형사정책연구 Korean Criminological Review
제24권 제2호(통권 제94호, 2013 · 여름호)

스토킹 처벌규정 도입에 대한 고찰

이 원 상*

국 | 문 | 요 | 약

최근 경범죄 처벌법에 스토킹에 대한 규정이 도입되면서 스토킹 처벌에 대한 논쟁이 다시금 불을 지피게 되었다. 일부에서는 경범죄 처벌법상 규정된 행위를 스토킹으로 처벌하는 것은 문제가 있다는 견해를 보이는 반면, 다른 일부에서는 스토킹을 처벌하는 규정이 없는 상황에서 경범죄 처벌법에서라도 스토킹을 처벌하는 규정을 두어 스토킹이 범죄라는 사실을 명확히 하는 것은 매우 의미 있는 것이라고 주장하기도 한다. 다만 어떤 견해에 따르더라도 최근 스토킹 행위로 인한 피해발생에 있어 어떤 식으로든 대책이 있어야 한다는 것에 대해서는 큰 이견이 없는 것 같다. 그 대책들 가운데 강력한 수단으로 형사처벌을 들 수 있다. 따라서 이 글에서는 이제까지 논의되어 온 스토킹 처벌논의에 대해 고찰해보고, 개선적인 입법안을 고려해 보는 것에 목적을 두고 있다.

그에 따르면 스토킹 행위의 처벌이 필요하다고 하더라도 현행 경범죄 처벌법에서처럼 규정하는 것은 적절하지 않다고 생각된다. 현행처럼 경범죄 처벌법으로 스토킹을 규율하는 것은 오히려 스토커의 분노를 야기하여 보다 강력한 제2차 범행이 발생할 위험이 있고, 일상적인 구애나 작은 에피소드들이 사법기관의 자의적인 판단에 의해 처벌될 수도 있으며, 정작 처벌이 필요한 스토킹 행위는 처벌되지 못하는 문제가 발생할 수 있기 때문이다. 더욱이 경범죄 처벌법은 그 법률 자체가 문제시 되기 때문에 더더욱 경범죄 처벌법에서 규정하는 것은 문제가 될 수 있다.

그래서 스토킹 처벌에 대한 합리적인 해결을 위해 우선 스토킹 행위가운데 처벌 필요성이 있는 행위에 대한 기준을 고찰해 보았다. 그 기준으로는 피해자를 괴롭히려는 목적성, 행위의 근접성, 행위의 반복 · 지속으로 인한 피해의 축적성, 피해자에게 성가심을 넘어서는 공포나 두려움 유발성 등이 필요하다고 할 것이다. 또한 행위의 근접성은 없지만 우편이나 전화 등과 같은 원격성을 가진 스토킹이 가능하며, 사이버스토킹의 경우 이메일이나 SMS, 홈페이지 등과 같은 정보통신망을 이용하는 때에는 사이버공간의 특성상 그 피해범위가 확장되기 때문에 양형에서 그 불법을 고려할 필요가 있다. 그와 함께 그 피해의 대상은 스토커를 당하는 사람 뿐 아니라 그 측근도 될 수 있다는 점을 고려하여야 한다. 이런 점들을 고려하여 이 글에서는 판덱텐 시스템과 사안중심적 입법체계의 경우를 나누어 입법안을 제시해 보았다.

* 조선대학교 법과대학 법학과 조교수.

❖ 주제어 : 스토킹, 사이버스토킹, 범죄화, 보호법익, 경범죄 처벌법, 판덱텐시스템

I. 서론

사람이 사람에 대해 좋은 감정을 갖는 것은 자유이다. 그로 인해 좋아하는 사람의 집 앞으로 찾아가 꽃을 준다거나, 그를 뒤따라가 말을 거는 행위 등을 통해 자신의 감정을 표출하기도 한다. 이런 경우 한 사람의 일방적이었던 감정에 대해 그 상대방이 호응하게 되면 적어도 서로 좋은 관계를 유지하여 친구나 연인이 되기도 하고, 더 나아가 결혼으로 이어 질 수도 있다. 그러나 한쪽의 일방적인 감정과 그에 따른 다양한 표현들에 대해 그 상대방이 호응하지 않거나 거부감을 느끼는 경우에는 문제가 발생하게 된다. 당사자들의 어긋난 감정이나 행위가 단순히 작은 충돌이나 다툼으로 끝날 수도 있지만, 심각해져서 범죄로까지 이어질 수도 있기 때문이다. 이 때 감정표현자의 행위가 살인이나 상해, 폭력, 명예훼손 등과 같은 범죄에 이르게 된다면 해당 규정에 따라 처벌될 수 있다. 하지만 범죄에는 이르지는 않지만 피해자에게 범죄 피해와 같거나 그 이상의 고통을 줄 수 있는 일부 행위는 처벌되지 않고 있다. 그러므로 스토킹의 문제는 감정표현자의 특정 행위 요건과 피해자의 감정 등을 고려한 기준에 의해 범죄화 되어야 할 스토킹 행위를 구분하고, 그에 대한 적절한 처벌규정을 입법하는 것에 주안점을 두어 왔다. 물론 스토킹은 단순히 처벌에 대한 문제만이 다가 아니다. 따라서 사회학이나 심리학 등 여러 학문분야에서 다양한 논문들이 발표되었으며, 여러가지 대응 방안들도 제시되었다.

이런 가운데 스토킹의 처벌에 대한 논의를 다시금 시작하는 이유는 최근 '경범죄 처벌법'에서 스토킹에 대한 내용을 규정하여 비록 낮은 수준이기는 하지만 스토킹에 대한 처벌의 근거가 마련되면서 이제까지 제기되어 왔던 스토킹의 처벌법규 마련에 대한 논의가 새로운 국면을 맞았기 때문이다. 그러나 경범죄 처벌법에 규정된 스토킹 규정은 이제까지 학계에서 요구되었던 처벌규정과는 다소 거리가 있는 것으로 평가되고 있다. 또한 근래에는 소위 '사생팬'[1]이라고 해서 연예인들에게 사실상 스토킹을 가하거나 사이버공간을 통해 스토킹을 하는 문제도 심각한 사회문제로 부

각되고 있는데, 이런 부분에 대해서는 여전히 적절한 대책이 마련되지 않고 있다.

그러므로 본 논문에서는 이제까지 논의되었던 스토킹에 대한 논의들을 분석하여 처벌이 필요한 스토킹의 개념과 범위를 설정하여 처벌되어야 하는 스토킹 및 사이버스토킹 행위에 대한 입법안을 제시해 보고자 한다. 물론 스토킹에 대응하는 방법으로는 형사처벌 이외에도 접근금지명령이나 민사처벌, 심리치료, 전자장비에 의한 감독 등 다양한 방법이 있을 수 있지만, 이 글에서는 형사처벌을 통한 대응 방안에 그 초점을 두고자 한다.

II. 스토킹 처벌규정 도입을 위한 기본개념 정리

1. 스토킹죄의 보호법익

1980년대 말에서부터 1990년대 초, 미국에서 일부 광팬들이 유명 연예인이나 유명 인사를 지속적으로 괴롭히고 있다는 보도가 나가기 시작하면서 그런 현상이 언론으로부터의 집중 조명을 받기 시작하였다. 그리고 그런 행태를 '스토킹'[2]이라는 집합 개념으로 부르기 시작하면서 스토킹은 점차 일반인들에게도 익숙한 용어가 되었다.[3] 따라서 스토킹은 주로 일부 광팬들이 연예인이나 유명 인사들을 향해 집착적인 행위를 행하는 것으로 인식되어 왔다. 하지만 근래에 들어오면서 언론에 보도되는 내용을 보면 스토킹의 가해자나 피해자는 비단 광팬과 유명연예인 또는 유명

1) 최근 한 방송에서 오랫동안 사생팬을 하고 있는 사람이 출연했다. 그에 따르면 사생팬들은 연예인을 좋아하는 마음으로 연예인의 숙소나 연습실, 방송국, 사택 등을 찾아가 그 앞에 진을 치고 있거나 멀리 숨어서 지켜본다고 했다. 또한 소위 말하는 '사생택시'를 타고 연예인의 차를 쫓아가거나 연예인 만지기, 때리기, 머리카락을 뽑기, 물품을 가져가기, 개인정보를 알아내기 등 24시간 내내 연예인을 추격하며 연예인의 주위를 맴돈다고 한다; http://www.tvreport.co.kr/?c=news&m=newsview&idx=327833(2013.5.30 방문).

2) 일반적으로 'stalk'라는 단어의 사전적 의미는 '(사냥감 · 사람 등에) 몰래 접근하다, 가만히 뒤를 밟다'라는 의미를 가지고 있다. 이런 의미의 연장선상에서 사람, 특히 이성을 따라다니거나 추근대는 행위를 일컬어 '스토킹'이라고 칭하게 되었다; Paul E. Mullen/Mechele Pathè/Rosemary Purcell, Stalkers and Their Victims, 2000, 5면.

3) 이기현, "스토킹의 형법적 규제에 관한 비교법적 고찰", 비교형사법연구 제4권 제2호, 2002, 325면.

인사 사이의 문제에만 국한되지 않는다. 일반인들 사이에서도 스토킹으로 인한 폐해가 광범위하게 나타나기 시작하였기 때문이다. 따라서 스토킹의 의미는 점차 일반화 되었으며, 스토킹은 스토커(stalker) 또는 스토킹 행위자가 여러 가지 이유로 인해서 상대방이 싫어함에도 불구하고 어떤 의도를 가지고 계속적이고 반복적으로 따라다니거나 무언가를 보내는 등과 같은 행위를 하는 것이라고 이해되고 있다.[4)]

이와 같은 행위를 형사처벌 해야 한다는 요청이 있다고 하더라도 무조건 처벌규정을 도입할 수는 없다. 우리 형법은 법익보호의 필요성이 있는 경우 비로소 처벌을 규정하고 있기 때문이다. 그러므로 스토킹을 처벌하는 경우 그 보호법익이 무엇인지 살펴볼 필요가 있다. 이에 대해서는 독일의 논의가 도움이 될 수 있다. 독일은 형법에 스토킹 관련 규정을 도입하면서 그 보호법익에 대해 많은 논의를 하였기 때문이다. 우선 독일형법 제238조의 보호법익은 개인적인 생활영역에 있어 피해자의 행위의 자유, 결정의 자유, 더 나아가 생활형성의 자유의 보호를 목적으로 하고 있다.[5)] 이를 좀 더 자세히 살펴보면, 독일에서는 스토킹(Nachstellung)이 형법 제18장의 개인의 자유에 대한 죄(Straftaten gegen die persönliche Freiheit)에 규정되어 있다. 그러므로 스토킹 규정은 기본적으로는 스토커의 행위로 인해 피해자의 행동이나 결정의 자유가 방해를 받는 것과 같이 개인의 자유영역이 침해되는 것을 방지하기 위한 목적을 가지고 있다고 할 수 있다.[6)] 특히 스토킹 규정이 제239조 자유박탈(Freiheitsberaubung)의 바로 앞에 위치하고 있다는 점에서 개인의 자유를 제한하는 것과 관련이 있으며, 스토킹의 결과로 특히 이동의 자유(Fortbewegungsfreiheit)가 제한될 수 있다고 한다.[7)]

이에 반해 스토킹죄의 보호법익을 제241조 협박(Bedrohung)에 대응하여 “공포로부터의 자유(Frei sein vor Furcht)”라고 보는 견해도 있다.[8)] 또한 형법의 단편적인 성격으로 일반적인 인격권이 이제까지 제201조 이하(사생활 및 비밀영역의 침해)

---

4) 박철현/이상용/진수명, 스토킹의 실태와 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000, 15면; 김은경 “스토킹의 피해실태와 그 쟁점들”, 형사정책연구 제14권 제3호, 2003 가을, 91면 이하.

5) Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch, 28 Aufl., 2007, §238 Rn. 1.

6) BT-Drucks. 16/575.

7) Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010, Rn 13.

8) Kinzig/Zander, “Der neue Tatbestand der Nachstellung(238 StGB)”, JA 2007, 481면 이하.

및 제185조 이하 등에서 부분적으로 보호되던 것에서 보다 포괄적인 보호법익으로 보호될 필요가 있다는 점이 강조되기도 한다. 그래서 스토킹죄의 보호법익을 "개인의 법적평온(individuelle Rechtsfrieden)"이라고 보기도 한다.[9] 이런 견해는 스토킹죄를 협박죄와 유사하게 파악하고 있는 것이라고 할 수 있다. 이처럼 독일의 경우 상대적으로 경미한 스토킹에 대해 공통의 보호법익을 설정하려는 노력이 계속되고 있다. 이에 반해 주거침입죄나 성적 강요죄, 모욕죄, 상해죄, 강요죄, 협박죄, 손괴죄 등과 같이 심각한 스토킹의 형태는 상대적으로 경미한 스토킹과는 별개의 보호법익이 요구된다고 할 수 있다.[10] 그래서 독일형법 제238조의 스토킹 규정은 다섯 가지의 스토킹 유형을 설정함으로써 심리적인 테러를 방지하여 개인이 자유로운 삶을 영위할 수 있도록 보장해 주는 것을 주요 목적으로 삼고 있다.[11]

독일에서의 논의를 살펴볼 때, 우선 형법으로 처벌하여야 할 스토킹의 정도를 설정할 필요가 있다고 생각된다. 스토킹죄의 보호법익을 행동의 자유, 생활형성의 자유, 개인의 법적평온 등과 같이 보다 일반적으로 설정할 경우 스토킹의 처벌 범위는 넓어질 수밖에 없다. 따라서 현재의 법제처럼 경범죄 처벌법에 규정하는 것도 적절하게 된다. 그러나 최근 문제가 되고 있는 '사생팬'이나 피해자를 자살에까지 몰아가는 스토킹의 유형을 보면 단지 경범죄로 취급하기에는 다소 문제가 있다. 그리고 스토킹의 처벌에 대한 문제는 경범죄 처벌법 수위의 경미한 스토킹이 아니라 폭행이나 협박, 명예훼손, 모욕 등과 같은 범죄에는 이르지 못하였지만, 적어도 피해자가 정상적인 생활을 영위할 수 없을 정도의 지속적인 두려움이나 공포심을 느끼게 하는 행위나 또는 폭행이나 협방, 명예훼손, 모욕 등과 같은 행위를 집합적으로 처벌하는 것에 그 초점이 있다고 할 수 있다.

따라서 기본적인 스토킹의 행위유형과 성격을 고려해 볼 때, 스토킹죄의 보호법익은 협박죄와 강요죄를 결합하여 고려할 수 있으므로, '의사결정의 자유'와 함께 '의사활동의 자유'를 스토킹죄의 보호법익으로 할 수 있을 것이다. 이로 인해 형법적으로 고려해 볼 수 있는 스토킹의 불법행위는 협박죄와 강요죄를 합쳐놓은 것과

9) Wolfgang Mitsch, "Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch", NJW 2007, 1237면 이하.
10) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010, Rn 14.
11) 위와 동일.

같은 형태가 될 것이며, 다만 그 행위는 협박이나 강요가 아닌 일상적인 행위가 지속·반복됨을 통해 축척되어 상대방에게 협박이나 강요에 상응하는 효과를 유발하게 되는 것이 될 수 있다.

2. 스토킹의 개념요소

스토킹의 개념은 매우 추상적이고 집합적이어서 그 개념의 울타리를 치는 것은 쉽지 않다. 뿐만 아니라 스토킹은 상대적인 개념이기도 하다. 극단적인 예로 잘생기고 멋지고, 돈 많은 사람이 스토킹의 고의로 행위를 하는 경우 상대방은 스토킹으로 생각하지 않을 수 있으며, 그와 반대인 사람이 순수하게 친절 베풀더라도 상대방은 스토킹 행위로 여길 수 있다. 즉, 스토킹은 그것을 인식하는 상대방의 심적 상태에 따라서 달라질 수 있다.

또한 스토킹은 폭력이나 강요를 포함하지 않는 경우도 있다. 하지만 폭력이나 강요가 없다고 하더라도 상대방을 향해 상대방이 원치 않는 일정한 행위를 지속적이고 반복적으로 행할 경우 일상생활의 평온이 침해되거나 공포심이 유발될 수 있다. 더욱이 폭력이나 강요를 사용하지 않던 스토커들도 상대방과의 상호작용 속에서 점차 과격하게 변하게 되어서 보다 위험한 행위를 저지를 수 있으며, 극단으로 치달을 수도 있게 된다.[12] 이처럼 스토킹의 개념은 그 스펙트럼이 매우 넓으며, 그 정도도 다르기 때문에 그를 하나의 법적 개념으로 규정하여 처벌하기에는 어려움이 있다.

그럼에도 외국의 입법례와 우리나라의 법률안, 여러 논문 등을 살펴보면 스토킹의 개념요소들을 추출할 수 있다.[13] 그에 따르면 일반적으로 스토킹은 ①의도나 고의를 가지고 ②따라다니거나 잠복하여 기다리며, ③상대방에게 자신을 드러내는 의사표시(문서, 이메일 등)를 하거나 물건 등을 보내고, ④이런 행위를 최소한 2회 이상 반복함 등이 요구되는 행위로 볼 수 있다.[14] 그리고 이로 인해 피해자가 적어도 지속적인 공포감이나 두려움을 느낄 필요성이 있는데, 이는 단순히 피해자를 성가

12) 이건호, “스토킹 행위에 대한 형사법적 대응과 그 한계”, 형사정책 제16권 제2호, 2004, 124면
13) 이에 대해서는 아래의 IV 이하에서 상세히 살펴볼 것이다.
14) 김태환/정일석, “사이버스토킹의 실태 및 고찰에 관한 연구”, 한국방재학회논문집 제4권 제3호, 2004, 20면.

시게 하거나 귀찮게 하는 행위를 처벌할 수 없기 때문이다. 그런 점을 고려하면 스토킹의 개념요소는 스토킹의 의도(고의), 장소적인 근접성, 상대방이 원치 않는 의사표시 행위, 시간적인 반복성・지속성, 그 행위로 인한 피해자의 공포감이나 두려움 등이 고려될 수 있다. 하지만 장소적인 근접성은 우편이나 편지 등을 통해 극복될 수 있으므로 스토킹에 따라서는 근접성이 필요 없을 수 있으며, 사이버스토킹과 같이 사이버공간을 통해 시간적・장소적 제한을 받지 않는 경우도 고려할 필요가 있다. 그리고 스토킹의 대상도 비단 스토킹 피해자에만 국한되지 않는다. 피해자와 친분관계에 있는 사람도 스토킹의 피해자가 될 수 있기 때문이다. 또한 똑같은 행위도 어떤 사람에게는 공포감이나 두려움을 주지 않는 반면 과거 스토킹 경험 등이 있는 사람의 경우에는 스토킹으로 인식할 수 있으므로 스토킹의 판단에 있어 피해자의 심리상태도 고려할 필요가 있다. 그러므로 스토킹의 처벌규정을 도입함에 있어 이와 같은 개념요소들이 적절히 반영될 필요가 있다.

3. 독립적 유형인 사이버스토킹

사이버스토킹은 스토킹의 독립적 유형이라고 할 수 있다.[15] 스토킹은 피해자가 집안에 있거나 여러 사람들과 함께 있을 경우 그 피해로부터 다소 해방될 수 있지만, 사이버스토킹은 피해자가 사이버공간에 접속해 있다면 그 어떤 곳도 결코 피난처가 될 수 없다. 또한 사이버공간에서는 기술적 방법을 통해 보다 지속적으로 피해자를 괴롭힐 수 있고, 그 피해는 영구적으로 남거나 크게 확산될 수 있다. 그러므로 사이버스토킹은 그 특성을 고려하여 대응 방안을 마련하여야 한다.

15) 경기지방경찰청 사이버수사대가 2011년 4월부터 2개월간 사이버 폭력을 단속한 결과, 사이버명예훼손 사범이 104명에서 343명(230%), 개인정보 침해는 48명에서 185명(285%), 사이버스토킹은 19명에서 94명(395%), 협박 · 공갈은 50명에서 72명(44%), 성폭력은 6건에서 50건(733%)으로 각각 늘었다고 한다; http://www.kyeongin.com/news/articleView.html?idxno=522180#(2013.5.30 방문); 특히 주목할 수 있는 것은 사이버스토킹 범죄가 395%로 가장 증가폭이 높았다는 점이다. 물론 우리나라에서 사이버스토킹은 별도의 구성요건으로서 되어있지 않기 때문에 사이버스토킹에 대한 전국단위의 통계자료는 없다. 다만, 사이버테러대응센터의 통계에 따르면 사이버스토킹이 포함될 수 있는 사이버폭력 범죄가 2003년에는 4,991건이 발생하였으나 2012년에는 15,111건으로 10년 만에 세 배 정도 증가된 것으로 보아 사이버스토킹 범죄도 이에 비례하여 발생하고 있다고 추정할 수는 있을 것이다.

가. 사이버스토킹의 의의

사이버공간도 마치 살아있는 생물처럼 진화하고 있다. 소위 1세대 사이버공간이라고 할 수 있는 하이텔과 천리안, 나우누리와 같은 PC 통신이 성행하던 시기 사이버공간이 모두에게 열린 공간이 아니라 PC 통신 회원들만이 사용을 할 수 있는 제한된 공간이었다. 이 세대에서 익명성은 큰 의미가 없었는데, 비록 ID를 사용하고 있더라도 개인이 누구인지에 대해 쉽게 알 수 있었기 때문이다. 그러다가 WWW(World Wide Web)이 활성화 되면서 사이버공간은 확대되었고, 본격적인 익명성의 시대로 접어들게 되었다. 그러면서 익명성으로 인한 문제점이 발생하기 시작하였고, 그로인해 일부에서는 초기 WWW을 “Wild Wild West”라고 부르기도 하였다.[16] 그리고 현재는 스마트폰이 대중화 되면서 사이버공간은 더욱 확장되었고, 우리는 마치 영화 ‘매트릭스’처럼 늘 사이버공간에 접속해 있게 되었으며, 언제라도 익명의 누군가와 접촉할 수 있게 되었다. 이 뿐 아니라 사이버공간은 기술지배성, 집단성, 무경계성, 전파성 등의 특징도 가지고 있다.[17] 그러므로 사이버스토킹은 그런 사이버공간의 특징을 고스란히 계수하게 된다.

스토커들은 사이버공간에서 편재(omnipräsent)하며 여러 명을 피해자들을 동시에 스토킹을 할 수도 있으며,[18] 사이버공간에 존재하고 있는 피해자에 대한 정보들도 수집할 수 있다.[19] 해킹능력이 뛰어난 스토커는 피해자의 컴퓨터를 해킹하여 그 안의 정보를 취득하기도 하고, 컴퓨터에 장착된 웹캠과 마이크를 작동시켜 피해자의 일거수일투족을 저장할 수도 있다.[20] 이 뿐 아니라 스토커는 구태여 피해자를 직접 괴롭힐 필요가 없는 경우도 만들어 낸다. 피해자의 ID로 다른 사람을 공격하거나

16) Easttom/Taylor, Computder Crime Investigation, and the Law, course technology, 2010, 407면.

17) 이원상, 사이버 범죄에 있어서 형법의 역할과 시스템적 대처방안, 고려대학교 석사학위논문, 2003, 17면 이하.

18) Hilgendorf/Hong, Cyberstalking, Eine neue Variante der Internetkriminalitaet, K&R 2003.

19) “인터넷을 통해서 ‘유리 시민(gäsernen Bürger)’이라는 오래된 끔찍한 이념이 점점 더 현실화 되고 있으며, 점차로 그 끔찍함이 사라지고 있다. 특히 기업들은 관련자들이 적절히 대항하지 못한 채, 거대한 형체를 지닌 인터넷에서 정보를 수집하고 있다.”라는 지적도 있다; Simson Garfinkel, Database Nation. The death of privacy in the 21st Century, 2000 및 Helmut Bäumler(Hrsg.), E-Privacy. Datenschutz im Internet, 2000 참조.

20) http://news.sbs.co.kr/section_news/news_read.jsp?news_id=N1001636342(2013.5.30 방문).

타인을 비방하는 글이나 사진, 동영상 등을 업로드하여 공격당한 사람이나 제3자가 피해자를 공격하도록 꾸밀 수도 있다.[21] 이런 점들을 고려해 볼 때, 사이버스토킹을 "물리적 스토킹의 단순한 연장으로서 인터넷과 같은 전자 매체를 다른 사람에 대한 원치 않는 따라다니기, 괴롭힘 또는 접촉에 사용하는 것"으로 파악하는 것은[22] 사이버스토킹의 특성을 제대로 이해하지 못하는 것이라고 할 수 있는데,[23] 이는 사이버공간을 단지 매체정도로 축소해석하기 때문이다.

나. 사이버스토킹의 행위유형

사이버스토킹은 기본적으로 사이버공간을 매개로 하고 있기 때문에 그 행위유형은 기본적으로 언어적인 표현이나 이미지, 동영상 등과 관련되어 있다. 다만 추후 기술이 발전하여 가상체험이 가능해 질 경우에는 현실공간에서와 같은 행위로 스토킹하는 것도 가능해 질 것이다.[24] 또한 기술지배성으로 인해 해킹을 이용하는 경우도 많다. 이런 점을 고려하여 이제까지 나타나고 있는 사이버스토킹의 행위유형을 구분해 보면 직접적으로 피해자를 대상으로 하는 행위와 제3자를 이용하는 행위, 피해자의 정보를 수집하는 행위 등이 있다.[25]

첫째로, 직접적으로 피해자를 대상으로 하는 행위로는 위협, 피해자 학대, 데이터나 장비에 대한 공격 등이 있다. 위협하는 행위로는 스토커들이 개인 블로그나 게시판, 이메일, SNS 등을 통해 피해자를 위협적인 글이나 사진, 동영상 등을 보내는 행위가 있다. 이런 행위는 단지 피해자에게만 국한되는 것이 아니라 그 가족이나 동료, 친지 등에게 행해지기도 한다. 대부분 처음부터 위협을 가하기보다는 처음에는 만남이나 지속적인 의사소통을 간구하다가 피해자가 이에 응하지 않는 경우 그런 행위를 한다. 또한 피해자 학대는 스토커들이 피해자에게 음란물이나 혐오스러

21) Eric Hilgendorf(이상돈/홍승희 공역), 형법의 세계화와 전문화, 2010, 218면.

22) 이성호, "사이버스토킹의 개념과 법적 규제", 저스티스 통권 제83호, 2005, 8면.

23) 스토킹과 사이버스토킹과의 차이점에 대해서는 박무원, "미국의 사이버스토킹에 대한 형사적 규제 상황", 비교형사법연구 제13권 제1호, 2011, 245면 이하 참조.

24) 대표적인 가상체험으로 '사이버섹스'가 있다. 사람의 온 몸에 센서를 부착하고, 사이버공간에서의 행위에 따라서 일정 부위를 자극해 주는 것이 가능하기 때문에 현실공간에서의 성행위와 같은 효과를 낼 수 있게 된다.

25) 사이버스토킹 행위유형은 이성호, 앞의 글 10면 이하를 참조하여 재구성하였다.

운 이미지, 동영상 등을 보냄으로써 피해자를 정신적으로 학대하거나 도발하는 것을 말한다. 그리고 데이터나 장비에 대한 공격으로는 스토커가 악성코드나 해킹 등의 수단을 이용하여 피해자의 컴퓨터 시스템을 손상시키는 행위를 말한다.

둘째로, 제3자를 이용하는 행위로는 피해자에 대한 거짓주장, 피해자로 위장, 피해자 이름으로 상품이나 서비스를 주문하는 것 등이 있다. 거짓주장으로는 스토커가 피해자에 대한 거짓정보 혹은 비밀정보를 사이버공간에 유포하여 피해자의 명성을 실추시키거나 피해자의 지인들이나 친지들에게 거짓을 퍼뜨려 피해자가 지인이나 친지들로부터 지탄을 받게 하는 것이다(이를 stalking-by-proxy라고 함). 또한 스토커가 피해자의 아이디를 도용하거나 피해자의 명의를 사용하여 채팅, 카페 활동, 글 게시를 하는 경우도 있다. 이를 통해 타인에게 욕설을 하거나 문제가 되는 행위를 하여 타인들이 피해자를 공격하도록 유도하는 것이다. 그리고 스토커는 피해자의 아이디나 명의를 도용하여 상품을 주문하기도 한다. 고가의 상품을 배달시키거나 다수의 상품을 주문하여 피해자가 어려움을 겪도록 하기도 하고, 피해자의 수치심을 유발하기 위해 성기구나 포르노물 등을 주문하기도 한다.

셋째로, 사이버스토킹의 전단계로 광범위하게 피해자의 개인정보를 수집하는 행위가 있다. 스토커는 사이버스토킹을 위해서 피해자의 다양한 정보를 수집한다. 사이버공간에 떠돌아다니는 피해자의 조각정보들을 조합하게 되면 피해자에 대한 많은 정보를 얻을 수 있기 때문이다. 또한 사이버공간에서 쉽게 구할 수 있는 해킹도구를 사용하여 피해자의 이메일 계정을 해킹하거나, 피해자의 친구나 지인들을 해킹하여 정보를 얻어내기도 한다. 더 나아가 해커나 제3자를 고용하여 피해자에 대한 정보를 수집하기도 한다. 스토커는 이렇게 수집된 정보를 이용하여 다양한 사이버스토킹 행위를 하게 된다.

III. 스토킹 행위의 범죄화: de lege lata

1. 주요 선진국들의 스토킹 관련 처벌규정

스토킹의 처벌규정에 대한 논의를 위해 먼저 스토킹과 관련된 처벌규정에 대해 정리해 볼 필요가 있다. 최근 스토킹을 처벌해야 한다는 사회의 목소리가 높아지면서 주장되고 있는 것이 해외에서는 강력하게 처벌되고 있는 스토킹이 우리나라에서는 경범죄 정도로 취급되는 것은 문제라는 것이다.[26] 물론 그런 주장을 모두 받아들이지 않더라도 스토킹에 대해 우리보다 먼저 사회문제화 된 주요 선진국들은 이미 그에 대한 강력한 처벌규정을 마련해 놓고 있는 것은 사실이다. 따라서 미국이나 독일, 영국, 일본, 호주 등과 같은 주요 선진국들이 현재 스토킹에 대해 어떤 처벌규정을 두고 있는지를 한 번 정리해 볼 필요가 있다.

가. 미국

미국에서는 한 여배우와 오렌지카운티의 5명의 여성이 스토킹을 당하면서 살해되는 사건을 경험한 캘리포니아주가 1990년 최초로 스토킹금지법을 제정하였다. 물론 스토킹금지법을 제정하기 전에도 미국의 각 주에는 어느 정도 스토킹을 제재할 규정이 존재하였다. 다만 스토커로부터 피해자를 법적으로 구제할 수 있는 방법은 접근금지명령(restraining order)이나 금지처분명령 정도 밖에는 없었는데, 그 정도로는 스토킹에 대해 효과적으로 피해자를 보호할 수 없다는 비판이 제기되었다.[27] 이에 각 주들은 공갈이나 테러리스트의 위협 및 괴롭힘에 대한 개별법 등을 적용함으로서 접근금지명령의 단점을 극복하려고 하였지만, 그런 법률이 스토킹의 상습성에 대한 부분을 다루지는 못하는 한계로 인해 스토킹이라는 범죄행위를 완전하게 규율하지 못한다는 평가를 받게 되었다.[28] 따라서 결국 캘리포니아 형법전 제646.9

26) 특히 여성단체에서는 스토킹에 대한 강력한 처벌을 요구하고 있으며(http://www.naeil.com/News/economy/ViewNews.asp?nnum=704507&sid=E&tid=4), 스토킹 행위를 단순히 경범죄로 파악하여 범칙금 8만원에 처하는 것은 스토킹의 본질을 제대로 이해하지 못하는 것이라는 내용의 기사들도 많이 나타나고 있다(일례로 http://www.newscham.net/news/view.php?board=news&nid=69660).

27) 박상열, 미국의 스토킹금지법에 대한 연구, 비교형사법연구 제5권 제1호, 2003, 723면.

조에 스토킹을 '악의를 가지고 의도적으로 다른 사람을 반복적으로 따라다니며 괴롭히거나 그 다른 사람 또는 그 사람의 가족의 안전에 두려움을 줄 의도로 신빙성 있는 위협[29]을 야기하는 지속적인 행위'라고 규정하여 이를 처벌하도록 함으로서 비로소 스토킹 행위를 처벌할 수 있는 직접적인 처벌규정이 생기게 되었다. 그렇게 캘리포니아 주의 스토킹 금지법을 시발점으로 해서 1993년까지 미국 50개 주에서는 스토킹 행위를 금지하는 내용을 입법하였다.

이 후 스토킹의 새로운 유형이 계속해서 생겨나면서 스토킹 행위의 유형에는 비디오나 GPS 추적장치를 이용하는 것 뿐 아니라 위험을 증가시키는 내용의 메시지를 전자적 매체로 송신하는 행위도 포함되기에 이르렀는데, 그런 행위들은 사이버 스토킹과 연관이 있다고 할 수 있다. 또한 1996년 제정된 연방주간스토킹금지법에서는 주의 경계를 넘어 스토킹을 하는 행위를 처벌하는 내용을 규정하기도 하였다.[30] 하지만 각 주의 스토킹금지 관련 법률이나 연방법 차원에서의 법률에도 많은 문제점이 있다는 지적이 일면서 연방스토킹대책세터는 각 주의 스토킹관련 법률들을 분석하여 2004년에 모범스토킹규제법을 제시하기에 이르렀다.[31]

미국 각 주들의 스토킹 행위에 대한 처벌역시 다양하게 나타나고 있다. 대다수의 주들은 초범의 경우 1년의 징역형에 해당하는 경죄로 보고 있다. 하지만 보호명령 위반의 경우 몇몇 주들은 경죄로, 많은 주들은 중죄로 처벌하고 있으며, 그 이후 발생하는 스토킹 범죄의 경우 몇몇 주들은 경죄로, 과반이 넘는 주들은 중죄로 처벌하고 있다.[32]

---

28) 이들 법률들은 상습적인 스토커 행위를 서로 연관성이 없는 개별행위로 다루었기 때문에 스토킹이 가지고 있는 상습성을 반영하지 못하였기 때문이다; 박상열, 앞의 글, 724면.

29) 캘리포니아주 형법전 제646.9조에서 가장 모호한 부분이 바로 '신빙성 있는 위협'이라는 요소이다. 이 요소를 충족시키기 위해서는 다른 사람을 위협하는 것 외에도 이를 실현하기 위한 분명한 의사와 능력이 있었음을 입증하여야 하는데, 이를 입증하기가 어렵기 때문이다; 이기헌, 앞의 글, 336면 이하.

30) 박무원, 앞의 글, 239면 이하.

31) 박무원, 앞의 글, 240면.

32) 박상열, 앞의 글, 737면.

나. 독일

독일은 제40차 형법 개정을 통하여 ‘스토킹 범죄의 처벌에 관한 법률’을 제정하여 2007년 3월 31일부터 발효하였다. 개정된 법률의 주요 내용은 독일형법 제238조에 스토킹 처벌 규정을 도입하는 것과 이와 관련된 소송법적 규정들(사인소추, 부대소송 등)에 관한 것이었다.[33] 개정된 독일형법 제238조에 따르면 1) 물리적으로 다른 사람의 근처로 접근하는 행위, 2) 전기통신수단 또는 그 밖의 통신수단을 이용하거나 제삼자를 통하여 그 사람과의 접촉을 시도하는 행위, 3) 다른 사람의 개인관련 정보를 남용하여 그 사람을 위하여 물건을 주문, 서비스 신청, 제삼자에게 이러한 접촉을 하도록 하는 행위, 4) 다른 사람 또는 그와 친밀한 관계에 있는 사람의 생명, 신체의 안전, 건강 또는 자유의 침해로 다른 사람을 위협하는 행위, 5) 이에 비교할 수 있는 그 밖의 다른 행위 등을 집요하게 하여 다른 사람의 생활형성을 중대하게 침해함으로써, 권한 없이 다른 사람의 의사에 반하여 접촉한 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금형으로 처벌된다. 또한 앞에서 언급한 스토커의 행위로 인해 피해자, 피해자의 친족, 또는 피해자와 친밀한 관계에 있는 사람에게 사망 또는 중대한 건강침해의 위험이 야기된 경우 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처해지며, 피해자가 사망한 경우에는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처해진다.

이처럼 독일 형법은 제1항에서 스토킹에 대한 기본구성요건을 규정해 놓고 있으며, 제2항에서는 생명, 신체의 안전, 건강, 자유 등의 법익이 침해될 위험범에 대한 규정을 만들어 놓았고, 제3항에서는 사망에 이른 경우를 상정하여 결과적 가중범으로 처벌하도록 규정을 마련해 놓았다. 다만, 스토킹의 경우 형사소추기관이 특별한 공익에 의해서 직권에 의한 형사소추를 하는 것이 허용되지 않는 한, 일반적인 스토킹은 친고죄로 규정하여 피해자의 고소에 의해서만 소추가 가능하도록 구성해 놓고 있다. 본 규정 가운데 특히 제1항 제2호(전기통신수단 등을 통한 접촉)은 사이버스토킹[34]과 관련이 있다. 따라서 제2호에서 상정하고 있는 전기통신수단이나 통신수단에는 편지, 전화, 팩스와 같은 기존의 통신수단들 뿐 아니라 이메일, 휴대폰의 SMS나 MMS, SNS(소셜네트워크 서비스), 카카오톡이나 라인과 같은 최신 통신수

---

33) 박희영, “독일에 있어서 사이버범죄 관련 입법 및 판례의 최근 동향, 법제 2008년 12월, 23면.
34) Jens Hoffmann, Stalking, 2006, 197면 이하.

단을 이용하는 경우도 포함된다. 또한 피해자에게 직접적인 접근을 하지 않더라도 피해자의 친구나 동료, 가족, 친족 등 피해자와 연락이 가능한 사람들을 통해서 접촉을 시도하는 행위도 스토킹에 해당된다.

다. 영국

영국은 '괴롭힘 방지법(Protection from Harassment Act)'이라는 법률에서 스토킹을 규율하고 있다. 해당 법률은 1997년 제정되어 잉글랜드, 스코트랜드, 웨일즈 등에서 적용되고 있다.[35] 동 법률에서는 사람에 대한 괴롭힘과 사람으로 하여금 공포를 느끼게 하는 행위를 처벌하고 있다. 거기서 괴롭힘이란 사람을 놀라게 하거나 정신적으로 고통스럽게 하는 일련의 행위로써 적어도 두 번 이상 반복될 것을 요건으로 하고 있으며, 말로 하는 것도 포함된다. 그런 행위는 경죄(misdeeanor)에 해당되어 6월 이하의 징역에 처해질 수 있다.[36] 그러나 사람으로 하여금 폭력의 공포를 느끼게 하는 행위는 중죄(felony)로 처벌된다. 따라서 최소한 2회 이상의 일련의 폭력적인 행위로 인해 다른 사람이 공포를 느낄 것이라는 것을 알았거나 알 수 있었어야 할 경우에는 5년 이하의 징역형으로 비교적 중하게 처벌될 수 있다.[37]

하지만 영국의 괴롭힘 방지법은 스토킹 행위에 대해 구체적으로 규정해 놓고 있지는 않다. 즉, 스토킹(괴롭힘)에 대한 구체적인 판단은 법원을 통해서 이루어 질 수 있도록 해 놓은 것이다.[38] 특히 영국은 스토킹 행위를 경죄와 중죄로 나누어 단일한 범죄 형태로 파악하고 있다. 다만, 영국의 괴롭힘 방지법에서의 스토킹 유형이 비록 경죄와 중죄로 나누어 놓고 있지만, 스토킹 행위 가운데에서도 비교적 무거운 행위유형을 규정해 놓은 것으로 평가되고 있다.[39] 또한 영국에서의 스토킹 행위는 이 법 외에도 다양한 금지명령에 의해서 규제될 수 있기 때문에 스토킹 행위에 대해서 비교적 유연하게 대처할 수 있다는 것이 장점으로 꼽히고 있다.[40]

---

35) 이건호/김은경/황지태, 스토킹 피해실태와 입법쟁점에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2002, 158면 이하.

36) 이건호, 주4)의 글, 148면.

37) 이건호, 앞의 글, 148면.

38) 위와 동일.

39) 위와 동일.

라. 일본

일본은 이미 2000년 5월 18일에 ‘스토커행위 등의 규제 등에 관한 법률’을 제정하여 시행하고 있다. 동 법률의 목적은 스토커 행위에 대한 규제와 동시에 스토커 대상에 대한 원조 조치 등도 함께 규정하여 개인의 신체, 자유 및 명예에 대한 위험을 방지하고, 이와 함께 국민생활의 안전과 평온에 기여하기 위함이다. 따라서 이 법률은 스토킹뿐 아니라 스토킹 피해자에 대한 지원 등에 대해서도 규정하고 있다. 동법 제2조에서는 스토킹과 관련된 행위에 대하여 정의해 놓고 있다. 그에 따르면, ① 따라다니기, 잠복하여 기다리기, 진로에 막아서기, 주거・근무처・학교 기타 그 통상 소재하는 장소(이하 '주거 등'이라 한다) 부근에서 지켜보거나 주거 등에 들이닥치는 것, ② 그 행동을 감시하고 있다고 짐작케 하는 사항을 알리거나 또는 그 알 수 있는 상태에 두는 것, ③ 면회, 교제 기타 의무 없는 일을 행할 것을 요구하는 것, ④ 현저히 거칠고 품위가 없거나 난폭한 언동을 행하는 것, ⑤ 전화를 걸어 아무 말도 하지 않거나 또는 거절하였음에도 불구하고 연속하여 전화를 걸거나 혹은 팩시밀리 장치를 사용하여 송신하는 것, ⑥ 오물, 동물의 사체 기타 혐오의 정을 느끼게 하는 물건을 송부하거나 또는 그 알 수 있는 상태에 두는 것, ⑦ 그 명예를 해하는 사실을 알리거나 또는 그 알 수 있는 상태에 두는 것, ⑧ 그 성적 수치심을 해하는 사항을 알리거나 혹은 그 알 수 있는 상태에 두거나 그 성적 수치심을 해하는 문서, 도화 기타 물건을 송부하거나 혹은 그 알 수 있는 상태에 두는 것 등의 행위가 ‘따라다니기 등’의 행위에 해당된다.

여기서 스토킹이란 이런 행위가 특히 신체의 안전, 주거 등의 평온 혹은 명예가 침해되거나 또는 행동의 자유가 현저히 침해되는 불안을 느끼게 하는 방법에 의하여 행해지는 경우를 반복하여 행하는 것이다. 8가지의 ‘따라다니기 등’의 행위와 스토커 행위에 대해서는 처벌이 가능하다. ‘따라다니기 등’의 경우에는 피해자의 신청에 따라 '따라다니기 등'을 반복해서는 안 된다는 내용으로 경찰본부장 등이 가해자에게 경고를 할 수 있다(동법 제4조). 이런 경고에도 불구하고 가해자가 경고에 따르지 않을 경우에는 도도부현 공안위원회가 금지명령도 내릴 수 있다(동법 제5조).

40) 이건호, 앞의 글, 149면.

만일 가해자가 금지명령을 위반할 경우에는 1년 이하의 징역이나 100만엔 이하의 벌금에 처해진다(동법 제14조). 또한 스토커 행위의 경우에는 6개월 이하의 징역이나 50만엔 이하의 벌금에 처해진다(동법 제13조).

일본의 경우 정보통신망에 대한 내용이 법률에 구체적으로 나타나지 않고 있으므로 동 법률이 사이버스토킹을 처벌하기 위한 법률이라고는 볼 수 없을 것이다. 그럼에도 "그 명예를 해하는 사실을 알리거나 또는 그 알 수 있는 상태에 두는 것(동법 제2조 제1항 제7호)"이나 "그 성적 수치심을 해하는 사항을 알리거나 혹은 그 알 수 있는 상태에 두거나 그 성적 수치심을 해하는 문서, 도화 기타 물건을 송부하거나 혹은 그 알 수 있는 상태에 두는 것(동조 제8호)" 등을 고려해 볼 때, 어느 정도 사이버스토킹에 대한 개념이 포함되어 있다고 보기도 한다.[41)]

마. 호주

호주는 미국과 같은 모범 스토킹 방지법이 존재하고 있지 않고, 각 주마다 서로 다른 규정들을 두고 있다. 이 가운데 South Austraila주의 법률을 보면, 누구든지 2회 이상 (i)타인을 미행하거나, (ii)타인의 주거 또는 자주 가는 장소 부근을 배회하거나, (iii)타인 소유의 물건에 침입 혹은 간섭하거나, (iv)타인에게 불쾌감을 주는 물건을 주거나, 그 타인이 발견할만 하거나 그의 주의를 끄는 장소에 놓아두거나, (v)타인을 감시하거나, (vi)기타 합리적으로 판단해 볼 때 타인의 염려나 두려움을 야기할 것으로 생각되는 행위들을 하고(원인들), 그가 (i)그 타인이나 제3자에게 중대한 신체적 혹은 정신적 해악을 야기하려는 고의가 있거나, (ii)중대한 염려나 두려움을 야기하려는 고의를 가졌다면(결과들) 그는 다른 사람을 스토킹 한 것이라고 규정해 놓고 있다.[42)]

호주의 스토킹 방지법의 경우 정의 부분에서 스토킹의 원인들과 그로인한 결과들에 대해서 보다 상세하게 규정해 놓고 있기 때문에 같은 법체계를 갖고 있는 미국이나 영국에 비해 분명한 지침을 제공하고 있다. 또한 스토킹의 성립을 위해서는 고의가 입증되어야 하는데, 고의의 입증책임에 있어서도 미국보다는 보다 완화되어 있

41) 백광훈, “사이버스토킹과 그 처벌법규 및 문제점”, 정보보호21C, 시큐리티월드, 2001.3 참조.
42) 이기헌, 앞의 글, 338면.

다고 평가된다. 하지만 아직도 고의를 입증하는 것에 대해서는 어려움이 있다는 지적이 계속됨에 따라서 개정작업이 이루어지고 있다.[43)]

2. 우리나라의 스토킹 관련 법률안

우리나라도 스토킹이 사회문제화 되면서 1999년 이후로 계속해서 스토킹 관련 법률안들이 국회에 상정되고 있다. 스토킹 법률안에는 기본적으로 스토킹에 대한 정의와 처벌내용이 규정되어 있다. 그리고 스토킹 행위에 대해 경찰이나 검찰, 법원이 어떤 대응을 해야 하는지에 대한 규정들이 있다. 즉 스토킹 관련 법률안들은 개별입법의 형식을 띄고 있으며, 실체법적 규정과 함께 절차법적 규정이 함께 포함되어 있다. 이 가운데 스토킹의 처벌규정과 관련된 내용들을 정리해 보면 다음과 같다.

먼저, 1999년 5월 24일에 제안된 「스토킹처벌에 관한 특례법안」[44)]에서는 스토킹을 "특정한 사람을 그 의사에 반하여 반복적으로 미행하거나 편지, 전화, 모사전송기, 컴퓨터통신 등을 통해 반복하여 일방적으로 말이나 글 또는 사진이나 그림을 전달함으로써 심각한 공포심이나 불안감을 유발하는 행위"로 규정하고 있다(제2조). 그리고 이런 행위를 한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제3조).

2003년 10월 13일의 「스토킹방지법안」[45)]에서는 스토킹의 범위가 조금 넓어진다. 동 법률안에 따르면 당사자가 거부하거나 싫어함에도 정당한 사유 없이 a)특정인을 반복적으로 미행하거나 추적하는 행위, b) 편지・전화・모사전송기・컴퓨터통신 또는 그 밖의 통신수단을 이용하여 특정한 사람에게 일방적으로 말이나 글을 반복적으로 전달하는 행위, c) 특정한 물건을 반복적으로 전달하는 행위로 당사자나 그 가족에게 공포감이나 불안감을 유발하거나 정신적・신체적으로 고통을 주는 것을 스토킹 정의 하였다(제2조). 스토킹 행위유형에 특정한 물건을 보내는 것도 포함

43) 이기헌, 앞의 글, 339면.
44) 김병태 의원 등 13인 외 21인(의안번호 151966).
45) 이강래 의원 등 15인(의안번호 162733).

시키고 있으며, 그 대상자를 피해자 자신 뿐만 아니라 그 가족까지 넓히고 있다. 하지만 스토킹 행위의 처벌은 그 행위를 함으로 인해서 이루어지는 것이 아니라 경찰의 금지명령 등을 위반하거나 금지명령 등의 기간이 만료한 후 다시 스토킹을 한 경우에만 1년 이하의 징역이나 1천 만원 이하의 벌금에 처해지도록 하였다(제20조).

2005년 9월 27일 제안된 「스토킹등 대인공포유발행위의 처벌에 관한 특례법안」[46]에 따르면 스토킹은 특정인에게 정당한 이유 없이 a) 상대방이 원하지 아니함에도 계속적으로 접근을 시도하여 면회나 교제를 요구하는 행위, b) 상대방의 의사에 반하여 일방적이고 반복적으로 글이나 사진, 그림 또는 물건 등을 피해자에게 보내거나 전송하는 행위, c) 상대방이 감시받고 있다는 인식을 할 수 있도록 묵시적인 위협이 될 수 있는 행동과 표시를 반복하는 행위, d) 상대방의 원하지 않았거나 거부함에도 계속적 또는 반복적으로 전화를 걸거나, 지속적으로 따라다니기, 잠복하여 기다리기, 진로에 막아서기, 주거 · 근무처 · 학교 기타 그 통상 소재하는 장소 부근에서 지켜보기, 주거 등에 침입하거나 퇴거요구에 불응하는 행위, e) 상대방의 사적(私的)정보를 포함하고 있는 글, 사진, 그림 또는 물건 등을 불특정 다수에게 전파 또는 전송함으로써 상대방에게 성적 수치심 혹은 신체적 모욕감을 주거나, 물질적 손해를 끼치는 행위를 시도하여 당사자 또는 당사자와 신뢰관계가 있는 자에게 불안 · 공포 또는 재산상의 손해를 유발시킬 수 있는 행위이다. 동 법률안에서는 스토킹 행위가 보다 구체화 되었으며, 스토킹 대상도 피해자, 피해자 가족보다 넓게 하여 피해자와 신뢰관계가 있는 사람에까지 이르고 있다(제2조). 다만 동 법률안에서도 스토킹 행위는 그 행위로 인해 직접 처벌되는 것이 아니라 금지명령 등을 위반하거나 금지명령 등의 기간 또는 기간이 만료한 후에 다시 스토킹을 한 경우 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

그리고 같은 해인 2005년 11월 28일 제안된 「지속적 괴롭힘 행위의 처벌에 관한 특례법안」[47]은 「스토킹등 대인공포유발행위의 처벌에 관한 특례법안」과 정의에서는 큰 차이는 없다. 단지, 동 법률안에서는 그 정의에 있어 ‘계속적’이라는 표현대신 ‘2회 이상’이라고 하여 스토킹의 회수를 보다 구체화 시키고 있으며, 사적 정보를

46) 염동연 의원 등 25인(의안번호 172815).

47) 염동연 의원 등 22인(의안번호 173472).

포함한 정보를 전파하거나 전송하는 내용이 제외되어 있다(제2조). 하지만 처벌에 있어서는 다른 규정을 두고 있다. 스토킹범죄를 범하거나, 금지명령 등 보호처분을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 하였으며(제23조 제1항), 청소년을 상대로 스토킹 범죄를 범한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제23조 제2항). 그리고 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하고 스토킹 범죄를 범한 자는 1년 이상의 유기징역에 처하도록 하여 가중처벌하고 있다(제23조 제3항).

2009년 1월 9일 제안된 「스토킹 처벌 및 방지에 관한 법률안」[48])에서는 당사자의 의사에 반하여 a) 정당한 이유 없이 지속적 · 반복적으로 접근하거나 미행하는 행위, b) 주거지 · 근무지 · 학교 등 특정인이 일상적으로 활동하는 장소 및 그 인근지역에서 지속적 · 반복적으로 지켜보거나 통행로에 서 있는 행위, c) 전화 · 편지 · 모사전송기 · 컴퓨터통신 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제1호의 정보통신망을 이용하여 지속적 · 반복적으로 자신의 의사를 전달하거나 특정한 사진 · 그림 또는 문자를 보내는 행위, d) 본인이나 제3자를 통하여 특정 물건 · 그림 또는 사진 등을 반복적으로 보내는 행위 등을 스토킹으로 정의하고 있다(제2조 제1호). 스토킹을 한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해지며(제17조 제1항), 청소년을 상대로 스토킹을 한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에(제17조 제3항), 흉기 그 밖에 위험한 물건을 휴대하고 스토킹을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제17조 제4항). 또한 피해자에게로의 접근제한이나 전기통신을 이용한 접근제한의 보호처분이 확정된 후에도 그를 이행하지 아니하는 행위자는 2년 이하의 징역 또는 2천 만원 이하의 벌금에 처해지도록 하고 있다(제17조 제2항).

2012년 8월 27일 제안된 「스토킹 처벌 및 피해자 보호에 관한 법률안」[49])은 당사자의 의사에 반하고, 피해자나 그 가족이 생명, 신체의 안전에 위협을 느낄만한 행위를 스토킹으로 규정하고 있으며, 그런 행위로는 a) 정당한 이유 없이 지속적 · 반복적으로 접근하거나 미행하는 행위, b) 주거지 · 근무지 · 학교 등 특정인이 일상적

48) 김재균 의원 외 9명(의안번호 183469).

49) 이낙연 의원 외 10명(의안번호 제1321호).

으로 활동하는 장소 및 그 인근지역에서 지속적 · 반복적으로 지켜보거나 통행로에 서 있는 행위, c) 전화 · 편지 · 모사전송기 · 컴퓨터통신 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제1호의 정보통신망을 이용하여 지속적 · 반복적으로 자신의 의사를 전달하거나 특정한 사진 · 그림 또는 문자를 보내는 행위, d) 본인이나 제3자를 통하여 특정 물건 · 그림 또는 사진 등을 반복적으로 보내는 행위, e) 스토킹으로 인하여 피해자나 그 가족이 생명, 신체의 안전에 위협을 느낄만한 공포나 두려움을 주는 행위 등을 들고 있다(제2조 제1호). 그리고 그 처벌은 「스토킹 처벌 및 방지에 관한 법률안」과 동일하게 규정하고 있다.

3. 우리나라의 주요 스토킹 관련 처벌규정

전술한 바와 같이 스토킹의 개념은 매우 집합적이라고 할 수 있다. 그러므로 우리 법률에서는 이번에 경범죄 처벌법에 도입된 스토킹 관련 규정과 함께 여러 규정들이 스토킹 관련 행위를 처벌하고 있다. 따라서 아래에서는 현재 스토킹 관련 행위를 했을 때 어떤 규정들로 처벌될 수 있는지를 살펴보고자 한다.

가. 경범죄 처벌법 규정

스토킹과 관련된 행위 내용을 직접 규정한 법률로 2013년 3월 22일부터 시행되고 있는 경범죄 처벌법이 있다. 동 법률 제3조 제41호에는 “상대방의 명시적 의사에 반하여 지속적으로 접근을 시도하여 면회 또는 교제를 요구하거나 지켜보기 · 따라다니기 · 잠복하여 기다리기 등의 행위를 반복하여 하는 사람”에 대해 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 처벌하도록 규정하고 있다. 그런데 경범죄 처벌법 시행령의 별표에 규정되어 있는 범칙행위 및 범칙금액을 보면 제3조 제41호의 규정을 위반하는 범칙자는 범칙금으로 8만을 내도록 되어있다. 그런데 재미있는 것은 스토킹 행위가 출판물 부당 게재나 거짓 광고, 암표매매의 범칙금(16만원) 보다도 적다는 것이다. 물론 경범죄 처벌법상의 스토킹 유형은 그 불법성이 큰 유형을 상정하고 있지는 않지만, 스토킹 행위가 암표파는 행위보다 불법성이 낮은지는 의문이다.

또한 경찰청이 일선에 내려 보낸 기준을 보면 명시적으로 거절했음에도 지속적으로 면회ㆍ교재를 요구하는 경우 단순히 1~2회 정도 이성에게 교제를 요구하는 정도는 처벌이 불가하고, 3회 이상 또는 2회라도 상대방에게 공포ㆍ불안감을 주는 명백한 사유가 있을 경우에는 처벌이 가능하도록 하고 있다.50) 그리고 지켜보기나 따라 다니기 등을 반복하는 경우에도 피해자의 불안감 등이 커도 명시적인 거절의사 표현이 없는 경우에는 처벌을 불가하고, 거절 의사를 분명히 듣지 못한 상태에서 처음 신고를 당하면 엄중히 계도를 하며, 스토킹으로 한 차례 신고를 당했음에도 지켜보거나 따라다니는 행위를 반복해서 행하는 경우에는 처벌이 가능하도록 하고 있다.51) 이와 같은 경찰의 단속 기준이 매우 모호하다는 비판에 대해 경찰은 사례가 쌓이게 되면 보다 명확한 기준이 설정될 것이라고 한다.

나. 형법 규정

스토킹은 다양한 범죄와 연결이 되는 경향을 보인다. 먼저 스토킹 행위가 극한 상황에 다다르게 되어 피해자에게 종국적인 결말을 주는 살인으로 연결되는 경우도 있다.52) 가장 대표적인 사례가 바로 비틀즈의 멤버였던 존 레넌을 광팬인 데이비드 마크 채프먼이 총으로 살해한 것이다.53) 이와 같이 스토커들의 분노심이나 질투심, 적개심이 극에 달아 피해자에 대한 살인을 선택하는 경우는 그리 많지 않지만, 미국이나 독일 등과 같은 서구에서는 심심치 않게 발생하고 있는 것으로 알려지고 있다.54) 또한 스토킹이 폭행이나 상해로 발전하는 경우도 있다.55) 1971년 김○○ 피

50) 최근 이혼한 아내를 찾아가 괴롭혔다거나 학원 동료와 교제를 강요, 내연의 처를 찾아가 10여분 동안 벨을 누르며 소란을 피웠다는 등의 이유로 경범죄 처벌법이 적용되어 8만원의 범칙금이나 즉결심판에 넘겨졌다는 보도가 나왔다. 즉, 경범죄 처벌법이 상정하고 있는 스토킹 행위는 개인을 성가시게 하는 정도를 유발하는 것이라고 할 수 있다; http://www.knn.co.kr/news/todaynews_read.asp?ctime=20130403164945&stime=20130403170021&etime=20130403164937&userid=onair&newsgubun=society(2013.5.30 방문).

51) http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20130322006008(2013.5.30 방문).

52) 우리나라는 형법 제250조에서 살인죄를 처벌하고 있으며, 가중적 구성요건으로 존속살인죄를, 감경적 구성요건으로 영아살인죄를 규정하고 있다. 또한 위계 및 위력에 의한 살인죄(제253조)도 처벌하고 있으며, 살인의 예비와 음모의 경우에도 처벌하는 규정을 두고 있다(제255조).

53) http://article.joinsmsn.com/news/article/article.asp?total_id=9145970&ctg=1502(2013.5.30 방문).

54) Michael Markus Aul, Stalking-Phänomenologie und strafrechtliche Relevanz, 2009, 145면.

습, 1998년 최○○ 피습 미수, 2000년 김○○ 폭행, 2008년 노○○ 피습 등과 같은 사건 등[56]이 그 대표적인 사례들이라고 할 수 있다. 이뿐 아니라 스토커의 행위대상이 스토킹을 당하는 사람이 아닌 그와 라이벌 관계에 있는 사람으로 향하는 경우도 있다. 1972년 있었던 나○○ 피습사건이 그 대표적인 예라고 할 수 있다.[57]

스토킹은 사람의 신체활동자유나 장소선택 및 장소이전의 자유를 침해하기도 한다.[58] 이 때 장소이전의 자유는 현실적일 필요는 없고 이전가능성만 있으면 족하다.[59] 스토커가 상대방을 체포 및 감금하는 것은 우리에게 잘 알려진 '미저리'라는 영화에서 잘 나타내고 있다.[60] 우리나라의 실례로는 배우 문○○씨가 과거 탈영한 스토커에게 납치당했던 적이 있었다고 한다.[61]

그리고 일반적인 스토킹은 강요죄와도 연관이 깊다. 강요죄는 의사결정과 의사활동의 자유를 침해하는 자유침해범에 속한다. 그럼에도 불구하고 권리행사방해죄 가운데 규정이 되어 마치 재산범적인 인상을 주고 있기 때문에 이에 대한 문제제기는 계속되고 있다.[62] 강요죄는 강도나 공갈 등에 이르지는 않은 전 단계 행위의 위험을 통제하기 위해 사용되며, 그 보호법익은 의사결정 및 의사활동의 자유이다.[63] 단순

---

55) 상해죄는 가중 구성요건으로 존속상해죄(제257조 제2항)와 중상해죄(제258조 제1항), 존속중상해죄(제258조 제3항), 상해치사죄(제259조), 상습상해죄(제264조) 등을 두고 있으며, 폭행죄는 가중구성요건으로 존속폭행죄(제260조 제2항), 상습폭행죄(제264조), 특수폭행죄(제261조), 폭행치사상죄(제262조) 등을 두고 있다.

56) http://www.ilyosisa.co.kr/news/article.html?no=21240(2013.5.30 방문).

57) http://sports.khan.co.kr/news/sk_index.html?cat=view&art_id=201204021757483&sec_id=540101&pt=nv(2013.5.30 방문).

58) 체포 및 감금죄의 경우 가중구성요건으로 존속체포 및 감금죄(제276조 제2항), 중체포 및 감금죄(제277조), 특수체포 및 감금죄(제278조), 상습체포 및 감금죄(제279조), 체포 · 감금치사상죄(제281조) 등이 있으며, 독자적 변형구성요건으로 불법체포 및 감금죄(제124조)가 있다. 상습범은 가중처벌하며(제279조), 미수범도 처벌한다(제280조).

59) 배종대, 앞의 책, 39/1 이하; 이재상, 형법각론(제5판), 2008, 8/1; 김일수/서보학, 형법각론(새로쓴 제7판), 2007, 136면 이하; 박상기, 형법각론(제7판), 2008, 123면.

60) http://movie.naver.com/movie/bi/mi/basic.nhn?code=10489(2013.5.30 방문).

61) http://www.newsen.com/news_view.php?uid=201206181027023210(2013.5.30 방문).

62) 배종대, 앞의 책, 36/1; 이재상, 앞의 책, 10/4; 김일수/서보학, 앞의 책, 126면; 박상기, 앞의 책, 109면 이하.

63) 배종대, 앞의 책, 36/5; 이재상, 앞의 책, 10/1; 김일수/서보학, 앞의 책, 126면; 박상기, 앞의 책, 110면.

강요죄는 폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 함으로써 성립하며, 5년 이하의 징역에 처해진다. 이를 스토킹과 관련시켜 보면 스토커가 협박이나 폭력을 사용하여 어떤 행위를 하도록 하거나 하지 못하도록 하는 것이 여기에 해당할 것이다.[64] 예를 들면 스토커가 협박을 하며 자신을 만나러 올 것을 요구하는 경우가 있을 것이다. 또한 가수 신화의 멤버인 전진의 예와 같이 한 남자 스토커가 전진의 누드 사진을 몰래 찍어 1억 2천만원을 요구하였던 행위도 강요죄에 해당할 수 있을 것이다.[65]

또한 스토커들이 가장 쉽게 범할 수 있는 범죄로 협박죄가 있다. 스토커들은 공식적인 자리나 편지, 전화, 이메일과 같은 수단을 통해 피해자나 피해자와 친분이 있는 사람에게 손쉽게 협박을 할 수 있다.[66] 형법 제283조에는 협박죄에 대해서 규정하고 있다. 협박죄에서 협박은 상대방이 현실적으로 공포심으로 느낄 정도의 해악을 고지하는 것을 요구하고 있으며, 또한 상대방이 공포심을 느껴야 하는 침해범이다. 협박죄에서의 협박은 상대방의 반항을 현저하게 곤란하게 할 필요는 없다. 단지 현실적으로 공포심을 일으키고 이로 인해서 상대방에게 행동을 강제할 수 있을 정도면 된다.[67]

다소 가벼운 유형으로 주거침입죄가 범해지기도 한다. 주거침입죄는 사람의 주거나 관리하는 건조물이나 선박, 항공기 등 일정한 장소에 존재해야 하는 장소의 평온이나 안전을 침해하는 범죄로서 그 보호법익에 대해서는 신주거권설(주거권), 사실상 평온설(거주권. 통설 및 판례), 복합설 등이 대립하고 있다.[68] 미수범도 처벌되며, 상습범이나 2인 이상이 공동으로 범하는 경우 “폭력행위 등 처벌에 관한 법률”에 의해 가중 처벌된다. 스토커들이 피해자의 주거에 침입하는 행위는 자주 알려지고 있다. 일례로 최근 작가 공지영의 경우 50대의 스토커가 주거침입 피해를 입기도

64) Michael Markus Aul, 앞의 책, 151면.
65) http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=106&oid=001&aid=0000363911(2013.5.30 방문).
66) Michael Markus Aul, 앞의 책, 155면.
67) 다만 협박과 경고는 구분할 필요가 있다. 경고는 공포심을 생기게 하기 위한 것이 아니라 해악의 발생에 대해서 상대방에게 경계를 촉구하는 충고 정도에 해당하기 때문이다.
68) 배종대, 앞의 책, 60/1 이하; 이재상, 앞의 책, 15/4 이하; 김일수/서보학, 앞의 책, 140면 이하; 박상기, 앞의 책, 230면 이하.

하였다.[69] 특히 사생팬의 경우 자신이 좋아하는 연예인의 숙소에 무단침입하여 연예인에게 뽀뽀를 하거나 계속해서 숨어있는 경우도 알려지고 있다.[70]

다. 사이버스토킹 관련 규정

사이버스토킹과 관련해서는 형법상 모욕죄나 특별법 등에서 그 근거 규정을 찾을 수 있다. 모욕죄는 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있도록 사람을 모욕하는 경우에 성립하는 범죄행위이다. 명예훼손과 다른 점은 구체적 사실을 적시하지 않고 사람의 인격을 경멸하는 것을 표출한다는 것이다. 그 수단과 방법에는 제한이 없기 때문에 인터넷 상에서 상대방을 경멸하는 내용을 표현했을 경우에도 동 죄로 처벌된다. 본 죄에서의 행위는 일반적인 스토킹 뿐 아니라 사이버스토킹의 주요 행위수단이 된다. 따라서 사이버스토킹을 하면서 상대방에 대해서 모욕적인 언사를 했을 경우에는 본 죄로 처벌된다.[71] 다만 단순히 무례하다고 해서 모두 모욕죄로 처벌되는 것은 아니다.

또한 사이버스토킹과 관련해서는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률(이하 “정보통신망법”)에 약간의 관련 규정이 있다고 할 수 있다. 먼저 정보통신망법 제70조에 규정되어 있는 소위 사이버 명예훼손죄가 있다. 사이버 명예훼손죄는 ‘사람을 비방할 목적’이라는 목적범 형식으로 되어있는 것에 반하여 형법상 명예훼손죄는 이런 목적을 요구하고 있지 않다. 물론 출판물 등에 의한 명예훼손죄에서는 사람을 비방할 목적을 요구하고 있다. 이것은 명예훼손이 매체의 특성으로 인해서 쉽게 성립될 수 있으며, 그 형량도 매우 높기 때문이다. 다만 비방의 목적이 없는

69) http://bntnews.hankyung.com/apps/news?popup=0&nid=04&c1=04&c2=04&c3=00&nkey=201105311336183&mode=sub_view(2013.5.30 방문).

70) 이 외에도 스토커들은 스토킹을 하는 과정에서 분노나 적개심 등이 증폭되어 감에 따라 형법에 규정되어 있는 다양한 범죄를 저지르게 된다. 사생팬의 경우 자신이 좋아하는 연예인의 물건을 훔치기도 하며, 다른 팬이 준 선물을 손괴하는 경우도 있다. 이때에는 절도죄나 손괴죄가 되기도 한다. 또한 스토커가 피해자에게 성욕을 느껴 피해자를 강간하거나 성추행하는 행위를 하는 경우도 있다. 이때에도 관련 규정으로 처벌될 수 있을 것이다.

71) 사이버모욕죄의 창설에 대해서 많은 논란이 있었다. 하지만 대부분의 형법학자들은 모욕죄에 의해서도 사이버공간에서의 모욕행위가 처벌될 수 있기 때문에 이는 입법의 흠결이 아니고, 따라서 사이버모욕죄의 규정이 필요 없다고 한다. 이에 대해서 자세히는 이원상, “‘사이버’ 개념을 통한 사이버 모욕죄의 고찰과 대안”, 형사정책 제20권 제2호, 2008 참조.

경우에는 사이버 명예훼손죄나 출판물등에 의한 명예훼손죄가 성립하는 것이 아니라 일반적인 명예훼손죄가 성립하게 된다.

그리고 동법 제44조의7(불법정보의 유통금지 등) 제1항 제3호에서는 "공포심이나 불안감을 유발하는 부호 · 문언 · 음향 · 화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보"의 유통을 금지하고 있으며, 이를 위반하였을 경우에는 동법 제74조 제1항 제3호에 의해서 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해진다. 하지만 본 규정은 특정 피해자에게 언어나 영상 등을 전달하는 행위만을 그 대상으로 하고 있기 때문에 사이버스토킹의 전체를 규정하고 있는 것은 아니며, 또한 공포심이나 불안감 유발이라는 요건에 있어서 이를 판단하는 구체적인 기준이 없기 때문에 명확성원칙에 어긋날 수 있는 비판이 가해지고 있다.[72)]

그리고 경우에 따라서 사이버스토킹은 "성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법"에 의해 처벌 될 수 있다. 동법 제12조(통신매체를 이용한 음란행위)에는 "자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 사람은 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다"라고 규정되어 있다. 하지만 동 규정에서 역시 사이버스토킹의 모든 행위를 규정하고 있지는 못하다. 본 규정은 목적범으로서 그 범행의 범위를 '자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적'으로 제한하고 있다. 무엇보다도 본 규정이 문제가 되는 부분은 반복성을 요구하지 않는다는 점에 있다. 일본과 비교하여 볼 때, 일본에서는 스토커규제법상 "따라다니기 등" 행위 유형으로써 본 규정을 규정해 놓고 있으며(제2조 제1항 제8호), 이런 행위를 했지만, 단지 1회적으로 그친 경우에는 경찰관의 경고나 금지명령만이 부과될 뿐이고, 스토커행위에는 속하지 않게 된다. 따라서 일본과의 비교법적인 검토를 통해볼 때에 본 행위가 반복적이지 않고, 일회적인 행위인 경우에도 불구하고 2년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금형을 부과한 것에 대한 적정성에 대해서 의문이 제시되기도 한다.[73)]

이것은 앞에서 살펴본 정보통신망법 제74조 제1항 제3호와 비교해 볼 때에도 문

72) 이성호, 앞의 글, 32면.

73) 위와 동일.

제점이 제기될 수 있다. 공포심이나 불안감을 유발하는 경우에도 1년 이하의 징역 처하는데 반하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 경우 이보다 높은 2년 이하의 징역을 부과하는 것은 다소 문제점이 있다고 할 수 있다.[74] 이는 공포심이나 불안감의 불법성이 성적 수치심이나 혐오감보다는 높다고도 볼 수 있기 때문이다.

IV. 스토킹 행위의 범죄화: de lege ferenda

1. 경범죄 처벌법의 문제점

앞서 본 바와 같이 최근 스토킹 범죄 피해자가 급증함에 따라 스토킹을 강력하게 처벌해야 한다는 사회적 요청이 보다 설득력을 갖고 있다. 그러나 경범죄 처벌법에 규정된 내용을 보면 해당 행위를 과연 처벌해야 할지 의문이 든다. 무엇보다 염려되는 것은 질서위반 정도에 해당되는 사안을 사회규범이나 다른 갈등해결 메커니즘을 고려하지 않고 섣부르게 범죄화하는 경우 토이브너(Teubner)가 제기한 ‘조종의 트릴레마(regulatorisches Trilemma)’에 빠질 위험이 생길 수도 있다. 토이브너는 법과 정책의 상호적 무관심, 법에 의한 사회적 통합의 와해, 사회에 의한 법적 통합의 와해를 트릴레마라고 하고 있다.[75]

먼저 ‘법과 정책의 상호 무관심’이 문제가 될 수 있다. 이는 특히 정치권에서 규제적 프로그램을 만드는데 있어 법적 기준이나 체계적 결정구조를 간과하고, 무리한 법제화를 감행하는 경우 나타나게 된다.[76] 이번에 제정된 경범죄 처벌법이 그 예라고 할 수 있다. 정치권이 사회적인 요청에 부합하지 않는 법을 제정하여 스토킹을 통제하려고 하는 경우 정치 및 사회와 법 간의 상호무관심이 형성되어 법과 사회의 부조화라는 현상이 나타나게 된다. 그리고 그와 함께 ‘법에 의한 사회적 통합의 와해’가 생겨나게 된다. 법이 생활영역에 지나치게 개입함으로써 사회의 자율적 조

74) 벌금형의 경우에는 전자가 1000만원인데 반하여 후자는 500만원으로 전자가 더 높다.
75) 토이브너의 트릴레마에 대해 상세히는 이상돈 역, 법제화 이론, 한국법제연구원, 2004 35면 이하 참조.
76) 이상돈, 법학입문(제3판), 2007, 74면.

절규범과 절차를 파괴하게 되는 소위 ‘사회에 대한 과도한 법제화’로 인해 사회적 통합이 와해되는 현상이 나타날 수 있게 된다.77) 스토킹이 경범죄 처벌법에 규정됨으로서 이제까지 사회적인 메커니즘에 의해 조절될 수 있었던 행위가 범죄화 되어 사회화, 사회통합, 문화적 재생산 영역을 위협하게 된다. 그로 말미암아 결국 ‘사회에 의한 법적 통합의 와해’가 발생할 수 있게 된다. 즉 사회의 자율조절규범이 해체됨에 따라 법 자체도 파멸의 길로 들어서는 결과가 발생할 수 있게 되는 것이다. 그 동안 사회적으로 조절되던 행위들까지 법이 일일이 간섭하며 통제하게 됨으로 인해 앞으로는 사소한 영역에까지 법의 개입을 요청하게 될 것이다. 그에 따라 우리 법 시스템이 가지고 있는 가용한 한계를 초과하게 되어 법집행이 용이하지 않게 되고, 결국 법에 대한 사회적 신뢰가 파괴될 것이다. 이는 연쇄적으로 그 동안 중요한 가치로 지켜져 오던 법의 지배 내지 법치국가원칙, 더 나아가 여러 형법적인 원칙들에도 균열을 초래하여 결국 법률 시스템의 붕괴를 가져올 수도 있게 된다.78) 이런 관점에서 볼 때, 이번에 도입된 경범죄 처벌법이 스토킹 행위 유형을 충분히 고려하지 않은 채, 그동안 사회적으로 용인되던 정도의 행위를 범죄화 시킨 것은 범죄화의 한계를 초과하였다고 볼 수도 있다.79)

이 뿐 아니라 경범죄 처벌법에 스토킹 유사 행위가 규정된 것은 다음과 같은 문제점도 지적될 수 있다. 하나는 경범죄 처벌법 자체가 문제시 되는 법이라는 것이다. 경범죄 처벌법은 이미 그 내용 규정에 대한 다양한 문제점들이 제기되고 있으며, 학계에서도 경범죄 처벌법의 문제점들을 꾸준히 제기되고 있다.80) 경범죄 처벌법에 규정되어 있는 범칙내용들은 기본적으로 행정벌인 과태료를 통해서 동일한 효과를 이끌어 낼 수 있다. 구태여 범칙금이라는 것을 들이대지 않더라도 충분한 과태

77) 위와 동일.

78) 이상돈, 앞의 책, 75면.

79) 이런 문제점에 대해서는 진선미 의원이 개최한 “경범죄처벌법의 문제와 대안”에서도 제기되었다; http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=086&aid=0002151908(2013.5.30 방문).

80) 최근 스토킹 규정과 함께 도입된 ‘과다노출’ 규정에 대한 비판과 폐지에 대해서는 고시면, “‘하의실종형’(초)미니스커트나 ‘상의실종형’(초)미니배꼽티 등에 대한 공공장소에서 ‘과다노출’ 규정이 위헌 및 인권침해의 가능성”, 사법행정, 2013, 13면 이하 참조. 이에 반해 경범죄 처벌법의 문제점을 개선하여 경범죄행위에 대해 합리적인 대처가 가능하다는 견해로 박상기/이건호, 경범죄처벌법에 관한 연구 - 행위유형과 제재수단을 중심으로, 한국형사정책연구원, 1995, 9면 이하 참조.

료를 통해 해당 행위가 적절하지 않다는 것을 나타낼 수 있다. 또한 그 내용이 매우 불명확 것들이 많다. 예를 들어 과다 노출이라든지 불안감 조성, 스토킹을 의미하는 지속적인 괴롭힘과 같은 구성요건들은 매우 모호하기 때문에 형법의 명확성 원칙에도 반할 뿐 아니라 법집행기관의 자의적인 단속이 가능하도록 하는 역할을 하게 된다. 이처럼 법률에 있어 전반적인 문제점이 제기되고 있는 법률에 스토킹 관련 규정이 들어가게 된 것은 스토킹 행위의 문제성을 반감시킬 수 있다.

무엇보다 스토킹 행위는 단순히 범칙금 8만원으로 해결될 문제가 아니다. 스토킹은 피해자를 경우에 따라서 피해자를 자살까지 이르게 할 수도 있다. 그런데 그런 스토킹 행위를 단순히 피해자를 성가시게 하는 정도로 법률규정을 하고 있는 것은 스토킹 피해의 심각성을 간과한 것이라고 할 수 있다. 더구나 경범죄 처벌법에 규정된 정도의 행위는 스토킹으로 간주하기도 쉽지 않을 정도로 그 요건이 매우 성기다. 그러므로 현행 경범죄 처벌법에서 규정하고 있는 정도의 행위인 ‘지속적인 괴롭힘’은 삭제될 필요가 있는 반면, 그 보다 불법성이 높은 스토킹은 새로운 규정을 도입하여 보다 엄하게 처벌할 필요가 있다.

2. 판덱텐시스템에 따른 처벌규정

스토킹은 새로운 범죄유형이라고 할 수 있다. 이런 새로운 범죄유형을 현행 입법체계에 어떻게 규정할 것인지를 결정하는 것은 중요한 문제이다. 그러므로 스토킹 및 사이버스토킹에 대한 입법을 판덱텐시스템으로 할 것인지, 아니면 사안중심적 입법을 할 것인지를 결정하여 적절한 규정을 마련할 필요가 있다.[81)]

우선 판덱텐시스템에 따라 처벌규정을 신설하는 경우를 살펴보자. 이는 현재 우리나라 형법이 취하고 있는 형태이다.[82)] 이에 따르면 스토킹 행위를 분석적으로 나누어 법익 개념을 통해 추상화 작업을 수행하고, 이를 통해 다시금 구체적인 구성요

81) 이런 현상에 대한 문제의식은 이미 이상돈 교수가 2000년대 초반에 해킹을 대상으로 제기하였다. 그 견해에 동의하며, 본 논문에서는 이상돈 교수의 분석틀을 차용하고 있다.

82) 판덱텐시스템은 사법적 소재를 사람, 물건, 권리 등으로 나누어 규정하고 있는 로버법이 독일법으로 계수되면서 분석적이면서 모든 사태를 포괄할 수 있도록 체계적으로 구성하고 있는 대륙법계의 입법형식이다; 이상돈, 해킹의 형법적 법률 방안, 법조 제546호, 2002. 3. 104면 각주 42.

건을 만들어 적용하도록 하는 작업이 필요하다. 한편 스토킹 행위는 집합적인 행위를 일컫는 개념이 되어 현행법에 따르면 스토킹 행위는 행위 태양에 따라 경범죄처벌법, 협박죄, 강요죄, 모욕죄, 명예훼손죄 등과 함께 경합범으로 처벌될 수 있다.[83] 따라서 판덱텐시스템으로 스토킹을 규율하는 경우 기존의 형법상 구성요건들과 구분되는 형식을 취하게 된다.

앞에서 살펴본 바와 같이 독일은 스토킹을 개인적 법익을 침해하는 범죄로 그 불법의 정도를 협박과 유사하게 생각하고 있기 때문에 협박죄의 앞에 규정하고 있다. 다만, 아쉽게도 우리나라 형법은 독일과 같은 정교한 체계를 가지고 있지 못하다. 대표적인 예로 강요죄가 그 특성에도 불구하고 여전히 재산죄와 연관하여 제37장의 권리행사를 방해하는 죄 부분에 규정되어 있는 것이다. 이는 강요죄가 재산죄와 관련 있기 보다는 인격적인 부분에 방점이 있다는 것을 반영하고 있지 않기 때문이다. 비록 우리 형법체계가 정교하지는 못하더라도 적어도 스토킹에 대한 처벌 규정은 그와 관련 있는 규정에 인접해 있을 필요가 있다. 그러므로 협박죄와 강요죄와 관련이 있는 스토킹을 강요죄와 관련 된 부분에 위치시킬 수는 없을 것이고, 따라서 제30장 협박의 죄 부분에 위치를 시키는 것이 적절하다고 생각된다.

이와 함께 스토킹 및 사이버스토킹과 관련해서 가장 빈번하게 일어나며 피해를 주는 행위를 추려내어 한 조문에 또는 두 개의 조문에 나누어 규정하는 것도 고려해 볼 수 있다. 다만 그 내용은 독일 형법과 같이 구체적으로 유형화되는 것이 아니라 협박죄나 강요죄와 같이 다소 추상적이게 될 것이다. 그리고 그 불법의 정도는 스토킹과 유사한 성격을 가진 협박죄가 3년 이하이고, 강요죄가 5년 이하인데 스토킹의 유형에 따라 단순히 의사결정에 영향을 미치는 경우에는 3년, 어떤 행위를 하도록 하는 경우에는 5년 이내의 형량을 정하는 것이 적절할 것으로 생각된다.

하지만 사이버스토킹은 그 구성요건이 일반적인 스토킹과는 다르기 때문에 별도의 조문으로 구성할 필요가 있다. 또한 그 불법의 결과가 일반적인 스토킹보다 크기 때문에 보다 높은 형량을 요구될 수 있다. 그러나 그런 점들은 양형에서 고려하면 될 것으로 판단되기 때문에 법정 형량은 일반적인 스토킹과 같게 하여도 될 것이다.[84] 이런 점들을 고려할 때, 우리형법에 스토킹을 다음과 같이 규정할 수 있을 것

83) 이와 같은 분석으로는 이상돈, 앞의 논문 참조.

이다.

제 조(스토킹) ① 사람을 괴롭힐 목적으로 그 주변에서 지속적인 의사표현을 통하여 그 사람 또는 그와 친밀한 사람에게 불안감이나 공포감을 조성한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.
② 제1항을 통하여 상대방이 원치 않는 행위를 하도록 한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.
③ 전 2항의 행위로 인해 피해자가 상해에 이르게 한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다. 사망에 이르게 된 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.
④ 동 범죄는 피해자의 고소가 없이는 공소를 제기하지 못한다. 다만, 사안이 중대하거나 공익적 이유가 있는 경우에는 고소가 없어도 공소를 제기할 수 있다.

제 조의2(사이버스토킹) ① 사람을 괴롭힐 목적으로 우편 및 이메일, 전화 및 휴대전화, 문자 및 SNS, 팩스, 정보통신망 등을 이용하여 지속적인 의사표현을 통하여 그 사람 또는 그와 친밀한 사람에게 불안감이나 공포감을 조성한 자는 전조 제1항의 형으로 처벌한다.
② 전 조 제2항에서 제4항의 규정은 준용된다.

스토킹의 경우 기본적으로 스토킹 행위가 구체적인 범죄목적을 가지고 행해진 경우 처벌이 가능하도록 할 필요가 있다. 미국의 경우에도 스토킹의 성립요건에는 구체적인 범의(mens rea)를 요구하고 있다.[85] 또한 과반수의 주들은 스토커가 합리적인 두려움을 야기할 의사를 가질 것을 요건으로 삼고 있다.[86] 다만, 미국의 워싱턴주는 스토커가 의도하지 않았지만 피해자가 공포상태에 빠지거나 겁을 먹거나 괴롭혀진다는 것을 알거나 합리적으로 안 경우에도 스토킹으로 처벌하고 있다.[87] 그러

84) 이는 우리나라의 경우 '사이버'라는 개념이 포함될 경우 대개 법정형을 높아지는 효과가 나타나기 때문이다. 이에 대해서는 이원상, "'사이버'개념을 통한 사이버 모욕죄의 고찰과 대안', 형사정책 제20권 제2호, 2008 참조.

85) 박상열, 앞의 글, 726면.

86) 이에 반해 미국의 15개 주는 스토커가 두려움을 야기하는 행위를 하려는 의사만을 요구하고 있다; 박상열, 앞의 글, 734면.

나 스토킹의 의도가 없는 경우까지 처벌할 경우 스토킹의 처벌범위가 너무 확대될 수 있다. 따라서 기본적으로는 주관적 요건으로 스토커의 범죄목적을 요구하여 그 처벌범위가 불필요하게 확대되는 것을 방지할 필요가 있다.

또한 스토킹은 일반적으로 피해자를 괴롭히거나 미행하는 행위를 수반한다. 그러므로 미국의 대다수의 주들은 상대방을 괴롭히거나 미행하는 행위를 전형적인 스토킹의 요건으로 규정하고 있다.[88] 이와 함께 고려되어야 할 것이 반복 정도이다. 따라서 일리노이주를 포함한 미국의 몇몇 주에서는 최소한 2회 이상의 반복횟수를 요구하고 있으며,[89] 우리나라의 입법안들을 보면 최근의 입법안들은 2회 이상을 요구하여 그 반복 회수를 구체화하고 있다. 그리고 스토킹의 경우 그 위험성의 실현 정도에 따라 범죄 성립이나 가해자의 책임이 달라질 수 있다. 이에 미국의 캘리포니아주는 확실한 위험을 성립요건으로 하고 있기도 하다.[90]

무엇보다 스토킹에서 염두 해 두어야 할 것으로 피해자가 느끼는 두려움이나 공포감이다. 피해자가 느끼는 두려움이나 공포감은 "합리적인 인간"의 관점이나 객관적인 입장에서 느낄 수 있는 것에 한하지 않는다. 미국의 일부 주에서는 주관적 관점에서서 "확실한 위협"을 규정하고 있으며 이를 판단하는 것은 객관적이고 "합리적인 인간"의 기준을 적용하고 있다. 하지만 이런 요건은 오히려 스토킹 규정이 적용되기 어려운 장애물이 되고 있다.[91] 그러므로 피해자의 주관적인 두려움도 함께 고려할 필요가 있다. 따라서 합리적인 인간의 관점을 기본적으로 고려하되, 피해자의 주관적 감정도 함께 고려하여 스토킹 여부를 판단하여야 할 것이다.

그리고 그 피해자의 범위를 피해자 이외에 그 가족이나 그와 친밀감이 있는 남자친구, 친구 등도 포함하고 있다. 미국의 경우에도 일부 주들은 그 범위를 배우자, 피해자의 부모, 조부모, 형제자매, 자녀 등으로 넓혀 규정하고 있다.[92] 더 나아가 모

87) 박상열, 앞의 글, 735면.
88) 박상열, 앞의 글, 727면.
89) 박상열, 앞의 글, 727면.
90) 박상열, 앞의 글, 727면; 이에 반해 플로리다주는 스토커가 정신적인 손해를 가할 의사가 있었다는 것으로 범죄가 성립하도록 하고 있으며, 버지니아주는 정신적 고통을 초래할 의사만을 요구하고 있다; 박상열, 앞의 글, 728면.
91) 박상열, 앞의 글, 731면.
92) 박상열, 앞의 글, 732면.

범법전에서는 가족 뿐 아니라 피해자의 세대에 일상적으로 거주하거나 그 세대에 종전 6개월 내에 일상적으로 거주하였던 사람까지 그 범위를 넓혀 남자친구나 룸메이트도 피해자의 범위에 넣고 있다.[93] 이는 스토킹의 피해자의 범위가 점점 넓어지고 있는 것에 기인한다.

다만, 미국의 경우에는 스토킹과 관련된 성폭행(sexual assault)도 스토킹 행위의 처벌 범주에 들어가야 한다고 하고 있지만,[94] 우리나라의 경우 성범죄를 스토킹 관련 범죄로 처벌하지 않는다고 하더라도 이미 특별법을 통해 매우 엄하게 처벌하고 있기 때문에 구태여 스토킹 범죄의 범주에 넣을 필요성은 없다고 여겨진다. 따라서 스토킹과 연관해서 발생하는 성폭행은 성범죄 관련 규정을 적용하면 될 것이다.

마지막으로 스토킹의 경우 친고죄로 할지, 아니면 독일과 같이 특별한 공익이 있는 경우에는 직권으로 소추를 할 수 있도록 할지도 고려해야 한다. 독일처럼 고소요구를 상대화하는 것이 일면 합리적이라고 할 수도 있을 것이다.[95] 반면에 스토킹의 성립에서 피해자의 주관적 의사가 중요한 역할을 하는 만큼 피해자가 고소하지 않는 경우에는 이미 스토킹 행위의 불법성이 제거된다고 보는 것이 옳다는 주장도 할 수 있다. 다만, 우리나라는 최근 문제가 되고 있는 사생팬 문제를 감안할 필요가 있다. 우리나라의 경우 ‘사생팬’의 경우처럼 연예인이나 공인의 경우 비록 사생팬이라고 하더라도 자신의 팬을 고소하는 것은 자신의 공적인 활동을 포기해야 하는 위험부담이 존재하기 때문에 쉽지 않다.[96] 그러므로 사생팬이나 그와 유사한 스토킹 형태를 처벌하기 위해서는 독일과 같은 변형적 친고죄가 도입될 필요가 있다고 여겨진다.[97]

93) 박상열, 앞의 글, 733면.

94) 박상열, 앞의 글, 733면.

95) 박희영, “독일의 소토킹 범죄의 처벌에 관한 법률”, 법제, 2007.8, 110면.

96) 실례로 모 연예인은 사생팬들로 인해 정신과 상담을 받으면서도 사생팬의 문제를 해결할 수 없었으며(http://enews24.interest.me/news/article.asp?nsID=109470), 결국 참다못한 모 연예인은 사생팬에게 욕설과 폭력을 행사했다는 뉴스로 인해 곤혹을 겪기도 하였다(http://news.sportsseoul.com/read/entertain/1015802.htm).

97) 물론 이런 경우 수사기관의 자의적인 판단에 의해 친고죄가 형해화 될 수 있다는 비판이 가해질 수 있다. 하지만 수사기관의 과도한 공소제기에 대해서는 공소기각판결(형사소송법 제327조) 등과 같은 소송법적인 메커니즘을 통해 통제할 수 있을 것으로 사료되어 독일과 같은 입장을 취하게 되었다.

3. 사안중심적 입법형식에 따른 처벌규정

이제까지 스토킹에 대한 입법들은 스토킹이라는 하나의 사안에 대해 하나의 구성요건을 통해 해결하려는 사안중심적 입법형식을 취하고 있다.[98] 이런 형식의 입법방식은 스토킹이라는 사안을 분석적으로 나누는 것이 아니라 그 자체를 하나의 종합적인 형태로 파악하여 하나의 구성요건을 통해 사안을 해결하려는 방식이다. 따라서 판덱텐시스템에서는 스토킹 행위가 경범죄 처벌법, 협박죄, 강요죄, 모욕죄, 명예훼손죄 등과 같이 여러 범죄의 상상적 경합범으로 처벌될 수 있는 것에 반하여 사안중심적 입법형식에 따르면 단지 '스토킹'이라는 새로운 구성요건에 의해 처벌될 수 있게 된다. 현재 우리사회에서 요구하고 있는 형식이라고도 할 수 있다.

그러나 사안중심적 입법형식은 스토킹이라는 하나의 상황을 상상적 경합이라는 장치를 사용하지 않고도 해결할 수 있고, 일반인들이 보아도 쉽게 구성요건을 이해할 수 있는 장점이 있는 반면 새롭게 변화해 가는 유형에 대해서는 탄력적으로 대응할 수 없게 된다는 문제점이 지적되기도 한다.[99] 또한 개별입법 형식을 사안중심적 입법형식과 동일시 할 수는 없다. 즉 개별입법이라고 하더라도 그 규정되는 내용의 추상성이 높아지게 되는 경우에는 형법에 있을 수 있는 규정이 형식적으로만 개별입법화 된 것이라고 할 수 있다.[100] 그러므로 사안중심적 입법형식은 법률전문가의 분석이 필요한 것이 아니라 일반인들도 쉽게 이해할 수 있을 정도로 보다 구체적이고 유형적으로 규정될 필요가 있다.

이런 관점에서 보면 앞서 살펴본 많은 국가들도 스토킹과 관련해서 사안중심적 입법형식을 따르고 있다. 독일의 경우에도 비록 형법에 규정되어 있어 판덱텐시스템을 따른 것으로 볼 수 있지만, 사실은 구체적 유형을 통해 사안중심적 입법형식을 따른 것이라고 할 수 있다. 다만 사안중심적 입법을 하는 경우에는 그 나라의 스토킹 범죄의 형태를 반영할 필요가 있다. 따라서 각 나라의 스토킹 규정을 보면 일치하는 것도 있는 반면 해당 국가의 역사적 · 문화적 · 사회적 특성들에 따라 특이하

98) 이상돈, 앞의 논문, 107면.
99) 위와 동일.
100) 이상돈, 앞의 논문, 108면.

게 나타나는 유형도 있다. 예를 들어 앞서 살펴본 미국의 경우에도 여러 주들이 상정하고 있는 스토킹의 행위 유형은 매우 상이하게 나타나고 있다.[101] 현재 국회에 계류되고 있는 스토킹 관련 법률을 보면 사안중심적 입법형식을 띄고 있으며, 우리나라의 특징을 어느 정도 반영하고 있는 것으로 생각된다. 따라서 여기서는 사안중심적 입법형식에 따른 입법안은 특별히 제시하지 않을 것이다.

4. 스토킹의 처벌규정의 한계

스토킹에 대한 처벌규정을 도입한다고 하더라도 그 한계에 대해서 깊이 있게 생각할 필요가 있다. 즉 근대 형법의 기획은 스토킹 처벌규정 도입에 일정한 한계를 제공하게 된다.[102] 그에 따르면 사회해악적인 행위에 대해서 형사법이 일종의 만병통치약처럼 적용되는 것을 경계하고 있다. 형사정책적으로 새롭게 창설되는 형법규범들은 점점 더 새로운 보편적 보호법익의 창조와 계속적인 사용, 허용되는 해석론적인 법개념, 규범을 유연하게 적용시키는 추상적 위험범을 통해 전단계범죄화(Vorfeldkriminalisierung)를 초래하게 된다. 그러므로 형법은 오직 법익보호(생명, 신체, 재산, 명예 등)의 최후수단으로써 사용하는 것이 고전적 자유주의 형사정책 원리이기 때문에 형법은 결코 공공정책이나 사회정책을 달성하기 위해서 선호되는 수단이 되어서는 안 된다는 것이다.[103]

앞선 논의처럼 스토킹 행위의 핵심이 될 수 있는 '괴롭히는' 행위를 사회적으로 승인되는 행위와 승인되지 않는 행위 가운데 어디에 위치시킬 것이지를 결정하는 것은 결코 쉽지 않다. 이는 생활경험칙에 따르면 상대방에게 추근덕거리는 행위가 괴롭히는 행위가 될 수 있는 반면, 열애에 속할 수도 있기 때문이다. 따라서 가벼운 괴롭힘을 처벌할 경우 처벌규정이 남용될 수 있는 위험이 커질 수도 있다.[104] 즉

101) 미국의 각 주들은 합의되지 않은 대화, 잠복대기, 괴롭힘, 추격, 미행, 감시, 침입 등과 같은 다양한 행위유형들 가운데 일부를 스토킹 행위로 처벌하고 있다; 박상열, 앞의 글, 728면.

102) 이에 대해 자세히는 이상돈, 형법학 - 형법이론과 형법정책, 1999, 7면 이하 참조.

103) Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 제2판, 1996, 3쪽 이하; 이에 대해서 Hong, Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und das Computerstraftecht, Diss. Konstanz 2003, 제2장과 제3장 참조.

104) Eric Hilgendorf(이상돈/홍승희 공역), 앞의 책, 227면.

피해자를 가장하여 오히려 처벌규정을 역이용한 침해행위가 발생할 수도 있다는 것이다.[105] 더욱이 형법의 투입이 스토킹 행위에 적절한 대처방법이 될 수 있을지에 대해서도 의문이 제기되기도 한다. 이는 스토커의 경우 확신범적 성격을 가지고 있기 때문에 처벌에 대한 어떠한 두려움도 없어 형법이 추구하고 있는 일반 예방적 효과도 거둘 수 없기 때문이다. 따라서 스토킹 처벌규정은 상징형법(symbolisches Strafrecht)[106]으로만 작용하게 되어 결국 일반인들에게 심리적인 안심만을 줄 수 있다고 한다.[107] 무엇보다 사이버 스토킹은 기술지배적 성격이 매우 강하기 때문에 형법적 수단을 가지고도 제어하기가 매우 힘들다. 또한 스토킹을 위해 해킹 등과 같은 수단을 사용할 경우 이미 그 불법성이 사이버스토킹보다 높게 평가되기 때문에 해킹으로 처벌해도 무관할 수 있다. 결국 스토킹에 대한 처벌규정은 실효성이 떨어질 수 있다는 것이다. 그러므로 형법의 투입보다는 먼저 다른 수단들을 고려해 보는 것이 근대 형법의 기획에 보다 충실하고, 시민의 자유를 보장하는 것일 수도 있다.[108] 따라서 스토킹의 처벌규정이 도입되더라도 그와 같은 한계성에 대한 논란은 계속 될 것이다. 그럼에도 불구하고 현재 상황을 보았을 때 스토킹 처벌규정의 도입에 대한 사회적 요청이나 형사정책적 필요성을 부인하기는 쉽지 않을 것이다.

V. 결론

상당수 스토커들은 정신적·심리적 장애를 가지고 있다고 알려져 있다. 따라서 이들에게 필요한 것은 치료이지 처벌이 아닐 수 있다. 그러나 일련의 스토킹 행위는 처벌이 필요하기도 하다. 그래서 스토킹 처벌의 문제는 기본적으로 처벌되어야 하

105) 일반적인 경우는 아니지만, 미국 대학에서는 갈등관계에 있는 사람을 압박하기 위해 스토킹 처벌규정을 남용한 예가 소개되고 있다; 위와 동일.

106) 상징형법이란 형법이 단지 규정만 되어 있고, 실제로는 적용되지 않는 다는 것을 의미한다. 주로 사회 문제들에 대해서 입법자들이 다른 방법보다는 형법적인 규정을 통해서 문제를 해결하려는 경향을 통해서 나타나게 된다.

107) Eric Hilgendorf(이상돈/홍승희 공역), 앞의 책, 227면 이하.

108) 근대 형법의 기획에 따르면, 형법은 다른 수단을 모두 고려해 보고, 그럼에도 불구하고 다른 수단이 효과가 업을 경우 투입되어야 한다는 '최후 수단성'을 요구하고 있다.

는 행위유형과 그렇지 않은 유형을 구분하는 것과 처벌규정이 독자적으로 적용될 수 있도록 구성 할지, 다른 규정들과 경합하여 적용될 수 있도록 할지를 결정하는 것에 있다. 또한 스토킹은 기본적으로 상습범적인 성격과 확신범적인 성격, 침해범적인 성격을 가지고 있다고 볼 수 있다. 그 행위는 협박죄처럼 해악을 고지하지는 않지만, 지속적이고 반복적으로 특정인에게 자신의 존재감을 드러냄으로 인해 공포심을 유발하기 때문에 협박죄에 준하는 범죄라고 할 수 있을 것이다. 또한 스토킹의 경우 그 행위태양이 점차적으로 강화되는 특성을 가지고 있으므로 스토킹 행위를 처벌하는 것은 스토킹으로 인한 살인, 상해, 폭력 등의 전단계(Vorfeld)에서 범죄화하는 성격도 가지고 있다.

그러나 스토킹 행위의 처벌이 현행 경범죄 처벌법에서처럼 규정하는 것은 적절하지 않다고 여겨진다. 현행대로라면 피해자의 신고가 오히려 스토커의 분노를 야기하여 보다 강력한 제2차 범행이 발생할 위험도 있으며, 일상적인 구애나 작은 에피소드들이 사법기관의 자의적인 판단에 의해 처벌될 수 있는 문제점이 발생할 수도 있기 때문이다. 더욱이 경범죄 처벌법은 그 법률 자체가 문제시 되고 있다. 따라서 스토킹 처벌을 위해서는 새로운 형식의 처벌규정이 필요하다.

이런 관점에서 스토킹 처벌규정 도입을 위한 입법안을 생각해 보았다. 이는 이제까지 막연하게 스토킹 행위를 처벌해야 한다는 주장에서 조금 더 나아가기 위해 해당 내용을 구체화하기 위해서이다. 물론 판덱텐시스템에 있어서는 형법의 원칙가운데 하나인 명확성 원칙에 대한 문제가 제기될 수 있으며, 사안중심적 입법체계의 경우에는 새로운 유형의 스토킹을 처벌할 수 없게 되는 문제점이 발생할 수도 있다. 또한 이 글에서 제시한 법률의 구성요소나 문구에 문제가 있을 수 있다. 그러나 이 글에 대한 지속적인 비판과 개선점들이 계속해서 제시된다면 스토킹에 대한 보다 합리적이고 적절한 처벌규정이 제정될 수 있을 것이다. 하루 속히 스토킹 피해자들을 보호해 줄 수 있는 관련 규정들이 도입될 수 있기를 바라는 바이다.

참고문헌

〈국내문헌〉

고시면, “ ‘하의실종형’(초)미니스커트나 ‘상의실종형’(초)미니배꼽티 등에 대한 공공장소에서 ‘과다노출’ 규정이 위헌 및 인권침해의 가능성”, 사법행정, 2013
김은경 “스토킹의 피해실태와 그 쟁점들”, 형사정책연구 제14권 제3호, 2003(가을호)
김일수/서보학, 형법각론(새로쓴 제7판), 2007
김태환/정일석, “사이버스토킹의 실태 및 고찰에 관한 연구”, 한국방재학회논문집 제4권 제3호, 2004
리처드 헌터(윤정로외 1인 옮김), 유비쿼터스, 21세기북스, 2003
박무원, “미국의 사이버스토킹에 대한 형사적 규제상황”, 비교형사법연구 제13권 제1호, 2011
박상기, 형법각론(제7판), 2008
박상기/이건호, 경범죄처벌법에 관한 연구 - 행위유형과 제재수단을 중심으로, 한국형사정책연구원, 1995
박상열, “미국의 스토킹금지법에 대한 연구”, 비교형사법연구 제5권 제1호, 2003
박희영, “독일에 있어서 사이버범죄 관련 입법 및 판례의 최근 동향, 법제 2008.12
박철현/이상용/진수명, 스토킹의 실태와 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000
백광훈, “사이버스토킹과 그 처벌법규 및 문제점”, 정보보호21C, 시큐리티월드, 2001.3
이기현, 스토킹의 형법적 규제에 관한 비교법적 고찰, 비교형사법연구 제4권 제2호, 2002
이건호, “스토킹 행위에 대한 형사법적 대응과 그 한계”, 형사정책 제16권 제2호, 2004
이건호/김은경/황지태, 스토킹 피해실태와 입법쟁점에 관한 연구, 여성가족부, 2002
이상돈, “해킹의 형법적 법률 방안”, 법조 제546호, 2002. 3
이상돈 역, 법제화 이론, 한국법제연구원, 2004
______, 법학입문(제3판), 2007
______, 형법학 - 형법이론과 형법정책, 1999
이성호, “사이버스토킹의 개념과 법적 규제”, 저스티스 통권 제83호, 2005
이원상, 사이버 범죄에 있어서 형법의 역할과 시스템적 대처방안, 고려대학교 석사학위논

문, 2003
_____, “ ‘사이버’ 개념을 통한 사이버 모욕죄의 고찰과 대안”, 형사정책 제20권 제2호, 2008
이재상, 형법각론(제5판), 2008
총무처(현 행정자치부), “축조해설 개인정보보호법”, 1994
Eric Hilgendorf(이상돈/홍승희 공역), 형법의 세계화와 전문화, 2010

〈국외문헌〉

Easttom/Taylor, Computder Crime Investigation, and the Law, course technology, 2010
Eric Hilgendorf/Hong, Seung Hee, Cyberstalking, Eine neue Variante der Internetkriminalitaet, K&R 2003
Garfinkel, Database Nation. The death of privacy in the 2s Century, 2000
Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 제2판, 1996
Helmut Bäumler(Hrsg.), E-Privacy. Datenschutz im Internet, 2000
Hong, Seung Hee, Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und das Computerstraftecht, Diss. Konstanz 2003
Jens Hoffmann, Stalking, 2006
Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch, 28 Aufl., 2007
Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010
Kinzig/Zander, “Der neue Tatbestand der Nachstellung(238 StGB)”, JA 2007
Michael Markus Aul, Stalking-Phänomenologie und strafrechtliche Relevanz, 2009
Paul E. Mullen/Michele Pathè/Rosemary Purcell, Stalkers and Their Victims, 2000
Simson Garfinkel, Database Nation. The death of privacy in the 21st Century, 2000
bmann, MschrKrim. 2002, 25, 27
Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen, Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010
Wolfgang Mitsch, "Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch", NJW 2007

A Study on Criminal Penalty of Stalking

Lee, Won-Sang*

The addition of regulation on the punishment of stalking to the Minor Offenses Act has reignited debate over the punishment of stalking. However, there is not much disagreement over the fact that there should be some measures established to prevent harm and negative consequences of stalking. The purpose of this paper is to look into regulations which have been discussed to punish stalking and to suggest legislation to better deal with stalking.

To regulate stalking using the Minor Offenses Act could cause anger and resentment of stalkers which can possibly lead to more serious crimes. Also, there can be cases where legal and simple act of winning someone’s heart or asking someone out can be falsely punished and stalkers who should to be punished can go unpunished. Therefore, there are some problems associated with regulating stalking crimes based on the Minor Offenses Act.

To help resolve the problems, I came up with guideline for determining stalking behaviors that need to be punished. This includes intention of harming victims, act of causing fear and anxiety, closeness to stalking victims and accumulation of harm due to repetitive stalking behaviour and etc. In addition, there are possibilities that stalking can occur in remote location by sending unwanted letters and making unpleasant calls to victims. I also looked into cyber stalking where stalkers take advantage of e-mails, social networking sites and personal homepages to attack victims. I also considered the fact that stalkers not only harass their targets, but also their family, friends and even co-workers.

Considering all of these, I came up with legislation by looking into the

* Assistant Professor/Doctor, Department of Law, Chosun University.

Pandekten system and case-oriented approach separately.

❖ Key words : Stalking, Cyber-Stalking, Criminalization, the Benefit and Protection of the Law, the Minor Offenses Act, Pandekten System

투고일 : 5월 30일 / 심사(수정)일 : 6월 19일 / 게재확정일 : 6월 19일