

독일의 ‘스토킹행위의 처벌에 관한 법률’의 고찰

김 성 룡*

국문요약

독일은 2007년 3월 31일부터 형법 제238조에 ‘스토킹’(Nachstellung)죄를 신설한 개정법을 시행하고 있다. 동 조항은 제15대 연방의회 회기인 2004년 7월 5일 헤센 및 바덴-뷔르템베르크주의 입법청원으로 시작되어, 제16대 연방의회에 이르기까지 다양한 입법안을 대상으로 한 심도 있는 논의를 거치면서 2년 6개월 만에 독립된 규정으로 성안되었다. 국내에서는 1999년, 2003년 및 2005년에 스토킹관련법안의 도입시도가 있었으며, 학계의 깊이 있는 논의도 적지 않았으나, 현재는 현실적인 관심에서 밀려난 상태이다. 이러한 상황에서 본 논문은 독일의 형법 제238조의 신설을 계기로 동 조항의 구체적인 내용과 도입배경 등에 대한 논의를 요약적으로 검토하면서, 국내에서의 향후 입법관련논의에서 등장할 문제점에 대한 시사점을 찾아보고, 주요 쟁점에 대해 필자의 제안을 담았다.

결론적으로 향후 입법·이론적 논의에서 범죄명의 선택과 관련해서는 ‘반복적으로 괴롭히는 행위(죄)’라는 표현이 적절한 것으로 제안하였고, 동 죄의 보호법익은 ‘자유에 관한 포괄적인 법익’의 형태로 접근할 수밖에 없다고 진단하였다. 명확성의 원칙에 대한 충돌을 최소화하면서도 다양한 스토킹행위를 구성요건적으로 포섭하기 위해서는 가능한 명확한 행태를 제시하는 규정과 포괄적인 보충규정을 병행하면서, 후자의 경우 법관의 법해석의 합리성에 기대할 수밖에 없다는 결론을 내렸다. 끝으로 ‘반복적으로 괴롭히는 행위(죄)’를 도입한다고 할 때, 현행 형법의 편제 중 협박의 죄의장에 위치시키는 것이 타당하다고 보았으며, 형벌은 협박죄와 같은 3년 이하의 정역으로 설정하는 것이 보호법익과 동 조항의 보충성이라는 특성에 적합한 것으로 판단하였다.

* 경북대학교 법과대학 법학부 조교수, 법학박사

I. 글의 배경 및 내용

독일은¹⁾ 2004년 7월 5일 헤센(Hessen) 및 바덴-뷔르템베르크(Baden-Württemberg)주의 입법청원(Gesetzesantrag)으로 연방참의회(Bundesrat)를 거쳐 연방정부에 제출되어 논의되기 시작한, 소위 스토킹방지법안(Stalking-Bekämpfungsgesetz)에 기초한, ‘끈질기게 따라 다니는 행위의 처벌에 관한 법률’(das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellung), 조금 더 구체적으로 표현하자면 ‘권한없이 지속적으로 따라다니며 괴롭히는 행위의 처벌에 관한 법률’을 2007년 3월 22일 제16대 국회에서 통과시킴으로써 2007년 3월 31일부터 관련 내용이 신설된 개정 형법이 시행되게 되었다.

이미 제15대 연방의회에서 논의된 위 법안은 선거정국이라는 당시의 정치적 배경과, 국내·외의 스토킹관련법안의 논의·제정과정에서 볼 수 있듯이, 개정 전 독일 형법 등의 규정만으로도 관련 문제는 충분히 해결될 수 있다는 반론 등으로 인해 구체적으로 다루어지지 못하다가, 최근에 와서 연방정부·의회 등이 제출한 다양한 입법안들에 대한 논의를 거쳐 약 2년 6개월 만에 독립된 규정을 형법전에 마련하는 것으로 개정작업이 종결된 것이다.

주지하다시피 국내에서는 1999년,²⁾ 2003년 및 2005년에 ‘스토킹방지법안’³⁾ 또는 ‘스토킹 등 대인공포유발행위의 처벌에 관한 특례법안’⁴⁾의 형태

1) 최근 독일의 경험연구들(만하임과 다름슈타트의 지역연구)에 따르면 설문대상자 약 700명 중 12%정도가 살아오는 동안 적어도 2주간의 시간간격동안 최소 2회의 상이한 방법의 스토킹피해를 입었다고 한다. 피해자의 90%는 여자였고, 가해자의 90%는 남자였던 것으로 나타났다. 이러한 피해자들에게 나타난 침해결과는 심리적 및 육체적인 증상들이었고, 예를 들면 심각한 불안증상, 공포심, 수면장애, 위장장애 그리고 우울증 등이 대표적인 증상이었다고 한다. 피해자는 대부분 고소하지 않은 것으로 파악되었다(이에 대해서는 Kinzig, Stalking-ein Fall für das Strafrecht-, ZRP 2006, S. 255, 256). 독일에서 스토킹행위가 처벌된 예로는 2001년 OLG Karlsruhe에서 옛 애인을 심각하게 괴롭힌 행위자에 대해 18개월의 자유형을 집행유예한 사안이 있고, 적용된 법규는 주거침입, 모욕, 재물손괴죄 등이었다(OLG Karlsruhe, Beschl. v. 24.1.2001. - 3. Ss 131/00).

2) 1999년 5월 24일 김병태 의원 등 21인의 국회의원이 ‘스토킹처벌에관한특례법안’을 발의했으나, 2000년 5월 29일 국회임기만료로 폐기되었다(동 법안의 내용에 대해서는 김용욱, ‘스토킹에 대한 형법적 규제’, 연세법학(2004), 63쪽 참조).

3) 2003년 10월 13일 이강래 의원 등 15인의 국회의원에 의해 발의된 동 법안(의안번호

로 이러한 행태의 처벌을 위한 독립된 규정마련을 위한 시도들이 있었으나, 국회위원의 임기만료로 폐지되거나 철회됨으로써, 현재는 입법제안의 측면에서 뿐만 아니라 관련 문제에 대한 학계에서의 구체적인 논의도 현실적인 관심에서 밀려난 상태이다. 종래의 학계에서의 관련 논의도 스토킹관련구성요건의 도입에 대해 낙관적인 견해와⁵⁾ 함께 부정적인 견해가⁶⁾ 병행선을 달리고 있었다.

이러한 상황 하에서 이 글은 2007년 독일 형법 제238조의 신설을 계기로, 동 조항의 구체적인 내용과 도입배경 등에 대한 논의를 따라가면서, 현재 국내 상황에 대한 시사점을 도출해 봄으로써, 국내의 향후논의의 방향설정에 도움이 되고자 하는 것이다.

따라서 아래에서는 현행 독일 규정의 내용과 해석론을 소개하고(II), 이와 관련한 입법과정 및 학계에서의 주요 논의를⁷⁾ 요약적으로 검토하면

2733)은 2004년 5월 29일 임기만료로 폐기되었다. 이 법안에서는 스토킹에 대한 다양한 민사·행정법인 제재방안의 마련과 함께, 법원의 금지명령에 위반한 자에 대해 최고 죄로 1년 이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처하는 형벌조항을 설정하였고, 이러한 내용은 독일에서 2002년 1월부터 시행된 ‘폭력범죄와 따라다님(스토킹)에 대한 민사법적 보호를 위한 법률’(das Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen), 소위 ‘폭력행위방지법’(Gewaltenschutzgesetz; GewSchG)의 내용과 거의 유사하다.

- 4) 2005년 9월 27일 엄동연 의원 등 25인의 국회의원에 의해 발의된 동 법안(의안번호 2815)은 2005년 11월 28일 철회되었고, 예를 들어 금지명령위반 혹은 기간만료 후 다시 스토킹을 한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금, 가중 처벌할 사안에서는 5년 이상 10년 이하의 징역 등의 형벌을 설정하고 있었고, 독일 현행 형법 제238조의 스토킹규정도 기본구성요건으로서의 일반스토킹죄는 3년 이하의 징역이나 벌금형, 가중된 경우에는 3년 이상 5년 이하, 치사의 경우에는 1년 이상 10년 이하의 징역 등으로 세분화되어있다는 점에서 유사성을 보인다.
- 5) 긍정적인 경향을 보이는 예로는 김용욱, ‘스토킹에 대한 형법적 규제’, 연세법학(2004), 특히 65쪽; 박상열, ‘미국의 스토킹 금지법에 대한 연구’, 비교형사법연구 제5권 제1호(2003), 특히 741쪽.
- 6) 부정적인 경향을 보이는 예로는 이건호, ‘스토킹 행위에 대한 형사법적 대응과 그 한계 -스토킹 행위의 유형화와 법률적 대응방법의 다양화를 중심으로-’, 형사정책 제16권 제2호(2004), 특히 157쪽; 장규원, ‘새로운 사회문제로서의 스토킹과 그에 대한 입법의 기본방향’, 피해자학연구 제9권 제1호(2001), 특히 315쪽 이하; 이기현, ‘스토킹의 형법적 규제에 관한 비교법적 고찰’, 비교형사법연구, 제4권 제2호(2002), 특히 354쪽 참조.
- 7) 현재까지의 국내에서 소개된 국가의 입법례로는 일본(이에 대해서는 김용욱, 앞의 논문, 61쪽 이하; 장규원, 앞의 논문, 313쪽 이하), 미국, 호주, 잉글랜드·웨일즈(이에 대해서는 이기현, 앞의 논문, 335쪽 이하; 박상열, 앞의 논문, 722쪽 이하; 장규원, 앞의 논문, 309쪽 이하; 김용욱, 앞의 논문, 58쪽 이하; 이건호, 앞의 논문, 145쪽 이하) 등이

서, 국내의 향후 입법의 필요성 및 입법의 기본적인 방향에 대한 시사점을 찾아보기로 한다(III).

II. 독일 형법상 ‘끈질기게 따라다니는 죄’의 주요내용

1. 개요

가. 독일 형법 제238조⁸⁾의 보호법익

현행 독일 형법 제238조는 ‘따라다님·추적’(Nachstellung)이라는⁹⁾ 표제

있다. 이외에도 유럽국가 중에서는 오스트리아, 네덜란드, 노르웨이 및 스웨덴, 스코틀랜드 등이 스토킹에 관한 명문의 처벌규정을 두거나 입법과정에 있다. 오스트리아의 경우 독일보다 앞서 형법 제107조의 협박죄에 이어 107조의a(Beharrliche Verfolgung)를 신설(StRÄG 2006; 2006년 7월 1일)하였으며, 네덜란드의 경우 2001년 형법 제285조의b(‘belaging’)를 신설하고, 타인을 작위 또는 부작위 하도록 강요하거나 피해자를 두려움에 빠지게 할 목적으로 고의로 권한 없이 체계적으로 타인의 사적 영역을 침해하는 경우를 3년 이하의 징역 또는 벌금형에 처하고 있다. 나아가 노르웨이의 경우 형법 제390조에서 징역 6년 이하까지 형벌이 상향되어있으며, 스웨덴의 경우는 보통법전통의 국가들과 같이 평온을 침해하는 죄의 유형으로 1년 이하의 징역형을 예정하고 있다(이에 대해서는 Albrecht, Stalking-Nationale und Internationale Rechtspolitik und Gesetzesentwicklung, FPR 2006, S. 205-206; Kinzig, Stalking-ein Fall für das Strafrecht?, ZRP, 2006, S. 255ff.).

- 8) 제238조 (스토킹, 끈질기게 따라다님) (1) 권한 없이 타인을 끈질기게 1. 그의 주변을 찾아가거나, 2. 전화통신수단 또는 기타의 통신수단을 사용하거나 또는 제3자를 통하여 그와의 접촉을 하려고 시도하거나, 3. 그의 개인관련정보를 오·남용하여 그에게 재화나 용역을 주문하거나 제3자에게 그와 접촉을 하도록 유도하거나, 그 자신 또는 그와 가까운 관계의 자의 생명, 신체적 불가침성, 건강 또는 자유를 침해하겠다고 협박하거나 5. 이와 비교할 만한 행위를 시도하고, 이를 통해서 그의 삶의 형성을 중대하게 침해한 자는 3년 이하의 자유형 또는 금전형으로 처벌한다. (2) (정)범인이 피해자, 피해자의 가족 또는 피해자와 가까운 관계의 자에 대해 그 범행을 통해 생명의 위험 또는 중한 신체상해의 결과를 야기한 경우에는 3개월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. (3) (정)범인이 범행을 통해 피해자, 피해자의 가족 또는 기타 피해자와 가까운 자의 사망을 야기한 때에는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. (4) 제1항의 범죄는 수사기관이 그 범죄를 소추해야할 특별한 공익으로 인해 직권으로 개입할 필요가 있다고 판단하지 않는 한, 피해자의 고소가 있어야만 소추할 수 있다(제40차 형법개정법률). 독일 형법 제238조(§238 Nachstellung) 원문은 아래의 독문초록 참조.

- 9) 독일어권인 오스트리아에서는 ‘Verfolgung’(추적)이라는 용어를 사용하기도 하며, 일본

어를 사용하고 있으나, 내용적으로는 영어의 'stalking'과 동의어로 이해되고 있다. 이러한 '권한없이 지속적·끈질긴 따라다님'이라는 구성요건이 세 부적으로 어떠한 형태를 의미하는 것인지, 동 구성요건이 어떠한 행위까지를 포섭하고 있는지에 대해서는 그 법문의 다의성으로 인해 일률적인 개념정의가 어려울 것임은 주지의 사실이다. 따라서 끈질기게 따라다니는 행위를 처벌하는 동 구성요건의 보호법익이 무엇인가에 대해서도 다양한 관점에서의 접근이 가능하다.

대표적으로 '피해자의 심리·정신적인 불가침성'(die seelische Unversehrtheit des Opfers) 혹은 '일반적 인격권'(das allgemeine Persönlichkeitsrecht) 또는 '개인적인 삶의 영역'(die persönliche Lebenssphäre)¹⁰⁾을 보호법익으로 한다는 입장이 제시되고 있다. 이러한 입장들에 대해서는 무엇보다 동 조항은 형법체계상 '개인의 자유'를 침해하는 범죄의 장에 편제되어 있으므로 자유에 대한 죄로 보아야 하고, 스토킹행위로 인해서 개인의 심리·정신적 불가침성이나 일반적인 인격권들이 직접 침해되는 성질의 것도 아니라고 지적하면서, '생활(영위·설계)·삶의 형성의 자유'(die Freiheit der Lebensgestaltung)¹¹⁾ 혹은 '행위·의사결정의 자유'(Handlungs- und Entschlussfreiheit)를 동죄의 법익으로 보아야 한다는 반대 입장도 개진되고 있다. 나아가 이러한 입장에 대해서도 의사결정 또는 삶의 형성의 자유도, 경험적인 연구에 비추어 볼 때, 본질적으로 스토킹을 통해 침해되는 것으로 보기 어려울 뿐만 아니라, 동법 제238조 제4호는 협박구성요건과 비교할 때 상당한 가치차이를 보이고 있다는 점 등에서 오히려 '두려움으로부터의 자유'(Freisein von Furcht)¹²⁾를 동죄의 보호법익으로 보아야 한

의 경우에도 '따라다니는 행위'로 표현하고 있다는 점에서 사실상 용어의 일치를 보이고 있다.

10) Meyer, Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von „Stalking“ im deutschen Recht, NJW 2003, 249ff., S. 284.

11) Valerius, Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB, JuS 2007, S. 319, 321; Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 1. 오스트리아형법 제107조의a에서 생활영위(Lebensführung)라는 법문도 이와 같은 의미로 이해될 수 있다. 독일연방의회에서도 동 조항의 보호법익은 '삶의 형성의 자유'(Die Freiheit der Lebensgestaltung)라고 받아들이고 있다(이에 대해서는 BT Plenarprotokoll, 15/178, S. 16781).

12) Kinzig, Stalking-ein Fall für das Strafrecht?, ZRP 2006, S. 255, 257. Kinzig는 결론적으로 형법의 기본원칙에 비추어 볼 때, 동 조항(의 도입)은 결국 상징형법(Symbolisches Strafrecht)에 불과하다는 입장이다.

다는 입장까지 제시되어있다.

이러한 현상은 한편으로는 동죄가 기존의 범죄유형과 일부 중복된 보충구성요건(Auffangstatbestand)적인 형태를 띠고 있다는 점, 다른 한편으로는 중국적으로 동죄를 거쳐 기존의 범죄유형으로 나아가게 된다는 점에서 보호법익도 부분적으로는 포괄적인 내용으로, 부분적으로는 일부 기존의 범죄의 보호법익과 중복될 수밖에 없다는 점에서 당연한 귀결로 보여진다.

나. 조문신설의 동기

독일입법자는 소위 스토킹행위자를 그 행위 자체로 처벌할 수 없다는 점에서 독립된 스토킹행위처벌조항의 도입이 필요하다고 결정한 것이다. 달리 말해 문제되는 스토킹행위가 기존의 형법규정을 충족시킬 수 있는 정도에 이르기 전에도 이미 가벌적인 행태로 처벌하여야 할 필요성이 있다는 것이다. 즉 기존의 형법에 따른 처벌은 개별적인 스토킹행위가 이미 가벌적인 행위로 파악될 수 있을 경우뿐이며, 불가벌인 개별적인 스토킹행위들이 누적되어 나타나는 효과는 사소한 결과의 단순한 누적을 넘어서는 중대한 결과를 야기라는 점에서 이미 독자적인 불법내용을 담고 있다는 것이었다.¹³⁾ 그럼에도 개정 전 독일형법 하에서는 스토킹행위로 인하여 부과된 법원의 접촉금지명령 등을¹⁴⁾ 위반한 경우에만 1년 이하의 자유형 또는 벌금형이 예정되어 있었다는 점에서 핵심형법으로의 처벌규정 도입이 필요한 것으로 판단한 것이었다.

다. 조문신설에 관한 학설의 주요경향

독일학계에서는 이러한 스토킹행위 자체에 대한 독립된 처벌규정의 신설에 대해 부정적인 시각이 지배적이다. 무엇보다 이러한 규범은 단지 상

13) 국내의 스토킹사례의 분석은 김상균, 스토킹범죄에 대한 형사사법적 대응, 법학연구 7권(2000), 257쪽 특히 266쪽 이하 참조.

14) Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen; GewSchG § 1 Abs. 1 Satz 1 oder 3, Abs. 2 Satz 1 und. § 4 참조.

정적인 성격에 불과하다거나, 형법의 최후수단성이라는 관점에서 형법외적인 해결책의 모색이 우선되어야 한다는 것이 대표적인 논거이다. 나아가 규범의 내용구성과 관련해서도 스토킹이라는 다양한 행태와 그 태양에 따른 효과 등을 구성요건요소로 포착하는 것이 어려운 만큼, 특히 독일기본법 제103조 제2항에 따른 명확성의 원칙에 대한 충돌가능성을 어떻게 회피할 수 있을 것인가에 대해서도 비판적인 견해가 지배적인 것으로 나타나고 있다.¹⁵⁾

2. 구성요건해당성

스토킹의 발현형상은 행위자의 관점에서나 그러한 행위가 피해자에게 미치는 영향력 또는 효과라는 측면에서 너무나 다양하다는 점에서 이러한 행태를 구성요건으로 포착한다는 것은 상당히 어려운 것임은 주지의 사실이다. 이러한 난점을 해결하기 위해 독일의 입법자는 동조 제1항에서 '끈질기게 따라다니며 괴롭히는 행위'의 유형을 예시하면서도 동시에 포괄적인 일반규정을 두어 구성요건적 행위를 광범위하게 설정하면서, 한편으로 그 행위의 효과, 즉 피해자에게 미치는 영향력을 추가적인 조건으로 요구하고 있다. 달리 말해 일정한 스토킹행위가 있어야 할 뿐만 아니라, 그러한 행위를 통해 피해자의 생활(영위)이 심하게 피해를 입어야 한다는 것이다.

익히 알려져 있듯이 스토킹 또는 끈질기게 추적·따라다니는 행위·효과는 소위 '나선형태의 상승곡선'(Eskalationsspirale)으로 표현되는데, 예를 들어 첫 번째의 접촉시도(전화, 이메일 등)가 수포로 돌아가는 경우에 행위자(스토커)는 종종 보다 비중 있는 또는 보다 심한 행위(무고의 고소, 명예훼손행위, 재물손괴 등)를 시도하게 되고, 결국에는 심지어 피해자 혹은 피해자와 가까운 관계에 있는 자의 죽음을 야기할 수 있는 행위로 옮

15) 이러한 방향의 지적으로는 Albrecht, Stalking-Nationale und Internationale Rechts politik und Gesetzesentwicklung, FPR 2006, 204, 205f; Freudenberg, Maßnahmen zum Schutz von Stalking-Opfern, NJ 2006, S. 535, 538f; Gazeas, „Stalking“ als Straftatbestand-effektiver Schutz oder strafrechtlicher Aktionismus?, KJ 2006, S. 247, 266f; Steinberg, Nachstellen-Ein Nachruf?, JZ 2006, S. 30, 32f; Vander, Stalking-Aktuelle Entwicklungen und Tendenzen zur Schaffung eines speziellen Tatbestandes, KritV 2006, S. 81, 89ff, 94.

아가는 형태를 보인다는 것이다. 특히 스토킹은 일회성에 그치는 것이 아니라 ‘끈질김’ 혹은 ‘지속성’으로 표현될 수 있는 만큼 동조 제1항 제1호 내지 제5호에 해당하는 행위를 지속적으로 ‘끈질기게’(beharrlich) 시도할 것을 요구하고 있다. 나아가 동 조항의 적용범위를 구성요건단계에서 제한하기 위하여 이러한 스토킹행위가 ‘권한없이’(unbefugt) 행해질 것을 요구하고 있다.¹⁶⁾

가. 구성요건해당행위

스토킹이라는 영어와 동일한 의미로 이해되는 ‘Nachstellen·Nachstellung’이라는 단어는 사냥·수렵영역에서 사용되는 용어로 ‘몰래 추적함’, ‘살그머니 접근함’이라는 뜻이며, 일상적인 의미로는 ‘연인의 관심을 얻기 위해 구애하며 따라다니는 형태’를 의미하기도 한다. 독일 입법자는 이러한 단어를 현행 독일형법 제292조의 밀렵·수렵(Jagdwilderei)에 관한 죄에서 차용해 왔다. 동 조항에서의 ‘Nachstellen’은 동물을 추적하고, 포획하고, 도살하거나 영득하는 행위를 위하여 직접적으로 착수하는 행위, 즉 후자의 행위를 하기 위한 밀접한 전단계의 행위(실행의 착수개념)를 표현하고 있는 것이다. 이러한 용어를 스토킹구성요건에 적용하면 결국 피해자에 대한 직·간접적인 접근을 통하여 그의 개인적인 삶의 영역에 개입 또는 영향력을 미치고 이를 통해 피해자의 행위의 자유 및 결정의 자유를 침해함에 맞춰진 (밀접한 전단계의) 모든 행위라고 할 수 있다는 것이다.¹⁷⁾

나. 각호의 내용

현행 독일형법 제238조 제1항은 총 5개의 각호를 두고 있고, 그 내용은 주로 다음과 같다. 우선 제1호에서의 장소적인 근접성을 요구하고 있는데, 이러한 근접한 장소(Räumliche Nähe)라는 요건이 단지 신체적인 접촉이나 만남을 전제하는 좁은 개념은 아니라고 보고 있다. 동 조항의 보호법익에 비추어 이러한 표현은 오히려 ‘주거 또는 근무지 앞에서 어슬

16) 이에 대해서는 특히 Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 2-3.

17) BT-Drs 16/575, 7; Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 4.

령거리는 행위'(Auflauern vor der Wohnung oder am Arbeitsplatz)라고 하더라도 그것을 피해자가 인식할 수 있고 이로 인해 삶의 형성(생활)이 영향을 받을 수 있다면 동호의 요건을 충족시키는 것으로 보는 것이다.¹⁸⁾ 이러한 장소적인 접근은 의도적으로 이루어져야 하는 것이며, 우연히 조우하는 등은 포함되지 않는다. 물론 우연히 상점에서 만나는 경우와 피해자가 종종 나타나는 상점에서 우연히 만나는 것으로 가장하여 접근하는 것은 구별된다.

제2호는 피해자와의 접촉시도를 대상으로 하고 있다. 그 방식은 의사소통매체, 즉 전화, 팩스, 이메일, 온라인 플랫폼, 휴대폰을 통한 단문메세지 등이 이용될 수도 있고, 그 밖의 수단, 즉 편지, 승용차의 창문에 메모지를 붙이는 방법 또는 제3자(가족, 친구, 지인, 피해자의 직장동료 등)를 이용하는 모든 유형이 포함된다.¹⁹⁾

제3호는 행위자가 제3자로 하여금 피해자의 생활영역으로 개입하게 하는 행태를 예정하고 있다. 예를 들면 피해자 몰래 신문구독신청을 한다거나 고가물을 구입 신청하는 방식을 통해서 혹은 응급차를 부르거나 소방차를 호출하거나, 보일러배관공 등의 기술자를 부르는 등의 행태를 통해 이루어질 수 있다. 이러한 제3호의 구성요건을 충족시키기 위해서는 우선 행위자가 피해자의 개인관련정보를 권한 없이 사용(오·남용)하는 것이 전제되어야 한다. 즉 물건 등을 주문하면서 피해자의 주소를 알려주는 등의 행위가 있어야 한다는 것이다. 나아가 피해자의 전화번호를 폰섹스나 성매매광고에 게재하여 마치 피해자가 성매매나 폰섹스 등을 하려고 한다고 제3자에게 오인시켜, 그 제3자가 피해자에게 접촉을 시도하게 하는 경우도 이에 포함된다고 본다.²⁰⁾

제4호는 행위자가 피해자의 고도의 인격적인 법익과 관련하여 협박하는 경우를 규정하고 있다. 즉 피해자 본인 또는 그와 일정한 관계에 있는 자의 생명, 신체의 완전성, 건강 그리고 자유에 대한 법익을 침해하겠다는 협박행위가 이에 포함된다.²¹⁾

18) BT-Drs 16/575, 7; Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 5.

19) BT-Drs 16/575, 7; Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 6.

20) 이에 대해서는 특히 BGH NSTZ 1984, 216; Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 7.

21) Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 8.

제5호는 소위 보충구성요건으로 위의 각 호에서 열거되지 아니한 다양한 가벌적인 행태를 포괄하는 구성요건이다. 동 호는 한편으로는 스토킹 행위의 다양성이라는 특성에 비추어 개별·구체적인 사안에서 문제되는 행위의 가벌성을 확보하기 위한 가장 합리적인 조항이라고 평가되기도 하는 반면, 동 호의 표현이 법률의 명확성요구나 특정구성요건해당행위가 가지는 전형적인 불법을 표현하기에 적합한 것인지, 형법 각 본조가 가져야 하는 가벌성의 범위설정이라는 기능을 제대로 수행할 수 있을 것인지에 대해 회의적인 입장이 적지 않다.²²⁾ 여하튼 제5호에 포섭될 수 있는 행위는 당해 행위와 그 행위로서 발생하게 되는 피해자의 삶에 대한 개입 또는 영향력의 유형과 정도가 제1호 내지 제4호에서 규정된 유형에 상응할 정도가 되어야 한다는 것이 당연한 것으로 받아들여지고 있다.²³⁾

다. ‘끈질김’ 또는 ‘반복·지속성’의 요구

위에서 언급한 각호의 구성요건해당행위는 ‘끈질기게’(beharrlich) 시도되어야만 한다. 달리 말해 반복적인 행태를 전제하고 있다. 이러한 반복성은 장래에도 스토킹행위가 지속·반복될 것임을 예상할 수 있어야 한다는 표현이기도 하다. 달리 말해 피해자의 반대의사를 무시하는 정도가 상당하다는 것(아랑곳 하지 않고; aus gesteigerter Gleichgültigkeit)이 표현되고, 따라서 장래에도 그러한 괴롭힘이 충분히 예상될 수 있어야 한다는 요구로 읽을 수 있다.

이러한 끈질김 또는 반복성의 요구가 충족된다고 하기 위해서 구체적으로 어느 정도의 끈질김이 나타나야 하는가는 물론 개별사안에 따라 달리 판단될 것이나, 입법자의 의사에 따를 때 대략적인 판단기준으로는 ‘5회 정도의 연속적인 행위’(fortgesetzt fünf Handlungen bzw. Handlung sbündel)를 그 하한으로 보고 있다.²⁴⁾ 물론 이러한 5회 정도의 행위란, 하나의 행태

22) 비판적인 입장의 예로 Gazeas, „Stalking“ als Straftatbestand-effektiver Schutz oder strafrechtlicher Aktionismus?, KJ 2006, S. 247, 257ff; Vander, Stalking-Aktuelle Entwicklungen und Tendenzen zur Schaffung eines speziellen Tatbestandes, KritV 2006, S. 81, 89f.

23) Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 9.

24) BR-Drs 551/04, 9; Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 11.

를 반복적으로 5회 행하는 경우뿐만 아니라, 다양한 스톱킹방법을 사용하여 5회 정도의 스톱킹행위를 한 경우도 포함하는 것으로 보고 있다.

한편 입법과정에서 일반적으로 스톱킹의 모습을 띄고 있는 행위라고 하더라도 행위자의 일반적인 행위자유에 의해 보장되어야 하는 범위 내에 머무는 경우도 있으므로 이러한 행위는 가벌성의 범죄에서 배제하여야 한다는 것도 지적되었다. 예를 들어 이혼한 부부 중 일방이 상대방이 양육하는 자식의 면접권과 관련하여 지속적으로 면담을 요청하는 경우, 채권자가 채무자에 대해 변제기가 도달한 채무의 이행을 위해 반복적으로 연락하여 지급을 종용하는 경우, 신문기자가 취재원에 대해 반복적으로 관련사실에 대한 정보를 요구하는 등의 행위는 이러한 끈질김의 요건에 포섭되지 않는 것임을 강조하고 있다.²⁵⁾

피해자의 반대의사에 대한 스톱커의 '강화된 형태의 무관심·냉담함'(aus gesteigerter Gleichgültigkeit) 또는 피해자의 반대의사에도 '아랑곳 하지 않고'라는 해석론상의 제한은 문제되는 사안과 해당 행위자의 행태를 전체적으로 고찰하여 도출할 수 있는 것으로 보고 있다. 그 판단의 기준으로는 '개별적인 괴롭힘 행위들이 어느 정도 시간간격을 두고 행해졌는가', '그 행위간의 내적인 관련성은 어떠한가' 및 '이러한 행태들에 비추어 행위자가 추후에는 보다 강화된 형태의 괴롭힘 행위를 시도할 것으로 추론되는가' 등이 제시되고 있다.²⁶⁾

라. '권한없이' 혹은 '무권한'의 요구

입법자는 '무권한성'(Unbefugtheit)을 구성요건표지로 도입하였고, 일반적인 정당화의 요건으로 받아들인 것은 아니다. 이를 통해 동 조항의 적용범위를 이미 구성요건단계에서 처벌필요성이 있는 사안으로 제한하겠다는 것이다. 예를 들어 아직도 마음을 확실히 결정하지 못한 애인에게 수십 통의 연애편지를 보내고 수십 번의 꽃다발을 보내는 행위를 정당화사

25) BT-Drs 16/575, 7; 물론 이러한 요건을 '끈질김'의 요건에서보다는 '무권한' 또는 '권한없이'라는 요건에서 처리하는 것이 보다 바람직하다는 입장도 있다(Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 11.1).

26) BT-Drs 16/575, 7; Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 12.

정에 해당하여 정당화된다고 하기 보다는, 이미 구성요건해당성이 없다고 보아야 한다는 것이다. 나아가 행위자의 행위가 법적인 허용규범에 근거하는 경우(예 : 민사집행관의 공무집행 등)라거나 허용되는 한계 내에서 자신의 권리를 행사하는 행위인 때에는 가벌적인 스토킹에 해당하지 않는다는 것이다. 이러한 권한의 근거는 공·사법을 가리지 않는다고 본다. 특히 본 죄는 개인의 자유에 대한 범죄로서 명시적 혹은 묵시적인 피해자의 양해(Einverständnis)가 있다면 구성요건해당성이 배제되나,²⁷⁾ 그 양해는 구체적인 스토킹행위와 이로 인해 초래되는 피해자 자신의 생활에 대한 침해와 관련된 것이어야 한다. 물론 구체적으로 피해자의 (양해 내지는 별다른 반대의 표현이 없는) 의사에 포섭될 수 있는 내용의 행위만이 권한 있는 행위로 판단된다는 것이다.²⁸⁾

마. 구성요건적 결과

본죄가 성립되기 위해서는 행위자의 권한 없이 끈질기게 따라다니며 괴롭히는 행위와 이를 통한 행위자·피해자의 반복적인 조우를 통하여 피해자의 삶의 형태·생활형상(Lebensgestaltung)이 중요하게 침해되어야만 한다. 그러한 결과의 예로 입법자가 언급하고 있는 사안은, 피해자가 전혀 자신의 주거를 벗어나지 못하거나, 제3자와 동행하여야만 주거를 나올 수 있는 상태가 초래된 경우, 주거나 근무지를 바꾼 경우 등이다. 이에 반해 동 죄의 결과발생으로 볼 수 없는 사안으로는 이메일의 주소를 바꾼 경우, 자동응답기를 설치한 경우, 증거획득의 목적으로 발신자추적장치를 설치한 경우 등을 예시하고 있다.²⁹⁾ 물론 이러한 중대한 생활침해의 결과가 발생했는가는 개별사안에서 여러 상황을 총체적으로 판단한 결론이어야 할 것이며, 예를 들어 위에서 언급한 피해자가 주소를 변경한 사안에서도 그것이 단순히 수십 통의 연애편지 때문인지, 아니면 그러한 연애편지로 인해 고통을 감수할 수 없었기 때문인지에 따라 동죄의 결과발생을 부정할 수도 있고, 긍정할 수도 있다는 것이다.

27) BT-Drs 16/575, 7; Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 15.

28) Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 15, 18.

29) BT-Drs 16/575, 8; Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 17.

바. 주관적 구성요건

본 죄의 성립을 위한 주관적 구성요건은 일반고의범과 같이 미필적 고의로 족하다. '무권한'에 대한 인식도 고의의 대상이 된다. 따라서 이러한 권한여부에 대한 착오는 결과적으로 고의를 조각하게 된다. 행위자가 피해자의 반대의사표현을 착오로 인해 달리 받아들인 사안에서 만약 피해자가 어떠한 형태의 양해를 한 경우라면, 그 양해의 대상 또는 범위를 고려해야만 한다. 행위자가 자신은 그러한 양해가 있었다고 생각했다는 것만으로 바로 독일형법 제16조 제1항의 구성요건착오의 혜택을 인정할 수는 없다는 것이다. 행위자가 자신의 구체적인 행위와 그 행위가 가져오는 심각성 등에 대해 피해자가 구체적으로 양해하였다고 생각한 경우에 비로소 구성요건착오가 인정될 수 있다는 것이다.³⁰⁾

3. 구성요건유형

가. 기본구성요건(제238조 제1항)

독일 형법 제238조 제1항은 스토킹의 기본구성요건으로서 3년 이하의 자유형 또는 벌금형을 예정하고 있고, 독일형법상 강요죄의 형벌과 동일하다. 이러한 형량설정은 반복되는 괴롭힘 행위가 강요죄와 같은 특성을 지니고 있다는 점에서 그 근거를 찾고 있다. 기본구성요건으로 설정된 스토킹유형보다 강화된 형태의 괴롭힘 행위에 대해서는 이미 형법상 개별 구성요건들이 마련된 경우가 대부분이므로 이러한 경우를 예상해 특별히 형을 가중할 필요는 없다는 것이었다.

나. 결과적 가중범: 스토킹치상·중상해 등(제238조 제2항)

제2항의 결과적 가중범은 행위자가 피해자, 피해자의 가족 또는 그와 가까운 관계의 사람에 대하여 스토킹행위를 통해 사망(생명에)의 위협을

30) Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 18.

발생하거나 중대한 건강침해(schwere Gesundheitsschädigung)의 위험을 야기한 경우를 대상으로 한다. 소위 ‘중스토킹’이라고 할 수 있겠다. 여기서의 중대한 건강침해는 독일형법 제226조의 중상해(schwere Körperverletzung)보다는 넓은 개념으로 이해되고 있다. 즉 장기간에 걸친 질병을 앓게 되거나, 노동력에 상당한 침해가 발생된 경우로도 족하다는 것이다.³¹⁾ 형벌가중적 결과가 발생해야 할 대상자를 피해자의 가족³²⁾ 및 피해자와 가까운 관계에 있는 자로 확대한 것은 스토키는 종종 피해자의 사회적인 주변인을 통해서 피해자와 간접적인 접촉을 시도한다는 점을 고려한 것이고, 여기서 피해자와 가까운 자라는 것은 그들을 위태롭게 함으로써 결과적으로 피해자의 삶에 영향을 미칠 수 있는 자라는 의미로 이해된다. 하지만 예를 들어 특정 정치인을 좋아하는 피해자를 괴롭히기 위하여 그 정치인을 테러하는 경우까지도 이러한 사안에 포함된다고 보지는 않는다.³³⁾

이러한 중대한 결과는 구성요건해당행위를 통해 야기되어야 하며, 이에 해당하는 예로는 행위자의 스토키행위가 점점 그 강도를 더해감으로써 결국 동조 제1항 제5호의 의미에서 피해자의 신체를 공격하게 되는 사안을 생각할 수 있다. 나아가 행위자가 피해자에게 갑자기 출현함으로써 피해자가 이를 피하기 위해 위험한 도피방법을 택한 경우도 이에 해당한다.

다. 결과적 가중범: 스토키치사(제238조 제3항)

제238조 제3항은 스토키행위를 통해 피해자, 피해자의 가족 또는 기타 피해자와 가까운 자의 사망을 야기한 경우에 1년 이상 10년 이하의 자유형으로 법정형을 가중하고 있다. 이러한 스토키치사의 유형, 즉 스토키와 사망의 결과 사이에 구성요건에 해당하는 정형적인 위험관련성이 있는 예로는 지속적인 괴롭힘으로 인해 피해자가 자살하는 방법밖에 없다고 생각한 경우를 들고 있다.³⁴⁾

31) BT-Drs 16/3641, 31.

32) 가족(Angehörige)의 범위는 독일형법 제11조 제1항 제1호에서 정의되어 있다.

33) Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 21.

34) BT-Drs 16/3641, 31f; Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 23.

4. 경합론

개별적인 괴롭힘 행위가 제238조 이외의 다른 개별구성요건을 충족시킨 경우에는 소위 ‘상상적 경합의 명확성기능’에 따라 양 죄의 상상적 경합(Tateinheit)을 인정한다.³⁵⁾ 그 이유는 물론 상상적 경합을 인정하지 않은 경우에는 개별 괴롭힘 행위가 동 죄 이외에도 다른 구성요건의 가벌성의 하한을 넘어섰다는 것을 표현하지 못한다는 것이다. 예를 들어 협박죄와 관련한 죄수문제가 있어서도 독일형법 제241조의 행태가 제238조 제1항 제4호의 적용범위와 정확하게 일치하는 것도 아니며, 협박이 동조의 필연적인 발현형태도 아니라는 점에서 양 죄는 상상적 경합관계로 보아야 한다는 것이다. 특히 경합문제가 자주 발생하는 범죄로는 주거침입, 재물손괴, 무고, 모욕, 강요, 사기, 폭행·상해 및 성범죄(추행, 강간 등) 그리고 폭력보호법률 제4조의 법원의 접촉금지처분에 대한 위반행위 등이 있다.

제238조에서 규정하고 있는 각 호의 행위들이 종합적으로 제238조를 충족시키는 경우, 즉 각호의 요건을 다수 충족시킨 경우에는 동 죄의 범조경합 내지는 단순일죄를 인정하며, 그 이유는 동 조의 구성요건자체가 지속적(beharrlich)이라는 표지로 제한되어있기 때문이라는 것이다.³⁶⁾ 하지만 개별행위들이 계속범의 구성행위라는 것은 아니며, 개별행위의 정도와 유형에 따라 별개의 범죄가 성립될 수 있는 것으로 봄으로써, 소위 ‘상상적 경합의 격쇄기능·연결효과’(Klammerwirkung)는 인정하지 않는다. 따라서 개별행위들 간에 실체적 경합이 인정되는 경우에는 제238조의 괴롭힘 행위와 각각 상상적 경합 관계가 인정된다.

5. 소송법상 특칙

독일 형법 제238조 제1항의 기본구성요건은 상대적 친고죄(relatives Antragsdelikt)로써, 형사소추기관이 기소를 해야 할 특별한 이익이 있다고 보는 경우에는 피해자의 고소와 무관하게 직접 기소가 가능하지만, 그

35) Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 24.

36) Gazeas, ‘Stalking’ als Straftatbestand-effektiver Schutz oder strafrechtlicher Aktionismus?, KJ 2006, 247, 262ff.

렇지 않은 경우에는 피해자의 고소가 있어야 하는 범죄이다. 소추가 필요한 공익이 있는 경우로는 범인이 문제되는 사안의 피해자 외에 이미 다른 타인에 대한 스토킹행위를 한 전력이 있고 지속적으로 스토킹행위를 하고 있는 경우를 들 수 있다. 동조 제2항 또는 제3항의 결과적 가중범을 실현한 경우에는 소위 ‘상승방지구금’(Deeskalationshaft), 즉 스토킹의 정도 등이 점점 강화되어가는 것을 차단하기 위한 예방적 구금처분이 형사소송법 제112조의a 제1항 제1호에 의해 가능하다. 나아가 형사소송법 제374조 제1항 제5호에 따른 사인기소(Privatklage), 제395조 제1항 제1호 e문에 따른 부대소송(Nebenklage)도 가능하다.³⁷⁾

III. 주요 쟁점에 대한 시사

이상의 고찰을 기초로 아래에서는 독일형법의 스토킹구성요건의 개별적인 문제에 대한 접근은 생략하고, 독일 형법규정의 성안·해석과정에서 특별히 문제가 된 내용 중 기본적인 몇 가지 논쟁거리를 간략하게 검토해보면서, 그 시사점을 찾아보기로 한다.

1. 범죄명의 선택

새로운 범죄구성요건을 창설함에 있어서 어떠한 범죄명을 사용할 것인가와 관련하여 2005년 6월 독일연방의회의 논의 당시부터 다수의 일반국민은 스토킹(Stalking)이라는 용어가 무슨 말인지를 전혀 이해하지 못한다는 주장이 있었다. 이러한 입장에서 볼 때 ‘심한 괴롭힘’(schwere Belästigung)이라는 표현을 사용하는 것이 보다 바람직하다는 것이었다.³⁸⁾

결국 현행 독일 형법 제238조의 표제어로는 ‘따라다님·추적함’(Nachstellen)이라는 명칭이 채택되었고, 결과적으로 영어인 스토킹(stalking)과

37) Valerius, BeckOK StGB § 238 Rn. 26-27.

38) 예를 들어 CDU-CSU 연합소속 국회의원인 Ute Granold의 발언참조(BT. Plenarprotokoll 15/16784).

유사한 표현을 선택한 것으로 보인다. 하지만 스톱킹에 해당한다고 볼 수 있는 개별적인 행위태양이 모두 ‘따라다님’이라는 행위에 포함된다고 보기 어려운 경우도 있다는 점에서 그리 바람직한 표제어선택은 아니었다고 판단된다.

한편 동 규정을 도입한 특별법의 명칭을 엄격히 표현하자면 ‘지속적’ 혹은 ‘끈질기게 따라 다니는 행위’의 처벌에 관한 법률’로 옮길 수 있으나, 구성요건의 기본적인 내용을 포함시켜 보다 상세하게 표현한다면 ‘권한없이 끈질기게·반복적으로 따라다니며 괴롭히는 행위’라고 풀어쓸 수 있을 것이다. 또한 일본의 경우에도 스톱킹의 대표적인 예시로 ‘따라다니는 행위’를 언급하고 있듯이, 따라다님이 전형적인 스톱킹의 행태이기는 하지만, 이러한 표현이 가지는 제한성은 가별적인 태양을 불합리하게 축소하는 작용을 할 수 있다는 점에서 ‘권한없이 끈질기게·반복적으로 괴롭히는 행위’라는 표현이 가장 적절한 표현이 될 수 있을 것이다.

추후의 국내의 관련 입법논의에서 스톱킹에 대한 적절한 표제어를 찾고자 한다면, 이상에서 언급된 내용을 가장 함축적으로 표현할 수 있는 ‘반복적으로 괴롭히는 행위(죄)’라는 죄명이 적절한 것으로 생각된다. ‘권한 없이’ 또는 ‘끈질기게’라는 표현을 표제어의 죄명으로 사용하지 않더라도 ‘반복적으로 괴롭히는 행위’라는 구성요건표지의 해석을 통해 어려움 없이 반영될 수 있을 것이다.

2. 독자적 보호법의

독일법을 비롯한 유럽의 여러 국가의 법문 및 보호법익에 관한 논의, 그리고 이에 관해 국내에서 지금까지 주장된 입법안과 학계의 논의에서는 사실상 상호 유사한 내용들이 예외 없이 언급되고 있다. 환언하면 어느 나라에서건 스톱킹행위를 범죄로 규정하는 과정에서 등장하는 문제는 그리 다를 수가 없다는 것이다.

예를 들어 현행 형법의 개별범죄의 성립까지는 이르지 못한 상태의 스톱킹행위를 처벌하고자 하는 조항이 신설될 경우, 그 보호법익은 종국적으로는 개인의 인격권의 세부유형으로 사생활의 자유, 보다 구체적으로는 생활설계·영위·형태(선택)의 자유가 될 것이고, 이러한 법익의 침해에 이

르는 과정에서 피해자에게는 필수적으로 일종의 두려움 내지는 공포가 수반될 수밖에 없다는 점에서 독일의 논의에서 언급된 모든 유형의 법익이 고려의 대상이 될 수밖에 없을 것이다. 특히 단순한 스토킹을 넘어 현행 형법의 특정구성요건을 실현하게 되는 경우(주거침입, 폭행·상해, 협박, 모욕·명예훼손, 추행·강간, 강요 등), 양 죄는 별개의 법익을 침해한 별개의 범죄로 볼 것인가도 문제인 것이다. 독일의 경우 스토킹행위가 가지는 독자적인 불법에 비추어 위 범죄들 간의 상상적 경합을 인정하는 것이 타당하다는 주장이 있지만, 상상적 경합의 명확성 기능이 강조되어야 한다는 위 사안들이 범조경합의 보충, 흡수 및 특별관계와 분명하게 구별될 수 있는가라는 의문은 여전하다.

국내의 기존 입법안에서는 ‘개인의 사생활보호’ 및 ‘사회질서확립’³⁹⁾을 특별법제안의 이유로 밝히고 있고, 일본의 2000년 ‘스토킹행위등의규제등에관한법률’ 제1조에서는 ‘개인의 신체, 자유 내지 명예에 대한 위해의 발생을 방지하여, 국민생활의 안전과 평온’을 도모하는 것을 목적으로 밝히고 있다. 이렇게 본다면 결국 개인의 사생활·사회질서확립과 국민생활의 안전과 평온을 보호법익으로 하는 것이라는 뜻이고, 그렇다면 소위 사회·개인적인 법익을 망라한다는 의미가 될 것이다. 하지만 사회질서유지는 사실상 부차적인 보호법익 또는 개인적 법익의 침해를 방지하는 국가법질서의 원론적인 목적이라는 점에서 동 죄의 보호법익은 개인의 자유에 관한 죄로 파악하는 것이 바람직할 것이며, 독일의 예를 참고한다면 개인의 사적인 삶의 (형성)의 자유·사생활의 보호라는 관점에서 접근할 수밖에 없을 것이다. 결국 기존의 가벌적인 행태의 하한을 하향조정한다는 특성과 스토킹은 다종·다양하다는 특성은 스토킹범죄의 보호법익이 분명할 수 없는 이유이기도 한 것이다. 하지만 바로 이러한 점에서 스토킹이 문제되고 있다는 점도 분명하다. 따라서 스토킹죄, 즉 ‘반복적으로 괴롭히는 죄’를 현행 형법에 도입할 경우에는 자유에 관한 포괄적인 법익의 형태로 접근할 수밖에 없을 것이다.⁴⁰⁾

39) 스토킹방지법안(의안번호 2733) 및 스토킹 등 대인공포유발행위의 처벌에 관한 특별법안(의안번호 2815)의 제안이유참조.

40) 이러한 보호법익에 관한 논쟁은 형법의 보충성의 원칙과 직접적으로 연결되어있다. 형법은 소위 보충적인 법익보호 또는 최후수단성을 본질로 한다고 할 때, 보호법익이 무

3. 명확성원칙

스토킹은 다종·다양한 형태로 이루어질 수 있다. 하지만 입법기술상 이러한 유형을 모두 나열하는 것은 바람직하지도 않을 뿐만 아니라 가능하지도 않다는 것은 상식적인 얘기이다. 비단 이러한 방법을 택한다고 하더라도, 실질적으로 새로운 규정이 공포되는 순간에 동 규정은 현실성을 상실하게 된다는 문제도 내재하고 있다. 독일의 입법자는 결국 ‘끈질기게 따라다니(며 괴롭히)는 행위’ 중 대표적인 행태를 나열하고 일반규정을 병행하는 중간·복합적인 입장을 선택한 것이나, 후자의 명확성의 문제는 여전히 해결되지 못한 상태라고 할 수 있을 것이다. 결국 스톱킹행위의 구성요건은 가능한 명확하게 행태를 예시하는 방법과 포괄적인 일반규정(보충구성요건)을 병행하는 방법을 택할 수밖에 없고, 후자에 대한 법관의 법해석의 합리성을 기대할 수밖에 없어 보인다.

4. 스톱킹규정의 편제 및 형벌의 상한

독일의 경우 스톱킹행위를 강요, 협박, 약취·유인, 감금 등의 죄와 동

엇인가에 대한 명백한 접근이 불가능한 경우뿐만 아니라, 그러한 범익에 대한 보호가 형법의 투입은 바람직하지 않다는 점에 대해 독일과 국내의 논의가 다를 바가 없기 때문이다. 특히 후자의 판단에 있어서는 소위 비례성의 원칙 또는 문제되는 스톱킹행위가 형벌로 처벌할 가치가 있는 것인가에 관한 판단이 이루어져야 한다는 것이다. 스톱킹규정의 도입을 부정할 수 없다는 사회·법정책적인 논의를 미루어 두고 위와 같이 보호범익의 포괄성 내지 모호성은 결국 형법의 보충성의 원칙을 침해한다는 주장으로 이어지는 것은 당연하다. 위에서 살펴보았듯이 독일의 경우 민사법적인 접근금지명령 등의 위반과 이에 대한 처벌만으로 스톱킹으로 인해 결과적으로 야기되는 형법적인 범익 침해를 방지하는데 한계가 있었다는 점이 독립적인 형벌규정의 도입이 정당화된 주요 이유였다. 즉 2002년의 ‘폭력행위방지법’의 민법적인 보호조치는 피해자가 피고인에 대해 우선적으로 민사법적인 보호조치를 활용하도록 하고 있고, 이를 위반한 경우에만 형사적인 제재가 가능하다는 우회적인 방법을 택하고 있다는 것이다. 피해자가 이러한 방법을 활용한다는 것을 시간낭비를 의미하며, 그 자체가 또 다시 피해자에게 부담을 가중시킬 수밖에 없다는 것이다. 결국 독자적인 스톱킹규정을 신설하여 이러한 입법의 흠결을 보충함으로써 피해자보호에 보다 충실해야한다는 것이 그 이유였다[이에 대해서는 특히 독일연방의회 178차 본회의에서 헤센주장관인 Christean Wagner의 발언(BT Plenarprotokoll, 15/178, S. 16781)참조].

일한 장에 규정하고, 보호법익의 기본적인 편제를 개인의 자유라는 측면에서 접근하고 있다는 점에서, 국내 형법에 동 조항을 추가한다고 할 때 어느 장에 편제할 것이 바람직한 것인가도 쉽지 않은 문제이다. 결국 개인의 자유를 보호하는 가장 일반적인 규정에 합당한 자리를 찾아야 할 것이고, 현재의 체계로는 협박의 죄의 장 속으로 편제하는 것이 바람직해 보인다.

한편 현행 형법의 자유에 관한 죄의 형벌은 대체적으로 3년 이하의 징역 혹은 5년 이하의 징역으로 구성되어있다. 독일이 강요죄의 형벌을 택한 이유에 비추어 볼 때, 국내의 경우 강요죄가 5년 이하의 비교적 중한 죄로 다루어지고 있다는 점에서 검토의 필요성이 있을 것이고, 협박죄와 같은 3년 이하의 징역형으로 설정하는 것이 보호법익이나 스토킹행위의 보충성 등에 적합할 것으로 판단된다.

참고문헌

- 김상균, 스토킹범죄에 대한 형사법적 대응, 법학연구, 제7권, 2000, 257쪽 이하.
- 김용욱, 스토킹에 대한 형법적 규제, 연세법학, 2004, 49쪽 이하.
- 박상열, 미국의 스토킹금지법에 대한 연구, 비교형사법연구, 제5권 제1호, 2003, 719쪽 이하.
- 이건호, 스토킹 행위에 대한 형사법적 대응과 그 한계-스토킹 행위의 유형화와 법률적 대응방법의 다양화를 중심으로-, 형사정책, 제16권 제2호, 2004, 121쪽 이하.
- 이기현, 스토킹의 형법적 규제에 관한 비교법적 고찰, 비교형사법연구, 제4권 제2호, 2002, 325쪽 이하.
- 장규원, 새로운 사회문제로서의 스토킹과 그에 대한 입법의 기본방향, 피해자학연구, 제9권 제1호, 2001, 289쪽 이하.

Albrecht, Hans-Jörg, Stalking-Nationale und Internationale Rechtspolitik und Gesetzesentwicklung, in FPR 2006, S. 204ff.

- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend/
Bundesministerium der Justiz, Mehr Schutz bei häuslicher
Gewalt, Informationen zum Gewaltschutzgesetz, 2003.
- Dressing, Herald/Kühner, Christine/Gass, Peter, Was ist Stalking? –
Aktueller Forschungsstand, in FPR 2006, S. 176ff.
- Freudenberg, Dagmar, Maßnahmen zum Schutz von Stalking-Opfern,
NJ 2006, S. 535, 538f.
- Gazeas, Nikolaos, “Stalking” als Straftatbestand – effektiver Schutz
oder strafrechtlicher Aktionismus?–Eine kritische Betrachtung
des Gesetzesentwurfs unter besonderer Berücksichtigung des
Bestimmtheitsgrundsatzes des Art. 103 Abs. 2 GG, in KJ 2006,
247ff.
- Habermeyer, Elmar, Stalking: Forensische-psychiatrische Aspekte, in
FPR 2006, S. 196ff.
- Kinzig, Jörg, Stalking–ein Fall für das Strafrecht?, in ZRP 2006, S.
255ff.
- Steinberg, Georg, Nachstellen–Ein Nachruf?, JZ 2006, S. 30ff.
- Valerius, Brian, Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in
§ 238 StGB, in JuS 2007, 319ff.
- Vander, Sascha, Stalking–Aktuelle Entwicklungen und Tendenzen zur
Schaffung eines speziellen Tatbestandes, KritV 2006, 81ff.
- von Heintschel-Heinegg, Bernd(Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar
StGB, Edition 2, C.H.Beck. 2007.2.1.(Autor, BeckOK StGB §...
Rn...).
- Wagner, Christean, Bundesratsinitiative von Hessen und Baden-
Württemberg zur Schaffung eines Stalking-Straftatbestandes –
§ 238 StGB, FPR 2006, S. 208ff.
- Winterer, Heidi, Straf- und zivilrechtlicher Umgang mit Stalking in
Deutschland – Stalking und häusliche Gewalt, in FPR 2006, S.
199ff.

156 형사정책연구 제18권 제4호(통권 제72호, 2007 · 겨울호)

Eine Untersuchung über das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher
Nachstellung(‘Stalking’) in Deutschland

Kim, Sung-Ryong

(Prof. Dr. iur., an der Kyungpook National University)

Mit Gesetz vom 22.03.2007, in Kraft getreten am 31.03.2007, wurde in das deutsche Strafgesetzbuch der Straftatbestand der „Nachstellung“, sog. „Stalking“ eingeführt. § 238 lautet: (1) Wer einem Menschen unbefugt nachstellt, indem er beharrlich 1. seine räumliche Nähe aufsucht, 2. unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu ihm herzustellen versucht, 3. unter missbräuchlicher Verwendung von dessen personenbezogenen Daten Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für ihn aufgibt oder Dritte veranlasst, mit diesem Kontakt aufzunehmen, 4. ihn mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit seiner selbst oder einer ihm nahe stehenden Person bedroht oder 5. eine andere vergleichbare Handlung vornimmt und dadurch seine Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter das Opfer, einen Angehörigen des Opfers oder eine andere dem Opfer nahe stehende Person durch die Tat in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt. (3) Verursacht der Täter durch die Tat den Tod des Opfers, eines Angehörigen des Opfers oder einer anderen dem Opfer nahe stehenden Person, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren. (4) In den Fällen des Absatzes 1 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen

Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

In dieser kleinen Arbeit wird es versucht, die wesentlichen Voraussetzungen für die Strafbarkeit der Nachstellung zusammenfassend zu schildern, die Andeutung des Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellung(‘Stalking’) in Deutschland für die koreanische Diskussion und Gesetzgebung herauszufinden.

주제어 : 스토킹, 대인공포유발행위, 따라다님, 괴롭힘, 친고죄,
보충구성요건, 피해자

Keywords : Stalking, Nachstellen, Antragsdelikt, Auffangstatbestand,
Opfer