

공정거래법상 전속고발제도

1. 문제제기

독점규제및공정거래에 관한 법률(이하 공정거래법) 위반 행위에 대하여는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다(공정거래법 제71조). 이는 고발을 공정거래법 위반죄에 대한 공소제기의 요건 즉 소추요건으로 하고 그와 같은 고발을 공정거래법의 집행기관인 공정거래위원회만이 할 수 있다는 의미이다. 이처럼 행정기관의 고발을 전제로 공소제기와 형사처벌이 가능하도록 하는 제도를 전속고발이라 한다.¹⁾

행정기관에게 특정범죄에 대하여 전속고발권을 인정한 이유는 특정범죄의 처벌의 필요성에 대한 판단의 우선권을 형사소추기관인 검사가 아닌 행정작용을 담당하는 기관에게 부여함으로써 범위반행위에 대하여 우선적으로 자율적·행정적 제재수단을 활용하여 처리하는 것이 형벌권 행사에 의한 통제보다 효율적이라는데 있다. 이처럼 전속고발제도는 특히



박 미 숙
(연구위원, 법학박사)

특정영역에 있어서 자율성 확보와 효율적인 범죄억지라고 하는 양자 사이에 조화를 도모하고자 하는 주요한 형사정책적 기능을 담당하고 있다. 한편으로는 행정기관의 고발이 있어야 비로소 형사소추가 가능하므로 이 범위에서 행정기관은 사실상 일종의 처분권한을 갖고, 국가의 형사소추를 소극적으로 통제하는 측면이 있음은 부정하기 어렵다. 그리고 현행

공정거래법은 전속고발을 규정해두고 있지만, 고발기준, 절차, 방식, 법적 효과 등에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문에 그 행사의 적정성 문제와 불행사시의 효과 등에 대하여 논란이 일고 있다. 그리하여 공정거래위원회의 전속고발제도가 도입된 이후 끊임없이 그 폐지 여부가 논의되어 왔다. 전속고발제도의 위헌성여부에 대하여 이미 헌법재판소는 공정거래위원회의 전속고발을 인정하고 있는 공정거래법 제71조를 공정거래법 위반이라는 범죄행위에 대하여 공정거래법의 집행기관인

1) 전속고발제도를 두고 있는 법률로는 관세법, 조세범처벌법·조세범처벌절차법, 지방세법, 출입국관리법, 물가안정에관한법률, 석탄산업법, 전투경찰대설치법, 독점규제 및 공정거래에관한법률, 교정시설경비교도대설치법, 해운법, 항공법, 사료관리법, 하도급거래정화에관한법률, 공업발전법, 표시광고의공정화에관한법률 등이 있다. 최병각, 전속고발제도에 관한 연구, 1999, 한국형사정책연구원, 33-34면 참조.

공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다는 즉 공정거래법 위반죄의 소추요건을 규정하고 있는 것에 불과하다고 하여, 헌법소원청구의 직접관련성이 결여되었음을 이유로 위헌확인심판청구를 각하한 바 있다.²⁾

전속고발제도는 관련 행정기관에게 형사소추에 있어서의 처분권을 인정한다는 측면에서는 매우 강력하고 예외적인 성격을 지니는 것임에도 불구하고 이에 대한 심도 깊은 논의는 아직 드물다. 현행 전속고발제도에 있어서 문제는 결국 그 남용의 여지를 최소화하면서 특히 전문적인 영역에서의 소위 자율적 규제와 이를 통한 경쟁촉진을 도모하고 범죄억지를 꾀하기 위한 효과적인 방안으로서 재구성하는 것이다.

2. 공정거래법상 전속고발제도의 의의

현행 공정거래법상으로 그 범위반행위³⁾에 대하여는 손해배상(공정거래법 제56조), 시정권고(제51조), 시정명령 및 범위반사실의 공표(법 제5조, 제16조, 제21조, 제24조, 제31조, 제34조), 과징금의 부과(제6조, 제17조, 제22조, 제24조의2, 제31조의2, 제34조의2), 형벌(제66조 내지 69조)을 예정하고 있다. 그러나 형벌을 제외한 나머지 제재수단은 그 어느 것이나 위반행위로 인하여 초래된 경쟁제한의 상태를 배제하여 이를 회복하거나 위반행위자가 당해

위반행위로 취득한 이득의 범위 내에서 이를 박탈하는데 그치는 것에 불과하므로, 그 효과가 크지 않다. 따라서 이들 공정거래법 위반행위에 대한 효과적인 처벌과 예방을 위해서는 시정조치나 과징금 등의 행정조치만으로는 부족하고 형사벌을 적극 활용해야 할 것이다. 이런 의미에서 공정거래법상 전속고발제도는 공정거래위원회로 하여금 이들 영역에서의 범위반행위에 대하여 효과적으로 처리하기 위해서는 시정조치나 과징금 등의 행정재제로만 할 것인가 아니면 고발을 통해 형사처벌을 받도록 할 것인가를 결정할 수 있도록 하는 주요한 형사정책적 수단이 된다. 공정거래법 영역처럼 전문적인 영역에서 현재와 같은 인적자원으로는 그에 대한 효과적이고도 공정한 처리를 기대하기는 매우 어려운 실정에서 전속고발제도의 제도적 의의는 무시할 수 없다고 할 것이다.

다만, 공정거래법 위반행위에 대한 형벌은 가능한 한 위법성이 명백하고 국민경제와 소비자일반에게 미치는 영향이 특히 크다고 인정되는 경우에 제한적으로 활용되어야 할 것이다. 헌법재판소도 형벌권 행사를 강화하면 기업활동이 위축되거나 경쟁촉진에 저해된다는 등의 부작용이 문제될 수도 있다.⁴⁾ 현재까지 고발건수나 그 내용을 보면 하도급대금지급명령위반 등 경미한 사범에 그치고 있는 등 그 활용이 저조한 이유가 여기에 있다.

2) 헌법재판소 1995.7.21. 선고, 94헌마191 결정.

3) 공정거래법상 소위 불공정거래행위는 시장지배적 지위의 남용행위, 기업결합 및 경제력집중행위, 부당한 공동행위, 불공정거래행위, 사업자단체의 금지행위, 재판매가격유지행위 등이 있다.

4) 헌법재판소 1995.7.21. 선고, 94헌마191 결정.

3. 전속고발의 성격 및 효과

이처럼 공정거래법상 전속고발제도는 독립적으로 구성된 공정거래위원회로 하여금 거래행위의 당사자가 아닌 제3자의 지위에 있는 법집행기관으로서 상세한 시장분석을 통하여 위반행위의 경중을 판단하고, 그때그때의 시장경제상황의 실상에 따라 시정조치나 과징금 등의 행정조치만으로 이를 규제함이 상당할 것인지 아닌지를 여부를 결정하도록 함으로써 공정거래법의 목적을 달성하기 위한 것이다. 그런데 공정거래법은 제71조에서 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다는 규정을 두고 있을 뿐 공정거래위원회의 고발권행사에 관한 아무런 요건이나 제한규정을 두고 있지 않으며, 그 효과가 무엇인가 하는 점도 명확하지 않다. 결국 공정거래위원회의 전속고발에 대하여는 형사소송법상의 고소·고발에 관한 규정에 따라 해석하지 않으면 안 된다. 형사소송법상 고발은 원칙적으로 수사단서에 불과하며, 고발기준과 방법, 절차 등에 대하여는 규정을 두고 있지 않다. 고발의 구체적인 방법 및 절차는 고소의 경우와 같다. 즉 고발은 검사 또는 사법경찰관에게 하여야 하며(형사소송법 제237조 제1항), 고발은 서면 또는 구술로 할 수 있다(제237조 제1항).⁵⁾

1) 전속고발의 성격

공정거래위원회의 전속고발은 재량권이다. 즉 공정거래위원회는 심사의 결과 인정되는 공정거래법 위반행위에 대하여 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정한다.⁶⁾ 기본적으로 공정거래위원회는 심사의 결과 인정되는 공정거래법위반행위에 대하여 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다. 모든 행정청의 행정재량권과 마찬가지로 전속고발제도에 의한 공정거래위원회의 고발재량권도 그 운용에 있어서 자의가 허용되는 무제한의 자유재량이 아니라 그 스스로 내재적인 한계를 가지는 합목적적 재량으로 이해하지 않으면 안 된다. 공정거래위원회는 법위반행위를 조사한 결과 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우(공정거래법 제71조 제2항) 등의 고발요건이 있는 때에 고발하여야 한다. ‘그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우’란 그 위법성이 명백하고 국민경제와 소비자 일반에게 미치는 영향이 특히 크다고 인정되는 경우로서 공정거래법의 목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 경우,⁷⁾ 또는 시정조치가 있었음에도 불구하고 이에 불응하는 경우나 위반행위가 거듭되거나 지극히 중대

5) 공정거래위원회의 고발도 국가기관의 의사표시이므로 서면에 의하도록 함이 타당하다. 신동운, 조세범칙사건의 처리절차, 서울대법학 제39권2호, 1998, 12면.

6) 헌법재판소 1995.7.21.선고, 94헌마191 결정.

7) 헌법재판소 1995.7.21.선고, 94헌마136 결정.

하여 시정조치 등의 행정조치만으로는 시정효과를 거두기 어렵다고 판단되는 경우⁸⁾ 등이다. 따라서 공정거래위원회가 불공정거래행위에 대하여 시정조치를 하는 것만으로도 범목적의 실현이 가능하다고 판단하여 형사처벌을 위한 고발권을 행사하지 아니하였다고 하더라도 이를 고발권의 남용이라든가, 고발권을 행사하여야 할 작위의무의 위반으로서 명백히 자의적인 조치라고 할 수 없으며, 이로써 헌법상 보장된 기본권이 침해되었다고 보기도 어렵다.

2) 전속고발의 법적 효과

공정거래위원회의 고발은 검찰에 공정거래법 위반행위를 알려서 그 위반행위자의 처벌을 구하는 의사표시이다. 단순한 범죄피해신고(예컨대 도난신고)나 피해진말서의 제출 등은 고발이 아니다.⁹⁾ 유효한 처벌을 구하는 의사표시의 존재는 소송조건이다. ‘처벌을 구하는 의사표시’가 소송조건으로 규정되어 있는 것이 반의사불벌죄와 친고죄의 고소이다. 여기서 공정거래법상 전속고발이 친고죄에 해당하는가 반의사불벌죄에 해당하는가가 문제된다. 반의사불벌죄에 있어서는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. 즉 처벌을 구하는 의사표시가 없어도 공소를 제기할 수 있으나, 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있거나, 처벌을 구하는 의사표시를 철회하였을 때에는 공소를 제기할 수 없다. 공소를 제기한 때에는 공소기각의 판결을 선고해야 한다. 한

편 친고죄에 있어서는 피해자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다. 이처럼 반의사불벌죄와 친고죄는 기본적으로 처벌을 구하는 의사표시를 소송조건으로 한다는 점에서 공통점을 갖는다. 대법원은 친고죄에 있어서는 고소(또는 고소취소)의 주관적 불가분의 원칙을 규정한 형사소송법 제233조의 규정이 반의사불벌죄에 준용되는지 여부에 대한 판결에서 고소취소의 주관적 불가분의 원칙은 반의사불벌죄에 대하여 적용되지 않는다고 판시하고 있다. 이에 따라 반의사불벌죄의 경우는 친고죄의 경우와 달리 피해자가 공범인 가해자들 가운데 그 일부를 지정하여 고소취소를 할 수 있다.¹⁰⁾ 이처럼 반의사불벌죄와 친고죄를 달리 본 것은 반의사불벌죄의 경우에는 비교적 경미하고 주로 피해자 개인의 법익을 침해하는 범죄에 관하여 구태여 피해자의 의사나 감정을 무시하면서까지 처벌할 필요가 없는 경우에도 이를 친고죄로 하는 경우 피해자가 심리적 압박감이나 후환이 두려워 고소를 주저하여 법이 그 기능을 다하기 어려울 것에 대비한 것이다. 즉 다른 일반의 범죄와 마찬가지로 수사, 소추, 처벌을 할 것이나 피해자가 명시적으로 처벌을 희망하지 아니할 의사를 밝힌 경우에 한하여는 구태여 소추해서 처벌하지 않겠다는 점을 측면을 중시한 것이다. 대법원은 현행 형사소송법이 반의사불벌죄에 대하여 고소취소의 시한과 재고소의 금지를 규정한 제232조 제1항, 제2항의 규정을 준용하는

8) 헌법재판소 1995.7.21. 선고, 94헌마191 결정.

9) 이재상, 형사소송법, 1992, 198면.

10) 대법원 1994.4.26. 선고, 93도1689 판결.

규정을 두면서도(동조 제3항), 형사소송법 제 233조에서 고소와 고소취소의 불가분에 관한 규정을 함에 있어서는 반의사불벌죄에 이를 준용하는 규정을 두지 아니한 것은 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시나 처벌을 희망하는 의사표시의 철회에 관하여 친고죄와는 달리 공범자간에 불가분의 원칙을 적용하지 아니하고자 함에 있다고 한다.¹¹⁾ 한편 대법원은 조세범칙사건에 대하여는 ‘조세범에 있어서는 원칙적으로 일정한 기일 내에 조세를 납부하라는 통고처분을 하고 그 기간 내에 납부가 없는 경우에 비로소 고발을 하게 되는 것이고 다만 조세범처벌절차법 제8조 제1호 내지 제3호 및 동제9조 제2항 제3항 동 제12조 등에 규정한 특별한 사유가 있고 또는 있다고 인정되는 경우에 한하여 통고처분없이 즉시고발을 할 수 있는 것이므로 즉시고발의 경우에는 특별한 즉시고발요건을 필요로 하며 그 즉시고발요건 구비여부는 범인 개개인에 대하여 개별적으로 논하여야 할 것이요 따라서 범인에 대하여서만 즉시고발을 하고 대표자 자연인에 대하여서는 즉시고발 요건이 없다고 인정하여 즉시고발을 하지 아니하는 경우도 있다 할 것이요(더욱 납세 의무자가 개인의 경우에는 그 구별이 명확할 것이다) 이와 같은 경우에는 소위 고소 고발불가분의 원칙은 적용될 수 없다’고 판시하여,¹²⁾ 사실 조세범칙사건을 반의사불벌죄에 준하여 취급하고 있다.

반의사불벌죄에 준하여 취급되는 조세범칙

사건과는 달리 공정거래법 위반행위는 친고죄에 해당한다고 보는 것이 헌법재판소의 입장이다.¹³⁾ 따라서 공정거래위원회의 고발은 통상의 친고죄에 있어서의 고소와 같이 제1심 판결 선고 전까지는 언제든지 이를 취소할 수 있다고 보아야 한다(형사소송법 제232조 제1항 참조). 그리고 피해자가 공범인 가해자들 가운데 그 일부를 지정하여 고소취소를 할 수 없으며, 공범 중 1인 또는 수인에 대한 고소와 그 취소는 다른 공범자에 대하여도 그 효력이 있다(제233조).

3) 고발전 수사의 허용여부

공정거래위원회의 고발을 친고죄의 그것과 같이 본다면 공정거래위원회의 조사 이외에 또는 병행하여 고발전 검찰에 의한 수사가 가능한가 하는 점이 문제될 수 있다. 즉 친고죄의 경우에 고소가 없는 경우에 수사기관이 수사를 개시·실행할 수 있는가 하는 점이다. 대법원은 친고죄나 세무공무원등의 고발이 있어야 논할 수 있는 죄에 있어서 고소 또는 고발은 이른바 소추조건에 불과하고 당해 범죄의 성립요건이나 수사의 조건은 아니므로, 위와 같은 범죄에 관하여 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다고 하더라도, 그 수사가 장차 고소나 고발이 있을 가능성이 없는 상태 하에서 행해졌다는 등의 특단의 사정이 없는 한, 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하다고 볼 수는 없다고

11) 대법원 1994.4.26. 선고, 93도1689 판결.

12) 대법원 1962.1.11. 선고, 60도883 판결.

13) 헌법재판소 1995.7.21. 선고, 94헌마191 결정.

한다.¹⁴⁾ 이런 의미에서 특히 조세범처벌법위반죄에 대한 세무서장의 고발이 있기 전에 이루어진 신문에 의하여 피의자신문조서나 참고인진술조서가 작성되었다 하더라도, 그 신문이 고발의 가능성이 없는 상태 하에서 이루어졌다고 볼 아무런 자료가 없다면 그들에 대한 신문이 고발 전에 이루어졌다는 이유만으로 그 조서의 증거능력을 부정할 수 없다고 한다. 이런 관례의 입장은 제한적 허용설의 입장에서 있는 것으로 이해된다.¹⁵⁾

학설상으로는 친고죄에 대하여 고소가 없는 경우에도 임의수사는 물론 강제수사도 일반적으로 가능하다는 전면 허용설 내지 원칙적 허용설¹⁶⁾, 이와 반대와 일체 수사는 허용될 수 없다는 전면부정설, 그리고 친고죄에 대하여 고소가 없어도 고소의 가능성이 있는 때에는 수사가 허용된다는 제한적 허용설, 그리고 원칙적으로 고소 전에는 수사를 금지하되 예외적으로 긴급한 경우에만 임의수사와 강제수사 모두 허용된다는 예외적 허용설¹⁷⁾ 등으로 나뉘어지고 있다. 제한적 허용설에는 고소의 가능성이 있을 때에는 임의수사는 물론 강제수사도 허용되지만 고소의 가능성이 없는 때에는 양자 모두 허용되지 않는다는 입장¹⁸⁾과 고소가가능성

이 있는 경우는 원칙적으로 기본권 침해가 없는 임의수사만을 허용하되, 강간죄와 같은 폭력범죄의 경우에 한하여 피해자의 고소가가능성이 있으면 강제수사까지 허용함이 타당하다는 입장¹⁹⁾이 있다. 생각건대 친고죄의 경우에 고소의 가능성이 없으면 강제수사는 임의수사든 허용되지 않는 것으로 보아야 하며, 만일 고소권자가 고소를 할 것인지 여부를 명확히 밝히지 않은 경우에는 친고죄 본래의 취지 즉 피해자의 명예보호에 비추어 적어도 강제수사까지 허용하는 것은 좀더 신중을 요한다.²⁰⁾

한편 공정거래위원회의 전속고발은 소송조건으로서 친고죄의 규정이 적용되기는 하나, 고발전 수사기관의 수사가 가능하다는 명문의 규정을 두어 해결하고 있다. 즉 공정거래법 제72조 제3항에 의하면 검찰총장은 자체 조사결과 고발요건에 해당하는 사실이 있는 경우에 그 사실이 있음을 공정거래위원회에 통보하고 고발을 요청할 수 있다. 따라서 수사기관이 공정거래위원회에 앞서 수사를 하고 피고인에 대한 구속영장을 발부받은 후 검찰의 요청에 따라 세무서장이 고발조치를 하였다 하더라도 공소제기 전에 고발이 있기만 하면 그 공소제기는 적법하게 된다.²¹⁾

14) 대법원 1995.2.24. 선고, 94도252 판결.

15) 이재상, 174면.

16) 신동운, 형사소송법 I, 1997, 76면.

17) 강동범, 친고죄에 있어서 고소전 수사의 허용여부, 형사판례연구 [4], 1996, 393면.

18) 이재상, 175면.

19) 배종대/이상돈, 형사소송법, 2002, 179면.

20) 이재상, 175면.

21) 대법원은 조세범처벌법상의 조세범처벌사건에 대한 고발의 경우에도 이와 같은 취지로 판단하고 있다. 대법원 1995.3.10. 선고, 94도3373 판결, '조세범처벌법 제6조의 세무종사 공무원의 고발은 공소제기의 요건이고 수사개시의 요건은 아니므로 수사기관이 고발에 앞서 수사를 하고 피고인에 대한 구속영장을 발부받은 후 검찰의

4. 고발의무침해의 법적 효과

1) 고발의무침해로 인하여 침해된 기본권

공정거래법 제71조에 의하여 공정거래위원회에게 불공정거래행위중 ‘그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저하게 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다’고 하여 고발의무가 인정되어 있다. 즉 공정거래법이 추구하는 앞서 본 범목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 범목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 그에 대하여 당연히 고발을 하여야 할 의무가 있다. 만일 이 작위의무에 위반하여 고발권을 행사하지 아니한 경우에는 명백히 자의적인 것으로서 사실 고발권의 남용에 해당된다.

다만 공정거래법상 고발의 기준 등이 명확하게 규정되어 있지 않아, 예컨대 공정거래위원회가 고발의무에 반하여 고발하지 않은 경우, 즉 고발불이행에 대한 통제방안이 무엇인가 하는 점이 문제된다. 이에 대하여 헌법재판소는 고발은 검사의 공소제기를 위한 요건이 될 뿐이라는 점에서 공정거래위원회의 고발권 불행사를 검사의 불기소처분과 동일하게 평가할 수는 없으나, 그 구조상으로는 공정거래위원회가 범죄사실 즉 형사처벌의 대상이 되는 공정거래법 위반사실을 인정하면서도 그 처벌

을 위한 고발에 나아가지 아니한다는 점에서 검사가 범죄사실을 인정하면서도 공소의 제기에 나아가지 아니하는 기소유예 불기소처분과 유사하고 따라서 불공정거래행위로 인한 피해자는 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원에 있어서와 같이 피청구인의 고발권불행사로 인하여 자기 자신의 헌법상 보장된 재판절차진술권이 침해된다고 본다.²²⁾

2) 헌법상 재판절차진술권의 주체로서 범죄 피해자

헌법재판소는 소위 헌법상 재판절차진술권의 주체인 형사피해자의 개념을 이해함에 있어서 반드시 형사실체법상의 보호법익을 기준으로 한 피해자의 개념에 한할 필요가 없고, 형사실체법상으로는 직접적인 보호법익의 주체로 해석되지 않는 자라 하더라도 문제되는 범죄 때문에 법률상의 불이익을 받게 되는 자라면 헌법상 형사피해자의 재판절차진술권의 주체가 될 수 있다고 한다. 이는 헌법재판소가 특히 고발이 소추요건으로 되어 있는 범죄의 경우에 피해자 및 그와 일정한 관계에 있는 자의 기준에 따라 고소인·고발인의 지위를 특정시켜 청구인 적격유무를 논하려는 것은 피해자 지위의 다양성과 그 개념의 확대에 관한 이러한 추세를 외면한 것으로서 적절치 않음을 인식한 것으로 그 의의가 있다. 그리하여 헌법재판소는 예컨대 조세법, 관세법, 전매법, 공정거래사범 등에 있어서는 국세청장, 세무서

요청에 따라 세무서장이 고발조치를 하였다고 하더라도 공소제기 전에 고발이 있는 이상 조세법처벌법 위반 사건 피고인에 대한 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효라고 할 수 없다.’

22) 헌법재판소 1992.2.25 선고, 90헌마91결정.

장, 관세청장, 세관장, 공정거래위원회 등의 고발이 있어야 소추가 가능하도록 하고 있는 것은 피해자인 일반국민이나 소비자를 대신하여 이들에게 고발권을 인정한 것으로서 이는 현행법상의 대리고소제도(형사소송법 제255조 내지 227조)와 같은 맥락에서 이해한다. 생각건대 범죄피해자성의 유무로써 고소인·고발인 등에 차등을 가하고, 따라서 고발인은 형사피해자가 아니므로 청구인 적격이 없다고 할 것인지는 문제이다.²³⁾ 고발인이라 하더라도 일정한 피해자군 예컨대 특정지역, 납세자 또는 단체의 일원일 때에는 피해자성을 띄게 되고, 따라서 재판청구권 또는 재판절차에서의 피해자진술권을 통하여 형사사법절차에의 참여가 가능하도록 하는 논의가 필요하다.²⁴⁾

5. 맺음말 : 전속고발기준 및 절차의 확보

공정거래법 위반행위가 행정처분의 대상이 되는지 또는 고발의 대상이 되는지를 판단할 수 있는 명확하고 구속력이 있는 기준이 마련되어 있지 않은 상태에서는 범위반행위에 대한 형사처벌의 가능성은 행정기관의 전속고발에 관한 재량권행사에 좌우됨으로써 형법적 통제의 불확실성이 발생하게 된다. 여기서 고발의 기준과 그 절차 등을 마련할 필요가 매우 크다.

먼저 고발기준과 관련하여 일본의 공정거래위원회에서 발표한 독점금지법 위반행위에 대

한 형사고발에 관한 공정거래위원회의 방침(고발기준으로 일컬어짐; 평성 2년 6월 20일)을 참조해보기로 한다. 그 내용은 (1) 일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한하는 가격카르텔, 공급량제한카르텔, 시장분할협정, 입찰담합, 공동보이콧 기타 위반행위인 국민생활에 광범위한 영향을 미친다고 생각되는 악질 혹은 중대한 사안, (2) 위반을 반복하여 행하는 사업자, 배제조치에 따르지 않는 사업자 등에 관련되는 위반행위의 경우, 공정거래위원회가 행하는 행정처분에 의해서는 독점금지법의 목적이 달성될 수 없다고 생각되는 사안에 대하여 공정거래위원회는 금후 적극적으로 형사처벌을 구하여 고발을 행한다는 방침이다. 다만 이 기준은 어디까지나 공정거래위원회가 이후 적극적으로 고발의 대상으로 할 것임을 나타내는 것이므로, 이 기준에 해당하지 않았다고 하여 고발을 무효로 한다거나, 고발권 남용에 해당되는 것은 아니라고 한다.²⁵⁾

그 다음으로 고발사건에 대한 처리규정을 두어 절차상 시비를 어느 정도 차단할 필요가 있다. 공정거래법 위반행위에 대한 공정거래위원회의 고발에 관련되는 사건에 대하여 공소를 제기하지 않는 처분을 한 경우는 고발인에게 불기소처분의 취지를 통지하게 하고, (형사소송법 제258조), 청구가 있는 때에는 그 이유를 설명할 것을 요구하도록 함이 타당하다.

23) 이석연, 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원연구, 서울대 박사학위논문, 1991, 115면.

24) 이석연, 115면 참조.

25) 西田典之, 獨占禁止法と刑事罰, 現代の法, 1998, 213면.

인터넷게임 아이템거래의 형사법적 검토

1. 서 언

인터넷의 발달과 함께 인터넷방송, 인터넷게임 등 각종 형식의 인터넷미디어가 발전하고 있는데, 이 가운데 요즘 청소년들에게 가장 많이 이용되고 있는 것은 아마도 ‘인터넷게임’일 것이다.

‘리니지’, ‘바람의 나라’, ‘미르의 전설’, ‘뮤’, ‘포트리스 2’, ‘디아블로2’ 등 인터넷게임은 온라인게임¹⁾이라고도

불리는데 자신의 콘솔에서 혼자 즐기는 PC 게임과 달리 인터넷 사이버공간을 통하여 전혀 모르는 사람들과 수시로 만나 게임을 즐길 수 있는 것으로, 이러한 게임 방식은 새로운 방식의 인터넷미디어가 우리에게 주는 또 하나의 장점일 것이다.

그런데 이러한 인터넷게임을 즐기는 과정에서, 부모의 동의없는 가입행위, PK(Player Killing, 상대방캐릭터를 죽이는 행위), 아이템



정 완
(연구위원, 법학박사)

현금거래 등 여러 가지 부작용이 사회문제로 등장하였다. 최근 한국소비자보호원의 발표에 따르면, 올해 상반기에 접수된 전자상거래 관련 피해구제신청건수는 지난해 동기보다 85% 증가한 418건이고, 이 가운데 12.4%(52건)가 온라인게임이나 동영상 학습 정보 등 무형의 각종 ‘인터넷 콘텐츠’를 이용하다 피해를 입은 사례였는바, 콘텐츠 분야별 피해구제신청은 ‘온라인

게임’이 전체의 73.1%로 가장 많았고, 다음은 ‘정인사이트’(11.5%), ‘온라인 학습’(3.9%) 등의 순이었다고 한다.²⁾

요즈음 인터넷범죄 또는 사이버범죄와 관련하여 많이 들어오는 상담은 바로 이 인터넷게임의 아이템 거래와 관련된 내용이다. 온라인 게임을 이용하다가 현금을 주고 아이템을 사고파는 과정에서 일어나는 각종 사기행위 또는 아이템절도행위가 문제되는 것이다.

1) 온라인게임이란 단순히 온라인게임제공업체에 접속해서 컴퓨터와 테트리스, 고스톱 등의 아케이드 게임을 하는 경우에서부터 블리저드사가 스타크래프트와 같은 자사의 PC 패키지게임 구매자 및 이용자들에게 제공하는 배틀넷과 같이 네트워크 상에서 멀티플레이를 할 수 있게 하여주는 네트워크 게임, 나아가 수만명의 이용자가 동시에 접속하여 가상의 공동체를 형성하고 있는 리니지게임 등과 같은 다중접속온라인게임(MMORPG; Massively Multiplayer Online Role Playing Game) 등을 모두 포함할 수 있는 개념이지만, 본고에서는 주로 다중접속온라인게임을 가리키는 말로 사용한다.

2) 디지털조선일보 2002.08.26자 [소보원]“인터넷 콘텐츠 피해 급증” 기사 참조.

게임아이템을 팔겠다는 미끼로 돈을 받아 챙기는 행위는 명백한 인터넷사기행위이며 형법상 사기죄로 처벌이 가능하지만, 이와 반대로 아이템을 팔면 돈을 주겠다고 거짓 약속하고 게임아이템만을 훔쳐가는 행위는 좀 생각해볼 문제이다. 즉, 절도죄나 사기죄가 성립하려면 범죄의 대상물이 재물성을 갖거나 재산적 이익을 갖고 있어야 하는데, 게임아이템이라는 것이 과연 재물성을 갖고 있는 것인지 아니면 재산적 이익을 갖고 있는 것인지를 여부에 대하여는 쉽게 단정할 수 없기 때문이다.

현재로서는 게임아이템의 재물성이 인정되지 않을 뿐 아니라 사이버절도에 관한 규정도 없어 절도죄로는 처벌할 수 없는 상황이다. 하지만, 게임아이템의 거래가 비록 불법이기는 하지만 적지 않은 현금을 주고 거래가 이루어지고 있는 것이 현실임을 인정할 때 그 재산적 가치를 인정하지 않을 수 없고 그렇다면 게임아이템을 훔쳐간 행위에 대하여 사기죄의 적용은 가능하다고 보아야 할 것이다.³⁾

이하에서는 대표적 인터넷게임인 리니지 게임의 구성과 아이템 거래 요인을 간단히 소개하고 관련 수사사례를 살펴본 후, 최근 문제가 되고 있는 인터넷게임 아이템거래와 관련된 형사법적 문제점에 대하여 검토해 보기로 한다.

2. 인터넷 게임의 구성 및 아이템거래의 요인

인터넷게임 속의 아이템이 이용자들 사이에서 활발히 현금거래가 이루어지는 이유는 무엇일까. 게임아이템거래의 형사법상 문제점을 분석하기 위해서는 관련 인터넷게임의 간단한 줄거리와 아이템 거래의 요인에 대하여 파악해볼 필요가 있다. 이하에서 최근 많이 보도되고 있는 대표적 온라인게임인 리니지 게임에 대하여 소개하기로 한다.⁴⁾

‘혈맹’이라는 뜻의 리니지(Lineage)는 유럽 중세시대를 무대로 주인공이 아버지의 원수를 갚고 왕권을 되찾는 내용으로, 게이머는 기사·요정·마법사(남·녀로 구분) 또는 군주(왕자·공주)의 캐릭터 중 하나를 분신으로 삼아 괴물이나 다른 이용자와 싸워야 한다. 괴물을 죽이면 칼과 갑옷 같은 전리품을 얻어 경험치를 높일 수 있다. 게임 중 캐릭터가 마법의 액체를 마시면 발걸음이 빨라지고, 투명 망토를 쓰면 투명인간이 돼, 괴물이나 상대방 캐릭터를 쉽게 물리칠 수 있는데, 괴물을 물리치면 돈을 벌어 더 좋은 무기를 구입할 수 있기 때문에 일부 이용자들은 해킹을 통해 다른 사람의 무기를 훔치거나 실제 돈으로 무기를 거래하기도 하는 것이다.⁵⁾

3) 참고로, 서울지법 서부지원 2000.11.8. 선고 2000고단1366 판결에서는 피해자를 찾아가 폭행하고 게임아이템을 빼앗은 피고인에 대하여 상해죄와 공갈죄를 인정한 바 있으나, 이 판결이 게임아이템의 ‘재물성’을 인정한 것인지, 아니면 ‘재산적 이익’을 인정한 것인지는 분명하지 않다. 변종필, “인터넷게임아이템과 재산범죄” 인터넷법률 제5호 참조.

4) 디지털조선일보 2002.5.8자 “엔씨소프트 리니지 게임 이야기” 기사 참조.

5) 리니지는 동명의 순정만화를 기초로 만들었다고 하는데, 만화의 줄거리는 다음과 같다. “아버지(듀크 데필)의 죽음 이후 어머니(가드리아 공주)가 변절을 하면서 주인공 데포르주는 어린 나이에 왕권을 빼앗긴다. 가드리아

‘리니지’를 만든 회사의 고객센터에는 날마다 게임이용자들이 찾아와 리니지 안에서 잃어버린 캐릭터·무기 등을 찾아달라며 때를 쓴다고 한다. 이 사람들은 대부분 게임 속의 무기를 잃어버려 화가 난 경우로, 이들은 자신의 무기를 찾아달라며 직원들을 상대로 난동을 부리기도 하고, 무기를 훔쳐간 사람에게 복수를 하겠다며 연락처를 요구하기도 하는데, 이러한 항의사례는 하루 평균 40여건에 달한다고 한다.

이들은 왜 게임 안과 밖의 현실을 구분하지 못하는 것일까? 리니지 안에 들어가 보면 그 실마리를 찾을 수 있다. 이 곳에는 보도블록이 깔린 거리와 다양한 건물 사이로 많은 사람들이 오가고 있다. 일반적인 컴퓨터게임에서 행인들은 게임이 설정해 놓은 배경에 불과하지만, 리니지에서 이들은 실제 게임이용자들이다. 리니지는 수십만 명이 동시에 접속해 즐기는 온라인게임이기 때문이다. 사람들이 많이 모인 광장에 가면, 게임 속의 화폐인 ‘아테나’를 이용해 마법·무기값을 흥정하는 모습도 보인다. 즉, 게임 안에 작은 세상이 열리고 있는 셈이다.

게임이용자들은 채팅을 통해 대화도 즐기는데, “시험 망쳐 짜증난다”, “마누라랑 싸웠다” 등 채팅창을 통해 인생 상담도 오가지만, 이런 대화 사이로 “반지 55만”, “세트 250만” 같은 단어가 수시로 보이는데, 이는 게임 안에서 순간이동이 가능한 반지를 55만원에 팔고, 투구·부츠·갑옷 등 일곱 가지 무기를 묶어서 250만

원에 판다는 ‘광고’인 것이다. 마을 한 구석에서 주소와 통장번호를 물으며 실제로 거래가 이루어지는 모습도 보인다.

리니지에 등장하는 아이템은 칼·창 등 무기와 바나나·팬케이크 등 음식, 다이아몬드·사파이어 같은 보석류를 합쳐 300여 종에 달한다. 이런 아이템은 원래 게임 속 화폐인 ‘아테나’를 통해 구입해야 하는데, 아테나는 싸움에서 이기거나 괴물을 물리쳐야만 얻을 수 있기 때문에 일부 게임에 빠진 사람들은 아테나를 얻기 위해 실제 현금 거래에 나서고 있는 것이다. 리니지게임의 비공식 홈페이지에는 하루에도 수십 건씩 게임아이템을 사고판다는 의견이 올라오고, 오프라인에는 아테나를 판매하는 전문점도 등장한 상태이다.

현실과 게임의 혼돈 상태는 리니지게임의 가장 큰 매력이라고 불리는 공성전에서 극치를 이룬다. 공성전은 성을 지키고 있는 군주의 부대와 성을 빼앗으려는 군대와의 전투로, 이틀에 한 번 정해진 시간에 열린다. 공성전에 투입되는 인원은 약 100여 명이며, 전투를 위한 장비를 구입하기 위한 비용도 수백만 원이 든다. 리니지 안의 집단 동호회인 ‘혈맹’ 회원들은 전투에 참가하기 위해 오프라인에서 만나 작전을 짜기도 한다. 성을 빼앗으면 군주는 돈을 벌고, 혈맹 회원들은 군주의 보호 아래 편안히 게임을 할 수 있다. 공성전이 이뤄지는 날이면 전국의 혈맹 회원들이 성 앞에 모이고,

아와 결혼을 해 왕권을 차지한 켄 라우헬 기사는 그의 심복인 마녀 케레니스와 함께 데포로주의 후견인인 혈맹 5인을 차례로 제거한다. 유배길에 오른 뒤 ‘말하는 섬’에서 힘과 도덕을 얻은 데포로주는 다섯 수호기사와 약혼녀인 로엔그린과 힘을 합쳐 왕권 회복을 노린다.” 디지털조선일보 2002.5.8자 “엔씨소프트 리니지 게임 이야기” 기사 참조.

군주의 지휘 아래 일사불란하게 전투를 진행한다. 일부 게이머는 PC방에 모이기도 하고, 군주는 주요 게이머에게 휴대전화로 지시를 내리기도 한다.

리니지 게임의 이용자들을 열광하게 만드는 것은 무엇일까.

첫째는 리니지 게임이 복잡한 인간사를 게임에 반영하고 있다는 사실이다. 단순히 괴물을 죽여 힘을 키운 뒤 왕이 되거나 성을 차지하는 것이 아니라, 화폐 경제의 요소를 도입하여, 괴물을 죽여 돈(아테나)을 벌고, 다시 무기나 도구를 사고 이를 이용해 원군을 확보한 뒤 힘을 합쳐 성을 정복해 가는 과정이 인간사와 너무나 비슷하다는 것이다.

둘째는 리니지의 게임 구조가 마치 스타워즈 시리즈처럼 에피소드의 확장이 가능하다는 점이다. 이용자들이 싫증을 느낄 때 쫓으면 리니지에는 전혀 다른 배경에 다른 시나리오가 있는 에피소드가 추가된다. 앞으로 제공될 리니지 게임의 에피소드는 중세를 거쳐 고대, 신의 시대 등으로 확장될 예정이라고 한다.

이용자수 300여만 명, 동시접속자수 수십만 명에 달하고 있는 리니지게임은 기계와 사람이 하는 게임이 아니라, 실제 사람들끼리 행하는 게임이기 때문에 빠져들기 쉬울 수밖에 없고 그 내용은 바로 사람들의 경제활동을 반영하고 있기 때문에 가장 많은 문제가 발생하는 것이라고 할 수 있다.

3. 게임아이템관련 수사 등 사례

6) 디지털조선일보 2002.07.02자 관련기사 참조.

7) 디지털조선일보 2002.05.06자 관련기사 참조.

1) 개인정보 빼내 판매한 중학생 3명 검거⁶⁾

경남 창원서부경찰서는 2일 해킹프로그램을 이용해 개인정보를 빼낸 뒤 인터넷을 통해 판매한 혐의(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률위반)로 김모(15.C중 2년), 이모(14.“)군 등 3명을 불구속 입건했다. 같은 학교 친구사이인 김군 등은 지난 3월 31일부터 지난달 4일까지 인터넷을 통해 해킹프로그램을 다운받아 창원시 소답동 등에 있는 PC방에서 불특정 네티즌을 상대로 20여 차례에 걸쳐 리니지게임 계정 및 비밀번호를 해킹해 확보한 아이템을 허위 인적사항으로 인터넷 경매사이트 등을 통해 총 14회에 걸쳐 150여만원 어치를 편취한 혐의다.

2) 아이템 사기에 흥분하여 총기난사⁷⁾

인기 온라인 게임의 아이템을 구입한 게이머(남, 31세)가 사기를 당했다며 흥분해 총기를 난사한 사건이 발생했다. 이 사건은 강남의 모 게임업체에서 지난 3일 발생했다. 이 게이머는 200만원을 주고 다른 유저에게 구입한 아이템이 화근이었다. 이 아이템을 사용하려하자 해킹된 아이템임을 뒤늦게 알게 됐고, 이를 해결코자 해당 게임업체에 공기충을 들고 난입한 것인데, 이 게이머는 이 회사에서 사기를 당했다며, 건물 벽에 대고 공기충을 쏜 것으로 확인됐다. 이 게이머는 바로 경찰에 의해 구속됐다. 이 업체의 관계자에 따르면 "벽을 향해 총을 쏘 사람을 죽이려 한 것은 아닌 것 같다"며, "몹시 흥분해서 이같은 일이 발생한 것

같다”고 말했다

3) 인터넷게임 아이템을 강탈한 10대 3명
입건⁸⁾

서울 중암경찰서는 3일 상습적으로 인터넷 게임의 아이템(무기)을 빼앗은 혐의(폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반 등)로 김모(19. 고교 3)군 등 10대 3명을 불구속입건했다. 경찰에 따르면 김군 등은 지난달 중순께 같은 학교 동급생인 이모(18)군 등 2명에게 주먹을 휘둘러 23만원 상당의 인터넷 게임 ‘리니지’ 아이템을 빼앗은 혐의다. 이들은 지난 2일 같은 반인 또다른 이모(18)군을 협박, ‘리니지’ 아이템 2천600만원(시가 220만원)어치를 요구하다 이군이 경찰에 신고하는 바람에 덜미가 잡혔다.

4) 인터넷게임 리니지 아이템 판매사기 2명
체포⁹⁾

청주 서부경찰서는 3일 인터넷 게임 ‘리니지’의 아이템(무기)을 팔겠다는 허위 광고를 낸 뒤 송금된 돈을 받아 챙긴 혐의(사기)로 김모(18.무직.청주시 흥덕구 봉명동)군 등 10대 2명을 긴급체포했다. 경찰에 따르면 친구사이인 이들은 지난해 7월 인터넷 게임 게시판 등에 리니지의 아이템을 팔겠다는 허위 광고를 낸 뒤 이를 보고 연락한 김모(25)씨에게 “돈을 입금하면 아이템을 넘겨 주겠다”고 속여 5만원을 받아 챙기는 등 최근까지 같은 수

법으로 24명으로부터 192만원을 송금받아 가로챈 혐의다. 이들은 피해자들이 송금한 은행계좌를 추적한 경찰에 의해 인적 사항이 파악돼 덜미를 잡혔다

5) 전선 잘라 판매한 20대 영장¹⁰⁾

충남 논산경찰서는 인터넷 게임에 필요한 돈을 마련하기 위해 전신주의 전선을 잘라 팔아온 혐의(특수절도)로 고 모(27.주거부정. 무직)씨에 대해 구속영장을 신청했다. 경찰에 따르면 고씨는 인터넷 게임의 아이템을 구입하기 위해 대출을 받은 뒤 이를 갚지 못하자 지난 5월 25일 오전 1시 30분께 충남 부여군 초촌면 도로변의 전신주에 올라가 전선 1천m를 잘라 140만원을 받고 고물상에 파는 등 최근까지 모두 19차례에 걸쳐 같은 방법으로 전선 1만m(시가 3천만원)를 훔쳐 팔아 온 혐의이다.

6) 웹젠, 아이템 현금거래사이트 3곳 가처
분 신청¹¹⁾

한 온라인게임업체가 자사의 온라인게임 아이템을 현금으로 거래하는 행위를 주선하거나 방치해온 인터넷 업체에 대해 법적대응에 나서 법원의 판결에 관심이 집중되고 있다. 온라인게임업체 웹젠은 최근 자사의 온라인게임 ‘뮤’에 등장하는 아이템의 거래를 중개하면서 중개수수료를 받거나 이를 방치해온 I사, O사, S사 등 3개 인터넷 업체에 대해 온라인게임

8) 디지털조선일보 2002.03.03자 관련기사 참조.

9) 디지털조선일보 2002.03.03자 관련기사 참조.

10) 디지털조선일보 2001.11.05자 관련기사 참조.

11) 전자신문 2002.8.12자 관련기사 참조.

아이템 및 계정의 거래중개 행위를 금지해 달라며 서울 지방법원에 가처분신청서를 제출했다. 웹젠은 법원에 제출한 가처분신청서에서 ‘자사의 온라인게임 류 이용약관에는 게임내에서 획득한 아이템의 현금매매 행위와 계정을 타인에게 양도하거나 판매하는 행위 등을 명백히 금지하고 있음에도 불구하고 이들 업체가 사전 허가도 없이 아이템이나 계정 거래를 중개하거나 방치했으며 이는 명백한 불법행위’라고 주장했다.

그러나 현행 법률에는 온라인게임 아이템 거래를 규정하는 조항이 없는데다 그동안 온라인게임 아이템 거래를 놓고 합법과 불법에 대한 논란이 분분했던 것을 감안하면 법원이 가처분신청을 받아들일지 결과가 주목된다. 실제 아이템거래를 주선한 인터넷업체 관계자들은 “미국의 경우 아이템 현금거래를 합법적인 것으로 인정하고 있다”며 “온라인 게임의 아이템은 사용자가 게임을 통해 획득한 부산물이라 소유권이 사용자에게 있는 만큼 사용자가 거래하는 것은 아무런 문제가 되지 않는다”고 반박하고 있다. 하지만 이와 관련, 공정거래위원회는 지난 2000년 “게임속 아이템의 소유권은 게임개발업체에 있다며 아이템 현금거래를 금지한 게임업체들의 이용약관이 적법하다”는 유권해석을 내린 바 있다.

4. 인터넷게임 아이템 거래의 형사법적 문제점

최근 성행하고 있는 리니지 등 인터넷게임과 관련하여 나타나는 문제점들은 주로 그 아

이템거래와 관련한 것들이다.

전술한 바와 같이 인터넷 게임 속에서는 많은 아이템을 필요로 하게 되는데 그러한 게임 아이템은 단시간에 얻을 수 있는 것이 아니라 수주일 또는 수개월이 걸려야 습득할 수 있는 것으로 만들어져 있어 성질 급한 이용자들은 게임아이템을 아예 돈을 주고 사는 풍조가 만연되어 있는 것이다.

그러다 보니 게임아이템을 비싼 돈을 주고 사거나 또는 돈을 받고 팔거나 하는 거래행위가 급증하고 있지만, 이러한 아이템 거래행위는 약관상 게임아이템에 대한 소유권이 게임 회사에 유보되어 있어 게임이용자가 이를 임의로 팔거나 사지 못하도록 규정되어 있으므로 일종의 밀매행위이며 따라서 매매의 효력도 인정되지 않는 것이다.

그러나 게임이용자들은 약관의 내용이야 어떻든 현실적으로 게임아이템을 거래하며 팔고 사고 하기 때문에 원칙과 현실이 전혀 동떨어져 운용되는 상황인 것이다.

문제는 정상적으로 돈을 주고 게임아이템을 산다든지 또는 게임아이템을 받고 돈을 준다든지 하는 것이 아니라 필요한 게임아이템을 구하기 위해 게임상대방을 찾아가 폭력을 행사하고 비밀번호를 알아내 게임아이템을 빼앗는다거나 또는 돈을 주었지만 게임아이템을 보내주지 않는다거나 또는 돈을 준다고 해서 게임아이템을 주었는데 돈을 안 보내준다거나 하는데 있는 것이다.

인터넷게임아이템과 관련된 사고를 유형별로 분석해보면 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다.

첫째로, 게임상대방을 찾아가 폭력을 행사하고 비밀번호를 알아내어 아이템을 빼앗았다면 이는 상해죄와 공갈죄를 구성하게 된다. 폭력행사가 폭행죄 또는 상해죄를 구성하는 것은 형법상 당연하겠지만 게임아이템을 빼앗은 것이 공갈죄가 되는가에 대하여는 논의가 있었다. 그것은 게임아이템의 재물성을 인정할 수 있는가 아니면 재산적 가치가 있는 것인가에 대한 판단이 문제되었기 때문이다. 그러나 이 사안이 지난 2000년 11월 서울지방법원 판결에서 공갈죄로 인정되었기 때문에 앞으로는 게임아이템이 최소한 재산적 가치는 갖고 있는 것으로 볼 수 있게 되었다.

둘째로, 게임아이템을 팔겠다고 속이고 돈만 가로챈 경우는 전형적인 사기의 유형이므로 형법상 사기죄를 적용하는데 어려움이 없을 것이다.

셋째로, 돈을 주겠다고 속이고 게임아이템을 가로챈 경우는 역시 게임아이템의 재물성 또는 재산적 가치의 인정여부가 법적용의 전제조건이 될 것이다.¹²⁾ 위의 판결 내용이 게임아이템의 재물성을 인정한 것이라고 보는 견해에 의하면 절도죄나 사기죄를 적용하는데 문제가 없

을 것이나, 재물성을 인정한 것은 아니고 재산적 가치를 인정한데 그친 것으로 보아야 한다는 견해에 따르면 절도죄는 인정할 수 없을 것이나 사기죄는 인정할 수 있을 것이다.

넷째로, 게임아이템 소유자의 승낙 없이 해킹을 통하여 비밀번호를 알아낸 후 아이템을 훔쳐내었다면 절도죄의 여부가 문제될 터이나 재물성이 없다는 견해에 서면 절도죄를 적용할 수 없게 된다.¹³⁾ 그러나 해킹이라는 범죄행위에 대하여는 정보통신망이용촉진법상 정보통신망무단침입죄 및 정보훼손·비밀침해죄 등을 적용할 수 있을 것이다.

5. 온라인게임 사전등급분류의 법적 문제점

온라인게임이 청소년에게 미치는 여러 가지 악영향을 고려하여 현행 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률은 사행성, 선정성, 폭력성이 있는 모든 온라인게임에 대하여 영화, 비디오, PC 게임 등과 마찬가지로 그 시행 전에 사전등급심사를 받도록 규정하고 이를 위반할 경우에는 무거운 형사처벌을 규정하고 있다.¹⁴⁾

12) 민법과 형법에서 물건의 개념을 “유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력”으로 좁게 한정하고 있는 현재의 법태도는 문제가 있으므로 디지털 시대에 걸맞게 “관리가능성”을 기준으로 발전적으로 해석하자는 논의도 있다. 이 견해에 따르면 게임아이템도 분명히 관리가 가능하므로 물건의 개념에 포함시킬 수 있게 된다. 전석진, “온라인게임의 아이템 거래에 관한 검토” 정보법학회 세미나자료(2002.9.14) 참조.

13) 가장 쉽게 문제를 본다면 게임아이템을 훔쳐간 경우 이를 절도죄로 처벌하면 되겠지만, 문제는 게임아이템의 재물성을 인정할 수 없다는 사법부의 판단이 걸림돌이 되는 것이다. 결국 절도죄를 적용할 수 없게 되므로 사기죄나 정보통신망법 위반으로 우회하여 처벌할 수밖에 없는 것이 현실인데, 현실적으로 게임아이템이 현물거래가 행해지고 있는 상황에서는 전자절도죄 등의 신설이 필요하다고 생각된다. 정 완, “인터넷범죄의 형사법적 과제와 전망” 한국인터넷법학회 제5회 학술대회 ‘인터넷법학의 성립을 위한 학술적 과제와 전망’ 2002.9.28 참조.

14) 음반, 비디오물 및 게임물에 관한 법률 제20조(등급분류), 제21조(위법한 비디오물, 게임물의 판매금지), 제49

특히 온라인게임에 대한 등급기준 마련에 어려움을 겪은 영상물등급위원회는 그 동안 보류해온 사전등급 심사를 2002년 10월 1일부터 일단 시행에 들어갔는데, 이는 종래 논의되어 온 아이템 현금거래 등의 외적 문제는 제외하고 게임의 내용과 규칙에 대한 내적 기준만을 적용한 것일 뿐더러, 아직도 여러 가지 법적 쟁점이 해결되지 않은 상태여서 논란의 대상이 되고 있다.

온라인게임 등급심사의 법적 쟁점은 온라인게임의 게임물 여부, 온라인게임 사전등급분류의 실효성, 등급불가 및 등급보류제도의 위헌성 등 세 가지로 요약할 수 있다.

먼저 우선 온라인게임을 게임물에 포함시키는 것과 관련해서 음비게임법은 ‘컴퓨터프로그램 등 정보처리 기술이나 기계장치를 이용하여 오락을 할 수 있게 하거나 이에 부수하여 여가선용, 학습 및 운동효과 등을 높일 수 있도록 제작된 영상물 및 기기(제2조 제3호)’를 게임물로 명시하고, 다만 ‘다른 법령에 의하여 규율대상이 되는 것’은 게임물에서 제외한다고 정의하고 있다. 그런데 이는 ‘전기통신회선을 통해 일반인에게 공개를 목적으로 유통되는 정보’에 대해서는 정보통신윤리위원회가 심의하도록 한 전기통신사업법 규정과 배치되므로 중복심의에 대한 여지를 남겨놓고 있다. 따라서 온라인게임을 음비게임법이 정의한 게임물에 따라 영상물등급위원회가 등급을 분류할 것인지, 아니면 전기통신사업법에 따라 정보통신윤리위원회의 규율을 받아야 할지는 여전히 논

란거리인 것이다.

둘째로, 영상물등급위원회의 온라인게임 사전등급분류의 실효성 문제이다. 음비게임법 제20조 제2항은 온라인게임의 등급에 대하여 전체이용가와 18세이용가의 두 등급을 원칙으로 규정하고 있으나 신청자가 원할 경우 12세이용가와 15세이용가로도 신청할 수 있도록 규정하고 있는데, 이는 선정적, 폭력적 온라인게임에 대하여 청소년의 이용을 엄격하게 금지하기 위한 18세이용가 등급제도의 실효성을 크게 약화시킨 것이라고 밖에 볼 수 없는 것이다. 또한 패치파일도 모두 심의받아야 한다는 규정이나 온라인게임 속 PK에 대해 지나치게 엄격한 잣대를 부여한 것 등은 업계의 현실을 전혀 고려하지 않은 처사라는 주장도 많다.

마지막으로 현행 음비게임법은 이용불가와 등급분류보류 판정을 내릴 수 있도록 규정하고 있는데, 이러한 판정에 대해 영화의 경우 이미 헌법재판소에서 국민의 기본권을 침해한다며 위헌판결을 내린 만큼 이 역시 위헌판결을 받을 소지가 있다. 따라서 청소년 보호의 과제를 달성하면서 동시에 인터넷상의 표현의 자유가 위축되지 않도록 좀더 세밀한 대책을 세워야 할 필요가 있다. 자율규제는 이런 측면에서 하나의 대안으로 여겨진다. 일단 진입장벽이 낮은 인터넷의 모든 콘텐츠를 정부나 기관이 자율규제를 고수할 경우 비용이나 시간에서 엄청난 낭비를 감수해야 하지만, 자율규제는 효율성도 높을 뿐 아니라 급변하는 인터넷 기술 환경에 능동적으로 대처할 수 있다는 점에서

조, 제50조 등 별칙규정 참조.

엄청난 산업적 효과도 제고할 수 있을 것이기 때문이다.

우리나라의 인터넷 자율규제시스템은 민관 합동규제형태로 운영되는 것이 바람직하다. 이를 위해서는 현재 정부영역의 정책 및 제도개선뿐 아니라 민간영역의 자율규제 능력의 제고가 필요하다. 이는 단기적으로 정착되는 성격이 아니라 장기적인 비전을 가지고 입법·행정과 같은 정부영역과 사업자영역, 그리고 이용자영역이 원활하게 상호 협조할 수 있어야 성공할 수 있을 것이다. 합동규제시스템 추진을 위해서는 우선 사업자영역에서 사업자 행동강령에 의한 자율규제를 도입하고 등급 및 내용 선별시스템을 구축해야 한다. 또한 이용자영역에서의 인터넷 핫라인을 구축, 수시로 콘텐츠를 감시할 수 있는 틀을 마련하는 한편 이용자에 대한 미디어교육 및 홍보도 병행해야 할 것이다. 물론 이러한 토대는 인터넷사업자의 사회적 책임의식이나 인터넷 이용자의 책임도 수반되어야 가능하다. 정부 역시 사회적 공익 차원에서 적극적으로 자율규제에 개입하면서 자율규제를 위한 사회적 합의를 조정하고 구체적인 정책을 설계해야 할 것이다. 또한 법적보장을 위한 법률개정도 정부가 나서서 추진하고 정책적 지원도 아끼지 말아야 할 것이다.¹⁵⁾

6. 결 어

인터넷게임이 청소년들 사이에서 엄청난 인기를 얻게 되자 최근에는 성인들을 대상으로 제작한 ‘A3’ ‘카르마온라인’ 등 성인용 온라인 게임이 등장하고 있는데 이 게임들의 경우 피를 흘리는 장면이나 신체일부가 절단되는 장면이 사실적으로 묘사되고 있을 뿐 아니라 여주인공 캐릭터의 노출수위도 과격적이라는 평을 듣고 있어 청소년들이 이를 이용할 경우 또 다른 문제의 발생소지를 안고 있는 상황이다.¹⁶⁾

또한 최근에는 도난당한 게임아이템을 되찾기 위하여 한 평범한 청년이 연쇄살인을 저지른다는 줄거리의 영화¹⁷⁾도 만들어졌을 정도로 게임아이템에 관한 사회적 관심은 상당히 깊어지고 있는 현실이다.

이러한 상황에서 많은 청소년들에게 정서적 문화적 영향을 끼치게 되는 온라인게임사업자들의 사회적 책임 또한 신중히 검토되어야 할 문제라고 할 수 있다.¹⁸⁾ 현재 건전한 게임문화를 조성하기 위하여 인터넷게임회사들이 각종의 많은 노력을 하고 있지만,¹⁹⁾ 보다 근본적이고 실효적인 법적 및 현실적 대책이 필요한 상황이다.

15) 황승흠, “온라인게임 사전등급분류의 법적 문제점” 정보법학회 세미나자료 2002.9.14; 전자신문 2002.10.14 “<게임포럼>온라인게임 자율심의-주제발표” 기사 등 참조.

16) 전자신문 2002.10.16자 및 조선일보 2002.10.15자 “성인용 온라인게임 잇따라 등장” 기사 참조.

17) ‘파라다이스 빌라’ 감독:박종원 주연:조한준, 하유미, 이진우

18) 온라인게임사업자의 책임에 대한 상세한 내용에 관하여는 백강진, “온라인게임사업자의 책임” 정보법학회 세미나자료(2002.9.14) 참조.

19) 전자신문 2002.8.6자 “[e엔터테인먼트] 건전한 사이버게임 문화운동’ 확산” 기사 참조.

문화재범죄의 효율적 규제방안에 관한 연구

1. 서 론

문화재는 민족예지의 총합체이며 민족의 문화를 상징하는 전통적 재산으로 근대적 국민국가의 형성에 각국의 자주성 확보와 단결의 상징으로서 큰 역할을 하였다. 문화재는 조상으로부터 물려받은 유산으로 문명과 민족문화의 기본요소가 되며, 어느 나라의 소유에 속하든 인류의 공동유산으로 전 인류에게 보호의무가 부여되고 있다.

문화재범죄는 일반범죄와는 다른 여러 특성을 지니고 있으며, 이 연구는 이러한 문제에 대하여 검토함으로써 국제적 규범과 우리나라의 실정에 맞는 문화재범죄 예방대책을 도출하는 것을 목적으로 한다.

2. 문화재범죄의 의의와 특성

문화재보호법에서는 문화재를 포괄적으로 규정하여 유형문화재, 무형문화재, 기념물, 민속자료로 분류하고 있다. 유형문화재는 건조물·전적·서적·고문서·회화·조각·공예품 등 유형의 문화적 소산으로서 역사상 또는 예술상 가치가 큰 것과 이에 준하는 고고자료이



신 의 기
(연구실장, 법학박사)

다. 무형문화재는 연극·음악·무용·공예기술 등 무형의 문화적 소산으로서 역사상 또는 예술상 가치가 큰 것이 이에 해당한다. 이와 같은 다양한 문화재 가운데 범죄의 대상이 될 수 있는 것은 주로 동산문화재이다.

문화재범죄는 여러 유형으로 나눌 수 있는데 가장 광범위하게 이루어지고 있는 것이 매장문화재의 도굴이다. 도굴범죄가 많은 것은 과거

의 매장풍습이 부장품을 많이 매장하는 방식이었기 때문에 가능한 범죄이며, 범죄가 전문성을 가지고 있기 때문에 적발이 잘 되지 않아 정확한 실태를 알 수는 없다. 도굴사건은 극히 적은 수만이 적발되고 있어 많을 때에는 1년에 10건 적을 때에는 2건 정도가 적발되고 있다.

문화재범죄의 유형 가운데 가장 쉽게 파악되는 것이 문화재의 절도이다. 우리나라에서는 지난 1989년부터 1998년 사이에 지정문화재 47건을 포함 178건이 도난당했다. 문화재 절도는 특히 관리가 어려운 불교문화재와 개인 또는 문중이 소유하고 있는 문화재가 그 대상이 되기 쉽다. 과거에는 탕화 등 불화가 절도의 주대상이었으나 최근에는 석탑이 주대상이 되

고 있다. 이는 불화에 대한 유통이 어려워지면서 상대적으로 처분이 용이한 석탑과 석불로 표적이 옮겨가고 있는 것으로 보인다.

수요 공급의 원칙에 따라 문화재위조도 이루어지고 있다. 위조는 밀매와 밀접하게 관련되어 이루어지고 있는데 그 대표적인 사례가 전문가들까지 가담한 조직적 위조 밀매이다. 도굴 또는 훔친 문화재를 판매하기 위하여 문화재범죄는 필연적으로 문화재 밀거래와 연계될 수 밖에 없다. 밀거래에서 나아가 이를 합법적인 물품처럼 하기 위하여 전문 도굴꾼들은 골동품 가게 등을 차려 도굴 문화재를 밀매하고 있는 경우도 나타나고 있다.

문화재범죄는 개인에 의해서 뿐만 아니라 국가에 의해서도 이루어지고 있다. 국가에 의한 문화재범죄는 약탈과 문화재파괴가 있다. 중세까지 전리품이라는 이름으로 승전국은 패전국의 문화재를 반출해 갔으며, 이러한 행위는 정당한 권리의 행사로 간주되었다. 문화재 약탈이 금지된 이후에도 문화재의 약탈은 계속되었으며, 약탈국가들은 문화재 반환요구에 귀를 기울이지 않고 있다. 문화재범죄는 전문성을 가진 범죄이다. 우선 문화재범죄를 저지르기 위해서는 문화재에 대한 기본적 안목이 필수적으로 요구되기 때문이다. 매장문화재의 도굴이나 사찰이나 서원, 사당 등에 소장하고 있는 문화재의 절도는 풍수지리, 회화, 도자기, 고문서 등 문화재에 대한 전문적인 식견이 있어야 가능한 범죄이다. 문화재위조범들의 경우에도 매우 전문적인 지식을 가지고 있다.

문화재범죄의 원인은 무엇보다도 문화재에 대한 관심과 소장 욕구의 증가로 인한 수요의

증가에 그 원인을 찾을 수 있다. 문화재는 필요에 따라 생산할 수 있는 것이 아닌 비탄력적 성격을 가지는 것이기 때문에 문화재에 대한 관심과 소장욕구의 증가는 문화재의 도굴이나 절취로 이어지게 된다.

문화재범죄가 확산되는 또 하나의 요인은 문화재에 대한 인식변화이다. 문화재를 모두가 합심해서 보존해야 할 문화유산으로 보기보다는 일정한 가치를 지닌 재화로 보는 경우가 늘어나면서 문화재범죄도 늘어나고 있다. 문화재를 고가로 교환가능한 재화로 보는 시각이 광범위하게 유포되면서 문화재범죄자들도 다양화하고 있다.

문화재범죄가 발생하는 주요 요인 중의 하나는 투명한 거래가 이루어지지 않는 유통구조상의 문제에서 찾을 수 있다. 감정을 거치지 않은 문화재가 음성적으로 거래되면서, 문화재범죄가 일어날 수 있는 환경을 제공해 주고 있다. 문화재범죄가 쉽게 일어나는 이유 가운데 문화재에 대한 관리소홀도 상당한 부분을 차지한다. 관리소홀은 발굴문화재의 국가귀속이 잘 이루어지지 않는 경우에서 시작하여 중요 문화재에 대한 관리의 부실로 도난이 쉬운 상태로 방치되는 것 등 여러 가지가 있다.

3. 문화재범죄에 대한 우리나라의 대응실태

우리나라에서 문화재범죄를 막고 범죄자를 처벌하기 위해서 형법에 관련규정을 두고 있다. 또한 문화재의 중요성에 비추어 문화재범죄자에 대한 가중처벌을 위하여 문화재보호법

을 제정하여 형법보다 처벌을 강화하고 있다. 문화재보호법은 무허가 수출 등의 죄(제80조), 손상 또는 은닉 등의 죄(제81조), 도굴 등의 죄(제82조), 집단행동에 대한 가중처벌(제83조), 구역 외 무허가 반출 등의 죄(제89조)에 관한 처벌규정을 두고 있다. 이들 문화재 도난 사범들에 대한 처벌은 일반 형법 범규에 비해 상당히 가중되어 있다.

문화재에 대한 관리는 소유자에 대한 관리를 원칙으로 하면서 해외로의 유출을 엄격히 금지하는 제도를 취하고 있다. 지정문화재는 원칙적으로 국외로 수출하거나 반출할 수 없으며, 비지정문화재 역시 이를 준용하며, 문화재로 오인될 우려가 있는 일반 동산문화재를 국외로 수출할 경우에는 문화재청장의 확인을 받아야 한다.

문화재범죄와 관련되어 몰수된 문화재는 원칙적으로 주인이 있는 경우 주인에게 반환되며 주인이 밝혀지지 않은 경우에는 국가로 귀속된다. 이는 형법상 범죄에 사용된 물건은 몰수하도록 하고 있기 때문이다.

현재 문화재청에서 추진하고 있는 문화재의 도난 방지대책으로는 사찰의 박물관 건립을 지원함으로써 방지되고 있는 문화재를 효율적으로 관리하는 방안을 추진하고 있다. 이는 특히 불교문화재의 경우 사찰 경내 또는 사찰 인근에 산재해 있기 때문에 관리의 어려움이 많다는 점에서 도난방지장치가 되어 있는 건물내에 보관함으로써 보존성도 높이고 도난을 막기 쉽기 때문이다.

또 문화재 사범 단속반을 운영하여 도난문화재의 유통을 막기 위하여 노력하고 있다. 문

화재청 뿐만 아니라 시·군·구별도 별도의 문화재단속반을 운영하고 있다. 경찰청도 문화재 전담수사반을 발족시켜 단속인원을 확충하고 있다. 도난 또는 도굴 문화재의 매매를 차단하기 위하여 도난 문화재자료를 전산입력하여 유통을 차단하는 것도 한 방법이 되고 있다. 이를 위하여 문화재청과 경찰청이 전산작업을 하고 있으며, 문화재범죄의 시효완성을 막기 위하여 시효중단에 대한 법을 개정하여 불법 문화재의 경우 범죄발생시점이 아니라 은닉이나 보관사실을 발견한 때로 하여 사실상 시효가 없어지는 효과를 거두고 있다.

4. 문화재 보호에 관한 국제적 노력

국제적 차원에서 문화재를 보호하기 위해 1954년 전시문화재보호협약이 체결되어 전세기 문화재 보호를 위한 활동을 하고 있다. 이 협약에서는 각국가에 평시에 전시에 대비하여 문화재의 보호를 위한 조치를 취할 것(제3조), 타 체약국들의 영토 내에 위치하고 있는 문화재에 대한 존중과 절도, 약탈, 불법사용 및 문화재 파괴행위의 예방 및 방지 의무, 동산문화재의 징발금지(제4조) 등의 의무를 부과하고 있다. 문화유산 보호를 위해서 유네스코를 비롯한 국제기구에서 많은 노력을 기울이고 있다. 이 가운데 가장 중요한 것은 1970년에 체결된 문화재의 불법반출입 및 소유권 양도의 금지와 예방수단에 관한 협약이다. 이 협약은 자국의 영역내에 존재하는 문화재를 도난, 도굴 및 불법적인 반출의 위협으로부터 보호하는 것은 모든 국가에 부과된 책임이며, 자국의

고유문화 유산과 다른 모든 국가의 문화유산을 존중하여야 한다는 점을 기초로 하여 1970년 11월 14일에 체결되었다.

도난 또는 불법적으로 반출된 문화재반환에 관한 유니드로협약은 1995년 로마에서 채택된 것으로 문화재의 불법적인 거래와 그에 의해서 야기되는 훼손을 막고, 약탈된 문화재는 원소유주에게 반환하고 불법적으로 반출된 문화재는 원산지국으로 반환하기 위하여 채택된 것이다. 문화재보호를 위한 지역적 노력을 하고 있는 지역은 유럽과 미주지역이다. 유럽지역은 기독교전통을 바탕으로 많은 공통점을 지니고 있다. 이러한 전통으로 인하여 다른 지역에 비하여 많은 분야의 협력이 일찍부터 이루어지고 있었다. 그러나 유럽지역 국가들은 대부분 문화재의 수요국이기 때문에 앞서 본 국제조약들에 대하여 소극적인 입장을 보이고 있다. 유럽연합의 중요 원칙의 하나는 역내에서의 상품의 자유로운 유통이지만 문화재에 대한 반출입의 제한은 예외적으로 허용되고 있었다. 그러나 마스트리히트조약의 발효에 따라 1993년부터 회원국간의 국경에서의 세관검사가 철폐되면서 국내법에 의한 규제가 사실상 어려워지고 유럽연합차원에서의 문화재반출에 대한 규율이 행해지고 있다.

미주지역은 잉카문명, 마야문명, 아즈텍문명 등 많은 문명의 유적과 문화재들이 있는 지역으로 이들 지역에서 미국 등 선진국으로의 문화재의 불법유출이 심각한 문제로 대두되고 있다. 이러한 문제의 해결의 위하여 1976년 산살바도르에서 미주국가의 고고학적, 역사적 및 예술적 유산의 보호에 관한 협약을 체결하였

다.

5. 문화재범죄에 대한 대응의 문제점과 대책

문화재범죄는 소장하려는 수요가 있는 한 계속될 것이기 때문에 처벌규정의 강화보다는 범죄로 인한 물품을 소유하지 못하도록 할 필요가 있다. 따라서 매수자의 법적 위험성을 높이기 위해서 도난 문화재에 대하여 민법상 인정되고 있는 선의취득제도의 적용을 배제하는 규정을 문화재보호법에 둘 것인가 검토할 필요가 있다.

문화재의 절취 후 시효기간이 경과하기를 기다려 문화재를 처분하는 경우가 많아 시효를 유명무실하게 하는 데 대한 대응도 문제이다. 이 문제를 해결하기 위하여 시효에 대한 특례조항을 두는 방안이 검토되기도 하였으나 다른 법률과의 형평성 때문에 입법되지는 못하였다.

문화 사범들은 전문적으로 범죄를 저지르기 때문에 여기에 대응한 전담수사반 운용이 필요하다. 문화재범죄의 특성상 한 번의 범죄로 큰 피해가 올 수 있기 때문에 문화재범죄에 대한 전문요원의 양성으로 대비하여야 할 것이다. 현재 문화재에 대한 관리체계는 문화재를 소장하고 있는 개인이나 기관에게 거의 전적으로 의존하고 있어, 화재나 도난의 위험에 쉽게 노출될 수 있어 문화재에 대한 관리체계의 확립이 시급하다. 이를 위해 우선 문화재에 대한 정확한 실태파악과 문화재의 대부분을 차지하고 있는 불교문화재나 문중에서 전해

내려오는 문화재에 대한 보호방법을 강구하여 관리체제를 정비해야 한다.

문화재범죄는 국내적 차원 뿐만 아니라 국제적 차원에서 협력하여 해결해야 할 문제로 등장하고 있다. 문화재의 불법적인 거래가 국제적으로, 조직적으로 이루어지고 있기 때문에 이에 대한 대응도 국제적으로 할 필요가 있는 것이다. 국제적 대응은 다양한 방법으로 나타나고 있다. 국제적 협력을 위한 기초적 단계로 도난문화재 데이터베이스에 대한 국제적 협력을 들 수 있다. 이러한 협력체제의 구축에 따라 중요 문화재범죄가 발생한 경우 국제형사경찰기구를 통한 공조수사가 가능하다.

6. 약탈문화재 문제의 해결

국제법상 약탈문화재를 반환할 것인가의 여부가 논란의 대상이 되고 있다. 외국의 경우 문화재의 반환에 대하여 주로 약탈국의 입장인 영국, 프랑스, 미국 등의 입장과 다른 나라의 입장에 차이가 있는 것으로 나타나고 있다.

문화재 반환은 1815년 비엔나 회의에 의해 약탈문화재는 원소유국으로 반환되어야 한다는 국제적 규범이 확립된 이후 제1차 세계대전 이후 과거까지 소급하여 책임을 지도록 하여 약탈문화재의 반환은 시효가 없는 것이라는 것을 보여주고 있다. 제2차 세계대전 후 많은 식민지지역이 독립하면서 식민지배시절의 약탈문화재에 대한 반환문제가 대두되었으나 반환은 제한적으로 이루어지고 있다. 이에 대해 유네스코가 중심이 되어 식민지배 기간중

반출된 문화재의 반환과 현재 널리 이루어지고 있는 문화재의 불법유통방지라는 두 가지 목적을 위하여 노력하고 있다. 이러한 노력에는 많은 제약이 따르는데 우선 문화재의 반환을 요구하는 신생 독립국들과 문화재의 반환에 소극적 태도를 가지는 구식민지배국가의 이해상충이 가장 큰 문제이다.

문화재의 반환에는 많은 사례가 있다. 앞에서 본 바 있는 나폴레옹의 문화재약탈에 대한 반환을 결정한 1815년 비엔나회의를 비롯하여 제1차 세계대전과 그 전의 전쟁시 약탈한 문화재를 반환할 것을 결정한 제1차 세계대전 강화조약들 및 제2차 세계대전시의 약탈문화재의 반환을 규정한 제2차 세계대전 강화조약 등에서 문화재의 반환을 규정하고 실제로 반환한 사례가 있다.

전쟁종결시 문화재의 반환 외에도 많은 문화재 반환사례가 있다. 국가, 단체 또는 개인이 자발적 또는 요청에 의해 문화재를 반환한 사례들을 통하여 문화재의 출처국으로의 반환이 광범위하게 이루어지고 있음을 볼 수 있다.

해외유출 문화재의 경우 무조건적인 반환이 대체를 이루고 있으나 민간인이 소장하고 있는 경우에는 어려운 문제가 있다. 이 경우 기증이 하나의 대안이 될 수 있을 것이다. 이는 외교적으로 많은 노력이 경주되어야 하지만 실제의 성과가 미미한 무조건적 반환요구보다 현실적인 방안이 될 수 있다.

우리나라에서도 일제에 의한 약탈로 많은 문화재들이 일본으로 약탈되었다. 이들 문화재 가운데 일부는 국교정상화와 함께 반환되기도 하였으나 여전히 절대다수의 약탈문화재가

반환되지 못하고 있다. 일본의 문화재 약탈 외에도 근래 문제되고 있는 것이 병인양요시 프랑스의 우리 문화재 약탈이다.

반환실적을 보면 현재 75,000여점으로 파악되고 있는 해외 문화재 가운데 반환된 것은 4천점에 불과할 정도로 반환의 실적이 적다. 이는 우리 정부가 국제법적 측면에서 조직적 노력을 기울이지 않은 것도 그 원인의 하나가 될 수 있으므로 지금부터라도 문화재 환수를 위한 노력을 기울일 필요가 있다.

우리나라는 1965년 한·일국교정상화 회담시에 과거 식민지배에 따른 법적 문제의 해결을 위해 5개의 조약 및 협정을 체결하였으며, 여기에 문화재반환문제도 포함되어 있으나 반환된 문화재는 많지 않다. 이 협약은 불법반출과 반환, 원상회복 등의 단어를 사용하지 않음으로써 식민지 지배하에서의 불법반출에 대한 원상회복이라는 것을 명시하지 않고 있다는 점에서 상당한 아쉬움이 있다.

프랑스와는 외규장각도서반환협상을 진행하고 있으나 프랑스측의 등가교환 주장 등으로 난항을 겪고 있다. 그러나 국제법에 비추어 병인양요시의 문화재 약탈은 교전중에 이루어진 것으로 국제법상 반환요구의 대상이 될 수 있다. 이들 문화재는 프랑스의 국유로 되어 있기 때문에 사유재산의 침해문제도 없어 반환의사

만 확실히 한다면 반환에 지장이 되는 것은 없는 상황이다.

7. 결 론

금전적 가치가 적은 문화재는 개발과 관련한 파괴가 가장 큰 문제이며, 금전적 가치가 큰 문화재는 범죄의 대상이 되기 쉽다. 경제성장과 함께 문화재의 소장을 원하는 사람들이 늘어나면서 문화재가 범죄의 대상이 되기 쉽다. 문화재범죄로부터 문화재를 지키기 위해서는 다양한 방법들이 있다. 도굴 또는 절취된 동산문화재의 밀거래를 막기 위한 선의취득원칙에 대한 예외규정의 설정을 통해 불법적인 문화재에 대한 수요를 차단하는 것이 필요하다.

문화재범죄에 대한 대책으로는 무엇보다도 인력의 확충과 전문화가 필요하다. 문화재 사범들의 전문화에 발맞추어 단속 인력 역시 전문화할 필요가 있다. 문화재범죄의 특징상 한번의 범죄로 국가적으로 큰 피해가 올 수 있기 때문에 문화재범죄에 대한 전문요원의 양성으로 대비하여야 할 것이다. 인력의 전문화와 함께 관리체계도 정비하여 조직적으로 문화재에 대한 관리가 이루어져야 한다.

사이버테러리즘에 관한 연구

1. 서 론

우리나라의 경우 사이버테러리즘(Cyberterrorism)과 관련하여서는 이미 2001년 1월 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률과 정보통신기반보호법이 공포되어 현재 시행되고 있다는 점에서 일단 사이버테러리즘에 대한 기본적인 법률을 갖추고 있다고 할 수 있다. 그러나 이처럼 사이버테러가 빈발하고 그 피해는 심각하여 현대정보사회의 근간을 위협하는 지경에까지 도달하였다는 데 대한 일정한 공감대가 형성되어 정부차원에서 그 대응책을 마련함에 부심하고 있음에도 불구하고, 정작 ‘사이버테러리즘’의 개념이 무엇이고 그 유형에는 어떠한 것들이 있으며 그 특징들은 어떠한가에 대한 확립된 합의가 이루어지고 있지 않음은 형사정책적 관점에서 문제가 아닐 수 없다. 따라서 본 연구에서는 사이버테러리즘의 개념과 유형과 그 특징들을 파악하고 이에 대한 외국 각국의 대응법규들을 살펴봄으로써 우리나라의 현재의 대응법규들을 검토함으로써 장래 사이버테러리즘에 대응할 수 있는 효과적·체계적인 입법대책을 제시하고자 한다.

위와 같은 목적을 달성하기 위하여 수행된



백 광 훈

(연구원)

본 연구의 내용을 간단히 개괄하자면 다음과 같다.

우선 사이버테러리즘의 개념과 특징을 살펴보기 위하여 사이버테러리즘의 관련개념이라고 할 수 있는 테러리즘 및 사이버범죄에 대한 개념정의가 필요하다. 현실적으로 테러리스트들에 의하여 사이버테러리즘이 행하여질 수 있다는 점 즉, 폭탄, 납치 또는 암살과 같은 일반적인 테러폭력 행위들의 사용에서 비롯되는

결과와 유사한 결과를 얻기 위하여 컴퓨터를 사용하거나 혹은 컴퓨터를 목표로 삼을 수 있다는 점을 고려하여야 하고, 또한 사이버테러리즘이라는 것이 하나의 사이버범죄라는 관점에서 파악될 수 있다는 점에서 테러리즘 및 사이버범죄에 관한 간단한 설명이 필요하기 때문이다. 위와 같이 사이버테러리즘 관련개념들을 파악하면서 사이버테러리즘의 개념과 그 특징들을 살펴보기로 하겠다. 기존의 테러리즘에 대한 수많은 연구와는 달리 아직까지도 사이버테러리즘에 대하여는 뚜렷한 개념정의가 없다는 점에서 본 연구에서는 이를 정리하기로 하며, 전통적 테러리즘과의 비교와 최근의 동향 등에 의하여 사이버테러리즘의 특징이 어디에 있는가를 고찰하기로 하겠다(제2장 사

이버테러리즘의 개념과 특징).

그리고 사이버테러리즘의 유형에 대하여는 종래 부분적 측면에서만 시도되어왔던 설명들을 종합하여 해킹, 바이러스, 웜바이러스, 트로이의 목마 그리고 고출력전자총 등을 상세히 살펴보기로 하겠다. 또한 이러한 정보통신망 침해행위 중에서도 그 대상이 국가나 사회의 주요기간전산망일 경우 입법적으로 보다 가중된 형태의 형벌적 수단을 사용할 수 있게 되며 우리 법제에서도 정보통신기반보호법을 통하여 이를 실현하고 있다는 점에서, 다소 중복되는 감은 없지 않지만 이러한 가중된 형태의 사이버테러를 주요정보통신기반시설에 대한 사이버테러라는 항목으로 구성하여 간단히 설명해보기로 하겠다. 그리고 최근의 현대전에서 주목되는 정보전의 유형도 사이버테러의 유형과 관련시켜 설명해보기로 하겠다(제3장 사이버테러리즘의 유형).

또한 외국 각국의 사이버테러 대응법제를 살펴봄으로써 우리나라의 대응책 수립에 도움을 주고자 한다. 특히 미국, 영국, 독일 및 일본과 같은 선진국들의 대응법제에 대하여는 보다 상세한 접근을 통하여 실질적인 내용을 고찰해보기로 하며 유럽이사회의 사이버범죄 방지조약 초안과 기타 외국 각국의 입법례들도 소개해보기로 하겠다(제4장 외국의 사이버테러리즘 대응법규).

그리고 난 후, 해킹 및 바이러스 등의 정보통신망 침해행위와 주요사회정보기반시설에 대한 사이버테러에 적용될 수 있는 우리나라의 현행법규들을 제시하며 철저한 해석론을 통하여 입법적 공백이나 입법체계적 불균형이

없는지 검토해보기로 하겠다. 특히 2001년 제정된 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한 법률(이하 정보통신망법이라 함)과 정보통신기반보호법(이하 정보기반법이라 함)에 대하여는 상세한 검토가 필요하다고 생각한다. 또한 2001년 11월 입법예고된 테러방지법안도 사이버테러의 관련법률이 된다는 점에서 그 내용을 소개하고 문제점을 검토해보기로 하겠다(제5장 우리나라의 사이버테러리즘 대응법규).

마지막으로 사이버테러를 위시한 사이버범죄에 대한 궁극적 입법대책 등을 제시하며 본 연구의 결론에 갈음하기로 하겠다(제6장 결론).

기술한 연구목적을 달성하고 위와 같은 내용의 연구를 수행하기 위하여 본 연구는 국내외의 단행본과 논문 및 각종 언론보도 등의 문헌들을 참고하여 수행되었다는 점도 아울러 밝혀둔다.

2. 사이버테러리즘의 개념과 특징

시대의 변화는 테러리즘의 개념 및 성격에 대한 획일적 개념규정을 어렵게 하고 있다. 이제는 테러리즘의 목표 자체도 정치적 목표뿐만 아니라 민족성이나 문화적 차이에서 비롯되는 경우가 많으며 과학기술의 발달과 새로운 테크놀러지의 등장에 따라 일정한 기술적 수단을 이용함으로써 폭력행사 없이도 국가나 사회에 공포심이나 불안감을 조성할 수 있는 여지가 있음을 직시해야 할 것이다. 오늘날 테러리즘의 개념에 있어서 무조건적으로 ‘폭력성’을 요구하는 것은 적절하지 못하다고 생각되며, 오히려 테러리즘이란 테러행위로 인한 결과가

‘어느 사회나 국가에 공포심이나 불안감을 조성하게 한다는 점’에서 그 핵심을 파악해야 할 것으로 생각된다. 이러한 점에서 현재 국가정보원에 의하여 입법이 추진되어 2001년 11월 27일 국무회의에서 의결된 ‘테러방지법안’상 테러의 개념규정은 다소 협소한 감이 없지 않다.

우리 사회의 사이버테러라는 용어에 대한 남용현상을 고려해볼 때 사이버테러리즘이 무엇인가를 확정하는 문제는 매우 중요하다. 이와 관련하여 사이버테러가 개인이나 기업에 대한 모든 공격적 행위를 포섭한다고 이해하는 광의의 개념설정은 재고되어야 한다. 이는 우선 ① 테러리즘의 중요한 요소인 국가나 사회에 대한 공포심 내지 불안감의 조성의 없음에도 불구하고 사이버공간을 이용하여 행하여졌다는 이유만으로 사이버‘테러리즘’이라고 인정하는 것은 불합리하다는 점, ② 사이버테러가 침해 내지 위협하는 법익은 국가 내지 사회기반시설의 안정성 또는 현대정보사회의 근본구조인 정보망 자체의 안전성인 데 비하여 다른 사이버범죄들이 위협하는 법익들은 개인의 재산권이나 사회의 건전한 성풍속 및 청소년의 건전한 성적 발달, 개인의 의사결정의 자유 내지 온전함이라는 점에서 보호법익의 차이가 있다는 점, ③ 단순한 해킹이나 바이러스 전달에서 그치는 사이버범죄와 그러한 사이버범죄가 사회적·국가적으로 불안감을 유발시키는 단계로 발전된 사이버테러리즘은 명백하게 구별되어야 한다는 점, 그리고 ④ 방법론적으로도 사이버테러리즘이라는 대응대상을 정확히 선정하여 이에 대한 형사정책적 대응방안을 고찰하는 것이 효과적이라는 점 등을 고

려해야 하기 때문이다.

위와 같은 점들과 국제사회의 사이버테러에 대한 개념규정과 우리나라의 현행법제를 종합하여 생각건대, 사이버테러리즘 내지 사이버테러의 개념은 대체로 “해킹·바이러스유포·웜·바이러스유포·논리폭탄전송·대량정보전송 및 서비스거부공격·고출력전자총 등을 통신망에서 사용하는 ‘컴퓨터 시스템 운영방해행위’ 내지 ‘정보통신망 침해행위’ 또는 ‘전자적 침해행위’에 의하여 국가적·사회적으로 공포심 내지 불안감을 조성하는 행위”라는 것이라고 정의할 수 있다고 본다. 즉, “컴퓨터시스템 운영방해행위 내지 정보통신망위협·침해행위와 테러리즘(terrorism)의 결합”이야말로 사이버테러의 개념요소라고 할 수 있다. 이러한 개념을 채택한다고 하여 1명 혹은 소수의 개인의 컴퓨터 시스템에 대한 사이버공간상의 공격이 사이버테러의 범위에서 반드시 제외된다고는 보지 않는다. 만약 그것이 결과적으로 ‘한 사회나 국가에 공포심 내지 불안감을 조성할 수 있는 정도’에 도달한다면 사이버테러리즘이라고 부를 수 있기 때문이다. 반대로 다수의 피해자의 전산망에 대하여 사이버공격을 하였다 하더라도 그 결과로서 테러의 결과라고 볼 수 있는 피해가 발생하지 않았다면 이러한 공격행위를 사이버테러리즘이라고 보기는 어렵다고 생각한다.

사이버테러리즘의 특징에 대하여 생각해본다면, 전통적인 테러리즘의 가장 큰 특징은 정치적 목적성과 폭력성이었다면 사이버테러리즘의 특징은 뉴테러리즘(New Terrorism)이 가지는 특징들과 마찬가지로 기존의 테러리즘

과는 다소 다른 ‘탈 테러리즘적 특성’이라고 요약될 수 있다. 즉 사이버테러리즘은 종래의 테러리즘과 비교할 때 보다 더 손쉽게, 보다 더 은밀하게, 보다 더 싸게, 보다 더 자주, 보다 더 비폭력적으로, 보다 더 죄의식없이, 보다 더 많은 사람이 범하고 있다고 할 수 있다. 전통적 테러리즘의 연장선에서만 사이버테러리즘을 파악해서는 그 개념과악 내지 대비책 마련이 불가능하다는 점에서 사이버테러리즘을 특별하게 다루어야 하는 이유를 발견할 수 있는 것이다.

즉, 전통적 테러의 경우 이를 준비하고 실행하는 데 막대한 경제적 비용이 소요되는 데 비하여 정보전과 같은 사이버테러의 경우 인적·경제적 비용은 훨씬 덜 소요될 수 있다(저비용성). 또한 전통적 테러리즘과 사이버테러리즘을 비교할 때 전통적 테러행위의 예로 제시되는 암살, 항공기납치, 인질극 등과 같은 행위는 테러리스트 자신들도 자신의 목숨을 걸어야 한다는 점이나 테러행위에는 일정한 메시지가 담겨져 있어 그 추구하는 목표가 공언되는 것이 보통인데 비하여, 사이버테러리즘의 경우 사이버테러리스트 자신의 희생이 거의 없을 수 있고 또한 특정한 정치적·경제적 목적없이 맹목적으로 타인의 사이트 등을 공격하는 경우나 장난삼아 감행되는 경우가 많아 전통적 테러와는 다른 특징을 보여주고 있다(비정치성, 맹목성). 또한 전통적 테러리즘은 최근 미국의 세계무역센터나 국방부 건물에 대한 테러에서 보여지듯이 유형적인 폭력행위가 수반되는 데 비하여 사이버테러리즘에는 가상공간상에서의 무형적 폭력행위가 사용된

다는 점도 중대한 차이라고 볼 수 있다(비폭력성, 무형성). 그리고 사이버테러가 보통의 테러행위보다 빈발할 수 있는 것은 인터넷이 가지고 있는 시스템의 취약성(Vulnerability of systems)에 기반한다. 실제로 인터넷 보안망은 라우터라는 일종의 중계기로 연결되어 있기 때문에, 그것만 교란시키면 쉽게 인터넷 망이 마비 될 수 있다(인터넷 시스템의 취약성으로 인한 필연성). 한편, 컴퓨터 보안상에 취약점이 있다는 것은 위에서 본 바와 같은 인터넷 시스템상 취약성뿐만 아니라 인적 원인(human factor)도 약점을 제공하기도 한다. 사실 컴퓨터시스템을 해킹하는 많은 사례들이 알아내기 쉬운 패스워드의 구성에서 기인하고 있다. 또한 시스템의 중요한 운영요소인 인간의 취약점을 이용하여 타인의 시스템에 침입하기 위하여 대인 공작(human engineering) 내지 사회적 공작(social engineering)을 하는 경우도 있을 수 있다(피해자의 부주의에 의한 자초성). 또한, 1991년 걸프전 개전시 미 해군이 전자공격무기의 일종인 전자기탄두를 장착한 미사일을 사용하여 이라크 남부 국경에 있는 방공망을 마비시킨 바 있듯이 사이버테러는 전통적 테러 내지 전쟁의 예비행위로 수행될 가능성도 배제할 수 없다. 일단 사이버테러행위는 위에서 살펴본 바와 같이 전통적 전투행위보다 은밀하고 쉽게 수행될 수 있기 때문이다. 또한 미국이나 영국과 같은 초강대국들을 상대하면서 화력에 의한 전면전에 의하여 승산이 없다고 생각하는 국가의 경우도 사이버테러리즘을 동원할 가능성이 있을 수 있다(전쟁 내지 전통적 테러리즘의 예비단계로서

의 가능성). 그리고, 전통적 테러리즘이 주로 이슬람원리주의자들이나 테러집단에 의하여 행해진다면 사이버테러리즘은 반대로 강대국에 의하여 이용될 여지가 있다. 물론 확증은 없지만 하나의 가설로서 전세계적으로 독점적 지위를 가지고 보급되어 있는 Microsoft Windows나 Netscape Navigator와 같은 프로그램에 스파이웨어나 트로이의 목마와 같은 프로그램이 잠복되어 있다면 그 결과는 자명하다(경제적 독점자에 의한 이용가능성).

3. 사이버테러리즘의 유형

여기서는 技術的으로 어떤 침해방법을 사용하는가에 따라 사이버테러리즘의 유형을 분류해보기로 하겠다. 따라서 우선 해킹, 바이러스, 웜바이러스, 트로이목마, 고출력전자총 및 나노머신·마이크로브즈·쿠키·스파이웨어·카니보어 등으로 나누어 사이버테러의 유형을 살펴보기로 한다. 그리고 가장 주목되는 사이버테러리즘의 유형이라고 할 수 있는 해킹에 대하여는 그 세부유형을 분류하여 전자우편폭탄과 서비스거부공격, 백도어와 백오리피스, 스푸핑, 패킷 스니퍼링, 시스템의 버그를 이용한 공격, 패스워드 짐작에 의한 공격, 무료메일계정사이트 등을 통한 패스워드 습득 그리고 주위정보 등을 이용하는 사회공학적인 해킹으로 나누어 설명해보기로 하겠다. 또한 이러한 정보통신망 침해행위 중에서도 그 대상이 국가나 사회의 주요기간전산망일 경우 보다 가중된 형태의 형벌적 수단을 사용할 수 있게 되며 우리 법제에서도 정보통신기반법을 통하

여 이를 실현하고 있다. 따라서 행위유형상 다소 중복되는 감은 없지 않지만 이러한 가중된 형태의 사이버테러를 ‘주요정보통신기반시설에 대한 사이버테러’라는 항목으로 구성하여 설명해보기로 하겠다. 그리고 현대에는 위와 같은 정보통신망 침해행위에 의하여 전쟁의 양상까지 떠는 정보전 개념이 제시되고 있다는 점에서 이 또한 사이버테러리즘의 한 유형으로 보기로 하여 여기에서 설명하기로 하겠다.

4. 외국의 사이버테러리즘 대응법규

정보통신기반시설에 대한 전자적 침해행위의 위험성이 뚜렷하게 증가됨에 따라 외국 각국은 범정부 차원의 정책과 정보보호기술의 연구개발을 통하여 그 대책을 마련하고 있는데, 미국·일본 등 선진국은 자국의 국가 정보통신 기반구조를 구축하는 과정에서 최근 급증하고 있는 해킹·컴퓨터 바이러스 등의 사이버테러로부터 정보 및 정보통신 기반을 안전하게 보호하기 위한 정책과 정보보안 기술의 개발을 범정부 차원에서 추진하고 있다.

미국의 경우 지난 98년 5월 사이버테러와의 전쟁을 선포하면서 급증하는 사이버테러로부터 자국내 정보통신 기반구조를 보호하기 위해 범정부 차원에서 대응체계를 마련하고 시행해 나가고 있다. 미국은 지난 99년부터 오는 2004년까지 사이버테러 대응에 필요한 정보보안 기술개발을 위해 총 40억달러를 투자키로 하고 계획을 전개하고 있다. 99년에는 국가 주요 기반시설에 대한 사이버테러에 대응하기 위해 15억달러를 투자한 바 있고 국방부는 첨단 해킹방

지 기술 개발을 추진하면서 정보시스템이 공격자로부터 침해를 입더라도 시스템의 가용성을 보장할 수 있는 기술과 최소한의 필수시스템을 가동할 수 있는 기술개발에 주력하고 있다.

또한 영국은 지난해 3월 국가 기간시설에 대한 안전·보장대책을 효율적으로 마련하기 위해 정부 내 'MI-5'가 주관하는 '국가기반시설 보안조정기구'를 설립했고, 독일은 컴퓨터 긴급대응팀인 'DFN-CERT(Digital Freedom Network-CERT)'를 운영하고 있다. 유럽연합(EU) 집행위원회도 사이버공간에서 보안조치 강화 및 첨단 기술개발 등을 골자로 한 대책안을 마련하는 등 사이버테러에 대한 대책 강구를 서두르고 있다.

일본의 경우 관방성 주도하에 사이버테러 대책을 수립, 시행 중이다. 지난 97년 8월에는 '대규모 공장설비 네트워크 보안대책 위원회'를 구성해 네트워크 보호기술 및 운용체계 표준화를 추진하고 99년 9월에는 관방성·경찰청·금융감독청 등 13개기관 국장급으로 정보보안 관계부처회의체인 '정보보안 관련부처 국장 회의'를 구성, 운영하고 있다. 이에 따라 통산성은 보안대책 관련예산을 지난 99년 6억엔에서 지난해 19억엔으로 늘렸고 우정성은 지난 해 2월 부정액세스방지법을 시행했다. 방위청의 경우 미래 전에 대비해 사이버전 부대 창설 등 방위력 증강에 본격적으로 착수하는 등 범정부 차원에서 사이버테러 방지대책을 마련하고 있다.

또한 최근 2001년 6월 유럽이사회(Council of Europe)가 마련한 사이버범죄방지조약 초안이 유럽의회 제50차 형사문제위원회에서 최종 승인됨에 따라 2001년 11월 유럽이사회

채택을 거쳐 2002년부터 발효될 예정에 있다.

이 장에서는 미국, 영국, 독일 그리고 일본의 사이버테러 대응법제를 차례로 살펴보기로 하겠다. 다만, 사이버테러리즘에 대한 입법도 일반적인 컴퓨터범죄 및 사이버범죄에 대한 입법과 더불어 진행되었다는 점에서 여기서는 사이버범죄 일반에 대한 대응법제들을 폭넓게 살펴 보도록 하겠다. 더불어 유럽의회의 사이버범죄 방지조약을 소개하며 다른 국가의 입법례도 참고할 만한 것이 있으면 소개해보기로 하겠다.

5. 우리나라 사이버테러리즘 대응법규

이 장에서는 해킹 및 바이러스 유포와 같은 정보통신망 침해행위에 대한 처벌법규와 주요 정보통신기반시설에 대한 전자적 침해행위에 대한 처벌법규의 영역으로 구분하여 그 국내 대응법규들을 해석하고 입법적 관점을 제시하기로 하겠다. 특히 주요 정보통신기반시설에 대한 전자적 침해행위에 관하여는 이에 대응하여 2001년 1월 '정보통신기반보호법'이 신설 되었으므로 이를 상세히 검토해보기로 하겠다. 그리고 최근 2001년 11월에 입법 예고된 '테러 방지법안'의 내용도 간단히 검토해야 할 필요가 있다고 생각된다. 위 법안에서 사이버테러에 대하여는 규정되어 있지 않지만 사이버테러라는 것도 신종 테러리즘의 일종이라는 점에서 관련법규로 볼 수 있기 때문이다.

위와 같은 국내의 사이버테러리즘 대응법규들에 대한 자세한 해석을 통하여 문제되는 입법론적 문제점들을 요약하여 정리해보자면 다음과 같다.

① 해킹범죄 자체에 대한 정보통신망법 제 48조 제1항의 구성요건은 ‘누구든지 정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 초과하여 정보통신망에 침입하여서는 아니된다’고 규정하고 있는데, 이러한 해킹범죄 규정방식은 급속하게 발전하는 해킹기술에는 한계를 드러낼 수밖에 없다는 문제점이 있다. 즉, 보호조치에 대한 침해나 훼손행위가 수반되지 않거나 정보통신망의 외부에서 내부로의 침입행위가 수반되지 않은 부정접근으로 인한 타인 정보침해행위가 행해질 수 있다는 점이 고려되어야 할 것이다. 구체적으로는 단순해킹의 입법방식은 ‘타인의 정보통신망에 부정하게 접근 내지 침입하거나 정보통신망에 설치된 보호조치를 무력화시키는 행위’라고 규정하는 것이 타당하다고 본다.

② 해킹에 의한 무단침입 및 비밀침해행위에 대한 형사처벌상의 공백은 일단 없다고 할 수 있지만, 오히려 해킹에 의하여 침해한 비밀의 종류에 따라 지나치게 처벌조항이 산재되어 있다는 것이 문제점이라고 지적할 수 있다. 또한 형법상 비밀침해죄의 법정형이 3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금(형법 제316조)인데 비하여 정보통신망법상 정보통신망 비밀침해죄의 법정형이 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금(정보통신망법 제62조 제6호 및 제49조)으로 가중처벌되도록 규정되고 있다. 양죄간에 불법이나 책임의 경중에 있어서 차이가 있는지 의문이 든다. 그리고 비밀이 아닌 통신내용을 감청하는 행위에 적용되는 통신비밀보호법이 비밀일 경우의 적용법규인 정보통신망법보다 중한 법정형을 채

택하고 있는 것도 문제가 있다. 결국 해킹에 의한 비밀침해행위를 처벌하는 법규는 되도록 정보통신망법으로 단일하게 규율하고 통신비밀보호법위반죄의 형량을 재조정하는 개정이 요구된다 할 것이다.

③ 해킹에 의한 자료삭제 행위에 대하여도 역시 동일한 유형의 행위에 대하여 처벌규정이 도처에 산재하고 있다는 점이 문제다. 형법상의 전자기록손괴나 공용전자기록무효죄 그리고 공공기관개인정보보호법상 공공기관개인정보말소죄는 필요한 입법이라 인정한다 하여도, 물류정보·신용정보·무역정보에 대한 훼손이나 삭제행위를 처벌하는 규정을 해당법률마다 두고 있는 것은 불필요하다고 본다. 정보통신망이용촉진법상 정보통신망상 정보훼손죄(제28조)를 두고 있는 이상 보호법익에 있어서 특별한 차이가 발견되지 않는 물류정보·신용정보·무역정보 훼손행위에 대한 처벌규정을 별도로 둘 필요는 없다. 또한 신용정보훼손죄는 다른 법률에 비하여 법정형이 경한데(신용정보의이용및보호에관한법률 제32조 제11호 : 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금), 신용정보라 하여 그 훼손행위의 불법이 가볍다고 단정할 수는 없다. 그리고 정보통신망법 제28조 등에서 정보훼손행위와 비밀침해행위가 하나의 조문에 함께 규정되어 있는 것도 입법체계상 문제로 지적될 수 있다. 또한 형법상 전자기록손괴죄(형법 제366조)의 법정형보다 정보통신망법상 정보통신망 정보훼손죄(제49조)의 그것이 가중되어 있다는 점도 입법상 재고를 요하는 부분이다.

④ 해킹에 의한 자료변경행위의 경우에도

공공기관개인정보변경죄와 공공기관개인정보 말소죄는 동일한 법조문(공공기관개인정보보호법 제23조 제1항)에서 동일한 법정형으로 규정되어 있는데, 양죄의 보호법익이 다르다는 점을 고려한다면 이러한 입법방식은 부적절하다고 보여진다. 그리고 신용정보변경죄(신용정보보호법 제32조 제11호)에서도 신용정보변경죄와 신용정보삭제등죄 뿐만 아니라 신용정보 무단침해죄·복제등죄와 같이 해킹에 의한 무단침입 및 비밀침해행위까지 같이 규정되어 있는데 이 역시 입법체계상 문제점으로 지적될 수 있다. 분리하여 규정하는 것이 바람직하다고 생각한다.

⑤ 해킹에 의한 업무방해 및 바이러스프로그램 전달·유포행위와 관련하여서는 형법상 컴퓨터업무방해죄(제314조 제2항)의 미수범을 신설하지 않고 별도의 특별법에서 악성프로그램 전달·유포죄 즉 바이러스 전달·유포행위의 처벌을 위한 구성요건 신설(정보통신망법 제62조 제5호 및 제48조 제2항 및 제3항)이 과연 입법체계적인 정당성이 있는가에 대하여는 의문이다. 그리고 바이러스프로그램을 유포하여 타인의 업무를 방해한다는 등의 목적을 가지고 바이러스를 제작하는 행위 자체가 처벌되어야 할 것인가의 문제에 대하여 긍정적인 견해가 있으며 나아가 과실행위까지도 가벌성을 인정해야 한다는 견해도 있으나, 이러한 처벌의 확장문제는 신중한 검토가 필요하다고 본다.

⑥ 정보통신기반법 제12조의 주요정보통신기반시설침해죄에 관하여, 우선 동조 제1호는 주요정보통신시설에 ‘저장된 데이터’를 조작하는 등의 행위를 처벌하고 있는데 ‘저장된 데이

터’로 규정되어 있다는 점에서 일정한 기록성을 요한다고 보아야 하므로 전송중인 데이터를 파괴·은닉·유출하는 행위는 본죄에 해당한다고 보기 어렵다는 처벌상 공백이 발생한다. 또한 위 제1호의 행위유형안에는 해킹, 월권적 자료조작, 자료파괴·은닉, 자료유출행위가 모두 포섭되어 있는데 이는 주요정보통신기반시설의 업무의 원활성 뿐만 아니라 당해 데이터 내용 자체의 비공개성까지도 함께 규정함으로써 성격이 다른 범죄유형을 한데 규정한 것이라는 입법 체계적 문제점이 있다. 다음, 동조 제2호에서는 바이러스, 논리폭탄·메일폭탄 등의 악성프로그램을 투입하는 행위만 하면 기수가 된다고 규정하고 있는 데 비하여, 제3호에서는 서비스거부공격이나 고출력 전자총 등을 사용하여 정보처리에 오류를 발생하게 하는 일정한 결과 내지 현실적 위험발생이 있어야 기수가 되는 방식의 구성요건을 취하고 있는데, 위와 같은 불균형이 존재할 근거가 없다는 점에서 동조 제3호의 규정은 제2호에 흡수시켜 통합시키는 것이 간명한 입법방식이라고 여겨진다.

⑦ 정보통신기반법 제29조의 업무상 비밀누설죄의 법정형으로 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5,000만원 이하의 벌금이 규정되어 있는 바, 이는 형법상 공무상 비밀누설죄(제127조)의 법정형인 2년 이하의 징역이나 금고 또는 5년 이하의 자격정지를 상회하는 형량이라는 점에서 지나치게 형량이 중하다고 생각된다. 형벌법규는 과잉금지의 원칙 내지 죄형균형의 원칙을 지켜야만 그 정당성이 담보된다는 점에서 법정형을 낮추는 방향

의 법률개정이 필요하다고 생각된다.

⑧ 마지막으로 테러방지법안에 있어서는 다른 입법론적 문제점은 차치하더라도 동 법안에서 테러의 개념규정(동법안 제2조 제1호)을 둔 이상 사이버테러리즘의 유형도 포섭되어야 할 것이다.

6. 결 론

본 연구의 결론으로서 사이버테러를 비롯한 사이버범죄에 대한 입법적 측면 이외의 대응방안과 입법적 대응방안으로 2분하여 제시하기로 하겠다.

입법 이외의 대응방안으로서는 ① “정보통신기반보호법의 성실한 이행”, ② “정보윤리교육 및 정보보안교육”, 그리고 ③ “대 사이버테러 대응기술의 마련 및 집행”이 요구된다.

입법적 대응방안으로 위 제5장에서 제시한 사이버테러에 대한 우리 법규의 입법적 문제점 이외에도 사이버테러리즘을 위시한 사이버범죄의 근본적·법률적 대책으로 제시하고자 하는 것은 다음과 같다 :

“① 우선 입법적 대책의 전제조건으로서 첨단과학기술의 발달로 인한 새로운 테크놀로지 및 수법에 대한 범죄학적 연구가 필요하다. 예를 들어, 현행형법 및 특별법의 비밀침해행위 처벌법규가 타인의 비밀에로의 침입행위를 전제하는 데 비하여, 현실적으로는 컴퓨터통신망이나 타인의 데이터베이스에 대하여 권한을 가지고 있지 않은 채로 접근하는 행위가 일어나고 있다는 점에서 잘 나타나듯이 소위 해킹행위의 유형들은 어느 시점에 현존하는 형법적

구성요건보다 더욱 넓은 스펙트럼을 가지고 있을 수 있는데, 이러한 현상은 바로 발전된 테크놀로지의 반영이다. 따라서 정보보호기술에 대한 연구와 이에 대응하는 입법분야에 대한 연구가 상호 협력하에 병행되어야 할 것이다.

② 형법상 형사미성년자의 연령기준을 만14세로 규정하고 있으므로 형사미성년자에 대한 소년법상 보호처분의 내용이 보다 강화되어야 하는가의 점도 검토되어야 할 것이다. 이 점은 14세 이상 20세 미만의 범죄소년이라고 하여 예외가 아니다. 즉 보호처분의 내용으로서 인터넷접속금지처분과 사이버윤리교육이 실효성 있는 전환적 대안인가가 검토되어야 한다.

③ 형법론적 관점에서도 개정형법은 보호관찰·사회봉사명령·수감명령을 도입하고 있는데 사이버범죄자들에 대하여 이를 적극 강화하여 적용하는 법운용이 필요하다. 인터넷에의 접속금지나 일정 프로그램의 제작 내지 이용을 금지하거나 제한하는 보호관찰 프로그램이 개발되어야 할 것이다. 전통적인 형벌보다는 이러한 비형벌적 조치가 더욱 효과적일 것이라고 생각한다.

④ 효과적인 범죄예방의 관점에서 정보통신망이용자의 전산망 침해행위에 대한 처벌 일변도의 입법정책뿐만 아니라 정보통신망 보호조치를 성실하게 이행하지 않아 침해사고가 발생하도록 방치한 정보통신망 제공자에 대한 형사적 제재조치가 필요한가에 대하여도 심도 깊은 논의가 필요하다. 특히 사이버범죄를 직접 행한 인터넷이용자를 현실적으로 검거하기 어렵다는 점을 고려할 때 온라인사업자 또는 정보통신서비스제공자 내지 인터넷서비스제공

자(OSP, ISP)의 형사책임의 문제는 앞으로 활발하게 제기될 문제로 여겨진다.

⑤ 외국인 해커의 경우에도 형법상 보호주의 규정(제6조)에 의하여 법리적으로는 우리 형법 법규가 적용될 수 있지만, 사실상 외국인 해커를 처벌하기 위하여는 그 신병을 인도받아야 한다는 점에서 국제적인 대책이 요구된다. 범죄인 인도의 문제를 해결할 수 있는 국제적 대책은 크게 첫째, ‘형사사범공조조약’을 체결하여 수사상의 협력체제를 강화하고 범죄인인도조약을 체결하여 공식적으로 양국간의 범죄인인도를 받는 방안, 둘째, 범죄인인도조약 내지 국제형사사범공조조약이 체결되지 않았다 하더라도 검찰이나 인터폴을 매개로 한 양국의 경찰간의 협력을 통하여 ‘사실상의 인도’를 받는 방법, 그리고 셋째, 사이버테러를 위시한 사이버범죄를 ‘국제범죄’(International crime)로 지정하여 이를 자국의 형법으로 처벌할 수 있게끔 규정함으로써 사이버테러에 관해서는 세계주의의 원칙을 받아들이는 방안을 생각할 수 있다.

⑥ 형법의 전통적인 실행의 착수, 공동정범의 공동가공의 의사와 공동의 실행행위, 재물개념 및 재산개념이나 사기의 개념 등과 같은 전통적 형법상 개념들이 인터넷환경이 등장함에 따라 확장·변화해야 하는가도 짚고 넘어가야 할 문제이다. 물론 전통적 형법개념에서 설명하기 어려운 사회적 현상을 새로운 패러다임(paradigm)이 필요한 법률환경으로 인정해야 하는가는 학계와 실무계의 신중한 검토가 요구된다고 본다.

⑦ 사이버범죄에 대응하는 근본적·입법정책적인 측면에 대하여 그 원칙을 세움에 있어

서는 신중을 기해야 한다. 정보통신범죄의 태양과 수법은 관련 컴퓨터 테크놀로지의 발달과 맞물려 계속 새로운 모습으로 나타나고 있기 때문에, 기존의 형법만으로는 대응이 어렵기 때문에 계속되는 입법작업이 요구된다는 점은 이미 기술한 바와 같기 때문에, 기존 형법에 대한 보충적 입법의 원칙을 취할 것인지 아니면 새로운 정보통신법제를 취하여 독자적인 법체계를 형성할 것인지는 근본적으로 중요한 문제이다. 형법의 보충성 내지 겸역성이라는 점을 고려한다면 현재와 같은 과도기적 시점에서는 성급하게 앞서나가는 정보통신형법의 입법은 자제해야 할 것이며, 기존의 형법에 대한 신중한 해석을 통하여 시급하게 보충되어야 할 처벌상의 공백이 있을 경우 이를 메꾸어 나가는 보충적 입법정책이 타당하지 않을까 생각된다.

⑧ 신중 사이버범죄를 규정하는 세부적 입법기술적 측면에 대하여도 조심스러운 논의가 필요하다. 현재 발생되거나 장래 발생할 것이 틀림없는 사이버범죄의 구체적 행위유형을 특정하여 구성요건화시킬 것인가 아니면 날이 갈수록 급변하는 사이버범죄의 특성을 고려하여 추상적이고 개방적인 행위유형으로 포괄하여 구성요건화시킬 것인가는 상호 긴장관계에 있을 수 있는 입법기술이다. 생각건대, 외국과의 비교법적 고찰을 통하여 우리나라에서도 각 관련된 단행법에서 일반인이 무엇이 구체적으로 위법한 행위이고 무엇이 형사처벌의 대상행위가 아닌지를 명확히 알 수 있고 법집행과정에서도 의문의 여지가 없도록 상세히 규정해두는 것이 필요하다고 생각한다.”

독일 의사의 설명의무

플로리안 슈빌 Florian Schwill

신 동 일(역)

이 글은 독일 판례에서 형성되어 발전된 의사의 설명의무에 관하여 개략적으로 설명한다. 환자의 자기결정권에 관한 어떤 이해가 의사의 설명의무를 형성하였는지에 관하여는 헌법과 법윤리적 관점이 동시에 고려되어야 한다. 먼저 설명의무의 법해석론적인 체계와 중요성에 관하여 설명하고 그 이후에 판례에서 형성된 설명의무의 역사적 발전에 관하여 검토한 후, 마지막으로 구체적인 의사의 설명의무의 대상과 범위에 관하여 설명하도록 한다.

1. 의사의 설명의무의 법해석론적 체계

의사의 설명의무가 침해되었다는 비난은 우선 치료실패의 경우에 국한되어야 한다. 의사의 침습행위는 의학적으로 적절한 조치가 아

니라는 판단이 인정되면 치료실패로 간주될 수 있다.¹⁾ 의사의 주의의무침해는 진단, 처방, 치료, 그리고 예후관리,²⁾ 그리고 물론 전체 치료의 과정에서 인정될 수 있다. 그에 반하여 의사의 설명의무 침해(Verletzung)는 환자에게 예정하고 있는 치료에 대하여 잘못된 정보를 알려 주어 그가 치료행위에 대해서 반대 또는 찬성에 관한 스스로의 결정을 내리지 못하게 하였다는 사실과 관련된다.³⁾

이 구분이 중요한 이유는 바로 민법상 환자는 의료과실소송에서 소송을 제기하기 위하여 치료실패 자체를 입증해야 하는 반면에, 의사는 설명의무침해와 관련하여 환자가 정상적으로 설명을 들었다는 점을 입증해야 한다.⁴⁾ 후자는 민법 제823조 제1문에 따라 모든 의사의 설명의무를 상해죄의 구성요건해당행위로 파악하여 환자의 승낙이 있어야만 정당화시켜주

* 니더작센주 변호사, 법학박사

** 한국형사정책연구원 전문연구원, 법학박사

1) Hager, in: BGB-Staudinger, 13. Aufl. 1999, 823, Rn. I 18; Mertens, in: BGB-MKo, 3. Aufl. 1997, 823, Rn. 367; Bürgemeier, Deliktsrecht, 1986, Rn. 638 이하; Giesen, Jura 1981, 10 (14); Schmid, NJW 1986, 2339 (2340); Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 2. Aufl. 1998, Rn. 38.

2) Mertens (주 1), Rn. 371 이하; Ulsenheimer (주 1), Rn. 41

3) BGHZ 29, 176 (181); 106, 391 (396); BGH, NJW 1994, 3009 (3010); 1995, 2410 (2411); Hager (주 1), Rn. I 76; Mertens (주 1), Rn. 419; Giesen, Arzt Haftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rn. 225.

4) Glatz, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, 1998, 227; Herrmann, MedR 1988, 1 (3).

는 관점을 가지고 있는 판례의 입장이다.⁵⁾ 실제로 승낙은 의사의 설명의무를 통해서 얻을 수 있는 치료행위의 의미와 범위에 대해서 알고 있는 사람만이 할 수 있다.⁶⁾ 그러므로 설명의무는 승낙의 전제이며 이로서 의사가 일관적인 입증원칙에 따라서 이미 설명이 존재했다는 사실을 입증해야 법적으로 정당화된다.⁷⁾ 증거법상 설명의무홀결을 인정하는 것이 훨씬 수월하다는 장점 때문에 최근 소송에서 설명의무를 근거로 결정되는 경향이 급격히 증가하였다.⁸⁾

불충분한 설명 때문에 의사의 치료행위에 대하여 환자가 승낙을 해주지 않았다면, 의사는 민법상 원칙적으로 모든 손해결과에 책임을 지며 형법에서도 과실치상이나 과실치사의 책임을 부담한다.

2. 판례에서 형성된 의사의 설명의무의 역사

의사의 설명의무는 일반적으로 개별 법률로 규율되는 것은 아니다. 이 보다는 독일 헌법 제1조 제1문(인간의 존엄 규정)과 제2조 제1

문, 제2문(인경성의 발현, 신체적 완전성을 유지할 권리)에 따른 헌법적 근거를 존중하는 판례에 의해서 발전되어 왔다.

이미 1894년 5월 31일 제국법원의 판결은 환자의 의지에 반하여 치료행위를 감행한 의사의 수술행위에 대하여 상해죄를 인정하였다.⁹⁾ 이 판결에서는 소녀 환자의 상태를 진단한 결과 소녀 아버지의 명시적인 반대에도 불구하고 발을 절단한 사건에 대하여 전단적 치료행위를 인정할 것인가가 중심이었다.¹⁰⁾ 결국 의사의 치료행위는 치료목적에서나 치료결과에서도 정당화되지 못했으며, 오히려 지속적으로 환자와의 “의사일치성”(Willensübereinstimmung)이 제국법원에서 논의되었다.¹¹⁾ 여기서 발전된 형법적 “상해죄 구성원리”는 20세기 초반에 민법이 개정되면서 민사소송에서 독일 민법 제823조 제1문을 해석하는 기준으로 받아들여지게 되었으며 결국 충분한 설명의 결과를 승낙의 전제로 인정하게 되었다.¹²⁾

연방대법원의 첫 번째 전기치료 판결에서는 관절염에 시달리던 환자가 비록 전기쇼크 요법을 승낙하긴 하였지만 치료에 대한 위험성에 관하여는 고지 받지 못한 사례를 다루었다.¹³⁾

5) BGHZ 29, 176 (179 이하); 90, 103 (105 이하); 106,391 (394); OLG Karlsruhe, NJW 1966, 399 (399); OLG Köln, VersR 1993, 361 (362); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 1173 (1174); 같은 취지로 Giesen, JR 1984, 372 (372).

6) RGZ 163, 129 (138); BGHZ 29, 176 (180); BGHS 11, 111 (116); BGH, NJW 1956, 1106 (1107); Schneider, MedR 2000, 497 (499); Tempel, NJW 1980, 609 (609).

7) Deutsch, NJW 1979, 1905 (1905); Glatz (주 4), 234.

8) Roßner, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes, 1996, 25; 같은 내용은 Kim, Aufklärungspflicht im Arztrecht, 1989, 27 이하.

9) RGSt 25, 375(387).

10) RGSt 25, 375(376 이하)

11) RGSt 25, 375(380 이하)

12) RGZ 68, 431 (434); 168, 206 (210ff.); Brüggemeier (주 1), Rn. 631 이하.

연방대법원은 완전치 못한 설명의무는 그 위무를 다한 것으로 인정될 수 없으며, 이런 이유로 담당법원(의료사고에 대한 담당법원은 “Berufungsgericht”-역자)의 결정처럼 해당 치료행위는 실질적인 승낙이 인정되지 못하여서 정당성을 결여하는 것으로 판결하였다.¹⁴⁾

대법원의 관심이 전단적 치료행위에 관한 논점에서 설명의무위반이라는 논점으로 완전히 이전하게 되는 계기는 두 번째 전기치료 판결이다.¹⁵⁾ 이 판결에서는 논의된 사안은 치료행위의 종류와 본질에 관하여 이미 알고 있는 환자도 치료행위의 결과로 나타날 수 있는 손상에 대해서 추가적으로 설명이 필요했느냐이다. 대상판결에서는 결국 의사의 설명의무는 부정되었지만, 이 판결로 인하여 환자의 자기결정권리를 분명하게 확정짓는 계기가 되었다. 연방대법원은 “자기결정을 위한 중요한 시점”을 첫 번째 전기치료사건에서 인정한 시점 이전으로 인정하였다. 환자는 치료행위 결정을 위하여 사전에 충분한 설명을 들어야 한다. 즉 수술사가 아니라 환자의 수술에 대한 마음의 결정을 하기 위하여 설명을 들어야 한다.

근중에 관한 형사 판결은 분명하게도 부수적으로 책임있는 환자의 의지가 환자의 건강에 관한 이익에 앞선다는 사실을 확인하였다. “왜냐하면 스스로 생명을 유지할 수 있는 환

자는 설령 그가 그 수술을 통하여 그리고 수술을 통해서만 자신의 고통을 벗어날 수 있다고 하더라도, 본인의 결정에 따라 그리고 인간적이면서도 윤리적인 근거에서 그 수술을 거부할 수 있기 때문이다.”¹⁶⁾ 여기서 중요한 사실은 치료행위를 찬성 또는 반대하는 동기가 환자의 주관적인 기준에서 결정된다는 점이다. 그의 주관적인 결정이 객관적 가치와 일치하는지는 중요치 않다. 그러므로 자기결정권에 대한 개인적-자유주의적 견해에 토대를 둔 자기결정권개념은 자신의 기준에 의한 자유로운 의지로 다룰 수 있다. 전체적으로 판례의 발전에 따라 자기결정권에 대한 강조 경향이 나타나고 있다. 이 관점은 실제 판례에서 지속적으로 인정되고 있으며 예전에는 우선적인 배려요소였던 환자의 건강권을 부수적인 것으로 만들고 있기도 하다.

3. 의사의 설명의무의 대상과 범위

원칙적으로 담당 의사가 설명의무를 진다.¹⁷⁾ 의사는 환자에게 치료행위에 대해서 결정할 때는 신중해야 하며 외부적으로 결정을 강요받지 않아야 한다는 사실을 알려주어야 한다. 환자에게는 신뢰할 수 있는 사람의 조언을 들어 치료행위에 대해서 찬성과 반대의 결

13) BGH NJW 1956, 1106(1106 이하)

14) BGH, NJW 1956, 1106 (1108).

15) BGHZ 29, 46(46 이하); 같은 취지의 판결은 BGHZ 29, 176(176 이하)

16) BGHSr 11, 111 (114).

17) BGH, NJW 1974, 604 (605); OLG Mnchen, NJW 1983, 2642 (2642); Mertens (주 1), 823, Rn. 442; Francke/Hart, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, 1987, 31; Giesen (주 3), Rn. 289; Kern, FS Weißbauer, 1986, 82 이하; Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2. Aufl. 1999, 66, Rn. 1; Voll, Einwilligung im Arztrecht, 1996, 117.

정을 숙고할 수 있는 기회가 제공되어야 한다.¹⁸⁾ 설명방법에는 원칙적으로 형식이 없다.¹⁹⁾ 의사와 환자 사이의 신뢰관계를 고려한다면 설명은 구두로 행해져야 한다.²⁰⁾ 문제는 병원이 표준적인 설명동의 약관을 가지고 있는 경우이다. 일반적인 시술의 과정과 위험을 규정하고 환자에게 그에 따라 치료에 대해서 서명하도록 하는 것을 말한다.²¹⁾ 서면동의는 환자와 의사간의 설명대화를 대체할 수는 없으나 부득이 한 경우 미리 준비될 수 있다.²²⁾ 원래의 설명대화를 미리 준비하고 보충하는 경우에서 서면동의서의 긍정적인 기능이 인정될 수 있다. 환자는 미리 준비된 서면을 확인함으로써 치료에 대한 분명한 인식을 얻을 수 있으며, 그에 대한 구체적인 내용을 수차례 숙지하여 의사에게 질문할 내용을 미리 준비할 수 있다. 그러므로 치료설명서는 설명수준을 높이는 데에 기여할 수 있기도 하다.²³⁾

원칙적으로 의사의 설명의무는 두 가지로 나뉜다. 치료적 설명과 자기결정을 위한 설명이다.²⁴⁾ 첫 번째가 환자의 건강권 보호를 위

하여 존재한다면, 두 번째 것은 환자의 자기결정권을 보호하기 위한 것이다.²⁵⁾

치료적 설명의 범위는 환자가 자신의 건강을 위하여 얻어야 하는 모든 정보에 미친다. 예를 들면 수술 후이나 전에 음식조절, 골절 이후에 조심해야 하는 무게조절, 그리고 약을 복용할 때의 준칙과 같은 것을 말한다.²⁶⁾ 치료적 설명은 의사의 치료행위의 한 부분이며 그 때문에 의사는 설명 역시 치료의 목적에 부합되어야 한다는 주의의무를 진다.²⁷⁾

치료적 설명에서는 그다지 큰 문제가 없는 반면에 의사의 설명의무의 결정적인 문제는 자기결정권에 대한 설명에서 나타난다. 이 설명은 의사의 치료행위에 대한 승낙과 관련하여 환자에게 결정과 고려를 할 수 있도록 정보를 제공하고 스스로 결정할 수 있도록 만들어 주어야 한다.

그러나 판례는 환자가 결정하는데 있어서 필요한 자기결정성을 내용적이고 실질적으로 정의하고 있지 못하다. 오히려 연방대법원은 자기결정을 위한 가능한 조건을 확립하는 것

18) BGHS 12, 379 (382 이하); BGH, VersR 1983, 957 (957이하); OLG Dsseldorf, NJW 1963, 1679 (1680); OLG Celle, NJW 1979, 1251 (1252); Kim (주 8), 77; Laufs(주 17), 66, Rn. 6.

19) Vgl. BGHZ 67, 48 (55이하); Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, 44.

20) Laufs (주 17), 66, Rn. 14; Tempel, NJW 1980, 609 (615).

21) Giesen (주 3), Rn. 333.

22) Mertens (주 1), Rn. 442; Deutsch, Arztrecht und Arzneimittelrecht, 2. Aufl. 1991, 68; Giesen (주 3), Rn. 334 이하; Laufs (주 17), 66, Rn. 14.

23) Giesen (주 3), Rn. 334; Ulsenheimer (주 1), Rn. 121.

24) Nüßgens, in: BGB-RGRK, 12. Aufl. 1989, 823, Ahn. II, Rn. 44; Müller, NJW 1997, 3049 (3051); Schreiber, FS 50 Jahre BGH, 2000, Band IV, 514; Tag, Der Körperverletzungstatbestand, 2000, 266.

25) Glatz (주 4), 237; Ulsenheimer (주 1), Rn. 62.

26) Anker mann, FS Steffen, 1995, 1 이하; Ulsenheimer (주 1), Rn. 62.

27) Hager (주 1), Rn. 178; Laufs (주 17), 62, Rn. 1; Tag (주 24), 266 이하.

에 몰두하고 있다. 이를 통하여 의사는 이제 환자에게 충분한 정보를 줄 수 있어야만 한다. 판단의 자기결정성 여부가 확실한 정보를 통하여 판단이 이루어졌는가에 의해서 결정되는 한, 연방대법원의 자기결정권에 대한 이해는 일종의 절차로 바뀐다. 환자의 자기결정은 판단절차를 따르고 그 절차적 특성을 따라야만 가능해진다. 그러므로 내용적인 판단의 결과는 아니다.

자기결정을 위한 설명은 다시 진단에 관한 설명, 절차에 대한 설명, 그리고 위험에 관한 설명으로 구분된다. 진단에 관한 설명에 따라 환자는 자신의 건강상태에 대해서 알게 되며, 치료절차에 관한 설명을 통하여 자신이 받아야 하는 치료의 종류, 정도, 범위, 진행과정, 또는 수반되는 고통 정도에 대해서 인식을 갖게 된다.

위험성설명은 자기결정을 위한 설명에 가장 중심적인 요소이다. 이 설명은 환자에게 치료에 수반되는 효과와 위험을 알게 하는 목적을 지니고 있다. 특히 치료 이후에 나타나는 지속적인 또는 일시적인 부수적인 효과가 반드시 설명되어야 한다. 물론 이 부수적인 효과는 시행되어 성공한 치료행위로도 회피할 수 없는

효과여야 한다.²⁸⁾ 이에 덧붙여서 치료의 실패 가능성에 대하여도 알려줘야 한다.²⁹⁾

의사의 구체적인 설명의무의 범위와 내용은 각기 다른 기준에 의해서 결정된다. 이 문제는 내가 가장 중요하게 설명하고자 하는 요소이기도 하다. 만일 의사가 환자에게 치료에 대해서 “대략적이고 전반적인”(im großen und ganzen) 치료행위의 종류와 의미, 경과 그리고 위험성에 대해서 이야기 하여서,³⁰⁾ 환자로 하여금 그가 어디에 승낙을 해야 하며³¹⁾ 어떤 위험성에 대해서 고려했어야 하는지에 대하여 대략적으로 인지하였다면, 원칙적으로 의사는 그에게 요구된 설명의무를 다한 것이 된다.³²⁾ 구체적으로 의사의 설명의무는 치료행위의 정도, 긴급성, 과정, 결과에 대해서, 그리고 완치의 가능성, 마지막으로 다른 가능한 치료방법에 미쳐야 한다.³³⁾ 그러나 환자가 치료방법의 복잡성에 까지 완전히 정보를 얻어야 하는 것은 아니다.³⁴⁾ 그럼에도 불구하고 의사가 스스로 어떤 경우에는 부담해야 하는 치료행위의 종류와 어려움의 정도에 대하여 요구되는 기본적인 설명에는 적어도 가능한 위험성의 언급이 포함되어야 할 것이다³⁵⁾. 판단을 위하여 “대략적이고 전반적인” 설명이 필요하다는 점

28) OLG Saarbrücken, VersR 1977, 872 (872); Laufs (주 17), 64, Rn. 1; Roßner (주 8), 60.

29) Vgl. OLG Stuttgart, MedR 1996, 81 (82).

30) BGH, NJW 1972, 335 (336); 1981, 1319 (1320); 1986, 780 (780); BGH, VersR 1984, 465 (466).

31) BGHZ 29, 176 (181); 90, 103 (106); 106, 391 (399); BGH, NJW 1992, 2351 (2352); 1995, 2410 (2411); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 1173 (1174); OLG Oldenburg, VersR 1998, 769 (770).

32) BGH, NJW 1986, 780 (780); Hager (주 1), Rn. I 83; Giesen (주 3), Rn. 258.

33) Vgl. BGHZ 29, 46 (57 이하); 90, 103 (106); Mertens (주 1), Rn. 423.

34) BGHZ 29, 176 (180 이하); BGH, NJW 1980, 633 (635).

35) BGH, VersR 1996, 195 (196); Deutsch, Medizinrecht, 4. Aufl. 1999, Rn. 120.

을 환자 스스로도 반드시 의사에게 분명하게 요구해야 한다.³⁶⁾

개별적인 경우에 의사의 설명의무의 범위와 내용을 결정하기 위한 판례의 더욱 중요한 기준은 합병증의 가능성(Komplikationsdichte), 전형적인 위험성, 치료시 위험성 배제의 어려움, 치료의 긴박함, 다른 치료수단의 존부, 치료의 예후, 그리고 환자들의 사회적 지위와 특이성 등이다. 나는 여기서 합병증의 가능성과 전형적인 위험성 기준에 대해서 설명하고자 한다.

연방대법원의 판례를 분석하여 일정한 합병증에 관한 판결이 많기는 하지만, 연방대법원이 이러한 경우도 의사에게 위험성 설명의무를 부여하는지를 확인하기는 쉽지 않다.³⁷⁾ 매우 극단적인 우연적 사고의 경우도 환자의 결정의 자유는 문제될 수 있다. 그래서 설명의무가 존재하는 것이다.³⁸⁾ 그러므로 합병증의 가능성은 이 문제에서 제2의 기준으로 고려되는 위험유형으로서 독자적인 의미를 가질 수 없다.³⁹⁾ 다른 치료방법에서는 나타나지 않는 위험성이 해당 치료행위에서는 발생한다면, 전형적인 위험성이 존재하는 것으로 여겨진다. 이 기준에 따라서 전형적인 위험성이 인정되면 매우 드문 위험요소에 대해서라도 다음과 같

은 조건에 해당하면 설명해 줘야 한다. 즉 첫 번째는 이 사실이 의학을 모르는 사람(Laien)이 놀랄만한 것이고 두 번째로는 이를 시술할 경우 그와 관련된 사람들의 삶에 지대한 영향을 미치게 된다면 그렇다.⁴⁰⁾ 새로운 판결은 전형적인 위험성의 범위에서 “이해 가능한 환자”(verständige Patienten)이라는 개념을 만들어 내고 있으며 구체적인 환자들과 그의 개인적인 생활상태를 문제 삼고 있다.⁴¹⁾ 특히 전형적인 위험성이 이 환자군에게는 특별히 중요한 의미를 가질 경우 이 개념은 매우 중요하다.⁴²⁾ 예를 들면 피아니스트에게 손가락을 절단해야 하는 사실은 환자에게는 중요한 결정 사항이 될 것이다. 환자의 사회적 지위나 특성을 고려하여 설명 기준을 주관화하는 것은 전통적으로 “이해 가능한 환자”라는 객관적 기준으로 환자의 자기결정권을 판단하던 경향의 변화를 보여준다.

4. 설명의무의 포기

의사 설명의무의 범위는 개별적인 경우에 다양한 근거에서 제한된다. 보편적인 제한은 환자의 개별적 지위나 상황에 따라 이루어진

36) BGH, NJW 1973, 556 (558).

37) BGH, VersR 1961, 1039 (1040); BGH, NJW 1994, 3012 (3012); Kern/Laufs (주 19), 100 이하.

38) BGH, NJW 1976, 363 (364); 1980, 633 (634); 1985, 2192 (2192).

39) Brügge-meier (주 1), Rn. 724. 고유한 의미는 합병증의 정도가 단지 덜 중요한 비정형적인 위험의 범위에서 있을 때만 인정된다.

40) BGH, VersR 1959, 153 (156).

41) BGHZ 90, 103 (106); 116, 379 (383); BGH, NJW 1994, 3012 (3012f.); 1996, 776 (776); 1996, 779 (781); Hager (주 1), Rn. I 89; Giesen (주 3), Rn. 265.

42) BGH, NJW 1991, 2344 (2345); 1994, 799 (801).

다. 그러나 이러한 제한은 응급상황, 이미 설명하여 결정을 한 환자의 경우, 설명의무의 포기의 경우, 그리고 의학적인 판단에 따라 설명 자체가 환자에게 심각한 건강상의 훼손을 야기시킬 경우 인정된다. 나는 환자에 의해서 설명이 포기된 경우만을 지적하고 싶다. 왜냐하면 이 경우에서만 판례상의 환자의 자기결정권의 원칙을 이해할 수 있기 때문이다.

설명 의무포기를 위한 첫 번째 기본 생각은 판례와 문헌에서 동일하게 인정되고 있는 것처럼 환자가 그 설명에 대해서 이해할 수 없어서 설명 자체가 의미 없는 경우이다.⁴³⁾ 환자에게 설명하는 것 자체가 환자를 불안하게 만들어서 스스로 설명을 회피하고 싶게 하는 경우와 환자가 의사와 충분한 신뢰관계를 가지고 있어서 모든 치료행위에 대한 결정을 의사에게 위임하는 경우를 들 수 있다.⁴⁴⁾

설명 의무포기에 관하여 두 번째로 생각할 수 있는 것은 환자가 이미 개별적인 부분에

대한 설명에 대해 포기할 수 있을 정도로 일정한 선지식을 가지고 있는 경우이다. 판례에서 전제로 삼는 포기는 환자가 포기대상에 대한 대략적인 이해가 있고, 무제한적인 포기가 아닌 한⁴⁵⁾ 치료경과와 위험성에 대한 구체적으로 묻지 않는 경우에 한정된다.⁴⁶⁾ 어떤 경우에도 환자는 치료행위의 필요성, 종류, 그리고 기본적인 위험성에 대해서는 고지 받아야 한다.⁴⁷⁾ 특히 이해가능한 일반인에게 예견될 수 있는 정도의 치료행위 위험성을 초과하는 경우는 더욱 그러하다.⁴⁸⁾

판례에서는 자기결정권과 배려요구의 우열 관계를 결정하기 위한 근거로 설명포기를 위한 두 번째 근거를 발전시켰다. 설명포기의 근거는 판례와 문헌에 따르면 환자의 자기결정권이다. 의사의 설명의무와 설명의 포기권은 모두 함께 환자의 설명 받을 권리의 핵심적인 요소를 이룬다.⁴⁹⁾ 그러므로 자기결정권은 우선 주관적인 기준에 따라서 치료를 결정할 수

43) BGHZ 29, 46 (54); BGH, NJW 1971, 1887 (1887); 1973, 556 (558); 1976, 363 (364); OLG Stuttgart, NJW 1958, 262 (263); OLG Frankfurt a.M., NJW 1973, 1415 (1416); OLG Bremen, MedR 1983, 111 (112); OGH, JBl. 1983, 373 (375); Hager (주 1), I 100; Eser, in: Schönke /Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, 223, Rn. 42; Deutsch, NJW 1983, 1351 (1354); Kern/Laufs (주 19), S. 118; Roßner, NJW 1990, 2291 (2291); 의사의 설명의무 포기에 대하여 비판적인 견해는 Steindorff, JZ 1960, 139 (140).

44) Kim (주 8), 175 이하.

45) Roßner, NJW 1990, 2291 (2294); Voll (주 17), 130; Winkhaus, Aufklärungspflicht, 1970, 85. OLG Frankfurt a.M., NJW 1973, 1415 (1415 이하); Kern/Laufs, (주 19), S. 119; Tempel, NJW 1980, 609 (614). Laufs (주 17), 64, Rn. 18; Roßner, NJW 1990, 2291 (2295); Voll, (주 17), 130.

46) Laufs (주 17), 64, Rn. 18; Roßner, NJW 1990, 2291 (2295); Voll, (주 17), 130. Kern/Laufs (주 19), 119; Laufs (주 17), 64, Rn. 18; Schmid, NJW 1984, 2601 (2604); Voll (주 17), 130.

47) OLG Frankfurt a.M., NJW 1973, 1415 (1416); Jungbecker, Zivilrechtliche Probleme der klinischen formularmäßigen "Einverständniserklärung", 1985, 40; Roßner, NJW 1990, 2291 (2294 이하).

48) Mertens (주 1), Rn. 445; Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 1994, 182; Kern/Laufs (주 19), 118; Tag (주 24), 363; Tempel, NJW 1980, 609 (614).

49) Nüßgens (주 24), Anh. II, Rn. 140; Giesen, JZ 1987, 282 (289); Hollmann, Aufklärungspflicht des Arztes, 1969, 101; Schlund, VersR 1977, 496 (498); Tempel, NJW 1980, 609 (614).

있는 외부적 조건을 설정하는 환자 자기결정권의 구성요소이다. 그에 반하여 두 번째 설명포기의 기본이념은 자기결정권에 대한 또 다른 견해인 환자가 치료행위를 포기하지 않아야 한다는 생각에 지향되어 있는 것으로 보인다. 여기서 환자의 결정을 근거로 하는 정보에 대한 요청이 제기된다. 이 정보는 비록 환자 판단의 효과를 결정짓지는 않지만 환자에게 언제나 자기의 주관적 결정에 의해 스스로 결정할 수 있는 일정한 조건을 부분적으로 인정치 않을 수 있다는 내용으로 되어 있다. 이 관점보다 더 중요한 점은 설명포기에 관련되는 또 하나의 근거인 배려사상이다. 특히 응급환

자의 경우 그의 의사에도 불구하고 환자의 건강을 위하여 특별한 조치를 취할 수 있도록 해야 한다.

요컨대 환자의 자기결정권의 원칙에 대하여 원칙적으로 독일 판례는 내용적으로 옳고 그름을 판단할 능력이 없고 이성적이지도 못한 환자의 자기결정권을 형식적으로 고려하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 설명의무의 포기의 범위는 비록 환자의 자기결정권 원칙이 특별한 의미를 가지고 있지만, 절대적인 의미를 가지지 않는 것으로 판단된다. 자기 스스로 결정할 수 있는 조건은 판례에서 의사의 설명에 의해 환자의 의지에 반하여도 보장되어야 한다.

함께 풀어봅시다 통권 제73호(2002년 9/10월호) 정답 및 당첨자

총 33통의 응모엽서 중 정답은 19통으로 정답자 가운데 엄정한 추첨을 거쳐 4명의 당첨자를 선정하였습니다.

[당첨자]

- 서울 동작구 신대방동 우성APT13-1603 장석립
- 경남 진주시 망경남동 423-23 문중현
- 대전 서구 둔산동 크로바APT 112-1007 김혜란
- 광주 서구 쌍촌동 동남APT 101-503 김일란

당첨자에게는 소정의 상품(도서생활권)을 우송하여 드리겠습니다.

국	정	감	사		원	양		실
기		식		시	주		말	세
원	정		성		민	노	총	
	수	양	대	군		벨		사
오	리		모		태	평	성	대
만		시	사	회		화		부
불	사	조		장	자	상	숙	
손		장	군		장		보	수
	분	단		안	면	도		화

새로 들어 온 책

자료문의: 02-575-5284

<http://www.kic.re.kr>

[정기간행물]

- 警察學論集 v. 55 no. 11
- 犯罪學雜誌 v. 68 no. 5
- 法律時報 v. 74 no. 13
- 法律判例文獻情報 통권 279호
- ジュリスト no. 1235
- 判例時報 no. 1795
- American Criminal Law Review v. 39 no. 3
- American Journal of Criminal Law v. 29 no. 3
- American Journal of Drug and Alcohol Abuse v. 28 no. 3
- American Journal of Sociology v. 107 no. 6
- American Sociological Review v. 67 no. 5
- Australian & New Zealand journal of criminology v. 35 no. 3
- British Journal of Criminology v. 42 no. 4
- British Journal of Sociology v. 53 no. 3
- Canadian Journal of Criminology v. 44 no. 4
- Computer und Recht(CR) 11/2002
- Contemporary Sociology v. 31 no. 6
- Crime, Law and Social Change v. 38 no. 3
- Criminal Justice Abstracts v. 34 no. 4
- Criminal Justice and Behavior v. 29 no. 6
- Criminal Law Quarterly v. 46 no. 3&4
- Criminology v. 40 no. 4
- Deutsche Richterzeitung(DRiZ) 11/2002
- Deviant Behavior v. 23 no. 6
- European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice v. 10 no. 2-3
- Federal Probation 9/2002
- Journal of Contemporary Criminal Justice v. 18 no. 4
- Journal of Criminal Justice v. 30 no. 6
- Journal of Interpersonal Violence v. 17 no. 12
- Journal of Research in Crime and Delinquency v. 39 no. 4
- Juristenzeitung(JZ) 21/2002
- Juristische Rundschau 10/2002
- Juristische Schulung(JuS) 11/2002
- Karlsruher Juristische Bibliographie(KJB) 10/2002
- Kriminalistik 11/2002
- Kritische Justiz v. 35 no. 3
- Kritische Vierteljahresschrift.(KritV) 3/2002
- Law and Contemporary Problems v. 65 no. 4
- Medizinrecht 11/2002
- Michigan Law Review v. 100 no. 7
- Monatsschrift für Deutsches Recht(MDR) 21/2002
- Neue Juristische Wochenschrift(NJW) 49/2002
- Neue Justiz(NJ) 12/2002
- Neue Zeitschrift für Strafrecht(NStZ) 11/2002

-
- Österreichische Juristenzeitung(ÖJZ) 18/2002
 - Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (NStrR) Band 120
 - Sociological Quarterly v. 43 no. 2
 - Theoretical Criminology v. 6 no. 4
 - Violence and Victims v. 17 no. 5
 - Wistra 10/2002
 - Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 3/2002
 - Zeitschrift für Rechtspolitik 10/2002
 - Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe 5/2002
 - Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht(ZUM) 11/2002
- [단행본]**
- Political studies/Political Studies Association-London: Blalckwell Pub., 1997.
 - 被害者學研究, v. 1-11. 日本被害者學會, 1992.
 - 법과학과 수사, 유영찬, 현암사, 2002.
 - 全國監獄實態, 綠風出版, 1999.
 - 刑事施設と國際人權/ピナル・リフォー ウ・インター ナショナル(PRI), 日本評論社, 1995.
 - Investigative interviewing/Milne, Rebecca-Chichester: John Wiley & Sons, 2000.
 - Origins of terrorism: Reich, Walter-Washington, D. C.:Woodrow Wilson Center Press, 1998.
 - Profiling violent crimes/Holmes, Ronald M.-Thousand Oaks: SAGE Pub., 2002.
 - Strafrecht Allgemeiner Teil/Ebert, Udo-Heidelberg: C. F. M ller Verl., 2001.
 - Entlastung des Bundesverfassungsgerichts/Bundesministerium der Justiz,- Bonn: Bundesministerium der Justiz, 1997.
 - Strafgesetzbuch: Joecks, Wolfgang- München: C. H. Beck, 2001.
 - Introduction to private security/Hess, Kären M- St. Paul: West Pub. Co., 1996.
 - Jugendstrafrecht in Europa/Albrecht, Hans-Jörg-Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut, 2002. v. 100.
 - 有斐閣 判例六法, 有斐閣, 2002.
 - 少年法のあらたな展開, 有斐閣, 2002.
 - 中國法の 法變動, 日本評論社, 2001.
 - ドメスティック・バイオレンス: 「夫(戀人)からの暴力」調査研究會, 有斐閣, 2002.
 - 改正少年法を批判する, 日本評論社, 2000.
 - ちょっと待って少年法(改正), 評論社, 1999.
 - 現代の少年と少年法, 明石書店, 1999.
 - 不良少年, 筑摩書房, 1997.
 - 少年犯罪, 日本評論社, 2002.
 - 少年非行の社會學, 世界思想社, 2002.
 - 少年警察活動と子ども的人權, 評論社, 1998.
 - 現代中國司法制度史研究, 明石書店, 2000.
 - 家族・兒童福祉, 有斐閣, 2002.
 - 非行少年の處遇: 少年院・兒童自立支援施設を中心とする少年法處遇の現況と課題, 明石書店, 1999.
 - 法と社會, 中央公論社, 1967.
 - 兒童福祉改革と實踐の課題, 評論社, 1999.
 - 子どもオンブズパーソン, 評論社, 2001.
 - 性少年の心理療法, 有斐閣, 2001.
 - 現代中國文化體驗: 四つの都市の物語, 岩波書店, 1999.

-
- 非行問題, 兒童自立支援施設協議會, 2002.
 - Private security trends 1970-2000/Cunningham, William C.- boston: Butterworth-Heinemann, 1990.
 - 犯罪の深層, 有斐閣, 2002.
 - 在日」を考える, 平凡社, 2001.
 - 魔都上海, 請談社, 2000.
 - 青少年保護法, 尙學士, 2002.
 - 福祉小六法/みらい, みらい, 2002.
 - 中國のNPO, 第一書林, 2002.
 - 少年事件付添人マニュアル, 評論社, 2002.
 - 風俗營業取締, 請談社, 2002.
 - High-technology crime: investigating cases involving computers/Rosenblatt, Kenneth S.- San Jose: KSK Publications, 1995.
 - 精神醫療と犯罪者處遇, 成文堂, 2002.
 - 人格障害犯罪者と社會治療, 成文堂, 2002.
 - 교통사범에 대한 사회봉사명령 및 수강명령 활성화 방안, 한국형사정책연구원, 2002.
 - 海上交通犯罪の研究, 成文堂, 2002.
 - Strafeinstellungen: Ein Vergleich zwischen Ost- und Westdeutschland/Kury, Helmut-Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut, 2002., v. 92.
 - 矯正協會白周年記念論文集, 矯正協會, 1988.
 - Criminal psychology and forensic technology: a collaborative approach to effective profiling/Godwin, Grover Maurice- New York ; London: CRC Press, 2001.
 - 법령용어사례집(상)(하), 법제연구원, 2002.
 - Geographic profiling/Rossmo, D. Kim- New York ; London: CRC Press, 1999.
 - 2002년도 청소년 유해환경접촉 종합실태조사, 이민희, 청소년보호위원회, 2002.
 - 구금시설 인권실태에 관한 보고서/인권위원회 구금시설 연구모임, 2002.
 - Trusted crimes: white collar crime in contemporary society/Friedrichs, David O.- Belmont ; Albany: Wadsworth Publishing Co., 1996.
 - Emotion, social relationships, and health/Ryff, Carol D.- Oxford ; New York: Oxford University Press, 1995.
 - 2002년도 청소년 유해환경접촉 종합실태조사: 청소년보호위원회, 2002.
 - Violent attachment/Meloy, J. Reid- New Jersey: Jason Aronsom Inc., 1997.
 - Düsseldorf Gutachten: Leitlinien wirkungsorientierter Kriminalprävention/Landeshauptstadt Düsseldorf- Düsseldorf: Landeshauptstadt Düsseldorf, 2002.
 - Empirisch gesicherte Erkenntnisse über kriminalpräventive Wirkungen: Eine Sekundäranalyse der kriminalpräventiven Wirkungsforschung/Landeshauptstadt Düsseldorf- Düsseldorf: Landeshauptstadt Düsseldorf, 2002.
 - Zeitschrift der Deutsche-Koreanischen Juristischen Gesellschaft e. V./Deutsch-Koreanische Juristische Gesellschaft e. V.- Frankfurt: Deutsch-Koreanische Juristische Gesellschaft e. V., 1999.
 - 一九三〇年代のメディアと身體, 青弓社, 2002.
 - Zur "Relativität der Rechtsbegriffe" in strafrechtlichen Tatbeständen/ Demko, Daniela - Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
 - Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO):

-
- Recht für Anwälte aus dem Gebiet der Europäischen Union: Feuerich, Wilhelm E.- München: Verlag Franz Vahlen, 2000.
- Die Europäisierung des deutschen und englischen Geldwäsche Strafrechts: eine rechtsvergleichende Untersuchung/Gentzik, Daniel- Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
 - Strafprozessuale Probleme übei der Einführung einer Verbandsstrafe/Drope, Katharina- Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
 - Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts/Mikus, Rudolf Alexander- Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
 - Drug courts: in theory and in practice/ Nolan, James L.- New York: Adline de Gruyter, 2002.
 - Drug war heresies: learning from other vices, times, and places/MacCoun, Robert J.- New York: Cambridge Univ. Press, 2001.
 - Changing lives of crime and drugs: intervening with substance- abusing offenders/Walters, Glenn D.- New York: John Wiley & Sons, 1998.
 - European drug policies and enforcement/ Dorn, Nicholas- New York: St. Martin's Press, 1996.
 - The early drug courts: case studies in judicial innovation/Terry, W. Clinton- Thousand Oaks: Sage Publications, 1999.
 - Drug addiction and drug policy: the struggle to control dependence/Heymann, Philip B.- Cambridge: Harvard Univ. Press, 2001.
 - Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Bankgeschäfte/Lohmar, Jens- Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
 - Drug control and the courts/Inciardi, James A.- Thousand Oaks: Sage Publications, 1996.
 - 시세조종행위의 형법적 문제에 관한 연구 = 한국형사정책연구원, 2002.
 - Drug courts in operation: current research/ Hennessy, James J.- New York: The Haworth Press, 2001.
 - Drug courts: information on a new approach to address drug-related crime/ United States General Accounting Office- Washington, D.C.: General Accounting Office, 1995.
 - Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht: entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung/Hilgendorf, Eric- Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
 - Teleologische Reduktion des Betrugstatbestandes aufgrund von Mitverantwortung des Opfers: unter besonderer Berücksichtigung des Kapitalanlage- und Kreditbetruges/Hennings, Frank- Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
 - Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?: Tagungsbeiträge eines Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung, Bonn-Bad Godesberg, veranstaltet vom 1. bis 5. Oktober 2000 in Bamberg/Hirsch, Hans Joachim- Berlin: Duncker & Humblot, 2001.

황조근정훈장 수상

이재상 원장님은 제54회 세계인권선언기념 일을 맞이하여 12월 10일(화) 황조근정훈장을 수상하였다.

이재상 원장님께서 20여년간 교수로서 학술 및 강의활동을 통한 후학 양성, 법무부 형사법개정특별심의위원회 위원, 사회보호법 제정 자문, 형사소송법 개정작업 참여, 법무부 사법시험 제정 특별위원회 위원, 한국형사법학회 회장, 한국형사정책학회 회장, 형사판례연구회장, 한국형사정책연구원 부원장 및 원장으로 재직하면서 법률문화 창달, 인권의식 향상에 기여한 공로를 인정받아 유공자로 선정되었다.

승진인사

연구원은 효율적인 업무추진과 인사 적체를 해 소하기 위한 승진인사를 단행하였다.

이번에 승진한 직원은 연구직에서 탁희성, 도중진, 이진국, 이상용, 김지선, 신동일, 이천현 등 7명이 부연구위원으로 승진하였으며, 강은영, 백광훈 등 2명은 전문연구원으로, 행정직에서는 김병규 4급 전문원이 3급으로 승진하였다.

우수 직원 포상

인문사회연구회(이사장 김영진) 산하 9개 연구기관의 우수직원 표창과 관련하여 연구원에서 김능겸 3급 전문원이 12월 20일 님으로부터 표창을 받았으며, 2002년도 연구원 우수직원으로는 연구직에서 김은경 박사, 이진국 박사와 행정직에서 김용태 2급 관리원 등 3명이 표창을 받았다.

해외교류

이재상 원장님은 11월 25일부터 12일간의 일정으로 외국의 형사정책관련 교육기관과의 교류확대를 위하여 그리스와 독일을 방문하여 상호간 인적 교류와 연구 자료의 공유를 적극 검토하기로 하였으며, 이번 방문에는 이진국 박사가 수행을 하였다.

기타 연구원 소식

추계체육활동 연구원은 11월 8일(금) 추계 체육활동으로 청계산을 전직원이 참가한 가운데 실시하였다. 이날 산행은 2시간 코스로 전 직원이 무사히 마치고 인근 음식점에서 직원 상호간의 친목과 단합을 위한 오찬을 함께 하였다.

국외출장 2002년도 연구사업 수행과 관련하여 정완 박사, 이동진 박사, 정진수 연구실장, 김광준 검사, 등이 일본, 원범연 검사는 중국, 신의기 연구실장은 호주 및 뉴질랜드를 각각 방문하였다.

홍남식 교정관 복귀 교정보호연구실의 홍남식 교정관은 1년간의 일정으로 미국 샘 휴스턴 대학에서의 연수를 마치고 귀국하였다.

정재준 사무관 결혼 청소년범죄연구실의 정재준 사무관이 12월 25일 63BD 코스모스홀에서 결혼식을 가졌다.

고 이병희 박사 별세 특수범죄연구실의 이병희 박사가 12월 24일 지병으로 타계하시어 유족 및 친지 그리고 연구원 동료직원들의 오열 속에 12월 26일 장례식이 거행되었다.

함께 풀어봅시다

1		2			3			4
				5			6	
7	8		9			10		
	11	12			13			
14				15				16
17			18				19	
		20				21		
22	23		24		25			26
			27			28		

<가로열쇠>

1. 기업이 어려울 때면 ○○○○을 하여 대량 실업자가 발생하고 있죠
3. 밤에 빛을 이용하여 뱃길을 인도하는 곳
5. 세 가지 기능(입법부, 사법부, ○○부)
6. 최근 대학졸업하고 나면 ○○하기 힘들죠
7. 비가 억수로 많이 오는 것을?
9. 법원의 재판정에서 판결을 하는 사람
11. 정치판에서는 ○○○쟁탈이 심하죠
13. 요즈음 연말연시에 보내는 카드
17. 남녀간 마음을 적어 보내는 글(연애○○)
18. 차가 멈춰 사람이 타고 내리는 곳
19. 비석에 새겨진 글
21. 날마다 갇기로 하고 빌리는 돈
22. 깊은 산속의 으스스한 골짜기
25. 연극이나 영화에서 제작을 지도하는 것
27. 미래의 일을 미리 말하는 것

28. 연기를 내어 급한 소식을 알리던 곳

<세로열쇠>

1. 꼬리가 아홉 개 달린 여우
2. 중국 위나라의 권모술수가 능한 사람
3. 산의 정상에 오른다는 말
4. 일을 하지 않는 사람이 차지하는 비율
5. 어떤 일을 한다는 뜻(연중○○)
8. 천체의 공간
9. 출판에 관한 이익을 갖는 권리
10. 지하에서 운행되는 철도
12. 돈이나 재물을 놓고 노름하는 것
14. 한결같은 마음
15. 무허가로 혈린 집에서 살았던 사람들
16. 한 부분에 능통한 것
19. 날이 날카로운 칼
20. 암소의 젖
21. 내금강에 있는 봉우리의 하나
23. 물고기가 알을 낳음
24. 줄타기, 공타기, 곡마 등 재주를 부림
26. 아버지와 아들과 손자의 셋 층

응모요령 : 풀이난의 빈칸을 채운 다음 관제엽서에 붙여 우송하여 주시는 분 중에서 정답자 4명을 추첨하여 소정의 상품을 드리겠습니다.

마 감 : 2003년 2월 10일(월)까지

보내실 곳 : 137-715 서울시 서초구 우면동 142
한국형사정책연구원 출판실