

# 형사정책연구

제35권 제1호(통권 제137호, 2024·봄호)

교원의 아동학대 면책 조항에 대한 비판적 검토

-아동의 권리 및 아동학대 관련 법제와의 관계를 중심으로 - / 장혜영

소년원내 비자살적 자해 실태 및 영향 요인 연구 / 조영오·이장규·손혜린

친밀한 관계에서의 폭력에 대한 형사정책의 법적 정당성 검토

-가정폭력, 스토킹, 데이트폭력을 중심으로 / 김혜미

경찰의 온라인 공개개인정보 활용에 관한 법적 검토 / 김학경



# 형사정책연구

**KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW**

제35권 제1호(통권 제137호)

2024 · 봄호

## 형사정책연구

형사정책연구는 형사정책분야에 관한 논문, 서평, 번역 등을 수록하는 학술지입니다.

본지의 발간목적은 학계와 실무계에서 이 분야에 관심을 가지고 계시는 분들에게 자유로운 발표의 지면을 제공함으로써 연구의욕을 북돋우고 형사정책분야의 학문적 발전을 도모하는데 있습니다.

본지에 수록된 논문의 의견은 한국형사·법무정책연구원의 공식견해가 아니고 필자 개인의 의견입니다. 본지의 내용은 출처 및 집필자를 명시하는 한 자유로이 인용할 수 있습니다.

# 형사정책연구

제35권 제1호(통권 제137호, 2024·봄호)

## [ 연구논문 ]

교원의 아동학대 면책 조항에 대한 비판적 검토

- 아동의 권리 및 아동학대 관련 법제와의 관계를 중심으로 -

▶ 장혜영 ..... 1

소년원내 비자살적 자해 실태 및 영향 요인 연구

▶ 조영오·이장규·손혜린 ..... 27

친밀한 관계에서의 폭력에 대한 형사정책의 법적 정당성 검토

- 가정폭력, 스토킹, 데이트폭력을 중심으로

▶ 김혜미 ..... 55

경찰의 온라인 공개개인정보 활용에 관한 법적 검토

▶ 김학경 ..... 91

# KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

---

Vol. 35. NO. 1 (March, 2024)

## [ Article ]

A critical review of teachers' child abuse exemption provisions

- focusing on the relationship with children's rights and child abuse laws -

▶ Jang, Hye Young ..... 32

Characteristics and Correlates of Non-suicidal Self-injury among Juveniles

at Juvenile Reformatories

▶ Jo, Youngoh · Lee, Jangkyu · Son, Hye Rin ..... 53

The Justification of Criminal Policy on Intimate Partner Violence

▶ Kim, Haemi ..... 89

Legal Review of the Korean Police's Use of Publicly Available Online

Personal Information

▶ Kim, Hakkyong ..... 130

## 교원의 아동학대 면책 조항에 대한 비판적 검토 - 아동의 권리 및 아동학대 관련 법제와의 관계를 중심으로 -

장혜영\*

### 국 | 문 | 요 | 약

최근 교원의 정당한 학생생활지도 또는 교육활동에 대해서는 아동학대로 보지 않는다는 내용으로 개정된 초·중등교육법, 유아교육법 및 아동학대처벌법 조항은 헌법 및 유엔아동권리협약이 보장하는 아동의 권리를 침해하고, '정당한 학생생활지도 또는 교육활동'이라는 불명확한 개념을 추가함으로써 아동학대의 의의에 관한 혼란을 가중시킬 우려가 있다. 또한 형법상 일반적 위법성조각사유인 정당행위가 존재함에도 교원의 아동학대 사건의 위법성 여부를 판단하기 위하여 별도로 위와 같은 조항을 둘 현실적 필요성 또한 높지 않다고 할 것이다. 그리고 아동학대 문제와 관련하여 어려움을 겪는 교원을 보호하기 위해서는 아동학대 사건에서 교원의 절차적 권리를 보장하고, 다양한 지원 및 교육을 통해 교원의 역할과 중요성에 대한 사회적 인식을 변화시키는 것이 보다 근본적인 방법이라는 점에서, 위 조항들이 교원의 보호라는 입법 목적에 효과적인 수단이라고 보기도 어렵다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2024.3.31.1.1>.

❖ 주제어 : 교원, 아동학대, 정당한 학생생활지도, 정당한 교육활동, 위법성조각사유, 정당행위, 아동의 권리

\* 서울대학교 법학전문대학원 객원교수·변호사

## I. 서론

2023년 7월 초등학교 교원이 교내에서 스스로 목숨을 끊은 일명 ‘서이초 사건’은 우리 사회에 큰 파장을 일으켰다. 숨진 교원이 생전 학부모의 민원에 시달렸다는 주장이 제기된 후 전국 교원들의 추모 집회<sup>1)</sup>가 이어졌고, 유사한 사유로 자살<sup>2)</sup>하거나 아동학대 혐의로 기소되어 재판 중인 교원<sup>3)</sup>의 사례들이 주목을 받기도 하면서, 교권 침해의 문제가 제기되었다. 이에 교육부는 2023. 8. 23. ‘불합리한 학생인권조례를 개선하고, 교원의 정당한 생활지도는 아동학대와 구분한다’ 등과 같은 내용을 포함하는 ‘교권 회복 및 보호 강화 종합방안’을 발표<sup>4)</sup>하였다.

입법적 대응도 신속히 이루어졌다. 2023. 9. 27. 각 개정 및 시행된 초·중등교육법 및 유아교육법은 교원의 정당한 학생생활지도 및 유아생활지도에 대해서는 신체적 학대행위, 정서적 학대행위 또는 방임행위로 보지 않는다는 내용의 조항을 신설하였고<sup>5)</sup>, 2023. 12. 26. 개정 및 시행된 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 아동학대처벌법)은 아동학대의 정의 조항에 교원의 정당한 교육활동과 학생생활지도는 아동학대로 보지 않는

- 1) 서울신문, “‘서이초 사건’에 분노한 교원들…광화문 메운 ‘검은 물결’”, 2023. 7. 29. (<https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20230729500045>, 2023. 12. 26. 확인)
- 2) 연합뉴스, “‘호원초 교원 사망’ 학부모들 조사 완료…“강요 없었다” 주장”, 2023. 12. 11. (<https://www.yna.co.kr/view/AKR20231211095200060>, 2023. 12. 26. 확인)
- 3) 동아일보, “주호민 아들 사건 담당 공무원 “교원에 의한 아동학대 판단””, 2023. 12. 18. (<https://www.donga.com/news/Society/article/all/20231218/122677831/2>, 2023. 12. 26. 확인)
- 4) 교육부 보도자료, “학생·교원·학부모가 상호 존중하는 ‘모두의 학교’ 만든다.‘, 2023. 8. 23. (<https://www.moe.go.kr/boardCnts/viewRenew.do?boardID=294&boardSeq=96107&lev=0&searchType=null&statusYN=W&page=16&s=moe&m=020402&opType=N>, 2023. 12. 26. 확인)
- 5) 초·중등교육법 제20조의2(학교의 장 및 교원의 학생생활지도) ① 학교의 장과 교원은 학생의 인권을 보호하고 교원의 교육활동을 위하여 필요한 경우에는 법령과 학칙으로 정하는 바에 따라 학생을 지도할 수 있다. <개정 2023. 9. 27.>  
② 제1항에 따른 교원의 정당한 학생생활지도에 대해서는 「아동복지법」 제17조제3호, 제5호 및 제6호의 금지행위 위반으로 보지 아니한다. <신설 2023. 9. 27.>  
유아교육법 제21조의3(원장 등 교원의 유아생활지도) ① 원장 등 교원은 유아의 인권을 보호하고 교원의 교육활동과 돌봄활동을 위하여 필요한 경우에는 법령과 유치원규칙으로 정하는 바에 따라 유아를 지도할 수 있다.  
② 제1항에 따른 교원의 정당한 유아생활지도에 대해서는 「아동복지법」 제17조제3호, 제5호 및 제6호의 금지행위 위반으로 보지 아니한다.  
[본조신설 2023. 9. 27.]

다는 내용을 추가하였다.<sup>6)</sup> 아직까지 아동복지법은 개정되지 않았지만, 2023. 9. 7. 교원의 학생생활지도는 정서적 학대행위에서 제외하지는 내용의 아동복지법 일부개정법률안(강기운 의원 대표발의, 의안번호 2124300)<sup>7)</sup>, 2023. 9. 12. 교원의 정당한 학생생활지도는 신체적·정서적 학대행위 및 방임행위에서 제외하지는 내용의 아동복지법 일부개정법률안(고영인 의원 대표발의, 의안번호 2124401)<sup>8)</sup>이 각 발의되어 현재 국회에 계류 중이다.

위와 같은 정부와 국회의 신속한 대응은 아동학대 문제에 대한 여론의 변화를 반영한 것이라 할 수 있다. 한동안 아동학대 문제에 대한 여론은 입양한 아기를 학대하여 사망하게 한 일명 ‘정인이 사건’<sup>9)</sup>과 같은 중대한 아동학대범죄 가해자에 대한 형사처벌 문제에 집중되었다. 국회도 이러한 여론에 대응하여 아동학대범죄의 신고에 따른 현장 대응의 실효성을 강화하고<sup>10)</sup>, 아동학대살해죄를 신설하여 가중처벌하는 등<sup>11)</sup> 아동학대처벌법을 개정하였다. ‘정인이 사건’과 같은 중대한 아동학대범죄에 대한 엄벌 필요성은 이론의 여지가 없을 것이나, 아동학대라는 동일한 용어로 지칭되는 현상의 정도는 매우 다양하고, 그 행위자에 대한 형사처벌의 필요성에 대해서도 의견이 일치하지 않는다.<sup>12)</sup> ‘서이초 사건’은 ‘정인이 사건’과 정반대되는 지점, 즉 형사처벌의 필요성에 관한 사회적

6) 아동학대처벌법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. <개정 2016. 1. 6., 2016. 5. 29., 2021. 3. 16., 2023. 12. 26.>

3. “아동학대”란 「아동복지법」 제3조제7호에 따른 아동학대를 말한다. 다만, 「유아교육법」과 「초·중등교육법」에 따른 교원의 정당한 교육활동과 학생생활지도는 아동학대로 보지 아니한다.

7) 국회의안정보시스템([https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_H2F3G0F8F1E8L2M0K2L9JK2I1E5F1](https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_H2F3G0F8F1E8L2M0K2L9JK2I1E5F1), 2023. 12. 26. 확인)

8) 국회의안정보시스템([https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_S2S3R0R9Q1Q1O1X7X5V6W2U4V8U7B6](https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_S2S3R0R9Q1Q1O1X7X5V6W2U4V8U7B6), 2023. 12. 26. 확인)

9) 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021도16719, 2021전도165, 2021보도54 판결 [아동학대범죄의 처벌등에 관한 특례법 위반(아동학대치사)]

10) 아동학대처벌법[법률 제17906호, 2021. 1. 26. 일부개정 및 시행]의 ‘개정이유’(<https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=228815&lsId=&efYd=20210126&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=#>, 2023. 12. 26. 확인)

11) 아동학대처벌법[법률 제17932호, 2021. 3. 16. 일부개정 및 시행]의 ‘개정이유’(<https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=230195&lsId=&efYd=20210316&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=#>, 2023. 12. 26. 확인)

12) 장혜영, ‘아동학대의 법적 규율 - 캐나다의 법제에 관한 비교법적 고찰-’, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2022, 3-4쪽.

합의가 완전히 이루어지지 않은 현상이 아동학대로 인정되거나 최소한 명명되는 것에 대한 불만이, 교원이라는 특정한 주체와 관련된 영역에서 터져나온 것이라고 볼 수 있다.

이러한 문제의식에 따라 최근 교원의 일부 행위에 대하여 아동학대로 보지 않는다는 내용으로 개정된 초·중등교육법 제20조의2 제2항(이하 초·중등교육법 조항), 유아교육법 제21조의3 제2항(이하 유아교육법 조항) 및 아동학대처벌법 제2조 제3호(이하 아동학대 처벌법 조항)가 아동학대 사건에서 어떠한 기능을 할 것인지, 아동의 권리 및 아동학대의 의의를 규정한 아동학대 관련 법제에 어떠한 영향을 미칠지 등에 관하여 검토하고자 한다. 이 글에서 위 세 조항을 통칭할 때는 ‘교원의 아동학대 면책 조항’이라 한다.

먼저 논의의 배경으로 교원과 관련된 아동학대 사건의 현황 및 특수성, 교원의 아동학대 면책 조항의 입법과정을 살펴본다. 이어서 교원의 아동학대 면책 조항의 내용 및 기능을 검토한 후, 교원의 아동학대 면책 조항이 아동의 권리 및 아동학대 관련 법제와 조화를 이루는지, 형법상 위법성조각사유인 정당행위가 있음에도 실질적인 필요성이 있는지, 교원의 권리를 보호할 다른 방법은 없는지 등에 관하여 논의한다.

## II. 논의의 배경

### 1. 교원과 관련된 아동학대 사건의 현황 및 특수성

최근 5년 간 아동학대사례 건수는 2018년 24,604건, 2019년 30,045건, 2020년 30,905건, 2021년 37,605건, 2022년 27,971건으로 나타났다.<sup>13)</sup> 아동학대사례 건수가 2018년 이후 계속 증가하다가 2022년에 감소한 사실과 관련하여, 코로나19로 아동학대 사례 건수가 줄었다는 전제 하에 코로나19에서 벗어나 일상이 회복되자 아동학대 사례가 증가하고 있다는 견해<sup>14)</sup>가 있는 반면, 코로나19로 인한 사회적 거리두기 정책이 아동학대 신고에 영향을 미치지 않은 것으로 나타났다는 연구결과<sup>15)</sup>도 있어, 2022년에 아

13) 보건복지부, ‘2022 아동학대 주요통계’, 60쪽(<https://www.ncrc.or.kr/ncrc/na/ntt/selectNttInfo.do?mi=1469&bbid=1127&nttSn=5856&cataGori=da07&tabName=all>, 2023. 12. 11. 확인).

14) 김경옥, ‘아동학대 실태와 대처에 관한 한·일 비교 - 유형별 분석과 대응 과정 비교를 중심으로-’, 『일본사상』 제43호, 2022, 29쪽.

동학대사례 건수가 감소한 원인에 대해서는 향후 2023년 아동학대 통계가 나온 후<sup>16)</sup> 더 많은 연구가 필요할 것으로 생각된다.

가장 최근 통계인 2022년 통계에 의하면, 아동학대사례 유형은 정서학대 10,632건(38.0%), 증복학대 9,775건(34.9%), 신체학대 4,911건(17.6%), 방임 2,044건(7.3%), 성학대 609건(2.2%) 순으로 나타났다.<sup>17)</sup> 아동학대의심사례로 신고접수된 44,531건에 대한 신고자 유형은, 신고의무자에 의한 신고가 16,149건(36.3%)으로 나타났으며, 신고 의무자들 중에서는 초·중·고교 직원이 6,370건(14.3%)으로 가장 높았다.<sup>18)</sup> 학대행위자와 피해아동과의 관계는 부모에 의한 발생 건수가 23,119건(82.7%)으로 가장 높았고, 초·중·고교 직원인 경우는 1,602건(5.7%)이었다.<sup>19)</sup> 초·중·고교 직원은 2018년 2,060건(8.4%), 2019년 2,154건(7.2%) 2020년 882건(2.9%), 2021년 1,089건(2.9%), 2022년 1,602건(5.7%)으로<sup>20)</sup>, 2018년부터 2021년까지 감소하는 추세였다가 2022년에 다소 증가하였다.

위 통계에 의하면, 교원은 아동학대처벌법상 아동학대범죄의 신고의무자들(제10조 제2항) 중에서 그 의무를 가장 적극적으로 이행하는 직업군임을 알 수 있다. 한편, 2022년 전체 아동학대사례 건수는 전년도에 비해 감소한 반면, 초·중·고교 직원에 의한 아동학대사례의 비율은 증가하였는바, 교원은 신고의무를 적극적으로 이행하면서 스스로 학대 행위를 하는 경우도 증가하는 특수한 상황에 있다고 볼 수 있다. 교원이 아동학대자인 경우가 증가하는 원인이 일부 교원들의 권위적인 학생지도방식<sup>21)</sup>이라면 위와 같은 특수한 상황은 모순이 아니라 할 것이나, 아래 2.항의 입법 과정에서 보듯이 교원의 아동학대 면책 조항은 교원에 의한 아동학대사례의 증가 원인이 적어도 교원에게만 있는 것은 아

15) 윤창준, ‘코로나19로 인한 사회적 거리두기가 내집단과 외집단 범죄에 미친 영향과 정책적 함의 - 일상활동이론과 112신고를 중심으로 -’, 서울대학교 행정학석사 학위논문, 2023, 58쪽.

16) 위 ‘2022 아동학대 주요통계’가 아동권리보장원 사이트에 게시된 시기가 2023. 8. 31.인 사실에 비추어 ‘2023 아동학대 주요통계’ 또한 2024년 중 위와 비슷한 시기에 공개될 것으로 예상된다.(<https://ncrc.or.kr/ncrc/na/ntt/selectNttList.do>, 2024. 1. 14. 확인)

17) 보건복지부, 앞의 통계, 30쪽.

18) 보건복지부, 앞의 통계, 16쪽.

19) 보건복지부, 앞의 통계, 27쪽.

20) 보건복지부, 앞의 통계, 63쪽.

21) 임혁, 김현성, ‘교육 및 돌봄시설에서의 아동학대 예방을 위한 제도개선에 관한 연구’, 「사회복지정책과 실천」 제6권 제2호, 2020, 201쪽

나라는 인식을 전제하고 있다.

## 2. 교원의 아동학대 면책 조항의 입법 과정

먼저, 초·중등교육법 조항의 입법 과정을 보면, 2023. 9. 15. 국회 교육위원회는 이태규 의원 등이 각 대표발의한 초·중등교육법 일부개정법률안 8건과 무분별한(무고성) 아동학대 신고로부터 학습권과 교권 보호를 위한 초·중등교육법 개정안 조속 통과 요청 청원 1건의 내용을 통합·조정하여, 초·중등교육법 제20조의2에 제2항을 ‘제1항에 따른 교원의 정당한 학생생활지도에 대해서는 아동복지법 제17조 제3호부터 제6호까지의 금지행위 위반으로 보지 아니한다.’는 내용으로 신설하는 초·중등교육법 일부개정법률안(대안)(의안번호 2124615)을 제안하였다. 교육위원회는 제안 이유로 ‘최근 심각한 수업방해와 교육활동 침해, 학교폭력 가해 학생 등에 대한 교원의 생활지도를 무력화하기 위해 학생들과 보호자 등이 악의적 민원과 고소를 남발하는 사례가 반복되고 있어, 교원의 교육활동 및 생활지도 중 정당한 활동에 대해서도 아동학대 관련 규정을 일률적으로 적용할 경우, 해당 교원의 교육활동 및 생활지도를 위축시키고 결국 전체 학생의 피해로 이어질 수 있고, 교권에 대한 심대한 침해를 넘어 교육활동을 위협하는 수준에 이르러 교권과 교육활동을 보호할 필요’를 제시하였다.

유아교육법 조항의 입법 과정도 거의 같은 시기에 유사한 내용으로 진행되었다. 2023. 9. 21. 국회 교육위원회는 서동용 의원 등이 각 대표발의한 유아교육법 일부개정법률안 6건의 내용을 통합·조정하여, ‘원장 등 교원이 법령과 유치원규칙이 정하는 바에 따라 유아를 지도할 수 있도록 유아생활지도권의 근거를 마련하고, 이에 따른 교원의 정당한 유아생활지도는 아동복지법 제17조 제3호부터 제6호까지의 금지행위 위반으로 보지 않도록’ 하는 내용의 제21조의3을 신설하는 등 유아교육법 일부개정법률안(대안)(의안번호 2124616)을 제안하였다. 교육위원회는 제안 이유로 ‘초·중등교육법과 마찬가지로 교원이 유아의 인권을 보호하고 교원의 교육활동과 돌봄활동을 위해 법령과 유치원규칙에 따라 유아들에게 생활지도를 할 수 있도록 규정하고, 유치원 교원들의 정당한 생활지도에 대하여는 아동복지법에 따른 금지행위 위반으로 보지 않도록 함으로써, 무분별한 신고로 고통받는 교원의 보호’를 제시하였다.

이후 2023. 9. 21. 제410회 국회(정기회) 제8차 본회의에서 초·중등교육법 일부개정법률안(대안) 및 유아교육법 일부개정법률안(대안) 모두 ‘제17조제3호부터 제6호까지의 금지행위’를 ‘제17조제3호, 제5호 및 제6호의 금지행위’로 하는 자구 수정 외 그대로 가결된 후, 같은 달 22. 정부이송되고, 27. 공포되었다.<sup>22)</sup>

아동학대처벌법 조항은 초·중등교육법 조항 및 유아교육법 조항의 입법이 완료된 후 약 3개월 만에 개정되었다. 2023. 12. 7. 국회 법제사법위원회는 이태규 의원 등이 각 대표발의한 아동학대처벌법 일부개정법률안 6건의 내용을 통합·조정하여, 아동학대처벌법 제2조 제3호에 ‘다만, 유아교육법과 초·중등교육법에 따른 교원의 정당한 교육활동과 학생생활지도는 아동학대로 보지 아니한다.’라는 단서를 신설하는 등 내용의 아동학대처벌법 일부개정법률안(대안)(의안번호 2125805)을 제안하였다. 법제사법위원회는 제안 이유로 ‘최근 교원의 정당한 교육활동과 학생생활지도임에도 이를 아동학대로 신고하거나 고발하여 교원의 활동에 심각한 지장이 초래되고 있고, 많은 교원들이 우울감과 무력감에 시달리고 있는 것이 작금의 현실임’을 제시하였다. 이후 2023. 12. 8. 제410회 국회(정기회) 제14차 본회의에서 위 대안대로 가결된 후, 같은 달 15. 정부이송되고, 26. 공포되었다.<sup>23)</sup>

### Ⅲ. 교원의 아동학대 면책 조항의 내용

#### 1. 목적과 방법

초·중등교육법 조항 및 유아교육법 조항은 각 교육위원회의 대안 이유에서 제시한 것처럼 ‘교권과 교육활동의 보호’, ‘무분별한 신고로 고통받는 교원의 보호’를, 아동학대처벌법 조항은 국회 본회의에서 법제사법위원장대리 정점식 의원이 발언한 것처럼 ‘무차별

22) 국회의안정보시스템([https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_C2J3B0S9G1N5V1Q0D3C1Y0G5D7B8D6](https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_C2J3B0S9G1N5V1Q0D3C1Y0G5D7B8D6), [https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_X2A3J0J9L1G5M1G0T2N5M3Y6G0E0I8](https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_X2A3J0J9L1G5M1G0T2N5M3Y6G0E0I8), 각 2023. 12. 28. 확인)

23) 국회의안정보시스템([https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC\\_Y2U3M1D1U2D1Q1U9U0F1O2E9C1N7K1&ageFrom=21&ageTo=21](https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Y2U3M1D1U2D1Q1U9U0F1O2E9C1N7K1&ageFrom=21&ageTo=21), 2023. 12. 28. 확인)

적인 아동학대 신고로부터 교원들의 보호<sup>24)</sup>를 목적으로 하고 있다.

결국 교원의 아동학대 면책 조항은 교원과 교원의 권리를 보호한다는 점에서 목적이 공통되고, 이를 위해 교원의 일부 행위에 대하여 아동학대의 적용을 제한한다는 점에서 그 방법 또한 공통적이라 할 것이다.

## 2. 면책되는 아동학대의 유형

초·중등교육법 조항 및 유아교육법 조항은 교원에 대하여 적용되지 않는 아동학대로, 아동복지법 제17조 제3호, 제5호 및 제6호를 특정하고 있다. 즉 아동복지법 제17조 각호의 금지행위 중 ‘아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위’(제3호), ‘아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위’(제5호) 및 ‘자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위’(제6호)만 적용되지 않는다.

위 세 가지 아동학대의 유형에 대해서는 대법원이 그 의미나 판단기준에 관하여 상세히 판시하고 있는바, 우선 신체적 학대행위에 대해서는 ‘아동이 건강하게 출생하여 행복하고 안전하게 자라나도록 복지를 보장하기 위한 아동복지법의 목적(제1조)에 비추어 행위가 발생한 장소와 시기, 행위에 이른 동기와 경위, 행위의 정도와 태양, 아동의 반응 등 구체적인 행위 전후의 사정과 더불어 아동의 연령 및 건강 상태, 행위자의 평소 성향이나 유사 행위의 반복성 여부 및 기간까지도 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다.’<sup>25)</sup>라고 판시하였다.

대법원은 정서적 학대행위에 대해서는 ‘정신적 폭력이나 가혹행위로서 아동의 정신건강 또는 복지를 해치거나 정신건강의 정상적 발달을 저해할 정도 혹은 그러한 결과를 초래할 위험을 발생시킬 정도에 이르는 것을 말하고, 어떠한 행위가 이에 해당하는지 여부는 행위자와 피해아동의 관계, 행위 당시 행위자가 피해아동에게 보인 태도, 피해아동의 연령, 성별, 성향, 정신적 발달상태 및 건강상태, 행위에 대한 피해아동의 반응 및 행위를 전후로 한 피해아동의 상태 변화, 행위가 발생한 장소와 시기, 행위의 정도와 태

24) 제410회국회(정기회) 국회본회의회의록, 국회사무처, 18쪽.

25) 대법원 2020. 1. 16. 선고 2017도12742 판결 [아동복지법위반]

양, 행위에 이르게 된 경위, 행위의 반복성이나 기간, 행위가 피해아동 정신건강의 정상적 발달에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.<sup>26)</sup>”라고 하였다.

그리고 방임행위에 대해서는 ‘아동복지법의 입법 목적과 더불어 아동의 보호자가 그 입법 목적을 달성하기 위하여 일정한 책무를 부담한다는 점을 전제로 하여 보호자와 피해아동의 관계, 피해아동의 나이, 방임행위의 경위와 태양 등의 사정을 종합적으로 고려하여야 할 필요가 있다. 특히 보호자가 친권자 또는 이에 준하는 주양육자인 경우에는 피해아동을 보호하고 양육할 1차적 책임을 부담한다는 점을 중요하게 고려해야 한다.’<sup>27)</sup>라고 판시하였다.

반면, 아동학대처벌법 조항은 교원에 대하여 적용되지 않는 아동학대의 종류에 대해서 아무런 제한을 두지 않는데, 여기서의 ‘아동학대’는 아동복지법 제3조 제7호의 아동학대로, ‘보호자를 포함한 성인이 아동의 건강 또는 복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력이나 가혹행위를 하는 것과 아동의 보호자가 아동을 유기하거나 방임하는 것’을 의미한다.

### 3. 면책되는 교원의 업무

초중등교육법 조항 및 유아교육법 조항은 교원의 업무 중 ‘정당한 학생생활지도’ 및 ‘정당한 유아생활지도’에 대해서만 신체적 학대행위, 정서적 학대행위 및 방임행위의 적용을 제한하고 있는 반면, 아동학대처벌법 조항은 그 외 ‘정당한 교육활동’에 대해서도 아동학대의 적용을 제한하고 있다.

먼저, ‘학생생활지도’는 교원의학생생활지도에관한고시 제2조 제4호에서 ‘학교의 장과 교원이 교육활동 과정에서 학생의 일상적인 생활 전반에 관여하는 지도 행위’라고 정의하고 있고, 그 방법 및 범위에 대해서는 초중등교육법 시행령 제40조의3 및 위 고시에서 상세히 규정하고 있다. ‘유아생활지도’에 대해서는 유아교육법 제21조의3 제1항이 법령과 유치원규칙으로 정할 수 있다고 규정하고 있으나, 동법 시행령 제10조의 유치원

26) 대법원 2020. 3. 12. 선고 2017도5769 판결 [아동복지법위반(아동학대)]

27) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2020도7625 판결 [아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동학대치사)·아동복지법위반(아동유기·방임)]

규칙에 포함되어야 할 사항에 유아생활지도에 관한 내용은 없다. 이는 유아교육법 제21조의3이 신설된 후 동법 시행령이 아직 개정되지 않은 탓으로 보인다. 유아교육법 조항의 신설 취지 및 초중등교육법 조항과의 구조적 유사성에 비추어, ‘유아생활지도’의 의의는 위 ‘학생생활지도’에서 그 대상을 유아로 바꿔서 유사하게 이해할 수도 있을 것이나, 유아와 초중등학생의 신체적, 정신적 발달 정도의 차이를 고려할 때 ‘유아생활지도’의 의의나 방법, 범위에 대해서는 유아교육법 시행령 등 관련 법령에 별도로 규정하는 것이 바람직할 것이다.

한편, 위 ‘학생생활지도’ 개념의 전제이기도 한 ‘교육활동’의 의의는 아동학대처벌법, 동법 시행령 및 시행규칙은 물론 초중등교육법 및 유아교육법 어디에서도 정의하고 있지 않고, 학계에서도 ‘원격 교육<sup>28)</sup>’, ‘체험 교육<sup>29)</sup>’, ‘수학 교육<sup>30)</sup>’ 등 특정한 분야 별로 그 의의를 규명하려는 시도는 있으나 교육의 개념 자체를 정의하는 시도는 찾기 어려운 사실에 비추어, ‘교육’이나 ‘교육활동’의 의의를 개별 법률에서 정의하기는 쉽지 않다고 할 것이다.

아동학대의 적용이 배제하려면 교원의 학생생활지도 또는 교육활동은 모두 ‘정당한’ 것이어야 한다. 실제로는 이 ‘정당한’이 교원의 아동학대 면책 조항의 적용 여부를 판단하는 핵심적 요건으로 보이나, 교원의 아동학대 면책 조항은 물론 관련된 어느 법령에서도 ‘정당한’의 의미나 판단 기준에 관하여 규정하고 있지 않다. 결국 교원의 행위의 정당성에 대한 판단은 아래 IV.항에서 살펴볼 위법성조각사유의 존재 여부에 관한 해석으로 귀결될 것으로 예상된다.

28) 정연희, ‘원격교육논의의 “교육” 개념에 대한 비판적 검토’, 서울대학교 교육학박사 학위논문, 2013, 154쪽.

29) 장수미, ‘중학교 자유학기제 체험교육의 의미 재탐색: 듀이의 ‘교육적 경험’ 개념을 중심으로’, 서울대학교 교육학석사 학위논문, 2020, 17쪽.

30) 조수남, ‘수학교육의 의의 및 교육 방식에 관한 역사적 고찰: 케임브리지대학교 UCL의 사례를 중심으로’, 『수학교육』 51권 2호, 2012, 115쪽.

## IV. 교원의 아동학대 면책 조항의 기능

### 1. 특정한 범죄에 대한 특별한 위법성조각사유

교원의 아동학대 면책 조항이 적용되는 교원의 행위는 ‘정당한’ 학생생활지도 또는 교육활동이다. 즉 교원의 학생생활지도나 교육활동이 일응 아동학대의 구성요건에 해당하더라도 그 행위가 정당한 것으로 판단되면 더 이상 위법하지 않은 행위가 된다. 이러한 점에서 교원의 아동학대 면책 조항은 교원이라는 특정한 주체의 아동학대라는 특정한 구성요건을 위한 위법성조각사유로서 기능한다고 할 것이다.

물론 아동학대처벌법 조항의 경우 아동학대처벌법 조항이 원용하는 아동복지법 제3조 제7호의 ‘아동학대’는 벌칙 조항이 없어, 벌칙 조항이 있는 아동복지법 제17조의 ‘금지 행위’ 중 일부의 적용을 배제하는 초중등교육법 조항 및 유아교육법 조항과 달리, 엄밀한 의미에서는 위법성조각사유로서 기능할 수 없다고 볼 수 있으나, 아동복지법 제3조의 아동학대에 해당되지 않는다고 판단한 행위를 처벌하는 것은 현실적으로 예상하기 어려울 뿐만 아니라 아동학대 관련 법제의 통일성에 대한 신뢰를 저해하여 바람직하지도 않은 점을 고려할 때, 아동학대처벌법 조항 역시 교원의 아동학대 범죄에 대한 위법성조각사유로 이해해도 무방할 것으로 생각된다.

### 2. 일반적 위법성조각사유와의 관계

교원의 아동학대 면책 조항이 도입되기 전부터 아동학대 사건에서 행위자가 자신의 행위를 아동의 교육 또는 훈육을 위한 행위라고 주장하는 경우, 일반적 위법성조각사유인 형법 제20조의 정당행위에 따라 그 행위의 위법성을 판단해왔다.

형법 제20조는 ‘정당행위’라는 제목 하에 ‘법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.’고 규정하고 있는데, 아동학대 사건에서는 주로 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’로 위법성 여부를 판단하고 있다. 예컨대, 11세 자녀의 뺨을 때리고, 주먹으로 머리를 때렸다는 사실로 기소된 친부 및 계모에 대하여 ‘이 사건 당시 고아원에 가졌다면 정차한 차에서 뛰어내리고 차 안에

서 발버둥치는 피해자를 어떻게든 다시 집으로 데리고 가야하는 상황이었던 점을 고려하면 (중략) 설령 신체적 학대행위에 해당한다고 하더라도 이는 훈육의 의사로 이루어진 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위로서 형법 제20조에 따른 “사회상규에 위배되지 아니하는 행위”에 해당한다고 봄이 타당하다.’는 이유로 무죄를 선고<sup>31)</sup>하였다. 반면, 3세 아동이 손을 찌지 않았다는 이유로 아동의 양팔을 강하게 잡아 끌어당긴 행위 등으로 기소된 어린이집 교원에 대하여는 ‘사회상규에 위배되지 않는 정당한 훈육권의 행사를 넘어 각 피해아동들에 대한 신체학대 또는 정서학대 행위라고 판단’된다는 이유로 유죄를 선고<sup>32)</sup>하였다.

대법원은 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’의 의의에 관하여 ‘법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하므로, 어떤 행위가 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익의 법익 균형성, 긴급성, 그 행위 이외의 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖춘 경우에는 정당행위에 해당한다 할 것이다. 한편 어떠한 행위가 범죄구성요건에 해당하지만 정당행위라는 이유로 위법성이 조각된다는 것은 그 행위가 적극적으로 용인, 권장된다는 의미가 아니라 단지 특정한 상황 하에서 그 행위가 범죄행위로서 처벌대상이 될 정도의 위법성을 갖추지 못하였다는 것을 의미한다.’고 판시하였다.<sup>33)</sup>

한편, 대법원은 교원의 체벌에 대하여 ‘법령에 의한 행위’로서 위법성이 조각될 수 있다고 판시<sup>34)</sup>한 바 있으나, 2011. 3. 18. 일부개정 및 시행된 초·중등교육법 시행령 제31조 제8항이 ‘도구, 신체 등을 이용하여 학생의 신체에 고통을 가하는 방법’인 체벌을 전면 금지한 이상 위 판결의 현재적 의미는 없다고 할 것이다.

31) 의정부지방법원 2019. 11. 28. 선고 2018고합53 판결 [아동복지법위반(아동학대)]

32) 수원지방법원 안산지원 2015. 5. 6. 선고 2014고단2797 판결 [아동복지법위반]

33) 대법원 2021. 12. 30. 선고 2021도9680 판결 [재물손괴]

34) 대법원 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 판결 [폭행·모욕]

## V. 교원의 아동학대 면책 조항에 대한 비판적 검토

### 1. 아동의 권리 침해 및 아동보호에 관한 국가의 의무 위반에 대한 우려

아동은 인간이자 국민으로서 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(헌법 제10조)을 비롯한 여러 기본권의 주체이고, 권리보장과 복지증진을 위하여 법률에 의한 보호와 지원을 받을 권리를 가진다.(아동복지법 제2조 제4항) 아동은 부모와 가정, 국가와 사회로부터 보호받고 존중되어야 하며, 그 보호와 존중은 가정이라는 사적 공간을 넘어 공적 영역에서 보다 적극적으로 행해져야 하는바<sup>35)</sup>, 이는 법적으로 국가의 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무(헌법 제34조 제4항), 아동의 권익과 보장을 위한 국가 및 지방자치단체, 보호자 등의 책무(아동복지법 제4조, 제5조) 등으로 규범화되었다.

그런데 교원의 아동학대 면책 조항은 아동의 헌법상 권리인 행복추구권과 학습권을 침해할 우려가 있다. 행복추구권은 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 포함하는데, 일반적 행동자유권은 적극적으로 자유롭게 행동을 하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유 즉, 부작위의 자유도 포함되며, 포괄적인 의미의 자유권으로서 일반조항적인 성격을 가진다.<sup>36)</sup> 학습권과 관련하여, 헌법재판소와 대법원 모두 학생의 학습권이 교원의 수업권보다 우선함을 명확히 하였다. 즉 헌법재판소는 ‘국민의 수학기권(헌법 제31조 제1항의 교육을 받을 권리)과 교원의 수업의 자유는 다같이 보호되어야 하겠지만 그 중에서도 국민의 수학기권이 더 우선적으로 보호되어야 한다.’<sup>37)</sup>라고, 대법원은 ‘학교교육에 있어서 교원의 가르치는 권리를 수업권이라고 한다면, 이것은 교원의 지위에서 생기는 학생에 대한 일차적인 교육상의 직무권한이지만 어디까지나 학생의 학습권 실현을 위하여 인정되는 것이므로, 학생의 학습권은 교원의 수업권에 대하여 우월한 지위에 있다.’<sup>38)</sup>라고, 각 판시하였다.

35) 강현구, ‘아동권리관점에서 본 영유아보육법과 유아교육법의 형성과정 및 법령 분석’, 서울대학교 아동가족학박사 학위논문, 2014, 15쪽.

36) 헌법재판소 2007. 3. 29. 선고 2005헌마1144 결정 [초·중등교육법제조제항위헌확인] 헌법재판소 2007. 3. 29.자 2005헌마1144 결정 [초·중등교육법제조제항위헌확인]

37) 헌법재판소 1992. 11. 12. 선고 89헌마88 전원합의체 결정 [教育法第條에관한憲法訴願]

38) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다25298 판결 [손해배상(기)]

그럼에도 교원의 아동학대 면책 조항은 일정한 경우 교원에게 아동학대의 구성요건에 해당하는 행위를 허용함으로써 아동에게 특정한 행동을 못하게 하거나 반대로 아동의 의사에 반하는 행동을 하게 함으로써 아동의 일반적인 행동자유권을 침해할 수 있고, 그 과정에서 아동의 학습권이 침해될 수도 있다. 교원의 아동학대 면책 조항은 입법 자료에서 확인한 바와 같이 교원 내지 교권의 보호를 그 목적으로 명시하고 있는바, 이는 아동의 학습권보다 수업권을 포함한 교사의 권리를 우선한 것으로, 위 헌법재판소와 대법원의 확립된 태도에도 배치된다고 할 것이다.

둘째, 교원의 아동학대 면책 조항은 아동의 평등권을 침해할 우려가 있다. 교원의 아동학대 면책 조항은 우리 법이 성인에게는 허용하지 않는 폭력을 교육활동 내지 학생생활지도라는 명목으로 아동에 대해서는 허용하는 것으로, 이는 연령을 이유로 한 차별에 해당한다. 헌법재판소는 헌법 제11조의 평등원칙의 의미에 관하여 ‘일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적인 평등을 의미하는 것이 아니라, 법의 적용이나 입법에 있어 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안 된다는 상대적·실질적인 평등을 뜻하는 것’이라고 판시<sup>39)</sup>하였고, 일반적으로 연령에 따라 특정인의 경험이나 지식 또는 능력이 달리 평가될 수 있기 때문에 연령은 차별을 금지하는 사유라기보다 차별을 정당화하는 근거로 인식되어 왔으나<sup>40)</sup>, 폭력의 허용 여부는 사람의 경험이나 지식 또는 능력이 문제되는 영역이 아니므로, 아동에 대해서만 일정한 경우 폭력을 정당화하는 것은 연령이라는 불합리한 조건에 의하여 아동을 차별하는 것이다.

더욱이 교원의 아동학대 면책 조항은 아동이 학교나 유치원에 다니는지 여부에 따라 아동학대로부터의 보호 범위가 달라지게 되므로, 학교나 유치원에 다니는지 여부에 따라 차별이 발생하게 되어, 이런 측면에서도 아동의 평등권을 침해할 우려가 있다.

셋째, 교원의 아동학대 면책 조항은 아동의 권리에 관한 국제조약에도 반할 우려가 있다. 우리나라가 1991년에 가입하여 국내법과 동일한 효력이 있는(헌법 제6조) 유엔아동권리협약(Convention on the Rights of the Child) 제19조<sup>41)</sup>는 당사국에 대하여 ‘모

39) 헌법재판소 2015. 12. 23.자 2014헌마303 전원합의체 결정 [도시및주거환경정비법부칙제조단서위헌확인]

40) 이준일, ‘연령차별금지의 법제와 법적 문제 - 미국·네덜란드·호주의 연령차별금지법을 중심으로 -’, 「미국헌법연구」, 2008, 106쪽.

41) Article 19

든 형태의 폭력'으로부터 아동을 보호하기 위해 적절한 입법적, 행정적, 사회적 및 교육적 조치를 취할 의무를 부과하고 있다. 우리나라는 위 협약 제44조<sup>42)</sup>에 따라 처음 가입한 때로부터 2년 이내, 그 후로는 매 5년마다 유엔아동권리위원회에 위 협약의 이행 상황을 보고하고, 유엔아동권리위원회는 미진한 사항에 대하여 권고해왔는데, 최근엔 2017년에 우리나라가 5,6차 국가보고서를 제출하고, 이에 대하여 2019년에 위 위원회가 최종견해를 표명하였다.<sup>43)</sup>

유엔아동권리위원회의 2019년 권고사항 중에는 '체벌을 포함한 모든 종류의 폭력 및 학대'에 대한 예방과 대응을 위하여 학대사태에 대한 국가데이터베이스를 구축하고 포괄적인 전략 및 행동계획 수립이 필요하다는 내용이 포함되어 있다.<sup>44)</sup> 체벌에 대한 우려는 우리나라가 제출한 1, 2차 및 3, 4차 보고서에 대한 유엔아동권리위원회의 2003년 및 2011년 권고사항에도 포함<sup>45)</sup>되어 있었으나, 2011. 3. 18. 개정된 초·중등교육법 시행령이 학교에서의 체벌을 전면 금지한 이후인 2019년에도 여전히 체벌을 포함한 모든 종류의 폭력 및 학대에 대한 대응을 촉구하는 것은 학교나 가정과 같은 공간의 차이가 중요한 것이 아니라, 아동에 대한 신체적 유형력의 행사 자체를 금지할 것을 촉구하는 것으로 이해할 수 있다. 이런 상황에서 교원의 아동학대 면책 조항의 신설은 오히려 학교에서 아동에 대한 신체적 유형력의 행사를 일부 허용하는 것으로 유엔아동권리협약 제19조 및 유엔아동권리위원회의 권고에 역행하는 것이라 할 수 있다.

한편, 헌법재판소는 아동학대와 관련한 국가의 의무에 대하여 '국가는 응당 지적·정

1. States Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child.

42) Article 44

1. States Parties undertake to submit to the Committee, through the Secretary-General of the United Nations, reports on the measures they have adopted which give effect to the rights recognized herein and on the progress made on the enjoyment of those rights

(a) Within two years of the entry into force of the Convention for the State Party concerned;

(b) Thereafter every five years.

43) 나달숙, '아동의 인권에 관한 법적 조명-아동권리협약을 중심으로', 『법학연구』, 2020, 14쪽.

44) 류정희, 'UN아동권리협약 정부이행 추진경과와 과제: 제5-6차 최종견해를 중심으로', 『아동복지전문연구지 동광』, 2021, 61쪽.

45) 나달숙, 앞의 글, 15~16쪽.

신적·신체적·인격적 발전단계가 아직 성인의 안정성에 이르지 못한 아동·청소년이 건전한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 신체적·정신적·정서적 폭력이나 가혹행위 등으로부터 보호하여야 할 의무가 있다. 즉 성인에 의한 학대로부터 아동을 특별히 보호하여 이들의 건강한 성장을 도모하는 것은 이 사회가 양보할 수 없는 중요한 법익의 하나이다. (중략) 아동의 성장, 발달에 영구적 손상을 초래하는 심각한 피해가 발생하기 전에 국가나 사회가 아동학대를 조기에 진단하고 개입하는 것이 반드시 필요하다.<sup>46)</sup>라고 판시한 바 있다.

그러나 교원의 아동학대 면책 조항은 아동학대의 구성요건에 해당하는 행위가 정당한 학생생활지도 또는 교육활동에 해당하는지에 대한 판단 과정을 거칠 것을 요구하므로, 헌법재판소가 국가나 사회가 아동학대를 ‘조기에 진단하고 개입하는 것이 반드시 필요하다’라고 천명한 것과 달리 오히려 국가의 아동학대에 대한 개입의 시기를 늦추는 결과를 초래할 수 있다는 점에서, 국가가 아동보호 의무를 제 때 이행하지 못하게 될 우려가 있다.

## 2. 아동학대의 의의에 관한 혼란을 가중시킬 우려

앞서 본 교육부고시에서 ‘학생생활지도’의 의의를 규정하고, 대법원이 ‘정당행위’의 의의와 판단 기준에 관하여 상세히 판시하고 있으나, 교원의 아동학대 면책 조항의 핵심 개념인 ‘정당한 학생생활지도’나 ‘정당한 교육활동’은 여전히 모호하고 추상적이다.<sup>47)</sup> 문제는 위와 같이 추가된 개념 외에 교원의 아동학대 면책 조항이 그 적용을 제한하는 아동학대의 의의나 상호관계 또한 명확하지 않다는 점이다.

먼저, 초·중등교육법 조항 및 유아교육법 조항이 그 적용을 제한하는 아동복지법 제17조의 신체적 학대행위(제3호), 정서적 학대행위(제5호) 및 방임행위(제6호)를 포함한 ‘금지행위’는 벌칙(제71조 제1항)이 부과되는 구성요건 조항인 반면, 아동학대처벌법 조항이 원용하는 아동복지법 제3조 제7호의 ‘아동학대’는 아동복지법 전체에 적용되는 정의

46) 헌법재판소 2021. 3. 25. 선고 2018헌바388 전원합의체 결정 [아동학대범죄의처벌등에관한특례법제조위헌소원]

47) 민주사회를 위한 변호사모임 아동청소년인권위원회, ‘초·중등교육법 일부개정법률안(이태규 의원 대표발의)에 대한 검토의견서’, 2023. 5. 25., 2쪽.

조항이라는 차이가 있다. 아동복지법 제3조 제7호의 ‘아동학대’와 제17조의 ‘금지행위’ 또는 각호 중 ‘학대행위’는 그 문언이 정확히 일치하지 않고, 양 조항 사이의 관계에 관한 규정 또한 없어, 이론적으로는 제3조 제7호의 아동학대에 해당하더라도 제17조 금지행위의 구성요건을 충족하지 않아 처벌하지 못하거나, 반대로 제17조 금지행위의 구성요건을 충족하더라도 제3조 7호의 아동학대에 해당하지 않는다고 판단할 수도 있다.

실제로 어린이집 교사가 발달장애를 가진 5세 아동의 팔을 세계 잡아 전치 14일의 타박상 등을 가한 행위에 대하여 아동복지법 제17조 제3호(신체적 학대행위)로 기소된 사건에서, 법원은 진단서, 멍이 든 아동의 사진 등 증거를 토대로 아동에게 상해, 즉 아동복지법 제17조 제3호의 구성요건인 ‘손상’이 발생한 사실을 인정하면서도, 아동복지법 제3조 제7호의 ‘아동의 건강 또는 복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적 폭력 또는 가혹행위’에 해당하지 않는다는 이유로 무죄를 선고하였다.<sup>48)</sup> 즉 위 사건에서 법원은 제17조 제3호 ‘신체적 학대행위’의 구성요건을 충족하는 행위에 대하여 제3조 7호의 ‘아동학대’에 해당하는지를 별도로 판단함으로써 제3조 제7호를 구성요건처럼 해석하거나 제17조 제3호와 제3조 제7호를 사실상 구별하지 않는 듯한 태도를 보인 것으로, 그 자체로 아동복지법 제3조 제7호의 ‘아동학대’와 제17조의 ‘금지행위’ 또는 ‘학대행위’와의 관계의 혼란을 보여준다고 할 것이다.

또한 아동학대처벌법 제2조 제4호는 ‘아동학대범죄’를 ‘보호자에 의한 아동학대’라고 정의하면서 그 중 하나로 아동복지법 제17조에 대한 벌칙 조항인 제71조 제1항(제3호 제외) 위반죄를 명시하고 있다. 그리고 아동복지법 제3조 제7의2호는 ‘아동학대관련범죄’를 규정하면서 그 중 하나로 아동학대처벌법상 ‘아동학대범죄’를 명시하고 있다.

이렇듯 아동복지법과 아동학대처벌법이 ‘아동학대’, ‘금지행위’, ‘학대행위’, ‘아동학대범죄’, ‘아동학대관련범죄’와 같이 유사한 문언을 가진 여러 개념들을 두고 있는데, 아동복지의 관점에서 다양한 규제를 규정하고 있는 아동복지법상의 개념과 형벌 부과 대상의 관점에서 입법된 아동학대처벌법상의 개념이 혼재하면서 그 해석상 논란이 야기되고 있어<sup>49)</sup>, 아동학대에 대한 명확한 정의를 발견하기 어려운<sup>50)</sup> 정도라 할 것이다.

48) 제주지방법원 2017. 2. 3. 선고 2016고단853 판결 [아동복지법위반]

49) 김슬기, ‘아동학대범죄의 구성요건 정비 방안’, 『비교형사법연구』 제22권 제4호, 2021, 22쪽.

50) 박혜진, ‘바람직한 아동학대방지정책 마련을 위한 제언’, 『형사정책연구』 제27권 제3호, 2016, 259쪽.

한편, 초·중등교육법 조항 및 유아교육법 조항이 그 적용을 배제하는 아동학대의 한 유형인 아동복지법 제17조 제5호의 ‘정서적 학대행위’에 대해서는 범죄구성요건으로서 충분히 명확하지 않다거나<sup>51)</sup> 법률의 규정을 상세히 규정할 필요가 있다는<sup>52)</sup> 등 비판이 있어왔고, 법원 또한 위 조항 위반으로 기소된 고등학교 교사에 대하여 무죄를 선고하면서 판결 이유에 ‘정서적 학대행위라는 개념의 모호성’이라고 기재<sup>53)</sup>하기도 하는 등 명확성의 원칙과 관련한 논란이 완전히 해소되지 않고 있는 실정이다.

위와 같이 아동학대 관련 법제에서 정서적 학대행위를 포함하여 아동학대의 의의나 관련 개념들과의 관계에 관한 혼란이 이미 존재하고 있는 상황에서, 교원의 아동학대 면책 조항이 ‘정당한 학생생활지도 내지 교육활동’이라는 모호한 개념을 추가함으로써 아동학대의 의의에 관한 혼란을 더욱 심화시키지 않을까 우려된다.

### 3. 특별한 위법성조각사유의 필요성에 대한 의문

형법상 일반적 위법성조각사유, 특히 형법 제20조의 정당행위가 있음에도 교원의 일부 아동학대 범죄에 대한 특별한 위법성조각사유를 창설할 현실적 필요성이 있는지도 의문이다. 앞서 본 바와 같이 우리 법은 아동학대 사건에서 - 행위자가 교원이든 아니든 - 정당행위로 위법성 여부를 판단해왔고, 특히 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’는 그 문언상 가장 기본적인 일반적 위법성조각사유<sup>54)</sup>이므로, 교원의 아동학대 사건에 사회상규만으로 포섭하기 힘든 특수성이 있어 교원의 아동학대 면책 조항과 같은 특별한 위법성조각사유가 꼭 필요하다고 보기는 어렵다.

더구나 앞서 본 2022년 아동학대 통계에 의하면, 아동학대 행위자 중 부모가 82.7%로 절대 다수를 차지하고 있고, 교원의 비율은 5.7%에 불과한바, 아동학대 사건에서 교원의 ‘정당한 학생생활지도 내지 교육활동’보다 부모의 ‘정당한 훈육’을 문제삼는 경우

51) 강동욱, ‘아동학대범죄의 처벌에 관한 비판적 검토 - 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」을 중심으로 -’, 「법학논총」 제38권 제2호, 2014, 170쪽.

52) 류부곤, ‘아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토’, 「형사정책」 제27권 제1호, 2015, 146쪽.

53) 청주지방법원 충주지원 2019. 1. 25. 선고 2018고단49 판결 [아동복지법위반]

54) 최호진, ‘정당행위에 대한 대법원 판단기준과 법이론적 분석 - 대법원 2011. 3. 17. 선고 2006도 8839 전원합의체 판결을 중심으로 -’, 「형사판례연구」 제30권, 2022, 93쪽.

가 훨씬 많을 수밖에 없다. 실제로 많은 아동학대 사건에서 부모인 행위자들이 훈육행위 또는 훈육의 의도로 한 행위였다고 주장하고, 이러한 사유로 무죄가 선고되거나 유리한 양형 사유로 판결문에 명시되고 있는 것이<sup>55)</sup> 현실이다.

이러한 현실을 고려할 때 교원의 아동학대 사건에 특수한 위법성조각사유를 두어야 할 필요성이 있는지 확신하기 어렵다. 설령 아동학대 사건과 관련하여 특수한 위법성조각사유를 창설할 필요가 있다고 하더라도, 아동학대 행위자 중 극히 적은 비율을 차지하는 교원에 대하여만 적용되는 특수한 위법성조각사유를 별도로 둘 필요는 더욱 적다고 할 것이다.

#### 4. 교원의 보호라는 입법 목적에 적합한 수단인지 의문

앞서 본 것처럼 교원의 아동학대 면책 조항은 ‘무분별한 아동학대 신고로부터 교원의 보호’를 목적으로 하고 있으나, 실질적으로 교원의 보호에 얼마나 기여할 수 있을지는 확실하지 않다.

교원의 아동학대 면책 조항은 교원의 교육활동 내지 학생생활지도의 정당성에 관한 다툼을 예정하고 있으므로, 수사기관이나 법원에 가기 전부터 교원의 활동의 정당성에 관하여 교원과 학교, 아동 또는 학부모 사이의 갈등이 심화될 개연성이 높다고 할 것인 바, 이러한 상황이 교원의 보호에 도움이 될 것이라고 생각하기는 어렵기 때문이다. ‘서이초 사건’ 이후 교원에 대한 아동학대 신고 건수가 60% 이상 감소<sup>56)</sup>하였다고 하나, ‘서이초 사건’의 발생 및 교원의 아동학대 면책 조항의 입법 시기로부터 많은 시간이 경과하지 않은 현재로서는, 이러한 현상이 ‘서이초 사건’과 같은 충격적인 사건 이후 여론의 집중으로 인한 일시적인 것인지, 교원의 아동학대 면책 조항에 따라 교원의 학생생활지도 또는 교육활동의 정당성 판단이 이루어진 결과인지 판단하기는 아직 이르다고 할 것이다.

55) 2019. 9. 1.부터 2020. 9. 1.까지 전국 1심 법원에서 아동복지법위반죄로 선고된 판결들 중 훈육과 관련된 내용이 포함된 판결들을 대상으로 아동학대의 성립 및 처벌에 있어서 훈육의 기능에 관하여 분석한 결과에 대해서는, 장혜영, 앞의 논문, 22~30쪽 참조.

56) 뉴스1, “‘서이초 사건’ 이후 교원 아동학대 신고 60% 넘게 줄었다”, 2024. 1. 4. (<https://www.news1.kr/articles/5279883>, 2024. 1. 8. 확인)

무엇보다 교원의 아동학대 면책 조항은 교원 내지 교권의 보호라는 입법 목적을 위한 적절한 수단이라고 보기 어렵다. 현직 교원이 적절히 지적한 바와 같이, 교원이 겪는 문제 해결의 어려움과 교원의 아동 인권 침해 여지는 분리하여 생각할 필요가 있는바<sup>57)</sup>, 무분별한 아동학대 신고로 인한 교원의 어려움을 해결하기 위해서는 아동학대 신고에 대한 처리 절차를 개선하고, 그 과정에서 교원에 대한 사실적, 법적 지원을 강화하는 방안을 마련하는 것이 보다 직접적이고 효과적인 방법이라 할 것이다.

아동학대처벌법이 2023. 12. 26.부터 시·도지사 등 지방자치단체장, 사법경찰관 및 검사에게 교원의 교육활동 중 행위가 아동학대범죄로 신고되어 조사 또는 수사 중인 사건과 관련하여 관할 교육감이 의견을 제출하는 경우 이를 아동학대 사례의 판단 또는 아동학대범죄사건의 수사 내지 결정에 참고할 의무를 부과<sup>58)</sup>하는 것도 그러한 방법의 하나라 할 수 있다. 다만, 그 전제가 되는 교육감의 의견제출 의무를 규정한 교원의지위 향상및교육활동보호를위한특별법(이하 교원지위법) 조항<sup>59)</sup>은 초·중등교육법 조항 및 유아교육법 조항과 같이 2023. 9. 27. 개정되었으나 2024. 3. 28. 시행 예정이고, 교육감

57) 하영, “아동학대’라는 언어가 교육에 대한 성찰이 되려면: 아동학대 신고 시스템의 한계와 가능성’, 『오늘의 교육』 72호, 2023. 3. 15. (<https://communebut.com/Article/?idx=14481830&bmode=view>, 2024. 1. 7. 확인)

58) 제11조의2(조사) ② 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 「유아교육법」 및 「초·중등교육법」에 따른 교원의 교육활동 중 행위가 아동학대범죄로 신고되어 조사 중인 사건과 관련하여 관할 교육감이 의견을 제출하는 경우 이를 「아동복지법」 제22조제3항제3호에 따른 아동학대 사례의 판단에 참고하여야 한다. <신설 2023. 12. 26.>

제17조의3(교원에 대한 아동학대범죄사건 처리에서의 특례) ① 사법경찰관은 「유아교육법」 및 「초·중등교육법」에 따른 교원의 교육활동 중 행위가 아동학대범죄로 신고되어 수사 중인 사건과 관련하여 관할 교육감이 의견을 제출하는 경우 이를 사건기록에 편철하고 아동학대범죄사건 수사 및 제24조 후단에 따른 의견을 제시할 때 참고하여야 한다.

② 검사는 제1항과 같은 아동학대범죄사건을 수사하거나 결정할 때 사건기록에 편철된 관할 교육감의 의견을 참고하여야 한다.

[본조신설 2023. 12. 26.]

59) 제17조(아동학대 사안에 대한 교육감의 의견 제출) ① 교육감은 「유아교육법」 제21조의3제1항에 따른 교원의 정당한 유아생활지도 및 「초·중등교육법」 제20조의2제1항에 따른 교원의 정당한 학생생활지도 행위가 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조제4호에 따른 아동학대범죄로 신고되어 소속 교원에 대한 조사 또는 수사가 진행되는 경우에는 해당 시·도, 시·군·구(자치구를 말한다) 또는 수사기관에 해당 사안에 대한 의견을 신속히 제출하여야 한다.

② 제1항에 따른 의견 제출의 기한, 방법, 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

[본조신설 2023. 9. 27.]

의 의견 제출 대상에 관하여 아동학대처벌법이 교원의 ‘교육활동’이라고 규정하고 있는 반면, 교원지위법은 ‘학생생활지도 또는 유아생활지도’라고 규정하여 그 문언이 일치하지 않는다.

위와 같이 이미 도입된 제도 외에 학부모 등이 교원에 대하여 아동학대로 민원을 제기하거나 형사 고소고발하는 경우 사전에 교육청에서 아동학대에 해당하는지 심사하고 그 결과를 민원인에게 통보하는 제도를 도입하는 방안<sup>60)</sup>, 교원의 교직 수행에 필요한 교육법규에 대한 예비교사 교육 및 현직교사 연수를 의무화하는 방안<sup>61)</sup>, 학부모, 학생을 대상으로 교권과 관련한 인식 전환을 위한 교육을 확대하는 방안<sup>62)</sup> 등이 아동학대 문제와 관련하여 교원을 지원하는 보다 효과적인 방법이 될 수 있다.

## VI. 결론

교육에서 교원의 역할의 중요성이나 전문직 직업인이라 한 인간으로서 교원의 권리를 보호해야 한다는 당위성에 대해서는 누구도 의문을 제기하지 않을 것이다. 한편, 아동의 권리를 보장하고 아동학대에 대한 대응에 공백이 없어야 한다는 점에 대해서도 이론의 여지는 없다. 따라서 교원 내지 교권의 보호는 아동의 권리 보장 및 아동학대에 대한 철저한 대응과 조화를 이루는 방법으로 이루어져야 한다.

그러나 교원의 아동학대 면책 조항은 ‘정당한 학생생활지도 또는 교육활동’이라는 불명확한 개념을 추가함으로써 아동학대의 의의 및 관련 개념들 사이의 관계에 관한 혼란을 가중시킬 수 있다는 점에서, 특정한 사건이나 여론에 따라 아동학대 법제와의 조화를 고려하지 않고 성급하게 개정된 것이 아닌지 우려된다. 또한 형법상 일반적 위법성조각 사유인 정당행위가 존재함에도 교원의 아동학대 사건의 위법성 여부를 판단하기 위하여 별도로 교원의 아동학대 면책 조항을 둘 현실적 필요성 또한 높지 않다고 할 것이다.

60) 김성기, ‘학생생활지도 법제의 문제점과 개선방안’, 『교육법학연구』 제35권 2호, 2023, 75쪽.

61) 이덕남, “‘교권 보호 4법’ 개정의 의미와 교육활동 보호의 법적 과제 분석”, 『교육법학연구』 제35권 3호, 2023, 46쪽.

62) 이선희, 신윤정, Wu, Yifan, 정제영, ‘코로나19 팬데믹과 교권 보호 정책의 변동 분석: Kingdon 모형을 중심으로’, 『한국교원교육연구』 제40권 제1호, 2023, 185쪽.

무엇보다 아동학대 문제와 관련한 신고나 처리 과정에서 어려움을 겪는 교원을 보호하기 위해서는 아동학대 사건에서 교원의 절차적 권리를 보장하고, 다양한 지원 및 교육을 통해 교원의 역할과 중요성에 대한 사회적 인식을 변화시키는 것이 보다 근본적인 방법이라 할 것이다.

시간적으로 교원의 아동학대 면책 조항이 도입된지 얼마 되지 않았기 때문에 실제로 어떻게 운용될지, 아동학대 관련 법제의 해석과 적용에 어떠한 영향을 미칠지 아직은 정확히 알기는 어려우나, 교원의 아동학대 면책 조항에 대한 비판적 검토를 통해 교육현장에서 아동과 교원의 권리가 조화를 이루는 데 기여할 수 있기를 기대해본다.

## 참고문헌

### 1. 논문

- 강동욱, ‘아동학대범죄의 처벌에 관한 비판적 검토 - 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」을 중심으로 -’, 『법학논총』 제38권 제2호, 2014
- 강현구, ‘아동권리관점에서 본 영유아보육법과 유아교육법의 형성과정 및 법령 분석’, 서울대학교 아동가족학박사 학위논문, 2014
- 김경옥, ‘아동학대 실태와 대처에 관한 한·일 비교 - 유형별 분석과 대응 과정 비교를 중심으로 -’, 『일본사상』 제43호, 2022
- 김성기, ‘학생생활지도 법제의 문제점과 개선방안’, 『교육법학연구』 제35권 2호, 2023
- 김슬기, ‘아동학대범죄의 구성요건 정비 방안’, 『비교형사법연구』 제22권 제4호, 2021
- 나달숙, ‘아동의 인권에 관한 법적 조명 - 아동권리협약을 중심으로’, 『법학연구』, 한국법학회, 2020
- 류부곤, ‘아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토’, 『형사정책』 제27권 제1호, 2015
- 류정희, ‘UN아동권리협약 정부이행 추진경과와 과제: 제5-6차 최종견해를 중심으로’, 『아동복지전문연구지 동광』, 초록우산어린이재단, 2021
- 박혜진, ‘바람직한 아동학대방지정책 마련을 위한 제언’, 『형사정책연구』 제27권 제3호, 2016
- 윤창준, ‘코로나19로 인한 사회적 거리두기가 내집단과 외집단 범죄에 미친 영향과 정책적 함의 - 일상활동이론과 112신고를 중심으로 -’, 서울대학교 행정학석사 학위논문, 2023
- 이덕난, “‘교권 보호 4법’ 개정의 의미와 교육활동 보호의 법적 과제 분석”, 『교육법학연구』 제35권 3호, 2023
- 이선희, 신윤정, Wu, Yifan, 정제영, ‘코로나19 팬데믹과 교권 보호 정책의 변동 분석 : Kingdon 모형을 중심으로’, 『한국교원교육연구』 제40권 제1호, 2023
- 이준일, ‘연령차별금지의 법제와 법적 문제 - 미국·네덜란드·호주의 연령차별금지법을 중심으로 -’, 『미국헌법연구』, 2008

- 임혁, 김현성, ‘교육 및 돌봄시설에서의 아동학대 예방을 위한 제도개선에 관한 연구’, 『사회복지정책과 실천』 제6권 제2호, 2020
- 장수미, ‘중학교 자유학기제 체험교육의 의미 재탐색: 듀이의 ‘교육적 경험’ 개념을 중심으로’, 서울대학교 교육학석사 학위논문, 2020
- 장혜영, ‘아동학대의 법적 규율 - 캐나다의 법제에 관한 비교법적 고찰-’, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2022
- 정연희, ‘원격교육논의의 “교육” 개념에 대한 비판적 검토’, 서울대학교 교육학박사 학위논문, 2013
- 조수남, ‘수학교육의 의의 및 교육 방식에 관한 역사적 고찰: 케임브리지대학교와 UCL의 사례를 중심으로’, 『수학교육』 51권 2호, 2012
- 최호진, ‘정당행위에 대한 대법원 판단기준과 법이론적 분석-대법원 2011.3.17. 선고 2006도8839 전원합의체 판결을 중심으로-’, 『형사판례연구』 제30권, 2022
- 하영, ‘“아동학대”라는 언어가 교육에 대한 성찰이 되려면 : 아동학대 신고 시스템의 한계와 가능성’, 『오늘의 교육』 72호, 2023

## 2. 통계, 의견서 및 신문기사

- 보건복지부, ‘2022 아동학대 주요통계’, 2023
- 민주사회를 위한 변호사모임 아동청소년인권위원회, ‘초·중등교육법 일부개정법률안(이태규 의원 대표발의)에 대한 검토의견서’, 2023
- 교육부 보도자료, ‘학생·교원·학부모가 상호 존중하는 ‘모두의 학교’ 만든다.’, 2023. 8. 23.
- 서울신문, ‘서이초 사건’에 분노한 교원들…광화문 메운 ‘검은 물결’, 2023. 7. 29.
- 연합뉴스, ‘호원초 교원 사망’ 학부모들 조사 완료…“강요 없었다” 주장, 2023. 12. 11.
- 동아일보, ‘주호민 아들 사건 담당 공무원 “교원에 의한 아동학대 판단”’, 2023. 12. 18.
- 뉴스1, ‘“서이초 사건” 이후 교원 아동학대 신고 60% 넘게 줄었다’, 2024. 1. 4.

### 3. 인터넷사이트

국회 의안정보시스템(<https://likms.assembly.go.kr/>)

헌법재판소(<https://www.ccourt.go.kr/>)

대법원 종합법률정보(<https://glaw.scourt.go.kr/>)

법제처 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr/>)

아동권리보장원(<https://ncrc.or.kr/>)

엘박스(<https://lbox.kr/>)

유엔 아동권리위원회(<https://www.ohchr.org/>)

## A critical review of teachers' child abuse exemption provisions - focusing on the relationship with children's rights and child abuse laws -

Jang, Hye Young\*

The provisions of Elementary and Secondary Education Act, Early Childhood Education Act, and Child Abuse Punishment Act, which were recently revised to state that teachers' reasonable student guidance or educational activities are not considered child abuse, violate children's rights guaranteed by the Constitution and UN Convention on the Rights of the Child, and may add to confusion about the meaning of child abuse by adding an unclear concept of 'reasonable student guidance or educational activities'. In addition, there is no practical need to create a separate provision to determine the illegality of teacher's child abuse case despite the existence of justifiable act as a general ground of illegality under Criminal Act. In order to protect teachers who are experiencing difficulties related to child abuse issues, a more fundamental way is to guarantee the procedural rights of teachers in child abuse cases and change social awareness of the role and importance of teachers through various support and education. In this regard, it is difficult to view the above provisions as effective means for the purpose of protecting teachers.

❖ Key words: teacher, child abuse, reasonable student guidance, reasonable educational activity, justification, justifiable act, children's right

투고일 : 1월 17일 / 심사일 : 3월 27일 / 게재확정일 : 3월 31일
--

---

\* Visiting professor of Seoul National University School of Law·Attorney at law

# 소년원내 비자살적 자해 실태 및 영향 요인 연구

조영오\* · 이장규\*\* · 손혜린\*\*\*

## 국 | 문 | 요 | 약

본 연구의 목적은 소년원내 비자살적 자해의 특성(발생빈도, 자해방법, 자해동기)과 자해에 영향을 미치는 요인을 파악하는 것이다. 이를 위해 전국 7개 소년원에 수용중인 460명의 소년원생을 대상으로 실시한 설문조사 자료를 분석하였다. 조사에 참여한 소년 중 56명(12.2%)이 소년원내에서 자해를 시도하였으며, 이들은 주로 개인내적인 동기(예: 나쁜 기분들을 멈추기 위해, 고통스럽더라도 무엇인가를 느끼기 위해, 편안함을 느끼기 위해, 스스로를 처벌하기 위해)로 자해를 하는 것으로 나타났다. 소년원생들은 주로 볼펜이나 다른 물건을 사용하여 피부에 상처를 내거나, 칼로 손목이나 팔 등 신체를 긁거나, 상처나 피가 날 정도로 몸을 심하게 핏질하는 등의 자해행동을 하였다. 교차분석과 t검정 결과에 의하면, 여자가 남자보다, 7호 처분을 받은 소년이 9호나 10호 처분을 받은 소년보다, 어린 시절 학대경험이 있는 소년이 경험이 없는 소년보다 비자살적 자해비율이 높았으며, 비자살적 자해경험이 있는 소년은 경험이 없는 소년에 비해 교육수준은 낮고, 분노, 우울, 불안 및 자해신념은 높았다. 로지스틱 회귀분석에 의하면, 다른 변수를 통제한 상태에서 처분종류, 우울, 불안, 자해신념만이 비자살적 자해에 유의미하게 영향을 미치는 것으로 나타났다. 분석결과를 기초로 정책적 시사점을 제언하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2024.3.31.1.27>.

❖ 주제어 : 비자살적 자해, 소년원, 부정적 정서, 자해신념

\* 경기대학교 범죄교정심리학과 조교수, 교신저자

\*\* 법무부 범죄예방정책국 대전소년원 보건주사

\*\*\* 경기대학교 일반대학원 범죄심리학과 석사과정

## I. 서론

통계청에서 발간한 “2022년 사망원인통계”에 의하면 2022년에 사망한 10대는 총 796명이다. 10대 사망의 가장 주요한 사인으로는 고의적 자해(자살)로 전체의 42.3%에 해당하는 337명이 고의적 자해(자살)로 사망하였다. 고의적 자해(자살)는 2011년 이래 지금까지 10대 사망의 가장 주요한 원인이다.<sup>1)</sup> 또한, 한국청소년상담복지개발원에 의하면 자해 혹은 자살로 지원서비스 및 상담을 받은 건수는 2015년 22,932건에서 2020년에는 87,458건으로 2015년 대비 4배 가까이 증가하였고, 청소년사이버상담센터의 자해·자살 상담 건수도 2015년 1,456건에서 2020년에 7,860건으로 증가하였다.<sup>2)</sup>

이를 반영하듯 최근에는 청소년 자해에 대한 연구가 증가하고 있다. 연구결과에 의하면 불안, 우울, 분노, 실패감, 스트레스 등과 같은 부정적인 정서와 왜곡된 자해신념, 부정적인 가정환경 등이 청소년의 자해행동과 밀접한 관련이 있는 것으로 보고되고 있다 (구훈정 외, 2014; 이현정·김장희, 2020; 정미림·이영순, 2023). 즉, 청소년들은 부정적인 정서를 경험할 때 이를 적절히 해소할 방법을 찾지 못하고 부적응적인 방법으로 자해를 통해 부정적인 정서를 해소하고자 하는 경향이 있다. 또한, 잘못된 자해신념으로 자신을 처벌하거나 타인과의 관계를 조절할 목적으로 자해를 시도하기도 한다. 아울러 학대나 가정폭력과 같은 부정적인 가정환경은 청소년에게 잘못된 신념을 발달시키고 정서조절의 어려움을 초래할 수 있다.

청소년의 자해 문제는 비단 일반 청소년만의 문제는 아니다. 비행을 저지르고 소년원에 수감된 소년에게도 자해는 심각한 문제이다. 소년원에 수용중인 소년의 경우 다른 소년에 비해 취약하며, 사회·환경적인 특성 또한 열악하여 부정적인 정서를 경험할 가능성은 높은 반면, 이를 적절히 해소할 자원은 부족하다. 즉, 소년원생들이 다른 청소년보다 자해에 보다 취약하다. 소년원에서의 자해는 자해를 시도하는 소년 자신에게 우선적으로 영향을 미치지만, 소년원에 같이 수용되어 생활하는 다른 소년들에게도 부정적인 영향을 미칠 수 있다. 예를 들어, 자해행동을 하는 소년을 보고 다른 소년들이 자해행동에 호기

1) 통계청 사망원인통계, <https://kostat.go.kr/board.es?mid=a10301060200&bid=218>(최종검색일: 2024년 3월 29일)

2) 윤효식(2021). 상담을 통해 자살·자해를 극복하다: 청소년 집중 상담 개입. 한국청소년상담복지개발원, 청소년 상담 이슈페이퍼, 5, 1-17.

심을 느낄 수도 있고, 나이가 이들의 자해행동을 모방할 수도 있다. 달리말해 소년원내에서의 자해는 소년원 수용안정과의 밀접한 관련이 있다. 또한, 자해가 발생하게 되면 생활 지도를 담당하는 직원들의 업무 증가는 물론이고 심리적인 부담감도 가중된다. 이처럼 소년원 내에서 자해가 심각한 문제임에도 불구하고 아직까지 소년원생들의 자해 실태나 원인에 대한 연구는 매우 부족한 실정이다.

본 연구의 목적은 소년원에 수용중인 비행소년의 자해와 관련된 특성에 대해 파악하고, 소년원내 자해에 영향을 미치는 요인을 검증하고자 한다. 이를 통해 소년원생 중 자해 위험이 있는 소년을 조기에 선별하여 이들에게 적절한 처우를 제공함으로써 이들의 자해 행위를 감소시키고 더불어 소년원의 수용안정에도 기여할 수 있을 것이다.

## II. 이론적 배경 및 선행연구

### 1. 비자살적 자해의 특성

Hooley와 동료들(2020)에 의하면, 자해가 처음 관심을 받기 시작한 것은 1930년대로 거슬러 올라가지만, 그 당시 자해는 자살의 완화된 형태로 여겨졌고, 자살의도와는 무관하게 자살시도로 간주되어 오다가, 최근에 와서야 자해 행동을 자살적 행동과 비자살적 자해 행동으로 구분하면서 자살에 대한 의도 없이 의도적으로 자신의 신체 일부를 손상시키는 행위로 자해를 정의하였다. 특히, 비자살적 자해(Non-suicidal Self-Injury Disorder: NSSI)가 2013년에 정신질환의 진단 및 통계편람 5판(DSM-5)에 추가 연구가 필요한 조건으로 포함되면서 비자살적 자해로 구분하기 위한 기준이 마련되었다. DSM-5는 자해가 의도적이고, 장기간 반복적으로 발생하지만 통제할 수 없고, 정서나 대인관계에 변화를 주기위한 목적을 가지면서 다른 정신질환과 구분되어야 하고, 사회적으로 용인된 행동이 아니어야 하며, 자해로 인해 삶의 중요한 영역에서 심각한 문제가 초래되어야 하는 등과 같은 기준을 제시하였다. DSM-5에서 제시한 비자살적 자해 진단 기준을 보면 비자살적 자해는 자살을 목적으로 행해지는 자해와는 빈도, 목적, 방법, 치명도 등에서 차이를 보인다(DSM-5).

비자살적 자해에 대한 연구는 비자살적 자해 유병률에 대한 조사에서 점차 비자살적 자해의 동기, 방법 및 비자살적 자해에 영향을 미치는 요인에 대한 연구로 확대되었다. 먼저, 비자살적 자해의 유병률을 살펴보면 Swannell와 동료들(2014)은 비자살적 자해 유병률에 대한 메타분석을 실시하였고, 청소년기의 유병률이 17.2%로 가장 높았으며, 초기 성인기의 유병률은 13.4%, 25세 이상 성인의 유병률은 5.5%로 낮다는 것을 보고 하였다. 즉, 비자살적 자해는 청소년기에 비교적 많이 발생하며 성인 초기인 대학생 시기 까지 어느 정도 유지되다가 25세 이후 점차적으로 감소하는 경향을 보인다. Lim과 동료들(2019)은 1989년부터 2018년까지 여러 나라 청소년들의 유병률을 추정하였다. 연구 결과에 의하면 아동 및 청소년 자해의 평생 유병률은 22.1%이었고, 서구 국가(19.4%) 보다 비서구 국가(32.6%)에서 더 높은 것으로 나타났다. 예를 들어, 아시아에서 비자살적 자해 유병률은 25.7%였고, 북미의 유병률은 18.7%였다.

비자살적 자해의 유병률에 대한 연구는 국내에서도 보고되고 있다. 안영신과 송현주(2017)는 서울 및 경기도 지역의 인문계 중고등학교, 법무부 산하 비행청소년 교육센터의 중고등학교 학생 총 894명을 대상으로 비자살적 자해 유병률을 조사한 결과 중·고등 학생의 비자살적 자해 유병률은 22.8%로 나타났다. 보다 최근 연구에서 우리나라 중·고등학생 청소년 585명을 대상으로 자해 초발연령을 조사한 결과, 중학생 시기에 해당하는 만 13~15세가 54.6%로 가장 많았고, 그 다음으로 만 12세 이하가 28.3%, 만 16~19세가 17.1%로 나타났다(이현주·이영순, 2023). 보건복지부(2018)에 따르면 자해 청소년의 남녀 비율은 여학생이 4.1%로 남학생 2.2% 보다 높은 수준을 보였고, 중학교와 고등학교에서 여학생이 각각 5.0%와 3.2%로 남학생 비율인 2.3%, 2.1% 보다 1.5배에서 ~2배가량 높았다. 요컨대, 비자살적 자해는 국내 청소년에게도 상당히 많이 발생하며, 특히 청소년기 초기에 상대적으로 더 빈번하게 발생하고, 남자 청소년보다는 여자 청소년에게서 더 많이 발생한다고 볼 수 있다.

청소년들은 다양한 동기로 비자살적 자해를 시도하는 것으로 나타났다. 이동훈 외(2010)는 1967년부터 2010년까지 주로 국외에서 수행된 연구결과를 기초로 청소년 자해의 특성에 대해 국내에 소개하였다. 저자들은 청소년들이 다양한 동기로 비자살적 자해를 시도하며, 특히 불안감, 우울감, 실패감, 자기혐오, 스트레스, 정서적 무감각과 같은 부정적이고 감당하기 어려운 고통스런 감정들을 일시적으로 감소시키기 위한 긴장해소

가 가장 일반적인 동기라고 보고하였다. 최근에 비행청소년을 포함한 중·고등학생을 대상으로 비자살적 자해 동기에 대해 조사한 결과, 청소년들은 부정적 정서를 완화하기 위한 정서조절의 기능, 자기 처벌, 대인관계를 조정하거나 원하는 목적을 이루기 위해, 신체에 대한 통제감을 느끼기 위해 혹은 심리적 고통보다는 돌보기 쉽고 표면적으로 나타나는 신체적 상처를 통해 자기를 보살피기 위해 비자살적 자해를 시도하는 것으로 나타났다(안영신·송현주, 2017). 이현주·이영순(2023)은 중·고등학생을 대상으로 자해 동기에 대해 질문하면서 5개의 개인내적 동기와 11개의 사회적 동기를 제시하였다. 16개의 동기 중 빈도가 가장 높은 것은 ‘나쁜 기분을 멈추기 위해’(39.5%) 였으며, ‘스스로를 처벌하기 위해’(33.7%), ‘편안함을 느끼기 위해’(27.8%), ‘고통스럽더라도 무엇인가를 느끼기 위해’(23%) 순으로 높았다. 이는 청소년들이 사회적 동기보다는 개인내적 동기로 자해를 하는 경향이 있다는 것을 보여준다.

비자살적 자해는 생명을 끊으려는 목적으로 하는 행위가 아니기 때문에 주로 자신을 깨물거나 때리고 머리카락을 뽑으며 피나 상처가 날 정도로 피부를 긁고 몸에 있는 상처를 꼬집는 것과 같이 자살을 위한 자해보다는 상대적으로 경한 방법을 사용한다. 특히, 자신을 깨물거나 머리카락을 뽑고 상처가 날 정도로 피부를 긁는 것과 같은 정도 수준의 자해방법은 6회 이상의 장기적인 자해행동으로 나타났고, 칼로 피부를 긁거나 무엇인가 새기고 피부를 불로 지지는 등 중등도 수준의 자해행동은 1~2회 정도 단기적인 자해행동에서 많이 나타났다(안영신·송현주, 2017). 최근 연구에서는 청소년들이 가장 빈번하게 사용하는 비자살적 자해 행위로 자신의 입 또는 입술을 깨무는 행위, 고의로 자신을 때리는 행위, 상처가 날 정도로 피부를 긁는 행위, 몸에 있는 상처를 꼬집는 행위 순으로 빈도가 높았으며, 칼로 피부를 긁거나 피부에 무엇인가를 새기는 행위, 물체를 손톱 밑 또는 피부 속에 찔러 넣는 행위, 피부를 불로 지지는 행위와 같은 상대적으로 심각한 자해 행위는 빈도가 낮은 것으로 나타났다(이현주·이영순, 2023).

## 2. 비자살적 자해 관련 요인

비자살적 자해 연구에 의하면 청소년기에 흔히 경험하는 우울 및 불안과 같은 부정적인 정서가 비자살적 자해와 밀접한 관련이 있는 것으로 보고된다(박경애 외, 2020). 청

소년들은 우울 및 불안과 같은 부정적 정서의 고통을 줄이고 외부에 호소하려는 병적이고 부적응적인 대처 방법으로 비자살적 자해를 사용한다(Favazza, 1998). 이정선과 이형실(2012)은 서울 소재 고등학교에 재학 중인 남녀 청소년 800명을 대상으로 청소년기의 심리적 및 사회적 발달과정을 조사한 결과, 우울은 청소년기의 발달과정에서 가장 흔하게 경험하는 심리·정서적 어려움 중 하나라고 보고하였다. 또한, 자해 경험이 있는 집단과 자해 경험이 없는 집단을 비교했을 때, 자해경험이 있는 청소년의 우울 수준이 자해 경험이 없는 청소년보다 높은 것으로 나타났다(이동규·함경애·배병훈, 2016), 심각한 수준의 우울은 비자살적 자해를 예측하는 강력한 요인 중 하나였다(고기숙·이지숙, 2013). 대구 소재 중학교 10곳을 선정하여 비자살적 자해와 관련있는 요인을 분석한 결과, 스트레스와 우울은 비자살적 자해와 정적 상관을 보였고, 특히 우울은 다른 요인을 통제한 상태에서도 비자살적 자해에 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타났다(이순희·허만세, 2021). 최근에는 자해와 관련된 기존 연구들에 대한 메타분석이 시행되었는데, 비자살적 자해와 관련된 15편의 질적연구에 대한 분석결과, 개인요인 중 불안감, 우울감, 분노, 부정적 정서관리 어려움, 슬픔, 좌절과 같은 심리적 특성들이 자해행동을 지속시킨다고 밝혔다(백연우, 유지영, 2022). 또한, 2015년부터 2020년까지 국내에서 발간된 19편의 연구를 대상으로 메타분석을 실시한 결과, 자해의 위험요인으로 심리요인, 인지요인, 정서요인 및 환경요인 등 총 23개 요인이 분석에 포함되었고, 우울은 청소년 자해에 가장 큰 영향을 미치는 요인 중 하나인 것으로 나타났다(이현정과 김장희, 2020)

부정적 정서 중 분노 또한 비자살적 자해에 영향을 미치는 것으로 보고된다. 청소년 시기에 나타나는 분노는 통제가 어렵고 공격적이며 폭력적인 행동으로 표출되는 경우가 많은데(정은의·송현주, 2010), 분노를 행동으로 표출함에 있어 타인에게 향하기보다는 스스로에게 고통을 주는 방식으로 분노를 표출하기 쉽다. 특히, 분노라는 부정적 감정을 표현할 만한 신뢰로운 대상이 부재할 경우, 청소년들은 혼자서 해결하는 것이 더 편하다고 느껴 분노를 진정시키는 하나의 방법으로 비자살적 자해를 선택한다(김수진, 2015). 안영신과 송현주(2017)는 서울 및 경기권에 소재한 중·고등학교 인문계를 다니는 학생들과 비행청소년 교육센터의 중·고등학생 중 비자살적 자해경험이 있는 청소년을 대상으로 분노, 충동성, 인지적 회피전략 등이 자해 빈도에 미치는 영향을 검증하였다. 회귀분석 결과에 의하면, 분노가 증가할수록 자해 빈도도 증가하는 것으로 나타났다. 특히,

자신의 감정을 조절함에 있어 어려움을 겪는 청소년일수록 분노감정을 더 자주 경험하고, 분노를 경감시키는 방법으로 자해와 같은 회피 전략을 사용하는 것으로 나타났다. 자해관련 요인을 검증한 국내 19편의 논문을 대상으로 실시한 메타분석 결과에 의하면, 분노가 비자살적 자해에 미치는 영향력은 우울이나 불안만큼 크지는 않으나 유의미한 것으로 나타났다(이현정·김장희, 2020).

최근에는 비자살적 자해의 인지적인 측면이 강조되면서 자해에 대한 잘못된 통념이나 신념이 비자살적 자해에 미치는 영향에 대한 연구가 증가하고 있다. Hasking과 동료들(2017)은 비자살적 자해를 설명하는 대부분의 이론들이 정서조절에 초점을 두고 있지만, 정서조절과정 중에 인지적인 측면 또한 존재한다고 주장하면서 비자살적 자해의 인지적인 요인을 강조하였다. 저자들에 의하면, 개인들은 비자살적 자해에 긍정적인 혹은 부정적인 자극에 직면했을 때 어떤 자극에 더 관심을 둘 것인지, 그 자극을 어떻게 해석할 것인지, 이전에 비자살적 자해에 대한 경험을 어떻게 해석할 것인지 등에 따라 비자살적 자해행동을 할 가능성이 달라진다. 자극-부정적 정서-자해로 이어지는 경로에 인지적인 측면이 고려되어야 함을 강조하면서 저자들은 비자살적 자해의 인지-정서 모델을 제안하였다. Cha와 동료들(2019)은 지난 10년간 자해생각 및 자해행동의 인지적인 측면을 살펴본 종단연구를 체계적으로 분석하였다. 분석결과에 의하면, 자해와 관련된 인지적인 요인들은 자해와 밀접한 관련이 있으며, 부정적으로 평가된 인지적 위험요인은 상당히 일관적으로 자해에 영향을 미치는 것으로 나타났고, 인지적 결함은 자해에 직접적으로 영향을 미치기보다는 간접적으로 영향을 미치는 경향이 있다.

최근에 국내에서도 비자살적 자해에 영향을 미치는 인지적인 요인을 파악하기 위해 연구가 시행되었다. 정미림·강문선·이영순(2022)은 18세 이상 성인 700명을 대상으로 인지적인 측면인 자해신념이 비자살적 자해에 미치는 영향을 분석하였다. 자해신념을 10가지 하위요인(자기처벌, 역기능적, 도피, 반해리, 대인관계 영향, 소속감, 즐거움, 의존, 낙인, 자살방지)으로 구분하여 비자살적 자해에 미치는 영향을 분석한 결과, 불안과 우울이 비자살적 자해에 미치는 영향을 통제한 상태에서 자해신념은 자해에 유의미하게 영향을 미쳤다. 후속 연구에서 정미림과 이영순(2023)은 중·고등학생을 대상으로 자해신념이 비자살적 자해에 미치는 영향을 분석하였다. 이를 위해 19문항, 3요인(자해활성화, 자해의존, 대인관계적 이득)으로 구성된 자해신념 청소년 척도를 개발하고 자해신념이

비자살적 자해에 미치는 영향을 분석하였다. 회귀분석 결과에 의하면 자해신념 전체는 비자살적 자해에 유의미하게 영향을 미치는 것으로 나타났다.

환경적 요인 중에서 비자살적 자해와 관련하여 가장 많이 연구된 요인은 부모와의 관계 혹은 가정환경 요인이며, 그 중에서 어린 시절 가정폭력/학대 경험 등이 고려되었다(이동귀 외, 2016; 이현정·김장희, 2020); 임수진·최희빈, 2021). Linehan(1993)은 자해에 영향을 미치는 요인 중 신체적, 성적인 학대와 정서적 방임으로 인한 주 양육자와의 불안정한 애착이 자해에 상당한 영향을 미친다고 보고하였다. 특히, 양육자가 아이를 많이 비난하고 정서적으로 냉담할 경우, 아이는 자라면서 양육자와 유사한 태도를 학습하게 되고, 이러한 냉소적이고 왜곡된 태도와 인지가 자신에게 향해 자해로 이어진다고 보고하였다. 진선주(2022)는 자해경험이 있는 서울 및 경기도 소재 청소년 102명에 대한 자료를 분석한 결과, 청소년의 직·간접적인 학대 및 가정폭력은 자해빈도와 관련이 있다는 것을 보고하였다. 직접적인 학대인 신체적 학대와 정서적 학대뿐만 아니라 간접적인 가정폭력이라고 할 수 있는 방임 및 가정폭력 목격도 청소년의 자해빈도와 유의미한 정적 상관성이 있었다. 구훈정과 동료들(2014)은 대학생 415명을 대상으로 아동기 학대경험, 부정적 인지정서조절, 부정적 정서 및 자해의 관계를 검증하였다. 구조방정식 결과에 의하면, 아동기에 학대경험은 부정적 인지정서조절과 부정적 정서(우울/불안)에 영향을 미치고 이는 자해행동으로 이어지는 것으로 나타났다. 즉, 아동기 학대/가정폭력은 비자살적 자해에 직접적으로 영향을 줄 수도 있지만, 부정적인 가정환경은 아이들의 인지정서 조절능력이나 부정적인 정서를 통해 비자살적 자해에 간접적으로 영향을 미칠 수도 있다.

이처럼 국내에서도 청소년을 대상으로 한 비자살적 자해 연구가 상당히 이루어졌으며, 국내 청소년 비자살적 자해 유병률, 자해동기, 자해방법, 자해에 영향을 미치는 요인 등에 대해 많은 정보를 제공한다. 그럼에도 불구하고 자해가 취약한 비행청소년을 대상으로 한 연구는 상당히 부족하다. 앞에서 서술했듯이 비자살적 자해는 부정적인 정서, 왜곡된 자해신념, 부정적 가정환경 등과 밀접한 관련이 있는데, 비행청소년은 이러한 개인내적·환경적 위험요인은 높고 보호요인은 낮기 때문에 비행을 저지르지 않은 청소년에 비해 비자살적 자해 위험이 더 높을 수 있다. 특히, 비행으로 인해 소년 보호·교정시설에 수용된 청소년의 경우 비자살적 자해 위험은 더욱 높을 것으로 여겨진다. 국외 연구결과

는 이러한 가정을 지지하는 결과를 보여준다. Rasmussen와 동료들(2016)은 2010년 1월 1일부터 2013년 1월 31일까지 뉴욕 교도소에 수감되었던 244,699명을 대상으로 의료 기록을 분석한 결과, 18세 이하 청소년 수감자의 자해행동이 가장 많은 것으로 나타났다. Casiano와 동료들(2016)은 캐나다 법무부 소년교정시설에 입소한 청소년들을 대상으로 한 자해연구에서 범죄 수준이 높고, 유죄 판결 횟수가 많을수록 청소년의 자해 가능성이 증가한다고 보고하였다. 또한, 처음 시설입소 시 연령이 어릴수록, 시설 입소기간이 길수록, 시설에 수감된 횟수가 많을수록 자해 시도 가능성은 증가하였다.

위 연구에서 보여주듯이 비행소년 수용시설 내 비자살적 자해 위험은 높지만 아직까지 국내에서는 이에 대한 연구가 부족하다. 전국 소년원은 아니지만 정신질환을 가진 비행소년을 수용하는 대전소년원 내부 통계에 의하면, 대전소년원에서만 2021년에 11건의 자해가 있었으며 2022년에는 30건으로 3배 가까이 증가한 것으로 나타났다.<sup>3)</sup> 소년원에서 자해는 수용시설 특성상 자해를 하는 소년의 보호뿐만 아니라 시설의 수용안정과도 밀접한 관련이 있다. 2023년 5월 대전소년원에 근무하는 49명의 직원들을 대상으로 소년들의 생활지도를 힘들게 하는 사건에 대해 조사하였다. 그 결과, 생활지도를 가장 힘들게 하는 것은 소년원내 반항이나 폭력행위(41%)였으며, 소년원생 자해 행위가 28.2%로 그 다음으로 높았는데, 이는 교사지시 불이행(20.5%) 보다도 직원들의 생활지도를 힘들게 하는 것으로 나타났다.<sup>4)</sup> 이처럼 소년원내 자해 행위는 명백한 규율위반 행위임과 동시에 수용안정을 저해하며, 자칫 자살과 같은 대형 수용사고로 이어질 수도 있는 매우 중요한 사안이다. 그럼에도 불구하고 소년원내 자해에 대한 면밀한 실태조사나 원인분석, 적절한 대처방안에 대한 논의 및 연구가 매우 부족한 실정이다. 이에 본 연구에서는 소년원내 자해 실태와 영향요인을 파악하여 자해 위험이 있는 소년을 보호하고 소년원내 수용안정에 기여할 수 있는 방안을 살펴보고자 한다.

3) 대전소년원 내부 자료

4) 대전소년원 내부 자료

### Ⅲ. 연구방법

#### 1. 연구대상

본 연구를 위해 전국 권역별 7개 소년원(수도권 2곳, 충청권 2곳, 강원권·경상권·전라권 각 1곳)에 수용중인 소년원생을 대상으로 설문조사를 실시하였다. 연구자가 각 소년원에 직접 방문하여 조사 실시 전, 연구목적, 익명성, 비밀보장, 개인정보보호 및 자율적인 참여 등에 대하여 충분히 설명하였다. 그럼에도 불구하고 조사에 참여하고 싶지 않은 경우 참여하지 않아도 되며, 조사 응답 내용 및 미참여로 인해 어떠한 불이익도 없음을 고지하였다. 또한, 설문조사 당시 지적장애와 읽기장애 등으로 설문지 응답이 불가능한 학생과 교과수업이나 면회, 징계 등의 사유로 설문조사에 응할 수 없는 소년원생을 조사에서 제외하였다. 조사에 참여한 소년은 502명이었으며, 조사에 참여한 소년의 경우 2,000원 상당의 학용품을 제공하였다. 자료를 최대한 활용하기 위해 설문 문항 중 일부를 무응답 한 소년은 포함시켰으나, 불성실하게 응답한 42명은 제외하여, 총 460명에 대한 설문조사 자료를 분석에 사용하였다.

#### 2. 변수

##### 가. 종속변수

종속변수는 소년원에서의 자해 시도로 “소년원에 입원한 후 자살 시도 말고 실제로 자해를 한 적 있나요?” 문항을 사용하였다. 자해시도 경험이 있는 경우에는 1로 경험이 없는 경우에는 0으로 코딩하였다.

##### 나. 독립변수

자해 동기와 자해 방법은 Lloyd-Richardson, Kelly와 Hope(1997)가 개발하고, 권혁진(2014)이 한국판으로 변안하고 타당화한 자해기능 평가지(The Functional Assessment of Self-Mutilation: FASM)를 소년원 특성에 맞게 수정하여 사용하였다.

비자살적 자해 동기의 경우 원 평가지에 있는 22개 문항 중 권혁진과 권석만(2017)의 최근 연구에 근거하여 5문항을 제외한 17개 문항을 사용하였고, 자해 방법의 경우 원 평가지 11개 문항에 소년원 수용환경을 고려한 질문 3개(예: 벽이나 문 등에 몸을 고의로 부딪친 적)를 추가하여 14문항으로 측정하였다.

소년원 내에서의 비자살적 자해에 영향을 미치는 요인으로 선행연구 결과에 기초하여 부정적 정서, 자해신념, 학대경험을 사용하였다. 부정적 정서로는 분노, 우울 및 불안을 측정하였다. 우울의 경우 비임상 표본의 우울증상을 측정하기 위해 Radloff가 개발하고 전검구, 최상진, 양병찬(2001)이 번안한 한국판 우울척도를 사용하였다. 총 20문항으로 구성되어 있으며 각 문항은 4점 척도(극히 드물게=1, 가끔=2, 자주=3, 거의 대부분=4)로 측정하여, 점수가 높을수록 우울감이 높음을 의미한다. 본 연구에서 우울 척도의 내적 일치도는 0.936이었다. 불안의 경우 Beck과 동료들이 개발하고 Kwon(1992)이 번안한 한국판 질문지를 사용하였다. 총 21개 문항으로 구성되어있으며 각 문항은 4점 척도(전혀 그렇지 않다=1, 가끔 그렇다=2, 자주 그렇다=3, 거의 항상 그렇다=4)로 측정하여, 점수가 높을수록 불안이 높음을 의미한다. 본 연구에서 불안 척도의 내적일치도는 0.961이었다. 분노의 경우 Spielberg, Krasner와 Solomon(1988)의 상태-특성분노표현 척도를 전검구, 한덕용, 이장호와 Spielberg(1997)가 한국판으로 개발한 척도를 사용하였다. 원척도 중 특성분노와 관련된 10문항을 사용하였고 4점 척도(거의 전혀 아니다=1, 가끔 그렇다=2, 자주 그렇다=3, 거의 언제나 그렇다=4)로 측정하여, 점수가 높을수록 분노가 높음을 의미한다. 본 연구에서 분노 척도의 내적일치도(Cronbach's)는 0.935이었다.

자해신념의 경우 정미림·이영순(2023)이 개발한 비자살적 자해신념 척도를 사용하였다. 이 척도는 자해 활성화(예: 자해를 하면 스트레스가 줄어들다), 자해 의존(예: 자기 혼자만의 힘으로 자해를 멈출 수 없다), 대인 관계적 이득(예: 자해를 하면 부모님이 나에게 잔소리를 하지 않는다) 등 3개 하위 요인을 측정하는 19문항으로 구성되어 있으며, 5점 척도(전혀 아니다=1, 아니다=2, 모르겠다=3, 그렇다=4, 매우 그렇다=5)로 측정하여, 점수가 높을수록 자해신념이 높음을 의미한다. 본 연구의 경우 자해신념 척도의 내적 일치도는 0.954이었다. 어린 시절 학대경험의 경우 “자라면서 부모님으로부터 심한 신체적 학대(성적 학대, 체벌, 구타 등)를 받은 경험이 있나요?” 문항을 사용하였으며, 학대

경험이 없는 경우는 0으로, 학대경험이 1번이라도 있는 경우는 1로 코딩하였다.

#### 다. 통제변수

통제변수로는 성별, 연령, 교육수준, 보호처분 종류를 포함시켰다. 성별의 경우 남자는 0, 여자는 1로 코딩하였으며, 연령의 경우 조사 당시 만 나이로 측정하였다. 교육수준은 초등학교, 중학교, 고등학교, 전문대학 및 대학교로 구분한 후 중퇴, 재학, 졸업으로 나누어 측정하였고 측정 수치가 높을수록 학력이 높음을 의미한다. 소년원 처분의 경우 7호 처분은 1, 9호와 10호 처분은 각각 2와 3으로 코딩하였다.

### 3. 분석방법

본 연구에서는 소년원내 비자살적 자해실태 및 특성을 살펴보기 위해 소년원내에서 자해를 시도한 소년들의 자해 동기와 자해 방법에 대해 살펴보았고, 인구사회학적 특성(성별, 연령, 교육수준, 처분종류)에 따라 비자살적 자해시도에 차이가 있는지 파악하였다. 또한, 일반 청소년을 대상으로 실시한 연구에서 자해에 영향을 미치는 것으로 밝혀진 우울, 불안, 분노, 자해신념 및 학대 등이 소년원이라는 특수한 환경에 처한 소년들의 자해시도에도 영향을 미치는지 검증하고자 t 검정을 통해 자해를 시도한 소년과 자해를 시도하지 않은 소년 간에 차이가 있는지 검증한 후, 로지스틱 회귀분석을 통해 인구사회학적인 변수를 통제된 상태에서 각 요인이 자해시도에 미치는 영향을 분석하였다. 모든 분석은 IBM SPSS 23을 통해 이루어졌다.

## IV. 분석결과

### 1. 조사참여자의 인구사회학적 특성

설문조사에 참여한 소년원생의 인구사회학적 특성을 <표 1>에 제시하였다. 설문조사에 참여한 소년원생 중 소년원 내에서 자해를 시도한 소년은 56명으로 조사에 참여한

소년원생의 12.2%에 해당한다. 조사에 참여한 소년의 평균 나이는 약 17세였고, 남자가 298명으로 전체 조사참여자의 65.5%에 해당한다. 소년원생이 받은 처분을 보면, 9호 처분을 받은 소년이 219명(48.1%)으로 가장 많았고, 10호 처분을 받은 소년은 194명(42.6%)이었으며, 7호 처분을 받은 소년은 42명(9.2%)이었다. 교육수준의 경우 고등학교 재학생이 153명(33.6%)으로 가장 많았고, 중학교 재학, 고등학교 중퇴, 고등학교 졸업 이상 순으로 많았다. 조사에 참여한 소년원생 중 어린 시절에 학대를 경험한 소년은 164명으로 조사참여자 중 35.7%에 해당한다.

〈표 1〉 기술통계

구 분		빈도/평균	비율(%)/ 표준편차
자해시도	없음	404	87.8
	있음	56	12.2
나이(만)		16.7	1.6
성별	남자	298	65.5
	여자	157	34.5
처분명	7호	42	9.2
	9호	219	48.1
	10호	194	42.6
교육수준	초등학교 중퇴/재학/졸업	10	2.2
	중학교 중퇴	12	2.6
	중학교 재학	97	21.3
	중학교 졸업	25	5.5
	고등학교 중퇴	83	18.2
	고등학교 재학	153	33.6
고등학교 졸업/전문대학 중퇴, 대학교 재학		74	16.3
우울		36.9	11.6
불안		12.2	14.3
분노		21.3	8.2
자해신념		37.9	17.2
학대경험	없음	296	64.3
	있음	164	35.7

## 2. 자해 동기 및 자해 방법

자해 동기는 두 가지로 구분된다. 하나는 개인 내적인 동기로 ‘마비감 또는 공허감을 완화시키기 위해’, ‘고통스럽더라도 무엇인가를 느끼기 위해’를 포함해 6가지가 이에 해당된다. 다른 하나는 사회적인 동기로 ‘주의를 끌기 위해’, ‘부정적인 반응이라 하더라도 누군가로부터 반응을 이끌어내기 위해’를 포함해 11가지가 이에 해당한다(권혁진·권석만, 2017). 각각의 동기에 대해 ‘드물게’, ‘가끔’ 및 ‘자주’라고 답한 비율을 기준으로 높은 순서대로 정리하면 <표 2>와 같다. 개인내적인 동기의 경우 가장 빈도가 높게 나온 동기는 ‘나쁜 기분들을 멈추기 위해’로 조사에 참여한 소년원생의 76.8%가 나쁜 기분을 멈추기 위해서 자해를 시도한 적이 있다. 그 다음으로 ‘고통스럽더라도 무엇인가를 느끼기 위해’, ‘편안함을 느끼기 위해’, ‘스스로를 처벌하기 위해’ 순으로 빈도가 높았다. 개인 내적인 자해 동기 중 빈도가 가장 낮은 것은 ‘마비감 또는 공허감을 완화시키기 위해’였다.

자해의 사회적인 동기 중 빈도가 가장 높은 것은 ‘다른 사람들로 하여금 자신이 얼마나 절박한지 알리기 위해’로 조사참여자 중 50% 정도가 자신의 절박한 상황을 알리기 위해 자해를 하는 것으로 나타났다. 그 다음으로 ‘사람들과 함께 있는 것을 피하기 위해’, ‘도움을 얻기 위해’, ‘부모가 당신을 더 이해하게 하거나 주목하게 만들기 위해’ 순으로 빈도가 높았다. 사회적인 동기 중 가장 빈도가 낮은 것은 ‘다른 사람을 화나게 하기 위해’였다.

개인 내적인 동기와 사회적인 동기 모두에서 빈도가 높은 5가지를 순서대로 나열하면 ‘나쁜 기분들을 멈추기 위해’, ‘고통스럽더라도 무엇인가를 느끼기 위해’, ‘편안함을 느끼기 위해’, ‘스스로를 처벌하기 위해’, ‘다른 사람들로 하여금 당신이 얼마나 절박한지 알리기 위해’로 5가지 중 4가지가 개인 내적인 이유인 것으로 나타났다. 즉, 소년원생들은 사회적인 이유 보다는 주로 개인 내적인 이유로 자해하는 것으로 나타났다.

〈표 2〉 자해 동기

개인 내적 동기		전혀	드물게	가끔	자주
나쁜 기분들을 멈추기 위해	빈도	13	10	14	19
	비율(%)	23,2	17,9	25	33,9
고통스럽더라도 무엇인가를 느끼기 위해	빈도	19	12	14	11
	비율(%)	33,9	21,4	25	19,6
편안함을 느끼기 위해	빈도	21	7	8	20
	비율(%)	37,5	12,5	14,3	35,7
스스로를 처벌하기 위해	빈도	24	10	7	15
	비율(%)	42,9	17,9	12,5	26,8
혼자 있을 때 어떤 자극의 추구를 위해	빈도	29	12	7	8
	비율(%)	51,8	21,4	12,5	14,3
마비감 또는 공허감을 완화시키기 위해	빈도	34	6	10	5
	비율(%)	60,7	10,7	17,9	8,9
사회적인 동기		전혀	드물게	가끔	자주
다른 사람들로 하여금 당신이 얼마나 절박한지 알게 하기 위해	빈도	28	4	12	12
	비율(%)	50,0	7,1	21,4	21,4
사람들과 함께 있는 것을 피하기 위해	빈도	30	11	7	8
	비율(%)	53,6	19,6	12,5	14,3
도움을 얻기 위해	빈도	31	6	15	4
	비율(%)	55,4	10,7	26,8	7,1
부모가 당신을 더 이해하게 하거나 주목하게 만들기 위해	빈도	33	6	11	6
	비율(%)	58,9	10,7	19,6	10,7
부정적인 반응이라 하더라도 누군가로부터 반응을 이끌어내기 위해	빈도	34	8	11	3
	비율(%)	60,7	14,3	19,6	5,4
주의를 끌기 위해	빈도	35	8	8	5
	비율(%)	62,5	14,3	14,3	8,9
부모님 또는 친구들로부터 더 많은 관심을 얻기 위해	빈도	36	9	5	6
	비율(%)	64,3	16,1	8,9	10,7
다른 사람들을 변화시키거나 다르게 행동하도록 하기 위해	빈도	39	8	7	2
	비율(%)	69,6	14,3	12,5	3,6
처벌받거나 대가를 치르는 것을 피하기 위해	빈도	40	5	6	5
	비율(%)	71,4	8,9	10,7	8,9
다른 사람과 함께 있을 때 어떤 자극의 추구를 위해	빈도	41	7	3	4
	비율(%)	73,2	12,5	5,4	7,1
다른 사람을 화나게 하기 위해	빈도	46	4	4	2
	비율(%)	82,1	7,1	7,1	3,6

소년원에서 비자살적 자해를 시도한 소년들의 자해 방법을 <표 3>에 제시하였다. 소년원에서 비자살적 자해를 시도한 소년들이 가장 빈번하게 사용한 방법은 ‘볼펜이나 다른 물건을 사용하여 피부에 상처를 내는 것’으로 자해경험이 있는 56명의 소년 중 약 61%에 해당하는 34명의 소년원생이 이 방법을 사용하였다. 그 다음으로 ‘칼로 손목이나 팔 등 신체를 긁는 것’, ‘상처나 피가 날 정도로 몸을 심하게 할퀴는 것’, ‘멍이 생길 만큼 자신을 때리는 것’, ‘바늘이나 핀과 같은 뾰족한 물건으로 피부를 찌르는 것’ 등의 순으로 빈도가 높았다.

<표 3> 자해 방법

자해 방법	빈도	비율(%)
볼펜이나 다른 물건을 사용하여 피부에 상처를 낸 적 있음	34	60.7
칼로 손목이나 팔 등 신체를 그은 적이 있음	25	44.6
상처나 피가 날 정도로 몸을 심하게 할퀴는 적이 있음	22	39.3
멍이 생길만큼 자신을 때린 적이 있음	20	35.7
바늘이나 핀과 같은 뾰족한 물건으로 피부를 찌른 적이 있음	18	32.1
벽이나 문 등에 몸을 고의로 부딪친 적이 있음	13	23.2
먹으면 몸에 해로운 물질을 삼킨 적이 있음	11	19.6
피부가 찢어지고 상처가 날 정도로 깨문 적이 있음	9	16.1
멍이 생길만큼 머리를 부딪쳤던 적이 있음	7	12.5
심하게 내 머리카락을 뽑은 적이 있음	6	10.7
사포나 거친 물건으로 몸을 문지른 적이 있음	3	5.4
뼈를 고의로 부러뜨린 적이 있음	3	5.4
라이터나 담뱃불 등으로 피부를 불로 지진 적이 있음	1	1.8
피부를 상하게 하는 액체(황산, 염산 등)를 떨어뜨린 적 있음	1	1.8
기타	8	14.3

### 3. 자해 영향 요인

인구사회학적인 변수와 독립변수의 자해시도 여부에 따른 차이를 검증하기 위해 교차 분석과 t검정을 실시하였다. 먼저, 자해시도 여부에 따른 인구사회학적인 특성의 차이를 보면, 성별의 경우 여자 소년원생 중 자해를 시도한 비율(26.8%)이 남자 소년원생 중 자해를 시도한 비율(4.7%)보다 훨씬 높은 것으로 나타났다. 자해시도 여부에 따른 처분

에 있어서의 차이의 경우 7호 처분을 받은 소년 중 자해를 시도한 비율(21.4%)이 가장 높았고, 10호 처분(16.5%), 9호 처분(6.8%)의 순이었다. 나이의 경우 자해를 시도한 소년의 나이가 자해를 시도하지 않은 소년보다 어렸지만 이러한 차이는 통계적으로 유의미하지 않았고, 교육수준의 경우 자해를 시도한 소년원생이 자해를 시도하지 않은 소년원생보다 학력이 유의미하게 낮은 것으로 나타났다.

자해시도 여부에 따른 독립변수에 있어서의 차이를 검증한 결과 자해를 시도한 소년원생은 자해를 시도하지 않은 소년원생보다 우울, 불안, 분노 및 자해신념이 유의미하게 높은 것으로 나타났다. 또한, 어린 시절 학대 경험이 있는 소년원생 중에서는 24.4%가 자해를 시도한 반면, 학대 경험이 없는 소년원생 중에서는 5.4%만이 자해를 시도하였다.

〈표 4〉 자해시도 여부에 따른 교차분석 및 t검정 결과

단위: 빈도(비율)/평균(표준편차)

구 분		자해시도		$\chi^2/t$
		없음	있음	
성별	남	284(95.3%)	14(4.7%)	46.3***
	여	115(73.2%)	42(26.8%)	
처분	7호	33(78.6%)	9(21.4%)	12.4**
	9호	204(93.2%)	15(6.8%)	
	10호	162(83.5%)	32(16.5%)	
나이		16.8(1.6)	16.4(1.6)	1.38
교육수준		5.1(1.5)	4.5(1.7)	2.4*
우울		37.5(11.9)	55.8(13.9)	-9.1***
불안		9.7(11.7)	30.4(18.0)	-8.3***
분노		20.4(7.7)	27.6(9.0)	-6.3***
자해신념		35.2(15.4)	57.4(16.8)	-10.0***
학대	없음	280(94.6%)	16(5.4%)	35.6***
	있음	124(75.6%)	40(24.4%)	

\*<0.05, \*\*<.01, \*\*\*<.001

다른 변수를 통제한 상태에서 인구사회학적인 변수와 독립변수가 비자살적 자해에 미치는 영향을 검증하기 위해 로지스틱 회귀분석을 실시하였다. 우울과 불안의 상관계수가 0.8로 상당히 높아 다중공선성 이슈를 고려하여 우울과 불안을 별도로 분석하였다. 모델 1에는 우울이 포함되었고, 모델2에는 불안이 포함되었다. 먼저, 모델1의 결과를 보면, 인구사회학적인 변수 중에서는 처분종류만이  $p<.05$  수준에서 자해시도에 유의미한 영향

을 미치는 것으로 나타났고, 성별, 나이, 교육수준은 자해시도에 유의미한 영향을 미치지 않는 것으로 나타났다. 처분종류의 경우 7호 처분을 받은 소년원생은 10호 처분을 받은 소년원생과 비교하여 자해시도에 있어서 유의미한 차이가 없었던 반면, 9호 처분을 받은 소년원생은 10호 처분을 받은 소년원생보다 자해시도를 유의미하게 적게 하는 것으로 나타났다. 독립변수의 경우 우울과 자해신념은 다른 변수를 통제한 상태에서 자해시도를 유의미하게 증가시키는 것으로 나타난 반면, 분노와 어린 시절 학대경험은 자해시도에 유의미한 영향을 미치지 않는 것으로 나타났다.

모델2의 결과도 모델1과 매우 유사하였다. 즉, 인구사회학적인 변수 중에서는 처분 종류만이 자해시도에 유의미한 영향을 미쳤고, 특히 9호 처분을 받은 소년원생과 10호 처분을 받은 소년원생 간에만 자해시도에 있어서 유의미한 차이가 있었다. 독립변수 중에서는 불안과 자해신념만이 자해시도에 유의미한 영향을 미쳤다. 모델1과 2의 결과를 요약하면, 부적 정서 중 우울과 불안은 자해시도에 영향을 미치는 반면, 분노는 자해시도에 영향을 미치지 않았다. 또한, 인지적 요인인 자해신념이 증가할수록 자해시도도 증가하는 것으로 나타났으나, 환경적 요인인 어린 시절 학대경험은 자해시도와 유의미한 관련성이 없었다.

〈표 5〉 비자살적 자해에 영향을 미치는 요인

구분	모델1				모델2				
	B	S.E.	유의 확률	Exp (B)	B	S.E.	유의 확률	Exp (B)	
상수	-3.89	2.33	.10	.02	-2.03	2.32	.38	.13	
여자	.75	.44	.09	2.10	.64	.44	.15	1.90	
나이	-.16	.16	.33	.85	-.17	.16	.31	.85	
처분 종류 <sup>a</sup>	7호	-.79	.62	.20	.45	-.45	.58	.44	.64
	9호	-1.75	.45	.00	.18	-1.69	.45	.00	.18
교육수준	-.18	.16	.25	.83	-.17	.16	.28	.84	
우울	.05	.02	.00	1.05					
불안					.05	.01	.00	1.05	
분노	.02	.03	.51	1.02	-.01	.03	.84	.99	
자해신념	.04	.01	.00	1.04	.05	.01	.00	1.05	
학대	.67	.43	.12	1.95	.56	.42	.18	1.76	
-2LL=195.8, $\chi^2=124.8^{***}$ Cox&Snell $R^2=0.25$ Nagelkerke $R^2=0.48$					-2LL=200.6, $\chi^2=130.3^{***}$ Cox&Snell $R^2=0.26$ Nagelkerke $R^2=0.49$				

\*\*\*<.001

a: 참조범주=10호 처분

## V. 결론 및 정책적 제언

소년원생의 비자살적 자해는 신체적·정신적 건강, 수용관리 및 극단적인 경우 생명에 까지 영향을 미칠 수 있다는 점에서 매우 중요한 사안이지만, 국내에서는 소년원내 비자살적 자해에 대한 연구가 매우 부족하다. 이에 본 연구에서는 국내 소년원생을 대상으로 비자살적 자해 실태, 방법, 동기 등을 살펴보고, 비자살적 자해의 위험 요인을 검증하였다. 분석결과는 소년원내 자해와 관련하여 몇 가지 중요한 시사점을 제공한다.

먼저, 본 연구에 참여한 소년원생 중 소년원에서 자해를 시도한 소년의 비율은 12.2% 이었다. 이는 국내의 연구에서 보고된 비자살적 자해 유병률 보다 다소 낮은 편이다 (13.9%-21.4%, Nock & Favza, 2009; 22.8%, 안영신·송현주, 2017). 하지만 본 연구에 포함된 소년원생의 경우 7호 처분과 9호 처분은 소년원 수용기간이 대체로 6개월 이내이며, 10호 처분의 경우는 수용기간이 2년 이내이다. 더욱이 대부분의 소년원생은 이 기간을 다 채우지 않고 입시퇴원을 하게 된다. 그러므로 평생 유병률을 조사한 연구와는 조사기간에 상당한 차이가 있다. 이런 점을 고려하면, 소년원 입원 후 그리 길지 않은 기간 동안 자해 비율이 12.2%라는 것은 소년원내 자해가 심각하다는 것을 보여주는 것이며, 소년원에서도 이에 대한 대응이 시급함을 의미한다.

둘째, 자해동기와 관련하여 Nock과 Prinstein(2004)은 ‘비자살적 자해 기능 모델’을 제시하면서, 개인은 비자살적 자해 행동을 통해 사회적·개인적 이득을 취하고, 정적 혹은 부정 강화를 통해 자해 행동을 반복하게 된다고 보았다. Chapman 등(2006)은 비자살적 자해 행동을 통해 강렬하고 혐오적인 부정 정서를 회피하여 심리적 고통이 완화되는 경험을 한 개인은 부정 강화 원리에 의해 자해 행동이 자동적으로 조건화·습관화된다고 설명했다. 본 연구의 결과는 이러한 주장과 상당히 일치한다. 본 연구에 의하면 소년원생이 비자살적 자해를 시도하는 주된 원인은 부정적인 정서를 멈추거나, 긍정적인 감정을 느끼거나, 스스로를 처벌하거나, 타인에게 자신의 힘든 상황을 알리기 위해서인 것으로 나타났다. 여기에서 주목해야 할 점은 통념적으로 생각하는 것처럼 소년들이 타인의 관심과 주의를 끌고 자신의 요구를 관철하여 원하는 이득을 얻기 위해 자해를 하는 경우는 많지 않다는 것이다. 즉, 청소년들은 주로 자신의 심리적인 스트레스나 고통을 말로 표현할 수 없을 때, 압도당하는 강렬한 감정을 표현하거나 고통을 완화하기 위해

부적응적 대처기제로 자해를 한다는 것이다. 비자살적 자해를 하는 많은 청소년들이 자신의 자해 흉터나 상처를 스스로 의식하고, 타인에게 그 상처를 감추기 위해 필사적으로 노력하며, 자신의 행위에 대해 죄책감을 느낀다. 또한, 비자살적 자해 행동은 신체적 고통을 발생시켜 심리적 고통을 조절하는 다소 양가적이고 모순적인 양상을 가진다(김수진·김봉환, 2015).

셋째, 자해방법과 관련하여 소년원에 수용된 청소년들은 학교에 다니는 청소년에 비해 더 심한 고통을 초래하는 방법을 사용하는 것으로 나타났다. 일반 학교에 다니는 청소년이나 비행청소년 교육센터에 참여한 청소년 중 비자살적 자해를 시도한 청소년들은 주로 입 또는 입술을 깨물거나, 머리카락을 뽑거나, 고의로 자신을 때리는 것과 같은 방법을 통해 자해를 하였다(안영신·송현주, 2017; 이현주·이영순, 2023). 반면, 소년원내에서 청소년들이 가장 빈번하게 사용하는 자해 방법은 ‘볼펜이나 다른 물건을 사용하여 피부에 상처를 내는 것’, ‘상처나 피가 날 정도로 몸을 심하게 핥키는 것’, ‘멍이 생길 만큼 자신을 때리는 것’ 등이다. 일부 소년원생은 뼈를 고의로 부러뜨리거나(3명, 5.4%), 몸에 해로운 물질을 삼키는 것(11명, 19.6%)과 같은 심각한 수준의 자해를 하고, 기타 자해방법으로 상습적으로 치아를 손상하고 영구치 여러 개를 뽑는 행위를 하는 소년원생도 있었다. 사회내보다 소년원의 경우 소년들의 행동에 대한 감독 및 감시가 더 엄격하게 이루어지는 환경임에도 불구하고 소년원생들이 더 심각한 방법으로 자해를 한다는 것은 소년원생들의 비자살적 자해에 대한 중독이 더 심하다는 것을 보여주는 것이다. 이러한 심각한 자해행위는 응급한 의료적 처치가 요구되는 경우로 소년의 정신적·신체적 건강에 큰 해를 입히고, 소년원 직원을 소진케 만들며, 수용 질서를 저해시킬 수 있다.

소년원내 비자살적 자해에 영향을 미치는 요인을 분석한 결과, 인구사회학적 변수 중에서는 처분 종류만이 유의미한 관련이 있는 것으로 나타났다. 장기처분인 10호 처분을 받은 소년원생이 단기처분인 9호 처분을 받은 소년원생보다 소년원내에서 비자살적 자해를 할 가능성이 유의미하게 높은 것으로 나타났다. 이러한 결과는 각 처분을 받은 소년의 심리·사회적 특성에서의 차이일 수도 있고, 소년원이라는 환경적인 특성일 수도 있다. 즉, 10호 처분을 받은 소년은 개인 내적 특성(부정적인 정서, 왜곡된 인지 등)이나 환경 특성(가정폭력/학대)에 있어서 9호 처분을 받은 소년보다 더 취약할 수 있고, 그로 인해 소년원내 자해 비율이 더 높을 수 있다. 다른 한편으로는 소년원 시설의 특수한

환경이 비자살적 자해에 영향을 미칠 수 있다(Casiano 등, 2016). 소년들에게 자유가 제한된 수용생활은 상당한 스트레스일 수 있고, 수용기간이 상대적으로 긴 10호 처분을 받은 소년의 경우 누적된 스트레스가 비자살적 자해의 시도를 증가시켰을 수 있다. 물론, 비행소년의 취약한 특성이 소년원이라는 스트레스 상황과 상호작용하여 10호 처분 소년원생들의 자해가 증가했을 수 있다. 향후 연구에서 소년들의 특성뿐만 아니라 소년원 특성을 함께 분석하면 소년원내 비자살적 자해에 대해 보다 분명히 이해할 수 있을 것이다.

독립변인 중 비자살적 자해에 유의미한 영향을 미치는 요인은 부정적 정서와 자해신념이었다. 이는 소년원생들이 개인 내적인 동기로 자해를 한다는 것과 일치하는 부분이다. 앞에서 제시한 것처럼 소년원생들은 우울 및 불안과 같은 부정적인 정서가 자신들이 통제할 수 있는 수준을 넘어섰을 때, 이를 경감시키고자 자해를 한다고 볼 수 있다. 또한, 인지적인 측면인 자해신념이 비자살적 자해에 영향을 미친다는 것은 주목할 부분이다. 국외에서는 비자살적 자해 요인 중 인지적인 측면에 대한 연구가 상당히 이루어진(Cha et al., 2019; Hasking et al., 2017) 반면, 국내에서는 이 부분에 대한 연구가 많이 부족하다. 특히, 인지적인 요인인 왜곡된 자해신념이 비자살적 자해의 주요한 원인이라는 것은 치료 현장에서도 많은 시사점을 제시한다. 즉, 비자살적 자해 예방 프로그램을 개발할 때, 불안 및 우울 등의 정서적 어려움에 적응적으로 대처할 수 있는 개인의 능력과 기술을 향상하는 내용이 포함되어야 할 뿐만 아니라, 비자살적 자해 과정상의 인지적인 측면(예를 들면, 여러 자극 중 비자살적 자해를 촉발하는 자극은 무엇인지, 청소년들이 그 자극에 더 주의를 기울이는 이유는 무엇인지, 그로인해 자해를 결심하게 되는 동기와 관련된 인지적 왜곡 및 신념은 무엇인지, 지난 자해경험을 어떻게 해석하는지 등)에 대한 내용도 포함되어야 한다.

이러한 결과는 현장에서 소년원생들을 지도 및 감독하는 실무자들이 비자살적 자해에 취약한 소년을 파악하여 필요시 적기에 이들을 위한 적절한 개입을 해야 함을 의미한다. 현재 소년원은 새로운 소년이 입소하게 되면, 다양한 검사와 조사를 통해 소년의 특성을 파악하는데, 이때 소년원 입소 전 소년이 비자살적 자해 생각, 의도 및 경험은 없었는지, 비자살적 자해에 대한 잘못된 신념은 없는지 파악해야 할 필요성이 있다. 특히, 이들 중 불안 및 우울이 높거나, 10호 처분을 받아 장기간 소년원에서 생활하고 있는 소년의 경우에는 소년원내에서 자해를 시도할 가능성이 높으므로 이들에 대한 보다 철저한 감독이

필요하다. 아울러, 소년원생들이 소년원내에서 경험하는 스트레스(예: 생활 전반에 대한 스트레스, 다른 소년과의 관계 등)에 대해 파악하여 이에 대한 적절한 조치를 통해 이들의 비자살적 자해시도를 줄일 수 있을 것으로 보인다. 최근 이와 관련하여 대전소년원에서는 여자 소년원생을 대상으로 ‘자해 Zero 캠페인’ 치료 프로그램이 시범 실시되었다. 아직은 시범단계이지만, 이 프로그램에 대한 체계적인 평가 후 효과성이 검증되면, 다른 소년원으로 확대하는 것도 고려해볼만 하다.

끝으로, 회귀분석에서는 성별이 비자살적 자해에 유의미한 영향을 미치지 않았지만 교차분석 결과를 보면 여자 소년원생 중 자해를 한 비율이 26.8%로 남자 소년원생의 자해 비율(4.7%)보다 훨씬 높은 것을 볼 수 있다. 회귀분석에 포함된 우울이나 불안이 여자 소년원생의 특성과 상당히 중첩된 결과일 수도 있다. 소년원내 비자살적 자해 특성 및 영향요인에 있어서 성차에 대한 연구가 수행된다면, 성별에 따른 맞춤형 프로그램을 개발하여 소년원내 비자살적 자해를 보다 효과적으로 예방할 수 있을 것이다. 또한, 본 연구에서 환경적 요인인 어린 시절 학대경험은 비자살적 자해에 직접적으로 영향을 미치지 않았으나, 학대경험이 부정적 정서 혹은 자해신념 등을 통해 간접적으로 자해에 영향을 미칠 수도 있을 것이다(구훈정 외, 2014). 향후 이에 대한 연구가 필요하며, 아울러 본 연구에서는 소년의 자해 경험을 경험 유무로만 측정하여 자해 경험 유무에 대한 분석을 제시하였으나, 자해 경험을 빈도나 리커트 척도로 측정할 경우 자해 정도(심각성)에 대한 분석이 가능하고, 그에 따른 시사점도 상당할 것으로 여겨지므로 이에 대한 고려도 필요하다.

비자살적 자해는 또래 집단과 미디어 매체의 영향을 많이 받는다. 최근 비자살적 자해가 일부 청소년 문화로 확산되고 있고, 소셜미디어 상의 자해는 자해 충동을 촉발시킬 뿐만 아니라 자해행동을 강화하는 역할을 한다. 이와 마찬가지로 24시간 시설 내에서 밀접한 관계를 맺는 소년원생들 사이에 발생하는 비자살적 자해는 소년원생들 간에 전염병처럼 서로의 자해 행동을 촉발하게 만드는 모델링 기제로 작동할 수 있다. 그러므로 소년원내 비자살적 자해에 대한 보다 많은 관심이 필요하고, 비자살적 자해를 하지 않는 소년원 내 문화를 조성할 필요가 있으며, 소년원생 모두가 서로에게 비자살적 자해를 예방하고 확산하지 않겠다는 신념과 태도를 가지는 것이 중요하다. 본 연구가 소년원생의 비자살적 자해예방을 위한 대책 마련에 조금이나마 도움이 되길 바란다.

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 강민아, 장재홍. (2020). 고등학생의 아동기 학대 경험과 비자살적 자해 간의 관계: 초기 부적응 도식의 매개효과를 중심으로. 청소년학연구, 27(11), 421-448.
- 고기숙, 이지숙. (2013). 청소년의 인터넷 중독과 우울이 자살사고에 미치는 영향. 학교 사회복지, 25, 131-156.
- 구훈정, 조현주, 이종선. (2014). 아동기 정서적 학대경험, 정서강도와 자해의 관계에서 부적응적 인지정서조절과 부정정서의 매개효과. 인지행동치료, 14(2), 191-216.
- 권혁진. 비자살적 자해에 영향을 미치는 정서적, 인지적 요인의 탐색. 서울대학교 대학원, 2014
- 권혁진, 권석만. (2017). 한국판 자해기능 평가지(The Functional Assessment of Self-Mutilation)의 타당화 연구: 대학생을 중심으로. 한국심리학회지: 임상심리 연구와 실제, 3(1), 187-205.
- 김수진. (2015). 비자살적 자해와 애착 연구 개관: 국외 연구를 중심으로. 인간발달연구, 22(3), 1-24.
- 김수진, 김봉환. (2015). 청소년 내담자의 반복적 자해행동의 의미탐색: ‘고통으로 고통을 견디기’. 한국심리학회지: 상담 및 심리치료, 27(2), 231-250.
- 박경애, 김지연, 강남이, 김숙진, 윤희옥. (2020). 비자살적 자해(Non-Suicidal Self-Injury: NSSI)에 대한 국내연구동향: 2000년부터 2019년까지. 한국청소년연구, 31(3), 213-250.
- 백연우, 유지영 (2022). 청소년의 비자살적 자해경험에 대한 질적 메타연구. 청소년학연구, 29(12), 23-57.
- 보건복지부. (2018) 청소년건강행태조사. 통계정보 보고서. 서울: 보건복지부.
- 심미옥 (2014). 학교스트레스 및 자기 통제력이 청소년의 자살생각 및 자해시도에 미치는 영향. 단국대학교 교육대학원 석사학위 논문.
- 안영신, 송현주. (2017). 청소년의 비자살적 자해행동에 관한 연구. 정서·행동장애연구, 33(4), 257-281.

- 예덕해, 홍현주, 육기환, 최혜인, 이지은, 전진용, 박일호, 구민성, 송정은. (2012). 청소년 우울증에서 비자살적 자해에 영향을 주는 심리사회적 요인. *Mood and Emotion*, 10(2), 85-90.
- 이동귀, 함경애, 배병훈. (2016). 청소년 자해행동: 여중생의 자살적 자해와 비(非)자살적 자해. *한국심리학회지: 상담 및 심리치료*, 28(4), 1171-1192.
- 이동훈, 양미진, 김수리. (2010). 청소년 자해의 이해 및 특성에 대한 고찰. *청소년상담연구*, 18(1), 1-24.
- 임수진, 최희빈. (2021). 부모 방임과 학대가 청소년의 비자살적 자해에 미치는 영향: 적응적 정서조절 전략의 매개효과. *인문사회* 21, 12(5), 1189-1200.
- 이순희, 허만세. (2021). 청소년의 스트레스 및 우울이 자해행동에 미치는 영향에서 자기통제력의 조절효과. *청소년복지연구*, 23(1), 211-236.
- 이정선, 이형실. (2012). 청소년의 우울 관련 요인. *한국가정과교육학회지*, 24(4), 77-89.
- 이진규, 조성희. (2020). 중학생의 비자살적 자해 경험 연구. *청소년상담연구*, 28(2), 233-255.
- 이현정, 김장희. (2020). 청소년의 자해 행동 관련 변인에 대한 메타분석. *교육치료연구*, 12(3), 351-377.
- 이현주, 이영순. (2023). 정서 반응성이 청소년의 비자살적 자해동기에 미치는 영향: 부정 긴급성과 정서조절곤란의 이중매개효과. *재활심리연구*, 30(4), 199-221.
- 전겸구, 최상진, 양병찬 (2001). 통합적 한국판 CES-D 개발. *한국심리학회지: 건강*, 6, 59-76.
- 전겸구, 한덕웅, 이장호, 이준석 (1997). 한국판 STAXI 척도 개발: 분노와 혈압. *한국심리학회지 건강*, 3(1), 60-78.
- 정미림, 강문선, 이영순(2022). 한국 성인의 비자살적 자해 신념이 자해행동에 미치는 영향. *교육치료연구*, 14, 99-121.
- 정미림, 이영순. (2023). 청소년용 비자살적 자해 신념 척도의 개발 및 타당화. *재활심리연구*, 30(2), 125-150.
- 정은의, 송현주. (2010). 한국 청소년 대상 분노반추척도(Anger Rumination Scale)의 타당화 연구. *Korean Journal of Clinical Psychology*, 29(1), 223-239.

진선주. (2022). 청소년의 자해행동에서 자살 의도 유무에 따른 집단간 심리특성 차이와 예측변수 탐색. *정서·행동장애연구*, 38(2), 255-280.

[외국문헌]

- Casiano, H., Bolton, S. L., Hildahl, K., Katz, L. Y., Bolton, J., & Sareen, J. (2016). A Population-Based Study of the Prevalence and Correlates of Self-Harm in Juvenile Detention. *PloS one*, 11(1)
- Cha, C. B., Wilson, K. M., Tezanos, K. M., DiVasto, K. A., & Tolchin, G. K.(2019). Cognition and self-injurious thoughts and behaviors: A systematic review of longitudinal studies. *Clinical Psychology Review*, 69, 97-111.
- Chapman, A. L., Gratz, K. L., & Brown, M. Z. (2006). Solving the puzzle of deliberate self-harm: The experiential avoidance model. *Behaviour Research and Therapy*, 44(3), 371-394.
- Conterio, K, & Lader, W. (1998). Bodily harm: The breakthrough treatment program for self-injurers. New York: Hyperion.
- Favazza A. R. (1998). The coming of age of self-mutilation. *The Journal of nervous and mental disease*, 186(5), 259-268.
- Hasking, P., Whitlock, J., Voon, D., & Rose, A. (2017). A cognitive-emotional model of NSSI: using emotion regulation and cognitive processes to explain why people self-injure. *Cognition & emotion*, 31(8), 1543-1556.
- Hooley, J. M., Fox, K. R., & Boccagno, C.(2020). Nonsuicidal self-injury: Diagnositic challenges and current perspective. *Neuropsychiatric Disease and Treatment*, 16, 101-112.
- Kwon, S. M. (1992). Differential roles of dysfunctional attitudes and automatic thoughts in depression: An integrated model of depression. Ph. D. Dissertation submitted to University of Queensland in Australia.
- Lim, K. S., Wong, C. H., McIntyre, R. S., Wang, J., Zhang, Z., Tran, B. X., Tan,

- W., Ho, C. S., & Ho, R. C. (2019). Global Lifetime and 12-Month Prevalence of Suicidal Behavior, Deliberate Self-Harm and Non-Suicidal Self-Injury in Children and Adolescents between 1989 and 2018: A Meta-Analysis. *International journal of environmental research and public health*, 16(22), 4581.
- Linehan, M. M. (1993). *Cognitive-behavioral treatment of borderline personality disorder*. Guilford Press.
- Lloyd, E. E., Kelley, M. L., & Hope, T. (1997, April). Self-mutilation in community sample of adolescents: Descriptive characteristics and provisional prevalence rates. *In annual meeting of the Society for Behavioral Medicine*, New Orleans, LA.
- Nock, M. K., & Favza, A. R. (2009). Non-suicidal self-injury: Definition and clarification. In M. K. Nock(Ed.), *Understanding nonsuicidal self-injury* (p. 9-18).
- Nock, M. K., & Prinstein, M. J. (2004). A functional approach to the assessment of self-mutilative behavior. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 72, 885-890.
- Rasmussen, S., Hawton, K., Philpott-Morgan, S., & O'Connor, R. C. (2016). Why Do Adolescents Self-Harm?. *Crisis*, 37(3), 176-183.
- Spielberger, C. D., Krasner, S. S., & Solomon, E. p. (1988). The experience, expression, and control of anger. In M. P. Janisse(Ed), *Health Psychology: Individual differences, stress, and health psychology* (pp.89-108). New York: Springer-Verlag.
- Swannell, S. V., Martin, G. E., Page, A., Hasking, P., & St John, N. J. (2014). Prevalence of nonsuicidal self-injury in nonclinical samples: systematic review, meta-analysis and meta-regression. *Suicide & life-threatening behavior*, 44(3), 273-303.

## Characteristics and Correlates of Non-suicidal Self-injury among Juveniles at Juvenile Reformatories

Jo, Youngoh\* · Lee, Jangkyu\*\* · Son, Hye Rin\*\*\*

The purpose of the current study is to identify the characteristics(frequency, motivations, methods) and factors of non-suicidal self-injury(NSSI) among juveniles at juvenile reformatories. A survey was conducted with 460 juveniles in seven juvenile reformatories. Among the surveyed juveniles, 56(12.2%) attempted self-harm at the facility, predominantly driven by intrapersonal motives (e.g., to alleviate negative feelings, to feel something even if painful, to seek comfort, to punish oneself). The juveniles primarily engaged in self-harm behaviors such as cutting skin with pens or other objects, slashing wrists or arms with knives, or severely scratching their bodies to the extent of causing wounds and bleeding. According to cross-tabulation and t-tests, females, juveniles at metal treatment reformatory, and those with a history of childhood abuse showed higher rates of NSSI compared to males, those at normal reformatories, and those without such abuse history, respectively. Juveniles with NSSI experiences tended to have lower educational levels and higher levels of anger, depression, anxiety, and self-injurious beliefs compared to those without such experiences. Logistic regression analysis revealed that only type of disposition, depression, anxiety, and self-injurious beliefs significantly influenced NSSI after controlling for other variables. Policy implications were provided based on the results.

---

\* Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Corrections and Forensic Psychology, Kyonggi University

\*\* Senior Officer, Daejeon Juvenile Training Center, Crime Prevention Policy Bureau, Ministry of Justice

\*\*\* Master's Student, Department of Criminal Psychology, Kyonggi University

❖ Key words: non-suicidal self-injury, juvenile reformatory, negative emotion, self-injurious beliefs

투고일 : 2월 24일 / 심사일 : 3월 27일 / 게재확정일 : 3월 31일

# 친밀한 관계에서의 폭력에 대한 형사정책의 법적 정당성 검토

## - 가정폭력, 스토킹, 데이트폭력을 중심으로

김혜미\*

### 국 | 문 | 요 | 약

최근 가족이나 연인 관계에서 일어나는 폭력에 대해 신속하고 효율적으로 대응하려는 논의가 활발히 전개되고 있다. 본 논의에서는 이를 친밀한 관계에서의 폭력(Intimate partner violence) 개념을 통해 논하면서 가정폭력, 데이트폭력, 스토킹을 다루고 있다. 친밀한 관계에서의 폭력에 관한 연구는 친밀한 관계의 폭력 피해자들이 스스로를 보호하거나 법적 구제를 구하는데 어려움을 겪는다는 사실을 지적한다. 종래에는 이를 개인의 사적 영역으로 존중해야 한다고 보았으나, 관계의 특성을 고려하여야 한다는데 사회적 합의가 형성되며 국가가 적극적으로 개입하기를 촉구하고 있다. 본 논의는 현행법인 가정폭력처벌법과 스토킹처벌법을 비교분석하고 데이트폭력처벌법의 제정논의로 논의를 확장하며 법적 규율의 경향을 탐색하고 있다.

친밀한 관계의 폭력을 규율하는 현행법은 법체계와 구조에서 유사성이 있다. 가정폭력처벌법과 스토킹처벌법은 대응 조치로 경찰의 응급조치와 긴급임시조치(긴급응급조치), 검사가 청구하는 임시조치(잠정조치) 등을 규정하고 있다. 데이트폭력처벌법의 제정 논의도 이와 같은 구조를 따르고 있다. 대상영역과 적용범위, 행위주체와 객체가 각기 달라 분명한 차이점도 있다. 그런데 최근 친밀한 관계의 폭력을 다루는 정책은 전반적으로 피해자 보호를 위해 강력한 조치를 취하는 공통적인 경향을 보이고 있다. 특히 이 같은 조치는 주로 제재 강화와 엄벌에 치중하는 양상으로 전개되고 있다. 본고는 분리조치의 강화나 반의사불벌죄의 폐지나, 조치위반의 형사화 현상에 대해서 고찰하였고 스토킹처벌법상 잠정조치의 일환으로 위치추적 전자감독 장치를 부과한 것이나, 가정폭력처벌법에서 감호위탁처분을 도입한 바를 검토하였다. 그러나 엄벌주의적 조치나 형벌 이외의 제재로 피해자 보호를 실현하는 것은 중요하나, 제재적 성격은 강력한 반면 법적 정당성이 모호한 영역이 있다. 이 같은 정책은 목적 달성에는 실효적일 수 있으나, 감시적이거나 인신구속적인 제재를 우선적으로 활용하는 것은 형벌의 과잉이 될 수 있다. 피해확산의 방지가 강조될지라도 정책에 대한 법적 정당성에 대한 검토는 신중히 이루어져야 한다. 또한 범죄의 특성과 차이를 도외시하고 일률적인 내용을 규정하는 것도 타당하지 않다. 이 같은 정책들이 실효적이면서도 법적으로 정당한지 신중하게 검토해야 할 것이다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2024.3.31.1.55>.

❖ 주제어 : 친밀한 관계에서의 폭력, 가정폭력, 데이트폭력, 스토킹, 위치추적 전자장치

\* 고려대학교 형사법전공 법학박사

## I. 문제의 제기

최근 한국사회에서는 가족이나 연인 관계에서 일어나는 사건을 어떻게 치우해야 할지에 대한 논의가 활발히 전개되고 있다. 배우자간, 또는 연인 간에 일어나는 가정폭력, 스토킹, 데이트폭력 등의 사건들이 연일 보도되어 사회에 커다란 충격을 안기며 그 피해의 심각성과 중대성에 대한 관심이 촉발되었다. 이를 예방하기 위해 강력한 형사법적 대응이 필요하다는 목소리가 높아지며 법의 제·개정 논의도 신속히 이뤄지고 있다. 가정폭력을 규율하는 가정폭력처벌법은 1991년 제정되었는데 최근 들어 법적 논의가 더욱 활발하다. 스토킹을 처벌하는 스토킹처벌법이 2021년 제정되었으며 데이트폭력을 규율하는 법을 제정해야 한다는 논의도 계속되고 있다.

이와 같은 사건들은 과거에도 중대한 피해를 야기하였고 그 심각성에 대한 문제의식이 있었으나, 국가가 적극적으로 대처해야 한다는 여론이 높아진 것은 비교적 최근으로 볼 수 있다. 그 배경을 미디어 보도의 확산, 인터넷 기술의 발달 등으로 들 수 있겠으나, 보다 근본적으로는 개인의 사적인 영역이라고 생각했던 가족, 연인 관계의 영역에 국가가 함부로 끼어들 수 없다는 종래의 인식이 전환되고 있기 때문일 것이다. 최근에는 국가가 이 같은 영역에 적극적으로 개입해 가해자를 처벌하고 피해자를 보호하고 있다. 이전에는 단순한 구애행위의 일종으로 생각했던 스토킹 행위를 형벌로 처벌하게 된 것도 이 같은 인식 전환에서 기인한다. 이는 형법적 관점에서는 영역의 확장으로도 볼 수 있다. 사적인 문제라고 보았던 행위들이 사회적 인식의 변화에 부응하여 형법의 영역으로 포섭되고 있는 것이다.

해외에서는 일찍이 이를 친밀한 관계에서의 폭력으로 정의하면서, 여성 피해자의 입장을 고려하여 가족 또는 연인과 같은 가까운 사이에서 위해를 가하는 행위를 범죄로 규정하고<sup>1)</sup> 신속하고 효율적으로 예방할 것을 논하였다. 친밀한 관계에서 일어나는 폭력은 일반적으로 현재의 혹은, 이전의 친밀한 파트너에 의한 폭력을 불문하는 개념으로, 여기서 말하는 폭력은 물리적 폭력, 성적 폭력, 스토킹, 통제 기술을 포함한 심리적 공격

1) 한국에서는 Intimate Partner Violence(IPV)를 친밀한 관계에서 일어나는 폭력으로 번역하고 있다. 본고에서는 이를 친밀한 파트너가 가하는 폭력으로 정의하고, 이를 친밀한 관계에서의 폭력으로 칭하고자 한다.

을 포함한다. 친밀한 관계의 폭력은 즉각적인 위해를 가할 뿐만 아니라, 일생 동안 영향을 미치는 결과를 낳을 수도 있다. 많은 연구결과에서 친밀한 관계의 폭력 피해자들은 상해나 사망을 넘어 극심하고 만성적인 정신적·육체적인 고통을 경험하는 것으로 나타났다.<sup>2)</sup> 해외 학계에서는 친밀한 관계에서 일어나는 폭력의 성격과 유형을 연구하고 그 정책적인 대응 방안을 연구하고 있다.

국내의 현행법도 친밀한 관계에서 발생하는 폭력에 적극적으로 대응하려는 노력을 기울이고 있다. 그런데 법 개정 속도는 매우 빠른 반면, 형사법적 정당화에 대한 고찰이 심도 있게 행해지고 있지 않다는 점을 비판적으로 고찰하고자 한다. 친밀한 관계에서의 폭력을 다루는 현행법들은 체계적으로 유사한데, 그 내용에서도 공통적 경향성이 드러난다. 문제는 각 법이 공통적으로 엄벌주의적으로 강화되는 양상을 보인다는 점이다. 물론 실효적인 대응이 필요하나, 이는 법적 정당성에 대한 검토가 반드시 수반되어야 함에도 이에 대한 충분한 고려는 없는 듯하다. 본고에서는 각 법의 구조와 여러 조치를 검토하면서 엄벌주의 경향을 포착하고 법적 정당화를 위해 제재 성격은 보다 완화되거나 실효적인 수단을 취할 것을 우선적으로 요청하고 있다. 또한 친밀한 관계의 폭력 유형별 차이를 도외시하고 일률적으로 강화된 제재를 취하기보다 관계의 특성을 고려해 규율하여야 한다고 주장하고 있다.

이 같은 논증을 위해 친밀한 관계에서 발생하는 폭력 개념을 논하는 이유를 다루고 (1) 친밀한 관계의 폭력으로 정의되는 문제를 규율하는 현행 가정폭력처벌법, 스토킹처벌법을 분석하고, 데이트폭력처벌법의 입법 논의를 살펴 법체계의 유사성을 검토한다. (2) 이 같은 법에서 공통적으로 나타나는 엄벌주의적 경향을 분석한 후 최근 개정안으로 도입된, 또는 도입논의 중인 정책의 형사법적 타당성을 검토한다. (3) 결론적으로, 가족 또는 연인 사이의 관계에서 발생할 수 있는 문제에 대한 국가 개입의 방향성에 대해 제언하고자 한다.

2) Breiding, M.J., Chen J., & Black, M.C., Intimate Partner Violence in the United States - 2010. Atlanta, GA: National Center for Injury Prevention and Control, Centers for Disease Control and Prevention, 2014, p.7.

## II. 친밀한 관계에서의 폭력(Intimate partner violence) 논의의 의의

### 1. 미국의 ‘친밀한 관계의 폭력’ 논의의 연혁

친밀한 관계를 맺은 파트너에게 폭력을 입은 경우를 개념화하고 연구하기 시작한 시점은 1960년대 미국에서 때맞는 여성 증후군(Battered Woman Syndrome)이 문제로 대두되고, 가정폭력 등 여성폭력 문제를 논하기 시작하면서부터라고 할 수 있다.<sup>3)</sup> 파트너에게 폭력을 당한 피해자들이 왜 적극적으로 저항하지 못하고 심리적으로 무력해지는가에 대한 분석이 잇따랐고<sup>4)</sup> 1962년 뉴욕 주에서 미국 최초로 보호명령법이 제정되었다. 1970년대 중반부터 여성인권단체를 중심으로 친밀한 관계의 폭력에 대한 경찰의 대처에 비판하는 움직임이 있었는데, 경찰이 가정폭력사건에의 개입을 중요치 않게 생각하고 다른 폭력사건과 비교하면 행위를 적극적으로 체포·구속하려하지 않는다는 것이었다.<sup>5)</sup>

1977년 이후부터 뉴욕 주는 보호명령법의 입법목적을 ‘가족에 대한 폭력방지’로 규정하고 캘리포니아 주는 ‘폭력행위와 성적 학대의 재발을 방지하고 가정폭력의 당사자를 분리시킬 것’으로 규정하는 등 가정폭력에 대해 법적으로 규율하기 시작하였다. 1990년대 이후부터는 학교 캠퍼스 내에서의 데이트 폭력 문제가 중요한 이슈로 대두되면서 활발하게 논의되기 시작하였고 각 주마다 스토킵보호명령제도나 성폭력피해자보호명령제도 등을 규정하기 시작하였다. 친밀한 파트너에게 당하는 폭력을 법으로 규율해야 한다

3) Flynn, S, Battered Woman's Syndrome: A Tragic Reality, an Evolving Theory. *Trinity Women & Gender Minorities Review*, 3(1), 2019, p.39-40. 1960년대와 1970년대에 여성주의 운동이 가정폭력에 대한 사회의 통념에 도전하면서 이 같은 논의가 시작되었다.

4) 이는 미국의 형사판례에서도 법적 쟁점으로 등장하였다. 이른바 때맞는 여성(Battered Women) 피고인들이 Walker의 Cycle theory(1979)를 바탕으로 Self-defense(자기방어)의 법리를 주장하였다. 여성들이 스스로 학대관계를 벗어날 수 없었음을 법적 쟁점으로 주장하였다. David L. Faigman, *The Battered Woman Syndrome and Self-defense: A Legal and Empirical Dissent*, 72 *Va. L. Rev.* 619, 1986, p.628-629에서 인용함.

5) 윤정숙 외 5인, 「가정 내 폭력범죄 감소 및 예방을 위한 사회안전망 강화에 관한 연구」, 형사법무정책연구원, 2017, 467면.

는 논의가 촉발되면서 1994년 연방 여성폭력방지법이 제정되었다.<sup>6)</sup> 여성폭력방지법은 가정폭력 문제를 규율하고 데이트폭력, 스토킹 문제로 넓혀가며<sup>7)</sup> 피해자 보호의 범위를 확대하였다. 해당 법률은 여성을 대상으로 한 폭력범죄의 처벌 및 피해자에 대한 보호, 지원조치에 대하여 연방정부 차원에서 광범위하고 일관성 있는 기반을 마련하고자 하였다.<sup>8)</sup> 이 같은 종류의 폭력에 대해 국가가 개입함으로써 사회적 안전망을 확보해야 한다는 문제의식이 확산되었고 이는 친밀한 관계에서의 폭력 연구를 본격화하였다.

## 2. 논의의 의의와 연구 범위

### 가. 법적 관점에서 본 논의의 필요성

‘친밀한 관계에서의 폭력’에 대한 학계의 연구가 발전하였지만 이는 법적으로 정의될 수 있는 개념은 아니다. ‘친밀한’ 관계를 개념화할 요소가 분명치 않아 의견이 통일되지 않기 때문이다. 그럼에도 법학적 관점에서 논의를 전개할 필요가 있는지 논하고자 한다. 친밀한 관계의 폭력에 대한 연구는 일반적인 유형의 범죄에 비해 친밀한 관계의 폭력에서 두드러진 특징을 들고 있는데, 이 같은 폭력을 당하는 피해자들이 법의 구제를 받기가 더 어렵다는 것이다.<sup>9)</sup> 종래에는 국가가 개인이 친밀한 파트너와 맺는 관계에 개입하는 것이 자제되어야 한다는 발상이 더 우세했는데, 친밀한 관계에서 종종 일어나는 다름은 거의 사적인 문제로 생각되었기 때문이다. 만약 피해가 중대했다면 피해자가 스스로 목소리를 낼 것이며 사법상의 구제를 구할 것이라 보았다. 그런데 이 같은 관계에서 피해자들이 스스로를 보호하기 어렵다는 연구결과들이 제시되었다. 친밀한 관계에서의 폭력은 생명을 위협하는 수준에 이르기도 하는데, 미 연방 수사국의 2000년 연구에서는

6) 홍영오·연성진·주승희, 「여성 대상 폭력에 관한 연구 - 친밀한 관계에서의 폭력을 중심으로 -」, 형사법무정책연구원, 2015, 349면.

7) 홍영오·연성진·주승희, 같은 보고서, 349-350면.

8) 김구슬, “데이트폭력범죄에 대한 입법적 대응방안”, 이화젠더법학, 제9권 제3호, 2017, 146면; 홍영오·연성진·주승희, 「여성 대상 폭력에 관한 연구 - 친밀한 관계에서의 폭력을 중심으로 -」, 형사법무정책연구원, 2015, 349면.

9) Jordan, Carol E. “Intimate partner violence and the justice system: An examination of the interface.” *Journal of interpersonal violence* 19.12, 2004, p.1412.

매년 살해당하는 여성의 30% 이상이 남편 또는 남자친구에 의해 살해당하고 있다고 보고했다.<sup>10)</sup> 폭력 피해를 당한 피해자들은 신체적 폭력뿐 아니라 부정적인 정서적인 반응을 겪고, 폭력 피해 여성의 31%에서 84%가 외상후 스트레스장애(PTSD)를 겪고 있다는 연구결과가 있었다.<sup>11)</sup> 이처럼 피해자들은 신체적·정서적 폭력으로 인해 무력함을 느끼거나 취약한 처지에 놓여 적극적으로 대처하기 어렵다. 사법적 구제를 구하는 것 역시 그러하다. 가해자와 안면이 있는 경우에 피해자들이 법적 구제를 받기가 더 어렵다는 실제적인 증거가 있다는 점을 고려한다면, 친밀한 관계에서의 폭력 피해자들은 이 같은 어려움을 더 강하게 겪을 가능성이 있다. 가해자와 깊은 인적 관계를 맺었기 때문이다. 또한 형사소송 절차를 살펴보면 친밀한 관계에 있었던 가해자에게 피해자가 직접 노출되는 경우가 많고 절차 중 피해자들은 안전한 환경에서 법의 구제를 기다리는 것이 아니라 스스로의 신빙성을 입증해야 한다.<sup>12)</sup> 이 과정에서 가해자의 위협에 시달릴 확률이 높아 법적 구제를 구하기 쉽지 않다.

가정폭력을 당하는 피해자의 경우 가정이 심리적·경제적 삶의 기반이기 때문에 폭력을 당하더라도 가해자를 처벌하기를 원치 않거나 가해자의 처벌로 기반을 상실하는 것을 두려워하기도 한다. 이 때문에 피해자가 적극적으로 대처하기를 주저하기도 한다. 사회적 분위기와 문화도 영향을 미친다. 데이트폭력의 경우 사랑과 성에 관한 낭만주의적 사랑관과 이에 기인한 잘못된 인식이 데이트폭력에 대한 올바른 대처를 저해하는 요인이 된다. ‘상대방의 의사와 무관하게 불쑥 집으로 찾아오거나 집 앞에서 하염없이 기다리는 것은 낭만적’이라거나 ‘여자친구를 때릴 정도로 남자의 사랑이 깊어질 수도 있다’라는 생각은 사랑 때문에 폭력을 가하는 것이라고 폭력을 정당화하기도 한다. 연인 사이인 파트너를 때리는 것은 일종의 사랑싸움이므로 제삼자가 개입할 문제가 아니라는 인식 때문에 데이트폭력에 제대로 대응하지 않고 이를 감내하는 경우도 있다.<sup>13)</sup> 스토킹은 종종 인적 관계에 대한 집착 때문에 발생하는데<sup>14)</sup> 가해자의 강한 인적 집착이 심각한 피해로

10) 서경현, “이성관계에서 행해지는 데이트 폭력에 관한 연구의 개관”, 한국심리학회지: 건강 제14권 제4호, 2009, 701면에서 인용.

11) Sabina와 Straus의 2008년 연구를 위의 서경현, 같은 논문, 같은 면에서 재인용.

12) Jordan, Carol E. “Intimate partner violence and the justice system: An examination of the interface.” *Journal of interpersonal violence* 19.12, 2004, p.1412.

13) 홍영오·연성진·주승희, 같은 보고서, 327-331면.

14) 김구슬, “데이트폭력범죄에 대한 입법적 대응방안”, *이화젠더법학*, 제9권 제3호, 2017, 142면.

변질 수도 있다는 두려움 때문에 적극적으로 대처하기 어려울 것이다.

물론 친밀한 관계에서 발생하는 폭력도 기존의 실정법으로 규율할 수 있다. 그러나 관계의 특성상 기존의 실정법으로 보호받기 어려운 영역이 있다. 친밀한 관계에서 발생하는 폭력 개념은 이 같은 이유들을 토대로 국가가 기존의 틀을 벗어날 것을 요청한다. 이는 현대사회에서는 친밀 관계의 범주와 친밀성의 의미가 확장되고 그 양상이 변화하고 있는데, 혼인 및 혈연관계나 전통적인 가족관계에 한정된 방식으로 폭력 문제에 접근하고 있어 한계가 있다고 주장한다.<sup>15)</sup> 국가가 이 같은 문제에 미온적으로 접근할 경우 가해자로 하여금 왜곡된 인식과 잘못된 확신을 갖게 하여 피해자를 더 큰 위험에 빠뜨린다는 비판도 있다.<sup>16)</sup> 이 같은 문제의식은 정책이 친밀한 관계에서의 피해자를 적극적으로 보호하는 방향을 추구하도록 기반을 제공하고 친밀한 관계에서의 폭력을 통합적으로 살펴 대응해 나갈 것을 요청한다.

## 나. 연구의 범위

친밀한 관계에서의 폭력은 여성 폭력에 대한 문제의식을 바탕으로 논의되기 시작하였고, 법적인 논의는 미국에서 1994년 여성폭력방지법이 제정된 것을 계기로 본격화되었다. 이처럼 친밀한 관계에서의 폭력 논의는 여성에 대한 보호 촉구를 계기로 시작되었으나 법적인 관점에서는 초점을 수정할 필요가 있다. 법은 가해자와 피해자 사이에서 일어나는 행위를 규율한다. 본 논의는 그 중에서도 친밀한 파트너(partner)에 가하는 폭력에 초점을 맞추고, 법 정책을 검토한다. 친밀한 파트너는 배우자 또는 연인을 지칭하고, 친밀한 관계에서의 폭력은 배우자이거나 배우자였던 관계, 그리고 데이트 관계를 맺은 사람 사이에서 일어나는 폭력을 그 대상으로 한다. 따라서 파트너 관계에 있다면 남성이나 성소수자도 그 대상으로 포섭할 수 있다.

본 논의에서는 가정폭력, 스토킹, 데이트폭력의 법과 정책 중 친밀한 파트너 간에 일어나는 폭력에 한정해 이들을 분석하고 평가하기를 시도한다. 이 세 가지 유형의 정책

15) 김효정, “젠더기반폭력으로서 친밀 관계 폭력의 특성과 쟁점: 현장의 지원 경험을 중심으로”, 한국여성학 제40권 제1호, 2024, 251면.

16) 허민숙, “국가가 초래한, 국가가 알지 못하는 위험: 친밀한 관계에서의 강압적 통제”, 한국여성학 제37권 제1호, 2021, 225면.

규율이 모두 친밀한 관계에서의 폭력을 다룬다고는 할 수 없다. 가정폭력은 배우자에 대한 폭력뿐만 아니라 가족구성원에 대한 폭력도 규율한다. 스토킹은 가정폭력이나 데이트 폭력처럼 가해자와 피해자 간의 관계를 전제로 하는 것이 아니라, 그러한 관계에서 일어나는 다양한 행위 유형 중 하나로 볼 수 있다. 따라서 가정폭력이나 스토킹범죄에 대한 정책 일반을 친밀한 관계에서의 폭력과 관련한 정책으로 볼 수는 없다. 이러한 한계에도 불구하고 친밀한 관계에서의 폭력이라는 개념을 기반으로 법을 분석하고 평가하는 것은 개념이 갖고 있는 문제의식을 바탕으로 각 법을 통합적인 시각에서 살펴 공통적인 경향성을 포착하고자 함이다. 그리고 이를 바탕으로 정책적 대응을 평가하고 타당한 방향을 모색하고자 한다.

### Ⅲ. 친밀한 관계에서의 폭력을 다루는 현행 법 분석

#### 1. 가정폭력처벌법과 스토킹처벌법의 비교

##### 가. 법의 연혁

친밀한 관계의 폭력을 규율하는 현행법으로 가정폭력처벌법과 스토킹처벌법을 들 수 있다. 이 중 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 가정폭력처벌법)」은 1998년 제정되었다. 가정폭력처벌법이 제정되기 이전에 가정폭력사안은 「형법」과 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」로 규율되었는데 부부관계라는 사적 영역의 특성상 국가의 개입이 자제되어야 한다는 생각이 퍼져 있어 적극적인 대응이 이루어지지 않았다. 그러나 사회적 이슈가 된 여러 사건을 거쳐, 가정폭력을 사회적 문제로 볼 필요가 있음을 인식하게 되었고 이는 가정폭력처벌법의 제정으로 이어졌다. 가정폭력처벌법은 제정된 후 20년 동안 여러 차례 개정을 거치면서 적극적인 대응을 구체화하는 양상으로 전개되었다.

「스토킹의 처벌 등에 관한 특례법(이하 스토킹처벌법)」은 1990년대 말부터 꾸준히 제정 필요성이 논의되었다. 2012년에 「경범죄처벌법」이 개정되어 ‘지속적 괴롭힘’이라는 행위가 경범죄의 유형에 추가되기는 하였으나 약 10만원의 과태료를 부과할 뿐이어서 행위의 중대성에 비해 제재가 지나치게 미약하다는 비판이 있었다. 이후 몇몇 스토킹

사건들이 이슈가 되면서 2021년 4월 스토킹처벌법이 제정되었다. 그런데 법 시행 이후에도 서울 중구 오피스텔 피해 여성 피살('21. 11.), 서울 송파구 빌라 신변보호 대상자 가족 피살('21. 12.), 서울 구로구 호프집 신변보호 피해 여성 피살('22. 2.), 신당역 스토킹 피해 역무원 피살('22. 9. 14.) 등의 사건이 끊이지 않았고, 스토킹처벌법이 스토킹 범죄를 예방하고 피해자들을 보호하는데 실효적이지 않다는 비판이 있었다. 이에 2023년 법이 개정되어 여러 조치가 추가로 도입되었다.

## 나. 법 규정의 유사성 분석

친밀한 관계의 폭력을 다루는 법의 가정폭력처벌법과 스토킹처벌법은 법체계와 구조에서 유사성이 있고, 제정과 개정을 거치며 이 같은 특징이 강화되고 있다.

### 1) 대응조치의 구조

가정폭력처벌법은 가정폭력에 대한 대응조치로 ① 사법경찰관의 응급조치(제5조): 폭력행위의 제지, 가정폭력행위자·피해자의 분리, 현행범인의 체포 등 ② 검사의 임시조치 청구(제8조)와 법원의 임시조치 부과(제29조): 피해자 또는 가정구성원의 주거 또는 점유하는 방실(房室)로부터의 퇴거 등 격리, 피해자 또는 가정구성원이나 그 주거·직장 등에서 100미터 이내의 접근 금지 등 ③ 법원의 임시조치 결정을 받을 수 없는 때 사법경찰관의 긴급임시조치(제8조의2)를 규정하고 있다.

스토킹처벌법의 대응조치도 유사한 체계를 갖고 있다. ① 사법경찰관의 응급조치(제3조): 스토킹행위의 제지, 스토킹행위자와 피해자등의 분리 및 범죄수사 등, ② 검사의 잠정조치 청구와 법원의 잠정조치 부과(제9조): 피해자에 대한 스토킹범죄 중단에 관한 서면 경고, 피해자 또는 그의 동거인, 가족이나 그 주거등으로부터 100미터 이내의 접근 금지 등 ③ 긴급을 요하는 경우 사법경찰관의 직권으로 긴급응급조치(제4조): 스토킹행위의 상대방등이나 그 주거 등으로부터 100미터 이내의 접근 금지 등을 규정하고 있다. 이처럼 가정폭력처벌법의 응급조치, 임시조치, 긴급임시조치와 스토킹처벌법의 응급조치, 잠정조치, 긴급응급조치는 명칭에 다소 차이가 있을 뿐 유사한 체계를 취하고 있다.

## 2) 신속한 초동대응의 도입

가정폭력처벌법은 초동대응 단계에서 여러 조치를 마련하고 있다. 경찰은 응급조치에서 폭력행위를 제지하거나 가정폭력행위자·피해자를 분리할 수 있으며, 2020년 개정으로 현행법 체포권한을 명시하여 초동대응을 강화 및 신속화하였다. 또한 경찰관의 긴급임시조치(제8조의2)에서 가정폭력범죄가 재발될 우려가 있고, 긴급을 요하여 법원의 임시조치 결정을 받을 수 없다면 사법경찰관이 임시조치를 취할 수 있도록 하여 임시적으로 피해자로부터 긴급격리 또는 접근금지조치를 할 수 있는 권한을 부여하고 있는 것도 이를 잘 보여준다. 스토킹처벌법에서는 응급조치(제3조)에서 스토킹행위의 제지, 향후 스토킹행위의 중단 통보뿐 아니라 범죄수사를 할 수 있는 권한을 규정하였고 스토킹행위가 지속적 또는 반복적으로 행하여질 우려가 있고 스토킹범죄의 예방을 위하여 긴급을 요하는 경우 주거 접근 금지, 전기통신을 이용한 접근 금지 등을 규정하고 있다. 이처량양 법에서는 범죄피해의 확산을 방지하기 위한 적극적인 초동대응을 규정하고 있다.

## 3) 조치불이행시 처벌부과

가정폭력처벌법에서는 임시조치의 실효성을 확보하기 위하여 2020년 임시조치불이행죄를 신설하여 정당한 사유 없이 제29조제1항제1호부터 제3호까지의 임시조치를 이행하지 아니한 가정폭력행위자에 대해 징역 또는 벌금을 부과할 수 있도록 규정하였다. 스토킹처벌법에서 잠정조치를 이행하지 아니한 사람은 제20조제2항에 따라 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 2023년에는 법 개정으로 긴급응급조치의 불이행죄(제20조제3항)를 신설하였다. 이로써 긴급응급조치 불이행에 대한 제재는 종전 1천만원 이하의 과태료에서 1년 이하 징역 또는 1천만원 이하 벌금으로 상향되었다.

## 4) 피해자보호조치 규정

가정폭력처벌법에서 판사는 가정보호사건의 원활한 조사·심리 또는 피해자 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 피해자가 직접 안전을 위해 임시조치를 청구할 수 있도록 규정하였으며 (제55조의2) 피해자에 대한 신변안전조치를 확대(제55조의2 제5항, 제

6항)하였다. 또한 심리의 결과 보호처분이 필요하다고 인정하는 경우 보호처분의 부과(제40조): 가정폭력행위자가 피해자 또는 가정구성원에게 접근하는 행위의 제한 등을 규정하고 있다. 스토킹처벌법에서도 피해자 또는 스토킹범죄 신고인 등에 대한 신변안전조치 신설(제17조의2 신설) 등 다양한 영역에서 피해자 보호를 위해 적극적인 조치를 규정하고 있다.

## 2. 데이트폭력처벌법에 관한 입법논의

친밀한 관계의 폭력에 관한 정책적 논의 중에는 데이트폭력에 관한 입법논의도 있다. 이는 데이트폭력에 관한 특례법을 제정하지는 것으로, 관련 법안이 발의되었고 활발히 논의되고 있으나,<sup>17)</sup> 아직 구체적으로 입법 단계가 진행된 바는 없다. 이는 결정적인 장애물을 극복하기 어렵기 때문인데, 데이트 관계를 법으로 정의하는 문제이다. 데이트폭력에 관해 현재 논의되는 법안들은 ‘데이트 폭력’을 “서로 합의하여 교제관계에 있거나 있었던 사람 중 한 명 이상에 의하여 발생하는 신체적·정서적·경제적 폭력이나 그 위협” 또는 “교제관계에 있거나 있었던 사람이 상대방에게 그 의사에 반하여 생명·신체·재산에 위해를 가하는 행위”등으로 정의하고 있다.<sup>18)</sup> 그런데 교제관계를 어떻게 정의할지, 다시 어려움에 봉착하게 된다.

그럼에도 데이트폭력처벌법을 제정하지는 입장을 주된 요지는 여성들이 교제 중인 상대방의 폭력을 감내하다가 큰 피해는 입는 경우가 많아 이를 억지할 수 있도록 가정폭력처벌법이나 스토킹처벌법처럼 강력한 조치가 필요하다는 것이다. 그런데 현재 교제 중에 있거나, 이전에 교제했던 이들 사이에서 일어난 폭력은 기존의 형법 규정을 적용할 수 있다. 만약 이 같은 행위가 상대방의 의사에 반(反)하여 정당한 이유 없이 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 행위라면 스토킹처벌법을 적용할 수 있다. 데이트폭력처벌법을 제정하여 데이트폭력을 가중처벌해야 한다는 주장도 있지만, 데이트폭력처벌법이 없다고 해서 처벌 공백이 있는 것은 아니다. 그러나 이들에 가정폭력처벌법이나 스토킹

17) 2016년 박남춘 의원이 ‘데이트폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법안’을 대표발의하였고 20대 국회에서도 여러 건의 관련법안 발의가 있었다. 김구술, “데이트폭력범죄에 대한 입법적 대응방안”, 이화젠더법학, 제9권 제3호, 2017, 141-142면.

18) 김구술, 같은 논문, 150면.

킹치벌법상의 여러 조치나 제재를 적용할 수 없는 경우가 있다. 데이트폭력은 배우자간 폭력이 아니므로 가정폭력처벌법의 조치를 적용할 수 없고, 폭력이 스토킹의 범주에 해당하지 않는 행위라면 스토킹치벌법상의 조치를 활용할 수 없다. 이 경우 선제적 피해자 보호조치를 부과할 수 있는 제도적 근거가 없어 피해자의 안전이 위협받는다는 비판이 있다.<sup>19)</sup>

데이트폭력처벌법 발의안을 살펴보면 그 구조와 체계가 가정폭력처벌법이나 스토킹치벌법과 상당히 유사하다. 2023년 2월 법제사법위원회에 회부되었으나 계류 중인 법률안으로, 김미애 국민의힘 의원 등 15인이 발의한 ‘데이트폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률안’<sup>20)</sup>은 데이트폭력범죄를 알게 된 의료인, 구급 대원 등에 대한 신고의무 부과, 사법경찰관리의 응급조치의무와 긴급응급조치, 데이트폭력행위자에 대한 잠정조치, 데이트폭력범죄에 대한 반의사불벌죄의 적용, 데이트폭력범죄 피해자에 대한 보호절차, 데이트폭력범죄의 처벌 및 절차에 관한 특례 등을 담고 있다. 이 같은 법이 도입된다면, ① 데이트폭력범죄의 경우에도 신고의무를 도입하고, ② 스토킹치벌법처럼 ‘반의사불벌죄’를 폐지하는 조항을 도입하여, 가해자가 피해자들로 하여금 처벌불원의 의사표시를 하도록 협박하거나 2차 가해를 가하지 못하도록 하는 장점을 누릴 수 있다. 이처럼 데이트폭력처벌법의 발의안들은 가정폭력처벌법, 스토킹치벌법과 유사한 구조와 조치로 피해자를 보호하고자 한다.

### 3. 법 유형 간 차이점

가정폭력처벌법과 스토킹치벌법, 입법 논의가 계속되는 데이트폭력처벌법은 친밀한 관계의 폭력을 포섭한다는 점에서 공통적인 경향성을 보이지만, 분명한 차이점이 있다. 가정폭력처벌법 제2조에 따라 가정폭력범죄가 규율하는 대상은 전·현 배우자에 한정되지 않고, 가정구성원에 해당하는 이들을 포함하고 있다. 데이트폭력 입법 논의에서 규율

19) 김효정, “젠더기반폭력으로서 친밀 관계 폭력의 특성과 쟁점: 현장의 지원 경험을 중심으로”, 한국여성학 제40권 제1호, 2024, 250면.

20) 1코노미뉴스, 2023.04.21., “여성1인가구위협 ‘데이트폭력처벌법’..처벌법은 요원”, <https://www.1conomynews.co.kr/news/articleView.html?idxno=23422> (최근 방문일 2023년 12월 22일).

하는 대상은 데이트 관계를 맺거나 맺었던 사람으로, 전형적인 친밀한 파트너 관계라고 할 수 있다. 이와 달리 스토킹처벌법의 행위주체는 스토킹범죄를 행하는 사람이고, 피해자는 스토킹범죄로 직접적인 피해를 입은 사람으로 규정하고 있다. 이에 따라 스토킹 행위를 한 이들과 이로 인해 피해를 당하는 이들이면 모두 규율의 대상이 되고, 가해자와 피해자의 관계에는 제한이 없다. 즉, 관계가 아니라 스토킹 행위 자체만을 대상으로 한다.

이들은 규율하는 행위유형에서도 차이가 있다. 가정폭력에서 다루는 폭력범죄의 범위는 형법, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 등으로 새로운 구성요건을 창설한 것이 아니라 기존 법률로 규율할 수 있는 폭력을 예방하기 위한 조치 및 제재를 규율하는 것이다. 데이트폭력의 입법 논의도 이와 같이 기존에 없던 범죄 유형을 창설하는 것이 아니라 특정 관계를 전제로 하여 그들 사이에서 일어나는 폭력을 예방하고자 하는 반면, 스토킹처벌법에서 규율하는 “스토킹행위”란 상대방의 의사에 반(反)하여 정당한 이유 없이 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 행위이다.<sup>21)</sup> 이는 기존의 형사법 규정이 규율하던 행위가 아니라, 범죄유형과 구성요건을 창설하여 형법에서 규율하지 않던 영역으로 처벌범위를 확장한다.<sup>22)</sup> 이처럼 각각의 체계는 구조적으로 유사하지만, 대상 행위와 행위주체, 행위객체에서 차이가 있다.

이들 법은 범죄에 대한 대응의 양상에 있어서도 의미 있는 차이를 보인다. 입법 논의 중인 데이트폭력을 제외하고 분석해보자면, 가정폭력처벌법은 특정 관계인에게 신고의무(제4조)를 부여한다. 직무를 수행하면서 가정폭력범죄를 알게 된 경우에는 정당한 사유가 없으면 즉시 수사기관에 신고할 의무를 부여하여 사회가 적극적으로 개입할 것을

21) 스토킹처벌법 제2조에 따르면 이는 상대방 또는 그의 동거인, 가족(이하 ‘상대방등’)에게 접근하거나 따라다니거나 진로를 막아서는 행위, 상대방등의 주거, 직장, 학교, 그 밖에 일상적으로 생활하는 장소 또는 그 부근에서 기다리거나 지켜보는 행위, 상대방등에게 우편·전화·팩스 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망을 이용하여 물건이나 글·말·부호·음향·그림·영상·화상을 도달하게 하거나 정보통신망을 이용하는 프로그램 또는 전화의 기능에 의하여 글·말·부호·음향·그림·영상·화상이 상대방등에게 나타나게 하는 행위 등의 행위를 포함한다.

22) 김잔디, “스토킹처벌법상 스토킹범죄의 성립요건 - ‘반복’의 판단기준을 중심으로 -”. 이화젠더법학, 제14권 제1호, 2022. 54-55면에 따르면 스토킹 행위 유형 중 접근, 기다리기, 연락하기 등은 일상적으로 행해지는 것으로, 전형적인 범죄의 행위태양과는 모습을 달리한다고 한다.

요청한다. 제9조에서 가정보호사건의 처리를 규정한 바도 중요하다. 검사는 가정폭력범죄로서 사건의 성질·동기 및 결과, 가정폭력행위자의 성행 등을 고려하여 보호처분을 하는 것이 적절하다고 인정하는 경우에는 가정보호사건으로 처리할 수 있다. 이 경우 검사는 피해자의 의사를 존중하여야 한다. 이에 따라 제40조에 보호처분을 규정하고 보호처분 등의 불이행죄(제63조)를 규정하고 있다. 이처럼 가정폭력처벌법은 가정폭력에 적극적으로 개입하면서도 원가정을 보호하고자 하며 그 결정에 피해자의 의사를 존중하고 있다. 스토킹처벌법에서는 피해자를 위한 조치를 보다 강화하는 양상을 보인다. 스토킹처벌법은 피해자 보호를 위한 제도적 장치를 보완·강화함으로써 스토킹범죄의 재발 및 강력범죄로의 확산을 방지하고 피해자를 실질적으로 보호하고자<sup>23)</sup> 여러 사항을 개정하였는데 이 중 반의사불벌죄 규정을 삭제한 것은 주요하다. 이는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 하는 반의사불벌죄(제18조제3항) 규정을 폐지한 것이다. 또한 잠정조치의 유형에 스토킹행위자에 대한 위치추적 전자장치를 도입<sup>24)</sup>한 점도 중요한 차이점이다.

## IV. 친밀한 관계에서의 폭력을 다루는 법 정책에 대한 고찰과 비평

### 1. 현행 법체계의 공통적 경향에 대한 비판

친밀한 관계에서의 폭력에 대한 법적 규율을 살펴본 바와 같이 각 법에는 체계적인 유사성이 있으나 대상 영역과 규율하는 행위 유형에 차이가 있다. 그런데 해당 영역에서 진행되는 여러 법적 논의를 보면, 구조적 유사성만이 아니라 공통적인 경향성을 발견할 수 있다. 본고의 논의 목표도 이를 논의하고자 함에 있다. 앞서 살펴본 것처럼 가정폭력처벌법은 온전하게 친밀한 관계에서의 폭력을 규율하는 법이 아니고, 데이트폭력처벌법은 법의 제정에 대한 합의에 이르지 못했으며 스토킹처벌법은 친밀한 관계를 전제로 하

23) 2023. 7. 11. 제정, 2024. 1. 12. 시행 스토킹처벌법의 개정이유.

24) 스토킹처벌법 제9조제1항제3호의2, 같은 조 제3항·제4항 신설.

는 것이 아니라 그러한 관계 사이에서 발생하는 범죄 유형 중 일부를 규율한다. 그럼에도 이들 유형을 묶어 살피는 이유는, 친밀한 관계에서의 폭력과 관련한 이들 영역이 친밀한 관계에서의 피해자 보호라는 목적에 집중해 다양한 조치를 도입했거나 도입하려는 중이기 때문이다. 이 같은 조치 모두를 친밀한 관계에서의 폭력 관점에서 해석할 수 있는 것은 아니지만 정책의 공통적 배경과 목표는 친밀한 관계에서의 피해자들이 스스로를 보호하기 어렵다는 문제의식을 기반으로 하고 있다. 이에 피해확산을 방지하고 범죄를 예방할 필요에 주력하여 강력한 조치를 피하고 있음을 후술할 조치들이 잘 보여주고 있다. 그런데 이들 정책이 피해자 보호를 제대로 실현하면서 법적 정당성을 갖추었는지에 대한 깊이 있는 고려가 뒷받침되고 있지 않다는 점을 확인할 수 있었다. 이 같은 범 유형의 공통적 경향성이 피해자 보호에 방점을 두되 다음과 같이 정당성 문제가 있음을 비판적으로 고찰한다.

### 가. 엄벌주의적 경향성의 강화

친밀한 관계의 폭력을 규율하는 법 유형이 도입하는 조치는 대체로 엄벌주의적 경향성이 강하게 드러난다. 이는 가치관의 변화, 사회 문화의 변화에 따른 사회의 요구를 법이 수용하면서 나타난 변화이다. 형사법은 최후수단성 원칙이라는 중대하고도 근본적인 이념을 추구해야 하나, 형법이 적극적인 역할을 수행할 필요가 있는 상황에서는 전통적인 굴레에만 갇혀있을 수는 없을 것이며, 실효적인 정책을 추구하는 것은 형법의 주요한 임무이다. 그런데 최근 형법 학계에서 진행되는 주류적 논의 중 하나는 엄벌주의 경향성이 강화되고 있는 형법 흐름에 대한 우려이다. 법은 범죄자의 의욕을 억지하여 범죄피해를 방지하고 피해자를 보호하는데 실효적이어야 하는 바, 제재를 강화할 필요가 있다. 그러나 이러한 목적 아래 형법의 기본적인 이념과 원칙들을 도외시하는 것은 아닌지 비판적으로 고찰해야 한다는 목소리가 높아지고 있다. 대중 인기에 영합하는 정책, 이른바 포퓰리즘이 형법을 과잉으로 만든다는 비판도 제기된다. 현행법상의 여러 정책을 고찰할 때, 이들이 실효적이면서도 법적으로 정당화될 수 있는 정책이라기보다 대중의 요구를 성급히 수용하고 정당성에 대한 충분한 고려 없이 도입된 정책이 아닌지 반성적으로 검토해볼 필요가 있다.

## 나. 관계의 특성을 도외시하는 정책 추구

친밀한 관계에서의 폭력을 규율하는 법 정책의 또 다른 문제는 공통적인 경향성이 강화되면서 각 법률의 내용상 유사성 또한 높아지고 있다는 것이다. 피해자 보호를 위해 필요한 조치들이 도입되는 만큼, 그 조치의 내용이 공통적인 것은 당연하다. 그러나 법은 대상영역의 차이와 특수성을 반영하는 만큼 일률적인 방향을 좇는 것만이 올바른 방향은 아니다. 특히 친밀한 관계의 폭력을 다루는 법들은 관계의 특성을 반영해야 하는데, 그 같은 차이를 진지하게 고려하지 않고 모두 엄격한 조치만을 추구하기만 한다면 법적 정당성은 약화된다. 예컨대 후술할 반의사불벌죄는 피해자에게 처벌불원의 의사를 밝히라며 2차적 가해를 하게 하는 문제를 야기한다는 지적을 받는다. 스토킹처벌법에서 이 조항을 삭제했는데 가정폭력처벌법에서도 이를 폐지해야 한다는 주장이 제기되고 있다. 가정폭력에서의 보호사건 처리<sup>25)</sup>를 삭제해야 한다는 논의도 마찬가지이다. 친밀한 관계에서의 폭력을 다루는 법이 일률적이어야 하는가?

다음에서 논의하는 쟁점들은 논의를 거쳐 법으로 개정되었거나 개정 논의를 앞두고 있는 정책들이다. 이를 유형별로 살펴보면 각 정책별 성격을 분석하고, 본 논의에서 제기하는 비판점을 바탕으로 그 정당성을 검토하고자 한다.

## 2. 정책별 분석과 평가

### 가. 분리 조치의 강화

범죄를 예방하려면 가해자와 피해자의 신속한 분리가 선행되어야 한다는 것은 오랫동안 논의해온 중요한 쟁점이다. 친밀한 관계의 폭력 범죄를 예방하기 위해 가해자를 감시하거나 제재를 가하는 조치도 중요하지만, 초기에 가해자와 피해자를 신속히 분리하는

25) 가정폭력처벌법 제9조(가정보호사건의 처리)는 ① 검사는 가정폭력범죄로서 사건의 성질·동기 및 결과, 가정폭력행위자의 성행 등을 고려하여 이 법에 따른 보호처분을 하는 것이 적절하다고 인정하는 경우에는 가정보호사건으로 처리할 수 있다. 이 경우 검사는 피해자의 의사를 존중하여야 한다고 규정하고 있다. 이 조항에 따라 법원은 가정폭력 가해자에게 보호처분을 부과할 수 있는데, 이 때문에 엄벌을 부과하여 가정폭력을 예방해야 할 사건에 보호처분이라는 약한 제재를 부과하게 된다는 비판도 있다.

방안이 실효성 측면에서 큰 의의를 갖기 때문이다. 가정폭력처벌법은 현행법상 다양한 분리조치가 여러 단계에서 규정되고 있는데, ① 초동조치단계에서 가정폭력처벌법 제5조의1: 가정폭력행위자·피해자의 분리, 1의2: 「형사소송법」 제212조에 따른 현행범인의 체포 등 범죄수사, 제5조의2: 피해자를 가정폭력 관련 상담소 또는 보호시설로 인도하는 조치가 있고, ② 검찰의 임시조치 청구 단계에서 1. 피해자 또는 가정구성원의 주거 또는 점유하는 방실(房室)로부터의 퇴거 등 격리, 2. 피해자 또는 가정구성원이나 그 주거·직장 등에서 100미터 이내의 접근 금지, 3. 피해자 또는 가정구성원에 대한 「전기통신기본법」 제2조제1호의 전기통신을 이용한 접근 금지 등을 규정하고 있다. 스토킹처벌법의 응급조치, 잠정조치에서도 이와 같은 내용의 분리조치를 규정하고 있다.

이 같은 조치들은 크게 가해자와 피해자의 거리를 유지하거나, 피해자를 안전한 시설로 인도하거나, 가해자를 체포하는 등의 조치로 유형화해볼 수 있다. 그 성격을 다시 살펴보면 피해자를 적극적으로 보호하거나 가해자에게 특정한 의무를 부과하거나 금지를 가하는 방식 중에서 어느 쪽에 치중하느냐를 기준으로 구분할 수 있을 것이다. 예컨대 독일은 “가해자는 떠나고 피해자는 남는다”는 모토를 실천하고자 하여, 가정폭력이 발생한 경우 가해자를 적극적으로 분리하고 있다.<sup>26)</sup> 이는 가해자에게 강력한 의무를 부과하여 가해자와 피해자를 분리하는 방식이다. 이와 달리 피해자 보호에 초점을 둔 분리조치로는 가정폭력처벌법과 스토킹처벌법에 규정되어 있는 피해자의 신변안전조치<sup>27)</sup>를 들 수 있다. 특정시설에서의 보호, 신변경호, 참고인 또는 증인으로 출석·귀가 시 동행 등을 포함하고 있다.

친밀한 관계에서의 폭력 유형의 특성상, 가해자와 피해자의 분리조치를 강화하는 정책은 실효적이고 타당하다. 가해자-피해자의 분리조치는 가해자에 대한 여타 제재보다 범죄예방을 우선순위에 두면서, 피해자 보호를 우선시한다. 또한 제재적 성격이 강하지 않다는 점에서 법적 정당화 문제에서 보다 자유롭기 때문에 정책의 확대를 고려해볼 필요가 있다. 이러한 관점에서 볼 때 현행법상 초동단계에서 경찰의 분리조치, 피해자에 대한 접근금지 등을 다양한 조치를 규정한 것은 실효적이고 타당하다. 이에 바탕을 두고

26) 윤정숙 외 5인, 같은 보고서, 554-555면.

27) 가정폭력처벌법 제55조의2 제5항, 스토킹처벌법 제17조의2항에서 피해자의 신변안전조치를 규정하고 있다.

논해볼 정책적 쟁점 중 하나는 가정폭력의 경우 의무적 체포·분리에 관한 논의이다. 미국의 경우 1960년대 매맞는 여성 증후군(Battered Women Syndrome)를 논의하며 가정폭력을 본격적으로 문제로 인식하기 시작하였다.<sup>28)</sup> 뒤이어 경찰의 대응 방법이 가정폭력을 줄이는데 미친 효과를 실험한 미네아폴리스 가정폭력 실험연구(Minneapolis Domestic Violence Experiment, 1981년~1982년)에서 ‘체포·구속이 다른 처우보다 가정폭력행위자의 위반행위를 유의미하게 억제한다’고 발표<sup>29)</sup>(1984년)한 바가 의무체포제도의 기폭제가 되었다<sup>30)</sup>. 이는 배우자를 향해 뺨을 때리는 정도의 폭력이 발생했을 때 피해자 진술만으로도 가정폭력이 있었다는 상당한 근거를 인정해 경찰이 가해자를 체포해야 한다는 것이다.<sup>31)</sup> 이러한 논의를 거쳐 1994년 여성폭력방지법 가정폭력 가해자에 대한 의무적 체포제도가 도입되어 23개주에서 이를 채택하기에 이르렀다.<sup>32)</sup>

물론 우리 현행법상으로도 경찰의 초동대응조치에 현행법 체포를 규정하도록 개정되었음에도 의무적 체포를 도입해야할 실익이 있는지 의구심이 있을 수 있다. 그런데 대법원은 현행법 체포의 요건으로 범죄의 가벌성, 현행성, 시간적 접촉성, 명백성 외에도 체포의 필요성 즉 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야 한다고 판시하고 있다.<sup>33)</sup> 가정폭력으로 출동하였을 경우 현행범으로 체포하려면 이 같은 요건을 모두 충족시켜야 하는데, 가정폭력에는 반의사불벌죄가 규정되어 있기 때문에 경찰관은 신고 현장에서 피해자의 의사에 반하여 체포하는 것을 꺼려한다.<sup>34)</sup>

미국에서는 가정폭력 가해자에 대한 영장 없는 체포를 규율하는 법 규정을 세 가지 유형으로 분류하고 있는데, 체포 여부의 결정에 관한 권한에 따라 의무적 체포(Mandatory Arrest), 우선적 체포(Preferred Arrest), 재량적 체포(Discretionary Arrest)를 규정하고 있다. 의무적 체포(Mandatory Arrest)는 가정폭력 가해자를 체포하

28) 송현건, “미국의 가정폭력범죄 의무체포제도에 대한 연구: 경찰 집행 매뉴얼과 제도 문제점을 중심으로”, 치안정책연구, 제34권 제3호, 2020, 171면.

29) Sherman, L., R. A. Berk(1984), The Minneapolis Domestic Violence Experiment, Police Foundation를 인용한 김구슬, “데이트폭력범죄에 대한 입법적 대응방안”, 이화젠더법학, 제9권 제3호, 2017, 147면에서 재인용함.

30) 송현건, 같은 논문, 171-172면.

31) 윤정숙 외 5인, 같은 보고서, 499면.

32) 송현건, 같은 논문, 174-175면.

33) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도3682 판결.

34) 송현건, 같은 논문, 168면.

는 경찰에게 재량권이 없고 가해자를 의무적으로 체포하도록 규정하고 있다. 우선적 체포(Preferred Arrest)는 의무적 체포는 아니지만, 체포를 우선시하도록 규정한 것이다. 의무적 체포제도는 경찰이 가정 폭력이 발생하였다고 믿을 만한 상당한 이유가 있으면 현장에서 즉시 행위자를 체포할 의무를 부여하기 때문에<sup>35)</sup> 경찰의 현장에서 대응력을 높이며 피해자 보호를 강화할 조치가 될 수 있다. 물론 의무체포제도는 헌법에서 규정하는 거주이전의 자유를 침해한다는 문제<sup>36)</sup>, 피체포자의 인권 침해 문제와 더불어, 오히려 가정폭력의 신고를 줄일 가능성이 있다는 점에서 많은 문제를 야기할 수 있다.<sup>37)</sup> 생각건대, 가정폭력 가해자를 의무적으로 체포하는 제도는 가해자와 피해자를 신속히 분리하고 더 큰 피해로의 확산을 사전에 예방할 수 있을 것이나, 이는 피체포자 인권을 침해하거나, 오히려 가정폭력의 신고율을 감소시키고 중한 보복폭력을 야기할 수 있다는 부작용도 있다.<sup>38)</sup>

그럼에도 우선적 체포제도는 여타 제재와 비교할 때 법적 정당성 측면에서 의미있는 제도이다. 후술할 정책으로 가해자를 감호위탁하는 등의 제재와 비교하면 인신구속에 대한 제재적 측면이 완화된다는 점에서 의의가 있다. 이는 실효성 측면에서도 효과적이다. 여러 사정을 고려할 때 중대한 피해를 야기할 우려가 있다면 우선적으로 가해자를 체포해야 초기에 가정폭력을 예방할 수 있을 것이다. 이 같은 맥락에서 가정폭력에 있어 체포 우선주의를 명문화할 것을 규정하는 발의안도 있었다.<sup>39)</sup> 다만 가해자들이 분리조치 이후 앙심을 품고 보복하는 경우가 많다는 점을 고려할 때<sup>40)</sup> 피해자에 대한 보호조치도 고려해야 할 부분이다.

이 같은 관점을 고려하자면, 분리 조치에 있어 더욱 중요한 것은 피해자에 대한 지원 강화일 것이다. 특히 가정폭력을 벗어나려면 그 첫 관문은 안전하고 적절한 거소를 찾는 것이다. 특히 저소득층 가정에서는 가정폭력 피해자들이 경제적 여력이 없어 가정폭력을

35) 김구슬, 같은 논문, 47면.

36) 윤정숙 외 5인, 같은 보고서, 576면.

37) 송현진, 같은 논문, 186-187면.

38) 송현진, 같은 논문, 169면.

39) 메디컬투데이, 2020.06.16., “가정폭력 가해자에 보호처분 및 상담조건부 기소유예 폐지’ 추진”, <https://www.mdtoday.co.kr/mdtoday/index.html?no=390139> (최근 방문일 2023년 12월 22일).

40) 주간조선, 2022.09.30., “스토킹법 분리조치 후 78% 피해자 찾아가 보복”, <https://weekly.chosun.com/news/articleView.html?idxno=22363> (최근 방문일 2023년 12월 22일).

감내하는 경우가 더 많다. 미국에서는 법으로 피해자의 거주지를 원조하는 규정을 마련하였다. 2003년 의회가 피해여성을 위한 거주지 지원기금을 마련해 피해여성들이 영구적인 거주지로 이사할 수 있었고, 2005년과 2013년 재승인된 여성폭력방지법에서는 피해자들이 잠재적인 폭력위험으로부터 벗어나 다른 지역으로 이주할 수 있도록 원조하는 규정을 담았다.<sup>41)</sup> 이처럼 해외에서는 피해자의 이주를 적극 지원하는 제도가 있다. 우리 현행법에서도 특정범죄신고자 등 보호법에서 신변보호조치 등이 규정되어 있고, 피해자를 특정시설에 보호하거나 피해자의 주거보호, 신변경호 등을 지원할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 피해자지원기관 종사자들이 보호시설이 매우 열악함을 공통적으로 지적하고 있는 현실<sup>42)</sup>과 스토킹처벌법상 규정에도 불구하고 스토킹지원시설을 갖춘 지자체가 매우 적다는 점<sup>43)</sup>을 고려할 때 현행법 규정보다 피해자 보호제도가 강화될 필요가 있다.

물론 이 같은 분리 정책은 많은 자원을 필요로 하고 행정적 부담이 크기 때문에 무조건적인 확대를 요청하기는 어렵지만, 사건이 발생한 사후에 가해자를 엄중히 처벌하는 것만으로는 한계가 있다. 중요한 것은 더 큰 피해가 발생하기 전에 이를 차단하는 것이다. 정당성 관점에서 보건대 가해자를 체포하는 방식의 분리조치는 가해자에 대한 직접적 제재보다 제재적 성격이 완화되므로 이를 강화하는 것은 타당하고, 피해자 지원 위주의 분리조치 또한 정당성이 있어 확장할 필요가 있다.

## 나. 엄벌주의를 바탕으로 한 예방

### 1) 반의사불벌죄의 폐지

2023년 스토킹처벌법 개정안에서 반의사불벌죄 조항을 폐지한 이래, 가정폭력처벌법에서도 반의사불벌죄를 폐지해야 한다는 목소리가 높다. 2022년 개정된 발의안에서도 이와 같은 내용이 담겼는데,<sup>44)</sup> 가정 내에서 가해자가 피해자를 회유하거나 협박하여 처

41) 홍영오·연성진·주승희, 같은 보고서, 354면.

42) 윤정숙 외 5인, 같은 보고서, 295면.

43) 프레시안 뉴스, 2023.09.15., “‘스토킹 파격조치’ 장담한 한동훈, 이후 1년 ‘대체 뭐가 바뀌었나’”, [https://www.pressian.com/pages/articles/2023091418011507918?utm\\_source=naver&utm\\_medium=search](https://www.pressian.com/pages/articles/2023091418011507918?utm_source=naver&utm_medium=search), (최근 방문일 2023년 12월 22일).

법불원의 의사를 표시하도록 종용하는 일이 잦고, 피해자와 가해자가 한 공간에 머무르는 경우가 많아 재범 위험성이 높기 때문이다. 특히 가족의 경우 금전적 문제나 양육 등 현실적인 이유로 피해자가 가해자의 처벌을 적극적으로 주장하기 어렵다보니, 피해자가 처벌을 원치 않더라도 이를 처벌하여 가정 내에서 발생할 수 있는 폭력을 억지해야 한다는 주장이 있다.

그런데 친밀한 관계를 다루는 법체계의 구조와 내용이 유사해진다고 해서 관계의 특성과 차이를 무시하고 일률적으로 엄벌주의를 규율할 수는 없다. 생각건대, 친밀한 관계 중에서도 가정 내의 관계는 개인의 선택권을 보장해야 할 영역임에 틀림없다. 물론 가정폭력으로 인한 피해는 중요한 사회적 문제이기에 국가가 적극적으로 개입하여야 한다는 데 사회적 합의가 모이고 있다. 그럼에도 이러한 문제에서는 관계의 특성을 고려하여야 하며 국가는 가정 내의 피해자가 원가정이 깨지지 않기를 위하여 처벌을 불원하는 의사를 가지고 있다면 이를 존중할 필요가 있다. 친밀한 관계에서의 폭력 문제에서 반의사불벌죄의 폐지 조항 도입은 일률적으로 규정할 것이 아니라 신중하게 접근할 문제이며 가정폭력의 경우 도입을 자제할 필요가 있다.

## 2) 조치위반의 형사화

가정폭력처벌법에서 가정폭력에 대응하는 조치로 응급조치, 긴급임시조치, 임시조치, 보호처분이 있고, 스토킹처벌법에서는 대응 조치로 응급조치, 긴급응급조치, 잠정조치를 규정하고 있다. 이 중에서 실질적으로 가해자에게 범죄예방을 위한 조치를 따를 의무를 부과하는 조치는 가정폭력처벌법상 임시조치, 보호처분과 스토킹처벌법상 긴급응급조치, 잠정조치이다. 이들 법에서는 이와 같은 조치를 불이행할 시, 다시 말하여 가해자에게 부과된 의무를 따르지 않을 시 형벌로 제재를 가하여 그 이행을 강제하고 있다. 가정폭력처벌법의 보호처분을 제외하면, 판결 이전의 중간단계에 가해자에 대한 조치를 규정하고 이행할 의무를 부과하는 것이다.

가정폭력처벌법에는 보호처분의 불이행죄만 규정되어 있었고 이에 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금 또는 구류를 정하였는데, 2020년 법 개정으로 임시조치불이

44) 신아일보, 2022.10.01., “김영주 국회의원, 스토킹·가정폭력 범죄 반의사불벌죄 폐지 추진”, <https://www.shinailbo.co.kr/news/articleView.html?idxno=1605590> (2023년 12월 22일).

행위를 도입하여 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금 또는 구류를 규정하였다. 스토킹처벌법에서는 잠정조치불이행죄를 규정하고 있었는데, 2023년 법 개정으로 잠정조치 위반시 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하여 법정형을 상향하였다. 또한 2023년 개정으로 긴급임시조치의 위반도 형사화되면서, 스토킹행위의 상대방등이나 그 주거등으로부터 100미터 이내의 접근 금지, 스토킹행위의 상대방등에 대한 「전기통신기본법」 제2조제1호의 전기통신을 이용한 접근 금지 등을 위반할 시 형벌로 규율할 수 있게 되었다. 이전에는 이 같은 조치들의 위반에 대한 제재가 지나치게 경미하여 실효성이 떨어진다는 지적이 있었다. 긴급응급조치나 긴급임시조치처럼 경찰의 초동대응 단계에서 취할 수 있는 조치는 신속성에서 큰 장점이 있는데, 이를 불이행했을 경우 경미한 제재만 부과하면 즉각적이고 효과적인 제재수단으로 기능하기 어렵다는 것이었다.<sup>45)</sup>

이러한 논의를 거쳐 법이 각각 개정되면서 가해자에게 구체적인 의무를 부과하지 않는 응급조치를 제외한 모든 조치에 형벌이 부과되었다. 이 같은 논의와 관련한 쟁점은 이러한 경향성을 현재보다 강화해야 한다는 논의이다. 물론 친밀한 관계의 폭력이 종종 중대한 피해로 발전한다는 점과 그 심각성을 고려하면, 판결 이전 중간단계의 조치들의 위반에 형벌을 부과하는 것은 실효성과 정당성 측면에서 타당하다. 때문에 이러한 경향을 보다 강화해야 한다는 의견도 제기되고 있는데<sup>46)</sup>, 이 같은 조치들이 중간단계의 조치라는 점을 고려할 때 가정폭력이 유죄로 확정되었을 시의 법정형 및 양형과도 비교해볼 필요가 있다. 긴급응급조치와 임시조치, 잠정조치 위반, 보호처분의 위반은 그 중대성이 다르기 때문에 위계가 필요하고, 실제로 법정형을 살펴보면 후자로 갈수록 높아지는 경향을 보인다. 그런데 친밀한 관계의 폭력에 관한 법이 그 대상영역을 일률적인 기준으로 다룰 필요는 없으며 관계 특성에 따른 차이, 위반 조치의 경중, 체계정합성 등을 고려해 신중히 도입해야 한다.

45) 윤정숙 외 5인, 같은 보고서. 613-614면.

46) NEWSIS, 2023.11.13., “흉기 등 휴대 스토킹범죄 최대 징역 5년까지 권고”, [https://www.newsis.com/view/?id=NISX20231113\\_0002518938&cID=10201&pID=10200](https://www.newsis.com/view/?id=NISX20231113_0002518938&cID=10201&pID=10200) (최근 방문일 2023년 12월 22일). 이러한 맥락에서 양형위원회는 스토킹범죄의 조치 위반에 대한 양형에서 원칙적으로 벌금형을 배제하는 등 엄격한 기준을 적용하기로 하였다.

## 다. 범죄 예방 목적 하에 형벌 이외의 제재 강화

### 1) 잠정조치 유형에 전자장치부착 추가

2023년 개정된 스토킹처벌법 스토킹행위자에 대한 잠정조치의 유형에 위치추적 전자장치를 추가함으로써 스토킹행위자의 위치추적을 가능케 하였다. 본래 위치추적 전자장치는 보안처분의 한 유형으로 2008년 성범죄자를 대상으로 도입된 이래 대상범죄가 계속적으로 확대되어 왔다. 그런데 위치추적 전자장치가 스토킹 행위에 잠정조치 유형에 추가된 바는 보안처분으로서 위치추적 전자장치의 본래적인 법적 성격에 부합되지 않는 면이 있어, 그 성격과 타당성을 논의해볼 필요가 있다.

한국에서 2008년에 전자장치 부착제도를 도입할 때부터 해당 제도는 형집행 종료 이후에 특정범죄자, 주로 고위험 성폭력 범죄자들의 재범을 방지하려는 목적을 강하게 갖고 있었다.<sup>47)</sup> 해당 법에서는 (1) 징역형 종료 후 (2) 가석방·가중료·치료위탁시 (3) 형의 집행유예시에 전자장치를 부착할 수 있도록 규정하고 있었는데, 2020년에 전자장치부착법을 개정하여 재판 전단계에서도 전자감독을 적용할 수 있도록 하는 제도로 전자감독 조건부 보석제도가 도입되면서(「전자장치부착법」 제31조의2) 재판 전후 단계를 막론하고 형사사법절차 전반에서 전자감독제도가 활용되고 있다. 이처럼 위치추적 전자장치는 시행이 확대되었고, 단기구금의 대체형벌로도 논의되는 만큼, 위치추적 전자장치가 국내 형사사법체계의 정문과 후문을 모두 아우르게 되었다고 평가기도 한다.<sup>48)</sup>

2023년 개정된 스토킹처벌법은 스토킹범죄의 원활한 조사·심리 또는 피해자 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 부과하는 잠정조치에 위치추적 전자장치 부착을 추가하였다. 이는 2024년부터 본격적으로 시행될 것이며 점차 확대될 것으로 보인다. 그런데 이 같은 조치는 전자감독 장치의 본래적인 성격이 보안처분이라는 점을 고려하면 문제가 있다. 본래 보안처분은 과거 범죄에 대한 응보인 형벌과 달리, 행위자의 장래 위험성을 예방하는데 존재근거가 있다.<sup>49)</sup> 이 같은 개념은 형 집행 종료 후의 단계에 부합하는 개념이다. 물론 보안처분의 존재근거가 재범의 방지이며 범죄자의 재범 위험성을 평가하여

47) 황태정, “전자감독제도의 비교법적 검토와 시사점”, 아주법학 제11권 제1호, 2017, 168면.

48) 김남규 외 4인, “스토킹 행위자 위치추적 전자장치 부착제도의 도입 쟁점과 과제”, 형사정책연구 제34권 제2호, 2023, 94면.

49) 배중대·홍영기, 「형사정책」, 홍문사, 2019, 466면.

부과하는 것이라고 한다면, 위치추적 전자장치는 이미 보안처분의 본래적인 성격에서 벗어난 제도이다. 그리고 이러한 점에서 다른 보안처분과도 차별성을 갖는다.<sup>50)</sup> 이 같은 변화는 위치추적 전자장치법 제1조의 목적 변화에서도 드러난다. 위치추적전자장치법 제1조의 전문은 원래 “이 법은 특정범죄를 저지른 사람의 재범방지를 위하여 형기를 마친 뒤에 보호관찰 등을 통하여 지도하고 보살피며 도움으로써”로 규정하고 있었으나 2020년에 이를 개정하면서 ‘재범의 방지’라는 문구를 삭제하였다. 이미 이 같은 제도적 변화가 있었던 이상, 위치추적 전자장치를 형 집행 종료 이후의 보안처분에 한정해 생각할 수 없다.

그렇다고 하더라도 스토킹법상 잠정조치에 규정된 위치추적 전자장치는 본래적 성격을 지나치게 벗어났다고 볼 수 있다. 스토킹법상 잠정조치는 법원의 결정으로 부과되는 하나, 잠정조치는 ‘스토킹범죄의 원활한 조사·심리 또는 피해자 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에 부과되는 것’으로 형사사범의 특정단계에 이를 것을 요하지 않는다. 전자장치부착법에서는 스토킹 범죄에 대해 부착명령을 청구할 수 있는 경우로, 1. 스토킹범죄로 징역형의 실형을 선고받은 사람이 그 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후 10년 이내에 다시 스토킹범죄를 저지른 때, 2. 스토킹범죄로 이 법에 따른 전자장치를 부착하였던 전력이 있는 사람이 다시 스토킹범죄를 저지른 때, 3. 스토킹범죄를 2회 이상 범하여(유죄의 확정판결을 받은 경우를 포함한다) 그 습벽이 인정된 때로 규정하고 있는데, 잠정조치의 성격상 유죄의 확정판결이 있어야만 조치를 부과할 수 있는 것은 아니다. 수사·재판·집행 등 형사사법절차 중에 전자장치 부착을 명할 수 있도록 법을 개정하였다고는 하나, 잠정조치와 같은 초동 대응단계에서 전자장치를 부착하게 규정한 것은 지나치게 과도한 제재가 될 수 있다. 부과의 정당성 면에서 심도 있는 고민이 필요한 부분이다.

물론 보안처분은 형벌과 달리 그 개념이 명확하지 않고 다의적이며 역사가 길지 않아 개념과 내용이 계속적으로 변하고 있다. 따라서 보안처분이 일반적으로 재범 방지라는 목적에 그 존재 근거가 있다고는 하지만, 사회 방위의 목적을 달성하기 위하여 위치추적 전자장치의 적용 단계를 형 집행 종료 이전으로 확장한다고 하더라도 본래적 성격과 어

50) 김지선 외 4인, 「중형주의 형사제재의 실효성에 관한 평가연구(II) - 전자감독제도의 실효성 평가연구 -」, 형사·법무정책연구원, 2021, 30면.

곳나 부당한 것이라고는 할 수 없다. 그럼에도, 이 같은 평가는 처분을 부과하는 시기에 따라 달라질 수 있다. 정당성 측면에서 고찰해보자면, 잠정조치는 범죄의 성부를 사법적으로 논하여 유죄를 인정하기 전, 중간단계적인 조치이고 이 단계에서 전자장치를 부착하는 것은 전자장치 부착을 조건부로 보석을 허용하는 것보다 사법적으로 훨씬 이른 단계에서 이를 허용하는 것이라는 점에서 문제가 있다. 물론 기존 대안의 실효성 부족을 극복하려고 하는 목적에서는 타당하며, 현행 제도를 경찰이 판단하는 긴급응급조치가 아니라 법관의 판단을 필요로 하는 잠정조치에 포함하여 운용한다는 점<sup>51)</sup>에서 법적 정당성의 문제가 완화되는 면이 있다. 또한 전자장치를 부착하는 경우에도 잠정조치의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 검사, 스톱킹행위자, 피해자, 기타 참고인으로부터 의견을 들을 수 있다고 규정을 신설하였고, 법원이 잠정조치를 결정한 경우에는 검사와 피해자 또는 그의 동거인, 가족, 그 법정대리인에게 통지하여야 한다고 규정<sup>52)</sup>을 신설하여 정당성 문제를 극복하려는 시도와 노력이 엿보인다.

그러나 전자장치의 본질을 고려할 때 이는 법적 또는 운용상의 혼란을 초래할 수 있다. 전자장치와 같은 보안처분은 재범의 관리와 보호에 치중하고 경찰력은 범죄에의 초기 대응과 피해자보호에 치중하는데, 이 같은 제도 때문에 각 역할이 모호해질 것이다. 또한 전자장치 부착명령을 법원이 하고, 위치추적과 접근금지 명령 위반여부의 감시는 법무부의 위치추적 관제센터가 담당할 것이며, 범죄대응과 예방은 경찰이 담당하는 구조로 운용될 것인데, 각 기관간의 이해관계가 상이하여 상호 협력이 상당한 어려움이 있을 것도 예상된다는 지적이 있었다.<sup>53)</sup> 이런 우려를 극복하더라도 현행 제도가 정당성을 충족하는지 명확하지 않다는 비판과 마주할 수 있다. 보안처분은 형벌의 부차적인 수단인긴 하나, 형벌을 지배하는 근본원리를 따라야 한다. 책임원칙 안에 짓든 비례성 사고에 따라 발생한 불법행위와 엄격하게 비례해야 하고 그러한 비례성 원칙을 수행하려면 불확실한 예측에 기대어 보안처분을 부과할 때 정형화된 법치국가적 장치로 제한을 부과해야 한다. 그와 같은 제한이 실현되는 방식은 범죄위험성의 예측이라는 요건이다. 과거의 원인행위를 토대로 하여 범죄행위에 대한 위험성을 예측하고, 이 같은 범죄예측을 넘어서

51) 김남규·박다윤·노희주·김도선·김연수, “스토킹 행위자 위치추적 전자장치 부착제도의 도입 쟁점과 과제”, 형사정책연구 제34권 제2호, 2023, 111면.

52) 전자장치 부착 등에 관한 법률 제31조의6항.

53) 김남규·박다윤·노희주·김도선·김연수, 같은 논문, 111면.

는 정도의 보안처분을 부과하지 않는 것이어야 하는데,<sup>54)</sup> 재범위험성을 제대로 판단할 수 없는 단계에서 위치추적 전자장치와 같은 강력한 수단을 부과하는 것은 비례성을 위배하는 것일 수도 있다. 이는 법원의 판단을 거쳐 잠정조치로서 이를 부과하더라도 마찬가지이다. 비례성 원칙의 가장 핵심적인 이념은 최소침해의 원칙에 있는데, 현재와 같은 방식으로는 이를 실현할 수 있을지 의문이 있다. 전자감독을 부착한다고 해서 범죄자가 범죄를 범할 가능성을 완전히 차단할 수 있는 것은 아님을 보여주는 실제사례들을 볼 때 이 같은 의문은 공고해진다. 예외적으로만 전자장치를 부착할 수 있도록 대상자 요건을 세분화한다면 이 같은 문제가 어느 정도 완화될 수 있겠으나 시기·기간 등을 규정하지 않으면 위험적 성격을 온전히 제거하기는 어려울 것이다.

## 2) 가정폭력처벌법상 감호위탁처분

최근 가정폭력처벌법의 보호처분 단계에서 부과하는 감호위탁처분이 2023년 법 개정으로 현실적으로 적용가능하게 바뀐 부분 역시 주목할 만하다. 본래 감호위탁처분은 보호감호의 한 종류로 구 사회보호법이 규정하고 있었다. 구 사회보호법에서는 보호감호를 규정하면서 실형을 선고받고 형기를 마친 이를 교정시설이 아닌 보호감호시설에 수용하여 감호·교화하고, 사회복귀에 필요한 직업훈련과 근로를 과할 수 있다고 하였다. 또한 보호감호시설의 장은 직업훈련·근로·치료, 기타 감호·교화에 필요하다고 인정되는 때에 적당한 기관에 피보호감호자의 감호 등을 위탁할 수 있다고 규정하고 있었다. 그러나 범죄인을 교정시설에 수용하지 않더라도 보호감호시설에 수용하는 것 또한 이종처벌·과잉처벌에 해당할 수 있어 인권을 침해할 수 있다는 비판이 계속되었고, 이에 2005년 8월 폐지되었다.

그런데, 소년법 제32조6호에서는 감호위탁처분을 규정하고 있고, 19세 미만의 소년들 중 비행청소년이 제32조6호 처분을 받을 경우 아동복지법에 따른 ‘아동보호치료시설’이나 법원이 지정한 ‘수탁기관’으로 보내고 있다. 소년법상 감호위탁처분은 비행청소년을 소년원이나 소년교도소와 같은 교정시설이 아니라 ‘아동복지시설’이나 ‘기타 소년보호시설’과 같은 개방시설에 수용한다는 점에서 사회내처우의 한 형태이다. 이는 기존의 교정

54) 배종대·홍영기, 「형사정책」, 홍문사, 2019, 466면.

시설이 아니라 민간시설에 수용한다는 점에서 교정의 민간화를 이행하는 것이면서, 교정 내 처우와 지역 사회에서의 처우 사이의 중간적 지대에서의 처우라는 성격을 갖고 있다.<sup>55)</sup> 「소년심판규칙」에서는 제1항, 제2항 및 제4항에 따른 위탁받는 기관 등은 소년에게 대한 환경의 조정과 품행의 교정이나 보호자에 대한 특별교육에 적당한 곳이어야 한다고 규정하고 있다. 소년법상의 감호위탁처분은 이를 통해 소년이 건전하게 성장하도록 돕는 것을 목적으로 하고 있다. 이 같은 목적을 고려할 때, 감호위탁시설은 대상자들이 사회로 복귀할 수 있도록 적합한 시설과 교육 프로그램 등을 마련하는 것이 중요할 것이다.<sup>56)</sup>

지금 논하고자 하는 가정폭력 가해자에 대한 감호위탁처분은 1997년 신설되었다. 가정폭력처벌법이 제정된 이후 사실상 감호위탁 처분은 집행된 적이 없어 사실상 사문화된 조항이었다. 그런데 최근 법무부가 감호위탁처분을 활성화할 목적으로 법을 개정하였다. 제정 당시 감호위탁처분의 주무부처는 법무부였으나, 법률상 가해자를 감호위탁할 시설은 법무부가 아닌 여성가족부가 주관하는 ‘가정폭력특례법이 정하는 보호시설’로 규정되어 있었기 때문에 법무부가 감호시설을 만들 수 없었던 바, 개정안에서 가정폭력 행위자에 대한 감호위탁 시설 마련의 주체를 ‘법무부 장관이 정하는 별도의 시설’로 변경한 것이다. 법무부는 법 개정에 따라 한국법무보호복지공간 16개 지부를 감호위탁 보호시설로 지정하였고, 최근 가정폭력 상습 가해자 두 명에 감호위탁처분을 부과하였다.<sup>57)</sup> 그런데 가정폭력 가해자에게 부과되는 이 감호위탁처분은 소년법을 교정시설에 수용하는 ‘중간적 처우’와 달리 가해자에 대한 제재적 성격이 더 강하게 드러나는 듯하다. 구 사회보호법에서 규정하던 보호감호는 이중처벌이라는 우려로 폐지되었지만, 소년법에서 규정하는 보호처분인 감호위탁처분은 사회로 복귀하기 전 중간지대에서 소년의 품행을 교정한다는 목적을 갖고 있어 정당화 근거가 있었다. 소년법의 감호위탁시설은 복지부에서 감독하는 개방시설이고, 가정폭력법상 감호위탁시설은 법무부에서 정하는 위탁시설로 큰 차이가 없어 보이나, 소년법의 감호위탁처분은 다른 처우보다 복지적 성격이 강하다.

55) 박영규, “보호시설 감호위탁처분(6호 처분)의 개선방안”. 법학논총, 제19권 제1호, 2012, 416-419면.

56) 박영규, 같은 논문, 416-419면, 417면.

57) 조선비즈, 2023. 6. 18., “가정폭력 가해자 분리·수용된다... 법무부 “감호위탁 활성화”, [https://biz.chosun.com/topics/law\\_firm/2023/06/18/VBCEDKKZYBCLXFGIKKBTLTUGAQ/](https://biz.chosun.com/topics/law_firm/2023/06/18/VBCEDKKZYBCLXFGIKKBTLTUGAQ/) (최근방문일 2023년 12월 22일).

대상자도 비행정도가 낮지만 보호자나 가족이 없어 무위탁 소년으로 방치하면 비행반복의 위험성이 크거나, 소년이 재범하였고 개선가능성은 있지만 보호자나 가족의 보호능력이 미약한 경우 등으로 다소 온정적인 보호에 의한 선도를 기대할 수 있는 소년 등이다. 물론 비행성 있는 소년을 대상으로 하므로 순수한 의미의 아동복지지원은 아니지만, 안정적인 가정의 역할을 할 대체시설로서 기능한다는 점에서 보호처분으로서의 역할을 수행한다.<sup>58)</sup>

그런데 가정폭력에서 규정하는 감호위탁처분은 제재의 중대함에 상응할 정당화 근거는 이보다 미약하다. 현행 규정을 보건대 대상자를 어떻게 선정할지, 그 목적을 무엇인지 구체화하기 어렵다. 소년범의 감호위탁처분이 소년을 재사회화하여 사회로 복귀시킨다는 목적을 갖고 있듯 가정폭력처벌법도 시설의 목적과 운영에 대한 규정을 보다 구체화하여야 법적 정당성을 강화할 수 있을 것이다. 그러나 궁극적으로는 가정폭력처벌법상 감호위탁처분은 가정보호사건(민사판결)에 의한 형사구금적 성격이 강하다고 생각된다. 요건을 구체화하거나 절차적 정당성을 강화하더라도 법치국가적 원칙을 고려하건대 이 같은 조치가 타당한지 의문을 완전히 제거할 수 없다. 그 법적 정당화에는 한계가 있을 것으로 생각된다.

## V. 법체계의 정당성을 위한 제언

### 1. 가정폭력처벌법과 스토킹처벌법에 관하여

친밀한 관계의 폭력을 다루는 법적 규율은 피해자에 대한 실질적인 보호를 위해 국가의 적극적인 개입을 요청하고 있어 엄벌주의 경향, 관계의 특성을 도외시한 내용적 유사성의 강화는 계속될 것으로 보인다. 그 실효성과 함께 법적 정당성에 대한 고려도 필요한 바, 결론에 갈음해 그 정책적 방향성에 관해 제언하고자 한다.

최근 현행 정책이 피해자 보호를 위해 규정하는 여러 제도적 장치들은 전반적으로 형

58) 이승현, “아동복지시설 위탁처분(6호)의 문제점과 개선방안”, *소년보호연구* 제15권, 2010, 255-256면.

벌과 강력한 제재 부과에 치우쳐 있는 듯하다. 피해자의 신변보호를 위한 여러 조치들도 도입 및 보완되었으나, 제재적 성격이 보다 강화된 조치들이 두드러진다. 본고에서는 이를 크게 가해자-피해자의 분리조치, 범죄예방을 위한 엄벌주의적 조치(반의사불벌죄의 폐지, 조치위반의 형사화), 형벌 이외의 제재(잠정조치로서의 전자장치부착, 가정폭력처벌법상 감호위탁처분)로 구분하였다. 이 같은 제도들이 피해자 보호를 위해 실효적일 수 있으나 법적 정당화를 위해 보다 제재적 성격은 완화되면서 실효적인 정책, 관계 특성을 고려한 방안을 우선적으로 고려하여야 한다.

분리조치의 경우 다른 조치에 비해 제재적인 성격은 완화되면서도 범죄예방을 위한 실효성이 높은 제도라고 생각된다. 특히 친밀한 관계에서의 폭력은 초기대응이 중요하므로 현재와 같이 분리조치를 강화하면서 가정폭력에서의 우선적 체포제도 도입을 고려해 볼 만하다. 물론 이로 인한 반작용이 있을 수 있으나 피해자 보호라는 목적을 달성할 수 있는 수단 중에서 최소침해적인 수단을 먼저 활용하는 것이 타당하므로 도입의 실익이 있다. 범죄예방을 위한 엄벌주의적 조치 역시 피해자 보호 목적의 실현을 위해 타당하지만, 이는 분리 조치와 달리 분명히 처벌의 영역에 있고, 목적이 우선시되는 상황에서도 형법의 원칙들을 고려할 필요가 있다. 반의사불벌죄의 폐지는 관계의 특성을 고려해야 하며, 가정폭력의 경우 개인의 의사와 선택권을 존중해야 할 영역이므로 이를 도입하기 어렵다고 생각된다. 조치위반의 형사화는 관계의 특성, 위반 조치의 경중, 체계정합성 등을 고려해 신중하게 접근해야 한다. 이들은 일률적으로 접근할 수 없는 영역임을 고려할 필요가 있다.

범죄예방과 재범방지를 위해 활용하는 형벌 이외의 제재도 엄격히 고찰해야 한다. 스토킹처벌법상의 위치추적 전자장치나 가정폭력처벌법의 감호위탁처분은 실효적일 수 있으나, 이들은 잠정조치나 보호처분으로 부과하기에는 지나치게 제재적 성격이 강하다. 특히 이들은 감시적이면서 인신구속적인 성격을 갖는 제재라고 볼 수 있는데, 형벌만큼이나 강력한 효과를 가짐에도 형벌이 아닌 조치로서 취해지기 때문에 정당성 면에서 문제의 소지가 크다. 따라서 이 같은 수단들은 다른 수단이 없는 경우 예외적으로 활용하도록 규정을 구체화해야 한다. 현재의 규정보다 적용요건을 엄격히 설정하거나 절차적 정당성을 보완하는 것이다.

국가는 피해자를 적극적으로 보호할 의무가 있지만, 그 방법을 가해자에 대한 제재

확장에서만 찾는 것은 안이한 접근이라 생각된다. 피해자 보호는 다양한 정책으로 추구할 수 있다. 초기에 범죄를 예방하기 위한 경찰의 적극적 활동과 치안유지를 위한 정책, 피해자에 대한 지원 등으로 이를 실현할 수 있다. 현재의 가정폭력“처벌”법은 새로운 구성요건의 규정이나 가중처벌 없이 가정폭력 범죄예방을 위한 행정조치, 법원의 조치, 그 불이행에 관한 죄를 민사처리에 관한 특례 등을 정하고 있는 법이다. 다시 말해 해당 법이 범죄 자체의 “처벌”에 방점을 두지 않는 이상, 피해자 보호를 실효적으로 달성하려면 이 법을 가정폭력방지 및 피해자의 보호에 관한 법률과 통합해 적극적으로 피해자 보호를 위한 지원을 담는 것도 타당하다.

스토킹처벌법 역시 친밀한 관계만을 규율하는 법이 아니며 친밀한 관계의 피해자 보호만을 다루지 않더라도 그 법적 정당성이 모호한 영역이 있음은 부정하기 어렵다. 따라서 피해자 보호에 실효적인 정책을 도입하여 친밀한 관계의 폭력 논의가 갖는 이념을 실현하면서도 법적 정당성이 모호한 정책은 문제 성격을 약화시키는 방향으로 바뀌나갈 필요가 있다. 이 같은 제언은 친밀한 관계의 폭력을 다루는 최근의 경향에 역행하는 것처럼 보이지만, 형사법의 근본원칙을 재확인할 것을 요청하는 것이다.

## 2. 데이트폭력처벌법의 도입

법으로 규정하기 모호한 영역을 포섭하는 것은 보다 신중한 고려가 필요하다. 이 같은 영역을 다루려면 그 정당성에 대한 깊이 있는 고찰이 필요하고, 애매한 경우에는 형법의 최후수단성 원칙을 우선적으로 고려하는 것이 타당하다. 앞서 논의한 것처럼 데이트폭력을 고찰할 때도 피해자 보호가 우선시되더라도 형벌의 과잉이 되지 않도록 기존의 정책을 개선하는 방향을 먼저 검토할 필요가 있다. 데이트폭력의 정의 문제는 데이트폭력처벌법의 도입에 있어 가장 큰 난점이다. 본고에서는 먼저 현행 규정으로도 연인 사이의 신체적·물리적 폭력을 처벌할 수 있고, 스톱킹 행위유형에 해당할 경우 스톱킹처벌법의 적용을 받을 수 있음을 논하였다. 따라서 이 법을 도입하려면 그 필요성을 분명히 확인해야 한다. 물론 친밀한 관계에서의 폭력 문제는 관계의 특성상 취약한 위치에 있는 피해자들을 보호하고자 하며, 이를 정책적으로 실현할 필요는 분명하다. 그러나 데이트폭력의 정의 문제는 법 규정의 명확성과 충돌한다.

본래적으로 데이트 폭력은 ‘데이트 관계’를 어떻게 이해하는지에 따라 달라질 수 있는 모호한 개념이다. 일반적으로는 “친밀한 관계 혹은 연애관계에 있는 연인 사이에서 발생하는 신체적, 정신적, 성적 폭력”으로 규정하고 있지만, 데이트폭력에 관한 여러 발의안을 살펴보면 ‘미혼 남녀 간의 연애관계’에 한정하지 않고 교제 중인 경우뿐 아니라, 과거에 교제했던 관계도 포함하는 등 다양한 상황을 담고자 한다.<sup>59)</sup> 그러나 교제 관계에 대한 법적 합의를 찾기 어렵다. 이 법을 도입한 해외의 경우 데이트관계의 개념 정의가 불명확하여 실무상 많은 혼란을 초래하는 경우가 있었음<sup>60)</sup>을 상기해볼 필요가 있다. 친밀한 관계에서 피해의 예방이 우선순위는 분명하나, 법으로 규정하기 모호한 영역까지 법으로 규율하려 하는 것은 법의 명확성을 저해하며 법적 혼란을 초래할 수 있다는 것이 본고가 논의하고자 하는 바이다.

그럼에도 데이트폭력처벌법을 도입할 필요성이 있다면, 이는 엄밀히 범죄의 성부에 관한 것은 아니다. 다시 말해, 기존의 규정으로 채우할 수 없는 법적 공백이 있어 새로이 구성요건을 창설해야 하거나, 기존 규정보다 형을 가중해야 할 분명한 필요성이 있다고 볼 수는 없다. 이 법을 도입할 필요성은 앞서 논한 가정폭력처벌법의 필요성과 유사하다. 가정폭력처벌법이 범죄를 새롭게 규율해 처벌하는 것이 아니라 범죄예방을 위한 각종 조치와 그 위반에 대한 제재, 특례 등을 규정하는 것처럼 데이트폭력처벌법은 범죄예방을 위한 여러 조치를 적용할 필요가 있을 때 도입될 수 있다. 처벌에 대한 공백이 있는 것은 아니지만, 가정폭력처벌법이나 스토킹처벌법처럼 응급조치, 긴급임시조치, 잠정조치 등을 적용할 수 없는 경우가 있고, 이 같은 조치와 제재가 필요할 때 법의 필요성도 인정된다. 궁극적으로 데이트폭력처벌법은 피해자 보호라는 목적에서 법적 정당성을 찾을 수 있다.

그 필요성을 입증할 수 있다 해도 데이트 관계의 법적 정의에 대한 합의는 법 제정에서 가장 중요한 관문이다. 그런데 본질적으로 인적 관계는 법적으로 성립되는 관계가 아닌 이상 법적으로 정의할 수 없는 영역이며 이 같은 작업은 형법의 한계영역이기도 하다. 또한 데이트폭력을 막기 위해 실현해야 할 정책들이 반드시 형법을 수단으로 해야 하는 것은 아니며, 형법은 최후수단적임은 중요하다. 이 같은 법이 형법의 과잉이 되지 않으려

59) 김구술, 같은 논문, 135면.

60) 홍영오·연성진·주승희, 같은 보고서, 362면.

면 법의 도입보다 우선적으로 정부와 시민사회가 피해자를 지원하고 적극적으로 보호할 다양한 정책을 고려해야 할 것이다.

## 참고문헌

### 〈단행본〉

배종대·홍영기, 『형사정책』, 홍문사, 2019.

### 〈논문 및 보고서〉

김구슬, “데이트폭력범죄에 대한 입법적 대응방안”, 이화젠더법학, 제9권 제3호, 2017.

김남규·박다윤·노희주·김도선·김연수, “스토킹 행위자 위치추적 전자장치 부착제도의 도입 쟁점과 과제”, 형사정책연구 제34권 제2호, 2023.

김잔디, “스토킹차별법상 스톱킹범죄의 성립요건 - ‘반복’의 판단기준을 중심으로 -”. 이화젠더법학, 제14권 제1호, 2022.

김지선·김영중·최지선·성유리·고기원, 『중형주의 형사제재의 실효성에 관한 평가연구 (II)- 전자감독제도의 실효성 평가연구』, 형사법무정책연구원, 2021.

김효정, “젠더기반폭력으로서 친밀 관계 폭력의 특성과 쟁점: 현장의 지원 경험을 중심으로”, 한국여성학 제40권 제1호, 2024.

박영규, “보호시설 감호위탁처분(6호 처분)의 개선방안”. 법학논총, 제19권 제1호, 2012.

서경현, “이성관계에서 행해지는 데이트 폭력에 관한 연구의 개관”, 한국심리학회지: 건강 제14권 제4호, 2009.

송현건, “미국의 가정폭력범죄 의무체포제도에 대한 연구: 경찰 집행 매뉴얼과 제도 문제점을 중심으로”, 치안정책연구, 제34권 제3호, 2020.

이승현, “아동복지시설 위탁처분(6호)의 문제점과 개선방안”, 소년보호연구 제15권, 2010.

윤정숙·이승현·김미숙·김유경·김지민·박미랑, 『가정 내 폭력범죄 감소 및 예방을 위한 사회안전망 강화에 관한 연구』, 형사법무정책연구원, 2017.

윤정숙·장진환·임하늘·박혜림·김은기, 『고위험 성범죄자 거주지 제한 정책 연구』, 형사법무정책연구원, 2023.

허민숙, “국가가 초래한, 국가가 알지 못하는 위험: 친밀한 관계에서의 강압적 통제”, 한국여성학 제37권 제1호, 2021.

- 홍영오·연성진·주승희, 『여성 대상 폭력에 관한 연구 - 친밀한 관계에서의 폭력을 중심으로 -』, 형사법무정책연구원, 2015.
- 황태정, “전자감독제도의 비교법적 검토와 시사점”, *아주법학* 제11권 제1호, 2017.
- Breiding, M.J., Chen J., & Black, M.C., *Intimate Partner Violence in the United States - 2010*. Atlanta, GA: National Center for Injury Prevention and Control, Centers for Disease Control and Prevention, 2014.
- Flynn, S, *Battered Woman’s Syndrome: A Tragic Reality, an Evolving Theory*. *Trinity Women & Gender Minorities Review*, 3(1), 2019.
- Jordan, Carol E., “Intimate partner violence and the justice system: An examination of the interface.” *Journal of interpersonal violence* 19.12, 2004.
- David L. Faigman, *The Battered Woman Syndrome and Self-defense: A Legal and Empirical Dissent*, 72 *Va. L. Rev.* 619, 1986.

## The Justification of Criminal Policy on Intimate Partner Violence

Kim, Haemi

Recently, discussions to respond quickly and efficiently to violence in family or romantic relationships have been actively developed. This type of violence such as domestic violence, dating violence, and stalking is called intimate partner violence. Research on intimate relationship violence points out that victims of violence have difficulty protecting themselves or seeking legal relief. In the past, these areas were considered to be respected as individual private areas. However, a social consensus is urging the state to actively intervene.

The laws governing violence within close relationships show similarities in legal structures and systems, and the similarities are gradually increasing. The Domestic Violence Punishment Act and the Stalking Punishment Act stipulate emergency measures) by police as initial responses, and temporary measures requested by prosecutors, and impose penalties for violating the obligations imposed by measures. Discussions on enacting the Date Violence Punishment Act also follow this structure. In addition to the similarities, the strengthening of the tendency of strict punishment can be cited as a common trend. However, even though the need for national intervention is emphasized, effectiveness and legitimacy of the sanctions prescribed should be made carefully. It is reasonable for the state to actively intervene in violence within close relationships, but such policies should take into account the characteristics and differences of the relationship and carefully examine whether it is effective and legally justified.

❖ Key words: intimate partner violence, domestic violence, dating violence, stalking, location-tracking electronic supervision



# 경찰의 온라인 공개개인정보 활용에 관한 법적 검토\*

김 학 경\*\*

## 국 | 문 | 요 | 약

현대사회에서 소통과 연결의 핵심 수단은 인터넷인데, 문제는 편리한 도구로서의 인터넷이 이제는 새로운 범죄 도구로서 악용되기 시작하면서 온라인 환경에서 새로운 위험 및 범죄가 계속해서 등장하고 있다는 점이다. 경찰은 범죄예방 및 수사 활동뿐만 아니라 공공의 안녕에 대한 위험을 방지하고 예방할 책무를 부여받고 있는데, 이러한 정보화 및 초연결사회에서 경찰의 온라인 공개개인정보 수집 등 활용은 더는 회피될 수 없는 경찰 활동 영역에 해당한다. 하지만 그 필요성에도 불구하고, 이러한 경찰의 온라인 공개개인정보 수집 등에 관한 법적 한계가 명확하게 규정되지 않는다면, 역으로 국가에 의한 불필요한 감시가 늘어난다는 비판 또한 충분히 받을 수 있다. 이러한 문제 인식하에, 본 연구에서는 경찰청이 위험예방 및 범죄수사 등의 목적으로 온라인 공개개인정보를 수집·분석하기 위한 AI 기반 시스템을 개발한다고 가정하고, 이러한 온라인 공개개인정보 수집 활동이 과연 현행 법체계 하에서 허용될 수 있는 행위인지 그에 대한 법적 검토를 진행하고자 하였다. 이러한 법적 검토는 크게 3단계 구성되었는데, 우선 온라인 공개개인정보의 개념과 특성을 규정하였으며, 그다음으로 온라인 공개개인정보 수집 등 활용 형태를 유형별로 분류해보고자 하였다. 마지막으로 이러한 경찰청의 온라인 공개개인정보 수집 활동에 대하여, 헌법적 논의를 포함한 개인정보보호법 등 개별 공법에 대한 구체적 법리 분석을 진행하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR,2024.3.31.1.91>.

❖ 주제어 : 공개출처정보, 경찰, 온라인 공개개인정보, 개인정보자기결정권, 개인정보보호법

\* 본 논문은 2023년 경찰청 정책용역연구, '정보경찰의 미래 핵심역량 분석 및 교육과정 진단·설계·평가 지표 개발 연구'(연구책임자: 성신여대 김학경 교수)에서 저자가 책임연구원으로서 작성한 부분을 수정·보완한 논문임을 밝힌다.

\*\* 성신여자대학교 융합보안공학과 부교수

## I. 서론

정보 주체의 권리를 침해할 수 있는 개인정보의 수집 및 분석 등 활용은 원칙적으로 금지 또는 제한되어야 할 것이나, 데이터 경제적 관점에서 볼 때, 온라인 등에서 공개된 개인정보, 즉 온라인 공개개인정보는 그 수집과 활용 등이 일정 부분 원활해질 필요성도 있다. 특히, 정보의 생산이 폭발적으로 증가하는 現 ‘정보화시대’, 나아가 사물인터넷 및 빅데이터 기술을 바탕으로 사람과 사물, 사물과 사물 간의 연결과 소통이 광범위하게 이루어지는 現 ‘초연결사회’를 살아감에 있어서, 정보의 공유와 공개는 이제는 사회발전을 위한 핵심 전제 사항이라고도 할 수 있다.<sup>1)</sup>

정보화 및 초연결성이 빠르게 진행되면서 현대사회는 점점 더 ‘위험사회’(Risikogesellschaft)로 변화하고 있으며, 이러한 위험사회에서는 전통적 위험도 강화되면서 동시에 새로운 위험의 발생 개연성도 점점 더 높아지고 있다. 정보화 및 초연결사회에서 핵심 연결고리라고 할 수 있는 ‘온라인(인터넷)’은 이제 역설적으로 범죄수단으로서의 인터넷(Tatmittel Internet)이라고까지 지칭되고 있다.<sup>2)</sup> 이러한 사회문화적 환경 속에서, 경찰 등 법집행기관은 범죄예방 및 수사 활동뿐만 아니라 공공의 안녕에 대한 구체적인 위험은 물론 잠재적인 위험까지 파악할 책무를 부여받고 있으며, 이를 위한 온라인상 공개된 개인정보의 수집 및 이용은 이제 필수 불가결한 활동으로 평가받고 있다.<sup>3)</sup>

다만, 온라인 공개개인정보를 활용할 필요성이 증가하고 있다는 말은 반대로 (비록 의

- 
- 1) 김일환, 초연결사회에서 개인정보보호법제 정비방안에 관한 연구, 성균관법학 제29권 제3호, 2017, 39면.
  - 2) Polizei Berlin, Kriminalität in Berlin 2020-Polizeiliche Kriminalstatistik und ergänzende Informationen, Berlin: Polizei Berlin, 2021, pp. 104-105; 박원규, SNS 등 인터넷 공개정보 수집 및 활용에 관한 연구: 국가기관의 공공안전 영역에서의 정보활동을 중심으로, 경찰법연구 제20권 제3호, 2022, 187면. 2023년 작년 ‘신림역 사건’ 및 ‘서현역 사건’ 등과 같이 사회 부적응자에 의한 살인 등 공격행위가 대한민국 언론을 장식한 바 있으며, 이러한 분위기에 휩쓸려 특정 다수인에 대한 “살인을 예고”하는 글이 인터넷상에 계속 등장한 적이 있다(연합뉴스 TV, ‘신림 살인예고’ 20대 송치...7번째 글도 수사, <https://m.yonhapnewstv.co.kr/news/MYH20230802013400641>, 검색일자: 2023년 8월 4일; YTN, 서현역 사건 이후 온라인에 ‘살인 예고 글’ 잇따라...경찰 수사 [https://www.ytn.co.kr/\\_ln/0103\\_202308040840013147](https://www.ytn.co.kr/_ln/0103_202308040840013147), 검색일자: 2023년 8월 4일).
  - 3) 윤해성 외, 범죄 빅데이터를 활용한 범죄예방시스템 구축을 위한 예비연구(I), 서울: 한국형사정책연구원, 2014. 19면.

도하지 않는다고 하더라도) 행정기관에 의한 감시 가능성 또한 역설적으로 높아질 수 있다는 것을 의미한다.<sup>4)</sup> 특히, 경찰청 등 법집행기관에 의한 개인정보 수집은 다른 일반 수익적 행정기관의 정보수집과 비교하자면, 비록 그러한 개인정보가 온라인으로 공개되었다 하더라도, 적어도 일반 국민이 느끼는 부정적 인식의 강도는 더 높을 수밖에 없다. 그렇다면, 경찰의 온라인 공개개인정보 수집 및 이용 등 그 활용에 관해서는 법 규범적 통제나 제한이 적절히 뒷받침될 필요성이 존재한다.

본 연구에서는 수사기관이자 정보기관의 성격을 동시에 가지고 있는 대한민국 경찰이 공공안녕에 대한 위협예방 및 ('입건전조사' 활동 포함한) 범죄수사에 필요한 정보수집 활동 목적으로 AI 기반 시스템을 개발하여 현행 우리 법 체계하에서 과연 인터넷·소셜 미디어 등 온라인에 공개된 개인정보를 수집·분석할 수 있는지 그 여부를 (가정적으로 생각하여) 공법적으로 검토해보고자 한다. 이러한 연구목적 달성을 위해, 본 연구에서는 첫 번째 온라인 공개개인정보의 '개념'과 '특성'에 대하여 살펴보고, 두 번째 실무적으로 이루어질 수 있는 온라인 공개개인정보 수집 활동을 '유형'별로 분류해보고자 한다. 끝으로, 이러한 경찰청의 온라인 공개개인정보 수집 활동이 과연 우리 법제상 허용되는 행위인지 (헌법적 논의 포함하여) 개별 공법에 대한 법리 분석을 구체적으로 진행해보기로 한다.

특히 마지막 법리 분석에 있어서는 우선, 헌법상의 기본권인 '개인정보자기결정권' 위주로 경찰청의 온라인상의 공개개인정보 수집 등 활용이 헌법적 권리를 침해하는지 검토해보고자 한다. 그다음으로, 이러한 경찰청의 정보수집 활동이 과연 개인정보처리자의 개인정보 수집 및 이용 등에 관한 '개인정보보호법' 제15조 제1항 각호의 규정에 따라 허용될 수 있는 행위인지, 다시 말해서, 위 각호 규정이 법적 근거로서 과연 원용될 수 있는지 개별 법률조항 위주로 분석하기로 한다. 더불어, 개인정보보호법 제58조 제1항 제2호에서는 국가안전보장과 관련된 정보분석을 목적으로 수집되는 개인정보의 경우, (위 제15조 포함하여) 동법 제3장부터 제8장까지 諸 조항의 적용을 배제하고 있다. 그렇다면, 경찰청 등은 국가안전보장의 목적이 있다만 응당 온라인상의 공개개인정보를 수집할 수 있는 것으로 생각할 수 있는바, 추가로 동 조항의 적용 가능성도 살펴보고자 한다.

4) 이성용, 정보의 자기결정권에 따른 경찰상 정보보호의 입법원리, 치안정책연구 제27권 제2호, 2013, 22-29면.

끝으로, 현행 우리의 법제 하에서 경찰청의 온라인상 공개개인정보 수집 등 활용이 어디까지 허용될 수 있는지 그 ‘법적 한계’에 대해서도 유형별로 각각 검토해보고자 한다.

## II. 온라인 공개개인정보의 개념 및 유형

### 1. 온라인 공개개인정보의 개념

온라인 공개개인정보 개념을 살펴보기 전, 먼저 이러한 개인정보를 바라보는 관점을 설명해보기로 하는데, 이는 크게 두 가지 관점으로 구분될 수 있다.<sup>5)</sup> 첫 번째는 영미법계의 관점이라고 할 수 있는데, 개인정보를 수집하고 활용하는 자유를 일종의 표현의 자유 또는 알권리의 자유로 생각하여 원칙적으로 개인정보를 자유롭게 수집·활용할 수 있고, 내적 은밀한 영역에 가까운 의료정보나 신용정보 등만을 예외적인 보호 대상으로 삼고 있는 관점이다(‘옵트아웃’ 방식과 유사). 두 번째는 대륙법계의 관점에 해당하는데, 개인정보는 원칙적으로 모두 보호 대상에 해당하지만, 정보 활용 및 공유의 필요성이 있는 예외적으로 상황에서 그 수집 및 활용을 허용하는 관점이다(‘옵트인’ 방식과 유사). 이러한 두 가지 관점이 현실적으로 충돌하는 영역이 바로 ‘공개출처정보’(OSINT: Open Source Intelligence) 부분인데, 전자의 관점에서 볼 때 공개출처정보는 일반적으로 자의에 의하여 공개된 것이므로 보호법익이 상실되어 타인의 자유로운 수집 등을 규제할 수 없으나, 후자의 관점에서 볼 때는 일반적으로 공개된 출처정보 역시 여전히 보호해야 할 법익이 잔존하는 것으로 인식된다.

공개출처정보는 강학적으로 “개인 또는 기관이 합법적으로 접근할 수 있는 ‘공개출처(Open source)로부터 정보’(Information from open sources)를 검색·수집·처리·분석·활용하는 정보활동”을 의미한다.<sup>6)</sup> 이러한 공개출처정보는 우리나라에서는 통상 ‘공개정

5) 박경신, 일반적으로 공개된 정보의 개인정보보호법 상의 규율 및 해외 입법례, 법학논집 제38권 제2호, 2018, 1-2면; 김호기, 개인정보 보호법제의 비범죄화 주장에 대한 검토: 독일 헌법의 일반적 인격권에 대한 보호와 미국 헌법의 프라이버시권에 대한 보호의 비교를 곁하여, 경찰법연구 제17권 제3호, 2018, 108면 및 111면 등.

6) Evangelista, J. R. G., Sassi, R. J., Romero, M., & Napolitano, D., Systematic literature review

보’ 또는 ‘일반적으로 공개된 정보’ 등의 용어와 혼용되어 사용되고 있다.<sup>7)</sup> 이러한 공개 정보 또는 일반적으로 공개된 정보 개념 관련하여, 참고로 (현재는 폐지된) ‘빅데이터 개인정보보호 가이드라인’ 제2조 제1항에서는 “공개된 정보란 이용자 및 정당한 권한이 있는 자에 의해 공개 대상이나 목적의 제한 없이 합법적으로 일반 공중에게 공개된 부호·문자·음성·음향 및 영상 등의 정보를 말한다.”라고 규정하고 있었다.

이러한 공개(출처)정보의 핵심 키워드 중, 첫 번째 키워드는 ① 일반인에게 ‘공개된 (정보의) 출처’(Open Source)인데, 이러한 출처는 사람이 될 수 있고 단체나 조직이 될 수 있고, 나아가 어떠한 시스템도 될 수 있다.<sup>8)</sup> 좀 더 구체적으로 설명하면, 이러한 출처는 (사람을 포함) 신문·TV·간행물·보고서·학술 저널 등과 같은 전통적인 매체뿐만 아니라, 소셜 미디어 등과 같은 디지털 매체까지 포함한다. 두 번째 키워드는 ② 누구나 ‘공개적으로 이용가능한 정보’(Publicly Available Information)라는 것인데, 이러한 정보는 (그러한 공개출처에서 획득할 수 있는) 특정한 데이터나 사실·출판된 자료·보도 내용 등 소위 콘텐츠(Contents)를 의미한다.<sup>9)</sup>

이를 종합하자면, 공개출처정보 개념은 온라인/오프라인이라는 장소적 특성보다는, 일반인이 쉽게 정보에 접근할 수 있는 이른바, 정보 출처(Source) 자체에 대한 ‘접근성’에 그 개념적 초점이 맞추어져 있다. 하지만, IT 기술의 발전으로 기존 오프라인에서 생산되는 정보 대부분이 디지털화되어 온라인으로 이동해 감에 따라서, 이제는 오프라인상의 공개정보 또한 온라인상에서도 쉽게 확인할 수 있게 되었다. 이렇게 공개정보를 둘러싼 환경이 온라인 또는 인터넷 위주로 변화함에 따라서, 공개출처정보라고 함은 (오프라인 보다는) 이제는 통상적으로 ‘온라인’ 또는 ‘인터넷’상에서 공개된 정보를 의미하는 경우가

---

to investigate the application of open source intelligence (OSINT) with artificial intelligence, *Journal of Applied Security Research* 16(3), 2021, p. 347.

7) 가령, 이완희 외의 연구(2013)에서는 ‘공개정보’, 박경신의 연구(2018)에서는 ‘일반적으로 공개된 정보’, 이권일의 연구(2020)에서는 ‘일반에게 공개된 정보’라는 용어를 사용하고 있었다. 모두 온라인 또는 오프라인상 일반인이 공개적으로 접근할 수 있는 정보에 그 개념적 초점이 맞추어져 있다.

8) US Department of the Army, *Open-Source Intelligence*, US: US Department of the Army, 2012, p.1-1.

9) Evangelista, J. R. G., Sassi, R. J., Romero, M., & Napolitano, D., Systematic literature review to investigate the application of open source intelligence (OSINT) with artificial intelligence, *Journal of Applied Security Research* 16(3), 2021, pp.347-348.

대부분이다.<sup>10)</sup> 이러한 이유로 현재 정보수집의 시작점은 ‘휴민트’(HUMINT: Human Intelligence) 등을 통한 ‘비공개출처정보’(CSINT: Closed Source Intelligence)보다는, (‘접근성’의 이유로) 오히려 온라인 또는 인터넷 공개출처(Open source) 확인을 통한 정보수집이라고 할 수 있다.

전통적인 매체를 통한 공개정보 수집 및 활용이든 또는 온라인(인터넷)을 통한 공개정보 수집 등 활용이든 이러한 공개출처정보는 또다시 ‘개인정보’를 포함하고 있는지 그 유무에 따라서, ① ‘공개개인정보’, ② ‘공개 非개인정보’<sup>11)</sup>로 구분될 수 있을 것이다. 다시 설명되었지만, 헌법재판소의 결정 등에 따르면 개인정보자기결정권의 대상이 되는 ‘개인정보’는 개인의 신체적 특성, 신념, 사회적 지위 등과 같이 개인의 주체성 및 개인의 동일성을 식별하는 정보 전체를 의미한다. 따라서 (개인정보가 아닌) ‘순수한 非개인정보’를 수집하는 경우는 원칙적으로 (개인정보 보호와 관련된) 헌법상의 기본권 침해가 없다고 할 것이다.<sup>12)</sup> 이러한 이유에서 공개출처정보에 관한 거의 모든 선행연구는 공개개인정보만을 다루고 있었다.

물론, 현실적으로는 공개출처에서 획득한 정보 대부분은 직·간접적으로 개인정보를 포함하고 있을 가능성이 크고, 그렇다면 非개인정보라 하더라도 다른 정보와 결합하여 개인을 알아볼 수 있다면, 이는 강학상·법률상 개인정보로 분류된다.<sup>13)</sup> 또한, 개인정보와 非개인정보가 혼재되어서 구별하기가 굉장히 어려운 상황도 생각할 수 있는데, 이때는 기본권 보호의 관점에서 (전체적으로) 개인정보로 취급하는 것이 타당하다.<sup>14)</sup> 이에

10) Glassman, M., & Kang, M. J., Intelligence in the internet age: The emergence and evolution of Open Source Intelligence (OSINT). *Computers in Human Behavior*, 28(2), 2012, pp.675-676; 권양섭·홍태석, 범죄 수사 과정에서 사이버 공개정보 임의수집에 관한 고찰, *디지털포렌식연구* 제16권 제3호, 2022, 144면.

11) 예를 들어, 누군가가 지속해서 특정 지역에서의 범죄 양태(예) 살인 예고 게시글 또는 이러한 게시글에 나와 있는 장소 등) 또는 재난 위험성이 있는 장소에 대한 포스트를 공개적으로 올린다면, 이러한 범죄 양태나 위험지역 자체에 대한 정보는 ‘개인정보’라고 할 수 없다. 즉 非개인정보에 해당한다.

12) 박원규, SNS 등 인터넷 공개정보 수집 및 활용에 관한 연구: 국가기관의 공공안전 영역에서의 정보활동을 중심으로, *경찰법연구* 제20권 제3호, 2022, 204면.

13) 우리 개인정보보호법 제2조 제1호 나목에서도 “해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 정보. 이 경우 쉽게 결합할 수 있는지는 다른 정보의 입수 가능성 등 개인을 알아보는 데 걸리는 시간, 비용, 기술 등을 합리적으로 고려하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

대해서는 다시 설명하기로 한다. 서론에도 명시되었지만, 본 연구에서는 공개출처에 확보된 개인정보 중 특히 ‘온라인상의 공개개인정보’(Publicly Available Online Personal Information) 위주로 살펴보기로 하며, 아래에서는 (실무적으로 생각할 수 있는) 온라인 공개개인정보 수집 등 활용에 관한 유형을 살펴보려고 한다.

## 2. 온라인 공개개인정보 활용의 유형

### 가. 활용 결과에 따른 유형

먼저 정보 주체에게 미치는 ‘활용 결과’에 따라서, (사건으로) ① ‘침익적’(Belastender) 정보수집 및 ② ‘수익적’(Vergünstigende) 정보수집으로 구분할 수 있을 것이다. 침익적 정보수집은 가령, 정보 주체가 본인의 범죄사실을 소셜 미디어 등 온라인상에 공개하였을 때 이때 수집된 공개개인정보는 정보 주체에 대한 범죄를 입증하는 증거자료로서 사용될 수 있으므로, (정보 주체에 대한 활용 결과적 관점에서) ‘침익적’ 정보수집 활동이라고 볼 수 있을 것이다.

반면 수익적 정보수집은 예를 들어, 정보 주체가 본인이 아닌 제3자의 범죄사실에 대한 증거자료를 게시하거나 본인의 생명, 신체 등에 대한 위험정보를 게시하였을 때 또는 공공의 안녕(중대 사고나 재난 상황 등)에 대한 위험정보<sup>15)</sup>를 온라인에 게시하였을 때, 만약 이때 경찰이 범죄나 위험 등에 관한 사실을 확인하기 위한 차원에서 (관련된) 공개개인정보를 수집했다면, 이는 (정보 주체에 대한) ‘수익적’ 정보수집 활동으로 볼 수 있다. 이러한 수익적 정보수집 활동의 경우는 (엄격하게 해석해야 함을 전제로) 다만 결과가 정보 주체에게 이익을 가져다주므로, 이때는 개인정보를 공개한 정보 주체의 사회 통념상의 동의가 있다고 추단할 수 있다. 이러한 동의에 관한 부분은 개인정보보호법 제15조 제1호 각호 해석 부분에서 다시 한번 살펴볼 계획이다.

14) 김현경, 공개된 개인정보의 법적 취급에 대한 검토: AI학습용 데이터로서 활용방안을 중심으로, 미국헌법연구 제34권 제1호, 2023, 168면.

15) 이러한 정보 자체는 기본적으로 ‘非개인정보’에 해당할 것이다.

## 나. 활용 목적에 따른 유형

독일 경찰법이론에 따르면, 온라인 공개개인정보 수집 및 활용의 유형은 그 ‘활용 목적’에 따라서, 먼저 위험방지 차원에서의 ‘사전 예방적’(Prävent) 성격을 가진 ① ‘행정경찰’(Verwaltungspolizei) 영역에서의 정보수집 그리고 범죄수사 목적을 위한 ‘사후 진압적’(Depressiv) 성격의 ② ‘사법경찰’(Kriminalpolizei) 영역에서의 정보수집 활동으로 유형화될 수 있다. 공공안녕에 대한 위험예방은 행정경찰의 영역에 있으며, 반면 입건전조사 포함한 범죄수사는 전형적인 사법경찰의 영역에 해당한다.

첫 번째, 이러한 행정경찰 영역에서의 정보수집 등은 또다시 ‘구체적 위험<sup>16)</sup>’(konkrete Gefahr)을 예방할 목적, 즉 구체적 위험이 발생하기 이전인 ① ‘위험사전대비’(Gefahrenvorsorge) 단계에서의 정보수집<sup>17)</sup>, 그리고 ② 구체적 위험 단계에서의 정보수집으로 구분될 수 있다. 아래에서 다시 설명되겠지만, ‘온라인 순찰’은 (온라인이라는 공간만 다른 것이지) 거리의 순찰과 상당히 유사한데, 이러한 온라인 순찰이 바로 위험사전대비 단계에서 기본권 침해가 낮은 공개개인정보 수집 활동의 전형에 해당한다.<sup>18)</sup>

두 번째, 사법경찰 영역에서의 정보수집은 ① 장래의 범죄를 위한 수사 대비 정보수집(통상적으로 ‘입건전조사<sup>9)</sup>’, 즉 ‘내사’ 단계에서의 정보수집), ② 수사 및 공소제기(소추) 목적의 정보수집(즉, ‘수사’ 단계에서의 정보수집)으로 구분될 수 있다. 온라인 순찰이 행정경찰 영역에서의 정보수집 활동이라고 한다면, 사법경찰 영역에서는 이에 대응하는 ‘온라인 탐문’ 개념이 존재할 수 있다. 기본적으로 온라인 탐문은 형사소송법 제199조 제1항에 규정한 임의수사로서의 성격이 강한데, 이에 대해서는 다시 설명하기로 한다.

16) 구체적 위험’은 가까운 시기에 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 상황을 뜻한다(김학경·이성용, 경찰의 메르스 자가격리 무단이탈자 위치추적에 대한 비판적 고찰, 경찰법연구 제13권 제2호, 2015, 32면).

17) 김성태, 정보활동에 관한 경찰관 직무집행법 개선 방안, 경찰학연구 제20권 제4호, 2022, 76면.

18) 손재영, 경찰의 사전대비활동, 공법학연구 제11권 제2호, 2010, 296면; 박원규, SNS 등 인터넷 공개정보 수집 및 활용에 관한 연구: 국가기관의 공공안전 영역에서의 정보활동을 중심으로, 경찰법연구 제20권 제3호, 2022, 198면.

19) 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제16조 제3항에서는 “입건 전에 범죄를 의심할 만한 정황이 있어 수사 개시 여부를 결정하기 위한 사실관계의 확인 등 필요한 조사”라고 규정하고 있으며, 검찰사건사무규칙 제224조에서는 이를 ‘내사’라고 표현하고 있다. 경찰에서는 현재 (내사 대신에) 경찰수사규칙 제19조 등에서 ‘입건전조사’라는 용어를 사용하고 있다.

마지막으로, 행정경찰 및 사법경찰 영역의 중간 (행정경찰 목적 성격도 있으며 동시에 사법경찰 목적 성격도 존재하는) 이른바 ‘이중적 기능을 지닌 경찰작용’(doppelfunktionale Maßnahmen der Polizei)의 영역이 존재할 수 있는데<sup>20)</sup>, 이때는 “정보수집 목적이 어디에 중점을 두고 있는가?”라는 소위 ‘중점이론’(Schwerpunkttheor)에 의하여 판단한다.<sup>21)</sup>

#### 다. 수집 행위 태양에 따른 유형

수집 행위 태양의 관점에서 본다면, 온라인 공개개인정보 활용의 유형은 ① ‘온라인 순찰’, ② ‘소셜 미디어 모니터링’(이는 또다시 ‘개별적 모니터링’ 방식 및 ‘크롤링 등 AI 및 빅데이터 방법론을 활용한 모니터링’ 방식으로 세분될 수 있음), ③ ‘특정인에 대한 (소셜 미디어 포함) 인터넷 모니터링’, ④ ‘온라인 탐문’으로도 구분될 수 있다.<sup>22)</sup>

앞서 간략하게 설명된 ‘온라인 순찰’은 (거리에서의 순찰경찰관에 의한 도보 순찰과 유사하게) 위협이나 범죄 준비 등을 확인하기 위하여 인터넷상에서 공개된 정보를 단순히 둘러보는 것을 의미하는데, ‘위험사건대비’(Gefahrenvorsorge) 단계에서의 전형적인 정보수집 형태에 해당한다.

두 번째, ‘소셜 미디어 모니터링’ 방식 중 ‘개별적 모니터링’ 방식은 범죄나 위협 여부를 확인하기 위하여 경찰관이 검색엔진 등을 통하여 일반에게 공개된 소셜 미디어상의 글이나 사진 등을 직접 확인하는 것을 의미한다. 최근 빅데이터 및 AI 등 정보기술의 발전으로 인하여, 소셜 미디어상의 공개정보 등을 AI 학습용 데이터로 처리하여 대량

20) 손재영, 이중적 기능을 지닌 경찰작용에 대한 권리구제, 경찰법연구 제13권 제1호, 2015, 3-4면. 예를 들어, 입건전조사의 경우 진정사건이나 신고사건이 아닌, 첩보사건에서는 범죄에 관한 정보, 풍문 등 진상을 확인해야 하는데, 이때의 정보수집 활동은 행정경찰 영역에서의 활동으로 인식될 여지도 있다. 실제, 입건전조사 단계에서의 정보수집을 사법경찰 활동이 아닌, 행정경찰 활동으로 보아, 그 법적 근거를 ‘국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률’(경찰법) 또는 ‘경찰관직무집행법’에서 찾는 견해도 확인된다(박광현, 내사의 허용범위와 개선방안, 형사법연구 제32권 제2호, 2020, 212면).

21) 박병욱·황문규, 위협예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적·수단상 몇가지 차이점: 경찰의 활동을 중심으로, 형사정책연구 제23권 제3호, 2012, 220면; 이성용, 정보의 자기결정권에 따른 경찰상 정보보호의 입법원리, 치안정책연구 제27권 제2호, 2013, 24면.

22) 본 유형 분류는 ‘박원규, SNS 등 인터넷 공개정보 수집 및 활용에 관한 연구: 국가기관의 공공안전 영역에서의 정보활동을 중심으로, 경찰법연구 제20권 제3호, 2022, 198-203면’의 내용을 새롭게 재구성한 것임을 알린다.

수집하는 방식, 즉 ‘크롤링 등 AI 및 빅데이터 방법론을 활용한 모니터링 방식’도 활용될 수 있다.

세 번째, ‘특정인에 대한 (소셜 미디어 포함) 인터넷 모니터링’은 문자 그대로 위험방지 또는 범죄수사 등의 목적으로 ‘특정인’에 대한 공개된 개인정보를 수집·활용하는 경우를 의미한다. 특정인을 대상으로 하고 있으므로, 다른 온라인 공개정보 수집 유형보다는 헌법적 보호의 강도가 (상대적으로) 높다고 할 수 있다.

마지막으로, ‘온라인 탐문’을 생각할 수 있다. 행정경찰 영역에서 온라인 순찰이 있다면, 사법경찰 영역에서는 바로 (임의수사 형태의) 질문을 통한 정보수집 방식인 온라인 탐문이 존재한다. 온라인 탐문은 (수사관의 탐문수사와 유사하게) 경찰관 등이 정상적인 방법을 통하여 공개된 인터넷 사이트나 공개된 채팅방에 들어간 후, 신분을 밝히는 공식적 방법을 통하거나 또는 신분을 밝히지 않고 아이디나 별명 등을 이용하는 소극적인 방법 등을 통하여, 질문이나 질의를 통하여 관련 정보를 확인하는 방식을 의미한다.<sup>23)</sup> 그런데 이러한 온라인 탐문은 소극적 방법에 그쳐야지, 만약 속임수나 계략 등을 사용하여 범의를 유발하게 하는 적극적 형식으로 이루어진다면, 이때는 상당성을 잃게 되어 불법한 수사정보 수집 활동에 해당할 것이다.<sup>24)</sup>

〈표 1〉 공개개인정보 수집 등 활용 유형

구분	위험의 예방 및 방지(행정경찰 영역)		범죄의 진압 및 수사(사법경찰 영역)	
활용 결과	침입적 정보수집			
	수익적 정보수집			
활용 목적	위험사전대비 단계에서의 정보수집	구체적 위험 단계에서의 정보수집	입건전조사(내사) 단계에서의 정보수집	수사 단계에서의 정보수집
수집 행위 태양	온라인 순찰		온라인 탐문	
	- 소셜 미디어 모니터링(개별적 모니터링 + 크롤링 등 AI 및 빅데이터 방법론을 활용한 모니터링 방식) - 특정인에 대한 (소셜 미디어 포함) 인터넷 모니터링			

23) 청소년보호법 제25조의2에 따른 ‘신분비공개수사’가 사법경찰 영역에서의 온라인 탐문으로 분류될 수 있을 것이다.

24) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339 판결 및 대법원 2013. 3. 28. 선고 2013도1473 판결.

### Ⅲ. 온라인 공개개인정보의 활용에 대한 헌법적 논의

이제부터는 경찰에 의한 온라인 공개개인정보 수집 등 활용이 과연 헌법상의 기본권인 ‘개인정보자기결정권’을 침해하고 있는지 살펴보고자 한다.<sup>25)</sup> 독일 대륙법계에서 최초 논의되기 시작한 이러한 개인정보자기결정권 개념은 우리의 헌법재판소 결정례<sup>26)</sup>와 대법원 판례<sup>27)</sup>에도 영향을 미쳤는데, 아래에서는 일단 독일에서 개인정보자기결정권이 라는 헌법상 기본권이 탄생하게 된 계기를 간략히 살펴보고, 그다음 ‘우리나라에서의 논의’를 살펴보기로 한다.

#### 1. 개인정보자기결정권의 유래 – 독일법계 중심으로

##### 가. 1983년 인구조사법 위헌결정

‘개인정보자기결정권’(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)이 헌법상의 독자적인 기본권으로 인정받게 된 계기는 (통일 독일 이전) 1983년 서독연방헌법재판소의 ‘인구조사판결’(Volkszählungsurteil)이라고 할 수 있다.<sup>28)</sup> 동 현재 결정은 1982년 3월 25일 (서독)연방의회에서 의결된 ‘인구조사법’(Volkszählungsgesetz)에 대한 위헌결정인데, 동 인구조사법 제5조에 따라 정보제공자로 규정된 성인과 세대주인 미성년자는 동 법 제2조 내지 제4조에서 규정된 생활환경에 대한 광범위한 정보를 진술해야 하는 의무를 부여받고 있었다. 특히, 동법 제9조에서는 이렇게 수집된 정보를 행정기관이 주민 자

25) 본 연구에서는 개인정보자기결정권 위주로 검토하기로 한다. 물론 개인정보자기결정권 외, 통신비밀의 자유, 프라이버시권, IT 기본권, 인격권, 초상권의 침해 여부까지도 검토하고 있는 선행연구도 존재한다. 가령, 박원규의 연구(2022)는 통신비밀의 자유, 프라이버시권, IT 기본권, 인격권까지 그 침해 여부를 검토하고 있으며, 김민중의 연구(2016)에서는 초상권, 성명권까지 침해 여부를 검토하고 있다. 참고로, 위 박원규의 연구에서 분석하고 있는 ‘인격권’ 및 ‘IT 기본권’은 결국 개인정보자기결정권과 연결되는 개념에 해당한다. 본문에서 다시 설명하기로 한다.

26) 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190(병합) 전원재판부 결정 및 헌법재판소 2009. 10. 29. 2008헌마257 전원재판부 결정.

27) 대법원 2011.9.2. 선고 2008다42430 판결, 대법원 2014.7.24. 선고 2012다49933 판결, 대법원 2015.10.15. 선고 2014다77970 판결, 대법원 2016.3.10. 선고 2012다105482 판결, 대법원 2016.8.17. 선고 2014다23508 판결, 2018.4.19. 선고 2017도14322 판결.

28) 김명연, 경찰법상 개인관련정보의 보호에 관한 법리, 토지공법연구 제25집, 2005, 245면.

료로써 활용하거나 기타 신고기록 등과 결합하여 상급관청의 여타 다른 행정 목적으로 활용할 수 있도록 정보제공의 범위까지 확대 규정하고 있었다.<sup>29)</sup>

그런데, 서독연방헌법재판소는 (우리 헌법에 해당하는) 독일 기본법 제2조 제1항<sup>30)</sup>상의 ‘일반적 인격권’(allgemeines Persönlichkeitsrecht) 및 독일 기본법 제1조 제1항<sup>31)</sup>상의 ‘인간 존엄권’을 결합한 소위 독자적인 기본권 형태로서, “모든 개인은 원칙적으로 자신에 관한 정보의 공개 및 사용에 대하여 스스로 결정할 권리를 갖는다”라는 내용의 ‘개인정보자기결정권’(Recht auf informationelle Selbstbestimmung) 개념을 제시하게 된다. 결국, 서독연방헌법재판소는 인구조사 결과와 기타 신고기록을 결합하여 상급행정관청의 다른 행정 목적으로 활용할 수 있게 한 인구조사법 제9조 조항 등이 개인정보자기결정권을 침해한 위헌적인 법률조항이라고 판시하게 된다.<sup>32)</sup> 나아가, 동 위헌판결은 그러한 정보의 수집 및 활용은 (최초 수집 및 활용에 관한) 목적에 엄격히 부합해야 한다는 이른바, ‘목적구속성의 원칙’(Grundsatz der Zweckbindung der Daten)까지 제시하게 된다.<sup>33)</sup>

개인정보자기결정권과 공개개인정보와의 관련성 관련하여, 동 위헌판결은 “개인정보자기결정권은 민감정보나 중요한 개인정보에만 적용되는 것이지, 일반적으로 공개된 개인정보는 ‘위축효과’(Einschüchternde Wirkung)가 제한되는 관계로 적용되지 않는다.”라는 점을 ‘간접적으로’ 전제하고 있는 것으로 해석된다.<sup>34)</sup> 그 이유는 동 위헌판결이 제

29) 이성용, 정보의 자기결정권에 따른 경찰상 정보보호의 입법원리, 치안정책연구 제27권 제2호, 2013, 4면.

30) 그 내용은 “모든 사람은 자신의 인격을 자유롭게 발휘할 권리를 가지며, 이러한 권리는 다른 사람의 권리를 침해하거나 헌법 질서 또는 도덕법에 위반되지 않는 한 제한될 수 없다.”라는 것이다.

31) 그 내용은 “인간의 존엄성은 침해될 수 없다. 국가권력은 이러한 인간의 존엄성을 존중하고 보호해야 한다.”라는 것이다.

32) 김연태, 치안정보의 효율적 관리방안에 대한 연구, 용인: 치안정책연구소, 2000, 17-19면; 이권일, 지능정보사회에서 개인정보자기결정권이 보호하고자 하는 헌법적 가치, 공법연구 제51권 제3호, 2023, 238면.

33) 성봉근, 사이버상의 안전과 보호에 대한 독일의 입법동향과 시사점, 법과정책연구 제17권 제1호, 2017, 113면.

34) 박경신, 일반적으로 공개된 정보의 개인정보보호법 상의 규율 및 해외 입법례, 법학논집 제38권 제2호, 2018, 12-13면; 이권일, 일반에게 공개된 개인정보의 보호와 활용, 법학논고 제68집, 2020, 12면.

시한 ‘정보의 내밀성’이라는 특성은 내밀성이 없는 자발적 공개정보까지 보호 대상을 포섭하려는 의도가 아니라, 내밀하지 않은 정보라 하더라도 “(다른 정보와의) 서로 합치되고 이용될 그 가능성”에 의하여 정보의 민감성과 중요성이 결정될 수 있다는 것을 강조하기 위함이었다. 이러한 판결은 우리나라 헌법재판소 결정에도 영향을 미친 것으로 추론되는데, 문제는 독일연방헌법재판소의 진의와 달리, 우리나라에서는 공개개인정보도 개인정보에 포함되어 개인정보자기결정권의 보호 대상이 된다는 판례가 형성되었다는 점이다.

요약하자면, 개인정보자기결정권이 헌법상 기본권으로 인정받게 된 계기는 바로 1983년 인구조사판결이라고 할 수 있는데, 동 판결에서는 개인정보자기결정권은 위축효과의 관점에서 (정보 주체가 자발적으로 공개한) 공개개인정보에는 적용되지 않고, 중요정보나 민감정보에만 적용되는 것으로 간접 판시하고 있다. 하지만, 우리나라는 (독일과는 반대로) 공개개인정보 역시 법적 규율의 대상이 되는 개인정보 개념 안으로 포섭하고 있다.

#### 나. 2008년 온라인수색 위헌결정

‘정보기술시스템의 신뢰성과 무결성 보장’(Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer System)에 관한 기본권은 간략히 ‘IT 기본권’으로도 불린다. IT 기본권 개념은 2008년 ‘온라인수색’에 관한 독일연방헌법재판소 위헌결정에서 도출되는데, 동 위헌결정은 큰 틀에서 볼 때 (정보통신기술의 발전에 따라서) 개인정보자기결정권이 포섭할 수 없는 새로운 영역이 등장하자, 이러한 영역의 법적인 흠결을 메우기 위하여 ‘정보기술시스템의 신뢰성과 무결성 보장에 관한 기본권’이라는 새로운 기본권 개념을 제시하게 된다.<sup>35)</sup> 본 위헌결정의 주된 내용은 문자 그대로 (악성코드 등 기술적인 수단을 통해서 당사자가 이용하고 있는 정보통신시스템에 비밀리 침입하여 동 시스템상의 자료를 압수·수색하는) ‘온라인수색’에 관한 것이나, 판결문 말미에서 1983년 인구조사 위헌결정에서 간접적으로 판시된 “일반적으로 공개된 개인정보에 대하여 원칙적으로 개인정보자기결정권이 인정되지 않는다.”라는 내용을 더욱더 구체화하

35) 박병욱, 경찰상 온라인수색의 법률적 문제: 2008. 2. 27. 독일연방헌법재판소의 판결을 중심으로, 경찰법연구 제7권 제1호, 2009, 86면 및 101-104면.

고 있다.<sup>36)</sup>

관련된 판결의 요지를 좀 더 상세히 살펴보면, 첫 번째 요지는 국가가 일반적·공개적으로 접근할 수 있는 정보를 수집하는 것은 원칙적으로 금지되어 있지 않고, 이러한 이유로 개별사례에서 개인정보를 수집하는 것도 동일하게 금지되어 있지 않다는 점이다. 따라서, 국가기관이 공개적으로 접근할 수 있는 홈페이지를 방문하거나 개방적인 메일링 리스트에 가입하거나 개방형 채팅을 관찰하는 것 등은 개인정보자기결정권에 대한 침해가 아니라고 판시하고 있다(Rn. 308). 두 번째 요지는 공개된 정보 등을 검토한 후 목적성을 가지고 수집·저장하고, 필요에 따라 추가 자료를 활용하여 해당 정보를 평가한다면, 개인정보자기결정권에 대한 침해가 발생할 수 있다는 점이다. 이때 개인 인격에 특별한 위험 상황이 발생할 수 있는바, 이러한 상황에서는 ‘법적 근거’(Ermächtigungsgrundlage)가 필요하다고 판시하고 있다(Rn. 309).<sup>37)</sup> 결론적으로 2008년 온라인수색 위헌결정에 따르면, 국가기관은 공개개인정보 수집 등 활용에 관한 재량권을 가지고 있다. 하지만, 추가 자료를 활용하여 수집된 정보를 새롭게 평가하고, 만약 이러한 평가로 인하여 개인 인격권 침해의 위험성이 유발된다면, 이때는 입법기관에 의한 ‘수권조항’이 있어야지만 그러한 목적의 중국적 활용이 허용되는 것이다.

## 2. 개인정보자기결정권에 대한 우리의 논의

### 가. 개인정보자기결정권의 의미

독일 대륙법계에서 최초 논의되기 시작한 개인정보자기결정권 개념은 우리의 헌법재판소 결정례<sup>38)</sup>와 대법원 판례<sup>39)</sup>에도 영향을 미쳤다는 점은 앞서 설명된 바와 같다. 우

36) 이권일, 일반에게 공개된 개인정보의 보호와 활용, 법학논고 제68집, 2020, 12면; 박원규, SNS 등 인터넷 공개정보 수집 및 활용에 관한 연구: 국가기관의 공공안전 영역에서의 정보활동을 중심으로, 경찰법연구 제20권 제3호, 2022, 192면.

37) ‘Bundesverfassungsgericht, Leitsätze - zum Urteil des Ersten Senats vom 27. Februar 2008, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080227\\_1bvr037007.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080227_1bvr037007.html), 검색일자: 2023년 7월 31일’에서 판결문을 확인할 수 있다. 원문을 찾아서 직접 번역한 것임을 밝힌다.

38) 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190(병합) 전원재판부 결정 및 헌법재판소 2009. 10. 29. 2008헌마257 전원재판부 결정.

리 헌법에서도 (독일과 같이) 개인정보자기결정권에 대한 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 앞에서 설명되었지만, 독일에서도 명확한 헌법적 근거 없이 기본법 제2조 제1항의 일반적 인격권에 제1조 제1항을 결합한 형태로 (개인정보자기결정권을) 독자적인 기본권으로 이해하고 있는바, 우리 헌법재판소의 태도도 독일과 유사하다. 구체적으로, 우리의 헌법재판소는 개인정보자기결정권을 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문 인간의 존엄추구권 및 행복추구권에 기반을 둔 일반적 인격권 그리고 자유민주적 기본질서 규정 및 민주주의 원리 등에 바탕을 둔 독자적인 헌법상의 기본권으로 이해하고 있다.

헌법재판소의 결정 등에 따르면, ‘개인정보자기결정권’에서 있어서 ‘개인정보’는 개인의 신체적 특성, 신념, 사회적 지위 등과 같이 개인의 주체성 및 개인의 동일성을 식별하는 정보 전체를 의미한다. 개인정보자기결정권은 “(이러한) 개인정보가 언제, 누구에게, 어느 범위까지 알려지고 이용되어야 하는지에 대한 스스로 결정할 수 있는 권한을 가지는 것”을 의미하는바, 다시 말해서, 정보 주체는 본인에 대한 (개인) 정보의 공개와 이용에 대해 스스로 결정할 수 있는 권리를 보유하고 있다.<sup>40)</sup> 이러한 개인정보에는 (사적으로 내밀한 정보뿐만 아니라) ‘공개된 개인정보’까지 포섭하고 있으므로, 공개개인정보 역시 개인정보자기결정권의 보호범위가 응당 인정된다. 그렇다면, 공개한 개인정보를 조사·수집하는 것 역시 원칙적으로 (독일과는 달리) 개인정보자기결정권에 대한 제한 내지 침해로 여겨질 수밖에 없다.<sup>41)</sup>

헌법재판소 결정, 대법원 판례, 그리고 개인정보보호법의 취지가 공개개인정보 역시 개인정보로 분류하여 이를 (개인정보자기결정권 및 개인정보보호법의) 보호 대상으로 포섭하고 있지만, 그럼에도 불구하고 ‘자발적으로 공개된 개인정보’(공개개인정보)와 ‘공개

39) 대법원 2011.9.2. 선고 2008다42430 판결, 대법원 2014.7.24. 선고 2012다49933 판결, 대법원 2015.10.15. 선고 2014다77970 판결, 대법원 2016.3.10. 선고 2012다105482 판결, 대법원 2016.8.17. 선고 2014다23508 판결, 2018.4.19. 선고 2017도14322 판결.

40) 이러한 의미에서 영미법계에서는 개인정보자기결정권을 민법상의 ‘소유권’ 형태로도 보고 있다 (박경신, 일반적으로 공개된 정보의 개인정보보호법 상의 규율 및 해외 입법례, 법학논집 제38권 제2호, 2018, 4-5면).

41) 김민중, 공개된 사진, 성명, 성별, 출생연도, 직업, 직장, 학력, 경력 등을 동의 없이 수집·제공한 행위에 대한 책임: 대법원 2016.8.17. 선고 2014다235080 판결을 중심으로, 동북아법연구 제10권 제2호, 2016, 569-572면; 김판기, 개인정보자기결정권과 공개된 개인정보의 영리목적 활용, 법과정책연구 제19권 제1호, 2019, 178-179면.

되지 않은 개인정보’(비공개 개인정보)의 보호 정도 또는 헌법적 심사의 강도가 기계적으로 같을 수는 없다. 적어도 전자는 자발성의 관점에서 볼 때, 후자보다 기본권 침해에 대한 심사의 강도가 상대적으로 낮다고 판단해야 한다.<sup>42)</sup>

#### 나. 공개 형태에 따른 개인정보자기결정권 침해 여부

공개된 개인정보가 개인정보자기결정권의 보호 대상이 된다고 하더라도, 그 헌법적 보호에 대한 정당화 수준은 ‘공개 형태’에 따라서 분명 달라져야 할 것이다. 좀 더 세부적으로 보면, ① (수집 포함) 사후 활용 등에 대한 아무런 제한이 없음을 명시적으로 표시하여 공개한 형태, ② 사후 활용 등에 대한 제한을 명시적으로 표시하여 공개한 형태, ③ 사후 활용 등에 대한 명시적 표시 없이 공개한 형태, 크게 세 가지 형태로 구분될 수 있다.<sup>43)</sup> 여기서, 명시적으로 (사후 활용에 대하여) 아무런 제한 없음을 표시된 경우는 응당 정보 주체의 사용 동의가 있는 것으로 추론되며, 반면 제한에 대한 명시적 표시가 있는 경우에는 그러한 제한 범위 내에서는 동의가 없는 것으로 생각해야 한다.

문제는 온라인상의 공개개인정보는 사후 활용 등에 대한 명시적 표시 없이 공개된 형태가 대부분이라는 점인데, 이럴 때 대법원 판례는 “정보 주체의 동의가 있었다고 객관적으로 판단되는 범위 내”에서 별도의 동의가 없어도 공개개인정보의 활용이 가능하다는 견해를 취하고 있다. 구체적으로 정보 주체의 동의가 있었는지는 “공개된 개인정보의 특성<sup>44)</sup>, 공개 방식과 대상 범위, 정보처리자가 제공한 정보처리 형태, 그리고 정보제공

42) 홍진영, 개인정보자기결정권과 개인정보처리의 자유 충돌의 사법적 해결, 민사판례연구 제35호, 2013, 733면; 박원규, SNS 등 인터넷 공개정보 수집 및 활용에 관한 연구: 국가기관의 공공 안전 영역에서의 정보활동을 중심으로, 경찰법연구 제20권 제3호, 2022, 204면; 김현경, 공개된 개인정보의 법적 취급에 대한 검토: AI학습용 데이터로서 활용방안을 중심으로, 미국헌법연구 제34권 제1호, 2023, 175면; 이권일, 지능정보사회에서 개인정보자기결정권이 보호하고자 하는 헌법적 가치, 공법연구 제51권 제3호, 2023, 245면. 참고로, 우리나라에서는 독일과 달리 온라인 수색에 관한 입법도 이루어지지 않았고, IT 기본권에 관해서는 현재 학문적 논의만이 있을 뿐이다. 향후 IT 기본권 침해에 대한 법률적 논의가 본격적으로 이루어진다면, 그때는 우리나라 헌법재판소나 대법원에서도 (독일과 동일하게) 개인정보와 공개개인정보의 보호범위나 강도를 달리하는 해석을 내놓을 것으로 조심스럽게 예상해본다.

43) 김민중, 공개된 사진, 성명, 성별, 출생연도, 직업, 직장, 학력, 경력 등을 동의 없이 수집·제공한 행위에 대한 책임: 대법원 2016.8.17. 선고 2014다235080 판결을 중심으로, 동북아법연구 제10권 제2호, 2016, 579면.

44) 가령, 공개된 개인정보가 사상이나 신념 등에 관한 ‘민감정보’라고 한다면, 원칙적으로 사회

으로 인해 공개 대상 범위가 원래와 다르게 변했는지, 그리고 정보제공이 정보 주체의 원래 공개 목적과 상당한 관련성이 있는지 등의 요소”를 객관적·종합적으로 고려, 결정해야 한다고 판시하고 있다.<sup>45)</sup> 참고로, 이러한 논의는 개인정보보호법 제15조 제1호 제1항 “정보주체의 동의를 받은 경우”의 해석과 관련되어 있는데, 이에 대해서는 다시 설명하기로 한다.

그런데, 동의가 없었다고 추단된다고 하더라도 공개개인정보에 대한 활용이 무조건 금지되는 것도 아니다. 대법원 판례는 개인정보 활용행위로 얻을 수 있는 이익과 그리고 이러한 활용에서 오는 개인정보자기결정권의 침해가 충돌하는 경우, 이때는 정보 주체가 공적인 인물인지, 그러한 공개개인정보가 공적 관심 사항인지, 그러한 정보의 목적이나 절차, 이용 형태가 상당한지, 그러한 개인정보의 필요성이 있는지, 개인정보 활용으로 침해되는 이익의 성질 및 내용 등을 객관적·종합적으로 고려해야 한다고 판시하고 있다.<sup>46)</sup> 결국, 개인의 인격권 침해와 이러한 공개개인정보를 활용했을 때의 이익을 구체적으로 비교衡量하고 그런데도 공개개인정보 활용에 대한 이익이 침해되는 이익보다 우월하다고 인정된다면, 이때는 (동의가 없어도) 공개개인정보 활용에 대한 위법성이 조각될 수 있다.<sup>47)</sup>

헌법재판소와 대법원 판례는 공개개인정보의 수집 등 활용까지 개인정보자기결정권에 대한 침해로 간주하므로, 그렇다면 헌법 제37조 제2항에 따라서 이러한 공개개인정보 및 수집 및 활용 등에 대한 ‘법적 근거’(Ermächtigungsgrundlage)가 존재하는지 그 여

통념상의 동의가 없다고 해석해야 한다.

45) 대법원 2016.8.17. 선고 2014다235080 판결. 참고로, 이러한 동의 추단과 관련하여 (2021.8.30. 페이지) 표준 개인정보 보호지침 제6조 제4항에서는 “홈페이지의 성격, 게시물 내용 등에 비추어 사회 통념상 동의 의사가 있었다고 인정되면, 해당 정보 주체의 개인정보는 동의 없이 수집·이용할 수 있다.”라고 규정하고 있었다. 이를 종합한다면, 사회 통념상의 동의 의사는 “공개된 개인정보의 성격, 공개 형태와 대상 범위 그리고 이로부터 미루어 판단되는 정보 주체의 공개 의도 또는 목적 등과 상당한 관련성이 있는지 등을 종합하여” 판단할 수 있다는 의미이다. 여기서 “목적 등과 상당한 관련성이 있는지”는 바로 ‘목적구속성의 원칙’을 반영한 것이며, 이러한 목적구속성의 원칙은 실정법인 개인정보보호법 제3조 제1항, “개인정보의 처리 목적을 명확하게 하여야 하고 그 목적에 필요한 범위”에 기이 반영되어 있다. 다시 설명하기로 한다.

46) 대법원 2011.9.2. 선고 2008다42430 판결.

47) 김민중, 공개된 사진, 성명, 성별, 출생연도, 직업, 직장, 학력, 경력 등을 동의 없이 수집·제공한 행위에 대한 책임: 대법원 2016.8.17. 선고 2014다235080 판결을 중심으로, 동북아법연구 제10권 제2호, 2016, 578면.

부를 확인해야 한다. 아래에서는 개인정보 수집 및 이용 등 활용에 관한 법률적 근거를 담고 있는 ‘개인정보보호법’을 바탕으로 온라인상의 공개개인정보 수집에 대한 법적 근거를 살펴보고, 그다음 각각의 개별 유형별로 온라인 공개개인정보 수집 등이 어느 정도로 허용될 수 있는지 검토해보기로 한다.

#### IV. 온라인 공개개인정보 활용에 관한 개별 법률 검토

개인정보보호법 제3조 제1항에서는 “개인정보의 처리 목적을 명확하게 하여야 하고 그 목적에 필요한 범위에서”라고 규정함으로써, ‘목적구속성의 원칙’(Grundsatzes der Zweckbindung der Daten)을 천명하고 있다. 이러한 이유로, 경찰 등에 의한 온라인상 공개개인정보 수집 등은 그 목적 달성에 필요한 범위 내에서 이루어져야 한다. 또한 수집된 공개개인정보 내에 기술적인 이유 등으로 부득이하게 수집 등의 목적과 관련성이 없는 개인정보가 포함되어 있다면, 이러한 개인정보에 대한 ‘사후적 비식별화 조치’가 취해져야 할 것이다.

본 파트에서는 ① 목적구속성의 원칙, ② (불필요하거나 관련성이 없는 공개개인정보가 부득이하게 수집되었을 때 있어서) 사후적 비식별화 조치의 필요성을 전제하면서, “온라인상에 공개된 개인정보(공개개인정보)를 경찰이 직접 수집 등 활용하는 상황”에만 초점을 두고자 한다. 서론에서 언급되었지만, 경찰청의 온라인 공개개인정보 수집 및 이용 등 활용에 관해서는 우선 개인정보보호법 제15조 제1항의 각호가 적용될 수 있다.

##### 1. 개인정보보호법 제15조 제1항 각호에 대한 검토

(‘개인정보처리자’에 해당함을 전제로) 경찰이 온라인 공개개인정보를 수집 등 활용함에 있어서는 개인정보보호법 제15조 제1항 각호 중에서, ① 정보 주체의 동의를 받은 경우(제1호), ② 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우(제2호), ③ 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관업무의 수행을 위하여 불가피한 경우(제3호), ④ 명백히 정보 주체 또는 제3자의 급박한 생명·신체·재산의 이익을 위하여

필요하다고 인정되는 경우(제5호), ⑤ 공중위생 등 공공의 안전과 안녕을 위하여 긴급히 필요한 경우(제7호), 총 5가지 조항에 대한 적용(위반) 여부를 검토해야 한다.<sup>48)</sup>

### 가. 제1호: 정보 주체의 동의를 받은 경우

앞서 설명되었지만, ‘활용 결과’라는 측면에서는 경찰의 온라인상 공개개인정보 활용의 유형은 침익적 정보수집과 수익적 정보수집으로 구분될 수 있었다. 먼저 수익적 정보수집의 경우는 공개된 개인정보가 정보 주체에게 수익적 결과를 가져다주고 아울러 목적 달성을 위한 자발적인 공개의 상당성이 존재하므로, 이는 현재 결정 및 대법원 판례에서 말하는 “정보 주체의 동의가 있었다고 객관적으로 판단되는 범위 내”(또는 사회 통념상의 동의 의사의 존재)에 있다고 할 수 있다. 그러나 만약 사후 활용 등에 제한을 명시적으로 표시하여 공개했다면, 이때는 비록 정보 주체에게 수익적 결과가 발생한다고 하더라도 (정보 주체의 의사를 존중하여) 부동의를 존재하는 것으로 해석해야 한다.

이와 대조적으로, 침익적 정보수집의 경우는 정보 주체의 권리나 이익 등을 박탈하는 결과를 가져오므로, 사후 활용 등에 대한 아무런 제한이 없음을 명시적으로 표시하여 공개하지 않는 한, 이때는 정보 주체의 동의가 없었다고 판단해야 한다. 더불어, ‘민감정보’의 경우는 사후 활용에 대한 표시가 명시적이지 않다면, 일단 동의가 없는 것으로 봐야 한다.

### 나. 제2호: 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우

침익적 공개개인정보 수집 또는 (제3자에 의한 타인의 개인정보 공개 등과 같이) 동의가 추단되지 않는 공개개인정보 수집의 경우 그다음으로, 제2호의 적용 및 위배 여부를 검토해야 한다. 제2호는 ① “법률에 특별한 규정이 있거나” 또는 ② “법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우”라고 규정하고 있다. 여기서 법률은 입법기관에서 만든 현

48) 개인정보보호법 제15조 제1항 제5호 및 제7호는 2023년 3월 14일 신설 및 개정되었다. 다만, 제7호는 개정 전에는 개인정보보호법 제58조 제1항 제3호에 규정되어 있었다. 조문의 위치만 바뀐 것이다.

법 제37조 제2항의 ‘법률’을 의미하며, 이러한 법률에는 위임근거가 있는 시행령이나 시행규칙도 포함된다.<sup>49)</sup> 즉, (개인정보보호법 외 다른) 법률에서 동의없는 개인정보 수집이 가능하도록 구체적인 수권규정이 마련되었다면, 공개개인정보의 수집이 충분히 가능한 것이다.

### 1) 법률에 특별한 규정이 있는 경우

#### 가) 행정경찰 영역: 경찰관직무집행법 제8조의2

개정 이전 ‘국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률’(이하 ‘경찰법’) 및 ‘경찰관직무집행법’(이하 ‘경직법’)에서는 ‘치안정보의 수집·작성 및 배포’를 경찰의 ‘직무’로서만 규정하고 있었다. 권한규범이 아닌 이러한 직무 규정은 (동의없는) 온라인상의 공개개인정보 수집에 대한 (2008년 온라인수색 판결에서 지칭하는) ‘법적 근거’(Ermächtigungsgrundlage)로 인용하기에는 그 한계가 명확히 존재하였다.<sup>50)</sup>

하지만, 현재의 경찰법(제3조) 및 경직법(제2조)에서 ‘치안정보’라는 단어는 삭제되어 있으며 그 대신, ‘공공안녕에 대한 위협의 예방과 대응을 위한 정보의 수집·작성 및 배포’라는 좀 더 구체화된 직무규정이 신설된 상태이다. 특히, 이러한 정보수집 직무와 관련하여 2020년 12월 22일 ‘경직법 제8조의2’ 조항이 입법되었는데, 경찰관은 범죄·재난·공공갈등 등 공공안녕에 대한 위협예방 및 대응을 위한 필요 정보를 수집·작성·배포할 수 있고 나아가 이에 수반되는 사실을 확인할 수 있도록, 그 ‘권한’에 관한 ‘일반적 수권조항’(Generalklausel)이 마련되어 있다.<sup>51)</sup> 경찰의 정보수집 등에 관한 이러한 일반적 수권조항은 위협 예방을 위해서도 활용될 수 있으므로, 무엇보다도 행정경찰 영역 중 ‘위험사전대비’(Gefahrenvorsorge) 단계에서의 정보수집도 가능케 해주었다는 평가를 받고 있다.<sup>52)</sup>

49) 개인정보보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설, 서울: 개인정보보호위원회, 2020, 87-88면.

50) 홍지은·이동희, 개인정보를 이용한 인공지능 알고리즘과 범죄 수사: ‘AI 수사관’에 대한 「개인정보보호법」 위반 결정을 중심으로, 형사정책 제34권 제2호, 2022, 59면.

51) 김형훈, 경찰법상 위협개념의 구분과 기능: 경직법 제8조의2 신설을 계기로, 법학논문집 제45권 제1호, 2021, 144면; 손재영, 경직법 제8조의2 제1항에 따른 위협예방을 위한 정보수집의 헌법적 한계, 법학논고 제73호, 2021, 211면.

이렇게 수집 및 작성되는 정보의 구체적인 범위와 처리기준 등은 (법률상 위임규정에 따라) 시행령인 ‘경찰관의 정보수집 및 처리 등에 관한 규정’에 마련되어 있다. 동 시행령 제2조 제1항은 (개인정보보호법 제3조 제1항과 동일하게) 소위 ‘목적구속성의 원칙’을 천명하고 있는 것으로서, 정보수집 및 처리 등의 목적은 국민의 자유와 권리를 보호하되 필요 최소한의 범위에 그쳐야 한다고 규정하고 있다. 동조 제2항은 목적구속성의 원칙에 어긋나는 예시조항을 규정한 것으로 생각할 수 있다. 나아가, 위 시행령 제3조에 서는 경찰이 처리할 수 있는 구체적인 정보의 범위를 아래와 같이 규정하고 있다.

- 제1호: 범죄예방 및 대응에 필요한 정보
- 제2호: ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제126조의2 또는 ‘보호관찰 등에 관한 법률’ 제55조의3에 따라 통보되는 정보의 대상자인 수형자·가석방자의 재범방지 및 피해자의 보호에 필요한 정보
- 제3호: 국가중요시설의 안전 및 주요 인사의 보호에 필요한 정보
- 제4호: 방첩·대테러활동 등 국가안전을 위한 활동에 필요한 정보
- 제5호: 재난·안전사고 등으로부터 국민안전을 확보하기 위한 정보
- 집회·시위 등으로 인한 공공갈등과 다중운집에 따른 질서 및 안전 유지에 필요한 정보
- 국민의 생명·신체·재산의 보호와 공공안녕에 대한 위협의 예방과 대응을 위한 정책에 관한 정보. 다만 이와 직접적, 구체적 관련이 없는 사생활, 신조 등에 관한 정보는 포함되지 않는다.<sup>53)</sup>
- 도로 교통의 위해(危害) 방지·제거 및 원활한 소통 확보를 위한 정보
- ‘보안업무규정’ 제45조 제1항에 따라 경찰청장이 위탁받은 신원조사 또는 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’ 제2조 제3호에 따른 공공기관의 장이 법령에 근거하여 요청한 사실의 확인을 위한 정보
- 그 밖에 제1호부터 제9호까지에서 규정한 사항에 준하는 정보

52) 손재영, 경직법 제8조의2 제1항에 따른 위협예방을 위한 정보수집의 헌법적 한계, 법학논고 제73호, 2021, 216면.

53) 이는 ‘민감정보’에 해당하므로, 공개개인정보라 하더라도 일단 정보 주체의 동의가 없다고 간주해야 한다.

경직법 제8조의2 및 시행령 제3조 등은 동호에서 의미하는 ‘법률상의 특별한 규정’이 될 수 있는바, 그 이유는 공개개인정보 수집 등 활용에 대한 수권 규범으로서 경직법 제8조의2와 같은 개괄적 수권조항을 원용하는 것이 원론적으로 금지되어 있지 않기 때문이다.<sup>54)</sup> 이는 헌법재판소의 일관된 견해이기도 하나, 다만 이러한 조항을 법적 근거로 활용함에 있어서는 일정한 한계가 존재한다. 이러한 한계에는 ① ‘기본권에 대한 중대한 침해가 존재하는 경우’, ② ‘수집 목적과는 다른 목적으로 정보를 활용하려는 경우’가 존재하는바, 첫 번째로 기본권에 대한 중대한 침해 또는 제한인지 여부는 무엇보다도, 경찰이 개인정보를 ‘공개적으로 수집하는지 또는 은밀히 수집하는지’가(정보수집의 공개성) 가장 중요한 판단 근거가 된다.<sup>55)</sup>

현행 법률 체계 아래에서 ‘공개개인정보’와 ‘비공개 개인정보’라는 법익은 동일하게 개인정보자기결정권의 보호 대상인 것은 부인할 수 없는 사실이나, 그렇다고 해서 헌법적 보호의 강도가 모두 동일한 것은 아니다. 본 연구의 대상은 바로 일반적으로 접근할 수 있는 개인정보 또는 자발적으로 온라인상에 공개한 개인정보이므로 이는 (비공개 개인정보에 비하여) 기본권 침해의 정도가 상대적으로 낮은 정보에 해당한다.<sup>56)</sup>

두 번째, ‘수집 목적과 다른 목적으로 정보를 활용하려는 상황’은 목적구속성의 원칙과 긴밀히 관련되어 있다. 따라서, 공개개인정보를 시행령 제3조에 규정된 ‘목적’으로만

54) 손재영, 경직법 제8조의2 제1항에 따른 위협예방을 위한 정보수집의 헌법적 한계, 법학논고 제73호, 2021, 226면 이하.

55) 일반적 수권조항을 가지고 권력적 처분행위를 하려면 ‘구체적 위협’이 전제되어야 한다(구형근, 독일경찰법상 예방경찰적 정보수집활동의 통제법리에 관한 고찰, 토지공법연구 제69집, 2015, 349면). 공개개인정보 수집 등 활용이 기본권 침해 해당성이 낮다면 이러한 행위는 권력적 처분 행위라고 볼 수 없고, 그렇다면 구체적 위협이 전제될 필요성이 없다.

56) 이러한 이유로, (본 연구의 주된 연구범위는 아니지만) 경찰은 ‘다른 행정관청’이 수집·보유하고 있는 ‘비공개 개인정보’ 등에 대해서는 경직법 제8조의2와 같은 일반적 수권조항을 원용하여 정보제공 등을 요구할 수는 없다. 이때는 (헌법적 보호의 강도가 더 높아지므로) 원칙적으로 압수수색영장을 통한 강제처분 형태로 비공개 개인정보를 수집해야 한다. 또한 제3자가 보유하고 있는 비공개 개인정보를 요청함에 있어서는 개인정보보호법 제18조 제2항에 따라, “정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때”가 아닌 상황에서만 (비례성 원칙을 검토한 후) 이러한 비공개 개인정보의 제공을 요청할 수 있고, 기타 상황에서는 원칙적으로 법관이 발부한 영장을 통한 강제수사 형태로 비공개 개인정보를 획득해야 한다. 위협방지 목적의 행정경찰 활동에 있어서 정말 긴급성이 있어서 비공개 개인정보를 직접 수집하여 활용하고자 한다면, 법리적인 관점에서는 동 제1호가 아닌, (뒤에서 설명될) 제2호 내지 제7호의 규정 등으로 해결하는 것이 타당하다.

엄격히 수집하고 활용한다면, 이는 목적구속성 원칙에 부합되므로 공개개인정보 수집 등 활용에 있어서 문제가 없다.

정리하자면, 경찰은 경직법 시행령에 정해진 목적대로만 (‘위험사건대비단계’ 포함한 행정경찰 영역에서 임의적으로만) 온라인상의 공개개인정보를 수집·활용한다면, 이때는 경직법 제8조의2가 이러한 활용에 대한 일반적 수권 규범으로서 충분히 원용될 수 있다. 물론 이러한 공개개인정보 수집 활용은 공개개인정보 수집으로 얻는 공익과 정보 주체에 대한 법익침해를 객관적으로 비교 형량한 후 전자에 대한 우월성을 요구한다.

#### 나) 사법경찰 영역: 형사소송법 제199조 제1항

경직법 제8조의2 및 시행령 제3조에는 ‘범죄의 대응’의 규정이 있으므로, 원칙적으로 사법경찰 영역에서의 정보수집 활동에 관한 수권조항도 될 수 있는데, (위 경직법 제8조의2 외) 형사소송법에서도 (사법경찰 영역에서의 정보수집에 관한) 또 다른 수권 규범을 찾을 수 있다.<sup>57)</sup> 이는 형사소송법 제199조 제1항으로서, 동 조항은 “수사 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 생각건대, 인터넷상에서 공개된 개인정보, 누구나 접근할 수 있는 개인정보를 수집하여 분석하는 것은 강제수사가 아니라, 임의수사에 해당할 것이다. 그렇다고 한다면, 이러한 임의수사 형태의 공개개인정보 수집 활동은 원칙적으로 수사 목적을 달성하기 위한 필요 한도 내에서의 조사 활동으로도 포섭될 수 있다. 다만, 이러한 임의수사 형태의 공개개인정보 수집 활동 역시 ‘수사 비례원칙’에 의한 제한을 받게 되며, 수사 목적에 비례하여 그 수단이 상당성을 지나치게 잃는 경우는 불법적인 정보수집 활동에 해당한다. 참고로 만약 ‘비공개 개인정보’를 수집한다고 한다면, 이때는 (비공개 개인정보라는 것을 고려한다면 상당성 측면에서) 원칙적으로 압수수색영장을 통하여 수집해야 한다.<sup>58)</sup>

57) 다만 앞서 언급된 중점이론에 의한다면, 사법경찰 영역에서는 응당 ‘형사법’이 우선 적용되어야 할 것이다. 다시 설명하기로 한다.

58) 본 논지와 연결되는 판례가 바로 ‘서울고등법원 2018. 8. 30. 선고 2015노1998판결(대법원 2018. 4. 19. 선고 2017도14322 전원합의체 판결 상고기각)’이라고 할 수 있다. 동 판결의 내용을 요약하자면, 트위터 회사와 그 이용자 사이에서는 이용약관 등에 의하여 개인정보 활용에 대한 포괄적 동의가 있으므로, 트위터 회사가 그러한 개인정보를 활용하는 것은 원칙적으로 정당하다고 할 수 있다. 하지만 그러한 개인정보를 수사기관에게 제공함에 있어서는 이야기가 달라지는데, 특히 이러한 개인정보가 (이에 대한 압수수색영장이 없음에도) 트위터 이용자인

## 2) 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우

법령상 의무에서 ‘법령’은 앞서 말한 ‘법률’과 달리 (법률의 위임 없는) 시행령과 시행규칙까지 포함한다.<sup>59)</sup> ‘법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우’라는 요건은 문언적으로 보면 일단 ① 법령에 따른 기속행위 형식의 ‘의무’ 존재 그리고 ② ‘불가피성’<sup>60)</sup>의 존재를 요구하고 있다. 사실 동 조항은 본 연구 논의의 대상인 온라인상 공개개인정보보다는 (사건으로) ‘비공개 개인정보’ 수집에 있어서 관련성·필요성이 있는 조항에 해당할 것이나, 다만 ‘법률에 특별한 규정이 있는 경우’에 대한 보충적 근거 규범으로서 인용될 현실적 개연성도 존재하므로 일단 간략히 살펴보기로 한다. 여기서도 행정경찰 영역과 사법경찰 영역으로 나누어 검토해보기로 한다.

### 가) 행정경찰 영역

국가경찰은 (검사나 특별사법경찰관리와 달리) 경찰법 및 경직법 직무조항 등에 의거하여, 행정경찰 영역인 위협 예방 및 방지에 관한 규범적 직무를 부여받고 있다. 그런데, 행정경찰 영역에서 경찰의 권한 등은 통상적으로 재량형식으로 규정된 이른바 (임의적인) ‘책무’(Obliegenheit) 형태로 규정되어 있으며, 이를 공공안녕의 위협 예방 및 대응을 위한 법령상 경찰이 반드시 해야 하는 (강제적인) ‘의무’(Rechtspflichten)라고 볼 수는 없다.<sup>61)</sup> ‘불가피한 경우(불가피성)’의 의미는 앞서 설명된 바와 같이, “개인정보를 수집하지 않고는 법령에서 부과하는 의무를 이행하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란한

정보 주체 본인에 대한 범죄혐의 수사 목적으로 제공된다면, 이는 이용 약관상의 목적을 벗어난 정보 활용에 해당하여 결국 정보 주체의 사회 통념상의 동의가 없는 것으로 사료된다. 위 판결은 이렇게 획득된 개인정보를 위법수집증거로 인정하여 증거능력을 배제하기에 이른다. 다만, 동 판결의 대상은 ‘공개개인정보’가 아닌, 트위터 회사가 포괄적 동의를 받고 보유하고 있는 개인정보, 즉 ‘비공개 개인정보’임을 유념해야 한다.

59) 개인정보보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설, 서울: 개인정보보호위원회, 2020, 86면.

60) 사건으로, ‘불가피한 경우’라는 개념 내에는 바로 공익의 우월성 개념이 내포되어 있다고 생각한다. 즉 불가피성이 인정되면, 정보수집으로 야기되는 개인 법익의 피해와 이러한 수집을 통하여 얻는 공익을 비교衡量한 후 후자인 공익의 우월성이 인정되어야 한다.

61) 독일 경찰법상 ‘책무’(Obliegenheit)와 ‘의무’(Rechtspflichten)에 관한 개념 구분 설명은 ‘김학경·김영식, 집시법상 경찰의 협력의무 도입방안에 관한 소고: 독일 집회법의 발전내용 중심으로. 형사정책연구 제33권 제1호, 2022, 72-73면’을 참조하길 바란다.

상황”을 의미한다.

사건으로, 행정경찰 영역에서 이러한 상황을 동시에 충족하는 전형적인 예로는 바로 ‘재량 0으로의 수축’(Ermessensschrumpfung auf Null) 상황을 생각할 수 있다. 가령 재난 현장에서 목숨을 위협받고 사람을 구조하기 위하여 그 사람의 개인정보가 필요한 상황을 상정보호자면, 이때는 대상자에 대한 법익침해 위험성이 그 한계(Schädlichkeitsgrenze)를 넘어, 생명이나 건강 등에 생명권에 ‘급박한 위협<sup>62)</sup>’이 존재하게 된다.<sup>63)</sup> 이러한 상황에서는 경찰에게 사람을 즉각적으로 구조해야 할 ‘작위의무’가 발생하고 그 사람을 구하기 위하여, 다시 말해서 작위의무 수행을 위하여 (공개개인정보는 물론) 비공개 개인정보가 필수적이라고 판단된다면, 이때는 동 조항을 원용하여 이러한 비공개 개인정보까지도 수집 등 활용할 수 있게 된다. 재량이 0으로 축소되는 상황 자체는 생명권 등에 급박한 위험이 있으므로 상황의 ‘불가피성’은 자동으로 추론된다.

다른 한편으로는, 이런 재량 0으로의 수축상황에서 (공개개인정보는 물론) 비공개 개인정보 수집은 수익적 행정행위에 해당하므로, 이때는 제15조 제1항 제1호 상의 정보주체의 동의가 객관적으로 인정되는 범위 내에 있다고도 해석될 수도 있다. 즉, 중첩적인 규정 적용이 가능한 것이다. 하지만, 재량 0으로의 수축상황에서는 그 급박성으로 인하여 탐문을 통한 공개개인정보 수집은 몰라도, (다소 느긋하게) 온라인상의 공개개인정보를 수집·활용하는 것은 현실적으로 생각하기 어려운 상황일 것이다. 참고로 여기서 오해하지 말아야 할 점은, (재량 0으로의 수축상황에서) 경찰의 ‘비공개 개인정보’ 수집이 법률적으로 가능하다고 해서 정보 주체 등 상대방에게 그러한 정보를 제공해야 할 의무가 부여된다는 의미는 아니다.

62) 앞서 설명되었듯이, ‘구체적 위험’은 가까운 시기에 공공의 안녕이나 공공의 질서에 대한 손해가 발생할 충분한 개연성이 있는 상황을 의미한다. 반면, ‘급박한 위험’은 위험 발생의 개연성이 더 구체적이고, 그 발생이 시간상으로 훨씬 더 근접해있는 상황을 뜻한다(김학경·이성용, 경찰의 메르스 자가격리 무단이탈자 위치추적에 대한 비판적 고찰, 경찰법연구 제13권 제2호, 2015, 32면; 우대식, 국민안전 확보를 위한 위치정보법의 합리적 개선방안에 관한 연구: 긴급구조를 위한 제3자 위치정보조회를 중심으로, 경찰학연구 제18권 제2호, 2018, 88-89면).

63) 김광수, 경찰개입청구권의 법리와 전망: 대법원 1998. 5. 26. 선고 98다11635 판결을 중심으로, 경찰법연구 제20권 제3호, 2022, 10면.

## 나) 사법경찰 영역

경직법 제8조의2 및 시행령 제3조에 있는 정보수집의 범위는 ‘범죄의 대응’ 부분을 제외하면, 기본적으로 위협의 예방 및 방지 목적의 행정경찰 영역에 국한되어 있다. 경직법 제8조의2를 다루고 있는 선행연구<sup>64)</sup>는 동 조항을 행정경찰 영역에서의 정보수집 활동 관점에서만 검토하고 있었다. 경직법 제8조의2 상의 ‘범죄의 대응’ 등이라는 규정만을 가지고 사법경찰 영역에서의 정보수집 수권조항으로 인용하기에는 학자들 간의 다소간의 이견이 있을 수도 있다. 따라서 가정적으로 생각하여, 만약 경직법 제8조의2가 사법경찰 영역에서 공개개인정보 수집 활동에 대한 수권규범(법령)이 되지 못한다면, 이때는 사법경찰 활동에 관한 (형사소송법 등) 다른 법률의 적용 가능성을 보충적으로 검토해야 한다.

사법경찰 영역에서의 정보수집 활동은 앞서 언급되었지만, ① ‘장래의 범죄를 위한 수사 대비 정보수집(입건전조사 단계에서의 정보수집)’ 그리고 ② ‘수사 및 공소제기 목적의 정보수집’으로 구분될 수 있다. 여기서는 논의의 편의를 위하여 후자인 수사단계에서의 정보수집부터 먼저 살펴보기로 한다. 형사소송법(형소법) 제197조 제1항을 보면, 사법경찰관에게는 ‘범죄의 혐의’가 있다고 판단되면 이때는 범인과 범죄사실 및 이를 입증하기 위한 증거까지 수사해야 할 형소법상의 ‘의무’를 부여받고 있다. 이러한 형소법 제197조 제1항의 수사 의무가 동법 제199조 제1항, “수사의 목적을 달성하기 위해서는 필요한 조사를 할 수 있다.”라는 규정과 결부된다면, 경찰은 범죄혐의를 입증하기 위한 수사 목적으로 임의수사 형태로 공개개인정보를 수집할 수 있으며, 이러한 수사 목적의 온라인 공개개인정보 수집은 ‘법령상의 의무를 준수하기 위한 행위’라고 해석해야 한다.

나아가, 여기서도 ‘불가피성’이 추가로 인정되어야 비로소 공개개인정보를 수집할 수 있는데, 불가피성에 대한 의미는 앞서 설명되었듯이, 공개개인정보 수집으로 얻는 이익과 정보 주체에 대한 법익침해를 객관적으로 비교 형량한 후 (비례성 원칙에 입각한) 균형성이 합리적으로 유지되어야 한다는 것이다. 특히, 이러한 해석에 있어서는 개인정

64) 손재영, 경직법 제8조의2 제1항에 따른 위협예방을 위한 정보수집의 헌법적 한계, 법학논고 제73호, 2021, 211-242면; 홍지은·이동희, 개인정보를 이용한 인공지능 알고리즘과 범죄 수사: AI 수사관에 대한 「개인정보보호법」 위반 결정을 중심으로, 형사정책 제34권 제2호, 2022, 43-73면.

보자기결정권의 헌법적 의미 및 개인정보보호법의 입법 취지 그리고 헌법 및 형사소송법상 수사비례원칙까지 종합적으로 고려해야 하므로, 공개개인정보 수집으로 얻는 이익과 정보 주체에 대한 법익침해를 ‘다소 엄격하게’ 비교 형량해야만 한다.<sup>65)</sup> 가령, 광범위한 온라인상의 공개개인정보 수집 활동은 기본적으로 ‘중대범죄’<sup>66)</sup> 대상으로만 이루어져야 하며, 특정 인물의 소셜 미디어에 대한 공개개인정보 수집 활동은 필요의 범위 내에서 이루어지되, 적어도 아주 ‘장기간’ 이루어져서는 안 될 것이다.

그다음으로, 사법경찰 영역에서의 ‘장래의 범죄를 위한 수사 대비 정보수집(입건전조사 단계에서의 정보수집)’에 대해서 생각해보기로 한다. 입건전조사, 즉 내사와 관련해서는 형사소송법 등 법률에는 그 수권 규범이 존재하지 않고, 오로지 (법률의 위임 없이) ‘검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정’(수사준칙) 제16조 제3항, ‘검찰사건사무규칙’ 제224조, ‘경찰수사규칙’ 제19조 등 대통령과 행정규칙에만 그 근거가 마련되어 있다. 그렇다면, 일단 입건전조사에 자체에는 ‘법령상의 근거’가 있다고 할 수 있으나, 문제는 어떠한 법령에도 입건전조사를 반드시 해야 하는 ‘의무’사항으로 규율하고 있지 않다는 점이다. 정리하자면, 입건전조사 단계에서의 정보수집 활동에는 법령상의 근거는 있지만, 법령상 (반드시 해야 할) ‘의무’는 존재하지 않는 것이다.

#### 다. 제3호: 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우

제3호에서 말하는 ‘법령 등에서 정하는 소관업무’는 기관별 직제규칙이나 개별 조직법 등에서 정하고 있는 소관 사무 외, 다른 법령에서 부여한 권한이나 직무 등을 의미한다.<sup>67)</sup> 다만, 개인정보보호위원회는 ‘법령 등에서 정하는 소관업무 수행’이라는 개념은 ‘법령상의 의무 준수’ 개념 내에 포섭되어 있다고 설명하고 있는데, 기본적으로 ‘소관업무’라는 것은 규범적 직무, 즉 ‘책무’(Obliegenheit)에 해당하고, 반면 ‘의무’(Rechtspflichten)

65) 수사비례의 원칙은 강제수사 및 임의수사에도 적용된다(김윤홍, 헌법과 관련된 수사원칙에 대한 연구, 법이론실무연구 제6권 제44호, 2018, 197면).

66) 긴급체포 규정을 인용하여, 장기 3년 이상의 범죄를 중대범죄로 제안해보고자 한다.

67) 개인정보보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설, 서울: 개인정보보호위원회, 2020, 87-88면.

라는 것은 이러한 책무를 넘어서 반드시 해야만 하는 기속행위를 의미한다. 그렇다면 오히려 반대로, (사건으로) 법령상의 의무 준수 개념이 법령 등에서 정하는 소관업무 수행 개념 내에 포함된다고 해석하는 것이 타당하리라 생각한다. 결국 법령상의 의무가 아니더라도, (개별 조직법적 규범이 아닌 작용법 등 다른) 법령에 정하는 소관업무를 수행하기 위하여 불가피한 상황에서는 온라인상 공개개인정보를 충분히 수집할 수 있는 것이다. 아래에서는 이를 다시 행정경찰과 사법경찰 영역으로 구분하여 살펴보기로 한다.

### 1) 행정경찰 영역

여기서는 구체적인 예시를 통하여, (행정경찰 영역에서의) 제2호 ‘법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우’와 제3호 ‘법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우’의 차이점을 실무적 예시를 통하여 설명해보고자 한다. 가령, 건물 내에서 테러 의심 폭발물이 실제 발견되어서 건물 내 사람들을 긴급히 대피시켜야 할 급박한 상황이 발생하였다. 이러한 대피를 위해서는 건물 내 사람들에 대한 (전화번호 등과 같은) ‘비공개 개인정보’를 수집해야 할 필요성이 있을 것이다. 테러 의심 폭발물이 실제 발견되었기 때문에 생명·신체 등에 대한 ‘급박한 위협’이 존재하고, 이때는 재량이 0으로 수축되어 경찰의 대피 조치는 작위의무로 변화하게 된다. 이러한 상황이 바로 ‘법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우’라고 봐야 한다.

하지만, 실제 폭발물은 발견되지 않고 테러 위협 신고가 들어온 상황이라면, 이때는 ‘급박한 위협’은 존재하지 않고 ‘구체적인 위협’이 존재한다고 생각할 수 있다. 구체적인 위협이 있는 상황에서는 재량이 0으로까지 수축한다고는 볼 수 없고 작위의무도 발생하지 않는다. 그렇다면, 경찰의 대피 조치는 여전히 판단여지 범위 내에 있는 재량에 속할 것이다. 이때 경찰의 판단으로 대피 조치를 하게 되고 만약 신속한 대피를 위하여 비공개 개인정보를 수집한다면, 이러한 상황은 ‘법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우’라고 판단할 수 있다.

두 요건의 구별실익은 위협 예방을 위한 행정경찰 영역에서 명시적으로 확인되고 있는데, 급박한 위협이 있어서 재량이 0으로 수축되는 상황은 (이때는 불가피성이 당연하게 추론 가능함) ‘법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우’에 해당한다. 그리고 구체적 위협이 있고 불가피한 상황이 존재하여 개인정보를 수집해야 하는 상황이라면,

이때는 ‘법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우’라고 봐야 한다. 이러한 이유로, (사건으로) 두 요건의 관계는 (경찰법적인 상황에서는) ‘상호 보충적’인 관계가 되는 것으로 판단한다.

## 2) 사법경찰 영역

사법경찰 활동에서 ‘수사’ 목적의 정보수집 활동 또한, 경찰 등의 소관업무가 분명하지만, 입건전조사(내사)가 ‘법령 등에서 정하는 소관업무’에 해당할 수 있는지는 개별적인 검토가 요구된다. 사법경찰 활동인 입건전조사 및 이를 위한 정보수집 활동은 경찰 등 수사기관의 ‘의무’라고 할 수는 없지만 수사준칙(대통령령)이나 행정규칙에 규정된 직무이기 때문에, 법령 등에서 정하는 ‘소관업무’에 당연히 속한다. 이때는 ‘불가피성’이 인정되어야만 하는데, (계속 설명되었지만) 입건전조사를 위한 정보수집 활동으로 오는 개인 법익 피해와 이로써 얻게 되는 공익을 비교형량 하여 공익의 우월성이 확보되어야 불가피성이 인정될 수 있다. 따라서 공익성의 우월성이 인정된다면 ‘공개개인정보’ 수집은 입건전조사 단계에도 원칙적으로 금지되어 있지는 않다.

참고로, ‘비공개 개인정보’의 경우는 (반복되어 설명되지만) 헌법적 보호의 강도가 더 강하다고 할 수 있으므로, ‘불가피성’에 관한 판단이나 해석이 공개개인정보보다는 상대적으로 더 엄격해야 한다. 따라서 입건전조사 단계에서 만약 (공개개인정보가 아닌) ‘비공개 개인정보’를 수집하려면 (예외적으로 긴급한 상황이 아니라면) 수사준칙 제16조에 의거 입건을 통하여 입건전조사에서 ‘수사’로 신속히 전환한 후, 압수수색영장을 통한 강제수사 형태로 비공개 개인정보를 수집하는 것이 원칙이라 할 것이다.

## 라. 기타 각호

개인정보보호법 제15조 제1항 제5호는 “명백히 정보 주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우”, 같은 항 제7호는 “공중위생 등 공공의 안전과 안녕을 위하여 긴급히 필요한 경우”라고 각각 규정하고 있다. 이러한 조항은 사법경찰 영역보다는 행정경찰 영역과 관련성이 더 많으며, (경찰의 관점에서 바라볼 때) 만약 위 제5호 또는 제7호의 상황이 발생한다면, 이는 (위에서 설명된) 제1호,

제2호 또는 제3호의 상황과 중첩되는 경우라고 판단된다. 그 근거는 가령, 제5호에 규정된 대로 “명백히 정보 주체의 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 상황”이라고 한다면, 이때는 제1호에 따라서 정보 주체의 동의가 추단된다고 볼 수 있으며, 또는 재량 0으로의 수축상황 적어도 구체적 위협이 있는 상황으로 간주할 수 있기 때문이다. 이러한 이유로, 제5호 및 제7호 관련해서는 앞에서 설명된 동일한 논리를 통하여, 온라인 공개개인정보의 수집 및 이용이 충분히 가능하다. 물론 제5호 및 제7호의 상황에서는 균형성 심사 결과, ‘공익의 우월성’이 자동으로 인정될 가능성 역시 상당하다.

## 2. 개인정보보호법 제58조 제1항 제2호에 대한 검토

서론에서도 간략히 설명되었지만, 개인정보보호법 제58조 제1항 제2호에서는 ‘국가안전보장’과 관련된 정보분석을 목적으로 개인정보를 수집하거나 (제3자에게) 개인정보 제공을 요청할 때는 개인정보보호법 제3장부터 제8장까지 諸 규정(제15조 포함)의 적용을 배제시키고 있다. 이러한 ‘개별적 수권 규정’에 따라, 정보·수사기관 등은 테러단체나 테러위협인물<sup>68)</sup> 또는 간첩 등에 대한 추적이나 색출, 국가전복 기도 방지, 국가기밀 누출 방지, 통합방위법상 통합방위작전이나 지원 등의 목적을 위해서는 ‘공개개인정보’는 물론 ‘비공개 개인정보’까지 (개인정보보호법에 대한 저촉 없이) 수집이나 이용 등과 같은 활용이 가능하다.<sup>69)</sup>

다만, 이러한 국가안전보장 목적은 헌법상 개인정보자기결정권의 의미나 개인정보보호법의 취지 등도 함께 고려되어야 하는바, 그 수집 등 활용의 목적이 국가안전보장 목적과 관련하여 ‘구체적이고 명확’할 때만 (공익의 우월성이 인정되어) 개인정보보호법

68) 참고로 테러방지법 제9조 제3항에 따르면, ‘국정원장’은 ‘테러위협인물’에 대해서는 개인정보 처리자 및 개인위치정보사업자 등에게 개인정보(‘민감정보’ 포함) 및 위치정보까지 제공 요청할 수 있도록 규정되어 있다. 그렇다면, 테러방지법 제9조 제3항은 특히 개별적 수권조항으로서, 개인정보보호법 제15조 제1항 제2호에서 말하는 ‘법률에 특별한 규정이 있는 경우’라고 볼 수 있다(홍선기·강문찬, 테러방지법상 국정원 정보수집권한에 대한 개정논의: 최근 독일 연방헌법재판소의 판결과의 비교검토, 법과정책연구 제17권 제3호, 2017, 443면).

69) 개인정보보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설, 서울: 개인정보보호위원회, 2020, 524면 및 개인정보보호위원회 결정문(의안번호: 제2019-04-044호)을 참조하길 바란다.

제3장부터 제8장까지의 諸 규정 적용이 배제되는 것으로 ‘엄격하게’ 해석해야 할 것이다. 특히, 공개개인정보보다는 비공개 개인정보의 수집이 더욱더 엄격한 강도의 해석이 요구될 것이다.

## V. 온라인 공개개인정보 활용에 관한 행위 태양별 검토

앞서 분석되었지만, 행위 태양에 따른 공개개인정보 수집 유형은 (조금 더 확대하여) ① ‘온라인 순찰’, ② 소셜 미디어 모니터링 방식 중 ‘개별적 모니터링’, ③ 소셜 미디어 모니터링 방식 중 ‘크롤링 등 AI 및 빅데이터 방법론을 활용한 모니터링 방식’, ④ ‘특정인에 대한 (소셜 미디어 포함) 인터넷 모니터링’, ⑤ ‘온라인 탐문’으로 구분될 수 있다. 이러한 방법론이 정보 주체에 대하여 ‘수익적’ 결과를 가져오는 정보수집이 된다면, 이때는 (앞서 살펴본 바와 같이) 사후 활용 제한에 대한 명시적인 의사 표시가 없는 한, 정보 주체의 사회 통념상의 동의가 있었다고 간주해야 한다.

문제는 ‘침익적’ 정보수집으로 활용될 때인데, 일단 목적구속성 원칙에 부합된다는 것을 전제로 개별적 검토를 해보기로 한다. 그런데, (앞서 강조되었지만) 아무리 누구나 접근할 수 있는 인터넷상의 공개개인정보 수집이라 하더라도, 이러한 개인정보 수집으로 얻는 공익과 정보 주체에 대한 법익침해를 객관적으로 비교 형량한 후 반드시 공익의 우월성이 입증되어야만 한다. 또한, 침익적 정보를 수집하더라도 수집된 공개개인정보에 위협이나 범죄예방 또는 대응과 관련성이 없는 (불필요한) 개인정보가 포함되어 있다면, 이는 수집 이후 분석과정에서 가명처리나 익명처리 등과 같은 (사후적) 비식별화 조치가 이루어져야 한다.

첫 번째, 위험 예방이나 방지 차원에서 (지역경찰관에 의한 순찰과 같은 형태의) ‘온라인 순찰’은 범죄나 위험 여부 등을 확인하기 위하여 온라인상에서 누구나 접근 가능한 공개정보를 단순히 둘러보는 것을 의미한다. 이러한 온라인 순찰은 기본권 침해의 강도가 낮은 방식이므로, 원칙적으로 범죄의 경중이나 기간을 불문하고 위협사전대비 단계에서부터 충분히 활용될 수 있다.

두 번째, 소셜 미디어 모니터링 중 ‘크롤링 등 AI 및 빅데이터 방법론을 통한 모니터

링 방식'은 (특정한 키워드 사용 없이 또는 합리적인 이유 없이) 광범위하게 활용한다면 또는 아주 경미한 범죄예방 목적 등으로 활용된다면 법익 간의 균형성이 상실되어 비례의 원칙에 어긋나게 된다. 따라서, 이러한 방식은 ① 행정경찰 영역에서는 (위험사전대비 단계에서부터) '상세하고 구체적인 키워드'를 가지고 공공의 안녕과 질서에 대한 위협방지 목적만으로 사용하거나, ② 사법경찰 영역에서는 (장기 3년 이상 등과 같은) '중대범죄' 수사를 위한 정보수집 목적으로 활용해야 한다. 더불어, 되도록 '민간정보'는 수집되지 않도록 프로그래밍 되어야 할 것이다.

세 번째, 소셜 미디어 모니터링 방식 중 '개별적 모니터링' 및 '특정인에 대한 (소셜 미디어 포함) 인터넷 모니터링'은 (행정경찰 영역에서) 위험사전대비 단계에서부터 활용할 수는 있으나, 가령 위협이 불명확한데도 '합리적인 이유 없이 장기간' 모니터링을 하거나 특히 경찰 직무와는 관련 없는 목적으로 모니터링을 한다면, 이때는 정보 주체에 대한 이익 침해와 실현될 수 있는 공익 간의 법익 균형성이 상실되고 동시에 특정 개인에 대한 '사찰'이라는 비판이 제기될 수 있다. 그래서 이러한 모니터링 방식은 원칙적으로 정당한 이유가 없는 한, 합법적인 직무의 목적 범위 내에서 '단기적' 또는 일정한 시간적 간격을 두고 '일회성' 형태로 이루어져야 한다. 반면 사법경찰 영역에서는 원칙적으로 '중대범죄'에 대한 혐의가 있거나 의심의 정황이 있을 때, (수사 목적의 공개개인정보 수집을 위하여) 이러한 형식의 모니터링을 사용할 수 있다.

끝으로, '온라인 탐문'은 사법경찰 영역에서 공개개인정보 수집 활용 목적으로 사용될 수 있는데, 속임수나 계략 등을 사용하여 범의를 유발하게 하는 방법이나 (신분을 밝히지 않는 소극적 방식을 넘어서) 거짓 신분을 사용하는 신분위장 방법을 사용한다면, 이때는 위법한 수사활동이 되어 획득한 정보의 증거능력은 배제된다. 온라인 탐문은 기본적으로 공개개인정보에 대한 임의수사 형태로만 사용되어야 한다. 물론 입건전조사 단계에서 범죄의 정황이나 의심이 있을 때는 범죄혐의를 확인하기 위한 목적으로 (임의적 방법을 통한) 온라인 공개개인정보 수집은 허용된다.

## VI. 결론

본 연구에서는 경찰의 온라인 공개개인정보 수집 등 활용이 헌법상 기본권인 개인정보자기결정권을 침해하는지는 여부, 나아가 개별 공법에 대한 분석, 즉 개인정보보호법 제15조 제1항 및 제58조 제1항 제2호, 경직법 제8조의2, 형사소송법 제199조 제1항 등과 같은 법률에 따라 과연 허용될 수 있는 행위인지 그에 법적 검토를 진행해보았다.

먼저, 경찰청의 온라인 공개개인정보 수집 관련한 필수 전제 사항을 다음과 같이 요약·제시하고자 한다. 우선 ‘목적구속성의 원칙’에 부합해야 한다. 다음으로, 공익과 침해되는 사익과의 균형성 심사를 통하여 ‘공익의 우월성’이 인정되어야 한다. 그리고 만약 불필요하거나 관련성이 없는 공개개인정보가 부득이하게 수집되었을 때는 이러한 공개개인정보에 대해서는 ‘사후적 비식별화 조치’가 반드시 이루어져야 한다. 그리고, 특히 사법경찰 영역에서 (공개개인정보는 해당 사항이 없으나) 만약 ‘비공개 개인정보’를 수집하고자 한다면, 이때는 원칙적으로 법관이 발부한 압수수색영장을 통하여 수집해야 한다.

특히 AI 기반 시스템을 개발하여 온라인 공개개인정보를 수집한다면, 이는 ‘크롤링 등 AI 및 빅데이터 방법론을 통한 모니터링 방식’에 해당하는데, 그 첫 번째 전제는 우선 행정경찰 영역에서는 (위협사전대비 단계에서부터) ‘상세하고 구체적인 키워드’를 가지고 공공의 안녕과 질서에 대한 위협방지 목적으로 사용해야 한다는 것이다. 두 번째, 사법경찰 영역에서는 (장기 3년 이상 등과 같은) ‘중대범죄’ 수사를 위한 정보 수집용으로 활용해야 하며, 마지막 전제는 ‘민간정보’는 수집되지 않도록 프로그래밍 되어야 한다는 것이다.

그리고, 이러한 방식을 활용한 경찰의 온라인 공개개인정보 수집의 한계는 다음과 같이 요약정리 될 수 있었다. 개인정보보호법 제15조 제1항 각호의 적용 여부를 검토해보자면, 먼저 온라인상의 공개개인정보 수집의 활용이 오히려 정보 주체의 생명, 신체, 재산 등을 보호해주거나 그 대상이 (본인 및 제3자의 생명, 신체, 재산 등의 법익침해를 막기 위한) 중대 사고나 재난위험 상황 등에 관한 정보에 해당한다면 이는 수익적 정보 수집 활동에 해당하고, 그렇다면 이때는 (사후 활용 제한에 대한 명시적 의사 표시가 없다면) 동조 제1호에 따른 정보 주체의 “동의”를 받은 것으로 생각할 수 있다. 다만 수익

적 정보수집이라 하더라도, 사후 활용 제한에 대한 명시적 의사표시가 있거나 정보 주체 이외 다른 제3자의 개인정보가 포함되어 있다면, 이때는 동의를 추단되지 않는다.

하지만 침익적인 정보수집 활동이라고 한다면 (동의를 추단되지 아니하므로), 개인정보보호법 제15조 제1항 제2호의 적용 여부를 검토해야 한다. 제2호는 ① ‘법률에 특별한 규정이 있거나’ 또는 ② ‘법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우’라고 구분된다. 일반적 수권조항으로서의 경직법 제8조의2 및 동 시행령 제3조 그리고 형사소송법 제199조 제1항이 행정경찰 영역 및 사법경찰 영역에서 (제2호에서 말하는 ‘법률’에 해당하므로) 온라인 공개개인정보 수집에 대한 각각의 “법률적 근거”가 될 수 있다. 특히, 경직법 제8조의2는 시행령 제3조와 결합하여, (행정경찰 영역에서) 위협사전대비 단계에서부터 공개개인정보 수집을 가능케 하는 수권조항으로 인정받을 수 있다. 그런데, 행정경찰 영역에서 재량이 0으로 수축되는 상황이 발생한다면 경찰에게는 작위의무가 발생하게 되는데, 이때는 자동으로 그러한 (비공개 개인정보 포함) 공개개인정보 수집의 불가피성이 인정된다고 보인다. 즉, 제2호에서 말하는 “법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우”가 적용될 수 있다. 사법경찰 영역에서의 수사도 형사소송법 제199조 제2항에 의거 법령상 의무에 해당하므로 법익 간의 균형성 심사를 통하여 공익의 우월성이 인정된다면, 이때는 불가피성이 인정되어 수사 목적을 위한 공개개인정보 수집이 가능하다. 참고로, 사법경찰 영역에서 ‘비공개 개인정보’ 수집은 (상당성 측면에서) 압수수색영장을 통하여 진행되는 것이 그 원칙이라 할 것이다.

나아가, 구체적 위협을 예방하거나 이러한 위협에 대한 대응 등을 위해서는 제3호 “공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우”를 활용할 수 있다. 행정경찰 영역에서 위협 예방 및 방지 활동은 물론 사법경찰 영역에서의 (수사 포함) ‘입건전조사’도 (법령상 의무는 아니지만) “법령 등에서 정하는 소관업무”에 해당하므로 법익 간의 균형성 심사를 통하여 공익이 우월하다고 판단된다면, 이러한 상황에서는 불가피성이 인정되어 온라인 공개개인정보의 수집이 가능하다.

기타 개인정보보호법 제15조 제1항 제5호 및 제7호는 (같은 항) 제2호 및 제3호와 중첩되는 부분이므로 앞에서 설명된 법리가 그대로 적용된다. 요건 자체에서 불가피성이 인정되어 공익의 우월성이 인정되므로, (행정경찰 영역에서 위협 예방 및 방지를 위한 목적으로) 온라인 공개개인정보의 수집이 가능하다.

그리고, 경찰이 만약 테러단체나 테러위험인물 또는 간첩 등에 대한 추적이나 색출, 국가전복 기도 방지, 국가기밀 누출 방지, 통합방위법상 통합방위작전이나 지원 등과 같은 ‘국가안전보장’ 목적을 위해서 온라인 공개개인정보를 수집한다고 한다면, 이때는 개인정보보호법 제58조 제1항 제2호 또한 그 법적 근거가 될 수 있다. 다만 이때는 수집이나 이용 등 활용의 목적이 국가안전보장 목적과 관련하여 ‘구체적이고 명확’할 때만 공익의 우월성이 인정되어 동 조항의 적용이 가능할 것이다.

정보화 및 초연결성으로 대변되는 현대사회에서 소통과 연결의 핵심 수단은 ‘인터넷’인데, 문제는 이러한 인터넷이 정보 출처의 바다이기도 하지만 동시에 범죄장소 내지 범죄수단(예) 다크웹)으로서도 심각하게 악용되고 있다는 사실이다.<sup>70)</sup> 이러한 상황에서 경찰은 범죄예방 및 수사 활동뿐만 아니라 공공의 안녕에 대한 위험을 방지하고 예방할 책무/의무를 부여받고 있는데, 이러한 정보화 및 초연결사회에서 온라인 공개개인정보의 수집 등 활용은 더는 회피될 수 없는 필수적 경찰 활동 영역에 해당한다. 끝으로, 본 연구에서 제시된 법리 및 한계에 대한 검토가 향후 경찰의 온라인 공개개인정보 수집 활동에 대한 바람직한 방향성을 제시해줄 것을 기대하면서 글을 마치고자 한다.

70) 최근 온라인상에 ‘살인 예고 글’이 유행처럼 등장하고 있는바, 이는 온라인 공개개인정보 수집 및 활용의 필요성을 단적으로 보여준다.

## 참고문헌

### 1. 국내문헌

- 개인정보보호위원회, 2022 개인정보 보호법 표준 해석례, 서울: 개인정보보호위원회, 2022.
- \_\_\_\_\_, 2023 개인정보 보호법 표준 해석례, 서울: 개인정보보호위원회, 2023.
- \_\_\_\_\_, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설, 서울: 개인정보보호위원회, 2020.
- \_\_\_\_\_, 사례 중심 개인정보 보호법령 해석 실무교재, 서울: 개인정보보호위원회, 2021.
- 구형근, 독일경찰법상 예방경찰적 정보수집활동의 통제법리에 관한 고찰. 토지공법연구 제69집, 2015, 329-356면.
- 권양섭·홍태석, 범죄 수사 과정에서 사이버 공개정보 임의수집에 관한 고찰, 디지털포렌식연구 제16권 제3호, 2022, 143-156면.
- 김광수, 경찰개입청구권의 법리와 전망: 대법원 1998. 5. 26. 선고 98다11635 판결을 중심으로, 경찰법연구 제20권 제3호, 2022, 1-29면.
- 김명연, 경찰법상 개인관련정보의 보호에 관한 법리, 토지공법연구 제25집, 2005, 241-265면.
- 김민중, 공개된 사진, 성명, 성별, 출생연도, 직업, 직장, 학력, 경력 등을 동의 없이 수집·제공한 행위에 대한 책임: 대법원 2016.8.17. 선고 2014다235080 판결을 중심으로, 동북아법연구 제10권 제2호, 2016, 553-597면.
- 김성태, 정보활동에 관한 경찰관 직무집행법 개선 방안. 경찰학연구 제20권 제4호, 2022, 69-104면.
- 김연태, 치안정보의 효율적 관리방안에 대한 연구, 용인: 치안정책연구소, 2000.
- 김윤홍, 헌법과 관련된 수사원칙에 대한 연구, 법이론실무연구 제6권 제44호, 2018, 185-213면.
- 김일환, 초연결사회에서 개인정보보호법제 정비방안에 관한 연구, 성균관법학 제29권 제3호, 2017, 35-74면.
- 김판기, 개인정보자기결정권과 공개된 개인정보의 영리목적 활용, 법과정책연구 제19권 제1호, 2019, 171-194면.

- 김학경·김영식, 집시법상 경찰의 ‘협력의무’ 도입방안에 관한 소고: 독일 집회법의 발전 내용 중심으로. 형사정책연구 제33권 제1호, 2022, 67-100면.
- 김학경·이성용, 경찰의 메르스 자가격리 무단이탈자 위치추적에 대한 비판적 고찰. 경찰법연구 제13권 제2호, 2015, 25-49면.
- 김현경, 공개된 개인정보의 법적 취급에 대한 검토: AI학습용 데이터로서 활용방안을 중심으로. 미국헌법연구 제34권 제1호, 2023, 157-192면.
- 김형훈, 경찰법상 위협 개념의 구분과 기능: 경직법 제8조의2 신설을 계기로, 법학논문집 제45권 제1호, 2021, 119-154면.
- 김호기, 개인정보 보호법제의 비범죄화 주장에 대한 검토: 독일 헌법의 일반적 인격권에 대한 보호와 미국 헌법의 프라이버시권에 대한 보호의 비교를 겸하여, 경찰법연구 제17권 제3호, 2018, 103-135면.
- 문경환·이창무, 경찰정보학(제2판), 서울: 박영사, 2014.
- 박경신, 일반적으로 공개된 정보의 개인정보보호법 상의 규율 및 해외 입법례, 법학논집 제38권 제2호, 2018, 1-25면.
- 박광현, 내사의 허용범위와 개선방안, 형사법연구 제32권 제2호, 2020, 205-223면.
- 박민지·서정범, 사물인터넷을 활용한 경찰활동에 관한 연구: 그 현황과 허용성에 관한 논의를 중심으로, 경찰학연구 제19권 제3호, 2019, 91-122면.
- 박병욱·황문규, 위협예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적·수단상 몇가지 차이점: 경찰의 활동을 중심으로, 형사정책연구 제23권 제3호, 2012, 199-231면.
- 박원규, SNS 등 인터넷 공개정보 수집 및 활용에 관한 연구: 국가기관의 공공안전 영역에서의 정보활동을 중심으로, 경찰법연구 제20권 제3호, 2022, 187-217면.
- 박희영, 독일 연방헌법재판소의 ‘정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권’, 선진상사법률연구 통권 제45호, 2009, 92-123면.
- 서정범, 행정경찰에의 초대: 경찰작용의 Paradigm Shift, 경찰학연구 제12권 제4호, 2012, 193-210면.
- 성봉근, 사이버상의 안전과 보호에 대한 독일의 입법동향과 시사점, 법과정책연구 제17권 제1호, 2017, 93-138면.

- 손재영, 경직법 제8조의2 제1항에 따른 위협예방을 위한 정보수집의 헌법적 한계, 법학논고 제73호, 2021, 211-242면.
- \_\_\_\_\_, 경찰의 사전대비활동, 공법학연구 제11권 제2호, 2010, 289-312면.
- \_\_\_\_\_, 이중적 기능을 지닌 경찰작용에 대한 권리구제, 경찰법연구 제13권 제1호, 2015, 3-24면.
- 우대식, 국민안전 확보를 위한 위치정보법의 합리적 개선방안에 관한 연구: 긴급구조를 위한 제3자 위치정보조회를 중심으로, 경찰학연구 제18권 제2호, 2018, 71-96면.
- 윤해성·전현욱·양천수·김봉수·김기범 외, 범죄 빅데이터를 활용한 범죄예방시스템 구축을 위한 예비연구(I), 서울: 한국형사정책연구원, 2014.
- 이권일, 일반에게 공개된 개인정보의 보호와 활용, 법학논고 제68집, 2020, 1-35면.
- \_\_\_\_\_, 지능정보사회에서 개인정보자기결정권이 보호하고자 하는 헌법적 가치, 공법연구 제51권 제3호, 2023, 225-250면.
- 이성용, 정보의 자기결정권에 따른 경찰상 정보보호의 입법원리, 치안정책연구 제27권 제2호, 2013, 1-35면.
- 이완희·윤민우·박준석, 인터넷 시대의 정보활동: OSINT의 이해와 적용사례분석, 시큐리티연구 통권 제34호, 2013, 259-278면.
- 홍선기·강문찬, 테러방지법상 국정원 정보수집권한에 대한 개정논의: 최근 독일 연방헌법재판소의 판결과의 비교검토, 법과정책연구 제17권 제3호, 2017, 439-464면.
- 홍지은·이동희, 개인정보를 이용한 인공지능 알고리즘과 범죄 수사: AI 수사관에 대한 「개인정보보호법」 위반 결정을 중심으로, 형사정책 제34권 제2호, 2022, 43-73면.
- 홍진영, 개인정보자기결정권과 개인정보처리의 자유 충돌의 사법적 해결, 민사판례연구 제35호, 2013, 733-784면.

## 2. 구미문헌

Evangelista, J. R. G., Sassi, R. J., Romero, M., & Napolitano, D., Systematic literature review to investigate the application of open source intelligence

(OSINT) with artificial intelligence, *Journal of Applied Security Research* 16(3), 2021, pp.345-369.

Glassman, M., & Kang, M. J., *Intelligence in the internet age: The emergence and evolution of Open Source Intelligence (OSINT)*. *Computers in Human Behavior*, 28(2), 2012, pp.673-682.

Polizei Berlin, *Kriminalität in Berlin 2020-Polizeiliche Kriminalstatistik und ergänzende Informationen*, Berlin: Polizei Berlin, 2021.

US Department of the Army, *Open-Source Intelligence*, US: US Department of the Army, 2012.

### 3. 기타

연합뉴스 TV, ‘신림 살인예고’ 20대 송치...7번째 글도 수사, <https://m.yonhapnewstv.co.kr/news/MYH20230802013400641>, 검색일자: 2023년 8월 4일.

YTN, 서현역 사건 이후 온라인에 ‘살인 예고 글’ 잇따라...경찰 수사 [https://www.ytn.co.kr/\\_ln/0103\\_202308040840013147](https://www.ytn.co.kr/_ln/0103_202308040840013147), 검색일자: 2023년 8월 4일.

Bundesverfassungsgericht, *Leitsätze - zum Urteil des Ersten Senats vom 27. Februar 2008*, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080227\\_1bvr037007.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080227_1bvr037007.html), 검색일자: 2023년 7월 31일.

## Legal Review of the Korean Police's Use of Publicly Available Online Personal Information

Kim, Hakkyong\*

The internet has become an essential tool for communication and connection. However, a significant problem arises as this convenience is increasingly exploited, fostering the emergence of new risks and crimes in the online environment. Police, tasked with crime prevention, investigation, and public safety, face a complex situation in this era of digitalization. The collection and utilization of publicly available online personal information by the police fall within the unavoidable scope of their activities in hyper-connected societies. However, if the legal limits regarding such data collection are not clearly defined, concerns may arise regarding a perceived increase in unnecessary state surveillance. With this in mind, this study presents a hypothetical scenario where the Korean police develop an AI-based system for collecting and analyzing publicly available online personal information to enhance risk prevention and aid in crime investigation. The study then conducts a legal review to determine if such activities would be permissible under the current legal framework. This review is structured into three stages: defining publicly available online personal information, classifying its collection and utilization methods, and conducting a detailed legal analysis, including constitutional discussions and specific legal reasoning based on relevant laws like the Personal Information Protection Act.

❖ Key words: Open-Source Intelligence, Korean Police, Publicly Available Online Personal Information, Right to informational self-determination, Personal Information Protection Act

---

\* Professor, Department of Converged Security Engineering, Sungshin Women's University, Korea

# 「형사정책연구」 2024·여름호 논문투고 안내

「형사정책연구」 제35권 제2호(통권 제137호, 2024·여름호) 원고를 모집합니다. 원고접수 마감일은 2024년 5월 31일(금)까지이며 관련분야 전문가 여러분의 많은 참여와 투고를 바랍니다.

## 1. 원고내용

- 원고제출 형식(한글프로그램) ※ 서식 첨부
- 초록(한글 및 외국어)
- 주제어(한글 및 외국어)
- 본문(항목번호는 I, 1, 가, 1), 가) 순으로 구성하며 제목위, 아래 한행씩 띄어준다)
  - ※ 원칙적으로 국문으로 작성하고 번역문인 경우 원문 별도 첨부
  - 외국어는 단일언어 표기시에 반드시 영문으로 작성하고 국문번역본을 첨부
- 참고문헌(국내, 구미, 일본의 순으로 저자별 가나다 및 알파벳순으로 하되 단행본, 논문의 순으로 정리, 단, 구미문헌의 경우 저자의 성을 먼저 기록한 후 이름을 기록하고 책명, 발행연도 순으로 구성)
- 각주(논문 하단에 위치하되 일련번호를 명시)
- 성명, 소속 및 직위(한글 및 외국어), 저자가 2인 이상인 경우 책임저자와 공동저자를 구분하여 명시
- 제목, 성명, 소속 및 직위, 초록 주제어의 외국어 작성 시, 반드시 영문을 포함하여 작성

## 2. 원고작성

- 용지종류 및 여백 : A4, 위쪽 35mm, 오른쪽 및 왼쪽 30mm, 아래쪽 30mm
- 글자모양 및 크기 : 신명조체 11포인트(각주는 10포인트)
- 줄 간격 : 180%
- 분량 : A4 20매 내외(최대 25매 초과 불가)
- 작성 : 한글 프로그램 사용

## 3. 투고자격 및 심사

- 원고 투고자의 자격은 학계의 대학교수, 실무계의 변호사, 판사, 검사 등 형사정책 관련분야의 박사학위 취득자 또는 연구경력자로 한다.
- 제출된 원고는 형사정책 관련분야의 학술적 독창성이 있어야 하며 발표되지 않은 것이어야 한다.
- 제출된 원고는 관련규정에 따라 심사를 하여 게재여부를 결정하며, 원고 내용의 수정요청이 있을 경우 필자는 이에 응하거나 거부할 수 있다.

## 4. 원고접수 마감 및 제출처

- 원고접수 마감일 : 2024년 5월 31일(금)
- 제출처 : KICJ 온라인논문투고시스템 <https://kicj.jams.or.kr/co/main/jmMain.kci>
- 전 화 : 02) 3460-9247
  - ※ 투고논문은 투고자의 신분이 노출되지 않도록 사전에 성명, 소속 등 신상정보를 반드시 삭제하여 주시고, 신분 노출에 따른 불이익은 투고자에게 있습니다.
  - ※ 논문투고 시 발생하는 심사료 및 게재를 포함한 모든 비용은 한국형사·법무정책연구원에서 부담합니다.



## CALL FOR PAPERS

*International Journal of Criminal Justice*

### AIM AND SCOPE

*The International Journal of Criminal Justice (IJCJ)*, a biannual and peer-reviewed English journal published by Korean Institute of Criminology and Justice (KICJ), facilitates comprehensive analysis and evidence-based research on crime trends in order to make a contribution to crime prevention and criminal justice policies.

*The IJCJ* will share academic and practical views from home and abroad and play a pivotal role as an international academic arena for criminal justice polices.

### SUBMISSION DETAILS

- Manuscripts should be written in English and should be no more than 10,000 words in MS word.
- Please provide an abstract which should be no more than 200 words in length and a maximum of 5 key words.
- All papers should identify all authors and provide their contact information such as phone numbers, full postal addresses, email addresses, affiliations and so on.
- Authors should ensure that they have written entirely original works, and should not publish manuscripts describing essentially the same research in more than one journal.
- Honorarium (USD 2,000 or KRW 2,000,000) will be paid when papers are accepted for publication.
- All manuscripts must be submitted to the managing editor Ms. Hyewon KWON at [ijcj@kicj.re.kr](mailto:ijcj@kicj.re.kr)

### AREAS

*The International Journal of Criminal Justice (IJCJ)* invites papers from many different realms of criminology and criminal justice at both regional and global levels. Any issues related to criminology and criminal justice will be welcomed such as:

Community Sanction, Corrections, Corruption & White Collar Crime, Crime Prevention & Protection, Crime Trends, Crime & Deviance, Criminal Investigation, Criminal Law & Policy, Criminal Procedure, Cybercrime, Drug, Terrorism & Organized Crime, Economic & Corporate Crime, Information, Technology & Forensic Science, Juvenile Delinquency, Juvenile Justice, Penology, Police & Policing, Violent Crime.



## 간행물출판위원회

위원장 : 홍 영 오 (한국형사·법무정책연구원 범죄분석·조사연구실 선임연구위원)  
위 원 : 김 낭 희 (한국형사·법무정책연구원 범죄예방·교정정책연구실 부연구위원)  
김 민 영 (한국형사·법무정책연구원 범죄예방·교정정책연구실 연구위원)  
김 혜 경 (계명대학교 경찰행정학과 교수)  
노 성 훈 (경찰대학 행정학과 교수)  
문 준 섭 (가톨릭관동대학교 경찰행정학부 해양경찰학전공 교수)  
유 진 (한국형사·법무정책연구원 민상사법무정책연구실 연구위원)  
최 수 형 (한국형사·법무정책연구원 AI·법·정책연구팀 선임연구위원)  
탁 희 성 (한국형사·법무정책연구원 형사정책연구실 선임연구위원)  
홍 승 희 (원광대학교 법학전문대학원 교수)

(가나다 순)

간 사 : 장 중 남 (한국형사·법무정책연구원 경영지원실 책임행정원)

### 형사정책연구

제35권 제1호(통권 제137호, 2024·봄호)

발행인 : 하 태 훈

발행처 : 한국형사·법무정책연구원  
서울시 서초구 태봉로 114  
전화 (02)3460-9247

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2024년 3월 31일

인 쇄 : 고려씨엔피  
전화 (02)2277-1508

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

[정가 : 10,000원]



# Korean Criminological Review

A critical review of teachers' child abuse exemption provisions-focusing on the relationship with children's rights and child abuse laws- / Jang, Hye Young

Characteristics and Correlates of Non-suicidal Self-injury among Juveniles at Juvenile Reformatories / Jo, Youngoh · Lee, Jangkyu · Son, Hye Rin

The Justification of Criminal Policy on Intimate Partner Violence / Kim, Haemi

Legal Review of the Korean Police's Use of Publicly Available Online Personal Information / Kim, Hakkyong

