청소년이 가출을 하면 숙소가 필요하고 특히 청소년은 합법적으로 취업하기 어려워 대부분 세차장, 주유소, 레스토랑 등에서 일하며, 저임금으로 고용되는 실정이며 학력이나 기술수준이 낮아 좋은 직장에 취직하기 어려워 손쉽게 유흥업소에의 유입이 이루어지고 있다.³³⁾ 특히 IMF 이후 경기불황, 가장의 실직으로 인한 가정형편의 악화, 여성과 청소년의 실업률 급증 등의 요인으로 여성과 청소년의 성산업에로의 유입이 증가하였다고 한다.³⁴⁾ 즉 청소년 성매매의 경우 가정에서 정상적으로 생활하는 경우도 있으나 대부분 가출한 상태였는데 원조교체의 기간이 길어지면 결국 가출하여 가출과 가정복귀 그리고 재가출을 반복하다가 결국은 다른 유형의 성매매 산업으로 유입하게 된다는 것이다.³⁵⁾ 결국 직업적으로 매춘을 선택하게 된다는 것이다.

가출과 가정복귀, 재가출을 반복하는 이유는 가출한 이후에는 청소년을 보호해 줄 수 있는 시설이 부족해 가출 청소년을 위한 유일한 정책이 가정으로 복귀시키는 정책이어서 청소년들이 해결할 수 없는 문제 예를 들면 성폭력 등을 벗어나기 위한 가출의 경우도 따로 마련된 대책이 없기 때문이다. 그리고 이러한 업소에서 '영계'인 10대 여자 청소년들은 남성들이 선호하는 '상품'으로 업소 주인들은 경기회복을 위해 10대 여자 청소년을 이용하고 있다. 청소년이 성매매 산업 유입된 이후에 청소년은 시간이 갈수록 빛에 묶이게 되며, 다른 매춘여성과 마찬가지로 항상 폭력에 노출

32) 이재순, 향락산업의 청소년 고용실태와 알선·매개고리 실태, <청소년을 사고 파는 향락산업, 어떻게 할 것인가?> 제1차 IMF 시대 향락산업으로부터 딸·아들지키기 연속 토론회1998, 2면.

33) 박미숙, 25면.

34) 김지선, 31면.

35) 참고로 가출은 단순가출과 문제성 가출로, 문제성 가출은 청소년이 도저히 해결할 수 없는 상황을 벗어나기 위한 가출이다(신미식, 14면). 문제성 가출의 원인으로는 부모의 이혼, 별거, 부모의 불화 등으로 가정이 정상적으로 운영되지 못하거나 가정폭력이 심각한 경우로 청소년이 직, 간접적으로 희생자가 된다(조아미/이명화, 21면). 즉 가정폭력으로부터 개인적으로 탈출, 즉 가출로 문제를 해결하고자 한다.

되어 있다.³⁶⁾

최근 수사실무상 나타나는 청소년 성매매의 또 다른 특징은, 용돈을 벌기 위한 일회적인 아르바이트형 청소년 성매매에서 발전하여 여러 가지 새로운 형태의 성매매 유형이 나타난다는 점이다. 그 중 중요한 것으로는 공갈형, 생업형, 선택형, 역원조교제 등이 있다. 공갈형은 성매매 청소년은 처벌 받지 않는 반면 매수자는 처벌된다는 점을 악용하여 상대 남자를 협박하여 금품을 갈취하는 형태나, 그 이외에도 여자 청소년이 남자 친구들과 공모하여 ‘성매매’를 하겠다고 성인 남성을 유인하여 이들을 대상으로 강도행각을 벌이거나, 성인 남성으로부터 돈만 받고 도망하는 방법으로 사기범행을 저지르는 등의 성매매 행위와 연계된 범죄가 신종범죄로 나타나고 있다.³⁷⁾ 나머지 생업형은 단순히 용돈을 벌기 위해서가 아니라 직업적으로 생계를 유지하기 위해 또는 가출하여 PC방과 여관 등을 전전하면서 여러 남자들을 상대로 생활비를 버는 형태이며, 선택형은 인터넷 채팅을 통해 원하는 상대를 골라 성을 파는 형태이며 마지막으로 역원조교제는 성인 여자가 남자 청소년을 대상으로 성을 사는 형태이다.³⁸⁾

Ⅲ. 청소년의 성보호에 관한 법률

청소년 성매매 행위가 심각한 사회문제가 되자 이에 대한 대책으로 마련된 것이 청소년성보호법이다.³⁹⁾ 이 법률 이전에는 ‘청소년보호법’이나

36) 신미식, 25면.

37) 김종휘, 5면. 이러한 청소년 성매매와 연계된 신종범죄로 인해 성매매 대상 청소년도 형사처벌하자는 주장이 법무부에서 제기되기도 했다. 성매매 청소년에 대한 형사처벌 여부는 후술함.

38) 김종휘, 4면.

39) 1999년 11월 4일 새정치국민회의의 박상천 외 101인이 ‘아동, 청소년의 성보호에 관한 법률안’을 발의하여 국회에 제출하였고 11월 5일에는 한나라당의 권영자, 김영선 의원 외 130인이 ‘청소년보호법 중 개정 법률안’을 발의하여 국회에 제출하였다. 이 법률안들은 모두 청소년을 대상으로 한 성매매 및 성폭력행위자를 처벌하고 이들의 신상을 공개함으로써 청소년 성매매 행위를 조절하는 것을 주된 목적으로 하였다. 이 두 법안

‘윤락행위등방지법’에 의해 청소년 성매매 행위를 법적으로 규제하였다.⁴⁰⁾

1. 내 용

동법은 청소년의 성을 사거나 이를 알선하는 행위, 청소년을 이용하여 음란물을 제작·배포하는 행위 및 청소년을 이용하여 음란물을 제작·배포하는 행위 및 청소년에 대한 성폭력 행위 등으로부터 청소년을 보호·구제하여 이들의 인권을 보장하고 건전한 사회구성으로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 한다(제1조) 동법은 청소년의 방해받지 않는 성적 발전을 통한 청소년 보호에 그 보호법익이 있으며, 따라서 성매수자는 형사처벌하지만 성매매 청소년은 형사처벌하는 대신 필요한 경우 소년법 등의 보호처분을 부과한다는 데에 본 법의 특징이 있다.⁴¹⁾

그 내용은 대략 청소년의 성을 사거나 이를 알선하는 행위, 청소년을 이용하여 음란물을 제작·배포하는 행위, 청소년에 대한 각종 성범죄에 대한 처벌규정이나 가중처벌규정 그리고 성범죄자의 신상공개로 크게 나누어 볼 수 있다.

은 1999년 11월 23일 정무위원회에 상정되었다가 2건의 법률안 대신 위원회 단일안으로 ‘청소년의 성보호에 관한 법률안’이 통과되었다.

40) 윤락행위등방지법은 윤락행위를 한 자 또는 윤락행위의 상대가 되는 자는 1년 이하의 징역이나 30만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다고 규정하여 성매매 행위의 당사자 모두를 처벌함을 원칙으로 하고 있다. 따라서 매매춘 관련 입법태도 중 가장 강경한 ‘금지주의 (혹은 처벌주의)’ 입장을 취하고 있으며, 청소년성보호법이 제정, 시행되기 이전에 청소년 성매매에도 적용되어 성매매 청소년은 ‘윤락행위자’로 지칭된 처벌의 대상이었다. 동법상의 윤락행위는 ‘불특정인을 상대로 하여 금품 기타 재산상의 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 성행위 하는 것을 말한다’고 하여 처벌의 초점을 - 성매수자도 처벌되는 쌍벌규정임에도 불구하고 - 성을 파는 행위를 한 자 (성매매여성)에게 맞추고 있다는 비난이 있다(김지선, 28,29면).

아울러 매매춘행위와 관련하여 법률적으로는 엄격한 금지주의를 취하고 있지만, 실제적으로는 특정지역(일명 사창가)의 존치, 보건증 제도 등을 통해 이를 허용하며 국가가 규제하는 정책을 시행하고 있다고 한다(김지선, 위의 글 29면).

41) 따라서 일부 성매매 청소년은 이러한 점을 악용하여 자신의 성을 사는 사람을 협박하여 돈을 빼앗는 등의 원조교제와 관련된 범죄가 발생하자 성매매 청소년도 형사처벌하자는 의견이 대두되었다. 그러나 이러한 견해에 대해서는 청소년에 대한 소년보호이념과 상충된다는 우려도 제기되고 있다. 이에 대해서는 후술함.

구체적으로 살펴보면, 먼저 청소년의 성을 사는 행위는 성매수자에 대한 처벌이 강화되어 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하게 된다(제5조). ‘청소년의 성을 사는 행위’는 청소년, 청소년을 알선한 자 또는 청소년을 실질적으로 보호, 감독하는 자 등에게 금품 기타 재산상의 이익이나 직무, 편의제공 등 대가를 제공하거나 이를 약속하고 ‘성교행위’ 또는 ‘구강, 항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위’를 하는 것이다(법 제2조 2호). 직무 편의 제공도 대가에 포함시킨다는 점에서 대가의 범위가 금전 또는 재산상의 이익에 한정되지 않아 그 범위가 윤락행위등방지법에서 보다 확대되었다.⁴²⁾

다음으로 청소년성보호법은 ‘청소년이용음란물’을 제작, 수입, 수출한 자는 5년 이상의 유기징역에 처하며 (제8조 1항), 영리를 목적으로 판매, 대여, 배포, 소지, 운반, 공연히 전시, 또는 상영한 자는 7년 이하의 징역에 처하게 되어(제2항) 청소년을 이용한 음란물의 제작, 판매, 대여 등에 대하여 그 처벌이 대폭 강화되었을 뿐 아니라, ‘청소년이용음란물’의 개념을 청소년과의 성교행위, 유사성교행위뿐 아니라 ‘청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서, 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것’으로 규정하여(법 제3조 3호 참조) 청소년이용 컴퓨터프로그램, 인터넷 음란사이트 등에까지 그 처벌범위를 확장하였다.^{43) 44)}

42) 청소년성보호법과 비교되는 법이 윤락행위등방지법이라고 할 수 있다. 청소년성보호법은 성교행위의 대상이 청소년이라는 이유로 가중처벌하고 그 성립범위도 확장하였다. 즉 윤락행위등방지법상의 윤락행위는 불특정인을 상대로 하여 금품 기타 재산상의 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 성행위를 하는 것을 말한다(동법 제2조 1호). 윤락행위방지법 제2조는 ‘금품 기타 재산상의 이익’라고 규정하고 있으나, 청소년성보호법 제2조에서는 ‘금품 기타 재산상의 이익이나, 직무, 편의제공 등 대가’라고 규정하고 직접 재산상의 이익이라고 할 수 없는 편의 제공등도 포함하게 되었다.

43) 형법상 청소년을 이용한 음란물의 제작 등은 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하고(제243조), 이에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하게 된다(244조).

44) 형법에 의하면 20세 미만의 미성년 부녀 또는 음행의 상습없는 부녀를 매개하여 간음하게 한 경우 행위자에게 영리의 목적이 존재하면 3년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처해지며(형법 제242조), 18세 미만의 자에게 음행을 시키거나, 음행을 매개시키는 행위, 즉 성교를 하게 하거나 알선하는 행위는 아동복지법 제18조 5호, 34

다음으로 청소년성보호법은 청소년의 성을 사는 행위를 주선한 경우 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(법 제7조 2항 3호).⁴⁵⁾ 청소년의 성을 사는 행위의 알선을 업으로 하는 경우에는 청소년성보호법 제7조 1항 2호에 의해 가중처벌되며(5년 이상의 유기징역). 기타 청소년의 성을 사는 행위의 장소를 제공한 자, 알선, 장소제공에 사용되는 사실을 알고 자금, 또는 또는 건물을 제공한 자 등도 처벌대상이다. 유인, 권유 또는 강요한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하고, 이를 영업으로 하는 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(법 제7조 2항 1호).

중간매개자의 행위불법이 더 중한 경우로 청소년에 대하여 폭행이나 협박을 하거나, 위계 또는 선불금 기타 채무를 이용하는 등의 방법으로 청소년을 곤경에 빠뜨리거나, 업무고용 기타의 관계로 인하여 자신의 보호 또는 감독을 받는 것을 이용하여 청소년의 성을 사는 행위의 상대방이 되게 한 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다(법 제6조 1항). 그 대가의 전부 또는 일부를 받거나 이를 요구 약속한 때에는 5년 이상의 유기징역에 처한다(법 제6조 2항).⁴⁶⁾

청소년성보호법에서는 청소년에 대한 성폭력범죄도 가중처벌된다. 청소년성보호법 제10조에 의해 이제는 19세 미만의 청소년도 동일하게 보호되게 된 것이다. 즉 여자청소년에 대해 강간의 죄(형법 제297조)를 범한 자는 5년 이상의 유기징역에, 청소년에 대하여 강제추행의 죄를 범한 자는 1년 이상의 유기징역 또는 500만원 이상 2천만원 이하의 벌금에 처하

조에 의해 가중처벌된다(10년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금). 또는 윤락행위를 알선한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해진다(윤락행위 등방지법)

45) 18세 미만의 자에 대하여 성교를 매개한 경우에는 아동복지법의 형량이 중하므로 아동복지법의 적용이 우선한다. 따라서 18세 이상 19세 미만으로 아동복지법의 적용을 받지 않는 청소년의 성교를 알선한 경우와 19세 미만의 자와의 유사성교행위를 알선한 경우에는 청소년성보호법에 의해 가중처벌된다.

46) 이상의 행위는 현행 윤락행위등방지법 제24조와 비슷하고 특히 동법 제24조 3항은 20세 미만의 자에 대해 위의 죄를 범한 때에는 10년 이하의 징역에 처하도록 하여 가중하고 있다.

게되며, 준강간, 준강제추행의죄를 범한 경우, 위계 또는 위력으로써 여자 청소년을 간음하거나 청소년에 대하여 추행을 한 경우에도 위의 규정이 적용된다(제10조 1항 내지 4항).⁴⁷⁾

마지막으로 청소년성보호법의 특징 중 하나는 범죄자의 성명, 직업 등 신상을 공개할 수 있도록 한 점을 들 수 있다. 청소년 대상 성범죄를 범한 자⁴⁸⁾에 대해 형이 확정될 경우 청소년 보호위원회가 심사를 거쳐 당해 범죄자의 신상을 공개하게 된다. 이를 도입한 취지는 ‘청소년성범죄행위에 대한 일반국민의 경각심을 높이고 범죄예방효과를 강화’하기 위한 것이라고 한다.⁴⁹⁾ 신상공개의 내용은 청소년성보호법 시행령에서 규정하고 있는데, 성명(한글, 한자 병행), 연령 및 생년월일, 직업(판결문기준), 주소(시·군·구까지), 범죄사실의 요지이다.

청소년보호위원회는 청소년의 성을 사는 행위 등의 범죄방지를 위한 계도문을 연 2회 이상 작성하여 관보게재를 포함한 대통령령이 정하는 방법으로 전국에 걸쳐 게시 또는 배포하여야 하며(법 제20조 1항). 신상공개의 기준으로 공개대상자 및 대상 청소년의 연령, 범행동기, 범행수단과 결과, 범행전력, 죄질, 공개 대상자의 가족관계 및 대상 청소년에 대한 관계, 범행 후의 정황 등을 고려하도록 하고 있다.⁵⁰⁾

47) 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제8조의 2는 13세 미만의 자에 대한 성폭력범죄를 가중처벌하였는데 청소년성보호법에 의해 이제는 19세 미만의 청소년도 동일하게 보호된다.

48) 여기에는 1. 청소년의 성을 매수한 자, 2. 청소년 매매춘 업주, 3. 아동 포르노그래피 제작, 수입, 수출자, 4. 청소년 인신매매범, 5. 청소년 대상 성폭력범이 그 대상이다.

49) 한상훈, 청소년의 성보호에 관한 법률의 주요내용과 몇 가지 쟁점, 형사정책연구소식 통권 제57호(2000 1/2), 25면.

50) 신상공개 대상을 정하기 위해 청소년보호위원회는 관계기관에 자료를 청구할 수 있고 동 자료에 근거 공개 대상자를 선정하고 공개대상자가 결정되면 당사자에게 그 사실을 통보하고 송달효력 발생 후 60일이 지난 뒤에 공개가 이루어지도록 하고 있다. 공개방법은 청소년보호위원회의 인터넷 홈페이지에 6개월간 공개를 하고, 정부중앙청사 및 16개 시·도 게시관에 1개월간 게시하도록 하고 있다.

2. 문제점 및 개선방안

가. 법내용상의 문제점

1) ‘대가성’과 ‘유사성교행위’

청소년성보호법상 성교행위나 유사성교행위의 대가는 반드시 금품에 한하지 않고 재산상의 이익이나 직무, 편의제공까지 규정하고 있다. 따라서 자신의 직무와 권한을 이용하여 제공할 수 있는 편의를 대가로 소위 성상납을 받는 경우까지도 포함하는 개념이다.⁵¹⁾ 문제는 어느 정도 대가가 지불되어야 하는가 하는 대가의 범위와 정도와 관련하여 다툼이 있다. 최근 서울지법의 한 판례⁵²⁾에 따르면 채팅을 통해 만난 가출 청소년과 성관계를 가진 후 2000원 혹은 14000원을 교부한 성인에 대해 무죄를 선고하였다. 그 근거로는 ‘재산상의 이익과 성교행위와의 대가관계를 폭넓게 인정할 경우 사생활의 자유 또는 애정의 자유라고 하는 국민의 기본권이 심각하게 위협받을 수 있기 때문’이며 ‘청소년성보호법의 입법취지는 청소년의 성이 상품화되는 것을 방지하기 위한 것으로 단순히 상대방이 호감을 얻기 위해 경제적 이익을 주거나 금전적 편의를 제공하는 것은 법이 관여할 문제가 아니다’라고 하였다. 그러나 동 판례에 대한 항소심은 가출 청소년에게 잠자리와 사소한 금품을 제공한 경우도 성매매로 볼 수 있다고 하여 징역 8월, 집행유예 2년을 선고하였다. 재판부는 ‘청소년 보호를 위한 입법취지를 고려할 때 성관계 대가가 일반 윤락행위처럼 상당한 금액이거나 사전에 명시적 약정이 있어야 하는 것은 아니다’라고 하여 ‘상대 청소년이 가출상태로 숙식해결이 극히 어려웠고 성관계를 거부하면 쫓겨날 것을 두려워한 상황이었다는 점을 감안하면 피고인들이 제공한 잠자리, 식사비 등 편의를 제공한 대가성이 인정된다’고 하였다.⁵³⁾

51) 청소년보호위원회, 청소년의 성보호에 관한 법률해설(2000.12), 9면.

52) 서울지방법원 2001.7.6. 선고, 2001 고단 1671.

53) 조선일보 2001년 12월 22일

청소년성보호법의 '편의제공'이라는 문언상으로는 숙식제공이나 차비제공도 대가에 포함될 수 있다. 그러나 청소년성보호법이 19세 미만의 청소년과의 성행위를 모두 처벌하는 것이 목적은 아니며, 애정의 자유 등이 부당하게 침해되지 않도록 법을 해석, 적용한다면 대가성이나 편의제공의 개념을 제한적으로 해석하는 것이 필요하다고 하겠다.

다음으로 '유사성교행위'와 관련하여서는, 청소년성보호법은 청소년과의 구강, 항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위를 규정하고 있다. 여기서 유사성교행위가 무엇인지 명백하지 않다. 따라서 동행위의 해석과 관련하여 신체적 '접촉'만으로는 불충분하고 성교행위와 동일시할 수 있는 방법으로 신체내부로 신체의 일부 또는 도구 등을 '삽입'하는 행위만을 의미한다는 견해⁵⁴⁾와 유사성교행위를 반드시 성기 결합의 성행위로 이해할 필요는 없으며 반드시 성기결합이 아니더라도 성교행위에 유사한 행위, 즉 구강, 항문성교의 경우에는 여기에 해당한다고 보는 견해⁵⁵⁾, 그리고 해석상으로는 신체나 도구의 삽입에 국한 하는 것으로 해석하는 것이 문언상 타당하지만 입법론상으로는 청소년을 이용하여 그들을 성적 만족의 대상으로 삼는 행위를 포괄적으로 금지하는 것이 바람직하다는 견해⁵⁶⁾도 있다.

유사성교행위의 해석과 관련하여, 먼저 구강성교나 항문성교의 경우에는 청소년성보호법에서 이미 예시적으로 규정해 놓아, 동법의 적용대상이 된다는 점에는 아무런 문제가 없다. 문제는 기타 유사성교행위의 범위와 관련된 것이며, 이때 유사성교행위는 성교행위와 동등한 법정형이 부과되고 그 형량이 상당히 가중되어 있으므로 단순한 신체접촉은 제외하고 도구는 신체든 어느 정도 신체 내부에의 삽입에 국한되어 제한적으로 해석하는 것이 타당하다고 본다. 법률 구성요건이 불명확한 한 경우는 그 내용은 해석을 통해 보충될 수 있으며 이 때 행위자에게 유리한 제한해석은

54) 한상훈, 26면.

55) 박미숙, 현행법상 성매매 방지체계와 청소년 성보호, 수사연구 2001/11, 119면; 진진연, 청소년 성매매에 관한 형사정책적 고찰, 소년보호연구 제3호, 2001, 275, 276면.

56) 이경재, 형사정책학회 2001 하계학술회의 자료집, 9면.

허용된다고 하겠다.

2) 신상공개

청소년성보호법의 특징 중 하나가 성매수자의 신상을 인터넷이나 관보를 통해 공개하도록 한 것이다. 신상공개와 관련하여 참고가 되고 있는 것은 미국의 메건법(Megan's law)으로 미성년자를 상대로 성범죄를 저지른 자의 신상과 소재를 주민들에게 알려주는 법이다.⁵⁷⁾

실제 2000년 12월 31일까지의 청소년 대상 성범죄자 가운데 형 확정자 309명 중 보호처분 대상자 2명과 동법 시행 이전에 죄를 범한 7명을 제외한 300명을 대상으로 그 심사기준에 따라 169명의 공개대상자를 2001년 8월 30일 공개하였다. 아울러 제2차 신상공개 대상자 445명도 확정되어 3월초에 공개될 예정이다.⁵⁸⁾ 445명을 범죄 유형별로 살펴보면, 강간(미수포함) 147명(33.1%), 성매수 126명(28.3%), 강제추행 123명(27.6%), 기타 49명(11.0%)으로 나타났고, 연령별로는 20대 145명(32.6%), 30대 142명(31.9%), 40대 93명(20.9%), 50대 45명(10.1%) 등으로 나타났다.⁵⁹⁾

신상공개는 그 법적 성격이 명확한 것은 아니지만 형식적으로는 분명 형사제재가 아니지만 실질적으로 형사제재와 유사하거나,⁶⁰⁾ 형벌의 속성을 가지고 있는 것으로 본다.⁶¹⁾ 신상공개가 실질적으로 형사제재의 성격

57) 이 법은 뉴저지주의 머건 캔타라는 7살 여자 어린이가 1994년 이웃에 이사온 전과 2범의 성폭력범죄자에 의해 강간, 살해된 것이 계기가 되어 만들어졌다. 머건 캔타의 부모는 경찰이 이웃에 성폭력범죄자가 산다는 것을 알려줬더라면 딸의 희생을 막을 수 있었을 것이라며 성폭력범죄자의 소재를 주민들에게 알려주는 법의 제정을 촉구하였고, 이에 국민적 합의가 형성되면서 '성폭력범죄자로부터 어린이와 지역공동체를 보호하자'는 명분하에 연방과 주정부들이 앞다투어 1996년부터 이 법을 제정하기 시작하였다. 외국의 신상공개에 관한 입법례는 권진국, '청소년 성매매' 행위 등에 대한 규제 방법으로서 신상공개제도에 관한 검토, 형사정책연구 통권 제46호(2001 여름호), 201면 이하; 진진연, 278면 이하 참조.

58) 2차공개 대상은 1차 공개 때의 169명보다 그 수가 많은데, 이는 청소년 대상 성범죄가 급증한 것이 아니라 신상공개가 형을 확정받은 자를 대상으로 하기 때문에 범죄발생과 판결사이에 시차가 존재하기 때문에 발생한 현상이다.

59) www.gouth.go.kr.

60) 이경재, 16면.

을 가지므로 여러 가지 문제점이 드러나며 그 중에서도 신상고개를 통해 개인의 기본권이 불필요하게 침해할 수 있으며 이중처벌금지의 원칙에 반할 수 있다. 따라서 이 제도와 관련하여서는 찬반의 다툼이 있는데, 먼저 신상공개를 찬성하는 논거로는 성범죄자의 구체적인 신원까지는 공개되지 않기 때문에 인권침해의 소지가 없으며, 국민계도를 위해 범죄백서 형식의 사례 공개이므로 형벌이 아니며, 공개 시 한자 이름과 생년월일의 공개로 동명이인이 피해를 입을 가능성을 없다는 점을 들고 있다. 주로 청소년 보호위원회와 여성계의 입장이다.⁶²⁾ 그에 반해 반대하는 논거는, 신상공개로 인해 개인의 기본권인 프라이버시의 본질적인 부분이 침해될 수 있으며, 범죄자 가족들에게도 피해가 가 법으로 금지된 연좌제의 효과를 가져 오며, 행위자에게 지나치게 가혹하며, 불법이 더 큰 다른 청소년 대상 범죄 - 예컨대 살인, 강도 등 -와 형평성의 문제가 있으며 더 나아가 신상공개를 통해 범죄예방이라는 효과가 있는지 그 실효성에 대해서도 의문을 제기한다.⁶³⁾

위의 견해 모두 나름대로의 타당성을 가지고 있으므로 그 중 하나의 견해만을 택하기 보다는 현행 신상공개의 문제점을 개선하여 가능한 한 신상공개의 취지를 살리면서 보완해 나가는 것이 바람직하다고 하겠다. 따라서 공개대상자는 보다 엄격하고 세밀한 분류기준과 과정을 통해 범죄의 불법성이 높고 재범의 위험성이 높은 성 범죄자⁶⁴⁾에 국한해야 하며, 지금과 같이 전국적으로 일괄적으로 공개되는 방식이 아니라 지역별로 전화로 문의하는 형태로 그 지역의 성 범죄자를 확인하는 방법을 모색하는 방법이 더 바람직할 것이다.⁶⁵⁾ 아울러 신상공개의 절차나 관련사항을 대통령령으로 규정하기 보다는 법률로 상세하고 명확하게 규정할 필요도 있다.

61) 한상훈, 28,29면. 최근에는 신상공개가 최광의의 보안처분적 측면에서 행정처분의 성격을 지니고 있다는 견해도 있다. 권창국, 219면; 이병희, 청소년 성보호의 현황과 대책 연구, 38, 82면.

62) 진진연, 284면.

63) 이경재, 20면.

64) 예컨대 청소년에 대한 강간 등 상해·치상, 강간 등 살인·치사 등으로 그 대상범죄를 제한하는 것이다.

65) 이경재, 22면.

3) 성폭력범죄의 친고죄 여부

청소년성보호법의 성폭력범죄를 친고죄로 볼 것인가에 대해서는 종래 논란이 있었는데, 대법원은 최근 판례⁶⁶⁾를 통해 동법의 성폭력범죄는 친고죄임을 분명히 하였다. 대법원은 이 판례에서 형법의 강간, 강제추행죄의 성질은 청소년성보호법에 의해 가중처벌되는 경우에도 그대로 유지되며 특별법에 친고죄에 관한 형벌규정을 배제한다는 규정이 없다는 것이다. 따라서 형법의 친고죄 규정(형법 제306조)은 청소년성보호법에 그대로 적용된다는 것이다.

그러나 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자의 보호 등에 관한 법률’에서는 친고죄로 명시한 규정이 없는 경우 비친고죄로 해석하고 있으며 청소년보호위원회에서 발행한 ‘청소년성보호법 해설’⁶⁷⁾에 의하면 청소년성보호법상의 청소년 대상 성폭력범죄의 처벌은 친고죄 여부와 관련이 없다고 하고 있어 청소년 대상 성폭력범죄도 비친고죄로 해석하는 것이 더 타당하다고 하겠다. 아울러 입법론상으로도 청소년 대상 성폭력범죄를 그 심각성으로 인해 특별법에 규정해 놓았다고 한다면 ‘성폭력특별법’과 마찬가지로 비친고죄를 규정하는 것이 바람직할 것이다.

나. 법집행상의 문제점

청소년성보호법은 성매수자인 성인에 대해서는 형사처벌하지만 성매매 대상청소년은 형사처벌하지 않고 필요한 경우 소년법 등의 보호처분을 부과한다. 즉 동법은 19세 미만의 청소년이 성매매를 한 경우에는 소년법에 의한 7가지 보호처분이외에도 윤락행위등방지법에 의한 선도보호시설에의 위탁, 청소년보호법에 의한 청소년보호센터 및 청소년재활센터에의 선도보호위탁처분이 내려질 수 있도록 규정하고 있다(제13조). 그러나 현재 성매매 청소년에 대해 활용 가능한 보호처분은 실제 소년법상의 7가지 유형

66) 대법원 2001. 5. 15, 2001도 1391.

67) 청소년의 성보호에 관한 법률 해설, 2000, 18면.

의 보호처분과 선도보호시설에의 위탁처분의 두 가지이다.

서울 경찰청에서 발표한 2000년도와 2001년도의 성매매 청소년의 처리 실태를 보면 2000년 한 해 동안 서울에서만 성매매 청소년 222명을 적발하여 성을 파는 행위 이외에 상대남자를 협박해 금품을 요구한 3명(1.4%)을 구속하고, 상습적으로 청소년 성매매를 한 소년 23명(10.4%)을 불구속 입건하였으며, 나머지 196명(88.2%)은 보호자나 보호시설에 인계된 것으로 나타났다.⁶⁸⁾ 한편 2001년 1월 1일부터 6월 30일까지의 통계를 보면, 서울에서만 248명을 적발하여 전체의 86.3%인 214명이 보호자에게 인계되었으며, 4.0%인 10명이 보호시설에 인계되어 전체적으로 귀가조치를 받은 소년은 90.3%를 차지하였다.⁶⁹⁾

위의 통계에 따르면 경찰이나 검찰이 대상 청소년의 10중 9명은 단순 귀가조치하고 있어 성매매 청소년을 처리하는 가장 전형적인 방법은 ‘귀가조치’임을 알 수 있다.⁷⁰⁾ 따라서 성매매 대상 청소년들이 전문가의 체계적이고 철저한 조사를 통해 단계적 보호처분을 받기 받지 못하고 아무런 사후조치없이 이전의 상황으로 돌아간다.⁷¹⁾

이러한 단순 귀가조치는 성매매를 한 경험이 있는 청소년의 문제를 해결하는데 별로 도움이 되지 않는다. 그것은 성매매 대상 청소년의 경우 대부분이 가출청소년으로 가출의 원인이 많은 경우 가족내의 문제이기 때문이다. 결국은 가출 청소년이 성매매행위를 반복할 수 밖에 없게 되며, 이는 일반국민이나 관련 실무가들로 하여금 성매매 청소년에 대한 엄한 처분 즉 형사처분의 필요성에 대한 인식을 불러 일으킨다.

그 밖에 현재의 선도보호시설은 열악한 재정 상황에서 시설이 낙후되고 프로그램의 차별화나 프로그램의 특성화가 이루어지지 못하고 있어 청소년을 보호하고 교육시킬 시설로 충분하지 않다는 문제점도 지적되고 있다.⁷²⁾

68) 국민일보, 2000.1.2.28 : 여기서는 김지선, 성매수 대상, 49면에서 재인용하였다.

69) 김지선, 성매수 대상, 49면.

70) 법무부의 청소년백서의 통계자료에 따르면이라도 보호처분은 주로 1호 처분에 치중해 있다. 즉 1호처분은 1995년에는 전체의 85%, 96년은 83%, 97년은 84.5%, 98년은 84%, 99년은 78.4%였다(법무부, 청소년백서, 2000, 495면).

71) 김지선, 성매수 대상, 58면.

그러므로 보호사건으로 접수된 성매매 청소년을 비롯한 모든 보호소년에 대해서 전무가적 식견과 소양을 갖춘 소년조사관이 좀더 세밀하게 분류하는 작업이 필요하다. 이러한 결과에 따라 일시적, 충동적이며 가정에 문제가 없는 청소년에 대해서는 부모 등 보호자에게 맡기는 ‘보호자 위탁 처분’을 내리고, 개선교육이 필요한 청소년에 대해서는 보호관찰의 지도, 감독에 ‘수강명령’ 또는 ‘사회봉사명령’을 부과하고, 정신과나 요양 치료가 필요한 청소년에게는 ‘병원·요양소 위탁처분’을 내리고, 부모가 없거나 보호능력이 결여된 청소년이나 학교를 중퇴해 직업훈련 등이 필요한 청소년에게는 ‘소년수탁시설 위탁처분’ 등과 같은 단계적이고 개별적인 처우를 하는 것이 중요하다.⁷³⁾

아울러 청소년 성매매의 문제해결을 위해서는 성매수자에 대한 형사처벌이나 법적 규제이외에 성매매 대상 청소년에 대한 장기적이고 효과적인 다양한 사회복지적 지원체계가 마련되어야 한다. 즉 성매매행위를 통해 얻은 상처를 치유할 수 있는 프로그램, 사회복지를 돕기 위한 기술, 직업 교육 그리고 이들이 정상적으로 사회복귀를 할 때까지 머물 수 있는 보호 시설이 제공되어야 한다.⁷⁴⁾

다. 법체계상의 문제점

1) 특별법의 제정

이는 입법론상의 문제점으로, 청소년 성매매행위와 관련하여서는 형법 보다는 다른 특별법이 우선 적용된다는 점이다. 이는 기본법인 형법의 ‘死文化’를 가져올 수 있다.

현재 매매춘행위와 관련하여서는 형법 이외에도 대략 윤락행위등방지

72) 신미식, 59면.

73) 김지선, 성매수 대상, 71면. 이와 관련하여 상세하게는 김지선, 청소년성보호현황과 대책 연구, 153면 이하 참조.

74) 신미식, 49면; 이민희, 청소년보호정책, 82면.

법, 아동복지법, 성폭력특별법 그리고 청소년성보호법이 적용되고 있다. 물론 각 법률의 일부 규정은 사회복지적인 측면을 포함하고 있지만 무엇보다 중요한 것은 이러한 법률들이 이미 형법에 규정되고 있는 범죄 중 그 대상의 특수성이나 행위태양의 불법성으로 인해 그 형벌만을 대체적으로 가중한 것이라는 점이다. 예컨대 같은 윤락행위이지만 미성년 대상 성매매는 청소년성보호법이, 성년 대상 성매매는 윤락행위등 방지법이 적용되며, 윤락알선의 경우는 아동복지법이 적용될 수도 있다. 그리고 청소년성보호법은 여자 청소년에 대한 강간, 준강간이나 청소년에 대한 강제추행, 준강제추행만을 규정하고 있어 강간 등 상해·치상이나 강간 등 살인·치사죄에 대하여는 형법 또는 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자의 보호 등에 관한 법률’이 적용될 수 밖에 없다.

따라서 청소년성보호법도 형법에서 규정하고 있는 범죄를 단지 대상이 청소년이라는 점을 근거로 가중 처벌하는 형가중 특별법이라고 할 수 있다. 그러나 형벌가중만을 목적으로 하는 특별법의 제정은 자제할 필요가 있다. 그것은 현행 형사특별법 중 특히 형가중의 특별법은 사회적으로 문제가 된 사안에 대하여 그 해결을 위해 다른 충분한 노력을 하지 않고 가중형벌을 그 제재수단으로 하는 특별법을 제정함으로써 법체계상 다른 법과 조화되지 못하고 법적용에 있어서도 어려움을 가져오기 때문이다.⁷⁵⁾ 따라서 일반 형법에 규정되어 있는 특정 범죄에 대해 단순히 형만을 가중하는 특별법은 가능한 한 폐지하고, 특별법에 규정된 형가중적 사유는, 형가중의 사유가 정당한 한, 일반법에 흡수 정비하는 것이 필요하다. 정비하는 입법론상의 방법으로는 ‘예시적 규정(Regelbeispiele)’의 입법방식을 이용할 수 있다.⁷⁶⁾ 우리나라는 아직 이런 입법기술을 활용하고 있지는 않다.

75) 오영근/안경옥, 형사특별법의 제정실태와 개선방안, 1995, 93면. 단순히 형의 가중만을 목적으로 제정된 특별법은 보통 두 가지 중요 문제점이 나타나는데, 하나는 일반법인 형법에 있음에도 불구하고 특별법을 제정할 정당성과 필요성이 있는가 하는 점과 특별법에 규정되어 있는 형량은 대체로 중한 편인데, 이러한 형량은 타당할까 하는 점이다. 규범적·실증적 정당성이 결여된 형사중의 특별법을 제정하는 것은 결국 정부의 범죄 대응정책을 과시하기 위한 ‘상징적 입법’(symbolische Gesetzgebung)에 불과하다고 하겠다(K. Luederssen, Die Krise des öffentlichen Strafanspruches, 7면 이하 참조).

76) 오영근/안경옥, 119면.

단지 단순절도에 대해 별개의 조문으로 야간주거침입절도, 상습절도 등을 규정, 개별 조문의 형식을 취하고 있다. 참고로 예시적 규정의 입법방식은 ‘요건을 명시한(benannt)’ 형벌변경사유와 ‘요건을 명시하지 않은(unbenannt)’ 형벌변경사유가 있으나⁷⁷⁾ 후자의 방법을 택하는 것이 명확성의 원칙과 관련하여 바람직할 것이다.⁷⁸⁾

청소년성매매에 대한 가중처벌은 기존의 윤락행위등방지법에서, 더 나아가 형법에서 충분히 규제될 수 있는 내용이다. 예컨대 윤락행위를 기본 범죄로 하고 미성년자를 대상으로 하는 경우 가중하는 입법형태를 취한다면 형법에서 모두 체계적으로 규정할 수 있다. 강간 등의 성폭력범죄의 경우도 물론이다. 이는 청소년 대상 음란물 제작, 반포, 판매행위의 경우에도 마찬가지이다. 동 행위는 형법 제243조의음화반포등죄에서, 알선하는 경우에는 형법 제242조의 음행매개죄의 규정에서 가중처벌할 수 있다.⁷⁹⁾

물론 청소년성보호법은 형가중이외의 보호처분이나 사회복지적인 내용을 가지고 있는데, 이는 윤락행위등 방지법에서 함께 규정한다거나 청소년보호법에 흡수 규정하면 입법론상 더 체계적인 법률체계를 가질 수 있고, 법적용도 더 용이하리라고 본다.

2) 성매매 청소년의 형사처벌 ?

최근 청소년 성매매가 단순한 일회성 성매매의 차원을 넘어 성인의 형사처벌을 빌미로 성인들에게 공갈이나 협박, 폭행 등의 다른 범죄행위와 연결되고 있다는 점에서 형사처벌의 필요성이 제기되었다.⁸⁰⁾ 예컨대 원조

77) 한 예로 독일 형법 제242조는 제1항에서 절도의 ‘특히 중한 경우’를 규정하고 그 예를 열거하고 있다(Dreher/Troendle, § 243 Rn. 5.6).

78) Maiwald, Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele, Gallas-FS, S. 150).

79) 예컨대 독일이 이러한 입법례를 취하고 있다. 즉 성적 자기 결정과 관련된 범죄의장에서 원칙적으로 매매춘행위를 처벌하지 않지만 미성년자를 대상으로 한 성매매나 포주행위 등은 다른 범죄에 비해 가중처벌한다(StGB, Lackner/Kuehl, § 182 Rn.1)

80) 서울 경찰청에서 발표한 2000년도의 성매매 청소년의 처리실태를 보면, 단속에 적발된 222명의 성매매 청소년 중 성을 파는 행위 이외에 상대남자를 협박해 금품을 요구한

교제 후 돈을 주지 않는 상대방을 살해하거나,⁸¹⁾ 원조교제 사실을 가족에게 알리겠다고 협박하여 금품을 뜯어내거나,⁸²⁾ 원조교제 상황을 비디오로 촬영하여 CD로 제작, 음란물 판매로 이어지는 등의 경우이다. 나아가 청소년들 사이에서는 성매매를 하여도 자신들은 어떤 처벌도 받지 않는다고 생각하기 때문에 다시 성매매를 행할 뿐만 아니라, 청소년은 아무런 처벌도 받지 않는다는 인식이 널리 퍼져 대담하고 적극적이며 무차별적으로 성매매를 행하고 있고, 성매매의 경험이 없는 청소년들에게까지 확산되는 폐해를 낳고 있는 실정이다.⁸³⁾

먼저 성매매 청소년도 형사처벌 해야 한다는 견해는 그 논거로, 먼저 성을 판 청소년을 처벌하지 않고 매수자만 형사처벌 하는 것은 성매매 행위자간이나 다른 범죄와의 형평성의 측면에서 타당하지 않다는 것이다. 예컨대 다른 범죄를 저지른 14세 이상 청소년에 대해서는 형사처분과 보호처분 중 하나를 할 수 있는 데에 반해 성매매 청소년의 경우는 형사처벌이 배제되기 때문이다. 다음으로 성매매 청소년에게 형사처벌을 배제하는 것이 결과적으로 성매매를 한 청소년들에게 일종의 면죄부를 부여하는 결과를 가져오며, 이로 인해 청소년들이 성매매가 범죄가 아닌 것으로 오인할 소지를 제공하고 간접적으로 성매매를 조장할 우려가 있다는 것이다. 마지막으로 청소년을 형사처벌하지 않을 경우 그들에 대한 수사기록이 남지 않아 과거의 범죄 및 비행경력을 확인할 방법이 없어 상습적 청소년들에 대한 관리가 제대로 되지 못한다는 점을 들고 있다.⁸⁴⁾

그에 반해 성매매 청소년을 형사처벌 하는 데에 반대하는 논거로는 무엇보다 대상 청소년에 대한 형사처벌이 청소년성보호법의 입법취지에 반

3명(1.4%)을 구속하고 상습적으로 청소년 성매매를 한 소년 23명(10.4%)을 불구속입건하였다(국민일보 2000.12.28).

81) 조선일보 200.7.31.

82) 조선일보 2000.7.20.

83) 이경재, 성매수 대상 청소년의 형사처벌을 둘러싼 논의의 검토, <성매수대상 청소년 형사처벌, 다른 대안은 없나 ?> 청소년 성매매 문제 사회적 대책마련을 위한 토론회 자료집, 2001, 86면.

84) 이경재, 86,87면; 민영선, '청소년매매촌의 실상과 대책', [청소년 성보호를 위한 심포지움 자료집], 87면.

한다는 점을 들고 있다. 즉 성매매의 대상이 된 미성년자는 성학대나 착취의 대상으로 보아 적극 ‘보호’의 대상으로 삼아야 한다는 입법취지이며 국제적인 추세라는 점이다. 아울러 성매매를 한 미성년자를 형사처벌 하는 국가도 없다는 것이다.⁸⁵⁾ 또한 각종 보호조치의 미비로 청소년을 제대로 관리하거나 통제할 수 없어 형사처벌 해야 한다는 것은 성매매 청소년의 형사처벌의 근거가 될 수는 없다는 것이다. 마지막으로 형사처벌은 일반예방적 범죄효과를 기대할 수 없으며, 청소년을 전과자로 낙인찍어 사회의 재복귀를 어렵게 한다는 점을 들고 있다.⁸⁶⁾

그러나 분명한 점은 현행 청소년성보호법이 대상 청소년에 대해 아무런 형사법적 제재(처분)을 부과하지 않는 것이 아니라 청소년성보호법상의 각종 보호처분들은 명할 수 있고 이는 직접적인 제재는 아니지만 명백히 형사‘처분’에 해당한다는 점이다.⁸⁷⁾ 이러한 보호처분을 충분히 활용하지 않고 성매매 대상 청소년을 형사처벌 해야 할 필요성이 있는 것처럼 여론을 조성하는 것은 타당하지 않다. 청소년들이 실제 소년원 수용(보호처분)과 소년 교도소의 수용(형벌)을 정확하게 구분하여 인식하지 못한다는 점을 감안하면⁸⁸⁾ 전과의 낙인 없이도 선도, 재활할 수 있는 보호처분을 적극 시행하는 것이 필요하다. 아울러 청소년들이 성매매산업에 유입되게 된 사회학적인 배경 등을 고려한다면 성매매 청소년은 범죄자 아닌, 왜곡된 성문화의 피해자로 처벌보다는 치료에 더 주안을 두는 것이 타당할 것이고 이것이 청소년성보호법의 입법취지에도 부합될 것이다. 따라서 성매매 청소년들에 대한 형사처벌(형벌의 부과)의 문제는 좀더 신중을 기해야 할 것이고, 형사처벌보다는 현행의 보호처분제도를 적극적이고도 우선적으로 시행하는 것이 청소년 보호이념에 충실한 합리적인 대처방안일 것이다.⁸⁹⁾

85) 이경재, 청소년성보호법, 10면.

86) 이경재, 청소년성보호법, 11면.

87) 이경재, 성매수 대상, 89면.

88) 김지선, 성매매 청소년의 형사처벌에 관한 비판적 검토, 형사정책연구소식 통권 제65호(2000 5/6), 24면 이하 참조.

89) 이경재, 성매수 대상, 92면.

3) 보호연령

앞서의 문제 이외에 입법론상 검토해 보아야 할 또 다른 문제점은 청소년성보호법의 보호대상연령이다. 현재 청소년성보호법의 보호대상은 19세 미만의 청소년이다. 그러나 보호대상을 자발적인 성관계에 동의할 수 있는 연령을 보다 세분화하여 청소년 보호연령의 상한선을 조정하자는 주장이 제기되고 있다.⁹⁰⁾ 이는 19세 미만이라도 성적 자기 결정권을 보장한다는 측면에서 성적 행위에 대한 자발적 동의연령을 19세 미만으로 볼 수 있다는 것이다. 참고로 독일 형법 제182조는 대가를 제공하여 미성년자를 성적으로 확대하는 경우 그 대상연령을 16세 미만으로 규정하고 있다. 따라서 성적 자기 결정권의 능력, 즉 성관계에 대해 자발적으로 동의할 수 있는 능력은 16세를 기준으로 한다.⁹¹⁾ 스웨덴의 경우 대가를 제공하고 성교하는 것은 범죄가 아니지만 상대가 18세 미만인 미성년자에게서 성적 서비스를 받는 것은 처벌되며, 영국은 16세 미만의 미성년자의 성매매가 금지된다.

앞서의 이러한 동의연령과 구별되는 것이 성적 관계에 대해 절대적 동의할 수 없는 동의 불능의 기준이 되는 연령이 있다. 예컨대 우리나라의 경우에는 13세 미만의 자와의 성교행위, 캐나다는 14세, 독일은 14세 미만의 자와의 성교행위는 동의여부와 상관없이 처벌된다.⁹²⁾

청소년성보호법이 보호연령을 19세 미만으로만 규정하여, 13세 미만의 아동의 경우도 동법에 포함되는지가 분명하지 않다. 그러나 13세 미만의 경우에는 형법상 미성년자 의제강간·강제추행(형법 제305조)을 적용하여 대가성 여부, 폭력성 여부와 관계없이 처벌할 수 있기 때문에 청소년성보호법은 실제 13세 이상 19세 미만의 청소년을 대상으로 한다고 해석할 수 있다. 그러나 보호대상연령을 보다 더 분명하게 동법에 규정하고 아울러 19세 미만이라고 하더라도 자발적인 성적 동의능력은 연령에 따라 차이가

90) 김지선, 성매매청소년 27면; 이경재, 청소년성보호법, 13,14면; 박미숙, 수사연구 2001/1, 117면; 전진연, 273면.

91) StGB, Lackner/Kuehl, §182 Rn.1.

92) 각국의 아동 성매매의 연령 규정과 관련하여서는, 김지선, 아동의 성보호에 대한 외국의 동향, 수사연구 2001/10, 122,123면.

있으므로 성범죄와 관련하여 자발적인 동의능력 여부를 결정할 수 있는 연령을 세분화하여 분명하게 규정할 필요가 있다.

IV. 결

매매추행위를 형사처벌해야 하느냐 하는 데에 대하여는 견해의 다툼이 있지만, 적어도 미성년자인 청소년을 대상으로 하는 행위를 범죄로 규정하고 엄격하게 처벌하는 데에는 이론이 없다. 이는 아직 성인과 같은 정신적 판단력이 성숙하지 않고 신체적으로도 완숙되지 않은 청소년을 성적 대상으로 삼아서는 안되기 때문이다.⁹³⁾

아울러 청소년 성 매매는 성매매 청소년 개인의 탈선이나 타락의 문제로만 접근할 수 없으며, 우리 사회의 남성중심적인 성문화 및 왜곡된 성 개방문화, 가출을 부추기는 가족과 학교의 문제, 노동시장에서의 청소년 배제 문제 등 다양한 사회구조적인 원인을 가지고 있다⁹⁴⁾ 그리고 매매추에 대한 단속이 강화되면 유흥업소, 유흥업소에서 성매매를 하고 있는 청소년들은 경찰의 단속을 피해 잠시 잠적해 있거나, 주택가에서 음성적인 매매추행위를 하거나, 전화방이나 인터넷을 통해 하는 신종 성매매로, 즉 한 쪽의 단속이 심해질 경우 그 자체가 사라지거나, 줄어들기보다는 새로운 모습으로 변하거나 혹은 다른 형태로 옮겨간다. 따라서 청소년에 대한 사후 대책 프로그램이 없이 일시적으로 행해지는 강력한 단속은 별 실효성이 없는 것으로 여겨진다.⁹⁵⁾

청소년성보호법은 청소년 성매매와 관련하여 성매수자에 대하여는 형사처벌과 신상공개를 하는 반면에 성매매 대상 청소년에게는 범죄자가 아닌 피해자로 보아, 이들 청소년을 선도 보호하기 위해 보호처분을 부과하여

93) 이경재, 성풍속범죄 처벌법규와 합리적 대응전략, 수사연구 2001/5, 21면.

94) 신미식, ; 김지선, 성매수 대상 청소년에 대한 보호처분의 실태와 문제점, [성매수대상 청소년 형사처벌, 다른 대안은 없나], 40면.

95) 신미식, 4면.

사회구성원으로 재사회화하고자 한다. 그러나 성매매 문제의 효과적인 해결을 위해서는 이러한 법적 규제이외에 성매매 대상 청소년에 대한 장기적이고 효과적인 지원대책이 마련되어야 한다. 즉 성매매 행위를 통해서 얻게 된 상처를 치유할 수 있는 프로그램, 사회복구를 돕기 위한 기술, 직업교육 그리고 이들이 정상적으로 사회복귀를 할 때까지 머물 수 있는 보호시설이 제공되어야 한다.⁹⁶⁾

그러나 자본주의 사회의 모든 상품이 그러하듯이, 성을 사고 파는 성산업 역시 그 수요가 있는 한 계속 확대되며 존재할 것이다. 청소년 성매매 문제의 가장 효과적인 해결방법은 청소년 성매매의 수요를 근절하는 것이고 이를 위해서는 성을 상품화하고, 성매매에 대해서는 관대한 성인들의 인식을 개선하는 것이 청소년 보호노력에 앞서 우선되어야 한다.⁹⁷⁾

96) 신미식, 49면.

97) 박인선, 청소년기 성 관련 위험 행동의 문제와 대책, 8면.

Prüfung der verschiedenen Argumente im bezug auf sexuelle Geschäft mit Minderjaerigen

Ahn, Kyong-Ok

(Professor, Department of Law, Yeungnam University)

Heutzutage sind sexuelle Geschäfte von Minderjaerigen ein ernsthaftes soziales Problem in unserer Gesellschaft. Minderjaerige haben sexuellen Verkehr mit unbekanntem Erwachsenen, die sie durch das Internet kennengelernt haben. Sie bekommen das Geld dafür. Der Beweggrund solches Geschäftes liegt vor allem darin, dass sie davon leben müssen oder sie das Unterhaltungs-geld verdienen wollen.

Neulich ist das Gesetz für den sexuellen Schutz der Minderjaerigen festgesetzt. Es ist damit verboten verschiedene Verhalten, unter allem den Kauf und die Vermittlung des Geschlechtsverkehrs mit Minderjaerigen. Das Gesetz ermöglicht auch die Bekanntmachung persönlicher Daten von Erwachsenen, die den sexuellen Verkehr mit minderjaerigen gehabt haben.

Um das Problem sexuellen Verkehrs mit Minderjaerigen effektiv zu lösen, ist neben der gesetzliche Kontrolle das langfristige effektive Unterstützungsprogramm für Minderjaerigen erforderlich.

여자청소년의 자기통제력이 비행과 범죄에 미치는 영향

민 수 흥*

I. 문제제기

간프레드슨과 허쉬(Gottfredson and Hirschi)의 자기통제이론이 1990년에 발표된 이후로 10여 년의 세월이 흘렀다. 그 사이에 자기통제이론은 범죄학계에 새로운 논쟁거리를 제공해 왔을 뿐만 아니라 이론의 주요 주장들이 경험적 연구를 통해 반복적으로 검증되고 이론의 적용범위가 확대되면서 점차 주요 범죄이론으로 자리 매김을 하고 있다.

자기통제이론이 국내에 처음으로 소개된 것은 1992년(김영신, 1992)이지만 이론의 소개와 경험적 검증이 본격적으로 발표된 것은 1994년 이후(이성식, 1994, 1996; 최인섭·이성식, 1994; 민수흥, 1994, 1996, 1998a, 1998b, 1998c; 김두섭·민수흥, 1996; 이상훈, 1998; 기광도, 2001, 김선희, 2001, Min, 1998, 2000)의 일이다. 1994년 이후로 자기통제이론에 대한 검증은 계속되고 있지만 일반이론을 주장하는 자기통제이론이 여자 청소년의 비행과 범죄를 설명하는지는 체계적으로 검증되지 못했다.

국내에서 자기통제이론을 경험적으로 검증한 연구들은 대부분 남자 청소년만을 대상으로 분석하였거나(김두섭·민수흥, 1996; 민수흥, 1998a, 1998b, 1998c; 이상훈, 1998; 기광도, 2001; 김선희, 2001; Min, 1998, 2000) 남자와

* 경기대학교 사회과학부 경찰행정학전공 교수, 사회학박사

여자를 구별하지 않고 분석하였기(최인섭·이성식, 1994; 이성식, 1996; 민수홍, 1996; 이윤호, 2000) 때문에 자기통제이론이 여자 청소년집단에 적용되는지를 제대로 검증했다고 보기 어렵다. 자기통제이론을 검증하면서 남자와 여자를 구별하여 분석한 논문은 정혜승(1995)을 들 수 있다. 정혜승은 자기통제이론을 검증하기 위해 수도권 지역에서 중학교 2개교와 고등학교 1개교에서 남녀 학생을 조사하였고 소년원에서 남녀 원생을 조사하였다. 조사에 포함된 여자 청소년은 여자 중, 고등학생 139명과 공식적 비행소녀 72명으로 표본의 크기가 작아서 분석결과의 신뢰도가 낮고 표본의 대표성이 낮아 결과의 일반화에도 어려움이 있다. 더욱이 정혜승은 자기통제력과 범죄 및 비행의 관계를 연구하면서 남녀간의 성차는 분석하지 않았다.

간프레드슨과 허쉬는 자기통제이론을 일반이론으로 제시하고 있어서 그들의 주장이 옳다면 자기통제이론이 남자 청소년뿐만 아니라 여자 청소년들의 비행과 범죄경험을 설명할 수 있어야 한다. 이번 연구는 이제까지 제대로 분석되지 않았던 여자 청소년집단에 초점을 맞추어 자기통제이론의 일반성 주장을 검증해 보는 것이다.

이외에도 연령이 다른 변수와 독립적으로 범죄에 영향¹⁾을 미친다는 허쉬와 간프레드슨(Hirschi and Gottfredson, 1983, 1985)의 주장이 국내에서 제대로 검증²⁾되지 못해왔기 때문에 연령이 여자 청소년들의 비행과 범죄에 독립적인 영향을 미치는지 분석하겠다.

개인의 자기통제력이 여자 청소년의 범죄와 비행을 설명하는지와 연령이 자기통제력과 독립적으로 여자 청소년의 비행과 범죄에 영향을 미치는지를 체계적으로 수집된 여자 청소년 자료를 사용하여 분석하는 것은 이 연구의 공헌으로 볼 수 있다.

이 연구가 관심을 갖는 또 다른 부분은 자기통제력의 측정이다. 간프레드슨과 허쉬는 자기통제력을 구성하는 6개의 하위영역만을 제시하고 구체

1) 허쉬와 간프레드슨에 의하면 범죄는 10대 후반에 이를 때까지 지속적으로 증가하다가 정점에 이른 이후에는 지속적으로 감소한다고 한다. 이들은 연령과 범죄사이의 관계가 시간과 공간을 초월해서 나타나기 때문에 연령은 다른 주요 사회적 요인들과 독립적으로 범죄에 영향을 미친다고 주장한다.

2) 연령과 범죄에 대한 국내의 경험적인 연구로는 김현기(2000)의 석사논문이 있다.

적인 측정방법은 제시하지 않았기 때문에 연구자에 따라서 다양한 측정방법이 사용되고 있다. 이 연구는 이론이 제시하는 6개의 하위영역을 반영하여 내용타당도(content validity)가 높은 측정을 시도한다. 또한 이제까지 시도되지 못한 자기통제력의 태도적 측정과 행위적 측정이 갖는 장단점도 비교분석 하고자 한다.

이 연구의 내용을 조금 더 구체적으로 기술한다면, 태도와 행위적 측면을 나타내는 문항들을 사용하여 자기통제력을 측정하고, 여자의 자기통제력이 남자보다 높은지를 검증하고, 여자 청소년집단 안에서 비행지위에 따라 집단별 자기통제력 차이가 존재하는지 또한 자기통제력 수준의 차이가 범죄와 비행의 경험을 설명하는지를 검증하겠다. 마지막으로 연령이 10대 후반까지 증가함에 따라서 자기통제력과 독립적으로 여자 청소년의 비행과 범죄가 증가하는지를 검증하겠다.

II. 이론적 논의

1. 자기통제력

가. 자기통제이론

간프레드슨과 허쉬의 자기통제이론은 허쉬의 사회통제이론(Hirschi, 1969)에서처럼 고전주의적 인간관을 받아들여 쾌락은 추구하고 고통은 회피하는 이기적인 존재로 인간의 본성을 가정하고 있다. 범죄는 인간에게 쉽고 즉각적인 방법으로 욕구를 충족시키거나 쉽고 즉각적인 방법으로 분노나 좌절감을 해소시키는 특징이 있기 때문에 인간은 누구든지 범죄를 저지를 수 있고, 이러한 인간의 본성에 비추어 볼 때 인간이 범죄를 저지르는 것은 매우 자연스럽다고 한다.

고전주의 범죄학은 또한 계산하고 선택하는 인간의 모습을 가정한다.

행동을 하기에 앞서서 그 행동이 가져올 이익과 손실을 따져보고 이익이 더 크면 행동을 하게되고 그렇지 않으면 그 행동을 하지 않게 된다는 시각이다. 이러한 계산은 합법적인 영역뿐만 아니라 불법적인 영역에도 적용된다. 갠프레드슨과 허쉬도 기본적으로 인간은 계산하는 존재라는 가정을 받아들인다. 다만, 사람에 따라서 장기적인 손실을 계산하는 능력이 다르고 이런 차이는 안정적인 형태로 지속되는 경향이 있다는 경험적 연구결과를 수용하여 이것을 이론에 편입시켰다. 단기적으로 경험할 수 있는 이익이나 손실에 대해서는 대부분의 사람들이 비슷한 반응을 보이지만 장기적으로 경험할 손실에 대해서는 개인차이가 크게 존재하고 그 차이는 안정적인 형태로 유지된다는 입장이다. 이 차이는 자기통제력이라는 개념으로 이론에 반영되었다.

갠프레드슨과 허쉬는 자기통제력을 “처한 환경과 상관없이 범죄행위를 회피하는 차등적인 경향”(1990: p. 87)으로 정의한다. 자기통제력이 낮은 사람들은 (1)욕구를 즉각적으로 충족시키려 하고, (2)단순한 일을 선호하고, (3)위험한 행동을 좋아하고, (4)말보다는 행동으로 스스로를 표현하고, (5)자기중심적이어서 다른 사람의 고통에 무신경하고, (6)성미가 급한 경향이 있다고 한다. 반대로 자기통제력이 높은 사람들은 쾌락추구를 지연하고, 장기적인 손실을 생각하고, 분별력이 있으며, 조심성이 있고, 행동보다는 말로 스스로를 표현하고, 다른 사람의 고통과 이해에 예민한 경향이 있다고 한다.

자기통제력은 초등학교를 입학할 즈음의 인생초기에 형성되고 그 이후에 안정적으로 유지되는 특징이 있다. 또한 자기통제력이 낮은 사람은 여러 다양한 범죄나 비행뿐만 아니라 음주, 흡연, 문란한 성관계와 같은 유사행위(analogous behaviors)도 저지르기 쉬운 다능성(versatility)의 경향이 있다고 한다.

나. 자기통제력과 성차

남자가 여자보다 범죄를 더 많이 저지를 뿐만 아니라 저지른 범죄의 성격도 더 심각하다는 사실은 거의 모든 자료에서 공통적으로 나타나는 특

징이다. 갓프레드슨과 허쉬는 시간과 공간을 초월해서 나타나는 범죄와 비행에서의 성차를 범죄의 기회와 자기통제력의 차이로 설명한다. 즉 남자는 여자보다 범죄를 저지를 기회가 더 많다. 가정에서 자녀를 양육할 때도 아들보다 딸을 더 엄하게 감독하는 경향이 있고, 성장한 후에도 여자는 남자보다 집밖에서 보내는 시간이 작아 범죄를 저지를 기회가 상대적으로 작다는 것이다. 그러나 범죄의 기회가 남녀 모두에게 비슷하게 주어진 경우에도 남자의 범죄가 여자보다 더 높게 나타나는데 이것은 남자의 자기통제력이 여자보다 더 낮기 때문이라는 것이다. 따라서 갓프레드슨과 허쉬의 주장이 옳다면, 우리는 여자 청소년의 자기통제력이 남자 청소년보다 더 높을 것으로 예측할 수 있다.

다. 자기통제력의 측정

갓프레드슨과 허쉬는 자기통제력의 측정을 개별 연구자의 몫으로 남겨두고 있다. 그래스미크 등(Grasmick et al., 1993)은 자기통제력을 태도 및 인지적으로 측정하였고, 킨 등(Keane et al., 1993)은 자기통제력을 행위적으로 측정하여 이론을 검증하였다. 허쉬와 갓프레드슨(Hirschi and Gottfredson, 1993)은 자기통제력의 행위적 측정이 간결하면서도 설명력이 높아 더 바람직하다고 밝힌 바 있다. 그러나 행위를 자기통제력의 지표로 사용하는 경우에는 선정된 문항이 자기통제력을 구성하는 6개 영역을 복합적으로 나타내는 경우가 많고, 순환적 설명(tautology)의 문제가 제기되기 쉬운 문제점을 갖는다. 이상의 가능한 문제점을 고려하여 이 연구에서는 자기통제력을 태도와 행위의 측면에서 함께 측정하고자 한다.

2. 연령과 범죄

범죄는 청소년기에 급격하게 증가하다가 10대 후반을 정점으로 그 이후 지속적으로 감소하는 것으로 알려져 있다. 범죄사회학자들은 이러한 연령과 범죄의 관계를 연령과 관계를 갖는 사회적 요인들을 사용하여 설명하

려고 시도해 오고 있다(Greenberg, 1977, 1985; Sampson and Laub, 1990; Osgood and Rowe, 1994).

그러나 허쉬와 갓프레드슨(Hirschi and Gottfredson, 1983; 1985)은 연령과 범죄의 관계가 사회학적 요인으로 설명될 수 없는 연령 그 자체의 영향이 있다고 주장한다. 즉 연령과 범죄의 관계는 시간과 공간을 초월해서 공통적으로 나타나는 보편적인 현상으로 사회, 문화적 조건과 관계없이 연령 그 자체가 범죄에 미치는 독립적이고 직접적인 효과가 있다는 것이다.

허쉬와 갓프레드슨의 주장이 옳다면, 연령은 자기통제력과 독립적으로 청소년의 비행과 범죄에 영향을 미칠 것이다. 특히 10대 후반까지는 자기통제력과 독립적으로 연령이 증가함에 따라 청소년의 비행과 범죄는 증가할 것으로 예상할 수 있다.

3. 연구가설

위에서 살펴본 갓프레드슨과 허쉬의 주장으로부터 우리 나라 여자청소년 집단을 대상으로 하여 다음과 같은 연구가설을 세울 수 있다.

- 1) 여자 청소년의 자기통제력 수준이 남자 청소년보다 높을 것이다.
- 2) 여자 청소년도 집단에 따라서 자기통제력이 다를 것이다. 이 연구에서는 구체적으로 다음 2가지를 검증해 보겠다.
 - 2-1) 일반 여자청소년(중, 고등학교에 다니는 여학생)의 자기통제력 수준이 공식적 비행소녀(분류심사원에 계류 중이거나 소년원에 수용된 여자청소년)들보다 높을 것이다.
 - 2-2) 일반 여자청소년 중에서, 경찰에 잡힌 경험이 없는 여자 청소년의 자기통제력 수준이 경찰에 잡힌 경험이 있는 여자 청소년보다 높을 것이다.
- 3) 여자 청소년의 자기통제력이 낮을수록 범죄와 비행을 저지르기 쉽다. 갓프레드슨과 허쉬는 자기통제이론을 모든 범죄와 비행을 설명할 수 있는 일반이론으로 제시하고 있어서 이들의 주장이 옳다면 여자 청소년의 자기통제력은 다양한 유형의 범죄와 비행을 모두 설명할 수

있을 것이다. 이 연구에서는 자기통제이론의 일반성을 검증하기 위해서 범죄와 비행을 다음의 4가지로 나누어 분석할 것이다.

- 3-1) 여자 청소년의 자기통제력 수준이 낮을수록 사소한 지위비행을 저지르기 쉬울 것이다.
 - 3-2) 여자 청소년의 자기통제력 수준이 낮을수록 심각한 지위비행(가출, 성경험)을 저지르기 쉬울 것이다.
 - 3-3) 여자 청소년의 자기통제력 수준이 낮을수록 재산범죄를 저지르기 쉬울 것이다.
 - 3-4) 여자 청소년의 자기통제력 수준이 낮을수록 폭력범죄를 저지르기 쉬울 것이다.
- 4) 여자 청소년은 10대 후반까지 나이가 들수록, 자기통제력과 독립적으로, 더 많은 범죄나 비행을 저지르기 쉬울 것이다.

Ⅲ. 자료, 변수와 분석방법

1. 조사자료

이 연구를 위해서 사용한 자료는 2001년 9월 중순부터 1개월 가량 서울시내의 남녀 중, 고등학생, 서울분류심사원에 계류 중인 청소년과 여자 소년원생을 대상으로 자기기입식 설문조사를 실시하여 수집한 것이다.

설문조사에 포함된 11개 중, 고등학교는 서울지역을 동서남북으로 나눈 지역적인 배분과 지역의 사회경제적 수준을 고려하여 선정되었다³⁾. 조사에 포함된 중학교는 4개로 모두 남녀공학이었다. 고등학교는 7개가 선정되었으며 이 중 인문계 고등학교가 4개였고 나머지 3개 학교가 실업계였다. 인문계 고등학교는 남녀 고등학교가 각기 2개교였고 실업계는 남녀공학 2

3) 이 자료에 포함된 중, 고등학교가 위치한 구는 강남구, 구로구, 동대문구, 동작구, 마포구, 서초구, 송파구, 용산구, 은평구 등 9개 구이다.

개교와 여자 실업계 고등학교가 1개교였다. 중학교에서는 전학년을 대상으로 1-2개 학급을 선정하였으며, 고등학교에서는 대학입시나 취업준비로 바쁜 3학년 학생을 제외한 1, 2학년을 대상으로 1-2개 학급을 골라 학급원 모두를 대상으로 설문조사하였다. 중, 고등학생은 모두 1012명이 조사되었고 이 중에서 응답이 부실한 8명을 제외한 1004명(중학생 421명과 고등학생 583명)의 자료가 최종분석에 사용되었다.

<표 1> 분석에 사용된 최종 자료의 집단별, 성별 구성 빈도

집단/성별	남 자	여 자
중학생	204	214
고등학생		
인문계 학생	242	156
실업계 학생	137	48
공식적비행청소년		
분류심사원생	202	18
소년원생	0	102
합 계	785	538

공식적 비행청소년은 서울분류심사원에 계류 중인 청소년 231명을 대상으로 조사하였다. 그러나 이들 가운데 여자 청소년의 비율이 너무 적어서 여자 소년원생 106명을 추가로 조사하였다. 결국 공식적 비행청소년은 모두 337명을 조사하였고 이들 중 응답이 부실한 13명을 제외한 324명(분류심사원 224명과 여자 소년원생 102명)이 분석에 포함되었다. 이번 연구에 사용된 자료를 집단별, 성별로 나누어 정리한 결과가 <표 1>에 제시되어 있다.

4) 이 숫자는 <표 1>에 나와 있는 220명과 차이가 난다. 표에서 2명이 줄어든 것은 성별과 집단간의 교차표를 만드는 과정에서 성별을 밝히지 않은 사례 둘이 빠졌기 때문이다. 위 문단 마지막 문장에서 제시된 중학생수와 <표 1>에 제시된 수가 다른 것도 같은 이유이다.

2. 종속변수의 측정

이 연구의 종속변수는 청소년의 비행과 범죄이다. 종속변수를 측정하기 위해 비행지위와 자기기입식 비행경험을 조사하였다. 첫째, 비행지위를 두 가지로 조사하였다. 조사 당시의 공식적 비행지위에 따라 분류심사원이나 소년원에 수용되어 있는 청소년을 공식적 비행청소년으로, 중, 고등학교에 다니고 있는 학생들을 일반 청소년 집단으로 나누었다. 그러나 현재 학교에 다니고 있는 일반 청소년 중에는 비행으로 인해 과거에 기관에 수용된 경험이 있거나 현재 보호관찰을 받고 있는 경우도 있다. 일반청소년들의 숨겨진 비행지위를 알아내는 한 방법으로 자기기입식 설문지를 통해서 경찰에 잡힌 경험이 있는지 여부를 물어보았다.

둘째, 청소년들의 비행과 범죄의 경험을 자기기입식으로 조사하였다. 구체적으로 청소년들의 비행경험은 심각한 지위비행과 사소한 지위비행으로 나누어 측정하였다. 사소한 지위비행은 지난 1년간 술집출입, 흡연, 무단외박, 학교무단결석, 비디오방 출입, 포르노 관람, 음란성 채팅 경험을 물어보았다. 여자 청소년의 경우에 이상의 7가지 비행경험을 묶어서 하나의 지수를 만들었을 때 신뢰도계수 Cronbach의 α 값은 .90($n=535$)이었다. 심각한 지위비행경험은 이제까지 살면서 경험한 가출, 성관계를 포함하였고, 여자 청소년집단에서 이 둘을 묶어서 만든 지수의 α 값은 .85($n=537$)이었다. 범죄경험은 재산범죄와 폭력범죄로 나누어 측정하였다. 재산범죄 경험은 강도, 상점절도, 절도, 사기를 포함하고 여자 청소년집단에서 재산범죄 지수의 α 값은 .76($n=536$)이었다. 폭력범죄는 타인구타, 흉기소지, 공공기물 파손, 타인 물건 손괴로 구성되고 여자 청소년집단에서 폭력범죄 지수의 신뢰도를 나타내는 α 값은 .73($n=537$)이었다.

3. 독립변수의 측정

연령과 자기통제력은 이 연구에서 가장 중요한 독립변수가 된다. 이외에도 청소년비행과 관계가 있는 것으로 알려진 가정관련 요인 몇 가지를

추가하여 분석하겠다.

가. 연령

연령은 응답자에게 자신이 태어난 해를 적도록 하여 이로부터 만 연령을 계산하였다. 여자 청소년집단의 평균연령은 15.34, 표준편차가 1.65였고, 연령의 범위는 10(최고값 21-최저값 12+1) 이었다.

나. 자기통제력의 측정

자기통제력은 태도와 인지적 측면을 나타내는 6문항과 행위적 측면을 나타내는 2문항을 사용하여 총 8문항으로 구성하였다. 먼저, 태도와 인지적 측면을 나타내는 문항으로는 다음의 6문항을 선정하였다.

- 1) 나는 말보다 주먹이 앞선다
- 2) 나는 내일 시험이 있어도 재미있는 일이 있으면 우선 그 일을 하고 본다.
- 3) 나는 일이 힘들고 복잡해지면 곧 포기한다.
- 4) 나는 위험하고 짜릿한 활동을 즐기는 편이다.
- 5) 나는 사람을 놀리거나 괴롭히는 일이 재미있다.
- 6) 나는 화가 나면 물불을 가리지 않는 편이다.

이상의 6문항을 간프레드슨과 허쉬가 제시한 자기통제력의 6개 하위영역으로 나누어 보았다. 1번 문항은 스스로를 말보다 행동으로 표현하는 경향을, 2번 문항은 즉각적인 욕구충족의 경향을 각각 나타낸다. 3번 문항은 단순한 일을 선호하는 정도를 측정하고, 4번 문항은 위험한 행동을 선호하는 경향을 나타낸다. 5번 문항은 자기중심성을 측정하고 6번 문항은 발끈한 성미를 나타낸다.

자기통제력을 위와 같이 태도적인 측면에서만 측정하면 자기통제력의 변량이 상대적으로 작게 나타난다. 자기통제이론의 관점에서 그 이유를 찾아보자. 자기통제이론에 의하면 사람은 가지고 있는 기본적인 욕구가 大同

小異하고 욕구를 충족시키고 싶어하는 면에서도 비슷하다. 인간의 이러한 공통된 특징에도 불구하고 사회는 전체적인 질서 유지를 위해서 인간의 욕구표출과 욕구충족에 통제를 가한다. 어린아이는 출생이후에 부모로부터 욕구에 대한 통제를 지속적이고 반복적으로 경험하고 학습하게 된다. 어려서부터 욕구에 대한 통제를 학습한 결과, 대부분의 사람들은 해야할 일과 하지 말아야 할 일을 알게되고 어떠한 행동이 사회적으로 바람직한지에 대한 태도를 발전시킨다. 그렇다고 사람이 늘 해야할 일만 하고 하지 말아야 할 일은 안 하는 것이 아니다. 워커(Wicker, 1969)도 태도와 행동은 매우 제한적인 상관관계만을 갖는다고 밝힌 바 있다. 즉 어떻게 행동하는 것이 사회적으로 바람직한지에 대해서는 대부분의 사람들이 비슷한 생각과 태도를 가지고 있어서 그 변량이 적은 편이지만 아는 것과 행동하는 것 사이의 불일치로 인해 인간의 행동은 생각이나 태도보다 상대적으로 그 변량이 크다. 결국, 자기통제력을 측정할 때도 응답자들의 태도적 측정보다는 행위적 측정이 우리에게 더 많은 정보를 제공하게 된다.

행위적 측면을 측정하기 위해서 다음의 2문항을 사용하였다.

- 7) 이성 친구를 사귀어 본 적이 있습니까? (있다면) 몇 살 때 처음 사귀었습니까?⁵⁾

5) 이성 친구를 사귄 경험이 있는지를 묻는 문항과 경험이 있다면 처음 사귄 때의 나이를 묻는 문항 둘을 사용하여 하나의 새로운 변수를 만들었다. 이성교제의 경험이 있는 경우가 없는 경우보다 욕구충족을 즉각적으로 한다고 볼 수 있다. 이성교제를 하더라도 그 시기가 빠를수록 욕구를 즉각적으로 충족하는 경향이 강하다고 볼 수 있어서 여자 청소년의 경우 만12세 이하의 나이에 이성교제를 한 경험이 있음, 만13세 이상의 나이에 이성교제를 한 경험이 있음, 이성교제를 한 적이 없음으로 모두 3단계로 나누었다. 이성교제는 사춘기의 신체성장과 관련이 있고, 여자의 사춘기 시작이 남자보다 더 빠르고 이 기간의 신체발달도 여자가 더 빠른 것으로 알려져 있다. 우리나라의 경우를 살펴봐도 여자의 사춘기가 남자보다 빠른 10세 경에 시작하고, 여자의 신체적 발육도 12세까지 남자보다 빠르다. 남자는 13세부터 급격한 신체발육이 시작되어 남자의 발육이 여자를 앞서는 것으로 나타난다(송명자, 1995). 사춘기의 시작과 신체적 성숙정도에서의 남녀간의 차이가 이성교제에 영향을 미친다는 사실을 감안하여 남자 청소년의 이성교제 경험은 여자 청소년과 다르게 코딩변경(recoding)을 하였다. 이 연구에서는 이성교제의 경험이 있는 남자청소년을 나눌 때 여자 보다 1살을 더하여 만13세 이전의 나이에 이성교제를 한 경험이 있음, 만14세 이후의 나이에 이성교제를 한 경험이 있음, 이성교제를 한 적이 없음으로 나누었다.

8) 학교숙제를 어떻게 합니까?

이성교제는 사춘기의 성적 호기심과 욕구를 당장 만족시키는 행위로 볼 수 있으므로 7번 문항은 자기통제력 개념의 하위영역 중에서 욕구의 즉각적인 충족, 장기적인 이익에의 관심과 이를 위한 준비여부를 나타낸다. 학교 숙제를 하는 것은 시간과 노력을 요구한다. 대학진학과 같은 장기적인 이해를 위해 쾌락추구를 지연시킨 채 시간과 노력을 기울이는 정도를 나타낸다. 특히 학교숙제를 얼마나 꾸준히 하는지 여부를 통해서 노력을 지속적으로 경주하는 정도와 근면성을 알 수 있다. 8번 문항은 간단하고 쉬운 욕구충족을 선호하는 경향, 지식습득을 위한 기술과 능력을 높이 평가하는지 또한 이런 기술과 능력을 가지고 있는지 여부, 장기적인 이익에의 관심과 이를 위한 준비여부를 나타낸다. 행위적 측정은 위의 2문항처럼 자기통제력 개념의 여러 하위영역들을 복합적으로 나타내는 경우가 많다.

<표 2> 자기통제력의 집단별 신뢰도

집 단	α	n
남 자	.62	774
일반 남자청소년(중, 고등학생)	.61	576
공식적 비행소년(분류심사원)	.68	198
여 자	.67	529
일반 여자청소년(중, 고등학생)	.65	410
공식적 비행소녀(분류심사원, 소년원)	.69	119

이상의 8개 문항으로 자기통제력을 나타내는 지수를 구성하였다⁶⁾. 남자 청소년 집단에서 신뢰도를 나타내는 Cronbach의 α 값은 .62(n=774), 여자 청소년 집단에서의 α 값은 .67(n=529)로 나왔다. 여자청소년 집단을 일반 여자청소년과 공식적 비행소녀로 나누어 보면, 중, 고등학교 여자 학생으로 구성되는 일반 여자청소년 집단의 α 값은 .65(n=410)이고, 분류심사원에

6) 행위적 측정 문항은 모두 3점으로 측정되었고, 태도적 측정 문항은 모두 4점으로 측정되었다. 이상의 8문항을 사용하여 자기통제력 지수를 만들기 위해서 3점으로 측정된 문항 들은 1, 2, 5, 4로 코딩변경하여 사용하였다.

계류 중이거나 여자 소년원에 수용 중인 공식적 비행소녀 집단의 α 값은 .69(n=119) 이다(<표 2> 참조).

다. 기타 변수들

이 연구에서는 연령과 자기통제력 이외에 청소년비행과 관련이 있는 것으로 알려진 가정의 사회경제적 요인과 가정의 구조적 측면(Glueck and Glueck, 1950)이 여자 청소년의 비행과 범죄에 영향을 미치는지 검증해 보겠다. 가정의 사회경제적 요인으로는 응답자가 주관적으로 평가한 가정형편, 생활보호대상 가정여부, 아버지와 어머니의 교육수준을 선정하였다. 가정의 구조적 측면으로는 결손가정 여부를 측정하여 검증하겠다. 여기에서 온전가정은 친부모가 두 분다 계시고 함께 살고 있는 경우로 조작화 하였고 그렇지 않은 가정을 결손가정으로 보았다.

<표 3> 조사대상자 청소년의 성별 자기통제력 평균비교 평균(표준편차)

집 단	남 자	여 자	합 계	차이검증
일반청소년 (중, 고등학생)	22.16(4.14) (576) ^a	22.69(4.23) (410)	22.38(4.18) (986)	F=3.93 p<0.05
공식적 비행청소년 (분류심사원)	22.25(4.16) (198)	23.53(3.54) (18)	22.35(4.12) (216)	F=1.60 n.s.

^a: 사례수

4. 분석방법

앞에서 제시된 가설을 검증하기 위해서 빈도분석, 일원변량분석(ANOVA), 상관관계 분석, 다중 회귀분석을 사용하였다.

IV. 분석결과 및 논의

1. 분석결과

첫 번째 가설을 검증하기 위해서 조사대상자를 일반 청소년과 공식적 비행청소년으로 나누어 각각에서 남녀간의 자기통제력 차이를 검사해 보았다. 먼저, 중, 고등학교에 다니는 일반 청소년의 자기통제력이 성별에 따라서 어떻게 다른지를 밝히기 위해 일원변량분석(ANOVA)을 실시하였다. <표 3>의 분석결과를 보면, 일반 청소년집단에서 여자 청소년의 자기통제력 평균점수는 22.69로 남자 청소년의 평균점수인 22.16보다 더 높게 나타났다. 이 차이(0.53)는 .05수준에서 통계적으로 의미가 있어서 여자 청소년의 자기통제력이 남자 청소년보다 더 높다는 가설을 지지했다.

<표 4> 여자 청소년의 집단별 자기통제력 평균 비교 평균(표준편차)

집 단	자기통제력	차이검증
일반 여자청소년 (중, 고등학생)	22.69(4.23) (410) ^a	F=31.71 p<0.001
공식적 비행소녀 (분류심사원, 여자 소년원)	20.20(4.28) (119)	
일반 여자 청소년	23.06(4.18) (371)	F=32.88 p<0.001
경찰에 잡힌 경험이 없는 소녀 경찰에 잡힌 경험이 있는 소녀	19.13(2.93) (39)	

^a: 사례수

공식적 비행청소년의 경우 공식적 비행소녀는 분류심사원에 계류 중인 소녀들로 구성되어 있고, 공식적 비행소녀는 분류심사원에 계류 중인 소녀들과 여자 소년원에 수용 중인 소녀들로 구성되어 있다. 분류심사원에 계류 중인 청소년 중에서도 그 죄질이 심각하거나 비행이나 범죄가 반복되는 등 심각한 비행청소년들만이 소년원에 선별적으로 수용되는 점을 고려

하여 적절한 비교분석을 위해서 분류심사원에 계류 중인 비행청소년만을 골라 남녀간의 차이를 조사하였다. 분류심사원에 계류 중인 비행청소년을 분석한 결과를 보면, 공식적 비행소녀의 자기통제력 평균점수가 23.53이고 공식적 비행소년의 평균점수가 22.25로 여자의 자기통제력이 남자보다 더 높게 나타나서 자기통제이론의 주장과 일치한 결과를 보여준다. 그러나 남녀간의 차이(1.28)는 유의확률 p값이 0.208로 통계적인 의미를 갖지는 못했다. 공식적 비행청소년 사이에서 남녀간의 차이가 기대한 방향으로 나타났지만 통계적 의미를 갖지 못한 이유라면 공식적 비행소녀의 수가 18명으로 공식적 비행소년의 9.1%밖에 되지 않는 점을 들 수 있다. 분류심사원 집단에 이렇게 소수의 여자 청소년만이 포함되어 있는 것은 심사원에 계류 중인 청소년 중 절대 다수가 남자 청소년인 현실을 반영한다.⁷⁾

<표 5> 여자청소년집단에 따른 연령의 기본 통계치

집 단	평 균	표준편차	최소값	최대값	사분위수		
					25	50	75
일반 여자청소년	15.03	1.47	12	18	14	15	16
공식적 비행소녀	16.50	1.75	13	21	15	17	18

이상의 결과를 종합해 보면, 가설 1은 일반청소년 자료에서 지지되었다. 공식적 비행청소년 자료에서도 기대한 성차가 나타났지만 공식적 비행소녀의 수가 너무 적어서 통계적 유의도를 갖지는 못했다. 공식적 비행청소년들 사이에서도 여자의 자기통제력이 남자보다 더 높게 나타나는지는 이후의 연구에서 다룰 문제로 남겨놓는다.

두 번째 가설은 여자 청소년의 자기통제력도 집단에 따라서 다를 것으로 보았다. 여자 청소년집단을 중, 고등학교에 다니는 일반 여자청소년집단과 분류심사원에 계류 중이거나 여자 소년원에 수용 중인 공식적 비행

7) 2002년 1월 29일 현재 서울 분류심사원에 계류중인 남자 청소년은 122명으로 전체의 92.4%이고 여자 청소년은 10명으로 전체의 7.6%를 차지한다.

소녀집단으로 나눈 뒤에 일반 여자청소년집단의 자기통제력이 공식적 비행소녀집단보다 더 높은지를 검증해 보았다. <표 4>를 보면, 일반 여자청소년집단의 자기통제력 평균점수가 22.69로 나타나서 평균점수가 20.20인 공식적 비행소녀집단보다 높음을 알 수 있었다. 두 집단간의 자기통제력 평균차이(2.49)는 .001수준에서 통계적으로 의미가 있었다.

<표 6> 일반여자 청소년의 비행과 범죄의 기본 통계치

	평 균	표준편차	최소값	최대값	사분위수		
					25	50	75
사소한 지위비행	.34	.52	0	2.86	0	.4	.43
심각한 지위비행	.12	.42	0	3.00	0	0	0
재산범죄	.32	.56	0	3.00	0	0	.50
폭력범죄	.22	.41	0	2.75	0	0	.25

위에서 공식적 비행지위에 따른 차이를 검증하였으므로 이번에는 자기 기입식 자료에 근거해서 일반 여자청소년집단에서 경찰에 잡힌 경험이 있는 여자 청소년과 그런 경험이 없는 여자 청소년들 사이의 차이를 검증하였다. <표 4>에서 경찰에 잡힌 경험이 전혀 없다고 밝힌 여자 청소년집단의 자기통제력 평균점수는 23.06이고 경찰에 잡힌 경험이 있다고 밝힌 여자 청소년집단의 평균점수는 19.13으로 두 집단간 차이(3.93)의 유의확률은 .001 미만이었다. 위에서의 두 가지 검증 결과를 종합해 보면, 비행소녀의 자기통제력이 일반 소녀보다 낮을 것이라는 가설을 경험적으로 지지하고 있다. 비행소녀와 일반소녀를 나누는 기준이 분류심사원이나 소년원과 같은 공식적 기관에의 수용여부이든지 아니면 경찰에 잡힌 경험여부를 응답자가 스스로 밝힌 것이든지 모두 동일한 결과를 산출하였다.

세 번째 가설과 네 번째 가설을 검증하기 위해 중, 고등학교에 다니는 일반 여자청소년집단을 분석하였다. 공식적 비행소녀들을 분석에서 제외시킨 이유는 1) 공식적 비행소녀집단은 분류심사원과 여자 소년원으로 나누어져 있기 때문에 이 분석의 종속변수인 범죄와 비행의 측면에서 두 집단이 상이하기 때문이다. 또한 2) 공식적 비행소녀들의 연령이 일반 여자청

소년보다 높게 나타난다(<표 5> 참조). 이렇게 되면 공식적 비행소녀집단은 간프레드슨과 허쉬가 주장하는 연령-범죄곡선의 정점을 넘어서는 연령까지 포함하게 되어 일반 여자청소년집단에서처럼 연령과 범죄/비행의 관계를 선형으로 가정할 수 없기 때문이다.

여자 청소년의 자기통제력이 낮을수록 다양한 종류의 범죄와 비행을 저지르기 쉬울 것이라는 세 번째 가설과 여자 청소년은 10대 후반까지 나이가 들수록 자기통제력과 독립적으로 범죄나 비행을 저지르기 쉬울 것이라는 네 번째 가설을 검증하기 위해서 상관관계분석과 다중 회귀분석을 실시하였다.

<표 7> 일반 여자청소년의 연령, 자기통제력, 비행, 범죄간의 상관관계 (N=418)

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
(1) 연 령	1.00					
(2) 자기통제력	-.01	1.00				
(3) 사소한 지위비행	.19**	-.43**	1.00			
(4) 심각한 지위비행	.11*	-.21**	.53**	1.00		
(5) 재산범죄	.04	-.34**	.48**	.41**	1.00	
(6) 폭력범죄	-.00	-.43**	.47**	.36**	.55**	1.00

*: p<0.05, **:p<0.01

가설을 검증하기에 앞서 분석에서 종속변수로 사용되는 지위비행과 범죄경험의 기본 통계치를 살펴보았다. 7개의 비행으로 구성된 사소한 지위비행 지수의 평균값이 .34로 가장 높게 나왔고, 그 뒤를 이어 4개의 범죄로 구성된 재산범죄 경험의 평균이 .32로 높게 나타났다. 가출과 성관계 경험으로 구성된 심각한 지위비행의 평균값은 .12로 가장 낮았다(<표 6>참조).

이 연구에서 주요 변수가 되는 연령, 자기통제력, 비행, 범죄경험 사이의 상관관계를 분석한 결과, <표 7>에서 연령과 사소한 지위비행간의

Pearson상관계수는 .19로 그 유의확률은 .01 미만이다. 연령과 심각한 지위비행간의 상관관계는 .11이며 유의확률은 .05 미만이다. 연령은 그러나 두 가지 유형의 범죄와는 통계적으로 의미 있는 상관관계를 갖지 않았다. 결국, 연령은 지위비행과는 정적인 약한 양적 선형관계를 가져서 연령이 높아질수록 지위비행을 더 많이 저지른 것으로 나타났지만, 범죄경험과는 의미 있는 상관관계가 발견되지 않았다. 이 분석의 결과에 의하면 가설 4는 지위비행에서만 경험적 지지를 얻었고, 연령이 범죄와는 의미 있는 양적 선형관계를 갖지 않았다.

한편, 자기통제력은 모든 유형의 범죄 및 비행과 통계적으로 의미 있는 상관관계를 나타냈다. 자기통제력은 사소한 지위비행, 재산범죄, 폭력범죄와 모두 부(-)의 뚜렷한 양적 선형관계를 나타냈고 심각한 지위비행과는 부의 약한 양적 선형관계를 나타내서 자기통제력이 낮을수록 범죄나 비행을 많이 저지른다는 사실을 보여주었다. 이러한 상관관계는 모두 .01수준에서 통계적으로 의미가 있었다. 이 분석결과를 가설 3과 연결시켜 보면, 일반 여자청소년의 자기통제력 수준이 낮을수록 여러 유형의 범죄나 비행을 저지르기 쉬운 것으로 나타나서 가설이 경험적 지지를 얻었다.

<표 8> 일반 여자청소년의 자기통제력, 연령, 가정의 사회경제적 요인, 결혼가정 여부, 비행, 범죄간의 회귀분석 결과

독립변수	사소한 지위비행	심각한 지위비행	재산범죄	폭력범죄
연령	.18***	.13*	.04	-.01
자기통제력	-.42***	-.18***	-.33***	-.43***
결혼가정여부	.15**	.09	-.02	.04
가정형편	-.03	.11*	.08	.05
생활보호대상여부	.01	.09	.02	-.01
아버지의 교육수준	-.04	.01	-.05	-.01
어머니의 교육수준	.02	.08	.09	.13*
R ²	.25	.09	.13	.20
F비	17.52***	5.33***	7.62***	13.25***
사례수	380	380	380	381

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

마지막으로 비행과 범죄사이에는 상당히 높은 상관계수가 관찰되어서 비행을 저지르는 여자 청소년은 범죄도 저지르는 경향이 있음을 알 수 있었다. 비행과 범죄 사이의 상관계수는 정(+)적으로 뚜렷한 양적 선형관계를 보였고 그 유의확률은 모두 .01 미만이다. 범죄자는 특정한 유형의 범죄나 비행에 전문화된다는 주장에 반대하여서 범죄자나 비행자는 다양한 종류의 비행과 범죄를 저지른다는 간프레드슨과 허쉬의 다능성(versatility) 주장이 여기에서 경험적 지지를 받았다.

다음은 연령, 자기통제력, 가정의 사회경제적 요인, 결혼가정여부가 일반 여자청소년들의 비행과 범죄에 미치는 영향을 다중회귀분석을 통하여 분석해 보았다. <표 8>은 연령, 자기통제력, 가정관련 요인들이 일반 여자청소년들의 비행과 범죄경험에 미치는 효과에 대한 회귀분석결과를 보여준다.

먼저 연령이 비행과 범죄에 미치는 영향을 살펴보았다. 연령이 사소한 지위비행과 심각한 지위비행에 대해 갖는 표준화된 회귀계수값이 각기 .18과 .13이고 그 유의확률은 각기 .001 미만과 .05 미만이다. 연령이 증가하면 사소하고 심각한 지위비행 모두가 증가한다는 사실을 보여준다. 연령이 지위비행에 미치는 영향은 통계적으로도 모두 의미가 있었다. 그러나 연령이 재산범죄와 폭력범죄에 미치는 영향은 너무 작아서 통계적인 의미를 찾을 수 없었다. 따라서 네 번째 가설은 부분적인 지지만을 받았다. 즉 일반 여자청소년들은 연령이 증가함에 따라서 지위비행을 더 저지르는 경향이 있지만, 범죄를 더 저지르는 경향은 나타나지 않았다.

다음으로 자기통제력은 모든 지위비행과 범죄경험에 부적인 영향을 미쳤고 그 영향은 모두 통계적으로 의미가 있었다. 즉 일반 여자청소년은 자기통제력이 낮을수록 사소한 지위비행과 심각한 지위비행을 더 많이 저지르는 경향이 있을 뿐만 아니라 재산범죄와 폭력범죄도 더 많이 저지르는 경향이 검증되었다. 분석에 포함된 독립변수들 가운데 자기통제력이 갖는 표준화된 회귀계수 값이 모든 유형의 지위비행과 범죄에서 가장 높게 나타나서 일반여자청소년의 비행과 범죄를 설명하는 데 자기통제력이 중요한 역할을 한다는 사실을 알 수 있었다. 분석결과, 자기통제력은 여러 다양한 종류의 비행과 범죄를 다 설명할 수 있다는 자기통제이론의 일반성

주장이 경험적 지지를 얻었다.

가정관련 요인 가운데 결혼가정 여부는 사소한 지위비행에 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타나서 결혼가정 출신들이 사소한 지위비행을 더 저지르는 경향이 있음을 알 수 있었다. 그러나 결혼가정 여부는 심각한 지위비행과 범죄에는 영향을 미치지 못했다. 한편 응답자의 가정형편에 대한 주관적인 평가는 심각한 지위비행에서만 통계적으로 의미 있는 영향을 미쳤다. 즉 가정형편이 어렵다고 스스로 평가하는 여자 청소년이 심각한 지위비행을 더 저지르는 경향이 있었다. 마지막으로 어머니의 교육수준은 여자 청소년의 폭력범죄에서만 의미 있는 영향력을 행사하는 것으로 나타났지만 어머니의 교육수준이 높을수록 여자 청소년이 폭력범죄를 저지르기 쉬운 것으로 나타나서 일반적인 기대와는 반대의 결과를 보였다.

연령과 자기통제력을 중심으로 한 독립변수들의 개별 비행유형에 대한 설명력을 살펴보았다. 사소한 지위비행에서 결정계수가 .25로 나타나서 독립변수들은 사소한 지위비행의 변량 중 25%를 설명하였다. 다음으로 폭력범죄에서의 결정계수는 .20, 재산범죄 .13, 심각한 지위비행 .09 순으로 나타났다.

2. 논 의

이 연구의 초점에서는 벗어난 부분이지만, <표 3>에서 의외의 결과가 관찰되었다. 남녀 모두 공식적 비행청소년의 자기통제력 평균점수가 일반 청소년보다 각기 더 높게 나타난 점이다. 즉 중, 고등학교에 다니는 일반 남자청소년의 자기통제력 평균이 22.16인데 반해서 분류심사원에 계류중인 공식적 비행소년들의 자기통제력이 22.25로 약간 더 높게 나타났다. 여자의 경우도 마찬가지로 중, 고등학교에 다니는 일반 여자청소년의 자기통제력 평균이 22.69이고 분류심사원에 계류중인 공식적 비행소녀 18명의 평균이 23.53으로 더 높게 나타났다. 물론 여자의 경우에는 일반 여자청소년이 410명이고 공식적 비행소녀의 수가 18명으로 큰 차이가 나서 적절한 통계분석을 하기에 어려움이 있다.

이러한 의외의 결과가 생긴 이유를 추정해 본다면, 분류심사원(혹은 소년원)에 수용된 공식적 비행청소년들이 설문조사에 임해서 자신의 있는 그대로의 실제 상황을 반영하여 응답하기보다는 사회적으로 바람직한 방향으로 응답했기 때문이 아닌가 싶다. 분류심사원이나 소년원은 비행 청소년들이 이전까지 살던 환경으로부터 격리되어 일정기간 관료제하의 공무원들로부터 철저한 통제를 받는 총체적 기관(total institution, Goffman, 1961)이다. 비행 청소년들은 이곳에서 사회적으로 강조되는 바람직한 가치와 규범을 재사회화하게 되어 그들의 생각과 태도가 적어도 일시적으로는 영향을 받게 된다. 현재 분석하고 있는 자료를 수집할 당시에 응답자인 공식적 비행청소년들이 사회적으로 바람직한 방향으로 응답하지 않았나 하는 의구심은 동일한 자료를 처음으로 분석한 정기선·민수홍·이희길의 보고서(2001)에서도 발견할 수 있다.

총체적 기관에서의 재사회화 교육은 설문조사 때 응답자의 응답에 영향을 미칠 수 있다. 공식적 비행청소년들은 분류심사원이나 소년원에 수용되어 있는 동안에 사회적으로 바람직한 가치를 반복적으로 학습함으로써 태도를 묻는 질문에 사회적으로 바람직한 방향으로 응답하기 쉽다는 것이다. 그러나 총체적 기관에서의 재사회화 교육이 교육대상자들이 기관에 입소하기 이전에 경험한 행동을 회상하고 밝히는데 영향을 미칠 가능성은 적다. 그 결과, 공식적 비행청소년들의 실제 모습을 측정하는 데는 총체적 기관과 같은 특수한 상황적 영향력이 미치지 않는 행위적 측정이 더 바람직하다. 자기통제력을 측정할 때에도 같은 논리를 적용해 볼 수 있어서 자기통제력의 태도적 측정은 주변환경에 의해 쉽게 영향을 받을 수 있지만, 행위적 측정은 이로부터 자유로울 수 있는 이점이 있다.

총체적 기관의 영향이 태도적 측정과 행위적 측정에 차별적으로 작용한다는 연구자의 주장에 대한 경험적 검증을 시도해 보았다. 이 연구에서는 청소년들의 자기통제력을 측정하면서 태도적 측정⁸⁾과 행위적 측정⁹⁾을 함

8) 응답자에게 아래의 6문항을 제시하고 각 문항에 대해 동의 혹은 부인하는 정도를 물어서 자기통제력 측정에 포함시킨 부분은 자기통제력의 태도적 측정으로 볼 수 있다. (“나는 말보다 주먹이 앞선다”, “나는 내일 시험이 있어도 재미있는 일이 있으면 우선

게 사용했으므로 연구자의 주장이 옳다면 공식적 비행청소년을 대상으로 한 자기통제력의 태도적 측정과 행위적 측정에 총체적 기관이 미치는 영향은 차별적으로 나타날 것이다. 즉 공식적 비행청소년들이 태도적 측정에서는 사회적으로 바람직한 방향으로 응답하기 쉬울 것이고, 행위적 측정에서는 실제대로 응답하기 쉬울 것이다. 그렇다면 다음과 같은 새로운 가설을 세울 수 있다. 1) 자기통제력의 태도적 측정에서는 공식적 비행청소년들이 사회적으로 바람직한 방향으로 응답하는 경향 때문에 일반 청소년들과의 차이가 작거나 아니면 오히려 공식적 비행청소년들이 더 높은 자기통제력을 갖고 있는 것으로 나타날 것이다. 반면에 2) 자기통제력의 행위적 측정에서는 비행청소년들이 상황적 영향을 받지 않게 되어 일반 청소년보다 자기통제력 수준이 더 낮은 것으로 나타날 것이다.

이들 가설을 검증하기 위해서 일반 청소년과 분류심사원에 계류 중인 비행 청소년 사이에 자기통제력의 태도적 측정과 행위적 측정이 각각 어떻게 나타나는지를 비교하였다. <표 9>를 보면, 자기통제력을 태도적 측면에서 측정한 경우에 공식적 비행청소년 집단의 자기통제력 평균점수(17.45)가 일반 청소년 집단(16.77)보다 더 높게 나타나고 이 차이가 통계적으로 .01수준에서 의미 있음을 알 수 있다. 한편 자기통제력을 행위적 측면에서 측정한 경우에는 공식적 비행청소년 집단의 자기통제력 평균점수(4.05)가 일반 청소년 집단(4.46)보다 더 낮게 나타나고 이 차이가 .001수준에서 의미 있게 나타났다. 분석에 사용된 대상을 성별로 나누어 추가로 분석을 시도하였다. 남자 청소년집단과 여자 청소년집단 각각에서도 앞에서 살펴본 것과 일관된 결과가 나타났다. 즉, 남자와 여자 모두에서 자기통제력의 태도적 측정에서 공식적 비행청소년의 평균점수가 일반 청소년보다 더 높게 나타났고, 자기통제력의 행위적 측정에서는 공식적 비행청소년

그 일을 하고 본다”, “나는 일이 힘들고 복잡해지면 곧 포기한다”, “나는 위험하고 짜릿한 활동을 즐기는 편이다”, “나는 사람을 놀리고 괴롭히는 일이 재미있다”, “나는 화가 나면 물불을 가리지 않는 편이다.”)

- 9) 자기통제력을 측정하면서 사용한 “이성 친구를 사귀어 본 적이 있습니까? (있다면) 몇 살 때 처음 사귀었습니까?”와 “학교숙제를 어떻게 합니까?”의 두 문항은 행위적 측정으로 볼 수 있다.

년의 평균점수가 일반 청소년보다 더 낮게 나타났다. 따라서 공식적 비행 청소년들의 경우에 자기통제력의 행위적 측정이 태도적 측정보다 실재를 더 정확하게 나타낸다고 말할 수 있고, 자기통제력을 측정할 때 행위적 측정이 태도적 측정보다 상대적 우위를 갖는다고 하겠다.

<표 9> 일반 청소년과 공식적 비행청소년 사이의 자기통제력의 태도적 측정과 행위적 측정의 차이비교
 평균(표준편차)

자기통제력의 측정	일반청소년 (중, 고등학생)	공식비행청소년 (분류심사원)	합계	차이검증
일반청소년+분류심사원 인지/태도적 측정	16.77(3.49) (994) ^a	17.45(3.61) (220)	16.89(3.52) (1214)	F=6.91 p<0.01
	4.46(0.96) (999)	4.05(0.76) (220)	4.39(0.94) (1219)	F=35.19 p<0.001
남자청소년 인지/태도적 측정	16.59(3.39) (578)	17.34(3.63) (200)	16.79(3.47) (778)	F=6.93 p<0.01
	4.44(0.96) (581)	4.06(0.75) (200)	4.34(0.92) (781)	F=27.34 p<0.001
여자청소년 인지/태도적 측정	16.98(3.59) (413)	18.61(3.36) (18)	17.04(3.59) (431)	F=3.60 p=0.059
	4.49(0.97) (415)	3.94(0.80) (18)	4.47(0.96) (433)	F=5.56 p<0.05

^a: 사례수

분류심사원이나 소년원에 수용된 공식적 비행청소년들은 그들이 처한 환경의 특성상 학교 학생들보다 사회적으로 바람직한 방향으로 응답하는 경향이 있다. 이러한 특성을 감안하여 공식적 비행청소년들을 대상으로 조사를 실시할 때는 기관의 직원을 배제시킨 가운데 연구자가 조사의 성격을 설명하고, 응답내용이 기관에 알려지지 않고 응답자에게 어떠한 불이익도 없다는 사실을 강조하면서 조사를 실시하고 감독할 필요가 있다. 그래야 공식적 비행청소년들로부터 좀 더 솔직한 그들의 생각, 느낌, 경험을 얻어 낼 수 있을 것이다.

조사를 실시하는 과정과 방법 이외에도 연구자는 공식적 비행청소년들

을 조사할 때 태도적 측정만을 조사하는 것보다 행위적 측정을 같이 사용하는 해서 편향된 응답의 가능성을 줄여 나갈 필요가 있다.

V. 요약 및 결론

1. 요약

자기통제이론의 주요한 주장들이 우리 나라 여자 청소년 집단에도 적용되는지 검증해 보았다. 구체적으로는 먼저 남녀간의 자기통제력 차이를 검사하였다. 여자의 자기통제력이 남자보다 높다는 주장은 경험적인 지지를 얻었다. 중, 고등학교에 다니는 일반 청소년 집단에서 여자 청소년의 자기통제력은 남자 청소년보다 더 높았고 그 차이는 통계적으로 의미가 있었다. 분류심사원에 계류 중인 공식적 비행청소년들의 경우에도 여자의 자기통제력이 남자보다 더 높게 나타났으나 공식적 비행소녀의 수가 너무 적어서 차이의 통계적 유의성을 적절히 검증하는 데는 어려움이 있었다. 이후의 연구에서 공식적 비행소녀의 수가 어느 정도 확보된 가운데 남녀간의 자기통제력 차이를 다시 검증해 볼 필요가 있다.

두 번째로, 측정된 자기통제력 지수의 구성타당도(construct validity, Babbie, 2002) 검사를 여자 청소년집단을 대상으로 실시하였다. 이 연구에서 구성된 자기통제력 지수가 다른 변수들과 이론이 예측하는 방식으로 연관되어 있는지를 검사하기 위해 조사대상 기관의 공식적 비행지위와 응답자가 스스로 밝힌 경찰에 잡힌 경험유무에 따라서 각각 집단을 나누고 집단간에 의미 있는 자기통제력 차이가 있는지 분석하였다. 분석결과, 일반 여자 청소년의 자기통제력이 공식적 비행 소녀보다 높았고, 일반 여자 청소년 가운데 경찰에 잡힌 경험이 없는 경우의 자기통제력이 경험이 있는 경우보다 높게 나타나서 자기통제력 지수의 구성 타당도가 검증되었다.

세 번째로, 여자 청소년의 자기통제력이 그들의 비행과 범죄경험을 설

명하는지 검증해 보았다. 일반 여자청소년 집단을 대상으로 다중회귀분석을 실시한 결과에 의하면 여자 청소년의 자기통제력이 낮을수록 사소한 지위비행뿐만 아니라 심각한 지위비행도 더 저지르기 쉬운 것으로 나왔다. 자기통제력이 낮은 여자 청소년은 지위비행 이외에도 재산범죄와 폭력범죄를 더 저지르기 쉬운 것으로 나타나서 여자 청소년의 자기통제력은 다양한 유형의 비행과 범죄를 모두 설명할 수 있다는 일반성 주장이 경험적 지지를 얻었다.

네 번째로, 연령은 자기통제력과 독립적으로 비행과 범죄에 영향을 미친다는 주장을 검증하였다. 일반 여자청소년집단을 대상으로 분석한 결과, 연령이 증가함에 따라 사소한 지위비행과 심각한 지위비행을 더 저지르는 경향이 있음이 각각 검증되었다. 그러나 재산범죄와 폭력범죄에서는 연령의 유의미한 효과가 관찰되지 않았다. 지위비행에서는 연령의 독립적인 영향이 관찰되었지만 범죄에서는 관찰되지 않은 것은 중, 고등학생으로 구성된 일반 여자청소년 집단의 대부분이 범죄경험을 갖고 있지 않기 때문인 것으로 보인다. 즉 종속변수인 범죄경험의 변량이 너무 적어서 연령의 유의미한 영향력이 관찰되지 않은 것으로 추정된다. 이런 추정을 검증해 보기 위해서 분류심사원생과 소년원생을 중, 고등학생들과 함께 묶어서 연령의 효과를 검증해 보았다.¹⁰⁾ <부록>에 나와 있는 표를 보면, 여자 청소년전체를 대상으로 다중 회귀분석을 실시했을 때 연령은 자기통제력과 독립적으로 지위비행 뿐만 아니라 폭력범죄경험에도 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타났다. 연령이 재산범죄에 미치는 영향의 유의확률 p값은 .062로 나타났다. 공식적 비행소년들이 추가됨에 따라 비행과 범죄의 변량이 증가하여 모든 지위비행과 범죄에서 독립변수들의 설명력이 크게 증가한 것을 알 수 있다.

2. 결 론

이 연구는 자기통제이론이 우리 나라의 여자 청소년집단에도 적용될 수

10) 공식적 비행소년 가운데 더 이상 10대가 아닌 2명(20살 1명과 21살 1명)은 분석에서 제외하였다.

있는지를 검증하였다. 전체적으로 자기통제이론의 주장은 우리 나라 여자 청소년 집단에서도 경험적 지지를 받는 것으로 나타났다. 이제까지 주로 남자 청소년을 대상으로 검증되었던 자기통제이론은 이번 연구결과에 근거하여 남자와 여자 청소년 모두에게 적용될 수 있고, 청소년의 자기통제력은 이들의 다양한 비행과 범죄경험을 모두 설명할 수 있다는 결론에 이른다. 자기통제이론이 우리 나라 여자청소년집단에도 적용되는 것으로 밝혀지면서 이론의 적용대상에서의 일반성도 검증된 셈이다. 자기통제이론은 청소년들의 비행과 범죄경험뿐만 아니라 성인들의 범죄경험도 설명할 수 있어야 할 것이고 이 부분은 앞으로 계속 검증되어야 할 필요가 있다.

자기통제력을 어떻게 측정하는 것이 좋겠는가? 하는 질문도 이 연구에서 중요한 부분을 차지한다. 이 연구는 자기통제력을 측정하면서 태도적 측정과 행위적 측정을 함께 사용하였다. 태도적 측정만을 사용하게 되면 자기통제력의 변량이 상대적으로 작게 되는 단점이 있어서 행위적 측정을 함께 사용하여 자기통제력의 변량을 증가시켰다. 다만 행위적 측정을 사용할 때 범죄나 비행과 관련된 행위를 사용하게 되면 순환적 설명의 문제가 나타날 수 있다는 위험성을 고려하여 행위적 측정문항을 선정하였다.

이번 분석에 포함된 공식적 비행청소년들의 응답이 사회적으로 바람직한 방향으로 편향되게 나타난 것 같다는 의구심이 제기된 가운데, 총체적 기관이라는 특수한 상황이 자기통제력의 태도적 측정과 행위적 측정에 어떠한 영향을 미치는지 분석하였다. 태도적 측정은 총체적 기관의 영향에 더 취약해서 편향된 응답이 나올 개연성이 높을 것이고 반면에 행위적 측정은 영향을 적게 받을 것이라는 가설은 경험적 지지를 받았다. 따라서 공식적 비행청소년들을 조사할 때 자기통제력의 행위적 측정이 태도적 측정보다 더욱 적절한 방법임을 알 수 있었다. 동시에 총체적 기관이 태도적 측정에 상당한 영향을 미칠 수 있으므로 공식적 비행청소년을 대상으로 조사를 실시할 때는 총체적 기관이 응답에 미치는 영향을 최소화시키기 위해 조사자는 세밀한 주의를 기울일 필요가 있음을 알 수 있었다.

참고문헌

<국내문헌>

- 기광도. 2001. 사회계층과 범죄행위 간의 관계 - 자녀양육 및 자기통제력의 매개효과를 중심으로 -. 성균관대학교 대학원 사회학과 박사학위논문.
- 김선희. 2001. 자기통제력과 청소년비행에 관한 연구. 경기대학교 대학원 교정학과 석사학위논문.
- 김영신. 1992. 범죄에 대한 자기-통제이론과 선택이론의 통합. 연세대학교 대학원 심리학과 석사학위논문.
- 김두섭·민수홍. 1996. 「개인의 자기통제력이 범죄억제에 미치는 영향」 한국형사정책연구원.
- 김현기. 2000. 연령-범죄분포 형태의 보편성: 한국의 사례에 대한 함수분석. 성균관대학교 대학원 사회학과 석사학위논문.
- 민수홍. 1994. “낮은 자기통제력의 원인과 결과: 범죄의 일반이론에 대한 경험적 연구.” 한국형사정책연구 21(봄호): 235-277.
- 민수홍. 1996. 「비행의 조기예측요인에 관한 연구」 한국형사정책연구원.
- 민수홍. 1998. 「가정폭력이 자녀의 비행에 미치는 영향」 한국형사정책연구원.
- 민수홍. 1998. “남편의 아내에 대한 폭력에 영향을 미치는 요인 -남편의 자기통제력을 중심으로-” 피해자학연구 제6호: 229-249.
- 민수홍. 1998. “초등학교 학생의 자기통제력과 비행” 한국청소년연구 제9권 1호: 91-108.
- 송명자. 1995. 발달심리학. 학지사.
- 이상훈. 1998. 청소년 지위비행에 대한 자기통제이론적 분석 -구조방정식 모형의 적용-. 성균관대학교 대학원 석사학위논문.
- 이성식. 1994. “자아통제이론의 소개 및 평가” 형사정책연구소식.
- 이성식. 1996. 「범죄의 상황적 요인에 관한 연구」 한국형사정책연구원.

- 이운호. 2000. 청소년 비행의 원인에 관한 연구: 통제이론을 중심으로. 한양대학교 교육대학원 석사학위논문.
- 정기선·민수홍·이희길. 2001. 가족과 청소년비행. 서울특별시, 자녀안심운동 서울협의회
- 정혜승. 1995. 비행청소년과 일반청소년의 자기통제성 및 비행기회에 관한 연구. 서울여자대학교 대학원 교육학과 석사학위논문.
- 최인섭·이성식. 1994. 「사회규범의 준수요인에 관한 연구」 한국형사정책연구원.

<구미문헌>

- Babbie, Earl. 2002. 「사회조사 방법론」 고성호 외 9인 역. 그린.
- Glueck, Sheldon and Eleanor Glueck. 1950. *Unraveling Juvenile Delinquency*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Goffman, Erving. 1961. *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*. New York: Anchor Books.
- Gottfredson, Michael and Travis Hirschi. 1990. *A General Theory of Crime*. Palo Alto, CA: Stanford University Press.
- Grasmick, Harold, Charles Tittle, Robert Bursick, and Bruce Arneklev. 1993. "Testing the Core Empirical Implications of Gottfredson and Hirschi's General Theory of Crime." *Journal of Research in Crime and Delinquency* 30: 5-29.
- Greenberg, David. 1977. "Delinquency and the Age Structure of Society." *Contemporary Crises: Crime, Law, and Social Policy* 1: 189-223.
- Greenberg, David. 1985. "Age, Crime and Social Explanation." *American Journal of Sociology* 91: 1-21.
- Hirschi, Travis. 1969. *Causes of Delinquency*. Berkeley: University of California Press.
- Hirschi, Travis and Michael Gottfredson. 1983. "Age and the Explanation of

- Crime." *American Journal of Sociology* 89: 552-584.
- Hirschi, Travis and Michael Gottfredson. 1985. "Age and Crime: Logic and Scholarship: Comment on Greenberg." *American Journal of Sociology* 91: 22-27.
- Hirschi, Travis and Michael Gottfredson. 1993. "Commentary: Testing the General Theory of Crime." *Journal of Research in Crime and Delinquency* 30: 47-54.
- Keane, Carl, Paul Maxim, and James Teevan. 1993. "Drinking and Driving, Self-control, and Gender: Testing A General Theory of Crime." *Journal of Research in Crime and Delinquency* 30: 30-46.
- Min, Suhong. 1998. "New Patterns of Crime with Conventional Causes: A Challenge to Modern Society as ever." In Hans-Heiner Kuhne and Koichi Miyazawa (Hrsg.), *Internal Security in Modern Industrialized Societies*. 123-133. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Min, Suhong. 2000. "Self-control and Delinquency in a Korean Elementary School Student Sample." *진리논단* 5호, 545-561.
- Osgood, Wayne and David Rowe. 1994. "Bridging Criminal Careers, Theory, and Policy through Latent Variable Models of Individual Offending." *Criminology* 32: 517-554.
- Sampson, Robert and John Laub. 1990. "Crime and Deviance over the Life Courses: The Salience of Adult Social Bonds." *American Sociological Review* 55: 609-627.
- Wicker, A. W. 1969. "Attitudes vs. Action: The relationship of verbal and overt behavioral responses to attitude objects." *Journal of Social Issues* 25: 41-78.

<부 록>

<부 록> 여자청소년(중, 고등학생, 분류심사원생, 소년원생)의 자기통제력, 연령, 가정의 사회경제적 요인, 결혼가정여부, 비행, 범죄간의 회귀분석 결과

독립변수	사소한 지위비행	심각한 지위비행	재산범죄	폭력범죄
연령	.22***	.23***	.08	.12**
자기통제력	-.35***	-.16***	-.32***	-.41***
결혼가정여부	.34***	.31***	.15**	.18***
가정형편	-.11**	-.05	.03	-.08*
생활보호대상여부	.04	.11**	.08	.02
아버지의 교육수준	-.17**	-.20**	-.14*	-.10
어머니의 교육수준	-.06	-.04	.01	.01
R ²	.47	.38	.23	.29
F비	60.17***	40.96***	20.15***	27.31***
사례수	474	475	474	476

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

Self-control and Delinquency of Female Delinquents

Min, Su-Hong

(Professor, Department of Police Administration, Kyonggi University,
Ph.D. in Sociology)

This study empirically tested the general propositions of self-control theory (Gottfredson and Hirschi, 1990), using a data set of Korean girl sample. Specifically, self-control is operationalized by combining both attitudinal items and behavioral ones and tested using criteria of reliability and validity. Following tests mainly focus on generality of self-control theory. The measure of self-control is related to four different types of crime and delinquency. Age effect, independent from self-control, on crime is also tested.

Overall, the test results support the claims of self-control theory. Findings from the validity tests of the self-control index show theoretically expected relations with gender and delinquent status. Test results show that girls low on self-control are more likely than others to have committed four different types of crime and delinquency. Research findings show that school girls tend to commit more status delinquency as they grow older in their teens; however, age effect was not found in crime mainly due to small variance of crime in school girl subsample.

Comparative analysis between attitudinal measure and behavioral one of self-control was also conducted. Behavioral measure of self-control has an edge on attitudinal one because it has greater variance in the

light of the fact that actions speak louder than words. At the same time, researcher needs to be attentive when he/she chooses items for behavioral measure of self-control in order not to meet possible problem of tautology. Research findings show that officially delinquent juveniles under custody are more likely to have the social desirability of answers and that behavioral measure of self-control is less likely to be biased by the total institution. Further research implications are also discussed.

가정, 비행친구, 비행의 상호인과관계

이 성 식*

I. 서론

가정환경과 비행친구와의 접촉은 그 동안의 청소년비행 연구에서 중요한 설명요인으로 다뤄져 왔다. 즉 부모의 감독과 관심이 적고, 부모와 갈등을 겪거나, 부모와의 유대가 약한 아이들은 비행의 가능성이 높으며, 또한 비행친구와 사귀게 되는 아이들도 비행의 가능성이 매우 높다는 것이 그 동안의 연구에서 주장되어져 왔다. 그렇지만 가정유대가 비행의 원인이 되고 비행친구와의 접촉은 비행의 원인이 되지 못한다는 주장이 있기도 했지만(Hirschi, 1969), 기존의 경험연구들은 대체로 가정요인은 비행친구와의 접촉에 의해 매개되고 비행친구와의 접촉이 비행에 있어 보다 직접적이고 중요한 설명요인이 된다는 것을 밝혀 왔다(Johnson, 1979; Matsueda, 1982; Elliott et al., 1985).

그러나 1980년대까지의 기존 연구들은 두 시점 이상의 종단적 연구자료를 사용하지 않았기 때문에 가정환경, 비행친구와의 접촉과 비행과의 인과관계를 적절히 파악하지는 못했다. 예컨대 기존 연구에서는 비행친구와의 접촉이 비행의 원인이 된다는 결과를 제시하고 있지만 한 시점의 자료를 통한 연구결과만으로는 비행친구와 사귀어서 비행을 하는 것인지, 아니면 비행을 하여 비행친구와 사귀게 되는 것인지의 그 전후 인과관계를 정확히 파악할 수 없었다. 그렇지만 1990년대 들어서면서부터 보다 최근의 학자들은 어려서부터 청소년기에 이르는 종단적 생애발전과정에서의 가정,

* 계명대학교 경찰행정학부 교수, 사회학박사

비행친구, 그리고 비행간의 관계에 관심을 가졌고, 가정요인과 비행친구와의 접촉이 과연 비행의 주요 원인으로 작용하는지를 다루었을 뿐만 아니라 어려서 비행의 결과로 부모와의 유대가 약해지고 비행친구와 사귀게 되는지를 다루는 등 그 전후 인과관계를 보다 명확히 파악하기 시작했다.

가정, 비행친구, 비행과의 관계는 학자들간에 매우 다양하게 논의되어 왔다. 가정요인과 비행친구 중 어떠한 요인이 비행의 보다 중요한 원인이 되는지에 상이한 주장이 있었으며, 어릴 때의 초기 비행의 경우는 가정요인이 중요하다고 하여, 가정요인과 비행친구의 영향력이 생애과정상 연령기에 따라 다르게 작용할 수 있다는 주장이 있기도 했다(Thornberry, 1987; Thornberry et al., 1991). 성장기때는 비행친구와의 접촉을 청소년비행의 주요 원인으로 보는 주장이 있었지만(Moffitt, 1993; Simons et al., 1994; Paternoster and Brame, 1997), 비행친구와 비행은 상호 영향의 관계가 있다는 주장이 있었고(Thornberry, 1987), 비행친구와의 접촉은 단순히 이전 비행의 결과이며 청소년비행의 원인은 되지 못한다는 주장도 있었다(Gottfredson and Hirschi, 1990).

이 연구는 가정과 비행친구, 비행과의 관계를 논함에 있어 어려서부터 청소년기에 이르는 발달과정에서 그 상호관계를 다루려고 하며, 가정과 비행친구가 비행의 원인이 되는지, 아니면 그 역관계만이 성립될 수 있는 것인지, 상호 영향의 관계가 있는지 등 최근까지의 다양한 주요 논의들을 제시하고, 어떠한 논의가 타당한지를 경험연구를 통해 그 관계를 밝히려 하고 하는 데에 목적을 갖고 있다.

II. 이론적 논의

1. 차별접촉이론과 사회통제이론에서의 상반된 논의

청소년비행의 원인에 있어 그 동안의 연구에서는 비행친구와의 접촉이

가장 중요한 원인이 된다고 보아왔다(Matsueda, 1982; Elliott et al., 1985). 이러한 주장은 특히 Sutherland를 따르는 차별접촉이론가들에 의해 주장되어 왔다. Sutherland(1947)는 범위반에 우호적인 태도를 갖거나 친비행 가치를 내면화하게 되는 아이들이 비행의 가능성이 높다고 보았는데, 비행친구와 사귀게 되면 그러한 태도와 가치를 보다 학습할 기회가 많아진다고 했다. 차별접촉이론에서는 그러한 가치가 물론 부모로부터도 학습될 수 있다고 보았다. 그렇지만 차별접촉이론가들은 비행친구와의 접촉이 비행가치의 학습에 보다 중요한 근원이 된다고 보아왔고, 따라서 비행친구와의 접촉을 비행의 주요 원인으로 다루었다¹⁾.

그러나 청소년비행이론의 또 다른 대표 이론인 Hirschi(1969)의 사회통제이론에서는 비행친구와의 접촉을 비행의 주요 원인으로 다루지 않았다. Hirschi는 비행에 정(+)적으로 작용하는 비행동기 요인보다는 오히려 비행동기가 통제되는가의 여부가 비행을 설명하는 데 있어 중요한 요인이 된다고 했는데, 그러한 점에서 그는 사회유대를 비행의 주요 원인으로 다뤘다. Hirschi는 특히 가정에서의 부모의 감독과 관심, 그리고 부모와의 유대를 강조하여, 부모로부터 감독을 받고 부모와의 애정적 결속과 유대가 강한 아이들은 비행동기를 통제할 수 있어 비행을 안하게 되지만 그렇지 못한 아이들은 비행의 가능성이 높다고 주장했다.

사회통제이론에서는 부모의 감독과 관심, 그리고 청소년들의 부모와의 애정적 결속이 비행을 설명할 수 있는 주요 원인이 된다고 강조하였으며, 비행친구와의 접촉이나 비행은 모두 가정과 같은 사회유대의 약화에서 비롯되는 결과라고 보았다. 즉 부모로부터 감독을 덜 받고 방치되거나 부모와의 애정적 결속이 약한 아이들은 비행친구와 사귀는 가능성이 높고 또한 비행을 저지를 가능성이 높다고 보았으며, 이때 비행친구와의 접촉과 비행과의 관계는 허위관계가 된다고 했다. 즉 사회통제이론가들은 차별접촉이

1) 비행친구와의 접촉으로 비행을 저지르는 것이 반드시 비행가치의 학습 때문은 아니라는 주장도 있었다. 집단역학이론에 따르면 비행친구와 함께 있으면 비행동기가 급상승하는 등의 이유로 비행을 저지르게 된다고도 본다(자세한 논의는 이성식, 1999 참조).

론가들과는 달리 비행의 원인이 가정에서의 부모와의 유대와 같은 요인이라고 주장했다.

2. Thornberry의 상호작용이론에서의 통합적 논의

한편 Thornberry(1987)는 그의 상호작용이론에서 가정, 비행친구와의 접촉, 그리고 비행간의 관계가 상호 영향의 관계가 있다고 주장하였다. 이 입장은 차별접촉이론과 사회통제이론을 통합하여 부모와의 유대와 비행친구와의 접촉이 모두 비행의 원인이 된다고 본 것이며, 더욱이 그는 부모와의 유대가 약한 아이들은 비행의 가능성이 높지만, 또한 비행을 저지르게 되면 부모와의 관계가 약화될 수 있다고 보았고, 비행친구와 접촉한 아이들도 비행의 가능성이 높지만, 또한 비행을 하게 되면 비행친구와 사귀게 될 가능성이 높다고 보아, 부모와의 유대와 비행친구와의 접촉은 비행의 원인이자 또한 결과라는 주장을 제시했다.

그렇지만 Thornberry의 이론은 또한 비행의 원인을 청소년들의 발달과정상에서 다뤄 연령에 따라 비행의 원인이 어떻게 다르게 작용하는가에 주목한 데서 특징이 있었다. 그는 청소년시기를 초기(11-13세), 중기(15-16세), 후기(18-20세)로 구분하였는데, 초기에는 상대적으로 가정에서의 부모와의 유대가 비행에 매우 중요한 요인으로 작용하지만, 중기를 거쳐 후기에 이룰수록 부모의 영향력은 작아진다고 주장했다. 또한 비행을 하게 될 때 부모와의 관계가 약화되는 것도 초기에 그러할 가능성이 높다고 하였다. 즉 부모와의 유대와 비행과의 상호 영향의 관계는 청소년후기보다는 초기에서 강하게 작용할 것이라고 보았다. 반면 그는 비행친구와의 접촉과 비행과의 상호 영향의 관계는 청소년기 전체에서 모두 중요하게 나타나지만, 상대적으로 청소년 초기 때보다는 청소년중기를 거쳐 후기에 이룰수록 그 관계가 강하게 작용할 것이라고 보았다²⁾.

2) 이처럼 Thornberry는 사회통제이론과 차별접촉이론의 논의를 모두 수용했지만, 청소년초기 혹은 아동기의 경우는 사회통제이론이, 청소년후기에는 차별접촉이론이 보다 타당할 수 있음을 주장했다.

3. Gottfredson과 Hirschi의 일반이론에서의 논의

Gottfredson과 Hirschi(1990)는 그들의 일반이론에서 가정유대나 비행친구와의 접촉보다도 어릴 때 형성된 자기통제력과 같은 성향이 비행의 유일한 원인이 된다고 주장했다. Gottfredson과 Hirschi는 대부분의 비행이나 범죄가 순간만족과 욕구에 의해 충동적으로 일어난다고 보고, 결국 순간만족과 충동성을 통제, 조절할 수 있는 능력과 성향에 의해 비행이 설명될 수 있다고 보았는데, 결국 어려서 형성된 지속된 성향으로서 낮은 자기통제력이 비행의 중요한 원인으로 작용한다고 보았다.

물론 Gottfredson과 Hirschi는 자기통제력이 어릴 때 부모의 양육에 의해 결정된다고 봄으로써 어릴 때의 가정의 역할을 강조했다. 그렇지만 그들은 어려서 형성된 자기통제력이 비행의 궁극적이고도 유일한 원인이 된다고 보았기 때문에 사회통제이론이나 차별접촉이론에서 강조했던 성장기 과정에서의 부모와의 유대나 비행친구와의 접촉과 같은 요인들은 비행의 원인으로 작용할 수 없다고 주장했다. 그들에 따르면 어려서 자기통제력이 낮은 아이들은 어려서부터 문제행동과 비행을 시작하게 되고 청소년이 되어서도 지속적으로 비행을 저지를 가능성이 높으며, 또한 그러한 아이들은 부모와의 관계가 악화되거나 비행친구와 사귀게 될 가능성도 높다고 보았는데, 이렇듯 부모와의 유대나 비행친구와의 접촉은 비행의 원인이 되기보다는 오히려 자기통제력의 약화에서 비롯된 초기 비행의 결과가 된다고 주장했다.

이처럼 Gottfredson과 Hirschi는 청소년기의 비행은 어린 시기에 형성된 자기통제력과 같은 개인의 내적 성향의 결과이며, 부모와의 유대나 비행친구와의 접촉은 비행의 원인이 될 수 없고, 어려서의 자기통제력과 그로 인한 어려서의 비행이 이후 청소년기의 비행의 주요 원인이 된다고 보았다. 이처럼 그들은 부모와의 유대나 비행친구와의 접촉과 차후의 비행과의 관계는 허위관계이며, 오히려 비행이 부모와의 유대나 비행친구와의 접촉에 선행한다고 주장했다.

4. Patterson과 Moffitt의 논의

한편 Patterson(1989)과 Moffitt(1993) 등의 이론가들은 어린 시기의 경험을 중시하면서도 또한 성장기의 환경변화를 강조하여 청소년비행의 발전과정을 다루었다. 그들은 비행의 경로를 크게 두 부류로 구분하여 설명했다. 그 하나는 어려서부터 문제성향과 문제행동을 보인 소위 ‘초기진입자(early-starters)’로, 이들은 성인에 이르기까지 생애지속범죄자가 될 가능성이 높고, 심각한 비행을 저지를 가능성이 높은, 비행청소년들 중 소수를 차지하는 위험부류라고 했다. 그러나 다른 부류는 대부분의 비행청소년들이 이에 해당된다고 했는데, 어려서는 문제행동을 보이지 않았던 ‘후기진입자(late-starters)’들로, 이들은 청소년기에 비행을 시작한, 그리고 곧 성인이 되어서는 비행을 중단할 가능성이 높은 사소한 비행을 저지르는 한시적인 비행소년들이라고 했다.

Patterson과 Moffitt은 두 부류에 있어 비행의 원인경로는 다르다고 했다. 초기진입자는 신경계통상의 이상 증후나 가정에서 부적절한 양육으로 어려서부터 문제성향을 보인 부류로, 이들은 초기에 비행을 시작하면서 사회에서 소외되어 차후에 비행친구들과 어울리게 되는 경향이 높다고 봄으로써 초기진입자의 경우 어려서는 비행친구가 비행의 원인이 되지 못하고, 비행이 비행친구와의 접촉에 앞서 선행한다는 주장을 하였다. 그러나 초기진입자들이 어려서 비행을 하여 청소년기에 비행친구와 어울리게 되면 비행친구와의 접촉으로 인해 비행의 경향은 더욱 증폭된다고 주장했다. 즉 청소년기에 들어서면서부터는 비행친구와의 접촉이 비행의 원인으로 작용한다고 보았다³⁾.

반면 청소년기에 처음 비행을 시작한 후기진입자는 어려서의 경험과는 상관없이 청소년기에 있어서 부모로부터의 감독미비나 부모와의 유대약화

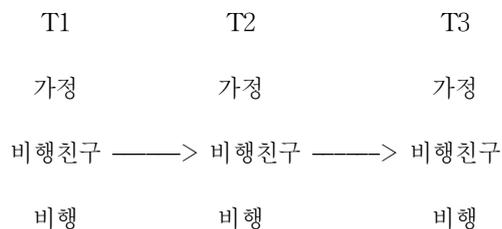
3) Gottfredson과 Hirschi는 초기진입자의 아이들이 비행친구와 사귄 가능성이 높지만 청소년기에 비행을 저지르게 되는 이유가 비행친구와의 접촉 때문은 아니라고 보았으나, Patterson과 Moffitt은 초기진입자의 아이들이 청소년기에 비행을 저지르게 되는 것은 성장기 때의 비행친구와의 접촉 때문이라고 주장했다.

에서 비롯된 비행친구와의 접촉으로 비행을 저지른다고 했는데, 그들은 특히 친구의 영향을 강조하여 친구행동의 모방을 이유로 한시적으로 비행을 저지른다고 했다. 이처럼 후기진입자의 비행에 있어서도 비행친구와의 접촉이 그 주요 요인이 된다고 하여, 차별접촉이론의 논의가 타당하다고 주장했다.

III. 연구모델과 가설, 연구방법

1. 연구모델과 가설

이 연구는 가정, 비행친구와의 접촉, 그리고 비행 간의 상호관계를 살펴봄에 있어 기존의 논의들에 근거하여 연구모델과 가설을 제시하고 이를 경험적으로 검증하는 데 목적을 두고 있다. 여기서는 청소년들의 어려서부터 청소년후기에 이르는 성장과정에서 그들 간의 관계가 어떻게 이루어지는가를 살펴보기로 한다. 즉 아래 <그림 1>에서와 같이 초등학교초기(T1), 초등학교후기부터 중학교에 이르는 청소년중기(T2), 그리고 고등학교시기인 청소년후기(T3)로 구분하여 T1에서 T2까지의 시기, 그리고 T2에서 T3까지의 시기에서 가정, 비행친구와의 접촉, 그리고 비행과의 상호관계가 청소년시기별로 어떻게 상이하게 작용하는지를 다루고자 한다.



<그림 1> 가정, 비행친구, 비행의 관계에 대한 연구모델

위의 모델에서 보면 Thornberry가 주장했듯이 가정요인과 비행친구와의 접촉의 비행과의 관계는 상호 영향의 관계가 있을 것이라고 예측할 수 있다. 즉 가정에서 유대가 약한 아이들은 비행을 저지를 가능성이 높으며, 또한 비행을 저지르게 되면 부모와의 유대가 약화될 것이고, 또한 비행친구와 사귀게 되는 아이들이 비행의 가능성이 높을 것이지만, 또한 비행을 저지른 아이들은 비행친구와 사귀게 될 가능성이 높을 것이라고 예측할 수 있다.

그러나 기존의 많은 연구들에서는 가정과 비행과의 관계보다 비행친구와의 접촉과 비행과의 상호관계가 더욱 크다는 결과를 제시하고 있다. Elliott와 동료들의 연구(1985)나 Agnew(1991)의 종단적 연구에서는 비행친구 변인을 상정할 경우 부모와의 유대를 비롯한 사회유대 요인들은 비행과 서로 상호관계가 없다는 결과를 제시했고⁴⁾, 비행친구와 비행과의 관계가 상호관계를 나타낸다는 결과를 제시했으며, 보다 최근의 Elliott와 Menard(1996)의 연구에서나 Matsueda와 Anderson(1998)의 연구에서도 비행친구와의 접촉과 비행과의 관계가 상호 영향의 관계에 있다는 결과를 제시하고 있다. 이렇듯 기존의 연구에 근거해 본다면 가정요인과 비행의 상호 영향력은 비행친구와의 접촉 요인에 의해 매개될 수 있으며, 비행친구와의 접촉과 비행과의 상호 영향력이 보다 강하게 나타날 것이라고 예측할 수 있게 된다.

그렇지만 Thornberry는 저연령기 때에는 가정요인과 비행의 상호 영향력이 나타날 것이라고 주장하고 있어, 그의 논의에 따르면 T1과 T2사이에서는 T2와 T3사이에서보다 가정과 비행의 상호 영향력이 상대적으로 강하게 작용할 것이지만 후반기에 들면서 그 관계는 약할 것이라고 예측할 수 있다. 그러나 비행친구와의 접촉과 비행과의 관계는 T1과 T2사이에서도 나타나지만 가정과 비행의 상호 영향력과 비교할 때 기존의 연구들에서 밝혀왔던 것처럼 특히 T2와 T3사이에서 더욱 강하게 작용할 것이

4) Elliott와 동료들에 따르면 가정유대의 비행에 대한 영향력은 비행친구와의 접촉에 의해 매개되기 때문에 그 영향력은 크게 나타나지 않는다고 해석하면서 차별접촉 이론의 논의가 맞다고 주장했다.

라고 예측할 수 있다.

앞서 Elliott 등의 연구에서는 가정유대와 비행과의 상호 영향력이 약하다는 결과를 제시하고 있지만 기존 연구에서는 연구대상자가 중학교이상인 청소년중기이후의 청소년이 많아 Thornberry의 논의가 제대로 검증되었다고는 할 수 없었다. 초등학교 연령기의 아이들을 대상으로 포함했던 연구들을 보면 부모와의 관계와 같은 가정요인과 비행의 상호 영향력이 발견되고 있으며, 아울러 비행친구의 비행에 대한 영향력은 연령이 증가하면서 점차 그 영향력이 증대한다는 결과를 보여주고 있다(LaGrange and White, 1985; Thornberry et al., 1991; 1994)⁵⁾. 이처럼 가정과 비행의 상호 영향력은 아이들이 어렸을 때의 경우에는 발견될 수 있을 것이라고 예측할 수 있다.

기존의 많은 주장에서 비행친구와 비행의 상호 관계를 상정하고 있지만, 그럼에도 Gottfredson과 Hirschi는 비행의 비행친구와의 접촉에 대한 영향력만을 상정하고 있어, 그들의 논의를 따른다면 어릴 때(T1) 비행을 저지른 아이들이 중학교때(T2) 비행친구와 접촉할 가능성이 높고, 또한 중학교때 비행을 저지른 아이들이 고등학교때(T3) 비행친구와 사귄 가능성이 높으며, 비행친구와의 접촉은 비행을 설명하지 못할 것이라고 예측할 수 있다. 그들은 비행친구와의 접촉과 상관없이 어릴 때(T1) 비행을 저지른 아이가 중학교시기(T2)에서도 비행을 하게 되며, 또한 그러한 아이들이 고등학교시기(T3)에서도 지속적으로 비행을 저지를 가능성이 높다고 보고 있기 때문에, 비행친구와의 접촉의 비행에 대한 영향력은 크지 않을 것이며, 그 역관계만이 나타날 것이라고 예측할 수 있게 된다(Evans et al., 1997). 최근의 연구들에 따르면 초기의 비행연령과 비행횟수가 차후 청소년기의 비행을 설명하는 가장 중요한 요인이 된다고 보고 있듯이 (Farrington and Hawkins, 1991; Nagin et al., 1995; Lipsey and Derzon, 1998; Piquero et al., 1999), Gottfredson과 Hirschi의 주장에서와 같이 비

5) 그러나 Thornberry의 이론을 검증하고자 했던 보다 최근의 Jang(1999)의 연구결과를 보면 가정의 영향력은 청소년 초기 이외에 후기에도 발견된다는 결과를 제시하고 있다.

행친구와의 접촉의 비행에 대한 영향력은 약할 수 있으며, 고등학교시기의 비행은 비행친구와의 접촉과 관계없이 이전의 비행에 의해 크게 설명될 것이라고 예측할 수 있다.

그렇지만 Patterson과 Moffitt은 어려서 비행을 시작한 아이들은 이후 비행친구와 사귄 가능성이 높고, 또한 그러한 아이들이 비행친구와 사귀므로써 청소년기에 비행을 할 가능성이 높을 것이라고 보고 있기 때문에, 그들의 논의에 근거한다면 초등학교때(T1) 비행의 고등학교때(T3) 비행에 대한 영향력은 중학교때(T2) 비행친구와의 접촉에 의해 매개될 것이라고 볼 수 있으며, T1과 T2사이에서는 비행의 비행친구와의 접촉에 대한 영향력이, T2와 T3사이에서는 비행친구와의 접촉의 비행에 대한 영향력이 유의미하게 작용하게 될 것이라고 예측할 수 있다(Simons et al., 1994; Paternoster and Brame, 1997).

이 연구는 위의 <그림 1>에서의 모델을 근거로 하여 가정, 비행친구, 비행의 관계에 있어 과연 어떠한 주장이 보다 설득력이 있는지를 경험연구를 통해 살펴보기로 한다.

2. 연구방법과 변인측정

이 연구를 위해 고등학교에 재학 중인 남학생을 대상으로 설문조사를 실시하였는데, 조사지역은 대구를 포함하여 대구의 인근 중소도시로 하였다. 인구비례에 따라 대구시에서는 6개 학교를, 울산시에서는 3개 학교를, 그 밖의 도시에서는 1개 혹은 2개를 선정하여 총 20개 학교를 표본추출, 선정하고, 선정된 학교에서 2학년 또는 3학년 중 한 학급을 선정하여 학급당 40명씩 설문에 응답토록 하여 총 800명을 대상으로 하는 조사를 실시하였다. 조사는 2001년 5월에 2주간에 걸쳐 실시하였다. 이 연구는 초등학교초기와 초등학교후반기에서 중학교시기에 이르는 경험들을 알아내야 한다는 점에서 회고적인 방법으로 응답자로 하여금 과거의 경험들을 기억하여 응답하도록 하는 방법을 취했다⁶⁾.

본 연구에서의 청소년비행은 지위비행을 제외한 다소 심각한 비행은 다

루기로 하는데, 청소년층에서 자주 저질러지고 있는 주요 비행인 절도, 강도, 폭행의 경험을 질문하여 이들 항목에 지난 경험을 세 시기별로 “없다”, “1회”, “2-3회”, “4-10회”, “그 이상”에 응답하도록 했다. 최종적으로 비행은 절도, 강도, 폭행의 경험을 합산하여 사용했다.

가정에서의 부모와의 관계는 부모의 감독, 부모의 애정, 그리고 부모와의 갈등에 주목하기로 하는데, “부모님은 내가 밖에 있을 때 내가 누구와 어디에서 무슨 일을 하고 있는지 관심을 가지셨다”, “부모님은 나에게 늘 애정을 베푸셨다”, “부모님은 나를 잘 이해해 주셨다”, “부모님은 나에게 관심이 없으셨다”, “부모님과 나는 마음이 안맞고 갈등이 심했다”, 등 다섯 문항을 “전혀 그렇지 않다”에서 “매우 그렇다”에 이르는 5점 척도에 응답하도록 했다(초기, 중기, 후기 각각 Cronbach alpha=.692, .725, .736). 여기서 네 번째, 다섯번째 문항은 역으로 재부화한 후 합산하여 사용하였다.

비행친구와의 접촉을 위해서는 친하게 지냈던 친구 중 비행으로 학교에서 처벌을 받았거나 경찰서에 불려간 친구가 몇 명이 되는가를 질문하고, “없다”, “1명”, “2-3명”, “4-7명”, “그 이상”에 응답하도록 했다.

여기서는 이들 변인들을 통해 경로분석을 시도하기로 하는데, 불성실하고 무응답이 많은 응답자 6명을 제외하여 794명을 최종 분석대상으로 했다.

IV. 분석결과

연구모델의 분석에 앞서 먼저 조사대상자의 특성을 살펴보면 <표 1>에 서와 같이 조사대상자의 부모의 교육수준은 거의 절반이 고졸로 대다수를

-
- 6) 사실 회고적 방법은 기억의 미숙이나 현재의 일을 토대로 과거의 일을 기억할 수 있다는 점에서 적절치 못하다고 지적되어 왔다. 회고적 방법보다는 어린 아이들을 조사하기 시작하는 전망적 조사 연구가 바람직하다고 볼 수 있는데, 이는 상당한 시일과 비용이 든다는 단점이 있어, 본 연구에서는 회고적 방법을 선택하였다. 이 연구의 한계가 있다면 이 부분에 있다고 할 수 있으며, 앞으로는 전망적 연구가 있기를 기대한다.

차지했으며, 아버지의 경우 중졸 이하보다는 대졸이상이, 어머니의 경우는 대졸 이상보다는 중졸 이하가 상대적으로 많았다. 아버지의 직업은 전체 응답자 중 109명(13.7%)이 직업이 없다고 응답하였으며, 어머니의 경우는 405명(51%)이 직업이 없다고 응답했다. 경제수준을 알기 위해 가족의 수입을 보면 응답자의 60% 정도가 100만원에서 250만원 사이인 것을 알 수 있었으며, 50만원 이하의 저소득층은 27명(3.4%)을 차지한 것으로 나타났다.

<표 1> 조사대상자들의 특성

		빈도	%
부교육	중졸 이하	166	20.9
	고졸	396	49.9
	대졸 이상	204	25.7
	무응답	28	3.5
모교육	중졸 이하	281	35.4
	고졸	390	49.1
	대졸 이상	93	11.7
	무응답	30	3.8
부직업	없다	109	13.7
	있다	634	79.8
	무응답	52	6.5
모직업	없다	405	51.0
	있다	323	40.7
	무응답	66	8.3
가족수입	50만 이하	27	3.4
	51-100만	74	9.3
	101-150만	180	22.7
	151-200만	187	23.6
	201-250만	110	13.9
	251-300만	64	8.1
	301-350만	36	4.5
	351-400만	18	2.3
	401만 이상	31	3.9
	무응답	67	8.4
총		794	100.0

<표 2>의 본 연구에서 사용할 주요 변인들의 기술적 분석결과를 보면 응답자는 평균적으로 가정에서 부모와의 관계가 좋았으며, 청소년 초기, 중기, 후기에는 큰 변화가 없었다. 비행친구의 경우 초등학교초기 때에는 비행친구가 적은 학생이 많았으나 중학교 이후부터 평균적으로 비행친구 수가 한 명 정도인 것으로 나타났다.

<표 2> 주요 변인들의 기술적 분석결과

	평 균			범 위
	T1	T2	T3	
가정유대	25.73	25.64	26.47	5-25
비행친구	1.40	2.07	1.96	1-5
절 도	0.36	0.47	0.22	0-4
강 도	0.04	0.12	0.13	0-4
폭 행	0.30	0.51	0.37	0-4

비행의 경우를 보면 <표 3>에서도 보듯이 비행의 경험자가 적었으나, 전체적으로 강도의 경우가 매우 적었으며 폭행의 경험자는 상대적으로 많은 것으로 나타났다. 절도는 초등학교, 중학교, 고등학교시기에 경험자가 각각 16.9%, 18.1%, 8.0%인 것으로 나타났고, 강도는 각각 응답자의 1.7%, 5.1%, 4.5%가, 폭행은 12.0%, 21.3%, 14.4%가 경험이 있었던 것으로 나타났는데, 전체적으로 초등학교후반부터 중학교시기에서 비행경험이 다소 많은 것으로 나타났다.

<표 3> 조사대상자들의 고등학교 비행수준

	T1		T2		T3	
	빈도	%	빈도	%	빈도	%
절도 없다	591	74.4	579	72.0	627	79.0
1회	55	6.9	38	4.8	16	2.0

2-3회	40	5.0	38	4.8	17	2.1
4-10회	29	3.7	48	6.0	22	2.8
그 이상	10	1.3	20	2.5	9	1.1
무응답	69	8.7	71	8.9	103	13.0
강도 없다	701	88.3	675	85.0	656	82.6
1회	4	0.5	15	1.9	10	1.3
2-3회	4	0.5	12	1.5	6	0.8
4-10회	2	0.3	9	1.1	11	1.4
그 이상	3	0.4	5	0.6	8	1.0
무응답	80	10.1	78	9.8	103	13.0
폭행 없다	626	78.8	552	69.5	616	77.6
1회	21	2.6	43	5.4	24	3.0
2-3회	40	5.0	69	8.7	41	5.2
4-10회	27	3.4	42	5.3	31	3.9
그 이상	8	1.0	15	1.9	18	2.3
무응답	72	9.1	73	9.2	64	8.1
총	794	100.0	794	100.0	794	100.0

본 연구모델에 대한 분석결과를 살펴보면 <표 4>에서 제시되듯이 가정 요인과 비행과의 상호 영향의 관계가 청소년초기(T1-T2)에서와 청소년후기(T2-T3)에서 모두 유의미하지 못한 것으로 나타났다. 이러한 결과는 가정요인이 청소년비행의 주요 원인이 된다고 보았던 사회통제이론의 논의나 가정요인과 비행의 상호 영향력이 청소년 초반기에서는 특히 강하게 작용할 것이라고 했던 Thornberry의 논의가 지지되지 못했다는 것을 나타낸다.

본 연구결과에서는 청소년초기(T1-T2)의 경우 오히려 가정보다는 비행친구와의 접촉과 비행의 상호 영향력이 더욱 강한 영향력을 갖는다는 것을 제시하고 있어, 어려서 비행친구와 사귀었던 아이들이 중학교시기에 비행을 저지를 가능성이 높으며, 또한 어려서 비행을 시작한 아이는 중학교시기에 비행친구와 사귀는 가능성이 높다는 결과를 제시했다.

그렇지만 본 연구결과는 청소년후기(T2-T3)에 있어서는 비행친구와의 접촉과 비행과의 상호 영향력이 미약하다는 것을 나타내고 있다. 중학교때

비행을 저지른 아이들은 고등학교시기에 비행친구와 접촉할 가능성이 높다는 결과를 제시하고 있지만, 그 관계는 다소 약했고, 중학교때 비행친구와의 접촉은 고등학교시기의 비행을 유의미하게 설명하지는 못해, 중학교때 비행친구와 사귀었던 아이들이 고등학교시기에 비행 가능성이 높다는 결과를 제시하지는 못했다.

이러한 결과는 청소년기의 비행이 비행친구와의 접촉에 의해 비롯될 수 있다는 기존의 많은 논의들을 지지하지 못하는 결과라 할 수 있다. Elliott 등의 많은 경험연구에서는 비행친구의 영향력을 제시했고, Patterson과 Moffitt의 논의에서도 어려서 비행을 시작하면 비행친구와 사귀게 되고 비행친구와 사귀으로써 청소년후기에도 비행을 지속적으로 저지른다고 주장했지만, 이 연구에서는 고등학교때 비행을 하는 것은 비행친구와의 접촉 때문이 아니라 이전의 비행으로부터 크게 영향을 받는다는 결과를 제시해, 오히려 Gottfredson과 Hirschi의 논의가 타당하다는 결과를 나타냈다.

이처럼 본 연구에서는 가정요인이 비행의 원인이 되지 못하며, 비행친구와의 접촉은 청소년초기(T1-T2)의 경우에서만 비행의 원인으로 작용한다는 것을 나타냈다. 청소년후기(T2-T3)에 있어서는 비행친구와의 접촉은 비행의 원인이 되지 못했으며, 청소년기의 비행은 이전의 비행에 의해 크게 설명된다는 결과를 제시했다. 또한 비행을 저지르게 되면 가정에서 부모와의 관계가 약화된다는 결과를 얻지는 못했으나, 비행후 비행친구와 사귀 가능성은 높은 것으로 나타났다.

<표 4> 연구모델의 분석결과(N=794)

	가정(T2)	친구(T2)	비행(T2)	가정(T3)	친구(T3)	비행(T3)
가정(T1)	.709***	.023	.016	.190***	.003	-.038
친구(T1)	-.091	.558***	.296***	.065	.170**	.042
비행(T1)	-.071	.121***	.561***	.069	-.008	.029
가정(T2)				.579***	-.038	-.011
친구(T2)				-.085	.562***	.113
비행(T2)				-.011	.053*	.333***

R-Square	.501	.182	.236	.455	.414	.171
----------	------	------	------	------	------	------

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

V. 결 론

이 연구는 가정, 비행친구, 그리고 비행과의 관계를 다룸에 있어 기존의 다양한 논의들을 검토하고 그들의 논의들을 경험적으로 검증함으로써 어떠한 논의가 타당한지를 살펴보려는 데에 주목했었다. 특히 여기서는 그 관계를 종단적으로 파악하여 청소년연령기별로 가정, 비행친구, 비행간의 전후 관계가 어떻게 상이하게 나타날 것인지를 다루었다.

본 연구에서는 기존의 연구결과와 일치하게 가정과 비행과의 상호 영향력은 발견할 수 없었다. 본 연구에서는 그 관계가 청소년초기에는 나타날 것이라 예측했지만, 가정과 비행과의 유의미한 관계는 나타나지 않았다. 오히려 본 연구결과에서는 비행친구와의 접촉과 비행과의 상호관계가 상대적으로 강하게 작용하는 것으로 나타났다. 즉 가정유대가 비행에 중요할 것이라고 했던 사회통제이론의 논의보다는 비행친구와의 접촉이 비행의 원인이 된다는 차별접촉이론의 논의가 상대적으로 우세하였으며, 아울러 비행친구와의 접촉은 이전의 비행에 의해 이루어지기도 한다는 결과를 제시해 비행친구와 비행과는 상호 영향의 관계가 있다는 Thornberry의 논의가 지지되는 결과를 제시했다.

그렇지만 본 연구에서는 비행친구와 비행간의 상호관계는 청소년초기에서만 발견되었다. 청소년후기에서는 비행친구의 비행에 대한 영향력은 나타나지 않았고, 그 역관계만이 나타났다. 즉 중학교때 비행을 저지른 아이가 고등학교때 비행친구와 사귀는 가능성이 높다는 결과가 있기는 했지만, 고등학교시기에 비행을 저지르는 것이 이전에 비행친구와 사귀었기 때문은 아니라는 것이 본 연구에서는 밝혀졌다. 즉 고등학교때의 비행은 비행

친구와 상관없이 어릴 때 비행을 시작한 아이들이 그 가능성이 매우 높음을 제시하고 있는데, 이러한 결과는 Patterson과 Moffitt의 초기진입자에 대한 논의보다는 Gottfredson과 Hirschi의 논의와 일치하는 결과였다. 이처럼 본 연구에서는 청소년초기에는 비행친구와 비행간의 상호 영향력을 상정한 Thornberry의 논의가, 청소년후기에는 Gottfredson과 Hirschi의 논의가 타당하다는 것을 알 수 있었다.

본 연구에서는 청소년후기에 있어서는 비행친구와의 접촉이 비행의 원인이 되지 못한다는 결과를 제시했다. 이는 이전의 비행의 경험을 통제했기 때문인 것으로 보여진다. 그렇지만 본 연구결과에서는 제시하지 않았지만 청소년기에 비행을 시작한 후기진입자들의 경우는 비행친구와의 접촉으로 인해 고등학교때 비행을 시작한다는 결과를 보여, 후기진입자의 경우는 차별접촉이론과 Patterson과 Moffitt의 논의가 지지된다는 것을 나타냈다. 즉 청소년비행을 설명함에 있어서는 지속적인 비행인지, 아니면 청소년기때의 첫 비행인지를 구분하여 설명할 필요가 있다는 것을 말해주고 있다.

또한 청소년비행이 지위비행인지, 아니면 다소 심각한 비행인지에 따라 가정, 비행친구의 영향력은 달라질 수 있을 것이라고 볼 수도 있다. 고등학교때 이루어지는 사소한 지위비행의 경우는 부모와의 관계에서 오는 불만, 부모의 관심 부족, 혹은 비행친구와의 접촉에 의해 저질러질 수 있다. 기존의 경험연구들은 이를 구분하지 않아 비행친구의 영향력이 있었던 것으로 보여지는데, 다소 심각한 비행을 고려했던 본 연구의 경우는 어려서부터의 과거 비행이 그 주요 요인이 된다는 것을 알 수 있었다.

본 연구를 통해 볼 때 어떠한 이론도 정확하게 지지되지는 못했지만 청소년기때의 다소 심각한 비행은 가정과 비행친구보다는 어려서의 비행이 주요 원인으로 작용한다는 것을 알 수 있었다. 본 연구에서는 밝히지 않았지만 차후 분석결과를 보면 Gottfredson과 Hirschi, 그리고 Thornberry, Patterson과 Moffitt도 주장했듯이 어릴 때의 초기 비행은 초등학교초기의 가정환경과 상관관계가 높다는 결과를 보이고 있어($r=-.105, p<.01$), 아이들이 어릴 때 부모의 역할은 매우 중요하다는 것을 확인할 수 있었다. 이

렇게 볼 때 바늘도둑이 소도둑이 된다는 속담이 있듯이 바늘도둑을 막는 가정에서의 조기 예방책이 청소년비행의 문제를 막는 보다 중요한 최선책이 될 수 있다고 할 수 있을 것이다.

참고문헌

- 이성식. 1999. 비행친구와 비행과의 관계: 통합론적 논의를 중심으로. 형사정책연구 제38호 193-221.
- Agnew, R. 1991. A Longitudinal Test of Social Control Theory and Delinquency. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 28:126-56.
- Elliott, D.S., D. Huizinga, and S.S. Ageton. 1985. *Explaining Delinquency and Drug Use*. Beverly Hills, CA: Sage.
- Elliott, D.S. and S. Menard. 1996. Delinquent Friends and Delinquent Behavior: Temporal and Developmental Patterns. In J.D. Hawkins(ed.), *Delinquency and Crime*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Evans, T.D., F.T. Cullen, V.S. Burton, R.G. Dunaway, and M.L. Benson. 1997. The Social Consequences of Self-Control: Testing the General Theory of Crime. *Criminology* 35:475-501.
- Farrington, D.P. and J.D. Hawkins. 1991. Predicting, Participation, Early Onset, and Later Persistence in Officially Recorded Offending. *Criminal Behavior and Mental Health* 1:1-33.
- Gottfredson, M.R. and T. Hirschi. 1990. *A General Theory of Crime*. Stanford, Calif.: Stanford University Press.
- Hirschi, T. 1969. *Causes of Delinquency*. Berkeley: University of California Press.
- Jang, S.J. 1999. Age-Varing Effects of Family, School, and Peers on Delinquency: A Multilevel Modeling Test of Interactional Theory.

- Criminology 37:643-85.
- Johnson, R.E. 1979. *Juvenile Delinquency and Its Origin*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LaGrange, R.L. and H.R. White. 1985. Age Differences in Delinquency: A Test of Theory. *Criminology* 23:19-45.
- Lipsey, M. and J. Derzon. 1998. Predictors of Violent or Serious Delinquency in Adolescence and Early Adulthood: A Synthesis of Longitudinal Research. In R. Loeber and D. Farrington (eds.), *Serious and Violent Juvenile Offenders: Risk Factors and Successful Interventions*. Thousand Oaks, Calif.: Sage.
- Matsueda, R.L. 1982. Testing Control Theory and Differential Association: A Causal Modeling Approach. *American Sociological Review* 47:489-504.
- Matsueda, R.L. and K. Anderson. 1998. The Dynamics of Delinquent Peers and Delinquent Behavior. *Criminology* 36:269-308.
- Moffitt, T.E. 1993. Adolescent-Limited and Life-Course Persistent Antisocial Behavior: A Developmental Taxonomy. *Psychological Review* 100:674-701.
- Nagin, D.S., D.P. Farrington, T.E. Moffitt. 1995. Life-Course Trajectories of Different Types of Offenders. *Criminology* 33:111-39.
- Paternoster, R. and R. Brame. 1997. Multiple Routes to Delinquency? A Test of Developmental and General Theories of Crime. *Criminology* 35:49-84.
- Patterson, G.R., B.D. DeBaryshe, and E. Ramsey. 1989. A Developmental Perspective on Antisocial Behavior. *American Psychologist* 44:329-35.
- Piquero, A., R. Paternoster, P. Mazerolle, R. Brame, and C.W. Dean. 1999. Onset Age and Offense Specialization. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 36:275-99.
- Pratt, T.C. and F.T. Cullen. 2000. The Empirical Status of Gottfredson and

- Hirschi's General Theory of Crime: A Meta-Analysis. *Criminology* 38:931-64.
- Simons, R.L., C. Wu, R.D. Conger, and F.O. Lorenz. 1994. Two Routes to Delinquency: Differences between Early and Late Starters in the Impact of Parenting and Deviant Peers. *Criminology* 32:247-76.
- Sutherland, E.H. 1947. *Principles of Criminology*. Philadelphia: Lippincott.
- Thornberry, T.P. 1987. Toward an Interactional Theory of Delinquency. *Criminology* 25:863-91.
- Thornberry, T.P., A.J. Lizzote, M.D. Krohn, M. Farnworth, and S.J. Jang. 1991. Testing Interactional Theory: An Examination of Reciprocal Causal Relationships among Family, School, and Delinquency. *Journal of Criminal Law and Criminology* 82:3-35.
- Thornberry, T.P., A.J. Lizzote, M.D. Krohn, M. Farnworth, and S.J. Jang. 1994. Delinquent Peers, Belief, and Delinquent Behavior: A Longitudinal Test of Interactional Theory. *Criminology* 32:47-83.

Causal Relationships among Family, Delinquent Peers and Delinquent Behavior.

Lee, Seong-Sik

(Professor, Department of Police Administration, Keimyung University,
Ph.D. in Sociology)

This study examines the reciprocal relationships among family, delinquent peer associations, and delinquent behavior. Few studies have examined whether the importance of family and peers in the etiology of delinquency over the development of adolescence. This study tests several competing hypotheses. Results show that family and delinquent behavior are not reciprocally related, while delinquent peer associations and delinquent behavior are significant related. However, those reciprocal relationships are found only from early to middle adolescence, but the effect of peer associations on delinquency is not significant at later stage. For later ages of adolescence, the effect of delinquency on delinquent peer associations is nevertheless strong and delinquency is mainly explained by prior delinquency. Those findings support the hypothesis derived from Gottfredson and Hirschi.

부모의 훈육과 비행의 관계 연구

전 영 실*

I. 서론

청소년비행에 있어서 가족적 요인의 중요성은 가족이 가장 중요한 사회화기관이라는 점에 근거해서 생각해 볼 수 있다. 가정을 통하여 자녀는 다른 사람과 관계를 맺게 되며, 그로부터 자신과 타인, 사회에 대한 태도를 형성하고, 이를 기반으로 행동을 하게 된다. 가족의 사회화 역할에 대한 강조는 사회학자에 의해서도 이루어지고 있으며(Parsons, 1955), 결혼에 대한 이론적 연구들을 통해서도 설명되고 있다(Gove and Crutchfield, 1982: 301). 가족이 자녀의 사회화에 중요한 역할을 한다는 것은 가족이 비행의 원인을 파악하는데 있어서 중요한 요인이 된다는 점을 시사한다. 즉 가족이 자녀의 인성, 행동발달에 중요한 역할을 하므로 가정 내에서의 사회화가 제대로 되지 않을 때 부정적인 결과-비행-가 발생할 수 있는 것이다. 이렇듯 가족적 요인과 비행간의 관계는 부모의 사회화, 즉 부모의 자녀양육을 중심으로 살펴 볼 수 있다.¹⁾ 이는 부모의 긍정적인 사회화는 자녀의 친사회적인 행동발달을 가져올 수 있지만, 적절한 사회화의 실패는 반사회적 행동, 비행과 관련될 수 있다는 고려에서이다.

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 사회학박사

1) 비행에 대한 연구에서 자녀양육에 대한 강조는 경험적 연구, 이론적 논의 등에서 이루어지고 있다. 경험적 연구의 경우를 보면 로에버 등(Loeber and Loeber, 1986)의 경우 기존의 경험적 연구들에 대한 검토를 통해 사회화변수가 청소년비행에 대해 가장 강력한 예측인자라는 것을 발견하였다. 이론적 논의로는 허쉬(Hirschi, 1969)의 사회통제이론, 패터슨(Patterson, 1982)의 강압이론, 갓프레드슨과 허쉬(Gottfredson and Hirschi, 1990)의 자기통제이론(self-control theory) 등이 자녀양육의 중요성을 강조하고 있다.

자녀양육의 차원은 이론적 논의나 경험적 연구를 통해서 두가지 갈래가 있는 것을 알 수 있는데, 심리적 측면에 속하는 부모-자녀간의 애착과 부모의 직접적인 훈육이 그것이다.²⁾ 이 중에서 애착과 비행간의 관계는 어느 정도 연구가 이루어졌지만 부모의 훈육과 비행간의 관계는 패터슨(Patterson, 1982)의 강압이론(coercion theory)의 등장이후에 점차로 관심의 대상이 되고 있는 영역이다. 강압이론은 비행연구에서 그동안 간과되어 왔던 부모의 자녀관리방식의 중요성을 보여주고 있는데, 이러한 부모의 훈육담당자로서의 역할은 부모의 역할로서 중요하게 고려되어야 할 것이다. 부모가 자녀를 적절하게 훈육하는 것은 자녀에 대한 애정적 유대 못지 않게 중요하기 때문이다. 부모의 훈육방식에 관한 경험적 연구는 부모의 적절한 자녀훈육모형을 구성하는데 기초가 될 것이다.

이러한 맥락에서 이 연구에서는 애착과 더불어 자녀양육의 한 축이 될 수 있는 부모의 훈육과 자녀비행간의 관계에 대해 살펴보고자 한다. 이와 더불어서 자녀의 규범, 가치의 내면화가 갖는 매개효과를 알아보고자 한다. 부모의 훈육방식은 자녀가 규범, 가치를 내면화하는데 관련되며, 이를 통해 자녀의 행동과 관련될 수 있을 것이다. 가장 친밀한 일차집단인 가정 내에서 부모-자녀간의 상호작용은 자녀의 태도, 즉 가치나 규범의 내면화에 영향을 미칠 것이다. 훈육과 비행에 대한 기존의 연구들은 대부분 이러한 점을 고려하지 않고 부모의 사회화와 자녀의 비행간의 직접적인 관계만을 다루었으며, 그 사이에 매개될 수 있는 요인에 대한 고려를 별로 하지 않았다. 즉 비행연구에서 부모의 사회화와 자녀의 내면화의 관계에 대해서 파악하지 못하고 있다. 이는 부모의 자녀양육이 비행에 미치는 과정에 대한 설명을 하지 못한다는 점에서 한계를 지니는 것이다. 이 연구에서는 기존의 이론적 논의나 경험적 연구들이 갖는 한계를 고려하여 부모의 훈육과 자녀의 내면화, 비행간의 관계를 살펴보고자 한다. 이를 위해 이론적 논의를 통하여 모형을 구성하고 이에 대한 경험적 연구를 수행하고자

2) 나이(Nye, 1958), 웰스와 랭킨(Wells and Rankin, 1988) 등은 자녀양육의 중심적인 두 차원인 애착과 훈육에 대해 각각 간접통제(indirect control)와 직접통제(direct control)라는 개념을 사용하기도 한다.

한다. 이러한 연구를 통해 자녀의 비행과 관련되는 부모의 훈육방식을 보다 구체적으로 파악해 볼 수 있을 것이다. 이는 부모의 훈육방식이 비행통제에 주된 기능을 한다고는 볼 수 없지만, 한 방법이 될 수 있음을 보여 줄 것이다.

II. 부모의 훈육과 비행의 관계에 대한 논의

여기서는 초기부터 최근까지의 부모의 훈육과 비행의 관계에 대한 논의를 살펴보고자 한다. 그리고 이러한 논의에 대한 검토를 통해 이 연구의 모형을 구성해 보고자 한다.

1. 초기의 논의들

부모의 훈육과 비행의 관계에 대한 초기의 대표적인 경험적 연구는 글루엑 부부(Glueck and Glueck, 1950)의 연구에서 찾아 볼 수 있으며, 이론적 고찰은 나이(Nye)의 초기통제이론에서 찾아 볼 수 있다.

먼저 글루엑 부부(1950)의 연구 중에서 훈육과 관련되는 부분을 검토해 보기로 한다. 이들은 부모의 훈육(discipline)이 중요하다는 것을 강조하였으며, 훈육이 어떤 다른 가족특성보다 비행과 밀접하게 관련됨을 발견하였다. 이들은 부모의 훈육이 자녀로 하여금 옳고 그른 것의 차이에 대해 명확하게 개념을 갖도록 하는데 있어서 매우 중요하다고 보았다. 이는 이 연구에서 논의하는 바와 같이 훈육이 자녀의 가치의 내면화에 관련됨을 시사해 주는 것이다. 이들은 비행소년과 일반소년에 대한 연구에서 비행소년의 어머니는 일반소년의 어머니에 비해 훈육이 느슨하고 감독을 제대로 하지 못하는 비율이 더 많다는 것과, 비행소년의 아버지가 일반소년의 아버지에게 비해 지나치게 엄격한 경우가 더 많다는 것을 발견하였다. 또한 비행소년의 부모는 일반소년의 부모에 비해 훈육방식이 일관성없이 변덕스

럽다는 것을 발견하였다. 글루엑 부부의 경험적 연구로부터 부모의 처벌방식, 감독이 비행과 관련된다는 것을 알 수 있다. 이들의 처벌과 감독에 대한 논의는 비행과 관련되는 부모의 훈육요인과 관련하여 기초적인 설명은 되지만, 명확한 개념설정은 이루어지지 않은 것이라고 볼 수 있다. 또한 부적절한 훈육이 비행과 관련되는 이유나 효과적인 훈육의 방법 등에 대한 설명은 하지 못하고 있다.

다음으로 나이의 초기통제이론을 살펴보면, 나이(1958)의 초기통제이론은 통제의 유형을 개념화하면서 보다 구체적으로 각각의 통제유형이 비행과 관련됨을 설명하였다. 그는 비행을 억제하는 사회통제를 세 가지의 범주, 즉 직접통제(direct control), 간접통제(indirect control), 내면적 통제(internal control)로 분류하였다. 이 중에서 훈육을 의미하는 것은 직접통제의 개념이다. 이것은 잘못된 행위에 대해 처벌하거나 위협하고, 순응에 대해서는 부모가 보상하는 것 등을 내용으로 한다. 나이는 가족이 직접통제의 가장 중요한 기관이라고 보았다. 부모는 자녀의 외출을 제한하거나 일정한 행동을 금하고, 규칙위반에 대해서는 처벌을 함으로써 직접적인 통제를 하게 된다. 이러한 직접통제는 순응에 대한 보상을 통해서도 이루어진다. 나이는 직접통제가 자녀의 비행을 억제할 수 있지만, 이 직접통제는 자녀의 비행이 드러나고 가족의 통제가 이루어질 수 있는 상황 하에서만 효과적이라는 점에서 효과의 한계가 있다고 보았다(Nye, 1958: 7).³⁾

나이는 이렇듯 부모가 자녀에 대해 직접적으로 규제하거나 통제하는 것을 직접통제의 개념으로 설명하였으며, 구체적으로 가족변수들과 비행간의 관계를 경험적 연구를 통하여 검증해 보았다. 그러나 개념설명과 경험적 분석은 연결되지 못하였다. 즉 그의 직접통제의 개념을 직접적으로 측정하지는 못하였다.

나이의 초기 통제이론은 부모의 훈육을 직접통제라는 통제유형의 하나

3) 나이가 분류한 통제의 유형 중 간접통제와 내면적 통제를 보면, 간접통제는 청소년이 자신의 비행이 부모나 그 밖의 친밀한 관계에 있는 다른 사람에게 고통과 실망을 가져다 주기 때문에 비행을 삼가게 되는 것을 말한다(Nye, 1958: 6). 내면적 통제는 청소년의 양심이나 죄의식이 비행을 억제하는 것을 의미한다(Nye, 1958: 71).

로서 구체적으로 개념화하였다는 점에서 의의를 찾을 수 있다. 그렇지만 그의 연구는 한계를 지니고 있는데, 첫째, 통제유형구분을 경험적 분석에 연결시키지 못하였다는 점이다. 즉 나이는 직접 통제의 개념은 설명하였지만 이를 경험적 연구에서 정교화 시켜서 연구하지는 못하였다. 따라서 직접통제가 비행에 미치는 영향에 대해 명백하게 설명해 주고 있지 못하다. 둘째, 통제유형간의 관계에 대해서도 설명하지 못하고 있다. 직접, 간접 통제유형은 부모가 하게 되는 것이며, 내면적 통제는 자녀가 형성하는 것이라고 볼 수 있다. 그러나 나이는 이러한 통제유형간의 인과 관계에 대해서는 언급하지 못하고 있으며, 각 통제유형이 최소한의 정도로 필요하다는 입장을 보였다. 나이의 초기 논의 이후에 나이의 개념에 의하면 직접 통제에 해당하는 훈육에 대한 논의는 패터슨의 강압이론을 통해 발전되었다.

2. 강압이론에서의 논의

강압이론은 사회학습이론의 2세대라고 볼 수 있다(Larzelere and Patterson, 1990: 305). 이 이론은 부모의 관리(parental management)를 비행의 중요한 요인으로 보는 비행에 대한 이론이다(Hirschi, 1983: 55; Larzelere and Patterson, 1990: 301). 부모의 관리자로서의 기능에 대한 인식과 이것이 자녀의 사회성발달에 미치는 효과에 대한 고찰은 그 역사가 그리 길지 않으며, 최근 들어 활발히 논의가 되고 있다(Patterson, 1982; Patterson & Stouthamer-Loeber, 1984; Rankin and Wells, 1990; Larzelere and Patterson, 1990; Capaldi and Patterson, 1996).

강압이론은 부모의 관리가 비행에 있어서 중요한 역할을 한다고 본다.⁴⁾ 특히, 이 이론은 숙련되지 못한 부모가 의도하지 않게 자녀의 반사회적 행동을 강화하며, 자녀의 문제행동에 대한 효과적인 처벌을 하는데 실패한다

4) 패터슨의 훈육, 부모의 관리에 대한 논의는 앞서 살펴 본 글루엑부부의 훈육, 나이의 직접 통제 개념과 상응하는 것이다. 또한 이러한 패터슨의 개념을 직접 통제라는 개념으로 부르기도 한다(예, Wells and Rankin, 1988; Rankin and Wells, 1990; Sampson and Laub, 1995 등).

고 가정한다(Patterson, 1982; Larzelere and Patterson, 1990; Sampson and Laub, 1995). 이러한 부모의 부적절한 자녀관리는 자녀의 반사회적 행동, 비행의 유발요인이 되는 것이다. 이렇듯 강압이론에서는 부모가 자녀의 행동을 관리하는 것의 중요성이 강조된다. 패터슨(1982)은 자녀에 대한 관리를 효과적으로 하기 위해서는 높은 수준의 기술이 필요한데, 반사회적 자녀의 부모는 이런 기술 중 한가지 이상을 결여하고 있다고 본다. 그가 말하는 효과적인 관리는 다음의 가족 관리변수들로 설명된다.

첫째, 규칙의 존재(rule setting)를 들 수 있다. 부모가 자녀를 효과적으로 관리하기 위해서는 가정내에 규칙이 존재해야 한다고 보는 것이다. 그의 가설은 규칙이 불충분한 가정의 경우 자녀가 반사회적인 경향이 있다는 것이며, 연구결과는 가설을 지지하는 것으로 나타났다(Patterson, 1982: 221-222). 둘째, 부모의 감독(monitoring)을 들 수 있다(Patterson, 1982: 220). 이것은 자녀의 친구관계, 자유시간 활동, 집밖에 있을 때 어디에 있는지에 대한 부모의 자각을 말한다. 부모의 관리자로서의 역할 중 특히 주목을 받고 있는 것이 이 감독자로서의 역할이다. 자녀가 부모나 다른 성인과 직접 접하며 보내는 시간의 양은 자녀가 성장함에 따라서 감소하게 된다. 이에 따라서 감독은 자녀가 청소년기 이전에서 청소년기로 감에 따라 반사회적 행동, 비행에 있어 점차적으로 중심적 역할을 하게 된다. 패터슨은 경험적 연구를 통해서 반사회적 자녀의 부모가 자녀행동을 감독하는 경향이 적다는 것을 발견하였다(Patterson, 1982: 223). 셋째, 부모의 상벌(sanctions), 즉 부정적 행동에 대한 처벌이나 긍정적 행동에 대한 강화를 들 수 있다. 강압이론에 의하면 반사회적 자녀의 부모는 자녀의 친사회적 행동이나 이탈행동에 대한 반응에 있어서 유관적이지 못한(non-contingent) 경향이 있다. 이들의 부적절한 처벌사용은 반사회적 자녀행동의 중요 결정인자가 되며, 부적절한 긍정적 강화사용은 자녀의 기술결핍의 중요한 결정인자가 되는 것이다. 반사회적 자녀의 부모는 명확한 기준보다는 감정에 따라 보상하거나 처벌하는 경향이 있는 것이다(Patterson, 1982: 225). 넷째, 문제해결(problem solving) 능력이 있다. 그는 위기나 갈등상황에서는 문제를 중립적인 말로 설명하고, 어떻게 변화되기를 바라는지를 분명하게

말하고, 상대방에 대해 장점을 말하면서 요청을 하는 것 등이 문제해결을 위해서 필요하다고 본다(Patterson, 1982: 229-230). 이상에서 패터슨의 네 가지 관리변수들을 살펴보았다. 패터슨의 강압이론은 반사회적 자녀가 있는 가정에 대한 관심으로 시작하였으며, 이를 통해 반사회적 행동과 비행의 예방을 위한 부모의 관리변수들을 파악한 것이다.

패터슨은 관리를 제대로 하지 못하는 부모는 부모의 역할에 애착되어 있지 않은 것을 보여 주는 것이라고 설명한다(Patterson, 1982: 262). 패터슨은 심각한 반사회적인 자녀가 있는 가족에 대한 치료를 통해서 자녀의 반사회적 행동을 예방하기 위한 가장 효과적인 수단은 가족구성원, 특히 부모를 훈련시키는 것이라고 설명하였다. 그는 관리기술은 “가르치기 쉬운”(teachable) 것이라는 가정 하에, 반사회적 자녀의 부모가 이런 기술들을 학습한다면 자녀의 일탈행동은 실제로 감소될 수 있을 것이라고 보았다(Patterson, 1982: 304). 이는 부모의 관리는 부모를 대상으로 한 교육을 통하여 향상될 수 있음을 보여주는 것이다.

강압이론에서는 이렇듯 가정 내에서 부모의 관리가 자녀의 반사회적 행동에 밀접하게 관련이 됨을 설명하면서, 더 나아가서 이러한 반사회적 행동이 다른 환경에서 발달해가는 과정 또한 설명하고 있다. 이 이론에 의하면, 비순응적이고 공격적인 행동은 가정에서 학습되고, 학교 등의 환경에서 일반화되며, 이것은 두 가지 질적으로 새로운 문제를 야기한다. 하나는 친사회적인 동료로부터 거부당하는 것이며, 다른 하나는 학업을 제대로 수행하지 못하는 것이다. 이러한 상황에서 그런 자녀는 문제동료와 접촉하게 되는데, 이러한 접촉은 비순응적, 공격적 행동을 더 강화하게 된다. 강압이론에서는 또한 반사회적 행동의 빈도가 심각성과 관련된다고 예측한다. 사소한 반사회적 행동을 많이 하는 소년은 가장 폭력적인 행동을 하는 사람이 될 것으로 예측하는 것이다(Capaldi and Patterson, 1996: 208).

패터슨의 이론을 보면 부적절한 가족의 사회화가 반사회적 행동을 야기하고 비슷한 친구와의 접촉을 갖게 됨으로 반사회적 행동이 계속된다는 식이다. 이는 일반적으로 사회학습이론에서 논의하는 것과 공통적인 것이다. 그러나 차이가 있는데, 그것은 강압이론의 경우 가족이 자녀에게 있어

서 계속적으로 중요하다는 점을 강조하는 것이다. 즉 강압이론에서는 부모가 훈육을 통하여 자녀가 사귀는 친구나 참여활동에 계속적으로 영향을 줄 수 있다는 점을 강조한다.

3. 경험적 연구들에서의 논의

패터슨의 강압이론이후에 나온 경험적 연구들 중 주목할 만한 것은 웰스와 랭킨(Wells and Rankin, 1988)의 연구이다. 이들은 패터슨(1982)의 부모의 관리변수를 직접통제라는 개념을 사용하면서 재개념화 하였다. 이들은 직접통제의 세 요소를 규범적 규제, 감독, 처벌이나 훈육 등으로 재개념화 하였다. 세 번째 요소는 부모가 자녀의 일탈행동에 대해서 부정적 제재를 하거나 순응행동에 대해 긍정적 제재를 하는 것을 말한다(Wells and Rankin, 1988: 269). 이들은 처벌, 훈육을 1) 규제/제한(자녀의 친구나 활동을 부모가 결정하는 정도를 측정) 2) 엄격성 3) 처벌의 유관성(잘못된 행동을 부모가 처벌하지 않고 무시하는 정도) 4) 징벌성(소리치는 것부터 때리는 행동을 하는 빈도)을 통해 파악하였다. 이들은 처벌의 다양한 측면 중에서 패터슨의 논의와 같이 처벌의 빈도와 심각성이 아닌 일관성, 유관성이 중요하다고 주장한다(Wells and Rankin, 1988: 270). 이들은 기존의 연구들이 직접통제의 중요성을 간과한 것은 개념설정을 제대로 하지 못했기 때문이라고 보면서 위와 같은 재개념화를 통해 경험적 연구를 한 결과 애착의 효과를 통제할 때에도 부모의 직접통제가 다양한 비행과 유의미한 관계가 있음을 밝혀내었다. 또한 직접통제와 비행간의 관계는 단순하지도, 직접적이지도, 선형적이지도 않다는 것을 지적하였다. 예를 들면 부모의 엄격성의 경우, 중간정도의 수준에서 가장 비행이 적었으며, 엄격성이 높거나 낮은 경우에는 비행을 더 많이 저지르는 것으로 나타났다. 나머지 세 가지 변수의 경우 비행에 대해 일반적으로 선형적인 관계를 보이지만, 규제/제한의 경우 대부분의 비행유형과 관계가 약했으며, 일관된 방향을 보이지 않았다. 징벌성의 경우 수준이 높아짐에 따라 비행수준도 높은 것으로 나타났으며, 이는 이전 비행수준을 통제했을 때에도 지속되었다. 이러

한 웰스와 랜킨의 논의는 그동안 간과되었던 부모의 훈육이 애착못지 않게 중요함을 보여주기 위한 연구였다. 또한 이 연구는 나이의 직접통제 개념에서 시작하여 패터슨의 부모의 관리변수를 '직접통제'로 재개념화 하면서 정교화 하였다는 점에서도 의의가 있을 것이다. 그러나 이러한 논의는 부모의 직접 통제가 비행에 미치는 직접적인 효과만을 다루었으며, 부모의 자녀양육 즉 부모의 사회화가 자녀의 태도형성 즉 자녀의 내면화에 어떤 영향을 미치는지, 그리고 태도를 매개로 하여 비행에 미치는 영향이 어떠한지에 대해서는 파악하지 못하고 있다.

웰스와 랜킨의 연구 이외에도 강압이론에서 강조하는 훈육과 비행에 대한 경험적 연구들은 부모의 훈육이 자녀의 비행에 중요성을 가짐을 보여 준다. 이러한 경험적 연구들을 검토해 보면, 두 가지를 알 수 있는데, 하나는 부모의 관리변수 중에서 감독과 처벌이 자녀의 반사회적 행동, 비행에 중요성을 가진다는 점이며, 둘째는 상황적 변수가 부모의 관리에 영향을 미칠 수 있다는 점이다.

먼저, 부모의 관리변수 중 감독과 처벌의 중요성을 보여주는 연구들을 보면, 이러한 연구들 중에는 부모의 관리변수들이 자녀의 친사회적/반사회적 행동에 선택적으로 관련된다는 것을 보여주는 것들이 있다(Patterson and Loeber, 1984; Patterson, 1986). 이러한 연구들에서는 감독과 처벌이 문제해결능력이나 긍정적 강화에 비해 비행과 더 관련되는 것으로 나타났다. 반면에 문제해결능력이나 긍정적 강화는 친사회적 행동과 관련되는 것으로 나타났다. 감독과 처벌이 비행에 관련된다는 결과는 다른 연구에서도 찾아볼 수 있다(Dishion, Patterson, Stoolmiller, and Skinner, 1991). 이 외에도 감독과 처벌 각 요인을 강조한 연구들이 있는데, 주로 감독의 중요성을 다룬 것들이 많다. 부모의 감독의 중요성을 다룬 연구들을 보면, 비행 억제에 있어서 감독의 중요성이 종단적·횡단적 연구들을 통해 지지되고 있음을 알 수 있다(McCord, 1979, 1991; Wilson, 1980). 맥코드(1979)는 종단적(longitudinal) 연구를 통하여 감독과 비행간의 부적인 관계를 밝혀내었으며, 윌슨(1980)은 횡단적 연구를 통해서 감독이 반사회적 행동의 다양성, 빈도와 관련됨을 발견하였다. 윌슨은 범죄율이 높은 지역에서 청소년

년 행동에 대한 부모감독의 효과는 사회적 환경보다 더 중요하다는 것을 발견하였다. 특히 그는 부모의 감독과 관련될 수 있는 요인을 파악하였는데, 그것은 만성적 스트레스, 실업, 빈곤 등 사회적 요인과 현대사회에서 자녀에 대해 허용적인 경향 등이다. 처벌과 비행간의 관계를 다룬 연구를 보면, 스트라우스(Straus, 1991)의 연구에서는 부모의 처벌이 처벌의 방식 으로서는 비효과적이라는 것을 보여준다. 브라운(Brown, 1984)의 연구에서는 극단적인 처벌의 종류라고 볼 수 있는 학대와 비행의 관련성을 파악하였는데, 여기서는 정서적 학대와 유기가 자녀의 비행과 정적인 관계를 갖는다는 것을 발견하였다.

다음으로, 경험적 연구들 중에는 상황적 변수의 부모 관리에 대한 영향을 다룬 연구도 있다. 이와 관련하여 강압이론은 부모의 관리에 대한 강조에서 더 나아가서 최근에는 상황적 변수(스트레스, 이혼, 사회경제적 지위, 부모의 반사회적 특성 등)의 자녀적응에 대한 영향에 관심을 갖고 있다. 그리고 이러한 상황적 변수의 자녀적응에 대한 효과는 부모의 관리를 통하여 중재된다는 것을 보여주었다(Larzelere and Patterson, 1990). 이러한 연구는 부모의 관리가 상황적 변수들에 의해 영향을 받을 수 있음을 보여주는 것이며, 부모가 관리를 잘 하기 위해서는 상황적 요인이 어려운 가정에 대한 지원이 필요함을 시사해 주는 것이다.

이상의 연구들을 보면 부모의 관리변수-특히 감독과 처벌-가 자녀의 비행에 실제로 영향력이 있음을 알 수 있다. 강압이론에서는 이렇듯 부모의 부적절한 관리방식으로 자녀의 반사회적 행동, 비행이 강화될 수 있음을 설명하는데, 이러한 논의를 토대로 적절한 관리가 비행가능성을 감소시킬 수 있다는 논의를 이끌어낼 수 있다.

4. 부모의 훈육, 내면화, 비행의 관계를 다루는 논의

앞에서 강압이론 및 이와 관련된 경험적 연구들에 대해 살펴 보았는데, 이러한 논의들은 비행연구에서 별로 다루어지지 않았던 부모의 관리에 대해 강조하며, 이러한 관리가 비행과 어떻게 관련되는지를 설명해 준다는

점에서 장점이 있다. 그러나 강압이론에서는 부모의 관리가 자녀의 반사회적 행동, 비행에 미치는 직접적 영향만을 다루며, 부모의 관리가 자녀의 태도에 미치는 영향에 대해서는 다루지 못하고 있다. 이러한 한계로 인해 부모의 관리가 자녀의 비행에 대해 직접적으로 미치는 효과와 자녀의 내면화를 통하여 비행에 미치는 간접적인 효과 또한 파악할 수 없다. 그러나 부모의 훈육과 자녀의 내면화, 자녀비행의 관계와 관련된 논의들이 시도되는데, 이는 강압이론에서 논의한 부모의 관리변수와 비행간의 관계설명을 보다 확대할 수 있는 근거가 될 수 있다.

먼저 부모의 훈육이 자녀의 내면화에 관련된다는 논의가 있다. 앞에서 살펴 본 강압이론 및 그 경험적 연구를 통해서 부모의 자녀행동에 대한 관리가 자녀의 비행에 관련되는 것을 볼 수 있었다. 그리고 부모의 관리가 자녀의 내면화에 관련된다는 논의를 통해 내면화의 매개효과를 생각해 볼 수 있다. 강압이론의 경우 부모의 관리변수가 자녀의 내면화에 미치는 영향에 대해서 직접적으로 설명하지는 않았지만 부모의 훈육이 자녀의 내면화에 관련된다는 논의들을 기초로 해서도 이를 고려해 볼 수 있을 것이다 (Grusec and Goodnow, 1994; Hoffman, 1994).

그루섹과 굤나우(Grusec and Goodnow, 1994)는 훈육의 결과로 나타나는 자녀의 가치 내면화(internalization)는 부모의 메시지에 대한 자녀의 인지 및 그것에 대한 수용 혹은 거부에 기반하는 것으로 가정한다. 자녀는 부모의 훈육이 적절하다고 판단할 경우에 자신의 행동을 변화시키는 경향이 있다. 자녀는 특정 문제행동에 대해서 그것이 잘못된 이유를 설명하지만, 그 이유는 문제행동에 따라 다르다. 그리고 자녀는 부모가 자신과 같은 이유를 사용하는지의 여부에 기반해서 부모의 적절성을 판단한다. 이러한 적절성에 대한 판단이 자녀의 내면화에 중요하다(Grusec and Goodnow, 1994: 8). 특히 자녀가 성장할수록 부모의 행동에서 부적절하다고 생각하는 부분이 생길 수 있으며, 이러한 상황에서는 부모의 권위를 인정하지 않을 수 있다(Grusec and Goodnow, 1994: 12). 이들은 부모 훈육의 적절성이 자녀가 부모의 메시지를 수용하는지의 여부에 영향을 미친다고 보는 것이다. 이러한 논의는 부모의 관리(훈육)가 내면화에 영향을 미칠 수 있

다는 것을 보여주는 것이다. 호프만(Hoffman, 1994)도 훈육과 자녀의 내면화의 관계에 대해 논의한다. 그는 부모의 훈육이 대부분 힘을 행사하고 애정을 철회하는 속성을 가지고 있다고 논의한다. 이러한 훈육은 자녀로 하여금 자신의 행동이 타인에게 미치는 결과에 대해 관심을 갖게 하며, 그렇기 때문에 부모의 중재는 도덕적 규범의 형성에 있어서 중심적이라고 설명한다(Hoffman, 1994: 27). 특히 이것은 어린 자녀 보다는 상대적으로 큰 자녀에게 해당된다고 설명한다. 이러한 부모의 중재는 대부분 자녀가 타인에 대해 해를 끼칠 때 사용되므로, 이는 적절한 것이라고 인식되어야만 한다. 훈육과 내면화에 대한 논의에 있어서 자녀가 부모의 중재를 적절하다고 인식하는지의 여부는 명확성, 메시지의 일관성, 유사한 중재에 대한 과거 경험과의 관계 등에 의존한다고 본다(Hoffman, 1994: 27).

이러한 논의는 부모의 훈육이 자녀의 내면화에 관련된다는 것을 설명해 주고 있으며, 이 연구에서의 조사대상자들이 되는 고등학생의 경우에는 어린 자녀에 비해 부모의 훈육을 어떻게 인식하는지가 자녀의 내면화에 더 관련될 수 있다는 것을 생각해 볼 수 있다.

다음으로 사회학습이론에서의 논의들을 통해 부모의 자녀행동에 대한 관리가 범위반에 대한 우호적/비우호적 정의를 통하여 비행에 영향을 미치게 된다는 설명이 가능하다.⁵⁾ 앞서서도 언급하였듯이 강압이론은 사회학습이론에 속하는 것이라고 볼 때 부모의 자녀행동에 대한 관리(부모-자녀간의 차별적 접촉, 강화)는 사회학습이론에서 매개변수가 되는 “정의”개념을 통하여 비행에 영향을 미친다는 설명이 가능하다.⁶⁾

5) 패터슨의 강압이론은 랭킨과 웰스(Rankin and Wells, 1990)에 의해서는 아동발달이론(child development theory)으로 분류되기도 한다. 그러나 패터슨은 자신의 이론이 사회학습이론에 속하는 것임을 밝히고 있다(Patterson, 1982; Larzelere and Patterson, 1990).

6) 이를 좀 더 자세히 살펴보기 위해서 서덜랜드(Sutherland)와 에이커스(Akers)의 논의를 보면 다음과 같다.

서덜랜드의 차별접촉이론(differential association theory)은 개인이 범죄를 저지르는 과정에 대한 9개의 명제를 통하여 정리하였으며, 이 중에서 “차별접촉의 원리”로 파악한 것은 6번째 명제, 즉 범위반에 대한 우호적인 정의가 범위반에 대한 비우호적인 정의보다 클 때 개인은 범죄를 저지르게 된다는 것이다. 그는 범위반에 대한 정의는 접촉의 양상(modalities)에 따라 다양하게 나타날 수 있다고 보았다(Sutherland et al, 1992:

부모의 관리, 자녀의 내적 요인, 비행의 관계에 대한 연구는 깁스 등 (Gibbs, Giever and Martin, 1998)에 의해서도 시도되었다. 그러나 이 연구에서는 자녀의 자기통제력(self-control)을 내적 요인으로 설정하였으며, 부모의 자녀행동에 대한 관리보다는 자기통제력에 주된 관심을 두고 이루어졌다.⁷⁾

이상에서 살펴 본 논의들을 통하여 부모의 관리, 내면화, 비행간의 관계들이 고려될 수 있지만, 아직까지 경험적 연구는 거의 시도되지 않았음을 알 수 있다. 이는 부모의 자녀행동에 대한 관리와 비행에 대한 연구가 비교적 최근에 들어서 논의되었기 때문에 아직까지 다양한 연구들이 수행되지 못했다는 점과 훈육과 내면화 논의가 범죄학이 아닌 다른 분야에서 논의되므로 비행과는 관련짓지 못했기 때문일 것이다.

III. 연구모형 및 연구방법

1. 연구모형

이상에서 부모의 훈육과 자녀의 내면화 및 비행간의 관계에 대한 논의

88-90). 이러한 서덜랜드의 차별접촉이론을 가족과 관련해서 살펴보면, 차별접촉이론은 부모-자녀관계의 특성이 “정의”를 통하여 비행에 영향을 준다고 본다(Bruinsma, 1992: 40-41).

에이커스는 순응적/비순응적 사람과의 차별적 접촉이 전형적으로 개인의 행위보다 선행하는 것으로 본다. 여기서 가정을 차별적인 접촉과정에 포함시키고 있다. 접촉, 순응이나 일탈행위에 대한 강화, 순응이나 일탈적 모형, 일탈에 우호적이거나 비우호적인 정의에의 노출 등은 가정에서 먼저 발생한다고 본다(Akers, 1997). 그의 사회학습이론에 따르면 가족내에서의 상호작용, 부모의 훈육은 차별적 접촉, 차별적 강화로 볼 수 있다. 이것은 자녀의 범위반에 대한 우호적/비우호적 “정의”에 영향을 미칠 수 있는 것이다.

7) 이 연구는 간프레드슨과 허쉬(1990)의 자기통제이론을 검증한 연구이다. 자기통제이론은 부모의 자녀양육이 자녀의 자기통제력에 중요하다고 본다. 그러나 이 이론에서는 낮은 자기통제력을 지닌 사람이 범죄를 저지를 가능성이 높다는 것에 주된 관심을 두고 있다. 즉 자기통제력과 범죄와의 관계가 초점이 되며, 경험적 연구들도 대부분 자기통제력과 범죄와의 관계에 관심을 가지고 이루어졌다.

들을 검토해 보았다. 훈육과 비행에 대한 초기의 논의인 글루엑부부의 연구는 개념을 정교화 시키지 못했으며, 나이의 논의는 직접통제 개념을 경험적 연구에 연결시키지 못했다는 점에서 한계를 지닌다. 이후 패터슨(1982)의 강압이론과 이와 관련된 경험적 연구에서 훈육과 비행의 관계가 본격적으로 논의되었음을 알 수 있다. 특히 웰스와 랜킨(1988)의 연구를 통해 훈육(직접통제)의 개념이 보다 정교화 되었음을 알 수 있었다. 그러나 강압이론 및 이와 관련된 경험적 연구들은 부모의 훈육이 비행에 미치는 직접적인 영향만을 다룬다는 점에서 한계가 있다. 이러한 논의는 자녀의 내적인 요인의 매개효과에 대해서 간과하고 있는 것이다. 부모의 훈육은 자녀의 규범의 내면화에 관련될 수 있을 것이다. 또한 자녀의 내면화는 자녀의 비행억제에 중요한 요인이 될 수 있을 것이다.⁸⁾

이러한 점을 고려하여 이 연구에서는 자녀의 내면화를 매개변수로 하여 부모의 훈육과 비행간의 관계를 연구하는 분석모형을 구성하였다.

이러한 연구모형을 위해 먼저 언급할 것은 개념의 문제이다. 이론적 논의를 통해 부모의 훈육개념은 통일되지 못하고 훈육, 부모의 관리, 직접통제 등 다양하게 사용된 것을 알 수 있다. 또한 자녀의 내면화에 대해서도 나이의 경우 내면적 통제, 훈육에 대한 논의에서는 내면화, 사회학습이론에서는 "정의" 등 다양한 개념들이 사용되는 것을 알 수 있다. 여기서는 자녀양육의 차원 중 애착과 더불어 다른 한 축이 될 수 있는 부모가 자녀에게 직접적으로 규제하거나 통제하는 것을 훈육이라는 개념을 통해 사용하고자 하며, 자녀의 가치내면화는 신념이라는 개념을 통해 사용하고자 한다. 자녀의 내적인 요인과 관련해서 나이는 내면적 통제의 개념을 개인이 양심을 발달 시킴으로써 인습을 내면화하는 것으로 설명한다. 그의 개념을 보면, 허쉬의 인습적 가치에 대한 "신념"(belief), 사회학습이론에서의 "정의"(definition) 개념과 통하는 것을 알 수 있다.⁹⁾ 그리고 이러한 내용은 훈육과 내면화의 논

8) 내적인 요인, 규범의 내면화는 자녀의 행동에 중요한 동기가 될 것이다. 이와 관련하여 애그뉴(Agnew, 1991)는 가족적 요인이 청소년의 신념을 통하여 비행에 영향을 준다는 연구들을 검토하였다. 이러한 연구들은 가족변수들이 학교에 대한 애착과 학교생활에 영향을 주고, 가족과 학교변수는 모두 청소년의 신념과 동료관계에 영향을 주며, 비행은 이 모든 변수에 의해 영향을 받는다는 것을 보여주고 있다.

의에서 신념을 중요 요소로 다룬 것과는 통한다. 따라서 사회통제이론의 신념, 사회학습이론의 정의 개념을 포함하는 의미로서 내적인 요인을 설정할 수 있다. 앞서서도 보았듯이 부모의 훈육의 중요성을 강조하는 강압이론은 사회학습이론에 속하는 것으로 볼 수 있다. 강압이론에서는 부모의 관리방식을 언급하면서, 사회학습이론에서 중요하다고 보는 “정의”(definition)개념에 대해서는 언급하지 않고 있다. 그러나 반사회적 행동에 대한 원인을 상호작용의 역할에서 찾으려는 강압이론 역시 사회학습이론의 제2세대이며, 서덜랜드, 에이커스 등의 이론에 따르면 “정의”개념이 중재역할을 하게 된다. 이러한 논의를 통해서 매개 변수를 구성할 수 있다.¹⁰⁾

다음으로 자녀의 내면적 통제를 매개변수로 설정하여 부모의 직접/간접 통제가 비행에 미치는 직접 효과뿐만 아니라 내면적 통제를 통한 간접 효과도 살펴보고자 한다. 이러한 인과관계의 설정은 다음의 근거를 통해서 도출될 수 있을 것이다. 직접통제→내면화→비행의 관계를 통해서 생각해 볼 수 있다. 앞에서 살펴 본 훈육이 내면화에 영향을 미친다는 논의(Grusec and Goodnow, 1994; Hoffman, 1994)와 부모의 관리가 자녀의 내적 요인인 자기통제력을 통하여 비행에 영향을 미친다는 설명과 경험적 연구(Hirschi and Gottfredson, 1990; Gibbs et al, 1998)를 통해 부모의 직접통제가 자녀의 내면화, 비행에 영향을 미친다는 관계를 파악할 수 있다.¹¹⁾

9) 여기서 말하는 내면적 통제(신념, 범위반에 대한 우호적/비우호적 정의)는 개인의 행동에 영향을 미치는 태도변수 중 핵심적인 것이라고 볼 수 있다. 이와 관련하여 애그뉴(1995)의 논의를 보면 다음과 같다. 그는 이론들은 행동을 하게 만드는 동기를 설명하는 것이라고 주장했다. 그는 4가지의 동기(신념, 합리적 평가, 감정, 자유)를 파악했지만, 이것들은 궁극적으로는 신념속에 있는 것으로 보았다. 결과에 대한 합리적 평가, 부정적 감정, 제한으로부터의 자유에 대한 의미부여는 모두 궁극적으로는 개인의 양심속에서 구체화된 옳고 그른 것에 대한 도덕적 신념으로부터 나오는 것이다.

10) 나이의 내면적 통제 개념은 사회통제이론의 “신념”과 사회학습이론의 “정의” 개념과 통하며, 신념과 정의 개념을 동일한 개념으로 보는 논의들이 있다(Marcos, 1986; Costello and Vowell, 1999). 이러한 논의는 신념과 범위반에 대한 정의 개념을 통합할 수 있는 근거가 된다.

11) 참고적으로 자녀양육의 중요한 한 차원인 애착의 경우에도 애착이 내적인 요인(신념)을 통하여 비행에 영향을 미친다는 인과관계의 설정이 논리적인 면에서 설득력이 있으며, 경험적으로도 검증되는 것을 보여주는 연구들이 있다(Wiatrowski et al., 1981; Marcos, 1986; Sokol-Katz et al., 1997; Benda, 1997; Costello and Vowell, 1999).

마지막으로 연구모형구성과 관련하여 두 가지를 언급하고자 한다.

첫 번째는 감독개념을 부모 훈육의 유형으로 분류하는 것과 관련되는 것이다. 부모의 감독이 나이(1958)를 비롯한 페터슨(1982), 랭킨과 웰스(1988)에 의해서는 훈육을 의미하는 직접통제로, 허쉬(1969)에 의해서는 애착의 한 형태로 분류되고 있다. 이 연구에서는 감독을 애착과는 구분되는 부모의 직접적인 훈육의 형태로 분류한다. 허쉬(1969)의 감독개념이 자녀가 감독받는다는 느낌을 준다는 것이지만 이것은 실제 부모의 감독을 반영하는 것이라고 볼 수 있기 때문이다. 또한 이러한 감독은 정서적 친밀도를 나타내는 애착의 다른 하위차원(의사소통, 동일시)과는 구분되는 것이라고 생각하기 때문이다.

두 번째는 이 연구가 부모의 자녀양육이 자녀에게 미치는 효과만을 다루었으며, 부모의 자녀양육방식에 자녀의 특성이 미치는 효과는 고려하지 않았다는 점이다. 이와 관련하여 자녀의 특성이 부모의 훈육방식에 영향을 미치지 않는다는 경험적 연구들도 제시되고 있다(Junger-Tas, 1992; Sampson and Laub, 1995; Heimer, 1997). 이러한 논의들을 토대로, 부모의 훈육에 대한 자녀특성의 영향은 고려하지 않았다.

2. 자료수집

이 연구는 부모의 훈육과 자녀비행간의 관계에 대한 연구를 위해 서울시에서 고등학교 2학년 남학생 600명을 대상으로 한 설문조사를 실시하였다. 이 연구에서는 비행에 미치는 가족적 요인에 초점을 맞춘 연구로 조사대상자의 성과 연령의 효과를 배제하였다. 그 이유는 부모의 자녀양육과 비행간의 관계에 가장 영향을 줄 수 있는 변수가 이 두 변수이기 때문이다(Rankin and Wells, 1990: 161).

설문조사의 표집방법은 서울시를 강남북으로 구분한 후 이를 다시 동서로 구분하여 전체 4개 지역으로 구분한 후 각 지역별로 학교를 표집하였다. 선정된 학교에서는 2학년 한 학급의 학생들을 대상으로 설문조사를 실시하였다. 조사기간은 2000년 9월 20일부터 9월 30일까지 10일간이었다.

3. 주요 변수의 측정

부모의 훈육에 대한 변수는 패터슨(1982), 웰스와 랜킨(1988)의 논의들을 참고로 하여 구성하였으며, 그 내용을 보면 규범적 규제, 감독, 긍정적 강화, 처벌의 강도 및 적절성 등이다. 규범적 규제는 부모가 자녀에 대해 가지고 있는 규칙이나 기준의 정도를 통해 살펴보았다. 규칙의 내용은 기상·취침시간, 귀가시간, 컴퓨터 오락시간, TV시청시간과 공부시간 지정, 용돈액수, 가지 말아야 할 곳 지정, 집에서 해야 할 일 지정, 사귄 수 있는 친구 제한, 옷차림 제한 등이다. 이러한 내용 중에서 조사대상자의 부모가 정해 놓은 것을 모두 응답하도록 하였으며, 그것을 통해 규칙수를 파악하였다. 부모의 자녀에 대한 감독은 허쉬(1969)의 연구에서 사용된 3가지의 항목들로 측정하였다. 구체적인 내용을 보면 '내가 집밖에 있을 때 부모님은 내가 어디 있는지 알고 계신다', '내가 집밖에 있을 때 부모님은 내가 누구와 있는지 알고 계신다', '내가 집밖에 있을 때 부모님은 내가 무엇을 하는지 알고 계신다' 등 세 가지이다. 이 항목들의 신뢰도를 살펴 본 결과 크론바하(cronbach)의 α 값은 .86으로 나타났다. 부모의 자녀에 대한 처벌은 앞의 이론적 논의에서 살펴 본 것과 같이 일관성/유관성과 빈도/강도를 구분해서 살펴보는 것이 필요하다. 먼저 처벌의 한 차원으로 처벌의 적절성을 들 수 있다. 이것은 처벌의 일관성과 유관성, 정당성 등의 하위차원을 통해서 구성될 수 있다. 처벌의 일관성은 두 가지의 문항, 즉 '부모님은 잘못된 행동에 대해 벌주시는 기준이 분명하시다'와 '부모님의 기분에 따라 벌주시는 것이 달라진다'로 측정하였다. 이 중 두 번째 문항은 재부호화 하여서 점수가 높을수록 처벌이 일관적인 것을 나타내도록 하였다. 처벌의 유관성은 자녀의 잘못에 유관하지 않은 처벌이 자녀의 비행통제에 효과적이지 못하다는 의미에서 포함되었다. 달리 말하면 처벌의 유관성이 자녀의 비행통제를 위해서 필요하다는 의미가 된다. 처벌의 유관성은 '부모님은 내가 잘못된 일과는 무관하게 벌을 주실 때가 있다'와 '부모님은 내가 잘못된 것에 비해 지나치게 심한 벌을 주신다'로 측정하였으며, 이 두 항목은 재부호화 하여서 점수가 높을수록 처벌이 유관적인 것을 나타

내도록 하였다. 처벌의 정당성은 ‘나는 부모님으로부터 벌받는 것이 대부분 정당하다고 생각한다’로 측정하였다. 이상에서 살펴 본 처벌의 일관성과 유관성, 정당성을 합해서 처벌의 적절성을 측정하였으며, 이 항목들의 크론바하의 α 값은 .56이었다. 처벌의 강도(strength of punishment)는 처벌의 일관성/유관성과 구분되는 대표적인 차원이라고 볼 수 있다.¹²⁾ 여기서는 처벌의 강도를 ‘부모님은 내가 잘못할 때 때리신다’, ‘부모님은 내가 잘못할 때 고함을 치신다’ 등 2가지의 항목으로 측정하였다. 이 두 항목의 크론바하 α 의 값은 .62로 나타났다. 긍정적 강화는 ‘부모님께서는 내가 잘한 일에 대해서는 칭찬을 하시거나 상을 주신다’는 항목으로 측정하였다.

자녀의 내면화는 앞에서도 언급했듯이 신념을 통하여 측정하였다. 이는 앞에서도 언급하였듯이 “신념”과 “정의” 개념을 동일하게 사용할 수 있다는 논의에 근거해서이다. 또한 훈육과 내면화에 대한 논의에서 규범의 내면화는 앞의 두 개념과 통하기 때문이다. 인습적 가치에 대한 신념을 측정하는 항목은 ‘나는 경찰이 하는 일을 높게 평가한다’, ‘학교에서 좋은 성적을 받는 것은 중요하다’, ‘규칙을 따르고 법을 지키려고 노력하는 것은 중요하다’ 등 3가지이며, 이 항목들의 크론바하의 α 값은 .55였다.

비행은 죄질에 따른 유형구분을 하였다. 비행의 죄질에 따른 유형구분은 사소한 비행(경비행)과 범죄행동(중비행)이 있을 수 있다.(Wells and Rankin, 1986). 여기서는 비행의 유형구분을 죄질에 따라서 경비행과 중비행으로 구분하여 분석해 보고자 한다. 이 연구에서는 비행측정을 위해서 지난 1년간의 비행을 자기보고식으로 작성하게 하였으며 20가지 항목으로 측정하였다. 경비행은 ‘취할 정도로 술마시기’, ‘담배피우기’, ‘시험에서의 부정행위’, ‘책값이나 부교재값 받아 다른 곳에 쓰기’, ‘유형업소 출입’, ‘음

12) 처벌의 강도를 학자에 따라서는 다르게 표현하고 있는데, 예를 들면 웰스와 랭킨(1988)은 부모가 자녀에 대해 소리지르고 때리는 것을 얼마나 하는지의 빈도를 징벌성(punitiveness)으로 표현하기도 하였으며, 패터슨 등(1992)은 부모의 학대적 역할(abusive role), 반스와 파렐(Barns and Farrell, 1992)은 강압적 통제 등으로 표현하기도 한다. 랭킨과 웰스(1990)의 연구에서는 처벌의 강도를 부모가 자녀에게 소리지르고, 때리고(slapping), 위협하고, 특권을 철회하는 것 등 4가지 각각을 통해 처벌을 하는 빈도로 측정하였다.

란만화, 서적, 비디오 등 보기, '집에 미리 연락하거나 승낙받지 않고 외박하기', '무단결석', '가출', '다른 사람과의 사소한 몸싸움'으로 측정하였다. 중비행으로 분류한 항목들은 약물, 재산, 폭력범죄와 기물파손행위(vandalism)로 구성되었다. 이러한 행위들은 범죄로 규정될 수 있는 내용들에 해당된다. 각 항목을 보면, '본드, 가스 등의 흡입', '다른 사람을 심하게 때리기', '패싸움하기', '공공기물 부수기', '고의로 학교물건 부수기', '고의로 다른 사람의 차에 못 등으로 흠내기', '다른 사람을 위협, 협박하여 돈이나 물건훔치기', '가게 등에서 돈이나 물건훔치기', '학교에서 돈이나 물건훔치기', '집안의 돈이나 물건훔치기' 등이다.

IV. 조사결과

1. 부모의 훈육과 신념, 비행간의 상관관계

부모의 훈육변수간의 관련을 보면 규칙의 경우 처벌의 강도와만 유의미한 정적 관계가 있으며, 다른 훈육변수와는 유의미한 관계가 없는 것으로 나타났다. 규칙을 제외한 다른 훈육변수, 즉 감독, 긍정적 강화, 처벌의 적절성, 처벌의 강도간에는 유의미한 관계가 있는 것으로 나타났다. 여기서 처벌의 강도의 경우는 다른 변수와의 관계가 규칙과는 정적으로, 그 밖의 다른 훈육변수와는 부적으로 관계되었다. 웰스와 랜킨(1988)이 처벌이 단일한 차원이 아니라 몇 가지의 차원으로 구분되며, 특히 처벌의 강도와 유관성/일관성을 구별해야 한다고 보았는데, 여기서의 상관관계를 보면 처벌의 강도와 처벌의 적절성은 서로 부적인 관련성을 보여서 이러한 논의를 지지해 준다. 또한 훈육변수들이 대체로 유의미한 관련성을 보여 부모의 훈육특성의 일관된 경향을 확인할 수 있다.

훈육변수들과 신념의 관계를 보면 처벌의 강도를 제외한 다른 훈육변수들과 신념은 유의미한 정적인 관계가 있는 것을 알 수 있다. 감독의 경우

에는 감독을 잘 하는 부모는 특정 행동에 대한 평가도 함으로써 자녀로 하여금 특정 행동이 바람직하지 않다는 것을 내면화하도록 한다는 논의(Wilson, 1980)와 통하는 것이라고 볼 수 있다. 그리고 여기서의 결과들은 부모의 훈육이 자녀의 내면화에 관련된다는 논의(Grusec and Goodnow, 1994; Hoffman, 1994)를 지지해 주는 것이다.

<표 1> 훈육, 신념, 비행의 상관관계

(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	
규칙	감독	긍정적 강화	처벌 적절성	처벌 강도	신념	경비행	중비행	전체 비행	
(1)	1.00								
(2)	.06	1.00							
(3)	.04	.18***	1.00						
(4)	-.05	.21***	.38***	1.00					
(5)	.22***	-.11*	-.14**	-.42***	1.00				
(6)	.16***	.18***	.24***	.11**	.01	1.00			
(7)	.01	-.24***	-.08	-.17***	.12**	-.30***	1.00		
(8)	-.01	-.13**	-.13**	-.13**	.05	-.23***	.58***	1.00	
(9)	.01	-.22***	-.11*	-.18***	.10***	-.31***	.96***	.79***	1.00

* $p < 0.05$; ** $p < 0.01$; *** $p < 0.001$.

훈육변수들과 비행변수들간의 상관관계를 보면, 규칙의 경우는 비행 변수들과 유의미한 관계가 없는 것으로 나타났다. 이는 부모가 자녀에게 규칙을 많이 부과할수록 자녀의 비행을 억제할 수 있는 것은 아님을 보여주는 것이며, 웰스와 랜킨(1988)의 연구결과와도 일치하는 것이다. 반면에 부모의 감독과 처벌의 적절성은 비행의 유형에 관계없이 모두 유의미한 정적인 관련성을 보여준다. 스나이더와 패터슨(1987)은 자녀가 청소년기이전에서 청소년기로 가게 됨에 따라 반사회적, 비행의 발달에 있어서 감독이 중심적 역할을 한다고 논의하는데, 여기서의 결과도 이러한 논의와 같은 맥락에서 볼 수 있을 것이다. 그러나 이 두 요인의 비행에 대한 상관관계의 정도는 경비행에 비해 중비행의 경우에 약한 것을 알 수 있다. 이는 이

연구의 주된 관심이 되는 부모의 훈육이 중비행보다는 경비행에 더 영향을 미칠 수 있음을 시사해 주는 것이다. 긍정적 강화의 경우는 중비행 및 전체 비행과 부적 관계를 보였으며, 처벌의 강도는 경비행 및 전체 비행과 정적 관계를 보였다.

신념과 비행과의 관계를 보면 신념은 경비행, 중비행, 전체 비행과 유의미한 관계를 보인다. 비행의 유형별로 보면, 신념이 중비행에 비해 경비행과 더 강한 관련이 있는 것을 알 수 있다.

2. 훈육, 신념, 비행에 대한 회귀분석

부모의 훈육방식과 자녀의 내면화, 비행간의 회귀분석결과는 <표 2>와 같다. 부모의 훈육이 자녀의 내면화에 미치는 영향을 보면, 훈육변수들의 내면화에 대한 설명력은 10%였다. 훈육변수 중에서 규칙수, 감독, 긍정적 강화가 신념에 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타났다. 이 중에서 긍정적 강화가 신념에 가장 큰 영향을 미쳤으며, 규칙수와 감독의 영향력은 동일한 것으로 나타났다.

부모의 훈육방식과 자녀의 내면화가 비행에 미치는 영향을 보면, 경비행에 대한 훈육변수들, 신념의 설명력은 15%였다. 경비행에 유의미한 영향을 미치는 변수는 감독, 처벌의 적절성과 신념이었다. 경비행에 가장 큰 영향을 미치는 변수는 신념이었으며, 다음은 감독, 처벌의 적절성의 순이었다. 훈육, 신념의 중비행에 대한 설명력은 8%였으며, 중비행에 유의미한 영향을 미치는 변수는 처벌의 적절성, 신념이었다. 그리고 신념의 영향이 상대적으로 더 큰 것으로 나타났다. 전체 비행의 경우 설명력 및 유의미한 영향을 미치는 변수는 경비행과 동일하였다. 이러한 결과를 통해 비행의 유형에 관계없이 신념이 가장 큰 영향을 미치는 것을 알 수 있다. 이러한 결과는 신념이라는 중재변수를 사용하여 이 변수가 일탈행동과 부적관계를 보이면서 모든 일탈행동에 매우 강한 효과를 갖는 것을 발견한 선행연구와도 일치하는 결과이다(Sokol-Katz et al., 1997; Benda, 1997). 또한 처벌의 적절성도 비행의 유형에 관계없이 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타나 부모의 일

관되고 자녀의 행동에 유관한 처벌이 자녀의 비행억제에 중요함을 보여준다. 처벌에 있어서 처벌의 강도가 아닌 처벌의 적절성이 중요하다는 것을 알 수 있다. 처벌을 강하게 하는 것은 자녀에 대한 확대로 이어질 수 있는 위험이 있다. 이러한 점을 고려한다면 부모는 자녀의 잘못된 행동에 대해 합리적이고 이성적인 방법을 통하여 처벌하는 것이 중요하다.

<표 2> 훈육, 신념과 비행의 회귀분석

	신 념	경비행	중비행	전체 비행
규칙수	.14***	.05	.05	.06
감 독	.14**	-.16***	-.03	-.12**
긍정적 강화	.21***	.06	-.01	.05
처벌의 적절성	.03	-.11*	-.10*	-.12*
처벌의 강도	.03	.05	.03	.04
신 념		-.30***	-.23***	-.31***
R ²	.10	.15	.08	.15
F비	12.97***	15.96***	7.86***	16.01***
사례수	567	561	558	555

* $p < 0.05$; ** $p < 0.01$; *** $p < 0.001$.

한편 훈육과 신념의 비행에 대한 설명력을 비행의 유형에 따라서 살펴보면, 경비행에 대해 더 설명력이 높음을 알 수 있다. 이는 이 연구의 모형이 중비행보다는 경비행에 대해 더 적절하다는 것을 보여주는 것이다.

3. 부모의 훈육, 자녀의 신념, 자녀비행에 대한 경로분석

앞에서 부모의 훈육과 자녀의 신념, 자녀비행에 대한 회귀분석을 한 것에 이어서 여기서는 이들 변수간의 인과관계를 파악하기 위하여 경로분석을 하였다. 패터슨의 이론에 의하면 부모의 상벌에 해당되는 긍정적 강화,

처벌의 강도 및 적절성 중에서 처벌의 적절성이 비행과 가장 관련된다고 논의되며, 이 연구의 결과에서도 처벌의 적절성이 비행과 가장 관련되는 것으로 나타났다. 이러한 점을 고려하여 경로분석에서는 부모의 상벌 중에서 처벌의 적절성을 선정하였다.

먼저 회귀분석결과를 보면, 규칙수, 부모의 감독, 처벌의 신념에 대한 설명력은 6%였으며, 세 변수 모두 신념에 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타났다. 그리고 규칙수, 감독, 처벌, 내면화의 전체 비행에 대한 설명력은 14%였으며, 규칙수를 제외한 감독, 처벌의 적절성, 신념이 비행에 유의미한 영향이 있었다(<표 3>).

<표3> 훈육(감독·처벌), 신념, 비행의 회귀분석

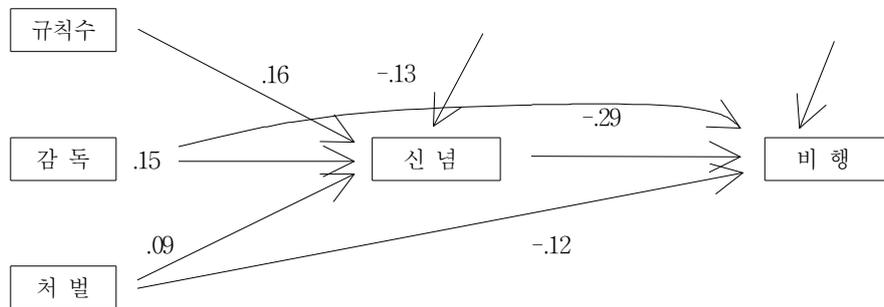
	신념	전체 비행
규칙수	.16***	.07
감독	.15***	-.13**
처벌의 적절성	.09*	-.12**
신념		-.29***
R ²	.06	.14
F비	12.79***	22.59***
사례수	576	563

* $p < 0.05$; ** $p < 0.01$; *** $p < 0.001$.

위에서 제시된 회귀분석결과를 가지고 다음의 <그림 1>과 같은 경로분석을 하였다.¹³⁾ 여기서 제시된 수치는 유의미한 경우만을 제시한 것이며, 경로계수는 표준화된 회귀계수를 나타낸다. 경로모형에서 표시되는 경로계수는 회귀식에서 얻은 표준화된 회귀계수(beta)를 사용하는 것이 관례이다. 표준화된 회귀계수를 사용하는 것은 각 변수들이 다른 후속변수에 미치는

13) 경로모형에서 생략된 훈육변수간의 상관관계 및 잔여원인변수로부터의 경로계수는 <표 1>, <표 3>을 참조하면 된다.

영향력의 상대적인 크기를 나타내는데 보다 유리하고, 따라서 분석결과의 해석이 보다 편리해지는 장점이 있다(김두섭·강남준, 2000: 338). 규칙수는 비행에 대해 신념을 매개로 한 간접효과만을 가지며, 직접효과는 없는 것으로 나타났다. 반면 부모의 감독과 처벌의 적절성은 비행에 대해 직접적인 효과뿐만 아니라 자녀의 내면화를 매개로 한 간접효과도 갖는 것으로 나타났다. 부모가 자녀의 일상생활에 대해 관심을 갖고 감독하는 것, 일관성있고, 행동에 대해 유관한 처벌을 하는 것은 자녀가 규범을 내면화하고, 비행을 억제하는데 영향을 주는 것이다. 이는 부모의 감독, 처벌의 적절성이 자녀의 가치내면화, 비행에 중요함을 보여주는 것이다. 반면 규칙수는 비행에 대해 내면화를 매개로 한 간접효과는 있지만, 직접적인 효과는 없었다. 이는 부모의 규범적 규제가 태도에 중요성을 가짐을 보여주는 것이다. 부모가 자녀에 대해 규범적 규제를 부과하는 것은 자녀가 인습적 가치를 내면화하는데 관련되며, 이를 통해 비행이 억제될 수 있는 것이다.¹⁴⁾



<그림 1> 훈육이 비행에 미치는 효과에 대한 경로모형

14) 여기서 제시하지는 않았지만, 비행의 차원을 구분하여 경로분석을 해보면, 경비행의 경우에는 전체 비행과 같은 경로모형을 보여준다. 중비행의 경우에는 신념을 매개로 할 경우 훈육변수 중에서 처벌의 적절성만이 직접효과를 갖는 것으로 나타났다. 이는 여기서의 경로모형이 중비행보다는 경비행에 대해 더 적절하다는 것을 의미하는 것이며, 중비행의 경우에 처벌의 적절성이 중요성을 지님을 보여주는 것이다.

V. 결 론

가족은 자녀의 일차적인 사회화를 담당하므로 청소년의 태도와 행동에 중요성을 가진다. 그리고 가족이 사회화를 제대로 수행하지 못할 때에는 자녀에게 부정적 결과-비행-도 발생할 수 있는 것이다. 여기서는 이러한 입장에서 가족의 사회화, 특히 부모의 훈육과 비행간의 관계를 살펴보고자 하였다. 또한 부모의 훈육방식은 자녀의 행동에 직접적인 영향을 미칠 뿐만 아니라 자녀의 가치내면화를 통하여 간접적으로 영향을 미친다는 것을 이론적 논의를 통하여 도출함으로써 부모의 훈육이 자녀의 비행에 미치는 과정을 설명해 보고자 하였다.

먼저 훈육변수들간의 관계를 보면 대체로 유의미한 관계를 보여서 부모의 훈육특성이 일관된 경향이 있음을 알 수 있다. 훈육과 신념의 관계를 보면, 자녀의 신념에는 규칙수, 감독, 긍정적 강화가 관련되었다. 부모가 자녀에 대해 규범적 규제를 하고, 감독을 잘 하며, 긍정적 행동에 대한 강화를 잘 할수록 자녀의 인습적 가치에 대한 신념은 높은 것이다. 이는 부모의 적절한 훈육방식이 자녀의 신념에 긍정적으로 작용할 수 있음을 보여주는 것이다. 다음으로 부모의 훈육과 자녀의 신념, 비행에 대한 관계를 보면, 자녀의 신념은 훈육변수들과 함께 분석될 때 비행에 가장 큰 영향을 미쳐서 신념 등 내적 요인이 비행에 중요한 동기가 된다는 논의를 지지해 준다. 훈육변수 중에서는 처벌의 적절성이 신념이 포함되었을 때에도 비행의 유형에 관계없이 모두 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타나서 부모의 이성적이고 합리적인 처벌이 자녀의 비행억제에 중요함을 보여준다. 감독은 경비행, 전체 비행에 유의미한 영향을 미쳤다. 경로분석을 통하여 규칙수, 감독, 처벌의 적절성이 신념을 매개로 하여 비행에 미치는 효과를 분석해 보면, 규칙수는 비행에 대해 직접효과는 없으며, 신념을 매개로 한 간접효과만을 갖는 것으로 나타났다. 반면에 감독과 처벌의 적절성은 비행에 대해 직/간접효과를 가지는 것으로 나타났다. 이는 강압이론이 포함되는 사회학습이론에서의 정의개념이 비행에 중재역할을 한다는 논의와 부

모의 훈육이 자녀의 내면화에 기여한다는 논의들을 어느 정도 지지해 주는 결과이다.

이 연구에서의 결과는 패터슨이 논의한 부모의 관리변수들의 중요성을 다시 확인시켜 준 것이며, 웰스와 랜킨(1988) 등의 직접적 통제의 중요성을 다룬 연구와도 통하는 것이다. 훈육의 비행에 대한 설명력을 비행의 유형에 따라서 살펴보면, 중비행에 비해 경비행에 대해 설명력이 높은 것으로 나타났다. 이는 이 연구의 이론적 배경이 된 강압이론이 주로 사소한 비행과 관련해서 설명하고, 또 이에 대해 경험적으로 지지되어 왔던 것과 관련될 것이다. 이러한 결과는 중비행에 대한 연구에 있어서는 상대적으로 부모의 훈육 이외의 다른 관련 요인들을 통한 분석이 필요함을 시사해 주는 것이다.

이 연구에서의 결과를 통해 가족의 구조적 요인이 어려운 상황이라도 훈육이 제대로 되어 있다면 비행예방이 가능하다는 것을 알 수 있다. 이러한 결과는 부모의 관리를 강조한 패터슨의 강압이론이 어느 정도 설명력이 있음을 보여주는 것이다. 부모의 적절한 양육의 경험은 자녀가 자신의 잘못된 행동이 타인에게 어떻게 해를 끼칠 수 있는지에 대한 통찰과 이해를 가지도록 하며, 그런 상황에서 자녀는 인습적인 신념이나 태도를 가지게 되어 비행억제가 가능할 것이다. 부모의 훈육 중에서 감독은 자녀의 신념뿐만 아니라 자녀의 비행에 대해 영향을 미치는 것으로 나타났는데 이는 패터슨이 논의한 바와 같이 부모의 감독은 자녀에 대한 감시기능만 하는 것이 아니라 자녀의 일상 활동에 대한 관심의 표현일 수 있기 때문일 것이다. 즉 자녀에 대한 감독과 관심이 자녀의 가치내면화, 비행에 중요성을 가짐을 보여주는 것이다. 강압이론에 대한 경험적 연구들에서도 특히 감독의 중요성이 나타나는데, 이 연구에서의 조사결과도 같은 결과를 보인다. 특히 감독이 청소년기 자녀에 대해서는 중요한 비행통제기능을 하므로, 부모 입장에서는 이러한 감독의 기능을 잘 수행할 수 있어야 할 것이다. 우리사회에서는 자녀에 대해 허용적인 경향이 존재하며, 이러한 경향은 자녀의 행동에 대한 적절한 감독을 방해할 수 있지만, 조사결과를 통해 무조건 허용적인 경향은 오히려 자녀에게 부정적인 영향을 주게 된다

는 것을 알 수 있다. 처벌의 경우에는 강도가 아닌 일관성, 유관성(잘못된 행동에 대한), 정당성이 중요한 것으로 나타났는데, 이는 패터슨, 웰스와 랜킨의 논의와 일치하는 결과이다. 자녀의 잘못에 대해 부모가 나무라는 과정에서 감정이 아닌 이성과 애정을 통한 훈육이 무엇보다 중요하다는 것이다. 따라서 부모교육, 훈련을 통해 자녀의 잘못에 대해 처벌할 때의 지침 등의 제공은 자녀의 비행통제를 위한 한 방법이 될 수 있을 것이다.

이 연구에서는 강압이론이 사회학습이론의 일부라는 입장에서 사회학습이론의 논의, 훈육과 내면화에 대한 논의, 자기통제이론에서의 논의 등을 근거로 부모의 훈육이 자녀의 내면화를 매개로 하여 비행에 관련된다는 인과관계를 새롭게 구성하고, 경험적 연구를 통하여 이것이 어느 정도 설득력이 있음을 보여주었다. 또한 지금까지 별로 관심을 받지 못하였던 훈육과 비행간의 관계에 대해 보여 주었다는 점에서 의의를 찾을 수 있다. 특히 훈육의 개념 및 척도구성은 비행에 미치는 가족적 요인의 영향을 파악하는데 도움이 되는 것이다.

그렇지만 이 논문에서의 연구결과는 조사의 표본이 서울시의 남자고등학생이므로 일반화시키기에는 한계가 있다는 점을 밝힌다. 앞으로의 연구는 성별이나 연령에 초점을 맞추어서 이러한 특성에 따라 훈육의 영향이 달라지는지에 대해서도 살펴 볼 필요가 있을 것이다.

이후의 연구를 통해 훈육을 더 적절하게 개념화하고 측정하여 가족이 비행에 미치는 영향을 보다 더 정확하게 파악할 수 있을 것이다. 특히 처벌과 관련하여서는 아직까지 별로 연구가 이루어지고 있지 못하다. 앞으로는 처벌의 차원을 정교화하고 어떤 처벌차원이 비행통제에 효과를 갖는지에 대한 세부적인 분석이 더 진행되어야 할 것이다. 이 연구는 청소년비행에 대한 설명에 있어서 그 중요성이 간과되었던 가족, 특히 부모의 훈육에 초점을 맞추어서 자녀의 비행과의 관계를 연구한 것이다. 이러한 논의는 부모의 훈육이 자녀의 비행에 대해 일정 정도의 설명을 한다는 것을 보여 준 것이다. 그리고 여기서의 결과는 더 나아가서 부모가 자녀양육을 잘 할 수 있도록 지원해 주는 것, 즉 가족의 기능을 강화시키는 것이 필요하다는 것도 시사해 준다.

참고문헌

김두섭 · 강남준

2000. 「회귀분석-기초와 응용」, 나남출판사.

Agnew, R.

1991. "A Longitudinal Test of Social Control Theory and Delinquency", *Journal of Research in Crime and Delinquency* 28(2): 126-156.

1995. "Testing the Leading Crime Theories: An Alternative Strategy Focusing on Motivational Processes", *Journal of Research in Crime and Delinquency* 32: 363-398.

Akers, R.L.

1997. *Criminological Theories: Introduction and Evaluation*(한국어판: 민수홍 외 역, 「범죄학이론」, 지산출판사, 2000).

Barnes, G.M., and M.P. Farrell

1992. "Parental Support and Control as Predictors of Adolescent Drinking, Delinquency, and Related Problem Behaviors", *Journal of Marriage and Family* 54: 763-776.

Benda, B.B.

1997. "An Examination of A Reciprocal Relationship Between Religiosity and Different Forms of Delinquency Within A Theoretical Model", *Journal of Research in Crime and Delinquency* 34(2): 163-186.

Bruinsma, G.J.N.

1992. "Differential Association Theory Reconsidered: An Extention and Its Empirical Test", *Journal of Quantitative Criminology*, 8(1):29-49.

Capaldi, D.M., and G.R. Patterson

1996. "Can Violent Offenders Be Distinguished From Frequent Offenders: Prediction From Childhood to Adolescence", *Journal of Research in Crime and Delinquency* 33(2): 206-231.

Costello, B.J., and P.R. Vowell

1999. "Testing Control Theory and Differential Association: A Reanalysis of the Richmond Youth Project Data", *Criminology* 37(4): 815-842.

Dishion, T.J., G.R. Patterson, M. Stoolmiller, and M.L. Skinner

1991. "Family, School, and Behavioral Antecedents to Early Adolescent Involvement With Antisocial Peers", *Developmental Psychology*, 27(1): 172-180.

Gibbs, J.J., D. Giever, and J.S. Martin

1998. "Parental Management and Self-Control: An Empirical Test of Gottfredson and Hirschi's General Theory", *Journal of Research in Crime and Delinquency* 35(1): 40-70.

Glueck, S., and E. Glueck

1950. *Unravelling Juvenile Delinquency*, Oxford University Press.

Gottfredson, M.R., and T. Hirschi

1990. *A General Theory of Crime*, Stanford University Press.

Gove, W.R., and R.D. Crutchfield

1982. "The Family and Juvenile Delinquency", *Sociological Quarterly* 23: 301-319.

Grusec, J.E., and J.J. Goodnow

1994. "Impact of Parental Discipline Methods on Child's Internalization of Values: A Reconceptualization of Current Points of View", *Developmental Psychology* 30(1): 4-19.

Heimer, K.

1997. "Socioeconomic Status, Subcultural Definitions, and Violent Delinquency", *Social Forces*, 75(3): 799-833.

Hirschi, T.

1969. *Causes of Delinquency*, University of California Press.

1983. "Crime and Family", in J.Q. Wilson(ed.), *Crime and Public Policy*, ICS Press.-

Hoffman, M.L.

1994. "Discipline and Internalization", *Developmental Psychology* 30(1): 26-28.

Junger-Tas, J.

1992. "An Empirical Test of Social Control Theory", *Journal of Quantitative Criminology*, 8(1): 9-27.

Larzelere, R.E., and G.R. Patterson

1990. "Parental Management: Mediator of the Effect of Socioeconomic Status on Early Delinquency", *Criminology* 28(2): 301-324.

Laub, J.H., and R.J. Sampson

1988. "Unraveling Families and Delinquency: A Reanalysis of the Gluecks' Data", *Criminology* 26(3): 355-380.

Loeber, R., and M. Stouthamer-Loeber

1986. "Family Factors as Correlates and Predictors of Juvenile Conduct Problems and Delinquency", in M. Tonry and N. Morris(ed.), *Crime and Justice* 7: 29-149.

Marcos, A.C., S.J. Barr, and R.E. Johnson

1986. "Test of a Bonding/Association Theory of Adolescent Drug Use", *Social Forces* 65(1): 135-161.

McCord, J.

1979. "Some Child-Rearing Antecedents of Criminal Behavior in Adult Men", *Journal of Personality and Social Psychology* 37(9): 1477-1486.

1991. "Family Relationships, Juvenile Delinquency, and Adult Criminality", *Criminology*, 29(3): 397-417.

Nye, F.I.

1958. *Family Relationships and Delinquent Behavior*, Greenwood Press, Publishers.

Parsons, T.

1955. "The American Family: Its Relation to Personality and to The Social Structure"(한국어판, 박숙자의 역, "미국가족:인성 및 사회구조와의

관계”, 「가족과 성의 사회학」, 사회비평사, 1995).

Patterson, G.R.

1982. *Coercive Family Process*, Castalia Publishing Company.

1986. “Maternal Rejection: Determinant or Product for Deviant Child Behavior”, in W.W. Hartup, and Z. Rubin(ed.), *Relationships and Development*, Lawrence Erlbaum Associates, Publishers.

Patterson, G.R., and M. Stouthamer-Loeber

1984. “The Correlation of Family Management Practices and Delinquency”, *Child Development* 55: 1299-1307.

Rankin, J.H., and L.E. Wells

1990. “The Effect of Parental Attachments and Direct Controls on Delinquency”, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 27(2): 140-165.

Sampson, R.J., and J.H. Laub

1995. *Crime in the Making: Pathways and Turning Points Through Life*, Harvard University Press.

Snyder, J., and G.R. Patterson

1987. “Family Interaction and Delinquent Behavior”, in H.C. Quay(ed.), *Handbook of Juvenile Delinquency*, John Wiley & Sons, Inc.

Sokolkatz, J., R. Dunham, and R. Zimmerman

1997. “Family Structure Versus Parental Attachment in Controlling Adolescent Deviant Behavior: A Social Control Model”, *Adolescence* 32: 199-215.

Straus, M.A.

1991. “Discipline and Deviance: Physical Punishment of Children and Violence and Other Crime in Adulthood”, *Social Problems* 38(2): 131-154.

The late Sutherland, E.H. the late D.R. Cressey, and D.F. Luckenbill

1992. *Principles of Criminology Eleventh Edition*, General Hall, Inc.

Wells, L.E., and J.H. Rankin

1986. "The Broken Homes Model of Delinquency: Analytic Issues",
Journal of Research in Crime and Delinquency, 23(1): 68-93.

1988. "Direct Parental Controls and Delinquency", *Criminology* 26(2):
263- 285.

Wiatrowski, M.D., D.B. Griswold, and M.K. Roberts

1981. "Social Control Theory and Delinquency", *American
Sociological Review* 46: 525-541.

Wilson, H.

1980. "Parental Supervision: A Neglected Aspect of Delinquency",
The British Journal of Criminology, 20(3): 203-235.

A Study on the Relationship Between Parental Discipline and Delinquency

Jeon, Young-Sil

(Associate Research Fellow, K.I.C., Ph.D. in Sociology)

The role of the family in delinquency is important because socialization preventing delinquency has taken place in the family. Therefore the relationship between family factor and delinquency can be examined centering around parental socialization, namely, parental child rearing. This study examines the relationship between parental discipline and adolescent delinquency. Also, the intervening factor of internalization is examined. Because child's internalization of values is important motivational mechanism on delinquency, but also is effected by discipline.

To investigate the relationship between discipline and delinquency, survey was conducted using questionnaires over 600 male high school students in Seoul area. Path analyses were conducted to determine the effects of discipline, belief on delinquency. Normative regulation has indirect effect on delinquency through belief. Monitoring and punishment have direct/indirect effects on delinquency. The results of this study show that parental discipline variables affect delinquency. This study has attempted to identify discipline factors related to delinquency, and, ultimately, identify the ways of child rearing which facilitate healthy growing-up of children.

교통범죄의 비범죄화와 그 방안으로서의 통고처분제도

원 혜 옥 *

김 찬**

I. 들어가는 말

2000년도 우리나라 도로의 연장거리는 총 88,775km로서 1991년의 58,088km에 비하여 52.8% 증가한데 비하여 자동차대수는 1991년 4,247,816대에서 2000년도 12,059,276대로 183.9%가 증가하였다.¹⁾ 이처럼 급격하게 증가하는 자동차는 현대인들의 생활영역을 광역화·신속화하는 역할을 하였으나, 동시에 예상치 못한 분쟁상황도 초래하였다. 대표적으로 자동차의 운행과정에서 발생하는 여러 교통범죄가 그것이다. 이러한 교통범죄는 다른 범죄와는 달리 그 죄질이 문제되는 것이 아니라 결과면에서 인적·물적 피해가 막대하다는 점이 심각한 문제로 제기되고 있다.²⁾ 우리 사회는 많은 사람들이 자동차를 보유하고 자동차를 운행하면서도 올바른 교통문화가 확립되어 있지 못하다. 대부분의 운전자들이나 보행자들은 교통질서를 지키지 않고, 더욱이 그러한 질서위반을 심각한 것으로 인식하고 있지 않다. 이러한 교통질서위반은 자동차가 대중화되고 일상화되면서 그에 따

* 인하대학교 법과대학 교수, 법학박사

** 인하대학교 법과대학 박사과정

1) 범죄백서, 2001년, 67면

2) 배중대, 형사정책, 홍문사, 1998, 565면.

른 적절한 사회규범이 형성되지 않았기 때문으로 보여진다. 이에 교통법규 위반행위를 처벌하기 위한 여러 법률이 제정되었고, 그 이외에도 교통질서의 유지와 교통사고의 방지를 위해 여러 측면에서 노력이 이루어지고 있다.³⁾ 특히 교통질서위반행위는 일반인에 의해서도 쉽게 행해질 수 있는 행위이기 때문에, 이에 대한 일률적인 형사처벌을 지양하는 방향으로 그 대책이 논의되고 있다. 교통관련범죄를 예방하고 억제하기 위해 제정된 법률 중 대표적인 법률이 「도로교통법」과 「교통사고처리특례법」이다. 교통사고처리법은 1970년대 이후 자동차 증가로 인하여 교통범죄가 급격히 늘어나 형법상의 업무상과실치사상의 죄로 대응하는 것이 전과자의 양산 등 많은 문제점이 제기되자 일정부분에서 교통범죄를 비범죄화하기 위해 제정된 특별법이다.⁴⁾ 도로교통법 역시 범칙금 통고처분제도를 규정함으로써 교통범죄의 비범죄화를 지향하고 있다. 이에 이하에서는 우선 교통범죄의 의의와 실태에 대해 살펴보고, 다음으로 교통범죄의 비범죄화와 비범죄화의 대표적인 제도라고 할 수 있는 범칙금 통고처분제도에 대해 살펴보고자 한다.

II. 교통범죄의 의의 및 실태

1. 교통범죄의 의의

교통범죄는 교통수단을 중심으로 혹은 행위양상을 기준으로 다양하게 정의될 수 있다. 우선 교통수단을 중심으로 교통범죄를 정의해보면, “육상, 해상, 항공의 각종 교통수단의 안전과 원활한 소통을 목적으로 하는 각종 법규를 위반하는 범죄와 그와 같은 교통수단의 운행에 있어서의 과실로 인하여 인적, 물적 피해를 야기하는 모든 교통관련 범죄”를 의미한다. 그

3) 기광도, 교통관련범죄의 비범죄화에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000년, 27면.

4) 박상기/손동권/이순래, 형사정책, 한국형사정책연구원, 2001년, 211면.

러나 실질적으로 대부분의 교통범죄는 항공이나 해상교통에서 발생하기보다는 주로 육상교통에서 발생된다. 다음으로 행위양상을 중심으로 교통범죄의 개념에 대해 살펴보면, 협의의 교통범죄로 교통형사범, 즉 교통기관을 수단 또는 대상으로 형법상의 범죄를 저지른 행위, 예를 들어 업무상과실·중과실치사상의 죄나 교통방해의 죄, 특별법인 특정범죄가중처벌등에 관한법률 제5조의3(교통사고 후 도주운전죄)등을 들 수 있다. 교통사고처리특례법 위반행위도 협의의 교통범죄에 포함된다. 광의의 교통범죄는 협의의 교통범죄에 교통질서위반 중 형사제재를 부과하도록 되어 있는 도로교통법상의 무면허운전, 음주운전 등을 포함한 개념이다. 이러한 광의의 개념에는 범칙행위도 포함되어 있는 것으로 이해된다. 최광의의 교통범죄는 광의의 교통범죄에서 교통법규위반 이외의 교통관계 행정단속법규를 위반한 행위에 형사제재를 부과한 행위까지 포함하고 있다.⁵⁾

그밖에 교통범죄를 교통질서위반범죄와 교통사고범죄로 구분하기도 한다. 교통질서위반범죄의 대표적인 것은 도로교통법위반행위이며, 교통사고범죄는 형법상의 업무상과실치사상의 죄와 특별법상의 교통사고처리특례법위반의 죄이다.⁶⁾ 여기서 질서위반행위는 운전자 자신의 신체 및 생명을 보호하기 위한 것과 운전자 이외의 다른 사람을 보호하기 위한 것으로 구분된다. 따라서 이는 사소한 기초질서위반행위(안전띠 미착용, 안전모 미착용 등), 다소 중한 질서위반행위(신호위반, 과속), 아주 심한 위반행위(음주운전, 무면허운전) 등으로 구분될 수 있다. 과실에 의한 교통사고행위는 피해대상에 따라 대물사고, 대인사고, 그리고 사고의 원인이나 사후처리에 따라 고의에 준하는 음주운전에 의한 사고, 교통사고 후 도주운전 등으로 구분된다. 이러한 교통관련범죄에 부과될 수 있는 제재는 형사제재, 행정제재로 구분된다.⁷⁾ 교통질서위반행위에 대한 행정·형사제재는 다음 표와 같다.

5) 기광도, 앞의 논문, 71면 이하.

6) 배중대, 앞의 책, 566면.

7) 기광도, 앞의 논문, 153면.

<표-1> 교통질서위반행위에 대한 행정·형사제재⁸⁾

위반행위유형	행정제재	형사제재	관련법규
행정지시 위반		200만원 이하의 과태료	도로교통법 제 115조
신호위반 등	벌점 10-15점	10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료	도로교통법 제 113조, 제114조
유사표시, 약물운전, 면허증 제시거부	벌점 30점	20만원 또는 30만원 이하의 벌금, 구류	도로교통법 제 111조, 제112조
차량정비 불량		6월 이하의 징역, 50만원 이하의 벌금, 구류	도로교통법 제 110조
무면허운전		1년 이하의 징역, 50만원 이하의 벌금, 구류	도로교통법 제 109조
음주운전, 음주운전 측정거부	벌점 100점, 면허 정지 및 취소	2년 이하의 징역, 300만원 이하의 벌금	도로교통법 제 107조의2
신호기 조작 등		3년 이하의 징역, 300만원 이하의 벌금	도로교통법 제 107조 제1항
신호기 조작 등으로 교통상의 위협유발		5년 이하의 징역, 300만원 이하의 벌금	도로교통법 제 107조 제2항

2. 교통범죄의 실태

우리 사회의 전체범죄의 발생률은 1960년대 이후 지속적으로 증가한 것으로 나타난다. 특히 1980년대부터 급격히 증가한 것으로 나타나는데, 증가한 범죄의 대부분이 교통관련범죄인 것으로 밝혀졌다. 특히 교통질서위반과 교통사고로 인한 범죄사건이 대부분을 차지하고 있는 것으로 밝혀졌다. 예를 들면 1998년도의 경우 전체범죄는 1,765,887건인데, 그 가운데 교통질서범죄인 도로교통법 위반사건은 26.8%인 474,034건, 교통사고범죄인 교통사고처리특례법위반은 11.9%인 210,184건으로 나타나 전체범죄의 37.7%를 구성하고 있는 것으로 나타났다.⁹⁾ 구체적으로 교통사고 발생건수를 살펴보

8) 기광도, 앞의 논문, 82면.

9) 기광도, 앞의 논문, 28면.

면, 교통사고 발생건수는 대체로 비슷한 수준을 유지하다가 1997년 246,452건, 1998년 239,721건으로 감소하는 추세를 보였으나 1999년에는 275,938건, 2000년에는 290,481건으로 다시 증가하였다. 2000년의 사망자수는 1991년에 비하여 23.8% 감소하였지만 재산피해액은 102.1% 증가하였다. 1999년과 비교하면 사망자수는 883명(9.4%), 부상자수는 24,017명(6.0%), 재산피해액은 8.8% 증가하였다. 그러나 이에 반하여 질서위반사범인 도로교통법위반 건수는 1999년에 비해 2.2% 감소한 것으로 나타났다.¹⁰⁾

Ⅲ. 교통범죄의 비범죄화

형사제재는 국가의 목적을 달성하기 위한 가장 쉽고 가장 효과적인 제재수단이지만, 가장 가혹하고 원상회복이 불가능하기 때문에 최후의 수단으로 사용되어야 한다. 이러한 형벌의 보충성이라는 측면에 근거하여 교통범죄에 대한 국가형벌권의 행사를 제한할 수 있는 방안의 수립이 요구되고 있다.¹¹⁾ 이러한 방안으로 교통질서위반행위에 대해서 소위 ‘교통범죄의 비범죄화’가 주장되고 있는 것이다. 이하에서는 우선 일반적인 비범죄화론에 대해 알아보고, 다음으로 교통범죄의 비범죄화에 대해 살펴본다.

1. 비범죄화의 의미

비범죄화는 1970년대의 형사법개정운동에서 형법의 자유화와 인도주의화를 달성하기 위하여 형법과 형벌제도 등의 개혁에서 부각되었다. 이러한 개혁은 형벌의 폐해를 인식하고 범죄자의 재사회화를 위하여 자유형 중심의 형사제재를 사회내 처우제도나 비형사제재적 사회통제로 전환하려고 하였다.¹²⁾ 형사정책적으로 비범죄화는 범죄화에 대비되는 말로서 Naucke

10) 범죄백서, 2001년 70면 이하.

11) 기광도, 앞의 논문, 29면.

12) 기광도, 앞의 논문, 55면.

는 “지금까지의 가벌적인 행위가 처벌되지 않게 되는 과정”을 의미한다고 하였다.¹³⁾ 이는 형벌의 효과를 과대평가하는 국가의 범정책에 대한 반성으로 실질적인 일반예방효과의 확보와 보충성의 요청을 강화하기 위한 수단으로 등장하게 된 것이다.¹⁴⁾ 이러한 비범죄화는 행위에 대한 형사처벌의 폐지가 아니라 형사처벌의 완화를 목표로 한다. 비범죄화는 특히 공공질서 관련 범죄에 대해서 많이 주장되고 있는데, 국가의 형사사법기관이 공공질서사범에 대해 일일이 개입하는 것은 형사사법기관에 과부하를 초래하여 보다 심각한 범죄현상에 대응할 기회와 자원을 소진할 수 있다는 점에서 그 필요성이 주장되었다.¹⁵⁾ 이는 과잉범죄화가 범죄자의 양상으로 전과자에 대한 낙인, 형사사법기관의 부담 증가, 형벌의 범죄예방효과의 약화 등의 부작용을 초래하였다는 주장에 근거하는 것이다.¹⁶⁾

범죄의 양상에 따라서 더욱 엄중하게 처벌해야 하는 행위유형이 있는 반면 비범죄화 및 비형벌화를 시도해야 하는 행위유형도 있다. 대부분의 경미범죄는 사회적으로 정상적인 사람에 의해 주로 행하여진다. 이러한 점은 특히 교통범죄에서 뚜렷이 나타난다. 경미범죄현상은 잠재적으로 전국민 모두에게서 일어날 수 있다. 그런데 이러한 정상적인 사람들 모두에 대하여 형사절차를 거쳐서 형벌을 부과한다면 사회적 통합은 이루어질 수 없게 된다. 형벌은 범죄자에게 법적·윤리적 비난을 가하면서 사회의 국외자로 낙인찍는 것이기 때문에 형벌의 사용은 항상 예외적 성격을 가져야 한다. 그리고 법규범의 효력이 제재의 증가와 정비례의 관계에 있다고 생각해서도 안 된다. 법규범과 그 위반에 대한 제재 사이에는 일종의 한계효용점이 있어서 일정한 한계점을 넘어서는 제재는 오히려 규범의 효력을 약화시킨다. 따라서 비범죄화의 형사정책적 필요성은 경미범죄에서 우선적으로 대두된다.¹⁷⁾ 현재 경미범죄에 대해서는 경찰에 의한 훈방조치 내지 지도장 발부, 범칙금납부제도 등과 같은 넓은 의미의 비범죄화 방안이 제

13) 김창균, 「비범죄화의 실현방안」, 『형사정책』, 제8호, 형사정책학회, 1996.

14) 이승현, 형사정책, 대명출판사, 2000년.

15) 박상기/손동권/이순래, 앞의 책, 389면.

16) 기광도, 앞의 논문, 61면.

17) 박상기/손동권/이순래, 앞의 책, 392면 이하.

도적으로 마련되어 있다. 특히 통고처분제도는 조세범처벌법, 출입국관리법, 도로교통법, 경범죄처벌법 등에 부분적으로 도입되어 있다. 범칙금 통고처분제도는 위반행위자로서는 범칙금 납부에 의해 신속 간편하게 법적 제재의 압박으로부터 해방될 수 있을 뿐만 아니라 전과자로 낙인되지도 아니하여 비범죄화의 요구에 부합된다. 그리고 범칙금 통고처분으로 법규의 집행을 일차적으로 독려하고 그 불이행에 대해 즉결심판을 청구하거나 기타의 형사재판을 통하여 법집행의 실효성을 뒷받침할 수도 있다. 이와 같이 피고인을 위한 비범죄화 정책에 기여하는 범칙금 통고제도는 경미범죄에 관한 한 지금보다 훨씬 넓게 확대되어야 한다.¹⁸⁾

2. 교통범죄의 비범죄화

교통범죄의 처리 및 처벌에 대해서는 비범죄화와 관련하여 다음과 같은 주장이 제기되고 있다. 교통범죄가 단순한 질서위반행위이거나 부주의에 의한 과실행위라는 측면, 또한 자동차가 보편화된 현재의 상황에서 누구에게나 발생할 수 있는 일상화된 행위라는 점에서 전통적인 형법상의 범죄에 비하여 가벼운 처벌이 주어져야 한다는 견해이다. 또한 교통범죄의 처리가 형사사법체계의 부담을 증가시킨다는 실무상의 현실적인 측면에서 교통범죄에 대한 비범죄화 및 비형벌화 방안이 요구되기도 한다. 이러한 교통범죄의 비범죄화는 책임주의, 형법의 보충성 원칙에 근거한 형벌의 최후수단성과 범죄예방의 효과성 및 효율성이라는 측면이 고려되어야 한다. 형사제재는 최고의 가혹한 제재이며 최후의 수단으로 사용하지만, 가장 쉬운 수단이며 가장 효과적인 수단이기도 하다. 이와 같이 범죄행위에 대한 형사제재가 가장 효과적이라고 하더라도 최후의 수단으로 사용되어야 한다는 것이 인정된다면, 우리 사회에서도 교통범죄에 대해서는 우선적으로 행정제재를 부과하고, 그 다음으로 형사제재를 활용하여야 할 것이다. 이러한 비범죄화의 경향에 따라 1983년부터 「교통사고처리특례법」을 통하

18) 박상기/손동권/이순래, 앞의 책, 393면 이하.

여 과실로 인한 교통사고범죄에 대해서는 획기적인 비범죄화 정책이 시행되고 있다.¹⁹⁾

교통사고로 인하여 물적 피해만을 야기한 경우나 인적 피해가 있더라도 치상의 정도에 그치고 사람이 사망하지 않을 경우, 피해자가 처벌을 원하지 않는다는 의사표시를 하거나 사고차량이 보험 또는 공제에 가입된 경우에는 운전자를 처벌하지 못하게 하고 있는 교통사고처리특례법에서 사용하고 있는 비범죄화의 방법은 이론·실무적으로 문제가 있다. 이러한 비범죄화의 방법은 과실범이론을 空洞化시킴으로써 다른 과실범에 대한 처리에 있어서 균형을 파괴하고 있다. 또한 사회통제 전제체계에서 형법통제인 과실범문제와 민법통제인 손해배상은 분명히 구별해야 함에도 불구하고 민사통제로 형법통제를 대체하는 것은 수범자의 형법에 대한 불신만 조장할 뿐이다. 왜냐하면 국가의 형법통제에는 일관성이 있어야 하기 때문이다. 다른 과실범과 비교해서 동일한 정도의 불법성이 있는데도 형법적 심사의 대상조차 되지 않는 것은 일종의 합법적 특혜로서 법의 형평에 위배된다. 그리고 그 특혜의 일차적 수혜자는 보험회사이다.²⁰⁾ 이에 일반국민이 쉽게 범할 수 있는 교통범죄의 비범죄화 방법으로 도로교통법의 범칙금 통고처분제도 내지 교통사고처리특례법의 공소제기특례제도²¹⁾를 적용하여 형법적 방법인 신뢰원칙이 확대되는 방안을 시행해야 할 것이다.²²⁾

19) 기광도, 앞의 논문, 28면.

20) 배종대, 앞의 책, 575면.

21) 교통사고처리특례법에 의하여 공소권이 없는 경우에는 경찰이 먼저 그 교통사고의 원인이 되는 교통질서 위반범죄에 대하여 통고처분 등의 조치를 취한 후, 교통사고범죄의 영역에 대해서는 '공소권 없음'의 의견으로 검사에게 송치하게 된다. 만약 그러한 조치없이 검사에게 송치하여 검사의 수사결과 위와 같은 이유로 '공소권 없음'의 결정을 하게 되는 경우에는, 검사는 경찰서장으로 하여금 교통사고야기의 원인이 되는 교통질서위반범죄부분에 대하여 통고처분 등의 조치를 취하게 한다.

22) 박상기/손동권/이순래, 앞의 책, 213면.

IV. 통고처분제도

1. 통고처분제도의 의의

통고처분은 법규위반의 사실이 발생하였을 경우 법규위반자에게 자유형이나 재산형에 의하여 그 죄책을 지도록 하는 과벌제도와는 별도로, 행정청이 법규위반자에게 범칙금이라는 금전적 제재의 부과를 통고하고 정하여진 기간 내에 이를 이행하게 하여 당해 법규위반행위에 대한 소추를 면하게 하는, 즉 과벌제도에 갈음하는 제도를 말한다.²³⁾ 통고처분은 형벌법규과잉의 문제를 해결하고자 발생한 비범죄화의 대표적인 제도이다. 현재 통고처분은 도로교통법·조세범처벌법·경범죄처벌법·출입국관리법 등에서 그 제재의 수단으로 운용되고 있다. 통고처분은 실효성확보의 수단으로 범칙금을 부과하고 있으며, 각각의 법규에 이에 대한 세부적인 사항을 규정하고 있다. 특히, 교통법규위반행위에 대해서는 종래에는 벌금으로 처벌하던 것을 통고처분에 의한 범칙금으로 전환하였다.²⁴⁾ 이는 교통법규위반행위에 대하여 형벌적 제재를 유보하면서 행정상의 범칙금부과조치를 선행시키는 것이라 할 수 있다. 교통범칙금을 교통법규위반에 대한 제재수단으로 규정하고 있는 도로교통법은 범칙금 이외에도 징역이나 벌금 등 형벌과 행정질서벌 차원의 과태료를 의무위반에 대한 제재수단으로 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 현실적으로 발생하는 교통법규위반에 대한 제재는 대부분이 통고처분에 의한 범칙금의 부과로 나타나고 있다. 이에 대해서는 여러 가지 요인이 고려되고 있는데, 대표적으로 교통법규위반행위의 특수성과 위반행위의 빈발에 대한 다른 수단으로의 제재가 불합리한 것을 들 수 있다. 이렇게 빈번한 교통법규위반행위에 대하여 통고처분이

23) 과벌제도에 관한 자세한 설명은 김찬, 통고처분에 대한 연구, 인하대 석사학위 논문, 2001년, 1면 이하 참조.

24) 1970년대에 이르러 자동차의 보유대수가 급격히 늘어나고 이에 따른 도로교통사범이 비약적으로 증가함에 따라 1973년 3월 12일 제2591호로 도로교통법을 개정하여 종전에 즉결심판에 의하여 처리하던 경미한 도로교통법위반사범에 대하여 통고처분제도에 의하여 제재할 수 있도록 하였다.

아닌 형벌적 제재수단 혹은 소추절차에 의하여 처벌한다면 우리 사회는 범죄자로 넘쳐나게 될 것이다.

통고처분의 대상이 되는 행위가 범죄행위이며, 통고처분에 불복하는 경우 바로 소추의 절차로 이행된다는 점에서 통고처분은 엄밀한 의미의 비범죄화의 문제와는 구별된다. 하지만 위반행위를 한 당사자가 통고처분에 승복하면 범칙금이라는 금전적인 불이익을 받게 되는 것으로 당해 행위에 대한 법적 제재가 종결되며²⁵⁾, 수형인명부에 등재된다거나 전과자로서 사회활동에 제약을 받는 등 범죄행위로 인한 사후관리의 대상에서 제외되기 때문에 결과적으로는 비범죄화에 접근하게 된다. 통고처분을 긍정적인 관점으로 보면, 법원의 부담을 완화하는 역할을 하며 전문성을 가진 공무원에 의하여, 행정목적에 기술적이고 효율적으로 달성하는 데 기여하며 국가 수입의 확보에도 기여한다. 뿐만 아니라, 통고처분은 일반절차에서 나타나는 범죄자의 신용실추와 고통의 장기화를 완화하는데 기여하기도 한다.²⁶⁾

통고처분에 의한 제재는 보통의 기소권을 가지는 검찰에서 행하는 것이 아니다. 그 제재의 여부를 행정기관에서 판단하여 사건을 종결시킬 수 있기 때문에 검찰과 법원 등 사법기관의 과중한 업무를 경감시키는 장점도 있다. 그러나 사법적 제재의 판단을 행정기관에서 할 수 있는가 하는 점과 통고처분에 불복할 경우 보통의 소추절차로 이행된다는 점²⁷⁾ 등 많은 문제점을 안고 있다. 이것은 행정기관이 소추절차로의 이행에 대한 1차적인 판단을 한다는 점에서 우리 법제의 전통적 특성논리인 기소독점주의(기소편의주의)를 수정한 것으로도 볼 수 있다. 이러한 통고처분에 대해서는 행정처분(행정행위)의 일종으로 보지만, 통고처분에 불복할 경우 소추절차로의 이행이라는 특수성 때문에 기존의 행정처분들에게 인정되고 있는 취소청구나 행정심판·행정소송 등을 제기할 수 없다고 본다. 판례 역시 “통고처분은 처분을 받은 자가 통고취지를 이행하지 아니한 때에 세무관서의

25) 홍정선, 행정법원론, 박영사, 1999년, 457면 이하.

26) 조정찬, 통고처분에 의한 범칙금제도, 법제 330호, 1991/2, 26면.

27) 애당초 통고처분제도는 비범죄화의 논리아래 도입된 제도이다. 따라서, 이에 불복하였다고 해서 바로 보통의 소추절차로 이행하는 것은 제도도입의 취지에 비추어 맞지 않는다.

고발을 기다려 형사절차로 옮겨가 처분의 대상이 된 사안은 그 절차에만 의하여 최종적으로 결정될 것이고 통고처분이 따로이 그대로 존속하여 별개의 효력을 나타낼 수 있는 것이 아니므로, 통고처분의 옳고 그른 것을 항고소송으로 다룰 수는 없는 것이라고 해석해야 할 것이다”²⁸⁾고 하여 이를 따르고 있다.

2. 통고처분의 내용 - 범칙금

도로교통법상에서 통고처분제도는 범칙금의 부과로 나타난다. 운전자 내지는 도로를 이용하여 교통하는 자가 도로교통법에 규정된 사항을 위반하여 감독행정청 즉, 교통경찰관에게 적발되어 단속의 대상이 되었을 경우 교통경찰관은 위반사실(범칙행위)과 위반자(범칙자)의 신상과 범칙금의 부과사실·범칙금의 액수 등이 적힌 통고처분서를 발행하여, 위반자에게 고지한다. 도로교통법은 형사제재의 운영상 편의성을 확보하기 위하여 범칙행위를 규정하고 있는데, 제117조에서는 제113조와 제114조의 위반행위에 대해서는 벌금이나 구류 또는 과료 등의 형사제재를 부과하기보다는 범칙행위로 규정하여 범칙금을 부과하고 있다.²⁹⁾ 통고처분제도는 대개의 경우 범칙금이라는 강제수단에 의하여 그 효력을 발휘하게 된다. 즉 통고처분은 범칙금의 부과와 납부를 그 목적으로 하고 있다.

이러한 범칙금에 대해서는 그 법적 성질을 어떻게 볼 것인가 하는 것에 대한 문제가 제기되고 있는데, 이는 도로교통법 제12장에서 말하는 교통범칙금이 벌금 또는 과료(행정형벌)인가 아니면 과태료(행정질서벌)인가에 대한 검토를 의미하는 것이다. 일반적으로 처벌이라 함은 어떤 행위를 명하거나 제한하거나 금지하는 규정에 위반한 경우에 형벌뿐만 아니라 질서벌·집행벌 등과 같이 그 자에게 불이익 또는 고통이 되는 모든 처벌을 말한다. 교통범칙금도 도로교통법상의 범칙행위라고 하는 위법행위를 한 경우에 부과되는 불이익 또는 고통을 의미하기 때문에 처벌임에 틀림이

28) 대판 1962.1.31, 4294행상40 ; 대판 1995.6.29, 95누4674.

29) 기광도, 앞의 논문, 84면.

없다.³⁰⁾ 또한 그 처벌의 내용이 금전적 손실이므로 금전벌에 해당한다. 위법행위를 한 자에 대하여 부과되는 처벌은 그 처벌의 목적을 기준으로 하여 제재로서 과하여지는 제재벌과 위법행위를 한 자에 대하여 그 법률상의 의무를 앞으로 이행하도록 강제하기 위하여 과하여지는 집행벌로 구분된다. 양자는 위법행위를 한 자에 대하여 과해진다는 점에서 공통성을 갖지만, 제재벌은 과거의 행위에 대한 제재이기 때문에 위법행위가 현재까지 계속되고 있는가에 관계없이 과하여지고, 집행벌은 미래의 의무이행을 강제하기 위한 것이기 때문에 그 후 법률상의 의무를 이행하여 위법행위가 현존하지 아니하면 처벌을 과할 수 없는 점에서 차이가 있다. 교통범칙금은 범칙행위라고 하는 위법행위를 한 자가 있으면 그 범칙행위가 현재도 계속되고 있는가 없는가에 관계없이 과할 수 있는 처벌이기 때문에 제재벌이며 집행벌은 아니다.³¹⁾ 현재의 실정법상으로 벌금 또는 과료에 해당하는 범죄행위에 대해 특수절차인 통고처분에 의하는 경우를 범칙금으로 부르고 있다고 볼 때, 기본적으로는 범칙금도 형사제재의 일종으로 볼 수 있다.³²⁾ 범칙금이 형벌로서의 성격을 갖는 실정법상의 또 하나의 근거는 범칙행위자에 대한 환형유치가 불가능하다고 하여 18세 미만인 자를 그 대상에서 제외한 규정이다(경범죄처벌법 제5조 제2항 제4호). 이는 범칙금을 벌금과 동일한 법적 성격을 지닌 것으로 파악하고 있다는 증거이다. 그러나 범칙금은 전형적인 형벌과는 구별되는데, 범칙금이 비범죄화에 따른 ‘행정질서벌화’를 나타내는 제재수단이기 때문이다. 즉 기본적으로는 형벌로서의 성격에 바탕을 두고 있지만 행정질서벌로 이행되어 가는 제도 중의 하나라고 볼 수 있다. 이는 다음과 같은 점을 살펴보면 더욱 분명해진다. 첫째, 비교적 경미한 범익침해에 부과된다는 점이다. 즉 통고처분은 원래 조세범·전매범 등 국가의 재정작용과 관련된 범죄행위에 대하여 신속·간편한 행정절차에 의한 재정수입의 확보에 주안을 두고 도입된 제도였으나, 1970년대에 들면서 비교적 사회의 비난강도가 낮고 빈번하게 발생

30) 권영성, 헌법학연습, 법문사, 1981년, 149면 이하.

31) 권영성, 앞의 책, 149면 이하.

32) 석중현, 도로교통법상의 범칙금론, 삼영사, 1994년, 83면 이하.

할 소지가 있는 도로교통사범과 경범죄에 이를 적용하는 경향에서 비범죄화의 경향을 찾을 수 있다.³³⁾ 둘째, 절차적인 측면에서 행정기관이 1차적으로 범칙금을 부과하고 이에 승복하면 법적 제재가 종결된다는 점을 들 수 있다. 즉 사법절차가 개입되지 않고 행정기관의 제재와 당사자의 이에 대한 복종으로 절차가 마무리되는 것은 행정질서벌의 특징과 유사하다. 셋째, 범칙금의 목적중의 하나가 범칙행위자에 대한 사후 제재의 성격 외에 행정법상의 의무위반으로 발생한 부당이득의 환수 또는 행정의무이행을 확보한다는 성격을 가진다는 점을 들 수 있다. 이는 조세범처벌법 등에서 주로 나타나는 경향인데 조세범이나 전매범은 윤리적 성격이 강한 자연범이라기보다는 국가의 재정수입확보에 협력하지 아니한 행정범의 성격이 강하다는 점에서 굳이 형벌에 의하여 제재를 가하는 것보다 부당이득의 환수 및 행정상의 의무이행확보의 차원에서 응분의 금전적 제재를 가하는 것이라는 점에서 알 수 있다.³⁴⁾

3. 통고처분의 운용현황과 문제점

가. 운용현황

도로를 통행하는 차마 혹은 보행자가 도로교통법을 위반하였을 경우에는 일선행정기관에 의하여 제재를 받게 된다. 이러한 일선행정기관은 대부분 교통경찰관리가 담당한다. 교통경찰관리는 수시로 도로교통의 현장에서 차마와 보행자의 통행을 원활하게 하거나 위험요소의 제거 및 사고의 처리 등에 종사한다. 대부분의 도로교통법위반사범들은 교통경찰관리가 발급하는 범칙금부과통지서에 의하여 범칙금납부를 통고받는 통고처분에 의하여 처벌받고 있다. 실제 도로에서 도로교통법위반으로 인하여 처벌을 받는 유형은 크게 3가지로 볼 수 있다. 통고처분에 의한 경우·즉시에 의한 경우·정식소추절차에 의한 경우가 그것이다. 특히 교통경찰관리로부터 통고

33) 조정찬, 앞의 논문, 25면.

34) 조정찬, 앞의 논문, 25면 이하.

처분을 받아 처벌을 받는 경우는 다른 두 가지의 유형에 의한 처벌보다 그 수가 압도적으로 많다. 이를 자세히 보면 다음 표와 같다.

<표-2> 도로교통법위반사건의 처리현황³⁵⁾

구 분	총단속건수	통고처분	구성비율	즉 심	구성비율	소추사건	구성비율
1994	9,916,454	9,702,312	97.8%	35,417	0.3%	178,725	1.8%
1995	8,544,615	8,318,639	97.4%	16,679	0.1%	209,297	2.4%
1996	9,547,011	9,284,295	97.3%	12,087	0.1%	250,629	2.6%
1997	12,549,454	11,415,101	91.0%	772,587	6.1%	361,766	2.9%
1998	10,669,998	9,434,115	88.4%	793,735	7.4%	442,148	4.2%

이 표는 경찰청에서 1994년부터 1998년까지 도로교통법위반사건에 대한 각종의 통계를 통고처분을 중심으로 하여 위에서 언급한 제재의 3가지 유형별로 종합해 본 것이다. 전체적인 비율의 측면에서 보면 통고처분을 제외한 다른 제재방법들은 그 비율이 매우 저조하여 도로교통법의 제재수단으로서의 역할을 한다고 보기 어려울 정도이다.

범칙금 통고처분에 대한 운전자들의 인식 역시 긍정적인 평가되고 있는데, 이에 대해 살펴보면 다음과 같다.³⁶⁾ 먼저 초보원전표시 미부착, 최저속도위반, 등화점등·조작불이행 등 타인의 원활한 교통운행을 저해하는 교통규칙 위반행위에 대해 절대 처벌해서는 안 된다고 응답한 사람은 46명(9.6%), 현행보다 다소 가볍게 처벌해야 한다는 11명(23.3%), 현재의 처벌정도가 적당하다는 262명(54.9%), 현행보다 더욱 엄하게 해야 한다는 58명(12.2%)로 나타났다. 좌석안전띠 미착용, 이륜자동차 인명보호장구 미착용 등 운전자 자신의 피해를 줄이는 행위에 대해서는 절대 처벌해서는 안

35) 경찰청 통계자료, 1994년~1998년(<http://www.kotsa.or.kr>).

36) 본 조사는 한국형사정책연구원에서 서울시의 자가 및 영업용 자동차 운전자를 대상으로 하였으며, 설문조사기간은 2000년 9월 20일에서 9월 29일까지 진행되었다. 본 조사는 477명을 최종 분석대상으로 하였다 (자세한 설명은 기광도, 125면 이하 참조).

된다고 응답한 사람은 35명(7.3%), 현행보다 다소 가볍게 처벌해야 한다는 96명(20.1%), 현재의 처벌정도가 적당하다는 278명(58.3%), 현행보다 더욱 엄하게 해야 한다는 68명(14.3%)로 나타났다. 끼어들기 금지위반, 진로변경방법위반, 방향전환·진로변경시 신호불이행 등의 교통운행에서 사고를 유발할 수 있는 행위에 대해서는 절대 처벌해서는 안 된다고 응답한 사람은 7명(1.5%), 현행보다 가볍게 처벌해야 한다는 60명(12.6%), 현재의 처벌정도가 적당하다는 257명(53.9%), 현행보다 더욱 엄하게 처벌해야 한다는 153명(32.1%)로 나타났다. 중앙선 침범·통행구분위반, 속도위반(20km/h 초과), 신호·지시위반 등의 교통운행에서 심각한 사고를 유발할 수 있는 행위에 대해서 30,000원에서 70,000원의 범칙금을 부과하는 것에 대해 이러한 처벌에 대하여 현재보다 다소 가볍게 해야 한다는 49명(10.2%), 현재의 처벌정도가 적당하다는 219명(54.9%), 현재보다 더욱 엄하게 해야 한다는 209명(43.8%)로 나타났다. 이러한 설문조사의 결과에서도 알 수 있듯이 운전자들은 범칙금 통고처분에 대해 50% 이상이 긍정적으로 인식하고 있는 것으로 나타났다.

나. 문제점

1) 개념 및 요건의 불명확성

경찰공무원이 운전자나 보행자의 범칙행위에 대하여 통고처분을 부과함에 있어서 몇 가지 문제점에 당면하게 된다.³⁷⁾ 그 중 대표적인 2가지를 문제를 살펴보면, 첫째는 교통질서를 위반하는 모든 행위에 대한 범칙여부를 발견할 수는 없으며, 만일 범칙행위를 발견한다고 할지라도 모든 범칙행위에 대하여 통고처분으로 제재할 수 없는 상황이다. 둘째는 도로교통법

37) 물론 현실에서 통고처분부과를 위한 단속을 시행하는 일선경찰공무원은 이를 인식하지 못하고 있는 경우가 대부분이다. 이는 단속을 시행하는 경찰공무원에 대한 체계적인 교육의 미비로 인한 교통전문경찰의 부재와 도로교통법 본래의 취지를 무시한 실적위주의 통고처분건수확보를 독려하는 경찰관서 및 경찰기관 등의 여러 가지 문제를 이유로 나타나는 현상이다.

과 동시행령·동시행규칙을 참조하더라도 구체적인 범칙행위에 대한 명확한 제시가 되어 있지 아니하여 그 범칙행위를 단속함에 있어 상대방과의 관계에서 단속에 대한 구체적이고 명확한 실증적 근거가 뒷받침되지 못한 것을 이유로 시비확정의 다툼에 휘말릴 소지가 있다는 점이다.³⁸⁾ 전자의 경우에는 현실적으로 해결하기 어려운 문제이기에 여기에서는 후자만을 살펴본다. 후자의 경우는 다시 경찰공무원이 아닌 단속의 객체 즉 도로교통주체의 입장에서 보면, 추상적인 규정에 의하여 막연히 주의를 하게 되고 자신도 알지 못하는 사이에 범칙행위를 행하게 되기 때문에 단속경찰관에게 범칙행위가 적발되면, 이를 알지 못하였음을 호소하거나 그 범칙행위에 대한 시비를 가리기에 급급하게 된다. 도로교통법의 특성상 범칙행위의 인지를 위해서 불가피하게 단속이 필요하다면 이를 위하여 각 범칙행위의 구체적인 개념확정과 단속하는 교통경찰공무원의 행위규정에 대한 법률제정 등의 조치가 취해져야 한다. 또한 교통경찰공무원이 운전자나 보행자의 범칙행위를 단속을 하는 데에는 도로교통법상의 범칙행위규정에 의하여 시행하게 되는데, 이 범칙행위규정이 행위형식을 규정하고 있을 뿐 범칙행위로서 성립할 수 있는 구체적이고 현실적인 요건들은 설명하고 있지 않다. 따라서 이러한 요건들을 체계화할 필요성이 제기되고 있다.

2) 통고처분의 남용

도로교통법위반행위에 대한 통고처분의 심각한 규범적 문제점은 타협에 의한 남용의 문제인데, 이는 단속기관인 경찰공무원과 단속의 대상이 된 범칙행위를 한 운전자 혹은 보행자와의 협의에 의한 남용의 문제이다. ‘타협 내지 협의에 의한 통고처분의 남용’이란 범칙행위를 한 운전자 혹은 보행자

38) 교통경찰관이 도로교통에 의하여 범칙행위를 단속함에는 전문적인 시행세칙이 없다. 단지, 경찰관의 직무집행에 관계된 법률을 준용 및 유추적용 하거나 경찰청 내부의 경찰관 행동지침 및 단속지침 등과 같은 내부규율에 의존하고 있다. 따라서 단속경찰관의 법규에 대한 자의적이고 확대해석이 가능하게 된다. 또 여기에 각급 경찰청 및 경찰관서에서는 각 경찰관리에게 통고처분에 대한 예상건수를 정하고 이를 달성하도록 독려하고 있는 현실임을 감안하면 그 자의성은 더욱 강해진다.

가 그 범칙행위를 단속한 단속기관(경찰공무원)이 통고처분을 과하기 전에 당해 범칙행위의 범칙금보다 금전적 제재가 경미한 범칙행위로의 전환을 제안하고 단속경찰공무원이 이를 수용하여, 실제 범칙행위와는 무관한 다른 범칙행위에 따른 범칙금의 부과를 통보받는 형태의 남용을 말한다. 혹은 반대로 경찰공무원이 이를 제안하는 경우도 있는데, 단속작용에 의하여 범칙행위를 적발한 경찰공무원이 당해 범칙자와의 범칙행위확정의 시비다툼이 생기는 것을 회피하고자 타협을 제안하는 경우가 대부분이다. 이와 같은 ‘타협’이 발생하는 이유는 위에서 언급한 개념과 요건의 모호함이 원인이지만, 범칙자의 입장에서 보면 당해 범칙행위보다도 경미한 범칙금처벌로 당해 범칙행위에 대한 처벌을 갈음할 수 있는 장점이 있고, 단속기관(경찰공무원)의 입장에서 보면 자신이 단속한 범칙자가 그 범칙행위의 시비확정을 요구하는 다툼이 조기에 해결 될 수 있다는 장점으로 인하여 실제의 도로 교통현실에서는 초헌법적인 상황이 빈번하게 발생하고 있다. 즉, 실정법 어디에도 존재하지 아니하는 죄책경감의 협의가 실제로 이루어지고 있는 것이다. 물론 범칙자의 입장에서 보면 죄책의 경감으로 인한 권익의 보호가 두텁게 이루어진다고도 볼 수 있지만, 이것 역시 법규나 법논리 혹은 법원리에 의하여 이루어진 것이 아닌 단순한 사실행위로 밖에 볼 수 없는 것이다. 이러한 단속기관의 타협행위를 재량행위의 일종으로 판단해 볼 수도 있다. 그러나 위법행위에 대해 국가형벌권의 제재가 사법기관이 아니라 재량의 여지가 있는 행정기관에 의하여 행하여진다는 것을 수용한다고 하더라도 범칙자와 단속기관간의 타협에 의한 죄책의 조정이라는 것은 행정행위만이 가지는 재량의 범위를 넘어선 권리남용적인 행위가 되는 것이다.³⁹⁾

오늘날의 법치국가에 있어서, 행정은 원칙적으로 법률에 의거하고 또한 그에 적합하게 행하여져야 한다는 원리에 기초하여 본다면, 행정법규는 일반적으로 행위의 요건을 규정하는 요건규정과 행위의 여부 또는 그 종류를 정하는 효과규정으로 되어 있는데, 행정청에 의한 행정법규의 적용 특히 처벌규정의 벌칙규정(처벌규정)의 적용은 먼저 위반의 사실을 확정하고

39) 만일 이와 같은 타협이 그 성격이 재량행위라 하더라도 재량의 범위를 넘어선 행위가 아니라, 이러한 죄책변경의 타협은 애당초 재량행위의 범주에도 들지 못하는 문제이다.

처벌요건의 내용을 해석·확정한 후에 그 위반사실이 처벌요건에 해당하는지를 판단하여, 그에 따르는 법률효과 즉 제재를 결정하는 일련의 조작과정이라 할 수 있다. 이러한 법치주의 기본적인 과정에 비추어 보더라도 단속기관과 법규위반자간의 타협이라는 행위는 정당하게 설명될 수 없다. 또한 법치주의 혹은 법률에 의한 행정의 원리를 엄격히 해석하는 경우에는 법률이 행정기관에 의한 해석의 여지가 없을 정도로 그 행위요건을 일의적이고 명확하게 규정해야 하며, 그에 해당하는 사실이 있을 때에는 반드시 당해 행위를 하여야 할 획일적 의무를 규정해야 한다. 그러나 오늘날의 행정은 질적·양적으로 확대되고 다양화되어 있어서 모든 경우에 법률이 그 법률의 실효성확보를 위한 벌칙규정의 처벌요건을 구체적이고 일의적으로 규정하는 것은 실제로는 불가능하다.

행정을 공익의 구체적인 실현작용이라는 점에서 보면, 경우에 따라서 구체적 사정과 관련하여 그에 가장 합당한 처분을 할 수 있도록 행위거부 또는 행위의 내용에 관하여 행정기관에 일정한 한도의 독자적 판단권을 인정하는 것이 공익의 적정한 실현을 위하여 요청되는 것이다.⁴⁰⁾ 이와 같이 행정행위에 대해 일정한 재량을 인정해야 한다고 하더라도 통고처분에 대한 단속행정기관과 범칙간의 타협행위는 단속기관의 재량행위가 아닌 남용으로 볼 수 있다.

단속기관에 의한 통고처분의 남용이 사실상 행해지고 있음에도 불구하고 실질적으로는 통고처분이 지속적으로 이루어지고 있다. 그러나 이렇게 남용된 통고처분의 효력은 정상적으로 이루어진 통고처분의 효력과 다를 바 없이 동일하게 발효되고 있다. 남용된 통고처분의 효력의 문제는 일차적으로 행정행위의 공정력과 관련된다. 남용된 통고처분의 효력을 부정하게 되면, 원인무효인 부당한 처분에 해당하여 당해 통고처분은 효력을 상실하게 된다. 남용된 통고처분의 효력을 인정하는 경우에는 공정력에 의하여 일단은 유효하게 성립되며, 통고처분에 따르는 범칙금을 납부하여야 한다. 남용된 통고처분에 대해 불복할 경우에는 행정심판이나 행정소송에 의하여 그

40) 김동희, 행정법 I 박영사, 1999년, 129면 이하; 행정법 II, 박영사, 1999년, 429면 이하.

시비를 가려야 하지만, 통고처분은 처분성이 결여된 제재이기 때문에 취소 소송 등을 할 수는 없다. 이렇게 되면 다시 공정력을 인정할 수 없게 된다. 따라서 남용된 통고처분의 효력은 원칙적으로 부정되어야 한다.

3) 범칙금납부의 문제점

범칙용의자가 단속경찰공무원의 범칙행위확정과 범칙금납부를 통고받게 되면 통고일로부터 10일 이내에 범칙금을 납부해야 한다. 범칙금을 납부하는 실질적인 행위는 단속경찰관이 행한 통고처분에 대하여 승복하는 것을 의미한다. 즉 통고처분에 대한 상대방의 임의적 승복이 그 요건으로 되는 것이다. 만일 범칙자가 당해 통고처분에 승복하지 아니할 경우에는 범칙금을 납부하지 아니하면 된다. 그러한 경우에는 통고처분에 대한 정식재판을 청구하여 범칙행위에 따른 통고처분의 정당성이 판단되어야 한다. 그러나 실제로 이러한 정식재판이 빈번하게 청구되지는 않고 있다. 왜냐하면 범칙자 자신이 저지른 범칙행위에 대한 범칙금보다 정식재판을 위한 비용이 훨씬 많이 소요될 뿐 아니라 절차도 번거롭기 때문이다. 따라서 대부분의 범칙자들은 경찰공무원의 범칙금납부통고에 대하여 정식재판으로의 이행에 대한 심리적 압박으로 인하여 그 납부를 강제당하고 있는 것이다.

범칙금납부를 통고받은 범칙자가 그 납부를 이행하지 아니한 경우에는, 범칙금납부통고서에 기재된 납부만기일로부터 20일 이내에 범칙금액의 20/100의 금액을 가액한 금액을 납부하여야 한다. 이와 같이 범칙금의 납부에 대한 불이행이 생겼을 경우 관할경찰서장은 지체없이 범칙금의 납부를 불이행한 범칙자를 즉결심판에 회부하여야 한다. 이것은 범칙금의 납부를 강제하기 위한 절차이다. 즉 범칙금을 납부하지 아니하면 1차로 납부기일을 연기하여 주고 대신에 범칙금을 가액하여 납부토록 하며, 그래도 납부하지 아니하면 당해 범칙자는 즉결심판에 회부된다는 심리적 강제를 이용하여 범칙금의 납부를 강제한다. 이 경우에도 범칙자는 범칙금을 납부하지 아니하면 즉결심판에 회부된다는 심리적 압박감으로 인하여 이의제기 절차 없이 범칙금을 납부한다는데 문제가 있다. 이의제기 없이 대부분 임

의승복으로 범칙금을 납부하는 것이다. 제도적으로 이의제기절차가 없다는 것은 통고처분을 사법기관이 아닌 행정기관에서 발한다는 것을 고려할 때 범칙자의 권리구제의 측면을 간과한 것이다. 특히 통고처분은 처분성이 없어 취소소송의 대상이 되지 못하기 때문에 이에 대한 다른 제도적 구제수단이 필요하다.

‘범칙금납부불이행시 즉결심판으로의 회부’, ‘불복시 정식재판의 청구’라는 심리적 압박에 의한 이행강제와 실질적 구제제도 및 이의제기수단의 미비로 인하여 통고처분제도는 그 실효성이 확실한 처벌제도로써 국가행정기관의 권력적 행위로 자리잡고 있다. 이는 대량으로 발생하는 법규위반행위에 대하여 일일이 소추하여 심판하게 되면 사회에 전과자가 양산된다는 우려에서 도입한 통고처분의 원래 취지에 어긋나는 것이다. 즉 지나치게 행정기관에 의존하여 그 처벌을 부과하고 또 이에 대해서는 이의제기의 방법이나 제도적 구제수단을 마련하지 않음으로 인하여 원래의 도입취지가 퇴색해 버린 것이다.

V. 독일의 경고제도

우리의 통고처분제도는 독일의 ‘경고금부경고제도(경고금이 부과되는 경고제도)’를 변형하여 도입한 것이다. 독일의 경우 도로교통법 영역에서의 법규위반행위는 교통범죄행위·교통질서위반행위·경미위반행위 등으로 대별되고 있으며, 그에 관한 법적 근거도 형법·도로교통법·도로교통령·질서위반법 등으로 다양하다.

도로교통법 제27조 제2항 및 제3항의 규정에 의하여 제정된 「도로교통질서위반에대한경고부여에관한일반행정규칙」은 경고금의 액수와 경고금이 부과되는 행위의 목록에 관하여 규정하고 있으며, 경고는 ‘경고금부경고’와 ‘경고금 없는 경고’로 구별되어 시행되고 있다.⁴¹⁾

41) 석중현, 앞의 책, 113면 이하.

1. 경고금부경고

경고금부경고는 경미한 교통질서위반행위에 대한 범칙금절차를 회피하기 위한 것이라 할 수 있다. 따라서 경고절차는 행정청은 물론 관계인의 이익에 기여하는 것이다. 즉, 경고절차는 간이한 종류의 전치절차(Vorschaftsverfahren)로서 수많은 경미한 사안에 있어 범칙금부과절차에 따른 행정관청의 부담을 경감시켜주며, 관계인에게는 기타 절차적인 수고를 덜어주게 되는 것이다. 그러므로 경고절차의 적용확대가 바람직하다. 경고의 본질은 단순하고 경미한 질서위반에 대해 그 행위에 대한 수사나 가치평가적 결정을 하지 않고 가능한 한 즉시경고만을 함으로써 관계인의 잘못된 행동에 대하여 훈계를 할 수 있다는 점에 있다. 행정청이 행하는 경고는 수사가 종결하여도 범칙금이 부과되기 전까지 할 수 있다. 경고는 위반정도에 따라 경고금의 차이가 있기는 하지만 관계인이 장래에 있어 교통질서를 보다 충실히 지키게 하는 교통교육적 수단을 의미하게 된다.⁴²⁾ 교통위반행위에 대하여 경고조치를 받게 되면 정식의 범칙금절차가 생략되고, 그와 관련하여 부담하는 경비마저 절약할 수 있기 때문에, 경미한 위반에 대해서는 경고금부경고가 관계인의 이익에 크게 도움이 되는 것이다. 경고금부경고는 질서위반에 대해 직접적인 효과가 발생될 수 있는 억압적인 조치이다. 또한 교통교육적 수단으로서의 경고는 질서위반행위의 경우와 유사하게 장래에 있어서 교통위반을 방지하고자 하는 예방적 기능을 아울러 가지고 있다.⁴³⁾ 경고는 강제할 수 있는 것이 아니라 관계인의 자유의사에 근거하는 협력을 요하는 행정행위이기 때문에 구체적 사실관계조사를 전제로 하지 않으며, 단속된 위반행위 이외의 행위에 대해서는 처벌할 수 없다.

2. 경고금 없는 경고

경고금부경고는 경고금의 부과 없이는 충분한 효과를 달성할 수 없는

42) 석중현, 앞의 책, 113면.

43) 석중현, 앞의 책, 113면 이하.

교통질서위반행위에 대해서 행하여진다.⁴⁴⁾ 그러므로 경미한 교통질서위반행위에 대하여는 일단 경고금 없는 경고가 충분한 지의 여부에 대하여 심사하여야 하는 것이다. 독일의 교통실무에 있어서는 경미한 위반에 대하여는 관계인의 이해를 촉구하고 경찰과 시민과의 관계를 개선하기 위하여 "경고금부경고" 보다는 "경고금 없는 경고"를 보다 더 활용하고 있다.⁴⁵⁾ 예를 들어 경미한 법규위반으로 인하여 미미한 대물사고를 일으킨 가해자가 일단 허용되는 방법으로 사고지점을 벗어난 직후에 경찰관서에 출두하여 사고신고를 하는 경우 등이 이에 해당된다(도로교통령 제34조 제1항 제7호, 형법 제142조 제2항). 경고금 없는 경고절차에 관하여는 명시적으로 규정한 입법은 없다. 따라서 경고금 없는 경고는 '질서위반적 행위'라는 비난으로 처리된다. 그러나 경고금 없는 경고가 부여된 행위가 동일한 사실상 및 법률상의 관점에서 - 사후적 처벌이 요청되는 중대한 사유가 있는 경우를 제외하고는 - 질서위반행위로서 재차 소추되는 것은 아니다.

3. 경고의 효과

경고는 이른바 협력을 요하는 행정행위이기 때문에 관계인이 경고금을 납부하여 경고에 관한 동의를 한 경우에만 효력이 발생한다. 경고장을 자동차에 부착하는 것에 대하여 관계인이 항의하면, 그것은 경고의 거절이 된다. 이와 같은 동의의 중요성 때문에 질서위반법 제56조 제2항의 규정에 따라 경고부여 전에 관계인에게 경고를 거절할 수 있다는 점에 대하여 교시하여야 한다. 그와 같은 교시가 누락된 때에는 관계인은 행정관청 또는 경찰관청에 경고에 대한 타당성에 이의를 제기할 수 있다.⁴⁶⁾ 경고에 대한 관계인의 동의가 사기·강박에 근거하여 행하여진 때에는, 비록 경고가 사실적 언급이 차후에 진행될 범칙금절차에 적합하고 허용되는 경우라 하더라도, 쟁송으로 다룰 수 있다. 이와 같은 쟁송에서는 질서위반행위가 없었

44) 조병선, 질서위반법, 한국형사정책연구원, 1991년, 132면 이하.

45) 석중현, 앞의 책, 114면 이하.

46) BVerwGE 24, 9 ; BayVRS 48,287. (석중현, 앞의 책, 118면에서 재인용).

다거나 또는 경고금이 경고금목록이 정한 액수에 따라 확정되지 않았다는 것을 주장할 수는 없다. 유효한 경고부여는 철회할 수 없으며, 경고는 형식적 구속력을 발생시킨다. 경고가 효력이 있는 때에는 그 행위는 경고가 부여된 것으로 되었던 것과 동일한 사실상 또는 법률상의 관점 하에서는 이를 소추하지 못한다(독일질서위반법 제56조 제4항).

그밖에 경고부여는 교통중앙등록부에 등록되지 않는다. 이는 도로교통법 제28조 제3호가 관계인에게 범칙금을 부과하게 되는 질서위반행위에 관한 확정력있는 결정만을 등록대상으로 규정하고 있기 때문이다. 이러한 경고에는 벌점제도가 적용되지 않는다.⁴⁷⁾

VI. 맺음말

교통범죄의 비범죄화 경향에 따라 도로교통법이 의해 시행되고 있는 통고처분은 즉결의 형식에 의한 일방적 통고와 그 통고에 따라 법률적 강제력이 아닌 실질적 강제력에 의한 범칙금을 납부하는 방식으로 행해지고 있다. 이 과정에서 교통법규를 위반한 자는 일반의 범죄자나 형사피고인처럼 일정한 절차의 자기항변의 기회를 가지지 못한다. 이는 교통법규가 관장하는 현실의 특수성 때문이기도 하지만 이러한 현실의 특수성을 지나치게 강조하여 이를 규제하는 통고처분과 그 처분에 대한 불이행의 과정에서 의무이행자의 보호책을 마련하지 않은 까닭도 있다. 교통법규가 관장하는 현실이 특수하여 보통의 과벌절차나 제재절차가 적용되기 어려워 다른 대책이 없고 기존의 통고처분제도만이 그 역할을 수행할 수 있는 수단이라면 통고처분제도에 대한 보충적 역할을 하는 제도가 연구되어야 하며, 이에 대한 연구로 독일의 경고제도를 고려할 수 있다. 이는 통고처분제도가 독일의 경고금부경고를 도입하는데 있어, 권리제재의 기술적인 부분만을 변형하여 도입하였고 그 제재에 부가되는 이의제기 혹은 불복의 절차나

47) 석중현, 앞의 책, 120면.

권리침해에 대한 구제의 부분은 도입에서 제외되었기 때문이다. 이에 통고처분이 국민의 범규위반행위에 대해 준사법적 효력을 발휘하는 강력한 제재수단이 되고 있으며, 이 또한 사법기관이 아닌 일선행정기관에 의하여 부과되고 있는 현실을 고려할 때 독일의 경고제도에 대한 연구에 근거하는 보완대책의 수립이 필요하다. 예를 들면 범칙금 통고처분 이전의 전치절차로서 독일의 경고제도의 도입을 고려해 볼 수 있다. 그러나 전치절차로서의 경고제도의 도입은 행정제재의 복잡화를 야기할 수도 있으므로 기존의 범칙금 통고처분제도에 경고제도의 이의제기절차의 도입을 고려해 볼 수 있다. 또한 경고금 없는 경고제도의 도입도 고려해 볼 수 있다. 즉 교통법규위반행위가 발생하였을 경우 이에 해 범칙금을 부과하는 통고처분이 아닌 그 위반행위자에 대하여 장래에는 교통질서 혹은 교통법규의 준수를 보다 충실히 이행하게 하는 교통교육적 수단으로서의 경고를 도입해 볼 수 있을 것이다. 이러한 경우 경고처분은 행정처분으로서의 성질을 가지면서 교통법규위반행위에 대한 직접적 계도의 역할도 하게 되는 것이다. 경고처분이 행정처분적 성질의 가진다고 하더라도 미약한 처분성으로 말미암아 경고처분에 대한 행정심판이나 행정소송을 제기하는 관계인은 없을 것이다. 왜냐하면, 경고처분이 비록 처분의 성격을 띄고 있지만 행정지도와 같은 계도적 역할이 강하고 일정한 의무의 부과나 처벌을 부과하는 것이 아니라 단순히 교통법규위반에 대한 사실을 권력적 지도를 통하여 관계인에게 확인을 시키며, 특히 통고처분과 같이 범칙금 부과와 실질적 강제력을 통한 처벌과 같은 억압적인 조치가 아니기 때문이다. 일선행정기관에서는 경고처분제도의 도입으로 인하여 통고처분에 따른 범칙금부과로 인한 절차적 부담과 이로 인한 실체적 진실발견의 부담을 덜게 될 수 있을 것이다. 이상에서 살펴본 바와 같이, 교통범죄의 비범죄화 방안으로 시행되고 있는 범칙금 통고처분이 점차로 확대 적용되고 있는 현실에서 통고처분에 대한 이의제기절차의 확립과 범칙금이 부과되지 않는 통고처분, 즉 독일의 경고금 없는 경고의 도입을 고려해 볼 수 있을 것이다.

Decriminalization of Traffic-Crime and Disposition of Notification

Won, Hye-Wook

(Prof. in Inha Uni.)

Kim, Chan

(Doktorand in Inha Uni.)

The noticed disposition was originally introduced to guarantee government revenue through prompt and rapid procedure for criminals related to nation's finance like government monopoly and tax. Later it became applied to criminals violating the Immigration Control law, recently applied to traffic and minor offences that often happen and are in low degree of social blame, therefore it has been recognized as an issue of decriminalization.

This may be a system that can accomplish its goals of recovery of right infringement, oppressing recurrence for ones who are in charge of investigation and prosecution, being free from criminal punishment through prompt and easy procedure for offenders.

Despite of the purposes of this system, it has lots of problems. Recently the issue is the problem of redemption against right infringement.

Under the name of decriminalization it is done by the executive not by judicial authorities, which has rather criminal character, and the offenders are enforced to accept the penalty without any objection in order to avoid prosecution. Also the offenders who are disobedient against this penalty are transferred to be in prosecution without filtration, which is giving up decriminalization.

It adds the seriousness because there are few means of redemption and fighting against it, despite it is the punishment usually used by the executive, the direct act causing right infringement, but focused on the simplization of punishment and guaranteeing effectiveness of executive authority, which is different from the original goals of this system.

It was introduced to reduce the excessive works of judicial authorities, to simplify the punish procedure and to achieve the executive goals promptly and easily. It may be effective on some parts of its operation but we overlook the procedure for redemption or the ways for objection against this, and the symplified procedures, which is different from the original goals of this system.

There are some problems, whether it is reasonable to transfer this power from the judicial authorities to the executives, shaking the idea of "seperate and balance".

These problems stem from the situation in which we just accepted its skillful parts of punishment but not accepted redemption for infringement or objection procedures when "Warnung mit Bußgeld" in Germany was introduced to our country. Therefore it became powerful means of punishment having semi-judicial effectiveness against offenders and it is done not by judicial authorities but by the executive. There is strong need to study on "Warnung" in Germany, especially to accept the system("Warnung ohne Bußgeld") positively.

압수물환부청구권의 제문제

한 상 훈*

I. 들어가는 글

압수수색과 같은 강제처분의 절차와 요건에 관하여는 형사소송법이 상세한 규정을 두고 있으며, 압수물의 환부나 가환부에 대하여도 형사소송법 제133조¹⁾ 등에 규정이 있다. 그러나 법규정의 내용은 모호한 점이 많으며, 해석론이 명확하지도 않다. 사실 지금까지 압수와 수색의 절차나 요건, 그리고 체포, 구속에 대하여는 연구와 토론이 많이 있었으나, 압수물의 처리, 환부에 대하여는 연구가 활발하지 않았다.

이러한 중에 1996년 대법원 전원합의체결정²⁾(이하 「다이아몬드압수사건」)은 압수물 환부의 의의와 성격, 그리고 압수물환부청구권의 성격과 포기가능성에 대한 중요한 기본판례(leading case)라고 할 수 있다. 다수의견과 반대의견으로 나뉘었던 이 결정에서 대법원은 피압수자는 압수물의 환부청구권이라는 절차적 공권을 갖고 있으며, 이러한 권리는 포기할 수 없다고 판시하였던 것이다. 그러나 이 결정 이후에도 몇 가지 해석상, 입법론상의 문제점은 남아있다. 이에 본고에서는 이러한 대법원의 결정을 중심으로 압수물의 폐기와 압수물의 환부 그리고 압수물환부청구권을 살펴보고, 여기에 관련되는 몇 가지 문제점들을 검토해보기로 한다. 특히 본고는 제 133조 1항의 필요적 환부규정에 대하여 대법원의 다수의견이나 반대의견

* 국민대학교 법대 교수, 법학박사

1) 이하 법명이 없는 것은 형사소송법을 의미한다.

2) 대결 1996.8.16. 94모51(전원합의체).

과 구별되는 「제한적 해석론」을 통하여 압수물의 환부와 환부청구권의 문제를 해결해보고자 한다.

이를 위하여 본고에서는 먼저 압수물폐기와 압수물환부 등의 압수물처리의 일반론을 간략히 살펴본 후, 압수물환부청구건의 의의와 성격, 그리고 포기가능성을 검토한다. 이어서 수사과정에서의 「소유권포기」의 의의 및 압수물의 의무적 환부에 대한 제한적 해석론의 가능성과 타당성을 논하도록 한다.

II. 압수물처리의 종류와 주체

1. 압수물처리의 종류

압수물이라 함은, 수사기관이나 법원이 법령에 의하여 압수한 증거물, 몰수할 것으로 사료되는 물건(몰수대상물)(제106조 1항) 또는 우편물(제107조), 제출명령에 의하여 제출된 증거물, 몰수대상물(제106조 2항), 또는 임의제출물, 유류물(제108조)를 말한다.³⁾

그러나 대부분의 압수는 증거물이거나 몰수대상물을 대상으로 한다. 몰수대상물도 증거적 가치를 갖고 있기 때문에, 압수물은 원칙적으로 형사소송에서 증거로 사용된다.⁴⁾

가. 사건종결시의 처리

증거물인 압수물은 증거로서의 가치를 갖기 때문에 원칙적으로 사건의 종결시까지 수사기관이나 법원이 보관하면서 증거물로서 사용하게 된다. 몰수대상물인 경우에는 몰수재판의 집행을 확보하는 의미가 있다. 사건의 종결시 법원은 판결로써 압수물을 피해자에게 환부하거나(제333조 1항, 2

3) 법원실무제요(형사), 개정증보판, 법원행정처, 1998, 425면 참조.

4) 백형구, 형사소송법강의, 8정판, 박영사, 2001, 321면 참조.

항) 몰수할 수 있고(형법 제48조), 몰수의 선고가 없을 때에는 압수가 해제된 것으로 간주하여(제332조) 피압수자에게 반환된다.⁵⁾

검사나 사법경찰관, 즉 수사기관이 사건을 종결할 경우 계속보관, 환부, 피해자환부 등의 처분이 있으며, 국가보안법사건의 경우 검사는 불기소하면서 압수물의 폐기 또는 국고귀속을 명할 수 있다(국가보안법 제15조 2항⁶⁾ 참조). 또한 후술하는 바와 같이, 압수물이 범금물인 경우 소유권포기서를 받아 제130조 2항에 의하여 압수물을 폐기하는 것도 가능하다. 이를 사건 종결시의 압수물처리라고 한다.

나. 사건종결전의 처리

압수물에 따라서는 수사절차나 소송절차가 종료하기 전이라도 일정한 경우 결정으로써 압수물에 관하여 처분이 필요한 경우가 있다.⁷⁾ 이를 사건종결 전의 압수물처리라 한다. 압수물의 폐기처분(제130조 2항), 위탁보관(제130조 1항, 제219조), 환가처분 또는 대가보관(제132조), 결정에 의한 환부, 가환부(제133조) 및 피해자환부(제134조) 등이 이러한 경우이다.⁸⁾

2. 압수물처리의 주체

압수물의 처리주체는 소송단계에 따라 달라진다. 기소 이전의 수사단계에서는 수사기관(검사, 사법경찰관)이 압수물에 대한 처분권한을 갖는다(제219조 참조). 다만, 압수물의 대가보관, 환부, 가환부, 피해자환부의 경우에 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아야 한다(제219조 단서).

5) 법원실무제요(형사), 435면.

6) 그러나 이 조항은 재판이나 청문의 절차도 밟지 아니하고 검사의 명령으로 압수한 물건에 대한 피의자의 재산권을 박탈하여 국고귀속시킴으로써 그 실질은 몰수형을 집행한 것과 같은 효과를 발생하게 하므로 헌법상 적법절차의 원칙에 반하는 위헌의 소지가 있다고 생각된다. 헌법재판소 1997.5.29. 96헌가17 결정(구관세법 제215조 위헌결정) 참조.

7) 백형구, 321면.

8) 법원실무제요(형사), 435면.

공소제기 이후에는 형사절차의 주재권이 수소법원으로 이전되므로, 압수물에 대한 처분권도 원칙적으로 수소법원으로 이전한다.⁹⁾ 그러나 실무상으로는 압수물이 기록과 함께 법원에 제출된 때¹⁰⁾, 또는 압수물의 제출이 없더라도 압수조서가 법원에 제출된 때부터¹¹⁾ 법원이 압수물에 대한 처분결정권을 갖는다고 한다.¹²⁾ 따라서 공소가 제기되었다고 하여도 압수조서가 법원에 제출되기 전까지는 법원은 압수물가환부결정을 할 수 없고, 압수물을 점유하는 검사에게 가환부신청을 하여야 한다는 것이다(압수조서제출시절).¹³⁾ 생각건대, 공소제기의 효과로 소송의 주재권이 법원으로 이전한다는 점을 볼 때, 피고인의 신병에 대한 결정뿐 아니라 압수물의 처분권도 수소법원으로 이전한다고 보는 견해가 일관되며 타당하다고 생각된다(공소제기시절).¹⁴⁾ 따라서 공소제기 이후의 압수물가환부청구 등은 검사에 대하여가 아니라 수소법원에 대하여 행하도록 해야 할 것이다.¹⁵⁾

Ⅲ. 압수물 폐기처분의 의의와 문제점

1. 압수물폐기처분의 의의

압수물의 처리 중에는 위탁보관, 환가처분, 폐기처분 등이 있다. 이중 폐기처분은 수사기관이나 법원이 위험발생의 염려가 있는 압수물을 폐기할 수 있는 것을 말한다(제130조 2항, 제219조 참조). 폐기처분의 주체는 수사기관이나 법원이다. 다만 사법경찰관이 폐기처분을 할 때에는 검사의

9) 신동운, 형사소송법 I, 2판, 법문사, 1997, 247면 이하 참조.

10) 대법원예규 송형 63-14.

11) 대법원예규 송형 64-7.

12) 법원실무제요(형사), 428면 참조.

13) 대법원예규 송형 64-7 참조.

14) 신동운, 818면 이하 참조.

15) 이때 법원이 하는 압수물의 환부, 가환부는 결정이므로 필요한 경우에는 사실을 조사할 수 있고 증인을 신문하거나 감정을 명할 수 있다(제37조 제3항, 형사소송규칙 제24조 제1항).

지휘를 받아야 한다(제219조 단서). 이러한 형사소송법상의 폐기처분에 있어서는 몇 가지 검토해야할 문제점이 있다.¹⁶⁾

2. 압수물폐기의 문제점

첫째, 형사소송법 제130조 2항이 규정하고 있는 “위험발생의 염려”가 있는 압수물이 무엇인지 분명하지 않다. 대부분의 교과서나 주석서는 이에 대한 명확한 개념정의는 생략한 채, 폭발물, 전염성있는 어패류 등을 의미한다고 서술하고 있다. 생각건대, 제130조 2항이 규정하는 “위험발생의 염려있는 압수물”이란, 사람의 생명, 신체, 건강, 재산에 피해를 줄 수 있는 물건으로서 보관 자체가 대단히 위험하여 종국판결까지 보관하기 곤란한 압수물을 말한다고 해야 할 것이다. 폐기처분에 의하면 그 압수물의 소유자는 영원히 재산권을 박탈당하게 된다. 즉 압수물의 폐기는 중대하고도 종국적인 재산권침해를 의미하므로 위험발생의 개연성이 큰 압수물에 한한다고 보아야 할 것이다.¹⁷⁾ 이러한 점에서 단순한 보관의 불편은 폐기사유에 해당하지 않는다.¹⁸⁾

아울러 마약, 음란물, 총기 등도 위험발생의 염려있는 압수물로 보는 견해가 있다.¹⁹⁾ 그러나, 이러한 압수물은 사건의 종결시까지 보관하는 것이 사람의 생명, 신체 등에 위험을 야기하지는 않으며 보관방법에도 특별한 어려움은 없으므로 적법절차의 원칙에 의할 때, 수사기관의 폐기처분보다는 몰수판결에 의하여 몰수하는 것이 적절하다고 본다. 다만 예외적으로 불기소처분시에 폐기할 수 있는 경우는 후술한다.

둘째, 폐기처분은 위험발생의 염려있는 압수물에 대하여 가능하다고 규정되어 있으므로, 이 요건 이외에 제한이 없다(제130조 2항 참조). 환가처

16) 폐기처분 이외의 압수물처리에 대한 개관으로는 한상훈, 압수물의 처리와 압수물환부청구권, 고시연구, 2002.4, 68면 이하 참조.

17) 배종대/이상돈, 형사소송법, 4판, 홍문사, 2001, 53/30; 백형구, 323면; 신동운, 247면; 이재상, 형사소송법, 6판, 박영사, 2002, §20/37; 임동규, 형사소송법, 법문사, 2000, 213면.

18) 신동운, 815면; 법원실무제요(형사), 436면 참조.

19) 김희태, 수사도중의 권리포기를 근거로 한 압수물환부거부의 가부, 형사재판의 제문제 I, 박영사, 1997, 266면 참조.

분은 “몰수하여야 할 압수물”이라고 하여 몰수대상물에 대하여만 허용되고 있으나(제132조 참조), 폐기처분에는 법규정상 그러한 제한이 없다. 따라서 몰수대상물이 아닌 증거물에도 폐기처분이 가능하다.²⁰⁾ 몰수대상물을 수사기관이 수사단계에서 폐기처분하는 것은 그나마 몰수의 긴급처분이라는 의미도 있을 수 있으나, 몰수대상물이 아닌 증거물에 대한 폐기처분은 종국판결로 피해자 등에게 환부하여야 할 물건이므로, 이를 폐기처분한다는 것은 피해자 등의 재산권에 대한 명백한 침해라고 할 수 있다. 이러한 경우에는 폐기처분은 더욱더 제한적으로 인정되어야 하며, 경우에 따라서는 이해관계인에 대한 피해보상규정이 포함되어야 할 것이다.

셋째, 환가처분과 달리 폐기처분에 있어서는 이해관계인에의 통지규정(제135조)이 적용되지 않는다. 당사자에의 통지를 규정하고 있는 제135조는 “전3조의 결정을 함에는 검사, 피해자, 피고인 또는 변호인에게 미리 통지하여야 한다.”고 하여, 압수물의 대가보관(제132조), 환부·가환부(제133조), 그리고 피해자환부(제134조)에 대하여만 당사자통지를 규정하고 있을 뿐, 폐기처분(제130조 2항)에 대하여는 당사자통지를 명문으로 요구하고 있지 않기 때문이다. 따라서 현행법을 문리적으로 해석한다면, 폐기처분을 할 때에는 당사자에의 통지를 포함한 어떠한 절차적 보장도 요구되지 않게 된다. 그러나 이는 명백한 입법의 불비이며, 적법절차위반의 위헌소지가 있다고 생각한다. 환가처분은 압수물을 매각하는 것이므로 경우에 따라서는 매각된 압수물을 다시 매입함을 통하여 압수물에 대한 소유권을 회복할 가능성이 남아있다. 그러나 폐기처분은 소각, 파괴 등을 통하여 압수물의 존재를 완전히 절멸시키는 처분이다. 당해압수물의 소유자에게는 이미 폐기된 압수물을 회복할 아무런 방법도 남아있지 않다. 즉, 폐기처분은 환가처분보다 오히려 재산권침해의 위험성이 훨씬 크다.

이처럼 폐기처분은 그 효과의 회복불가능성과 대상의 광범위성으로 인하여 대가보관보다도 재산권침해의 위험은 훨씬 중하다. 그럼에도 불구하고 대가보관에는 인정되고 있는 당사자에의 통지와 의견진술의 가능성이 규정되어 있지 않은 제130조 2항은 헌법상의 적법절차원칙과 재산권에 대

20) 차용석/백형구(편), 주석형사소송법 I, 3판, 한국사법행정학회, 1998, 411면 참조.

한 명백한 침해로서 위헌의 소지가 있다는 것이다.

물론 위험발생의 염려가 있는 압수물의 경우, 통지와 의견진술의 기회를 제공할 시간적 여유가 없는 긴급한 경우도 있을 수도 있다. 그러나 것처럼 당장 폐기하지 않으면 공중의 생명과 신체, 건강이 위험에 처하게 될 예외적이고도 급박한 경우를 제외하고는 수사기관의 폐기처분에 있어서도 적법절차는 준수되어야 할 것이다.

넷째, 수사기관이나 법원의 폐기결정에 대하여는 형사소송법상 불복방법도 인정되고 있지 않은 것도 문제이다. 형사소송법 제417조는 수사기관의 “압수 또는 압수물의 환부”에 대하여는 관할법원에 준항고의 방법으로 불복할 수 있는 길을 열어놓고 있으나, 압수물의 폐기는 압수나 압수물의 환부에 해당한다고 해석하기 곤란하다.²¹⁾ 또한 수소법원의 폐기결정에 대하여도 마찬가지로 이유에서 보통항고를 제기할 수 없는 것이다(제403조 2항 참조). 이렇게 볼 때 현행 형사소송법상 수사기관의 압수물폐기처분에 대한 법적 구제방법은 없다고 보여 진다. 다만 행정소송이나 헌법소송²²⁾, 그리고 국가에 대한 손해배상소송²³⁾에 의하여 해결할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 방법은 형사소송절차가 행정소송, 민사소송과 연계됨으로써 복잡해지고 피의자/피고인은 시의적절한 구제를 받지 못한 채 경제적 손실을 입을 가능성만이 크다. 이를 해결하기 위하여는 수사기관, 법원의 폐기결정에 대하여는 형사소송법상의 준항고로 불복할 수 있게 하여야 할 것이다. 물론 이러한 불복의 허용이 압수 등의 절차에 대한 이의제기로 형사소송의 신속한 진행

21) 차용석/백형구(편), 주석형사소송법 I, 411면 참조.

22) 헌법재판소 1997.11.27. 선고 94헌마60 결정에서 변호인의 변론준비를 위한 검사보관 수사기록 열람·등사신청에 대하여 정당한 사유를 밝히지 아니한 채 이를 전부 거부한 것이 헌법에 위반하여 기본권을 침해한다고 판시하면서, 형사소송법상의 준항고가 허용되지 아니하고 행정심판법이나 행정소송법상의 행정쟁송이 허용된다 하더라도 그에 의하여 권리가 구제될 가능성이 없어서 청구인에게 위와 같은 절차의 선이행을 요구하는 것은 청구인으로 하여금 불필요한 우회절차를 강요하는 것이 된다 할 것이므로 위와 같은 경우에는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 불구하고 구제절차를 거치지 아니하고 직접 헌법소원을 제기할 수 있는 예외적인 경우의 하나로 보아야 할 것이라고 하였다. 수사기관의 압수물폐기처분에 대하여도 마찬가지로 헌법소원이 가능할 것이다.

23) 배중대/이상돈, 53/30; 신동운, 247면 참조. 대판 1965.1.19. 64다1150은 수사기관의 위법한 대가보관에 대하여 손해배상책임을 인정하였다.

을 방해할 것이라는 우려와 비판도 있을 수 있다. 그러나 압수와 압수물의 환부에 대하여 준항고를 허용하고 있는 현행법체계하에서 이해관계인에게 압수나 압수물의 환부보다 현저히 중한 재산권침해를 야기하는 폐기처분에 대하여 준항고를 허용하지 않는다는 것은 형평성에 어긋나며, 헌법상 적법절차원칙과 재산권보장, 평등권에 반하여 위헌의 소지가 있다.

그러므로 이상의 논의를 정리하면, 압수물의 폐기처분에 관하여는 다음과 같은 사항을 보완하는 것이 필요하다고 사료된다. ① 이해관계인에게 통지와 의견진술의 기회를 부여하여야 하며(단 긴급한 경우에는 예외로 할 수 있다), ② 폐기처분의 대상을 명확히 규정해야 하고, ③ 몰수대상물과 증거물에 대하여는 차별적으로 규정하고, 증거물에 대하여는 보상규정을 두어야 하며, ④ 준항고에 의한 불복방법을 인정해야 한다.

IV. 압수물환부의 의의와 압수물환부청구권의 문제점

1. 압수물환부의 의의

압수물의 환부라 함은, 압수의 효력을 소멸시키고 압수물을 피압수자 또는 소유자에게 종국적으로 반환하는 수사기관 또는 법원의 처분을 말한다.²⁴⁾ 압수물의 환부는 압수의 효력이 상실된다는 점에서 압수의 효력은 그대로 존속하고 임시로 압수물을 돌려주는 가환부와 구별된다.

압수물은 원칙적으로 종국판결까지 수사기관 또는 법원이 보관하게 된다. 종국판결이 있게 되면 압수물은 몰수되거나 피압수자, 소유자에게 환부된다. 그러나 피압수자의 입장에서 보면 압수에 의하여 재산권행사가 계속 침해되는 결과가 되므로 종국판결 이전에도 압수를 계속할 필요가 없을 때에는 압수물을 돌려주어 재산권행사를 가능하게 해줄 필요가 있다. 이를 위하여 형사소송법은 압수물의 환부, 가환부제도를 두고 있다. 압수물의 환

24) 배중대/이상돈, 53/31; 백형구, 324면; 신동운, 247면; 이재상, §20/42 참조.

부·가환부제도는 사건의 종결 전이라도 압수물을 반환함으로써 사유재산권을 보호하고 형사소송에서 수사상의 강제처분은 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 비례의 원칙을 실현하려는 것을 목적으로 하고 있다.²⁵⁾

압수물의 환부와 가환부에 관하여는 제133조에 규정이 있으나, 그 구조가 간단하지 않다. 제133조 1항 전단은 필요적 환부, 1항 후단은 임의적 가환부, 제2항 필요적 가환부를 규정하고 있다.²⁶⁾

2. 압수물환부의 유형

압수물의 환부는 크게 두 가지 유형이 있다. 하나는 압수수색을 한 후 사후에 영장을 발부받지 못하여 환부하여야 하는 경우이고, 또 하나는 압수계속의 필요성이 없어 환부하여야 하는 경우이다. 이를 상술하면 다음과 같다.

가. 영장을 발부받지 못한 경우

영장없이 압수하였으나 사후에 영장을 발부받지 못한 경우에는 압수물을 반환하여야 한다. 상설하면, ① 검사 또는 사법경찰관이 체포영장에 의하여 피의자를 체포하거나 긴급체포 또는 현행범으로 체포하는 경우, 체포현장에서는 영장 없이도 압수, 수색, 검증을 할 수 있으며(제216조 1항 2호), ② 검사 또는 사법경찰관이 긴급체포(제200조의3)의 규정에 의하여 체포할 수 있는 자의 소유, 소지 또는 보관하는 물건에 대하여는 48시간 기간내에 한하여 영장없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다(제217조 1항). 이러한 경우, 압수한 물건은 피의자에 대한 구속영장의 발부를 받지 못한 때에는 즉시 환부하여야 하며, 구속영장을 발부받지 못하였으나 압수를 계속할 필요가 있는 때에는 압수수색영장을 발부받아야 한다(제217조 2항 참조). 따라서 압수한 물건에 대하여 구속영장도 발부받지 못하고 사후에 압수수색영장도 발부받지 못하였을 때에는 압수물을 환부하여야 하

25) 신양균, 형사소송법, 법문사, 2000, 203면 이하; 조해섭, 압수물의 환부, 가환부, 인권과 정의, 1998.10, 72면 참조.

26) 신동운, 818면; 임동규, 213면 이하 참조.

는 것이다. ③ 범행중 또는 범행직후의 범죄장소에서 긴급을 요하여 영장을 발부받을 수 없는 때에는 영장없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다(제216조 3항 1문). 이 경우 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다(동조 동항 2문). 따라서 압수 이후에 지체없이 압수수색영장을 발부받지 못한 때에는 압수물을 환부하여야 한다.²⁷⁾

이미 압수한 물건에 대하여 구속영장이나 압수수색영장을 발부받지 못하여 반환해야 하는 경우 수사기관의 압수물환부의무는 영장을 발부받지 못함으로써 당연히 발생하는 것이고 이해관계인의 청구가 있어야 하는 것은 아니라고 할 것이다.²⁸⁾ 따라서 압수영장을 발부받지 못하고도 압수물을 계속 보관하고 있는 경우에는 불법한 압수에 해당하여 준항고(제417조)의 방법으로 불복할 수 있을 것이다.

나. 압수계속의 필요성이 없는 경우

압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는 압수물은 사건종결전이라도 수사기관 또는 법원의 결정으로 환부하여야 한다(제219조, 제133조 2항 참조). 여기에서 “압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는” 경우라 함은 압수물이 증거물도 아니고 동시에 몰수대상물도 아닌 경우를 말한다.²⁹⁾

처음부터 압수요건이 갖추어지지 않은 경우는 물론이고 사후적으로 압수사유가 소멸된 경우를 포함한다. 예를 들어, 압수된 물건이 범인 이외의 자의 소유인 것으로 판명되어 몰수불능이 명백하고 증거가치도 없어 증거조

27) 이중 세 번째 유형은 대부분의 교과서에 설명이 없다. 그러나 이처럼 사후에 영장을 발부받지 못한 경우에도 기왕 압수한 물건은 환부하여야 하므로 이를 영장을 발부받지 못한 경우의 압수물환부로 분류하는 것이 타당하다고 본다.

28) 다음의 판결이 압수영장을 발부받지 못한 경우에도 원용될 수 있을 것이다. 대판 2001.4.10. 2000다49343: 「형사소송법 제332조에 의하면 압수한 서류 또는 물품에 대하여 몰수의 신고가 없는 때에는 압수를 해제한 것으로 간주한다고 규정되어 있으므로 어떠한 압수물에 대한 몰수의 신고가 포함되지 않은 판결이 선고되어 확정되었다면 검사에게 그 압수물을 제출자나 소유자 기타 권리자에게 환부하여야 할 의무가 당연히 발생하는 것이고, 권리자의 환부신청에 의한 검사의 환부결정 등 어떤 처분에 의하여 비로소 환부의무가 발생하는 것은 아니다.」

29) 배중대/이상돈, 53/33; 신동운, 250면; 이재상, §20/42 참조.

사를 할 필요가 없게 된 경우, 또는 증거물로 압수된 물건이 증거가치를 결하여 증거조사를 할 필요조차 없는 경우 등이다.³⁰⁾ 또한 일괄적으로 압수해온 물건이 증거가치를 갖지 못하고 몰수대상도 아닌 경우, 압수물이 압수영장에 기재된 피의사실과 전혀 관련이 없는 경우에도 환부하여야 할 것이다.

압수의 필요성이 없어야 하므로, 몰수대상물의 환부는 허용되지 않으며, 증거물인 압수물은 가환부의 대상은 되어도 환부의 대상은 아니다.³¹⁾

여기에서 수사기관이 사건을 불기소처분으로 종결할 경우 압수계속의 필요성이 존재하는지, 수사기관은 의무적으로 압수물을 환부하여야 하는지에 관하여 논란이 있다. 특히 피의자가 수사과정에서 「소유권포기서」를 제출하였을 경우 다툼이 있다. 이 문제는 항을 바꾸어 살펴본다.

3. 불기소처분과 압수물의 환부

가. 혐의의 불기소처분의 경우

수사기관이 「혐의없음」, 「죄가안됨」, 「공소권없음」 등 혐의의 불기소처분으로 수사를 종결하면 압수계속의 필요성이 없는 경우이므로 불기소처분과 함께 압수물을 환부하여야 한다. 다만, 고소, 고발사건에서 검찰항고, 재정신청 등이 제기된 경우 중요한 증거물은 불복절차가 종료된 후에 압수물환부절차를 취하여야 한다.³²⁾ 이 점에 대하여는 이견이 없는 것으로 보인다.

나. 기소중지, 참고인증지의 경우

피의자, 공범자, 참고인 등의 소재불명 등으로 수사를 종결할 수 없기 때문에 잠정적으로 수사절차를 종결하는 「기소중지」, 「참고인증지처분」³³⁾

30) 법원실무제요(형사), 438면; 신동운, 816면; 조해섭, 인권과 정의, 1998.10, 74면 참조.

31) 대결 1966.9.12. 66도58; 1994.8.18. 94도42; 이재상, §20/42; 신양균, 205면; 임동규, 214면 참조. 다만, 피해자환부(제134조)에 의한 환부가 전혀 배제되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다.

32) 검찰압수물사건규칙 제56조 1항; 신동운, 293면.

의 경우, 기소중지처분과 동시에 부수처분으로써 압수물을 필요적, 의무적으로 환부하여야 하는지, 아니면 수사기관이 계속 보관할 수 있는지에 관하여는 논란이 있을 수 있다.

먼저 압수계속을 긍정하는 입장에서는 소재불명 등의 기소중지사유가 해소되면 압수물을 다시 증거 등으로 사용해야 할 가능성이 크기 때문에 증거물이나 몰수대상물에 대하여는 공소시효가 완성되어 더 이상 소추가 허용되지 않을 때까지는 압수물을 계속 보관할 필요가 있고 이러한 한도에서 압수물의 반환의무는 인정되지 않는다고 볼 것이다.³⁴⁾ 1995년 대법원은 공범이 유죄 및 압수물 몰수의 확정판결을 받고 피의자 자신은 공동입건되기도 조사에 응하지 아니하여 기소중지처분이 되어 그 피의사건이 완결되지 아니하고 있다면, 압수의 효력은 피의자에 대한 관계에 있어서는 여전히 남아 있어 피의자의 압수물반환청구는 배척된다고 판시하기도 하였다.³⁵⁾

이에 반하여 압수계속의 필요성을 부정하는 판례로는 위의 1996년의 「다이아몬드압수사건」을 비롯한 관세사건이 있다. 이 사건들에서 대법원은 외국산 물품을 관세장물의 혐의가 있다고 보아 압수하였다 하더라도 그것이 언제, 누구에 의하여 관세포탈된 물건인지 알 수 없어 기소중지 처분을 한 경우에는 그 압수물은 관세장물이라고 단정할 수 없어 이를 국고에 귀속시킬 수 없을 뿐만 아니라 압수를 더 이상 계속할 필요도 없다고 한다.³⁶⁾

그렇다면 일견 상호모순되는 듯한 이러한 판결과 입장을 어떻게 해석할 것인가? 생각건대, 수사기관이 기소중지, 참고인증지의 결정을 내리는 경우 압수물을 계속 보관할 필요성이 있는가 아니면 의무적으로 환부하여야 하는가 여부는 다음의 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 본다. 첫째, 당해사건이 재기되어 기소됨으로써 유죄판결을 받을 개연성이 있는가 하는 점이다. 관세사건과 같이 본범을 검거할 가능성이 거의 없는

33) 기소중지와 참고인증지의 사유에 관하여는 검찰사건사무규칙 제73조 이하 참조.
34) 검찰압수물사건규칙 제62조는 기소중지나 참고인증지처분시에 당해사건의 압수물을 공소시효 완성시까지 계속 보관처분하여야 한다고 규정한다.
35) 대판 1995.3.3. 94다37097.
36) 대결 1996.8.16. 94모51(전원합의체); 1984.12.21. 84모61; 1988.12.14. 88모55; 1991.4.22. 91모10 결정 참조.

사건에서는 압수물을 환부하여야 하지만, 반대로 공범이 이미 유죄판결을 받았고 피의자는 조사에 응하지 않아 기소중지된 경우에는 유죄판결의 개연성이 있으므로 상당기간 계속보관이 가능하다고 볼 것이다. 둘째, 기소중지나 참고인증지의 사유가 피압수자에게로 귀책될 수 있는지 여부도 고려하여야 할 것이다. 예를 들어, 참고인이나 고소인, 고발인의 소재불명으로 참고인증지처분을 내리는 경우, 피의자인 피압수자의 입장에서는 자신의 귀책사유 없이 타인의 행동 또는 수사기관의 귀책사유로 재산권행사가 장기간 제한되는 결과를 가져오게 될 것이다. 그러므로 이러한 경우에는 가급적 압수계속의 필요성을 부정하여 증거보전의 조치를 취한 후 환부하도록 하는 것이 온당할 것이다. 이와 달리 피의자의 도주 등으로 인한 기소중지의 경우에는 지명수배 등의 방법으로 피의자의 신병을 확보하기 위한 노력을 하고 있으며, 유죄판결의 가능성도 높으므로 공소시효가 완성될 때까지 압수물을 계속 보관할 수 있다고 보아야 할 것이다.

아울러 수사과정에서 피의자가 「소유권포기서」를 제출한 후 기소중지 등의 처분을 내린 경우 압수물을 환부하여야 하는지 문제되나, 이는 소유권포기서의 효력과 함께 후술하기로 한다.

다. 기소유예의 경우

다음으로 기소유예처분시의 압수물환부가 문제된다. 특히 기소유예에 있어서는 사안 자체로 보아서도 기소유예함이 적당하나 도박죄의 도금이나 범행도구, 범금물 등이 압수되어 있을 때 이러한 압수물의 처리와 기소유예의 관계는 어떠한 것인지 논란이 된다.

이와 관련하여 「다이아몬드압수사건」에서도 논점이 되었던바, 수사기관이 압수물환부의무를 면제받기 위하여 수사과정에서 피의자로부터 「소유권포기서」를 제출받을 때 그 효과는 무엇인지, 압수물환부의무는 소멸될 수 있는지 다툼이 있는 것이다. 예를 들어, 피의자가 수사과정에서 압수물에 대하여 「소유권포기서」를 제출하고 수사기관은 이를 참작하여 기소유예처분을 내린 경우, 기소유예 이후에 피의자가 압수물환부청구권을 행사

할 수 있는지, 만약 이를 행사한다면 소유권포기각서에도 불구하고 압수물을 환부하여야 하는지, 아니면 국고에 귀속시킬 수 있는지 논의되고 있다. 이에 대하여는 압수물 환부청구권의 성격과 관련하여 논할 수 있으므로 항을 바꾸어 설명하도록 한다.

4. 압수물환부청구권의 문제점

가. 압수물환부의 주체와 절차

형사소송법 제133조 1항 전단은 “압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는 압수물은 피고사건종결전이라도 결정으로 환부하여야 하고”라고 규정하여, 압수계속의 필요가 없는 압수물은 사건종결전이라도 필요적으로 환부하도록 정해놓고 있다. “사건종결전이라도”라는 의미는 ‘사건종결시에는 물론이고 종결전이라도’라는 의미로 해석할 수 있을 것이므로, 동 법문은 사건종결시의 필요적 환부도 아울러 내포되어 있다고 볼 수 있을 것이다. 즉 「사건종결시의 필요적 환부」와 「사건종결전의 필요적 환부」를 동시에 규정하고 있다고 해석된다. 이 규정은 제219를 통하여 수사절차에도 준용된다.

압수물의 환부는 수사기관 또는 법원이 결정한다(제219조, 제133조 1항 전단). 수사단계에서는 검사가 결정하거나 검사의 지휘를 받아 사법경찰관이 결정하고(제219조 단서) 기소후에는 수소법원이 압수물의 환부에 관하여 결정한다(공소제기시절).

압수물의 환부의 절차에 관하여 청구권을 특별히 규정하지 않았다. 그러므로 환부기관은 당사자의 청구를 기다리지 않고 직권으로 압수계속의 필요성을 심리하여 결정한다. 다만, 압수물의 환부결정을 함에는 검사, 피해자, 피고인 또는 변호인에게 미리 통지하여(제135조, 제219조) 의견진술의 기회를 주어야 한다.³⁷⁾

37) 대결 1980.2.5. 80모3.

나. 압수물환부청구권의 인정여부

현행 형사소송법은 압수물의 환부를 필요적, 의무적인 것으로 규정하고 있으면서도, 이해관계인이 환부청구권을 가지는지 여부에 대하여는 명정하고 있지 않으므로 이해관계인에게 압수물환부청구권이 인정되는지 문제된다. i) 소극설은 환부결정은 환부기관의 직권사항이며 환부를 희망하는 자에게는 청구권이 없다고 한다.³⁸⁾ 이에 의하면 환부청구가 있다고 하여도 환부기관은 이에 응답할 의무가 없다고 보게 될 것이다. ii) 적극설은 당사자의 환부청구권을 인정한다. 그 근거로 국가기관의 환부의무(제133조 제1항 전단)에 대응하여 개인이 국가에 대하여 환부청구권을 가진다고 하여야 할 뿐만 아니라 형사소송법이 압수물의 환부에 관한 결정에 대하여는 판결 전의 소송절차에 관한 결정이더라도 특히 항고할 수 있다고 규정하고 있으므로(제403조) 그러한 불복의 권리를 보장하기 위하여도 환부청구권을 인정하여야 한다는 것이다.³⁹⁾ iii) 생각건대, 제133조 1항 후단이 임의적 가환부에 대하여도 청구권을 인정하고 있음을 볼 때, 필요적 환부, 가환부의 경우에도 청구권을 인정함이 체계상 합당하고, 국가의 환부의무에 대응하는 환부청구권이 인정된다고 볼 수 있으며, 제403조 2항과 제417조도 압수물의 환부결정이 아니라 환부에 「관한」 결정, 처분이라고 규정하고 있는 것은 환부결정뿐 아니라 환부청구기각결정을 전제로 한 것으로 보여지므로, 적극설이 타당하다고 본다. 1996년 대법원전원합의체결정의 다수의견은 피의자의 압수물환부청구권을 인정하고 있으며, 소수의견도 이를 부정하지 않는다.⁴⁰⁾

다. 압수물환부청구권의 법적 성격과 「소유권포기」

압수물환부청구권의 법적 성격과 포기가 허용되는지 논란이 된다. 1996년 「다이아몬드압수사건」⁴¹⁾에서는 이 점에 관하여 다수의견과 소수의견의

38) 법원실무제요(형사), 438면.

39) 신동운, 250면; 조해섭, 인권과 정의, 1998.10, 73면.

40) 대결 1996.8.16. 94모51(전원합의체); 이상도, 압수물환부청구권에 관하여, 형사재판의 제문제 I, 박영사, 1997, 288면 참조.

대답이 있었다. 다수의견은 환부청구권을 절차법상의 권리(공권)라고 보며, 포기가능성을 부정한다. 즉, 수사기관에 대하여 형사소송법상의 환부청구권을 포기한다는 의사표시를 하더라도 그 효력이 없어 그에 의하여 수사기관의 필요적 환부의무가 면제되지 않고, 그 환부의무에 대응하는 압수물의 환부를 청구할 수 있는 절차법상의 권리가 소멸하는 것은 아니라고 한다. 이에 반하여 소수의견(반대의견)은 피압수자가 수사기관에 소유권포기서를 제출한 경우에는 의사표시의 해석상 특별한 사정이 없는 한 환부청구권을 포기한 것으로 보아야 할 것이므로 수사기관은 압수물을 피압수자에게 환부할 의무가 없으며, 다만 피압수자의 소유권포기가 수사기관의 강요나 기망 등으로 인한 하자 있는 의사표시에 의하여 이루어진 경우에는 그 포기는 무효 또는 취소할 수 있는 법률행위로서 피압수자는 이를 주장하여 압수물의 환부를 청구할 수 있다고 보는 것이 타당하다고 한다.⁴²⁾

압수물환부청구권의 성격과 관련하여, 다수의견과 소수의견은 공히 동

41) 대결 1996.8.16. 94모51(전원합의체). 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. 피의자 H(보석상회 영업사원) 등은 P의 매매위탁으로 3.69캐럿짜리 다이아몬드 1개(당시 시가 6,900만원상당)를 Z에게 매도하려다가 1993.9.10. 수사기관에 적발되어 관세법위반으로 체포되고 위 다이아몬드는 압수되었다. 수사도중 H 등은 수사관이 검사의 지휘로 위 다이아몬드에 대하여 '앞으로 위 다이아몬드에 대한 어떠한 권리나 소유권을 주장하지 않을 것임을 이에 서약한다'는 내용의 '소유권포기서'를 작성받은 다음 검사의 지시로 불구속 상태로 검찰에 송치되어, 결국 처음 위탁자 P의 소재가 불명하여 관세장물인지 여부를 알 수 없다는 이유로 H 등은 기소중지 처분을 받는 한편, 위 다이아몬드에 대하여는 계속보관의 결정이 내려졌다. 그후 H는 위 다이아몬드가 밀수품이 아닐 뿐더러 그것이 밀수품인지 여부를 확인할 수 없어 기소중지처분한 이상 위 다이아몬드에 대하여 압수계속의 필요가 없어졌으므로 이에 대한 검사의 계속보관결정은 부당하다며 준항고를 제기하였다. 이에 원심은 H가 수사과정에서 위 다이아몬드에 대한 소유권 등 일체의 권리를 포기한다는 의사표시를 하였으므로 그것이 착오나 사기, 강박 등을 원인으로 하여 취소되었다는 등의 특단의 사정이 없는 한 H는 위 압수물에 대하여 환부를 구할 수 없고, 따라서 H는 검사의 계속보관결정의 취소를 구할 아무런 법률상, 사실상의 이익이 없다는 이유로 H의 준항고를 기각하였다. 이에 H는 대법원에 재항고하였다. 김희태, 주 19, 253면; 이상도, 주 40, 269면; 심희기, 피압수자의 압수물에 대한 권리포기행위의 의미해석과 절차법적 효과, 고시연구, 2000.5, 193면 참조.

42) 대결 1996.8.16. 94모51(전원합의체)(대결 1968.2.27, 67모70 폐기) 참조. 다수의견을 따르는 판례로 1998.4.16. 97모25; 2001.4.10. 2000다49343 참조. 이 전원합의체결정의 다수의견에 찬동하는 견해로는 김희태, 주 19, 254면; 심희기, 고시연구, 2000.5, 203면 이하 참조. 다수의견을 비판하며 소수의견에 찬동하는 견해로는 이상도, 주 40, 300면 참조.

청구권을 개인적 공권, 절차적 공권으로 보고 있으나,⁴³⁾ 다수의견은 절차적 성격을 강조하여 법률에 특별한 규정이 있지 않는 한 포기는 허용되지 않으며, 실체법상의 권리를 상실한다고 하여도 절차법상의 권리가 영향을 받지 않는다고 본다. 이에 반하여 소수의견은 재산권적 성격을 강조하여 특별한 사정이 없는 한 포기할 수 있다고 본다.

생각건대, 다른 공권의 경우 특별한 규정이 없는 한 포기할 수 없다고 보는 것이 일반적이다. 예를 들어, 판례는 친고죄에 있어서의 피해자의 고소권은 공법상의 권리라고 할 것이므로 법이 특히 명문으로 인정하는 경우를 제외하고는 자유처분을 할 수 없고 따라서 일단 제기한 고소는 취소할 수 있으나 고소전에 고소권을 과기할 수 없다고 함이 상당하다고 하여⁴⁴⁾ 고소권의 포기를 부정하고 있다. 또한 원래 訴權은 사인의 국가에 대한 공권이므로 당사자의 합의로써 국가에 대한 공권은 포기할 수 없는 것이며 이 법리는 민사소송에 있어서와 같이 행정소송에 있어서도 동일하다고 할 것이 다라고 하여⁴⁵⁾ 소권도 포기할 수 없다고 본다. 한편 공권의 포기를 법령이 명문으로 인정하는 경우로는 상소권의 포기규정(제349조)을 들 수 있다.⁴⁶⁾

다른 공권의 경우 법률에 특별한 규정이 없으면 포기할 수 없다고 보는 것과 마찬가지로 압수물환부청구권의 경우에도 절차적 권리, 개인적 공권으로 보는 한 포기할 수 없다고 하는 것이 일관되며 타당한 입장으로 생각된다.⁴⁷⁾ 소수의견은 압수물환부청구권의 재산권적 성격을 강조하여 포기할 수 있다고 보고 있으나,⁴⁸⁾ 압수물환부청구권은 국가기관의 압수물환부의무에 대응하는 권리로써 재산권적 측면과 함께 수사기관의 위법한 압

43) 이상도, 주 40, 289면 이하 참조.

44) 대판 1967.5.23. 67도471 참조. 1993.10.22. 93도1620: 「피해자가 고소장을 제출하여 처벌을 희망하는 의사를 분명히 표시한 후 고소를 취소한 바 없다면 비록 고소 전에 피해자가 처벌을 원치 않았다 하더라도 그 후에 한 피해자의 고소는 유효하다.」

45) 대판 1961.11.2 4293행상60.

46) 대결 2001.10.16. 2001초428은 상소의 포기나 취하 후의 재상소를 금지하는 형사소송법 제354조의 규정이 헌법상 재판청구권을 침해하지 않는다고 한다.

47) 동지: 심희기, 고시연구, 2000.5, 204면 참조.

48) 이상도, 주 40, 295면 이하도 압수물환부청구권은 피압수자의 사유재산권을 보호하기 위한 것이므로, 일신전속적 권리로 볼 수 없어 포기할 수 있다고 볼 수 있다고 한다.

수를 통제하는 공법적 측면도 갖고 있을 뿐 아니라, 모든 공권에 대하여 일일이 그 성격을 심리하여 포기여부를 결정하는 것도 법적 안정성과 예측가능성의 측면에서 적절하지 않다고 사료된다. 그러므로 압수물환부청구권을 절차적 공권, 개인적 공권으로 파악하는 한, 환부청구권의 포기에 관하여 법률에 특별규정이 없으므로 포기할 수 없다고 보는 것이 타당할 것이다. 다만 후술하는 바와 같이 예외적으로 국가의 환부의무와 피압수자의 환부청구권이 부정되는 경우가 있을 수 있을 것이다.

라. 구별개념

첫째, 여기에서 압수물환부청구권의 포기와 혼동해서는 안되고 구별해야 하는 개념은 「압수물수령의 거부」이다. 즉 「환부청구권의 포기」와 「환부물수령의 거부」는 구별되어야 한다. 「환부청구권의 포기」는 아직 환부청구권을 행사할 수 있는 기한이 도래하기 전에 미리 청구권행사를 하지 않겠다는 의사표시라고 볼 수 있다. 이에 반하여 「환부물수령의 거부」는 환부기관이 압수물의 환부를 결정하여 환부를 집행하고자 함에도 환부물을 수령하지 않겠다는 의사표시를 말한다. 환부를 받을 자가 환부기관의 환부를 거부하게 되면, 이는 제486조 1항의 “기타 사유로 인하여 환부를 할 수 없는 경우”에 해당하게 되어 일정한 절차를 거친 후 국고귀속에 이르게 된다는 점에는 의문의 여지가 없다.⁴⁹⁾ 그러므로 피압수자는 환부물의 수령거부라는 방법을 통하여 소유권을 포기하는 것은 허용된다.

둘째, 「소유권포기」와 「환부청구권포기」는 구별될 수 있다. 소유권포기는 압수물에 대한 실체법상의 소유권을 포기하겠다는 의사표시로서 진정한 소유자만이 행할 수 있는 것이다. 환부청구권포기는 실체법상의 소유자 여부와 관계없이 피압수자, 제출자가 압수물의 환부를 청구하지 않겠다는 절차법상의 소송행위이다. 실체법상의 법률행위와 소송법상의 소송행위는

49) 이상도, 주 40, 300면은 “환부받을 자가 끝까지 환부에 불응하는 경우의 처리절차에 대하여 형사소송법이 규정하고 있지 않으므로 압수물 처리, 관리에 많은 인적, 물적 자원이 낭비되고 있다.”고 하나 이같은 환부불응은 수령거부로서 환부불능사유에 해당할 것이므로 제486조에 의하여 국고귀속시킬 수 있을 것으로 생각된다.

그 요건과 효과에 있어서 차이가 있음은 물론이다. 소수의견은 실체법상의 소유권포기가 존재하면 절차법상의 환부청구권도 소멸된다고 보는 반면, 다수의견은 양자를 엄격히 구분하여 실체법상의 포기가 있어도 절차법상의 청구권은 변함없이 존재한다고 보았다.

그러나, 이 점에 있어 다수의견의 논거에 의문이 없는 것은 아니다. 실체법상 소유권을 포기한 무권리자가 실체법상 권리자인 국가에 대하여⁵⁰⁾ 순전히 절차법상의 청구권을 행사한다는 것이 가능한 것인지 의심이 든다. 다른 한편, 소수의견과 같이 소유권포기와 환부청구권의 포기를 순전히 사법적인 의사표시로 보아 민법 제110조의 기망, 강박에 의한 의사표시에 의하여 해결하는 것도 형벌권을 가진 국가와 개인 간의 수직적, 공법적 관계를 너무 경시하지 않나 염려된다. 생각건대, 수사과정에서의 소유권포기의 사는 수사기관에 대한 피의자의 열등한 지위로 인하여 소유권포기의 의사표시는 원칙적으로 자유롭고 진정한 의사로 인정할 수 없다고 보는 것이 어떨까 한다. 즉 수사과정에서의 소유권포기서가 제출된다고 하여도 소유권포기는 효력이 없고, 피압수자는 실체법상으로는 물론 절차법상으로도 압수물의 환부청구권을 보유한다고 하면, 실체법과 절차법의 괴리문제를 해결할 수 있을 것으로 사료된다.

5. 「소유권포기부 기소유예」의 허용여부와 압수물의 환부

기소유예처분은 피의사실이 인정되고 소송조건도 갖추어졌으나 형법 제51조 각호의 사항을 참작하여 소추를 필요로 하지 아니하는 경우에 공소를 제기하지 않는 처분이다.⁵¹⁾ 형법 제51조가 규정하고 있는 양형사유는 ① 범인의 연령, 성행, 지능과 환경 ② 피해자에 대한 관계 ③ 범행의 동기, 수단과 결과 ④ 범행후의 정황 등이다. 검사가 기소할 수 있음에도 이러한 사유를 참작하여 기소유예처분을 내릴 때, 이러한 처분은 종국적인 것이라고 볼

50) 국가가 소유권을 취득하는 근거는 무주물선점이론이나 국가에 대한 소유권양도 등의 방법으로 이해된다. 대결 1996.8.16. 94모51(전원합의체)의 소수의견 참조.

51) 형사소송법 제247조 1항; 검찰사건사무규칙 제69조 3항; 신동운, 303면; 이재상, §22/5 참조.

수 있다. 그러므로 기소유예처분시에 압수물은 원칙적으로 환부하여야 한다.

그런데 여기에서 수사과정에서의 소유권포기서를 제출한 경우, 이러한 소유권포기의 의사표시에도 불구하고 수사기관은 압수물을 필요적, 의무적으로 환부하여야 한다고 하면, 검사의 기소편의주의가 형해화된다는 비판이 제기된다. 즉 「다이아몬드압수사건」의 다수의견에 따르면, 도박사건 등을 처리할 때 검사는 딜레마에 빠지게 된다는 비판이 그것이다. 전과나 기타 사정을 참작하여 불기소처분하고자 할 경우 압수한 賭金은 무조건 예외 없이 환부하여야 하므로 구체적 정의에 반하거나, 또는 범죄로 인하여 취득한 물건을 몰수하여야 하는 경우에는 혐의없음 결정을 하는 이외에는 예외 없이 기소하여야 하게 될 것이기 때문이라는 것이다.⁵²⁾

이에 대하여 다수의견을 지지하는 견해는 위와 같은 경우에도 다른 우회방법이 있으므로 문제는 없을 것이라고 한다. 우회방법이란, 범죄의 혐의 있는 자가 소유권포기서를 제출한 후 기소유예를 받고 나서 압수물의 환부를 청구하여 오는 경우에는 유예하였던 공소권을 행사하여 판결로서 몰수의 선고를 받게 하면 된다는 것이다.⁵³⁾

이처럼 소유권포기를 조건으로 기소유예를 하는 것은 조건부 기소유예의 일종으로 볼 수 있으며,⁵⁴⁾ 특히 「소유권포기부 기소유예」라고 명할 수 있을 것이다. 「조건부 기소유예」란 검사가 피의자에 대하여 일정한 지역의 출입금지, 교우관계의 금지, 피해배상, 수강명령의 이행 등 강제적 준수사항을 명하고 이의 준수를 조건으로 기소유예하는 것을 말한다.⁵⁵⁾ 현재 실무상 소년범에 대하여 선도조건부 기소유예가 행해지고 있으나,⁵⁶⁾ 일반범에 대하여도 조건부 기소유예가 허용되는지에 대하여는 다툼이 있다. 다수설은 별도의 법률규정이 없는 한 강제적인 의무사항을 부과하는 것은 적법절차의 요청에 비추어 법관의 담당사무이므로 조건부 기소유예는 허용되지 않는다고 본다.⁵⁷⁾

52) 이상도, 주 40, 299면 이하 참조.

53) 김희태, 주 19, 266면 참조.

54) 신동운, 306면 주1 참조.

55) 신동운, 305면; 이재상, §25/19 참조.

56) 검찰사건사무규칙 제71조 3항.

생각건대, 법률에 별도의 규정이 없는 한 조건부 기소유예는 원칙적으로 부정하는 부정설이 타당하다고 본다. 그렇지 않다면 검사는 공소권을 매개로 온갖 강제의무를 피의자에게 부과할 수 있게 될 것이며, 이는 법관에 의한 재판을 받을 권리, 적법절차의 원칙 등에 대한 심각한 침해가 될 뿐 아니라 법률에 규정이 없는 예상치 못한 형태의 ‘유사형벌’도 검사에 의하여 가능할 것이기 때문이다. 다수의견이 수사절차에서의 소유권포기를 인정하는 것은 “적법절차에 의한 인권보장 및 재산권 보장의 헌법정신에도 어긋나고, 압수물의 환부를 필요적이고 의무적인 것으로 규정한 형사소송법 제133조를 사문화시키며, 나아가 몰수제도를 잠탈할 수 있는 길을 열어 놓게 되는 것이다”라고 염려하는 것도 이러한 맥락에서 이해될 수 있을 것이다.

그러므로, 이러한 다수의견의 취지나 조건부 기소유예를 부정하는 다수설에 의할 때, 일부에서 제기하는 바와 같이 기소유예 이후에 압수물환부청구권을 행사한 경우 다시 공소권을 행사하여 몰수하면 된다는 견해⁵⁸⁾는 원칙적으로 허용될 수 없다고 사료된다. 오히려 「소유권포기부 기소유예」는 원칙적으로 부정되어야 하므로, 소유권포기에도 불구하고 사후에 압수물환부청구권을 행사하였다는 이유로 공소제기된 경우에는 공소권남용의 이론을 적용하여 공소기각의 판결을 하여야 할 것이다.⁵⁹⁾ 다만 예외적으로 압수물이 범금물인 경우에는 후술하는 바와 같이 「소유권포기부 기소유예」가 인정될 수 있을 것이다.

6. 압수물환부청구권의 한계와 필요적 환부의 예외

가. 제133조 1항 전단의 해석문제

이상에서 소유권포기부 기소유예는 원칙적으로 허용되지 않으며, 소유권포기는 효력이 없고 따라서 기소유예 이후에 압수물환부청구권을 행사하면

57) 신동운, 305면 이하; 신양균, 272면; 이재상, §25/19 참조. 긍정하는 견해로는 배중대/이상돈, 67/7 참조.

58) 김희태, 주 19, 266면 참조.

59) 공소권남용을 인정한 최근의 판례로는 대판 2001.9.7. 2001도3026 참조.

압수물은 환부하여야 하고, 이를 방지하기 위하여 새로이 공소를 제기하는 것은 공소권남용이라는 점을 살펴보았다. 이러한 해석론은 제133조 1항이 “압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는 압수물은 … 환부하여야 하고”라고 규정하고 있는 문언의 취지에서 필요적, 의무적 환부의무를 도출해내기 때문에 성립가능한 것이다. 그러나 예외적으로 압수물의 환부청구가 인정되지 않는 경우가 있을 수 있으므로 이를 간략히 살펴보고자 한다. 즉, 제133조 1항의 「필요적, 의무적 환부」에 대한 제한과 예외를 살펴보고자 한다.

제133조 1항 전단은 압수물의 필요적, 의무적 환부를 규정하고 있으나, 압수물이 법률로서 소지가 금지되는 물건(法禁物)인 경우, 나아가 소지 자체가 범죄를 구성하는 경우에는 수사기관의 압수물 환부의무는 제한되지 않을 수 없다. 이와 같은 경우로는 마약, 음란물, 불법무기류 등을 들 수 있다. 예를 들어, 마약복용 및 소지로 피의자가 입건되어 소지 중이던 소량의 마약이 압수된 경우, 사안이 경미하여 기소유예처분을 하는 경우에 압수한 마약을 환부하여야 하는지 문제될 수 있다.⁶⁰⁾

나. 제한적 해석론

생각건대, 이러한 범금물의 경우에는 수사기관에 환부의무는 발생하지 않으며 따라서 압수물을 환부하지 않아도 되고, 오히려 환부해서는 안된다고 본다. 왜냐하면 만약 마약의 환부의무를 인정할 경우, 범죄를 방지하고 예방하여야 하는 국가가 오히려 범금물의 환부를 통하여 마약소지라는 범죄를 조장, 야기하는 결과가 될 것이기 때문이다. 따라서 압수물의 환부의무는 국가의 범죄방지의무로 인하여 범금물이 압수물인 경우에는 제한되지 않을 수 없다. 한편 피압수자에게도 압수물환부의 청구권은 인정되지 않는다. 범금물은 누구도 소유할 수 없는 물건이므로 피압수자도 압수된 범금물에 대하여 소유권을 주장할 수 없을 뿐 아니라 오히려 범금물에 대한 환부청구권의 행사는 범죄를 위한 청구권의 행사로 되어 권한남용으로

60) 이 문제에 관하여는 김희태, 주 19, 266면 이하; 이상도, 주 40, 299면 이하 참조.

적법하지 않기 때문이다. 개인은 국가에 대하여 범죄에의 협력을 요구할 권한이 없다. 그러므로 국가는 범금물을 반환할 의무가 없고, 개인은 범금물의 반환을 청구할 권리가 없게 되는 것이다.

또한 불기소처분시의 범금물에 대한 국가의 환부의무를 부정하지 않고 무조건적으로 환부해야 한다고 한다면, 수사기관은 소량의 마약을 몰수하기 위하여 사안의 경미함에도 불구하고 기소를 하여야만 할 것이다. 즉 마약소지범은 어떠한 경우에도 기소되어야만 하고 기소유예를 통하여 신속히 형사절차에서 벗어날 수 있는 가능성은 존재하지 않게 된다. 결과적으로 마약소지범은 다른 범죄자에 비하여 불리한 처분을 받게 되는 것이므로 평등권, 인간의 존엄성에 반할 소지가 있을 것이다. 아주 소량의 마약소지범도 기소를 통한 몰수냐, 아니면 불기소를 통한 마약의 환부냐 하는 기로에 설 수밖에 없게 될 것이기 때문이다. 음란물소지나 불법무기의 소지 등과 같은 범금물의 경우에도 동일한 문제가 발생할 것이다.

그러므로 범금물이 압수물인 경우에는 형사소송법 제133조 1항 전단의 필요적 환부규정은 적용되지 않는다고 보아, 수사기관은 불기소처분시에도 환부해서는 안되고 환부하지 않아도 된다고 보아야 할 것이다. 다만 이러한 경우, 재판에 의하지 않고 압수물이 마약, 음란물, 불법무기임을 인정하는 결과가 되기 때문에 그 성질과 관련하여 논란의 여지가 있을 수 있으므로 피압수자로부터 자유로운 의사에 기한 소유권포기서를 제출받는 것은 가능할 것이다.

이 점에 있어서 1996년 「다이아몬드압수사건」의 대법원 다수의견은 아무런 언급이나 시사도 없다. 즉 마치 수사기관의 압수물환부의무는 무제한, 무조건적으로 존재한다는 듯한 인상을 남기고 있다. 그러나 전술한 바와 같이 수사기관의 압수물환부의무는 압수물이 범금물이 아닌 경우에만 인정되고, 압수물이 범금물인 경우에는 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 다수의견이 제133조 1항 전단으로부터 무제한적인 환부의무를 도출해 내는 한, 이에 대하여는 비판의 여지가 있다. 그러나 위 결정은 다이아몬드라는 귀금속에 관한 것이었으므로 범금물과 관련된 다른 사안에서는 달리 판단할 수 있을 것이다.

다. 압수법금물의 처리방법

불기소처분시에 환부할 수 없는 법금물인 압수물의 처리가 문제될 수 있다. 법률의 규정이 없으므로 국고에 귀속할 수는 없으며, 장기적으로는 입법적으로 해결해야 할 것이다. 현행법상으로는 잠정적으로 제130조 2항에 의하여 폐기처분할 수는 있다고 보아야 할 것이다. 단, 그 요건은 그 대상이 법금물일 것, 그리고 피압수자의 자유로운 의사에 기한 소유권포기가 있을 것 등과 같이 제한적으로 해석하여야 하며, 전술한 절차적 보장 등이 준수되어야 한다.

피압수자가 자유로운 의사에 기하여 법금물인 압수물을 포기하지 않는 경우에는 절차적 확실성의 측면에서 압수된 법금물이 소량의 경우에도 기소하여 몰수의 절차를 밟는 것이 적절하다고 본다. 또 이미 기소유예처분을 한 뒤에 법금물에 대한 압수물환부청구권을 행사한 경우 범죄의사 표현으로 볼 수 있으므로 재기하여 기소하여도 적법한 공소권행사로 생각된다.

라. 법금물이 아닌 압수물과 소유권포기부 기소유예

이와 달리 볼 수 있는 것은 소지 자체가 금지되지 않는 압수물이다. 예를 들어 도박에 사용된 현금, 범죄에 사용된 흉기(각목, 면도칼 등), 자동차, 관세범위반의 귀금속, 고가전자제품 등의 경우에는 압수액의 정도, 압수물의 성질 등을 종합적으로 고려하여 기소유예를 결정하여야 할 것이다. 압수물을 환부하여도 좋을 경우에는 기소유예를 하고, 그렇지 않고 몰수하여야만 하는 경우에는 사안 자체가 이미 중한 경우라고 볼 수 있으므로 공소를 제기하여 몰수의 절차를 밟아야 할 것이다. 예를 들어, 도박죄의 경우, 도금의 액수가 커서 몰수하지 않을 수 없을 때에는 사안이 중한 경우일 것이므로 기소를 하고, 사안이 경미하여 불기소할 때에는 적은 액수의 도금은 환부해 주어도 무방할 것이다. 이러한 경우 소유권포기서를 받아 사실상의 몰수를 행하는 것은 수사기관의 수사권남용, 공소권남용으로 보지 않을 수 없고, 소유권포기부 기소유예도 허용되지 않는다고 해야 할 것이다.

마. 소 결

이상의 논의를 정리하면, 압수물이 범금물로서 그 소지 자체가 범죄가 되는 경우 피압수자가 자유로운 의사에 기하여 소유권포기의 의사를 표시한 때에는, 불기소처분을 하면서 압수를 계속하여 폐기처분할 수 있다 본다. 그렇지 않은 경우, 즉 압수물이 범금물에 해당하지 않는 경우에는 소유권포기조건부 기소유예는 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 기소중지의 경우에도 범금물의 경우에는 예외적으로 소유권포기서를 제출받아 압수를 계속하고 폐기할 수 있다고 보아야 할 것이다.

「다이아몬드압수사건」의 다수의견은 이러한 수사기관의 필요적 환부의무에 대한 제한, 또는 예외에 대하여 전혀 언급하고 있지 않아 문제이다. 그러나 이 결정을 범금물에 대하여도 무제한적인 환부의무를 인정하는 것으로 해석할 필요는 없을 것이다.

7. 환부의 효과

수사기관 또는 법원의 환부결정에 의하여 압수는 그 효력을 상실한다. 즉 압수물을 환부받은 자는 압수 이전과 마찬가지로 환부받은 물건에 대하여 권리를 행사할 수 있다. 그러나 환부는 압수를 해제하여 이전의 상태로 환원시키는 효과를 가질 뿐이다. 따라서 환부로 인하여 환부받은 자에게 대상물에 대한 소유권 기타 실체법상의 권리가 부여되거나 그러한 권리를 확정받는 것은 아니다.⁶¹⁾ 이해관계인은 민사소송을 통하여 환부된 물건에 대한 권리를 주장할 수 있다(제333조 4항 참조).

같은 이유에서 환부된 물건에 대하여도, 공범자의 수사 등을 위하여 압수할 필요성이 인정되면 별도의 절차를 거쳐 다시 압수할 수 있으며,⁶²⁾

61) 대결 1996.8.16. 94모51(전원합의체); 차용석/백형구(편), 주석형사소송법 I, 421면; 신동운, 816면; 신양균, 205면; 이재상, §20/44 참조.

62) 대결 1997.1.9. 96모34: 「범인으로부터 압수한 물품에 대하여 물수의 신고가 없어 그 압수가 해제된 것으로 간주된다고 하더라도 공범자에 대한 범죄수사를 위하여 여전히 그 물품의 압수가 필요하다거나 공범자에 대한 재판에서 그 물품이 몰수될 가능성이 있다

환부된 압수물을 몰수하는 것도 허용된다.⁶³⁾

압수한 서류 또는 물품에 대하여 몰수의 선고가 없는 때에는 압수를 해제한 것으로 간주한다(제332조). 따라서 몰수의 선고가 포함되지 않은 판결이 선고되어 확정되었다면 검사에게 그 압수물을 제출자나 소유자 기타 권리자에게 환부하여야 할 의무가 당연히 발생하므로⁶⁴⁾ 압수물을 권리자에게 반환하여야 한다.

8. 환부불능과 공고

법 제486조는 압수물의 환부를 받을 자의 소재가 불명하거나 기타 사유로 인하여 환부를 할 수 없는 경우 관보공고를 통하여 국고에 귀속할 수 있는 절차를 규정하고 있다. 즉, 환부가 불가능할 때에는 검사는 그 사유를 관보에 공고하고, 공고 후 3월 이내에 환부의 청구가 없는 때에는 그 물건은 국고에 귀속한다(제486조 2항). 3개월의 기간 내에도 가치없는 물건을 폐기할 수 있고 보관하기 곤란한 물건은 공매하여 그 대가를 보관할 수 있다(제486조 3항).

그런데 이러한 환부불능시 공고절차를 거쳐 국고에 귀속하는 절차는 법원의 환부재판을 집행하는 경우뿐 아니라 수사기관이 압수물을 환부하는 경우에도 준용된다(제219조 참조). 그러므로 피환부자가 소재불명인 때에는 수사기관은 공고를 거쳐 국고에 귀속시킬 수 있다. 나아가 피환부자가 환부물의 수령을 거부하는 경우에는 “기타 사유로 인하여 환부를 할 수 없는 경우”에 해당할 것이므로 이 경우에도 관보공고를 통하여 국고귀속의 절차를 밟을 수 있을 것이다. 다만 이 경우에도 기타 환부불능사유는 피환부자의 「소유권포기」가 아니라 「환부물의 수령거부」여야 할 것이다.

전술한 바와 같이 「소유권포기」는 환부기관의 환부결정이 있기 전에 사전포기의 성격이나, 「수령거부」는 환부기관의 환부결정을 전제로 피환부자

면 검사는 그 압수해제된 물품을 다시 압수할 수도 있다」.

63) 대판 1977.5.24. 76도4001 참조.

64) 대판 2001.4.10. 2000다49343.

가 환부받기를 거부하는 의사표시이므로 구별되어야 한다. 소유권포기를 부정한 「다이아몬드압수사건」을 「수령거부」조차 부정하는 의미로 확대해석할 이유는 없다고 본다.

V. 맺음말

종래에는 학계와 실무의 관심은 피의자나 피고인에 대한 체포, 구속의 문제에 집중되어 있었던 것으로 보인다. 신체구속이 개인의 인권 및 생활에 미치는 중요성에 비추어 볼 때 당연한 현상이었으며, 또한 이는 권위주의정권하에서 신체구속이 남용되고 불법부당한 구금과 체포가 만연하였던 데에도 일부 기인하였던 것으로 생각된다. 지난 1995년 형사소송법이 개정되어 체포와 구속의 관계와 구속전신문제도, 체포구속적부심제도 등이 정비되었고, 또한 헌법재판소의 인권보호적 결정에 힘입어 인신구속에 관하여는 상당한 정도의 제도적 정비와 인권보장이 결실을 맺게 되었다.

이제는 국민의 재산권과 관련된 압수수색 및 압수물의 처리, 환부, 가환부 등에 관심을 기울여야 하지 않을까 생각된다. 1996년의 대법원 전원합의체결정(다이아몬드압수사건)⁶⁵⁾에서도 나타났듯이 적법절차에 의하지 않고 수사절차상 피의자의 재산권을 침해하는 사례도 적지 않다고 보여진다. 다른 한편 범죄의 예방과 구체적 정의의 실현을 위하여 몰수 및 환부, 가환부의 요건과 절차도 정비될 필요가 있고, 압수물의 처리와 불복방법 등에 관한 형사소송법 등의 규정은 아직도 모호한 부분이 있어 보완되어야 할 것으로 생각된다.

본고는 그 중 압수물의 폐기와 압수물의 환부에 관한 문제를 살펴보았다. 압수물의 폐기에 관한 규정은 모호하며 헌법상 보장되는 재산권보호와 적법절차의 원칙에 반할 소지가 다분하다고 판단된다. 또한 압수물의 환부와 관련하여 1996년의 「다이아몬드압수사건」은 재산권보장과 적법절차의

65) 대결 1996.8.16. 94모51(전원합의체).

관점에서 대단히 의미 있는 판례로 생각된다. 그러나 이 결정에 대하여는 기소편의주의를 형해화 시킬 수 있고 실무상 많은 문제를 야기한다는 비판이 있다. 이러한 비판이 제기하고 있는 문제점도 일부 일리가 있으나, 이러한 문제는 제133조 1항 전단의 필요적 환부규정을 제한적으로 해석함으로써 상당부분 해결될 수 있다고 본다. 즉, 법적으로 소지가 금지되는 범금물이 압수물인 경우 국가의 환부의무는 피압수자의 자유로운 소유권 포기를 조건으로 부정된다고 할 수 있으며, 이러한 한도에서 「소유권포기부 기소유예」도 제한적으로 허용될 수 있다고 본다.

대법원은 1996년 「다이아몬드압수사건」에서 압수물이 범금물인 경우와 같은 예외적인 경우에 수사기관의 압수물환부의무가 제한될 수 있는 가능성에 대하여 전혀 언급하고 있지 않아 비판의 여지가 있다. 그러나 당해 사건에서는 압수물이 다이아몬드인 귀금속이었으므로, 환부대상이 범금물인 경우에는 달리 판단할 가능성도 있다고 본다. 다만 본고가 제시하는 제한적 해석론에 의하여 상당부분 압수물환부의 문제가 해결될 수 있음에도 불구하고 궁극적으로는 입법에 의하여 압수물의 환부와 가환부, 그리고 폐기 및 몰수에 관한 규정이 보완, 정리되어야 할 것으로 생각된다. 이를 위한 활발한 연구와 토론이 앞으로 필요하다고 본다.

이상 본고에서 제시한 압수물환부의무의 「제한적 긍정설」과 폐기처분의 해석론에 의하면 다음과 같이 요약될 수 있다.

(1) 불기소처분시에 수사기관은 압수물을 원칙적으로 피압수자에게 의무적으로 반환하여야 한다. 다만, 압수물이 범금물인 경우에는 기소유예처분시 피압수자의 자의에 의한 소유권포기서를 제출받아 반환하지 않을 수 있다(소유권포기부 기소유예). (2) 범금물인 압수물을 반환하지 않은 경우, 이를 폐기할 수 있다. 다만 이때에는 이해관계인에게 통지하고 의견을 진술할 기회를 주어야 하며, 불복도 가능하다고 보아야 할 것이다. (3) 소유권포기부 기소유예 이외의 경우, 압수물의 폐기(제130조 2항)는 압수물의 보관 자체가 일반의 생명과 신체, 건강에 위해를 줄 수 있는 경우로 제한되어야 하며, 대단히 위급한 경우를 제외하고는 사전통지와 의견진술, 불복방법 등 적법절차가 보장되어야 한다.

On the Right to Request the Return of Seized Articles

HAN, Sang-Hoon

(Professor, Doctor in Law College of Law, Kookmin University)

The Korean Code of Criminal Procedure rules the requirements and procedure of search and seizure, and also the return or restoration of, or temporary return of, articles seized(CCP §§133, 134 etc). Nevertheless it cannot be denied that the text of the provisions is somewhat obscure and there are still some problems in interpretation of the text. While there has been a lot of studies and discussions on the detention and arrest of suspects so far, the question on the return of the seized articles has not been so.

In the meantime the decision of the Supreme Court in 1996(1996. 8. 16. 94mo51, Diamond Case) held that the right to request the return of seized articles shall not be waived and that the prosecution or the police shall restore the articles to the suspect even though he gives up the ownership of the seized articles.

Since this decision there has been a debate, and some problems about this provision still remain. The present article comments on the decision of the Supreme Court and develops a new interpretation on the Section 133 CCP.

Conclusion: 1) On decision of dismissal the prosecution should in principle return the seized articles to the suspect or a victim. Provided that the seized articles are prohibited to possess, the seized articles may not be returned. 2) On decision not to return of the illegal

articles they should be abolished, only with notification to the parties interested and opportunity to be heard. 3) Abolition of seized articles (§130 II CCP) is allowed under only two circumstances, first, when the articles represent an urgent danger to the life, body or health of the public, and second when the prosecution dismiss the case on the ownership waiver of the owner. On either case the procedural rights of the interested must be guaranteed.

서구 행형의 역사와 한국의 행형

정 승 환*

I. 근대적 행형 100년과 서구 행형의 영향

한국에 오늘날과 같은 의미의 근대적 행형제도가 도입된 것은 갑오경장을 전후로 하는 19세기말의 일이었다. 말하자면 한국에서 근대적 자유형의 역사가 어느덧 100년을 넘긴 것이다. 하지만 서구에서 도입된 자유형 자체는 합리적 성찰에 의해 설립된 체계가 아니라 단지 역사적 과정의 산물이었으며 그것은 다시 한국의 정치적, 역사적 환경에 의해 변화되고 왜곡되었다. 그리하여 형벌제도로서의 자유형은 아직 제자리를 잡지 못하고 여러 가지 모순을 안은 채 운영되고 있다. 따라서 이쯤에서 한국에 도입된 서구의 근대적 자유형의 역사적 성립과정을 살펴보는 일은 한국의 자유형, 한국의 행형이 갖고 있는 문제들의 출발점을 찾고 그 해결을 모색하는 데 일정한 기여를 할 것이다.

1. 근대적 행형 제도의 도입

근대 이전의 감옥, 좁더 구체적으로 조선시대까지의 감옥은 오늘날의 행형을 위한 감옥과는 다른 것이었다. 갑오경장 이전까지 감옥은 행형의 장소가 아니라, 재판이나 형집행을 위해 대기하는 자들을 구금하는 곳이었

* 한경대학교 법학과 교수, 법학박사

다.1) 감옥이 형벌집행의 장소, 자유형의 집행장소로 변화한 것은 갑오경장을 계기로 형벌의 체계가 자유형을 중심으로 재편되면서부터이다. 즉 갑오개혁에 의해 종래의 전통적인 5형 중심의 형벌체계 가운데 장형은 폐지되었고 도형은 징역형으로 바뀌었으며, 유형은 정치범에 한해서 적용되었다. 나아가 미결수와 기결수를 구분하여 수용하게 하고 징역형을 받은 자는 감옥에서 노역에 종사하도록 하였다. 그리고 1894년 『감옥규칙』의 제정과 1895년 경무청관제에 감옥서의 직제 및 직무 등이 규정되면서부터, 특히 1896년 아관파천 이후 일본의 간섭을 벗어나 다시 주권을 행사하게 된 이후에는 본격적으로 근대적 의미의 자유형이 도입되었고 행형의 자주적 근대화를 위한 노력이 본격화되었다.²⁾

가. 행형사무의 재편

갑오개혁 중 사법제도의 개혁과 관련한 가장 중요한 것은 1895년 법률 제1호로 제정된 재판소구성법에 의해 처음으로 행정권으로부터 사법권이 독립되었다는 점이다. 이것은 근대적 사법제도의 기본원리를 실제적으로 처음 시도한 것이었다. 이러한 사법제도의 개편은 행형분야에도 커다란 변화를 가져왔는데, 정부의 조직기능이 분화되면서 종래 일반행정업무로서 관장되던 감옥사무도 새로 설치된 내부(內部) 산하의 경무청 소관으로 이관되고, 형조에 소속되었던 전옥서는 경무청 감옥서로 변경함과 동시에 종전 직수아문(直囚衙門)에 부설되었던 감옥은 모두 폐지함으로써 한성부내의 감옥사무가 일원화되었다.

나. 행형관계법규의 정비

1894년(고종 31년) 11월 25일에 『감옥규칙』이 제정되어 새로운 감옥

1) 조선시대까지의 형률과 행형에 대해서는 김기춘 1990; 노진곤 1991; 정갑섭 1997, 110면 이하; 정희경 1992; 조우영 2000; 허주욱 1997, 158면 이하 등 참조.

2) 정갑섭 1997, 137면.

사무의 지침이 되었는데, 미결감(未決監)과 기결감(既決監)을 구별하고 관·검사의 감옥시찰을 명시하며 재감자(在監者)의 준수사항 등을 규정한 점 등이 주된 내용이었다. 또 같은 해에 범죄인의 개선을 촉진하는 목적으로 일종의 누진처우법인 『징역표懲役表』가 제정되었다. 1896년에 제정·공포된 『형률명례(刑律名例)』는 조선의 옛 형벌제도를 근간으로 하면서 근대적 형벌체계를 도입한 과도기적 형법의 형태를 보여준다.³⁾ 1898년에는 감옥규칙에 대한 시행령에 해당하는 『감옥세칙(監獄細則)』이 제정되었으며, 통규(通規)·급여·위생·접견·상여·상벌의 6개 장(章) 27개 조문으로 되어 있다. 1905년 4월 29일에는 『형법대전(刑法大典)』이 조선왕조의 마지막 형법으로 제정·공포되었다. 이 법은 근대 서구의 법체계를 모방한 것이지만 그 내용은 조선의 전통적 형법을 많이 포함하고 있고, 형사실체법규 뿐 아니라 형사절차 및 행형에 관한 규정도 포함되어 있다.

2. 일제의 침략과 식민지행형의 시작

가. 자주적 행형근대화 노력의 좌절

1905년 을사보호조약 이후 일본이 노골적인 합병정책을 추진하면서 조선의 국권이 일본에게 잠식당하여 조선은 차차 식민지가 되어 간다. 이 시기에는 감옥제도도 일본의 직접개입으로 자주권이 상실되어 꾸준히 추진되어 오던 행형의 자주적 근대화 작업이 종식되고 서구의 영향을 받은 일본의 행형제도를 그대로 옮겨 놓는 식민지 행형으로 변화하게 되었다.

1907년 정미7조약(丁未七條約)에 의해 일제 통감부가 설치되고 이른 바 차관정치가 실시되면서 감옥서의 고위직에 일본인이 직접 임명되고 하위 감옥관리에 이르기까지 일본인으로 충원되었다. 감옥사무는 내부에서 법무로 이관되었고, 그에 따라 감옥관계의 조직과 법령이 대폭 개편되었다. 1907년 12월 법무령 제1호로 「경성감옥서를 설치하는 건」이 반포되었고

3) 자세한 내용은 정갑섭 1997, 138면 참조.

이어 1908년 4월 법무령 제2호가 반포되어 전국 8개 감옥서의 명칭과 위치가 정해졌으며,⁴⁾ 이 감옥들은 1908년 7월 법무령 제10호에 의해 업무가 개시되었다.

나. 식민지 행형의 시작

1909년 10월 31일을 기하여 조선의 사법 및 감옥에 관한 모든 법령을 폐지하고 같은 해 11월 1일부터 일본통감부의 법령을 적용함으로써 갑오경장 이후 조선의 행형근대화 작업은 종지부를 찍고 일본의 행형시대로 접어들었다. 1910년 8월 29일 한일합병조약이 공포되었고, 이어 9월 29일 조선총독부관제를 제정·시행하면서 통감부 사법청을 총독부 사법부로 개편하여 조선의 사법업무를 총괄하게 되었다. 1911년 조선총독부제령 제11호로 조선형사령을 제정하여 "형사에 관한 사항은 본령 또는 기타의 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 아래 법률에 의한다"라고 하여 일본의 형법, 동시행령, 형사소송법등 11개 법률을 원용하도록 규정하였다. 1912년에는 감옥관제등을 보완하여 『조선감옥령』과 『동시행규칙』을 제정·시행함으로써 식민통치체제하의 행형을 위한 법제정비를 마무리하였다.

다. 행형기관과 행형의 실태

행형기관으로는 총독부 산하 사법부에 서무과, 민사과, 형사과를 두었다가 1915년 법무과와 감옥과의 2개 과(課)로 축소·개편하였고, 1919년 3·1운동 후 사법부를 법무국으로 개칭한 이후 몇 차례의 직제개편을 거쳐 1943년 법무국에 형사과, 민사과, 행형과, 보호과를 두어 행형과에서 감옥 사무를 담당하였다. 1923년 5월 총독부령으로 감옥의 명칭을 형무소로 하고 분감(分監)을 지소로 하였으며, 한일합병 직후 본감(本監) 8개소, 분감 13개소이던 형무소는 몇 차례의 신설과 합병을 거쳐 일제말기에 형무소

4) 자세한 내용은 정갑섭 1997, 139면.

17개소, 지소 11개소와 보호교도소 1개소로 늘어났다.⁵⁾

일제시대의 감옥에서는 서구의 행형제도가 유입되면서 행형이 어느 정도 근대적 형태를 갖추었다고 할 수 있다. 수형자의 교회(敎誨), 누진처우 제도 등을 실시하고 『재감자(在監者)급여규정』을 제정하여 급식의 기준을 마련하였으며, 수용절차, 예산운용 등의 형무행정(刑務行政)이 체계화되었다. 또 일제초기에는 감옥의(監獄醫)를 두었다는 기록도 있으며, 1923년 감옥관제가 정비되면서 점차 보건기사, 보건기수, 약제사 등이 전국 감옥에 배치되기도 하였다.

그러나 일제하의 감옥은 식민통치를 위한 강압수단이라는 본질적 한계가 있었기 때문에 재소자에 대한 처우는 권위주의와 엄형주의(嚴刑主義)에 근거한 것이었다. 행형관계 기본법령에서는 목적형사상을 표방하였지만 실제에서는 응보와 위하, 구금과 격리가 우선되었다. 감방의 시설은 비위생적이고 비인간적이었으며, 재소자에 대한 처벌과 고문이 당연시되었다. 교육 및 교회가 실시되었지만 황국신민화(皇國臣民化)를 위한 것이었기 때문에 진정한 의미의 교육형에 부합한다 할 수 없었으며, 감옥의(監獄醫) 등을 두었다고는 하지만 보건·의료에 무관심하여 질병이나 고문에 의한 사망자가 속출하였다. 더구나 1931년 만주사변 이후에는 전시(戰時)체제의 행형으로 전환되었고, 1938년 국가총동원법이 시행되면서 전시행형이 본격화되어 군수품공장이나 비행장건설현장 등의 외부작업에 동원되는 등 행형의 현실이 더욱 악화되었다.⁶⁾

요약컨대 조선시대까지의 전통적 행형이 자주적 근대화과정을 거쳐 근대적 행형의 형태로 전환되지 못하고 일제에 의해 식민통치의 수단으로 왜곡된 형태의 근대적 행형이 도입되었으며, 이러한 행형의 형태가 아직까지도 많은 부분 잔존한다고 할 수 있다. 그것은 1945년 해방이 된 후에도 미군정하에서 군정법령21호 제1조와 헌법부칙 제6조에 의해 일제시대의 감옥법이 행형법 제정시까지 유효하게 시행되었으며, 1950년 제정된 행형법과 이후의 행형실무도 일제의 감옥법과 감옥실무의 영향을 완전히 벗어

5) 일제하 형무소의 변천과정에 대해서는 정갑섭 1997, 142면 이하의 도표 참조.

6) 정갑섭 1997, 143면 이하 참조.

날 수 없었기 때문이다. 그렇다면 여기서 일제가 들여온 이른바 ‘근대적 행형’인 19세기말 서구의 - 특히 프로이센 등 유럽대륙의 - 행형제도가 성립하기까지⁷⁾의 서구의 행형의 역사를 살펴보는 것은 현재 한국의 행형의 역사적 위치를 확인하고 행형의 발전방향을 찾기 위한 의미 있는 작업이 될 것이다.

II. 자유박탈의 초기 형태

1. 고대의 형벌과 행형

가. 고대국가와 그리스

서양의 역사에서도 고대의 형벌체계에서 자유형이 차지하는 역할은 매우 미미한 것이었다. 다만 몇 가지 참고할 만한 기록들을 찾을 수 있을 뿐이다. 우선 고대 이집트에서는 피라미드 공사현장 등에서의 강제노동을 위해 자유박탈을 동반하는 감금이 있었다는 기록이 있다. 그밖에 바빌론과 앗시리아, 그리고 고대 이스라엘에 단순한 감옥이 있었으며 대개 성문 입구에 위치했었다.⁸⁾

자유형에 대한 최초의 형벌이론적 기초는 그리스 철학자 플라톤에 의해 놓여졌다. 그는 형벌의 근거로서의 복수를 부정하고 위하와 감옥의 죄수들에 대한 개선을 형벌의 목적으로 주장하였다.⁹⁾ 그러나 아테네 등의 그리스 도시국가에서 현실은 이와 거리가 멀었다. 형벌로서의 감금은 사형과 신체형, 명예형, 벌금형, 그리고 노예로 삼는 것 등이 주를 이루었던 당시

7) 20세기 중반 이후 성립되어 해방 이후 한국의 행형에 많은 영향을 끼치고 있는 “교정”과 교정이데올로기의 역사에 대한 연구는 추후의 연구과제로 남겨둔다.

8) 자세한 것은 Krauß 1895, 24면 이하 참조.

9) 물론 이러한 형벌이론을 소크라테스의 것으로 주장하는 견해도 있다. 자세한 것은 Krauß 1895, 46면 이하 참조.

의 형벌체계와 맞지 않았으며, 감옥은 단지 재판이나 형벌집행을 위해 죄수를 구금하는 시설로 이용되거나 벌금형에 대한 부가형으로 감금이 부과되었을 뿐이다.¹⁰⁾

나. 로마

그리스에서와 마찬가지로 로마법도 감금형을 규정하지 않고 있다. 그러나 법규와 달리 실제로는 감금이 형벌로서 사용되었음을 추측케 하는 기록들이 있다. 예컨대 로마의 법률가 율피안(Ulpian ? - 222/224 A. D.)은 “...감옥은 사람을 지키는 곳으로 유지되어야 하고 형벌의 장소로 사용돼서는 안 된다(...carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet)”¹¹⁾고 하였는데, 이는 형벌로서의 감금이 금지되었음에도 불구하고 실제로 빈번히 일어나는 현실을 지적하고 경계하기 위한 것으로 해석되고 있다.¹²⁾

공적인 형벌과는 별도로 로마에는 사(私)형법(Privatstrafrecht)이 존재하였는데, 이러한 사형법에서는 감금이 형벌로서 적용되었다. 그래서 로마의 가장(*pater familias*)들은 그가 가진 사적 형벌권을 근거로 가족 구성원이나 노예들을 감금할 수 있었고, 많은 가문에 “에르가스툴라 *ergastula*”라고 불리는 감방들이 있었다. 가족에 대한 사적 형벌권이 폐지된 후에도 노예에 대한 형벌권은 여전히 남아, 노예들은 낮에는 주인의 농토에서 중노동에 시달리고 밤에는 “에르가스툴룸 *ergastulum*”이라 불리는 노예감옥에 족쇄에 묶인 채 갇혀 있어야 했다.¹³⁾

제국이 된 후의 로마에서는 이러한 사형법의 감금형이 공적인 형법의 영역에 도입되었다. 노예들을 강제노동에 처한 것처럼 국가도 하층 계급의 시민들을 “공적 강제노동 *opus publicum*”에 처하고 이들을 수용하기 위해

10) Krauß 1895, 같은 면.

11) Krause 1999, 13면에서 재인용.

12) Doleisch von Dolsperg 1928, 14면 이하; Krause 1999, 14면.

13) “*ergastulum*”이란 단어는 그리스어의 “*ergasterion*”에서 유래한 것으로 이는 그리스에서 노예들이 상품들을 생산해 내던 노역장을 의미한다: Krause 1999, 14면 참조.

국가적 “에르가스툴라”를 설치하였다.¹⁴⁾ 수용자들은 노예의 신분에 떨어지는 않았지만 시민권을 상실한 채 도로건설현장이나 공중목욕탕 등에서 판결에 따른 형기(刑期)에 따라, 또는 종신토록 노동에 종사하였다. 간혹 중범죄자들은 “국가노예 *servus poenae*”가 되어 “광산노동형 *condemnatio ad metallum*”에 처해지기도 하였다. 이러한 강제노역형을 초기 형태의 자유형으로 볼 수는 있지만, 이는 사형과 재산형이 지배적이었던 로마의 형벌체계에서 부수적 역할을 담당했을 뿐이다. 의미가 있다면 나중에 이러한 강제노역형의 역할이 증가하였으며, 후대의 강제노역형이 로마의 그것과 연결된다는 점일 것이다.

2. 중세의 형벌과 행형

가. 교회법의 영향

중세시대의 감금형에 대한 기록이 가장 먼저 나타나는 곳은 세속의 형법이 아닌 교회법의 영역이다. 중세 초기에서부터 수도원에는 범죄한 수도승이나 수녀를 가두는 감옥이 있었는데, 처음에는 수도원의 특별한 방에 가두다가 나중에는 역시 “에르가스툴라 *ergastula*”라고 불리는 별도의 감옥시설을 두기도 하였다. 감옥 안에서 그들은 종교적 참회나 노동에 종사하였다. 이러한 수도원 내부의 규율이 점차 세속에도 영향을 미쳐 교회의 형벌권 아래 있는 세속인들에게도 같은 형벌이 적용되었다. 이러한 감금형(Klosterhaft)의 중점은 종교적 의미의 참회를 통한 개선에 있었다. 그렇기 때문에 형벌의 기간은 정해지지 않았으며 “개선될 때까지”가 그 기간이 되기도 하였다.¹⁵⁾

세속의 형법의 영역을 보면, 이때까지는 형사절차를 공법의 영역이 아닌 사법의 영역으로 보았기 때문에 아직 국가의 공권력에 의한 형벌이 존재하지 않고 대부분 피해자나 그 가족 또는 부족에 의한 사적인 복수의

14) Krauß 1895, 80면.

15) 자세한 것은 Doleisch von Dolsperg 1928, 17면 이하; Krauß 1895, 171면 이하 참조.

형태로서 형벌이 존재하였다. 국가적 형벌이 부과되는 것은 예외적 상황으로 집단이나 국가에 대한 직접적 범죄에 국한되었다.¹⁶⁾ 그리하여 중세 초기의 형벌체계의 중심에는 개인간 또는 부족간의 과도한 복수행위를 억제하기 위한 보상체계(Kompositionensystem)가 자리하고 있었다. 즉 모든 범죄에는 속죄금(Bußtaxe, *compositio*)이 부과되어 그 중 일부는 피해자나 그 가족에게 피해보상의 의미에서 속전(贖錢, *Wergeld*)으로 지급되고, 일부는 일종의 벌금으로 국왕에게 귀속되었다(Königsgeld).¹⁷⁾

이러한 속죄금 위주의 형벌체계는 11세기 이후 국가권력에 의한 형벌권의 독점이 시작되면서 서서히 해체되고 사형과 신체형이 형벌체계의 지배적 위치를 차지하게 된다. 따라서 중세의 형벌에서 자유형의 위상은 지극히 미미한 것이었다. 구금은 주로 판결이나 형집행 때까지 범죄자의 신병 확보를 위한 수단, 또는 속전(贖錢)을 강제하거나 범죄자를 단순히 격리하기 위한 수단으로 사용되었다.¹⁸⁾ 프랑코 왕국 시대에 비로소 오늘날의 노역장유치의 형태로 대체자유형(Ersatzfreiheitsstrafe)이 나타나기 시작하며, 아주 드물게 속인이 범한 종교적 범죄(예컨대 마녀행위, 간음, 거짓맹세 등)의 경우 감금이 주된 형벌로 적용되기도 하였다. 여기서도 세속법에 대한 교회법의 영향이 지속되고 있음을 볼 수 있다.¹⁹⁾

나. 자유형의 출발

자유형의 출발은 8세기 무렵으로 보고되고 있다.²⁰⁾ 813년 칼 대제(*Karl der Große*)는 범죄자의 개선을 위한 자유박탈을 명령한다. 물론 그것은 당시 해당 범죄자의 처형을 꺼려했기 때문이었다. 어쨌든 여기서 처음으로 자유형이 개선의 목적으로 부과된다.²¹⁾ 그 후 중세후기부터, 즉 13세기부

16) Wieacker 1987, 28면 이하; Schmidt 1965, 22면 이하 참조.

17) Frehsee 1987, 18면 이하; Müller-Dietz 1993, 10면 이하 참조.

18) v. Hippel 1928, 3면.

19) Doleisch von Dolsperg 1928, 34면 이하 참조.

20) v. Hippel 1928, 7면.

21) Kaiser/Kerner/Schöch 1992, 80면.

터 15세기까지 여러 도시국가의 법률에서 자유형이 형사제재의 형태로 나타나기 시작한다. 이에는 벌금을 납부하지 못했을 때의 대체형으로서의 노역장유치 이외에 사형을 대신하는 종신형, 그리고 가벼운 범죄에 대한 유기(有期)자유형 등이 있었다.²²⁾ 그러나 이때의 자유형은 교육형의 의미를 갖지 않았다. 주로 시청건물의 탑이나 지하실, 또는 지하감옥(토굴)에 매우 비인간적인 조건 아래 가두어 놓는 것으로 근본적으로는 변형된 신체형에 불과한 것이었다.²³⁾ 1532년 칼 5세(Karls V.)에 의해 제정된, 일명 카롤리나 형사법전(*Constitutio Criminalis Carolina*; 약칭:CCC)이라고도 불리는 형사절차법은 감옥형을 신체형, 생명형과 더불어 정식 형벌로 도입한다.²⁴⁾ 그 이후의 감옥의 발전은 죄수들을 값싼 노동력으로 동원할 수 있다는 인식에 영향을 받는다.

Ⅲ. 근대적 자유형의 출발

1. 矯正院의 등장

16세기말에 자유형에 대한 근본적인 인식의 전환이 이루어진다. 근대적 자유형의 관념이 발생한 것이다. 새로운 자유형은 “종교적 참회”와 “빈민 구휼”에 영향을 받은 것으로,²⁵⁾ 더 이상 과거에 저질러진 범죄에 대한 복수에 목적을 두지 않고 범죄자의 개선과 재사회화라는 목적을 추구하였다. 유럽의 여러 곳에서 교정원(矯正院; Zuchthaus, Correctionhouse)이 설립되고 자유형이 발전하기 시작한다.

22) Krause 1999, 18면.

23) Doleisch von Dolsperg 1928, 41면 이하; Kleinheyser 1990, 105면 이하; Schmidt 1965, 65면.

24) v. Hippel 1928, 9면.

25) Schmidt 1965, 187면.

가. 영국의 브라이드웰(Bridewell)

최초의 교정원은 영국의 런던시에서 국왕 에드워드 6세로부터 받은 과거의 성 브라이드웰(Bridewell)에 교회의 요청에 따라 1555년에 유랑민, 거지, 줌도둑을 위한 수용소를 설치하면서 시작되었다.²⁶⁾ 이는 증가하는 구걸과 유랑의 문제를 더 이상 자선으로 대응하지 않고 노동력을 창출하는 것으로 대응하려는 생각이 관철된 것이었다.²⁷⁾ 중세 후기 이후 모든 유럽에서 심각한 문제로 대두된 구걸유랑민의 문제를 이전에는 신체형이나 생명형 등으로 위협하여 해결하려 하였지만, 이러한 수용의 목적은 더 이상 형벌이 아니었다. 부랑민들은 여기서 정규 노동을 위한 교육을 받아야만 했다. 그리하여 브라이드웰 성은 나중에 “矯正의 집(house of corrections)”이라는 이름을 얻게 되고²⁸⁾, 이후 여러 도시에서 생성되는 수많은 유사한 교정원들의 모범이 되었으며, “브라이드웰”이라는 이름은 교정원 등의 시설을 의미하는 보통명사(“bridewells”)가 되어 갔다.²⁹⁾

브라이드웰의 새로움은 강제노역 자체를 위한 시설을 별도로 설립하였다는 점이다. 이전의 강제노역형의 경우 수용시설이 따로 존재하지 않고 시(市) 성곽의 탑이나 지하 등의 공간에서 밤을 보내고 낮에는 밖에 나가 도로청소나 쓰레기청소 등의 노동에 종사하도록 하였지만, 새로운 교정원은 수용시설 자체가 강제노역을 위해 설립되었으며 수용시설 내에서 작업이 이루어지고 여러 종류의 생활용품이 생산되었다는 특징이 있었다.³⁰⁾ 그런데 이러한 “브라이드웰”들이 과연 행형시설이라고 할 수 있는지, 만약 그렇다면 어느 정도까지 행형시설로 보아야 하는지에 대해서는 논란이 있다.³¹⁾ 그것은 교정원이 설립되자 곧 경범죄자들, 특히 줌도둑들이 함께 수

26) Doleisch von Dolsperg 1928, 89면 이하; Schmidt 1965, 188면 이하.

27) Doleisch von Dolsperg 1928, 92면 이하.

28) 초기의 교정원은 “house of occupation”, “hospital”, “Workhouse” 등의 명칭으로 불리웠다: Doleisch von Dolsperg 1928, 97면; Krause 1999, 32면.

29) Mittermaier 1954, 17면.

30) Doleisch von Dolsperg 1928, 102면.

31) Deimling 1995, 83면 이하; Fumasoli 1981, 37면 이하; Sellert 1989, 256면 이하 참조.

용되기는 하였지만 이 시설들이 본래 범죄자가 아닌 걸인이나 부랑자들을 수용하기 위한 시설이었기 때문이다.

나. 네덜란드

유럽대륙에서는 최초의 근대적 의미의 행형시설이 네덜란드에 설립되었다. 1595년 암스테르담의 옛 수도원 건물을 개조하여 최초의 남자 교정원 (“*tuchthuis*”)을 설치하였고, 1597년에는 여성을 위한 방직소 (“*spinhuis*”)를 설치하였다. 이러한 시설들의 설립이 영국 브라이드웰의 영향을 받은 것인지에 대해서는 견해가 일치하지 않으며,³²⁾ 보다 직접적인 계기는 암스테르담 배심법원의 제안이었다. 1588년 한 소년도둑에게 사형을 언도할 수 없었던 이 법원이 범죄자의 개선과 교육을 위한 조치를 요청하였던 것이다.³³⁾ 따라서 이 시설은 처음부터 형사사법과 연계되어 설립되었으며, 그 목적이 노동을 통해 수용자를 교육하고 개선하는 것이었다는 데서 영국의 교정원과 차이가 있으며, 처음으로 근대적 자유형의 개념이 실현된 최초의 근대적 행형시설이라 할 수 있다.³⁴⁾

교정원은 노동을 중심으로 운영되었고 노동을 위해 교정원 내에 특별한 공장이 설치되었다. 노동은 매우 고된 것이었으며 높은 수준의 목표를 설정해 놓고 이를 초과달성한 자에 대해서는 특전이, 달성하지 못한 자에게는 징벌이 주어졌다. 노동과 더불어 종교적, 세속적 교육이 노동의 보충수단으로 이루어졌다. 동시에 이 시설에서는 - 당시의 다른 형벌과는 달리 - 수용자의 시민적 지위를 유지하게 함으로써, 그 당시 이미 알려졌던 자유박탈의 낙인효과를 상쇄하려 하였다.³⁵⁾

32) Doleisch von Dolesperg 1928, 131면 이하; Fumasoli 1981, 40면 이하; Sellert 1989, 258면 참조.

33) 16세된 소년도둑 에버트 얀스(Evert Jans)에 대해 법원은 당시의 범규대로 하자면 사형이나 가혹한 신체형에 처했어야만 했다: Fumasoli 1981, 39면 이하; Sellert 1989, 258면 이하 참조.

34) Krause 1999, 34면; Schmidt 1965, 190면.

35) Fumasoli 1981, 43면 이하; Kaiser/Kerner/Schöch 1992, 81면; Sellert 1989, 259면 참조.

교정원에 수용되는 이들은 크게 세 부류로 나누어지는데, 먼저 걸인과 부랑자 그룹이 있었고 형벌을 선고받은 범 죄자들, 그리고 가족들의 요청에 따라 그들의 비용으로 수용되는 “버릇없는 애들(비행소년)”이 있었다. 1603년에는 마지막 그룹에 속하는 청소년들을 성인 부랑자들과 분리 수용하기 위한 특별시설이 설립되었는데 이는 오늘날의 소년행형과 보육시설의 기원이 되었다.³⁶⁾

다. 독일어권 국가들

독일에서는 1609년 브레멘을 시작으로 1613년 뤼벡, 1617년 카셀, 1622년 함부르크, 1629년 단찌히, 1687년 스파다우, 1712년 베를린에, 오스트리아에서는 1670년 브레슬라우와 비인, 1702년 올뫼쯔, 1725년 인스부르크, 1735년 그라쯔, 1737년 프라하, 1753년 트롭파우 등에 암스테르담의 교정원과 유사한 시설들이 설립되었다. 그리하여 자유형이 마침내 유럽대륙의 주된 형벌의 형태로 자리 잡았다.³⁷⁾

그러나 독일과 오스트리아에서는 통일적인 교정시설의 형태가 나타나지 않았다. 교정시설들은 암스테르담의 그것과는 근본적으로 다른 것으로, 어떤 곳에서는 순전한 치안의 목적으로, 또 다른 곳에서는 전적으로 형벌의 목적으로 이용되었다. 수용소에는 다양한 형태의 수용자들이 수용되었고 시설의 수준이 암스테르담에 미치지 못했을 뿐만 아니라, 오히려 매우 낮은 수준으로 떨어져 이후의 감옥의 폐해를 예고하였다.³⁸⁾

2. 초기 자유형의 실태

가. 교정원 이외의 행형시설

새로운 형벌의 형태가 점점 확산되어가는 한편으로 전통적 의미의 자유

36) Fumasoli 1981, 44면.

37) 상세한 것은 Krause 1999, 38면 이하 참조.

38) Kaiser/Kerner/Schöch 1992, 82면.

형이라 할 수 있는 강제노역형과 감옥형 역시 꾸준히 확대적용되어 갔다. 그리하여 19세기까지 이 세 가지 형태의 자유형이 혼재되어 발전하는 양상을 보였다.

강제노역형은 로마법상의 같은 이름의 형벌(*opus publicum*)을 연상시키는 것이지만, 17세기부터는 전 유럽에 널리 퍼져 당시까지 지배적인 형벌이었던 태형(笞刑)과 유형(流刑)을 대체하였다.³⁹⁾ 강제노역형이 부과되는 범위는 매우 다양하여 구걸이나 부랑행위에 적용되기도 하였다. 당시에는 형사법적 제재와 경찰법적 통제가 구별되지 않았던 것이다. 강제노역의 구체적 내용 또한 다양하여 골목길청소부터 갈레선형벌(*Galeerenstrafe*)⁴⁰⁾, 그리고 군역(軍役)에 종사하는 일 등이 있었으며, 특히 이 시기에 중요한 의미를 갖는 것은 ‘수레형(*Karrenstrafe*)’이라고도 불리던 요새건설현장에서의 노동이었다. ‘수레형’이란 명칭은 죄수들이 노역을 위해 특별히 제작된 수레에 쇠사슬로 몸이 묶인 채 일을 했기 때문에 생긴 이름으로, 후에는 강제노역형을 일컫는, 나아가 감금형을 총칭하는 보통명사가 되었다.⁴¹⁾ ‘수레형’이 갖는 의미는 처음으로 강제노역이 정규형벌로서 조직적으로 부과되었다는 점이다. ‘수레형’이 선고되는 범죄는 절도, 간통, 중상해 등이었으며, “개선이 능성이 있는” 자에게 형을 부과하였다는 것도 특기할만한 점이다.⁴²⁾

감옥형(*Gefängnisstrafe*)은 과거 형집행과 재판을 위해 이루어졌던 단순한 구금의 형태로부터 발전한 것이었다. 17세기 이후 감금은 형사절차를 위한 수단으로써 뿐만 아니라 정규적인 형법적 제재형태로 선고되었다. 영국, 네덜란드, 독일 등에서 근대적 교정시설 이외에 전통적 감옥이 유지되었고, 나아가 행형시설로 확대되었다. 그러나 감옥형은 암스테르담 등의 새로운 시설과는 달리 교육과 개선의 사고와는 전혀 상관없는 것이었다.

39) Ebeling 1935, 3면 이하; Fumasoli 1981, 91면 이하; von Hippel 1928, 4면 이하; Kriegsmann 1912, 3면 이하.

40) 갈레선에 갇혀 노를 젓는 일. 지중해 연안국가들인 스페인, 프랑스, 이탈리아에서 형사제재로서 매우 중요한 의미를 가졌던 갈레선형벌은 18세기에 들어 완전히 폐지되었다. 자세한 것은 Müller 1986, 197면 이하; Schlosser 1988, 19면 이하 참조.

41) Ebeling 1935, 7면.

42) Ebeling 1935, 6면.

죄수들은 토굴이나 시청 옥탑, 지하실 등에 쇠사슬에 묶인 채 간헐 노동 없이 하루를 보냈으며, 이들을 수용하는 데는 최소한의 비용만이 지출되었다.⁴³⁾ 이렇게 18세기 말까지 지속되었던 감옥형은 실제로는 중세시대의 발전단계에 머물러 있던 것으로, “자유박탈과 결합한 신체형”⁴⁴⁾에 불과한 것이었다. 이러한 상황을 변화시킬 만한 계기도, 재정적 지원도 없었다.

나. 교정원의 기능쇠퇴와 의미전환

감옥형의 열악한 상황은 교정원, 심지어 고아원에서도 비슷하게 전개되기 시작하여 19세기 초까지 교정원은 지속적으로 그 기능이 쇠퇴하였다. 교정원은 행형 이외에 정신병자, 빈민, 고아의 수용시설로 이용되었고 전반적인 과밀수용은 남녀노소의 구별수용을 불가능하게 하였다. 이에 따라 목적설정의 갈등이 일어나고 수용시설의 기능이 마비되었다. 노동시설이 해체되고 위생은 엉망으로 사망률이 증가하였고, 입소절차와 일상생활에서 구타와 암살구금이 빈번하게 시설내 제재수단으로 사용되었다. 교육목적도 사라지면서 교정원의 행형은 감옥형의 그것과 별다를 게 없어졌으며, 나아가 감옥형보다 더 가혹한 제재수단으로 자리 잡게 되었다.⁴⁵⁾

다. 증상주의의 영향

교정원의 타락은 17, 18세기에 발흥한 증상주의의 영향을 받은 것이었다. 당시의 자본은 대량의 교정원 수용인원에서 값싼 노동력의 엄청난 잠재를 발견하고 이를 국내생산의 증대를 위한 공장화 과정에 편입시켰다. 그 과정에서 재사회화이념은 점차 이윤동기에 의해 완전히 밀려나게 된다. 특히 1687년 브란덴부르크의 제후들에 의해 세워진 스파다우의 교정원은 재사회화 개념의 실현이라기보

43) Kriegsmann 1912, 7면.

44) Schmidt 1965, 194면; Kaiser/Kerner/Schöch 1992, 82면.

45) Mittermaier 1954, 20면; Kaiser/Kerner/Schöch 1992, 83면.

다 경제정책의 한 행위로 보아야 한다.⁴⁶⁾ 이 후 사기업 또한 교정원을 공장으로 사용하도록 함으로써 교정원은 재사회화이념과 완전히 결별하였다. 이들은 교정시설의 형사정책적 목적에는 전혀 관심이 없었고 오로지 이윤제고의 목적에만 관심이 있었다. 나아가 구금형태에 대한 무관심으로 교정원은 점차 오늘날에도 통용되는 의미에서의 “범죄학교”⁴⁷⁾가 되어갔다.

IV. 감옥개혁운동

이러한 감옥의 폐해가 근본적 감옥개혁운동의 계기가 되었고, 감옥개혁운동은 계몽주의의 영향 아래 자유형이 신체형과 생명형을 대체하고 나아가 19세기에 이르러 주된 형벌의 형태로 자리 잡도록 하였다.

1. 최초의 발단

가. 하워드의 개혁운동

최초의 감옥개혁운동가 중의 한 사람은 영국 벤티포드셔(Bedfordshire)의 법무장관으로 감옥의 감독업무를 담당하기도 했던 존 하워드(*John Howard*, 1726-1790)였다. 자신의 관할구역 내 감옥의 형편을 보고 충격을 받은 그는 이러한 참상을 보고하고 이를 개선하기로 마음먹고 영국 뿐 아니라 유럽대륙의 중요한 행형시설들의 실태를 조사하였다.⁴⁸⁾ 1790년 열일곱번째 실태조사여행 중 페스트로 사망한 그는 그 이전인 1777년 그때까지 관찰한 실태와 개혁안을 제시한 “영국과 웨일즈의 감옥의 실태”⁴⁹⁾라는

46) Schmidt 1965, 192면.

47) Schmidt 1965, 193면.

48) Krebs 1978, 41면 이하 참조.

49) 정확한 명칭은 “The States of the Prisons in England and Wales with Preliminary

저서를 발행하여 영국과 유럽대륙의 감옥개혁운동을 촉발하였다.

자신의 저서에서 “범죄학교, 매음굴, 연옥, 선술집이며 다만 범죄방지를 위한 형사사법기구만은 아닌” 것으로 묘사했던 감옥의 개혁을 위해 그는 네덜란드의 교정원을 모델로 삼았다. 즉 청소년과 빈민들을 노동에 익숙하게 하고, 범죄자들을 사회에서 추방하는 것이 아니라 노동을 통해 윤리와 종교를 교육하며, 성과가 좋으면 형기가 단축되고 출소 후에는 정상적인 삶을 살 수 있다는 희망을 통해 그들에게 동기를 부여하는 것 등이 그것이다.⁵⁰⁾

나. 바그니츠의 개혁운동

하워드와 그의 감옥개혁운동은 1780년 그의 책의 독일어판이 출판되고 그 책의 부록에 독일감옥의 실태가 상세히 보고되면서 독일의 감옥개혁운동에도 상당한 영향을 미친다. 그리하여 할레의 감옥목사였던 바그니츠(*Heinrich Balthasar Wagnitz, 1755-1838*)가 독일감옥의 실태를 좀더 자세하게 조사하고 보고하는 일을 담당하여 1791년 “독일의 주요 교정원들에 대한 역사적 보고와 지적”⁵¹⁾이라는 저서를 발행하였다. 하워드와 마찬가지로 그는 종교적-도덕적 교육을 통한 수형자의 개선을 개혁안의 중심에 두었으며, 나아가 일반인의 위하와 위험한 사회구성원의 격리를 형벌의 목적으로 제시하였고 교도소 직원들의 교육이 중요함을 역설하기도 하였다.⁵²⁾

다. 감옥개혁운동의 목표와 초기의 성과

감옥개혁운동의 근본적인 목표는 형벌의 비인간적 잔혹성을 제거하는 일과 자유형에서 범죄적 공동체가 형성되는 것을 막고 수형자들을 종교적·윤리적으로 교화하는 일, 그리하여 사회의 적들을 사회를 위해 유용한

Observations an Account of Some Foreign Prisons and Hospitals”.

50) Kaiser/Kerner/Schöch 1992, 84면; Schwind/Blau 1988, 6면 이하 참조.

51) “Historische Nachrichten und Bemerkungen über die merkwürdigsten Zuchthäuser in Deutschland”

52) 바그니츠의 생애와 개혁운동에 대해 자세한 것은 Krebs 1978, 81면 이하 참조.

구성원으로 재교육하는 일이었다. 그러나 하워드, 바그니츠 등의 개혁운동은 당장 감옥의 현실을 개선하는 직접적 효과를 가져 오지는 못했다. 그것은 당시 유럽대륙이 나폴레옹 전쟁의 소용돌이에 휩싸여 시대적 상황이 감옥개혁에 유리한 여건이 아니었기 때문이기도 하다.⁵³⁾

하지만 교정원의 개선이념이 전반적으로 쇠퇴하던 18세기에도 한편으로 꾸준히 재사회화작업을 수행하던 행형시설들이 등장하였다. 1703년 교황 클레멘스 11세에 의해 로마의 산 미켈레(San Michele)에 세워진 “비행소년의 집(Böse-Bubenhaus)”과 1775년 겐트(Gent)에서 문을 연 “강제교육원(maison de force)”이 여기에 속한다. 두 시설에서는 개별화된 처우를 바탕으로 한 수형자의 개선작업이 이루어졌다. 이 당시 이미 수형자에 대한 일정한 분류가 시행되었으며 주간에는 공동으로 작업하고 야간에는 독거 수용되는 수감형태가 도입되었다.⁵⁴⁾

2. 미국의 감옥개혁

유럽대륙의 감옥개혁운동은 미 대륙의 감옥개혁에도 영향을 미쳤다. 18세기 펜실바니아에서 시작된 감옥개혁운동은 이후 역으로 유럽의 감옥개혁을 위한 자극과 모범이 되었다.

가. 펜실바니아 체제

펜실바니아에서는 이미 17세기에 윌리엄 펜(*William Penn*, 1644- 1718)에 의해 네덜란드의 교정원을 모델로 자유형을 개혁하려는 사도가 도입되었다. 그러나 그의 이념이 현실화되기까지는 한 세기에 가까운 시간이 필요하였다.⁵⁵⁾ 1776년에 종교적 원칙을 지향하는 필라델피아 감옥협회가 창설되었지만 독립전쟁으로 와해되었다가 전쟁이 끝난 후 1787년 재조직되

53) Schmidt 1965, 253면 이하; Kaiser/Kerner/Schöch 1992, 85면.

54) Kaiser/Kerner/Schöch 1992, 85면.

55) Kriegsmann 1912, 30면; Schwind/Blau 1988, 7면.

면서 영국의 감옥개혁가 존 하워드와 접촉하게 되고, 마침내 1790년 필라델피아에 30개의 방을 갖춘 최초의 독방형 행형시설이 건립된다. 그러나 이 시설은 유럽의 그것과는 전혀 다른 새로운 원칙 아래 운영되었다. 범죄자는 “실족한 형제”이며 형벌을 통해 참회와 개선으로 이끌어야 한다는 퀘이커의 정신에 따라 수용자들은 - 마치 수도원에서처럼 - 독방에 홀로 수용되어 침묵 가운데 자신의 양심과 대면하여 내적인 성찰을 통해 참회와 회개, 그리고 신과의 화해에 도달해야만 했다. 이를 위해 간수 외에는 그 어떤 사람도 볼 수 없었으며 노동은 하지 않았고 유일한 활동은 성경 공부였다. 이른바 “펜실바니아 체제”라고 불리우는 “고독의 체계 (Solitary-System)”가 수립된 것이다.⁵⁶⁾

그때까지 일반적이었던 공동수용과 강제노역에 대치되는 이러한 펜실바니아의 수용형태가 본격적으로 실행된 것은 1818년 피츠버그에 최초로 대규모의 “독방감옥(cellprison)”인 “서부 참회소(Western Penitentiary)”⁵⁷⁾가 건축되고, 이어서 1829년 필라델피아에 “동부 참회소(Eastern Penitentiary)”가 건축되면서부터이다. 두 시설의 건축의 목적은 철저한 격리를 위해 가능한 한 많은 독방(cell)을 확보하려는 것이었다. “서부 참회소”는 원형의 파놉티콘(*panopticon*)⁵⁸⁾ 형태로 건축되었지만 감시곤란을 이유로 1833년 해체되었으며, “동부 참회소”는 별 모양으로 건축되어 이후 감옥건축의 모

56) Kaiser/Kerner/Schöch 1992, 86면 이하; Schmidt 1965, 348면 이하; Schwind/Blau 1988, 7면 이하 참조.

57) “Penitentiary”는 라틴어 “poenitentia”에서 유래한 표현으로 원래 수도원에서 수도승들이 행하던 참회의 의미를 지닌다.

58) 공리주의 철학자 제레미 벤덤(Jeremy Bentham)이 고안한 원형의 감시시설을 일컫는 명칭이다. 원형의 건물을 지어 그 중심에 원형의 탑을 배치하고, 바깥쪽 원형의 건물에는 옆으로 늘어선 독방들을, 중심의 탑에는 이 방들을 감시할 수 있도록 커다란 창을 설치한다. 바깥 원의 독방들에는 건물 중심부와 바깥을 향하는 두 개의 창이 있고 수용자들은 바깥을 향해 앉아 있어야만 한다. 따라서 중앙의 감시탑에서는 수용자들을 감시할 수 있지만 수용자들은 옆방의 수용자들을 볼 수 없으며 자신을 감시하는 감시자도 볼 수 없다. 이러한 원형 감시장치, 즉 파놉티콘의 효과는 감시당하는 자들이 중단 없이 자신을 감시하는 권력을 느끼도록 한다는 것이다. 그리하여 감시당하는 자는 감시의 권력구조에 스스로를 포함시키게 되고, 감시하는 권력은 자동적이며 물개인적인 것이 되어 허구적인 권력관계로부터 현실적인 복종관계가 기계적으로 생겨나게 된다는 것이다: 자세한 것은 Foucault 1977, 251면 이하 참조.

델이 되었다.⁵⁹⁾

펜실바니아의 “고독의 체계”는 후에 몇몇 선별된 사람들에게 한해서 독방을 방문하도록 허용되고 독방에서 노동에 종사하게 되는 등 점차 완화되었지만, 이러한 행형의 형태에 대한 비판이 고조되었다. 비판의 내용은 두 가지 상반된 입장에서 있는데, 우선 필라델피아 협회 자체에서는 노동과 교육이 없는 지나치게 편안한 형벌이라는 비판이 제기된 반면, 영국의 감옥개혁가들은 매우 비인간적인 형벌이며 격리는 개선이라는 행형목표의 달성에 장애가 된다고 하였다. 사회로부터 소외시킨 가운데 참회를 강제하는 것은 회개가 아니라 체념, 반항, 위선을 가져온다는 것이다.⁶⁰⁾

나. 오번 체제

펜실바니아 체제에 대한 반대움직임은 칼빈주의와 루터주의의 사고가 지배적이었던 뉴욕과 메사추세츠 주의 감옥협회에서 시작되었다. 1823년 뉴욕 주 오번에 건립된 행형시설에서는 “고독의 체계”가 “침묵의 체계(Silent-System)”로 전환되었다. 범죄자 상호간의 악성감염으로 인한 범죄적 공동체를 막아야 한다는 근본사고는 펜실바니아 체제와 같았지만, 이곳에서는 겐트(Gent)의 교화원의 모델을 따라 수용자들이 낮에는 엄격한 침묵 가운데 공동작업을 하고 밤에는 격리·수용되어 참회하도록 하였다. 수용자들끼리 서로 대화하거나 몸짓을 통해 의사소통을 하는 일은 엄격히 금지되었고 이를 어기면 가혹한 체벌이 주어졌다.

미국에서의 행형체계에 대한 논쟁은 결국 오번 체제의 관철로 귀결되었다. 펜실바니아 체제는 웨이커교가 지배적인 몇몇 주에서만 채택된 반면 오번 체제는 다른 모든 주에서 시행되었다. 여기에는 본질적으로 경제적 원인이 개입되었는데, 펜실바니아 체제가 비용이 많이 든다는 문제를 안고 있는 반면 공장형태로 운영되는 오번 체제는 경제적 이윤추구가 가능했던 것이다.⁶¹⁾ 이러한 미국에서의 논쟁은 유럽의 행형개혁에도 자극이 되어

59) Kaiser/Kerner/Schöch 1992, 같은 면; Schwind/Blau 1988, 같은 면 참조.

60) Kaiser/Kerner/Schöch 1992, 87면; Laubenthal 1998, 35면; Schmidt 1965, 349면.

유럽에서도 개별구금과 공동구금에 대한 평가를 중심으로 새로운 감옥개혁운동이 본격적으로 일어나게 된다.⁶²⁾

3. 영국의 개혁

가. 런던 펜톤빌(Pentonville)의 단계적 행형

1842년 런던에서는 필라델피아의 행형을 모델로 한 펜톤빌 교도소가 문을 연다. 엄격한 독거구금을 원칙으로 하는 펜실바니아 체제를 빌려왔지만 이곳의 행형은 단계적으로 형성된다는 특징이 있었다. 즉 처음에는 독거구금을 실시하고, 독거기간 동안 성적이 좋은 수형자들에게는 노동의 기회를 부여하며, 그 후에는 식민지인 오트레일리아로 보내져서 그곳에서 행형성적이 좋은 수형자들을 형기 이전에 석방하여 자유인으로 살게 하였던 것이다. 이러한 초기의 행형은 곧 식민지 이주민들의 반발로 중단되었지만 여기에서 새로운 행형의 형태가 창설되었다.⁶³⁾

이렇게 형성된 영국의 누진체계(progressiv system)에 의한 단계적 행형은 1857년부터 3단계로 구성되었다. 즉 5년의 형기 중 1단계인 9개월 동안은 엄격한 독거구금 가운데 힘든 노동과 종교적 참회에 종사하게 한다. 성과가 좋으면 2단계에서는 공동으로 수용되어 엄격한 통제 속에 공동작업에 종사한다. 공동작업의 내용은 세 가지 급으로 분류되는데 “점수-체제(mark-system)”를 도입하여 점수를 얻거나 잃음에 따라 한 계급 위의 작업으로 올라가거나 반대로 내려가는데 심할 경우 다시 독거구금으로 강등되기도 하였다. 여기서 다시 성과가 좋으면 3단계에서는 형기의 3/4을 이수한 후 가석방이 가능하도록 하였다.⁶⁴⁾

61) Laubenthal 1998, 35면 이하.

62) Krebs 1986, 475면 이하 참조.

63) Kaiser/Kerner/Schöch 1992, 88면.

64) Laubenthal 1998, 36면.

나. 아일랜드의 “중간 교도소”

영국의 단계적 행형은 1850년대에 아일랜드에서 행형시설의 소장이었던 크로프톤(*Walter Crofton*, 1815-1897)에 의해 계승·발전되었다. 식민지로 추방하는 조치 없이 엄격한 독거구금부터 가석방에 이르는 여러 단계로 구성되었던 아일랜드의 행형은 공동수용과 가석방의 사이에 “중간교도소(*intermediate prison*)”를 도입했다는 특징이 있었다. “중간교도소”에 수용된 수형자들은 수용소 밖에서 농사일을 하는 등 일반인들과 접촉하면서 석방에 대비하였다. 심지어 죄수복을 입지 않고 일하기도 하였는데, 여기서 우리는 오늘날의 개방교도소의 효시를 찾아볼 수 있다.⁶⁵⁾

4. 독일의 행형개혁

가. 독일제국의 성립 이전

나폴레옹 전쟁 후 독일 형사사법의 가장 큰 변화는 신성로마제국이 무너지면서 생성된 영방국가(領邦國家, *Partikularstaaten*)들이 당시까지 적용되었던 카롤리나형법전(CCC)을 폐지하거나 개정해서 각국에 맞는 새로운 형법전들을 제정하였다는 것이다.⁶⁶⁾ 이는 곧 형법적 제재체계의 재정비를 의미하였으며, 새로운 제재체계의 중심에는 자유형이 자리 잡게 되었다. 각국의 다양한 형법전만큼 자유형의 형태도 다양하였지만 대개 교정원에 수용하는 근대적 의미의 자유형이 주를 이루었고 그밖에 요새건설현장에서 노역형과 단순한 자유형인 감옥형이 혼재하였다.⁶⁷⁾ 또 정치범에 대한 특별한 형태의 자유형으로서 노동을 부과하지 않고 명예를 지켜주는 “요새구금(*Festungshaft*)”의 형벌이 존재하였다.⁶⁸⁾

65) Kaiser/Kerner/Schöch 1992, 88면; Laubenthal 1998, 36면 이하; Schwind/Blau 1988, 11면.

66) 자세한 것은 Schröder 1991, 405면 이하 참조.

67) Krause 1999, 72면.

68) Baltzer 1966, 41면 이하.

이렇게 형법체계와 다양한 종류의 자유형이 점차 새로운 형법전들에 규정되어 갔지만, 행형에 대해서는 법률적 규율이 이루어지지 않고 그때까지의 관습과 행정규정에 의존하였고 구체적인 행형의 형태는 행형시설의 장(長)에 의해 좌우되었다. 따라서 행형의 형태는 각각의 개별국가마다, 행형시설마다 매우 다양하였다. 특히 구금방식에 대한 논의는 미국과 영국의 감옥개혁에 영향을 받아 개별구금과 공동구금의 여부, 즉 펜실바니아 체제와 오번 체제의 우열을 둘러싸고 격렬한 논쟁이 벌어졌다.⁶⁹⁾ 그 가운데 두 체제의 혼합형태를 취하자는 주장들이 제기되었으며 이는 영국의 펜톤빌 교도소의 모델을 본보기로 한 것이었다.⁷⁰⁾ 그리하여 1848년 독일에서 처음으로 건설된 독방감옥(Zellengefängnis)인 바덴(Baden)의 브루흐살(Bruchsal) 교도소의 행형은 1단계에서는 펜실바니아 체제에 따라 엄격하게 분리·수용되고, 2단계에서는 오번 체제에 따라 침묵 가운데 공동작업을 하고 밤에는 분리·수용되며, 3단계는 시설 밖에서 노동하면서 석방에 대비하도록 하는 형태를 취하였다. 이는 이후 독일의 다른 국가들에서 감옥건설과 운영의 모범이 되었으며,⁷¹⁾ 1849년에는 베를린에 모아빗(Moabit)교도소가 문을 열었고 이후 독일 전역의 여러 곳에서 독방감옥들이 설립되었다.⁷²⁾

나. 독일제국 성립 이후

19세기 중반까지 제정되었던 각 영방국가의 형법전들의 효력은 오래 지속되지 못하였다. 1867년 성립된 북독일연맹(Norddeutscher Bund)이 자체적인 입법권을 가지고 1870년에 제정한 형법전은 처음에는 연맹의 영역에, 독일제국이 성립한 1871년 이후에는 제국형법(Reichsstrafgesetzbuch: RStGB)으로서 독일제국 전체에 효력을 발휘하였다.⁷³⁾ 제국형법은 1851년의 프로이센 형법을 기초로 한 것이었으며, 프로이센 형법은 1810년의 프

69) 이에 대해 자세한 것은 Krebs 1986, 475면 이하 참조.

70) Schmidt 1965, 350면; 자세한 논쟁의 내용은 Viehöfer 1998, 43면 이하 참조.

71) Kriegsmann 1912, 72면.

72) Schmidt 1965, 350면 이하.

73) 자세한 과정에 대해서는 Schubert 1983, 149면 이하 참조.

랑스 형법(Code pénal)에 의존하여 제정된 것으로서, 그 특징은 무엇보다 범죄를 세 가지 개념으로 나누고 그에 대응하는 자유형의 개념을 결합시켰다는 것이었다. 즉 중범죄(Verbrechen)에 대해서는 가장 무거운 체재인 교정원(Zuchthaus)형벌을, 중간정도의 경범죄(Vergehen)에는 감옥형(Gefängnis)을, 그리고 질서위반(Übertretung)에 대해서는 단순한 단기자유형인 구류(Haft)를 각각 부과하였다.⁷⁴⁾ 그 외에 특별한 형태의 자유형으로서 정치범에게 적용되었던 “요새구금(Festungshaft)”이 있었는데, 이는 노동의 의무가 없는 일종의 특혜적 자유형이었다. 이러한 제국형법의 제재 체계에서 우리는 오늘날 우리에게 익숙한 세 가지 자유형의 형태인 징역형, 금고형, 구류의 출발을 볼 수 있다.

제국형법에서도 행형에 대한 규율은 매우 단편적인 것에 그쳤다. 오랫동안 논란이 되었던 독거수용의 여부에 대한 제국형법의 태도는 매우 유보적이었다. 교정원이나 감옥에서 독거수용은 3년까지만 허용되었지만 독거수용이 기본적인 행형의 형태는 아니었다.⁷⁵⁾ 새로 도입된 법규정은 가석방에 관한 것으로서, 장기간의 교정원형이나 감옥형의 경우 형기의 3/4을 마치고 최소한 1년 이상 복역한 수형자 가운데 성적이 우수하고 개선의 정이 보이는 자에게 허용되었다. 이는 영국의 누진적 단계행형에서 유래한 것으로 1862년부터 작센공국에서 시험 적용되던 것을 제국형법에 도입한 것이었다.⁷⁶⁾

이와 같은 몇 가지 규정 이외에 구체적인 행형의 내용에 대해서는 통일된 규정이 없었고 각국의 행정실무에 맡겨져 있었다. 따라서 각국마다 편차가 심한 행형의 내용을 통일하기 위한 ‘제국행형법’의 제정에 대한 요구가 학계와 실무에서 제기되었으며, 이러한 요청은 당시 대두되었던 프란츠 폰 리스트(Franz von Liszt, 1851-1919) 등의 “근대적 형법학과(moderne Strafrechtsschule)”의 이론에 의해 더 큰 추진력을 얻었다. 즉 이들은 형

74) v. Hippel 1925, 370면 이하; Kriegsmann 1912, 124면 이하; Laubenthal 1998, 39면 이하; Schubert 1983, 161면 이하: “구류(Haft)”는 프로이센형법에서는 “경찰법적 감옥형(Polizeiliche Gefängnisstrafe)”에 해당하는 것이었으며, 실제 감옥형과 다를 바 없었다.

75) v. Hippel 1925, 같은 면; Kriegsmann 1912, 181면; Schubert 1983, 162면 이하.

76) Kriegsmann 1912, 132면 이하; Schubert 1983, 164면 이하.

벌의 목적을 특별예방에 의해 새로이 근거지웠으며, 그에 따라 행형에 중대한 의미를 부여하였던 것이었다.⁷⁷⁾ 그리하여 1875년 제국의회에 행형법 입법을 위한 위원회가 구성되었고, 1879년에 “자유형의 집행을 위한 법률안”이 제출되었다. 행형실무가와 감옥학자들이 참여했던 이 위원회의 법률안은 누진적 단계행형을 채택하고 독거수용을 원칙으로 한 것이었지만 이를 현실화하기 위해서는 각국에 충분한 행형시설이 갖추어져야 하고, 이는 막대한 예산을 필요로 하는 것이었기 때문에 결국 현실화되지 못하였다. 이후의 입법노력은 바이마르 공화국시대에까지 이어졌지만, 1·2차 대전 등의 정치적 격변기를 거치면서 지체되었고 다만 몇 가지 기본원칙들만이 설정되었을 뿐이다.⁷⁸⁾

V. 결 론

프로이센과 이후 독일제국의 형사사범은 일본의 근대적 형사사범 정비에 지대한 영향을 미쳤으며, 일본은 이를 다시 식민지 조선의 형사법과 행형체제에 도입하였으나, 그것은 앞서 언급하였듯이 서구에서 일어났던 감옥개혁의 취지가 전수되었다기보다는 통제수단으로서의 감옥제도만이 도입되었다고 볼 수밖에 없는 것이었다. 식민지 체제를 벗어난 후에도 한국의 행형은 미국의 교정주의 이념에 큰 영향을 받았지만, 교정주의 이념과 교정으로서의 행형 또한 규범적·경험적 문제를 지녀왔으며 행형의 근대화·민주화는 최근의 현상에 불과하다. 따라서 단절과 왜곡된 전수를 반복했다고 할 수 있는 한국의 행형 역사를 돌아보고, 왜곡되어 전수된 행형 이데올로기들을 비판적으로 재검토하여 새로운 행형의 목적과 기본원칙을 마련하는 것이 앞으로의 과제가 되어야 할 것이다.

77) Laubenthal 1998, 40면 이하; Schwind/Blau 1988, 15면.

78) 이후 독일에서의 행형의 역사에 대해 자세한 것은 Kaiser/Kerner/Schöch 1992, 90면 이하; Krause 1999, 82면 이하; Laubenthal 1998, 41면 이하; Schwind/Blau 1988, 15면 이하 등 참조.

참고문헌

- 김기춘, 조선시대형전 - 경국대전형전을 중심으로. 삼영사 1990.
- 노진곤, 고구려율에 관한 연구 - 특히 범죄와 형벌을 중심으로. 법사학연구 제12호(1991), 11면 이하.
- 박상기, 중세독일의 형사제재제도 - 카롤리나형법전을 중심으로. 법사학연구 제14호(1993), 211면 이하.
- 정갑섭, 최신교정학 제3판. 경기도서 1997.
- 정희경, 삼국시대 형률과 사회. 법사학연구 제13호(1992), 1면 이하.
- 조우영, 『한서』 「지리지」에 나타난 고조선의 법. 법사학연구 제22호 (2000.10), 5면 이하.
- 허주욱, 교정학. 일조각 1997.
- Baltzer 1966: *Christian Baltzer*, Die geschichtlichen Grundlagen der privilegierten Behandlung politischer Straftäter im Reichsstrafgesetzbuch von 1871, Bonn 1966.
- Deimling 1995: *Gerhard Deimling*, Die Gründung Bridewells im Kontext der europäischen Armenfürsorge im 16. Jahrhundert. In: Sozial- pädagogik und Strafrechtspflege - Gedächtnisschrift für Max Busch, Pfaffenweiler 1995, 42면 이하.
- Doleisch von Dolsperg 1928: *Franz Doleisch von Dolsperg*, Die Entstehung der Freiheitsstrafe unter besonderer Berücksichtigung des Auftretens moderner Freiheitsstrafe im England. Breslau 1928.
- Ebeling 1935: *Albert Ebeling*, Beiträge zur Geschichte der Freiheitsstrafe. Breslau-Neukirch 1935.
- Foucault 1976: *Michel Foucault*, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses. Frankfurt 1976.
- Frehsee 1987: *Detlev Frehsee*, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle. Berlin 1987.
- Fumasoli 1981: *Georg Fumasoli*, Ursprünge und Anfänge der Schellen-

- werke: ein Beitrag zur Frühgeschichte des Zuchthauswesens.
Diss. jur. Zürich 1981.
- v. Hippel 1925: *Robert von Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 1:
Allgemeine Grundlagen, Berlin 1925.
- v. Hippel 1928: *Robert von Hippel*, Die geschichtliche Entwicklung der
Freiheitsstrafe. In: *Erwin Bumke(Hrsg.)*, Deutsches Gefängnis-
wesen. Berlin 1928, 1면 이하.
- Kaiser/Kerner/Schöch 1992: *Günther Kaiser/Hans-Jürgen Kerner/Heinz
Schöch*, Strafvollzug. 4. Aufl., Heidelberg 1992.
- Kleinheyer 1990: *Gerd Kleinheyer*, Freiheitsstrafen und Strafen mit
Freiheitsentzug. In: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechts-
geschichte, Germanische Abteilung (ZRG[GA]), 1990, 102면 이하.
- Krause 1999: *Thomas Krause*, Geschichte des Strafvollzugs, Von den
Kerkern des Altertums bis zur Gegenwart. Darmstadt 1999.
- Krauß 1895: *F. A. Karl Krauß*, Im Kerker vor und nach Christus.
Freiburg/Leipzig 1895.
- Krebs 1978: *Albert Krebs*, Freiheitsentzug - Entwicklung von Praxis
und Theorie seit der Aufklärung. hrsg. von Heinz Müller-Dietz,
Berlin 1978.
- Krebs 1986: *Albert Krebs*, Denkweisen von “Pönologen” über die
“Einzelhaft” um die Mitte des 19. Jahrhunderts. In:
Hirsch/Kaiser/ Marquardt(Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hilde
Kaufmann, Berlin u. a. 1986, 475면 이하.
- Kriegsmann 1912: *N. Hermann Kriegsmann*, Einführung in die
Gefängnis- kunde. Heidelberg 1912.
- Laubenthal 1998: *Klaus Laubenthal*, Strafvollzug. 2. Aufl., Berlin 1998.
- Mittermaier 1954: *Wolfgang Mittermaier*, Gefängniskunde. Berlin/
Frankfurt 1954.
- Müller 1986: *Elmar Müller*, Anmerkungen zur Galeerenschiffahrt und

- zur Galeerenstrafe. In: Festschrift für Wolf Middendorf zum 70. Geburtstag, Bielefeld 1986, 197면 이하.
- Müller-Dietz 1993: *Heinz Müller-Dietz*, Was bedeutet Täter-Opfer-Ausgleich im Strafrecht - notwendige Begriffsbestimmung. In: *Rainer-Dieter Hering/ Dieter Rössner(Hrsg.)*, Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht. Bonn 1993, 7면 이하.
- Schlosser 1988: Hans Schlosser, Die Strafe der Galeere als poena arbitrarum in der mediterranen Strafpraxis. In: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (ZNR) 1988, 19면 이하.
- Schmidt 1965: *Eberhard Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. Göttingen 1965.
- Schröder 1991: Rainer Schröder, Die Strafgesetzgebung in Deutschland in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. In: Die Bedeutung der Wörter - Festschrift für Sten Gagner, München 1991, 403면 이하.
- Schubert 1983: Werner Schubert, Der Ausbau der Rechtseinheit unter dem Norddeutschen Bund: Zur Entstehung des Strafgesetzbuchs von 1870 unter besonderer Berücksichtigung des Strafsystems. In: Festschrift für Rudolf Gmür, Bielefeld 1983, 149면 이하.
- Schwind/Blau 1988: *Hans-Dieter Schwind/Günter Blau*, Strafvollzug in der Praxis. 2. Aufl., Berlin u.a. 1988.
- Sellert 1989: *Wolfgang Sellert*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Bd. 1: Von den Anfängen bis zur Aufklärung. Aalen 1989.
- Viehöfer 1998: *Erich Viehöfer*, Zur Entwicklung des Strafvollzugs in Sachsen im 18. Jahrhundert. In: Hinter Gittern, Dresden 1998, 3면 이하.
- Wieacker 1987: *Franz Wieacker*, Zur Wiedergutmachung und Genugung im antiken römischen Strafrecht. In: *Heinz Schöch(Hrsg.)*, Wiedergutmachung und Strafrecht, München 1987. 28면 이하.

Die abendländische Vollzugsgeschichte und der koreanische Strafvollzug.

Jung, Seung-Hwan

(Professor. Department of Law, Hankyong University. Dr.Jur.)

Bis Ende des 19. Jahrhunderts war die Freiheitsstrafe in Korea wie ihre frühere Form in anderen Ländern keine eigenständige Strafe. Die Freiheitsentziehung, die Einsperrung wurde in dem Dienst der Strafrechtspflege gestellt. Sie war dabei überwiegend nur Sicherungsmittel und diente der Aufbewahrung des Täters für das Strafverfahren und bis zur Exekution der Leibes-, Verbannungs- oder Lebensstrafe. Erst im Jahr 1894 wurde die Gefängnisverordnung im Zuge der Modernisierung des Landes erlassen, und die Freiheitsstrafe wurde damit zur eigenständigen Sanktion. Das Innenministerium war für den Vollzug der Freiheitsstrafe zuständig. Im Jahre 1902 wurde der Vollzug dem Justizministerium übertragen, und im Jahre 1908 wurden 16 Vollzugsanstalten für die 'neue' Strafform gebaut.

Diese allmähliche eigene Modernisierung des Strafvollzug wurde bei der japanischen Kolonialherrschaft abgebrochen. Die Kolonialmacht hat im Jahre 1909 die Gefängnisverwaltung übernommen und im Jahre 1912 die Vollzugsverordnung aufgestellt. Der koreanische Strafvollzug wurde damit in ihrem Anfangsstadium von der Kolonialpolitik stark geprägt, und die Vollzugsgestaltung wurde zwangsläufig repressiv und militärisch charakterisiert.

Mit der Kapitulation Japans im zweiten Weltkrieg wurde die

Kolonialzeit im Jahr 1945 beendet. In 1950 wurde das koreanische Strafvollzugsgesetz verabschiedet und danach mehrmals reformiert. Aber das Gesetz wurde von der kolonialistischen Vollzugsverordnung stark beeinflußt, und das Vollzugspersonal aus der Kolonialzeit konnte weiter für die Vollzugsgestaltung tätig sein. Daher bleibt das repressive Wesen des Strafvollzugs immer noch erhalten. Während die Ansprüche der Gefangenen auf ihre Rechte mit der Demokratisierung der Außenwelt immer mehr wachsen, verbessert sich die Situation im Inneren der Vollzugsanstalten schleppend. Die Reform des Strafvollzugs in Koera ist eine nicht mehr verschiebbare, dringende Aufgabe.

Diese Arbeit hat die Absicht, vom historischen Blickpunkt einen Ausgangspunkt für die Reformdiskussion des koreanischen Strafvollzugs zu finden. Das von der japanischen Kolonialherrschaft in Korea eingeführte Vollzugssystem entstammte ursprünglich den 'modernen' Vollzugssystemen von westeuropäischen Ländern am Ende des 19. Jahrhunderts. Deswegen beschäftigt sich diese Arbeit zunächst mit der kurzgefassten Darstellung über die Geschichte der Freiheitsstrafe von ihren Frühformen bis Entstehung des 'modernen' Strafvollzugssystems besonders in Westeuropa. Das sollte dazu beitragen, die Problemen des 'modernen' Strafvollzugs vom seinen Ursprung her zu betrachten und damit einige Hinweise zur Reform des koreanischen Strafvollzugs zu geben.

사업주 등의 형법상 보증인책임에 관한 소고

윤 영 철*

I. 들어가는 말

고도의 경제성장정책과 급속한 과학기술문명의 발달은 사회·경제 및 자연영역에 많은 변화를 초래하고 있다. 이러한 변화는 사회와 일반인에게 엄청난 손해를 야기하는 잠재적 사회위험요인들을 급증시키고, 특히 경제와 환경영역에서 그 심각성을 나타내고 있다. 여기에는 기업 경제활동의 부정적인 측면이 상당한 기여를 하고 있다. 이러한 기업활동의 부정적인 측면은 급속히 변화하는 현대사회의 현상인 사회경제활동의 복잡다양화, 다양한 이해관계의 대립, 가치관의 다양·다원화에 따른 것이라 할 수 있다. 기업의 경제활동으로 인해 경제와 환경영역에 나타나고 있는 위험요인의 증가는 현대 자본주의체제에 따른 사회경제구조의 산물이라 할 수 있다.

물론 자유주의경제체제에 있어서는 원칙적으로 기업활동의 자유가 보장된다. 그러나 이는 타인에게 손해를 주는 기업활동을 방임해도 좋다는 것이 아니라 이 경우에는 정책적 그리고 법률적 규제가 필요하다는 것을 의미한다. 이러한 정책적 그리고 법률적 규제와 관련해서 형사처벌에 의한 기업활동으로 발생하는 재해의 예방이 효율적이지 않다는 것은 부인할 수 없는 현실이다. 이를 위해서는 오히려 국가가 재해방지를 위한 행동기준을 행정적으로 명하고 기업 측에 의무를 부과하여 조업을 허가하는 방법을

* 한남대학교 법과대학 법학과 조교수, 법학박사

생각할 수 있다. 왜냐하면 공공의 복지라는 관점에서 보면 위험발생을 예측하고 엄격한 행동규준을 설정하는 권한을 국가에게 부여하는 것은 당연하기 때문이다.¹⁾ 기업활동에 대한 강력한 행정적 조치에 의한 국가의 보조적 관여에 의해 한편으로는 적법한 기업활동을 촉진시킬 수 있고, 다른 한편으로는 과실에 의한 대규모적 기업재해를 미연에 방지할 수 있는 효과가 있다고 하겠다. 그 밖에도 민간의 자유규제조치 또는 민사법적 규제조치 등이 기업재해의 방지에 더 효율적이라고 할 수 있다.

그러나 오늘날에는 오히려 형법에 의한 경제와 환경보호라는 관점에서 형법의 예방적·규제적 기능을 지나치게 강조함으로써 - 형법의 비합리적인 비대화와 확장을 초래한다는 시각에서는 매우 부정적임²⁾ - 형법의 결과(책임)귀속범주를 기업에까지 확장시키려는 경향이 강하게 대두되고 있다³⁾. 즉, 기업의 경제활동에 의한 공해 및 경제질서의 파괴를 포함한 사회위험요인에 대한 합목적적인 예방과 규제를 위해 기업에 대한 형사책임문제가 논의되고 있다.

기업에 대한 형사처벌과 관련해서 두 가지 이론이 있는데, 하나는 기업에 속하는 개인의 범죄를 전제로 하여 기업을 처벌하고자 하는 귀속모델(Zurechnungsmodell)⁴⁾이고, 다른 하나는 대표자 또는 종업원 등 개인의 범죄가 없는 경우에도 기업의 책임을 인정하고자 하는 기업조직체책임모델(Zentralmodell)⁵⁾이다. 특히 후자는 기업의 대표자, 종업원 등의 행위는 기업의 조직활동의 일환이므로 그 조직활동을 일체적으로 이해하고 개개

1) 정성근, 기업범죄와 형사책임, 경희법학 제18권 제2호(1983.12), 109쪽 참조.

2) 배종대, 형사정책, 제4판, 홍문사 2001, 79쪽, 102쪽 참조.

3) 이에 대해서는 B. Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Köln 1979, S. 197 이하 참조.

4) 특히 기업의 질서위반법상 책임과 관련해서 K. Tiedemann, Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NJW 1988, S. 1171 ff.; M. Brender, Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, Rheinfelden u.a. 1989, S. 93 ff.; 정성근, 전게글, 107쪽 이하 참조.

5) G. Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Baden-Baden 1995, S. 248 ff., 271 ff.; 손용수, 기업과실과 기업체의 과실책임, 부산대학교(석사학위논문) 1983, 21쪽 이하 참조.

인과 독립하여 기업 자체의 범죄주체성을 긍정하며, 기업 내의 개개 구성원의 범죄를 논하지 않을 경우에도 기업 자체에 책임을 인정하여 그 범죄성을 논하는 기업독자처벌론을 주장하며, 기업범죄에 있어서 과실의 예견가능성은 구체적인 예견이 아닌 위험발생에 대한 일반적인 불안감으로 충분하므로 과실은 결과회피를 위해 요구되는 행동기준에서 일탈한 것이라고 강조하는 특징을 가진다.

이 논문에서 자세히 논의하고자 하는 사업주 등의 결과회피 또는 중업인 등의 범죄행위 저지를 위한 형법상의 보증인책임은 바로 기업구성원의 범죄행위를 전제로 하는 귀속모델 하에서만 가능하다고 하겠다. 따라서 이 하에서는 기업의 형사책임을 인정하려는 현대적 추세의 일환인 귀속모델을 그 근거로 하는 사업주 등의 형법상 보증인책임을 인정할 수 있을 것인가와 인정하게 될 경우에 발생할 수 있는 문제점은 무엇인가를 집중적으로 살펴보기로 하겠다.

II. 형법상 보증인책임의 요건

우리 형법 제 18조는 보증인지위를 근거로 한 부진정부작위범에 대한 형사책임을 규정하고 있다. 보증인지위를 결정하는 가치기준인 보증인의 무6)는 상위질서원칙으로서 구체적 법익에 대한 보호적 입장에서부터 발생하게 되는데, 이는 특정한 법익의 보호를 위한 보호의무 (Obhutspflicht)와 특정한 위험원과 관련된 감시의무 (Überwachungspflicht)로 분류된다.7) 이 중에서 후자가 경제범죄 내지 환경범죄에서 사업주 등의 감독책임을 근거지울 수 있는 여지를 부여할 수 있을 것이다.8)

6) 보증인의무와 관련한 학설에 대한 자세한 내용은 김일수, 형법총론, 제8판, 박영사 2001, 620쪽 이하; 이재상, 형법총론, 제4판, 박영사 2000, 122쪽 참조.

7) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2. Aufl., Göttingen 1988, S. 283 ff.; 이정원, 기업에 의한 환경범죄의 형사책임에 관한 연구, 경남법학 제12집 1996, 172쪽과 비교.

8) 조병선, 환경형법을 계기로 새로이 전개된 형법해석학적 이론들 (상), 청주대학교 법학

우리 형법은 부진정부작위범과 관련해서 독일 형법과는 달리 부작위가 작위에 의한 구성요건의 실현과 동일하게 평가될 수 있는 “행위정형의 동가성”을 명문으로 규정하고 있지 않지만,⁹⁾ 통설은 이의 필요를 인정하고 있다.¹⁰⁾ 부진정부작위범과 관련한 행위정형의 동가성은 부작위의 수단과 방법이 구성요건에서 규정하고 있는 작위의 수단 및 결과와 동일하거나 동일한 가치가 있는 것으로 평가될 때 인정된다.¹¹⁾ 따라서 이러한 동가성은 단순결과범이 아닌 행태의존적 결과범에서 비로소 문제가 된다.

사업주의 보증인책임과 관련해서 언급되어질 수 있는 부진정부작위범으로서의 보증인지위는 특정한 위험원에 대한 안전의무로 인한 보증인지위라 할 수 있다. 여기에는 해당 법익을 보호하기 위한 규범을 침해하는 의무위반을 전제로 하는 선행행위 (Ingerenz)로 인한 경우¹²⁾, 행위자가 책임있는 위험한 시설이나 기계의 감독에 관하여 부여된 법적 의무를 객관적으로 침해한다는 것을 전제로 하는 위험원의 감독으로 인한 경우¹³⁾와 마지막으로 제 3자의 행위에 대한 책임으로 인한 경우¹⁴⁾가 있을 수 있겠다.¹⁵⁾ 그러나 선행행위로 인한 경우에는 예컨대 독일의 Lederspray사태에서와 같이 기업이나 사업주의 선행행위는 의무에 합치하는 것이 대부분이라는 문제가 있고, 위험원의 감독으로 인한 경우에는 자기의 지배범위 내에서의 의무만이 고려되기 때문에 위험원의 지배에서 구조의무 (Rettungspflicht)가 발생할 수 없다는 한계가 있으며, 타인에 대한 감독의무로 인한 경우에는 타인의 행위에 대한 책임은 타인이 스스로 책임있게 행위할 수 없고 그에 대한 감

논집 제6집 1992, 243쪽, 259쪽 이하 참조.

9) 우리 형법이 독일형법 제13조와 같은 행위정형의 동가성을 규정하고 있지 않다는 것은 입법의 불비라고 할 수 밖에 없다.

10) 대표적으로 김일수, 형총, 629쪽; 배종대, 형법총론, 제6판, 홍문사 2001, 636쪽 이하; 이재상, 형총, 128쪽 참조.

11) 손동권, 부진정부작위범에 관한 연구, 법정고시 1995.11, 144쪽.

12) 이에 대한 자세한 내용은 이재상, 형총, 126쪽 참조.

13) 이에 대한 자세한 내용은 배종대, 형총, 634 이하 참조.

14) 이에 대한 자세한 내용은 김일수, 형총, 628쪽 참조.

15) 이정원, 전개글, 172쪽 이하.

독이 법에 의해 요구되는 경우에 한하여 인정될 수 있다¹⁶⁾는 문제를 가진다. 그러나 기업에 있어서는 현대적 조직형태로서 권한의 분산과 기능적 차별화 및 의무의 위임으로 연쇄정범의 전제조건인 선형구조 (lineare Struktur)뿐만 아니라 사업주 등의 보증인지위 역시 희미해져 그 결과 기업 내에서의 개인의 구조적이고 조직적인 책임회피의 문제가 발생한다. 이러한 의미에서 볼 때 사업주 등의 보증인지위는 오히려 기업 내에서의 책임의 추궁을 불가능하게 한다고 볼 수 있다. 따라서 이러한 기업구조 하에서 사업주의 형법상 보증인책임을 물을 수 있을지는 의문이다.

형법 제 18조에 의한 부진정부작위범의 성립요건에 따르면 사업주가 종업인의 범죄를 유책하게 야기한 경우에만 사업주가 그의 범죄에 대해 책임질 수 있는 여지가 있다고 하겠다.¹⁷⁾ 결과회피 또는 더 나아가 종업인 범죄의 제지에 대한 사업주 등의 보증인의무와 관련해서 Lederspray판결 이전의 독일판례는 일반적인 보증인의무가 아니라 업무와 관련된 손해를 방지할 의무에만 근거한 경향이 있었다.¹⁸⁾ 그러한 의무는 사업주의 특수한 지위와 업무관련성에 의해서만 설명되어질 수 있다. 그러나 이런 설명은 사업주의 지휘적인 지위가 그 자체로서 범죄방지의무를 내포하는 보증인의무에 대한 근거를 제시할 수 있는지에 대해서는 언급이 없다. 좀 더 정확하게 말하면 독일 형법 제 13조는 범죄의 제지가 아니라 구성요건에 해당하는 결과의 회피를 위한 보증인의무만을 의미한다고 하겠다.

그럼에도 불구하고 종업인의 범죄행위를 방지할 보증인의무에 대해 명확하게 언급하지 않은 Lederspray판결에서 특히 건강에 유해한 제품생산의 경우에 범죄방지를 위한 사업주의 보증인의무를 추론하려는 견해가 있다.¹⁹⁾ 이러한 견해는 계속해서 사업주 등의

16) 대법원 1984.11.27, 84도1906; 1997.3.14, 96도1639.

17) 일반적으로 E. Göhler, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen, in: FS für E. Dreher, Berlin 1977, S. 611 ff.; B. Schünemann, aa.O., S. 95 ff., 205 참조. 이정원, 전계글, 177쪽 이하; 정성근, 전계글, 115쪽과 비교.

18) RGSt. 58, S. 132 ff..

19) Schönke/Schröder-Stree, § 13 StGB, Rn. 52.

일반책임 (Generalverantwortung)과 전관할권 (Allzuständigkeit)을 수반하는 조직과 관련된 관찰방법을 그 근거로 한다. 하지만 이러한 단순한 결과귀속은 형법의 통상적인 귀속이론과 부합할 수 없고 오히려 그 와해를 초래한다고 하겠다.

Ⅲ. 사업주 등의 형법상 보증인책임을 인정하기 위한 모델과 그 문제점

보증인지위는 불법구성요건인 결과의 발생을 방지할 지위를 의미하므로 보증인의무의 위반에 대해서는 작위에 의한 당해 범죄의 실현과 실질적으로 동일한 불법평가가 가능하게 된다. 따라서 불법구성요건을 제재하게 되면 결국 보증인지위 자체가 의미를 상실하게 된다. 이러한 입장에서 볼 때 종업인 등의 기업업무와 관련된 범죄행위를 저지하지 않은 사업주 등에게 이러한 법익침해를 방지할 책임의무가 부과될 수 있는지가 의문이다. 왜냐하면 종업인 등이 자기책임 하에서 불법구성요건을 스스로 실현한 경우에 당해 불법행위에 대해 사업주 등이 부진정부작위범의 형태로 정범으로 가담하는 것이 불가능하기 때문이다.²⁰⁾

종업인 등에 의한 범죄행위의 저지를 위한 사업주의 형법상 보증인책임을 근거로 한계, 그리고 직접 행위를 한 종업인의 자기책임과 관련해서 우리나라에서는 아직 논의가 별로 이루어지지 않고 있는 관계로 부득이 독일에서 심도있게 논의되고 있는 몇 가지 모델들의 주장과 문제점을 여기에서 자세히 살펴보기로 하겠다.

1. 지배모델 (Herrschaftsmodell)

B. Schönemann은 부작위와 작위의 동가치성을 설명하는 결과원인에

20) 이정원, 전계글, 173쪽과 비교.

대한 사업주의 지배의 적용에 있어서 범죄저지를 위한 그의 보증인지위를 인정하려 했다.²¹⁾ 이러한 지배는 위험한 영업(작업)수단 또는 영업생산물에 대한 사업주의 사실상의 지배와 종업인에 대한 그의 법률상 명령권이 라는 두 가지 측면에서 고려된다. 부작위책임의 일반적인 원칙들의 적용에 있어서 *B. Schünemann*은 위험한 물건에 대한 직접지배를 행사하는 자와 관련해서 1차적 보증인지위의 존속을 추론해내었다.²²⁾ 그는 보증인지위에 근거한 사람에 대한 지배를 종업인의 복종을 이유로 한 기업 내부에서의 지배를 확보하는 법률상 명령권, 지배지식과 사실상 관철가능성에서 찾았다.²³⁾ 그의 견해에 따르면 고용자에 대한 사업주의 보증인지위는 바로 법률상 확증된 고용자에 대한 명령권에서 나온다. 그는 종업인 행태의 부작위와 작위의 동가치성을 설명하기 위해, 법률상 근거를 가지고 있고 사실상 인정된 명령권에 종속되어진 타인의 본질을 규정하고 부분적인 책임무능력에 대한 지배를 끌어온다.²⁴⁾ 그는 특히 집단적 단체태도 (*kollektive Verbandsattitüde*)에 의한 각인을 근거로 기업 내에서의 지배를 바로 조직화된 권력기구의 사용에 의한 지배와 동일시하고 단체의 행위에 있어서 직접 실행한 자의 자기책임을 “사실상 조직의 공식적이고 비공식적인 강제가 관철되는 단순한 정면”으로 간주한다.²⁵⁾

그러나 완전히 사업주에 의한 보증인의무의 침해를 근거로 하는 기업의 형사책임을 인정하기 위해 용인할 수 있는 근거 없이 종업인 등의 자기책임을 포기하는 설명되어질 수 없는 인위적 유형으로서의 종업인의 부분적 책임무능력은 더 이상 유지될 수 없다.²⁶⁾ 왜냐하면 철저히 개인의 인적 책임에 기인하는 형법영역에서의 해결은 직접 유책하게 실행한 종업인의 자기책임을 고려 하에서만 발견되어질 수 있기 때문이다.²⁷⁾ 더욱이 인간

21) B. Schünemann, a.a.O., S. 88.

22) B. Schünemann, a.a.O., S. 84 ff..

23) B. Schünemann, a.a.O., S. 95; 조병선, 전계글, 265쪽 참조.

24) B. Schünemann, a.a.O., S. 102.

25) B. Schünemann, a.a.O., S. 104.

26) Young-Cheol Yoon, Strafrecht als "ultima ratio" und Bestrafung von Unternehmen, Frankfurt a.M. u.a. 2001, S. 152.

27) 상이한 결과로 W. Bottke, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener

에 대한 지배는 처음부터 자유롭게 형성된 공동체에서는 용인될 수 없을 뿐더러 매우 부당하다.

특히 조직적 권력기구에 의한 정범을 확증하는 지배유형은 **C. Roxin**에 의해 전체로서 법규범으로부터 와해된 불법조직에 대해서만 예정되어 있다.²⁸⁾ 따라서 불법조직에서와는 달리 기업에서는 종업인이 그가 적법한 명령에만 따라야 하고 위법한 명령에 대해서는 거부할 수 있어야 한다는 것이 요구된다. 그 결과 관계의 법률상 구조화는 처음부터 위법한 명령의 경우에 사업주의 의사지배를 부인한다.²⁹⁾ 대기업에서는 사업주 등의 보증인의무가 권한의 분권화와 기능적 차별화에 의해 타인에게 위임되어질 수 있기 때문에³⁰⁾ 보증인의무는 먼저 최상급자의 조직의무로까지 이전할 수 있고, 그 다음으로 다시 사업주의 형법상 책임의 하급자제로의 전환을 야기할 수 있다.

그리고 **B. Schönemann**의 일관된 지배의 선상구조는 적어도 지배적인 학설에 의해 논의되고 있는 종업인의 범죄행위의 저지를 위한 보증인의무에는 사용되어질 수 없다. 왜냐하면 앞에서 이미 언급한 세 가지 요소의 상호 대체가능성에 의해 보증된 기업 내에서의 지배는 법적 가능성인 사업주 등의 행위가능성과 회피가능성으로부터 행태결정을 위한 법적 의무가 추론되어질 수 없을 정도로 그의 단순한 행위 및 회피가능성으로 이해될 수 있기 때문이다. 집단적 단체태도의 각인으로 사업주 역시 단체태도의 소용돌이에 포섭되므로 **B. Schönemann**의 의도와는 달리 각각의 집단만이 보증인으로서 책임이 있는 것으로 나타난다.³¹⁾

in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, Berlin 1994, S. 61 ff.; W. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, Heidelberg 1988, S. 358 f.; M. Schubarth, Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherren, SchwZStR 1976, S. 385.

28) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., Berlin/New York 2000, S. 249 ff..

29) Young-Cheol Yoon, a.a.O., S. 152.

30) N. Schmid, Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorgane, SchwZStR 1988, S. 176.

31) F. v. Freier, Kritik der Verbandsstrafe, Berlin 1998, S.278.

2. 위험모델 (Gefahrmodell)

여기에서는 크게 사업주 등의 위험안전조치의무 (Risikosicherungs-pflicht)를 보증인의무의 출발점으로 삼는 *W. Bottke*의 위험모델과 기업 위험에 대한 감시의무를 그 근거로 하는 *A. Ransiek*의 위험모델로 구분하여 살펴보기로 한다.

가. *W. Bottke*의 위험모델

이것은 사업주의 보증인의무의 근거제시와 관련해서 기업의 복잡하고 분권화된 조직구조를 대개 객관적인 위험잠재력을 상승시키는 범죄병리적 위험원으로 간주하는 모델이다.³²⁾ 위험잠재력의 상승은 사업주의 책임영역에서 업무상 전형적인 위험들로부터 공동체에 대한 위험이 발생하지 않을 정도로 이러한 위험들을 차단하기 위해 불가피하게 사업주에게 전이된 특별한 위험논거를 필요로 한다.³³⁾ 이 모델에 따르면 기업의 조직과 경영은 사업주 등의 위험안전조치의무를 그의 조직권자로서의 기능뿐만 아니라 위험한 업무와 관련된 인적 생산수단의 사용 또는 배제와 관련시킨다.³⁴⁾ 바로 후자에서 객관적 또는 주관적으로 업무와 관련된 종업인 등의 범죄행위를 저지할 사업주의 보증인의무가 발생한다.³⁵⁾

이 모델에 따르면 종업인의 행위가 기능상 제한된 업무위험으로서의 위험한 생산수단과 그의 업무와 관련된 행위로 인정된다. 그러나 이에 대해서 종업인의 완전한 범행에서 업무상 위험이 아니라 바로 그의 자기책임에 의한 결정이 표현되어 있다는 반론이 제기될 수 있다.³⁶⁾ 이와 관련해서 기업 자체의 위험성을 종업인에 의한 범행이라는 관점에서 근거 없이

32) W. Bottke, Empfiehlt es sich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsstraftaten zu verstärken?, wistra 1991, S. 86.

33) G. Heine, a.a.O., S. 124 f.와 비교.

34) W. Bottke, Haftung aus Nichtverhütung, S. 26 f.; 이정원, 전계클, 172쪽과 비교.

35) 이에 대한 더 자세한 내용은 W. Bottke, Haftung aus Nichtverhütung, S. 28.

36) Young-Cheol Yoon, a.a.O., S. 154.

물건의 위험과 동일시하는 것은 확실히 허용되지 않는 구체화로 입증된다고 하겠다.³⁷⁾ 이러한 관점에서 볼 때 기업 역시 그 자체로 하나의 위험이라는 일괄적 주장과 같이 종업인은 그 자체로 위험하다는 생각 역시 유지될 수 없다. 그리고 사업주의 위험안전조치의무를 근거로 한 그의 보증인 책임의 일반화는 사업주가 확실히 완전한 책임이 있는 종업인의 모든 처분을 그의 목표설정 에 의해 분배함으로써 결국 직접 실행한 자의 자기책임의 기저에 의문을 제기한다.³⁸⁾

나. A. Ransiek의 위험모델

A. Ransiek는 독일 형법 제 13조에 따르면 범죄행위의 저지가 아니라 구성요건에 해당하는 결과의 회피가 중요하기 때문에 위험안전조치의무가 기업영역에서의 본래적인 위험방위의 문제를 정확하게 지적하지 못하고 있다는 것을 이유로 종업인의 범죄행위에 대한 저지의무 대신에 기업위험에 대한 감시의무를 사업주 등의 본래 의미의 보증인의무로 인정하려고 한다.³⁹⁾ 그는 이러한 감시의무를 기업활동, 조직과 조직활동의 법률상 그리고 계약상 조건들을 유지해야 할 의무와 관련시키고, 결과저지에 있어서는 직접 실행한 종업인이 비난을 받는지는 전혀 중요하지 않다고 주장한다.⁴⁰⁾ 조직의 관할영역에 속하는 모든 위험에 대한 감시의무는 조직인 기업에 속함에도 불구하고 기업이 이러한 의무를 스스로 이행할 수 없기 때문에 기업에 의해 위험감시에 투입된 관리자의 인적 의무지위가 발생하게 된다.⁴¹⁾ 기업에서의 특별한 위험은 종업인 등의 고용에서가 아니라 다수 종업인 등의 조직과 배열의 필요성에서 비로소 발생하게 된다. 왜냐하면 이러한 관점에서 볼 때 기업내부의 관계가 개개 종업인 등에 의해서 더 이상 투시되어질 수 없고, 영향을 받지 않는 한도에서는 개개 종업인 등은

37) F. v. Freier, a.a.O., S. 280 f..

38) Young-Cheol Yoon, a.a.O., S. 154.

39) A. Ransiek, Unternehmensstrafrecht, Heidelberg 1996, S. 35 f..

40) A. Ransiek, a.a.O., S. 36.

41) A. Ransiek, a.a.O., S. 38.

자기의 행위에 대한 책임을 상실하게 되기 때문이다.⁴²⁾

그러나 여기서는 종업인이 결국 위험하지 않고 그래서 지속적으로 감시되어질 수 없는 경우에 위험방위의 문제는 다시 감추어진다.⁴³⁾ 바로 기업 위험에 대한 감시의무는 기업내부의 위반행위에 대한 사업주 등의 책임을 통괄하여 설명하기 위한 수단이 아니라 **A. Ransiek** 자신의 언급⁴⁴⁾에서 이러한 신뢰원칙에 의해 사업주 등의 보증인의무의 배제가 아니라 아마도 그의 변형이 초래된다는 것이 인식될 수 있다.⁴⁵⁾ 어느 누구도 타인의 위반행위를 목표로 할 필요가 없다는 자기책임의 원칙 또한 이러한 감시의무와 대립될 수 있다. 자기책임의 원칙에 따르면 한편으로는 어느 누구도 타인의 범죄와 책임에 대해 책임지지 않아야 하고, 다른 한편으로는 임무(Aufgabe)의 타인에게로의 위임으로 인해 감시자인 사업주 등에게 다른 책임있는 종업인 등에 대하여 허용된 영향력을 행사할 가능성이 소멸된다.⁴⁶⁾ 그리고 뿐만 아니라 (책임능력이 없는) 종업인 등에 대한 감시상황은 보증인이 타인에 대한 위험이 물건에서 발생하지 않도록 조치를 취해야 하는 상황과는 다르다⁴⁷⁾는 것이 분명하다.

3. 위임모델 (Delegationsmodell)

위임모델⁴⁸⁾은 개별 종업인 등의 비난가능성과 “객관적·체계적 통일체인 기업의 체계적 산물”의 구별을 설명하기 위해서 **G. Neudecker**에 의해 제안되었다. 그 기본사상은 장차 사업주의 책임은 철저히 1인 기업 내지 기업의 형법상 책임에 기인한다는 데에 있다. 이 모델에 따르면 본래 사업주 내지 기업에 속하는 의무의 타인에게로의 위임으로 인해 어느 누

42) A. Ransiek, a.a.O., S. 40 f..

43) Young-Cheol Yoon, a.a.O., S. 155.

44) A. Ransiek, a.a.O., S. 41.

45) F. v. Freier, a.a.O., S. 293 Fn. 104.

46) Schönke/Schröder-Stree, § 13 StGB, Rn. 53 참조.

47) Young-Cheol Yoon, a.a.O., S. 155.

48) G. Neudecker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen, Frankfurt a.M. 1995, S. 140 ff..

구도 자기의 의무에서 완전히 자유로울 수 없다. 따라서 위임은 사업주 내지 기업을 그들의 의무에서 배제시키는 것이 아니라 오히려 그들의 의무를 함께 확정한다.⁴⁹⁾ 이로 인해 오히려 선발의무 (Auswahl-), 지시의무 (Anweisungs-), 조직의무 (Organisations-), 감시의무 (Überwachungs-), 관여(간섭)의무 (Eingriffspflicht)가 속하는 변경된 내용의 기타의무 (Restpflicht)가 위임하는 자와 관련을 가지게 된다.⁵⁰⁾ 이러한 기타의무는 사업주 내지 기업의 의무범위내의 모든 불법과 관계되기 때문에 그러한 의무의 범죄행태와의 관계는 바로 그것에 의해 반영된 현상으로서만 표현되고, 그 결과 그것의 구성에 있어서 직접 실행한 종업인 등의 자기책임이 책임원칙을 위한 보증인의무의 변형을 근거로 하는 것보다 더 탄력적으로 고려될 수 있다.⁵¹⁾ 이에 따르면 장차 결과회피 그리고 더 나아가 범죄저지와 관련된 안전을 위한 보증인의무가 바로 종업인의 자기책임을 이유로 부정되고 “결과의 발생을 고려함이 없는 특정한 활동의 선택”에 의존하는 덜 강력한 감시의무는 위임원칙에서 추론된다.⁵²⁾ 사업주의 책임이 바로 기업의 형법상 책임을 근거로 삼는다는 이 모델의 근거와 관련해서 보면 기업 자체가 본래의 행위자로 고려되고, 그 결과 사업주는 체계내부상 연쇄적 위임에 연결되어질 수 있는 행위에 대해 책임을 져야 한다.⁵³⁾

위임자에 대한 처벌의 결과구성요건에서의 정당화와 관련해서 일반적으로 기업의 주의의무에 따른 산물의 안전확보가 중요하다는 것이 처음에는 탈출구를 제공하는 것처럼 보인다. 그러나 여기서는 왜 그리고 어떻게 종업인 등의 범죄행위에 의한 손해가 바로 객관적·체계적 통일체인 기업의 산물이 될 수 있는지가 명확하지 않다.⁵⁴⁾ 위험한 물건과의 관계를 위임하는 경우에는 사실상 인수에 의한 보증인의무⁵⁵⁾가 위임받은 종업인에게 속

49) G. Neudecker, a.a.O., S. 144, 155; BGHSt. 8, S. 139와 비교.

50) 이에 대한 자세한 내용은 G. Neudecker, a.a.O., S. 144 ff..

51) G. Neudecker, a.a.O. S. 153 ff..

52) G. Neudecker, a.a.O. S. 140 ff. 참조.

53) Young-Cheol Yoon, a.a.O., S. 156 참조.

54) Young-Cheol Yoon, a.a.O., S. 157.

55) “인수에 의한 보호의무”에 대해 김일수, 형총, 624쪽 이하; 이재상, 형총, 125쪽 참조; 이정원, 전개글, 173쪽과 비교.

하는 반면, 이로 인해 사업주의 의무는 이미 위에서 언급한 기타의무로 변형된다. 왜냐하면 물건의 위험이 안전하게 될 수 있고 이를 위한 타인의 개입이 무용한 수단으로 입증되어질 수 있기 때문이다. 보증인의무의 특별한 내용은 비로소 위임에 의해서 발생하는 것이 아니라 위임원칙에 선행한다.⁵⁶⁾ 일반적으로 형벌이 부과된 의무가 관련되어 있는 임무는, 인수되어짐에도 불구하고 위임과정과는 무관하기 때문에⁵⁷⁾ 종업인 등이 그러한 추론된 의무의 인수에 의해 의무를 진다는 것은 일반범의 영역에서 거의 생각할 수 없다. 위임원칙에서 추론되고 덜 강력한 사업주의 감시의무는 위임자인 사업주가 그의 선발의무와 지침의무에 만족하는 경우에는 필요하지 않다.⁵⁸⁾ 왜냐하면 그는 위임으로 임무의 실현에 필요한 수단에 대한 지배 역시 포기하기 때문이다.⁵⁹⁾

4. 중간요약

기업분야에 있어서 조직법적 관점에서 권한을 분권화하고 기능적으로 차별화하는 것은 일반적이다. 그리고 기업분야에서는 개별 종업인보다는 집단체계인 기업 자체가 중요시된다. 형법체계는 처음부터 개인간의 갈등해소를 목표로 하고 있고 따라서 기업영역에서의 범죄를 언제나 개인의 위반행위로만 이해할 수 있다. 기업체계와 형법체계의 이러한 차이에도 불구하고 자기책임의 원칙에 근거를 두고 있는 형법이 전자에 적용되는 경우에 형법은 기업 내에서 개인의 범죄만을 추궁하게 된다. 이 때에 기업 내에서의 분권화와 권한분할에 의해 구체적 범죄자 또는 구체적 범죄의 확정이 이루어지기 어렵고, 그 결과 기업 내에서의 구조적 또는 조직적인 개인의 무책임을 초래한다. 이러한 상황에서 아마도 사업주 등의 일반책임과 전관할권이 그 원인을 제공하는 종업인 범죄의 저지를 위한 사업주

56) F. v. Freier, a.a.O., S. 298.

57) Hermanns/Kleier, Grenzen der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen, Köln u.a. 1987, S. 78 ff. 참조.

58) B. Schünemann, a.a.O., S. 99.

59) 이정원, 전계글, 172쪽 이하와 비교.

등의 보증인의무의 인정은 첫눈에는 바람직한 탈출구를 제공하는 듯하다. 그러나 이는 형법의 법치국가적 원리의 근거를 파괴하는 형법상 통상적 귀속이론의 단순화와 확장에 의해서만 가능해진다.

기업영역에서의 입증곤란성을 해소하고 기업책임의 형사정책적 부재를 해결하기 위한 사업주 등의 보증인책임은, 법적 명령권, 즉 지배지식과 사실상 관철가능성을 근거로 하는 종업인에 대한 그의 사실상 지배를 그 출발점으로 삼고 있다. 이는 그의 위험안전조치의무의 위험한 업무와 관련된 인적 생산수단과의 관계성 그리고 그의 감시의무의 위임원칙으로부터 추론되어질 수 있다. 그러나 이러한 시도는 원래의 의도와는 달리 자기책임의 원칙을 흔들어 놓고, 그 결과 최후수단으로서의 형법의 이상향에 부합될 수 없게 된다. 왜냐하면 이러한 시도는 처음부터 자유롭게 형성된 사회에서 용인될 수 없는 종업인의 부분적 책임무능력, 인적 생산물의 위험성 또는 사업주의 의무범위 내에서의 모든 불법에 대한 기타의무의 수용 불가능한 관계를 전제로 하기 때문이다.

따라서 종업인 범죄의 저지를 위한 사업주 본래의 총괄적 보증인책임은 우리 형법 제 18조에 적합하지 않아 허용될 수 없는 보증인의무의 변형에 불과하다고 할 수 있다.

IV. 부론: 사업주 등의 감독의무위반에 의한 형법상 과실책임과 현행 ‘환경범죄의단속에관한특별조치법’에 따른 양벌규정

1. 사업주 등의 감독의무위반에 의한 형법상 과실책임

최근 사업주의 보증인책임과 관련하여 감독의무위반을 근거로 한 그의 책임을 형법에 도입하려는 시도가 진행되고 있다.⁶⁰⁾ 이에 따르면 사업주 및 그와 동일시되는 대표자는 감독조치에 근거한 의무가 사업주 자체와

관계된 경우에 기업 내에서의 범죄를 저지하기 위해 필요한 감독조치를 취해야 한다. 이러한 형벌구성요건에 있어서도 사업주 및 그와 동일시되는 대표자의 보증인지위의 한 “유형”이 언급되고, 위험원의 감시를 위한 보증인지위에 따르면 보증인지위에서 발생하는 의무들은 마찬가지로 통제조치와 감독조치를 포괄하기 때문에 그 적용범위는 매우 광범위한 듯하다.⁶¹⁾ 그러나 보증인의무는 사업주 및 그의 대표자, 그리고 특히 기업 경영진뿐만 아니라 그의 권한영역 내에서 특정한 임무를 인수한 모든 자와 관계를 가지고 있기 때문에 부진정부작위를 근거로 한 책임은 더 광범위해진다. 따라서 이러한 형벌구성요건의 본래의 기능은 업무관계에 있어서 규범위반의 귀책의 확장에 있다고 할 수 있다.⁶²⁾

사업주 등의 감독의무위반이라는 구성요건의 형법에의 도입은 그의 행위책임을 형법의 엄격한 귀책기준에서 와해시키고 이를 완전히 또는 부분적으로 책임과 무관하게 간주하는 것을 그 출발점으로 삼고 있다.⁶³⁾ 이러한 형벌구성요건은 구성요건에 해당하는 불법이 업무와 관련된 의무에 대한 위반의 저지에 필요한 감독조치의 부작위에 내재되어 있는 진정부작위범이라고 할 수 있다.⁶⁴⁾ 그리고 이는 실질적으로는 철저히 당벌적 저지의무를 전제로 할 수 있는 그 자체로는 비당벌적 위험구성요건에 의해 前置되어지는 형벌구성요건이다.

그의 법적 특성에 따르면 흠결된 감독과 통제로 인해 행해진 구체적인 의무위반은 하나의 객관적 가벌조건 (eine objektive Strafbarkeitsbedingung)으로 형성된다.⁶⁵⁾ 그 결과 고의와 과실은 단지 감독조치의 태만하고만 관련되어 있다. 이러한 구성요건에서는 제 3자가 자신의 행위로 인

60) K. Tiedemann, Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?, in: Verh. des 49. DJT Düsseldorf 1972, Bd. I (Gutachten), München 1972, S. C 56 f.

61) A. Ransiek, a.a.O., S. 99; 이정원, 전계글, 172쪽과 비교.

62) A. Ransiek, a.a.O., S. 99.

63) Kohlmann/Ostermann, Die Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen, wistra 1990, S. 123 참조.

64) P. Cramer, KK, § 130 OWiG, Rn. 18; E. Göhler, § 130 OWiG, Rn. 9.

65) P. Cramer, KK, § 130 OWiG, Rn. 22, 81.

해 처벌되었다는 사실이 아니라 특별한 인적 표지를 흠결한 구성요건에 해당하지 않는 행위를 의미하는 “의무위반”의 존재만이 요구되기 때문에 “위법한 행위”라는 표현이 포기되어 있음에 틀림없다.⁶⁶⁾ 따라서 이러한 형벌구성요건에 있어서는 당해 감독이 이루어졌더라면 형벌이 부과된 종업원의 의무위반이 확실히 저지되어질 수 있었던 경우에 한해서만 인과관계가 인정된다.⁶⁷⁾ 종업원에 의해 행해진 의무위반과 감독의무의 연결은 장차 사업주가 그에게 속하는 업무와 관련된 주의의무를 종업원에게 위임했다는 것을 의미하므로 결국 감독의무는 위임된 의무를 대신하게 된다. 이러한 의미에서 감독의무위반이라는 형벌구성요건의 구성은 아마도 소극적 일반예방효과의 강화만을 목표로 하는 것이라고 할 수 있다.

그러나 이러한 형벌구성요건에서는 형사정책상 제안된 기업의 형법상 책임과 관련하여 개인적 범주가 확장되는 경우에 형법상 결과(책임)귀속의 구조가 얼마나 빨리 흔들릴 수 있는지가 나타난다. 결국 이러한 형벌구성요건의 구성은 먼저 비판적 목소리에 부딪히게 된다. 객관적 가벌조건으로서 종업원 등의 범죄행위 - 즉, 여기서는 의무위반 - 가 관계되어 있는 감독의무위반이라는 일반적 형벌구성요건의 도입은 책임원칙에 반하는 것으로 간주된다. 왜냐하면 단순한 가벌조건 특질이 책임원칙의 침해 없이 감독의무위반의 범죄행위로의 자격부여에 대해 결정하는 것은 가능하지 않기 때문이다.⁶⁸⁾ 처벌가능성을 확장하는 객관적 가벌조건 위헌성 때문에 남아 있는 “기본(주요)구성요건 (Rumpftatbestand)”이 이미 스스로 무제한적으로 당벌적인 경우에만 책임원칙의 침해가 존재하지 않는다. 따라서 의무위반이 사실상 형벌을 제한하는 특성만을 가지는 불법 및 책임과 무관한 표지로 고려되어질 수 있는 경우에만 업무상 의무위반의 객관적 가벌조건으로서의 구성은 수긍할 수 있다 하겠다.

그러므로 감독의무의 위반은 그의 민사책임상 그리고 아마도 과태료가 부과되어질 수 있는 질서위반법상 중요한 문제이기는 하지만, 아직 형벌을

66) Young-Cheol Yoon, a.a.O., S. 159.

67) Kohlmann/Ostermann, wistra 1990, S. 126.

68) Young-Cheol Yoon, a.a.O., S. 160.

정당화하는 형법상 불법을 의미할 수는 없다고 하겠다. 결국 이러한 구성요건의 형법에로의 도입은 형법의 최후수단성 원칙의 하나인 책임원칙에 반한다고 할 수 있다.⁶⁹⁾

충분한 행위규정은 가벌성의 근거로서만 남아 있는 감독의무 자체의 위반에서 획득될 수 있는 것이 아니고, 오히려 감독조치의 유형과 필요성은 언제나 그러한 조치의 목적과 각각 고려되어질 수 있는 규정 및 특정한 업무상황 및 직무와 관련해서만 결정될 수 있다. 따라서 감독의무위반이라는 단순한 일반적 형벌구성요건은 근본적으로 완전히 공허한 것이고, 그 결과 충분한 일반예방효과를 나타낼 수도 없다.⁷⁰⁾ 또한 감독의무를 사실상 선행된 의무위반의 저지에 적합하고 확정되어 있는 의무에 제한하는 것으로는 아무 것도 얻어질 수 없다. 왜냐하면 구체적인 의무위반이 범죄자에게 최소한 예견가능해야 하고 가시적이어야 하기 때문이다. 결국 이러한 형벌구성요건은 형법의 최후수단성 원칙의 하나로서 헌법상 지위를 가지는 명확성의 원칙과 일치할 수 없으므로 위헌적 소지가 많다.⁷¹⁾

사업주 등의 형법상 보증인책임에 의해 남아 있게 되는 사실상 흠결의 책임원칙에 부합하고 형사정책상 효과적일 수 있는 해결은, 모든 생각 가능한 변종(Spielart)의 감독의무위반의 일반적 형벌구성요건에 의해서가 아니라, 오히려 필요한 감독을 일반규정이 아닌, 구체적인 행위규정에 의해 확정할 수 있는 특별구성요건에 의해서만 실현되어질 수 있다고 하겠다.⁷²⁾

2. 현행 ‘환경범죄의단속에관한특별조치법’에 따른 양벌규정

우리나라의 현행 ‘환경범죄의단속에관한특별조치법’ 제10조에 따르면 사업주의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 사업주의 업무에 관하여 동 법 제5조 내지 제7조의 위반행위를 한 때에 그 행위자를 벌하는 외에 사업주

69) Kohlmann/Ostermann, wistra 1990, S. 131과 비교.

70) B. Schünemann, a.a.O., S. 217.

71) B. Schünemann, a.a.O., S. 218; Kohlmann/Ostermann, wistra 1990, S. 130과 비교.

72) B. Schünemann, a.a.O., S. 224.

에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과하도록 되어 있다 (양벌규정⁷³). 이러한 양벌규정의 형식은 기업 구성원인 종업인 등의 업무와 관련된 위반행위를 그 전제로 한다. 이와 관련된 사업주 등의 책임은 직접행위자 (종업인)의 행위책임과는 별도로 사업주가 고유한 감독책임에 의한 과실책임을 부담하는 것이므로 직접행위자에 대한 소추나 유죄판결을 그 요건으로 하지는 않는다. 다만 위반행위를 한 종업인 등이 특정되고 업무와 관련된 위반행위가 존재한다는 것이 입증되어야 한다.⁷⁴ 왜냐하면 그렇지 않을 경우에 사업주 등의 책임을 부당하게 확대하여 형법의 기본원칙인 책임원칙과 충돌할 가능성이 농후해지기 때문이다.

그러나 감독과실을 근거로 하는 사업주 등의 형사책임을 인정하기 위한 이러한 양벌규정 역시 많은 문제점을 내포하고 있다고 하겠다. 통상적으로 양벌규정의 정당성의 근거로 제시되곤 하는 사업주 등의 감독책임⁷⁵은 무과실책임의 경우에 형법상 행위반가치가 존재할 수 없으므로 사업주의 감독책임에 의한 과실책임을 인정하자는 것이다. 그러나 과실책임을 인정한다고 하더라도 감독책임이 곧 과실책임이라는 등식을 원용해서는 안 된다.⁷⁶ 이러한 제한이 수용될 수 없는 경우에 죄형법정주의와 책임원칙은 법률유보도 불가능한 사법적 기본권으로 해석하기 때문에 그러한 처벌은 형법의 대상이 되어서는 안 될 것이다.⁷⁷

이 양벌규정은 직접행위자의 과실 또는 고의에 의한 위반행위를 그 전제로 하고 있는데, 이는 사업주 자신의 불법이 아닌 타인의 불법에 대한 처벌로서 형법의 기본원칙인 자기책임의 원칙을 완전히 파괴하는 규정이

73) 양벌규정은 환경범죄와 관련된 법률의 특징이다. 예컨대 소음·진동규제법 제62조, 수질환경보전법 제60조, 유해화학물질관리법 제40조, 자연환경보전법 제40조, 토양환경보전법 제31조, 폐기물관리법 제62조 등이 있다. 이정원, 전계글, 177쪽 각주 39.

74) 정성근, 전계글, 115쪽.

75) 조병선, 전계글, 231쪽 이하; B. Schünemann, a.a.O., S. 95 ff.

76) 이와 달리 사업주의 감독책임을 종업인을 선임하고 그의 행위를 감독할 주의의무를 태만이 한 자기과실책임으로 보고, 그 과실을 일반 형법상 과실 내지 주의의무위반과 본질적으로 다르지 않다고 주장하여 감독책임이 곧 과실책임이라는 등식을 원용하고자 하는 견해가 있다. 이 견해에 대해서는 정성근, 전계글, 115쪽 참조.

77) 이정원, 전계글, 178쪽.

라고 할 수 있다. 입법론적으로 사업주의 감독책임을 근거로 하는 과실에 대하여 형법적 비난이 과해져야 하는 경우에 이러한 비난은 양벌규정의 형식이 아니라, 당해 범죄구성요건이 감독자인 사업주도 규범의 수령자로 포괄하여 규정하는 것에 의해 이루어져야 할 것이다.⁷⁸⁾ 뿐만 아니라 사업주 등이 기타 종업인 등의 위반행위 (여기서는 환경침해행위)를 지시하거나 묵인하는 경우에는 당해 범죄에 대하여 교사범이나 부작위에 의한 방조범이 성립할 수 있기 때문에 이러한 양벌규정은 오직 종업원 등의 위반행위가 일반범의 형식으로 규정된 경우에 그러한 위반행위를 알지 못했던 사업주 등에 관해서만 그 의미를 가지게 될 여지가 있다.⁷⁹⁾ 그 결과 동범이 원래 의도한 바와는 달리 그 적용범위가 매우 좁게 해석되어진다. 뿐만 아니라 만약 사업주 등의 감독과실을 인정할 수 있는 한도에서는 개별구성요건에서 구체적으로 포괄하여 규정하는 것이 훨씬 바람직할 것이다.

결국 여기서는 사업주 등의 감독과실에 대하여 법적 제재가 필요한 경우에는 형벌이 아니라 행정규제나 민사적 제재를 통하여 목적을 달성하는 것이 보다 효과적일 수 있다⁸⁰⁾는 평범한 사실의 숙지의 필요성이 대두된다고 하겠다.

V. 나가는 말

앞에서 자세히 논의된 결과회피 또는 종업인 등의 범죄행위 저지를 위한 사업주 등의 형법상 보증인책임은 기업에 속하는 개인의 범죄행위를 전제로 한다. 그리고 이러한 사업주의 보증인책임은 기업 내의 개인의 범죄행위를 전제로 기업 자체의 형사책임을 인정 (귀속모델)하기 위한 전초

78) 이정원, 전계글, 178쪽.

79) 이정원, 전계글, 177쪽.

80) 예컨대 영업정지, 영업취소, 장래의 피해를 보상하기 위한 공탁제도, 책임보험제도 등을 생각할 수 있으며, 벌금보다도 액수가 더 많은 질서위반금 (과태료) 등의 제도가 유효할 수 있다. 이정원, 전계글, 178쪽. 특히 질서위반금에 대한 자세한 내용은 조병선, 질서위반법, 1991, 30쪽 이하 참조.

단계라고 할 수 있다.

기업조직은 그 하부부서의 고도의 독자적 복잡성과 이러한 하부 부서간 관계의 복잡성을 그 특징으로 하기 때문에 외부로부터의 강제적 간섭보다는 자발적 자기규율이 전략상 그리고 작업상 기업관리의 방법으로 더 효과적이라 할 수 있다. 이러한 자율적 업무체계에서는 단일한 인적 역학관계가 아닌, 업무상 부분체계의 자기책임의 강화가 중요하다. 동적인 자기조직능력과 자기통제능력에 의해 특징지워지는 기업의 경우에 위험규제력과 책임의식이 있는 판단의 현실화와 실행화가 중요하다고 하겠다. 그 결과 복잡한 조직에 대한 직접적인 인적 통제의 가능성은 의문시되고, 그 대신 모든 하부구조의 관계조건이 간접적이고 분권적인 통제가 인정되는 것이 기업 경제활동의 효율성에 바람직하다고 하겠다. 이러한 기업분야에서는 형법상 정범의 전제요건인 행위지배 또는 의사지배가 아니라 동적 관리개념과 시간적 차원을 그 기초로 하는 기능적·체계적 조직지배가 강조되어야 한다. 그리고 기업과 관련된 현대적 조직형태로서 권한의 분산과 기능적 차별화 및 의무의 위임으로 연쇄정범의 전제요건인 선형구조가 희미해지고, 이로 인해 기업 내에서의 개인의 구조적이고 조직적인 책임회피의 문제가 대두된다. 따라서 사업주 등의 보증인지위의 인정은 오히려 기업 내에서의 책임추궁을 불가능하게 할 수 있다.

그러나 형법체계는 처음부터 개인간의 갈등해소를 그 목표로 하고 있다. 이러한 형법상 규율은 형법규범에 대한 유책한 위반이 언급될 수 있는 경우에 특정 개인의 책임이 확정될 것을 전제로 하고, 일반인이 그가 무엇을 해야 하고 무엇을 하도록 해야 하는지를 인식할 수 있도록 하기 위한 구성요건의 명확성을 필요로 한다. 따라서 형법은 기업영역에서의 범죄를 언제나 기업 자체가 아닌, 개인의 위반행위로만 이해하게 된다. 기업 내에서 구체적인 개인의 범죄를 추궁하는 것은 기업 내에서의 분권화와 권한 분할에 의해 매우 어려워지고, 그 결과 기업 내에서의 구조적 또는 조직적인 개인의 무책임을 초래하게 된다.

형법체계와 기업체계의 충돌에도 불구하고 사업주 등의 형법상 보증인 책임을 인정하려는 시도는, 결국 구체적인 범죄와 범죄자의 형사소송상 입

증근란의 문제를 해결하기 위한 기업 내의 위반행위에 대한 사업주의 일반책임과 전관할권을 그 근거에 두고 있다. 그러나 이것은 우리 형법 제 18조와 부합하지 않아 허용될 수 없는 변형된 보증인책임으로서 법치국가적 형법의 주요원칙 (예컨대, 책임원칙, 명확성의 원칙, 보충성의 원칙 등)을 파괴하는 형법상 통상적 귀속이론의 단순화와 확장을 초래한다. 그러므로 이러한 시도는 본래의도와는 달리 형법의 주요원칙인 자기책임의 원칙을 파괴함으로써 형법의 최후수단성원칙과 부합할 수 없게 된다.

결국 기업의 경제활동에 의한 경제영역과 환경영역에서의 재해와 범죄행위에 대해 효과적으로 대처하기 위해서는 엄격한 법치주의적 정형화와 밀접한 관계를 가지고 있는 형법보다는 각종 자유규제조치, 행정조치 또는 민사법적 규제조치 등이 강구되는 것이 바람직하다. 즉, 국가가 공공복지의 관점에서 위험발생을 예측하고 엄격한 행동규준을 설정하는 것은 당연하다 할 수 있으므로 재해와 범죄방지를 위한 행동규준을 국가가 행정적으로 명하고 기업 측에 일정한 의무를 부과하여 조업을 허가하는 방법이 효율적이고 합리적이라 할 수 있다. 이러한 규제조치가 바로 형법의 무분별한 투입에 썩기를 놓을 수 있는 형법의 최후수단성원칙에 상응한다고 볼 수 있다.

참고문헌

I. 국내문헌

- 김일수, 형법총론, 제8판, 박영사, 2001.
배종대, 형법총론, 제6판, 홍문사, 2001.
_____, 형사정책, 제4판, 홍문사, 2001.
손동권, 부진정 부작위범에 관한 연구, 법정고시, 1995.11.
손용수, 기업과실과 기업체의 과실책임, 부산대학교(석사학위논문), 1983.
이재상, 형법총론, 제4판, 박영사, 2000.
이정원, 기업에 의한 환경범죄의 형사정책에 관한 연구, 경남법학 제12집 1996, 163쪽-182쪽.
정성근, 기업범죄와 형사책임, 경희법학 제18권 제2호(1983.12), 101쪽-116쪽.
조병선, 질서위반법, 1991.
_____, 환경형법을 계기로 새로이 전개된 형법해석학적 이론들(상), 청주대학교 법학논집 제 6집 1992.

II. 국외논문

- Bottke, W.**, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen *de lege lata*, Berlin 1994.
Ders., Empfiehlt es sich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsstraftaten zu verstärken?, **wistra** 1991, S. 81-91.
Brender, M., Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, Rheinfelden u.a. 1989.
v. Freier, F., Kritik der Verbandsstrafe, Berlin 1998.
Frisch, W., Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs,

Heidelberg 1988.

- Göhler, E.**, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen, in: FS für **E. Dreher**, Berlin 1977, S. 611-621.
- Heine, G.**, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Baden-Baden 1995.
- Hermanns, F./Kleier, U. K.**, Grenzen der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen, Köln u.a. 1987.
- Kaufmann, Armin**, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2. Aufl., Göttingen 1988.
- Kohlmann, G./Ostermann, M.**, Die Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen, **wistra** 1990, S. 121-131.
- Neudecker, G.**, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen, Frankfurt a.M. 1995.
- Ransiek, A.**, Unternehmensstrafrecht, Heidelberg 1996.
- Roxin, C.**, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., Berlin/New York 2000.
- Schmid, N.**, Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen, **SchwZStR** 1988.
- Schubarth, M.**, Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherren, **SchwZStR** 1976, S. 370-396.
- Schünemann, B.**, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Köln 1979.
- Tiedemann, K.**, Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?, in: Ver. des 49. DJT Düsseldorf 1972, Bd. I (Gutachten), München 1972, S. C 1-106.
- Yoon, Young-Cheol**, Strafrecht als "ultima ratio" und Bestrafung von Unternehmen, Frankfurt a.M. u.a. 2001.

232 형사정책연구 제13권 제1호(통권 제49호, 2002 · 봄호)

Die strafrechtliche Garantenhaftung des Geschäftsherren usw

Yoon, Young-Cheol

(Associate Professor, Department of Law, Hannam University,
Ph.D. in Law)

Neuerdings zeigen sich rasche Änderungen auf der Sozial-, Wirtschafts- und Umweltebene. Dies kann ein Reflex des negativen Aspekts von unternehmerischen Wirtschaftstätigkeiten sein, welche gerade auf der nur auf großes Wirtschaftswachstum abstellenden Politik und dem schnellen Fortschritt der Technologie beruhen. Demzufolge ergibt sich die Zunahme von verschiedenen Stör- und Risikopotentialen insb. auf den Feldern der Umwelt und Wirtschaft, die ein Nebenprodukt der Sozial- und Wirtschaftsstruktur im System des modernen Kapitalismus sein dürfte.

In jüngerer Zeit gibt es eine deutliche Tendenz, die strafrechtliche Zurechnungskategorien auf die Unternehmensebene auszuweiten und der präventiven und regulativen Funktion des Strafrechts Nachdruck zu verleihen, um aus unternehmerischen Wirtschaftstätigkeiten sich ergebenden Störungen und Nebenwirkungen entgegenzuwirken. In diesem Zusammenhang wird die strafrechtliche Garantenhaftung des Geschäftsherren usw. zur Erfolgsabwendung bzw. Hinderung von Straftaten der Unternehmensuntergeordneten diskutiert. Dabei handelt es sich gerade um das "Zurechnungsmodell", das eigentlich die Bestrafung von Unternehmen unter der Voraussetzung von Straftaten des Individuums innerhalb eines Unternehmens anerkennen will. Dieser Diskurs entspricht aber nicht den Erfordernissen der Garantenhaftung gemäß § 18

StGB, sondern beruht vielmehr auf der Generalverantwortung und Allzuständigkeit des Geschäftsherren usw. für betriebsbezogene Störungen und Straftaten der Unternehmensuntergebenen innerhalb eines Unternehmens, bezüglich derer die Gefahr besteht, gegen das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit und das Bestimmtheitsgebot verstoßen zu können. Dieser Versuch führt folglich zur Auflösung von zentralen Prinzipien des rechtsstaatlichen Strafrechts, indem er abstrahiert von dem Konflikt zwischen dem Unternehmenssystem, das zur Effektivität von unternehmerischen Wirtschaftstätigkeiten etwa auf der funktionellen Dezentralisierung und der strukturellen Kompetenzaufteilung innerhalb eines Unternehmens aufbaut, und dem Strafrechtssystem, das von vornherein allein auf Lösung individueller Konflikte zugeschnitten ist.

Unter diesen Umständen gibt es gerade die Notwendigkeit, über Theorien für die Garantenhaftung des Geschäftsherren usw. und deren Probleme zu diskutieren und die eigentliche Position von zentralen Rechtsstaatsprinzipien - die das Strafrecht begrenzende Funktion - wieder hervorzuheben. Dafür werden in dieser Arbeit zuerst Erfordernisse der Garantenhaftung nach § 18 StGB behandelt. Zunächst werden verschiedene Modelle (namentlich das "Herrschafts-", "Gefahr-" und "Delegationsmodell"), welche die strafrechtliche Garantenhaftung des Geschäftsherren usw. anerkennen wollten, und deren Probleme ausführlich diskutiert. Als Exkurs wird schließlich die strafrechtliche Fahrlässigkeitshaftung auf der Basis der Aufsichtspflichtverletzung, die sich mittelbar auf die strafrechtliche Garantenhaftung des Geschäftsherren usw. bezieht, sowie die Sanktionsregelung nach dem "Sondergesetz über die Kontrolle von Umweltdelikten" und deren Probleme behandelt.

淫亂物の 刑法的 規制에 관한 問題點의 檢討

- 淫亂性 判斷基準 및 internet 등에 의한 淫亂情報流通을 중심으로 -

권 창 국*

I. 序 論

개방적 사회구조 및 문화의 정착에 따라, 성(性, sex) 표현방식, 이해, 가치관도 과거와는 차이를 보이고 있다. 불과 얼마전만 해도, 성 문제는 개인의 privacy에 속하고 공개적, 직접적 표현이 억제되었지만, 현대는 보다 공개적이고 다양한 형태로, 상업광고, 영화, 연극, 소설 등의 예술작품을 통한 표현, 또한 여성학, 의학, 아동학 등의 관련 학문분야에서 중요한 논제가 되고 있음은 주지의 사실이다. 소위 '성 개방화 현상'이다. 개방화 현상에 따른 사회변화는 두 가지 측면에서 정리될 수 있다. 즉, 긍정적 변화와 부정적 변화라고 할 것이다. 긍정적 측면은, 성에 대한 개방적 논의를 통해, 여성의 사회적 역할에 대한 새로운 이해, 아동교육학, 의학, 심리학 등 유관 학문의 성과나 예술적 표현의 다양성 등을 들 수 있다. 반면, 부정적 측면으로 성의 상업화(외설적인 광고, 더 나아가 매춘, 음란물 매매 등 포르노산업의 확장), 성범죄 등, 성 관련 일탈행위의 증가현상을 생각할 수 있다.

이 글에서는 현대사회의 특징 중의 하나인 성 개방화의 부정적 측면으로서, 성의 상업화 현상, 표현매체로서의 활성화와 밀접한 관계 하에 수반되는 음란물에 대한 형사법적 대응에 관한 문제점을 검토해 보고자 한다. 특히, 최근 internet의 대중적 보급 및 영상·음성매체의 기술적 발전에 따

* 서남대학교 사회과학부 경찰행정학과 전임강사

라 몇 가지 새로운 검토가 필요한 측면이 발생한 점에서도 중요성을 띄고 있음에 유의하면서, 이 점도 서술 범위에 포함하고자 한다. 먼저 음란성의 개념과 판단기준부터 살펴보도록 한다.

II. 淫亂性의 概念과 判斷基準

1. 淫亂行爲·淫亂物에 대한 刑法上 統制體系

성과 관련한 형법적 통제체계는 보호법익에 따라 두 가지로 분류함이 일반적인 태도이다. 첫 번째는 개인적 법익의 침해 유형으로, 형법 제32장 강간 및 강제추행의 죄로 제297조에서 제306조에서 규정된 범죄유형이다. 이는 소위 '성적자기결정권'의 보호를 위한 것이다. 두 번째는 사회적 법익의 침해 유형으로, 간통, 음행매개, 공연음란, 음화반포 및 제조 등의 죄로, 형법 제22장 성풍속에 관한 죄의 제명으로 제241조 이하 제245조에서 규정한다. 이는 사회일반의 건전한 성풍속과 도덕을 보호법익으로 한다. 음란행위 및 음란물에 대한 규제는 두 번째 영역에 속하는 것으로, 구체적으로 음란성을 전달하는 매체에 따라, ① 행위자의 행위에 의하여 직접 지각 가능한 형태(형법 제245조 공연음란죄)와 ② 문서, 도화, 기타 일정한 물적 매체를 통하여 음란성이 인식 가능한 형태(동법 제243조 음화반포등죄 및 제244조 음화제조등죄)로 세분할 수 있다.

음란행위·물의 통제는 어떻게 정당화되는가? 헌법은 제21조에서 언론의 자유와 제22조에서 학문 및 예술의 자유, 즉, 표현의 자유를 널리 보장하고 있다. 반면, 이러한 기본권도 타인의 권리나 명예, 공중도덕 및 사회윤리가 존중되는 가운데 보장될 수 있고(헌법 제21조 4항), 나아가 모든 기본권은 안전보장과 질서유지, 공공복리를 위하여 필요최소한의 범위 내에서 제한이 가능하다(헌법 제37조 2항). 바로 이러한 표현의 자유에 대한 제한가능성을 근거로 음란행위 등에 대한 규제 정당성이 부여된다.¹⁾ 문제

는 규제형태와 정도로, 표현의 자유와 음란행위 등에 대한 규제요구라는 양 이익의 조정의 문제이다. 분명, 국가가 명백히 건전하지 못한 성풍속(예를 들어, 최근 유행하고 있는 청소년성매매행위 등의 매춘행위, 포르노물 등의 유통 등)을 규제, 처벌하는 것은 필요하다. 그러나, 국가가 일정한 방향으로 성풍속 내지 가치관을 형성, 유도하고 규제하거나, 일방적으로 건전치 못하다고 판단한 성풍속을 전면적으로 억압·통제할 수 없는 점 역시 분명하다.²⁾

공연음란죄 및 음화반포등죄의 보호법익을 통설, 판례는 사회일반의 건전한 성풍속 및 도덕으로 이해하고,³⁾ 이러한 보호법익에 따라, 후술하는 음란성의 개념과 판단기준에 대한 설정이 이루어지고 있다. 그러나, 문제는 그 모호성으로, 궁극적으로 후술하는 음란성 개념과악의 어려움으로 연결된다. 또한, 모든 형벌규정은 보호법익을 갖게 됨으로서 정당화될 수 있는데, 음란행위 등에 대한 규제가 과연 필요한 것인가? 라는 의문까지 제기될 수 있다. 피해자 없는 범죄로서 ‘비범죄화 논의’이다.⁴⁾ 분명, 구체적 표현과 확정상의 어려움에도 불구하고 사회일반의 건전한 성풍속, 도덕질서, 공통적 가치관 등은 생각할 수 있고 이를 보호할 필요성은 긍정된다. 그러나, 성적 표현물에 대한 유해성 판단의 개인적 가치관, privacy와의 관련으로, 1차적 판단주체는 국가가 아니며, 성인은 광범위한 판단자유가 주어지는 점에서 보호법익에 대한 제한적 인식이 필요하다고 생각한다. 이 점과 관련하여 독일이 1973년 형법 개정과정에서 음란행위·물에 관한 범

-
- 1) 대법원2000.10.27선고 98도679판결, 소위 장정일 저 소설 ‘내게 거짓말을 해봐’의 음란성판단 사례.
 - 2) 前田雅英, 刑法各論[第3版](東京, 東京大學出版會, 2001), 404-405頁; 大越義久, 刑法各論[第2版](東京: 有斐閣, 2001), 168頁; 萩原滋, “わいせつの意義”, 刑事訴訟法判例百選[第7版] 別冊ズクリスト 有斐閣, 1998, 185頁.
 - 3) 미모범형법전(U.S. model penal code, section 251.4)도 음란성을 당해 매체의 표현형태가 ‘일반적 평온의 한계(beyond customary limits of candor)’의 일탈여부에서 파악하는 것으로 규정하여 유사한 태도를 보여주는 것으로 이해된다. 또한, 일본 最高裁判所는 ‘성적 질서를 지키고 최소한도의 성도덕을 유지하는 점’을 보호법익으로 파악하고 있다. 最判昭和32·3·13刑集11卷3号997頁.
 - 4) 임웅, 비범죄화의 이론(서울: 법문사 1999), 93면; 조국, “공연음란죄 재검토”, 법률신문 제2951호, 2001. 14면.

죄행위를 풍속에 관한 죄가 아닌 성적자기결정권에 대한 침해범죄, 즉, 명백한 성범죄 유형으로 이해하면서, 음란물의 경우도 청소년에 대한 유통이나 아동포르노물의 유통 및 성인에 대하여는 불법적 유통에 관하여 규제하는 형태로 개정된 사실은 참고할 만 하다.⁵⁾ 따라서, 이러한 시각에서 음란행위 등에 대한 규제수단으로서 공연음란죄나 음화반포등죄의 보호법익이 평가되고, 단순히 표현의 자유등에 대한 이익형량적 사고는 지양되어야 하겠다.⁶⁾

2. 淫亂性 概念과 判斷基準의 檢討

1) 淫亂性 概念

사전적 의미로 ‘음란(淫亂)’ 이라 하면, ‘사람이, 또는 그 행동이 성(性)에 대해 삼가지 않고 난잡한 경우나 책·그림·사진·영화 등이 그 내용에 있어서 성(性)을 노골적으로 다루고 있어 난잡한 것’을 말한다. 이 외에도 일상적으로 ‘외설’이란 말도 사용되는데, 역시 사전적 의미로는 ‘글·그림·영화·공연 등이 사회의 풍속을 해칠 만큼 성적(性的)으로 난잡한 것’을 말하여, 양자간에 큰 차이가 없다고 보아야 한다.⁷⁾ 그런데, 공연음란죄등의 음란성을 이와 같은 사전적 의미에서 파악한다면, 대부분의 성적 표현물이 광범위하게 음란성을 인정받게되어 곤란할 것이다. 따라서, 형법적 음란성은 이 보다 개념폭이 좁아야 한다.

음란성 개념정의와 관련하여 한국 판례의 태도를 살펴보면, 형법 제245

5) 박미숙, “성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구(1)”, 형사정책연구원, 2001., 30면.

6) 따라서, 공연음란죄 등의 보호법익을 단순히 성도덕질서의 보호로 보아, 풍속범의 일 유형으로 파악하거나, 일반인의 성적 수치심에 대한 보호(일반인의 성적감정 보호)로 파악하는 것 역시 부당하다. 大越義久, 前掲書, 169頁.

7) 독일의 경우 외설은 das obszöne, 음란은 Unzüchtig 이라하여, 통설적인 견해로서 이를 구별한다. 외설의 경우는 성적 표현의 한계를 일탈하였으나, 음란에 해당하지는 않는 경우로 이해한다. 김일수, 형법각론(서울: 박영사, 2001), 540면; 반면, 임웅 교수의 경우는 구별을 하지 않고, 나아가 pornographie의 경우도 음란과 동일선상에서 이해한다. 임웅, 형법각론(서울: 법문사, 2001), 680면.

조 공연음란죄의 경우, '음란한 행위'라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다고 하며,⁸⁾ 동시에, 형법 제243조 음화반포등죄 및 제244조 음화제조등죄의 음란문서에 대하여, 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다고⁹⁾ 정의하며, 학설의 통설적 입장과는 대체로 유사하다.¹⁰⁾ 즉, 학설과 판례는 음란행위와 음란물을 구별하지 않고 음란성의 개념을 동일하게 이해한다.

대체로, 행위 또는 물을 불문하고, 음란성이 인정되기 위하여는, ① 당해 행위 및 기타 매체를 통하여 성욕의 흥분 및 자극이 가해질 것, ② 그로 인하여 일반인의 정상적 성적 수치심을 해하고, ③ 결과적으로 성적 도의 관념에 반하게 된다는 3 가지 요소가 필요하게 되고, 구체적으로 성적 의미가 부여되는 표현이면 족하지 반드시 성행위가 내재할 필요는 없게 된다.¹¹⁾ 이하에서 구체적인 판단기준을 검토해보겠다.

8) 대법원2000.12.22선고 2000도4372판결 참조.

9) 대법원은 일본 여배우 미야자와 리에의 누드집 '산타페'사건에서, 함께 문제된 한국 여배우 유연실의 '초상'이라는 누드집에 대하여 예술적 가치가 전혀 없고 성적 자극을 유발하지만, 성적수치심을 해하여 성도덕적 한계를 인탈한 경우가 아니어서, 음란성을 부정하였다. 대법원1995.6.16선고 94도2413판결 "나아가 유연실/이브의 초상에 관하여 살펴본다. ... (중략) ... 위 사진들은 여성의 아름다움을 표현하기보다는 여성의 신체의 특정부분만을 유난히 강조하여 촬영한 것이거나 선정적인 측면을 강조한 것이어서 예술적 가치가 거의 없다고 할 것이지만 그 전체로서 보아 오늘날의 사회통념에 비추어 볼 때 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 인정하기 어렵다고 할 것이다."; 또한, 헌법재판소는 출판및인쇄소의등록에관한법률 제5조의2의 위헌법률심판에서 '음란'과 '지속'을 구별하는 등 조문중 '지속'의 개념이 명확치 않아, 위헌을 선언하여, 음란영역 외의 성적 표현가능성과 영역을 인정한다. 헌재 1998.4.30. 95헌가16.

10) 대법원1982.2.9선고 81도2281판결; 대법원1987.12.22선고 87도2331판결; 대법원1995.2.10판결 94도2266판결; 대법원1995.6.16선고 94도2413판결; 대법원1997.8.22선고 97도937판결 등 참조.

11) 한국 학설, 판례 상 음란성 개념정의는 일본 최고재판소판례에 영향받은 것임을 부인할 수 없다. 最判昭和26・5・10刑集5卷6号1026頁, 大判大正7・6・10新聞1443号22頁에서 "徒らに性慾を興奮又は刺戟せしめ,且つ,普通人の正常な性的羞恥心を害し,善良な性的道義觀念に反するものをいう"라고 정의한다.

2) 淫亂性 判斷基準

학설의 음란성 판단기준으로,¹²⁾ 대략, 4 가지 견해가 제시되고 있는데, 각각을 언급하면, ① 첫 번째로, 주관설이 있다. 현재는 거의 지지자가 없는데, 이 견해는 음란성 판단을 행위자의 주관적 의도에서 구하는 견해이다. 따라서, 행위자가 예를 들어, 교육적, 의료적 목적으로 행위한 경우 등에는 설사 그 행위에 상당한 자극적이고 일탈적인 성적 표현이 내재하는 경우라도 음란성을 인정할 수 없게 되고, 음란성 개념요소인 사회일반의 성도덕의 이탈과도 상치하게 된다. ② 다음 두 번째로, 절충설이 있다. 이 견해는 행위자 외에도 규범적으로 상정한 사회일반인의 평가기준을 적용하는 견해를 말한다. 그러나, 행위자의 인식과 사회일반인의 판단기준의 상치 시, 판단상의 난점이 발생한다. ③ 세 번째로, 독립성설(순객관설)이 있다. 이는 구체적 상황을 배제하고, 문제되는 행위, 매체의 성격만으로 음란성을 판단하고자 하는 견해로 이에 따르면, 예술작품 등이 성적 일탈의 목적으로 사용되는 경우에도 음란성을 부정하게 된다(소위 절대적 음란성설). 그러나, 성도덕관념이라는 것이 시대와 상황에 따라 달리 판단될 수 있는 유동적 성격의 것임을 무시하는 단점도 있다. ④ 마지막으로 상대적 객관설이 있다. 이에 따르면, 행위나 매체의 성격뿐만 아니라, 구체적 상황(행위상황, 형태, 방법, 매체의 속성, 행위자 및 제3자의 의도 등)을 고려하여 음란성이 결정된다(상대적 음란성설). 음란성 판단의 주관적 기준으로 사회일반의 시각이 고려되어, 성도덕의 상대성이 반영될 수 있는 장점이 있다. 반면, 예술적, 의료적, 교육적 목적으로 만들어진 사진 등의 매체나 작품, 또는 관련 행위가 경우에 따라서는 음란성을 띄게 되어, 다소 부자연스러운 감을 면하기 힘든 단점이 있다.

판례의 태도는 어떠한가? 판례는 공연음란죄 및 음화반포등죄나 제조등죄의 음란성 개념을 동일하게 인식, 음란성 개념의 상대적 성격을 전제로 당해 행위 또는 물의 성격을 판단하되, 주관적 기준은 사회일반인을 전

12) 김일수, 형법각론(서울 : 박영사, 2001), 540-543면; 이재상, 형법각론(서울 : 박영사, 2001), 601-603면; 임웅, 형법각론(서울 : 법문사, 2001), 680-685면.

제로 법관의 규범적 평가에 의하여 판단한다.¹³⁾ 문제는 객관적 기준인데 경우에 따라서는 순수하게 행위 또는 매체의 객관적 성격만으로 판단한 사례¹⁴⁾가 있는가 하면, 구체적 행위상황, 매체의 전달경로, 이용방식 등을 고려하여 음란행위 또는 음란물성을 판단한 경우(상대적 음란성)¹⁵⁾ 있다. 또한, 소설 등 예술작품의 경우는 일관되게, 특정부분만이 아닌, 작품

- 13) 대법원1995.2.10선고 94도2266판결, “위 ‘음란’이라는 개념 자체가 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적이고도 유동적인 것이고, 그 시대에 있어서 사회의 풍속·윤리·종교 등과도 밀접한 관계를 가지는 추상적인 것이므로 결국 구체적인 판단에 있어서는 사회통념상 일반 보통인의 정서를 그 판단의 기준으로 삼을 수 밖에 없다고 할지라도, 이는 법관이 일정한 가치판단에 의하여 내릴 수 있는 규범적인 개념이라 할 것이어서 그 최종적인 판단의 주체는 어디까지나 당해 사건을 담당하는 법관이라 할 것이니, 음란성을 판단함에 있어 법관이 자신의 정서가 아닌 일반 보통인의 정서를 기준으로 하여 이를 판단하면 족한 것이지 법관이 일일이 일반 보통인을 상대로 과연 당해 문어나 도화 등이 그들의 성욕을 자극하여 성적흥분을 유발하거나 정상적인 성적수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것인지의 여부를 묻는 절차를 거쳐야만 되는 것은 아니라고 할 것이다.”; 반면에 前田雅英 교수는 하드코어포르노물 등과 같은 경우를 제외하고는 어느 정도 일반인의 견해가 반영되어야 하는 다소 전규범적 개념으로 이해하는 듯한 태도를 취한다. 前田雅英, 前掲書, 407頁.
- 14) 예를 들어, ① 음란물과 관련한 경우로, 대법원1978.11.14선고 78도2327판결(남성 성기 해면체비대기가 문제된 사례), 대법원1987.12.22선고 87도2331판결(섹스링이 문제된 사례, 다만, 이 판례는 동 물건의 성격을 직접언급하지 않고, 이를 정확히 파악하지 않은 하급심의 사실인정상의 오류를 지적하여 파기환송한 경우이나, 섹스링 자체의 음란성 파악을 문제 삼은 점에서 유사판례라 하겠다). ② 음란행위와 관련한 경우로는, 대법원 2000.12.22선고 2000도4372판결(운전 중, 추월시비로 다투던 중 출동한 경찰관에게 항의로서 나체로 도로상을 활보한 사례) “피고인이 불특정 또는 다수인이 알 수 있는 상태에서 옷을 모두 벗고 알몸이 되어 성기를 노출하였다면, 그 행위는 일반적으로 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 음란한 행위라고 할 것이고..”
- 15) ① 음란물의 경우로서, 대법원1970.10.30선고 70도1879판결(유명화가의 여자누드화를 판매목적으로 성냥갑에 포장에 넣기 위해 복제, 제작한 사례); ② 음란행위의 경우로서, 대법원1996.6.11선고 96도980판결(연극 ‘미란다’ 사건), “연극공연행위의 음란성의 판단에 있어서는 당해 공연행위의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사·서술의 정도와 그 수법, 묘사·서술이 행위 전체에서 차지하는 비중, 공연행위에 표현된 사상 등과 묘사·서술과의 관련성, 연극작품의 구성이나 전개 또는 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 공연행위를 전체로서 보았을 때 주로 관람객들의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되느냐의 여부 등의 여러 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는가의 여부에 따라 결정되어야 할 것이다.”

전체의 의미, 성적 표현의 필요성, 줄거리 및 주제와 동 표현과의 관련성 등을 종합하여 음란성여부를 판단하여야 한다는 전체적·종합적 관찰방법을 적용하고 있다.¹⁶⁾

대체로 한국판례는 상대적 음란성개념을 전제로 주관적으로는 사회일반의 시각에서 법관이 규범적으로 판단하고, 객관적으로는 ① 소설, 도화(물의 경우), 연극(행위의 경우) 등의 예술작품의 음란성 평가에서는 전체적·종합적 관찰방법이(상대적 객관설), ② 다만 경우에 따라서는 물건, 행위자체의 성격을 기준으로 판단하는 태도(순객관설 또는 독립성설)를 취하며, 반드시 성교행위 등에 국한하지 않고 성적 표현 일반이 널리 음란성 판단대상이 될 수 있다고 본다.

비교하여, 일본에서도公然わいせつ罪, わいせつ物販賣·陳列罪의 경우를 구별하지 않고, 동일한 시각 하에 음란성의 개념을 논한다. 즉, 사회일반의 성도덕, 가치관에 따라 판단되는 상대적 개념이라는 점은 인정하고, 이에 따라 상대적 음란성설에 따라 판단한 판례도 있으나,¹⁷⁾ 학설의 다수설은 음란행위, 물에 관한 죄는 특정group에 속한 사람들의 성 가치관을 보호하기 위한 것이 아니라는 이유 등으로, 상대적 음란성설에 대하여 부정적 입장을 취한다.¹⁸⁾ 또한, 소설 등 예술작품과 관련하여, 처음에는 작품의 일부분에 한정하여서도 음란성을 인정할 수 있다는 견해를 취한 바도 있으나,¹⁹⁾ 그 후 태도를 바꾸어 전체적·종합적 판단방법에 따라 판단하여야 한다는 입장을 유지하고 있다.²⁰⁾ 나아가, 최근에는 특이한 태도를 보이고 있는데, 예술작품의 음란성 판단에서, 성에 관한 노골적인 상세묘사·서술의 정도·수법, 위 묘사서술이 문서전체에 접하는 비중, 문서에

16) 대법원2000.10.27선고 98도679판결(장정일 저, 소설 “내게 거짓말을 해봐”사건; 대법원 1995.6.16선고 94도2413(마광수 저, 소설 “즐거운 사라”사건); 대법원1975.12.9선고 74도 976판결(염재만 저, 소설 “반노”사건).

17) 東京高判昭和38・11・21高刑集16・8・573; 외국어로 된 문서의 경우에도 음란물이 될 수 있다고 판단한 사례도 있다. 最判昭和45・4・7刑集24・4・105.

18) 前田雅英, 前掲書, 406頁; 大越義久, 前掲書, 170頁, 萩原滋, 前掲論文, 185頁.

19) 소위 チャタレ婦人事件으로 最判昭和32・3・1刑集11卷3号997頁.

20) 이른바 惡徳の榮え 사건판결, 最判昭和44・10・15刑集23卷10号1239頁; 잡지 面白半分の 四畳半襦の下張 사건, 最判昭和55・11・28刑集34卷6号433頁.

표현된 사상 등과 위 묘사서술과의 관련성, 문서의 구성이나 전개, 예술성·사상성 등에 의하여 성적 자극의 완화정도의 관점으로부터 문서를 전체로서 보아, 주로 독자의 호색적 흥미에 호소한다고 할 수 있는가의 여부를 기준으로 판단하여야 한다고 하여, 모든 성적 표현이 아닌, 보다 자극적이고 공격적인 성적 표현(예를 들어, 실연이던 연기이던지 간에 노골적, 변태적 성행위 내지 자위행위 등의 유사 성행위와 같은 경우)에 한정되어야 한다는 견해를 취한 바 있다.²¹⁾

대체로 학설, 판례 모두 한국과 유사한 태도를 취하고, 이중, 일부 판례는 한국에 상당한 영향을 준 것을 부인할 수 없는데, 다만, 소설 등의 예술작품의 평가와 관련하여서, 자극적, 공격적, 일탈적 성적 표현으로(하드코어 내지 준 하드코어 포르노물) 한정하려는 태도를 취하는 특징을 보이고 있다.²²⁾

미국 및 독일의 사례를 참조해본다. 미국은 대체로 1960년대까지는 대개 우리와 유사한 태도를 취하였다. 즉, 1868년 영국의 히클링 판결에서 비롯된 히클링 원칙(Hickling test)을 기준으로 판단하였는데, 이는 판단대상이 된 일정한 물건에 노출될 경우에 쉽게 영향을 받을 수 있는 자를 기준으로, 판단대상 물건의 비도덕적 영향하에 노출될 경우, 부패, 타락될 수 있는지의 여부를 기준으로 판단하는 방법을 말한다. 그러나, 이 기준은 ① 주관적으로 감수성이 예민하고 건전하고 지적인 판단을 할 수 없는 자를 기준으로 하며, ② 대상표현매체 중 문제되는 부분만을 판단대상으로 하는 점, ③ 원래, 부패, 타락이라는 의미는 성적표현물에 한정된 것이 아니며, 경우에 따라서는 직접적인 성적 표현이 없는 경우에도 적용될 수 있는 점, 등에서 비판되어,²³⁾ 마침내, Roth vs. United States 354 U.S.

21) 最判昭和55·11·28刑集34卷6号433頁; 最判昭和58·3·8刑集37卷2号15頁.

22) 참고로, 일부학설 및 판례에 의해 제시된 비교형량설도 있다. 즉, 예술성, 학문적 가치와 음란성에 의하여 침해되는 사회적 해악을 이익형량하여 전가가 우월하면, 음란성을 부정하는 견해로, 음란성의 개념을 정당화요소로 파악, 형법 제20조(일본 형법 제35조)의 정당행위로 파악하는 견해도 여기에 해당한다. 그러나 법원이 학문성, 예술성을 확정적으로 판단할 지위에 있는지 의문이 이고, 처벌범위를 부당히 확대하는 점에서, 부정됨이 일본의 통설이다. 관련 판례로 最判昭和44·10·15刑集23卷10号1239頁, 岩田裁判官意見 참조.

476(1957)를 통해,²⁴⁾ 음란성은 감수성인 약한 자가 아닌 사회일반의 평균인을 기준으로 대상매체의 전체적 내용을 통해 인정되어야 하며, 단순히 호색적 태도가 아닌 일정한 사회적 가치성을 갖는 경우, 음란성은 부정되어야 함을 확인하였다. 나아가, Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973)에서,²⁵⁾ 미연방대법원은 음란한 행위 등은 미연방헌법 수정 및 증보 제1조 및 이 규정을 각 주에 적용하는 동 제14조상의 표현의 자유의 한계를 일탈하여 보호대상이 될 수 없음을 명시하면서, 음란성인 인정되기 위하여, ① 현재의 통상적인 기준을 적용하여 일반인이 판단하되, ② 당해 행위 등이 호색적 관심에 호소하는 내용으로, ③ 일정한 성적 행위(sexual conduct)로서, 그 묘사가 명백히 공격적이어야 하며(in a patently offensive way) ④ 문학적·예술적·과학적 가치를 결한 경우로 정의하여,²⁶⁾ 음란성판단을 더욱 엄격한 기준에 의하여, 궁극적으로 하드코어적

23) 이건호, “성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구(Ⅲ)”, 형사정책연구원, 2001., 56-62면.

24) 사안은 잡지 등의 출판, 판매업을 하는 피고인이 음란한 잡지 등을 판매한 혐의로 기소된 경우으로, 동 판례의 내용은 미모범형법전의 음란성(obscenity)의 개념정의에 영향을 주게 된다. Obscenity Section 251.4 of Model Penal Code, “(1) Obscene Defined. Material is obscene if, considered as a whole, its predominant appeal is to prurient interest, that is, a shameful or morbid interest, in nudity, sex or excretion, and if in addition it goes substantially beyond customary limits of candor in describing or representing such matters. Predominant appeal shall be judged with reference to ordinary adults (후략).”

25) 이 사건은 성인물로 분류된 화보집 판매광고를 위하여 피고인이 요청하지도 않은 일반인들에게 성적 자극을 가하는 내용의 사진 등이 게재된 광고우편물을 발송한 경우이다.

26) 원문을 제시하자면, Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973), “The basic guidelines for the trier of fact must be: (a) whether “the average person, applying contemporary community standards” would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest, Kois v. Wisconsin, supra, at 230, quoting Roth v. United States, supra, at 489; (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value.” 또, 이 판례는 표현매체의 사회적 가치성의 범위를 제한적으로 확정하고, 음란성 판단의 지역적 기준을 연방전체가 아닌 주, 지역사회 등 현재의 지역적 기준을 활용하였다는 점에서도 그 이전 판례와 차별성을 갖는다. 이건호, 전개논문, 121-125면 참조.

요소가 있는 경우로 한정하고 있다.²⁷⁾

독일의 경우를 살펴보면, 독일 구형법 제184조는 음란물반포등의 죄를 규정하고 있는데, 여기서의 음란성(Unzüchtigkeit) 개념을 파악함에 있어서, 전통적으로는 독일 제국법원판례에 따라, 성관련 영역에서 일반인의 성적 수치심(Schamgefühl) 내지 성도덕감정(Sittlichkeitsempfinden)을 해치는 것으로 정의하며,²⁸⁾ 예술작품이나 교육서 등의 음란성 판단과 관련하여 상대적 음란개념 하에 당해 매체의 이용상황, 목적 등에 따라 음란성이 인정될 수 있고,²⁹⁾ 사회의 평균적 일반인을 주관적 기준으로 하는 점 등, 기존 한국 및 일본에서 전개된 견해, 판례와 유사하게 판단하였다. 그러나, 1969년 독일 연방대법원은 소위 파이 힐 사건으로 통하여 음란성의 개념에 변화를 보이는데,³⁰⁾ ① 과장적 성묘사의 수반, ② 호색적 방법으로 일반 생활에 있어서의 표현체계와 관련이 없는 점, ③ 이로 인하여 사회생활의 장애, 괴롭힘에 이르러야 하는 점이 인정되어야 한다고 하면서, 소설 파니 힐의 음란성을 부정하였다. 즉, 형법의 임무는 성인의 도덕적 기준을 관철시킴에 있지 않고, 공동체의 질서에 대한 방해나 현저한 침해로부터의 보호에 있다는 점에 근거하여 태도를 변경한 것이다. 또한, 앞서 언급하였듯이, 이후 형법 개정을 통하여 음란성이라는 구성요건을 포르노그라피로 대체하고³¹⁾ 그 처벌대상도 청소년에 대한 음란물의 유통, 아동포르노물의

27) 이러한 태도는 일본의 하급심에서도 확인되는데, 日活ロマンポルノ에 관하여 일본 형법 제175조 음란도화에 해당하지 않는다고 판단한 사례가 있다. 東京高判昭和55・7・18刑月12卷7号514頁.

28) BGHSt 3,295,297; BGHSt 11,67,72 등.

29) 예를 들어, RGSt 24,365,367; 그러나, 상대적 음란개념은 독일에서 더 이상 인정되지 않는다고 한다. 박미숙, 전제논문, 21면.

30) BGHSt 23,40,44

31) 다만, 음란물(문서)를 대신하여, 포르노그라피를 사용하게 됨으로서, 음란성 판단기준이 보다 엄격하게 됨은 분명하나, 포르노그라피의 개념 역시 명확치 못한 점이 있음은 부정할 수 없다. 견해에 따라서는 경향적 견해(Tendenz Konzeption, 일반적 생활양식으로서 성표현과 유리되었는지의 여부를 기준), 객체적 견해(Objekt Konzeption, 인간을 단순히 성욕의 객체로 표현하였는지의 여부), 현실주의 견해(Realismus Konzeption, 표현방식의 비현실성, 변태성 등을 기준, 독일판례의 입장이라 한다), 목적론적 견해(개별 구성요건에 따른 구체적인 보호법익을 기준), 인간존엄성이론(인간가치, 성적자기결정권을 경시하는 성윤리적 표현여부를 기준), 여성주의적 견해(여성에 대한 비하성의 여

유통, 일반 성인에 대하여는 통신, 지정되지 않은 장소에서의 판매 등의 경우에 한정하고 있다. 개정 형법 이후의 독일 연방대법원의 판례도 명시적이지는 않지만, ① 인간적 관계를 배제한 채, ② 노골적 그리고 천박한 방법으로 성행위묘사에 중점을 두어, ③ 전적 또는 우월적으로 호색적 의도를 묘사하는 경우로 포르노그래피의 개념을 설정하고 있다.³²⁾

3) 小 結

음란성의 개념과 판단기준에 대하여 한국 학설·판례 및 유사한 법제를 가진 일본의 경우와 미국, 독일의 견해 등을 검토하였다. 궁극적으로 문제는 ① 일반인의 성도덕, 가치관이라는 불분명한 보호법익, ② 특별히 범위를 한정하지 않고 전반적인 성적 표현이 모두 음란성 판단대상이 될 수 있다는 점, ③ 음란행위·물의 음란성을 동일하게 파악하는 점, 등에서 발생한다고 생각된다. 그렇다면, 해결책은 무엇인가?

먼저, 첫 번째 및 두 번째 문제에 대하여, 보호법익의 문제로서, 음란물 규제의 보호법익은 사회일반인의 건전한 성 가치관과 같이 모호하고 포괄적으로 이해하기보다는 성적 표현, 가치관의 문제는 개인의 판단영역상 문제이고, 오히려 건전한 상식을 가진 일반인이라면, 음란성에의 노출과 판단 역시 그 자신의 판단을 우선하는 것이 타당할 것이다. 따라서, 음란물의 개념을 일체의 성적 표현이 아닌, 하드코어적 요소(적어도 준 하드코어적 요소)가 내재되어, 변태적 성행위묘사 등으로 한정하여 음란성을 이해하여야 하겠다.³³⁾ 추가적으로, 음란성 판단과는 직접 관계는 없지만, 음란물 유통 일체를 규제하는 것이 아니라, 청소년 등에 대한 유통, 일정한 제

부에 따라 판단) 등이 있다. 박미숙, 전게서, 36-43면.

32) BGHSt 5 StR 143/78(단순 성기노출을 포르노그래피에서 제외한 사례); 기타 BGHSt 23,44; BGHSt 37,55.; 예술작품과 관련하여, 예술적 표현과 포르노그래피성의 중복 가능성도 인정하는 판례로 BGHSt 37,57.

33) 음란행위의 경우이지만, 만일, 이와 같은 한계를 두지 않는다면, 경범죄처벌법 제1조 41호의 과다노출죄와 형법 제245조의 공연음란죄의 구별은 대단히 모호해진다고 할 수 있다. 조국, 전게논문 참조.

한하의 유통되는 것을 전제로 그러한 유통체계에 위배된 경우로 한정하는 것도 고려될 수 있는 문제이다.

또한 세 번째 문제에 대하여, 앞서, 한국 및 일본의 경우는 음란행위와 음란물의 경우에 음란성 판단에 특별한 차이를 두고 있지 않는 것으로 파악된다. 그러나, 행위에 의한 경우와 문서 등 일정한 매체에 의한 표현방식을 동일하게 판단할 수는 없다. 행위에 의한 표현방식이 보다 직접적이고 (실제 성행위 등이 아닌 일종의 연기라도) 충격적일 수 있다는 점, 반면 영상 또는 음성매체에 의한 경우는 보다 강한 전과력(확산력)을 갖는 점 등에서, 분명히 다르게 평가될 여지가 있기 때문이다. 물론, 좀더 자세히 언급하자면, 음란물의 경우도 문서, 음성매체, 영상매체 등에 따라 다양하게 달라질 수 있다. 가령, 문제되는 표현부분을 마스크처리하여 동영상자료 배포를 하였으나, 동시에 마스크처리를 제거할 수 있는 프로그램을 함께 첨부하거나, 이를 쉽게 획득할 수 있는 상황 등을 상정하면 알 수 있다.

보편적으로는 음란물이 보다 엄격한 판단기준이 적용되어야 하겠다. 음란행위의 경우는 필연적으로 공연성을 전제로 하고, 보다 실감적 묘사가 이루어진다는 점에서 그러하다. 예를 들어, 단순한 성행위라도 음란물(문서, 도화 등)에 의한 표현과 달리 직접 (연기라도)행위에 의한 경우에는 하드코어적인 요소가 부족하더라도 음란성을 인정할 수 있다.

III. 인터넷, 기타 映像·音聲媒體에 의한 淫亂物 流通의 規制

1. 論點의 提起

21세기에 들어 가장 눈부신 기술적 발전을 보이고 있는 분야를 지적하라면, 단연코 인터넷 및 영상, 기타 음성정보처리기술이라 할 것이다. 흔히, 현대의 2, 30대 젊은 층을 들어, 멀티미디어 세대로 정의할 수 있는 이

유도 바로 여기서 기인한다고 할 것이고, 우리 사회, 문화, 경제 등 각 부분에서 있어서 많은 변화를 유도하고 있다.

그러나, 앞서와 마찬가지로, 이러한 변화에 수반하는 부정적 측면도 생각할 수 있는데, 인터넷상의 정지화상 또는 동화상 내지는 음성파일 등으로 제공되는 각종 음란정보의 유통은 부정적 측면의 대표격이라 하겠는데, 이 문제를 앞서 살펴본 음란행위 등에 대한 규제 수단으로서 음화반포 및 제조 등의 죄와 관련하여 검토하면, 몇 가지 새롭게 제기되는 논점들이 있음을 확인할 수 있다.

첫 번째로, 음란성 규제에 있어서 한국의 형사법제는 인간의 행위를 전제로 한 음란행위의 규제를 위한 공연음란죄(형법 제245조)와 음란한 물건의 유통 등을 억제하기 위한 음화반포 및 제조 등의 죄(동법 제243조 및 244조)로 되어 있다. 그런데, 음화반포 등의 죄는 그 대상을 물(物), 즉, 유체물에 한정하는 의도로 규정되어 과연, 음란한 내용을 담고 있는 인터넷 홈페이지나 기타 하드디스크나 플로피디스크, CD 등에 저장된 영상 및 음성파일이나 전기, 전자적 부호 등에 대하여 음란물성을 인정할 수 있는지 의문을 야기한다.

두 번째, 음화반포등의 죄의 경우, 그 행위유형을 살펴보면, 먼저, 음란물의 반포, 판매, 임대 또는 공연히 전시 또는 상영한 경우로 규정하고 있다. 문제는 가령, e-mail의 첨부파일로 음란정보가 수록된 파일을 유, 무료로 전송하는 경우에 이를 음란물의 판매로 볼 수 있는지, 또는, 음란한 내용이 녹음된 녹음테이프를 청취할 수 있게 하는 경우에, 이를 음란물의 반포 내지는 공연성이 인정되는 가운데 전시, 상영행위로 볼 수 있는지 등도 행위유형과 관련한 면밀한 검토를 요하는 문제이다.

마지막 세 번째로, 공범론상에서도 특이한 문제를 야기한다. 즉, 만일, 타인(국내가 아니어도 무방)의 홈페이지 상에 있는 음란정보파일 등에 대하여 링크에 의하여 자신의 홈페이지 등에 연결시킨 경우에, 음란물 등에 대한 범죄행위가 성립된다는 점을 가정한다면, 과연 이를 정범으로 보아야 하는지 공범(방조범 등)으로 보아야 하는지도 매우 불분명하다. 따라서, 이 점도 검토의 대상이 되어야 할 것이다.

이하에서는 음란물에 대한 통제를 중심으로, 위의 세 가지 논점에 대하여 주로 한·일간의 판례, 기존 논의를 언급하여 살펴보겠다.

2. 淫亂物の 概念(淫亂物性)과 관련한 論議

음란물 유통에 대한 형법상 규제방식을 체계적으로 검토하면 다음과 같다. 먼저, 음란성 평가 대상을 문서(예를 들어, 만화책, 소설 등), 도화(그림, 인화된 사진 등), 필름(현상된 필름, 영사전의 영화필름, 비디오테이프 등) 나아가 기타 물건(기구, 조각 등)으로 규정하고, 이들 음란물의 유통을 점유이전을 전제로 하는 경우와 그렇지 않은 경우로 분리하여, 전자의 경우에는 반포, 판매, 임대, 임대의 행위에 대하여, 후자의 경우에는 공연한 상영, 전시로 특히, 음란물에 대한 시각적 접촉을 상정한 행위형식을 설정하고 있다. 그렇다면, 행위형식, 또 기타 물건 등으로 행위객체를 규정한 방식 등에 비추어, 일단, 음란물에 있어서 ‘물(物)’의 개념은 유체물을 상정하고 있다고 보아야 할 것이다.

문제는 만일 음란물의 개념을 유체물에 한정하여 이해한다면, 음란정보가 수록된 CD, 플로피디스크, 녹음테이프, 기타 기록저장매체의 경우, 음란정보가 아닌 그 저장매체 자체가 음란물로 판단되어야 하게 된다. 그러나, 홈페이지에 게재된 음란한 화상파일 등은 어떻게 이해하여야 하는가? 이 경우에도 또한 당해 홈페이지정보가 수록된 server의 hard disk가 음란물로 판단되어야 하지, 수록된 정보 자체를 음란물로 판단할 수는 없다는 결론에 자연스럽게 도달한다. 그렇지만, 음란정보만이 수록된 CD(이른바 야동CD 등) 등과 달리, 다양한 정보가 순간적으로 저장되고, 기록이 삭제 등이 빈번히 이루어지는 hard disk 자체를 음란물로 파악하는 것이 정당한가? 라는 의문이 제시될 수 있다. 한국의 경우, 아직 이점에 대하여 깊은 논의가 이루어진 것은 아니지만, 관련하여 하급심 판례 등에서 문제된 사례가 제시되어 관심대상이 되고 있다. 결국, 음란물의 범위를 어디까지 확대시킬 수 있으며, 이는 궁극적으로는 죄형법정주의의 명확성원칙에 대한 현대적 이해문제라고 하겠다.

1) 관련 判例 등의 檢討

먼저, 대법원 판례로서³⁴⁾ 다음과 같은 사안이 있다. 피고인들이 설립한 컴퓨터통신업체의 홈페이지의 게시판을 통하여 주문 수수료를 받고서 음란한 영상화면을 수록한 컴퓨터 프로그램파일 73개를 컴퓨터 통신망을 통하여 전송하는 방법으로 판매한 사안이다. 이에 대하여 대법원은 피고인들이 판매하였다는 컴퓨터 프로그램파일은 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당한다고 할 수 없으므로 피고인들의 위와 같은 행위에 대하여 전기통신 기본법 제48조의2의 규정을 적용할 수 있음은 별론으로 하고 형법 제243조의 규정을 적용할 수 없다하여 원심을 파기하고 있다. 따라서, 대법원은 음란물의 개념을 명확히 유체물에 한정해 해석론을 취함으로써 하급심과의 의견을 달리하고 있으며, 음란물성이 인정되지 않음으로 인하여 판매에 해당하는지의 여부도 판단할 필요성이 상실된다.

논의를 심화하기 위하여 일본의 경우를 살펴보자. 학설 중에는 홈페이지 상의 음란정보 자체에 물성(物性)을 구하여, 이를 음란물로 파악하여야 한다는 견해가 일부 실무가의 판례평석 등을 통해 주장되고, 하급심판례지만, 이러한 입장을 취한 경우도 있다.³⁵⁾ 그러나, 최고재판소, 기타 하급심판례의 주류 및 통설의 입장은 음란영상을 저장하고 있는 기억매체 자체가 음란물로 평가되는 것은 별론으로, 수록된 음란정보 자체가 음란물로서 인정되지 않는다는 견해를 일관되게 유지하고 있다.

예를 들어, 녹음테이프 또는 비디오테이프에 음란한 내용의 영상이나 음성 등이 수록된 경우에는 동 테이프 자체가 음란물로 인정되며,³⁶⁾ 이러한 태도는 테이프가 아닌 디지털녹음재생기에 의한 경우에도 유지되고,³⁷⁾

34) 대법원1999.2.24선고 98도3140판결.

35) 岩間康夫, "인터넷上のわいせつ情報", 刑法の争点 [第3版] 有斐閣 ズリリスト, 2000, 238頁; 岡山地判平成9・12・15判時1641号158頁.

36) 비디오테이프가 문제된 사례로는 最決昭和54・11・19刑集33卷7号754頁 및 富山地判平成2・4・13判時1343号160頁; 녹음테이프가 문제된 사례로는 東京高判昭和46・12・23高刑集24卷4号789頁 등이 있다.

37) 大阪地判平成3・12・2判時1411号128頁, 소위 다이얼 Q2사건 판례.

컴퓨터파일, 하드 디스크 등의 경우에도 동일하다.³⁸⁾

결국, 한·일 모두 판례의 주류적 태도는 음란물의 범위를 유체물에 한정하여 해석하고 있음이 확인된다. 과연 타당한 견해라 할 수 있는가?

음란물을 유체물로 한정하는 견해는 명확성원칙에 충실한 해석으로, 음란성 판단의 난해성 등으로 처벌의 범위가 자칫 확대될 수 있는 구성요건을 한정적으로 해석한다는 점에 최대의 장점이 있다고 하겠다. 분명히, 우리 형법규정상의 ‘…기타 물건’ 등이나 반포, 판매, 임대 등, 기타 필름 등에 대하여 상영, 공연 등의 행위형식에 대한 규정으로 보건데, 분명히 입법자는 물(物), 즉, 유체물로 음란물의 개념을 한정하고 있음은 분명하다.³⁹⁾ 또한, 음란정보자체를 물건으로 파악함은 ‘물건’이라는 단어의 허용 가능한 개념폭을 벗어난 것을 부정할 수 없다. 따라서, 음란정보 자체가 아닌 그 저장매체를 행위객체로 파악함은 음란물에 대한 형사법적 규제의 필요성과 명확성원칙의 타협점으로 생각할 수 있을 것이다. 특히 이점은 독일 형법이 음란물로서의 객체에 데이터 보관물(Datenspeicher)를 별도로 규정하여 이러한 문제점을 입법적으로 해결하는 형태를 볼 때, 더욱 설득력이 있다.⁴⁰⁾

반면에, 인터넷 등에 의한 음란정보의 유통에 대한 규제필요성, 기타 영상 및 음성정보의 저장매체기술의 발전 등을 고려한다면, 음란물의 물성(물성)을 반드시 형식적으로 이해하지 않고, 정보 그 자체도 음란물로 파악함이 타당한 해석일 수 있으며, 이 역시 언어의 가능한 의미영역내의 해석으로 명확성의 원칙에 반한다고 보기 어렵고, 또한 보통 재산죄의 재물의 개념을 관리가능성설에 따라 반드시 유체물에 한정하지 않는 통설적 입장에

38) 京都地判平成9・9・24判時1638号160頁 및 大阪地判平成12・3・30 경우가 그러하다. 나아가, 앞의 경도지방법판소 판례의 항소심에서는 당해 음란파일이 저장된 hard disk를 규범적 의미에 있어서 도화에 해당한다고 판시하여 그 태도를 분명히 하였다. 大阪高判平成11・8・26判時1692号148頁.

39) 이는 구형법이 외설의 문서, 도화, 기타의 물건을 반포 또는 판매하거나 공연히 진열하는 경우로 외설물을 규제하는 형식이나(구형법 제175조), 제정형법의 제243조가 음란한 문서, 도화 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대, 공연히 전시하는 경우로 구성요건을 규정하고 있음에서 이점은 확인될 수 있다.

40) 독일형법 제11조 3항, 제184조 참조.

서 볼 때, 충분히 설득력을 갖는 주장으로서 유력한 견해가 제기된다.⁴¹⁾

이 문제는 음란물의 개념을 기존의 유체물로 한정할 해석을 유지하는가, 아니면, 좀더 유연한 해석태도를 허용하는가 사이의 장, 단점의 형량판단 및 구체적인 사회상황에 따라 판단하여야 한다고 생각한다. 결론부터 언급하자면, 음란물의 개념을 유체물에 한정하여 해석하여, 인터넷, 플로피디스크, CD 등의 음란정보파일 등이 문제되는 경우는 그 저장매체를 음란물로 파악하는 태도가 기본적으로 타당하다고 생각한다.⁴²⁾ 그 이유는 해석상의 난점을 입법이나 개정작업이 아닌 유추적 해석기법을 통하여 해결함은 일단 원칙적으로 적절치 못하며, 한국의 현 상황이 정보 자체를 물(物)로 파악하여야 할 실무 상의 절박성이 있다고 판단하기는 어렵기 때문이다. 다만, 일본판례의 태도처럼, 하드디스크 전체에 대하여 음란물성을 인정하는 것은 무리가 있다고 생각한다. 전술하였듯이, CD, 플로피디스크, 녹음테이프 등의 저장매체와는 성격이 다르기 때문이다.⁴³⁾

2) 行爲有形상의 問題點 - ‘販賣’, ‘公演히 上演 또는 展示’ 의 意味

가령, 다음과 같은 경우를 상정해 보자. 첫 번째, 의뢰자가 공CD를(비디오, 녹음 테이프 등도 생각해 볼 수 있다) 제공하고, 이에 따라 원본 음란CD의 내용을 위 공CD에 복사하여 유상으로 제공한 경우에 이를 음란물 판매로 생각할 수 있는가? 두 번째, e-mail 등에 의하여 음란정보가 수록된 파일 등을 전송한 경우, 이를 반포(무상인 경우) 내지는 판매(유상인 경우)로 볼 수 있는가? 다음, 세 번째로, 음란한 내용이 녹음된 녹음테이프를 재생하여 들려준 경우에도 이를 음란물을 공연히 상영 또는 전시한 경우로 파악할 수 있는가? 행위유형과 관련한 문제들을 순서대로 살펴본다.

41) 동일한 견해로, 김일수, 전게서, 545-546면.

42) 前田雅英, 前掲書, 411頁; 岩間康夫, 前掲論文, 239頁; 白木豊, “陳列の意義”, 刑事訴訟法判例百選[第7版] 別冊ズリスト 有斐閣, 1998, 189頁; 한국의 경우 동일한 견해로, 이재상, 전게서, 604면; 임웅, 전게서, 686면.

43) 한국의 하급심판례로서 이러한 태도를 취하여, 형법 243조가 아닌 전기통신기본법 제 48조의 2를 적용한 사례로 수원지법1999.12.선고 98고단5874판결.

첫 번째 사례의 경우, 일본 판례 중에는 유사한 경우로 비디오테이프를 더빙하여 이를 판매한 경우에 음란물에 대한 판매죄를 인정한 사례가 있다.⁴⁴⁾ 이런 경우에는 음란정보 그 자체를 음란물로 인식하지 않더라도, ‘정보의 매매(내지는 기타 유통행위)’를 처벌하는 결과가 야기된다고 하겠다. 그러나, 전달매체와 내용을 분리하여 매체 자체의 소유권 귀속여부에 따라 매매에 해당하는지의 여부를 수고스럽게 판단할 이유는 없다고 생각한다. 그것은 음란물에 관한 죄의 보호법익은 재산죄의 그것과는 다르기 때문이다. 판매라는 형식에 의하여 음란정보화 유체물화하여 그것을 매개로 유통된다는 측면에서 파악하면 충분하지 그 이상의 복잡한 이론전개를 할 필요성은 없기 때문이다. 결국, 이와 같은 사례에서도 판매행위는 긍정될 수 있을 것이다.

두 번째, 사례의 경우, 여기서는 전기통신기본법위반죄를 논하는 것을 제외하고, 먼저 음란물성이 인정되지 않기 때문에, 판매, 반포 등의 행위여부를 파악할 실익이 없게 된다. 음란정보가 기록된 매체(테이프, CD, 플로피디스크 등)를 유통하는 경우는 분명히 음란물 등의 매매 또는 반포행위에 해당하지만, 음란 정보를 e-mail 등에 의하여 유통시키는 경우, 또는 다운로드하게 하는 경우는 위 전기통신기본법위반죄로 처벌받는 외에 별도로, 형법 제243조 내지 제244조는 문제될 여지가 없다고 판단함이 옳다.

세 번째, 녹음테이프, 또는 음성CD 등 음성매체를 재생하여 수록된 음란 정보를 청취하게 하는 행위를 (공연성이 갖추어진 것을 전제로) 상연 내지는 전시에 해당한다고 볼 수 있는지가 문제되는 경우이다. 일단, 상연 내지 전시의 사전적 의미 등을 고려한다면, 이는 당해 음란매체의 시각적 열람을 전제로 한 행위로, 청각에 의한 정보채득은 이에 해당하지 않는다고 봄이 자연스러울 수도 있다.

이와 관련하여 한국판례는 아니지만, 참고할 만한 일본판례가 있다. 이

44) 大阪地界地判昭和54・6・22刑月11卷6号584頁, 여기서 동 지방재판소는 주문자인 고객이 공테이프를 제공하였더라도, 피고인의 더빙행위에 의하여 동 테이프의 가치가 현저히 증가하였기 때문에 위 테이프는 일단 피고인의 소유에 귀속하게 되어, 이를 더빙후, 다시 유상으로 주문자에게 인도한 행위는 판매에 해당한다는 논리를 전개하고 있다.

른바 앞서 잠시 언급한 다이얼 Q2사건(大阪地判平成3年 12月 2日 判決)인데, 사안은 피고인이 자동응답이 가능한 디지털녹음재생기에 남녀의 성교 행위시 음성 등 음란한 내용의 음성정보를 녹음, 저장시킨 후, 한국의 700 유료전화서비스와 유사하게, 다이얼 Q2라는 유료서비스전화망을 통해 일정한 요금을 납부하게 하면서 전화를 건 사람에게 최대 15인정도가 동시에 위 녹음된 음란한 음성정보를 들을 수 있도록 한 사례이다. 이 판례에서 위 음성정보가 녹음된 디지털녹음재생기를 음란물로 파악함과 동시에 동 행위를 진열(陳列, 일본형법 제175조의 규정으로, 한국 형법의 전시, 상영에 해당)에 해당한다고 하였다.

결론부터 말하자면, 위 판례의 취지가 타당하다고 생각한다. 일단, 디지털녹음재생기 또는 테이프 등 음성정보수록 매체가 음란물로 평가될 수 있고, 그 타당성이 긍정됨은 앞에서 언급하였다. 이를 전제로 판단한다면, 전시(展示)는 청취의 개념까지 포섭하는 완곡한 의미로 이해함이 합리적이지 않을까?45)

3) 홈페이지에서 링크에 의한 淫亂情報의 流通

먼저, 앞서 잠시 언급하였지만, 한국 판례사안을 소개한다.46) 사안은 피고인 갑, 을, 병 이상 3인은 각기 자신의 홈페이지에 일정한 음란정보를 게재함에 있어서, ① 먼저 갑의 경우는 여성의 치부를 노골적으로 드러낸 음란사진이 포함된 '오리엔탈 걸'의 웹 파일을 연결하는 링크를 운영하여 위 홈페이지에 접속한 불특정 다수의 인터넷 이용자들이 이를 컴퓨터 화면을 통해 볼 수 있도록 하고, ② 을의 경우는 '승희의 열 개의 구멍1', '지현이의 비밀일기', '나의 아내' 등 음란하고 변태적인 성행위를 노골적으로 묘사한 음란소설(속칭 '야설')을 151개나 게재하여 자신의 홈페이지에 접속한 불특정 다수의 인터넷 이용자들이 이를 컴퓨터 화면을 통해 볼 수 있도록 하였고, ③ 병의 경우는 인터넷 서비스업체인 Inews상에 개설한

45) 白木豊, 前掲論文, 189頁; 이재상, 전게서, 605면; 임웅, 전게서, 687면.

46) 前記, 수원지법1999.12선고 98고단5874판결.

인터넷 신문인 '팬티신문'에 위 갑 및 을이 개설한 각 홈페이지 및 기타 소의 정이 미국 인터넷 서비스업체 geocities에 개설하여 수십 개의 야설을 게재한 홈페이지에 바로 연결될 수 있는 링크 사이트를 만들어 이를 통해 음란사진과 야설을 게재하고 있는 사이트에 바로 접속되도록 하여 위 '팬티신문'에 접속한 불특정 다수의 이용자들이 이를 컴퓨터 화면을 통해 볼 수 있도록 하였다.

동 사안에 대하여, 법원은 음란정보 자체는 음란물로 평가될 수 없음을 전제로 형법상의 음화반포등죄를 적용치 않고, 전기통신기본법 제48조의 247) 음란한 부호, 문언, 음향, 영상을 전기통신역무를 이용하여 전시한 경우에 해당한다고 보아, 갑과 을에 대하여 유죄를 인정하고, 병에 대하여는 단순히 주소를 링크한 경우에 불고하여 무죄로 판단하고 있다. 을의 경우에는 소위 야설을 자신의 홈페이지 게시판에 직접 게시한 경우로, 동 처벌법규에 해당함은 인정할 수 있다. 문제는 갑과 병인데, 동일하게 음란정보를 자신의 홈페이지에 링크한 경우임에도 다르게 판단되는 이유는 무엇인가?

이에 대하여 법원은 음란한 부호 등을 공연히 전시하였다 함은 인터넷에서 음란한 내용의 파일들을 직접 게시하였거나 이와 동일시 할 수 있는 정도의 행위 즉, 음란한 내용의 파일들을 직접 링크시키는 행위 등에 한정하여 한다고 전제하면서 음란정보의 링크에 대하여 처벌의 정당성을 인정한다. 그러나, 문제는 링크방식이다. 두 가지 방식으로 나누어 살펴보면, 첫 번째는 음란파일 자체를 링크한 경우, 두 번째는 음란파일이 게시된 IP 주소를 링크한 경우로, 전자에 대하여는 음란정보를 직접 게시한 것과 동일한 가치로 판단되어, 위 전기통신기본법 소정의 처벌규정에 해당할 수 있지만, 그렇지 않은 후자의 경우에는 단지, 동 정보가 게재된 주소를 링크한 것으로 해당 주소를 클릭하면 동 주소상의 사이트로 이동하는 것에 불과하여 음란정보를 직접 게재한 경우와 동일하게 평가할 수 없다고 하여 처벌에서 제외하고 있다. 더 나아가서 후자의 경우에도 전자와 동일하

47) 전기통신기본법 제48조의2[벌칙] 전기통신역무를 이용하여 음란한 부호·문언·음향 또는 영상을 반포·판매 또는 임대하거나 공연히 전시한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다.

게 평가하여 처벌한다면, 이는 유추해석금지원칙에 위배되어 죄형법정주의 상으로도 문제가 발생함을 지적하고 있다.

핵심은 단순히 IP 주소를 link한 경우와 음란정보파일을 직접 링크한 경우에 어떠한 차이를 인정할 수 있는가, 그리고 ‘공연히 전시함’의 의미를 어떻게 이해하는가에 있다. 사건으로는 위 수원지법의 논리가 타당하다고 생각한다. (사전적 의미가 무엇이든지) 전시라는 행위를 통하여 당해 음란정보를 직접 접할 수 있는 경우에 한정하여 해석함이 타당하기 때문이다. 그렇다면, 단순히 IP 주소를 링크 설정한 경우는 이에 해당하지 않는다고 해석하여야 하겠다. 다만, 자동링크에 의하여 음란한 화면 등이 게시된 사이트로 바로 이동하게 하는 경우에는 별론이다.

위 판례 사안과는 직접 관련은 없지만 검토할 만한 또 하나의 문제는 링크방식에 의하여 음란정보를 연결한 경우에 이를 정범으로 파악하여야 하는가, 아니면 공범(방조범)으로 파악하여야 하는가 이다. 일본 판례 중에는 이를 방조범으로 판단한 사례가 있으나,⁴⁸⁾ 아직 한국에는 명시적인 관련 판례는 없다(다만, 위 한국판례에서 간접적으로 정범성을 인정하고 있음을 알 수 있다).

우선, 관련 행위자간에 의사연락을 인정할 수 있다면, 일단 (공동)정범성을 인정할 여지도 있다. 그러나, 이 경우에는 원칙적으로 방조범으로 파악함이 옳다고 생각한다. 그것은 원래의 음란정보파일이 게재된 서버에서 삭제된 경우에는 이를 링크하였다 하더라도, 접근이 불가능하기 때문이다. 다만, 원 서버의 음란정보에 대하여 링크한 자도 일정한 관리권이 있다면, (공동)정범성인 인정됨은 물론이다. 의사연락이 없는 경우는 어떠한가? 정범으로 인정되기 위하여는 이른바 행위지배성이 인정될 수 있어야 한다. 그렇다면, 당해 음란정보에 대한 독자적인 관리권(서버운영)이 행위자에게 인정될 수 있어야 한다. 만일 이러한 관리권이 없다면, 행위자의 링크행위는 단지 편면적 방조범으로 이해함이 타당할 것이다. 그러한 점에서 위 한국 판례는 다소 불명확하지만, 정범성 평가방식에 있어서 부당성이 노출된

48) 大阪地判平成12・3・30判例集未登載, 岩間康夫, 前掲論文, 238頁.

다고 생각한다.

IV. 結 論

이상에서 음란물에 대한 형사법적 규제와 관련하여, 음란성의 개념과 판단기준, 그리고 최근에 문제되는 인터넷, 기타 영상 및 음성정보 기록매체에 의한 음란정보의 유통과 관련한 문제점을 간략히 살펴보았다.

대체로 음란성 개념 및 판단기준과 관련하여 사회 일반인의 시각과 평가를 기준으로(관찰자의 상대성), 당해 행위, 매체의 속성에 따라 객관적으로 판단하되(상대적 음란성개념의 지양), 그 행위, 매체의 내용은 극히 자극적이고 공격적인 성행위, 유사성행위 내지는 이를 연상하게 할 수 있는 것으로 한정하여야겠다. 동시에 보호법익과 관련하여, 건전한 사회일반의 성풍속, 성도덕 및 가치관 등의 모호한 개념을 사용하기보다는 구성요건해석에 있어서 구체적 기준을 제공하는 보호법익의 실질적 기능을 중시하여, 구체적 상황, 행위방식, 매체의 성격, 전달과정 등을 고려하여 법익에 대한 위협이 발생하였다고 평가할 수 있는 경우에 음란성이 인정되어야 하겠다(전체적, 종합적 관찰방법). 또한, internet 등 정보통신매체의 발전과 더불어 음란물에 대한 규제에 있어서 새로운 양상을 보이고 있는데, 음란물의 개념, 반포, 판매, 전시 등 행위형식의 포섭범위 등에 대하여 많은 해석상 문제점을 노출시키고, 궁극적으로는 죄형법정주의에 대한 위협 여부로 귀결하고 있다. 음란성 개념, 판단기준의 모호성을 고려한다면, 음란물의 물성(物性)을 엄격히 해석·한정하되, 음란물성이 인정된다면, 그 이후의 행위형식과 관련하여서는 음란물 등의 유통과 전파과정 자체의 의미성에 착안하여 다소 관대한 해석이 타당하다고 생각한다.

인간의 최고 가치인 창의성은 표현의 자유가 충분히 보장될 때, 가장 잘 발휘될 수 있음은 분명하다. 폐쇄적인 사회와 인간은 경쟁력을 상실하여 도태할 수밖에 없다. 따라서, 사회문화 전반의 개방화는 긍정적 시각으

로 이해하여야 한다. 성의 개방화도 그 한 측면이다. 다만, 성 개방화 현상을 긍정적이고 자연스러운 경향으로 이끄는 것은 현재 사회구성원 모두의 과제이고, 음란물의 규제 문제에 대한 논의가 필요한 것도 그 때문임을 상기하여야겠다.

A Study of Problems in Criminal Regulation of Obscene Materials
- with Focus on the Concept and Criteria of Obscene Materials and Flowing of
Obscene Data on INTERNET -

Kwon, Chang-Kook

(written by Seonam University, Dept. of Police Administration, full-time
lecturer)

It is reasonable phenomenon of the opening in social structure, culture to change one's value about sexual thing. But, as a negative aspect if this change, the restriction to obscene behaviour and things is focused to by legislators or researcher, law enforcement. Apparently, in social one's value changed, there is a aspect that structure general and common social order. But, in the principle of regulation of basic constitutional rights and thing that any state can not create and enforce new sexual morals, we can find the legality about restriction of obscenity.

But, because there is vagueness in the concept and criteria of obscenity, it is very ambiguous problem to distinguish obscene with not obscene. And with the progress of INTERNET or scientific technique of information, communication fields, this problem is getting more and more serious and intricate.

At first, involving with the concept and criteria of obscenity, we must understand one's value or morals about sex in scio-general not with formal view point but substantial view point; behaviour, the nature of media, constitution, and so on. So, The concept of obscenity is defined with theses concept elements; ① in patently manner, offensive and stimulate sexual

behaviour(for example, hard core pornography), ② not with artistic, educational, scientific, medical nature, only for sexual and animal appetites, ③ aggression to sound one's value of socio-general. And the criteria of obscenity is defined on a sound judgement of general people and objective manners.

In addition, involving with INTERNET and so on, for the principle of distinctive interpretation of criminal law, we have no to regard obscene data as things. But, because we can grasp the mean of distribution, selling and displaying or projection in a openly manner with flexible methods, because we must understand these behaviour as mean of the flow of obscene things.