

형사정책연구

제17권 제1호(통권 제65호, 2006 · 봄호)

최응렬/정우일/차훈진 / 회복적 사법의 도입방안에 관한 연구 - 캐나다 경찰의 비사법 처분을 중심으로	5
박순진 / 청소년 폭력 비행에 있어서 피해-가해 연계의 변화	47
이진국 / 소년보호대상의 범위에 관한 형사정책적 검토	89
박기석 / 폭력행위등처벌에관한법률의 개정론과 폐지론 - 형사특별법의 전반적 정비 관점에서	117
김혜경 / 자수 규정에 관한 고찰	151
윤동호 / 행정제재와 형사제재 병과의 이론과 현실	183
이창섭 / 준강도죄에 관한 소고	211
김성언 / ‘치안활동의 구조변동’에 대한 담론의 지형과 쟁점 - 위험, 시장, 계약적 통치	239
김은경 / 한국 마약류 사용사범 특성 연구	301
김정한 / 무죄추정 원칙에 적용 범위에 관한 소고	339

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 17. NO. 1 (Spring, 2006)

- A Study on the Restorative Justice Program - Focused on
the Extrajudicial Measures in Canada -
..... Choi, Eung-Ryul/Jung, Woo-Il/Cha, Hoon-Jin 5
- Changing Patterns of Victim-Offending Link in Youth
Violence Park, Soon-Jin 47
- Rechtspolitische Überlegungen zum persönlichen
Anwendungsbereich des Jugendgesetzes in dessen
Reformdiskussion Lee, Jin-Kuk 89
- Abolition or reform of the Act on Punishment of
Violences etc. Park, Ki-Seok 117
- A Study on the Regulations of Self-surrender
..... Kim, Hye-Kyeong 151
- Theorie und Praxis des Kumulationsprinzip bei der
“Idealkonkurrenz” von Straftat und Verwaltungsübertretung
..... Yoon, Dong-Ho 183
- Eine Betrachtung über den räuberischen Diebstahl
..... Lee, Chang-Sup 211
- Discourses and Issues on the Restructure of Late Modern
Policing: Risk, Market, and Contractual
Governance Kim, Seon-Eon 239
- The Socio-demographic and Psychiatric Characteristics and
Recidivism among Drug-abusing Offenders in Korea
..... Kim, Eun-Kyeong 301
- A Study Regarding Application Range of the Presumption
of Innocence Principle Kim, Jeong-Han 339

회복적 사법의 도입방안에 관한 연구
- 캐나다 경찰의 비사법 처분을 중심으로 -

최응렬/정우일/차훈진

이 연구는 동국대학교 논문게재장려금 지원으로
이루어졌음

형사정책연구 제17권 제1호(통권 제65호, 2006 · 봄호)

한국형사정책연구원

회복적 사법의 도입방안에 관한 연구 - 캐나다 경찰의 비사법 처분을 중심으로 -

최응렬* / 정우일** / 차훈진***

I. 서 론

일반적으로 소년사법제도는 ‘국친사상’이나 ‘미성년자의 연령 차이를 고려한 형벌능력’과 같은 영국 보통법상의 원칙에 기원을 두고 있다. 이러한 기원을 바탕으로 한 영미의 소년사법제도는 19세기를 거치면서 소년범죄자의 분리수용을 위한 소년원의 설치, 소년범죄자에 대한 일반법원이 아닌 소년법원에 의한 재판 등을 통해 보통의 형사사법제도와는 다른 독자적인 발전과정을 거쳤다(Wroblewski & Hess, 2000: 540-542).

우리나라의 경우 일제시대인 1922년 9월 일본의 「구소년법」을 의용한 「조선감화령」이 공포되면서 일본의 소년사법제도가 이식되었다. 이후 1942년 3월에는 「조선감화령」을 대신하여 비행소년에 대한 특별처우를 규정한 「조선소년령」이 공포되었다. 이 「조선소년령」은 광복 이후인 1958년 7월 24일 폐지되고, 같은 날 미국의 표준소년법원을 모방한 전후 일본의 「신소년법」을 참고하여 「소년법」(법률 제489호)이 제정되었다.

※ 이 연구는 동국대학교 논문게재장려금 지원으로 이루어졌음

* 동국대학교 경찰행정학과 부교수(책임), 법학박사

** 동국대학교 경찰행정학과 박사과정

*** 동국대학교 경찰행정학과 박사과정

이 시기부터 우리나라의 소년사법제도는 본격적으로 뿌리내리게 되었다(김동립, 2000: 106-107).

소년사법제도는 일반 형사사법제도와 다른 독자성을 인정받으면서도 다른 한편으로는 제도적 효율성과 소년법원의 공정성에 대한 의문이 제기되기도 하였다. 소년비행과 관련된 기회이론과 낙인이론의 입장을 반영한 미국의 법집행 및 사법행정에 관한 대통령위원회(President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice)의 보고서(Task Force Report : Juvenile Delinquency and Youth Crime, 1967)가 그 대표적인 사례가 될 수 있다.

이 보고서에 의하면 기회이론적 측면에서 일부 소년비행은 부적절한 감정발전의 문제가 아니라 차단 또는 제한된 기회의 산물이기 때문에 비행 소년을 시설에 수용하는 것은 오히려 합법적인 기회를 차단하고 불법적인 기회를 제공하는 결과를 초래한다는 것이다. 또한 낙인이론적 측면에서 비행 소년을 국가에서 처우하는 것은 불필요한 부정적인 낙인을 부과함으로써 비행 성향을 더욱 악화시킬 뿐만 아니라 낙인과 처벌에 대한 반응으로서 일탈적 행동을 강화시킬 뿐이라고 한다. 따라서 이 위원회에서는 국가는 가능한 한 많은 비행소년들을 소년사법 절차로부터 신속하게 전환(diversion)시킬 것을 권고하고 있다(이운호, 1999: 894).

소년범죄에 대한 대응수단으로 형벌(punishment)과 처우(treatment)를 어떻게 균형적으로 조율할 것인가 하는 문제는 세계 여러 나라의 소년사법제도에 있어서 공통적인 논쟁 대상이었다. 이러한 논쟁은 상당한 기간 반복적이고 소모적인 교착상태로 있으면서 소년사법제도에 상당한 압력으로 작용하였다. 그러나 결국 회복적 사법이라는 새로운 패러다임의 등장으로 소년사법제도는 새로운 전기를 맞이하게 되었고 관련 분야의 정책과 집행은 이전의 교착상태에서 벗어나 새로운 가능성을 모색하게 되었다(Walgrave, 2005: 3).

회복적 사법이 국내에 소개된 이후 형사사법제도와 관련된 여러 분야에서 학문적인 논의가 확산되고 있는 추세이나 아직까지 실무적으로나 정책적으로 제도화 및 프로그램화되지 못한 한계를 지니고 있다. 더욱이 소년범죄자 처우와 관련된 소년사법제도에서는 학문적 논의마저도 미미한 실정이었기 때문에 지금까지 회복적 사법에 입각한 소년범죄자 처우 방안을 효과적으로 제시하지 못하고 있다. 뿐만 아니라 소년범죄자의 처우를 제1차적으로 담당하고 있는 경찰조차도 조직적인 측면에서 회복적 사법의 도입을 위해 이렇다 할 정책적 변화를 시도하지 못하고 있는 실정이다.

현행 소년사법제도에서 경찰은 법원이나 검사에 비해 소년범죄에 대한 대응과 관련하여 주체적인 역할을 담당하지 못하고 있는 실정이다. 경찰은 먼저 소년범죄 관련 사안을 조사한 후 촉범소년 및 우범소년에 해당하는 경우에는 소년법 제4조 제2항에 따라 검사에게 송치하지 않고 직접 관할 법원 소년부에 송치해야만 하고, 범죄소년에 해당하는 경우에는 동법 제48조에 따라 일반 형사사건과 동일하게 관할 검찰청 검사에게 송치해야만 한다. 이런 소년법의 조항들은 경찰단계에서 인지된 경미한 소년범죄자들에게 대해서까지도 거의 예외 없이 검사나 소년부 판사에게 송치하도록 하는 강제규정이기 때문에 소년범죄자의 처우는 검사와 소년부 판사의 고유 영역으로 고착되어 있고, 경찰은 그저 검사의 하급기관으로 재량권 없이 이 분야에서 철저히 소외되어 온 것이 사실이다.

캐나다 경찰에서는 낙인이론에서 주목하는 부정적인 효과가 소년범죄자에게 일어나는 것을 차단하고 회복적 사법을 바탕으로 소년범죄자를 사회의 구성원으로 재통합 방법으로 비사법 처분(extrajudicial measures)을 실시하고 있다. 이 비사법 처분은 「소년사법법(the Youth Criminal Justice Act)」에 근거를 두고 있다.

캐나다 정부는 2003년 4월 1일 기존의 년범죄자법(the Young Offenders Act)」을 폐지하고 새로운 「소년사법법」을 시행하였다. 이 법의 입법 목적

은 첫째, 비폭력범죄(non-violent crime)를 저지른 소년범죄자를 형사절차에서 조기에 전환시키고, 둘째, 경미한 범죄를 저지른 소년범죄자에 대한 과도한 인신구속 관행을 개선하며, 셋째, 사회 재통합 프로그램을 마련하여 소년범죄자의 재범률을 감소시키고자 하는데 있었다.

따라서 이 연구에서는 우리나라 현행 소년사법제도의 문제점들을 개선할 수 있는 하나의 대안으로서 현재 캐나다 경찰이 회복적 사법을 바탕으로 소년범죄자의 처우 향상을 위해 시행 중인 「소년사법법」 상 비사법 처분을 소개하고 이를 우리나라 경찰활동에 도입시 고려사항을 제시하고자 한다.

II. 이론적 배경

1. 회복적 사법

가. 새로운 패러다임의 등장

하워드 제어(Howard Zehr)는 1985년 「응보적 사법, 회복적 사법(Retributive Justice, Restorative Justice)」이라는 팸플릿에서, 이어서 1990년에는 「변화하는 시각(Changing Lenses)」이라는 책자를 통해 처음으로 ‘회복적 사법’이라는 통합적이고 포괄적인 사법모델을 제시하였다. 그는 그의 저서들에서 회복적 사법을 기존 법률적 또는 응보적 사법에서 주장되는 모든 원칙들을 대신할 수 있는 “대안적 사법 패러다임”이라고 설명하면서 피해자의 권리 회복과 범죄로 야기된 손해에 대한 범죄자의 책임을 강조하였다(Marshall, 1998: 31).

제어(Zehr) 이후 여러 학자들은 회복적 사법을 전통적인 사법모델들과

개념적으로 구별하기 위해 많은 연구를 해왔다. 그 가운데 월그레이브(Walgrave)는 사법모델들을 응보적 사법(restitutive justice), 재활적 사법(rehabilitative justice) 그리고 회복적 사법(restorative justice)으로 유형화시켰다. 응보적 사법과 재활적 사법은 각각 범죄(the offence)와 범죄자(the offender)에 초점을 두는 반면에 회복적 사법은 범죄의 결과로 발생하게 된 피해자의 손해(the harm done to the victim)에 초점을 두는 것이 특징이라고 한다(Charbonneau, 2005: 76).

한편, 제어(Zehr)의 업적은 학계에 큰 반향을 일으켜 이후 미국의 마크 움브라이트(Mark Umbreit)와 마틴 라이트(Martin Wright), 영국의 존 하딩(John Harding) 등 학자들의 연구에 영향을 미쳤다. 그러나 이들은 회복적 사법을 사실상 ‘범죄자와 피해자 사이의 조정’과 같은 의미로 여겼기 때문에 개인적 협상(private negotiation)을 통한 범죄대응에 중점을 두었다.

이후 회복적 사법은 뉴질랜드 마오리족의 전통적인 가족집단회의(family group conference)를 연구한 호주의 존 브레이스웨이트(John Braithwaite)에 의해 개인적 협상 차원을 벗어나 지역사회 조정(mediation) 차원으로 그 범위를 확대하였다. 그는 과거 공동체사회의 비공식적 통제가 현재까지 이어져오는 뉴질랜드 마오리족의 가족집단회의를 실증적으로 연구하면서, 공동체사회에서 이루어지는 조정을 통한 범죄피해자의 손해 회복과 이를 통한 범죄통제 효과를 ‘재통합적 수치부여’라는 개념을 활용하여 범죄학적인 측면에서 재해석하였다(Marshall, 1998: 31-32).

나. 회복적 사법의 개념 및 원칙

학자들은 회복적 사법을 명확하게 정의하기 위해 많은 노력을 기울여 왔으나 아직까지 회복적 사법은 일의적인 개념으로 정의되지 않고 있다. 회복적 사법과 관련된 몇몇 학자들의 개념 정의를 소개하면 다음과 같다.

회복적 사법이란 범죄 또는 사법과 관련된 어떤 하나의 학술적인 이론을 지칭하는 것은 아니고 특정한 범죄문제들을 해결하면서 축적된 실질적인 경험들을 다소 절충적인 입장에서 대변하는 정도의 의미이다. 회복적 사법과 관련된 분야에는 피해자 지원, 조정, 문제해결 경찰활동, 지역사회 및 제도에 기초한 재활프로그램 등이 논의된다(Marshall, 1998: 3).

브레이스웨이트(Braithwaite)는 회복적 사법이란 가해자와 지역사회뿐만 아니라 (그 동안 소외되었던) 피해자를 회복시키는 피해자 중심적인 형사사법체제를 의미한다. 여기서 피해자를 회복시킨다(restoring victims)는 것은 피해자가 입은 신체적 손상 또는 재산적 손해를 원래 상태로 되돌려 놓는 것을 말한다(Braithwaite, 2003: 56).

제어와 미카(Zehr & Mika)는 회복적 사법을 간략하게 정의하기보다는 ① 회복적 사법은 규범위반 그 자체보다 비행이나 범죄로 인해 발생하는 손해에 더 초점을 둔다 ② 피해자와 가해자가 적절하게 직·간접적인 의사소통을 할 수 있는 기회를 제공한다 ③ 억제나 격리보다는 협력과 재통합을 추구한다 등과 같은 회복적 사법이 가진 여러 특징들을 제시함으로써 회복적 사법의 개념을 설명하고 있다(Zehr & Mika, 2003: 41).

그 밖에 바이넘과 톰슨(Bynum & Thompson)은 회복적 사법의 구성요소를 ① 책임(accountability) ② 자율적인 참여(participating one's own choice) ③ 지역사회의 관여(community involvement)로 구분하고 있고, 오브리언과 베이즈모어(O'Brien & Bazemore)(2004: 207)는 회복적 사법의 기본원칙을 ① 손해의 회복 ② 관련자들의 참여 ③ 역할 바꾸기로 설명하고 있다(Bynum & Thompson, 2002: 417).

다. 낙인과 재통합적 수치부여

어떤 사람에 대해 낙인을 찍는 행위로 인해 발생하는 부정적인 효과들

중 하나는 낙인찍힌 사람은 더욱 더 범죄자가 될 가능성이 높다는 것이다. 우리는 일상생활을 통해서 부모나 교사와 소년 사이의 상호작용 속에서 낙인의 역학관계를 볼 수 있다. 예를 들면, 부모나 교사로부터 낙인찍힌 소년은 “당신이 나를 나쁜 놈으로 만들었어, 그래 어디 두고 보자, 진짜 내가 얼마나 나쁜 놈이 되는가 보여주고 말테다.”라고 하는 부정적인 자아인식을 형성하게 된다(Braithwaite, 1995: 193).

낙인이론에서 이런 부정적인 효과가 강조되는 이유는 낙인은 피낙인자에게 일탈적 정체성(identity)과 경력(career)을 불가피하게 야기하는 것으로 간주되기 때문이다. 그러나 실제로 있어서는 낙인으로 인해 부정적인 결과가 초래되는 것만은 아니고 상당부분 긍정적인 결과를 가져오는 경우가 있다. 이런 현상은 곧 낙인이론에 대한 비판으로 이어졌다(이윤호, 1999: 254-255).

이런 낙인이론에 대한 비판은 결국 몇몇 학자들 사이에서 낙인이 일탈을 야기한다는 가설을 포기하는 대신 낙인을 일탈의 간접적 원인으로 보고 낙인이 일탈에 미치는 영향을 매개하는 변수들을 규명하고자 하는 노력들로 나타났다. 이러한 노력들 중 가장 주목할 만한 것이 바로 브레이스웨이트(Braithwaite)가 제시한 ‘재통합적 수치부여(reintegrative shaming)’의 개념이다(민수홍 외, 2005: 222).

브레이스웨이트(Braithwaite)에 의하면 ‘수치부여’란 불승인(disapproval) 및 비난(condemnation)을 표현하는 모든 사회적 과정들을 의미한다. 이 과정들은 수치를 당한 사람이 양심의 가책을 느끼게 하려는 의도 또는 효과를 가지고 있다. 수치부여는 형사재판과 같은 매우 공식적인 형태에서부터 눈썹을 치켜 올리는 행동과 같은 비공식적인 형태에 이르기까지 각 사회의 문화에 따라 다양하다. 그는 수치부여를 범죄에 대해 긍정적인 영향을 미치는 ‘재통합적 수치부여(reintegrative shaming)’와 범죄에 부정적인 영향을 미치는 ‘치욕적 수치부여(stigmatizing shaming 또는 stigmatization)’

두 가지 유형으로 구분하여 범죄학이론의 발전에 기여하였다(Braithwaite, 1995: 191-193).

결국 브레이스웨이트(Braithwaite)는 그의 범죄학적 사고를 바탕으로 사회통제 이론적 성격의 재통합적 수치부여 이론(reintegrative shaming theory)을 발전시켰다. 이 이론의 핵심은 수치부여가 재통합적일 때는 범죄발생이 감소하는 반면에 수치부여가 치욕적일 때는 낙인이론에서 주장하는 가설들이 적용되고 범죄발생도 증가할 수 있다는 것이다.

2. 선행 연구

가. 외국의 연구사례

회복적 사법은 영미권 국가들을 중심으로 소년범죄자를 대상으로 시행되었으며, 그 효과성에 대한 연구도 다양하게 제시되고 있다. 뉴질랜드의 경우 모리스와 맥스웰(Morris & Maxwell)은 여러 가족회의 프로그램 중 심각한 수위의 소년범죄 사건을 대상으로 회의를 실시한 사례를 평가하였다. 그 결과 그들과 면접했던 피해자의 60%가 회의가 긍정적인 경험이었다고 응답하였고, 25%는 상대방이나 상대방 가족의 죄책감의 결여로 인해 회의 후 부정적인 느낌을 받았다고 응답하였다(Morris & Maxwell, 1997: 130).

호주의 경우 캔버라에서는 재통합적 수치부여 실험(Reintegrative Shaming Experiments: RISE)을 통해 경찰이 운영하는 회의 프로그램에 대해 연구하였다. 그 결과 대체로 회의가 재범률을 줄이는 데에 효과적이었으며 소년폭력사건이 음주운전사건보다 회의의 효과가 훨씬 높은 것으로 나타났고, 회의에 참여하는 범죄자들이 법정에서 심문받는 범죄자들보다 훨씬 더 공정한 절차를 밟고 있다고 생각하는 것으로 나타났다(Sherman & Strang, 2000).

또한 호주에서 실시된 연구로 1998년에서 1999년 사이에 수행된 회의에 관한 남호주 소년사법(South Australia Juvenile Justice: SAJJ) 프로젝트는 남호주 주에서 행해졌던 회의 프로젝트 결과를 검증하였다. 이 프로젝트는 피해자와 범죄자 사이에 이루어진 89가지 사례의 회의들을 분석한 결과, 회의가 긍정적인 결과를 제공했다는 사실을 뒷받침했다(Daly, 2001).

미국의 경우 1995년 베들레헴 경찰서와 비영리 민간단체가 2년 동안 미국 법무성의 재정 지원을 통해 베들레헴 경찰서 프로젝트(Bethlehem Police Project)라는 가족회의 프로그램에 대한 실험연구를 진행하였다(McCold & Stahr, 1996). 이 연구 결과 참여자의 96%가 만족하여 이 프로그램이 기존 체제보다 더 공정하다고 느꼈으며 94%가 향후 회의프로그램을 다시 선택 하겠다고 하였고, 92%가 다른 사람들에게도 회의 프로그램을 권하겠다고 응답했다. 그리고 회의 프로그램이 문제를 해결하는데 도움이 되고 재범률을 감소시킴으로써 갈등을 줄이는 결과를 가져온 것으로 나타났으며, 피해자·범죄자·지역사회가 경찰 중심의 회복적 사법에 긍정적으로 응한 것으로 나타났다.

또한 경찰이 운영하는 회의 프로그램에 대해 피해자와 부모들 모두 자신의 의견이 적절히 피력될 수 있었다고 느꼈으며, 범죄자는 법원에 계류 중인 상태보다 더 세심하고 개인적 환경에 맞는 처우를 받을 수 있게 되었는데, 이는 특히 개인 간의 폭력사건에서 더욱 두드러진 결과를 보였다. 회의 프로그램은 지역사회가 제공한 서비스를 포함하였음에도 법원에서의 절차비용보다 훨씬 더 경제적이었다. 경찰이 운영하는 회의 프로그램은 다른 어떤 피해자-범죄자 조정 프로그램과 비교해 보아도 경제적이었다. 이는 경찰이 운영하는 회의가 지역사회 경찰활동의 일환으로 이루어지는 것으로서 초기 훈련비용 이외에 부가비용이 거의 소요되지 않기 때문인 것으로 분석되었다(McCold & Wachtel, 1998: 3-5).

캐나다의 경우 노바스코샤(Nova Scotia) 주에서는 노바스코샤 회복적

사범 평가연구가 클레어몬트(Clairmont)에 의해 2001년부터 2003년까지 매년 순차적으로 진행되었는데, 운용한 프로그램 대부분이 성공적으로 진행되었고 참여자 모두에게서 긍정적인 변화가 있었다는 연구결과가 나왔다(Clairmont, 2005: 246).

나. 국내의 연구사례

회복적 사범과 관련하여 국내 연구는 아직 소개 단계에 머물고 있으며, 이미 회복적 사범을 도입한 나라들과 사범체제가 많이 달라서 도입에 관한 논의도 원론적인 수준에 머물고 있다. 그러나 최근 국내 학자들에 의해 회복적 사범을 국내 실정에 맞게 운영할 수 있는 방안을 모색하고 있는 연구 논문들이 등장하고 있다.

먼저 노성호는 소년범에 대한 회복적 사범을 국내 실정에 맞게 운영할 수 있는 가족회의제도의 도입방안을 제시하였다. 그는 우리나라 가족제도의 장점을 되살려 가족에게 자녀 문제에 대한 의사결정권을 주어 소년범 문제를 해결할 수 있는 기회를 제공해야 하며, 가족회의를 검찰에서 운영하는 선도조건부 기소유예제도의 원리를 확대 적용하여 운영하되, 소년부에 송치되는 촉법소년이나 우범소년의 경우 경찰에서 자체적으로 가족회의를 도입하여 운영하는 방안을 제시하였다(노성호, 2002: 77).

전지연(2004), 이수정(2004), 이호중(2004), 김재봉(2005) 등은 경찰 다이버전 도입과 관련된 연구를 수행하였다. 이들은 거의 공통적으로 경찰 단계에서 전문가가 참여하여 소년의 비행성을 검사하고 판사, 검사, 경찰, 교사, 소년 관련 NGO단체, 피해자 가족 등으로 선도심의위원회를 구성한 후 이 심의위원회를 통해 선도조건부 훈방, 보호사건 송치, 형사입건 등을 결정하는 시스템을 구축할 것을 주장하고 있다(전지연, 2004: 203).

이호중은 경찰 다이버전을 도입할 것을 주장하고 있지만 「전문가 참여

제」라는 제도를 통해 전문가에 의존하기보다는 회복적 사법이념을 반영한 “시민의 관점을 경찰이 매개하는 방식”이 되어야 한다고 제안하였다(이호중, 2004: 18).

그 밖의 국내 연구사례들을 살펴보면 회복적 사법과 연관된 연구들은 그 형태를 약간씩 달리 하고는 있으나 공통적으로 지목하고 있는 점을 보면 경찰 훈방권의 확대, 촉법·우범소년에 대한 경찰의 독자적인 수사종결권의 인정 등으로 요약할 수 있다.

3. 우리나라 소년사법제도의 실태

가. 소년범죄의 현황

<표 1>은 최근 5년 동안 총 범죄대비 소년범죄 구성 현황을 분석한 것이다. 소년범죄는 2000년을 기점으로 감소하고 있는 추세이다. 2003년도 소년범죄는 1999년도에 비하여 30.9% 감소하였으나 이에 반해 전체범죄는 1.7%가 증가하였다.

<표 1> 총 범죄대비 소년범죄 구성 현황 (단위 : 명, %)

구 분 \ 연 도	1999	2000	2001	2002	2003
총 범 죄	2,400,485 (100)	2,329,134 (97.0)	2,426,050 (101.1)	2,416,711 (100.7)	2,441,267 (101.7)
소년범죄	150,821 (100)	151,176 (100.2)	138,030 (91.5)	123,921 (82.2)	104,158 (69.1)
구성비율	6.3	6.5	5.7	5.1	4.3

※ 자료 : 「청소년백서」, 2004: 556.
주 : ()안은 기준년도 대비율임

소년범죄의 절대 수치는 감소하고 있지만 <표 2>에 나타나 있는 소년

범죄의 전과별 현황을 보면 초범이 65.6%, 전과자가 34.4%로 나타났다. 소년범의 누범률은 증가비율의 차이가 있을 뿐 줄어들지 않고 있다.

<표 2> 소년범죄의 전과별 현황

(단위 : 명, %)

연도	계	초 범	전 과			
			소 계	1범	2범	3범 이상
1999	150,821 (100)	97,475 (64.6)	53,346 (35.4)	24,312 (16.1)	12,291 (8.1)	16,743 (11.1)
2000	151,176 (100)	98,535 (65.2)	52,641 (34.8)	23,794 (15.7)	11,904 (7.9)	16,943 (11.2)
2001	138,030 (100)	87,925 (63.7)	50,105 (36.3)	22,085 (16.0)	10,904 (7.9)	17,116 (12.4)
2002	123,921 (100)	79,716 (64.3)	44,205 (35.7)	19,673 (15.9)	9,685 (7.8)	14,847 (12.0)
2003	104,158 (100)	68,327 (65.6)	35,831 (34.4)	16,040 (15.4)	7,812 (7.5)	11,979 (11.5)

※ 자료 : 「청소년백서」, 2004: 563.

주 : ()안은 점유율임

나. 소년사법제도의 문제점

현재 우리나라 소년법에서는 규율대상인 소년을 범죄소년, 촉범소년, 우범소년으로 분류하여 각 범주에 해당하는 규율을 달리하고 있다.

소년법의 유형별 처리과정을 살펴보면 먼저 범죄소년의 경우에 경찰은 검찰에 사건을 송치하여야 한다. 검찰은 해당 소년의 사건을 수사한 후 ① ‘법원 소년부’에 송치하여 보호사건의 처리과정을 밟도록 하거나 ② 기소유예 또는 선도조건부 기소유예처분을 내리거나 ③ 형사법원에 기소하여 일반 성인범죄자와 마찬가지로 형사사건으로 처리할 수 있다(김준호 외, 2003: 416).

또한 촉범소년과 우범소년을 발견한 경찰은 검사를 거치지 않고 직접 가정법원 소년부나 지방법원 소년부에 송치하게 하고 있다. 즉 거의 모든

비행소년사건에 대해 경찰이 독자적으로 처리할 수 있는 권한을 인정하지 않고 있다(김희주·공은경·이수정, 2005: 190-191).

그런데 더욱 심각한 문제는 소년범죄자 중 재범자의 비율이 30% 이상을 차지하고 있어 현행 재범방지대책에 대한 반성과 대안 제시가 필요하다. 상황이 이렇게 된 데에는 소년보호를 위한 구체적 대책이 유효하지 못하다는 점도 원인으로 지적될 수 있으나, 동시에 범죄소년의 경우 죄질의 경중에 관계없이 대부분을 모두 형사입건하여 검찰로 송치하는 관행과도 관련되어 있다(이수정·조은경, 2005: 29).

<표 3>을 보면 검찰은 전체 소년범죄자 104,325명 중 57%를 불기소 처분하였고, 이 중에서도 거의 대부분을 기소유예 처분(전체 소년범의 41.4%)하였다. 이를 전체 범죄의 기소유예율 11.6%와 비교하면 소년범죄의 기소유예율이 29.8%나 높다(「청소년백서」, 2004: 599).

<표 3> 소년범죄 처리 현황

(단위 : 명, %)

연 도	계	기 소			불 기 소					소년부 송 치
		소 계	구공판	구약식	소 계	무혐의	기 소 유 예	기 소 중 지	기 타	
1999	153,578 (100)	50,733 (33.0)	16,368 (10.6)	34,365 (22.4)	78,745 (51.3)	3,809 (2.5)	59,540 (38.8)	4,848 (3.1)	10,548 (6.9)	24,100 (15.7)
2000	153,085 (100)	45,922 (30.0)	13,312 (8.7)	32,610 (21.3)	81,625 (53.3)	3,850 (2.5)	63,122 (41.2)	3,786 (2.5)	10,867 (7.1)	25,538 (16.7)
2001	138,166 (100)	44,578 (32.3)	10,364 (7.5)	34,214 (24.8)	71,611 (51.8)	4,178 (3.0)	54,384 (39.4)	3,934 (2.8)	9,115 (6.6)	21,977 (15.9)
2002	124,076 (100)	37,192 (30.0)	8,450 (6.8)	28,742 (23.2)	67,110 (54.1)	4,421 (3.6)	48,155 (38.8)	4,649 (3.7)	9,885 (8.0)	19,774 (15.9)
2003	104,325 (100)	25,428 (24.4)	6,500 (6.2)	18,928 (18.2)	59,414 (57.0)	3,898 (3.7)	43,207 (41.4)	5,325 (5.1)	6,984 (6.8)	19,483 (18.6)

※ 자료 : 「청소년백서」, 2004: 599.

주 : ()안은 점유율임

그러나 <표 4>를 보면 기소유예 처분을 받은 소년범 중 약 14.2%만이

선도조건부 기소유예 처분을 받고 나머지 85% 이상은 기소유예 처분 후 별다른 조치 없이 사회에 복귀하게 되는 결과를 나타내고 있다. 이것은 결국 경미한 범죄를 저지른 소년들을 사법절차로부터 조기에 전환시키지 못하고 전과자들만 양산하고 있다는 비판을 면할 수 없다.

<표 4> 선도조건부 기소유예 실적

(단위 : 명)

구 분 \ 연 도	1999	2000	2001	2002	2003
기소유예	59,540	63,122	54,384	48,155	43,207
선도유예	7,076 (11.9)	7,045 (11.2)	6,397 (11.8)	6,479 (13.5)	6,122 (14.2)

※ 자료 : 「청소년백서」, 2004: 588 재구성.

주 : ()안은 전체 소년범 대상 기소유예처분 중 선도유예가 차지하는 점유율임

더구나 <표 5>에서 나타내고 있는 것과 같이 선도조건부 기소유예를 받은 소년들의 재범 현황을 살펴보면, 일정 선도를 받았음에도 불구하고 재범률이 10%를 상회하고 있다. 재범 양상을 더 자세히 살펴보면 강간의 재범률이 0.3% 정도로 현저히 낮지만 절도(46.5%)와 폭력(28.2%)의 재범률은 상당히 높아 현재 검찰에서 행하고 있는 선도 효과가 매우 낮음을 알 수 있다.

<표 5> 선도조건부 기소유예자 재범 현황

(단위 : 명, %)

연 도	선도유예 인 원	죄 명 별 재 범 자 수						
		계	재범률	절 도	폭력범	강 도	강 간	기 타
1999	7,076	682	9.6	273(40.0)	267(39.1)	19(2.8)	2(0.3)	121(17.8)
2000	7,045	883	12.5	370(41.9)	296(33.5)	23(2.6)	7(0.8)	187(21.2)
2001	6,397	852	13.3	295(34.6)	326(38.3)	18(2.1)	5(0.6)	208(24.4)
2002	6,479	684	10.6	297(43.4)	223(32.6)	8(1.2)	2(0.3)	154(22.5)
2003	6,122	624	10.2	290(46.5)	176(28.2)	13(2.1)	2(0.3)	143(22.9)

※ 자료 : 「청소년백서」, 2004: 591.

주 : ()안은 점유율임

III. 캐나다 경찰의 사례

1. 소년범죄 대응전략(the Youth Crime Strategy)

2003년 「소년사법법(the Youth Criminal Justice Act)」의 시행으로 비사법 처분을 부과할 수 있게 된 캐나다 경찰은 과거보다 훨씬 유연한 입장에서 지역사회와 동반자들과 협력할 수 있게 되었다. 이런 여건을 배경으로 캐나다 경찰은 ‘소년범죄 예방 및 재범률 감소’에 중점을 둔 소년범죄 대응전략을 수립·시행하고 있다. 그 내용은 ① 범죄위험에 노출된 소년들의 욕구를 파악하고 문제의 원인을 밝힘으로써 소년범죄의 예방에 특히 역점을 둔다 ② 소년범죄자에 대한 초기단계의 개입, 회복적 사법의 접근 방식 활용, 지역사회와의 연계활동 등을 통해 최대한의 처우를 제공한다 ③ 다양한 정부기관, 비정부기구, 지역사회, 소년관련 단체들과 협력한다 등으로 요약할 수 있다.

캐나다의 소년범죄 대응전략은 경찰이 지역사회에서 범죄예방을 위해 학교, 기타 사회 및 소년단체들과 강력한 동반자 관계를 구축하도록 요구하는 ‘사회 발전을 통한 범죄예방 모델(a crime prevention through social development model)’을 따르고 있다. 이에 따라 경찰은 범죄의 위험성이 있는 초기단계에 개입하여 소년범죄를 조기에 차단하기 위해 전환 및 회복적 사법 전략을 이용한 소년 선도예방 프로그램들을 실시하고 있으며 또한 이때에는 반드시 각종 지역사회의 프로그램과 연계하고 있다.⁴⁾

2. 소년범죄자 처우를 위한 ‘회의(conference)’

회복적 사법은 특정한 범죄에 대한 특정한 형벌을 요구하는 응보적 사

4) http://www.rcmp.ca/youth/plans_e.htm 2006.2.6.

법과 범죄자의 책임에 따른 개별적인 처우를 주장하는 재활적 사법과 구별된다. 회복적 사법이 응보적 사법 또는 재활적 사법과 같은 기존의 사법 모델들과 구별되는 근본적인 특징들 중 하나는 바로 피해자를 사법절차의 중심에 놓는 것이다. 기존 사법모델들에 있어서 피해자는 그 동안 관심대상이 아니었기 때문에 문제의 해결과정에 있어서 철저히 소외되어 왔다. 이런 문제점들을 시정하고 피해자를 사법절차의 중심에 놓기 위해서는 사법제도에서 피해자의 참여를 보장할 수 있는 절차적 장치를 마련하는 것이 필요하다.

또한 회복적 사법의 또 다른 특징은 바로 범죄자를 처우하는 방법에 있다. 회복적 사법은 단순히 범죄자를 처벌하거나 범죄자의 재활을 도모하는 행태에서 벗어나 범죄자의 행위로부터 파생된 피해자의 손해를 회복하는 방안을 적극적으로 모색하는 것이 필요하다(Charbonneau, 2005: 77).

이런 회복적 사법의 특징에 가장 잘 부합하는 것이 바로 캐나다 경찰에서 실시하고 있는 소년범죄자 처우를 위한 ‘회의’라고 할 수 있다. 「소년사법법」 제19조에 의하면 경찰관 등은 비사법적 처분을 부과하기 전에 소년범죄자에 대한 적절한 처우를 위하여 회의를 소집하거나 회의 소집을 요구할 수 있다. 이 회의에서는 피해자를 비롯한 다른 지역사회 구성원들이 참여하여 소년범죄사건에 대해 다각도로 검토하면서 보다 창의적인 해결방법을 제시하고 보다 적절한 처우를 위해 의견을 조정한다.

회의의 인적 구성원은 상황에 따라 가해자인 소년과 피해자, 그 부모, 소년과 친분이 있는 사람들, 이웃주민, 지역사회단체의 대표 또는 관련 분야에 전문지식을 가진 전문가 등 다양하게 구성된다. 단, 가해자와 피해자 모두에게는 자발적인 참석이 요구된다. 회의는 주로 경찰관이 특정 소년에게 범죄 피해자의 피해 회복을 위해 적절한 비사법 제재를 부과할 수 있도록 조언하는 회복적 기제⁵⁾의 역할을 하고 있을 뿐만 아니라 다른 한편으로는 관련 전문가들이 참여하여 정책적 조언을 제시하는 전문가 회의의 역

할도 수행한다.⁶⁾

3. 비사법 처분(extrajudicial measures)

가. 의 의

캐나다 「소년사법법」 제2조 제1항에 의하면, “비사법 처분이란 범죄를 실행하였다고 의심되는 소년에게 법원의 사법처분을 대신하여 부과되는 처분으로 비사법 제재를 포함한다”라고 정의하고 있다. 비사법 처분을 도입하게 된 배경에는 다수의 소년들이 범죄 혐의로 체포되어 경찰, 검찰, 법원 단계의 사법절차를 거치는 과정에서 그 중 상당수가 구속되는 폐해에 대한 캐나다 정부의 현실적인 인식이 있었다. 이런 인식을 토대로 캐나다 정부는 소년을 사법절차로부터 조기에 해방시켜 구속을 피하고 사회로 복귀시킬 수 있는 대안을 마련하였는데, 그것이 바로 2003년 4월부터 「소년사법법」의 시행으로 도입된 비사법 처분이다.

이 「소년사법법」은 비사법 처분과 같은 회복적 사법과 연계된 정책들을 수용하였기 때문에 구법인 「소년범죄자법(the Young Offenders Act)」과 비교해 볼 때 다음과 같이 뚜렷하게 구분되는 특징들이 있었다. ① 경찰관의 재량권을 제도화시켰고, ② 피해자들과 가족들의 참여를 증대시켰으며, ③ 비사법 처분이 소년범죄자의 수준별 처우에 효과적이라는 태도를

5) 회복적 기제(a restorative mechanism)란 회복적 사법을 실현하는 기능적 구조를 의미한다. 회의를 통해 가해자인 소년의 범죄 사실은 지역사회에 공개되기 때문에 이 과정에서 소년에게 바로 재통합적 수치부여(reintegrative shaming)가 이루어진다. 이런 수치부여 과정(a shaming process)을 통해 소년은 자신의 책임을 인정하고 자신의 잘못에 대해 피해자와 지역사회에 사과하며 피해자의 손해 회복에 노력을 기울이게 된다. 또한 회의 참가자들은 이와 같은 과정을 거친 후 소년범죄자에 대한 적절한 비사법 제재를 결정하게 된다.

6) <http://canada.justice.gc.ca/en/ps/yj/repository/3modules/01extjud/3010301d.html/> 2006. 2.6.

분명히 하였고, ④ 사법위원회와 자문기관을 통해 지역사회 주민들의 참여를 보장하였다(Charbonneau, 2005: 75).

나. 종 류

캐나다 「소년사법법」에서는 법원의 사법처분을 대신하여 사용될 수 있는 비사법 처분의 종류를 다음과 같이 열거하고 있다.⁷⁾

1) 훈방(Taking No Further Action)

캐나다 「소년사법법」 제6조 제1항에 의하면, 훈방이란 경찰관이 더 이상 형사적 절차를 진행하지 않고 석방하는 것을 의미한다. 캐나다의 경찰은 소년이 경범죄(minor offences)를 위반한 경우 훈방을 실시하고 있는데, 보통 사람들은 경찰의 훈방을 합리적인 행동으로 이해하고 있다. 그 이유는 첫째, 훈방의 대상이 되는 경범죄는 대부분 사안이 경미하고 발생빈도가 높은 사건들이기 때문에 경찰 및 다른 소년사법기관이 한정된 인력과 자원을 이런 분야에까지 투입할 여력이 없다는 사실을 인식하고 있고, 둘째, 소년의 부모, 피해자 또는 제3자는 이미 소년이 자신의 잘못에 대해 책임을 묻는 충분한 조치를 취했으리라고 보기 때문에 경찰이 더 이상의 책임을 물을 필요가 없다고 생각하기 때문이다.

2) 주의(Warnings)

캐나다 「소년사법법」 제6조 제1항에 의하면, 주의란 경찰관이 비공식적

7) <http://canada.justice.gc.ca/en/ps/yj/repository/3modules/01extjud/3010301d.html#top/> 2006. 2.6.

으로 주의를 주는 것을 의미한다. 주의를 전형적인 경찰 재량권의 행사라고 할 수 있다. 과거에는 「소년범죄자법」이 주의에 관한 법적 근거를 두지 않았기 때문에 경찰관이 비공식적으로 주의를 주고 훈방해도 될 사건들도 사법처리하거나 대안 처분 프로그램(an alternative measures program)에 위탁하는 경우가 많았다.

많은 경범죄 사건들(minor cases)에 있어서 경찰관의 주의를 소년의 부모 또는 조부모가 하는 주의와 같은 기능을 수행하기 때문에 소년사법제도의 취지에 비추어 볼 때 적절한 대응수단이 될 수 있다. 주의를 소년으로 하여금 사회에서 수용가능한 행동의 범위를 알려준다. 또한 소년 상습범(recidivism)에 대한 처우에 있어서 경찰관이 주의 또는 훈방을 하는 것은 사법처리하거나 대안 처분 프로그램에 위탁하는 것만큼의 효과성이 입증되었다.

3) 경고(Cautions)

경고란 경찰관이 공식적으로 경고를 부과하는 것을 의미한다. 경찰이 부과하는 경고는 ‘좀 더 공식적인 주의(more formal warnings)’라고 표현할 수 있다. 「소년사법법」 제7조에 의하면 각 주에서는 ‘경찰 경고 프로그램’⁸⁾을 만들 수 있는 권한을 부여받고 있지만, 반드시 각 주에서 그런 프로그램을 만들어야 할 의무는 없다. 그렇기 때문에 경찰은 경고 프로그램이 없다면 경고를 사용하는 대신에 주의를 사용함으로써 경고의 효과를 대신할 수 있다.

몇몇 경찰관서의 사례를 볼 때 경고는 경찰관이 소년과 부모에게 편지

8) 주지사가 임명한 검찰총장 또는 기타 장관은 이 법이 규정하고 있는 소년에 대한 사법처리를 대신하여 경고를 부과할 수 있도록 경찰에게 권한을 부여하는 프로그램을 만들 수 있다.

를 보내는 방식을 취하거나 소년과 부모를 경찰서로 소환하여 고참 경찰관이 소년의 범죄사실에 대해 상담하는 방식을 취한다. 경고는 소년에게 범죄의 심각성을 일깨워 주고, 현재 소년이 주의와 사법처리 사이의 단계에 있음을 인식시키려는 의도를 가지고 있다. 따라서 경고는 소년을 사법처리하기 위한 합리적인 근거가 있을 때에만 사용할 수 있으며, 훈방 또는 주의를 하는 것이 충분한 경우에는 사용할 수 없다.

공소제기는 일반적으로 중범죄인 경우에 정당화될 수 있다. 중범죄인지 여부는 사람에 대해 중요한 해악이 가해졌는가, 실질적인 손상을 입혔는가, 절취한 물건이 실질적인 가치를 가졌는가 등의 여부에 따라 결정된다. 따라서 과거에 소년이 경찰관으로부터 경고를 받은 경험이 있다고 해서 소년에 대해 다시 경고를 할 수 없는 것은 아니다. 과거 범죄와 현재 범죄 사이에 상당한 시간적 경과가 있거나, 과거 범죄가 경미하거나, 과거 범죄와 현재 범죄가 질적으로 상이한 범죄인 경우는 다시 경고를 할 수 있다.

경고는 현재 잉글랜드, 웨일즈, 뉴질랜드 및 호주의 일부 주에서 시행되고 있는데 잉글랜드와 웨일즈에서는 경고에 대한 지침이 제시된 이후 기소대상 범죄를 저지른 소년에 대한 경고의 비율이 큰 폭으로 상승했으며 뉴질랜드에서는 경고가 실시된 첫 해에만 체포된 소년들 중 75%가 경찰에 의한 경고 또는 전환제도로 사건이 종결되었다. 호주에서의 연구결과를 살펴보면 경찰로부터 경고를 받은 70-85%의 소년들이 다시 범죄를 저지르지 않았다고 한다(Federal-Provincial-Territorial Task Force on Youth Justice, 1996: 153-154).

4) 위탁(Referrals)

캐나다 「소년사법법」 제6조 제1항에 의하면, 위탁이란 경찰관이 소년을 지역사회 프로그램에 위탁하는 것을 의미한다. 경찰관은 소년을 사법처리

하는 대신 다시 범죄를 저지르지 않도록 선도할 수 있는 지역사회 프로그램이나 기관에 위탁할 수 있다. 이 경우 소년의 동의가 반드시 필요하다. 위탁은 오락 프로그램, 상담기관, 아동복지기관 및 정신건강 프로그램 등 다양한 지역사회 프로그램⁹⁾을 이용할 수 있다.

위탁의 목적은 범죄 원인들을 제거할 수 있는 프로그램들이나 단체들에 소년범죄자를 연결시켜 주는 데에 있기 때문에 경찰의 비사법 처분 중에서 위탁은 일종의 기소 전 전환(a form of pre-charge diversion)의 성격을 가지고 있다고 할 수 있다. 이 처분은 지역사회 경찰활동과 맥을 같이 하기 때문에 경찰과 지역사회의 협력관계가 얼마나 잘 구축되었느냐에 따라 그 성패가 좌우된다고 할 수 있다.

경찰관은 소년이 범죄를 실행했다는 합리적 근거가 있는 경우 위탁을 실시할 수 있다. 소년이 경찰관에게 조사를 받은 경우 심리적인 위축을 경험할 수 있고 이에 따라 강압적으로 위탁에 동의할 수도 있다는 사실을 명심할 필요가 있다. 따라서 경찰관이 위탁을 이용하기 전에 소년에게 충분히 그 내용에 대해 고지를 해야 하고 이에 대한 소년의 자발적인 동의가 있어야 한다. 또한 이 과정에서 소년은 변호인 선임권을 고지 받아야 하고 변호인과 접견할 기회가 충분히 보장되어야 한다.

5) 비사법 제재(Extrajudicial Sanctions)

① 의 의

캐나다 「소년사법법」 제10조 이하에서는 비사법 제재에 관해 규정하고 있다. 비사법 제재란 경찰관이 소년을 비사법 제재 프로그램에 위탁하는 것을 의미한다. 경찰관은 소년범죄 사건을 처리하면서 소년이 저지른 범죄

9) 위탁 프로그램은 비사법 제재 프로그램과는 달리 사전에 검찰총장 등의 승인을 받을 필요가 없다.

의 경중, 과거 범죄의 성격 및 횡수, 주변 환경의 영향 등을 고려하여 훈방·주의·경고·위탁 등의 처분을 부과하는 것이 부적절하다고 판단하는 경우에는 비사법 제재를 부과할 수 있다. 비사법 제재는 경찰관뿐만 아니라 검사 또는 기타 관련 공무원 등도 부과할 수 있다.

② 요건 및 준수사항

비사법 제재를 부과하기 위해서는 다음과 같은 요건 및 준수사항이 지켜져야만 한다.

- 비사법 제재를 부과하기 위해서는 먼저 검찰총장 또는 주지사가 임명한 자가 비사법 제재 프로그램을 사전에 인가해야 한다.
- 비사법 제재의 내용 및 절차 등을 소년에게 충분하게 고지해야 하고, 소년은 자유로운 상태 하에서 그 고지받은 내용 전부에 대해 동의해야 한다.
- 소년은 비사법 제재에 동의하기 전에 변호인 선임 및 접견권을 반드시 보장받아야 한다.
- 소년은 자신이 저지른 작위(commission) 또는 부작위(omission)에 의한 범죄사실을 인정해야 한다.
- 검찰총장은 소년의 범죄사실에 대해 공소를 제기하거나 유지하는데 충분한 증거를 제시할 수 있어야 한다.¹⁰⁾
- 소년이 범죄의 실행에 참가(participation)하거나 관여(involvement)한 사실을 부인하는 경우에는 비사법 제재를 부과할 수 없다.
- 소년이 입건되거나 공소가 제기된 범죄사실에 대하여 소년법원에서 정식재판을 원하는 의사표시를 한 경우에는 비사법 제재를 부과할 수 없다.

10) 검찰총장은 상징적인 의미이고, 실무에서는 검찰총장을 대리하여 검사가 업무를 수행한다.

③ 부모에 대한 통지

소년이 비사법 제재프로그램에 위탁된 경우 프로그램을 집행하는 사람은 그 소년의 부모에게 프로그램의 내용 및 절차 등에 대해 통지해야 한다.

④ 피해자의 알 권리

소년이 비사법 제재 프로그램에 위탁된 경우 피해자의 요구가 있으면 경찰관, 검찰총장, 피해자 지원단체 등은 피해자에게 소년의 신분, 사건의 처리절차 등에 관한 정보를 제공해야 한다.

4. 캐나다의 소년범죄자 처리절차 요약

가. 경찰 단계

경찰관은 범죄를 실행했다고 믿을만한 합리적인 근거가 있는 경우에는 범인을 체포할 수 있다. 만약 경찰관이 소년을 체포한 경우에는 소년에 대하여 ① 훈방, ② 주의, ③ 경고, ④ 위탁 등 네 가지 비사법 처분 중 하나를 선택하여 부과할 수 있는 재량권을 가진다. 이 때 경찰관이 네 가지 처분들 중 하나를 부과하는 것이 적절하다고 판단한 후 선택한 처분을 부과하면 소년에 대한 사법절차는 종결되고 그 소년은 사회로 복귀한다.

만약 경찰관이 위 네 가지 처분을 부과하는 것이 적절하지 않다고 판단하는 경우에는 그 소년에 대하여 ① 비사법 제재(an extrajudicial sanction)를 부과하거나 ② 위탁의견으로 송치,¹¹⁾ ③ 기소의견으로 송치 중 하나를 결정하여 검사에게 사건을 이송한다.

11) 경찰관이 비사법 처분을 부과하는 것이 적절하지 않은 경우 판단을 유보한 후 법률전문가인 검사에게 소년에 대한 처우를 위탁(referrals)하는 것으로 우리나라 경찰의 수사지휘 권의와는 다른 개념이다.

나. 검찰 단계

경찰에서 사건을 이송 받은 검사는 ① 검사 경고¹²⁾를 하거나 ② 비사법 제재를 부과하거나 ③ 관할 법원에 기소하는 것 중 하나를 선택할 수 있는 재량권을 가진다. 만약 검사가 소년에게 경고를 하게 되면 소년에 대한 사법절차는 종결되고 그 소년은 사회로 복귀한다. 단, 검사가 경고를 하기 위해서는 「소년사법법」 제8조에 의해 그 검사가 소속된 주 또는 준주(準州)의 검찰총장이 검찰 경고 프로그램(a Crown Cautions Program)을 만든 경우에만 효력이 있다.

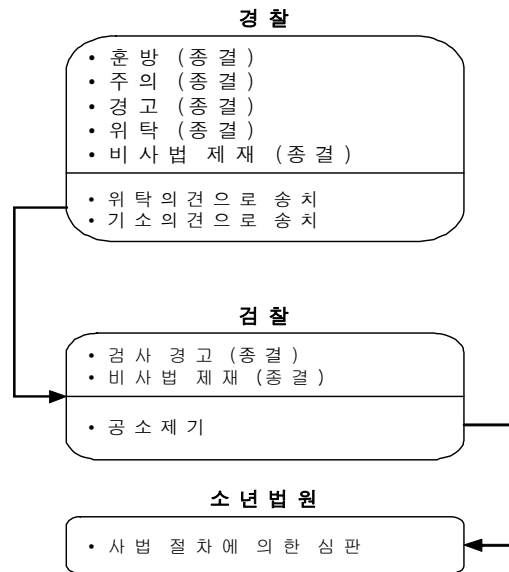
만약 검사가 경고를 하지 않는 경우에는 소년에 대하여 ① 비사법 제재를 부과하거나 ② 관할 법원의 소년판사에게 공소를 제기하는 것 중 하나를 선택한다.

다. 법원 단계

경찰관 또는 검사가 비사법 제재를 부과하는 것이 적절하지 않다고 판단한 경우 검사는 관할 소년판사에게 공소를 제기하고 소년판사는 사법절차에 따라 심판한다. 흔한 경우는 아니나 만약 경찰관 또는 검사가 소년에 대해 비사법 제재를 부과하였음에도 불구하고 다시 검사가 그 소년에 대한 공소제기를 한 경우에는 그 공소제기는 유효하다. 그러나 이 경우 공소제기를 받은 소년판사는 소년의 동의 여부를 따져 소년이 비사법 제재를 전부 동의한 경우에는 검사의 공소를 기각해야만 하고 소년이 일부 동의한 경우에는 공소를 기각할 수 있다. 만약 소년판사가 공소를 기각하지 않는 경우에는 정식 사법절차에 따라 소년에 대해 심판을 진행한다. 캐나다

12) 캐나다 「소년사법법」 제8조에 근거를 둔 검사 경고(Crown Cautions)는 경찰 경고(Police Cautions)와 성질은 같으나 주체 및 요건에서 구별된다.

다의 소년범죄자 처리절차는 아래 그림과 같이 요약하여 나타낼 수 있다.



<그림> 캐나다의 소년범죄자 처리절차

IV. 우리나라에의 도입방안

우리나라와 법체계가 다른 캐나다의 제도를 우리나라에 도입하는 문제는 심도 있는 연구와 국민적 합의가 필요한 사안이기 때문에 매우 조심스럽게 접근하면서 여러 가지 문제들을 검토해야 할 것이다. 이 장에서는 현재 캐나다 경찰에서 시행 중인 비사법 처분을 우리나라 소년사법제도에 도입하는데 있어서 우선적으로 고려되어야 할 사항들을 몇 가지 살펴보고자 한다. 물론 이 장에서 검토하는 것 이외에도 더 많은 사항들이 논의되어야 하겠지만, 이 연구는 캐나다의 비사법 처분을 국내에 처음 소개하고

있는 단계이므로 논의의 대상을 도입 시 고려사항으로 한정하고자 한다.

1. 회복적 사법의 제도화 여부

우리나라 소년사법제도의 근간을 이루는 소년법은 1958년 제정된 이래 최근까지 모두 4차의 일부개정이 이루어졌으나 소년범죄자의 처우 부분에서는 크게 변화된 것이 없었다. 미국, 영국 등 선진 국가들이 소년범죄에 관심을 가지고 이에 대한 적극적인 방안을 모색하고 회복적 사법과 같은 새로운 이론과 학설들을 법제도에 반영하고 있을 때 우리나라의 소년사법 제도는 그 동안 변화에 민감하지 못하고 상당부분 현실에 안주한 측면이 있었다.

이러한 현상이 나타나는 주된 원인은 바로 우리나라 소년사법제도가 안고 있는 한계를 보여주는 단적인 예라고 할 수 있다. 이런 한계는 크게 ‘제도적인 취약성’과 ‘소년사법절차의 장기화’라는 두 가지 요인에 기인한다고 할 수 있다.

여기서 제도적인 취약성이란 소년사법제도가 그 동안 변화를 수용하지 못했기 때문에 제도 자체가 소년범죄자의 재범 예방과 같은 문제를 해결하는데 취약한 구조를 가지고 있다는 것을 의미하고, 소년사법절차의 장기화란 소년사법제도의 최 일선에서 활동하는 경찰에게 재량권이 인정되지 않기 때문에 경미한 소년범죄자조차도 경찰단계에서 바로 사건이 종결되지 않고 검찰과 법원에까지 사건이 계속되어 장기간의 소년사법절차 속에 방치되는 것을 의미한다. 이런 소년사법제도의 한계를 뛰어넘기 위해서는 새로운 철학을 외부로부터 수혈할 필요성이 있는데 그 철학이 바로 회복적 사법이다.

미국과 유럽 등에서는 지난 30여 년 동안 회복적 사법의 제도화를 통해

학문적인 신념과 실제의 정책 집행을 하나로 연결시킴으로써 범죄학과 공공정책 분야의 연구 및 정책에 활력을 불어 넣었다. 뿐만 아니라 형사사법제도·전환제도·각종 대안처분·학교에서의 갈등해소 전략 등 다양한 영역에 수용되면서 우리가 살아가는 공동체사회의 평화 유지를 위한 정책들을 수립하고 집행하는데 필요한 지도적인 철학으로 현재까지 자리매김하고 있다(Walgrave, 2005: 8).

「범죄예방과 형사사법에 관한 UN 위원회(UN Commission on Crime Prevention and Criminal Justice)」에 의하면 “회복적 사법에 대한 UN의 기본원칙”에 37개국이 요구받은 응답을 제출하였다고 하는데, 그 중에는 한국이 포함되어 있다. 이는 우리나라도 이미 회복적 사법의 도입을 검토하겠다는 의사표현이 이루어진 것으로 볼 수 있다(노성호, 2002: 68). 결국 세계적으로 회복적 사법제도 및 프로그램을 도입하려는 추세가 확산되는 현실에서 우리나라의 소년사법제도 또한 이를 외면하거나 회피할 수 있는 여지는 없을 것으로 보인다. 따라서 회복적 사법을 현행 소년사법제도의 실무에 적극적으로 수용하여 한국적인 회복적 사법의 전형을 만드는 것이 중요하다고 본다.

2. 경찰의 재량권 인정 여부

비사법 처분을 도입하기 위해서 가장 문제가 되는 것은 경찰의 재량권 인정 여부이다. 경찰의 재량권 인정 여부는 바로 경찰의 수사권 인정 여부와 직결된다. 영미법계 소송구조를 가진 캐나다 경찰은 당연히 수사권을 가지고 있지만 우리나라의 현실은 아직 그렇지 못하다. 수사권을 갖지 못하고 있는 경찰은 당연히 현행 소년사법제도 하에서도 소년범죄자 처우에 대한 재량권을 갖지 못하고 그저 검사의 보조적인 역할을 수행할 뿐이다.

캐나다 경찰과 검사의 관계를 살펴보면 다른 영미법계 국가와 마찬가지로 경찰이 수사권을 가지고 있다. 캐나다의 검사는 수사과정에서 경찰을 보조하는 수사 인력을 가지고 있지 않으며 단지 배심원이나 판사에 대하여 공소사실을 입증하기 위한 적절한 증거를 제출하는 기능을 할 뿐이다. 즉 캐나다에서는 검사가 수사의 주재자가 아니라 범죄의 기소, 공판관여, 배심원 선정, 보석심문, 예비심문과 같은 형사공판의 부수적인 절차에의 관여, 피해자 지원이나 고지 임무 등을 수행한다(대법원, 2004: 486-487).

소년범죄자 처우와 관련하여 캐나다 경찰은 「소년사법법」의 제정으로 상당한 수준의 재량권을 새롭게 인정받았다. 「소년사법법」이 제정되기 이전에는 소년범죄자에 대한 경찰의 재량적 처분이 법적으로 인정되지 않았기 때문에 경찰의 소년범죄자의 처우에는 일정 부분 한계가 있었다. 이 처분의 도입으로 캐나다 경찰은 소년범죄자 처우에 있어서 독창적인 업무를 수행할 수 있는 기회를 갖게 되었고, 지역사회와 긴밀한 협력관계를 구축하면서 실질적으로 소년범죄 예방 및 재범 방지에 상당한 효과를 거두고 있다.¹³⁾

이에 반해 우리나라에서는 경찰에게 부여하고 있는 재량권의 범위가 매우 제한적이다. 우리나라 검찰은 수사권과 수사지휘권에 관한 모든 법적 권한을 지니고 있다.¹⁴⁾ 소년범죄의 경우는 성인범죄보다 경찰의 권한이 훨씬 더 제한적이어서 범죄소년은 검사선의주의, 촉법·우범소년은 법원선의주의에 의해 소년사법절차가 진행되고 있어 경찰이 원천적으로 소년범에 대한 권한을 행사할 수 없는 구조이다. 예외적으로 경찰에게 경찰청예규인 「소년경찰직무규칙」에 근거하여 소년선도를 위한 단속이 실시되고

13) http://www.rcmp.ca/ycja/background_e.htm 2006. 2. 6.

14) 우리나라의 검사는 수사권, 수사지휘권, 자체수사인력, 수사종결권, 기소독점주의, 기소 편의주의, 공소취소권, 사법경찰에 대한 체임·징계요구권, 체포구속피의자 석방지휘권, 사건이송지휘권 등을 광범위하게 보유하고 있다. 반면에 우리나라 경찰은 독자적 수사권이 없을 뿐만 아니라 수사종결권도 없다. 현재 경찰의 훈방권은 제한적으로 운용되고 있다.

있으나 경미한 사안에 그치고 있는 실정이다.

하지만 현재 「즉결심판에 관한 절차법」 제3조와 제19조의 규정에 준용하여 즉결심판이 가능한 범죄사건에 대한 경찰훈방권이 가능(이호중, 2004: 13)하다고 판단되므로 이러한 훈방권에 기초하여 경찰의 재량권을 법적으로 인정할 수 있다고 본다. 다만, 경찰이 소년범죄자 처우에 있어서 주체적인 역할을 하기 위해서는 수사권이 인정되어야 할 것이다. 경찰의 비사법 처분의 상당부분은 경찰단계에서의 독자적인 수사종결을 의미하는데, 이는 경찰에 비사법 처분의 대상에 해당하는 경미범죄에 대한 수사권과 수사종결권이 부여되어야 행사가 가능하다.

현재 다행스럽게도 경찰과 검찰의 수사권 조정과정이 진행 중이며, 열린우리당 검경수사권조정정책기획단은 조정안으로 제195조(검사와 사법경찰관리의 수사) 제1항에서 “검사와 사법경찰관리는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다”고 규정하여 수사의 주체로서 검사와 사법경찰관리를 대등한 관계로 규정하였다. 그리고 제2항에서 “사법경찰관과 사법경찰리의 범위는 대통령령으로 정한다”고 규정하고 있다. 또한 제196조(검사와 사법경찰관리의 관계) 제1항에서 “검사와 사법경찰관리는 수사에 관하여 서로 협력하여야 한다”라고 규정하여 수사주체간의 대등한 협력의무관계를 새로이 규정하였다. 그리고 제2항에서는 “검사는 내란 및 외환의 죄 등 대통령령에 규정된 사항에 한하여 사법경찰관리의 수사를 지휘할 수 있다”라고 하여 내란죄 및 외환죄 등 대통령령으로 검사의 수사권을 규정하고 대통령령에 규정되지 아니한 사안에 대해서는 포괄적으로 경찰의 수사권을 인정하는 방향의 조정안이 발표되었다(2005.12.5. 열린우리당 검경수사권조정 관련 정책기획단 기자회견).¹⁵⁾

15) 열린우리당 홈페이지 http://www.uparty.or.kr/board/?section=spokesman&no=4560&menu=view&p=1&search_select=&search_andor=or&query_str=수사권&category=2006.2.6.

현재 진행되고 있는 수사권조정 논의대로 경찰에 수사권, 특히 수사종결권이 인정되면 자연스럽게 검사선의주의가 적용되고 있는 현행 소년사법제도에 대한 개편 논의가 진행될 것이고, 경찰에게 재량권을 대폭 부여하고 있는 캐나다의 비사법 처분제도에 대한 도입 필요성도 한층 탄력을 받을 것으로 여겨진다.

3. 경찰 다이버전(diversion)과의 관계

경찰에서는 미국의 소년 전환제도와 검찰의 선도조건부 기소유예제도를 혼합하여 경미한 범죄를 저지른 소년범죄자에 대해 경찰단계에서 선도를 조건으로 훈방하는 소위 ‘경찰 다이버전’을 추진 중이라고 발표하였다(내일신문, 2005. 10. 10.).¹⁶⁾

또한 정부와 열린우리당은 당정협의를 열어 학교폭력 근절 대책을 협의하는 가운데 ‘낙인효과’로 전과자가 양산되거나 소년범이 다시 비행을 저지르는 사례를 막기 위해 경미한 초범 청소년에 대해서는 선도 조건부로 훈방을 하는 ‘소년범 경찰 다이버전’ 제도의 도입을 검토키로 했다고 한다(문화일보, 2005. 11. 14.).¹⁷⁾

경찰에서 추진 중인 경찰 다이버전은 일종의 전환으로 낙인이론과 관련이 깊다. 낙인이론에서는 일차적 일탈에 대한 사회적 반응을 이차적 일탈의 매개변수로 본다. 이는 일탈이 행위와 그 행위에 대한 사회적 반응의 산물이라는 것을 의미한다. 결국 일탈은 사회적 반응과 분리되어서는 개념화될 수 없는 것이며 사회적 반응이 곧 일탈의 특성과 강도를 규정하는 원인이 된다고 해석한다. 특히 비범죄화(decriminalization), 전환(diversion),

16) http://news.naver.com/news/read.php?mode=LSD&office_id=086&article_id=0000025971§ion_id=102&menu_id=102 2006. 2. 6.

17) http://news.naver.com/news/read.php?mode=LSD&office_id=021&article_id=0000128083§ion_id=2006 2. 6.

비시설화(deinstitutionalization) 등을 통해 공식적 낙인을 억제 또는 제한함으로써 이차적 일탈의 예방에 초점을 맞추어 소년범죄자, 과실범죄자, 경미범죄자 등과 관련된 형사정책 분야에서 커다란 공헌을 하였다(이윤희, 1999: 251-252).

낙인이론적 관점에서 추진된 미국의 정책사례로는 1970년대 최고의 관심을 불러일으켰던 소년 전환 프로그램을 대표적인 예로 들 수 있다. 이 프로그램은 체포된 소년범죄자를 조기에 공식적인 형사절차로부터 전환시켜 공식적 낙인으로 인해 일어날 수 있는 치욕과 일탈증대의 효과를 제거하기 위해 도입되었다. 또한 실제 운영적인 측면에서도 이 프로그램은 비용 절감의 효과를 가져왔기 때문에 곧 도입의 정당성을 확보하였다. 그러나 오늘날 미국에서는 아직도 많은 소년 전환 프로그램이 지속되고 있기는 하지만 1980년대 말 이후 범죄자의 장기구금에 초점을 맞추는 억제 및 응보정책이 우세해짐에 따라 이 전환 프로그램의 인기는 쇠퇴하였다(민수홍 외, 2005: 218).

한편, 경찰 다이버전과 관련된 국내의 정책사례로는 「소년범 수사시 전문가 참여제」를 들 수 있다. 이 프로그램은 소년범의 환경과 특성에 맞는 선도프로그램을 도입하고, 경미한 범죄에 대해 경찰단계에서 선도 프로그램을 이수하는 조건으로 형사입건 없이 훈방할 수 있는 제도를 말한다.¹⁸⁾ 이 제도는 2003년 10월 1일부터 2004년 9월 30일까지 서울 송파경찰서와 경기 수원중부경찰서에서 시범적으로 운영하였으며, 현재는 서울 서대문경찰서, 경기 수원남부경찰서, 강원 춘천경찰서로 확대하여 시범운영하고 있다(「경찰백서」, 2005: 95-97).

18) 이 프로그램의 구체적인 추진 내용은 범죄심리사가 수사 초기과정에 배석하여 비행예측법(PAI 심리검사) 실시로 장래 비행위험성을 과학적으로 판별 후 송치시 분석 자료를 함께 송부한다. 조사 종료 후 상담전문가가 원활한 사회복귀를 위해 소년 및 보호자와의 상담을 통해 소년 심리발달, 가정환경, 교우관계, 학교성적 등 개인적 특성 및 환경에 대해 면밀한 조사를 실시한다(「경찰백서」, 2005: 95).

캐나다 경찰이 시행 중인 비사법 처분을 도입하는 경우 현재 경찰에서 추진 중인 경찰 다이버전과의 관계가 문제될 소지가 있다. 하지만 비사법 처분 프로그램은 경찰 다이버전을 포함하는 종합적인 소년범죄자 처우 프로그램이기 때문에 경찰 다이버전과의 상충 문제는 발생하지 않을 것이라고 본다.

하지만 경찰에서 소년사법제도의 개선을 목적으로 정책을 추진함에 있어서는 1980년대 이후 쇠퇴하고 있는 낙인이론에 근거한 전환 프로그램보다는 통합적이고 포괄적인 사법모델로써 새로운 패러다임을 형성하고 있는 회복적 사법 프로그램들을 인식할 필요가 있다. 이 연구에서 소개하는 캐나다 경찰의 비사법 처분 또한 하나의 대안적 사례가 될 수 있을 것이라고 본다.

4. 검사의 선도조건부 기소유예와의 관계

현재 검찰에서는 「소년선도보호지침」(법무부훈령 제373호)을 근거로 선도조건부 기소유예제도를 실시하고 있다. 선도조건부 기소유예란 검사가 범죄예방자원봉사위원¹⁹⁾의 선도를 조건으로 하는 기소유예처분을 말한다. 이 제도는 소년범죄자를 형사절차로부터 조기에 종결시켜 소년에 대한 낙인효과를 줄여 재범을 방지하고자 하는 긍정적인 취지로 고안되었다. 하지만 상급관청이 하급관청의 권한행사를 지휘하기 위한 명령에 불과한 법무부 훈령을 근거로 사실상 소년법원의 보호처분과 유사한 성격을 지니고 있는 보호조치를 부과하여 소년의 기본권을 제한하는 것은 문제의 여지가 있다는 비판이 있다(임상규, 2002: 248). 또한 선도조건부 기소유예자 재범 현황(Ⅱ. <표 5> 참조)에서 본 바와 같이 선도조건부 기소유예제도가 실

19) 범죄예방자원봉사위원이란 「보호관찰 등에 관한 법률」 제18조의 규정에 의해 법무부장관이 위촉한 자를 말한다.

질적으로 소년범죄자의 재범 방지에 별 효과를 거두지 못하고 있는 것으로 나타나고 있다.

캐나다의 경우 캐나다의 소년범죄자 처리절차(Ⅲ. <그림> 참조)에서 살펴본 바와 같이 비록 종류는 다르지만 경찰의 비사법 처분과 검찰의 비사법 처분을 함께 인정하고 있다. 우리나라의 경우에도 경찰에서 비사법 처분을 도입할 경우 현재 검찰에서 시행 중인 선도조건부 기소유예제도와와의 관계를 어떻게 설정할 것인가 여부가 문제될 수 있다.

입법론적으로는 법적 근거가 희박한 검찰의 선도조건부 기소유예제도를 폐지하고 캐나다의 경우처럼 경찰과 검찰 모두에게 비사법 처분을 인정하는 것이 바람직하다고 생각된다. 이렇게 되면 경찰과 검찰 각 단계에서 어느 정도 요건이 충족되면 소년범죄자는 조기에 사법절차로부터 해방될 수 있게 된다. 결국 소년범죄자가 조기에 석방될 수 있는 경우의 수를 늘리는 것은 범죄자를 조기에 사법절차에서 벗어나도록 하여 부정적인 낙인효과를 제거하려는 회복적 사법의 취지와도 부합된다고 할 수 있다.

5. 비사법 처분 대상 범죄의 기준

캐나다의 경우 죄질의 경중에 따라 범죄를 경범죄(minor offences), 준중범죄(slightly more serious offences or less serious crime), 중범죄(more serious offences)로 구분하고 있고, 폭력의 사용 여부에 따라 폭력범죄와 비폭력범죄로 구분하고 있다. 전술했듯이 공소제기는 일반적으로 중범죄인 경우에 정당화될 수 있기 때문에 중범죄인지 여부는 사람에 대해 중요한 해악이 가해졌는가, 실질적인 손상을 입혔는가, 절취된 물건이 실질적인 가치를 가졌는가에 따라 결정된다.

경찰관은 소년이 비폭력범죄를 저지를 경우에는 훈방·주의·경고·위탁

중 하나의 처분을 결정할 수 있는 재량권을 가진다. 또한 준중범죄를 저지른 경우에는 비사법 제재의 대상이 될 수 있다. 그러나 중범죄자와 상습범죄자인 경우에는 소년판사에 의한 사법심판 대상이 된다(Charbonneau, 2005: 80).

「소년사법법」 제10조에 의하면 “경찰관은 소년범죄사건을 처리하면서 소년이 저지른 범죄의 경중, 과거 범죄의 성격 및 횡수, 주변 환경의 영향 등을 고려하여 훈방·주의·경고·위탁 등의 처분을 부과하는 것이 부적절하다고 판단하는 경우에는 비사법 제재를 부과할 수 있다”라고 규정하고 있으므로 비사법 처분의 대상이 되는 범죄의 기준은 경찰관의 재량적 판단에 따라 달라질 수 있다. 그러나 일반적으로 소년법원의 사법처분 결과와 비교하여 보면 비사법 제재의 대상이 될 수 있는 준중범죄의 기준을 보면 ① 5000 캐나다 달러 이하 절도 ② 장물취득 ③ 법원출석위반 ④ 처분준수 위반 등이다.²⁰⁾

우리나라의 경우 「소년선도보호지침」 제4조 제1항에서는 “선도유예는 범죄내용의 경중에 관계없이 재범가능성이 희박한 18세 미만의 범죄소년을 주된 대상으로 한다. 다만, 공안사범, 마약사범, 흉악범, 조직적 또는 상습적 폭력배, 치기배, 현저한 파렴치범은 선도유예대상에서 원칙적으로 제외한다”라고 규정하여 검사의 선도조건부 기소유예 대상이 되는 범죄의 기준을 폭넓게 인정하고 있다.

이를 근거로 검사는 선도조건부 기소유예 소년을 선정하는데 있어 소년사건의 죄질과 범정을 살펴 선도유예 적격소년을 선별한다. 이 때 비행성 예측자료표²¹⁾ 및 소년범 환경조사서 등의 자료를 참작하여야 하고 비행성 예측자료표상의 예측점수를 기초로 사건기록일체, 신문 중에 감지한 범죄

20) <http://canada.justice.gc.ca/en/ps/yj/repository/3modules/01extjud/3010301a.html> 2006.2.6.

21) 비행성예측자료표란 일정사항을 점검하여 소년범의 재범가능성의 높고 낮음을 예측하는 표로서 경찰청 작성의 사회항목조사표를 원용한다.

소년의 태도 등을 종합하여 재범가능성 정도를 결정한다(『소년선도보호지침』 제5조).

결국 캐나다와 우리나라의 사례를 통해서 알 수 있듯이 소년범죄자에게 비사법 처분을 부과하기 위해서는 법적 근거와 내부적 통제절차가 마련되어야 한다. 따라서 우리나라 경찰에 캐나다의 비사법 처분을 도입할 경우 경찰관이 비사법 처분을 부과하는데 있어서 제도의 도입취지에 걸맞도록 최대한의 재량권을 행사하도록 보장하되 다른 한편으로는 경찰관의 자의적인 재량권 행사를 통제하고 공정한 법집행을 담보할 수 있도록 법적 기준과 일정한 내부적 통제기준을 마련할 필요가 있다고 본다.

V. 결 론

누구나 공감하고 있듯이 소년은 장차 우리 사회를 이끌어 나갈 미래의 꿈나무라고 할 수 있다. 소년이 범죄로부터 벗어나 올바르게 자라서 공동체 구성원으로서 사회에 기여할 수 있도록 하는 것이 소년사법제도의 존립 목적이 아닌가 싶다. 그 동안 우리 사회에서 소년범죄자의 재범률이 계속 높은 수준을 유지하는 것은 나름대로 현행 소년사법제도가 그 기능을 다하지 못했다는 것을 반증하는 것이라고 본다. 소년범죄자의 범죄원인은 여러 가지 요인에 의해 설명될 수 있다. 범죄에 영향을 주는 원인들은 그 소년의 개인적인 요인일 수도 있고 가정, 친구, 학교 등과 같은 주변의 환경적인 요인이 영향을 줄 수도 있다. 또한 그 소년의 범죄를 억제하도록 만드는 사회제도가 충분하지 않아서 범죄가 발생할 수도 있다.

이 연구에서는 우리나라 소년사법제도의 문제점에 대한 해결책으로 회복적 사법 을 바탕으로 한 캐나다의 비사법 처분에 대해서 살펴보고 이를

우리나라 소년사법제도에 도입하는 방안을 살펴보았다.

소년은 합리적인 사고와 판단력을 가지고 의사를 결정할 수 있을 정도로 성숙된 인격체가 아니기 때문에 비록 범죄를 저질렀다 해도 형벌보다는 회복적인 수단을 통해 우리 사회가 포용하여 사회구성원으로 재통합시켜야 할 것이다. 따라서 소년범죄자 처우와 관련하여 경찰에게 적정한 재량권을 부여함으로써 우리 사회가 통합적으로 발전할 수 있는 제도적인 기틀을 마련할 필요가 있다고 본다.

주제어 : 소년사법제도, 회복적 사법, 비사법 처분

참고문헌

국내문헌

- 김동립. (2000), “소년법의 문제점과 입법에 관한 논의,” 「형사정책」 12(1): 105-132.
- 김재봉. (2005), “소년경찰과 다이버전,” 「형사정책」 17(1): 33-59.
- 김준호 외. (2003), 「청소년비행론」, 청목출판사.
- 김희주 · 공은경 · 이수정. (2005), “소년사법처리 절차에 있어 경찰의 역할 : 미국 선도 경찰관을 통한 한국의 소년보호정책,” 「한국공안행정학회보」 20: 185-221.
- 노성호. (2002), “소년범처우에 있어서 가족회합제도의 도입방안,” 「한국공안행정학회보」 13: 65-97.

- 대법원. (2004), 「바람직한 형사사법시스템의 모색」 자료집(Ⅰ).
- 문화관광부. (2004), 「청소년백서」.
- 민수홍 외. (2005), 「범죄학 이론」, 나남출판.
- 이수정. (2004), “경찰에서의 소년범 다이버전을 위한 재범위험성 평가절차,” 「청소년 선도 및 전과자 줄이기 관련 세미나 자료집」: 27-50.
- 이수정·조은경. (2005), “경찰단계에서의 소년범 위험성 평가를 위한 비행 촉발요인 조사도구 개발,” 「한국심리학회지: 사회 및 성격」 19(1): 27-43.
- 이윤호. (1999), 「형사정책」, 박문각.
- 이호중. (2004), “소년범죄자에 대한 경찰단계의 비범죄화 정책제안 - 경찰의 전문가 참여제와 회복적 공동체사법(Restorative Community Justice),” 「형사정책연구」 15(3): 5-44.
- 임상규. (2002), “소년범죄의 합리적 처리방안,” 「형사법연구」 17: 237-258.
- 전지연. (2004), “경찰 다이버전의 도입필요성과 그 내용,” 「형사정책」 16(2): 187-207.

국외문헌

- Braithwaite, John. (1995), “Reintegrative Shaming, Republicanism, and Policy,” in Hugh D. Barlow(ed.). *Crime and Public Policy : Putting Theory to Work*, Boulder, Colorado: Westview Press, Inc.
- _____. (2003), “Restorative Justice and a Better Future,” in Eugene MaLaughlin, Ross Fergusson, Gordon Hughes and Louise

- Westmarland(eds.). *Restorative Justice : Critical Issues*, Thousand Oaks, California: Sage Publications Inc.
- Bynum, Jack E. and Thompson, William E. (2002), *Juvenile Delinquency - A Sociological Approach*, Boston: Allyn and Bacon.
- Charbonneau, Serge. (2005), "The Canadian Youth Criminal Justice Act 2003: a step forward for advocates of restorative justice?," in Elizabeth Elliott and Robert M. Gordon(eds.). *New Directions in Restorative Justice : Issues, practice, evaluation*, Portland, Oregon: Willan Publishing.
- Clairmont, Don. (2005), "Penetrating the walls: implementing a system-wide restorative justice approach in the justice system," in Elizabeth Elliott and Robert M. Gordon(eds.), *New Directions in Restorative Justice - Issues, practice, evaluation*, Portland, Oregon: Willan Publishing.
- Daly, Kathleen. (2001). *South Australia Juvenile Justice Research on Conferencing*, Technical Report No. 2, Research Instruments in Year 2(1999) and Background Notes.
- Federal-Provincial-Territorial Task Force on Youth Justice. (1996), *A Review of the Young Offenders Act and the Youth Justice System in Canada*.
- Marshall, T. F. (1998), *Restorative Justice - An Overview*, Center for Restorative Justice & Mediation, University of Minnesota.
- McCold, Paul and Stahr, John. (1996), *Bethlehem Police Family Group*

- Conferencing Project*, American Society of Criminology Annual Meeting, Chicago, November 20-23, 1996.
- McCold, Paul and Wachtel, Benjamin. (1998), *Restorative Policing Experiment : The Bethlehem Pennsylvania Police Family Group Conferencing Project*, Community Service Foundation, Pipersville, PA.
- Morris, A. and Maxwell, G. (1997), "Re-forming juvenile justice: The New Zealand experiment," *Prison Journal* 77(2): 125-134.
- O'Brien, S. and Bazemore, G. (2004), "A New Era in Governmental Reform: Realizing Community," *Public Organization Review: A Global Journal* 4: 205-219.
- President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice. (1967), *Task Force Report : Juvenile Delinquency and Youth Crime*, Washington, D. C. : U. S. Government Printing Office.
- Sherman, Lawrence W. and Strang, Heather. (2000), *Recidivism patterns in the Canberra Reintegrative Shaming Experiments(RISE)*, Centre for Restorative Justice Research School of Social Sciences Australian National University.
- Walgrave, Lode. (2005), "Towards restoration as the mainstream in youth justice," in Elizabeth Elliott and Robert M. Gordon(eds.). *New Directions in Restorative Justice : Issues, practice, evaluation*, Portland, Oregon: Willan Publishing.
- Wroblewski, Henry M. and Hess, Kären M. (2000), *An Introduction to Law Enforcement and Criminal Justice*, Belmont, California:

Wadsworth/Thomsom Leaning.

Zehr, Howard and Mika, Harry. (2003), "Fundamental Concepts of Restorative Justice," in Eugene MaLaughlin, Ross Fergusson, Gordon Hughes and Louise Westmarland(eds.). *Restorative Justice : Critical Issues*, Thousand Oaks, California: Sage Publications Inc.

인터넷 주소

<http://canada.justice.gc.ca/en/ps/yj/repository/3modules/01extjud/3010301a.html>

<http://canada.justice.gc.ca/en/ps/yj/repository/3modules/01extjud/3010301d.html#top/>

http://www.rcmp.ca/ycja/background_e.htm

http://www.rcmp.ca/youth/plans_e.htm

<http://www.uparty.or.kr>

http://news.naver.com/news/read.php?mode=LSD&office_id=021&article_id=0000128083§ion_id

http://news.naver.com/news/read.php?mode=LSD&office_id=086&article_id=0000025971§ion_id=102&menu_id=102

A Study on the Restorative Justice Program
- Focused on the Extrajudicial Measures in Canada -

Choi, Eung-Ryul*/ Jung, Woo-Il** / Cha, Hoon-Jin***

Currently Korean juvenile justice systems are managed and processed by the prosecutors and juvenile courts. Therefore, most juvenile offenders have to go through formal prosecution and judicial processes in the courts even though they had committed misdemeanors. This complex and long juvenile justice procedures may cause the negative ‘labeling effects’ and could reduce the opportunities of juvenile offenders to be reintegrated into the members of sound society. Thus, the current juvenile justice systems may contribute on the increases of recidivism.

With relation to the juvenile justice system, several other countries already have taken the philosophy of restorative justice to reduce the negative labeling effects. Especially, they have considered the usages of police discretion as the measures to implement restorative justice because the police stage is the initiation of the formal juvenile justice system.

This study focuses on the introduction of the Canadian Extrajudicial

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

** Department of Police Administration, Graduate School of Dongguk University

*** Department of Police Administration, Graduate School of Dongguk University

Measures as an example of the restorative juvenile justice policy in the stage of police. Based on the examination of Canadian system, this study proposes the several recommendations.

First, the development of Korean style of restorative juvenile justice system by the implementation of restorative justice in the actual processes.

Second, allowing of police discretion in the juvenile justice procedures. For the implementation of police extrajudicial measures, the police should have the authority of investigation on crimes and the authority to close the investigation.

Third, from the legislative point of view, the current policy of “deferred indictment conditioned on judicious guidance” should be abolished because there is no proper legal basis for that policy. Instead, the extrajudicial measures should be allowed to both prosecutors and the police.

Forth, the establishment of the standard to decide which offenses should be dealt with extrajudicial measures. Additionally, the legal basis and the internal control procedure should be prepared for the implementation of this measure.

keywords : juvenile(youth) justice system, restorative justice, extrajudicial measures.

청소년 폭력 비행에 있어서 피해-가해 연계의 변화

박 순 진

이 논문은 대구대학교 학술연구비 지원에 의해
작성되었음.

형사정책연구 제17권 제1호(통권 제65호, 2006 · 봄호)

한국형사정책연구원

청소년 폭력 비행에 있어서 피해-가해 연계의 변화

박 순 진*

I. 들어가는 말

이 논문은 청소년 폭력 비행에서 나타나는 가해와 피해의 중첩 내지 연계 현상이 시간의 흐름에 따라 어떻게 변화하는지 살펴보고자 하는 목적을 가지고 있다. 지금까지 국내에서 청소년 비행에 대한 많은 연구들이 이루어져 왔으나 청소년 비행을 시계열적 관점에서 추적하고 분석한 연구는 상대적으로 드물었다. 시간의 흐름에 따른 현상의 변화를 살펴보기 위해서는 시계열적 변화를 포착할 수 있는 자료가 필요한데, 국내에서는 그런 자료가 종래에는 거의 가용하지 않았다. 한국청소년패널조사는 시간의 흐름에 따른 청소년 비행의 변화를 살펴볼 수 있는 적합한 분석 자료를 제공한다. 이 자료는 청소년의 직업선택, 진로, 일탈행위, 여가 등 다양한 분야의 풍부한 정보를 제공하고 있는데, 이 논문에서 주목하고자 하는 것은 조사 항목 가운데 청소년의 범죄와 일탈에 관련된 가해 경험과 피해 경험에 대한 다양한 문항을 포함하고 있다는 것이다.

※ 이 논문은 대구대학교 학술연구비 지원에 의해 작성되었음.

* 대구대학교 경찰행정학과 조교수, 사회학 박사

이 논문은 청소년 폭력에 있어서 가해와 피해가 중첩되어 있다는 사실에서부터 논의를 시작한다. 청소년의 폭력에 있어 가해와 피해가 중첩되어 있다는 사실은 국내외의 관련 연구에서 이미 여러 차례 지적된 바 있다(Singer, 1981; McDermott, 1983; Lauritsen, Sampson & Laub, 1991; 김준호 등, 1997; 노성호 등, 1999; 김준호·황지태, 2002; 기광도 2004). 박순진(2005)은 한국청소년패널조사의 중학교 2학년 패널의 1차 연도 자료를 분석하여 청소년의 폭력 비행에 있어 가해와 피해가 서로 중첩되어 있다는 사실을 다시 한 번 확인하였다. 나아가 단순히 가해와 피해가 연계되어 있다는 사실을 확인한데 그치지 않고 가해-피해 유무에 따라 집단 유형을 구분하고 가해-피해가 연계된 집단이 다른 집단과 차별을 보이는 특징을 분석하였으며, 청소년 폭력 비행의 피해가 가해 행동을 설명하는 요인이 될 수 있다는 사실을 보여주었다.

중학교 2학년 패널의 1차 연도 자료를 분석한 결과에 따르면 청소년 폭력 비행에 있어 가해자와 피해자는 유사한 생활양식이나 근접성 등의 이유로 인해서 관련을 가질 뿐만 아니라 경우에 따라서는 동일집단이기도하다는 사실이 경험적으로 확인된다(박순진, 2005). 이에 따르면 청소년 폭력 비행에 있어서 가해자와 피해자 사이에는 동질성 내지 상호의존적 연계가 존재하는 것처럼 보인다. 가해자와 피해자의 특성에서 관찰되는 유사성에 대해서는 가해자와 피해자의 근접성이라든가 생활양식 상의 특징으로 인한 시간적, 공간적 수렴 가능성 등을 넘어서 가해자와 피해자가 동일 집단이라는 이론적 관점에서 설명할 수 있다(Singer, 1981; McDermott, 1983; Lauritsen 등, 1991).

청소년 폭력 비행에 있어 가해와 피해가 중첩되어 있으며 피해자 집단과 가해자 집단이 동일집단인 경우가 드물지 않다는 사실은 추가적인 설명이 필요한 몇 가지 쟁점을 제기한다. 첫째, 청소년 폭력 비행에 있어서

가해와 피해의 중첩은 부분적이며 가해와 피해가 중첩되지 않는 경우가 보다 일반적이다. 이와 관련하여 박순진(2005)은 가해와 피해의 중첩 여부에 따라 청소년 집단을 네 유형으로 나누어 그 특성을 비교하여 살펴본 바 있는데, 이에 따르면 네 집단은 비행 관련 특성에 유의미한 차이가 있는 것으로 드러났다. 이는 서로 차이를 보이는 집단에 대해 보다 주의 깊은 설명이 필요하다는 것을 의미한다. 무엇보다 이들 네 집단 유형별 특성에서 발견된 차이들이 일시적인가 아니면 지속적인가 검토되어야 한다. 시간이 흐름에 따라 청소년 비행에서 가해와 피해의 유형별 분포가 변화하는지 여부와 그 변화의 방향이나 양상이 어떠한지 주목할 필요가 있다.

둘째, 가해와 피해가 중첩되어 있고 중첩된 집단이 다른 집단 유형과 차이를 보인다면 이러한 중첩을 설명해주는 요인이 무엇인지 분명하게 밝혀져야 한다. 단순히 동일집단이라는 사실을 지적하는 것을 넘어 왜 그리고 어떻게 가해와 피해가 중첩된 집단이 되었는지 설명하여야 한다. 가해와 피해가 동일한 요인에 의한 공통원인의 결과인지, 아니면 가해 또는 피해가 인과적 연쇄를 가지고 있으며 일련의 과정으로 이해될 수 있는 매개과정의 결과인지 규명되어야 한다. 이와 관련하여 박순진(2005)은 한 시점의 자료를 토대로 했기 때문에 가해-피해의 중첩이 어떤 경로로 형성되며 각 집단 유형과 중첩에 영향을 미치는 요인들의 시간적 선후와 인과연쇄를 밝히는 작업은 전혀 해볼 수 없었다. 이번 연구에서는 이런 맥락에서 한 단계 진전을 기대해볼 수 있다. 즉, 1차 연도 조사 결과에 대한 분석에서 확인된 청소년 비행에서 가해-피해의 중첩 내지 연계 현상에 대하여 2차 연도 조사가 완료되어 두 시점 사이의 변화를 시간의 흐름이라는 관점에서 비교하여 분석해볼 수 있는 가능성이 열리게 된 것이다.

이러한 점들에 대한 해명은 기존의 관련 연구들에서는 충분히 주목받지 못했던 사실들이다. 즉, 가해와 피해가 중첩되어 있다는 사실은 다수의 연

구에서 주목 받았으나 어떤 과정을 통해서 그렇게 되는지, 아울러 중첩된 집단과 그렇지 않은 집단이 왜 차이를 보이는데 대해서는 충분히 설명되지 못하였다. 이러한 사정은 다양한 여러 이유 때문이기도 하지만 무엇보다 기존의 연구들이 시간의 흐름에 따른 변화를 살펴볼 수 있는 시계열적 자료를 사용하지 않았기 때문이라고 판단할 수 있다. 이 연구는 기존 연구가 가진 이러한 한계를 주목하는 데서 출발한다. 이러한 쟁점을 해명하는데 있어 한국청소년개발원에서 다년에 걸쳐 동일 표본을 추적 조사하는 한국청소년패널조사는 좋은 자료를 제공한다.

이러한 관심에서 시작하여 이 논문에서는 1차 연도 자료에 대한 분석에서 밝혀진 내용들을 다시 한 번 확인하고, 당시에 향후의 과제로 남겨두었던 시간의 경과에 따른 변화 양상 등 추가적으로 분석이 필요하다고 판단했던 사항들을 1차 연도 자료와 2차 연도 자료를 비교하여 분석해보고자 한다. 구체적으로는 1차 연도 자료의 분석에서 밝혀졌던 가해-피해의 중첩 내지 연계 현상이 청소년의 성장에 따른 비행 관련성의 변화라는 맥락에서 어떻게 달라지는지, 가해와 피해의 연계 내지 중첩이 시간의 흐름에 따라 어떤 방향으로 변화하는지 살펴보고자 한다. 이 연구는 비록 2개 연도의 조사 결과에 대한 분석에 불과하지만 장차 패널조사가 연차를 거듭하게 되면서 장기적으로 탐구하고자 하는 청소년 비행의 지속과 변화에 대한 시계열적 관심의 시작라고 할 수 있다.

II. 이론적 배경

범죄피해조사가 정기적으로 실시되고 이와 관련된 다양한 연구가 활발하게 이루어지면서 가해자와 피해자가 외형적으로 유사한 특성을 가지고

있다는 사실이 주목받기 시작하였다. 범죄피해조사의 결과 범죄피해는 공간적, 시간적으로 무작위적인 분포를 보이지 않는다는 사실이 밝혀졌다. 즉, 범죄피해가 빈발하는 지역과 시기가 있으며, 범죄피해의 가능성이 높은 사람들이 있다는 사실이 주목받게 되었다.

범죄피해조사 결과 주목받기 시작한 이 같은 사실에 대하여 Hindelang 등(1978)은 범죄의 피해자는 피해의 위험이 높은 생활양식을 가지고 있기 때문에 피해를 당한다는 생활양식이론을 제안하였다. 이에 따르면 범죄피해의 가능성은 범죄자와의 접촉 및 노출에 의해 결정되는데, 범죄자와의 접촉과 노출의 정도는 개인의 사회·인구학적 특성과 생활양식에 따라 달라진다. Cohen과 Felson(1979)은 범죄가 발생하기 위해서는 ① 범죄를 하려는 의지를 가지고 실행할 수 있는 범죄자(motivated offender), ② 범죄의 적절한 대상인 사람이나 물건(suitable target), ③ 범죄의 발생을 억제할 수 있는 보호 또는 감시의 부재(absence of guardians) 등 세 가지 조건이 동시에 같은 장소에 모아져야 한다는 일상활동이론을 제안하였다. 이에 따르면 범죄피해의 가능성은 이들 세 조건이 동일한 시간과 공간에 존재하는지 여부에 따라 좌우되는데, 이들 세 가지 요인이 수렴하는 것은 개인의 일상적인 활동양식과 관련이 있다.

생활양식이론과 일상활동이론에 따르면 범죄 사건에 있어 가해자와 피해자는 범죄피해의 가능성이 높은 고위험 생활양식, 서로 조우할 가능성이 높은 일상적인 활동양식 등에서 겹치는 특성을 가진 것으로 평가할 수 있다. 동기화된 범죄자와 적절한 피해자가 조우하거나 수렴할 가능성은 생활양식 또는 일상적인 활동양식과 관련되어 있다. 즉, 가해자와 피해자가 같은 시간, 같은 장소에 있게 되는 것은 생활양식내지 일상활동에서의 유사성 또는 근접성과 관련이 있으며, 이는 다시 이 두 집단의 사회경제적, 인구학적 특성에 있어서의 중첩과 관련된 것으로 기대할 수 있다.

가해자와 피해자의 특성에서 관찰되는 유사성에 대해 생활양식이론과 일상활동이론의 설명에서 한 걸음 더 나가 가해자와 피해자를 동일집단으로 보아야 한다는 가설이 제시되었다(Singer, 1981; McDermott, 1983; Jensen & Brownfield, 1986; Lauritsen 등, 1991). 이들이 주목하고 있는 것은 범죄피해조사의 결과 피해자의 사회·인구학적 특성을 비롯하여 여러 가지 특징에서 가해자와 유사한 경향이 관찰된다는 사실이다. 이러한 유사성은 폭력범죄, 특히 청소년 폭력범죄에서 더욱 두드러진다. 이들이 수행한 일련의 연구들을 보면 비행을 일삼거나 갱 집단 멤버인 청소년들이 그렇지 않은 일반 청소년에 비해 청소년 비행으로 인한 피해 가능성이 오히려 더 높다는 결과들이 보고되고 있다. 즉, 청소년에게 있어서 폭력범죄의 가해자는 경우에 따라 피해자이기도 한 것이다.

이들은 이러한 사실을 바탕으로 청소년 폭력에 있어서 가해자와 피해자는 단순히 서로 유사한 특성을 가지는데 그치지 않고 이들 두 집단이 실제로는 같은 집단, 즉 동일집단이라고 주장하였다. 이들은 가해자와 피해자 사이에 관찰되는 사회·인구학적 특성의 중첩과 생활양식의 유사성에 대해 적극적으로 평가한다. 이들은 청소년 폭력비행에서는 한 사건에서 피해자가 다른 사건에서 가해자가 되는 상호의존적 연쇄가 존재한다고 주장하였다. 폭력을 행사하는 청소년은 그 자신이 동시에 피해자인 경우가 흔하며, 일탈행동을 저지르는 빈도가 높은 청소년은 동시에 여러 범죄의 피해자가 되는 경우가 드물지 않다. 이 가설은 ‘동일집단(equivalent group) 가설’이라 불린다. 범죄피해조사 결과 밝혀진 범죄자와 피해자의 유사성 내지 중첩은 이들이 실제로는 하나의 집단이기 때문에 나타나는 현상이며, 범죄를 하게 하는 조건은 동시에 피해를 초래하는 상황이기도 하다.

그러나 동일집단 가설에 대해 너무 지나친 설명이라고 평가하고 이와는 다른 식으로 가해자와 피해자의 유사성을 설명하는 연구들이 있다. ‘근접

성(proximity) 가설'과 '일탈지역(deviant place) 가설'이 그것이다. 이들은 가해자와 피해자의 유사성 내지 중첩을 사회경제적 지위, 거주지역의 특성, 생활양식 상의 특성에 의해 나타난 부수적인 현상으로 파악한다. 즉, 가해자와 피해자는 하나의 집단이 아니라 다른 요인들 때문에 중첩된 집단처럼 보인다는 것이다. 근접성 가설에 따르면 범죄피해의 가능성은 어떻게 사느냐 보다 어디에 사느냐에 더 좌우된다(Garofalo, 1987; Miethe & McDowall, 1993). 즉, 범죄피해는 다른 무엇보다 거주 지역에 따라 결정된다는 것이다. 어떤 사람이 피해자가 되는 것은 범죄자 옆에 살기 때문이며, 그들이 서로 유사한 배경 조건이나 생활환경을 가지고 있기 때문이다. 이에 따르면 가해자와 피해자 사이에는 상호의존적 연계가 존재하지 않으며 이들 사이에 발견되는 유사성은 형식적, 외형적 유사성에 불과하다.

일탈지역 가설은 범죄가 많이 일어나는 자연적인 지역 또는 장소가 존재한다는 사실을 강조한다. 이들은 범죄가 빈발하는 지역에 거주하거나 그런 장소에서 활동해야 하는 생활양식을 가진 경우에는 사람들이 취하는 예방조치와 관계없이 범죄 피해를 당할 수 있다고 보았다. 경제적 여건이나 사회경제적 지위로 인해 범죄가 빈발하는 지역에 거주하는 사람은 생활양식이나 행동과 무관하게 범죄피해를 당할 가능성이 높다. 생활양식 상의 특징에 따라 그런 지역에서 활동해야 하는 사람 역시 범죄피해를 당할 가능성이 크다. 범죄가 빈발하는 지역은 빈곤, 높은 인구밀도, 높은 이동성 등으로 특징지어지는 지역이다(Strak, 1987). 중산층은 이런 지역을 벗어나 거주할 수 있는 반면 저소득층 등은 이런 지역에 거주할 수밖에 없고 따라서 범죄의 피해자가 되는 경우가 많다(Wilson, 1990). 일탈지역 가설은 가해자와 피해자 사이에 발견되는 유사성에 대해 거주지역이나 일상활동 공간을 공유하게 되는 두 집단의 유사한 특성을 나타내는 것에 불과한 것으로 보며 이들이 동일집단이라는 사실을 함축하는 것은 아니라고 주장한다.

이상에서 살펴본 바와 같이 청소년 비행에 있어서 가해자와 피해자 사이에 발견되는 유사성 내지 중첩에 대해 동일집단, 근접성, 일탈지역 등의 개념을 사용하여 설명해 볼 수 있는데, 특히 동일집단 가설은 근접성 가설이나 일탈지역 가설과 대비되는 것으로 평가할 수 있다. 그러나 이런 이론적 설명은 가해와 피해가 연계되어 있다는 사실은 나름대로 잘 설명하고 있으나 가해와 피해가 왜 부분적으로 연계되고 부분적으로는 연계되지 않는지 설명해주지는 못한다. 아울러 가해와 피해가 인과적 연쇄를 가지는 것인지, 아니면 가해와 피해가 동일 원인에 의한 동시적 결과인지 분명하게 설명해주지 못한다.

이와 관련하여 청소년 비행을 청소년의 성장과 발달이라는 관점에서 접근하고자 하는 소위 ‘발달론적 범죄 이론’의 이론 구성 방식에 주목해볼 필요가 있다. 구체적으로 어떤 식으로 이들의 이론 구성 방식과 이론적 설명을 가해-피해의 중첩을 설명하는 데 동원할 수 있을지는 장차 패널조사 자료가 축적되고 더 많은 분석이 진행되어야만 구체화할 수 있을 것으로 기대한다. 다만, 현재로서는 이들이 범죄 또는 비행에 관련된 여러 요인들의 시간적 선후 내지 인과관계를 청소년의 성장과 발달이라는 맥락에서 이해해야 한다고 주장하는 점에 주목하고 싶다(Thornberry, 1987; Patterson 등, 1989; Moffitt, 1993; Sampson & Laub, 1997). 범죄 또는 비행이 청소년의 성장과 발달이라는 맥락에서 이해되어야 한다면 서로 중첩되어 있는 가해와 피해 역시 청소년의 성장과 발달이라는 맥락에서 다루어질 필요가 있을 것이다. 이런 맥락에서 보자면 가해와 피해의 중첩은 한 시점의 자료를 이용한 횡단적 연구에 비해 다년간의 추적조사를 통한 종단적 연구를 통해 연구하기 적합한 주제라고 할 수 있을 것이다.

III. 자료와 방법

이 논문의 분석에 사용한 연구 자료는 한국청소년개발원에서 실시한 한국청소년패널조사(KYPS)의 중학교 2학년 패널에 대한 1차 연도 조사 자료 및 같은 패널에 대한 2차 연도 조사 자료이다. 2003년에 실시된 1차 연도 조사의 조사대상은 2003년 현재 제주도를 제외한 전국의 중학교 2학년 재학생과 그들의 학부모이며, 2004년에 실시된 2차 연도 조사의 조사대상은 1차 연도 조사에 응답한 동일 학생과 그들의 학부모이다. 분석에 포함된 사례는 1차 연도의 경우 3,449명이고, 2차 연도의 경우 3,209명이다.

한국청소년패널조사(KYPS)는 우리 청소년들의 잠재적 직업선택, 향후 진로설정 및 준비, 일탈행위, 여가참여 등의 횡단적 실태, 종단적 변화양상 및 그 원인에 대해 파악하기 위하여 2003년부터 시작된 패널조사이다(박창남, 2001; 이경상, 2002 및 2003). 이 조사의 자료수집 방법은 동일 표본을 세 번 이상의 서로 다른 시점에서 반복 조사하는 중다전망적 패널설계(multiple point prospective panel design)를 설계의 기본 원칙으로 하여 6년에 걸쳐 매년 추적조사를 실시하는 것으로 계획되어 있다. 이 자료는 조사 대상자의 지역별 인원규모를 고려한 층화다단계집락표집(stratified multi-stage cluster sampling)에 의해 표본을 선정한 다음, 청소년에 대해서는 학교방문을 통한 집단면접조사의 방법으로, 학부모에 대해서는 전화면접조사의 방법으로 수집된 것이다.

한국청소년패널조사는 두 개의 패널로 구성되어 있다. 하나의 패널은 2003년 현재 전국의 중학교 2학년에 재학 중인 청소년을 조사대상으로 이들이 중학교 2학년인 2003년부터 고등학교 3학년 졸업 이후 1년이 되는 2008년까지 6년 동안 반복적으로 추적조사 한다. 또 하나의 패널은 2004년 현재 전국의 초등학교 4학년에 재학 중인 청소년을 조사대상으로 이들이

초등학교 4학년인 2004년부터 중학교 2학년이 되는 2008년까지 5년 동안 반복적으로 추적조사 한다. 이 논문에서 분석하는 자료는 2003년에 조사된 중학교 2학년 패널의 1차 연도 자료 및 2004년에 조사된 중학교 2학년 패널의 2차 연도 자료이다.

이 논문에서 살펴보고자 하는 내용들은 1차 연도 조사 결과에 대한 분석에서 관심을 가졌던 내용들에 더하여 1년의 시간이 지난 후에 일어난 변화에 대한 것이다. 구체적으로 언급하면 대략 다음과 같다. 첫째, 청소년들의 폭력 비행의 가해 및 피해의 실태는 어느 정도 되며, 1년의 시간이 지나 조사대상 청소년들이 나이를 먹어 중학교 2학년에서 3학년이 되면서 늘어났는가 아니면 줄어들었는가. 둘째, 1차 연도에 대한 분석에서 밝혀진 청소년 폭력 비행에 있어 가해와 피해의 연계가 1년의 시간이 지난 이후 어떤 양상으로 변화하였는가. 즉, 피해경험과 가해경험에 바탕을 둔 청소년 집단 유형별 분포가 달라졌는지, 달라졌다면 어떻게 달라졌으며 어떤 집단이 어떤 집단으로 변화하였는가.

셋째, 1차 연도 조사 결과의 분석에서 드러난 청소년 폭력 비행의 가해경험과 피해경험이 연계된 집단이 다른 집단들과 차이를 보인 특징들은 한 해가 지난 이후에 여전히 동일하게 나타나는가. 즉, 가해-피해의 연계 집단이 다른 집단과 구별되는 독특한 특징이 청소년들이 나이를 먹어가도 여전히 지속 되는가 검토가 필요하다. 넷째, 청소년 폭력 비행에 있어서 가해-피해의 연계를 설명해주는 요인은 무엇인가. 이러한 문제에 대해서는 집단별 차이를 설명하는 요인을 통해서 검토해볼 수 있으나 시간의 흐름에 따른 집단 유형의 변화를 통해서도 살펴볼 수 있다.

이상과 같은 관심 사항들을 살펴보기 위하여 이 논문에서는 빈도분석에 이어 교차분석, 다중비교기법, 회귀분석 등의 분석기법을 사용하였다. 분석에 사용한 프로그램은 SPSS 12.0K for Windows이다. 분석에 사용된 문

항은 1차 연도와 2차 연도 모두 완전히 동일한 문항으로 측정된 것들이다. 그러나 이들 문항의 문항번호는 1차 연도 설문지와 2차 연도 설문지 사이에 약간의 차이가 있는데, 여기서는 2차 연도 설문지(‘한국청소년패널조사(KYPS)Ⅱ-중등’)의 문항번호를 기준으로 하여 서술하도록 하겠다.

먼저, 가해 경험은 문항 38번을 통해, 피해 경험은 문항 40번을 통해 파악하였다. 이 연구에서 분석에 포함된 가해 유형은 ‘남을 심하게 놀리거나 조롱하기’, ‘남을 협박하기’, ‘다른 친구를 집단따돌림(왕따) 시키기’, ‘다른 사람을 심하게 때리기’, ‘남의 돈이나 물건을 뺏기(빼앗기)’ 등 다섯 가지이다. 피해의 유형은 ‘심한 놀림이나 조롱당하기’, ‘협박 당하기’, ‘집단따돌림(왕따) 당하기’, ‘심하게 맞기(폭행)’, ‘돈이나 물건 강제로 빼앗기기’ 등 다섯 가지이다. 분석에 포함된 가해와 피해는 각각 거의 동일한 내용을 나타내는 질문 문항을 이용하여 측정되었는데, 다섯 가지 모두 비행의 특성에 있어 폭력성이 개입된 것으로 평가할 수 있다. 각 문항에 대한 응답은 ‘전혀 없다’와 ‘있다’를 체크하도록 하였는데, 이를 각각 ‘0’과 ‘1’로 코딩하여 분석하였다.

가해 경험과 피해 경험을 파악하고 이들 사이의 중첩 내지 연계에 대해 살펴본 다음에는 이를 설명하기 위하여 가해 및 피해 경험에 따른 집단 유형별 특성을 비교하였으며, 이어서 가해-피해의 연계를 설명하는 모형을 구성하고 평가하였다. 분석에 포함된 변수들의 목록과 변수의 측정은 다음과 같다. 먼저 부모와의 유대를 분석에 포함하였다. 부모와의 유대는 Hirschi(1969)가 제시한 사회유대이론에서 중시하는 유대의 다양한 방식 가운데 중요한 한 차원을 나타내는 개념이라고 할 수 있는데, 부모의 면밀한 감독과 훈육, 부모와 자녀 사이의 원만한 의사소통과 관계, 부모와의 애정적 동일시로 측정할 수 있다. Hirschi에 따르면 범죄나 일탈은 부모와의 낮은 유대관계의 결과라고 할 수 있다.

이 논문에서 부모와의 유대는 문항 33번을 통해 파악하였다. 33번 문항은 가정과 부모에 관한 15개의 하위문항으로 구성되어 있는데, 여기서는 이 가운데 유대 또는 통제를 측정하는 것으로 평가할 수 있는 8개의 하위문항을 골라 ‘부모와의 유대’라는 복합지수를 구성하였다(크론바하의 알파 = 0.884). 여기에 포함된 하위문항은 ‘부모님과 나는 서로를 잘 이해하는 편이다’, ‘부모님과 나는 무엇이든 허물없이 이야기하는 편이다’, ‘나는 내 생각이나 밖에서 있었던 일들을 부모님께 자주 이야기하는 편이다’, ‘부모님과 나는 대화를 자주 나누는 편이다’, ‘내가 외출했을 때 부모님은 내가 어디에 있는지 대부분 알고 계신다’, ‘내가 외출했을 때 부모님은 누구와 함께 있는지 대부분 알고 계신다’, ‘내가 외출했을 때 부모님은 내가 무엇을 하고 있는지 대부분 알고 계신다’, ‘내가 외출했을 때 부모님은 내가 언제 돌아올지를 대부분 알고 계신다’ 등이다. 각 하위문항에 대한 응답은 ‘전혀 그렇지 않다’에서부터 ‘매우 그렇다’까지 5점 척도로 평가하게 하였다. 부모와의 유대는 최소값 8, 최대값 40의 값을 갖는데, 1차 연도에는 평균 26.0, 표준편차 5.96이며, 2차 연도에는 평균 27.0, 표준편차 5.87이다.

낮은 자기통제력은 Gottfredson과 Hirschi(1990)가 범죄 행동을 설명하기 위하여 제시한 개념이다. 자기통제력이 낮은 사람은 스릴과 모험을 즐기며 즉각적이고 단기적인 욕구 충족을 추구하는 경향이 강하다. 이에 따르면 범죄나 비행은 낮은 자기통제력의 결과라고 볼 수 있다. 낮은 자기통제력은 잘못된 자녀양육과 같은 불완전하고 효율적이지 못한 사회화의 결과로 형성되며, 한번 형성된 자기통제력은 일생동안 안정적으로 유지된다.

낮은 자기통제력은 문항 34번을 통하여 파악하였다. 34번 문항은 6개의 하위문항으로 구성되어 있는데, 이 가운데 이론에서 제시한 낮은 자기통제력을 측정하는 차원을 나타내는 것으로 평가할 수 있는 4개의 하위문항을 사용하여 ‘낮은 자기통제력’이라는 복합지수를 구성하였다(크론바하의 알

파=0.566). 여기에 포함된 하위문항은 ‘나는 내일 시험이 있어도 재미있는 일이 있으면 우선 그 일을 하고 본다’, ‘나는 일이 힘들고 복잡해지면 곧 포기한다’, ‘나는 위험한 활동을 즐기는 편이다’, ‘나는 화가 나면 물불을 가리지 않는다’ 등이다. 각 하위문항에 대한 응답은 ‘전혀 그렇지 않다’에서 ‘매우 그렇다’까지 5점 척도로 파악하였다. 이 척도는 점수가 높을수록 자기통제력의 정도가 낮은 것을 나타낸다. 낮은 자기통제력은 최소값 4, 최대값 20의 값을 갖는데, 1차 연도에는 평균 10.8, 표준편차 2.93이며, 2차 연도에는 평균 11.0, 표준편차 2.90이다.

다음으로 비행친구를 살펴보았는데, 비행친구는 Sutherland(1947)의 차별교제이론에서 비행의 원인으로 중요하게 생각하는 개념이다. 차별교제이론의 주장에 따르면 청소년의 비행은 가족이나 친구와 같은 일차적이고 친밀한 사람들과의 상호작용과정을 통해 학습되며, 이러한 학습은 이들과의 교제의 빈도, 기간, 우선성, 강도 등에 따라 차별적으로 형성된 상호작용의 결과라고 볼 수 있다.

이 논문에서는 평소에 자주 어울리고 친하게 지내는 학교친구, 동네친구, 선후배 등을 ‘매우 친한 사람’으로 보았는데, 비행친구와 관련해서는 문항 37-4번 ‘그 친구들 중에서 학교에서 근신, 정학 또는 퇴학 등의 처벌을 받은 경험이 있는 친구는 몇 명이나 됩니까?’, 문항 37-5번 ‘그 친구들 중에서 경찰서에 잡혀간 적이 있는 친구는 몇 명이나 됩니까?’, 그리고 37-6번 ‘그 친구들 중에서 지난 1년 동안 아래와 같은 행동을 한 친구는 얼마나 됩니까?’ 중의 4) ‘다른 사람을 심하게 때리기’, 5) ‘남의 돈이나 물건을 빼앗기(뺑뜨기)’ 등을 모두 합하여 비행친구가 있는지 여부를 파악하였다. 분석에서는 비행친구의 유무를 ‘1’과 ‘0’으로 변수값을 변경하여 사용하였다(dummy 변수, 있는 경우=1). 비행친구가 있는 비율은 1차 연도 20.9%, 2차 연도 19.4%로 각각 집계되었다.

비행적 생활양식은 생활양식·일상활동이론에서 범죄와 비행의 원인으로 보는 개념이다. 이에 따르면 비행적 생활양식을 가진 경우에는 범죄의 가해자나 피해자가 될 가능성이 높아진다고 볼 수 있다. 이 논문에서는 비행적 생활양식을 문항 38번의 하위 문항인 ‘담배 피우기’, ‘술 마시기’로 측정하였다. 이들 문항에 대한 응답은 ‘전혀 없다’와 ‘있다’로 구분하여 체크하도록 하였는데, 분석에서는 이를 각각 ‘0’과 ‘1’로 재분류하여 분석하였다. 여기서는 술이나 담배를 하는 경우 비행적 생활양식으로 간주하였다(dummy 변수, 술이나 담배를 하는 경우=1). 1차 연도에는 대략 33.5%, 2차 연도에는 30.6%의 학생이 비행적 생활양식을 가진 것으로 조사되었다.

IV. 분석결과

1. 가해와 피해의 실태

이 연구는 동일 표본에 대해 1년이 경과한 시점에서 같은 내용의 질문을 통하여 다양한 청소년 비행의 가해 경험과 피해 실태를 조사하고 있다. 그런데 1차 연도에 응답하였던 조사 대상자 가운데 240명이 2차 연도에 응답하지 않았다. 연구자는 분석에 앞서 2차 연도 조사에서 탈락한 학생들이 우리가 관심을 가지고 있는 다섯 가지 비행에 있어서 응답한 학생들과 차이가 있는지 1차 연도의 자료를 비교·분석하여 검토하였다. 검토 결과 응답한 학생들과 탈락한 학생들은 비행의 가해와 피해 경험에서 다섯 가지 각각에 있어 통계적으로 유의미한 차이를 나타내지는 않았다.

<표 1>은 이 연구에서 관심을 가지고 있는 가해 유형 다섯 가지 각각에 대해서, 그리고 이들 다섯 가지 유형 모두를 합해 어느 하나라도 해본

경험이 있는지 나타낸 것이다. 1차 연도에는 분석에 포함된 가해 행동 가운데 하나라도 해본 경험이 있는 학생이 모두 29.3%로 집계되어 적지 않은 수의 학생들이 다른 학생들에게 가해 행동을 한 것으로 집계되었다. 가해 유형별로 가해 경험이 있다고 응답한 학생의 비율은 다소 차이가 있는데, 경험이 있다고 답한 비율은 남을 심하게 놀리거나 조롱하기 14.8%, 다른 친구를 집단따돌림(왕따) 시키기 14.2%, 다른 사람을 심하게 때리기 9.0%, 남의 돈이나 물건을 빼앗기(뺑 뜯기) 5.5%, 남을 협박하기 4.3% 등의 순서로 나타났다.

<표 1> 가해유형별 지난 1년간 가해경험 유무 단위 : 빈도 (%)

구 분	가해경험	1차 연도	2차 연도
남을 심하게 놀리거나 조롱하기	있다	512 (14.8)	200 (6.2)
	전혀 없다	2,937 (85.2)	3,009 (93.8)
남을 협박하기	있다	148 (4.3)	68 (2.1)
	전혀 없다	3,301 (95.7)	3,141 (97.9)
다른 친구를 집단따돌림(왕따) 시키기	있다	489 (14.2)	113 (3.5)
	전혀 없다	2,960 (85.8)	3,096 (96.5)
다른 사람을 심하게 때리기	있다	310 (9.0)	148 (4.6)
	전혀 없다	3,139 (91.0)	3,061 (95.4)
남의 돈이나 물건을 빼기(뺑 뜯기)	있다	189 (5.5)	109 (3.4)
	전혀 없다	3,260 (94.5)	3,100 (96.6)
가해경험(다섯 가지 전체) 유무	있다	1,011 (29.3)	390 (12.2)
	전혀 없다	2,438 (70.7)	2,819 (87.8)
전체 사례수		3,449(100.0)	3,209(100.0)

2차 연도에는 다섯 가지 비행 가운데 하나라도 해본 경험이 있다고 응답한 학생이 모두 12.2%로 집계되어 1차 연도에 비해서 절반 이하로 크게 떨어졌다. 가해 경험은 가해 행동 유형에 따라 다소 차이가 있는데, 남을 심하게 놀리거나 조롱하기 6.2%, 다른 사람을 심하게 때리기 4.6%, 다른

친구를 집단따돌림(왕따) 시키기 3.5%, 남의 돈이나 물건을 빼앗기(뺑뜨기) 3.4%, 남을 협박하기 2.1%의 순서로 나타났다. 이를 보면 다섯 가지 가해 행동 모두 지난 1년 사이 크게 줄어들었는데, 특히 집단따돌림(왕따)이 가장 큰 폭으로 줄어든 것이 주목할 만하다.

<표 2>는 이 연구에서 관심을 가지고 있는 피해 유형 다섯 가지 각각에 대해서, 그리고 이들 다섯 가지 유형 모두를 합해 어느 하나라도 피해를 당한 경험이 있는지 나타낸 것이다. 1차 연도에는 분석에 포함된 피해 유형 가운데 하나라도 당해본 학생이 모두 22.1%로 집계되었다. 피해 유형별로 보면, 돈이나 물건 강제로 빼앗기기 10.0%, 심한 놀림이나 조롱당하기 9.9%, 집단따돌림(왕따) 당하기 4.7%, 협박당하기 4.7%, 심하게 맞기 4.2% 등의 순서로 높은 비율을 나타내었다.

<표 2> 피해유형별 지난 1년간 피해경험 유무 단위 : 빈도 (%)

구 분	피해경험	1차 연도	2차 연도
심한 놀림이나 조롱당하기	있다	340 (9.9)	168 (5.2)
	전혀 없다	3,109 (90.1)	3,041 (94.8)
협박당하기	있다	161 (4.7)	78 (2.4)
	전혀 없다	3,288 (95.3)	3,131 (97.6)
집단따돌림(왕따) 당하기	있다	163 (4.7)	52 (1.6)
	전혀 없다	3,286 (95.3)	3,157 (98.4)
심하게 맞기(폭행)	있다	145 (4.2)	71 (2.2)
	전혀 없다	3,304 (95.8)	3,138 (97.8)
돈이나 물건 강제로 빼앗기기	있다	344 (10.0)	152 (4.7)
	전혀 없다	3,105 (90.0)	3,057 (95.3)
피해경험(다섯 가지 전체) 유무	있다	761 (22.1)	353 (11.0)
	전혀 없다	2,688 (77.9)	2,856 (89.0)
전체 사례수		3,449(100.0)	3,209(100.0)

2차 연도에는 다섯 가지 피해 유형 가운데 하나라도 당한 경험이 있는

학생이 11.0%로 집계되어 1차 연도에 비하여 절반 수준으로 크게 줄어들었다. 피해의 유형별로 보면, 심한 놀림이나 조롱당하기 5.2%, 돈이나 물건을 강제로 빼앗기기 4.7%, 협박당하기 2.4%, 심하게 맞기(폭행) 2.2%, 집단따돌림(왕따) 당하기 1.6%의 순서로 높게 나타났다. 피해 경험 역시 가해 행동과 마찬가지로 모든 유형에서 줄어들었는데, 특히 집단따돌림(왕따)의 감소가 가장 두드러졌다.

위의 두 표를 보면 무엇보다 1차 연도와 2차 연도 사이에 청소년 비행이 가해와 피해 모두 크게 줄어든 사실이 먼저 눈에 띈다. 이는 최근 몇 년 사이 청소년 범죄가 양적으로 줄어들면서 안정화되는 추세를 보이는 것과 대체로 일치하는 것이다(범죄분석, 2003 및 2004; 범죄백서, 2004). 그러나 이를 감안하더라도 한 해 동안의 감소 폭 치고는 두드러지게 크다는 사실에 주목할 필요가 있다. 이에 대해서는 2005년 12월에 개최된 제2차 청소년패널학술대회에서 다수의 연구자들이 지적한 바와 같이 별도의 심도 있는 논의가 필요한 것으로 보이는데, 여기서는 논점을 벗어나므로 생략하겠다. 다만, 이러한 급격한 감소가 청소년기의 성장과 관련된 것인지, 아니면 2차 연도 조사대상자가 중학교 3학년으로 진급하였다는 사실과 관련된 것인지 진지한 검토가 필요해 보인다.

그러면 이러한 가해 경험과 피해 경험은 선행 연구들이나 이론에서 예측한 바와 같이 서로 관련되어 있으며 중첩 내지 연계된 것으로 평가할 수 있는지 살펴보기로 하자. 1차 연도의 조사결과를 분석한 지난번 연구에서는 가해와 피해 사이에 통계적인 관련성이 있는 것으로 나타나, 국내외의 관련 연구에서 지적한 사실과 부합하는 결과를 얻을 수 있었다(박순진, 2005). 그러면 2차 연도에는 어떠한가. <표 3>은 피해경험 유무와 가해경험 유무가 서로 관련되어 있는지 2차 연도의 개별 행위 유형별로 살펴본 것이다.

먼저 놀림/조롱을 보면 피해 경험 있는 학생은 가해 경험 있는 비율이 23.2%인데 비하여 피해 경험 없는 학생은 가해 경험 있는 비율이 5.3%로 집계되어 놀림/조롱에 있어서 피해 경험이 있는 학생은 그렇지 않은 학생에 비해 가해 행위를 할 가능성이 대략 4배 이상으로 높게 나타나고 있다. 이러한 차이는 통계적으로 유의미한 수준에 해당된다. 협박의 경우에는 피해 경험 있는 학생은 가해 경험이 있는 비율이 12.8%인데 비해 피해 경험 없는 학생은 가해 경험이 있는 비율이 1.9%로 집계되어 통계적으로 유의미한 차이를 나타내고 있다. 즉, 협박에 있어서는 피해 경험 있는 학생은 그렇지 않은 학생에 비해 가해 행위를 하는 비율이 높은 것이다.

<표 3> 피해경험(개별 유형별)에 따른 가해경험 유무, 2차 연도

단위 : % (빈도)

구 분	가해경험	피해경험 있음	피해경험 없음	χ^2 통계치
놀림/조롱	있다	23.2 (39)	5.3 (161)	87.5 (p<0.001)
	전혀 없다	76.8 (129)	94.7 (2,880)	
	전 체	100.0 (168)	100.0 (3,041)	
협박	있다	12.8 (10)	1.9 (58)	44.1 (p<0.001)
	전혀 없다	87.2 (68)	98.1 (3,073)	
	전 체	100.0 (78)	100.0 (3,131)	
집단따돌림	있다	13.5 (7)	3.4 (106)	15.4 (p<0.01)
	전혀 없다	86.5 (45)	96.6 (3,051)	
	전 체	100.0 (52)	100.0 (3,157)	
폭행	있다	25.4 (18)	4.1 (130)	71.0 (p<0.001)
	전혀 없다	74.6 (53)	95.9 (3,008)	
	전 체	100.0 (71)	100.0 (3,138)	
뺨찌르기	있다	11.8 (18)	3.0 (91)	34.7 (p<0.001)
	전혀 없다	88.2 (134)	97.0 (2,966)	
	전 체	100.0 (152)	100.0 (3,057)	

집단따돌림의 경우에는 피해 경험 있는 학생은 13.5%가, 피해 경험 없는 학생은 3.4%가 가해 경험이 있다고 응답하여 피해 경험 유무에 따라

가해 경험이 유의미한 차이를 보이고 있다. 폭행에 있어서는 피해 경험 있는 학생의 25.4%, 피해 경험 없는 학생의 4.1%가 각각 가해 경험이 있는 것으로 집계되어 큰 차이를 나타내었다. 뺑뺏기의 경우에는 피해 경험 있는 학생은 11.8%, 피해 경험 없는 학생은 3.0%가 가해 경험이 있는 것으로 나타나 피해 경험 유무에 따라 가해 경험에 유의미한 차이를 나타내고 있다.

<표 4> 피해경험(다섯 가지 전체)에 따른 가해경험 유무, 2차 연도

단위 : % (빈도)

구 분	가해경험	피해경험 있음	피해경험 없음	χ^2 통계치
놀림/조롱	있다	17.8 (63)	4.8 (137)	91.6
	전혀 없다	82.2 (290)	95.2 (2,719)	(p<0.001)
협박	있다	8.2 (29)	1.4 (39)	71.1
	전혀 없다	91.8 (324)	98.6 (2,817)	(p<0.001)
집단따돌림	있다	7.9 (28)	3.0 (85)	22.7
	전혀 없다	92.1 (325)	97.0 (2,771)	(p<0.001)
폭행	있다	13.6 (48)	3.5 (100)	72.8
	전혀 없다	86.4 (305)	96.5 (2,756)	(p<0.001)
뺑뺏기	있다	10.2 (36)	2.6 (73)	55.9
	전혀 없다	89.8 (317)	97.4 (2,783)	(p<0.001)
가해경험(전체)	있다	31.4 (111)	9.8 (279)	138.3
	전혀 없다	68.6 (242)	90.2 (2,577)	(p<0.001)
전 체		100.0 (353)	100.0 (2,856)	

<표 4>는 피해 유형 다섯 가지 모두를 통틀어 어느 하나라도 피해를 당한 경험이 있는지 유무에 따라 개별 유형별 가해 경험 유무에 차이가 있는지를 나타낸 것이다. 먼저 개별 가해 유형별로 표를 읽어보면, 앞의 <표 3>에서 관찰되는 관계의 패턴을 여기서도 마찬가지로 관찰할 수 있

다. 즉, 피해의 경험이 있는 학생들 가운데 가해의 경험이 있는 학생들의 비율이 피해의 경험이 없는 학생들 가운데 가해의 경험이 있는 학생들의 비율에 비해 다섯 가지 가해 행위 모두에서 유의미하게 높게 나타났다. 피해 경험과 가해 경험 모두를 합쳐서 보면(표의 제일 하단), 다섯 가지 피해 가운데 하나라도 당한 경험이 있는 학생의 경우에는 다섯 가지 가해 가운데 하나라도 해본 경험이 있는 학생의 비율이 31.4%인데 비하여 피해 경험이 없는 학생의 경우에는 가해 경험이 있는 학생의 비율이 9.8%로 집계되었다. 즉, 피해 경험 유무에 따라 가해 행위를 해본 경험이 있는 학생의 비율이 3배 이상 차이나는 것이다. 이 차이는 통계적으로 유의미한 수준에 해당한다.

이상의 두 표를 통해 우리는 1차 연도에 비해 2차 연도에 가해와 피해의 경험이 있다고 답한 학생이 크게 줄어들었음에도 불구하고 1차 연도 조사결과에서 드러난 피해와 가해의 통계적 관련성이 2차 연도 조사결과에서도 여전히 나타나고 있는 사실을 알 수 있다. 즉, 전체적으로 가해나 피해의 경험이 있다고 응답한 학생이 1차 연도 조사에 비해 2차 연도에는 크게 줄어들었음에도 불구하고 피해 경험의 유무에 따른 가해 경험의 유무가 통계적으로 유의미한 차이를 보이고 있어 피해 경험과 가해 경험 사이의 관련성은 사라지지 않았다. 피해 및 가해의 유형별로 정도의 차이는 있으나 피해 경험이 있는 학생들이 그렇지 않은 학생들에 비해 가해 행위를 한 비율이 훨씬 높다.

이를 통해 우리는 피해 경험과 가해 경험이 단순히 관련 있는 정도를 넘어 피해 경험과 가해 경험이 서로 중첩되어 있다는 사실을 추론해볼 수 있다. 물론 학생 집단 전체를 놓고 보면 피해 경험이 없는 학생이 다수이고 마찬가지로 가해 경험이 없는 학생 역시 다수를 이루고 있다. 피해 경험이 전혀 없으면서 가해 행위를 하는 학생도 있고 피해 경험이 있지만 가해 행

위를 하지 않는 학생도 있다. 그러나 피해 경험이 있는 학생들의 경우에는 그렇지 않은 학생에 비해 가해 행위를 할 가능성이 통계적으로 유의미한 정도의 차이로 높다. 즉, 일부 학생에 있어 가해 행위와 피해 경험이 한꺼번에 일어나고 있으며, 이 두 경험이 서로 관련되어 있는 것이다.

2. 폭력비행의 집단 유형별 특성 비교

중학교 2학년 패널 1차 연도 조사결과의 분석에서 박순진(2005)은 청소년 비행에 있어서 가해 행위와 피해 경험이 한꺼번에 일어나고 있는 사실과 관련하여 이들 가운데 상당수는 가해자이면서 동시에 피해자인 특징을 가지고 있다는 지적을 주목한 바 있다. 한편, 김준호 등(1997)은 학교폭력의 연구에서 피해-가해의 유무에 따라 집단 유형을 크게 넷으로 나눈 바 있고, 기광도(2004) 역시 청소년의 범죄 및 피해 경험에 따라 집단 유형을 크게 넷으로 나누어 분석한 바 있다. 이들 연구들은 이 논문에서 살펴보고자 하는 가해와 피해의 연계 내지 중첩과 관련하여 수행된 국내의 드문 연구 가운데 대표적인 것으로 꼽을 수 있는데, 이들이 집단을 나누는 기준은 거의 동일하며 다만 각 집단에 붙이는 명칭에서 다소 차이가 있을 뿐이다.

여기서는 이들 연구와 마찬가지로 방식으로 집단을 네 유형으로 구분하였다. 이렇게 넷으로 구분한 각 집단을 각각 유형Ⅰ, 유형Ⅱ, 유형Ⅲ, 유형Ⅳ라 하고, 그 명칭은 위의 연구들을 참조하여 ‘피해-가해 없음’, ‘순수 피해 유형’, ‘순수 가해 유형’, ‘피해-가해 유형’으로 붙였다. 이들 네 가지 집단 유형 가운데 유형Ⅳ의 경우는 청소년 비행에서 피해와 가해가 중첩되어 나타난 경우이다. 그러면 1차 연도와 2차 연도 조사결과 집단 유형별 분포가 어떠한지 살펴보기로 하자.

<표 5>는 피해 경험과 가해 경험에 따라 구분한 네 가지 집단 유형별

분포를 연도별로 비교해본 것이다. 1차 연도에는 유형 I 이 59.5%, 유형Ⅲ 이 18.5%, 유형Ⅱ가 11.2%, 유형Ⅳ가 10.8%의 순서로 집계되었다. 가해와 피해가 모두 없는 유형 I 이 6할 정도로 다수를 차지한 반면 가해와 피해가 중첩된 유형Ⅳ는 1할 정도로 나타났다. 2차 연도에는 유형 I 이 80.3%, 유형Ⅲ이 8.7%, 유형Ⅱ가 7.5%, 유형Ⅳ가 3.5%의 순서로 집계되었다. 우선 눈에 띄는 것은 1차 연도에 비하여 유형 I 이 크게 늘어나서 8할 정도가 되었다는 점이다. 이에 따라 다른 유형들은 상대적으로 줄어들었는데, 유형Ⅱ에 비해 유형Ⅲ과 유형Ⅳ가 보다 더 많이 줄어들었다. 특히 이 연구에서 관심을 가지고 있는 가해와 피해가 중첩된 집단인 유형Ⅳ가 거의 1/3 수준으로 크게 줄어들어 양적으로 아주 미미한 정도가 되었다.

<표 5> 피해경험과 가해경험에 따른 청소년 집단 유형별 분포

단위 : % (명)

유형구분	1차 연도	2차 연도
유형 I : 피해-가해 없음	59.5 (2,051)	80.3 (2,577)
유형Ⅱ : 순수 피해 유형	11.2 (387)	7.5 (242)
유형Ⅲ : 순수 가해 유형	18.5 (637)	8.7 (279)
유형Ⅳ : 피해-가해 유형	10.8 (374)	3.5 (111)
전 체	100.0 (3,449)	100.0 (3,209)

이 논문에서는 박순진(2005)의 연구와 마찬가지로 청소년 집단 유형별 특성의 차이가 있는지, 그리고 차이가 있다면 하위 집단별 유사성과 차이가 어떻게 나타나는지 알아보기 위하여 다중비교기법을 사용하였다. 이는 김준호 등(1997)과 기광도(2004)의 연구가 집단간 차이를 알아보기 위하여 분산분석을 실시하거나 판별분석 또는 집락분석을 실시한 것과 차이가 있다. 분산분석은 집단 간에 통계적으로 유의미한 차이가 있는지 여부를 알

려주지만 그 차이가 하위집단 가운데 어느 집단에서 나타나는지는 정확히 알려주지 않는다. 집락분석은 하위집단 사이의 동질성과 이질성을 잘 보여 주기는 하지만 그 차이가 어떤 변수에서 두드러지는지 알 수 없다는 한계가 있다. 다중비교기법은 이들 분석기법으로는 알 수 없는 각 하위집단별 차이를 알 수 있을 뿐만 아니라, 그 차이를 각 변수별로도 비교해볼 수 있는 분석기법이다.

<표 6>은 가해경험과 피해경험 유무에 따라 구분한 청소년 집단 유형별로 비행과 관련된 변수들에서 차이가 나타나는지 비교해본 것이다. 여기서는 다중범위검증(multiple range test) 가운데 셰페의 방법(Scheffe's method)을 사용하였다. 셰페의 방법은 하위 집단 간의 차이를 살펴보는 모든 비교에 하나의 범위값만을 사용하며, 영가설을 기각하는데 가장 보수적인 것으로 알려져 있다(홍두승, 2000: 226). 하위집단 구분에서 A, B, C 등의 문자 표기는 동일 문자는 통계적으로 유의한 차이가 없음을, 그리고 다른 문자는 통계적으로 유의한 차이가 있음을 나타낸다.

1차 연도 자료에 대한 분석 결과 피해 경험과 가해 경험 유무에 따라 구분한 네 집단은 각 변수에 따라 크게 두 하위집단으로 나누어졌다. 성별 분포와 부모와의 유대에서는 ‘피해-가해 없음’ 집단 vs ‘순수 피해 유형’, ‘순수 가해 유형’, ‘피해-가해 유형’ 집단으로 구분되었다. 즉, 성별과 부모와의 유대에서는 피해나 가해가 전혀 없는 학생과 이런 경험에 어떤 식으로든 관련된 학생들 사이에 차이가 있다. 첫 번째 집단에 비해 나머지 세 집단이 남성 비율이 더 높고 부모와의 유대는 약한 특성을 가지고 있다.

낮은 자기통제력, 비행친구, 비행적 생활양식에서는 ‘피해-가해 없음’, ‘순수 피해 유형’ 집단 vs ‘순수 가해 유형’, ‘피해-가해 유형’ 집단으로 구분되었다. 즉, 낮은 자기통제력, 비행친구, 비행적 생활양식에서는 가해 경험이 있는 학생과 그렇지 않은 학생 사이에 차이가 있다. 앞의 두 집단에

비해 뒤의 두 집단이 낮은 자기통제력, 높은 비행친구 비율, 높은 비행적 생활양식 비율을 가진 것으로 나타났다.

<표 6> 가해-피해 경험에 따른 집단 유형별 특성의 비교 : 다중범위검정

변수	유형 구분	1차 연도			2차 연도		
		사례수	평균	하위집단	사례수	평균	하위집단
성별	피해-가해 없음	2,051	0.45	A	2,577	0.48	A
	순수 피해 유형	387	0.61	B	242	0.63	B
	순수 가해 유형	637	0.54	B	279	0.57	A B
	피해-가해 유형	374	0.59	B	111	0.58	A B
부모와의 유대	피해-가해 없음	2,048	26.50	A	2,571	27.17	A
	순수 피해 유형	387	25.36	B	240	26.62	A
	순수 가해 유형	637	25.43	B	276	25.87	A
	피해-가해 유형	373	24.75	B	111	26.06	A
낮은 자기통제력	피해-가해 없음	2,050	10.33	A	2,577	10.79	A
	순수 피해 유형	387	10.69	A	242	11.45	A B
	순수 가해 유형	637	11.61	B	279	12.66	C
	피해-가해 유형	374	11.86	B	111	11.94	B C
비행친구	피해-가해 없음	2,028	0.12	A	2,575	0.15	A
	순수 피해 유형	383	0.19	A	242	0.21	A
	순수 가해 유형	618	0.41	B	273	0.49	B
	피해-가해 유형	346	0.40	B	108	0.47	B
비행적 생활양식	피해-가해 없음	2,051	0.25	A	2,577	0.25	A
	순수 피해 유형	387	0.32	A	242	0.36	A
	순수 가해 유형	637	0.50	B	279	0.66	B
	피해-가해 유형	374	0.54	B	111	0.65	B

$\alpha=.05$

2차 연도의 경우에는 1차 연도에 비해 하위집단의 구분이 덜 분명하고 다소 복잡한 양상을 보인다. 먼저 성별에서 남학생의 비율을 살펴보면 ‘피해-가해 없음’ 집단이 가장 낮고 ‘순수 피해 유형’ 집단이 가장 높아서 뚜

렷한 차이를 보이고 있지만, 개별 하위집단 간의 차이에 있어서는 집단들이 부분적으로 중복되면서 분명하게 구분되지 않는 결과를 나타내었다. 부모와의 유대에서는 네 집단이 모두 하나의 하위집단으로 묶여서 집단 사이에 의미 있는 차이가 나타나지 않았다.

낮은 자기통제력에 있어서는 부분적으로 상호 중복되는 세 개의 하위집단이 구분되었다. 자기통제력은 ‘피해-가해 없음’ 집단이 가장 높고 ‘순수 가해 유형’ 집단에서 가장 낮아 두 집단 사이의 차이가 뚜렷하게 나타났으나, ‘순수 피해 유형’과 ‘피해-가해 유형’ 집단은 낮은 자기통제력에 있어서 뚜렷한 차이가 나타나지 않았다. 비행친구와 비행적 생활양식에 있어서는 네 집단이 두 개의 하위 집단으로 나누어졌다. ‘순수 가해 유형’과 ‘피해-가해 유형’ 집단이 ‘피해-가해 없음’과 ‘순수 피해 유형’ 집단에 비해 비행친구가 있는 비율이 더 높고 비행적 생활양식을 가진 비율도 높게 나타나고 있다.

가해-피해 경험에 따라 분류한 네 집단에 대해서 범죄·비행 관련 특성을 비교해본 결과 이들 네 집단은 대체로 두 개의 하위 집단으로 나누어지는 경향이 발견되었다. 1차 연도와 2차 연도를 통틀어 볼 때 ‘순수 가해 유형’ 집단과 ‘피해-가해 유형’ 집단이 가장 유사한 특성을 가진 반면, ‘피해-가해 없음’ 집단은 다른 집단과 가장 이질적인 집단으로 분류되었다. 하위집단은 대체로 낮은 자기통제력, 비행친구 유무, 비행적 생활양식 유무 등의 변수에서 그 특성이 보다 잘 구분되었다. 여기서 드러난 하위집단의 유사성과 이질성은 김준호 등(1997)과 기광도(2004)의 분석결과와 부분적으로 일치하지만, 이들 연구가 사용한 관별분석이나 집락분석에서는 잘 드러나지 않았던 개별 변수에 따른 집단별 유사성을 보다 분명하게 잘 알 수 있었다. 비행 관련 요인에 있어서 집단 간의 유사성과 이질성은 시간의 흐름에 따른 이동과 관련하여 주목해볼 필요가 있다.

3. 폭력비행 집단 유형의 변화 : 1차 연도와 2차 연도의 비교

앞서 살펴본 바와 같이 1차 연도와 2차 연도 사이에는 청소년 폭력 비행의 전반적인 빈도와 양상에 적지 않은 변화가 있는 것으로 나타났다. 여기서는 조사 결과 나타난 피해와 가해의 연계 양상에 어떤 변화가 있는지 살펴보기로 하자.

<표 7> 가해경험과 가해경험에 따른 청소년 집단 유형의 변화 양상

단위 : % (명)

1차 연도 2차 연도	유형 I	유형 II	유형 III	유형 IV	합 계
유형 I	88.5 (1,699) 65.9	71.4 (260) 10.1	72.7 (420) 16.3	56.9 (198) 7.7	(2,577) 100.0
유형 II	5.4 (104) 43.0	19.2 (70) 28.9	4.5 (26) 10.7	12.1 (42) 17.4	(242) 100.0
유형 III	5.1 (97) 34.8	3.8 (14) 5.0	17.3 (100) 35.8	19.5 (68) 24.4	(279) 100.0
유형 IV	1.0 (19) 17.1	5.5 (20) 18.0	5.5 (32) 28.8	11.5 (40) 36.0	(111) 100.0
전 체	100.0 (1,919)	100.0 (364)	100.0 (578)	100.0 (348)	(3,209)

<표 7>은 1차 연도의 피해경험과 가해경험에 따른 청소년 집단 유형이 2차 연도에는 어떻게 달라졌는지 나타낸 것이다. 이 표를 두 가지 방법으로 읽어보자. 첫째, 1차 연도의 각 집단유형이 2차 연도의 어떤 집단유형으로 바뀌었는지 살펴보자. 이는 표를 위에서 아래로 읽어 가면 알 수 있는데, 이렇게 하면 집단유형의 변화를 출발점을 기준으로 파악해 볼 수 있다. 둘째, 2차 연도의 각 집단유형이 1차 연도의 어떤 집단유형으로부터 왔는지 살펴보자. 이는 표를 좌에서 우로 읽어 보면 되는데, 이렇게 하면 집단유형의 변화를 도착점을 기준으로 파악해 볼 수 있다.

여기서는 특히 가해와 피해가 중첩된 집단인 유형Ⅳ를 예를 들어, 이 집단으로 진입한 학생과 이 집단에서 이탈한 학생, 그리고 이 집단에 계속 속해 있는 학생을 비교해보도록 하자. 유형Ⅳ 집단에 속한 학생의 수를 보면 1차 연도에는 348명이었으나 2차 연도에는 111명으로 집계되어 한 해 사이에 237명이 줄어들었다. 한 해 동안의 변화를 보다 자세히 살펴보면, 이 집단에서 이탈하여 다른 집단으로 간 학생은 308명(1차 연도의 유형Ⅳ에서 2차 연도의 유형Ⅰ로 198명, 유형Ⅱ로 42, 유형Ⅲ으로 68명이 이탈, 이탈율 88.5%)인데 비하여, 다른 집단에서 이 집단으로 진입한 학생이 71명(1차 연도의 유형Ⅰ에서 19명, 유형Ⅱ에서 20명, 유형Ⅲ에서 32명이 각각 2차 연도의 유형Ⅳ로 진입, 진입율 64.0%)으로 집계되었다. 한편, 1차 연도에 이 집단에 속한 학생 가운데 2차 연도에도 여전히 이 집단에 계속 속해 있는 학생은 모두 40명으로 집계되어 2차 연도 진입한 학생보다 적다는 점이 주목할 만하다. 1차 연도와 2차 연도 사이에 이동의 방향을 보면, 유형Ⅳ 집단의 경우 이탈 학생이 가장 많이 간 집단은 유형Ⅰ과 유형Ⅲ의 순서이며, 진입 학생이 가장 많이 온 집단은 유형Ⅲ과 유형Ⅱ의 순서이다.

같은 요령으로 유형Ⅱ와 유형Ⅲ에 대해서도 진입한 학생과 이탈한 학생, 그리고 지속된 학생의 수와 변화의 방향을 비교해볼 수 있다. 위와 같은 요령으로 표를 읽어보면, 두 유형 모두 같은 집단에 계속 소속된 학생은 상대적으로 적은 수에 불과하며, 이탈한 학생이나 진입한 학생들이 지속된 학생에 비해 많은 것을 알 수 있다. 이동의 방향은 대체로 다음과 같다. 유형Ⅱ의 경우 이탈 학생이 가장 많이 간 집단은 유형Ⅰ과 유형Ⅳ의 순서이며, 진입 학생이 가장 많이 온 집단은 유형Ⅰ과 유형Ⅳ의 순서이다. 유형Ⅲ의 경우 이탈 학생이 가장 많이 간 집단은 유형Ⅰ과 유형Ⅳ의 순서이며, 진입 학생이 가장 많이 온 집단은 유형Ⅰ과 유형Ⅳ의 순서이다.

이처럼 <표 7>은 청소년 폭력 비행의 가해 경험과 피해 경험에 있어서

변화의 양상과 방향을 구체적으로 이해할 수 있게 해준다. 가해 경험과 피해 경험을 토대로 구분한 집단 유형의 변화의 양적인 크기를 보면 1차 연도와 2차 연도 사이의 한 해 동안 학생들의 폭력 비행 가해 경험과 피해 경험의 양상이 상당히 심하게 변화한 것을 알 수 있다. 즉, 중학교 청소년들의 경우에 폭력 비행은 안정적이기 보다는 빠르게 변화하는 양상을 가지고 있는 것이다. 아울러 집단의 변화 방향을 살펴보면 순수 가해 집단 또는 순수 피해 집단과 피해-가해 중첩된 집단 사이의 이동을 주목해볼 수 있다. 이로부터 (한 해의 변화로 추론하기에는 다소 부담스럽기는 하지만) 청소년 폭력에 있어서 가해의 경험과 피해의 경험은 피해-가해의 중첩을 매개로 변화하는 것이 아닌가 추론해볼 수 있다.

<표 8> 청소년 집단 유형의 변화 양상에 따른 집단별 특성의 비교

집단유형		성별	부모와의 유대		낮은 자기통제력		비행친구		비행적 생활양식	
1차 연도	2차 연도		2차 연도	증감	2차 연도	증감	2차 연도	증감	2차 연도	증감
유형 I	유형 I	0.44	27.52	-1.00	10.60	-0.32	0.12	-0.01	0.21	0.04
	유형 II	0.55	26.83	-0.36	10.97	-0.53	0.18	-0.09	0.29	-0.08
	유형 III	0.48	27.38	-0.98	12.65	-1.20	0.38	-0.11	0.55	-0.18
	유형 IV	0.68	26.37	-0.84	11.95	-1.00	0.47	-0.26	0.74	-0.37
유형 II	유형 I	0.59	26.23	-0.69	10.75	-0.20	0.13	0.05	0.23	0.07
	유형 II	0.67	26.14	-0.96	11.79	-0.64	0.21	-0.01	0.36	-0.11
	유형 III	0.71	24.71	-1.79	12.14	-1.79	0.43	-0.29	0.71	-0.14
	유형 IV	0.55	24.90	-0.95	11.45	-0.20	0.40	-0.05	0.60	-0.05
유형 III	유형 I	0.53	26.62	-0.97	11.29	0.06	0.24	0.13	0.36	0.10
	유형 II	0.69	26.92	-1.12	11.35	0.31	0.27	0.28	0.58	-0.19
	유형 III	0.60	25.44	-1.13	12.41	0.12	0.59	0.02	0.74	-0.07
	유형 IV	0.53	27.66	-2.44	12.41	0.25	0.52	0.08	0.59	0.06
유형 IV	유형 I	0.56	26.58	-1.42	11.40	-0.05	0.23	0.11	0.37	0.13
	유형 II	0.74	26.73	-0.80	12.12	-0.43	0.21	0.18	0.38	0.05
	유형 III	0.60	24.55	-1.37	13.15	0.06	0.52	0.00	0.69	-0.07
	유형 IV	0.58	25.23	-1.98	11.80	0.55	0.47	0.03	0.68	0.05

주) 유형 I은 '피해-가해 없음', 유형 II는 '순수 피해 유형', 유형 III은 '순수 가해 유형', 유형 IV는 '피해-가해 유형'을 각각 나타낸다.

<표 8>은 1차 연도와 2차 연도의 집단 유형이 변화하는 형태에 따라 각 집단의 특성을 비교해본 것이다. 이 표에 제시한 수치는 2차 연도에 측정된 각 변수들의 측정치이며, 증감은 2차 연도와 1차 연도의 수치를 비교한 것이다. 표에서 (+)는 1차 연도가 높은 것을, (-)는 2차 연도가 높은 것을 각각 나타낸다. 이 표에서 우리는 앞의 <표 7>에서 살펴본 변화의 주된 방향에 해당하는 학생들이 다른 학생들에 비해 비행관련 변수에서 구체적으로 어떤 차이를 보이는지 살펴볼 수 있다.

이 표를 보면 이동 경로에 따라 각 집단의 특징을 연도별, 집단별로 비교해볼 수 있다. 여기서는 1차 연도 유형Ⅲ에서 2차 연도 유형Ⅳ로 이동한 학생들과 1차 연도 유형Ⅳ에서 2차 연도 유형Ⅲ으로 이동한 학생들에 대해서만 예를 들어보도록 하겠다. 1차 연도 유형Ⅲ이었던 학생들의 경우, 집단 유형을 가장 잘 구분해주는 변수인 낮은 자기통제력, 비행친구 비율, 비행적 생활양식 비율 등을 보면 2차 연도에도 여전히 유형Ⅲ에 머문 학생들이 가장 높고 유형Ⅳ로 이동한 학생들이 그 다음으로 높은 것으로 나타난다. 1차 연도 유형Ⅳ이었던 학생들의 경우 유형Ⅲ으로 이동한 학생들이 낮은 자기통제력, 비행친구 비율, 비행적 생활양식 비율 등이 가장 높게 나타나고 있다.

대체로 보아 피해-가해가 중첩된 집단에 비해 순수 가해 유형 집단이 비행 관련 특성에서 보다 높은 점수를 나타내고 있으며, 그런 방향으로 변화하는 추세를 보여주어 변화의 경향을 짐작하게 해준다. 이런 방식으로 표를 읽어보면 가해 경험과 피해 경험을 동시에 고려한 집단 유형이 변화하는 방향이나 양상을 보다 잘 이해할 수 있다.

4. 회귀모형의 구성과 평가

지금까지 살펴본 바에 따르면 1차 연도와 마찬가지로 2차 연도에도 피

해 경험과 가해 경험은 겹치는 부분이 분명히 존재하고 있다. 피해 경험 유무에 따른 가해 경험 유무를 검토해본 결과 1차 연도에 비해 2차 연도에 피해와 가해의 경험이 크게 줄어들었음에도 불구하고 둘 사이의 관계는 통계적으로 유의미한 것으로 나타났다. 피해경험과 가해경험에 따라 구분한 청소년 집단 유형별 특성을 검토해본 결과 ‘피해-가해 없음’ 집단을 제외한 다른 세 집단, 즉 ‘순수 피해 유형’, ‘순수 가해 유형’, ‘피해-가해 유형’ 등은 부분적으로 유사한 특징을 나타내었다. 세 집단 가운데에는 ‘순수 피해 유형’에 비해 ‘순수 가해 유형’, ‘피해-가해 유형’ 두 유형이 유사한 특징을 더 많이 나타내었다. 이러한 사실을 보면 피해 경험과 가해 경험은 부분적으로 중첩될 뿐만 아니라 피해·가해의 경험 유무에 따른 집단 구분에서 부분적으로 동질성을 나타내는 것으로 평가할 수 있다.

이상의 분석을 통해 확인된 가해와 피해의 중첩과 집단들 사이의 동질성과 이질성, 그리고 집단 유형의 변화 양상은 동일집단 가설이 타당하다는 점을 강하게 함축하고 있다. 그러나 지금까지의 분석결과가 곧바로 동일집단 가설에서 주장하는 바와 같이 피해자가 상황에 따라 가해자가 되기도 한다는 사실을 나타내는 것은 아니다. 동일집단은 피해자 또는 가해자 가운데 일부에서만 관찰되고 있다. 동일집단 가설의 주장을 제대로 평가하기 위해서는 가해와 피해의 경험을 그 순서에 따라 추적해보는 것이 가장 좋을 것이다. 이런 측면에서 보자면 패널조사 자료는 분명 장점이 있다. 앞의 소절에서 우리는 이런 분석을 시도한 바 있다. 그러나 1년이라는 기간은 이런 변화를 확인하기에는 너무 짧은 기간이다. 게다가 2차 연도에는 1차 연도에 비해 가해와 피해를 경험한 학생이 크게 줄어들었다. 이와 관련해서 조사가 연차를 거듭하게 되면 더 많은 시간을 두고 집단 유형의 지속과 변화를 꾸준히 관찰하고 분석할 필요가 있다.

여기서는 가해와 피해의 부분적인 중첩 또는 연계를 동일집단 가설에 비추어 평가하기 위하여 1차 연도 자료를 분석한 박순진(2005)의 연구와 마

찬가지로 다중회귀분석을 실시하였다. 그 논리는 다음과 같다. 가해 경험을 설명하는데 있어 피해 경험이 중요한 하나의 설명 요인이 되는가, 또는 반대로 피해 경험을 설명하는데 있어 가해 경험이 중요한 하나의 설명 요인이 되는가. 만약 이것이 확인된다면 가해와 피해 사이의 연계는 형식적인 유사성이 아닌 실질적인 동질성이라는 측면에서 평가해볼 수 있을 것이다. 만약 가해-피해의 중첩 또는 연계가 다른 요인들을 고려하면 사라지는, 즉 다른 요인에 의해 나타난 허위적 상관관계에 불과하다면 지금까지의 분석에서 드러난 유사성 내지 동질성이 동일집단이라는 사실을 나타내지 않는다고 평가할 수 있다. 이번 분석에서는 지난번 분석에 비해 (t-1) 시점에서의 가해와 피해 경험을 분석에 포함할 수 있다는 장점이 있다.

여기서는 분석 자료에서 가용한 변수 등을 감안하여 가해 경험(2차 연도)을 종속변수로 하였다. 첫 단계로 청소년 비행을 설명하는 주요 이론인 유대이론, 자기통제이론, 차별교제이론 등과 관련된 변수들을 포함하여 기본 모형인 모형(1)을 구성하고 이를 평가하였다. 이 모형은 그 자체로 평가되기보다 이어서 살펴볼 다른 모형과 비교하기 위하여 만든 것이다. 둘째 단계로 비행적 생활양식을 추가로 포함하여 모형(2)을 구성하고 이를 평가하였다. 이 모형은 생활양식·일상활동이론에서 가해 행동을 설명하는 요인을 포함한 것인데, 이 요인을 포함한 모형을 평가한 이유는 가해 집단과 피해 집단의 유사성을 동일성이 아닌 이탈지역 또는 근접성에서 비롯되었다는 대안적 가설이 있기 때문이다. 셋째 단계로 피해 경험(2차 연도)을 추가하여 모형(3)을 구성하고 평가하였다. 마지막 단계로 (t-1) 시점에서의 가해 경험과 피해 경험을 포함하는 모형(4)를 구성하고 평가하였다.

회귀모형의 평가 결과는 <표 9>로 나타내었다. 모형(1)을 보면 가해 경험은 낮은 자기통제력과 비행친구의 유무에 따라서 차이가 있는 것으로 나타났다. 모형(2)을 보면 낮은 자기통제력, 비행친구의 유무와 함께 비행적 생활양식 역시 가해 경험에 영향을 미치는 것으로 나타났다. 모형(3)을

보면 낮은 자기통제력, 비행친구의 유무, 비행적 생활양식과 더불어 피해 경험이 가해경험 유무에 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타났다. 모형(4)를 보면 낮은 자기통제력, 비행친구 유무, 비행적 생활양식, 피해 경험과 더불어 (t-1) 시점의 가해 경험이 가해 경험 유무에 영향을 미치는 것으로 나타났다. 그러나 (t-1) 시점의 피해 경험은 통계적으로 유의미한 관련성을 나타내지 않았다. 네 모형 모두에서 각 변수들과 가해 경험 사이의 통계적 관계는 관련 이론들에서 예측하고 있는 바와 대체로 일치하는 방향성을 나타내고 있다. 한편, 부모와의 유대는 네 모형 모두에서 가해 경험의 유무에 유의미한 영향을 미치지 못하고 있다.

<표 9> 회귀분석 결과 : 종속변수=가해경험 유무(전체), 2차 연도

구 분	모형(1)	모형(2)	모형(3)	모형(4)
	B (β)	B (β)	B (β)	B (β)
성별	0.02 (0.03)	0.04** (0.06)	0.03* (0.04)	0.01 (0.03)
부모와의 유대	-0.00 (-0.02)	0.00 (-0.00)	0.00 (-0.00)	0.00 (0.00)
낮은 자기통제력	0.02*** (0.14)	0.01*** (0.10)	0.01*** (0.10)	0.01*** (0.08)
비행친구	0.20*** (0.25)	0.16*** (0.19)	0.15*** (0.19)	0.14*** (0.17)
비행적 생활양식		0.15*** (0.21)	0.14*** (0.19)	0.12*** (0.17)
피해경험(전체)			0.17*** (0.16)	0.16*** (0.15)
가해경험(1차 연도)				0.12*** (0.17)
피해경험(1차 연도)				0.02 (0.02)
(상수)	-0.07	-0.10	-0.10	-0.11
R ²	0.095***	0.133***	0.158***	0.186***

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

먼저, 모형(1), 모형(2), 모형(3)을 보면 청소년 비행에 관련된 다른 주요 변수들을 감안하더라도 피해의 경험은 가해의 경험과 유의미한 관계를 가진 것으로 나타난 사실을 주목해볼 수 있다. 이는 1차 연도 분석결과와 동

일한 것이다. 이러한 결과는 청소년 비행에 있어 피해와 가해가 중첩될 뿐만 아니라 피해 경험이 있는 집단과 가해 경험이 있는 집단은 동일집단이라는 가설을 부분적으로 지지하는 것으로 평가할 수 있다. 다음으로 모형(4)를 보면 당해 연도의 피해 경험은 유의미한 영향을 나타내는 것으로 나타난 반면, (t-1) 시점의 가해 경험과 피해 경험 가운데에서 피해 경험은 통계적으로 유의미한 영향을 나타내지 않고 가해 경험만이 유의미한 영향을 나타내고 있다. 즉, 청소년 폭력 비행에 있어서 가해 행동은 이전의 가해 행동과는 관련이 있으나, 피해 경험과 관련해서는 이전의 경험보다 같은 시점의 경험과만 관련을 가지고 있다. 이러한 결과는 가해와 피해의 연계에서 시간적 순서 내지 인과성과 관련해서 앞의 <표 7>과 더불어 특히 주목해볼 필요가 있어 보인다. 이 문제는 가해와 피해가 크게 줄어든 이번 조사에서 선부른 결론을 내리기보다 보다 장기적인 관점에서 검토가 필요한 것으로 생각할 수 있다.

V. 맺는말

이 연구는 한국청소년패널조사의 중학교 2학년 패널에 대한 1차 연도 자료에 대한 분석(박순진, 2005)의 직접적인 후속 연구로서의 성격을 가지고 있다. 1차 연도와 2차 연도 자료를 비교 분석해본 결과 무엇보다 한해 사이 청소년 비행에서 가해와 피해 모두 크게 줄어든 사실이 먼저 눈에 띈다. 이는 최근 몇 년 사이 청소년 범죄가 양적으로 줄어들면서 안정화되는 추세를 보이는 것과 대체로 일치하는 것이지만, 그 감소의 폭이 대단히 크다는 점은 각별한 주의가 필요하다. 이러한 급격한 감소가 조사대상자인 청소년들의 빠른 성장·발달과 관련된 것인지, 아니면 2차 연도에 조사대상자들이 중학교 3학년이 되면서 나타난 일시적 특성인지에 대해서는 장차

패널조사가 연차를 거듭하면서 진지하게 검토해볼 필요가 있을 것이다.

이 연구에서는 먼저 청소년 폭력 비행에 있어서 피해와 가해의 연계 실태를 검토하였다. 그 결과 1차 연도에 비해 2차 연도에 가해와 피해의 경험이 있다고 답한 학생이 크게 줄어들었음에도 불구하고 1차 연도 조사결과에서 드러난 피해와 가해의 통계적 관련성이 2차 연도 조사결과에서도 여전히 유효한 것으로 나타났다. 2차 연도 자료에서도 피해 경험과 가해 경험 사이의 관련성은 사라지지 않았다. 한국청소년패널조사 2차 연도 자료를 분석해본 결과 1차 연도 자료의 분석에서 드러났던 청소년의 폭력 비행에 있어 가해-피해의 중첩이 다시 한 번 확인되었다.

피해 및 가해의 유형별로 정도의 차이는 있으나 피해 경험이 있는 학생들이 그렇지 않은 학생들에 비해 가해 행위를 한 비율이 훨씬 높은 것으로 집계되었다. 학생 집단 전체를 놓고 보면 피해 경험이 없는 학생이 다수이고 마찬가지로 가해 경험이 없는 학생 역시 다수를 차지한다. 피해 경험이 전혀 없으면서 가해 행위를 하는 학생도 있고 피해 경험은 있지만 가해 행위를 하지 않는 학생도 있다. 그러나 피해 경험이 있는 학생들의 경우에는 그렇지 않은 학생에 비해 가해 행위를 할 가능성이 통계적으로 유의미한 정도로 높다. 즉, 일부 학생에 있어 가해 행위와 피해 경험이 한꺼번에 일어나고 있으며, 이 두 경험이 서로 중첩되어 있는 것이다.

이 논문에서는 가해 경험과 피해 경험에 따라 청소년 비행 집단을 크게 네 유형으로 구분한 다음, 집단 유형별 특성의 차이가 있는지, 그리고 차이가 있다면 하위 집단별 유사성과 차별성이 어떻게 나타나는지 다중비교 기법을 사용하여 분석하였다. 그 결과 가해 경험과 피해 경험에 따라 구분한 네 집단이 서로 구분되는 특성을 가지고 있다는 점도 거듭 확인되었다. 1차 연도 자료에 대한 분석 결과 피해 경험과 가해 경험 유무에 따라 구분한 네 집단은 각 변수에 따라 크게 두 하위집단으로 나누어졌다. 2차 연도의 경우에는 1차 연도에 비해 하위집단의 구분이 덜 분명하고 다소 복

잡한 양상을 보이지만, 네 집단은 대체로 두 개의 하위 집단으로 나눌 수 있었다. 1차 연도와 2차 연도를 통틀어 볼 때 ‘순수 가해 유형’ 집단과 ‘피해-가해 유형’ 집단이 가장 유사한 특성을 가진 반면, ‘피해-가해 없음’ 집단은 다른 집단과 가장 이질적인 집단인 것으로 나타났다. 하위집단은 대체로 낮은 자기통제력, 비행친구 유무, 비행적 생활양식 유무 등의 변수에서 그 특성이 보다 잘 구분되었다. 이런 결과는 가해와 피해가 중첩된 피해-가해 유형 집단에서 가해 행위와 피해 경험이 하나의 맥락에서 이해되어야 한다는 점을 나타내는 것이다.

패널조사 자료에 대한 분석을 통해 이 논문에서 검토하고자 한 사항은 가해와 피해가 중첩 내지 연계되어 있다는 사실을 확인하는 것과 더불어 그러한 연계의 패턴 내지 양상이 시간의 흐름에 따라 어떻게 변화하며, 그 변화 양상이 어떤 방향성을 가지는지 살펴보고자 하는 것이다. 가해 경험과 피해 경험을 토대로 구분한 집단 유형 변화의 양적인 크기를 보면 1차 연도와 2차 연도 사이 한 해 동안 학생들의 폭력 비행 가해 경험과 피해 경험의 양상이 상당히 심하게 변화한 것으로 나타났다. 1차 연도와 2차 연도를 비교해본 결과 우선 눈에 띄는 것은 앞서 언급한 바와 같이 유형Ⅰ이 크게 늘어나서 8할 정도로 압도적 비율을 차지하게 되었다는 점이다. 이에 따라 다른 유형들은 상대적으로 줄어들었는데, 유형Ⅱ에 비해 유형Ⅲ과 유형Ⅳ가 보다 더 많이 줄어들었다. 특히 이 연구에서 관심을 가지고 있는 가해와 피해가 중첩된 집단인 유형Ⅳ가 거의 1/3 수준으로 크게 줄어들어 양적으로 아주 미미한 정도가 되었다. 이를 보면 중학교 청소년들의 경우에 폭력 비행은 안정적이기 보다는 빠르게 변화하는 양상을 가진 것으로 판단할 수 있다.

이 연구에서 진지하게 검토해고자 한 또 다른 문제는 연계 내지 중첩된 것으로 나타나는 가해 경험과 피해 경험 이 둘의 연계가 어떤 방향으로 인과성을 가지는가 하는 점이었다. 이 문제의 중요성에 대해서는 1차 연도

조사결과에 대한 분석에서도 지적인 바 있다. 이 연구에서는 집단 유형의 변화를 검토하여 이 문제를 해명해보고자 하였으나 그다지 성공적이지 못하였다. 무엇보다 2차 연도에는 가해 경험과 피해 경험이 있다고 응답한 학생이 크게 줄어들었기 때문에 다른 세 가지 유형 집단으로부터 유형 I (피해-가해 없음)로의 변화가 다른 집단 사이의 변화를 크게 압도해버렸으며, 그 결과 가해에서 피해로 또는 피해에서 가해로 변화하는 양상이나 특징이 희석되어 탐구하기 어렵게 되었다. 다만 네 집단 사이의 변화 방향 가운데 순수 가해 집단 또는 순수 피해 집단과 피해-가해 중첩된 집단 사이의 이동을 주목해볼 수 있다. 이로부터 한 해의 변화로 추론하기에는 다소 부담스럽기는 하지만, 청소년 폭력에 있어서 가해의 경험과 피해의 경험은 피해-가해의 중첩을 매개로 변화하는 것이 아닌가 추론해볼 수 있다.

가해와 피해의 부분적인 중첩 또는 연계를 동일집단 가설에 비추어 평가하기 위하여 회귀모형을 구성하고 평가하였다. 다중회귀분석 결과 1차 연도와 마찬가지로 2차 연도에도 청소년 비행에 관련된 다른 주요 변수들을 감안하더라도 피해의 경험은 가해의 경험과 유의미한 관계를 가진 것으로 나타났다. 이러한 결과는 청소년 비행에 있어 피해 경험이 있는 집단과 가해 경험이 있는 집단은 동일집단이라는 가설을 부분적으로 지지하는 것으로 평가할 수 있다. 다음으로 1차 연도의 가해 경험과 피해 경험이 2차 연도의 가해 경험에 영향을 미치는지 검토해본 결과 당해 연도의 피해 경험은 가해 유무에 유의미한 영향을 나타내는 것으로 나타난 반면, 직전 연도의 가해 경험과 피해 경험 가운데에서 피해 경험은 통계적으로 유의미한 영향을 나타내지 않고 가해 경험만이 유의미한 영향을 나타내었다. 즉, 청소년 폭력 비행에 있어서 가해 행동은 이전의 가해 행동과는 관련이 있으나, 피해 경험과 관련해서는 이전의 경험보다 같은 시점의 경험과 관련을 가지고 있는 것이다. 이러한 결과는 가해와 피해의 연계에서 시간적 순서 내지 인과성과 관련해서 특히 주목해볼 필요가 있어 보인다.

이상의 논의를 토대로 청소년 폭력 비행에 있어 가해와 피해가 연계되어 있다는 사실을 확인한 것을 넘어 가해에 이르는 과정에 대해 나름의 경로를 추론해볼 수 있다. 물론 현재까지의 연구로서는 가용한 패널자료가 2년에 대해서 뿐이어서 어디까지나 잠정적인 추론에 불과하고 가해와 피해의 연계가 어느 방향의 인과성을 가지는지 확정적으로 말하기는 어렵다. 그러나 이 논문에서 검토해본 내용, 즉 다중범위검증 결과, 집단 유형의 변화 양상에 대한 검토와 변화 방향별 집단 특성의 비교, 회귀모형에 대한 평가 결과 등을 바탕으로 할 때 가해에 이르는 과정으로는 가해가 지속되는 경우 외에 피해 → 피해-가해 → 가해에 이르는 시간적 순서 내지 인과연쇄를 조심스럽게 제안해볼 수 있다.

그러나 이 문제는 이번 조사에서 섰부른 결론을 내리기보다 보다 장기적인 관점에서 검토가 필요한 것으로 생각할 수 있다. 가해 경험과 피해 경험 사이의 논리적, 시간적 순서 및 인과성에 대해서는 향후 지속될 다년간의 조사를 통해 가해 경험, 피해 경험이 변화하는 양상을 보다 주의 깊게 분석하여 장기적인 맥락에서 판단하여야 할 것이다. 이에 대해 정확하게 평가하려면 패널 자료가 다년간 축적되어야 한다. 현재로서는 특히 2차 연도에 가해와 피해를 경험한 비율이 크게 줄어 이에 대해 평가하기 더욱 어렵다. 이 점에 대해서는 앞으로 패널 조사가 연차를 거듭하여 가해 행위와 피해 행위가 지속되거나 약화되는 안정적인 추세를 말할 정도가 된 다음에 추가적으로 보다 깊이 있는 연구와 분석을 통하여 해명하여야 할 것이다. 패널조사가 계속되어 자료가 몇 년 더 축적되면 장기적인 관점에서 피해 경험이 가해 행동으로 전이되거나 반대로 가해 경험이 피해의 가능성을 높이는 과정이 규명될 수 있을 것이다.

주제어 : 청소년 폭력 비행, 한국청소년패널조사, 피해-가해 유형, 피해-가해 연계, 동일집단가설

참고문헌

- 기광도. 2004. “범죄 및 피해의 중첩성에 관한 분석”. [피해자학연구], 제12권 제2호. 한국피해자학회.
- 김준호 · 박정선 · 김은경. 1997. [학교주변 폭력의 실태와 대책]. 한국형사정책연구원.
- 김준호 · 황지태. 2002. “학교폭력 피해자 조사의 문제점과 개선방안”. [피해자학연구], 제10권 제2호. 한국피해자학회.
- 노성호 · 김성언 · 이동원 · 김지선. 1999. [청소년 범죄피해에 대한 조사연구(Ⅱ)]. 한국형사정책연구원.
- 노성호 · 이성식. 2003. “청소년의 폭력범죄피해요인에 관한 일 연구”. [피해자학연구], 제11권 제2호. 한국피해자학회.
- 대검찰청. 2003. [범죄분석].
- _____. 2004. [범죄분석].
- 박순진. 2005. “청소년 폭력 비행에 있어서 가해-피해의 연계”. [피해자학연구], 제13권 2호. 한국피해자학회.
- 법무연수원. 2004. [범죄백서].
- 박창남. 2001. [청소년 패널조사 기초연구]. 한국청소년개발원.
- 이경상. 2002. [‘청소년 패널조사’ 1차 연도 경과보고서]. 한국청소년개발원.
- _____. 2003. [한국 청소년 패널조사(KYPS) 조사개요 보고서]. 한국청소년개발원.
- _____. 2004a. [한국청소년 패널조사(KYPS) Ⅱ-1]. 한국청소년개발원.
- _____. 2004b. [한국청소년 패널조사(KYPS) Ⅱ-2]. 한국청소년개발원.
- 홍두승. 2000. [사회조사분석] 제3판. 다산출판사.

- Cohen, Lawrence & Marcus Felson. 1979. "Social change and crime rate trends: a routine activities approach." *American Sociological Review*, 44: 588-608.
- Garofalo, James. 1987. "Reassessing the lifestyle model of criminal victimization." in *Positive Criminology*. edited by Michael Gottfredson & Travis Hirschi. Sage Publications. 23-42.
- Gottfredson, Michael & Travis Hirschi. 1990. *A General Theory of Crime*. Stanford University Press.
- Hindelang, M.J., M.R. Gottfredson & J. Garofalo. 1978. *Victims of Personal Crime: An Empirical Foundation for a Theory of Personal Victimization*. Cambridge, MA: Ballinger.
- Hirschi, Travis. 1969. *Causes of Delinquency*. Berkeley: University of California Press.
- Jensen, Gary & David Brownfield. 1986. "Gender, lifestyles, and victimization: beyond routine activity theory." *Violence and Victims*, 1: 85-99.
- Lauritsen, Janet L., Robert J. Sampson & John H. Laub. 1991. "The link between offending and victimization among adolescents." *Criminology*, 29: 265-292.
- McDermott, Joan. 1983. "Crime in the school and in the community: offenders, victims and fearful youth." *Crime and Delinquency*, 29: 270-283.
- Miethe, Terance & David McDowall. 1993. "Contextual effects in models of criminal victimization." *Social Forces*, 71: 741-759.
- Moffitt, Terrie E. 1993. "Adolescence-limited and life-course-persistent antisocial behavior : a developmental taxonomy." *Psychological Review* 100(4).

- Patterson, G. R., Barbara D. DeBaryshe, & Elizabeth Ramsey. 1989. "A developmental perspective on antisocial behavior." *American Psychologist* 44(2).
- Sampson, J. Robert & Janet L. Lauritsen. 1990. "Deviant lifestyles, proximity to crime, and the offender-victim link in personal violence." *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 27: 110-139.
- Sampson, Robert J. & John H. Laub. 1997. "A life-Course theory of cumulative disadvantage and the stability of delinquency." in T. P. Thornberry (ed). *Developmental Theories of Crime and Delinquency : Advances in Criminological Theory*, vol 7. Transaction Publishers.
- Singer, Simon J. 1981. "Homogeneous victim-offender populations: a review and some research implications." *Journal of Criminal Law & Criminology*, 72: 779-788.
- Stark, Rodney. 1987. "Deviant places: a theory of the ecology of crime." *Criminology*, 25: 893-911.
- Sutherland, Edwin H. 1947. *Principles of Criminology*. Philadelphia: Lippincott.
- Thornberry, Terence. P. 1987. "Toward an interactional theory of delinquency." *Criminology* 25.
- Wilson, William Julius. 1990. *The Truly Disadvantaged*. Chicago: University of Chicago Press.
- Wolfgang, M. & F. Ferracuti. 1967. *The Subculture of Violence: Toward an Integrated Theory of Criminology*. London: Travistock.

Changing Patterns of Victim-Offending Link in Youth Violence

Park, Soon-Jin*

The study analyses changing patterns of victim-offending link in youth violence using data from the first wave and the second wave of 8th grade students in Korean Youth Panel Study. It is found that there are significant overlaps in the characteristics of offenders and victims both in the first wave and in the second wave. While the level of youth violence has declined sharply in the second wave, the linkage between offending and victimization found in the first wave remains robust in the second wave.

It can be distinguished four types of victim-offending relationship in youth violence according to the experience of victimization and offending; group having non-victimization and non-offending, group having victimization only, group having offending only, and group having both victimization and offending. The study analyses the similarities and differences of these four groups in the general characteristics and delinquency related variables. As result of multiple range test with Scheffe's method, these four groups are classified into two groups. It is found that group having offending only and group having both victimization and offending tend to have remarkably

* Assistant Professor, Department of Police Administration, Daegu University; Ph. D. in Sociology.

similar characteristics.

There are noticeable change in the youth violence between the two waves. It is more common that middle school students are rather rapidly changing in their experiences of victimization and offending than persistent in their experiences. Some students with experiences of offending or victimization in the first wave do not have experiences of offending or victimization in the second wave. Some students with no experiences of offending or victimization in the first wave have experiences of offending or victimization in the second wave. The study makes comparisons of group membership and analyses changing patterns of victim-offending relationship. It can be told that offending and victimization are intermediated by victim-offending. One of main routes to offending is experiences of victimization followed by victim-offending and then proceeding to offending.

The study tests equivalent group hypothesis explaining the connections between offending and victimization in youth violence. The hypothesis proposes that adolescents who engage in the delinquent behavior face the greatest risk of victimization and they have reciprocal relationship. The result of regression analysis supports the equivalent group hypothesis. It is found that there are generous connections between the offending and victimization and some of offenders and victims are co-dependent. The experience of violent victimization among juveniles increases the risk of offending.

**Keywords : youth violence, Korean Youth Panel Study(KYPS),
types of victim-offending, victim-offending link,
equivalent group hypothesis**

소년보호대상의 범위에 관한 형사정책적
검토

이진국

형사정책연구 제17권 제1호(통권 제65호, 2006 · 봄호)

한국형사정책연구원

소년보호대상의 범위에 관한 형사정책적 검토

이 진 국*

I. 논의의 배경

법무부는 2005년도 12월에 소년법개정특별분과위원회를 구성하여 우리나라 소년법을 변화된 시대상황에 적합하게 전면적으로 개정할 것을 의도하고 있다. 이 개정논의의 주요 쟁점사항으로는 회복적 소년사법의 도입, 수사단계에서의 다이버전 확대, 보호처분의 다양화·내실화, 검사선의주의와 법원선의주의에 관한 재검토, 소년보호사건의 대상에 관한 검토, 소년법 인권보장 관련 규정의 강화, 청소년 비행예방에 관한 기본규정의 신설 등이다. 이 글은 이번의 소년법 전면개정작업에서 소년보호대상을 규정하고 있는 소년법 제4조가 소년법을 적용하기 위한 기초적이고 핵심적인 전제라는 문제의식에서 출발하여 아직 완결되지 못한 소년보호대상에 관한 정책적 논의의 활성화를 목표로 서술하고 있다.

소년보호사건의 대상에 관한 논의는 소년법의 인적 적용범위의 확정에 관한 문제로 귀착된다. 현행 소년법 제2조는 20세 미만의 자를 소년법의 적용대상자로 규정하고 있으며, 제4조 제1항에서는 소년부 보호사건의 대상에 해당되는 소년을, 범죄소년¹⁾(동법 제4조 제1항 제1호), 12세 이상 14

* 한국형사정책연구원 형사사법연구센터장, 법학박사.

1) 소년법 제4조 제1항 1호에서는 ‘죄를 범한 소년’(범죄소년)이라고만 규정하고 있을 뿐 그 구체적인 연령에 대해서는 명시하지 않고 있다. 그러나 소년법 제2조(20세 미만의

세 미만의 촉범소년(제2호), 12세 이상 20세 미만의 우범소년(제3호)으로 구분하고 있다.²⁾ 이로써 현행 소년법상 소년보호사건으로 심리할 수 있는 대상은 12세 이상 20세 미만의 소년이 된다.

우리나라에서 소년보호사건의 대상에 관한 정책적 논의는 이전부터 소년연령의 하향조정과 우범소년의 소년보호대상으로부터 배제에 관한 논쟁에 집중되어 있었다. 이 중에서 소년연령의 하향조정에 관한 문제는 소년의 하한연령(12세)뿐만 아니라 상한연령(20세)까지도 하향조정해야 한다는 논의를 포함한다. 우범소년을 소년보호대상에서 제외하자는 주장의 핵심은 범죄의 전단계(前段階)에 머무르고 있는 소년에 대하여 사실상의 제재라고 할 수 있는 보호처분을 부과하는 것은 부당하다고 주장한다.

소년보호사건의 대상연령에 관한 문제는 궁극적으로 정책적인 판단에 속하는 것이지만, 그러나 이 문제는 소년법을 적용하기 위한 기초적이고 핵심적인 내용이기 때문에 소년의 특성이나 소년에 대한 낙인 등의 관점을 깊이 고려하여 과학적이고 합리적인 기초위에서 논의되어야 한다. 이러한 기초적인 인식위에서 필자는 현행 소년법이 소년에 대한 보호적 성격과 형사처분과 관련한 특례의 성격을 동시에 가지고 있다는 기본적인 틀을 유지하는 가운데, 소년보호대상을 둘러싼 구체적 쟁점으로서 소년보호대상 하한연령 인하의 타당성(아래의 II), 소년보호대상 상한연령 인하의 타당성(III), 우범소년규정의 삭제에 관한 검토(IV), 보호자등의 통고제도의 문제점(V) 등에 관하여 논의를 전개할 것이다.

자), 형법 제9조(14세 미만의 자) 및 소년법 제4조 제1항 2호(12세 이상 14세 미만의 소년)의 관계에서 볼 때, 범죄소년의 하한연령(즉 형사책임연령)이 14세라는 점에 아무런 이의를 제기하지 않는다.

2) 1958.7.24. 제정소년법(법률 제489호)은 소년보호의 대상을 ① 법관 또는 검사로부터 송치된 소년, ② 형벌법령에 저촉되는 행위를 한 12세 이상 14세미만의 소년으로 경찰국장 또는 경찰서장으로부터 송치된 자, ③ 가정의 환경 또는 본인의 성벽을 참작하여 죄를 범할 염려 있는 12세 이상의 소년으로 경찰국장으로부터 송치된 자로 규정하였다. 현행 소년법 제4조 제1항의 규정내용은 1963.7.31. 제1차 소년법 개정(법률 제1376호)을 통하여 개정된 것이다.

II. 소년보호대상 하한연령의 인하에 관한 검토

소년보호사건의 대상연령을 정책적 관점에서 문제 삼는 경우에는 범죄 소년의 하한연령의 인하에 관한 문제와 촉법·우범소년의 하한연령의 인하에 관한 문제를 구별해서 검토할 필요가 있다. 전자의 경우는 형사처분을 가능하게 하는 형사책임연령의 하향조정과 결부되어 있음에 반해, 후자는 보호처분 대상범위의 확대와 관련되어 있기 때문이다.

1. 형사책임 하한연령의 인하에 관한 문제

형법상 형사미성년 연령과 소년법상 형사책임 하한연령이 동일한 우리나라 소년법제에서 형사책임 하한연령의 인하에 관한 문제는 일반적으로 형법 제9조의 개정과 직접적으로 결부되어 있다. 이와 관련하여 우리나라에서 형사책임 하한연령의 인하에 관한 논의는 활발하게 진행되지 않고 있다. 그러나 외국의 경우에는 형사책임연령을 12세 정도로 인하하여 범죄 소년에 대한 형법적 개입을 가능하게 해야 한다는 주장이 나오고 있다.

가. 견해의 대립

형사책임연령을 인하해야 한다는 입장에서는 ① 14세 미만의 청소년도 형사책임을 부담할 수 있도록 충분한 발육상태를 보이고 있으며, ② 소년 범죄에 대한 국가의 대처가 강화되어야 하며, ③ 저연령층이 흉악범죄를 저지르는 사례가 늘고 있다고 주장한다. 이에 반해 형사책임연령의 인하에 반대하는 입장에서는, ① 형사책임연령의 인하를 정당화하는 조기성숙의 발달심리학적 증거가 없으며, ② 소년범죄는 우발적이고 장기적인 고려 없이 저지르는 것이 일반적이기 때문에 저연령층 아동에 대한 형사처분은

실효성이 떨어지며, ③ 저연령층 범죄소년에 대하여 형사사법적 대응방식이 소년복지적 대응방식보다 더 효과적이라는 증거가 없다는 점을 근거로 내세우고 있다.

나. 외국의 정책동향

형사책임 하한연령의 인하와 관련한 외국의 정책동향을 살펴보면, 영국에서는 1963년 ‘아동 및 소년법’(Children and Young Persons Act) 제16조 제1항에서 10세 미만의 절대적 형사미성년자, 10세 이상 14세 미만의 상대적 형사미성년자,³⁾ 14세 이상의 형사책임능력자로 구분하고 있었다. 그러나 1998년 9월 30일에 ‘범죄 및 무질서 대책법’(Crime and Disorder Act) 제34조가 발효됨으로써 종래의 상대적 형사미성년 연령이 폐지된 이후 현재까지 10세 미만의 아동을 형사미성년자로 규정하고 있다.⁴⁾

독일의 경우 소년법원법의 인적 적용범위는 행위시 14세 미만의 소년과 18세 이상 21세 미만의 준소년을 대상으로 하고 있기 때문에 소년법원법 적용대상의 하한연령은 14세이다. 정책적 논의에서는 흉악범죄를 저지른 범죄소년에 대하여 자유박탈적 제재를 부과할 필요성을 강조하면서 현재의 14세의 형사책임 하한연령을 12세로 인하하자는 주장도 나왔지만, 소년형법개혁위원회⁵⁾는 소년에 대한 자유박탈이 가급적 자제되어야 한다는 관점에서 하한연령의 인하에 부정적인 태도를 보인바 있다.

3) 상대적 형사미성년 연령의 경우에는 반복이 가능한 추정(소위 *doli incapax* 규칙)의 규칙을 적용하여 개별사건에서 당해 소년이 필요한 통찰능력을 가지고 있는 것이 입증된 경우에 한하여 형사책임을 인정한다.

4) Annette Herz, in: Hans-Jörg Albrecht/Michael Kilchling(Hrsg.), *Jugendstrafrecht in Europa*, Freiburg i. Br. 2002, 90쪽.

5) 2. Jugendstrafrechtsreform-Kommission, *Vorschläge für eine Reform des Jugendstrafrechts, Abschlussbericht der Kommissionsberatungen von März 2001 bis August 2002*, in: DVJJ-Journal, 2001, 7쪽.

일본의 경우 형법 제41조에서 14세 미만의 자를 형사미성년자로 규정하고 있고, 소년법은 상한연령을 20세 미만으로 명시하고 있기 때문에 범죄 소년은 14세 이상 20세 미만의 자가 된다. 일본의 소년법 개정논의에서는 소년범죄의 저연령화와 초발비행이 12세에 정점에 이른다는 점 등의 이유를 들어 14세의 형사책임연령을 12세로 인하해야 한다는 소수의 견해가 주장된 바 있지만, 학계에서는 소년범죄의 특징을 형사책임연령의 인하에 결부시켜서는 안되며 형사책임연령의 인하를 통하여 소년비행의 문제를 얼마나 해결할 수 있는지 의문을 제기하였다.⁶⁾

한편, 일본의 소년법에서는 2000년에 소년법이 개정되기 전까지만 하더라도 형법 제41조에 따라 14세 이상의 소년에 대하여 형사책임을 인정하면서도, 특별법인 소년법 20조 단서에서 형사처분이 가능한 연령을 16세로 규정하고 있었다.⁷⁾ 즉, 형사책임연령과 형벌적용연령이 불일치되어 있었다. 그러나 1990년대 후반 이후로 소년범죄가 현저하게 흉포화되고 급증하게 되자, 범죄소년에 대한 엄벌화와 범죄피해자의 보호에 대한 사회의 목소리를 반영하여 2000년 11월 28일에 처벌의 엄격화를 주된 내용으로 하는 개정소년법(신소년법)이 성립되었다. 그 주요 개정내용을 보면, ① 구소년법 제20조 단서를 삭제하여 형벌적용 대상연령을 16세 이상에서 14세 이상으로 하향조정하고⁸⁾, ② 구소년법 제20조에 2항을 신설하여 16세 이상 소년의 고의적 범죄행위로 피해자가 사망한 경우, 원칙적으로 형사처분 절차에 따르도록 하고, ③ 18세 미만 소년의 형 완화조치에 관해, 무기형

6) 菊田幸一, 少年法, 北樹出版, 2002, 50-51쪽.

7) 구일본소년법(2000.11.28.이전) 제20조에 의하면, “가정법원은 사형, 징역 또는 금고에 해당하는 범죄사건에 대하여 조사결과 그 죄질 및 정상에 비추어 형사처분이 상당하다고 인정하는 때에는 결정으로서 이를 관할지방법원에 대응하는 검찰청 검사에게 송치하여야 한다. 단, 송치시 16세에 달하지 않은 소년에 대해서는 이를 검사에게 송치할 수 없다”고 규정하고 있었다.

8) 상세한 내용은 三島 聡, 刑事責任年齢と刑罰適用年齢の不一致と少年法‘改正’, 団藤重光・村井敏邦・薺藤豊治ほか著, ‘改正’少年法を批判する, 日本評論社, 2000, 88쪽 이하 참조.

을 유기형으로 완화하는 것을 임의적인 것으로 하였으며, ④ 사형이 완화된 소년 무기형 수형자에 대해 가석방의 최단기간은 7년으로 한다는 특별규칙을 폐지하고 성인과 같이 15년으로 하였다. 나아가 2006년 3월에 국회에 상정될 예정에 있는 소년법 개정법률안에서는 14세 미만의 촉법소년에 대해서도 소년원에 송치할 수 있는 근거규정을 신설하고 있다.

다. 검 토

우리나라 형법 제9조에 규정된 소년형사책임의 하한연령인 14세를 12세나 13세로 하향조정하여 이 연령대의 범죤소년에게 형사처분을 부과해야 한다는 견해에 대해서는 부정적이다. 우선, 14세 미만의 범죤소년에게 형사처분을 부과하는 것이 어느 정도의 형사정책적 효과를 거둘 수 있는지의 의문이다. 소년이 저지르는 대부분의 범죤 내지 비행은 성장과정에서의 단순한 에피소드적 성격⁹⁾을 지니고 있기 때문에 성인과는 달리 규범에 순응할 수 있는 변화가능성이 크다. 이와 같은 소년의 특성에 비추어볼 때 현재의 형사책임 하한연령을 인하하여 형사처분의 가능성을 열어둔다고 하여 소년비행이 어느 정도로 줄어들지 의문이며, 오히려 낙인효과를 가중시킬 수 있다. 나아가 우리나라의 소년범죤의 통계를 보면, 소년비행의 급증 현상이나 현저한 흉포화 현상은 나타나지 않고 있다. 1994년부터 2003년까지 지난 10년간의 소년범죤 발생추세를 보면 우리나라 소년범죤은 1997년

9) Bernd-Dieter Meier/Dieter Rössner/Heinz Schöch, Jugendstrafrecht, C.H.Beck · München, 2003, §3 Rdn.4 이하에서는 소년비행의 가장 중요한 특성으로서 ‘정상성’(Normalität)과 ‘편재성’(Ubiquität)을 들고 있다. ‘정상성’이란 소년이 자신의 성장과정에서 한 번 또는 수회의 비행을 저지르는 것이 통계적으로 볼 때 정상적이라는 것이며, ‘편재성’이란 소년비행이 사회적 계층에 무관하게 퍼져있다는 것을 말한다. 이와 같은 소년비행의 ‘정상성’과 ‘편재성’의 특징은 독일 범죄학에서 일반적으로 수용되고 있다. Peter-Alexis Albrecht, Jugendstrafrecht, 2. Aufl., C.H.Beck · München, 1993, §3 II; Günther Kaiser, Kriminologie, C.F.Müller · Heidelberg, 1996, §37 Rdn. 38.

을 정점으로 점차 감소하는 추세에 있다. 비록 이러한 감소추세가 소년인구의 감소추세에 영향을 받았다고 볼 여지도 있다.¹⁰⁾ 그러나 인구규모의 변화를 고려하기 위하여 소년인구 10만명당 범죄자의 수를 계산한 소년범죄율을 보면, 1996년에 급격히 증가하였고 2000년까지는 큰 변화를 보이지 않다가 2001년부터 지속적으로 감소하는 추세에 있다(표 1 참조).

<표 1> 소년범죄 발생 현황*

연 도 \ 구 분	총범죄	소년범죄	소년인구** (12-19세)	구성비	소년범죄율 (10만명당)
1994	1,660,973	108,342	6,389,562	6.5	1695.6
1995	1,804,405	124,244	6,339,477	6.9	1959.8
1996	2,018,296	146,986	6,296,918	7.3	2334.3
1997	2,117,759	164,182	6,211,001	7.8	2643.4
1998	2,341,431	161,277	6,093,609	6.9	2646.7
1999	2,400,485	150,821	5,924,716	6.3	2545.6
2000	2,329,134	151,176	5,711,899	6.5	2646.7
2001	2,426,050	138,030	5,472,564	5.7	2522.2
2002	2,416,711	123,921	5,275,981	8.1	2348.8
2003	2,441,267	104,158	5,161,636	4.3	2017.9

* 자료: 범죄분석(대검찰청), 청소년백서(문화관광부)

** 소년인구는 통계청의 자료에 기초한 것임

소년범죄를 유형별로 살펴보면 폭력범이나 강력범이 줄어들고 있다는 점도 나타난다(<표 2> 참조). 1994년의 경우 폭력범의 비율(37.4%)이 가장 높게 나타났지만, 2003년에는 이러한 경향이 반전되어 재산범의 비율(34.5%)이 가장 높고, 다음으로 폭력범(30.0%), 교통사범(25.0%), 강력범(2.5%)의 순으로 나타났다.

10) 우리나라의 소년범죄 발생실태에 관한 최근의 분석으로는 이순래, 소년비행의 현상과 대처방안, 한국형사정책연구원(편), “소년사범 처리절차의 적정화 방안” 공청회 자료집, 2005, 9-17쪽 참조.

<표 2> 소년범죄 유형별 현황

연 도 구 분		1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
계		108,342 (100)	124,244 (100)	146,986 (100)	164,182 (100)	161,277 (100)	150,821 (100)	151,176 (100)	138,030 (100)	123,921 (100)	104,158 (100)
강 력 범	소 계	6,101 (5.6)	4,349 (3.6)	4,566 (3.0)	5,653 (3.4)	6,134 (3.8)	5,053 (3.4)	4,421 (2.9)	3,479 (2.5)	2,699 (2.1)	2,868 (2.8)
	살 인	62 (0.1)	65 (0.1)	69 (0.0)	79 (0.0)	65 (0.0)	71 (0.0)	45 (0.0)	49 (0.0)	60 (0.0)	19 (0.0)
	강 도	3,464 (3.2)	2,684 (2.1)	2,840 (1.9)	3,651 (2.2)	4,273 (2.6)	3,102 (2.2)	2,691 (1.8)	1,885 (1.4)	1,375 (1.1)	1,550 (1.5)
	강 간	2,522 (2.3)	1,526 (1.3)	1,599 (1.1)	1,840 (1.1)	1,703 (1.1)	1,709 (1.1)	1,515 (1.0)	1,371 (1.0)	1,122 (0.9)	1,192 (1.2)
	방 화	53 (0.0)	74 (0.1)	58 (0.0)	83 (0.1)	93 (0.1)	171 (1.1)	170 (0.1)	174 (0.1)	142 (0.1)	107 (0.1)
폭 력 범	소 계	40,559 (37.4)	47,523 (38.2)	53,165 (36.2)	62,218 (37.9)	57,080 (35.4)	56,757 (37.6)	56,711 (37.5)	51,095 (37.1)	39,911 (32.1)	31,532 (30.3)
	폭 행, 상 해	40,140 (37.0)	46,696 (37.6)	52,359 (35.6)	61,383 (37.4)	56,461 (35.0)	56,186 (37.3)	56,125 (37.1)	50,598 (36.7)	39,465 (31.8)	31,199 (30.0)
	공 갈	388 (0.4)	802 (0.6)	769 (0.6)	790 (0.5)	557 (0.4)	517 (0.3)	488 (0.3)	420 (0.3)	386 (0.3)	272 (0.3)
	기 타	31 (0.0)	25 (0.0)	37 (0.0)	45 (0.0)	62 (0.0)	54 (0.0)	98 (0.1)	77 (0.1)	60 (0.0)	61 (0.0)
재 산 범	소 계	30,247 (28.0)	32,338 (26.0)	34,044 (23.2)	39,605 (24.1)	45,561 (28.3)	36,612 (24.3)	39,834 (26.3)	33,822 (24.5)	37,981 (30.8)	36,049 (34.5)
	절 도	26,841 (24.8)	28,616 (23.0)	29,936 (20.4)	35,177 (21.4)	39,894 (24.7)	31,162 (20.7)	34,236 (22.6)	25,926 (18.8)	26,484 (21.4)	24,208 (23.2)
	횡 령	921 (0.9)	1,056 (0.8)	955 (0.7)	993 (0.6)	887 (0.5)	788 (0.5)	1,048 (0.7)	981 (0.7)	866 (0.7)	840 (0.8)
	장 물	812 (0.8)	739 (0.6)	757 (0.5)	741 (0.5)	819 (0.5)	731 (0.5)	555 (0.4)	343 (0.2)	308 (0.3)	246 (0.2)
	사 기	1,673 (1.5)	1,927 (1.6)	2,396 (1.6)	2,694 (1.6)	3,961 (2.6)	3,931 (2.6)	3,995 (2.6)	6,572 (4.8)	10,323 (8.4)	10,755 (10.3)
교통사범		23,485 (21.7)	30,808 (24.8)	39,378 (26.8)	45,622 (27.8)	41,665 (25.8)	40,874 (27.1)	42,537 (28.2)	41,869 (30.3)	36,006 (29.1)	26,022 (25.0)
기 타		7,950 (7.3)	9,226 (7.4)	15,833 (10.8)	11,084 (6.8)	10,837 (6.7)	11,525 (7.6)	7,673 (5.1)	7,765 (5.6)	7,324 (5.9)	7,687 (7.4)

자료: 범죄분석(대검찰청), 청소년백서(문화관광부)

2. 보호처분 하한연령의 인하에 관한 문제

우리나라 소년법상 보호대상의 연령하한은 12세이다. 12세 미만의 소년은 비록 형벌법규에 위반한 경우에는 아동복지법의 적용대상이 되는 것은 별론으로 하더라도 소년법상 보호처분의 대상자는 되지 못한다. 그러나 학계와 실무의 일부에서는 저연령화 추세에 있는 소년비행에 적극적으로 대처하기 위해 하한연령을 ‘10세’로 인하하자는 주장이 나오고 있다.

가. 견해의 대립

하한연령의 인하에 찬성하는 입장에서는, ① 일반적으로 초발비행의 시기가 빠른 소년일수록 비행이 상습화될 위험성이 높으며, ② 소년의 정신적·육체적 발육의 정도도 과거보다 더 빨라졌고, 12세 미만자의 요보호성을 인정할 만한 소년이 늘어가는 추세에 있고, ③ 위법한 행위를 저지른 소년에 대해서는 비행의 조기발견과 조기처우가 중요하다는 점을 지적하고 있다. 이에 반해 하한연령의 인하에 소극적인 입장에서는, ① 우리나라의 소년사법제도가 초발비행자에 대한 조기대응을 실효적으로 뒷받침할 수 있는 기반을 갖추고 있는지 의문이 제기되며,¹¹⁾ ② 소년법상 보호처분이 교육적 성격에 부합되게 재구성되지 않는 한 12세 미만자에 대한 보호처분의 확대는 정당화될 수 없고,¹²⁾ ③ 12세 미만의 소년에 대해서는 낙인효과를 가중시키는 사법기관에 의한 개입보다는 복지행정형 개입이 적절하다는 반론을 제기한다.

11) 김동립, 소년법의 문제점과 입법에 관한 논의, 형사정책, 12권 1호, 한국형사정책학회, 2000, 115쪽.

12) 장영민, 소년법의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원(편), 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안, 2004, 167쪽.

나. 검토

보호처분의 대상연령의 인하에 관한 논쟁은 12세 미만의 촉법소년을 정형화된 사법절차에 따르게 할 것인지, 아니면 현재와 같이 복지행정에 맡기는 것이 보다 타당한 것인지를 선택에 관한 문제로 귀착된다. 그러나 현행 소년법이 보호주의를 취하고 있다고 하더라도 그 보호처분의 내용은 일종의 사법적 제재의 성격이라는 점을 부정할 수 없고, 이러한 사법적 개입은 낙인화 내지 스스로의 자아관형성의 문제를 야기할 가능성이 클 수 있다는 점에서 12세 미만의 촉법소년에 대해서는 아동복지법에 의한 보호조치가 더 적합하다고 판단된다.¹³⁾ 다만, 12세 미만의 촉법소년에 대한 사법적 개입이 불가피하다는 정책적 판단이 내려지는 경우에는 특정한 범죄군을 개별적으로 나열하여 그 범죄에 해당하는 촉법소년에 대해서만 소년법의 적용대상으로 삼는 방안도 생각해 볼 수 있다.

Ⅲ. 소년보호대상 상한연령의 인하에 관한 검토

소년법의 적용대상이 되는 상한연령은 20세 미만이다(동법 제2조). 이러한 소년의 상한연령과 관련하여 학계와 실무계에서는 흉포화·전문화되고

13) 현행 아동복지법 제10조(보호조치)에 의하면, “자치단체장은 그 관할구역 안에서 보호를 필요로 하는 아동을 발견하거나 보호자의 의뢰를 받은 때에는 아동의 최상의 이익을 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 다음 각호의 필요한 보호조치를 하여야 한다”고 규정하면서 보호조치의 내용으로서 1. 아동복지지도원 또는 아동위원에게 보호를 필요로 하는 아동 또는 그 보호자에 대한 상담·지도를 행하게 하는 것, 2. 보호자 또는 대리양육을 원하는 연고자에 대하여 그 가정에서 보호양육 할 수 있도록 필요한 조치를 하는 것, 3. 아동의 보호를 희망하는 자에게 가정위탁하는 것, 4. 보호를 필요로 하는 아동에 적합한 아동복지시설에 입소시키는 것, 5. 약물 및 알코올중독·정서장애·발달장애 등으로 특수한 치료나 요양 등의 보호를 필요로 하는 아동에 대하여 전문치료기관 또는 요양소에 입원 또는 입소시키는 것 등을 명시하고 있다.

있는 18세 이상의 자에 대한 보호처분을 배제하여 형사처분을 원칙적으로 적용해야 한다고 주장하면서 현재의 만 20세인 소년연령의 상한을 만 18세로 하향조정하거나 18세 이상 20세 미만의 연장소년층을 신설하는 방안도 고려해 볼 수 있다는 견해¹⁴⁾가 있다.

1. 견해의 대립

소년법 적용대상의 상한연령을 인하하자는 입장에서는, ① 현대교육의 급속한 발전과 문명의 발달로 인하여 소년의 정신적 성장속도가 가속화되고 있으며 대부분의 나라에서도 소년의 연령상한을 18세로 규정하고 있으며, ② 오늘날에는 18세 이상의 소년의 범죄가 성인범죄와 거의 마찬가지로 흉포화·전문화되었기 때문에 이들에 대하여 보호처분을 실시하기에는 적합하지 않고, 오히려 사범에 중점을 둔 엄벌주의로 나아가야 하며, ③ 우리나라의 다른 법령¹⁵⁾에도 성년개시 연령인 만 20세와 구분 지우고 있고, ④ 현행 소년법 제62조에는 18세 미만의 소년에 대하여 노역장유치선고를 금지시키고 있는데, 벌금형을 선택하면서 자력 없는 미성년자에게 환형유치처분을 못하게 하는 것은 실익이 없으므로 차라리 대상 연령을 만 18세로 낮추어야 한다는 점 등을 논거로 들고 있다.

이에 반하여 소년법의 적용대상이 되는 상한연령을 18세로 하향 조정하는 데 반대하는 입장¹⁶⁾에서는, ① 소년의 상한연령의 인하는 ‘일반예방의

14) 김기두, 소년법상의 제반 문제점과 개정방향, 청소년범죄연구, 제3집, 법무부, 1985, 33쪽; 박재윤, 소년법개정의 기본방향, 청소년범죄연구, 제5집, 법무부, 1987, 18쪽.

15) 예컨대 청소년보호법 제2조 1호(만 19세 미만), 음반·비디오및게임물에관한법률 제2조 13호(만 18세 미만), 공연법 제2조 6호(만 18세 미만), 영화진흥법 제21조 3항(만 18세 미만), 아동복지법 제2조 1호(만 18세 미만), 식품위생법 제31조(만 19세 미만), 민법(만 20세 미만), 청소년기본법 제3조 1호(9세 이상 24세 이하)를 들 수 있다.

16) 강영철, 소년사건처리절차의 현황과 개선방안, 소년보호연구, 제1호, 한국소년보호협회, 1999, 108쪽; 김기두, 소년법상의 제반 문제점과 개정방향, 청소년범죄연구, 제3집, 법무부, 1985, 12쪽; 김동립, 소년법의 문제점과 입법에 관한 논의, 형사정책 제12권 제1호,

강화'로서 '형벌에서 교육으로'라는 이념에 역행한다는 점, ② 소년은 조속화 현상에도 불구하고 사회경험이 적어 환경에 좌우되며, 성인에 비하여 교육의 가능성이 높다는 점, ③ 우리나라에서성년연령의 하향조정에 관해서는 사회적 합의를 얻어가고 있지만, 형사책임연령의 하향은 사회적 의제로 설정될 정도로 관심사가 되지 못하고 있다는 점, ④ 검사선의주의를 채택하고 있는 현행 소년법 하에서 18세 이상의 소년에 대하여 범죄사건으로 처리할 가능성이 있기 때문에 처음부터 보호사건의 대상에서 배제할 실익은 없다는 점 등이 근거로 제시하고 있다.

2. 외국의 입법례

미국의 경우 표준소년법원법에는 소년법원의 관할대상을 18세 미만의 소년으로 규정하고 있지만, 개별 주의 법률에서는 소년의 상한연령을 16세부터 19세까지 다양하게 규정하고 있다. 그 중에서 18세 미만을 상한연령으로 규정하고 있는 주가 약 35%에 달한다. 이 점에서 미국의 소년법원의 관할에 속하는 연령은 일반적으로 7세 이상 18세 미만의 소년이라고 이해할 수 있다.

영국의 경우 1991년 형사사법법에서 17세에 달한 자를 소년에 포함시킴으로써 소년법원의 관할대상이 10세 이상 18세 미만의 소년으로 되었다. 물론 영국법이 17세를 소년으로 규정하고 있지만, 여기에는 17세 소년을 성인과 동일시하는 많은 예외규정이 있다. 예를 들어 경찰의 형사소추시 소년에 대한 특별보호규정은 17세의 소년에게 적용되지 않고 성인과 같이 취급되며, 내무부 관련지침도 17세의 소년에 대한 경찰의 피의자신문과 강제처분시 부모의 동의를 요하지 않고 일반교도소에도 구금시킬 수 있다.¹⁷⁾

한국형사정책학회, 2000, 120쪽; 오영근·최병각, 소년사건처리절차의 개선방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995, 61쪽; 장영민, 앞의 논문, 167쪽.

독일의 경우 소년법원법 제2조에서, 범행당시 14세 이상 18세 미만의 소년과 범행당시 18세 이상 21세 미만의 준소년¹⁸⁾이 소년법원의 관할대상이 된다. 독일에서 소년법원법의 적용대상이 되는 상한연령에 관한 정책적 논의는, 우리나라에서의 논의와는 반대로, 21세 이상 24세 미만의 청년층(Jungerwachsene)을 신설하여 이들의 범죄에 대한 소년법원법상의 제재수단을 신축적으로 적용할 여지를 마련하는 데 있다. 독일소년형법개혁위원회의 공식견해¹⁹⁾에 의하면, 장기간의 학교교육으로 인하여 적어도 일정한 부분에서는 소년기를 연장시켜왔으며, 중범죄나 재범을 저지른 소년들은 성장과정의 문제점과 사회화의 흠결이 나타나기 때문에 21세 이상 24세 미만의 청년층에 대해서는 소년법원법을 적용하여 기회와 원조의 가능성을 열어줄 필요가 있다고 한다.

일본에서는 2차 대전 이후인 1948년에 제정된 소년법에서 소년법의 대상연령을 종래의 18세에서 20세로 상향조정하였다(일본 소년법 제2조 제1항). 그러나 1959년 9월 8일 법무성이 소년법조사연구회를 발족한 이후 지

17) Annette Herz, in: Hans-Jörg Albrecht/Michael Kilchling(Hrsg.), Jugendstrafrecht in Europa, Freiburg i. Br. 2002, 92쪽, 95쪽.

18) 독일 소년법원법에 의하면, 준소년(Heranzuwachsende)의 범죄행위에 대해서는 항상 소년과 동일하게 소년법원법상의 규정이 적용되는 것이 아니다. 4세 이상 18세 미만의 소년에 대해서는 아무런 제한없이 소년법원법상의 특별형법규정이 적용되지만, 18세 이상 21세 미만의 준소년에 대해서는 개별사례를 검토하여 범행시 심리적·정신적 성장상태가 소년과 동일하게 나타나거나 범행의 유형, 사정 또는 동기가 전형적인 소년 비행에 해당할 경우에만 소년법원법상의 규정들이 적용된다(독일 소년법원법 제105조 제1항). 물론 소년법원법 제105조 제1항의 요건들은 매우 불명확하게 규정되어 실무에서 통일적이지 못하게 해석되는 것이 일반적이며, 이로써 소년법원법 제105조를 적용함에 있어 지역적으로 많은 편차를 발생시키는 결과를 초래한다고 보고 있다. 한편, 준소년에 대하여 소년법원법이 적용된 비율의 추이를 보면, 독일에서 1953년에 소년법원법이 제정된 이후 1954년에는 준소년이 저지른 범죄의 20% 정도에 대해서만 소년법원법이 적용되었지만, 오늘날에는 약 80%까지 그 적용이 확대되었다고 한다. 이에 관해서는 Dieter Rössner/Britta Bannenberg, in: Hans-Jörg Albrecht/Michael Kilchling(Hrsg.), Jugendstrafrecht in Europa, Freiburg i. Br. 2002, 52쪽.

19) 2. Jugendstrafrechtsreform-Kommission, Vorschläge für eine Reform des Jugendstrafrechts, Abschlussbericht der Kommissionsberatungen von März 2001 bis August 2002, in: DVJJ-Journal, 2001, 7쪽.

금까지 소년의 상한연령을 인하해야 한다는 주장이 나오고 있다. 법무성이 1966년 5월에 발표한 ‘소년법의 개정에 관한 구상’(Ⅰ, Ⅱ)에 의하면, 18세 미만을 소년, 18세 이상 23세 미만을 청년, 23세 이상을 성인으로 하는 제1안과 18세 미만을 소년, 18세 이상 20세 미만을 청년, 20세 이상을 성인으로 하는 제2안을 포함하고 있었다. 일본 법무성은 제2안의 내용을 골자로 하여 1970년 7월에 ‘소년법개정요강’을 발표²⁰⁾하였지만, 이 요강의 내용에 대해서는 학계의 적지 않은 비판이 있었다고 한다. 비판의 주된 내용은, 개정요강의 취지가 연장소년에 대한 검찰관선의주의의 채택과 형벌강화를 주된 내용으로 하고 있어 소년법의 기본이념을 후퇴시키기 때문이라는 것이었다.²¹⁾

3. 검 토

우선, 소년범죄와 관련한 연령대별 범죄발생률을 보면, 18-19세의 소년이 저지른 범죄가 심각하게 나타나고 있다는 점을 인식할 수 있다(표3 참조). 2003년의 경우에 18-19세의 소년이 전체 소년범죄자에서 차지하는 비율이 50.6%로 소년범죄자 전체의 과반수 이상을 차지하고, 다음으로 16-17세가 32.6%, 14-15세가 15.3%, 14세 미만은 1.5의 순이다. 연령대별로 소년 10만명당의 범죄율을 살펴봤을 때에도 18-19세 연장소년의 범죄

20) 그 당시 일본 법무성이 소년법 개정요강에 ‘청년층’(18세 이상 20세 미만)을 신설하게 된 이유는, ① 청년층을 신설하적극적으로 대처해야 한다는 연장자의 경우 사안이나 대상자에 따라 형사처분과 보호처분을 적절하게 선택할 수 있다. ② 연장자에 대해서는 현재와 같은 비형식적인 절차구조 보다는 적정절차를 보장하여 권리를 보장할 필요가 있다. ③ 연장자의 범죄는 흉포화, 조폭화, 성범죄 등 악질적인 특성을 지니고 있다. ④ 18, 19세의 연장자를 연소소년과 동일하게 취급하는 것은 사회통념에 적합하지 않다. ⑤ 청소년 관련 타 법령에서도 보호대상은 18세 미만으로 규정되어 있다. ⑥ 일본인은 일반적으로 18세를 전후로 하여 성인으로 성숙한다. 이에 관한 상세한 내용은 김동림, 소년법의 문제점과 입법에 관한 논의, 형사정책, 12권 1호, 한국형사정책학회, 2000, 119쪽 참조.

21) 菊田幸一, 少年法, 北樹出版, 2002, 50-51쪽.

율은 증가하고 반면에 다른 연령대의 범죄율은 감소하는 경향이다. 따라서 18세-19세의 소년이 살인·방화·강도·강간 등의 중범죄자이거나 상습범에 해당할 경우에는 사회보호를 위하여 이를 보호대상에서 제외하고 형사처분을 부과해야 한다는 주장은 어느 정도의 설득력을 얻고 있다.

<표 3> 소년범죄 연령별 현황

연 도	소년범죄자	14세 미만		14세~15세		16세~17세		18세~19세	
	인 원	인 원	점유율 범죄율	인 원	점유율 범죄율	인 원	점유율 범죄율	인 원	점유율 범죄율
1994	108,342	3,000	2.8 180.3	25,424	23.5 1,593.1	37,418	34.5 2,458.3	42,500	39.2 2,644.2
1995	124,244	2,551	2.1 158.7	32,352	26.0 1,962.6	45,707	36.8 2,976.0	43,634	35.1 2,819.5
1996	146,986	4,660	3.2 308.3	38,084	25.9 2,259.5	53,130	36.1 3,309.9	51,112	34.8 3,419.9
1997	164,182	4,093	2.5 293.0	42,786	26.1 2,655.0	61,622	37.5 3,688.2	55,681	33.9 3,634.9
1998	161,277	1,886	1.2 144.1	35,964	23.3 2,388.9	59,833	37.1 3,564.9	63,594	39.4 3,971.2
1999	150,821	1,674	1.1 133.2	30,088	19.9 2,161.0	53,857	35.7 3,351.3	65,202	43.2 3,907.2
2000	151,176	1,649	1.1 133.6	33,047	21.8 2,536.8	53,324	35.3 3,557.2	63,156	41.8 3,767.7
2001	138,030	1,656	1.2 134.2	27,606	20.0 2,208.2	45,964	33.3 3,319.6	62,804	45.5 3,915.0
2002	123,921	1,798	1.5 143.2	25,385	20.5 2,067.1	41,161	33.2 3,176.8	55,577	44.8 3,714.0
2003	104,158	1,578	1.5 120.6	15,888	15.3 1,294.1	33,971	32.6 2,732.2	52,721	50.6 3,814.2

자료: 범죄분석(대검찰청), 청소년백서(문화관광부)

그러나 18-19세의 소년이 소년범죄자 전체의 과반수 이상을 차지하고 이들 연령층이 중범죄를 저지른다는 사실이 소년의 상한연령을 인하해야 한다는 근본적인 열쇠를 제공해준다고 보기는 힘들다. 중범죄를 저지른 소년 중에도 그 인격과 행위상황에 비추어 보호처분에 상당한 경우가 있기

때문이다. 현행 소년법제 하에서도 18세 이상의 소년이 저지른 중범죄에 대하여 형사절차로 처리할 가능성은 충분하게 존재한다.

또한 만 18세가 되면 이미 대학생이 되는 우리나라의 교육제도와 타 법률과의 관계에 비추어볼 때 소년연령의 상한을 인하해야 한다는 주장에 대해서도 소년법과 타 법률은 각각의 목적을 추구하는 것이라는 반론이 가능하다. 예컨대 독일의 경우 소년법원법 제정당시인 1953년에 21세 미만의 자를 적용대상으로 삼고, 민법상 성년도 21세(민법 제2조)로 규정하고 있었다. 그러나 1975년에 민법을 개정하면서 성년연령을 18세로 하향조정한 반면, 최근의 소년법 개정 논의에서는 만 24세 미만자도 소년법원의 관할에 두어야 한다는 목소리가 나오고 있다. 결론적으로 20세 미만의 소년의 연령을 하향조정해야 할 근본적인 이유는 없다고 본다.²²⁾

IV. 우범소년규정의 삭제에 관한 문제

우범소년이란, “보호자의 정당한 감독에 복종하지 아니하는 성벽이 있거나, 정당한 이유 없이 가정에서 이탈하거나, 범죄성이 있는 자 또는 부도덕한 자와 교제하거나 자기 또는 타인의 덕성을 해롭게 하는 성벽이 있으면서, 그 성격 또는 환경에 비추어 장래 형벌법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 12세 이상의 소년”을 말한다(소년법 제4조 제1항 3호). 우범소년은 아무런 범죄를 저지르지 않았음에도 장래 형벌법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있다는 이유만으로 보호처분의 대상으로 된다. 이 점에서 1988년 소년법 제3차 개정과정에서 우범소년을 소년법원의 공식절차에 따

22) 김기두, 소년법상의 제반 문제점과 개정방향, 법무부 보호국, 청소년범죄연구, 제3집, 법무부, 1985, 11쪽; 오영근·최병각, 소년사건처리절차의 개선방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995, 61쪽.

라서 처리하는 것이 타당한지에 관하여 많은 논의가 있어왔으며 현재도 이 논쟁은 결론을 보지 못하고 있다.

1. 견해의 대립

우범소년의 보호처분 대상에서의 배제와 관련하여 학계와 실무에서는 찬반론이 백중세로 대립하고 있다.

우범소년을 현행과 같이 소년법원의 관할대상으로 삼는 것이 타당하다는 견해는, ① 반사회성 있는 우범소년을 건전하게 육성할 필요가 있고, ② 우범소년으로부터 사회방위의 필요성도 인정되며, ③ 우범소년을 소년법원이 관할하는 것이 우범소년의 인권보장에 더 적합하고, ④ 우범소년을 보호대상으로 하더라도 소년보호시설만 확충되면 별다른 문제가 될 것이 없다고 주장한다.²³⁾

우범소년을 소년보호절차에서 배제해야 한다는 입장²⁴⁾에서는, ① 성인에게서 문제되지 않는 지위비행(status offences)에 불과한 우범소년에 대하여 우범성이 있다는 이유만으로 형사제재와 유사한 소년보호처분을 과하는 것은 국친사상을 지나치게 강조한 결과이며, ② 우범소년의 요건에 관한 현행 소년법 제4조 제1항 3호가 불명확하여 명확성원칙에 어긋나

23) 예컨대 소순무, 각국의 소년법제와 우리 제도의 개선방안, 재판자료 제18집, 법무부, 1983, 743쪽.

24) 김기두, 소년법상의 제반문제점과 개정방향, 청소년범죄연구, 제3집, 법무부, 1985, 11쪽; 김동립, 소년법의 문제점과 입법에 관한 논의, 형사정책, 제12권 제1호, 한국형사정책학회, 2000, 118쪽; 김영란, 개정 소년법에 대한 일고, 청소년범죄연구, 제7집, 법무부, 1989, 237쪽; 박재윤, 소년법 개정의 기본방향, 청소년범죄연구, 제5집, 법무부, 1987, 49쪽; 오영근, 소년사법절차상 어린이·청소년 인권보호방안, 국가인권위원회, 2002, 10쪽; 오영근·최병각, 소년사건처리절차의 개선방안에 관한 연구, 형사정책연구원, 1995, 65쪽; 임상규, 소년범죄의 합리적 처리방안, 형사법연구, 제17호, 한국형사법학회, 2002, 6., 244쪽; 짐승헌, 소년사법절차에 관한 연구 -문제점과 개선방안을 중심으로, 원광대학교 대학원 박사학위논문, 1998, 52쪽; 최중식, 소년법상 보호처분에 관한 연구, 강원대학교 대학원 박사학위논문, 1996, 113쪽.

며,²⁵⁾ ③ 범죄실행을 전제로 하지 않은 우범소년에 대해서까지 공식적인 사법절차를 진행시킨다는 것은 소년에 대한 낙인효과를 증대시킬 수 있고, ④우범소년을 건전하게 육성하기 위한 보호처분이나 보호절차가 갖추어져 있지 않으며, ⑤ 우범성 유무의 판단과 예측이 곤란하여 자의적으로 처리할 위험이 있으며, ⑥ 소년사건의 실제에서 우범소년이 통고되거나 송치된 예는 거의 없어서 우범소년 관련 규정의 실효성이 없으며,²⁶⁾ ⑦ 우범소년에 대해서는 형사제재의 성격을 가지고 있는 보호처분보다는 복지적 행정처분이 더 효과적이라고 주장한다.

2. 비교법적 검토

미국의 경우 주에 따라 다르지만, 일반적으로 지위비행을 저지른 비행소년, 보호자가 없거나 보호자로부터 버림받은 요부조소년, 보호자가 있지만 제대로 보호할 능력이 없는 방임소년이 모두 소년법원의 관할대상이 된다. 그러나 미국 변호사협회는 지위비행자를 소년법원의 관할대상에서 제외할 것을 권고하고 있다.²⁷⁾

영국의 경우 소년법원은 범죄소년을 관할대상으로 한다. 물론 우리나라 소년법상의 우범소년과 같이 범죄를 전제로 하지 않는 우범성 내지 반사회적 행위의 위험성이 있는 소년에 대하여 효과적으로 대응하기 위한 다양한 수단이 있지만, 이는 민사상의 명령으로서 가정법원의 관할 하에 있다. 예컨대 범죄를 저지를 위험이 있거나 이미 반사회적 행위를 저지를 성

25) 배종대, 형법의 목적과 소년형벌의 효율성 검토: 사형, 자유형(부정기형), 벌금형을 중심으로, 청소년범죄연구 제4집, 법무부, 1986, 13쪽

26) 1999년부터 2003년까지 총 5년 동안에 나타난 보호사건의 유형 중 우범소년은 3명에 불과하였다. 보호통계, 제19집(1999-2003), 법무부, 2004, 38쪽.

27) 오영근·최병각, 소년사건처리절차의 개선방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995, 64쪽.

격을 가지고 있는 10세 미만의 아동에 대해서는 자치단체의 사회관청이 가정법원에 ‘아동보호명령’(Child Safety Order)을 신청하고, 가정법원은 해당 아동에 대하여 정규 학교출석, 특정한 장소의 방문금지 등의 명령을 내린다.

독일의 경우 소년법원법은 ‘범죄’를 저지른 소년이나 준소년을 적용 대상으로 하기 때문에 범죄를 전제로 하지 않는 우범소년은 처음부터 소년법원법의 적용대상에서 제외된다. 학교 미등교, 학생들 간의 조직구성 등과 같은 우범성 내지 단순한 범죄 전단계적 행위는 공범의 영역에 속하는 사회법전 제8권(아동 및 소년원조법)에 규정된 소년원조(Jugendhilfe)가 적용될 수 있다.

일본 소년법은 우리나라 소년법과 같이 우범소년에 관한 규정을 두고 있다. 우범소년의 요건도 우리나라 소년법 제4조 제1항 3호와 동일하다. 다만, 우리나라 소년법상 우범소년은 하한연령이 12세 이상의 소년으로 명시되어 있는 반면, 일본 소년법에서는 하한연령에 관한 규정이 없다.²⁸⁾ 우리나라의 경우 우범소년에 관한 규정을 삭제해야 한다는 견해가 적지 않은 반면, 일본에서는 우범소년 규정의 삭제를 주장하는 견해는 쉽게 찾아볼 수 없고, 다만, 구성요건이 명확하지 않은 우범행위를 이유로 소년원에 송치하는 것은 문제가 있다는 견해가 주장되고 있다.²⁹⁾

3. 검토

우범소년을 소년보호의 대상으로 삼는 것이 적합한지의 문제는 적법절차의 관점, 소년보호의 관점, 낙인의 관점, 소년비행의 일반적 특성, 실효

28) 일본의 경우 14세 미만의 형사미성년자는 범죄를 저지른 경우에 촉법소년으로, 범죄의 우범성이 있는 경우 우범소년으로 된다.

29) 菊田幸一, 少年法, 北樹出版, 2002, 49쪽.

성의 관점 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.³⁰⁾ 이러한 기준에서 출발할 때, 우범소년을 소년보호절차에서 배제해야 한다는 입장이 보다 설득력을 가진다고 평가할 수 있다. 물론, 우범소년에 대한 보호처분의 가능성은 소년보호이념을 고려하면 전혀 수긍할 수 없는 것은 아니다. 그러나 우범소년에 대한 보호처분의 문제와 소년보호이념은 상호 구별되어야 한다. 소년의 건전한 육성과 교육이라는 소년보호의 이념은 복지행정을 통해서도 달성될 수 있기 때문이다. 결론적으로 소년비행에 대한 대응체계로서 소년사법체계(소년법)와 복지행정체계(아동복지법 등)가 명확하게 나누어져 있는 우리나라에서는 우범소년에 대하여 아동복지법 제10조의 절차에 따른 보호조치를 부과하는 것이 더 적합하다고 생각된다.

V. 보호자 등 통고제도의 문제

1. 문제제기

소년법 제4조 제3항에 의하면, “범죄소년, 촉법소년, 우범소년을 발견한 보호자 또는 학교와 사회복지시설의 장은 이를 관할 소년부에 통고할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 규정은 1963.7.31 소년법 제1차 개정(법률 제1376호)에 도입되었다. 그 당시 제4조 제3항의 입법이유를 보면, “소년심리에 관한 모든 절차를 보다 국가후견적인 이론의 토대에 서게 하고 소년보호를 교육적이고 과학적으로 발전시켜 처우의 결정과 집행에 있어서 사회와 가정 및 국가기관 상호간에 유기적인 협조가 이루어질 수 있도록 하려

30) 우범소년의 처리에 관한 외국의 입법례에 관해서는 오영근·최병각, 소년사건처리절차의 개선방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995, 64-65쪽 참조.

는 것”이었다.

그러나 소년법 제4조 제3항이 “...통고할 수 있다”라고 표현하고 있는 점, 1994년부터 2003년까지의 10년 동안 소년사범 실무에서 통고건수가 30건 내외에 불과하다는 점 등을 고려해 보면, 이 규정의 실효성에 의문이 제기될 수 있다. 따라서 이 제도를 유지할 필요가 있는지, 이를 긍정한다면 어떠한 방식으로 제도를 활성화할 수 있는지 논의해 보아야 한다.

2. 규정존치에 관한 검토

소년법 제4조 제3항은 소년사건에 대하여 효과적으로 대응하기 위한 국가와 사회의 협력체계를 규정하고 있다. 또한 이 조항은 국가가 후견적 지위에서 반사회성이 있는 소년을 건전하게 육성하기 위한 효과적인 전제조건이라고 볼 수 있다. 일반적으로 일탈소년에 대해서는 가정과 사회의 비공식적 통제가 우선적으로 행해진다. 그렇지만, 일탈소년을 조기에 발견하여 효과적으로 보호하기 위해서는 사회의 비공식적 통제에만 의존할 수 없는 경우도 적지 않으며 이 경우에는 공식적 통제체계로서 소법사범이 개입할 여지도 마련되어 있어야 한다. 따라서 소년사범의 현실에서 통고건수가 미미함에도 불구하고 소년일탈에 대한 효과적 대응의 전제로서 국가와 사회의 협력관계를 규정하고 있는 소년법 제4조 제3항의 존재가치는 여전히 무시할 수 없으므로 이 조항은 존치되어야 한다고 생각한다.³¹⁾

31) 그렇지만 소년법 제4조 제3항이 ‘임의규정’(…할 수 있다)으로 규정되어 있기 때문에 이 한도에서 장래에도 통고건수는 그다지 많지 않을 것으로 예상된다. 특히 우리사회에서는 보호자나 학교장 또는 사회복지시설의 장이 당해 일탈소년을 사실상의 제재부과절차라고 볼 수 있는 보호사건으로 넘기지 않는 경향도 찾아볼 수 있다. 예를 들어 일탈을 하였거나 일탈을 할 우려가 있는 학생에 대하여 학교장은 학교 내에서의 자체 징계처분을 부과하는 것을 선호할 수 있으며, 그 사건을 소년부에 통고하여 정형화된 절차 속에서 낙인을 초래하는 것까지 원하지 않는 것이 일반적이다.

3. 규정정비의 필요성

소년법 제4조 제3항을 현재와 같이 존치하는 데 찬성하는 경우에도 소년법의 체계와 타 법률과의 관련성 등을 고려하여 몇 가지 검토해야 할 부분은 여전히 남아있다.

① 소년법 제4조 제3항에 의하면, ‘제1항 각호에 해당하는 소년’, 즉 범죄소년, 촉법소년, 우범소년을 발견한 보호자, 학교장 및 사회복지시설의 장은 이를 관할 소년부에 통고할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 ‘범죄소년’을 ‘관할 소년부’에 통고하는 것이 타당한 것인지 의문이 제기된다. 소년법상 범죄소년에 일차적인 관할권은 수사기관(경찰, 검찰)에 있는데, 보호자 등이 발견하여 통고한 경우에는 관할 소년부가 일차적인 관할권을 행사하고, 그 밖의 사례에서는 수사기관이 관할권을 가지게 되어 범죄소년에 대한 이원적 관할권이 문제될 수 있기 때문이다.

② 소년사건에 대한 국가와 사회의 협력체계를 보다 상세하게 규정할 필요가 있다. 소년법 제4조 제3항에 의하면, 소년을 발견한 보호자, 학교장, 사회복지시설의 장은 관할소년부에 통고할 수 있다는 점만 규정하고 있다. 그러나 이러한 규정내용만으로는 소년사건에 대한 효과적 협조관계가 구축되어 있다고 말하기 힘들다. 예를 들어 아동복지법 제10조(보호조치)에 의하면 요보호아동의 보호자는 자치단체장에게 보호조치를 의뢰할 수 있고, 소년법 제4조 제3항에 따라서 관할 소년부에도 통고할 수 있다. 이와 같은 이원적 체계 하에서 요보호아동의 보호자가 요보호아동을 소년부에 통고하는 사례를 쉽게 찾아볼 수 없을 것이다. 소년의 낙인의 관점, 절차의 번거로움 등으로 인해 소년부에 대한 통고를 달갑게 생각하지 않을 수도 있기 때문이다. 차제에 소년사법기관(경찰, 검찰, 소년부)과 사법기관 이외의 통고관할권자간의 업무협조를 보다 세밀하고 명확하게 규정

할 필요가 있다.

③ 소년법 제4조 제3항과 2004년 1월 29일에 제정된 “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률”(이하 ‘학교폭력예방법률’)과의 관련성도 검토해 보아야 한다. 학교폭력예방법률은 학생의 건전한 육성을 목적으로 학교에 학교폭력대책자치위원회를 설치하여 학교내외에서 학생간에 발생한 범죄행위³²⁾에 대하여 피해학생의 보호, 가해학생에 대한 선도 및 징계, 피해학생과 가해학생간의 분쟁조정 등을 규정하고 있다. 이 법률 제15조에 의하면, 학교폭력대책자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 가해학생에 대하여 일정한 조치³³⁾를 취할 것을 학교장에게 요청할 수 있고(같은 조 제1항), 이를 요청받은 학교장은 당해 조치를 취하여야 한다(같은 조 제3항). 따라서 이 법률에 따른 학교폭력이 문제되는 한 그 일차적인 관할은 학교폭력대책자치위원회에 속하게 된다.³⁴⁾ 그런데 학교의 장이 당해 학생에 대하여 학교폭력예방법률 제15조에 규정된 제재를 부과한 경우에도 다시 소년법 제4조 제3항에 따라 관할 소년부에 범죄소년이나 촉법소년을 통고하도록 하는 것은 학생에 대한 낙인의 관점에서 적절하지 않을 뿐만 아니라 학교폭력예방법률의 입법 취지에도 상응하지 않는 것이다. 물론 학교폭력예방법률이 체계적이지 못

32) 동법 제2조 제1호에 의하면, “학교폭력이라 함은 학교내외에서 학생간에 발생한 폭행·협박·따돌림 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위로서 대통령령이 정하는 행위를 말한다.”고 규정하고 있으며, 동법 시행령 제2조에서는 “대통령령이 정하는 행위라 함은 상해·폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 추행, 명예훼손·모욕, 공갈, 재물손괴 및 집단 따돌림 그 밖에 피해자의 의사에 반하는 행위를 가하거나 하게 한 행위를 말한다”고 명시하고 있다.

33) 여기서 ‘일정한 조치’란 1. 피해학생에 대한 서면사과, 2. 피해학생에 대한 접촉 및 협박의 금지, 3. 학급교체, 4. 전학, 5. 학교에서의 봉사, 6. 사회봉사, 7. 학내외 전문가에 의한 특별교육이수 또는 심리치료, 8. 출석정지, 9. 퇴학처분을 말한다.

34) 이 결론은 학교폭력예방법률 제5조(다른 법률과의 관계)를 해석함으로써 도출할 수 있다. 제5조에 의하면, “학교폭력의 규제, 피해학생의 보호 및 가해학생에 대한 조치에 있어서 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법을 적용한다”고 명시하고 있다.

하며 법치국가원리에 위반된다는 혐의³⁵⁾도 엿보이지만, 적어도 학교폭력 예방법률의 적용범위에 속하는 사건에 한해서는 학교장의 통고제도를 재고해 보아야 할 것이다.

VI. 요약 및 결론

소년보호대상에 관하여 규정하고 있는 현행 소년법 제4조는 소년법개정에 있어 가장 기초적이고 본질적인 문제에 속한다. 우리나라에서 소년보호대상을 둘러싼 정책적 논의가 지속되고 있는 이유도 바로 여기에 있다. 현행 소년법은 국가후견주의의 관점에서 소년보호대상의 범위를 우범소년까지 넓히고 있고, 이러한 경향을 유지해야 한다는 견해도 적지 않게 주장되고 있다. 하지만, 국가후견주의의 출발점은 범죄행위가 되어야 한다는 필자의 입장에서는 형사법의 성격이 강하게 나타나고 있는 우리나라 소년법을 좁게 적용하도록 개혁하는 것이 합리적이라고 본다. 이러한 출발점에서 지금까지 논의된 소년보호대상에 관한 쟁점에 대하여 아래와 같이 요약하여 결론지을 수 있다.

첫째, 범죄소년의 형사책임 하한연령을 현행대로 존치하는 것이 타당할 것이다. 소년의 특성에 비추어볼 때 현재의 형사책임 하한연령을 인하하는 것이 소년범죄를 어느 정도로 예방할 수 있을 지 의문이 제기되며, 낙인효

35) 예를 들면, ① 자치위원회가 전형적인 학내 징계처분인 ‘정학’이나 ‘퇴학’ 등의 처분 이외에 ‘사회봉사’나 (사실상의) ‘수강명령’의 제재를 결정한다는 점, ② 본질적으로 사법의 관할에 속하는 범죄사건에 대하여 학교장이 제재권을 행사한다는 점, ③ 학교폭력의 정의를 시행령에 규정하고 있다는 것 자체가 죄형법정주의를 위반한 흠이 있다는 점, ④ 학교폭력을 추상적 고찰방식(상해, 감금 등)에 따라 규정하여 형사사법기관의 개입의 필요성이 인정되는 구체적인 중대한 불법도 개입을 배제시키고 있다는 점, ⑤ 학교폭력대책자치위원회의 심의와 학교장의 조치가 당해 학생의 범죄에 대한 중국적인 결정인지에 관한 분명한 해명을 도출할 수 없다는 점 등이다.

과만 가중시킬 위험이 있다. 특히 우리나라 소년범죄의 통계를 보면, 소년 범죄율은 최근 들어 감소추세에 있으며, 소년비행의 급증현상이나 현저한 흉포화 현상은 나타나지 않고 있다.

둘째, 보호처분 하한연령을 현행 12세 이상에서 10세 이상으로 하향조정하자는 주장에는 찬동할 수 없다. 촉법소년에 대한 보호처분의 내용이 일종의 사법적 제재의 성격을 가진다는 점, 이러한 사법적 개입은 낙인화 내지 스스로의 자아관형성의 문제를 야기할 가능성이 클 수 있기 때문이다. 12세 미만의 촉법소년에 대해서는 아동복지법 제10조에 따른 보호조치가 더 적합하다고 판단된다.

셋째, 소년보호대상 상한연령인 20세를 인하하자는 주장에 대해서도 부정적이다. 18-19세의 소년이 소년범죄자 전체의 과반수 이상을 차지하는 현실에서 소년보호대상 상한연령을 인하해야 한다는 주장에 일면 수긍되는 부분도 있다. 그러나 현행 소년법제 하에서도 18세 이상의 소년이 저지른 중범죄에 대하여 형사절차로 처리할 가능성은 충분하게 존재하기 때문에 20세 미만의 소년의 연령을 18세나 19세로 하향조정해야 할 근본적인 이유는 없다.

넷째, 우범소년규정은 삭제하는 것이 타당하다고 판단된다. 범죄 전단계(前段階)의 우범행위에 대해서조차 소년사법이 개입하는 것은 국친사상을 지나치게 강조한 결과이며, 소년의 건전한 육성과 교육이라는 소년보호의 이념은 복지행정을 통해서도 달성될 수 있다. 소년비행에 대한 대응체계로서 소년사법체계(소년법)와 복지행정체계(아동복지법 등)가 구분되어 있는 우리나라에서는 우범소년에 대하여 아동복지법 제10조의 절차에 따른 보호조치를 부과하는 것이 더 적합하다고 생각된다.

다섯째, 소년법 제4조 제3항의 통고제도는 소년사법의 현실에서 그 건수가 미미함에도 불구하고 현행대로 유지할 필요가 있다. 소년일탈에 대한

효과적 대응의 전제로서 국가와 사회의 협력관계를 규정하고 있는 통고제도의 존재가치는 여전히 무시할 수 없기 때문이다. 다만, 현행 소년법 제4조 제3항을 존치하는 경우에도 ‘범죄소년’에 대한 검사선의주의를 취하고 있는 우리나라 소년법체계 하에서 범죄소년을 ‘관할 소년부’에 통고하는 것이 타당한 것인지에 관하여 검토할 필요가 있고, 소년사건에 대한 국가와 사회의 협력체계를 보다 명확하고 세분화되게 규정할 필요가 있으며, 학교폭력의 경우에는 ‘학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률’에 따라 자치위원회와 학교장이 제재권을 행사하는 한 학교장의 통고제도를 존치할 것인지에 관하여 검토해 보아야 한다.

주제어: 소년법개정, 소년보호대상, 소년사법, 우범소년

Rechtspolitische Überlegungen zum persönlichen Anwendungsbereich
des Jugendgesetzes in dessen Reformdiskussion

³⁶ Lee, Jin-Kuk*

Nach §4 I koreanisches Jugendgesetz gilt das koreanische Jugendgesetz für alle Verfehlungen Jugendlicher, die sowohl nach den allgemeinen Vorschriften mit Strafe bedroht sind als auch als Indikatoren für eine kriminelle Gefährdung angesehen werden. Dabei umfasst das Jugendgesetz drei Formen von Jugendlichen: Jugendliche, wer Straftat begangen sind und 14, aber noch nicht 20 alt ist; Jugendliche, wer Straftat begangen sind und 12, aber noch nicht 14 alt ist; Jugendliche, wer die eine Handlung oder Gefährdung verursacht, die im Vorfeld des strafrechtlich relevanten Verhaltens angesiedelt ist, und 12, aber noch nicht 20 alt ist.

In der gegenwärtigen Reformdiskussion um geltendes Jugendgesetzes wird de lege ferenda eine Herabsenkung des Jugendalters teilweise gefordert, da durch die Herabsenkung der sowohl Unter- als auch Obergrenze die Erweiterung einer strafrechtlichen Massnahme oder Schutzmassnahme gegen die Jugendlichen ermöglichen. Nach Meinung des Verfassers ist aber eine Herabsenkung nicht sinnvoll und würde eher nachteiligen Folgen für die betroffenen Jugendlichen. Jugendliche handeln in noch höherem Masse spontan und unüberlegt und lassen sich durch Strafandrohungen nicht beeinflussen. Ferner sollte die

* Wissenschaftlicher Referent am KICJP. Dr. iur.

geltende Vorschrift, die bei einer blossen Vorfeldkriminalisierung auf das Jugendgesetz anwendet, abgeschafft werden, da dem Jugendgesetz nicht geeignet ist, auf solche Verhaltensweise quasi strafrechtlich zu reagieren.

Keywords : Anwendungsbereich des Jugendgesetzes, Reform des Jugendgesetzes

폭력행위등처벌에관한법률의 개정론과
폐지론

- 형사특별법의 전반적 정비 관점에서 -

박 기 석

형사정책연구 제17권 제1호(통권 제65호, 2006 · 봄호)

한국형사정책연구원

폭력행위등처벌에관한법률의 개정론과 폐지론

- 형사특별법의 전반적 정비 관점에서 -

박 기 석*

I. 서 론

우리나라만큼 법률의 수가 많은 나라도 그리 흔하지 않을 것이다. 그 중에서 형사실체법은 형법전, 형사특별법, 행정형법으로 나누어 볼 수 있는데¹⁾ 형법전의 규범력을 무력화시킬 정도로 형사특별법이나 행정형법의 내용이 방대하다. 과연 형사실체법의 기본이고 중심이라고 할 수 있는 형법전이²⁾ 미비하고 빈약하여 이러한 현상이 일어나는 것일까? 아니면 그때 그 때의 필요에 따라 구분별하게 특별형법이 양산되어 이러한 결과가 초래된 것일까?

현재의 형법전이 시대에 뒤떨어져 정비되어야 할 부분도 있고 보충되어야 할 부분도 있는 것이 사실이지만, 지금과 같은 형사특별법을 양산해 내

* 대구대학교 경찰행정학과 교수, 법학박사

- 1) 주지하다시피 우리나라의 형법은 형법전 외에도 형사특별법, 행정형법 등이 있다. 용어도 형사특별법, 특별형법 등의 내용을 각 학자마다 달리 사용하고 있어 매우 복잡한 양상을 띠고 있다. 본고에서는 범죄와 형벌을 주된 내용으로 삼고 있는 형사법률을 형사특별법이라 칭하고(폭력행위등처벌에관한법률, 특정범죄가중 처벌등에관한법률 등), 행정법 내에서 형벌을 부과하고 있는 규정의 총체를 행정형법이라 부르며, 형사특별법과 행정형법을 통틀어 특별형법이라 부르기로 한다.
- 2) 독일에서는 형법전을 Kernstrafrecht(핵심형법), 특별형법을 Nebenstrafrecht(부수형법)이라고 부른다. 형법전과 특별형법의 중요성이나 지위를 분명하게 핵심과 부수라는 표현으로 구분짓는 명칭도 일리가 있다고 보여진다.

지 않으면 안 될 정도로 미비하지는 않다. 또한 형법전 규정에 대한 해석과 판례가 집적되어 비교적 안정적으로 범죄에 대응할 수 있다.

그럼에도 현재와 같이 특별형법이 양산된 것은 그 때 그 때의 필요에 따라 무분별하게 입법되어 온 결과이다. 그 때 그 때의 필요라는 것도 국민들에 대한 엄포나 구체적 사건 해결이라는 단기적이고 지엽적 이익에 기한 것이었다. 즉 형법전 등 기존의 형법규정과의 충돌이나 중복 그리고 모순 등의 관계를 전혀 생각지 않고 입법되었던 것이다. 지금은 특별형법 규정이 너무 많고 복잡하여 법률전문가들조차 규정을 숙지하기 불가능한 상황이라 할 수 있다.³⁾

가장 이상적인 것은 범죄와 형벌에 관한 법률이 하나의 법률로 통일되어 있는 것이라 할 수 있다. 형법전 하나에 필요한 규정이 모두 집적되어 형법전만 열람하면 우리나라의 범죄와 형벌 규정이 어떠한지를 알 수 있다면, 국민들이 법을 열람하는데 간편하고 쉬울 것이다. 이러한 점에서 우리나라의 특별형법이 꼭 필요한 것이고, 특별형법의 형태로 존재해야 하는 것인지를 늘 되돌아보아야 한다. 그리하여 형법전으로 통일시킬 수 있는 여지가 있으면 될 수 있는 대로 형법전의 정비를 통해 특별형법을 줄여나가야 할 것이다.

이와 같은 노력의 일환으로 본고에서는 우리나라의 대표적 형사특별법이라 할 수 있는 폭력행위등처벌에관한법률(이하에서는 폭처법이라 함)을 대상으로 그 존치 필요성과 사회적 기능을 살펴보고자 한다. 폭처법이 형사특별법으로 독립되어 존재해야 할 필연적 이유가 있는 것인지, 또 형사특별법으로 존재하면 나타날 수 있는 효과가 어떠한 것인지 등을 살펴본다. 만일 그렇지 아니하고 형법전으로 편입되어도 별 문제가 없다면 폭처

3) 형사특별법의 무분별한 입법의 문제점에 관해서는 심희기, “형사악법의 개정과 적용실태”, 법과사회 제7호, 1993; 오영근/안경옥, 형사특별법 개정실태와 개선방안, 한국형사정책연구원 보고서, 1993; 정재황, “국회의 날치기통과 등 졸속입법에 대한 통제”, 법과사회 제6호, 1992 등 참조.

법을 폐지하는 방향으로 나아가야 할 것이다. 절충적인 입장에서 폭처법을 개정하여 존치하는 방안도 제시할 수 있을 것이다.

이하에서는 폭처법의 내용과 문제점, 헌법재판소의 결정, 법무부의 개정론 등을 살펴보고 대안을 생각해 보고자 한다.

II. 폭처법의 현황과 문제점

1. 제정과 개정

폭력행위등처벌에관한법률(이하 폭처법이라 함)은 1961년 6월 20일, 군사정부하의 국가재건최고회의라는 비정상적 입법기관에 의해 만들어졌다. 해방, 6.25, 4.19를 거쳐 5.16군사쿠데타에 의해 정권을 잡은 군사정부는 권력의 정당성 확보와 권력 강화를 이루기 위해 비상입법들을 제정하는 과정에서 본법도 제정하였다. 제안하여 의결되고 공포·시행된 시간이 8일이었던 것을 보더라도 본법이 얼마나 졸속으로 이루어졌는지 알 수 있다.

폭처법은 여섯 차례에 걸쳐 개정되었는데 첫 번째 개정은 1962년 7월 14일 역시 국가재건최고회의에서 의결한 것이다. 그 내용은 폭력행위처벌대상을 “사회질서를 문란하게 하고 사회적 불안을 조성하는 자”라는 내용을 삭제하여, 모든 야간, 상습, 집단, 흥기에 의한 폭력행위는 일체 본법에 의해 의율되게 되었다. 이는 사회불안조성의 방지라는 사회적 법익 보호 성격을 가졌던 제정당시의 특별법적 성격마저 없애버려⁴⁾ 무조건적인 가중 처벌 법률로 남게 하는 것이었다. 이러한 개정의 직접적인 이유는 1962년 5월 10일 대법원이 2인 이상이 합동하여 야간에 신체상해를 가한 사건에

4) 김희옥, “폭력행위등처벌에관한법률의 문제점”, 사법행정 제329호, 1988/5, 36면.

서 “사회질서를 문란케 하고 사회적 불안을 조성케 한 경우가 아니므로” 일반형법이 적용된다는 판례를 냈기 때문이었다.⁵⁾

제2차 개정은 1980년 역시 군사정부의 비정상적인 입법기관인 국가보위 입법회의에서 이루어졌다. 폭력범죄가 흉포화, 집단화되어 사회정화가 필요하다는 미명하에 상습적, 조직적 폭력배들을 중형으로 엄단하여 사회에서 장기간 격리시키겠다는 발상이었다. 상습적으로 제3조 1항의 죄를 범한 자에게 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 가중하는 등 가중 처벌을 강화하였다.

제3차 개정은 범죄와의 전쟁을 선포한 노태우 정권 당시인 1990.12.31에 이루어졌다. 대상범죄의 법정형을 1년 이상에서 3년 이상으로 가중하고, 제2조 위반 상습범에 대한 누범처벌 규정을 신설하고, 폭처법이나 형법 위반 누범에 대한 가중 처벌의 전제조건을 3회 이상의 전과에서 2회 이상으로 하향 조정하였다. 이 역시 가중 처벌이 주 내용이었다.

제4차 개정은 1993.12.10. 집단이나 단체에 대한 자금제공자의 처벌조항 신설 등이 주 내용이었고, 그 후에도 2001년, 2004년 부분적으로 개정되었다.

2. 내 용

폭처법은 본문 10조, 부칙으로 이루어져 있는데 처벌규정을 간단하게 살펴보면 다음과 같다.

폭처법 제2조와 제3조는 형법전의 상해죄(제257조 1항), 폭행죄(제260조 1항), 체포·감금죄(제276조 1항), 협박죄(제283조 1항), 주거침입·퇴거불응죄(제319조), 강요죄(제324조), 공갈죄(제350조), 손괴죄(제366조) 등의 범

5) 대법원 1962.5.10 선고, 62오20 판결.

죄를 일정한 요건(상습성, 야간 또는 2인 이상의 공동, 누범, 단체나 다중의 위력, 흉기 기타 위험한 물건의 휴대 등)하에 가중 처벌하고 있다.

제4조는 위 범죄를 목적으로 하는 단체의 구성이나 가입 및 단체의 위력을 이용하거나 단체의 존속을 위해 일정한 범죄(제4조 제2항 1. 2.호의 범죄)를 범한 경우 이를 가중 처벌하는 규정이다.

제5조는 제4조의 단체를 이용하거나 지원하는 행위를 가중 처벌하고 있다.

제7조는 우범자에 대해 규정하고 있다. 즉 정당한 이유없이 본법에 규정된 범죄에 供用될 우려가 있는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 제공 또는 알선한 자를 처벌하고 있다.

제8조는 정당방위 규정이고 제9조와 제10조는 사법경찰관리의 직무유기와 행정적 책임에 관한 규정이다.

전체적으로 볼 때, 형법전에 존재하지 아니한 범죄를 새로이 창설한 것은 없고 범죄수단, 범죄시간, 범죄자특징 등의 일정요건을 부가한 후 형법전의 폭력범죄를 가중 처벌하는 것이 전부라는 것을 알 수 있다.

3. 문제점

폭처법의 구성요건과 법정형의 문제점을 지적하면 다음과 같다.

① 형법전과의 중복규정이 많다.

형법전은 형사실체법의 기본법이며 범죄와 형벌의 내용에 관해 기준을 정하고 있는 법이다. 따라서 원칙적으로 모든 범죄와 형벌 규정은 형법전에 규정하는 것이 당연한 것이다.⁶⁾ 특별법의 형태로 범죄와 형벌 규정을

6) 문채규, “제정형법의 오늘”, 형사법연구 20호, 2003, 93면.

두는 것은 형법전에 담기 어려운 예외적인 경우에만 허용되어야 한다.⁷⁾ 이러한 입법 태도를 견지할 때에만 단순하고 명확한 형법 규정 체계를 유지할 수 있고, 국민들이 법을 쉽게 이해하고 지킬 수 있으며 형사사법기관은 안정되게 법을 적용할 수 있는 것이다.

폭처법에서 규정하고 있는 구성요건들은 모두 형법전에 규정되어 있는 범죄들이다. 형법전의 범죄를 범하는 수단이나 시간, 행위자 표지 등에 따라 가중 처벌하고 있을 뿐이다. 이와 같은 형태의 특별형법이 정당화될 수 있으려면, 형법전이 당해 특별형법에서 제시하고 있는 가중사유들에 대한 고려 없이 입법되었거나 또는 형법전의 법정형이 턱없이 낮아 그와 같은 가중사유를 소화해 낼 수 없는 경우이어야 한다.⁸⁾

과연 그러한가? 폭처법상의 가중사유들은 형법전의 입법자들도 충분히 고려하여 법정형을 상정한 것으로 보인다. 예컨대 상해죄를 7년 이하의 징역으로 규정할 때에는 야간에 범하는 경우, 공동정범으로 범하는 경우, 위험한 물건을 휴대하고 범하는 경우 등의 가능성을 폭넓게 고려하였기에 1월이상 7년 이하라는 큰 폭을 가진 법정형을 규정한 것이다. 더더욱 형법전에서도 사안에 따른 구체적 정당성을 살리기 위해 상습범 가중 규정, 특수폭행죄 규정 등을 두고 있다. 결국 폭처법은 형법에 규정되어 있는 구성요건을 몇몇 사유만을 부각시킨 후 법정형을 높인 것에 불과하다. 수많은 범죄구성 및 양형사유들 중 폭처법에서 제시한 사유만이 특별법을 만들 정도로 중요하고 의미있는 것인지도 의문이다.

7) 특별형법이 필요한 경우는 입법기술상 형법전에 규정하기 어려운 경우가 있을 것이다. 이른바 행정종속성이라 하여 구체적 행정법의 내용을 보충하여야만 구성요건이 완결되므로, 어쩔 수 없이 당해 행정법 내에 범죄와 형벌 규정을 두는 경우이다. 이러한 경우도 행정법과 형법이 어울리지 않는 성격이 있으므로 행정의무 위반 행위는 행정제재를 부과하는 것을 원칙으로 하고, 형법상의 법익을 중대하게 침해하는 경우에만 형벌을 부과하는 입법상의 엄격성이 있어야 한다. 또 한 가지 필요한 경우라면 특수영역에서 특수한 형벌이나 절차가 필요한 경우이다. 소년법이나 가정폭력특별법이 여기에 해당할 것이다.

8) 김희옥, “폭력행위등처벌에관한법률의 문제점”, 사법행정 329호, 1988/5, 37면.

결국 형법전으로 충분히 의율할 수 있는 내용을 불필요하게 형사특별법으로 만들어 옥상옥의 누를 범한 것에 불과한 것이 폭처법이다. 이러한 현상은 우리나라의 형사특별법이 거의 대부분 공통적으로 안고 있는 문제점이다.

② 특별법 해석을 위한 불필요한 시간과 노력을 기울여야 한다.

성문법의 성격상 법률이 제정되면, 법집행기관은 이에 종속될 수밖에 없다. 그 법의 내용이 졸렬하고 불분명하더라도 해당 공무원, 경찰, 검사, 법원은 당해 법률을 해석하고 적용하여야 한다. 특히 최종적으로 법을 해석하고 적용할 책임이 있는 법원은 법률의 내용이 아무리 졸렬하더라도 그 법이 형식적으로 유효한 한 그 법의 해석에 매달릴 수밖에 없다. 이리다 보니 특별법이 양산되는 요즈음, 법집행기관은 법의 홍수 속에서 해석과 적용에 불필요한 노력을 쏟고 있는 것이다.⁹⁾

폭처법의 경우에도 제정시부터 지금까지 그 내용의 해석에 수많은 시간과 노력이 투입되었을 것이다. “사회질서를 문란하게 하고 사회적 불안을 조성”,¹⁰⁾ “제4조 소정의 범죄단체”,¹¹⁾ “제3조 제1항의 전조의 죄의 의미”,¹²⁾ “제7조 소정의 위험한 물건”,¹³⁾ “제2조 제1항의 상습”¹⁴⁾ 등의 의미와 내용 등을 예시할 수 있다. 또한 제2조 제2항에 나타난 “공동”이라는 용어도 형법상의 공동정범이나 합동범에서의 합동과 더불어 법을 복잡하고 어렵게 만드는 용어라고 할 것이다.

이러한 용어나 규정간의 관계를 해석해 내는 노력이 형법전의 해석과

9) 박기석, “형벌법규의 경합과 그 적용”, 형사판례연구 8, 2000, 294면 이하.

10) 대법원 1962.5.10 선고, 62오20 판결.

11) 대법원 1997.7.11 선고, 97도1097 판결.

12) 대법원 1986.5.27 선고, 96도648 판결.

13) 대법원 1984.2.14 선고, 83도3165 판결, 대법원 1984.1.17. 선고, 83도2900 판결,

14) 대법원 1981.4.14 선고, 81도69 판결

이에 따른 개정에 투입되었다면 현재보다 훨씬 정치하고 정확한 형법전이 마련되었을 것이다. 현재의 사문화되어 버려지다시피 한 형법전을 생각한다면, 그 차이는 실로 엄청난 것이어서 안타까움을 금할 수 없다. 이제부터 형법전의 발전을 위해서라도 무분별하게 입법된 특별형법을 폐지하는 등의 준비를 서둘러야 할 것이다.

③ 중형주의의 폐단이다.

중형주의는 범죄의 불법성이나 책임성에 비해 과도한 형벌을 부과하므로 책임주의에 위배된다. 그럼에도 중형주의 입법을 택하는 것은 범죄를 줄일 수 있다는 생각 때문일 것이다. 과연 그러할까?

범죄에 대해 형벌을 합리적으로 엄격하게 부과하여야 한다는 사상은 고전학파의 억지이론(deterrence theory)에서 찾을 수 있다. 그런데 고전학파인 베카리아나 벤담은 형벌의 엄격성(severity)을 범죄억지의 중요한 요소로 삼기는 했지만 현재 우리나라의 형사특별법과 같은 중형주의를 의미하지는 않았던 것 같다. 그들이 말하는 형벌의 엄격성은 범죄를 통해 얻을 수 있는 이익을 약간(a little more) 상회하는 정도의 형벌이다.¹⁵⁾ 오히려 과도한 형벌은 행위자의 반발을 불러와 범죄억지에 역효과를 낳는다고 보았던 것이다.¹⁶⁾

사실 중형주의는 일벌백계식의 소수의 범죄자를 엄단함으로써 일반예방을 노리고자 하는 사고방식이다.¹⁷⁾ 그러나 이는 일벌백계를 받는 자를 다른 사람의 범죄예방 수단으로 삼는다는 인간의 존엄성 무시는 물론이고, 범죄예방에도 별 도움이 되지 않는다.¹⁸⁾ 적발의 확실성이 매우 저조한 상

15) R.L.Akers, *Criminological theories*, 민수홍 외4인 역, 범죄학이론, 지산, 2000, 35면.

16) R.L.Akers, 앞의 책, 35면.

17) 중형주의의 폐단에 대해서는 이호중, “중형주의 형벌정책 소고”, 형사정책연구소식 제3호, 1991 참조.

18) 박기석, “형벌의 범죄억지력과 국민의 자유와 권리”, 형사정책연구 통권 제32호, 1997,

태에서 중형주의 입법과 법운용은 사람들로 하여금 적발되지 않는데 애를 쓰게 할 뿐, 범죄 자체를 범하지 않게 하는 것은 아니다. 적발의 확실성이 낮고 일벌백계식의 엄포만을 일삼는 국가에 대해 국민들은 그 권위를 인정하지 않을 것이다. 국가의 권위하락은 장기적으로는 범죄의 증가를 가져올 것이다. 결국 중형주의 형사특별법은 단기적으로는 범죄를 줄일지 몰라도, 장기적으로는 국가의 권위하락, 안정적인 형법전 적용의 곤란 등을 유발하여 범죄를 증가시키게 될 것이다.

한편 중형주의 입법이 현실에서는 제대로 관철되지도 못하고 있다. 다음 <표 1>은 폭처법 적용 제1심 선고형량이다.

<표 1> 폭력행위등처벌에관한법률 위반범 제1심 선고형량

구분	계	사형	무기	10년 이상	5년 이상	3년 이상	1년 이상	1년 미만	집행 유예	벌금	선고 유예	소년부송치	기 타
2000	28,900 (100)	-	2 (0.00)	12 (0.04)	168 (0.58)	706 (2.44)	3,131 (10.83)	2,377 (8.22)	13,257 (45.87)	5,335 (18.46)	376 (1.30)	1,367 (4.73)	1,156 (4.00)
2001	32,371 (100)	-	1 (0.00)	24 (0.07)	141 (0.44)	614 (1.90)	3,114 (9.62)	2,637 (8.15)	15,246 (47.10)	6,838 (21.12)	449 (1.39)	1,123 (3.47)	1,175 (3.63)

구분	금년 집수	처 리														
		합계	판 결												소년 부송 치	기 타
			사형	자 유 형			자격 형	재산 형	선고 유예	무죄	형의 면제	면소	관할 위반	공소 기각		
			-	무기	유기	집행 유예	-									
2002	32,272	33,445	-	1 (0.003)	6,653 (19.89)	14,477 (43.39)	-	9,019 (26.97)	514 (1.54)	164 (0.49)	3 (0.01)	3 (0.01)	-	205 (0.61)	737 (2.20)	1,669 (4.99)
2003	32,688	33,149	-	3 (0.01)	5,635 (17.0)	13,452 (40.58)	-	9,949 (30.01)	523 (1.58)	194 (0.59)	1 (0.01)	4 (0.01)	3 (0.01)	855 (2.58)	519 (1.57)	2,011 (6.07)
2004	33,320	32,673	-	1 (0.003)	5,621 (17.20)	13,041 (39.91)	-	10,584 (32.39)	779 (2.38)	271 (0.83)	1 (0.003)	7 (0.02)	-	223 (0.68)	348 (1.07)	1,797 (5.50)

* 사범연감 2000-2004.

<표 1>에서 알 수 있듯이 집행유예, 벌금이 거의 70-75%를 차지하고 유기징역은 20% 정도에 그치고 있다. 유기징역도 2001년까지의 통계를 유

추해서 볼 때 단기자유형인 3년 이하의 단기자유형이 거의 90%에 육박하고 있다. 이는 아무리 법정형을 높여도 이는 공허한 엄포일 뿐, 현실적으로는 구체적 타당성을 살려 합리적 형벌을 선고할 수밖에 없다는 것을 여실히 드러내 주고 있다. 물론 이와 같은 선고형의 내용 속에는 우리나라 법조계의 병폐인 전관예우, 법관과 변호인의 유착, 수용소의 과밀 등의 요인도 없지 않겠지만, 전반적으로 선고형이 낮은 것은 현실적으로 합리적인 형벌은 그리 높을 수 없다는 것을 말해주고 있다 할 것이다.¹⁹⁾

④ 법정형의 무분별, 불균형이다.

필요에 의해 가중 처벌 규정을 둔다고 해도 구체적 사유에 따라 적정하고 합당한 가중을 해야 한다. 그런데 폭처법상의 가중 처벌 규정은 다른 형사특별법과는 달리 이마저도 기하지 않고 있다. 즉 다른 가중주의 형사특별법은 각 범죄마다 가중사유를 붙여 개별적으로 가중해 놓고 있는데(예컨대 성폭력특별법의 경우 위험한 물건의 휴대나 2인 이상이 합동하여 강간한 경우 등), 폭처법의 경우에는 한두 가지의 부수적 변수를 기준으로 성격과 법정형이 다른 여러 범죄들을 동일한 법정형으로 규정하고 있다. 즉 폭처법 제3조 제2항은 야간에, 단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써, 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제257조 제1항(상해), 제260조 제1항(폭행), 제276조 제1항(체포, 감금), 제283조 제1항(협박), 제319조(주거치입, 퇴거불응), 제324조(폭력에 의한 권리행사 방해), 제350조(공갈), 제366조(손괴)의 죄를 범한 자를 일률적으로 5년 이상의 유기징역형에 처하도록 규정하고 있다.

이와 같은 무분별로 인해 형의 불균형이 발생한다.²⁰⁾ 몇 가지 예를 통해

19) 법관들도 특별법 법정 형량이 너무 높아 재판에 어려움을 겪는다는 의견이 98.1%에 이르고 있다. 법률신문, 2004/5/10. 1면.

20) 박상기, “폭력행위등처벌에관한법률 폐지론”, 허영박사정년기념논문집, 2002, 147면; 박은수, “폭력행위등처벌에관한법률 제4조 제1항의 위헌성”, 형평과 정의, 대구지방번호

살펴본다. i) 사람을 고의로 살해한 경우와 야간에 위험한 물건을 휴대하고 폭행한 행위의 하한이 5년 이상으로 동일하다. ii) 낮에 사람을 상해의 고의로 칼로 찔러 사망케 한 경우 상해치사로 3년 이상의 징역형임에 비해, 밤에 위험한 물건을 휴대하고 사람을 폭행한 경우에는 5년 이상의 징역형이다. iii) 밤에 위험한 물건을 휴대하고 사람을 상해한 자는 5년 징역형인데 비해, 밤에 흉기로 사람을 상해하여 사망케 한 경우에는 3년 이상의 징역형이다. iv) 야간에 흉기 등을 소지하고 손괴행위를 한 자는 5년 이상의 징역형인데, 야간에 흉기 등을 소지하고 공익건조물파괴행위를 한 자는 이하의 징역형이다. v) 형법상 범죄단체조직죄는 목적한 죄에 정한 형으로 처벌하고 임의적 감경이 가능하도록 규정한데 비해, 폭처법상 규정된 범죄를 목적으로 한 단체를 만든 자는 최고 사형까지 가능하도록 하였다. 따라서 주거침입을 목적으로 범죄단체를 만들면 사형, 무기, 10년 이상의 징역에 처하게 되어 살인죄보다 훨씬 중하게 처벌된다. vi) 살인을 한 자보다 살인을 목적으로 범죄단체를 만들기만 한 자가 훨씬 중하게 처벌된다.

이러한 불균형과 불합리는 모두 보호법익, 결과, 수단과 방법, 가해자와 피해자의 관계 등 법정형을 정할 때 면밀하게 검토해야 할 사항들의 검토 없이 무분별하게 입법한 당연한 결과라 하겠다.

⑤ 성격에 맞지 않고 부적정한 규정을 포함시키고 있다.

제9조와 제10조가 그것이다. 폭력행위등의 처벌을 규정하다 갑자기 사법경찰관리의 직무유기행위를 처벌하는 규정을 두는가 하면(제9조), 검사장의 사법경찰관리 징계, 해임, 체임요구권을 규정하고 있다.

전자는 형법상의 직무유기죄로 충분히 의율할 수 있는 내용이다. 폭력범죄를 규정하다 이를 수사하는 경찰관의 직무 방임 행위, 더 나아가 제1

사회, 12호, 1997/11, 134면 이하.

항의 ‘정보 누설’, 제2항의 ‘뇌물의 수수’를 가중 처벌하는 규정을 두고 있다. 범죄인과 범죄인 수사관의 처벌을 동일한 법률 내에서 규정하고 있는 것도 이상하거니와, 마치 사법경찰관의 폭력행위자들과의 유착이 일반화되어 있는 것처럼 느껴진다. 만일 유착이 일반화되어 있어 가중 처벌할 필요가 있다면, 형법전상의 직무유기죄 편에 넣거나 적어도 경찰관직무집행법에 규정하여야(이것도 형식에 부합하지 않지만) 할 것이다.

더더욱 이해가 안되는 규정은 제10조이다. 검사장은 ‘범죄가 발생하였음에도 불구하고 이를 그에게 보고하지 아니하거나 그 수사를 태만히 하거나 또는 수사능력부족 기타의 이유로써 사법경찰관으로서 부적당하다고’ 판단되면 ‘징계, 해임, 제임을 요구하고, 임명권자는 이를 처리하고 검사장에게 통보’하도록 규정하고 있다. 그 내용도 극히 불분명하거니와, 일반적 경찰관 자격요건까지 타기관인 검찰이 판단하게 하고 있다. 그리고 이 규정은 수사절차상의 규정으로 필요하다면 형사소송법에 포함시키는 것이 타당하고 떳떳할 것이다. 또 검찰청법 제54조에 유사한 규정이 있어 특별이 본법에 또 이와 같은 규정을 둘 필요가 있는지 의문이다.

이는 결국 본법의 성격과도 부합하지 않은 규정이며, 검찰의 경찰 지배 수단으로서 구석에 ‘슬쩍 끼워 넣은’ 떳떳치 못한 규정으로서 삭제하여야 할 규정이다.²¹⁾

⑥ 목적조항의 ‘자행하는 자’라는 표현도 현대 민주사회의 법률용어로는 적합하지 않다. 자행이라는 표현이 매우 감정적이고, 행위자가 본래 범죄의 소질을 체화한 자라는 선입견을 주며, 사회에서 배척되어야 할 자라는 의미이기 때문이다.

21) 이기현, “폭력행위등처벌에관한법률의 정비방안”, 한국형사정책학회 하계학술대회 자료집, 2005, 21면.

Ⅲ. 폭처법 규정에 대한 헌법재판소 결정

1. 헌법재판소 결정의 내용

이와 같은 폭처법의 문제가 제기되어 오던 중 헌법재판소는 2004년도에 폭처법 제3조 제2항²²⁾에 대해 위헌결정을 내렸다. 그 판시 내용은 다음과 같다.

[가] 형사법상 책임원칙은 기본권의 최고이념인 인간의 존엄과 가치에 근거한 것으로, 형벌은 범행의 경중과 행위자의 책임 즉 형벌 사이에 비례성을 갖추어야 함을 의미한다. 따라서 기본법인 형법에 규정되어 있는 구체적인 법정형은 개별적인 보호법익에 대한 통일적인 가치체계를 표현하고 있다고 볼 때, 사회적 상황의 변경으로 인해 특정 범죄에 대한 형량이 더 이상 타당하지 않을 때에는 원칙적으로 법정형에 대한 새로운 검토를 요하나, 특별한 이유로 형을 가중하는 경우에도 형벌의 양은 행위자의 책임의 정도를 초과해서는 안된다.

이 사건 법률조항을 포함한 폭처법 제3조 제2항은 동 조항의 적용대상인 형법 본조에 대하여 일률적으로 5년 이상의 유기징역에 처하는 것으로 규정하고 있다. 그런데 위 각 형법상의 범죄는 죄질과 행위의 태양 및 그 위험성이 사뭇 다르고, 이에 따라 원래의 법정형은 낮게는 폭행(제260조 제1항)이나 협박(제283조 제1항)과 같이 구류 또는 과료가 가능한 것에서부터 높게는 상해(제257조 제1항) 또는 공갈(제350조)과 같이 10년 이하의 징역에 이르기까지 그 경중에 차이가 많음을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고

22) 야간에 단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조 제1항(상해, 폭행, 체포, 가금, 협박, 주거침입, 퇴거불응, 폭력에의한권리행사방해)의 죄를 범한 자 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

고, 그 행위가 야간에 행해지고 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하였다는 사실만으로 일률적으로 5년 이상의 유기징역형에 처하도록 규정한 것은 실질적 법치국가 내지는 사회적 법치국가가 지향하는 죄형법정주의의 취지에 어긋날 뿐만 아니라 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서 지켜야 할 헌법적 한계인 과잉금지의 원칙 내지는 비례의 원칙에도 어긋난다.

[나] 폭처법 제3조 제2항에 해당하는 범죄와 유사하거나 관련있는 범죄로서 동 조항에 해당하지 아니하는 범죄를 살펴보면, 예컨대 형법 제259조 제1항의 상해치사의 경우 사람의 사망이라는 엄청난 결과를 초래한 범죄임에도 3년 이상의 유기징역형으로 그 법정형이 규정되어 있다. 그런데, 상해치사의 범죄를 야간에 흉기 기타 물건을 휴대하여 범한 경우에도 그 법정형은 여전히 3년 이상의 유기징역형을 고려하면, 야간에 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제283조 제1항의 협박죄를 범한 자를 5년 이상의 유기징역에 처하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항의 법정형은 형벌의 체계정당성에 어긋난다.

또한, 예컨대 야간에 위험한 물건을 휴대하여 상해를 가한 자 또는 체포·감금, 갈취한 자를 5년 이상의 유기징역에 처하는 것이 폭력행위의 근절이라는 입법목적 달성을 위하여 불가피한 입법자의 선택이었다 하더라도, 이 사건 법률조항은 이러한 폭력행위자를 행위내용 및 결과불법이 전혀 다른, “협박”을 가한 자를 야간에 위험한 물건의 휴대라는 범죄의 시간과 수단을 매개로, 상해를 가한 자 또는 체포·감금, 갈취한 자와 동일하다고 평가하고 있다. 이것은 달리 취급하여야 할 것을 명백히 자의적으로 동일하게 취급한 결과로서, 형벌체계상의 균형성을 현저히 상실하여 평등 원칙에도 위배된다.

[다] 이 사건 법률조항은 지나치게 과중한 형벌을 규정함으로써 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 비례관계가 준수되지 않아 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는 실질적 법치국가 이념에 어긋나고, 형벌 본래의 기능과 목적을 달성하는데 필요한 정도를 현저히 일탈하여 과잉금지 원칙에 위배되며, 형벌체계상의 균형을 상실하여 다른 범죄와의 관계에서 평등의 원칙에도 위반된다.

2. 평 석

폭처법 규정에 대한 위헌 여부에 관한 헌법재판소 결정은 위 결정 외에 두 차례 더 있었다. 1995년 결정은 위의 결정과 동일한 규정인 제3조 제2항에 관한 것이고,²³⁾ 2002년 결정은 제3조 제4항에 관한 것이었다.²⁴⁾ 과거의 이 두 결정의 결론은 모두 합헌 결정이었다. 그러나 1995년 결정시에는 4명의 재판관이 “평등의 원칙이나 비례의 원칙에 비추어 현저히 정의의 이념에 합치되지 아니할 정도로 심히 부당한 경우가 아니어서 위헌이라고 할 정도의 것은 아니더라도 빠른 시일 내에 그 법정형을 정상적으로 되돌리는 개정이 이루어져야 한다”라는 별개의견을 제시하고 있다.

2002년 결정에 있어서도 3명의 재판관이 소수의견으로 위헌이라는 취지의 반대의견을 제시하고 있다.²⁵⁾ 그러다가 결국 위 결정에 의해 폭처법

23) 헌재 1995.3.23. 94헌가4.

24) 헌재 2002.10.31. 2001헌바68.

25) 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제1항은 불법의 정도가 매우 상이하고 죄질이 전혀 다른 일련의 폭력범죄를 하나의 범죄유형으로 취급하여 이에 동일한 법정형을 정한 것이어서, 개별적인 경우에 책임원칙에 반하는 과잉처벌과 형벌체계상의 균형을 상실한 자의적인 처벌이 예정되어 있다고 할 것이고, 이에 더하여 ‘폭력범죄로 인한 2회의 징역형이라는 전범의 존재’와 ‘누범의 요건’에 해당하기만 하면, 위 조항이 정한 형의 상한과 하한을 모두 가중한 무기 또는 7년 이상의 징역형으로 처벌하는 것은 책임원칙에 반하는 과잉형벌이고, 형벌체계상의 균형을 상실한 불균형적인 처벌이다. 누범은 전판결의 경고에도 불구하고 범죄로 나아간 경우로 그 책임이 무겁다고 할 것이어서 가중

제3조 제2항은 위헌결정을 받은 것이다. 그 추세를 본다면 이전에 문제가 되었던 폭처법 제3조 제4항도 또 헌법재판소의 결정에 붙여진다면 반드시 합헌결정이 난다는 보장은 없을 것이다.

더 나아가 2002년 헌재 결정의 반대의견에서 명시되었듯이, 성격이나 법정형이 다른 범죄를 획일적으로 법정형을 정한 폭처법은 그 전체가 위헌의 소지를 안고 있는 법률이라 할 것이다. “상습”, “야간”, “2인 이상의 공동” 등의 표지가 법정형을 획일화시킬 수 있는 절대적 기준이 될 수 있는지 의문이다.

이러한 점에서 볼 때 죄질과 법정형이 다른 범죄를 “야간”, “흉기 기타 위험한 물건의 휴대”라는 표지로 획일화시켜 법정형을 정한 것은 평등의 원칙에 어긋난다는 취지의 위 결정은 당연하다 할 것이다.

또한 헌법재판소는 핵심형법인 형법전상의 법정형과의 균형도 고려하고 있다. 다시 말해, 폭처법 내에서의 법정형 비교를 넘어, 광의의 형법 전체에 비추어 볼 때의 법정형 균형을 생각하고 있는 것이다. 이는 필요하고도 당연한 시각이라 할 것이다. 법률의 수준에서는 규범력에 차이가 없으므로 규정 상호간의 균형이 맞아야 한다. 뿐만 아니라 형법전은 형사실체법의 핵심적인 법률로써 모든 형사실체법의 합리적 기준을 제시해 주는 법률이므로, 형사특별법이나 행정형법 등 특별형법은 형법전이 제시하는 기준을 충분히 참작하여 구성요건과 법정형을 정하여야 하는 것이다.

이러한 점에서 볼 때 우리나라 형사특별법은 형법전의 기준은 물론 헌법상의 비례의 원칙이나 과잉금지 원칙을 위배하는 기형아 같은 존재라

처벌의 필요성이 긍정되지만, 누범자 중에는 전판결의 경고에 따라 자신의 행위를 결정할 능력이 없거나 억제할 수 없는 폭력성향 또는 오랜 수형생활로 인한 사회적 부적응으로 말미암아 다시 범죄로 나아간 자도 얼마든지 있을 수 있다. 이러한 사유로 인한 누범의 경우에는 그 책임가중의 본질이 행위자의 극복할 수 없는 범죄적인 성향이나 사회적 환경에 있는 것이지 누범에 해당하는 범죄 자체에 있는 것은 아니라고 할 것이므로, 형의 상한과 하한을 모두 가중하는 것은 책임과 형벌의 비례를 요구하는 책임원칙에 위배되는 것이다.

할 것이다. 헌법재판소도 폭처법 제3조 제2항의 법정형이 각 범죄간의 균형성의 문제를 넘어 그 자체로 절대적으로 과도하게 규정된 것으로 파악하고 있다.

이러한 취지로 볼 때 과연 폭처법 제3조 제2항만이 평등의 원칙, 비례의 원칙, 과잉금지의 원칙에 위배되는 것인지는 의문이다. 현재의 위헌법률심사제가 구체적 규범통제에 의하므로 구체적 소송하에서 개별 조문만을 위헌여부의 대상으로 심사하기 때문에 폭처법 제3조 제2항만이 문제가 된 것일 뿐, 추상적 규범통제에 의한다면 현재의 헌법재판소가 폭처법 전반에 대해 어떠한 결정을 내릴 지는 생각해 보아야 한다. 물론 한 법률을 통째로 위헌이라고 말하는 것은 쉽지 않겠지만, 대부분의 주요 규정들이 평등의 원칙, 비례의 원칙, 과잉금지의 원칙 등을 전반적으로 위배하고 있다면 당해 법률은 위헌 법률로써 존재가치가 부인되어야 할 것이다. 그러한 점에서 볼 때 폭처법은 법률 전체가 위헌시비에 휩싸일 수 있는 가능성이 높다. 대부분의 주요 규정들이 성질이 다른 범죄를 범죄수단, 범죄시간, 범죄목적 등의 표지 하나로 묶어서 중형을 규정하고 있기 때문이다.

IV. 법무부 개정안의 내용과 문제점

1. 개정의 목적

형사특별법에 대한 학계의 비판이 계속되고 2004.12.16. 헌법재판소 결정에 의해 폭처법 제3조 제2항에 대한 위헌결정이 내려지자, 법무부는 폭처법의 내용을 변경하는 개정안을 내놓았다.

먼저 법무부는 폭처법을 개정하는 목적을 다음과 같이 밝히고 있다. 첫

째, 폭처법이 폭력조직의 발호를 억제하고 폭력문화 확산을 차단함으로써 사회질서 유지에 크게 기여한 것이 사실이나, 2004.12.16. 헌법재판소의 위헌결정에서도 지적한 바와 같이 지나치게 획일적인 법정형 등을 둘러싸고 논란이 제기되어 왔기 때문이라는 것이다. 둘째, 범죄유형을 세분화하여 법정형에 차등을 두는 등 양형체계를 합리적으로 개편함으로써 형벌의 개별화 정신과 비례의 원칙을 철저히 구현하기 위한 것이라고 한다.

이와 같은 법무부의 공식적인 개정목적에 대해 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다. 첫째, 우리나라의 정부나 공공기관이 국민을 상대로 공식적으로 발표하는 문언의 내용이 대단히 일방적이고 편의적이며 진실하지 못하다는 생각을 갖게 한다. 폭처법이 “폭력조직의 발호를 억제하고 폭력문화 확산을 차단하여 사회질서 유지에 크게 기여”했다는 실증적 자료가 있는지 되묻고 싶다. 달리 말해 형법전상의 폭행, 협박, 체포, 감금, 주거침입, 손괴, 범죄단체조직죄, 공범규정 등으로 폭력범죄를 의율했다면 폭력조직이 지금보다 더 발호하고 폭력문화가 더 확산되었을까 하는 의문이다.²⁶⁾

형법전을 안정적으로 적용하면서 적발의 확실성을 높였다라면 위의 효과는 오히려 더 높았을 것이라는 생각이 든다. 폭처법은 범명이 갖는 낱어스나 중형주의에 의해 단기적이고 감정상의 위협감을 범죄인들에게 준 반면, 핵심형법인 형법전을 안정되고 지속적으로 그리고 엄정하게 적용함으로써 얻는 진정한 국가와 법의 권위를 삭감시키는 역효과도 있었다는 것이다. 장기적으로 볼 때 폭처법은 득보다 실이 많은 법률이라 생각한다.

둘째, 헌법재판소가 실시한 내용 중 일부만을 법개정에 반영하고 있다. 즉 획일적인 법정형만이 문제되는 것으로 이해하고 범죄에 따른 법정형의 세분화만을 시도하고 있다. 세분화의 내용이 타당한지는 다시 논하기로 하

26) 중형주의 입법이 범죄예방에 실패했다는 주장은 배종대, “특별형법”을 ‘보통’형법으로 만들기”, 한국형사정책학회 하계학술대회 자료집, 2005, 8-9면; 오영근, “특정범죄가중처벌등에관한법률 폐지의 당위성”, 한국형사정책학회 하계학술대회 자료집, 2005, 32면.

고, 헌법재판소는 법정형 자체가 너무 과중하다는 과잉금지 원칙 위배도 지적하고 있는 바, 이에 대해서는 신중하고 심각한 논의가 결여된 것이 아닌가 한다. 물론 5년 이상의 징역을 1년 이상의 징역, 2년 이상의 징역, 3년 이상의 징역 등으로 하향 세분화한 것이 과잉금지의 원칙을 수용한 것이라고 말할지 모르지만, 범죄의 불법성이나 책임에 비해 아직도 지나치게 높은 형이라고 생각된다.

셋째, 비례의 원칙을 철저히 구현하기 위해 범죄유형을 세분화하여 법정형에 차등을 둔다고 밝히고 있다. 그러나 비례의 원칙은 다른 범죄와의 균형도 그 내용의 일부가 되겠지만, 한 범죄 내의 범죄의 불법성과 법정형의 균형이 비례의 원칙의 더 본질적인 부분이다.²⁷⁾ 그러한 점에서 볼 때도 법무부는 세분화하는 것만으로 비례의 원칙 위배라는 헌법재판소의 위헌 취지를 불식하기 어렵다고 할 것이다.

2. 범죄유형에 따라 법정형 세분

법무부는 죄질이 다른 다양한 범죄를 하나의 표지에 의해 같은 법정형으로 묶음으로서 평등의 원칙에 어긋나다는 헌법재판소의 취지에 따라 죄명별 세분화를 통해 이 문제를 해결하려 하였다. 그 내용은 다음의 <표 2>와 같다.

상습폭력, 집단·흉기휴대 폭력, 상습 집단·흉기휴대 폭력범죄를 세분화하여 경중에 따라 법정형을 세단계로 세분화하고 있다. 이러한 입법안에 대해서는 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다.

첫째, 세단계로 세분하는 것으로 평등의 원칙 위배라는 비판을 해소할 수 있을 것인가 하는 점이다. 형법전은 폭행, 협박, 주거침입, 퇴거불응, 재물손괴, 체포, 감금, 상해, 강요, 공갈죄 등을 구체적이고 엄밀하게 구분하

27) 배중대, 형법총론, 440-441면 참조.

여 구성요건이나 법정형을 달리 정해놓고 있다. 따라서 형법상의 법정형의 경중을 기준으로 세 그룹으로 분류한다는 것은 평등의 원칙 위배를 완화한다는 의미는 있을지 몰라도 그룹 내에서의 평등의 원칙 위배는 여전히 남는다. 폭행과 주거침입과 재물손괴의 상습범이 같은 법정형으로 처벌되어야 하는 합리적 이유가 있는지에 대한 의문은 여전한 것이다. 결국 각각 다른 범죄를 하나의 표지로 묶는 것 자체가 무리라는 점을 인식하고, 형법전에서 개별 범죄 규정을 정비해 나가는 방향을 취하지 않는 한 이와 같은 비판에서 벗어나기는 어려울 것이다.

<표 2> 법무부 폭처법 개정 법안

범죄유형	현행법	개정안
상습폭력 (§21)	3년 이상 징역	① 폭행, 협박, 주거침입, 퇴거불응, 재물손괴 : 1년 이상 징역 ② 존속폭행, 체포·감금, 존속협박, 강요 : 2년 이상 징역 ③ 상해, 존속상해, 존속체포·감금, 공갈 : 3년 이상 징역
집단·흉기휴대 폭력 (§312)	주간 : 3년 이상 징역 야간 : 5년 이상 징역	주·야간 불문 ① 폭행, 협박, 주거침입, 퇴거불응, 재물손괴 : 1년 이상 징역 ② 존속폭행, 체포·감금, 존속협박, 강요 : 2년 이상 징역 ③ 상해, 존속상해, 존속체포·감금, 공갈 : 3년 이상 징역
상습집단·흉기 휴대 폭력 (§33)	무기 또는 7년 이상 징역	① 폭행, 협박, 주거침입, 퇴거불응, 재물손괴 : 2년 이상 징역 ② 존속폭행, 체포·감금, 존속협박, 강요 : 3년 이상 징역 ③ 상해, 존속상해, 존속체포·감금, 공갈 : 5년 이상 징역

둘째, 형법상의 구성요건에 나타나지 않는 행위유형을 가중 처벌의 요소로 계속 삼는 것이 필요한가 하는 점이다. 형법상의 특수폭행죄는 “단체나 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여” 폭행하는 경우만을 특수폭행죄로 처벌하고 있는 데 비해, 폭처법에서는 그 외에 “단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써” 폭행 등을 하는 경우를 가중 처벌하고 있다. 단체나 집단을 가장한다는 것은 존재하지 않는 단체나 집단을 있는 것처럼 내 보임으로써 상대방에 대한 위협감이나 피해를 더 가한다는 점에서 불법

성이 가중된다고 보는 것 같다. 이 규정은 해방과 한국전쟁 이후 사회혼란기에 많은 단체들이 결성되거나 결성된 것처럼 보여 혼란을 가중시키는 상황에서 입법된 것으로 선택(選解)할 수 있다. 또한 일본의 폭처법 규정을 그대로 받아들인 것이기도 하다. 오늘날 이러한 애매한 구성요건을 두면서까지 단체가장 폭력범죄를 가중 처벌할 필요가 있을 것인지 의문이다.

또한 형법전에서 상습범을 두고 있지 아니한 손괴, 주거침입, 퇴거불응죄 등을 형사특별법에서 상습범 가중 규정을 두는 것이 합당한지도 의문이다.²⁸⁾ 형법전에서 상습범 규정을 두지 않은 것은 이러한 범죄들은 상습적으로 행해지기 어렵다고 보거나 가중 처벌할 필요가 없다고 보는 것인데, 폭력범죄라는 카테고리에 포함되었다는 이유만으로 무조건 상습범 가중을 하는 것은 형법전의 입장을 정면으로 부인하거나 무시하는 입법태도라 할 것이다. 굳이 넣어야 할 필요가 있다면 형법전에서 개별 범죄의 상습범 가중 규정을 두는 것이 합당할 것이다.

셋째, 이와 같이 세분화한다고 하더라도 비례의 원칙이나 과잉금지원칙 위배의 비판은 계속될 것이다. 범죄에 따라 하한이 1년씩 낮아졌다는 것 뿐, 상한은 여전히 15년으로 장기이다. 상습성이나 집단·흉기휴대라는 표지가 더해졌다고는 하지만, 이는 여전히 너무 무거운 법정형이라 할 수 있다. 위험한 물건을 휴대하고 재물을 손괴한 사람이 징역 15년까지 선고받을 수 있다는 것은 과잉처벌이라는 비판을 넘어 법을 희화화(戲畫化)한다는 느낌까지 든다. 형법전 범죄의 법정형과 비교해 보면 그 문제점은 더욱 선명하게 드러난다. 단체를 가장하여 손괴죄를 범한 자(1년 이상 징역)가 사람을 상해하여 불구자로 만든 자(중상해; 1년 이상 10년 이하)보다 더 무겁게 처벌되는 것이다.

넷째, 형법전의 사문화 폐단을 시정할 노력은 전혀 보이지 않는다. 형법

28) 상습범 자체의 정당성에 대해서도 의문이 제기되고 있다. 박정근, “상습범의 가중법정형폐지의 정당성”, 김중원교수화갑기념논문집, 1991 참조.

전의 구성요건과 완전히 일치하는 범죄의 경우(상습폭행, 상습존속폭행, 상습상해, 상습존속상해 등)에는 형법전이 적용될 여지가 전혀 없어지게 되고, 그 외 수단이나 방법 등 폭처법에서 제시하는 가중이유를 갖춘 폭력범죄의 경우 역시 형법전의 적용은 배제된다. 결국 형법전은 폭처법에서 제시하지 않은 수단, 방법, 비상습 등의 부분에서만 적용되게 된다. 이는 형법 중의 형법이라 할 수 있는 형법전의 규범력을 떨어뜨리고 법의 열람과 적용을 어렵게 만들게 된다. 따라서 가중 처벌이나 새로운 구성요건이 필요하다면 형법전을 상시적으로 정비해 나가는 노력을 기울여야 할 것이다.

3. 야간 가중 규정의 폐지

법무부 개정안은 야간에 이루어진 폭력범죄에 대해 가중 처벌을 규정한 조항들을 삭제하기로 하였다. 따라서 제2조 제2항, 제3조 제2항 등을 삭제하게 되었다. 형법전의 규정 중에서 범죄시간이라는 표지를 기준으로 형을 가중한 규정들을 삭제함으로써 가중되는 범위를 일부나마 축소한 것이다.

법무부는 야간 가중 규정의 폐지 이유로 조명 등 전기통신기술의 발달로 폭력범죄가 야간에 이루어졌다고 하여 주간에 이루어진 범죄보다 죄질이 특별히 중하다거나 위험성이 높다고 평가하기 어려운 측면이 있고, 우발적 범행의 경우 범행시각이 밤인지 낮인지라는 외부적 사정에 따라 법정 하한형이 2년씩이나 차이가 나는 것은 합리적이지 못하며, 야간 가중 처벌규정을 삭제하면 자연히 법정형이 낮아져 지나치게 높은 법정형 문제 해결에도 도움이 되며, 일본의 폭처법도 주야간을 구분하여 법정형을 달리 정하지 않고 있기 때문이라고 한다.

이와 같은 개정안에 대해 다음과 같은 논평을 할 수 있겠다. 첫째, 주·야간 구분을 폐지하는 마당에 상습성이나 집단·흥기휴대폭력 등의 가중

사유는 반드시 유지해야 하는 것인지 의문이다. 물론 법무부가 밝히는 바와 같이 조명 등의 사회 환경 변화는 주·야간의 구분에만 관련되는 것이어서, 상습성이나 집단·흥기휴대의 표지는 여전히 유지될 수 있다고 할 수 있다. 그러나 법무부가 인식하고 있는 바와 같이 지나치게 높은 법정형을 정하는 인자라는 점에서는 동일하고, 폭처법 제정 당시에 비해 사회가 훨씬 안정된 오늘날에까지 몇몇 요소에 따른 가중주의 입법이 필요한지 진지하게 생각해 볼 일이다.

둘째, 주·야간에 따른 법정형의 차이를 폐지한다는 것은 결국 법정형 가중 요소를 한 가지 제거한 것이고, 이는 범죄와 형벌 규정의 형법전으로의 회귀라는 궁극적인 목표에 한걸음 나아간 것이라 평할 수 있다. 이러한 점에서 환영할 만한 일임에 틀림없지만, 가장 이상적인 것은 폭처법 자체를 폐지하고, 혹시 필요한 규정이 있으면 형법전에 도입하여 형법전을 정비하는 것이다.

4. 존속범죄의 추가

한편 폭처법에 새로이 도입한 내용도 있다. 존속상대 폭력범죄가 그것이다. 법무부는 현행 폭처법에 존속에 대한 폭력범죄가 포함되어 있지 않아서 존속에 대한 폭력범죄가 일반인을 상대로 한 폭력범죄보다 오히려 가볍게 처벌되는 불합리한 결과가 초래되고 있으므로, 존속에 대한 폭력범죄를 포함시킨다는 것이다. 따라서 위 <표 2>에서 보는 바와 같이 존속상대 폭력범죄는 일반범죄보다 중하게 처벌하도록 한다는 것이다.

이에 대해서는 다음과 같은 문제점이 있다. 첫째, 법정형의 불균형의 원인이 무엇인지를 정확하게 파악하여야 한다. 예컨대 위험한 물건을 휴대하고 상해죄를 범하였을 경우 일반인이면 5년 이상의 징역(폭처법 적용)인데

비해, 존속이면 10년 이하의 징역(형법상의 존속상해죄)이므로 불합리한 결과가 초래된다는 것이다.

불합리한 결과가 발생하였을 경우 어느 규정이 불합리한 것인지를 파악하여야 하는 바, 존속에 대해 상해행위를 한 자에 대해 10년 이하의 징역형으로 처벌하는 것이 너무 경한 것인지 아니면 위험한 물건을 휴대하고 상해행위를 한 자에 대해 5년 이상의 징역형(개정안에 따르면 3년 이상의 징역형)으로 처벌하는 것이 너무 중한 것인지를 생각해 보아야 하는 것이다. 후자의 법정형이 너무 중하다는 것이 일반론이라면²⁹⁾ 후자의 규정을 정비하여야 하는 것이다.³⁰⁾ 그럼에도 또 한번 형법전을 무력화(無力化)시키고 존속범죄를 새로이 폭처법에 도입하여 중형주의를 강화한다는 것은 개악임이 틀림없다.

둘째, 존속에 대한 범죄를 가중 처벌하는 것이 위헌이라는 의견이 제시되고 있는 상황에서 형사특별법에 존속에 대한 범죄를 추가하는 것은 법의 발전적 흐름에 부합하지 않는다.

존속에 대한 범죄를 가중 처벌하는 것은 위헌이라고 보는 입장,³¹⁾ 위헌은 아니지만 존속범죄를 삭제하는 것이 타당하다는 견해³²⁾ 등이 강하게 제시되고 있는 상황이다. 생각건대 다음과 같은 이유로 존속범죄는 삭제하는 것이 타당하다고 본다. ① 일반 범죄 규정으로도 충분히 의율이 가능하다. 즉 보통살인죄, 폭행죄, 상해죄 등의 규정으로도 충분히 중한 형벌을 부과할 수 있으므로 특별히 존속범죄를 둘 필요가 없다.³³⁾ 이는 단순하고

29) 배중대, 앞의 논문, 7-8면; 이기현, 앞의 논문, 19-20면; 박상기, 앞의 논문, 138면.

30) 독일형법은 상해죄를 5년 이하, 위험한 상해죄를 10년 이하, 중상해죄를 1년 이상 10년 이하의 자유형으로 규정하고 있다.

31) 유기천, 형법각론(상), 일조각, 1981, 37면; 임웅, 형법각론, 법문사, 2003, 31-32면; 이정원, 형법각론, 법지사, 2003, 50-51면; 조국, “존속살해죄”는 패륜아들의 범죄인가?, 당대비평 23, 134-139면.

32) 오영근, 형법각론, 대명출판사, 2002, 40-41면; 배중대, 형법각론, 홍문사, 2004, 77면.

33) 이정원, 형법각론, 51면; 임웅, 형법각론, 32면; 정성근/박광민, 형법각론, 28면.

명확한 법이라는 가치에도 부합할 것이다. ② 윤리적인 질서는 사회의 자율적 통제 시스템(가정, 학교, 교우관계 등)에 의하여 유지되어야 한다. 부모를 공경한다는 것은 극히 내면적인 것이며 자율적인 것이다. 이러한 윤리의식과 윤리실행은 가정, 학교, 교우관계 등 사회의 자율적인 체계가 담당하는 것이 효율적이며 또 성격에 부합한다.³⁴⁾ 타율적인 법이(그것도 극히 타율적인 형법이) 이러한 윤리를 강행하려 하면 자율적 통제 시스템의 작동을 어렵게 하여 역효과를 나타낼 수도 있다.³⁵⁾ ③ 존속범죄의 피해자의 패륜이 선행하는 경우가 많다. 따라서 존속범죄의 구체적 정황을 살피지 않고 입법에서부터 법정형을 가중시키는 것은 구체적 타당성을 저하시킬 우려가 있다.³⁶⁾

이와 같은 점들을 고려해 볼 때 직계존속과 비속의 관계라는 점은 형법상의 불법성과 책임성의 정도를 따지는 변수로 양형사유로 고려하면 된다. 일본의 경우에도 1995년 개정을 통해 존속범죄에 대한 가중 처벌규정을 모두 삭제하였다.

이러한 상황에서 폭처법에 새로이 존속범죄를 도입한 것은 대단히 형법전의 규범력을 떨어뜨리고 중형주의를 심화시키며 법을 복잡하고 어렵게 만드는 것이고 시대에 역행하는 것이라 아니할 수 없다.

5. 범죄단체 구성원으로 활동하는 범죄 규정 신설

법무부가 폭처법에 새로이 도입하고자 하는 또 하나의 규정은 범죄단체의 구성원으로 활동하는 행위에 대한 처벌규정이다. 법무부가 밝히는 규정 신설 이유는 다음과 같다. 첫째, 범죄단체를 구성하거나 가입하는 행위 외에 활동하는 행위에 대한 처벌규정이 없다. 둘째, 판례가 범죄단체 구성·

34) 배중대, 형법각론, 76면.

35) 배중대, 형법각론, 76-77면.

36) 김지선, “존속범죄에 대한 소고”, 형사정책연구소식 제35호, 1996, 53면.

가입죄를 구성·가입행위와 동시에 성립, 완성되고 공소시효가 진행되는 즉시범으로 해석하고 있는데, 이러한 해석 때문에 어렵게 적발하더라도 공소시효 완성으로 처벌할 수 없는 경우가 많고, 법의 맹점을 이용하여 가입일자를 소급하여 진술함으로써 범망을 교묘하게 피해나가며, 한번 처벌받은 후에는 동일 단체에서 계속 활동하더라도 재차 처벌이 불합리한 결과가 초래된다는 것이다.

이에 대해서는 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다. 첫째, 범죄단체조직죄의 법적 성격을 파악해 볼 필요가 있다. 범죄단체조직죄는 범죄를 목적으로 하는 단체를 조직하고 그 일원이 되는 것 자체를 내용으로 하는 것이다. 범죄단체를 조직한 후 활동하는 것은 당연한 일일 것이고, 불가벌적 사후행위로 이해되어야 하는 것이다. 마치 장물취득죄가 성립하면 그 이후의 장물보관이나 운반은 새로운 범죄를 구성하지 않는 것과 같다. 만일 범죄단체를 조직한 후 활동의 일환으로 범죄를 저질렀다면 이는 범죄단체조직죄와 실제적 경합관계에 있는 새로운 범죄로 성립시켜야 할 것이다.³⁷⁾

둘째, 판례가 범죄단체조직죄를 즉시범으로 이해하기 때문에 공소시효 완성이 이르게 되고 범죄자를 처벌하기 어렵다는 이유도 납득하기 어렵다. 폭처법상의 범죄단체의 구성·가입죄의 공소시효는 적어도 7년 이상은 될 터인데 그동안 범죄단체를 조직한 사실을 적발하지 못한 수사의 미진이나 불철저를 자성하지 않은 채, 입법을 통해 공소시효 완성을 늦추거나 공소시효 미완선 기간을 지속시키려는 것은 수사편의주의 발상이라 할 것이다.

또한 판례가 범죄단체조직죄의 성격을 범죄단체를 조직하고 이에 가입하는 행위 자체에 초점을 두고 즉시범으로 파악했다면 이에 대한 반대 입장은 해석론으로 대응하는 것이 합당할 것이다. 자신의 생각과 다르다고 입법을 통해 자신의 생각을 관철하고자 하는 것은 무리하고 무도한 방법이라 하겠다. 분명한 입법의 흠결이 있으면 이를 보충해 나가는 것은 필요

37) 박상기, 형법각론, 417면; 백형구, 형법각론, 448면.

하다 하겠지만, 해석의 여지가 있는 상황에서 관례가 하나의 의견을 제시하였다면 이에 대한 찬성과 비판을 통해 법을 발전시켜 나가는 것이 옳을 것이다.

셋째, 범죄단체 활동행위를 구성요건에 포함시켜 범죄단체를 조직한 후 그 단체원으로 활동하는 행위를 계속적으로 처벌한다면 공소시효 제도의 취지를 몰각시키는 결과가 나타날 것이다. 범죄단체의 단체원으로 회합하고 회의하는 등의 활동만으로도 공소시효는 기간은 시작되지 못하고 영구히 지속될 것이기 때문이다. 이는 수사기관의 입장에서 언제든지 적발하여 처벌할 수 있어 편리하겠지만 국민의 인권보장이나 공소시효 제도의 합리적 운용에는 지장을 초래하는 것이다. 다시 말해 범죄단체를 조직하여 새로운 범죄를 범하지 않는 단순 회합이나 모임은 그 자체로 범죄를 구성하지 않는다고 이해하여야 한다.

V. 결 론

이상으로 폭처법의 문제점과 처리방안을 살펴보았다. 결론적으로 폭처법은 폐지되는 것이 여러 가지 면에서 타당하고 또 당연한 일이다. 폭처법이 사회에 순기능으로 작용하는 것이 있다면, 국민들에게 폭력범죄를 중하게 처벌한다는 엄포를 놓는 그 이상의 것은 없다. 이러한 엄포는 단기적으로는 범죄억지 효과를 보일지 몰라도 장기적으로는 효과가 없거나 역효과가 날 수 있다. 형법전을 상시적으로 정비하여, 범죄와 형벌 규정은 극히 예외적인 경우를 제외하고는 형법전에 집적시킨다는 태도가 필요하다. 이러할 때 법이 단순해지고 쉬워지며 법적용의 효과를 배가시킬 수 있다. 왜냐하면 국민들이나 형사사법기관들이 법을 쉽게 열람할 수 있고, 이에 따

라 자신의 의사와 행위를 명확하고 단순하게 결정할 수 있으며, 범죄자에 대해서는 명확하고 통일적인 규정을 통해 안정적으로 처벌해 나갈 수 있기 때문이다.

다시 말하거니와 폭처법은 형법전의 규정으로 충분히 의율할 수 있는 전형적인 중복입법에 불과하다. 그리고 책임주의와 과잉금지 및 비례의 원칙에 어긋나는 중형주의 입법의 전형이며, 범죄 규정간의 균형도 깨뜨리는 불균형적인 입법이다. 폭처법을 폐지하고 형법전의 적용으로 법을 순화시키고 단순화시키는 당연한 작업이 서둘러 이루어져야 할 것이다.³⁸⁾

차제에 형사특별법 전반에 대해 언급하자면 폭처법에서 논의된 내용이 대부분의 형사특별법에 그대로 적용된다고 할 것이다. 형법전과의 중복, 중형주의 폐단은 형사특별법의 대부분 공통된 문제점이다. 이들 형사특별법 모두를 폐지하는 것이 타당하다(부록 참조).³⁹⁾ 형사특별법의 내용 중 극히 일부분 형법전에 도입할 필요가 있는 경우(예컨대 특가법상의 미성년자 약취유인죄의 일부, 성폭력특별법상의 공중밀집장소추행죄 등)에는 이를 형법전에 잘 정비하여 도입하고 나머지는 모두 폐지하는 것이 옳을 것이다. 반면 바람직스러운 특별법도 있다. 가정폭력범죄의 처벌등에 관한 특별법이 그것이다. 이 법은 중형주의가 아니라 가정폭력을 처벌함에 있어서 보다 효율적이고 현실 가능한 임시조치들을 제시하고 있다.

행정형법의 경우에도 중복규정, 과잉범죄화, 과잉처벌의 문제는 형사특별법 못지않게 안고 있다.

이제 입법부는 법을 자꾸 만들 것이 아니라 기존의 불합리한 법률들을 폐지하고 정리하는 작업을 먼저 하여야 할 것이다. 실적주의에 사로잡혀 입법에만 매달릴 것이 아니라 불필요하고 중복적인 특별형법을 정비하는 노력을 기울일 때 법은 보다 더 쉬워지고 더 권위를 가질 수 있을 것이다.

38) 이기현, 앞의 논문, 26-27면; 박상기, 앞의 논문, 148면; 배중대, 앞의 논문, 9면.

39) 오영근, 앞의 논문, 41면.

[부록]

<표 1> 형법전의 구성요건과 동일한 가운데 법정형만 가중한 경우의 예

형법전		형사특별법		법률명
구성요건	법정형	구성요건	법정형	
상습으로 상해죄를 범한 자 (제264조)	10년 6월 이하의 징역	상습으로 상해죄를 범 한 자	3년 이상의 유기 징역	폭력행위등처벌에관한 법률
단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴 대하여 폭행한 자(제261조)	5년 이하의 징역	단체 또는 다중의 위력 을 보이거나 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하 여 폭행한 자	3년 이상의 유기 징역	폭력행위등처벌에관한 법률
상습으로 절도죄를 범한 자 (제332조)	9년 이하의 징역	상습으로 절도죄(형법 제329조)를 범한 자	3년 이상의 유기 징역	특정범죄가중 처벌등 에관한법률

<표 2> 형법전의 구성요건 내에서 일부 구성요건의 차이에 따라 법정형을 가중한 경우

가중 이유	형법전		형사특별법		법률명
주체	강간죄 (제297조)	3년 이상의 유기징 역	존속 등 연장의 친족이 강간	5년 이상의 유기징역	성폭력범죄의처벌 및피해자보호등에 관한법률
	절도목적 범죄단체 조직(제11 4조)	6년 이하의 징역 또는 1천만원 이하 의 벌금	절도목적으로 단체 또는 집단을 구성한 자로서 1. 수괴, 2. 간부 3. 가입한 자	1. 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역 2. 무기 또는 5년 이상의 징역 3. 1년 이상의 유기징역	특정범죄가중 처 벌등에관한법률
	직무유기 (제122조)	1년 이하의 징역이 나 금고 또는3년 이하의 자격정지	사법경찰관리로서 본법에 규정 된 죄를 범한 자를 수사하지 아 니하는 등의 행위	1년 이상의 유기징역	폭력행위등처벌에 관한법률
피해 자	강간죄 (297조)	3년 이상의 유기징 역	13세 미만의 여자에 대해 강간 한 자	5년 이상의 유기징역	성폭력범죄의처벌 및피해자보호등에 관한법률
	강간죄 (297조)	3년 이상의 유기징 역	19세 미만의 여자청소년에 대하 여 형법 제297조(강간죄)의 죄 를 범한 자	5년 이상의 유기징역	청소년의성보호에 관한법률
수단, 방법	모든 범죄		단체나 집단을 이용하여 죄를 범하게 한 자	그 죄에 대한 형 중 가 장 중한 형	폭력행위등처벌에 관한법률
	강간죄 (제297조)	3년 이상의 유기징 역	흉기 기타 위험 물건을 휴대하 거나 2인 이상이 합동하여 강간	5년 이상의 징역	성폭력범죄의처벌 및피해자보호등에 관한법률

결과	수뢰죄(제129조)	5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지	형법 제129조 수뢰죄의 뇌물의 가액에 따라 1. 수뢰액 5천만원 이상, 2. 1천만원 이상 5천만원 미만	1. 무기 또는 10년 이상의 징역 2. 5년 이상의 징역	특정범죄가중 처벌 등에관한법률
	사기죄(제347조)	10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	사기죄로 취득한 가액이 1. 50억원 이상인 때 2. 5억원 이상 50억원 미만인 때	1. 5년 이상의 징역 및 이득액 이하에 상당하는 벌금 2. 3년 이상의 유기징역 및 이득액 이하에 상당하는 벌금	특정경제범죄가중 처벌등에관한특례법
	강간치사죄(301조의 2)	10년 이상의 징역	특수강간행위로 사람을 사망에 이르게 한 경우	무기 또는 10년 이상의 징역	성폭력범죄의처벌 및피해자보호등에 관한법률
시간	상해죄(제257조 1항)	7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금	야간에 상해를 범한 경우	형법상의 형에 1/2까지 가중	폭력행위등처벌에 관한법률
목적	미성년자 약취 유인죄 (제287조)	10년 이하의 징역	1. 살해목적 2. 재물이나 재산상의 이익 취득 목적	1. 사형 무기, 7년 이상의 유기징역 2. 무기 또는 5년 이상의 징역	특정범죄가중 처벌 등에관한법률
	살인죄(제250조)	사형, 무기, 5년 이상의 징역	형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 보복 목적인 경우	사형, 무기, 10년 이상의 징역	특정범죄가중 처벌 등에관한법률
두가지 범죄의 결합	특수절도와 강간죄	25년 이하, 3년 이상의 징역	특수절도를 범한 자가 강간한 경우	사형, 무기, 5년 이상의 징역	성폭력범죄의처벌 및피해자보호등에 관한법률

<표 3> 형법전에는 없는 구성요건

법률명	구성요건	법정형
성폭력범죄의처벌 및피해자보호등에 관한법률	대중교통수단, 공연·집회장소 기타 공중이 밀집하는 장소에 사람을 추행한 경우	1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금
	자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화 우편 등을 통해 혐오감을 일으키는 말 등을 상대방에게 도달하게 한 경우	1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금
특정범죄가중 처벌등에관한법률	외국인에 의한 취득이 금지 또는 제한된 재산을 외국인을 위하여 외국인의 자금으로 취득한 자는 1. 가액이 1억원 이상 2. 가액이 1억원 미만	1. 10년 이상의 징역 2. 3년 이상의 유기징역
환경범죄의단속에 관한특별조치법	오염물질을 불법배출함으로써 공중의 생명 또는 신체에 위험을 발생시키거나 상수원오염을 초래하여 공중의 식수사용에 위험을 발생시킨 경우 등	3년 이상의 유기징역 등
경범죄처벌법	다른 사람이 살고 있지 아니한 집 등에 정당한 이유없이 숨어 들어간 경우 등	10만원 이하의 벌금, 또는 구류 또는 과료 등

<표 4> 특정범죄가중 처벌등에관한법률 위반범 제1심 선고형량

구분	계	사형	무기	10년 이상	5년 이상	3년 이상	1년 이상	1년 미만	집행 유예	벌금	선고 유예	소년부 송치	기타
2000	16,896 (100)	3 (0.02)	5 (0.03)	51 (0.30)	249 (1.47)	785 (4.65)	2,608 (15.44)	836 (4.95)	10,446 (61.83)	486 (2.88)	98 (0.58)	449 (2.66)	300 (1.78)
2001	18,765 (100)	-	4 (0.02)	41 (0.22)	179 (0.95)	680 (3.62)	2,516 (13.41)	1,051 (5.60)	12,178 (64.90)	674 (3.59)	98 (0.52)	508 (2.71)	347 (1.85)

구분	금년 접수	처 리													
		합계	사형	자 유 형			판 결							소년 부송 치	기타
				무기	유기	집행 유예	자격 형	재산 형	선고 유예	무죄	형의 면제	면소	관할 위반	공소 기각	
2002	16,894	18,013	1 (0.01)	3 (0.02)	4,490 (24.93)	12,493 (69.36)	-	394 (2.19)	74 (0.41)	34 (0.19)	1 (0.01)	-	-	30 (0.17)	215 (1.19)
2003	16,545	17,207	-	1 (0.01)	4,411 (25.63)	10,872 (63.18)	-	1,122 (6.52)	32 (0.19)	36 (0.21)	-	-	2 (0.01)	16 (0.09)	413 (2.40)
2004	15,641	15,713	-	2 (0.01)	4,121 (26.23)	9,183 (58.44)	-	1,766 (11.24)	42 (0.27)	62 (0.39)	-	-	-	15 (0.10)	277 (1.76)

<표 5> 특정경제범죄가중 처벌등에관한법률 위반범 제1심선고형량

구분	계	사형	무기	10년 이상	5년 이상	3년 이상	1년 이상	1년 미만	집행 유예	벌금	선고 유예	소년부 송치	기타
2000	1,252 (100)	-	-	7 (0.56)	113 (9.03)	234 (18.69)	254 (20.29)	37 (2.96)	430 (34.35)	56 (4.47)	9 (0.72)	36 (2.88)	
2001	1,891 (100)	-	1 (0.05)	7 (0.37)	96 (5.08)	249 (13.17)	277 (14.65)	67 (3.54)	994 (54.56)	72 (3.81)	2 (0.11)	40 (2.12)	

구분	금년 접수	처 리													
		합계	사형	자 유 형			판 결							소년 부송 치	기타
				무기	유기	집행 유예	자격 형	재산 형	선고 유예	무죄	형의 면제	면소	관할 위반	공소 기각	
2002	1,691	1,773	-	-	783 (44.16)	842 (47.49)	-	62 (3.50)	3 (0.17)	31 (1.75)	-	-	-	3 (0.17)	41 (2.31)
2003	1,716	1,576	-	-	744 (47.21)	621 (39.40)	-	69 (4.38)	6 (0.38)	37 (2.35)	1 (0.06)	1 (0.06)	-	-	97 (6.15)
2004	1,667	1,764	-	-	752 (42.63)	756 (42.86)	4 (0.23)	72 (4.08)	13 (0.74)	59 (3.34)	-	2 (0.11)	-	-	103 (5.84)

<표 6> 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 위반범 제1심 선고형량

구분	계	사형	무기	10년 이상	5년 이상	3년 이상	1년 이상	1년 미만	집행 유예	벌금	선고 유예	소년부 송치	기타
2000	2,377 (100)	-	6 (0.25)	84 (3.53)	325 (13.67)	423 (17.80)	379 (15.94)	77 (3.24)	598 (25.16)	20 (0.84)	19 (0.80)	211 (8.88)	36 (1.51)
2001	2,559 (100)	-	(0.23)	65 (2.54)	226 (8.83)	309 (12.08)	303 (11.84)	111 (4.34)	1,004 (39.23)	85 (3.32)	13 (0.51)	218 (8.52)	58 (2.27)

구분	금년 집수	처 리													
		합계	판 결											소년 부송 치	기타
			사형	자 유 형			자격 형	재산 형	선고 유예	무죄	형의 면제	면소	관할 위반	공소 기각	
				무기	유기	집행 유예									
2002	2,598	2,546	-	7 (0.27)	1,310 (51.45)	882 (34.64)	-	133 (5.22)	2 (0.08)	12 (0.47)	-	1 (0.04)	-	49 (1.92)	88 (3.46)
2003	2,520	2,575	1 (0.04)	6 (0.23)	1,350 (52.43)	832 (32.31)	-	157 (6.10)	1 (0.04)	12 (0.47)	-	-	-	51 (1.98)	96 (3.73)
2004	2,368	2,241	-	7 (0.31)	1,121 (50.02)	839 (37.44)	-	64 (2.86)	4 (0.18)	11 (0.49)	-	-	-	54 (2.41)	94 (4.19)

* 사법연감 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005
* ()안의 수치는 %

주제어: 폭력행위등처벌에관한법률, 형사특별법

Abolition or reform of the Act on Punishment of Violences etc.

Park, Ki-Seok*

It can be said to the most ideal method of enactment that the acts on a crime and punishment is unified into a special law. If all types of crime are prescribed in the Criminal Code, the Criminal Code can be functioned efficiently for general deterrence etc. In this context, this study is an attempt to review and analyse critically the necessity of retention, social function, and discussions on abolition and reform of the Act on Punishment of Violences etc.(abbreviation: VPA). And then I propose the concrete methods for abolition of the VPA.

Conclusively, to abolish the VPA is a appropriate and fair measure from various point of view. There is nothing of the more than it threatens violent crime with a severe punishment. the VPA is typical overlapping legislation with the Criminal Code. And the VPA is heavy penalty legislation that is deviates from the responsibility principle, the excess prohibition principle, and the proportion principle.

Although such a threat may have an effect in the short term, it can have a reverse effect or have no effect in or over the long run. Through an regular improvement of the Criminal Code, legislator has to make a effort to accumulate the regulations on a crime and

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

punishment on the Criminal Code with the exception of the unavoidable circumstances. The law can become simply and easy for the first time just by it, and the effect of the application of a law can be made to double.

Legislator has not to enact statues frequently, but has to abolish and to arrange the existing irrational acts first.

keywords : the Act on Punishment of Violences etc., Special Criminal Law

자수 규정에 관한 고찰

김 혜 경

형사정책연구 제17권 제1호(통권 제65호, 2006 · 봄호)

한국형사정책연구원

자수 규정에 관한 고찰

김 혜 경*

I. 서 론

자수란 범죄인이 자발적으로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신고하여 그 소추를 구하는 의사표시를 의미한다. 형법 제52조 제1항은 죄를 범한 후 수사책임이 있는 관서에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다고 규정한다. 즉, 구성요건에 해당하는 범죄행위 후 행위자가 스스로 행위사실을 수사관서에 확인할 때에는 원칙적으로 모든 범죄실행에 대하여 법원이 임의로 형을 감경하거나 면제할 수 있도록 하여 임의적 감면이 원칙임을 명시하고 있다.

자수는 국가가 개인에게 불법의 세계에서 합법의 세계로 회귀할 수 있도록 보장해 주는 기능을 가진다는 점에서 그 의의가 크다. 즉, 중지미수에 대하여 형을 필요적으로 감면해주거나 자수한 범죄행위자에 대하여 형을 감면하는 것은 이미 형법상 금지되어 있는 행위를 시작한 자에게 능동적인 후회를 하였다는 이유로 적법성의 세계로 되돌아가게 하는 추상적인 의미를 가진다.¹⁾

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

1) 이와 관련하여 Feuerbach는 중지미수범에 대한 형의 감면을 불법성의 세계에서 적법성의 세계로 되돌아가는 황금의 다리(goldene Brücke)라고 표현하였다. Feuerbach,

자수제도는 범죄의 수사 및 범인의 처벌을 용이하게 하여 국가의 형사소송절차에 소요되는 노력과 비용을 줄임과 동시에 무고한 자에 대한 처벌을 방지할 수 있다는 정책적 고려와 함께, 부수적으로 범인이 자기의 범죄에 대하여 회오하고 개전의 정을 표시하는 것이라고 보아 비난가능성이 약하다는 데에 그 의의가 있다.²⁾

원칙적으로 범죄행위자의 자수는 형의 임의적 감면이 원칙이지만, 예외적으로 특별한 경우 법은 형을 필요적으로 감면하는 것을 예정하고 있다. 형법상으로는 대체로 예비·음모를 처벌하는 범죄에 있어서 목적인 범죄의 실행에 이르기 전에 이를 중단하고 자수하거나 또는 타인의 범죄사건과 관련하여 위증이나 무고를 한 자가 공술한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자수한 때에는 특히 소송경제 또는 오판의 방지라는 취지에서 형을 필요적으로 면제한다.

그렇다면 구체적으로 자수한 자에 대하여 형의 감면을 임의적으로 할 것인가 필요적으로 할 것인가의 기준은 무엇인가? 이에 대하여 판례는 어느 죄에 관한 자수의 요건과 효과는 논리필연적으로 도출되는 문제로 보지 않는다. 자수의 두 가지 입법취지의 측면인 비난가능성과 오판방지 양자의 관계, 즉 범죄를 스스로 뉘우치고 개전의 정을 표시하는 것으로 보아 비난가능성이 약하다는 점과 자수를 하면 수사를 하는데 용이할 뿐만 아니라 형벌권을 정확하게 행사할 수 있어 죄 없는 자에 대한 처벌을 방지할 수 있다는 점 중에서 어느 쪽을 얼마나 중시하는가 또는 양자를 동등하게 고려하는가에 따라 입법정책적으로 결정된다고 본다.³⁾

Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten, 2. Teil, Gießen 1804. 다만 Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritt vom Versuch in Theorie und Praxis, 1975, 42면 이하에 의하면, 황금의 다리(goldene Brücke)라는 은유적 표현은 그 이전에도 많은 교과서나 논문에서 나타나고 있다고 한다(MK/Joecks/Miebach, Bd. 1, § 24 Rn. 21 재인용).

2) 정장오, “형법 제52조 제1항의 자수”, 법조 통권 459권, 법조협회, 1994/12, 175면.

3) 大判 1997.3.20, 96도1167.

이러한 자수 감면의 취지를 기본으로 하여 특별법상으로도 자수의 효과에 대하여 특별히 정한 경우가 있다. 그런데 특별법상 범죄의 구성요건을 정하고 부수적으로 자수 조항을 두면서, 그 효과로서는 형의 임의적 감면으로 하거나 필요적 감면으로 하는 경우뿐만 아니라 형을 필요적으로 면제하는 경우도 예정하고 있다.

본 논문에서는 형법상 자수의 일반적인 요건과 효과를 우선 살펴보고, 특별법에 산재되어 있는 자수규정들을 검토하면서 그 효과 및 형법과 특별법상 자수 규정들의 문제점에 대하여 검토해 보고자 한다.

II. 외국의 입법례

독일에서는 자수, 즉 Selbstanzeige에 관한 정의를 일반적으로 능동적인 후회, tätige Reue라고 표현한다.⁴⁾ 그리고 형법총칙 상으로는 자수에 관한 규정이 없다. 다만 조세조례(Abgabenordnung) 제371조 제1항은 제370조⁵⁾의 경우에 있어서 조세기관에게 불명확하거나 불충분한 신고를 하였던 자가 부적절한 신고를 하였다는 점을 통보하거나 이를 보충하거나 부적절한 신고를 차후에 단념한 때에 한하여 처벌을 면한다. 즉, 탈세행위 후에 자발적으로 이러한 사실을 조세기관에 신고한 자에 대하여 형을 면제한다. 그 밖에 동조례 제378조 제3항 역시 자수에 관한 형 면제규정을 두고 있다.

일본의 경우에는 형법 제42조 제1항에서 죄를 범한 자가 수사기관에 발각되기 전에 자수한 때는 그 형을 감경할 수 있다고 하여 자수시 형의 임의적 감경을 원칙으로 한다. 그 밖에도 제2항은 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없는 죄에 대하여, 고소를 할 수 있는 자에 대하여 자기의 범죄사

4) Creifelds Rechtswörterbuch, CH Beck : München, 2002에 따른 정의이다.

5) AO §370은 탈세(Steuerhinterziehung) 행위에 관한 처벌규정이다.

실을 알리고 그 조치에 맡긴 때에도 전항과 같다고 규정하고 있는데, 이는 우리 형법 제52조 제2항이 반의사불벌죄에 대하여 피해자에게 자복한 경우에 자수와 동일한 효력을 부여하는 것과 대조된다. 일본 형법상 자수는 범죄사실의 자발적 신고와 수사기관에의 신고 및 발각전 범죄사실의 신고를 요건으로 한다. 그리고 체포현장에서도 자수가 성립할 수 있다고 본다. 즉, 범인이 자수의 의사를 범행현장에서 경찰관에게 범죄사실을 고하는 방식으로 통보하였다면 자수가 성립한다고 본다.⁶⁾

중국은 제4장 형벌의 구체적인 운용(刑罰的具体運用) 중 제3절에 자수와 공헌(自首和立功)을 두고 제67조 제1항에 범죄 후 스스로 신고하고 사실대로 자신의 범행을 밝히는 것을 자수라고 정의한다. 그리고 자수한 범죄자에 대하여는 가볍게 처벌하거나 형을 감경할 수 있고, 그 중 경한 범죄는 처벌을 면제한다고 규정하고 있다. 또한 제2항에서는 강제조치를 받은 범죄피의자나 피고인 및 복역 중인 죄수가 사법기관에 아직 파악되지 않은 본인의 여죄, 즉 기타 범죄사실을 사실대로 밝히는 것도 자수로 간주한다고 본다.

Ⅲ. 자수의 요건과 효력

1. 자수의 요건

가. 신고의 자발성

자수는 행위자가 자발적으로 수사책임이 있는 관서에 자신의 범행사실을 신고하고 그 처분을 구하는 의사표시를 의미한다. 따라서 자발적이어야

6) 大阪地判昭45・2・28判 제255호, 282면 참조.

한다는 점이 요구된다. 판례는 자수가 형이 감경되는 주된 이유가 범인이 죄를 뉘우치고 있다는 점에 있으므로 범죄사실을 부인하거나 죄의 뉘우침이 없는 자수는 외형은 자수일지라도 법률상 형의 감경사유가 되는 진정한 자수로 보지 않는다.⁷⁾ 또한 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 않는다.⁸⁾ 다만 수사기관의 직무상 질문이나 조사에 응하여 이미 수사관이 피의자의 행위에 대한 의심을 가지고 조사가 이루어지는 경우라고 할지라도 수사관이 전혀 예상하지 않았던 사실에 관한 여죄를 자발적으로 진술하면서 처분을 구하는 의사표시를 한 때에는 그 부분에 관하여는 자수에 해당한다.⁹⁾

자발성 여부는 자수의 과정이 직접적인가 간접적인가를 불문한다고 보아야 할 것이다. 즉, 법률상 특별히 신고의 방법을 제한하고 있지 않으므로 직접 본인이 출두하여 범죄사실을 신고하는 경우뿐만 아니라, 제3자를 통하여 간접적으로 신고할 수 도 있다고 보아야 할 것이다.¹⁰⁾ 반면에 친 지에게 전화하여 자수의사를 경찰에게 전달하여 줄 것을 부탁한 것만으로 자수로 볼 수 없다고 한 판례를 거론하여 판례¹¹⁾의 입장이 일관되지 않다고 평가하는 견해가 있다.¹²⁾

그러나 85도1489 판결은 이미 경찰관들이 기소중지자인 피고인의 신원을 파악하고 대기 중에 검거되었을 뿐만 아니라 피고인이 다니던 학원강사에게 전화로 자수의사만 전달하였을 뿐 자수하기 위하여 학원강사를 만

7) 大判 1994.10.14, 94도2130.

8) 大判 1982.9.28, 82도1965; 大判 1992.8.14, 92도962(경찰관이 순찰 근무하던 중 피고인 일행이 오토바이 여러 대를 타고 가는 것을 발견하고 불심검문했으나 도주하여 인근 경찰서로 무전연락, 바리케이트를 설치하여 피고인을 검거한 후 범죄사실을 추궁한 끝에 이 사건 범죄사실을 자백하였음을 알 수 있으므로 이를 자수라고 할 수 없다).

9) 정장오, 앞의 논문, 176면.

10) 大判 1964.8.31, 64도252.

11) 大判 1967.1.24, 66도1662; 大判 1985.9.24, 85도1489.

12) 최병각, “자수의 소송법적 효과”, 비교형사법연구 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003, 347면.

나기로 한 다방에 약속하고서도 그 장소에 나타나지 조차 않았다는 점, 66도1662 판결 역시 피고인이 거주지의 우체국 근무자에게 전화로 자수의사만 전달하였다는 점에서 알 수 있듯이 간접적으로라도 법조문에서 요구하는 수사책임이 있는 관서에 자수의사가 전달된 바 없다. 즉, 동 판결들은 간접적인 자수의 예라고 볼 수 없다. 간접적인 자수라고 하기 위해서는 간접적으로라도 수사관서에 자수의사가 전달되어야 하기 때문이다. 따라서 판례의 태도는 여전히 직접적이든 간접적이든 불문하고 책임 있는 수사관서에 자수의사가 전달될 것을 요구한다고 평가함이 타당할 것이다.

나. 신고의 상대방

자수의 요건이 충족되기 위해서는 법률상 수사의 권한이 인정되는 수사책임이 있는 관서에 신고하여야 한다. 수사책임이 있는 관서란 검사 또는 사법경찰관을 의미한다.¹³⁾ 따라서 검사나 사법경찰관이 아닌 행정기관, 법원 등 국가기관에 자발적으로 범죄사실을 신고하였다고 하더라도 형법상의 자수가 될 수 없다. 이는 자복이 피해자의 명시적인 의사에 반하여 처벌할 수 없는 반의사불벌죄에서 범죄행위자가 피해자에게 자신의 범죄사실을 고백하는 것과 구별된다. 여기에서의 사법경찰관에는 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률에 의하여 특수분야의 수사를 담당하는 공무원도 포함된다. 예컨대 교도소장, 구치소장, 소년원장, 산림보호에 종사하는 공무원, 관세법상의 세관공무원, 근로기준법에 의한 근로감독관 등이 여기에 해당된다.

다만 사법경찰관과 사법경찰리로 구분되는 사법경찰관리 중에서 사법경찰리는 검사와 사법경찰관의 지휘를 받아 수사를 보조하는 기관에 불과하

13) 형사소송법 제237조, 제240조.

므로 수사관서 내의 사법경찰리에게 신고하는 경우에는 자수에 해당하지만, 그렇지 않은 경우에는 사법경찰리에 관한 신고는 원칙적으로 자수에 해당한다고 볼 수 없다.

다. 신고의 내용

신고의 내용은 행위자 자신의 범죄사실이어야 한다. 타인의 범죄사실에 대한 신고는 고발에 해당하므로 제외된다. 자신의 범죄사실이라면 어느 범죄의 구성요건에 해당하는가에 대한 구체적인 언급이 있을 필요는 없다. 범죄에 해당하는지 여부가 확실하지 아니한 사실에 대하여도 신고한 이상 자수에 해당한다. 이것이 범죄사실이 아닌 경우에는 당연히 형의 면제여부와는 관련이 없기 때문이다. 그리고 범죄사실을 신고한 이상 그 신고에 있어 범죄사실의 세부적인 형태에 있어 다소의 차이가 있다 하여도 자수의 효력에는 영향이 없다.¹⁴⁾

자수의 본질과 관련하여 자발성 이외에 자신의 행위를 뉘우치는 회오의 정이 요구되는가에 대하여 판례는 자수란 범인이 자발적으로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신고하여 그 소추를 구하는 의사표시로서 이를 형의 감경사유로 삼는 주된 이유는 범인이 그 죄를 뉘우치고 있다는 점에 있으므로, 비록 행위자가 수사기관에 자진 출석하였다고 하더라도 범죄사실을 부인하거나 죄의 뉘우침이 없는 자수는 그 외형은 자수일지라도 법률상 형의 감경사유가 되는 진정한 자수라고는 할 수 없다고 본다.¹⁵⁾ 그러나 이는 적극적으로 부인한 사례이므로, 적극적인 회오의 태도가 필요한 것은 아니고 수사기관의 처분에 맡긴다는 인용적인 의사를 표현하는 것으로 족하다고 보아야 할 것이다.

14) 大判 1969.4.29, 68도1780.

15) 大判 1993.6.11, 93도1054; 大判 1994.10.14, 94도2130.

또한 수개의 범죄사실 중 일부에 관하여만 자수한 경우에는 그 부분 범죄사실에 대하여만 자수의 효력이 있다.¹⁶⁾

2. 자수의 효력

가. 임의적 감면

1) 일반적 효력

자수에 대하여는 형을 감경하거나 면제할 수 있다.¹⁷⁾ 그러나 재량에 의한 형의 감면사유에 불과하므로 반드시 법원이 자수자에 대하여 형을 감경하거나 면제해야 할 필요는 없다.¹⁸⁾ 그리고 피고인이 검찰의 소환에 따라 자진 출석하여 검사에게 범죄사실에 관하여 자수하였다면, 그 후에 검찰이나 법정에서 자백한 사실의 일부를 부인하였다고 하더라도 일단 발생한 자수의 효력이 소멸하는 것은 아니다.¹⁹⁾ 또한 자수 그 자체는 범죄사실이 아니고 형의 (임의적) 감면사유이기 때문에, 그 범죄사실을 수사기관에 자진신고하면 그로써 그 요건을 구비한다 할 것이므로 피고인의 자수 동기가 투명치 않고, 또 자수 후에 공범을 두둔하였다 하여 그 자수가 효력이 없다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 경합범의 경우에는 일부에 대해서 자수한 때에는 그 자수한 부분에 관해서만 자수의 효력이 발생한다.²⁰⁾

16) 大判 1969.7.22, 69도779; 大判 1994.10.14, 94도2130.

17) 최병각, “자수의 소송법적 효과”, 비교형사법연구 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003, 344면은 구형법이 자수의 효과를 감경사유로 삼았음에 비해, 제정형법이 면제까지도 효력으로 추가한 것은 새로운 민주국가를 세우면서 범죄인에 대하여 보다 관대한 조치를 베풀고 아울러 형벌권 집행의 어려움을 덜려는 취지에서 비롯된 것이라고 평가하고 있다.

18) 大判 1986.5.27, 86도645, 86감도91; 大判 1989.5.9, 89도420; 大判 1991.2.26, 90도2906.

19) 大判 1999.7.9, 99도1695; 大判 2002.8.23, 2002도46.

자수의 이러한 효과와 관련하여 자수감면을 인정하여 이를 정책적으로 권장하는 것은 “... 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”라는 헌법 제12조 제2항²¹⁾의 자기부죄거부의 특권보장에 저촉되지 않는가라는 문제를 제기하기도 한다. 그리고 자백하였다고 하여 형을 감면하고 묵비하였을 때에는 형을 가중하는 것은 묵비권 보장을 형해화시키므로 헌법위반이라고 하는 견해가 있다.²²⁾ 그러나 동 제도는 형사정책적 목적의 달성을 위하여 합리적으로 필요하다고 인정되는 범위에서 자수자에게 일정한 이익을 주는 것에 불과하고, 자수하지 않은 행위 자체를 범죄로 하는 것은 아니다. 그리고 자수가 자백을 강요하는 것도 아니며, 자수를 하지 않았다고 하여 어떠한 특별한 불이익을 부과하는 것 역시 아니므로 헌법위반이라고 볼 수 없다.²³⁾

2) 감경과 면제의 차이점

형을 임의적으로 감경하는 경우와 면제하는 경우의 절차 및 효과는 조금 차이가 있다. 우선 형을 감경하는 경우에는 형법 제53조의 작량감경과의 관계를 언급할 필요가 있을 것이다. 작량감경이란 법률상의 특별한 감경사유가 없더라도 재판과정에서 법원이 정상을 참작할 만한 사유가 있을 때에 임의적으로 그 형을 감경할 수 있는 것을 의미한다. 이때에는 제56조에 의하여 형을 가중하거나 감경할 만한 사유가 경합될 때에는 법률상의 감경을 먼저 한 후에 다시 재판상의 감경, 즉 작량감경이 가능하다. 즉, 판

20) 大判 1969.7.22, 69도779; 大判 1994.10.14, 94도2130.

21) 일본 헌법 제38조 제1항에 해당하는 내용이다.

22) 佐伯, “量刑理由としての自白と否認”, 木村 還曆(下), 985면 참조. 원저에는 자수 감경 또는 형의 감경이라고 기술되어 있으나, 이는 일본 형법상 자수의 효과가 형의 임의적 감경이기 때문이다.

23) 大塚仁/河上和雄/佐藤文哉, 大コンメンタル刑法 第2卷, 東京: 青林書院, 1989, 823면.

례는 형을 가중 감경할 사유가 경합된 경우 가중 감경의 순서를 정하고 있고, 이에 따르면 법률상 감경을 먼저하고 마지막으로 작량감경을 하게 되어 있으므로, 법률상 감경사유가 있을 때에는 작량감경보다 우선하여 하여야 할 것이고, 작량감경은 이와 같은 법률상 감경을 다하고도 그 처단형보다 낮은 형을 선고하고자 할 때에 하는 것이 타당하다고 본다.²⁴⁾

형을 면제하는 경우에는 형면제 판결을 해야 한다. 형면제 판결이란 비록 형을 부과하지는 않지만 유죄판결의 일종이다. 다만 유죄가 인정되는 범죄사실에 관한 피고인의 책임이 거의 없어서, 형벌부과의 필요성조차 인정되지 않는다고 보는 것뿐이다. 그렇다고 하더라도 이는 유죄판결의 일종이므로, 판결할 때에는 판결이유에 범죄된 사실, 증거의 요지와 법령의 적용을 명시하여야 하고, 법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유 또는 형 면제의 이유되는 사실의 진술이 있는 때에는 이에 대한 판단도 명시하여야 한다(형사소송법 제323조). 또한 전과의 대상이 된다.

나. 예외적인 필요적 감면

형법 제52조 제1항에 의하여 행위자의 자수는 원칙적으로 임의적인 감면이라는 효과를 발생시킨다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 자수의 효과를 어느 정도로 할 것인가는 입법정책적인 문제일 뿐이지 논리필연적으로 결정되어지는 것은 아니다. 따라서 개별규정상의 문언을 통하여 자수의 효과를 필요적으로 감경하거나 면제하는 것은 언제든지 가능하다. 다만 이 경우에는 자수의 두 가지 입법취지의 측면인 비난가능성과 오판방지 양자 중에서 어느 쪽을 얼마나 중시하는가 또는 양자를 동등하게 고려하는가 등을 숙고하여 결정해야 할 것이다.

형법상으로도 자수의 경우 형을 필요적으로 감면하는 경우가 있다. 이

24) 大判 1991.6.11, 91도985; 大判 1994.3.8, 93도3608.

는 각칙상 개별적으로 규정되어 있는데, 크게는 두 가지 종류로 나누는 것이 가능하다. 첫째, 비난가능성이 약하다는 면에 중심을 둔 경우로서, 행위자가 자신이 의도한 범죄행위의 실행착수 이전에 행위를 중지하고 자수한 때이다. 이때에는 범죄를 스스로 뉘우치고 이를 포기하였다는 점에서 비난가능성이 약하다. 이미 범죄의 실행에 착수한 이후에 중지한 때에는 중지미수에 해당한다. 따라서 행위자가 자의로 실행에 착수한 행위를 중지하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지한 때에는 형을 필요적으로 감면한다. 양자를 비교해 볼 때, 실행의 착수 이후 중지한 자에 대하여 형을 필요적으로 감면한다는 점에서 실행의 착수에 나아가지 아니한 자에 대하여 형을 필요적으로 감면하는 것은 형평상 타당성을 가진다. 실행 착수 이전에 자수한 경우는 특별히 예비나 음모행위에 대하여 별도의 처벌규정을 둔 경우에 한정된다. 실행의 착수 이전의 행위는 원칙적으로 불가벌이기 때문이다. 즉, 형법 제28조는 범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다고 규정하여 예비와 음모의 불처벌을 원칙으로 하고 있다. 다만 실행행위가 중대한 범죄에 해당하는 때에만 각칙상 예외적으로 예비 또는 음모행위를 벌하는 규정을 두고 있는 것이다.

둘째, 오판을 방지하기 위한 목적으로 형을 필요적으로 감면하는 경우이다. 대표적으로 위증죄나 허위감정·통역죄 또는 무고죄 등이 있다. 이러한 행위들은 허위진술에 의하여 법원 또는 심판기관의 진실발견 또는 정당한 판단을 위태롭게 한다는 점에 불법이 있기 때문에, 판단이 종료되기 전에 자수한 때에는 진실발견 또는 정당한 판단을 해할 위험이 없어진다는 점에서 입법정책적으로 필요적 감면을 한다. 앞선 자수의 필요적 감면이 실행행위가 착수에 이르지 아니할 것을 요건으로 하는 반면 여기에서는 실행행위가 착수의 시기를 넘어서 종료된 이후에도 사법작용에 관한 방해가 제거되면 자수의 혜택을 받을 수 있게 된다.

IV. 자수규정의 검토

1. 형법상 필요적 감면

형법상 자수의 필요적 감면은 입법정책적으로 결정된다. 현행 형법상으로는 앞서 살펴본 바와 같이 비난가능성이 현저히 약하거나 또는 오판의 방지라는 목적 하에 자수시 형을 필요적으로 감면하는 규정을 두고 있다. 이를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 비난가능성의 측면에서 형을 필요적으로 감면하는 경우이다. 국가적 법익을보호하고자 하는 규정들 중에서 제90조는 내란죄 또는 내란목적의 살인죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모하거나 선동 또는 선전한 자가 목적한 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에 필요적으로 감면한다. 그리고 제101조는 외환의 죄의 장에 속하는 제92조 내지 제99조, 외환유치죄, 여적죄, 모병이적죄, 시설제공이적죄, 시설파괴이적죄, 물건제공이적죄, 간첩죄, 일반이적죄 등을 범할 목적으로 예비, 음모, 선동 또는 선전한 자가 그 목적한 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에 필요적으로 감경 또는 면제한다. 외국에 대하여 사전하고자 목적한 자도 그 목적한 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 경우 또한 같다(제111조 제3항 단서).

사회적 법익을 침해하는 범죄 중에서는 제120조가 폭발물사용죄를 범할 목적으로 예비, 음모, 선동한 자가 그 목적한 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에 그 형을 감경 또는 면제한다. 현주건조물방화죄, 공용건조물방화죄, 일반건조물방화죄, 폭발성물건파열죄, 가스·전기 등 방류죄 및 공급 방해죄 등을 범한 자가 그 목적한 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에도 또한 같다(제175조 단서). 행사할 목적으로 통용하는 대한민국 또는 내국에서 통용하는 외국 내지 외국에서 통용하는 외국화폐, 지폐 또는 은행

권을 위조하거나 변조하고자 목적인 자가 그 실행에 이르기 전에 자수한 때에도 그 형을 감면하거나 면제한다(제213조 단서).

둘째, 오판방지의 목적으로 형을 필요적으로 감면하는 경우이다. 제153조는 위증죄 또는 모해위증죄를 범한 자가 그 공술한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자수한 때에 필요적으로 형을 감경하거나 면제한다. 제154조 역시 법률에 의하여 선서한 감정인, 통역인 또는 번역인이 허위감정, 통역 또는 번역죄를 범한 때에 그 공술한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자수한 때 또한 같다고 규정하고 있다. 제157조 또한 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 무고한 자가 그 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자수한 때에도 형을 필요적으로 감면하도록 하고 있다.

2. 특별법상 임의적 감면

원칙적으로 형법범을 포함한 모든 형사범죄는 형법 제52조 제1항에 의하여 자수한 자에 대하여 임의적으로 형을 감경하거나 면제하는 것이 원칙이다. 그러므로 특별법상 임의적 자수감면 규정은 적용에 있어서 특별한 의미가 있는 것은 아니다. 따라서 특별법상의 자수규정들 중에서 “그 형을 감경 또는 면제할 수 있다”고 한 경우에는 형법상의 일반원칙에 대한 선언적이고 주의적인 역할을 할 뿐이라고 보아야 할 것이다.

구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 남북교류 협력에 관한 법률 제29조는 특정범죄²⁵⁾를 범한 자가 자수한 때에는 형을 감경 또는 면제할 수 있

25) 임의적 감면이 가능한 범죄는 제27조 제1항이다. 동조에 의하면 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2005.5.31>

1. 제9조제1항의 규정에 의한 증명서를 발급받지 아니하고 남한과 북한을 왕래한 자
2. 제13조의 규정에 의한 승인을 얻지 아니하고 물품을 반출 또는 반입한 자
3. 제17조제1항의 규정에 의한 승인을 얻지 아니하고 협력 사업을 시행한 자

다고 규정하고 있다. 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제26조는 동법상의 범죄, 즉 성매매, 성매매알선, 성매매목적 인신매매 등을 범한 자가 수사기관에 신고하거나 자수한 때에는 임의적으로 형을 감경할 수 있다. 동법상으로는 자수 이외에 수사기관에 신고한 때를 추가하고 있지만 이는 자수의 의미와 동일하다고 보아야 할 것이다. 밀항단속법 역시 제6조에서 밀항 또는 인선, 이기한 자로서 재외공관에 자수 또는 귀환하였거나 밀항 또는 이선·이기에 착수하였다가 관계수사기관이나 당해 선장 또는 기타 책임자에게 자수한 자에게 형을 임의적으로 감경한다. 항공안전 및 보안에 관한 법률 제40조는 항공기납치 이른바 하이재킹(hijacking)²⁶⁾을 규정하면서 제4항에서 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 자에 대하여 형을 임의적으로 감면하도록 하고 있다.

특히 지적재산권과 관련된 법률 내에서 위증, 허위감정 등에 대하여 선서한 증인이나 감정인 또는 통역인이 특허심판원에 대하여 허위진술이나 감정 또는 통역죄 등을 범한 후에 그 사건확정전에 자수한 경우 임의적

4. 사위 기타 부정한 방법으로 제9조제1항의 규정에 의한 증명서를 발급받거나 제13조 또는 제17조의 규정에 의한 승인을 얻은 자

5. 제20조제1항의 규정에 의한 승인을 얻지 아니하고 남한과 북한 간에 선박·항공기·철도차량 또는 자동차등을 운행한 자

26) 항공기납치의 경우에는 특히 형사사건 재판관할권의 문제가 발생한다. 이에 대한 국제적 논의로는 1963년 도쿄에서 체결된 ‘항공기 내에서 행해진 범죄 기타 어떤 종류의 행위에 관한 조약’ 및 1971년 12월 네덜란드의 헤이그에서 체결된 ‘항공기 불법탈취 방지에 관한 조약’이 있다. 특히 항공기 불법탈취에 관한 국제협약에는 각 체약국이 항공기 탈취범에 대하여 중벌에 처할 것을 의무화하고 있다. 재판권에 관해서는 항공기의 등록국, 항공기가 임대된 임대인의 본국, 항공기가 용의자를 태운 채 착륙한 나라를 지정하기로 되어 있고 용의자가 영역 내에 체재하고 있는 체약국에서는 이들 3국에 용의자를 인도하거나 자국에서 소추(訴追)하는 조치를 취하되, 하이재킹의 중대성에 비추어 용의자의 주관적인 의도에 관계없이 사적(私的) 목적이든 정치적 목적이든 간에 어떠한 예외도 없이 기소 또는 인도를 이행하도록 규정하고 있다. 우리나라 역시 제4조에서 기국주의를, 제2조에서 속지주의를 채택하고 있으므로, 항공기의 등록국이 우리나라인 경우, 임대된 경우에는 임대인이 우리나라 사람인 경우, 그리고 범행행위지로서 용의자를 태운 채 착륙한 우리나라에 착륙한 경우에는 항공기납치죄에 대하여 내·외국인을 불문하고 우리 형법으로 처벌이 가능하다.

감정 또는 면제의 대상으로 한다. 예컨대 디자인보호법은 제83조 제2항에서 동법에 의하여 선서한 증인이나 감정인 또는 통역인이 특허심판원에 대하여 허위진술이나 감정 또는 통역을 한 후 그 사건의 디자인등록여부 결정·디자인무심사등록이의결정 또는 심결의 확정 전에 자수한 때에는 그 형을 감정 또는 면제할 수 있다고 규정한다. 상표법 제94조 제2항 역시 이와 동일하게 상표등록여부결정 또는 심결의 확정 전에 자수한 자에 대하여 형을 임의적으로 감면하며, 실용신안법 제79조 제2항도 그 사건의 실용신안등록이의신청에 대한 결정 또는 심판에 대한 심결의 확정 전에 자수한 자에 대하여 동일한 효과를 부여한다. 특허법 또한 동 사건의 특허이의신청에 대한 결정 또는 심결의 확정 전에 자수한 때에 임의적으로 형을 감면한다. 지적재산권법에 속하는 종자산업법에서도 선서한 증인이나 감정인 또는 통역인이 심판위원회에 대하여 허위의 진술·감정 또는 통역을 하였다가 그 사건의 사정 또는 심결의 확정 전에 자수한 때에 형을 임의적으로 감정 또는 면제한다.

3. 특별법상 필요적 감면

형법 이외에도 특별법상 자수의 효과로서 형의 필요적 감면을 규정한 경우가 있다. 먼저 공직선거법은 제262조에 자수자에 대한 특례규정을 두면서 매수 및 이해유도죄(제230조 제1항), 재산상 이익목적의 매수 및 이해유도죄(제231조 제1항), 기부행위 금지제한 등 위반죄(제257조 제2항)를 위반한 자 중 금전, 물품 기타 이익 등을 받거나 받기로 승낙한 자가 자수한 때에는 그 형을 감정 또는 면제한다고 규정한다. 군사기밀보호법 제19조 역시 동법에 규정된 죄를 범한 자가 자수한 때 형을 필요적을 감면한다. 그 외에도 균형법 제8조, 제16조 및 제76조는 특정한 범죄²⁷⁾의 실행전 자수에 대하여 형을 감정 또는 면제한다. 여신전문금융업법 제70조 제6항에

서도 신용카드 등을 위조 또는 변조하고자 하는 자가 그 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 형을 감경 또는 면제한다. 의문사 진상규명에 관한 특별법 제33조는 앞선 경우와는 달리 실행의 착수이전이라는 시간적인 제한을 두지 않고 의문사와 관련하여 죄를 범한 자가 자수한 때에는 필요적으로 형을 감면한다. 그 외에도 국가보안법 제16조는 동법상의 죄를 범한 자가 자수한 경우 또는 동법상의 죄를 범한 자가 동법상의 죄를 범한 타인을 고발한 경우이거나 동법상의 죄를 범한 자가 타인이 동법상의 죄를 범하는 것을 방해한 때에도 형을 필요적으로 감경하거나 면제한다.

4. 특별법상 필요적 면제

자수의 효과로서 형을 필요적으로 면제하게 된다면 입법재량권으로서 재판권을 침해하는 결과가 초래되므로, 이는 매우 신중히 선택해야 할 방법이다. 현행법상으로는 유일하게 지방교육자치에 관한 법률에서 자수시형의 필요적 면제를 규정하고 있다. 지방교육자치에 관한 법률 제161조는 매수 및 이해유도죄(제141조 제1항) 또는 기부행위 지시 등 죄(제160조 제2항) 규정을 위반한 자 중 금품·물품 기타 이익을 받거나 받기로 승낙한 자가 자수한 때에는 그 형을 면제한다. 동 조항은 2000년 1월 28일 법률 제6216호로 동법이 전문개정되면서 새로 도입된 규정이다. 그 전에는 제55조 및 제56조 등에서 매수 및 이해유도죄를 처벌하였지만, 자수에 대한 특별한 내용이 없었으므로 형의 임의적 감면대상이었다. 그러다가 2000년 제161조의 도입으로 인하여 자수시 형을 필요적으로 면제하게 되었다.

27) 제8조는 제5조(반란죄) 및 제6조(반란목적 군용물탈취죄)에 대하여, 제16조는 이적죄로서 제11조(군대 및 군용시설제공죄), 제12조(군용시설등 파괴죄), 제13조(간첩죄), 제14조(일반이적죄)에 대하여, 그리고 제76조는 제66조(군용시설등에의 방화죄), 제67조(노적군용물등의 방화죄), 제68조(폭발물파열죄), 제69조(군용시설 등 손괴죄), 제71조(합선·항공기 복물손괴죄)에 대하여 예비, 음모 또는 선전, 선동죄를 규정하면서 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 자에 대하여 형을 감경 또는 면제한다.

V. 자수규정의 문제점

1. 형의 필요적 면제와 법원의 재판권

지방교육자치에 관한 법률 제161조는 앞서 살펴본 바와 같이 자수의 효력으로서 형을 필요적으로 면제하도록 규정하고 있다. 그 외에도 과거 공직선거 및 선거부정방지법(이하 “공직선거법”)은 1994년 3월 16일 법률 제 4739호로 제정될 당시부터 제262조상 제230조(매묵 및 이해유도죄)제1항·제231조(재산상의 이익목적의 매수 및 이해유도죄)제1항 및 제257조(기부행위의 금지제한 등 위반죄) 제1항의 규정에 위반한 자중 금전·물품 기타 이익 등을 받거나 받기로 승낙한 자(후보자과 그 가족·선거사무장·선거연락소장·선거사무원·회계책임자·연설회·참관인·정당의 간부 또는 사위의 방법으로 이익 등을 받거나 받기로 승낙한 자를 제외한다)가 자수한 때에는 그 형을 면제한다고 하여 자수시 필요적 형면제규정을 두었다. 그러다가 2000년 2월 16일 현재와 같이 자수시에 형을 필요적으로 감경하거나 면제하도록 개정하였다.

특이한 사항은 2000년 1월에 지방교육자치에 관한 법률상으로는 자수의 필요적 면제규정을 도입하면서, 동년 2월에는 공직선거법상의 형의 필요적 면제규정을 삭제하였다는 점이다. 공직선거법은 자수의 필요적 면제를 필요적 감경 또는 면제로 개정한 사유를 명백히 밝히고 있지는 않다. 그러나 두 법률상 공통적으로 매수 또는 이해유도죄나 기부행위에 관련한 규정을 위반한 자 중에서 금전·물품 기타 이익 등을 받거나 받기로 승낙한 자의 자수에 대하여 규정하고 있다는 점을 주목할 필요가 있을 것이다.

과거 공직선거법상 자수의 필요적 면제규정에 대하여 대법원은 금품이나 이익 등의 수수에 의한 선거부정관련 범죄유형은 당사자 사이에 은밀

히 이루어져 그 범행발견이 어렵다는 점을 고려하여 금품 등을 제공받은 사람으로 하여금 사실상 신고를 하도록 유도함으로써 금품 등의 제공자를 효과적으로 처벌하려는데 그 입법취지가 있다고 보았다.²⁸⁾ 그러나 제정당 시부터 자수의 효과로서 형을 필요적으로 면제하였던 공직선거법상의 매수 및 이해유도죄 등의 자수에 관하여도 2000년 법률개정을 통하여 형을 필요적으로 감경하거나 면제하는 방향으로 태도를 바꾸었다.

이는 입법취지가 바뀐 것이라기보다는 법원의 재판권을 고려한 것으로 보여 진다. 즉, 자수의 효과로서 형을 감면하는 정도는 입법취지에 따라 달라지지만, 입법취지 또한 형사정책적인 목적 하나만을 고려해서는 안 되고, 수사 및 사법기관의 권한과 국가형벌권 등을 참작하여야 할 것이다. 그런데 자수의 효과를 형의 필요적 면제로 한다면 법률상으로는 범죄의 구성요건요소를 규정하되 자수한 자는 그 형벌필요성 및 예방목적 필요성이 영(無)에 가까운 것이 아닌 영(無)이라고 입법하는 것으로서, 법원에게 구성요건에 해당하는 행위인 범죄사실의 유무만 판단하고 그 이외의 판단은 배제하도록 하는 결과를 초래한다.

따라서 자수의 효과로서 법원에게 형을 완전히 면제해야 할 의무를 부과하는 것은 입법권과 사법권의 관계, 법원의 재판권 등을 고려할 때에 타당한 방법은 아니다. 즉, 법원에게 사실관계의 판단권만을 부여하고, 실질적으로 행위에 대한 가치판단을 불가능하게 하는 상황은 피해야 할 것이다. 유죄이되 형을 반드시 면제해야 한다면 유죄의 효력은 장래 범죄의 누범 및 양형을 판단함에 있어서 전과사실유무에만 영향을 미치고, 실질적으로는 무죄와 다름없다. 그런데 한편으로 자수시 형을 필요적으로 면제하는 원인이 행위의 비난가능성 및 장래 범죄예방의 필요성이 영에 이르기 때문이라면 실질과 원인이 서로 양립하기 어렵다. 즉, 전과여부는 장래 범죄판

28) 大判 1997.3.20, 96도1167.

단에 있어서 누범판단의 기초가 되지만, 자수시 형의 필요적 면제는 장래 범죄예방의 필요성이 영이 이른다는 것을 하나의 이유로 삼기 때문이다.

2. 고발의 효과로서 형의 필요적 감면

국가보안법 제16조는 형의 필요적 감경 또는 면제해야 하는 경우를 예정하고 있다. 국가보안법은 동법상의 죄를 범한 자가 자수한 경우에만 형을 필요적으로 감면하는 것이 아니라, 동법상의 죄를 범한 자가 동법상의 죄를 범한 타인을 고발한 경우이거나 동법상의 죄를 범한 자가 타인이 동법상의 죄를 범하는 것을 방해한 때에도 형을 필요적으로 감경하거나 면제한다. 즉, 범죄실행자가 자신의 행위를 신고하는 경우뿐만 아니라 타인의 범죄를 고발한 경우에도 필요적으로 감면하게 된다. 또한 범죄실행자가 타인의 범죄행위를 방해한 것만으로도 형을 필요적으로 감경받거나 면제받을 수 있다.

일반적으로 고발이란 고소권자와 범인 이외의 사람이 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 그 소추를 구하는 의사표시이다.²⁹⁾ 따라서 고발은 누구든지 할 수 있으며, 수사의 단서가 된다는 점 이외에 예외적으로 특정범죄에 대하여 소송조건이 될 수도 있다는 점에서만 그 의의를 가진다. 예컨대 전속고발제도가 그것이다. 그런데 국가보안법은 국가의 안전을 보장하고 자유민주적 기본질서의 파괴에 대처하고자 하는데 주된 목적이 있다.³⁰⁾ 국가의 존립을 저해하는 행위를 대상으로 한다는 점에서, 입법정책상 국가보안법 위반자가 자발적으로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신

29) 이재상, 형사소송법, 198면.

30) 憲裁決 1990.4.2, 89헌가113. 동 결정은 국가보안법의 존립과 헌법정신의 양립성에 관한 숙고를 담고 있다. 현재까지 지속되고 있는 국가보안법의 존폐에 대하여, 형법상의 내란죄나 외환죄가 고전적이라는 점에서 오늘날 우리가 처한 국가의 자기안전 및 방어에는 다소 미흡한 반면, 국가보안법은 완전폐기에서 오는 국가적 불이익이 폐기함으로써 오는 이익보다 이익형량상 더 클 것이라고 판단하고 있다.

고하여 소추를 구하는 경우뿐만 아니라 타인의 범죄를 신고하는 고발에 있어서도 특혜를 주고 있는 것이다. 다만 타인의 범죄행위를 신고함으로써 스스로 신고하지 아니한 자신의 범죄행위에 대하여 필요적으로 형의 감경뿐만 아니라 면제까지도 받을 수 있다는 점이 형평상 타당한지 의문이다.

물론 고발은 범죄의 수사 및 범인의 처벌을 용이하게 하여 국가의 형사소송절차에 소요되는 노력과 비용을 줄일 수 있다는 점에서 고발자에 대하여 혜택을 부여하는 것이 가능할 수 있다. 그러나 자신의 범죄사실을 신고하는 자수가 이에 추가하여 능동적인 후회 또는 개전의 정의 표시로서 약한 비난가능성을 염두에 두고 있다는 점을 고려해 볼 때, 후자의 요소가 전혀 없는 고발에 대하여도 동일한 형의 필요적 감면을 규정하고 있는 것은 형평성에 의문이 제기된다. 또한 원칙적으로 고발이 누구든지 행할 수 있는 일반적인 수사단서에 불과함에도 불구하고, 비범죄자가 행한 고발에 대하여는 아무런 혜택이 없는 반면, 범죄자가 타인의 범죄를 고발한 때에는 그 대가로서 범죄자 자신이 행한 범죄에 대하여 형을 필요적으로 면제까지 해 주어야 한다는 점은 결과적으로 형감면이라는 혜택을 미끼로 타인의 범죄고발을 유도한다는 비난을 면치 못할 것이다. 이는 범죄자가 타인의 범죄를 방해한 때의 효과에 있어서도 또한 같다.

규정의 필요성이 입법정책 또는 형사정책상의 목적에 기반을 두고 있다고 하더라도 이와 같은 정책적 목적은 자수와 고발의 차이, 비범죄자와 범죄자의 고발의 차이 등을 감안하여 목적에 부합하는 효과를 부여하여야 할 것이다. 범죄와 관련하여 입법기준은 입법권자의 형성의 자유에 속하는 문제로서, 그 입법형성이 입법재량의 한계를 명백히 벗어난 것이 아닌 한 헌법위반이라고 할 수 없다.³¹⁾ 따라서 고발의 효과를 형의 필요적 감면으로 한다고 하더라도 이를 입법권자의 입법재량의 한계를 명백히 벗어난 것이라고 할 수는 없을 것이다. 그러나 이러한 판단은 헌법의 테두리 내에

31) 憲裁決 1997.8.21, 93헌바60.

포섭될 수 있는가, 명백한 헌법위반인가라는 최후의 판단기준이다. 따라서 국가안보를 저해하는 자를 고발하는 국가보안법 위반 범죄자에 대하여 입법정책적으로 혜택을 부여하되, 법관의 양형판단재량권을 존중하는 범위 내에서 그 혜택의 범위가 결정되어지는 것이 바람직할 것이다.

3. 위증죄 자수의 효과 - 형의 필요적 감면과 임의적 감면

위증죄와 관련하여 지적재산권과 관련된 법률은 자수의 효과로서 형의 임의적 감면을 규정한 경우가 대부분이다. 예컨대, 디자인보호법 제83조 제2항, 상표법 제94조 제2항, 실용신안법 제79조 제2항, 종자산업법 제170조 제2항, 특허법 제226조 제2항 등은 각각의 법에 규정에 의하여 선서한 증인, 감정인 또는 통역인이 특허심판원에 대하여 허위의 진술·감정 또는 통역을 하여 위증 등의 죄를 범한 자가 그 사건의 결정 또는 심결의 확정 전에 자수한 때에는 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 형의 임의적 감면 규정을 두고 있다.

그런데 동 규정들은 형법상의 위증죄가 필요적 감면(제153조)인 점에 비추어 임의적 감면으로 규정하였다는 점에서 의문이 제기된다. 형법상의 위증죄는 법률에 의한 선서를 한 증인일 것을 요한다. 그리고 여기에서 법률이란 형사소송뿐만 아니라 민사소송,³²⁾ 비송사건,³³⁾ 징계사건³⁴⁾ 및 특허사건³⁵⁾ 등을 포함한다. 따라서 특허사건에서 특허심판원³⁶⁾도 여기에 포함

32) 민사소송법 제319조 이하.

33) 비송사건절차법 제10조.

34) 법관징계법 제22조 및 검사징계법 제26조.

35) 특허법 제226조.

36) 1998년 3월 1일, 특허법원의 개원과 함께 종전의 심판소와 항고심판소의 이원적 구조를 일원화해 출범한 합의체 심판기관이다. 직접 심판업무를 담당하는 상표심판부(제1~4부), 의장·상표심판부(제5~7부), 특허·실용신안심판부(제8~13부)와 행정사무를 총괄하는 심판행정실로 구성되어 있으며, 심판관은 3인 합의체로 이루어진다. 상급법원으로 특허심결취소소송을 담당하는 특허법원, 상고심을 담당하는 대법원이 있다.

된다.³⁷⁾ 즉, 특허심판에 있어서는 특허심판원이 1심의 역할을 하기 때문에, 지적재산권과 관련하여 특허청장 소속하에 특허심판원을 두고 특허·실용신안·디자인 및 상표에 관한 심판과 재심 및 이에 관한 조사·연구에 관한 사무를 관장한다.³⁸⁾ 그리고 형법상의 위증죄의 요건인 법률에 의한 선서는 법률에 규정된 절차에 따라 유효하게 선서를 하게 할 권한 있는 기관에 대하여 한 것이어야 한다.

그 결과 특허심판원은 법률에 의하여 선서를 하게 할 권한이 있으므로 원칙적으로 특허심판원에서의 위증에도 형법상의 위증죄를 적용할 수 있다. 그럼에도 불구하고 지적재산권과 관련한 특별법들에서 위증죄를 규정하고 있기 때문에 특별법 우선의 원칙에 따라 개별적인 지적재산관련 법률상의 위증죄가 적용되는 것이 타당하다.

문제는 형법상의 위증죄의 자수는 형의 필요적 감면을, 특별법상의 위증죄의 자수는 형의 임의적 감면을 규정하고 있다는 점이다.

그렇다면 자수특례규정도 특별법우선의 원칙에 따라 특별법들을 적용하여 임의적 자수 감면을 해야 할 것인가? 이는 형법적용과 관련된 사안에서 피고인에게 불리하게 적용하는 결과를 초래한다. 그러나 입법자가 특별법 제정당시 이러한 결과를 의도한 것은 아닐 것이다. 즉, 일반 형법범이나 다른 형사범죄자들에게는 위증죄의 자수에 대하여 필요적으로 형을 감면하지만, 지적재산권 관련 위증행위에 대하여는 더욱 무겁게 처벌하고자 하는 취지로서 형의 임의적 감면을 규정한 것은 아니라고 보여 진다. 여기에서 입법체계상의 모순점이 발견되지만, 결과적으로 피고인에게 유리한 방향으로 해석하는 것이 죄형법정주의 원칙상 타당할 것이다.

그 결과 디자인보호법 제83조 제1항, 상표법 제94조 제1항, 실용신안법

37) 박상기, 형법각론, 684면; 오영근, 형법각론, 1125면; 이재상, 형법각론, 775면; 정성근/박광민, 형법각론, 820면.

38) 특허법 제132조의2.

제79조 제1항, 종자산업법 제170조 제1항, 특허법 제226조 제1항 규정에 의하여 선서한 증인, 감정인 또는 통역인이 특허심판원에 대하여 허위의 진술·감정 또는 통역을 하여 위증 등의 죄를 범한 자는, 형법상의 위증죄와 관련된 특별법 우선의 원칙에 의하여 각 특별법상의 위증죄로서 위의 법조가 적용된다. 그러나 자수와 관련하여서는 각 특별법상의 임의적 감면 규정이 적용되지 않고 형법상의 위증죄에 관한 자수특례로서 형법 제153조가 적용되어 필요적 감면이 된다고 봄이 타당할 것이다.

4. 개인적 법익침해범죄의 자수와 국가 형벌권

형법은 자수의 효력에 대하여 임의적 감면을 원칙으로 하면서 특정한 국가적 법익이나 사회적 법익에 관한 범죄에 대하여는 필요적 감면규정을 두고 있다. 즉, 개인적 법익을 침해하는 범죄에 대하여는 자수의 필요적 감면규정을 두고 있지 않다. 개인적 법익에 관한 죄 중에서도 살인죄나 강도죄 등 죄질이 중한 범죄들은 예비나 음모행위를 처벌하지만 실행착수 전에 자수한 자에 대하여 별도의 감면규정을 두지 않는다. 이와 같이 개인적 법익을 보호하는 범죄에 관하여는 자수의 효과로서 형의 필요적 감면규정을 별도로 두지 않은 특별한 이유가 존재하는가?

사회적 법익에 대한 죄란 인간의 공동생활의 기초가 되는 사회생활, 즉 공동체로서의 사회 속에서 요구되는 질서와 평온을 유지하기 위한 규정들이다. 그리고 국가적 법익에 대한 죄란 국가의 존립과 기능을 보호하기 위한 규정들이라고 할 수 있다. 이와 같은 보호법익들은 오히려 사회나 국가의 기능을 보호하기 위한 법익들이므로 국가형벌권의 발동에 있어서 그 근거가 명확해진다. 즉, 국가의 형벌권발동은 국가가 개인, 여기에서는 범죄행위자라는 지위를 가진 국민의 기본권을 침해하는데 있어서 정당성을

확보하는데 용이하다. 그러한 점에서도 추상적으로 모든 구성원들이 공유하는 사회적 법익이나 국가가 보유하는 법익을 침해하는 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권의 발동하는 것은 타당성을 가진다.

그런데 자수라는 제도를 통해서도 국가형벌권이라는 공권력의 발동을 자제하는 효과가 발생한다. 따라서 오히려 사적인 영역에 속하는 개인적 법익을 침해하는 범죄에 대하여 국가의 공권력 발동을 축소하는 것이 타당성을 가질 수 있다. 즉, 국가와 사회에 관한 법익을 침해하는 행위보다는 개인 대 개인의 관계에서 발생하는 행위에 대하여 자수의 경우 형을 필요적으로 면제해 주고, 당사자 간의 사적인 관계로서 해결을 하도록 유도하는 것이 더 합리적일 수 있다는 점이다.

5. 형법상 자수 효력의 형평성

앞서 살펴본 바와 같이 사회적 법익 및 국가적 법익을 침해하는 범죄규정들에서는 자수시 형을 필요적으로 감면하는 경우가 있다. 그런데 형을 필요적으로 감면하는 규정과 그렇지 않은 임의적 감면대상이 되는 규정들 사이의 형평성이라는 점에서는 다소 의문이 드는 규정들이 있다.

첫째, 방화의 죄와 일수의 죄는 전자가 화재를 통하여, 그리고 후자는 수해를 통하여 공공의 안전을 해하는 것을 내용으로 하는 범죄이다. 따라서 공공의 평온을 보호법익으로 하는 공공위험죄라는 점에서 방화죄와 일수죄는 그 본질을 같이한다.³⁹⁾ 그런데 방화죄 중에서 제175조 단서는 현주건조물등 방화죄, 공용건조물등 방화죄, 일반건조물등 방화죄, 폭발성물건파열죄 등에 대하여 그 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 형을 필요적으로 감경 또는 면제하도록 하고 있다. 반면 일수죄 중 제183

39) 김일수/서보학, 형법각론, 586면; 박상기, 형법각론, 483면; 배종대, 형법각론, 606면; 이재상, 형법각론, 520면.

조는 현주건조물등 일수죄, 공용건조물등 일수죄, 일반건조물등 일수죄에 대하여 예비 또는 음모한 자에 대한 처벌만을 규정하고, 자수시 필요적 감면규정은 두고 있지 않다. 양자가 공공위험죄로서 그 본질을 같이 한다면 형평상 일수죄의 예비 또는 음모자에 대하여도 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 방화의 죄와 같이 형을 필요적으로 감면하는 것이 타당할 것이다.

둘째, 통화에 관한 죄와 유가증권에 관한 죄는 경제활동의 수단으로 이용되는 통화와 유가증권에 대한 거래상의 안전과 신용을 보호법익으로 한다. 물론 통화에 관한 죄에 관하여는 국가의 화폐주권과 통화의 사회적 신용 및 개인적 법익으로서의 재산상태의 위험을 모두 보호법익으로 보는 견해도 있지만⁴⁰⁾ 독일⁴¹⁾ 및 우리나라의 다수설⁴²⁾은 사회적 법익으로서 통화에 대한 거래의 안전과 신용이라고 본다. 다만 양자는 유통성에 있어서 차이가 있다. 통화는 유통성을 전제로 하지만 유가증권은 재산권이 화체되어 있는지가 판단의 기준이므로 유통성은 유가증권의 요건이 될 수 없다.⁴³⁾

그러나 양자는 본질적으로 사회적 법익으로서 경제활동에 있어서의 공공의 신용과 거래의 안전을 보호하고자 하고 있으며, 그 보호의 정도에 있어서도 추상적 위험범으로써 결과발생을 요하지 않고 공공의 위험만 인정되면 범죄가 성립한다. 또한 양자는 문서의 일종으로 문서에 관한 죄의 성격을 가지고 있지만, 이에 대한 특별법으로서의 역할을 하기 때문에 형법상의 편제에 있어서도 문서에 관한 죄의 앞장에 제18장에서 통화에 관한 죄를, 제19장에서 유가증권에 관한 죄를 두고 있다.

40) 황산덕, 형법각론, 120면.

41) Lackner/Kühl, §146 Rn. 1; Sch/Sch/Stree/Sternberg-Lieben §146 Rn. 1; Tröndle/Fischer vor §146 Rn. 2; Wessels/Hettinger Rn. 920.

42) 김성천/김형준, 형법각론, 649면; 김일수/서보학, 형법각론, 670면; 박상기, 형법각론, 493면; 손동권, 형법각론, 511면; 이재상, 형법각론,

43) 김일수/서보학, 형법각론, 692면; 박상기, 형법각론, 504면; 오영근, 형법각론, 799면; 이재상, 형법각론, 551면; 정성근/박광민, 형법각론, 630면.

그런데 제213조의 통화위조 등 예비·음모죄는 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 자에 대하여 그 형을 필요적으로 감경 또는 면제하는 반면, 제224조 유가증권 위조 등의 예비·음모죄는 이러한 자수특례규정을 두고 있지 않다. 이에 대하여는 양자가 경제활동을 보호하고자 한다는 점, 통화위조죄 등이 유가증권위조죄 등보다 법정형이 높다는 점, 행위의 유사성 및 보호정도가 동일하다는 점 등을 고려해 볼 때, 자수 규정의 차별화가 타당성이 있는지 의문이다. 오히려 더 중한 통화위조 등 예비·음모죄를 범한 자가 자수한 때에는 형을 필요적으로 감면하고 이보다 경한 유가증권위조 등 예비·음모죄를 목적인 자가 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 일반 범죄와 동일하게 취급하는 것은, 후자가 법정형으로부터 유추되는 비난가능성이 더 적다는 점에서 합리성을 인정하기 어렵다.

VI. 결 론

우리나라에서 자수는 1953년 형법이 제정되기 전부터 존속되어 왔던 제도이다. 그리고 자수제도는 독일이나 일본의 영향에 의한 산물이 아니라고 할 수 있을 만큼 우리 고유의 정서에 바탕을 둔 제도이기도 하다.⁴⁴⁾ 자수는 실행의 착수 여부와 관계없이 또는 실행에 착수하여 행위를 종료한 이후까지 시간적인 제한없이 언제든지 가능하다. 이는 자수의 형 감면 의도가 행위자에 대한 비난가능성의 약화와 오판의 방지에 있기 때문이다. 즉, 자수는 국가의 형사소송절차에 소요되는 노력과 비용을 감소시키고 오판을 방지할 수 있다는 정책적 고려와 함께 행위자가 자신의 범죄에 대하여 능동적인 개선의 정을 표시함으로써 비난가능성이 약하다는 점에서, 스스

44) 최병각, 앞의 논문, 338면-344면은 조선시대에서부터 자수제도가 있었음을 사료를 통하여 논증하고 있다.

로 수사기관에 자신의 범죄사실을 신고하여 그 소추를 구하는 자에게는 그만큼 불법의 세계에서 적법의 세계로 회귀할 수 있는 기회가 주어지는 것이라고 보아야 할 것이다.

현재 형법상 자수에 대하여는 형의 임의적 감면이 원칙이며, 예외적으로 형을 필요적으로 감면하거나 면제하고 있다. 이와 같은 자수의 긍정적인 측면에도 불구하고, 그 효과에 대하여는 앞서 살펴본 바와 같이 여러 가지 문제점이 발견된다. 첫째, 자수의 효과로서 형을 필요적으로 면제하도록 한 규정이다. 지방교육자치에 관한 법률 제161조상의 이와 같은 규정으로 인하여 법원은 사실관계의 확정기능만을 담당하게 되고, 반사적으로 법원의 양형판단에 있어서의 재량권 내지 재판권을 박탈하는 기능을 하기 때문에 신중하게 검토해야 할 것이다. 둘째, 국가보안법상의 형의 필요적 감면규정이다. 동법 제16조는 형을 필요적으로 감면해야 할 대상으로서 자수뿐만 아니라 범죄실행자가 타인의 범죄를 고발하거나 타인의 범죄행위를 방해하는 경우도 예정하고 있다. 동 규정이 입법정책상의 목적을 기반으로 하고 있더라도 자수와 고발의 차이, 비범죄자와 범죄자의 고발의 차이 등을 고려한 해결책을 모색해야 할 것이다. 타인의 범죄행위의 방해로 인하여 자신의 범죄에 대한 형벌을 면하는 것이 타당한지에 대한 검토 또한 요구된다. 셋째, 지적재산권법상의 위증범죄에 있어서 자수의 효력에 관한 문제이다. 형법상 위증죄를 범한 자의 자수는 형을 필요적으로 감면하는 효과를 가져오는 반면, 지적재산권 관련 법규상 위증죄에 있어서는 자수시 형을 임의적으로 감면하게 된다. 그런데 특허심판 등도 원칙적으로 형법상 위증죄의 대상이 되는 결과, 지적재산권법상의 위증죄는 형법의 특별법으로서의 역할을 하게 된다. 그럼에도 불구하고 형법상의 위증죄 자수는 형의 필요적 감면으로, 지적재산권법상의 위증죄의 자수는 형의 임의적 감면으로 하는 것은 입법체계상의 모순을 드러낸다. 따라서 지적재산권법

위반을 한 위증범죄자에게 대하여도 형법과 동일하게 자수시 형을 필요적으로 감면하는 것이 타당할 것이다. 넷째, 국가적 법익 및 사회적 법익을 보호하는 범죄에서는 자수시 형의 필요적 감면규정을 두는 반면 개인적 법익을 보호하는 범죄에는 그러한 규정이 없다는 점이다. 그러나 자수제도를 통해서 국가형벌권이라는 공권력의 발동을 자제하는 효과를 기대할 수 있다면, 오히려 개인간의 사적 해결이 가능한 개인적 법익에서의 공권력발동이 타당성을 얻기 쉬울 것으로 보인다. 다섯째, 형법상 자수시 형을 필요적으로 감면하는 범죄와 그렇지 않은 범죄들간의 자수효력의 형평성 문제이다. 자수시 형을 필요적으로 감면하는 규정들은 그 자체로서 입법상의 타당성을 확보해야 함은 물론, 임의적 감면 대상이 되는 다른 규정들과의 사이에서도 형평성이 입증되어야 할 것이다.

자수의 효과로서 형의 감면은 국가의 시혜적인 차원의 제도이다. 국가 권력의 발동이 시혜적인 측면으로 나타날 때에는 법익침해적인 결과를 초래할 때보다 정당성이나 합리성의 정도가 명확히 요구되지는 않는다고 보는 것이 일반적이다. 따라서 그 만큼 입법권자의 입법재량권도 보다 넓어진다. 그러나 법이 시혜적인 역할을 한다고 하더라도 대상이 되는 법이 본질적으로 국가에 의한 국민의 기본권 침해와 직접적으로 연관된 형법일 경우에는, 입법재량권의 행사에 있어서도 다른 법률들에 비해 명확성 및 타당성이 더욱 요구된다고 보아야 한다. 이러한 점을 고려할 때 현재 산재되어 있는 자수규정에 관하여도 체계적이고 합리적으로 재정비하는 것이 필요할 것이다.

주제어 : 자수, 양형, 국가형벌권, 위증죄, 입법재량권, 법원의 재판권

참고문헌

- 김성천/김형준, 형법각론, 동현출판사, 2000.
- 김일수/서보학, 형법각론(제6판), 박영사, 2004.
- 김일수/서보학, 형법총론(제10판), 박영사, 2004.
- 박상기, 형법각론(제5판), 박영사, 2004.
- 박상기, 형법총론(제6판), 박영사, 2004.
- 배종대, 형법각론(제4판), 홍문사, 2002.
- 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2004.
- 오영근/최종식, “일본개정형법가안에 관한 일고찰”, 형사정책연구 제10권 제1호, 한국형사정책연구원, 1999/봄.
- 오영근, 형법총론(제2판), 대명출판사, 2002.
- 오영근, 형법각론(제2판), 대명출판사, 2003.
- 이재상, 형법총론(제5판), 박영사, 2004.
- 이재상, 형법각론(제5판), 박영사, 2004.
- 이재상, 형사소송법(제6판), 박영사, 2002.
- 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2002.
- 정장오, “형법 제52조 제1항의 자수”, 법조 통권 459권, 법조협회, 1994/12.
- 최병각, “자수의 소송법적 효과”, 비교형사법연구 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003.
- 최병각, “조직범죄수사의 협조자에 대한 양형과 형사면책”, 비교형사법연구 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003.
- 황산덕, 형법각론(제5전정판), 방문사, 1983.
- Creifeld, Carl, Rechtswörterbuch 18 Aufl., München : CH Beck, 2002.
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus, Münchener Kommentar zum

Strafgesetzbuch, Bd 1, München : C.H.Beck, 2003.

Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, 24. Aufl.,
München : C.H.Beck, 2001.

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

Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgezetzbuch, 51. Aufl.,
München : C.H.Beck, 2003.

大塚仁/河上和雄/佐藤文哉, 大コンメンタル刑法 第2卷, 東京 : 青林書院,
1989.

A Study on the Regulations of Self-surrender

Kim, Hye-Kyeong*

The self-surrender made a criminal report his or her crime to investigators voluntarily to ask for prosecution. Article 52-1 of the Criminal Law had a regulation that the court might reduce or exempt punishment at its discretion against the one who made self-surrender. The self-surrender system had political consideration alleviating burden of criminal procedure of the Government, and a criminal was less likely to be blamed because he or she repented his or her behaviour.

The self-surrender regulations of the Criminal Law and special laws had some problems. Firstly, the regulations that exempted punishment as an effect of the self-surrender could deprive the court of the right to judge assessment of a case. Secondly, when necessary, Article 16 of the National Security Law could mitigate and remit punishment even if a criminal might complain or interfere against another criminal who committed crime in accordance with the law. Thirdly, when necessary, the Criminal Law might mitigate and remit punishment against the self-surrender of perjury. However, the Law of Intellectual Property Rights might optionally mitigate and remit punishment against

* Associate Research Fellow, Korean Institute of Criminal Justice Policy, Ph.D. in Law

the self-surrender of perjury. Fourthly, the crimes that protected personal benefit and protection of the law had no extraordinary regulations on the self-surrender. Fifthly, the self-surrender of the Criminal Law had a problem of equity between legal force. The legal force of the self-surrender of a crime might vary depending upon legislative policies. However, if different legal force would be applied to the crime having same purpose and effect, the equity of the legal force might incur suspicion.

The paper examined general conditions and effects of the self-surrender and investigated individual problems as mentioned in the above.

**Keywords : self-surrender, jurisdiction of the court, perjury,
optional mitigation and remission, the Government's
punishment right**

행정제재와 형사제재 병과의 이론과 현실

윤 동 호

형사정책연구 제17권 제1호(통권 제65호, 2006 · 봄호)

한국형사정책연구원

행정제재와 형사제재 병과의 이론과 현실

윤 동 호*

I. 문제제기

불법행위에 대한 제재를 위해 마련된 다양한 법적 수단은 대부분 제재 부과의 근거와 절차의 성질에 따라 크게 민사제재, 행정제재,¹⁾ 형사제재 3가지로 구별할 수 있다. 그런데, 많은 법률을 보면, 하나의 동일한 행위에 대해 서로 다른 종류의 형사제재, 예를 들면 징역과 벌금의 병과(並科)를 명문으로 인정하는 경우도 있지만,²⁾ 행정제재 부과대상행위와 형사제재 부과대상행위가 이른바 ‘상상적 경합’에 놓일 수 있으며, 이 경우에도 예를 들면 과태료와 벌금의 병과가 가능하다. 호적법(일부개정 2005.3.31 제7427호) 제132조 제2항은 ‘제1항의 과태료처분으로 인하여 형사책임을 면하는

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

- 1) 이 글에서 말하는 행정제재는 이른바 행정벌 가운데 행정형벌을 제외한 개념이며, 행정형벌은 형사제재로 분류한다.
- 2) 대표적으로 관세법의 가중처벌규정인 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(일부개정 2005.8.4. 제7678호) 제6조 제6항의 ‘제1항 내지 제5항의 경우에는 일정금액의 벌금을 병과한다’는 규정, 관세법 제275조의 ‘제269조 내지 제271조 및 제274조의 죄를 범한 자는 정상에 의하여 징역과 벌금을 병과할 수 있다’는 규정, 부패방지법 제50조 제2항의 ‘공직자가 업무처리중 알게된 비밀을 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 하는 업무상 비밀이용의 죄에 대해 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금을 부과할 수 있고, 이 경우 징역과 벌금을 병과할 수 있다’는 규정 등을 들 수 있다.

것은 아니다'라고 하여 아예 이 점을 분명히 하고 있다.

‘제재병과정책’이라고 이름을 붙일 수 있는 이러한 범정책은 제재를 가중(加重)하면 그 제재가 실효성이 있을 것이라는 사고에 기초한다. 그 효과를 거두고 있는가의 문제는 제쳐놓고, 이러한 제재병과정책은 정당한 것인가. 한국의 언론에서도 많이 등장했던 O. J. Simpson 사건에서 보듯이 민사제재와 형사제재가 별개의 문제인 것처럼, 행정제재와 형사제재도 그 성질을 달리 한다고 보아야하므로, 하나의 동일한 행위에 대한 두 제재의 병과도 이론적으로 문제가 없는 것인가. 아니면, 이론적으로는 문제가 없다고 본다고 하더라도, 현실적으로는 문제가 있는 것인가. “흔히 향토예비군설치법위반으로 입건된 피의자에게 벌금고지를 하면 피의자가 검사실에 찾아와 이미 동사무소에서 벌금³⁾을 납부하였다는 항의...”⁴⁾는 이제는 다행히 과거의 문제로만⁵⁾ 남게 되었지만, 혹시 이와 비슷한 항의가 새로이 제기되면 현재도 여전히 그냥 지나칠 수밖에 없는가. 만일 그렇게 내버려둘 수 없다면, 그 해결방안은 무엇인가.

아래에서는 하나의 동일한 행위에 대한 행정제재와 형사제재 병과의 현황과 실무를 살펴보고(Ⅱ), 이론적·현실적 문제를 검토·분석하여(Ⅲ과 Ⅳ), 그 해결방안을 제시한다(Ⅴ).

3) 과태료를 뜻하는 것으로 보임.

4) 박영렬, “행정제재와 형벌의 병과-일본의 판례와 학설을 중심으로-”, 해외과건검사연구 논문집 제9집, 법무부, 1993, 266면.

5) 1999. 1. 29. 향토예비군설치법 일부개정(제5704호)에서 그 이전 법(일부개정 1986. 7. 14. 제3853호) 제3조의2의 향토예비군조직대상자의 예비군대원신고의무와 지역예비군대원의 거주지 이동 및 병적 사항 변동시의 신고의무가 폐지되었고, 따라서 이러한 의무의 위반죄(제15조 제6항)는 현행 법률에는 없다.

II. 행정제재와 형사제재 병과의 현황과 실무

1. 현 황

옛 이름이 부동산중개업법(일부개정 2000.1.28. 제6236호)인 ‘공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률’(전문개정 2005.7.29. 제7638호, 시행일 2006.1.30)의 경우, 하나의 동일한 행위에 대해 행정제재와 형사제재가 병과될 수 있다. 이 법 제33조 제3호(옛 법 제15조 제2호)는 부동산 중개업자가 법정수수료 또는 실비를 초과하여 금품을 받는 행위를 금지하고, 이를 어길 경우 시·도지사는 6월의 범위 안에서 공인중개사의 자격을 정지할 수 있고(제36조 제1항 제7호),⁶⁾ 등록관청은 중개사무소의 개설등록을 취소할 수 있으며(제37조 제2항 제9호[옛 법 제22조 제2항 제3호]), 이 밖에도 1년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금을 처할 수도 있다(제49조 제1항 제10호[옛 법 제38조 제2항 제5호]).

음반·비디오물및게임물에관한법률(일부개정 2005.3.31. 제7428호, 시행일 2006.4.1) 제32조 제7호는 ‘노래연습장업자 및 비디오물감상실업자는 주류를 판매·제공하는 행위, 접대부를 고용·알선하는 행위, 율락행위 또는 음란행위를 하게 하거나 이를 알선·제공하는 행위’를 금지하고, 이를 어길 경우 그 영업의 폐쇄명령 또는 등록의 취소처분을 하거나 6월 이내의 기간을 정하여 당해 영업의 정지를 명령할 수도 있고(제39조 제1항 제5호), 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금을 부과할 수도 있다(제50조 제5호). 따라서 이론적으로는 제32조 제7호 위반에 대해 부과될 수 있는 제재의 형태는 다양할 수 있다. 영업폐쇄명령과 형벌부과가 동시에 이루어질 수도 있고, 영업폐쇄명령 후에 형벌부과가 이루어질 수 있으며, 또 이

6) 자격정지제도는 현행 법률에서 신설한 것이다.

것의 거꾸로도 가능하다. 영업정지처분에 갈음하여 3천만원 이하의 과징금이 부과될 수도 있으므로(제40조), 예를 들면, 3천만원의 과징금과 2천만원의 벌금이 동시에 또는 순차로 부과될 수도 있다.

정기간행물 등을 발행하거나 수입한 자가 청소년보호법(일부개정 2005.3.24. 제7423호) 제10조의 심의기준에 저촉된 청소년유해매체물을 제14조·제15조의 규정에 의한 청소년유해표시 또는 포장을 하지 아니하고 당해 청소년유해매체물 결정·고시 전에 유통하였거나 유통 중인 경우, 만일 영리의 목적이 없었다면 이 경우 부과될 수 있는 기본적인 제재는 다음 세 가지이다. 첫째, 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금(제51조 제1호 또는 제2호), 둘째, 시장·군수 또는 구청장의 수거·파기명령(제36조) 또는 시정명령(제37조), 셋째, 청소년위원회의 2천만원 이하의 과징금(제49조 제1항)이다. 만일 이러한 행위로 이익을 취득한 사람이 있다면, 그 사람에 대해서는 이 밖에도 시장·군수 또는 구청장이 1천만원 이하의 과징금을 부과할 수도 있다(제49조 제2항).⁷⁾ 다만, 이 법은 제55조에서 제37조의 규정에 의한 시정명령을 받고 이를 이행한 경우에는, ‘2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금’이라는 법정형을 감경할 수 있도록 하고 있다.

대외무역법(일부개정 2003.9.29. 제6977호)은 원산지가 부정 표시되거나 또는 표시되지 않은 물품 등을 수출 또는 수입하는 행위에 대해 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하고(제55조 제9호), 중대한 과실로 이 죄를 범한 경우에는 2천만원 이하의 벌금에 처하며(제57조), 미수범

7) 제49조 (과징금) ① 청소년위원회는 정기간행물 등을 발행하거나 수입한 자가 제10조의 심의기준에 저촉된 청소년유해매체물을 제14조·제15조의 규정에 의한 청소년유해표시 또는 포장을 하지 아니하고 당해 청소년유해매체물 결정·고시 전에 유통하였거나 유통 중인 때에는 당해 청소년유해매체물을 발행하거나 수입한 자에 대하여 2천만원 이하의 과징금을 부과·징수할 수 있다. ② 시장·군수 또는 구청장은 제50조 또는 제51조 각호의 1에 해당하는 행위로 인하여 이익을 취득한 자에 대하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 1천만원 이하의 과징금을 부과·징수할 수 있다. 다만, 다른 법률의 규정에 의한 영업허가취소·영업소폐쇄·영업정지 또는 과징금부과 등 행정처분의 대상으로서 행정처분이 이루어진 경우 또는 행정처분이 가능한 경우에는 그러하지 아니하다.

도 처벌한다(제56조). 아울러 이러한 경우 산업자원부장관이 시정조치를 명하거나 3천만원 이하의 과징금을 부과할 수도 있다(제39조 제5항).

2. 실 무

가. 대법원

아래에서 보듯이 과태료를 납부한 후에 형사처벌을 하거나 형사처벌을 받은 후에 행정제재를 부과하는 것이 일사부재리원칙에 어긋나는 것은 아니라는 것이 대법원의 일관된 입장이다.

이는 ‘자동차운송사업자가 운행금지처분의 사유가 된 사실로 이미 형사처벌을 받았다고 하여 자동차운수사업법 제31조(現 여객자동차 운수사업법[일부개정 2005.3.31 제7474호] 제76조)에 따른 피고(서울특별시)의 운행금지처분이 일사부재리원칙에 어긋나는 것은 아니라’고 한 자동차운행금지처분무효확인소송사건에서 확인할 수 있다.⁸⁾

또 옛 향토예비군설치법(일부개정 1986.7.14. 제3853호)의 신고의무위반죄(제3조의2, 제15조 제6항)사건에서도 대법원은 과태료를 납부한 후에 형사처벌을 하는 것이 일사부재리원칙에 어긋나지 않는다고 보았다.⁹⁾ 이러한 태도는 거주지를 이전한 후 전입신고를 하지 않아서 주민등록법(일부개정 2004.3.22. 제7201호) 제21조의4 제3항(옛 제20조 제1항)에 근거한 과태료를 납부한 후에 같은 사유로 민방위기본법(일부개정 1988.12.31. 제4056호) 제31조 제2호¹⁰⁾에 근거한 형사처벌을 받은 사건에서도 유지된다.

8) 대법원 1983.6.14. 선고 82누439 판결.

9) 대법원 1988.1.19. 선고 87도2265 판결.

10) 이는 같은 법 제19조 제1항의 민방위대원편성신고의무의 위반죄인데, 1993.12.27. 일부개정(제4608호)에서 과태료(제34조 제1항 제2호)로 전환되었고, 1995.8.4. 일부개정(제4958호)에서는 제19조 제1항의 민방위대원편성신고의무도 폐지되었다.

“일사부재리의 효력은 확정판결이 있을 때에 발생하는 것이고 위의 과태료는 행정법상의 질서벌에 지나지 아니하기 때문이다”는 것이다.¹¹⁾

건물 중 주거용으로 사용할 수 없는 지하층과 옥내주차장을 주거용으로 사용하다가 관할관청으로부터 받은 시정명령을 이행하지 않았다는 이유로 부과된 과태료¹²⁾를 납부함으로써 그 처분이 이미 확정된 사건에서도, 대법원은 ‘이러한 과태료부과처분을 피고인이 관할관청의 허가를 받지 아니한 채 이 사건 건축물의 용도를 변경한 것이라는 요지의 이 사건 공소사실¹³⁾에 대한 확정판결과 동일한 효력이 있다고 볼 수는 없다’고 보았다. “형사소송법은 제326조 제1호에 의하면 확정판결이 있을 때에는 판결로써 면소의 선고를 하도록 규정되어 있는데, 이는 확정판결의 일사부재리(一事不再理)의 효력에 기하여 동일성이 인정되는 범죄사실에 대한 재소(再訴)를 금지하는 데에 그 취지가 있는 것이므로, 여기서 말하는 확정판결에는 정식재판에서 선고된 유죄판결과 무죄의 판결 및 면소의 판결뿐만 아니라, 확정판결과 동일한 효력이 있는 약식명령이나 즉결심판 등이 모두 포함되는 것이지만, 행정벌에 지나지 않는 과태료의 부과처분은 위 확정판결의 범주에 속하지 않는다”는 것이다.¹⁴⁾

옛 자동차관리법(일부개정 1995.12.29. 제5094호, 1995.12.29. 제5104호로 전문 개정되기 전의 것, 現 일부개정 2005.3.31. 제7471호)에 따르면, 제26조 제1항(現 제27조 제1항)의 임시운행허가를 받은 때에는 등록하기 전일지라도 자동차를 운행할 수 있지만(제4조, 現 제5조), 운행의 목적과 기간의 제한을 받는데(제26조 제3항, 現 제27조 제3항), 이를 어기고 기간을 벗어나 운행을 한 사건에서도, 대법원은 과태료의 부과처분과 형사처벌은 그 성질

11) 대법원 1989.6.13. 선고 88도1983 판결.

12) 건축법 제83조의 이행강제금의 의미로 보임.

13) 주차장법 제19조의4 제1항의 부설주차장의 주차장외용도사용금지규정의 위반죄(제29조 제1항)로 보임.

14) 대법원 1992.2.11. 선고 91도2536 판결.

이나 목적을 달리하는 별개의 것이므로 과태료를 납부한 후에 형사처벌을 받는 것이 일사부재리원칙에 어긋나는 것은 아니라고 보았다. “자동차의 임시운행허가를 받은 자가 그 허가의 목적과 기간의 범위 안에서 운행하지 아니한 경우에 과태료를 부과하는 것(제75조 제3호, 現 제80조 제1호)은 당해 자동차가 무등록자동차인지 여부와는 관계없이, 이미 등록된 자동차의 등록번호표나 봉인이 멸실되거나 식별하기 어렵게 되어 임시운행허가를 받은 경우도 포함하여, 허가받은 목적과 기간의 범위를 벗어나 운행하는 행위 모두에 대하여 행정질서벌로써 제재를 하고자 하는 취지라고 해석되므로, 만일 임시운행허가기간을 넘어 운행한 경우 그 차량이 등록된 것이면 과태료의 제재만 하겠지만, 무등록차량이라면 과태료와 별도로 형사처벌의 대상이 된다(제71조 제1호, 現 제84조 제1항 제5호)”는 것이다.¹⁵⁾

나. 헌법재판소

다음 두 사건에서 하나의 동일한 행위에 대한 행정제재와 형사제재의 병과가 문제되었는데, 헌법재판소는 아래에서 보듯 약국관리준수사항위반 사건에서는 이에 관한 판단을 하지 않았다.

1) 약국관리준수사항(약사법 제19조 제4항)위반

옛 약사법(일부개정 2001.1.29. 제6400호)은 제19조 제4항에서 “약국을 관리하는 약사 또는 한약사는 보건복지부령으로 정하는 약국관리에 필요한 사항을 준수하여야 한다”고 하고, 이를 어긴 경우 200만원 이하의 벌금(제77조 제1호)과 100만원 이하의 과태료(제79조 제3호)를 병과할 수 있다

15) 대법원 1996.4.12. 선고 96도158 판결.

록 하고 있었다. 그런데, 약사가 백색위생복 및 명찰을 착용하지 아니하고 의약품을 판매한 행위가 벌금 100만원에 약식 기소되었고, 관할 대구지방법원은 그 근거가 된 제19조 제4항에 대해 1999.10.26. 위헌심판제청결정을 하였다. 그 이유는 두 가지이다. 하나는, 제19조 제4항이 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조와 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 어긋난다는 것이고, 다른 하나는, 제19조 제4항의 위반에 대해 벌금과 과태료를 병과할 수 있도록 한 것은 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙 또는 과잉입법금지의 원칙에 어긋난다는 것이다.

이에 대해 대구지방법검찰청장은 약사라는 직업의 전문성이나 공공성 등을 고려할 때 약사는 약국관리에 필요한 준수사항에 대해 알거나 알 수 있는 가능성이 높고 일반인들보다 높은 수준의 주의력이 요구되므로 제19조 제4항은 죄형법정주의에 어긋나지 않지만, 벌금형은 유지하되 과태료를 삭제하는 것이 옳다고 하였다. 보건복지부장관도 의약분업의 성공적 정착을 위해서는 약국에서 준수해야 할 사항을 규정할 필요가 있고, 이를 모두 법에 명시하는 데는 무리가 있으므로 보건복지부령으로 위임하는 것이 위임입법의 한계를 벗어난 것은 아니지만, 벌금과 과태료 가운데 하나를 택 일하여 법 개정예 반영하는 것이 바람직하다는 의견을 밝혔다.

그러나 헌법재판소는 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정해야 하고 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정해야 하는데, 제19조 제4항은 이를 어기고 있을 뿐만 아니라 외국의 입법례에 견주어서도 처벌법규를 지나치게 전적으로 행정부에 포괄적으로 위임한 것이므로, 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항의 죄형법정주의의 명확성원칙 또는 헌법 제75조의 포괄위임입

법금지원칙에 어긋나며, 따라서 그 법정형이 비례의 원칙에 어긋나는지는 판단할 필요도 없다고 전원일치결정을 내렸다.¹⁶⁾

그 후 2001.8.14. 약사법 일부개정(제6511호)에서 제19조 제4항을 개정하였고,¹⁷⁾ 아울러 제77조 제1호 중 ‘제19조 제4항 부분’을 삭제하여, 제19조 제4항을 어길 경우 100만원 이하의 과태료만 부과할 수 있도록 하였다(제79조 제3호).

2) 부동산중개수수료법정제도위반

옛 부동산중개업법에 따르면, 제15조 제2호(現 제33조 제3호)에서 금지하는 ‘제20조 제3항(現 제32조 제3항)의 규정에 의한 수수료 또는 실비를 초과하여 금품을 받거나 그 외에 사례·증여 기타 어떠한 명목으로라도 금품을 받는 행위’를 어길 경우, ‘등록관청의 개설등록 취소’라는 행정제재(제22조 제2항 제3호, 現 제38조 제2항 제9호)와 함께 ‘1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금’이라는 형사제재가 부과될 수 있고(제38조 제2항 제5호, 現 제49조 제1항 제10호), 만일 징역형이 선고되면 시·도지사가 그 자격을 취소한다(제24조 제1항 제2호, 現 제35조 제1항 제4호).

이와 관련한 헌법소원심판청구사건에서 헌법재판소의 다수견해(5인)는

16) 헌법재판소 2000.7.20. 99헌가15 전원재판부[약사법 제77조 제1호 중 ‘제19조 제4항’ 부분 위헌].

17) 약국을 관리하는 약사 또는 한약사는 약국관리에 필요한 다음 각호의 사항을 준수하여야 한다.

1. 약국의 시설과 의약품의 보건위생상 위해가 없고 의약품의 효능이 떨어지지 아니하도록 관리할 것
2. 보건위생상의 사고가 없도록 종업원에 대한 감독을 철저히 할 것
3. 보건위생상 위해가 발생할 염려가 있는 물건을 약국에 두지 아니할 것
4. 의약품 등의 사용과 관련하여 부작용 등이 발생한 때에는 식품의약품안전청장이 정하는 바에 따라 보고하고 필요한 안전대책을 강구할 것
5. 그 밖에 제1호 내지 제4호에 준하는 사항으로서 약국의 시설과 의약품의 보건위생에 해가 없도록 관리하기 위하여 필요하다고 인정하여 보건복지부령이 정하는 사항

부동산중개수수료법정제도와 이 제도의 실효성을 담보하기 위한 행정제재와 형사제재의 병과가 계약체결의 자유, 평등권, 직업수행의 자유 또는 신체의 자유, 포괄위임입법금지원칙, 비례의 원칙에 어긋나지 않는다고 보았다.¹⁸⁾ 그 이유는 다음 세 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 부동산중개수수료법정제도는 일반국민에게 부동산시장에 접근할 수 있는 광범한 기회를 부여하고, 공정한 부동산거래질서를 확립하여 국민의 재산권 보호에 기여함과 아울러 국민생활과 국민경제의 안정 및 발전에 기여하는 정당한 제도이므로, 이에 근거한 기본권제한은 정당하다. 둘째, 일반적으로 중개수수료는 부동산거래뿐만 아니라 다른 거래에서도 대체로 거래가액에 대한 일정한 비율을 기준으로 정하는 것이 거래관행이므로 건설교통부령에 규정될 내용이 중개대상물의 거래가액에 따른 일정비율의 수수료 액수의 범위를 대상으로 한다는 점을 제20조 제3항으로부터 예측할 수 있고, 건전한 부동산 거래질서를 확립하고 국민의 재산권을 보호한다는 부동산중개업법의 입법취지에 비추어 그때그때의 전반적인 경제사정 및 부동산시장의 상황에 따라 수수료를 적절히 현실화할 필요가 있기 때문에 법률로 그 상한과 하한을 정하는 것보다는 건설교통부령으로 상황에 맞게 유동적으로 거래종류와 거래가격에 따라 일정비율의 범위내로 정하는 것이 합리적이다. 셋째, 부동산중개업자가 행정상의 불이익을 부과하는 것에 그칠 것인지 또는 형사상의 처벌을 가하는 정도로 제재를 강화할 것인지는 일차적으로 입법자의 재량적인 정책판단에 맡겨져 있는데, 부동산중개인들이 법정중개수수료를 초과하여 받는 만연된 폐단이 사라지고 있지 않는 현실과 중개사무소의 등록을 취소하더라도 다른 사람의 이름으로 다시 중개사무소의 개설 등록을 한 후 계속 중개업을 영위하는 현실을 고려하면 행정제재 외에 형사제재를 규정할 필요가 있다.

18) 헌법재판소 2002.6.27. 2000헌마642, 2001헌마12(병합) 전원재판부[부동산중개업법 제15조 등 위헌확인].

이와 달리 소수의견(4인)은 옛 부동산중개업법 제38조 제2항 제5호가 죄형법정주의 또는 포괄위임입법금지원칙과 과잉금지원칙에 위반하여 청구인들의 직업수행의 자유, 신체의 자유 등 헌법상 보장된 기본권을 침해하고 있다고 보았다. 먼저 이 경우의 형벌이 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항의 죄형법정주의 또는 포괄위임입법금지원칙에 어긋나는 이유는, 자유주의, 권력분립, 법치주의 및 국민주권의 원리에 입각한 것으로 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 반드시 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 죄형법정주의원칙은 위임입법을 금지하지 않으며, 헌법 제75조와 제95조가 그 근거와 범위 및 한계가 되는데, 부동산중개수수료율은 긴급한 개정의 필요성이나 입법기술상의 문제에 비추어 보더라도 그 내용을 법률에서 규정하지 못할 이유가 없기 때문이다. 다음으로 이 경우의 형벌이 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙 또는 과잉금지의 원칙에 어긋나는 이유는 다음 두 가지이다. 하나는, 행정형벌제도는 행정명령에 대한 의무이행확보수단으로서 최후적·보충적인 것이 되어야하고, 행정상의 의무이행확보는 행정목적 실현을 위한 것이므로 가능하다면 형벌이 아닌 행정질서별로 제재수단을 삼아야하는데, 이 경우는 그렇지 않다는 것이다. 부동산중개사무소 개설등록이 취소될 경우 제7조 제7호(現 제10조 제1항 제8호)에 따라 3년간 영업이 제한되며, 이러한 정도로도 위반자는 막대한 경제적 손실을 볼 수 있으므로 이 정도의 행정제재로도 실효성이 있고, 이 외에도 법정초과수수료로 취득한 이득의 몇 배에 상당하는 과태료나 과징금을 부과하는 방법이 있을 수 있고, 또 부동산중개업법의 자격취소제도는 징역형의 형사제재와 연계되었지만 이와 연계되지 않은 중개인자격취소제도를 도입하는 방안도 고려될 수 있으므로, 따라서 이 경우 형벌은 헌법적 정당성이 없다는 것이다. 더욱이 다수의견이 고려하는 현실은 철저한 행정집행과 단속을 통해 해결해야하고 형벌의 일반예방적 효과를 맹신한

나머지 형사처벌을 통해 해결하려는 것은 행정편의적인 발상이라는 것이다. 다른 하나는, 1999.2.5. 전문직종의 보수자유화정책에 따라 변호사, 세무사, 공인회계사, 관세사, 변리사, 건축사, 수의사, 행정사, 노무사 등의 경우에, 그 해당 용역제공의 대가라고 할 수 있는 보수의 기준을 자율적으로 정하도록 하였고, 종전의 형사제재규정은 폐지되었음에도 불구하고, 부동산 시장에 중개용역을 제공하는 부동산중개업의 경우에만 여전히 법정수수료 제도를 존속시키고 그 위반행위에 대해 형사처벌을 하는 것은 그 법정수수료제도의 입법목적에 수긍한다고 하더라도 과도하다는 것이다.

옛 부동산중개업법의 이러한 부동산중개수수료법정제도가 현행 ‘공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률’에서도 그대로 유지되었다. 다만, 앞서 말했듯이 현행 법률은 제36조에서 공인중개사자격정지제도를 새로이 도입하였다. 이에 따라 부동산중개인이 법정수수료를 초과하여 수수료를 받는 경우 기존의 등록관청의 개설등록취소와 형사제재 외에 시·도지사가 6월의 범위 안에서 기간을 정하여 공인중개사의 자격을 정지할 수도 있다(제1항).

III. 행정제재와 형사제재 병과의 이론적 검토

하나의 동일한 행위에 대한 행정제재와 형사제재 병과의 이론적 정당성 여부는 실무에 따르면 헌법의 죄형법정주의와 일사부재리원칙(제13조 제1항) 그리고 과잉금지원칙(제37조 제2항) 등과 관련하여 문제된다. 과잉금지원칙은 비례성원칙이라는 말과 함께 쓰이면서 일반적으로 같은 의미로 이해되지만, 엄격하게 보면 구별하는 것이 옳다는 견해¹⁹⁾도 있다. 비례성

19) 배종대, “보안처분과 비례성원칙”, 법치국가와 형법, 세창출판사, 1998, 53면 이하.

원칙은 모든 공권력행사를 제한하는 헌법의 일반적인 원칙인 동시에 하위 법률의 구체적 해석원칙으로 작용하는 일반적·구체적 법원칙으로서,²⁰⁾ 형법에서 법익보호원칙, 보충성원칙, 책임원칙, 비례성원칙 등으로 나타난다고 볼 수 있다.²¹⁾ 관세법 제182조 제2항의 위헌제청사건에서 헌법재판소 소수의견도 책임원칙은 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙과 제37조 제2항의 과징금지원칙의 형법적 표현이라고²²⁾ 보았다.

이 가운데 ‘책임없으면 형벌없다’는 책임원칙은 형벌의 제한원리인 반면, 비례성원칙은 보안처분의 제한원리이다.²³⁾ 그리고, 죄형법정주의는 어떤 행위를 형사제재의 대상으로 하는 것 그 자체가 정당하다(법익보호원칙)는 전제 아래, 형사입법과정에서 지켜야할 형법원칙이라고 볼 수 있다.

따라서 하나의 동일한 행위에 대한 행정제재와 형사제재의 병과가 이론적으로 옳은 것인지의 여부는, 두 제재의 병과가 형법의 법익보호원칙과 보충성원칙 그리고 일사부재리원칙에 어긋나는지의 여부에 따라 달라진다. 달리 말해 ‘형사제재의 대상으로 할 수 없는 행위, 곧 형법의 법익보호원칙에 어긋나는 행위’ 또는 ‘행정제재의 부과로 그 실효성을 달성할 수 있는 행위, 곧 형법의 보충성원칙에 어긋나는 행위’에 대해 두 제재를 병과하는 것은 이론적으로 옳지 않다. 또 만일 행정제재의 성질이 형사제재와 다르지 않다고 보면, 두 제재의 병과는 일사부재리원칙에 어긋난다.

1. 형법의 법익보호원칙

형법의 임무 또는 기능은 무엇인가, 달리 말해 형법의 보호법익은 무엇

20) 배종대, 앞의 글, 44면 이하.

21) 헌법의 비례성원칙의 형법적 의미는 이용식, “형법에 대한 헌법적 통제-비례성원칙을 중심으로-”, 한국형사법학회 2005년 동계학술회의 발표문, 2005.12.17., 15면 이하.

22) 헌법재판소 1996.11.28. 96헌가13 전원재판부.

23) 배종대, 앞의 글, 43면 이하.

인가. 법익개념에 대해 그동안 많은 연구가 이루어졌지만,²⁴⁾ 논란은 여전하다.²⁵⁾ 더욱이 근대 이후 거듭된 과학과 기술의 성장은 후기산업사회를 이른바 ‘위험사회²⁶⁾’로까지 불리게 하면서 다양한 위험원에 대한 시민들의 안전욕구를 후기산업사회의 중요한 가치로 부각시켰고, 이에 따라 형법이 위험예방의 도구로 기능하게 되었으며, 그 결과 형법의 숫자는 늘고 그 힘도 강해졌다. 법익보호원칙에 의해 형법이 제한되는 것이 아니라 오히려 확대되고 있다. 형법이 호황을 누리고 있다.²⁷⁾

그럼에도 불구하고 법익보호원칙이 포기할 수 없는 것이라면, 형법의 자기제한원칙이라는 이념에 걸맞게 그 개념이 다시 좁혀져야한다. 사회적 법익과 국가적 법익을 개인적 법익을 보호하기 위한 수단적 법익으로 이해하는 이른바 ‘인격적 법익론²⁸⁾’이 그 예이며, 근대형법이 사회제도나 국가권력을 주관적 권리보장의 수단으로 보았다는 점에서, 이는 근대형법으로의 복원기획이다.

다만, 형법의 보호법익은 단순한 현실(존재) 또는 이념(당위)이 아니라 사회현실 가운데에서 얻어지는 이념적 실체, 이른바 ‘현존재(Dasein)’이다.²⁹⁾ 형법의 법익은 인간실존의 가장 근본적인 기본가치로서 시대와 사회와 문화권을 넘어서 타당한 객관적 질서의 핵심을 형성하지만, 또한 한편으로는 인간의 현실적인 사회생활에 필요한 가치라는 점에서 사회와 문

24) 이에 관해서는 김창균, 형법상 법익개념의 구성문제, 고려대학교 석사학위논문, 1987 참조.

25) 김창균, “체계비판적 법익론-W. Hassemer의 이론구성에 대한 조감-”, 형사법연구 제7호, 1994, 1면.

26) 이에 관한 다양한 사회이론은 정태석, “위험사회의 사회이론-위험을 어떻게 이론화할 것인가-”, 문화/과학 2003년 가을호(계간, 제35호), 19면 이하 참조.

27) 이상돈, “법익보호원칙-근대형법의 신화인가 이성인가?”, 형사정책연구 제17호, 1994/봄, 173면 이하.

28) W. Hassemer, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: FS-Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, 90면 이하; 빈프리트 하세머/배종대 譯, “인격적 법익론의 개요”, 형법정책-법치국가와 형법-, 세창출판사, 1998, 347면.

29) 김일수, “형법각론연구의 방법론적 서설”, 박정근박사 화갑기념논문집, 1990, 599면.

화와 역사의 특수성에 의존한다. 인간실존의 근본 가치는 그 당시의 공동체의 사회적 인식에 따라 차이가 있을 있고,³⁰⁾ 또 사회변화에 따라 변동과 등락이 있을 수 있기 때문이다. 그래서 시대와 나라마다 보호법익에 차이가 있는 것이다.

헌법은 인간실존의 근본가치의 시대적 표현이라고 할 수 있으므로, 형법의 법익은 ‘사회생활의 핵심적인 최소한의 헌법적 가치’로 개념화 할 수도 있다.³¹⁾ 이에 따르면, 형법의 보호법익은 헌법이 말하는 시민의 기본적인 권리와 이를 보호하고 실현하기 위한 헌법의 핵심제도로 구체화할 수 있다. 이러한 헌법적 가치들이 형법을 통해 기본적인 행위규범으로 승인되고, 이 결과 형벌은 응보(應報)적 성격으로부터 한 발 더 나아가서 기본적인 행위규범을 확정하고 관철하는 기능, 이른바 ‘적극적 일반예방’의 기능을 갖는다.³²⁾

2. 형법의 보충성원칙(Subsidiarität)

가. 다양한 제재수단

인간의 다양한 사회생활영역에는 공동생활에서 발생하는 분쟁이나 갈등을 조정하고 통제하는 다양한 규범이 있다. 윤리규범·사회규범·법규범을 모두 사회규범으로 보아서 이러한 규범은 도덕규범과 사회규범 두 가지로 구별할 수도 있지만,³³⁾ 법규범이 나머지 규범과의 각각의 관계에서 보이는 차이³⁴⁾를 고려하여, 도덕규범·윤리규범·사회규범·법규범 네 가지로

30) 김일수, 앞의 글, 594면 이하.

31) 같은 취지: Roxin, Strafrecht AT I, 1992, §2 방주 9 이하.

32) W. Hassemer, Warum und zu welchem Ende strafen wir?, ZRP 1997, 319면; 빈프리트 하쎄머/최석운 譯, “우리는 왜, 어떠한 목적을 위해 처벌하는가”, 형법정책-법치국가와 형법-, 세창출판사, 1998, 218면 이하.

33) 권재열 外 8인, 법학통론, 법원사, 2002, 72-73면.

구별할 수도 있다.

어쨌든 이처럼 다양한 규범에는 다양한 제재가 뒤따른다. 이러한 규범을 어긴 경우 스스로를 도덕적으로 비난(자책)하거나 윤리적·사회적 비난을 받는다. 예를 들면, 상황에 맞게 옷을 입기, 지나치게 크거나 작게 말하거나 웃지 않기, 정해진 시간 전에 방문하거나 떠나지 않기, 자기 자식 때리지 않기 등의 사회규범을 어긴 경우, 조롱, 냉혹한 침묵, 부모의 애정박탈, 학교생활기록부의 부정적 평가, 사회적 교류의 단절 등의 사회적 제재가 부과될 수 있다.³⁵⁾ 그리고 법규범인 경우에는 그 법규범의 목적을 실현하기 위해 마련된 고유한 제재가 부과된다. 이는 앞서 말했듯이 크게 민사제재, 행정제재, 형사제재 세 가지로 구별할 수 있다.

민사손해배상청구권(민사제재)은 전통적으로 불법행위의 가해자와 피해자 사이의 손해와 이익의 조정을 목적으로 하며, 행정제재는 다양한 행정목적의 실현을 위해 부과된다. 형법은 ‘사회생활의 핵심적인 최소한의 헌법적 가치’의 보호를 목적으로 한다고 볼 수 있다. 다만, 그 가치의 의미는 그 당시의 공동체의 사회적 인식에 따라 차이가 있을 수 있고, 또 사회변화에 따라 변동과 등락이 있을 수 있다. 법규범 위반행위에 대한 제재수단은 그 규범에 특유한 일정한 절차에 따라 부과된다. 이는 다른 규범의 경우에도 마찬가지이다. 이른바 ‘사회통제’는 규범과 제재 그리고 절차로 구성되며, 이는 사회생활에서 포기할 수 없는 기본조건이다.³⁶⁾

나. 형법의 최후수단성(ultima ratio)

법규범위반에 대한 세 가지 제재 가운데 형사제재는 위반행위자가 받아야 하는 불이익이 가장 크다는 점에서 가장 강력한 제재수단이며, 따라서

34) 이상돈, 법학입문, 박영사, 1997, 181면 이하.

35) W. Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, 317면.

36) W. Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, 318면.

원칙적으로 그 부과절차를 다른 제재의 부과절차보다 훨씬 엄격하고 까다롭게 하고 있다.

형사제재의 이러한 강력성으로 인해 형사제재는 사회통제수단 가운데 최후수단이어야 한다는 보충성원칙³⁷⁾이 형법원칙으로 일반적으로 인정되고 있다. 이에 따르면, 사회생활의 핵심적인 최소한의 헌법적 가치의 보호를 위해서는 언제나 형사제재를 부과할 수 있도록 해야 하는 것은 아니다. 형법은 형사정책의 최후수단이고, 형사정책은 사회정책의 최후수단이어야 하기 때문이다.³⁸⁾ 따라서 위반행위가 사회생활의 핵심적인 최소한의 헌법적 가치를 침해하는 경우일지라도 형사제재보다 가벼운 민사제재나 행정제재에 의해서도 그 가치가 보호될 수 있다면 형사제재의 투입은 억제되어야 한다. 거꾸로 형사제재를 민법이나 행정법의 규범목적을 달성하기 위해서 사용하는 것도 형법의 보충성원칙에 어긋난다.

다만, 위반행위에 대해 민사제재수단이나 행정제재수단이 존재한다는 이유만으로 형사제재수단의 사용이 금지되는 것은 아니며, 기존의 제재수단이 실효성이 없고 그 위반행위가 사회생활의 핵심적인 최소한의 헌법적 가치를 침해하는 경우에는 기존의 제재수단 외에 형사제재수단도 입법화할 수 있다.³⁹⁾

3. 일사부재리원칙

형사사건의 실체재판이 확정되면 동일사건에 대해 재소(再訴)가 금지되

37) 보충성원칙에는 ‘개인이 스스로 자기의 과제를 이행할 수 없는 때에는 국가가 적극적으로 도움을 주어야 한다’는 적극적 의미가 있다는 견해(박달현, 형법상 보충성원칙에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1996, 55면 이하)에 따르면, 일반적으로 보충성원칙의 소극적 의미만을 가리키면서 보충성원칙과 같은 의미로 이해되는 최후수단성원칙과 보충성원칙은 구별된다.

38) 김일수, “형법각론연구의 방법론적 서설”, 박정근박사 화갑기념논문집, 1990, 16면.

39) 김일수, 한국형법 I [총론 上], 박영사, 1996, 135면.

는 효과가 발생하는데, 이러한 재소금지의 효력을 일사부재리(ne bis in idem)효력 또는 일사부재리원칙이라고 한다. 헌법 제13조 제1항 후단은 ‘동일범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다’고 하여 이를 명문화하고 있다.

이러한 일사부재리효력의 근거에 대해서는 다툼이 있지만, 그 효력이 공소사실과 동일성이 인정되는 전체의 범죄사실에 대해 미친다는 점에 대해서는 이견(異見)이 없는 것으로 보인다. 일사부재리원칙은 이처럼 형사제재가 부과되는 범죄행위를 전제로 하므로, 그 성질이 전혀 다르다고 일반적으로 이해되는 행정제재의 부과대상행위에 대해서는 일사부재리효력이 미치지 않는다는 것이 다수의 견해이다.

그러나 일본에는 ‘과료(우리나라의 과태료에 해당)’와 벌금은 그 목적과 요건 및 실현절차를 달리한다는 이유로, 증인의 증언거부행위에 대해 두 제재를 병과⁴⁰⁾한 것을 옳다고 본 최고재판소의 태도⁴¹⁾를 비판하면서, 두 제재의 병과는 헌법 제39조의 일사부재리원칙에 어긋나는 것은 아니지만, 그 기본정신에 부합하는 것은 아니라는 견해⁴²⁾가 있다. 또 만일 행정제재 중 과태료는 형사제재 중 벌금과 그 성질이 전혀 다르지 않다고 보면, 예를 들면 벌금과 과태료는 모두 금전적 제재인 행정벌에 해당한다는 견해⁴³⁾에 따르면, 하나의 동일한 불법행위에 대해 행정제재를 받은 후에 다시 형사제재를 부과하거나 아니면 형사제재를 받은 후에 다시 행정제재를 부과하는 것은 일사부재리원칙에 어긋난다.

40) 일본 형사소송법에 따르면(범무부, 일본의 형사절차법, 2001, 62면 이하), 증인이 정당한 이유없이 선서 또는 증언을 거부한 때에는 10만엔 이하의 과료에 처하고 그 거부에 의하여 발생한 비용의 배상을 명할 수 있고(제160조 제1항), 정당한 이유없이 선서 또는 증언을 거부한 자는 10만엔 이하의 벌금 또는 구류에 처한다(제161조 제1항).

41) 最高裁, 昭和 39(1964). 6. 5, 刑集 18卷 5號 189면.

42) 田中利幸, “行政制裁と刑罰との併科”, 團藤重光博士 古稀祝賀論文集 第3卷, 109면(이건중·박기석, 행정형법상의 제재수단에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995, 139면 이하에서 재인용).

43) 홍정선, 행정법원론(상), 1992, 425면.

IV. 행정제재와 형사제재 병과의 현실적 문제

하나의 동일한 행위에 대한 행정제재와 형사제재의 병과를 정당한 것으로 보는 실무의 입장은 이론적으로 형사제재의 부과대상이 되는 행위는 명확하고, 그 결과 형사제재와 행정제재의 경계도 분명하게 가를 수 있다는 것을 전제로 한다. 그러나 현실적으로는 그렇지 않다.

현실적으로 어떠한 행위를 형사제재의 대상으로 할 것인지가 분명한 것은 아니다. ‘사회생활의 핵심적인 최소한의 헌법적 가치’가 구체화된 ‘시민의 기본권과 이를 보호하고 실현하기 위한 헌법의 핵심제도’라는 개념도 여전히 추상적이며, 그 의미는 시대상황과 사회현실에 따라 달리 파악될 여지가 있다. 따라서 형법의 법익개념은 현실적으로 명확하다고 볼 수 없다. 이러한 기준이 이르면 ‘법정중개수수료제도’나 이른바 ‘행정의무위반 행위’가 형법에 의해 보호받아야하는 대상인가에 대해 분명한 답변을 주지 못한다. 그래서 형법의 법익보호원칙이 자기제한원칙이 아니라 자기확장원칙으로 변용될 수 있는 것이다.

또한 어느 한 제재수단의 실효성을 현실적으로 검증하기 어렵다. 행정제재만으로 규범목적을 달성할 수 있을지, 여기에 덧붙여 형사제재가 필요한지, 아니면 형사제재만으로 불법행위가 억제될 수 있을지 불확실하다. 이러한 상황에서는 형법의 보충성원칙은 무용(無用)한 것이 될 수 있고, 현대사회의 다양한 위험에 대한 시민의 불안감을 형사제재나 그 가중을 통해 해소하려는 경향을 보이게 된다.

이러한 상황은 행정제재와 형사제재의 경계의 모호함으로 이어져서, 이른바 ‘행정형벌과 행정질서벌의 구별기준에 관한 다툼⁴⁴⁾’으로 나타난다. 이에 관해서는 ‘직접적으로 행정목적이나 사회공익을 침해한 것이면 행정형

44) 박윤훈, 행정법강의(上), 박영사, 1999, 614면 이하.

벌(형사제재)을, 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 단순한 의무태만행위이면 행정질서벌(행정제재)을, 각각 부과한다'는 일반적인 기준이 활용되고 있다. 그렇지만, 행정제재와 형사제재의 경계를 가르는 기준인 이러한 행정목적침해의 직접성 여부는 또 다른 판단기준을 요구하며, 행정목적⁴⁵⁾과 행정현실에 대한 평가⁴⁶⁾가 그것인데, 이에 관한 판단 또한 그 기준이 명확하다고 볼 수 없는⁴⁷⁾ 입법자의 재량⁴⁸⁾에 맡겨져 있는 것이 현실이다.⁴⁹⁾ 아예 이론적 구별기준 정립의 어려움을 인정하여, 입법목적달성과 이익교량에 의해 입법자가 결정할 수밖에 없다고 하거나,⁵⁰⁾ 행정제재 또는 형사제재 관련 현행 법규를 분석하여 거꾸로 일반원리를 도출해내는 것이 효율적이라는 주장⁵¹⁾을 펴기도 한다.

행정제재와 형사제재의 경계의 모호성은 후기산업사회에 들어서 보다 심각해졌다. 형법이 과거의 법익침해행위를 통제하는 기능을 하는 것이 아니라 장래의 위험원을 예방하는 수단으로 전략하여, 형법과 경찰법 사이의 경계가 점차 사라져가고 있기 때문이다.⁵²⁾ 또 겉으로는 내적 구조가 견고하고 완전한 것처럼 보이는 개별 법영역들의 전통적 관점으로는 각각의 법분야의 통일성과 합리성을 보장할 수 없을 정도로 법체계가 복잡해진데도 그 원인이 있다.⁵³⁾

45) 헌법재판소 1997.8.21. 93헌바51.

46) 헌법재판소 1997.4.24. 95헌바90.

47) 앞서 보았듯이 헌법재판소 2002.6.27. 2000헌마642, 2001헌바12에서 부동산중개업법 제15조의 위헌여부에 관해 합헌의견과 위헌의견이 5:4로 갈렸다.

48) 헌법재판소 1998.5.28. 96헌바83.

49) 유지태, “행정질서벌의 체계”, 법조, 2002/12, 56면 이하.

50) 박윤훈, “행정법규위반행위의 탈범죄화”, 경희법학 제21권 제1호, 1986, 140면.

51) 김용세, “행정질서벌과 형사제재의 관계-질서위반행위의 효과적 통제방안에 관한 연구-”, 형사정책연구 제46호, 2001/여름, 83면.

52) 이상돈, “법익보호원칙-근대형법의 신화인가 이성인가?”, 형사정책연구 제17호, 1994/봄, 188면 이하.

53) M. Delmas-Marty/T. Weigend Übers., Die juristischen und praktischen Probleme der Unterscheidung von kriminellern Strafrecht und Verwaltungssstrafrecht, ZStW 98(1986), 290면.

따라서 행정제재와 형사제재는 질적으로 구별된다는 논리에 기초한 행정제재와 형사제재 병과의 이론적 토대도 그리 강하다고 볼 수 없다. 행위 그 자체가 아니라 제재수단에 따라 행위를 크게 과태료부과대상행위, 과태료도 형벌도 아닌 중간적 제재의 부과대상행위, 형벌부과대상행위로 구별하고, 이를 기초로 앞의 두 유형을 규율대상으로 하는, 이른바 한국형 질서위반법의 체계를 정립하려는 시도⁵⁴⁾나 질서위반행위가 형법의 핵심적인 범죄행위와는 질적으로 구별되지만, 비핵심적인 범죄행위와는 양적으로만 구별될 뿐이라는 독일 연방헌법재소의 질·양혼합론⁵⁵⁾을 근거로 질서위반행위의 처리시스템도 이러한 양면성을 반영하여 구축해야한다는 주장⁵⁶⁾은 이러한 문제를 반영한 것으로 볼 수 있다.

그러나 사실 이러한 문제는 비단 행정제재와 형사제재 사이의 문제만은 아니다. 형사제재와 민사배상의 경계 또한 명확하다고 볼 수 없다.⁵⁷⁾ 영미법계는 민사책임과 형사책임의 경계를 분명하게 가르지 않는다. 징벌적 손해배상청구권이 그 예이다. 이러한 경향은 대륙법계에도 나타나고 있다. 형사배상명령제도, 교통사고처리특례법의 공소금지제도 등이 그 예이다. 또 행정사건과 민사사건의 구별기준도 분명한 것은 아니다.⁵⁸⁾

또한 벌금형과 과태료나 과징금의 병과에 관한 공식적인 사회적 인식조사결과는 아직 없지만⁵⁹⁾ 일부 시민들에 대한 비공식적 문의에 따르면 대

54) 김성돈, “가칭 질서위반법의 체계와 이른바 질서위반행위의 구조”, 법조, 2004/10, 17면 이하.

55) W. Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2004, 18면; 임웅, 비범죄화의 이론, 법문사, 1999, 238면.

56) 이승호, “질서위반행위에 대한 제재체계의 정비를 위한 일고찰”, 법조, 2004/10, 69면 이하.

57) 줄저(拙著), 징벌적 민사제재에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2004, 94면 이하.

58) 박균성, “행정사건과 민사사건의 구분과 관계에 관한 연구”, 경희법학 제34권 제1호-雪麟 최명근 교수 정년퇴임 기념-, 1999/12, 170면.

59) 영업정지와 벌금형의 제재효과에 관한 조사연구는 신운환, 행정제재에 관한 법사회학적 고찰-영업정지·허가취소(철회) 등의 불이익처분과 벌금·징역 등 행정형벌의 비교·분석을 중심으로-, 서울대학교 석사학위논문(행정법), 1982.

체로 벌금과 과태료나 과징금 또는 가산금의 차이를 정확하게 인식하지 못하고 있다. 통고처분에 의해 부과되는 이른바 ‘범칙금’이 제재의 본질에 대한 이해에 어려움을 더하고 있다. 따라서 하나의 동일한 불법행위에 대한 벌금과 과태료의 병과는 현실적으로 이중적 고통이라고 볼 수 있다. 그래서 행정제재와 형사제재의 병과는 실질적으로 이중처벌이라는 주장⁶⁰⁾도 있고, 조세범의 형벌과 가산세 중 하나만 적용하도록 입법적으로 해결하자는 주장⁶¹⁾도 있는 것이다.

V. 결 론

독일의 질서위반법은 제21조에서 질서위반법의 질서위반행위와 형법의 범죄행위가 경합하는 경우 그 행위가 하나의 동일한 행위라면, 달리 말해 범죄행위와 질서위반행위가 이른바 ‘상상적 경합관계’에 선다면, 일반적으로 범죄행위가 질서위반행위를 배제시키고(제1항), 형벌이 부과되지 않는 경우에만 우리나라의 과태료에 견줄 수 있는 질서위반금(Geldbuße)을 부과할 수 있도록 하여(제2항),⁶²⁾ 하나의 동일한 행위에 대한 행정제재와 형사제재의 병과를 입법적으로 막고 있다.

이와 비슷한 태도는 우리나라의 법률에서도 볼 수 있다. 상법 제635조 제1항은 발기인 등이 모두 32개에 달하는 위반행위를 한 때는 5백만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 하면서, 이러한 위반행위에 대해 형벌을 부과할 때는 과태료를 부과하지 않는다고 하고 있다. 도로교통법(일부개정

60) 김재광, “과태료제도의 문제점과 개선방안”, 법조, 2004/10, 179면; 박상희·김명연, 과태료제도의 현황과 개선방안, 한국법제연구원, 1994, 31면; 유희일, “행정벌에 관한 一考察”, 대전대학교 새올법학 제5권 제2호(조상근박사 정년기념특집), 2002, 346면 이하.

61) 정준현, “행정상 금전제재와 그 실효성 확보수단”, 법조, 2004/10, 145면.

62) W. Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2004, 205면; 권기대, 독일법상 행정질서벌의 성립에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문(행정법), 2002/12, 102면 이하.

2005.8.4. 제7666호)은 제160조에서 ‘20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료의 형’으로 처벌하는 제156조의 죄 가운데 일부 죄가 사진·비디오테이프 기타 영상기록매체에 의해 입증되고 위반한 운전자를 확인할 수 없어서 고지서를 교부할 수 없거나 통고처분을 할 수 없는 경우에는 제56조 제1항의 고용주등에 대한 ‘20만원 이하의 과태료’로 전환할 수 있음을 인정하면서(제3항), 아울러 고용주등에 대한 이러한 행정제재와 운전자에 대한 제156조의 형사제재의 병과를 금지하는 주의적 규정(제4항 제2호)을 두고 있다. 앞서 보았듯이 청소년보호법 제55조는 ‘제50조 내지 제52조의 죄를 범한 자가 제37조의 규정에 의한 시정명령을 받고 이를 이행한 경우에는 형을 감경할 수 있다’고 하여, 형사제재를 부과할 때 행정제재의 이행 여부를 반영할 수 있도록 하고 있다.

하나의 동일한 행위에 대한 행정제재와 형사제재의 병과를 이론적으로 정당한 것으로 보더라도, 넓게 보면 두 제재는 모두 공적(公的) 제재라는 점에서 동일하므로 그 이론적 토대가 약할 뿐만 아니라, 두 제재의 병과는 현실적으로 이중적 고통이다. 하나의 동일한 행위에 대해 적어도 과태료와 벌금을 병과하는 것은, 입법단계에서는 물론이고 사법판단이나 행정처분의 단계에서도 피하는 것이 옳다. 입법단계에서 행정제재와 형사제재의 병과 가능성을 최소화해야하고, 만일 두 제재의 병과가 가능한 경우에는 다른 제재의 이행여부를 고려하도록 하거나 행정제재의 부과주체의 고발을 공소제기의 요건으로 하는 것을 입법화할 필요가 있다. 이러한 입법적 정비 이전에 사법기관이나 행정기관이 벌금과 과태료의 병과가능성에 직면한 경우에는 둘 중 한 제재의 부과는 억제해야한다.

주제어: 행정제재, 형사제재, 병과주의, 상상적 경합, 법익보호원칙, 보충성 원칙, 일사부재리

참고문헌

- 권재열 外 8인, 법학통론, 법원사, 2002, 72-73면.
- 김일수, 한국형법 I [총론 上], 박영사, 1996.
- 박윤훈, 행정법강의(上), 박영사, 1999.
- 법무부, 일본의 형사절차법, 2001.
- 이상돈, 법학입문, 박영사, 1997.
- 임웅, 비범죄화의 이론, 법문사, 1999.
- 홍정선, 행정법원론(상), 1992.
- 박상희 · 김명연, 과태료제도의 현황과 개선방안, 한국법제연구원, 1994.
- 윤동호, 징벌적 민사제재에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2004.
- 이건종 · 박기석, 행정형법상의 제재수단에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995.
- 권기대, 독일법상 행정질서벌의 성립에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문(행정법), 2002/12.
- 박달현, 형법상 보충성원칙에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1996.
- 신운환, 행정제재에 관한 법사회학적 고찰-영업정지 · 허가취소(철회) 등의 불이익처분과 벌금 · 징역등 행정형벌의 비교 · 분석을 중심으로-, 서울대학교 석사학위논문(행정법), 1982.
- 김성돈, “가칭 질서위반법의 체계와 이른바 질서위반행위의 구조”, 법조, 2004/10.
- 김용세, “행정질서벌과 형사제재의 관계-질서위반행위의 효과적 통제방안에 관한 연구-”, 형사정책연구 제46호, 2001/여름.
- 김일수, “형법각론연구의 방법론적 서설”, 박정근박사 화갑기념논문집, 1990.

- 김재광, “과태료제도의 문제점과 개선방안”, 법조, 2004/10.
- 김창균, “체계비판적 법익론-W. Hassemer의 이론구성에 대한 조감-”, 형사법연구 제7호, 1994.
- 김창균, 형법상 법익개념의 구성문제, 고려대학교 석사학위논문, 1987.
- 박균성, “행정사건과 민사사건의 구분과 관계에 관한 연구”, 경희법학 제34권 제1호-雪麟 최명근 교수 정년퇴임 기념-, 1999/12.
- 박영렬, “행정제재와 형벌의 병과-일본의 판례와 학설을 중심으로-”, 해외과건검사연구논문집 제9집, 법무부, 1993.
- 박윤희, “행정법규위반행위의 탈범죄화”, 경희법학 제21권 제1호, 1986.
- 배종대, “보안처분과 비례성원칙”, 법치국가와 형법, 세창출판사, 1998.
- 유지태, “행정질서벌의 체계”, 법조, 2002/12.
- 유희일, “행정벌에 관한 一考察”, 대전대학교 새울법학 제5권 제2호(조상근 박사 정년기념특집), 2002.
- 이상돈, “법익보호원칙-근대형법의 신화인가 이성인가?”, 형사정책연구 제17호, 1994/봄.
- 이승호, “질서위반행위에 대한 제재체계의 정비를 위한 일고찰”, 법조, 2004/10.
- 이용식, “형법에 대한 헌법적 통제-비례성원칙을 중심으로-”, 한국형사법학회 2005년 동계학술회의 발표문, 2005. 12. 17.
- 정준현, “행정상 금전제재와 그 실효성 확보수단”, 법조, 2004/10.
- 정태석, “위험사회의 사회이론-위험을 어떻게 이론화할 것인가-”, 문화/과학 2003년 가을호(계간, 제35호).
- 빈프리트 하세머/배종대 譯, 형법정책-법치국가와 형법-, 세창출판사, 1998.
- M. Delmas-Marty/T. Weigend Übers., Die juristischen und praktischen

Probleme der Unterscheidung von kriminellem Strafrecht und
Verwaltungsstrafrecht, ZStW 98(1986).

Roxin, Strafrecht AT I, 1992.

W. Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990.

W. Hassemer, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in:
FS-Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989.

W. Hassemer, Warum und zu welchem Ende strafen wir?, ZRP 1997.

W. Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2004.

Theorie und Praxis des Kumulationsprinzip bei der “Idealkonkurrenz” von Straftat und Verwaltungsübertretung

Yoon, Dong-Ho*

Zwischen Straftat und Verwaltungsübertretung ist in den geltenden Gesetzen die Möglichkeit von Tateinheit. In diesem Fall der "Idealkonkurrenz", in anderen Worten, bei der Verletzung des Strafrecht und des Verwaltungsrecht durch ein und dieselbe Handlung, gilt nach der Praxis das Kumulationsprinzip. Die Strafsanktion und die Verwaltungsanktion werden gesondert festgesetzt.

Das stimmt in der Theorie. Aber die theoretische Begründung der Praxis steht sowohl auf schwachen Füßen als auch umstritten. Außerdem hat die Praxis Probleme in Wirklichkeit. Die Nebeneivon der Strafsanktion und der Verwaltungsanktion hat Gefahr der Häufung von Sanktionen. In anderen Worten kann das der Doppelschmerz am Täter sein.

In Deutschland stehen Strafe und Geldbuße in alternativem Verhältnis zueinander.

Im Normalfall tateinheitlichen Zusammentreffens von Straftat und Ordnungswidrigkeit wird letzere verdrängt, § 21 Abs. 1 S. Ordnungswidrigkeitenrecht(OWiG). Die Ordnungswidrigkeit ist gegenüber der

* Associate Research Fellow, Korean Institute of Criminal Justice Policy, Ph.D. in Law

Straftat. Nur ausnahmsweise kommt es zu einer Verdrängung des Strafrechts durch das Ordnungswidrigkeitenrecht. Liegt einem Bußgeldtatbestand die erkennbare gesetzgeberische Intention zugrunde, durch die Berücksichtigung einer größeren Detailmenge dem Regelungsgegenstand eine angemessenere Normierung zu widmen als es ein den Gegenstand ebenfalls regelnder Straftatbestand tut, ist die Bußgeldnorm *lex specialis* im Verhältnis zu der Strafnorm.

Stichwörter: Verwaltungsanktion, Strafsanktion, Kumulationsprinzip, Tateinheit, Idealkonkurrenz, Rechtsgüterschutzprinzip, Subsidiarität, *ne bis in idem*

준강도죄에 관한 소고

이 창 섭

형사정책연구 제17권 제1호(통권 제65호, 2006 · 봄호)

한국형사정책연구원

준강도죄에 관한 소고

이 창 섭 *

I. 머리말

준강도죄는 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에 성립하는 범죄로서 형법은 이를 강도죄, 특수강도죄와 같이 취급하며(제335조), 미수범을 처벌한다(제342조). 준강도죄는 강도죄와 같이 절도와 폭행·협박이 결합되어 있기는 하지만, 강도죄가 재물을 강취하기 위하여 폭행·협박하는 경우인 데 대하여, 준강도죄는 재물을 절취하거나 이에 착수한 자가 일정한 목적을 위하여 폭행·협박을 함으로써 성립하는 점에서 그 결합의 형식이 강도죄와 구별된다.¹⁾ 특히 형법은 절취한 재물의 점유를 유지할 목적만을 규정하고 있는 독일형법 제252조의 준강도죄(räuberischer Diebstahl)와는 달리, 재물탈환항거의 목적 이외에 강도죄의 불법과는 관련성이 희박한 체포면탈, 죄적인멸의 목적을 제시하고 있기 때문에, 준강도죄의 법적 성격을 어떻게 이해할 것인가가 기본적으로 문제된다.

최근 대법원 2004.11.18. 선고 2004도5074 전원합의체판결은 준강도죄를 강도죄의 예에 따라 처벌하는 취지는 강도죄와 준강도죄의 구성요건인 재

* 서울대학교 법과대학 강사, 법학박사.

1) 이재상, 형법각론(제5판), 박영사, 2004, §17 30.

물탈취와 폭행·협박 사이에 시간적 순서상 전후의 차이가 있을 뿐 실질적으로 위법성이 같다고 보기 때문이므로, 준강도죄의 입법취지, 강도죄와의 균형 등을 종합적으로 고려해 보면, 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 하여 판단하여야 한다는 입장을 밝힘으로써, 절도미수범이 체포를 면탈하기 위하여 폭행을 가한 경우에 준강도미수로 볼 수 없다²⁾고 하고, 절도미수라 하여도 준강도로서 제335조의 적용이 있을 경우에는 제342조를 적용하지 아니 한다³⁾고 한 이전의 판례를 변경하였다.

이러한 대법원의 입장변화의 타당성은 의문스럽다. 판결이유에 나타난 것과 같이, 대법원은 재물탈취와 폭행·협박의 시간적인 순서가 다를 뿐 강도죄와 준강도죄의 실질적인 위법성은 같다고 보지만, 이것은 제335조가 전제하는 행위상황에 대한 고려를 충분히 하지 않은 채, 구조적인 차이에만 중점을 두어 비교한 것으로 보인다. 제335조는 강도죄의 불법과 직접적인 관계가 없는 체포면탈이나 죄적인멸 목적의 폭행·협박도 준강도죄의 행위로 규정하고 있기 때문이다. 따라서 기본적으로 형법상 준강도죄의 법적 성격을 확인할 필요성이 있다. 또한 준강도죄의 행위주체로 제시되는 “절도”의 범위의 문제는 준강도죄의 기수·미수의 판단기준과 연장선상에 있다. 절도미수범도 준강도죄의 주체가 될 수 있다면, 절도미수범의 준강도죄에 대해서는 1차적으로 제335조, 2차적으로 제342조의 적용여부가 검토되어야 한다. 제342조는 제335조에 대해 수정적 구성요건이기 때문에, 이때에는 폭행·협박이 미수에 그쳤을 때 제342조의 적용이 가능하다고 보아야 한다.

준강도죄에 대해서는 여러 쟁점들이 있으나, 이 글에서는 연혁적·비교법적 고찰을 형법 제335조의 위치를 확인하고(Ⅱ), 이어서 준강도죄의 법적 성격(Ⅲ)을 검토하기로 하겠다. 그리고 준강도죄의 행위주체로 제시되

2) 대법원 1964.11.20. 선고 64도504 판결.

3) 대법원 1969.10.23. 선고 69도1353 판결.

는 ‘절도’의 범위, 즉 절도미수범도 행위주체가 될 수 있는가의 문제(IV)와 준강도죄의 기수·미수의 판단기준의 문제를 살펴보고(V), 글을 맺기로 하겠다(VI).

II. 형법 제335조에 관한 연혁적·비교법적 고찰

1. 연혁적 고찰

1907년 일본형법은 1912년 4월 1일부터 시행된 朝鮮刑事令 제1조 제1호4)에 의해 우리나라에서 의용되었다. 1953년 4월 16일 국회에서 열린 刑法案 第1讀會에서 당시 김병로 대법원장이 법전편찬위원회 위원장의 자격으로 형법초안을 설명하면서 우리 형법이 여러 나라 법⁵⁾을 참고해서 기초되었고,⁶⁾ 특히 독일의 1930년 형법초안을 참고하였음을 밝힌 바 있다.⁷⁾ 그런데 1930년 독일형법초안에는 준강도죄에 관한 규정이 없었으며,⁸⁾ 또한 제정형법은 그 규정과 체계에 있어서⁹⁾ 일본의 개정형법가안¹⁰⁾의 영향을 많이 받았다고 볼 수 있다.¹¹⁾ 따라서 연혁적 고찰의 범위에 의용형법,

4) 제1조 형사에 관한 사항은 본령 기타의 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 좌의 법률에 의한다.

1. 형법
(이하 생략)

5) 형법제정에 즈음한 1948년 12월에 당시 법무부조사국에서 각국의 형법전과 형법초안을 번역하여 5권의 “법무자료”를 출간하였다.

6) 제15회 국회정기회의속기록 제55호, 국회사무처, 1953, 32면 참조.

7) 제15회 국회정기회의속기록 제55호, 33면 참조.

8) 법무자료 제6집, 독일형법초안 115면 참조.

9) 제정형법과 일본개정형법가안의 상세한 비교는 오영근, 일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점, 형사법연구 제20호(2003), 111-121면.

10) 이 「개정형법가안」은 1927년 일본 사법성에 설치된 「형법 및 감옥법개정조사회」에서 조사 기초되어 사법성이 1940년 4월 25일에 발표한 것이다. 법무자료 제5집, 일본개정형법가안 序.

1940년 일본개정형법가안의 준강도죄 규정이 포함되어야 한다.

형법전 제정 무렵, 「법전편찬위원회」에서 형법초안을 만들었고,¹²⁾ 이 초안은 1951년 정부 형법초안으로 확정되었다. 국회에 제출된 정부초안을 검토해서 국회 법제사법위원회에서는 1952년 수정안을 작성, 1953년 국회 본회의에 상정하였고,¹³⁾ 수정안의 거의 전부가 국회 본회의의 심의과정에서 채택되어 통과되었다.¹⁴⁾

이 글에서는 의용형법, 1940년 일본개정형법가안, 1951년 정부 형법초안, 1952년 국회 법제사법위원회 형법수정안의 준강도죄 규정을 통하여 형법 제335조의 연혁을 고찰하기로 하겠다.

가. 의용형법¹⁵⁾

의용형법에서 준강도죄에 관한 규정은 제238조와 제239조였다.

제238조 절도가 재물을 得하여 그 반환을 거부하거나 또는 체포를 면하고
혹은 죄적을 인멸하기 위하여 폭행 또는 협박을 한 때에는 강도로
써 논한다.

제239조 사람을 昏醉케 하여 그 재물을 절취한 자는 강도로써 논한다.

제243조 제235조, 제236조, 제238조 내지 제241조의 미수죄는 이를 벌한다.

제238조를 事後強盜罪, 제239조를 昏醉強盜罪라고 했다.¹⁶⁾ 혼취강도죄는 오늘날에는 강도죄 자체로 이해되고,¹⁷⁾ 형법전에는 규정이 없다. 제238조

11) 김종원, 한국형법연구 100년, 법학교육과 법학연구(故 정광현 박사 추모 논문집), 한국 법학교수회, 1995, 77면; 오영근, 앞의 글, 113면.

12) 서일교 편, 신형법 (附참고자료), 대한출판문화사, 1953, 75면 참조.

13) 서일교 편, 앞의 책, 98면.

14) 서일교 편, 앞의 책, 편자의 말.

15) 아래의 규정들은 재판자료 제41집 주요 구법령집(상), 법원행정처, 1987, 670-671면.

16) 장승두, 형법요강(총론·각론), 청구문화사, 1950, 227-228면 참조.

규정은 오늘날 제335조 규정과 거의 같으며, 당시의 학설·판례는 사후강도의 미수는 탈취행위(절도행위)가 완성되지 않은 경우에만 성립한다고 보았다.¹⁸⁾ 또한 “강도로써 논한다”는 것은 일체의 관계에 있어서 강도죄와 동일하게 취급한다는 의미로 이해했다.¹⁹⁾

나. 1940년 일본개정형법가안²⁰⁾

일본개정형법가안은 제425조에서 준강도죄를 규정하였다.

제425조 절도재물의 취환(取環)을 거부하며 체포를 면하며 또는 죄적을 인멸하기 위하여 폭행 또는 협박을 행한 때에는 강도로써 논하여 전 2조²¹⁾의 예에 의한다.

제431조 제420조 내지 제426조 및 제428조 내지 전조의 미수범은 이를 벌한다.

일본개정형법가안의 준강도죄에 관한 규정은 형법의 준강도죄에 관한

17) 1. 대법원 1984.12.11. 선고 84도2324 판결: 약물을 탄 오렌지를 먹자마자 정신이 혼미해지고 그 후 기억을 잃었다는 것은 강도죄에 있어서 항거불능 상태를 말하는 것은 될지언정 이것만으로는 약물중독 상해를 인정할 자료가 되지 못한다.

2. 대법원 1979.9.25. 선고 79도1735 판결: “아리반”(신경안정제) 4알을 탄 우유나 사와가 들어 있는 갑을 휴대하고 다니다가 사람에게 마시게 하여 졸음에 빠지게 하고 그 틈에 그 사람의 돈이나 물건을 빼앗은 경우에 그 수단은 강도죄에서 요구하는 남의 항거를 억압할 정도의 폭행에 해당된다.

18) 장승두, 앞의 책, 227면 참조.

19) 장승두, 앞의 책, 227면.

20) 아래의 규정들은 범무자료 제5집, 일본개정형법가안 75면.

21) 제423조 폭행 또는 협박으로써 타인의 재물을 강취하며 기타 재산상 불법의 이익을 얻으며 또는 제3자로 하여금 이를 얻게 한 자는 강도의 죄로 하여 3년 이상의 유기징역에 처한다.

제424조 야간 사람의 주거에 침입하여 강도를 행한 자는 무기 또는 6년 이상의 징역에 처한다.

흉기 기타 위험한 기구를 휴대하며 또는 2인 이상 통모하여 같이 강도를 행한 자 역시 전항과 같다.

규정에 보다 접근한다. 특히 준강도의 법적 효과로서 “전2조의 예에 의한다”라는 표현은 의용형법의 “강도로써 논한다”라는 표현과는 분명히 다른 것이며, 형법 제335조의 표현과 동일한 것이다.

다. 1951년 정부 형법초안²²⁾

제358조 절도재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 한 때에는 전2조²³⁾의 예에 의한다.

제365조 제352조 내지 제357조, 제359조, 제360조 전단, 제361조 전단, 제362조 제1항, 제363조 및 전조의 미수범은 처벌한다. 단, 제363조 중 사람을 사상에 이르게 한 죄를 제외한다.

라. 1952년 국회 법제사법위원회 형법수정안

국회수정안은 제356조 중 ‘케’를 ‘하계’로 하고, 제358조 중 ‘절도’ 다음에 ‘가’를 삽입하고, 제365조 중 ‘밋’을 ‘와’로 한 것 외에는 정부초안과 동일하다.²⁴⁾

마. 검 토

제정형법은 1953년 9월 18일 법률 제293호로 공포되어 개천절인 같은 해 10월 3일부터 시행되었다. 형법 제335조의 연혁을 살펴보았지만, 의용형법

22) 아래의 규정들은 신동운 편, 형사법령제정자료집(1) 형법, 한국형사정책연구원, 1990, 74-75면.

23) 제356조 폭행 또는 협박으로써 타인의 재물을 강취하거나 기타 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득케 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

제357조 야간에 타인의 주거, 간수하는 저택, 건조물, 선박 또는 점유하는 방실에 침입하여 전조의 죄를 범한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

흥기를 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 전조의 죄를 범한 자도 전항의 형과 같다.

24) 신동운 편, 형사법령제정자료집(1) 형법, 122면 참조.

시기에는 준강도죄의 법적 성격에 대한 면밀한 검토는 없었던 것으로 보인다. 형법제정 직후인 1950년대 후반의 문헌에서도 마찬가지이다.²⁵⁾ 준강도죄에 관한 규정은 현재까지 변화가 없으며, 다만 제정형법에서는 미수범 처벌규정인 제342조에서 제335조가 빠져 있었으나, 1995. 12. 29. 형법개정시 제342조의 적용대상에 제335조를 추가하였다. 그 이전까지는 형법 제335조의 “전2조의 예에 의한다”는 규정의 해석에 의해서 준강도죄의 미수를 인정하였다. “예에 의한다”고 하였으므로 예에 의할 조문에 미수범처벌규정이 있으면 당해범죄의 미수범도 처벌되는 것으로 해석하여야 하는데, 전2조(강도죄, 특수강도죄)의 미수범을 처벌하는 규정이 있으므로 준강도죄의 미수범도 처벌된다는 것이었다.²⁶⁾ 주체는 절도범인이며 재물탈환항거 목적일 때에는 절도가 기수이어야 하나, 체포면탈이나 죄적인멸 목적일 때에는 절도의 기수·미수는 불문하고,²⁷⁾ 절도가 미수일 때 준강도죄의 미수범이 된다고 보는 것이 일반적이었다.²⁸⁾ 의용형법과 달리 미수범처벌규정을 두지 않은 제정형법에서는 준강도죄는 절도가 재물을 취득한 후, 즉 절도행위가 완성된 후에 그 탈환의 항거·체포의 면탈 또는 죄적의 인멸의 목적으로써 폭행·협박을 하는 것으로 해석하여야 한다고 본 학설도 있었다.²⁹⁾

요컨대 준강도는 절도물의 완전취득을 위하여 폭행·협박을 가하는 점에 있어서 강도에 준하므로,³⁰⁾ 일체의 관계에 있어서 강도죄와 동일하게

25) 류병진, 한국형법(각론), 고시학회, 1956, 289-290면; 서일교, 형법각론강의, 제일문화사, 1956, 153-154면; 엄정철, 형법각론강의, 신아사, 1959, 391-393면; 이건호, 형법각론, 일신사, 1957, 411-412면; 이근상, 형법각론, 일한도서출판사, 1957, 257-258면 참조.

26) 류병진, 앞의 책, 289면; 서일교, 앞의 책, 154면; 엄정철, 앞의 책, 392면; 이건호, 앞의 책, 412면.

27) 서일교, 앞의 책, 153면; 엄정철, 앞의 책, 391-392면. 이건호, 앞의 책, 411면은 주체인 절도범인은 행위의 단계상 착수 후, 실행행위 중 또는 실행직후의 현행범의 상태에 있는 자임을 요한다고 설명하고 있다.

28) 류병진, 앞의 책, 289면; 서일교, 앞의 책, 154면; 엄정철, 앞의 책, 392면; 이건호, 앞의 책, 411-412면.

29) 이근상, 앞의 책, 257면.

30) 이근상, 앞의 책, 257면.

취급한다³¹⁾는 것이 형법제정을 전후하여 학설이 가졌던 준강도죄의 성격에 대한 이해라고 할 수 있다. 절도와 폭행·협박의 시간적 선후관계가 다를 뿐 준강도죄는 강도죄와 다름없다는 것이다. 그러나 이러한 시각은 형법 제335조가 제시하는 목적 중 재물탈환항거 목적에 치중하는 것이기 때문에, 해석론으로서 충분하다고 볼 수 없다. 여기에서 재물탈환항거 이외의 목적이 제시된 입법례를 비교법적으로 검토해 볼 필요성이 생긴다.

2. 비교법적 고찰 - 독일의 입법례

가. 1962년 독일형법초안 제247조³²⁾

제247조 [강도적 절도(Räuberischer Diebstahl)] 절도(Diebstahl) 또는 경미한 절도(Entwendung) 후에 현장에서 관련되어 또는 추적되고 있던 자가 다음 각호의 목적으로 무기 또는 다른 위험한 도구로 폭행하거나 생명 또는 신체에 대한 현재의 위험으로 협박한 때에는 강도와 같이 제245조 제1항, 제2항 제1문과 제246조 제1항 제1호, 제2호, 제2항에 의하여 처벌한다.

1. 자기 또는 타인의 절취물유지를 위하여
2. 절취물의 회복을 위한 확인을 방해하기 위하여
3. 자기 또는 다른 관여자의 처벌을 면하기 위하여

31) 장승두, 앞의 책, 227면.

32) § 247 [Räuberischer Diebstahl] Wer, nach einem Diebstahl oder einer Entwendung auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, mit einer Waffe oder einem anderen gefährlichen Werkzeug entweder Gewalt gegen jemanden anwendet, oder mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht, um

1. sich oder einem anderen die gestohlene oder entwendete Sache zu erhalten,
2. Feststellungen zu ihrer Wiedererlangung zu verhindern oder
3. sich oder einen anderen Beteiligten der Bestrafung zu entziehen,

wird wie ein Räuber nach § 245 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 und § 246 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 2 bestraft.

1962년 초안 제247조는 절취물의 점유를 유지할 목적만을 규정하고 있는 현행 독일형법 제252조와는 달리 자기 또는 타인의 절취물유지를 위한 목적 외에 절취물의 회복을 위한 확인을 방해하기 위한 목적과, 자기 또는 다른 관여자의 처벌을 면하기 위한 목적을 규정하고 있다. 이렇게 규정한 이유에 대해서 초안의 이유서는, 독일형법 제252조의 본질적인 단점은 절취물의 점유를 유지하고자 하는 행위자의 목적이 증명되어야 하는 데 있는데, 범행 후에 체포에 대항하는 절도는 여러 목적들을 추구할 수 있고 이러한 목적들은 자주 서로 뒤섞여 교차할 수 있으며 예기치 못한 추적자에게 갑작스럽게 대항하는 행위자 자신은 빈번하게 이러한 목적들을 의식하지 못하기 때문에, 절취물의 점유를 유지하고자 하는 목적을 증명하는 것이 대단히 어려워서 1962년 초안은 그 밖의 목적들도 규정한 것이라고 설명한다.³³⁾

따라서 제247조는 행위자가 절취한 재물을 버린 후 처벌을 면하기 위하여 대항하는 경우에도 적용되며,³⁴⁾ 특히 제2호는 추적자가 너무 약해서 도둑패거리에게서 절취된 재물을 되찾을 수는 없지만, 그 재물을 되찾기 위해서 확인하는 것, 예컨대 도둑들이 타고 도망가려 하는 자동차의 번호를 확인하는 것이 폭행으로 방해되는 때에 역할을 할 수 있다고 한다.³⁵⁾

또한 “절도 또는 경미한 절도 후에”라는 문언은 선행범죄는 기수라야 한다는 것을 분명하게 나타내고, 나아가 선행범죄는 법적인 의미에서도 종료되어야 한다고 말한다. 그렇지 않으면 강도에 관한 규정들이 바로 적용된다고 한다.³⁶⁾

1962년 초안이 강도적 절도를 기본적으로 강도와 같이 처벌한다고 규정한 것에 대해서, 초안의 이유서는 비록 강도적 절도가 강도는 아닐지라도,

33) Begründung zum Entwurf 1962, S.417f.

34) Begründung zum Entwurf 1962, S.418.

35) Begründung zum Entwurf 1962, S.419.

36) Begründung zum Entwurf 1962, S.418.

절도 또는 경미한 절도의 가중된 형태가 아니라 강도에 유사한 고유한 성질의 범죄(ein dem Raub ähnliches Verbrechen eigener Art)이며, 강도에 대한 동류성(Verwandtschaft)으로 인해서 강도와 동일한 장(章)에 배치한 것이라고 한다.³⁷⁾ 아울러 1962년 초안이 강도에 대한 규정들에 의한 행위자 처벌을 행위자가 무기 또는 다른 위험한 도구를 사용한 경우에만 가능하도록 한 점은 주목할 만하다. 아마도 강도와 강도적 절도 사이에 존재하는 불법의 차이를 상쇄하여 행위자 처벌의 정당성을 확보하려는 의도라고 생각된다.³⁸⁾

나. 독일형법 제252조³⁹⁾

제252조 [강도적 절도(Räuberischer Diebstahl)] 절도의 기회에 현장에서 관련되어 절취한 재물의 점유를 유지하기 위하여 사람에게 폭행하거나 생명 또는 신체에 대한 현재의 위험으로 협박한 자는 강도와 동일하게 처벌한다.

강도적 절도는 1851년 프로이센 형법 제230조에 그 기원을 두고 있으며,⁴⁰⁾ 현행 독일형법 제252조의 규정은 1871년 독일제국형법 제252조의 규정과 동일하다.

오늘날 독일의 학설·판례는 강도적 절도를 절도의 가중형태 또는 강도의 특별형태가 아니라, 독자적인 구성요건, 즉 독자적인 범죄(delictum sui generis),⁴¹⁾ 강도에 유사한 신분범(raubähnliches Sonderdelikt)⁴²⁾으로 파악

37) Begründung zum Entwurf 1962, S.419.

38) Vgl. Begründung zum Entwurf 1962, S.418.

39) § 252 [Räuberischer Diebstahl] Wer, bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten, ist gleich einem Räuber zu bestrafen.

40) Günther, SK-StGB II, 5. Aufl., 1998, § 252 Rn. 1.

한다. 또한 절도기수가 강도와 강도적 절도의 경계를 결정한다고 해석한다.⁴³⁾

즉 절도기수범이 강도적 절도죄의 행위주체가 될 수 있다는 것이다. 그리고 강도적 절도는 강요수단(폭행·협박)의 사용으로 기수에 이르기 때문에,⁴⁴⁾ 강도적 절도의 미수는 강요수단(폭행·협박)의 사용이 임박했거나 또는 실패했을 때 인정된다고 한다.⁴⁵⁾ 예컨대 뜻하지 않게 기능적으로 결합이 있는 권총에서 총알이 발사되지 않았을 때, 강도적 절도의 미수가 인정된다고 한다.⁴⁶⁾

다. 검토

독일의 학설·판례는 강도적 절도는 강도에 유사하지만 독자적인 범죄 형태이고, 절도기수범이 그 주체가 될 수 있으며, 폭행·협박을 기준으로 기수·미수가 결정된다는 입장이다.

그리고 현행 독일형법은 자기 또는 타인의 절취물유지라는 목적 외에 “절취물의 회복을 위한 확인을 방해하기 위하여”, “자기 또는 다른 관여자의 처벌을 면하기 위하여”라는 표지를 제시했던 1962년 독일형법초안의 입장을 채택하지 않았다. 이것은 독일형법상 강도적 절도의 적용범위를 절취

41) BGHSt 3, 76; 20, 238.

42) Günther, SK-StGB II, § 252 Rn. 2; Herdegen, LK, 11. Aufl., 1994, § 252 Rn. 2.

43) BGHSt 28, 226; 38, 299; 41, 203f.; Günther, SK-StGB II, § 252 Rn. 6; Herdegen, LK, § 252 Rn. 7; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, 9. Aufl., 2003, § 35 40; Perron, Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls (§ 252 StBG), GA 1989, 163; Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, 26. Aufl., 2001, § 252 Rn. 3; Seier, Probleme der Abgrenzung und der Reichweite von Raub und räuberischem Diebstahl - BGH, NJW 1979, 726, JuS 1979, 337.

44) Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, § 252 Rn. 8.

45) BGHSt 14, 115; Günther, SK-StGB II, § 252 Rn. 16; Herdegen, LK, § 252 Rn. 20.

46) Günther, SK-StGB II, § 252 Rn. 16.

물에 대한 점유를 유지할 목적을 가진 경우에 제한한다는 것이 된다. 즉 불법영득의사의 실현을 담보하는 범죄라는 것이다. 이런 의미에서 “강도적 절도는 강도수단으로 절취물을 지키는 것”⁴⁷⁾이라는 표현을 이해할 수 있다. 그러나 1962년 초안의 입장에 의하면, 행위자가 절취한 재물을 버린 후 처벌을 면하기 위하여 대항하는 경우에도 강도적 절도규정이 적용되기 때문에,⁴⁸⁾ 강도적 절도의 범죄성은 이와는 다르게 표현될 수 있을 것이다. 절취물의 확보 이외의 사정에서도 강도적 절도가 성립할 수 있기 때문이다.

결국 강도적 절도의 범죄성은 고정되어 있는 것이 아니라, 입법의 태도에 따라서 달리 파악될 수 있다는 것이 이해된다. 우리 형법에서는 “절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때” 준강도죄가 된다. 따라서 우리 형법에서 적어도 “체포면탈”이나 “죄적인멸” 목적을 준강도죄의 범죄성과는 전혀 관련이 없는 것으로 치부할 수 없다는 것은 분명해진다. 문제는 이러한 목적들을 감안하여 어떻게 준강도죄의 범죄성을 설명할 것인가가 되지 않을 수 없다.

Ⅲ. 준강도죄의 법적 성격

1. 법적 성격

준강도죄의 법적 성격에 대해서 학설은 절도죄의 가중유형이라는 견해,⁴⁹⁾ 강도죄의 특수유형이라는 견해,⁵⁰⁾ 강도죄와 구별되는 독립된 구성요

47) Schönke/Schröder/Eser, StGB Kommentar, § 252 Rn. 1.

48) Begründung zum Entwurf 1962, S.418.

49) 강구진, 형법각론(상권), 박영사, 1983, 303면.

50) 김종원, 형법각론(상권), 법문사, 1971, 201면; 문체규, 준강도죄의 법적 성격과 주체, 비교형사법연구 제6권 제2호(2004), 87면; 오영근, 형법각론, 박영사, 2005, §19 26; 임웅,

건이라는 견해⁵¹⁾로 나뉘어 있다.⁵²⁾

먼저 준강도죄는 절도와 폭행·협박이 결합되어 있는 형태이기는 하지만, 절취행위에 폭행·협박이 결합됨으로써 행위의 성격이 절취행위에 폭행·협박이 단순히 ‘추가’(Plus)되는 정도에 머무는 것이 아니라 절도와는 전혀 ‘다른 종류의 것’(Aluid)으로 변하게 된다는 점에서⁵³⁾ 절도죄의 가중 유형으로 볼 수는 없다.

다음으로 (재물에 대한) 강도죄와 준강도죄는 모두 절도죄와 폭행·협박죄가 결합되어 있는 형태이다. 따라서 강도죄의 보호법익이 재산권과 자유권이므로, 준강도죄의 보호법익도 재산권과 자유권이 되지 않을 수 없다. 또한 준강도죄는 (특수)강도죄의 예에 의하므로, 폭행·협박의 정도도 강도죄의 그것과 같다. 이에 반해 강도죄는 폭행·협박을 한 후 재물을 강취하거나 재산상 이익을 취득하지만, 준강도죄는 절도가 일정한 목적으로 폭행·협박을 한다는 점에서 기본적인 차이가 있다. 즉 절도와 폭행·협박의 시간적인 선후관계와 재산상 이익의 관련 여부가 다른 것이다.⁵⁴⁾ 준강도죄의 법적 성격을 파악함에 있어서 강도와의 유사점과 차이점이 고려되지 않을 수 없다. 준강도죄를 강도죄의 특수유형으로 보는 견해는 전자에 중점을 두고, 강도죄와 구별되는 독립된 구성요건으로 보는 견해는 후자에 중점을 둔다.⁵⁵⁾

형법각론(개정판 보정), 법문사, 2005, 320면.

51) 김일수, 한국형법 III[각론 상](개정판), 박영사, 1997, 595면; 박상기, 형법각론(제6판), 박영사, 2005, 288면; 배종대, 형법각론(제4판), 홍문사, 2001, § 69 1; 변종필, 준강도죄의 범행주체, 비교형사법연구 제3권 제2호 (2001), 432면; 이재상, 앞의 책, §17 30; 이정원, 형법각론, 법지사, 1999, 339-340면; 이형국, 형법각론연구 I, 법문사, 1997, 427면; 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2002, 307면.

52) 오영근 교수는 어떤 견해를 취하든 준강도죄의 해석에 차이가 있는 것은 아니기 때문에, 준강도죄에 대한 견해대립은 실익이 없는 것으로 본다. 앞의 책, §19 26.

53) 변종필, 앞의 글, 434-435면.

54) 문채규, 앞의 글, 85면과 변종필, 앞의 글, 434-435면은 강도와 준강도의 유사점과 차이점을 지적하지만, 재산상 이익의 관련 여부에 대한 지적은 보이지 않는다.

55) 문채규, 앞의 글, 85-86면; 변종필, 앞의 글, 436면. 전자의 견해를 취하는 문채규 교수

나아가 불법영득의사의 실현과는 관계없는 체포면탈이나 죄적인멸의 목적으로 절도가 폭행·협박한 경우에도 준강도죄가 성립한다는 점에서 강도죄와의 거리가 실감된다. 여기에 대해 체포면탈이나 죄적인멸의 목적은 범행이 발각된 긴급상황에서 자기 방어적 동기의 주관적 발로에 해당하기 때문에 일반적으로 책임감경적으로 기능하는 요소라고 할 것이므로 준강도죄의 가벌성 구성에 아무런 역할을 할 수 없다고 보는 견해가 있다. 궁극적으로는 재물탈환행위의 목적을 전제로 하면서 만약 체포되거나 죄적이 남아서 재물탈환의 여지가 있을 경우 그것을 범행시에 미리 차단하기 위하여 체포면탈과 죄적인멸이 직접적인 동기가 되어 폭행·협박이 행해지는 경우를 예시한 것이라는 정도의 의미를 부여할 수는 있다고 한다.⁵⁶⁾ 이 견해에 의하면, 절도가 재물절취 후 현장에서부터 추적되다가 절취한 재물을 던져버리고는 체포를 면하기 위해서 폭행·협박하는 경우는 준강도가 아니라 절도와 폭행·협박의 경합범이 되게 된다. 이것은 형법 제335조의 문언에 정면으로 반하는 결과이다. 이와 같은 경우에 준강도가 성립한다는 것이 제335조의 규정내용이기 때문이다.

(앞의 글, 87면)는 다음과 같은 논거를 든다. (i) 범행의 외형적인 구조적·현상적 차별성에 주목하여 준강도죄를 강도죄와 구별되는 독립된 범죄로 규정하기보다는 보호법익과의 관계에서 드러나는 규범의 취지 및 죄질의 동질성에 주목하여 특수한 형태의 강도죄로 규정하는 것이 타당하다. 이렇게 보면 법률효과의 면에서 준강도를 강도에 준하여 취급할 수 있는 근거 또한 자연스럽게 설명될 수 있는 장점도 있다.

(ii) “강도 또는 특수강도의 예에 의한다”는 법률효과는 처벌뿐만 아니라 형법상 모든 점에서 강도죄와 같이 취급한다는 의미까지 포함하는 것이며, 이것은 준강도가 그 불법의 총량에서 강도죄와 대등하게 평가된다는 것을 넘어서 불법의 성질과 구조 및 그 요소적인 측면까지도 일정한 상응관계에 있는 것으로 평가되었다는 점을 함축하는 것으로 보아야 한다.

(iii) 준강도와 강도를 독립된 별개의 범죄로 보면서 단지 법률효과의 면에서 준강도죄가 강도에 준한다는 이유만으로 준강도를 강도치사상죄나 강도강간죄의 강도에 포섭시키는 어렵지만, 강도와 준강도를 죄질을 같이하는 범죄로서 ‘강도의 죄’의 특별한 두 유형을 이해하면 양자 모두를 강도치사상죄나 강도강간죄의 주체인 강도에 포괄시키는 것이 용이하다.

56) 문채규, 앞의 글, 93면.

또한 강도적 절도에서 절취물의 유지목적만을 규정하고 있는 독일형법에서는 행위자가 절취수단으로서 강제를 사용하는지, 절도기수 이후에 절취물의 점유를 유지할 목적으로 강제를 사용하는지 여부는 범행의 처벌가치에 있어서 아무런 차이가 없다고 입법자가 평가한 것으로 이해할 수도 있으나,⁵⁷⁾

우리 형법은 체포면탈이나 죄적인멸의 목적까지 규정하고 있기 때문에, 강도와 준강도의 불법이 반드시 대등하다고 말하기가 어렵다.⁵⁸⁾ 이런 점에서 강도와 준강도가 반드시 죄질을 같이 한다고 보기도 어렵다.

끝으로 준강도가 강도치사상죄나 강도강간죄의 강도에 포함되는가 여부는 준강도죄의 성격을 어떻게 보는가에 달려 있다기보다는 법률이 준강도의 법적 효과를 어디까지 인정하는가, 요컨대 형사정책적 고려를 바탕으로 입법자가 결정할 문제라고 하는 것이 보다 적절하다고 생각한다. 형법 제 335조는 준강도는 강도 또는 특수강도의 예에 의한다고 하였으므로, 준강도도 강도치사상죄나 강도강간죄의 강도에 포함될 수 있는 것이다.

결국 강도와 준강도의 유사점보다는 차이점에 무게를 두는 것이 형법의 해석에 보다 부합하는 것이라 생각한다. 따라서 준강도죄는 강도죄와 유사하지만 이와는 독립된 범죄라고 이해하는 것이 타당하다고 본다.

2. 법적 효과

준강도죄는 “강도 또는 특수강도의 예”에 의하기 때문에 강도 또는 특수강도의 무거운 형벌이 적용된다. 이러한 처벌의 정당성은 어디에서 찾을 수 있는가. 두 가지 견해가 대립하고 있다.

57) Günther, SK-StGB II, § 252 Rn. 2.

58) 물론 체포면탈·죄적인멸의 목적에 의한 폭행·협박도 재물절취행위와 결합된 저도범에 의한 폭행·협박이라는 점에서 형사정책적으로 강도죄에 준한 불법의 정도는 인정될 수 있다. 이정원, 앞의 책, 341-342면.

가. 불법등가설

이 견해는 준강도죄는 폭행·협박과 재물의 절취가 결합되어 그 불법내용을 강도죄와 같이 평가할 수 있다는 데 있다고 한다.⁵⁹⁾ 그러나 강도죄의 불법내용과 같다고 하기 위해서는 폭행·협박이 절도의 기회에 행하여지고, 그 정도도 강도죄의 경우와 같아야 한다고 한다.⁶⁰⁾

나. 위험성설

이 견해는 양 범죄의 행위불법이나 책임이 등가적이라는 데 그 근거가 있다기보다는 행위자가 실제로 발각되었거나 발각되었다고 잘못 생각함으로써 폭행·협박의 범행을 유발시킬 특별히 위험한 상황이 있고, 이 상황에서도 도출될 수 있는 행위자의 위험성이 양자를 등가적으로 취급하게 할 수 있는 형사정책적 근거가 된다고 한다. 준강도에는 占有保持의 목적이라는 특별한 주관적 불법요소와 체포면탈 또는 죄적인멸의 목적이라는 심정적 동기에 기한 책임요소가 있어 강도의 불법 및 책임내용과 다르고, 범인이 발각되고 난 후 순간적으로 도품을 계속 보지할 목적으로 또는 처벌 등을 피하기 위한 동기에서 보통 강폭한 반응을 보일 가능성이 많기 때문에 그에 대한 형사정책적 대책의 필요성에서 이를 강도와 같이 취급하고 있다고 보는 것이다.⁶¹⁾

다. 헌법재판소의 입장⁶²⁾

헌법재판소는 “우리 형법에서 체포면탈목적의 준강도를 인정한 취지는

59) 이재상, 앞의 책, § 17 31; 이정원, 앞의 책, 340면.

60) 이재상, 앞의 책, § 17 31.

61) 김일수, 앞의 책, 595-596면.

62) 헌법재판소 전원재판부 1997.8.21. 96헌바9.

자연적인 인간본성의 발현 자체에 강도와 같은 정도의 불법성을 부여하는 것이 아니라”, “절도범인 중 형법 제335조 소정의 행위를 한 자의 그 죄질이나 위험성을 강도와 같게 보아서 강도와 동일한 법정형으로 처벌하도록 함에 있는 것”이라고 한다. “절도범행의 실행 중 또는 실행직후에 발각되었을 때 폭행·협박의 범행을 유발할 수도 있는 특별한 위험상황을 배제할 수 없고 그와 같은 상황이 일어난다면 그 행위의 죄질이 강도와 등가로 평가할 수 있기 때문”이라는 것이다.

죄질과 위험성 모두를 근거로 들면서도 강도죄와 준강도죄의 행위구성 요소의 시간적 선후관계(차별성)를 다소 가볍게 평가하면서 죄질의 등가성을 그 주된 근거로 들고 있다고 보고, 헌법재판소의 입장을 불법등가설에 가까운 것으로 이해할 수도 있다.⁶³⁾ 한편, 헌법재판소의 입장을, 체포면탈 목적의 준강도에 강도와 같은 정도의 불법성을 부여하는 것이 아니라, 특별한 위험상황에서의 행위자가 행한 폭행·협박의 죄질을 형사정책적으로 강도와 같게 보아서 강도와 동일한 법정형으로 처벌하는 것으로 읽으면, 위험성설을 기초로 불법등가설에 이르는 입장이라고 볼 수도 있다.

라. 검토

형법 제335조의 준강도를 순수한 불법등가설의 입장에서 파악하기는 어려울 것으로 생각한다. 불법등가설이 타당하려면 준강도죄의 재산범죄적 성격이 강조되어야 할 것이다. 절도 후 불법영득의사의 실현을 위한 폭행·협박이 되어야만 강도죄의 불법내용과 같다고 평가할 수 있기 때문이다. 그러나 무엇보다도 체포면탈이나 죄적인멸의 목적의 폭행·협박이라는 것은 재산범죄적 성격과는 거리가 있으므로, 불법의 내용적 비교는 어렵게

63) 변종필, 앞의 논문, 434면. 문채규, 앞의 논문, 89면 주 13도 헌법재판소는 기본적으로는 불법등가설의 입장을 취한다고 이해한다.

된다. 그렇다고 체포면탈이나 죄적인멸의 목적을 준강도죄의 가벌성에 아무런 역할도 할 수 없다거나, 주관적 불법요소가 아니라 심정적 동기에 기한 책임요소라고 보는 것은 적절하지 않다고 생각한다. 형법은 재물탈환항거, 체포면탈, 죄적인멸을 대등하게 준강도죄의 목적으로 규정하고 있기 때문이다.

따라서 형법은 강도죄와 내용적으로 동일한 재물탈환항거를 목적으로 하는 폭행·협박뿐만 아니라, 체포면탈·죄적인멸의 목적에 의한 폭행·협박도 형사정책적으로 특별히 강도죄에 준하여 취급하고 있다⁶⁴⁾고 볼 수 있다. 따라서 준강도죄가 (특수)강도와 동일하게 취급되는 것은 그 죄질 또는 불법의 등가에 있지만(불법등가설), 이러한 등가는 특수한 행위상황에서의 행위자의 위험성이 그 기초가 된다(위험성설)고 보면 충분하지 않을까 생각한다.⁶⁵⁾

IV. 준강도죄의 행위주체

준강도죄의 행위주체는 절도의 범위에 대해서 재물탈환항거 목적인 때에는 절도가 기수여야 하지만, 체포면탈·죄적인멸 목적인 때에는 절도의 기수·미수를 불문한다는 것이 통설⁶⁶⁾이다. 판례⁶⁷⁾도 형법 제335조의 ‘절

64) 이정원, 앞의 책, 341면.

65) 김일수/서보학, 새로운 형법각론(제6판), 박영사, 2004, 327면은 “절도범인이 실제로 발각되었거나 발각되었다고 잘못 생각함으로써 폭행·협박으로 나아갈 수 있는 특별히 위험한 상황이 존재하고, 이 상황에서 도출될 수 있는 행위자의 위험성과 행위의 불법성이 준강도를 강도에 준하여 취급하게 할 수 있는 형사정책적 근거가 된다”고 한다.

66) 박상기, 앞의 책, 291면; 이재상, 앞의 책, § 17 39; 이형국, 앞의 책, 428면; 임 응, 앞의 글, 86면; 정성근/박광민, 앞의 책, 308면. 김일수 교수는 절도기수범만이 주체가 된다고 본다(앞의 책, 596면).

67) 대법원 1990. 2. 27. 선고 89도2532 판결.

도'에는 절도기수범과 절도미수범이 모두 포함된다고 본다.

준강도죄의 행위주체인 절도의 범위에 절도기수범이 포함되는 것은 당연하다. 문제는 절도미수범이 주체가 될 수 있는가에 있다.

가. 준점유강취죄와의 비교

형법 제325조 제2항은 “타인의 점유에 속하는 자기의 물건을 취거함에 당하여 그 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때”에 준점유강취죄가 성립함을 규정하고 있다. 준점유강취죄는 준강도죄에 대응하는 범죄이며, 자기의 물건에 대한 준강도죄이다.⁶⁸⁾

제325조 제2항은 행위주체가 취거를 완성한 자인지에 대해서 명시하지 아니하고, “타인의 점유에 속하는 자기의 물건을 취거함에 당하여”라고 하여 행위상황만을 묘사하고 있다. 이러한 경우에 행위자는 적어도 자기의 물건의 취거에 착수한 자, 즉 실행의 착수를 한 자이면 된다고 해석하는데 별다른 어려움은 없다. 강도죄·준강도죄와 점유강취죄·준점유강취죄는 서로 대응하는 구성요건들이다. 다만 행위객체가 타인이 점유하는 자기의 물건이라는 점에서 다르다. 그렇다면 체계적으로 행위주체의 범위에 대해서도 준강도죄와 준점유강취죄는 서로 대응한다고 볼 수 있고, 따라서 준강도죄의 주체는 절도미수범도 포함한다고 해석할 수 있다.

나. 형사소송법상 현행범인체포

범죄의 실행 중이거나 실행의 직후인 자를 현행범인이라고 하고(형사소송법 제211조 제1항), 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다(같은

68) 이재상, 앞의 책, § 24 16.

은 법 제212조). 여기서 “범죄의 실행 중인 자”라 함은 범죄의 실행행위에 착수하여 아직 범죄의 종료에 이르지 아니한 자를 말한다.⁶⁹⁾ 체포면탈 목적의 준강도죄의 주체는 체포될 수 있는 자이어야 한다. 그렇다면 형사소송법 제212조와의 관계에 있어서도 절도의 실행행위에 착수한 자는 준강도죄의 주체가 된다고 하지 않을 수 없다.

V. 준강도죄의 기수·미수의 판단기준

1. 학 설

가. 절취행위기준설⁷⁰⁾

이 견해는 절도의 기수·미수를 기준으로 준강도죄의 기수·미수를 결정해야 한다고 한다. 그 논거로서 (i) 강도죄는 재산권과 자유권을 보호법익으로 하는 죄이나 재산죄에 그 본질이 있고, (ii) 강도죄에 있어서는 재물을 강취하여야 기수가 됨에도 불구하고 폭행·협박을 기준으로 기수와 미수를 결정할 때에는 강도의 미수가 준강도의 기수로 처벌받는다는 불균형을 초래한다는 점을 든다.

나. 폭행·협박행위 기준설⁷¹⁾

이 견해는 폭행·협박의 기수·미수를 기준으로 준강도죄의 기수·미수

69) 신동운, 형사소송법[제3판], 법문사, 2005, 157면.

70) 이재상, 앞의 책, § 17 38; 정성근/박광민, 앞의 책, 312면; 대법원 2004.11.18. 선고 2004도5074 전원합의체판결의 다수의견.

71) 강구진, 앞의 책, 308면; 김일수, 앞의 책, 601면; 배종대, 앞의 책, § 69 12; 대법원 2004.11.18. 선고 2004도5074 전원합의체판결의 반대의견.

를 결정해야 한다고 한다. (i) 강도살인죄 또는 강도상해죄에서 재물취득 여부가 기수의 성립에 영향이 없다고 해석되는 이상 준강도도 동일하게 해석하여야 하고, (ii) 준강도가 기수유형인 기본적 구성요건과 미수유형인 수정적 구성요건을 다같이 포함하고 있다는 해석은 이례적인 변칙적 입법 형식을 인정하는 것이 되며, (iii) 준강도의 주된 행위는 폭행·협박이고, 강도의 주된 행위는 강취, 즉 탈취라는 점을 논거로 든다.

다. 종합설(절취행위 및 폭행·협박행위기준설)⁷²⁾

이 견해는 (단순)준강도죄는 단순강도죄에 준한 범죄인데, 결합범인 단순강도죄에 있어서 그 미수·기수가 보호법익과 관련된 두 측면, 재물취득과 폭행·협박의 두 측면에 결정된다면, 결합범인 준강도죄에 있어서도 절취행위와 폭행·협박행위가 결합되어 있으므로, 준강도죄의 미수·기수는 “절취행위와 폭행·협박행위의 양자를 기준”으로 하여 결정되어야 한다고 본다. 따라서 폭행·협박이 기수이더라도 절도가 미수이거나, 절도가 기수라도 폭행·협박이 미수인 경우에는 준강도죄의 미수가 된다고 한다.

2. 검 토

준강도죄는 강도에 유사한 독자적인 성격을 갖는 범죄라고 이해하는 것이 옳으며, 특별한 행위상황에서 행위자가 가지는 위험성을 기초로 이러한 상황에서의 행위자가 행위를 했을 때 그 행위가 가지는 불법 또는 죄질을 강도와 같이 평가하기 때문에 준강도를 (특수)강도에 예에 의하는 것이다.

72) 박상기, 앞의 책, 291면; 오영근, 앞의 책, § 19 37; 이정원, 앞의 책, 346면; 이형국, 앞의 책, 430면; 임웅, 앞의 책, 325면; 대법원 2004.11.18. 선고 2004도5074 전원합의체판결의 별개의견.

특히 형법 제335조는 재물탈환항거 목적 이외에 체포면탈과 죄적인멸의 목적을 제시하고 있으므로, 반드시 재산범죄적 성격에 무게를 두어 절취행위의 기수·미수에 따라서 준강도죄의 기수·미수를 결정할 이유가 없다.

또한 재물탈환항거 목적의 준강도죄의 경우에는 해석상 재물을 취득한 자, 즉 절도기수범이 주체가 될 수밖에 없다. 따라서 이 경우는 폭행·협박행위의 기수·미수에 따라서 준강도죄의 기수·미수가 결정되는 것은 분명하다. 그리고 체포면탈이나 죄적인멸 목적의 준강도죄에서는 절도미수범도 주체가 될 수 있다. 그렇다면 절도미수범이 체포면탈이나 죄적인멸 목적으로 폭행·협박했을 때 준강도죄가 성립하고, 폭행·협박이 미수인 때에 준강도죄의 미수가 된다고 보아야 한다. 제342조에 대해서 제335조는 기본적인 구성요건이기 때문에, 기본적인 구성요건에서 포착하지 못하는 경우에 수정적 구성요건인 제342조가 개입할 수 있다. 절도미수범이 폭행·협박하는 경우는 제335조에서 파악하고 있기 때문에, 제342조가 개입할 여지가 없다.

결론적으로 준강도죄의 기수·미수는 준강도죄의 구성요건적 행위인 폭행·협박의 기수·미수를 기준으로 판단하는 것이 타당하다고 생각한다.

VI. 맺음말

준강도죄에 대한 연혁적·비교법적 고찰을 통해서 볼 때, 준강도죄는 절취물에 대한 불법영득의사의 완전한 실현을 위해서 폭행·협박을 가하는 경우라고 이해하는 것이 일반적인 것으로 보인다. 그러나 우리 형법에서는 체포면탈이나 죄적인멸 목적으로 절도가 폭행·협박을 한 경우에도 준강도죄가 성립하기 때문에, 준강도죄에 대한 일반적인 이해와 아울러 형법규정이 가지는 특별한 의미도 고려해야 한다. 따라서 체포면탈목적과 죄

적인멸목적의 준강도의 경우도 고려하여 형법상 준강도죄의 법적 성격, 주체, 기수·미수의 판단기준을 찾아야 한다.

먼저 준강도죄는 강도죄에 유사한 독자적인 범죄이며, (특수)강도의 예에 의한다는 준강도죄의 법적 효과는 특수한 행위상황에서의 행위자의 위험성이 기초하는 행위의 불법 또는 죄질이 강도죄의 그것과 등가적으로 평가된다는 것으로 정당화할 수 있다.

다음으로 준점유강취죄, 형사소송법상 현행범인체포규정을 감안할 때, 준강도죄의 주체인 ‘절도’는 절도미수범을 포함한다고 보는 것이 타당하다.

독자적인 범죄로서의 준강도죄의 성격, 행위주체인 절도의 범위, 구성요건적 행위인 폭행·협박이 준강도죄의 구성요건적 행위라는 점을 고려할 때, 준강도죄의 기수·미수는 폭행·협박행위를 기준으로 판단하는 것이 타당하다. 따라서 이전의 판례를 변경하여 절취행위의 기수·미수를 기준으로 준강도죄의 기수·미수를 결정하도록 한 최근의 대법원 전원합의체 판결은 타당하지 않다고 생각한다. 절취행위의 기수·미수를 기준으로 준강도죄의 기수·미수를 결정하면 준강도죄의 재산범죄적 성격을 보다 강조할 수 있다는 점에서, 이 판결은 형사정책적으로는 준강도죄의 해석·적용에 있어서 재산범죄적 성격을 강조해야 한다는 방향을 설정했다는 의의를 가진다고 볼 수 있다. 그러나 우리 형법에서는 강도죄와 준강도죄는 단순히 절도와 폭행·협박의 시간적 선후관계가 다른 것에 불과하지 않고, 행위구조 자체가 다른 것으로 이해해야 할 것이다. 준강도죄의 체포면탈·죄적인멸의 목적이 이것을 분명히 하고 있다. 또한 범죄의 기수·미수는 구성요건적 행위를 기준으로 판단하는 것이 원칙이며, 준강도죄에 있어서 이러한 원칙이 깨뜨려질 이유는 없다고 본다. 더욱이 구성요건의 주체로 명시된 ‘절도’의 성격이 준강도죄의 기수·미수를 결정한다는 것은 수궁하기가 쉽지 않은 것이다.

따라서 최근의 대법원전원합의체 판결이 제시한 준강도죄의 해석·적용에 관한 방향설정은 재고되어야 할 것으로 생각한다.

주제어: 준강도죄, 형법 제335조, 강도에 유사한 독자적인 범죄, 절도, 준강도죄의 미수

참고문헌

1. 국내문헌

- 강구진, 형법강의 각론 I, 박영사, 1983.
- 김일수, 한국형법 III[각론 상](개정판), 박영사, 1997.
- 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론(제6판), 박영사, 2004.
- 김종원, 형법각론(상권), 법문사, 1971.
- 류병진, 한국형법(각론), 고시학회, 1956.
- 박상기, 형법각론(제6판), 박영사, 2005.
- 배종대, 형법각론(제4판), 홍문사, 2001.
- 서일교 편, 신형법 (附참고자료), 대한출판문화사, 1953.
- 서일교, 형법각론강의, 제일문화사, 1956.
- 신동운, 형사소송법[제3판], 법문사, 2005.
- 신동운 편, 형사법령제정자료집(1) 형법, 한국형사정책연구원, 1990.
- 염정철, 형법각론강의, 신아사, 1959.
- 오영근, 형법각론, 박영사, 2005.
- 이건호, 형법각론, 일신사, 1957.

- 이근상, 형법각론, 일한도서출판사, 1957.
- 이재상, 형법각론(제5판), 박영사, 2004.
- 이정원, 형법각론, 법지사, 1999.
- 이형국, 형법각론연구 I, 법문사, 1997.
- 임 옹, 형법각론(개정판 보정), 법문사, 2005.
- 장승두, 형법요강(총론·각론), 청구문화사, 1950.
- 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2002.
- 법무자료 제5집, 법무부조사국, 1948.
- 법무자료 제6집, 법무부조사국, 1948.
- 재판자료 제41집 주요 구법령집(상), 법원행정처, 1987.
- 김종원, 한국형법연구 100년, 법학교육과 법학연구(故 정광현 박사 추모 논문집), 한국법학교수회, 1995.
- 문채규, 준강도죄의 법적 성격과 주체, 비교형사법연구 제6권 제2호 (2004).
- 변종필, 준강도죄의 범행주체, 비교형사법연구 제3권 제2호 (2001).
- 오영근, 일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점, 형사법연구 제20호 (2003).
- 제15회 국회정기회의속기록 제55호, 국회사무처, 1953.

2. 국외문헌

- Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 (mit Begründung)
-Bundestagsvorlage- [Entwurf 1962].
- Günther, Hans-Ludwig, Systematischer Kommentar zum
Strafgesetzbuch II [SK-StGB II], 5. Aufl., 1998.

Herdegen, Gerhard, StGB Leipziger Kommentar Großkommentar [LK],
11. Aufl., 1994.

Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred,
Strafrecht Besonder Teil Teilband 1 [BT 1], 9. Aufl., 2003.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Eser, Albin, Strafgesetzbuch Kommentar
[StGB Kommentar], 26. Aufl., 2001.

Perron, Walter, Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls(§
252 StBG), GA 1989, 145ff.

Seier, Jürgen, Probleme der Abgrenzung und der Reichweite von Raub
und räuberischem Diebstahl – BGH, NJW 1979, 726, JuS 1979,
336ff.

Eine Betrachtung über den räuberischen Diebstahl

Lee, Chang-Sup *

Der räuberische Diebstahl ist Diebstahl und Nötigungsmittel(Gewalt oder Drohung) zusammengesetzt und die Nötigungsmittel stimmen mit denen des Raubes überein. Der Täter ist gleich einem Räuber zu bestrafen. Der räuberische Diebstahl und der Raub sind insoweit ähnlich.

Aber Der räuberische Diebstahl ist nicht nur das Spiegelbild von der Raub. Damit handelt es sich bei § 335 StGB um ein eigenständiges raubähnliches Delikt, weder um einen qualifizierten Diebstahl noch um eine Sonderform des Raubes.

Ein vollenter oder versuchter Diebstahl ist die Vortat des räuberischen Diebstahls in § 335.

Der Täter muß gegen eine Person Gewalt verüben oder Drohung anwenden, um sich Wiedererlangung des gestohlenen Gutes zur Wehr zu setzen, um Ertappung zu verhindern oder um die Spuren der Tat nicht zu hinterlassen.

Der räuberische Diebstahl ist mit der Anwendung der Nötigungsmittel vollendet, also kommt ein Versuch des räuberischen Diebstahls in Fällen in Betracht, in denen die Anwendung der

* Lecturer of college of law, Seoul National University, Ph.D. in Law.

238 형사정책연구 제17권 제1호(통권 제65호, 2006 · 봄호)

Nötigungsmittel unmittelbar bevorsteht und in Fällen, in denen der Täter zur Nötigung ansetzt, sie aber nicht vollenden kann, nämlich die Anwendung der Nötigungsmittel misslingt.

Schlüsselwörter: räuberischer Diebstahl, § 335 StGB, eigenständiges raubähnliches Delikt, Diebstahl, Versuch des räuberischen Diebstahls

‘치안활동의 구조변동’에 대한 담론의
지형과 쟁점: 위험, 시장, 계약적 통치

김 성 언

이 논문은 2005년 경남대학교 학술논문게재연구비
지원으로 수행되었음

형사정책연구 제17권 제1호(통권 제65호, 2006 · 봄호)

한국형사정책연구원

‘치안활동의 구조변동’에 대한 담론의 지형과 쟁점: 위험, 시장, 계약적 통치

김 성 언*

I. 치안활동의 구조변동

최근 서구 산업사회의 논자들을 중심으로 전통적인 국가중심주의적인 치안활동 체계에 중대한 변화가 야기되고 있다는 인식이 확산되고 있다. 민간경비의 괄목할만한 성장(Shearing and Stenning, 1987; Johnston, 1992a; Jones and Newburn, 1998; Loader, 1999), ‘초국적’(transnational) 치안활동 기구 및 그 활동에 대한 중요성의 증가(Anderson et al., 1995; Sheptycki, 1997), 공공경찰의 조직 및 관리 방식의 변화(Chatterton et al., 1996; Johnston, 1996), 경찰활동과 범죄 통제 영역에서의 새로운 테크놀로지의 영향(Marx, 1988), ‘위험에 기초한’(risk-based) 새로운 경찰활동 전략의 등장(Feeley and Simon, 1992; Ericson and Haggerty, 1997) 등은 현재의 변화들에 주목하고 있는 대표적인 논의들이다.

현재의 변화에 대해 언급하는 논의들의 공통된 특징 중의 하나는 그것들을 좀더 거시적인 수준에서의 사회구조적 변동들과 결부시켜 이해한다는 점이다. 탈현대성(postmodernity), 후기현대성(late modernity), 고도화

※ 이 논문은 2005년도 경남대학교 학술논문게재연구비 지원으로 수행되었음.

* 경남대학교 경찰행정학과 교수, 사회학박사

된 현대성(high modernity), 선진화된 자유주의(advanced liberalism), 탈-케인즈주의(post-Keyensianism), 위험사회(risk society) 등은 그 대표적인 담론들이다(Giddens, 1990; Beck, 1992; O'Malley and Palmer, 1996; Rose, 1996; Johnston, 2000). 이러한 이념들에 기초하여 오말리와 팔머(O'Malley and Palmer, 1996)는 현재의 변화를 '복지국가적 치안활동에 대한 탈-케인즈주의적 치안활동(post-Keynesian policing)의 대체'로 규정하고 있으며, 레이너(Reiner, 1992, 1997)는 현재의 치안활동을 탈현대 시대에 부응하는 '선택과 조합'의 치안활동("pick 'n mix" policing)으로 묘사하였으며, 맥로플린과 머지(McLaughlin and Murji, 1995)는 이를 '공적 치안활동의 종식'(End of Public Policing)으로 풀이하였다.

요컨대 최근 등장하고 있는 일련의 변화들은 치안활동 체계의 패러다임적 전환 혹은 구조변동으로 평가되고 있다(Bayley and Shearing, 1996). 이러한 논의들은 비록 자신들의 주장을 뒷받침하는 논거의 실증적 지평들을 서로 달리하고 있지만, 하나같이 19세기 이래로 지속되어 왔던 근대적 치안활동의 담론, 즉 공공의 질서를 유지하고 범죄로부터 안전한 삶을 제공하는 것은 국가(경찰)의 몫이라는 관념이 더 이상 유지되기 어렵다는 생각을 공유하고 있다(Bayley and Shearing, 2001). 치안활동을 담당하는 다원화된 주체들이 등장하고 있으며(Shearing, 1992; Stenson, 1996; O'Malley and Palmer, 1996; Johnston and Shearing, 2003). 그 결과 공공경찰은 변화된 환경 속에서 새로운 정체성을 요구받고 있으며 그로 인해 전통적으로 고수해왔던 역할과 기능들의 변화가 불가피해졌다는 것이 이들의 공통된 의견이다.

그렇다면 왜 이러한 변화가 나타나는 것일까? 그리고 이러한 변화를 어떻게 이해해야만 할까? 그 변화들이 야기하는 정치사회적 결과들은 무엇인가? 하지만 안타깝게도 이러한 질문들에 대해 명쾌한 해답을 제시하고 있는 논의들을 찾기란 쉽지 않다. 이러한 논의들은 현재 전개되고 있는 치

안활동의 변화가 국가 통치구조의 변화, 신자유주의, 다원주의와 같은 정치적·사회조직적·문화적 이념들과 밀접한 관련이 있음을 암시적으로 제시하고 있을 뿐, 변화의 동인 혹은 변인들 간의 구체적인 인과관계를 밝히거나 치안활동의 맥락에서 그 결과들이 갖는 함의들을 보다 적극적으로 다루고 있지는 못하다. 대신 위의 논의들은 현재 전개되고 있는 치안활동이 과거의 그것과 어떻게 다른지를 밝히는 데 주력하고 있다.

이 글은 현재의 변화에 대한 기존 논의들의 분석결과들을 토대로 변화양상과 그 동인들을 재구성해보고, 치안활동의 구조변동이 초래할 수 있는 정치사회적 의미들을 비판적으로 성찰하려는 것이다. 먼저 기존의 논의들에 기대보면, 우리들은 치안활동의 구조변동에 대한 세 가지 담론 지형들을 도출할 수 있다. 하나는 국가를 중심으로 조직되어 왔던 근대적 치안활동의 구도는 더 이상 유지되기 힘들며 대신 그것은 다원주의적인 치안활동으로 대체되고 있다는 입장이다. 이를 치안활동에 대한 ‘국가축소주의 담론’이라 부를 수 있을 것이다.

국가축소주의 담론은 치안활동의 구조변동은 국가중심적 혹은 국가독점적인 치안활동의 해체와 그에 따른 치안활동 영역에서의 권력 혹은 중심축의 재편을 의미한다. ‘시장’은 많은 학자들이 주목하는 권력의 새로운 중심축이다. 시장을 통해 치안활동이 재편되고 있다는 것은 다음과 같은 두 가지 의미를 나타낸다. 첫째, 범죄나 재난으로부터 안전을 확보한다는 의미의 보안(security)이 국가중심적 치안활동 체계에서는 일종의 집합재(collective goods)였으나, 새로운 치안활동 체계에서는 시장에서 상품으로 구입할 수 있는 소비재가 되었다는 것이다. 둘째, 시장의 작동 원리, 즉 경쟁, 비용-수익의 경제성, 효율성, 생산성, 고객중심주의 이념이 비영리적인 공적 치안활동 부문까지 침투 확산되고 있으며, 급기야 국가를 포함한 보안을 조달하는 다양한 공급자들은 고객을 놓고 ‘경쟁’하지 않으면 안 되게 되었고, 더 나아가 고객은 자신에게 적합한 치안활동(혹은 보안)의 형태를

선택할 수 있게 되었다는 점이다. 이러한 두 가지 견해들을 치안활동에 대한 ‘시장주의 담론’으로 묶어볼 수 있을 것이다.

치안활동의 구조변동을 바라보는 세 번째의 관점은 특히 치안활동의 시선 혹은 목표의 변화에 주목한다. 본문에서 자세히 다루게 되겠지만 이 관점은 새로운 치안활동의 목표가 범죄 발생 이후의 범죄자의 처벌과 규율(discipline)이라는 사후반응적 형태로부터 범죄 발생 이전의 조기 개입과 관리를 강조하는 사전예방적 형태로 바뀌고 있음에 주목한다. 위험(risk)의 가능성과 확률을 계산하여 이에 미리 대처한다는 ‘보험’의 원리는 새로운 치안활동의 전략을 가장 잘 표현해주는 개념이다. 보험 원리에 입각하여 범죄 위험의 사전적 관리를 새로운 치안활동의 특징으로 바라보는 입장을 ‘위험관리주의’ 담론으로 규정할 수 있다.

이와 같이 현재 치안활동의 구조변동을 다루는 담론들은 ‘국가’, ‘시장’, ‘위험’이라는 세 가지 개념을 축으로 포진해 있다. 좀 거칠게 말하자면, 한 쪽에는 국가 중심적 혹은 국가 독점적으로 행해져왔던 치안활동이 점차 다원화된 치안활동 형태로 재편되고 있다는 입장들이 서 있다면, 다른 한 축에는 그것이 시장의 원리를 중심으로 재조직화되고 있다는 입장들이 서 있으며, 또 다른 축에는 새로운 치안활동이 보험 원리에 입각해서 법 집행과 범죄자의 규율보다는 위험의 관리를 중시하는 형태로 변모하고 있다고 보는 관점들이 포진해 있다. 하지만 이 세 가지 담론들은 서로 배타적인 것은 아니며 중첩적이고 상호보완적인 성격을 나타낸다. 예를 들어 시장에서 치안활동의 조달은 위험의 사전 예방, 회피 혹은 관리라는 관념에 기초하여 전개된다는 생각들이 그것이다. 그렇지만 이 세 가지 담론들이 전혀 별개의 것은 아니며 서로 중첩적이고 상호보완적인 성격을 갖는다. 즉 현재 나타나고 있는 구조변동은 국가의 역할을 축소하고 대신 민간부문의 책임을 확장하며, 처벌보다는 예방을 중시하고 시장(원리)을 통해 범죄문제를 해결하려 한다는 특징들을 담고 있는 것으로 풀이된다. 이에 필자는

본문을 통해 이 세 가지 담론들의 주요 논지들을 살펴보고, 이에 근거하여 각 담론들이 서로 공유하고 있다고 판단되는 치안활동 구조변동의 정치사회적 결과와 그 함의들을 도출해볼 것이다.

II. 담론의 지형

앞서 언급한 것처럼 치안활동의 구조변동은 다음과 같은 세 가지 큰 축에서 논의되고 있다. 첫째, 국가 중심의 중앙집권적이고 국가독점적인 치안활동이 쇠퇴하고 다원적인 치안활동으로 재구조화되고 있다. 둘째, 세계사적 맥락에서 통치 및 치안활동의 논리가 규율에서 위험관리로 이행하고 있다. 민영화의 최후의 보루로 남겨졌던 치안활동과 같은 가장 규율적인 영역에서조차 위험관리의 원리에 의한 재편이 나타나고 있다. 셋째, 공공재로서의 보안(security)이 상품화되고 있다.

이 세 가지 담론들은 결국 작금의 치안활동에서 나타나는 중요한 특징들을 각각 언급하고 있는 것으로 평가된다. 이러한 담론들의 분석결과들은 다시 안전 및 보안 공급에 따른 정의, 평등, 책임, 효율성의 문제를 어떻게 조화롭게 유지할 수 있을 것인가의 문제를 새롭게 제기한다. 그러면 먼저 세 가지 담론들의 주요 논지들을 검토하도록 하겠다.

1. 국가축소주의 담론: 국가독점적 치안활동의 쇠퇴와 다원주의적 치안활동으로의 대체

치안활동의 구조변동은 국민국가의 약화를 중심으로 논의된다. ‘영토주의적 국민국가의 한계’(limits of the territorial nation-state)(Garland, 1996), ‘정부 없는 통치행위’(governing without government)(Rhodes, 1995), ‘국민

국가의 공동화'(hollowing out of the nation-state)(Jessop, 1993), '작은 정부, 보다 큰 통치'(less government, but more governance)(Osborne and Gaebler, 1992), '국가의 후퇴'(the retreat of the state)(Strange, 1996)와 같은 관념들은 점차 변화되고 있는 국민국가의 위상을 잘 보여준다.

이러한 관점들은 19세기 초에 형성되어 20세기 중반까지 계속 이어져왔던 치안활동에 대한 '근대적 담론'(Johnston, 2000a), 즉 '위험한 계급'에 의해 행해지는 범죄와 무질서의 위협으로부터 국가와 시민들을 보호하는 책임과 그에 필요한 조치들의 공급은 강제력과 물리력을 독점하고 있는 국가에게 귀속된다는 베버주의 사상이 해체되고 있음을 암시한다. 또한 이것은 전통적인 정부 영역에서의 활동과 서비스 조달에 대한 책임과 권위를 갖고 있던 '정부 중심의 통치'(government)로부터 다양한 공적 혹은 사적 기구들에 의한 '다원화된 통치'(governance)로의 이행을 의미한다.

국가축소주의 담론들은 수많은 비국가적 기구와 집단들이 자신들의 보호에 대한 책임을 공유하고 있고, 민간경비회사나 자율적인 시민방범단체와 같은 비정부 기구들이 보안서비스를 공급하는 데 관여하고 있음을 구조변동의 근거로 제시한다. 뿐만 아니라 영토라는 지리적 경계에 의해 제한되는 국민국가의 범위를 넘어서는 초국가적(transnational) 치안활동 기구들(Interpol이나 Europol 등)의 성장에 주목한다. 이를 좀더 자세히 보면, 첫째, 민간경비 산업의 비약적 성장은 이러한 경향성을 뒷받침하는 가장 강력한 증거로 제시된다(Johnston, 1992a, 1996b, 2000a; Shearing and Stenning, 1981, 1982b, 1983, 1987a; Nalla and Newman, 1991; Cunningham and Talyor, 1985; Jones and Newburn, 1998; Button, 2002; George and Button, 2000; Button, 2002). 국가축소론자들은 대부분의 서구 국가들의 경우 민간경비 산업에 고용되어 있는 사람들의 규모가 공공경찰관의 그것을 넘어섰다고 주장한다(De Waard, 1999). 커닝햄과 그의 동료들

(Cunningham et al., 1990)은 1990년 미국의 민간경비원과 공공경찰의 비를 약 2.6대1로 추정하였으며, 현재는 3대1이 넘는 것으로 이야기되고 있다(The Economist, 1997: 21). 1990년대 중반에 캠펠과 레인골드(Campell and Reingold, 1994)는 캐나다의 민간경비원과 공공경찰의 비를 2대1로 평가하였다. 호주에서는 그 비가 1.5대1로 평가된 바 있다(Reynolds and Wilson, 1997; Button, 2002: 98에서 인용). 영국의 경우에는 민간경비원과 공공경찰관의 비가 2대1 정도로 추정되고 있다(The Economist, 1997: 21; Jones and Newburn, 1998; George and Button, 2000).

이러한 민간경비의 성장은 서구사회에만 국한된 현상이 아니다. 남아프리카 공화국의 경우 민간경비원과 공공경찰의 비는 4.4대1에 근접하는 것으로 추정된다(Schönteich, 2000). 아시아 국가들에서는 특히 일본 민간경비 산업이 괄목할만한 성장을 보이고 있는데, 민간경비원과 공공경찰의 비는 1.5대1이 넘는 것으로 나타난다(日本警察廳, 1999). 대만 역시 민간경비 산업이 크게 발전하고 있는 것으로 보고 되고 있다(Hou and Sheu, 1994). 우리나라는 2001년을 전후로 민간경비원의 규모가 공공경찰의 규모를 앞지르기 시작했다(김성언, 2004). 뿐만 아니라 민간경비 부문은 공공 경찰활동 부문에 비해 훨씬 더 빠르게 성장하고 있다.

둘째, 국가축소주의 담론들은 사회생활의 많은 영역에서 국가의 통치와 유사한 형태로 전개되는 민간에 의한 통치 시스템들의 개발되어온 점에 주목한다. 특히 몇몇 거대기업들의 경우 ‘민간정부’라고 표현할 수 있을 정도로 공공정부와 유사하게 보이는 시스템들을 발전시켜왔다는 것이다. 예를 들어 민간 조직들은 자체적인 규범과 집행 전략들을 개발하고 그것들을 위반한 사람들에 대해 자체적으로 제재를 가한다(Macauley, 1986). 많은 조직들은 위반사항에 대해서 벌금, 견책, 해고 등의 불이익을 부과할 수 있는 복잡한 규칙과 질서를 갖추고 있다. 뿐만 아니라 전통적으로 경찰

고유 업무로 여겨져 왔던 일부 기능들이 민간부문으로 이양됨으로써 공적인 것과 사적인 것, 공공경찰과 사설경찰(민간경비) 간의 구분은 모호해지고 있다(Johnston, 1992; Jones and Newburn, 1998). 이에 국가는 축소되고 있으며 심지어 공동화되고 있는 것처럼 묘사되기도 한다.

셋째, 국제적 수준에서 국가의 주권, 권력, 지위가 점차 침식되고 있다는 것이다. 지구화의 과정(지리적 · 공간적 구속의 쇠퇴와 함께 초국적인 상호의존이 점차 증가되어 가는)은 특히 경제에 대한 국가권력의 쇠퇴를 초래한 중요한 요인으로 평가된다(Johnston, 2000a). 통신기술과 인터넷의 성장은 문제를 효과적으로 해결하기 위해 국가 간에 긴밀한 협조가 요구되는 활동들(범죄를 포함해서)을 급속하게 팽창시킨다. 국가들은 이러한 새로운 문제들에 대응하기 위해 지구적인 동맹을 결성하고 있으며 몇몇 지역에서는 이러한 동맹이 국가의 본질을 변화시키고 있다.¹⁾ 국경을 넘어서서 이루어지는 협동 경향은 치안활동 영역에서도 예외가 아니다(Walker, 2003).

요컨대 국가축소주의적 관점에서 봤을 때, 치안활동이 곧 경찰활동이라는 공식은 이제 더 이상 유지되기 어렵다. 국가는 치안 자원의 조달과 정책의 결정, 그리고 회계와 관리 측면에서의 규제에 대한 권력을 여전히 보유하고 있지만 단지 그러한 정책을 조화롭게 하거나 안내하는 역할로 그 위상이 변화된다. 실제 치안서비스를 조달하고 공급하는 것은 공적 부문과 사적 부문 혹은 자발적 부문의 다양한 주체들이라는 것이다.

한편, 존스와 뉴번(Jones and Newburn, 2002)은 국가가 모든 치안활동 영역을 독점해왔다는 관념은 실제적인 것이 아니라 상징적인 것이며 일종의 ‘신화’라고 평가한다. 통상적으로 ‘치안활동의 국가 독점’이라는 관념이

1) 예를 들어 유럽연합 회원국들은 브뤼셀에서 통과된 규제들을 따르지 않으면 안 된다. 그러한 규제들에 대한 저항은 불가능하다. 인권에 대한 유럽협약(European Convention on Human Rights)에 동의한 국가들은 입법에 제한을 받으며 협약을 위반했을 경우에는 벌금이 부과된다. 몇몇 국가들은 보통 미군이 배후에 있는 유엔의 결정에 동의하도록 강요된다.

사용될 경우 이것은 ‘물리력의 정당한 행사’를 지칭한다(Bittner, 1974, 1980). 그런데 만약 ‘독점’이라는 용어가 공공경찰이 국가가 후원하는 강제력의 유일한 저장소를 의미하는 것으로 사용되었다면, 공공경찰의 독점은 오늘날도 계속되고 있는 것이다(Jones and Newburn, 2002: 736-737). 존스와 뉴번은 최소한 영국에 한정하더라도 국가를 대신해서 범죄자를 체포하고 억류하고 제재를 가하는 법적인 권한을 보유하고 있는 것은 공공경찰임을 주지시킨다. 더군다나 그러한 특별한 법적 권한들을 다른 기구들, 특히 민간경비원들에게 제공하려는 움직임과 관련해서는 강력한 반발이 존재한다. 그러므로 치안활동 영역에서의 국가 독점의 쇠퇴는 현실과 거리가 있다는 것이다.

존스와 뉴번은 치안활동에 대한 공적인 ‘독점’은 항상 허구였으며, 주권 국가가 그들의 국민들에 대해 범죄통제를 보장할 수 있다는 관념은 신화, 그것도 매우 막강한 신화라고 평가한다. 이들이 보기에 현재 나타나고 있는 핵심적인 변화는 그러한 신화가 점차 명시적으로 ‘신화’ 그 자체로서 인식되고 있다는 점이다. 근대 경찰이 탄생됨으로써 치안활동과 범죄통제의 책임이 국가 수중으로 집중된 것은 아니며, 여전히 다양한 비공식적인 사회통제 기구와 활동들은 국가의 활동을 뒷받침해왔다는 것이다. 따라서 존스와 뉴번의 생각에 기댄다면, 다원화된 치안활동은 최근에 갑자기 나타난 새로운 현상이 아니라 이미 오래전부터 계속되어 왔던 현상으로 풀이될 수 있다.

2. 위험관리주의 담론: 위험평가를 통한 범죄의 사전 예방과 관리

현대의 치안활동이 범죄자에 대한 규율과 처벌보다는 범죄발생 가능성에 대한 위험평가에 기초한 사전예방과 관리를 중시하는 쪽으로 이행하고 있다고 주장하는 위험관리주의 담론은 위험사회론과 보험이론에 기초하고

있다. 우리가 살고 있는 현재를 위험사회로 규정하는 위험사회론자들의 주장에 의하면, 위험은 전적으로 예측하거나 예방할 수 없는 불확실성의 속성을 지니고 있다. 따라서 위험의 근본적인 원인을 규명할 수 없고 이를 정확하게 예측하거나 전적으로 예방할 수 없다면 이를 회피하거나 그 피해를 최소화하는 것이 차선책이 될 것이다. 보험이론은 이와 같은 위험회피의 구체적 전략들에 대한 논거들을 제시해준다. 위험관리주의 담론들은 서구사회에서 전개되고 있는 공적 혹은 사적인 치안활동(대표적인 것이 민간경비이다)이 위험의 관리라는 보험이론의 전략들을 차용하고 있다고 말하면서, 그러한 전략들은 위험사회의 다양한 속성들과 친화력을 갖는 것으로 평가한다. 이러한 주장들을 이해하기 위해서는 먼저 위험사회의 속성, 위험으로서의 범죄에 대한 논의들을 검토할 필요가 있다.

가. 위험사회와 존재론적 불안

현대사회의 형사사법, 특히 치안활동과 형벌 영역에서 나타나는 주목할 만한 현상들 중의 하나는 ‘위험’(risk)의 중요성에 대한 인식의 변화이다. 울리히 벡(Ulrich Beck, 1992)에 의하면 위험은 재난(hazard), 손실, 상해 또는 바람직스럽지 못한 다른 사건들이 발생할 수 있는 기회로 정의된다. 환경오염, 생태계의 파괴, 지진, 해일, 핵폭발 사고 및 각종 재난, 심지어 일상적으로 발생하는 교통사고는 우리가 위험사회의 다양한 위험들에 노출되어 있음을 보여주는 지표들이다. 전통사회에서도 사람들의 생명과 재산에 위협적인 다양한 요소들이 존재하지 않았던 것은 아니지만, 위험사회론자들은 위험시대의 위험은 지리적 경계를 넘어서서 보편적으로 편재하는 속성을 가지며 부나 권력에 관계없이 누구에게나 닥칠 수 있다는 점에서 ‘민주적’인 특성을 나타낸다는 점에서 과거의 그것과는 다른 양상을 보인다고 말한다.

위험사회론자들에 의하면 현대 사회에서의 위험은 기술적 진보에 따라 사람과 사회에 의해 ‘공작화된 것’(manufactured)이다(Giddens, 1990). 이러한 논의에 따르면 사람들은 근원을 알거나 계산이 불가능한 위험과 더불어 생활할 수밖에 없는 ‘가공된’ 불확실성에 직면하게 된다는 것이다. 과거 경험은 위험 예측에 거의 아무런 도움도 되지 못하기 때문에 위험은 회피할 수 없는 것이 된다. 따라서 개인들은 모든 의식주를 비롯한 모든 삶의 영역에서 위험에 기초한 ‘선택’을 강요받는다. 과학적인 조언조차 사람들에게 올바른 선택지를 제시해주지는 못한다. 왜냐하면 전문가들조차 위험에 대한 상반된 평가와 진단을 내릴 수 있기 때문이다.

위험은 불안(insecurity)을 야기한다. 불안이란 말의 의미는 그 대립항인 ‘안전의 보장’(security)(혹은 보안)이라는 개념과 비교할 때 보다 분명해진다. 보안은 평안하고 행복하다는 느낌을 갖는 상태, 퍼스낼리티의 안정성을 유지하고 긍정적인 삶을 보장받을 수 있다는 확신의 상태를 의미한다(Williams, 2004: 527). 불안은 안전 보장이 부재한 상태를 말하는 것으로서, 이러한 상황에서 개인들은 자신들이 취약한 상태에 놓여 있고 미래와 운명에 대한 통제력을 상실했다는 느낌을 갖게 된다. 보안의 부재, 즉 불안은 자신의 목표를 실현하거나 자신의 이익을 보호하는 데 있어 스스로 통제할 수 없는 사건들과 힘들에 취약하다는 자각에서 비롯되는 절망감, 자아구속감, 무력감, 불안정성 등을 나타낸다(Vail, 1999). 다가올 것에 대한 예측의 불확정성이 불안을 낳는다.

그런데 위험은 과학기술과 그 결과물들에 의해서만 조성되는 것은 아니다. 바우만(Bauman, 1994)은 오늘날의 세계는 사람들에게 불안감을 느끼게 하는 환경을 조성하고 확산하는 경향이 있다고 진단한다. 바우만은 현대사회의 특성을 비확정성, 일시성, 순간성 등으로 규정한다. 그러한 속성은 삶의 다양한 영역에서 발견될 수 있는데, 예를 들어 건축에서는 돌, 철, 콘크리트, 유리와 같은 영구성을 염두에 둔 자재보다는 생물학적으로 분해

가능한 플라스틱이 대체 건축 자재로서 활용되고 있다. 정보사회의 근간을 이루는 정보 그 자체도 일시적이며 순간적인 것이다. 종이 위의 기록이 항구적인 속성을 나타낸다면 인터넷은 정보의 속성을 끊임없이 변화시킨다. 사람들의 삶 또한 비확정적인 것들로 채워진다. IMF 시대에 우리사회가 뼈저리게 경험했던 것처럼 일자리는 더 이상 평생 지속되지 않으며 언제든지 제거될 수 있다. 과거에도 대부분의 노동은 일시적이고 우연적이었으나 위험사회에서의 일자리는 기업들의 끊임없는 부침에 따라 그 일시적인 속성이 더욱 강화되었다. 사람들 사이의 관계의 속성 역시 영속적인 것으로부터 유동적인 것으로 변모하고 있다. 전통적인 사회와 달리 현대사회에서의 인간관계는 그 자체의 목적을 위해 형성되기보다는 상대방으로부터 얻을 수 있는 기대의 유무와 정도, 유형의 관점에서 형성되는 경향이 있다는 것이다(Giddens, 1990). 상대방이 더 이상 특정의 기대를 충족하지 못한다면 그들의 관계는 쉽게 종료될 수 있다. 현대사회의 이러한 경향들은 개인들의 존재론적 불안을 야기하는 요인들로 작용한다.

그러므로 위험사회에서 사람들이 국가나 기업체들로 하여금 미래의 위험을 최소화하도록 하고 그 책임을 다하지 못하거나 이에 실패할 경우 보상을 요구하는 것은 그리 놀랄만한 일이 아니다. 위험사회에서의 정치의제는 다가올 위험을 전적으로 예측하거나 예방할 수 없다면 이를 최소화하거나 적절하게 관리하는 것이다.

나. 위험으로서의 범죄

윌리엄스(Williams, 2004)는 위험사회를 다루는 대부분의 문헌들이 위험으로서의 ‘범죄’ 문제를 적절히 포착하지 못하고 있다고 비판한다. 하지만 범죄는 분명하게 위험사회의 한 측면을 차지하고 있다는 것이다. 위험사회에서의 범죄는 동일한 산업적·기술적 진보의 예측할 수 없는 결과들로부터

터 유래한다. 산업적·기술적 진보는 개인들에게 더 많은 비즈니스의 가능성을 고양시키고 보다 많은 여가활동의 여지를 제공한다. 하지만 동시에 그러한 진보는 범죄의 ‘표적’을 확대하고, 보다 쉽고 보다 많이 훔칠 수 있게 하고, 보다 쉽게 범행 현장으로부터 벗어날 수 있게 하는 다양한 ‘수단’들을 제공한다. 예를 들어 항공교통이 발전하고 이동성이 고양됨에 따라 마약 거래와 같은 불법 상품과 장물의 거래 폭은 더욱더 확대된다. 이처럼 범죄 역시 위험의 일반적 속성인 지리적 경계의 탈피와 보편적 피해 가능성을 갖는다는 것이다. 마약, 인신매매, 조직범죄 집단의 불법자금의 세탁, 테러리즘은 국경을 초월하여 발생하고 있으며, 정도 차이가 있을 뿐 가난한 자나 부유한 자, 권력을 가진 자와 그렇지 못한 자 모두가 잠재적 피해자로서의 취약성을 안고 있다.

또한 윌리엄스는 테크놀로지의 발달과 그에 따른 개인의 자유의 증가는 범죄와 결합된 불안감을 확장시킨다고 말한다. 예를 들어 청소년들이 향유할 수 있는 자유가 늘어나는 것은 거리에서 청소년들 사이에 야기되는 다양한 갈등과 일탈행위와의 노출될 수 있는 가능성이 높아진다는 것을 의미한다. 사람들이 거리의 청소년들로부터 위협을 느끼는 것은 그들이 범죄를 행하기 때문이 아니라 이들의 행위가 통제되지 않고 있다는 인식 때문이다. 일반적으로 과학기술과 문명이 발달하고 사회의 부가 증가함에 따라 사람들은 더 많은 자유를 만끽할 수 있게 되었다고 생각한다. 그렇지만 가난하거나 권력이 없는 집단들의 경우 자유를 표현할 수 있는 수단들은 매우 제한적이다. 어떤 측면에서 벽 낙서(graffiti)나 반달리즘(vandalism)은 자유를 표출하는 제한적이고 특정한 수단으로 볼 수 있다. 윌리엄스의 분석에 의하면, 벽 낙서나 반달리즘 그 자체가 심각한 범죄행위를 나타내는 것은 아니지만, 그것들은 다른 사람들에게 위협감을 조성하고 불안함을 느끼게 할 수 있다는 것이다. 즉 어떤 집단의 자유 발산 행위가 다른 집단들에게는 불안과 두려움을 야기한다는 것이다. 사람들은 범죄로부터의 불안

과 범죄피해의 위험을 극복하기 위해 다양한 보호수단들을 강구하게 되는 데, 그 방법들 중에는 자신의 평온과 행복의 보장을 위해서는 ‘타인의 자유’(그것은 자신에게는 불안을 야기하는 위험요인이다)를 억압하는 조치들도 포함된다. 이렇듯 윌리엄스는 범죄의 위험에 대한 새로운 인식은 범죄의 위험성(dangerousness)이 있다고 판단되는 특정 집단에 대한 관리의 필요성을 정당화하는 관리주의의 관념을 배태한다고 말한다.

다. 범죄에 대한 위험관리주의 논리

몇몇 통치이론가들은 현재 제기되고 있는 치안활동의 구조변동을 사회통제 패러다임의 변화라는 측면에서 조망한다. 즉 사회통제의 전략이 ‘규율’에서 ‘위험관리’로 이행하고 있다는 것이다(Cohen, 1985; Simon, 1987; Reichman, 1986). 오말리(O'Malley, 1992: 553)의 분석에 따르면 이러한 관점은 규율 권력에 대한 푸코의 관찰에 빚을 지고 있다. 푸코는 17세기에 출현한 두 개의 권력 형태를 구분한다. 하나는 ‘규율’(discipline), 즉 인간의 육체에 대한 해부학적 정치학(anatomo-politics)이고, 다른 하나는 ‘규제적 통제’(regulatory control), 인구에 대한 생물학적 정치학(bio-politics)이다. 규율 전략은 ‘문제’가 있는 개인들을 확정하고 그들을 정상화하기 위해 그들의 삶에 직접적으로 개입한다. 이와 대조적으로 규제적 통제는 개인의 규범 이탈에 관심을 갖는 것이 아니라, 집합적 수준에서의 인구 관리에 관심을 갖는다(Foucault, 1984: 139). 규제적 통제 전략 하에서 개개인의 특성들은 단지 인구의 분포를 알기 위한 통계학적 속성들로 치환될 뿐이다.

사이먼(Simon, 1987)은 푸코의 테제들을 확장하여 규율사회로부터 위험사회의 등장에 관한 테제를 발전시켰다. 규율사회는 개인수준에서의 동조와 이탈에 대한 교정과정(혹은 처벌, 영혼의 훈련)들이 일차적인 통치 기법들로 활용되는 사회이다. 그는 지난 한 세기 사이에 이러한 규율사회가 ‘보

험회계’(actuarial) 자료를 근거로 문제들을 포착하고 보험회계 기술들로써 그것들을 관리하는 정책에 의해 변화되어 왔다고 주장한다. 사이먼은 보험회계적 범죄통제는 직접적으로 개인의 의미 있는 행동들, 즉 의도, 동기, 이해, 죄의식, 결함 등에 관심을 갖지 않는다고 설명한다. 대신 그것은 결과로 드러난 행위의 분포와 그 결과들에 관심을 갖는다. 이러한 보험회계적 범죄통제는 행위에 대한 도덕적 비난보다는 그것들이 보안에 미치는 결과들을 평가·예측하기 위해 행위의 통계적 분포에 관심을 갖는다. 그리고 그것은 위험을 배태하고 있는 행위들을 조종할 수 있는 방법들을 개발하려 한다.

또한 사이먼은 새롭게 등장하는 ‘보험회계주의적 사법’(actuarial justice)은 범죄자의 규명에 관심을 갖지 않는다고 말한다. 왜냐하면 누구라도 범죄자가 될 수 있기 때문이다. 이러한 의미에서 범죄는 정상적인 것이다. 몇몇 개인들을 높은 위험을 소지하고 있는 자로 규정하는 것이 가능하지만, 그들의 위험은 단지 그들에게 할당된 위험 범주의 특성을 지닌 개인적 속성일 뿐이다. 따라서 보험회계주의적 사법의 목적은 범죄원인을 밝히는 데 있지 않고 그 위험을 줄이거나 재분배하는데 있다(Simon, 1988; Ewald, 1991; Defert, 1991). 보험회계주의는 위험의 계산 및 그것에 대한 관리를 통한 통치를 우선하며, 규율적인 실천들(예를 들면, 개인적 안전을 위한 훈련, 자긍심의 배양)은 보험회계주의에 의해 규정되는 목표들을 성취할 수 있게 하는 도구로서의 의미가 있을 뿐이다. 이러한 방식으로, 사이먼은 보험회계주의가 20세기 후반 소비주의 문화 환경에 잘 부합한다고 평가한다.

사이먼(Simon, 1988)의 논의는 위험사회에서의 형사사법제도의 목표가 의도, 동기, 이해, 죄의식, 결점 등과 같은 행위자의 의미 있는 행동과 내면세계의 변화를 강조하는 정신역학적 모델(psychodynamic models)에서 외적인 행위순응성에 기초한 행동주의 모델(behaviorist models)로 대체되고 있음을 잘 보여준다(Cohen, 1994: 73). 새로운 통제전략은 생명보험표의 보

험회계 원리를 사용함으로써 실질적인 사람에 관련해서보다는 통계적 확률에 의해서 위험이 계산된다. 일탈행동의 발생여부는 미리 설정된 순응의 기준들, 예를 들면 공항의 보안체계, 신규직원을 선발하는 과정에서 약물복용 여부를 검사하기 위한 소변검사, 안전기준을 위한 검사의 강화 등에 의해 규정된다. ‘결정되어지는 범죄자’(the determined offender)라는 실증주의적 관념은 ‘합리적으로 선택하는 범죄자’(rational choice offender)라는 신고전주의 관념으로 대체되고 있다. 따라서 사회통제의 목적은 잠재적 범죄자들의 기회를 감소시키고 범죄행위로 인해 그들이 부담할 위험 비용을 증가시키는 것이 된다. 범죄기회 차단을 목표로 하는 표적강화(target hardening), 환경설계를 통한 상황적 범죄예방, 공간적·시간적 기회의 감소 등은 위험관리주의적 범죄예방 전략에서 선호되는 기술들이다.

위험관리주의의 입장에 서 있는 학자들은 위험사회에서의 공적·사적 조직들이 위험의 규명(identification), 관리(management), 최소화(minimization)와 같은 개념들에 입각하여 사고하는 경향이 있다고 말한다(Johnston, 2000a). 위험관리는 위험의 예견(anticipation), 인식(recognition), 평가(appraisal), 위험을 제거하거나 위험으로부터 야기되는 잠재적인 손실을 수용 가능한 수준으로 감소시키는 어떤 행동의 착수를 말한다(Brodeur, 1983; Nalla and Newman, 1990: 92에서 재인용). 위험관리의 목표는 위험에 대한 사후 반응이 아니라 사전 예방적 수단들을 통한 위험의 예견, 위험 발생으로부터 야기될 수 있는 잠재적 손실의 계산, 손실과 개입 비용간의 균형 유지, 위험의 최소화와 통제 및 필요한 경우 다른 곳으로의 위험의 전이 등이다. 위험관리의 사고체계에서는 인과성(causality)의 문제는 상대적으로 등한시 된다. 위험관리주의자들이 보기에 형벌은 단지 보안을 증진하기 위해 활용되는 수많은 정책들 중의 하나에 불과하다(Feeley and Simon, 1994). 억압적 형벌은 오직 범죄억제 혹은 무력화 수단으로서 기능할 때에만 매력적인 것으로 간주된다.²⁾ 구금 또한

더 이상 옹보적인 형벌로 여겨지지 않는다. 대신 그것은 위험한 사람들을 특정한 장소에다 격리시킴으로써 다른 사람들에게 가해질 수 있는 해를 최소화하기 위한 위험관리의 매개체일 뿐이다.

위험관리의 초점은 예견, 예방적 참여, 특별한 결정과 결합된 비용과 이득의 신중한 보험회계주의적 계산에 맞춰지기 때문에, 그것은 분석을 위한 체계적 정보생산에 의존한다(Johnston, 2000b: 74). 필요한 정보를 생산하기 위해서는 위험의 근원으로 생각되는 개인, 집단, 장소, 또는 의식적으로 혹은 무의식적으로 위험의 발생을 촉진할 수 있는 개인들에 대한 체계적인 감시(systematic surveillance)가 필수적이다. 이것은 감시되어야 할 대상에는 단순히 잘못을 행하는 사람들뿐만 아니라, 잘못된 행동의 피해자가 될 수 있는 사람들 혹은 잘못된 결과의 발생을 허용할 수 있는 사람들까지도 포함된다는 것을 의미한다.

라. 위험관리주의적 치안활동

보험원리에 입각한 위험의 관리라는 사고방식은 상업적인 민간경비 회사의 특징이었으나(Shearing and Stenning, 1981), 최근에는 경찰과 같은 국가기구들도 이러한 사고방식을 따르기 시작한 것으로 평가된다(Johnston,

2) 셰링(Shearing, 2001: 212)은 형사사법 내에서 위험 논리가 새롭게 강조된다고 해서 범죄로부터의 안전을 추구하기 위한 기존의 다른 방법들이 포기되는 것은 아니라는 점을 분명히 인식할 필요가 있다고 말한다. 그는 전통적인 형벌의 원리들은 위험에 초점을 맞추고 있는 사유구조에 부합하도록 변형되어 왔으며, 앞으로도 이 과정은 계속 될 것으로 전망한다. 사람들을 무력화시키기 위한 수용소로서의 교도소의 활용이 좋은 예가 된다. 무력화 전략은 교도소가 재범방지나 재활에 더 이상 효과가 없다하더라도 가해자들을 일정기간 사회로부터 격리시킴으로써 사회에서 발생할 수 있는 범죄의 가능성을 연기시킬 것으로 기대되기 때문에 여전히 활용된다는 것이다. 이러한 새로운 무력화 이론이야말로 필레이와 사이먼이 말하는 위험논리에 입각한 보험회계주의적 사법의 특징을 잘 보여준다. 무력화 전략은 범죄자나 범죄발생의 사회적 맥락을 변경하는 대신, 사회 속에서의 범죄자들의 분포를 재조정함으로써 범죄로 인한 효과들을 감소시킬 수 있다는 것이다(Feeley and Simon, 1994: 174).

2000b: 74). 현재 서구의 공공경찰 조직에서 나타나는 정보수집, 예견적 사고, 사전 예방적 개입, 체계적 감시와 ‘비용-이익’의 합리적 계산에 대한 강조는 상업적인 위험관리에 비교될 수 있는 에토스이다(Johnston, 2000b: 74-75). 현재 미국, 캐나다, 영국 등 서구 선진국가의 공공경찰들이 범죄통제를 위해 채택하고 있는 수많은 기법들은 보험 혹은 위험관리의 은유에 의거하여 개념화될 수 있다. 경범죄나 질서위반 행위에 대해서도 엄격하게 대응하는 ‘무관용주의’(zero tolerance)적 경찰활동, ‘방어 공간’(Newman, 1972), ‘과학적 수사에 의한 증명,’ ‘프로파일링’ 등은 보다 인습적인 보험 맥락에서 발견되는 위험의 축소전략에 비유될 수 있다(Reichman, 1986: 152).

위험사회에서의 경찰활동은 자원의 합리적 배분, 프로파일화된 범죄자의 감시, 범죄의 수사 및 예방에 있어 적절한 정보제공자의 활용, 데이터 베이스들을 분류하고 집계할 수 있는 통합체계 개발에 주력한다. 위험에 기초한 사유구조는 경찰 조직으로 하여금 보안의 조달에 관여하는 다른 기관들을 위해 지식을 생산하거나 혹은 그들로부터 지식을 수집하기 위해 노력하는, 정보에 기초한 전문가 체계 네트워크의 한 부분이 되도록 한다(Ericson and Haggerty, 1997). 경찰이 점점 더 다기관 정보 네트워크 속으로 통합되어갈수록 경찰은 ‘정보-매개자’(information-brokers)가 된다. 이러한 관점에서 봤을 때, 지역사회 경찰활동(community policing)은 정보의 소통에 기초한 치안활동의 한 유형으로 평가될 수 있다(Ericson, 1994). 지역경찰은 지역의 문제해결을 위해 활동하는 다양한 행동 주체들에게 필요한 자원과 정보들을 제공함으로써 협력적인 치안활동이 성취될 수 있도록 하는 조력자 혹은 안내자, 중계자로서의 지위가 부여된다.

이처럼 위험관리주의자들이 경찰의 변화된 범죄통제 관행들을 이해하기 위해 보험 혹은 위험관리의 은유를 사용하는 것은 사회통제의 지형이 변화되는 방식을 알려준다. 경찰활동의 위험관리적 접근은 직접적으로 범죄자

의 체포나 처벌에 초점을 맞추기보다는 잠재적 위협을 최소화하는 데 초점을 맞춘다. 위험사회에서는 일탈-통제-질서에 대한 관심이 지식-위험-보안에 대한 관심으로 대체되고 있다는 에릭슨(Ericson, 1994: 167-8)의 진단은 새로운 치안활동의 특성에 대한 위험관리주의자들의 평가를 압축적으로 보여주고 있다. 새로운 사회통제, 새로운 치안활동의 주된 관심은 억압적인 의미에서 일탈자들을 통제하는 것에 있는 것이 아니라 위험범주에 근거하여 인구를 관리하는 것이라는 점이 위험관리주의 담론의 요지이다.

3. 시장주의 담론: 범죄예방에 있어서의 시장 원리의 응용

시장주의 담론들은 경쟁, 생산성, 효율성, 고객지향성 등의 시장원리가 사람들의 삶을 규정하는 중요한 원리로 자리매김하고 있다고 진단한다. 뿐만 아니라 그것은 공적 혹은 사적인 조직들을 틀 지우는 조직화의 원리로 발전하고 있다고 한다. 하지만 시장의 원리가 항상 긍정적인 평가를 받는 것은 아니다. 현대사회에 있어 시장은 불평등을 구조화시키는 기제로 작동하기도 하며, 범죄와 같은 위험이 발생하는 물적 토대가 된다는 의견도 제기된다. 이처럼 시장주의 담론은 양면적 가치를 담고 있다.

가. 시장사회와 범죄

엘리어트 커리(Elliot Currie, 1991)는 현대사회에서는 사적인 것과 공적인 것 간의 균형이 극적으로 이동하고 있다고 주장한다. 사회적 삶과 경제적 삶에 있어 공적인 것은 점차 힘을 잃고 사소한 것으로 후퇴하고 있다는 것이다. 중요한 사회적 가치로서의 공동의 목표, 공동의 책임이라는 관념은 점차 퇴색되고 있다는 것이다.

커리는 이러한 공과 사의 균형추가 움직이면서 나타나는 모습을 포착하

기 위해 ‘시장사회’(market society)라는 개념을 도입한다. 시장사회란 사회적 삶과 인간관계, 개인의 정체성 등이 시장 원리를 중심으로 형성되는 사회를 말한다. 시장은 자유로운 교환이 이루어지는 장소 혹은 공간으로서의 의미를 갖지만, 시장구매력을 기준으로 교환이 이루어지고 사람들 사이의 관계가 형성된다는 점에서 집단적 차별성을 내포하고 있기도 하다.

커리의 논의가 흥미를 끄는 이유는 그가 시장사회를 “범죄가 발생하는 매우 극단적으로 비옥한 토양”으로 묘사하고 있기 때문이다(Currie, 1991). 하지만 범죄는 역동적인 경제나 자유로운 정치 질서의 ‘부산물’(accompaniment)이라기보다는 시장사회가 성장함에 따라 ‘예견 가능한’(predictable) 산물이다. 커리는 시장사회와 범죄간의 관계에 대해 다음과 같은 다섯 가지 명제를 제시한다. 첫째, 시장사회는 불평등의 증가와 경제적 박탈의 심화(집중화)에 의해 범죄를 조장한다. 둘째, 시장사회는 지역사회의 비공식적인 지지, 상호조달, 청소년의 사회화와 감독 등의 기능을 약화시킴으로써 범죄를 조장한다. 셋째, 시장사회는 가족에게 과중한 부담을 주고 가족을 파편화함으로써 범죄를 조장한다. 넷째, 시장사회는 생계, 경제적 안정, 비공식적인 상호지지가 박탈된 사람들에게 대한 기초적인 서비스의 공적 조달을 위축시킴으로써 범죄를 조장한다. 다섯째, 시장사회는 지위에 대한 적자생존적 경쟁 문화의 강화와 자원의 감소, 그리고 정당한 통로를 통해서서는 모두가 만족할 수 없는 소비 수준을 강요함으로써 범죄를 조장한다.

커리의 분석에 의하면, 시장사회는 사적·공적 노동시장을 황폐화함으로써 중간 수준의 직업을 소멸시키고 양극화한다. 때문에 하류계층에 속한 청소년들에게는 경제적 전망을 어둡게 한다. 시장사회의 진전에 따른 경제적인 불평등의 심화는 일반적인 현상이며 이는 합법적인 수단의 박탈과 부족으로 야기되는 유형의 범죄에 깊이 착근된다. 경제적 박탈은 주거 안정성의 상실로 이어지고 지역사회는 안정적인 생계의 토대가 되어주지 못한다. 이는 공동체의 유대 약화, 공동체의 사회적 응집성의 파괴, 사회지지

를 위한 비공식적 연결망의 상실 등으로 귀결된다. 지역사회를 떠날 수 없는 구성원들은 지역사회의 정서적·물질적 자원의 고갈에 의해 고통 받게 된다. 가난한 가족, 특히 경제적으로 곤궁한 청년 가족, 10대 가족들은 대부분의 시간을 노동 현장에서 보내게 됨으로써, 자신들의 여가생활은 물론 자녀들에 대한 적절한 사회화 기능도 제대로 수행할 수 없다. 가족은 시장의 불확실성과 박탈에 맞서 부단히 대응하도록 요구받지만 실업과 적절한 직업의 부재는 가족의 황폐화를 심화시킬 뿐이다. 더욱이 시장사회에서는 가족에 대한 사회적 지지의 기초가 되는 친구 혹은 친족의 비공식적인 연결망도 약화된다. 이러한 경제적 박탈과 불안이 혼합된 사회적 빈곤화는 가족 구성원들의 긴장과 가정폭력, 아동학대 등의 범죄 행위를 유발하는 요인으로 작용하기도 한다.

시장사회에서는 ‘장인’으로 대변되는 창조적인 일, 인간의 삶과 복지에 대한 고유한 가치가 평가 절하되는 경향이 나타난다. 대신 물질적인 성공에 대해 더 높은 가치가 부여된다. 시장사회에서의 물질적인 성공은 안정적인 지위와 남들로부터의 인정을 확보할 수 있는 수단이다. 이러한 특성은 범죄에도 반영되어 나타나는데, 거리에서 발생하는 청소년 범죄의 일정 부분은 또래집단들로부터 인정을 받기 위한 표출적 행위이기도 하다. 커리는 시장사회에서는 특별한 심리학적 왜곡 현상이 나타난다고 말하는데, ‘소비자’로서의 지위에서 비롯되는 관계를 제외한 타자와의 관계를 설정하는 다른 능력들을 점차 위축시킨다는 것이다. 이러한 시장사회의 조건과 특징들은 예측 가능한 범죄 유발 요인으로 작용하게 된다.

그런데 시장사회의 구조와 작동 원리들은 범죄를 유발하기도 하지만 범죄에 대응할 수 있는 수단들을 제공하기도 한다. 사설경비원을 고용한다든지 보안장비를 구매함으로써 범죄를 예방하고자 하는 시도들이 이에 해당한다. 이처럼 범죄의 유발과 대응이라는 양날을 갖고 있는 것이 시장사회의 역설적인 특성이다.

나. 시장을 통한 범죄의 예방과 관리

최근에 전개되고 있는 치안활동과 범죄통제 영역에서의 새로운 변화 중의 하나는 그것들이 시장을 중심으로 재편되고 있다는 점이다. 치안활동의 시장중심적 재편은 크게 두 가지 의미를 갖는다. 하나는 공공재로 간주되었던 보안이 시장을 통해 조달될 수 있는 상품(혹은 서비스)이 되었다는 것이다. 다른 하나는 시장 상황에서 전개되는 ‘경쟁’의 논리가 생산성, 효율성, 비용-수익 효과와 같은 개념들을 매개로 공적인 치안활동 영역에까지 파급되고 있다는 점이다.

후기자본주의 사회에서는 공간이 분화되고 상품화된다. 도시화와 결합된 가장 중요한 경향 중의 하나는 사람들의 생활이 점점 더 거의 배타적인 틀 속에서 이루어진다는 사실이다. 기든스의 견해에 따르면, 사회통합은 개인들이 자신의 일상과 자신의 지역에서 다른 사람들과 상호작용하거나 익히 알고 있는 일상생활이 펼쳐지는 친숙한 생활영역의 발전에 의해 촉진된다. 친숙성과 일상화는 기든스가 ‘존재론적 안전’, 즉 예측 가능한 일상생활에서의 ‘신체적 통제’의 자율성이 구현되는 토대를 형성한다(Giddens, 1985: 50). 이 존재론적 안전의 일반적 의미를 지탱하는 것은 일상의 예측가능성과 신뢰관계의 형성이다.

그런데 전근대사회에서 근대사회로의 이행은 존재론적 안전의 토대에 영향을 미쳐 불안감을 생성하고 강화시킨다. 그러한 불안에 호소하는 것은 현재 큰 영리적인 사업이 된다. ‘안전’ 그 자체는 시장에서 사고 팔 수 있는 상품이 되었다. 이에 따라 공적인 치안활동의 정당성이 위협받고 있다. 기존의 지배적인 치안활동 형태들은 과거와는 다른 장소나 다른 기능들을 수행하는 치안활동의 형태들로 분화된다. 부분적으로 후기자본주의 사회에서의 사회통제 요구들의 분화는 효율적이고 효과적으로 업무를 수행할 수 있는 ‘만능적인’ 공공서비스의 능력을 잠식한다. 기든스는 이것을 광범위한

과학적 확실성이 점차 불확실성, 위해(dangers), 위험(risks)으로 특화되는 새로운 시대의 구조적 변형들을 반영하는 결과로 해석한다. 이러한 구조적 변화의 결과들 중 하나는 사회세계가 점점 더 자신의 문제에 대해 스스로 책임을 져야만 하고 공공선은 단지 그러한 과정들을 거쳐 생성된 시장의 산물로 나타나는 일련의 사적 영역들로 인식된다는 점이다.³⁾ 이러한 틀에서 봤을 때, 사적인 이해들은 자신들의 기준과 부합하는 통제방식들을 기대하게 될 것이다. ‘위험사회’는 집합적인 사회적 정체성들의 권력 감소와 최소한 주관적 수준에서의 위험의 개별화, 그러한 위험들에 집합적으로 대응하는 일에 대한 신념의 약화 등에 의해 특징 지워진다. 그러한 세계에서는 독점적인 공적 서비스가 점차 시대착오적인 것으로 나타난다. 시장주의 담론들에 의하면 현재 우리가 목격하고 있는 것은 소비자들의 지불능력과 지불의사에 의해 점점 더 많이 결정되어지는 보안에 대한 공급이다(Johnston, 1992; Jones and Newburn, 1998). 후기 자본주의 사회에서의 보안의 공급은 점점 더 분절화되고 상품화되고 있다.

시장의 원리를 중심으로 치안활동이 재편되고 있다고 주장하는 몇몇 담론들은 이러한 변화를 신자유주의 정치사조의 영향이라는 거시적인 맥락에서 이해하기도 한다. 치안활동의 신자유주의 혹은 ‘경찰 소비주의’(police consumerism)(O’Malley, 1997: 701-705)와 같은 논의가 대표적이다. 1970년대 중반에 이르면, 20세기의 상당기간 동안 ‘복지국가,’ ‘개입주의 국가,’ ‘케인즈주의’(Keynesianism) 이념 하에 헤게모니를 유지해왔던 집합적 자유주의(collective liberalism)의 합리성들은 점차 증가하는 저항들에 직면하게 된다(Gamble, 1988). 대신 경제적·개인주의적 자유주의의 합리성들이 ‘대처주의’(Thatcherism), ‘레이건주의’(Reaganism)와 같은 신자유주의⁴⁾ 정치

3) 이러한 측면에서 위험관리주의 담론과 시장주의 담론의 논지가 결합되게 된다.

4) 신자유주의 진영의 선구자 하이예크(Hayek, 1960)는 세 가지 기준에서 복지자유주의(welfare-liberalism)(사회복지, 사회적 재분배, 사회계획 혹은 사회정의를 목적으로 하는 국가개입)의 정당화를 부정한다(Johnston, 2000a: 70). 첫째, 그러한 개입은 통상 개인의

사조 속에서 정치적 최전선을 구축하기 시작했다(Rose, 1990a, 1990b; Keat and Abercrombie, 1991). 이러한 맥락에서 신자유주의의 핵심 요소들, 즉 시장 효율성, 책무(accountability)의 중요성, 자유·기업정신·책임(responsibility)·개인의 독립성, 비-개입적 국가의 미덕(the virtues of the non-interventionist state) 등에 대한 호소는 다원화된 정당정치 체제에서 작동하는 통치의 원리로 인지되기에 이르렀다(Keat and Abercrombie, 1991: 1).

시장주의 담론에서는 이러한 새로운 자유주의가 국가 그 자체가 시장에 맞게 변형되도록 하고 국가의 활동 역시 시장에서의 경쟁력을 확보하도록 요구한다고 본다. 상업적인 기업은 대부분의 제도들에 있어 그 작동과 구조화의 원리, 그리고 재화와 서비스의 공급모델이 됨으로써 점차 새로운 패러다임의 한 형태로 수용되고 있다. 이것은 과거에 국가가 관여하거나 조달했던 수많은 영역과 서비스들이 사적인 기업으로 이양되어야함을 의미한다(O'Malley, 1997: 702). 이러한 과정의 일부로서 국가는 기능의 독점을 중단하고 대신 수많은 활동과 책임들을 이양하거나 혹은 공유하기 시작했다. 예를 들어 민영화(privatization)는 형사사법과 같은 영역으로 확산되기 시작했다(민영교도소, 공공 교정시설에서의 민간에 의한 교정서비스의 조달, 사적으로 운영되는 지역사회 교정프로그램 등). 이러한 현상은 20여 년 전에는 감히 생각조차 할 수 없었던 일이다.

이러한 시장모델은 시장을 과학적이고 인간적으로 합리화하는 데 목표를 두어왔다. 신자유주의자들은 시민들로 하여금 의존적인 삶의 방식을 취하고 사업적 마인드를 갖지 못하도록 만드는 것은 기술관료적 국가(technocratic state) 때문이라고 비판한다. 누군가로부터 도움을 필요로 하

자유를 침해하고 그 자체로 강제를 구성한다. 둘째, 정부는 많은 시민들의 개별적인 선호를 알 수 없기 때문에 사회적 개입은 타당한 인식론적 기초를 전혀 갖지 못한다. 셋째, '사회'는 단지 원자화된 개인들의 집단을 묘사하는 데 사용되는 단어에 불과하다.

는 대상으로서의 ‘학생,’ ‘환자,’ ‘승객,’ ‘재소자,’ ‘의뢰인’(client)과 같은 어휘 대신 비용을 지불하는 ‘소비자’(consumers)와 ‘고객’(customers)이라는 어휘가 더 선호되는 신자유주의적 담론의 배후에는 공적 서비스의 조달 역시 소비체계를 통해 이루어져야 한다는 관념이 깊이 착근되어 있다. 따라서 ‘절대적인’ 소비자의 요구에 부응하는 것은 제도적인 강제사항(institutional imperative)이 되었다(Keat, 1991: 3). 소비자 중심의 수사학은 공급되어야 할 서비스의 본질과 조달 방법을 규정하는 것은 바로 소비자 자신이라는 점을 내포하고 있다. 이것은 신자유주의가 효율성과 효과성을 극대화할 수 있다고 믿는 방식이기도 하다. 이럴 경우 시장은 가장 ‘경쟁적으로’ 작동될 것으로 생각된다(Abercrombie, 1991; Rose, 1993).

시장주의 진영에서는 이러한 변화의 경험적 근거로써 비영리조직인 경찰이 효율성과 책임을 강조하는 새로운 관리주의(new management) 이념에 입각하여 바뀌고 있다는 점에 주목한다(O'Malley, 1997). 현재 일고 있는 경찰혁신의 변별적인 특징 중의 하나는 일선경찰의 관행은 물론 상층부의 조직 운영과 관리 방식도 변화 대상이 되고 있다는 점이다. 신자유주의 정부들은 과거에 비해 경찰이 비용-효과적인지 그리고 바람직한 결과물들을 산출하고 있는지에 대해 보다 명시적으로 관심을 갖는다. 그들은 공공경찰의 업무와 관련하여 점차적으로 새로운 수행척도(이를 테면 회계 감사와 비용-수익 분석 등)들을 요구하고 있다. 더욱이 정부의 이러한 시장지향성은 새로운 대안들이 보다 효율적이거나 효과적이라고 판단될 경우 지금까지 당연시되어왔던 공공경찰의 독점도 파괴됨(그리고 경찰 관리자들이 그러한 독점을 파괴하는 것을 허용한다)을 의미한다(O'Malley, 1997: 708). 요컨대 시장주의 담론에 의하면, 새로운 관리주의는 경찰 관리자들로 하여금 기업의 임원처럼 행동하도록 하고, 경찰조직을 민간기업과 같은 방식으로 운영할 수 있도록 그들에게 더 많은 자율성을 부여하려 한다는 것이다(Crawford, 1994; Loader, 1994; Hunt, 1995; McLaughlin and

Murji, 1995; Palmer, 1995).

Ⅲ. 구조변동의 동인들

앞에서 필자는 국가중심적인 방식으로 유지되어 왔던 치안활동에 중대한 변화가 일고 있다는 논의들을 세 가지 지평, 즉 국가축소주의, 위험관리주의, 시장주의의 맥락을 통해서 검토하였다. 왜 이러한 구조변동이 일고 있는지에 대해 명쾌한 진단을 내리고 있는 연구는 거의 없는 실정이다. 국가의 축소, 국가와 민간부문의 협력, 시장주의, 위험의 관리 등은 비단 형사정책이나 치안활동 분야에만 국한된 현상이 아니다. 그것은 일반 복지 분야는 물론, 교육, 의료 등 여러 영역들에 걸쳐 나타나고 있는 포괄적인 현상이다. 이렇게 현재 나타나고 있는 변화는 사회의 전 분야에 걸쳐 포괄적으로 발현되는 거시적인 변화이기 때문에 그 동인을 밝히기가 쉽지 않은 것으로 생각된다.

그럼에도 불구하고 몇몇 학자들은 구조변동의 원인들에 대한 탐색을 시도하고 있다. 이러한 논의들은 특히, 왜 국가의 역할이 축소되고 대신 다원화된 치안활동이 전개되고 있는가에 초점을 맞추는 경향이 있다. 베일리와 셰링은 이러한 논의들 속에서 가장 많이 언급되고 있는 일곱 가지 요인들을 추출한 바 있다(Bayley and Shearing, 2001). 구체적으로 정부의 수행능력, 범죄, 경제적 측면, 정치적 특성, 사회관계, 관념, 그리고 문화가 이 범주에 해당한다. 특히 이 범주들 중, 정부의 수행능력과 범죄, 경제가 가장 중요한 요인으로 지목되고 있다.

베일리와 셰링의 논의를 중심으로 그 요인들을 살펴보면, 우선 정부가 범죄의 위험으로부터 적절한 보호를 제공하는 데 실패하고 있다는 사실과

그에 따른 정부에 대한 불신이 경찰활동의 재구조화가 나타나게 된 가장 일반적인 이유로 인용된다(Sklansky, 1999; Johnston, 1992, 2000a). 정부는 세수가 감소함에 따라 비용의 문제를 매우 심각하게 고려하게 되었고, 그리하여 정부의 기능들을 축소하고(Home Office, 1995) 과거보다 더욱더 범죄통제의 책임을 민간부문과 공유하려 한다(Shearing and Stenning, 1980). 또한 전문주의 경찰 모델은 공공경찰의 초점을 범 집행 영역으로 축소함으로써 위험을 감소시키고 범죄를 예방하는 경찰의 능력을 약화시켰을 뿐만 아니라, 경찰과 지역사회의 단절을 초래함으로써 경찰에 대한 지역사회의 불신을 야기하였다(Kelling and Moore, 1988; Kelling and Coles, 1996). 상당수의 절차적 규칙들이 증가함에 따라 범죄자들을 성공적으로 처벌하지 못하는 사례가 발생하게 되고 그 결과 공적인 형사사법체계에 대한 믿음이 약화되고 있다(Braithwaite and Pettit, 1990). 따라서 사람들은 처벌을 통해 효과적으로 범죄를 억제하는 것에 대해 회의하기 시작하며 그에 대한 반작용으로서 규제에 근거한 예방체계에 더 많은 관심을 갖게 되었다(Packer, 1968; Reiss, 1984).

베일리와 웨링이 지적하는 두 번째의 일반적 요인은 범죄 상황의 악화이다. 서구사회의 경우 지난 40여 년 사이에 범죄는 급격하게 증가하였고 이에 따라 범죄에 대한 일반 공중의 두려움도 증가하였다(Prenzler and Sarre, 1998). 시장자본주의의 성장과 더불어 미디어가 점차 상업화되고 있으며, 범죄의 판매효과를 잘 알고 있는 미디어들은 가장 선정적인 범죄를 부각시킴으로써 범죄에 대한 공포를 과장하고 있다(Chermak, 1995). 따라서 사람들은 범죄를 예방하고 범죄의 두려움을 제거할 수 있는 보다 합리적이고 대안적인 방안들을 강구하기 시작한다.

세 번째로 경제적 요인 또한 다원화된 치안활동을 초래하는 중요한 동인으로 간주된다. 자본주의 경제체계가 전 세계적으로 팽창함에 따라 경찰활동 또한 상품화의 영역 속으로 편입되어 왔다는 것이다(Sklansky, 1999;

Kaplan, 1998; Johnston, 2000a). 하지만 왜 시장의 존재가 경찰활동의 상품화를 야기하는지에 대한 이유는 분명하지 않다(Bayley and Shearing, 2001: 23). 다만 이들의 논의는 상업화된 민간경비의 성장으로 인해 경찰활동이 상품화될 수 있는 여지가 넓어지고 있음을 암시할 뿐이다. 다시 말해 민간부문의 역량이 강화됨에 따라 경찰활동의 민영화가 본격적으로 논의되고 실행되기에 이르렀다는 것이다. 더욱이 상업화된 경비회사가 일정한 규모에 도달하면, 그것은 두려움의 고양, 경비회사들간의 경쟁 등을 통해 치안활동에 대한 수요를 계속적으로 창출하는 효과가 있다는 것이다(Loader, 1997a).

이와 다른 맥락에서 셰링과 스텐닝(Shearing and Stenning, 1981)은 상업화된 치안활동의 성장을 자본주의의 소유관계의 변화로서 설명한다. 즉 자본주의가 발전함에 따라 다중이용 상업시설(mass private property)과 같은 새로운 공간들이 대거 창출되는데, 이 공간은 많은 사람들이 이용하고 상호 작용한다는 측면에서 공공장소로서의 성격을 갖지만 소유권의 측면에서는 사유지인 까닭에 공공경찰로부터 그 공간의 질서유지나 범죄예방과 같은 서비스를 적절하게 공급받기가 어려운 속성이 있다. 때문에 다중이용 상업시설 소유주나 그 대리인들은 자체적으로 보안을 조달해야만 한다. 더욱이 이러한 시설들은 대부분 영리추구를 목적으로 하기 때문에 범죄행동에 대한 처벌보다는 사전에 이를 예방하고 관리함으로써 손실을 줄이는 데 주력한다. 이러한 요인들이 결합되어 손실예방과 위험관리에 기초한 상업화된 치안활동이 발전하게 된다는 것이다.

한편, 경제가 발전함에 따라 절도, 강도, 침입절도와 같은 재산범죄의 기회는 증가한다. 왜냐하면 개인들의 부는 이동성이 더욱 용이해졌을 뿐만 아니라 재산적 가치도 증가하기 때문이다(Clarke, 1997; Cohen and Felson, 1979). 또한 경제발전은 이러한 상품들을 보다 많은 인구층으로 확산시키기 때문에 위험에 대한 인식과 보호의 필요성은 특정 계층에 국한된 문제가

아니라 보다 일반적인 문제가 된다. 요컨대 경제적 요인을 중시하는 설명 방식에 의하면, 비록 경제발전이 치안활동의 재구조화에 대한 직접적인 설명요인은 아니지만 그로 인해 사람들의 범죄에 대한 우려와 두려움이 증가함으로써 보다 강화된 치안활동의 수요를 창출하게 된다는 것이다.

이밖에도 전지구적인 민주주의의 팽창(민주화)은 다원화된 치안활동의 재구조화가 성장할 수 있는 정치적 공간을 제공함으로써 이를 촉진한다는 논의도 있다(Cerny, 1995; Slaughter, 1997). 정치적 다원주의가 증가할수록 치안활동의 책임을 공유하고자 하는 국가의 후원자들도 증가한다는 것이다. 대규모로 전개되는 사회조직의 특징변화, 사회관계의 변화 또한 치안활동의 재구조화를 낳는 요인으로 평가된다. 이를 테면 사회가 복잡해지고 이질성이 심화됨에 따라 보안에 대한 사람들의 수요도 다양해진다. 근대화는 가족, 지역공동체, 직장과 같은 일차적인 사회집단의 권위를 약화시킨다. 일차적 사회집단의 쇠퇴는 비공식적 사회통제력의 약화를 초래함으로써 범죄와 무질서를 증가시키는 것으로 이야기된다. 만약 정부가 범죄로부터 보호받고자 하는 공중의 기대를 적절히 충족시킬 수 없다면, 사람들은 다른 대안들을 모색하려 할 것이다.

이상과 같이 베일리와 쉐링의 논의에 의지해서 치안활동의 재구조화의 원인들, 특히 다원화된 치안활동의 원인으로 거론되는 중요한 요인들을 검토해왔다. 범죄에 대한 두려움, 경제의 시장화, 상업화된 다국적 경비회사의 괄목할만한 성장은 이들이 제시하는 재구조화의 중요한 요인들이다. 하지만 이들조차 단일 요인으로 현재의 변화를 설명하기는 어렵다고 평가한다. 더욱이 국가들마다 치안활동의 다변화, 재구조화는 그 궤적을 달리할 것으로 전망한다(Bayley and Shearing, 2001: 26-27). 예를 들어 일본과 같이 공동체주의적 성격이 강한 국가에서는 정부를 보조하여 사회질서 유지에 기여하는 가족, 이웃, 작업장과 같은 비정부조직들에 더욱더 많이 의존하여 왔다(Bayley, 1991). 그러므로 이러한 국가들에서는 개인이나 미국

가조직들이 자유롭게 시장을 선택할 수 있음에도 불구하고 서구사회들보다는 상업화된 치안활동의 필요성을 덜 느끼게 된다는 것이다. 또 다른 예로써 권위주의 국가에서의 치안활동은 정부에 의해 통제되며 일차적인 목표는 항상 체제를 보호하는 것이다. 권위주의 국가들은 치안활동에 대한 독점을 유지하려 애쓰며 경찰활동의 후원자나 공급자로서 행동하는 집단들을 억압한다. 하지만 그런 국가들 역시 효과적인 범죄통제를 위해서는 공중의 지원이 절실하다는 것을 인식한다. 그러나 민주적인 정부와 달리 징발을 통해 지역적 지식과 자원들을 동원하려 하며 시장의 참여는 허용하지 않는다. 이처럼 베일리과 웨링은 비록 치안활동이 전 지구적으로 재구조화되고는 있으나 그 범위와 형태는 지역의 역사와 환경, 특히 이미 발전하고 있는 치안활동의 궤적에 의존한다고 결론짓는다.

IV. 구조변동의 정치사회적 결과와 함의

국가중심적 치안활동이 왜 다원화된 방식으로 재편되는지, 그리고 왜 상품화된 치안활동이 급속하게 성장하는지를 하나의 요인으로 설명하기는 쉽지 않다. 하지만 그와 같은 이행과 구조변동의 형태는 너무도 명확하다. 치안활동에서의 이러한 변화는 영미사회의 역사적 경험에 토대를 둔다. 1970년대 영국을 비롯한 앵글로 색슨계 사회들에서의 갑작스런 범죄율의 급등은 범죄예방에 대한 새로운 대안모색의 필요성을 정치적으로 제기하였다. 미국의 경우 1960년대 후반이래로 실증주의적 범죄원인론 및 범죄예방 전략들에 대한 보수적·신자유주의적 비판들이 증가해왔다(Wilson, 1975; von Hirsch, 1976; Murray, 1990). 범죄자 재활프로그램들의 실패를 뒷받침하는 수많은 실험연구, 조사연구들이 나타났다(Martinson, 1974). 복

지주의적인 범죄예방 정책에 대한 이러한 정치적·학문적 공약은 당시까지 범죄원인론에 매몰되던 범죄학에 대한 성찰을 요구하는 것이었으며, 범죄의 설명 및 범죄예방 전략과 관련하여 성향변인에서 상황변인으로의 관심의 전이를 유도하였다. 그 결과 범죄기회가 통제되어야 한다는 관념이 힘을 얻게 되었다. 이러한 맥락에서 상황적 범죄예방론이 범죄예방의 새로운 대안으로 등장하였다.⁵⁾

오말리는 상황적 범죄예방 전략들은 범죄문제를 해결하는 데 있어 결코 성공적이지 않다고 말한다. 그럼에도 불구하고 상황적 범죄예방 전략들이 각광받는 것은 그것들이 경제적 합리주의자, 신보수주의 및 신우파의 정책 프로그램들과 선택적 친화력이 있었기 때문이라는 것이다(O'Malley, 1992: 263). 즉 상황적 범죄예방은 인구관리의 방향, 즉 가해자와 관련해서는 처우보다는 처벌을 강화하고 피해자와 관련해서는 ‘사회적 위험관리’를 ‘개인적 무사안일주의’로 대체하는 신우파의 전략적 수정과 직접적으로 연계된다는 것이다. 오말리는 이러한 전략이 사회정의 문제들로부터 범죄통제 정책을 분리시키는 효과를 가져왔다고 평가한다. 상황적 범죄예방론에서 개인은 범죄를 행할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 마찬가지로 개인은 범죄피해로부터 자신을 자유롭게 보호할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 따라서 이 담론에서는 범죄학적 관심사로서의 ‘원인’이 사라져 버리고 가족기능의 회복, 경제적 불평등의 해소, 빈곤의 퇴치 등과 같은 사회적 차원의 범죄예방에 대한 관심은 뒤로 후퇴하고 만다. 현재 우리가 목격하

5) 상황적 범죄예방론은 범죄를 특정상황 혹은 환경에 대한 반응으로써 심리학적 판단이나 계산을 행하는 합리적이고 추론적인 사람들의 행동으로 간주한다. 이 실용적 사고방식을 이끌고 있는 두 개의 테크닉은 표적강화(target hardening)와 감시(surveillance)이다(Hughes, 1998: 61). 표적강화는 매우 실용적인 수단들을 통해 출입문이나 공중전화 동전박스와 같은 일상적인 테크놀로지 장치들을 강화하고 보다 안전하게 함으로써 범행을 어렵게 하려는 것이다. 반면 감시는 일상적인 생활 속에서 사람들에 의해 행해지는 공식적·비공식적 통제를 나타낸다. 사람들 스스로 통제 가능한 환경을 구축하기 위해 주거환경을 재건축하는 일 등이 이에 해당한다. 이러한 두 기법들은 모두 위험의 제거, 위험의 축소와 관리에 초점이 맞춰져 있다.

고 있는 것은 치안활동의 신자유주의적인 재편이다. 우리들은 이러한 치안활동의 신자유주의적 재편이 갖는 정치사회적 함의들을 따져봐야만 한다.

1. 치안활동의 신자유주의적 재편

가. 원경지배

치안활동 영역에서의 국가의 쇠퇴는 국가의 전면적인 퇴장을 의미하지는 않는다. 갈란드(Garland, 1996)는 국가 쇠퇴의 배후에는 ‘책임공유’(responsibilisation)의 이념이 자리하고 있다고 말한다. 이것은 정부가 비국가 조직들과 개인들로 하여금 치안활동과 범죄예방에 더욱 관여하도록(책임지도록) 장려하고 있음을 나타낸다. 그에 따르면, 이것은 공급역할(providing role)보다는 조정역할(coordinating role)에 더욱 치중하는 쪽으로 이행하는 국가의 후퇴를 의미한다. 이러한 행동들에는 시민들로 하여금 스스로 보안장비들을 구입하도록 한다든지, 이웃감시 프로그램에의 참여를 권장한다든지, 범죄예방에 민간조직이나 자선단체들을 활용한다든지, 민간경비를 더 많이 이용하도록 하는 조치들이 포함된다. 따라서 현상적으로는 국가 통제력이 약화되는 것처럼 보이지만, 실은 국가는 민간부문이나 기업부문의 다양한 매개자를 통한 ‘원경지배’(governance at a distance)를 행함으로써 실질적으로는 보다 확장적인 통제망을 구축하게 된다는 것이다(Cohen, 1985, 1994; Johnston, 1992).

신자유주의적 통치론의 입장에서 봤을 때, 형사사법 분야에서 발생하는 최근 동향, 사적인 치안활동과 민간경비의 성장은 범죄에 대한 집합주의적 관리모델에서 개인주의적 관리모델로의 통치전략의 거대한 이행과 맞물려 있다. 일상화된 현실로서의 범죄문제는 범죄에 대한 공식적인 형사사법 기

관의 사유구조, 통치양식, 관행들의 변화를 재촉하고 있다. 이러한 변화는 비단 형사사법 분야에만 국한되는 것이 아니라 경제, 교육, 건강, 복지 등 사회의 전 부분을 망라해서 동시적으로 나타나는 복합적인 현상이다.

오말리의 분석에 의하면 이러한 발전들은 정치적으로 추동된 국가의 탈중심화를 나타낸다(O'Malley, 1997: 702). 그런데 국가의 탈중심화는 상당한 저항을 불러일으킨다. 때문에 신자유주의자들은 자신의 체국을 깎아내고 분산시키려는 것에 대한 국가공무원들의 저항을 분쇄하고, ‘종속적인’ 인구집단들로 하여금 스스로의 이해관계에 맞춰 행동하도록 유도하며, ‘복지수혜만을 기대하는’ 시민들에게 위험감수의 적극성과 책임감을 불어 넣을 수 있는 명시적으로 ‘강력한’ 정치 국가를 요구한다(O'Malley, 1997: 703). 이러한 과정에 적용되는 관념들의 대부분은 지역사회로부터 자발적으로 제기되어 온 것이 아니라, 신자유주의의 정치적 두뇌집단과 제도, 정당과 각료회의 등으로부터 정략적으로 제기되어 왔다. 지역사회의 역량강화와 동원화가 통치상의 중요한 이익을 제공한다는 생각을 적극적으로 활용하는 것은 신자유주의 정치의 고유한 특징 중의 하나이다(O'Malley and Palmer, 1996).

나. 책임공유의 이데올로기와 그 함정

신자유주의적 개혁을 추동하는 동력의 대부분은 개인들의 창발성을 이끌어내는 데 집중되어 왔다. 개인주의에 높은 가치가 부여되고 자유롭게 선택할 수 있는 소비자로서의 개별 시민들의 가변적인 수요에 정책적 우선권이 부여된다. 이러한 맥락에서 ‘소비화’(consumerization)에 대한 정치적 강조, 그리고 그 과정에서 지역 수준의 서비스 공급자들의 책임을 중시하는 것은 국가개입주의와 집합적 자유주의에 대한 반작용으로서 등장한

정치적 관념들과 연계되어 있다(O'Malley, 1997). 대량생산과 대량소비를 근간으로 하는 근대 포드주의적 사회변형과 시장사회의 등장은 한편으로는 보험의 개인 책임을 강조하기 위해 '시민-소비자' 담론을 장려하고, 다른 한편으로 공적·정치적 담론 속에서 사회화된 보험 조달을 계속 유지할 수 있는지에 대한 국민국가의 능력을 문제 삼는다(Talyor, 1999: 210). 이와 관련하여 '보편주의'에 입각한 사회서비스의 공급은 더 이상 가능하지 않다는 인식이 팽배한다. 이러한 인식은 곧 범죄통제와 관련하여 피해자의 역할과 의무의 강화로 이어진다. 범죄자들이 합리적이고 경제적으로 선택하는 인간인 것처럼, 잠재적 피해자로서의 일반시민들도 취할 수 있는 예방적 조치들을 '선택'을 해야만 한다. 그러한 선택은 의무가 된다. 스스로 위험을 피하지 못한 피해자에게도 비난이 가해진다. 이와 같은 '비난의 문화'(culture of blame)에로의 이행은 과실은 사회가 아니라 개인에게 있다는 관념을 함축하고 있다(Williams, 2004: 533).

이러한 책임공유는 국가에 전적으로 귀속되었던 책임과 책무의 분산, 그리고 새롭게 책임을 떠맡게 된 주체들(개인, 사기업, 지방정부, 지역사회 등)의 역량강화를 수반한다. 즉 지역사회, 시민 자율방범대, 기업, 심지어 개인에 이르기까지 범죄예방의 책임을 공유하려면 이러한 새로운 주체들이 치안서비스를 '공급'할 수 있도록 국가의 후원 하에 역량을 강화함으로써 범죄통제에 대한 책임을 확장해야하는 문제가 발생한다. 영국의 범죄와 무질서에 관한 법(Crime and Disorder Act, 1998)은 개별 지역사회들이 자체적으로 자신들에게 적합한 치안서비스들을 조달할 수 있도록 지역사회의 역량강화를 보증하는 대표적인 입법사례이다(Williams, 2004: 535).

하지만 현대사회에 있어 '지역사회'(community) 개념 속에는 타자에 대한 배제 개념이 내포되어 있다(Williams, 2004: 530). 즉 그것은 지리적·계급적·집단적으로 영역이 한정 지워진 보호와 도덕관념에 의존한다. 지

역사회는 외부의 ‘타자’에 대해서는 무관심하다. 때문에 지역사회의 보안을 강화하려는 노력들이 타자의 불안을 확대하는 결과를 낳기도 한다. 예를 들어 자신의 지역사회에 감시카메라를 설치함으로써 범죄로부터 안전을 추구하려는 시도들이 다른 지역사회나 집단들에게 범죄를 전이시키는 결과를 초래할 수 있다. 지역사회의 역량강화가 부당한 사회적 배제나 사회적 거부, 초법적 처벌을 통해 지역사회 위험 요인을 제거하려는 자경주의(vigilantism) 횡포의 확산으로 이어질 가능성도 없지 않다.

다른 한편, 수많은 치안서비스 공급자들에게 책임이 분산됨으로 말미암아 각각의 공급자들은 서로 다른 정책 목표들을 조달하려고 애쓰게 되고 서비스 공급의 실패에 따른 책임을 추궁하기는 그만큼 어려워지게 된다. 더 나아가 책임의 분산은 광범위한 부문에 걸쳐져 있는 국가의 신용과 정당성을 위태롭게 한다. 조세납부와 투표에 의한 정치참여를 통해 국가에 공헌해왔던 시민들은 점차 이를 철회(조세 저항, 애국심의 약화)함으로써 국가의 존립 기반이 의문시되기 시작한다.

다. 신자유주의와 신보수주의의 제후: 대중영합주의적 범죄통제의 강화

오말리(O'Malley, 1992)의 논의를 통해 잘 드러났듯이 위험의 제거, 위험의 축소와 관리는 개인 책임을 강조하는 신자유주의와 엄벌주의를 강조하는 신보수주의를 결합시킨다. 1970년대 이후 범죄가 중요한 정치의제로 등장한 영국과 미국 등 서구사회에서는 구금, 전자감시, 강력범죄자의 행동통제를 위한 약물의 사용 등을 통한 범죄자의 무력화(incapacitation)가 위험관리의 한 차원으로 활용되고 있다. 삼진아웃제도는 위험 제거라는 관점에서 범죄자를 무력화시키려는 대표적인 정책이다. 대체적으로 일반 공중들은 범죄자의 처지에는 무관심하다. 일반 공중의 주요 관심은 구금을

통해 범죄자들을 제거함으로써 이들로부터 ‘안전’을 확보하는 일이다. 이러한 유권자들의 요구는 강경한 처벌을 주장하는 보수주의자들과 매스컴의 힘을 강화한다. 그리고 ‘범죄와의 전쟁’을 선포하려는 보수 우익 정치가들과 매스컴의 선전은 다시 일반 공중의 범죄에 대한 두려움을 심화시킨다.

따라서 범죄통제와 형사정책은 더 이상 범죄학자나 형사사법 전문가들에 의해 운영되지 않는다. 대신 그것은 강경하고 보다 분명한 해법들을 요구하는 미디어와 선동적인 정치가들의 대중영합주의적 압력들에 노출되고 있다. 그에 따라 범죄통제의 시선은 생활세계를 위협하는 ‘거리범죄’(street crime)에 맞춰지고 권력자들의 범죄나 기업에 의한 조직화된 범죄에 대한 관심은 부차적인 것으로 전락하고 만다.

2. 보안의 상품화와 범죄문제의 탈정치화

치안활동의 구조변동과 관련하여 주목할 만한 현상은 민간경비의 급격한 성장이다. 민간경비는 비단 산업이나 상업영역에서만 아니라 일상에서도 널리 활용되고 있다. 범죄예방을 위해 경보장치, 잠금장치, 방범창 등을 구입하거나 무인 전자감시 체계를 설치하거나 사설경비원을 고용하는 것은 도구적인 개념에 의해 해석할 수 있다. 이러한 것들은 자신의 신체와 재산, 사업장, 가족 혹은 이웃을 안전하게 하기 위한 합리적인 도구들이다. 그러한 결정들이 범죄피해 경험이나 위협에 노출되어 있다는 느낌, 범죄로부터 가정의 고결성을 보호하겠다는 열망, 아니면 보험회사의 요구에 의해 고무되어지든 간에, 범죄위험에 대해 경계하는 것은 후기 자본주의 사회를 살아가는 시민들과 조직체들의 일상의 한 부분이 되고 있다. 하지만 로더(Loader, 1999)는 물질적·공리적 측면만으로는 현대사회에서의 ‘범죄통제 산업’(crime control industry)(Christie, 1993)의 급격한 팽창을 충분히 설

명할 수 없다고 말한다.

로더에 의하면 보안서비스와 보안상품들의 소비가 내포하는 의미와 결과들을 적절히 포착하기 위해서는 소비의 표출적·상징적 측면들(South, 1988: 152; Spitzer, 1987: 49)을 이해하는 것이 필요하다. 소비는 범죄를 예방하기 위한 상품이나 서비스의 구매행위라는 물질적 행동만을 포함하지 않는다. 그것은 사회적 의미를 함축하는 정서적으로 적재된 문화적 수행(cultural performance)이기도 하다. 구매행위는 종종 생활양식, 신념과 영향의 세계, 사회적 권위, 개인의 주관성과 사회관계들의 재생산과 밀접한 관련을 맺는다(Slater, 1997). 소비의 선택들은 ‘문화를 표출하고 창출하며’(Douglas and Iserwood, 1979: 57), 사회관계들을 표시하고 유지하며, 동일시와 차별화의 유형들을 창출한다. 소비재와 서비스들은 그 자체가 사회적 표식인 것이다.

로더(Loader, 1999)는 일차적으로 보안서비스 혹은 보안장치의 구매는 개인들로 하여금 범죄적 타자(Criminal Other)에 대한 방벽을 설치함으로써, 자신과 가정, 사업체, 지역사회 등에 ‘보호고치’(protective cocoon)(Giddens, 1991: 126-33)를 세울 수 있게 한다고 해석한다. 보안장비와 보안 하드웨어의 구입은 구매자들로 하여금 악랄한 범죄적 타자는 추방되거나 패배할 것이라는 관념을 상상적으로 경험하게 해준다는 것이다(Loader, 1999: 381). 뿐만 아니라 보안의 소비는 내면화된 강력한 각성능력을 갖는다. 민간경비가 제대로 작동하는 한 소비자들은 그것이 자신과 가족, 사업체, 지역사회를 보다 안전하게 하고 있다고 믿는다. 하지만 문제는 이러한 생산물들이 제대로 작동하지 않았을 때 발생한다. 보안의 실패는 개인이 전문적인 시스템이나 전문가들을 통해 추구해왔던 어떤 신뢰관계에 심각한 타격을 야기하고, 결과적으로 신뢰회복을 어렵게 할 것이기 때문이다(Crawford, 1997b: 272).

여기서 로더는 보안시장에 대한 신뢰회복이 ‘강제적인’ 행동경로에 의해 이루어질 수 있다고 본다. 왜냐하면 사람들은 희망을 갖고 걱정을 완화시키기 위해, 자원, 조직능력 등을 한 단계 위로 끌어 올리고, 새롭고, 보다 앞서고, 더욱더 신뢰할만한 생산물들으로써 자신들을 보호하기 위해 ‘출발점’으로 되돌아오는 경향이 있기 때문이다(Loader, 1991: 382). 즉 두려움을 극복하기 위해 보다 새로운 강력한 보안상품에 의지하게 된다는 것이다. 그것은 민간경비 산업이 개척하고 유지하고 싶어 하는 것이기도 하다. 치안의 상품화, 보안공급의 상품화는 부단히 증가하는 범죄문제를 사적인 것, 개인적인 것으로 치환한다.

보안은 무제한의 잠재력을 갖고 있는 것으로 보이는 체계 내에서 ‘시장화’ 된다. 그리고 이 체계는 불안을 증대한다. 모든 상품화 형태가 그렇듯이, 사람들이 보안 생산물을 경험하면 할수록, 그들은 더욱더 만족할 수 없는 욕구와 욕망의 대상으로 되어 간다(Ericson, 1994: 171). 로더는 우리가 보안상품을 획득하기 위한 관계 속으로 들어가면 갈수록, 더욱더 많은 불안을 느낄 것이라고 주장한다. 우리가 각자 서로의 안전과 확신을 유지시켜주는 대신 보안상품에 의존하면 할수록, 우리들은 더욱더 안전과 확신을 느낄 수 없게 된다는 것이다. 자본주의 체제 하에서 사람들은 자신의 존재론적 안전을 추구하도록 강요되는데, 사람들이 소외된 보안상품에 더 많은 투자를 하면 할수록 동료 시민들과는 더욱더 물리적으로(두꺼운 벽과 단혀 있는 문을 통해) · 심리학적으로(불신과 두려움을 통해) 분리된다(Spitzer, 1987: 50). 범죄에 대한 두려움은 보안에 대한 수요를 증가시키는데, 이 수요는 다시 미래의 보안에 대한 더 많은 요구를 가속화시킨다. 그 결과 범죄문제에 대한 관심은 개별화되어 버리고 우리의 안전을 어떻게 확보할 것인가에 대한 정치적인 문제제기는 탈각되고 만다.

3. 계약적 통치의 등장

국가의 후퇴 혹은 치안활동의 신자유주의적 재편을 언급하는 일군의 학자들 중에는 작금의 현상들이 국가 통치와는 별개로 진행되는 민간통치, 기업통치의 확산과 맞물려 있다고 주장한다(Shearing, 2001; Crawford, 2003). 새로운 통치 양식의 주요 특징 중의 하나는 ‘계약’이 치안활동과 통치 원리로서 활용된다는 점이다. 이때의 계약은 공동체 구성원들에게 적절한 기대(권리)와 책임(의무)을 부여하는 그런 종류의 계약이다. 비행기 탑승을 위한 계약 상황은 좋은 예가 될 것이다. 항공기에 탑승하려면 승객은 보안검색에 동의해야만 한다.

이러한 맥락에서 셰링은 현대 세계에서 사람들은 하나의 계약 공동체에서 다른 계약 공동체로 이동함으로써 통치의 기포(the bubbles of governance) 혹은 통치의 군도(the archipelago of governance) 주변을 순회하고 있다고 말한다(Shearing, 2001: 211). 이러한 각각의 기포들은 새로운 통치 공간 속에서의 거류권(denizenship)의 조건들을 설정하는 나름의 통치 양식들을 가지고 있다.⁶⁾ 위험 관념은 계약적인 통치 공간들을 지배하며, 사적인 치안활동, 특히 민간경비는 이 공간에서 실제적인 통치를 수행하는 주요한 수단이다.

새롭게 등장하는 계약적 공간들은 전통적인 ‘공/사’ 분리법에 의해 규정하기 힘든 공간들이다. 전통적으로 서구사회에서의 공적 공간은 시민권이 있는 모든 사람들에게 개방되는 공간으로 이해되어져 왔다. 시민이 된다는

6) 새로운 통치 공간에서 거주하는 사람들은 시민(citizen)이 아닌 거류민(denizen)으로 묘사된다. 왜냐하면 시민권 개념은 영토적으로 경계 지워진 국민국가의 관념에 기초하고 있고 국가중심적인 정치공동체와 정치참여를 내포하고 있어 기업과 같은 비-국가적 층위에서 발생하는 다양한 통치 작용을 포착하는 데는 한계가 있기 때문이다(Shearing and Wood, 2003: 408). 즉 ‘거류권’은 공/사 구분의 방식으로는 묘사하기 힘든 공간들 내에서 혹은 그러한 공간들을 넘나들면서 생활하고 일하고 유희하는 개인들의 기대와 의무의 범위를 묘사하기 위해 사용되는 개념이다.

것은 국민 국가 내에서 ‘공적인 공간’들을 자유롭게 이동할 수 있음을 의미한다(von Hirsch and Shearn, 2000). 동시에 시민들은 ‘사적인’ 생활 영역에 대한 국가의 부당한 침해로부터 자유로울 권리가 있다. ‘사적’ 공간은 시민들이 토지소유권에 대한 통제에 근거해서 이러한 공간들을 이용할 수 있는 사람들과 그 사용의 본질에 대해 제한을 가할 수 있는 장소이다(Hermer et al., 2002: 4). 민주주의 국가에서 시민들은 자신이 소유한 사적 공간들의 사용을 규제하고 다른 시민들은 물론 국가에 대해서까지 이러한 규제력을 적용할 수 있는 권리를 국가로부터 보장받는다. 공적인 것과 사적인 것의 구분은 근대국가 체계의 본질적인 특징으로서 한편으로 공적인 것은 국가와 병치되고 사적인 것은 비-국가적인 것과 병치된다. 공적인 공간은 모든 시민들이 접근할 수 있는 공간이지만 사적인 공간은 시민들이 자신들의 변덕스러운 의지에 따라 통제할 수 있는 공간이다.

그런데 다중이용 상업시설(mass private property)의 등장은 이러한 ‘공/사’ 구분을 모호하게 한다(Stenning and Shearing, 1980; Shearing and Stenning, 1981). 소유주들은 자신의 사유지로부터 사람들을 배제시킬 수 있는 권리가 있고 또 이러한 공간에 대한 접근과 관련하여 암시적인 제한들을 설정해 놓는다. 그럼에도 불구하고 이러한 장소들은 관습적인 공적 공간들이 모든 시민들에게 개방된 것과 동일한 방식으로 일반 대중에게 개방된 것처럼 보인다. 이러한 공간들의 핵심적인 특징은 종종 공간 소유주(대부분은 기업체들이다)들에 의해 질서가 유지되고 그 공간을 이용하는 일반 대중들의 행위에 대한 관리가 이루어진다는 사실이다. 즉 사적인 통치 행위가 전개된다는 것이다(Shearing and Wood, 2003: 410). 웨링은 이러한 공간들은 봉건 영주에 의해 접근권이 통제되었던 중세의 공동 공간(common spaces)과 강한 유사성을 갖는다고 말한다. 이 공간들은 봉건 영토 내에 거주하는 사람들에게는 개방되지만 외부인들에게는 개방되지 않

왔던 배타적인 공간이었다.

쉐링에 따르면 현재 등장하고 있는 공간은 거류권과의 관계 속에서 존재하는 새로운 ‘공동체적 공간’(von Hirsch and Shearing, 2000; Hermer et al., 2002)이다. 이 공간은 다중이용 상업시설의 맥락 속에서 출현하였지만 그것들은 사유지에서 존재하는 것과 유사한 특징들을 지닌 공동체적 공간으로 재규정되고 있다. 새로운 공동체의 공간들은 내부 거류민들을 규율하고 그들을 공동체의 외부에 있는 다른 거류민들과 차별화할 수 있는 나름의 규칙과 질서들을 갖추고 있다. 그 질서의 위반에는 ‘추방’이라는 제재가 뒤따른다. 쉐링과 스텐닝은 공적 영역으로부터 사적 영역으로 보호 자원들을 이행시키고 거대한 토지 공간이 사적 기업의 이익에 따라 통제되고 다스려지는 이 새로운 현상을 ‘기업봉건주의’(corporate feudalism) 혹은 ‘신봉건주의’(new feudalism)로 규정한다(Shearing and Stenning, 1984; Shearing, 1992: 423).

크로포드(Crawford, 2003)는 계약이 통치원리로 응용된다는 쉐링의 생각을 ‘계약적 통치’(contractual governance) 개념으로 발전시켰다. 이 통제 양식은 일탈행동과 무질서한 행위를 규제하는 데 있어 ‘계약’과 ‘동의’에 기반을 둔다. 크로포드는 은유와 도구로서의 계약적 통치는 오늘날 개인화된 소비자 시대에서 사회규제의 지배적인 형태로 자리하고 있다고 말한다(Crawford, 2003: 480). 계약은 형벌 근대주의에 입각한 전통적인 치안활동 양식으로부터 이탈하여 교구적(parochial) 통제 형태 속에서 사회의무들을 새롭게 배열함으로써 동조와 질서를 유도한다(Crawford, 2003: 479). 크로포드의 설명에 따르면, 사회는 사람들의 일상적인 조우와 상호작용이 전개되는 복합적인 ‘교구적인 계약’의 그물망으로 구성된다. 따라서 새로운 사회계약은 국가와 국민들 사이에 체결되었던 홉스주의적 맹약과는 그 성격을 달리한다(Crawford, 2003: 480). 시민권의 기초로서의 사회계약은 민사

적 소유권에 기초한 ‘계약적 통치’라는 사적인 형태들에 의해 대체되고 보완된다(Crawford, 2003: 501).

계약적 통치양식은 포섭규칙들(rules of inclusion)(Rose, 1999)에 의해 행위의 조건들과 행동 감시 수단들이 규정된다(Crawford, 2003: 499). 회원으로 가입하는 것은 규제의 조건들과 형태들을 수용하는 것이다. 이것은 웹스터(Webster, 2002)가 말하는 ‘집합적 소비 클럽’ 혹은 웨링(1992)의 ‘사적 통치의 기포들’과 유사하다. 계약은 강제적인 동조 유인을 구성하는 회원 자격의 철회, 추방, 배제 혹은 종료라는 막강한 권력에 의해 유지된다. 소비의 시대에서 회원제로부터의 배제는 시민권의 핵심 측면으로부터의 배제와 동일하다. 회원 계약은 사적으로 통제되는 공적 공간에 접근할 수 있는 근본적인 수단이다. 그 공간에서는 형법보다는 계약법의 적용을 받을 가능성이 더 높다. 따라서 동의의 외양에는 어떤 사물, 사람, 장소, 재화와 서비스에 접근하기 위해서는 필수적으로 그것에 수반되는 통제와 보안의 형태들을 수용하지 않으면 안 된다는 현실이 감춰져 있다.

동의에 의한 통치, 계약적 통치는 통제의 다기화와 일상화를 나타낸다(Crawford, 2003: 500). 제도, 집단, 기업 소유주 개인들은 한 때 국가가 담당했던 통제 기능들을 수행할 책임을 부여받는다. 주택공급, 교육, 여가, 다양한 생활양식의 기회 등이 사적인 계약을 통해 조달되기 때문에 그 계약의 성실한 이행과 계약을 침해할 수 있는 위험 요인들에 대한 관리가 무엇보다도 중요해진다. 즉 재화, 자원들에 대한 접근이 범죄를 유발할 수 있는 잠재적 위험 요인을 갖는 한 범죄와 일탈의 통제, 보안의 문제는 사회생활에서 점차 중요한 위치를 차지하게 된다. 계약적 통치의 논리는 계약 당사자의 이익 보호를 위해 범죄로 인한 손실의 사전예방과 위험의 관리를 강조한다는 점에서 탄핵과 역제를 중시하는 형사사법의 논리와는 사뭇 다르다. 그 결과 통제에 대한 국가의 역할은 변형된다. 국가 통치와 민

간 통치의 관계는 두 측면에서 변화하고 있다. 한편으로는 상호간에 치안 활동과 보안 전략들의 차용이 나타남으로써 두 영역의 경계가 모호해지고 있다. 다른 한편으로 국가는 점차 사적 통치를 위한 전략적 자원으로 고려되기 시작한다. 위험관리를 위해 국가에 의존하는 일은 ‘최후의 보루’로 간주된다. 이러한 계약적 통치의 발달은 현대사회의 사회통제 영역에서 나타나는 다원화, 분절화, 양가성과 비일관성, 그리고 좀더 포괄적인 통제문화를 반영한다. 그것은 국가나 형사사법으로 대표되는 공식적인 통제와 시장, 시민사회 속에서 작동하는 비공식적인 통제의 접합 혹은 상호연계의 발전을 의미한다.

크로포드는 ‘계약을 통한 통치’의 출현은 현대 국가의 능력과 역량의 변형과 밀접한 관련이 있다고 말한다. 특히 복지주의에 대한 신자유주의 비판과 그 결과에 따른 현대 국가의 재구조화와 밀접한 관련이 있다고 분석한다(Crawford, 2003: 487). 신자유주의자들은 복지주의가 납세자들에게 심각한 비용 부담을 안겨주었고 ‘종속 문화’를 형성했으며 혁신을 방해하였다고 주장한다. 이와 대조적으로 신공공관리(new public management)는 효율성, 재화와 서비스, 선택의 자유의 확대, 혁신적인 개인주의를 조달하는 데 따른 시장의 우월성을 제시하는 것으로 간주된다. 서구사회에서 형사사법과 범죄통제에 대한 시장의 영향은 건강, 주택, 교육과 같은 사회정책의 다른 분야들에 비해 지체되어 왔다. 그럼에도 불구하고 관리주의 혁명은 객관적인 환경 설정과 수행척도를 강조함으로써 형사사법을 새롭게 틀 지우고 있다. 이러한 규제 스타일로의 이행은 국가 기능의 재조정에 의해 생긴 틈새를 채울 수 있도록 새로운 정보 흐름을 요구한다. 계약, 수행 지표, 회계감사, 검열 등은 이러한 원경통치를 가능하게 하는 실질적인 도구들이다(Power, 1997; Crawford, 2003: 487에서 재인용). 크로포드가 보기에 계약은 신공공관리 개혁들을 현실화시킬 수 있는 근본적인 수단일 뿐

만 아니라 이데올로기 수준에서 합리적 규제의 궁극적인 신자유주의적 도구를 표상한다(Crawford, 2003: 488). 보다 작은 정부에 보다 많은 통치를 강조하는 새로운 규제국가(regulatory state)는 본질적으로 계약의 미로들을 통해 통치가 작동하는 국가 형태를 나타낸다(Crawford, 2003: 480). 크로포드는 정부는 조타 기능(정책 결정)에 더 많은 노력을 기울이고 노젓기 기능(재화와 서비스의 조달)은 점차 축소해야 한다는 오스번과 개블러(Osborne and Gaebler, 1992)의 처방은 조종 장치가 아닌 계약과 수행척도들을 통한 감독에 의해 실현되고 있다고 해석한다. 즉 직접적인 명령과 통제는 ‘규제된 자율 규제’(regulated self-regulation)의 형태로 대체되고 있다는 것이다. 이러한 맥락에서 현대사회에서 통치는 더 이상 국가의 직권 내에 있지 않으며, 사적인 통치 형태들은 사회적 의무보다는 계약적 의무에 근거할 가능성이 높다.

V. 맺음말

치안활동의 구조변동은 위험과 시장이라는 두 개의 축을 중심으로 전개되고 있다. 치안활동의 신자유주의적 재편이라 명명할 수 있을 새로운 변화의 핵심은 사회를 보호한다는 의미의 치안활동이 더 이상 정부에 의해서만 배타적으로 수행되지 않는다는 사실이다. 치안활동을 정당한 폭력 사용을 독점하고 있는 국가라는 단일제도에 의해 일정한 영토 내에서 수행되는 국가주권의 실체적 활동으로 이해하는 것은 더 이상 적합하지 않다. 대신 현대사회의 치안활동은 다양한 주체들에 의해 분절화·다기화된 네트워크 형태로 작동한다.

새로운 치안활동과 통치양식은 국가가 담당했던 자리를 ‘시장’으로 대체

한다. 시장사회에서 불안과 범죄의 위험에 호소하는 것은 영리적인 사업이 되었다. 하지만 보안과 같은 기초적인 사회재의 상품화는 시민권을 소비주의의 상표로 환원하고 만다. 소비주의 진수를 행사하는 데 필요한 경제적 능력이나 다른 자원들을 갖추고 있지 못한 사람들은 시민권의 향유와 보호로부터 배제된다. 이러한 경향은 정치적·사회적 정의의 기초 가치들이 보안을 구매할 수 있는 차별화된 능력에 의해 침식되는 ‘격리 사회’(segregated society)를 유도할 위험성이 있다(Johnston, 1992b). 보안의 상품화와 그에 따른 집합적·공적 보안 조달의 상실은 ‘시민으로서의 정체성’의 의미를 유지하는 데 필수적인 공동으로 향유하는 권리와 재화의 통합적 요소들을 침해한다(Miller, 1995: 443). 때문에 로더(Loader, 1997b)와 같은 학자들은 보안은 거래할 수 있는 상품에 기초해서 생각되거나 행동하게 되어서는 결코 안 된다고 말한다. 보안의 상품화는 공공의 안전이 타인과의 교제관계와 밀접히 연결되어 있다는 관념을 위축시킴으로써 총괄적이고 협상적인 해결(이를테면 지역사회 중재와 같은)을 모색하고자 하는 노력들을 약화시킬 수 있다는 것이다(Loader, 1999).

현대사회에서는 중앙집권적이고 ‘군주적인’ 국가의 힘만으로는 범죄와 같은 사회문제에 능동적으로 대처할 수 없다. 많은 학자들의 지적처럼 새로운 치안활동 모델은 다원주의에 기초해 있다. 다원주의는 시민과 공동체의 참여, 지방화의 전략들에 주목한다. 지방화 전략들이란 지역의 당면과제들을 주민참여의 방식으로 제기하고 이를 지역의 지식과 자원들을 통해 해결하려는 것이다. 특히 범죄통제 분야에서는 지역의 문제해결을 위해 다수의 주체가 참여하는 지역적 해법들이 강조된다. 이러한 다수 주체들의 연결망 체계에서는 위계가 아닌 연대, 충성심, 신뢰와 호혜성에 기초해서 행위주체들 간의 협동이 이루어져야 한다(Stoker and Young, 1993). 하지만 지방화 전략은 지역주의가 야기할 수 있는 타자에 대한 배제의 문제를

극복할 수 있어야 한다. 이러한 상황은 지역사회를 적절히 대표하지 못하는 지역 엘리트의 이해관계가 나머지 구성원들의 이해관계를 지배하는 경우에 발생한다. 투자환경이나 소비환경을 위해 지역개발이 추진되고 그 과정에서 주변집단들이 퇴출되는 경우가 대표적인 예이다. 이 경우에는 대개 ‘지역사회의 방어’라는 관념에 입각하여 감시카메라, 이웃감시, 규제적인 출입통제 기술 등 상황적 범죄예방 기법들이 활용될 가능성이 높다. 이러한 구도 하에서 범죄자들은 이웃이나 공동체 구성원으로서 포섭되지 못하고 밖으로 추방될 뿐이다. 범죄문제는 해결되는 것이 아니라 단지 옆으로 미뤄질 뿐이다. ‘내부자와 이방인’의 이분법에 의해 공동체의 안전이 추구되는 것은 편협한 지역주의를 심화시킬 가능성이 높다.

이 시점에서 중요한 것은 위험으로부터 안전한 삶의 영위가 개인적인 문제가 아닌 집합적인 문제라는 점을 인식하고 공동체적인 입장에서 이를 해결할 수 있는 방안들을 모색하는 일이다. 이것은 시민사회에서의 위험과 범죄에 대한 통치양식과 치안활동의 형태에 대한 공적 논쟁의 필요성을 제기하는 것이다. 로더(1997b)의 지적대로 새로운 치안활동의 정치학은 자유시장이나 신자유주의 담론을 넘어서서 공공재로서의 보안의 의미, 공유된 위험에 대한 집합적 대응, 그리고 국가의 역할에 대한 성찰적 질문들을 제기하는 공간이 되어야 한다.

주제어: 치안활동, 국가축소, 위험관리, 시장, 보안, 보험회계주의, 신자유주의, 계약적 통치

참고문헌

- 김성언. 2004. “민간경비의 성장과 함의: 치안활동의 신자유주의적 재편과 계약적 통치의 등장.” 서울대학교 대학원 사회학과 박사학위 청구 논문(미간행).
- 日本警察廳. 1999. 警察白書. (<http://www.group4securitas.com/object.ph?obj=obj34000c>).
- Abercrombie, N. 1991. “The Privilege of the Producer.” In *Enterprise Culture 1991*, edited by R. Keat and N. Abercrombie. London: Routledge.
- Anderson, M, Den Boer, M, Cullen, P., Gilmore, W. C., Raab, C. D., and Walker, N. 1995. *Policing the European Union: Theory, Law and Practice*. Oxford: Clarendon Press.
- Bauman, Zygmunt. 1994. *Alone Again: Ethics After Certainty*. London: Demos.
- Bayley, David H. 1975. “The Police and Political Development in Europe.” pp. 1328-1379 in *The Formation of National States in Europe 1975*, edited by Charles Tilly. Princeton: Princeton University Press.
- . 1991. *Forces of Order: Policing Modern Japan*. Berkeley, CA: University of California Press.
- Bayley, David and Shearing, Clifford D. 1996. “The future of policing.” *Law and Society Review* 30(4): 585-606.
- Bayley, David and Shearing, Clifford D. 2001. *The New Structure of Policing: Description, Conceptualization, Agenda*. National

- Institute of Justice(NIJ), U.S. Department of Justice.
- Beck, U. 1992. *Risk Society: Towards a New Modernity*. Newbury Park, London: Sage.
- Bittner, E. 1974. "Florence Nightingale in Pursuit of Willie Sutton: A Theory of the Police." In *The Potential for Reform of Criminal Justice 1974*, edited by H. Jacobe. Newbury Park, CA: Sage.
- _____. 1980. *The Function of the Police in Modern Society*. Cambridge, MA: Oelgeschlager, Gunn and Hain.
- Blair, I. 1998. Where do the police fit into policing? Speech delivered to ACPO Conference, 16 July.
- Blomley, Nick and Sommers, Jeff. 1999. "Mapping Urban Space: Governmentality and Cartographic Struggles in Inner City Vancouver." pp. 261-86 in *Governable Places: Readings on Governmentality and Crime Control 1999*, edited by Russell Smandych. Aldershot, England: Ashgate Publishing.
- Braithwaite, John and Pettit, Philip. 1990. *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford: Clarendon Press.
- Brodeur, J. P. 1983. "High Policing and Low Policing: Remarks About the Policing of Political Activities." *Social Problems*, 30: 507-20.
- Button, Mark. 2002. *Private Policing*. London: Willan Publishing.
- Chatterton, M., Humphrey, C., and Watson, A. J. 1996. *On the Budgetary Beat*. London: Chartered Institute of Management Accountants.
- Chermak, Steven M. 1995. *Victims and The News: Crime and the American News Media*. Boulder, Co: Westview Press.

- Christie, N. 1993. *Crime Control as Industry: Towards Gulags Western style?* London: Routledge.
- Clarke, R. 1995. "Situational crime prevention." pp. 91-150 in *Building a safer society: Strategic approaches to crime prevention 1995* vol. 19, edited by M. Tonry and D. Farrington. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- _____. (ed.). 1997. *Situational Crime Prevention*. Albany, NY: Harrow and Heston Publishers.
- Cohen, Stanley. 1985. *Visions of Social Control*. Cambridge: Polity Press.
- _____. 1994. "Social control and the politics of reconstruction." pp. 63-88 in *The Futures of Criminology 1994*, edited by D. Nelken. London: Sage.
- Cohen, L. E. and Felson, Marcus. 1979. "Social Change and Crime Rate Trends: a Routine Activity Approach." *American Sociological Review* 44: 588-608.
- Cerny, Philip G. 1995. "Globalisation and the Changing Logic of Collective Action." *International Organization* 49(4): 585-625.
- Crawford, A. 1994. "The Partnership Approach to Community Crime Prevention: Corporatism at the Local Level." *Social & Legal Studies* 3(4): 497-519.
- _____. 1997a. "The partnership approach to community crime prevention: corporatism at the local level." *Social and Legal Studies* 3: 497-518.
- _____. 1997b. *The Local Governance of Crime: Appeals to Community and Partnership*. Oxford: Oxford University Press.

- _____. 1998. "Community Safety and the Quest for Security: Holding Back the Dynamics of Social Exclusion." *Policy Studies* 19(3/4): 237-253.
- _____. 2003. "'Contractual Governance' of Deviant Behaviour." *Journal of Law and Society* 30(4): 479-505.
- Cunningham, William C. and Todd H. Taylor. 1985. *Private Security and Police in America. The Hallcrest Report.* Portland: Chancellor Press.
- Cunningham, William C., Strauchs, John J., and Van Mete, Clifford. 1990. *Private Security Trends 1970 to 2000: The Hallcrest Report II.* Butterworth-Heinemann.
- Currie, Elliot. 1991. "Social crime prevention strategies in a market society." pp. 343-354, in *Criminological Perspective: A Reader 1996*, edited by John Muncie and Mary Langan. London: Sage Publications.
- Defert, D. 1991. "Popular Life and Insurance Technology." pp. 211-33 in *The Foucault Effect: Studies in Governmentality 1991*, edited by G. Burchell, C. Gordon and P. Miller. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- De Waard, J. 1999. "The private security industry in international perspective." *European Journal of Criminal Policy and Research* 7: 143-74.
- Douglas, M. and Isherwood, B. 1979. *The World of Goods: Towards an Anthropology of Consumption.* Harmondsworth: Penguin.
- Economist. 1997. *Policing for profit: Welcome to the new world of private security.* *Economist* 17 April: 187-99.

- Ericson, Richard V. 1994. "The division of expert knowledge in policing and security." *British Journal of Sociology* 45(2): 149-75.
- Ericson, Richard. V. and Haggerty, Kevin. D. 1997. *Policing the Risk Society*. Oxford: Clarendon Press.
- Ewald, Francois. 1991. "Insurance and risk." pp. 197-210 in *The Foucault effect: Studies in governmentality 1991*, edited by G. Burchell, C. Gordon and P. Miller. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Feeley, M. and Simon, J. 1992. "The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications." *Criminology* 30: 449-74.
- . 1994. "Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law." pp. 173-201 in *Futures of Criminology 1994*, edited by D. Nelken. London: Sage.
- Foucault, Michel. 1984. *The History of Sexuality Vol. I*. London: Peregrine Books.
- Gamble, A. 1988. *The Free Economy and the Strong State*. London: Macmillan.
- Garland, David. 1996. "The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society." *British Journal of Criminology* 36(4): 445-471.
- George, Bruce. and Button, Mark. 2000. *Private Security. Perpetuity*. Press, Leicester.
- Giddens, Anthony. 1985. *A contemporary critique of historical materialism. Vol.2, The nation-state and violence*. Cambridge: Polity Press.

- _____. 1990. *The Consequence of Modernity*. Cambridge: Polity Press.
- _____. 1991. *Modernity and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern Age*. Stanford: Stanford University Press.
- Hayek, F. A. 1960. *The Constitution of Liberty*. London: Routledge & Keegan Paul.
- Hermer, J., Kempa, M., Shearing, C., Stenning, P, and Wood, J. 2002. *Policing in Canada in the 21st Century: Directions for Law Reform: A Socio-Legal Analysis*. Report to the Law Commission of Canada.
- Home Office. 1995. *Review of Police Core and Ancillary Tasks*. London, England: Crown HMSO.
- Hope, Tim. 1995. "Community crime prevention." pp. 21-89 in *Building a Safer Society: Strategic Approaches to Crime Prevention*. Crime and Justice vol. 19 1995, edited by M. Torny and D. P. Farrington. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Hou, Sharles and Chuen-Jim Sheu. 1994. "A Study of The Determinants of Participation in A Private Security System among Taiwanese Enterprises." *Police Studies* 17(1): 13-24.
- Hughes, G. 1998. *Understanding crime prevention: Social control, risk and late modernity*. Buckingham · Philadelphia: Open University Press.
- Hunt, D. 1995. "Strategic Management in Policing." In *Police Leadership in Australia 1995*, edited by B. Etter and M. Palmer. Sydney: Federation Press.
- Jessop, B. 1993. "Towards a Schumpeterian Workfare State? Preliminary Remarks on Post-Fordist Political Economy."

Studies in Political Economy, 40: 7-39.

Johnston, Les. 1992a. The Rebirth of Private Policing. London: Loutledge.

_____. 1992b. "The politics of private policing." International Journal of the Sociology of Law 20: 1-16.

_____. 1996a. "What is vigilantism?" British Journal of Criminology 36(2): 220-36.

_____. 1996b. "Policing Diversity: the impact of the public-private complex in policing." pp. 67-82 in Core Issues in Policing 1996, edited by Frank Leishman. New York: Longman Publishing.

_____. 2000a. Policing Britain: Risk, security and governance. London: Longman.

_____. 2000b. "Transnational private policing: the impact of global commercial security." In Issues in Transnational Policing 2000, edited by J. W. E. Sheptycki. London: Routledge.

_____. 2000c. "Private policing: problems and prospects." In Core Issues in Policing (Second Edition), edited by Frank Leishman, Barry Loveday, and Stephen P. Savage. Pearson Education.

Johnston, Les and Shearing, Clifford D. 2003. Governing Security: Explorations in Policing and Justice. London and New York: Routledge.

Jones, Trevor. and Newburn, Tim. 1998. Private security and public policing. Oxford : Clarendon Press.; New York : Oxford University Press.

_____. 2002. "The Transformation of Policing?: Understanding Current Trends in Policing Systems." British Journal of Criminology 42:

129-146.

Kaplan, Robert D. 1998. "Travels into America's Future." *The Atlantic Monthly*. August: 37-61.

Keat, R. 1991. "Introduction: Starship Britain or Universal Enterprise?." In *Enterprise Culture 1991*, edited by R. Keat and N. Abercrombie. London: Routledge.

Keat, R. and Abercrombie, N. 1991. *Enterprise Culture*. London: Routledge.

Kelling, George L. and Coles, Catherine H. 1996. *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*. New York, NY: Martin Kessler Books.

Kelling, George L. and Moore, Mark H. 1988. "From Political to Reform to Community: The Evolving Strategy of Police." In *Community Policing: Real or Rhetoric?* edited by Jack R. Greene and Stephen Mastrofski. New York, NY: Praeger.

Loader, I. 1994. "Democracy, Justice and the Limits of Policing: Rethinking Police Accountability." *Social & Legal Studies* 3: 521-44.

_____. 1999. "Consumer culture and the commodification of policing and security." *Sociology* 33: 373-92.

Macauley, S. 1986. "Private government." In *Law and the Social Science 1986*, edited by L. Lipson and S. Wheeler. New York: Russell Sage Foundation.

Martinson, R. 1974. "What Works? Questions and Answers about Prison Reform." *The Public Interests* 35: 22-54.

Marx, G. 1988. *Undercover: Police Surveillance in America*. Berkeley,

CA: University of California Press.

_____. 1995. "The Engineering of Social Control: The Search for the Silver Bullet." In *Crime and Society 1995*, edited by J. Hagan and R. Peterson. Stanford, CA: Stanford University Press.

McLaughlin, E. and Murji, K. 1995. "The End of Public Policing?" In *Contemporary Issues in Criminology 1995*, edited by L. Noaks, M. Maguire and M. Levi. Cardiff: University of Wales Press.

Miller, D. 1995. "Citizenship and pluralism." *Political Studies* 43(3): 432-450.

Monkkonen, Eric. 1981. *Police in Urban America, 1860 to 1920*. Cambridge, England: Cambridge University Press.

Murray, C. 1990. *Losing Ground*. New York: Arrow.

Nalla, M. K. and Newman, G. R. *A Primer in Private Security*. New York: Harrow and Heston.

_____. 1991. "Public Versus Private Control: A Reassessment." *Journal of Criminal Justice*. vol. 19: 537-547.

Newman, O. 1972. *Defensible Space: People and Design in the Violent City*. London: Architectural Press.

Offe, C. 1984. *Contradictions of the Welfare State*, London: Hutchinson.

Offe, C. 1985. *Disorganised Capitalism*, Cambridge: Polity Press.

O'Malley, P. 1992. "Risk, Power and Crime Prevention." *Economy and Society* 21: 252-75.

_____. 1994. "Responsibility and Crime Prevention: A Response to Adam Sutton." *Australian and New Zealand Journal of Criminology* (special edition): 21-4.

_____. 1997. "Policing, politics and postmodernity." *Social and Legal*

- Studies 6: 363-381.
- _____. 1998. "Introduction." pp. xi-xxv in *Crime and the Risk Society* 1998, edited by Pat O'Malley. Aldershot, England: Ashgate.
- O'Malley, P. and Palmer, D. 1996. "Post-Keynesian Policing." *Economy and Society* 25(2): 137-55.
- Osborne, D. and Gaebler, T. 1992. *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*. Reading, MA: Addison-Wesley.
- Packer, Herbert. 1968. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Palmer, M. 1995. "The Likely Environment in the Year 2000 and Beyond." In *Police Leadership in Australia 1995*. Sydney: Federation Press.
- Power, Michael. 1997. *The Audit Society: Rituals of verification*. Oxford: Clarendon Press.
- Reichman, Nancy. 1986. "Managing Crime Risks: Toward an Insurance Based Model of Social Control." *Research in Law, Deviance and Social Controls*. 8: 151-72.
- Reiner, R. 1992. *The Politics of the Police* (Second edition). Hemel Hempstead: Harvester.
- Reiner, R. 1997. "Policing and the Police." pp. 997-1049 in *The Oxford Handbook of Criminology 1997*, edited by M. Maguire, R. Morgan and R. Reiner. Oxford: Oxford University Press.
- Reiss, Albert J., Jr. 1984. "Selecting Strategies of Social Control over Organizational Life." In *Enforcing Regulation*, edited by Keith Hawkins and John Thomas. Boston, MA: Kluwer-Nijhoff.

- Rhodes, R. A. W. 1995. *The New Governance: Governing without Government*. ESRC State of Britain Seminar II. Swindon: ESRC.
- Rose, N. 1990a. "Government, Authority and Enterprising Self." In *The Values of the Enterprise Culture 1990*, edited by P. Heelas and P. Morris. London: Unwin Hyman.
- _____. 1990b. *Governing the Soul. The Shaping of the Private Self*. London: Routledge.
- _____. 1993. "Government, Authority and Expertise in Advanced Liberalism." *Economy and Society* 22: 283-372.
- _____. 1996. "The Death of Social? Refiguring the Territory of Government." *Economy and Society* 25: 326-54.
- Schönteich, M. 1999. "Fighting Crime With Private Muscle: The Private Sector and Crime Prevention." *African Security Review* 8(5). available online : <<http://www.iss.co.za/Pubs/ASR/8No5/Contents.html>>.
- Shearing, Clifford D. 1992. "The relations between public and private policing." pp. 399-434 in *Modern Policing 1992*, edited by Michael Torny and Norval Morris. Chicago: University of Chicago Press.
- _____. 2001. "Punishment and the changing face of the governance." *Punishment & Society* 3(2): 203-220.
- Shearing, Clifford D. and Stenning, Philip C. 1980. "The Quiet Revolution: The Nature, Development and General Legal Implications of Private Security in Canada." *Criminal Law Quarterly* 22: 220-48.

- _____. 1981. "Modern Private Security: Its Growth and Implications." pp. 193-245 in *Crime and Justice* vol. 3 1981, edited by M. Tonry and N. Morris. Chicago: University of Chicago Press.
- _____. 1982b. "Snowflakes or good pinches? - Private security's contribution to modern policing." In *Maintenance of Order in Society* 1982, edited by Rita Donelan. Ottawa: Ministry of Supply and Services.
- _____. 1983. "Private Security: Implications for Social Control." *Social Problems* 30: 493-506.
- _____. 1984. *Private Security and Private Justice: The Challenge of the 80s, a Review of Policy Issues*. Brookfield Pub. Co.
- _____. 1987. "Reframing policing." pp. 9-18 in *Private Policing* 1987, edited by C. D. Shearing and P. C. Stenning. Newbury Park, CA: Sage.
- Shearing, Clifford D. and Stenning, Philip C.. 1987b. "Say 'Cheese'!: The Disney order that is not so Mickey Mouse." pp. 317-323 in *Private Policing* 1987, edited by C. D. Shearing and P. C. Stenning. Newbury Park, CA: Sage.
- Shearing, Clifford D. and Wood, J. 2003. "Nodal Governance, Democracy, and the New 'Denizens'." *Journal of Law and Society* 30(3): 400-19.
- Sheptycki, J. W. E. 1997. "Insecurity, Risks, Suppression and Segregation: Some Reflections on Policing in the Transnational Age." *Theoretical Criminology* 1(3): 303-15.
- Simon, Johnathan. 1987. "The emergence of a risk society: Insurance, law, and state." *Socialist Review* 95: 61-89.

- _____. 1988. "The Ideological Effects of Actuarial Practices." *Law and Society Review* 22: 772-800.
- Sklansky, David A. 1999. "The Private Police." *UCLA Law Review* 46(4): 1165-1287.
- Slaughter, Anne-Marie. 1997. "The Real New World Order." *Foreign Affairs* 76(5): 183-97.
- Spitzer, S. 1987. "Security and control in capitalist societies: the fetishism of security and the security thereof." In *Transcarceration: Essays in the Sociology of Social Control* 1987, edited by John Lowman, Robert J. Menzies, and T. S. Palys. Aldershot: Gower.
- Spitzer, S. and A. Scull. 1977a. "Privatization and Capitalist Development: The Case of the Private Police." *Social Problems* 25: 18-29.
- Spitzer, S. and A. Scull. 1977b. "Social Control in Historical Perspective: From Private to Public Response to Crime." In *Correction and Punishment* 1977, edited by David F. Greenberg. Beverly Hills, CA: Sage Publications.
- Stenning, Philip C. and Shearing, Clifford D. 1980. "The quiet revolution: the nature, development and general legal implications of private security in Canada." *Criminal Law Quarterly* 22: 220-48.
- Stenson, K. 1996. "Communal security as government-the British experience." In *Jahrbuch für Rechts und Kriminalsoziologie* 1996, edited by W. Hammer-schick, I., Karazman-Morawetz and W. Stangl. Baden-Baden: Nomos.
- Stoker, G. and Young, P. 1993. *Cities in the 1990s*. London: Sage.

- Strange, Susan. 1996. *The Retreat of the State: the Diffusion of Power in the World Economy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Talyor, I. 1999. *Crime in Context: A Critical Criminology of Market Societies*. Cambridge: Polity Press.
- Vail, John. 1999. "Insecure Times: Conceptualising Insecurity and Security." In *Insecure Times: Living with insecurity*, edited by John Vail, Jane Wheelock, and Michael Hill. London: Routledge.
- von Hirsch, A. 1976. *Doing Justice: The Choice of Punishments*. New York: Hill and Wang.
- von Hirsch, A. and Shearing, C. 2000. "Exclusion From Public Space." pp. 77-96 in *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention 2000*, edited by Andrew von Hirsch, David Garland, and Alison Wakefield. Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Walker, Neil. 2003. "The Pattern of transnational policing." pp.111-135 in *Handbook of Policing 2003*, edited by Tim Newburn. Portland, Oregon: Willan Publishing.
- Webster, C. 2002. "Property rights and the public realm: gates, green belts, and Gemeinschaft." *Environment and Planning B: Planning and Design*. 29(3): 397-412.
- Williams, Katherine S. 2004. *Textbook on Criminology*(Fifth Edition). Oxford Universtity Press Inc, New York.
- Wilson, J. Q. 1975. *Thinking about Crime*. New York: Basic Books.

Discourses and Issues on the Restructure of Late Modern Policing: Risk, Market, and Contractual Governance

Kim, Seon-Eon*

The purpose of this article is to draw some very broad recent changes which are currently being reflected in the policing, in their administration and in their interpretation. Especially this article has two aims: to provide an analysis of the discourses on the changing forms and functions of late modern policing; and to examine their implications for policing, society and governance. Two such changes are identified: shifts in the role and status of the State(governance); and an altered perception of the significance of risk and market. An attempt is made to place each of these within the prevailing context of neo-liberalism in political economic and social affairs. Some of the implications of these developments are then briefly indicated: the shift from welfare-focused crime prevention models to situational crime prevention models, the neoliberal restructure of late modern policing and reconstruction of state's roles in policing and governance('rule at a distance'), and the reinforced importance of security as consumption goods and the advent of contractual governance. This article will alert to the need to consider how, and to what extent, these changes

* Professor, Division of Public and Police Administration, Kyungnam University, Ph D. in Sociology.

300 형사정책연구 제17권 제1호(통권 제65호, 2006 · 봄호)

impinge upon the discourse of crime prevention and policing.

Keywords: policing, risk management, market, security,
actuarialism, neoliberalism, contractual governance

한국 마약류 사용사범 특성 연구

김 은 경

형사정책연구 제17권 제1호(통권 제65호, 2006 · 봄호)

한국형사정책연구원

한국 마약류 사용사범 특성 연구

김 은 경*

I. 들어가는 말

오늘날 전 세계적으로 마약류 통제정책의 기본방향은 공급억제정책과 수요억제정책의 균형적 추진에 있다. 한국정부도 국제적 정책흐름에 공감, 2001.11.1. 발표된 범정부적 『마약류 종합대책』에서는 치료조건부 기소유예제도 등 치료 및 재활을 통한 수요억제정책의 활성화를 제안한 바 있다. 또한 『2005년 마약류대책 종합계획(안)』은 [마약중독자 치료·재활 활성화]를 제1정책목표로 설정하였다. 이처럼, 마약류 수요억제를 위한 정책이 지속적으로 강조됨에도 불구하고, 실제 우리나라 마약통제관행은 여전히 단속위주의 엄벌주의에 근거하고 있으며, 따라서 재범율 억제에도 일정한 한계를 드러내는 것으로 평가된다.

지난 10년간 마약류사범은 1.7배로 양적으로 크게 팽창함과 동시에 재범율도 급증하고 있다. 1995년에 15.7%에 불과하던 마약범죄 재범율은 1998년에는 26%를 넘었고, 2002년에는 31.5%로 최고치를 기록하였다. 특히 초범자의 비율은 지속적으로 하락하는 반면, 전과 5범 이상의 경력범죄자에 의한 재범율은 지난 10년간 2.5배 이상 큰 폭의 상승을 보였다. 또한 마약류사범들의 주요 연령대는 1990년대초 20~30대였던 것이 90년대 후

* 한국형사정책연구원 청소년범죄연구실장, 사회학박사

반에는 30대, 2000년 이후에는 40대의 비중이 상대적으로 커지면서, 마약류사범들의 주요 연령대가 점차 상향이동하고 있다(범죄백서, 해당연도). 이와 같은 지표들은 마약류사범의 범죄경력화 경향을 시사하는 것으로서, 현행 마약류 범죄대응정책의 적절성과 실효성을 의문케 한다. 재범율이 이처럼 해마다 높아진다면, 향후 그로 인한 범죄통제 비용뿐만 아니라 사회적 파괴비용은 보다 큰 폭으로 상승하게 될 것이기 때문에,¹⁾ 이들에 대한 재범억제와 재사회화를 위한 체계적인 개입노력은 향후 국가 마약류통제 정책의 성패를 좌우하는 중요한 변수가 될 것이다.

마약류 범죄에 대한 효과적인 재범억제 전략은 무엇보다도 마약류 사범 특성과 위험성에 대한 적절한 선별·분류처우에 기초한다. 치료프로그램의 효과를 담보하기 위해서는 프로그램 목표에 맞는 적절한 대상자를 선별하여, 처벌수준별 프로그램에 연결시켜 주는 선별위탁과정이 중요하다. 하지만, 현행 형사사법기관이 마약류 사범을 치료에 회부하는 것은 범죄 기소 내용 및 이전 범죄경력을 우선하여 이루어지고 있고, 개인의 약물중독성이나 다른 위험성 및 문제들은 고려되지 않는다. 또한 마약류사범 치료·재활 프로그램의 다양화 및 전문화가 요구되지만, 실제로 마약사범의 특성 및 문제유형별 분류조차 제대로 시행되고 있지 못하다. 이와 같은 현실에서 치료·재활정책이 얼마나 효율성과 효과성을 지닐 수 있을지 의문이다.

이에 본 연구는 현행 법적 규제관행이 특히 ‘재범억제’라는 측면에서 어떤 문제점을 안고 있는지, 더 나아가 “마약류 사용사범에게 어떻게 개입할 것인가?” 정책방향의 문제를 다루기 위해, 각기 다른 처벌수위로 다루어지는 한국 마약류 사범들의 특성과 약물문제 수준 및 정신심리적 이상장애 등을 비교·분석하고, 재범에 영향을 미치는 요인들을 실증적으로 검토함

1) 한 조사연구에 따르면, 미국 볼티모어시의 6만명의 마약중독자들을 위한 중독유지비용이 연간 10억 달러에 이르며, 이를 위한 불법행위 가담 등 전체 사회적 파괴비용은 약 30억 달러에 이를 것이라고 추산한다(Perlman, 1999).

으로써, 형사법적 대응과정에서 고려해야만 하는 요인들을 파악해 보기로 한다.

II. 논의 쟁점

일반적으로 마약류 중독사범은 다른 범죄자와는 달리 재범율이 높고, 단순한 처벌위주의 정책으로는 재범이 불가능한 집단으로 알려져 있다. “약물중독”이란 단기간에 치료될 수 있는 질병이 아니며, 장기지속적인 치료 개입을 통한 인지행동 변화를 이끌어내야만 완치될 수 있는 정신행동장애이다. 하지만, 과연 현행 마약류 관련입법 및 정책이 마약류범죄의 특수성 및 중독자 특성에 대한 이해로부터 출발하고 있는가? “마약류 투약자 특별자수제도”의 현황을 보면, 우리의 정책이 과연 마약류범죄 및 중독자 특성의 이해에서 출발하고 있는지 의문스럽다. 특별자수제도의 취지에 따르면, ‘자수경위, 개전의 정, 치료재활의지, 의사의 소견, 주변 환경 등 제반 여건을 종합적으로 고려하여 “비교적 단기간 실시되는 치료보호조치로 재범의 위험성을 현저히 낮출 수 있다고 판단되면” 치료보호대상자로 선정한다’고 한다. 여기에서 두 가지 문제점이 지적될 수 있다. 하나는 마약류 중독이 과연 “비교적 단기간”에 치료보호조치를 통해 재범의 위험성을 현저히 낮출 수 있는 종류의 질병인가이다. 현행 치료조건부 기소유예제도를 통해 이루어지는 치료기간은 통상 2개월인데, 치료관련 실무가들에 따르면 이 기간은 약물중독을 극복하기에 턱없이 부족한 시간으로 평가되고 있다.²⁾ 다른 하나는 현행 검사재량에 의해 판단되는 치료조건부 기소유예대

2) 물론 현행법상 매월 2월의 범위 안에서 중독자의 치료보호기간은 6개월까지 연장할 수 있다(규정 16조). 하지만, 실무상 자원의 한계와 치료보호 연장 신청절차의 불명료성, 형사사법관계자들의 인식부족과 수사협조정도에 따라 기소유예제도를 편의적으로 활용

상자가 과연 “임상적·의료적 판단기준에 비추어 치료에 적절한 대상자인가”라는 의문점이 제기될 수 있다. 치료법리학(Therapeutic Jurisprudence)적 관점이 형사절차에 제도적으로 반영되고 있는 서구와는 달리, 우리의 소송절차상 전환처우를 위한 위탁절차와 각 프로그램 목표별 적격자 선별 과정이 전혀 구조화되어 있지 못하다. 그 결과, 치료조건부 기소유예대상자의 적격성 문제가 임상적 치료현장에서 끊임없이 제기되고 있다.

약물남용자들을 다루어 온 임상 전문가들은 약물남용자들이 인성문제를 갖고 있다고 지적한다(김기봉, 1999; 김용진, 1998; 민성길, 1998, 김형태 외, 2003; 이성국 외, 2004). 그 중에서도 자아기능의 손상 때문에 자기보호나 자기규제를 못하게 되어 자기 파괴적인 측면을 갖게 된다는 것이다. 이러한 자아기능의 손상으로 인해 약물사용을 통하여 삶의 문제와 감정 등을 처리하는 왜곡된 적응방식을 취하게 된다. 약물 남용자들의 심리적인 특성에 관한 연구들은 다양한 정도의 정신분열증을 포함하여 정신적인 장애에 시달린다고 주장한다. 중독자들은 빈약한 자아, 좌절에 대한 내성의 부족, 걱정 그리고 전능에 대한 망상 등으로 특징지어지는 있는 성격장애에도 시달린다고 한다. 특히 메스암페타민은 우리나라에서 가장 많이 남용되고 있는 각성제로서 속칭 ‘히로뽕’으로 알려져 있는데, 매우 강력한 중추신경자극효과로 강한 정신적 의존성을 야기한다고 한다(이성국 외, 2004). 메스암페타민 의존환자에게 동반된 장신장애에 관한 연구들은 많지 않지만, Ari et al.(2000)은 1,580명의 교도소 수감자를 대상으로 조사한 결과, 메스암페타민 의존자들은 지난 1년간 우울증상, 자살사고 및 폭력행동을 더 많이 경험했고, 정신과적 치료의 필요성을 더 호소한다고 보고하였으며, Shoptaw et al.(2003)은 메스암페타민 의존증 남자환자 중 52%가 우울

하는 관행 때문에 치료보호기간이 연장된 경우는 단 한건도 없었다.

장애, 28%가 불안장애로 진단되었다고 보고하고 있다(이성국 외, 2003 재인용). 동반 정신장애에 영향을 끼친 요소들에 관한 연구로서 Farrell 등(2002)은 암페타민 처음 사용연령이 16세 이전일 경우, 정신병에 걸릴 위험이 3배 정도 더 높으며, 암페타민 사용횟수가 100회 이상일 경우, 정신병에 걸린 위험이 2.67배 더 높다고 한다. 또한 Wada와 Furui(1990)는 메스암페타민을 5년 이상 사용하면, 식욕감퇴, 우울증, 인격변화, 불면 및 불안 등의 증상에 내성이 생겨 치료가 어려워진다고 보고하고 있다(이성국 외, 2003 재인용). 이처럼 약물의존증에 정신장애를 동반하게 되면 치료결과는 불량해지며, 하나의 동반된 정신장애를 보이는 약물의존자는 동반된 정신장애가 없는 환자에 비해 재발률이 높다는 연구들이 다수 제시되고 있다(Brady et al., 1990; Carroll et al, 1993).

기존의 선행연구들을 요약·정리해 보면, 약물중독자들은 다음과 같은 자아심리적 특징과 문제성향을 가지고 있다.

- 낮은 사회관계 기술
- 다른 사람과 관계를 맺는데 있어서의 무능력 및 대인관계 회피
- 알코올 의존 및 강박적 성충동 등과 같은 다른 충동조절장애
- 우울증과 같은 다른 정신과적 질환 또는 반사회적 성격장애

본 연구에서는 이와 같은 자아심리적 특성을 중심으로 한국 마약류 사범들의 특성을 경험적으로 정리해 보기로 한다. 마약류중독자들의 정신과적 및 심리적 장애에 대한 역학연구는 마약류 사용사범들을 이해하고 정책을 세우는데 중요한 기초 자료이지만, 남용 자체를 범죄로 다루고 있는 현실정책으로 인해 아직까지 연구가 많지 않은 실정이다. 이 연구의 목적은 마약류 사용사범의 약물사용패턴과 사용에 따른 전반적인 문제점을 실증적으로 분석함으로써, 문제수준별 효과적인 재범억제를 위한 정책대안을 세우는 데 기초 자료를 제공하고자 한다.

Ⅲ. 연구방법

1. 연구대상

본 연구는 엄밀한 표본조사의 성격이라기보다는 각 처우단계별 사범특성과 효과성에 대한 심층연구적 성격이 강하다. 따라서 조사대상자 선정은 엄밀한 표본구성 절차와 방식을 따르기 보다는, 기관의 협조가능성과 조사기간 및 비용 등의 현실적인 한계를 감안하여, 협조가 가능한 치료보호기관(병원), 보호관찰소 및 교도소에서 현재 처분을 받고 있는 마약류 사용 사범을 무작위로 선정하여, 2005년 9월 1일부터 9월 28일까지 시행되었다. 부적절한 대상자 및 불성실 응답을 제외하고, 최종적으로 본 연구의 분석대상이 된 사범들은 치료보호대상자가 26명, 교도소재소자가 114명, 보호관찰대상자가 115명으로 총 255명이다.

2. 변인구성과 측정방법

설문조사는 크게 여섯 영역의 변인들로 구성되었다. 첫째는 약물사용경력이고, 둘째는 형사사법기관과의 접촉경험이며, 세 번째는 자아관련 변인으로서 충동성, 스트레스 대처력 및 대인관계 효능감에 관련된 내용을 측정하였다. 네 번째로는 약물중독, 알코올중독 및 성중독 등 중독위험과 관련된 변인, 다섯 번째로는 간이정신진단검사(SCL-90-R)를 통한 정신건강상태를 측정하였고, 마지막으로 사회인구학적 특성에 관련된 변인들을 질문하였다.

본 연구에서 알코올중독은 “신속 알코올 문제 선별(RAPS)” 도구를 사용하여 측정하였다. 5개의 문항 중에서 1개 이상이 “예”이면 알코올 문제

가 있다고 해석한다. 이 척도의 신뢰도는 .7535로 대체로 높다. 한편, 성중독 선별검사는 P. Carnes에 의해 개발된 척도(Sex Addiction Screening Test: SAST)를 연구자가 우리사회의 문화적 실정을 감안하여 다소 수정하였다.³⁾ 당초 25개 항목 중 우리 성문화에 비추어 변별력이 다소 약하다고 판단된 5개 문항을 제외하고 20개 문항으로 축정하였다. 예라고 응답한 수가 많으면, 성 중독의 위험 신호가 될 수 있다. 이 척도의 Cronbach's Alpha값은 .8763으로 상당히 신뢰할 만하다.

본 연구에서 사용된 약물중독 선별검사척도는 ‘한국형 청소년약물중독 선별검사표 2형(KOADST-2)’를 차용하였다.⁴⁾ 비록 이 척도가 청소년을 대상으로 개발되었지만, 예비조사 결과 실제로 약물문제를 지닌 성인에게 적용되어도 큰 무리가 없는 것으로 판단되었다. 총 12개 문항으로 구성되었으며, 각 관련된 질문에 “예”와 “아니오”로 응답하게 하였다. 4개 문항이상이 “예”에 해당할 경우 약물중독이 의심된다. 이 척도의 신뢰도는 .8741로 상당히 높다. 이 선별검사는 절대적인 진단기준이 될 수 없으므로, 검사결과 약물중독이 의심되면 진단적 기준에 따라 향후 보다 전문적인 진단·사정이 뒤따라야 한다.

마약류사범들에 대한 정신과적 이상여부를 확인하기 위해, 여기에서는 한국판 간이정신진단검사(SCL-90-R)를 사용하였다. 이 검사는 9개의 증상차원(신체화, 강박증, 대인예민성, 우울, 불안, 적대감, 공포불안, 편집증,

3) P. Carnes의 25개 문항 척도에서 제외된 항목들은 다음과 같다. 1. 아동기 또는 청소년기에 성적으로 학대당한 경험이 있는가?, 2. 종종 자신도 모르게 성적 몽상이나 로맨틱한 환상에 몰입해 있는 경우가 있는가? 3. 돈이나 선물과 교환한 성행위(성매매)에 가담해 본 적이 있는가? 4. 금욕(성적인 금욕 뿐만 아니라)시기에 성행위를 한 적이 있는가? 5. 동시에 여러 명과 성적 파트너 쉽을 가진 적이 있는가? 등이다. 성중독 선별검사(SAST)에 대해 좀더 자세히 알고 싶다면, 다음의 사이트를 참조하기 바람. http://www.ncsac.org/general/addict_womens_test.aspx

4) 이것은 기본적으로 ‘한국형 청소년 약물중독 선별검사표 1형(김경빈, 1993)’과 ‘한국형 청소년 약물중독 선별검사표를 위한 예비연구Ⅱ(김봉수 외, 1995)’를 토대로 한국청소년학회가 개발한 검사도구이다(한국청소년학회, 1996).

정신증)과 채점되지 않은 부가적인 문항을 합하여 90개의 문항으로 구성되어 있으며, “전혀 그렇지 않다, 대체로 그렇지 않다, 반반이다, 대체로 그렇다, 매우 그렇다”의 Likert식 5점 척도로 측정한다. 채점은 간이정신진단검사 실시요강에 의거, 연령과 성별 표준규준에 의거하여 실시하였다.⁵⁾ 각 하위요인은 다음과 같다.

- ① 신체화(Somatization : SOM) - 자율신경계의 영향 하에 있는 순화기, 소화기, 호흡기 및 기타 기관의 장애와 두통, 요통 등 신체적 기능 이상에 대해 주관적으로 호소하는 증상들로 구성되어 있다.
- ② 강박증(Obsessive Compulsive : O-C) - 자신의 원치 않는 데도 어쩔 수 없이 되풀이되는 사고, 행동 및 충동 등 강박 증상을 말한다.
- ③ 대인예민성(Interpersonal Sensitivity : I-S) - 타인과의 관계에서 나타나는 불안감, 부적합감 및 열등감 등을 측정한다.
- ④ 우울(Depression : DEP) - 삶에 대한 관심의 철수, 동기의 결여, 절망감 및 자살에 관한 생각 등으로 나타나는 기분이나 감정의 저조 등 임상적으로 우울증의 증상과 일치되는 증상들이 포함된다.
- ⑤ 불안(Anxiety : ANX) - 신경과민, 긴장, 초조, 두려움 및 불안과 관련된 신체적 증상으로 이루어져 있다.
- ⑥ 적대감(Hostility : HOS) - 분노, 공격성, 자극과민성, 격분, 울분 등 부정적인 정서 상태를 내포하는 사고, 감정 및 행동을 반영한다.
- ⑦ 공포불안(Phobic Anxiety : PHOB) - 광장 공포증의 정의와 의미하는 것으로 특정한 사람, 장소, 대상 혹은 상황에 대해 지속적으로 불합리한 두려움이 생겨 회피행동을 자행하는 상태를 평가한다.
- ⑧ 편집증(Paranoid ideation : PAR) - 편집증적 사고를 측정하려는 것으로 투사적 사고, 적대감, 의심, 자율성의 상실에 대한 두려움 및 망상 등을 반영하는 내용이다.
- ⑨ 정신증(Psychotics : PSY) - 가벼운 대인관계에서의 소원으로부터 정신병의 증상에 이르는 비교적 넓은 영역의 증상을 나타내고 있다. 즉 고립되어 있고 철수적인 분열성적 생활양식과 정신분열증의 일급증상 등이 포함된다.

5) 김광일 · 김재환 · 원호택 (1984), 간이정신진단검사 실시요강, 중앙적성 출판부.

IV. 주요 연구결과

1. 조사대상자의 사회인구학적 특성

본 조사목표에 부적절한 대상자 및 부실응답 등을 제외하고 최종적으로 분석대상이 된 사례는 255명이다. 각 처분유형별 대상자수는 치료조건부 기소유예 대상자가 26명,⁶⁾ 시설구금 대상자가 114명, 그리고 보호관찰 대상자가 115명이다. 이들의 사회인구학적 특성은 <표 1>과 같다.

먼저 연령분포를 보면, 전체 조사대상자 연령은 40대와 30대가 각기 37%, 36%로 가장 많고, 다음이 20대로 10%, 그리고 50대와 10대의 순으로 구성되었다. 2004년도 공식통계상의 수치⁷⁾와 비교할 때, 연령 구성에 큰 차이를 보이지는 않는다. 성별분포를 보면, 남자가 81.6%이고 여성이 18.4%로서, 2004년 공식통계 수치(남성 79.6%, 여성 20.4%)와 비교할 때 큰 무리가 없는 분포이다.⁸⁾ 혼인상태를 보면, 미혼자 비율은 35.7%이고, 기혼과 사실혼이 각기 37%와 6%인 반면, 이혼이나 별거상태라고 응답한 비율도 21%나 되어, 마약류사범 특성상 가족관계의 불안정성을 엿볼 수 있다.

한편, 학력의 경우 고등학교 졸업(중퇴 포함)에 해당하는 학력을 지닌 사람들이 가장 많아 53%를 차지하고 있고, 그 다음으로 중졸 이하 학력이 25%, 그리고 대학교 재학이상의 학력을 가진 경우가 15%로 구성되었다.⁹⁾

6) 치료조건부로 기소유예가 되는 대상자가 실제로 매우 적은 데다, 여러 곳에 분산·수용되고 있는 등의 한계 및 조사의 시간적·재정적 제한점으로 인해, 다수의 치료보호대상자를 확보하는 것이 어려웠다.

7) 마약류범죄백서 (2004)에 따르면, 마약류사범의 연령분포는 10대 0.2%, 20대 12.4%, 30대 34.6%, 40대 31.1%, 50대 9.1%, 60대 이상 9.9%, 미상 2.7% 등이었다.

8) 다만, 처분유형별로 볼 때, 실제 성별 시설구금처우(남녀비율은 약 90%대 10%)에 비해 여성이 다소 과대표집 되었다.

9) 공식통계(2004)상의 학력분포는 중졸 이하가 41.6%, 고졸이 49.9%로서, 91.5%가 고졸 이하의 학력을 나타내고 있다.

<표 1> 조사대상자의 사회인구학적 배경

변 인	응답범주	치료보호 (26명)	시설구금 (114명)	보호관찰 (115명)	전 체 (255명)
연 령	10대(16-19세)	-	-	8(7.0)	8(3.1)
	20대(20-29세)	2(7.7)	12(10.5)	12(10.4)	26(10.2)
	30대(30-39세)	11(42.3)	39(34.2)	41(35.7)	91(35.7)
	40대(40-49세)	11(42.3)	41(36.0)	42(36.5)	94(36.9)
	50대(50-59세)	2(7.7)	9(7.9)	6(5.2)	17(6.7)
	60대 이상	-	-	3(2.6)	3(1.2)
	미상	-	12(11.4)	3(2.6)	16(6.3)
	연령평균	40.9세	39.5세	38.6세	39.2세
성 별	남자	23(88.5)	90(78.9)	95(82.6)	208(81.6)
	여자	3(11.5)	24(21.1)	20(17.4)	47(18.4)
혼인상태	미혼	7(26.9)	38(33.3)	46(40.0)	91(35.7)
	기혼	13(50.0)	28(24.6)	52(45.2)	93(36.5)
	사실혼(동거)	2(7.7)	11(9.6)	3(2.6)	16(6.3)
	이혼(별거 등)	4(15.4)	36(31.6)	13(11.3)	53(20.8)
	무응답	-	1(0.9)	1(0.9)	2(0.8)
교육수준	초등학교	2(7.7)	9(7.9)	6(5.2)	17(6.7)
	중학교	11(42.3)	31(27.2)	22(19.1)	64(25.1)
	고등학교	8(30.8)	65(57.0)	63(54.8)	136(53.3)
	대학교 이상	5(19.2)	9(7.9)	23(20.0)	37(14.5)
	무응답	-	-	1(0.9)	1(0.4)
직업유형	전문직	5(19.2)	9(7.9)	8(7.0)	22(8.6)
	사무·관리직	-	3(2.7)	2(1.7)	5(2.0)
	서비스자영업	9(34.6)	24(21.1)	13(11.3)	46(18.0)
	서비스종업원	4(15.4)	15(13.2)	23(20.0)	42(16.5)
	생산직	-	4(3.5)	13(11.3)	17(6.7)
	실업(비경제활동)	6(23.1)	26(22.8)	11(9.6)	43(16.9)
	미상	2(7.7)	33(28.9)	45(39.1)	80(31.4)

처분유형별로 볼 때, 치료보호대상자는 다른 집단에 비해 고학력과 저학력의 양극화가 뚜렷한 반면, 보호관찰대상자의 학력수준은 다른 처우집단에 비해 높았다. 현재 처분 전의 직업상황을 보면, 가장 많은 직업유형은 서비스 자영업주(18%)이고, 그 다음으로 무직(실업상태)에 있는 경우가

17%, 그리고 서비스업소의 종업원으로 일했던 경우가 17%, 전문직이 9%, 생산직이 7% 등의 순으로 나타난다. 전반적으로 학력과 직업적 위세는 전체 마약류사범 모집단에 비해 다소 높는데, 이는 표본에 보호관찰대상자가 다소 과대표집된 영향으로 추정된다.

2. 약물사용경력

일반적으로 마약류사범들은 금지약물 뿐만 아니라 흡연이나 알코올에 대한 탐닉이나 의존성이 상당히 높은 것으로 알려져 있다. 흡연이나 알코올에 대한 노출이나 경험 정도는 몇몇 조사연구에 따르면 ‘위험추구적(risk-taking)’ 성향과 강한 친화력을 보여준다고 한다(Cameron & Collins, 2003). 본 조사대상자의 흡연 및 음주와 관련된 사용경력은 <표 2>에 제시되어 있다.

먼저, 흡연·음주 시작시기를 보면, 조사대상자들의 66% 이상이 청소년기에 시작하였으며, 특히 시설구금집단의 58%, 그리고 치료보호집단의 50%이상이 중학교 이전부터 시작하였다고 응답하고 있다. 반면, 보호관찰집단의 경우에는 단지 30%만이 중학교 이전에 흡연 또는 술을 시작하였다고 응답하여 집단간에 일정한 차이를 보여준다.

평균 일일 흡연량을 보면, 세 집단 모두 3갑 이상이라는 응답이 약 70%를 차지하여 마약류사범이 중독적 흡연가라는 일반적 통념을 재확인할 수 있다. 평균 일회 음주량의 경우에도, 소주 두병 이상을 마시는 비율이 치료보호집단의 48%, 시설구금 및 보호관찰집단의 72%나 되는 것으로 조사되어, 마약류사범들은 흡연과 음주에 있어서도 비교적 어린 연령에서부터 시작하여 다량 섭취하는 경향을 확인할 수 있다. 흡연량과 음주량에 있어서 처우집단간 차이는 없었다.

<표 2> 집단별 약물사용 패턴

변 인	응답범주	치료보호	시설구금	보호관찰	전 체
흡연 · 알코올 시작시기	초등학교때	2(8.3)	6(5.3)	2(1.9)	10(4.1)
	중학교때	10(41.7)	59(52.2)	32(29.6)	101(41.2)
	고등학교때	4(16.7)	22(19.5)	25(23.1)	51(20.8)
	19세이후	8(33.3)	26(23.0)	49(45.4)	83(33.9)
	소계	24(100.0)	113(100.0)	108(100.0)	245(100.0)
	유의도	$\chi^2=18.36$ p<.01			
본건 체포이전 하루 흡연량	1갑 이하	1(4.2)	1(1.0)	5(5.4)	7(3.2)
	2갑 정도	4(16.7)	21(20.0)	29(31.2)	54(24.3)
	3갑 이상	18(75.0)	78(74.3)	59(63.4)	155(69.8)
	금연 중	1(4.2)	5(4.8)	-	6(2.7)
	소계	24(100.0)	105(100.0)	93(100.0)	222(100.0)
	유의도	N.S.			
본건 체포이전 평균 음주량	금주(비해당)	6(24.0)	10(8.9)	21(18.6)	37(14.8)
	소주 한병 이하	7(28.0)	21(18.8)	10(8.8)	38(15.2)
	소주 두병 정도	6(24.0)	49(43.8)	49(43.4)	104(41.6)
	소주 세병 이상	6(24.0)	32(28.6)	33(29.2)	71(28.4)
	소계	25(100.0)	112(100.0)	113(100.0)	250(100.0)
	유의미	N.S.			
마약물 질 최초남용 연령	만16세 이하	4(15.4)	8(7.4)	5(4.6)	17(7.0)
	만17-19세 이하	3(11.5)	26(24.1)	15(13.9)	44(18.2)
	만20-24세 이하	3(11.5)	20(18.5)	22(20.4)	45(18.6)
	만25-30세 이하	5(19.2)	13(12.0)	18(16.7)	36(14.9)
	만31세 이상	11(42.3)	41(38.0)	48(44.4)	100(41.3)
	소계	26(100.0)	108(100.0)	109(100.0)	242(100.0)
	유의도	N. S.			
약물사용을 위한 자금조달 방법	합법적 수입	11(55.0)	61(62.9)	59(80.8)	131(68.9)
	불법적 자금	5(25.0)	8(8.2)	5(6.8)	18(9.5)
	합법+불법자금	2(10.0)	25(25.8)	3(4.1)	30(15.8)
	무상공여 및 채취	2(10.0)	3(3.1)	6(8.2)	11(5.8)
	소계	20(100.0)	97(100.0)	73(100.0)	190(100.0)
	유의도	$\chi^2=23.78$ p<.001			

마약물질 최초시작연령은 세 집단 모두 만 31세 이후였다고 응답하는

율(38%~44%)이 가장 높다. 청소년기부터 마약물질을 시작했다는 응답은 이보다는 낮았는데, 시설구금집단의 경우 약 31.5%, 치료보호집단의 27%, 그리고 보호관찰대상자의 18.5%로서, 시설구금 및 치료보호집단이 보호관찰집단보다 조기남용율이 더 높지만, 통계적으로 유의하지는 않다.

마약물질 사용을 위해 어떻게 자금을 마련하는 지에 대한 질문에 대해서 대체로 합법적인 수입으로 약물을 구입하다고 응답율이 높지만, 각 집단별로 불법자금 이용율에 유의한 차이가 있다. 특히 치료보호집단의 25%는 불법적 자금을 통해서 약물을 구입하였다고 응답하였는데, 다른 두 집단의 불법자금 의존율이 7-8%에 불과한 것과 큰 대조를 이룬다.

3. 범죄특성 및 처분경력

범죄관련 특성을 정리하면, <표 3>과 같다. 현재 처분을 받게 된 약물종류를 보면, 처분집단별로 차이가 있다. 먼저 치료보호의 경우엔 향정사범이 대다수(85%)를 차지하는 반면, 보호관찰의 경우에는 향정사범(47.8%)이 상대적으로 낮고, 대마사범(36.5%)이 많은 비율을 차지하고 있다. 시설구금자의 경우에는 향정사범(74.6%), 대마사범(12.3%), 그리고 마약사범(7.9%)의 순으로 나타난다. 만일 처분단계별로 인신구속적 속성에 비추어 보호관찰⇨치료보호⇨시설구금의 순으로 처벌강도가 강화된다고 볼 때, 각 처분유형별 집단의 범죄특성은 어느 정도 그 범죄의 심각성과 위험성을 반영하고 있는 것으로 평가된다. 하지만, 과연 치료보호대상자들이 시설구금자에 비해서 그 범죄적 위험성과 중독의 심각성이 상대적으로 경미한지는 심층적 검토를 요하는 사안이다. 이러한 문제를 재검토하기 위하여, 각 집단별 범죄 관련된 특성을 정리하였다.

<표 3> 집단별 약물종류 및 범죄관련 특성

변 인	응답범주	치료보호	시설구금	보호관찰	전 체
현재 처분약물 유형	대마	-	14(12.3)	42(36.5)	56(22.0)
	마약	2(7.7)	9(7.9)	7(6.1)	18(7.1)
	향정	22(84.6)	85(74.6)	55(47.8)	162(63.5)
	무응답	2(7.7)	6(5.3)	11(9.6)	19(7.5)
최초 형사처벌 연령	만16세 이하	7(28.0)	6(5.4)	4(3.7)	17(6.9)
	만17-19세 이하	5(20.0)	26(23.2)	20(18.3)	51(20.7)
	만20-24세 이하	2(8.0)	21(18.8)	18(16.5)	41(16.7)
	만25-30세 이하	1(4.0)	23(20.5)	19(17.4)	43(17.5)
	만31세 이상	1(4.0)	36(32.1)	48(44.0)	94(38.2)
	소계	25(100.0)	112(100.0)	109(100.0)	246(100.0)
	유의도	$\chi^2=25.46$ $p<.001$			
최초 처벌범죄 유형	재산범죄등	4(15.4)	19(8.8)	7(6.1)	21(8.2)
	폭력범죄	6(23.1)	42(36.8)	15(13.0)	63(24.7)
	약물범죄	10(38.5)	45(39.5)	57(49.6)	72(43.9)
	무응답(미상)	6(23.1)	17(14.9)	36(31.2)	59(23.1)
	소계	26(100.0)	114(100.0)	115(100.0)	255(100.0)
	유의도	$\chi^2=23.63$ $p<.01$			
최초 약물처벌 연령	만19세 이하	1(3.8)	10(9.1)	8(7.4)	19(7.8)
	만20-24세 이하	2(7.7)	17(15.5)	15(13.9)	34(13.9)
	만25-30세 이하	6(23.1)	25(22.7)	21(19.4)	52(21.3)
	만31세 이상	17(64.4)	58(52.7)	64(59.3)	139(57.0)
	소계	26(100.0)	110(100.0)	108(100.0)	244(100.0)
	유의도	N. S.			

최초 형사처벌 연령을 보면, 치료보호대상자 집단이 다른 두 집단에 비해, 어린 연령대에 형사사법기관과 접촉한 사례가 가장 많은 것으로 나타난다. 치료보호대상자의 48%가 만 19세 이하의 청소년기에 이미 형사처벌을 받은 경험을 갖고 있고, 특히 28%는 만 16세 이하에 형사처벌을 받은 적이 있다. 이에 비해 시설구금사범의 경우엔 치료보호자보다 다소 적은 약 30% 정도만이 청소년기에 최초형사처벌을 경험하였고, 31세 이후에 최초로 형사처벌을 받았다는 응답도 32%로 나타나서 비교적 연령대별로 고

른 분포를 보이고 있다. 한편, 보호관찰대상자들의 경우에는 앞서 두 집단에 비해 보다 매우 뒤늦은 나이에 처음 형사처벌을 받았던 율이 높다.

한편, 최초로 처벌을 받은 범죄유형을 보면, 세 집단 모두 약물범죄가 최초범죄였다는 응답이 가장 많은 비율을 차지하기는 하지만, 상대적으로 치료보호대상자들은 초범이 재산범죄였던 비율이, 그리고 시설구금자의 경우엔 폭력범죄였던 비율이 상대적으로 더 높다. 전반적으로 볼 때, 치료보호 대상자들은 비록 향정투약 혐의로 인해 치료조건부 기소유예를 받았지만, 범죄경력을 볼 때 결코 범죄위험성이 경미하지 않은 것으로 판단된다.

최초 약물사범으로 처벌된 연령을 보면, 31세 이후에 처음 처벌받았다는 응답이 전체적으로 57%에 이른다. 특히 치료보호대상자들은 뒤늦은 시점에 처음 처벌받은 경우가 64.4%로 가장 많다. 약물시작 시점과 비교할 때, 공식적 개입시점은 상당히 시간이 흐른 뒤에야 이루어지는 것으로 판단된다. 특히 치료보호대상자들이 다른 집단에 비해 약물시작 연령이 빠른 것에 비해, 실제 최초 공식적 형사사범 접촉은 가장 뒤늦은 연령대에 이루어졌다는 사실은 형사재제의 아이러니와 현행 처우적절성에 의문을 제기한다.

<표 4> 최초 약물시작 연령과 최초 약물사범 연령

구 분	약물시작 연령	16세 이하	17-19세	20-24세	25-30세	31세 이상	전 체
최초 약물 처벌 연령	만16세 이하	2(12.5)	-	-	-	-	2(0.8)
	만17-19세 이하	2(12.5)	15(34.1)	-	-	-	17(7.1)
	만20-24세 이하	5(31.3)	7(15.9)	21(47.7)	-	-	33(13.8)
	만25-30세 이하	4(25.0)	10(22.7)	15(34.1)	23(63.9)	-	52(21.7)
	만31세 이상	3(18.8)	12(27.3)	8(18.2)	13(36.1)	100(100)	136(56.7)
소 계		16(6.7)	44(18.3)	44(18.3)	36(15.0)	100(41.7)	240(100.0)

<표 4>는 약물시작연령과 최초약물처벌연령을 교차 분석한 것이다. 이 분석표는 남용시점과 적발시점간의 간격을 예시해준다. 어린 연령에 약물

을 시작할수록 공식적인 개입처벌에 노출되는 시간이 더 길다. 즉 16세 이하에 약물을 시작한 사범들의 44%는 최소 10년이 지난 후에야 적발되었고, 17-19세에 시작한 약물사범들의 50% 이상은 최소 5년이 지난 후에야 공식적 처우에 노출되었다. 이에 비해 성인기 이후에 약물을 시작한 사람들은 상대적으로 적발된 시점이 짧아지는 경향을 발견할 수 있다.

치료보호집단이 보호관찰집단보다는 범죄심각성과 위험성이 더 높은 시설구금집단과 상당히 비슷한 범죄경력패턴을 보인다는 사실은 형사처벌 경력을 보아도 알 수 있다. <표 5>은 각 집단별 처분경력을 요약·정리한 것이다. 약물범죄 유죄판결회수는 전체평균 2.41회로서, 시설구금집단(2.96회)과 치료보호집단(2.60회)이 보호관찰집단(1.79회)보다 높다. 보호관찰 취소처분회수는 0.33회로서 보호관찰경험자중 1/3 이상이 보호관찰을 성공적으로 종료하지 못하는 것으로 추산되어, 마약류사범에 대한 현행 보호관찰 처우방법의 적절성과 타당성에 한계를 드러낸다.

<표 5> 집단별 처분경력

유 형	전체 평균	집단(1) 치료보호	집단(2) 시설구금	집단(3) 보호관찰	평균비교	
					F값	사후검증(LSD)
약물 유죄판결 회수	2.41	2.60	2.96	1.79	14.61***	1,2/3
보호관찰 취소 회수	0.33	0.23	0.22	0.47	N.S.	2/3
교도소 수용처분 회수	2.15	2.69	2.82	1.35	23.95***	1,2/3
약물외 범죄처벌 회수	0.80	1.12	0.96	0.55	6.87***	1,2/3

*p<.05, **p<.01, ***p<.001에서 유의미.

수용구금처분 회수를 보면, 시설구금집단이 약 2.82회, 치료보호집단이 2.69회로 전체평균(2.15회)보다 높고, 보호관찰집단은 1.35회로 앞서 두 집단과 뚜렷한 차이를 드러내준다. 한편, 약물외 범죄로 인한 처벌회수에 있

어서도 치료보호집단이 1.12회, 시설구금이 0.96회로 평균(0.8회)보다 높은 처벌율을 보였고, 보호관찰집단이 평균보다 낮은 0.55회로 나타나 앞서 두 집단과 큰 대조를 보인다. 전반적으로 치료보호대상자들은 범죄심각성과 위험성이 더 높은 시설구금집단과 유사한 범죄경력 패턴을 보인다. 이와 같은 결과는 당초 초범인 투약사범에 적합한 처우방법으로서 도입되었던 약물치료 다이버전 제도가 대상자 선정에서부터 적절하고 합리적으로 운영되지 못한 것으로 추정된다.

치료보호집단은 다른 두 집단에 비해 약물외 범죄로 인한 처벌 경험율이 가장 높다. 즉 치료보호집단은 보호관찰집단에 비해 상대적으로 범죄경력이 발전정도가 높고 다소 복합적인 것으로 보인다. 여기에서 주목해야 할 사항은 현재 치료보호대상자 중 폭력전과가 있는 사람이 강도와 성폭력을 포함하여 최소한 11명(44%)이나 된다는 점이다. 외국의 약물법원 전환프로그램에 있어서 폭력전과가 있는 경우는 배제조건이 되고 있다는 점을 비추어 볼 때¹⁰⁾, 적어도 우리의 현행 치료전환 프로그램에는 부적격자가 44%나 포함되어 있었다.

4. 중독성향 및 정신건강 상태

과연 약물중독 의심군은 어느 정도나 되는가? 여기에서는 약물중독선별 검사척도(KOADST-2)를 활용하였다. 이 척도에서 4개 이상의 항목에서 “예”라고 대답한 사람들은 약물중독의 위험성이 높다. <표 6>에서 제시한 것처럼, 전체 조사대상자의 44.8%가 약물중독 위험성을 지니는 것으로 나타난다. 집단별 중독위험군을 보면, 치료보호대상자의 77%, 그리고 시설구

10) 이에 관해서는 각국 약물법원(drug court) 개입절차를 소개하고 있는 김은경(2005), [마약류 사용사범에 대한 형사절차상 치료적 개입모형(한국형사정책연구원)]을 참조하기 바람.

금집단의 64%가 약물중독이 의심되는 사람들이다. 이에 비해 보호관찰대상자 중에서는 약 19%만이 약물중독의 위험이 있는 것으로 평가된다.

<표 6> 집단별 약물중독 위험성

변 인	응답범주	치료보호	시설구금	보호관찰	전 체
약물중독	중독위험 낮음	6(23.1)	38(36.2)	88(81.5)	132(55.2)
	중독위험 높음	20(76.9)	67(63.8)	20(18.5)	107(44.8)
	소 계	26(100.0)	105(100.0)	108(100.0)	239(100.0)
	유의미	$\chi^2=56.36$ $p<.001$			

한편, 전반적으로 약물중독을 진단하는 12개 항목 모두에서 집단 간에 통계적으로 유의미한 차이들을 보여준다.¹¹⁾ 중독성향과 관련된 경험은 치료보호집단에서 현저히 높게 나타나고, 그 다음이 시설구금집단, 그리고 보호관찰집단은 상대적으로 소수만이 해당 경험에 긍정적으로 응답하여, 집단간 차이를 뚜렷하게 보여준다. 특히 약물조절력 상실, 약물충동 및 주변관계상실과 고립감 등에서 치료보호집단이 보호관찰집단에 비해 매우 취약한 상태에 있음을 보여준다. 시설보호집단은 전반적으로 약물중독성향이 강하기는 하지만, 치료보호집단에 비해서는 상대적으로 낮은 중독경험 비율을 보고하고 있다. 약물사범의 처우선택에 있어서 고려해야 할 요인으로서 자해위험성이 있다. 여기에서는 “약물로 인하여 자살충동을 경험하였는지”로 바꾸어 질문을 하였는데, 마약류사범의 14.4%가 자살충동 경험을 보고하고 있다. 특히 치료보호집단(23%)과 시설구금집단(21%)에서 상대적으로 높은 경험율을 나타내고 있어서, 이들에 대한 자해위험 여부와 관련한 세밀한 진단과 검사가 요구된다.

11) 12항목에 대한 보다 구체적 내용과 통계결과에 대해서는 김은경(2005) 「마약류 사용사범에 대한 형사절차상 개입방안(한국형사정책연구원)」 제3장을 참조.

흔히 약물남용은 다른 장애와 연관되는 경우가 많다고 한다. 여기에서는 약물남용과 비슷하게 중독이 야기될 수 있는 두 가지 영역, 즉 알코올 및 성과 연관된 문제 성향을 살펴보았다. 먼저, 신속 알코올문제 선별척도(Rapid Alcohol Problem Screen)를 이용하여, 대상자들의 알코올문제를 측정해 본 결과, 조사대상자들 평균값이 1.23(1.0 이상이면 문제의심군으로 분류됨)으로서 전반적으로 약물문제에 노출되어 있는 것으로 보인다. 그러면, 알코올의존군은 어느 정도나 되는가? <표 7>에서 제시한 것처럼, 전체 조사대상자의 53.4%가 알코올 문제를 가지고 있다. 집단별 알코올중독 위험군을 보면, 시설구금집단이 가장 많은 63.4%, 그리고 치료보호대상자는 56%, 보호관찰대상자의 경우 약 43%가 알코올문제를 가지고 있는 것으로 조사되었다.

<표 7> 집단별 알코올 및 성중독 문제성향

변 인	응답범주	치료보호	시설구금	보호관찰	전 체
알코올문제	없 음	11(44.0)	41(36.6)	64(57.1)	116(46.6)
	있 음	14(56.0)	61(63.4)	48(42.9)	133(53.4)
	소 계	25(100.0)	112(100.0)	112(100.0)	249(100.0)
	유의도	$\chi^2=9.57$ $p<.01$			
성중독	아 님	17(65.4)	72(64.9)	98(89.1)	187(75.7)
	의심됨	9(34.6)	39(35.1)	12(10.9)	60(24.3)
	소 계	26(100.0)	111(100.0)	77(100.0)	247(100.0)
	유의도	$\chi^2=19.32$ $p<.001$			

성중독 선별검사는 성적인 강박이나 중독성향을 평가한다. 중독성 성적 장애는 다른 중독성 장애와 유사하고, 일반적으로 물질(약물)관련 장애와 공존한다. 또한 중독성 성장애 역시 중독관련 특징들을 가지고 있으며 치료와 요법이 중독모델과 부합한다. 성적 장애로 인식되지 않고 치료받지

않은 증상들은 물질(약물)관련 장애로 나아가게 만드는 중요한 요인이 되기도 한다. 더 나아가 강박적인 성행동은 면역부진 증후군을 일으키는 데 중요하게 기여한다고 한다(Schneider, et al., 1998). 따라서 외국의 약물의존 치료전문가들은 약물남용의 재발을 막기 위해서는, 약물 이외에도 모든 강박적 행동을 확인해야 한다는 점을 강조한다. 특히 중독적 성행동의 평가와 치료는 약물치료에 있어서 빠뜨릴 수 없는 부분으로 평가되고 있다. 본 연구에서는 강박적 성 행동에 대한 20개 문항 중 5개 문항 이상에 대해 “예”라고 응답한 사람들을 성중독 의심군으로 분류하였다.¹²⁾ <표 7>의 결과에 따르면, 성중독 또는 강박적 성행동이 의심되는 군은 전체 조사대상자의 24.3%가 존재한다. 집단별로 보면 시설구금집단이 가장 많아 35.1%, 치료보호집단의 경우엔 34.6%, 그리고 보호관찰대상자의 경우엔 약 11%가 강박적 성행동 장애를 가진 것으로 의심된다.

다른 한편, 약물남용은 일반적으로 불안장애 및 기분장애, 그리고 반사회성 인격장애 등과 연관되는 경우가 많다고 한다. 동반 정신장애는 약물남용의 원인으로 작용할 뿐만 아니라 약물남용의 결과로 인해 증상이 악화되기도 한다. 또한 약물남용이 장기간 지속되면, 우울증과 정신병 등의 정신과적 문제가 심각해지고, 각종 정신장애는 약물남용에서 벗어나기 어렵게 만들어서 악순환에 빠지게 된다고 한다. 여기에서는 간이 정신진단검사(SCL-90-R)의 하위문항을 이용하여, 마약류 사범들의 9가지 항목(신체화, 강박증, 대인예민성, 우울, 불안, 적대감, 공포불안, 편집증, 정신증)에 대한 정신건강 상태를 비교해 본다. 간이정신진단검사에 따르면, 마약류 사범들 중에서 9가지 영역별로 정신이상이 의심되는 군이 상당수 존재하는 것으로 판단된다. 일반적으로 T-점수가 70점 이상인 경우는 해당영역의 이상소견을 보이는 것으로 판단되며, 60점 이상인 경우는 정상범위에서

12) 이 검사척도와 지표는 경향성을 의미하는 것이지 절대적인 진단기준이 될 수는 없다. 또한 이 성중독 검사척도는 시론적으로 검토된 것으로서, 현행 기준지표의 타당도와 신뢰도는 좀더 많은 대상을 통해 보완·수정될 필요가 있다.

벗어난 경미한 문제증상을 보이는 주의집단으로 평가된다. 각 영역별로 경미한 주의군과 이상소견이 의심되는 정신과적 장애군의 비율은 다음의 <표 8>에 제시하였다. “신체적 기능이상 증상(Somatization)”을 호소하는 군은 전체대상자의 17%가 존재하며, 집단별로는 치료보호집단의 30% 이상, 시설구금자의 경우엔 20% 이상, 그리고 보호관찰대상자의 10%가 존재한다. “강박증” 및 “대인예민성”, “공포불안”, “편집증”, “정신증” 등을 겪고 있는 비율은 전체대상자의 15-16%이다. 집단별로 보면, 대체로 “신체화”의 경우와 유사한 패턴과 비율을 보인다. 다만 보호관찰집단의 경우엔 “신체화”에 비해 다소 낮은 비율(각 영역별로 6~8%)의 이상장애군이 존재한다. 한편, “우울”과 “불안” 및 “적대감” 영역에서 이상장애가 의심되는 사범들이 각각 11.4%, 13.3%, 9.0%들이 존재한다. 한 가지 특징적인 점은 시설집단의 정신건강상태는 “적대감”을 제외한 8가지 영역 모두 치료보호집단 보다 양호한 T-점수를 보였지만, “적대감” 영역에서는 치료보호집단보다 2배나 많은, 그리고 “보호관찰대상자”보다는 4배나 많은 이상증상군이 존재한다. 대체로 9 가지 항목 모두에서 치료보호집단의 평균값이 가장 높아 전반적으로 세 집단 가운데 정신적 건강상태가 가장 열악한 것으로 나타난다. 특히 “대인예민성”, “공포불안” 및 “정신증” 등 세 영역에 있어서는 집단 T-점수평균이 60점이 넘어서 경미한 정신이상범위의 임계치에 도달해 있다. 시설구금 집단의 각 영역별 T-점수평균은 대체로 치료보호집단보다는 낮지만, 사후검증결과를 보면 대체로 정신장애 수준은 비슷한 패턴인 것으로 평가된다. 이 두 집단은 상대적으로 정상범위의 정신건강 상태로 평가되는 보호관찰 집단과 매우 뚜렷한 차이를 보였다. 치료보호집단과 시설구금집단은 특히 “대인예민성”, “적대감”, “강박증”, “정신증”, “우울증”, “불안” 등에 있어서 보호관찰집단과 뚜렷한 차이를 드러내고 있다.

<표 8> 마약류사범 처우집단별 정신이상 증상분포

변 인	범 주	치료보호	시설구금	보호관찰	전 체
신체화	정상(60 이하)	15(57.7)	72(63.2)	94(81.7)	181(71.0)
	경미((60-69)	3(11.5)	19(16.7)	10(8.7)	32(12.5)
	이상증상(70-이상)	8(30.8)	23(20.2)	11(9.6)	42(16.5)
	소 계	26(100.0)	114(100.0)	115(100.0)	255(100.0)
	유의도	$\chi^2=13.94$ $p<.01$			
강박증	정상(60 이하)	14(53.8)	63(55.3)	93(81.6)	170(66.9)
	경미((60-69)	4(15.4)	30(26.3)	12(10.5)	46(18.1)
	이상증상(70-이상)	8(30.8)	21(18.4)	9(7.9)	38(15.0)
	소 계	26(100.0)	114(100.0)	114(100.0)	254(100.0)
	유의도	$\chi^2=23.66$ $p<.001$			
대인 예민성	정상(60 이하)	12(46.2)	67(58.8)	98(85.2)	177(69.4)
	경미((60-69)	7(26.9)	24(21.1)	9(7.8)	40(15.7)
	이상증상(70-이상)	7(26.9)	23(20.2)	8(7.0)	38(14.9)
	소 계	26(100.0)	114(100.0)	115(100.0)	255(100.0)
	유의도	$\chi^2=26.26$ $p<.001$			
우 울	정상(60 이하)	13(50.0)	77(67.5)	95(82.6)	185(72.5)
	경미((60-69)	8(30.8)	22(19.3)	11(9.6)	41(16.1)
	이상증상(70-이상)	5(19.2)	15(13.2)	9(7.8)	29(11.4)
	소 계	26(100.0)	114(100.0)	115(100.0)	255(100.0)
	유의도	$\chi^2=14.08$ $p<.01$			
불 안	정상(60 이하)	15(57.7)	70(61.4)	99(86.1)	184(72.2)
	경미((60-69)	6(23.1)	22(19.3)	9(7.8)	37(14.5)
	이상증상(70-이상)	5(19.2)	22(19.3)	7(6.1)	34(13.3)
	소 계	26(100.0)	114(100.0)	115(100.0)	255(100.0)
	유의도	$\chi^2=20.58$ $p<.001$			
적대감	정상(60 이하)	17(65.4)	67(58.8)	100(87.0)	184(72.2)
	경미((60-69)	7(26.9)	30(26.3)	11(9.6)	48(18.8)
	이상증상(70-이상)	2(7.7)	17(14.9)	4(3.5)	23(9.0)
	소 계	26(100.0)	114(100.0)	115(100.0)	255(100.0)
	유의도	$\chi^2=24.38$ $p<.001$			

<표 8> 마약류사범 처우집단별 정신이상 증상분포 <계속>

변 인	범 주	치료보호	시설구금	보호관찰	전 체
공포 불안	정상(60 이하)	14(53.8)	72(64.3)	97(84.3)	183(72.3)
	경미((60-69)	5(19.2)	14(12.5)	11(9.6)	30(11.9)
	이상증상(70-이상)	7(26.9)	26(23.2)	7(6.1)	40(15.8)
	소 계	26(100.0)	112(100.0)	112(100.0)	253(100.0)
	유의도	$\chi^2=19.06$ $p<.001$			
편집증	정상(60 이하)	15(57.7)	75(65.8)	102(88.7)	192(75.3)
	경미((60-69)	4(15.4)	16(14.0)	3(2.6)	23(9.0)
	이상증상(70-이상)	7(26.9)	23(20.2)	10(8.7)	40(15.7)
	소 계	26(100.0)	114(100.0)	115(100.0)	255(100.0)
	유의도	$\chi^2=21.91$ $p<.001$			
정신증	정상(60 이하)	13(50.0)	67(58.8)	93(80.9)	173(67.8)
	경미((60-69)	4(15.4)	22(19.3)	15(13.0)	41(16.1)
	이상증상(70-이상)	9(34.6)	25(21.9)	7(6.1)	41(16.1)
	소 계	26(100.0)	114(100.0)	115(100.0)	255(100.0)
	유의도	$\chi^2=22.01$ $p<.001$			

5. 약물범죄경력과 정신심리적 이상증상과의 관련성

<표 9>에 제시한 바와 같이 약물사용경력 및 처벌경험이 정신건강상태에 미치는 효과를 분석해 보면, 어린 시절에 형사사법기관에 접할수록, 그리고 약물시작 연령이 어릴수록 9영역의 정신건강 상태가 더 열악한 것으로 나타난다. 이와 같은 사실은 비교적 동질적인 집단인 마약류사범들내에서 조차 조기약물남용 및 약물남용의 장기화가 심각한 정신적 문제와 장애를 일으킬 수 있다는 논의의 타당성을 입증하고 있다. 특히 조기 약물시작은 강박증, 불안, 적대감, 편집증 영역에 문제를 야기할 가능성이 높다. 또한 범죄가담연령이 어릴수록 정신적 이상장애를 가질 비율이 높은 것은 열악한 범죄환경과 더불어 약물남용의 중첩적 영향의 결과로 판단된다. 반

면, 약물범죄로 형사처벌을 받은 연령의 다과는 정신건강 상태와는 특별한 연관성을 나타내지 않는다. 하지만 약물사용기간이 길수록 공포불안과 편집증을 제외한 특히 강박증, 우울증, 불안, 정신증, 신체화 등 이상 장애를 유발할 가능성이 높은 것으로 분석되었다. 또한 약물로 인한 형사처벌빈도(범수)와 마약류 사범들의 정신적 장애간에도 일정한 상관성이 발견된다. 특히 강박증과 적대감, 우울증이 높은 마약류 사범들이 약물범죄 처벌회수(즉 재범회수)가 높은 것으로 나타난다.

<표 9> 약물범죄경력과 정신심리적 이상증상과의 단순상관관계

변 인		최초형사 처벌연령	약물 시작연령	최초약물 범죄연령	약물 사용기간	약물 재범회수
정신 건강 상태	신체화	-.182**	-.222***	-.095	.199**	.185**
	강박증	-.224***	-.250***	-.078	.228***	.280***
	대인예민성	-.230***	-.191**	-.074	.131*	.176**
	우울증	-.160*	-.184**	-.042	.216***	.203**
	불안	-.234***	-.223**	-.101	.198**	.190**
	적대감	-.273***	-.247***	-.120	.152*	.238***
	공포불안	-.185**	-.168**	-.068	.102	.170**
	편집증	-.201**	-.234***	-.079	.115	.146*
	정신증	-.193**	-.219***	-.070	.205**	.187**
충동성		-.274***	-.219***	-.080	.188**	.308***
중독 성향	알코올문제	-.122	-.085	-.107	.028	.084
	성중독	-.173**	-.150*	-.129*	.047	.277***
	약물중독	-.221***	-.279***	-.114	.281***	.426***
중독자 정체성		-.218***	-.252***	-.171**	.245***	.548***

*p<.05, **p<.01, ***p<.001 수준에서 유의미.

일반적으로 약물의존성과 알코올중독성이 친화력을 갖는다는 기존 논의와는 달리 본 분석결과에는 뚜렷한 상관성을 나타내지 않았다. 이는 비교적 동질적인 마약류 사범을 조사대상으로 하였기 때문에, 알코올중독성이

마약류사범들의 약물범죄경력에 특정한 변별력을 가지고 있지 않았기 때문인 것으로 풀이된다. 하지만, 약물시작연령 및 형사처벌연령이 어릴수록, 강박적 성행동 장애(성중독위험)를 가져올 개연성이 있는 것으로 분석되며, 충동성(감각추구성향)을 발전시키는 데도 일정한 영향력을 미치는 것으로 추정된다. 마지막으로 약물중독성 수준과 후유증 정도에 있어서도 형사처벌 횟수가 많을수록 어릴 때 형사처벌을 경험했을수록, 그리고 약물을 어릴 때부터 시작하여 사용기간이 길수록, 유의한 효과를 미치는 것으로 분석된다. 약물중독수준 및 후유증 경험이 높을수록 스스로 마약중독자로서의 정체성을 가지고 있는 것처럼, 그 당연한 논리적 귀결로서, 약물사용 경력과 처벌경험 역시 중독자정체성을 형성함에 있어서 높은 정적인(+) 영향을 미친다.

6. 재범에 영향을 미치는 요인들

마지막으로 마약류 사범들의 재범에 영향을 미치는 요인들을 종합적으로 검토해 봄으로써, 치료적 개입을 위한 대상자 선별 절차에서 고려해야 할 요소들을 추출해 보기로 한다. 여기에서 재범은 약물로 인한 형사처벌 회수(약물범죄경력)로 측정한다.

앞서 살펴보았듯이, 약물남용을 일찍 시작했을수록 정신적 이상 장애를 가질 개연성이 높다. 과연, 정신적 이상 장애 여부가 마약류 재범에도 일정한 영향을 미치는가? 만일 영향을 미친다면, 특히 어떤 정신적 문제가 상대적으로 강한 영향을 미치는가를 살펴보기로 한다. 결과는 <표 10>과 같이 9개의 정신과적 영역의 이상정도가 재범가담의 총변량을 설명하는 계수는 .13이다. 9가지 영역의 정신적 이상성의 효과를 상호통제하고 나면, 강박증과 적대감의 정신적 문제가 재범에 직접적인 영향을 미치는 요인으

로 분석된다. 즉 강박증(beta=.64)과 적대감(beta=.37)의 이상 수준이 높을수록 약물재범율이 높다.

<표 10> 정신적 이상성이 재범에 미치는 효과

구 분	재범(형사처벌회수)		
	비표준화된 계수(B)	표준화된 계수(beta)	t
신체화	-9.0E-03	-.08	-.66
강박증	7.4E-02	.64	3.97***
대인예민성	-2.9E-02	-.25	-1.57
우울증	-1.0E-02	-.09	-.53
불 안	-2.0E-02	-.18	-.94
적대감	4.6E-02	.37	2.38*
공포불안	7.9E-03	.08	.60
편집증	-3.2E-02	-.28	-1.77
정신증	8.6E-04	.01	.04
(상수)	.85		2.07*
결정계수(R ²)			.13
F			4.00***

*p<.05, p<.01, ***p<.001 수준에서 유의미.

<표 11> 심리특성과 알코올·성 문제성향이 재범에 미치는 효과

구 분	재범(형사처벌회수)		
	비표준화된 계수(B)	표준화된 계수(beta)	t
감각추구성향(충동성)	3.8E-02	.21	3.15**
대인관계 효능감	3.2E-02	.11	1.56
스트레스 대처력	-2.5E-02	-.07	-1.03
알코올문제	-4.1E-03	-.00	-.06
성중독	7.4E-02	.17	2.66**
(상수)	1.157		1.96
결정계수(R ²)			.11
F			6.33***

*p<.05, **p<.01, ***p<.001 수준에서 유의미.

한편으로 사회관계기술 및 감각추구성향 등 심리적 특성과 문제성향 등도 재범가담에 일정한 영향을 미치는가? 여기에서는 충동성, 대인관계효능감, 스트레스대처력, 알코올문제 및 성중독위험 등 5가지 변인이 재범가담에 미치는 효과를 분석하였다. 회귀분석결과 5가지 변인의 결정계수는 .11로서 재범율에 어느 정도 설명력을 지닌다. 가장 유의미한 요소는 충동성과 성중독으로서 이 두 변인이 재범가담 정도에 직접적인 영향을 미치는 것으로 분석된다. 즉 감각추구적 충동성향과 강박적 성충동이 강한 사람일수록 약물재범에 가담할 가능성도 높은 것으로 조사되었다.

이와 같은 분석결과를 토대로, 인구학적 및 심리적 특성들이 재범가담에 종합적으로 어떻게 영향을 미치는지, 각 요인들이 미치는 상대적 영향력 크기는 어떠한지, 요인군별 영향력의 변화는 어떠한지를 위계적 다중회귀분석을 통하여 정리한다. 분석모델에는 사전분석에서 재범율과 일정한 관계가 있는 것으로 분석된 약물종류, 정신심리적 특성관련 변인 4개(강박증, 적대감, 충동성, 성중독), 약물사용경력 및 생활관련 특성 4개변인(최초 약물시작연령, 최초약물처벌연령, 흡연·알코올시작연령, 주거이전회수), 그리고 약물중독성 관련 3개변인(약물중독, 후유증, 중독자 정체성), 마지막으로 약물이외범죄경력을 고려하였고, 4번째 단계에서는 인구학적 요인에 의한 약물경험차이를 통제하기 위하여 성과 연령을 회귀식에 포함, 총 16개의 변인이 분석에 사용되었다. 종합적 분석결과는 <표 12>와 같다.

1단계는 약물종류에 따라 재범가담에 차이가 있는지를 분석한 것이다.¹³⁾ 향정사범들이 대마사범 및 마약사범에 비해 재범을 할 가능성이 더 높다. 이 단일요인이 재범을 설명하는 정도(결정계수)도 3%정도이다. 다음 2단계에서 정신적 이상 장애요소를 고려하면, 향정사범의 상대적 영향력은 다소 줄고, 강박증이 재범에 미치는 효과가 중요하게 나타나는 반면, 적대감의

13) 약물종류 명목변수이므로, 회귀분석을 위해 각 값을 다시 가변인(dummy variable)으로 만들어, 대마를 제외하고 마약여부와 향정여부를 만들어 분석에 삽입하였다.

효과는 통계적으로 유의하지 않다. 다시 말해, 향정사범들이 다른 사범들에 비해 강박증을 형성하는 경향이 더 많고, 강박증을 매개로 재범에 연관된다는 사실을 보여준다. 3단계에서 감각추구성향(충동성)과 강박적 성행위장애(성중독) 요소를 고려하면, 앞서의 약물종류와 강박증이 지니던 직접적 효과는 사라지며, 성중독이 가장 중요한 설명요인으로 등장한다. 이 요소에 의한 재범가담의 결정계수는 .12로 약 3%가 증가한다. 다시 말해 강박적 성행동 장애를 가지고 있는 사범들일수록 재범을 범할 가능성이 높는데, 특히 향정사범과 강박증이 높은 사람들일수록 성중독 장애를 경험함으로써, 이러한 장애를 매개로 재범에 가담하는 경향이 있다는 점을 시사한다.

<표 12> 재범에 영향을 미치는 요인들에 대한 다중회귀분석

구 분	재범(형사처벌회수-beta)					
	step(1)	step(2)	step(3)	step(4)	step(5)	step(6)
마 약	-.00	-.00	-.02	-.01	.00	.02
향 정	.17*	.14*	.11°	.18	.03	-.02
강박증		.26*	.16	.13	.04	.01
적대감		-.00	-.07	-.11	-.03	-.06
충동성			.15°	.14	-.01	.05
성중독			.15*	.10	.05	-.02
성 별				.00	.04	.01
연 령				.24***	.20**	.07*
최초약물시작연령				-.11	-.06	.02
최초약물처벌연령				-.22***	-.19*	-.04
흡연·알코올시작연령				-.16*	-.17*	-.06
주거이전회수				.11	.05	.11***
약물중독					-.05	-.03
후유증					.06	.01
중독자정체성					.38***	.09*
약물외 범죄경력						.84***
결정계수(R ²)	.03	.09	.12	.26	.35	.83
F	3.70*	6.45***	5.87**	7.13***	8.66***	73.73***

°p<.10, *p<.05, **p<.01, ***p<.001 수준에서 유의미.

4단계에서 성별, 연령, 최초약물시작연령, 최초약물처벌연령, 술담배시작 연령, 주거이전회수 등 6개의 변인을 고려하게 되면, 재범가담정도를 설명하는 결정계수는 .12에서 .26으로 크게 증가한다. 이 회귀모형에서 재범에 영향을 미치는 가장 큰 요인은 연령과 더불어 약물로 인한 최초처벌연령으로 분석된다. 기본적으로 나이가 많은 사람들이 약물사범으로 처음 처벌 받은 연령이 어릴수록, 더욱이 술·담배를 어릴 때부터 시작했을수록 재범률이 높았다. 여기에서 “연령”의 효과는 결국 약물사용기간으로서 해석할 수 있다. 왜냐하면, 현재 나이가 많은 사람들은 현재 나이 어린 사람들에 비해서 그만큼 오랜 시간 약물을 사용해 왔을 확률이 높고, 재범기회에 상대적으로 오래 노출되었을 개연성이 높기 때문이다.

5단계에서 약물중독관련 3개변인(중독위험, 후유증, 중독자정체성)을 포함시키면, 이전단계에서 유의미하게 영향을 미치던 ‘연령’, ‘최초약물처벌연령’과 ‘흡연·알코올시작 연령’의 직접 효과는 다소 감소하고, 중독자 정체성이 재범을 설명하는 가장 강력한 변인으로 등장한다. 이 단일변인이 재범 총변량의 약 9% 정도를 설명한다. 사실상 “중독자 정체성”은 재범가능성에 매우 유의한 지표이지만, 이 두 변인간의 선후관계는 다소 모호하다. 사실상 중독자정체성 역시 재범과정의 산물로서 형성되는 측면이 존재하기 때문이다. 반복적인 형사처벌 제재경험이 일종의 낙인효과로서의 중독자 정체성을 강화시킬 수도 있고, 이것은 또다시 일종의 “자성적 예언”으로서 약물탐닉을 당연시함으로써, 형사통제에 노출된 가능성을 높여주기도 하기 때문이다. 이처럼, “중독자 정체성과 재범간의 선후관계”는 그리 분명하지는 않지만, 현실적 범죄통제과정에서 서로 상충적으로 영향을 주고받음으로써, 재범을 강화해가는 측면이 있는 것만은 분명하다.

마지막 단계에서 마약류 사범들의 약물이외의 범죄경력(처벌회수)을 부가하여 재범효과를 분석해 보면, 결정계수는 .35에서 .83으로 크게 증가한

다. 다시 말해 “약물이외의 범죄경력” 하나만으로도 재범가능성 총 변량의 48%를 설명할 수 있다. 즉 우리나라 약물사범들의 재범은 약물경력이나 중독성 여부 등 그 어떠한 변인들보다도 일반적 범죄성향(범죄경력)과 매우 강력한 친화력을 가지고 있다. 즉 재산범죄나 폭력범죄 등 여타 범죄성이 약물범죄에 있어서도 재범을 예측할 수 있는 주요지표로 활용될 수 있다. 한편, 약물이외 범죄경력 요인을 고려하면, 재범에 의미있는 영향을 미치던 중독자정체성 및 연령 효과는 크게 감소하고, 최초 약물시작 연령이나 최초 약물처벌 연령의 직접 효과도 사라진다. 이러한 결과는 이들 변인들이 약물이외 범죄경력의 발전과도 매우 밀접하게 연관되기 때문이다. 즉 우리나라 약물사범의 특성은 일반범죄자들의 특성과 크게 다르지 않거나 중첩되어 있는 경향이 있으며, 특별히 재산 및 폭력범죄자적 특성을 지닌 마약류사범들이 상대적으로 재범을 하는 경향이 매우 높다는 점을 시사한다. 약물이외의 범죄경력을 포함하여 여러 조건을 동일하게 고려할 때, 주거이전회수가 많은 마약류사범들이 재범에 가담하는 경향이 유의미하게 나타난다. 앞서 설명하였듯이, 약물이외 범죄경력에 따라 주거이전회수 경험에 차이가 컸기 때문인 것으로 분석된다. 즉, 약물이외 범죄경력은 구금 상황과 연관되는 율이 높기 때문에, 주거이전회수가 재범에 미치는 효과를 잠재적으로 억압했던 것으로 판단된다. 이 조건을 동일하게 만들어 주면, 주거이전회수라는 생활상의 불안정성은 재범가담을 설명하는 중요한 지표로 등장한다. 요컨대, 마약류 사범들 중에서 약물이외범죄경력이 많을수록, 또한 주거생활환경이 불안정할수록 재범에 빠질 가능성이 매우 높으며, 여기에 스스로 중독자 정체성이 강한, 나이 많은 사람들이 상대적으로 그렇지 않은 사람들에 비해서 재범을 할 확률이 더 높은 것으로 추정된다. 여기에 제시된 결과들은 하나의 시론적 사례로서 향후 좀더 큰 표본과 검증 프로그램을 통해서 그 타당도와 예측성이 재검토되어야 한다. 재범예측 요

인분석, 치료프로그램 대응민감성 및 효과성 분석 등이 축적적으로 실시되어야 보다 타당도 높은 선별요인들과 지표체계가 추출될 수 있을 것이다.

V. 시사점 및 새로운 정책변화를 위한 제언

현행 마약류관련입법 및 정책이 과연 마약류 범죄의 특수성 및 중독자 특성에 대한 이해로부터 출발하고 있는가? 보다 합리적이고 실효성 있는 형사정책을 발전시키기 위해서는, 범죄의 일반성 뿐만 아니라 특정 범죄성격의 특수성을 함께 고려해야 한다.

현재 마약류 사범들 중에서 치료가 필요한 약물중독의심군은 44.8%이며, 특히 교도소에 구치된 마약류 사범들의 64%는 약물중독이 의심된다. 또한 조사대상자의 53.4%가 치료가 필요한 알코올문제를 가지고 있으며, 강박적 성행동 장애를 가진 경우도 24.3%로서, 미국 일반성인의 5% 수준보다 월등히 높다. 한편, 약물중독과 더불어 동반된 정신과적 질환(정신장애)이 의심되는 대상자들도 9개 정신영역별로 상당수(10%~20%) 존재하는 것으로 분석되었다. 또한 약물사범의 처우선택에 있어서 고려해야 할 주요 요인으로서 자해위험성에 주목해야 한다. 현재 마약류 사범의 14.4%가 자살충동 경험율을 보고하고 있어서, 이들에 대한 자해위험성 여부와 관련한 세밀한 진단과 검사가 요구된다.

한편, 마약류 사범들은 전반적으로 최초 약물시작 시점으로부터 상당히 시간이 흐른 뒤에야 공식적 형사사법기관과 접촉했던 것으로 분석되었다. 이는 약물에 대한 조기개입이 전무한 상태에서 마약류에 대한 중독성이 상당히게 진전된 이후에야 형사사법기관에 노출되는 현실을 보여준다. 특히 치료보호대상자들이 다른 집단에 비해 약물시작연령이 빠른 것에 비해,

실제 최초로 공식처벌이 이루어진 시점은 가장 뒤늦은 연령대에 이루어졌다는 사실은 형사재제의 아이러니와 현행 처우적절성에 의문을 드러낸다. 그 결과, 초범이더라도 중독이 진전되어 있기 때문에, 뒤늦게 치료적 자원을 투입해도 별다른 치료성과를 얻어내기 어려운 악순환이 이어지고 있다.

현행 치료보호대상 약물사범들은 과연 어떤 사람들인가? 본 조사결과에 따르면, 치료보호집단들은 가장 강한 약물중독성을 경험하고 있으며, 범죄심각성과 위험성이 높은 구금사범들과 유사한 범죄특성 및 약물특성을 지니고 있다. 외국의 약물법원 적격성 기준에 비추어 볼 때, 적어도 현재 우리의 치료프로그램에는 부적격 대상자가 44%나 포함되어 있었다. 현행 치료재활정책과 처리 관행에 대해서 비판적 재검토가 요구된다.

오늘날 마약류 사범을 다루는 현행 형사사법시스템의 한계는 기본적으로 두 가지 문제점에서 비롯된다. 하나는 마약류 사범의 유형, 즉 공급과 사용(투약), 연성마약과 경성마약을 구분하지 않고 모두 획일적으로 단일하게 범죄로 규정하는 입법정책에 기인한다. 그로 인해 중독성 및 위험성 수준은 다르지만, 획일적인 범죄구성요건 하에서 형사제재로서 다루어지고 있다. 다른 하나는 마약류범죄 및 중독자의 특성을 전혀 고려하지 않은 채 일반 형사소송절차에 의거하여 다루어지기 때문이다. 사실상 마약중독자에게 있어서 “1회 투약”이나 “2회 투약”인가라는 빈도개념을 통해서 그 상습성과 죄질을 결정한다는 것은 무의미하다. 다른 범죄와는 달리 마약류범죄는 이미 내재적 속성으로서 재범(재발)가능성이 항존하며, 재범에 요구되는 기회빈도와 범행의지 및 실행가능성, 자원과 비용 등에 있어서 타 범죄의 재범결정요소들과는 비중이 같지 않다. 그럼에도 불구하고, 일반범죄와 동일한 기준으로 상습범 및 누범 가중규정을 마약류 사범에게 기계적으로 적용하는 것은 결국 필연적으로 가중된 엄벌주의 정책이라는 비형평성을 노정시킨다.

현행 형사소송절차에서는 마약류범죄 및 중독자특성에 대한 이해결여로 야기되는 또 다른 문제점을 가지고 있다. 실제 중독치료의 현장에서 볼 때, 치료과정에서 약물의 재사용, 즉 “재발(relapse)” 현상은 치료의 실패가 아니라 매우 정상적인 치료과정의 하나로서 이해되고 있다. “재발(relapse)”은 약물의존 및 중독 상황으로부터 회복하는 과정에서 일상적으로 나타나는 것으로서 일종의 회복의 계기가 된다.¹⁴⁾ 하지만, 우리의 현행법상 “재발(relapse)” 현상은 “재범”과 구분되지 않는다. 그 결과 보호관찰이나 치료보호과정에 있는 마약류 중독사범에 의한 “재발” 현상이라 하더라도, 준수행위 위반 또는 재범으로서 상습가중 위반으로 처리될 수밖에 없다. 실제로, 2003년 검찰에서는 [보호관찰중 범죄사실 인지시 조치방안(관찰 61350-209, 2003.4.23)]을 통하여 마약류 사범들에 대한 약물검사 양성반응시 “재범”으로 인지하여 수사의뢰토록 하는 지침을 시달한 바 있다. 보호관찰대상자의 1/3이 취소처분을 받고 있는 현실에서 알 수 있듯이, 현행 형사실무지침과 처리관행은 결국 마약류 사범들의 범죄경력화를 더욱 부추기고 강화시키고 있는 것이다. 선진 각국에서는 마약류범죄의 특수성을 감안하여, 약물범원 프로그램 참가 중에 재발(relapse)을 한다고 해도 곧바로 준수사항 위반으로 처리하거나 집행유예취소로 연결시키지 않고, 누진적 제재를 통해 단약동기를 꺾지 않는 범위 내에서 탄력적으로 운용하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 무엇보다도 형사사법체계 내에 치료적 개입을 적극화하기 위해서는 “재발(relapse)”을 일반적인 ‘재범’과 차별하고 구별해 낼 수 있는 원칙과 실무적 지침개발이 선행되어야 할 것이다.

마약류 치료프로그램의 실질적 효과를 기대하기 위해서는 무엇보다도 각 프로그램 목표에 맞는 명확한 대상집단 및 선정 자격기준 구체화되어

14) 선행 연구들에 따르면, 재발 동기부여 하에서 약물중독자가 재발(relapse)을 경험함으로써 어떤 시간(Time), 장소(Place), 상황(Occasion)에 자신이 약물을 사용하게 되는가를 알게 되고, 이후로는 이러한 시간, 장소, 상황(TPO)에 직면하지 않도록, 주의해야 한다는 것을 자각하게 된다고 한다.

야 하며, 이를 근거로 적격여부 판정을 위한 선별절차가 제도화되어야 한다. 외국 약물법원의 경우, 형사절차과정 내에서 약물중독 선별검사(Drug Addiction Screening Test)를 최소한 3~4단계에 걸쳐 절차적으로 제도화함으로써, 수사 및 치료 계획에 활용하고 있다. 약물중독여부는 치료과정에 위탁 회부하기 위한 기준지표의 하나에 불과하다. 자발적인 참여동기, 약물사용경력, 범죄경력, 사회인구학적 배경, 사회관계 및 가족관계, 마약류에 대한 태도 등 치료과정에 영향을 미칠 수 있는 여러 요소들을 효과적인 치료적 개입을 위한 법률적·임상적 적격성 판정지표로서 고려해야만 한다. 마약류 사용사범에 대한 치료적 처우에 있어서 적절한 제재와 보상조치를 구성하는 것은 프로그램의 성패를 좌우하는 중요한 요소이다. 지나치게 엄격한 제재는 위반자 수만을 증가시킬 우려가 있으며, 제재의 성격이 지나치게 느슨해지면 재범억제효과가 감소될 것이다. 따라서 다양한 제재수단을 복합적으로 개발하고, 앞서 지적했듯이 “재발” 현상에 대한 특별한 처우전략을 제도화할 필요가 있다. “재발”에 대한 정책적·법리적 고려는 통제기능을 강화하면서도 약물 재사용에 대한 유혹을 억제하고, 단약에 대한 의지력을 유지시키는 데 주요하기 때문이다.

주제어 : 마약류사범, 약물남용, 약물재범, 중독과 정신이상, 간이정신진단 검사

참고문헌

- 김기봉 (1999), 자기존중감 향상 프로그램이 마약사용극복에 미치는 효과, 계명대학교 교육대학원 상담심리전공 석사학위 논문.
- 김용진 (1998), 인지행동프로그램이 성인약물중독자의 사회 심리적 행동에

미치는 영향에 관한 연구, 숭실대 대학원 사회사업학과 석사학위 논문.

김형태 외 (2003), '한국에서의 메스암페타민 남용 또는 의존환자의 인격장애에 관한 연구', 국립부곡병원 홈페이지 게재논문(출처미상).

대검찰청(각 해당연도), 범죄분석.

민성길 (1998), 약물남용, 서울 중앙문화사.

이성국 외 (2004), '메스암페타민 사용환자의 정신과적 증상에 영향을 미치는 요인', 국립부곡병원 홈페이지 게재논문(출처미상).

Ari, D.F., F. N. Thomas, L. Douglas, and G. Wilfred et al. (2000), 'Psychiatric Comorbidity of methamphetamine dependence in a forensic sample,' Journal of Neuro-psychiatry Clin. Neurosci. (12), pp 480-484.

Brady, K., R. Anton and JC Ballenger (1990), 'Cocaine abuse among schizophrenic patients,' American Journal Psychiatry (147) pp.1164-1167.

Cameron S. and Alan Collins (2003), Estimates of a Model of Male Participation in the Market for Female Heterosexual Prostitution Services European Journal of Law and Economics, 16: 271-288,

Carroll K.M., M.D. Power, and K. Bryant (1993), 'One year follow-up status of treatment seeking cocaine abusers: psychopathology and dependency severity as predictors of outcome,' Journal of Nerv. Mental Disorder(181)pp.251-257.

Farrell, M., A. Boys, P. Bebbington, T. Brugha, J. Coid and R. Jenkins et al.(2002), 'Psychosis and Drug dependence: results from a

national survey of prisoners,' British Journal of Psychiatry(181), pp.393-398.

Schneider, Jennifer P. and Richard Irons(1998), 'ADDICTIVE SEXUAL DISORDERS: DIFFERENTIAL DIAGNOSIS AND TREATMENT,' Published in Primary Psychiatry, April, 1998.

Shoptaw, S., J. Peck, C.J. Reback, and F.E. Rotheram (2003), 'Psychiatric and substance dependence comorbidities, sexually transmitted disease and risk behavior among methamphetamine dependent gay and bisexual men seeking outpatient drug abuse treatment,' Journal of Psychoactive Drug(35), pp.161-168.

The Socio-demographic and Psychiatric Characteristics and Recidivism among Drug-abusing Offenders in Korea

Kim, Eun-Kyeong*

The purpose of this study was to examine the socio-demographic characteristics and the comorbid psychiatric disorders and the effect of drug abuse on psychiatric symptoms and recidivism among the drug offenders. The study subjects were composed of three different sanctions groups(pre-trial diversion drug treatment group consist of 26, prison group consist of 114 and probation group consist of 115). The study included the items assessing the socio-demographic profiles, history of drug abuse criminal history and psychiatric symptomatology. Psychiatric assessments were based on self-control index, Impulsive scale, rapid alcohol problem screening, Substance abuse screening (KOADST-2), sex addict screening test, SCL-90-R,

According to the results, among drug offenders exposed by criminal sactions, the incidence rate of drug addict was 44.8%, the incidence rate of alcohol addict was 53.4%, and that of sex addict was 24.3% supposed to be needed with medical care. Among drug offenders, 10%~30% had suffered from comorbid psychiatric symptoms (somatization, obsessive compulsive, interpersonal sensitivity, depression, anxiety, hostility, phobic anxiety, paranoid ideation, psychotics). There

15) Director of Juvenile Crime Research Team in KICJP

were differences in comorbid psychiatric symptoms incidence rate among three different sanctions groups. From the perspective of the characteristics of drug abuse, criminal history and psychiatric symptomatology, pre-trial diversion drug treatment group were familiar with prison group. I suggest that the current criminal responding on drug users should be newly recontemplated and criticized for the reform of comprehensive and effective policy on the drug control.

Keywords : drug offender, drug abuse, drug recidivism, addict and psychiatric symptomatology, SCL-90-R.

무죄추정 원칙의 적용 범위에 관한 소고

김 정 한

형사정책연구 제17권 제1호(통권 제65호, 2006 · 봄호)

한국형사정책연구원

무죄추정 원칙의 적용 범위에 관한 소고

김 정 한*

I. 들어가며

1. 무죄추정 원칙의 적용 범위에 대한 통설과 이견

헌법 제27조 제4항은 ‘형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다’고 규정하고 있고 형사소송법 제275조의2에서도 ‘피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다’고 규정하고 있어 무죄추정 원칙은 헌법과 형사소송법이 명문으로 채택하고 있는 중요한 원칙임에 틀림이 없다. 그러나 무죄추정 원칙의 적용 범위에 대하여는 국내는 물론 국외에서도 계속적으로 논란이 되어 왔으며 각국의 판례 역시 서로 다른 입장을 취하고 있다.

우리나라의 통설적 견해는 무죄추정의 원칙을 그 적용되는 영역에 따라 증거법상 추정 원리, 인신구속 제한 원리 및 형사절차상 불이익 처우 금지 원리 등 3가지 측면으로 구분한 다음 위 3가지 측면 모두에 직접 작용하는 것으로 보고 있다.¹⁾ 이에 대하여 일부 견해는 ‘고문 등의 부당한 처우

※ 이 글은 2005.12.20. 한국형사정책연구원에서 주최한 ‘2005년 하반기 형사정책세미나’에서 ‘인신구속과 무죄추정원칙’이라는 제목으로 주제 발표하신 이진국 박사의 발표논문에 대한 반론이다. 당시 필자는 지정토론자로 참석하였으나 여러 가지 사정으로 충분한 토론을 펼칠 수 없었던 것이 아쉬웠고 이 글로써 토론을 대신할까 한다.

* 법무법인 경복삼일, 변호사

금지는 적정절차 원칙의 일부분일 뿐 무죄추정 원칙과 무관하며 불구속 수사 원칙²⁾ 역시 무죄추정 원칙에서 당연히 도출되는 원리가 아니다'라고 주장하고 있고³⁾ 또 다른 일부 견해는 '인신구속 기타 형사절차상의 불이익 처우는 적정절차의 원리, 비례성의 원리 등에 따라 통제되어야 하며 만일 무죄추정의 원칙을 이에 직접 적용하려 하면 오히려 그 내용의 모호성 때문에 피의자 혹은 피고인의 인권이 충분히 보호되지 못하는 결과가 발생할 수도 있으므로 결국 무죄추정의 원칙은 증거법상의 추정 원리 이외의 영역에서는 직접 적용되기는 어렵다'고 주장하면서⁴⁾ 통설처럼 무죄추정의 원리가 인신구속의 제한원리가 된다고 해석 하더라도 이는 수사기관에 대하여 신중한 수사를 요청한다는 훈시적인 성격 이상의 의미를 가질 수 없다는 결론에 이르고 있다.

2. 이 글의 방향

무죄추정의 원칙이 증거법적 영역에서는 직접 적용된다는 점에 대하여는 대부분 학자들이 별다른 의문 없이 받아들이고 있는 듯 하나 필자의 입장에서는 이에 동의하기 어렵다. 또한 무죄추정의 원리가 인신구속 기타 형사절차상의 불이익 처우 금지 원리로서도 작용한다는 통설에 대하여는 이미 이견이 제시된 바이며 필자는 위 다수설과 이견에 대하여 일면 지지하고 일면 반대한다. 이하 항목을 나누어 상술한다.

- 1) 이재상, 형사소송법 제6판, 2002, 박영사, 104-106면; 신양균, 형사소송법 제2판, 2004, 법문사, 34, 35면; 백형구, 알기쉬운 형사소송법, 박영사, 2002, 24면; 신동운, 형사소송법 제3판, 2005, 법문사, 491-495면. 다만 정웅석 교수는 위와 같은 3가지 측면을 명백하게 구분하여 설명하고 있지는 않으나 그 내용은 유사한 것으로 파악된다. 정웅석, 형사소송법 제3판, 2006, 대명출판사, 586-590면.
- 2) 다수설이 말하는 인신구속 제한 원리와 같은 취지로 보인다.
- 3) 신현주, 형사소송법 신정2판, 박영사, 2002, 137, 138면.
- 4) 이진국 박사는 무죄추정의 원칙이 직접 적용되는 영역을 증거법에만 한정하는 결과 무죄추정 원칙의 적용 대상을 형사피고인에 한정하여 해석하고 있다. 이에 대한 비판은 해당 부분에서 상술한다.

II. 무죄추정 원칙이 증거법상 추정 원리로서 작용하는지

1. 증거법상 추정원리로서의 무죄추정 원칙과 in dubio pro reo 법칙의 관계

앞에서도 언급한 바와 같이 무죄추정의 원칙이 증거법상의 추정원리로 직접 작용한다는 점에는 별다른 이견이 없는 듯하다. 피고인이 유죄 판결을 받아 확정될 때까지는 무죄로 추정된다고 하니 유무죄가 의심스러울 때에는 무죄로 판단하라는 결론에 이르는 것이 매우 상식적이고 자연스러운 결과로 보인다. 통설과 같이 무죄추정의 원칙을 증거법상의 추정원리로 직접 작용한다고 보면 그러한 점에서는 무죄추정의 원칙은 당연히 in dubio pro reo 법칙과 동의어가 된다.⁵⁾

이에 대하여 다른 견해는 명확하지는 않으나 전체적인 취지에 비추어 ‘무죄추정의 원칙이 증거법상으로는 in dubio pro reo 법칙과 같은 기능을 수행하는 것은 사실이나 다만 본질과 적용범위에서 약간의 차이를 보일 뿐’이라는 취지의 주장을 펼치고 있다.⁶⁾ 우선 본질에서 어떤 차이가 있는지와 관련하여 살펴보면 위 견해는 무죄추정의 원칙은 소송법상의 지도원리이지만 in dubio pro reo 법칙은 입증불명의 상태에서 법원으로 하여금 피고인에게 유리하게 판단하도록 하는 판단법칙으로서 형법상 책임주의의 이면에 속하는 것⁷⁾이라고 하여 마치 무죄추정 원칙은 절차법적 원리이고 in dubio pro reo 법칙은 실체법적 원리라는 의미인 듯 보인다. 그러나 책임주의 원칙은 형사법 전반에 작용하는 대원칙으로서 특별히 in dubio pro reo 법칙의 이면이라고 제한하여 해석하는 근거와 이유가 무엇인지 의문이

5) 이재상, 상계서 같은 면; 신양균, 상계서, 같은 면.

6) 이진국, 인신구속과 무죄추정 원칙, 형사정책연구, 2005. 제64호, 36면 이하.

7) 이진국, 상계 논문, 같은 면.

다. 나아가 in dubio pro reo 법칙을 소송법이 아닌 실체법적 원칙이라고 보는 것은 더더욱 문제가 있다고 생각된다. in dubio pro reo, 즉 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로’라는 취지는 명백히 ‘판단 방법’에 관한 문제이지 ‘판단의 실체’에 관한 문제가 아니므로 in dubio pro reo 법칙 역시 절차법적 원칙임이 분명하다. 실제로 어느 문헌을 보더라도 in dubio pro reo 법칙이 형사소송법 분야에서 언급되지 형법 분야에서 언급되지 않는 것도 사실이다. 따라서 무죄추정의 원칙을 절차법적 원리로, in dubio pro reo 법칙을 실체법적 원리로 구분하는 듯한 위 견해는 문제가 있다고 생각한다.

또한 적용범위와 관련하여서 위 견해는 ‘무죄추정 원칙이 법관의 심증 형성시까지만 의미를 가지는데 반해, in dubio pro reo의 법리는 심증 형성 이후에 그것도 입증불명이 명확한 상태에서만 효력을 발한다고 보아야 한다, 즉, 무죄추정 원칙은 재판절차에서 사실관계에 관한 재구성이 종료될 때까지 효과를 가지는 반면, in dubio pro reo 법리는 이러한 사실관계의 재구성이 종료된 이후에 가벌성에 관한 요건의 존재와 부존재가 불명확한 상황에서만 적용된다’고 주장하고 있다.⁸⁾ 그러나 ‘심증 형성’이라는 것은 ‘자유심증주의에 따라 증거에 의해 법관이 사실 유무에 관한 확신을 가지는 것’을 의미하므로 심증 형성이 되었다면 입증불명이 생길 수가 없고 입증불명 상태라면 심증이 형성되지 않은 것이다. 따라서 증거법적 효력을 논하면서 심증형성시까지만 의미를 가진다는 것과 입증불명 상태에서 효력을 발한다는 것으로 구분한다는 것 자체가 적절치 아니하다.

더 나아가 위 견해는 법관이 증거에 의하여 유무죄의 심증을 형성할 때까지 무죄추정의 효력이 유지되고 만일 법관이 유죄의 심증을 형성해 버렸다면 이 후에는 무죄추정이 되지 않는다는 의미가 된다. 그러나 1심에서 유죄의 선고를 받더라도 상소하여 2심에 계속 중인 경우 유죄 판결의 확정 전이므로 무죄 추정의 효력이 지속되어야 한다는 것은 헌법과 형사소송법

8) 이진국, 상계 논문, 같은 먼.

이 명문으로 규정하고 있는 바인데 이를 이진국 박사의 견해와 조화시키려면 1심 판단과 함께 무죄추정이 종결되었다가 2심이 개시되면 무죄추정이 되살아난다는 의미인지 혼란스러운 것이 사실이다. 결국 무죄추정 원칙이 법관의 심증형성시까지만 의미를 가진다거나, 혹은 사실관계에 관한 재구성이 종료될 때까지만 효과를 가진다는 해석은 헌법과 형사소송법의 규정과도 조화되기 어렵고 오히려 유죄 판결의 확정시까지 무죄추정의 원칙이 효력을 유지한다는 헌법, 형사소송법 규정을 그대로 받아들이는 것이 자연스럽고 옳은 결론인 듯하며 이렇게 보면 위 견해 주장자의 원래의 의도와는 달리 무죄추정의 원칙과 in dubio pro reo 법칙이 그 적용 범위에서 차이가 나게 된다. 이와 관련하여서는 아래 해당 부분에서 상술한다.

2. 무죄추정이 증거법상의 추정에 해당하는가

무죄추정의 원칙이 증거법상의 추정원리로 직접 작용한다는 주장은 얼핏 보면 아무런 문제가 없어 보인다. 그러나 증거법상의 추정 이론에 대하여 조금만 더 깊이 생각해 보면 그리 간단한 문제가 아니다.

증거법상 ‘추정’이란⁹⁾ 어느 사실에서 다른 사실이나 법률관계 혹은 권리를 추론하는 것을 말하는데 이때 다른 사실을 추론하는 것을 사실 추정이라 하고 법률관계 혹은 권리를 추론하는 것을 권리 추정이라 한다. 다만 민사 소송에서는 위 양자가 모두 사용되지만 형사소송에서는 사실 추정만이 존재한다. 따라서 본고에서도 사실 추정을 다루기로 한다.

또한 추정은 그 방법에 따라 법률상 추정과 사실상 추정으로 나눌 수 있는데 법률상 추정은 ‘... 한 것으로 추정한다’라는 명문의 법규정에 의해 추정하는 것을 말하고 사실상의 추정은 갑 사실로부터 경험법칙에 의하여

9) 이에 관한 상세한 내용은 줄고, ‘형사소송에서의 추정이론’, 인권과 정의, 2005. 3.호 63면 이하 참조.

을 사실을 추론하는 것을 말한다.

본론으로 돌아가 만일 무죄추정을 증거법상 직접 적용되는 추정이라고 본다면 위 법률상 추정과 사실상 추정의 둘 중 하나일 것이며 무죄추정이 헌법과 형사소송법에 명문으로 규정되어 있기 때문에 당연히 법률상의 추정이라 보아야 한다. 그러나 이에 몇 가지 문제가 있다.

첫째 모든 추정은 깨어질 수 있으며 법률상 추정 역시 반대사실의 입증에 의하여 깨어진다.¹⁰⁾ 예컨대 갑 사실이 있으면 을 사실도 있는 것으로 추정하라는 명문 규정이 있는 경우 을 사실의 존재에 대한 거증책임을 부담하는 당사자 측에서 갑 사실의 존재만 입증하더라도 법원은 을 사실이 존재하는 것으로 전제하고 판단하여야 하지만 타방 당사자 측에서 갑 사실의 존재에도 불구하고 을 사실은 존재하지 않는다는 점을 입증하여 법원이 이에 대한 확신을 가지게 되는 경우에는 을 사실이 존재한다는 전제로 인한 불이익을 면할 수 있게 되며 이러한 입증은 반대사실의 입증이라 한다. 반대사실의 입증 역시 법원이 심증형성, 즉 확신에 의하여 완성되는 것이므로 법원이 반대사실의 존재에 대하여 확신을 가지는 순간 추정을 깨어져야 한다. 이를 무죄추정의 원칙에 결부시켜 보면 피고인이 무죄로 추정되고 있다가도 검사가 피고인이 유죄라는 확고한 증거를 제시하여 법원이 유죄의 확신을 하게 되는 순간¹¹⁾ 무죄의 추정은 깨어지고 그때부터는 범죄자로서 판단을 받아야 한다는 것이 이론적으로 일관성 있는 논리 전개가 될 것이다.

그러나 헌법과 형사소송법은 법원이 유죄의 확신, 즉 유죄의 심증 형성 시까지만 피고인이 무죄로 추정되는 것으로 규정하지 않고 유죄 판결이

10) 사실상 추정은 반증으로 깨어지나 법률상 추정은 반대사실의 입증으로 깨어진다. 반증은 법원의 심증을 흔들 수 있을 정도의 입증으로 충분하나 반대사실의 입증은 본증의 일종으로서 법원으로 하여금 확신에 이르도록 하여야 한다는 점에서 차이가 있다.

11) 대부분의 경우 그와 같은 확신은 재판 후반부에 형성되겠지만 아무리 늦더라도 재판의 실질적 성립 이전 시점에는 완성되어야 할 것이다.

확정될 때까지 무죄로 추정된다고 규정하고 있으며 실제로도 재판 도중 법관이 유죄의 심증을 형성하였다고 하여 이 후 절차에서 피고인을 범죄인 취급하여서도 아니될 것이다. 더 나아가 비록 1심이나 2심에서 유죄의 판결을 받았다고 하더라도 상소하여 상급심이 계속 중인 때에는 무죄추정의 원칙이 계속 적용되어야 함이 명백하다.

결국 무죄추정 원칙이 증거법 영역에 직접 적용된다는 견해는 추정 이론에 비추어 볼 때 그대로 받아들이기 어렵다.

둘째 무죄추정 원칙은 형사소송법 제275조의 2에 규정되어 있는데 이는 형사소송법 제2편 제1심, 제3장 공판, 제1절 공판준비와 공판절차 편에 속해 있다. 법규의 의미나 적용범위의 해석에 있어 그 규정된 위치 역시 매우 중요한 의미를 가진다. 통설적 견해와 같이 무죄추정원칙이 증거법상 추정원리로만 아니라 인신구속의 제한원리 및 형사절차상 불이익 처우의 금지원리 모두로 작용한다면 제1편 총칙 제9장 혹은 제10장에서 피고인의 구속, 압수수색 등과 관련하여 규정하였어야 옳으며 이진국 박사의 견해와 같이 무죄추정원칙이 직접 적용되는 영역이 증거법만이라고 한다면 제2편 제3장 제2절 증거편에 자유심증주의와 관련하여 규정하였어야 옳다.¹²⁾

이러한 점에 비추어 보면 무죄추정의 원칙을 입법한 입법자들은 무죄추정의 원칙을 인신구속의 제한 원리 혹은 불이익 처우의 금지 원리로 생각한 것도 아니고 증거법상의 추정 원리로 생각한 것도 아니다. 입법자들은 공판준비와 공판절차 편에 규정함으로써 공판을 준비하거나 공판을 진행함에 있어 비록 범죄의 혐의가 있어 재판을 받고 있는 피고인이지만 유죄의 판결이 확정된 것이 아니라면 유죄임을 전제로 하는 어떤 처분이나 처우를 하여서는 아니된다는 의미로 무죄추정 원칙을 입법한 것이며 입법자들의 그와 같은 의도는 법 해석에 있어 충분히 존중되어야 할 것이다.

12) 무죄추정의 원칙을 증거법적 영역에서 파악한다면 이는 형사소송법 제308조 소정의 자유심증주의와 밀접한 관련을 가진 것으로 보인다.

셋째 증거법상 추정이란 갑 사실이 입증된 경우 이로부터 을 사실을 추론하는 것이므로 추론의 전제가 되는 사실의 존재를 필수적 요건으로 한다. 그런데 무죄 추정의 경우 피고인이 무죄라고 추론하는 전제사실이 무엇인지 불명확하다. 어떤 사실이 입증된 경우 피고인을 무죄라고 추정한다는 의미일까? 무죄추정의 경우에는 ‘어떤 사실이 입증된 경우’라는 적극적 사실을 전제사실로 할 것이 아니라 ‘유죄 판결의 확정이 있기 전까지’라는 소극적 사실을 전제사실로 하여야 하며 굳이 이를 추정의 틀에 맞추려 한다면 ‘유죄 판결이 확정되지 않았다는 사실이 입증된 경우’로 전환하여야 한다. 그러나 소극적 사실을 전제사실로 하여 추정 이론을 전개하는 것도 이상하고 유죄 판결이 확정되지 않았다는 사실을 피고인 측에서 입증하여야 피고인이 무죄의 추정을 받을 수 있다는 이론 구성도 터무니없다. 이와 관련한 입증책임이 있다면 오히려 검사에게 유죄판결이 확정되었다는 사실을 입증할 책임이 있을 뿐이다. 이런 점에 비추어 보아도 무죄추정의 원칙을 증거법상 영역의 추정 원리로 파악하는 것은 무리가 있다.

한편 형사소송에서는 법률상 추정이 허용되지 않는다는 통설적 견해¹³⁾에 따를 때에는 무죄추정을 법률상 추정으로 인정하는 것 자체가 모순적이 되며 혹 피고인에게 불리한 법률상 추정은 허용되지 아니하나 피고인에게 유리한 법률상 추정은 허용된다는 견해를 취한다면 피고인에게 불리한 것은 허용되지 않고 유리한 것은 허용되는 이론적 근거가 무엇인가라는 비판에 직면하게 될 것이다. 그러나 형사소송에서도 매우 엄격한 조건하에 예외적으로 법률상 추정이 허용될 수 있다는 필자의 견해¹⁴⁾에 의할 때에는 법률상 추정 자체의 허용 여부는 크게 문제되지 아니한다. 다만 지금까지 살핀 바와 같이 무죄추정을 증거법상의 추정원리로 파악하는 것 자체가 문제라는 것이 필자의 졸견이다.

13) 이재상, 전게서, 458면; 배종대/이상돈, 전게서, 542면.

14) 줄고, 전게 논문, 66면 이하

3. 유무죄의 확신을 가지지 못한 경우의 판단의 기준

‘무죄 추정’이란 반대사실의 입증이 있기 전까지는 무죄로 추론하라는 증거법상 개념으로서의 ‘추정’이 아니라 유죄 판결이 확정될 때까지는 ‘무죄인 사람으로 대우하라’는 행동 지침일 뿐이다. 다시 말하면 무죄추정 원칙은 증거법상의 유무죄 판단과는 직접 관련이 없다.

무죄추정 원칙이 증거법상의 유무죄 판단과 직접 관련이 없다면 법관이 증거조사 결과 유무죄의 확신을 가지지 못한 경우 판단의 기준을 어디에서 구할 것인가? 이에 대하여는 우리 형사소송법에 직접 근거 규정이 없고 확립된 법 원칙으로서의 *in dubio pro reo* 법칙이 이념적 근거가 된다고 해석될 뿐이며¹⁵⁾ 무죄추정 원칙은 *in dubio pro reo* 법칙에 대하여 이념적 기초를 제공한다는 간접적 의미가 있을 뿐이다.

Ⅲ. 무죄추정 원칙이 인신구속 제한 원리로서 작용하는지

1. 무죄추정의 의미

통설은 무죄 추정 원칙이 인신구속의 제한 원리가 된다는 전제 하에서 피의자에 대한 수사와 피고인에 대한 재판은 원칙적으로 불구속으로 행하여져야 하고 구속은 도주 및 증거인멸의 우려가 있는 경우에 예외적으로 허용되어야 한다고 주장하고 있으며¹⁶⁾ 헌법재판소 역시 ‘무죄추정의 원칙

15) 배종대/이상돈, 전제서, 678-679면에도 ‘이 원칙을 선언한 명문 규정은 없지만 - 확고한 법 전통으로 자리잡고 있다. 이론적으로는 책임원칙과 제308조의 결합에서 그 법률적 근거를 인정할 수 있다. 그밖에 헌법 제27조 제4항과 형사소송법 제275조의 2에 규정된 무죄추정 원칙으로부터 도출할 수도 있다’라고 기재되어 있는 바, 같은 견해로 보인다.

은 증거법에 국한된 원칙이 아니라 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전 과정을 지배하는 지도원리로서 인신의 구속 자체를 제한하는 원리로 작용한다'고 판시함으로써¹⁷⁾ 같은 취지임을 명백히 하고 있다. 그 밖에 학설에 따라서는 무죄추정 원칙이 형사보상청구권의 보장, 미결구금일수의 구속기간 산입, 보석 등도 무죄추정 원칙의 표현이라고 해석한다.

이에 반하여 '무죄추정 원칙에서 금지하는 것은 유죄의 판결 확정 이전에 사회윤리적 반가치 판단이 담겨있는 형벌 또는 형벌에 준하는 처분을 과하는 것일 뿐이며 인신구속 자체는 무죄추정 원칙의 적용 대상이 되지 않는다'는 주장이 제기되고 있는데¹⁸⁾ 이는 신현주 교수님의 견해와도 일치한다고 생각된다.¹⁹⁾

인신구속 자체는 무죄추정 원칙의 적용 대상이 되지 않는다는 위 견해는 일면 옳고 일면 그르다. 무죄추정 원칙은 유죄판결 확정 전에는 무죄로 추정하여 '유죄임을 전제로 하는 처분'을 과하지 못한다는 의미임이 분명하며 '유죄임을 전제로 하는 처분'에 형벌은 제1차적으로 해당된다. 형벌이란 유죄 판결이 확정된 경우 판결 내용에 따라 부과하게 되는 불이익 처분으로서 형법 제41조 소정의 9가지 처분이다. 따라서 유죄의 판결이 확정되기 전에 피고인²⁰⁾에 대하여 징역이나 벌금 등의 형벌을 집행하는 것은

16) 이재상, 전게서, 104면; 신양균, 전게서, 34면 등.

17) 헌재 2003. 11. 27. 2002 헌마193 등.

18) 이진국, 전게논문, 53면 이하.

19) 신현주, 전게서, 137면에는 '불구속 수사의 원칙을 무죄추정 원칙의 내용에 포함시키는 것은 무죄추정의 원칙에 대한 오해의 결과이다. 무죄추정의 원칙은 유죄 확정 이전에 유죄 확정자로서의 처우를 금지하는 것이지 유죄 확정 전에는 전혀 불이익을 줄 수 없다는 것은 아니다'라고 기재되어 있다.

20) 우리나라의 통설과 판례가 무죄추정 원칙의 수범자를 피고인뿐만 아니라 피의자에게로 확장하는 점에 대하여 이진국 박사는 피의자에 대하여 무죄를 추정한다 하더라도 제도적으로 혹은 현실적으로 인신구속을 피할 수 없다는 모순관계를 설명하기 어렵기 때문에 무죄추정 원칙의 수범자를 헌법 및 형사소송법 법문에 따라 '피고인'에 한정함이 상당하다는 견해를 취하고 있으나 이는 이진국 박사가 무죄추정 원칙의 적용 범위를 증거법상 추정 원리로만 한정시키기 때문에 피의자에 대한 적용 가능성이 애초부터 없다는 점과 더욱 더 밀접한 관련이 있다고 보여진다. 이진국, 전게 논문, 60면. 그러나 이

명백히 무죄추정이 원칙에 반한다. 이러한 점에 비추어 보면 벌금형의 집행 역시 판결이 확정된 후에 집행하는 것이 옳으며 형 확정 후의 집행 편의를 위해 시행되던 벌금 예납제도²¹⁾가 무죄추정 원칙에 반한다는 점은 명백해 보인다.

2. 인신구속과 무죄추정

인신구속의 문제는 좀더 세심한 검토를 필요로 한다. 수사상 혹은 재판 과정에서의 인신구속은 유죄 여부를 밝히기 위한 처분이지 유죄임을 전제로 하는 처분이 아니다. 따라서 인신구속은 원칙적으로 무죄추정의 원칙이 아니라 적정절차의 원칙, 비례성의 원칙 등의 규율을 받는다고 봄이 합리적이고 더욱 적절한 것도 사실이다. 무죄추정의 원칙에 의하여 인신구속이 제한되어야 한다는 통설은 수사기관이 충분하고도 구체적 사실에 근거를 둔 혐의에 의하여 수사를 개시하여야 하고²²⁾ 체포와 구속의 경우 ‘피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유’가 있는 경우에만 허용된다²³⁾는 형사소송법 규정과도 조화되기 어렵다. ‘충분하고도 구체적 사실에 근거를 둔 혐의’나 ‘피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유’의 존재로서 통설이 의미하는 무죄추정은 이미 상당 부분 깨어진 것이 사실이기 때문이다.

다만 인신구속이 유죄 여부를 밝히기 위한 목적 이외의 목적, 예컨대 피의자 혹은 피고인에게 고통 혹은 반성의 기회를 주기 위한 목적으로 집행되고 있거나 행형 목적 달성을 위하여 기결수에 대해 행하여지는 처

러한 견해는 피의자에 대하여도 형벌 혹은 형벌 유사의 불이익 처분을 과할 수 없는 이유가 적정절차의 원칙이나 비례성의 원칙 때문이 아니라 무죄 추정의 원칙이라고 본다면 피의자 역시 무죄추정 원칙의 수범자가 되어야 할 것으로 생각된다.

21) 그와 같은 취지에서 벌금 예납제도는 2002.에 폐지되었다.

22) 이재상, 전거서, 173면; 배종대/이상돈, 전거서, 179면 등.

23) 형사소송법 제200조의 2 제1항, 제201조 제1항.

분을 피의자 혹은 피고인에게 과한다면²⁴⁾ 이는 명백히 형벌로서의 성격이라고 해석되며 결과적으로 유죄 판결 확정 전에 형벌을 과하는 것과 조금도 다르지 않게 되므로 무죄추정의 원칙에 위배된다고 보여진다.

그러나 도주 및 증거인멸의 우려가 크게 없음에도 구속을 하였다거나 석방할 사유가 명백함에도 구속을 유지한다는 등의 경우에는 ‘유죄임을 전제로 한 처분이 집행되었다’는 측면보다는 ‘인신구속의 경우 반드시 지켜야 할 원칙을 위반하였다’는 측면이 더욱더 직접적으로 나타나므로 이러한 경우에는 무죄추정의 원칙을 들고 나올 것이 아니라 적정절차의 원칙 혹은 비례의 원칙을 거론함이 더욱 적절하다고 생각된다. 이러한 논리 구성을 취하는 한 무죄추정의 원칙과 피의자 혹은 피고인에 대한 인신구속이 모순관계에 빠지는 일은 없게 될 것이다.

3. 파생적 사항에 대한 검토

한편 일부 견해가 말하는 형사보상청구권의 보장,²⁵⁾ 미결 구금일수의 본형 산입,²⁶⁾ 집견교통권 보장,²⁷⁾ 보석 제도²⁸⁾ 등이 무죄추정의 원칙에서 직접 도출된다는 점은 쉽게 수긍하기 어렵다. 하나하나 살펴본다.

형사보상청구권은 수사 및 재판과정에 구속되어 있던 자가 불기소 처분

24) 변호인과의 접견시 교도관이 접견 내용을 청취하는 것. 두발의 자유 제한, 변호인 이외의 일반인 접견의 횟수 등을 제한하는 것 등이 이에 해당한다. 지금도 변호인 이외의 일반인 접견시 교도관이 접견 내용을 청취, 기록함으로써 도주 및 증거인멸의 우려를 원천적으로 봉쇄하면서도 접견을 1일 1회로 제한하고 있는데 무죄추정의 원칙이라는 측면에서 재고를 요한다고 보여진다. 다만 인신구속 장소 내에서의 복장 제한은 구속 장소의 관리 목적상 필수적인 조치라고 보여지므로 무죄추정의 원칙에 반하는 것으로는 보여지지 아니하지만 수사나 재판을 받을 동안에는 복장이 제한되지 아니함이 상당하다. 신양균, 전게서, 35면 참조.

25) 신동운, 전게서, 493면.

26) 정동욱, 무죄의 추정, 고시연구 16권 11호(1989. 11), 147면.

27) 이재상, 전게서, 104면.

28) 신현주, 전게서, 37면.

혹은 무죄 판결을 받은 경우 결과적으로 부적절한 구속을 통해 피의자 혹은 피고인이 받은 고통을 국가가 보상해 주려는 제도이지 무죄추정을 받고 있던 피고인을 구속한 것이 잘못되었다는 반성적 고려에서 나온 제도가 아니다. 이를 뒤집어 살펴보면 예컨대 유죄추정의 원칙이 적용되어 피고인이 자신의 결백을 입증하지 못하면 유죄의 판단을 면할 수 없는 법제가 존속한다고 하더라도 구속되어 있던 피고인이 다행히 자신의 결백을 입증하여 무죄의 판단을 받았다면 국가가 위 구속에 대한 보상을 해 주는 것이 법리적으로 당연하고 전혀 이상할 것이 없다. 또한 만일 형사보상청구권이 무죄추정 원칙에서 도출된다면 유죄판결이 이미 확정되어 형사소송법 제275조의2에 따라 무죄추정을 받지 못하는 경우에는 확정 이후 집행된 형에 대하여 형사보상청구권이 인정되지 않아야 옳으나 우리나라 통설은 유죄 판결의 확정에 따라 형이 집행되던 중 상소권 회복에 의한 상소, 재심 또는 비상상고에 의해 무죄판결을 받은 경우 기 집행된 형에 대한 것도 보상의 대상이 된다고 하고 있다²⁹⁾. 이상의 점들을 종합할 때 형사보상청구권이 무죄추정의 원칙에서 도출된다는 견해는 무죄추정의 원칙을 지나치게 넓은 의미로 이해하는 것이라 하겠다.

미결 구금일수를 본형 집행에 산입하는 것 역시 마찬가지이다. 유죄 판결이 확정됨에 따라 형을 집행하여야 하는데 유죄 판결이 확정되기 전에 구속되어 있던 피고인에 대하여는 형평의 견지에서 위 구속기간을 기간 그대로, 혹은 금액으로 환산하여 집행될 형에 산입하여 준다는 취지이지 무죄추정을 받고 있던 피고인을 구속한 것이 잘못되었다는 반성적 고려에서 산입하여 주는 것이 결코 아니다.³⁰⁾ 더욱이 미결 구금일수의 산입은

29) 이재상, 전게서, 727면; 배종대/이상돈, 전게서, 908면; 신양균, 전게서, 1115면; 신현주, 전게서, 893면.

30) 수사 혹은 재판 과정에 적정절차의 원칙 및 비례성의 원칙에 따라 피고인을 구속하였고 재판 결과 유죄 판결이 확정되었다면 도대체 위 구속이 잘못되었다고 볼 이유가 전혀 없는 것이다.

유죄판결의 확정에 따라 효력을 나타내게 되고 유죄판결이 확정되면 그간 받아오던 무죄추정의 효력마저 확정적으로 종료되는데 이때 비로소 무죄추정의 원칙이 작용하여 미결 구금일수를 산입하게 한다는 것은 논리적으로도 옳지 않다. 따라서 미결 구금일수의 본형 산입이 무죄추정 원칙에 연원을 두고 있다는 견해 역시 찬성하기 어렵다.

구속된 피의자 또는 피고인에게 접견교통권을 보장하는 것 자체가 무죄추정 원칙의 구현이라는 견해도 있으나 앞서서도 언급한 바와 같이 변호인을 접견함에 있어 교도관이 접견 내용을 청취하지 못하도록 하는 것은 무죄추정 원칙과 관계가 있으나 접견교통권을 보장하는 것 자체가 무죄추정 원칙의 구현이라는 점은 수긍하기 어렵다. 무죄추정을 받지 아니하는 기결수도 접견교통권 자체는 인정되기 때문이다. 접견교통권은 인권보장이란 형사소송의 이념에서 그 근거를 찾는 것이 적절할 것이라 생각된다.

보석 제도를 무죄추정 원칙에 직결시키는 견해도 있으나 보석을 허가하는 것은 피고인이 무죄로 추정되기 때문이 아니라 도주 및 증거인멸의 우려 등을 종합적으로 고려할 때 굳이 구속 상태에서 재판을 계속할 필요성이 크지 않은 경우 피고인을 석방하여 불구속 상태에서 재판절차를 진행할 수 있도록 하기 위해서이다. 이는 마치 인신구속을 제한하는 원리가 무죄추정의 원칙과 직결되는 것이 아니라 적정절차의 원리, 비례성의 원칙 등과 직결되는 것과 같은 이치이다. 만일 보석이 무죄추정으로 인한 것이라면 유죄의 판결이 확정되기 전까지는 모든 피고인이 무죄추정을 받으므로 모든 피고인에 대하여 보석이 허가되어야 하지만 형사소송법 스스로 이러한 결과는 반대하고 있다. 결국 인신구속 제한이 직접 무죄추정 원칙에서 비롯된 것이 아니라고 보아야 인신구속 제도와 무죄추정 원칙이 모순관계에 들어가지 않는 것과 마찬가지로 이유로 보석 제도를 무죄추정 원칙에 직결시키지 않아야 보석 제한과 무죄추정 원칙이 모순관계에 빠지지 않게 되는 것이다.

4. 소 결

무죄추정 원칙은 유죄의 판결이 확정되기 전에는 피의자 또는 피고인에 대하여 유죄임을 전제로 하는 처분이나 대우를 하여서는 아니된다는 원칙이다. 따라서 유죄임을 전제로 하는 처분이 아니라 유·무죄를 밝히기 위한 처분인 인신구속 자체는 무죄추정 원칙과 직결되지 아니한다. 다만 인신구속 제도가 유·무죄를 밝히기 위한 처분으로서가 아니라 유죄임을 전제로 하는 처분으로 운용된다면 이는 명백히 무죄추정의 원칙에 반한다. 이러한 법리는 인신구속에 대하여만 적용되는 것이 아니라 자격형, 재산형의 집행에도 그대로 적용되어야 한다. 다만 보안처분에도 동일하게 적용되는가에 대하여는 더 깊은 연구를 필요로 한다고 보이며³¹⁾ 이에 대한 상세한 논의는 다음 기회로 미루고자 한다.

IV. 무죄추정 원칙이 형사상 불이익 처우 제한 원리로 작용하는지

1. 형사상 불이익 처우

무죄추정 원칙이 금하는 것은 유죄의 판결 확정 전에 유죄임을 전제로 하는 처분 혹은 대우이다. 따라서 유죄를 전제로 하지 않는 불이익 처우는

31) 검사의 보호관찰조건부 기소유예 처분(검찰사건사무규칙 제71조 제2항, 보호관찰등에 관한법률 제15조 제3호)의 경우 보호관찰이라는 보안처분이 법원의 확정판결 없이 집행된다는 점에 대하여는 문제가 될 수 있으며 선도조건부 기소유예(검찰사건사무규칙 제71조 제3항)의 경우 선도위원회 의한 선도조치도 사실상 보안처분적 성격을 가지고 있는 것이 사실이다. 다만 무죄 판결과 함께 치료감호라는 보안처분이 과하여지는 경우도 있으므로(사회보호법 제8조 제1항 제1호) 모든 보안처분이 형벌과 마찬가지로 유죄 판결의 확정을 전제로 부과되는 것이 아니라는 점은 명백하다.

무죄추정 원칙이 아닌 다른 원리들에 의해 직접 통제된다고 해석하여야 한다. 유죄를 전제로 하는 형사상 불이익 처우에는 앞에서 거론된 여러 사례 외에도 피의사실의 공표, 피고인에 대한 반성문 작성 강요, 미결 수용자에 대한 노역 강제 등을 생각할 수 있을 것이다.

일부 견해는 예단 배제와 공소장 일본주의도 무죄추정 원칙에서 도출되고³²⁾ 피고인에게 진술을 강요한다거나 고문이나 모욕적인 신문을 하지 못하도록 하는 것도 무죄추정 원칙에 기초를 두고 있다고 보고 있다.³³⁾ 그러나 위와 같은 원리들이 모두 직접 무죄추정 원칙에서 도출된다고 보이지는 아니한다.

우선 예단 배제와 공소장 일본주의는 공평한 재판의 이념에 근거에서 도출되는 것이고 유죄 판결의 확정에 의해 무죄추정을 받지 못하게 된 자³⁴⁾에 대하여도 예단은 배제되어야 하기 때문에 예단 배제와 공소장 일본주의는 무죄추정의 원칙에 직접 도출된다고 보기 어렵다.

피고인에게 진술을 강요한다거나 고문이나 모욕적인 신문을 하지 못하도록 하는 것 역시 인권 보호 이념에서 비롯된 것이지 무죄추정의 원칙과는 직접 관련이 없다. 무죄추정을 받지 아니하는 재심청구자, 더 나아가 기결수에 대하여도 진술 강요나 고문 등은 있을 수 없기 때문이다.

2. 형사 외적인 불이익 처분

오히려 문제가 되는 것은 유죄의 판결 확정 전에 그와 관련한 형사 외적

32) 이재상, 전게서 105면; 신양균, 전게서, 35면.

33) 이재상, 상게서, 같은 면; 신양균, 상게서, 같은 면.

34) 재심청구자에게도 무죄추정 원칙이 적용되는가에 대하여는 견해 대립이 있으나 헌법과 형사소송법에서도 유죄판결이 확정되기 전이라는 점을 명백히 하고 있고 재심 사유로서 '유죄임을 의심케 할 증거'가 아니라 '무죄 등을 인정할 명백한 증거'를 요구하고 있을 뿐만 아니라 일단 유죄 판결이 확정된 자에 대하여 재심이 제기되었다고 하여 다시 무죄추정에서부터 출발한다면 유죄의 확정 판결에 대한 법적 안정성을 크게 해하게 되기 때문에 재심청구자에게는 무죄추정 원칙이 적용되지 않는다고 생각된다.

인 불이익 처분을 주는 것 역시 헌법과 형사소송법이 규정하는 무죄추정 원칙에 반하는가 하는 것이다. 이에 대하여 무죄추정의 원칙이 형사피고인 또는 피의자에게 형벌적 처분을 하는 것을 금하는 원리일 뿐 형사 외적인 불이익 처분 모두에 적용될 원리는 아니라는 견해와 무죄추정의 원칙이 헌법상 보호되고 있는 국민의 기본권으로서 형사절차상의 불이익뿐만 아니라 일체의 생활 영역에 적용되어 형사 외적인 불이익 처분도 금하는 효력을 발휘한다고 보는 견해가 대립하고 있으며³⁵⁾ 헌법재판소는 ‘법무부장관은 형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대하여 그 판결이 확정될 때까지 업무정지를 명할 수 있다’고 규정한 변호사법 제15조를 직업선택의 자유를 규정한 헌법 제15조 및 무죄추정의 원칙을 규정한 헌법 제27조 제4항에 위반한 것이라고 판단³⁶⁾함으로써 무죄추정 원칙이 형사 외적인 불이익 처분을 주는 것 역시 금하는 원리라는 취지를 분명히 하고 있다.

유죄판결 확정 전에 피의자 혹은 피고인에게 과하여지는 불이익 처분이 반드시 형벌의 형태로 나타나지 않더라도 그와 유사한 정도로 국민에게 직접 불이익을 주는 처분이라면 이를 부과하지 않는 것이 무죄추정 원칙의 이념에 부합하고 그렇게 해석하는 것이 무죄추정 원칙을 형사소송법뿐만 아니라 헌법에까지 명기해 놓은 취지와도 일치할 것이다. 그러나 국민에게 불이익을 주는 모든 형태의 처분에 대하여 무죄추정의 원칙이 적용된다고 해석하는 것은 곤란하다.³⁷⁾ 예컨대 음주운전으로 인하여 도로교통법 위반의 형사처벌과 운전면허 정지나 취소 등의 행정처분이 병행적으로 작동하는 경우 반드시 형사절차상 유죄의 판결이 확정된 후에 행정처분이 과하여져야 한다는 식으로 무죄추정 원칙이 확대 적용되어서는 곤란하다.

35) 이와 관련하여 아래에서 설명할 신동운 교수님의 논문 외에는 국내 문헌에서 크게 다루고 있지 아니한 것이 아쉽게 느껴진다.

36) 헌재 1990.11.19. 90헌가48.

37) 만일 그렇게 해석한다면 모든 행정기관은 국민에 대한 대부분의 처분 전에 형사사법기관의 결정을 지켜보고 그 판단에 따라야 한다는 사법, 더 좁혀서 형사사법 만능주의라는 결과에 이르게 된다.

이 때문에 어떤 불이익 처분이 무죄추정의 원칙에서 금하는 형벌 유사의 불이익 처분에 해당할 것인가 하는 문제가 발생한다.

이와 관련하여 신동운 교수님은 ‘① 유죄 인정의 효과로서 과하여지는 ② 사회윤리적인 무가치판단을 그 기초로 깔고 있는 처분’이라는 두 가지 기준을 제시하고 있다.³⁸⁾ 적절하다고 생각된다. 위 기준에 비추어 행정상의 불이익 처분이 유죄 인정의 효과로서 과하여지고 사회윤리적인 무가치판단을 그 기초로 깔고 있는 처분이라면 이는 명백히 무죄추정 원칙이 말하는 불이익 처분에 해당하므로 유죄판결 확정 전에는 그러한 처분을 내릴 수 없게 될 것이고 행정상의 불이익 처분이 유죄 인정의 효과와 무관하고 사회윤리적 무가치판단을 그 기초로 깔고 있지도 않다면 이는 무죄추정 원칙 적용 범위 밖이므로 반드시 유죄판결이 확정된 후에 처분을 하여야 하는 것이 아니라고 볼 것이다. 그렇다면 헌법재판소 결정례가 다른 업무 정지의 사안은 비위행위 자체로써 징계 등의 불이익을 과하는 것이 아니라 형사사건으로 공소가 제기되었음을 전제로 불이익을 과하는 것이고 더욱이 변호사법 제15조 단서에서 약식명령 청구의 경우에는 그와 같은 불이익을 면하도록 규정함으로써 검찰에서 의도 혹은 예상하고 있는 형벌의 정도에 따라 불이익 부과 여부가 달라진다는 점까지 고려하면 이는 명백히 사회윤리적인 무가치판단을 그 기초로 깔고 있는 유죄 인정의 효과라 할 것이므로 무죄추정의 원칙에 따라 유죄판결 확정 전에는 부과할 수 없는 처분이라 봄이 상당하다. 그러나 음주운전으로 인한 운전면허 취소 등의 처분은 도로교통법 제78조 제1항 제8호의2 규정에 따라 ‘같은 법 제41조 제1항의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 운전을 한 때’에 곧바로 내릴 수 있도록 되어 있고 공소제기 기타 형사절차, 즉 사회윤리적인 무가치판단이나 유죄인정의 효과와 아무런 관련이 없으므로 이러한 처분의 경우에는 무죄추정의 원칙이 적용될 여지가 없다고 할 것이다.

38) 신동운, 무죄추정의 원칙, 헌법재판자료 4집(1991. 12), 346면.

V. 결 론

역사는 사인 곡선처럼 개혁과 반동을 반복하면서 발전하는 것이라 보여지며 국민의 기본권 역시 마찬가지이다. 종래 국민의 기본권이 제대로 보장받지 못하던 시절이 있었으며 기본권이 실질적으로 보장되기 시작하자 과거 억눌렸던 기본권에 대한 보상이라도 받으려는 듯 기본권의 의미와 적용범위를 너무 넓게 해석하려는 경향이 없지 않은 것이 사실이다. 그러나 이러한 해석은 자칫 기본권의 의미를 희석시켜 공허한 것으로 만들고 그 실효성을 떨어트릴 수도 있다.

무죄추정의 원칙 역시 마찬가지이다. 과거 무죄추정이라는 기본권적 권리가 실질적으로 보장받지 못하던 시절이 있었고 그 후 무죄추정 원칙이 형사소송법은 물론이고 헌법상의 기본권으로 확인받게 되었으나 규정이 너무 간단하고 추상적이어서 그 의미와 적용범위에 대하여는 상당 부분 학설과 판례에 의존하게 되었으며 그 과정에 우리나라의 학설과 판례는 무죄추정 원칙의 의미와 적용 범위를 너무나 넓게 잡아 형사절차 전반은 물론이고 모든 형사 외적인 불이익 처분에까지 확대 적용하려는 경향을 보이고 있다. 무죄추정의 원칙이 넓게 적용된다면 형사피의자나 피고인에게 일견 유리하게 보일지 모르지만 무죄추정의 진정한 의미가 희석되고 보호받아야 할 권리의 실체가 불분명해지는 부작용이 발생한다. 더욱이 형사피의자나 피고인이 아무리 무죄추정 원칙이라는 보호막을 둘러쓰고 있다고 하여도 인신구속 기타의 강제처분이 과하여질 수 있다는 점은 누구도 부인할 수 없게 되며 이러한 과정에 무죄추정 원칙과 강제수사 제도와 의 모순 갈등만 야기된다.

무죄추정의 원칙이 추상적, 이념적 혹은 훈시적 규정이 아닐진대 무죄추정의 정확한 의미와 무죄추정 원칙이 직접 적용되어야 할 영역을 분명

히 하는 것이 매우 중요하며 이러한 점에서 인신구속과 관련하여서는 적정절차의 원리, 비례성의 원칙 등이 적용될 뿐 무죄추정의 원칙이 직접 적용된다고 하기 어렵다고 지적한 이진국 박사의 견해는 매우 의미있다고 감히 생각한다. 다만 무죄 추정 원칙이 증거법 영역에서의 추정 원리로서 작용하는지, 무죄추정 원칙이 말하는 불이익 처분의 내용이 무엇인지 등에 관하여는 이진국 박사와 다른 견해를 제시하면서 이와 관련한 더 깊은 논의를 기대한다.

주제어 : 무죄추정, 인신구속, 의심스러울 때에는 피고인의 이익으로

A Study Regarding Application Range of the Presumption of Innocence Principle

Kim, Jeong-Han*

The constitutional law and the criminal action law of our country clarify the presumption of innocence principle. But the application range of the presumption of innocence principles has been controversial not only in our country but also in foreign countries.

The common opinion of our country is that the presumption of innocence principle works on the basis of assumption principle of evidence law, restriction principle of the arrest of a criminal suspect and the principle of banning disadvantage in the process of criminal action. In the past, the basic right of the presumption of innocence principle was not practically guaranteed. Even after the presumption of innocence principle got clarified as one of the basic rights in constitutional law as well as in criminal action law, the regulations were so simple and abstract that its meaning and application range have mostly depended on the theories and precedent cases. In the meantime, our common knowledge and precedent cases seemed to show that it stretched the law in its favor to the whole criminal action process as well as an unwarrantable proceeding measure. If the presumption of innocence principle is applied widely, it might seem advantageous to the suspect and the accused. But the real meaning of the presumption of

* Lawyer of Gyeongbuk Samil Law Office.

innocence principle gets unclear and it affects the essence of right which is to be protected. In addition, however well protected the suspect and the accused are with the presumption of innocence principle, nobody can deny that compulsory action like the arrest of criminal suspect could be excessive. So the contradiction and conflict are caused between the presumption of innocence principle and the compulsory investigation.

The presumption of innocence principle is not abstract, ideological and instructive so it is crucial to make their meaning and applicable range clear. According to this, I dare to think that Dr Lee Jin Gook's view contending that the arrest of criminal suspect doesn't apply to the presumption of innocence principle but the principle of proper procedure and the principle of proportionality meaningful. I merely expect a deeper discussion on this, presenting a different opinion from that of Dr Lee's about whether the presumption of innocence principle works as assumption principle in the of evidence law and what unwarrantable proceeding measure means in the presumption of innocence principle.

Keywords : Presumption of innocence, Detention, In dubio pro reo

■ 논문

최응렬/정우일/차훈진 / 회복적 사법의 도입방안에 관한
연구 - 캐나다 경찰의 비사법 처분을 중심으로
박순진 / 청소년 폭력 비행에 있어서 피해-가해 연계의
변화

이진국 / 소년보호대상의 범위에 관한 형사정책적 검토
박기석 / 폭력행위등처벌에관한법률의 개정론과 폐지론 -
형사특별법의 전반적 정비 관점에서

김혜경 / 자수 규정에 관한 고찰

윤동호 / 행정제재와 형사제재 병과의 이론과 현실

이창섭 / 준강도죄에 관한 소고

김성언 / '치안활동의 구조변동'에 대한 담론의 지형과 쟁점
- 위험, 시장, 계약적 통치

김은경 / 한국 마약류 사용사범 특성 연구

김정한 / 무죄추정 원칙에 적용 범위에 관한 소고

刊行物出版委員會

委員長：趙 炳 仁 (韓國刑事政策研究院 先任研究委員)

委 員：吳 英 根 (漢陽大學校 法科大學 教授)

李 淳 來 (圓光大學校 警察行政學科 教授)

鄭 賢 美 (梨花女子大學校 法科大學 教授)

金 成 彥 (慶南大學校 法行政學部 教授)

金 恩 璟 (韓國刑事政策研究院 青少年犯罪研究室長)

申 東 逸 (韓國刑事政策研究院 Cyber犯罪研究室長)

卓 姬 成 (韓國刑事政策研究院 研究委員)

金 芝 璿 (韓國刑事政策研究院 研究委員)

都 重 珍 (韓國刑事政策研究院 研究委員)

李 天 鉉 (韓國刑事政策研究院 研究委員)

幹 事：金 能 謙 (韓國刑事政策研究院 出版擔當)

형사정책연구

刑事政策研究는 刑事政策分野에 관한 論文, 書評, 翻譯 등을 수록하는 研究 學術誌입니다.

本誌의 발간목적은 學界와 實務界에서 이 분야에 관심을 가지고 계시는 분들에게 자유로운 發表의 紙面을 提供함으로써 研究意慾을 북돋우고 刑事政策分野의 學問的 發展을 圖謀하는데 있습니다.

本誌에 收錄된 논문의 意見은 韓國刑事政策研究院의 公式見解가 아니고 筆者 個人的 意見입니다. 本誌의 내용은 出處 및 執筆者를 명시하는 한 자유로이 引用할 수 있습니다.

[本誌는 韓國學術振興財團 學術誌評價를 받는 登載誌임을 밝힘]

형사정책연구

제17권 제1호(통권 제65호, 2006-봄호)

발행인 : 이 태 훈

발행처 : 한국형사정책연구원

서울시 서초구 우면동 142

전화 (02) 575-5282-9

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2006년 3월 31일

인 쇄 : 화신문화(주) (02) 2277-0624

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

구독문의 : 출판실(02-571-0363)

[정가 : 7,000원]

학술지 [형사정책연구] 투고안내

학술연구지 [형사정책연구]는 학술진흥재단의 등재지로서 제17권 제2호 (통권 제66호, 2006·여름호)에 게재할 학술논문을 아래와 같이 모집합니다.

1. 제출 및 게재

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

2. 논문작성 요령

- 1) 한자의 혼용여부 : 국·한문 혼용원칙으로 하되 필요한 경우 영문 또는 독문도 괄호 안에 넣을 수 있다.
- 2) 주 처리방법 : 각주는 논문 하단에 위치하되 일련번호를 명시한다.
- 3) 단위의 표기 : I., 1., 가., 1), 가) 순으로 구성하며. 제목 위, 아래 한행씩을 띄어준다.
- 4) 표와 그림은 구분하여 일련번호를 명시한다. 표의 제목은 표의 상단 좌측부터 시작하고, 그림제목은 하단의 중앙에 반드시 위치하도록 한다.
- 5) 참고문헌 : 국내, 구미, 일본의 순으로 저자별 가나다 및 알파벳순으로 하되 단행본, 논문의 순으로 정리, 단 구미문헌의 경우에는 저자의 성을 먼저 기록한 후 이름을 기록하고 책명, 발행년도 순으로 구성한다.
- 6) 요약 및 주제어 : 영문(독문)으로 요약, 논문제목, 성명, 소속 및 직책을 반드시 작성을 해야 하며, 본문 맨 뒤에 국·영문 주제어를 표기한다.

3. 원고분량 : A4용지 80컬럼(한글 신명조 11포인트) 27행(행간 180%)의 20매 내외(원고분량이 25매 이상은 접수를 하지 않습니다)

4. 투고기간 : 2006년 5월 15일(월)까지(6월말 발간예정)

5. 보내실 곳 : 137-715 서울시 서초구 우면동 142
한국형사정책연구원 출판실(담당 : 김능검)
전화 : 02-571-0363, 3460-5153, 팩스 : 02-571-7488
e-mail : kneky@kic.re.kr, kneky@hanmail.net