

형사정책연구

제18권 제1호(통권 제69호, 2007 · 봄호)

윤영철 / 형법의 범익론 관점에서 본 부부강간의 문제	5
최관식 / 토지거래허가에 관한 형사법적 문제	39
김혜경 / 낙태죄의 현실적응력: 의사의 면허와 관련하여	71
박상식 / 정신장애범죄자의 형사책임능력판단 기준에 관한 연구	103
박기범 / 아동성범죄와 인터넷상의 아동포르노그래피	145
황만성 / 유전자감식정보의 형사절차상 활용방안 - 유전자감식정보 법안의 검토를 중심으로 -	183
신양균 / 노역수형자에 대한 처우의 현실과 개선방안	221
진희권 / 전통 유교에서 형벌집행의 현대적 의미	249
이성용 / 가정폭력에 대한 경찰권 발동에 관한 고찰 - 한국과 독일을 중심으로 -	277
윤옥경 / 범죄통제의 사회적 맥락: 경제위기, 정치적 상황과 징역선고율의 변화	311
최응렬 · 정우일 / 범죄다발지역 집중경찰활동에 관한 연구	351

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 18. NO. 1 (Spring, 2007)

- Vergewaltigung in der Ehe aus der Sicht der
strafrechtlichen Rechtsgutslehre Yoon, Young-Cheol 5
- The Criminal Problems on the Permission for
Landsaledeal Choi, Kwan-Sig 39
- The Adaptability of Illegal Abortion to the Realities - Focused
on Cancellation of the Doctors License Kim, Hye-Kyeong 71
- A Study on Criterion of Determining the Criminal
Liability of the Insane Offender Park, Sang-Sik 103
- Child Sex Offenses and Child Pornographies on
the Internet Park, Ki-Beom 145
- A Debate on Forensic Applications of DNA
Databases Hwang, Man-Seong 183
- Reality And Improvement of Treatment of Fine
Default Prisoners Shin, Yang-Kyun 221
- The Modern Meaning of Traditional Penalty
in The Confucianism Chin, Hee-Kwon 249
- Polizeiliche Einschreitung bei der häuslichen
Gewalt Lee, Sung-Yong 277
- Social Contexts of Crime Control: Economic Crisis,
Political Environment and Imprisonment Decisions in Korea,
1964-2002 Yoon, Ok-Kyung 311
- A Study on Hot Spots Policing
..... Choi, Eung-Ryul · Jung, Woo-Il 351

형법의 법익론 관점에서 본 부부강간의 문제

윤 영 철*

국문요약

최근 부부간의 성폭행에 대하여 강제추행죄를 인정한 하급심의 판결로 인해 부부강간의 문제가 다시 성폭력범죄와 관련하여 중요한 화두가 되고 있다. 이로써 부부강간이 성폭력범죄에서도 배제되어 있는 오늘날의 현실에서 부부강간죄를 인정하기 위한 이론적·실천적 근거의 정립에 대한 요구가 커지고 있다.

이러한 의미에서 강간죄의 보호법익을 형법의 최후수단성 원칙에 부합하는 인격적 법익론에 기초하는 성적 자기결정권의 정립이 절실히 필요하다. 부부간의 성행위 역시 부부 개인의 인격을 발현하는 방식이며, 성적 자기결정권은 부부간에 성행위여부에 대해 자유롭게 결정할 수 있는 인격권인 것이다. 이러한 견지에서 볼 때 부부 일방의 성적 자기결정권은 강간피해자에게 엄격한 저항요건을 요구하는 최협의의 폭행·협박에 의해서가 아니라 상대방의 의사에 반하거나 의사를 억압하는 협의의 폭행·협박에 의해 충분히 침해된다고 할 것이다. 그러므로 인격적 법익론에 기초한 성적 자기결정권이라는 강간죄의 보호법익은 강간죄의 정조관념과의 관계를 완전히 단절시켜 가부장적이 아닌, 인격적 부부관계의 형성에 기여하며 더 나아가 강간죄의 인정을 위한 폭행·협박의 정도를 완화시킴으로써, 부부강간이 형법보호의 사각지대에서 벗어나게 하는 기초를 제공한다.

※ 이 논문은 2006년도 한남대학교 교비연구비 지원에 의하여 작성된 것임.

* 한남대학교 법과대학 교수, 법학박사.

I. 들어가는 말

최근 들어 성범죄에 대한 논의에 재점화를 하게 한 판례가 있었다. 2004년 8월 서울중앙지방법원 형사합의 22부는 이혼의 기로에 서있는 부부사이에서 발생한 남편의 성폭행에 대하여 강제추행죄를 인정하였던 것이다.¹⁾ 이 판결은 부부강간죄의 성립을 부정하였던 기존의 판례와 비교하면 부부간의 강간문제를 새롭게 인식할 수 있는 중요한 초석이 된다고 하겠다.

강간죄는 성폭력의 대표적이고 중요한 유형으로서 성행위와 폭력의 교점에서 발생하는 범죄라고 할 수 있다.²⁾ 오늘날 성폭력이라는 용어를 강간 등의 용어에 대신하여 사용하고 있는데, 이는 성범죄를 피해자, 특히 여성의 시각에서 재정립하고자 하는 시도라고 할 수 있다. 법률용어로서의 강간은 가해자의 시각으로 여성을 바라보는 관점을 내포하고 있는데, 이는 강간죄가 피해여성에게 가져다준 고통을 제대로 이해할 수 없게 하는 언어적 장치로 작용해왔다. 이와 더불어 다원화된 현대사회에서의 다변화된 성문화 및 성의식으로 인해 강간죄에 대한 기존의 입법과 해석은 강간죄 전반, 예컨대 강간죄의 보호법익으로서의 성적 자기결정권, 강간의 주체와 객체, 간음의 개념, 강간의 수단인 폭행·협박의 정도 등에 걸쳐 많은 문제점을 야기하고 있다.

그럼에도 불구하고 강간죄 전반에 대한 문제제기가 아닌, 부부강간죄의 성립에 관한 논의를 지속적으로 제기하는 것은 표제보다 더 커다란 의미를 가진다. 왜냐하면 이러한 논의는 단지 강간죄의 객체인 부녀에서 아내

1) 서울중앙지방법원판결 2004. 8. 20, 2003고합1178.

2) 이는 성행위와 폭력행위의 결합으로 이루어지는 범죄라는 점에서 다른 유형의 범죄행위와 구별되는 특징을 가진다. 박선영, “강간죄와 남근주의”, 「시민과 변호사」 통권 100호(2002.5), 서울지방변호사회, 105면 참조.

를 제외하는 해석에 문제가 있다는 일침에 그치는 것이 아니라, 강간죄의 객체를 부녀로 한정하는 문제, 강간죄에서의 폭행·협박을 최협의로 해석하는 것의 문제를 넘어 강간죄 전반에 대한 문제점, 즉 남성 중심의 강간죄를 여성 또는 피해자 중심으로 전환해야 한다는 주장을 최전선으로 하는 역할을 할 수 있기 때문이다. 다시 말해서 부부강간죄의 인정에 관한 논의는 기존의 남성 편향적(또는 여성 비하적) 강간죄의 시각을 바꾸는 데 중요한 역할을 하게 된다는 것이다. 이는 강간죄의 보호법익을 정조라고 하는 봉건적 사고에서 벗어나 인격권의 하나인 성적 자기결정권으로 이해하고, 이에 기초하여 강간죄에 접근하게 함으로써 강간죄에 대한 양성 평등적 이해에 기여할 수 있다. 아내를 강간죄의 객체에서 제외하는 태도의 저변에는 전통적인 혼인관 및 가족관에 기초한 가부장적 남성 중심적 사고³⁾가 자리하고 있음을 부인할 수 없다. 이러한 현실은 과연 우리 사회에서 성적 자기결정권의 침해라는 강간죄의 개념규정이 터 잡을 수 있는 상호주관적 이해의 터전이 마련되어 있는가에 의문을 갖게 한다.

이에 본 논문에서는 앞으로의 강간죄 전반에 대한 문제점을 제기하기 위한 출발점으로 부부강간의 문제를 자세히 살펴보는 것으로 만족하고자 한다. 특히 법익론의 관점에서 부부강간죄를 인정하지 않는 전통적인 태도가 어떠한 문제점을 안고 있는지를 살펴보도록 하겠다. 그 밖의 강간죄의 다른 문제에 대해서는 다음 기회에 따로 지면을 할애하여 자세히 살펴보하고자 한다.

3) 이에 의하면 부부관계는 가부장이 가정의 우두머리로 인정되는 사회조직의 형태로서 가부장은 아내와 자녀들에 대한 절대적 권력을 가지며, 가족구성원들은 가부장에게 복종해야 한다. 그리고 혼인계약은 가부장의 전통적인 권력을 유지시키는 제도적 장치로 인식된다. 장영민/손지선, “처의 성적 자기결정권 보호”, 『법학논집』 제6권 제1호 (2001.6), 이화여자대학교 법학연구소, 169면.

II. 강간죄의 보호범익으로서의 ‘성적 자기결정권’

1. 인격적 범익론

오늘날 형법의 자기제한적 원칙으로서 형법의 최후수단성을 인정하는 것이 일반적이다. 형법의 최후수단성은 형법이 실질적으로 사회공동생활에 필수 불가결한 중요한 범익의 보호를 위해서 그리고 형법 이외의 다른 사회통제수단에 의해 이러한 범익을 보호할 수 없을 때에만 최후 그리고 최소의 수단으로 투입되어야 하는 것을 의미한다.

그렇다면 형법의 최후수단성에 상응하는 형법에 의해 보호될 수 있는 범익은 어떻게 도출될 수 있는가하는 것이 문제이다. 어떠한 행위의 당벌성을 논하기 위한 범익개념은 실정형법을 초월하는 실질적 범죄개념에 상응해야 한다. 이를 위해서 범익이론은 형법의 정당한 한계에 대한 검토를 가능하게 하는 형사정책적 기준이 되는 체계비판적 관점에 의존할 수밖에 없다. 왜냐하면 형벌구성요건을 체계화하기 위한 분류도구인 체계내재적 또는 체계합치적 관점은 이미 실정법에 의해 주어진 범익질서의 한계를 뛰어넘을 수 없고, 그 결과 형법의 최후수단성원칙의 중요한 기능인 형법에 대한 다른 대안을 제시할 수 없기 때문이다. 따라서 형사입법자·형법적용자에게 입법·해석의 중요한 척도가 되는 범익개념은 형법의 최후수단성과 잘 부합할 수 있는 체계비판적 범익개념이어야 한다. 체계비판적 범익개념은 본래 규범을 제정·적용하는 국가에 대한 방어수단인 동시에 국가의 책임에 대해 국민의 자유영역의 경계를 지정해주는 중요한 수단이다.⁴⁾

4) Winfried Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt a.M. 1973, S. 24.

법익개념이 정확하고 합리적인 것으로 이해되기 위해서는 비판적 법익개념이 현실에 대해 본질을 규정하는 관계를 구축하는 것이 매우 필요하다. 법익개념은 이러한 현실과의 관계의 구축을 통해 비로소 합리적인 형사정책으로 전환될 수 있고, 그 결과 실용적인 형사정책을 위한 중요한 기초가 될 수 있다. 형법상 보호법익의 구체화는 다양하고 통일되지 못한 법익개념 자체에 의해서가 아니라 오히려 법익의 본질을 규정하기 위한 사회적이고 법정책적인 과정에 의해서 가능해진다. 이러한 체계비판적 법익론의 범위 내에서 형법의 최후수단성원칙은 비로소 형법제한적 원칙으로 작용할 수 있다. 이러한 관점에서 볼 때 법익은 범죄화와 비범죄화⁵⁾를 결정하는 중요한 기준으로 작용한다고 할 수 있다.

법익은 인간의 자유발현을 달성하기 위해 형성된 것이다. 이러한 법익의 중심에는 자유발현의 주체로서 인간이 있다. 법익과 관련하여 인간에게서 자유의 내용을 이해하려고 시도하는 법익론이 바로 ‘인격적 법익론’(personale Rechtsgutslehre)⁶⁾이다. 이러한 인격적 법익론은 인간을 최고의 가치로 그리고 자유로운 인격발현을 위한 주체로 인정⁷⁾하는 인격적 국가 및 법개념에 그 근거를 두고 있다. 이에 따르면 형법상 보호할 필요성이 있는 인간의 이익은 역사적 발전과정 속에서 인격적 발현의 전제요건과 조건으로 나타나는 현실적인 여건들에서 발견된다.⁸⁾ 이 이론에 따르

5) 이에 대한 일반론은 임웅, “비범죄화론의 의의와 근본문제”, 「유기천 박사 고회기념논문집」, 1988, 215쪽 이하 참조.

6) 이에 대한 자세한 내용은 Winfried Hassemer, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, in: FS für Arthur Kaufmann, Heidelberg 1989, S. 85 ff.

7) 이와 같은 인간에 대한 이해는 바로 법체계의 기본규범인 헌법 제10조 (인간존엄사상)에 잘 나타나 있다.

8) Olaf Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, Frankfurt a.M. u.a. 1991, S. 61 ff.; ders., “Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht”, GA 1992, S. 76 ff.

면 법익의 본질은 개인적 법익에 있으므로, 개인적 법익이 당연히 우선하고 보편적 법익은 비로소 개인인 당사자의 매개된 이익에서 보호될 수 있으며, 그 결과 개인의 보호에 의해 기능화되고 제한되어질 수 있다.⁹⁾ 이러한 인격적 법익론은 보편적 법익을 인격적 법익의 기능에서 이해하고 국가행위의 정당성을 인간에 의해 인정하기 때문에 사회적 그리고 국가적 조직이나 제도의 형법적 보호는 인간으로서 개인의 이익 안에서만, 즉 개인의 인격발현과 밀접한 연관성이 있는 범위 내에서만 이루어져야 한다는 것을 의미한다.

따라서 체계비판적 관점에서 형법상 보호 가능한 법익을 개인의 인격발현이라는 조건에 의해 필요 최소한으로 탄력적으로 제한하려는 인격적 법익론을 근거로 하는 법익보호사상은 형법에 자기억제적 기능을 부여하여 그 정당성과 효율성을 회복하려는 형법의 최후수단성원칙의 중요한 기준이라고 할 수 있다.

2. 강간죄의 보호법익으로서의 성적 자기결정권

인격적 법익론에 의하면 인간으로서의 개인의 인격적 발현과 직접적인 연관이 있는 이익이 형법에 의해 보호받을 수 있는 법익이 되므로, 강간죄에서도 개인의 ‘성영역’에서의 인격적 발현에 기초하여야 한다. 이러한 의미에서 볼 때 강간죄에 의해 보호하고자 하는 법익은 성도덕으로서의 ‘정조’가 아니라 개인의 성적 자유, 즉 ‘성적 자기결정권’(Recht auf die sexuelle Selbstbestimmung)이라고 할 수 있다. 왜냐하면 정조는 법익이 아닌 성도덕으로서 개인의 성인격발현과 거의 무관하므로, 인격적 법익론

9) Winfried Hassemer, in: FS für Arthur Kaufmann, S. 90 ff. 참조.

의 관점에서 형법상 보호 가능한 법익으로 인정될 수 없기 때문이다. 우리는 일반적으로 인간이 인간답게 살기 위해서 필요한 권리를 포괄적으로 인권이라고 말한다. 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권 역시 이에 포함됨은 물론이다.

그러나 형법상 강간죄의 보호법익으로서의 성적 자기결정권은 자유주의자들이 주장하는 ‘소유적 개인주의’¹⁰⁾에 기초한 소유적 개념으로서의 성적 자유¹¹⁾를 의미한다고 볼 수는 없다. 왜냐하면 이는 성적 자기결정권을 절대화함으로써 법이 개인의 성행위에 대한 자유를 적극적으로 보호해야 한다는 주장을 야기하는데, 이러한 주장은 강간을 포함한 성폭력담론을 제대로 담아내지 못하는 한계가 있기 때문이다. 성적 자기결정권에 대한 이러한 이해는 인격적 법익론이 기초로 삼고 있는 인격적 인간상에 부합하지 않는다. 민주주의사회에서 권리로서의 자유가 그렇듯이 성적 자기결정권 역시 상호인정과 존중에 기초하는 자유롭고 합리적인 의사소통의 수단으로서의 기능을 가져야 한다. 즉, 성적 자기결정권은 성을 매개로 한 인간적 소통을 실현하는 수단으로 자리매김을 할 필요가 있다.¹²⁾ 이러한 맥락에서 볼 때 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권은 성생활여부에 대한 결정은 물론, 성생활에 필요한 충분한 인격적 성숙을 전제로 하는 개념¹³⁾으로서 ‘원하지 않는 성행위를 하지 않을 자유’, 즉 소극적 자유로 보호되는 것을 의미한다. 이러한 성적 자기결정권은 한 개인이 자신의 성과 관련된 문제

10) 소유적 개인주의의 특징은, 개인의 본질을 재산뿐만 아니라 생명과 신체의 소유주로 파악하고 개인의 자유를 소유의 함수로 상정하여 개인은 오로지 ‘자기 자신의 소유자’로서 타인과 관계한다고 이해하는 것이다. 맥퍼슨 지음/이유동 옮김, 소유적 개인주의의 정치이론, 인간사랑, 1991, 19면 이하.

11) 성의 소유적 개념으로서의 성적 자기결정권에 대한 자세한 내용은 이상돈, “강제추행과 법정폭”, 『시민과 변호사』 통권 129호(2004.10), 서울지방변호사회, 24면 이하 참조.

12) 이상돈, 앞의 글, 25면.

13) 배종대, 형법각론, 제6전정판, 홍문사, 2006, 238면.

들에 관하여 합리적 이성에 근거하여 자유롭게 선택하고 결정하는 자율적 주체라는 것을 인정하는 법적이고 권리적인 표현이다.¹⁴⁾ 따라서 폭행·협박을 수단으로 하는 강간은 상호인정과 존중에 기초하는 의사소통합리성을 파괴함으로써 성을 매개로 한 인간적 소통을 실현하는 수단인 성적 자기결정권을 중대하게 침해하는 행위로서 상대방에게 장기간의 심각한 육체적·정신적 피해를 야기하는 모멸적이고 폭력적인 행위라고 할 수 있다.

우리나라의 경우 강간죄는 원래 ‘정조에 관한 죄’에 편재되어 강간죄를 통해 ‘여성의 순결’을 보호하고자 하였다. 그러나 정조는 형법의 성범죄와 아무런 상관이 없는 낭만적 개념으로서 봉건적 가부장제에 근거한 남성 편향적 사고이며, 이는 결국 강간범죄의 현상을 심각하게 왜곡시키는 결과를 초래하였다. 이러한 문제를 시정하기 위하여 1995년 개정형법을 통해 정조에 관한 죄가 ‘강간과 추행의 죄’로 변경되어 비로소 정조나 여성의 순결이 아닌, 성적 자기결정권이 강간죄의 보호법익으로 인정되기에 이르렀다. 이는 정조윤리가 각인된 전근대적인 남성 편향적 성형법을 양성 평등적 성형법으로 발전시키는 계기를 마련하였다는 평가를 받을 수 있다.

그럼에도 불구하고 우리나라의 통설과 판례는 강간죄의 주체를 남성으로 한정하고 있고, 그 객체를 처가 아닌 여성으로 제한하고 있으며, 강간 행위를 ‘최협의의 폭행·협박’¹⁵⁾을 수단으로 하는 성기의 강제적 삽입만으로 이해하고 있다. 하지만 이러한 해석은 강간죄의 보호법익을 성적 자기결정권으로 이해하는 시각과는 모순되는 결과이다.¹⁶⁾ 왜냐하면 성적 자기결정권은 혼인계약에 의해 어느 정도 완화될지언정 포기되는 것이 아니며,

14) 신상숙, “성폭력의 의미구성과 ‘성적 자기결정권’의 딜레마”, 「여성과 사회」 통권 제13호(2001년 하반기), 30면 참조.

15) 최협의의 폭행·협박이란 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 반항을 현저히 곤란하게 할 정도에 이르는 폭행·협박을 의미한다.

16) 조국, 형사법의 성편향, 제2판, 박영사, 2004, 10면 이하.

상대방의 성적 자기결정권은 최협의의 폭행·협박에 의해서가 아니라 상대방의 의사를 억압하거나 또는 의사에 반하는 폭행·협박에 의해 침해되기 때문이다. 그리고 인격적 법익론의 관점에서 볼 때 부부간의 성행위 역시 부부 각자의 성적 인격을 발현하는 중요한 하나의 형태이며, 성행위의 여부를 자유롭게 결정할 수 성적 자기결정권은 부부 사이에 자유롭게 표현될 수 있는 인격권의 하나이다. 그러나 부부간의 강간문제가 특히 부부관계의 특수성이라는 애매한 관념을 근거로 보호의 사각지대에 놓여 있는 것이 우리나라의 현실인데, 성적 자기결정권은 아직까지도 부당하게 간과되고 있는 부부간의 강간문제를 정조라는 도덕관념에서 완전히 벗어나게 하여 부부간의 성행위에서도 부부 상호간의 인격권이 제대로 실현될 수 있도록 하는 중요한 원동력이라고 하겠다. 따라서 강간죄의 보호법익을 성적 자기결정권으로 이해하는 것은 다원화사회에 기초하는 현대사회에 걸맞는 강간죄 전반에 걸친 해석의 변화를 요구하는 것이라고 할 수 있다.

이러한 의미에서 볼 때 강간죄의 보호법익으로서 성적 자기결정권의 관점이 부부강간을 강간죄로 인정하는 데에도 충분히 고려되어야 하는 것이 타당하므로, 다음에서 부부강간죄의 인정여부를 둘러싸고 대립되고 있는 학설들의 논거에 성적 자기결정권이 얼마나 잘 투영되어 있는지를 살펴보고 하겠다.

Ⅲ. 부부강간죄의 인정여부

‘부부강간’이란 ‘배우자강간’이라고도 하며, 이는 부부사이에 발생하는 강간을 총칭하는 용어이다.¹⁷⁾ 일반적으로 부부간에 강간의 대상이 되는 것

은 아내인 경우가 대부분이기 때문에 여성으로서 아내에 대한 보호를 보다 두텁게 한다는 여성주의적 관점에서는 ‘아내강간’이라는 용어가 일응 타당한 면이 있을 수 있다. 하지만 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권은 남성인 남편에게도 분명히 인정되어 있으며, 비록 소수이기는 하나 남편이 강간죄의 피해자가 될 수 있는 가능성이 존재한다.¹⁸⁾ 이러한 점에서 아내만을 강간의 대상으로 표현하는 ‘아내강간’이라는 표현은 부적절하고, 인권적이고 법익적인 측면에서 아내강간보다는 부부강간이라는 표현이 보다 적절하고 합리적이라고 사료된다.¹⁹⁾

하지만 부부강간이나 아내강간이나 라는 용어의 문제는 단지 용어 선택의 문제가 아니라 강간죄의 주체, 객체, 강간의 개념을 어떻게 정립할 것인가와도 매우 밀접한 연관성을 가지고 있는 문제로서 별도의 논의가 필요하다고 할 것이다. 그러나 지면관계상 본 논문에서는 이에 대하여 더 이상 논하지 않을 것이다.

1. 부부강간죄 긍정설

이는 부부강간에도 처가 아닌 부녀에 대한 강간과 마찬가지로 현행 형법상의 강간죄를 인정해야 한다는 견해이다. 이 견해의 논거는 다음과 같다.

첫째, 강간죄의 보호법익이 성적 자기결정권이라고 한다면, 이는 부부강간에도 당연히 보호되어야 한다는 것이다.²⁰⁾ 즉, 강간죄의 보호법익으로서의

17) 부부강간은 법률혼에서의 강간뿐만 아니라 사실혼관계에서의 강간도 포함하는 것으로 이해하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 부부강간은 법률혼관계에서 뿐만 아니라 사실혼관계에서도 발생하므로, 강간으로부터 보호를 법률혼에 한정하는 것은 부당하기 때문이다.

18) 남편을 포함한 부부강간으로 할 것인가는 강간죄의 객체를 여성으로 한정할 것인가의 문제와 직결되는 것으로서 별도로 논의되어야 할 사안이다. 즉, 이는 부부강간에 국한된 문제가 아니라 강간죄의 행위객체에 대한 문제이다.

19) 다른 견해에 대해서는 장영민/손지선, 앞의 글, 166면 참조.

성적 자기결정권은 헌법이 보장하고 있는 인격권과 행복추구권의 핵심내용으로 결혼에 의해 해소되는 것이 아니므로 혼인 외의 부녀에게만 전속되는 전유물이 아니라 부부간에도 강간죄가 당연히 인정될 수 있다는 것이다.²¹⁾

둘째, 독일 구형법 제177조와는 달리 우리나라 현행 형법 제297조에는 ‘혼인 외의 성교’라는 명문의 규정이 없고 단지 ‘부녀’로만 규정되어 있으므로, 해석상 부녀에서 아내를 제외해야 할 특별한 이유가 없다는 것이다.²²⁾

셋째, 민법상 부여되는 부부간의 동거의무는, 부부 일방이 다른 일방에게 폭행 또는 동거중 참을 수 없는 학대를 할 경우에 존속될 수 없으므로 부부강간죄를 부정할 수 없다는 것이다.²³⁾

넷째, 민법상의 혼인계약에 의해 부부간의 성적 자기결정권이 약화될 수는 있어도 포기되는 것은 아니어서 혼인계약이 강간의 수인의무까지 내포한다고 해석할 수 없으므로, 부부강간죄가 인정될 수 있다는 것이다.²⁴⁾

다섯째, 아내강간을 ‘여성에 대한 폭력’의 예로 명기하고 있는 국제인권법적 차원에서 볼 때 부부강간죄를 인정해야 한다는 것이다.²⁵⁾ 다시 말해서 유엔은 1993년 12월 12일 제48차 총회에서 ‘여성에 대한 폭력의 철폐 선언’(Declaration on the Elimination of Violence against Women)을 채택하여 아내강간을 여성에 대한 폭력의 예에 포함시켰다.²⁶⁾ 그리고 유엔인권위원회는 1999년 우리나라 정부의 자유권조약 2차 보고서에 대한 심사

20) 오영근, 형법각론, 제2판, 대명출판사, 2003, 201면.

21) 박선영, “부부강간과 성적 자기결정권”, 「시민과 변호사」 통권 99호(2002.4), 서울지방변호사회, 72면.

22) 장영민/손지선, 앞의 글, 176면.

23) 유기천, 형법학(각론강의 상), 일조각, 1984, 124면 이하.

24) 장영민/손지선, 앞의 글, 176면; 조국, 앞의 책, 27면; 조국, “‘아내강간’의 성부와 강간죄에서의 ‘폭행·협박’의 정도에 대한 재검토”, 「형사정책」 제13권 제1호(2001.6), 한국형사정책학회, 18면.

25) 장영민/손지선, 앞의 글, 171면; 조국, 앞의 책, 31면.

26) 장영민/손지선, 앞의 글, 171면.

결과의 발표에서 아내강간을 범죄로 인정하지 않는 것에 대해 깊은 우려를 표시하였다.²⁷⁾

2. 부부강간죄 부정설

이 견해는 처 이외의 부녀에 대한 강간의 경우와는 달리 부부강간의 경우에는 현행 형법상의 강간죄를 인정할 수 없다는 입장으로서는 우리나라 형법학계의 통설인 동시에 판례의 태도²⁸⁾이다. 이 견해가 제시하는 논거는 다음과 같다.

첫째, ‘부부관계의 특수성’이다.²⁹⁾ 즉, 부부관계는 일정한 애정생활을 공동으로 한다는 합의하에 형성되는 관계, 특히 성관계를 본질적인 내용으로 하는 독특한 관계인만큼 피해자의 승낙이론에 의하여 강간죄가 성립할 수 없다는 것이다.³⁰⁾

27) 조국, 앞의 책, 31면; 조국, 앞의 글, 19면.

28) 대판 1970. 3. 15, 70도29; 1979. 2. 13, 78도1792; 1988. 11. 8, 88도1628; 1991. 5. 28, 91도546 참조. 별거중 남편의 강간행위에 대한 방어행위로 남편을 살해한 사안에서 아내의 방어행위를 과잉방어로 해석한 판례로는 대판 2001. 5. 15, 2001도1089. 대판 1970. 3. 15, 70도29에 대해 대법원은 원칙적으로 부부간에는 강간죄를 인정할 수 없다는 입장을 견지하는 것으로 보이나, 별거중이거나 이혼소송중인 경우 부부간에 강간죄를 인정할 수 있는 가능성을 완전히 배제한다고 볼 수 없다는 해석이 있다(박기석, “부부강간행위의 강간죄 성립여부”, 「형사정책연구」 제15권 제4호(2004년 겨울호), 한국형사정책연구원, 82면 참조). 그러나 대판 2001. 5. 15, 2001도1089과 비교해볼 때 대법원이 마치 별거중인 경우에도 부부간에는 강간죄를 인정하지 않고자 하는 인상을 주기에 충분하다고 하겠다.

29) 김일수/서보학, 형법각론, 새로쓴(제6판), 박영사, 2004, ; 배종대, 앞의 책, 241면; 손동권, 형법각론, 제2개정판, 율곡출판사, 2006, 147면 이하; 이정원, 형법각론, 법지사, 2003, 201면; 이재상, 형법각론, 제5판, 박영사, 2004, 158면; 대판 1970. 3. 15, 70도29.

30) 장영민/손지선, 앞의 글, 174면 참조. 영미법계에서 1960년대까지 적용되어왔던 ‘부부강간의 면책’(marital rape exemption)의 근거가 된 것으로는 ‘혼인의 철회할 수 없는 암묵적 동의이론’, ‘부부단일체이론’, ‘혼인상의 화해이론’, ‘혼인의 프라이버시 이론’ 등이 있다. 이들은 본문 III. 2. 부부강간죄 부정설의 첫째 내지 넷째 논거와 유사하다.

둘째, 민법상 ‘부부의 동거의무’(민법 제826조 제1항)이다. 부부는 민법상 동거의무를 가지며, 이 동거의무에는 성생활을 함께 할 의무가 내포되어 있다.³¹⁾ 왜냐하면 부부간의 성생활의 결함이 이혼의 사유가 되기 때문이다.

셋째, 부부강간죄의 인정이 ‘가정파괴’를 초래한다는 것이다.³²⁾ 즉, 부부강간에 형법이 개입하게 되면, 전통적인 부부간의 신뢰관계를 파괴하여 부부간에 불화를 조장하고 화해를 방해한다는 것이다.

넷째, 부부강간죄의 인정은 ‘혼인의 프라이버시에 대한 침해’라는 것이다.³³⁾ 혼인에서의 프라이버시는 매우 근본적인 것이어서 법이 그 내부에서 발생하는 사건에 대하여 판단해서는 안 된다는 것이다.

다섯째, 부부강간을 ‘폭행이나 협박으로 의무 없는 일을 하게 한’ 행위로 해석하여 강간죄가 아닌, 강요죄 또는 폭행죄·협박죄로 해결할 수 있다는 것이다.³⁴⁾ 이러한 논거에 의하면 부부강간을 현행 형법상의 다른 형벌규정에 의해 해결할 수 있는데, 굳이 강간죄를 인정할 필요가 없다는 것이다.

여섯째로는 부부강간죄의 인정은 ‘불필요한 과잉입법’으로서 형법의 보충성에 반하므로, 정당한 형법이 될 수 없다는 것이다.³⁵⁾

마지막으로는 소송법적인 측면에서 그동안 수많은 합의에 의한 성교를 해온 부부간에 강간이 발생하였다는 사실을 법정에서 입증하기가 매우 어려울 뿐만 아니라 아내가 남편에 대한 보복과 이혼에서의 유리한 재산분

31) 임웅, 형법각론, 개정판, 법문사, 2003, 162면.

32) 박선영, 앞의 글(“부부강간”), 74면; 조국, 앞의 책, 22면; 조국, 앞의 글, 14면 참조.

33) 혼인의 프라이버시는 종종 본문 III. 2. 부부강간죄 부정설의 세 번째 논거인 혼인상의 화해와 결함하여 사용되기도 하는데, 이에 대한 설명은 조국, 앞의 책, 22면; 조국, 앞의 글, 14면 참조.

34) 김일수/서보학, 형법각론, 새로쓴(제6판), 박영사, 2004, 158면; 서거석/김윤희, “가정폭력에 대한 경찰의 대응실태와 문제점”, 「형사정책」 제14권 제1호(2002.6), 한국형사정책학회, 93면; 임웅, 앞의 책, 162면.

35) 배종대, “부부강간죄 도입은 불필요한 과잉입법이다”, 「대한변협신문」 제40호(2002.1.17), 대한변호사협회.

배를 위하여 허위고소가 많아질 수 있다는 것이다.³⁶⁾

3. 외국의 입법례

영미의 경우³⁷⁾에는 1960년대까지 ‘혼인의 철회할 수 없는 암묵적 동의 이론’, ‘부부단일체이론’, ‘혼인의 프라이버시 이론’, ‘혼인상 화해이론’ 등의 ‘부부강간면책’(marital rape exemption)³⁸⁾이라는 보통법상의 법리를 근거로 부부간의 강간죄가 부정되었다. 그러다가 1970년대에 부부강간면책에 대한 이론적 비판작업과 이를 폐지하기 위한 전국적인 ‘강간죄 개혁운동’(Rape Law Reform Movement)의 결과로 부부강간면책조항이 폐지되었다.³⁹⁾ 이로써 영미에서도 부부간의 강간에 강간죄를 인정할 수 있게 되었다.

독일에서는 1997년 이전까지 구형법 제177조의 구성요건인 ‘혼인 외의 성교’(außerehelicher Beischlaf)를 근거로 부부강간죄를 부정해왔다. 그러나 1997년 성적 자기결정권에 기초한 부부강간죄의 인정을 주장해온 학계의 요구가 수용되어 개정형법을 통해 그동안 부부강간죄를 부정하는 근거가 되었던 구형법 제177조의 ‘혼인 외의 성교’가 삭제됨⁴⁰⁾과 동시에 ‘부

36) 박선영, 앞의 글(“부부강간”), 74면; 조국, “아내강간 불인정은 남성 편향의 과소범죄화”, 「시민과 변호사」 통권 129호(2004.10), 서울지방변호사회, 22면 참조.

37) 영미에서의 부부강간면책조항과 그 폐지에 대한 자세한 내용은 조국, 앞의 글, 11면 이하 참조.

38) 특히 미국의 대부분의 주에서는 가해자의 부인이 피해자인 경우에 강간죄가 적용되지 않음을 명문으로 규정하였고, 콜롬비아 주를 포함한 몇몇 주에서는 ‘Marital Rape Exemption’이라는 표제를 규정하기도 하였다. 장영민/손지선, 앞의 글, 172면 각주 22).

39) People v. Liberta 474 N.E. 2d at 574(N.Y. 1984); Weishaupt v. Commonwealth 315 S.E. 2d at 847(Va. 1984) 참조.

40) 박기석, 앞의 글, 84면; 임웅, 앞의 책, 162면; 장영민/손지선, 앞의 글, 171면 참조. ‘혼인외’ 문구의 삭제는 여성주의운동에 의해서가 아닌, ‘위로부터의’ 개정예 의한 것으로 평가된다. Monika Frommel, “Zaghafte Versuche einer Reform der sexuellen Gewaltdelikte”, Kritische Justiz 1996, S. 168.

녀'(Frau)가 '타인'(eine andere Person)이라는 용어로 대체⁴¹⁾되었으며, 뿐만 아니라 강간죄와 성적 강요죄가 통합됨으로써 강간죄의 행위객체가 여자에 국한되지 않고 일반화되기에 이르렀다. 이로 인해 독일에서는 부부강간을 강간죄로 소추하여 처벌하는 데 아무런 제한이 없게 되었을 뿐만 아니라 남자도 강간죄의 객체가 될 수 있게 되었다.⁴²⁾

일본의 경우에는 우리나라의 경우처럼 부부강간죄를 부인하는 구성요건을 두고 있지 않으나, 계속적인 성관계를 전제로 하는 부부간에는 혼인관계의 실질적인 파탄이 없는 한 강간죄가 성립되지 않는다는 것이 학계의 지배적인 견해이며,⁴³⁾ 일본 판례의 태도이다.⁴⁴⁾ 그러나 일본에서도 혼인이 실질적으로 파탄나지 않은 정상적인 부부관계에서 남편이 폭행·협박으로 아내를 간음한 경우에 강간죄의 성립을 인정할 수 있는지에 대해서는 아직까지 판례가 없다. 그렇지만 혼인관계가 계속적인 성관계를 시인하는 제도라고 하더라도 상호간의 성적 자기결정권은 그대로 유지된다는 논거를 제시하며 정상적인 부부간에도 강간죄가 성립할 수 있다는 학설이 강력하게 등장하고 있다.⁴⁵⁾

4. 소 결

우리나라 대법원에서는 1970년 이후 부부관계의 특수성을 근거로 부부강간에 강간죄를 인정할 수 없다는 입장을 견지하고 있는데, 이는 강간죄

41) 조국, 앞의 글(“아내강간’의 성부”), 15면 각주 28) 참조.

42) 박기석, 앞의 글, 84면; 임웅, 앞의 책, 162면; 조국, 앞의 책, 25면; 조국, 앞의 글(“아내강간’의 성부”), 16면 참조.

43) 대표적으로 大塚 仁, 刑法各論(現代法律學全集) 上卷, 改訂版, 青林書院, 昭 59, 238頁 참조.

44) 廣島高松江 地判, 昭和 62. 6. 18. 高刑集 40券 1号 71頁.

45) 대표적으로 林幹人, 刑法各論, 東京大出版會, 平 11, 96頁.

의 보호법익을 성적 자기결정권으로 이해하는 관점과는 모순되는 것으로 남성 편향적인 판결로 이해되고 있다. 만약 강간죄의 보호법익을 ‘정조’라고 주장한다면, 정조란 남편에 대한 아내의 성적 충실을 의미하는 것으로 아내가 남편 이외의 남성과 성관계를 가질 경우에만 침해되므로, 아내강간은 이론상 인정될 수 없다. 이와 달리 강간죄의 보호법익을 성적 자기결정권으로 이해한다는 것은 강간죄의 성립여부를 가해자의 폭행·협박의 정도가 아닌 피해자의 의사에 반하는 성행위가 있었는가라는 피해자의 의사를 중심으로 판단해야 한다는 것을 의미한다.⁴⁶⁾ 이러한 관점에서 최근 부부간의 강제추행죄를 인정한 하급심판례⁴⁷⁾가 나와 한동안 잠잠했던 부부강간에 대한 여론을 다시 환기시켰다. 부부간의 강제추행죄를 인정한 하급심판결은, 개인의 성적 자기결정권은 혼인유무와 무관하게 존중되어야 함을 분명히 보여주고 있다는 점에서 매우 주목할 만하다.

여하튼 부부간의 강간에 강간죄의 성립을 부정하는 견해가 앞에서 제시하고 있는 논거들은 설득력이 부족하다. 부부강간죄를 부정하는 대표적인 논거로 부부관계의 특수성이 언급되고 있는데, 이는 오늘날 부부간의 ‘애정과 의지의 결합’(Verbindung der Herzen und Willen)으로서 개인의 권리를 존중하는 공동체관계로 해석되고 있다.⁴⁸⁾ 이러한 의미에서 남편은 아내에게 강제적으로 성관계를 요구할 권리를 가지지 않는다. 또한 부부강

46) 박선영, 앞의 글(“강간죄”), 106면.

47) 서울중앙지방법원 제22형사부 2003고합1178. 이 사안에서 하급심은 “혼인한 부부는 상대방의 성적 요구에 응할 의무는 있지만 각자 성적 자기결정권을 초기한 것으로 볼 수는 없으므로 부부간의 관계에 있어서도 성적 자기결정권은 여전히 보호되어야 한다. 따라서 부부의 일방이 폭력을 행사하여 성폭행을 하는 행위는 타방의 성적 자기결정권을 침해하는 행위로서 형사처벌의 대상이 된다고 할 것이다. 특히 부부간의 관계는 타인이 간섭하기 어려운 특성이 있어 그 범행이 반복될 수 있다는 점에서 엄한 처벌이 필요하다고 할 것이다.”라고 판시하였다.

48) Jutta Limbach, “Zur Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe”, ZRP 1985, S. 290; 장영민/손지선, 앞의 글, 175면 참조.

간죄 부정설이 주는 인상처럼 혼인은 강간을 합법화해주는 허가장이 아님은 물론, 가정은 남편을 위한 치외법권지대가 아니다. 부부라고 하더라도 폭력적인 성관계를 유지해야 할 의무는 존재하지 않으므로 부부간의 강간은 상대방의 성적 자기결정권을 침해하는 것으로 강간죄의 성립을 부정할 이유가 없다.⁴⁹⁾ 왜냐하면 혼인의 프라이버시는 부부간의 동의에 의한 행위에 적용되는 것이지 폭력에 의한 성행위에 적용되는 것이 아니기 때문이다.⁵⁰⁾ 그리고 개인 상호간의 인정과 존중은 민주주의의 기초로서 성관계의 측면에서도 개인의 자유로운 의사결정이 존중되고 개인의 자주성과 자율성이 존중되어야 한다는 것을 의미한다. 부부간의 성문제도 기본적으로는 인격과 밀접한 관련이 있는 것으로 법 이전의 문제이므로 법적 의무(즉, 민법상의 동거 및 성교의무)에 의한 강제적인 방법이 아닌, 개인의 자각과 도덕의 문제로 처리되는 것이 바람직하다.⁵¹⁾ 이러한 의미에서 부부간의 신뢰관계에 대한 파괴는 강간죄의 기소로 인한 국가형벌권의 개입에 의해서가 아니라 바로 개인의 자유로운 의사결정을 존중하지 않는 강간행위 그 자체에 의해서 이루어진다.⁵²⁾ 만약 부부 일방이 폭력에 의한 성행위를 강요하는 상황이라고 한다면, 그러한 부부관계가 신뢰관계에 기초한 것이라고 말할 수 있는지 그리고 이러한 부부관계가 강제적으로 유지되어야 하는 것인지 의문이다.

부부강간을 형법상 강요죄나 폭행·협박죄로 충분히 해결할 수 있다는 주장은 부정설의 논리적 모순이다. 왜냐하면 부정설처럼 부부간의 성행위 의무에 따르면 부부강간은 강요죄에서와 같이 ‘의무 없는 일’을 하게 한

49) 박선영, 앞의 글(“부부강간”), 73면.

50) 조국, 앞의 글(“아내강간 불인정”), 20면; 조국, 앞의 글(“아내강간”의 성부”), 13면.

51) 박선영, 앞의 글(“부부강간”), 74면.

52) 박선영, 앞의 글(“부부강간”), 74면; 조국, 앞의 책, 22면; 조국, 앞의 글(“아내강간 불인정”), 21면 참조.

것이 아니므로 강요죄를 적용하기도 어렵기 때문이다.⁵³⁾ 부부강간이 성적 자기결정권을 침해한 것이 분명함에도 불구하고 질적으로 다른 강요죄로 해결하려는 태도는 형법상 구성요건 사이의 구별을 무시하는 것으로 억지 논리이며, 타당하지 않다.⁵⁴⁾ 그리고 부부간에는 폭행·협박만이 상대방에 대한 침해가 아니며, 간음행위 자체도 강제에 의한 경우 육체적이고 심리적인 피해를 야기하는 것이므로 범죄행위의 일부를 구성한다고 이해해야 할 것이다. 뿐만 아니라 우리나라 대법원은 강간의 경우 강간죄의 고소가 없는 한 단순폭행죄로 처벌할 수 없다는 입장⁵⁵⁾을 견지하고 있으므로, 실 무상 폭행죄만을 논하는 것이 불가능하다.

부부강간죄의 인정이 과잉입법이라는 비판은 형법의 보충성을 지나치게 피상적으로 이해하는 데에서 비롯된 것이라고 볼 수 있다. 형법의 최후수단성에 부합하는 인격적 법익론의 관점에서 볼 때 성적 자기결정권은 인간의 공동생활에 필수불가결하게 중요한 이익에 속하는 최소한의 형법법익으로서 형법에 의해 보호되어야 한다. 따라서 형법의 최후수단성(또는 보충성)은 원칙적으로 형법의 자기제한적 기능을 가지지만, 형법에 의해 중대한 법익으로 인정된 성적 자기결정권에 대한 명백한 침해행위에 대해서까지 형법이 개입하지 않고 방관하는 것은 오히려 형법의 법익보호적 임무를 태만히 하는 것 - 즉, 지나친 ‘과소범죄화’ - 으로 자기모순적·자기부정적 행태라고 하겠다. 우리나라의 경우 형법의 보충성이나 최후수단성이 실제로 강조되어야 할 영역은 성적 자기결정권을 보호법익으로 하는 강간범죄가 아니라 개인의 인격발현과 무관한 보편적 법익에 근거하고 있

53) 이를 이유로 부부강간에 대해 강요죄의 성립을 부정하는 견해에 대해서는 임웅, 앞의 책, 154면.

54) 박기석, 앞의 글, 89면 이하; 박선영, 앞의 글(“부부강간”), 74면; 조국, 앞의 책, 29면 참조.

55) 대판 1974. 4. 27, 75도3365; 1974. 6. 11, 73도2817.

고 특히 입법이나 해석의 불균형으로 인해 불필요한 과잉범죄화 현상이 나타나고 있는 영역(예컨대 마약범죄, 컴퓨터범죄, 환경범죄, 경제범죄 등의 신종범죄)이어야 할 것이다. 오히려 과소범죄화가 만연되어 있는 영역(예컨대 성범죄, 아동 및 노인학대 등의 가정폭력범죄 등)에서는 형법의 법익보호적 목적에 부합하는 범죄화의 확장이 일정한 범위(균형점)까지 이루어져야 할 것이다. 과소범죄화 영역에서의 범죄화 확장은 형법의 최후수단성에 반하는 것이 아니며, 또한 형법의 자기제한적 기능을 훼손하는 것도 아니다. 그러므로 현행 형법의 해석론에 의해서뿐만 아니라 형사정책적 측면에서도 정당한 입법의 필요성에 의해 인정되는 부부강간죄를 부정하는 것은 형법의 수단성의 형식적인 측면만을 강조하는 반면, 그 실질적인 내용을 간과하는 ‘남성 편향적 과소범죄화’⁵⁶⁾라고 할 수 있다.

그 외에도 부부강간죄를 부정하는 논거로 제시되는 강간에 대한 입증곤란문제는 부부강간에서만뿐만 아니라 일반강간의 경우에도 유사하다. 그렇다고 하여 일반강간의 경우 범죄의 성립 자체를 부인하지는 않으므로, 입증곤란을 부부강간의 성립을 부인하는 논거로 사용하는 것은 설득력이 부족하다.⁵⁷⁾ 그리고 허위고소의 문제 역시 형법의 임무와 형사소송법의 임무를 혼동하는 것으로서, 이에 대해서는 엄정하게 무고죄를 적용하거나 실무상 민사문제와 형사문제를 분명하게 구분하여 처리하게 하는 조치가 필요한 것이므로,⁵⁸⁾ 소수의 허위고소 위협성만을 이유로 부부간의 성적 자기결정권에 대한 보호가 도외시되어서는 안 된다.⁵⁹⁾

56) 조국, 앞의 책, 32면; 조국, 앞의 글(“아내강간 불인정”), 22면.

57) 조국, 앞의 책, 30면; 조국, 앞의 글(“아내강간 불인정”), 22면.

58) 박기석, 앞의 글, 99면 이하.

59) 조국, 앞의 책, 30면; 조국, 앞의 글(“아내강간 불인정”), 22면; 한상훈, “최근 독일의 성폭력범죄에 대한 입법과 성적 자기결정의 보호성”, 「인도주의의 형사법과 형사정책 - 이수성 선생 회갑기념논문집」, 2000, 199면 이하.

이러한 의미에서 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권이라는 측면에서 볼 때 부부강간의 경우에 강간죄의 성립을 부정해야 할 설득력 있는 논거를 찾기 어렵다는 점에서 행위객체를 ‘부녀’로만 규정하고 있는 우리나라 현행 형법 하에서도 해석을 통해 얼마든지 부부강간을 강간죄로 인정할 수 있다. 만약 해석을 통해 부부강간죄를 인정하기 곤란하다고 한다면, 입법을 통해 해결하는 것도 무방하며, 이에 대해서는 특별한 문제가 없을 것이다.

IV. 성적 자기결정권의 관점에서 본 강간죄에서의 폭행 · 협박

일반적으로 강간죄가 성립하기 위해서는 폭행 · 협박이 필요하다는 데에는 이견이 있을 수 없다. 그러나 문제는 강간죄가 성립하기 위한 폭행 · 협박의 정도이다. 과거와는 달리 오늘날 강간죄의 보호법익이 정조가 아니라 성적 자기결정권이라고 하는 데도 이견이 없다. 최근 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권의 관점에서 기존의 최협의 폭행 · 협박을 유지하는 것이 필요하고 타당한가라는 의문이 제기되고 있다.

1. 견해의 대립

강간죄의 성립에 필요한 폭행 · 협박의 정도에 대해서는 현재 최협의설과 협의설이 대립하고 있다.

1) 최협의설

최협의설은, 강간죄에서의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이르러야 한다는 견해로서 우리나라의 통설과 판례⁶⁰⁾의 입장이다. 특히 판례는 최협의 폭행·협박의 여부는 유형력을 행사한 당해 폭행 및 협박의 내용과 정도는 물론이고, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시의 정황 등 제반사정을 종합하여 판단하여야 한다고 판시하고 있다.⁶¹⁾

최협의설의 논거는 다음과 같다. 첫째, 폭행·협박의 정도를 완화할 경우 강간죄의 성립범위가 지나치게 확대되어 형법의 해석원칙에 반한다는 것이다.⁶²⁾ 둘째, 부녀가 강간을 당하는 것은 항거불능에 이르게 하는 폭행·협박이 있기 때문이며, 항거가 가능함에도 불구하고 강간을 허용하는 부녀는 없다고 할 수 있으며, 더 나아가 오히려 부녀의 인격을 폄하하는 것이라는 주장이다.⁶³⁾ 셋째, 강간죄의 경우에는 물증이 아닌, 주로 진술증거에 의존하여 유·무죄가 확정되므로, 이러한 범죄에서는 피해자뿐만 아니라 무고한 가해자도 보호되어야 할 필요가 있다는 것이다.⁶⁴⁾ 넷째, 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권은 강도죄 등이 보호하고자 하는 법익보다 중요한 의미를 가짐에도 불구하고 오히려 전자를 후자보다 폭행·협박의 정도를 완화하는 것은 해석의 일관성이라는 측면에서 문제가 있다는 것이다.⁶⁵⁾ 마지막으로 강간죄에서의 폭행·협박의 정도를 완화하자는 주

60) 대판 1990. 12. 11, 90도2224 참조.

61) 대판 1988. 11. 8, 88도1628; 1992. 4. 14, 92도259.

62) 오영근, 앞의 책, 202면.

63) 배종대, 앞의 책, 244면; 오영근, 앞의 책, 202면 참조.

64) 배종대, 앞의 책, 243면 이하; 오영근, 앞의 책, 202면 참조.

65) 배종대, 앞의 책, 244면.

장은 강간죄와 관련된 소송실태에 대한 불만에서 비롯된 것이므로, 이는 실체법해석의 변경에 의해서가 아니라 소송절차의 개선에 의해 해결되어야 할 문제이라는 것이다.⁶⁶⁾

2) 협의설

최협의설과는 달리 협의설은, 강간죄의 폭행·협박은 상대방의 반항행위를 요하지 않고, 상대방의 거부 의사에 반하거나 거부 의사를 억압하는 정도이면 충분하다는 견해이다.⁶⁷⁾

이 견해의 논거는 다음과 같다. 첫째, 최협의설은 강간죄의 보호법익을 성적 자기결정권으로 이해하는 것과 논리적으로 배치된다는 주장이다.⁶⁸⁾ 다시 말해서 강간죄의 보호법익을 강간죄의 성립여부를 여성의 의사를 중심으로 판단하는 것을 전제로 하는 성적 자기결정권으로 이해한다면, 폭행·협박은 상대방의 저항을 극복하기 위한 수단일 뿐이므로 상대방의 의사에 반하거나 의사를 억압하는 정도이면 족하다.⁶⁹⁾ 둘째, 최협의설은 강간죄에서 문제의 중심이 되는 여성을 강간피해자로서가 아닌, 강간의 원인 제공자·무책임한 방조자로 보는 위험성을 내포하고 있다는 것이다.⁷⁰⁾ 셋째, 최협의설은, 강간피해자의 대다수가 극도의 공포심으로 인해 저항불능에 빠지는 경우가 많다는 강간피해자가 처한 심리적 상황을 간과하는 결과를 초래한다는 것이다.⁷¹⁾

66) 오영근, 앞의 책, 202면 이하.

67) 박상기, 형법각론, 6판, 박영사, 2005, 150면 이하; 장영민/손지선, 앞의 글, 178면 참조.

68) 박상기, 앞의 책, 150면.

69) 장영민/손지선, 앞의 글, 178면 참조.

70) 박상기, 앞의 책, 150면 이하; 조국, 앞의 글(“아내강간’의 성부”), 27면.

71) 박선영, 앞의 글(“강간죄”), 107면; 조국, 앞의 책, 44면.

2. 외국의 입법례

독일에서는 1997년 형법 개정 전에는 강간죄의 성립에 ‘폭행 또는 신체나 생명에 대한 현존하는 위협에의 협박’이라는 표지를 요구함으로써 강간피해자의 저항을 저지할 수 있는 정도의 강력한 폭행·협박이 존재할 것을 필요로 한다고 해석되었다. 그러나 1997년 개정형법을 통해 강간죄의 구성요건에 ‘피해자가 행위자의 영향력에 보호 없이 노출되어 있는 상태를 이용하여’(unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Tätersschutzlos ausgeliefert ist)라는 경우가 추가됨으로써 피해자가 신체적인 차이에 위압감을 느껴 저항을 처음부터 포기하거나 타인의 도움을 전혀 기대할 수 없는 경우 또는 피해자가 경악으로 몸이 굳어 버리거나 가해자에 대한 공포 기타 다른 심리적인 이유로 저항할 능력을 상실한 경우에도 강간죄가 성립될 수 있는 길이 열렸다.⁷²⁾ 이로써 강간죄의 성립에 필요한 폭행·협박의 정도가 상당히 완화되는 결과가 초래되었다.

미국의 경우⁷³⁾에는 1970년까지 전통적으로 강간죄가 성립하기 위한 요건으로 ‘극도의 저항’을 요구하여⁷⁴⁾ 모든 강간피해자에게 단일하고 가부장적인 방식으로 강간에 대응할 것을 강요해왔다. 그러나 강간죄 개혁운동이 본격화되면서 1974년에 최초로 미시간 주에서 강간죄의 저항요건을 폐지하게 되었으며, 현재 대다수의 주형법이 저항요건을 폐지하기에 이르렀다. 위스콘신 주와 워싱턴 주의 경우에는 강제력의 입증 없이 동의 없는 성교를 처벌하고 있다.⁷⁵⁾ 이러한 주형법의 추세에 호응하여 법원도 *Curtis v.*

72) Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch Kommentar, 49. Aufl., 1999, § 177 Rn. 11-13; Tatjana Hörnle, "Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung", ZStW 2000, S. 356 f. 참조.

73) 이에 대한 자세한 내용은 조국, 앞의 글(“아내강간”의 성부), 19면 이하 참조.

74) 대표적으로 *King v. State*, 357 S. W. 2d 42, 45(Tenn. 1962).

State 판결을 필두로 강간죄의 성립과 관련하여 저항요건을 완화하거나 폐지하기에 이르렀다.⁷⁶⁾ 한편 미국의 판례는 폭력·폭력행사의 위협의 정도는 상대적인 것이며, ‘상황의 총체성’을 검토하여 사안에 따라 개별적으로 판단해야 한다고 언급하고 있다. 그러나 미국의 판례는 1980년대 중반부터는 ‘합리적 공포’의 요건⁷⁷⁾을 요구하게 되었고, 더 나아가 상대방의 동의 없이 행해진 성교는 그 자체에 ‘폭력’이 내재되어 있기 때문에 피고인이 강간죄의 성립에 필요한 폭력을 사용하였는가를 검토할 필요가 없다고 판시⁷⁸⁾하고 있다.

3. 소 결

우리나라의 통설과 판례가 폭행·협박의 정도에 대하여 최협의설을 취하는 데에는 남성 편향적 사고의 문제도 있지만, 현실적인 문제가 더 크다고 하겠다. 즉, 현행 형법이 3년 이상의 중형을 부과하고 있는 강간죄에서 피해자의 동의여부라는 내면적인 요소만으로 범죄여부를 판단하는 것이 문제라는 인식과 강간죄가 보호하는 성적 자기결정권은 강도죄의 보호법익인 재산보다 중요한 의미를 가지는데 강도죄 등의 재산죄보다 강간죄의

75) 장영민/손지선, 앞의 글, 178면.

76) *Curtis v. State*, 223 S. E. 2d 721, 723(Ga. 1976); *People v. Barnes*, 721 P. 2d 110, 118-119(Cal. 1986); *People v. Iniguez*, 872 P. 2d 1183, 1186-1187(Cal. 1994). 저항요건을 유지하되 그 정도를 현저히 완화한 판결에 대해서는 *People v. Dozier*, 85 A. 2d 846(N. Y. 1981); *McQueen v. State*, 473 So. 2d 971(Miss. 1985); *Powe v. State*, 597 So. 2d 720, 721(Ala. Crim. App. 1991); *State v. Marlow*, 888 S. W. 2d 417, 422(Mo. Ct. App. 1994).

77) ‘합리적 공포’의 요건이란, ‘폭력행사의 위협’으로 피해자가 즉각적이고 심각한 신체적 해악을 두려워하는 상태에 놓여야 하고, 이 공포는 객관적으로 보아 합리적이어야 한다는 것을 의미한다. *People v. Barnes*, 721 P. 2d 110, 112 n. 20(Cal. 1986).

78) *In re M. T. S.*, 129 N. J. 422(1992).

폭행·협박의 정도를 낮게 설정하는 것이 문제라는 인식이 통설과 판례를 지배하고 있는 듯 보인다. 이러한 의미에서 최협의설 또한 타당한 점이 있다고 하겠다. 그렇다고 하여 통설과 판례의 입장인 최협의설의 문제점들이 정당화될 수 있는 것은 아니다. 왜냐하면 전자의 문제는 현행 형법상 강간죄의 감경적 구성요건이 없이 그의 법정형이 매우 중하게 규정된 것으로서 해석이 아닌, 입법 - 예컨대 강간죄의 감경적 구성요건을 신설하거나 강간죄의 법정형을 1년 이상으로 완화하는 등 - 을 통해 해결해야 할 문제이기 때문이다. 그리고 후자의 문제는 보호법익과 법익보호의 방법 및 정도를 혼동한 것으로서 보호법익이 중요한 만큼 그 보호필요성 또한 크다고 할 수 있으므로, 범죄의 수단이 되는 폭행·협박의 정도를 완화하여 그 보호범위를 확대함으로써 보호법익을 두텁게 보호하는 것이 오히려 합리적일 수 있기 때문이다. 특히 후자의 문제와 관련하여 저항개념의 내용을 상당히 수정함으로써 강간죄에서의 폭행·협박을 피해자의 저항을 완전히 불가능하게 하거나 ‘합리적’ 또는 ‘진지한’ 저항을 곤란하게 하는 폭행·협박으로 정의하고자 하는 견해⁷⁹⁾가 있다. 이는 강간죄가 단순히 ‘비동의간음죄화’되는 것을 차단하는 동시에 현재의 통설과 판례에 의해 화간으로 치부되고 있는 행위양태를 포괄하여 처벌할 수 있다는 점에서 협의설을 지향하는 과도기적 견해라고 할 수 있으며, 따라서 협의설에 가깝다고 할 수 있겠다.

이미 여러 번 언급했듯이 강간죄의 보호법익을 성적 자기결정권이라고 한다면 강간죄의 성립여부를 피해자의 의사를 중심으로 판단해야 하므로, 상대방의 의사에 반하거나 의사를 억압하는 성행위는 성적 자기결정권을 침해하는 강간임에 의문의 여지가 있을 수 없다. 그리고 강간에는 폭행·

79) 조국, 앞의 책, 47면 이하; 조국, 앞의 글(“‘아내강간’의 성부”), 28면 참조.

협박의 존재가 요구되는데, 이는 상대방의 반항이나 저항을 극복하기 위한 수단에 불과하므로 그 정도는 중요하다고 할 수 없을 것이다. 그렇다면 강간죄에서 요구하는 폭행·협박은 상대방 의사에 반하거나 억압하는 정도면 충분하다는 것은 자명하다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 통설과 판례가 강간죄의 성립여부를 폭행·협박의 정도를 기준으로 결정하는 것은 자칫 문제의 초점을 강간피해자를 피해자로서가 아니라 강간죄의 원인제공자 또는 무책임한 방조자로 파악하게 하는 위험성을 내포하고 있다고 하겠다.⁸⁰⁾

요컨대 최협의설의 문제점을 좀 더 자세히 살펴보도록 하겠다. 먼저 강간죄 성립범위의 지나친 확대위험성과 관련하여 볼 때 오히려 그동안 강간죄의 성립범위가 지나치게 좁게 해석되어 왔으며, 이는 과소범죄화로서 형법의 법익보호적 임무를 지나치게 태만히 하는 것이라는 점에서 설득력이 부족하다. 둘째로 최협의설이 주장하는 항거불능요건은 강간피해자의 적극적인 저항·반항을 요구하고 있다.⁸¹⁾ 일견에 따르면 강간죄에서의 최협의 폭행·협박은 강간피해자의 반항이 상당히 어려웠는지의 여부를 판단하기 위한 기능적 개념으로 사용되었다고 하나, 실제로는 강간죄의 성립 여부를 판단하는 결정적인 기준으로 사용되고 있다는 것이 문제이다. 여하튼 적극적인 저항요건은 적극적인 저항을 하지 않은 피해자에 대해 의혹의 눈길을 보내는 경향을 나타내는 것으로서, 오히려 피해자에게 강간에 대한 강력한 저항을 하였음을 입증하도록 하는 부담을 지우고, 이로써 강간피해자에게 자기방어에 소홀한 점을 근거로 책임을 전가시키는 결과를 초래하게 된다.⁸²⁾ 실제로 강간피해자는 죽음에 대한 공포로 인해 저항불능에 빠지는 경우가 많은데(특히 가부장적 가정에서의 아내의 경우 이러

80) 장연민/손지선, 앞의 글, 178면.

81) 대판 1985. 10. 8, 85도1537; 1990. 12. 11, 90도2224; 1993. 4. 27, 92도3229.

82) 박상기, 앞의 책, 153면.

한 현상이 자주 나타난다고 할 수 있는데), 최협의설에 의하면 적극적인 저항요건 때문에 피해자의 내면이 거의 고려되지 않으므로 이 경우에도 강간죄의 성립이 부정되는 문제가 나타난다. 그리고 강간피해자의 성격이나 심리적 상태 등에 따라 저항의 정도가 다를 수 있음⁸³⁾에도 불구하고 최협의설은 이를 간과하여 모든 피해자에게 균일하게 가부장제가 요구하는 방식으로 강간에 대응하기(죽음 또는 중대한 신체적 침해를 불사한 저항)를 암묵적으로 요구하게 된다. 그러나 이는 강간죄의 보호법익을 성적 자기결정권으로 이해하는 것이 아니라 여전히 정조이념의 발로라고 할 수 있을 것이다.⁸⁴⁾ 셋째로 강간죄와 관련하여 감경적 구성요건이 없는 우리나라의 경우 최협의설을 취하게 되면 최협의에 이르지 않는 협의의 폭행·협박에 의한 간음을 본의 아니게 법적으로 허용하게 되는 결과가 된다.⁸⁵⁾ 그러나 이는 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권을 무시하는 남성 편향적 견해로서 강간피해자를 형법적 보호에서 제외시키는 결과를 초래함으로써 형법의 법익보호임무와 충돌하게 된다.⁸⁶⁾ 마지막으로 강간죄에서의 폭행·협박의 정도를 강도죄에서의 경우보다 완화하는 것이 문제라는 주장은 보호법익과 보호의 정도를 혼동한 것이라고 할 수 있다. 강간죄의 보호법익인 성적 자유가 재산범죄인 강도죄의 보호법익보다 중요하다고 할 수 있어 그 보호필요성도 그 만큼 더 크다고 할 수 있으므로, 범

83) 강간피해자의 성격이나 심리적 상태에 따라 죽음을 불사하고 저항하는 피해자가 있을 수 있고, 두려움이나 강간가해자의 보복이 두려워 저항을 포기하는 피해자가 있을 수 있으며, 공포와 몸을 마비시키는 두려움으로 무력해지는 피해자도 존재할 수 있다. 조국, 앞의 책, 45면.

84) 박선영, 앞의 글(“강간죄”), 107면; 조국, 앞의 책, 45면 참조.

85) 현재 우리나라의 대법원은 ‘고소불가분의 원칙’에 의거하여 강간죄의 고소가 있지 않으면 폭행·협박에 대해서 공소제기할 수 없다는 태도를 취하고 있으므로 폭행죄나 협박죄로도 처벌할 수 없는 현실이다. 대판 1974. 6. 11, 73도2817.

86) 배은경, “성폭력 문제를 통해 본 여성의 시민권”, 「여성과 사회」 제8호(한국여성연구회, 1997), 66면 참조.

죄의 수단이 되는 폭행·협박의 정도를 완화함으로써 보호범위를 확대하여 보호법익을 두텁게 보호하는 것이 오히려 일관성이 있는 해결책이라고 할 수 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이 강간죄에서의 폭행·협박을 완화하자는 주장은 소송법적 불만에만 기인한 것이 아님을 쉽게 이해할 수 있는 점에서 소송절차의 개선에 의해 이 문제를 해결하자는 최협의설의 주장은 역시 타당하지 않다.

V. 나가는 말

앞에서 자세히 살펴본 바와 같이 형법의 자기제한적 기능에 충실하게 부합하는 인격적 법익론의 관점에서 성적 자기결정권을 강간죄의 보호법익으로 인정하는 데는 별 문제가 없을 것이다. 이러한 성적 자기결정권은 혼인계약에 의해 자동적으로 폐기·포기되어지는 것이 아니므로, 부부간에 폭행·협박을 통해 강제로 성관계를 맺는 경우에 부부관계의 특수성을 근거로 강간죄의 성립을 부정하는 주장은 선뜻 이해되기 어렵다. 그리고 부부의 내밀한 관계에 국가형벌권이 개입하여 부부강간에 강간죄규정을 적용하는 것은 과잉범죄화로 형법의 최후수단성에 반한다는 주장에 대해서는, 부부강간죄의 부정은 성적 자기결정권의 명백한 침해에 대한 보호를 태만히 하는 것으로서 오히려 형법의 법익보호임무와 최후수단성에 부합하지 않는 과소범죄화라는 설득력 있는 비판이 제기될 수 있다. 성적 자기결정권을 보호법익으로 하는 강간죄의 관점에서는 그의 성립여부가 성적 자기결정권의 침해여부에 직결되어 있으며, 폭행·협박은 저항을 극복하기

위한 수단이 지나지 않는다. 이러한 맥락에서 볼 때 강간죄에서의 폭행·협박을 최협의로 파악하는 현재의 통설과 판례는 논리적 모순이라고 하겠다. 따라서 성적 자기결정권의 관점에 걸맞게 강간죄에서의 폭행·협박의 정도를 협의로 완화하여 상대방의 거부의를 억압하거나 거부 의사에 반하는 폭행·협박으로 해석하는 것이 보다 합리적이고 타당하다고 생각된다. 결국 부부간에 상대방의 의사에 반하는 폭행·협박으로 성행위를 한 경우는 명백히 성적 자기결정권을 침해하는 것으로서 강간죄의 성립을 인정하여 처벌하는 것이 합리적이고 바람직하다고 하겠다.

그 밖에도 기존의 남성 편향적 관점에서 벗어나 양성 평등적·여성주의적 관점⁸⁷⁾에서 볼 때 현행 형법상의 강간죄규정 및 이에 대한 기존의 해석에는 의문의 여지가 많다. 예컨대 강간죄의 주체를 여자로 한정하는 것이 정당한가, 강간죄의 객체를 여성으로 한정하는 것이 타당한가, 오늘날 간음을 성기 대 성기의 삽입으로 한정하는 것이 타당한가, 강간죄를 단계별로 구체화하는 것이 필요하지 않은가, 현행 형법상 강간죄가 친고죄로 되어 있는 것이 본래의 의도와는 달리 피해자에게 또 다른 불이익을 초래하지는 않는가 등의 문제점이 제기되고 있다. 강간죄에게 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권에 부합하는 자리매김을 해주기 위해서는 장차 위에서 언급한 강간죄의 다양한 문제점에 대한 진지하고 심도 있는 연구와 논의가 더욱 활성화될 필요가 있다고 하겠다.

87) 우리나라의 남녀불평등의 현실에서는 강간죄 등 성범죄에 관한 법담론의 전환은 법담론의 생산과 소비의 모든 과정에서 여성의 요구가 제도적, 문화적으로 좀 더 폭넓은 반영에 의해 비로소 가능해질 것이다. 오정진, “성에 관한 법적 담론의 전개와 전망”, 「법철학연구」 제6권 제2호(2003), 한국법철학회, 263면 참조.

참고문헌

- 맥퍼슨 지음/이유동 옮김, 소유적 개인주의의 정치이론, 인간사랑, 1991.
- 박기석, “부부강간행위의 강간죄 성립여부”, 「형사정책연구」 제15권 제4호, 한국형사정책연구원, 2004 겨울호.
- 박선영, “강간죄와 남근주의”, 「시민과 변호사」 통권 100호, 서울지방변호사회, 2002.5.
- , “부부강간과 성적 자기결정권”, 「시민과 변호사」 통권 99호, 서울지방변호사회, 2002.4.
- 배은경, “성폭력 문제를 통해 본 여성의 시민권”, 「여성과 사회」 제8호, 한국여성연구회, 1997.
- 배종대, “부부강간죄 도입은 불필요한 과잉입법이다”, 「대한변협신문」 제40호, 대한변호사협회, 2002.1.17.
- 서거석/김윤희, “가정폭력에 대한 경찰의 대응실태와 문제점”, 「형사정책」 제14권 제1호, 한국형사정책학회, 2002.6.
- 신상숙, “성폭력의 의미구성과 ‘성적 자기결정권’의 딜레마”, 「여성과 사회」 통권 제13호, 2001 하반기.
- 오정진, “성에 관한 법적 담론의 전개와 전망”, 「법철학연구」 제6권 제2호, 한국법철학회, 2003.
- 이상돈, “강제추행과 법정책”, 「시민과 변호사」 통권 129호, 서울지방변호사회, 2004.10.
- 임 웅, “비범죄화론의 의의와 근본문제”, 「유기천 박사 고회기념논문집」, 1988.
- 장영민/손지선, “처의 성적 자기결정권 보호”, 「법학논집」 제6권 제1호,

- 이화여자대학교 법학연구소, 2001.6.
- 조 국, 형사법의 성편향, 제2판, 박영사, 2004.
- _____, “아내강간 불인정은 남성 편향의 과소범죄화”, 「시민과 변호사」 통권 129호, 서울지방변호사회, 2004.10.
- _____, “아내강간’의 성부와 강간죄에서의 ‘폭행·협박’의 정도에 대한 재검토”, 「형사정책」 제13권 제1호, 한국형사정책학회, 2001.6.
- 한상훈, “최근 독일의 성폭력범죄에 대한 입법과 성적 자기결정의 보호성”, 「인도주의의 형사법과 형사정책 - 이수성 선생 회갑기념논문집」, 2000.
- 大塚 仁, 刑法各論(現代法律學全集) 上卷, 改訂版, 青林書院, 昭 59.
- 林幹人, 刑法各論, 東京大出版會, 平 11.
- Monika Frommel, “Zaghafte Versuche einer Reform der sexuellen Gewaltdelikte”, Kritische Justiz 1996.
- Winfried Hassemer, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, in: FS für Arthur Kaufmann, Heidelberg 1989.
- Ders., Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt a.M. 1973.
- Olaf Hohmann, “Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht”, GA 1992.
- Ders., Der Rechtsgut der Umweltdelikte, Frankfurt a.M. u.a. 1991.
- Tatjana Hörnle, “Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung”, ZStW 2000.
- Jutta Limbach, “Zur Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe”, ZRP 1985.

Vergewaltigung in der Ehe aus der Sicht der strafrechtlichen Rechtsgutslehre

Yoon, Young-Cheol*

Aus der Sicht der strafrechtlichen Rechtsgutslehre, die selbstverständlich zur selbstbegrenzenden Funktion des Strafrechts beizutragen hat, entspricht gerade die personale Rechtsgutslehre nicht schwerlich dem ultima-ratio-Prinzip, das das Strafrecht begrenzen kann. Im Falle des gewalttätigen Beischlafes erkennt diese Rechtsgutslehre keine Sittenreinheit(als Moral), sondern sexuelle Selbstbestimmung(als individuelles Rechtsgut) als sein schutzbare Rechtsgut an.

Anders als in Europa und USA lehnen die herrschende Lehre und die Rechtsprechung in Südkorea trotzdem gerade aufgrund der unerklärlichen Besonderheit des Eheverhältnisses die Anwendung des § 297 kStGB ('Vergewaltigung') auf die Vergewaltigung in der Ehe ab, die auch die sexuelle Selbstbestimmung durch Gewalt eindeutig verletzt. Aber dies geht nicht zuletzt vom nach dem männlichen Geschlecht gerichteten und patriarchalischen Gedanke aus, der mit der sexuellen Selbstbestimmung kaum vereinbar sein kann, so daß er sich in moderner Gesellschaft überwinden läßt. Unter dem Gesichtspunkt der sexuellen Selbstbestimmung als schutzbare Rechtsgut der Vergewaltigung kann

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

die Ablehnung der Anwendung des § 297 kStGB auf die Vergewaltigung in der Ehe kaum aufgenommen werden. Denn auf die sexuelle Selbstbestimmung ist mit dem Ehevertrag überhaupt nicht zu verzichten, der gewalttätige Beischlaf ist in der Zusammenlebenspflicht der Ehe gar nicht enthalten, das vertrauliche Eheverhältnis wird bereits nicht durch die strafrechtliche Strafgewalt, sondern vielmehr die Vergewaltigung vernichtet, dessen Anwendung auf den gewalttätigen Beischlaf ist nicht die Über-, sondern vielmehr Unterkriminalisierung, die den ultima-ratio-Grundsatz dadurch sehr verdreht, sich in Absicht um die eindeutige Verletzung des fundamentalen Rechtsguts eher nicht zu kümmern. In diesem Sinne muß Gewalttätigkeit oder Drohung als Mittel für die Vergewaltigung solche im engeren Sinn sein, die Gewalttätigkeit oder Drohung gegen den Willen des Opfers bedeutet, aber nicht solche im engsten Sinn, weil die erstere zur Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung hinlänglich ist. Man ist dann als Vergewaltigung nicht zu bestrafen, wenn es sehr aufgefordert wird, beim Versuch des gewalttätigen Beischlafes kräftig Widerstand zu leisten. Die Anwendung des § 297 kStGB auf die Vergewaltigung in der Ehe hat u.a. die Bedeutung, nach dem § 297 kStGB *de lege lata* und dessen Auslegung eine Frage aufzuwerfen und den Schlüssel zur Lösung von dessen verschiedene Probleme geben.

Ferner bedarf es sehr dringend der tiefen Untersuchung und ernstest Diskussion über verschiedene Probleme des § 297 kStGB *de lege lata* und deren Lösung in moderner Gesellschaft.

주제어 : 강간죄, 부부강간, 성적 자기결정권, 과소범죄화, 인격적 법익
론

Keywords : gewalttätiger Beischlaf, Vergewaltigung in der Ehe,
Recht auf die sexuelle Selbstbestimmung,
Unterkriminalisierung, personale Rechtsgutslehre

토지거래허가에 관한 형사법적 문제

최 관 식 *

국문요약

현재 한국사회에서 부동산의 공급보다 토지를 포함한 부동산의 수요가 상당히 많다. 이러한 이유로 부동산거래에 있어서 보다 복잡한 유형과 규모가 증대되었다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 특히 부동산등기특별조치법과 국토의 계획 및 이용에 관한 법률을 포함한 많은 부동산관련 법률이 제정되었다. 부동산등기 특별조치법과 국토의 계획 및 이용에 관한 법률은 토지시장에서 토지가격이 지나치게 상승하는 것을 예방하고 진정한 토지수요자가 토지소유권을 취득하도록 규율하는 법률이다. 부동산등기특별조치법에서는 부동산등기신청이 토지거래일로부터 일정한 기일내 강제되고 토지거래계약에 의하여 부동산소유권을 취득하기 위하여 부동산등기부에 진실한 등기원인을 기재하도록 하고 있다. 그러하지 않은 경우 이 법에 의하여 처벌된다. 그리고 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에서는 토지거래허가지역에서 진정한 토지수요자가 부동산소유권을 취득하도록 하기 위하여 토지거래허가가 도입되었다. 토지거래당사자사이에 토지거래계약이 행하여진다고 하여도 토지거래계약은 토지거래허가를 취득한 후 효력이 발생한다. 그러나 형법을 포함한 이 두 법률은 이러한 법률의 시행을 통하여 여러 점에서 서로 충돌하고 있다. 이러한 이유로 이 논문은 형법을 포함한 이러한 법률들의 부정합과 더불어 토지거래허가에 관한 형사법적 문제점을 연구하고자 한다.

* 경운대학교 경찰행정학과 교수, 법학박사

I. 들어가면서

우리나라의 부동산물권거래는 좁은 국토에 대하여 보다 많은 토지수요가 있는 결과로서 사회상·법률상 보다 부동산거래에서 복잡한 양상을 띠고 있다. 부동산물권거래를 규율하는 원칙적 규정으로 민법상의 물권법규가 있지만 이러한 규정 이외에 다른 특별한 법률적 수요를 대처하기 위하여 부동산에 관련된 특별법규정이 많다는 점에서 이러한 사정을 알 수 있다. 예를 들어 부동산거래에서의 실거래자의 명의로 등기를 강제하는 부동산등기특별조치법¹⁾과 신도시건설 등 토지에 대한 특별한 수요가 있어 급격한 토지가격의 상승이 예상되는 경우 이러한 토지가격의 급격한 상승을 막아 토지에 대한 적정한 수급과 가격을 유지하기 위하여 부동산에 대한 실수요자를 위주로 거래하기 위한 내용으로 토지거래허가를 내용으로 하는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 등이 있다. 이러한 부동산에 관한 특별법은 그 나름의 사안에 대하여 규율하기 위하여 제정된 법률이지만 이에 관련된 사안들에 대하여 이를 적용하는 과정에서 예기치 못한 법률 간의 부정합이라는 상호충돌현상이 나타난다.

부동산소유권거래에서 물권적 실체관계와 등기를 일치시키려는 부동산등기특별조치법은 물권적 실체관계와 등기를 일치시키기 위하여 물권적 실체관계와 일치하는 등기를 강제하며 또한 허위등기를 배제하고자 처벌한다. 또한 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상에서는 지가가 양등되는 것으로 예상되는 지역에 대하여 실수요자위주로 토지거래를 정착시키기 위하여 규정한 토지거래허가를 받아야 당해토지거래계약의 효력이 발생하며 이에 기하여 등기 신청할 수 있다는 규정이 관련된다. 또한 토지거래허가

1) 부동산등기특별조치법은 1990.8.1(법률 제4244호)로 제정되어 5차에 걸쳐 개정되었다.

를 회피하기 위하여 등기원인을 허위로 신청하며 나아가 관련당사자가 합의하여 등기의 중간과정을 생략하여 등기 신청을 하고 있다는 점에서 이들 부동산관련법을 잠탈하고 있다. 이는 사법상 부동산물권변동에 관한 문제라는 의미를 넘어 부동산관련문제가 사회생활에서 중요한 부분이며 이에 대한 사회구성원들의 공신력을 확보하며 부동산관련 법률들이 규정하는 부동산관련범죄의 성립범위를 정립한다는 점에서 이에 관련된 문제를 해결할 필요가 있다. 아래에서는 토지거래허가를 전제로 한 부동산등기와 관련된 문제점들을 고찰하며 부동산등기관련처벌법규간 법률부정합문제에 대하여 문제점을 제시하여 해결책을 찾고자 한다.

II. 부동산등기특별조치법상의 등기미신청죄와 등기원인허위기재죄

1. 민법상의 물권변동

일반적인 물권거래관계에서 물권계약과 더불어 이에 합치는 등기가 행하여진 경우 물권변동의 효력이 발생한다. 물권변동효력이 발생하기 위한 요건으로 물권계약과 등기가 일치하여야 하며 불일치하는 경우 물권변동의 효력이 발생하지 않는다.²⁾ 이러한 일치의 정도는 물권의 발생·변경·소멸들에 관한 적절히 공시하려는 것이므로 물권의 주체, 객체, 소유권 등

2) 고상용, 물권법, 법문사, 2001, 98면; 김상용, 물권법, 법문사, 2003, 167면; 김준호, 민법강의, 법문사, 2003, 479면; 박종두, 물권법, 삼영사, 2005, 150면; 이은영, 물권법, 박영사, 1998, 187면; 이영준, 물권법, 박영사, 2001, 113면; 지원립, 민법강의, 홍문사, 2003, 417면; 홍성재, 물권법, 대영문화사, 2006, 258면.

종류, 수량 등에 있어서 일치하여야 한다. 일치의 정도는 물권을 공시하려는 목적을 달성하려는 목적 내에서 합리적인 부분에서 일치하면 족하다. 따라서 이러한 물권변동이 이루어지는 원인이 매매, 증여인 여부는 중요하지 않다. 이러한 물권변동원인은 주로 등기부상의 등기원인에 해당한다. 실질적으로 매매가 등기원인임에도 불구하고 세금등 기타 여러 사유로 증여 등 등기원인을 허위로 기재하여도 현재의 권리관계를 반영하므로 물권변동효력에는 영향이 없다.³⁾ 물권계약에 따라 등기하기 위하여 부동산등기법은 계약쌍방당사자의 공동신청으로 등기공무원에 대하여 등기 신청을 하게 한다. 당사자일방이 여러 이유로 등기 신청을 회피하는 경우 당사자는 타방에 대하여 등기 신청에 응하도록 요구하는 등기청구권을 행사할 수 있다. 그러나 부동산등기법상의 등기공무원에 대한 등기 신청권은 그 이행여부가 법으로 강제되어 있는 것이 아니므로 물권계약 후 당사자에 의한 등기 신청에 따른 등기완료까지 상당한 시간 공백이 생긴다. 이때 실질적 소유권자와 등기부상의 소유권자가 서로 다른 현상이 발생한다. 실질적 소유권자와 다른 부동산등기부상의 소유권자가 다른 경우 물권적 실체관계가 존재하지 않는 등기부상의 소유권은 무효등기로 된다. 이러한 등기부의 무효인 등기를 그대로 방치하는 경우 이를 유효임을 믿고서 거래를 행한 선의의 제3자보호가 되지 않는 것으로 된다.

2. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 토지거래허가의 의의 및 성격

국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 토지거래허가제는 토지의 양등등의 사유로 토지거래의 실거래자 위주의 합리적인 토지거래를 규제할 필

3) 김상용, 175면; 이은영, 195면; 이영준, 122면, 홍성재, 309면.

요가 있는 경우 토지거래라는 부동산물권거래에 대하여 관할 관청의 토지거래허가를 받게 하고 이에 기하여 부동산등기를 하게 하는 제도이다. 이는 부동산물권거래라는 사법상의 계약에 대하여 토지정의라는 공법적 목적을 위하여 허가라는 공법상의 제한을 가하는 제도이다. 이러한 사법상의 계약에 대하여 허가라는 공법상의 제한을 두어 그 사법적 효력을 허가라는 공법적 제도에 의하여 결정하는 것에 대하여 이러한 제도의 도입초기부터 수많은 논란이 있어 왔지만 헌법재판소는 이에 대하여 합헌의 결정을 하였다. 토지거래허가제도는 부동산물권계약당사자가 매매 등 부동산물권계약을 체결한 이후 이에 대하여 토지거래허가를 청구하여 허가를 받아 비로소 등기소에 부동산물권등기를 신청하게 되는 관계로 부동산물권계약의 효력과 토지거래허가와와의 관계에 대하여 논의가 있었다. 이에 대하여 다수의 견해⁴⁾와 판례는 소위 유동적 무효라는 이론을 도입하여 양자의 관계에 대하여 실시하고 있다.

국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 허가구역 내의 토지에 대한 토지거래계약은 관할 관청의 허가를 받아야만 그 효력이 발생하고 허가를 받기 전에는 원칙적으로 무효라 할 것인바, 다만 허가받을 것을 전제로 체결한 거래계약(유동적 무효 상태의 계약)은 일단 허가를 받으면 소급해서 유효한 계약이 되는 것이지만, 처음부터 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약을 체결한 경우에는 확정적으로 무효이다⁵⁾. 이러한 유동적 무효설에

4) 김상용, 84면; 이은영, 425면. 유동적 무효의 법리의 내용 및 타당성의 문제는 본 논문의 주제에서 벗어나므로 다루지 않는다.

5) 대판 1991.12.24. 90다12243. 국토이용관리법상의 규제구역 내의 '토지 등의 거래계약'허가에 관한 관계규정의 내용과 그 입법취지에 비추어 볼 때 토지의 소유권 등 권리를 이전 또는 설정하는 내용의 거래계약은 관할 관청의 허가를 받아야만 그 효력이 발생하고 허가를 받기 전에는 물권적 효력은 물론 채권적 효력도 발생하지 아니하여 무효라고 보아야 할 것인바, 다만 허가를 받기 전의 거래계약이 처음부터 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약일 경우에는 확정적으로 무효로서 유효화 될 여지가 없으나

따르면 허가구역 내 토지거래허가를 받지 아니한 부동산소유권이전계약은 확정적으로 무효이며 유효인 계약을 전제로 한 부동산등기특별조치법상 소유권이전등기 신청의무는 발생하지 않는다.

3. 부동산등기특별조치법의 등기미신청죄와 등기원인허위기재죄

부동산등기특별조치법 제2조 3항은 부동산의 소유권을 이전받을 것을 내용으로 하는 계약을 체결한 자가 부동산등기 특별조치법 제2조 제1항 각 호에 정하여진 날 이전에 그 부동산에 대하여 다시 제3자와 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 경우 먼저 체결된 계약의 반대급부의 이행이 완료되거나 계약의 효력이 발생한 날로부터 60일 이내에 먼저 체결된 계약에 따른 소유권이전등기를 신청하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 등기 신청서에 등기원인을 허위로 기재하여 신청하거나 소유권이전등기 외의 등기를 신청하는 행위를 금지하는 동법 제6조는 그 위반의 주체로 ‘법 제2조의 규정에 의하여 소유권이전등기를 신청하여야 할 자’로 규정하고 있고, 또한 동법 제2조 제1항은 부동산의 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 경우에 일정 기간 내 소유권이전등기 신청의무를 부과하면서도 그 계약이 취소, 해제되거나 무효인 경우에는 그 예외를 인정하고 있다.

이와 달리 허가받을 것을 전제로 한 거래계약(허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약이 아닌 계약은 여기에 해당하는 것으로 본다)일 경우에는 허가를 받을 때까지는 법률상 미완성의 법률행위로서 소유권 등 권리의 이전 또는 설정에 관한 거래의 효력이 전혀 발생하지 않음은 위의 확정적 무효의 경우와 다를 바 없지만, 일단 허가를 받으면 그 계약은 소급하여 유효한 계약이 되고 이와 달리 불허가가 된 때에는 무효로 확정되므로 허가를 받기까지는 유동적 무효의 상태에 있다고 보는 것이 타당하므로 허가 받을 것을 전제로 한 거래계약은 허가받기 전의 상태에서는 거래계약의 채권적 효력도 전혀 발생하지 않으므로 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 내용의 이행청구도 할 수 없으나 일단 허가를 받으면 그 계약은 소급해서 유효화 되므로 허가 후에 새로이 거래계약을 체결할 필요는 없다.

부동산등기특별조치법이 정하는 규정에 비추어 결국 동법 제6조의 ‘법 제2조의 규정에 의하여 소유권이전등기를 신청하여야 할 자’도 부동산소유권이전을 내용으로 하는 계약 자체가 유효함을 전제로 한 규정이다. 왜냐하면 부동산소유권이전합의를 내용으로 하는 계약이 취소·해제 또는 무효 등으로 인하여 존재하지 않는 경우에는 이러한 부동산소유권이전에 관한 등기청구권은 존재하지 않으며 또한 관할등기소에 대하여 등기 신청권이 존재하지 않기 때문이다. 등기 신청권이 존재하지 않는 경우 부동산등기특별조치법에 의한 등기 신청의무를 부과할 수 없기 때문이다. 비록 부동산소유권이전을 내용으로 하는 계약이 위법하여 무효인 경우라도 중간생략등기를 하는 행위와 등기원인을 허위로 기재하여 등기를 신청하는 행위를 처벌할 필요성이 있어도 죄형법정주의의 원칙에 비추어 이와 같은 행위를 법 제2조 및 제6조 위반으로 의율할 수 없다. 이러한 동법 제2조 제3항의 의미에 대하여 대법원판례⁶⁾는 동규정은 부동산소유권이전을 내용으로 하는 계약 자체가 유효함을 전제로 한 규정이라고 한 취지는 타당한 견해이다. 부동산소유권이전계약자체의 유효함을 전제로 하는 부동산등기특별조치법 제2조 2항과 3항의 소유권이전등기신청의무는 계약이 무효인 경우에 대하여 적용될 수 없다. 소유권이전등기신청의무가 존재하지 않는 경우 이를 전제로 등기신청의무의 불이행을 처벌하는 제8조 제1호는 적용될 여지가 없다. 또한 등기신청의무가 없으므로 등기신청서에 기재하는 등기원인을 허위로 기재하지 아니하여야 할 의무를 부과하는 동법 제6조 또한 적용되지 아니하며 따라서 동법 제8조 2호에 의하여 처벌되지 않는다. 예를 들어 양도인이 양수인과의 소유권이전관계에 있어 당해 토지가 토지거래허가를 받아야 함에도 불구하고 거래허가를 받지 아니하고 매매계약

6) 대판 2001.4.10. 2000도3867, 2005.12.22. 2005도6557 등 참조.

을 체결하여 이 계약에 기하여 소유권이전등기를 신청하지 않은 경우, 양도인과 양수인사이에 시세차익을 취득하기 위하여 토지거래허가를 회피할 목적으로 실질적으로 매도하면서 토지거래허가가 필요하지 않은 증여로 등기원인을 허위로 기재한 경우 각각 부동산등기특별조치법상의 부동산소유권이전계약에 따른 등기신청미이행, 등기원인허위기재여부가 문제된다. 그러나 당해 토지가 토지거래허가구역 내에 있으므로 토지거래허가를 받아야 비로소 등기 신청을 할 수 있다는 점에서 양도인과 양수인사이의 계약은 토지거래허가를 받지 않은 때 계약의 효력이 발생하지 않는다. 따라서 계약이 유효함을 전제로 등기신청의무를 부과하는 부동산등기특별조치법 제2조 1항 단서에 따라 양도인, 양수인은 등기신청의무가 없다고 할 수 있다. 등기신청의무가 없으므로 위 양도인, 양수인이 등기 신청하지 않은 행위는 부동산등기특별조치법 제8조 1항에 따라 처벌할 수 없다. 또한 등기 신청을 하였다 하여도 등기원인허위기재죄가 성립하지 않는다. 그러나 등기공무원이 허가가 없거나 실효되었음에도 불구하고 고의 또는 과실로 등기를 한 경우 등기 신청한 각 당사자에게 등기의무가 없으므로 등기신청미이행죄가 성립하지 않는다 하여도 무효인 등기를 행하여 이를 신뢰한 선의의 제3자에게 무효인 등기가 말소될 때까지 보호하지 못하는 경우가 있다. 이에 대한 형사법적 보호책이 필요하다.

4. 중간생략등기의 경우

우리 부동산거래실무에서는 실질적으로 양도인, 중간자, 양수인사이의 부동산이전등기에 있어서 양도인과 양수인사이에 부동산이전등기가 행하여지는 방편으로 중간자의 등기를 생략하는 중간생략등기가 많이 행하여

진다. 이러한 중간생략등기가 행하여지는 매매의 대상인 토지가 토지거래허가를 요하는 경우 이러한 중간생략등기와 토지거래허가와와의 관계가 문제된다. 즉, 양도인으로부터 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’상의 허가구역 내의 토지인 이 사건 토지를 중간자가 매수한 후 중간자의 명의로 소유권이전등기를 생략한 채 이를 다시 토지거래허가구역 내의 토지매수에 대한 허가를 받을 자격이 되지 아니하는 양수인에게 매도하면서 마치 양수인이 양도인로부터 직접 이 토지를 증여받은 것처럼 양수인명으로 매매를 등기원인으로 하거나 또는 토지거래허가를 회피하기 위하여 실질은 매매인 등기원인을 증여를 원인으로 한 소유권이전등기를 경료하는 경우이다. 이는 중간자를 배제하고 양도인으로부터 양수인에게 등기가 행하여진다는 점에서 명백한 중간생략등기라고 할 수 있다. 이러한 중간생략등기가 사법상 무효인 여부, 만일 사법상 중간생략등기가 무효라고 한다면 부동산소유권이전계약이 유효를 전제로 등기신청의무를 인정하는 부동산특별조치법 제2조 1항, 제3항에 의하여 무효인 중간생략등기에 의한 등기신청의무는 존재하지 않는다. 따라서 등기신청의무가 존재하지 않는 경우 소유권이전등기의 미이행을 전제로 하는 부동산등기특별조치법 제8조에 의한 처벌할 수 없다. 그러나 만일 부동산물권거래에서 중간생략등기가 유효라고 한다면 위와 같은 논리에 대하여 달리 고찰되어야 한다. 왜냐하면 부동산등기특별조치법은 유효한 부동산소유권이전계약을 전제로 하여 등기신청의무를 부과하며 등기신청미이행과 등기원인허위기재한 경우 이를 처벌하기 때문이다. 따라서 이러한 문제는 다음의 두 가지로 나누어 고찰되어야 한다. 첫째, 사법상 중간생략등기가 무효인가 또는 유효인가라는 점이다. 그리고 부동산등기특별조치법상 중간생략등기에 관한 규정인 제2조 2항과 3항이 중간생략등기에 관한 효력규정인가 또는 효력과는 무관한 단

순한 단속규정(처벌규정)인가라는 점이다.

첫째, 사법상 중간생략등기의 효력의 문제이다. 강행법규인 물권법에 따르면 물권적 실체관계와 이의 공시방법인 등기와의 관계에 대하여 양자가 일치할 것을 요한다. 물권적 실체관계와 공시방법인 등기가 일치하지 않는 경우 등기가 무효이다.⁷⁾ 물권적 실체관계와 일치하지 않는 등기는 무효이므로 말소되어야 한다. 중간생략등기의 경우 양도인, 중간자, 양수인 3자 사이에 양도계약은 양도인과 중간자, 중간자와 양수인 사이에 존재하지만 세금문제 등의 여러 가지의 이유로 등기명의로는 중간자를 생략하여 양도인으로부터 양수인에게 등기를 하는 것을 말한다. 이러한 중간생략등기는 실질적으로 양도인으로부터 중간자를 거쳐 양수인에게 이르는 물권적 변동과정 내지 물권적 실체관계를 등기가 그대로 반영하지 않고 양도인으로부터 최종명의자인 양수인에게 이전된다는 점에서 물권적 실체관계와 등기가 일치하지 않는 현상을 초래한다. 물권적 실체관계와 등기가 일치하지 않은 경우 등기가 무효라는 물권법적 원리에 비추어 중간생략등기는 무효라고 하여야 한다. 그러나 부동산실무관행상 중간생략등기가 다수 행하여지고 있으며 이를 반영하여 다수설⁸⁾과 판례⁹⁾는 중간생략등기는 유효라고 한다. 그러한 이유로 등기는 물권적 실체관계를 반영하는 공시방법의 하나이지만 그러나 물권변동과정을 반영하여야 하는 것은 아니며 현재의 물권관계를 공시하면 족하다는 점을 들고 있다. 또한 다수설과 판례는 중간생략등기가 유효하기 위한 조건으로서 중간생략등기에 관여하는 자들이 중

7) 이은영, 민법학강의, 박영사, 1996, 325면.

8) 고상용, 111면; 박종두, 155면; 이영준, 127면; 이은영, 257면; 지원립, 420면; 홍성재, 304면. 이에 대하여 김상용교수는 중간생략등기는 무효라고 한다. 김상용, 174면.

9) 대판 2005.9.29. 2003다40651. 당사자 사이에 적법한 원인행위가 성립되어 중간생략등기가 이루어진 경우, 중간생략등기에 관한 합의가 없었다는 이유만으로 위 등기는 무효가 아니다.

간생략등기에 대하여 명시적으로 또는 묵시적으로 동의하여야 한다고 한다. 이러한 중간생략등기에 대한 동의는 양도인, 중간자, 양수인 3자 사이에 동시에, 순차적으로 하여도 무방하며 그리고 최소한 중간자의 동의가 있으면 족하다고 한다.¹⁰⁾ 이러한 중간생략등기에 관한 당사자들의 합의가 있는 경우 등기는 양도인으로부터 중간자를 거치지 않고 양수인에게 직접적으로 이전한다. 이러한 점에서 중간생략등기 자체는 유효하다.

둘째, 부동산등기특별조치법상의 중간생략등기규정에 대한 법적 성격의 문제이다. 부동산등기특별조치법상 제2조, 제8조의 미등기전매의 경우, 양도인으로부터 소유권을 이전받은 중간자가 중간자의 명의로 등기함이 없이 중간자로부터 소유권이전을 받은 양수인에게 직접 등기를 하는 중간생략등기를 처벌하는 규정은 단순한 단속규정인가 또는 중간생략등기에 관한 사법적 효력을 부인하는 효력규정인가라는 점이다. 이에 대하여 부동산등기특별조치법은 명문으로 미등기전매 즉 중간생략등기에 의한 소유권이전에 관하여 이를 무효로 한다는 규정이 없으며 단지 미등기 전매한 경우에 처벌한다는 규정을 부동산등기특별조치법 제8조에 두고 있다. 따라서 이 규정은 중간생략등기를 무효로 한다고 볼 수 없으며 단지 이를 처벌하는 단속규정이다.¹¹⁾ 대법원판례¹²⁾도 같다. 미등기전매 즉 중간생략등기에 의한 부동산소유권이전의 경우 양도인으로부터 중간자를 매개하여 양수인에게로 등기하기로 약정한다면 이는 중간생략등기에 해당한다. 중간생략등기는 3

10) 대판 2005.9.29. 2003다40651. 최종 양수인이 중간생략등기의 합의를 이유로 최초 양도인에게 직접 중간생략등기를 청구하기 위하여 관계 당사자 전원의 의사합치가 필요하지만, 당사자 사이에 적법한 원인행위가 성립되어 일단 중간생략등기가 이루어진 이상 중간생략등기에 관한 합의가 없었다는 이유만으로는 중간생략등기가 무효라고 할 수는 없다.

11) 고상용, 120면; 박종두, 156면. 이에 대하여 김상용교수는 효력규정으로 본다. 김상용, 174면.

12) 대판 1993.1.26. 92다39112.

자 즉, 양도인, 중간자, 양수인이 중간생략등기에 명시적 또는 묵시적으로 동의하거나 중간자의 동의가 있는 경우 유효하다.¹³⁾ 그러나 이 경우 검토되어야 할 것은 중간생략등기의 대상인 토지가 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 토지거래허가대상이라는 점이다. 중간생략등기가 자체로서 유효하다고 하여도 그 대상인 토지가 토지거래허가의 대상인 경우 허가를 취득하지 않은 부동산소유권이전계약은 무효이므로 이에 기한 중간생략등기도 무효이다. 특히 중간생략등기에 관한 합의가 이루어졌다 하여도 중간자가 아닌 양도인과 양수인사이에 부동산소유권이전계약이 존재하지 않으며 이에 기한 토지거래허가도 없으며 설령 양도인, 중간자, 양수인 3자 사이에 중간생략등기에 관한 합의가 있어 양도인과 양수인사이에 토지거래허가가 있다고 하여도 이는 실재하지 않는 양도인과 양수인사이의 계약에 관한 토지거래허가이므로 이 또한 무효이다.¹⁴⁾ 판례¹⁵⁾도 또한 같다.

이러한 점을 고려한다면 비록 양도인, 중간자, 양수인 3자 사이에 중간생략등기에 관한 합의가 있다고 하여도 그 대상인 토지가 토지거래허가의 대상인 경우 허가받지 아니한 계약은 무효이며 따라서 등기신청의무도 없

13) 박종두, 158면; 이영준, 126면; 지원립, 420면.

14) 이영준, 128면.

15) 대판 1997.11.11. 97다33218. 토지거래허가구역 내의 토지가 토지거래허가 없이 소유자인 최초 매도인으로부터 중간 매수인에게, 다시 중간 매수인으로부터 최종 매수인에게 순차로 매도되었다면 각 매매계약의 당사자는 각각의 매매계약에 관하여 토지거래허가를 받아야 하며, 위 당사자들 사이에 최초의 매도인이 최종 매수인 앞으로 직접 소유권이전등기를 경료하기로 하는 중간생략등기의 합의가 있었다고 하더라도 이러한 중간생략등기의 합의란 부동산이 전전 매도된 경우 각 매매계약이 유효하게 성립함을 전제로 그 이행의 편의상 최초의 매도인으로부터 최종의 매수인 앞으로 소유권이전등기를 경료하기로 한다는 당사자 사이의 합의에 불과할 뿐, 그러한 합의가 있었다고 하여 최초의 매도인과 최종의 매수인 사이에 매매계약이 체결되었다는 것을 의미하는 것은 아니므로 최초의 매도인과 최종 매수인 사이에 매매계약이 체결되었다고 볼 수 없고, 설사 최종 매수인이 자신과 최초 매도인을 매매 당사자로 하는 토지거래허가를 받아 자신 앞으로 소유권이전등기를 경료하였다고 하더라도 이는 적법한 토지거래허가 없이 경료된 등기로서 무효이다.

다. 따라서 미등기전매 전 중간자 명의로의 등기미신청 행위와 등기신청서에 등기원인을 매매가 아닌 증여로 허위기재한 행위는 그 전제가 되는 매매계약이 무효이므로 그 계약이 유효함을 전제로 하여 처벌하는 부동산등기특별조치법상 제2조, 제6조, 제8조에 의하여 처벌되지 않는다.¹⁶⁾ 그러나 이러한 해석론은 부분적으로 형사사법정의에 비추어 타당하지 않다. 이미 대법원자체가 의견을 표시한 와 같이 미등기전매와 허위등기 신청을 처벌할 필요가 있음에도 불구하고 이를 현행법의 해석론으로서 처벌하지 못하는 것은 죄형법정주의의 원칙상 일견 타당하여도 이러한 점을 형사정책적 관점에서 그대로 유지할 수 없다. 부동산등기특별조치법의 취지가 물권적 실체관계와 일치하는 등기를 강제함에 있고 이를 확보하는 수단인 하나로써 등기신청서에 등기원인을 허위기재하는 것을 처벌하는 점도 이와 동일한 취지이다. 특히 이러한 문제점이 발생하는 주된 부분은 국토계획및 이용에 관한 법률상의 토지거래허가와 관련한 부분이다. 토지거래계약과 관련한 토지거래허가의 법적 성격이 비록 당사자사이에 토지거래계약이 있어도 토지거래허가가 있어야 비로소 계약이 효력을 발생하며 허가를 취득하지 못하거나 허가가 실효되는 경우 소급하여 무효로 보는 유동적 무효라는 보는 점이다. 우리의 부동산등기법상 등기공무원이 등기신청권자의 등기 신청에 대하여 형식적 심사권만을 가진다는 점¹⁷⁾을 고려한다면 i) 토지거래허가가 없거나 또는 토지거래허가가 취소, 실효되었지만 등기공무

16) 대판 2006.3.24. 2005도10033.

17) 대결 2002.10.28.자 2001마1235 결정. 등기공무원은 등기 신청이 있는 경우 당해 등기원인의 실질적 요건을 심사함이 없이 신청서 및 그 첨부서류와 등기부에 의하여 등기요건의 충족 여부를 형식적으로 심사할 권한만을 가지고 있어서 신청인이 그 확정판결에 기하여 소유권이전등기를 신청하고 있는 경우에는 등기관이 부동산실권리자명의 등기에 관한 법률 제8조 제2호의 특례에 해당하는지 여부에 관하여 다시 심사를 하여 명의신탁약정 및 그 명의신탁등기의 유효·무효를 가리는 것은 등기관의 형식적 심사권의 범위를 넘어서는 것이어서 허용될 수 없다.

원의 착오로 등기가 경료된 경우 ii) 실질은 허가를 요하는 토지매매계약임에도 불구하고 이를 허가가 필요하지 않는 증여로 등기원인을 허위기재하여 등기가 경료된 경우 사법상 무효인 등기가 사후 적법하게 말소될 때까지 외형적으로 부동산등기부에 등기되어 있다는 점에서 이를 신뢰하고 거래한 선의의 제3자의 보호가 되지 않는다는 문제가 있다.

이에 토지거래허가가 없거나 실효되어 당해 부동산계약이 무효로 되어 부동산등기특별조치법상 등기신청의무가 없으므로 등기미신청의 경우 또는 등기공무원에게 등기 신청하였어도 등기부에 등기가 기재되지 않은 경우 등기신청미이행죄, 등기원인허위기재죄가 성립하지 않는다.

Ⅲ. 공정증서원본등 부실기재죄의 성립여부

국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 토지거래허가의 대상이 되어 당해 토지거래허가를 받지 않은 토지로서 미등기전매전 자신명의로 등기 신청하지 않은 행위와 등기신청서에 매매가 아닌 증여로 기재한 행위는 그 전제가 되는 매매계약이 무효이므로 그 계약이 유효함을 전제로 하여 처벌하는 부동산등기특별조치법 제2조, 제6조, 제8조에 의하여 처벌되지 않는다고 하여 이를 방치하여야 하는가. 이를 방치하는 것은 사실상 일종의 법의 사각지대를 형성하게 한다는 점에서 형사정책적으로 문제가 있다. 이를 해결하는 방법의 하나로 비록 토지거래계약이 있고 이에 토지거래허가를 받지 않은 경우에도 그 계약을 무효(유동적 무효)로 하지 않고 이를 단지 처벌하는 것으로 하면 그러한 행위에 대한 가벌성에 공백이 발생하지 않는다. 그러나 다수설과 판례¹⁸⁾가 허가를 받아야 할 토지거래계약이 토

지거래허가를 받지 않은 경우 소급하여 확정적으로 계약을 무효로 하는 입장이므로 토지거래계약이 유효함을 내용으로 하는 부동산등기특별조치법상 등기미신청과 등기원인허위기재행위를 처벌할 수 없다는 점은 부인할 수 없다. 이는 부동산등기특별조치법을 개정하지 않는 한 해석론으로서의 한계를 보여준다. 그러나 이러한 행위를 부동산등기특별조치법이 아닌 일반형법으로 이러한 행위를 규율할 수 있는가에 대하여 검토할 필요가 있다. 이와 관련하여 공정증서원본 등 부실기재죄의 면에서 검토하고자 한다. 우리 형법상 공정증서원본 등 부실기재죄는 공무원에 대하여 허위로 신고하여 공정증서원본 등에 부실의 사실을 기재하게 하는 행위를 처벌하는 범죄이다. 우선 부동산등기부가 공정증서에 해당하며 이를 담당하는 등기공무원에게 허위의 사실을 신고하여 부실 즉, 진실하지 않은 사실을 기재한 경우 본죄가 성립한다.¹⁹⁾ 위 사례의 경우 즉, 갑이 을에게 토지를 실질적으로 매매하고 을이 병에게 양도하였지만 형식적으로 갑으로부터 중간자인 을을 배제하여 병에게 직접적으로 증여의 등기를 한 행위는 미등기전매 즉 중간생략등기에 해당한다. 위에서 살펴본 바와 같이 중간생략등기는 사법상 유효로 보며 이에 기한 등기는 공정증서원본 등 부실기재죄가 성립하지 않는다.²⁰⁾ 판례²¹⁾는 이러한 입장이다. 그러나 위 사례와 같이

18) 대판 1991.12.24. 90다12243.

19) 김일수·서보학, 형법각론, 박영사, 2004, 767면; 박상기, 형법각론, 박영사, 2005, 543면; 오영근, 형법각론, 박영사, 2005, 747면; 이재상, 형법각론, 박영사, 2006, 593면; 임웅, 형법각론, 법문사, 2002, 623면; 정성근·박광민, 형법각론, 삼지원, 2002, 603면.

20) 김일수·서보학, 768면; 이재상, 594면; 정성근·박광민, 604면. 이에 대하여 공정증서원본부실기재죄가 성립한다는 견해가 있다. 박상기, 544면; 오영근, 750면; 임웅, 626면.

21) 대판 1967.11.28. 66도1682. 이 사건에서 문제되어 있는 부동산 ○○군 ○○읍 소재 (지번 생략)위의 건물은 귀속재산인데 공소의 1이 1952년경 대한민국으로부터 매수하였다가 1953년에 공소의 2주식회사에게 매도하고 이 공소의 2주식회사는 1957.7.26. 피고인에게 차례로 매도하였다. 피고인은 위 부동산이 아직 대한민국으로부터 매수인들에게 소유권 이전등기가 경유되어 있지 아니하므로 대한민국이나 공소의 1의 승낙없이 피고

당해 토지가 토지거래허가의 대상이 되어 허가를 취득하여야 비로소 토지거래계약이 유효로 되는 경우 토지거래허가를 취득하지 않은 토지거래계약은 무효로 되며 따라서 중간생략등기의 당사자 즉, 양도인, 중간자, 양수인 3자가 명시적 또는 묵시적으로 중간생략등기에 동의하여 양도인으로부터 중간자를 배제하여 양수인에게 증여등기를 경료한 것은 비록 그 등기원인이 실질적으로 매매임에도 불구하고 형식상 허가가 필요가 없는 증여의 등기를 하여도 등기원인이 허위임은 별개로 하더라도 등기의 전제가 되는 계약이 무효이므로 그 실체가 없다. 따라서 등기의 전제인 계약이 존재하지 않음에도 불구하고 등기 신청하는 행위는 등기부라는 공정증서에 대하여 허위사실인 부실기재를 담당공무원인 등기공무원으로 하여금 등기하게 한 행위에 해당한다. 중간생략등기가 유효한 경우 이에 기하여 등기한 경우는 그 등기의 실체가 존재하므로 유효한 등기이지만 그 토지가 토지거래허가대상이 된 때 토지거래허가가 필요한 토지거래계약이 허가를

인 명의로 소유권 이전등기를 경유할 생각으로 공소외 1명의 매매계약서(공소외 1이 직접 위 건물을 피고인에게 매도하는 취지를 위조하여 피고인이 당시 위조한 공소외 1의 인장을 여기에 사용하고 이것을 증거로 하여 허위의 주소로 공소외 1을 제소하고 피고인이 미리 부탁한 공소외 3으로 하여금 법원에서 송달되는 서류를 영수하게 하여 의제자백으로 승소판결을 얻고, 1966.3.8경 정을 모르는 대서인을 시켜서 위의 판결로써 공소외 1로부터 직접 피고인 명의로 소유권 이전등기를 경유하게 하였다 한다. 그러면서 위의 경우에 비록 피고인 명의의 소유권 이전등기가 실체관계에 부합되는 민법상의 유효한 등기라고 할지언정 공소외 1이 본건 중간생략등기에 대한 승낙을 하였다고 볼 증거가 없으므로 형사상의 공정증서 원본부실기재의 죄책은 면할 수 없다라고 하였다. 그러나 비록 당사자들의 합의가 없이 경유된 이른바 소유권의 중간생략으로 인한 이전등기라 할지라도 그것이 민사실체법상의 권리관계에 부합되어 유효인 등기로서의 구실을 할 수 있는 한 형사상으로도 이러한 등기가 사실관계와 다른 이른바 불실의 등기라고 볼 수는 없다. 따라서 본건에서도 원심이 확정한 것처럼 피고인이 정당하게 취득한 건물소유권에 대한 소유권 이전등기를 경유함에 있어서 관계당사자들의 동의를 얻지 아니하고, 함부로 피고인 앞으로 중간생략의 소유권 이전등기를 경유하였다면 이러한 피고인 명의의 소유권 취득등기가 공정증서원본부실기재죄에 해당한다고는 말할 수 없다

받지 않아 무효로 된 경우 토지거래당사자사이에 중간생략등기에 관한 합의가 있다고 하여도 중간생략등기의 전제가 되는 계약이라는 실체가 없으므로 중간생략등기에 기하여 행한 등기가 유효하다고 할 수 없다. 토지거래허가를 받지 않아 무효인 토지거래계약에 기한 등기는 내용이 허위인 부실의 등기라고 할 수 있으며 등기공무원에게 허위로 신고하여 등기부에 기재하게 한 경우 본죄가 명백히 성립한다.²²⁾ 설령 등기공무원에 대하여 이를 등기 신청하였지만 등기공무원이 우연히 알아서 등기 신청을 반려한 경우에도 등기공무원에게 허위의 등기 신청을 한 이상 본죄의 실행의 착수가 있다는 점에서 미수가 성립한다. 공정증서원본등 부실기재죄의 실행의 착수시기는 당해공무원에게 허위신고를 한 때²³⁾이기 때문이다. 그리고 이러한 허위신고에 기하여 정을 모르는 등기공무원이 등기부에 허위기재를 한 경우 공정증서원본등 부실기재죄의 기수가 성립한다. 그리고 등기신청시 단순히 등기원인을 허위로 기재하는 것은 부실기재가 아니다.²⁴⁾ 이는 판례²⁵⁾의 입장이다. 등기에 있어서 중요한 사항인 권리의무에 관계되

22) 대판 2006.3.10. 2005도9402. 부동산 매수인이 매도인과 사이에 부동산의 소유권이전에 관한 물권적 합의가 없는 상태에서, 소유권이전등기 신청에 관한 대리권이 없이 단지 소유권이전등기에 필요한 서류를 보관하고 있을 뿐인 법무사를 기망하여 매수인 명의의 소유권이전등기를 신청하게 한 경우, 공정증서원본불실기재죄를 구성한다.

23) 이재상, 594면.

24) 등기원인을 허위로 기재하는 경우 공정증서원본부실기재죄가 성립한다는 긍정설의 입장은 임웅, 624면; 정성근·박광민, 603면. 이에 반하여 부정설의 입장은 오영근, 747면; 이재상, 593면.

25) 대판 2001.11.9. 2001도3959. 소유권보존등기나 소유권이전등기에 절차상 하자가 있거나 등기원인이 실체와 다르다 하더라도 그 등기가 실체적 권리관계에 부합하게 하기 위한 것이거나 실체적 권리관계에 부합하는 유효한 등기인 경우에는 공정증서원본불실기재 및 동행사죄가 성립되지 않는다고 할 것이나, 이는 등기 경료 당시를 기준으로 그 등기가 실체권리관계에 부합하여 유효한 경우에 한정되는 것이고, 등기 경료 당시에는 실체권리관계에 부합하지 아니한 등기인 경우에는 사후에 이해관계인들의 동의 또는 추인 등의 사정으로 실체권리관계에 부합하게 된다 하더라도 공정증서원본불실기재 및 동행사죄의 성립에는 아무런 영향이 없다. 동지의 판례로 대판 1957.4.12. 4290행상32.

는 것이 아니기 때문이다.²⁶⁾ 그렇다면 구체적으로 행위자의 죄책은 어떠한가. 중간자가 양도인·양수인과 공동으로 중간생략등기에 의한 방식으로 그리고 실질적으로 매매인 토지거래에 대하여 허가를 받지 아니하여 무효인 토지거래계약에 기하여 등기 신청서에 증여라고 기재한 후 이를 등기 공무원에게 신청하여 등기를 경료한 경우 비록 등기신청서에 중간자명의가 빠져 있다고 하여도 양도인, 중간자, 양수인 3자는 공정증서원본 등 부실기재죄에 대한 공동의 의사가 있으며 이에 따라 중간자 외 다른 양도인과 양수인이 등기를 신청하여 허위의 등기를 경료하였으므로 공정증서원본 등 부실기재죄의 공동정범이 성립한다.

이러한 문제는 중간생략등기가 아닌 경우에도 발생한다. 매도인과 매수인사이의 소유권양도관계는 당해 토지가 토지거래허가를 받아야 함에도 불구하고 거래허가를 받지 아니하고 매매계약을 체결하였지만 이에 기하여 소유권이전등기를 신청하지 않은 경우 허가를 받지 않았으므로 계약이 무효이며 이에 당사자에게 등기신청의무가 없으므로 당사자가 등기 신청을 하지 않은 것은 등기 신청자체가 없으므로 공정증서원본부실기재죄가 성립하지 않는다. 그러나 이와 달리 매도인과 매수인사이에 시세차익을 취득하기 위하여 토지거래허가를 회피할 목적으로 실질적으로 매도하면서 토지거래허가가 불필요한 증여로 등기원인을 허위로 기재한 경우 공정증서원본부실기재죄가 성립하는 문제에 대하여 별도로 검토되어야 한다. 당해 토지가 토지거래허가구역 내에 있으므로 매매인 경우 토지거래허가를

부동산을 관리 보존할 목적으로 이를 타에 신탁하는 의미로써 해 소유권이전등기를 함에 있어서 등기원인은 매매로 가장하였다 하여도 이는 형법 제228조 제1항 혹은 동법 제229조 소정죄에 해당하지 아니한다.

26) 대판 1972.10.31. 72도1966. 공정증서의 권리의무에 관한 사항에 관계없는 것이고 아무런 의미가 없는 상태하에 있는 예고등기는 이를 말소한다 할지라도 공정증서원본부실기재죄가 성립하지 아니한다.

받아야 비로소 등기 신청을 할 수 있다는 점에서 매도인과 매수인 사이에 실질은 매매이면서 허가를 필요로 하지 않는 증여로 등기원인을 허위 기재한 경우 이는 매매에 대하여 토지거래허가를 요하는 부동산등기특별조치법에 대한 탈법행위이지만 부동산소유권이 매도인으로부터 매수인에게 이전하였다는 점에서 실체적 권리관계에 부합하는 등기이며 이는 단순히 등기원인을 허위 기재한 경우이므로 등기부라는 공정증서에 부실기재하였다고 할 수 없다. 따라서 이는 공정증서원본부실기재죄가 성립하지 않는다. 부동산등기특별조치법상 등기원인허위기재죄가 성립하는 문제는 별론이다.

IV. 부동산등기특별조치법상 등기미신청죄·등기원인 허위기재죄와 형법상 공정증서원본부실기재죄의 법률부정합의 문제

예를 들어 갑과 을사이의 소유권매매는 당해 토지가 토지거래허가의 대상으로 매매계약을 체결하여 거래허가를 받은 경우 이에 기하여 소유권이 전등기를 신청하지 않은 경우는 이미 살펴본 바와 같이 부동산등기특별조치법에 의한 등기미신청죄가 성립한다. 그리고 갑과 을 사이에 시세차익을 취득하기 위하여 토지거래허가를 회피할 목적으로 실질적으로 매도하면서 토지거래허가가 필요하지 않은 증여로 등기원인을 허위로 기재한 경우에도 동법에 의한 등기원인허위기재죄가 성립한다. 그러나 토지거래허가의 대상이 된 토지의 매매계약에 대하여 허가가 없거나 허가가 실효된 경우 허가의 대상인 매매계약이 실효되어 존재하지 않으므로 등기를 하지 않거나 등기를 하여도 등기원인에 대하여 허위기재한 경우 동법에 의한 등기

미신청죄와 등기원인허위기재죄가 성립하지 않는다. 이에 고려하여야 할 문제가 있다. 이는 i) 토지매매계약의 당사자가 당해 매매대상인 토지에 대하여 허가신청 후 허가 처분되어 이에 등기공무원에게 등기를 신청하여 등기부에 등기가 된 경우와 ii) 실질적으로는 토지매매계약으로 등기원인이 매매인 계약을 토지거래허가를 회피할 목적으로 허가가 필요하지 않은 매매가 아닌 증여로 등기원인을 허위로 기재하여 등기 신청하여 등기가 된 경우 사후 당해 토지계약 및 허가에 대하여 정밀검토가 이루어져 허가 여부가 변경된 경우이다. 첫째, 당해토지에 대하여 토지거래허가가 유효하다고 판명된 경우 토지거래허가에 기하여 등기 신청이 된 경우이므로 i)의 경우 동법에 의한 등기미신청죄가 성립하지 않는다. ii)의 경우 허가대상인 계약이 유효하며 등기원인을 허위로 기재하지 않을 의무가 있으므로 매매를 증여로 허위로 기재한 때 등기원인허위기재죄가 성립한다. 둘째, 당해토지에 대한 허가가 이루어지지 않거나 허가가 행하여졌다고 하여도 사후 허가가 실효되는 경우 허가의 대상인 매매계약이 소급하여 실효되므로 부동산등기특별조치법에 의한 등기의무가 없으므로 등기미신청죄와 등기원인허위기재죄가 성립하지 않는다. 이때 허가부존재로 인한 매매계약의 실체가 없음에도 불구하고 당사자가 이를 알고서 이전등기를 신청한 때 형법상 공정증서원본부실기재죄가 성립한다. 만일 당사자가 당해토지에 대한 허가가 필요한 경우에도 불구하고 기망 기타 여러 방법을 사용하여 당해토지에 대한 허가를 취득하거나 허가를 회피할 목적으로 허가가 필요한 매매계약을 허가가 불필요한 증여로 위장하여 등기 신청하여 등기공무원으로 하여금 등기부에 등기한 이후 당해토지에 대한 허가의 존부와 효력의 변경이 행하여진 경우이다. 만일 허가담당공무원이 고의 또는 과실로 당해토지에 대한 허가가 유효함을 그대로 인정하여 허가의 효력이 유지되

는 경우 등기미신청의 경우를 제외하고 등기원인허위기재죄가 성립하며 형법상 공정증서원본부실기재죄는 성립하지 않는다. 왜냐하면 허가가 유효이므로 토지매매계약도 유효로 되어 이에 기한 등기가 유효하기 때문이다. 등기원인을 허위로 기재한 것은 공정증서원본부실기재죄가 성립하지 않는다.²⁷⁾ 그러나 허가가 사후 실효되는 경우 허가의 대상인 계약이 유효적 무효에 따라 소급하여 무효로 되어 부동산등기특별조치법상의 등기의무가 없으므로 등기미신청죄와 등기원인허위기재죄가 성립하지 않는다. 그러나 실효된 허가에 따라 계약이 소급하여 무효이므로 물권적 실체관계가 없음에도 불구하고 등기 신청하거나 등기 신청하여 등기부에 등기한 경우 이는 진실에 반한 등기이므로 공정증서원본부실기재죄가 성립한다.²⁸⁾ 결국 이는 매매계약당사자가 이를 처음부터 알고서 이용할 목적으로 등기 신청하여 등기부에 등기한 경우 허가담당공무원이 고의 또는 과실로 행한 허가처분의 효력여하에 따라 적용되는 법규가 다르다는 것을 보여준다. 부동산특별조치법 제8조는 등기미신청죄와 등기원인허위기재죄의 법정형이 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금이지만 형법상 공정증서원본부실기재죄 제228조 1항에서 그 법정형을 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금을 규정하고 있다. 이는 동일한 당사자의 동일한 행위가 매매계약의 대상인 토지에 대한 허가 여부 및 효력에 따라 상이한 처벌이 행하여짐을 보여준다. 명백히 부당하다. 부동산등기특별조치법상 등기미신청죄 · 등기원인허위기재죄와 형법상 공정증서원본부실기재죄의 법률부정합의 문제가 실질적으로 초래된다. 이는 죄형법정주의의 형평성 · 적정성의 원칙에

27) 대판 1957.4.12. 4290행상32.

28) 대판 2006.3.10. 2005도9402. 공정증서원본 등에 기재된 사항이 부존재하거나 외관상 존재한다고 하더라도 무효에 해당하는 하자가 있는 경우 공정증서원본부실기재죄가 성립한다.

위배된다. 동일한 행위자의 동일한 성격의 행위가 행위자가 아닌 허가담당 공무원의 허가처분행위에 따른 효력의 유무에 따라 상이한 가벌성을 부과하는 것은 타당하지 않다. 더욱이 우려할 일은 이러한 동일한 행위자에 의한 동일한 행위가 계약효력여부를 좌우하는 허가에 의하여 처벌법규가 달라지는 점을 행위자가 이를 고의적으로 악용하여 자신에 대한 처벌여부와 정도를 결정할 수 있다는 점은 범죄와 처벌에 대한 객관성을 보장하는 법치주의를 사실상 농락하게 된다는 점이다.

또 다른 법률정합성의 문제로 등기미신청죄, 등기원인허위기재죄와 공정증서원본부실기재죄의 관계이다. 부동산등기특별조치법상 등기미신청죄와 등기원인허위기재죄는 동법 제8조에 의하여 동일한 법정형으로 처벌하고 있다. 그러나 등기미신청죄는 법적 성격은 등기의무가 있는 자가 등기를 하지 않은 등기신청 이전의 진정부작위범이다. 이에 반하여 등기원인허위기재죄와 공정증서원본부실기재죄는 등기 신청시 또는 그 이후에 행하는 범죄이며 그 성격은 금지규범에 위반한 작위범이다. 이러한 점을 고려한다면 등기미신청죄, 등기원인허위기재죄와 공정증서원본부실기재죄의 관계는 등기미신청죄는 등기원인허위기재죄와 공정증서원본부실기재죄의 이전단계에서 행하는 범죄이며 법적 성격이 형법상 불법성의 정도가 작위범보다 경미한 부작위범이라는 점에서 최소한 처벌의 정도는 등기원인허위기재죄와 공정증서원본부실기재죄보다 가벼워야 한다.²⁹⁾ 현행 부동산등기특별조치법상 등기미신청죄와 등기원인허위기재죄는 동법 제8조에 의하여 동일한 법정형으로 처벌하는 점은 범죄의 성격을 고려할 때 현저히 타당

29) 부작위범이 성립하기 위하여 작위와 동일한 동가치성을 요하는 것은 부작위의 불법성이 작위보다 가벼운 것을 나타낸다고 할 수 있다. 권오걸, 형법총론, 형설출판사, 2005, 411면; 김일수·서보학, 형법총론, 박영사, 2006, 502면; 박상기, 형법총론, 박영사, 2005, 323면; 오영근, 형법총론, 박영사, 2005, 269면; 이재상, 형법총론, 박영사, 2006, 131면; 임웅, 형법총론, 법문사, 2002, 535면; 정성근·박광민, 형법총론, 삼지원, 2001, 470면.

성을 잃고 있다. 특별형법규정의 경우에도 형법이 적용되므로 형법의 범죄 형식 및 규범논리에 맞게 규정되어야 함은 자명한 일이기 때문이다.

그리고 토지거래허가가 무효라고 인정된 경우 이에 기한 등기는 부동산 등기특별조치법에 의하여 처벌되지 않으며 또한 등기원인을 허위로 하는 경우 공정증서원본부실기재죄가 성립하지 않으므로 결국 가벌성의 공백을 초래한다. 특히 허가처분이 실효된 경우 부동산등기특별조치법상 등기원인 허위기재죄와 등기원인을 허위기재한 경우 공정증서원본부실기재죄가 모두 성립하지 않는 점은 문제이다. 이러한 점을 고려하면 부동산등기특별조치법 제2조 1항 단서를 개정하여 허가가 해제·해지 또는 실효되어 계약이 효력이 없어도 등기를 신청하거나 등기 신청하여 등기부에 기재한 경우를 별도로 처벌하는 규정을 신설할 필요가 있다. 이러한 행위를 별도로 처벌하는 규정이 있을 때 위와 같은 가벌성의 흠결만이 아니라 특히 이러한 무효등기를 고의로 창출하여 이를 모르는 선의의 제3자가 사법상 무효인 등기를 신뢰하여도 자신이 소유권을 취득하지 못하는 등 권리를 보호받지 못하는 부동산등기의 공신력이 인정되지 않는 우리법제에서 행위자가 사실상 선의의 제3자에게 손해를 가하는 등, 국가기관이 관리하는 등기의 공신력을 훼손하거나 악용하는 사례를 비록 간접적이거나 형사법적으로 규제하는 방법으로 된다는 점에서 의미가 있다.

V. 결 론

[1] 부동산등기특별조치법상의 등기미신청죄와 등기원인허위기재죄에 대하여 우선 민법상의 물권관계는 물권계약과 이에 일치하는 등기가 행하

여진 경우 물건변동의 효력이 발생한다.

1) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 토지거래허가제는 실거래자 위주의 합리적인 토지거래를 규제할 필요가 있는 경우 토지라는 부동산물 권거래에 대하여 관할 관청의 토지거래허가를 받아 부동산등기를 하게 하는 제도이다. 토지거래허가제도는 부동산물권계약당사자가 매매 등 부동산 물권계약을 체결한 이후 이에 토지거래허가를 청구하여 허가를 받아 등 기소에 부동산물권등기를 신청하므로 부동산물권계약의 효력과 토지거래 허가와의 관계에 대하여 다수의 견해와 판례는 유동적 무효로 이해하여 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’상의 허가구역 내의 토지에 대한 토지 거래계약은 관할관청의 허가를 받아야만 그 효력이 발생하고 허가를 받기 전에는 원칙적으로 무효이며 다만 허가받을 것을 전제로 체결한 거래계약 은 허가를 받으면 소급해서 유효한 계약이지만, 처음부터 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약을 체결한 경우에는 확정적으로 무효이다. 유동적 무효설에 따르면 허가구역 내 토지거래허가를 받지 아니한 부동산소유권 이전계약은 확정적으로 무효이며 유효인 계약을 전제로 한 부동산등기특별조치법상 소유권이전등기 신청의무는 없다.

2) 부동산등기특별조치법 제2조 3항은 부동산소유권이전계약을 체결한 자가 일정한 기간 내 소유권이전등기 신청을 하여야 하며 동법 제6조는 등기 신청서에 등기원인허위 기재하여 신청하거나 소유권이전등기외의 등 기 신청행위를 금지하며 동법 제2조 제1항은 부동산의 소유권이전계약을 체결한 경우 그 계약이 취소, 해제되거나 무효인 경우에는 예외를 인정하고 있다. 부동산등기특별조치법 동법 제6조의 ‘법 제2조의 규정에 의하여

소유권이전등기를 신청하여야 할 자'도 부동산소유권이전계약이 유효함을 전제로 한다. 부동산소유권이전계약자체의 유효함을 전제로 하는 부동산등기특별조치법 제2조 2항과 3항의 소유권이전등기신청의무는 계약이 무효인 경우 적용될 수 없다. 소유권이전등기신청의무가 존재하지 않는 경우 동법 제8조 제1호는 적용되지 않고 등기신청의무가 없으며 허위등기원인에 관한 동법 제6조 또한 적용되지 아니하며 동법 제8조 2호에 의하여 처벌되지 않는다. 그러나 착오 등으로 등기를 한 경우 등기 신청한 각 당사자에게 등기의무가 없으므로 등기미신청죄가 성립하지 않아도 무효등기를 받은 선의의 제3자가 무효등기가 말소될 때까지 보호하지 못하는 경우가 있다. 이에 형사법적 보호책이 필요하다.

3) 중간생략등기가 행하여지는 매매대상인 토지가 토지거래허가를 요하는 경우 중간생략등기와 토지거래허가와와의 관계가 문제된다. 중간생략등기의 대상인 토지가 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상의 토지거래허가대상인 경우 중간생략등기에 관한 합의가 있어도 중간자가 아닌 양도인과 양수인사이에 부동산소유권이전계약 및 이에 기한 토지거래허가도 없으며 설령 양도인, 중간자, 양수인 3자 사이에 중간생략등기에 관한 양해가 있어 양도인과 양수인사이에 토지거래허가가 있다고 하여도 실재하지 않는 양도인과 양수인사이의 계약에 관한 토지거래허가이므로 무효이므로 미등기전매전 중간자명의로의 등기미신청행위와 등기신청서에 등기원인을 매매가 아닌 증여로 기재한 행위는 그 전제가 되는 매매계약이 무효이므로 부동산등기특별조치법 제2조, 제6조, 제8조에 의하여 처벌되지 않는다. 그러나 이 해석론은 미등기전매와 허위등기신청을 처벌할 필요가 있음에도 불구하고 이를 현행법의 해석론으로서 처벌하지 못하는 것은 죄형법정주

의의 원칙상 타당하지만 형사정책적 관점에서 그대로 유지할 수 없다. 이는 토지거래계약과 관련한 토지거래허가의 법적 성격을 비록 당사자사이에 토지거래계약이 있어도 토지거래허가가 있어야 효력이 발생하며 허가를 취득하지 못하거나 허가가 실효되는 경우 소급무효로 보는 유동적 무효라는 점에서 비롯된다. 우리 부동산등기법상 등기공무원이 등기신청권자의 등기 신청에 대하여 형식적 심사권만이 있다는 점에서 i) 토지거래허가가 없거나 또는 토지거래허가가 취소·실효되었지만 등기공무원의 착오로 등기가 경료된 경우 ii) 실질은 허가를 요하는 토지매매계약임에도 이를 허가를 요하지 않는 증여로 등기원인을 허위기재하여 등기가 경료된 경우 사법상 무효인 등기가 사후 적법하게 말소될 때까지 외형적으로 부동산등기부에 등기되어 있다는 점에서 이를 신뢰하고 거래한 선의의 제3자의 보호가 되지 않는 문제가 있다.

[2] 공정증서원본 등 부실기재죄의 성립여부에 대하여 중간생략등기의 경우 판례에 의하면 사법상 유효로 보며 이는 공정증서원본 등 부실기재죄가 성립하지 않는다. 당해 토지가 토지거래허가의 대상이 되어 허가를 취득하여야 토지거래계약이 유효로 되는 경우 토지거래당사자사이에 중간생략등기합의가 있다고 하여도 중간생략등기의 전제가 되는 계약이라는 실체가 없으므로 중간생략등기에 기하여 행한 등기는 무효이다. 토지거래허가를 받지 않아 무효인 토지거래계약에 기한 등기는 내용이 허위인 부실의 등기이며 등기공무원에게 허위로 신고하여 등기부에 기재하게 한 경우 본죄가 명백히 성립한다. 중간생략등기가 아닌 경우 매도인과 매수인사이의 소유권양도관계는 당해 토지가 토지거래허가를 받아야 함에도 불구하고 거래허가를 받지 아니하고 매매계약을 체결하고서 소유권이전등기를

미신청한 경우 허가가 없으므로 계약이 무효이며 등기 신청의무가 없고 등기 신청자체가 없어 공정증서원본부실기재죄가 성립하지 않는다. 그러나 매도인과 매수인사이에 시세차익을 취득하기 위하여 토지거래허가를 회피할 목적으로 실질적으로 매도하면서 토지거래허가가 불필요한 증여로 허위등기원인을 기재한 경우 공정증서원본부실기재죄가 성립하는 문제에 대하여 검토되어야 한다. 당해 토지가 토지거래허가구역 내에 있어 매매인 경우 토지거래허가를 받아야 등기 신청을 할 수 있다는 점에서 매도인과 매수인사이에 실질은 매매이면서 허가가 불필요한 증여로 등기원인을 허위기제한 경우 토지거래허가를 요하는 부동산등기특별조치법에 대한 탈법 행위이지만 부동산소유권이 매도인에서 매수인으로 이전하였다는 점에서 실제적 권리관계에 부합하는 등기이며 등기원인을 허위기제한 것은 부실기재가 아니므로 공정증서원본부실기재죄가 성립하지 않는다. 부동산등기특별조치법상 등기원인허위기재죄가 성립하는 문제는 별론이다.

[3] 부동산등기특별조치법상 등기미신청죄·등기원인허위기재죄와 형법상 공정증서원본부실기재죄의 법률부정합의 문제에 대하여 i) 토지매매계약의 당사자가 당해 매매계약대상인 토지에 대하여 허가를 신청하여 처분이 되어 이에 등기공무원에게 등기 신청하여 등기가 된 경우와 ii) 실질적으로 등기원인이 매매인 계약을 토지거래허가를 회피할 목적으로 허가가 필요하지 않은 매매가 아닌 증여로 등기원인을 허위기재하여 등기 신청하여 등기가 된 경우 사후 당해토지에 대하여 정밀검토가 이루어져 허가여부가 변경된 경우이다. 첫째, 당해토지에 대하여 토지거래허가가 유효하다고 판명된 경우 이는 등기 신청이 되었으므로 i)의 경우 동법에 의한 등기미신청죄가 성립하지 않는다. ii)의 경우 허가의 대상인 계약이

유효한 경우이지만 등기원인을 허위로 기재하지 않을 의무가 있으므로 매매를 증여로 허위기재한 때 등기원인허위기재죄가 성립한다. 둘째, 당해토지에 대한 허가가 없거나 허가가 있어도 사후 허가가 실효되는 경우 허가의 대상인 매매계약이 소급하여 실효되어 부동산등기특별조치법에 의한 등기의무가 없으므로 등기미신청죄와 등기원인허위기재죄가 성립하지 않는다. 이때 허가부존재로 인한 매매계약의 실체가 없음에도 불구하고 당사자가 이를 알고서 이전등기를 신청한 때 형법상 공정증서원본부실기재죄가 성립한다. 만일 당사자가 토지허가가 필요하지만 허가되지 않는 것임에도 기망 기타 여러 방법을 사용하여 토지허가를 취득하거나 허가를 회피할 목적으로 허가가 필요한 매매계약을 허가가 불필요한 증여로 위장하여 등기 신청을 하여 등기공무원으로 하여금 등기부에 등기하였지만 사후 당해토지에 대한 허가의 존부와 효력의 변경이 행하여진 경우 문제된다. 허가담당공무원이 고의 또는 과실로 당해토지허가가 유효함을 그대로 인정하여 허가의 효력이 유지되는 경우 단지 등기원인허위기재죄가 성립하며 형법상 공정증서원본부실기재죄가 성립하지 않는다. 허가가 사후 실효되는 경우 허가대상인 계약이 유동적 무효에 따라 소급하여 무효로서 부동산등기특별조치법상의 등기의무가 없으므로 등기미신청죄와 등기원인허위기재죄가 성립하지 않지만 이를 등기한 경우 이는 진실에 반한 등기이므로 공정증서원본부실기재죄가 성립한다. 결국 이는 매매계약당사자가 이를 처음부터 알고서 고의로 등기 신청하여 등기한 경우 허가담당공무원이 고의 또는 과실로 행한 허가처분의 효력여하에 따라 적용법규가 다르다. 부동산등기특별조치법상 등기미신청죄·등기원인허위기재죄와 형법상 공정증서원본부실기재죄의 법률부정합의 문제가 실질적으로 초래된다. 이를 해결하기 위하여 부동산등기특별조치법의 등기원인허위기재죄와 형법상 공정증

서원본부실기재죄의 법정형을 동일하게 하는 등의 개정할 필요가 있다. 부동산등기특별조치법상 등기미신청죄와 등기원인허위기재죄는 동법 제8조에 의하여 동일한 법정형으로 처벌하고 있다. 그러나 등기미신청죄는 등기의무자가 등기를 하지 않은 등기 신청 이전의 진정부작위범이며 등기원인허위기재죄와 공정증서원본부실기재죄는 등기 신청시 또는 그 이후의 범죄이며 그 성격은 금지규범에 위반한 작위범이다. 등기미신청죄의 처벌의 정도는 등기원인허위기재죄와 공정증서원본부실기재죄보다 가벼워야 한다. 그리고 토지거래허가가 무효인 경우 이 등기는 부동산등기특별조치법에 의하여 처벌되지 않으며 또한 등기원인을 허위로 하는 경우 공정증서원본부실기재죄가 성립하지 않아 가벌성의 공백을 초래한다. 부동산등기특별조치법 제2조 1항 단서를 개정하여 허가가 해제·해지 또는 실효되어 계약이 효력이 없어도 등기를 신청하거나 등기 신청하여 등기부에 기재한 경우를 별도로 처벌하는 규정을 신설할 필요가 있다.

참고문헌

- 권오걸, 형법총론, 형설출판사, 2005.
 김일수·서보학, 형법총론, 박영사, 2006.
 박상기, 형법총론, 박영사, 2005.
 오영근, 형법총론, 박영사, 2005.
 이재상, 형법총론, 박영사, 2006.
 임 우, 형법총론, 법문사, 2002.
 정성근·박광민, 형법총론, 삼지원, 2001.

- 김일수 · 서보학, 형법각론, 박영사, 2004.
박상기, 형법각론, 박영사, 2005.
오영근, 형법각론, 박영사, 2005.
이재상, 형법각론, 박영사, 2006.
임 웅, 형법각론, 법문사, 2002.
정성근 · 박광민, 형법각론, 삼지원, 2002.
고상용, 물권법, 법문사, 2001.
김상용, 물권법, 법문사, 2003.
김준호, 민법강의, 법문사, 2003.
박종두, 물권법, 삼영사, 2005.
이은영, 민법학강의, 박영사, 1996.
이은영, 물권법, 박영사, 1998.
이영준, 물권법, 박영사, 2001.
지원림, 민법강의, 홍문사, 2003.
홍성재, 물권법, 대영문화사, 2006.

The Criminal Problems on the Permission for Landsaledeal

Choi, Kwan-Sig*

There are much more needs for real estate including land than the supply of real estate in the Korean society nowadays. For this reason more complicated types and amounts in the deal of real estate are increased. To solve these problems many real estate related laws are made, especially Act on special measures for the Registration of Real Estate and National Land Planning and Utilization Act. Act on special measures for the Registration of Real Estate and National Land Planning and Utilization Act are the laws that regulate to prevent raising land prices high abnormally and obtain real estate ownership for real land demander in the land market. In the Act on special measures for the Registration of Real Estate, application of Registration of Real Estate is obliged to be made within certain days from day of landsalecontract and real cause of Registration is obliged to be booked in the Real Estate Register to obtain real estate ownership through landsalecontract. If not, one would be punished by this law. And in the Land Planning and Utilization Act Permission for landsaledeal is introduced to permit real land demander to obtain real estate ownership in the region of Permission for landdeal. Though landsalecontract is

* Professor, Department of Police Administration, Kyungwoon University, Ph.D. in Law

made between the both parties of landsalecontract, landsalecontract will have effect through obtainment of Permission for landdeal. But unforeseenably it is occurred that these two laws including criminal law are conflicted one another at several points through practices of these laws. On these reasons this article will be studied on the criminal problems on the Permission for landsaledeal including the inconsistency between these laws and criminal law.

주제어 : 부동산, 토지거래허가, 부동산등기특별조치법, 공정증서원본부
실기재죄

Keywords : Real Estate, Permission for Real Estate Deal. Act on
special measures for the Registration of Real Estate

낙태죄의 현실적응력: 의사의 면허와 관련하여

김 혜 경*

국문요약

낙태죄에 대하여는 기간이나 사유에 관계없는 전면 비범죄화의 주장에서부터 생명의 존엄성을 태아에까지도 확장하여 낙태죄의 엄격한 법집행을 촉구하는 견해까지 팽팽한 대립구도를 유지하고 있다. 낙태의 대부분이 의사의 불법시술에 의하거나 심지어는 낙태유인행위가 빈번하게 이루어지기 때문이다.

본 논문은 지나치게 처벌 일변도로 일관하는 낙태입법의 전형적인 문제점을 되짚어 보면서도, 낙태죄 규정이 가지는 생명에 관한 가치관을 우선 언급하고자 한다. 그리고 이를 바탕으로 낙태죄라는 법률의 현실적응력을 각 통계에 나타난 낙태죄 처벌정도를 통해 살펴보고자 한다. 특히 낙태죄의 법적응력과 의사의 면허취소 규정의 적용현실 및 이에 관한 문제점을 살펴보았다. 의료법은 업무상 동의 낙태죄를 의사의 면허취소 사유로 명문화하고 있는 바, 이 규정의 실효성이 어느 정도인지를 살펴보고, 이러한 규정을 통하여 역으로 의사의 낙태행위 규제를 통한 낙태시술 감소의 결과가, 전체 낙태율의 감소라는 효과로서 이어지는 것이 가능한지를 검토하고자 한다. 그리고 그 결과 임부의 요청에 의한 업무상 낙태행위는 처벌하지 않되, 영리목적 낙태죄만을 처벌하는 대신 영리목적 낙태행위를 행한 의사 등에 대하여는 필요적 면허취소사유를 엄중하게 적용하는 방안을 제시하고자 한다.

* 계명대학교 법경대학 교수, 법학박사

I. 들어가며

현실과 규범간의 괴리 또는 불일치를 언급할 때 가장 먼저 대두되는 화두 중에 하나가 낙태이다. 형법규범은 변화하는 사회현실과 수범자인 일반인의 규범의식에 탄력적으로 대응해야 하는 것이 현실적으로 타당하지만, 현실적응력이 떨어진다고 해서 규범이 가지는 고유의 의미와 임무가 경시되어서는 안된다.

낙태는 특히 인간생명에 대한 가치관 또는 인간의 존엄성으로부터 출발하는 문제이기 때문에 이를 형법적으로만 다룰 수 있는 문제만은 아닐 뿐만 아니라, 국가의 헌법적 사상을 바탕으로 하면서도 정책적인 측면을 무시할 수 없다는 점에서 결론을 도출하기가 쉽지 않다. 이 때문에 지금까지 많은 국가들이 낙태죄에 대하여 다양한 대체를 시도하면서도, 이를 함부로 포기하지도 못하는 것이 실정이다. 1990년 동독이 서독에 가입하면서 이루어진 독일통일에 있어서도 가장 논쟁이 심했던 부분이 재산권문제와 함께 낙태규정이었음은 이를 반영한다.¹⁾

우리나라에서도 낙태죄의 현실적응력과 그에 따른 개정의 필요성에 관한 인식이 차차 넓어지기는 하였지만, 1953년 형법제정 당시의 낙태금지조항의 틀이 그대로 유지되고 있다. 다만 1973년 정부주도적인 가족계획정책의 일환으로서 도입된 모자보건법상 일정한 낙태의 위법성조각사유가 낙태의 합법화의 길을 열어두고 있을 뿐이다. 현재에도 낙태죄에 대하여는

1) 심지어 독일통일은 1990년 7월 1일부터 통화, 경제, 사회통합조약에 의하여 시작하여 공식적 통일을 이루기 이전부터 많은 중요부분에 있어서 합의를 보았지만, 통독 후에도 한동안 이 문제를 해결하지 못하여 1992년에는 8월 4일 임신부 및 가족보조법(Schwangeren- und Familienhilfegesetz)의 효력정지처분 결정으로 인하여 서독지역과 동독지역에 상이한 낙태규정이 적용되었다.

기간이나 사유에 관계없는 전면 비범죄화의 주장에서부터 생명의 존엄성을 태아에까지도 확장하여 낙태죄의 엄격한 법집행을 촉구하는 견해까지 팽팽한 대립구도를 유지하고 있다. 또한 낙태죄 존속을 지지하는 견해 중에는 일반 임부의 낙태는 비범죄화하고자 하지만 의사의 업무상 낙태죄는 엄격히 처벌할 것을 주장하기도 한다. 이는 낙태의 대부분이 의사의 불법 시술에 의하거나 심지어는 낙태유인행위가 빈번하게 이루어지기 때문이다.

여기에서는 낙태죄 규정이 가지는 생명에 관한 가치관을 우선 검토하면서도 한편으로 지나치게 처벌 일변도로 일관하는 낙태입법의 전형적인 문제점을 지적하고자 한다. 그리고 이를 바탕으로 각 통계에 나타난 낙태죄 처벌정도를 통해 낙태죄의 현실적응력을 살펴보고자 한다. 특히 지금까지 낙태죄와 관련하여 빈번하게 다루어졌던 찬반론의 시각에서 조금 더 나아가, 낙태죄의 법적응력과 의사의 면허취소 규정의 적용현실 및 이에 관한 문제점을 언급하고자 한다. 의료법은 업무상 동의낙태죄를 의사의 면허취소 사유로 명문화하고 있는 바, 이 규정의 실효성이 어느 정도인지를 살펴보고, 이러한 규정을 통하여 역으로 의사의 낙태행위 규제를 통한 낙태시술 감소의 결과가, 전체 낙태율의 감소라는 효과로서 이어지는 것이 사회적으로 가능한지를 검토해 보고자 한다.

II. 낙태죄 찬반론

1. 낙태죄 비범죄화론

임부의 낙태여부에 대한 결정권은 헌법 제10조의 행복추구권으로부터

비롯되는 헌법상의 기본권이라고 주장하는 견해가 있다.²⁾ 기본적으로 태아의 출산과 양육은 모의 지배영역이자 책임영역이기 때문에, 국가가 기아 문제에 대한 충분한 해결책을 제시하지 못한 상황에서 임부에게 출산을 강요하는 것은 모순이라고 본다.

그런데 동 견해에 의하면 자기낙태죄와 동의낙태죄의 경우에는 법정기관의 상담이나 의사의 상담을 거치기만 한다면 임신기간이나 적응사유와 관계없이 모든 낙태를 허용해야 한다. 즉, 상담을 거치고 전문가의 조언을 받았다면 임신말기로서 충분히 생존가능성이 있는 시기의 태아라도 사유와 관계없이 모두 법적으로 허용해야 한다고 보는 견해이다.³⁾ 이는 낙태와 관련한 실태와 일반인의 법감정 또는 낙태에 관한 인식을 조사한 설문 결과를 바탕으로 그 논거를 찾고자 하고 있다.⁴⁾

2. 낙태죄 존치론

가. 강경론

낙태죄규정은 결코 포기될 수 없는 생명의 존엄성에 관한 규정이므로, 오히려 동 규정의 실효성을 확보하기 위한 사법적 조치가 적극적으로 강화되어야 할 것을 주장하는 견해이다.⁵⁾ 이에 대한 일환으로 불법낙태행위에

2) 임웅, “낙태죄의 비범죄화에 관한 연구”, 성균관법학 제17권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005/12, 387면 이하.

3) 물론 동 견해도 사회적·경제적 적응이라는 조문을 모자보건법에 추가할 것도 제안하고 있지만, 이는 부동의낙태죄를 제외한 모든 낙태죄의 비범죄화가 당장 실현이 불가능할 경우에 경과조치로서 제시하고 있을 뿐이다.

4) 그 밖에도 사회학적 또는 여성학적 입장에서 현실을 고려한 낙태의 비범죄화를 주장하는 견해들이 다수 보이지만, 여기에서는 오로지 형법적인 접근만을 다루고자 한다.

5) 김학태, “형법에서의 낙태죄와 모성보호”, 외법논집 제3집, 한국외국어대학교 법학연구

대한 적극적인 소추와 제재를 강조하면서, 한편으로 모자보건법상 추상적이고 포괄적으로 규정된 모든 낙태허용사유를 개정하여 필요최소한의 원칙에 따라 최소한만 가능하도록 제한해서 입법화할 것을 요구할 뿐만 아니라 그 기간도 현행 28주 이내에서 12주 이내로 축소할 것을 주장하고 있다.

동 견해는 낙태죄 규정이 태아의 생명을 보호함으로써 형법의 가장 본질적인 생명보호의 영역에 속하는 중요한 규정이라고 보는 데에서 출발한다. 즉, 태아의 생명보호는 인간의 본질적 영역이기 때문에 시·공간을 초월해서 불변하며 국가의 정책적 요청이나 사회적 인식변화에 의해 침해될 수 없는 가치이므로 결코 포기될 수 없다고 본다. 부가적으로 여성의 자기결정권은 낙태죄와 관련하여 볼 때, 태아의 생명존속여부는 자기결정권의 범위 내에 포함되는 사안이 아니라고 평가한다. 즉, 여성의 자기결정권 보호는 임부가 낙태를 자유롭게 결정할 수 있다는 의미의 자기결정권이 아니라, 수태를 할 것인가에 관한 자유로운 결정과 생명보호를 통한 산모의 신체 내에서의 성장과 출생의 보호라는 관념적 의미로서의 모성보호이므로 낙태행위의 정당화근거가 될 수 없다고 본다.

판례⁶⁾ 또한 “인간의 생명은 잉태된 때로부터 시작되는 것이고 회임된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 존엄과 가치를 지니므로 그 자신이 이를 인식하고 있든지 또는 스스로를 방어할 수 있는지에 관계없이 침해되지 않도록 보호되어야 한다 함이 헌법아래서 국민일반이 지니는 건전한 도의적 감정과 합치되는바 …”라고 판시하여 이와 유사한 견해를 보이고 있다.

소, 1996, 398면; 배종대, 형법각론, 162면; 입법정책연구회, 출산장려를 위한 입법방향, 2006, 168면.

6) 大判 1985.6.11, 84도1958.

나. 탄력적 적응론

낙태죄의 존치를 긍정하면서도 낙태의 허용범위, 즉 위법성조각사유의 범위를 확대하고자 하는 견해이다. 대체로 사회적·경제적 사유의 도입을 통하여 낙태의 허용범위를 현실에 맞도록 탄력적으로 대응하고자 한다.⁷⁾ 즉, 현실적으로 낙태를 엄격히 제한한다고 해서 범규범의 준수를 예견할 수 있는 것이 아니라 오히려 범규범 자체가 유명무실해지는 결과를 초래하기 때문에 낙태를 탄력적으로 합법화할 수 있는 길을 열어두어야 한다고 본다.

사회적·경제적 사유란 임신의 지속이 그 가족의 사회적이거나 경제적 인 상태를 현저히 위태롭게 할 우려가 있는 경우로서, 모자보건법이 명시하지 않은 성범죄로 인한 임신이나 미성년자의 임신,⁸⁾ 사실상 별거 또는 이혼상태의 임신, 양육이 현실적으로 불가능한 상태에서의 임신, 자녀수 조절을 위한 필요성, 또는 출산으로 인한 직업상실에 의하여 경제적 궁핍 상태에 이르는 경우 등을 예정해 볼 수 있을 것이다.

3. 소 결

가. 임부의 자기결정권과 생명보호

형법상 태아가 사람과 구별되는 것은 여러 규정을 통하여 알 수 있다. 사람의 살해는 형법 제250조 이하 살인죄를 구성하지만, 태아의 살해는 낙

7) 이재상, 형법각론, 90면; 임웅, 형법각론, 104면 및 앞의 논문, 389면; 정현미, “낙태죄와 관련한 입법론”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004/겨울, 703면.

8) 오스트리아 형법 제97조 제1항 제2호

태죄에 해당한다. 또한 사람의 상해는 상해죄를 구성하지만, 민법상의 손해배상청구권에 관한 대답은 별론으로 하고 형법상 어떤 경과에 의하든 태아의 상해는 처벌할 수 없다. 그렇지만 형법상 사람의 시기를 민법과 달리 분만개시진통설을 취하는 것은 그만큼 형법의 임무는 생명존중에 있다고 보아야 할 것이다. 또한 현재 의학수준은 정상적인 분만기 이전에 모체 밖으로 배출된 태아의 생명유지도 일정부분 가능하도록 발달되어 있다. 이 경우 동일한 시기에 모체 밖에 있는지 아니면 모체 내에 있는지가 생명보호의 정도를 차별화하는 기준이 되기는 어려울 것이다.

한편으로는 태아의 생명과 임부의 자기결정권을 기본권의 충돌로 이해하기도 한다.⁹⁾ 그리고 낙태여부에 대한 종교적인 판단과 결정은 임부에게 중요한 문제이므로 당사자가 주도적으로 판단내려야 할 사안이라고 본다.¹⁰⁾ 따라서 낙태는 사회권으로서의 성격과 아울러 자유권의 성격을 가지고 있다고 본다.¹¹⁾ 물론 인간이 가지는 자기결정권은 존중되어야 하지만, 이 또한 제한의 대상이되며, 제한할 때에는 법률의 형식으로 가능하다. 따라서 무제한의 권리는 아니다. 그리고 여기에서 임부가 가지는 자기결정권은 기본적으로 성적 자기결정권과 이를 통하여 임신할 것인가의 자유권을 의미하며, 이로 인하여 잉태된 태아의 생명을 박탈할 수 있는 자기결정권까지 당연히 포함한다고 볼 수는 없을 것이다.

판례는 분만중의 태아도 살인죄의 객체가 된다고 보거나¹²⁾ 낙태죄는 태

9) 특히 Roe v. Wade. 93 S. Ct. 705(1973). 미 연방대법원은 낙태의 금지가 사생활을 침해하며, 따라서 모체의 생명에 대한 위험발생만을 낙태의 허용사유로 보고 있는 텍사스주법은 위헌이라고 판결하였다.

10) Alison M. Jaggar, "Abortion and a Woman's Right to Decide", Living with Contradictions, Westview Press 1994, 282면.

11) Patricia S. Mann, Micro-Politics, University of Minnesota Press 1994, 273면.

12) 大判 1982.10.12, 81도2621.

아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 모체 안에서 살해함으로써 성립하고, 그 결과 태아가 사망하였는지 여부는 낙태죄의 성립에 영향이 없으며, 만일 자연분만기에 앞서 살아서 태어난 태아(미숙아)를 다시 살해한 때에는 살인죄가 성립된다고 본다.¹³⁾ 또한 인간의 생명은 잉태된 때로부터 시작되는 것이고 회임된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 존엄과 가치를 지니므로 그 자신이 이를 인식하고 있든지 또는 스스로를 방어할 수 있는지에 관계없이 침해되지 않도록 보호되어야 한다¹⁴⁾고 판시하고 있다. 이러한 점은 판례 역시 최대한 생명을 존중하고자 노력하고 있음을 반증한다. 인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다.¹⁵⁾

정책적인 요청이나 사회적 현실이 어느 정도 범규범에 영향을 미친다고 하더라도 범규범이 가지는 본질적인 의미를 침해할 수는 없다. 따라서 인간의 본질적 영역에 속하는 생명존중사상은 시간과 장소를 초월하여 포기될 수 없다고 보아야 할 것이다. 물론 태아가 온전하게 독립적인 인격체인 사람과 동일하게 보호받아야 한다는 것은 아니다. 다만 태아가 생물학적으로든 사회적으로든 사람의 전신으로서 평가받을 때에는 기본적으로 자기결정권에 의하여 마음대로 처리될 수 있는 물(物)과 같은 속성으로 취급되어서는 안 된다는 것이다. 이와 같이 볼 때 낙태죄의 비범죄화는 용인되기 어려울 것이다. 다만 기본적으로 낙태죄를 존치하더라도 태아의 생명을 유

13) 大判 2005.4.15, 2003도2780.

14) 大判 1985.6.11, 84도1958.

15) 憲裁決 1996.11.28, 95헌바1.

지시할 수 없는 사유가 존재한다면 이러한 영역에 대한 합법화는 불가피하게 된다.¹⁶⁾ 현재 모자보건법은 의학적이거나 우생학적, 윤리적 적응사유 등 제한적으로 몇 가지 위법성이 조각되는 사유들을 규정하고 있다.

나. 위법성조각사유-낙태의 합법화 영역

1) 사유적응방식

현행법은 기본적으로 낙태행위를 범죄행위로 보면서도, 모자보건법상 위법성조각사유를 규정하고 있다. 동법 제14조는 본인과 배우자의 동의를 얻어, 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우, 전염성 질환이 있는 경우, 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우, 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우 및 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우에는 28주 이내까지 임신중절수술을 허용하고 있다. 동 규정은 제5호의 추상적이고 포괄적인 사유규정으로 인하여 비판을 받는다.¹⁷⁾ 그런데 다른 한편으로는 이 외에도 사회적·경제적 사유라는 또 다른 추상적이고 포괄적인 사유규정을 추가할 것을 주장하기도 한다.¹⁸⁾ 이에 따르면 임부의 긴급상황은 현

16) 憲裁決 95헌바1은 사형제도의 위헌성 여부에 관한 판결에서 다음과 같이 언급하고 있다. 즉, “인간의 생명에 대하여는 함부로 사회과학적 혹은 법적인 평가가 행하여져서는 안될 것이지만, 비록 생명에 대한 권리라고 하더라도 그것이 헌법상의 기본권으로서 법률상의 의미가 조영되어야 할 때에는 그 자체로서 모든 규범을 초월하여 영구히 타당한 권리로써 남아 있어야 하는 것이라고 볼 수는 없다. ... 비록 생명이 이념적으로 절대적 가치를 지닌 것이라 하더라도 생명에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있다고 할 것이므로, 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없다 할 것”이라고 본다.

17) 김학태, 앞의 논문, 399면; 배종대, 형법각론, 162면.

실적으로 사회적 또는 경제적인 사유가 많은 부분을 차지하며, 이는 우생학적, 의학적, 윤리적 사유에 비견하여 그 중요성이 떨어지지 않는다는 점을 든다. 그리고 이러한 논의들은 소위 지표모델 또는 사유적응방식¹⁹⁾이라고 일컬어진다. 지표모델이란 일정한 의학적, 우생학적, 형사학적, 사회적 지표를 낙태의 허용기준 즉, 위법성조각사유로 이해하는 방식이다.²⁰⁾

2) 기한해결방식

다른 한편으로 착상 후 일정한 기간까지의 낙태는 자유롭게 임부의 선택에 맡기되 그 이후의 행위는 불법으로 보는 방법이 있다. 이를 기간모델 또는 기한해결방식이라고 한다. 예컨대 1974년 6월 18일 독일 제5차 형법 개혁을 위한 법률은 낙태에 관하여, 형법 제218조 제1항²¹⁾에 따라 원칙적으로 잉태한 후 13일 이상 된 태아의 낙태는 처벌되지만, 제218조 a에 따르면 임신부 스스로의 결정을 기초로 의사에 의하여 행해진, 잉태 후 12주까지의 낙태는 사회적인 부조의 가능성이 임부에게 주어졌고 의사와의 상담이 있었다면 형사처벌이 되지 않는다고 보았다. 또한 구 동독지역에서는 1972년 이후 임신중절법 제1조 제1항에서 “임부는 임신 후 12주안의 기간 중에 산부인과 병원에서 의료행위에 의한 낙태를 할 수 있는 권리를 갖는다”고 규정하였다.²²⁾ 미국의 경우에는 1973년 연방대법원의 Roe판결을 통

18) 이재상, 형법각론, 90면; 임웅, 형법각론, 104면 및 앞의 논문, 389면; 정현미, 앞의 논문, 703면.

19) 사유방식을 허용하는 견해로는 신동운/최병천, 낙태죄 및 간통죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1991, 123면; 이형국, “낙태죄의 제문제”, 고시연구, 1995/4, 56면; 정현미, 앞의 논문, 703면.

20) Sch/Sch/Eser, StGB §218a Rn. 5f.

21) 제5차 독일형법 제218조 제1항 임신 후 13일이 경과하여 임신중절을 한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

하여 기간모델이 합헌판결을 받았다. 즉, 임신을 12주 단위로 구분하여 첫 12주 동안은 임부의 독자적 판단에 의하여 의사와 상의 하에 전적으로 낙태를 결정할 수 있으나 12주 이후에는 임부의 건강보호를 위한 주의 이익을 인정하였고, 특히 마지막 12주 동안은 태아의 잠재적 생명에 대한 주의 급박한 이익을 인정하였다.²³⁾ 즉 임신시기를 3등분해 그 3분의 1에 해당하는 시기에는 낙태는 산모의 건강에도 아무런 문제가 없으며, 태아도 생명으로 인정하지 않아도 문제가 없다고 보았기 때문에²⁴⁾ 대표적인 기간모델이라고 할 수 있다. 우리나라는 1992년 형법개정안 제안이유서에서 임신 3개월을 전후한 태아의 발육상태의 차이를 과학적으로 검증할 수 없다는 점에서 기한방식을 부정하였다.²⁵⁾

이밖에도 양자의 적절한 혼용을 통하여 제한적으로 낙태를 허용하고자 하는 방식도 가능하다.

3) 양자의 검토

양자는 기본적으로 낙태를 보는 시각에 있어서 다소 차이가 있다. 사유

22) 또한 임신중절법 제2조 제1항 및 동법 시행규칙 제4조 제3항은 수태 후 12주가 경과했다더라도 광범위한 의학적·사회적 지표에 해당하는 한 임부의 신청에 의한 낙태가 허용됨을 규명하고 있다. 이는 특히 여성차별의 철폐와 남녀평등의 보장이라는 차원에서 여성의 낙태권을 보호하는데 있다고 한다. Krah, Abtreibung und § 218 StGB, Jura 1992, 394면 및 Wilms, Rechtsprobleme des Schwangerschaftsabbruchs im vereinten Deutschland, ZRP 1990, 473면(강태수, “통독후 법적 동화과정과 문제-낙태에 대한 헌법상의 논의를 중심으로-”, 사법행정, 1992/10, 21면 재인용).

23) Roe v. Wade. 93 S. Ct. 705(1973). 즉, 태아는 헌법상 의미에서는 사람은 아니지만, 임부의 자궁외부에서 살아갈 가능성이 있는 생존능력을 가지는 시점부터 주는 이를 보호하기 위하여 여성의 낙태권을 제한할 수 있다고 보았다.

24) Louis Fisher, American Constitutional Law, New York: McGraw-Hill Publishing Co., 1990, 1176면.

25) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992/10, 137면.

적응방식은 원칙적으로 낙태를 불법행위로 간주하되 일정한 사유의 경우에는 임신의 지속을 임부에게 국가가 법으로써 강제할 수 없음을 바탕으로 한다. 반면 기한해결방식은 기간을 두고 낙태행위를 합법화하되 이를 초과하는 기간동안에만 일정한 사유를 통하여 낙태행위를 제한하고자 한다. 양자 중 어느 것이 타당하다고 쉽게 결론을 내릴 수는 없을 것이다.

전형적인 기한제한방식은 오히려 생명경시풍조를 심화시킬 우려가 있다.²⁶⁾ 특히 기한제한방식은 전형적으로 인구정책 또는 가족계획의 한 수단으로 제공된다. 그러나 인구정책적인 관점은 시대와 장소에 따라 유동적이기 때문에 낙태죄의 운용에 있어서 법적 안정성을 해할 우려가 있다.²⁷⁾ 예컨대 우리나라 역시 1970년대 이후 인구수 조절을 위한 산아제한을 국가정책으로 보았지만, 불과 30년밖에 지나지 않은 현재 출산율의 급격한 감소와 고령화 사회로의 진입은 또 다른 심각한 사회문제로 대두되고 있다. 또한 낙태는 개인적 법익의 문제로 파악해야 하며, 이를 사회적 법익을 보호하는 수단으로 이용하고자 하는 것은 생명의 존엄성을 목적으로 해야 하는 국가가 이를 수단으로 전락시킨다는 비판을 면하기 어려울 것이다.

사유적응방식 역시 추상적이고 포괄적인 용어사용으로 인하여 문제가 제기된다. 즉, 사회적 또는 경제적 사유로 인하여 임신의 지속이 현저히 어렵다는 것을 낙태의 허용기준으로 할 때에는 그 범위가 불명확하고 넓기 때문에 거의 모든 낙태를 허용하는 결과가 될 우려가 있다. 물론 이에 대하여는 낙태에 해당하는 사회적 사유가 많을 것이라는 점은 그 만큼 사회적 사유를 인정할 필요성이 크다는 것을 반증한다고 보는 견해도 있다.²⁸⁾ 그러나 사회적 또는 경제적 사유에 해당하는 문제들은 사회적 또는

26) 반면 강태수, 앞의 논문, 24면은 기한모델이 실질적으로는 낙태율을 증가시키지 않고 오히려 낙태율을 저하시켰다는 점을 1988년 독일의 통계를 통하여 설명하고 있다.

27) Sch/Sch/Eser, § 218 Rn. 41.

경제적 제반여건을 개선하여 해결되어야 할 문제이지 이를 낙태행위의 해결방법으로 이용할 수는 없다.²⁸⁾

사회적이거나 경제적 사유들은 사회제반여건에 따라 끊임없이 변동하는 요소들이다. 그러나 낙태죄가 헌법적으로 부담하는 국가의 생명보호의무에 기초한다면 이는 사회적 또는 경제적 요인들에 의하여 변화하는 유동적인 임무라고 볼 수 없다. 물론 법익과 법익의 충돌 또는 기본권간의 충돌이 발생할 때에는 이를 조화시키면서 적합하고 효과적으로 해결하고자 하는 방식들이 헌법상 제시된다. 그러나 중요한 점은 이러한 충돌의 경우 해결 방식은 동일한 가치의 법익 또는 기본권간의 문제라는 점이다. 그런데 낙태가 태아라는 잠재적 인간의 생명권에 관한 사안이라면 이는 최대한 존중되어야 한다는 점에서 합법화의 요소들은 필요최소한의 원칙이 지켜져야 한다. 따라서 사유적응방식 또는 지표모델을 주장하는 입장에서 제시하는 경제적으로 임신을 지속할 수 없다는 사유 등은 낙태죄의 합법화사유가 될 수는 없을 것이다.

이처럼 기한제한방식이든 사유적응방식이든 나름대로 장단점을 가지고 있기 때문에 어느 방식이 더 타당하다고 쉽게 결론을 내리기는 어렵다. 다만 낙태죄의 존치를 기본으로 하되, 합법화의 사유는 생명보호사상을 보다 우선하는 방식으로 결정되어야 할 것이다. 물론 의사결정규범으로서의 역할을 제대로 수행하지 못하는 상황에서 지나치게 엄격한 낙태규제법은 현실적인 문제를 사실상 전혀 해결할 수 없다. 입법자의 입법형성권은 법질서의 원활한 적응력을 제고하는 방향으로 작용되는 것이 바람직하다는 점, 사회적 요구나 질서관의 변화가 상당한 시간의 경과를 요구한다고 하더라

28) 정현미, 앞의 논문, 703면.

29) 김학태, 앞의 논문, 399면.

도, 법이 현실의 사회적 인식만을 단발적으로 추구하기보다는 기간을 두고 사회적인 인식과 법감정에 대한 꾸준한 변화를 모색하는 것이 타당할 것이다. 여기에는 기타 상담기회 제공, 국민경제수준을 고려한 성교육과 임신·육아에 관한 사회복지정책의 개선 등 제반조치가 병행되어야 할 것이다.

Ⅲ. 낙태죄의 현실적응력

1. 낙태규모에 관한 현황

정확한 수치는 아니지만 우리나라의 경우 한해 150만에서 200만 건의 낙태시술이 이루어지고 있는 것으로 추정된다.³⁰⁾ 이는 여성인구가 6배나 많은 미국과 상응하는 수치로, 연중 태어나는 출생자수보다 3배정도 많은 숫자의 태아들이 낙태되고 있으며, 세계 최고의 수준이라고 한다.³¹⁾ 이는 낙태반대운동연합에서 제시한 추정치일 뿐 정확한 통계는 아니다. 그런데 모자보건법상 허용되는 경우 이외의 대부분의 낙태는 불법적으로 이루어지기 때문에 암수범위가 매우 높다. 따라서 그 수치를 정확히 파악하는 것은 쉽지 않다.

30) 이러한 수치는 독일의 20배, 이탈리아와 프랑스의 11배, 일본의 9배, 미국의 6배에 달한다. 이는 한해 150만건, 하루에 4000건, 20초다 1인이 죽어가는 것이다. 기혼여성의 낙태 경험률이 59.3%라는 것은 놀랄만한 일이다. 18세 이상 전체 성인 여성의 38.3%가 낙태를 경험한다. 낙태하는 가장 큰 이유는 피임실패 즉, 원하지 않는 임신이다. 실제 태아건강에 문제가 생겨 낙태하는 경우는 2.7%에 불과하다. 전체 낙태건수 중에 30%는 미혼여성이 한다. 이들 중 50%는 2회 이상 낙태경험이 있고 이들 중 85%가 10대이다. 주간조선 2004/8/16일자 참조.

31) Newsweek 2002/4/8, 'Korea's Darks Secret' 기사 인용.

낙태에 관한 집계 중에서 주목할 만한 것은 건강보험통계를 통한 낙태 건수의 파악방법이다.³²⁾ 이는 건강보험급여를 지급한 건수 중에서 산전진단 건수에서 분만건수와 유산건수를 제외한 나머지 부분을 낙태로 보는 방법이다. 즉, 한해동안 임신으로 인한 산전진단으로 건강보험급여를 지급 받은 숫자와 분만과 유산으로 인하여 산부인과를 통해 건강보험혜택을 받은 건수가 일치하지 않는다는 점은 수태된 태아수와 분만과 유산된 태아수가 불일치한다는 점을 설명해준다. 따라서 그 불일치의 영역에 불법적인 낙태가 존재한다고 보는 것이다. 예컨대 2001년 8월 1일부터 2002년 7월 31일까지 1년 동안 분만으로 건강보험급여를 지급한 건수는 44만 4496건이다. 반면 임신기간동안 산전진단을 받은 건수는 65만 7831건으로서 약 21만건의 차이가 발생한다. 이 중에서 10만 7532건은 유산건수이다. 즉, 태아 6명 중 1명이 유산되었다는 의미이다. 그리고 남은 숫자가 바로 낙태로 추정된다. 산전진단 건수에서 분만과 유산건수를 제외한 부분은 10만 5812건이다. 즉 국민건강보험공단의 자료를 통하여 공식적으로 확인할 수 있는 바에 의하면 태아 6명 중 1명은 낙태된다는 뜻으로서, 6명 중 4명은 정상 분만되지만 2명은 유산되거나 낙태됨을 알 수 있다.

건강보험수진건수로 본 낙태현황

(단위 : 건, %)

구분	A 산전진단건수 ³³⁾ (2000.11.22-2001.11.21)	B. 분만건수 (2001.8.1-2002.7.31)	C. 유산건수 (2001.8.1-2002.7.31)	D. 낙태추정건수 A-(B+C)
수진 건수	657,831	444,496	107,523	105,812
지수	(100 %)	(67.5 %)	(16.3 %)	(15.1%)

32) 이는 김홍신 의원의 2002년 국정감사보고서(2002년 10월 4일자) 자료이다.

33) 산전진단 건수는 동일주민등록번호를 1인으로 처리한 건수이다. 그리고 위의 통계는 국민건강보험공단 제출 국정감사자료를 김홍신 의원실에서 재구성한 자료이다.

그러나 산전진단없이 바로 낙태시키는 경우는 위의 통계를 통하여 파악될 수 없으며, 미혼자와 비정상적인 관계에서의 임신으로 인한 낙태 또한 대부분 정상적인 산전진단을 정기적으로 받지 않기 때문에 역시 통계에서 제외될 수 밖에 없다. 따라서 위의 통계가 실제 발생하는 낙태건수와 규모를 제대로 반영한다고 볼 수 없다. 따라서 이 통계가 나타내는 바는 정상적인 기혼여성의 낙태가 대부분일 것으로 생각된다.

일부에서는 낙태죄에 관한 일반인의 법감정 또는 규범의식의 약화는, 낙태죄를 처벌하면서도 장애인의 강제불임과 같은 인권침해행위까지 단행하며 가족계획사업의 일환으로 낙태를 조장해왔던 60년대 이후 30여년간의 국가정책이 일조했다고 본다. 물론 그 이외에도 남아선호사상이나 성교육 또는 성지식의 미비 등이 주원인이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 이 밖에도 가장 중요한 원인으로 작용하는 것이 바로 거대한 낙태시장의 규모이다. 현재 낙태시장의 규모는 건당 30만원대의 수술비를 책정하면 연간 4,500억에서 6,000억원대에 이른다고 본다.³⁴⁾

2. 낙태죄의 처벌 현황

대표적인 암수범죄인 낙태죄의 추정치는 앞서 본 바와 같이 최대 200만 건에서 최소 10만여 건으로 많은 차이가 발생한다. 여기에서는 최소치 10만여 건을 기준으로 하였을 때, 실제 낙태행위가 국가권력의 발동으로 인하여 받는 규제가 어느 정도인지를 살펴보고자 한다. 다음의 통계들은 대검찰청에서 매년 발간하는 범죄분석 중에서 낙태죄 부분을 발췌하여 재구성한 것이다. 범죄분석은 2000년부터 2006년까지의 발간내용을 기초로 하

34) 한겨레 21, 2001/8/16일자.

였다.

우선 낙태죄로 인하여 국가형사사법 영역내로 포섭된 정도를 살펴보았다. 발생건수는 1999년 이후 점점 감소하는 추세이고, 그 발생비 역시 범죄발생을 중에서는 거의 무의미한 수준에 불과하다. 이는 앞서 본 공식집계 10만여 건을 기준으로 할 때에도, 형사사법영역에서 파악한 발생건수는 실제발생건수 대비 0.1%도 안 되는 수치이다.

범죄의 발생검거현황

연 도	발생건수	발생비 ³⁵⁾	검거건수	검거율 ³⁶⁾	검거인원		
					계	남	여
1999	42	0.1	41	97.6	55	25	30
2000	39	0.1	37	94.9	64	28	36
2001	42	0.1	42	100.0	70	30	40
2002	34	0.1	36	105.9	52	31	21
2003	22	0.0	18	81.8	28	12	16
2004	30	0.1	26	86.7	23	11	12
2005	25	0.1	23	92.0	33	21	12

이 중에서 검찰로 송치되는 인원을 살펴보았다. 매년 50여명 안팎의 수준이지만, 1999년부터 2001년까지 증가율을 보이다가 2005년에는 18명으로 극히 감소하였다. 이 중에서 구속은 7년간 단 1명밖에 없다. 또한 검거인원과 구속 및 불구속 합계가 년도별로 차이가 발생하는 점이 눈에 띈다. 대체로 검거인원보다 구속 또는 불구속의 대상인원이 적은 것을 알 수 있는데, 이는 경찰단계에서 이루어진 전환방식에 의한 배제일 것으로 추측된다.

35) 발생비는 인구 100,000명에 대한 범죄발생건수를 의미한다.

36) 검거율은 발생건수에 대한 검거건수를 백분율(%)로 나타낸 것이다.

범죄자 구속·불구속 상황

연 도	계	구 속					불 구 속			
		소 계	현행범 체포	긴급 체포	사전 영장	체 포	소 계	불구속 입건	검사영장 기각	판사영장 기각
1999	66	-	-	-	-	-	66	62	4	-
2000	70	-	-	-	-	-	70	68	2	-
2001	77	1	-	1	-	-	76	76	-	-
2002	48	-	-	-	-	-	48	47	1	-
2003	41	-	-	-	-	-	41	41	-	-
2004	24	-	-	-	-	-	24	24	-	-
2005	18	-	-	-	-	-	18	18	-	-

특히 검거된 자들의 전회처분 현황을 살펴보면 대체로 초범보다는 재범자의 범죄인 경우가 많다. 전회처분이란 검거된 자가 동일 범죄로 인하여 과거 범죄경력으로 현재 어떠한 상황에 있는지를 보여준다. 전회처분이 없다는 것은 초범을 의미한다. 재범인 경우에는 실제 자유형집행중인 자는 현실적으로 재범가능성이 없으므로, 이를 제외한 자들의 집행상황을 보여준다고 할 수 있다.

범죄자 전회처분 현황

연 도	계	초 범	재범 ³⁷⁾								미 상
			소 계	즉결 심판	기소 유예	선도 유예	선고 유예	집행 유예중	형집행 종료	기 타	
1999	66	-	17	-	5	-	-	-	8	4	49
2000	70	-	21	-	3	-	-	-	13	5	49
2001	77	-	32	-	3	-	-	-	18	10	45
2002	48	-	17	-	3	-	-	-	13	1	31
2003	41	-	9	-	1	-	-	-	5	3	32
2004	39	15	7	-	2	-	-	-	3	1	17
2005	31	16	4	-	1	-	-	-	2	1	11

다음으로 검찰단계에서 낙태죄로 검거된 인원의 처분결과를 살펴보았다. 검찰은 범죄로 인하여 검찰에 송치된 사건에 대하여 기소 이외에도 여러 결정을 내릴 수 있는 바, 기소유예나 기소중지 등의 불기소처분도 이에 해당된다. 그런데 전체 범죄 중에서 기소율을 보면 1999년에는 66명 중 10명으로 15%, 2000년에는 약 15.7%, 2001년 15.6%, 2002년 16.7%, 2003년 19.5%, 2004년 7.7%, 2005년에는 6.5%로 대략 15%정도를 유지하다가 2004년부터 급격히 감소하여 6-7%정도만이 낙태죄로 기소되었음을 알 수 있다. 기소란 낙태죄로 인하여 형사처벌을 받을 수 있는 최소한의 가능성을 의미하므로, 검거인원 중에서 각 년도 별로 16%를 넘지 않는 정도만이 형사처벌의 영역으로 포섭됨을 알 수 있다.

범죄자 처분결과

연 도	계	기 소				불기소							
		소 계	구공판		구약식	소 계	기소유예	기소중지	참고인중지	혐의없음	죄가안됨	공소권없음	공소보류
			구속	불구속									
1999	66	10	-	4	6	56	27	2	1	20	6	-	-
2000	70	11	-	2	9	59	39	1	1	16	1	1	-
2001	77	12	-	8	4	65	42	1	3	11	6	2	-
2002	48	8	-	5	3	40	18	1	1	17	3	-	-
2003	41	8	-	5	3	33	15	-	-	15	3	-	-
2004	39	3	-	1	2	28	10	12	5	1	8	-	-
2005	31	2	-	-	2	29	12	7	7	3	-	-	-

다음의 표는 법원행정처에서 매년 발간하는 사범연감을 토대로 구성한 것이다. 이는 검찰단계에서 기소된 16%를 넘지 않는 인원들이 법원단계에

37) 재범란의 항목들은 전회처분의 내용이거나 그 집행상황을 의미한다.

연 도	심 급	접 수	처 리						항 소
			합 계	유기 징역	집행 유예	재산형 (벌금)	선고 유예	공소 기각	
1999	1심	5	3		2	1			1
	항소심	1	처리 없음						
2000	1심	3	2		2				
	항소심	1	집행유예 1						
2001	1심	18	28	2	13	10	1	1	
	항소심	1	항소기각(변론경유) 1						
2002	1심	7	10		3	1	6		
	항소심	3	항소기각(변론경유) 1						
2003	1심	5	4		1	2		1	
	항소심	3	선고유예 3						
2004	1심	2	4			3		1	
	항소심	2	집행유예 1, 재산형 1, 선고유예 2						
2005	1심	2	-						
	항소심	없음	결과 없음						

위의 표는 현재 우리나라에서 이루어지는 낙태죄의 추정건수 150여만 건, 건강보험공단통계에 의한 집계건수 10여만건 중에서 해마다 많아도 30건이 넘지 않은 정도가, 적을 때에는 단 한건도 낙태죄로 처벌되지 않고 있음을 보여 준다. 이는 낙태행위의 최소치인 건강보험공단 공식집계 건수를 고려하더라도 최대 0.003%에서 최소 0%라는 점을 드러낸다.

이는 낙태죄의 현실적응력을 여과없이 드러낸다. 주목해야 할 것은 낙태죄가 형법상 존재한다고 하더라도 형사사법기관이 이를 적용하고자 하는 의지가 없거나, 아니면 사회적 법의식을 법 적용단계에서 반영하여 의도적으로 회피하였거나 기타 이유를 불문하고 낙태죄는 현실적응력이 전혀 없다는 점이다.

IV. 현행법상 낙태와 의사의 면허

1. 의료법상 면허취소

앞서의 통계는 낙태죄가 전혀 현실적응력이 없음을 보여 주었다. 그리고 그에 앞서 낙태죄가 가지는 생명보호사상은 여전히 존중되어야 한다는 점을 살펴보았다. 그렇다면 양자의 간극을 해결할 수 있는 방법이 모색되어야 할 것이다. 가장 분명한 방법은 암수영역을 최대한 줄일 수 있도록 사법작용을 적극적으로 전개하는 것이다. 즉, 실제발생건수에 근접하도록 검거율을 높이고, 이 중에서 검찰단계의 기소율을 높여 법 적용의 강도를 강화하는 방법을 생각해 볼 수 있을 것이다.

그러나 처벌의 공평성과 엄중성이 문제를 해결하는데 항상 도움이 되는

것은 아니다. 규범이 가지는 본질적 의미도 중요하지만, 현실적인 법의식을 전혀 고려하지 않는 법적용은 부작용을 초래할 우려도 그만큼 증가시키기 때문이다. 따라서 일반적인 자기낙태와 의사의 업무상의 낙태를 다르게 파악하는 것도 낙태율을 줄이는 방법이 될 수 있으리라 본다. 즉, 의사의 업무상 낙태에 관한 제재를 통하여 낙태시술률을 줄임으로써 전체 낙태율을 감소시키는 방법이다. 특히 의사의 낙태시술은 임부의 요청에 의한 단순한 동의낙태시술도 있지만, 업무상의 유인이나 산부인과의 홍보를 통한 적극적인 낙태시술도 있다. 그렇다면 양자를 차별화하여 적극적으로 낙태를 유인하는 의사의 시술행위에 대하여 엄격한 처벌을 하는 것은 낙태죄의 의사결정규범으로서의 기능을 보다 높일 수 있을 것이다.

또한 의료법 제8조 제1항 제5호는 의사의 면허취소 범위에 형법 제269조 및 제270조의 낙태죄 및 모자보건법을 위반하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행이 종료되지 아니하거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자를 포함하고 있다. 여기에서 금고 이상의 형을 선고받고 집행이 종료되지 아니한 자란 형기가 만료되지 않아 복역 중인 자를 의미한다. 그리고 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자에는 금고이상의 형의 선고를 받은 자로서 형의 시효에 의하여 형의 집행이 면제될 때까지 사이의 자, 일반사면 또는 특별사면에 의하여 형의 선고의 효력을 상실하거나 형의 집행이 면제되기까지 사이의 자, 집행유예의 선고를 받은 경우에는 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과하여 형의 선고의 효력이 잃게 되기까지 사이의 자 등이 포함된다.³⁸⁾ 선고유예의 경우에도 집행유예의 선고를 받은 경우와

38) 大判 1998.2.13, 97누18042. 동판결은 의료관계 법령위반 이외의 일반범죄로 징역형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 종료되지 아니한 경우도 의사의 면허취소사유에 해당된다고 본다.

동일하게 해석할 수 있을 것이다.

형법상 의사의 동의낙태죄는 2년 이하의 징역, 의사의 부동의 낙태죄는 3년 이하의 징역으로 규정되어 있다. 제269조 자기낙태죄가 기본적 구성요건이라면 제270조는 의사라는 행위주체의 신분으로 인하여 책임이 가중되는 책임가중적 구성요건이라고 파악된다. 그런데 제270조의 의사의 낙태죄는 벌금형을 선택형으로 규정하지 않고 오로지 징역형만을 규정하고 있기 때문에 의사가 낙태행위로 인하여 유죄판결을 받으면 동시에 제52조 제1항에 의하여 보건복지부장관은 당해 의사의 면허를 취소할 수 있다. 그리고 보건복지부장관은 제1항의 규정에 의하여 면허가 취소된 자라 할지라도 그 취소의 원인이 된 사유가 소멸하거나 개전의 정이 현저하다고 인정될 때에는 그 면허를 재교부할 수 있다(동조 제2항). 의사의 면허취소사유는 당연(필요적) 취소와 보건복지부장관에 의한 임의적(선택적) 취소가 있는 바, 의사의 불법 낙태시술행위는 당연(필요적) 취소사유에 해당한다.

2. 일본의 경우

일본은 1880년 구형법 이래 형법상 낙태죄를 규정하고 있었지만, 1948년 경제적 적응사유를 낙태죄 위법성조각사유로 인정하는 우생보호법을 제정하여 낙태가 광범위하게 인정되고 있다. 1972년 형법개정안 논의에서는 낙태죄 폐지에 관한 의견도 제시되었지만, 현재까지는 낙태죄존치론이 주류라고 볼 수 있다.

일본형법 제214조는 업무상 낙태 및 동 치사상이라는 표제 하에 의사, 조산사, 약제사 또는 의약품 판매업자가 임부의 촉탁을 받아 또는 그 승낙을 얻어 낙태하게 한 때에는 3월 이상 5년 이하의 징역에 처하고, 이로 인

하여 임무를 사상케 한 때에는 6월 이상 7년 이하의 징역에 처한다고 규정하고 있다.

그리고 우리법제와 달리 의료법은 의료기관에 관한 규정을 두고 이와는 별도로 의사법을 두면서, 제4조³⁹⁾에서 선고형이 벌금 이상인 경우에는 면허를 주지 않고, 제7조 제2항에서는 당연취소가 아닌 임의적 취소사유로서 인정하고 있다. 즉, 제7조는 의사가 제3조에 해당하는 때에는 후생노동대신(장관)은 그 면허를 취소한다고 규정하면서 제2항에서 의사가 제4호 각 호에 해당하고, 또는 의사로서의 품위를 손상하는 행위를 한 경우에는 후생노동대신은 그 면허를 취소 또는 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다고 보고 있다.

우리나라 의료법이 낙태시술에 가담한 자에 대하여 필요적 면허취소사유로 규정한 것과는 달리, 후생노동대신은 면허에 관한 사항을 명할 수 있다고 하여 면허의 임의적 취소사유로 하고 있다는 점에서 완화된 요건처럼 보인다. 하지만 우리나라 의료법이 금고 이상의 형에 관하여 면허취소사유로 함과 비교하여 이보다 경한 벌금이상의 형에 해당하는 자에 대하여 면허취소 대상으로 하고 있다는 점에서는 보다 엄중한 요건으로 규정하고 있다.

39) 제4조 다음 각 호에 해당하는 자에게는 면허를 주지 않는다.

1. 심신장애에 의해 의사의 업무를 적정하게 행할 수 없는 자로서 후생노동성령에서 정하는 경우
 2. 마약, 대마 또는 아편 중독자
 3. 벌금 이상의 형에 처해진 자
 4. 전호에 해당하는 자 이외에 의술에 관하여 범죄 또는 부정한 행위를 한 자
- (第四條 次の各号のいずれかに該当する者には、免許を与えないことがある。一、心身の障害により医師の業務を適正に行うことができない者として厚生労働省令で定めるもの。二、麻薬、大麻又はあへんの中毒者。三、罰金以上の刑に處せられた者。四、前号に該当する者を除くほか、医事に關し犯罪又は不正の行為のあつた者)。

V. 결론 - 낙태율 감소를 위한 개선방안

1. 영리낙태죄 규정의 신설

형법규정이 사문화될 정도로 낙태가 공공연히 이루어지고 있는 것이 현실이지만, 태아의 생명보호라는 면에서 낙태죄는 국가의 처벌의지뿐만 아니라 국가임무에 대한 주의의 의미를 가지기도 한다. 그러나 현재의 낙태 규정으로는 세계 1-2위를 기록하는 낙태율을 감소시킨다는 것은 현실적으로 불가능하다.

여기에서는 실제 낙태가 행해지는 의사 등 업무자의 낙태행위에 대한 규제를 통하여 낙태율을 감소시키는 방안을 검토해보고자 한다. 의사 등 업무자의 낙태행위규제는 법정형의 강화를 통한 일반예방효과를 기대할 수도 있지만, 다른 한편으로는 의사의 면허취소 또는 정지를 통한 행정적인 규제도 가능하다.

현재 우리 형법 제270조는 부녀의 촉탁 승낙에 의한 업무자 낙태를 가중처벌사유로 두고 있다. 그런데 한편으로는 의사 등 전문가가 아닌 자에 의한 불법낙태가 임부의 생명과 신체의 안전을 위협하는 반면 전문가인 의사의 낙태는 낙태죄의 부차적 보호법익인 임부의 생명과 신체의 안전을 보호하는 방법이므로 오히려 허용사유가 되어야 한다고 보는 견해가 있다.⁴⁰⁾ 낙태를 원하는 임부가 의사의 거절을 받을 경우에는 더 위험한 불법낙태를 감행해야 한다는 점에서 수긍할 만한 주장이다. 또한 개정안이유서는 의사의 일반적인 동의낙태를 불법구성요건으로 하지 않고 영리를 목적으로 하는 목적범 형식의 구성요건을 제안하고 있다. 이른바 영리낙태죄

40) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992/10, 135면.

이다.⁴¹⁾ 즉, 현행법상 일반적인 업무상 동의낙태죄를 폐지하고 업무자의 낙태행위 중에서 영리를 목적으로 하는 경우에만 가중적인 범죄행위로 규정하는 방안이다. 이를 통하여 현실적으로 이루어지는 낙태행위를 어느 범위까지 합법화하되 그 정도가 중한 경우에만 처벌하게 됨으로써 낙태죄의 현실적응력을 높일 수 있다. 영리를 목적으로 하는 경우만을 한정하여 처벌의 엄중성을 지킨다면 실제로 이루어지는 모든 낙태행위를 처벌하기 어렵다는 문제점을 보다 현실에 맞게 적응해갈 수 있는 하나의 방법이 될 것으로 보인다.

이와 관련하여 최근 판례는 ‘의료법상 ‘유인’이라 함은 기망 또는 유혹을 수단으로 환자로 하여금 특정 의료기관 또는 의료인과 치료위임계약을 체결하도록 유도하는 행위를 말하는 것으로서, … 합법적인 의료행위를 하면서 환자를 유인할 목적으로 금품을 제공하는 경우는 물론, 법(法)이 금지하고 있어 의료인으로서 마땅히 거부하여야 할 의료행위를 해 주겠다고 제의하거나 약속함으로써 환자를 유혹하여 치료위임계약을 체결하도록 유도하는 경우도 같은 법 제25조 제3항의 유인행위에 해당한다’⁴²⁾고 보았다. 동 사건은 낙태시술을 하기 위하여 인터넷으로 모자보건법상 합법적인 임신중절수술사항에 해당하지 않는 불법적인 낙태시술을 약속하고 병원 방문을 권유, 안내한 행위를 의료법위반행위로 본 것이다. 여기에서 유인은 형법상 일반적인 업무상 낙태와 구별되는 영리목적 낙태죄의 범위를 정함에 있어서 참고가 되리라 보여 진다.⁴³⁾

41) 법무부, 위의 책, 134면; 이재상, 형법각론, 97면; 이형국, 형법각론연구 I, 160면; 정성근/박광민, 형법각론, 90면; 정현미, 앞의 논문, 706면.

42) 大判 2005.4.15, 2003도2780.

43) 물론 동법상의 유인행위의 주체에 일반인이 아닌, 당해 의료인 또는 의료기관이 포함되는가 여부에 대하여는 견해의 대립이 있다. 대판 1998.5.29, 97도1126 및 박철, “의료법 제25조 제3항의 사주행위의 의미”, 판례해설 제30호, 640면 이하의 소위 브로커에

2. 영리낙태죄와 의사의 면허

이처럼 영리낙태죄를 두고, 영리를 목적으로 하지 않는 의사의 낙태행위는 합법적인 의료행위로 파악한다면 의료법상 의사의 면허취소규정의 실효성과 적용가능성을 보다 효율적으로 높일 수 있을 것으로 보인다.

현재의 상황처럼 한해 150만여 건이나 발생하는 모든 낙태시술행위를 의사의 면허취소대상으로 삼는다면 의료법상의 면허취소규정을 적용하는 것이 현실적으로 불가능하다. 현재 산부인과 의사를 포함한 전체 의사수가 8만여 명 정도 된다는 점을 고려할 때, 현행법처럼 형법상 업무상 동의낙태죄에 해당하여 유죄판결을 받은 자⁴⁴⁾가 모두 의료법상 면허취소의 대상이 된다면 의료법상 의사의 면허취소규정을 적용하는 것이 실제로 어렵다는 것을 짐작할 수 있을 것이다.

즉, 단순히 부녀의 촉탁에 의한 의사의 낙태행위를 불법행위로 보지 않는다면 이는 의료법상의 면허취소사유에 해당하지 않는다. 반면 영리목적의 의사의 낙태시술행위만을 면허취소사유로 본다면 그 집행율을 보다 현실화할 수 있을 것이다. 특히 의료법 제52조 제1항이 기타의 사유에 대하여는 보건복지부 장관의 명령에 의한 임의적 면허취소사유로 보는 반면,

대한 금지명령으로, 이를 사주하는 행위는 의료기관 또는 의료인에 대한 금지명령으로 해석하여야 한다고 본다. 반면 긍정설은 의료인 또는 의료기관 개설자의 환자 유인행위도 환자 또는 행위자에게 금품이 제공되거나 의료시장의 질서를 근본적으로 해하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 같은 법 제25조 제3항의 유인행위에 해당한다고 할 것이고, “의료의 적정을 기하고 국민의 건강을 보호증진 한다”는 의료법의 제정 목적상으로도 이러한 해석이 타당하다고 본다. 대법원판례해설(재판연구관 세미나 자료) 통권 제54호, 법원도서관, 2005/상반기, 523면 이하 참조.

- 44) 업무상낙태죄의 법정형은 징역형이므로 유죄판결을 받게 된다면 금고 이상의 형에 해당하고, 실제 징역형을 선고받아 형집행이 되는 경우 뿐만 아니라 형의 선고유예, 집행유예 등 유죄판결 범위 내에서 가능한 선고형을 참작해 본다면 모두 의료법상 면허취소의 대상이 된다.

제8조 제1항의 각호 즉, 불법낙태시술행위에 대해서는 예외적으로 필요적 취소사유로 한다는 점에서도 이러한 방안이 보다 현실적응력을 높일 수 있을 것으로 보인다. 결과적으로 필요적 면허취소의 대상이 되는 범위는 좁히되 그 적용의 엄중성을 강화한다면 그로써 특별예방 및 일반예방의 효과는 보다 높아지지 않을까 생각한다.

참고문헌

- 강태수, “통독후 법적 동화과정과 문제-낙태에 대한 헌법상의 논의를 중심으로-”, 사법행정, 1992/10
- 김학태, “형법에서의 낙태죄와 모성보호”, 외법논집 제3집, 한국외국어대학교 법학연구소, 1996
- 김향남, “미국 헌법상 낙태 및 태아의 생명권에 대한 논의와 판례 분석”, 미국헌법연구 제16권 제1호, 미국헌법학회, 2005
- 김홍신, 2002년 국감정책리포트18(2002년 10월 4일자) 자료
- 박상기, 형법각론(제5판), 박영사, 2004
- 배종대, 형법각론(제5판), 홍문사, 2003
- 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992/10
- 신동운/최병천, 낙태죄 및 간통죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1991
- 오정진, “법에 나타난 낙태문제”, 여성과 사회 제8권, 한국여성연구소, 1997
- 이재상, 형법각론(제5판), 박영사, 2004
- 이형국, “낙태죄의 제문제”, 고시연구, 1995/4
- 이형국, 형법각론연구 I, 법문사, 1997

임 웅, 형법각론, 법문사, 2001

임 웅, “낙태죄의 비범죄화에 관한 연구”, 성균관법학 제17권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005/12

입법정책연구회, 출산장려를 위한 입법방향, 2006

정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2001

정현미, “낙태죄와 관련한 입법론”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004/겨울

한국보건산업진흥원, 의사·간호사 인력의 공급 및 활동실태, 한국보건산업진흥원, 2003

허영, “낙태자유를 위한 형법개정법률(제218조a)에 대한 독일연방헌법재판소의 효력정지가처분결정”, 사법행정, 1992/9

Krahl, Abtreibung und § 218 StGB, Jura 1992, 394면 및 Wilms, Rechtsprobleme des Schwangerschaftsabbruchs im vereinten Deutschland, ZRP 1990

Louis Fisher, American Constitutional Law, New York:McGraw-Hill Publishing Co., 1990

Patricia S. Mann, Micro-Politics, University of Minnesota Press 1994

Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Lenckner, Theodor /Cramer, Peter/Eser, Albin/Stree, Walter, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. Aufl., München : C.H.Beck, 2001

100 형사정책연구 제18권 제1호(통권 제69호, 2007 · 봄호)

The Adaptability of Illegal Abortion to the Realities
– Focused on Cancellation of the Doctors License

Kim, Hye-Kyeong*

The abortion was one of the ones that were firstly suggested when commenting discordance between the reality and the norms. The Criminal Law should adapt it to social realities as well as common people's consciousness that made change. Even if the law would have low adaptability in the reality, it should not neglect inherent values and duties that the norms had.

The abortion started from either values of human life or the dignity of men, so that it could not be evaluated by the Criminal Law only to be based on the thought of the Constitution of the nation and not to neglect political aspects and to be difficult to reach a conclusion. Therefore, a lot of countries made efforts to replace illegal abortion by various regulations not to give up it without reason.

In Korea, not only adaptability of illegal abortion to the realities but also needs of legal revision was cognized gradually. But, the clause of prohibition of the abortion that the Criminal Law enacted in 1953 was kept. In 1973, the Government introduced the Law of Health of Mother and Child to adopt birth control sponsored by the Government, so that

* Professor, Department of Police Administration, Keimyung University.

the law had a room that reasons of illegality of some kind of abortion could legalize abortion. At present, illegal abortion was thought not to be criminal completely regardless of period and reasons, while another opinion asserted that the dignity of life was expanded up to unborn child to apply legal punishment to illegal abortion strictly. And, the opinion supporting continued existence of illegal abortion made abortion of common pregnant women not to be criminal, and it asserted strict punishment of illegal abortion based doctor's service.

The study investigated typical problems of the legislation of abortion that relied upon punishment excessively, and it firstly commented values of life that the regulation of illegal abortion had. And, the study examined adaptability of illegal abortion to the realities by punishment of the illegal abortion based on statistics. In particular, the study was free from viewpoint of the pros and cons that was often said regarding illegal abortion, and it examined legal adaptability of illegal abortion, the reality of application of regulations of cancellation of the doctors license, and associated problems.

주제어 : 낙태죄, 의사의 면허, 업무상 동의낙태죄, 영리낙태죄, 기한모델, 사유모델, 기간적응방식, 사유적응방식

Keywords : Abortion, Illegal abortion, Doctors license, Cancellation of the doctors license, Legal adaptability

정신장애범죄자의 형사책임능력판단 기준에 관한 연구

박 상 식*

국문요약

정신장애자들은 범죄를 저지르더라도 책임능력이 없다고 판단되면 처벌할 수 없다. 따라서 범죄자들은 일단 정신장애가 범죄의 원인이라고 항변한다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 반드시 정신장애의 개념과 그들에 대한 형사책임능력의 기준이 제시되어야 한다고 본다. 1차적으로는 정신의학의 전문가들이 과학적으로 확립된 판단기준에 의하여 판단해야 하겠지만, 현대과학의 수준에서 인간의 정신작용을 명확하게 판단한다는 것은 불가능하다고 본다. 이러한 의미에서 우리 법원은 정신장애자의 책임능력을 법관이 독자적으로 판단하고 있다. 하지만 정신장애 여부를 결정하는데 있어 일정한 기준이 없으면 안된다고 본다.

선행 연구들에 의하면 감정결과와 법원의 판결이 불일치하는 경우를 지적하고 있다. 이는 아마 정신의학자들은 정신장애자를 처벌보다는 치료를 법관들은 치료보다는 처벌을 통한 사회질서유지 강조하기 때문으로 보인다. 또한 우리 형법 제10조가 너무 추상적으로 규정되어 있는 것도 하나의 원인이 된다고 본다. 따라서 미국모범형법, 독일형법처럼 정신장애자의 범위를 명확히 할 필요가 있다고 본다.

본 논문은 정신장애범죄자를 처벌한다고 해서 범죄의 근원을 해결할 수 없다는 측면을 강조하면서 정신의학과 법학의 긴밀한 협조를 촉구하고 나아가 정신장애범죄자의 형사책임능력판단의 기준을 제시하는데 그 목적이 있다.

* 경성대학교 법학과 강사, 법학박사

I. 서론

급변하는 사회의 변화로 인한 각종 정신질환에 의한 범죄가 증가하고 있다. 특히 정신장애자의 범죄는 살인, 강도, 강간, 방화 등의 흉악하고 충격적인 범죄로 나타나 사회 안정에 커다란 위협을 주고 있다. 하지만 이러한 고도의 위험성이 내포된 정신장애범죄자에 대하여 우리 형법 제10조는 심신장애로 인한 책임무능력자는 처벌하지 않거나 처벌을 감경한다고만 규정하고 있을 뿐 그 구체적 판단기준은 제시되지 않고 있다. 따라서 형법의 이러한 측면은 중대한 입법의 불비라는 비판을 받아왔다.¹⁾

범죄가 성립하려면 어떤 행위가 형법각론에 규정되어 있는 구성요건을 충족시켜야 하고 위법성을 구비하며 행위자에 대하여 사회적 비난을 가할 수 있는 심신상태 하에 있어야 한다. 따라서 책임능력이 없어 사회적 비난을 받을 수 없는 정신장애자의 행위는 범죄가 되지 않는다. 즉 제 정신이 아닌 상태에서 무엇이 옳고 그른 것인지 판단을 하지 못하고 자신이 저지는 행위가 범죄라는 인식조차 못하는 정신장애인은 처벌을 할 수 없다는 것이다. 그러므로 정신장애인의 책임능력판단의 문제는 범죄의 성립여부에 결정적인 중요한 역할을 한다.

이렇게 정신장애자의 책임능력유무가 범죄성립의 관건이 되므로 그 판단을 어떻게 하여야 하는지가 문제된다. 즉 정신장애자의 판단여부를 오로지 법적으로만 판단할 것인지 아니면 정신의학적요소를 포함할 것인지이다. 정신의학적인 면에서는 정신장애범죄자를 비난하고 처벌하기 보다는 치료의 대상이라는 입장을 취하는 반면, 법적인 측면에서는 범죄자는 자신의 행동에 대하여 스스로 책임져야 하며 위법한 경우 처

1) 유기천, 형법학(총칙강의), 일조각, 1981, 221쪽.

별을 받아야 한다는 입장이다.

이와 관련하여 대법원은 “형법 제10조에 규정된 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되는 것이 아니고 여러 가지 사정을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다”고 하여 최종 판단은 법원의 재량이라 하고 있다.²⁾ 하지만 대법원은 심신장애 있음을 의심할 사정이 있는 경우 전문가의 정신감정을 하지 않고 유죄판결을 선고함은 심리미진이라고 하면서 전문가의 감정을 요하고 있다.³⁾ 즉 정신장애자의 생물학적 판단은 전문감정을 거쳐야 하고, 심리학적 판단인 사물변별능력과 의사결정능력은 법원의 독자적 판단이라는 것으로 이해할 수 있다.

문제는 정신감정을 거치더라도 감정결과와 법원의 판단 간에는 상당한 불일치가 있다는 것이다. 이는 실제 통계로서 증명되고 있다. 이러한 불일치는 정신장애자에 대한 개념이 확실히 정립되어 있지 않을 뿐만 아니라 정신장애자의 책임능력판단기준이 확실하지 않기 때문이다. 따라서 본 논문은 정신장애의 개념을 정립해 보고, 이를 기초로 하여 정신장애자의 책임능력판단기준에 대하여 영·미에서 확립된 M’Naghten Rule, Irresistible Impulse Rule, Durham Rule, 모범형법전(Model Penal Code), Guilty but Mentally ill 등을 살펴보고자 한다.

특히 정신감정과 관련하여 감정인은 정신장애자의 책임능력을 어디까지 판단할 수 있으며, 법원은 그 결과에 기속되는지 여부와 현재 법조계에서

2) 대판 1995.2.24, 94도3163; 대판 1994.5.13, 94도581; 대판 1996.5.10, 96도638; 대판 1997.7.25, 97도1142; 대판 1998.3.13, 98도159; 대판 1999.1.26, 98도3812; 대판 1999.8.24, 99도1194.

3) 대판 2005.12.9, 2005도7342; 대판 2002.11.8, 2002도5109; 대판 1955.11.29, 4288형상315; 대판 1958.11.28, 4291형상415; 대판 2002.11.8, 2002도5109; 대판 2002.5.24, 2002도1541; 대판 1999.4.27, 99도693; 대판 1999.1.26, 98도3812.

는 잘 다루지 않지만 정신의학에서 밝히고 있는 감정의 결과와 법원의 판단간의 일치여부를 살펴보고 앞으로 법학과 정신의학의 긴밀한 협조를 추구하고자 한다.

II. 정신장애와 심신장애

1. 정신장애의 개념

정신장애의 개념을 정립하는 것은 법학, 정신의학 그리고 심리학 등의 모든 과학과 긴밀한 협력이 요청되는 어려운 문제이나, 대체적으로 의학적 개념이 법률적판단의 보조적 역할을 한다. 정신의학에서 분류하는 정신장애는 대단히 포괄적이고 광범위하여 학자마다 다양한 분류기준을 제시하고 있다. 정신보건법에서는 정신장애를 가진 자를 정신장애자로 하지 않고 ‘정신질환자’로 정의하고 있다. 즉 “정신장애자란 장애와 질환을 아울러 갖는 사람”이라고 정의하고 있다.⁴⁾

영국은 1959년 정신보건법(The Mental Health Act)에서 정신장애자를 정신병자, 정신박약자, 정신병질자로 분류하였다.⁵⁾ 이러한 규정은 1950년에 제정한 일본의 정신보건법과 동일하다.⁶⁾ 구서독형법 제51조에서는 정신장애자를 의식장애, 정신활동병적장애, 정신박약의 3가지 유형으로 분류하였다.

4) 정신보건법 제3조에서는 정신질환자를 정신병(기질적 정신병을 포함한다)·인격장애·알코올 및 약물중독 기타 비정신병적정신장애를 가진 자로 정의하고 있다.

5) 1983년 법개정에서 정신박약을 정신지체라는 용어로 바꾸었다.

6) 일본은 1993년 정신보건법을 개정하여, 정신분열, 중독성정신병, 정신박약, 정신병질 기타의 정신질환을 가진 자로 정의하고 있다.

문제는 정신병질자를 정신장애자로 볼 것인가이다. 정신병질자란 비정상적으로 공격적인 행동 또는 무책임한 행동을 야기함으로써 의료적 치료를 필요로 하는 상태에 있는 자를 말한다. 이러한 정신병질자는 그 성격과 감정 또는 의사능력에 있어서 평균인과 현저히 구별되는 예외적인 경우를 제외하고는 일반적으로 책임무능력자 또는 한정책임능력자를 인정할 수 없다.⁷⁾ 판례도 “피고인이 자신의 절도의 충동을 억제하지 못하는 성격적 결함(정신병질)으로 절도를 한 경우 그러한 성격적 결함이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가할 수 없으면 심신장애에 해당하지 않는다고 보고 있다.⁸⁾ 스웨덴형법 제31조는 정신병질자가 정신병이나 정신박약의 상태에 이르게 된 때에는 정신장애자에 포함시켜 보안처분의 대상에 포함시키고 있다.

영국, 일본, 우리나라를 제외한 대부분의 국가들은 형법의 책임능력과 관련된 규정에서 정신장애의 개념을 정의하고 있다. 예컨대, 독일은 형법 제20조에서 “병적 정신장애(정신병), 심한 의식장애, 정신박약, 기타 중대한 정신이상으로 인하여 불법을 인식하고 그 인식에 따라 행위할 수 없는 자”를 책임무능력자로 규정하고 있다. 이렇게 독일은 소위 생물학적요소(정신장애 등), 심리학적요소(판별능력, 제어능력)를 모두 책임무능력의 구성요소로 규정하고 있다.⁹⁾ 이외의 프랑스, 이탈리아의 경우도 형법에서 정신장애의 개념을 규정하고 있다.¹⁰⁾

7) 김기두, “정신장애성범죄의 형사책임에 관한 연구”, 서울대학교법학연구소, 제23권 제2호, 1982, 3쪽; 이재상, 형법총론(제5판), 박영사, 2003, 304쪽; 임웅, 형법총론(개정판), 법문사, 2002, 278쪽.

8) 대판 1995.2.24, 94도3163.

9) 岡田行雄, “イツにおける刑事責任能力と触法精神障碍者の處遇”, 法律時報(74卷2号), 日本評論社, 2002, 55頁.

10) 이탈리아형법 제86조에서는, 질병에 의해 이해 또는 의욕능력을 상실한 정신상태에 있는 자는 책임능력이 없다고 규정하고 있고, 프랑스형법 제122조에서는, 시비변별 또는

현재 우리나라의 법조계에서는 대체로 독일형법 제20조의 분류를 기초로 하고 있고, 정신의학에서는 공식적으로는 WHO의 국제질병분류(ICD-10)¹¹⁾를 채택하고 있으며, 현실적으로는 미국정신의학회에서 사용하고 있는 DSM-IV¹²⁾를 사용하고 있다.

대법원은 정신장애를 정신병, 정신박약 또는 비정상적 정신상태 등으로 보고 있으며, ¹³⁾ 학계에서도 대체적으로 정신병, 정신박약, 정신병질, 심한 의식장애 등으로 분류하고 있다.¹⁴⁾ 이상의 경우를 종합하여 보면, 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 불완전한 상태에 있는 자를 정신장애자라 할 수 있겠다. 구체적으로는 정신병자, 정신박약자, 정신병질자를 정신장애자로 보는 것이 타당하다고 본다. 다만 정신병질자는 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가될 수 있는 경우에만 정신장애자로 보아야 한다. 이러한 의미에서 우리형법에서 규정하고 있는 심신장애자와 같은 의미

행위통제를 상실한 정신장애 또는 신경성정신장애에 걸린자는 형사책임이 없다고 규정하고 있다.

- 11) 이 분류에 의하면, 증상성을 포함한 기질적 정신장애, 정신작용물질사용에 의한 정신 및 행동의 장애, 정신분열병·분열병형 장애·망상성 장애, 기분장애, 신경성 장애·스트레스관련장애·신체표현성장애, 생리적 장애·신체적 용인과 관련된 행동증후군, 성인의 인격 및 행동의 장애, 정신지체, 심리적 발달, 소아기 및 청년기에 통상 발생하는 행동 및 정서의 장애, 상세불명의 정신장애 등으로 분류되고 있다. 이에 대한 자세한 사항은, 정신보건복지법상해, 정신보건복지연구회, 2002, 49쪽; 장규원·박강우, “정신질환자에 대한 법정치료 및 보호에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 1995, 89쪽 참조.
- 12) 미국정신의학회 DSM-IV에 의하면, “개인에게 발생되고 있는 임상적으로 중요한 행동적, 심리적 증후군이나 양상으로서, 이러한 증후군이나 양상은 현재의 고통이나 무능력을 동반하거나 고통스런 죽음이나 통증, 무능력 또는 자유의 상실의 위험을 증가시키고, 이러한 증상이나 양상의 원인이 무엇이든간에 현재 개인에게 행동적, 심리적 또는 생물적 기능장애가 나타나고 있어야 한다”라고 정의하고 있으며, 정신장애의 종류로 정신적 무능력, 정신질환, 정신적 결함 등으로 분류하고 있다. 이에 관한 자세한 내용은, 이근후 외 14명, 정신장애의 진단 및 통계편람 제4판, 하나의학사, 1995 참조.
- 13) 대판 1992.8.18, 92도1425.
- 14) 오영근, 형법총론, 박영사, 2005, 405쪽; 김일수, 형법총론(제11판), 박영사, 2006, 377쪽; 이재상, 형법총론(제5판), 박영사, 2003, 303쪽.

로 보아도 무방하다고 본다.

2. 정신장애의 발달과정

정신장애에 관하여 원시시대에는 환자들의 이해할 수 없는 행동으로 여겨 신·악령 등의 초자연적 존재로 해결하려고 하였다. 그 결과 일반인들은 정신질환자들을 경멸하거나 기피의 대상으로 여겼다. 중세시대에도 정신장애는 죄 값에 의한 신의 벌이거나 악령이 들어온 결과로 보아 심지어 여자정신장애자는 마녀로 취급받아 화형을 당하기도 하였다. 그러나 15세기의 르네상스와 자연과학의 발달로 인하여 정신장애는 심리적 원인에 의해 생길 수 있다는 것과 정신기능도 자연적 법칙에 따라야 한다는 견해가 나타나기 시작하면서 정신장애의 치료도 인도주의적으로 하여야 한다는 주장이 나타나기 시작하였다. 이때부터 유럽에서는 정신병원이 건립되기 시작하였다. 하지만 정신장애자에 대한 본격적인 인도적인 치료는 계몽주의 사상이 지배하던 18세기에 들어서면서이다. 이 시기에의 치료는 마음을 고치는 의사(psychiatrist)로서의 환자에 대한 존중과 친절, 대화 및 설득, 운동, 오락 등이었다.

그러나 정신장애를 임상적 및 병리학적 방법으로 여겨졌던 것은 20세기에 들어오면서 부터였고, 정신장애도 신체장애처럼 기술되고, 여러 정신병에 대한 증상표현, 경과, 병리소견 등의 관점에서 연구하기 시작하였다. 특히 이 시기에는 정신분석학(ps psychoanalysis)이 발달하기 시작하였다는 것이다. 정신분석학은 정신장애의 요인으로서 뇌보다는 심리적 과정과 대인관계, 환경의 영향, 인격의 성숙 등에 더 중점을 둔다.

이러한 과정을 거쳐 확립된 현대정신의학은 독자적으로 연구하기 보다

는 인성이론(personality theory), 학습이론(learning theory) 등으로 불리는 심리학과 연계되어 발달하고 있다. 특히 신경과학, 정신약물학, 컴퓨터 영상학 기술 등의 발전은 정신의학을 다시 생물학적 내지 의학적 질병으로 보며, 나아가 일반적인 정신 현상도 뇌기능으로 이해하고자하는 경향이 나타나고 있다.

이렇게 원시사회에서는 정신장애를 악령이나 악마의 영향으로 설명하는 초자연적 설명(spiritual explanation)하였지만, 오늘날은 우리가 상상할 수 없을 정도의 첨단과학의 발달로 인하여 정신장애도 점차 정신의학에 의존하는 경향으로 변하였다.¹⁵⁾ 이러한 정신의학의 발달은 오늘날 WHO의 국제질병분류(ICD-10), 미국정신의학회의 진단 및 통계편람(DSM-IV)의 정립으로 이어져 대부분의 국가에서 채택하고 있다.

3. 정신장애와 심신장애의 관계

우리 형법에서는 정신장애라는 용어를 쓰지 않고 심신장애라는 용어를 쓰고 있다. 심신장애란 법률상의 용어이지만 정신의학 및 심리학에서 사용하는 용어도 아니고 다른 나라의 입법례에서도 찾아볼 수 없다. 이러한 이유로 1992년 형법개정안에서는 ‘심신장애’란 용어 대신에 정신장애란 용어를 사용할 것을 제안하였다.¹⁶⁾

그러면 심신장애와 정신장애는 같은 의미일까? 사전적으로만 평가한다면 동일한 의미로 볼 수 있다.¹⁷⁾ 심신장애의 사전적 의미는 ‘심한 정신기능의

15) George Vold, et al., Theoretical Criminology, New York Oxford University Press, 1998, Chapter 7.

16) 법무부, 형사법개정자료(IV), 1992, 38-39쪽: 이에 의하면 “정신장애로 인하여 행위의 옳고 그름을 판단할 능력이 없거나 그 판단에 따라 행위할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 않는다”고 규정하고 있다.

장애로 인하여 사물을 판단할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 상태'를 의미하기 때문이다. 그러나 심신장애자를 이렇게 해석한다면 우리 형법10조와 논리적 오류를 불러일으킬 수 있다. 왜냐하면 우리 형법 제10조는 “심신장애로 인하여 사물을 변별한 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 않는다”고 규정되어 있어 동어반복이 되기 때문이다. 이러한 이유로 심신장애의 개념을 두 가지로 분류하여 파악할 수 있다.¹⁸⁾ 즉 ① 형법 제10조의 표제어로서 심신상실·심신미약을 포괄하는 규범적 개념으로서, ② 형법 제10조의 본문해석으로서의 심신상실·심신미약을 판단하는 생물학적 요소로서의 사실적 개념으로서 분류할 수 있다.¹⁹⁾ 그러나 우리 학계에서는 대부분 이를 혼용하여 사용하고 있다.²⁰⁾

대법원은 “아무리 정신적장애가 있는 자라 할지라도 행위당시 정상적인 사물변별능력이나 행위통제능력이 있었다면 ‘심신장애’로 볼 수 없다”²¹⁾고 하면서, 심신장애를 정신장애와 다르게 보면서 심신장애를 형법 제10조의 표제어로서 포괄적으로 보는 것 같다.²²⁾

심신장애의 개념을 정신장애와 같은 의미로 보면 정신장애는 법관이 규범적으로 판단할 수 없는 전문지식과 경험을 요구하는 생물학적판단이 요

17) 신동일, “심신장애자 판정의 문제점과 비교법적 검토”, 형사정책연구소식(제92호), 2005(11.12), 18쪽; 신동운, 형법총론(제2판), 법문사, 2006, 357쪽.

18) 김성규, “책임능력판단의 이론적 구조와 법률적 판단의 의미 내용”, 법조, 2006.7, 235쪽.

19) 이렇게 본다면, 심신장애는 범죄학에서 거론되고 있는 정신장애와 같은 의미로 볼 수 있다.

20) 오영근, 형법총론, 박영사, 2005, 405쪽; 김일수, 형법총론(제11판), 박영사, 2006, 376쪽; 이재상, 형법총론(제5판), 박영사, 2003, 303쪽; 신동운, 위의 책, 357쪽.

21) 대판 1992.8.18, 92도1425.

22) 이에 대하여 김성돈 교수는 “행위자의 정신상태가 ‘정신병’에 해당하면 ‘심신장애’는 일단 인정되고, 그러한 장애가 있어도 사물변별능력이나 의사결정능력이 정상적이면 책임무능력 내지 한정책임능력이 아니라고 한다”고 한다. 이는 심신장애를 포괄적인 규정이 아닌 본문해석으로서의 생물학적 요소로 보고 있는 것 같다. 김성돈, 형법총론, 현암사, 2006, 398쪽.

구되기 때문에 반드시 정신의학에 의한 정신감정을 거쳐야 한다.²³⁾ 그러나 정신의학에 있어서도 정신장애자의 개념과 그 진단방법에 대한 견해를 정립하지 못하고 있는 실정이고, 의학의 발전에 따라 정신장애자의 개념도 유동적이어서 우리 형법에서도 정신장애자란 말 대신에 심신장애자라고 하는 일반적이고 추상적인 규정을 할 수 밖에 없다고 하는 주장이 있다.²⁴⁾ 즉 정신의학상 정신장애자의 개념이 확정되지 않고는 포괄적으로 규정할 수밖에 없다는 것이다.²⁵⁾ 이렇게 포괄적인 규정 하에서는 심신장애(정신장애)의 판단은 규범적일 수밖에 없다.

그러나 대륙법계를 따르는 대부분의 국가에서는 형법에 심신장애 내지 정신장애라는 추상적인 개념을 사용하지 않고 구체적으로 열거하고 있다. 따라서 우리도 형법 제10조의 ‘심신장애’라는 용어 대신에 정신병자, 정신박약자, 정신병질자 등의 생물학적·정신의학적 개념으로 구체적으로 규정하는 것이 법의 명확화 입장에서 바람직하다고 본다.²⁶⁾

Ⅲ. 정신장애범죄자의 책임능력판단에 관한 원칙

정신장애자의 책임능력은 생물학적 요소와 심리학적 요소에 의하여 판단되지만, 실제에 있어서 어떤 구체적인 기준에 의거하여 판단해야

23) 이렇게 심신장애를 정신장애로 본다면 법원은 감정의 결과에 기속되어야 한다.

24) 노용우, “책임능력판단에 있어서 심신장애의 의미”, 형사법연구(제15호), 한국형사법학회, 2001, 59쪽.

25) 이러한 이유로, 1992년 형법개정안 당시 ‘심신장애’를 ‘정신장애’로 바꿀 것인지 여부는 차후 정신의학자들의 의견을 들은 후 결정하기로 하였다고 한다: 법무부, 형사법개정자료(Ⅳ), 44쪽.

26) 같은 생각으로, 신동일, 앞의 논문, 19쪽.

할 것인가에 대해서는 우리나라를 비롯한 대륙법계국가는 영미법계 국가보다 소극적이다. 따라서 이하에서는 영·미에서 확립된 정신장애자의 책임능력판단기준을 살펴보고자 한다.

1, M'Naghten Rule

가. M'Naghten Rule의 개념

정신병자인 Daniel M'Naghten이 1843년 당시의 영국수상인 Robert Peel을 살해하려다 Peel의 비서인 Edward Drummond를 살해하였다. 이 사건에서 Daniel M'Naghten은 자신의 범죄는 망상(delusion)이라는 정신병이 원인이 되었다고 하면서 무죄를 주장하였고, 법원도 배심원의 정신이상(insanity)에 의한 무죄판결에 따라 무죄를 선고하였다. 이 사건은 당시 영국의 수상을 암살하려던 중요한 사건임에도 불구하고 무죄판결이 내려진 데에 충격을 받은 귀족원은 이를 계기로 정신이상자의 책임능력에 대한 판단기준을 설정해야 할 필요를 절감하였다. 이에 귀족원은 15명의 법관에게 5개의 질문²⁷⁾을 하여, 이에 대한 답변을 그 원칙으로 삼고자 하였다. 이에 대한 답변으로 법원은 “범행당시 정신병으로 인해 그가 하는 행위의 의미와 성질을 알지 못하였거나, 알았다고 하더라도 그가 악한 행위를 한다는 것을 모를 정도로 이성의 결여가 존재하였었다는 것”을 명백히 증명하여야 한다고 판시하였다.²⁸⁾ 이것이 이른바 M'Naghten Rule이다. M'Naghten

27) 5개의 질문 가운데 두 번째와 세 번째의 질문에 대한 응답이 바로 M'Naghten Rule이다. 이에 대한 질문과 응답은, Markus D. Dubber·Mark G. Kelman, American Criminal Law, Foundation Press(New York), 2005. pp.623-624 참조.

28) M'Naghten's Case, 10 Cl. & Fin. 200, 210, 8 Eng. Rep. 718, 722(1843).

Rule은 펜실베이니아 주를 포함한 대부분의 미국 주들이 채택²⁹⁾하여 1900년 대 초까지 미국에서 정신이상의 정의하는 표준적 기준이 되었다.

M'Naghten Rule은 정신의 질환이라는 생물학적 요소와 행위의 성질 · 정사(right and wrong)의 인식이라는 심리학적 요소로 구성되어 있다. 다만 심리학적 요소에 대해서는 지적 요소(인식적 요소, 변별능력)만을 기준으로 하고, 정의적 요소(의지적 요소, 제어능력)에 대하여는 직접적인 판단을 하고 있지 않다는 점에 그 특색이 있다. 따라서 이 원칙은 본질 · 성질 테스트(nature and quality test)와 정사테스트(right and wrong test)로 분류할 수 있다.

나. 본질 · 성질테스트(nature and quality test)

M'Naghten Rule에 의하면 범죄자가 정신이상으로 인한 무죄의 판결을 받기 위해서는 ‘행위의 성질에 대한 인식’과 ‘행위의 사악에 대한 인식’이 없을 것을 요한다. 이 두 가지의 요소를 동시에 해석하기 보다는 서로 분리하여 해석해야 한다. 왜냐하면 행위의 성질을 인식할 수 없는 자는 행위의 정사를 인식할 수 없으며, 행위의 정사를 인식할 수 없다고 하더라도 행위의 성질을 인식할 수는 있기 때문이다.³⁰⁾ 여기서 ‘행위의 성질에 대한 인식’이 본질 · 성질테스트(nature and quality test)이다. 이는 범죄자가 범행당시에 그가 하는 행위의 본질과 성질을 인식하지 못하였는가에 대한 판단을 말한다. 따라서 자기의 행위의 본질 내지 성질을 알지 못하는 자는 그 행위가 사악한 것이라는 것을 알지 못하는 자

29) Pennsylvania adopted M'Naghten in Commonwealth v. Mosler, 4 Pa. 264(Pa. 1846).

30) Rollin M. Perkins · Ronald N. Boyce, Criminal Law(3rd ed), Mineola, NY, 1982, p.962.

로 보아야 한다. 결국 이 원칙은 ‘정사능력’의 전제조건으로 하나로 책임능력을 판단하는데 있어 중요한 기준이 된다고 할 수 있다.

다. 정사테스트(right and wrong test)

성질테스트를 통하여 범죄자가 범죄의 성질을 인식하지 못하였다고 인정되면 그 다음으로 정사테스트(right and wrong test)를 하게 된다. 정사테스트(right and wrong test)는 범죄자가 범행 당시 그가 사악(wrong)한 행위를 한다는 것을 인식할 수 없었는가에 대한 판단이다. 여기서 ‘정사의 인식(right and wrong)’이 일반적·추상적인 인식인지 아니면 고발되어 있는 행위 그 자체에 대한 인식인지가 문제된다. 이에 대해서는 M’Naghten 사건 당시에 배심원들의 질문에 대한 답변에서 법원은 “일반적, 추상적으로 제출되는 경우는 고발되어 있는 행위 그 자체에 대하여 피고인의 정사의 인식에 관하여 제출되는 경우만큼 정확하지 않다”고 한 것을 보면 고발되어 있는 당해행위에 관한 정사의 인식을 의미한다고 볼 수 있다. 한편 사악(wrong)이 법적사악을 의미하는지 아니면 도덕적 사악을 의미하는 지에 대해서도 논란이 있다. 만약 사악(wrong)을 도덕적으로 본다면 법적으로 보는 경우보다 처벌의 가능성이 적다. 이 문제에 관련하여 M’Naghten 사건 당시의 법원도 통일적인 입장을 보여주지 못하였다. 즉 배심원들의 두 번째와 세 번째의 질문에 대하여 법원은 “만일 피고인이 그 행위를 해서는 안 된다는 것을 알고 있었고, 그 행위가 동시에 법에 반한다면 처벌될 수 있다”고 하여 사악(wrong)을 도덕적 사악으로 해석하고 있다. 하지만 첫 번째 질문에 대한 답변에서는 “만일 피고인이 범죄의 행위시에 스스로 법에 반하는 행위를 하고 있다는 것을 알고 있다면 처벌될 수 있다”

고 하여 사악(wrong)을 법적 사악으로 해석하고 있다. 대체적으로 사악(wrong)을 법적 의미로 해석하고 있다.³¹⁾

2. 저항불능의 충동원칙(Irresistible Impulse Rule)

저항불능의 충동원칙(Irresistible Impulse Rule)은³²⁾ 정신장애범죄자가 비록 그 행위의 본질과 성질을 알고 그것이 사악하다는 것을 인식한다고 하더라도 자신에게 불법적인 행위가 충동으로 인하여 범행을 저지른 경우에는 면책된다는 것을 말한다.³³⁾ 즉 정사를 변별할 능력은 갖고 있으나 정신장애 때문에 그 변별에 따라 행동하지 못하는 자들의 책임능력을 부정하는 것을 그 내용으로 한다. 이 원칙은 M'Naghten Rule을 수정·보충하는 하나의 원칙으로 자리 잡았다.

이 원칙은 Thompson 사건에서 “비록 피고인이 범행 시에 있어서 정사 식별과 사악성을 인식할 수 있다고 하더라도, 그 행위를 제어할 뿐만 아니라 실행할 수 있는 능력이 있어야만 책임이 있는 것이다”라고 판시하면서 부터 시작되었다.³⁴⁾ 그 후 Parsons사건³⁵⁾에서 이를 보다 구체화하면서 책임능력의 조건을 제시하였다. 정신장애자의 책임능력을 부정하기 위해서는 우선 범죄자가 범행시 정신질환이 있어야 하고, 다음으로 범죄행위시의 특정행위에 대하여 정사를 인식할 수 없어야 하고, 마지막으로 범행 시에 정

31) Wayne R. LaFave · Austin W. Scott, Substantive Criminal Law, West Publishing co., 1986, p.315.

32) 여기서의 충동은 ‘갑작스럽고 계획성이 없는(sudden and unplanned)’것을 말하고, ‘저항불능(irresistible)’은 이러한 충동에 항거할 수 없는 능력을 말한다.

33) Smith v. United States, 36 F. 2d 548(D.C. Cir. 1929)

34) State v. Thompson, Wright's Ohio Rep.617(1834)

35) Parsons v. State, 81 Ala. 577, 2 So.854(1887), quoted in Wayne R. LaFave · Austin W. Scott, Ibid, p.320.

사의 인식이 있었다고 하더라도 정신질환의 압박으로 인하여 범죄를 회피할 능력을 현저히 상실하고, 동시에 당해범죄의 원인이 정신질환과 관계가 있다면 책임능력이 없다는 것이다.

저항불능의 충동원칙(Irresistible Impulse Rule)은 전통적인 영미형법상의 의사능력·제어능력을 부정함으로써 정신질환을 호소하는 모든 범죄자는 처벌할 수 없게 되어 형사사범의 연골화를 초래하여 사회를 위험에 빠뜨릴 수 있다³⁶⁾는 비판 등이 제기되고 있다. 또한 정신질환의 충동과 걱정, 충동과의 구별 및 정신질환이 존재하는 진실한 저항불능의 충동과 단순히 저항할 수 없는데 지나지 않는 충동의 구별도 어렵다는 비판이 있다.³⁷⁾ 이러한 이유로 미국의 거의 모든 주에서는 이 원칙을 채택하지 않았고 심지어 정신과 의사들도 ‘저항불능의 충동’을 불합리하다고 하면서 거부하였다고 한다.³⁸⁾

3. Durham Rule

Durham Rule은 1953년 미국 D.C법원에서 주거침입죄로 기소된 Monte Durham의 재판에서 정신장애자의 능력에 대한 새로운 기준을 제시한 것을 말한다. 당시 Durham은 자기의 행위는 정신이상(insanity)이 원인이 되었다고 하면서 항변을 하였다. 이에 법원은 “피고인은 그의 위법행위가 정신질환 또는 정신결함의 산물일 때에는 형사책임이 없다”고 판시하였다. 이것은 정신이상에 관한 정의 가운데 가장 관대한 정의라고 할 수 있다. 그

36) Abraham S. Goldstein, *The Insanity Defense*, New Haven(London): Yale University Press, 1967, p.77.

37) 墨谷泰, 責任能力の研究, 有斐閣, 1963, 91頁.

38) Jerome Hall, “Psychiatry and Criminal Responsibility”, 65 Yale L.J, 1956, p.761.

럼에도 불구하고 거의 대부분의 주에서는 이 원칙을 채택하지 않았다.

이 판결은 기존의 M'Naghten Rule과 저항불능의 충동 원칙(Irresistible Impulse Rule)을 배제하고 오로지 생물학적 방법에 의한 기준을 제시한 점에서 그 의미가 있다. 즉 M'Naghten Rule의 정사테스트(right-wrong test)는 정신의 실체나 과학적 지식을 충분히 고려하지 않고 단지 하나의 증상에만 기초하고 있기 때문에 모든 상황에 적용될 수 있는 것이 아니라 는 이유로 비판하고 있다. 또한 저항불능의 충동원칙(Irresistible Impulse Rule)은 정신질환자에 대하여 어떠한 인식도 제공해주지 못한다는 비판을 하고 있다.

Durham Rule은 M'Naghten Rule이나 저항불능의 충동원칙(Irresistible Impulse Rule)의 적용과정에서 발생한 정신과의사와 법원간의 괴리를 해소하기 위하여 정신의학에 무게 중심을 둔 것으로 보여 진다. 따라서 법원은 반드시 정신의학전문가의 도움을 받아야 하며 “피고인은 그의 위법행위가 정신질환 또는 정신의 결함의 산물이면 형사책임이 없다”³⁹⁾라는 근거로 무죄판결을 내렸다.

그러나 Durham Rule은 의사들이 지지를 한 반면에 법률가들은 다음과 같은 이유로 반대하고 있다. 첫째, 정신질환(Mental disease), 정신의 결함(Mental defect), 산물(product)의 개념이 불명확하다. 둘째, 책임능력의 법적기준은 피고인의 정신질환, 결함 등이 아니라 그의 능력에 입힌 손상이다. 셋째, 정신의학전문가의 의견에 따라 무죄선고자가 급증하여 형법의 일반예방기능을 해칠 수 있다는 것이다.

이에 대하여 Durham Rule은 M'Naghten Rule이나 저항불능의 충동테스트(Irresistible Impulse Test)와 같이 知·情·意라는 정신작용의 일면만을 문제

39) Durham v. United States, 214 F. 2nd 862(1954)

삼지 않고, 선악의 변별능력과 같이 정신의학의 범위 밖에 있는 것을 포함하지 않음으로써 법률가와 정신의학자 사이의 괴리를 제거한 것에 대해서는 가치가 있다고 한다.⁴⁰⁾

결국 Durham Rule은 현대정신의학적 지식의 발달과 그 보조를 같이하려는 시도였음에도 불구하고 1967년 A.Bauwner의 살인사건을 계기로 1972년 D.C.법원은 수년간 적용해 온 Durham Rule을 포기하고 미국법조협회가 제정한 모범형법전을 채택하게 되었다.⁴¹⁾

4. Model Penal Code

이상의 세 가지의 원칙들은 일관적이지 못하고 위에서 본 바와 같이 비판점이 제시되자 미국법조협회(The American Law Institute)는 엄격한 M'Naghten Rules의 기준과 좀더 완화된 저항불능의 충동원칙(Irresistible Impulse Rule)과 Durham Rule의 기준 사이에 절충적 형태의 판단기준을 제시한 것이 미국모범형법(Model Penal Code)의 제4조1항이다.⁴²⁾

이는 책임능력의 기준을 M'Naghten Rules와 마찬가지로 혼합적 방법을 취하고 있지만, M'Naghten Rules이 지적요소만을 기준으로 하고 있는 반면, 모범형법전의 기준규정은 의지적요소도 기준으로 하고 있다는 점에서 차이가 있다. 미국모범형법 제4조1항에서 규정하고 있는 '정신질환 또는 정신적 결함'은 Durham Rule에서, '자기행위 범죄성(사악성)을 이해하고'

40) 墨谷蔡, 앞의 책, 103-104頁.

41) US V. Bauwner, 471 F.2d 973(1972)

42) 모범형법전 제4조 제1항은, “행위자가 행위당시에 정신질환 또는 정신결함의 결과로 자신의 행위의 범죄성을 이해하거나 자신의 행위를 법적요구에 따르게 하는 실질적 능력(substantial capacity)을 현저하게 결여한 자는 그 행위에 대하여 책임이 없다”고 규정하고 있다. Model Penal section 4.01(ALI 1985).

는 M'Naghten Rules에서, '자신의 행위를 법적요구에 따르게 하는 실질적 능력'은 저항불능의 충동테스트(Irresistible Impulse Test)를 인용하였다.

그러나 현대적이고 미래지향적인 정신의학지식에 상응하는 기준을 마련하기 위한 미국모범형법 제4조1항은 '결과(result)', '실질적 능력(substantial capacity)' 등 더욱 애매한 표현들을 사용함으로써 Durham Rule의 의도를 무시한 것이라는 비난을 받고 있다.

이러한 비난에도 불구하고 모범형법전의 기준은 미국의 대부분의 주에서는 채택되었다. 뉴욕 신형법도 기본적으로는 M'Naghten Rules을 따르지만, 부분적으로 모범형법전을 채택하고 있다.⁴³⁾ 하지만 모범형법전의 기준을 채택하지 않는 것은 이 기준이 전통적인 M'Naghten Rules보다 책임능력의 범위를 넓게 인정하기 때문이다. 즉 선악을 식별하는 능력을 필요로 하고, 변별능력이나 제어능력을 완전히 결여하지 않아도 실질적 능력(substantial capacity)을 결여하고 있는 경우에 책임능력을 부정하고 있다.⁴⁴⁾

그러나 모범형법전은 어느 한쪽에 치우치지 않고 그 장점을 종합적으로 결합시킨 최선의 판단기준으로 대륙법계의 많은 형법전이 이 기준을 적용하고 있다.

5. 유죄이나 정신질환 인정(Guilty but Mentally ill)

이상에서 제시한 영·미의 역사에서 형성된 원칙들은 1970년대까지 잘

43) New York Penal Code(1965) Section 30.05 : Mental Disease or Defect; 뉴욕 신형법 1965 제30.05조(정신의 질환 또는 결함) (1) 행위시에 정신의 질환 또는 결함의 결과 (a) 행위의 성질 및 결과 또는 (b) 그 행위가 사악하다는 것을 알거나 식별하는 실질적 능력을 결여하고 있을 때에는 형사상 책임을 부담하지 않는다.

44) 鈴木義男, “模範刑法典おすびニューヨーク新刑法における 責任能力の基準”, 警察研究 第37卷6號, 1966 참조.

지켜졌다. 하지만 1980년대에 들어와서는 이러한 원칙들로 인해 다수의 정신장애범죄자들이 무죄를 선고받자 많은 비판이 제기되었다. 1982년 Ronald W. Reagan 전 대통령을 암살하려다 미수에 그친 John Hinckley가 정신이상자란 이유로 무죄를 선고받았다. 이 판결에서 “Hinckley는 자신의 행위의 사악성을 인식할 수 있는 능력은 가지고 있었지만, 자신의 행위를 법의 요구에 따라 조종할 수 있는 제어능력은 가지고 있지 않았기 때문에 무죄”라고 하였다. 이 판결에 대한 비판이 제기되자 미국의 각 주에서는 ‘정신이상 항변’의 원칙들을 폐지하는 법안을 제출하였지만 Nevada 주를 비롯한 소수의 주 만이 채택하였다.⁴⁵⁾ 정신이상항변(Insanity Defense)의 폐지에 대하여 미국변호사협회는 Hinckley판결에 대한 과민반응으로 충동적으로 이루어진 것으로서 용인되기 어려운 것이라고 비판하였다.

미국은 대부분의 사건에서 헌법상의 이유로 정신이상항변(Insanity Defense)을 포기할 수 없다고 밝히고 있다. 예컨대, State v. Korell사건에서 법원은 정신이상항변(Insanity Defense)은 헌법제정 당시에 Common Law에 의하여 확립된 것이고, 이것은 헌법 제14조의 due process규정에 의하여 보호되는 근본적인 권리⁴⁶⁾라고 하고 있다. 또한 미국대법원도 Powell v. Texas사건에서 정신이상항변(Insanity Defense)이 역사적으로 형성된 하나의 원칙임을 분명히 하고 있다. 그러나 대부분의 피고인들은 사형을 피하기 위하여 I정신이상항변(Insanity Defense)을 주장하고 있기 때문에 사형을 폐지하지 않고는 이 문제를 해결할 수 없다고 한다.⁴⁷⁾

Hinckley판결의 결과 정신이상항변(Insanity Defense)을 폐지하고자 하는

45) Finger v. State of Nevada , 27 P.3d 66(Nev. 2001)

46) Wayne R. LaFave · Austin W. Scott, Substantive Criminal Law, West Publishing co., 1986. p.436

47) Wayne R. LaFave & Austin W. Scott, Ibid., pp.434-435

주장은 설득력을 잃었지만, 기존의 미국모범형법을 수정하자는 시도가 있었다. 이러한 수정이론은 정신장애자의 책임능력기준인 제어능력을 배제하고 인식능력만으로 판단하자는 것이다.⁴⁸⁾ 이러한 주장은 배심원의 판단이 일반시민의 반응과 일치하지 않는 문제점을 시정하는 데에 있다고 한다.⁴⁹⁾ 또한 책임능력의 판단기준인 제어능력의 판단은 현실적으로 불가능하며 그것에 관한 감정이 배심원에 혼란을 초래할 수 있다는 점에서 착안하였다.

또한 미국에서는 정신이상항변(Insanity Defense)의 문제에 대한 해결책으로서 ‘유죄이나 정신질환 인정(Guilty but Mentally ill)’이라는 Rule을 채택하고 있다.⁵⁰⁾ 펜실베이니아 주를 포함한 22개주에서 이 기준을 적용하고 있다. 이는 정신이상(Insanity)자들에 대한 배심원들의 무죄평결에 대안이 될 수 있을 뿐만 아니라 정신이상(Insanity)자들의 조기석방을 예방하기 위한 대안으로 적용되고 있다.

문제는 정신이상(Insanity)과 ‘정신질환(Mentally ill)’의 차이가 무엇인 가이다. 이에 대하여 펜실베이니아 주 법률은 정신질환(Mentally ill)을 “정신 결함 등으로 인하여 자신의 행동의 사악성을 식별할 수 있는 실질적 능력을 결여하였거나, 자신의 행위를 법의 요구에 따르게 하는 실질적 능력을 결여한 자”를 말한다고 하고 있다. 이렇게 정신질환에 해당하면 정신병원 등에서 치료를 받은 후에 처벌을 받게 된다. 이에 반하여 정신이상(Insanity)은, “정신질환으로 인하여 행위의 본질과 성질을 알지 못하거나 만약 알았다고 하더라도 자신의 사악한 행위가 옳지 않다는 것을 알지 못

48) 수정이론은, 종합범죄규제법(1984), 미국법조협회의 형사사법에 관한 정신보건기준(1984) 등에서 지지를 얻었다.

49) David B. Wexler, “Redefining the Insanity Problem”, in: George Washington Law Review(53), 1985, pp.540-541.

50) Christopher Slobogin, “The Guilty Mentally Ill Verdict: An Idea Whose Time Should Not Have Come”, in: George Washington Law(53), 1985, pp.494-495.

하고 하는 행위”를 말한다. 즉 인식능력과 판단능력이 없는 것을 말하며, 이렇게 판단되면 무죄로 석방된다. 이러한 개념을 토대로 양자의 차이점을 보면, 정신이상자는 옳은 것과 옳지 않은 것을 알 수 없는 사람이며, 정신질환자는 옳은 것과 옳지 않은 것을 판단할 실질적 능력이 부족한 사람이라 할 수 있다. 사실 법관들과 배심원들은 정신이상과 정신질환의 경계선을 긋는데 있어 어려움에 직면하고 있다고 한다.⁵¹⁾

6. 소 결

이상에서 살펴본 원칙들은 앞으로 우리나라에 있어 정신장애자의 책임능력을 판단하는데 있어 하나의 기준이 된다고 본다. 즉 정신의학전문가의 감정을 중시하여 감정결과가 정신이상((Insanity)으로 나오면 무죄로 선고하는 Durham Rule은 앞으로 우리나라의 정신의학이 발달하고 객관적으로 신뢰할 수 있는 장치만 마련된다면 도입할 수 있다고 본다. 그리고 M'Naghten Rule의 본질테스트와 정사테스트(right and wrong test)와 책임능력의 판단에 있어 제어능력은 현실적으로 판단하기가 어렵기 때문에 인식능력만을 판단하자는 미국의 수정이론은 우리에게 시사하는 바가 크다. 또한 오늘날 미국의 많은 주에서 채택하고 있는 유죄이나 정신질환 인정(Guilty but Mentally ill)에 있어서의 정신이상(Insanity)과 ‘정신질환(Mentally ill)’의 구별은 무죄와 치료감호를 선고하는데 있어 중요한 기준이 될 수 있다고 본다.

51) Roger George Frey, “The Guilty But Mentally Ill Verdict and Process”, 92 Yale L.J, 1983, p. 475.

IV. 정신장애범죄자의 책임능력판단에 대한 입법주의

정신장애자를 책임무능력자로 인정하기 위해서는 우선 범죄자의 정신장애유무를 판단해야 한다. 정신장애를 분석·판단하거나 입법하는 방법으로 3개의 학설이 나누어지고 있다. 첫째 정신병, 정신박약 등(정신적 결함의 원인)과 같은 생물학적 요소에 착안하여 규정하는 생물학적 방법과, 둘째, 자유로운 의사결정의 배제라는 행위자의 정신상태(정신적 결함 그 자체 또는 결과)에 착안하여 규정하는 심리학적 방법과, 셋째는 생물학적 요소와 심리학적 요소 모두를 혼용하는 혼합적 방법이 있다.

1. 생물학적 방법

책임능력을 생물학적 관점에서 평가하는 생물학적 방법은 행위자에게 일정한 비정상적인 생물학적인 상태를 보이면 정신장애를 인정하는 방법이다. 현대인이 정신의학에 의존하는 경향이 크다는 것에 착안한 방법이라 할 수 있다.⁵²⁾ 이러한 생물학적 방법은 정신의학적 진단이라는 자연과학적 사실을 제시하여 법관의 자의적인 판단 가능성을 배제함으로써 형법의 과학화를 추구할 수 있으며, 책임론과 처우론을 이어주는 가교적 기능 등 형법의 현대적 과제에 대응할 수 있는 장점을 가지고 있다.⁵³⁾

생물학적 방법은 19세기 프랑스 형법(1810), 스위스형법초안(1893년안, 1894년안, 1896년안 등) 등에서 규정하고 있었다. 하지만 정신과 의사의 자의와 편견의 개입,⁵⁴⁾ 생물학적 판단을 완전히 신뢰할 만큼 의학이 미발

52) George B. Vold, *Theoretical Criminology* Second Edition, New York Oxford University Press, 1979, p.124.

53) 노용우, “형사책임능력에 관한 연구”, 서울대학교대학원박사학위논문, 1989, 49쪽.

달 등의 비판이 제기되면서 채택하는 국가들은 별로 많지 않다. 이러한 입법례는 1810년 프랑스형법 제64조⁵⁵⁾, 1954년 미국의 Durham Rule,⁵⁶⁾ 우리 형법 제9조와 제11조가 있다.

2. 심리학적 방법

책임이란 범죄자의 비난가능성을 의미하므로 행위당시 사물변별능력이거나 의사결정능력이 없으면 생물학적 상태에 관계없이 책임능력이 없다고 하는 방법이다. 즉 자유로운 의사결정의 배제라고 하는 행위시의 심리상태에 착안한 방식이다. 앞에서 본바와 같이 M'Naghten Rule의 본질·성질 테스트(nature and quality test)와 정사테스트(right and wrong test)가 바로 여기에 해당한다고 할 수 있다.

이 방법은 책임능력의 지적요소 및 의지적요소를 심리학적 방법에 의존하기 때문에 판단하기 어렵다. 따라서 결국 책임능력의 존부는 법원의 법률적·규범적 판단에 맡기게 되어 궁극적으로는 일반예방적 관념과 특별예방적인 관념을 중시하게 된다.

이러한 심리학적 방법은 행위시의 심리상태에 영향을 미치고 있는 생물학적 요인을 무시하고 법관의 법률적인 판단에만 맡기게 되어 의사결정의 범위를 좁게 해석할 우려가 있다. 결국 이렇게 되면 책임능력의 판단이 규범화·윤리화되고 법정안정성을 저해할 우려가 높다.⁵⁷⁾ 이러한 이유로 실

54) 정성근·박광민, 형법총론, 삼지원, 2005, 303쪽

55) 중죄 또는 경죄를 범한 자가 행위시에 심신상실의 상태에 있거나 저항불능의 힘에 의하여 범행을 강제 받은 경우에는 벌하지 않는다.

56) 피고인의 위법행위가 정신질환 또는 정신결함의 산물(product of mental disease or mental defect)일 때에는 형사책임이 없다.

57) 정성근·박광민, 앞의 책, 303쪽; 大谷實, 責任能力の現狀, 法學教室 第2期 2號, 有斐閣,

제 심리학적 방법만을 채용하고 있는 입법례는 찾아보기 힘들다.

3. 혼합적 방법

이 방법은 정신장애와 정신결함과 같은 비정상적인 상태는 생물학적 방법으로 규정하고, 사물변별능력과 의사결정능력은 심리적 방법에 의해 판단하는 것⁵⁸⁾으로서 오늘날 대부분의 국가가 채택하고 있다.⁵⁹⁾

정신장애여부를 심리학적 방법에만 의존하면 생물학적 원인을 무시하게 되어 책임무능력의 원인이 확대되어 법적안정성을 해칠 우려가 있다. 정신장애자들은 항상 정신장애상태에 있는 것이 아니고 평소에는 정상적인 행동을 하다가 범행시에 정신장애상태가 존재하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에는 정신의학을 기초로 하는 생물학적 방법을 택하지 않을 수 없다. 따라서 책임능력의 결함이 정신장애 등에 의하는 경우에는 생물학적인 평가를 하고, 의사결정능력이나 사물변별능력이 비정상적인 심리요인에 의할 경우는 심리적 평가를 하자는 것이다.

우리형법 제10조⁶⁰⁾, 독일형법 제20조, 오스트리아형법 제11조⁶¹⁾, 스위스형법 제10조⁶²⁾, 미국의 모범형법전 제4장 제1조 제1항 등 대부분의 국가

1973, 41頁.

58) 정성근·박광민, 위의 책, 304쪽; 오영근, 앞의 책, 405쪽; 임웅, 앞의 책, 276쪽; 김일수, 앞의 책, 380쪽.

59) 安田拓人, 刑事責任能力本質判斷とその判斷, 弘文堂, 2006, 75頁.

60) 대판 1992.8.18, 92도1425.

61) 오스트리아 형법 제11조는, “행위시에 정신병, 정신박약, 심한 의식장애 또는 이러한 상태와 동등한 기타의 심한 정신장애로 인하여 자신의 행위의 불법을 분별하거나 이 분별에 따라 행위할 능력이 없는 자는 유책하게 행위한 것이 아니다”라고 규정되어 있다.

62) 스위스 형법 제10조는, “정신병, 정신박약 또는 심한 의식장애로 인하여 행위시에 불법을 분별하거나 이 분별에 따라 행위할 능력이 없는 자는 벌하지 아니한다”라고 규정되어 있다.

가 혼합적인 방법에 의하여 책임무능력을 규정하고 있다.

이러한 혼합적 방법에 의하여도 결국 책임능력 판단의 전제가 되는 정신장애 여부는 심리학적 방법에 치우치게 되고 생물학적 방법인 정신의학자의 의견은 법관의 판단을 위한 보조자료에 불과하여 심리학적 방법의 경우와 동일한 결함이 발생할 수 있다.⁶³⁾ 이렇게 정신장애범죄자의 정신장애여부를 심리학적 측면에 치우쳐 윤리적·정책적인 판단을 하게 되면 무능력자의 범위가 좁아져 자칫 정신장애자에 대한 법적배려가 희석될 가능성이 있다. 따라서 법관은 가능한 객관적 경험법칙에 따른 판단을 해야 하고 전문가의 감정을 배제할 경우에는 명백하고도 합리적인 이유를 제시하여야 한다.⁶⁴⁾

4. 소 결

사실 생물학적 방법으로 정신장애자여부를 판단하는 것은 어렵지 않다. 하지만 정신장애자의 사물변별능력과 의사결정능력을 심리학적으로 증명하기란 쉽지 않다. 이러한 이유로 독일에서는 정신장애의 종류를 유형화시켜 놓고 이에 해당하면 무조건 책임능력을 감면하자는 관례(Konvention)가 형성되었다.⁶⁵⁾ 즉 정신장애자의 행위가 생물학적·의학적으로 이상이 있는 때에는 심리학적 측면에서의 인식·제어능력에 강한 영향을 주는 데 반해, 생물학적·의학적으로 이상이 없는 때에는 인식·제어능력에 대한 영향력도 약하다는 것이다.⁶⁶⁾ 예컨대 정신의학전문가 등이 정신장애자로

63) 이러한 이유로 생물학적 방법을 오히려 중요시 하자는 주장도 있다: 강동욱, “책임능력에 관한 고찰”, 한양법학(제45집), 1994, 141쪽.

64) 이와 관련하여 독일에서는 정신의학자, 법관, 법학자 사이에 일정한 합의를 해오고 있다. 이를 소위 관례(Konvention)라고 한다.

65) 정신의학자, 법관, 법학자 사이에서의 일정한 합의를 말한다.

판정하면 법원에서는 행위자의 심리상태를 판단하는 것은 불가능하기 때문에 심리적 요소를 분석할 필요 없이 책임무능력자로 보자는 것이다. 그러나 이러한 관례는 정신장애자에게 형사정책적 배려에 치중할 뿐만 아니라 정신의학에서도 받아들이기 힘들다는 비판이 제기되고 있다.⁶⁷⁾

따라서 정신장애자의 책임능력은 심리학적인 요소를 배제하고는 생각할 수 없다. 그렇다고 생물학적 요소가 중요하지 않다는 것은 아니다. 생물학적 요소를 배제하고는 심리학적인 요소를 생각할 수 없기 때문이다. 하지만 생물학적 요소는 어디까지나 심리학적 사실의 전제요소로서 인식능력 및 제어능력을 추측하는 정도에 불과하다. 이러한 관점에서 중요한 것은, 어떻게 이러한 양요소를 객관적으로 평가할 것인가이다. 이에 대한 가장 이상적인 방법은 정신의학, 심리학의 전문가들의 객관적인 감정을 통하여 법관이 최종적으로 판단할 수밖에 없다고 본다.

V. 정신장애범죄자에 대한 감정

정신장애에 대한 판단은 전문적인 정신의학상의 지식과 경험을 필요로 하는 분야이다. 따라서 비전문가인 법률가가 자의적으로 판단할 수 있는 성질의 것은 아니다. 즉 정신장애범죄자의 행위를 외부적 모습만으로는 판단할 수 없고 반드시 심리상태와 역동적인 면이 함께 고려되어야 한다. 이러한 이유로 정신장애범죄자의 책임능력여부를 판단하기 위해 정신의학 전문가 등에게 정신감정을 의뢰하는 것이 필요하다는 것이 학계와 대법원의

66) 김성규, 앞의 논문, 240쪽.

67) 山口幸博, 精神障害者犯罪を考える, 鳥影社, 2004, 147頁.

공동된 의견이다.⁶⁸⁾ 하지만 감정인은 전문적인 진찰소견과 의학적인 입장만 제시할 뿐이며 법적인 책임능력의 최종적 판단은 법관에게 달려있다.⁶⁹⁾

이 경우 정신장애자 여부를 판단하기 위해서 반드시 정신감정을 하여야 하는지, 만약 정신감정을 하면 감정결과에 법원은 기속되는 지, 감정결과가 판결에 어느 정도 반영되며, 만약 반영되지 않는 부분들이 있다면 그 원인은 어디에 있는가가 중요하다. 이하에서는 이러한 것을 중심으로 살펴보고자 한다.

1. 정신감정의 의뢰와 범위

우선 법원은 정신장애여부의 판단을 위해 정신의학전문가 등에 감정을 의뢰해야 하는 지가 문제된다. 정신장애 여부의 생물학적 판단은 행위자의 정신적 상태를 확인하는 것이다. 즉 정신의학적 지식을 통하여 정신장애 유무 및 정도를 명확히 하는 과정이다. 따라서 이러한 과정은 정신의학전문가 등의 경험을 통한 전문지식을 활용할 수밖에 없다고 본다. 우리 판례는 어떤 경우에는 법관의 독자적 판단으로 감정을 재량으로 보고 있고,⁷⁰⁾ 어떤 경우에는 감정을 의무로 보고 있다.⁷¹⁾ 이러한 판례를 보면 정신장애

68) 이경숙·안향·최상섭·이재갑·조성희, 형사정신감정의 변화 - 1990년과 2000년 -, 대한법의학회지 제26권 제2호, 2002, 25쪽; 대판 2002.11.8, 2002도5109.

69) 이러한 이유로 정신장애여부를 판단하는 생물학적 요소는 감정은 필수적이고 법원은 그 감정결과에 구속되어야 하고, 심리학적 요소인 사물변별능력 내지 의사결정능력에 대한 감정은 임의적이며 그 감정결과에 구속될 필요가 없다고 본다.

70) 형법 제10조 소정의 심신장애의 유무 및 정도를 판단함에 있어서 반드시 전문가의 감정에 의존하여야 하는 것이 아니고, 범행의 경위, 수단, 범행 전후의 피고인의 행동 등 기록에 나타난 관계 자료와 피고인의 법정 태도 등을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다: 대판 1998.3.13, 98도159; 대판 1997.7.25, 97도1142.

71) 피고인의 병력, 가족관계, 성장환경, 그 동안의 전력, 피고인의 범죄 횟수 및 그 시간적 간격, 각 범행 전후의 정황, 피고인에 대한 정신감정 결과 등에 비추어 피고인의 각 범

여부를 판단하는 생물학적 요소는 감정이 필수적이고, 심리학적 요소인 사물변별능력 내지 의사결정능력에 대한 감정은 임의적이라고 판단하는 것으로 보인다.

한편 법원이 정신감정을 의뢰하면, 정신감정인은 어디까지 감정해야만 하는 지가 문제된다. 이는 오로지 인과적·경험적·기술적인 요건으로 생물학적 요소만을 감정할 것인가 아니면, 사물변별능력과 의사결정능력의 규범적판단인 심리학적 요소도 감정할 수 있는 지이다. 이에 대해서는 오로지 정신의학적 판단만 할 수 있다는 입법(오스트리아, 영국), 책임능력에 대한 확인을 요구하는 입법(프랑스, 브라질, 노르웨이), 책임능력의 확인과 함께 법원이 행위자에 대하여 어떠한 개별적인 처우 내지 처분이 적당한지의 의견까지 감정인에게 요구하는 입법(미국, 덴마크, 스웨덴, 스위스 등)으로 나누어 볼 수 있다.⁷²⁾ 대개 감정인은 행위시의 책임능력의 존부·정도의 판단과 함께 법원의 처분결정 후 피고인의 처우·치료방법 및 수용시설에 관한 의견을 제시하고, 법원은 이를 참조하는 형태로 진행된다. 이와 관련하여 감정인도 한 사람의 일반인으로서 국민의 규범의식을 추측하고 그 기준을 확정된 심리사실에 적용하여 피고인의 심신상실 혹은 심신미약을 의견을 제시할 수 있다고 한다.⁷³⁾

이에 대해서는 우리 형법은 아무런 규정이 없다. 형사절차의 실무에 있어서 검사나 법관이 정신감정을 요구하는 사항도 범위가 일정치 않고, 정형화되어 있지 않다. 대체적으로 범죄시와 감정시의 정신장애의 유무와 정

행이 매우 심각한 충동조절장애와 같은 성격적 결함으로 인하여 심신장애 상태에서 순간적으로 저지른 것일 가능성도 있는데도, 원심판결이 객관적 정신감정기관을 통하여 자세한 정신감정을 다시 실시하는 등의 방법으로 심신장애 여부를 심리하지 아니한 것은 위법하다: 대판 2006.10.13, 2006도5360; 대판 2002.11.8. 2002도5109.

72) 노용우, 앞의 논문, 162쪽.

73) 高橋省吾, “精神鑑定と刑事責任能力の認定”, 判例タイムズ(第730号), 1990, 13頁.

도, 책임능력, 치료의 필요성, 재범의 위험성을 감정한다.⁷⁴⁾

판례를 보면 단순히 “피감정인의 정신상태”, “정신감정”이라고 막연히 기재하는 경우도 있고, 범행당시의 정신상태 및 현재의 정신상태에 대한 정신의학적 의견”이라고 생물학적 요소에 대한 구체적 요구가 있는 경우도 있다. 또한 “형사책임능력에 대한 정신의학적 의견”, “범행당시 피의자의 심신상실 또는 심신미약 여부와 감정당시 피고인의 정신상태” 등 규범적인 요소까지 감정을 요구하는 판례가 있다.⁷⁵⁾ 실제 판결에 있어서는 피고인의 과거 병력, 범행 전후 및 현재의 정신상태 뿐만 아니라, “치료의 난이도 및 완치가가능성”을 실시하여 책임능력을 판단하고 있다.

한편 정신감정의 결과를 감정인은 법정에서 증언을 해야 하는지에 대해서 논란이 있다. 이와 관련하여 미국의 종합범죄규제법 제406조에서는 “피고인의 정신상태에 관하여 감정인은 피고인의 감정결과를 진술해서는 안 된다”고 하면서 감정인의 증언을 금지하고 있다. 이는 책임능력의 판단은 배심원의 임무이며, 정신의학자의 전문지식이 아니라는 것이다.⁷⁶⁾ 즉 감정인의 증언을 허용하면 그들 사이의 논쟁 속에 배심원들이 혼란을 초래한다는 것이다. 그러나 이러한 우려는 배심원을 채택하지 않는 우리의 형사사법체계에서는 별 문제가 없다고 본다. 오히려 다툼이 있을 때에는 다수의 감정인의 증언을 통하여 감정의 진실성을 보장할 필요가 있다고 본다. 그 결정은 법관이 하기 때문이다.

74) 영·미에 있어서는 감정의 주류가 재판을 받을 수 있는 능력에 관한 것이고 그 다음이 책임능력에 관한 것인데 반해, 우리나라는 재판받을 능력에 대한 별도의 감정은 하지 않고 있다.

75) 대판 2006.10.13. 2006도5360; 대판 2002.11.8. 2002도5109; 대판 2002.5.14, 2002도1017; 대판 2002.5.10, 2002도1388 ; 대판 2001.10.12, 2001도3836.

76) 이에 관한 구체적인 내용은, 김성규, 앞의 논문, 247-250쪽 참조.

2. 감정결과의 기속여부

정신감정서는 일정한 절차를 거치면 공판절차에서 증거능력을 갖게 된다. 문제는 감정결과가 어디까지 법관의 책임능력판단을 기속하는가이다. 책임능력 유무의 판단에 대해서 대법원은 “심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것이 아니고,⁷⁷⁾ 정신장애의 종류 및 정도, 범행의 동기 및 원인, 정신병 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도 등을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있는 것이다”⁷⁸⁾라고 하면서 책임능력의 판단은 법률적 판단이고 정신감정결과에 법원이 기속되지 않음을 분명히 하고 있다.

그러나 판례는 앞에서 본 바와 같이 형법 제10조에서 규정하고 있는 심신장애를 표제어로서 포괄적으로 보고 있다. 즉 심신상실과 심신미약을 포함한 개념으로 보고 있다. 하지만 심신장애의 개념을 형법 제10조 본문의 내용 해석으로 보면 이는 정신장애와 같이 볼 수 있다. 따라서 정신장애유무에 대한 판단은 경험을 통한 전문적 지식을 요하는 생물학적 요소이다. 따라서 이에 대한 판단은 전문감정인에게 맡겨야 하며, 그 감정결과에 기속되어야 한다고 본다. 다만 사물의 변별능력 내지 의사결정능력은 법원의 독자적 판단으로 감정의 결과에 기속되지 않는다고 본다.

감정결과가 비록 증거능력이 있다하더라도 그 증명력은 자유심증주의원칙에 따라 법관의 자유판단에 맡겨져 있다. 물론 법관의 자유심증은 경험칙과 논리법칙에 따라 행하여지는 합리적 재량이므로 그 한계를 넘어 감

77) 대판 1995.2.24. 94도3163.

78) 대판 1994.5.13. 94도581; 대판 1991.9.13. 91도1473; 대판 1990.11.27. 90도2210; 대판 1987.10.13. 87도1240; 대판 1983.7.12. 83도1262.

정결과를 자의적으로 해석하거나 합리적 이유 없이 부당하게 배척하면 사실오인 내지 이유불비 또는 이유모순의 위법으로 항소이유가 된다.

3. 감정과 판결와의 일치여부

앞에서 본 바와 같이 정신감정의 결과는 법원의 판단에 영향을 미친다고 할 수 있다. 즉 대법원은 법관의 자유심증은 경험칙과 논리법칙에 따라 행하여지는 합리적 재량이므로 그 한계를 넘어 감정결과를 자의적으로 해석하거나 합리적 이유 없이 부당하게 배척하면 사실오인 내지 이유 불비 또는 이유모순의 위법으로 항소이유가 된다고 판시⁷⁹⁾하고 있다. 따라서 감정결과가 판결에 어느 정도 반영되는지의 문제가 중요하다. 이에 대하여는 정신의학전문가들의 연구논문에서 유추해 볼 수 있다.⁸⁰⁾

대체적으로 정신장애자의 범죄는 정신의학적인 관점과 법률의 입장에서 상당한 차이를 보이고 있다. 이러한 차이는 정신의학적인 측면에서는 정신장애자를 처벌하기보다는 치료를 통한 재사회화를 주장하고,⁸¹⁾ 법적인 측면에서는 처벌을 받아야 한다는 것이다.⁸²⁾

사회보호법이 제정되기 이전인 1970년대에는 정신장애자를 책임무능력자로 판단하면 곧바로 석방되어 재범의 우려가 있기 때문에 법원에서는

79) 대판 2002.11.8, 2002도5109; 대판 2002.5.24, 2002도1541.

80) 이에 대한 대표적인 논문은, 장동원·황선무, “정신감정례에 대한 66명에 대한 법정신의학적 연구”, 신경정신의학(22), 1983, 53-57쪽; 최윤정·조지희·권정화, “형사적 정신감정결과와 법원판결에 관한 고찰”, 신경정신의학 제37권 제5호, 1995.

81) 정신의학자들은 대부분 정신장애범죄자를 처벌한다고 해서 범죄의 근원이 해결될 수 없어 범죄의 동기를 밝혀 치료를 하여야 재범을 막을 수 있다고 본다: 박희주·황선무, “정신감정에 대한 정신의학적 고찰”, 신경정신의학(12), 1973, 53-57; 박경우, “범법정신장애자에 대한 예방과 대책”, 신경정신의학(31), 1992, 1055쪽.

82) Liss R, Frances A, Court-Mandated Treatment : Dilemmas for Hospital Psychiatry, Am J Psychiatry(132), 1975, pp.924-927.

사회방위의 목적으로 정신감정의 결과를 무시하면서까지 처벌하려는 경향이 있었다.⁸³⁾ 그러나 사회보호법이 제정되기 시작한 1980년대 이후에는 책임능력 없는 정신장애자라 하더라도 치료감호를 할 수 있는 제도적 장치가 마련되어 법원이 정신장애자를 판단하는데 있어 어느 정도 감정의 결과와 일치되는 것으로 나타나고 있다.

선행연구에 의하면,⁸⁴⁾ 75명의 정신장애범죄를 감정의가 44(58.7%)명을 심신상실, 26명을 심신미약(34.7%), 5명(6.6%)을 책임능력이 있다고 감정을 하였다. 이에 대하여 법원은 심신상실은 16명(21.3%)에 불과하였고, 심신미약은 44명(58.7%), 책임능력이 있다고 판정된 경우는 15명(20.0%)이었다. 감정의가 제시한 의견과 판결이 일치한 경우는 심신상실 44명 중 16명(36.3%), 심신미약 26명 중 19명(73.0%), 형사책임의 능력의 경우 5명 중 5명(100%)이었다. 전체 75명 중 40명(53.3%)이 일치하였으며, 일치하지 않는 35명(46.7%)의 경우 법관이 감정의 보다 형사책임능력을 무겁게 부과시켰으며 가볍게 부과시킨 경우는 1명도 없었다.

이렇게 감정결과와 판결이 일치하지 않는 이유는 첫째, 법관들은 판결시 정신장애자들의 병적인 심신상태 이외에도 외부로 표현되는 언행, 과거 경력, 재범가능성 등을 고려하여 판단하기 때문으로 보인다. 둘째, 감정의 사는 범죄행위를 되도록이면 증상이라는 관점에서 보려고 하고, 법관은 범죄행위 그 자체에 중심을 두려고 하는 직업적인 시각차를 생각해볼 수 있다. 셋째, 형사책임능력 여부를 결정할 수 있는 구체적 기준이 없다는 것이다.⁸⁵⁾

83) 박희주·황선무, 위의 논문, 53쪽: 이들의 논문에서는 16명의 정신장애자를 책임무능력으로 판정하였는데, 이 가운데 9명만을 법원은 책임무능력자로 판단하였다.

84) 최윤정·조지희·권정화, 앞의 논문, 1995, 907쪽.

85) 한편 이러한 원인에 대하여, 심신상실로 무죄를 선고하게 되면 별도의 치료감호절차가

한편 사회보호법(현치료감호법)의 제정으로 정신장애범죄자가 책임무능력으로 무죄를 선고받더라도 치료감호를 시킬 수 있는데도 불구하고 감정 반영 정도가 50%정도에 그치고 있다는 것은 생각해 볼 소지가 있다고 본다. 사실 정신장애자의 책임능력 유무를 법과 정신의학을 접목하기란 쉽지 않다. 즉 법관은 책임능력유무를 법정에서의 피고인의 태도, 범행동기, 사건의 경위, 범행후의 정황 등을 중심으로 판단할 것이고 감정인은 범행당시의 정신상태를 중심으로 판단할 것이기 때문이다. 이러한 측면에서 볼 때 범행시에는 정신장애의 증상이 나타났는데 재판시에는 정상적인 태도를 보이는 경우가 있을 수 있으며, 또한 이와 반대의 경우가 있을 수 있기 때문에 더욱더 판단이 어려울 수가 있다.

앞에서 본바와 같이 대부분의 정신의학자들은 그들의 감정결과를 법원에서 받아들이지 않는다고 한다. 법실무자들은 이에 대하여 합리적 이유 없이 취신하지 않는 경우는 거의 없다고 한다.⁸⁶⁾ 정신장애자의 심신장애 정도의 판단은 법관의 독자적인 판단이라는 것이 법학계나 대법원의 일관된 판례이다. 하지만 이러한 독자적 판단도 정신과 의사들 사이의 소견의 차이, 피고인 측에서 제출한 소견서와 법원의 감정촉탁에 의한 감정결과와 큰 차이가 있는 경우이고 대부분은 감정결과에 기초한 결론을 도출하고 있다고 한다.⁸⁷⁾

정신의학자들은 정신장애자여부를 판정하기 위하여 보통 정신분열증, 정동장애, 기질성정신장애, 정신지체, 망상장애, 알코올 및 약물장애, 충동조절장

개시되어야 한다든지, 대부분의 경우 검찰의 상소로 현실적인 번거로움이 있고 일정한 반사회적 행위를 저지른 자를 무죄 방면하는 것보다 제재적 응징을 하는 것이 법감정에 일을 부응하는 것으로 생각하는 법현실적 이유 등을 원인으로 들고 있는 연구도 있다: 손용근, “정신장애자와 사법절차 - 그 일반론 및 몇 가지 현실적인 문제점들 -, 신경정신의학, 제32권 제1호, 1993, 9쪽.

86) 손용근, 위의 논문, 8쪽.

87) 손용근, 위의 논문, 8쪽.

에 등으로 분류하여 감정을 하고 있는 것으로 보인다.⁸⁸⁾

이에 대하여 우리 대법원은 정신분열증,⁸⁹⁾ 알코올중독,⁹⁰⁾ 정신박약,⁹¹⁾ 해리신경증,⁹²⁾ 등에 대해서는 정신장애를 인정하였다. 이는 정신장애가 외형적으로 직접 알 수 있는 중증인 경우에 해당하는 경우로 보여 진다. 이에 반하여 인격장애,⁹³⁾ 충동조절장애로 인한 병적 도벽⁹⁴⁾ 등은 정상인에게서도 나타난다는 이유로 정신장애를 부정하고 있다. 대체적으로 정신분열증이 가장 많은 것으로 나타나고 있다.

VI. 결 론

정신장애범죄자의 책임능력유무의 판정은 무죄와 유죄를 가름하기 때문에 실로 중요하다. 특히 정신장애범죄자는 대부분 강력범죄와 연관되어 있어 이러한 판단에 따라 사형을 존치하고 있는 국가에서는 생명과 관련되어 있다. 이러한 이유로 대부분의 정신장애범죄자들은 일단 정신이상(Insanity)으로 인하여 범죄를 저질렀다고 항변(Defense)한다. 그러나 이러한 정신장애범죄자들의 정신이상에 대한 판단기준이 명확하게 규정되어 있지 않아 혼란을 겪고 있다. 우리 형법은 대륙법계를 취하고 있음에도 불구하고 독일과 달리 정신장애에 대한 명확한 규정을 하고 있지 않다. 단지

88) 최윤정 · 조지희 · 권정화, 앞의 논문, 1995, 910쪽.

89) 대판 1999.1.26, 98도3812; 대판 1994.5.13, 94도581; 대판 1980.5.27, 80도656.

90) 대판 1989.3.14, 89도94.

91) 대판 1986.7.8, 86도765.

92) 대판 1985.5.28, 85도 361.

93) 대판 1985.3.26, 85도50; 대판 1984.3.13, 84도76.

94) 대판 1995.2.24, 94도3163.

우리형법 제10조 제1항과 제2항은 심신장애로 인하여 사물의 변별능력이 없거나 의사결정능력이 없는 책임무능력자 또는 한정책임능력자의 행위를 벌하지 않거나 형을 감경한다고 규정하고 있을 뿐 구체적 판단기준이 제시되어 있지 않다. 그렇다면 법적으로 정신이상 여부의 기준은 무엇일까? 이에 대해서는 대부분의 국가에서 생물학적 방법과 심리학적 방법을 혼합하여 사용하고 있다. 이러한 방법들을 통한 판단은 대륙법계 국가보다는 영·미에서 더욱더 적극적이다.

영·미에서 역사적으로 확립된 책임능력의 판단에 있어서 생물학적 요소를 그 기초로 하는 Durham Rule과 생물학적요소와 심리학적 요소인 인식능력(변별능력)을 기초로 하는 M'Naghten Rule, 그리고 의사결정능력 내지는 자제능력을 판단의 기초로 하는 저항불능의 충동원칙(Irresistible Impulse Rule) 및 이들 원칙을 결합한 모범형법전(Model Penal Code Rule) 등이 적용되고 있다. 그러나 이러한 원칙들은 대부분 정신장애범죄자의 면죄부 역할을 한다는 비판이 제기되자 미국에서는 미국형법전을 수정하는 수정이론과 '유죄이나 정신질환 인정(Guilty but Mentally ill)'이란 원칙이 시행되고 있다.

수정이론은 정신장애범죄자가 제어능력은 없더라도 인식능력만 있으면 책임능력이 있다는 것이다. '유죄이나 정신질환 인정(Guilty but Mentally ill)'의 원칙은 그동안 미국에서 정신장애의 항변으로 여겨져 왔던 정신이상과 정신질환을 구별하여 정신이상으로 판단되면 무죄로 정신질환으로 판단되면 유죄로서 일단 치료감호를 통한 치료 후에 처벌을 받도록 하자는 것이다. 이는 우리나라의 치료감호와 유사하다고 할 수 있다. 양자의 구별이 쉽지는 않지만 일반적으로 정신이상자는 옳은 것과 옳지 않은 것을 구별할 수 없는 사람이며, 정신질환자는 옳은 것과 옳지 않은 것을 판

단할 실질적 능력이 부족한 사람이라 할 수 있다.

정신장애자의 책임능력판단은 법관이 혼자서 규범적 판단을 할 수 없는 성질이다. 따라서 대부분의 국가에서는 정신감정을 통하여 법관이 최종 판단을 한다. 문제는 이러한 정신감정의 결과와 법원의 판단이 일치하지 않는다는 것이다. 통계에서 본 바와 같이 상당한 불일치가 나타나고 있다는 것을 알 수 있었다. 이는 여러 가지 이유가 있겠지만, 아마도 아직 정신장애자의 개념이 정신의학에서 확립되어 있지 않지 않는 현실에서 법원은 감정인의 감정을 전적으로 신뢰하지 않는 점에 있다고 본다. 따라서 감정을 신뢰할 수 있는 객관적인 장치가 필요하다고 본다.

또한 우리형법 제10조를 1992년의 형법개정안처럼 “정신장애(정신병자, 정신박약자, 정신병질자 등)로 인하여 행위의 옳고 그름을 판단할 능력이 없거나 그 판단에 따라 행위할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 않는다”고 개정하는 것이 바람직하다고 본다.

마지막으로 일부의 정신과 의사들은 의사결정능력에 대한 판단은 불가능하다고 하고 있지만, 현대정신의학의 수준은 일반적 정신능력을 충분히 파악할 수 있다고 본다. 따라서 정신의학전문가는 축적된 학식과 경험에 의한 정신의학적 판단을 하고 법관으로 하여금 올바른 판단을 할 수 있도록 전문적인 자료와 의견을 제공하고, 법관은 본문에서 제시한 미국의 여러 가지 원칙들을 바탕으로 법적 판단을 하면 된다고 본다. 물론 이렇게 되려면 우선적으로 ‘정신장애’의 개념을 정립하고, 정신의학계와 법조계가 서로 긴밀한 공조관계를 유지하는 것이 시급하다고 본다.

참고문헌

- 김성돈, 형법총론, 현암사, 2006.
- 김일수, 형법총론(제11판), 박영사, 2006.
- 신동운, 형법총론(제2판), 법문사, 2006.
- 오영근, 형법총론, 박영사, 2005.
- 유기천, 형법학(총칙강의), 일조각, 1981.
- 이재상, 형법총론(제5판), 박영사, 2003.
- 임웅, 형법총론(개정판), 법문사, 2002.
- 정성근·박광민, 형법총론, 삼지원, 2005.
- 강동욱, “책임능력에 관한 고찰”, 한양법학(제4,5집), 1994.
- 김기두, “정신장애성범죄의 형사책임에 관한 연구”, 서울대학교법학연구소, 제23권 제2호, 1982.
- 김성규, “책임능력판단의 이론적 구조와 법률적 판단의 의미 내용”, 법조(7월호), 2006.
- 노용우, “형사책임능력에 관한 연구”, 서울대학교대학원박사학위논문, 1989.
- _____, “책임능력판단에 있어서 심신장애의 의미”, 형사법연구(제15호), 한국형사법학회, 2001.
- 박경우, “범법정신장애자에 대한 예방과 대책”, 신경정신의학(31), 1992.
- 박희주·황선무, “정신감정에 대한 정신의학적 고찰”, 신경정신의학(12), 1973.
- 손용근, “정신장애자와 사법절차 -그 일반론 및 몇 가지 현실적인 문제점들 -, 신경정신의학, 제32권 제1호, 1993.

신동일, “심신장애자 판정의 문제점과 비교법적 검토”, 형사정책연구소식 (제92호), 2005(11.12).

이경숙 · 안향 · 최상섭 · 이재갑 · 조성희, “형사정신감정의 변화 - 1990년과 2000년 -”, 대한법의학회지 제26권 제2호, 2002.

장규원 · 박강우, “정신질환자에 대한 법정치료 및 보호에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 1995.

장동원 · 황선무, “정신감정례에 대한 66명에 대한 법정신의학적 연구”, 신경정신의학(22), 1983.

최윤정 · 조지희 · 권정화, “형사적 정신감정결과와 법원판결에 관한 고찰”, 신경정신의학 제37권 제5호, 1995.

Abraham S. Goldstein, The Insanity Defense, New Haven / London: Yale University Press, 1967.

Christopher Slobogin, “The Guilty Mentally Ill Verdict: An Idea Whose Time Should Not Have Come”, in: George Washington Law(53), 1985.

David B. Wexler, “Redefining the Insanity Problem”, in: George Washington Law Review(53), 1985.

George B. Vold, Theoretical Criminology Second Edition, New York Oxford University Press, 1979.

Jerome Hall, “Psychiatry and Criminal Responsibility”, 65 Yale L.J, 1956.

Liss R, Frances A, Court-Mandated Treatment : Dilemmas for Hospital Psychiatry, Am J Psychiatry(132), 1975.

Markus D. Dubber · Mark G. Kelman, American Criminal Law, Foundation Press(New York), 2005.

Roger Georage Frey, "The Guilty But Mentally Ill Verdict and Process",
92 Yale L.J, 1983.

大谷實, 責任能力の現状, 法學教室 第2期 2號, 有斐閣, 1973.

墨谷蔡, 責任能力の研究, 有斐閣, 1963.

山口幸博, 精神障害者犯罪を考える, 鳥影社, 2004.

安田拓人, 刑事責任能力本質判斷とその判斷, 弘文堂, 2006.

高橋省吾, "精神鑑定と刑事責任能力の認定", 判例 タイムズ(第730号), 1990.

岡田行雄, "ドイツにおける刑事責任能力と触法精神障碍者の處遇", 法律時
報(74卷2号), 日本評論社, 2002

林美月子, "責任能力の諸問題 -アメリカ法の觀點から-", 刑法雜誌, 第31卷
4號, 1991.

142 형사정책연구 제18권 제1호(통권 제69호, 2007 · 봄호)

A Study on Criterion of Determining the Criminal Liability of the Insane Offender

Park, Sang-Sik*

The insane cannot be prosecuted for a crime once deemed unliable for the concerned criminal act. The issue, however, is who gets to decide on the mental state of the criminals. Although the primary decision must rely on psychiatric evidence, the level of modern science falls short of fully performing the task. And because of that, the ultimate decision lies with the judiciary branch.

Examples of standards of discriminating criminal sanity adopted in the U.K. and the U.S. include the M'Naghten Rule, Irresistible Impulse Rule, Durham Rule, and ALI, Guilty but Mentally ill/Insane. In Korea, however, where such standards are nonexistent, the court judge retains the sole right to make that decision, based on the biological findings of psychiatrists.

Criminal judges occasionally seek expert opinions of psychiatrists and psychologists in determining the mental state of criminals. A question then rises as to whether or not, if sanity testing is mandatory, such testing is legally valid. In this regards, the Supreme Court of Korea has recently decided that failure to conduct tests on the mental state of

* Lecturer, School of Law, Gyeongsang University, Ph.D in Law.

criminals is a violation of the law and made sanity tests mandatory, albeit adoption of results of the testing is at the judge's discretion. Referencing earlier studies completed on the subject, one can see numerous cases of the judge ruling in contrast to the test results of the sanity test. This is probably because psychiatrists advocate treatment over prosecution, whereas judges emphasize on social order through punishment. Furthermore, the abstract definition within Article 10 of the Korean penal code is deemed another consideration regarding this issue. Ergo, the insane must be clearly defined like it is in the German penal code.

This study keeps the purpose of presenting a standard of determining criminal liability of the insane through intimate cooperation between the law and psychiatry, stressing the view that the source of the crime cannot be resolved.

주제어 : 정신장애, 감정, 맥노튼룰, 저항불능충동룰, 더럼룰

Keywords : Insane, judge, M'Naghten Rule, Irresistible Impulse Rule, Durham Rule

아동성범죄와 인터넷상의 아동포르노그래피

박 기 범*

국문요약

아동성범죄는 전세계적으로 심각한 사회문제로 자리 잡았고, 최근에 와서는 아동성애자들의 확산이 더욱 두드러져 문제의 심각성이 더욱 심화되고 있다. 우리나라의 경우도 아동 성범죄의 발생율과 그 흉악성이 날로 심각해져 그 위기감이 고조되고 있는 실정이다.

그런데 많은 연구들이 아동성범죄의 발생에 있어 아동포르노그래피가 그 촉매로 작용하고 있다고 보고하고 있고, 또한 이러한 아동포르노의 확산과 아동성범죄의 실행에 있어, 인터넷은 최고의 도구로 작용하고 있다. 따라서 아동포르노의 방지를 위한 국제적인 움직임에 적극 동참하여 관련 입법을 정비하고, 이와 동시에 인터넷상의 아동포르노의 차단에 최선을 다해야 할 것이다.

또한 아동성범죄의 경우는 단순한 처벌에만 머무를 것이 아니라, 이들의 비정상적 성향에 대한 치료개입이 필요하며, 특히 이들이 공통적으로 보이고 있는 아동포르노의 수집을 위한 인터넷 중독에 대한 치료가 필히 가해져야 한다. 더불어 수감 중이거나 보호관찰중인 아동성범죄자들에게 있어서는 인터넷의 사용이 금지되어야 할 것이다. 그리고 이러한 아동포르노 방지에 있어서는 사회구성원 전체의 공감과 동참이 필요하며, 특히 부모 및 보호자의 역할이 중요하다.

* 계명대학교 법경대 경찰행정학과 강사

I. 서론

아동성범죄는 전세계적으로 심각한 사회문제로 자리 잡았다. 많은 관련 연구에서 희생아동들이 겪는 정신적·육체적·사회적 손실이 밝혀지고 있고, 이러한 해악은 아동과 관련한 다른 모든 해악들을 합한 것 보다 그 정도가 더 높은 것으로 나타났다(Csorba, Aranyosi, Borsos, Balla, Major, & Póka, 2005: 219). 또한 이들 아동성범죄자들에 대한 관리도 결코 쉬운 것이 아니어서, 빈번한 재범으로 인하여 교정당국에는 심각한 도전이 되고 있으며(Holmes & Holmes, 2002a: 163), 사회에도 재차 위험을 제공하는 결과가 되고 있다. 최근에 와서는 아동성애자들의 확산이 두드러져 이러한 문제의 심각성이 더욱 심화되고 있다.

우리나라의 경우도 아동성범죄의 발생율과 그 흉악성이 날로 심각해져 그 위기감이 고조되고 있는 실정이다. 작년에도 용산 초등학교 살해사건과 마포 초등학교 성폭행사건이 발생해 전국민에게 엄청난 충격을 안겨주었다. 국가청소년위원회에 의하면 13세 미만 아동성범죄 피해자가 지속적으로 증가하고 있고, 강제추행의 경우는 13세 미만 어린이 피해자가 전체 추행범죄의 73.6%를 점유한다고 한다. 특히 피해 아동의 연령대가 점차 낮아지는 추세이며 친·의부에 의한 성범죄도 전체의 11.2%에 달한다고 밝혔다(<http://youth.go.kr/mb/mb02100.asp>).

이처럼 통계에 나타난 우리의 실정은 그 자체로써 우려스러운 상황임이 틀림없다. 왜냐하면 우리의 아동성범죄와 관련한 통계수치들은 우리에게 비해 성문화에 있어서 훨씬 개방적인 서구사회에 비해서도 결코 뒤처지는 수준이 아니며, 또한 지속적인 증가추세를 보이고 있기 때문이다. 더군다나 우리의 문화특성상 이들 서구 국가들에 비하여 성범죄에 대한, 그중에서도

특히 아동성범죄의 신고율이 훨씬 저조하여, 그 암수성이 훨씬 높을 것이란 사실을 감안한다면 그 심각성은 한층 배가되는 것이다(박기범, 2006).

그런데 많은 연구들에 의해 이러한 아동성범죄*의 발생에 있어 아동포르노그래피(child pornography: 이하 아동포르노로 약칭)가 그 촉매로 작용하고 있다는 혐의가 포착되고 있다. 또한 이러한 아동포르노의 확산과 아동성범죄의 실행에 있어, 최근 아동성애자들의 인터넷 오용은 상당한 주목을 받고 있다. 전세계적으로 온라인을 통한 아동포르노 밀매와 아동에 대한 섹스구애를 한 많은 아동성애자들이 체포되고 있고(Holmes & Holmes, 2002a: 163), 경찰청의 발표에 의하면(mbn news, 2007년 1월 9일), 한국도 청소년 성매매의 90% 이상이 온라인상의 채팅방에서 이루어지고 있어, 물론 이 수치에서 정확한 아동성애자들의 비중은 파악할 수 없으나, 적어도 이 문제의 심각성에서 우리의 경우도 자유롭지 않음을 알 수 있다.

이러한 변화에도 불구하고 국내에서는 아동성범죄와 관련하여, 아동포르노의 역할이나 아동성애자들의 인터넷 오용에 대해서 살펴보는 움직임은 최근까지도 전무한 실정이다. 따라서 이 연구는 아동성범죄와 아동포르노의 관련성에 관한 외국의 연구들을 살펴봄과 동시에, 이러한 아동포르노의 생산·배포·확산의 최대의 도구로 작용하고 있는 인터넷에 대한 아동성애자들의 오용실태도 살펴봄으로써, 아동성범죄·아동포르노·인터넷의 세 가지 요소가 가지는 역학관계를 분석해보려고 한다. 그럼으로써 이 분야에 있어 조치필요성 및 가능성을 타진해서, 합리적인 대책을 도출해낼 것을 그 목적으로 한다.

* 이 글에서의 아동성범죄의 개념은 아동 성추행과 성폭행을 포함하는 개념이다. 즉 Baker와 Sylvia(1985: 458)의 'child sexual abuse'에 대한 정의와 같은 것으로써 "성적으로 성숙한 사람이 성적 흥분에 이르는 행위에 어린이를 포함시켜서 성적관계를 갖는 것"이다.

II. 아동포르노와 그 실태 및 증가원인

1. 아동포르노의 정의

‘아동’과 ‘포르노그래피’의 정의는 각 국가별로 상이할 뿐 아니라 심지어 한 국가 내에서도 서로 다를 수 있다. 또 무엇이 아동포르노를 구성하는지에 대한 질문도 복잡한 것이다. 옥스퍼드사전 8번째 개정판에서는 포르노를 “심미적이고 감정적인 느낌보다는 에로적 자극을 의도하여 문학, 영화 등을 통하여 성행위를 명시적으로 묘사하거나 나타내는 것”으로 표현하고 있다(Seto, Maric, & Barbaree, 2001: 37). 이것은 그리스어 “porographos”가 어원이며, 전형적으로 매춘부의 글로 해석되던 것이 오늘날 ‘외설적인 문학·영화·사진·회화’ 등을 총칭하게 되었다.

캐나다 형법전 163조8항은 ‘포르노’의 정의를 내리기 위해 세 가지의 카테고리로 나누고 있는데(Seto, Maric, & Barbaree, 2001: 37), ① 폭력을 동반한 성교의 묘사, ② 폭력은 없지만 인간의 품위를 떨어트리거나 비인간적인 성교의 묘사, ③ 품위를 떨어트리지 않고 비인간적이지도 않은 성교의 묘사가 바로 그 것이다. 이 정의는 해악과 품위 손상의 수준에 대한 판단에 의존하며, 지역사회의 기준과 관련한 테스트가 요구된다. 이러한 정의의 난점은 심미적 가치, 도덕성, 허용기준에 대한 지역사회 기준의 주관적이고도 상대적인 잣대에 있다. 이중 ①과 ②는 포르노의 종류 중 하드코어에, ③은 소프트코어에 해당한다고 할 것이다.

여기서 우리는 포르노와 ‘음란물’의 개념을 분리해낼 수 있다. 사실 우리나라에서는 음란물과 포르노에 대한 구분이 제대로 이루어지고 있지 않는데, *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973) 사건에 대한 미국 연방대법

원의 판결에 따르면 음란물은 “전반적으로 동시대 지역사회의 기준을 적용해서 평균인에게 그것이 음란한 관심을 불러일으키거나, 관련 주법률에 의한 명백한 음란성과 성행위를 묘사 또는 표현하며, 전반적으로 진지한 문학적, 예술적, 정치적, 또는 과학적 가치가 결여되어 있는 경우”라고 정의했다(<http://supreme.justia.com/us/413/15/case.html>). 이는 위의 캐나다 형법의 포르노에 대한 정의 ①과 ②에 해당한다고 할 것이다.

그에 비하여 포르노는 위 ③의 경우처럼 성교의 묘사이기는 하나 비인간적이거나 품위를 떨어트리지 않는 예술적 내지는 문학적 가치를 지니고 있는 경우도 포함하는 개념이다. 따라서 ①과 ②는 음란물이지만 ③의 경우는 포르노일 수는 있어도 음란물은 아니다. 결과적으로 포르노가 음란물보다 더 광의의 개념이라고 보아야 한다. 그럼에도 우리나라의 경우 모든 포르노를 음란물로 취급하여 금지하고 있는데, 좀 더 개념적 세분화가 필요하다고 본다(심희기, 2003; 박희영, 2004).

때로는 포르노와 성애문학에 대한 구분이 지워지기도 한다. 성애문학은 성인남녀의 합의하에 비폭력적이고 저질이 아닌 성교를 묘사한다. 위 ③의 경우가 이에 해당할 것이다. 반면 포르노는 어느 한쪽이 대상이 되어 무기력하고 합의가 없는 상태에서의 성교들을 묘사한다(Marshall & Barrett, 1990). 또한 포르노는 폭력적인 것과 비폭력적인 것으로 구분되어 진다(Seto, Maric, & Barbaree, 2001: 37). 폭력적 포르노는 주로 남성이 여성에게 행하는 성공격을 그리고 있다. 저질포르노는 주로 여성을 복종적이면서도 섹스를 밝히는 존재로 그려내고 있다. 폭력적 및 저질적 포르노는 둘 다 개인으로써의 상대에 대해 애정이나 배려가 전혀 없는 비인간적인 성교 묘사물일 뿐이다.

그러나 저질적 포르노의 판단은 정의의 주관성에 따라 달라질 수 있으므

로 그 판별이 쉽지 않다. 폭력적 포르노는 그 명백한 행위(위협, 非同意)에 의해서 판단될 수 있으나, 저질성, 비인격성, 애정 등은 배우들의 상호작용(말은 역할), 관찰자의 주관이나 성별, 연령 등의 특성에 따라 달라질 수 있다(Seto, Maric, & Barbaree, 2001: 37). 하지만 이러한 구분은 동시대의 건전한 가치를 가진 평균인이라면 충분히 가능하다고 보며, 포르노란 “성 행위를 명시적으로 나타내는 묘사물”로 단순하게 정의할 수 있을 것이다.

다음으로 ‘아동포르노’란 이러한 포르노에 통상 “18세 이하 아동·청소년을 출연시켜 제작된 포르노물”을 일컫는다(ICMEC, 2006). 각국마다 아동의 정의에 있어 연령의 분포가 다양한데, 이러한 불일치가 범법자의 기소에 있어 방해요인이 된다. 이에 아동의 ‘연령’을 비롯한 여러 개념요소의 국제적 통일화를 위하여 ‘국제미아착취아동보호센터(The International Centre for Missing & Exploited Children: 이하 ICMEC로 약칭)’가 위와 같이 정의한 것이다. ICMEC는 인터폴과 협력하여 184개 인터폴 회원국가들의 아동포르노 관련법률 및 정치적 관심도를 측정하기 위한 연구에 착수하면서 이와 같은 정의를 확립하였다.

그리고 이 연구보고서는 아동포르노는 실제 아동이 관련되었거나, 시뮬레이션화된 성행위에 대한 표현을 포함하면서도 거기에 국한되지 않으며, 같은 목적으로 아동의 신체부위를 표현하거나 그러한 표현을 위해 아동을 이용하는 것과 그러한 관련행위들을 포함한다고 밝히고 있다. 즉 아동포르노의 정의에 있어 아동포르노에 출연하는 아동이 실재(實在)이거나 혹은 시뮬레이션이나 합성에 의한, 즉 가상의 인물이거나를 불문한다. 또한 인터넷과 신기술의 등장으로 인한 모든 관련물, 즉 필름, DVD, CD-ROM, 디스켓, CD-R 등과 그 밖의 전자매체를 포함시켜야 한다고 명시하고 있다.

또한 이러한 정의에 있어 남녀를 불문하며 아동의 동의와는 무관하다.

아동포르노라는 용어는 아동이 등장하는 포르노를 의미하지만 아동 피해자에 대한 착취라는 측면을 적절하게 나타내고 있지 않기 때문에 아동이 동의한 포르노로 받아들여질 여지가 있다. 따라서 정확하게는 아동착취포르노(Child exploitation pornography)나 아동피해자포르노(Child victim pornography) 등이 올바른 표현일 것이다(Flores, 2004: 2). 그러나 현재 대부분의 대중들의 인식 속에 ‘아동포르노’라는 표현 속에 아동에 대한 성착취의 개념이 포함되어 있으므로 ICMEC는 이 표현을 존속시키기로 했다(ICMEC, 2006).

2. 아동포르노의 실태

전세계적으로 포르노 관련 산업은 빠른 성장을 이루어 왔다. Adult Video News 잡지의 조사에 의하면 성인 비디오의 판매와 유통이 이미 1997년을 기준으로 연간 42억 달러에 달했다고 한다(Seto et al., 2001: 36). 이는 잡지와 전화섹스서비스, 그리고 CD-ROM과 인터넷을 포함하지 않은 평가이다. 이 모두를 포함할 경우, 그리고 이 데이터가 10년 전의 것임을 감안할 때 현재의 포르노 관련 산업의 규모는 가히 천문학적 수치가 될 것이다. 특히 포르노의 생산과 수집에 있어 무한대의 역동성과 간편성, 그리고 은밀성을 가지고 있는 인터넷상에서 포르노의 규모를 측정한다는 것은 거의 불가능할 것이다.

특히 아동 포르노는 일단 인터넷을 통해 유포되면 확대 재생산되고 반복 유통되어 당사자에게는 크나큰 상처로 남게 됨에도 불구하고, 인터넷의 발달과 함께 폭발적으로 증가·확산되고 있다. 영국 법무부의 추산에 의하면(Peysakhovich, 2004), 이미 1990년대 초반에 아동포르노 관련산업의 규

모가 연간 20~30억 달러 규모에 달했다고 한다. 세계의 아동포르노 인터넷 사이트는 2001년을 기준으로 10만개였으나, 2003년에는 그 숫자가 배로 늘어났고(ICMEC, 2006), 미국 내에서만 인터넷을 제외한 아동과 아동, 아동과 성인의 성행위를 다룬 잡지 264종이 생산·판매되고 있다(Holmes & Holmes, 2002b: 118)는 것만 보아도 아동포르노의 규모와 증가추이를 미루어 짐작할 수 있을 것이다.

또한 포르노에 출연하는 아동도 점점 저연령화 추세에 있다(Friel, 2006; ICMEC, 2006: 2). 최근 미국의 연구에서는 아동포르노 소지죄로 체포된 자들의 83%가 6~12세 아동들의 영상을, 39%는 3~5세, 19%는 평균 3.5세 이하의 유아가 등장하는 포르노를 소유하고 있었다. 또한 영상의 내용에 있어서도 성인 포르노와 비교하여 하등에 차이를 발견하지 못할 정도로 저질스럽고 폭력적이었다. 이들 중 92%가 성기 또는 명시적인 성행위 이미지였고, 80%는 오럴 섹스를 포함한 삽입행위 이미지였으며, 21%는 강간이나 고문을 묘사한 폭력적 이미지를 담고 있었다(ICMEC, 2006: 2).

이러한 아동포르노에 출연하는 아이들의 숫자가 얼마나 되는지에 대한 실증적 연구는 거의 없다. 또한 대부분의 아동포르노사건이 범망을 피해가고 있기 때문에 정확한 피해자의 수를 파악하는 것 역시 불가능하다고 보는 것이 옳을 것이다(Holmes & Holmes, 2002b: 130). 그러나 지금으로부터 거의 30년 전인 1978년에 포르노산업에 이미 매년 30,000명의 아이들이 동원되었고(Holmes & Holmes, 2002b: 126), 현재의 경우는 미국 내에서만 매년 24만 4000명~32만 5000명이 아동포르노와 성매매 등의 위협에 노출된 상태이며, 세계보건기구(WHO)는 180만명의 어린이가 성매매와 아동포르노의 재물이 되고 있다고 밝히고 있다.*

* IWF의 연구보고에 의하면 미국의 경우 해외 어린이를 인신매매해 미국으로 끌고 와 상

이미 아동포르노는 국제사회의 큰 문제거리로 부각되었으며, 세계 각국은 아동포르노를 대표적인 사회악으로 규정, 국제공조를 해가며 집중단속을 벌이고 있다. ‘인터넷감시기구(이하 IWF로 약칭)’의 발표에 의하면, 아동포르노는 50% 이상이 미국에서 생산되고 있으며, 다음으로 러시아(14.9%), 일본(11.7%), 스페인(8.8%), 태국(3.6%) 등의 순으로 나타났다. 지난 2005년 3월 멕시코, 코스타리카, 파나마 등 중남미 7개국과 스페인, 프랑스, 이탈리아 등 유럽 5개국 등 12개국 수사기관은 900여개 인터넷 아동포르노 조직에 대한 국제 공조 단속을 벌여 500명을 체포했다. 이 단속은 유럽연합(EU) 회원국 사법조정기구와 중남미 경찰조정기구를 통한 합동작전이었다(내일신문, 2005년 5월 25일자: 사회면).

이러한 아동포르노의 심각성은 우리나라도 예외가 아니다. 위의 IWF의 발표에 의하면 한국도 아동포르노의 주요 제작국가중 하나로 밝혀져 충격을 주고 있기 때문이다. 이 보고에 의하면 한국은 국내에서의 유통은 이루어지고 있지 않지만, 해외사이트에 아동포르노 콘텐츠를 판매하는 형태로 수익을 창출하고 있으며, 전세계 아동포르노 생산의 2.16%를 차지하고 있는 것으로 나타났다. 이는 우리가 초고속인터넷통신망 및 전자정부 구현 세계 1위, 인구 1000명당 이용자 수 세계 2위인 인터넷 초강국인 반면, 이미 모두에서 언급한 바와 같이 청소년성매매의 90% 이상이 인터넷상에서 이루어질 만큼 허술한 우리의 인터넷 관리 현실을 감안한다면, 지극히 당연한 결과인지도 모르겠다.

실제 우리나라는 아동포르노문제에서 무풍지대나 마찬가지다. 동유럽이나 남미에서 아동포르노물이 스팸메일이나 개인홈페이지를 통해 마구 들어오고 있고, 마음만 먹으면 외국에 개설된 음란사이트에 들어가 얼마든지

업적으로 이용하는 것으로 나타났다(<http://www.boannews.com/media/view.asp?idx=4613&search=title&find=전세계%20아동포르노中>).

아동포르노를 볼 수 있는데도 불구하고(내일신문, 2005년 5월 25일: 사회면), 아동포르노에 대한 처벌조항조차 제대로 마련되지 못하고 있어, 아동포르노와 관련 적발된 사례도 거의 없다. 아동포르노에 대한 세간의 관심과 우려에 비해 너무 안일한 태도가 아닌지 생각해 볼 일이다. 그 결과 우리나라는 ICMEC로부터 아동포르노방지 입법이 미흡한 국가로 분류되었는데(ICMEC, 2006: 17), 이 문제에 대하여 뒤에서 구체적으로 언급할 것이다.

3. 아동포르노와 인터넷

인터넷은 전세계를 망라하는 통신수단이 되어 클릭 한번으로 거의 모든 것을 할 수 있는 세상을 만들어 놓았다. 인터넷은 우리에게 상품만 소개하는 것이 아니라 정보를 서로 교환·공유할 수 있도록 해주고 있고, 그 기술은 기하급수적으로 발전하여 소비자들에게는 하드웨어와 소프트웨어의 비용을 줄여주고 있다(Castells, 1997). 이러한 기능이 많은 사람들에게 혜택을 주고 있음은 자명한 사실이다. 큰 이변이 없는 한 이러한 현상의 역전은 없을 듯하며, 우리의 욕구충족을 위해 인터넷은 더욱더 발전을 거듭할 것이다. 또한 이러한 현상은 비서구권 국가들에 있어서도 마찬가지이다.

그러나 Holmes 등(1998)은 포르노를 찾는 사람들에게 있어 인터넷은 최대·최고의 상가라고 지적하고 있다. 포르노 영상과 그 생산이 새로운 현상은 아니지만 컴퓨터는 그것의 대량보급과 접근의 용이성을 제공했다. 아동성애자들은 종이에 담긴 전통적 포르노를 스캐너를 이용하여 복사하고 하드디스크나 CD에 저장할 수 있고, 사진이 한번 디지털화 되면 영상의 질을 떨어트리지 않고 무한대로 복제와 프린트가 가능하다. 대부분의 포르노 이미지는 화질이 좋고 디스크에서 적은 양을 차지하는 JPEG포맷형태

로 애용된다. 또한 스캐너와 디지털카메라를 이용하여 가정에서도 포르노물의 생산이 가능해졌다. 바로 포르노물의 ‘생산자(제작자)’가 되는 것이다(Quayle & Taylor, 2002a: 865-868).

이러한 영상물은 상업적 과정이 필요 없으며 생산에 있어서는 높은 보안상태를 유지할 수 있게끔 해준다. 이미지들은 개인의 기호에 따라 변형 또는 합성할 수 있으며, 이것을 ‘모조사진(pseudo photographs)’이라 일컫는다. 심지어 기술의 발달로 인해 실제 아동을 동원하지 않고서도 아동이 살아 움직이는 듯한 시뮬레이션 포르노 영상을 창조할 수도 있다(Quayle & Taylor, 2002a: 868-869). 결과적으로 인터넷을 통한 포르노의 이용은 아동성애자들에게 있어 비도덕적 측면에서 완벽한 수단이 될 수 있고(Quayle et al., 2006: 2), 과거 큰 비용과 리스크를 부담하여 얻어지는 것들을 매우 간편하게 획득할 수 있음을 의미한다(Quayle & Taylor, 2002a: 864).

이처럼 인터넷은 아동포르노에 관심이 있는 자들에게 아동포르노를 쉽게 접할 수 있는 환경을 제공해 주었고, 특히 아동성애자들에게는 아동성애를 위한 다양한 경로를 제공하고 있다(Kanuga & Rosenfeld, 2004: 121). 아동성애자들에 의한 인터넷 오용 및 악용형태로써 Greenfield(2004)는 다음 네 가지의 방법을 정리하여 제시했다. 아동포르노 교환 및 거래, 희롱대상아동의 물색, 아동들과의 부적절한 통신, 동료 아동성애자들과의 통신 등이 그것이다. 이는 선행연구인 Durkin(1997)이 행한 분류법과도 동일한 것이고, 일반 포르노에 있어서 인터넷의 역할에서 제시된 논의와도 유사한 것이다.

첫 번째 형태로써, ‘아동포르노의 교환 및 거래’는 전통적으로는 비밀편지 또는 엄격히 관리되는 교환 네트워크에 의해서 이루어져 왔으나, 이제 인터넷에 의해 손쉽게 상호 전달되고 있다(Carter, 1995). 그러한 수단 중 대표적인 것이 파일공유 네트워크이다. 파일공유 네트워크는 비단 아동

성애자들 뿐만 아니라 청소년들 사이에서도 인기가 매우 높다. 또한 파일 공유 프로그램에서 배너광고는 음란물 노출의 근원으로 작용한다. 예를 들어 배너광고는 여성콘돔, 남성콘돔 그리고 개인적 광고를 통하여 섹스파트너를 소개하기도 한다. 이것은 프로그램에 들어가면 바로 볼 수 있으며, 이용자에 의해서 통제되지 않는다(Greenfield, 2004: 746).

이러한 것들은 아동성애자를 제외한 일반인이나 청소년들에게는 침투적인 성관련 환경의 한 부분이다. Kaiser Family 재단의 15~24세 사이의 임의표본 1209명에 대한 전화조사는 15~17세 청소년의 70%가 의도하지 않은 포르노에 노출된 적이 있다고 보고했다(Kanuga & Rosenfeld, 2004: 120). 그러나 이들에게 있어서도 포르노 파일이 수동적으로만 소비되는 것은 아니다. 일반인이나 청소년들도 적극적으로 그것을 찾아서 타인들에게 이용이 가능하도록 한다. 이러한 네트워크의 중요한 특징은 그것이 이용자들에 의해서 창조된다는 것이다(Greenfield, 2004: 746). 쉽게 말해 청소년 이용자가 많다면 청소년 공급자도 많이 존재하는 것이다. 즉 X(NC-17)등급 영화들도 그것을 소비하는 같은 청소년들에 의해서 다운로드되고, 이용 가능하게 된 것이다.

다음으로 아동성애자들은 인터넷을 통하여 ‘범행대상아동을 물색’한다. 아동과의 섹스가 주목적이지만, 경우에 따라서는 살인과 같은 심각한 상황이 벌어지기도 한다(Holmes & Holmes, 2002b: 129). 한 검사는 “대상아동을 물색하기 위해서 놀이터에 가기보다 그냥 인터넷에 접속만 하면 된다”라고 말한다(Holmes & Holmes, 2002a: 163). 인터넷의 발달로 인해 아동성애자들은 채팅방을 통하여 아동들과의 만남을 시도할 수 있게 되었고, 그 결과 인터넷을 통한 아동 성희롱 사건이 늘어나고 있는 것이다. 이러한 범행 추세를 이용하여 최근 미국의 경우 인터넷상에서 경찰의 함정수사에

의해서 많은 아동성애자들이 체포되고 있다.

그 실례로써 콜로라도의 한 수사관인 Walt Parson은 12살 소녀로 가장하여 인터넷에 접속하여 뉴멕시코의 한 아동성범죄자와 만나기로 약속했다. 그는 돈, 곰인형, 밧줄, 체인, 자위용 모형성기 등을 가지고 약속장소에 나타났다. 그를 체포한 후 곰인형의 용도를 묻자, 아이의 몸을 묶은 뒤 신체의 모든 구멍에 물건을 넣기 위한 주의 집중용이라고 대답했다고 한다(Holmes & Holmes, 2002b: 129). 이처럼 아동성애자와 아동간 인터넷 채팅의 74%가 직접 만남으로 이어지며, 이중 93%는 불법 성관계로 이어진다. 또한 직접만남을 가진 가해자의 절반이 피해자의 50마일 이내에 거주하고 있었으나, 40%는 만남을 위해 주 경계선이나 국경을 넘은 것으로 나타났다(Wolak et al., 2004: 17). 인터넷이 없었다면 상상도 할 수 없는 일이다.

다음으로 아동성애자들은 인터넷을 통해 ‘아동과의 부적절한 섹스관련 통신’이 가능해졌다. 인터넷의 익명성은 사용자의 신원을 가장할 수 있게 한다. 그 결과 아동성애자들은 또래 아동으로 가장하여 어린이들과의 채팅이 가능해졌다(Kanuga & Rosenfeld, 2004: 121). 그러나 Wolak 등(2004: 17)에 의하면 이들은 많은 나이 차이에도 불구하고 나이를 속이는 경우는 드물었다고 한다. 섹스 목적을 속이는 일도 흔치 않았다. 연구표본의 21% 정도가 그러한 목적을 숨겼을 뿐 대부분은 섹스 목적을 오픈했고, ‘친구’를 가장하거나 좀더 정교하게는 모델 또는 연애인 캐스팅을 가장하기도 한다. 20%는 피해자와 사이버섹스를 했으며, 18%는 온라인으로 포르노 사진을 전송했다. Holmes와 Holmes(2002a: 164)도 어른들이 보내는 포르노 영상이 담긴 무료 컴퓨터 파일이 공급되는 인터넷 사이트를 아동들이 이용하고 있다고 보고 했다. 이러한 것들은 그렇지 않아도 성에 대한 호기심이 많은 아동들을 유혹하여 포르노의 오용을 부추기고 있다.

마지막으로 아동성애자들은 ‘상호간의 통신’을 위해 인터넷을 이용한다. 인터넷으로 인해 편지나 소포에 우표를 붙이지 않아도 서로 간에 정보를 공유할 수 있다. 이제 인터넷의 존재 이전에는 상대적으로 고립되어 있던 아동성애자들이 뉴테크놀러지에 힘입어 소위 ‘사이버공동체’라는 사회적 네트워크를 형성하게 되었다. 이러한 사이버공동체는 외부에 의한 통제 또는 공식적 통제기관의 부재하에 전세계의 어느 누구와 어떤 대화라도 나눌 수 있는 것이다. 그러한 경험이 전통사회의 가장자리에서 고립되어 있던 이들에게 힘을 부여했고, 아동성애자들도 그러한 부류에 합류하기 시작했다(Cooper, 1999). 사실 바로 이 부분이 장기적으로는 엄청난 결과를 불러올지도 모르는 특히 우려스러운 부분이다.

아동성애자들을 자유롭게 서로 통신할 수 있도록 허용함으로써 인터넷은 그러한 행동을 정당화하고 정상적인 것으로 만들고 있으며, 아동학대를 ‘사랑’으로 비추어지게 하고 있다(Qualyle & Taylor, 2002: 867; Ward et al., 2000). 그러한 인지적 왜곡이 인터넷 이전에 발생하였는지의 여부는 분명치 않으나, 인터넷이 그러한 상황을 강화시키고 있는 것만은 부인할 수 없는 사실이다. 아동성애자간에 통신할 수 있는 안전한 환경뿐만 아니라, 그들의 행동을 정당화시킬 수 있는 기회까지 제공하고 있는 것이다. 이러한 통신을 통하여 아동성애자들은 직접 만남을 가지기도 한다(Holmes & Holmes, 2002b: 130).

또한 인터넷은 아동성애자들 상호간에 희롱대상아동에 대한 정보까지도 교환가능 하게끔 해준다. 다른 아동성애자가 희롱에 성공한 아동들의 이름, 주소, 사진과 기타 정보가 많은 아동성애자들 사이에서 공유되고 있다(Holmes & Holmes, 2002b: 130). 그 예로 Casa Alianza조직은 여행 중인 조직원에게 최선의 희롱대상자를 쉽게 찾을 수 있는 정보를 제공하는 웹

사이트가 존재함을 제시했다. 심지어 미국에서는 Orchid Club이라는 단체가 실시간으로 아동을 학대하는 장면을 전송하고, 원하는 학대행위를 신청받아 아동에게 그대로 가하는 식의 인터넷 사이트를 운영하다 체포되었다(Qualyle & Taylor, 2002: 867-868). 이 모든 것을 짧은 시간 안에, 그리고 비밀번호와 ID라는 보호망 안에서 익명으로 안전하게 정보를 교환한다.

이러한 사이트 외에도 개인통신을 통한 정보교환은 더욱 일상적이며, 더 나아가 이미 서구에서는 아동 성애조직들이 활발한 활동을 하고 있는데, The Rene Guyon Society, NAMBLA(The North American/Boy Love Association), CSC(The Childhood Sensuality Circle), PIE(Pedophile Information Exchange), The Howard Nichols Society 등이 바로 그것이다(Holmes & Holmes, 2002b). 이들 조직들은 성인과 아동의 성관계를 부정하는 모든 법률에 반대하고, 아동과의 섹스를 합법화할 것을 주장한다. 놀랍게도 이러한 조직들의 창설자나 운영자들은 전직 판사나 사회사업가, 대통령위원회의 상담가 등과 같은 사회지도층 인사이고 그 규모도 전국적인 규모를 자랑한다(Holmes & Holmes, 2002b).

III. 아동포르노와 아동성범죄의 관련성

1. 포르노와 성범죄

성범죄에 있어서의 포르노의 역할이라는 주제에 대한 대중적·과학적 관심에도 불구하고 이 둘의 원인적 관계에 대해서 명확하게 밝혀진 바는 없다(Seto et al, 2001: 35). 즉 포르노와 성범죄의 관련성에 관한 연구분야

에서도 포르노가 성범죄에 영향을 미친다는 주장과 그렇지 않다는 주장이 서로 팽팽히 대립중인 형국인 것이다. 다만 그럼에도 불구하고 전자의 주장이 조금더 우세한 듯한데, 그 이유는 후자의 주장을 하는 연구들은 연구 방법론적 측면에서 일종의 결함을 가지고 있는 듯하기 때문이다.

그 근거는 다음과 같다. 후자의 주장을 한 연구로써 덴마크, 서독, 스웨덴을 대상으로 한 Kutchinsky(1985)의 연구와 일본을 대상으로 한 Diamond 등(1999)의 연구 등이 그 대표적인 예가 될 수 있을 것이다. 이들 연구는 각 국가별로 포르노의 증가율과 통계상에 나타난 성범죄의 증가율을 단순 비교하여, 성범죄의 증가율이 별다른 변화를 보이지 않았으므로, 포르노가 성범죄의 증가에 별다른 영향을 미치지 못하고 그 상관관계도 부인하는 것으로 결론을 맺고 있다. 하지만 성범죄는 그 어떠한 여타의 범죄보다도 암수범죄율이 높은 범죄이다(Seto et al, 2001: 36). 그럼에도 불구하고 포르노의 영향을 통계상의 성범죄 발생추이에만 의존할 경우 제대로 된 연구결과가 나올 리 만무하다. 따라서 공식통계를 통한 분석이 아닌 개인 또는 집단에 대한 심층연구를 통한 관련성 분석이 이루어져야 할 것이라 사려된다.

이러한 연구로써, 우선 Greenfield(2004; 743)에 의하면 포르노와 성관련 매체는 아동과 젊은이의 성폭력, 성관련 태도, 도덕적 가치관, 그리고 성행위에 영향을 미친다고 한다. 파일공유 네트워크를 비롯한 총체적 환경은 아동과 청소년들에게 엄청난 양의 포르노 및 성인섹스매체를 노출시키고 있다. 친구간 공유 네트워크와 인터넷은 그 자체로써 중요한 섹스관련 환경을 구축한다는 점에서 기타 성관련 매체들과는 다르다. 이것은 포르노뿐만 아니라 파일공유 네트워크상의 뮤직비디오, R등급의 영화에도 적용된다. 고교생과 대학생을 대상으로 한 많은 조사에서 MTV와 R등급 영화는

혼전 섹스허용과 상관관계가 있는 것으로 나타났다. 실험적 연구로부터 MTV의 뮤직 영상은 혼전 섹스에 대해 자유로운 태도를 가지게 하는 것으로 나타났는데, 특히 소녀들에게 있어서 그러했다.

또한 미혼 파트너들 사이의 성관계를 묘사한 비디오물은 13~14세 아동들의 혼전 및 혼외정사에 대한 도덕적 판단에 영향을 주었다(미혼 파트너들 사이의 섹스가 허용되는 쪽으로). 포르노는 이미 공격적 행동의 위험이 있는 나이든 청소년들에게 나쁜 영향을 준다. 높은 위험요소로는 여성에 대한 충동, 적의, 난잡성 등이 있다. 이 집단의 빈번한 포르노 이용은 포르노를 거의 또는 전혀 이용하지 않는 동년배의 청소년들에 비하여 더 높은 성관련 공격율과 관련이 있었다(Greenfield, 2004; 744). 그리고 이러한 포르노에 대한 지속적인 노출은 성행위에 대한 올바른 가치관을 왜곡시킨다고 한다. 수간(獸姦), 그룹섹스, 새디즘, 메조키즘과 같은 영상에 대한 빈번한 노출이 문제를 가져올 수 있는 것이다. 포르노에 빈번히 노출된 젊은이들에게서는 파트너에 대한 신뢰 감소, 파트너에 대한 정조관념의 상실, 난잡한 생활방식의 일상화 등이 발견되고 있다. 또한 사랑과 결혼에 대한 냉소적인 시각도 나타나고 있다(Kanuga & Rosenfeld, 2004: 120).

Zillmann(2000; 41-42)에 의하면 포르노물을 빈번하게 접하는 젊은 층들은 그 접촉으로 인한 역반응(죄책감, 혐오감, 역겨움)을 신속하게 극복하는 것으로 나타났으며, 반면 그로 인한 쾌락의 반응은 신속하게 증가했다. 그러나 포르노물에 대한 장기적인 노출은 자극적 반응의 습관화를 초래해서 결과적으로 쾌락은 줄어들게 된다. 이러한 쾌락의 강도를 유지하기 위해 더 많은 포르노물과의 접촉을 피하게 되고, 결국 성관련 가치관과 인식 자체를 기형적으로 형성하게 된다. 그것은 상상할 수 있는 모든 성행위(항문섹스, 그룹섹스, 수간, 새디즘, 메조키즘)를 포함하며, 구체적인 성향변화에

는 파트너에 대한 신뢰 감소, 정조관념포기, 성적 무기력 증상, 난잡함을 자연스럽게 수용, 가정의 형성과 자녀양육에 대한 매력상실 등이 있다.

Malamuth 와 Impett(2001)의 연구에 의하면 R등급의 영화를 본 대학생들의 성관련 공격성이 긍정적인 효과를 보이는 것으로 나타났다. 이러한 영화를 관람한 남학생들은 성관련 및 성과 관련되지 않은 상호행동에서 여성에 대한 공격성을 중대하게 더 많이 수용하는 것으로 나타났다. R등급 영화와 관련한 결과는 인터넷 상의 파일공유 네트워크와 관련이 있다. 왜냐하면 네트워크에서 발견되는 폭력적 포르노물 또한 그 특성이 같고, 또한 무한대 · 무제한 적으로 유포 · 교환되는 수단이 바로 인터넷상의 네트워크이기 때문이다. Seto 등(2001)의 연구에서도 포르노가 성범죄의 가능성을 높인다는 결과가 도출되었다. 이처럼 많은 연구들이 성범죄와 포르노의 상관관계에 대한 근거들을 제시하고는 있으나, 아직 이 둘의 상관관계를 확정짓기는 부족한 듯 하다. 따라서 성범죄와 포르노 산업의 증가에 즈음하여 성범죄에 대한 포르노의 역할이 명백히 규명되어야 할 것이다.

2. 아동포르노와 아동성범죄

아동포르노가 아동성범죄의 발생에 영향을 미친다는 다양한 주장들이 있다. Seto 등(2001)의 연구에 의하면 아동포르노가 성범죄의 가능성을 높인다는 결과가 도출되었다. 또한 Quayle 등(2002b)의 연구에서도 아동포르노 다운로드로 기소된 집단과의 인터뷰에서 일부 범죄자들은 그것을 직접적 접촉의 대체물로 이용하기도 하지만, 일부는 아동포르노를 통한 자극으로부터 실행에 옮기고 싶은 강한 욕구를 느낀다는 점이 발견되었다.

Healy(Quayle & Taylor, 2002: 866)는 아동포르노 이미지가 수집가들에

게 있어 성적 흥분을 위한 것이며, 성과 관련 없는 이미지 또한 자위행위를 위한 도구가 된다고 한다. 아동포르노는 가해자들의 흥분도를 높이고 피해자의 저항을 낮추는데 이용되며, 일반적인 사진들은 가해자들의 행동이 비정상적이 아닌 것으로 위장하는데 이용되기도 한다. 아동에게 포르노를 보여주는 것은 아이를 참여하도록 부추길 수 있으며 가해자가 원하는 행위를 시키는데 도움이 된다고 한다.

Wheeler의 아동학대자 150명에 대한 연구에서는 이들 중 90%가 아동에 대한 성범죄와 관련하여 아동 포르노를 통하여 일종의 환상을 경험하였다는 사실을 보고했다(Holmes & Holmes, 2002b: 121-122). 아동성범죄자들은 그렇지 않은 일반인에 비해서 아동포르노를 보는 경향이 훨씬 더 높았고, 아동포르노가 카타르시스적 느낌을 준다고 진술하였으며, 아동성범죄자들의 1/3 가량이 성범죄 직전에 아동포르노를 보는 것으로 나타났다. Holmes 등(Holmes & Holmes, 2002b: 131)도 이와 유사한 결과를 보고하고 있다.

Lanning(1992)은 아동성애자들에게 있어 포르노 이미지가 하나의 전리품과 같은 작용을 한다고 한다. 일부 가해자들에게는 미래의 위해를 아동에게 인식시켜 침묵을 요구하는 협박의 수단으로 사용되기도 한다. 또한 이미지들은 교환의 대상이기도 하다. 가해자들은 서로간의 신뢰와 협력을 위해 사진들을 교환하고, 또 교환을 위해 수집을 하기도 하며, CD-ROM을 통해 암시장에 내놓기도 한다. 그러나 강조되어야 할 부분은 상업적 이득을 위해 거래되는 아동 포르노가 일부 있기는 하지만 그것이 주된 목적은 아니라는 점이다. 또한 가해자들에게 있어 포르노는 아주 소중한 것이며, 압수되었을 때는 큰 상실감을 느낀다고 한다. 수집가들은 수집행위가 자신들에게 위협이 된다는 것을 알고 있으면서도 수집을 계속한다. 수집은

지속적으로 이루어지며 버리거나 삭제시키는 경우는 극히 드물며, 체계적으로 파악화하고 순서를 배열하여 조직적으로 관리한다. 그들은 수집물을 영구적으로 또한 안전하게 소유하려 한다.

Seto(2006)의 최근 연구에서도 아동포르노는 아동성애의 강력한 진단지표로 나타났으며, Holmes 부부(2002b: 118)에 의하면 그들이 접촉한 아동성애자들 중 아동포르노를 소지하고 있지 않은 자는 단 한명도 없었다고 한다. ICMEC에 의할 때도 경찰에 체포된 사람 중 83%는 6~12세의 사진을 소지하고 있었으며, 또 40%는 포르노물 소지와 아동 성폭력 두 가지 혐의를 동시에 받은 것으로 나타나 두 행위 사이엔 상관관계가 있는 것으로 분석됐다(ICMEC, 2006: 2). 거의 대부분의 아동 성범죄자들이 아동 포르노를 소유 및 교환하고 있고, 또한 범행을 위해 인터넷을 이용하는 경향이 증가하고 있다는 것이다(Bowling & Resch, 2005: 1-6). 아동 포르노가 성범죄를 비롯한 기타 폭력범죄의 촉발제로써 중대성이 증가하고 있음에 주목해야 할 것이다.

IV. 정책적 제언

1. 아동포르노 차단전략의 수립

이미 언급한 바와 같이 ICMEC의 연구조사에 의하면 우리나라는 중국·일본과 함께 국제형사경찰기구 회원가입 184개국 가운데 아동포르노방지입법이 미흡한 국가로 분류되었다. 이 조사는 2004년 11월에 시작되었으며 인터폴에 의해 회원국 법률에 대한 조사, UN특별위원회에 보내진 아동매

매에 관한 각 국가별 정부자료, 인터넷 아동포르노에 관한 UN보고서, 비정부기관들과의 접촉, 경찰·검찰요원들과의 접촉 등을 통한 기본적인 정보들을 확보하여 진행하였다. 그 결과 우리나라는 위 국가들과 함께 아동포르노물 소지자에 대한 처벌규정과 인터넷서비스사업자의 신고규정 등을 두지 않아 아동포르노방지입법 미흡국가로 분류된 것이다(ICMEC, 2006).

이에 앞서 2000년 10월, 우리나라는 UN총회에서 2000년 5월 만장일치로 채택한 ‘아동권리조약’에 관한 두개의 의정서에 서명하였는데, 그중 하나가 ‘아동인신매매, 아동포르노그래피 및 아동성매매에 관한 의정서(The Protocol on the Sale of Children, Child Pornography and Child Prostitution)’이다(심희기, 2003: 884-885). 이 의정서는 2002년 1월 인준절차를 완료하고 그 시점부터 국제법적 효력을 가지고 있다. 따라서 이번에 ICMEC에 의해 우리나라가 아동포르노방지입법 미흡국가로 분류된 사실 자체가 UN의 아동권리조약 비준국으로써의 책임을 다하지 않았거나 해태하였다는 비판을 피할 수 없는 것이다.

실제로 ICMEC의 보고처럼 현행법상 우리나라에서 아동포르노를 제작하면 청소년보호법 등을 통해 처벌할 수 있지만 소지·유포 등에 대해서는 처벌하기 어렵다. 특히 청소년보호법이 ‘영리 또는 흥행을 목적으로 하는 경우’만 처벌할 수 있도록 하고 있어(동법 제26조의2), 무분별한 유포행위에 대해서는 무방비 상태나 마찬가지다. 이러한 행위가 실질적 성접촉이 없는(피해자 없는) 행위라고해서 단순히 인터넷상에서의 일탈행위로 치부하는 것은 오류다. 그러한 이미지의 소비는 아동포르노의 생산을 부추기고, 그 생산은 필연적으로 아동학대를 불러오며, 접속자들은 이미 살펴본 바와 같이 예비 학대자들 일 수 있기 때문이다(Qualyle & Taylor: 2002a).

이뿐만 아니라 우리의 경우 ICMEC의 이번 조사에서의 평가기준*을

충족시키지 못하는 부분이 다수 발견되고 있다. 2장에서 언급하였던 바와 같이 아동포르노의 개념에 있어서 음란과 포르노의 개념분리가 이루어 지지 않은 점, 실재아동의 경우만을 관련법률의 대상으로 제한하고 있는 점, 미수범 내지는 부모 및 보호자 등에 대한 방조범 처벌규정의 미비, 의료·보건종사자·교사·경찰관·사진관 종사자·IT산업 및 ISP(인터넷 서비스 공급자)·신용카드사·은행종사자들을 대상으로 한 신고의무규정의 미비 등이 그것이다. 입법부와 학계를 비롯한 모든 관계당사자들이 위 ICMEC의 입법모델을 충분히 검토하여 우리의 입법에도 적극 반영하여야 한다고 보며, 이 부분에 있어서는 이미 선행연구들이 진행되었고(심희기, 2003; 박희영, 2004), 이 글에서 이 부분까지 상세히 다루려면 그 분량이 방대해지므로 후속연구에서 다루도록 하겠다.

그러나 분명히 짚고 넘어가야 할 부분은, 이러한 입법모델의 도입에 있어 우리의 현실을 고려치 않은 무분별하게 도입하는 것은 옳지 않을 수도 있다는 점이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 오늘날의 인터넷이 가지는 힘은 너무나도 막강하며, 그 기술 또한 기하급수적으로 발전하고 있다. 이러한 인터넷은 포르노의 대량보급과 접근의 용이성을 제공해 포르노의 최대·최고의 상가로 오용되고 있으며, 굳이 적극적으로 찾아다니지 않아도 실수로 한 클릭 한번으로도 누구든지 음란물에 노출될 수 있는 침투적 환경이

* ICMEC(2006)가 요구하는 아동포르노 방지입법의 모델은 다음과 같다. ① 성관계를 동의할 수 있는 연령과 무관하게 아동포르노에서의 ‘아동’은 18세 이하로 정의, ② ‘아동포르노’를 정의하고 그 정의 내에서 컴퓨터 및 인터넷 관련용어를 포함, ③ 분배의사와 무관한 아동포르노의 소유 그리고 인터넷 다운로드 등을 범죄로 규정하는 것을 포함하여 형법상의 범죄로 규정, ④ 자녀의 포르노 참여를 방조하는 부모 또는 보호자에 대한 형사처벌, ⑤ 아동포르노의 구입처를 알려주는 자에 대한 처벌, ⑥ 보완조항의 포함, ⑦ 미수범에 대한 처벌, ⑧ 의료·보건종사자·교사·경찰관·사진관 종사자·IT산업 및 ISP(인터넷 서비스 공급자)·신용카드사·은행종사자들에 대한 의무신고제도 확립, ⑨ 포르노 관련 아동에 대한 형사책임 부과, ⑩ 제법, 조직적 관여자 및 그 밖의 누적범행에 대한 처벌강화 등이다.

구성되어 버렸다. 게다가 우리나라의 경우는 세계적인 인터넷 강국이면서도 인터넷상의 음란물에 대한 방지대책에 있어서는 허술한 부분이 많다. 따라서 이러한 환경은 방치해둔 채 처벌만을 고수한다면 전과자들만 양산될 것이 자명한 일이다.

따라서 아동포르노를 방지하기 위한 입법의 정비와 더불어 인터넷상에서 이러한 아동포르노를 비롯한 음란물들을 차단하기 위한 다양한 전략들이 세계 각국과 연계하여 수립되어야 할 것이다. 이는 국경을 초월해 전세계를 망라하는 인터넷의 속성상 당연한 전략인 것이다. 하지만 이것은 말처럼 그렇게 간단한 문제가 아니다. 이미 살펴본 바와 같이 대다수의 사람들이 아동포르노를 반대하지만 앞에서 살펴본바와 같이 그것에 관심을 가지는 사람들의 숫자 또한 엄청나게 늘어나고 있다. 그리고 인터넷을 통한 아동성애자들의 정보교류의 수준은 웬만한 전문가들 못지않은 수준이어서(Holmes & Holmes, 2002b: 128), 이들의 일탈행위는 경찰의 대응능력을 앞지르고 있다(Holmes & Holmes, 2002a: 166).

또한 인터넷의 기능 또한 하루가 다르게 발전하고 있어 경찰의 경계범위도 산더미처럼 커져가고 있는 반면, 경찰은 경험과 전문인력도 부족할 뿐 아니라 기본장비면에서조차 뒤떨어지고 있다. 따라서 경찰이 인터넷상의 모든 아동포르노를 근절시킬 수 있을 것이라 기대하는 것은 무리일 것이다. 하지만 그럼에도 불구하고 경찰을 비롯한 관계당국은 인터넷상의 아동포르노를 색출해서 괴멸시키기 위한 끊임없는 감시와 함께, 실효적인 대응전략의 개발에 힘써야 한다. 그리고 이것은 경찰만의 노력으로는 절대 불가능한 것이며, 의료·보건종사자·교사·사진관 종사자·IT산업체 및 ISP·신용카드사·은행종사자 등 관련 있는 모든 사회구성원과 단체들이 문제의식을 가지고 동참하여야만 그 효과를 장담할 수 있을 것이다. 그것

은 분명 지속적이고도 지루한 전쟁이 될 것이다.

2. 아동성범죄자들에 대한 치료개입의 필요성과 그 데이터의 구축

아동성범죄를 비롯한 모든 성범죄가 특히 재범율이 높다는 사실은 모두가 異論없이 인정하는 바이다(Friel, 2006; Holmes & Holmes, 2002a: 167). 작년에 발생한 용산 초등학교 살해 사건의 범인인 김모씨의 경우도 각종 전과가 9범일 뿐 아니라, 사건 전 불과 1년 전에도 5세 여아를 성추행해 구속된 후 집행유예로 풀려난 전력이 있었으며, 마포에서 4명의 초등학교생을 성폭행한 이모씨의 경우도 이미 18세때 2회의 특수강간을 범하였으나 집행유예로 풀려난 전과가 있다는 사실이 이를 뒷받침하는 좋은 사례가 될 수 있을 것이다. 따라서 성범죄자에 대해서는 단순한 처벌만으로는 분명히 한계가 있고, 그 성향에 대한 근본적인 치료가 병행되어야 한다. 이는 그들이 결국은 사회에 복귀한다는 이유 때문이라도 더욱더 그러하다.

이러한 범죄로 기소된 범죄자들을 대상으로 한 Middleton 등(2004)의 최근 연구에서 대상자들의 대부분이 반사회적 인격장애, 친교부족, 왜곡된 성가치관, 그리고 감정조절장애 등을 겪고 있었다. 그리고 이들은 이와 같은 부정적 감정들에 대한 대처수단으로써 성관련 행위를 선택하는 경향이 높다고 한다(Marshall & Marshall, 2000). 이러한 결과는 Howell 등(2004)이 제시한 “섹스는 비섹스관련 문제들을 해결한다”는 명제와도 일치한다. 성적 행위는 분노·근심·고독과 같은 부정적 감정들을 감소시키는데 효과적이기 때문이다. 따라서 이 글은 이들에 대한 치료개입이 가 반드시 필요하며, 그 치료는 일차적으로 이들의 빼놓아진 인격과 가치관 등을 바로 잡고, 또한 부정적 감정들이 발생하였을 시에 대한 대처능력을 키워주는데

목표를 두어야 한다고 본다.

다음으로 이들에 대하여 반드시 가해져야 할 치료중의 하나가 이들에 대한 ‘인터넷 중독의 치료’라고 본다. 비단 아동성애자들에게 뿐만 아니라 전인류에게 있어 아동포르노가 가지는 긍정적인 면이 있을리 만무하다. 그래서 그 누구를 막론하고 아동포르노를 최대한 차단해야 할 것이지만, 특히 아동성애자들에게 있어서 인터넷의 이용은 사고와 행동에 문제를 초래할 수 있고, 인터넷을 통한 포르노의 이용은 비도덕적 측면에서 완벽한 수단이 될 수 있기 때문에(Qualyle et al., 2006: 2), 당연히 이 부분에 있어서도 특단의 조치가 필요한 것이다. 실제로 앞에서 우리는 거의 대부분의 아동성범죄자들이 그들의 성적흥분과 행위를 위하여 인터넷을 통한 아동포르노 소유 및 교환이 행해지고 있고, 또한 아동성범죄의 실행 도구로써 인터넷을 이용하는 경향이 증폭되고 있다는 사실을 살펴보았다.

따라서 아동성범죄자들이 보이고 있는 이러한 인터넷 중독증상의 치료를 위한 프로그램을 개발하고, 처벌기간 동안은 물론이고 보호관찰기간 동안까지라도 인터넷 사용이 금지되어야 할 것이다. Davis 등(1995)도 보호관찰하에 있는 아동성범죄자들의 컴퓨터 접근통제의 필요성을 주장했는데, 이 연구에서 제시하는 결과들은 아동성범죄자들에 대한 컴퓨터 접근제한의 필요성을 강조시키기에 충분하다(Holmes & Holmes, 2002a: 163). 이들은 오용실태에 대한 간략한 언급만을 하고 있으나, 그 초점은 보호관찰조건으로써 컴퓨터의 이용의 제한 또는 금지를 유효화 하자는 것이다. 또한 이들에 대한 관리로 인해 축적된 데이터들은 아동성애자들에 대한 깊이 있는 파악과 이해를 도울 것이고, 이는 보호관찰감독과 관련범죄 수사전략에도 유용하게 쓰일 수 있을 것이다.

다음으로 Studer 등(2000)은 성범죄자 관리프로그램의 운영에 있어 가

해자의 특정한 결함을 확인하여 맞춤형 프로그램을 운영할 수 있는 정확한 평가의 필요성을 강조했다. 이러한 위험성의 평가는 높은 위험성의 가해자들은 교도소 또는 장기간 감독에, 낮은 위험성의 가해자들에 대해서는 보호관찰 또는 조기석방에 대한 판단을 도와준다. 최근의 연구들이 재범리스크에 대한 정확도를 향상시키고는 있으나, 아직까진 인터넷과 관련한 범죄자들의 정신심리와 관련한 공식 평가도구는 관계자들에게 공급되고 있지 않다. 관계자들이 이 부분에 대해서 의문을 품고, 또 그것이 궁극적으로 관련 연구들에 기여하지 않는 이상 이 난해한 분야를 명백히 규명해낼 수 있는 가능성은 없어 보인다.

미국의 경우도 FBI의 통일화된 범죄신고시스템의 재설계를 통하여 사건에 기초한 국가적 보고시스템(NIBRS: National Incident-Based Reporting System)을 탄생시켰으며, 이러한 시스템이 아동포르노의 확산방지에 일조하고 있다고 한다(Flores, 2004). 우리도 아동성범죄자들을 비롯한 성범죄자들에 대한 진단 및 치료프로그램의 개발과 실행이 당면한 과제임은 두말할 필요도 없는 것이고, 더 나아가 그러한 프로그램들이 원활하게 이루어졌을 때 성범죄자들에 대한 인구통계학적 데이터를 넘어선 심리적·경향적 특징들과 같은 다각도의 데이터들을 수집하여 국가적 데이터를 구축할 필요가 있다. 이러한 데이터구축은 경찰을 비롯한 관계자들에게 아동성애자들에게 있어 아동포르노의 영향과 인터넷의 역할에 대한 이해를 가져다주고, 그들에 대한 수사와 관리에도 도움을 줄 것이다.

3. 가정의 역할의 중요성에 대한 이해와 확산

아동포르노에 출연하는 아동들의 공통적 특징은, 아동매춘, 가출, 결손가

정, 가정과 학교에서의 낮은 성취도, 도덕 및 종교적 관념 결핍, 빈약한 사회적 성장도, 부모의 실제적 또는 심리적 부재 등이다(Holmes & Holmes, 2002b: 126-127). Kentucky에서 행해진 아동포르노에 참여한 적이 있는 청소년들에 대한 인터뷰에서도 이와 유사한 결과가 나왔는데(Holmes & Holmes, 2002b), 이들은 대부분 가출한 아이들로써 학대, 엄한 규율, 임신과 감정상의 문제 등과 같은 이유로 집을 나왔다. 결혼한 부모는 14.6%에 불과했고, 부모와 친밀한 아이들은 20%에 불과했다. 결손가정과 가정불화가 아동포르노와 관련이 있다는 가설이 성립하는 부분이다.

결국 다른 일탈이나 범죄들도 마찬가지겠지만, 이러한 아동포르노에 출연한 아동들에게 있어서도, 역시 가정의 역할이 그 무엇보다 중요하게 작용했던 것이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 이미 우리나라는 아동포르노의 주요 제작국가의 반열에 올라 있다. 아직도 우리의 기억 속엔 10대들이 직접 여중생과의 포르노를 제작해 엄청난 사회적 충격을 가져다준 일명 ‘빨간 마후라’ 사건이 생생히 남아 있고, 많은 자료들을 무료로 서로 공유할 수 있는 인터넷사이트에서 ‘여고생 포르노’, ‘여중생 야동’ 등의 문구를 보는 것이 그리 어려운 일이 아니라는 현실에 처해있다. 당연히 이러한 아동포르노의 피사체가 된 아동들에 대한 적절한 대책이 마련되어야 할 것이다.

또한, 우리나라의 몇몇 인터넷 화상채팅 사이트는 남녀 서로 간에 은밀한 부분이나 자위와 같은 성적 행위를 하는 모습을 보여주며 변태행위를 하는 수단으로 오용되고 있다. 거기에 여고생은 물론이고 여중생들까지도 자발적으로 각종 성적 행위를 한 동영상들이 캡처, 또는 녹화되어 인터넷 상에 유포되고 있고, 이 또한 어렵지 않게 접할 있다. 극히 최근에도 인터넷 채팅을 통하여 ‘노예미팅’을 한 남녀들이 경찰에 적발되었는데, 이들은 여고생을 경매를 통하여 차지하여 성관계를 가졌다고 한다(조선일보, 2007

년 1월 4일자, 사회면). 결국 아동포르노가 주는 해악이라는 문제에 있어서 우리나라가 궁극적으로 관심을 집중시켜야 되는 부분은 바로, 자의권 타의권 아동포르노의 침투적 환경에 무방비로 노출되어 있는 대부분의 아동들과 청소년들일 것이다.

이미 살펴본 바와 같이 인터넷이 클릭 한번으로 아동포르노를 비롯한 각종 음란물에 대한 접근이 가능하도록 해주고 있고, 적절한 학교 성교육의 부재와 인터넷의 무제한적 접근이 우리 아이들의 인터넷 오남용을 부추기고 있다. 오늘날 우리의 현실은 성에 대해 자연스러운 호기심을 가진 아이들에게 있어, 기괴하고 탈선적인 성인 음란물들이 정상적인 성교육을 압도하는 상황에 직면해 있다. 아이들이 이러한 상황에서 옥석을 가릴 수 있으리라 기대하는 것은 모순이다. 미성숙한 아이들이 이간성애의 어둡고 추한 면만 왜곡하여 일찍부터 노출되는 것은 우리의 미래가 그만큼 어둡고 추해지는 결과를 가져올 것이 분명하다.

이러한 현상에 직면하여 최근에는 처벌의 한계를 인식하고 이 부분에 있어서 가정을 비롯한 보호자적 위치에 있는 자들의 역할이 강조되고 있는데, 대표적으로 Greenfield(2004)와 Durkin(1997)의 연구를 들수 있다. 이들은 이 부분에 대한 대책으로써 가정에서의 부모를 비롯한 보호자의 역할을 강조하면서 이들의 행동지침들을 제안했다. 이를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 가족내에 개방된 의사소통 스타일을 유지하여야 한다. 현대의 미디어 환경에서는 가족 내의 개방된 대화와 토론이 필수적이며, 특히 섹스에 관한 토론에 있어서는 더욱더 그러하다. 섹스를 터부시하고 성교육이 이루어지지 않은 가정의 자녀들이 그렇지 않은 가정의 아이들에 비해서 음란물에 의해 손상받기가 더 쉬운 것으로 나타났다. 더불어 부모·아동간의 따뜻하고도 원활한 의사소통은 가장 중요한 비기술적 수단이 된다.

둘째, 매체관련 경험을 자녀들과 나누어야 한다. Peterson 등(1991)의 연구에서 수천명의 여고생 대상 조사에서 매체관련 경험을 토론하지 않은 여학생들의 성경험 비율이 두배나 더 높은 것으로 나타났다.

셋째, 자녀들의 컴퓨터 사용에 대해 세심한 주의를 기울여야 한다. 그러기 위해서는 가능하다면 컴퓨터를 혼자 있는 방에 두지 말고, 집안의 개방된 장소에 두어야 한다.

넷째, 인터넷을 자녀와 함께 이용해야 한다. TV를 부모와 따로 본 소녀들의 성경험이 부모와 같이 본 소녀들에 비해서 세배나 높았다. 부모와 따로 TV를 시청한 소년들의 시청시간과 성경험 사이에는 중대한 상관관계가 나타났다. 성과 관련 없는 TV의 실험적 연구는 부모와 함께 시청하고 토론하는 경우가 반사회적 TV의 부정적 효과를 완화시킴을 보여 주었다. 즉 부모와 함께 본다는 것은 인터넷을 포함한 성관련 매체의 효과와 아이들의 성경험을 감소 또는 제거시킬 수 있음을 의미한다. 아이들의 인터넷 이용은 부모의 부재시 사용을 제한한다든가 하루에 몇 시간만 이용하도록 한다든가 등의 규칙을 만들어 놓을 수 있을 것이다.

다섯째, 아이들로 하여금 성명·주소·전화번호 등과 같은 정보를 온라인상의 누구에게라도 유출시키는 것을 금하여야 한다. 채팅을 통한 개인적 만남이 허용되어서는 안되며, 수상한 행위가 발견될 시에는 즉시 경찰에 신고하여야 한다.

여섯째, 만약 반사회적 성향이 있는 아이가 있다면 파일공유를 포함한 인터넷 이용을 제한해서 포르노에 대한 접촉을 최대한으로 제한해야 한다. 이러한 아이들에 대하여는 부모들의 신중한 감시와 엄격한 제재가 필요하다. 일반적으로 유연한 규칙보다는 엄한 규칙이 더 효과적이다. 소년들의 빈번한 포르노 접촉은 성관련 공격의 확률을 크게 증대시키는 것으로 나

타났다. 필터링 소프트웨어들이 포르노 접속을 감소시키는데 도움이 될 수 있다.

정책당국과 관련기관 그리고 교육자들은 미래의 성교육이 사실상 인터넷에 달려 있음을 솔직히 시인해야 할 것이고, 아동과 청소년들의 인터넷을 이용한 음란물 오남용을 방지할 수 있는 최적·최고의 방어막이 바로 가정이라는 사실 또한 깨달아야 할 것이다. 관계자들은 이 분야에 있어서의 가정의 역할의 중요성을 부모를 비롯한 보호자들에게 각인시키고, 그들이 적극 이 문제에 개입할 수 있도록 가능한 모든 수단을 강구해서 홍보하고 교육시켜야 한다.

V. 결 론

물론 인터넷상의 포르노물에 대한 부정적인 측면 또는 그 병리학적 수준을 과장해서도 안될 것이다. Cooper 등(1999)은 관계성립의 결정에 있어 육체적 유희의 역할을 감소시킨다는 점을 포함한, 인터넷을 통한 성관련 관계의 긍정적인 측면들을 밝힌 바 있다. 또한 Diamond와 Uchiyama(1999: 15)가 제시한 것처럼 포르노를 통해 남녀가 좋은 관계를 유지할 수도 있고, 작가에게는 예술적 영감을 주며, 성교육의 자료로도 활용될 수 있다. 또한 포르노를 통해 쾌락과 자위를 즐기는 사람이 적지 않은데, 이러한 것들은 사회적 스트레스의 이완과 배출의 수단이 되기도 해 긍정적인 면도 없지 않다.

그러나 성인포르노물에게 있을 수 있는 이러한 긍정적인 면들을 아동포르노물에서 찾으려 해서는 안된다. 위의 예시로써 예를 들자면, 아동포르

노를 보면서 남녀가 기쁨을 느끼고, 사회적 스트레스를 배출하는 사회가 건전한 이성이 지배하는 사회라고는 그 누구도 말할 수 없을 것이기 때문이다. 더군다나 필연적으로 아동학대를 양산한다는 점에서도 아동포르노는 음란성 판단을 고려할 가치도 없는, 그 자체로써 저질스런 음란물이고 반인륜적 표현물일 뿐이다. 따라서 아동포르노에 있어서는 한치의 허용도 있어서는 안될 것이고, 이는 문명세계 모두가 공감하는 바이다.

그리고 일찌기 Lanning(1992)은 “아동성애자들에게 무가치한 도움을 주는 현대문명의利器가 있는데, 그것은 바로 컴퓨터이다”라고 역설하였다. 실제로 현재 아동성애자들에게 있어서 인터넷은 아동포르노의 생산·배포·확산의 최대의 도구 내지는 상가라 해도 전혀 과장이 아닌 현실에 처해 있음을 앞에서 살펴보았다. 더 나아가 아동성애자들에게 인터넷의 존재는 그들의 결속력을 다지고, 학대욕구에 기초한 아동포르노의 이용을 강력하게 정당화한다는 사실들도 밝혀졌다(Quayle et al., 2000). 따라서 국경을 초월하는 인터넷의 속성상 전세계가 공조하여 이 문제의 해결에 노력을 경주하여야 할 것이다.

우리나라도 아동포르노의 방지를 위한 국제적인 움직임에 적극 동참하여 관련 입법을 정비하고, 이와 동시에 인터넷상의 아동포르노의 차단에 최선을 다해야 할 것이다. 또한 아동성범죄의 경우는 단순한 처벌에만 머무를 것이 아니라, 이들의 비정상적 성향에 대한 치료개입이 필요하며, 특히 이들이 공통적으로 보이고 있는 아동포르노의 수집을 위한 인터넷 중독에 대한 치료가 필히 가해져야 한다. 더불어 수감중이거나 보호관찰중인 아동성범죄자들에게 있어서는 인터넷의 사용이 금지되어야 할 것이다. 그리고 이러한 아동포르노 방지에 있어서는 사회구성원 전체의 공감과 동참이 필요하며, 특히 부모 및 보호자의 역할이 중요하다고 본다.

마지막으로 직접적인 관련성은 없는 일화이지만, 스웨덴에서는 1989년에서 1999년의 10년 사이에 피임약과 콘돔의 이용이 늘어났으며, 그 결과 성병과 낙태도 고무적으로 감소했다고 한다. 그런데 그 원동력이 성병에 대한 대중 홍보반복, 학교에서의 의무성교육, 20세 이하 여성에 대한 무상지급 등이 복합적으로 작용한 결과라고 한다(Tydén et al., 2001: 91). 이 사례는 관계기관에게 지속적인 대국민홍보나 교육이 가질 수 있는 긍정적인 힘을 강력히 시사한다. 관계당국은 이러한 점을 충분히 인식하여 아동포르노 방지에 있어 처벌일변도의 정책을 지양하고, 인터넷상의 아동포르노의 해악과 그에 대한 대처 및 방지책을 각 사회구성원들에게 각인시키기 위한 지속적인 홍보와 캠페인, 그리고 교육을 실시하여야 할 것이다.

참고문헌

- 박기범, 2006. “아동성폭력과 그 대책에 관한 연구”, 한국형사정책학회, 「형사정책」 18(2), 237-270.
- 박희영, 2004. “사이버아동포르노그래피와 사이버범죄방지조약”, 한국비교형사법학회, 「비교형사법연구」 6(1), 263-286.
- 심희기, 2003. “아동 포르노그래피와 한국의 청소년 성보호법”, 한국비교형사법학회, 「비교형사법연구」 5(2), 883-903.
- Akdeniz, Y., Internet Content Regulation: UK government and the control of internet content, Computer Law & Security Report, 17(5), 303-317. (2001).
- Baker, A. W., & Sylvia, P. D. Child sexual abuse: a study of prevalence

- in Great Britain. *Child abuse and neglect*, 9(4), 457-467. (1985).
- Bowling, R., & Resch, D. Child Pornography Cases. *FBI Law Enforcement*, 74(3), 1-7. (2005).
- Carter, D. L., Computer crime categories: How technocriminals operate. *FBI Law Enforcement Bulletin*, 64(6), 21-26. (1995).
- Castells, M., *The information age: Society and culture*. Oxford: Blackwell Publisher. (1997).
- Cooper, A., Scherer, C. R., Boies, S. C., & Gordon, B. L., Sexuality on the Internet: from sexual exploration to pathological expression. *Professional Psychology: Research and Practice*, 30(2), 154-164. (1999).
- Csorba, R., Aranyosi, J., Borsos, A., Balla, L., Major, T., & Póka, R., Characteristics of female child sexual abuse in Hungary between 1986 and 2001: a longitudinal, prospective study. *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, 120: 217-221. (2005).
- Davis, L., McShane, M., & Williams, F. P., Controlling computer access to pornography: Special condition for sex offenders, *Federal probation*, 59(2), 43-48. (1995).
- Davis, R. A., A cognitive-behavioral model of pathological Internet use. *Computers in Human Behavior*, 17, 187-195. (2001).
- Durkin, K. F., Misuse of the Internet by pedophiles: implications for law enforcement and probation practice. *Federal Probation*, 61(2), 14-18. (1997).
- Friel, Brian., *The War on Kiddie Porn*. *National Journal*, 38(12), 40-41.

(2006).

Flores, J. R., Child Pornography: Patterns from NIBRS. *Juvenile Justice Bulletin*(12). (2004).

Greenfield, P. M., Inadvertent exposure to pornography on the Internet: Implications of peer-to-peer file-sharing networks for child development and families. *Applied Developmental Psychology*, 25, 741-750. (2004).

Holmes, S. T., & Holmes, R. M., *Current Perspectives on Sex Crimes*: California: Sage Publications. (2002a).

Holmes, S. T., & Holmes, R. M., *Sex Crimes: Patterns and Behavior*: California: Sage Publications, 2nd ed. (2002b).

Holmes, R. M., Tewksbury, R., & Holmes, S. T., Hidden JPG's: A functional alternative to voyeurism. *Journal of Popular Culture*, 17-29. (1998).

Howells, K., Day, A., & Wright, S., Affect, emotions and sex offending. *Crime and Law*, 10(2), 179-195. (2004).

International Centre for Missing & Exploited Children., *Child Pornography: Model Legislation & Global Review*. (2006).

Kanuga, M., & Rosenfeld, W. D., Adolescent sexuality and the Internet: The Good, the Bad, and the URL. *J Pediatr Adolesc Gynecol*, 17, 117-124. (2004).

Lanning, K. V., *Child molesters: A behavioral analysis*'. National Center for Missing and Exploited Children, Washington, DC. (1992).

Malamuth, N. M., & Impett, E. A., *Research on sex and the media: What do we know about effects on children and adolescents?*.

- Handbook of children and the media, 269-287. (2001).
- Marshall, W. L., & Barrett, S., Criminal neglect: Why sex offenders go free. Toronto: Doubleday. (1990).
- Marshall, W. L., & Marshall, L. E., The origins of sexual offending. Violence and Abuse, 1, 250-263. (2000).
- Middleton, D., Beech, A., & mandeville-Norden, R., What sort of a person could do that?: Psychological profiles of Internet pornography users. Paper presented at 5th COPINE conference. (2004).
- Peysakhovich, S., Virtual child pornography: Why American and British laws are at odds with east other, Albany Law Journal Science & Technology, 14(3), 799-823. (2004).
- Seto, M. C., & Cantor, J. M., Child Pornography Offenses Are a Valid Diagnostic Indicator of Pedophilia. Journal of Abnormal Psychology, 115(3), 610-615. (2006).
- Seto, M. C., Maric, A., & Barbaree, H. E., The role of pornography in the etiology of sexual aggression. Aggression and Violent Behavior, 6, 35-53. (2001).
- Studer, L. H., Clelland, S. R., Aylwin, A. S., Reddon, J. R., & Monro, A., Rethinking risk assessment for incest. International Journal of Law and Psychiatry, 23(1), 15-22. (2000).
- Quayle, E., Vaughan, M., & Taylor, M., Sex offenders, Internet child abuse images and emotional avoidance: The importance of values. Aggression and violent Behavior, 11, 1-11. (2006).
- Quayle, E., & Taylor, M., Paedophiles, Pornography and the Internet:

- Assessment Issues. *British Journal of Social Work*, 32, 863-875. (2002a).
- Quayle, E., & Taylor, M., Child pornography and the Internet: Perpetuating a cycle of abuse. *Deviant Behaviour*, 23, 365-395. (2002b).
- Quayle, E., Holland, G., Linehan, C., & Taylor, M., The Internet and offending behaviour: A case study. *The journal of sexual aggression*, 6, 78-96. (2000).
- Taylor, M., Quayle, E., & Holland, G., Typology of pedophile picture collection. *The Police Journal*, 74(2), 97-107. (2001).
- Tydén, T., Olsson, S. E., & Nordin, E. H., Improved Use of Contraceptives, Attitudes Toward Pornography, and Sexual Harassment Among Female University Students. *The Jacobs Institute of Women's Health*. 87-94. (2001).
- Ward, T., Keenan, T., & Hudson, S. M., Understanding cognitive, affective, and intimacy deficits in sexual offenders: a developmental perspective. *Aggression and Violent Behaviour*, 5(1), 41-62. (2000).
- Wolak, J., Finkelhor, D., & Mitchell, K., Internet-initiated Sex Crimes against Minors: Implications for Prevention Based on Findings from a National Study. *Journal of Adolescent Health*, 35(5), 424.e11-424.e20. (2004).
- Zillmann, D., Influence of Unrestrained Access to Erotica on Adolescents' and young Adults' Dispositions Toward Sexuality. *Journal of Adolescent Health*, 27, 41-44. (2000).

Child Sex Offenses and Child Pornographies on the Internet

Park, Ki-Beom*

The seriousness of child sex crimes is treating the global society and the increasing numbers of pedophiles are making the problem more serious. In Korea, we are also coping with increasing rate of child sex offenses with growing brutality.

Many studies report that child pornography operates as a catalyzer in spreading child sex offenses and the best tool, internet accelerates their expansion and rapidity. Therefore, we should actively get involved in internationally arranged movements such as the establishment of legislative method and preventive programs which can crack down on child pornography on the internet.

As child sex crimes are not to be dealt with a single punishment, it is imperative to handle child sex offenders with treatment programs which can cure their biased status focusing on the internet addictions such as seeking for child pornography. In addition, using internet by child sex offenders who are in jail or on probation must be prohibited.

To expel this devastating child pornography from us, the recognition of this problem and participation by the whole members of our society in those prevention methods are needed. Most of all, the role of parents

* Instructor, Department of Police Administration, Keimyung University

and guardians of our children is essential.

주제어 : 아동성범죄, 아동포르노그래피, 인터넷, 아동성애자, 인터넷오
용
Keywords : Child sex offense, Child pornography, Internet, Pedophile,
Misuse of the Internet

유전자감식정보의 형사절차상 활용방안

- 유전자감식정보법안의 검토를 중심으로 -

황 만 성*

국문요약

연쇄적인 강도, 강간, 살인사건에서 범인의 추적과 검거에 유전자감식이 중요한 기능을 하고 있으며, 유전자감식의 활용은 이미 개개의 범죄사건에서 피의자가 진범이 아니거나, 또는 진범임을 확인하는 매우 유용한 수단으로 인식되고 그 이용빈도가 점점 증가하고 있다. 그러나 유전자감식결과가 형사재판에서 실제로 받아들여지고 유죄의 증거로서 가치를 인정받는 것은 법원의 규범적 판단을 통한 별개의 과정을 거쳐야만 한다.

우선 과학적 원리의 정확성 등이 승인되어야 하고, 검사자의 적격성이나 분석절차의 안정성, 오류개재 가능성, 배경원리·적용기술 일반 등에 관한 판단이 전제가 되어야 할 것이다. 또한 자료 수집의 절차나 요건, 자료의 보관과 폐기 등에 대한 분명한 법적 규율이 마련되어야 하며, 감식시료의 채취는 엄격한 비례성의 원칙에 따라 이루어져야 하며, 유전자감식 전문가에 의하여 채취되도록 하는 것이 적절하다고 생각된다. 이는 향후 유전자감식 결과에 대한 증거능력이나 증명력의 확보에 있어서도 매우 중요한 의미를 가진다고 할 것이다. 또한 수사담당자들은 과학수사 방법에 대한 원리이해 등 기본적인 지식과 소양을 갖추는 것이 필요하다고 할 것이다.

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

I. 서론

최근 몇 년 동안 우리 사회에서는 연쇄강력범죄들이 발생하여 강력범죄에 대한 초동 대응의 문제와 아울러 형사정책적인 문제점을 지적하는 목소리가 적지 않다. 특히 ‘유영철 사건’¹⁾이나 ‘마포발바리 사건’²⁾ 등을 겪으면서 강력범죄에 대한 대책의 수립이 어느 때보다 절실하게 요구되고 있다. 그 대책 중의 하나로서 거론되고 있는 것은 생체정보를 첨단과학기술을 이용하여 분석하고 이를 수사에 활용하는 방법이라고 할 수 있다. 성폭력을 비롯한 강력사건의 현장에서 수집된 생물학적 증거물은 첨단 유전공학기술을 이용하여 범인을 밝혀내는 데에 유용하게 이용될 수 있으며, 유전자정보 데이터베이스(Database, 이하 ‘DB’라고 한다)를 통해 용의자를 신속하고 정확하게 찾아내어 범인을 검거할 수 있다는 점에서 그 가치가 점점 높아지고 있다.

유전자감식이라는 첨단 과학수사기법도 현장에서 발견된 증거물과 대조할 유전자정보가 없다면 효용을 발휘할 수 없고 유전자정보 DB의 존재를 통해 비로소 그 효용은 극대화될 수 있다. 나아가 유전자정보 DB에 입력된 사람들이 범행을 저지르는 경우에는 검거될 확률이 높아질 뿐만 아니라, 과거의 미제(未濟)사건들을 해결할 수도 있고, 이를 통해 범죄예방에 기여하는 효과를 가진다는 점도 유전자정보 DB를 설립해야 할 이유로 제

1) 2003년 9월부터 2004년 7월까지 총 21명이 잇달아 살해된 사건이었다. 유영철 자신은 5명의 여성을 더 살해했다고 주장하였는데, 확인은 되지 않았다. 2005년 6월 9일 대법원은 유영철에 대하여 사형을 확정하였다.

2) 속칭 ‘마포발바리’로 불리던 김모씨(31세)는 2005년 1월부터 1년간 서울 서대문구, 마포구, 중구, 종로구에서 미성년자 7명을 포함한 여성 19명을 성폭행하고 절도 10건과 강도 6건 등 모두 35건의 범행을 저지른 혐의로 구속 기소됐고, 검찰은 무기징역을 구형했다. 이에 대하여 2006년 9월 1심법원인 서울서부지법은 징역 20년을 선고했다.

시된다.³⁾

유전자정보 DB의 설립과 운영에 관한 설문조사⁴⁾ 결과에서는 일반인들도 이러한 수사목적의 유전자정보 DB의 활용에 대하여 77%가 찬성하고 있는 것으로 나타나 유전자감식정보에 의한 수사에 대하여 높은 기대를 보여주고 있다.

이러한 배경 아래에서, 그동안 검찰과 경찰사이의 설립주도권 경쟁으로 인해 부진하였던 유전자정보 DB의 설치에 관한 입법안이 마련되어 현재 국회에서 논의 중이다.

이하에서는 현재 입법이 진행중인 “유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안”의 세부적인 내용을 검토하고, 이를 바탕으로 유전자정보 DB의 설치와 운영에 관한 구체적 방안을 제시하고자 한다.

II. 유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안

1. 입법논의와 DB의 관리주체에 관한 논쟁

유전자정보 DB 설립의 필요성은 두 가지 측면에서 논의되었다. 하나는 국가기관이 범죄수사목적으로 설립하고자 하는 것이고, 다른 하나는 과학적 연구, 새로운 치료방법의 개발 등을 위하여 생명공학 및 의료관련 연구소나 의료기관, 또는 유전자정보의 분석을 이용하여 상업적인 이익을 얻고자 하는 민간 사업체에 의해 수집되는 것이 그것이다.

3) 이승환, “유전자정보은행의 필요성”, 사법감시, 제17호, 2003년 1-2월호, 48-49면.

4) 조성겸, “유전정보 활용에 대한 사회적 인식”, 제2회 ELSI 심포지움 유전정보의 활용과 데이터베이스, 2004, 2-24면.

수사기관에 의한 유전자정보수집과 유전자정보 DB 설립에 대해서는 국가기관에 의한 유전자정보의 수집과 보관이라는 측면에서 개인에 대한 국가의 통제와 감시가능성의 증대, 인권침해의 가능성 등을 이유로 부정적 견해가 강하게 제시되었지만, 그럼에도 불구하고 범죄수사에서의 유전자감식의 효용성을 이유로 유전자정보 DB를 설립해야 한다는 주장도 지속적으로 제기되어 왔다.

그러나 설립의 주체에 대한 검찰과 경찰측의 주장이 대립되면서, 구체적인 관련 법안의 마련이 큰 난관에 부딪히게 되었다. 2005년 이전에는 범죄수사용 유전자정보 DB의 설립에 대해서는 그 설치여부 뿐 아니라, 그 관리를 어느 기관이 담당할 것인가를 두고 벌이는 검찰과 경찰의 주도권 다툼도 논쟁의 큰 부분을 차지하고 있었다.⁵⁾

경찰청은 1991년 8월, 그 산하에 국립과학수사연구소 유전자분석실을 설치하여 2005년 중반까지 124,933건에 대하여 DNA 감정업무를 수행한 것으로 알려져 있다. 특히 2001년에는 최초로 DNA 감정건수가 1만건을 돌파하여 11,551건에 이르렀으며, 이후에도 계속 증가하여 2004년에는 23,698건, 2005년에는 31,704건의 유전자분석을 처리하였다.⁶⁾ 1996년까지 1,500건의 유전자감식자료를 데이터베이스화하였고,⁷⁾ 이 데이터베이스화는 이후에도 지속되고 있을 것으로 추정된다.⁸⁾

5) 유전자DB를 둘러싼 검찰과 경찰의 주도권 다툼은 이제는 공지의 사실이다. “과학 수사 ‘도로아미타불’”, 시사저널, 584호, 2001.1.4자 기사는 검·경이 신경전을 벌이는 것은, 과학 수사의 핵심인 유전자 정보를 먼저 확보하는 기관이 수사권의 중요한 거점을 선점할 수 있기 때문이라고 보도하고 있다. 정재용, “유전자은행 설립 주도권 싸움”, 뉴스메이커, 경향신문사, 통권 제501호, 2002.12.5, 38면 이하에도 대검찰청과 국립과학수사연구소의 입장 차이가 소개되어 있다.

6) 한면수, “경찰 초동수사 목적의 유전자감식정보의 검사 및 관리”, 한국형사정책학회 2006년 추계학술대회 자료집(유전자정보은행에 관한 형사정책적 검토), 2006, 21면.

7) 유영찬/장영민, “경찰과학수사의 발전방안에 관한 연구 - 유전자은행의 설립과 활용을 중심으로”, 치안논총, 1998, 제14집, 470면.

한편, 대검찰청은 1991년 5월에 대검찰청 중앙수사부 과학수사운영과 산하에 유전자감식실을 설치하고 서울대학교 의과대학 법의학고실과 공동으로 유전자감식기법 개발에 착수하여 국내 최초로 유전자감식기법을 개발하고, 1992년 3월부터 유전자감식업무를 수행하고 있다. 검찰은 1992년부터 수사기관으로부터 의뢰된 사건 감정물인 DNA 샘플은 감식 후에도 분류번호가 붙여져 실험용 튜브에 수용액 상태로 10년간 냉동 보관한다고 밝히고 있다. 유전자감식의 결과도 보관하고 있으며, 검찰은 DNA 샘플과 감정서(유전자감식의 결과)를 새로운 용의자가 검거되어 다시 확인할 필요가 있는 경우를 대비해서 보관한다고 밝히고 있다.⁹⁾

2. 법안의 주요쟁점 및 문제점

최근 우리사회에서 발생하는 범죄 중 성폭력범죄나 살인·강도 등의 강력사건은 범행동기가 뚜렷하지 않거나 불특정 다수인을 상대로 하여 연속적으로 발생하고 범죄수법이 지능화·흉포화되고 있지만 사건해결의 단서를 찾기가 쉽지 않으므로 미제사건으로 남을 위험이 높다.

인간의 생명·신체나 정조에 관한 침해로 내용으로 하는 강력사건은 사건 현장이나 범행도구 등에 범인이나 피해자의 신체에서 유래한 생물학적 증거물들이 잔존하는 것이 보통이며, 유전공학을 비롯한 과학기술의 발달 덕분에 인체의 DNA 특정부분을 분석하여 동일인을 식별해 내는 DNA 분석법은 강력사건 해결에 있어서 필수적인 도구로 자리 잡게 되었다.

이처럼 DNA 분석법은 우리나라를 포함하여 거의 모든 국가에서 높은 신뢰도를 지닌 중요한 법정증거로 인정받고 있지만, 비교대상인 용의자가

8) 이상용, 유전자정보의 보호와 이용통제, 한국형사정책연구원, 2002, 77면.

9) 법무부, 2001년 임시국회 예산결산위원회 제출자료, 2001년 4월.

존재하지 않거나 대조에 필요한 데이터베이스가 없는 경우에는 쓸모가 없다는 단점도 가지고 있다.

이러한 문제점을 극복하고 범죄의 사전예방과 범인의 사후관리를 통한 재범의 방지에 효과적인 범죄자 유전자감식정보를 데이터베이스화하여 관리하는 것은 매우 중요한 의미를 지니고 있다고 할 것이다.

이러한 점에서 동법안이 제시하고 있는 ‘특정 범죄를 범한 수형자·피의자 등에 대한 유전자감식정보를 수집하여 관리하는 제도를 도입함으로써 범죄 발생시 무고한 사람을 수사선상에서 배제하고 조속히 범인을 검거함과 아울러 범죄를 저지르면 반드시 검거되어 처벌을 받는다는 인식이 확산되도록 하여 범죄예방의 효과를 제고’하고자 하는 입법취지는 충분히 반영되어야 한다고 본다. 다만, 다음과 같은 세부적인 내용에 있어서는 보다 신중한 검토가 필요하다고 생각된다.

가. 대상범죄의 범위

법안 제2조 6호에서는 유전자감식정보 수집의 대상이 되는 범죄를 한정적으로 열거하고 있다. 동법안이 모든 범죄를 대상으로 하지 않고 특정범죄에 관하여만 유전자감식정보의 수집대상이 되도록 하고 있는 점은 동법안이 초래할 수 있는 인권침해적 요소를 최소화하기 위한 노력이 엿보이는 부분이다.

그러나 구체적으로 동법안에서 정하고 있는 “특정범죄”를 살펴보면, 방화의 죄, 살인의 죄, 체포와 감금의 죄, 약취와 유인의 죄, 강간과 추행의 죄, 야간주거침입절도·특수절도와 강도의 죄, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률, 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보

호 등에 관한 법률, 마약류관리에 관한 법률, 청소년의 성보호에 관한 법률, 균형법 일부조항 등 상당히 많은 범죄에 대하여 유전자감식정보를 수집할 수 있다는 것을 알 수 있다.¹⁰⁾

범죄자 DNA 데이터베이스가 실용적이 되고 불필요한 인권침해 요소를 최소화하기 위하여는 DNA 관련 증거물을 쉽게 찾을 수 있는 종류의 범죄(예를 들어 성폭행, 살인 등) 및 재범율이 높은 범죄를 입력대상으로 정하는 것이 합리적일 것이다.

대상범죄를 결정함에 있어서는, 동법안이 추구하고자 하는 목적에 적합한지의 여부를 신중히 검토하여 결정하여야 할 것이다. 즉 재범의 위험성이 큰 범죄유형인지를 우선적으로 검토하여야 할 것이다. 동법안에서 유전자감식정보를 수집 관리함으로써 재범의 위험성을 줄이고 범죄인을 사후 관리하고자 하는 것이 중요한 목적임을 고려할 때, 유전자감식정보의 수집 대상이 되는 범죄가 재범의 위험성이 높은 유형인지를 고려하여야 할 것이다. 이러한 점에서 볼 때, 체포와 감금의 죄, 약취와 유인의 죄, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반죄 등에 관하여는 좀 더 신중한 검토가 필요하다고 할 것이다.

10) 입법례에 따라서 대상범죄를 더 넓게 정하고 있는 경우도 있다. 범죄의 종류에 관계없이 모든 'recordable offence'를 입력대상으로 하는 국가는 영국, 오스트리아, 크로아티아, 슬로베니아, 스위스 등이 있다. 영국의 경우 데이터베이스의 근간이 되는 최초의 법률 Criminal Justice and Public Order Act(1994) 제정 시부터 모든 recordable offence를 입력대상의 범죄로 규정하고 있다. 이는 대부분의 흉악범죄들이 처음에는 경미한 재산범죄(property crime)로 시작하여 점점 죄질이 무거운 범죄를 저지른다는 범죄통계자료에 의한 것으로 보인다. 범죄의 종류에 관계없이 일정한 형량 이상의 선고를 받은 사람들로 입력대상을 정하는 국가도 있다. 독일과 핀란드는 1년 이상의 징역형인 경우에, 덴마크는 1년 6개월 이상의 징역형, 스웨덴은 2년 이상의 징역형, 네덜란드는 4년 이상, 헝가리는 5년 이상의 징역형에 해당하는 범죄자들을 입력대상으로 한다(이승환, "합리적인 범죄자 DNA 데이터베이스 구축", 한국형사정책학회 2006년 추계학술대회 자료집(유전자정보은행에 관한 형사정책적 검토), 2006. 7-8면).

나. 자료검체의 폐기여부

법안 제11조에서는 유전자감식시료의 폐기에 관하여 규정하고 있다. 이에 의하면 유전자감식정보관리자가 유전자감식정보를 유전자감식정보색인부에 수록한 때에는 제6조 내지 제8조에 따라 채취 또는 수집된 유전자감식시료와 그로부터 추출한 유전자를 지체 없이 폐기하여야 하도록 규정하고 있다. 다만, 제8조에 따라 범죄현장에서 발견되거나 피해자의 신체에서 발견된 유전자감식시료와 그로부터 추출한 유전자는 당해 사건에 대한 판결이 확정될 때까지 폐기하지 아니할 수 있도록 규정하고 있다.

법안의 내용에 따르면, 수형자나 피의자로부터 채취한 검체시료에 대하여는 유전자감식정보를 시료로부터 추출하여 이를 색인부에 수록한 때에는 검체를 폐기하도록 하고 있음에 반하여, 범죄현장 등에서 발견된 검체에 대하여는 당해 사건에 대한 판결이 확정될 때까지 폐기하지 아니할 수 있도록 규정하고 있다.

이와 같이 검체의 폐기에 관하여 이원적으로 규정하고 있는 것은 검체를 통하여 유전자정보가 유출될 수 있는 위험성을 막는 것과 동시에 실체진실의 발견을 확보하기 위한 노력이라고 생각된다. 수형자나 피의자로부터 채취된 검체는 수사목적의 이용 외에 다른 용도로 사용되어질 수 있는 위험을 막기 위하여 필요하다는 것과 이후 재검사가 가능하다는 점에서 검체의 폐기는 적정한 것으로 생각된다. 그러나 범죄현장 등에서 발견된 검체 등에 대하여는 그 검체가 가지는 증거로서의 가치나 한번 폐기되면 다시는 복구가 불가능하다는 점에서 구별되는 특징이 있다고 할 것이다. 법안은 이러한 점을 감안하여 범죄현장 등에서 발견된 검체에 대하여는 당해 사건에 대한 판결이 확정될 때까지 폐기하지 아니할 수 있도록 규정

하고 있는 듯하다.

DNA 데이터베이스 초기에는 DNA 분석용 검체로 직접 몸속에서 채취한 혈액을 사용하였지만 관련 기술의 발달로 흔히 구강 채취물(buccal scrape : 영국)이나 손가락을 바늘로 찔러 나온 한 두 방울의 혈액을 여과지에 묻힌 혈흔(bloodstain on paper: 미국)을 검체로 사용한다. DNA 분석을 위하여는 검체로부터 DNA를 분리하는 것이 제일 첫 단계인데 보통 DNA 프로파일 자료를 입력 완료하는 시점에 잔여 검체와 DNA가 남게 된다. 데이터베이스 업무에 종사하는 연구원들은 잔여 검체나 DNA를 보관하는 것을 일반적으로 희망하는데 그것은 다음 세 가지의 이유 때문이다.¹¹⁾

첫째는 혹시 있을지도 모를 재분석에 대비하기 위함이다. DNA 분석 도중 샘플의 번호에 혼동이 오거나 입력된 DNA 프로필이 본의 아니게 삭제되는 경우들을 생각하여 볼 수 있다. 또한 검색을 통하여 일치하는 용의자를 찾은 경우, 체포 등 신원 확보에 앞서 다시 한번 DNA 분석을 실시 확인하는 작업도 가능하다.

둘째, DNA 분석 기술의 빠른 발전¹²⁾에 의한 DNA 데이터베이스의 확장이나 변경에 대비하기 위함이다. 현재 세계의 모든 DNA 데이터베이스는 STR 분석 데이터로 이루어져 있다. 최근 STR 대신 SNP¹³⁾(Single Nucleotide Polymorphism)가 신원 확인을 위한 새로운 마커 시스템으로

11) Peter D. Martin, National DNA databases—practice and practicability. A forum for discussion, International Congress Series, 2004, 1261, 1-8

12) T.A.Brettel et al., Forensic Science, 2005, Analytical Chemistry, 77, 3839-3860

13) STR이 직렬염기서열(tandem repeat)의 반복횟수 차이에 의한 길이 다형성(length polymorphism)을 나타내는 DNA 부분인 반면에 SNP(Single Nucleotide Polymorphism)는 특정부분의 뉴클레오티드가 치환된 염기 다형성으로 나타난다. STR이 한 유전자좌 당 많은 대립유전자가 존재하는 반면, SNP는 보통 2개의 대립유전자, 최대 4개의 대립유전자에 그치므로 STR과 동일한 변별력을 나타내자면 STR 분석 유전자좌보다 5배 이상의 유전자좌를 분석해야 할 것으로 추정된다.

제안되기도 한다. SNP의 특성상 변별력(discrimination power)은 STR에 비해 뒤쳐지지만 분석과정이 상대적으로 빠르고 간편하여 향후 사건현장(on site) 감식 키트로의 발전이 가능할 것으로 추측되고 있다. 이럴 경우, 현재의 STR 위주의 데이터베이스에 SNP 프로파일 자료를 추가할 필요성이 생길 수 있다.

마지막으로 잔여 검체나 DNA는 실제 많은 과학자들에게는 매력적인 샘플이 아닐 수 없다. 서로 다른 지역의 사람에 대한 집단유전학(population genetics)적 연구에 잔여 DNA는 최적의 연구조건을 제공해 준다.

유전자DB 설립논의 중에는, 유전자DB가 장기적으로 최대의 효율성을 유지하기 위하여는 생물학적 시료 자체를 보관하여야 한다는 주장도 제기되었다. 그 이유는 생물학적 시료가 보존되지 않은 경우에는 후일 기술의 진보가 있는 경우에 과거에 수집한 자료는 무가치한 것이 될 수 있고, 새로운 자료를 다시 수집하여야 할 것이기 때문이며, 또 발전된 검사방법과 종래의 두 검사방법이 동일한 결과를 가져올 것인가를 검증해야 할 필요도 있기 때문이다. 그러나 유전정보의 보안과 개인의 프라이버시를 보호하기 위하여 지체없이 폐기되어야 한다는 주장이 강하게 제기되기도 하였다.¹⁴⁾

잔여 DNA나 검체를 보관하는 국가로는 미국, 영국, 오스트리아, 덴마크, 핀란드, 헝가리, 슬로베니아, 스위스 등이 있으며 DNA를 폐기하는 국가는 벨기에, 독일, 네덜란드, 노르웨이를 꼽을 수 있다. 앞에서 세 가지 이유를 이미 열거하였듯이 많은 국가에서 잔여 검체나 DNA를 보관하는 이유는 그만한 기대이익이 있다는 얘기이지만 효용이 큰 만큼 오남용의 가능성도 존재하는 것이 사실이다. 범죄자들의 DNA분석을 통해 유전학적 범죄 성향에 대한 연구가 가능하며 잔여 DNA가 해당인의 인적사항과 함

14) 유영찬/장영민, 앞의 논문, 507-508면.

께 혹시라도 외부로 유출되면 그 피해는 심각해 질 수 있다. 물론 외부 유출이나 적절치 않은 연구에 대한 금지나 처벌조항을 법률에 명시할 수는 있지만 오남용의 가능성을 원천적으로 봉쇄한다는 의미에서 잔여검체나 DNA의 폐기는 고려되어야 한다. 다만 한 번 구축된 데이터베이스는 더 이상의 정보 추가가 불가능하며 재검사의 필요성이 있을 때 해당인의 신병을 확보하여 검체를 다시 채취해야하는 불편은 감수해야 한다.

검체의 보관 필요성에 관한 논의와 검체 보관으로 초래될 수 있는 위험을 고려해 볼 때, 우리나라의 법안은 적절한 조화점을 찾은 듯하다. 수형자나 피의자의 검체는 유전자정보색인부에 수록 후 즉시 폐기하도록 하고 있는 것은 채취된 검체가 다른 목적으로 이용되는 것을 막기 위하여 필요한 최소한의 방법이라고 생각되며, 범죄현장 등에서 발견된 검체에 관하여는 당해 사건에 대한 판결이 확정될 때까지 폐기하지 아니할 수 있도록 규정하고 있는 것도 합리적인 방안이라고 생각된다.

다. 피의자단계에서의 수집의 정당성

일반적으로 유전자정보의 데이터베이스에 관한 논의로서 입력대상의 범위가 정해진다고 하여도 이들 범위를 저지른 입력대상자들의 자료를 어느 시기에 입력하느냐하는 문제는 중요한 부분으로 다루어진다. 이에 관하여는 크게 ‘유죄확정후(convicted offender)’와 ‘피의자 시점(suspect)’으로 구분하여 생각할 수 있다.

‘유죄확정후’ 유형과 ‘피의자 시점’ 유형은 각각 장단점이 있다. ‘유죄확정후’형인 경우에는 형확정자를 대상으로 한다는 당위성을 확보하는 반면에 피의자단계에서 자료를 입력하는 경우 당해사건 외에 피의자가 검거

전 저지른 추가범죄를 판결 이전에 검색하여 피의자의 숨겨진 범죄를 추가로 밝혀낼 수 있는 수사상의 이점이 존재한다.

현재 동법안 제4조(유전자감식정보의 구분·관리)와 제7조에서는 피의자에 대한 유전자감식정보를 수집·관리할 수 있는 근거규정을 마련하고 있다. 즉 특정범죄로 구속영장이 발부된 피의자에 대하여 유전자감식시료를 채취하고자 하는 때에는 판사(또는 군판사)로부터 영장을 발부받아 피의자로부터 유전자감식시료를 채취할 수 있다.

또한 피의자의 서면동의를 받은 경우에는 영장 없이 유전자감식시료를 채취할 수 있도록 규정하고 있다(다만, 피의자가 미성년자·심신미약자 또는 심신상실자인 경우에는 본인의 서면동의 외에 법정대리인의 서면동의를 얻어야 한다).

이처럼 유전자감식정보법안에서는 특정범죄의 피의자에 대하여 유전자감식정보를 수집할 수 있도록 하고 있으므로 기본적으로는 ‘피의자시점’의 유형이라고 할 수 있다.¹⁵⁾

피의자단계에서의 유전자감식시료의 채취에 대하여는 보다 신중한 검토가 필요하다고 생각된다. 우선적으로 피의자의 서면동의를 있으면 유전자감식시료의 채취가 가능하다고 규정하고 있으나, 서면동의를 형식적으로 이루어진다면 그 침해의 위험성은 매우 심각하다고 할 것이다. 이미 인쇄된 서면에 관행적으로 서명을 강요하는 행태의 서면동의를 절대로 용인되어서는 안 될 것이다. 특히, 우리 판례는 위법하게 수집된 증거일지라도 물적 증거에 대하여는 증거능력을 인정하고 있기 때문에 그 위험성은 더

15) 법안에서는 수형자에 대한 유전자감식정보의 수집도 규정하고 있으나, 동법안이 통과되어 시행된다면, 특정범죄를 저지른 수형자에 대한 유전자감식정보는 모두 분석되어 수록될 것이며, 이후 추가적으로 수형자로서 유전자감식시료가 채취되는 경우는 많지 않을 것으로 예상된다. 일단 수형자에 대한 유전자감식정보가 모두 수록된 이후에는 새로이 피의자가 되는 시점부터 유전자감식시료가 채취될 것이다.

욱 크다고 할 것이다.

동법안에서는 서면동의의 의미, 내용 및 절차에 관하여 보다 주의 깊은 규정을 둘 필요성이 있다고 할 것이다. 아울러 서면동의의 내용에 피의자에 대한 충분한 설명과 이를 전제로 한 자유로운 동의에 의하여 이루어져야 한다는 점을 명백히 규정하는 것이 필요할 것으로 생각된다.

피의자에 대한 유전자감식시료의 채취가 수사의 목적에서 정당화되고 피의자의 권리침해를 최소화하는 범위 내에서 이루어지도록 하기 위하여는 충분한 설명과 서면동의에 관련된 규정이 보완될 필요성이 있을 것이다. 물론 이러한 내용은 시행령 등에서 구체화될 수 있을 것이다.

한편, 법안에서는 시료채취의 대상으로서 구속영장이 발부된 피의자로 한정하고 있다. 이는 유전자감식시료를 채취할 수 있는 피의자의 범위를 한정함으로써 무분별한 시료채취를 막고자 하는 의미에서는 중요한 기능을 할 것으로 생각된다. 그러나 피의자에 대한 구속영장의 발부여부는 주거부정, 도망할 염려가 있거나 증거인멸의 염려가 있는가에 따라서 결정되는 것이지만, 유전자감식정보의 수집은 범죄의 수사에 있어서 필요한 개인의 식별에 활용하기 위한 것이므로 양자의 목적은 상이하다고 할 것이다.

따라서 구속영장의 발부여부와 유전자감식시료의 채취를 위한 영장의 발부여부는 전혀 다른 목적으로 개별적으로 이루어지는 것임에도 불구하고 유전자감식시료의 채취여부를 구속영장이 발부된 자에 대하여만 가능하도록 하는 것은 옳지 않다.

다른 한편, 영장의 발부시에 피의자의 유전자감식시료 채취 및 향후 유전자감식정보의 사용에 관한 내용도 특정하도록 하여야 할 것이다. 특정 사건의 수사를 목적으로 하여 영장을 발부하는 경우, 당해 사건에 있어서 범인을 특정하기 위한 목적에 한해서만 사용할 수 있도록 하는 등의 내용

을 명기할 필요가 있을 것이다. 물론 법안 제11조와 제12조에서 유전자감식시료의 폐기와 유전자감식정보의 폐기에 관하여 규정하고 있으나 영장에서 이를 명확히 표시하도록 하여야 할 것이다.

라. 별건수사(別件搜查) 또는 별건감정(別件鑑定)의 위험

수사기관이 본래 의도하고 있는 사건수사(본건)를 위하여 피의자의 유전자감식시료를 채취할 필요가 있으나 수사상황이나 제반 여건에 비추어 볼 때 유전자감식시료의 채취를 위한 영장의 발부가 곤란하다고 판단하여 영장발부가 가능한 다른 사건으로 영장을 발부받아 본래 의도한 사건을 수사할 가능성에 대하여 법안에서는 아무런 방지수단이 없으며, 오히려 별건감정을 조장하고 상시화(常時化)할 위험이 있다. 일단 피의자로서 유전자감식정보가 수집된 자(향후 유전자감식정보가 폐기되는 경우에 해당할지라도 실제로 폐기되기 이전에는 여전히 유전자감식정보는 DB에 남아있게 된다)의 유전자감식정보는 유전자감식정보 DB에 포함될 것이고, 이 경우에는 당해사건 뿐만 아니라 유전자감식정보 DB를 활용하여 수사할 모든 사건에서 관련성 여부에 대한 대조작업을 벌일 것으로 예측하는 것이 가능하다.

또한 법안 제5조 제3항에서는 수형자에 대한 유전자감식정보색인부와 피의자에 대한 유전자감식정보색인부를 서로 연계하여 운영할 수 있도록 규정하고 있을 뿐, 그 구체적인 요건이나 절차에 대하여 아무런 제한사유를 마련해 두지 않고 있다. 유전자감식정보 DB는 본질적으로 가능한 많은 자료를 확보하고자 하는 속성이 있으므로 검찰과 경찰의 유전자감식정보색인부의 연계는 각각의 유전자감식정보색인부의 구별없이 하나의 DB처럼 운영될 수 있다. 이는 분명히 피의자에 대한 유전자감식정보를 수집하는 목

적에도 반할 뿐더러 헌법상 과잉금지의 원칙에도 위배되는 것으로 보인다.

마. 기록삭제의무 위반에 대한 벌칙조항의 부존재

법안에는 피의자에 대한 유전자감식정보 DB와 수형자에 대한 유전자감식정보 DB에 관하여 일정한 경우에 직권 또는 본인의 신청에 의하여 당해 유전자감식정보를 삭제하도록 규정하고 있다. 법률안 제12조에 의하면 수형자가 재심에서 무죄, 면소, 공소기각의 판결을 선고받은 때, 피의자가 검사로부터 혐의 없음, 죄가 안 됨, 공소권 없음의 사유로 불기소처분을 받거나, 법원에서 무죄, 면소, 공소기각의 판결을 선고받은 때, 유전자감식정보가 수록된 사람이 사망한 경우에는 이를 삭제해야 한다고 규정되어 있다. 그러나 유전자감식정보관리자 등이 이러한 삭제의무가 있음에도 불구하고 유전자감식정보를 삭제하지 않은 경우에 대하여 법안에서는 아무런 규정을 두고 있지 않은 것은 문제가 있다고 보인다.

유전자감식정보 DB는 그 본질상 필연적으로 데이터를 가능한 많이 확보하고 보유하려고 한다. 유전자감식정보 DB가 본래의 기능을 충분히 발휘하기 위하여는 가능한 많은 사람들로부터 가능한 많은 정보를 보유하고 있어야 이미 발생한 사건이나 향후 발생할 사건에 대하여 유용한 정보를 제공할 수 있기 때문이다. 이러한 유전자감식정보 DB의 속성에 비추어 볼 때, 유전자감식정보관리자로서는 일단 유전자감식정보 DB에 포함된 정보들을 그대로 존치하고자 하는 유혹을 피하기 어려울 것으로 생각된다. 더군다나 삭제의무 위반에 대한 아무런 법적 제재조치가 없다면 그 유혹은 물리치기 어려울 것이다.

이러한 삭제의무 위반에 대한 처벌규정의 부존재는 앞으로 유전자감식

정보 DB의 무한한 확장을 초래할 수 있는 위험을 내포하고 있다고 할 수 있다. 유전자감식정보 DB의 무한한 확장에 관한 위험은 유전자감식정보의 보존기간이 규정되어 있지 않다는 점에서도 찾을 수 있다. 법안 제12조 제3항에서는 ‘유전자감식정보가 수록된 사람이 사망한 경우’에는 유전자감식정보를 삭제하여야 한다고 규정하고 있다. 위 조항에 의하면, 유전자감식정보 제공자가 사망할 때까지 유전자감식정보를 보관·관리할 수 있다는 의미로 이해할 수 있다. 이는 전과기록의 삭제제도, 형의 실효제도와 비교해 볼 때 이해하기 힘든 부분이라고 하겠다. 이러한 문제를 해결하기 위하여는 삭제의 기준과 의무에 관한 내용을 보다 구체적이고 실효성있게 규정하도록 보완되어야 할 것이다.

바. 삭제기간 및 삭제되어야 할 기록의 증거능력의 문제

법안에서 유전자감식정보가 삭제되어야 할 경우로 규정하고 있는 것은 제12조이다. 동조항에 의하면, 수형자의 유전자감식정보, 피의자의 유전자감식정보 및 범죄현장의 유전자감식정보 각각의 경우에 대하여 삭제되어야 할 경우를 규정하고 있다.

수형자의 유전자감식정보에 관하여는 그 수형자가 재심에서 무죄·면소·공소기각의 판결을 선고받은 경우에는 직권 또는 본인의 신청에 의하여 당해 유전자감식정보를 삭제하도록 규정하고 있으며, 수형자가 사망한 경우에도 직권 또는 유족의 신청에 의하여 당해 유전자감식정보를 삭제하도록 규정하고 있다.

피의자의 유전자감식정보에 관하여는, 피의자가 검사의 혐의 없음·죄가 안 됨 또는 공소권 없음의 불기소처분을 받은 경우, 법원(군사법원 포함)의 무죄·면소 또는 공소기각의 판결이 확정된 경우, 법원의 공소기각의

결정이 확정된 경우와 피의자가 사망한 경우에 당해 유전자감식정보를 삭제하도록 규정하고 있다.

범죄현장의 유전자감식정보에 관하여는 관련 사건에 대한 판결이 확정되는 등의 사유로 더 이상 보존·관리가 필요하지 아니하다고 인정되는 경우에 삭제하도록 규정하고 있다.

이러한 법안의 내용에 의한다면, 수형자로서 한번 유전자감식정보가 수록된다면 그 수형자는 사망할 때까지 계속 색인부에 수록될 가능성이 매우 높다. 재심에 의해 판결이 번복되는 사례가 거의 전무한 우리나라의 사법 현실에 비추어 본다면 이러한 예측은 어렵지 않다고 할 것이다.

독일, 덴마크, 벨기에, 헝가리, 네덜란드, 스웨덴은 유죄가 확정된 이후에도 5-20년이 경과하면 자료를 삭제토록 하고 있다. 유죄확정자의 경우에도 일정한 기간(5-20년)이 지나면 자료를 삭제토록 하는 것은 일정한 기간을 추가 범죄 없이 지내는 선의의 범죄자에 대한 법률적 배려라고 생각해 볼 수 있다.¹⁶⁾

일정한 기간이 경과한 후에는 유전자감식정보색인부에서 삭제하는 것이 바람직한 것인가에 관한 신중한 검토가 필요하다고 할 것이다. 이는 형의 실효제도 등과 관련하여 그 당위성과 필요성에 관한 검토가 필요한 부분이라고 하겠다.

한편, 삭제되어야 할 유전자감식정보가 삭제되지 않고 남아있는 중에 다른 범죄의 용의자로 지목되는 경우가 있을 수 있는데, 이 경우 그 유전자감식정보의 증거로서의 자격 또는 가치를 인정할 수 있는가가 문제될 수 있다.

영국에서는 이러한 사례가 실제로 발생하였고 법원에서 그에 관한 법적

16) 이승환, “합리적인 범죄자 DNA 데이터베이스 구축”, 10-11면.

인 판단을 한 예가 있다. 1997년 8월, 마약사범으로 Weir라는 사람이 체포되어 법률에 의거, DNA 프로필을 데이터베이스에 입력하였다. 그러나 그는 그 해 10월에 불기소 처분되었고 당시의 법률이 무죄가 확정되거나 불기소시에는 데이터를 삭제토록 규정하고 있음에 따라 해당 DNA 프로필은 DB에서 삭제될 것이 요구되었다. 하지만 데이터베이스 관리자의 부주의로 그 프로필은 계속 유지되었고 그러던 중 1998년 1월 Harris라는 사람이 살해되었다. 경찰은 살해현장에서 채취된 감정물로부터 DNA 분석을 통해 범인의 DNA 프로필을 얻을 수 있었고 이를 데이터베이스에 검색한 결과 Weir가 범인이라는 사실을 밝혀낼 수 있었다. 이와 같은 결과를 증거로 Weir는 살인혐의로 기소되었지만 법원은 무죄를 선고하였다. 법원의 판결 요지는 1997년에 이미 삭제되었어야 할 DNA 프로필 자료를 토대로 한 증거는 증거능력을 인정할 수 없다는 것이었다. 실체적 진실이야 Weir가 범인인 것이 거의 확실했지만 법률은 엄격히 적용되어야 한다는 면에서 법원의 판결은 정당한 것이었고 DNA 자료의 사용이 법률의 테두리 안에서만 정당화 될 수 있다는 것을 보여준 단적인 판례이기도 하다.¹⁷⁾

사. 제16조와 형법 각칙의 형벌조항과의 균형

법안 제16조에서는 유전자감식정보의 수집·관리에 관한 일정한 행위에 대한 벌칙규정을 두고 있는데, 법안에서 규정하고 있는 행위들에 대하여는 형법이 적용될 가능성도 있어 법률적용의 우선순위가 문제될 수 있다. 특히 형벌의 경중에 관하여 형법에서 규정하고 있는 법정형과 법안에서 규정하고 있는 법정형의 내용이 상이한 경우가 적지 않다는 점이다.

17) 이승환, “합리적인 범죄자 DNA 데이터베이스 구축”, 11면.

법안에서는 유전자감식시료 또는 유전자감식정보를 업무목적 외로 타인에게 제공하거나 이용 또는 누설한 자에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있으며(동조 제2항 1호), 회보된 유전자감식정보를 업무목적 외로 타인에게 제공하거나 이용 또는 누설한 자에 대하여는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정(동조 제3항 1호)하고 있다. 이에 반해 형법 제127조(공무상 비밀의 누설)에서는 공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설한 때에는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 5년 이하의 자격정지에 처하도록 규정하고 있다. 법안에서는 유전자감식정보관리자 등의 의무에 대하여 그 중요성을 인정하여 형법에 비하여 가중하고 있는 의미로 이해할 수 있다.

그러나 동조 제2항 3호와 4호에서는 ‘유전자감식정보색인부의 색인사항을 임의로 변경·삭제한 자’와 ‘거짓의 유전자감식정보를 유전자감식정보색인부에 수록한 자’에 대하여 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 이러한 행위에 대하여는 형법상 공문서등의 위조·변조(형법 제225조), 허위공문서작성(형법 제227조) 또는 공전자기록 위작·변작의 죄(형법 제227조의2)에 해당할 수 있다.

즉 문서의 형태로 작성되어 있는 유전자감식정보색인부에 대하여 그 색인사항을 임의로 변경·삭제한 행위에 대하여는 형법상 공문서등의 위조·변조의 죄에 해당되어 10년 이하의 징역에 처해질 수 있으며, 문서의 형태로 작성되어 있는 유전자감식정보색인부에 거짓의 유전자감식정보를 수록한 경우에는 허위공문서작성 등의 죄에 해당되어 7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있다. 유전자감식정보색인부가 전자기록 등의 형태로 작성되어 있다면 형법상 공전자기록위작·변작죄에 해당되어 10년 이하의 징역에 처해질 수 있다.

물론 형법상 공문서등의 위조·변조죄, 허위공문서작성죄, 공전자기록위작·변작의 죄는 행사할 목적 또는 사무처리를 그르치게 할 목적을 요건으로 하는 목적범이라는 점에서 법안 제16조의 행위와는 차이가 있지만 그 법정형에 상당한 차이를 보이고 있다는 점은 쉽게 이해가 가지 않는 부분이라고 보인다. 형법에서는 10년 이하의 징역 또는 7년 이하의 징역에 해당할 수 있는 행위에 대하여 유전자감식정보법률안에서는 3년 이하의 징역에 처하도록 하고 있는 것은 형의 균형상 문제가 있다고 생각된다.

Ⅲ. 유전자정보의 적절한 활용가능성

1. 유전자감식 자료채취에 관한 적법절차의 보장

유전자감식자료 중에서 당사자의 신체의 완전성 또는 인격권에 대한 침해할 수반하는 체내물질의 채취는 강제처분으로서 엄격한 제한이 필요하다. 즉, 체내물질의 채취에는 이를 위한 법적 근거, 영장주의에 의한 사법적 통제, 피의자·피고인의 방어권을 보장하기 위한 절차적 규율과 비례성 원칙에 의한 평가가 요구되어야 한다.¹⁸⁾

우선, 체내물질의 채취는 목적구속성의 원칙에 따라야 한다. 체내물질은 개인의 인격관련정보를 함유하고 있는 특징으로 인해 당사자의 인격권과 정보적 자기결정권을 침해할 우려가 크다. 감식을 위한 시료의 채취는 당해 피의사실에 관한 절차진행을 위해 필요한 중요사실의 확인 또는 혈통의 확인을 위한 것으로 한정하여야 하며, 당해 증거가 범죄사실의 해명에

18) 강인숙, 형사절차에서 DNA분석에 대한 규범적 통제, 전북대학교 박사학위논문, 2004, 114 참조.

더 이상 필요하지 않은 경우에는 즉시 폐기하여야 한다.¹⁹⁾

또한 감식시료의 채취는 엄격한 비례성의 원칙에 따라야 한다.²⁰⁾ 즉, 채취되어지는 체내물질은 당해 피의사실을 입증하기 위한 증거로서 적합해야 하며(적합성의 원칙), 증거보전의 필요성이 인정되어야 하며(필요성의 원칙), 다른 방법으로는 증거를 수집·보존할 방법이 없으며 이로 인한 신체의 침해라는 불이익보다 실체진실의 발견이라는 공공의 이익이 더 커야 한다(협의의 비례의 원칙)는 방법의 상당성이 인정되어야 한다.

체내물질을 채취하기 위한 처분은 체내신체검사로 분류되고, 본질적으로 신체의 완전성을 침해하므로 강제처분에 해당한다. 따라서 이를 위해서는 법관이 발부한 영장이 필요하다. 이는 유전자분석을 위한 것으로서 의료전문지식과 경험을 요하는 감정을 위한 체내물질의 채취이므로 형사소송법 제221조의 4 제1항에 따라 감정허가장이 필요한 감정을 위한 신체검사로 이해하는 것이 타당하다.²¹⁾ 체내물질의 채취는 법관이 발부한 감정허가장 뿐만 아니라 원칙적으로 전문가의 지식과 경험을 필요로 하는 감정절차에 따라야 하므로 반드시 의사에 의한 의학적 방법으로 실시되어야 하는 것이 바람직하지만,²²⁾ 우리 수사현실에 비추어 볼 때 유전자감식 전문가에 의하도록 하는 것이 적절하다고 생각된다. 이는 향후 유전자감식 결과에 대한 증거능력이나 증명력의 확보에 있어서도 매우 중요한 의미를 가진다고 할 것이다. 의학적 기술법칙의 요구는 처분대상자의 신체침해를 가능한 한 최소화하기 위한 것으로 절차의 상당성을 평가하는 기준이 될

19) Ralf Busch, Die Speicherung von DNA-Identifizierungsmustern in der DNA-Analyse-Datari, NJW 2002, 1757 f.; Kirsten Graalmann-Scheerer, DNA-Massentest de lege lata und de lege ferenda, NSTZ 2004, 301 참조.

20) 배종대/이상돈, 형사소송법, 제6판, 홍문사, 2005, 316 참조.

21) 배종대/이상돈, 앞의 책, 316; 신현주, 형사소송법, 신정2판, 박영사, 2002, 359 이하; 이재상, 형사소송법, 제6판, 박영사, 2003, 287.

22) 이재상, 앞의 책, 288.

수도 있다.²³⁾

강제처분으로 유전자감식 시료채취가 이루어지는 것이 아닌 경우에는 반드시 처분대상자(즉, 피의자·피해자·제3자)의 자유로운 의사에 의한 사전승낙이 전제되어야 한다. 처분대상자의 승낙을 얻기 위해서는 유전자 분석기법, 유전자분석에 의해 얻어지는 정보, 유전자분석을 위한 처분의 의미와 그 효과 - 특히 채취된 체내물질의 처리 및 사용범위, 정보의 처리와 사용범위 - 등에 대한 충분한 설명이 선행되어야 한다.²⁴⁾

2. 유전자감식결과에 대한 신뢰성의 확보

과학적 신뢰성에 대한 판단에서 과학적 원리(이론)와 기술(기법)의 타당성 또는 정확성의 문제는 사실상 과학자들의 책임영역이며, 과학적 증거를 효과적으로 활용하려는 입장에서는 증명력 제고방안이 더욱 절실하고 현실적인 문제라고 할 것이다. 증명력의 제고에 있어서 가장 핵심적인 두가지 과제는 ‘자료의 적정한 수집’과 ‘감정인의 자질 및 감정기법의 향상’으로 요약할 수 있겠다.

과학적 증거의 수집과정에서 있었던 실수로 인하여 공소사실의 입증에 실패한 사례로는 ‘대구 노파 강도살해 사건’, ‘치과의사 모녀 살해사건’, ‘이형오군 유괴사건’, 미국의 ‘O.J. Simpson 사건’ 등 적지 않은 경우가 있었다.²⁵⁾ 이러한 사례에서 보듯이, 과학적 증거를 산출하기 위한 자료의 수집 및 보존과정에서의 적절성, 적시성, 다른 부합자료 등에 하자가 있는 것은 과학적 증거의 신뢰성 판단 이전에 ‘전제에 관한 문제’가 될 수도 있다.

23) “유전자감식규정” 제8조 참조.

24) 이에 대한 자세한 내용은 강인숙, 앞의 논문, 130 이하 참조.

25) 이 사건의 내용 및 과학적 증거의 배척이유에 관하여는 류혁상/권창국 앞의 글, 383-385면 참조.

가. 수사기법의 신뢰성 확보

1) 수사관의 과학적 증거에 관한 인식

과학적 수사기법이 기술적으로 활용될 수 있고, 나아가 그것을 절실히 필요로 하는 범죄가 발생한 경우에도, 실제로 활용되지 못한다면 결과적으로 아무런 소용이 없게 된다. 또한 과학수사라 하더라도 이를 활용할 것인가의 여부 및 이로 인하여 제공된 자료의 증거로서의 가치판단 등은 검사가 하는 것이므로, 검사 등 수사담당자들은 과학수사방법에 대한 원리이해 등 기본적인 지식과 소양을 갖추는 것이 우선적 해결과제이다.

과학수사장비 자체에 대한 개발이나 그 장비의 활용은 수사담당자가 아닌, 과학자나 별도로 그 장비의 전문원리를 이해하고 운용을 담당하는 전문 인력에 의하여 행해지고 있고 향후에도 그러할 것이다. 그러므로 수사담당자들이 과학수사이론과 수사장비의 활용을 극대화하기 위해서는 개발된 과학수사장비나 기술의 기본원리를 숙지하고, 그 장비나 기술을 활용하는 절차, 즉 검사대상인 현장유류품·지문·타액·혈흔 등 검체를 보존하며 신속히 감식전문가로 하여금 충분하게 검체를 수집·보존·운반하도록 하여 감정전문가에게 제공하는 과정에 차질이 없게 하고, 감정·감식·분석 등의 결과를 범죄수사에 어떻게 연계시켜 활용할 것인가 하는 문제에 중점을 두어야 한다. 현장에서 증거물을 수거·채취하는데 있어서의 요령과 주의사항을 철저히 교양함으로써 정확한 결과가 나오도록 유도하고, 향후 공판과정에서도 이에 대한 시비가 없도록 하여야 할 것이다.

먼저 감정을 위한 채혈, 채뇨, 증거감정물의 압수 등이 당사자의 의사에 반하여 행하여질 때에는 강제수사로서 형사소송법에서 규정한 압수·수색

영장이나 검증영장을 발부받는 등, 각종 형사소송적 기본권을 침해하는 일이 없도록 유의해야 한다. 과학수사의 적법성 확보는 증거로 활용하기 위한 전제조건이 되기 때문이다.

또한 사건현장에서 시료를 수집할 경우, 시료의 초기상태 및 주위의 환경조건, 수집자, 수집장소·일시, 수집방법, 보관방법, 외부오염여부 등 분석에 참고가 되는 사항 등을 상세히 기록하여야 하고, 그 수집된 시료가 오염되거나 손상되지 않도록 비닐봉지에 분리하여 보관하는 등 각별히 그 취급에 유의하여야 하며, 현장에서 채취한 모발 등을 혈액형 감정에 모두 소모하여 유전자형 감식, 중성자방사화 분석의 필요성 등이 제기되었을 때 활용하지 못한 사례도 있으므로, 시료를 충분하게 확보하여 일부를 남겨둘 필요가 있다.

2) 다른 증거의 철저한 수집

대부분의 과학적 증거는 그것 자체만으로는 유죄의 증거가 되지 않고, 정황증거(circumstantial evidence)로서 기능하는데 그치는 경우가 많으며, 고도의 확률을 가진 증거라고 하여도 하나의 중요한 ‘간접사실’로 평가될 뿐, 다른 증거들과의 상관관계를 통하여 그 추론과정의 합리성이 보장된 가운데, 종합적인 판단에 의하여 그 빛을 발할 수 있게 된다.

예컨대, 범인의 지문이 범죄현장에서 채취되었다 하여도, 그것은 단지 범인의 손가락이 해당 물체에 닿았음을 증명하는데 지나지 아니하므로, 이는 어디까지나 범죄를 입증할 수 있는 상황증거의 하나에 불과하다. 따라서 그 지문이 범행 시간 외의 시간에 또는 범행 현장 이외의 장소에서 묻었을 개연성은 없는지 등을 고려하여야 하며, 다른 직접증거 및 보강증거

의 수집에도 만전을 기하여야 한다.²⁶⁾ 또한 거짓말탐지기 검사결과에 따라 피의자나 참고인을 추궁하여 자백을 받아낸다는가, 다시 이를 근거로 증거물을 찾아낸다면 완벽한 수사가 될 것이다. 과학적 수사기법에 따른 과학적 증거들의 증거능력이나 증명력을 부정한 판례를 살펴보면, 외면적으로는 주로 당해 증거 자체의 원리나 기법 등에 내포된 한계 내지 취약성을 지적하고 있지만, 내면적으로는 다른 증거들과의 불일치 내지 충분한 설명 부족이 주된 요인인 것으로 보인다.

그러므로 각종 과학적 증거에 대한 증명력의 보강의 의미만이 아니라, 그 증거와 객관적 정황과의 일치여부를 검토하여 혐의사실 유무에 관한 신중한 평가를 한다는 차원에서도, 과학적 증거 외에 이를 보강할 수 있는 증거의 수집은 매우 중요하다고 할 것이다.

나. 감정기관 및 절차의 신뢰성

현재 우리나라에서, 대부분의 법과학적 분석은 대검찰청 과학수사과, 경찰청 소속의 국립과학수사연구소, 경찰청 및 지방경찰청, 그리고 각급 의과대학의 법의학교실 등 극히 한정된 감정인과 감정기관에 집중되어 있어, 효율성의 문제와 두터운 전문가 층에 의한 상호적 검증시스템이 구축되어 있지 못하다는 문제가 제기될 수 있다. 우리나라 대법원에서 아직 거짓말탐지기 검사결과에 대하여 증거능력을 인정하지 않고 있는 이유도, 거짓말

26) 미국의 경우 ① 도난된 중고차량에서 피고인의 지문이 발견되었으나, 피고인이 과거 위 차량의 소유주 등이었던 점이 입증된 경우(Mobley v. State(1978)), ② 범행장소에서 확보된 피고인의 지문 외에도, 다른 사람의 유류지문이 확보되었으나, 범인은 단독 범으로 판단되는 경우(Anthony v. State(1951)), ③ 범행장소에서 피고인의 지문이 확보되었으나, 동 장소에 합법적 접근이 가능했던 경우(State v. Berry(1982)) 등과 같이 범행과 피고인의 유류지문에 대한 합리적 연관성을 설명하기 곤란한 사례에서는 범죄 사실의 입증을 부정하고 있다.

탐지기 자체의 성능보다는, 장비운영요원의 자질이나 운영기술 등에 대한 불신에서 비롯된 것으로 보인다.²⁷⁾

우수한 감정인의 확보는 전문적이고 학술적인 분야이므로 매우 중요하고도 어려운 문제이며, 특히 감정인의 주관적 전문경험에 의존도가 높은 분야일수록 더욱 그러하다. 현재 우리나라 여건상 학교에서 감정인을 양성하지 못하고 관련분야의 학문을 전공하거나 기술을 보유한 사람 중에서 선발하여 해당기관에서 직접 양성하고 있으나, 그 대우의 불충분, 체계적인 교육과정 미비 등으로 인하여 많은 문제점을 노정하고 있는 것도 사실이다.

또한, 대부분이 국가기관이고 특히 수사기관과 협력관계에 있어, 분석과정이나 결과 해석에 대한 공정성 시비가 제기될 여지도 있다고 생각된다. 최근 유전자형 분석 등과 관련하여 이를 상업적으로 검사하는 감정기관이 감정의뢰를 받아 분석결과를 제공하는 예가 있기는 하지만, 아직 법과학적 분석의 전반적인 영역을 포괄할 정도로 보편적이라고 할 수는 없다.

그리고 분석절차나 기법의 표준화와 오류발생률에 대한 공개, 감정인 및 감정시설에 대한 숙련도 검사의 실시와 그 결과의 공개, 이들에 대한 최저학력 및 교육, 경력기간 등 적정한 자격요건의 설정, 분야별 전문 감정인으로서의 인증취득(certification or accreditation) 및 갱신제도(renewal of certification or accreditation) 등이 전무하다는 점 역시 중요한 문제점이라 하겠다.²⁸⁾ 우리나라에는 아직 개별 감정기법에 대한 표준감정 프로

27) 우리나라에서는, 거짓말탐지기 검사자의 자격을 학사학위 소유자 또는 고등학교졸업 이상의 학력 소지자로 수사 또는 범죄심리 연구경력이 3년 이상인 자로 대검찰청에서 실시하는 검사관 양성과정(6개월 이상)을 이수한 자(대검찰청 예규 제204호 거짓말탐지기운영규정 제5조) 또는 고등학교 졸업이상의 학력과 수사경력 3년 이상의 자로 거짓말탐지기 검사에 관한 특별 전문교육을 이수한 자로 간단히 규정하고 있는데(경찰청 예규 제68호, 거짓말탐지기운영규칙 제6조), 거짓말탐지기 검사의 신뢰성 확보에 있어서 가장 중요한 요소는 실제 검사결과와 판독을 통해 양성/음성 판정을 내리게 되는 검사자의 능력이라는 점에서 다소 의문이라는 견해도 있다.

토콜(Standard protocol)이 제정되어 있지 않아 감정기관마다 통일되지 않은 방법으로 감식하고 있는데, 이는 당해 과학적 증거의 증거능력과 증명력에 직접 관계되는 중요한 문제이다.

미연방대법원이 과학적 증거의 허용성 판단에 있어 유연성을 발휘하게 한 Daubert test를 제시한 것이나, 일본의 최고재판소가 거짓말탐지기 검사결과에 증거능력을 인정한 배경에서도 알 수 있듯이, 과학적 증거에 관한 전문가 증인(expert witness) 또는 감정인, 즉 검사자나 분석자의 자질 향상과, 정확성을 입증하기 위한 다양하고 다각적인 자료의 충분한 축적은 과학적 증거의 신뢰성을 높이는데 절대적인 요소이다. 이 문제는 과학 및 사회의 발전과 연관되어 있기는 하나, 당국의 관심과 노력이 절실히 요구되는 부문이라고 하겠다.

중립적이고 신뢰할 수 있는 충분한 감정인 또는 감정시설의 확보와 관련하여, 가능한 각급 의과대학의 법의학교실 등이나 상업적으로 감정 업무를 처리할 수 있는 민간부분의 전문가 집단을 양성하고, 학회활동이나 감정실무 등을 통해 이들 간의 상호경쟁 속에서 과학적 신뢰성을 확보하는 방법이 가장 효과적이라고 생각되지만, 이는 단기간에 성취될 수 있는 것이 아니라는 점에 한계가 있다. 따라서 그 전단계로서 국가 또는 지방자치단체에 의하여 운영되는 다수의 공공 감정기관의 설치·운영이 필요하다고 판단되고, 아울러 이들 공공 감정기관은 수사기관과의 조직·인사의 구조면에서 중립성이 유지되고, 각기 독립적으로 운영되어야겠다.

28) 우리나라의 경우, ‘총칙’적 규정으로 대검찰청 예규 제201호(1992.7.20.) “감정처리규정”이 있고, ‘각칙’적 규정으로 대검찰청 예규 제202호(1992.8.31.) “유전자감식규정”, 같은 예규 제203호(1992.8.31.) “마약류등감식규정”, 같은 예규 제204호(1992.12.30.) “거짓말탐지기 운영규정”, 같은 예규 제218호(1993.12.21.) “문서감정규정”, 같은 예규 제256호(1997.2.17.) “음성감정규정” 등을 두고 감정증거물의 채취 및 송부 요령 등을 규정하고 있으나, 구체적인 채취과정에 대한 기록 방법에 관한 규정이 없는 등 절차적 규범으로서의 미흡한 점이 있다.

감정인 및 감정기관에 대한 주기적인 숙련도 테스트를 실시하고 그 결과를 공개하며, 감정인의 자격요건의 설정과 인증 및 동 인증의 주기적 갱신제도 등도 실시되어야 할 것이다. 참고로 개인식별분야를 예로 들면, 미국의 경우 국제개인식별학회(IAI, International Association of Identification) 등 다양한 학회 활동을 통하여 각 분석기법의 과학적 신뢰성을 둘러싼 지속적인 논의가 이루어지고, 전문가의 양성 및 자격요건의 설정, 주기적인 보수교육의 실시 등이 이루어지며, 주기적으로 숙련도 검사가 실시되고, 그 결과가 공개되고 있다.²⁹⁾

나아가, 각종 수사기법의 과학화를 추구함에 있어, 전문 감정기관이 정확한 감정을 할 수 있게 하고 그 감정결과가 관련사건 수사에 적절하게 활용될 수 있도록 하기 위해서는, 수사기관과 감정기관과의 유기적인 연결체제가 갖추어져야 할 것이며, 검사를 실시한 사건의 처리결과를 파악하여 그에 따른 통계자료를 축적시키고, 검사와 처리결과가 일치하지 않는 경우에는 그 원인을 철저히 분석하여 자료로 활용할 수 있도록 하는 노력이 있어야 할 뿐 아니라, 감정대상물과 비교용 검체를 신속하고 효과적으로 비교할 수 있도록, 지문과 같이 음성이나 유전자형 표본의 데이터 시스템(a national data bank) 등도 추진해야할 과제이다.

29) 미국은 1977년 미국법과학학회(AAFS, American Academy of Forensic Sciences)의 요청에 따라 IAI에서 지문분석 전문가를 위한 일정한 자격인증제도를 만들어 시행하고 있는데, 이러한 인증 취득을 위하여 피인증자는 지문분류에 관한 40시간 이상의 이론 학습 및 잠재지문 현출에 관한 80시간의 이론 학습을 이수하고, 2년의 실무수습경력, 필기시험 및 검토를 위한 자신의 법정 감정결과보고 사례의 제출, 관련 질문에 대한 문답식 시험을 받아야 하고, 관련 분야의 학사 또는 석사학위를 취득할 것을 요구하고 있다. Paul C. Gianneli · Edward J. Imwinkler, op. cit., pp. 781. 또한 Collaborative Testing Services INC.에서는 IAI 등의 의뢰에 의하여 DNA typing 등과 같은 발생학적 식별인자(genetic marker)판정, 지문 등의 흔적증거(trace evidence) 분석 등 각종 법과학적 분석기법에 대한 숙련도 테스트(proficiency test)를 실시하고, 그 결과를 공개하고 있다. <http://www.collaborativetesting.com>

다. 분석 및 감식 절차에 관한 법규의 정비

유전자감식 결과에 대한 신뢰성 확보를 위하여는 개별 분석기법별로 표준적인 분석절차 규범(표준감정 프로토콜)을 수립하여 가급적이면 국내의 모든 감정기관이 표준화된 분석절차를 준수하도록 하는 것이 바람직하다. 이것은 과학적 증거가 결정적 증거로 사용됨에 비추어 그 과정이 엄격하게 검증될 수 있도록 하기 위해서이다.

또한 증거를 확보하기 위한 적절한 작업절차 규범(표준작업 프로토콜)을 설정하여, 채증과정의 정확성을 보장하고, 시료의 혼동·혼입·오염 등에 의하여 증거의 신뢰성이나 증거의 동일성(즉 진정성, authentication or identification)에 타격을 주거나 증명력을 감쇄시키는 경우가 없도록 하여야 할 것이다.³⁰⁾ 만약 분석 작업의 기초가 되는 자료가 교체되는 등으로 동일성이 없다면 과학적 증거의 이용은 오히려 사실오인의 원인이 될 수도 있기 때문이다.³¹⁾

3. 자료의 익명성 및 보안

유전자정보 DB에 수록된 자료의 익명성은 철저히 지켜져야 할 것이다. 그 이유로는 첫째, 범죄자의 유전자 자료에 접근이 가능한 수사기관의 남용가능성이다. 용의자가 존재하지 않는 모든 미제사건에 대하여 일차적으

30) 미국에서는 보통, 지문 등 증거를 제출하는 경우, 사건번호, 채취일시, 장소 등의 기록을 함께 기재해 둬으로써, 채취 및 보관과정에서 발생할 수 있는 자료혼입 등에 의한 진정성에 대한 문제점을 해소하고 있고, 만일 이러한 조치가 부적절한 경우, 증거제출자는 당해 증거수집·보관과정의 적절성, 즉 증거 보관의 연속성(chain of custody)을 입증하여야 한다.

31) People v. Williams, 48 Cal. 3d 1112, 774 P.2d 146, 259 Cal Rptr. 473(1989)

로 검색을 실시하는 것은 데이터베이스의 근본 취지이다. 하지만 이러한 기능을 과신한 나머지 일치하는 사람을 바로 범인으로 취급하여 수사를 강행하는 경우 인권침해에 대한 우려에서 벗어날 수 없다. 유전자가 일치하는 경우에도 그 사람은 단지 사건관련자일 뿐 범인이 아닐 개연성은 상존하고 있기 때문이다.³²⁾ 이러한 위험성을 최소화하기 위하여는 일치된 유전자 자료로부터 신원을 확인하는 과정에서 한 번 더 단계를 거치도록 하는 조치가 필요할 것이다. 둘째, 극히 일부이기는 하지만 STR 유전자 분석 데이터 자체가 특정 선천성 질환을 나타내주는 지표가 되는 경우가 있다. 정신박약자에게 흔히 나타나는 선천성 유전질환인 ‘다운증후군’을 가진 사람들은 STR 유전자 분석에서 알 수 있는 경우가 존재한다.³³⁾

또한 정보화 사회의 기초인 초고속정보망은 당사자가 인식한 상태는 물론, 인식하지 못한 상태에서 개인과 개인, 개인과 기관, 기관과 기관 간의 상호접속 상태를 가능하게 함으로써 개인의 유전자정보 등이 해킹 등에 의해 노출될 위험성을 증가시킨다. 정보통합³⁴⁾의 가능성으로 인한 정보적 자기결정권의 침해가 심각한 문제가 될 수 있다. 통합정보처리기술은 각각 분리되어 있던 정보들 간에 거의 무한대로 연관관계를 설정하고 다양한

32) 이러한 우려는 대법원 2006.7.7. 선고 2005도6115 판결에서도 나타나고 있다. 원심인 부산고등법원은 『...이 사건은 사고 이후 2개월 정도가 지난 무렵에 나타난 유전자감식 결과에 의하여, 피고인이 범인으로 지목되어 사고 당시의 피해자의 행적 및 사망추정 시각에 피고인의 행위가 끼워 맞추어지는 식으로 수사가 진행되어 사건의 흐름이 부자연스러운 점과 여기에 앞서 본 사체발견현장, 범행장소, 범행방법, 피고인의 성격 등을 종합해 보면, 피고인이 이 사건 범행을 저질렀다고 인정하기에 부족』 하라며 무죄를 선고하였고, 대법원도 원심의 판단을 그대로 받아들이고 있다.

33) 다운증후군(Down Syndrom) : 21번 염색체가 3개인 선천성 질환으로 21번 DNA의 STR을 분석하게 되면 DNA 프로필이 3개의 숫자로 나타날 수 있는데(정상인의 경우라면 숫자는 하나 혹은 둘) 이는 해당인이 다운증후군일 수 있음을 나타낸다.

34) “정보통합”의 한 예로 미국 FBI(Federal Bureau of Investigation, 연방수사국)가 운영하고 있는 CODIS가 국방부의 AFDIL(American Forces DNA Identification Laboratory)에 저장되어 있는 군인들의 유전자정보에 접근할 수 있도록 하는 것을 들 수 있다.

형태의 이용을 가능하게 하여 다른 기관이 보유하고 있는 개인정보의 공유로 정보주체가 자신의 정보가 어느 영역에서 축적·노출되어지는가를 개관할 수 없게 한다. 이는 개인이 사회적 존재로서 자기실현을 위한 ‘결정의 자유’의 본질적인 내용을 침해하는 것과 더 나아가 사회구성원들의 자유의지에 기초한 공동체참여능력을 전제로 하는 자유민주주의를 파괴하는 결과를 초래할 것이다.³⁵⁾

특히 수사기관의 정보통합은 자신의 정보가 형사사법의 목적으로 활용될 것을 예측하지 않았던 정보주체의 정보적 자기결정권에 대한 침해에 의해 이루어지며, 이처럼 전용된 정보는 유전자정보와 같이 그 자체로 개인의 인격의 본질적인 내용을 형성할 수 있기 때문에 수사기관에 의한 정보의 통합으로 개인의 인격의 사적인 영역이 추론되어 질 수 있게 된다.³⁶⁾

형사사법목적의 유전자정보 DB의 설립을 전면적으로 금지하는 것은 범죄예방이라는 공공의 이익을 고려할 때 설득력이 없으며, 또한 타당하지도 않다. 이러한 의미에서 유전자정보 DB의 설립·운영에 따른 제 위험과 문제를 최소화할 수 있는 기술상·규범상 대책을 수립함으로써 형사사법목적의 유전자정보 DB가 범죄인이 아닌, 일반인을 대상으로 하는 일반인 유전자정보 DB로 확대되지 않도록 하는 것이 합리적일 것이다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는 유전자 Database에 대한 해킹을 방지하기 위해 지속적으로 보안시스템을 개발·적용할 수 있는 컴퓨터전문가 기구의 설치, Database 저장소의 비밀유지, 유전자정보전송의 암호화 등이 이루어져야 한다.³⁷⁾

또한 유전자정보저장체계도 이원화되어야 한다.³⁸⁾ 즉, 1단계로 새로운

35) 강인숙, 앞의 논문, 262면.

36) 강인숙, 앞의 논문, 264면.

37) 이와 관련한 미국 CODIS 경우에 대한 내용은 Aaron P. Stevens, op. cit., 932 f. 참조.

범죄증거에서 분석된 유전자형과 대조·검색하게 되는 유전자정보 DB의 DNA Profile은 정보주체와 쉽게 연계될 수 없도록 익명화되어 저장되어야 한다.³⁹⁾ 2단계로 유전자정보 DB에 저장된 DNA Profile을 제공한 정보주체의 신원정보는 별도로 저장되어야 한다. 뿐만 아니라 1단계의 검색결과 의뢰된 DNA Profile과 유전자정보 DB에 저장되어 있는 DNA Profile이 일치할 때에 한하여 2단계 저장정보를 검색할 수 있도록 해야 한다. 왜냐하면 DNA Profile 역시 개인의 인격관련정보이며, 특히 유전자정보 DB에 저장되어 있는 정보는 개인의 범죄이력을 입증할 수 있는 것으로서 엄격한 정보보호가 요청되기 때문이다.

궁극적으로 유전자정보 DB의 설립은 무엇보다 중요한 것은 형사절차상 개인의 정보보호를 위한 법적 규율이며, 이를 위해서 국가는 개인의 프라이버시권 보장을 비롯한 헌법적 의무를 충실히 이행하여야 할 것이다.

4. 데이터베이스의 관리·감독

유전자정보 데이터베이스에 관련된 주요 사항은 법률 및 이에 부속되는 시행령 혹은 시행규칙에 명시하는 것이 원칙이겠지만 유전자 데이터베이스는 분자생물학적인 기술과 컴퓨터 과학이 접목되는 첨단 기술 분야인 만큼 기술적인 면에 대한 철저한 관리를 통하여 예상되는 오류와 문제점을 최소화 하는 것이 매우 중요하다. 따라서 유전자 데이터베이스에 대한

38) 강인숙, 앞의 논문, 274면.

39) STR에 대한 DNA 프로파일 자료는 기본적으로는 정보유출의 면에서 안전한 것으로 알려져 있다. STR은 전체 인간 유전자 중에 아무런 유전정보를 가지고 있지 않다고 알려진 97% 이상의 부분에 존재하는 반복염기서열이다. DNA 프로파일은 다음 그림과 같이 일련의 숫자코드로 데이터베이스에 입력된다. 따라서 이와 같은 숫자코드는 외부로 유출된다 하여도 이로부터는 동일인 식별이나 가족관계 확인에 관련된 정보 외에는 얻을 수 없으므로 그 자체는 안전하다 하겠다.

전반적인 가이드라인을 만들고 이 가이드라인이 올바르게 시행되고 있는지 점검하는 상설기구가 필요하다.

1994년 미국 'DNA Identification Act'에 근거하여 발족된 DAB(Federal DNA Advisory Board)는 미국 학술원(NAS: National Academy of Sciences)의 추천을 받아 FBI가 임명한 위원들로 구성되어 있다. DAB는 DB 전반에 관련된 정도관리(Quality Assurance) 프로그램들을 만들어 내었다. 1998년 사건 유전자 분석에 관한 정도관리 프로그램,⁴⁰⁾ 1999년 수형자 DNA 데이터베이스에 관한 정도관리 프로그램,⁴¹⁾ 2000년에는 이 프로그램들의 준수여부를 감시하는 감시매뉴얼⁴²⁾을 발간하였다. 1999년 'Quality Assurance Standards for Convicted Offender DNA Databasing Laboratories'에는 ① 조직과 인력관리(숙련도 조사 및 훈련 포함), ② 요구되는 시설, ③ 검체(샘플)의 관리에 관한 사항, ④ 분석기술의 유효성 검증(validation test), ⑤ 자세한 분석과정(SOP: Standard Operation Protocol), ⑥ 분석 장비의 보정 및 유지에 관한 사항, ⑦ DNA 프로파일 분석, 입력 및 검색에 관한 사항, ⑧ 실험실 안전수칙, ⑨ 정기감사에 관련된 사항 등에 대하여 규정하고 있다. 이 프로그램은 위 모든 사항에 대하여 구체적인 문서를 비치할 것을 권하고 있고 이 내용들은 감사의 대상이 된다.

한편, 세부적인 기술에 관한 사항은 DAB의 명령을 받아 SWGDAM이라는 기구에서 담당하고 있다. 즉, 분석기술의 유효성 검증(validation test), 자세한 분석과정(SOP: Standard Operation Protocol), 분석 장비의

40) Quality Assurance Standards for Forensic DNA Testing lab., 1998, <http://www.fbi.gov/hq/lab/codis/forensic.htm>

41) Quality Assurance Standards for Convicted Offender DNA Databasing Laboratories, 1999, <http://www.fbi.gov/hq/lab/codis/offender.htm>

42) Quality Assurance Audit for Forensic DNA and Convicted Offender DNA data basing labs., 2000

보정 및 유지에 관한 사항, DNA 프로파일 분석, 입력 및 검색에 관한 사항 등은 구체화된 가이드라인으로 작성되며, 유전자 데이터베이스에 관련된 실험실은 모두 이를 준수할 것을 요청받는다.

우리나라의 경우, 유전자감식정보법안 제13조에서는 유전자감식정보위원회의 설립에 관한 근거규정을 마련해두고 있다. 법안에 의하면, 유전자감식정보위원회는 유전자감식정보의 관리·운영에 관한 사항을 심의하기 위하여 국무총리 소속하에 두도록 하고 있다. 위원회에서는 ① 유전자감식에 관한 표준기법의 선정에 관한 사항, ② 유전자감식정보색인부 색인사항의 변경에 관한 사항, ③ 유전자감식과정의 질적 관리에 관한 사항, ④ 그 밖에 유전자감식시료 및 유전자감식정보의 관리·운영에 관한 주요 사항 등에 관하여 심의하도록 하고 있다.

그러나 법안에서의 위원회는 다소 행정적인 측면에 치우친 경향이 없지 않다고 할 것이다. 유전자정보 데이터베이스 관리위원회는 제도적인 면과 기술적인 면을 모두 다루어야 한다. 특히, 유전자감식결과에 대한 신뢰성을 높이기 위한 검사 프로토콜의 확립이나 전문가의 양성과 교육에 관한 사항 및 유전자분석의 방법과 절차에 관한 규범의 마련에도 위원회가 주도적이고 핵심적인 기능을 해야 할 것으로 생각된다.

IV. 결 론

최근 발생하고 있는 연쇄적인 강도, 강간, 살인사건에서 범인의 추적과 검거에 유전자감식이 중요한 기능을 하고 있음은 주지의 사실이다. 유전자감식의 활용은 이미 개개의 범죄사건에서 피의자가 진범이 아니거나, 또는

진범임을 확인하는 매우 유용한 수단으로 인식되고 그 이용빈도가 점점 증가하고 있다.

과학적 증거의 하나인 유전자감식결과가 형사재판에서 실제로 받아들여지고 유죄의 증거로 기능하기 위해서는 몇 가지 전제요건을 충족하여야 할 것이다. 과학적 원리의 정확성 등이 승인되어야 하고, 검사자의 적격성이나 분석절차의 안정성, 오류제재 가능성, 배경원리·적용기술 일반 등에 관한 판단이 전제가 되어야 할 것이다.

한편, 유전자감식이 완벽하게 이루어지기 위해서는 유전자형 지도가 통계적으로 완전할 것이 요구되는데 이는 유전자정보의 데이터베이스가 광범위하게 구축되어야 한다는 것을 의미한다. 범죄수사를 위하여 유전자감식기술이 사용되는 것은 오히려 바람직한 것이라고 할 수 있지만 문제는 이를 위해서는 유전자정보 데이터베이스가 구축되고 그것도 가능하면 많은 사람의 유전자정보가 축적되어야 한다는 점이다. 이는 개개의 구체적인 범죄와 관련이 있기 때문에 유전자정보가 수집되고 활용되는 것이 아니라, 당해 범죄에 대한 혐의와 전혀 무관하게 미리 수집된 많은 사람의 유전자정보가 범죄수사에 활용된다는 점에서 그 논란의 핵심을 찾을 수 있다.

과거 미아찾기 사업을 통해 유전자 DB를 구축하려는 시도에 대하여, 그 인도적인 목적에도 불구하고, 수사기관이 개입하여 유전자정보를 추적하려 한다는 의혹의 눈길을 보내는 것도 이러한 이유에서 찾을 수 있을 것이다.

현재 우리 사회에서는 자료 수집의 절차나 요건, 자료의 보관과 폐기 등에 대한 분명한 법적 규율없이 수사기관이 경쟁적으로 유전자정보를 수집하는 것이 현실이며, 보관하고 있는 자료의 현황이 투명하게 공개되어 있지 아니하다. 다만, 최근에 국회에 상정된 유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안이 유전자정보 데이터베이스에 관한 법적 근거를 마련하

고 있지만 몇 가지 문제점들이 지적되고 있다.

감식시료 채취는 엄격한 비례성 원칙에 따라 이루어져야 하며, 유전자감식 전문가에 의하여 채취되도록 하는 것이 적절하다고 생각된다. 이는 향후 유전자감식 결과에 대한 증거능력이나 증명력 확보에 있어서도 매우 중요한 의미를 가진다고 할 것이다. 또한 수사담당자들은 과학수사방법에 대한 원리이해 등 기본적인 지식과 소양을 갖추는 것이 필요하다고 할 것이다.

증명력의 제고에 있어서 가장 핵심적인 과제는 자료의 적정한 수집과 감정인의 자질 및 감정기법의 향상이라고 할 수 있다. 우수한 감정인의 확보는 전문적이고 학술적인 분야이므로 매우 중요하고도 어려운 문제이며, 특히 감정인의 주관적 전문경험에 의존도가 높은 분야일수록 더욱 그러하다. 이를 위해서는 다수의 공공 감정기관의 설치·운영이 필요하다고 판단되고, 아울러 이들 공공 감정기관은 수사기관과의 조직·인사의 구조면에서 중립성이 유지되고, 각기 독립적으로 운영될 수 있도록 하여야 할 것이다.

또한, 유전자감식 등에 관한 표준절차의 마련도 중요한 의미를 가진다고 할 것이다. 증거를 확보하기 위한 적절한 작업절차 규범(표준작업 프로토콜)을 설정하여, 채증과정의 정확성을 보장하고, 시료의 혼동·혼입·오염 등에 의하여 증거의 신뢰성이나 증거의 동일성에 타격을 주거나 증명력을 감쇄시키는 경우가 없도록 하여야 할 것이다.

마지막으로, 유전자정보 데이터베이스 관리위원회를 두어 유전자정보 데이터베이스의 제도적인 면과 기술적인 면을 모두 다루도록 하는 것이 바람직할 것이다. 특히, 유전자감식결과에 대한 신뢰성을 높이기 위한 검사프로토콜의 확립이나 전문가의 양성과 교육에 관한 사항 및 유전자분석의 방법과 절차에 관한 규범의 마련에도 위원회가 주도적이고 핵심적인 기능을 해야 할 것으로 생각된다.

A Debate on Forensic Applications of DNA Databases

Hwang, Man-Seong*

The continuing growth and expansion of the informal National DNA Database in Korea is just one example of a global tendency towards the greater use of DNA profiling and databasing for forensic purposes.

Having a reference DNA profile for everyone could remarkably increase crime resolution rates, especially in serial sex crime cases. But a population-wide DNA data bank could be a 'Big Brother' in this technology era.

Therefore the public debate and the enactment is indispensable for the acquisition and use of genetic information. In Korea, a legislative bill about DNA database for criminal procedure is under consideration. But legislative bill has some problems. The most important subject in controlling DNA database is that the possibility of violations of human rights of suspect or prisoner must be ruled out.

주제어 : 유전자, 유전자감식, 유전자감식정보, 유전자은행, 유전정보, 과학수사

Keywords : DNA Database, DNA, DNA Fingerprint, DNA Evidence, Scientific Evidence

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

노역수형자에 대한 처우의 현실과 개선방안

신 양 균*

국문요약

노역수형자, 특히 순수노역자는 벌금을 납부하지 않아서 비로소 시설에 수용된 자이기 때문에 벌과금을 낼 수 없는 계층의 사람들, 예컨대 부랑자, 걸인, 노숙자, 생활보호대상자 등이 많고, 정상적이고 규칙적인 사회생활을 하지 못해 위생이나 건강에도 문제가 있는 경우가 적지 않으며, 경우에 따라서는 질환을 앓고 있거나 사회부적응으로 인해 시설에서조차 처우가 불가능한 사람들도 보인다. 2006년 4월 26일 국가인권위원회가 “벌금형 집행과정 등으로 인한 인권침해행위”에 대하여 직권으로 조사한 결과도 이 점을 뒷받침하고 있다.

현재 노역수형자와 관련된 문제점으로는, 노역수형자에 대한 처우와 관련한 법률적 근거의 미비, 이들을 위한 독립시설의 결여, 유치기간의 경직성, 적절한 처우의 곤란, 단순 작업 내지 작업 미지정의 문제, 의료시설 및 처우의 미흡 등을 들 수 있다. 따라서 이러한 문제를 해소하기 위해 법령을 정비하고 유치시설을 독립시키며 분류처우를 개선하고 노역수형자의 억제를 위해 입·출소과정을 제어할 필요가 있다. 이와 함께 교정당국이 노역수형자에 대해 보다 적극적인 관심을 가지는 일도 빼놓을 수 없는 과제 가운데 하나이다.

※ 이 글은 2006년 11월 30일 국가인권위원회가 주최한 「벌금형 집행과정의 문제점과 개선 방안」 토론회에서 발표한 내용을 수정·보완한 것이다.

* 전북대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 들어가는 말

지난해 10월 11자 신문보도에 따르면 10월 8일 목포교도소 노역장에 유치 중이던 사람이 노역장 내에서 지병인 간질환이 악화되어 목포기독병원을 거쳐 전남대 병원 응급실로 옮겼으나 사망한 사건이 발생했다. 이 사람은 2005년 사기 혐의로 법원에서 70만원의 벌금형을 선고받고 납부하지 않아 지명 통보되었다가 지난 9월 18일 불심검문으로 체포되었으나, 자신의 수배사실을 숨기려고 자신이 일했던 어선의 소유주의 이름과 주민등록번호를 대며 그의 행세를 했다. 그러나 그 선주 역시 사기 혐의로 200만원의 벌금형을 선고받고 납부하지 않아 지명통보 중이었기 때문에, 자신의 벌금미납분(70만원 벌금에 노역장유치 14일 선고)보다 훨씬 많은 40일의 노역장유치가 집행되었고, 집행 18일째인 10월 7일 지병이 악화되어 병원으로 옮겨지자 교도소 측에서 (피해자의 가족으로 여긴 선주의) 가족에게 연락을 취했다가 그 선주가 따로 살아있다는 사실을 확인하였고 결국 사망자의 신원이 확인되기에 이르렀다.

이런 사고가 일어나게 된 데에는 여러 가지 원인과 배경이 있겠지만, 노역장유치자(실무상으로는 「노역수형자」라고 부른다)의 처우와 관련해서도 몇 가지 의문을 제기할 수 있다. 첫째는 노역장 유치자의 입소경위에 대한 충분한 조사가 이루어졌는가, 둘째는 노역장 내에서 건강진단이나 적절한 의료조치가 제대로 이루어졌는가,¹⁾ 셋째는 가족 등 연고자 파악이 사전에 충분히 이루어졌는가 하는 점이다. 이러한 다양한 의문을 제기하는 것은 일반적으로 노역장유치가 교도소 내에 있는 일반수형자에 대한 처우

1) 2000년 12월과 2001년 11월에 각기 의정부 교도소과 울산구치소에서 발생한 노역장유치자 사망사건의 경우에도 시설 측이 피해자들에 대한 관리를 소홀히 하고 의료조치를 제대로 취하지 않은 점이 문제되었다.

와 비교해서도 매우 열악하다는 점에서 비롯된다.

과거에는 노역장에 유치된 사람의 절대적인 숫자가 그리 많지 않아 형 집행에 있어서도 별 관심의 대상이 되지 않았지만 최근에는 벌금형의 선고가 증가하면서 미납사례도 크게 증가하고 있고 이에 따라 노역장유치자도 급증하여 이들에 대한 적절한 처우의 문제가 중요한 교정현안으로 등장하고 있다.²⁾ 아래에서는 노역장유치자(노역수형자)에 대한 처우의 현실과 문제점을 살펴보고 그 개선방안을 살펴보고자 한다.

II. 노역장유치자에 대한 처우의 현실

1. 수용현황

먼저 지난 10년 동안 교정시설에 수용된 노역수형자의 숫자를 전체 수용인원과 대비시켜 살펴보면 다음과 같다.

노역장유치자의 1일 평균 수용인원은 1980년대 중반 400명 내외였던 것이 1988년부터는 300명 이하로 감소하였다가 1993년부터 증가하는 추세로, 1998년에는 1,000명, 2005년에는 2,000명을 넘어섰다.³⁾ 특히 아래의 통계에 따르면 1998년에 1,520명으로 전년도에 비해 4배 증가하였고 이후 다소의 증감을 보이고 있으며, 2005년에는 2,177명으로 전년보다 240명 정도 증가하였다.⁴⁾

2) 노역장유치의 현실에 대해서는, 2005년 12월 12일자 한국일보에 게재된 기사 ‘[체험르포] 노역자들 대기 성동구치소’가 기자의 체험을 빌려 간략히 소개하고 있다.

3) 법무연수원, 범죄백서 2006, <표 III-1> 교정시설 1일 평균 수용인원(1986년~2005년) 참조.

<표 1> 교정시설 1일 평균 수용인원(1995년~2005년)

구 분 연 도	1일 평균 수용인원	수 용 내 용				
		수형자	미 결 수 용 자			노역장유치
			계	피의자	피고인	
1995	60,166	32,895	26,785	3,158	23,627	486
1996	59,762	32,848	26,519	3,272	23,247	395
1997	59,327	33,123	25,825	2,253	23,572	379
1998	67,883	35,125	31,238	2,930	28,308	1,520
1999	68,087	38,364	28,609	2,547	26,062	1,114
2000	63,472	37,120	24,745	2,441	22,304	1,607
2001	62,235	37,036	23,763	2,485	21,278	1,436
2002	61,084	37,111	22,911	2,226	20,685	1,062
2003	58,945	36,458	21,253	2,897	18,356	1,234
2004	57,184	34,609	20,638	1,723	18,915	1,937
2005	52,403	32,933	17,293	1,341	15,952	2,177

자료 : 범죄백서 2006에서 발췌

그러나 교정시설내 1일 평균 수용인원 가운데 노역장유치자의 비율은 그 비율이 가장 높은 것으로 나타난 2005년의 경우에도 4.2%로 그리 높은 편은 아니다. 이는 노역장유치의 집행일수가 대부분 극히 짧아서 1일 평균 수용인원에 별다른 영향을 주지 못하기 때문이다.⁵⁾ 이 점은 지난 5년간

- 4) 참고로 일본의 경우에도 우리와 사정이 비슷하나, 우리의 경우보다 노역장유치자의 비율이 조금 더 낮은 것으로 나타나 있다.

<표 3> 2005년 피수용자의 수용상황

구 분	총 수	수형자	피고인	피의자	노역장유치자	기 타
인 원	77,932	65,780	11,037	93	943	77
구성비(%)	100.0	84.4	14.2	0.1	1.2	0.1
전년대비증감(%)	3.5	5.0	-4.8	-3.1	4.9	22.2

자료 : 大臣官房司法法制部司法法制課

- 5) 예컨대 이전의 연구에 따르면, 1996년 상반기 통계를 기준으로 노역종료자의 유치일수를 기간별로 나누어 살펴보면, 2일 이하가 40.3%, 3-15일이 37.1%, 16-50일이 17.3%이었고, 이에 반해 50일 이상은 5.2%에 불과하여 노역장유치가 매우 단기간 집행되고 있음을 보여주고 있다. 이기현·최병각, 노역장유치제도에 관한 연구, 형사정책연구원,

연도별 노역장유치자 입출소 현황을 살펴보더라도 잘 나타난다.

<표 2> 노역장유치자 입출소인원(2001년~2005년)

구 분 \ 연 도	2001	2002	2003	2004	2005	계
입소자(명)	22,041	20,061	23,868	33,212	34,949	134,741
출소자(명)	8,374	6,234	9,634	11,098	14,832	50,172

자료 : 법무부 교정국 통계⁶⁾

2005년의 경우 1일 평균 노역장유치자의 수가 2,031명에 불과하지만, 전체 입소인원이 34,939명이고 노역종료로 인한 출소인원은 14,832명으로 노역기간이 단기이고 따라서 입출소가 빈번하다는 사실을 알 수 있다.⁷⁾

이러한 잦은 입출소로 인해 노역장유치자 가운데 상당수에 대해 작업이 지정되지 않거나 단순거실작업만을 부과한 채 방치되고 있고, 계획적이고 합리적인 처우를 받지 못하고 있으며 수용실에 대한 관리도 쉽지 않고 잦은 입·출소 업무 자체가 교정직원들에게 큰 부담이 되어 있다.

2. 노역수형자의 특징

현행 노역수형자 관리지침 제2조에 따르면 노역수형자는 크게 세 가지

1997, 75면.

6) 2006년 11월 24일 현재 교정국 통계에 따르면, 입소 28,415명, 출소 13,683명 그리고 1일 평균 수용인원은 2,031명이라고 한다. 따라서 지난 5년간 통계에 비하여 큰 변화는 없다고 할 수 있다.

7) 다만 지난 5년간 통계를 보면 입소인원이 출소인원에 비해 평균 2.7배가량 많고, 입소인원의 증가율과 출소인원의 증가율을 비교해보아도 입소인원의 증가율이 높은 것을 알 수 있다. 이는 노역장유치기간의 증가를 의미하는 것으로 처우와 관련하여 주목해야 할 부분이다.

유형이 있다. 즉 ① 순수노역자, 즉 교도소 등에 신입한 노역수형자,⁸⁾ ② 우선노역자, 즉 형집행순서변경지휘에 의한 노역수형자(예컨대 징역형을 집행 중인 수형자에 대하여 입소 전에 받은 벌금형을 소멸시효가 다가오는 경우 검찰이 노역장유치 집행지휘를 통보받은 경우를 들 수 있다) 그리고 ③ 계속노역자, 즉 징역·금고형을 종료함과 동시에 노역장에 유치된 노역수형자(예컨대 징역형의 집행을 완료할 즈음에 입소전 범죄로 인해 확정된 벌금을 납부하지 않아 검찰로부터 노역장유치 집행지휘를 통보받은 경우를 들 수 있다)가 그것이다. 우선노역자나 계속노역자의 경우는 이미 수형생활을 하고 있었기 때문에 일반수형자와 비교하여 별 차이가 없으나 순수노역자의 경우에는 일반수형자와 다른 특징을 보이고 있다.

노역수형자, 특히 순수노역자는 벌금을 납부하지 않아서 비로소 시설에 수용된 자이기 때문에 벌과금을 낼 수 없는 계층의 사람들, 예컨대 부랑자, 결인, 노숙자, 생활보호대상자 등이 많고, 정상적이고 규칙적인 사회생활을 하지 못해 위생이나 건강에도 문제가 있는 경우가 적지 않으며, 경우에 따라서는 질환을 앓고 있거나 사회부적응으로 인해 시설에서조차 처우가 불가능한 사람들도 보인다.

2006년 4월 26일 국가인권위원회가 “벌금형 집행과정 등으로 인한 인권 침해행위”에 대하여 직권조사를 하기로 결정하여, 전국에서 노역수형자를 비교적 많이 수용하고 있는 8개 시설의 424명의 수형자들을 대상으로 노역장유치의 실태에 대한 면접조사를 실시하였다.⁹⁾ 그 결과에 따르면,

8) 벌금미납자들은 대개 지명통보 내지 지명수배 되었다가 소재가 확인된 후 신병이 검찰로 인계되는데, 이들은 검찰청 내의 구치감(호송출장소, 속칭 ‘비둘기장’)에 유치된 후 벌금이 납부되지 않으면 당일 일과시간 이후에 구금시설로 호송된다. 이후 절차에 대해서는 후술하는 노역수형자관리지침 및 명적처리지침의 규정에 따른다.

9) 진수명, “벌금형집행 및 노역수형자 처우실태와 쟁점”, 「벌금형집행과정의 문제점과 개선방안」(2006.11.30. 국가인권위원회 토론회 자료집), 3면. 아래에서 ‘면접조사’로 인용한

(1) 혼인관계는, 미혼이 37.9%로 가장 높았고, 별거/이혼/사별이 34.3%, 기혼은 20.6%로 그 뒤를 이었다. 입소전 동거인으로는 혼자 살았던 경우가 48%로 거의 절반에 육박하였고, 가족과 생활한 경우가 39.2%, 친구 또는 지인과 생활한 경우가 9.9%, 그리고 보호시설에서 생활한 경우가 1.7%로 나타났다.

(2) 조사대상자의 입소전 직업은 일용노동자가 31%로 가장 많았고, 기타 20.8%, 서비스직 19.3%, 무직 15.5%, 판매사무직이 5%의 순으로 나타났다. 입소전 생활정도에 대하여는 못사는 편이었다가 53.1%로 절반을 넘었고, 보통이었다가 29.5%, 생활이 어려워 각종 지원을 받았다가 15.2%, 잘사는 편이었다가 2.1%의 순으로 나타났다. 부과된 벌과금을 미납하여 구금시설에 환형유치 되었음을 감안할 때 입소전 생활정도가 낮은 사람들이 대부분인 것으로 나타났다.

(3) 조사대상자의 구금시설 입소경력은 첫 입소자가 32.5%로 제일 많았고, 2회 입소자가 28.6%, 3회 입소가 17.9%, 4회 입소가 6.7%, 5회 이상 입소가 14.3%로 전체 노역수 가운데 2/3 이상이 입소 경험을 가지고 있었다.

(4) 현재 건강상태에 관하여, 건강상태가 보통인 경우가 39%, 양호한 상태가 21.2%였으나, 병이 있는 경우가 27%, 심각하게 나쁜 상태가 12.8%로 나타났다. 질병을 갖고 있는 경우로 19.8%가 고혈압이 있었고, 당뇨가 11.4%, 심장질환이 7.5%의 순으로 나타났고, 입소전 전문의의 진료를 받은 경험에 있어 43.1%가 전문의 진료를 받았고, 13.7%가 치료는 없었으나 의사와 건강상의 상담을 한 것으로 나타나 건강상태가 열악한 경우가 많은 것을 알 수 있다.

(5) 가족 등 외부와의 연락관계에 대해서는, 연락을 하지도 받지도 않는

것은 이 자료에 따른 것이다.

경우가 가장 많은 44%이었고, 가끔 연락을 받는 경우가 35.3%, 자신들은 연락하는데 외부에서 응답이 없는 경우가 10.5%이고, 자주 왕래하는 경우는 10.2%에 불과하였다. 접견이나 서신 및 전화횟수는 안하는 경우가 55%로 가장 많았고, 월 1~2회가 28.5%, 주 1~2회가 16.5%로 나타났다.

이상의 면접조사 결과를 종합해보면, 노역수형자의 생활조건이나 건강상태가 비교적 열악하다는 사실이 부분적으로 드러나고 있다. 즉 생활정도 면에서도 못살거나 각종 지원을 받아 산다고 응답한 사람이 많았고, 혼자 또는 보호시설에 살고 있는 사람도 50%에 달해 노역수형자의 사회생활이 불안정한 경우가 많은 편이라는 사실을 확인할 수 있었다. 또한 건강상태도 심각하게 나쁘거나 질병이 있는 경우가 적지 않고, 전문의의 진료를 받은 적이 없는 사람도 역시 많은 편이었다. 뿐만 아니라 입소경력을 가진 사람이 전체 노역수형자에 2/3이 달한다는 사실과 가족과 연락이나 접견 등이 원활히 이루어지지 않고 있다는 사실도 확인되고 있다.

면접조사와 병행하여 이루어진 교도소측의 응답에서도, ① 경제적인 여력 등으로 벌금을 납부하지 못한 경우가 대부분이라는 점, ② 일정한 직업을 갖고 있지 않고 가족관계도 원만하지 않다는 점, ③ 노숙이나 결식 등 장기간 정상적인 생활을 하지 못해 대부분 극심한 심신쇠약 등 정신적으로나 육체적으로 문제가 많다는 점, ④ 음주자, 정신질환자가 상당수를 차지한다는 점, ⑤ 일반 수용자와 쉽게 융화되기 어려워 갈등 및 불화의 요인이 되고 있다는 점 등이 지적되어 있다.

이러한 노역수형자의 특성은 시설 자체가 안고 있는 문제점과 함께 처우곤란의 주된 요인이 되고 있으나, 조사 결과를 보면 수형자 측과 시설 측의 응답 사이에 미묘한 차이도 나타나고 있음을 간과할 수 없다. 즉 시설의 입장에서는 노역수형자의 상당수가 처우곤란자인 것으로 응답하고

있지만, 수형자의 입장에서 시설내 생활이나 작업 등에 큰 지장이 없는 사람들도 적지 않다고 보고하고 있기 때문이다. 노역수형자에 대해서도 일정 부분에 대해서는 처우의 필요성과 가능성을 보여주는 점이라고 할 수 있을 것이다.

3. 수용 및 처우의 문제점

가. 법률적 미비

노역수형자에 대해 행형법 제1조의2 제1호는 ‘벌금을 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 자’도 징역·금고형 또는 구류형을 선고받아 그 형이 확정된 자와 함께 수형자에 포함된다는 점을 명시하고 있을 뿐 다른 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 원칙적으로 말하면 일반 수형자에 대한 행형법 규정은 노역수형자에 대해서도 그대로 적용되어야 하고, 제10장 「분류 및 처우」에 대한 규정도 마찬가지라고 할 수 있다.

그러나 현실적으로 노역수형자의 경우 유치기간이 비교적 단기이고 처우가 곤란한 개인적 특성을 가진 사람들이 적지 않기 때문에 일반 수형자들에 대한 처우를 그대로 적용하기 어렵다. 이러한 취지에서 분류 및 처우에 관한 기본법규라 할 수 있는 「수형자분류처우규칙」(전부개정 1999.5.20 법무부령 제480호, 일부개정 2003.11.24 법무부령 제541호)은 징역이나 금고 수형자에 대해서만 적용된다고 규정함으로써, 노역수형자를 제외하고 있다. 행형법이 노역수형자에 대해 특별한 규정을 두지 않았음에도 불구하고 하위법령을 통하여 노역수형자를 분류 및 처우의 대상에서 일률적으로 제외시키는 것이 타당한가에 대해서는 의문이 있다.

현재 노역수형자에 대한 처우는 「노역수형자 관리지침」(제정 2002.1.21 예규보일 제569호)이라는 교정예규를 근거로 이루어지고 있는데,¹⁰⁾ 지침의 명칭에서도 드러나듯이 노역수형자는 분류나 처우의 대상이 아니라 단순히 관리대상에 그치고 있다.¹¹⁾

결국 노역수형자에 대한 허술한 처우 내지 관리는 현행법 자체가 노역수형자의 특성을 고려한 수용 및 처우에 대한 최소한의 원칙규정조차 두고 있지 않은 점에도 하나의 원인이 있다고 할 수 있다.

나. 독립시설의 결여

개별처우를 위해서는 이를 위한 시설의 설치를 전제로 한다. 그러나 일반 수형자에 대한 처우를 위한 시설도 개별화 내지 전문화되지 않은 상태

10) 이 외에도 노역수형자의 입소와 관련해서는 명적처리지침에 규정을 두고 있다.

명적처리지침 제8조(노역장유치지휘서 접수 및 처리) ① 서무과장은 검찰청으로부터 노역장유치지휘서가 접수되면 수신기관, 유치자 인적사항, 환형유치 일수, 유치기산일, 벌금형 시효만료일, 노역장유치지휘 검사서 서명날인 등을 확인하고, “수용자 신분카드”, “수형자 입소부”, “만기력부” 등에 형기종료일 등을 등재한 후, 보안과장에게 통보하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 서무과장으로부터 수용중인 자의 노역장유치지휘서 접수 사실을 통보받은 보안과장은 이를 당해 수용자에게 통보하여야 한다.

③ 소장은 노역장유치지가 타 교도소등으로 이송되거나, 노역집행이 종료된 때에는 그 사실을 노역장유치를 지휘한 검찰청에 통보하여야 한다.

11) 한편 노역수형자 관리지침은 식사 및 일상용품의 지급(제6조), 신입노역자의 거실수용(제7조), 중환자에 대한 신속한 조치(제8조) 등을 규정하고 있고, 실제 시설별로 차이가 있지만 일반적으로 말하면 행형법 및 행형법 시행령이 수형자 일반에게 부여한 접견 및 서신이 노역수형자에게도 허용되어 있다. 즉 행형법 제18조(접견), 행형법시행령 제56조(접견의 횟수)에 의하여 노역수형자에게도 매월 4회의 접견을 허가하고 있으며, 서신은 행형법 제18조의2(서신), 동시행령 제61조(서신발송의 횟수), 수형자분류처우규칙 제48조(접견 및 서신의 허용횟수)에 의하여 제한을 두고 있지 않고, 전화는 행형법 제18조3(전화통화), 수형자분류처우규칙 제51조(전화사용)에 의하여 허가하고 있다.

에서 소수에 불과한 노역수형자를 위한 별도의 시설이 마련되어 있지 않은 것은 어찌 보면 당연한 일일지도 모른다. 이런 취지에서 행형법 시행령 제32조도 “징역형·금고형 또는 구류형을 선고받아 형이 확정된 자와 노역장 유치명령을 받은 자는 제31조의 규정에 불구하고 부득이한 사유가 있는 경우를 제외하고는 혼거 수용하여서는 아니된다”고 규정함으로써 일반수형자와 혼거수용만을 금지하고 있을 뿐 구분수용 내지 분계수용에 대해서는 침묵하고 있다.

현실적으로도 노역장유치자는 일반 수형자 내지 미결수용자와 관구 내지 사동의 구분도 없이 교정시설 내의 일반 사동이나 미지정 사동의 일부 거실을 노역자 거실로 지정하여 그곳에 수용하는 것이 일반적이다. 게다가 1개의 거실에 10여명을 함께 수용하고 거실에서 종이접기 등의 작업을 하는 경우가 적지 않다. 이로 인해 노역수형자에 대해 필요한 개별처우가 사실상 불가능하다. 게다가 동일한 거실에 순수노역자와 (실제로 일반수형자나 다를 바 없는) 우선노역자나 계속노역자를 함께 수용함으로써 사회복귀에 지장을 초래하기 쉽다. 특히 구치소의 경우에는 행형법상 미결수용자를 수용하는 시설로서(행형법 제2조 3항), 기결에 해당하는 노역수형자를 수용하는 것은 법적으로 근본적인 문제를 안고 있다.¹²⁾

그러나 현실적으로는 수형자 일반에 대한 수용시설도 미흡한 상황에서 노역수형자를 위한 사동 및 작업장을 따로 만들어 운용할 것을 기대하기 곤란하다는 점에 문제해결의 어려움이 있다.

12) 행형법 제3조 2항에 따르면, 기결수형자는 취사 기타 작업에 필요한 경우에 한하여 수용할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 단순히 수용상의 편의를 위해 노역수형자를 구치소에 수용하는 것은 아무런 법적 근거가 없다.

다. 유치기간의 경직성

벌금형이 단기자유형의 폐해를 피할 수 있다는 제도적 장점을 가지고 있고 사회경제조직의 발달로 인한 행정법규의 증가 그리고 법인에 대한 처벌필요성의 증가 등으로 인해 벌금형이 전체 형벌 가운데 차지하는 비율이 계속 증가하고 있다.¹³⁾ 그러나 총액벌금제도를 취하면서 벌금의 분납 내지 연납을 원칙적으로 허용하지 않는¹⁴⁾ 현행법 하에서 벌금집행을 강화하게 되면 결국 노역장 유치인원의 절대적 증가를 가져올 수밖에 없게 되고¹⁵⁾ 이는 단기자유형의 회피라는 벌금형 본래의 취지를 살릴 수 없게 만드는 순환론적 문제를 드러내게 된다.

이러한 획일적 노역장유치제도는 노역수형자에 대한 처우가 적절히 이루어지지 않은 현실에 처우와 관련된 많은 문제를 드러낼 수밖에 없다. 노역수형자에 대한 합리적이고 적절한 처우가 일차적으로 중요하지만, 현재의 시설상황에서는 노역수형자를 최소화하는 방안이 수용된 자에 대한 적절한 처우를 위해 불가피한 측면이 없지 않다. 그럼에도 불구하고 현행법 하에서는 벌금미납자에 대해 노역장유치를 대체할 만한 다른 제도, 예컨대

13) 이 점에 대해서는, 이천현, 벌금형집행의 문제점과 그 제고방안, 비교형사법연구 제8권 1호, 2006, 745~746면 참조.

14) 형법이나 형사소송법에는 근거규정이 없지만, 검찰징수사무규칙 제12조는, 생활보호대상자, 장애인, 1월 이상 치료를 요하는 생활무능력자, 불의의 재단피해자, 본인 외에는 가족을 부양할 자가 없는 자, 타인의 대리납부자 기타 부득이 한 사유가 있는 자에 대해서 징수금의 일부 지불 및 지불 연기의 가능성을 열어두고 있다. 그러나 실제 활용되는 비율은 낮은 편이다.

15) 노역장 유치의 전체 건수는 계속 증가하고 있지만, 최근 통계(2000년~2004년)에 따르면 전체 벌금형집행 가운데 노역장유치의 방식으로 집행되는 비율은 큰 변화가 없다고 한다. 즉 지난 5년 동안 노역장유치 집행은 건수 대비 평균 1.7%, 금액 대비 평균 14.6%로 건수에는 큰 변화가 없는데 비하여 금액은 2배 이상 증가했다는 분석결과가 있다. 이천현, 앞의 글, 751~752면.

사회봉사명령 등이 마련되어 있지 않고, 노역장 유치 중 집행을 정지하거나 가석방을 허가하는 것도 현실적으로 제도화되어 있지 않다. 이로 인한 불필요한 유치에 따른 부작용도 적지 않다고 할 수 있다.

라. 처우의 곤란

현행법은 노역수형자의 처우에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않다. 다만 노역장 유치명령을 받은 자도 수형자에 포함되므로(행형법 제1조의2 제1호) 일반수형자와 마찬가지로 행형법이 정한 각종 처우의 대상이 된다고 볼 수 있다. 그러나 노역수형자의 경우 전체 수형자 가운데 차지하는 비율이 매우 낮고 수형기간이 짧으며 그 대상자들이 경제적으로나 육체적으로 열악한 상태에 있을 뿐만 아니라 수용시설도 열악하여 실제로는 처우의 대상에서 제외되어 있다.¹⁶⁾ 이러한 사실은 이미 지적한 것처럼 수형자분류처우규칙이 징역과 금고 수형자만을 적용대상으로 하고 있는 점에서 잘 나타나 있다. 또한 처우의 대상에서 제외된 노역수형자들이 일반 수형자와 함께 생활하면서 일탈된 생활태도에 익숙해지고 범죄수법의 습득 등 범죄적 하위문화에 익숙해질 가능성도 적지 않으며, 개인적 특성으로 인해 일반 수형자와 갈등을 야기하는 요인이 될 수도 있다.

또한 개인적으로 다양한 문제를 안고 있는 노역수형자의 개선을 위해 필

16) 뿐만 아니라 노역수형자들은 노역장에 유치되기 전에 구치감(호송출장소)에서 거의 하루 가량을 보내게 되는데 그 시설의 열악함도 중요한 문제로 지적되고 있다. 이번 인권위원회의 질문에 대한 구급시설의 응답결과에서도 ① 시설이 협소하고 넓아 수용자들이 대기하는데 불편하며, 건물 자체가 검찰청 시설인 관계로 신속한 처우개선이 곤란하며 시설운용상에도 예산문제 등 한계가 있다는 점, ② 구치감에 교정정보시스템이 연결되지 않아 각종 교정사고 및 응급환자 발생시 수용자에 대한 신속한 인적사항 파악이 곤란한 점, ③ 계호인력이 부족하여 신병확보에 어려움이 있는 점 등이 지적되었다.

요한 교육도 제대로 실시되지 못하고 있다. 수용자 정신교육지침 제6조는 노역장 유치자를 교육면제의 대상으로 규정하고 있고, 동 지침 제25조는 만기석방예정자교육의 대상에서도 제외시키고 있다. 그러나 수형자 일반에 대해 적용되는 행형법 시행령 제159조가 “소장은 석방할 수형자에 대하여는 질병 기타 부득이한 사유가 있는 경우를 제외하고는 석방전 3일동안 석방예정자 거실에 수용하고 그의 장래에 대하여 상담, 지도하여야 한다”고 규정하고 있는 취지에 비추어 보면 지침에 대한 재검토가 필요하다.

마. 작업 문제

벌금미납자에 대해서는 「노역장」에 유치하도록 하고 있지만, 여기서 핵심적인 처우내용인 노역, 즉 작업이 형식적으로 이루어지거나 전혀 이루어지지 않는 실정이다. 인권위원회의 면접조사에서도 조사대상자들 가운데 미취업의 비율이 88.7%이었고, 취업수가 11.3%이었는데, 계속수형자와 우선수형자가 12.8%임을 감안할 때 대부분의 순수 노역수는 취업을 하지 않는 것으로 나타났다. 취업을 하는 경우에도 작업의 내용은 종이가방 접기가 68.4%, 기타 21%, 취사와 영선이 각 5.3%로 나타나 취업을 하는 경우에도 출소이후의 정착에 필요한 기술습득과는 관계없는 종이가방 접기가 대부분이었다. 더구나 대도시 지역에서는 구치소에 수용된 노역수형자들이 많은데 구치소에는 노역을 할 수 있는 적절한 작업과정이 없어 큰 문제로 지적되고 있다.

인권위원회 설문에 대한 교도소측 답변에서도 노역수형자 가운데 작업 미지정이 많은 점을 인정하면서, 그 이유로서 ① 노역장유치자는 만기가 정해져있지 않고 벌금을 납부하면 언제든지 출소할 수 있는 가변적인 것

이고, 노역장유치자마다 노역일수가 매우 다양하여 현재의 구치소 시설이나 작업의 형태로는 작업을 부과하는 것이 불가능한 점, ② 시설 내에 작업장이 부족하고 미숙련 수용자에 대한 취업직종이 제한되어 있기 때문에 일반 수형자도 작업장 사정상 취업을 다 못하고 있는 상황에서 노역수형자를 작업장에 취업시킬만한 여건이 되지 못하는 점, ③ 작업을 부과하더라도 일반 수용자와의 관계가 문제되므로 노역수형자를 따로 분리하여 수용하는 전문시설이 없는 한 작업 자체가 오히려 처우에 지장을 초래하고 상호 거부감으로 인해 작업장 분위기를 해할 우려가 있으며, ④ 노역수형자 스스로 일을 하지 않아도 된다는 타성과 노동을 싫어하고 취업을 회피한다는 점 등을 들고 있다.

현실적으로 작업 문제는 작업을 부과할 수 있는 방안이나 여건을 마련하고 작업을 대신할 수 있는 대안을 강구하는 등 다양한 방향에서 해결책이 모색되어야 한다.¹⁷⁾

바. 의료시설 및 처우의 미흡

2003년에 국가인권위원회가 발간한 「구금시설에 대한 의료실태에 관한 보고서」에서도 수용자 건강권 보장을 위한 정책제안에서 노역장 문제를

17) 면접조사에서도 노역수형자들 가운데 취업에 대한 욕구는 매우 큰 것으로 나타났다. 즉 적성에 맞는 직종이면 취합하겠다는 비율이 35.4%로 가장 높았고, 아무 직종이나 무조건 취업하겠다는 비율이 18%, 노역유치기간이 짧아 취업이 불필요하다는 응답이 22.5%, 취업생각이 없다는 응답이 13.7%로 상당수의 노역수가 취업을 원하는 것을 알 수 있다. 또한 취업희망의 이유로는 ‘하루하루 보내는 게 무료해서’라는 응답이 30.6%로 가장 높았고, ‘출소 후 생활비 마련’이 26%, ‘근로를 통한 심신단련’의 이유가 14.2%, ‘배운 기술의 활용’이 9%, ‘가족의 생활비에 보탬이 되기 위해서’가 7.2%로 많은 수용자들이 취업을 희망하는 이유를 밝히고 있다. 희망취업의 종류로는 외부통근이 27.8%로 가장 높았고, 영선이 23.3%, 취사가 11.9%, 종이가방 접기가 6.7%의 순으로 나타났다.

별도의 항목으로 다룰 만큼 노역장에서 의료문제가 매우 중요하다.¹⁸⁾ 특히 노역장에 유치되는 수용자들은 주로 소액의 벌금마저 낼 수 없을 정도로 일반 사회에서 한계적 생활을 하고 있기 때문에 사회에서도 자유롭게 의료서비스에 접근할 수 없는 처지에 있고 그 결과 상당한 정도의 건강문제를 이미 갖고 있는 경우가 많다. 따라서 노역수형자에 대해 입소할 때 이루어지는 일차적 건강진단이 매우 중요한 의미를 지닌다. 또한 이들에 대한 적절한 의료서비스를 적극적으로 제공해야 한다.

그럼에도 불구하고 현재 교도소의 의료체계를 보면, 의료인력 수급, 의료시설, 의료비 예산, 수형자 질병 등 다양한 측면에서 많은 문제를 안고 있으며, 이러한 현실에서 일반수형자에 비해 극히 소수이고 관심의 대상에서 밀려 있는 노역수형자에 대해 의료서비스가 충분히 이루어지지 못하고 있는 것은 당연한 귀결이라고 할 수 있다. 바꾸어 말하면 시설 내에서 의료서비스의 혜택을 가장 크게 받아야 할 노역수형자들에게 필요한 만큼의 서비스나 관심이 매우 미흡한 실정이라고 할 수 있다.

현실적으로 구금시설에서는 노역수형자 가운데 심각한 건강상의 위험으로 인하여 노역집행을 계속하기 어렵다고 판단하여 집행정지를 건의하는 경우가 매년 50건 내외에 이르고 있고 이들 가운데 상당수가 출소하는 것으로 나타나 시설이 노역수형자에 대한 의료처우를 포기하는 듯한 인상을 주고 있다. 또한 인권위원회의 면접조사에서도 구금시설에 입소하여 의사의 진료를 받은 경우가 42.2%였고, 진료를 계속하여 받는 경우가 7.7%였다. 반면에 진료를 받은 사실이 전혀 없는 경우도 41.9%에 이르렀다. 구금시설의 의료수준에 대하여는 만족하는 경우가 13.1%이었고, 의료수준이

18) 국가인권위원회, 구금시설의 의료실태조사 및 의료권보장을 위한 연구, 2003, 279면 이하 참조.

부족한 경우가 22.6%, 부족하지만 직원들이 최선을 다한다는 응답도 21.8%, 의료수준이 너무 부족하다는 응답이 14.4%, 의료수준이 미흡하고 직원의 업무처리도 형식적이라는 불만이 28.2%로 나타났다. 또한 구금시설에 수용중인 노역수형자가 건강상의 문제로 인하여 사망에 이르는 사고가 매년 끊이지 않고 있고, 외부병원에서의 이송진료와 입원치료도 계속 증가하여 상당한 인력과 입원치료비가 소요되고 있다.

Ⅲ. 노역수형자 처우의 개선방안

1. 법령의 정비

노역수형자에 대한 적정한 처우를 위해서는 무엇보다 노역수형자의 처우와 관련된 법규를 정비하는 일이 선행되어야 한다. 이러한 차원에서 일차적으로 행형법 자체에 수용 및 처우에 관한 원칙규정을 두고,¹⁹⁾ 특히

19) 그러나 현재 국회에 제출되어 있는 행형법 개정안(교정시설 및 수용자처우 등에 관한 법률)에도 이러한 내용이 포함되어 있지 않다. 참고로 2006년에 개정, 시행되고 있는 「일본 형사시설 및 수형자 처우 등에 관한 법률」(2005년 5월 25일 법률 제50호, 2006년 5월 24일 시행, 2006년 3월 31일 법률 제10호 개정, 2006년 4월 1일 시행)은 제3편(보칙) 제2장(노역장 및 감치장)에서 노역장의 설치에 관한 근거규정 및 감독 그리고 처우에 관한 원칙규정을 두고 있다. 그 내용을 소개하면 다음과 같다.

제142조(노역장 및 감치장의 부설 등) 노역장은 법무부장관이 지정하는 형사시설에 부설한다.

감치재판의 집행을 받은 자는 가장 가까운 곳에 감치장이 없는 때 또는 가장 가까운 감치장에 유치의 여력이 없는 때에는 형사시설 내 특히 구별된 장소에 유치할 수 있다. 노역장 및 유치장에 대해서는 제5조(실지감사), 제6조(의견청취), 제11조(재판관 및 검찰관의 순시) 및 제12조(참관)의 규정을 준용한다.

위원회는 형사시설에 부설된 노역장 및 유치장의 운영에 관해서도 제7조 제2항에 규정된 사무를 행하는 것으로 한다. 이 경우에는 제9조 및 제10조의 규정을 준용한다.

노역수형자에 대한 수용구분을 명확히 할 필요가 있다. 또한 현재 노역수형자관리지침에서 일부 규율하고 있는 노역수형자의 분류 및 처우에 관한 사항을 법무부령(수형자분류처우규칙에 포함시키거나 별도의 규칙)으로 정할 필요가 있다. 교정당국의 합목적적 필요에 따라 노역수형자의 처우를 임의로 변경하지 않고 법규에 따른 적절한 처우가 이루어지기 위해 이러한 법적 뒷받침이 반드시 이루어져야 할 것이다.

2. 유치시설의 독립

가. 시설 모형

현재와 같은 편의적인 시설운동을 막기 위해서도 유치시설이 기존의 구금시설로부터 분리되어야만 한다.²⁰⁾ 다만 노역장 유치시설에는 각 시설마다 많게는 100여명 적게는 20여명으로 비교적 적은 수의 노역자가 수용되어 있어 이들을 위해 별도의 시설을 마련하는 데 현실적으로 어려움이 있다. 따라서 이를 해소하기 위해 몇 가지 방안을 생각해볼 수 있다.

첫째는 교정청별로 유치시설을 집중시키는 방안이다. 대개 청별로 500명 이내를 수용하는 시설을 별도로 신설하고, 시설 내에 순수노역자와 다른 노역자를 분리 수용하는 한편 단순작업과 기능 작업을 실시할 수 있는

제143조 (노역장유치자) 노역장에 유치되어 있는 자(이하 「노역장유치자」라고 한다.)에 대해서는 이 법률에 특별히 정함이 있는 외에는 그 성질에 반하지 않는 한 이 법률 중의 징역수형자에 관한 규정을 준용한다.

20) 예컨대 독일의 경우에도 벌금미납자가 벌금일수에 따라 단기자유형을 복역하는 사실을 별도로 두고 있는데(형법 제43조), 실무에서 「경구금시설」(Gefängnis light)이라고 부르는 이 시설은 보안수준이 비교적 경미하며 일반교도소에서 부여되는 휴가제도가 없으며 장기간에 걸친 직업교육이나 재교육을 실시하지 않음으로써 구금비용을 절약할 수 있는 효과가 있다고 지적되고 있다. Laubenthal, Strafvollzug, 3.Aufl. 2002, Rn.65.

작업장을 설치하고 처우를 위해 필요한 시설을 둘 수 있을 것이다. 노역수형자가 증가하는 현실에서 장기적으로 가장 바람직한 방안이 아닐까 생각한다. 부연하면 이들 대부분이 단기간 내에 출소한다는 점을 감안하면 교정청 별로 석방예정자를 위한 사회적응훈련을 위한 중간처우시설을 마련하고 여기에 노역수형자를 함께 분계 수용하는 방안도 적극적으로 검토할 필요가 있다.

둘째는 현행 시스템을 유지하면서 구치소 내의 분계된 구역 또는 교도소내의 분리된 사동²¹⁾에 노역수형자를 위한 거실을 마련하는 방안이다. 이 경우에는 특히 노역수형자의 수를 최소화하기 위한 대안들이 반드시 병행되어야 할 것이다. 그리고 일반수형자들의 작업장 한 구석에 작업장을 마련하거나 거실내 작업이 이루어지는 문제를 극복하기 위해 이들을 위한 작업개발이 이루어져야 한다. 후술하는 관용작업 내지 구외작업의 활성화도 방안 중의 하나가 될 수 있다.

셋째는 벌금형을 사회봉사명령으로 보완 내지 대체하는 방안과 관련하여, 보호관찰소에 노역장유치시설을 별도로 설치하여 관리하는 방안도 검토해볼 수 있다. 벌금미납자에 대한 통합관리가 가능해지기 때문이다. 다만 보호관찰업무가 증가하는 현실에서 실현가능성은 그리 높지 않을 것이다.

나. 순수노역자의 분리

이미 지적한 것처럼 노역수형자는 크게 순수노역자뿐만 아니라 우선노역자, 계속노역자로 구성되어 있다. 그러나 이들을 함께 수용하는 경우 비교적 죄질이 경미한 순수노역자와 죄질이 상대적으로 중한 우선노역자와

21) 반드시 별도의 건물일 필요 없이 일반 수형자들과 출입을 달리하는 통로를 마련하는 방안도 생각해볼 수 있을 것이다.

계속노역자의 혼거로 순수노역자들이 나쁜 영향을 받을 우려가 있으며, 우선노역자의 경우에는 작업은 일반 수형자로서 하던 것을 그대로 하면서 거실만 옮기게 되어 처우나 수용관리에 불편을 초래하게 된다.

따라서 순수노역자와 다른 노역자를 분리 수용해야 하며, 우선노역자와 계속노역자에 대해서는 형식적인 지위변화에 구애됨이 없이 일반 수형자로서의 현재의 처우상태를 유지할 수 있도록 별도의 규정을 두는 것이 바람직할 것이다. 특히 우선노역 내지 계속노역의 대상이 되는 수형자 가운데 행형성적이 우수한 수형자에 대해서는 노역장유치의 집행을 면제하는 규정을 두는 방안도 고려해볼 만하다.

3. 분류처우의 개선

가. 과학적 분류

노역수형자에 대해서는 무엇보다 작업이 가능한가, 특별한 처우를 요하는 대상자가 아닌가를 과학적으로 분류하는 일이 선행되어야 한다. 이를 위해 실무에서 지적하는 것처럼 노역수의 특수성에 관한 직원 교육을 수시로 실시하고 입소전담 Task Force를 설치하는 방안도 고려해볼 필요가 있다. 입소전담 TF란 노역수가 처음 입소할 때 공중보건의 1명과 의무과 직원 1명 그리고 입소 담당직원을 한 조로 구성하여 입소시 정확하게 입소자의 건강상태 등 전반을 명확하게 판별하게 하는 방안으로서, 이 업무를 담당하는 직원들은 가능한 한 업무를 특화시키고 정기적으로 업무에 관한 교육도 실시하는 것을 말한다.²²⁾

22) 청송교도소 작업훈련과에서 내부적으로 제안한 개선방안 가운데 하나이다.

나. 작 업

노역장유치는 유치 및 노역의 부과가 중요한 내용을 이루고 있지만 비교적 경미한 범죄를 저지른 벌금미납자에 대해서는 실질적으로 작업이나 노역 없이 구금 자체만으로도 충분한 환형의 효과는 있다고 할 수 있다. 재사회화를 강조하는 현대 행형에서 보면 작업은 벌금미납에 대한 제재가 아니라 재사회화를 위한 처우로서 행해져야 한다. 따라서 노역장에서 재사회화를 위한 처우로서 작업 이외의 다른 방안들을 강구할 수 있도록 근거를 제공할 필요가 있다.²³⁾ 예컨대 육체적으로나 정신적으로 병약한 노역자에 대해서는 이들도 수형자분류급처럼 M급(정신장애자), P급(신체상의 질환 또는 장애가 있는 자) 등으로 분류하여 적절한 치료처우나 장애인처우를 할 필요가 있을 것이다.

한편 작업내용과 관련하여 현재와 같이 생산성 없는 종이접기 등은 가능한 한 억제해야 한다. 오히려 계호상 큰 문제가 없는 노역자에 대해서는 주로 관용작업이나 구외작업을 활용하는 방안이 강구되어야 한다. 관용작업자선정기준등에관한규정(개정 2003.7.19, 예규보일 제670호)에서도 순수한 노역수형자에 대해 조건 없이 구내·구외에서 관용작업에 종사하게 할 수 있도록 명시되어 있으므로 이를 적극적으로 활용할 수 있는 구체적 시행계획이 필요하다. 또한 관용작업 이외에도 구외작업을 활성화할 수 있도

23) 이런 의미에서 '노역장'이라는 표현은 삭제할 필요가 있다. 말 그대로 「환형유치시설」도 적절한 대안이 될 수 있다. 이 점은 징역형에 대해 부과되는 정역도 마찬가지라고 할 수 있다. 같은 맥락에서 형법 제68조가 「제67조 (징역) 징역은 형무소 내에 구치하여 정역에 복무하게 한다」고 규정한 것도 구금시설 내에서 다양한 처우를 하는데 제약요인이 되고 있다.(일과시간의 대부분을 천편일률적으로 작업으로 정하고 있는 현실을 상기해보라!) 정역에 관한 규정을 삭제하고 작업 여부에 대해서는 행형법에서 규정하는 것이 적절하다. 물론 이런 논의는 자유형의 단일화가 전제되어야 할 것이다.

록 청소 등 환경 정화활동, 불우시설 봉사활동, 산림정화, 농번기 일손 돕기, 불우이웃 집짓기, 대형행사 자원봉사 등 단순작업에 투입함으로써 사회봉사명령의 실질을 도입하는 방안도 적극적으로 고려해야 할 것이다.

이와 함께 구금시설에 행해지고 있는 직업훈련은 교육적 측면, 경제적 측면 그리고 행형의 측면에서 중요한 기능을 가지고 있으므로, 노역수형자에게도 인정될 필요가 있다. 물론 집행형기가 단기인데다가 잔여벌금만 지불하면 언제라도 출소가 가능한 특성을 가진 노역수형자에게 직업훈련이나 기술교육 등을 실시하는 것이 사실상 어렵지만, 상대적으로 집행형기가 장기인 노역수형자에 한하여 직업훈련을 실시하는 방안도 적극적으로 실시해 나가야 한다.

다. 의료처우의 개선

노역수형자의 특성에 비추어 볼 때 그들은 사회에서도 한계적 생활을 하는 경우가 많아 자유롭게 의료서비스에 접근할 수 없는 처지에 있고 그 결과 상당한 정도의 건강문제를 이미 갖고 있는 경우가 많으므로, 노역수형자가 입소할 때 일차적 건강진단을 엄정하게 실시하는 것이 무엇보다 중요하다.²⁴⁾

또한 의료인력 수급, 의료시설, 의료비 예산, 수형자 질병 등 교도소의 의료체계를 개선함에 있어서 일반수형자보다 노역수형자의 측면을 우선 고려하는 것도 필요할 것이다. 또한 시설 자체에서 충분한 의료시설을 갖추지 못한 경우에 외부의 통원치료나 외부 의료 인력의 시설내 활용을 가

24) 노역집행정지로 출소되는 사람 가운데 재소기간이 3일 이내인 경우도 적지 않아 처음부터 노역유치를 할 수 없는 건강상의 위험이 분명한 사람까지도 충분한 검토 없이 무차별로 수용하는 것은 아닌가 하는 의문이 인권위원회 조사과정에서 제기되기도 하였다.

능하게 하는 방안을 적극적으로 검토해야 할 것이다. 구금시설내 의료시설 확충을 위해서는 개별 시설 차원에서 해결하기 곤란한 문제는 교정청 단위로 확충, 전문화하는 방안도 함께 구상해볼 수 있을 것이다.

4. 노역수형자의 입·출소 제어

벌금미납의 문제를 해소하기 위해 벌금형에 대한 집행유예의 신설²⁵⁾, 벌금의 연납·분납제도 도입,²⁶⁾ 노역장유치집행 면제제도 도입²⁷⁾ 등 벌금형의 집행을 완화하는 제도의 도입이 다양하게 논의되고 있다. 특히 벌금형에 대해 집행유예를 도입함으로써 그 대상자에 대해 보호관찰을 실시하고 사회봉사명령이나 수강명령을 함께 부과할 수 있도록 한다면, 이는 벌금형과 사회내처우를 결합시킴으로써 중요한 의미를 가질 수 있다.²⁸⁾

25) 이 문제에 대해서는 특히, 서보학, “벌금형제도 소고: 비판과 입법론적 대안”, 형사정책 제10호, 1998, 70면; 정현미, “벌금형의 개선방안”, 비교형사법연구, 제6권 제2호, 2004, 214면, 한영수, 보호관찰 조건부 벌금형의 집행유예제도, 2006.11.10. 한국보호관찰학회 발표논문 참조.

26) 정영석·신양균, 형사정책, 1997, 350~352면. 자세한 내용은 이천현, 앞의 글, 764~766면.

27) 독일 형사소송법 제459조의f는 ‘법원은 유죄판결을 받은 자에 대한 대체자유형의 집행이 부당하게 가혹한 때에는 이를 집행하지 않도록 명한다’(Das Gericht ordnet an, dass die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe unterbleibt, wenn die Vollstreckung für den Verurteilten eine unbillige Härte wäre)고 규정하고 있는데, 이와 같이 벌금미납자가 예컨대 중대한 질병을 앓고 있다든가 불의의 재난을 당했다든가 하여 벌금을 납부할 능력도 없고 사회봉사를 할 수도 없는 경우에 노역장유치의 집행을 면제하는 방안을 말한다. 이 제도를 활용하게 되면 노역장유치는 이제 벌금납입의 의사도 없고 능력도 없는 자에게만 불가피하게 집행되는 그야말로 최후수단(ultima-ratio)으로 남게 된다. 한영수, “벌금미납자에 대한 노역장유치”, 형사정책연구 40호, 1999년 겨울, 249면. 실무에서는 광주지검이 2004년 9월부터 검찰징수사무규칙의 취지를 원용하여 “국민기초생활 수급자나 장애인, 1개월 이상 치료가 필요한 중환자들이 벌금형 확정후 벌금 미납으로 검거되더라도 소명기회를 부여하여 노역장 유치집행을 유예키로 했다”(연합뉴스 2004-9-23)고 밝힌 바 있고, 다른 지검에서도 부분적으로 이를 도입, 실시하고 있다.

28) 한영수, 유예제도의 개선방향, 형사법연구 제22호 특집호, 2004, 590면.

그러나 현실적으로 증가하고 있는 노역장유치의 문제를 해결하기 위해서는 이러한 사전억제장치와 함께 사후통제방안(backdoor strategy)이 마련되어야 하며, 이를 통해 노역장 유치 자체의 탄력성을 확보해야 한다. 이 점에서 가석방 제도의 활용이 필요하다.

현행법은 노역장유치자에 대한 가석방을 명시적으로 인정하고 있지 않다.²⁹⁾ 형법 제72조가 가석방요건에 대하여 “징역 또는 금고의 집행 중에 있는 자”로 한정된 점을 근거로 실무에서도 이를 허용하지 않고 있으며, 처음부터 징역형이 선고되어 가석방 요건을 갖추면 조건부 조기석방이 가능한 일반수형자에 비교하여 형평성이 맞지 않다는 점을 지적하기도 한다.³⁰⁾ 그러나 노역장유치가 신체구금과 작업의 부과를 내용으로 한다는 점에서 실질적으로 자유형의 집행과 다름이 없고 자유형을 선고받은 자에 비하여 통상 죄질이 낮은 벌금형 선고를 받은 자에 대해 불이익하게 처우를 해야 할 이유가 없으며, 현행법상 그 집행도 자유형의 집행에 준해서 이루어지는 점을 감안하면 이를 긍정하는 것이 타당하다. 따라서 입법론으로서 노역수형자에 대해서도 가석방을 허용하는 명문규정을 두어야 한다.³¹⁾

5. 교정시설의 적극적 관심

현재 구금시설은 과잉구금과 시설부족으로 일반수형자에 대해서도 적절한 처우를 실시하는데 어려움을 겪고 있다. 이런 현실에서 상대적으로 소

29) 일본 형법 제30조는 「구류에 처해진 자는 정상에 따라 언제든지 행정관청의 처분으로 임시 출장을 허용할 수 있다」고 규정하고 동조 2항에서 「벌금 또는 과료를 완납할 수 없기 때문에 유치된 자도 전향과 같다」고 규정함으로써 노역수형자에 대해 가출장(仮出場)이라는 명칭으로 가석방을 인정하고 있다.

30) 이기현·최병각, 앞의 연구보고서(주 4), 117면.

31) 한영수, 앞의 논문(주 24), 256면 이하; 강동범, “재산형의 문제와 개선방향: 벌금형을 중심으로”, 형사정책, 제5호, 1990, 93면 등 참조.

수에 불과한 노역수형자에 대한 관심은 자연 약해질 수밖에 없다. 그 결과 노역수형자들의 특성을 지나치게 일반화하여 50%정도로 추산되는 작업능력 있는 노역수형자들까지 방치하는 측면도 없지 않다. 이들에 대한 적극적인 관심이 필요하고 이러한 관심은 당장은 개별 교정시설보다 교정국 차원에서 통일적인 기준을 설정하여 일괄 시행할 필요가 있다. 노역장유치도 엄연한 형벌로 인식하고 그 집행에 있어서 엄정함을 유지해야 할 것이다.

특히 노역자들을 수용할 때 입소시 사정(특히 질병이나 부상 등)의 면밀한 진단 및 파악, 신입자의 관찰 등을 위한 독거실 운영, 연고지 및 가족, 친지, 주변환경 등에 대한 파악, 시설내 동정에 대한 관심 등 노역수형자에 대해 특별히 관심을 가져야 할 점이 많음에도 불구하고 이를 소홀히 함으로써 인해서 생기는 다양한 문제점과 갈등을 최소화해야 한다.

한편 현재 교정시설에서는 노역장유치로 인한 업무부담에 주된 관심을 기울이고, 나아가 이런 부담을 줄이기 위해 벌금미납액보다 수용에 따른 비용 나아가서 의료비용 등이 훨씬 많다는 점을 지적하는 경우가 있다. 그러나 이들이 출소하더라도 사회 자체가 그 비용이나 부담을 지게 된다는 점을 감안하면 단순히 비용평가의 측면만을 고려해서 노역장유치를 줄이려는 생각은 지양해야 한다. 오히려 국가의 사회보장 내지 사회복지 차원에서 교정기관이 그 일부를 감당한다는 적극적 자세가 필요하다.

IV. 마치는 말

벌금형은 신체의 자유를 제한하지 않고 형벌이 지향하는 응보와 예방의 효과를 거둘 수 있다는 점에서 순기능을 가지고 있지만, 현실적으로는 개

인의 경제적 능력에 따라 그 효과가 달라질 수 있고 그 집행에 있어서 효율성과 형평성이 담보되지 않으면 본래의 기능을 제대로 달성할 수 없다는 문제점을 안고 있기도 하다. 그러나 집행의 효율성과 형평성이 벌금미납자에 대한 노역장유치의 당위성으로 연결되어서는 안된다.³²⁾

특히 벌금미납자에 대한 노역장 유치는 벌금형 제도 본래의 장점인 비구금처분으로서의 기능을 상실시키고 제도 자체의 존재의의에 대해서까지 회의적인 태도를 가지게 할 수 있다. 따라서 벌금미납자에 대해서도 노역장 유치는 최후의 예외적 선택이 되어야만 한다. 이러한 노역장유치의 보충적 성격은 입법을 통해서라도 명시될 필요가 있다. 그리고 이를 뒷받침하기 위해 벌금의 분납 및 연납, 사회봉사명령³³⁾ 등 노역장유치의 대안을 충분히 검토해야 하며, 노역장에 유치된 경우라도 집행면제, 가석방 허용, 개방처우 등의 방법을 다양하게 모색해 나가야만 한다.

노역장유치는 무엇보다 독립한 유치시설을 설치하고 노역장유치가 가능한지에 대해 과학적 분류를 한 다음 유치기간에 따른 구분과 개별적 처우를 실시하는 것이 필요하다. 유치자의 특성을 고려하여 의료시설을 충분히 확보하고 작업 이외에 필요한 처우를 할 수 있는 시설도 확보해 나가야 할 것이다.

32) 노역장유치가 원칙적으로 벌금미납자에 대해 이를 대체하는 형벌로서의 성격을 가지지만(환형유치) 다른 한편으로는 노역장유치를 통해 미리 벌금납부를 강제하거나(형법 제69조 1항 단서) 벌금미납자에 대한 유치를 통해 사후에 벌금납부를 강제하는 기능도 가진다. 최병각, “노역장유치의 실제와 벌금양형”, 형사정책 제12권 제2호, 2000, 198면.

33) 사회봉사명령을 독자적 제재로 인정하지 않더라도, 벌금을 납입할 수 없는 경우를 벌금의 집행유예사유로 명시하고 집행을 유예 받은 자에 대해서 사회봉사명령을 부과하는 방안도 가능할 것이다.

Reality And Improvement of Treatment of Fine Default Prisoners

Shin, Yang-Kyun*

Fine penalty has its forte in achieving the penalty effect of retribution and prevention of penalty without restricting personal liberty. In reality its effects vary according to individual financial competence economic means of body, and it can't function properly, unless effectiveness and balance in its enforcement are guaranteed. Despite of such a premise its effectiveness and balance should not come to an end of emphasizing severe enforcement of confinement against fine default prisoners.

According to a report of National Human Rights Commission about actual condition of fine default prison, fine default prisoners were relatively under low living condition and bad health condition, two third among them were ex convicts and they have no sufficient contact with their family or acquaintance. And they have no work or simple and monotonous works in confinement facility. they are inmates out of consideration of correctional treatment in prison.

Confinement against fine default prisoner lead to deprive of original function of fine penalty as non custodial sanction and make some doubt

* Prof. Dr. Department of Law, Chonbuk University

of the meaning of existence of fine penalty. Confinement should be consequently ultima ratio of means resolving fine default and as its alternative should be considered installment or adjournment of fine, social service order and suspended sentencing etc. And as measurements during its enforcement discharge of confinement, conditional release and open treatment should be taken as possible.

For inmates under confinement against fine default should be provided independent facility, scientific classification and individual human treatment, especially in prison work and medical care.

주제어 : 노역수형자, 처우의 실태, 순수노역자, 과학적 분류, 의료처우, 작업, 유치시설

Keywords : fine default prisoner, reality of treatment, pure inmate by fine default, scientific classification, medical care, confinement facility(detention center)

전통 유교에서 형벌집행의 현대적 의미

진 희 권 *

국문요약

유교 형벌의 집대성은 당률이며 당률은 형법의 전형으로서 주위의 나라에 영향을 끼쳤다. 우리 역사 속에서도 그 영향은 고려부터 받았으며 조선에 와서는 대명률을 의용(依用)한다는 경국대전의 규정처럼 본격적으로 받아들였다.

인간은 개인적이고 독립적인 면이 있음과 동시에 타인과의 관계 속에 존재하는 면이 존재한다. 따라서 법은 개인의 권익을 세우는 동시에 다른 사람과의 인간관계를 정립시켜야 하는 것이다. 그러한 인간관계의 기초에 바로 가족관계가 있다. 오늘날 범죄의 증가가 가족의 해체와 무관하지 않다고 한다. 이것은 곧 형법의 지향점이 개인의 권익보호를 넘어서 그러한 개인을 탄생시키고 사회화시키는 가정의 보호에 관심을 가져야 한다는 것이다.

다른 한 가지는 형벌은 인간에 대한 믿음을 바탕으로 다시 해석되고 만들어야 한다는 것이다. 지금의 교도소 중심의 행형은 재범률을 낮추는데 별 영향을 끼치지 못하고 있는 것도 사실이다. 따라서 사회 내 처우가 화두로 대두되고 있는 실정이다. 범죄행위에 대한 처벌도 중요하지만, 미래를 위해서는 범죄자들이 자신의 일을 가지고 살아갈 수 있도록 사회적응훈련을 일찍 시켜야 한다. 이러한 적극적인 형벌집행이 이루어질 때에 범죄자의 사회화는 좀 더 앞당겨질 것이며 범죄로부터 일반인도 좀더 자유로울 수 있을 것으로 본다.

※ 이 논문은 경기대학교 교내학술지원(2005년도 일반과제)에 의하여 연구되었음.

* 경기대학교 법과대학 조교수.

I. 들어가면서

우리나라의 법계를 말하면 대륙법계 중에서도 독일법계라고 할 수 있다. 일본에 의하여 일제강점기에 독일법을 바탕으로 한 법제도가 받아들여졌으며 해방 후에도 계속하여 유지되었다. 이러하기 때문에 우리의 법제사는 일제강점기를 기준으로 하여 전통법제와 근대적인 서양법으로 이분되어 있다. 그리고 이 두 법계간의 연결점도 일부의 법조항에서만 찾아볼 수 있을 뿐이며 전체적인 틀에서 살펴보면 완전히 상이한 법계라고 할 수 있다.

이렇게 대륙법을 계수하여 적용시켜 온지 100여년이란 시간이 흐른 이 시점에서 전통법제 특히 유교법제를 살펴본다는 것은 단순한 법제사적인 측면에서의 의미만을 찾을 수 있을 것이라 판단할 수 있다. 사실 현대적인 형벌제도의 관점에서 바라본다면 전통법에서의 형벌제도는 전근대적이라는 평가를 받는 것도 사실이다.

하지만 그러한 평가를 내리고 그냥 덮어두기에는 우리의 역사에서 나무나 많은 시간을 같이해왔다는 사실이 존재한다. 그리고 법이 문화라고 할 때에 우리의 역사 속에서 개인 간의 갈등을 해결하고 나라의 질서를 해결하였던 법제도를 소홀히 할 수는 없는 일이다.

또한 현대의 우리의 법제도가 완성된 제도라기보다는 바람직한 방향으로 끊임없이 개선되고 사회의 변화에 맞추어 나가야한다면 기존에 존재하고 있고 또는 존재했던 모든 제도들이 바로 출발점이 된다는 것이다.

형벌 제도에 있어서도 근대에 많은 변화를 가져왔다고 할 수 있다. 형벌의 관점도 범죄자의 행위에 대한 응보에서 행위자에 대한 교화·개선으로 바뀌었으며, 주된 형벌도 사형이나 부정기형에서 자유형 또는 벌금으로 변화하고 있다. 그리고 그간 형사제도에서 단지 범죄의 증거로만 존재하던

피해자에 대한 관심의 증가로 피해자학이 생긴 것도 그러한 변화의 모습이라 할 수 있을 것이다.

이러한 변화 속에서 전통 유교의 형벌제도를 살펴본다는 것은 또한 다른 의미를 줄 수 있다고 하겠다. 근대 서구의 법이 보호하고자하는 것이 개인이 가지는 인간가치라고 한다면 유교법에서 보호되는 법익은 가족이며 인간관계이라고 할 수 있다. 서구의 법이 개인의 권익을 보호하는데 커다란 영향을 주었다면 유교법은 인간 관계의 회복에 관심을 두고 있다고 할 수 있다. 따라서 오늘날 형벌제도가 가고자하는 방향에 유교적 전통법제는 시사하는 바가 있을 것이다.

따라서 여기서는 그 분야를 축소해서 형벌제도와 그 집행과 관련하여 살펴보려고 한다.

II. 유교국가의 형벌제도

1. 유가의 형벌관

가. 교화주의

법보다는 도덕을 우위에 놓는 유가의 입장은 형벌관에 있어서 응보보다는 교화를 중시하며 이것은 다시 덕치, 예치로 연결된다. 덕치란 지도자의 도덕적 감화력에 의해 백성을 교화시켜 범죄나 분쟁이 없는 사회를 만들려는 통치방법이며, 예치는 예로써 백성을 교화하고 법의 정당성의 근거를 예에서 찾고자 하는 것이라 할 수 있다. 백성을 다스리는데 국가권력에 의

한 강제나 형률의 위협을 통해서 다스리면 백성은 탈법을 저지르고 위법한 행위를 하더라도 거기에 대한 죄책감커녕 오히려 자랑스럽게 여길 것이다. 하지만 국가가 먼저 모범을 보이고 무엇이 옳고 그른 것이고 어떻게 처신해야 할 것인가를 먼저 교육한다면 바르지 못한 일을 행할 때에는 부끄러운 마음이 생겨나게 되어 질서는 자연스럽게 세워진다는 것이다.²⁾

따라서 국가가 형벌권을 발동하는데 있어서도 국민에 대한 교화가 선행되지 않고서 법에 의하여 금지하는 행위를 했다고 무조건 형벌에 처하는 것은, 마치 영문도 모르는 동물을 일정한 방향으로 내모는 것과 같은 것이기 때문에 비록 국가가 법대로 시행하였다고 할지라도 정당성은 결여되는 것이다.³⁾

유가정치가 추구하고자 하는 사회질서는 이와 같이 국가의 강제력으로 질서가 바로 잡히는 그러한 것이 아니라, 모든 구성원들이 자발적으로 참여하는 그러한 질서인 것이다.⁴⁾ 그러므로 국가권력에 의한 강제는 국민들을 교육시킨 연후에 투입되어야 하는 것이다.⁵⁾

그러나 유가의 형벌관이 도덕적 교화를 중시한다고 해서 범죄에 대응하는데 형벌이 필요 없다는 형벌배제주의는 아니다. 유가는 우선 범죄와 형벌이 서로 적당하게 부합될 것을 주장한다.⁶⁾ 따라서 중형주의에 입각한

2) 『論語』, 「爲政」; 道之以政 齊之以刑 民免而無恥 道之以德 齊之以禮 有恥且格.

3) 『論語』, 「堯曰」; 不教而殺謂之虐.

4) 『孟子』, 「盡心 上」; 善政不如善教之得民也 善政民畏之 善教民愛之 善政得民財 善教得民心.

5) 형벌은 교육을 통하여 예가 사회의 기본질서로서 자리를 잡고 있는 곳에서 비로소 알맞게 시행될 수 있다고 한다. 『論語』, 「子路」; 禮樂不興則刑罰不中. 『荀子』, 「性惡」; 聖人化性而起偽 偽起而生禮義 禮義生而制法度. 같은 책, 「致仕」; 臨事接民 而以義變應 寬裕而多容 恭敬以先之 政之始也 然後中和察斷 以輔之 政之隆也 然後進退誅賞之 政之終也 故一年與之始 三年與之縱 用其終爲始 則政令不行 而上下怨疾 亂所以自作也 書曰 義刑義殺 勿庸以卽 汝惟曰未有順事 言先教地.

6) 『論語』, 「子路」; 刑罰不中則民無所措手足. 『禮記』, 「雜記」; 子曰,,,張而不弛, 文武不能

공포정치를 비판하고 있다.⁷⁾

형벌의 목적도 형벌은 단순히 잘못을 벌하는 것이 아니라 속죄하는데 있으며 나아가 범죄를 없애는 데 있는 것으로 파악하고 있다.⁸⁾

나. 예의 최소한으로서 형벌

유교에서의 예는 단순한 형식이 아니라 실질이다. 예는 인간관계를 면밀히 관찰하여 각자에게 최적의 대우와 의무를 부과하고자 하는 것이다. 그러므로 예는 인간의 본성을 조절하는 것이지 억제하는 것이 아니다. 그래서 예를 기른다는 표현을 쓰는 것이다. 인간의 본성인 생래적인 욕망을 조절하기 위해서 유가에서는 누구에게나 동일하게 분배되는 것을 부정한다. 신분의 귀천, 연령의 장유, 경제의 빈부 등에 따라 구별하여 분배의 양을 정하고 있다.⁹⁾ 이러한 분배는 단지 경제적인 물자에 한하는 것이 아니

也, 弛而不張, 文武不爲也, 一張一弛, 文武之度也. 孟子도 ‘지도자의 착함만으로는 정치가 되지 않고 법만으로도 나라가 절로 움직이지 않는다’(『孟子』, 「離婁上」; 徒善不能以爲政 徒法不能以自行)고 하여 君王의 무조건적인 仁政과 무조건적인 法治는 나라를 혼란에 빠지게 한다고 경고하고 있다.

- 7) 공자는 정치하는 법을 묻는 계강자에게 ‘어찌 사형만을 일삼는 공포정치를 하려 하는가’라고 하여 엄벌주의를 비판하고 있다. 『論語』, 「顏淵」; 子爲政 焉用殺. 성인으로 알려진 순임금 당시의 형벌은 사형과 신체형으로 이루어져 있었다. 그러나 이와 같은 형벌은 한 번의 범죄만으로도 생명을 앗아가거나 영원한 불구자나 낙인을 가지고 살아가게 만든다. 그러므로 그와 같은 폐해를 줄이고자 정하여진 형에 의하여 처벌되기 보다는 가벼운 제재인 유형으로 대신하였다는 것이다. 그리고 관료들이 직무를 태만히 한 경우에는 채찍을 쓰고 백성들이 잘못을 하는 경우에 교화형으로 종아리를 쳐서 자신의 잘못을 깨닫게 하거나 속죄금을 내게 하였다는 것이다. 그리고 자기의 직무를 완수하고자 하였으나 천재지변 등의 사정으로 인하여 그 일을 이루지 못했을 경우에는 그 죄를 사면하여 주었다. 그러나 죄를 짓고도 반성하는 기미가 없는 경우에는 엄중히 처벌하였다는 것이다. 『書經』, 「舜典」; 象以典刑 流宥五刑 鞭作官刑 扑作教刑 金作贖刑 眚災肆赦 怙終賊刑 欽哉欽哉 惟刑之恤哉.

- 8) 『書經』, 「大禹謨」; 惟茲臣庶 罔或干予正 汝作士 明于五刑 以弼五教 期于予治 刑期于無刑 民協于中 時乃功 懋哉.

라, 사회 전반적인 질서의 내용을 이루는 것이다. 이것이 바로 예의 내용인 것이다.

유가의 기본적인 질서는 가족윤리에서 출발을 한다. 이러한 가족윤리가 확장되어 사회도덕을 이루고, 나아가 국가윤리가 형성되는 것이다. 여기서 유교형법의 목적은 일차적으로 이러한 윤리를 보호하는데 있으므로 법은 항상 예에 의하여 정당화되고, 예에 반할 때에는 법은 그 효력을 상실하게 되는 것이다.¹⁰⁾

따라서 유교국가에 있어서 형벌은 단순히 금지규정을 어겼다고 하여 가해지는 제재가 아니라, 국가의 근본질서인 예를 해치는 그러한 행위에 대하여 가해지는 국가강제인 것이다. 따라서 유교국가에서의 형법은 예의 최소한이라 할 수 있다.¹¹⁾

9) 이러한 분배의 이면에는 배당받는 자의 사회적 책임을 항상 요구하고 있다. 즉, 권리는 항상 의무를 수반하고 있는 것이다. 그래서 분배의 양의 차이는 사회적 공헌도에 따라 정해지도록 하고 있다.

10) 공자가 노나라에서 법을 집행하는 사구의 직에 있을 때의 일이다. 전쟁터에서 세 번이나 탈영한 군사에게 그 이유를 물으니, 그 군사의 변명이 자기 이외에는 늙으신 아버지를 봉양할 가족이 없기 때문에 전쟁터에서 죽을 수 없어서 도망을 쳤다는 것이었다. 공자는 이 말을 듣고는 그를 벌하지 않고 오히려 효자라고 하여 그의 덕을 높이 사서 관료에 등용하였다. 법가인 한비자의 관점에서는 이러한 행위는 오히려 국가에 해악을 끼치는 행위이기 때문에 법을 엄격히 적용하여 형벌에 처해야 하는 것이다. 『韓非子』, 「五蠹」; 魯人從君戰 三戰三北 仲尼問其故 對曰 吾有老父 身死莫之養也 仲尼以爲孝 舉而上之 以是觀之 夫父之孝子 君之背臣也...仲尼賞而魯民易降北 上下之利 若是其異也 而人主兼舉匹夫之行 而求致社稷之福.

11) 위급한 상황에 예를 지킨다는 것은 그것은 사회통념상 동물보다도 못한 행위일 수도 있는 것이다. 이때 예에 어긋나지만 인간으로서 정도에 맞는 행위를 맹자는 <권權>이라는 단어로 표현하고 있다. 권은 그 어원이 저울에서 나온 말이다. 예도 그 상황이나 사정에 따라 조정될 수밖에 없다는 것이다. 그리고 그 조정은 인간의 정도를 향하고 있어야 하는 것이다. 결국 예는 인간이 해야 할 바른 길, 마땅히 해야 할 바에 의하여 위기 상황에서는 수정될 수밖에 없다. 사실 예는 공자에게 있어서도 영구불변적인 것으로 표현되지 않고 있다. 그 시대상황과 조건에 따라 변해야 하는 것으로 보고 있다. 유교의 형벌사상에 대하여 자세한 것은 ‘진회권(2006), 『조선 초기의 형법과 형벌관에 대한 연구』, 『교정의 이념과 현상』 (조당김화수교수정년퇴임기념논문집), 서울:법경사’ 을 참조.

2. 유교국가에서의 형벌의 역사적 전개 -중국을 중심으로

중국에서의 형벌의 역사는 하나라 이전인 순임금의 기사에 등장한다.¹²⁾ 그러나 하나라의 존재여부도 지금에야 확정하고 있는 바, 그 보다 이전인 순임금 시대는 역사이전인 전설상의 시대라고 할 수 있을 것이다. 당률에 의하면 신체형인 육형(肉刑)이 삼왕(三王)때 시작하였다고 하여 하·은·주를 건국한 왕의 시기에 있었다고 기록하고 있다. 이때의 신체형은 묵(墨)형, 의(劓)형, 비(劓)형, 궁(宮)형, 대벽(大辟) 등 오형(五刑)으로 이루어졌다고 한다.¹³⁾ 이러한 형벌에 의해서 처벌되는 범조문이 하나라 때에 3,000조이며, 주나라에 와서 주례(周禮)에 2,500조에서 3,000조로 변화한다.¹⁴⁾

중국의 전통 형벌로 알려진 태형(笞刑)과 장형(杖刑)은 주나라 때까지는 형벌의 범주에 속하지 않고 오늘날 민사벌이나 행정벌 정도의 수준으로 보인다. 『서경(書經)』의 「순전(舜典)」에 의하면 매를 치는 것은 학생에 대한 교육형으로 삼았으며, 채찍을 관리의 과실에 대한 벌로 삼았다고 기록이 되고 있다. 이것이 각각 태형과 장형의 기원이라 할 수 있다.

이러한 장형이 정식의 형벌로 된 것은 한(漢)나라에 와서다. 한 문제 13년(기원전 167)에 와서 묵형에 해당하는 범죄자는 머리를 깎고 목에 사슬을 채워서 남자는 성을 쌓게 하고 여자는 방아를 찧게 하였다.¹⁵⁾ 그리고

12) 오늘날 중국은 단대공정을 통하여 그동안 전설상의 국가로 알려진 하(夏)나라를 사실화하였다. 그래서 그 시작을 기원전2070년으로 잡았고 우리에게 갑골문자로 알려진 상(商)나라(혹 은나라)의 시작은 기원전 1600년으로 그리고 주나라는 기원전 1046년으로 확정하였다.

13) 각각의 형벌 유형을 살펴보면 이마에 먹물을 새기는 형, 코를 베는 형벌, 발목을 절단하는 형벌, 거세하는 형벌, 사형(死刑)이다.

14) 당률소의에 의하면 주례에 각각의 형벌마다 500조를 두어 2500조였으며, 주의 목왕 때에 개정하여 각각 묵형의 조항이 1000, 의형의 조항이 1000, 비형이 500, 궁형이 300, 대벽이200조가 되어 모두 3000조로 되었다고 한다. 비록 형벌의 수는 증가하였지만 완화되었다고 평가할만하다.

코를 베는 형에 해당하는 경우에 태형300에 처한 후 성을 썩게 하거나 방아를 찧는 노역형을 부가하였으며 왼쪽 발목 절단형을 태형500에 처한 후 노역형을 부가 하였다. 그러나 오른쪽 발목 절단형은 가중되어 사형에 처하였다. 그 후 한나라에서는 두 차례 형벌제도를 개혁하여 태형을 최고 200대로 경감했으며 사형 이외에 육형을 폐지하였다. 그리고 태형의 집행자를 중도에 바꾸지 못하게 하여 태형 집행 중에 사망하는 일이 없게 하였다.¹⁶⁾ 물론 후대에 목형이 완전히 없어진 것은 아니지만 형벌사에서 보면 사형을 제외한 신체절단형이 한대(漢代)에 와서 공식적으로는 폐지된 것으로 보인다.

특히 한나라는 진나라의 멸망을 거울삼아서 법가의 중형(重刑)주의를 지양하고 유교적인 인(仁)과 덕(德)으로 보완하려고 하였다. 그 중심에 한의 유학자인 동중서(董仲舒 BC 170?~BC 120?)가 있다.¹⁷⁾ 형벌의 집행은 위에서 보듯이 한나라 이후 커다란 변화를 보이게 된다. 이러한 변화의 이유의 중심에는 신체절단형의 처벌은 신체를 본래대로 돌릴 수 없으며 허물을 고치고 스스로 새로워질 수 없다는 의미에서 유교의 형벌관에 배치된다는 보았기 때문이었다.¹⁸⁾

위, 진 남북조시대¹⁹⁾에는 춘추전국 때와 유사하게 역동적인 시기로 법의 발달도 많이 보이게 된다.

위나라에서는 육형의 부활이 논의되었지만 중단되고 사형과 노역 형이 주된 형벌이었다. 진나라(256년 건국)에 와서는 사형으로 효수(梟首), 참수

15) 시마다 마사오 (2000), 『아시아법사』, 임대희외 역, 서울:서경출판사, 90-91면.

16) 장국화 (2003), 『중국법률사상사』, 임대희외 역, 서울:아카넷, 258-259면. 김택민 (2002), 『중국고대형법』, 서울:아카넷, 86면.

17) 동중서의 유교적 형벌주의에 대한 자세한 내용은 앞의 책, 271-278면 참조.

18) 시마다 마사오, 앞의 책, 91면.

19) 후한(後漢)이 멸망하여 위나라의 건국(220년)으로부터 589년 수나라의 중국통일까지의 약 370년간을 위진 남북조라고 한다.

(斬首), 기시(棄市)가 있었으며 머리를 깎이고 목에 사슬을 채우는 형은 5년, 4년, 3년, 2년의 형에 태형 20대를 부가하였다. 그리고 이러한 형벌에 대한 속죄금형이 존재하였다.

북조의 형벌체제에서 유형(流刑)이 공식적인 형벌로 등장한다.

북제(北齊 550~577)의 형벌등급은 사형 유형 내(耐)형 편(鞭)형 장형의 다섯 가지가 되었다. 사형의 종류로는 환(轘)형²⁰⁾, 효수형, 참수형, 교수형의 4등급이며, 유형은 채찍이나 태형으로 100대를 치고 머리를 깎아 변방에 보내고 기한을 6년으로 하였다. 내형을 5년에서 1년의 기간으로 각각 채찍 100대를 치거나 태형 80대에서 20대씩 차감하여 족쇄를 채워서 공부(工部)에서 노역을 시켰다. 편형은 100, 80, 60, 50, 40대로 5등급이었으며, 장형은 30, 20, 10대의 3등급이었다. 그리고 모든 범죄에 대한 속죄금으로 비단을 내게 하였으며, 유교적 범죄의 전형인 십악(十惡)을 이 시기에 제정하였다.²¹⁾

북주(北周 557~581)에 와서 형의 등급은 사형, 유형, 도형, 편형, 장형의 5 가지 형벌이 각각 5등급의 형을 두어 모두 25등급의 형이 만들어졌다. 사형은 경(磔)형²²⁾, 교수형, 참수형, 효수형, 거열형이며, 유형은 500리 단위로 2,500리에서 4,500리에 편형100대와 태형을 차등-60대에서 100대-하여 부과하였다. 도형은 1년에서 5년까지이며 편형과 태형을 차등 부과하였고, 편형은 60대에서 100대, 장형은 10대에서 50대를 부과하였다. 그리고 사형과 유형에 해당하는 죄수는 칼을 씌우고 수갑을 채웠으며, 도형에 해

20) 거열(車裂)형이라고도 한다. 사지를 각각 마차에 묶어서 잡아당기는 형벌이다.

21) 십악은 유교국가에서 예의 근본을 흔드는 범죄로 사면이 되지 않는 10가지의 범죄를 말한다. 국가 내지는 왕실에 대한 범죄뿐만 아니라 가정윤리에서의 근본적인 기틀을 흔들 수 있는 불효 등도 여기에 속한다. 자세한 것은 ‘진희건(2002), 「십악을 통해서 본 유교적 형벌관」, 법철학연구(제5권 제1호), 한국법철학회’ 참조.

22) 비공개 교수형을 말한다.

당하는 자는 칼을 씌우고, 편형의 죄수는 차꼬를 채웠으며, 장형에 해당하는 죄수는 형구를 채우지 않았다.²³⁾ 이러한 북조의 형벌체제를 기반으로 하여 유교의 전형적인 오형(五刑)제도의 기틀을 잡게 되었다.

북조의 왕을 폐위한 양견(楊堅)은 수(隋 581~618)를 개국하였다. 그는 법제도 시대에 따라서 변해야 한다는 생각을 기반으로 하여 가벼운 형벌로 중형을 대신하고 사형을 생형(生刑)으로 바꾸고자 개황률(開皇律)을 만들었다. 그는 치국의 근본적인 방법은 백성에게 안정을 주고 교화에 따르게 하여, 덕으로 형을 대신한다는 생각 하에 잔혹한 형벌을 폐지하였다. 따라서 개황률은 이전의 형벌이 가지고 있는 야만성이 많이 극복되고, 관대해졌다는 평을 받는다.

수의 형벌제도는 북조의 오형제도를 이어받았으나, 사형에는 참수형과 교수형만 두고 그 밖의 사형의 등급은 잔혹하다고 하여 없었다. 그리고 편형도 혹독한 형벌이라고 여겨 폐지하였다. 그래서 사형, 유형, 도형, 장형, 태형의 전형적인 오형제도가 마련되었다. 수문제인 양견은 개황률을 제정한 후에도 법률이 지나치게 엄밀하면 많은 사람이 범죄인이 된다는 생각 하에서 법망을 간단·명료하게 하고 성기게 하되 빠뜨리지 않게 법을 수정하였다. 그래서 사형죄 81조, 유형죄 184조, 도형과 장형 등 1,000여개 조문을 폐지하여 500개의 조항을 유지하였다.²⁴⁾

수문제는 법을 적용하고 집행하는데도 공정하고 신중하게 하였다. 억울함이 있으나 현(縣)에서 처리 못하면 군(郡)과 주(州)로 이송하고, 거기서 만족하지 못하면 성으로 이송하고, 성에서도 만족 못하면 궐문에서 상소하게 하였으며, 거기서도 만족 못하면 등문고를 두드려 직접 왕에게 상주(上

23) 김택민, 앞의 책, 87-90면.

24) 群衆出版社編輯部(1984), 『隋書 刑法』, 『歷代刑法志』, 中國: 群衆出版社, 239-240면. 장국화, 앞의 책, 382-385면.

奏)할 수 있게 하였다. 그리고 사형판결은 왕에게 직접 보고하게 3번 상주한 후에 판결을 내렸다.²⁵⁾

뒤를 이은 수양제의 폭정으로 수는 멸망하고 이세민(李世民)에 의하여 당이 개국(626년) 되었다. 그는 순자(荀子)가²⁶⁾ 말했던 ‘배는 군주에 비교할 수 있고, 물은 서민에 비유할 수 있다. 물은 배를 떠울 수 있으나, 또한 배를 전복시킬 수 있다’라는 말을 인용하여 백성들과의 관계를 원활히 맺고자 하였다.²⁷⁾ 그는 초기에 수나라의 형벌제도를 많이 경감하여 형률<武德律>을 제정하였으나, 그것도 무겁다고 생각하여 수의 형률(개황률)에 비하여 사형죄 92조문을 감경하고 유형 71개 조문을 도형으로 감경하였다 <貞觀律>. 거기다 더하여 사형에 해당하는 조문을 오른쪽 발목을 절단하는 형으로 바꾸었으며, 그 이후에 발목을 절단하는 형벌을 모두 유형 3,000리 형으로 바꾸어서 종전에 비하여 사형규정을 반으로 감소시켰다.²⁸⁾

사형을 결정하는데도 신중히 하여 중서성과 문하성의 5품 이상의 관료와 상서에서 논의하게 하였다. 또한 사형집행은 다시 그 생명을 회복할 수 없다고 하여 왕에게 3번을 상주하는 것은 하루에 가능하기 때문에 충분히 고려할 수 없기 때문에 사형집행 2일전과 하루 전 그리고 집행일에 걸쳐서 5번 상주하게 하였다.²⁹⁾ 이러한 신중한 사형집행은 기록에 의하면 정관 4년(631년)에 사형으로 판결된 자가 29명에 이르렀지만 거의 형벌을 집행하지 않았다고 한다.³⁰⁾

25) 장국화, 앞의 책, 389면.

26) 순자는 전국시대의 인물로 한비자와 이사라는 제자 때문에 유교에서는 이단자로 주희에 의하여 평가되었다. 그러나 그의 사상은 공자의 사상 중 치국의 방법을 편 것으로 맹자가 주로 심신을 수양하는 면에 치중한 것과 비교할 수 있을 것이다.

27) 『貞觀政要』, 「論教戒太子諸王」, 재인용, 장국화, 앞의 책, 395면.

28) 群衆出版社編輯部, 앞의 책, 286-287면.

29) 앞의 책, 289-290면.

30) 장국화, 앞의 책 406면.

정관 11년에 제정한 정관률은 당 고종이 즉위 후 수정하게 되는데 이듬해에 완성하였다. 개정된 형률의 특징은 조문과 더불어 쉽게 풀어쓴 소(疏)를 첨가하였던 것이다. 그것이 바로 『唐律疏義』이다. 이는 법의 올바른 시행을 위하여 편찬한 것으로 이후 중국의 역대 왕조와 주변국가의 입법에 커다란 영향을 끼쳤다.³¹⁾

Ⅲ. 유교형벌제도의 전형과 집행³²⁾

1. 오형제도

『당률소의』의 첫 편은 명례(名例)이다. 명례편은 우리의 형법체계와 비교해 본다면 총론편에 해당하는 것으로 형벌의 종류와 적용방법 등을 규정하고 있다. 명례는 처음에 소(疏)를 두어서 형벌을 제정하는 의미와 간략한 형벌사를 소개하여 형벌을 적용하는데 있어서 객관성을 담보하고자 하였다. 그러한 소를 통하여 덕(德)과 예(禮)가 국가를 다스리는데 근본이고 형벌은 단지 수단에 불과함을 밝히고 있다.³³⁾ 그리고 제1조에서 제5조까지 다섯 가지의 형벌을 규정하고 있다.³⁴⁾

31) 당률소의는 그 이후 당 현종 대에 713년에서 737년에 걸쳐서 세 번의 개정을 한다. 하지만 그 형식이나 내용이 크게 달라진 것은 없이 오류를 바로 잡고 더욱 체계화하는 정도라고 한다(김택민 외(1994), 「당률소의 해제」, 『당률소의(명례편)』, 서울 : 한국법제연구원, 18-19면).

32) 구체적인 유교적 형벌규정과 관련하여서는 ‘진희권(2006), 「당률에 있어서 주요 유교적 형벌규정」, 『범죄와 사회』 (남상철교수정년기념논문집), 서울 법문사’를 참조.

33) 『당률소의』, 「名例; 德禮爲政教之本 刑罰爲政教之用」.

34) 오형제도는 『당률소의』의 규정을 중심으로 서술한다.

가. 제1조 태형(笞刑)

태형은 매로 허벅지나 둔부를 때리는 형벌로 가장 가벼운 형벌이다. 다섯 등급을 두어서 10대에서 50대까지 5등급이 있다. 태형은 회초리를 치는 것으로 부끄러움을 가르치기 위한 것이다. 자그마한 허물이 있더라도 법에 의하여 벌을 줌으로써 수치심을 가지게 하기 위한 것이다.³⁵⁾

이러한 태형은 앞에서 보았듯이 훈계용으로 사용하던 것이 한나라에 와서 신체절단형을 대체하는 정식적인 형벌의 형태로 만들어졌다. 그리고 당나라에 와서는 때리는 수도 점점 줄어 1/10수준으로 감경하게 되었다. 이러한 태형의 감경의 과정을 두고 형벌을 시행하되 형벌이 남아있게 하지 않기 위한 애민(愛民)의 발로라고 보고 있다. 즉 다시 말하여 신체 절단형은 형벌의 집행 후 불구가 되기 때문에 평생 범죄자로서 낙인을 가지고 살아야하지만 태형의 집행은 잘못에 대한 경계는 있되 그 집행의 흔적을 남기지 않음으로서 낙인이 찍히지 않는다는 의미가 있다고 할 수 있다.

형벌이라는 것은 한번 집행되면 다시 돌이킬 수 없는 것이니 집행하는 자는 최선을 다하라는 주의를 이 조문에서 당부하고 있는 것도 우리에게 시사하는 바가 크다고 하겠다.

나. 제2조 장형(杖刑)

장형은 60대에서 100대까지 5등급이 있다. 예로부터 가벼운 형벌이나

35) 매의 길이는 약 105cm이고 두께는 손잡이 부분이 약 6mm 끝부분이 4.5mm정도이다. 대명률에 의하면 두께만 약간 굵어져 손잡이 부분이 8mm이며 끝부분이 5mm 정도가 된다. 이것은 당률에 의하면 장형을 집행하는 매의 굵기와 동일하다. 마디나 웅이 등은 깎아버리고 규정에 따른 검사를 받도록 하고 있고 거기다가 다른 이물질들을 덧붙이지 못하도록 하였다. 태형의 집행은 죄수를 형틀에 묶어 하의를 내리고 집행하는데 부녀자의 경우에는 간음범죄를 제외하고는 옷을 벗기지 않고 집행하였다.

관의 과실에 대하여 채찍을 사용하였는데 수나라에 와서 채찍을 매로 바꾸었다.³⁶⁾

한나라 때에 태형을 받다가 사망하는 경우가 있어서 최고 500대의 태형을 두 차례 감경하여 200대로 개정하였다. 그러한 입법취지를 이어받아서 태형과 장형은 누계하여 합산하더라도 200대를 넘지 못하도록 하였다.

다. 제3조 도형(徒刑)

도형은 노역형으로 일정 기간 동안 노비의 신분으로 부끄러움을 갖게 하며 노역을 부과하는 것이다. 1년에서 3년까지 6개월 단위로 다섯 등급으로 되어있다. 감형과 가중이 있어서 반년의 도형을 부과할 수 있으며, 가중하는 경우에는 4년을 초과할 수 없다.³⁷⁾

도형은 오늘날의 징역형에 해당하는 것으로 도형 기간 동안 관아에 구금하여 두고 일정한 노역에 종사시키는 자유형의 일종이다.

라. 유형(流刑)

유형은 신체형에 대한 관용으로서 행해지는 것으로 2,000리, 2,500리, 3,000리의 3등급으로 구성된다. 이 거리는 왕이 있는 수도를 기준으로 산정한 것이다. 당률소의회는 이 형벌은 차마 사형을 집행하지 못하여 먼 곳에 유배를 보내는 것이라고 표현하고 있다. 이러한 유형은 각각 1년 동안 노역을 부과하고 있다.

36) 장의 두께는 손잡이 부분이 8mm이고 끝부분이 5mm로 태에 비하여 조금 굵다. 마찬가지로 대명률에 의하면 9mm와 6mm로 조금 굵어진다.

37) 김택민, 앞의 책, 97면.

마. 사형(死刑)

오형 중 가장 무거운 형벌로 교수형과 참수형 두 등급이 있다.

다른 형벌은 3등급과 5등급을 두고 있는데 사형은 2등급을 두고 있다. 숫자가 홀수인 경우는 양(陽)의 수, 짝수는 음(陰)의 수이다. 이는 사형 외 형벌은 양의 기운으로 기르고 북돋아서 사회에 다시 환원시킨다는 의미를 가지고 있으며, 사형의 경우는 영혼과 육체를 분리하여 죽인다는 뜻이다.

참수형은 중국의 신화의 인물인 황제(黃帝)를 기원으로 두고 있으며,³⁸⁾ 교수형은 주(周)나라 때에 귀족을 예우하여 비공개적으로 교수형을 시킨 것을 기원으로 삼고 있다.

2. 오형의 집행

당률에서 정형화된 다섯 가지 형벌의 집행은 구체적이고 명료하도록 규정하고 있다. 그 모든 내용을 살펴보기란 논문의 분량으로서는 가능하지 않기 때문에 논문의 취지와 관련하여 몇 가지만 살펴보고자 한다.

가. 대체벌금형 - 속전(贖銅)

위와 같은 오형의 형벌에는 그 등급에 따라 속전을 규정하고 있다. 당률에 의하면 범죄가 적발되어 혐의가 있지만 확증이 없는 경우에는 법에 정한 형벌로 처벌하지 못하고 대신 그에 해당하는 재물을 피고인에게 내게 하고 있다.

38) 황제와 치우의 타락대전에서 최후의 승자인 황제는 치우를 참한다는 신화속의 이야기가 전해진다. 이러한 신화 속의 상황을 참수형의 기원으로 삼고 있다.

태형과 장형은 형벌의 속성상 유사하기 때문에 태형 10대에 구리 1근에서 장형 100대에 구리 10근까지, 등급별로 1근씩을 증액하였다. 그리고 도형은 장형과는 다른 형벌이며 더 중한 형벌이기 때문에 도형 1년은 구리 20근에서 시작하여 10근씩 증가하여 도형 3년의 경우 60근에 이르도록 하고 있다. 유형은 각각 80근, 90근, 100근이며, 사형은 동일하게 120근으로 정해 놓았다.

이와 같은 속죄금은 혐의가 의심되어서 부과할 뿐만 아니라,³⁹⁾ 과실로 사람을 살해 또는 상해를 입힌 경우도 형벌에 대응하는 속죄금을 내게 하여 피해자에게 주어졌다.⁴⁰⁾ 또한 노인과 아이의 범죄 그리고 장애자의 범죄행위에 대하여 대체형으로 부가하였다.⁴¹⁾ 그리고 신분적 특권이 부여된 자에 대하여 형벌대신 부과하였다.⁴²⁾

나. 장형의 집행

장형 집행은 유사한 것으로 등, 둔부, 허벅지 등에 균분하여 집행하도록 하고 있다. 차이점이라고 한다면 태형의 죄를 지은 경우는 구금할 수 없으나 장형 이상의 범죄의 혐의가 있는 경우 구금할 수 있다. 그리고 태형은 허벅지와 둔부에 균분하여 집행하도록 하고 있다.

행을 집행하는데 있어서 남형으로 인한 사망하는 경우가 많았기에 이를 방지하기 위하여 장의 규격과 집행방법을 엄격히 법제화하였다. 집행관리

39) 『당률소의』, 「斷獄」, 疑罪.

40) 『당률소의』, 「鬪訟」, 過失殺傷人.

41) 『당률소의』, 「名例」, 犯時未老疾. 여기에 해당하는 경우는 연령이 70세 이상, 15세 이하의 자와 장애자 인데, 이 경우에 재물이 없는 경우는 그냥 방면하도록 하고 있다(당률소의』, 「名例」, 官戶部曲官私奴婢有犯).

42) 『당률소의』, 「名例」, 應議請減.

가 법대로 집행하지 않은 경우 태형 30대에 처하고, 그 결과 죄수가 죽은 경우는 도형 1년에 처하게 하였다.⁴³⁾

장형은 최고 100대이지만,⁴⁴⁾ 유형이나 사형에 해당하는 죄를 대체하는 경우 100대를 초과하는 경우가 있다.⁴⁵⁾ 이때에 200대를 초과할 수 없도록 규정하고 있다.⁴⁶⁾

여죄가 밝혀져 병과할 때에도 장형과 태형을 부과할 수 있지만 200대를 초과할 수 없도록 하였으며⁴⁷⁾ 죄수를 고문할 때에도 200대를 초과할 수 없게 하였다.⁴⁸⁾

장형은 그 이상의 범죄대체형으로 활용하고 있다. 당률에 의하면 형벌에 의하여 한 집안 내에 경제적 활동을 할 수 있는 사람이 없으면, 즉 21세에서 59세에 해당하는 사람이 가내에 남아있지 않으면 형을 감면하도록 하고 있다. 남은 형기가 짧은 자, 존장, 여성의 순서로 해당자가 1-3인까지는 1인을, 4인이면 2인을 장형으로 대체하여 가족이 생계를 맡게 하고 있다.⁴⁹⁾

다. 기타 형의 집행

유형은 수도를 기점으로 하여 멀리 보내지는 것으로 1년의 역을 마치면

43) 『당률소의』, 「斷獄」, 決罰不如法.

44) 장형 이하의 범죄의 경우는 합산하여 100대를 넘을 수 없다.

45) 도형 1년을 환산하면 장형 120대이며 20대씩 증가하여 도형 3년이면 장형 200대가 된다. 유형 이상의 형을 대체하려면 더 가중해야 하는데 200대에 그친다(『당률소의』, 「名例」, 官戶部曲官私奴婢有犯).

46) 『당률소의』, 「名例」, 犯徒應役家無兼丁.

47) 『당률소의』, 「名例」, 更犯.

48) 『당률소의』, 「斷獄」, 拷囚不得過三度.

49) 주42) 부모를 봉양할 사람이 없는 경우는 십악이 아닌 사형의 죄를 지은 경우 왕에게 재가를 청할 수 있게 하였으며 유형의 경우는 십악의 죄를 불문하고 관리의 재량으로 부모를 봉양할 수 있게 하였다(『당률소의』, 「名例」, 犯死罪應侍家無慕親成丁).

유배지의 호적에 등재되어 일반인과 마찬가지로 역(役)을 부담하였다. 유형을 받은 자의 가족이 유배지에 따라 가는 것을 허용하고 있다. 특별한 유형으로 가역류(加役流)가 있는데 이것은 사형을 대체하는 형이다. 사형은 다른 형벌과 달리 생명을 없애는 형벌이기 때문에 유형에 노역형을 더 부과하는 것으로 하였다. 그래서 유형 3,000리에 3년의 노역형을 부과하고 있다. 유형을 마치고 3년 후면 모반 내지는 대역죄가 아닌 이상 관직에 나갈 수 있게 하였다.⁵⁰⁾

사형의 집행은 신중히 하여 왕에게 거듭 상주하여 허락을 받아야 하며, 허락이 나온 후에도 3일을 경과해서 집행하도록 하고 있다. 허락받지 않고 집행한 경우 유형 2,000리에 처하고, 하락하였지만 3일 이내에 사형을 집행한 경우에는 도형 1년을 처하고 있다.⁵¹⁾ 그리고 자수와 같은 감경사유가 있는데도 불구하고 이를 알리지 않아서 감경하지 못한 경우는 고의일 때는 유형 3,000리를 과실이 있을 때에는 도형 2년의 형벌로 처벌하고 있다.⁵²⁾

IV. 유교의 전통형벌이 갖는 의미

앞에서 전통적 유교국가에서 행해진 형벌에 대하여 사상적인 기초를 위시하여 당에 이르는 동안에 이르는 형벌의 변화과정과 유교의 전형적인 형벌제도에 대하여 간략히 살펴보았다. 비록 소략하기는 하지만 이러한 통찰 속에서 유교형벌에 대하여 다음과 같은 의미를 찾아볼 수 있을 것이다.

50) 『당률소의』, 「名例」, 犯流應配.

51) 『당률소의』, 「斷獄」, 死囚覆奏報決.

52) 『당률소의』, 「斷獄」, 縱死囚後捕覆得稽留不報.

1. 인간 중심의 형벌집행

유가의 형벌관에서도 살펴보았듯이 유교의 출발은 인간에 대한 믿음에서 비롯된다. 유교에는 맹자의 성선설이나 순자의 성악설도 단지 인간의 성품이 착하고 악하다는 것을 밝히는데 그치는 것이 아니라, 개개인에 있어서 교육의 필요성을 강조하기 위한 단초로서 유용한 것이다. 그래서 법을 시행하는데 있어서도 제정·공포한 후, 백성들에게 충분히 주지시키고 계도한 후에 비로소 위반자를 처벌하는 것이다.

이러한 교육관은 바로 범죄자들에 대해서도 연관을 맺고 있는 것이다. 형벌은 범죄자를 죽이고자 하는 것이 아니라 살리고자 하는 것이며 형벌은 결국 형벌을 없애는데 그 목적을 둠으로서 인간의 생명권과 신체권을 보호하는 방향으로 지향하게 되었다. 상징적이긴 하지만 형벌의 종류나 형벌의 등급도 양(陽)의 수로 구성함으로써 국민을 위한 국가권력의 모습을 보여주하고자 하였다.

2. 형벌의 정당성으로서의 예

유교문화에서 근본적인 규범은 예로 요약할 수 있다. 그 예의 출발점은 국가가 아니라 바로 가족에게서 비롯된다는 것이 또한 의미가 있다고 할 수 있다. 가족이 윤리는 작계는 한 가족에서의 근본규범이지만 크게는 봉건사회의 기본적인 틀을 구성하는 토대가 되기도 한다. 따라서 가(家)의 완전성은 국가규범에 의하여 보호되어야 할 부분인 것이다.

왕권으로도 사면할 수 없는 형벌인 십악의 주류를 이루는 것은 국가 또는 왕권에 대한 침해와 가정 내의 윤리를 깨뜨린 행위이다. 이러한 형벌의

태도는 국가의 안전만큼이나 가정 내의 질서가 중요하다는 것을 보여주고 있는 것이다.

또한 형벌집행에 있어서도 비록 정당한 국가 형벌권 행사라고 할지라도 그 집행으로 의해 가정의 균형이 깨질 경우는 형벌집행에 있어서 경한 형벌로 대체하거나 형의 집행을 보류하는 규정을 두고 있다.

이렇게 유교의 형벌은 인간규범의 출발점인 가족 내의 균형을 보호함으로써 그 정당성을 또한 인정받는 것이다.

3. 시설처우가 아닌 사회내처우

중국의 형벌의 기원이 육형(肉刑)이기 때문에 서양에 비하여 감옥문화가 발달하지 않은 것으로 보인다. 따라서 형벌의 발전과정을 보면 육형에서 노역형, 노역형에서 장형 및 단기 자유형으로 중심이 변화하고 있음을 알 수 있다.

이러한 특징은 시설 내의 처우가 아닌 사회내의 처우의 형태로 나타났다고 할 수 있을 것이다. 기본적으로 태형과 장형은 형벌집행과 동시에 끝이 나서 사회에 복귀가 되며 도형은 공노비로서 반년에서 4년까지 복역하는 것이다. 비록 당률에는 환옥(還獄)에 거주하면서 노역을 하는 것으로 규정이 되었으나, 당의 말기에는 장형으로 대체되는 경우가 많았으며, 송대에 와서는 군역에 복부하게 하거나 역참에 배속되는 경우가 많았으며,⁵³⁾ 대명률에 의하면 염전이나 야철장에서 일하게 하거나 군에서 복무하게 하였다.⁵⁴⁾

53) 시마다 마사오, 앞의 책, 93면.

54) 『大明律直解』, 「名例」, 徒流遷徙地方.

유형도 앞에서 보듯이 1년의 노역을 마치면 주거이전의 자유만 없을 뿐 일반인과 같이 생활할 수 있으며 가족과도 같이 살 수 있도록 하고 있다.

4. 민본주의적 형벌집행

국가의 근본이 백성이라는 민본주의적 사고는 새롭게 국가를 세울 때에 빛을 발하였다. 특히 한나라는 국가운명을 위하여 진나라에서 통용되었던 법가의 법을 타산지석으로 삼았다. 세밀하고 복잡한 법은 모든 백성을 범죄자로 만들 수 있다는 생각 하에 비록 성기기는 하지만 모든 사람이 명료하게 알 수 있는 법을 만들고자 노력하였고, 애민(愛民)의 발로로 형벌은 집행은 하되 형벌이 남지는 않아야한다는 신체절단형을 오래전에 공식적으로 중지하는 결과를 가져왔다.

또한 형벌집행을 통하여 수치심을 느끼게 하는 것도 또한 유교적 형벌집행의 특색이라 할 수 있다. 맹자에 의하면 부끄러움은 인간성의 한 표현이다. 이러한 부끄러움은 자기의 잘못을 고칠 수 있는 그래서 정정당당한 길을 갈 수 있는 의(義)의 실마리인 것이다.

V. 맺으며 - 현대 형법에 있어서 유교 형벌의 의미⁵⁵⁾

유교 형벌의 집대성은 당률이며 당률은 형법의 전형으로서 주위의 나라에 영향을 끼쳤다. 우리 역사 속에서도 그 영향은 고려부터 받았으며 조선

55) 지면상 간략히 결론을 내린다. 자세한 내용은 ‘진희권(2003), 「유교적 법률규정의 현재와 미래」(『동양사회사상』, 제8집, 동양사회사상학회, 서울:예문서원)을 참조하기 바람.

에 와서는 (당률을 거의 그대로 답습한) 대명률을 의용(依用)한다는 경국 대전의 규정처럼 본격적으로 받아들였다. 이러한 역사적 사실을 보면 약 1000년 동안 유교형벌은 우리에게 영향을 끼쳤다고 할 수 있다. 더구나 일방적으로 받아들여진 서양법과는 달리 적극적으로 수용하였으니 그 잔재는 우리의 생활 속에 계속 남아있다고 볼 수 있을 것이다. 때문에 오늘날 우리의 법제도와 법현실의 괴리를 가져오는 것이기도 하다.

그러나 그러한 문제를 해결하기 위하여 예전의 전통법으로 회귀하는 것도 사실상은 불가능한 일이다. 따라서 그러한 갈등을 해결하기 위해서는 현재의 법제도가 채우지 못하는 면을 보충하는 일일 것이다.

먼저 형벌의 지향점을 수정할 필요가 있겠다.

오늘날 형법의 법익은 크게 국가적 법익, 사회적 법익 그리고 개인적 법익으로 구분하고 강의할 때는 그 중에서 개인적 법익을 주된 법익으로 제시한다. 그 개인적 법익의 주된 내용은 개인의 생명·신체·재산·인격이다. 그러나 서구의 법은 너무 개인에게 치우쳐 있다는 것을 부인할 수 없을 것이다. 외국의 속담에 ‘변호사는 가장 나쁜 이웃’이라는 말이 있다. 그리고 우리의 삶에서 상대방과의 분쟁을 해결하는데 있어서 법대로 하자는 말은 결국 남남이 되자는 말로 해석이 된다. 법이라는 것이 칸트의 말처럼 ‘나의 자의와 타인의 자의가 서로 공존할 수 있는 조건’이 되기 위해서는 수정이 되어야할 부분이다. 법은 사회적 존재로서의 인간에게 유용한 것이라야 한다. 인간은 개인적이고 독립적인 면이 있음과 동시에 타인과의 관계 속에 존재하는 면이 존재한다. 따라서 법은 개인의 권익을 세우는 동시에 다른 사람과의 인간관계를 정립시켜야하는 것이다. 그러한 인간관계의 기초에 바로 가족관계가 있다. 오늘날 범죄의 증가가 가족의 해체와 무관하지 않다고 한다. 이 시점에서 가족관계를 기반으로 질서를 구성하고

있는 유교문화는 오늘에 더욱 그 역할이 클 것으로 여겨진다.

이것은 곧 형벌의 지향점이 개인의 권익보호를 넘어서 그러한 개인을 탄생시키고 사회화시키는 가정의 보호에 관심을 가져야 한다는 것이다.

다른 한 가지는 형벌은 인간에 대한 믿음을 바탕으로 다시 해석되고 만들어야 한다는 것이다. 인간이 인간을 믿지 못하면 결국 그 사회는 더욱 형식화되고 더욱 규제가 강하게 된다. 그러나 이러한 규제와 형식이 복잡해짐에 따라 인간은 더욱 속박되고 자유를 상실하고 만다. 법은 다른 사회 규범으로 질서가 잡히지 않을 때에 적용되어야 하며, 형벌은 그 중에서 최후의 수단이라고 배워왔다. 그리고 그러한 형벌으로 해결하지 못하면 받아들일 수밖에 없다고. 하지만 실상은 형벌은 만능키처럼 여기고 어떠한 일도 해결할 수 있다고 생각한다. 단지 그 강도가 약해서 안 될 뿐이라고 여기면서, 이러한 시각은 법을 통하여 자유로워져야 할 시민사회가 오히려 법을 통하여 인간을 더욱 통제하는 결과를 낳게 된다.

생명형을 집행하지 않는 이상 수형자도 사회에서 같이 생활해야 할 예비 사회인인 것이다. 그러나 지금의 교도소 중심의 행형은 재범률을 낮추는데 별 영향을 끼치지 못하고 있는 것도 사실이다. 따라서 사회 내 처우가 화두로 대두되고 있는 실정이다. 올바른 행형을 지향하기 위해서는 형벌을 통해서 분노감을 불러일으키는 것이 아니라 부끄러움이 생기게 해야 한다. 강력한 형벌은 범죄행위 전에 갈등을 일으키게 할지는 몰라도 범죄자의 재사회화에 순기능을 주지는 못한다. 오히려 수용수증후군으로 말미암아 더 이상 사회적응이 힘들게 길들여진다. 따라서 범죄행위에 대한 처벌도 중요하지만, 미래를 위해서는 범죄자들이 자신의 일을 가지고 살아갈 수 있도록 사회적응훈련을 일찍 시켜야 한다. 이러한 적극적인 형벌집행이 이루어질 때에 범죄자의 사회화는 좀 더 앞당겨질 것이며 범죄로부터 일반

인도 좀 더 자유로울 수 있을 것으로 본다. ‘범죄는 미워하되 사람은 미워하지 말라’라는 격언이 바로 이러한 의미에서 나온 것이라 할 수 있다.

참고도서

- 『書經』, 『論語』, 『孟子』, 『荀子』, 『禮記』, 『周禮』, 『韓非子』, 『貞觀政要』, 『唐律疏議』, 『經國大典』
群衆出版社編輯部(1984), 『歷代刑法志』, 中國: 群衆出版社,
김택민 외(1994), 『당률소의(명례편)』, 서울: 한국법제연구원
김택민(2002), 『중국고대형법』, 서울: 아카넷.
박강우(2003), 「조선조 대명률직해의 형법총칙적 조항의 분석」, 『형사정책연구』 제55호, 한국형사정책연구원.
박병호(1974), 『한국법제사교』. 서울: 법문사.
법제처(1964), 『대명률』, 서울: 서울인쇄주식회사.
서일교(1968), 『조선왕조형사제도의 연구』. 한국법령편찬회.
시마다 마사오 (2000), 『아시아법사』, 임대회 외 역, 서울: 서경출판사.
이승환(1999), 『유가사상의 사회철학적 재조명』, 고려대출판부.
이재룡 외(2006), 『조선시대의 규범이론과 규범체계』, 서울: 한국학술정보.
임재표(2000), 『조선시대 행형제도에 관한 연구』, 한국형사정책연구원.
_____(2002), 『조선시대홀형사례집』, 한국형사정책연구원.
장국화(2003), 『중국법률사상사』, 임대회 외 역, 서울: 아카넷.
전봉덕(1968), 『한국법제사연구』. 서울대학교출판부.
조운선(2002), 『조선 후기 소송연구』, 국학자료원.

- 진희권(2002), 「십악을 통해서본 유교적 형벌관」, 『법철학연구』(제5권 제1호), 한국법철학회, 서울: 세창출판사.
- _____(2003), 「유교적 법률규정의 현재와 미래」, 『동양사회사상』(제8집), 동양사회사상학회, 서울: 예문서원.
- _____(2006), 「당률에 있어서 주요 유교적 형벌규정」, 『범죄와 사회』(남상철교수정년기념논문집), 서울: 법문사.
- _____(2006), 「조선 초기의 형법과 형벌관에 대한 연구」, 『교정의 이념과 현상』(초당김화수교수정년퇴임기념논문집), 서울: 법경사.

274 형사정책연구 제18권 제1호(통권 제69호, 2007 · 봄호)

The Modern Meaning of Traditional Penalty in The Confucianism

Chin, Hee-Kwon*

The rule of Confucianism(Li 禮) were made based on a family. Rights and duties of human in Li were divided into far and near of consanguinity. The moral principle of a family formed the basis of the social pattern and the national norm. The criminal penalty in the Confucianism was the minimum prohibition to restore the right order by Li.

This traditional penalty makes more meaningful that We inflict a punishment on a convict. The confucian faith in human can affect on the correction and educational work in prison. So, we take more interest in the correction of the offender than the punishment for the criminal act. And we will go the way to replace the treatment in prison by the treatment in society. Also, the viewpoint of penalty shall drift from an individual person to human relations.

주제어 : 전통형벌, 유교적 형벌관, 유교에서의 교정, 유교적 인간관계
Keywords : Traditional Penalty, The Criminal viewpoint of Confucianism, the confucian correction of the offender, human relations of Confucianism

* Associate Professor, College of Law, Kyonggi University, Ph.D. in Law

가정폭력에 대한 경찰권 발동에 관한 고찰

- 한국과 독일을 중심으로 -

이 성 용*

국문요약

가정폭력은 비단 우리나라에만 국한된 문제가 아니라, 독일에서도 국가가 적극 개입해야 할 사회문제로 인식되고 있다.

독일에서는 2002년 1월 1일 연방법인 폭력보호법 제정을 통해, 가정폭력이나 스토킹 가해자에 대한 법원의 접근금지 명령절차 등을 규정하고, 피해자의 신청이 있을 경우, 피해자와 가해자의 공동주거에서 가해자를 배제하고, 피해자가 단독으로 점유권을 행사할 수 있도록 하였다. 경찰권 발동에 관한 입법권을 가지고 있는 독일에서는 폭력보호법 적용의 실효성 확보 및 법원결정이 있기까지의 공백에서 발생할 수 있는 피해자 기본권 침해의 위험방지를 위해, 경찰의 즉각적인 행정처분으로 가해자에게 주거지로부터의 퇴거명령과 일정기간 동안 접근금지 명령을 발할 수 있는 법적근거를 마련하였다. 반면 우리나라는 피해자를 적극적으로 보호하고 가해자를 주거에서 격리시킬 수 있는 아무런 경찰의 강제조치도 규정하지 않고 있다. 이러한 법제도의 결함은 국가가 헌법상의 기본권보호 의무를 해태하는 결과를 초래한다.

입법론으로는, 가정폭력 방지를 위한 경찰의 강제처분권을 경찰관직무집행법에 삽입하여, 경찰권 발동에 관한 법령을 일원화 시키고, 경찰조치의 타당성과 계속 여부에 대해서 직접 법원의 결정을 받도록 제도화하는 것이 바람직 할 것이다.

* 경찰대학 치안정책연구소 연구관, 법학박사

I. 문제의 제기

우리나라에서 가정폭력에 대한 사회적 관심이 증대된 것은 결코 최근의 일이 아니며, 그간의 노력에도 불구하고 여전히 해결되지 않는 고질적인 사회적 병폐로 남아있다. 2005년의 경우만 보더라도 12,775명의 가정폭력 사범이 경찰에 의해 검거되었으며, 원활한 가정 재건을 위해 검거사건의 16.2%가 가정보호사건 의견으로 검찰에 송치되었다.¹⁾ 폭력에 의해 개인 신체의 완전성이 훼손되어 헌법상의 자유권적 기본권이 침해되는 중요한 사안에서는 그 행위가 공공장소이건, 가정 내에서 발생한 사안이건, 그 가해자가 배우자이건, 보호자이건, 국가가 개입해서 이를 제지하고 재발방지를 위한 적극적인 노력을 강구하는 것이 국가적 책무이다.

가정폭력에 대한 사회적 관심제고에 발맞추어 1998년 7월 1일 “가정폭력범죄의처벌등에관한특례법”과 “가정폭력방지및피해자보호등에관한법률”이 동시에 시행되면서 가정폭력방지를 위한 입법적, 제도적 노력이 성과를 거두었음에도, 가정폭력의 현장에서 가해자와 피해자를 직접 대면하고 문제를 해결해야 할 경찰의 역할에 대해서는 아직도 부정적인 인식이 많이 있는 것 또한 부정하기 힘든 현실이다.²⁾

경찰에서는 “가정폭력범죄 수사요령” 등의 매뉴얼이나 업무편람 등을 통해 가정폭력사건 현장에 임장한 경찰관이 적극적인 조치로 가정폭력에 개입할 수 있도록 노력하고 있음에도, 아직 경찰의 초동조치에 대한 미흡함이 계속 제기될 수밖에 없는 것은, 경찰관 개개인의 가치관의 근저에 위

1) 경찰백서 2006, 187면.

2) 가정폭력사건에 경찰이 출동하여 가정폭력을 인지하였음에도, 약 35%만이 수사에 착수하였고, 65%는 피해자가 고소를 하여야만 수사가 진행될 수 있다거나 집안문제이니 알아서 하라는 등의 소극적 태도를 보였다는 연구결과도 있다, 이찬진, 가정폭력방지법 운영실태 및 개정방향, 1999, 30면.

치하고 있는, 우리사회의 가부장적인 전통에 입각한 가정폭력에 대한 관대한 인식과, 행정법상 경찰공공의 원칙에 따라, 가정 내에서 발생하는 신체에 중대한 상해를 가져오지 않는 폭력의 경우는 경찰이 개입하기 곤란한 사생활과 사주소의 영역이라는 그릇된 인식에 따른 소극적 대응도 그 한 요인이 될 수 있을 것이다.³⁾

또한 이러한 경찰관의 인식과 행태상의 문제점 이외에도 과연 우리나라의 경찰법제가 피해자의 생명과 신체를 보호하기 위한 경찰의 적극적인 공권력 발동을 근거할 수 있는가에 대해 또 다른 관점에서 의문이 제기될 수밖에 없다. 필자의 견해로는 “가정폭력범죄의처벌등에관한특례법”에서 규정하고 있는 경찰관의 응급조치는 약자의 기본권의 충분한 보장을 위한 경찰권 발동을 근거하기에는 여러 가지 제도적인 문제점을 안고 있다.

이에 본고에서는 독일에서 2002년 “폭행행위와 스토킹으로부터의 민사적 보호에 관한 법률⁴⁾(이하 폭력보호법이라 한다)”이 시행되면서 가정폭력에 대한 경찰의 즉각적인 강제조치를 근거하기 위해 정비된 경찰작용법제를 검토하고 한국의 현실과 비교해 봄으로써 우리나라 가정폭력관련 법제의 발전방안을 제시해 보고자 한다.

II. 독일경찰법상 가정폭력에 대한 경찰권 발동

가정폭력은 비단 우리나라에만 국한된 문제가 아니라, 독일에서도 국가가 적극 개입해야 할 사회문제로 인식되고 있다. UN의 연구에 의하면, 독

3) 김운희, 가정폭력범죄에 대한 경찰대응의 문제점과 개선방안에 관한 연구, 153면 이하.

4) Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewalt-schutzgesetz - GewSchG).

일에서 3명중 1명의 부인은 가정폭력을 경험하였다고 한다.⁵⁾ 이에 2002년 1월 1일 연방법인 폭력보호법 제정을 통해, 가정폭력이나 스토킹 가해자에 대한 법원의 접근금지명령절차 등을 규정하고, 피해자의 신청이 있을 경우, 피해자와 가해자의 공동주거에서 가해자를 배제하고, 피해자가 단독으로 점유권을 행사할 수 있도록 하였다. 그러나 이러한 민사상의 해결만으로는 기본권 보호에 있어서 시간적인 공백이 발생하게 된다. 민사법원이나 가정법원의 결정이 있을 때까지 폭력상황이 재발될 수 있으며, 이러한 공백은 경찰작용법에 의해서만 채워질 수 있다. 경찰작용법은 이러한 상황에서 법원의 민사적 결정이 있을 때까지 가해자의 주거지출입에 관해 규율해야만 한다. 소위 “가정폭력에 대한 경찰개입권”의 법제화는 1997년 오스트리아에서 이미 이루어졌다. 개정된 안전경찰법 제38조의a에 의거 경찰은 법원의 결정이 있을 때까지 가해자에게 주거접근금지명령을 할 수 있게 되었다.

오스트리아 모델의 영향으로, 경찰권 발동에 관한 입법권을 가지고 있는 독일 각 주에서는 전술한 폭력보호법 적용의 실효성 확보 및 법원결정이 있기까지의 시간적 공백에서 발생할 수 있는 피해자의 기본권 침해의 위험방지를 위해, 경찰의 즉각적인 행정처분으로 일정기간 동안 가해자에게 주거지에서의 퇴거명령과 접근금지 명령을 발할 수 있는 법적근거를 정비하였다. 예를 들어, 노르트라인베스트팔렌, 메클렌부르크휘포먼, 함부르크, 헤센, 베를린, 작센안할트, 브레멘 주의 경우, 이미 주 경찰법 상에 특별규정을 통해 가정폭력사건에 대한 경찰개입의 법적근거를 마련하였다. 다른 주에서도 법개정이 진행 중이다. 튀링겐 주와 작센 주의 경우는 주 경찰작용법의 개정을 고려치 않고 있는데, 기존의 경찰의 일반적인 접근금지와 퇴거명령권에 관한 규정들과 개괄적수권조항만으로도 가정폭력 피해

5) LT-Dr 13/1525-Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes und Ordnungsbehörden-gesetzes, 1면.

자의 기본권 보장에 공백이 없음을 그 이유로 하고 있다.⁶⁾

이하에서는 2002년 1월 1일, 폭력보호법의 시행과 동시에 개정된 노르트라인베스트팔렌주 경찰법(Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, PolG NRW, 이하 주 경찰법이라 한다)에 새로 삽입된, 가정폭력에 대한 경찰권 발동에 관한 조문인 제34조의a를 중심으로 경찰개입의 법적근거를 검토해 본다.

1. 가정폭력의 개념

주 경찰법 제34조의a의 條文名은 “가정폭력으로부터의 보호를 위한 퇴거명령과 귀환금지명령(Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot zum Schutz vor häuslicher Gewalt)”이다. 그러나 이 조문은 가정폭력(Häuslicher Gewalt)⁷⁾이라는 용어를 사용하고 있음에도, 가정폭력에 대한 법적 정의를 규정하지 않고 있다. 독일에서 가정폭력은, 2인 이상의 사람들이 단일한 장소에서 공동주거를 형성하고 생활하며, 이러한 공동주거생활을 하는 과정에서 일방의 주거구성원이 다른 주거구성원에게 폭력을 행사하는 것을 의미한다. 여기에서는 누가 당해 주거의 법적인 소유자나 점유자인지 문제되지 않는다. 설령 가해자가 주택의 단독 소유자나 점유자일지라도, 본 조항에 따른 퇴거명령이나 귀환금지 처분이 내려질 수 있다.⁸⁾

6) 폭력보호법 제정에 따른 각 주의 구체적인 경찰작용법 개정방향과 그 대응에 관해 자세한 것은 Naucke-Lömkker, Überblick über die Umsetzung des Gewaltschutzgesetzes in den Bundesländern, NJW 2002, 3526면 이하.

7) 사전적인 해석에 따르자면 “가정폭력”이 아닌 “주거폭력”으로 번역함이 타당하다. 우리나라에서는 가족구성원 간의 폭력에 초점을 두고 있는데 비해, 독일에서는 동성간의 동거, 사실혼, 친인척 관계가 없는 자들 간의 일시동거 등 다양한 형태의 주거구성을 모두 포괄하기 위해서 “가정”이라는 용어를 회피하고 있는 것으로 보인다. 그러나 우리나라에서 가정폭력이라는 용어가 이미 일반화 되어 있으므로 본고에서는 가정폭력으로 번역하기로 한다.

동조의 적용대상에는 혼인관계에 있거나, 이혼한 부부 또는 동성간의 동거 및 기타 친척들 간의 동거 또는 노령자들의 공동주거 등도 포함될 수 있다. 어떤 동거형태까지 동조를 적용하는 가는 구성원간의 생활의 밀착성에 달려 있다. 따라서 학생기숙사나 수련원 숙소 등과 같이 공동부역이 존재하나, 각자의 방에서 생활이 이루어지는 경우는 동조가 적용된다고 볼 수 없다.⁹⁾

만일, 주거 구성원이 아닌 방문객이 주거점유자를 폭행하는 경우는 동조의 적용을 받지 않고, 제34조에 의거 일반적인 접근금지명령을 발할 수 있으며, 이에 불응할 경우 강제수단을 사용하거나 제35조 제1항 제3호에 따라 강제적 보호조치를 할 수 있다.

2. 제34조의a의 적용요건

동조에 의거 경찰권을 발동하기 위해서는 생명, 신체, 자유에 대한 현재의 위험이 존재해야 한다. 현재의 위험이란, 근접한 시간 내에 침해가 발생할 것이라는 확실성에 인접한 정도의 개연성을 인정할 수 있는 경우를 말한다. 위험예방을 위한 개입은 원칙적으로 시간적인 급박성이 있어야 한다. 비례성의 원칙에서 볼 때, 발생할 수 있는 피해가 중대하고 결과가 현저할수록,¹⁰⁾ 위험발생을 통해 침해되는 법익이 중하고 높은 가치를 가질수록,¹¹⁾ 낮은 수준의 위험발생의 개연성만으로도 경찰권 발동이 정당화될 수 있다.

가정폭력은 반복적으로 발생하는 상습 범죄이며, 그 발생주기가 점점 짧

8) Tegtmeier/Vahle, Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen, 277면.

9) Collin, Das polizeiliche Betretungsverbot bei häuslicher Gewalt - Anwendungsprobleme einer neuen Standardermächtigung, Die Polizei 2004, 9면.

10) BVerwGE 47, 40; Lepa, Der Inhalt der Grundrechte, Art. 13, 여백번호 33.

11) OVG Münster, NVwZ 1985, 355면 이하.

아지는 특징을 가지고 있다.¹²⁾ 따라서 그 위험성의 판단에 있어서는, 과거에 발생한 폭력이 미래의 폭력발생의 개연성의 근거가 됨을 고려해야만 한다. 특히 가해자가 이미 반복적으로 피해자에게 폭력을 행사했다는 사실은, 언제든지 폭력이 재현될 수 있음을 추론케 하는 근거가 된다. 특히, 중대한 폭행이 발생했을 경우는 가해자가 폭행을 재발할 것이라는, 확실성에 인접한 정도의 개연성이 인정될 수 있다.¹³⁾ 따라서 비록 가해자가 처음으로 폭력을 행사하였다 할지라도, 그 폭행의 정도가 중대하고, 상해가 심각한 경우는 재범의 우려를 인정할 만한 근거가 될 수 있다. 폭행이 중대하거나 상해가 심각하지 않을지라도, 가해자가 과도하게 흥분하여, 이성을 잃거나, 반성의 기색이 없고, 거리낌이 없으며, 난폭하거나, 냉담하다면 재발의 위험이 있다고 볼 수 있다.¹⁴⁾

판례에 의하면, 폭력발생 후 단지 가해자가 침착하고 이성적인 상태로 경찰관과 대화를 했다는 사실만으로, 위험한 상황이 소멸되었다는 결론에 도달해서는 안 된다고 한다.¹⁵⁾

위험성의 판단에서 원칙적으로 경찰의 조치에 반대하는 피해자의 의사는 고려되지 않는다. 왜냐하면 이미 장기간 지속된 가정폭력의 피해자는 상황을 축소시키려하고, 보복의 두려움이나, 경제적, 감정적인 종속 때문에 경찰로부터 가해자를 보호하려는 경향을 나타내는 것이 일반적이기 때문이다.¹⁶⁾ 따라서 위험성의 판단은 피해자의 의사와 관계없는 경찰의 단독적인 결정이다.

12) LT-Dr 13/1525 - Allg. Begr. zu Art. 1, 11면.

13) Schoch, Gefahrenabwehr nach der Generalklausel, Jus 1994, 670면.

14) Kay, Wohnungsverweisung - Rückkehrverbot zum Schutz vor häuslicher Gewalt, NVwZ 2003, 523면.

15) VG Gelsenkirchen, NWVB 2002, 363면.

16) LT-Dr 13/1525-Allg. Begr. zu Art. 1, 12면.

생명이나 신체에 대한 위험은, (경미한 정도 이상의) 상해나 사망이 우려되는 경우를 의미한다.¹⁷⁾ 자유에 대한 침해는 사람이 감금될 수 있는 경우를 의미하는데, 강요(특히 성적강요)도 자유를 침해하는 행위로 포섭될 수 있다.¹⁸⁾

통상 주거지가 범행장소가 되지만, 피해자와 가해자간에 명백한 공동주거관계가 존재한다면, 경우에 따라 귀가길 또는 집 앞 노상도 범행장소가 될 수 있다.

가정폭력은 형법에 의한 제재대상이다. 따라서 주 경찰법 제34조의a는 아래와 같은 형법상의 범죄를 예방하기 위한 수권규정이다.

- 상해죄 (형법 제223조, 제224조 내지 226조)
- 강요죄 (형법 제240조)
- 협박죄 (형법 제241조)
- 자유박탈죄 (형법 제239조)
- 피보호자의 학대죄 (형법 제174조)
- 피보호자의 성적학대죄 (형법 제174조)
- 성적강요 및 강간죄 (형법 제177조)
- 아동의 성적학대죄 (형법 제176조)
- 공갈죄 (형법 제253조)

그 이외에도 혼인의 보호에 관한 죄 (형법 제185조 이하), 손괴죄 (형법 제 303조 내지 305조), 주거침입죄 (형법 제123조) 등이 해당된다.

17) Schoch의 글, 670면.

18) Kay의 글, 523면.

3. 퇴거명령과 귀환금지명령

주 경찰법 제34조의a 제1항 제1문에 의하면, 경찰은 타인의 생명, 신체, 자유에 대한 현재의 위험을 방지하기 위하여, 피해자가 거주하는 주거로부터 그 위험을 야기하는 자를 퇴거시키고, 이 영역으로의 귀환을 금지시킬 수 있다.

이러한 조치를 통해서 피해자는 가해자의 방해를 받지 않는 상태에서 앞으로의 계획을 숙고하고, 제3자와 상의할 수 있는 충분한 시간을 보장받을 수 있다. 때문에 경찰의 퇴거명령과 귀환금지명령이 피해자의 의사에 반하는 가는 고려되지 않는다.¹⁹⁾

행정법원조직법(VwGO) 제80조 제2항 제2문에 따라, 경찰관의 이러한 행정처분에 대한 당사자의 이의제기는 처분의 효력을 정지시킬 수 없다. 뮌스터 고등행정법원은, 비록 동 조항이 처분대상자의 이전과 주거의 자유권적 기본권을 제한할 지라도, 동 조항의 목적론적 해석을 통해, 처분대상자의 이의제기를 통한 효력정지를 인정할 수 없다고 판시하였다.²⁰⁾ 또한 헌법재판소도 동 조항에 의한 기본권의 침해정도는 헌법에 합치된다고 판시하였다.²¹⁾ 피해자에게 예견되는 생명이나, 신체, 자유의 현저한 침해는 가해자의 기본권의 제약을 정당화시킨다는 것이 판례의 입장이다.

물론 이러한 경찰의 조치에는 비례성의 원칙이 적용된다. 예를 들어, 가해자에 대한 퇴거명령과 귀환금지명령으로 동 주거에서 생활하는 어린 자녀들이나 노부모가 방치되는 상황이 발생하는 경우라면, 가해자를 주거로부터 격리하는 것이 아닌, 피해자를 사회보호시설 등으로 격리시키는 조치

19) Tegtmeier/Vahle의 책, 280면.

20) NJW 2002, 2195면.

21) NJW 2002, 2225면.

를 취하는 것이 합당할 것이다.

[사례]

Z부인은 2살, 5살, 7살, 8살의 네 자녀와 84세의 시아버지를 모시고 생활하고 있다. 연로한 시아버지의 분별없는 행동으로 인해 신경이 날카로워진 Z는 이따금 시아버지를 구타하곤 했다. 당일 아침에도 시아버지가 카펫 위에 커피주전자를 쏟자, 격분한 Z는 막대기로 시아버지를 수차 내려쳐 상해를 입혔다. 이 경우 Z는 비록 가정폭력의 가해자라 할지라도 어린 자녀들의 생계를 책임지고 있으므로 그녀에 대한 퇴거명령과 귀환금지명령은 비례성의 원칙에 부합되지 않는다. 이익의 비교형량 단계에서 아이들의 적절한 양육을 받을 권리가 고려되어야 하기 때문이다.

동조 제1항 제2문은, 퇴거와 귀환금지명령이 적용되는 공간적 영역을 피침해자의 효과적인 보호를 위해 필요한 지역으로 특정하여, 구체적으로 명시하도록 하고 있다. 피침해자가 거주하는 주거뿐만 아니라 그 인접지역이나, 주거지로 진입하는 진입로 등도 해당될 수 있다. 동조 제1항 제3문에 의하면, 특별한 사유가 있는 경우, 동조 제1문에 의한 조치를 거주공간과 그 부속공간만으로 한정할 수 있는데, 이는 처분대상자가 직업 활동을 위해 작업이나, 영업을 하는 공간을 조치대상에서 제외시킴으로써, 그 경제적인 생존권을 보장하려는 취지이다. 다만 이 경우 퇴거나 귀환금지조치에서 제외되는 공간이 처분대상자의 경제생활을 위해서 필수불가결한 장소이어야만 하고, 이러한 제한적인 퇴거명령과 귀환금지명령만으로도 피해자의 보호가 보장될 수 있어야 한다. 예를 들어 피해자 거주공간 및 그 부속공간과 가해자의 출입이 허용되는 작업 또는 영업공간이 독립된 층과 출입문으로 이루어져 명백히 분리가 가능한 경우 등이 이에 해당될 수 있겠다.²²⁾

폭력보호법에 의거한 법원의 조치가 퇴거명령과 귀환금지명령 이외에 연락금지와 접근금지 명령까지 포함하고 있는 반면, 동조에 의한 경찰의 권한은 퇴거명령과 귀환금지명령에만 제한된다. 경찰에 의한 즉각적인 연락금지와 접근금지 조치가 필요한 경우는 주 경찰법 제8조 제1항에서 규정하고 있는 개괄적 수권조항에 근거한 조치가 고려될 수 있다.²³⁾

4. 처분절차

가. 행정절차법에 따른 일반적인 절차

퇴거명령과 귀환금지명령은 행정처분으로서 행정절차법에서 규정하고 있는 일반적인 행정절차를 준수해야 한다. 동법 제37조 제2항 제2문에 의하면, 구두로 발하여진 행정처분은 정당한 이익이 존재하고 처분대상자가 지체 없이 요구할 경우 서면으로 확인되어야 한다. 퇴거명령과 귀환금지명령은 통상 현장에 임장한 경찰관이 구두로 발하게 되며, 즉시성을 요하는 특수한 여건 때문에 현장에서 서면으로 이루어지는 것은 사실상 불가능하다. 처분대상자가 명시적으로 서면확인을 요구하지 않는다 할지라도, 행정법원으로부터 권리구제를 받고자 하는 경우, 그 필요성이 인정된다. 물론 대상자가 요구하는 경우는 반드시 추후에 서면으로 발부되어야 한다. 처분대상자가 이미 주거를 떠난 경우는, 퇴거명령이 아닌 귀환금지 명령만을 발한다. 만일 처분대상자와의 연락이 불가능하여, 귀환금지 구두명령을 발할 수 없는 경우에는 행정절차에 따라 서면으로 통지할 수 있다.²⁴⁾

22) Tegtmeier/Vahle의 책, 281면 이하.

23) 개괄적 수권조항에 대하여 자세하게는 이운주, 경찰법상의 개괄수권 조항에 관한 연구.

24) Kay의 글, 523면.

처분대상자의 소재지가 특정되지 않아, 통상의 우편물에 의한 송달만으로 목적달성이 어려울 경우는, 주거의 출입문에 행정처분 통지문을 부착하고, 이웃주민에게 구두로 전달토록 하여, 처분대상자가 주거로 돌아올 시, 이를 확인할 수 있도록 한다.²⁵⁾

나. 주 경찰법 제34조의a에 따른 특별절차

1) 처분대상자에게 필수품을 지참할 기회 제공

동조 제2항에 따라, 경찰은 처분대상자에게 급박하게 필요로 하는 물품을 주거에서 지참하고 나갈 수 있는 기회를 주어야 한다. 이 규정은 처분대상자가 귀환금지기간 내에 필수품을 가져간다는 명분으로 다시 주거지를 출입하는 행위를 사전에 차단하기 위한 조치이다. 옷가지, 위생용품, 신분증, 여권, 현금, 의료보험증, 의약품, 연금보험증서, 통장, 신용카드 등이 이에 해당될 수 있다.²⁶⁾ 처분대상자가 추후, 주거지에서 반드시 가지고 나와야 할 물품이 있는 경우는, 경찰의 판단에 따라 피해자가 대신 물품을 찾아 제3자에게 보관시킴으로써, 처분대상자가 피해자를 접촉하지 않고 제3자에게서 물건을 받아갈 수 있도록 조치하거나, 경찰의 동행 하에 처분대상자가 주거지를 방문할 수 있도록 한다. 물론 이 경우 피해자에게 처분대상자의 방문을 사전에 고지해야 한다.²⁷⁾

25) 앞의 글, 524면 이하.

26) Kay의 글, 523면

27) Tegtmeier/Vahle의 책, 282면.

2) 새로운 주거지의 지정요구

동조 제3항에 따라 경찰은 처분대상자에게 위험을 방지하기 위한 행정청이나 법원의 결정이 송달될 수 있는 새로운 주소나 송달대리인을 지정할 것을 요구하여야 한다.

그러나 이 규정은 제재조항을 포함하지 않고 있는 불완전규정(*lex imperfecta*)으로 이행을 강제할 수 없다. 경찰의 행정처분이 내려지는 상황에서, 처분대상자 자신도 장래의 거처를 특정할 수 없는 상황이 발생할 수 있기 때문이다. 그러나 이 규정은 귀환금지처분의 기한이 추후 단축되는 경우, 처분대상자가 즉시 통지를 받을 수 있어, 처분대상자의 이익에도 부합되는 측면이 있다.²⁸⁾

구두로 발하여진 명령에 대해, 처분대상자가 서면에 의한 확인을 요청하는 경우는, 당연히 그 서면에 의한 행정처분이 송달될 수 있는 새로운 주거지의 지정이 전제되어야만 한다.²⁹⁾

3) 피해자에 대한 조언과 정보제공

동조 제4항은, 경찰로 하여금 피해자에게 민사상의 보호청구와 상담시설에서 지원을 받을 수 있음에 대한 조언을 하고, 관련정보를 제공하도록 규정하고 있다. 민사상의 보호는, 폭력보호법에 의한 피해자로부터의 가해자의 격리조치를 말한다. 그러나 경찰은 상담제공자(변호사, 의사, 심리치료사)나 시설(공공시설, 교회시설, 사설시설 등)에 대한 주관적인 평가를 해서는 안 되며, 어떤 시설을 선택할 것인지를 피해자가 결정토록 해야 한다.³⁰⁾

28) 앞의 책, 282면.

29) 앞의 책, 282면.

오스트리아의 경우, 가정폭력 사건에서 경찰은 피해자의 의사에 관계없이, 상담시설에 피해자의 이름과 연락처를 통지할 것을 의무화하고 있는데,³¹⁾ 독일 노르트라인베스트팔렌 주 의회에서도 주 경찰법을 개정하면서 피해자의 의사에 반하는 상담시설에의 통지의무를 명문화시킬 것인가에 대해 논의가 있었으나, 채택되지 않았다. 그 주된 이유는 피해자의 의사를 무시하는 강요된 상담은 결국 피해자의 의사결정무능력을 의미하며, 장래의 삶의 계획에 대한 피해자의 자기결정권과도 배치되기 때문이다.³²⁾ 그럼에도 동 규정은 경찰로 하여금 피해자에게 전문 상담시설의 도움을 요청할 수 있음을 충분히 주지시키고, 피해자가 원하는 상담시설에서 피해자에게 먼저 연락을 취할 수 있도록, 피해자의 이름과 주소, 전화번호를 경찰에서 직접 상담시설로 전달하는 조치에 동의할 것인지를 묻도록 의무화하고 있다. 피해자의 동의는 서면으로 이루어질 필요는 없으며, 경찰의 근무기록에 피해자가 동의하였음을 기재하는 것으로 족하다.³³⁾ 그러나 경찰 개입 시점에서의 피해자의 의사표시가 본인의 진실한 의사에 부합하는 지에 대한 의문이 있을 수 있다. 피해자는 폭력사태의 영향으로 본인의 진정한 의사에 반하는 의사표시를 할 수도 있기 때문이다. 피해자가 정신적인 공황이나, 흥분, 혼란상태에 있음이 명백한 경우에는 이러한 질문을 시도하지 않고, 일정한 시간이 경과한 후 해야 할 것이다.³⁴⁾

30) 앞의 책, 283면.

31) 이러한 규정은, 오랫동안 계속되어지는 가정폭력이 피해자로 하여금 이성적인 의사결정을 할 수 없는 '학습된 무력감'에 빠지게 하여 피해자의 자유로운 의사결정능력이 제한됨을 그 주된 논거로 한다고 볼 수 있다.

32) LT-Dr 13/1525-Allg.Begr. zu Art. 1, S. 14.

33) Erlass des NWInnenministeriums vom 20.12.2001-42.1-2761.

34) Kay의 글, 525면.

5. 기 간

동조 제5항 제1문에 의하면, 경찰이 발하는 귀환금지기간은 일반적으로 10일이다. 개별적으로 합당한 사유가 있을 경우는 기간을 단축한 명령을 발할 수 있다. 예를 들어 피해자가 특정한 일자에 주거를 떠날 의사를 명백히 밝힌 경우가 이에 해당한다. 피해자의 퇴거가 귀환금지명령을 발할 당시에 예견되지 않고, 사후에 발생했을 경우, 동조 제5항 제3문에 의거 귀환금지명령이 철회된다. 결국 경찰이 발할 수 있는 귀환금지명령의 최장 기간은 10일이 된다.³⁵⁾

귀환금지 명령이 발해지는 날은 귀환금지 기간에 산입되지 않는다. 노르트라인베스트팔렌 주 행정절차법(VwVfG NRW) 제31조 제2항에 따라 처분이 발해진 다음날부터 기산된다. 예를 들어 귀환금지가 5월 14일 0시 30분에 구술로 발해진 경우, 귀환금지명령은 5월 24일 24시에 종료된다. 이런 경우, 실제로 귀환금지명령의 기간은 대략 11일에 달하게 된다.³⁶⁾

피해자가 경찰의 귀환금지 처분이 발해진 기간 내에 폭력보호법에 의한 법원의 임시명령을 신청하는 경우, 위 경찰의 귀환금지처분은 법원의 결정이 있는 날에 종료되며, 늦어도 제1문에 의한 경찰처분이 종료되는 날부터 10일이 경과되면 종료된다(동조 제5항 제2문). 즉, 피해자가 법원에 임시명령을 신청하는 경우, 경찰의 귀환금지 명령은 법원의 임시명령이 있기까지도합 20일까지 연장될 수 있다.

피해자가 제5항 제1문에 의거한 경찰의 귀환금지 조치의 기간이 종료되는 10일째 되는 날, 법원에 임시명령을 신청하는 경우, 다시금 10일까지 연장되어 최장 20일간 귀환금지가 유효하나, 동 기간 내에 가정법원의 결

35) Tegtmeier/Vahle의 책, 284면.

36) 앞의 책, 284면.

정이 있을 경우, 결정이 있는 날 경찰의 처분은 종료된다.

만일, 피해자가 경찰에 의한 귀환금지 명령의 종기가 도래한 이후에 가정법원에 임시명령을 신청하는 경우, 제5항 제2문은 적용될 수 없고, 이 경우 경찰은 퇴거명령이나 귀환금지 명령을 연장할 수 없다.

해석상 논란이 있을 수 있는 부분은, 피해자가 제5항 제1문에 의한 경찰의 처분기간 중에 법원에 임시명령을 신청하는 경우, 임시명령의 신청으로 제5항 제1문에 의한 기간이 즉시 종료되고, 제2문에 의한 10일의 기간이 시작되는 것인지, 제1문에 의한 처분기간인 10일이 지난 이후, 다시 제2문에 의한 10일의 기간이 시작되는 것인가 하는 점이다. 후자에 따를 경우, 피해자가 10일 이내에 신청하기만 하면, 법원에 임시명령을 신청하는 시점에 관계없이 법원의 결정이 있을 때까지 최장 20일간 귀환금지 명령의 효력이 유지된다. 그러나 귀환금지 명령을 통해 피해자가 향유하는 법익은, 처분대상자의 직접적인 영향을 받지 않는 상태에서 가족이나 친구, 상담시설 또는 변호사와 상황을 의논하고 합리적인 결정을 할 수 있는 기회를 부여하기 위한 것이다. 따라서 제5항 제1문에 의한 10일의 귀환금지 처분기간 중이라 할지라도 피해자가 의사를 정리하고, 법원에 임시명령을 신청했다면, 제1문에 근거해서 계속 귀환금지명령을 지속시킬 이유는 없으며, 단지 제2문에 따라 법원에서 결정이 이루어지기까지의 10일의 기간이 다시 시작될 뿐이라고 해석해야 한다.³⁷⁾

퇴거명령과 귀환금지명령은 결코 형벌의 성격을 가지지 않는다. 설혹 처분대상자가 형법상 의미 있는 폭력행위를 통해 처벌될 수 있다 할지라도, 이것은 경찰작용법인 주 경찰법에서 규정하고 있는 경찰상의 조치와 관련되어 질 수 없다. 동법상의 경찰처분은 처분대상자의 기본권의 중대한

37) Tegtmeier/Vahle의 책, 285면.

침해가 발생하는 조치이며, 이러한 조치가 헌법에 위배되지 않기 위해서는 비례성의 원칙에 입각해서 시간적으로 가능한 한 단축된 처분이 이루어져야 한다. 입법과정에서도 이러한 논의가 있었으며 법사위원회의 다수의 견해도 여기에 일치하고 있다.³⁸⁾

6. 실효성 확보수단

가. 강제집행

퇴거명령과 귀환금지명령은 주 경찰법 제50조 이하에서 규정하고 있는 일반적인 직접강제권을 통해서 실효성을 확보할 수 있을 뿐만 아니라, 경우에 따라 주 경찰법 제35조 제1항 제4호에 의거 처분대상자를 구금할 수 있다.³⁹⁾ 제35조에 근거하여 사람을 구금한 경우, 경찰은 지체 없이 자유박탈의 허용성과 계속성에 대한 법관의 결정을 받아야 한다.⁴⁰⁾ 위와 같은 조치로 구금된 자는 주 경찰법 제38조 제1항 제3호에 의거 늦어도 구금된 익일 자정까지 석방되어야 한다.⁴¹⁾ 상황에 따라서 경찰은 처분대상자로부터 피해자를 보호하기 위해서 주 경찰법 제43조 제1호에 근거하여 처분대상자가 소지하고 있는 출입문의 열쇠를 압류하거나, 경우에 따라서는 시정

38) 앞의 책, 286면.

39) 동 규정은, 경찰은 제34조의a에 의거한 퇴거명령과 귀환금지명령의 이행을 위해 불가피한 경우, 사람을 구금할 수 있다”고 명시하고 있다.

40) 주 경찰법 제36조 제1항 제1문.

41) 주 경찰법 제38조 제1항은 구금된 자를 다음과 같은 경우 석방해야 한다고 규정하고 있다.

1. 경찰의 보호조치의 근거가 소멸한 경우
2. 계속적인 자유박탈이 법관의 결정에 의하여 허용되지 않는 것으로 판명된 경우
3. 법관이 다른 법률에 근거하여 구금의 계속을 사전에 명하지 않는 한, 어떠한 경우에도 구금된 익일 자정까지는 석방되어야 한다.

장치의 교체조치도 취할 수 있다.⁴²⁾

나. 강제금

처분대상자의 부작위에 의한 의무불이행의 경우는, 주 경찰법 제53조에 의거한 이행강제금의 부과도 가능하다. 그러나 의무불이행시 강제금 부과를 예고하는 것은 주 경찰법 제53조에 의거, 서면으로만 가능하기 때문에, 현장에서 위험방지 조치를 하는 경찰관이 사용할 수 있는 실효성 있는 수단으로 보기는 어렵다.

또한, 가해자가 강제금을 납부할 수 있는 경제적인 능력이 전혀 없는 경우, 이는 더 이상 가해자의 의무이행을 심리적으로 압박할 수 있는 수단이 되지 못한다. 이런 경우는 강제금 예고시, 주 경찰법 제54조에 의한 대체강제구류가 가능함을 주지시켜야 한다.⁴³⁾

물론, 가해자가 귀환금지처분을 무시하고 계속해서 폭행을 행사하는 경우, 경찰법상의 예방적 조치와 별개로 형법위반에 따른 형사소송법 제127조 제2항에 근거한 임시체포가 이루어 질 수 있을 것이다.⁴⁴⁾

다. 의무이행여부 점검

주 경찰법 제34조의a 제7항에 의하면, 귀환금지명령이 준수되고 있는지, 처분기간 중 최소한 한번 이상 점검할 것을 의무화하고 있다. 이 조치는

42) Tegtmeier/Vahle의 책, 281면.

43) 주 경찰법 제54조에 의하면, 관계인이 강제금을 납부할 수 없는 경우 강제금의 부과시에 그에 대한 고지가 있었다면, 행정법원은 경찰의 요청에 의하여 대체강제구류를 명할 수 있다. 이 경우 대체강제구류의 기간은 1일 이상 2주 이하로 한다.

44) Kay의 글, 526면.

피해자를 가해자의 위협으로부터 보호함을 그 목적으로 하고 있다. 오스트리아 연구결과에 의하면, 귀환금지처분 대상자가 동 처분을 준수하지 않고 귀환하는 경우, 대부분 처분이 내려진 후 수일 이내에 발생한다고 한다. 따라서 경찰은 가능한 처분 후 3일내에 의무이행 여부를 점검해야 한다.⁴⁵⁾

7. 피처분자의 보호

퇴거명령이 발해지면 경우에 따라서 피처분자의 보호에 관한 문제가 생길 수 있다. 피처분자가 미성년자인 경우, 거처와 부모의 부양을 상실하는 결과가 생길 수도 있으며, 요보호자인 피처분자가 무숙자로 전락할 수도 있다. 경찰처분에 따른 이런 후속적인 문제들은 경찰의 업무만으로 해결될 수 없다. 물론 폭한의 날씨에 피처분자가 거처를 확보하지 못하는 경우, 경찰은 주 경찰법 제35조 제1항 제1호에 근거하여, 피처분자 자신의 생명과 신체를 보호하기 위해 구금조치를 취할 수 있다.⁴⁶⁾ 그러나 이러한 경찰의 또 다른 강제조치는 차선택일 뿐이며, 우선은 청소년관청이나 사회보호관청에서 조치를 취할 수 있도록 협조해야 하며 이러한 행정기관과 긴밀한 협조관계를 유지하여야 할 것이다.

8. 적용실태

노르트라인베스트팔렌 주의 경우, 2002년 주 경찰법 개정이후, 경찰에 의한 퇴거명령 및 귀환금지 명령은 계속 증가세에 있다. 주 내무부 발표에

45) Erlass des NWInnenministeriums vom 20.12.2001-42.1-2761.

46) 동 규정은 “경찰은 특히 자유로운 의사결정이 배제되어 있거나 혹은 타인의 원조를 필요로 하는 상태에 있는 자를 생명 또는 신체에 대한 위협으로부터 보호하기 위하여 필요한 경우 보호조치를 취할 수 있다”고 명시하고 있다.

따르면, 경찰에 의해서 확인된 전체 가정폭력사건 중 퇴거명령과 귀환금지 명령이 발해진 경우는, 제도가 시행된 2002년1/4분기 30.2%에서 2003년 4/4분기 48.0%에 이르기까지 - 2002년 4/4분기를 제외하고는 - 지속적인 증가세를 나타내었다.⁴⁷⁾

2002년의 경우 총 4,894건의 처분이 이루어졌으나, 2003년의 경우 6,931, 2004년에는 7,514, 2005년에는 8,066회에 이른다.

또한 2003년을 기준으로 할 때, 6,931건의 귀환금지 처분 중 위반으로 적발된 건수는 658건으로 위반비율이 10% 미만임을 감안할 때, 위 처분이 제도적으로 정착되고 있으며 피해자 보호의 어느 정도 실효성을 거두고 있음을 보여준다. 2003년의 경우 처분위반에 대해 505건의 강제금이 부과되기도 되었다.⁴⁸⁾ 노르트라인베스트팔렌 주에서는 주정부차원에서 이 제도의 정착과 효과를 홍보하기 위해 계속해서 많은 노력을 기울이고 있다.⁴⁹⁾

반면, 메클렌부르크휘포먼 주의 경우는 14일간의 경찰에 의한 귀환금지 처분이 가능하며, 2002년 2/4분기에만 138건의 경찰처분이 있었다.⁵⁰⁾

III. 한국의 관련 법제검토

우리나라에서는 그간 가정폭력의 심각성이 인식되고 국가의 적극적인

47) http://www.im.nrw.de/sch/doks/gewalt_gegen_frauen.pdf.

48) Ministerium für Gesundheit, Soziales, Frauen und Familie des Landes Nordrhein-Westfalen, Gewalt gegen Frauen und sexueller Missbrauch von Kindern, 19면 이하; http://www.im.nrw.de/sch/doks/hg_Jahreszahlen2004.pdf; http://www.im.nrw.de/sch/doks/hg_Jahreszahlen2005.pdf.

49) <http://www.im.nrw.de/sch/96.htm>.

50) Krech, Zweite Novelle des Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern, LKV 2003, 205면 이하.

대처를 위한 법제정비가 논의된 끝에 1998년 7월 1일 “가정폭력범죄의 처벌등에관한특례법”과 “가정폭력방지및피해자보호등에관한법률”이 동시에 시행되었다. 전자가 가정폭력범죄의 형사처벌절차에 관한 특례를 정하고 가정폭력범죄를 범한 자에 대하여 환경의 조정과 성행의 교정을 위한 보호처분을 행하는 것을 목적으로 하는 것에 비해, 후자는 가정폭력을 예방하고 가정폭력의 피해자를 보호·지원하려는 목적으로 국가정책적인 차원에서 상담소와 보호시설의 설치와 운영에 관하여 규정한 법률이다.

이하에서는 가정폭력범죄의 처벌등에관한특례법을 중심으로 가정폭력사건에서의 경찰권 발동의 근거와 한계에 대해서 검토한다.

1. 가정폭력의 개념

가정폭력범죄의 처벌등에관한특례법 제2조 제1호에서는 가정폭력을 “가정구성원사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위”라고 정의하고 있다. “가정구성원”에 대한 정의는 동조 제2호에서 “배우자(사실상 혼인관계에 있는 자를 포함) 또는 배우자관계에 있었던 자, 자기 또는 배우자와 직계존속 관계(사실상의 양친자관계 포함)에 있거나 있었던 자, 계부모와子的 관계 또는 嫡母와 庶子의 관계에 있거나 있었던 자 및 동거하고 있는 친족관계에 있는 자”라고 정하고 있다.

동법의 정의에 따르면, 가정폭력에서의 폭력의 의미는 신체적, 정신적, 또는 재산상 피해를 수반하는 행위로서 형법상의 폭행의 개념보다 더 포괄적이다.⁵¹⁾ 구체적으로는 상해, 폭행, 유기, 학대, 체포, 감금, 협박, 명예훼손, 모욕, 강요, 공갈, 재물손괴 및 아동복지법 제29조 제8항에서 규정하

51) 김수율, 가정폭력의 실태와 경찰의 대응방안에 관한 연구, 8면.

고 있는 아동에게 구걸시키는 행위 등을 포함하고 있다.

2. 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법에 근거한 경찰권 발동

가정폭력범죄의처벌등에관한특례법은 형사처벌절차를 규정하고 있는 일반법인 형사소송법에 대한 특별법으로서 가정폭력사건에 관한 처리절차를 규정하고 있어, 엄밀한 의미에서 공공의 안녕과 질서유지를 위한 위험방지 임무를 수행하기 위한 경찰작용법이라고 볼 수는 없다. 다만 동법 제5조에서는 가정폭력범죄에 대한 사법경찰관리의 응급조치를 규정하고 있는데, 이러한 응급조치의 내용으로 볼 때는 형사소송절차로서의 사법경찰작용이 아닌 위험방지를 위한 경찰행정법 상의 행정경찰작용으로 보는 것이 타당하나,⁵²⁾ 응급조치의 주체를 경찰관이 아닌 사법경찰관리로 규정한 것으로 미루어, 입법자는 형사소송 절차의 일환으로 보고 있는 듯 하다.

가. 응급조치

가정폭력범죄의처벌등에관한특례법 제5조 의하면 가정폭력범죄에 대한 신고를 받은 사법경찰관리는

1. 폭력행위의 제지, 행위자·피해자의 분리 및 범죄수사
2. 피해자의 가정폭력관련 상담소 또는 보호시설 인도 (피해자의 동의가 있는 경우)
3. 긴급치료가 필요한 피해자의 의료기관 인도
4. 폭력행위의 재발시 제8조의 규정에 의하여 임시조치를 신청할 수 있

52) 사법경찰과 행정경찰의 구분에 관해서는 김남진, 경찰행정법, 20면 참조.

음을 통보

하는 등의 조치를 취할 수 있다.

폭력이 행사되는 현장에 임장한 경찰관이 폭행을 제지하는 것은 경찰관 직무집행법 제6조⁵³⁾에 근거한 경찰법 상의 강제작용으로서 가정폭력범죄의 처벌등에관한특례법이 특별한 경찰강제권을 규정한 것으로 볼 수는 없다.

경찰청 업무편람에서는 이 경우, 행위자가 주거침입이라고 항의하거나 문을 열어주지 않더라도, 폭력행위가 진행 중이거나 위급한 경우에는 경찰상 즉시강제원리에 입각해서 강제로 문을 열고 들어가서라도 폭력행위를 제지하도록 하고 있다. 이러한 출입의 법적근거는 경찰관직무집행법 제7조가 될 것이다. 동조는 제6조에서 규정한 위험한 사태가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이하다고 인정할 때에는 비례성의 원칙에 따라 토지, 건물 등을 출입할 수 있다고 규정하고 있다.

2002년 법개정에서는 폭력행위의 제지 및 범죄수사 외에 ‘행위자와 피해자의 분리’를 규정하였다. 행위자와 피해자의 분리조치는 피해자를 행위자로부터 보호하고, 수사절차의 진행을 위해 피해자의 심리적인 안정과 객관적인 진술을 확보하기 위한 것으로 사법경찰작용과 행정경찰작용으로서의 양자의 목적을 함께 가지고 있으나, 그 주된 목적은 더 이상의 행위자의 폭력으로부터 피해자를 보호하려는 예방적인 경찰작용임이 명백하다. 그러나 이미 폭력행위가 종료된 상황에서 행위자와 피해자 양측이 분리를

53) “경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.”

희망하지 않을 경우, 헌법상의 자유권적 기본권을 침해하는 강제적인 분리 조치까지 이르는 것은, 폭력상황이 재발될 것이 예견되지 않는 한 인정되기 어렵다.

동조 제3호에서는 긴급치료가 필요한 피해자의 의료기관 인도를 규정하고 있는데, 피해자의 동의가 없는 경우가 문제될 수 있다. 동조 제2호가 피해자를 가정폭력사건 상담소나 보호시설에 인도하기 위해서 피해자의 동의가 있을 것을 요구하는 것에 비해, 제3호에는 이러한 조건이 없음에 비추어, 동 조문의 논리적·체계적 해석에 따르자면 피해자의 동의를 필요로 하지 않는다고 볼 수 있다. 따라서 피해자가 동의하지 않더라도, 본인에게 위험이 야기될 것이 명백하거나, 피해자가 행위자의 영향력 하에서 정상적인 의사결정을 할 수 없는 상황이라고 판단될 경우, 피해자를 의료기관에 인도하는 조치를 취해야 하며, 피해자가 적극적으로 저항한다 할지라도, 피해자의 생명, 신체에 대한 급박한 위험을 방지하기 위해서는, 비례성의 원칙에 입각해서 필요한 한도 내에서의 강제력 행사가 인정될 수 있을 것이다.⁵⁴⁾

나. 임시조치의 신청

가정폭력범죄의처벌등에관한특례법 제8조 제1항에 의하면, 검사는 위응급조치에 불구하고 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 사법경찰관의 신청에 의하여 법원에 제29조 제1항 제1호

54) 관련해서 경찰관직무집행법 제4조 제1항 제2호에 의한 부상자의 보호조치는 당해인이 이를 거절하는 경우에는 행할 수 없음을 명시적으로 규정하고 있는 바, 입법론적으로는 당사자 거절한다고 할지라도, 생명이나 신체에 대한 위험이 발생하였거나, 악화될 것이 예견되는 경우 당사자의 의사에 관계없이 보호조치를 취할 수 있도록 개정함이 타당하다. 같은 견해로는 장영민/박기석, 경찰관직무집행법에 관한 연구, 115면.

또는 제2호에 의거한 퇴거와 피해자로부터 100미터 이내 접근금지의 임시 조치를 청구할 수 있다.

또한 동조 제2항에서는 임시조치를 위반하여 가정폭력이 재발될 우려가 있을 경우, 직권 또는 사법경찰관의 신청에 의하여 법원에 유치장이나 구치소에의 유치를 청구할 수 있도록 하고 있다.

즉, 경찰은 피해자에게 폭력행위의 재발시 임시조치의 신청을 할 수 있음을 알리고 (제5조 제4호), 응급조치에도 불구하고 폭력이 재발할 염려가 있다고 판단되는 경우에는 검사에게 임시조치를 신청할 수 있다.

현행법상 임시조치의 신청과 청구권은 전적으로 수사기관의 판단에 의하도록 하고, 피해자의 독립된 임시조치 신청권과 절차에 대해 전혀 규정하지 않고 있음에도, 제5조 제4호가 경찰로 하여금 피해자에게 임시조치를 신청할 수 있음을 통보하도록 규정하고 있음은 납득하기 어렵다.⁵⁵⁾ 더군다나 동 규정이 ‘폭력행위의 재발시’라는 조건을 붙이고 있음은, 반대해석에 따르자면 결국 폭행의 재발이 있기 전까지는 피해자가 임시조치를 신청할 수 없음을 뜻하므로, 경찰관의 즉각적인 임시조치 신청도 제한하는 결과를 초래하게 된다.

3. 문제점과 그 대안

가정폭력사건에서 가해자와 피해자의 구분은 대부분 명확하다. 더 이상의 피해를 방지하기 위해서 강제적인 격리가 필요할 경우, 가해자와 피해

55) 결국, 동 규정상의 피해자의 신청은 사법경찰관에 대하여 직권발동을 사실상 촉구할 수 있다는 정도의 의미를 가질 수밖에 없을 것이다. 권정희, 가정폭력의 실태와 법적 고찰, 법학논집, 제6권 제1호, 125면; 서거석/김운희, 가정폭력에 대한 경찰의 대응실태와 문제점 - 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 중심으로, 형사정책 제14권 제1호, 2002, 95면.

자 중 누구에게 불이익처분을 주는 것이 합당한 가는 명약관화하다. 그럼에도 현행 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법은 폭행의 피해를 입은 피해자를 주거에서 격리시키는 조치만을 규정함으로써 법적 형평성에 큰 문제점을 가지고 있다.

또한 피해자의 격리조치마저도 - 대부분의 경우 피해자가 합리적이고 이성적인 판단을 내릴 수 없는 상황임에도 불구하고 - 피해자의 의사존중에만 치우쳐, 적극적인 개입을 어렵게 만들고 있다. 왜 독일이 피해자의 의사에 관계없이 경찰의 독립적인 판단으로, 위험방지를 위한 퇴거와 귀환금지 조치를 취할 수 있도록 하고 있는지 우리의 입법자도 재고해 보아야 할 것이다.

현행 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법에서 규정하고 있는 경찰관의 응급조치로는 가정폭력 가해자에게 아무런 억지력을 행사할 수 없다. 경찰관은 임시조치를 신청할 수 있을 뿐, 판사의 임시조치 결정이 있을 때까지 가해자가 폭력을 재발할 개연성이 높다고 할지라도, 어떠한 강제력도 행사할 수 없다.⁵⁶⁾ 법원에 의한 개입이 있기 전까지의 피해자보호를 위한 시간적 공백을 매우기 위해 경찰의 즉각적인 퇴거와 귀환금지 명령을 규정하고 있는 독일 경찰법과 비교할 때, 우리나라의 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법은 폭력을 경험한 피해자를 재발의 위험에 노출시키고 있으며, 더군다나 피해자가 종국적인 이혼을 원치 않고, 자녀 양육 등의 문제로 현실적으로 가정을 떠날 수 없는 경우는, 가해자의 계속적인 회유나 협박으로 장래에 대한 이성적인 판단을 할 수 있는 기회마저도 박탈하고 있다.

일부에서는 미국에서와 같은 의무적 체포제도의 도입을 조심스럽게 제기하기도 한다.⁵⁷⁾ 피해자보호에 무기력한 현행법 체계보다는 비록 단점이

56) 한인섭, 가정폭력법에 대한 법정정책 검토, 피해자학연구, 제7호, 1999, 125면.

있다 할지라도,⁵⁸⁾ 이러한 강력한 법 정책을 추진하는 것에 원칙적으로 동의하지만, 의무적 체포제도 보다는 현장에 출동한 경찰관에게 상황에 따라 즉각적인 퇴거명령과 접근금지 또는 귀환금지 명령을 발할 수 있도록 하는 독일이나 오스트리아식 법제도가 바람직 한 것으로 보인다.⁵⁹⁾ 이러한 조치는 헌법 제14조의 거주이전의 자유를 침해하기는 하지만, 공공의 안녕과 질서유지를 위해 필요한 한도 내에서 적법절차에 따를 경우 헌법에 위배될 여지는 없다.⁶⁰⁾ 또한 그 침해에 대하여 법관의 영장을 반드시 요하는 것도 아니다.⁶¹⁾

일부에서는 이러한 경찰의 응급조치가 현행 형사법체계와 충돌할 뿐만 아니라 형사법의 현대적 동향에 비추어 볼 때 많은 문제점이 있으며, 경찰의 독자적 수사권을 주는 결과가 된다는 우려를 나타내기도 하나,⁶²⁾ 동의하기 어렵다. 독일법제에서 검토한 바와 같이, 퇴거명령이나 귀환금지명령과 같은 경찰의 처분은 수사작용이 아닌, 피해자의 생명과 신체를 가해자의 폭력으로부터 보호하기 위한 경찰행정법상의 예방적 경찰권발동으로서 가해자의 형사소추와 처벌을 목적으로 하는 수사작용과는 근본적으로 구분되는 별개의 경찰하명이다. 따라서 법리적으로 볼 때, 이러한 경찰행정법상의 명령적 처분은 원칙적으로 형사소추와 수사만을 담당하는 검사가

57) 한인섭, 가정폭력법의 법적구조와 정책지향에 대한 검토, 서울대 법학 제39권 제2호, 1998, 308면; 김혜선, 아내구타에 대한 경찰의 개입, 입법조사연구, 1996.2, 64면 이하.

58) 이에 대해서는, 신용현, 가정폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법의 문제점과 개선방안 연구, 2004, 51면 이하.

59) 같은 견해로는 신용현의 글, 52면; 김운회의 글, 163면, 조민영, 아내학대에 대한 경찰의 대처방안에 관한 연구, 76면.

60) 헌법 제37조 제2항: 국민의 모든 자유와 권리는 국가안정보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

61) 한인섭의 글, 1988, 308면.

62) 김숙자, 가정폭력특별법안의 방향과 내용, 가정폭력방지법시안공청회, 1996, 228면 이하.

개입할 수 없는 영역이다.⁶³⁾ 즉, 가해자의 이미 행사한 폭력에 대한 형사 처벌절차의 진행과 공공의 안녕과 질서유지 차원에서 피해자의 생명, 신체에 대한 기본권 보호를 위한 경찰의 예방적 작용은 구분해서 검토해야 함에도 불구하고, 현행 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법은 형사사법적 관점에만 치우친 입법으로 말미암아 이러한 구분을 간과하고 있다.

이런 맥락에서 볼 때, 형사소송법상의 현행범체포와 긴급체포 제도의 적극적인 활용을 통해서 피해자를 보호하려는 제안⁶⁴⁾ 또한 현행법 체계에서의 어쩔 수 없는 窮餘之策임을 감안하더라도, 수궁하기 어렵다. 긴급체포나 현행범체포의 절차적 제한도 제한이거니와, 이러한 제도는 형사소송절차의 확보를 위해 피의자로부터 증거인멸이나 도주의 위험을 제거하기 위한 수단이지,⁶⁵⁾ 결코, 장래의 위험으로부터의 피해자 보호를 위한 예방경찰적 목적을 가지고 있는 것은 아니다. 이러한 편법적인 ‘예방경찰업무의 수사절차화’를 통한 형사사법으로의 도피가 결국 현행법과 같은 기본권 보호의 공백을 유발하는 법시스템을 창출하게 된 원인 중에 하나이기도 하다.

입법론으로는, 가정폭력 방지를 위한 이러한 경찰의 강제처분권을 경찰관직무집행법에 삽입하여, 경찰권 발동에 관한 법령을 일원화 시키고, 경찰조치의 타당성과 계속여부에 대해서 직접 법원의 결정을 받도록 하는 것이 바람직 할 것이다. 또한 퇴거나 접근금지 명령의 실효성 확보를 위해, 가해자에 대한 경찰법상의 예방적 구금조치와 함께, 이에 대한 절차의 공정성을 담보하기 위해 경찰이 직접 법관의 결정을 신청할 수 있는 법제개선을 적극 검토해야 할 것이다.⁶⁶⁾

63) 검찰청법 제4조에서 규정하고 있는 검사의 직무는 ‘범죄수사와 공소제기 및 그 유지에 필요한 사항’일 뿐이며, 장래에 예견되는 법익침해로부터 피해자를 보호하는 직무는 경찰의 고유한 사무이다.

64) 신용현의 글, 66면.

65) 형사소송법 제200조의 3.

IV. 결 어

지금까지 독일 주 경찰법상의 가정폭력에 대한 경찰권 발동에 관한 입법례를 음미하고 우리나라 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법상의 경찰권 발동에 관한 법제와 비교하여 보았다.

노르트라인베스트팔렌 주의 경우, 피해자 기본권 침해의 급박한 위험방지를 위해 경찰의 즉각적인 행정처분으로 10일간 가해자에게 주거지로부터의 퇴거명령과 일정기간 동안 접근금지 명령을 발할 수 있는 법적근거를 마련하였으며, 그 적용실태를 통해, 이러한 제도가 국민들에게 수용되고 정착되고 있음을 추론할 수 있었다. 반면 우리나라의 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법이나 경찰관직무집행법은 피해자를 적극적으로 보호하고 가해자를 주거에서 격리시킬 수 있는 아무런 경찰의 강제조치도 규정하지 않고 있다. 이러한 법제도의 결함은 국가가 헌법상의 기본권보호의무를 해태하는 결과를 초래한다. 사회적 약자의 효율적인 보호를 위해서 입법적 개선책이 절실히 요구된다고 하겠다.

국민의 기본권은 대국가적 방어권으로서의 성격만을 가지지 않는다. 국가는 제3자에 의한 기본권침해로부터 국민을 보호해야할 헌법상의 의무를 지고 있다.⁶⁷⁾ 국민의 안전이 위협받는 상황에서 국가개입은 선택이 아닌 의무이며 이의 적법한 행사가 가능하도록 법제화 시키는 것이 또한 입법자에게 주어진 책무이다. 비례성의 원칙을 고려할 때, 국가의 소극적 대처로 피해자가 받게 될 법익침해와 적극적 개입으로 가해자가 받게 되는 법

66) 행정법상 권력적 사실행위에 대한 영장 발부절차마련에 동의하는 견해로는, 최영규, 경찰행정법, 276면.

67) BverfGE 39, 1; 49, 89; 53, 30; 56, 54; 79, 174; 88, 203; Schulte, Gefahrenabwehr durch private Sicherheitskräfte im Lichte des staatlichen Gewaltmonopols, DVBl. 1995, S. 13.

익침해를 비교형량 한다면, 가해자에 대한 필요최소한의 기본권 제한은 정당화 될 수 있다.

물론 가정폭력은 경찰의 적극적 초기개입만으로 해결될 수 없으며, 사회전체가 함께 책임을 공유하고 노력하여야 하는 과제임은 분명하다. 그럼에도 가정 내부에서의 폭력이 외부로 표출되는 최초단계에서 개입하는 경찰에게 적극적인 경찰권 발동의 법적권한을 부여하여, 피해자를 가해자의 더 이상의 침해로부터 보호하고, 합리적이고 이성적인 자기미래를 결정할 수 있는 최소한의 권리가 보장될 수 있도록 해야 한다.

폭력이 행사되고 있는 가정은 더 이상 경찰공공의 원칙에 따라 경찰개입이 제한되는 사생활이나 사주소가 아니며, 공공의 안녕과 질서에 반하는 법익침해가 발생하고, 경찰권 발동 없이 그 위해를 방지할 수 없는, 재량권이 영으로 수축되어 경찰권 발동이 의무화되는 영역인 것이다.

참고문헌

경찰청, 2006 경찰백서

김남진, 경찰행정법, 2002.

이찬진, 가정폭력방지법 운영실태 및 개정방향, 한국 여성의 전화 연합, 1999,

최영규, 경찰행정법 제2판, 2005.

권정희, 가정폭력의 실태와 법적 고찰, 법학논집 제6권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2001.

김수율, 가정폭력의 실태와 경찰의 대응방안에 관한 연구, 호남대 박사학

위 논문, 2006.

김숙자, 가정폭력특별법안의 방향과 내용, 가정폭력방지법시안공청회, 1996.

김운희, 가정폭력범죄에 대한 경찰대응의 문제점과 개선방안에 관한 연구, 전북대 박사학위 논문, 2003.

김혜선, 아내구타에 대한 경찰의 개입, 입법조사연구, 1996.

서거석/김운희, 가정폭력에 대한 경찰의 대응실태와 문제점-가정폭력범죄 의처벌등에관한특례법을 중심으로, 형사정책 제14권 제1호, 한국 형사정책학회, 2002.

신용현, 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법의 문제점과 개선방안 연구, 서울대 석사학위 논문, 2004.

이운주, 경찰법상의 개괄수권조항에 관한 연구, 서울대 박사학위 논문, 2005.

장영민/박기석, 경찰관직무집행법에 관한 연구, 형사정책연구원 연구보고서, 1995.

조민영, 아내학대에 대한 경찰의 대처방안에 관한 연구, 동국대 석사학위 논문, 2003년.

한인섭, 가정폭력법에 대한 법정책적 검토, 피해자학연구 제7호, 한국피해자학회, 1999.

한인섭, 가정폭력법의 법적구조와 정책지향에 대한 검토, 서울대 법학 제 39권 제2호, 1998.

Collin, Peter, Das polizeiliche Betretungsverbot bei häuslicher Gewalt - Anwendungsprobleme einer neuen Standardermächtigung, Die Polizei 2004, S. 9 ff.

Kay, Wolfgang, Wohnungsverweisung - Rückkehrverbot zum Schutz vor häuslicher Gewalt, NVwZ 2003, S. 521 ff.

Krech, Joachim, Zweite Novelle des Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg-Vorpommern, LKV 2003, S. 205 ff.

Lepa, Manfred, Der Inhalt der Grundrechte, 5. Aufl., 1985.

Ministerium für Gesundheit, Soziales, Frauen und Familie des Landes Nordrhein-Westfalen, Gewalt gegen Frauen und sexueller Missbrauch von Kindern, 2004.

Naucke-Lömker, Maria, überblick über die Umsetzung des Gewaltschutzgesetzes in den Bundesländern, NJW 2002, S. 3525 ff.

Schoch, Friedrich, Gefahrenabwehr nach der Generalklausel, JuS 1994, S. 667 ff.

Schulte, Martin, Gefahrenabwehr durch private Sicherheitskräfte im Lichte des staatlichen Gewaltmonopols, DVBl. 1995, S. 130 ff.

Tegtmeyer, Henning/ Vahle, Jürgen, Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen, 2004.

http://www.im.nrw.de/sch/doks/hg_Jahreszahlen2004.pdf.

http://www.im.nrw.de/sch/doks/hg_Jahreszahlen2005.pdf.

<http://www.im.nrw.de/sch/96.htm>.

http://www.im.nrw.de/sch/doks/gewalt_gegen_frauen.pdf.

Polizeiliche Einschreitung bei der häuslichen Gewalt

Lee, Sung-Yong*

Häusliche Gewalt ist nicht mehr ein Phänomen, das in einem Land beschränkt ist, sondern als ein wichtiges soziales Problem, darauf der Staat aktiv reagieren soll, anerkannt. In Deutschland kam es im Dezember 2001 zum Erlass des Gewaltschutzgesetzes. Das Gewaltschutzgesetz begründet keine neuen Rechte des Opfers, beseitigt aber bis dahin bestehende Rechtsanwendungsunsicherheiten, in dem es die gerichtliche Befugnis zum Erlass von Schutzanordnungen regelt. Aber die zivilrechtliche Lösung hinterlässt eine zeitliche Lücke. Bis zur Erlangung einer amts- bzw. familienrichterlichen Entscheidung bleibt die Situation in der Schwebe. Diese Lücke soll durch Polizeirecht aufgefüllt.

Unter dem Einfluss des österreichischen Sicherheitspolizeigesetzes haben die deutschen Bundesländer versucht, entsprechende Regelungen zu schaffen, danach kann dem Gewalttäter bis zum Erlass einer zivilrichterlichen Entscheidung ein polizeiliches Wohnungsverbot erteilt werden. In Gegenteil gibt es beim koreanischen Rechtssystem keine Regelungen, die der Polizei für den Schutz der Opfer vor den Gewalttätern Zwangsbefugnisse, z. B. Wohnungsverweisung und

* Researcher, National Police University, Ph.D. in Law

Rückkehrverbot erteilen. Dieser Mangel des Rechtssystems führt die Missachtung der grundrechtlichen Schutzpflicht herbei. De lege ferenda ist es empfehlenswert, im Rahmen der häuslichen Gewalt das polizeiliche Zwangsmittel ins Vollzugsgesetz für den Polizeidienst einzufügen, damit die Befugnisse der polizeilichen Einschreitung in einem Gesetz vereinheitlicht werden. Außerdem ist es notwendig, Regelungen zu schaffen, danach die Polizei eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeiführen soll.

주제어 : 가정폭력, 경찰권, 퇴거명령, 귀환금지

Keywords : Häuslicher Gewalt, Polizeiliche Befugnisse,
Wohnungsverweisung, Rückkehrverbot

범죄통제의 사회적 맥락: 경제위기, 정치적 상황과 징역선고율의 변화

윤 옥 경*

국문요약

본 연구는 범죄에 대한 국가의 형사사법적 대응(범죄통제활동)을 이해하기 위해서는 사회적 맥락이 고려되어야 한다는 주장에 기초하여 한국의 범죄통제활동의 변화를 사회변동의 제 측면과 관련시켜 이해하고자 하는 것을 목적으로 하고 있다. 이를 위해 갈등론적 시각을 분석틀로 해서 지난 40여년동안 한국사회변동의 핵심이었던 경제적, 정치적 측면의 변화가 범죄에 대한 처벌수준에 영향을 주는지에 대해 검증을 시도하였다. 보다 구체적으로 실업율과 지니계수로 측정된 경제위기와, 정치사상범의 수와 초법적 조치 그리고 정권별 시기로 측정된 정치적 억압이 법원의 징역선고 결정에 영향을 주는지를 분석하였다. 범죄율과 판사의 업무부담을 통제하고 사회적 요인의 영향력을 알아본 결과 경제위기와 정치적 억압변수는 재산범죄와 폭력범죄에 대한 징역선고율에 어느 정도 영향을 주는 것으로 나타났지만 강력범죄자에 대한 징역선고율에 미치는 사회적 맥락변수의 영향력은 미미하였다. 이 연구결과를 통해서 과거 한국사회의 범죄통제활동에 대한 사회적 영향력은 크지 않았다고 잠정적으로 결론지었다. 그리고 이러한 연구결과의 의미와 연구의 한계점, 그리고 추후 연구방향에 대한 논의를 제시하였다.

※ 이 연구는 2004년도 한국학술진흥재단 지원에 의하여 연구되었음(KRF-2004-003-BO0142).

* 경기대학교 교정보호학과 교수, 사회학박사

I. 서론: 문제제기

지금까지의 범죄학 연구경향을 보면 범죄행위에 대해서는 사회적으로 영향을 주는 원인을 찾는 노력을 하는데 비해서 경찰이나 검찰, 그리고 법원이나 교도소의 활동에 영향을 주는 사회적 요인에 대해서는 관심이 상대적으로 적었다. 그 근본적인 이유는 형사사법기관의 활동이 범죄의 양과 질에 따라 결정되는 기술적인 대응으로 보는 견해가 지배적이었기 때문이다. 범죄의 양이 많아지고 범죄의 질이 지능화되고 폭력화되면 범죄자에 대한 형사사법기관의 대응은 활발해지고 결과적으로 많은 범죄자를 체포하고, 기소하고, 재판하고, 구금하게 된다는 논리이다. 사회현상에 대한 합의론적, 기능론적 시각의 연장선상에서 이해할 수 있는 이러한 시각에서 보면 범죄통제활동의 성패는 일차적으로 형사사법기관의 활동이 얼마나 범죄를 예방하고 감소시키는데 효과적인가에 달려있다. 사회학적 범죄이론 중 그 대표적인 예가 억제이론(deterrence theory)이다. 이 이론의 암묵적 전제는 범죄통제란 범죄행위에 대한 기술적(technical) 반응이며 형사사법은 범죄통제라는 목적을 달성하기 위한 도구라고 보는 점이다(예, Greenberg, Kessler and Logan, 1979; Chamlin, 1988; Blumstein, 1998). 그러나 범죄통제 활동의 구체적, 정책적 목표는 범죄예방과 범죄자 처벌에 있다고 하더라도 범죄통제의 수준이 범죄의 양과 질의 변화에 따라서만 변화하는 것은 아니라는 사실이 현실에서 목격되고 있으며, 여기서부터 범죄통제에 대한 사회학적 탐색이 시작된다.

이같이 범죄통제 현상에 대한 사회맥락의 중요성을 인식하게 된 데는 현실적으로 범죄의 양과는 독립적으로 움직이는 범죄통제의 양, 특히 교도소인구의 증가에 대한 의문에서 기인한 바 크다(Zimring and Hawkins,

1991). 즉 범죄(율)와 범죄통제(율)의 관계에 대한 기존의 예상과는 달리 범죄율의 변화와는 독립적으로 범죄통제율이 변화하고 있는 현실을 설명할 필요가 생긴 것이다. 이에 여러 학자들이 이 주제에 대해 분석을 시도했는데, 범죄통제활동의 수준은 범죄의 양에 따라 영향을 받을 뿐 아니라 그 사회의 특성, 경기변동, 정치적 변화, 그리고 그와 연관되어 나타나는 범죄와 형벌에 관한 이미지와 지배담론의 생산 등에 의해 영향을 받는다는 증거가 경험적으로 하나씩 밝혀지면서 이전에 간과되었던 고전 사회학자나 역사학자들(Durkheim이나 Rusche and Kirchheimer, Foucault 등)의 논의를 다시금 재조명하기에 이르렀고, 이러한 이론적 논의에서 도출된 가설들을 검증하는 단계까지 발전하고 있다.

본 연구는 범죄통제활동을 이해하기 위해 사회적 맥락이 고려되어야 한다는 사회학적 범죄통제론의 입장에 근거해서 한국의 범죄통제 상황을 사회변화의 제 측면과 관련시켜 이해하고자 하는 것을 목적으로 한다. 특히 지난 40여년 동안 한국사회 변동의 핵심이었던 경제적, 정치적 측면의 변화가 국가의 범죄통제활동, 보다 구체적으로는 범죄에 대한 처벌의 강도와 어떤 관련성을 가지고 있는 지를 중점적으로 분석해 보고자 한다. 분석 시기는 공식적인 범죄통계(official statistics)가 공표되기 시작한 1964년부터 2002년까지이다. 이 시기는 한국사회가 정치적으로나 경제적으로 사회전반에 걸쳐 급격한 변화를 경험한 시기이기 때문에 범죄통제에 대한 사회학적 설명을 검증하기 위한 최적의 연구 환경을 제공한다고 볼 수 있다. 예를 들어 1961년의 깡패소탕작전이나 1980년의 사회정화운동, 1990년의 범죄와의 전쟁, 그리고 공안정국이 형성되거나 아니면 선거철이 되면 민생치안이 소홀해진다는 미디어의 보도, 또 IMF하에서 미디어에 의한 범죄증가에 대한 불안감 조성이나 시민들의 범죄피해에 대한 두려움의 확산 등은

범죄통제에 대한 정치적 유용성과 경제적 관련성이 존재하고 있을 가능성에 대한 단초를 제공한다.

본 연구를 통해 서구에서 개발된 범죄통제 이론의 설명력을 검증할 수 있는 기회가 제공 될 것이며, 무엇보다도 국가의 정책도 하나의 사회현상으로 간주하여야 한다는 너무나 당연한 사회학적 사실에 대해 다시 한번 관심을 환기시키는 기회가 될 것이다.

II. 선행연구 검토

1. 경제적 위기와 범죄통제

미국사회는 1970년대 이래로 1990년대에 이르기까지 전례 없는 교도소 인구의 증가를 목격하였고 이러한 증가를 범죄율의 증가만으로는 설명하기 어려웠기 때문에 대안적인 분석이 필요한 상황에 직면하였다. 이러한 범죄와 범죄통제사이의 느슨해진 연관성을 이해하기 위해서 가장 강력하게 대두된 이론적 관점이 갈등주의적 관점(conflict perspective)이다. 갈등주의적 관점은 마르크시즘에 그 뿌리를 두고 있으며, 범죄통제를 사회의 기득권 집단의 이해를 위해 움직이는 활동으로 개념화한다(Liska, 1994). 다시 말해 경제적 자원의 불균등한 분배는 자원을 갖지 못한 집단에 대한 통제를 필요로 하며 범죄통제란 피지배계급을 규제하고 통제하는 한 방법이라고 규정한다(Spitzer, 1975; Rusche and Kirchheimer, 1968). 경제적인 어려움들(불평등, 빈곤, 실업)은 사회에 위기감과 불안정을 만들어내고 사회질서에 심각한 문제를 노정시키는 것으로 해석된다. 이 시기에 사회의

주변집단들(빈곤층, 실업자 집단, 소수민족집단)은 더 한층 강화된 국가통제의 대상이 되는데 그 이유는 경제위기 아래에서 기득권을 가지고 있는 사람들은 문제 집단들을 더 위협적인 상대로 간주하게 되고 이에 위기감에 대처하기 위한 하나의 방법으로 범죄자에 대한 엄격한 통제활동을 요구하게 되며, 이것은 결국 강력한 범죄통제 정책으로 이어지기 때문이라고 본다. 우리는 이러한 주장을 위협가설(threat hypothesis)이라고 한다 (Liska and Yu, 1992).

위협가설에 기반해서 진행된 연구는 상당히 많이 축적되어 있으며, 경제적 상황과 경찰의 인력증감과의 관계(Jacobs, 1979; Greenberg, Kessler, and Loftin, 1985; Jacobs and Helms, 1997), 경찰예산과의 관계(Chamlin, 1989), 경찰의 폭력사용과의 관계(Liska and Yu, 1992), 검거율과의 관계(Liska and Chamlin, 1984; Bridges et al, 1987; Chamlin and Liska, 1992), 교도소 입소율과의 관계(Jacobs and Helms, 1997), 그리고 형량과의 관계(Myers, 1987) 등 범죄통제의 다양한 기관의 다양한 활동이 분석되었다. 연구결과를 보면 사회의 경제적 위기나 불평등이 범죄자 처벌의 수준을 증가시킨다는 이론적 가정이 완벽히 검증된 것은 아니나 많은 연구들이 이 둘 사이에 정적 효과가 있음을 보고하고 있다(예를 들어, Jacobs, 1978; Liska and Chamlin, 1984). 물론 두 변수사이에 효과가 있다는 결론을 내리지 못한 연구도 있고(예를 들어, Chamlin, 1992; Chamlin and Liska, 1992) 또는 이론적 가설과는 반대되는 부적 효과 - 즉 경제적 위기가 심해지면 형벌의 수준은 낮아진다 - 를 발견하거나(예를 들어, Liska and Yu, 1992; Myers, 1987), 또는 경제적 위기를 나타내는 지표로 실업률을 사용할 때는 효과가 안 나타나고, 소득불평등 지수를 사용할 때는 효과가 나타나는 식으로 사용된 지표에 따라 효과의 여부가 달라지는

경우도 있었다(예를 들어, Jacobs and Helms, 1996).

이러한 연구결과의 일관성의 부족은 연구자들로 하여금 경제적 불평등과 실업 등 경제위기가 어떠한 조건하에서 형벌에 대한 중형주의 정책의 채택과 실행으로 이어지는가라는 질문에 답을 찾도록 하였으며, 그 중 가장 대표적인 학자가 이탈리아의 형벌사회학자 Melossi(1985; 1989)이다. 그는 경제적 위기와 형벌사이의 관련성은 이데올로기적인 상황이 매개할 때 강하게 나타난다는 주장을 한다. 예를 들어, 경제적 불평등은 사회구성원으로 하여금 경제적 불안정을 지각하도록 하는데, 이러한 불안정에 대한 지각은 중상류층에게만 ‘범죄피해의 공포’를 만들어내는 것이 아니라 한 사회의 지배계급의 목소리가 반영될 수밖에 없는 미디어를 이용한 범죄문제의 사회문제화 과정을 통해 일반대중에게도 일어나게 된다. 그 다음단계로, 이러한 일반대중의 염려와 불안은 범죄자에 대한 강력한 처벌을 요구하게 되고, 이러한 요구가 “강력한 법 집행”의 당위성에 대한 정당화를 제공하게 된다. 결과적으로 경제위기 상황에서는 범죄행위의 증가가 발생하지 않더라도 강력한 범죄통제를 정당화시키는 여론이 일어나게 되고 검거율, 기소율, 구금율의 증가를 가져오게 된다. 이러한 경제위기와 범죄통제와의 직접적 연관성에 대한 논의는 범죄통제에 대한 사회학적 설명의 중심적 위치를 차지하고 있다.

2. 정치적 상황과 범죄통제

범죄통제의 사회적 맥락에 대한 연구의 지배적인 관점은 앞서 제시한 갈등주의적 관점으로 범죄통제활동에 있어서 경제적 변수의 중요성을 강조하는 연구들이다. 하지만 일련의 학자들은 경제적 변수의 중요성을 인정

하면서도 범죄통제활동이 국가의 공식적인 활동의 하나라는 점을 강조하면서 정권의 정치적 필요(특히 정치적 지지의 공고화)가 범죄통제 활동의 수준에 미치는 영향에 대해 관심을 가진다(Inverarity, 1994; Sheingold, 1995; Jacobs and Helms, 1996, 1997; Marion, 1995, 1996; Cole and Gertz, 1998; Savelsberg, 1994, 1999). 이들에 의하면 정권의 정치적 지향과 선거전과 같은 정치적 사건이 범죄통제의 엄중성에 영향을 미친다.

형사사법체계는, 적어도 도구적인 관점에서, 사회질서를 유지하고 범죄자에 의한 피해로부터 시민들의 생활과 재산을 보호하는 의무를 지닌 국가조직이다. 국가는 형사사법에 관련된 정책을 제정하고 집행하는 배타적인 권력을 가진다(Garland, 1990; Sheingold, 1995). 그 결과 “형사사법정책은 정부조직내의 권력을 가진 개인과 집단의 가치를 반영”(Cole and Gertz, 1998 : 1)하지 않을 수 없다. 따라서 형벌정책은 범죄의 양과 질이나 여론의 우려에 의해서만 결정되는 것이 아니라 정부의 정치적 성향이나 의도에 의해서도 결정되는 측면이 있다고 주장한다.

고전사회학자 Durkheim(1973)은 국가의 특징과 범죄처벌 사이의 관계에 대한 통찰을 제공한다. 처벌의 역사적 변화에 대한 그의 논의에서, 그는 정치적 권력이 노동의 분배와는 독립적으로 처벌에 영향을 끼친다고 가정한다. 국가의 권력이 더욱 중앙집권화 될수록, 처벌은 더욱 엄격해진다. 더욱 권위주의적인 국가는 엄중한 통제를 하는 반면에, 민주주의 국가는 범죄자에 대해 덜 처벌적인 제재를 부과한다는 것이다. Spitzer(1975)는 이 가정을 48개 국가 사이의 자료를 가지고 분석하여, 단일한 지배자 또는 소수 엘리트에 의해 절대적인 권력이 실행될수록 사형, 사지절단, 고문, 신체형 등이 범죄자에게 광범위하게 적용되는 것을 발견하였다. 한편 Barberet(1994)은 스페인에서 Franco 권위주의 통치 시기 전후로 범죄자 처벌

에 대한 변화를 연구하였다. 그녀가 판사들을 대상으로 한 면접자료를 분석한 결과 권위주의적 지배 아래에서 더욱 엄중한 처벌이 부과된 것이 증명되었다. 권위주의적 지배 이후의 형사사법개혁, 행형규범의 변화, 빈번한 사면, 적법절차에 대한 중시 등은 권위주의적 Franco 정부 아래서 형벌체계가 더욱 억압적이었다는 점을 역설적으로 시사하는 것으로 본다.

Marion(1994, 1995)은 미국사회에서 Kennedy 대통령 이래의 각 행정부의 형사사법정책을 추적하고 그 특징을 분석하였다. 그 결과 진보적인 색채를 가진 민주당이 정권을 잡고 있던 기간에는 온정주의적 형벌정책의 색채가 강해 범죄를 부추기는 사회적 상황을 개선하는 데 형사정책의 주안점을 두어 범죄자에 대해 엄중한 처벌을 하는 것 보다는 그들을 교정하고 재활하도록 도와주는 데 강조점을 두었다는 점을 확인할 수 있었다. 그와 반대로, 공화당이 진출하였을 때는 강력한 형벌정책이 더 지지를 받았으며, 강력한 형사사법 활동을 위해 더 많은 예산이 모아지고, 더 많은 인력이 증원되었으며, 처벌을 가중하는 방향으로 법률이 개정되거나 만들어졌다. 이러한 경향은 미국 뿐 아니라 영국사회에서도 증명되었다. 영국의 보수당은 더욱 처벌위주의 형사정책의 필요성을 강조하고 여론의 지지를 받았으며, 범죄통제에 대한 예산을 증가시켰고, 범죄자에게 더욱 엄중한 처벌을 부과하였다는 것이 경험적으로 밝혀졌다(Brake and Hale, 1992).

범죄문제와 형벌정책에 대한 한 사회의 관심을 통치자들의 정치적 선택의 결과로 보는 견해도 있다. Sheingold(1995)는 정치 권력자들이 엄벌주의 형사정책과 형벌정책에 관심을 갖는 이유는 범죄문제와 형사정책 그 자체를 정책의 최우선과제로 생각하기 때문이 아니라 “다른 사회, 경제적 문제에 대한 대중의 저항과 분노를 길거리 범죄(street crimes)의 문제로 돌림으로써 자신들의 정책적 실패를 무마하고 여론의 관심이 보다 근본적인 문

제에 집중되지 않도록 하는 데” 범죄와 형사정책을 활용하기 때문이라고 주장한다(Sheingold, 1995 : 165). Chiricos(1998)도 근래 미국사회에서의 약물과 폭력 범죄자에 대한 미디어 이미지는 정치권에 의해 생산된 이데올로기적인 대치(ideological displacement)의 기능을 제공한다고 주장한다.

Jacobs 와 Helms(1996)는 범죄통제의 정치적 맥락을 경험적으로 검증하고 있는데, 그들은 범죄통제정책이 정치적인 요인에 영향을 받는 정치적 결정이라고 주장한다. 그들은 공화당 대통령의 선출이 엄중한 처벌의 설득력뿐만 아니라 더 많은 처벌적 법률 개선과 증가된 예산 때문에 구금을 증가시킬 것으로 예견하였다. 이외에도, 그들은 대통령 선출 후 1년이 지나면, 대통령 캠페인에서 제안했던 법률과 질서의 개입이 영향을 끼침에 따라 구금은 증가되어야 한다고 예견하고 있다. 그 분석에서 정부의 자유주의적 또는 보수주의적 특성, 대통령 선거, 공화당원의 비율을 포함하였다. 그 결과 경제적 지표(Gini계수와 실업율)는 정치적 변수가 도입되었을 때 설명력을 잃어버린다는 점을 발견하였다. 반대로, 정치적 변수는 유의미하게 수용의 수준을 증가시켰다.

3. 연구문제

본 연구는 갈등론적 범죄통제론의 관점에서 지난 40년간 한국사회의 범죄통제의 변화를 분석해 보려는 목적을 가지고 있다. 보다 구체적으로 한국사회의 경제적 조건과 정치적 상황이 범죄자에 대한 처벌수준을 결정하는데 영향을 줄 것이라는 가정을 검증하고자 한다. 서론에서 언급한 바와 같이 지난 40년간 한국사회는 급격한 정치경제적 변화를 경험하였으며 이런 사회적 환경의 변화는 범죄자에 대한 처벌에도 일정 정도의 영향을 주었

을 것으로 예상이 되어 갈등론적 시각의 경험적 검증을 위한 좋은 사례를 제공해 주고 있다고 본다. 이 논문을 통해 알아내고자 하는 연구문제는 다음과 같다.

1. 지난 40여년간 한국사회의 범죄추세와 범죄자에 대한 범죄통제(처벌)의 추세는 어떻게 변화하였는가?
2. 경제적 위기와 정치적 상황은 범죄통제활동에 얼마나 영향을 주는가?
3. 경제적 위기와 정치적 상황 등 사회적 맥락의 상대적 영향력이 큰 범죄유형은 무엇인가?

Ⅲ. 연구방법

1. 변수의 측정

가. 독립변인

1) 경제위기

위협가설에 기초하고 있는 기존의 범죄통제에 관한 연구들은 경기침체와 경제위기는 범죄자에 대한 강력한 통제를 초래한다고 주장한다. 소득불평등의 심화, 또는 실업률의 증가는 범죄의 증가를 불러옴과 동시에 통제기관의 민감성을 증대시켜 결과적으로 범죄통제의 증가를 가져온다는 것이다. 기존의 연구와 마찬가지로 본 연구에서도 실업율과 지니계수(gini

coefficient)를 경제위기의 지표로 선정하였다. 1964년부터 2002년까지의 실업율과 지니계수는 통계청에서 매년 발간하는 「한국의 사회지표」에서 추출하였다. 실업율의 추이를 보면 1960년대 이래로 1995년까지는 1980년을 제외하고는 점차적으로 낮아지는 경향을 보이고 있으나 2000년에 반전되어 1980년대 수준으로 다시 높아진 것을 알 수 있다. 특히 실업율의 상승은 주지하다시피 1997년 말부터 시작된 IMF 경제위기를 전후로 해서 발생한 것이며(특히 1998년과 1999년도는 평균 6-7% 유지), 현재도 3%가 넘는 실업율이 유지되고 있는 상황이다.

<표 1> 실업율과 지니계수의 변화(1964-2002)

구 분	1964	1970	1975	1980	1985	1990	1995	2000	2002
실업율	7.7	4.5	4.1	5.2	4.0	2.4	2.1	4.1	3.1
Gini	.38	.35	.39	.39	.41	.29	.28	.32	.31

출처: 통계청, 다년도. 『한국의 사회지표』.

지니계수는 1960년대 이후로 1980년대까지는 악화되다가 1990년대에 와서는 조금 완화되는 듯 했으나 2000년대에 들어와 다시 악화되는 경향을 나타내고 있다.

2) 정치적 상황

정치적 변수로는 주로 국가의 정치적 위기상황, 사회 불안정과 범죄에 대한 통제의 관련성에 주목한다. 우리나라의 지난 40년간의 정치적 변화를 돌아보면 무력혁명에 의한 군사정권의 대두와 권위주의적 통치, 그리고 민주세력에 대한 억압과 그에 대한 반작용으로서의 민주화 노력으로 요약할

수 있다. 이러한 정치적 변동에 대한 타당한 지표를 선정하는 것은 경제위기의 지표를 구성하는 것보다 훨씬 어렵다. 보다 구체적으로 정권의 억압적 성격(repressiveness), 권위주의적 성격(authoritarianism)의 변화상을 측정해 낼 수 있는 단일지표는 찾기 어렵다. 이런 측정상의 어려움을 보완하기 위해 세 변수를 선정하였다. 첫째, 국가보안법 위반으로 재판을 받은 사람의 수이다. 국가보안법은 정권의 반민주성과 권위주의적 억압에 반대하는 민주인사와 반체제인사들을 통제하기 위한 수단으로 이용되어 왔으며, 따라서 국가보안법 위반으로 재판을 받는 사람이 증가한다는 사실은 정권의 억압성이 증가한다는 것을 의미하는 것으로 보는 데 무리가 없는 것으로 보아 지표에 포함되었다.²⁾ 매년 발간되는 「사법연감」에서 재판을 받은 사람의 수를 추출하여 사용하였다. 두 번째 정치적 변수는 초법적 수단의 사용여부이다. 여기서 초법적 수단이란 정권이 위협을 받을 때 그 위기를 타개하기 위한 하나의 방법으로 사회에 대한 억압적 통제를 일시적으로 더 강화하는 조치를 의미하며 국가비상사태나 계엄령, 그리고 긴급조치의 선포가 해당한다. 주로 1960년대와 70년대에 사용되었던 정치적 억압을 위한 수단이다. 박 정희 정권 안에서도 정치적 위기의 정도에 따라 범죄통제에 다르게 영향을 주는 지를 확인하기 위해 선정하였다. 위와 같은 조치가 있는 연도엔 “1”을, 없는 연도에는 “0”을 부여한 더미변수를 사용하였다. 이 변수를 구성하기 위해서는 한국역사에 대한 각종 논문과 연감을 참고하였다. 마지막으로 정치적 변수로 고려한 것이 역대정권의 통치기간이다. 이 변수는 더미변수로 만들어 사용하였으며 노태우대통령의 통치기간(1988-1992)을 기준으로 삼았다. 그 이유는 노태우 정권을 기점으로 권위주의적 정부에서 보다 민주화된 정권으로 변화하였다고 보기 때문이다. 이 변수는

2) 1981년에 국가보안법과 반공법이 국가보안법으로 통합되었기 때문에 그 이전에는 국가보안법과 반공법 위반으로 재판을 받은 사람의 합계를 구하여 사용하였다.

정권간 처벌수준의 차이와 독립변수들이 포섭하지 못하는 다양한 사회변화의 부분을 위한 대리변수(proxy variable)의 기능을 하는 것으로 본다.

나. 통제변인

1) 범죄율

범죄통제에 대한 사회적 영향력을 검증하기 위한 모델검증 연구에서 반드시 고려해야 할 부분은 범죄율을 통제하는 것이다. 범죄율을 통제하지 않고 모델을 구성하여 사회적 요인과 범죄통제활동과의 인과관계를 분석한다면 범죄율의 영향력이 배제되지 않기 때문에 사회적 요인의 범죄통제에 대한 순수효과를 측정해 낼 수 없다. 이런 이유로 「범죄분석」에 제시되어 있는 1964년부터 2002년까지의 범죄발생건수를 그 해의 15세 이상 연앙인구로 나눈 후 10만명당 건수를 계산하여 범죄율을 구성하였다. 범죄율은 재산범죄, 강력범죄, 폭력행위 등 처벌법 위반범죄에 대해 각각 계산되었다.

2) 조직의 자원

범죄율과 함께 통제변수로 고려된 것은 판사의 업무 부담이다. 기본적으로 어느 조직이든 조직의 역량(인적, 물적 자원)은 조직 활동의 효율성을 결정하는 주요 요인이다. 범죄통제활동이 조직의 목표인 형사사법기관도 인적, 물적 자원이 조직 활동을 제약하거나 촉진시키는 요인으로 작용한다고 볼 수 있다. 이런 관점에서 조직의 자원을 통제해야 할 필요성이 있으며, 구금의 결정에 주는 조직변수의 효과 여부를 동시에 살펴볼 기회

도 되기 때문에 이 변수를 포함하였다.

판사의 업무 부담을 계산하기 위한 자료는 「사법연감」을 통해 얻었다. 먼저 사법연감에서 매년 형사사건 1심 재판인원을 파악하고, 그것을 해당 연도의 형사법원 판사의 수로 나누어 판사 1인당 업무 부담을 계산하였다.

다. 종속변인

본 연구의 종속변인은 1964년부터 2002년까지 징역선고율이다. 징역선고율이란 「범죄분석」에서 매년 1심 재판에서 징역형 선고를 받은 인원 수를 그 해 15세 이상 연앙인구로 나눈 후 10만명당 인원수를 계산하여 구하였다.³⁾ 징역선고율은 재산범죄(property crimes), 강력범죄(violent crimes), 폭력행위등처벌법위반범죄(APVO, act concerning punishment for violent offenses, etc)에 대해 각각 계산되었다. 폭력행위등처벌에관한법률 위반행위를 별개의 범죄유형으로 분류한 이유는 첫째, 이 법률이 포괄하고 있는 폭력행위의 범위가 상당히 포괄적이며, 둘째, 지난 40여년간의 추세를 시각적으로 확인한 결과 형법상의 강력범죄의 추세, 특히 유사한 행위범주에 속한다고 할 수 있는 폭행이나 상해와는 다른 모습(발생빈도와 추세의 측면에서)을 하고 있기 때문에 단독으로 분석을 해 볼 필요가 있다고 보았기 때문이다. 재산범죄는 절도, 사기, 횡령, 배임, 장물, 손괴범죄가 포함되고, 강력범죄는 살인, 강도, 강간, 상해, 폭행, 공갈, 협박, 약취, 감금범죄를 포함한다. 폭력행위 등 처벌에 관한 법률이라는 특별법의 범주를 독립적인 범죄유형으로 간주한 이유는 이 법률위반 범죄가 형법조항을 요건으로 하고 있지만 예비분석과 추세그래프를 그려본 결과 형법상의 폭행, 상해와는

3) 징역형에는 무기징역이 포함되어 있으며 노역장 유치형을 받은 인원 및 집행유예인원은 제외되었다.

다른 특성을 보이고 있기 때문이다.

2. 분석방법

본 연구의 분석방법은 시계열분석법(time-series analysis)이다. 시계열 자료를 이용한 분석시 가장 조심해야 할 부분이 잔차(disturbances)의 자기상관(autocorrelation)이 얼마나 심각한가를 확인하는 것이다. 일반적인 회귀분석모델의 경우에는 잔차가 서로 독립적이라는 것을 전제로 하여 분석을 한다(Kmenta, 1971: 298). 그러나 시계열자료에서는 이러한 가정을 만족시키기 불가능하며 따라서 일반회귀모델로부터 나온 추정치들은 정확하다고 보기 어렵다. 잔차의 자기상관을 처리하는 방식 중 가장 잘 알려진 방법은 잔차가 정상시계열(AR1)을 따르는 것으로 모델화하는 것이다.⁴⁾ 따라서 분석방법으로는 일반 회귀분석 방법이 아니라 SPSS 프로그램의 시계열분석에서 ARIMA 방법을 선택하여 분석하였다.

IV. 결과분석

1. 1964-2002년의 범죄율과 징역선고율의 변화

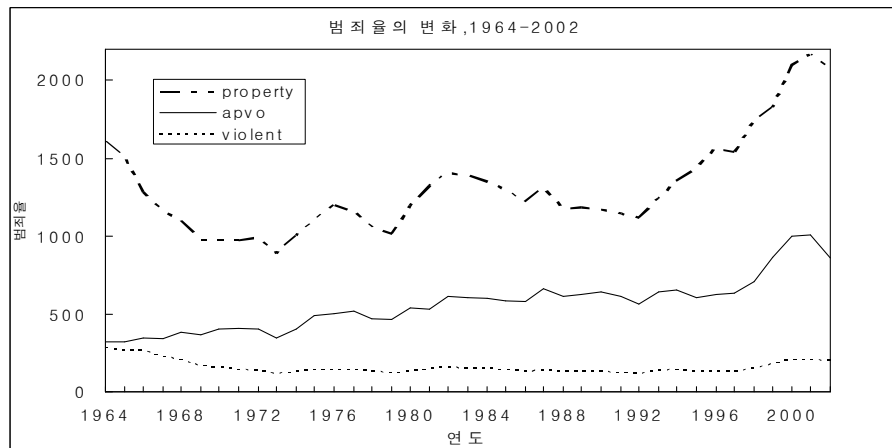
지난 40여년 동안 우리나라의 범죄율과 징역선고율의 변화는 <그림 1>과 <그림 2>를 통해 확인할 수 있다.

4) 이것을 수식으로 표현하자면 $\varepsilon = \rho\varepsilon_{t-1} + \mu_t$ 으로서 현재의 잔차는 바로 이전시점의 잔차 계수(ρ)와 random effect(μ_t)로 구성되는 것으로 본다(Gujarati, 1988: 380-385).

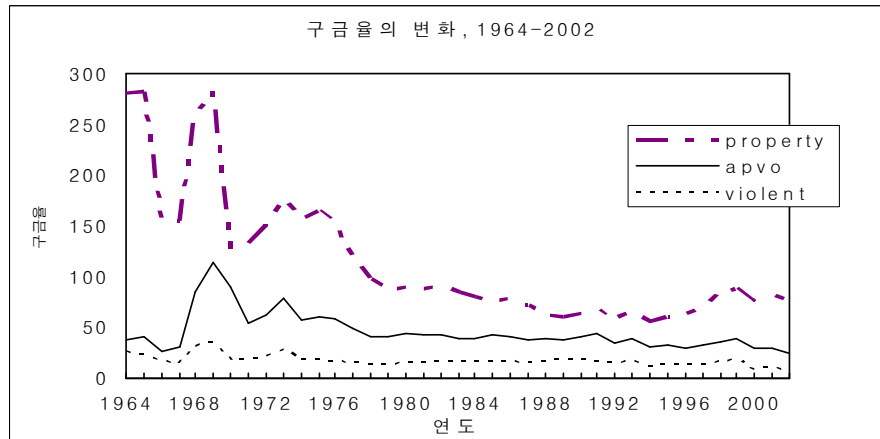
우리나라의 범죄율이 지난 40여년간 변화한 양상을 보면, 가장 범죄율이 높은 범죄가 재산범죄이고, 그 다음이 폭력행위등처벌에관한법률 위반 범죄이며, 강력범죄는 상대적으로 낮은 수준에서 큰 기복없이 유지되고 있다.

재산범죄는 1960년대에 상당히 높은 수준을 보이다가 1970-1980년대에는 1960년대 보다는 낮은 수준을 보이면서 증가와 감소의 기복을 보였다. 1980년대 중반부터 하락세를 보이던 재산범죄율은 1990년대 중반부터 상승세로 돌아서면서 1990년대 후반에는 급격한 증가를 나타내었다. 1990년대 후반 재산범죄율의 증가는 IMF 경제위기이후 몇년동안 계속되다가 2002년 그 상승세가 꺾이는 모습을 하고 있다. 그 다음 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반 범죄율은 완만한 상승경향을 보이다가 1990년대 후반 급격한 상승을 보여주고 있다. 강력범죄는 상대적으로 낮고 안정적인 모습이다.

그렇다면 이러한 범죄율의 변화를 징역선고율의 변화와 비교하면 어떤 결론을 내릴 수 있을까?



<그림 1> 범죄율의 변화



<그림 2> 징역선고율의 변화

앞서 논의한 대로 범죄와 범죄통제간의 관계에 대한 기존의 지배적인 견해는 범죄통제가 범죄에 대한 기술적(technical) 대응이라고 보는 것이다. 만약 그렇다면 범죄율의 움직임과 징역선고율의 움직임은 어느 정도 유사성이나 어떤 관련성을 보여야 할 것이다. 범죄율과 징역선고율의 추세를 시각적으로 먼저 비교해 보면 둘 사이의 관계가 밀접하게 연관되어 있다고 말하기는 어려워 보인다. 재산범죄의 경우, 1960년대는 범죄율과 징역선고율이 다 높은 것으로 같은 경향을 보이지만, 그 이후에는 재산범죄율이 기복을 보이면서도 증가하는 경향을 보인 반면 재산범죄에 대한 징역선고율은 1970년대 후반 이후 상당기간동안 감소추세를 유지하였음을 알 수 있고 1990년대 후반에 이르러 재산범죄에 대한 징역선고율이 상승하는 국면을 보이고 있어 둘 사이의 관련성이 커 보이지 않는다.

폭력행위등 처벌에 관한 법률위반 범죄율의 경우는 완만한 증가추세를 보이다가 1990년대 후반 급격히 상승하는 특성을 보이는 반면 징역선고율

은 1960년대에는 급격히 등락을 반복하다가 1970년대 후반 이후로 하강경향을 보여주다가 다시 1990년대 후반에 상승하는 모습을 알 수 있다. 폭력행위 등 처벌법 위반 범죄율과 징역선고율과의 연관성도 그리 크다고 말하기 어려워 보인다. 마지막으로 강력범죄율의 경우 범죄율과 징역선고율 모두 안정적인 수준에서 급격한 감소나 급격한 증가추세는 보이지 않고 추세의 연관성이 세 범죄유형 중 가장 큰 것으로 보인다.

이러한 시각적 검토(visual inspection)의 결론은 각 범죄유형별 범죄율과 징역선고율 간의 상관관계를 통해서도 확인이 된다.

<표 2> 범죄유형별 범죄율과 징역선고율간의 상관관계

구 분	재산범죄 징역선고율	강력범죄 징역선고율	폭처범범죄징역선고율
재산 범죄율	-.183	-	-
강력 범죄율	-	.731*	-
폭처범위반율	-	-	.246

* $p < .01$

재산범죄의 경우 범죄율과 징역선고율과의 상관관계는 -.18로서 역관계를 보이고 있으며, 통계적 유의미성도 가지고 있지 못하다. 한편 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반의 범죄율과 징역선고율의 경우도 상관관계는 .25로서 낮은 것을 알 수 있다. 다만 강력범죄의 경우는 범죄율과 징역선고율간의 상관관계가 .73으로 매우 높게 나타났다. 이렇게 범죄율과 징역선고율간의 상관관계가 높다는 것은 강력범죄율이 증가할수록 강력범죄자에 대한 징역선고율도 증가한다는 것으로, 달리 말하면 강력범죄가 증가하면 이에 대한 처벌도 상당히 증가하는 것으로 말할 수 있다. 뒤에 보다 심층

적인 분석을 통해 드러나겠지만 이렇게 범죄율과 징역선고율 사이의 관계가 밀접하다는 것은 다른 사회적 요인이 개입할 수 있는 여지가 그만큼 적다는 것을 의미한다.

2. 시계열 분석의 결과

다음의 <표 3>은 분석에 고려된 주요 변수들 간의 단순 상관관계를 제시한 것이다.

먼저 실업률은 세 가지 유형의 범죄와 모두 유의미한 강한 상관관계를 보이고 있다. 재산범죄와 강력범죄는 실업률과 정적으로 관련되어 있는 반면에 폭력행위등처벌에관한법률 위반률은 실업률과 부적으로 관련되어 있다. 실업률과 범죄와의 관계에 대한 기존 연구는 크게 두 가지로 대별되는데, 하나는 실업률과 범죄와의 정적 관계를 주장하고 있고, 다른 하나는 이들 간의 부적 관계를 상정한다. 전자는 실업의 동기적 측면을 강조하고, 후자는 실업의 기회적 측면을 강조하는 것으로 특징을 지을 수 있다(Cantor and Land, 1985). 실업률의 각종 범죄에 대한 효과를 측정한 한 연구(Yoon and Joo, 2005)는 실업률이 재산범죄율과 강력범죄율에는 정적인 영향을, 폭력행위등처벌에관한법률 위반률에는 부적인 영향을 준다는 것이 경험적으로 입증되었다. 즉 실업률은 재산범죄와 강력범죄에는 동기적 유발의 역할을 하지만, 폭력행위등처벌에관한법률 위반범죄에는 기회적 측면에서 범죄발생의 기회를 억제하는 역할을 한다는 것을 짐작할 수 있다.⁵⁾

5) 실업이 폭력행위등처벌법 위반행위 발생에 주는 이러한 부적인 영향에 대한 하나의 부분적 설명은 폭력행위등처벌법 위반행위가 발생하는 상황에서 찾을 수 있을 것으로 보인다. 이 법률에 저촉되는 유형의 폭력행위를 보면 밤 시간에 유흥가나 번화가에서 술자리시비가 불거나 집단싸움이 벌어지는 것이다. 경기가 위축되면 유흥오락에 보내는

<표 3> 변인들의 상관관계 및 기술통계

구 분	1	2	3	4	5	6	7	최소값	최대값	평균	표준편차
1. 재산범죄율	-							530.8	1287.5	754.8	214.3
2. 강력범죄율	.75*	-						114.2	281.7	157.4	42.2
3. 폭처법위반율	.16	-.34	-					38.1	802.9	402.9	181.0
4. 실업률	.48*	.74*	-.52*	-				2.0	7.7	4.1	1.50
5. 지니계수	-.13	.09	-.45*	.41*	-			.28	.41	.35	.04
6. 국보법위반자수	-.47*	-.49*	-.01	-.22	-.11	-		489	830	661.7	120.3
7. 초법적 조치	-.13	.01	-.37**	.25	.54**	.14	-	0	1	.31	.47
8. 판사업무부담	.12	.60*	-.77*	.62*	.28	-.08	.19	161.5	802.7	277.4	157.3

* p < .01, ** p < .05

실업률과 범죄와는 관계와는 달리 경제적 불평등 상황과 범죄와의 관계는 상대적으로 낮게 나타나고 있다. 불평등은 재산범죄와 강력범죄와는 거의 관계가 없는 것으로 보이며, 다만 폭력행위등처벌에관한법률 위반률과는 유의미한 관계를 보이고 있는 데, 그 방향이 부정적이다. 즉 불평등이 심해질수록 폭력행위등처벌에관한법률 위반률은 낮아진다는 것이다. 이것은 지배적인 설명과는 대치되는 것이다.⁶⁾ 그러나 불평등이 폭력행위등처벌법 위반률에 주는 영향에 대한 인과분석 결과 통계적 유의미성을 달성하지는 못했지만 정적인 효과를 가지는 것으로 밝혀졌다(Yoon and Joo, 2005:47).

국보법위반자수는 재산범죄, 강력범죄와 유의미한 부정 관계를 나타내고 있는데, 이것은 정치적 억압이 심해지면 일반범죄율은 감소한다는 의미이다. 사회에 대한 정권의 공포정치, 억압정치는 범죄의 발생에도 부정적인 영향을 미치는 것으로 추정된다.⁷⁾ 또 하나의 정치적 억압을 나타내

시간과 기회가 줄어들게 되고, 결과적으로 낮은 사람들과 시비에 휘말리는 경우도 줄어들게 되어 이 범죄위반률이 감소하는 것으로 볼 수 있으리라 생각된다.

6) 왜냐하면 경제적 불평등은 사람들로 하여금 사회에 대해 적대감과 분노를 유발하게 되어 폭력사용을 증가시킨다는 것이 지배적인 견해이기 때문이다(Siegel, 2007: 257).

는 지표인 초법적 조치(긴급조치, 계엄령 등)는 재산범죄와 강력범죄의 발생율과는 거의 관계가 없으나 폭력행위등처벌에관한법률 위반률과는 유의미한 부적 관계를 보여주고 있다. 이 경우도 마찬가지로 정권의 위기를 타개하기 위한 수단으로서의 초법적 조치들은 시민들의 행동범위를 제약하며, 따라서 범죄의 기회도 제약되는 것으로 이해할 수 있을 것이다.

마지막으로 판사의 업무부담과 범죄발생률과의 관계를 보면, 강력범죄율과는 정적인 관계, 폭력행위등처벌법 위반률과는 부적인 관계를 보이고 있다. 다시 말하자면 강력범죄가 늘어날수록 판사의 업무부담은 늘고, 폭력행위등처벌법 위반률이 증가할수록 판사의 업무부담률은 떨어진다는 것이다. 폭력행위등처벌법 위반범죄가 늘수록 판사의 업무부담이 감소하는 것은 폭력행위 등의 사건이 많을수록 재판단계이전에 형사사법체계로부터 이탈되는 사건의 수도 증가하기 때문이 아닐까 추측이 가능하다. 즉 사건이 많아지면 상대적으로 경미한 범죄에 대해서는 기소유예나 즉결 등으로 해결하여 형사사법기관의 균형성(homeostasis)을 유지하려는 성향이 나타나게 되는 것일 수도 있다.⁸⁾

한 모델 안에서 측정될 독립변수들 간에 상관관계가 지나치게 높으면 다공선성(multicollinearity)의 문제가 발생할 수 있어 유의해야 한다. 위의 표에서 보면 상관관계가 상대적으로 높은 경우가 있긴 하지만 $r = .8$ 을 넘어가는 경우는 없다(Bornstedt and Knoke, 1988: 407). 따라서 제외된 독립변수없이 모델을 구성하였다.

7) 다른 해석도 가능하다. 만일 우리가 공식범죄 발생율을 범죄발생이 아니라 검거기관인 경찰의 효율성(범죄발생에 대한 인지)에 대한 지표로 본다면 “공안정국이 민생치안을 위태롭게 한다”는 말에서도 알 수 있듯 정치적 반대자에 대한 집중이 민생범죄를 일으키는 범죄자에 대한 상대적으로 부여하는 노력이 적어지는 현상으로 이해할 수도 있을 것이다.

8) 범죄율과 경제적 변수, 정치적 변수, 조직내적 변수와의 관계에 대한 보다 자세한 논의는 Yoon and Joo(2005)를 참조할 것.

모델의 측정방식을 보면, 3개의 모델을 구성하여 독립변수를 순차적으로 더해 가는 방식이다. 각 모델에 있어서 해당 범죄율과 판사의 업무부담은 통제변수로 포함되었다. Model 1은 경제적 상황을, Model 2는 경제적 상황에 정치적 억압을 더하여, Model 3은 경제적 상황, 정치적 억압과 정권기간을 모두 포함하여 측정하였다.

가. 재산범죄 징역선고율

지난 40여년동안 우리나라의 재산범죄에 대한 징역선고에 경제적 요인, 정치적 요인이 영향을 주는 지를 알아본 결과 종합적으로 볼 때 사회적 맥락요인의 영향력은 미미한 수준에 그치고 있는 것으로 보인다. 먼저 Model 1에서는 통제변수인 재산범죄율과 판사의 업무부담이 재산범죄자에 대한 징역선고에 유의미한 영향을 주는 것으로 나타난 반면, 경제적 위기의 지표인 실업률과 지니계수는 유의미한 영향력을 발휘하지 못했다. 심지어 지니계수는 이론적 가정과 반대되는 결과를 보이고 있다. 갈등론적 시각에 기반한 위협가설에 의하면 경제적 불평등의 심화는 기득권층으로 하여금 자신들의 재산의 안전에 대한 불안감과 민감성이 증대되고 결과적으로 재산범죄에 대한 처벌이 증가하게 된다고 가정하고 있는데 이 결과는 이러한 위협가설의 가정을 검증하는데 성공하지 못했다.

재산범죄율은 재산범죄에 대한 징역선고율에 부(-)적으로 영향을 주고 있다. 달리 말하자면 재산범죄율이 증가하면 재산범죄에 대한 징역선고율은 떨어진다는 것이다. 범죄율이 증가하면 범죄에 대한 처벌도 증가한다는 가정하에 재산범죄가 증가할수록 재산범죄에 대한 구금형의 증가가 나타날 것으로 기대했으나 예상과는 반대의 결과를 얻었다. 한 가지 가능한 설

명은 위의 가정과는 반대로 재산범죄가 증가함에 따라 재산범죄의 심각성에 대한 인식이 상대적으로 약화되어 처벌도 상대적으로 관대해진 결과가 아닐까 하는 것이지만 확신있게 말하기는 어렵다. 또 한 가지 흥미로운 발견은 판사의 업무부담이 재산범죄 구금형 선고에 주는 정(+)적 영향이다: 한 판사가 재판해야 하는 형사사건의 수가 많아질수록 재산범죄자에 대한 징역선고율이 높아진다. 이것은 형사사법의 운용에 있어 집단사법(mass justice)의 개념이 설명해 준다. “집단사법”은 형사사법체계가 엄청난 업무 부담에 적응하기 위해 채용한 하나의 전략이다(Emerson, 1983).⁹⁾ 형사사법기관들은 처리해야 할 범죄사건이 많아짐에 따라 체포, 기소, 구금의 결정을 개별사건의 특성에 의존해서 결정하는 것이 아니라 유사한 사건들이 가지는 공통적인 집합적 특성에 의거해 결정하는 경향이 높아진다. 이렇게 함으로써 주어진 시간과 자원의 한도 내에서 가능한 한 많은 사건을 처리할 수 있게 된다. 개별사건에 투여하는 시간과 노력이 적다는 것은 형식적 요건의 유무만 확인되면 현실적으로 유죄의 가능성을 높이고, 처벌강도를 높일 수 있다는 것을 의미한다. 이러한 메카니즘에 의해 업무부담과 재산범죄 징역선고율이 연결되는 것일 가능성이 있다.

Model 2는 경제적 변수 외에 정치적 억압정도를 나타내는 두 변수를 포함한 분석결과이다. 재산범죄율과 판사업무부담은 여전히 통계적으로 유의미한 영향을 주고 있으며, 경제적 위기를 나타내는 두 변수, 실업률과 지니계수는 기대와 일치하는 방향을 가지지만 의미있는 영향을 보여주지 못하고 있다. 정치적 억압변수인 초법적 조치의 유무와 국가보안법위반자 수도 재산범죄 징역선고율에 유의미한 영향을 주지 않는 것으로 나타났다. 마지막으로 Model 3은 경제적 변수, 정치적 변수와 함께 더미변수로서 각

9) 이와 반대되는 개념이 개별화된 사법(individualized justice)의 개념이다.

정권의 지배기간을 포함하였다.

<표 4> 재산범죄 징역선고율에 대한 시계열분석

구 분	model 1 b (t-ratio)	model 2 b (t-ratio)	model 3 b (t-ratio)
재산범죄율	-0.01** (-2.64)	-0.01** (-2.48)	-0.00 (-1.11)
실업률	0.34 (0.59)	0.57 (0.90)	0.81 (1.25)
지니계수	-0.31 (-0.02)	10.51 (0.73)	61.88 (1.37)
판사의 업무부담	0.03† (6.20)	0.02† (5.64)	0.03† (5.09)
초법적 조치 선포		-2.17 (-1.84)	-2.08 (-1.55)
국보법위반자수		0.00 (1.29)	0.01* (3.38)
박정희 I (1964-1972)			-8.93** (-2.59)
박정희 II (1973-1979)			-8.34** (-1.81)
전두환 (1980-1987)			-5.22 (-1.32)
노태우 (1988-1992)			-
김영삼 (1993-1997)			-0.92 (-0.43)
김대중 (1998-2002)			-3.81 (-1.56)
R-square	0.70	0.80	0.88

* $p < .01$, ** $p < .05$

† 노태우 정권은 더미변수의 base category로 설정되었다.

앞서 분석과 마찬가지로 경제적 변수는 유의미한 영향력을 가지고 있지 않았다. 정치적 변수 중 국가보안법 위반자의 수는 재산범죄 징역선고율을 높이는 것으로 나타나고 있는데, 이것은 정치적 억압의 수준이 높아짐에

따라 정치적 반대자에 대한 통제 뿐 아니라 일반범죄자에 대한 통제력도 강화되는 것으로 해석할 수 있다. 각 정권의 시기는 경제적, 정치적 변수가 포섭하지 못하는 사회변화를 추정하기 위해, 또 각 정권이 어느 정도 정치적 성격에 있어 차이가 있다고 생각되어 변수로서 고려되었다. 분석결과 노태우 정권시기를 기준으로 보았을 때, 박정희대통령의 통치 시기의 재산범죄 징역선고율이 유의미하게 낮은 것으로 나타났다. 이것은 정권이 억압적일수록 엄벌주의적 경향을 띤다는 가정이 재산범죄에는 적용되지 않는다는 것을 말해준다.

마지막으로 두 통제변수 중 재산범죄율은 재산범죄 징역선고율에 유의미한 영향력을 주지 않은 데 반해 업무부담은 새로운 변수들이 투입된 후에도 일관되게 재산범죄 징역선고율에 정적인 영향을 주고 있다.

나. 강력범죄 징역선고율

이번엔 강력범죄에 대한 처벌을 설명하는 요인을 찾기 위한 작업을 시도하였다. Model 1은 경제적 변수의 영향력을, Model 2는 정치적 변수의 영향력을, Model 3은 역대 정권의 시기적 영향력을 측정하고자 하였다.

실업률과 지니계수로 측정된 경제적 위기는 강력범죄에 대한 처벌에 통계적으로 확신하기는 어렵지만 정적인 영향을 주는 것으로 나타나 관계의 방향은 이론적 기대와 일치하는 것으로 나타났다. Model 3에서 실업률이 강력범죄 징역선고율에 통계적으로 유의미하게 영향을 주는 것으로 분석되어 실업률의 범죄통제에 대한 효과가 어느 정도 증명되고 있다.

다음으로 정치적 억압(political repression)을 나타내는 두 가지 변수인 초법적 조치와 국보법위반자수는 일관된 영향력을 보이고 있지 않다. 두

변수 모두 통계적 유의성을 얻는데 실패하여 정치적 억압의 범죄통제에 대한 효과가 강력범죄의 경우에는 별로 없다는 것을 말해주고 있다.

<표 5> 강력범죄 징역율에 대한 시계열분석

구 분	model 1 b (t-ratio)	model 2 b (t-ratio)	model 3 b (t-ratio)
강력범죄율	0.42** (2.55)	0.53* (2.94)	0.61* (3.45)
실업률	1.76 (0.39)	1.15 (0.25)	8.94** (1.98)
지니계수	194.42 (1.40)	184.36 (1.51)	191.76 (0.62)
판사의 업무부담	0.23* (6.35)	0.21* (6.14)	0.16* (3.48)
초법적 조치 선포		3.76 (0.38)	-11.28 (-1.17)
국보범위반자수		0.04 (1.16)	0.04 (1.14)
박정희 I (1964-1972)			-22.05 (-0.89)
박정희 II (1973-1979)			17.74 (0.55)
전두환 (1980-1987)			-20.85 (-0.73)
노태우 (1988-1992)			-
김영삼 (1993-1997)			7.21 (0.62)
김대중 (1998-2002)			-32.16** (-2.33)
R-square	0.77	0.86	0.95

* $p < .01$, ** $p < .05$

† 노태우 정권은 더미변수의 base category로 설정되었다.

정권시기 변수도 어떤 일관된 영향력을 보여주고 있지 못하다. 다만 김대중 대통령 시기에 강력범죄에 대한 처벌이 노태우정권 시기와 비교할

때 유의미하게 낮은 것으로 나타나고 있다. 그러나 이러한 발견을 정치적 억압의 정도와 연결시키기에는 그 이전의 정권시기들이 갖는 영향력이 일관적이지 않아서 무리가 있다.

각 모델에서 공통되게 나타는 것이 통제변수로 고려되었던 강력범죄율과 조직변수인 업무부담의 일관되게 유의미한 영향이다. 재산범죄의 경우와 마찬가지로 이 두 변수는 징역선고율에 주는 영향력이 상당히 의미있게 나타나고 있다. 업무부담의 강력범죄 징역선고율에 대한 정(+)적인 영향은 앞서 언급한 대로 업무부담의 증가에 대응하는 사법기관의 전략의 결과로 해석할 수 있다. 재산범죄나 강력범죄의 모든 경우에 개별사건의 특성보다는 범죄유형과 범죄자 유형의 유사성에 기반한 유죄입증과 처벌이 행해지는 집단사법(mass justice)이 적용되었기 때문으로 보인다. 한편 재산범죄의 경우와는 다르게 강력범죄율은 강력범죄에 대한 징역선고율과 강한 정적인 관계를 보여 강력범죄율이 높아지면 강력범죄 징역선고율도 높아진다는 것을 알 수 있다. 앞서 <표 2>에서 제시한 강력범죄율과 강력범죄 징역선고율의 상관관계($r = .74$)에서 예견한 바와 같이 강력범죄율이 높아지면 강력범죄에 대한 통제도 강화된다는 것을 확인할 수 있다.

다. 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반에 대한 징역선고율

폭력행위등처벌에관한법률 위반에 대한 징역선고율에 미치는 사회적 영향력을 분석한 결과가 <표 6>에 나와 있다.

재산범죄나 강력범죄에서와는 달리 실업률은 일관되게 이 특별법위반자에 대한 징역선고율을 높인 것으로 나타나고 있다. 범죄율과 실업률 사이의 높은 상관관계를 고려할 때 범죄율과 실업률이 모두 일관되게 유의미

한 정적 영향을 주고 있다는 것은 이 유형의 범죄가 가진 특성이라고 하겠다. 반면 재산범죄와 강력범죄의 유형에서 일관되게 징역선고율에 유의미한 영향을 주었던 조직변수(organizational factor)인 업무부담이 이 범죄 유형에서는 영향력을 발휘하고 있지 않다.

<표 6> 폭처법 범죄 징역선고율에 대한 시계열분석

구 분	model 1 b (t-ratio)	model 2 b (t-ratio)	model 3 b (t-ratio)
폭처법범죄율	0.83** (2.32)	1.02* (3.38)	3.30* (3.14)
실업률	123.90* (3.61)	134.38* (4.94)	312.10* (4.65)
지니계수	-874.88 (-0.88)	-555.19 (-0.73)	-3585 (-1.06)
판사의 업무부담	-0.10 (-0.22)	0.02 (0.04)	0.25 (0.54)
초법적 조치 선포		-22.04 (-0.27)	-165.07 (-1.68)
국보범위반자수		0.51* (2.78)	0.36 (1.52)
박정희 I (1964-1972)			255.92 (0.89)
박정희 II (1973-1979)			526.77 (1.39)
전두환 (1980-1987)			64.01 (0.21)
노태우 (1988-1992)			-
김영삼 (1993-1997)			-73.78 (0.74)
김대중 (1998-2002)			-961.19** (-2.46)
R-square	0.40	0.65	0.78

* $p < .01$, ** $p < .05$

† 노태우 정권은 더미변수의 base category로 설정되었다.

한편 또 다른 경제적 변화를 측정한 변수인 지니계수는 기대와는 상반되는 결과를 보여주고 있으며, 초법적 조치의 선포도 의미 있는 영향을 미치지 못하였다.

다만 국보법위반자수는 어느 정도 영향을 주는 것으로 보이는 데, 정치사상범의 수로 측정된 정치적 위기와 이로 인한 정치적 억압의 수위가 높아지면 폭력행위등처벌에관한법률 위반자에 대한 처벌의 수위도 높아진다고 할 수 있다. 앞서서도 언급한 바와 같이 정치적 억압은 정치적 반대자에 대한 통제 뿐만 아니라 일반범죄자에 대한 통제도 강화하는 방향으로 움직이는 것이다. 왜냐하면 사회질서의 확립은 정권이 위기를 타파해나가는 방안을 위한 선결조건이기 때문에 질서혼란의 원인을 제공하는 범죄자에 대한 통제가 강화되는 것은 어쩌면 당연한 대응이라 할 수 있다.

정권시기 변수의 변화를 보면 과거 박정희 대통령 시기와 전두환 대통령 시기의 징역선고율은 노태우 대통령 시기보다 높고, 김영삼 대통령과 김대중 대통령의 시기는 노태우 대통령 시기보다 많이 낮은 것으로 나타나고 있다. 이것은 정치적 억압의 정도와 범죄자에 대한 통제의 관계를 다시 한번 검증해 주는 발견으로 보인다.

즉 과거 박정권 시기와 전두환 정권 시기는 노태우 정권이후의 정치적 성격과 비교해 볼 때 훨씬 억압적이고 반민주적이었다는 것은 모두 인정하는 사실이다. 따라서 이러한 억압정권시기 때 징역선고율이 높고, 민주화된 시기에 징역선고율이 낮다는 것은 정치적 억압성과 범죄통제의 정도가 관계가 있으며, 단순히 범죄자에 대한 처벌과 통제가 범죄에 대한 기술적 대응이 아니라는 것을 다시 한번 확인해 주는 발견이라 하겠다.

V. 결 론

지금까지 갈등이론적 시각에서 한국사회의 범죄통제활동을 분석하기 위한 하나의 시도로 지난 40여년 동안의 한국사회의 경제적, 정치적 변화와 범죄에 대한 처벌수준의 변화의 관련성을 분석하였다. 갈등이론에서는 범죄통제활동을 경제적, 정치적 힘을 가진 집단의 이익을 보호하는 수단으로 보며, 기득권이 위협을 느끼는 상황에서 범죄자(잠재적 범죄자 포함)에 대한 처벌의 강도를 높이게 되는 것으로 본다. 이러한 시각은 사회변화는 범죄행위의 발생에 영향을 주고, 이 범죄의 양과 질이 처벌에 영향을 준다는 기존의 지배적인 처벌에 대한 이해와는 상반되는 주장으로 범죄통제, 또는 처벌(형벌)에 대한 사회의 직접적 영향력을 강조한다. 이러한 입장의 연장선상에서 본 연구는 실업률과 지니계수로 측정된 경제위기, 국가보안법위반자 수와 계엄령 등 초법적 조치, 그리고 정권별 통치시기로 측정된 정치적 위기에 따라 범죄에 대한 처벌의 수준에 영향을 주는 지를 경험적으로 검증하고자 하였다.

먼저 지난 40년 동안의 범죄율과 징역선고율의 관계를 세 가지 유형의 범죄로 나누어 파악하였는데, 강력범죄의 경우에 그 정적 관계가 가장 강하게 나타났으나 재산범죄는 범죄의 양이 늘어날수록 재산범죄에 대한 징역선고율은 감소하는 경향을 보였고, 폭력행위등처벌에관한법률 위반범죄의 경우, 상관관계는 그리 높지 않은 것으로 나타났다. 다음으로 범죄율과 조직역량을 통제한 후, 각 범죄유형에 대해 경제적, 정치적 변화의 영향력을 측정하기 위해 시계열분석을 시도하였는데, 실업률은 범죄율을 통제한 후에 폭력행위등처벌법 위반범죄의 경우에 그 처벌수준을 높이는 것으로 나타나 기대한 가정과 일치함을 보여주었다. 재산범죄와 강력범죄의 경우,

그 영향력의 방향은 기대와 일치했으나 통계적 유의성을 확보하지는 못했다. 정치적 위기의 지표 중 국가보안법위반자 수는 세 범죄유형에서 모두 기대한 방향을 보이고 있으나 대부분의 경우에 유의미하지는 못하였다. 정권별 차이는 폭처법범위반 범죄의 경우에만 기대와 일치하는 결과를 얻었다. 즉 폭처법위반자에 대한 처벌은 정치적 억압성이 높을수록 높아지는 경향을 보여주었다. 종합적으로 볼 때, 한국사회의 범죄통제활동에 대한 사회적 영향력은 크지 않았다고 잠정적으로 결론지을 수 있다. 범죄율은 비교적 일관되게 처벌의 수준을 설명하는 유의미한 변수라는 것을 보여주고 있으며, 또 하나의 통제변수로 포함된 조직변수(업무부담)도 유의미하고 일관된 영향력을 보여주고 있는 것이 이 결론을 뒷받침해 주고 있다.

이처럼 사회적 영향력이 별로 나타나지 않은 까닭은 무엇일까? 몇 가지 방향에서 그 이유를 찾아볼 수 있다. 한국의 범죄통제활동은 범죄에 대한 기술적 대응의 경향을 보일 가능성이 있다. 한국의 범죄통제활동이 범죄의 수준에 의해서 결정되고 사회적 영향력이 별로 없는 것이 사실이라고 한다면 그 한 가지 가능한 이유는 한국의 형사사법의 구조의 독특성에서 찾을 수 있을 것으로 보인다. 미국사회를 대상으로 한 많은 연구에서 범죄자에 대한 처벌수준에 대한 사회적 영향력이 나타나는 이유의 하나로 지적되는 것이 판사임명제도이다. 우리와 달리 지역민들의 선거로 선출되는 지역법원의 판사들은 사회적 여론에 민감하게 반응할 수밖에 없고, 따라서 경제적 위기에 부상하는 엄벌주의 여론에 따라 범죄자 처벌의 수준을 높게 되는 결과를 낳지만, 우리의 법원체제는 사회적 영향력을 크게 받지 않는 중앙집권적 관료적, 위계적 체재로서 범죄의 증감에 따른 처벌의 대응이라는 결과를 낳는다고 볼 수 있을 것이다.

사회적 영향력이 유의미하게 밝혀지지 못한 두 번째 가능한 설명은 연

구의 한계와 관련된 것으로 경제위기와 정치적 상황을 측정하기 위해 선정된 지표의 타당성문제이다. 먼저 경제적 변수 중의 하나인 경제적 불평등 지수(지니계수)는 분석 시기 초반 즉 60년대와 70년대 초기 통계는 매 3년, 매 5년 등으로 연도별 정확한 수치를 파악하지 못한 경우가 있었으며, 이때에는 가능한 수치를 가지고 중간 항을 삽입하는(interpolation) 방식으로 data set을 만들 수밖에 없었으며, 이것이 실제 불평등을 반영하는데에는 한계가 있었음에 틀림없다. 또한 억압적적이고 권위주의적 정치적 상황을 정확하게 반영할 수 있는 지표선정의 어려움도 이러한 분석결과를 낳는 데 일정 책임이 있을 것이다. 연구의 방법론적 한계와 관련하여 또한 가지 이 연구의 분석 자료가 연도별 자료(annual data)의 형식으로 되어 있다보니 사례수도 적고, 또 한 해연도내에 일어나는 변이를 포착하기 어려웠다는 점도 지적할 수 있겠다.

마지막으로 사회적 영향력의 부재를 형사사법체제의 구조나 지표선정의 문제가 아닌 보다 이론적인 차원에서 논의할 수 있다. Melossi(1985)는 실업 등의 경제위기, 그리고 정치적 억압상황이 범죄통제에 주는 영향력은 직접적이고 기계적인 것이 아니라 도덕적 공황(moral panic)을 부추기는 담론의 생산(vocabularies of punitive motive)에 따라 매개된다고 주장하였다. 즉 경제위기나 정치적 위기상황에서 사회적으로 위기의 책임을 범죄자에게 묻고, 그들에 대해 엄벌주의적 여론이 생성되느냐의 여부에 달려있다는 주장이다. 이러한 주장을 검증하기 위해서는 계량적 방법론뿐 아니라 문화연구(cultural studies) 등의 질적인 방법론을 통해 사회적 위기시에 부상하는 담론의 내용과 특성에 대한 분석이 병행되어야 가능하다.

이러한 여러 가지 대안적 설명을 확증하기 위해서는 앞으로 법원의 징역선고율 뿐만 아니라 경찰의 검거율과 검찰의 기소율, 그리고 교도소 입

소울과 같은 다양한 형사사법 활동에 대한 사회학적 분석이 더해져야 할 것이다.

참고문헌

대검찰청. 다년도. 『범죄분석』

법원행정처. 다년도. 『사법연감』

통계청. 다년도. 『한국의 사회지표』

Barberet, Rosemary Louise. 1994. *Modernization, Criminal Sanctions and Crime in Spain*. Unpublished dissertation. University of Maryland.

Blumstein, Alfred. 1998. "U.S. criminal justice conundrum: Rising prison populations and stable over time." *Crime & Delinquency* 44(1): 127-35.

Bornstedt, George W. and David Knoke. 1988. *Statistics for Social Data Analysis*. (2nd ed.) Itasca, Illinois: F.E. Peacock

Box, Steven. 1987. *Recession, Crime and Punishment*. London: Macmillan.

Brake, Michael and Chris Hale. 1992. *Public Order and Private Lives: The Politics of Law and Order*. London: Routledge.

Bridges, George S. and Martha A. Myers. 1994. *Inequality, Crime and Social Control*. Boulder: Westview Press.

Chamlin, Mitchell B. 1988. "Crime and arrests: An Autoregressive

- Integrated Moving Average(ARIMA) approach.” *Journal of Quantitative Criminology* 4(3): 247-58.
- _____. 1989. “A macro social analysis of change in police force size, 1972-1982:Controlling for static and dynamic influences.” *Sociological Quarterly* 30:615-24.
- Chamlin, Mitchell B. and Allen E. Liska. 1992. “Declining significance of intergroup threat.” Pp. 103-12 in *Social Threat and Social Control*, edited by Allen E. Liska. Albany: SUNY press.
- Cantor, David and Kenneth C. Land. 1985. “Unemployment and crime rates in the post-world war II United States: A theoretical and empirical analysis.” *American Sociological Review*50: 317-32.
- Chiricos, Theodore G. 1998. “The media, moral panics and the politics of crime control.” Pp. 58-76 in *The Criminal Justice System: Politics and Policies*, edited by George F. Cole and Marc G. Gertz.
- Cole, George F. and Marc G. Gertz. 1998. *The Criminal Justice System: Politics and Policies*. Albany: West.
- Davenport, Christian. 1995. “Multi-dimensional threat perception and state repression: An inquiry into why states apply negative sanctions.” *American Journal of Political Science* 39(3): 683-713.
- Durkheim, Emile.1973 (1899-1990). “Two laws of penal evolution.” Reprinted in *Economy and Society* 2: 285-308.
- Emerson, Robert M. 1983. “Holistic effects in social control decision

- making.” *Law & Society Review* 17: 425-55.
- Garland, David. 1990. *Punishment and Modern Society: A study in social theory*. Clarendon.
- Greenberg, David F., Ronald C. Kessler and Charles H. Logan. 1979. “A panel model of crime rates and arrest rates.” *American Sociological Review* 44(October): 843-50.
- Greenberg, David F., Ronald C. Kessler and Colin Loftin. 1985. “Social inequality and crime control.” *Journal of Criminal Law and Criminology* 76: 684-704.
- Gujarati Damodar N. 1988. *Basic Econometrics*. New York: McGraw Hill.
- Inverarity, James. 1994. “Labor markets and the relationships among forms of the criminal sanction.” Pp. 147-57 in *Inequality, Crime and Social Control*, edited by George S. Bridges and Martha A. Myers. Boulder: Westview.
- Jacobs, David. 1978. “Inequality and the legal order: An ecological test of the conflict model.” *Social Problems* 25: 515-25.
- . 1979. “Inequality and police strength: Conflict theory and coercive control in Metropolitan areas.” *American Sociological Review* 44: 913-25.
- Jacobs, David and Ronald E. Helms. 1996. “Toward a political model of incarceration: A time-series examination of multiple explanation for prison admission rates.” *American Journal of Sociology* 102(2): 323-57.

- _____. 1997. "Testing coercive explanations for order: The determinants of law enforcement strength over time." *Social Forces* 75(4): 1361-92.
- Kmenta, Jan. 1971. *Elements of Econometrics*. New York: Macmillan.
- Liska, Allen. 1994. "Modeling the conflict perspective of social control." Pp. 53-71 in *Inequality, Crime & Social Control*, edited by George S. Bridges and Martha A. Myers.
- Liska, Allen E. and Jiang Yu. 1992. "Specifying and testing the threat hypothesis: political use of deadly force." Pp. 53-68 in *Social Threat and Social Control*, edited by Allen E. Liska. Albany: SUNY press.
- Liska, Allen E. and Mitchell Chamlin. 1984. "Social structure and crime control among macro social units." *American Journal of Sociology* 90: 383-95.
- Liska, Allen E., Mitchell B. Chamlin, and Mark Reed. 1985. "Testing the economic production and conflict model of crime control." *Social Forces* 64:119-38.
- Marion, Nancy E. 1995. *A History of Federal Crime Control Initiatives, 1960-1993*. Westport: Praeger.
- _____. 1996. *A Premier in the Politics of Criminal Justice*. New York: Harrow and Heston.
- Melossi, Dario. 1985. "Punishment and social action: Changing vocabularies of punitive motive with a political business cycle." *Current Perspectives in Social Theory* 6: 162-97.

- Melossi, Dario. 1989. "An Introduction: Fifty years later, punishment and social structure in comparative analysis." *Contemporary Crises* 13: 311-26.
- Myers, Martha A. 1987. "Economic inequality and discrimination in sentencing." *Social Forces* 65: 746-66.
- Ruche, Georg and Otto Kirchheimer. 1968. *Punishment and Social Structure*. New York: Russell and Russell.
- Savelsberg, Joachim J. 1994. "Knowledge, domination, and criminal punishment." *American Journal of Sociology* 99(4): 911-43.
- . 1999. "Knowledge, domination, and criminal punishment revisited." *Punishment and Society* 1(1):45-70.
- Sheingold, Stuart A. 1995. "Politics, public policy, and street crime." *The Annals of the American Academy of Political and Social Sciences* : 155-68.
- Siegel, Larry J. 2007. *Criminology: theories, patterns and typologies*. Thomson.
- Spitzer, Steven 1975. "Punishment and social organization: A study of Durkheim's theory of penal evolution." *Law & Society Review* 9: 613-37.
- Yoon, Okkyung and Joo Hee Jong. 2005. "A contextual analysis of crime rates: The Korean case." *Crime, Law & Social Change* 43: 31-55.
- Zimring, Franklin E. and Gordon Hawkins. 1991. *The Scale of Imprisonment*. Chicago: the university of chicago press.

348 형사정책연구 제18권 제1호(통권 제69호, 2007 · 봄호)

Social Contexts of Crime Control: Economic Crisis, Political Environment and Imprisonment Decisions in Korea, 1964-2002

Yoon, Ok-Kyung*

This article examines social contextual determinants of crime control practices, especially the imprisonment decisions over the past 40 years in Korea. With the conflict perspective as an analytical tool, it attempts to find out economic and political factors in influencing criminal sentencing decisions to prison. According to previous studies, crime control practices are not only determined by the scope and quality of criminal incidents. They are also determined by various social, economic, political contexts. As a result, crime control activities such as arrest, prosecution, court decision are affected by economic conditions, political environment and social changes.

Using crime data, court data, and various social indicators during the years of 1964-2002, this study analyses whether court decisions of imprisonment are explained by extra-legal factors of economic crises and political environment in Korea. After controlling crime rates and court caseload, it found that unemployment seemed affect imprisonment decisions for property crimes and APVO(Act concerning punishment for

* professor, Kyonggi University, Ph.D in sociology

violent offenses) crimes but not for violent crimes. Indicators for political changes also influenced court decisions for property and APVO crimes. However the most consistent and significant factor in deciding imprisonment is the crime rate and court caseload. Generally speaking, thus, it is safe to say that the social contextual effects are minimal in crime control decisions in the past Korean society. A few speculations are provided about the lack of relationship between social changes and criminal court decisions.

주제어 : 범죄통제, 사회적 맥락, 갈등론적 시각, 경제위기, 정치적 상황, 시계열분석, 범죄발생을, 징역선고율

Keywords : crime control, social context, conflict perspective, economic crisis, political environment, time-series analysis, crime rate, imprisonment decisions

범죄다발지역 집중경찰활동에 관한 연구

최 응 렬*

정 우 일**

국문요약

최근 경찰청에서는 경찰행진 전반에 걸쳐 총체적인 변화를 추구하여 변화된 경찰을 만들고자 혁신을 강조하고 있다. 혁신은 보다 좋은 세상을 향해 끊임없이 변화를 추구해 나가는 우리 인간들의 노력으로 낡은 것을 파괴·도태시키고 새로운 것을 창조하고 변혁을 일으키는 창조적 파괴가 혁신의 본질이라고 할 수 있다.

범죄권역 집중경찰활동은 논리적 일관성을 가진 전략적 접근방식을 추구하고 있으며 이론적 정당성과 이를 뒷받침하는 경험적 연구들에 의해 지지를 받고 있기 때문에 경찰 혁신을 위한 대안적 모델을 제시해 주고 있고 할 수 있다.

따라서 이 논문에서는 미국 범죄권역 집중경찰활동의 이론적 배경, 내용 및 한계를 소개하면서 이를 우리나라 경찰활동에 적용하기 위한 방안으로 첫째, 근무지침 마련, 둘째, 범죄지도의 활용, 셋째, 경찰 인력·장비의 재배치, 넷째, 순찰지구대 중심의 지역경찰제 강화, 다섯째, 정선순찰의 내실화, 여섯째, 풍속업소 주변 경찰활동 강화, 일곱째, 시범 실시 등을 제시하였다.

※ 이 연구는 동국대학교 논문게재장려금 지원으로 이루어졌음.

* 동국대학교 경찰행정학과 교수(책임), 법학박사

** 동국대학교 경찰행정학과 박사과정

I. 서론

경찰청에서는 경찰행정 전반에 걸쳐 총체적인 변화를 추구하여 변화된 경찰을 만들고자 혁신(innovation)을 강조하고 있다.¹⁾ 이러한 경찰청의 혁신정책은 정부 차원의 혁신정책 추진과 맞물려 있는 것으로 정부의 혁신 포털 사이트에 의하면, 혁신의 본질은 보다 좋은 세상을 향해 끊임없이 변화를 추구해 나가는 우리 인간들의 노력으로 낡은 것을 파괴·도태시키고 새로운 것을 창조하고 변혁을 일으키는 창조적 파괴에 있다고 한다.²⁾

1970년대와 1980년대 미국의 경찰활동은 전통적 경찰활동의 효과성에 대한 의문과 비판을 제시하는 도전의 시기를 보냈다고 한다면, 1990년대 미국의 경찰활동은 이러한 의문과 비판을 토대로 경찰기능의 확대를 통해 새로운 경찰활동 분야를 개척해 나가는 혁신의 시기를 보냈다고 할 수 있다(Weisburd, 2005: 223-224).

이렇듯 지난 30년간 미국의 경찰활동은 중요한 변화와 혁신의 시기를 거쳐 왔다. 이 시기를 통해 미국경찰은 상대적으로 짧은 기간임에도 불구하고 경찰의 기본임무, 경찰활동에 필수적인 핵심전략들의 성격 및 지역사회와의 관계에 대해 다시 한번 생각하게 되는 계기가 되었으며, 그 과정에서 지역사회경찰활동(communitary policing), 문제지향적 경찰활동(problem-oriented policing), 무관용 경찰활동(zero tolerance policing), 컴스탯(Compstat) 등과 같은 여러 혁신사례들이 등장하게 되었다(Weisburd and Braga, 2006b: 1).

그러나 지금까지 혁신 사례들로 소개된 경찰활동 프로그램들과 실무들

1) <http://reform.police.go.kr/index.jsp/2007.01.02>.

2) <http://www.gov-innovation.go.kr/jsp/fp/introduction/BackgroundIntroView.jsp/2007.01.02>.

은 다른 한편에서는 범죄학이론이나 조사연구에 기반을 두지 않고 발전되어 온 측면이 있었다. 범죄학적인 관점에서 살펴보면, 지금까지의 경찰활동 연구경향은 조사와 실험보다는 직관과 행운에 의한 접근방식이 주류를 이루었기 때문에 이러한 접근방식은 조사와 실험을 통해 높은 신뢰도를 가진 연구결과들에 근거하여 경찰활동의 새로운 정책과 실무를 제시하는 경험적인 접근방식을 혼란에 빠뜨렸을 뿐만 아니라 오히려 경찰활동에 대한 불확실한 설명들만을 증대시킨 측면이 있었다. 예를 들어, 지역사회 경찰활동이나 컴스택과 같은 프로그램들은 이미 미국 전역에 광범위하게 확산되었음에도 불구하고 지금까지 이 프로그램들이 범죄예방과 같은 도입 당시의 목표들을 달성했는가 여부를 입증할 수 있는 어떤 경험적 증거들도 제시되지 않고 있다(Weisburd and Braga, 2006a: 225).

미국에서는 최근 들어 혁신적인 경찰활동 프로그램들 중 하나로 범죄다발지역 집중경찰활동이 주목을 받고 있다. 이러한 범죄다발지역 집중경찰활동이 미국 경찰기관들 사이에서 혁신적인 경찰활동 모형으로 인정받는 이유는 과거의 경찰활동 모형들과는 달리 범죄학적인 측면에서 이론적 근거를 제시하고 있을 뿐만 아니라 이를 실증적으로 입증하는 경험적 연구들에 의해서 뒷받침되고 있기 때문이다.

경찰의 모습은 해당 국가의 역사, 문화, 정치제도, 사법제도, 소득수준, 지정학적 여건 등에 따라 다를 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 선진국 경찰활동의 공통적인 특징과 일반적인 경향은 우리나라 경찰활동의 발전방안을 모색하는데 긴요한 이정표가 될 수 있다(이황우·조병인·최응렬, 2006: 453).

따라서 이 연구에서는 미국 경찰활동에 있어서 대안적 혁신 모형으로 논의되고 있는 범죄다발지역 집중경찰활동에 대해 고찰하고자 한다. 이를

위해 먼저 범죄다발지역 집중경찰활동의 이론적 배경, 내용 및 한계에 대해 살펴보고 이러한 경찰활동 모형이 시사해 주는 바를 우리나라의 경찰 활동에 도입·적용할 수 있는 방안에 대해서도 검토하고자 한다.

II. 범죄학적 배경

1. 전통적 범죄이론의 관점

대부분의 범죄학자들은 지금까지 개인 및 지역사회와 범죄의 관계를 주된 연구 대상으로 하였다. 개인적 수준에서 왜 어떤 사람들은 다른 사람들과는 달리 범죄자가 되는가 또는 왜 범죄자들은 각기 다른 단계의 인생경로에서 범죄행위에 관여하거나 관여하는 것을 그만두는가를 설명하고자 했다. 지역사회 수준에서는 왜 어떤 지역사회에서는 다른 지역사회와는 달리 특정 유형의 범죄(crime)나 상이한 수준의 범죄성(criminality)이 발견되는가를 밝히고자 했다. 또한 상대적 박탈감, 낮은 사회·경제적 지위, 경제적 기회의 부족 등 지역사회 수준의 변인들이 어떻게 개인의 범죄성에 영향을 미치는가를 설명하고자 했다.

하지만 전통적으로 대부분의 범죄학자들은 주, 도시 그리고 근린지역의 수준에서 범죄를 설명하는 거시적 이론에 초점을 맞추어 연구를 진행한 측면이 있었다. 범죄를 설명하는데 있어 전통적으로 상황적 요인(situational factors)은 범죄적 성향을 이끄는 힘(driving force of criminal dispositions)에 비해 상대적으로 낮은 비중을 차지한다는 가정이 전제되고 있었기 때문이다. 따라서 전통적인 범죄학이론의 관점에서 보면 장소로부터 제공되는

범죄기회는 상당히 많기 때문에 특정한 소규모 장소만을 부분적으로 한정하여 범죄의 집중(crime concentration)을 설명하는 것은 이론적인 측면에서나 정책적인 측면에서 모두 별 실익이 없는 것으로 보았다(Weisburd and Braga, 2006a: 226).

2. 생태학 이론(ecological theory)

쇼우(C. R. Shaw) 등 소수의 초기 범죄학자들은 위에서 언급한 소규모 장소에 대해 관심을 가지고 있었다. 쇼우는 생태학이론에 기초한 접근방법을 통해 시카고(Chicago)에 있는 비행지역들에 대한 연구를 시작했다. 그는 비행소년들을 본질적으로 정상적인 인간으로 보았고, 그들의 비행은 환경과 밀접한 관계가 있다고 여겼기 때문에 경찰과 법원의 기록을 근거로 비행소년들이 빈발하는 지역의 성격을 분석했다.

그의 연구 결과, 시카고의 비행 지역들 중 비행이 가장 심각하게 일어나는 곳에서조차 단지 20%의 소년들만이 불법행위와 관련이 있다는 사실을 발견했다. 1929년 그는 이러한 연구를 바탕으로 「비행 지역(Delinquency Area)」이란 제목의 책을 출판하기도 했다(우범형사정책연구회 역, 2000: 167).

그러나 쇼우 등 초기의 범죄학자들이 가지고 있던 미시적 수준의 장소에 대한 관심은 이후 다른 학자들에게 계속해서 이어지지 못했다. 그렇기 때문에 상당 기간 동안 이론적 또는 경험적인 측면에서 범죄와 관련된 소규모 장소의 중요성을 증명할 수 있는 연구들이 뒷받침되지 못했다(Weisburd, Bushway, Lum, and Yang, 2004: 284).

3. 일상활동이론(routine activities theory)

1979년 코헨(L. E. Cohen)과 펠슨(M. Felson)은 일상활동이론을 주장하면서 범죄자의 동기나 범죄성을 중시하는 전통적인 범죄학적 관점은 범죄 공식(crime equation)을 구성하는 다른 중요한 요소들을 인식하지 못한 측면이 있다고 비판했다. 아울러 그들은 범죄발생에 영향을 미치는 중요한 요소들로 동기화된 범죄자(a motivated offenders), 매력적인 범죄대상(a suitable targets), 그리고 능력 있는 보호자의 부재(the absence of a capable guardians)³⁾를 제시하였다(Cohen and Felson, 1979: 588-605).

일상활동이론에 따르면 동기화된 범죄자, 매력적인 범죄대상, 능력 있는 보호자의 부재와 같은 세 가지 요소들이 중첩되는 장소에서 범죄가 발생하기 쉽다고 한다(Rosenbaum, Lurigio, and Davis, 1998: 39). 범죄대상의 보호능력이나 매력성이라는 측면에서 잠재적인 피해자의 일상활동은 곧 범죄 기회를 증대시킬 수도 있으며, 반대로 범죄기회를 제한시킬 수도 있다. 결국 자신의 일상활동 유형에 따라 범죄기회가 증대되거나 감소될 수 있다. 또한 범죄자를 자극시키거나 범죄동기를 부여하는 구조적 조건들의 변화나 증가 없이도 보호능력이 없는 매력적인 범죄대상이 증가하는 한 범죄율도 상승할 수밖에 없다. 결국 실업률, 경제적 불평등, 인종차별 등 범죄성을 증가시키는 구조적 조건들이 감소하고 있음에도 불구하고 범죄율이 지속적으로 상승하는 이유를 이 이론은 설명하고 있다(이윤호, 2005: 341).

1991년 론섹(D.W. Roncek)과 마이어(P.A. Maier)는 일상활동이론을 범죄다발지역의 형성 과정을 해석하는데 이용하였다. 그들은 범죄를 일으키

3) 여기서 보호자는 상가 또는 건물을 지키는 경비원, 집안을 지키는 가족 구성원, 아이를 보호하는 부모 등과 같이 생명, 신체 및 재산을 보호하는 역할을 수행하는 자를 의미한다.

는 일상적인 활동을 양성시켜 주는 술집(bars)은 범죄가 들끓는 지역, 즉 범죄다발지역을 형성시키는데 기여하는 상업적 시설이라고 주장한다. 술집은 서로 모르는 사람들을 함께 모이도록 만들고 이를 통해 익명성을 높여 준다. 이러한 장소에서는 사회적 통제가 약화되기 때문에 범죄적 성향을 가진 사람들을 끌어들이는 힘이 작용하게 되고 이런 힘에 이끌려 범죄동기를 가진 잠재적 범죄자들이 모여든다. 한편, 그 장소에 왕래하는 사람들은 보통 현금을 가지고 다니는 특성이 있기 때문에 범죄자들의 매력적인 범죄대상이 된다. 특히, 사람들이 술을 마시게 되어 취해 있으면 보호능력이 없는 상태를 초래하기 때문에 그만큼 범죄의 기회는 증가하게 된다(Roncek and Maier, 1991; 장상희 역, 2004: 99-100 재인용).

이렇듯 일상활동이론은 범죄다발지역의 형성과정을 설명해 주는데 기여했을 뿐만 아니라 범죄자의 동기와 상관없이 범죄기회의 제거나 축소를 통해 범죄를 예방할 수 있다는 가능성을 제시함으로써 이론적인 측면에서나 실무적인 측면에서 범죄다발지역 집중경찰활동이 발전하는데 실질적인 영향을 미쳤다고 할 수 있다.

4. 상황적 범죄예방이론(situational crime prevention theory)

일상활동이론의 영향을 받은 클라크(R.V. Clarke)와 영국의 몇몇 학자들은 상황적 범죄예방의 가능성을 이론적·실무적인 측면에서 연구하였는데 이 또한 범죄예방 측면에서 범죄다발지역 집중경찰활동에 영향을 미쳤다고 할 수 있다.

1983년 클라크 등은 상황적 범죄예방 개념을 제시하여 방어공간 구조(defensible space architecture), 목표물의 견고화(target hardening), 근린

지역 감시(neighborhood watch) 등을 통해 범죄기회를 감소시키고, 체포의 위험성을 증가시킴으로써 특정한 유형을 가진 범죄의 발생을 예방할 수 있다고 주장하였다(Cornish and Clarke, 1987: 934).

상황적 범죄예방이란 사회 또는 사회에 소속된 기관을 개선함으로써 범죄를 예방하고자 하는 것이 아니라 단순히 범죄의 기회를 감소시킴으로써 범죄를 예방하고자 하는 접근방식이라고 정의할 수 있다. 이 접근방식에 따르면 범죄기회를 감소시키는 것은 환경을 변화시키거나 조작함으로써 반드시 달성될 수 있다고 보고 있다. 상황적 범죄예방은 큰 틀에서 보면 기회이론에 근거하고 있다. 기회이론에 따르면, 범죄자는 환경적 유인과 기회에 주로 영향을 받는 존재인 동시에 상황의 변화에 매우 민감하게 대응하는 존재라고 보고 있다(Clarke, 1995: 57). 여기서 상황이란 행동이 일어난 직접적인 배경을 말하며, 장소는 범죄의 발생에 영향을 줄 수 있는 하나의 상황적 환경이 될 수 있다(우범형사정책연구회 역, 2000: 176).

상황적 범죄예방이론에서는 아주 특정한 상황에서의 범죄적 맥락과 범죄기회의 감소 가능성에 초점을 맞추고 있기 때문에 범죄기회는 범죄의 발생을 설명하는데 중심적인 역할을 한다. 즉 특정한 범죄적 상황 하에서의 범죄기회의 감소는 범죄예방 및 감소라는 결과를 가져올 수 있기 때문에 범죄자를 개선하는 것보다는 기회를 변화시킴으로써 범죄를 예방하고자 한다. 따라서 특정한 범죄가 많이 발생하는 소규모 장소, 즉 범죄다발지역의 상황을 고려하여 그에 적합한 집중적인 경찰활동을 실시하는 것은 그 장소의 환경을 변화시킴으로써 범죄자가 범죄를 저지를 수 있는 기회를 차단하거나 감소시키는 기능을 하기 때문에 범죄다발지역에서의 범죄예방 및 감소의 효과가 나타날 수 있다.

그러나 상황적 범죄예방이론에서 문제가 되는 것은 바로 범죄는 언제든

지 지리적으로 인접한 지역으로 대체될 수 있다는 범죄의 대체효과(the effect of crime displacement)에 있다. 범죄자는 특정 지역에서 범죄를 저지를 수 있는 기회가 차단된다면 다른 지역으로 이동하여 범죄를 할 수 있다는 것이다. 그러나 상황적 범죄예방에 관한 연구들은 범죄의 대체효과와 관련된 몇 가지 의문점들을 해소하지는 못했다(양문승 역, 2001: 177).

Ⅲ. 범죄다발지역 집중경찰활동의 내용 및 한계

1. 범죄다발지역의 의의

일반적으로 도시 내에는 특정 종류의 범죄가 많이 발생하는 지역들이 있는 반면에 범죄가 거의 발생하지 않는 지역들도 존재한다. 이러한 현상이 나타나는 이유는 보통 그 지역의 물리적 환경, 즉 건물들의 노후상태, 인구밀도, 거주자의 사회·경제적 특징 등과 관련되어 있기 때문이다(Hale, 2004: 202).

범죄와 장소의 관계는 19C 현대 범죄학을 창시한 게리(A.M. Guerry)와 켄텔레(A.J. Quetelet) 이후부터 지금까지 범죄학의 주요한 관심대상이라고 할 수 있다. 장소와 관련된 대부분의 범죄학 연구들은 지금까지 거시적인 측면에서 지역사회(community)나 근린지역(neighborhoods)⁴⁾을 연구 대상으로 했다. 그렇기 때문에 범죄학 분야에서 실제로 미시적인 측면에서 소규모 장소에 대해 본격적인 연구를 시작한 것은 1980년대 후반부터라고 할 수 있다. 미시적 맥락에서 연구되는 장소, 즉 범죄다발지역은 보통 지

4) 근린지역이란 도시 내에서 공동사회를 형성하면서 인접하고 있는 지역을 의미한다.

역사회나 근린지역과 같은 넓은 사회적 환경 내에 존재하는 소규모의 특정 지역(또는 지대)을 의미한다. 학자들에 따라 이러한 장소적 개념은 건물이나 지번(地番, address) 또는 구획(block), 거리(street), 지번의 묶음으로 정의되어지곤 했다(Weisburd and Braga, 2006a: 229).

범죄다발지역 집중경찰활동은 특정 종류의 범죄가 많이 발생하는 지역, 즉 범죄다발지역에서 범죄와 무질서를 예방하거나 감소시키기 위해 경찰의 인적·물적 자원을 집중시키는 하나의 경찰활동 모형으로 정의할 수 있다.

여기서 범죄다발지역(hot spots)이라는 용어를 범죄가 집중적으로 발생하는 소규모 장소(micro places)로 정의하면서 이를 처음으로 범죄학 분야에 사용한 사람은 셔먼(L. Sherman)을 비롯한 몇몇 범죄학자들이다. 셔먼 등의 범죄학자들은 1985년 12월 15일부터 이듬해 12월 15일까지 미네소타(Minnesota)주 미네아폴리스(Minneapolis)에서 실시된 연구를 통해서 상습적으로 신고가 접수되는 지번의 범죄신고 분포를 연구하였다. 그들은 미네아폴리스 경찰국에 접수된 전체 범죄신고 건수들 중 50%가 그 도시 전체 지번들 중 단지 3%의 지번들에서 신고되었다는 사실을 통해 특정한 소규모 장소, 즉 범죄다발지역에서 범죄가 집중적으로 발생한다는 사실을 발견하게 되었다. 1989년 발표된 이들의 연구결과는 이후 경찰활동의 실무에 중요한 함의를 지닌 새로운 연구영역을 개척하는데 중요한 계기가 되었다(Sherman, Gartin and Buerger, 1989a: 36; Weisburd, Bushway, Lum, and Yang, 2004: 287).

이후에 연구 대상 및 방법을 달리한 일련의 연구들에서 범죄다발지역에서 범죄가 매우 집중적으로 일어난다는 유사한 연구결과들이 보고되었다. 그 내용을 살펴보면, 흔히 범죄가 많이 일어나는 곳으로 알려진 근린지역 내에서조차도 범죄가 발생하지 않는 개별적인 장소가 존재하고 있으며, 반

면에 치안 상태가 양호하다고 알려진 근린지역 내에서도 범죄다발지역이 존재한다는 사실이 밝혀졌다. 또한 범죄가 개별적인 장소에 집중적으로 발생하는 현상은 반드시 과거 전통적인 범죄학에서 주장되었던 범죄와 지역 사회의 관계에 대한 관념을 따르는 것이 아니라는 사실도 알려졌다. 따라서 이러한 경험적 연구들은 결국 범죄발생 장소의 중요성을 강조하는 이론적 관점을 증가시켰을 뿐만 아니라 도시 내에 위치하는 하나 또는 그 이상의 구역들을 묶은 소규모의 특정 장소를 범죄다발지역이라고 개념적으로 정의함으로써 새로운 연구방향을 제시하였다는 점에서 그 의의가 있다고 할 수 있다(Weisburd and Braga, 2006a: 229).

2. 범죄다발지역 집중경찰활동의 발전과정

가. 전통적 경찰활동에 대한 비판

1970년대 경찰활동은 차량을 이용한 순찰활동을 전개함으로써 범죄를 예방하고자 하는 가시적 접근방식이 주를 이루고 있었다. 이러한 가시적 접근방식은 전통적 경찰활동에 바탕을 두고 있었다. 전통적 경찰활동에서는 경찰관은 도시 전역에 출현시키는 것은 비록 비용이 많이 소요되기는 하지만 범죄를 예방하고 시민들의 안전을 증대시키는데 효과적이라는 가정을 전제로 하였다.

그러나 이후 전통적인 경찰활동에서의 범죄 예방 및 억제 효과에 대해 의문을 제기하고 이를 비판하는 연구들이 이어졌다. 대표적인 연구로는 켈링(G. L. Kelling) 등이 1972년 7월부터 1973년 9월까지 실시한 캔자스시 예방순찰실험(The Kansas City Preventive Patrol Experiment)⁵⁾을 들 수

있다. 이 실험의 결과, 순찰횟수의 증감은 범죄, 서비스 제공 및 시민들의 안전에 영향을 미치지 않는다는 주장이 제기되었다(Thibault, Lynch and McBride, 2004: 51). 또한 이와 유사한 연구로는 1981년 실시된 스펠만(W. Spelman)과 브라운(D.K. Brown)의 출동시간(response time) 연구를 들 수 있다. 이 연구 결과, 중범죄 사건 중 70-85%에서 경찰의 출동시간 단축은 범죄현장에서 범죄자를 체포하는데 어떠한 영향도 미치지 않는다는 주장이 제기되었다(Cohen and McEwen, 1984: 4).

한편, 윌슨(J.Q. Wilson)이나 골드스타인(H. Goldstein)과 같은 학자들은 경찰의 전통적인 범죄예방 활동이 실패한 이유는 기존 선행연구들이 가지고 있는 조사설계의 오류와 그에 근거한 부적절한 프로그램 개발에 기인하는 것이라고 주장하기도 하였다(Weisburd and Braga, 2006a: 227).

나. 범죄다발지역 집중경찰활동의 등장 및 확산

1970-1980년대 미국에서 이루어진 경찰활동의 효과성에 관한 비판적 연구들은 범죄다발지역 집중경찰활동이 등장하게 된 밑거름이 되었다. 그러나 범죄다발지역 집중경찰활동이 등장하게 된 직접적인 배경은 1980년대와 1990년대 경찰활동의 이론적, 경험적 그리고 기술적 혁신이라고 할 수 있다(Weisburd and Eck, 2004: 54).

셔먼(L.W. Sherman)과 와이스버드(D. Weisburd)는 이러한 범죄다발지역 접근방식을 통해서 지금까지 논의되었던 연구결과들을 경찰활동에 직접적으로 적용함으로써 실무적인 함의를 찾으려 노력했다. 이를 위해 그들

5) 이 실험에서는 3개의 순찰구역들에 각각 서로 다른 순찰조건들이 부여되었다. 이 조건들은 ① 신고가 있을 경우에만 출동하는 경우, ② 정상적인 순찰활동을 실시하는 경우, ③ 정상적인 순찰활동보다 두 배 내지 세 배의 순찰횟수를 증가시킨 경우로 나뉜다.

은 전통적인 범죄학이론이나 경찰활동 프로그램이 아닌 새로운 이론적 체계와 경험적 연구결과들을 근거로 일선 현장에서 실험연구를 실시하게 되었는데, 이것이 바로 1989년 실시된 “미네아폴리스 범죄다발지역실험(the Minneapolis Hot Spots Experiment)”이라고 할 수 있다. 이 실험의 결과가 1995년 발표되면서 범죄다발지역 집중경찰활동이 세상에 알려지기 시작했으며 미국 경찰기관들도 이를 본격적으로 실무에 도입하기 시작하였다(Weisburd, 2005: 227).

미네아폴리스 실험 이후 범죄다발지역 집중경찰활동이 범죄와 무질서를 예방하는데 효과적이라는 사실을 증명하는 연구들이 계속해서 진행되었고, 그 연구들의 영향으로 2000년대에 들어서면서 범죄다발지역 집중경찰활동은 미국 전역에 급속히 확산되는 추세이다. 그러나 최근까지 범죄다발지역 집중경찰활동을 도입한 미국 경찰기관들의 숫자를 정확하게 보여주는 공식적인 통계자료는 없다. 다만, 2001년 경찰재단의 연구자료에 따르면, 정식 경찰관(sworn police) 100명 이상이 근무하는 경찰국 중 약 70% 이상에서 범죄다발지역의 범죄지도를 제작할 수 있는 시스템을 사용하고 있는 것으로 보고되었는데(Weisburd, Mastrofski, McNally, and Greenspan 2001), 이를 기준으로 대략적인 확산 정도를 추정할 수 있을 뿐이다.

한편, 와이스버드(D. Weisburd)와 럼(C. Lum)은 미국 경찰기관의 범죄지도 제작시스템 도입추세를 통해 범죄다발지역 집중경찰활동의 확산 정도를 추정하는 연구를 실시했다. 그들은 정식 경찰관 100명 이상이 근무하는 92개의 경찰기관을 대상으로 예비조사(pilot study)를 실시하였다. 그 결과 경찰기관이 범죄지도 제작시스템을 최초로 도입한 시기는 1980년대 후반과 1990년대 초반 사이였으며 1995년 미네아폴리스 실험 이후 이 시스템을 도입한 사례가 급격히 증가하였다는 사실을 발견했다. 또한 조사대

상 중 거의 절반 정도의 경찰기관에서 범죄다발지역 집중경찰활동에 활용하기 위해 범죄지도 제작시스템을 도입했다는 답변을 얻었으며, 그 경찰기관 중 80%가 범죄다발지역을 분석하는데 이 시스템을 사용하는 것으로 나타났다(Weisburd and Lum, 2005: 430).

3. 범죄다발지역 집중경찰활동의 경험적 증거

가. 대표적 연구 사례

1) 미네아폴리스 범죄다발지역실험(the Minneapolis Hot Spots Experiment)

1989년 셔먼(L. W. Sherman)과 와이스버드(D. Weisburd)는 미네소타주 미네아폴리스 경찰국의 협조를 얻어 범죄다발지역에서의 경찰 순찰활동에 관한 연구, 일명 미네아폴리스 범죄다발지역실험을 실시하였다. 미네아폴리스 실험은 과거의 캔자스시 예방순찰실험으로부터 영향을 받았는데 캔자스시 실험은 소규모 장소인 범죄다발지역을 대상으로 한 미네아폴리스 실험과 비교해 볼 때 좀 더 넓은 순찰구역(beats)을 실험대상으로 했다.

캔자스시 실험은 “도시 전체 지번 중 단지 3%에서의 신고건수가 경찰에 접수된 전체 신고건수의 절반 이상을 차지한다. 도시 전체 지번 및 교차로 중 40%에는 1년 이상 경찰관이 한 번도 출동한 사실이 없다. 그리고 나머지 60% 중 대부분의 지역에서는 1년에 한 번밖에 신고가 되지 않았다. 따라서 한 순찰구역 내에 균등하게 경찰관을 배치하는 것보다는 몇몇 특정한 장소에 경찰관을 집중적으로 배치하는 것이 더 합리적일 수 있다.”

는 연구 결과를 제시하였다(Weisburd, 2005: 227).

그러나 미네아폴리스 실험은 캔자스시 실험과 비교해 볼 때 다음과 같은 뚜렷한 차이점들을 보였다. 첫째, 실험조건과 통제조건을 만들기 위해 엄격한 실험설계를 적용했다. 둘째, 구역(block) 단위의 범죄다발지역 110 곳을 임의추출 방식으로 선정한 뒤 실험조건과 통제조건을 부여하였다. 셋째, 실험권역에서는 통제권역보다 평균적으로 두 배 내지 세 배 많은 예방 순찰활동이 실시되었다.

그리고 실험이 실시된 8개월 동안 실험권역과 통제권역을 비교한 결과, 실험이 실시된 실험권역에서 경찰에 접수된 범죄신고건수와 무질서행위의 관찰건수가 상대적으로 감소하였다. 또한 8개월 동안의 실험년도와 실험 전년도의 범죄신고 건수 차이를 비교한 결과, 실제로 범죄다발지역 집중경찰활동의 효과는 매우 안정적인 것으로 나타났다(Weisburd and Braga, 2006a: 230).

이 실험의 결과들을 토대로 셔먼(L.W. Sherman)과 와이스버드(D. Weisburd)는 경찰의 순찰활동이 범죄에 영향을 미치는 “어떠한 증거도 없다”라는 기존의 범죄학자의 주장을 비판하면서, “비록 소규모일지라도 경찰이 범죄다발지역에 순찰활동을 집중시키는 것은 명백하게 범죄의 억제효과가 있다”라는 결론을 내렸다(Sherman and Weisburd, 1995: 667).

2) 저지市 불법약물시장 분석실험(the Jersey City Drug Markets Analysis Experiment)

미네아폴리스실험의 결과가 발표되기 전, 미국 국립사법연구소(National Institute of Justice)는 미국 내 도시들의 불법약물시장 문제를 조사하는

일련의 연구를 지원하는 프로그램, 즉 불법약물시장 분석프로그램(Drug Markets Analysis Program: DMAP)을 실시하였다. 이 프로그램은 당시 사회적 관심의 대상이었던 불법약물 문제를 분석하기 위한 연방정부 차원의 대응방안이었다.

1995년 와이스버드(D. Weisburd)와 그린(L. Green)이 수행한 저지市 불법약물시장 분석실험은 DMAP의 지원을 받는 여러 연구 중에서도 유일하게 미네아폴리스 실험의 연구방식을 상당 부분 채택했다. 그러나 저지市 실험의 목적은 전통적인 경찰활동 접근방식이 아닌 새로운 문제지향적 경찰활동 전략을 불법약물 시장에 적용할 수 있는지의 여부를 연구하는데 있었다. 그들은 불법약물거래가 활발하게 이루어지는 범죄다발지역 56곳을 임의로 추출하는 방식으로 선정하여 실험조건과 통제조건을 부여하였다. 불법약물범죄 다발지역은 그 크기가 다양했다. 보통 하나의 거리 또는 두 개 내지 네 개의 거리를 하나의 불법약물범죄 다발지역으로 묶을 수 있었다. 불법약물범죄 다발지역에 대한 실험조건은 7개월 동안 다음과 같이 부여되었다. 첫째, 그 지역에 거주하는 사업주나 시민에게 범죄통제활동에 참여하도록 계도활동을 실시한다. 둘째, 그 지역에 순찰활동을 비롯한 질서유지 프로그램을 실시한다. 셋째, 그 지역에 불법약물 소지, 사용 및 판매 등의 행위를 감소시키기 위한 집중적인 단속활동을 실시한다. 실험 전후의 기간을 비교한 결과, 실험조건이 질서위반과 관련된 신고건수에 대해서 일관되게 강력한 영향을 미치는 것으로 나타났다. 또한 개별적인 신고유형을 분석해 보면 기초질서 및 마약류 범죄와 관련된 신고건수가 급격하게 감소한 것으로 나타났다. 한편 실험지역에 인접한 지역으로의 범죄의 대체효과의 증거는 거의 찾아볼 수 없었고, 반면에 범죄통제 편익의 확산효과가 나타났다는 사실을 알 수 있었다(Wiesburd, 2005: 228).

<표 1> 범죄다발지역 집중경찰활동의 평가 결과

연구 사례	범죄관련 결과	기타 결과	범죄의 대체효과 범죄통제 편익의 확산효과
미네소타州 미네아폴리스 ① RECAP, 서면과 동료들 (1989a)	효과 없음	없음	미 측정
미네소타州 미네아폴리스 ② Hot Spots, 서면과 와이 스버드(1995)	서비스 관련 전체 신 고건수의 감소	범죄와 무질서의 감소 를 나타내는 관찰자료	미 측정
뉴저지州 저지市 ③ DMAP, 와이스버드와 그 린(1995)	질서위반 범죄에 대한 신고건수 감소	없음	대체의 증거는 거의 없음; 범죄통제 편익의 소규모 확산을 제시하 는 분석결과 있음
뉴저지州 저지市 ④ POP at Violent Places, 브 래거와 동료들(1999)	서비스, 범죄, 사고관 련 전체 신고건수 감 소	사회적·신체적 무질 서의 감소를 나타내는 관찰자료	인접 지역으로 대체의 증거는 거의 없음; 범 죄통제 편익의 확산 가능성 있음
미주리 州 세인트루이스 ⑤ POP in 3 Drug Areas, 호프(1994)	세 지역 모두에서 전 체 신고건수가 다양한 감소를 보임	없음	한 지역에서 의미 있 는 범죄의 대체효과가 발견됨
미주리州 캔자스市 ⑥ Crack House Raids, 서면과 로건(1995a)	신고건수 및 범죄보고 건수의 소규모 증가	없음	미 측정
미주리州 캔자스市 ⑦ Gun Project, 서면과 로 건(1995b)	총기 범죄건수의 감소 및 압수된 총기 숫자 의 증가	경찰의 노력에 대한 호 의적인 평가를 나타내 는 지역사회 설문조사	유의미한 범죄의 대체 효과 및 범죄통제 편익 의 확산효과 없음
텍사스州 휴스턴 ⑧ Target Beat Program, 캐 티(1999)	전체 실험 구역들에서 의미 있는 범죄 감소를 보임; 일부 특정 구 역들에서는 상반된 결 과를 보임	없음	유의미한 범죄의 대체 효과 및 범죄통제 편익 의 확산효과 없음
오스트리아 빈레이 ⑨ Call for Service Project, 형사사법위원회(1998)	빈레이 및 브라운 플 레인 지역에서 범죄신 고 건수의 차이 없음; 다수의 사례연구들에 서는 주목할 만한 범 죄신고 건수의 감소를 보임	없음	미 측정

※ 자료: Weisburd and Braga, 2006a: 233-234 재구성.

나. 범죄다발지역 집중경찰활동의 평가

미네아폴리스실험은 연방정부로 하여금 범죄다발지역 집중경찰활동과 관련된 일련의 연구에 대해 재정적 지원을 실시하도록 하는 계기가 되었다. 연방정부의 지원을 받은 후속연구들은 연구목적, 형태, 범위 및 방법 등에 있어서 상당히 다양화되는 경향을 보였다. 특히, 상황적 범죄예방 접근방식과 관련되어 문제된 범죄의 대체효과와 저지市 불법약물시장 분석실험에서 제기된 범죄통제 편익의 확산효과에 대한 연구가 활발하게 진행되었다.⁶⁾

2001년 브래거(Anthony A. Braga)는 체계적인 연구를 통해 지금까지 실시된 총 9건의 범죄다발지역 집중경찰활동과 관련된 연구의 평가결과를 <표 1>에서와 같이 요약하여 제시하였다.

그 평가결과를 살펴보면, 전체 연구 중 7건에서 현저한 범죄감소가 나타났음을 알 수 있다.⁷⁾ 경찰의 범죄다발지역 집중경찰활동과 범죄의 대체효과 또는 범죄통제 편익의 확산효과와의 관계 여부는 5건의 연구를 통해 조사되었다.⁸⁾ 그러나 이들 중 1건의 연구에서 범죄의 대체효과가 발견되

6) 범죄의 대체효과란 범죄다발지역 집중경찰활동으로 인해 범죄다발지역에서는 범죄의 감소가 나타나지만 그와 인접한 지역들에서는 범죄가 증가하는 효과를 말한다. 범죄통제 편익의 확산효과는 범죄다발지역 집중경찰활동으로 인한 범죄통제 편익(crime control benefits)이 인접한 지역들에까지 확산되어 범죄의 감소가 나타나는 효과를 말한다.

7) ② 미네아폴리스 범죄다발지역 순찰프로그램(the Minneapolis Hot Spots Patrol Program) ③ 저지市 불법약물시장 분석프로그램(the Jersey City Drug Markets Analysis Program: DMAP) ④ 저지市 폭력범죄 다발지역의 문제지향 경찰활동 연구(the Jersey City Problem-Oriented Policing at Violent Places Study) ⑤ 세인트루이스 불법약물 시장의 문제지향 경찰활동 연구(the St. Louis Problem-Oriented Policing at Drug Market Locations Study) ⑥ 캔자스市 농축 코카인 거래소 급습프로그램(the Kansas City Crack House Police Raids Program) ⑦ 캔자스市 총기류 프로그램(the Kansas City Gun Project) ⑧ 휴스턴 목표대상 순찰지역 프로그램(the Houston Targeted Beat Program).

8) ③ 저지市 불법약물시장 분석프로그램(the Jersey City Drug Markets Analysis Program: DMAP) ④ 저지市 폭력범죄 다발지역의 문제지향 경찰활동 연구(the Jersey

었고, 나머지 4건의 연구에서는 범죄통제 편익의 확산효과가 존재하고 있음을 나타내 주는 결과가 제시되었다.⁹⁾

한편, 국립과학원(National Academy of Sciences) 심의위원회는 이 연구결과를 기초로 범죄다발지역 집중경찰활동의 실무 및 정책을 다음과 같이 평가하였다. “범죄다발지역 집중경찰활동에 관한 연구는 효과성을 입증하는 강력한 증거를 제시하고 있다. 일련의 연구결과들을 근거로 우리는 범죄다발지역 집중경찰활동이라고 불리는 경찰활동이 실제로 범죄감소와 질서유지에 효과적일 뿐만 아니라 범죄 대체효과를 발생시키지 않았고, 인접지역의 치안상태는 과거보다 더욱 안전해졌다는 결론을 내릴 수 있다”(Committee to Review Research on Police Policy and Practices, 2004: 250)고 평가하였다.

4. 범죄다발지역 집중경찰활동의 한계

가. 이론적 한계

과거 고전주의 범죄학에서는 인간을 이성적인 사고능력이 있고 자기 이익을 추구함으로써 동기를 부여받으며 자유의지를 가지고 있는 존재이기 때문에 범죄행위 또한 인간이 합리적으로 선택한 결과라고 보았다. 억제이

City Problem-Oriented Policing at Violent Places Study) ⑤ 세인트루이스 불법약물 시장의 문제지향 경찰활동 연구(the St. Louis Problem-Oriented Policing at Drug Market Locations Study) ⑦ 캔자스시 총기류 프로그램(the Kansas City Gun Project) ⑧ 휴스턴 목표대상 순찰지역 프로그램(the Houston Targeted Beat Program)

9) ③ 저지시 불법약물시장 분석프로그램(the Jersey City Drug Markets Analysis Program: DMAP) ④ 저지시 폭력범죄 다발지역의 문제지향 경찰활동 연구(the Jersey City Problem-Oriented Policing at Violent Places Study) ⑦ 캔자스시 총기류 프로그램(the Kansas City Gun Project) ⑧ 휴스턴 목표대상 순찰지역 프로그램(the Houston Targeted Beat Program)

론(deterrence theory)에서는 이러한 고전적 인간관을 바탕으로 범죄로부터 얻을 수 있는 쾌락 또는 이익보다 처벌에 따른 고통 또는 손해를 크게 함으로써 범죄를 억제할 수 있다고 보았다(이운호, 2005: 161).

범죄 원인 및 예방과 관련된 범죄다발지역의 중요성은 합리적 선택이론(rational choice theory), 일상활동이론(routine activities theory), 범죄유형이론(crime pattern theory), 사회해체이론(social disorganization theory) 등 여러 가지 범죄학적인 관점을 통해서 설명될 수 있다. 그러나 실제 법집행과정에 있어서 범죄다발지역 집중경찰활동은 이러한 범죄학적 관점을 세련되게 나타내는 것이 아니라 단순히 억제이론의 기본적인 관점만을 반영하게 된다.

실제로 범죄다발지역 집중경찰활동은 특정한 범죄다발지역에서 정선순찰, 첩보수집, 감시장비의 사용, 적극적인 법집행 등을 통해 범죄자의 발각, 체포 및 처벌에 대한 실제적·인식적 위험을 증대시킴으로써 범죄를 예방 또는 제지하고자 하는 형태를 띠게 된다. 한편, 범죄예방적 측면에 있어서는 범죄다발지역 집중경찰활동은 잠재적 범죄자의 처벌에 대한 두려움에 초점을 두고 경찰활동을 전개하기 때문에 결국 범죄동기에 영향을 미치는 피해자, 목격자, 사회통제기관, 물리적 특징 등과 같은 다른 범죄기회요인들을 간과하게 되는 문제가 있다(Rosenbaum, 2006: 250).

나. 개념적 한계

범죄다발지역 집중경찰활동을 제대로 수행하기 위해서는 먼저 범죄다발지역의 개념이 명확하고 쉽게 정의되어야만 한다. 그러나 범죄다발지역은 일단 지리적 현상을 전제로 하기 때문에 그 범죄다발지역 집중경찰활동

또한 다음과 같은 개념적 한계가 존재한다(Rosenbaum, 2006: 247).

첫째, 경찰에서는 보통 폭력범죄, 불법약물거래, 갯 등과 관련된 문제가 많이 일어나는 지역을 범죄다발지역으로 정의해 왔다. 그러나 이러한 개념 정의는 범죄다발지역에서 일어나는 문제를 너무 협소하게 해석한 측면이 있다. 실제로 범죄에 대한 두려움, 경찰 및 폭력배에 대한 적대감, 인종 편견적 불심검문, 무질서, 비공식적 사회통제의 약화, 지역에 대한 투자 감소, 기관들 간의 협력 미비 등 수많은 문제들이 범죄다발지역에서 일어나고 있다. 하지만 실무적인 측면에서 이러한 문제가 경찰의 고유한 업무가 아닌 다른 기관의 관할업무라는 이유로 또는 그 문제를 측정하거나 인식할 수 없다는 이유로 범죄다발지역 집중경찰활동 대상에서 제외되어 왔다.

둘째, 테러리즘, 컴퓨터범죄, 경제범죄, 국제범죄, 밀수범죄 등은 소규모 장소인 범죄다발지역의 범위를 벗어나서 발생한다. 이러한 유형의 범죄는 지리적 범위를 초월하는 현상이기 때문에 범죄다발지역 집중경찰활동의 대상에 포함시킬 수 없는 문제가 있다.

셋째, 장소에 기반을 둔 범죄다발지역의 개념은 종종 심각한 범죄문제를 효과적으로 이해하고 대처하는 경찰의 능력을 제한하는 측면이 있다. 예를 들어, 갯에 의한 살인사건이 발생한 경우, 갯이 저지른 이러한 유형의 범죄는 단순히 범죄다발지역이라는 지리적 개념에서 접근하는 것보다는 갯이라는 사회적 조직 및 그와 관련된 상호작용이라는 맥락에서 훨씬 더 잘 이해되고 대처될 수 있다.

다. 기술적 한계

범죄다발지역 집중경찰활동은 범죄다발지역의 위치를 정확하게 파악할

수 있어야 효과적으로 실시할 수 있다. 정확하게 범죄다발지역을 파악하기 위해서는 무엇보다도 범죄와 관련된 다수의 자료를 분석하여 이를 범죄지도로 표시할 수 있는 과학기술의 뒷받침이 필수적이다. 그러나 현재의 과학기술 수준에서 컴퓨터시스템을 사용한다고 해도 완벽한 범죄지도를 작성할 수 없는 기술적 한계가 있다.

범죄다발지역은 범죄가 집중적으로 발생하는 특정 장소들을 의미하는 개념이기 때문에 이것은 범죄지도상의 공간분포에서 군집성을 띤 형태로 인식된다. 따라서 범죄사건의 군집정도를 기초로 원이나 타원과 같은 기하학적 형태로 도식화시키거나 또는 범죄발생 정도를 나타내는 밀도 표시를 원래 자료 위에 중첩시키는 형태로 범죄다발지역을 지도로 표현할 수 있다(김창윤, 2004: 8).

그러나 지리정보시스템(Geographic Information System: GIS)을 활용하는 범죄지도 제작 소프트웨어를 사용하는 경우,¹⁰⁾ 범죄다발지역의 경계가 불분명하게 표시된다는 문제가 있다. 범죄지도를 작성하는 과정에서 지도 위에 범죄다발지역을 표시하는 원이 그려지는데, 실제의 경우 그 원들은 어느 정도 임의적으로 절단하게 된다. 하나의 범죄다발지역의 경계가 어디에서부터 시작되고 어디에서 끝나며, 그 범죄다발지역과 이웃한 다른 범죄다발지역의 경계가 어느 곳에서부터 시작되고 또 어디에서 끝나는가 여부를 구분하는 것은 범죄율이 매우 높은 지역일수록 더욱 더 중요한 문제가 된다(Rosenbaum, 2006: 248).

만약 어떤 범죄다발지역의 실제 범위보다 범죄지도상에 나타난 범죄다

10) 1997년 미국 법무부 형사국은 공간 범죄분석 시스템(Spatial Crime Analysis System: SCAS)을 개발하였다. 이 시스템은 GIS를 활용하여 범죄다발지역의 범죄지도를 작성할 수 있는 기능을 갖추고 있다. 실제로 범죄사건을 점의 형태로 가시화해 보면, 범죄사건의 발생이 특정 지역에 집중되거나 아니면 전체적으로 균등하게 분포한다거나 하는 등의 공간적 양식을 개략적으로 파악할 수 있다고 한다(김창윤, 2004: 35).

발지역의 범위가 확대되어 표시된다면 범죄다발지역 집중경찰활동을 위해 배치되는 인적·물적 자원의 낭비를 초래하고 결국 경찰활동에 소요되는 비용 상승의 문제가 발생할 수 있다. 반대의 경우, 만약 어떤 범죄다발지역의 실제 범위보다 범죄지도상에 나타난 범죄다발지역의 범위가 축소되어 표시된다면 경찰의 인적·물적 자원을 효과적으로 배치하지 못하는 결과를 가져오기 때문에 결국 범죄다발지역 집중경찰활동이 실패할 위험성은 그만큼 커지게 된다.

라. 수단적 한계

경찰은 경찰목적을 달성하기 위해 필요한 특정한 조치를 사용하게 되는데 이를 경찰수단이라고 한다. 만약 경찰에서 범죄다발지역 집중경찰활동을 통해 범죄예방 등의 경찰목적을 달성하고자 한다면, 먼저 범죄다발지역의 범위를 설정하고 그 특징을 분석한 후 어떠한 수단을 사용하여 경찰목적을 달성할 것인가를 고려하게 된다.

경찰에서는 과거에서부터 현재에 이르기까지 어떤 문제의 원인 및 성격에 관계없이 순찰, 소탕작전, 잠복근무, 함정수사, 역공작 등과 같은 경찰수단과 감시, 정지 및 외표검사, 직무질문, 체포 등과 같은 방법을 통해 범죄자를 대처해 왔다(Rosenbaum, 2006: 249).

과거 전통적인 경찰활동에서의 가시적 접근방식은 범죄 예방 및 억제 효과에 대해 비판을 받았다. 그럼에도 불구하고 최근 새롭게 등장한 범죄다발지역 집중경찰활동에서도 과거 전통적인 경찰활동에서부터 사용되어 오던 수단과 방법들을 그대로 사용할 수밖에 없다는 한계가 있다.

마. 사회문화적 한계

경찰은 지역주민의 협조 없이는 경찰활동을 수행하는데 많은 어려움을 경험하기 때문에 현대 경찰활동에 있어서 경찰과 지역주민이 동반자적 관계를 유지하는 것은 일반적인 경향이라고 할 수 있다. 따라서 범죄다발지역 집중경찰활동을 수행하면서도 지역주민들의 여론 및 정서, 그들과의 관계 등을 고려하지 않을 수 없는 한계가 있다.

범죄다발지역 집중경찰활동은 소규모 특정 지역에서 적극적이고 침해적인 법집행 활동을 수반하기 때문에 그 지역의 주민들과 경찰의 관계가 악화될 위험성이 크다는 문제가 있다. 특히, 경찰에서 범죄다발지역 집중경찰활동을 수행하는 과정에서 엄격한 법집행을 강조할 경우 해당 지역주민들의 반감을 사기 쉬울 뿐만 아니라 경제주체 또는 이익단체들의 강력한 반발에 부딪힐 수밖에 없다.

예를 들어, 경찰은 범죄다발지역 내의 풍속업소 주변에서 발생할 우려가 있는 성매매행위, 음란행위, 사행행위 등의 불법행위를 방지하고, 퇴폐·향락적인 사회환경이 사회구성원의 건전한 삶을 저해하지 않도록 범죄를 예방하고 질서를 유지하는 경찰활동을 수행할 수 있다.

그러나 풍속영업자의 입장에서 보면 그러한 경찰활동은 풍속영업자의 생존권을 위협하는 수단이 될 수 있다. 또한 풍속영업자에게 건물을 임대한 건물주의 입장에서 보면, 풍속영업자의 영업이 곤란해지면 자신의 경제적 상황도 어려움을 겪을 수 있기 때문에 경찰에 대한 감정이 좋을 리는 없을 것이다.

이와 관련된 한 연구 결과를 살펴보면, 풍속영업자들은 풍속영업의 규제는 지속되어야 하지만 규제나 단속활동을 강화하는 데에는 매우 부정적

인 반응을 보이며 규제가 강화되어야 미풍양속과 청소년이 보호될 것이라는 점에 대해 매우 회의적인 태도를 보이는 것으로 나타났다. 또한 풍속영업자들은 경찰관이 무사안일하고 공과 사를 구별하지 못하고 주민들에 대한 책임감이 결여되어 있으며 단속과정에서도 형평성을 결여하고 있다고 인식하고 있어 경찰관에 대해 부정적인 태도를 보이는 것으로 나타났다(장석현 외, 2000: 338).

IV. 우리나라 경찰활동에의 적용방안

전술했듯이 지난 10년 동안 범죄다발지역 집중경찰활동의 효과성은 다른 어떤 경찰활동 모형보다도 경험적 연구들에 의해 입증되었다. 우리나라의 각급 경찰기관에서도 그동안 직관과 경험에 의존한 범죄다발지역 집중경찰활동을 실시해 온 사실을 부인할 수는 없다. 그러나 전술한 바와 같이 이 연구에서 논의되어진 범죄다발지역 집중경찰활동은 그동안 우리나라 경찰활동에 있어서 실무적 차원에서 널리 인식하고 있는 범죄다발지역 집중경찰활동과는 많은 차이가 있다.

여기에서는 범죄다발지역 집중경찰활동을 우리나라 경찰활동에 적용하기 위해 고려해야할 부분들에 대해서 논의해 보고자 한다.

1. 근무지침 마련

현재 미국에서는 범죄지도 제작 기술이 발전함에 따라 범죄다발지역 집중경찰활동이 미국의 경찰기관 사이에서 주목을 받으면서 널리 확산되고

있는 추세에 있다. 그러나 우리나라에서는 아직까지 경찰기관이나 학계에서 범죄다발지역 집중경찰활동을 공식적으로 논의하거나 경험적으로 연구한 사례는 없는 것으로 보인다.

따라서 현 시점에서는 범죄다발지역 집중경찰활동을 우리나라 경찰활동에 적용하기 위한 방향을 제시하는 것이 무엇보다도 필요하다고 본다. 이를 위해서 먼저 범죄다발지역 집중경찰활동에 대한 기본적인 업무지침을 제정하는 문제가 우선적으로 논의되어야 할 것이다. 업무지침을 마련함으로써 범죄다발지역 집중경찰활동을 경찰관과 지역주민들에게 널리 알리고 이해시키는 것 이외에 관련 경찰활동의 기준을 제시해 줌으로써 실제 집행과정에서 나타날 수 있는 혼란과 시행착오를 방지하는 효과가 있을 것으로 본다.

아울러 이 지침에는 반드시 범죄다발지역의 개념 및 범위, 범죄다발지역 설정 기준, 범죄다발지역 집중경찰활동의 수단, 방법 및 대상범죄 등이 포함되어 있어야 할 것이다. 미국의 경우에는 보통 폭력, 불법약물, 갯 등과 관련된 범죄를 범죄다발지역 집중경찰활동의 대상으로 하고 있다. 우리나라의 경우에도 비교적 발생 빈도가 높고 특정 장소에 집중되는 경향을 보이는 풍속범죄, 폭력범죄, 절도범죄, 교통사고범죄 등을 대상범죄로 선정하는 것을 고려해 볼 수 있을 것이다.

2. 범죄지도의 활용

최근에는 과학기술의 발달로 선진 각 국에서는 GIS를 활용한 지도제작 시스템을 이용하여 범죄지도를 작성한 후 이를 통해 범죄발생 지역의 공간분석과 범죄예방 및 예측활동을 실시하고 있다. 범죄지도는 범죄지역의

위험분석, 범죄양식 및 범죄경향을 분석하는데 있어서 오늘날 최적의 도구로 각광받고 있다(김창윤, 2004: 1).

한편, 우리나라의 경우 경찰에서는 기존의 전산시스템의 기능을 향상시킨 범죄분석예측시스템(Comstat)이 서버의 분산으로 인해 수사정보의 통합 관리에 한계를 보임에 따라 2000년 범죄정보관리시스템(Crime Information Management System: CIMS)을 새롭게 구축하여 2004년 1월부터 운용하고 있다. 이를 통해 일선 경찰서에서 실시간으로 입력한 사건자료들이 바로 통계 처리되어 제공되고 전자지도서비스와의 연계도 이루어짐에 따라 범죄다발지역에 경찰력을 증강 배치하여 범죄에 대한 신속한 조치를 취할 수 있는 길이 열렸다(조병인 외, 2004: 540).

우리나라 경찰에서도 범죄지도를 이용하여 범죄다발지역과 관련된 각종 문제들, 즉 범죄의 지리적 대체 현상 파악, 경찰활동의 효과성 측정, 범죄 발생 장소의 유형 분석 등의 업무를 수행할 수 있다. 하지만 경찰의 일선 현장에서 범죄지도의 활용도는 그리 높지 않은 것 같다. 값비싼 시스템을 두고도 이를 제대로 활용하지 못한다면 이것은 지나친 예산낭비일 수밖에 없다. 이런 현상은 범죄지도를 적극적으로 활용할 수 있는 프로그램이 개발되지 못한다에 기인한다. 따라서 범죄지도를 적극적으로 활용할 수 있도록 다양한 프로그램을 마련하는 것이 필요하다고 할 수 있다.

3. 경찰 인력·장비의 재배치

범죄다발지역 집중경찰활동의 핵심은 범죄다발지역에 인적·물적 자원을 집중시켜 범죄를 예방하기 위한 순찰활동을 전개하는데 있다. 경찰의 인적·물적 자원을 집중시키기 위해서는 무엇보다도 경찰 인력과 장비의

효율적인 재배치가 선행되어야 한다. 2006년 4월 현재 전체 경찰인력이 95,336명이고 지역경찰 인력은 40,054명이다. 지역경찰이 전체 경찰인력의 42.01%로 경찰인력의 가장 많은 비중을 차지한다(경찰청, 2006b: 2).

그러나 순찰지구대의 실태를 조사한 노호래(2006)의 연구 결과를 살펴보면, 순찰지구대를 중심으로 하는 지역경찰의 인력 및 시설의 배치가 각 지역의 치안수요를 적절하게 반영하고 있지 못하다는 사실을 알 수 있다. 전국에 있는 각 순찰지구대의 근무인원, 관할면적, 관할인구, 인구밀도, 112신고 건수 등은 그 편차가 매우 크게 나타나고 있다. 특히, 대도시 지역에 있는 순찰지구대와 농·어촌 지역에 있는 순찰지구대 사이에서는 아주 극단적인 편차를 보이고 있다. 관할면적이 가장 넓은 순찰지구대는 1220.35km²을 관할하고, 가장 좁은 곳을 관할하는 순찰지구대는 0.72km²을 관할하는데 두 곳의 면적은 1,695배 차이가 난다. 근무인원이 가장 많은 순찰지구대는 89명이고, 가장 적은 순찰지구대는 15명으로 두 곳은 6배 차이가 난다. 관할 인구가 가장 많은 곳은 260,107명이고, 가장 적은 곳은 1,201명으로 두 곳은 217배 차이가 난다. 인구밀도가 가장 높은 곳은 48,481명/km²이고, 가장 낮은 곳은 11명/km²으로 두 곳의 차이는 4,407배이다. 112신고 건수가 가장 많이 접수되는 곳은 2,828건이고, 가장 적은 곳은 0 건이다(노호래, 2006: 266-276).

따라서 대도시 지역일수록 이 연구에서 논의되고 있는 범죄다발지역이 형성될 가능성이 높기 때문에 먼저 지방의 읍·면을 관할하는 순찰지구대 소속 인력과 장비를 치안수요에 맞게 조정하여 대도시를 관할하는 순찰지구대에 재배치하는 것이 필요하다고 본다. 특히, 순찰지구대, 파출소 등의 기본시설을 유지하기 위한 인력은 치안현장에 투입되지 않는 관계로 치안인력 운용 측면에서는 낭비적인 요소가 될 수 있다. 그렇기 때문에 치안수

요가 없는 지역에는 과감하게 순찰지구대나 파출소를 폐지하거나 순찰지구대를 파출소로 전환시키는 등의 조치를 통해 시설 유지에 소요되는 인력을 일선의 치안현장에 배치시키는 인력배치 계획이 필요할 것으로 본다. 그리고 각 경찰기능에 대한 업무분석을 실시하여 각 기능별 잉여인력과 장비를 범죄다발지역을 관할하는 지역경찰에 배분하는 문제도 재검토해야 할 것으로 본다.

4. 순찰지구대 중심의 지역경찰제 강화

우리나라 경찰에서의 범죄예방 활동은 지역경찰제를 중심으로 하고 있다. 2003년 실시된 지역경찰제는 경찰서 관할구역을 인구, 면적, 주민생활권, 교통망 등 지역실정을 종합적으로 고려하여 기존 3-5개의 파출소를 권역별로 묶어 순찰지구대를 설치·운영하고 순찰지구대에 포함되지 않는 파출소는 특수파출소로 운영하는 것을 골자로 한다. 이후 지역경찰제는 운영과정에서 나타난 문제점들을 개선하기 위해 치안수요에 따라 순찰지구대의 관할구역을 조정하거나 파출소(치안센터 포함)를 순찰지구대로 확대·개편하였다. 또한 순찰지구대와 원거리이거나 치안수요가 집중되는 지역은 치안센터를 파출소로 다시 전환하였다. 이런 과정을 통해 2006년 4월 20일 현재, 전국 순찰지구대는 857개소에서 838개로 감소한 반면에 파출소는 275개소에서 482개로 증가하였다(최응렬, 2006: 317-318).

과거 파출소 체제에서는 집단폭력이나 공무집행방해 사건 등이 발생할 경우, 1-2명의 경찰관이 출동하여 소극적으로 대처할 수밖에 없었다. 그러나 지금의 순찰지구대 중심의 지역경찰제 하에서는 인력과 장비의 기동력과 집중력이 제고되어 순찰차 3-5대, 경찰관 10여명이 동시에 현장에 출

동하여 초기에 현장 제압능력이 향상되었다(경찰청, 2005: 63).

결국 이러한 변화는 순찰지구대가 파출소보다는 범죄다발지역 집중경찰 활동을 수행하는데 적합한 조직형태라는 사실을 설명해 준다고 할 수 있다. 파출소 중심의 순찰활동에서는 인적·물적 자원을 효율적으로 집중시킬 수 없는 조직적 한계 때문에 범죄다발지역 집중경찰활동을 수행하기에는 부적절한 측면이 있었다. 순찰지구대 중심의 지역경찰제의 가장 큰 장점들 중 하나는 권역 내 경찰의 인력과 장비를 집중적으로 운영할 수 있다는 점이다. 따라서 범죄다발지역 집중경찰활동을 수행하기 위해서는 읍·면 지역에서는 기존 파출소 체제를 유지하는 대신 중소도시 이상의 지역에서는 파출소보다는 순찰지구대 중심의 지역경찰활동을 강화시키는 것이 바람직하다고 본다.

5. 정선순찰의 내실화

범죄예방을 위한 순찰활동은 경찰의 가장 기본적이고 중요한 임무들 중 하나일 것이다. 지금까지 국내외적으로 순찰활동의 효과성을 높이기 위해 여러 가지 방식들이 소개되었다. 그 중에서도 범죄다발지역 집중경찰활동에 가장 적합한 순찰방식은 바로 정선순찰(지정순찰)이라고 할 수 있다. 정선순찰은 어떤 유형의 범죄들은 집중적이고 가시적인 순찰활동을 통해 그 발생 빈도와 강도에 영향을 줄 수 있다는 가정에 기초하고 있다.

일반적으로 한 도시 내에 있는 지역들이라도 그 지역들이 같은 빈도의 범죄발생률을 보이지 않는다. 이런 경우에 적합한 순찰방식이 바로 정선순찰이라고 할 수 있다. 정선순찰이란 순찰구역 내에서 범죄가 많이 발생하거나 기타 치안수요가 많은 장소에 경찰력을 집중시키기 위해 사용되는

순찰방식이다. 이 정선순찰은 난선순찰(자율순찰: random patrol)¹¹⁾과 비교되는 순찰방식이다(Hale, 2004: 202).

그러나 현재 우리나라의 지역경찰관들은 범죄예방보다는 실제 각종 신고출동에 우선권을 두고 순찰업무를 수행하고 있다.¹²⁾ 또한 범죄다발지역의 범위를 과학적인 근거가 아닌 경찰관들의 경험에 근거를 두고 추정하고 있기 때문에 정선순찰은 그 중요성에 비해 보통 형식적으로 실시되고 있는 실정이다.

따라서 범죄다발지역 집중경찰활동이 실시되면 보다 내실화된 정선순찰을 실시할 수 있을 것으로 본다. 지금까지는 관할구역 내의 특정 장소에 어느 시기에 어떤 범죄가 일어나고 그 빈도는 얼마나 되는가를 정확하게 파악할 수 없기 때문에 범죄다발지역의 범위를 정확하게 획정할 수 없는 문제가 있었다. 실무적으로는 그때그때의 치안상황이나 범죄유형 및 발생건수에 따라 경찰관리자 또는 경찰관들의 경험 또는 직관에 의존하여 범죄다발지역과 순찰노선을 지정하여 정선순찰을 실시한 것이 사실이다. 이러한 비과학적인 관행은 범죄다발지역 집중경찰활동의 도입·적용을 계기로 사라질 것으로 여겨진다.

6. 풍속업소 주변 경찰활동 강화

풍속은 그 시대의 사회현상을 반영하는 유동적인 개념이다. 사회현상은

11) 난선순찰은 경찰관이 순찰구역 내에서 임의로 순찰하는 방식이다.

12) 「지역경찰 조직 및 운영에 관한 규칙」 제25조 제1항 “112기동순찰 근무자는 112신고사건 등과 상급 경찰관서 및 지구대에서 처리를 지시한 사건사고에 대해 타 임무에 우선하여 신속히 현장 출동하여 초동조치를 취한다; 동 규칙 제26조 제2항 “순찰요원은 지원지시를 받은 경우 신속히 현장으로 출동하여야 하며, 긴급한 경우 지원요청이 없더라도 현장조치중인 순찰요원을 지원하여야 한다.”

사회발달에 유리하게 작용하면서 사회구성원의 정서함양에 건전하고 긍정적인 영향을 미치는 경우가 있고 반대로 사회발달에 불리하게 작용하고 사회구성원의 정서함양에 불건전하고 부정적인 영향을 미치는 경우가 있다. 여기서 후자의 경우가 주로 경찰활동의 대상이 된다(장석현 외, 2000: 235).

우리나라의 풍속업소 현황은 <표 2>에서 보는 바와 같이 풍속업소의 전체 숫자는 2004년 122,748개소에서 2005년 138,422개소로 12.8% 증가하였다. 그러나 최근 풍속업소는 대형화·고급화되는 경향을 보이고 있고 풍속업소와 관련된 음란·퇴폐 영업행위도 지속되고 있다. 그리고 관련 법규의 규제를 받지 않는 신·변종 풍속업소가 증가하고 있으며, 사행성 게임장의 난립으로 인한 각종 사회문제 및 범죄가 유발되고 있는 추세라고 할 수 있다(경찰청, 2006a: 160).

<표 2> 풍속업소 현황

(단위 : 개소)

구분	계	유흥 주점	단란 주점	숙박업	이용업	노래 연습장	비디오물 감상실업	게임 제공업	무도 학원	무도장
1996	135,258	16,422	19,059	30,021	28,309	22,689	2,938	14,202	1,002	51
1997	145,183	16,874	23,079	30,909	29,708	25,200	3,008	14,832	1,097	61
1998	144,122	16,417	23,275	30,001	27,323	27,162	2,873	15,482	1,207	69
1999	149,087	18,040	22,161	29,435	25,811	28,832	3,054	20,173	1,227	69
2000	162,219	20,140	20,782	29,233	25,964	29,081	2,831	32,555	1,266	71
2001	170,567	22,584	19,597	30,144	30,614	28,882	2,480	34,666	1,288	82
2002	142,619	24,048	18,309	28,714	24,895	28,813	2,585	13,702	1,241	91
2003	124,972	23,152	16,161	26,158	19,113	27,097	2,271	9,699	1,138	84
2004	122,784	22,877	15,346	25,874	18,392	28,437	2,042	8,577	1,084	64
2005	138,422	26,991	16,205	27,848	21,151	33,562	1,948	9,688	974	5

※ 자료: 경찰청, 2006a: 160.

론색과 마이어의 연구 결과에 따르면, 범죄는 술집들이 없는 지역보다 술집들이 있는 지역에서 훨씬 더 자주 일어난다고 한다. 또한 술집들의 수와 범죄발생 건수는 정적인 상관관계가 있으며 두 변인 모두 다른 범죄관련 변인들을 통제한 이후에도 통계적으로 유의미한 상관관계를 가지고 있다고 한다(Roncek and Maier, 1991; 장상희 역, 2004: 99 재인용).

그들의 주장에 따르면, 결국 각종 풍속업소들은 익명성을 높여 주고 사회적 통제를 약화시켜 사람들로 하여금 사회적 일탈행위를 조장하는 역할을 수행한다. 또한 소규모의 특정장소를 출입하는 사람들을 보호능력이 없는 매력적인 범죄대상이 되도록 함으로써 수많은 범죄기회를 제공하는 기능을 한다. 따라서 범죄다발지역 집중경찰활동을 통해 풍속업소 주변에 경찰력을 집중 배치함으로써 범죄기회를 차단한다면 관련된 각종 범죄 및 사회문제들을 예방하거나 감소시키는 효과를 거둘 수 있을 것으로 본다.

7. 시범 실시

지금까지 범죄다발지역 집중경찰활동을 우리나라 경찰활동에 적용하기 위한 방안들을 여섯 가지로 나누어 살펴보았다. 어떠한 경찰활동 프로그램을 실시할 것인가의 여부는 공공의 안녕과 질서에 직결되는 문제이며 국가 또는 사회적으로 중요한 이슈가 되기 때문에 위에서 제시된 방안들을 시행하는데 있어서 보다 신중한 접근이 필요하다.

따라서 범죄다발지역 집중경찰활동을 시범적으로 실시할 필요가 있다. 시범 실시를 통해 범죄다발지역 집중경찰활동의 장단점, 비용·효과 분석, 기타 운영상에 있어서 나타나는 문제점 등을 사전에 파악함으로써 이후 전면적인 실시 과정에서 오는 부작용을 최소화시킬 수 있을 것으로 본다.

한편 시범 경찰서를 선정하는 경우 서울특별시, 광역시 및 기타 중소도시
에 위치하면서 특히 인구밀도가 높고 범죄발생률이 높으며 풍속업소가 많
은 상업지역을 관할하고 있는 경찰서 가운데 적당한 시범 실시 대상을 선
정하는 것이 바람직하다고 본다.

V. 결 론

우리나라 경찰은 과거 일제시대의 부정적인 유산을 청산하고 보다 효과
적인 치안 서비스를 제공하기 위해 노력하는 과정에서 외국의 몇몇 혁신
적인 경찰활동 모형을 우리나라 경찰활동에 접목시켜 왔다. 그러나 지금까
지 도입된 경찰활동 모형 중에서 과연 범죄예방에 효과적인 것은 무엇이
고 어떻게 운영되고 있는지 한번쯤 되돌아 볼 필요가 있다. 예를 들어, 지
역사회 경찰활동이나 컴스택과 같은 경우를 보더라도 그 도입과정이 경험
적 증거에 의존하기보다는 직관과 행운을 우선시하는 접근방식이 이용되
었다. 즉 그러한 프로그램이 우리나라의 치안실정에 적합한지 여부 또는
그러한 프로그램의 효과성에 대한 실증적 연구 없이 단지 외국에서 혁신
적인 경찰활동 모형으로 소개되어 시행되고 있다는 이유만으로 무비판적
으로 우리나라 경찰활동에 수용한 측면이 없지 않았다.

공공의 안녕과 질서를 책임지고 있는 경찰의 중요성을 생각한다면 외국
의 경찰활동모형을 우리나라 경찰제도에 도입하는 것은 매우 신중을 기해
야만 하는 문제일 것이다. 지금까지 외국으로부터 도입된 몇몇 경찰활동
프로그램들은 이론적 근거와 경험적 증거에 대한 구체적인 검증 없이 우
리나라의 경찰활동에 무비판적으로 이식된 측면이 있었다는 사실을 부인

할 수 없다.

그럼에도 불구하고 선진 외국경찰의 발전된 모습과 최근의 동향은 우리나라 경찰의 발전방안을 모색하는데 있어서 중요한 벤치마킹의 대상이 될 수 있다. 따라서 외국의 경찰활동모형을 도입하는데 있어서는 무비판적인 도입보다는 먼저 그 이론적 배경, 내용 및 한계, 범죄예방효과에 대한 경험적 연구, 그밖에 도입할 경우 예상되는 각종 문제점 등을 신중하게 고려할 필요가 있다고 본다.

지금까지 논의한 범죄다발지역 집중경찰활동은 범죄학이론에서 제시된 직관들을 경찰활동에 적용시킨 결과로서 이론적 정당성을 가지고 있을 뿐만 아니라 이를 뒷받침하는 경험적 연구를 통해 논리적이고 일관성 있는 경찰활동 전략을 제시하는 접근방식을 취하고 있기 때문에 기존의 경찰활동 모형과 구별되는 특징이 있다.

이 연구에서는 범죄다발지역 집중경찰활동을 소개하고 우리나라 경찰활동에 적용하기 위한 정책적인 방향을 제시하는데 중점을 두었다. 그러나 범죄다발지역 집중경찰활동은 그 의의와 필요성에도 불구하고 우리나라 경찰활동에 적용하기 위해서는 아직 우리나라의 치안여건에 알맞게 수정되고 보완되어야 할 부분들이 많은 경찰활동모형이라고 할 수 있다. 따라서 향후 범죄다발지역 집중경찰활동이 우리나라 경찰활동에 접목되어 뿌리내리기 위해서는 무엇보다도 경험적 연구를 통해 우리나라 치안환경 속에서의 정책 효과성에 대한 철저한 검증작업이 선행되어야 할 것이다.

참고문헌

- 경찰청. (2006a), 「경찰백서」.
- 경찰청. (2006b), 「지역경찰 운영시스템 개선안 시행계획」.
- 경찰청. (2005), 「경찰백서」.
- 김창윤. (2004), “GIS를 이용한 경찰의 범죄통제에 관한 연구,” 동국대학교 대학원 「박사학위논문」.
- 노호래. (2006), “순찰지구대의 인력재배치 방향,” 「한국공안행정학회보」 23: 241-281.
- 이윤호. (2005), 「범죄학개론」, 박영사.
- 이황우 · 조병인 · 최응렬. (2006), 「경찰학개론」, 한국형사정책연구원.
- 장석헌 외. (2000), “풍속영업자의 불만요인 및 만족도 향상 방안,” 「치안논총」 23: 208-377.
- 조병인 외. (2004), 「OECD국가와 치안역량 비교를 통한 21세기경찰발전방안」.
- 최응렬. (2006), “지역경찰제의 정착화 방안: 순찰지구대의 효율적 운영을 중심으로,” 「한국공안행정학회보」 23: 311-343.
- Palmiotto, M. J., 양문승 역. (2001), 「지역사회 경찰활동론」, 대영문화사.
- Vold, Bernard, and Snipes, 우범형사정책연구회 역. (2000), 「범죄학이론」, 길안사.
- Liska, A. E. and Messner, S. F., 장상희 역. (2004), 「일탈과 범죄사회학」, 경문사.
- Braga, Anthony A. (2001), “The effects of hot spots policing on crime,”

- The Annals of the American Academy of Political and Social Science, 578: 104-125.
- Braga, A., Weisburd, D., Waring, E., Mazerolle, L. G., Spelman, W., Gajewski, F. (1999), "Problem oriented policing in violent crime places: A randomized controlled experiment," *Criminology*, 37(3): 541-580.
- Caeti, T. (1999), Houston's targeted beat program: A quasi-experimental test of police patrol strategies, Doctoral dissertation, Sam Houston State University, Ann Arbor, MI: UMI.
- Clarke, R. V. (1995), "Situational Crime Prevention," In M. Tonry and D. P. Farrington (eds.), *Building a Safer Society: Strategic Approaches to Crime Prevention*, Chicago: University of Chicago Press.
- Cohen, L. E. and Felson, M. (1979), "Social change and crime rate trends: A routine activity approach," *American Sociological Review*, 44: 588-605.
- Cohen, M. and McEwen, J. T. (1984), "Handling Calls for Service: Alternative to Traditional Policing," *National Institute of Justice reports*, 187: 4-8.
- Committee to Review Research on Police Policy and Practices. (2004), *Fairness and effectiveness in Policing: The evidence*, Washington, DC: National Academies Press.
- Cornish, D. B. and Clarke, R. V. (1987), "Understanding crime displacement: an application of rational choice theory,"

Criminology, 25(4): 933-947.

Criminal Justice Commission, (1998), Beenleigh calls for service project: Evaluation report, Brisbane, Queensland: Criminal Justice Commission.

Hale, Charles D. (2004), Police Patrol: Operation and Management, 3rd ed., Upper Saddle River, New Jersey: Pearson Education, Inc.

Hope, T. (1994), "Problem-oriented policing and drug market locations: Three case studies," In R. V. Clarke (eds.), Crime prevention studies, 2nd ed., 5-31, Monsey, NY: Criminal Justice Press.

Roncek, D. W. and Maier, P. A. (1991), "Bars, Blocks and Crime Rates Revisited: Linking the Theory of Routine Activities to the Empiricism of 'Hot Spots'," Criminology 29: 725-753.

Rosenbaum, Dennis P. (2006), "The limits of hot spots policing," In David Weisburd and Anthony A. Braga (eds.), Police Innovation: Contrasting Perspectives, New York: Cambridge University Press.

Rosenbaum, Dennis P., Arthur J. Lurigio, and Robert C. Davis. (1998), The Prevention of Crime: Social and Situational Strategies, Belmont, California: Wadsworth Publishing Company.

Sherman, L. W., Gartin, P. R. and Buerger, M. E. (1989a), "Hot Spots of predatory crime: routine activities and the criminology of place," Criminology 27(1): 27-56.

Sherman, L. W., Gartin, P. R., and Buerger, M. E. (1989b), Repeated call address policing: The Minneapolis RECAP experiment,

Final report to the National Institute of Justice, Washington, DC: Crime Control Institute.

Sherman, L. W. and Rogan, D. P. (1995a), "Deterrent effects of police raids on crackdowns: A randomized, controlled experiment," *Justice Quarterly*, 12(4): 755-781.

Sherman, L. W. and Rogan, D. P. (1995b), "Effects of gun seizures on gun violence: Hot spots patrol in Kansas City," *Justice Quarterly*, 12(4): 673-694.

Sherman, L. W. and Weisburd, D. (1995), "General deterrent effects of police patrol in crime 'Hot spots': A randomized, controlled trial," *Justice Quarterly*, 12(4): 626-648.

Thibault, Edward A., Lynch, Lawrence M. and McBride, R. Bruce. (2004), *Proactive Police Management*, 6th ed., Upper Saddle River, New Jersey: Pearson Education, Inc.

Weisburd, David (2005), "Hot spots policing experiments and criminal justice: Lessons from the field," *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 599: 220-245.

Weisburd, David and Braga, Anthony A. (2006a), "Hot spots policing as a model for police innovation," In David Wiesburd and Anthony A. Braga (eds.), *Police Innovation: Contrasting Perspectives*, New York: Cambridge University Press.

Weisburd, David and Braga, Anthony A. (2006b), "Introduction: understanding police innovation," In David Wiesburd and Anthony A. Braga (eds.), *Police Innovation: Contrasting*

Perspectives, New York: Cambridge University Press.

Weisburd, David, Bushway, S., Lum, C., and Yang, S. M. (2004),
“Trajectories of crime at places: A longitudinal study of street
segments in the city of Seattle,” *Criminology*, 42(2): 283-321.

Weisburd, David and Eck, J. E. (2004), “What can police do to reduce
crime, disorder, and fear?,” *The Annals of the American
Academy of Political and Social Science*, 593: 42-65.

Weisburd, D. and Green, L. (1995), “Policing drug hot-spots: The
Jersey City drug market analysis experiment,” *Justice
Quarterly*, 12: 711-735.

Weisburd, David and Lum, C. (2005), “The diffusion of computerized
crime mapping policing: Linking research and practice,” In
Police Practice and Research, 6(5): 433-448.

Weisburd, D., Mastrofski, S., McNally, A. M. and Greenspan, R. (2001),
Compstat and organizational change: Findings from a national
survey, Washington DC: The Police Foundation.

<http://reform.police.go.kr/index.jsp/2007.01.02>.

[http://www.gov-innovation.go.kr/jsp/fp/introduction/BackgroundIntroView
.jsp/2007.01.02](http://www.gov-innovation.go.kr/jsp/fp/introduction/BackgroundIntroView.jsp/2007.01.02).

A Study on Hot Spots Policing

Choi, Eung-Ryul*

Jung, Woo-Il**

Recently, Korean National Police Agency has emphasized the innovation of police administration to make an entirely new police organization. There have been many police innovation efforts in the United States. Some of the police activities have been proved the effectiveness by the empirical research. However, others still have been implemented just based on the intuition of police managers without scientific research. Therefore, it is worth to review the previous police programs for the innovation. It is true that some police innovation just imitated the foreign program without proper evaluation or empirical supports.

Based on these analytical points of view, this study reviews the effectiveness of the hot spots policing and examines the appropriate ways of application in the South Korean police. In detail, this study reviews hot spots policing in terms of the theoretical backgrounds, historical development and limitations. Also, two hot spots research

* Associate Professor, Department of Police Administration, Dongguk University, Ph.D. in Law

** Department of Police Administration, Graduate School of Dongguk University

which have been done in the United States. have been introduced to show the effectiveness. In order to successful application of hot spots policing in the South Korean police, this study recommends 1) the creation of standard operation procedure for the Hot Spot policing, 2) using the Geographic Information System (GIS) in the police operations, 3) redistribution of police personnel and other resources, 4) reinforcement of Patrol Unit in local patrol system, 5) emphasis of Directed Patrol system, 6) intensive patrol on the areas for the entertainment and drinking, and 7) preliminary application of hot spots policing before the actual implementation.

주제어 : 혁신, 범죄권역, 범죄권역 집중경찰활동, 범죄지도, 정선순찰
Keywords : innovation, hot spots, hot spots policing, crime map, directed patrol

윤영철 / 형법의 법익론 관점에서 본 부부강간의 문제
 최관식 / 토지거래허가에 관한 형사법적 문제
 김혜경 / 낙태죄의 현실적응력: 의사의 면허와 관련하여
 박상식 / 정신장애범죄자의 형사책임능력판단 기준에 관한 연구
 박기범 / 아동성범죄와 인터넷상의 아동포르노그래피
 황만성 / 유전자감식정보의 형사절차상 활용방안 - 유전자감식정보법안의 검토를 중심으로
 신양균 / 노역수형자에 대한 처우의 현실과 개선방안
 진희권 / 전통 유교에서 형벌집행의 현대적 의미
 이성용 / 가정폭력에 대한 경찰권 발동에 관한 고찰 - 한국과 독일을 중심으로
 윤옥경 / 범죄통제의 사회적 맥락: 경제위기, 정치적 상황과 징역선고율의 변화
 최응렬 · 정우일 / 범죄다발지역 집중경찰활동에 관한 연구

간행물출판위원회

위원장 : 신 의 기 (한국형사정책연구원 기획조정본부장)

위 원 : 오 영 근 (한양대학교 법과대학 교수)

이 순 래 (원광대학교 경찰행정학과 교수)

정 현 미 (이화여자대학교 법과대학 교수)

김 성 언 (경남대학교 법행정학부 교수)

도 중 진 (한국형사정책연구원 범죄피해자연구센터장)

김 은 경 (한국형사정책연구원 연구위원)

탁 희 성 (한국형사정책연구원 연구위원)

김 지 선 (한국형사정책연구원 연구위원)

이 천 현 (한국형사정책연구원 연구위원)

간 사 : 김 능 겸 (한국형사정책연구원 출판담당)

형사정책연구

형사정책연구는 형사정책분야에 관한 논문, 서평, 번역 등을 수록하는 연구 학술지입니다.

본지의 발간목적은 학계와 실무계에서 이 분야에 관심을 가지고 계시는 분들에게 자유로운 발표의 지면을 제공함으로써 연구의욕을 북돋우고 형사정책분야의 학문적 발전을 도모하는데 있습니다.

본지에 수록된 논문의 의견은 한국형사정책연구원의 공식견해가 아니고 필자 개인의 의견입니다. 본지의 내용은 출처 및 집필자를 명시하는 한 자유로이 인용할 수 있습니다.

[형사정책연구지는 한국학술진흥재단 등재지임을 밝힘]

형사정책연구

제18권 제1호(통권 제69호, 2007 · 봄호)

발행인 : 이 태 훈

발행처 : 한국형사정책연구원
서울시 서초구 우면동 142
전화 (02) 575-5282-9

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2007년 3월 30일

인 쇄 : 화신문화(주) (02) 2277-0624

본 학술지 내용의 무단전제를 금함
구독문의 : 출판실(02-571-0363)

[정가 : 7,000원]

학술연구지 [형사정책연구] 투고안내

학술연구지 [형사정책연구]는 학술진흥재단의 등재지로서 제18권 제2호 (통권 제70호, 2007·여름호)에 게재할 학술논문을 아래와 같이 모집합니다.

1. 제출 및 게재

- 1) 형사정책 관련분야의 학술적 독창성이 있어야 하며 발표되지 않은 것이어야 한다.
- 2) 제출된 원고는 관련규정에 따라 심사를 하여 게재여부를 결정하며, 원고 내용의 수정요청이 있을 경우 필자는 이에 응하거나 거부할 수 있다.
- 3) 원고 투고자의 자격은 학계의 대학교수, 실무계의 변호사, 판사, 검사 등 형사정책 관련분야의 박사학위 취득자 및 연구경력자로 한다.

2. 논문작성 요령

- 1) 한자의 혼용여부 : 국·한문 혼용원칙으로 하되 필요한 경우 영문 또는 독문도 괄호 안에 넣을 수 있다.
- 2) 주 처리방법 : 각주는 논문 하단에 위치하되 일련번호를 명시한다.
- 3) 단위의 표기 : I., 1., 가., 1), 가) 순으로 구성하며. 제목 위, 아래 한행씩을 띄어준다.
- 4) 표와 그림은 구분하여 일련번호를 명시한다. 표의 제목은 표의 상단 좌측부터 시작하고, 그림제목은 하단의 중앙에 반드시 위치하도록 한다.
- 5) 참고문헌 : 국내, 구미, 일본의 순으로 저자별 가나다 및 알파벳순으로 하되 단행본, 논문의 순으로 정리, 단 구미문헌의 경우에는 저자의 성을 먼저 기록한 후 이름을 기록하고 책명, 발행년도 순으로 구성한다.
- 6) 요약 및 주제어 : 영문(독문)으로 요약, 논문제목, 성명, 소속 및 직책을 반드시 작성을 해야 하며, 본문 맨 뒤에 국·영문 주제어를 표기한다.

3. 원고분량 : A4용지 80컬럼(훈글 신명조 11포인트) 27행(행간 180%)의 20매 내외(원고분량이 25매 이상은 접수를 하지 않습니다)

4. 투고기간 : 2007년 5월 10일(목)까지(6월말 발간예정)

5. 보내실 곳 : 137-715 서울시 서초구 우면동 142

한국형사정책연구원 출판실(담당 : 김능검)

전화 : 02-571-0363, 3460-5153, 팩스 : 02-571-7488

e-mail : kneky@kic.re.kr, kneky@hanmail.net