

형사정책연구

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

제26권 제1호(통권 제101호)

2015 · 봄호

한국형사정책연구원
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

형사정책연구

제26권 제1호(통권 제101호, 2015·봄호)

[연구논문]

아동·청소년이용음란물의 범죄구성요건에 대한 검토	
▶ 이건호	5
개인정보보호를 위한 현행 형벌체계의 문제점 검토	
▶ 이성대	29
횡령·배임죄 양형기준제도의 준수현황 및 개선방안	
▶ 김혜정, 기광도	55
즉결심판제도에 대한 비판적 연구	
▶ 임석순	85
범죄피해자 구조금지급의 법적 개선방안: 헌법상 범죄피해자구조청구권의 본질과의 상관성을 중심으로	
▶ 김혜경	115
소셜네트워크 서비스상 범죄의 설명요인들과 익명성과의 상호작용효과 검증	
▶ 이성식	151
북한형법의 변화와 통일 후 불법청산방안	
▶ 박강우	173

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 26, NO. 1 (March, 2015)

[Article]

The Legal Constituent of the Child Pornography Crime

- ▶ Lee, Kun Ho 27

A Study on Problems of Current Sentencing System for Personal Information Protection

- ▶ Lee, Sungdae 53

An Empirical Study on Practice of Korean Sentencing Guideline on Embezzlement/Breach of Trust Crime

- ▶ Kim, Hye-Jeong 83

Critical Research on the instant judgement proceedings

- ▶ Im, Seok Soon 113

Legal Improvement of Korean Criminal Victim Compensation System

- ▶ Kim, Hye-Kyung 149

Testing the Explanatory Factors, Anonymity and Their Interaction Effects on Cyber Crime in Social Network Service

- ▶ Lee Seong-Sik 172

Guideline of Criminal Policy After Reunification in Korea

- ▶ Park, Kang Woo 199

아동·청소년이용음란물의 범죄구성요건에 대한 검토*

이 건 호**

국 | 문 | 요 | 약

현행법상 아동·청소년이용음란물이란 “아동·청소년 또는 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신 매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것”을 말한다. 이런 개념에 의할 때 실제의 아동·청소년이 성행위의 주체 또는 객체로 묘사된 필름, 비디오 등의 표현물이 여기에 해당한다는 점에 대해서는 의문이 없다. 아동·청소년성보호법 제2조 제5호의 개념정의에서는 ‘아동·청소년이용음란물’의 개념요소로부터 “아동·청소년에 대한 성적 학대(성적 악용)”라는 점이 빠져있다는 점이 무엇보다도 주목된다. 이 개념정의에서는 규제되는 표현물의 내용의 주요 요소로 들고 있는 것이 무엇보다도 제4호에서 규정하고 있는 “아동·청소년의 성을 사는 행위”를 아동·청소년이용음란물의 주요 요소인 것처럼 규정하고 있다는 점이 특징적이다. 그러나 이런 개념규정은 형법의 총론이론적 관점에서 그리고 형사정책적 관점에서 각각 여러 가지 문제점들을 만들어내는 것으로 보인다.

현행법상의 아동·청소년이용음란물 규정이 그 중심요소로 삼고 있는 개념은 ‘청소년의 성을 사는 행위’인 것으로 생각된다. 이런 개념대로라면 ‘아동·청소년에 대한 성적 학대(악용)’이라는 요소는 상대적으로 그 중요성이 반감할 것으로 생각된다. 아동·청소년이용음란물이 지닌 개념적 불명확성은 이른바 가상 아동·청소년이용음란물의 제작, 배포, 상영 등의 행위에 대한 처벌에서도 그대로 나타나게 된다. 또한 개념상의 불명확성은 아동·청소년이용음란물의 단순소지에 대한 처벌에서도 그것이 마치 아동·청소년이용음란물이 아닌 그 이외의 단순한 음란물의 단순소지를 처벌하는 것과 유사하게 됨으로서 의도하지 않게 과잉처벌을 유발하는 형사정책적인 문제점도 일으키게 되는 것으로 생각된다. 따라서 아동·청소년음란물의 중심요소가 아동·청소년에 대한 성적 악용이라는 점을 명확하게 나타낼 수 있는 개념정의가 필요하다고 생각된다.

❖ 주제어 : 아동·청소년이용음란물, 가상 아동포르노그래피, 아동성학대, 아동 성학대 피해자, 아동·청소년이용음란물 단순소지

* 이 논문은 2013년도 한림대학교 교비 학술연구비(HRF-201310-009)에 의하여 연구되었음.

** 한림대학교 법행정학부 교수

I. 아동·청소년이용음란물의 개념과 포함되는 묘사형태

1. 아동·청소년이용음란물의 개념과 위험성

아동·청소년이용음란물이란 18세가 되지 아니한 청소년을 묘사의 대상으로 하는 음란물을 일컫는 말로서 ‘아동 포르노그래피’라는 용어도 같이 사용되고 있다. 일반적으로 성인의 성행위를 묘사하는 음란물의 경우 매우 노골적인 성행위를 묘사하거나 성적 수치심을 심하게 자극하는 묘사가 아닌 경우 헌법상의 표현의 자유에 대한 기본권과 관련하여 볼 때 형법적 대응은 여러 가지의 법익충돌 상황에 이르게 되는 것이 보통이다. 현재 대부분의 국가들은 매우 음란하고 노골적인 성행위의 묘사가 아닌 경우 헌법상의 기본권으로 보장하는 태도를 취하는 것이 일반적이라고 할 수 있다. 즉 성행위의 묘사가 있다고 하더라도 묘사의 대상이 성인이라면 형법적 제재를 벗어나서 표현의 자유라는 기본권보장의 범위에 포함된다고 보게 된다.

이와 대조적으로 이른바 아동·청소년이용음란물의 경우에는 성행위의 묘사가 사소하다고 하더라도 법익침해의 정도가 매우 크다고 판단되는 것이 보통이다. 그 이유는 아동·청소년이용음란물이 그 자체로 법적으로 강한 보호의 대상이 되어야 하는 아동과 청소년을 정신적, 신체적이며 또한 성적인 형태로 착취하고 학대하는 행위라는 점이다. 즉 음란물의 제작과정에서 아동 및 청소년의 건전한 발달을 심하게 저해한다고 판단되는 행위를 그 청소년과 아동에게 강요하는 행위유형이기 때문이다.¹⁾ 아직 미성숙한 정신발달의 단계라는 점과 충격에 약한 정신 및 심리상태를 고려한다면 청소년과 아동이 성행위와 어떤 관련을 가져서도 안 된다는 점은 의문의 여지가 없기 때문이다.²⁾

이런 관점에서 볼 때 현행의 특별법상의 아동·청소년이용음란물에 대한 형사제재가 형법이론적 관점에서 볼 때 타당한 관점에 따라 개념정의와 범죄구성요건들이 구성되어 있는가하는 점이 살펴보고자 하는 것이라고 하겠다. 현재 시행되고 있는 “아동·청소년의 성보호에 관한 법률”의 ‘아동·청소년이용음란물’에 대한 개념정의

1) 줄고, 아동포르노그래피에 관한 연구, 24면 이하.

2) 아동·청소년이용음란물에 의한 청소년 등의 피해에 대해서는 줄고, 위의 논문, 31면 이하 참조.

및 이를 제작, 배포, 상영하는 행위들을 처벌하도록 규정하고 있는 구성요건들이 일반 음란물과의 혼동된 관계 속에서 아동·청소년이용음란물에 대한 형사제재를 부과하고 있다는 점에서 여러 문제점들이 발생하게 된다고 생각되기 때문이다.

2. 현행법상의 아동·청소년이용음란물의 개념과 포함되는 묘사범위에 대한 논의

현행법상 아동·청소년이용음란물이란 “아동·청소년 또는 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것”을 말한다.³⁾ 이런 개념에 의할 때 실제의 아동·청소년이 성행위의 주체 또는 객체로 묘사된 필름, 비디오 등의 표현물이 여기에 해당된다는 점에 대해서는 의문이 없다. 여기서 그 포함여부에 대한 논의의 여지가 생기는 것은 첫째로 청소년 등의 성행위를 영상으로 직접 묘사하는 것이 아닌 스토리 서술의 이야기의 경우와 둘째로 실제 아동·청소년이 아닌 가상의 인물을 그림으로 묘사하거나 성인이 청소년 등으로 출연하는 경우, 즉 가상 아동포르노그래피의 규제 여부이다.

첫 번째의 경우, 즉 청소년 등의 성행위에 대한 묘사는 현행법상에서는 개념정의에서 배제되어 있는데 그 이유는 스토리 서술이라는 표현매체의 성질이 직접적인 영상에 의한 묘사와 달리 간접적이라는 점에서 아동·청소년의 성보호라는 법익에 대한 위험성이나 침해의 정도가 낮다는 평가가 가능할 수도 있다. 이하에서 논의하는 바와 같이 아동·청소년이용음란물 범죄의 피해객체와 보호법익의 관점에서 배제된다고 보아야 한다.

두 번째, 즉 가상 아동포르노그래피의 경우는 실제의 아동·청소년이 묘사에 참여한 것이 아니라는 점에서 이런 유형의 처벌이 필요한가라는 점에 대한 논란이 가능하다고 생각된다. 현행법상에서는 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람

3) “아동·청소년의 성보호에 관한 법률” 제2조 5호. “아동·청소년의 성보호에 관한 법률”은 이하에서 ‘아동·청소년성보호법’이라고 한다.

이나 표현물이 등장하여”라는 문구에 의해서 가상 아동포르노그래피(virtual child pornography)가 개념정의에 포함된 것으로 해석될 수 있다.⁴⁾ 그 이유는 실제의 청소년이 참여하지 않은 형태이지만 아동 포르노그래피에 의해서 잠재적으로 침해될 수 있는 모든 아동·청소년을 포괄적으로 보호한다는 근거에 의해서 정당화될 수도 있다.⁵⁾

아동·청소년성보호법 제2조 제5호의 개념정의에서는 ‘아동·청소년이용음란물’의 개념요소로부터 “아동·청소년에 대한 성적 학대(성적 악용)”라는 점이 빠져있다는 점이 무엇보다도 주목된다. 이 개념정의에서는 규제되는 표현물의 내용의 주요 요소로 들고 있는 것이 무엇보다도 제4호에서 규정하고 있는 “아동·청소년의 성을 사하는 행위”를 아동·청소년이용음란물의 주요 요소인 것처럼 규정하고 있다는 점이 특징적이다. 그러나 이런 개념규정은 형법의 총론이론적 관점에서 그리고 형사정책적 관점에서 각각 여러 가지 문제점들을 만들어내는 것으로 보인다.

또한 아동·청소년이용음란물의 개념규정에서의 문제점은 아동·청소년이용음란물을 악용하는 여러 가지 범죄형태들에 대해서 형사제재를 부과함에 있어서도 형사정책적인 문제점들을 야기하게 된다고 생각한다. 예를 들면 이른바 ‘가상 아동·청소년이용음란물’, 즉 가상 아동포르노그래피의 제작, 배포 또는 상영 등의 행위에 대해서 형사제재를 부과하는 것이 일반적으로 정당화될 수 있는가 하는 점이 그러하다. 이하에서는 이런 점들에 대해서 보다 상세히 살펴보기로 한다.

4) 박경신, “가상아동포르노그래피 규제의 위헌성”, 경상대 법학연구, 제21권 2호, 2013, 182면.

5) Calcetas-Santos, Ofelia, “Legal issues and problems in protecting children against pornography”, in: Arnaldo(ed.), Child Abuse on the Internet, p. 104.

II. 현행법상의 아동·청소년이용음란물의 개념과 문제점 검토

1. 현행법의 아동·청소년이용음란물 개념의 문제점

아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 ‘아동·청소년성보호법’이라 한다) 제2조 제5호에 의하면 “아동·청소년이용음란물”이란 아동·청소년 또는 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것을 말한다. 제2조 제4호의 행위는 아동·청소년의 성을 사는 행위, 즉 금전 등 대가를 지불하고 아동·청소년으로 하여금 성교행위, 유사성교행위, 치부노출 등을 하게 하는 것을 말한다.

그러나 이런 개념정의에 의하면 “아동·청소년이용음란물”의 개념에서 가장 중요한 요소인 아동·청소년에 대한 ‘성적 악용’이란 요소가 명확하게 나타나지 않게 된다는 문제점이 있다. 이런 핵심적인 요소가 개념정의에서 명확하게 드러나지 아니함으로써 법해석상의 문제들도 더불어 나타나는 것으로 보인다. 법해석상의 문제들 중 중요한 몇 가지는 아동·청소년에 대한 성적 악용을 묘사한 행위에 대한 처벌 흠결, 청소년의 성행위에 대한 동의의 문제, “아동·청소년이용음란물”과 일반음란물의 구별, 그리고 이로 인한 명확성원칙의 훼손 등이 그것이다.

우선 첫 번째로 위의 ‘아동·청소년이용음란물’의 개념정의에 의하면 ‘아동·청소년이용음란물’의 개념에서 가장 중요한 요소들, 즉 ‘아동·청소년에 대한 성적 악용(학대)’의 요소가 빠져있는 개념정의에 이르게 된다는 점이다. 위 개념정의에 의할 때 형법 제305조에 의한 행위, 성폭력범죄의 처벌에 관한 특례법 제7조의 행위, ‘아동·청소년성보호법’ 제7조의 행위, 즉 아동·청소년의 동의에 의하거나 폭행, 협박에 의해서 성적 행위를 하는 것을 묘사한 음란물들이 ‘아동·청소년이용음란물’의 개념에서 배제된다는 결론에 이르는 것으로 생각된다. 그 이유는 ‘아동·청소년이용음란물’에서 중요한 요소로 보고 있는 것은 ‘아동·청소년성보호법’ 제2조 제4호를 통해서 성행위 등을 하는 것을 묘사하는 것이기 때문이다. 따라서 ‘아동·청소년

의 성을 사는 행위’에 의해서가 아닌 아동·청소년의 동의에 의하거나 폭행, 협박에 의해서 성적 행위를 하는 것을 묘사하는 행위는 ‘아동·청소년이용음란물’이 아니라는 점에 이르게 된다. 물론 실무상에서는 이런 ‘아동·청소년에 대한 성적 악용’을 묘사한 행위가 ‘아동·청소년이용음란물’로서 처벌되도록 운용되겠지만 ‘아동·청소년성보호법’ 제2조 또는 동법상의 범죄구성요건에서는 이런 행위를 처벌한다고 명확하게 기술한 규정들이 흠결되어 있다는 점은 분명해 보인다.

두번째로 이러한 개념정의에 의하면 13세 이상의 청소년의 성행위에 대한 동의 능력과 관련하여 그런 표현물이 음란물인가의 판단문제, 그리고 성행위에 동의한 청소년의 동의의 내용과 범위에 관한 문제가 나타나게 된다. 그 이유는 형법 제305조에 의하면 해석상 13세 이상의 청소년은 폭행, 위계, 위력 등이 없이 자유로운 의사결정을 할 수 있는 상황이라면 성행위에 대한 동의능력을 갖는 것으로 해석될 수 있기 때문이다. 물론 형법 제305조 규정에 대해서 ‘아동·청소년성보호법’ 제2조의 규정이 특별법의 관계에 있으므로 성행위에 대한 청소년의 동의능력을 19세 미만자에 대해 제한하는 것으로 해석할 수 있지만, 현재의 학자들 중 그런 해석론을 취하는 경우는 거의 없는 것으로 보인다. 청소년의 경우에도 13세 이상의 경우에는 자유로운 상황에서는 성행위에 대한 동의능력을 갖는 것으로 해석된다.⁶⁾

그렇다고 한다면 예를 들어 성행위에 대해 동의한 18세의 청소년이 성행위 등의 영상 등을 제작하는데 동의한 경우라면 그런 표현물이 동법물에 의한 ‘아동·청소년이용음란물’에 해당되는가의 판단의 문제가 제기된다. ‘아동·청소년성보호법’ 제2조 제5호 전단의 개념정의(“제4호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나”)에 따르면 성폭력(동법 제2조 2, 3호)이나 성매수 행위(동조 4호) 등에 의한 경우가 아니라면 ‘아동·청소년음란물’에 해당하지 않는다고 해석할 수 있다. 그러나 제2조 후단(“그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것”)에 의하면 그런 행위에 청소년이 동의한 경우라도 ‘아동·청소년음란물’에 해당한다고 판단할 수 있다. 청소년이 성행위에 동의하더라도 “그밖의 성적 행위”에 해당하는 표현물이므로 ‘아동·청소년음란물’에 해당한다고 본다면, 그 성행위 자체는 형법적 금지의 대상이 아니지만 그런

6) 송문호, “아청법 제2조 제5항에서 아동·청소년의 의미”, 형사법연구 제25권 제3호, 2013, 234-235면 참조.

행위를 묘사한 표현물은 ‘아동·청소년음란물’에 해당되어 그 표현물 자체는 금지된다는 결론에 이르게 된다.

그러나 “그밖의 성적 행위”의 의미를 이와 같이 넓게 해석하는 것은 타당하지 않은 것으로 생각된다. 청소년이 동의한 성행위의 표현물은 법 제2조 4호의 문맥상 금전 등 대가를 받고 그밖의 성행위를 한다는 의미로 해석하는 것이 타당하므로, 그것이 음란물이 되는가의 문제와는 별개로 ‘아동·청소년음란물’에 해당된다고 볼 수는 없기 때문이다.

이런 해석론과 달리 청소년의 동의에 의해 “그밖의 성적 행위”에 해당되는 행위를 묘사한 표현물을 ‘아동·청소년음란물’에 해당된다고 한다면 이런 경우에는 그 표현물의 음란성을 법관의 기준을 통해서 판단해야 하는 상황에 이르게 된다. 그 이유는 법 제2조 제5호의 “그밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것”이라는 개념정의가 너무 광범한 의미의 문언이므로 음란하지 않은 내용의 표현물까지도 그 의미의 범위에 포함시키게 될 위험성이 있기 때문이다. 예를 들면 비디오 등의 영상으로 18세의 청소년이 성인과 동의에 의한 성행위를 하는 장면을 그림자로, 또는 흐린 영상으로 묘사했다고 한다면⁷⁾ 이는 제5호의 의미의 범위 내에 포함될 수 있기 때문이다. 이런 예의 경우로 “아동·청소년이용음란물”을 배포, 상영한 경우라고 하여 범위반으로 기소한다면 피고인측에서는 음란성이 없다는 주장을 할 것이며 법원은 이런 항변에 대해 판단을 회피할 수 없다고 생각된다.

여기서 “아동·청소년이용음란물”과 일반 음란물과의 구별기준은 법해석상의 혼란을 더욱 가중시키게 된다는 세 번째 문제가 나타난다.⁸⁾ 즉 “아동·청소년이용음란물”이라고 하더라도 그 성행위의 묘사나 표현의 정도가 노골적인 것이 아니라면 “아동·청소년이용음란물”이 아니라고 법률적으로 주장할 수 있는 가능성이 있다. 이런 견해와는 반대로 오히려 아동·청소년에 대한 성적 악용을 묘사하는 표현물이 라면 그 표현형식이 노골적이지 않은 묘사라고 해도 “아동·청소년이용음란물”로 판

7) 이런 표현물이 이른바 가상 아동·청소년이용음란물의 경우라면 이것이 아동·청소년이용음란물인지 아닌 일반 음란물인지의 여부가 더욱 문제가 된다고 하겠다.

8) 아동·청소년이용음란물과 일반 음란물의 구별은 단순히 음란성의 판단의 문제가 아니라 금지를 통해서 보호되는 법익이 매우 상이할 뿐만 아니라 전자가 아동·청소년이 인격이라는 법익을 침해한다는 점에서 매우 해악성이 후자보다 더욱 심대하다는 점이다.

단해야 옳다.⁹⁾ 이런 표현물은 아동에 대한 성적 악용이라는 점에서 관련된 아동·청소년의 인격권을 침해하고 있기 때문이다. 이런 이유로 “아동·청소년이용음란물”을 일반 음란물의 문제와 혼동시키는 상황은 결코 바람직하지 않은 것으로 판단된다. 그 이유는 “아동·청소년이용음란물”이라고 하더라도 음란성이 없다는 판단을 통해서 위법성이 배제되거나 면책될 수 있다는 가능성은 “아동·청소년이용음란물”에 대한 암시장을 오히려 암암리에 확장시킬 수 있다고 생각되기 때문이다.

앞서 설명한 바와 같이 현행법의 아동·청소년이용음란물의 문제점은 법 제2조 제5호의 개념규정이 아동·청소년에 대한 성적 학대(악용)의 요소 대신 아동·청소년의 성을 사는 행위를 중요한 개념요소로 설정하고 있는 점에서 비롯되는 것으로 보인다.

2. 현행법의 아동·청소년이용음란물 관련 구성요건과 음란물개념의 관련

현행법상의 아동·청소년이용음란물 규정이 그 중심요소로 삼고 있는 개념은 ‘청소년의 성을 사는 행위’인 것으로 생각된다. 이런 개념대로라면 ‘아동·청소년에 대한 성적 학대(악용)’이라는 요소는 상대적으로 그 중요성이 반감할 것으로 생각된다. 그러나 이런 문제점은 단순히 개념상의 문제에 그치는 것이 아니며 아동·청소년이용음란물과 관련된 범죄유형들에 대한 형벌구성요건에서도 그 문제점이 그대로 이어지게 되는 것으로 생각된다. 아래에서 살펴보게 되는 바와 같이 아동·청소년이용음란물이 지닌 개념적 불명확성은 이른바 가상 아동·청소년이용음란물의 제작, 배포, 상영 등의 행위에 대한 처벌에서도 그대로 나타나게 된다. 또한 개념상의 불명확성은 아동·청소년이용음란물의 단순소지에 대한 처벌에서도 그것이 마치 아동·청소년이용음란물이 아닌 그 이외의 단순한 음란물의 단순소지를 처벌하는 것과 유사하게 됨으로서 의도하지 않게 과잉처벌을 유발하는 형사정책적인 문제점도 일으키게 되는 것으로 생각된다.

9) 박경진, “가상아동포르노그래피 규제의 위헌성”, 경시대 법학연구, 제21권 2호, 2013, 184-185면.

Ⅲ. 현행법상의 아동·청소년이용음란물에 대한 형사제재와 문제점 검토

1. 아동·청소년음란물의 범죄유형과 형사제재

‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’ 제11조는 위의 아동·청소년이용음란물을 제작, 수입 또는 수출한 자를 무기 또는 7년 이상의 징역에 처하고 있으며, 영리를 목적으로 아동·청소년이용음란물을 판매, 대여, 배포, 제공하거나 이를 목적으로 소지, 운반하거나 또는 공연히 전시 또는 상영한 자를 10년 이하의 징역에 처하고 있다. 또한 아동·청소년이용음란물을 배포, 제공하거나 공연히 전시 또는 상영한 자를 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 이러한 행위들이 지니는 법익침해의 정도가 매우 중대하다는 점에 대해서는 이론이 없다고 생각된다.

아동·청소년이용음란물에 대한 형사제재에서 특별한 점은 이를 소지한 자도 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다는 점이다. 아동·청소년이용음란물이 아닌 그 이외의 음란물의 단순 소지가 처벌되지 아니하는 점 및 음란물의 구매행위가 처벌되지 않는 것과는 크게 대조되는 특징이라고 할 수 있다. 아동·청소년이용음란물의 단순 소지를 처벌하는 것은 단순소지라는 행위 자체도 법익침해의 정도가 크다는 입법자의 판단에 따른 것으로 보인다.¹⁰⁾

아동·청소년이용음란물의 처벌에 대해서 그 필요성이나 형사정책적 효과에 대해서는 별다른 이의가 없는 듯 보이지만 그 단순소지를 처벌하는 것이 과연 타당한 것인가에 대해서는 논란의 여지가 있을 수 있다고 생각된다. 또한 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’상의 아동·청소년이용음란물의 정의가 일견 명확하다고 보일 수도 있지만 청소년의 연령판단의 불명확성 및 표현매체에 대한 정의의 불명확성 등에서 몇 가지 의문점이 있다고 생각된다. ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’에 규정된 단순소지의 처벌이 지닐 수 있는 형법적 문제점들 및 형사정책적 문제점들을 이하에서 간략히 제시해보고자 한다.

10) 김성규, “아동·청소년이용음란물의 단순소지자에 대한 규제의 현상과 방향성”, 미국법연구 제24권 1호, 69면 참조.

2. 아동·청소년이용음란물의 개념 및 단순소지행위 처벌의 문제

아동·청소년이용음란물의 제작, 수입, 배포, 상영 등의 행위는 아동·청소년의 건전한 성장이라는 법익을 직접적으로 침해하는 범죄로 파악될 수 있을 것이다. 음란물의 제작 행위의 경우에는 피해를 당하는 청소년 등을 그런 표현물에 직접 참가하도록 강제하는 행위라는 점에서 그런 유형의 행위가 가지는 불법성이나 해악이 무척 중대하다는 데에 아무런 의문의 여지가 없기 때문이다. 또한 영리의 목적에 의한 또는 그런 목적이 없는 수입, 수출, 배포, 대여, 공연, 상영 등의 행위는 아동·청소년이용음란물의 수요를 창출하는 행위라는 점에서 제작행위에 대한 공범의 성격을 지니는 범죄이며 따라서 그 위법성이나 법익침해의 정도를 크게 달리 볼 이유가 없다고 생각된다.

아동·청소년성보호법 제11조 제5항에 규정된 아동·청소년이용음란물의 단순소지의 경우 아동·청소년이용음란물의 제작 등의 행위와 비교할 때 아동 성학대범죄에 대해 공범의 성격을 지니는 것으로 파악하기에는 그 인과관련의 밀접도가 현저히 떨어진다는 점을 주목할 필요가 있다고 생각된다. 또한 음란물의 단순한 소지만으로는 청소년 등의 건전한 성장을 직접적으로 저해한다는 점에 대한 명백한 위험성도 크게 나타나지 않는 것으로 볼 수도 있다. 단순소지자가 이를 이용하여 아동·청소년에 대한 성범죄를 기도하게 될 것이라는 우려가 있지만 현재까지 사회학적 연구에 의하면 그 가능성도 낮은 것으로 판단할 수도 있다.¹¹⁾

아동·청소년이용음란물의 단순소지를 처벌하는 형사정책적인 목적이 음란물의 수요억제에 있다고 하더라도 그 소지자가 상습적인 성범죄자가 아니라면 그 목적에 비해서 과도한 수단이라고 볼 수 있는 측면도 있다.¹²⁾ 법률에서 이미 아동·청소년이용음란물을 배포, 제공하거나 공연히 전시 또는 상영하는 자를 처벌하도록 하고 있는 이상 수요억제의 목적은 이미 달성할 수 있는 충분한 형사제재를 확보한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 오히려 단순소지를 처벌하는 경우 단순소지자에 대해서 회피되어야 할 낙인효과만을 부과하는 부작용이 나타날 소지도 있다고 생각되기 때

11) 아동·청소년이용음란물의 단순소지와 범죄관련성에 대한 연구결과에 대해서는 송문호, “아청법상 음란물소지죄의 제한적 적용가능성”, 경상대 법학연구, 제22권 제1호, 2014, 346면.

12) 송문호, 앞의 논문, 344면 참조.

문이다.

아동·청소년이용음란물의 단순소지의 처벌이 타당성을 갖추기 위해서는 아동·청소년이용음란물의 법률적 개념정의를 보다 명확히 제한할 필요가 있다고 생각된다. 현재의 개념정의에 의하면 아동·청소년이용음란물이란 아동·청소년이나 아동·청소년으로 명백히 인식될 수 있는 사람 또는 표현물이 등장하여 성교 등의 행위 또는 그 밖의 성행위를 하는 필름, 비디오물, 게임물 또는 컴퓨터 등의 화상, 영상 등의 형태로 된 것을 말한다.¹³⁾ 여기서 처벌되는 행위유형을 단순 소지로 한정할 때에 그 매체의 형태에 있어서 필름, 비디오물, 게임물의 경우 그 소지의 형태가 명확하다는 점에서 처벌의 필요성이 보다 분명하다고 생각할 수 있다.

그러나 필름, 비디오물, 게임물이 아닌 컴퓨터 등의 화상, 영상의 경우에는 그 행위형태 자체가 전자적 성질을 지닌 정보 또는 전자기록의 소지가 그 주요한 규제대상이 될 것이다.¹⁴⁾ 이런 경우 전자기록 등의 소지행위 자체를 규제하는 방법 자체도 개인의 통신기록인 로그파일들을 확인하여야 하는 등 개인의 프라이버시를 침해할 가능성이 있다. 또한 화상이나 영상이란 전자기록은 행위자가 명확하게 인식하지 못하는 상태에서도 로그파일이나 캐시의 형태로 남을 수 있으므로 고의 없이 처벌될 가능성을 배제할 수 없다. 음란사이트의 파일배포방식에 따라서는 아동·청소년이용음란물에 대한 명확한 고의 없이 다운로드가 일어나는 경우에도 마찬가지로 문제가 발생할 수 있다.¹⁵⁾ 이런 경우에는 음란물에 대한 인식이나 고의를 그 요건으로 하더라도 형사처벌이 남용될 가능성은 상당히 높다고 생각된다.¹⁶⁾ 물론 명백한 음란물을 동영상이나 파일형식으로만 저장장치에 다운로드하는 행위만을 규제하는 것을 목표로 할 수도 있겠지만, 실무에서 이런 제한을 받아들이는 것인가는 의문이다.¹⁷⁾

- 13) 일본의 ‘아동매춘, 아동포르노에 관련된 행위등의 처벌 및 아동의 보호등에 관한 법률’ 제2조의 개념에 대한 규정은 아동포르노의 매체를 사진, 비디오 테이프, 기타 물건으로 규정하고 있다. 이경재, “일본법상 아동매춘등죄와 아동포르노반포등죄에 관한 고찰, 형사정책연구, 41권, 2000, 95면.
- 14) 온라인상의 컴퓨터파일에 대한 소지개념이 확장된 것이라는 견해로는 송문호, “아청법상 음란물소지죄의 제한적 적용가능성”, 340면.
- 15) 이런 한계사례에 대해서는 송문호, 앞의 논문, 346면 참조.
- 16) 2015년 1월 24일 경향신문 기사 “순간의 호기심, ‘아청법’ 걸면 걸린다” 참조. [http:// news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201501241801591&code=940100](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201501241801591&code=940100).

3. 가상 아동·청소년이용음란물에 대한 형사법적 규제

앞서 ‘아동·청소년성보호법’ 제2조 제5호 아동·청소년이용음란물의 개념정의에서 본 바와 같이 가상 아동포르노그래피, 즉 ‘가상 아동·청소년이용음란물’에 대한 형사법적 규제가 타당한가에 대한 문제가 제기될 수 있다. 위 동조 제5호의 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물”이란 표현은 실제 가상 아동·청소년이 아닌 성인이 아동·청소년처럼 나와서 성행위를 묘사하는 경우를 포함하는 것으로 해석될 수 있기 때문이다.¹⁸⁾

‘가상 아동·청소년이용음란물’의 형사법적 규제의 근거는 이런 음란물이 진정한 의미의 ‘아동·청소년이용음란물’이 아니라고 하더라도 아동성애자 등의 범죄자들이 이를 청소년 등에게 노출시킴으로써 청소년 등에 대한 성적 악용행위를 위해서 쉽게 이용될 수 있다는 점이다.¹⁹⁾ 이런 ‘가상 아동·청소년이용음란물’의 규제에 대해서는 다음과 같은 반론도 제기될 수 있다. 즉 ‘가상 아동·청소년이용음란물’이 청소년 대상의 다른 범죄행위에 대해서 악용될 수 있다는 가능성은 검증되지 않은 가능성일 뿐이며 실제로 이용되지 않았음에도 이를 다운로드 또는 소지하고 있다는 이유만으로 처벌하는 것은 일반 음란물의 소지를 처벌하는 것으로 과도한 처벌이라는 것이다.

얼마 전까지 실무에서는 ‘가상 아동·청소년이용음란물의 단순소지’를 처벌하려는 시도들이 있었다.²⁰⁾ 이에 대해 아동·청소년이용음란물에 대해서 대법원은 “아청법 제2조 제5호의 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이 등장하는 아동·청소년이용음란물’이라고 하기 위해서는 주된 내용이 아동·청소년의 성교행위 등을 표현하는 것이어야 할 뿐만 아니라, 등장인물의 외모나 신체발육 상태, 영상물의 출처나 제작 경위, 등장인물의 신원 등에 대하여 주어진 여러 정보 등을 종합적으로 고려하여 사회 평균인의 시각에서 객관적으로 관찰할 때 외관상 의심의 여지 없이 명백하게 아동·청소년으로 인식되는 경우라야 하고, 등장인물이 다소 어려 보인다는 사정

17) 김성규, 앞의 논문, 87-88면 참조.

18) 아동포르노그래피와 가상아동포르노그래피의 구분에 대해서는 박경신, 앞의 논문, 186면.

19) 줄고, “아동포르노그래피의 폐해와 형사법적 규제”, 한림법학 포럼, 14권, 2004, 201면 참조.

20) 수원지법 2013.2.20. 선고 2012고단3926,4943 판결(각공2013상 362).

만으로 쉽사리 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이 등장하는 아동·청소년이용 음란물’이라고 단정해서는 아니 된다”는 요지로 판결²¹⁾을 내린 바 있다.²²⁾

IV. 아동·청소년이용음란물의 형사제재방안에 대한 비교법적 검토

1. 아동·청소년이용음란물의 단순소지에 대한 제재

독일 형법 제183조 b 제4항에서는 아동·청소년이용음란물, 즉 아동음란물 (Kinderpornographie)에 대한 단순소지도 2년 이하의 징역 또는 벌금형으로 처벌하도록 규정하고 있으며, 동조 제2항에서는 아동·청소년이용음란물을 제3자가 소지하도록 한 자에 대해서는 3월 이상 5년 이하의 징역으로 벌하도록 규정하고 있다. 이런 음란물의 단순소지를 처벌하는 근거에 대해서는 음란물의 단순소지가 지니는 위험성을 그 근거로 들고 있다. 음란물의 제작, 배포, 판매 또는 상영 등의 경우 당해 음란물에 출연한 아동·청소년의 인격을 직접적으로 또는 간접적으로 침해하는 행위라는 점에서 그 처벌의 근거를 찾을 수 있는 반면에 단순 소지의 경우에도 그런 종류의 음란물의 유통시장의 발생과 존속에 계속적인 근거를 제공한다는 점에서 찾고 있다.²³⁾ 또한 이런 음란물의 경우 당해 청소년들은 법적으로 유효한 동의를 하지 않은 경우가 대부분이다. 설사 유효한 동의가 가능한 연령이라고 하더라도 단순소지자 개개인에 대해서는 그 출연자들이 어떠한 유효한 동의도 하지 않았으며 할 수도 없었다는 점이다. 그렇기 때문에 그 아동 청소년들의 인격은 개인의 단순소지로 인해서 계속적으로 침해되는 상황이 지속된다는 점이 단순소지를 처벌하는 근거로서 제시된다.²⁴⁾

21) 대법원 2014.9.24. 선고 2013도4503 판결(공보 2014하 2138).

22) 최근 판결에 대한 기사 <http://news.donga.com/NewsStand/3/all/20150128/69333208/1>. 이 판결에서 대법원은 동영상 속에서 여자가 교복을 입고 출연한 가상 아동·청소년이용음란물에 대해 출연자가 미성년자라고 단정할 수 없다고 보았다.

23) Schönke/Schröder/Lenkner/Perron, StGB, §184b, Rn.9; Münchener Kommentar/Hörnle, §184b, Rn.2.

24) Münchener Kommentar/Hörnle, §184b, Rn.3(위 각주)

미국에서는 연방법률 제2252조 A에서 아동·청소년이용음란물의 단순소지를 처벌하도록 규정하고 있다. 단순소지를 처벌하는 이유는 아동·청소년이용음란물에 대한 단순한 소지만으로도 이런 종류의 음란물에 대한 수요가 창출될 수 있기 때문에 이를 철저히 막아야 한다는 근거에 의한 것으로 주장된다. 미국에서는 단순소지에 대해서 형벌부과 이외에 아동·청소년음란물의 피해청소년이 민사적 배상을 청구할 수 있으며 이를 통해서 엄청난 배상금이 법원에서 선고되고 있다는 점도 주목할 만하다.²⁵⁾

일본의 “아동매춘, 아동포르노에 관련된 행위 등에 대한 처벌 등 법률”에서 아동포르노그래피의 판매 등 목적의 소지(동법 제7조)는 처벌하도록 규정하고 있지만 그 음란물의 단순소지를 처벌하도록 규정하고 있지는 않다.

2. 가상 아동·청소년이용음란물에 대한 형사제재

일본의 “아동매춘, 아동포르노에 관련된 행위 등에 대한 처벌 등 법률”에서는 아동포르노를 1) 아동을 상대로 한 성교, 2) 아동을 상대로 한 성교유사행위, 3) 아동에 의한 성교, 4) 아동에 의한 성교유사행위가 포함되는 것으로 규정하고 있다(동법 제2조의 3). 일본에서는 실제의 아동 등이 출연하지 않는 음란물은 형사제재의 대상에서 제외되고 있다. 그러나 컴퓨터로 합성하여 얼굴은 아동이고 신체는 성인으로 합성한 음란물에 대해서는 학설은 현실로서 학대된 아동이 존재하지 않으므로 불벌이라는 견해, 얼굴은 아동이고 신체는 성인으로 합성한 음란물의 경우 처벌할 수 있다는 견해 그리고 얼굴 이외의 부분이 아동의 자태라고 볼 수 있으면 처벌하여야 한다는 견해가 대립되고 있다고 한다.²⁶⁾

독일 형법에서 아동음란물(Kinderpornographie)은 아동에 대한 성적 남용을 내용으로 하는 음란물을 말한다(동법 제184조 b). 아동에 대한 성적 남용에 대해서는 독일 형법 제176조에서 제176조 b의 규정에서 정하고 있다. 이에 의하면 14세 미만의 아동에 대해서 성행위를 하도록 하는 등의 행위를 말한다. 이런 아동음란물의 개념에

25) Lollar, Cortney E., “Child Pornography and the Restitution Revolution”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Spring, 2013, pp. 345 참조.

26) 이경재, 앞의 논문, 95면.

대해서는 실제의 행태 또는 실제와 근접한 행태(wirklichkeitsnahe Geschehen)를 묘사하고 있는 음란물, 즉 진정 아동음란물만이 아동음란물에 포함되는 것으로 규정하고 있다(동법 제184조 b 제2항, 제4항). 아동의 나체의 단순한 묘사는 아동음란물에 포함되지 않지만, 아동에게 성행위를 하도록 하기 위해서 문서나 이런 표현물들에 노출시킨 경우에는 형법 제176조 제4항 3호 및 4호에 의해서 처벌된다.²⁷⁾

독일 형법에서는 실제의 청소년 등이 출연하지 않는 가상 포르노그래피(Fiktiv-pornographie)의 경우 단순소지를 처벌할 것인가의 문제는 실제의 청소년 등이 출연하지 않는다는 점에서 그 청소년 등의 유효한 동의를 근거로 하는 인격권의 침해의 문제가 발생할 소지가 거의 없으므로, 따라서 아동음란물에 포함되지 않는다.²⁸⁾ 실제와 근접한 행태와 실제로 거리가 먼 행태의 구분이 항상 명확한 것은 아니므로 입증에서 문제가 완벽하게 해결될 수 있는 것은 아니다. 전문가가 아닌 평균적인 관찰자의 관점에서 실제의 행태라는 점을 확실하게 배제할 수 없는 경우에는 실제에 근접한 것으로 판단된다.

미국 연방대법원은 Free Speech Coalition 판결에서 1996년 아동 포르노그래피 법률(CPPA) 2256조 (8)B 규정이 가상 아동·청소년음란물을 처벌하도록 한 것은 미연방 수정헌법 제1조에서 보장하고 있는 언론출판의 자유를 침해한다고 판결하였다.²⁹⁾ 연방법률 2256조 (8)B 규정이 아동 포르노그래피 이외에 가상 아동 포르노그래피를 포함하는 것으로 규정한 구성요건의 기술방법은 연방 수정헌법 제1조가 보호하고자 하는 예술적 가치가 있는 성인물도 전적으로 금지시킬 수 있는 형식이므로 너무 광범위하고 추상적이므로 무효라고 판결하였다.³⁰⁾ 연방대법원은 아동 포르노그래피가 그 제작, 판매, 유통을 통해서 실제의 아동학대 피해자에게 고통을 지속시킨다는 점에서 실제의 피해자가 없는 가상 아동 포르노그래피와 구별된다고 보았다.

27) Schönke/Schröder/Lenkner/Perron, StGB, §184 b, Rn.3.

28) StGB, §184 b, Rn.11.

29) Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234, L.Ed.2d 403,

30) 535 U.S. 234(241).

V. 결론 - 아동·청소년음란물의 타당한 규제방향

1. 아동·청소년음란물 개념의 재정립

아동·청소년성보호법 제2조 제5호의 아동·청소년음란물에 대한 개념정의는 제4호의 성매수행위와 그 밖의 성행위를 중심으로 구성되어 있다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 이런 개념정의를 통해서 명확하게 포괄되지 못하는 아동·청소년 대상 범죄행태들이 나타날 수 있을 뿐만 아니라 명확하지도 못한 것으로 생각된다. 또한 이런 구성은 아동·청소년음란물을 통해서 침해되고 있는 법익이 무엇인가에 대해 보다 확실한 판단기준을 제시하지 못하는 것으로 보인다. 아동·청소년음란물에서 침해되고 있는 법익은 단순히 성도덕의 침해가 아니라 아동·청소년의 인격권임에도 이런 점이 현행법의 개념에서는 명확하게 지시되지 못하고 있다.

현행법이 정하고 있는 개념은 일반 음란물과의 혼동을 일으키기 쉬운 개념임은 앞서 주장한 바와 같다. 이런 아동·청소년이용음란물 개념의 내용과 형식은 마치 아동·청소년음란물에서 침해되고 있는 법익이 단순히 성도덕의 침해에 불과한 것으로 오해를 불러일으킬 수 있다. 일반 음란물과의 혼동은 아동·청소년음란물범죄가 아동·청소년의 인격권을 심각하게 침해하는 범죄라는 점을 망각하게 만들 위험성이 있다.

이런 점과 비교해볼 때 독일형법 제184조 b의 규정은 아동에 대한 성적 남용을 내용으로 하는 음란물이 아동음란물임을 명확히 하고 있다. 이런 정의는 아동·청소년음란물에 대한 범죄구성요건의 법익이 아동·청소년의 인격권임을 명확히 하고 있으며 또한 아동·청소년에 대한 성적인 학대(악용)이 구성요건의 주요 요소임을 잘 보여주는 것으로 생각된다.

따라서 아동·청소년음란물의 중심요소가 아동·청소년에 대한 성적 악용이라는 점을 명확하게 나타낼 수 있는 개념정의를 필요하다고 생각된다. 또한 형법상의 의제강간과 관련해서 볼 때 13세 이상의 청소년의 동의를 얻어 표현물을 만든 경우에는 처벌가능성에 대해 의문이 제기될 수도 있다. 따라서 13세 이상의 청소년의 동의가 있다고 하더라도 청소년이 성적 행위를 하는 것을 내용으로 하는 표현물이라고

한다면 역시 청소년에 대한 지속적인 인격권침해를 포함하고 있다는 점을 명확하게 할 필요가 있다. 이를 위해서는 ‘성매수행위’와 ‘그밖의 성행위’라는 요소를 포기하고 ‘아동·청소년에 대한 성적 학대(악용)’이라는 요소를 중심개념으로 삼을 필요가 있다.

2. 아동·청소년음란물의 단순소지에 대한 형법적 규제

아동·청소년음란물에 대한 단순소지도 형별로 처벌하는 것은 기본적으로 타당하다고 생각된다. 아동·청소년음란물 범죄에서 침해되는 보호법익이 아동·청소년의 인격권이라는 점에서 보호법익을 광범위한 범위에서 보호하는 구성요건은 필요하다고 생각된다. 그러나 단순소지의 처벌이 자의적인 형벌권의 행사로 전락하게 된다면 그 처벌의 타당성이 의문시될 수도 있다. 아동·청소년이용음란물의 제작, 생산, 배포 또는 영업목적 및 청소년유인 목적의 음란물소지 등의 범죄행위와 다른 목적 없는 그런 매체의 단순소지행위 사이에는 이들 범죄행위의 불법성과 유책성의 측면에서 여러 가지 차이점들이 존재할 수 있기 때문이다. 즉 전자의 범주에 들어가는 범죄행위들은 불법과 유책성이 상대적으로 중대하며 음란물 범죄피해자인 아동·청소년에 대한 침해의 영향도 보다 직접적이며 위험성도 크다. 그에 대해 단순소지행위는 행위의 불법과 유책성이 중대하지 않으며 피해자인 아동·청소년에 대한 영향이 간접적이며 위험성도 크지 않다고 생각된다.

따라서 단순소지에 대한 자의적이며 과도한 처벌이라는 비판을 피하기 위해서는 단순소지의 처벌에서 그 구성요건을 명확한 개념들을 사용해서 보다 엄격하게 규정할 필요가 있다고 생각된다. 예를 들면 단순소지에 일정한 시간적 계속성을 요구하는 구성요건을 부가하는 것도 한 가지 방법일 수 있다고 생각된다. 이런 계속성의 요소는 단순소지가 일종의 악의와 결합되어 있음을 보여주는 징표가 될 수도 있다. 즉 아동성애자가 성범죄를 위하여 아동·청소년에게 보여주기 위한 것이라면 이런 계속성이 그 목적도달에 필요한 요소일 것이기 때문이다.

단순소지를 규제함에 있어서는 그 소지자가 그 표현물이 아동·청소년의 성행위를 내용으로 한다는 점을 명백히 인식하여야 할 것이다.³¹⁾ 컴퓨터나 인터넷 상에서

는 음란물을 포함한 파일형태를 다운로드하는 경우에 그 내용물이 명확하게 인식될 수 없는 가능성도 있다. 이런 경우에는 고의 없이 아동·청소년음란물을 소지하게 되는 가능성도 발생할 수 있기 때문이다. 따라서 아동·청소년음란물을 소지하고 있다는 점으로부터 고의적인 소지행위라는 점이 추정되어서는 안 되며 미필적 고의에 의한 소지가 아닌 보다 명확한 인식을 통한 소지임이 입증되어야 할 것이다.

3. 가상 아동·청소년음란물 규제의 제한

가상 아동·청소년음란물의 경우도 형사법적 규제가 필요하다는 주장이 제기된다. 아동·청소년음란물이 실제의 청소년이 존재하는 표현물이 아니라고 하더라도 범죄자에 의해서 청소년대상범죄의 도구나 수단으로 악용될 위험성이 있다는 것이 그 논거이다.

그러나 이런 주장에 대해서는 실제로 아동·청소년음란물에 의한 직접적인 피해자인 아동·청소년이 존재하지 않는다는 점에서 지나친 규제라는 비판도 가능하다. 형사제재의 보충성의 원칙에서 볼 때 현실화되지 않은 아동·청소년에 대한 침해를 처벌하는 것은 법익보호의 정도를 추상적 위태화로 설정하는 것이기 때문이다. 또한 위와 같은 개념정의의 경우 아동·청소년이용음란물이라는 개념이 지니는 의미 내에 포섭할 수 있는 묘사인가를 판단함에 있어서 지나친 자의나 남용이 개입할 수 있는 여지가 커질 수도 있다고 생각된다. 예를 들면 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여”라는 규정은 그 묘사되는 대상이 아동이나 청소년으로 명확하게 인식될 수 있는가에 따라 처벌여부가 결정된다는 성격을 갖게 되기 때문이다. 이런 기준에 의할 때 법적용자가 판단의 대상에 대해서 어떻게 “명확하다”고 판단하는가의 문제는 학대와 같은 객관적인 위험발생 또는 발생된 피해의 입증과는 그 성질이 판이하게 다른 종류의 성질이라는 점에서 문제의 소지가 있다고 생각된다.

따라서 아동·청소년 피해자가 존재하지 않는 가상 아동·청소년이용음란물은 형

31) 단순소지죄를 목적범으로 구성하자는 견해로 송문호, “아청법상 음란물소지죄의 제한적 적용가능성”, 347면.

법적 규제의 대상에서 제외하는 것이 타당할 것이다. 다만 아동·청소년이용음란물의 개념에 해당하는 표현물임에도 그 피해자가 실제하는가의 여부가 명확하지 않은 때에는 대법원이 2014년 판결에서 밝히고 있는 바와 같이 “등장인물의 외모나 신체 발육 상태, 영상물의 출처나 제작 경위, 등장인물의 신원 등에 대하여 주어진 여러 정보 등을 종합적으로 고려하여 사회 평균인의 시각에서 객관적으로 관찰할 때 외관상 의심의 여지 없이 명백하게 아동·청소년으로 인식되는 경우”³²⁾에 해당 범죄를 처벌하는 것이 타당하다고 생각된다.

또한 입법정책의 면에서는 가상 아동·청소년이용음란물이라고 하더라도 이런 표현물을 아동·청소년에게 보여주는 행위 등에 대해서는 형벌을 부과하는 구성요건을 신설할 필요가 있다. 이런 면에서 보면 독일형법 규정들(제176조 제4항 4호, 제5항, 제184조)은 아동·청소년의 인격권을 보호하기 위한 적절한 입법례라고 판단된다. 이런 규정의 입법을 통해서 아동·청소년이용음란물의 단순소지를 제한적으로 처벌하는 과정에서 나타날 수 있는 처벌상의 흠결들을 보완할 수 있을 것으로 생각된다.

32) 대법원 2014.9.24. 선고 2013도4503 판결(공보 2014하 2138).

참고문헌

〈국내문헌〉

- 김성규, “아동·청소년이용음란물의 단순소지자에 대한 규제의 현상과 방향성”, 미
국헌법연구 24권 1호, 2013, 67-96면
- 김지선/이병희, 청소년 성보호현황과 대책연구, 청소년보호위원회, 2001.
- 박경신, “가상 아동포르노그래피규제의 위헌성”, 경시대 법학연구 제21권 제2호,
2013, 181-210면.
- 서보학, “인터넷 상의 정보유포와 형사책임”, 형사정책연구 2001 12권 3호, 5면.
- 송문호, “아청법 제2조 제5항에서 아동·청소년의 의미”, 형사법연구 제25권 제3호,
2013, 225-246면.
- _____, “아청법상 음란물소지죄의 제한적 적용가능성”, 경시대 법학연구 제22권 제
1호, 2014, 337-353면.
- 심희기, “아동 포르노그래피와 한국의 청소년 성보호법”, 비교형사법연구 2003 제5권
2호, 883면.
- 이건호, 아동포르노그래피에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2002.
- 이경재, “일본법상 아동매춘등죄와 아동포르노반포등죄에 관한 고찰”, 형사정책연구
43권, 2000, 168-176면.
- _____, “청소년성보호법의 문제점과 개선방안”, 형사정책 제13권 2호, 2001, 31-54면.
- 이혜숙, “아동 성학대의 현황과 관련 법령에 대한 연구”, 경희대 교육문제연구소 논
문집 17, 2001. 7. 143-162면.
- 전진연, “청소년 성매매에 관한 형사정책적 고찰”, 소년보호연구 제3호, 2001, 275
면 이하
- 정진수/정완/김은경, 신종 성폭력 연구, 한국형사정책연구원, 2000.
- 한상훈, “청소년의 성보호에 관한 법률의 주요내용과 몇가지 쟁점”, 형사정책연구소
식 제57호, 2000, 1/2, 25면
- 황성기, “청소년 성보호에 관한 법적 고찰”, 한림법학 FORUM 12권, 2003, 31면.

〈외국문헌〉

- Arnaldo, Carlos, A.(etd), Child Abuse on the Internet, Berghan Books, 2001.
- Auer/Loimer, „Zur Strafbarkeit der Verbreitung von Kinderpornographie über das Internet“, ÖJZ 1997, S. 613 f.
- Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht, BT. II. Springer.
- Calcetas-Santos, Ofelia, “Child pornography on the internet”, Arnaldo(etd), Child Abuse on the Internet, p. 57-60.
- Calcetas-Santos, O., “Legal issues and problems in protecting children against pornography”, Arnaldo(etd.), pp. 103-104.
- Carlsson, Ulla, “Research, Information and Sensitizing the Public”, Arnaldo(etd), Child Abuse on the Internet, p. 61-64.
- Denson-Gerber/Hutchinson, “Sexual and commercial exploitation of children: Legislative responses and treatment challenges”, Child Abuse and Neglect, 3, 1979, pp. 61-66.
- Dunaigre, Patrice, “Paedophilia: A Psychiatric and psychoanalytical point of view”, Arnaldo(etd), Child Abuse on the Internet, p. 43-49.
- Goldstein, Seth L., The Sexual Exploitation of Children, CRC Press, 1999.
- Greenhouse, Linda, “‘Virtual’ Child Pornography Ban Overturned”, The New York Times, 2002. 4. 17.
- Hecht, Mark E., “Freedom of information on the internet”, Arnaldo(edt.), Child Abuse on the Internet, p. 95 f.
- Itzin, Catherine, “Pornography and the Organization of Intrafamilial and Extrafamilial Child, Sexual Abuse: Developing a Conceptual Model”, Child Abuse Review Vol. 6, 1997, PP. 94-106.
- Itzin, Catherine(etd), Home Truths about Child Sexual Abuse, Routledge, 2000.
- Kelly, L., “Pornography and Child Sexual Abuse”, Itzin(ed.), Pornography, pp. 113-123.

- Lollar, Cortney E., “Child Pornography and the Restitution Revolution”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Spring, 2013, pp. 343 f.
- O'Connell, Rachel, “Paedophiles Networking on the Internet”, *Arnaldo(etc)*, *Child Abuse on the Internet*, p. 65-79.
- Selfe, David/Burke, Vincent, *Perspectives on Sex, Crime and Society*, Cavendish Publ. Ltd. 2001.
- Sieber, *Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet*, 1999,
- Svervo, Kimberly, “A Global Overview of Child Abuse and Neglect”, *Arnaldo, C.A.(edt), Child Abuse on the Internet*, Berghan Books, 2001., pp. 5-13.
- Zillman/Bryant, “Effects of massive exposure to pornography”, N.M. Malamuth & E. Donnerstein (Eds.), *Pornography and Sexual Aggression*. Orlando, FL: Academic, 1984.

The Legal Constituent of the Child Pornography Crime

Lee, Kun Ho

The question of what constitutes child pornography is complex. The standards applied are often subjective and contingent upon moral, cultural, social situation and religious beliefs. Furthermore, these standards do not translate into law in the strictly judicial sense. Legal definitions of both children and child pornography may differ globally.

Child pornography is defined as ‘any visual or audio material which uses children in a sexual context. It consists of the visual depiction of a child engaged in explicit sexual conduct, real or simulated, or the lewd exhibition of the genitals intended for the sexual gratification of the user, and involves the production, distribution and/or use of such material’.

Some researches reported that child pornography was usually used in the sexual crimes, especially child sexual abuse. Such pornographical material is used in different ways. Some perpetrators use it to coerce children into submission, others to legitimise the act so that they see it as acceptable behaviour, and a third group uses pornographic material in self-stimulation preceding sexual abuse.

Children that are exploited in child pornography are automatically exposed to abuse, as it depicts the sexual acts of child. The child pornography normally depict explicit sexual activities in the form of physical contact, masturbation, adult and child sex, and sex between children. Children abused in child pornography usually suffer from the serious traumas comming from sexual abuses.

The provisions which prohibits the possession of child pornographic material for seducing the child is needed to be reenacted. It is considered as valid to punish the possession of child pornography, because the child pornography crimes are very

harmful to the youth. But It also includes the possibilities of overpunishing, because some legal constituents of child pornography crimes are abstract and wide in some aspects. So it is needed to be defined more rigorously the constituent requirements in order to avoid the risk of arbitrary punishing.

For example, it is considered as a way to be added to the constituent elements that require a certain time continuity in legal requirements of the possession of child pornography. Elements of this continuity may be a sign showing that simple possession is combined with a kind of malicious intent.

Another way is to require the deliberate intents as a subjective requirements of possession of child pornography. the intents should not be estimated in possession of pornography, and would have to be proven to possess the pornography with more than a clear recognition by the suspects.

❖ Keyword: child pornography, child sexual abuse, possession of child pornography, virtual child pornography

개인정보보호를 위한 현행 형벌체계의 문제점 검토*

이 성 대**

국 | 문 | 요 | 약

2011. 3. 29. 제정된 개인정보보호법의 제정과정에서는 규율대상, 보호범위, 피해구제제도, 개인정보보호위원회의 직제 및 권한 등에는 상당한 관심을 두었으나, 벌칙규정의 정비에 대해서는 상대적으로 관심이 부족했던 것으로 보인다. 이 논문은 기존형사법과의 관계에서 체계적 정합성을 확보하려는 목적의식을 기반으로 현행 개인정보보호법제상의 형사처벌규정의 문제점을 검토하였다.

먼저, 우리의 개인정보보호법제는 OECD가이드라인에 규정되어 있는 개인정보보호 8원칙에서 출발하고 있으며, 개인정보보호법을 비롯한 관련법률들은 유사한 형벌체계를 구성하고 있음을 지적함으로써 현행 개인정보보호법제를 개관하였다. 그리고 관련법률 사이의 관계에 대하여 살펴보았다.

다음으로 현행법체계상 개인정보의 개념과 관련한 문제를 검토하였다. 여기서는 개개의 형벌 규정의 적용에 있어 해석론을 통한 개인정보개념의 제한가능성도 일부 존재하기는 하지만, 개별적인 개인정보 침해유형과 관련한 구체적 해석의 문제는 여전히 남게 될 수밖에 없으므로 입법론적 관점에서 근본적인 문제해결이 필요하다고 보았다.

마지막으로 개인정보 보호법제상의 형벌체계의 부정합성을 지적하고 이를 기반으로 개인정보보호를 위한 현행 형벌체계의 정합성 확보를 위한 나름의 개선방안을 제시하고자 하였다. 그 결과 제시할 수 있는 현행 형벌체계의 문제점은 일률적인 중벌화경향, 과태료부과대상과 형벌부과대상의 교차현상, 관련법률상 처벌규정의 비통일성, 기존형사법 체계와의 부정합성 등을 들 수 있는데, 이러한 현행 법제상 형벌체계의 문제점은 개인정보개념의 불명확성보다도 형사처벌범위의 광범위성과 일률적인 중벌화의 경향에서 기인한다고 보았다. 이에 따라 형사처벌범위의 축소와 실질적 피해자보호대책의 마련이라는 방향성을 중심으로 현행 개인정보보호법제상의 형벌규정을 개선해야 한다는 결론을 제시하였다.

❖ 주제어 : 개인정보보호법, 개인정보보호를 위한 형벌체계, 개인정보 자기결정권, 개인정보침해, 정보주체

* 이 논문은 2013년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2013S1A5B5A07048827)

** 성균관대학교 법학연구소 선임연구원, 법학박사

I. 개인정보를 위한 현행 형벌체계의 검토 필요성

우리나라의 개인정보 보호체계는 개별영역별로 마련된 법률을 통한 규율방식을 취하고 있었으나 2011. 3. 29. 개인정보보호법이 제정됨에 따라 기존과는 달리 민간과 공공부분을 모두 포섭하는 통합적 방식을 취하게 되었다. 이에 따라 공공기관뿐만 아니라 법인·단체·개인을 포괄하는 사업자들도 개인정보를 보호해야할 의무를 부담하게 되었으며, 개인정보의 수집에서 파기에 이르는 전 과정에 걸친 공통된 기준이 마련되었다고 할 수 있다. 이와 같이 개인정보보호법의 제정은 개인정보보호의 범위와 내용을 충실히 하였다는 점에서 그 자체만으로도 긍정적인 평가가 가능하다.

그러나 수범자의 입장에서 가장 민감한 부분인 형벌규정에 대한 충분한 검토가 이루어지지 않았다는 점은 문제가 아닐 수 없다. 즉, 통합개인정보보호법의 제정이 전부터 개인정보침해와 관련한 형사법적 관점에서의 다양한 검토가 이루어 졌음에도 불구하고 실제의 입법에서는 이러한 검토의 결과를 충분하게 반영하지 못한 것으로 보인다. 그 결과 개인정보보호법과 유관법률들 사이에는 체계상의 부정합성이 곳곳에서 발견되고 있을 뿐 아니라 개인정보보호법제상 형사처벌규정이 지니고 있는 문제점에 대한 지적은 어렵지 않게 찾아볼 수 있다. 여기에 통합개인정보보호법상의 벌칙규정에 대한 형사법적 관점에서의 면밀한 검토필요성이 존재한다.

이 논문은 기존형사법체계와의 정합성을 확보하고자하는 목적의식에 기반하여 현행 개인정보보호법제상의 형사처벌규정의 문제점을 검토하고자 한다. 이를 위하여는 먼저 개인정보보호법과 유관법률상의 형벌체계를 개관(Ⅱ)할 필요가 있다. 그리고 구체적인 문제점으로서 대표적인 논란의 대상이 되고 있는 개인정보의 개념 및 범위와 관련한 문제(Ⅲ)에 대하여 살펴보고, 현행 개인정보 보호법제상의 형벌체계의 부정합성(Ⅳ)을 지적하려 한다. 마지막으로 이상의 논의를 기반으로 개인정보 보호를 위한 현행 형벌체계의 정합성 확보방안에 대한 나름의 생각을 피력하고자 한다(Ⅴ).

II. 개인정보보호관련 형벌체계의 개관

1. 개인정보 보호원칙과 개인정보보호를 위한 형벌체계

개인정보보호법 제3조는 ‘개인정보 보호 원칙’이라는 표제 하에 개인정보처리자가 타인의 개인정보를 취급함에 있어서 지켜야할 기본적 의무를 규정하고 있다. 이는 1980년 9월 OECD이사회가 채택·권고한 ‘개인데이터의 국제유통과 프라이버시 보호에 관한 가이드라인(OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data: 이하 OECD가이드라인)’¹⁾에 규정되어 있는 개인정보보호 원칙의 내용과 거의 동일하다.²⁾ 즉, OECD가이드라인 제2장(Part 2. Basic principles of national application)은 ① 수집제한의 원칙(Collection Limitation Principle), ② 정보내용정확성의 원칙(Data Quality Principle), ③ 목적특정의 원칙(Purpose Specification Principle), ④ 이용제한의 원칙(Use Limitation Principle), ⑤ 안전확보의 원칙(Security Safeguards Principle), ⑥ 공개의 원칙(Openness Principle), ⑦ 개인참가의 원칙(Individual Participation Principle), ⑧ 책임의 원칙(Accountability Principle) 등 8개의 개인정보보호 원칙을 규정하고 있는데, 우리 개인정보보호법이 천명하고 있는 개인정보보호 원칙도 이를 반영한 것이다.³⁾ 이러한 개인정보 보호원칙은 개인정보처리자와 정보주체가 지니는 권리와 의무의 형태로 구체화되어 나타나는데, 이는 개인정보보호와 관련한 형벌체계의 핵심적 가치를 형성한다.

- 1) OECD가이드라인은 1970년대에 유럽과 북미지역을 중심으로 논의되기 시작한 개인정보 보호의 문제와 관련한 국제사회의 초기의 대응이라고 할 수 있는데, 이는 지금까지도 국제적인 영향을 미치고 있다. 최근(2013. 7.)에는 동가이드라인이 제정된 이후 처음으로 개정이 이루어지기도 하였다(개정된 OECD가이드라인의 구체적 내용에 대하여는 정효진/윤재식, “개정 OECD 프라이버시 가이드라인: 주요 내용 및 향후 전망”, 2014. 6. 4.자 주간기술동향, 정보통신산업진흥원, 4면 이하 참조).
- 2) OECD가이드라인이 규정하고 있는 개인정보보호 원칙의 자세한 내용은 황태정, “통합개인정보보호 법안의 입법체계 검토”, 형사정책연구 제20권 제1호, 2009, 620면 이하 참조.
- 3) 김주영/손형섭, 개인정보 보호법의 이해, 법문사, 2012, 167면. 다만 개인정보보호법 제3조는 OECD 가이드라인이 제시하고 있는 원칙에 덧붙여 최소침해의 원칙(동조 제6항)과 익명처리의 원칙(동조 제7항)을 추가하고 있으나 이는 OECD가이드라인 8원칙의 세부내용 혹은 실현수단으로서의 성격을 지니는 것으로 독자적 의미를 부여할 만큼 독창적인 규정이라 보기는 어렵다.

2. 개인정보 침해행위에 대한 형벌체계

개인정보의 보호를 위하여 형벌규정을 두고 있는 주요한 법률로는 ‘개인정보 보호법’, ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 정보통신망법)’, ‘위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률(이하 위치정보법)’, ‘신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률(이하 신용정보법)’ 등을 거론할 수 있다. 그 외에도 형법을 비롯한 기타의 개별·특별법 중에도 개인정보보호와 관련된 규정들은 다수 존재한다. 이러한 현행 개인정보보호법제상의 형벌체계는 개인정보의 수집, 이용, 처리, 제공, 이전, 관리 등의 전 단계에 걸친 다양한 형벌규정으로 구성되어 있다고 할 수 있다.

현행 개인정보보호법제상의 일반법이라 할 수 있는 개인정보보호법은⁴⁾ 정보주체의 동의없는 개인정보의 수집행위를 형사처벌의 대상으로 규정하고 있지만,⁵⁾ 위계 등에 의한 개인정보의 수집행위에 대하여는 형벌부과를 예정하고 있다(동법 제72조 제2호). 또한 개인정보의 이용, 처리, 제공, 이전 등의 단계에 대하여는 동법 제71조에 상세한 규정을 마련하고 있는데, 개인정보의 불법제공 등(제1호), 개인정보의 불법이용·제공 등(제2호), 민감정보의 불법처리(제3호), 고유식별번호의 불법처리(제4호), 업무상 지득한 개인정보의 누설·제공(제5호), 개인정보의 훼손·멸실·변경·위조·유출(제6호) 등이 그것이다. 그리고 개인정보의 관리단계와 관련해서는 개인정보의 분실·도난·유출·변조·훼손(제73조 제1호), 정정·삭제 등의 조치의 무 위반 등(동조 제2호), 개인정보 처리 중지의무의 위반 등(동조 제3호)과 같은 구체적인 침해유형에 대한 형벌규정이 마련되어 있다. 이외에도 개인정보보호법은 개인정보 변경 등 업무방해(제70조), 영상정보처리기기의 불법조작 등(제72조 제1호), 직무상 비밀누설 등(제72조 제3호)에 대한 형사처벌을 예정하고 있다.

한편 정보통신망법도 개인정보보호법과 유사한 형벌체계를 갖추고 있다고 할 수

4) 개인정보보호법은 제9장에서 형사처벌의 대상이 되는 위반행위들을 상세하게 규정하고 있다. 특히 동법은 각각의 위반행위들을 법정형을 기준으로 제70조(10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금), 제71조(5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금), 제72조(3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금), 제73조(2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)에 나누어 규정하고 있다. 또한 단순한 행정의무 위반 등 비교적 경미한 동법의 위반행위에 대하여는 과징금(동법 제34조의2)과 과태료(동법 제75조)의 부과를 규정하고 있다.

5) 다만 동법 제75조 제1항 제1호에 따라 5천만원 이하의 과태료를 부과하도록 규정하고 있을 뿐이다.

있다. 그런데 정보통신망법은 정보통신망 이용자의 동의를 받지 않은 개인정보의 수집행위에 대해서도 형사처벌을 예정하고 있다(동법 제71조 제1호, 제2호). 여기에서 정보통신망법과 개인정보보호법 사이의 뚜렷한 차이점 중 하나를 찾아볼 수 있다.⁶⁾ 이에 따라 법정대리인의 동의를 받지 않은 14세 미만인 아동의 개인정보를 수집하는 행위에 대해서도 개인정보보호법과 정보통신망법은 그 취급을 달리하고 있다(개인정보보호법 제75조 제1항 제2호 및 정보통신망법 제71조 제8호 참조). 그러나 정보통신망법이 형사처벌의 대상으로 삼고 있는 개인정보침해행위의 유형은 개인정보의 수집단계를 제외한 기타의 경우 앞서 언급한 개인정보보호법의 침해유형과 대동소이하다고 할 수 있다. 즉, 정보통신망이라는 적용대상의 특수성으로 인하여 일반법인 개인정보보호법과 구체적인 표현과 법정형에 있어 다소간의 차이를 나타내고는 있으나 양 법률이 규정하고 있는 개인정보침해행위의 유형은 거의 동일하다고 할 수 있다. 다만 정보통신망 및 정보통신서비스의 특성에 따라 정보통신망법이 요구하는 특수한 신고의무 등에 대한 처벌규정과 같은 부분에서 차이가 있을 뿐이다. 이는 위치정보법과 신용정보법 등에 마련되어 있는 형사처벌규정의 경우에도 마찬가지라 할 수 있다.⁷⁾

3. 개인정보보호와 관련된 법률들 사이의 관계문제

이상에서와 같이 개인정보의 보호를 위하여 우리 법률체계는 다수의 개별·특별법을 마련하고 있다. 그런데 각각의 법률은 개인정보침해행위에 대한 별도의 형사처벌규정을 두고 있으면서도 각 법률상의 구성요건들은 상호 유사한 내용을 담고 있다는 점에서 적용상의 혼선이 발생할 여지가 존재한다. 이에 대하여는 현행 개인정보보호법제상 일반법이라 할 수 있는 개인정보보호법이 제6조에서 ‘다른 법률과의 관계’라는 표제 하에 “개인정보 보호에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다”고 명시함으로써 관련법률의

6) 정보주체의 동의없는 정보수집행위에 대한 개인정보보호법과 정보통신망법의 취급이 다른 이유에 대하여는 정보통신서비스, 정보통신서비스제공자, 정보통신이용자 등과 같은 특별법인 정보통신망법의 적용대상이 지니는 특수성을 감안한 것으로 이해할 수 있을 것이다.

7) 구체적인 처벌규정의 내용은 위치정보법 제39조 내지 41조와 신용정보법 제50조 참조.

적용에 있어서 발생할 수 있는 혼선을 미연에 방지하고 있는 듯이 보인다.⁸⁾

그러나 문제는 정보통신방법을 비롯한 개별·특별법에도 개인정보보호법 제6조와 유사한 규정이 존재한다는 점에 있다.⁹⁾ 즉, 현행 개인정보보호법제상의 법률들 사이에서 어떤 법률을 ‘다른 법률’로 볼 것인지의 여부에 따라 구체적인 적용법조가 달라질 수 있게 된다.¹⁰⁾ 물론, 현행 개인정보보호법제상 개인정보보호법이 일반법이며, 여타의 법률은 이에 대한 특별법이라는 간편한 이해가 가능하다. 이렇게만 보면 문제는 없어 보인다. 그러나 일반법과 특별법의 관계는 형식적인 법률의 명칭에 좌우될 것이 아니라 각 법률의 구체적 규정의 성격에 따라 개별적인 판단이 요구된다는 점에서 결코 간단하게 취급될 문제는 아니라고 할 수 있다. 뿐만 아니라 정보통신방법의 경우에는 개인정보보호법이 제정되기 전까지 폐지된 (구)공공기관의 개인정보보호에 관한 법률이 규율대상으로 삼았던 공공분야의 규율에 대비하여 민간분야에서 일반법으로서의 역할과 기능을 수행하고 있었으며, 지금도 정보통신분야에 있어서는 일반법적 지위도 함께 지니고 있다는 사실도 고려되어야 한다. 또한 각 법률을 개인정보보호법에 대한 특별법으로 단순히 이해한다고 하여도 개인정보보호법의 일반적 규정에 대하여 특별법상 유사한 관련 규정이 존재하는 경우 무조건 개인정보보호법의 관련규정이 배제된다고 보아야 할 것인지(개인정보보호법 적용배제설) 혹은 개인정보보호법이 포괄적으로 적용되는 상태에서 특별법의 규정과 저촉되는 부분에 대하여만 개인정보보호법의 관련규정이 적용배제된다고 볼 것인지(개인정보보호법 포괄적용설)와 같은 이론상의 문제제기도 가능하다.¹¹⁾

이상과 같은 개인정보보호법제상 법률들 간의 체계문제는 법률의 적용범위에 대

8) 개인정보보호법과 다른 법률(정보통신방법 등) 사이의 적용범위와 관련한 문제는 이필재, “개인정보보호법과 관련 법률의 체계문제”, 한국위기관리논집 제10권 제1호, 2014, 93면 이하 참조.

9) 정보통신방법 제5조와 위치정보법 제4조가 대표적이다.

10) 이에 대한 문제제기와 구체적인 검토에 대하여는 박노형, “개인정보보호법과 정보통신방법의 관계분석”, 안암법학 제41권, 2013, 133면 이하 참조.

11) 물론 이 문제는 실제상 별다른 실익이 없는 부분이라 할 수 있을 것이나, 이 또한 개인정보보호관련 법률의 체계문제에 있어서 혼란을 유발케 한다는 점에서 검토가 필요하다. 이에 대한 자세한 검토는 박노형, “개인정보보호법과 정보통신방법의 관계분석”, 142면; 이창범, 개인정보보호법, 법문사, 2012, 70면 이하; 현대호, “개인정보 보호법과 다른 법률의 개인정보보호 규정과의 정합성 확보”, 「개인정보보호법」 제정에 따른 개인정보보호정책의 방향과 과제, 한국인터넷법학회 춘계공동학술대회 자료집, 2011.4.15., 40면 이하 등 참조.

한 일반적 부분에 있어서만 논의될 성질이 아니라 개개의 침해행위에 대하여 적용될 구체적 규정을 확정함에 있어서도 문제될 수 있다. 즉, 형벌규정의 해석에 있어서도 문제될 수 있는 부분인 것이다. 물론, 이와 같은 문제가 발생하더라도 형법이론상의 죄수론 등을 토대로 어느 정도 해결이 가능할 것으로 예상된다. 그러나 일반법으로서의 개인정보보호법이 마련된 이상 동법을 중심으로 관련법체계가 통일되어야 할 필요가 있을 뿐만 아니라 적용순위와 범위의 문제가 형벌규정에 관련되는 경우에는 이를 명확히 하는 것이 바람직하다고 본다. 특히 우리 개인정보보호법제는 개별·특별법의 제정이 있는 후에 일반법인 개인정보보호법이 제정되는 통상적이지 않은 순서를 거쳤다는 점에서 태생적으로 법률들 사이의 관계가 문제되지 않을 수 없다는 점을 유념해야 할 것이다.¹²⁾ 따라서 향후 개인정보보호법제를 보완해 나감에 있어서도 지속적인 검토가 필요한 부분이라 생각한다.

Ⅲ. 개인정보 개념과 형벌규정의 해석

1. 개인정보보호관련 법률상 개인정보개념의 문제점

현행 개인정보보호법은 동법의 보호대상인 개인정보의 개념에 대하여 「“개인정보”란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다」고 규정하고 있다(동법 제2조 제1호).¹³⁾ 즉, 현행 개인정보보호법제상 개인정보는 살아있는 개인

12) 개인정보보호법은 부칙 제2조에서 구법인 ‘공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률’을 폐지한다는 점을 분명히 하면서, 부칙 제5조에서는 종전의 ‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법률’을 위반한 행위와 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’을 위반한 행위에 대하여는 종전의 법률에 따른다는 점을 명시함으로써 예상되는 법률적용상의 문제점에 대한 최소한의 고려는 반영하고 있음을 알 수 있다. 그러나 중복규정으로 인한 혼란스러움, 벌칙들 간의 불균형성 등과 같은 문제는 여전히 남아있다고 할 수 있으며, 그 해결에는 개인정보보호법을 제정함에 투여된 것 보다 더 많은 시간과 노력이 필요할지 모른다는 우려적인 목소리도 존재한다(이에 대하여는 김정환, “개인정보 보호법에 대한 입법론적 검토”, 법학논총 제18집 제1호, 2011, 356면 이하 참조).

에 관한 것이라는 점을 전제로 하는 식별가능성과 정보성을 그 개념요소로 한다. 여기서 ‘정보’의 의미를 정의하는 방식에 따라 ‘개인정보’의 구체적인 범위와 내용에 있어서 차이가 존재할 수 있다.¹⁴⁾ 그러나 현행 법제는 정보의 의미에 대하여는 별다른 제한을 두지 않고 있으므로, 개인정보의 핵심적인 개념요소는 특정 개인에 대한 ‘식별가능성’이라 할 수 있다.¹⁵⁾

개인정보에 대한 이상과 같은 개념정의에 따르면 ‘식별가능성’의 유무에 따라 형사처벌의 범위가 결정된다는 결과에 이른다. 문제는 이에 따르면 개인정보의 범위를 명확하게 한정하는 것은 거의 불가능하게 되어 최소한의 예측가능성도 확보하기 어렵다는 점에 있다. 특히 ‘해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것’이라는 괄호안의 내용을 고려하면 사실상 거의 모든 정보는 개인정보가 될 수 있는 가능성을 지니게 되며, 과학기술의 발달에 따라 현재는 개인정보로 취급되지 않는 것이라도 향후 개인정보의 범위에 포섭될 가능성은 상존하게 된다.¹⁶⁾ 뿐만 아니라 개인정보의 개념을 전제로 하는 ‘개인

13) 이와 관련하여 정보통신망법도 「“개인정보”란 생존하는 개인에 관한 정보로서 성명·주민등록번호 등에 의하여 특정한 개인을 알아볼 수 있는 부호·문자·음성·영상 및 영상 등의 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없어도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 경우에는 그 정보를 포함한다)를 말한다」 (동법 제2조 제1항 제6호)고 하여 유사한 정의규정을 두고 있다. 다만 법률의 제정순서상 일반법인 개인정보보호법이 정보통신망법의 정의규정에 기반하고 있는 것으로 보인다. 위치정보법상의 ‘개인위치정보’의 개념정의도 또한 식별가능성에 중점을 두고 있다(동법 제2조 제2호).

14) 예를 들면, ‘정보’의 의미를 일반적 의미의 정보(Information)와 협의의 정보인 처리정보(Data)를 구별하는 방식이 대표적이다. 이러한 구별에 대하여는 김준규, “개인정보의 개념과 특징”, 토지공법연구 제18집, 2003, 243면 참조.

15) 다른 나라의 입법례도 개인정보의 개념은 식별가능성에 중점을 두고 있는 것이 일반적이다. 예를 들어, 앞서 언급했던 OECD가이드라인의 경우 ‘식별되거나 식별될 수 있는 개인에 관한 모든 정보 (any information relating to an identified or identifiable individual)’를 개인정보라고 정의하고 있으며, 이에 기반하여 마련된 각국의 관련법률들도 이러한 식별가능성에 중점을 두고 있다고 할 수 있다. 개인정보의 개념정의와 관련한 각국의 입법례에 대하여는 전용준, “개인정보보호법률상 형사처벌규정의 적정성에 관한 연구”, 정보법학 제17권 제2호, 2013, 219면 이하 참조.

16) 휴대폰 기기의 고유번호인 IMEI(International Mobile Equipment Identity)와 사용자의 개인식별정보 등이 들어있는 USIM(Universal Subscriber Identity Module)카드의 일련번호를 예로 들 수 있다. IME와 USIM번호는 전세계적으로 단 1개의 번호만 부여되는 것이지만, 그 각각의 일련번호만으로는 개인을 특정할 수는 없다. 하지만 다른 정보와의 조합(예를 들어, IMEI와 USIM번호의 결합 혹은 그 각각과 사용자의 전화번호의 결합)을 통해서만 얼마든지 개인을 특정할 수 있게 된다. 이와 같은 정보들은 과거에는 개인정보의 범위와의 관계에서 문제가 되지 않았던 것들이라

정보처리자(개인정보보호법 제1조 제5호)’ 등의 개념범위도 한정하기 어렵게 된다. 즉, 개인정보침해행위의 구성요건으로서 행위주체(개인정보처리자)와 행위객체(개인정보)의 범위가 지나치게 넓어지고 모호해진다는 것이다. 이는 “범죄의 구성요건이 추상적 또는 모호한 개념으로 이루어지거나, 그 적용범위가 너무 광범위하고 포괄적이어서 불명확하게 되어 통상의 판단능력을 가진 국민이 법률에 의하여 금지된 행위가 무엇인가를 알 수 없는 경우에 명확성의 원칙에 위배된다”는 판례의 입장에 비추어 보면,¹⁷⁾ 죄형법정주의의 세부원칙으로서 명확성의 원칙에 반하게 될 소지가 다분하다고 할 수 있다.¹⁸⁾

2. 개방적 개인정보개념의 필요성

개인정보보호법 제1조는 “이 법은 개인정보의 처리 및 보호에 관한 사항을 정함으로써 개인의 자유와 권리를 보호하고, 나아가 개인의 존엄과 가치를 구현함을 목적으로 한다”고 규정함으로써 동법의 제정목적을 천명하고 있다. 이는 동법의 제정과정에서 그 목적으로 논의되어 온 ‘정보주체의 권리보호’와 ‘개인정보의 적절한 이

할 수 있으나, 최근에는 이와 같은 정보도 개인정보의 범주에 포함될 수 있을지가 문제되고 있는 것이다. 이와 관련하여 우리 판례(서울중앙지법 2011. 2. 23, 선고 2010고단5343 판결)는 “정보통신망법 제2조 제1항 제6호는 ‘개인정보’란 해당 정보만으로 특정 개인을 알아볼 수 있는 정보와 다른 정보와 쉽게 결합하여 특정 개인을 알아 볼 수 있는 경우를 포함하는 것으로 정의하고, 이때 당해 정보와 결합가능한 다른 정보가 모두 동일인에게 보유하고 있는 것을 전제로 하지는 아니하고 있다. 한편 여기서 ‘쉽게 결합하여 알아 볼 수 있다’는 것은 쉽게 다른 정보를 구한다는 의미이기 보다는 구하기 쉬운지 어려운지와는 상관없이 해당정보와 다른 정보가 특별한 어려움 없이 쉽게 결합하여 특정 개인을 알아볼 수 있게 되는 것을 말한다 할 것이다. 오늘날 정보화의 진전에 따라 종전에 쉽게 결합할 수 없었던 정보들이 쉽게 결합되어 개인을 식별할 수 있는 자료로 작용되기에 이르렀고, 따라서 기계적인 정보라 하더라도 특정 개인에게 부여되었음이 객관적으로 명백하고 이러한 정보를 통하여 개인이 식별될 가능성이 크다면 이를 개인정보로 봄이 상당하다”라고 판시하여 IMEI와 USIM번호는 개인정보에 해당한다는 결론을 제시하였다(이 판례에 대한 평석은 문재완 “개인정보의 개념에 관한 연구”, 공법연구 제42집 제3호, 2014, 61면 이하 참조).

17) 헌법재판소(전원재판부), 1997. 9. 25. 선고 96헌가16.

18) 형사처벌의 문제에서 만이 아니라 개인정보의 개념이 지나치게 광범위하다는 점으로 인하여 현실적으로 요구되는 건전한 정보이용마저도 불가능하게 될 수 있다는 점은 문제가 아닐 수 없다. 이에 따라 개인정보의 정의규정에서 괄호부분을 삭제하자는 다소 극단적인 주장(최경진, “빅데이터와 개인정보”, 성균관법학 제25권 제2호, 2013, 213면)도 제기되고 있다.

용 보장'이라는 두 가지 기본이념¹⁹⁾ 중에서도 정보주체의 권리보호에 무게중심을 두고 있는 것이라 할 수 있다. 이와 같이 정보주체의 권리보호에 충실하기 위해서는 동법의 적용대상을 가능한 범위 내에서 확대할 필요가 있으며, 이를 반영하고 있는 것이 동법의 개념규정이라 할 수 있다.

또한 동법이 예정하고 있는 개인정보의 보호를 위한 규제방법에는 형사처벌 이외에도 사법적 규제와 행정적 규제가 혼재하고 있다는 점도 고려해야 한다. 일반적으로 형사규제에 비해서 그 범위가 방대한 사법적 혹은 행정적 규제의 경우 현행법과 같이 개념범위를 설정하는 것도 충분히 가능하다고 할 수 있으며, 형벌규정의 적용에 있어서 문제되는 명확성만을 근거로 동법의 개념규정을 극단적으로 제한하는 것은 본말이 전도된 결과를 초래할 뿐이다.²⁰⁾ 따라서 개인정보보호법의 개념규정의 내용 중에서 괄호부분을 삭제하는 것과 같은 극단적인 방법보다는 결합의 용이성을 판단하는 주체와 대상을 명확히 하고 개인식별성이 높은 경우를 예시적으로 열거한 후 이에 준하는 정보침해에 대해서만 형벌규정을 적용하는 방안 등을 검토하는 것이 보다 현실적인 대안이라 생각한다.

3. 해석론적 제한 가능성의 검토

이상에서와 같이 개인정보개념의 개방성은 불가피한 측면을 지니고 있으므로, 해석론적 제한의 가능성을 검토해 볼 필요가 있다. 개인정보의 정의에 대한 해석론적 논의는 개인정보보호법 제2조 제1호의 괄호부분(“해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다”)의 의미를 어떻게 파악할 것이냐의 문제라 할 수 있는데, 이에 대하여는 두 가지의 언어적·논리적 해석가능성이 존재한다.²¹⁾

19) 개인정보보호법의 제정과정에서 논의되었던 법률안의 목적규정에 대한 검토는 황태정, “통합개인정보보호법안의 입법체계 검토”, 619면 이하 참조.

20) 산업기술의유출방지및보호예관한법률 제2조 등 위헌소원(헌법재판소, 2013. 7. 25. 2011헌바39 결정)에서 헌법재판소가 명시하고 있듯이 정의조항을 구성요건의 일부로 삼는 ‘처벌조항의 위헌성’의 문제와 처벌조항이 아닌 수의적 행정행위 등에 관한 다른 규정들과의 관계에서는 그 정의조항이 합헌적일 수 있다는 점은 유의할 필요가 있다.

21) 이러한 해석론적 가능성에 대한 문제제기는 정상조 외, “비식별개인정보의 보호 및 활용에 관한

먼저 다른 정보와 쉽게 결합하여 특정 개인을 식별할 수 있는 정보라면, 실제로 다른 정보와 결합하여 특정 개인을 식별한 바 없더라도, 특정 개인을 식별할 수 있는 잠재적 가능성이 있는 이상 그 정보를 개인정보로 보아야 한다는 것이 그 하나이다.²²⁾ 그리고 다른 정보와 쉽게 결합하여 특정 개인을 식별할 수 있는 정보가, 실제로 다른 정보와 결합하여 특정 개인을 식별할 수 있게 된 경우에 한하여, 그 정보를 개인정보로 보아야 하고, 다른 정보와 결합함이 없이 익명으로 처리되어 특정 개인을 식별할 수 없는 상태에서 이용된 비식별개인정보는 동법상의 개인정보로 볼 수 없다는 것이 다른 하나이다.²³⁾ 전자에 의할 때에는 정보주체의 권리를 두텁게 보호할 수 있다는 장점은 있겠으나 식별가능성이라는 불명확한 개념에 의하여 형사처벌의 여부가 결정될 수 있게 되어 결과적으로 형벌의 자의적 행사를 가능케 할 수 있다는 결정적인 결함이 존재하게 된다. 따라서 실제상 다른 정보와 결합하여 특정 개인을 식별할 수 있게 된 경우에만 개인정보로 인정하는 후자의 방법이 수범자에 대하여 보다 명확한 기준을 제시할 수 있는 해석방법이라 할 수 있다. 그러나 이는 개인정보보호관련 법률상 형벌규정의 적용에 있어서 명확성의 원칙을 관철하기 위한 방편으로 고려해야 할 것이며, 일반적인 개인정보의 개념을 논의함에 있어서는 전자와 같은 해석이 법률의 제정목적에 부합한다고 본다.²⁴⁾

다만 형벌규정의 적용에 있어서 이상과 같이 식별가능한 개인정보의 개념을 제한적으로 해석하더라도 개인정보보호법을 비롯한 개인정보보호 관련 법률들에 마련되어 있는 개별적인 행위유형과 관련한 구체적 해석의 문제는 여전히 남게 된다. 특히 개별행위유형과의 관계에서 각 구성요건상의 개인정보의 개념이 포섭하는 범위의 광협은 다시 달라질 수 있다는 점에서 개인정보 침해행위에 대한 형사법적 대응의 필요성과 범위에 대한 진지한 재검토가 필요하다고 본다.²⁵⁾ 최소한 형사처벌

연구”, 방송통신위원회 연구보고서, 2010, 39면. 다만 이 보고서에서는 정보통신망법상의 정의규정을 주로 문제삼고 있으나 현재의 개인정보보호법도 동일한 규정형식을 취하고 있으므로 동일한 관점에서 논의가 가능하다.

22) 전웅준, “개인정보보호법률상 형사처벌규정의 적정성에 관한 연구”, 224면.

23) 정상조 외, “비식별개인정보의 보호 및 활용에 관한 연구”, 39면.

24) 전웅준, “개인정보보호법률상 형사처벌규정의 적정성에 관한 연구”, 224면 이하는 전자의 해석방법이 타당함을 전제하면서도 형사처벌과 관련해서는 식별‘가능성’이 지니는 의미와 내용을 명확하고 제한적으로 해석할 필요가 있음을 지적하고 있다.

규정을 보다 명확하게 규정함으로써 적용범위의 불명확성을 제거하는 방법만큼은 고민되어야만 한다. 예를 들면, 개인정보의 개념을 개별구성요건에서 명확히 하거나 단순개인정보가 아니라 민감정보나 고유식별정보와 같이 비교적 명확한 개념을 처벌대상으로 삼는 방안 등을 고려해 볼 수 있을 것이다.

IV. 개인정보보호를 위한 형벌규정의 체계적 정합성²⁶⁾

1. 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률과의 비교

현행 개인정보보호법(여기서는 ‘신법’)은 동법의 제정에 따라 폐지된 (구)공공기관의 개인정보보호에 관한 법률(이하 ‘구법’)에서 출발하고 있다. 형사처벌규정에 한정해 보면, 구법은 제23조에서 공공기관의 정보처리업무를 방해할 목적으로 개인정보를 변경 또는 말소하는 행위(제1항), 개인정보취급자가 그 의무에 위반하여 개인정보를 누설 또는 권한없이 처리하거나 타인의 이용에 제공하는 등 부당한 목적으로 사용하는 행위(제2항), 공익목적으로 설치된 폐쇄회로 텔레비전(CCTV)의 설

25) 개인정보의 개념문제와 마찬가지로 기술적 조치의 미이행을 처벌대상으로 하는 구성요건(개인정보보호법의 경우 특히 제73조 제1호)의 경우에도 형법상의 명확성의 원칙과 관련한 문제가 존재한다. 즉, 기술적 조치의 미이행의 경우에는 그 전체적인 구성요건의 불명확성으로 인하여 실무상으로도 상당한 혼란을 유발하고 있으며, 실제상 사문화 되어가고 있다(이에 대하여는 김진환/조대회/이상진, “개인정보 보호조치 위반 사건 수사의 문제점과 대책”, 경찰학연구 제13권 제3호, 2013, 67면 이하 참조). 따라서 이 경우에도 그 구성요건의 명확성 확보를 위한 법률의 정비가 필요한 상황이라 할 수 있는데, 사건으로는 이를 형사처벌의 대상으로 하는 것 보다는 과징금 및 과태료의 부과 대상으로 삼아 적극적인 행정지도를 부여하는 방안을 고려함이 바람직하다고 생각한다.

26) 개인정보보호법을 비롯한 현행 개인정보보호법제상 마련되어있는 형벌규정의 적정성을 검토함에 있어서는 다양한 측면에서 논의가 가능하다. 예를 들면, 비교법적 관점에서 현행 형벌규정의 적정성을 검토하거나 보다 근본적인 관점에서 개인정보에 대한 형법적 보호의 타당성 등을 검토하는 것도 가능하다. 그러나 이들 문제에 대하여는 다수의 선행연구에서 이미 논의가 이루어진 부분이라 할 수 있으므로 여기서는 기존의 선행연구들을 토대로 현행 개인정보보호체계상의 형벌규정들에서 발견되는 체계부정합성의 문제를 중심으로 논의를 진행하고자 한다. 이를 위해서는 통합개인정보보호법이 제정됨에 따라 폐지된 (구)공공기관의 개인정보보호에 관한 법률상의 처벌규정과의 비교, 형사처벌의 대상이 되는 침해행위유형과 과태료부과 대상행위 사이의 차이점 검토, 일반형법을 비롯한 기존형사법 체계상의 관련규정과의 비교하는 등의 방법이 유효할 것이라 생각되며, 이하에서 순차적으로 살펴보고자 한다.

치목적을 넘어 부정한 목적으로 임의조작하는 행위·다른 곳을 비추는 행위·녹음기능을 사용하는 행위·거짓 등의 부정한 방법으로 공공기관으로부터 처리정보를 열람 또는 제공받는 행위(제3항)를 형사처벌의 대상으로 삼고 있는데 반하여, 앞서 살펴본 바와 같이 신법은 구법상의 구성요건에 대응하는 유사한 규정과 보다 구체화된 구성요건을 마련하고 있을 뿐만 아니라 나아가 별도의 새로운 구성요건도 마련하고 있다. 전반적으로 형사처벌대상을 확대한 것으로 볼 수 있는데, 특히 신법은 구법과는 달리 과징금 및 과태료의 부과 대상이 되는 행위들도 상세하게 규정함으로써 개인정보침해행위의 유형에 따라 복층적인 규제체계를 갖추고 있다는 점에서 양 법률은 본질적인 차이점을 보이고 있다.

그리고 구법상의 구성요건에 대응하는 신법상의 처벌규정의 법정형을 검토해 보면, 구법에 비하여 전체적으로 상향된 법정형을 규정하고 있다는 점 또한 하나의 특징이라 할 수 있다. 먼저, 구법 제23조 제2항의 경우 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금을 규정하고 있음에 반하여, 신법 제71조는 침해행위의 내용을 보다 명확함과 동시에 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금을 법정형으로 규정하고 있다.²⁷⁾ 또한 구법 제23조 제3항은 2년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금형을 규정하고 있음에 반하여, 신법은 제72조를 통하여 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

이상을 종합해 보면, 신법은 그 적용범위를 민간부문까지 확대했을 뿐임에도 구법에 비하여 그 법정형을 전반적으로 중하게 설정하고 있음을 알 수 있다. 그런데 이와 같은 신법의 태도가 과연 타당한 것인지에 대해서는 상당한 비판의 여지가 존재한다. 법률의 적용범위가 민간부문을 포섭하는 형태로 확대되었다 하더라도 개인정보와 자기결정권이라는 행위객체와 보호법익에는 변화가 없기 때문이다. 또한 우리 형법이 업무방해행위에 대하여 공무집행방해죄(형법 제136조)와 업무방해죄(형법 제314조)로 나누어 구성요건을 마련하고 있으면서도 그 법정형에는 큰 차이를 두지 않고 있는 점과 비교해 보면, 법정형을 거의 일률적으로 상향해야 할 특별한 근거는 찾기 어렵다고 본다.

27) 다만 구법상의 행위유형 중 개인정보의 누설행위(개인정보보호법 제72조 제3호)에 대하여는 벌금형에 있어서만 법정형을 상향하고 있다.

2. 과징금 및 과태료 부과대상과 형벌부과대상의 준별

현행 개인정보보호법은 제75조에서 과태료의 부과대상이 되는 행위유형을 나열하고 있는데, 이는 동법상 형벌부과의 대상이 되는 의무위반에 이르지 아니한 전단계의 행위들을 유형화한 것이라 할 수 있다. 문제는 일응 형벌부과 대상행위의 전단계에 해당하는 경우로 분류할 수 있는 유형 중에는 그 이후의 단계인 형벌부과 대상행위와 명확하게 구분되지 않는 것도 있다는 점이다. 대표적으로 개인정보보호법 제36조 제2항을 위반하여 정정·삭제 등 필요한 조치를 하지 아니한 경우를 예로 들 수 있는데, 단순한 조치미이행의 경우 동법 제75조 제2항 제11호에 따라 과태료를 부과하는 반면에 이를 넘어 개인정보를 계속 이용하거나 제3자에게 제공하게 되면 동법 제73조 제2호에 따라 형벌을 부과하도록 규정되어 있다. 단순한 조치미이행과 이를 넘어 개인정보를 계속 이용하거나 제3자에게 제공하는 행위를 엄격하게 구분할 수 있는지가 쟁점이라 할 수 있는데, 수집된 개인정보는 전산상 자동적으로 처리되는 경우가 많다는 점을 고려해 보면 양자를 명확하게 구분하기란 쉽지 않다. 이러한 문제점은 정보통신망법에서도 그대로 나타나고 있다.²⁸⁾ 이러한 문제상황은 결국 죄형법정주의의 세부원칙으로서의 명확성의 원칙 및 형벌적정성의 원칙과의 관계에서 관련법률상의 형벌체계를 재검토해야 할 필요성을 제기하게 한다.²⁹⁾ 물론 형벌부과대상과 과태료부과대상을 구분하는 것은 원칙적으로 입법재량의 범위에 놓

28) 또한 개인정보보호법 등에 규정되어 있는 ‘안전성 확보에 필요한 조치의 미이행’이라는 의무위반유형에 대해서도 동일한 문제제기가 가능하다. 이와 관련해서는 개인정보보호법의 경우 75조 제2항 제6호의 과태료부과대상과 동법 제73조 제1호의 형벌부과대상의 준별이 문제된다고 할 수 있으며, 정보통신망법의 경우에는 동법 제73조 제1호의 벌칙규정과 제76조 제3호의 과태료규정이 문제된다. 개인정보 보호법제상 안전성 확보조치의 미이행이라는 의무위반유형과 관련한 문제점의 검토에 대하여는 김진환/조대희/이상진, “개인정보 보호조치 위반 사건 수사의 문제점과 대책”, 61면 이하 참조.

29) 이외에도 개인정보보호법은 정보주체의 동의를 받지 않은 개인정보의 제3자 제공과 그 정보의 습득행위에 대하여만 제71조 제1호를 통하여 5년이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금의 부과 대상으로 규정하고 있는데, 동법 제75조 제1항 제1호는 단순한 개인정보수집행위를 5천만원 이하의 과태료부과대상으로 규정하고 있다. 그런데 정보주체의 동의를 받지 아니한 정보수집행위라는 측면에서 본다면 제71조 제1호의 개인정보를 제공받은 자의 입장에서 동일한 의미를 갖는다고 할 수 있음에도 형벌 혹은 과태료의 부과여부가 달라진다는 것 또한 문제가 아닐 수 없다.

여 있는 것이라고 할 수 있겠으나 이상과 같은 문제를 유발한다는 것은 이미 입법재량의 범위를 일탈한 것으로 밖에 볼 수 없다.

3. 관련법률상 처벌규정의 비통일성

현행의 법률체계상 개인정보 침해행위에 대한 형벌규정을 두고 있는 법률들이 유사한 형벌체계에 근거하고 있음은 이미 앞서 언급한 내용이다. 그렇지만 각 법률들에 규정되어 있는 처벌규정들 간에는 다소간의 모순점이 발견되기도 한다. 동의없는 개인정보수집의 금지의무를 위반한 경우가 대표적이라 할 수 있다. 즉, 개인정보보호법은 정보주체의 동의를 받지 않고 개인정보를 수집하는 행위에 대하여 동법 제75조 제1항 제3호에서 5천만원 이하의 과태료부과를 예정하고 있는 반면에 정보통신망법은 제71조 제1호에서 5년이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금을 부과하도록 규정하고 있다. 마찬가지로 14세 미만의 미성년자의 개인정보를 수집함에 있어서 법정대리인의 동의를 받을 것을 요구하고 있는 양 법률상의 의무에 위반한 경우에 대하여도 개인정보보호법은 과태료(제75조 제1항 제2호)를 정보통신망법은 형벌(제71조 제8호)을 부과하도록 규정하고 있다. 이는 동의확보를 전제로 하는 개인정보의 수집행위에 대하여 본질적으로 다른 형태의 취급을 규정하고 있는 것이라 할 수 있다. 물론 이는 정보통신망법의 적용대상이 지니는 특수성에 근거한 입법적 판단에 따른 것으로서 입법재량의 일탈을 문제삼을 수는 없다고 본다. 그러나 단순히 개인정보보호법의 적용을 받는 개인정보처리자인지 혹은 정보통신망법의 적용을 받는 정보통신서비스 제공자인지의 여부에 따라 그 취급을 달리함에는 쉽사리 수긍하기 어려운 부분이 존재할 뿐만 아니라 정보통신서비스 제공자도 기본적으로는 개인정보처리자라는 점에서 양자를 구분하는 것이 항상 명백한 것은 아니라는 점을 지적하지 않을 수 없다. 또한 인터넷을 비롯한 정보통신망의 사용이 일상화되어 있는 오늘날의 정보화사회에서 정보통신서비스 제공자라는 특정 부류의 개인정보처리에 대하여 별개의 법률을 존치시키는 것은 바람직하지 않다는 지적에도 귀를 기울일 필요가 있다고 본다.³⁰⁾

30) 이러한 관점에 대하여는 박노형, “개인정보보호법과 정보통신망법의 관계분석”, 134면 이하.

그리고 정보통신망법과 개인정보보호법 사이에는 그 제정시기의 차이로 인하여 미세한 법률구성상의 차이도 발견된다. 예를 들면, 개인정보보호법은 개인정보를 정보주체의 동의없이 제3자에게 제공하는 경우 이를 제공받은 자에 대한 형사처벌을 명시하고 있는데(동법 제71조 제1호), 이에 대응하는 정보통신망법 제71조 제3호는 ‘영리 또는 부정한 목적’을 별도로 요구하고 있다. 이와 관련하여 정보통신서비스 제공자가 개인정보를 정보주체의 동의없이 제3자에게 제공하는 경우 그 상대방에게 ‘영리 또는 부정한 목적’이 없다면, 정보통신서비스 제공자도 기본적으로 개인정보보호법상의 개인정보처리자이므로 개인정보보호법 제71조 제1호에 따라 처벌해야 할 것인지 아니면 정보통신망법을 적용할 수 없는 경우이므로 처벌할 수 없다고 보아야 할지는 명백하지 않다. 이와 같은 경우는 개인정보보호법 제6조의 다른 법률에 특별한 규정이 ‘있는’ 경우가 아니라 다른 법률에 특별한 규정이 ‘없는’ 경우라고도 볼 수 있기 때문이다.

개인정보보호법 관련 법률들 사이에서 발견되는 이상과 같은 형벌체계의 비통일성은 개인정보보호법을 제정하는 과정에서 기존의 형벌체계를 충분히 검토하지 않은 결과인 것으로 보인다. 물론 이러한 문제들은 향후 입법을 통하여 서서히 바로잡아 나가게 될 것이며, 실제로도 후속입법을 통하여 각 법률들 사이의 불일치가 제거되고 있다.³¹⁾ 그러나 형사처벌의 영역에서 발견되는 이상과 같은 문제는 형벌 자체의 타당성에 대한 의문을 발생하게 한다는 점에서 결코 사소한 문제라 할 수 없다. 따라서 현행 개인정보보호법제상 발견되고 있는 이러한 문제점들은 통일된 법리에 근거하여 체계적으로 정비되어야 마땅하다.

31) 예를 들어, 개인정보보호법은 고유식별정보의 처리를 원칙적으로 금지하면서 이를 위반하는 경우 형사처벌을 규정(동법 제71조 제4호)하는 반면에 정보통신망법은 고유식별정보의 일종이라 할 수 있는 주민등록번호의 수집·이용을 원칙적으로 금지하면서도 이를 위반한 경우 3천만원 이하의 과태료를 부과하도록 규정하고 있었다(동법 제76조 제2호 전단). 이 또한 동일한 성격의 개인정보 처리에 대하여 적용되는 법률에 따라 차별적 취급을 예정하는 것이라 할 수 있는데, 2013.8.6. 개인정보보호법이 개정되면서 신설된 동법 제24조의2에 정보통신망법과 유사한 의무규정을 도입하고 이에 위반하는 경우 과태료를 부과하도록 함으로써 개정법률의 시행일인 2014. 8. 7.부터는 이러한 차별적 취급의 가능성은 제거되었다(동법 제75조 제2항 제4호의2).

4. 기존형벌규정과 불균형성

개인정보침해행위를 대상으로 하는 법률들은 비교적 최근에 마련된 것이라 할 수 있으나, 이러한 법률들이 규정하고 있는 개개의 구성요건들 중에는 과거의 일반형법으로는 대응할 수 없었던 새로운 것들이 존재하기도 하는 반면에 기존의 일반형법상에도 존재했던 구성요건을 기반으로 재구성된 것들도 존재한다.³²⁾ 특히 후자의 경우에는 기존의 일반형법과의 관계에서 그 체계적 정합성의 확보여부를 검토해볼 필요가 있다.

먼저, 개인정보보호법 제70조의 공공기관이 처리하는 개인정보에 대한 침해행위에 대한 검토가 가능하다.³³⁾ 동조는 공무원에 대한 침해행위(형법 제136조)가 아니라 공공기관에서 처리하는 개인정보를 대상으로 할 뿐이므로 공무원집행방해죄의 행위와는 구별된다. 오히려 그 행위유형은 일반업무방해죄(형법 제314조)의 행위유형에 가까운 것으로 판단된다.³⁴⁾ 즉, 개인정보보호법 제70조의 구성요건은 공공기관이 처리하는 개인정보침해를 통하여 공공의 업무를 방해하는 행위의 경우 일반형법의 규정에는 포섭이 어렵다는 점을 반영하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 그리고 동조는 “10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금”을 법정형으로 규정하고 있는데, 일반형법이 “5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금(제137조)” 혹은 “5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금(제314조)”을 규정하고 있는 것과 비교해 보면 과도한 법정형이 설정이 아닐 수 없다. 물론 이는 업무방해행위와 손괴행위의 결합 유형으로서 광범위한 입법재량의 범위에 충분히 포섭가능하다. 그러나 공공기관이 처리하는 개인정보가 아닌 일반의 개인정보를 침해하는 형태로 동일한 행위를 하는 경우에는 결국 일반형법상의 업무방해의 행위유형으로 포섭할 수밖에 없는데, 형법에서 공무원방해와 업무방해를 구별하여 규정하면서도 양자를 유사한 법정형의 범위

32) 통합개인정보보호법이 제정되기 전 우리나라의 개인정보보호관련 법제의 현황과 그 검토에 대하여는 전지연, “개인정보보호 관련법제의 형사정책적 검토”, 형사정책연구 제16권 제3호, 2005, 52면 이하 참조.

33) 이에 대응하는 (구)공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 제23조 제1항의 구성요건에 대한 분석은 이정렬, “개인정보 침해의 형법적 대응”, 비교형사법연구 제12권 제2호, 2010, 594면 참조.

34) 정해욱, “개인정보보호법상의 형사처벌 규정에 관한 연구”, 법학논문집 제35집 제3호, 2011, 116면.

에 두고 있다는 점과 비교할 때에는 그 체계적 정합성의 확보여부가 문제될 소지는 충분하다고 본다.

다음으로, 개인정보침해행위의 유형 중 가장 일반적인 행위유형은 ‘비밀누설’의 행위유형이라 할 수 있는데, 이러한 비밀누설에 해당하는 경우에 대하여는 다양한 법률에서 관련규정을 찾아 볼 수 있다. 즉, 개인정보보호법을 비롯한 관련법률들은 이러한 비밀누설행위와 관련하여 개인정보취급자의 비밀준수의무를 규정함과 동시에 이를 위반한 경우 ‘3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금’(개인정보보호법 제72조 제3호, 정보통신망법 제72조 제1항 제5호) 혹은 ‘5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금’(신용정보보호법 제50조 제1항 제6호, 위치정보법 제39조 제2호)을 법정형으로 설정하고 있다. 일반형법이 공무상비밀누설행위(제127조)에 대하여는 ‘2년 이하의 징역이나 금고 또는 5년 이하의 자격정지’를 업무상비밀누설(제317조)에 대하여는 ‘3년 이하의 징역이나 금고, 10년 이하의 자격정지 또는 700만원 이하의 벌금’을 법정형으로 규정하고 있다는 점에 비추어 보면 일견 기존의 형법규정과 어느 정도는 균형을 유지하고 있다고 할 수 있다. 그리고 여기서 신용정보보호법 등의 경우는 현저한 재산적·인격적 가치를 지니는 개인정보를 침해하는 행위에 대하여 그 불법을 가중하고 있는 것으로 이해할 수 있을 것이다.

그런데 특수한 개인정보의 누설을 규정하고 있는 법령 중에는 현행 개인정보 보호체계와는 어울리지 않는 법정형을 규정하고 있는 경우도 찾아 볼 수 있다. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력특례법’)의 경우가 대표적이라 할 수 있는데, 동법 제50조 제2항은 성폭력피해자의 신원과 사생활의 비밀 등을 누설한 자에 대하여 ‘2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금’에 처하도록 하고 있다. 이는 개인정보보호와 관련한 일반법인 개인정보보호법상의 처벌규정이 특별법인 성폭력특례법상의 처벌규정보다 중하게 규정되어 있는 경우라고 할 수 있는데, 성폭력범죄 피해자의 개인정보가 누출 혹은 침해되는 경우 발생할 수 있는 다양한 위험성을 고려할 때 과연 타당한 것인지 의문을 제기하지 않을 수 없다. 물론 이와 같은 법정형의 설정은 통합개인정보보호법이 제정되기 이전에 기존의 일반형법상의 비밀침해규정을 고려한 것으로 생각되지만, 기왕에 마련된 개인정보보호법제와의 균형을 확보할 필요는 있다고 본다. 따라서 성폭력특례법상의 개인정보침해행위의 법

정형을 특별히 가볍게 규정해야 할 근거를 찾을 수 없다면, 현행 개인정보보호법제와의 체계적 정합성을 확보한다는 취지에서 재검토가 이루어져야 할 것이다. 문제는 이와 같은 예가 다수의 개별·특별법에 존재할 가능성이 농후하다는 점이며, 개인정보보호법의 제정 이전에 마련된 규정이라면 더욱 그러할 것이다. 성폭력특례법 이외에도 검토가 이루어져야 할 법률로는 ‘특정범죄신고자 등 보호법’, ‘성폭력 방지 및 피해자보호 등에 관한 법률’, ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’, ‘가정폭력 방지 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 등을 거론할 수 있다. 이 중에는 성폭력특례법과 같이 극단적으로 개인정보보호법제에 부합하지 않는 법정형을 규정하고 있는 경우도 존재하고 일응 타당해 보이는 경우도 존재하지만, 개인정보보호법제의 체계적 정합성의 확보라는 차원에서 재검토되어야 할 필요가 있다고 본다.

5. 소 결

이상에서 검토한 결과에 따르면 현행 개인정보보호법제상 형벌규정들은 상향된 법정형의 근거부족, 형벌부과대상과 과태료부과대상에 대한 구별의 모호성, 개인정보보호를 위한 형벌규정을 마련하고 있는 법률들 간의 비통일성, 기존의 형법 및 개별·특별법상 관련규정들과의 불균형성 등과 같은 체계적으로 다양한 문제점을 노출하고 있음을 알 수 있다. 요컨대 현행 개인정보보호법제상의 형벌규정들은 그 체계적 정합성의 확보에 실패하고 있다는 평가가 가능하다. 이러한 체계적 부정합성의 문제는 개인정보침해행위에 대한 규제를 내용으로 하는 법률들이 과연 통일적인 법리에 근거하여 마련된 것인지를 의심케 하는 요인이 되지 않을 수 없다. 따라서 통합개인정보보호법의 법리를 기반으로 관련법률 및 규정들을 재검토하고 현행 개인정보보호법제상의 형벌규정들이 체계적 정합성을 확보할 수 있는 방안을 고민해야만 할 것이다.

V. 개인정보보호를 위한 형벌규정들의 체계정합성 확보를 위한 제언

이 논문은 개인정보보호를 위한 현행 형벌체계의 문제점을 살펴보고자 하였는데, 그 검토결과에 따르면 현행 개인정보보호법제상의 형벌체계는 통합개인정보보호법이 제정되고 4년여의 시간이 흐른 지금까지도 통일적 법리에 근거한 체계구축으로서는 부족한 부분을 다수 노출하고 있음을 알 수 있다. 이로 인하여 개인정보침해행위를 대상으로 하는 형벌규정들을 해석하고 적용함에 있어서도 법리상 그리고 실제상으로 다양한 문제가 발생하지 않을 수 없는 것이다. 따라서 관련법률상의 형벌규정들에 대한 체계정합적 관점에서의 정비가 필요하다고 할 것인데, 여기서는 이를 위한 나름의 방향성을 제시함으로써 결론에 갈음하고자 한다.

1. 정보주체의 실질적 권익향상

먼저, 개인정보주체의 실질적 권익향상이 최우선적 과제라 할 수 있다. 현행 개인정보보호법제상의 개별법률들은 정보주체의 동의여부를 전면에 내세우고 있으나, 이는 정보주체의 권리보호보다는 정보처리자의 면책을 위한 요건이라는 의미에 중점을 두고 있다는 인상을 지우기 어려운 것이 사실이다. 그러나 개인정보자기결정권은 단순한 동의권이 아니라 정보통제권을 그 본질적 내용으로 하는 것이므로 자신의 정보에 대한 실질적 통제권의 확보에 정책의 중점이 놓여야 한다. 따라서 정보통제권의 실질화를 위한 제도적 보완작업은 앞으로도 계속되어야 한다. 다시 말해서, 현행법상의 정보열람·정정·삭제 청구권을 비롯한 개인정보 유출통지 등에 더하여 되도록 정보주체가 개인정보의 유통단계 중 어느 단계에서도 자기결정권을 행사할 수 있는 절차적 보장장치가 보충되어야 한다는 것이다. 예를 들어, 개인정보보호법상의 개인정보 열람권, 정정·삭제 및 처리정지 요구권 등의 행사방법 및 절차를 용이하게 하는 것은 정보보주체의 권익향상에 실질적인 의미를 지닌다고 할 수 있다. 다만 이 부분은 기술의 발전에 따라 구체적인 대응방법도 달라질 것이라는 점에서 향후 지속적인 관심이 필요하다고 본다.

또한 정보주체의 권익향상은 형식적인 권리강화에만 중점을 두어서는 안될 것이다. 이는 공공적 관점에서 요구되는 개인정보의 적절한 이용을 제한하는 요인이 될 수 있기 때문이다. 즉, 공공재로서의 개인정보를 이용함에 있어서 실질적인 정보주체의 권익을 침해하지 않는 한도에서는 개인정보의 이용을 적극적으로 장려해야 하지만, 지금과 같이 형식적인 동의획득과 통지여부에만 중점을 두는 제도의 운용은 형식에 얽매어 정보주체의 불편만을 조장할 뿐 권리보호에는 별다른 도움이 되지 않는다는 점을 유념해야 할 것이다. 따라서 개인정보의 효율적 이용과 정보주체의 편의를 고려하여 정보주체의 진의에 근거한 유효한 동의를 전제로 어느 정도 포괄적인 동의의 획득방법을 인정함으로써 개인정보취급자와 개인정보주체 상호간 이익의 조화를 도모할 수 있다고 본다.

2. 처벌대상의 축소

다음으로 형사처벌의 범위와 수위의 조절이 필요하다고 본다. 현행 개인정보보호법제의 형벌규정은 다른 법제에서는 그 유래를 찾아보기 어려울 정도로 광범위하고 강력한 형사처벌을 예정하고 있다. 이에 따라 형벌규정이 근거하고 있는 개인정보보호법 및 관련법령상의 개인정보개념이 지나치게 광범위하다는 점에 대한 비판이 단골소재가 되지 않을 수 없는 것이다. 그러나 개인정보개념 자체의 개방적 혹은 포괄적 성격이 아니라 형사처벌범위의 광범위성에 문제의 본질이 놓여있지 않을까 한다. 앞에서도 언급했듯이 다소 불명확한 개인정보의 개념설정은 불가피한 측면을 지니고 있으므로, 형사처벌의 대상을 축소하는 방향으로 법률을 정비해야 한다고 본다. 따라서 형사처벌의 대상은 민감정보나 고유식별정보의 침해 등으로 제한하고 여타의 경우는 행정형벌이나 사법상의 구제방법을 통하여 규제하는 방법을 고려하는 것이 보다 현실적인 방향이라 생각한다. 특히 정보주체의 입장에서는 정보침해를 행한자의 처벌보다는 그에 따른 손해의 방지와 구제에 더 큰 관심을 가지고 있을 것이므로 형사처벌의 문제보다는 사법적·행정적 구제방법을 보다 확실하게 보완하는 것이 정보주체의 권익향상이라는 측면에서 보면 더 절실한 문제이기 때문이다. 또한 사법적·행정적 규율이 가능한 영역이라면 굳이 형법적 규제를 전면에 등장시

킬 필요는 그다지 크지 않을 뿐 아니라 개인정보침해에 대한 사회적 인식이 성숙하지 않은 시점에서 처벌대상과 그 수위만 광범위하게 설정하는 것은 그 처벌규정의 정당성 확보에도 부정적인 영향을 미치게 될 것이다. 따라서 지금과 같은 광범위한 중벌화의 경향에 대해서는 제동이 필요하다. 물론, 특별입법을 통한 중벌화의 경향이 개인정보의 보호와 관련된 영역에서만 문제되는 것은 아니지만, 비교적 새로운 범죄유형이라 할 수 있는 개인정보침해범죄에 대하여는 사회적 인식이 확립될 때까지 그 처벌여부와 경중에 대한 지속적인 고민이 요구된다고 할 것이기 때문이다.

3. 형벌규정의 체계정합적 정비

마지막으로 이상의 전제위에서 개인정보보호법제상의 형벌규정들에 대한 체계정합적 정비가 이루어져야 할 것이다. 형벌규정의 체계정비에 있어서는 관련규정들 사이에서 발견되는 모순점의 제거와 형사처벌범위의 축소에 중점이 놓여야 한다. 하지만 이와 더불어 개인정보 침해행위의 유형에 대한 본질적 관점에서의 검토를 기초로 형벌체계를 전반적으로 정비하는 것 또한 필요하다. 그리하여 궁극적으로는 현행 개인정보보호법제상의 형벌규정들은 일반법인 개인정보보호법으로 최대한 통합하고 각 개별법에 특수한 구성요건들만을 남겨두는 형태로 체계정비가 이루어져야 한다. 이러한 방향성에 따른 형벌체계의 정비가 이루어진다면 과태료부과대상과 형벌부과대상의 간섭에 대한 조율, 관련법률상 처벌규정의 법리일치 그리고 기존형사법 체계와의 정합성확보라는 과제는 근본적인 해결이 가능하다고 본다.

이러한 형벌규정의 체계적 정비에 있어서는 특히 개인정보보호 8원칙이 하나의 기준점으로 작용할 수 있을 것이다. 앞서 언급했듯이 개인정보 보호원칙은 개인정보보호와 관련한 형벌체계의 핵심적 가치를 형성하고 있기 때문이다. 따라서 동원칙에 기반하여 관련법제의 체계정비를 시도한다면, 개인정보보호와 관련한 형벌규정들 사이의 통일적 체계정립이 가능할 것이라 생각한다.

4. 결 어

이상의 논의결과는 개인정보보호법제의 정비과정에 투입된 그 동안의 노력에 대한 부정적 평가를 전제로 하는 것이라는 점에서 조심스러운 부분이 없지 않다. 하지만 사회적 합의 혹은 규범의식이 미성숙한 지금의 시점에서 관련법률상의 형벌규정들이 단순한 상징적 의미에 머물지 않도록 하기 위해서는 반드시 해결되어야 할 과제임도 분명하다. 우리 사회에서 정보통신분야와 관련한 기술의 발전에 있어서는 최근까지도 세계최초 혹은 세계최고라는 수식어가 자주 등장해 왔으며, 많은 사람들이 이에 열광해 온 것도 사실이다. 그러나 형사처벌을 대상으로 하는 법률분야에서는 이와 유사한 수식어의 사용은 경계의 대상이 되어야 한다. 형벌은 다른 수단으로는 그 목적달성이 어려운 경우에 한하여 투입되어야 한다는 점에서 보다 신중한 검토가 요구되기 때문이다. 그럼에도 불구하고 우리 개인정보보호법제에 형벌규정을 도입하는 과정에서는 이러한 검토의 과정이 충분하지 못했던 것이 아닌지에 대한 진지한 성찰이 필요한 시점이라 생각한다. 향후 현행 개인정보보호법제상의 형벌규정에 대한 전향적 관점에서의 재검토가 이루어지기를 기대한다.

참고문헌

- 김주영/손형섭, 개인정보 보호법의 이해, 법문사, 2012.
- 이창범, 개인정보보호법, 법문사, 2012.
- 정상조 외, 비식별개인정보의 보호 및 활용에 관한 연구, 방송통신위원회 연구보고서, 2010.
- 행정안전부, 개인정보보호법령 및 지침고시 해설서, 2011/12.
- 길준규, “개인정보의 개념과 특징”, 토지공법연구 제18집, 2003.
- 김정환, “개인정보보호법에 대한 입법론적 검토”, 법학논총 제18집 제1호, 2011.
- 김진환/조대희/이상진, “개인정보 보호조치 위반 사건 수사의 문제점과 대책”, 경찰학연구 제13권 제3호, 2013.
- 문재완 “개인정보의 개념에 관한 연구”, 공법연구 제42집 제3호, 2014.
- 박노형, “개인정보보호법과 정보통신망법의 관계분석”, 안암법학 제41권, 2013.
- 이경렬, “개인정보 침해의 형법적 대응”, 비교형사법연구 제12권 제2호, 2010.
- 이필재, “개인정보보호법과 관련 법률의 체계문제”, 한국위기관리논집 제10권 제1호, 2014.
- 전웅준, “개인정보보호법률상 형사처벌규정의 적정성에 관한 연구”, 정보법학 제17권 제2호, 2013.
- 전지연, “개인정보보호 관련법제의 형사정책적 검토”, 형사정책연구 제16권 제3호, 2005.
- 정효진/윤재석, “개정 OECD 프라이버시 가이드라인: 주요 내용 및 향후 전망”, 주간기술동향, 정보통신산업진흥원, 2014/6/4.
- 정혜옥, “개인정보보호법상의 형사처벌 규정에 관한 연구”, 법학논문집 제35집 제3호, 2011.
- 최경진, “빅데이터와 개인정보”, 성균관법학 제25권 제2호, 2013.
- 현대호, “개인정보 보호법과 다른 법률의 개인정보보호 규정과의 정합성 확보”, 「개인정보보호법」 제정에 따른 개인정보보호정책의 방향과 과제, 한국인터넷법학회 춘계공동학술대회 자료집, 2011.4.15.
- 황태정, “통합개인정보보호법안의 입법체계 검토”, 형사정책연구 제20권 제1호, 2009.

A Study on Problems of Current Sentencing System for Personal Information Protection*

Lee, Sungdae**

The Act on Personal Information Protection that was enacted on March 29, 2011 covered not only private sector but also public sector. In other words, not only public agencies but also corporate, group and personal operators had obligation of personal information protection to enact standards of all of the processes from collection to destruction of personal information. The enactment of the act paid considerable attention to regulation subject, scope of the protection, damage relief system, and organization and authority of the committee of personal information protection, and paid less attention to modification of punishment regulations. As a result, systematic mismatching and problems were found between the Act on Personal Information Protection and associated laws.

The study investigated problems of criminal sentencing regulations of the Act on Personal Information Protection for the purpose of matching with existing system of the criminal act:

At first, sentencing systems of the Act on Personal Information Protection and associated laws were: Like other personal information protection laws, current personal information protection system started from eight principles of personal information protection of ‘OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data’ and regulated considerably heavy statutory penalty to differ from other legal systems.

And, the study investigated problems of sentencing system concerning concept

* This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government(NRF-2013S1A5B5A07048827)

** Senior Researcher, Institute of Law Research Units, Sungkyunkwan University

of personal information of current legal system to examine validity of concept of personal information of the personal information protection system according to principle of legality. Application of each sentencing regulation had limitation on personal information concept at theory of analysis, and concrete analysis on infringement upon individual personal information was still left to solve fundamental problems from point of view of legislation.

Lastly, the study found out incoherence of sentencing system of protection law system of personal information to give reformation to get matching of current sentencing system to protect personal information. The study examined legal punishment regulation on public agencies' personal information protection cancelled at enactment of general personal information protection law to investigate difference between infringement behavior criminally punished and behavior being given penalty, and to investigate comparison with regulations according to general criminal law and existing criminal law systems. Current sentencing system had problems: uniform sentencing of severe punishment, crossing of both imposing of fine and punishment, ununiformity of punishment regulations of associated laws and regulations, and mismatching with existing systems of criminal laws. Current legal system's sentencing had problems of wide and uniform heavy punishment rather than uncertainty of personal information concept, so that scope of criminal punishment should be lessened to protect actual victim and to reform current personal information protection legal system.

❖ Keyword: Personal Information Protection Act, sentencing system for personal information protection, the right to informational self-determination, infringement of the personal information, data subsection

횡령·배임죄 양형기준제도의 준수현황 및 개선방안*

김 혜 정**, 기 광 도***

국 | 문 | 요 | 약

우리 사회의 양형불균형 및 불합리성을 해결하기 위하여 법원조직법의 개정을 통하여 2009년 7월 1일부터 양형기준제도가 시행되었다. 동제도의 목적은 ‘국민의 건전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형’과 ‘합리적 양형’이며, 이러한 목적을 달성하기 위하여, 법관들이 양형과정에서 준수해야한 양형절차, 양형요인 및 기준들을 제시하고, 이러한 양형과정 및 이유를 공개함으로써 기존 형법총칙상의 제도에서 광범위하게 허용되었던 법관의 재량권을 제한하려는 시도이다. 본 연구에서는 횡령·배임죄에 대한 양형기준제도 운영현황을 경험적 자료를 통하여 분석하였다. 본 연구에서 분석된 자료는 횡령·배임죄에 대한 1심 판결사건 3,721건이며, 이러한 자료는 대검찰청의 ‘검찰사건처리정보시스템(Prosecutorial Guideline System: PGS)’을 통하여 확보하였다.

분석결과, 첫째로 횡령·배임죄의 양형기준제도 해당사건인 3,721건 중에서 법원조직법상의 양형기준제도를 적용한 경우는 36.0%로 나타났다. 둘째로 양형기준제도를 적용한 사건 중에서 횡령·배임죄의 선고형 부합도는 91.6%로 나타났다. 셋째로 횡령·배임죄의 선고형량의 결정에서 양형기준제도에서 제시한 횡령·배임죄의 유형 및 양형인자가 중요한 역할을 하는 것으로 분석되었다. 넷째로 횡령·배임죄의 집행유예결정에서도 양형기준제도에서 제시한 요인들의 영향은 유용한 것으로 나타났다. 이러한 결과는 법관들이 양형결정과정에서 양형기준제도의 절차 및 기준을 준수하고 있음을 시사한다. 그러나 분석결과가 횡령·배임죄의 1심 판결문 전부가 아니라 ‘검찰사건처리정보시스템’상의 판결문을 통하여 양형기준제도의 운영현황을 살펴본다는 점에서 일반화하기에는 어려움이 있다. 그렇지만 양형위원회의 「연간보고서」가 양형기준제도의 운영현황 및 효과 등에 관한 충분한 정보를 주지 못하는 상황에서 보완적으로 이해하는데 도움이 될 수 있을 것이라고 생각된다.

❖ 주제어 : 양형, 양형기준제도, 배임죄, 횡령죄, 양형인자

* 본 논문은 2014년 대검찰청 용역보고서의 일부 내용을 발췌하여 보완한 것임을 밝힌다.

** 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

*** 대구대학교 경찰행정학과 교수, 사회학 박사. 대구대학교 행정문제연구소.

I. 머리글

양형은 유죄가 확정된 피고인에 대해 형벌의 종류와 정도 및 형벌과 관련된 부수 처분을 결정하는 과정으로서 형사소송의 결론에 해당한다. 과거 무죄 선고율이 불과 1%대¹⁾에 머물고 있던 형사재판의 현실을 감안한다면, 피고인들이나 그와 관련된 사람들에게 유·무죄의 판단 못지않게 중요한 것이 양형이 될 수밖에 없고, 그런 점에서 양형은 피고인과 일반인의 형사사법에 대한 신뢰에 중대한 영향을 미친다고 할 수 있다.

그런데 과거 형사재판의 양형에 있어 법관에 따른 양형편차가 심하게 나타난다거나 일부 범죄에 대해서는 사법부가 지나치게 미온적인 태도를 보임으로써 형사재판과 관련하여 “고무줄양형”이라거나 “전관예우”, “유전무죄, 무전유죄” 등과 같은 비판의 목소리가 높았다. 이에 형사재판에서 양형불균형 및 불합리성의 문제를 해결하기 위하여 사법개혁의 일환으로 2007년 1월 26일 법원조직법의 개정을 통하여 1기 양형위원회가 구성되고 1기 양형위원회에 의해 횡령·배임범죄를 비롯하여 국민적 관심이 높은 7개 범죄군을 대상으로 2009년 7월 1일부터 양형기준제도가 시행되었다.²⁾

양형기준제도의 목적은 ‘국민의 건전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형을 실현’(법원조직법 제81조의2 제1항)함으로써 ‘합리적인 양형의 도출’에 있다고 할 수 있다. 이러한 목적을 달성하기 위하여, 양형기준제도는 법관들이 양형과정에서 준수해야 할 양형절차, 양형인자 및 기준들을 제시하고, 양형과정 및 양형이유를 공개함으로써 기존 형법총칙상의 제도에서 광범위하게 허용되었던 법관의 재량권에 대한 제한을 시도하고 있다고 본다.

그러나 양형기준에 법적 구속력을 부여하지 않음으로써(법원조직법 제81조의7 제1항 단서) 법관은 양형기준에 따른 절차 및 기준 등을 준수하지 않아도 양형부당

1) 그러나 지난 2009년 무죄율이 2%로 높아진 이후, 2010년 8%, 2011년 17% 그리고 2012년에는 20%로 나타나고 있다(2006 - 2012 사법연감 참조).

2) 그 이후 2기 양형위원회에서 약취·유인범죄 등 8개 범죄군, 3기 양형위원회에서 증권·금융범죄 등 8개 범죄군, 4기 양형위원회에서 배임수중재범죄 등 8개 범죄군 중 4개 범죄군이 먼저 시행되어 현재 총 27개 범죄군에 대한 양형기준이 시행되고 있다.

의 항소이유가 인정되지 않을 뿐만 아니라 반대로 양형기준을 준수하였다고 해서 양형부당을 이유로 한 항소가 금지되는 것도 아니다.³⁾ 다만, 양형기준에서 벗어나는 판결을 하는 경우에는 판결서에 양형이유를 적시하도록(법원조직법 제81조의7 제2항) 의무화하여 간접적으로 강제하고 있다고 볼 수도 있다.

어느덧 1기 양형기준이 시행된 지 5년이 넘었다. 그렇다면, 이제는 그에 대한 분석을 통해 전반적인 양형기준 운용현황을 살펴볼 수 있을 것으로 본다. 사실 양형기준제도가 시행된 이후, 양형기준제도에 대한 학문적 관심이 높고 그에 대한 연구도 시도되고 있으나, 경험적 자료에 입각한 양형기준제도 운영현황에 대한 연구 및 평가는 부족한 상황이라고 본다. 이에 본 연구에서는 그동안 시행된 양형기준제도의 운용현황을 횡령·배임범죄를 중심으로 살펴보고 그 시행결과를 평가해 봄으로써 보다 효율적인 양형기준제도의 시행을 위한 개선방안을 모색해보고자 한다.

II. 횡령·배임죄에 대한 양형기준 일반론

1. 대상범죄

횡령·배임범죄는 형법뿐만 아니라 다양한 형사특별법에 처벌규정을 두고 있다. 그러나 양형기준을 설정함에 있어 대상범죄군에 포함되는 모든 범죄를 대상범죄로 포함하지 않고, 대상범죄군에 있는 개별범죄를 검토하여 실제 사안에서 적용빈도가 현저히 낮은 개별범죄에 대해서는 양형기준 대상범죄에서 제외하고 있다. 따라서 횡령·배임범죄 양형기준의 적용대상범죄에는 형법 제355조 제1항의 횡령, 동조 제2항의 배임, 형법 제356조의 업무상 횡령·배임, 그리고 ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제3조 제1항에 따라 일정한 금액에 해당하는 경우에는 가중 처벌되는 경우 등이 포함된다.

3) 양형위원회, 「양형기준」 2014, 498면. 이러한 점에서 우리 사회는 기존 형법총칙상의 양형제도와 법원조직법상의 양형기준제도 두 유형이 이원적으로 시행되고 있다고 할 수도 있다.

2. 형종 및 형량의 기준

형법상 양형과정은 법정형→처단형→선고형의 순서로 이루어지는 반면, 양형기준은 대상범죄가 어느 유형에 속하는지를 결정한 후, 특별양형인자의 존부 및 그 평가를 통해 기본·감경·가중영역을 결정함으로써 권고형량범위를 도출하고, 권고형량범위 안에서 모든 인자를 종합적으로 고려하여 적합한 선고형을 결정한다. 그와 함께 선고형이 3년 이하인 경우에는 형의 집행유예 여부를 결정한다. 이 과정에서 양형기준이 권고하는 형량범위가 법률상 가중·감경에 의한 처단형 범위와 불일치하는 경우에는 법률상 처단형의 상한 또는 하한에 따라야 한다.

범죄유형의 결정은 사건내용에 적합한 범죄유형을 결정하는 과정이다. 양형기준 제도에서 범죄유형분류에 대한 원칙이나 기준은 두지 않고 각 범죄군의 특성에 따라 개별화시켜 양형기준에서 규정하고 있어 그에 따라 해당 유형을 결정하게 되는데, 횡령·배임죄의 유형은 아래의 <표 1>에서 보는 바와 같이, 특별한 유형구분 없이 횡령·배임 금액에 따라 5개의 유형으로 나누고, 각각의 유형에서 감경, 기본, 가중영역을 구분하여 그에 따른 권고형량범위를 제시하고 있다.

<표 1> 횡령·배임죄의 권고형량기준(2014 양형기준)

유형	구분	감경	기본	가중
1	1억 원 미만	- 10월	4월 - 1년4월	10월 - 2년6월
2	1억 원 이상, 5억 원 미만	6월 - 2년	1년 - 3년	2년 - 5년
3	5억 원 이상, 50억 원 미만	1년6월 - 3년	2년 - 5년	3년 - 6년
4	50억 원 이상, 300억 원 미만	2년6월 - 5년	4년 - 7년	5년 - 8년
5	300억 원 이상	4년 - 7년	5년 - 8년	7년 - 11년

횡령·배임죄의 감경, 기본, 가중영역은 아래의 <표 2>에 제시되어 있는 특별양형인자에 의하여 결정된다. 따라서 권고형량을 도출하기 위해서는 특별양형인자의 존부를 확인하고, 양형인자 평가원칙에 따라 영역을 결정한 후, 그 권고형량범위 안에서 일반양형인자 등을 종합적으로 고려하여 선고형량을 결정한다.⁴⁾

〈표 2〉 횡령·배임죄의 양형인자

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	• 사실상 압력 등에 의한 소극적 범행가담 • 손해발생의 위험이 크게 현실화되지 아니한 경우 • 실질적 1인 회사나 가족회사 • 오로지 회사 이익을 목적으로 한 경우 • 임무위반 정도가 경미한 경우	• 대량 피해자(근로자, 주주, 채권자 등을 포함)를 발생시킨 경우또는 피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우 • 범죄수익을 의도적으로 은닉한 경우 • 범행수법이 매우 불량한 경우 • 피지휘자에 대한 교사
	행위자 /기타	• 농아자 • 심신미약(본인 책임 없음) • 자수 또는 내부비리 고발 • 처벌불원 또는 상당부분 피해 회복된 경우	• 동종 누범
일반 양형 인자	행위	• 기본적 생계·치료비 등의 목적이 있는 경우 • 범죄수익의 대부분을 소비하지 못하고 보유하지 못한 경우 • 소극 가담 • 업무상 횡령·배임이 아닌 경우 • 피해기업에 대한 소유지분 비율이 높은 경우	• 범행으로 인한 대가를 약속·수수한 경우 • 지배권 강화나 기업 내 지위보전의 목적이 있는 경우 • 횡령 범행인 경우
	행위자 /기타	• 심신미약(본인 책임 있음) • 진지한 반성 • 형사처벌 전력 없음	• 범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도 • 이종 누범, 누범에 해당하지 않는 동종 및 사기범죄 실행전과(집행 종료 후 10년 미만)

* 자료: 양형위원회, 「양형기준」(2014).

또한 양형기준제도에 의하면 선고형량이 3년 이하인 경우, 아래의 <표 3>에서 제시하고 있는 참작사유를 고려하여 집행유예여부를 결정한다. 즉 3년 이하의 징역 또는 금고가 선고형으로 결정되면, 법관은 주요 및 일반 참작사유의 존부를 파악하고, 이를 평가하여 규정된 절차 및 기준에 따라 집행유예를 결정한다.⁵⁾

4) 구체적인 양형인자평가원칙은 2014 양형기준, 510면 이하 참조.

5) 집행유예 참작사유의 평가원칙은 형량기준과는 다소 다른 평가원칙을 두고 있다. 구체적인 내용은 2014 양형기준, 525면 이하 참조.

〈표 3〉 횡령·배임에 대한 집행유예 참작사유

구분		부정적	긍정적
주요 참작 사유	재범 위험성	• 동종 전과(5년 이내의, 집행유예 이상 또는 3회 이상 벌금) • 범죄수익을 의도적으로 은닉한 경우 • 범행수법이 매우 불량한 경우	• 사실상 압력 등에 의한 소극적 범행 가담 • 임무위반 정도가 경미한 경우 • 지수 또는 내부비리 고발
	기타	• 미합의 • 실질적 손해의 규모가 상당히 큰 경우 • 피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우	• 상당부분 피해 회복된 경우 • 실질적 1인 회사나 가족회사 • 실질적 손해의 규모가 상당히 작은 경우 • 처벌불원
일반 참작 사유	재범 위험성	• 동종 전과가 있거나 2회 이상 집행유예 이상 전과 • 반복적 범행 • 비난 동기 • 사회적 유대관계 결여 • 진지한 반성 없음	• 기본적 생계·치료비 등의 목적이 있는 경우 • 사회적 유대관계 분명 • 진지한 반성 • 집행유예 이상의 전과가 없음 • 참작 동기 • 피고인이 고령
	기타	• 공범으로서 주도적 역할 • 대량 피해자(근로자, 주주, 채권자 등을 포함)를 발생시킨 경우 • 범행으로 인한 대가를 약속·수수한 경우 • 범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도 • 지배권 강화나 기업 내 지위보전의 목적이 있는 경우 • 피해 회복 노력 없음	• 공범으로서 소극 가담 • 범죄수익의 대부분을 소비하지 못하고 보유하지도 못한 경우 • 상당 금액 공탁, 일부 피해 회복, 진지한 피해 회복 노력 • 손해발생의 위험이 크게 현실화되지 아니한 경우 • 오로지 회사 이익을 목적으로 한 경우 • 피고인의 건강상태가 매우 좋지 않음 • 피고인의 구금이 부양가족에게 과도한 곤경을 수반 • 피해기업에 대한 소유지분비율이 높은 경우

* 자료: 양형위원회, 「양형기준」(2014).

III. 연구설계

1. 연구모형

본 연구는 횡령·배임죄에 대한 양형기준제도의 적용 및 준수현황 등을 경험적으로 살펴보려는 것이다. 본 연구에서 양형기준제도의 운영현황은 양형기준제도의 적용현황, 선고형량이 권고영역의 범위 내에서 결정되었는지에 대한 부합도, 선고형량의 결정과정에서 양형기준제도에서 제시한 유형 및 양형인자의 영향, 집행유예결정

에 양형기준제도에서 제시한 유형 및 집행유예인자의 영향 등을 경험적으로 분석하고자 한다.

그동안 우리 사회에서 양형기준제도의 구조 및 절차 등에 대한 이론적 논의는 활발하게 이루어졌다고 할 수 있지만(최석윤, 2008; 오영근, 2009; 최호진, 2009; 서봉규, 2010; 승재현, 2010; 탁희성 외, 2010; 이현정, 2011; 김재봉, 2013; 박형관, 2014), 양형기준제도에 대한 경험적 연구는 상대적으로 부족한 상황이다(김현석, 2010; 이민식·박미랑, 2011; 오영근 외, 2011; 대검찰청, 2011; 이상한, 2013; 김혜정, 2014). 특히 양형기준제도의 실무상 운용현황은 양형자료에 대한 접근의 제약 등으로 활발하게 연구되지 못하였다. 양형기준제도의 운영현황을 공식적으로 파악할 수 있는 자료는 양형위원회의 「연간보고서」라고 할 수 있다. 그러나 양형위원회의 「연간보고서」는 법원의 판결문에 대한 전수조사라는 점에서는 장점이 있으나, 조사과정 및 분석결과상의 문제로 인하여 조사결과에 대한 신뢰성은 부족한 편이다.⁶⁾

최근에는 이러한 연간보고서의 문제점을 보완하기 위하여 다른 형사사법기관인 대검찰청의 검찰사건처리정보시스템(Prosecutorial Guideline System: PGS)에 입력된 자료를 이용하여 양형기준제도의 운용현황에 대한 경험적 연구가 시도되기도 하였다(이민식·박미랑, 2011). 그러나 이러한 대검찰청의 검찰사건처리정보시스템(PGS)에 입력되어 있는 자료는 양형인자 등에 있어서 검사의 판단 등이 포함되어 있다는 단점이 있다. 이후 검찰사건처리정보시스템에 보관된 판결문분석을 통하여 양형기준제도 운영현황을 파악하려는 시도가 이루어지고 있다(오영근 외, 2011; 김혜정·기광도, 2014). 이러한 검찰사건처리정보시스템에 근거한 연구는 자료의 규모, 체계성 등에서 양형위원회의 「연간보고서」를 대체할 수준은 못되며, 아직은 보완적인 수준이다. 또한 양형기준제도의 현황을 파악하는데 사용되는 용어 및 지수화에 대하여 명확한 정의 및 기준이 확립되지 않았기 때문에 연구결과의 해석에서 다소의 오해 및 논쟁의 소지가 남아있다.⁷⁾

6) 양형위원회(2013)의 「연간보고서」에서는 양형기준제도의 해당사건 중에서 법원에 의하여 양형기준제도를 적용하여 판결한 것인지를 명확하게 밝히지 않고 있으며, 해당사건을 전수조사하였다고 하지만 조사과정에서 법원에 의하여 ‘명시적으로 기재되지 않은 사건’에 대한 양형인자의 존부판단 및 영역결정 등에 대한 기준을 명확하게 밝히지 않고 있다.

7) 양형위원회(2013) 「연간보고서」에 의하면, ‘양형기준 준수율’, ‘양형기준 명시적 기재율’ 등의 지수를 사용하고 있지만, 이러한 지수에 대한 용어정의가 명확하지 않고, 조작적 정의가 정밀하지 못한

2. 변수의 측정

본 연구에서 사용되는 변수에 대한 정의 및 측정은 다음과 같다. 먼저 양형기준제도의 적용현황은 판결문에 양형기준제도에서 제시한 절차 및 내용에 대한 기재여부로 파악하고자 한다. 양형기준제도에서는 판결문에 적용법률, 처단형범위, 양형기준제도상 범죄유형, 양형인자 기재, 양형인자에 의한 권고형량의 범위 도출, 다수범죄처리 등을 통한 권고형량의 제시, 집행유예인자 등에 대하여 기재할 것이 권고되어 있다. 그러한 측면에서 양형기준제도의 적용율(application rate)은 선고형량의 범위를 판결문에 명시적으로 기재하였는가의 여부로 파악하고자 한다. 선고형의 권고형량 부합정도는 선고형이 최종 권고형량의 범위 내에서 결정되었는지로 파악하였다. 이러한 선고형의 부합양상은 일치사건과 이탈사건으로 구분되며, 이탈사건의 경우에는 다시 권고영역의 하한 이탈 및 상한 이탈로 구분될 수 있다. 이러한 선고형이 권고형량의 범위 내에서 이루어지는 정도는 선고형량의 부합율(accordance rate of sentence length)과 이탈율(departure rate)로 측정하였다. 또한 이러한 횡령·배임죄에 대한 양형기준제도의 적용 및 준수양상이 선고년도, 지방법원/지원, 단독/합의재판 등에 따라 차이가 있는지도 살펴보고자 한다.

그리고 양형기준제도에 제시된 양형인자 및 집행유예인자가 횡령·배임죄의 선고형량 및 집행유예의 결정에 어떠한 영향을 미쳤는지를 분석하고자 한다. 종속변수에 속하는 선고형량은 법관에 의하여 선고된 선고형량으로 파악하였고, 이는 개월 단위로 측정되었다. 또한 집행유예여부는 모조변수(dummy variable)로 변환하여, 집행유예를 0, 실형을 1로 부호화하였다. 집행유예에 대한 분석에서 사용되는 독립변수는 양형기준제도에서 제시한 횡령·배임죄의 유형과 양형인자 및 집행유예 참작사유만을 사용하였다. 이러한 횡령·배임죄에 대한 양형인자는 <표 2>, 집행유예인자는 <표 3>에서 제시한 바와 같고, 각각의 인자들은 모조변인화하였고, 양형인자의 존부를 파악하여 해당되는 경우 1, 해당되지 않을 경우 0으로 부호화하였다. 이러한 양형인자의 존부는 법관에 의하여 기재된 판결문에서 파악된 것이다.

3. 자료수집 및 분석

본 연구에서 분석된 자료는 횡령·배임죄의 1심 판결사건을 대상으로 하였다. 연구의 모집단에 속하는 판결문자료는 대검찰청의 ‘검찰사건처리정보시스템(Prosecutorial Guideline System: PGS)’에 보관되어 있는 자료이며, 1심 판결일자를 기준으로 2011년 1월 1일부터 2013년 12월 31일에 판결된 사건 중에서 양형기준제도의 대상이 되지 않는 무죄판결(형사소송법 제325조), 면소판결(형사소송법 제326조), 공소기각판결·결정(형사소송법 제327조 및 제328조), 소년부송치결정(소년법 제50조) 등 형이 선고되지 않은 판결 및 결정사건, 선고형이 벌금형인 경우와 형법 제37조 후단 경합범, 미수범 및 방조범 등을 분석대상에서 제외⁸⁾하고 양형기준제도에 해당하는 3,721건을 분석대상으로 삼았다.⁹⁾ 더불어 양형기준제도의 준수여부에 대한 분석에 어려움이 있는 이중경합범도 분석대상에서 제외하여, 횡령·배임죄의 단일 죄명 및 동종경합범을 분석대상으로 하였다.

본 연구에서 횡령·배임죄에 대한 양형기준제도의 적용 및 부합도는 교차표 분석, 양형기준제도에 의한 선고형량분석에서는 회귀분석, 집행유예에 대한 분석에서는 로지스틱 회귀분석(logistic regression analysis)을 활용하였다.

IV. 분석결과

1. 조사자료의 일반적 현황

조사된 분석사건 3,721건의 일반적 현황을 살펴보면 다음과 같다. 1심 판결일시의 경우, 2011년 1,289건(34.6%), 2012년 1,212건(32.6%), 2013년 1,220건(32.8%)으로 나타났고, 법원유형의 경우, 지방법원에서 판결한 경우는 2,765건(74.3%), 지원에서 판결한 건수는 956건(25.7%), 합의부에서 판결한 경우는 596건(16.0%), 단

8) 2014 양형기준, 497면 및 518면.

9) 분석자료의 수집과정은 김혜정/기광도(2014)를 참조.

독으로 판결한 경우는 3,125건(84.0%)으로 나타났다. 양형기준제도에 의하여 분류된 횡령·배임 유형의 경우, 1유형은 237건(6.4%), 2유형은 2,035건(54.7%), 3유형은 906건(24.3%), 4유형은 74건(2.0%), 5유형은 15건(0.4%), 불명 7건(0.2%)으로 나타났다.

횡령·배임죄에 대한 양형현황을 살펴보면, 1심 판결의 선고형량(집행유예 포함)의 경우, 6개월 이하 1,417건(38.1%), 12개월 이하 1,455건(39.1%), 24개월 이하 592건(15.9%), 36개월 이하는 187건(5.0%), 48개월 이하 44건(1.0%), 60개월 이하 15건(0.4%), 60개월 초과는 11건(0.2%)으로 나타났으며, 이러한 징역형의 평균은 11.71개월, 표준편차는 9.39로 나타났다. 또한 집행유예 2,314건(62.2%), 실형 1,406건(37.8%)으로 나타났다.

2. 양형기준의 적용현황

법원조직법상의 양형기준제도는 법원에 대하여 법적 구속력을 갖지 않고 권고적 효력을 갖기 때문에, 법원은 양형기준제도 해당사건 중에서 기존의 형법총칙상의 절차에 따라 양형을 할 수도 있고, 양형기준제도상의 절차를 선택할 수도 있다.¹⁰⁾ 법원이 판결문에 양형기준제도에서 권고한 절차 및 내용을 명시적으로 기재하였다면 양형기준제도를 적용한 것으로 파악할 수 있다. 따라서 본 연구에서는 법원이 판결문에 권고형량을 제시(기재)한 경우, 양형기준을 적용한 것으로 분석하였다.¹¹⁾

분석된 횡령·배임죄 3,721건 중에서 판결문에 권고형량을 기재하지 않은 건수는 2,381건(64.0%), 권고형량을 기재한 사건은 1,340건(36.0%), 권고형량을 기재하고 양형이유를 명시적·범주적으로 기재한 경우는 1,252건(33.6%), 권고형량은 제시하고 양형이유는 서술적으로 기재한 경우는 88건(2.4%)으로 나타났다.

<표 4>는 판결년도, 지법/지원, 단독/합의재판부, 횡령·배임 유형 등에 따른 양형기준제도 적용현황을 분석한 것이다. 분석결과, 2011년에 비하여 2013년에 양형기

10) 이러한 두 유형의 양형절차 중에서 어떠한 절차를 선택하여 적용하였는가는 판결문에 기재된 내용을 통하여 파악할 수 있다.

11) 이는 선고형의 권고형량 부합율을 양형기준의 명시적 기재를 바탕으로 분석하기 위함이다(양형위원회, 2013 연간보고서, 260면 이하 참조).

준제도의 적용비율이 감소하였으며, 단독재판부에 비하여 합의재판부의 적용비율이 현저하게 높은 것으로 나타났다. 횡령·배임죄 유형의 경우, 유형의 등급이 높아질수록 양형기준제도의 적용비율이 높은 것으로 나타났다. 이러한 요인들에 의한 양형기준제도 적용여부의 차이는 통계학적으로 유의미한 것으로 분석되었다.

〈표 4〉 양형기준제도 적용현황 분석

		적용	비-적용	전체	x2
판결년도	2011	505 (39.2%)	784 (60.8%)	1289	19.93***
	2012	456 (37.6%)	756 (62.4%)	1212	
	2013	379 (31.1%)	841 (68.9%)	1220	
	소계	1340 (36.0%)	2381 (64.0%)	3721	
지법/지원	지법	1,012 (36.6%)	1,753 (63.4%)	2,765	1.12
	지원	328 (34.3%)	628 (65.7%)	958	
	소계	1340 (36.0%)	2381 (64.0%)	3721	
재판부	합의	495 (83.1%)	101 (16.9%)	596	681.52***
	단독	845 (27.0%)	2,280 (73.0%)	3,125	
	소계	1340 (36.0%)	2381 (64.0%)	3721	
유형	1유형	554 (27.2%)	1,481 (72.8%)	2,035	517.44***
	2유형	343 (37.9%)	563 (62.1%)	908	
	3유형	345 (77.2%)	102 (22.8%)	447	
	4유형	73 (98.6%)	1 (1.4%)	74	
	5유형	12 (80.0%)	3 (20.0%)	15	
	소계	1,327(38.2%)	2,150 (61.8%)	3,477	

*: $p < 0.05$, **: $p < 0.01$, ***: $p < 0.001$.

3. 선고형의 권고형량 부합도

양형기준제도는 양형과정에 대한 다양한 절차 및 기준을 제시하고 있다. 그러한 측면에서 양형기준제도의 준수현황을 다양한 기준에 따라 개별적으로 살펴볼 수 있다. 본 연구에서는 양형기준제도의 다양한 기준 중에서 선고형량이 권고형량의 범위 내에서 결정되었는지에 초점을 두고 살펴보고자 한다. 즉 권고형량이 제시된 사건 중에서 선고형량이 권고형량의 영역 내에 있는지, 이탈하였는지로 파악하였다.

양형기준제도의 절차 및 요인에 의하여 도출된 권고형량의 범위 내에서 선고형량이 결정되는 비율, 즉 부합율(accordance rate) 및 이탈율(departure rate)로 분석하고자 한다. 선고형의 부합여부는 권고형의 영역 내에서 결정된 경우이며, 하한 이탈은 권고형량 보다 낮게 선고형이 이루어진 경우이며, 상한 이탈은 권고형량 보다 높게 선고형이 결정된 경우이다.

횡령·배임죄의 경우, 판결문에 권고형량을 제시한 사건 1,340건 중에서 권고형량에 부합된 건수는 1,227건(91.6%)이며, 이탈건수는 113건(8.4%)이며, 이탈건수 중에서 하한 이탈건수는 107건(8.0%), 상한 이탈건수는 6건(0.4%)으로 나타났다. 양형기준제도를 적용한 경우, 선고형량은 거의 권고형량의 범위내에서 결정되는 것을 확인할 수 있었다. 그러나 이러한 높은 수준의 부합율은 횡령·배임죄에 대한 양형기준제도의 적용율이 상대적으로 낮다는 것을 고려하여 이해하여야 할 것이다.

〈표 5〉 횡령·배임죄의 선고형의 권고형량 부합도 현황분석

		부합건수	비-부합건수	전체	x2
판결년도	2011	479 (94.9%)	26 (5.1%)	505	13.23**
	2012	414 (90.8%)	42 (9.2%)	456	
	2013	334 (88.1%)	45 (11.9%)	379	
	소계	1,227 (91.6%)	113 (8.4%)	1,340	
지법/지원	지법	927 (91.6%)	85 (8.4%)	1,012	0.01
	지원	300 (91.5%)	28 (8.5%)	328	
	소계	1,227 (91.6%)	113 (8.4%)	1,340	
재판부	합의	426 (86.1%)	69 (13.9%)	495	30.83***
	단독	801 (94.8%)	44 (5.2%)	845	
	소계	1,227 (91.6%)	113 (8.4%)	1,340	
유형	1유형	545 (98.4%)	9 (1.6%)	554	126.28***
	2유형	311 (90.7%)	32 (9.3%)	343	
	3유형	306 (88.7%)	39 (11.3%)	345	
	4유형	50 (68.5%)	23 (31.5%)	73	
	5유형	5 (41.7%)	7 (58.3%)	12	
	소계	1,217 (91.7%)	110 (8.3%)	1,327	

*: $p < 0.05$, **: $p < 0.01$, ***: $p < 0.001$.

<표 5>는 판결년도, 지법/지원, 단독/합의재판부, 배임/횡령죄의 유형 등에 따른 횡령·배임죄 선고형량의 권고형량 부합율을 분석한 것이다. 분석결과, 판결년도, 단독/합의재판부, 횡령·배임죄 유형 등은 부합율에 통계학적으로 유의미한 차이가 있는 것으로 나타났으며, 2011년 이후 부합율은 감소하는 것으로 나타났고, 합의재판부에 비하여 단독재판부의 부합비율이 높은 것으로 나타났으며, 횡령·배임죄 유형의 경우, 유형의 등급이 높아질수록 양형기준제도의 부합비율이 낮은 것으로 나타났다.

4. 선고형량에 대한 분석

다음은 횡령·배임죄의 선고형량에 영향을 미치는 양형기준제도의 양형인자에 대한 분석을 시도하고자 한다. 양형기준제도에 의하여 횡령·배임죄 선고형량의 결정에 고려해야 하는 유형 및 양형인자들은 <표 1> 및 <표 2>에 제시한 바 있다. 양형기준제도에 의하면, 이러한 횡령·배임죄 유형 및 양형인자들을 고려하여, 권고형량을 도출하고, 그러한 권고형량의 범위 내에서 선고형을 결정할 것을 권고하였다. 그러면 양형기준제도에서 제시한 횡령·배임죄의 유형 및 양형인자들이 선고형량의 결정에 어느 정도 영향을 미쳤는지를 분석하고자 한다.

먼저 선고형량에 대한 양형인자분석은 판결문에서 법관에 의하여 양형인자가 명시적으로 기재된 1,252건을 분석대상으로 하였다. 양형기준제도에서 제시된 횡령·배임죄 유형, 특별양형인자, 그리고 일반양형인자들을 독립변수로 하고, 선고된 징역형량을 종속변수로 설정하여 회귀분석(regression analysis)을 시도하였다. 이러한 회귀분석에서는 다른 요인들을 통제한 상황에서의 영향을 살펴볼 수 있다는 장점이 있으며, 표준화된 회귀계수를 통하여 각각의 독립변수들이 종속변수에 미치는 영향에 대한 상대적 크기를 평가할 수 있으며, 이러한 평가는 독립변수간 상호독립적이라는 가정에서 유용하다.

독립변수에 속하는 특별 및 일반양형인자의 분포를 살펴보면 다음과 같다. <표 2>에 제시된 양형요인 중에서 특별양형인자의 경우, 감경인자에 속하는 사실상 압력 등에 의한 소극적 범행가담 1.8%, 손해발생의 위험이 크게 현실화되지 아니한 경우 3.1%, 실질적 1인 회사나 가족회사 5.4%, 오로지 회사 이익을 목적으로 한 경우 0.9%, 임무위반 정도가 경미한 경우 2.4%, 자수 또는 내부비리 고발 0.6%,

처벌불원 또는 상당부분 피해 회복된 경우 29.9% 등으로 나타났으며, 가중인자에 속하는 대량 피해자(근로자, 주주, 채권자 등을 포함)를 발생시킨 경우 또는 피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우 5.9%, 범죄수익을 의도적으로 은닉한 경우 1.1%, 범행수법이 매우 불량한 경우 8.1%, 피지휘자에 대한 교사 0.5%, 동종 누범 0.6% 등으로 나타났다.

일반양형인자의 경우, 감경인자에 속하는 기본적 생계·치료비 등의 목적이 있는 경우 2.2%, 범죄수익의 대부분을 소비하지 못하고 보유하지도 못한 경우 5.4%, 소극 가담 2.1%, 업무상 횡령·배임이 아닌 경우 11.6%, 피해기업에 대한 소유지분 비율이 높은 경우 2.0%, 심신미약(본인 책임 있음) 0.2%, 진지한 반성 22.4%, 형사 처벌 전력 없음 19.2% 등으로 나타났다. 또한 가중인자에 속하는 범행으로 인한 대가를 약속·수수한 경우 0.4%, 지배권 강화나 기업 내 지위보전의 목적이 있는 경우 0.4%, 횡령 범행인 경우 34.2%, 범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도 0.7%, 이중 누범, 누범에 해당하지 않는 동종 및 사기범죄 실행전과(집행 종료 후 10년 미만) 1.3%로 나타났다.

<표 6>은 횡령·배임범죄에서 양형기준에서 제시된 유형, 특별 및 일반양형인자들이 선고된 징역형량에 미치는 효과에 대한 회귀분석결과를 보여준다. 제시된 값은 보통최소자승법(ordinary least square method)으로 구한 표준화된 회귀계수(β -coefficient)이며, 특별 및 일반양형인자의 경우 통계학적으로 유의미한 결과만을 제시하였다.

<모형 1>은 횡령·배임범죄의 유형, 즉 횡령 및 배임액이 선고된 징역형량에 미치는 영향을 보여준다. 양형기준에서 제시된 유형의 경우, 징역형량에 정(+)의 영향을 미치는 것으로 나타났고, 징역형량에 대한 유형요인의 설명력도 61%로 높게 나타났다. 이러한 결과는 횡령·배임범죄에서 양형기준의 유형구분은 징역형량 도출에 중요한 기준이라는 것을 확인하게 한다.

<모형 2>는 횡령·배임범죄의 유형양상과 특별가중인자 및 특별감경인자가 징역형량의 도출에 미치는 영향을 분석한 것이다. 횡령·배임범죄의 유형요인이 미치는 영향은 <모형 1>과 차이가 없는 것으로 나타났다. 횡령·배임범죄의 특별감경인자 중에서는 소극적 가담, 손해위험 현실화 안됨, 1인 회사, 회사 이익, 업무 위반 경미, 처벌불원 등 부(-)의 영향을 미치는 것으로 나타났고, 특별가중인자 중에는 범행수법

불량, 대량 피해자 발생, 범죄 수익 은폐 등이 정(+)'의 영향을 미치는 것으로 나타났다. 이러한 횡령·배임범죄의 유형 및 특별양형인자들이 징역형량에 미치는 영향력은 70%로 증가한 것으로 나타났다. 이러한 결과는 징역형량의 도출에 양형기준제도에서 제시된 특별가중인자 및 특별감경인자들이 영향을 미쳤다는 것을 알려준다.

<모형 3>은 횡령·배임범죄의 유형양상과 특별가중인자 및 특별감경인자, 일반가중인자 및 일반감경인자 등이 권고형의 도출에 미치는 영향을 분석한 것이다. 횡령·배임범죄의 유형양상과 특별가중 및 감경인자 등이 징역형량에 미치는 영향은 <모형 2>와 차이가 없으며, 일반감경인자 중에서는 범죄수익 소비·보유 못함이 부(-)의 영향을 미치는 것으로 나타났고, 일반가중인자 중에서는 미약하지만 지배권 강화 요인이 정(+)'의 영향을 미치는 것으로 분석되었다. 이러한 요인들에 의한 설명력은 71%로 <모형 2>에 비하여 거의 증가하지 못하였다. 이러한 결과는 양형기준에서 제시된 일반양형인자들은 선고형량의 도출에 거의 영향을 미치지 못한다는 것을 시사한다.

〈표 6〉 횡령·배임범죄의 선고형량에 대한 회귀분석결과

		횡령·배임죄의 선고형량		
		모형 1	모형 2	모형 3
유형		.78***	.75***	.76***
특별감경요인	소극적 가담		-.07***	-.05***
	손해위험 현실화 안됨		-.03*	-.02
	1인 회사		-.07***	-.07***
	회사 이익		-.06***	-.05***
	임무 위반 경미		-.07***	-.05***
	처벌불원		-.08***	-.08***
특별가중요인	대량 피해자		.15***	.14***
	범죄수익 은닉		.11***	.10***
	범행수법 불량		.15***	.15***
일반감경요인	범죄수익 소비/보유 못함			-.05**
일반가중요인	횡령범행			.04*
	지배권 강화			.08***
F 값		1972.49***	225.02***	112.68***
R 2		.61	.70	.71
사례수		1252	1252	1252

*: $p < 0.05$, **: $p < 0.01$, ***: $p < 0.001$

5. 집행유예에 대한 분석

다음은 형령·배임죄의 집행유예 및 실행여부를 결정하는 요인에 대하여 분석하고자 한다. 집행유예에 대한 분석은 선고형량이 36개월 이하의 사건과 집행유예인자를 판결문에 범주적으로 기재한 사건을 대상으로 분석하고자 한다. <표 7>은 집행유예결정요인에 대하여 법관의 판결문 기재현황을 보여준다. 양형기준제도에 의하면, 선고형량이 36개월 이하인 경우에는 집행유예여부를 결정하고, 그 이유를 판결문에 기재할 것을 권고하고 있다. 이는 집행유예나 실행을 결정할 경우에는 그에 대한 이유를 밝힐 것을 요구한 것이다. 선고형량이 36개월 이하인 사건 1,196건 중에서 집행유예인자를 범주적으로 명확하게 기재하지 않은 사건은 654건(54.5%)이며, 범주적으로 기재한 사건은 542건(45.3%)이다. 그리고 집행유예인자를 범주적으로 기재한 사건 중에서 집행유예는 447건, 실행사건의 경우에는 95건으로 나타났다. 집행유예여부를 결정하고 그 이유를 판결문에 양형기준제도에서 제시하는 범주적으로 명확하게 기재한 경우는 상대적으로 낮은 것으로 나타났다. 이러한 결과는 집행유예의 경우, 양형상의 중요성에도 불구하고 그 이유를 명확하게 밝히지 않고 있다는 것을 시사한다.

<표 7> 집행유예인자에 대한 판결문 기재현황

		설시여부		
		명시적 기재 안함	명시적 기재 함	전체
집행유예 여부	집행유예	295 (39.8%)	447 (60.2%)	742
	실행	359 (79.1%)	95 (20.9%)	454
	전체	654 (54.7)	542(45.3%)	1,196

본 연구에서 집행유예에 대한 분석은 선고형량이 36개월 이하이며, 법관에 의하여 집행유예인자가 범주적으로 기재된 사건 542건을 대상으로 하였다. 여기에서는 법관의 집행유예 및 실행결정이 양형기준제도에서 제시된 집행유예인자에 의하여 어느 정도 결정되었는지를 분석하고자 한다. 형령·배임죄의 집행유예 및 실행여부에 대한 분석은 로지스틱 회귀분석(logistic regression analysis)을 시도하였다. 로지

스틱 회귀분석은 종속변수가 이항변수일 때, 유용한 분석방법이다.

횡령·배임죄의 집행유예에 대한 분석모형에서 종속변수는 집행유예·실형여부이며, 집행유예를 0, 실형을 1로 부호화하였다. 이러한 집행유예·실형여부에 영향을 미치는 독립변수로는 양형기준제도에서 제시한 횡령·배임죄의 유형, 주요 및 일반 참작사유 등으로 구성하였다.

먼저 독립변수에 속하는 횡령·배임죄의 집행유예 참작사유의 분포를 살펴보면 다음과 같다. 주요참작사유의 경우, 부정적 참작사유에 속하는 동종 전과(5년 이내의, 집행유예 이상 또는 3회 이상 벌금) 10건(1.8%), 범죄수익을 의도적으로 은닉한 경우 3건(0.3%), 범행수법이 매우 불량한 경우 24건(4.4%), 미합의 188건(34.7%), 실질적 손해의 규모가 상당히 큰 경우 27건(5.0%), 피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우 8건(1.5%)으로 나타났으며, 긍정적 참작사유에 속하는 사실상 압력 등에 의한 소극적 범행 가담 21건(3.9%), 임무위반 정도가 경미한 경우 20건(3.7%), 자수 또는 내부비리 고발 2건(0.4%), 상당부분 피해 회복된 경우 123건(22.7%), 실질적 1인 회사나 가족회사 33건(6.1%), 실질적 손해의 규모가 상당히 작은 경우 69건(12.7%), 처벌불원 157건(29.0%)으로 나타났다.

일반참작사유의 경우, 부정적 참작사유에 속하는 동종 전과가 있거나 2회 이상 집행유예 이상 전과 31건(5.7%), 반복적 범행 44건(8.1%), 비난 동기 2건(0.4%), 사회적 유대관계 결여 4건(0.7%), 진지한 반성 없음 19건(3.5%), 공범으로서 주도적 역할 10건(1.8%), 대량 피해자(근로자, 주주, 채권자 등을 포함)를 발생시킨 경우 1건(0.2%), 범행으로 인한 대가를 약속·수수한 경우 1건(0.2%), 범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도 5건(0.9%), 피해 회복 노력 없음 57건(10.5%)으로 나타났으며, 긍정적 참작사유에 속하는 기본적 생계·치료비 등 목적이 있는 경우 21건(3.9%), 사회적 유대관계 분명 143건(26.4%), 진지한 반성 197건(36.3%), 집행유예 이상의 전과가 없음 335건(61.8%), 참작 동기 31건(5.7%), 피고인이 고령 13건(2.4%), 공범으로서 소극 가담 11건(2.0%), 범죄수익의 대부분을 소비하지 못하고 보유하지도 못한 경우 36건(6.6%), 상당 금액 공탁, 일부 피해 회복, 진지한 피해 회복 노력 81건(14.9%), 손해발생의 위험이 크게 현실화되지 아니한 경우 15건(2.6%), 오로지 회사 이익을 목적으로 한 경우 3건(0.6%), 피고인의 건강상태가 매우 좋지 않음 6건(1.1%), 피고인의 구금이 부양가족에게 과도한 곤경을 수반 25건(4.6%), 피해기업

에 대한 소유지분비율이 높은 경우 18건(3.3%)으로 나타났다.

<표 8>은 횡령·배임죄 집행유예에 대한 로지스틱 회귀분석결과를 보여준다. 집행유예에 대한 분석모형에서는 횡령·배임죄의 유형을 제외하고는 집행유예결정에 통계학적으로 유의미한 독립변수만을 제시하였으며, 제시된 값은 비표준화된 회귀계수(b), Wald 통계치, 승산비(odds ratio, $\text{Exp}(B)$)이다.¹²⁾

분석결과는 횡령·배임죄 유형은 집행유예의 결정에 영향을 미치지 못하는 것으로 나타났다. 양형기준제도에서 제시한 유형등급은 선고형량의 결정에는 중요한 영향을 미치는 것으로 나타났으나, 선고형량이 결정된 이후 집행유예·실형결정에는 영향을 미치지 못하는 것으로 나타났다. 이러한 결과는 선고형량의 결정과 집행유예·실형결정은 다른 요인에 의하여 영향을 받는다는 것을 시사한다.

주요 부정적 참작사유에서는 ‘범행수법이 매우 불량한 경우’, ‘미합의’, ‘실질적 손해의 규모가 상당히 큰 경우’, 일반 부정적 참작사유에서는 ‘반복적 범행’, ‘피해 회복 노력 없음’ 등은 실형결정에 정(+)의 효과를 미치는 것으로 나타났으며, 주요 긍정적 참작사유에서는 ‘실질적 손해의 규모가 상당히 작은 경우’ 일반 긍정적 참작사유 ‘참작동기’ 등의 요인들이 횡령·배임죄의 집행유예·실형결정에서 부(-)의 효과를 미치는 것으로 분석되었다. 이러한 결과는 양형기준제도에 의하여 제시된 집행유예 참작들이 적절하게 반영되었다는 것을 의미한다.

횡령·배임죄의 실형결정에 상대적으로 중요한 요인은 ‘미합의’, ‘범행수법이 매우 불량한 경우’ 등으로 나타났다. 이러한 결과는 양형기준제도에서 제시한 바와 같이 주요 참작사유에 근거하여 집행유예가 결정되었다는 것을 의미한다. 또한 위의 모형에서 독립변수에 의한 종속변수에 대한 설명력을 반영하는 결정계수 중에서 Nagelkerke R^2 는 .66으로 나타났으나, 로지스틱 회귀분석에서 결정계수는 참고하는 수준으로 이해하여야 한다.

12) 로지스틱 회귀분석에서 종속변수가 이항변수이기 때문에 최대우도(maximum likelihood) 추정방법을 적용하고, 독립변수의 통계적 유의성은 Wald검증(χ^2 의 다변량방식)과 우도비 검증(log likelihood ratio test)으로 하며, 종속변수에 대한 독립변수의 설명력을 파악하는 결정계수(R^2)는 로그우도 함수값을 활용하기 때문에 유사 결정계수(pseudo R^2)라고 하며 Cox와 Snell의 R^2 와 Nagelkerke R^2 가 있으며, 종속변수에 대한 독립변수의 효과크기는 BIC($\text{BIC} = \text{Wald} - \ln N(\text{사례수})$)로 파악하며, 승산비(odds ratio, $\text{exp}(b)$)를 통하여 종속변수에 대한 독립변수의 발생가능성의 정도를 파악한다(김순귀·정동빈·박영술, 2003; 홍세희, 2011; 이희연·노승철, 2013).

〈표 8〉 횡령·배임죄의 실행여부에 대한 로지스틱 회귀분석결과

		횡령·배임죄의 실행여부		
		B	Wald	Exp(B)
유형		.21	.59	1.23
주요참작사유: 부정적	범행수법이 매우 불량한 경우	4.97	12.46***	144.07
	미합의	2.72	30.94***	15.22
	실질적 손해의 규모가 상당히 큰 경우	2.45	5.40*	11.55
주요참작사유: 긍정적	실질적 손해의 규모가 상당히 작은 경우	-1.25	5.62*	.29
일반참작사유: 부정적	반복적 범행	1.41	4.96*	4.09
	피해회복 노력 없음	.98	4.40*	2.68
일반참작사유: 긍정적	참작동기	-2.32	3.98*	.09
상수		-2.51	12.87***	.08
-2 Log Likelihood		225.69		
모델 카이제곱/df		274.73***/39		
Cox와 Snell의 R ²		.40		
Nagelkerke R ²		.66		
사례수		542		

*: $p < 0.05$, **: $p < 0.01$, ***: $p < 0.001$

V. 횡령·배임죄에 대한 양형기준제도의 평가 및 개선방안

1. 평가

횡령·배임죄에 대하여 2011년 1월부터 2013년 12월까지 선고된 1심 판결문을 대상으로 분석한 결과를 바탕으로 양형기준제도의 운영현황을 평가하면 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째로 양형기준 적용대상사건 3,721건 중에서 법원조직법상의 양형기준제도를 적용한 경우, 즉 판결문에 권고형량을 기재한 경우는 36.0%(1,340건)로 나타났다.

이러한 결과는 횡령·배임죄의 양형과정에서 양형기준에 따른 기재가 상대적으로 낮은 것을 의미한다.¹³⁾ 특히 앞의 <표 4>에서 제시된 바와 같이, 합의부 사건인 경우에는 양형기준에 따라 권고형량을 기재한 적용사건이 495건(83.1%)으로 상당히 높게 나타난 반면, 단독사건인 경우에는 양형기준에 따라 권고형량을 기재하지 않은 비적용사건이 2,280건(73.0%)으로 높게 나타나고 있고, 또 유형별로는 제3유형부터 제5유형까지는 권고형량을 기재한 적용사건의 비율이 높은 반면, 제1유형과 제2유형에서는 권고형량을 기재하지 않은 비적용사건의 비율이 높게 나타나고 있다. 이러한 현상은 횡령·배임죄의 경우, 단독사건과 같이 경미한 사건이 많고, 이 경우 대체적으로 형량이 낮아 법관이 양형이유를 구체적으로 기재할 필요를 느끼지 못하는 것으로 설명될 수 있다.¹⁴⁾

둘째로 양형기준의 준수현황을 양형기준제도를 적용한 사건(즉 판결문에 권고형량을 기재한 사건) 중에서 선고형의 권고형량 부합도로 파악하였다. 횡령·배임죄에서 선고형의 권고형량 부합도는 91.6%(1,227건)로 아주 높게 나타났다. 물론, 이러한 선고형의 권고형량 부합도는, 대상판결 총 3,721건 중 판결문에 양형기준을 기재한 1,340건(36.0%)에 대한 비율로, 판결문에 양형기준을 기재하지 않은 2,381건(64.0%)은 포함되지 않음으로써 양형기준제도에 대한 적용율이 낮고 이러한 선고형의 권고형량 부합도가 양형기준제도의 준수현황을 파악하는 일부분에 지나지 않아 아직 경험적으로 파악하지 못한 영역이 남아있다는 한계가 있지만, 이는 법관들이 양형기준제도상의 절차 및 기준을 준수하고 있음을 의미한다. 다만, 그 차이가 미미하지만, 앞의 <표 5>에서 제시된 바와 같이, 단독사건보다 합의부 사건에서 부합율이 다소 떨어진다거나 제1유형의 경우 부합율이 98.4%로 상당히 높게 나타난 것에 반해, 제4유형, 제5유형과 같이 중한 유형으로 갈수록 부합율이 낮아지는 것은 법원의 온정주의 형선고경향으로 평가될 수도 있다.

셋째로 횡령·배임죄의 선고형량의 결정에서 양형기준제도에서 제시한 횡령·배임죄의 유형 및 양형인자의 영향을 분석한 결과, 횡령·배임죄 유형요인은 선고형의 결정에 중요한 영향을 미치는 것으로 나타났고, 특별양형인자들도 선고형량의 결정

13) 횡령·배임사건에서 판결문에 양형이유를 기재하지 않은 비율도 2011년 9.7%, 2012년 5.8%으로 나타나고 있다(양형위원회, 2012년 연간보고서).

14) 양형위원회, 2010 연간보고서, 279면.

에 중요한 역할을 하는 것으로 나타났다. 양형기준제도에 제시된 유형 및 양형인자에 의한 선고형 설명력은 71%정도로 높게 나타났다. 특히 특별양형인자 중에 “농아자”, “심신미약”, “자수”, “동종누범”을 제외한 모든 인자들이 선고형량의 결정에 유의미한 것으로 나타나고 있다.

마지막으로 횡령·배임죄의 집행유예여부에 양형기준제도에서 제시한 요인들의 영향을 살펴본 결과, 양형기준제도의 집행유예인자들의 영향은 높은 것으로 나타났다. 그러나 집행유예를 결정하는 과정 및 요인에 대해서는 아직도 법관에 의하여 명확하게 기재하지 않는 경향이 강하게 남아있다고 평가 할 수 있다.

2. 양형기준의 개선방안

가. 양형기준제도의 실질적인 준수에 대한 인식 변화

양형기준제도의 목적은 앞에서 언급한 바와 같이, ‘국민의 건전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형을 실현’함으로써 합리적인 양형을 도출하는데 있고, 양형기준은 이를 위해 제시된 기준이다. 이러한 양형기준은 형량범위뿐만 아니라 양형인자 등을 제시하여 법관의 양형재량을 합리화하려는 취지를 담고 있다. 따라서 양형기준에 따른다는 것은 단순히 권고형량범위 안에서 선고형을 도출하는 형식적인 준수뿐만 아니라 양형기준이 제시하고 있는 절차와 그 내용, 즉 양형인자의 정의내용 및 양형인자의 평가원칙 등 양형인자에 대한 올바른 판단과 해당되는 경우 집행유예에 대한 올바른 판단 등 실질적인 준수까지도 포함하는 것으로 이해해야 할 것이다.¹⁵⁾

그런 점에서 양형기준의 준수여부를 파악하는데 있어서 지금까지와 같이 선고형이 권고형량의 범위 안에서 이루어졌느냐에 대한 판단뿐만 아니라 양형인자에 대한 평가 등을 포함하여 양형기준제도에서 제시하고 있는 절차와 그 내용에 대한 판단이 올바르고 적절하게 이루어졌는지도 포함되어야 할 것으로 본다. 특히, 집행유예

15) 양형기준의 이탈문제와 관련하여 권고형량범위를 벗어난 진정이탈과 권고형량범위 안에서 선고형을 결정하였지만 양형인자 평가원칙에 부합하지 않는 부진정이탈로 구분하여 양형기준 준수여부를 분석한 논문으로 김한균(2014) 참조.

를 결정하는 과정 및 요인에 대해서는 앞의 <표 7>에서 보는 바와 같이, 아직 법관에 의하여 명확하게 기재하지 않는 경향이 강하게 남아있지만, 3년 이하의 선고형이 결정되는 경우에는 집행유예 여부에 대한 판단도 양형기준에서 제시하고 있는 절차 중의 하나라는 점에서 구체적으로 적시될 필요가 있다.

국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형을 도출하기 위한 기준이라는 양형기준의 본질적 의미를 달성하기 위해서는 지속적인 양형기준의 합리화를 위한 노력이 요구된다고 본다. 그리하여 앞으로는 형사재판에서 막연하고 추상적인 양형부당을 다투기 보다는 피고인이나 검사가 보다 구체적으로 양형인자의 존부 및 그 채택여부도 양형부당에서 다룰 수 있어야 할 것으로 본다.

나. 양형의 투명성 확보를 위한 양형기준 기재의 의무화

양형기준제도가 도입됨으로써 양형의 투명성과 객관성을 확보할 수 있게 되었고 양형에 대한 예측도 가능하게 되었다. 다만, 국민의 사법에 대한 신뢰를 높이기 위해서는 앞에서 언급한 바와 같이, 양형기준제도의 실질적인 준수도 중요하겠지만, 법원의 국민에 대한 양형이유의 설명도 중요하다는 점에서 판결문에 양형이유를 기재하는 것이 필요하다고 본다.¹⁶⁾

물론 양형기준제도는 법적 구속력이 없고 권고적 효력만을 갖고 있기 때문에 법관이 반드시 판결문에 양형기준제도에서 제시하고 있는 방식에 따라 양형이유를 작성해야할 의무는 없다.¹⁷⁾ 그러나 양형기준에 대한 기재가 이루어지지 않는 이상, 설사 양형기준에 부합하게 선고하였다고 하더라도 이를 확인하는 것은 쉽지 않다.¹⁸⁾ 이는 앞의 <표 4>와 <표 5>에서 보는 바와 같이, 선고형의 권고형량 부합율이 91.6%로 높게 나타남에도 판결문에 양형기준을 기재한 적용율이 36.0%인 상황에

16) 독일에서도 형사소송법 제267조 제3항에서 양형결정에 대한 이유를 판결이유서에 명시하도록 하고 있다.

17) 이와 관련하여, 양형기준에 대해 법적 구속력까지는 부여하지 않더라도 법원조직법 제81조의7 제1항의 “준중”을 “준수”로 개정하여 실질적인 구속력을 강화하는 방안을 모색해 볼 필요는 있을 것으로 본다(오영근 외, 2011).

18) 양형위원회에서는 양형기준 부합율 분석에 있어 양형기준이 기재되지 않은 판결문의 경우에도 양형조사관을 통해 사실관계 등을 파악하여 양형기준의 준수여부를 파악하고 있으나, 이는 자칫 조사자의 주관이 개입될 수 있는 위험을 배제하기 쉽지 않다고 본다.

서는 양형의 공정성·객관성에 의문이 제기될 수 있는 이유이기도 하다.

무엇보다도 법률전문가인 법관이 판결에서 양형이유를 설명하는 것은 법률적 약자인 피고인과 피해자에 대한 배려일 수 있을 것이다. 판결문에 양형이유를 구체적으로 적시함으로써 피고인의 입장에서 양형판단에 이른 근거를 쉽게 이해하고 납득하게 된다면 양형부당을 이유로 한 항소사건을 줄일 수도 있을 것이라는 점에서 소송경제에도 효과적일 수 있다고 본다. 국민의 입장에서는 판결문을 통해 양형에 대한 신뢰를 형성할 수 있다는 점에서 양형과정 및 양형에 대한 투명성과 신뢰성을 보다 높일 수 있을 것으로 본다. 따라서 판결문에 양형이유의 기재를 의무화하는 방안을 모색해 볼 필요가 있다.

물론 횡령·배임죄의 경우, 그 금액이 수십만 원에서부터 수백억 원에 이르기까지 상당히 넓은 스펙트럼을 갖고 있어, 횡령·배임 금액이 많지 않은 수많은 경미한 사건까지 모두 양형기준에 맞추어 양형이유를 기재할 것을 법관에게 요구하는 것이 현실적으로 무리일 수도 있다.¹⁹⁾ 또 판결문에 양형기준을 실시하는 것만으로 양형의 투명성이 확보된다고 단언할 수도 없다는 점에서 양형기준의 명시적 기재를 의무화하는 것에 의문을 제기할 수도 있을 것으로 본다.

그러나 판결문에 양형기준에 따른 양형이유를 명시적으로 기재한다면, 양형기준이 제시하고 있는 절차에 따라 그 내용이 적절하게 반영되었는지 판단할 수 있고, 그 내용이 부당하다고 판단되는 경우에 이를 바탕으로 양형부당을 다룰 수도 있다는 점에서 양형이유의 명시적 기재는 양형의 투명성과 신뢰성을 높이는 출발점이 될 수 있을 것으로 본다. 따라서 오히려 수많은 횡령·배임사건에서 양형이유기재의 부담을 경감하면서도 양형이유를 통일적으로 기재할 수 있는 방안²⁰⁾을 모색하는 것이 현시점에 더 필요한 것이 아닌가 생각된다.

19) 이는 앞의 분석에서 단독사건과 제1유형에서 양형기준에 따른 권고형량을 기재하지 않은 비적용사건의 비율이 높은 것과 그 의미를 같이 한다고 본다.

20) 그 한 예로 2012년 9월부터 성범죄 대상 양형기준을 기재하는 방식에 관한 설명은 김한균(2014), 각주 58번 참조.

다. 권고형량범위 및 양형인자에 대한 재검토

현재 양형기준의 권고형량범위는 과거 양형기준 시행이전에 선고된 양형의 70-80% 수준에서 그 범위가 설정되어 기본영역의 형량범위는 물론 가중영역 형량범위도 법정형에 비하여 상당히 낮게 설정되어 있고, 감경·기본·가중영역의 권고형량범위가 상당히 넓은 뿐만 아니라 권고형량범위가 중첩되어 있는 것에 대한 비판이 제기되고 있다(서봉규, 2010; 이주형, 2009). 특히 권고형량범위가 감경, 기본, 가중 3영역에 모두 걸쳐있는 것은 특별양형인자를 통한 권고형량범위의 이동에 대한 의미를 퇴색시킬 수 있다는 점에서 양형의 신뢰성에 부정적 영향을 줄 수 있을 뿐만 아니라, 이로 인해 양형기준제도를 마련하여 합리적 양형에 대한 기준을 제시하려던 상황이 그다지 개선되지 못했다는 비판을 면하기 어렵게 되었다.

양형기준을 마련할 당시, 권고형량을 결정함에 있어 설사 법정형의 범위 내라고 하더라도 아무런 객관적 근거 없이 종래의 선고형량을 무시하고 양형기준의 형량범위를 높이는 것은 자칫 양형기준을 통해 새로운 입법을 하는 역할을 담당할 수 있어 신중하게 접근할 필요가 있다는 점에서 종래 선고된 형량통계를 바탕으로 결정할 수밖에 없다는 논거는 일면 타당성이 있어 보인다. 그러나 횡령·배임죄에 대해 양형기준을 시행한지도 5년 정도 지났다면 그사이 양형기준의 적용에 대한 자료도 충분히 축적되었을 것이라고 생각되는 만큼 과거의 자료가 아닌 양형기준 시행이후의 자료를 분석하여 권고형량범위를 현재의 상황에 맞게 재검토하는 작업도 필요할 것으로 본다.

특히 현재와 같이 특별양형인자의 질적 판단 없이 단순히 특별양형인자의 수에 따라 권고형량구간을 이동하는 상황²¹⁾에서는 감경과 기본영역 혹은 기본과 가중영역과 같이 2개 영역 정도에서의 중첩구간은 어느 정도 인정될 필요가 있을 것으로 보인다. 그러나 감경, 기본, 가중의 3개 영역에 중첩되는 권고형량범위는 개선될 필요가 있다고 본다. 이는 자칫 특별양형인자를 통한 구간이동의 실질적인 의미를 퇴색시킬 위험이 있다고 보기 때문이다. 더욱이 횡령·배임죄의 경우 앞의 <표 1>에서

21) 이와 관련하여 양형인자에 가중치를 부여해야 한다는 주장도 제기될 수도 있으나, 모든 사안에서 양형인자에 동일한 가중치를 인정하는 것이 적절한 것인가에 대해서는 반론이 제기될 수 있다는 점에서 그 타당성에 의문이 제기되기도 한다.

보는 바와 같이 2, 3, 4, 5유형에서 대략 2년~3년 정도의 비교적 넓은 권고형량범위로 구성되어 있어 가급적 중첩구간은 필요최소한으로 좁히려는 노력이 필요할 것으로 본다.

양형인자와 관련하여서도 앞의 <표 6>에서 보는 바와 같이, 횡령·배임죄의 선고형량의 도출에 특별양형인자가 영향을 미치는 것으로 나타나고 있기는 하지만, 그 중에는 “농아자”, “심신미약” 등과 같이 전혀 특별양형인자로서 적용이 되지 않는 양형인자도 존재하는 것으로 나타나고 있다. 그렇다면, 선고형도출에 유의미한 영향을 주는 양형인자와 그렇지 못한 양형인자를 구분하여 전체적인 양형인자의 수정작업이 필요할 것으로 보인다. 특히 일반양형인자의 경우에는 선고형량의 도출에 거의 영향을 미치지 못하는 것으로 나타나고 있다. 물론 선고형의 도출은 권고형량범위 안에서 일반양형인자뿐만 아니라 다양한 인자를 종합적으로 검토하여 선고할 수 있다고 하고 있으나, 이는 자칫 구체적인 선고형 도출에 대하여 알 수 없음으로써 양형의 객관성 또는 양형에 대한 신뢰성을 약화시킬 수 있다는 점에서 유의미한 일반양형인자를 발굴하여 가급적 양형기준에 명시해주는 것이 필요할 것으로 보인다. 이를 위해서는 재판실무에서 어떤 새로운 양형인자가 실제로 고려되고 있는지 등에 대한 지속적인 모니터링과 그에 대한 분석이 필요할 것으로 본다.

VI. 맺음글

사법개혁의 일환으로 사법부에 대한 국민의 불신을 해소하기 위해 도입된 양형기준제도는 앞으로도 해결해야 할 문제가 남아 있기는 하지만, 어느 정도 양형의 투명성과 객관성, 그리고 예측가능성도 확보할 수 있게 되었다. 물론 지속적인 모니터링을 통해 권고형량에서부터 양형인자에 대한 수정과 보완이 요구되는 부분이 있다. 이를 위해 앞으로도 양형기준제도에 대한 이론적인 검증뿐만 아니라 양형기준의 운영현황에 대한 경험적인 검증이 계속되어질 필요가 있다.

본 연구에서 분석한 결과는 대검찰청의 ‘검찰사건처리정보시스템(PGS)’에 보관된 1심 판결문중, 횡령·배임죄만을 분석하여 양형기준제도의 운영현황을 살펴보았

다는 점에서 일반화하기는 어려움이 있다. 그러나 양형위원회의 「연간보고서」에서 일부 불명확한 용어정의 및 지수화, 판결문 조사과정, 자료의 분석과정 등으로 양형 기준제도의 운영현황 및 효과 등에 관한 적절한 정보를 주지 못하는 상황에서 양형 기준제도의 운영현황을 보완적으로 이해하는데 도움이 될 수 있을 것이라고 생각된다.

참고문헌

- 김순귀·정동빈·박영술. 2003. 「로지스틱 회귀모형의 이해와 응용」, 서울: 한나래아카데미.
- 김재봉. 2013. 「우리나라의 양형기준제도의 문제점과 개선방안」, 대검찰청 정책용역연구 보고서.
- 김한균. 2014. “양형기준 존중과 양형기준을 벗어난 판결”, 「형사정책」 제26권 제3호: 165-190.
- 김현석. 2010. “양형기준의 시행성과와 향후과제”, 「형사정책연구」 제82권: 7-41.
- 김혜정. 2014. “양형기준의 시행결과를 통해 바라본 뇌물죄 처벌의 적정성에 관한 소고”, 「형사정책연구」 제98권: 159-183.
- 김혜정·기광도. 2014. 「양형기준제의 현황 및 개선방안: 실증적 분석방법을 중심으로」, 대검찰청 정책용역연구 보고서.
- 박형관. 2014. “우리나라 양형기준 설정방식과 양형위원회 운용 방식에 관한 점검 및 개선방안”, 「형사정책」 제26권 제2호: 7-42.
- 대검찰청. 2011. 「양형백서」.
- 서봉규. 2010. “현행 양형기준의 문제점과 개선방안”, 「홍익법학」 제11권 제2호: 33-67.
- 승재현. 2010. “우리나라 양형위원회 양형기준모델의 타당성 평가”, 「법조」 제640호: 87-135.
- 양형위원회. 2014. 「양형기준」.
- 양형위원회. 2013. 「연간보고서」.
- 오영근. 2009. “바람직한 양형기준의 방식”, 「형사정책연구」 제20권 제1호: 347-370.
- 오영근 외 3인. 2011. 「양형 관련 판례 평석을 통한 양형기준 개선 방안 연구」, 대검찰청 정책용역연구 보고서.
- 이민식·박미량. 2011. 「양형기준 시행현황 분석 및 개선방안에 관한 연구 II: 통계적 분석을 중심으로」, 대검찰청 용역과제 보고서.
- 이상한. 2013. “양형실태 분석을 통한 양형기준 개선방안 고찰 - 양형기준 시행 후의

- 황령·배임죄 판결을 중심으로 -”, 「형사법연구」 제25권 제2호: 243-270.
- 이주형. 2009. “최초 양형기준에 대한 비판적 고찰”, 「형사법의 신통향」 통권 제21호: 45-93.
- 이호중. 2010. “우리나라의 양형기준에 대한 비판적 분석”, 「형사법연구」 제22권 제1호: 241-272.
- 이현정. 2011. “책임범위이론에 기초한 현행 양형기준의 개선방안”, 「비교형사법연구」 제13권 제1호: 21-48.
- 이희연·노승철. 2013. 「고급통계분석론」, 고양: 문우사.
- 최석윤. 2008. “양형기준설정과 관련된 몇 가지 고려사항”, 「비교형사법연구」 제10권 제1호: 71-97.
- 최호진. 2009. “양형기준의 합리성 검토와 개선방향”, 「비교형사법연구」 제11권 제2호: 81-103.
- 탁희성·김한균·김성언·최석윤. 2010. 「형사정책과 사법제도에 관한 연구(IV): 양형 기준제 시행에 따른 양형합리화정책 성과분석 및 평가」, 한국형사정책연구원.
- 홍세희. 2011. 「이항 및 다항 로지스틱 회귀분석」, 파주: 교육과학사.

An Empirical Study on Practice of Korean Sentencing Guideline on Embezzlement/Breach of Trust Crime

Kim, Hye-Jeong* · Ki, Kwang-Do**

Korean Sentencing Guideline System(KSGS) was introduced in July 1st, 2009 Court Constitution Act, to control the judges' discretion and to improve rational sentencing; 1) assuring severity of punishment and crime deterrence, 2) avoiding disparity and discrimination of sentencing. Since then, 27 crime categories are applied in KSGS. There are many disputes over KSGS in normative and empirical perspectives. The goal of this article is to investigate on judges' practices of Korean Sentencing Guideline on Embezzlement/Breach of Trust Crime.

The data analysed in this study were obtained from sentencing in court of first instance in Korea, kept files in Prosecutorial Guideline System(PGS) of the Supreme Prosecutor's Office. The data consists of a total of 3,721 of sentencing of Embezzlement/Breach of Trust Crime sentenced between January 1, 2011 and December 31, 2013. We used Regression analysis and Logistic regression analysis.

The results indicate that judges' application rate KSGS on Embezzlement/Breach of Trust Crime was 36.0%, and accordance rate of sentence length of KSGS was 91.6%. Such results rates seem to suggest that judges' are accepting KSGS rather well. After KSGS has been introduced, transparency in judges' sentencing practices has indeed improved, but other effects have not yet been tested empirically.

And we wish this study to contribute to the understand and explanation of Sentencing Guideline System in our society. From our study, it is implied that future research should attempt to develop a more considerable empirical study.

* Professor, Yeungnam University Law School, Ph. D. in Law.

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

❖ Keyword: Sentence, Sentencing Guideline System, Embezzlement, Breach of Trust Crime, Sentencing factor.

즉결심판제도에 대한 비판적 연구

임 석 순**

국 | 문 | 요 | 약

사법체계의 현실적인 인적·물적 한계로 인해 특히 다발하고 있는 경미범죄를 처리하기 위해서는 절차를 보다 신속히 진행해야 할 필요성이 있다. 피고인의 입장에서조차 자신이 범한 범죄의 무게에 비해 정신적·시간적으로 현저하게 부담스러운 절차로부터 해방되는 것은 큰 이익이 될 것이다. 다만 이처럼 신속한 재판이라는 소송경제의 이념이 헌법적으로 선언된 것이라 할지라도 인간의 기본권에 대한 제한이 광범위하면서도 강력하게 이루어질 수 있는 형사절차에서 소송경제가 법치국가원리 및 피고인의 인권보호에 앞서는 개념이어서는 안 된다. 또한 재판의 신속한 진행이 중요하다 하더라도 피고인의 기본적 인권을 무시하고 피고인의 방어권을 침해하는 방식으로 진행된다면 이는 공정하고 적절한 절차에 의한 재판을 받을 권리를 명백히 침해하는 것이고 졸속재판으로서 신속한 재판의 이념에도 반한다. 따라서 자백보강법칙과 전문법칙을 전면적으로 배제하는 현행 즉결심판제도는 피고인의 헌법적 권리를 현저하게 침해할 우려가 있는 것으로 폐지되어야 할 것이다.

즉결심판의 대상이 되었던 많은 범죄유형, 그리고 더 나아가 소위 경미범죄로 분류되고 있는 상당수의 범죄들은 소위 “질서위반법”을 도입하고 비범죄화·질서위반행위화함으로써 범칙행위자에 대한 불필요한 낙인을 방지하고 사법체계 전체의 부담을 덜어야 할 것이다. 또한 즉결심판의 대상행위 가운데 여전히 형사불법으로 남는 행위유형들은 약식명령의 대상으로 포섭하고, 현행 약식명령제도를 보완함으로써, 그리고 장기적으로는 검찰과 법원의 인적·물적 자원을 확충함으로써 경미범죄에 대한 보다 “공정하면서도 신속한” 형사절차를 도모할 수 있을 것이다.

- ❖ 주제어 : 법치국가원리, 피고인의 방어권, 공정하면서도 신속한 형사절차, 자백보강법칙, 전문법칙

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

I. 여는 글

모든 국민은 헌법 제27조에 근거해 공정하면서도 신속한 재판을 권리를 갖는다. 공정한 재판을 받을 권리 외에 별도로 “신속한” 재판을 받을 권리를 함께 규정한 것은, 우선 경미하고 명백한 사안에 대해서도 ‘느린’ 재판을 고집할 경우 형사사법의 에너지가 지나치게 분산되어 정작 신중하면서도 집중적으로 다루어야 할 중요 사안에 투입할 에너지가 고갈될 우려가 있기 때문이라고 할 수 있다. 또한 다른 한편으로 재판과정이 과도하게 길어지는 경우, 재판의 대상이 된 사건으로 인한 고통보다 더 큰 심리적·시간적·경제적 부담을 국민에게 안겨줄 수 있기 때문에 사안이 명백하고 가벼운 경우 이러한 부담을 최소화한다는 취지를 반영한 것이라 할 수 있다.¹⁾ 아울러 범죄를 범한 시점과 형벌을 선고받는 시점 사이의 간격이 짧을수록 형벌의 예방적 기능이 강화된다는 고려도 있다고 한다.²⁾

이와 같은 신속한 재판을 받을 권리를 형사절차에서 제도적으로 구체화한 것으로는 간이공판절차(형사소송법 제286조의2)와 약식절차(같은 법 제448조 이하), 그리고 즉결심판절차를 들 수 있다. 다만 이러한 제도들을 운용하는 데에 있어서 재판의 신속한 진행을 지나치게 추구한 나머지, 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 지나치게 제약할 우려가 있다는 비판이 제기되고 있다.³⁾ 그 가운데 특히 즉결심판절차는 형사소송법이 아닌 즉결심판에관한절차법(법률 제8730호, 2007.12.21. 개정; 이하 즉결심판법)이라는 특별법의 형태⁴⁾로 규정되어 있는데, 피고인의 방어권 제약이라는 측면, 즉 공정한 재판을 받을 권리라는 측면에서 뿐만 아니라 형사절차의 통일적 운용이라는 측면에서도 비판이 이루어지고 있다.⁵⁾ 즉결심판절차에서는 검사가

1) 김용우, 즉결심판절차에서의 신속성과 절차적 보장문제, 형사정책 제13권 제1호, 2001, 110쪽; 김희욱, 즉결심판제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 36쪽; 하태훈, 즉결심판절차와 피고인의 인권, 한국법학원보 제85호, 2000, 27-28쪽; 한영수, 즉결심판제도에 대한 비판적 고찰, 형사정책연구 제9권 제1호, 1998, 57-58쪽; 황태정, 즉결심판제도의 문제점과 개선방향, 한국형사정책연구원, 2003, 23쪽.

2) 하태훈, 앞의 글, 27쪽; 한영수, 앞의 글, 58쪽.

3) 배종대·이상돈·정승환·이주원(이하 배종대 외), 신형사소송법 제4판, 2012, 50/3, 92/4, 94/4; 신동운, 신형사소송법 제3판, 2011, 1524쪽; 김용우, 앞의 글, 110쪽; 손동권, 즉결사건처리절차의 문제점과 개선방안, 형사정책연구 제10권 제2호, 1999, 93쪽.

4) 배종대 외, 앞의 책, 95/6.

아닌 경찰서장 및 해양경비안전서장(이하 경찰서장)에게 심판청구권, 즉 사실상의 기소권을 부여하고 있기 때문이다. 이로 인해 즉결심판절차는 간이공판절차나 약식 절차보다 한층 더 논쟁의 여지가 컸고, 실제로 2005년에 정부차원에서 즉결심판제도를 폐지하려는 움직임이 있었으나 무위로 돌아갔다.⁶⁾

본 논문에서는 이와 같은 즉결심판절차를 비판적으로 검토하면서, 경미사건에서 재판의 공정성과 신속성을 조화시킬 수 있는, 즉 피고인의 방어권 보장에도 충실하면서 사법부의 업무경감을 함께 도모할 수 있는 방안을 제시해 보도록 하겠다.

II. 즉결심판의 개념과 성격

즉결심판절차란 “20만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처할 경미한 범죄사건을 지방법원, 지원 또는 시·군법원의 판사가 즉결심판에 관한 절차법에 의하여 신속·적정하게 처리하는 심판절차”를 말한다(즉결심판법 제1조, 제2조; 법원조직법 제34조 제1항 제3호, 제3항).⁷⁾ 이와 같은 즉결심판절차는 공개된 법정에서 법관이 피고인을 직접 심리하는 절차이나, 피고인의 정식재판청구에 의해 정식재판이 이루어질 수 있고, 그리고 법관이 즉결심판청구에 대한 기각결정을 함으로써 검사에게 송치되어 다시 공소가 제기될 수 있다는 점에서 공판전의 절차이다.⁸⁾ 또한 형법상의 형벌을 부과하는 절차로서, 즉결심판이 확정된 때에는 확정판결과 동일한 효력이 부여되며(즉결심판법 제16조), 즉결심판에 관한 절차법이라는 특별법에 의해 규율되므로 특별형사절차라고 할 수 있다.⁹⁾

5) 아래 즉결심판절차의 문제점 가운데 III. 2. (1) 기소독점주의와 관련한 부분 참조.

6) 사개추위, 경미한 형사사건에 신속처리절차 도입예정. 즉결심판 폐지...약식명령으로 흡수 추진, 법률신문 오피니언 2005.08.26. (<http://www.lawtimes.co.kr/LawEdit/Edit/EditContents.aspx?kind=ba01&serial=16812>, 2014.10.24. 검색); 광영길, 현행 즉결심판제도의 개선방안 연구, 한국경호경비학회지 제13호, 2007, 48쪽.

7) 배종대 외, 앞의 책, 94/1; 신동운, 앞의 책, 1520쪽; 이재상, 신형사소송법 제2판, 2008, 58/1.

8) 배종대 외, 앞의 책, 94/5; 이재상, 앞의 책, 58/3; 김용우, 앞의 글, 112쪽; 김희욱, 앞의 책, 36쪽; 황태정, 앞의 책, 25쪽.

9) 배종대 외, 앞의 책, 94/6; 이재상, 앞의 책, 58/4.

즉결심판절차는 폭증하는 - 범증이 명백한 - 경미사건에 신속하고 적정히 대처하면서, 일상생활로의 복귀가 시급한 피고인을 시간적·정신적 부담으로부터 신속히 해방한다는 취지를 갖고 있다.¹⁰⁾ 이러한 점에서 즉결심판절차는 간이공판절차 및 약식명령절차와 그 궤를 같이 한다.¹¹⁾

Ⅲ. 각 단계별 즉결심판절차의 문제점

1. 청구단계에서의 문제

가. 기소독점주의의 예외

즉결심판의 청구는 결과적으로 확정력을 갖는 판결에 의해 피고인에 대한 형사처벌을 부과하도록 신청하는 것으로 일반적인 형사절차에서 검사의 공소제기와 같은 소송행위이다.¹²⁾ 그런데 즉결심판 청구권자는 검사가 아닌 경찰서장이다. 사실상 공소제기와 다른없는 소송행위의 권한을 검사가 아닌 경찰서장에게 부여하고 있는 것은 기소독점주의의 중대한 예외로 보는 것이 다수설이다.¹³⁾ 이처럼 법률로 정한 기소독점주의에 반하여 다시 또 다른 법률로 그 예외를 설정하고 있는 것은 검사의 업무과중을 경감시키고 절차를 보다 신속하게 진행시키는 데에 그 기본취지가 있다고 한다.¹⁴⁾

10) 신동운, 앞의 책, 1523쪽; 이재상, 앞의 책, 58/2; 94/3; 강동욱, 즉결심판제도의 발전적 확대방안, 경찰학연구 제14권 제1호, 2014, 6쪽; 박영길, 앞의 글, 49쪽; 최응렬, 즉결심판제도에 관한 고찰, 한국공안행정학회보 제9호, 2000, 231쪽; 이영돈, 즉결심판의 청구 대상에 관한 연구, 경찰학연구 제10권 제2호, 2010, 23쪽; 하태훈, 앞의 글, 27쪽.

11) 즉결심판절차와 간이공판절차 및 약식명령절차의 비교는 아래의 IV. 2. (1) 참조. 이하에서는 압축적 논의를 위해 즉결심판의 처리절차·효과 등에 대한 - 법조문 나열과 다른없는 - 교과서적 내용에 대한 언급을 생략하도록 하겠다.

12) 황태정, 앞의 책, 100쪽.

13) 배종대 외, 앞의 책, 94/3, 95/1; 신동운, 앞의 책, 1524쪽, 1526쪽; 이재상, 앞의 책, 58/5; 김용우, 앞의 글, 114쪽; 김희욱, 앞의 책, 37쪽; 황태정, 앞의 책, 70쪽, 100쪽.

14) 황태정, 앞의 책, 100쪽.

이와 관련된 쟁점은 크게 두 가지이다. 즉 (1) 경찰서장의 즉결심판청구권 행사는 기소독점주의에 반하는 것이므로 청구권을 검사에게 이양해야 하는가, (2) 경찰서장의 즉결심판청구권 행사에 적절한 통제장치를 마련한다면, 기소독점주의에 반하는 것임에도 불구하고 지금과 같이 즉결심판청구권을 계속해서 경찰서장에게 주어도 되는가 하는 점이다.

1) 기소독점주의에 따른 청구권자 일원화의 필요성?

형사소송법 제246조에 따르면 “공소는 검사가 제기하여 수행한다.” 그리고 이는 국가소추주의를 전제로 하여 국가기관의 하나인 검사만이 공소권을 갖는 기소독점주의를 규정한 것이라고 해석하는 것이 일반적이다.¹⁵⁾ 이렇게 기소독점주의를 채택하고 있는 이유로는 공익의 대표자이자 법률전문가인 검사에게 공소권을 일임함으로써 공소제기를 공정하게 행사할 수 있고, 검사동일체원칙과 결합하여 전국적으로 통일된 기준에 따라 공소권을 행사하여 피의자의 권익을 보호한다는 점이 언급되고 있다.¹⁶⁾

그러나 국가소추주의 내지 기소독점주의가 헌법적으로 선언된 원칙은 아니다. 즉 형사소송법 제246조는 동법 및 하부 법령을 구속할 수는 있으나, 동일한 지위에 있는 다른 법률을 절대적으로 구속하지는 못한다. 오히려 즉결심판에 관한 절차법은 형사소송법의 특별법으로서 일반법과 특별법의 관계에서 특별법의 규정이 - 예외적으로 - 우선하여 적용되는 것과 마찬가지로 경찰서장에게 사실상의 기소권을 부여하는 것은 법률체계상으로 문제될 것은 없어 보인다. 또한 기소독점주의가 관료주의와 결합하면 - 더욱이 기소편의주의를 취하고 있는 우리 현실에서는 - 자의적인 공소권행사를 막을 수 없고, 사실상 정치권에 종속되어 정치적 중립성이 확보되지 않은 우리나라 검찰의 현실을 고려하면 - 특히 정치적 현안과 깊이 관련된 사건에서 - 공소권의 독점은 해악이 될 소지도 적지 않다.¹⁷⁾

15) 배종대 외, 앞의 책, 27/1 이하; 신동운, 앞의 책, 371쪽; 이재상, 앞의 책, 25/4.

16) 배종대 외, 앞의 책, 27/3; 신동운, 앞의 책, 371쪽; 이재상, 앞의 책, 25/5; 한영수, 앞의 글, 68-69쪽; 황태정, 앞의 책, 101쪽.

17) 배종대 외, 앞의 책, 27/3, 27/11; 신동운, 앞의 책, 371쪽; 이재상, 앞의 책, 25/6.

2) 즉결심판청구권 남용에 대한 통제장치

고소·고발사건에서 검사가 공소권을 부당하게 행사하지 않는 경우에는 불기소처분 등의 취지 및 이유고지(형사소송법 제258조, 제259조), 재정신청(형사소송법 제260조 이하), 검찰항고(검찰청법 제10조) 등의 제도로 통제할 수 있으나, 경찰서장의 즉결심판청구권 행사에 대해서는 아무런 통제수단이 없다고 보는 견해가 있다.¹⁸⁾ 그러나 즉결심판에 관한 절차법 제19조가 형사소송법 규정의 포괄적인 준용을 규정하고 있기 때문에, 검사의 공소권행사에 대한 통제장치는 경찰서장의 즉결심판청구권 행사에도 준용된다고 보아야 할 것이다.¹⁹⁾

그밖에 법률전문가가 아닌 경찰서장에게 즉결심판청구권을 부여하면 공소권이 남용될 가능성이 높아진다고 보는 견해가 있다.²⁰⁾ 그러나 범증이 명백하고 죄질이 경미한 사건에 대해서는 법률적용도 상대적으로 간단하기 때문에 검사 수준의 법률전문성을 갖고 있지 않더라도 절차진행에서 그 공정성과 정확성이 훼손될 여지는 크지 않아 보인다.²¹⁾ 일반적으로 경찰서장에 임명되는 계급은 총경으로 공무원임용규칙²²⁾ [별표 1]의 공무원경력 상응계급기준표(제5조 제3항 관련)에 따르면 일반직 공무원 4급, 군인으로는 소령, 대학교원으로는 부교수에 상당한 직급으로 분류된다. 또한 경찰공무원 승진임용 규정²³⁾ 제5조 제1항은 승진소요 최저근무연수로 경정 및 경감은 각 3년 이상, 경위 및 경사는 각 2년 이상, 경장 및 순경은 각 1년 이상을 규정하고 있다. 따라서 예컨대 경찰대학교 졸업자가 최초 경위로 임관하여 총경으로 승진하기까지는 일반적으로 최소 8년이 소요된다. 이 정도의 직급과 경력이라면 대체로 최소한 적법절차원칙, 피고인의 방어권 보장 등의 기본원리와 즉결

18) 황태정, 앞의 책, 100쪽.

19) 강동욱, 앞의 글, 14-15쪽은 “즉심대상사건의 대부분은 … 단순 명백하고, 증거관계가 복잡하지 않아 피해자나 목격자의 진술 등으로 손쉽게 입증할 수 있으므로 증거조작이나 자백강요 등, 단속 경찰관에 의한 자의적 판단의 개입여지가 그리 많지 않다. 또 경찰 내부적으로도 수차례의 검증과정을 거친 후에 비로소 즉심회부여부가 결정되고 있으 … 므로 그 남용의 위험은 그다지 크지 않다”고 한다.

20) 황태정, 앞의 책, 101쪽 참조.

21) 박상진, 즉결심판제도의 문제점과 입법론적 고찰, 중앙법학 제4집 제1호, 2002, 340쪽.

22) 행정안전부예규 제310호, 2010.6.29 시행.

23) 대통령령 제24831호, 2013.11.5 시행.

심판의 대상을 적절하게 분별할 수 있는 해당직무상 요구되는 최소한의 전문능력은 갖춘 것으로 볼 수 있을 것이다.²⁴⁾

한편 경찰서장의 즉결심판청구권 남용가능성에 대해 통계를 근거로 그 남용가능성을 부정하는 견해가 있다. 즉 즉심청구사건에서는 무죄 및 청구기각의 비율이 매우 낮는데,²⁵⁾ 이는 사실상 청구권남용이 거의 존재하지 않는다는 점을 보여준다는 것이다.²⁶⁾ 그러나 이러한 통계상 수치가 바로 청구권남용이 거의 없다는 평가의 논리적 근거가 될 수는 없다. 전문법칙 및 자백보강법칙이 배제되면서 판사는 재정하는 증거에 한하여 증거를 조사할 수 있을 뿐이기 때문에 - 경찰서장이 제출한 증거자료만을 근거로 할 뿐 - 증거조사가 제대로 이루어지지 않아 무죄 내지 청구기각이 선고될 가능성이 매우 낮기 때문이다.²⁷⁾

나. 즉결심판청구의 대상

즉결심판의 대상은 20만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처할 경미한 범죄사건이다(즉결심판법 제1조, 제2조). 따라서 형법범뿐만 아니라 경범, 특별법범도 그 대상이 될 수 있다. 그런데 형법범과 경범 외의 특별법범에 대한 즉결심판청구 건수는 2003년부터 급감하여 즉결심판에서 그 비중이 매우 작아졌다.²⁸⁾ 이러한 이유로 경찰통계연보에서도 특별법상의 범죄행위에 대한 즉결심판청구현황에 대한 통계를 별도로 넣지 않고 있는 것으로 보인다.

한편 경범에 대한 즉결심판청구현황에서는 2013년도 한 해 동안 “마시는 물 사용방해”, “의식방해”, “뒤통에 있는 음식물 판매”, “비밀춤 교습 및 장소제공” 등과

24) 예외적으로 사법시험이나 5급 공채 합격자는 경정으로 임관되는 특채가 있다. 이러한 경우에도 최소 3년이라는 승진소요기간이 필요하며, 특채임관자의 자격을 고려한다면 3년이 위와 같은 전문성을 갖추기에 짧은 기간은 아닐 것이다.

25) 2013년도 경찰통계연보에 따르면 2013년도 총 55,081건의 즉결심판청구에 대해 청구기각은 671건, 무죄는 613건에 불과한 것으로 집계되었다(경찰청, 2013 경찰통계연보 제57호, 2014, 60-61쪽).

26) 강동욱, 앞의 글, 15쪽; 최응렬, 앞의 글, 249쪽.

27) 하태훈, 앞의 글, 33쪽.

28) 2013년 현재 즉결심판청구 총 건수 55,081건 중 특별법범에 대한 것은 8,646건(15.6%)으로 집계되었다. 참고로 2002년에는 총 건수 644,709건 가운데 특별법범은 558,591건으로 86.6%의 비중을 차지하고 있었다(경찰청, 2013 경찰통계연보 제57호, 2014, 60-61쪽 참조).

같이 즉결심판청구가 전혀 이루어지지 않았던 유형들을 비롯하여, 즉결심판청구에서 상당한 비중을 차지하고 있는 노상방뇨, 음주소란, 인근소란, 과다노출, 무임승차, 금연장소흡연 등의 행위²⁹⁾가 형사처벌을 해야 할 행위인지는 매우 의심스럽다.³⁰⁾ 이와 같은 지극히 경미한 위법행위는 과태료나 범칙금과 같은 행정질서벌로 제재하는 것이 보다 적절해 보인다.

한편 형법범 가운데 즉결심판청구의 대상이 되는 행위들은 지극히 경미한 정도의 폭행이나 사기, 절도, 도박 등의 행위들이다.³¹⁾ 예컨대 도박죄의 경우 생활현장에서 많이 발생하는 소액(판돈 20만원 이하)의 비상습적 사건으로 분석된다.³²⁾ 이들은 사안이 경미하고 피고인이 초범이며, 피해가 회복된 경우 검찰에 송치된 때에는 오히려 기소유예의 처분을 받을 가능성이 높는데, 이러한 사안에 대해 즉결심판을 청구하여 “형사처벌의 전과자”로 만드는 것은 경우에 따라 경찰서장이 즉결심판청구권을 자의적으로 행사하는 것과 맞물려 발생하기도 한다.³³⁾

이와 같이 개별 구성요건의 측면에서 즉결심판청구의 대상을 살펴보면 형사처벌이 아닌 행정벌로 제재하는 것이 보다 적절하고 상당해 보이는 구성요건들이 다수 드러난다. 그리고 실제로 즉결심판절차가 경범죄처벌법상 — 그리고 2002년까지는 도로교통법에 의해 — 부과된 범칙금의 납부를 강제하기 위한 수단으로 변용³⁴⁾되어 온 현실을 고려한다면, 이와 같은 구성요건들에 대해 즉결심판청구를 해야 할 당위성은 더 작아진다.

29) 경찰청, 2013 경찰통계연보 제57호, 2014, 62-63쪽.

30) 하태훈, 앞의 글, 31쪽. 한편 물품강매·호객행위에 대해 2012년에는 단 1명만이 즉결심판절차에 회부되었음에 반해, 2013년에는 무려 1,398명이 즉결심판절차에 회부되었다. 마시는 물 사용방해도 각각 1,918명과 0명으로 현저한 차이를 보이고 있다. 이는 즉결심판의 청구 기준이 일관되지 않음을 방증하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

31) 경찰청, 2013 경찰통계연보 제57호, 2014, 64쪽.

32) 이영돈, 앞의 글, 27쪽.

33) 김희옥, 앞의 책, 41쪽; 하태훈, 앞의 글, 30쪽.

34) 박규홍, 경미사건의 효율적 처리방안, 형사정책 제15권 제2호, 2003, 55쪽; 한영수, 앞의 글, 69쪽.

다. 피고인의 이의권 배제

경찰서장이 즉결심판을 청구하는 데에 피고인의 동의를 받을 필요는 없다.³⁵⁾ 즉 경찰서장의 즉결심판청구에 대한 피고인의 이의권은 현행 즉결심판에 관한 절차법상 인정되지 않는다. 이에 대해서는 즉결심판 피고인에게는 정식재판청구권이 보장되어 헌법상 재판을 받을 권리는 보장되고 있고, 이의제도를 두게 되면 공판절차와 약식명령, 즉결심판으로 운영되어 온 형사절차의 균형에 혼란이 생길 우려가 있으며, 약식명령에도 이의제도를 두어야 한다는 균형의 문제도 있기 때문에 즉결심판 피고인의 이의권은 인정할 수 없다는 견해가 있다.³⁶⁾

그러나 피고인이 즉결심판청구에 대해 이의를 갖는 경우에도 우선은 즉결심판을 받고 나서야 비로소 정식재판을 청구할 수 있도록 하는 것은 결국에는 두 번의 재판 절차를 거치게 함으로써 피고인의 권리보장 측면에서도 불합리할 뿐만 아니라 신속한 재판절차의 진행이라는 즉결심판제도 자체의 취지에도 반한다.³⁷⁾³⁸⁾ 여기에서 형사절차의 균형이 구체적으로 무엇을 말하는 것인지도 불분명할뿐더러, 피고인의 절차상 기본권 보장이 제도의 균형을 유지하는 일보다 하찮다고 볼 수는 없을 것이다. 약식명령에서도 피고인의 권리보장을 위해 이의권이 필요하다고 판단되면 약식명령절차에도 피고인의 이의권에 대한 규정을 두어야 할 것이다.³⁹⁾ 약식명령에 이의제도가 없다는 사실이 즉결심판에 이의제도를 두어서는 안 된다는 근거가 될 수는 없다.

35) 배종대 외, 앞의 책, 95/3; 신동운, 앞의 책, 1526쪽; 이재상, 앞의 책, 58/7; 황태정, 앞의 책, 70쪽.

36) 김희옥, 앞의 책, 39쪽; 황태정, 앞의 책, 123쪽.

37) 강동욱, 앞의 글, 16-17쪽; 광영길, 앞의 글, 63쪽; 성윤환, 현행 즉결심판제도의 문제점과 개선방안, 중앙법학 제8집 제3호, 2006, 144쪽; 심희기, 경미범죄에 대한 형사정책의 실태와 시민의 반응, 형사정책연구 제44호, 2000, 84-85면, 90쪽.

38) 경찰서장의 즉결심판청구를 판사가 기각하는 경우에도 이와 유사한 번거로움이 발생한다. 즉결심판청구가 기각된 경우에는 경찰서장이 - 즉결심판대상자를 처벌해야 할 필요가 있다고 판단하는 경우 - 다시 관할지방검찰청 또는 지청의 장에게 송치하게 함으로써(즉결심판법 제5조 제2항) 사실상 “경찰서장 → 판사(기각) → 경찰서장 → 검찰 → 판사(정식재판)”의 번거로운 경로를 경유하게 된다. 이에 반해 약식명령에서는 법원이 별도의 형식재판 없이 보통의 공판절차로 이행할 수 있다(형사소송법 제450조 참조).

39) 김용우, 앞의 글, 128쪽.

라. 경찰서장의 훈방권

즉결심판사건에서 경찰서장은 범죄사실이 극히 경미하고 개전의 정이 현저한 경우 범칙행위자를 즉결심판에 회부하지 않고, 훈계하고 방면하는 이른바 훈방권을 종종 행사한다. 다만 경찰서장의 훈방권이 어떠한 법적 근거를 갖고 있는지에 대해서는 논란이 있다. 이에 대해 경찰실무는 형사소송법을 준용하고 있는 즉결심판에 관한 절차법 제19조를 근거로 하여, 검사의 기소유예처분권(형사소송법 제247조)과 유사하게, 즉 기소편의주의를 준용하여 즉결심판절차에서 훈방권을 갖는다고 한다.⁴⁰⁾ 그리고 경찰서장의 훈방권은 내부위임에 의해 파출소장도 행사할 수 있고 실제로도 그렇게 운용되고 있다.⁴¹⁾ 대법원도 “사법경찰관에게는 입건 수사하거나 또는 형사사건으로 입건하지 아니하고 훈계 방면하는 등에 관하여 아무 재량권도 없다는 취지의 소론 논지는 독자적 견해로서 채용할 수 없”⁴²⁾다고 하여 경찰의 훈방권을 인정하는 듯한 태도를 보인다. 다만 즉심사범을 훈방조치하면서 사후에 감찰로 인해 문제될 수 있다는 우려로 근무일지에 기재하지 않고 소극적으로 처리하는 경우가 적지 않다는 점⁴³⁾은 경찰 스스로도 훈방권에 대한 법적 근거를 명확히 확신하지 못하고 있다는 점을 반증한다고 볼 수 있다.

형사소송체계와 모순될 여지에도 불구하고 경찰서장의 훈방권은 경미한 범칙행위로 인한 낙인효과를 방지하고 사법체계의 업무부담을 경감시킬 수 있는 경찰단계에서의 다이버전이라고 볼 수 있다.⁴⁴⁾ 다만 그 법적 근거에 대해서는 아직 의견이 분분하기 때문에,⁴⁵⁾ 즉결심판대상사건뿐만 아니라 기타 경미한 범칙행위, 질서위반행위에 대해서도 훈방조치를 행할 수 있도록 - 아래에서 주장하는 바와 같이 즉결심판절차를 폐지하고 경범죄처벌법 등의 형사상 불법행위를 행정불법으로 전환하는 질서위반법을 제정하여 - 질서위반법 내에 명확한 법적 근거를 마련해야 할 것이다.

40) 조국, 경찰 ‘훈방권’의 법적 근거와 한계, 한국경찰법연구 창간호, 2003, 20쪽.

41) 조국, 경찰, 앞의 글, 25쪽 이하.

42) 대법원 1982.6.8. 선고 82도117 판결.

43) 황태정, 앞의 책, 117쪽.

44) 황태정, 앞의 책, 118쪽.

45) 훈방에 대해서는 검사가 전혀 관여할 수 없기 때문에 검사만이 수사종결처분권을 갖는 우리 형사소송체계에 어울리지 않는다는 지적으로 조국, 앞의 글, 18쪽 참조.

2. 심리단계에서의 문제 : 소송경제를 위한 피고인의 기본권 제한

즉결심판절차에서는 절차의 신속한 진행을 도모하기 위해 보통의 형사절차에 적용되는 몇 가지 원칙을 배제하고 있다. 즉 피고인의 자백만으로 유죄를 선고할 수 있으며, 소위 전문증거의 증거능력도 포괄적으로 인정된다. 또한 개정없이 피고인의 진술서와 경찰서장이 제출한 서류 또는 증거물만으로 심판할 수 있다. 그리고 경찰서장의 즉결심판청구에 대해 피고인은 사전에 이의를 제기할 수 없기 때문에, 피고인은 즉결심판이 청구된 이후에야 비로소 정식재판청구를 통해 이의를 제기할 수 있다. 이와 같은 규정들은 소송경제를 도모하기 위한 방편이나, 다른 한편으로는 피고인의 기본권적 방어권을 심각하게 침해하고, 피고인으로 하여금 판사의 선처만 바라는 입장에 서게 한다는 비판을 받기도 한다.⁴⁶⁾

가. 자백보강법칙 배제

즉결심판절차에서는 형사소송법 제310조, 즉 자백보강법칙을 적용하지 않는다(즉결심판법 제10조). 따라서 피고인의 자백이 피고인에게 불리한 유일한 증거인 경우에도 이에 대한 보강증거 없이도 그 자백을 유죄의 증거로 할 수 있다.⁴⁷⁾ 이에 대해 1969년 제6차 개정헌법(헌법 제7호, 1969.10.21., 일부개정)까지는 현행헌법 제12조 제7항에 해당하는 제10조 제6항에 “정식재판에 있어서”라는 문구가 없어 위헌의 소지가 있었으나,⁴⁸⁾ 1980년 제8차 개정헌법(헌법 제9호, 1980.10.27., 전부개정) 제11조 제6항 단서에 “정식재판에 있어서”라는 문구를 추가하였고 이것이 현행헌법(헌법 제10호, 1987.10.29., 전부개정)에까지 이어졌고 현행헌법상으로 즉결심판절차는 정식의 재판이 아니기 때문에 위헌적 요소는 입법적으로 제거되었다는 견해가 있다.⁴⁹⁾ 이에 따르면 검사의 공소제기에 따른 보통의 공판절차를 제외한 약식절차나 즉결심판절차에서는 피고인의 자백이 유일한 증거일 때에도 이것만으로

46) 손동권, 앞의 글, 109쪽; 한영수, 앞의 글, 72쪽.

47) 황태정, 앞의 책, 76쪽.

48) 1972년 제7차 개정헌법(유신헌법)에서는 자백보강법칙을 선언한 이 규정이 삭제되었다.

49) 황태정, 앞의 책, 76쪽.

피고인에게 유죄판결을 선고할 수 있다.

그러나 헌법 제12조 제7항에 비추어 즉결심판절차에서 자백보강법칙을 배제하는 것이 형식적으로는 위헌이 아닐 수 있으나, 피고인이 법정에서 자신의 범죄사실을 부인하더라도 경찰에서 행한 자백을 유일한 증거로 유죄판결을 선고하는 것은 특히나 증거조사범위가 한정되어 있고 현실적으로 변호인의 조력을 거의 받지 못하고 있는 즉결심판 피고인의 입장을 고려할 때, 피고인의 방어권을 중대하게 침해하는 것이며 형사재판의 공정이라는 관점에서 그 합헌성이 매우 의심스럽다.⁵⁰⁾ 제8차 개헌은 “사실상 제2기 유신헌법”⁵¹⁾이라는 비판을 받고 있는 만큼, 굳이 “정식재판에 있어서”라는 문구를 추가한 것이, - 애초에 이러한 규정을 삭제했던 유신헌법보다는 피고인의 방어권 보장을 위해 한 단계 발전한 규정이라 할 수 있지만 - 정식재판절차 이외의 재판절차를 만들어 피고인의 자백만으로 손쉽게 유죄판결을 이끌어 내겠다는 의도가 숨어있는 것이 아닌가 하는 의심이 든다. 요컨대 헌법 제12조 제7항의 “정식재판에 있어서”라는 문구는 “위헌적 헌법조문”이라고 할 수 있다. 자백보강법칙이 실제적 진실에 반할 소지가 있는 자백으로 인한 법원의 오판을 방지하고 자백을 얻기 위해 가해질 수 있는 수사기관에 의한 피의자 인권침해를 사전에 막기 위한 증거법칙이고, 재산형만 선고할 수 있는 약식명령절차에서도 자백보강법칙이 인정되는 점을 고려한다면, 정식재판이든 특별재판이든, 법정에서의 자백이든 경찰서에서의 자백이든 피고인의 자백이 유일한 증거일 때 이것만으로 피고인에게 유죄판결을 선고해야 할 하등의 차별성이나 필요성이 존재한다고 볼 수 없다.⁵²⁾

50) 백형구, 즉결심판절차법의 제문제, 대한변호사협회지 제133호(1987/09), 49쪽(황태정, 앞의 책, 76쪽 각주 106에서 재인용); 박상진, 앞의 글, 346쪽; 황태정, 앞의 책, 113-114쪽.

51) “5공화국 헌법은 사실상 제2기 유신헌법”, 연합뉴스, 2010.05.13. (<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0003275167>, 2014.10.24. 검색).

52) 하태훈, 앞의 글, 36쪽. 다만 김희옥, 앞의 책, 53쪽은 재판상 자백에 대해서는 자백보강법칙을 배제하고, 재판 외의 자백에 대해서만 자백보강법칙을 적용하여야 한다고 주장한다. 그러나 “피고인이 사법경찰관 앞에서 자백의 임의성을 부정하면서 그 내용을 부인하는 경우에 임의성에 관한 심리가 어느 정도 이루어질 것인가는 의문이다. 판례는 진술의 임의성은 ... 자유로운 심증으로 판단할 수 있고(대법원 1994.12.22. 선고 94도2316 판결) 또 성립의 진정이 인정되면 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 임의로 한 것이 아니라고 의심할 만한 사유가 없는 한 진술의 임의성은 추정된다(대법원 1983.3.8. 선고 82도3248 판결)고 보기 때문에 특별한 사정이 없는 한 피고인의 피의자신문조서의 내용을 부인하더라도 그대로 증거로 사용될 것이다. 피고인이 자백의 임의성을 부정하면 즉결심판청구권자가 임의성에 대한 의문점을 해소하여야 할 것인데, 즉결심판에서는 청

나. 전문증거의 증거능력 인정

즉결심판절차에서는 전문증거의 증거능력이 인정된다. 즉 형사소송법 제312조 제3항과 제313조의 적용이 배제되어, 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서에 대해 피고인 및 변호인이 그 내용을 부정하더라도 이를 증거로 할 수 있고, 그 외의 진술서에 대해서도 피고인 또는 피고인 아닌 자가 성립의 진정을 부정하더라도 증거능력이 인정된다.

이에 대해서는 전문증거의 증거능력을 인정하는 것이 신속한 재판을 지향하는 즉결심판절차의 취지에 부합하고 자백강요에 대해서는 자백의 임의성 원칙이 그대로 적용되므로 문제가 없다고 보는 견해⁵³⁾가 있으나, 형사소송법 제312조 등의 적용을 배제하여 특히 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력제한을 배제하는 것은 강요에 의한 자백인지 아닌지 그 판단이 모호한 경계선상에서 행하는 수사경찰의 권한남용 및 인권침해를 부추길 수 있고,⁵⁴⁾ 신속한 절차진행을 위해 이러한 권한남용과 인권침해를 묵과할 수는 없는 일이므로 즉결심판절차에서 전문증거의 증거능력을 인정하는 것은 부당하다.

다. 개정 없는 심판절차

즉결심판절차에서 판사는 구류에 처하는 경우를 제외하고 상당한 이유가 있다고 판단되는 경우 개정 없이 피고인의 진술서와 경찰서장이 제출한 서류 또는 증거물만으로 심판할 수 있다(즉결심판법 제7조 제3항). 이는 유죄증거가 확실하고 죄질이 경미한 사건을 신속하게 처리하고자 하는 취지로 도입되었다. 그러나 “상당한 이유”에 대한 구체적인 기준도 없을 뿐만 아니라 경찰서장이 제출한 증거만으로 심판할 수 있을 뿐 피고인에게 최소한의 변명의 여지도 부여하고 있지 않기 때문에 위헌의 소지가 매우 크다.⁵⁵⁾

구권자가 참여하지 않기 때문에 대부분 임의성은 추정되어 이에 대한 심리를 기대하기 어렵다(하태훈, 같은 글, 37쪽).”

53) 박영길, 앞의 글, 64쪽; 김희욱, 앞의 책, 50쪽; 최응렬, 앞의 글, 251쪽.

54) 배종대 외, 앞의 책, 95/17; 신동운, 앞의 책, 1529쪽; 손동권, 앞의 글, 108쪽; 황태정, 앞의 책, 114쪽.

라. 변호인의 증거조사신청권과 피고인의 증인신문신청권 배제

즉결심판의 심리절차에서 판사는 필요하다고 인정할 때 오로지 재정하는 증거에 한하여 조사할 수 있다(즉결심판법 제9조 제2항). 즉 피고인 또는 변호인의 증거조사신청권이 인정되지 않으며 증인신문신청권도 배제된다. 그러나 이는 피고인의 소송법상 가장 중요한 방어권을 제약하는 것이며, 특히 앞의 증거법칙 예외와 함께 졸속심리의 위험을 보다 크게 만든다.⁵⁶⁾

물론 즉결심판 피고인도 변호인을 선임하여 조력을 받을 수 있고(형사소송법 제30조), 변호인은 즉결심판기일에 출석하여 증거조사에 참여하여 의견을 진술할 수는 있다(즉결심판법 제9조 제3항). 그러나 즉결심판에 의해 선고될 형이 비교적 가벼운 것에 비해 사선변호인의 선임에 소요되는 비용이 지나치게 높아 즉결심판피고인이 실제로 변호인을 선임하는 경우는 매우 드물다.⁵⁷⁾

이에 대해 즉결심판의 성격상 어쩔 수 없는 것이고 정식재판청구권으로 보완되고 있다는 견해⁵⁸⁾가 있다. 즉결심판으로 일단 빨리 판결을 내리고 미진한 부분이 있으면, 혹은 피고인이 판결내용에 만족하지 못하면 정식재판을 청구하면 된다는 것인데, 이는 이미 피고인의 방어권에 중대한 제약을 설정해 두고 사후적으로 보완하는 것으로 헌법상 권리인 피고인의 공정하고 적절한 재판을 받을 권리에 부합하지 않는다. 정식재판에서 충분한 방어권이 보장된 경우에도 ‘억울하다’며 항소·상고를 제기하는 경우가 적지 않은데, 피고인의 입장에서도 방어권이 제한된 신속한 절차보다 조금은 느리더라도 방어권이 충분히 보장된 절차가 만족스러울 것이다.⁵⁹⁾ 그리고 절차의 신속한 종결이라는 취지를 위해서도 두 번, 세 번의 재판을 거치는 것보다 방어권을 충실히 보장한 재판이 보다 효율적일 것이다. 즉결심판의 성격상 어쩔 수 없다는 말은 역으로 그러한 성격이 법치국가원리와 피고인의 절차적 인권보장에 반하는 경우 즉결심판 존치의 정당성을 비판하는 근거를 제공한다.

55) 배종대 외, 앞의 책, 95/12; 황태정, 앞의 책, 74쪽.

56) 손동권, 앞의 글, 109쪽.

57) 손동권, 앞의 글, 113쪽; 하태훈, 앞의 글, 36쪽.

58) 김용우, 앞의 글, 117쪽.

59) 심희기, 앞의 글, 80쪽.

마. 법관의 제척·기피·회피

즉결심판 자체의 문제는 아니지만 즉결심판을 담당했던 판사가 피고인의 정식재판청구권 행사에 의해 정식재판이 열린 경우 당해 정식재판을 담당할 수 있는가 하는 의문이 발생한다. 이는 즉결심판법 제정시에는 법관의 제척에 관한 규정을 두었다가 곧 삭제했기 때문에 문제가 된다. 그러나 판사의 예단배제를 위해 법관의 제척은 가능하다고 보아야 하고⁶⁰⁾ 형사소송법 제17조, 제18조, 제24조의 제척·기피·회피에 관한 규정을 준용하는 즉결심판법 제19조를 그 법적 근거로 보아야 할 것이다.⁶¹⁾

3. 즉결심판의 효력(확정력) 문제

즉결심판은 정식재판의 청구기간이 경과하거나, 피고인이 정식재판청구권을 포기 또는 취하한 경우, 정식재판청구를 기각하는 재판이 확정된 경우에 확정판결과 동일한 효력을 갖는다(즉결심판법 제16조). 즉 이때 즉결심판에는 집행력과 기판력이 생긴다.⁶²⁾ 그런데 이러한 즉결심판의 효력을 악용하면 즉결심판이 확정된 범죄와 동일한 범죄에 속하는 다른 중한 범죄자에게 면죄부를 주게 되는 역기능이 초래될 수 있다.⁶³⁾ 즉결심판이 확정된 경우 이에 대한 불복은 재심이나 비상상고와 같은 비상구제절차에 의해서만 가능한데, 형사소송법이 피고인에게 불리한 재심은 허용하지 않고 있기 때문에 즉결심판에 의해 경한 범죄에 대한 형이 확정된 경우 피고인은 사실상 중한 범죄에 대한 형사책임을 면할 수 있기 때문이다.⁶⁴⁾ 이는 일반인의 법감정과도 큰 괴리를 보인다. 즉 예컨대 불안감조성에 대한 즉결심판이 확정된 경우 그에 대한 일사부재리 효력으로서 강간이나 상해치사의 중죄에 대한 면소판결선고⁶⁵⁾를 납득할 수 있는 사람은 아무도 없을 것이다.⁶⁶⁾

60) 김희옥, 앞의 책, 72쪽.

61) 김용우, 앞의 글, 130쪽.

62) 대법원 1990.3.9. 선고 89도1046 판결; 대법원 1987.2.10. 선고 86도2454 판결; 대법원 1986.12.23. 선고 85도1142 판결; 배종대 외, 앞의 책, 95/26; 김희옥, 앞의 책, 61쪽; 황태정, 앞의 책, 79쪽.

63) 배종대 외, 앞의 책, 94/4; 박상진, 앞의 글, 344쪽; 하태훈, 앞의 글, 34쪽; 한영수, 앞의 글, 70-71쪽.

64) 성윤환, 앞의 글, 133쪽; 황태정, 앞의 책, 115쪽.

또한 즉결심판에 확정력을 부여하는 것은 즉결심판제도 자체에 자기모순을 야기한다. 즉 즉결심판에 확정력을 그대로 인정하고자 한다면 위에서 언급한 바와 같이 기관력으로 인해 중범죄를 처벌할 수 없는 “실체적 정의의 실현불가능”이라는 문제가 발생하고, 즉결심판의 확정력을 부정하고자 하는 경우에는 법관의 심판에 기관력을 부정하게 되는 “절차적 모순”이라는 문제가 발생하기 때문이다.

즉결심판의 확정력 문제는 공소사실의 동일성 인정범위를 규범적 관점에서 제한적으로 해석한 1994년 대법원 전원합의체 판결⁶⁵⁾의 논리로 해결할 수 있을 것으로 보인다. 이 판례에 따르면 두 죄의 기본적 사실관계 동일성은 자연적·사실적 사실관계나 피고인의 행위가 동일한 것인가 외에 규범적 요소도 고려하여 판단해야 한다. 이러한 논리에 따라 즉결심판에 의해 확정된 경미한 범죄행위와 다른 중한 범죄행위의 동일성을 부인하면 즉결심판의 확정력이 다른 범죄행위에 미치지 않는다는 주장이 가능하다. 다만 아직까지는 이러한 논리가 즉결심판에 적용된 적은 없는 것으로 보인다.

4. 구류형 선고의 문제

자유형인 구류가 절차의 과도한 신속성과 형식성을 특성으로 하는 즉결심판에 의해 부과되는 것도 적지 않은 문제점이다.⁶⁸⁾ 특히 즉결심판절차에서는 위에서 살펴본 바와 같이 기본적인 형사절차상의 피고인 권리보호장치들이 제대로 보장되지 않기 때문에 오판의 가능성이 높다.⁶⁹⁾ 비록 30일 미만의 단기에 불과할지라도 시간의 불가역성으로 인해 사후 원상회복이 불가능한 자유박탈형인 구류를 선고하기 위해서는 정식재판절차를 거쳐야 한다는 것이 법치국가적 요청이며,⁷⁰⁾ 특히 형벌론적 측면에서 구류형을 비롯한 단기자유형이 일반예방이나 특별예방의 측면에서 무용

65) 예컨대 대법원 1984.10.10. 선고 83도1790 판결.

66) 황일호, 즉결심판과 통고처분에 있어서의 일사부재리의 효력, 중앙법학 제12집 제3호, 2010, 334쪽.

67) 대법원 1994.03.22. 선고 93도2080 전원합의체판결.

68) 배종대 외, 앞의 책, 94/4; 신동운, 앞의 책, 1524쪽.

69) 한영수, 앞의 글, 67쪽; 황태정, 앞의 책, 108쪽.

70) 하태훈, 앞의 글, 30쪽; 한영수, 앞의 글, 66-67쪽.

하다는 의견이 지배적이다.⁷¹⁾ 따라서 즉결심판에 의해 구류형을 선고하는 것은 부당하며, 더 나아가 구류형 자체를 폐지하여야 한다.⁷²⁾

5. 실무상 운용에서 나타나는 문제

경범죄처벌법 제9조 제1항은 경찰서장으로 하여금 동법 제7조 제1항 각 호에 의거해 범칙금 통고처분을 받았으나 통고처분서 받기를 거부한 사람, 주거 또는 신원이 확실하지 아니한 사람 또는 그 밖에 통고처분을 하기가 매우 어려운 사람, 내지 범칙금을 납부기간 내에 납부하지 아니한 사람을 즉결심판에 회부하도록 하고 있다. 도로교통법 제165조도 경범죄처벌법 제9조와 동일한 구조를 취하고 있다.

이러한 규정들로 인해 사실상 통고처분 불이행자를 대상으로 운용되고 있는 것이 즉결심판의 실상이라고 한다.⁷³⁾ ‘형벌부과업무’라기 보다는 ‘범칙금수납업무’, 즉 범칙금납부를 강제하기 위한 수단으로 변질되어 운용되고 있는 것이다.⁷⁴⁾ 그러나 범칙금이라는 행정제재 이행을 벌금, 구류, 과료의 형사제재로써 담보하는 것은 결과적으로 행정불법을 형사불법으로 “격상”하는 것으로 타당하지 않다. 범칙금 납부는 예컨대 도로교통법 위반사항에 대해서 면허박탈 내지 면허정지와 같은 행정법적 수단을 통해 강제하는 것으로 충분할 것이다.

한편 즉결심판절차는 별건구속의 목적으로 악용될 소지가 있다는 비판도 있다.⁷⁵⁾ 별건구속은 수사기관이 본래 의도하고 있는 사건의 수사를 위해 피의자를 구속할 필요가 있으나 수사상황에 미루어 구속영장을 발부받기 어렵다고 판단될 때, 영장 발부가 가능한 다른 사건으로 영장을 발부받아 본래 의도했던 사건을 수사하는 실

71) 배종대, 형법총론 제10판, 2011, 175/5; 박상진, 앞의 글, 348쪽; 최응렬, 앞의 글, 235쪽, 249-250쪽; 하태훈, 앞의 글, 31쪽; 황태정, 앞의 책, 93쪽.

72) 필자는 구류형 제도 자체를 폐지해야 한다는 입장을 취하고 있기 때문에, 구류형의 집행담보를 위한 수단인 유치명령제도도 구류형의 폐지에 따라 당연히 폐지되어야 할 것이므로 본 논문에서는 따로 다루지 않았다.

73) 곽규홍, 앞의 글, 55쪽; 황태정, 앞의 책, 89쪽.

74) 성윤환, 앞의 글, 125쪽, 134쪽; 심희기, 앞의 글, 80쪽, 94쪽; 한영수, 앞의 글, 69-70쪽; 황태정, 앞의 책, 92쪽.

75) 김희옥, 앞의 책, 41-42쪽; 황태정, 앞의 책, 102쪽.

무관행상의 방법으로, 본건의 구속기간에 대한 제한을 탈법적으로 우회하는 방법 또는 구속사유가 없는데도 자백강요나 수사편의를 위해 피의자를 구속하는 방법으로 사용된다. 그러나 이는 영장주의에 반하는 위법수사로 허용되어서는 안 될 것이다.⁷⁶⁾

IV. 즉결심판절차 폐지의 당위성과 그에 대한 대책

1. 즉결심판절차에 대한 법치국가적 회의

즉결심판제도는 그 뿌리에서부터 정당성에 심각한 문제를 내포하고 있다. 즉 이는 일제의 식민지통치를 위한 수단으로 사용되었던 법으로부터 유래한다는 것이다.⁷⁷⁾ 다만 오늘날 대한민국의 법제도가 사실상 일제 식민통치 시절에 강제로 이식된 법제도에 뿌리를 두고 있음에도 - 많은 부분 논의의 여지가 있으나 어쨌거나 - 정당하고 적절하게 운용되고 있다는 점을 고려한다면 그 탄생에 심각한 정당성 문제가 있다 하더라도 오늘날의 운용에서 아무런 정당성 문제가 제기되지 않는다면 이 제도를 존치시켜도 무방할 것이다.

즉결심판제도의 핵심은 경미한 범죄사건을 신속하게 진행하고자 하는 취지에 비추어볼 때 경찰서장의 심판청구권, 자백보강법칙 배제, 전문증거의 증거능력 인정이 라고 할 수 있다. 이들 가운데 경찰서장의 심판청구권 문제는 형사절차 진행의 통일성이라는 관점에서 문제될 수는 있으나, 그것이 제도 자체의 정당성을 훼손한다고 볼 수는 없다. 그러나 자백보강법칙 및 전문법칙의 배제는 형사절차상 피고인의 헌법적 권리를 중대하게 제약하는 것으로 즉결심판제도의 법치국가적 정당성에 심각한 훼손을 야기한다. 특히 실제 즉결심판 과정에서 통상적으로 경찰관이 작성한 범

76) 배종대 외, 앞의 책, 18/37; 신동운, 앞의 책, 244쪽; 이재상, 앞의 책, 19/77; 손동권, 앞의 글, 101쪽; 한영수, 앞의 글, 70쪽.

77) 박상진, 앞의 글, 344쪽; 하태훈, 앞의 글, 27쪽. 즉결심판제도의 입법연혁에 관해 보다 자세한 것은 신동운, 경미범죄의 효율적 처리방안, 형사정책 제15권 제2호, 2003, 16쪽 이하; 한영수, 앞의 글, 53쪽 이하; 황태정, 앞의 책, 27쪽 이하 참조.

죄사실의 끝에 피고인이 무인한 것이 가장 중요한 증거 내지 유일한 증거가 되고 있는 현실⁷⁸⁾을 고려한다면, 자백보강법칙 배제, 전문증거의 증거능력 인정으로 증거에 대한 재판이 아닌 심증에 의한 재판이 이루어질 가능성도 높다고 할 수 있다.⁷⁹⁾

범증이 명백하고 죄질이 경미하여 신속하게 처리할 필요가 있다 하더라도 피고인으로 하여금 심판과정에 참여하여 적극적으로 자기변명을 하는 등 방어권을 행사할 수 있도록 하는 것이 법치국가적 요청이라 할 수 있을 것이다.⁸⁰⁾ 그런데 즉결심판제도의 이러한 취지를 실현하는 데에 가장 중요한 규정들이 위법하고 위헌적인 것이라면 이러한 규정들을 담고 있는 법률 자체의 정당성도 심각하게 훼손될 수밖에 없다.

2. 즉결심판 대상범죄의 형사절차상 처리방안

즉결심판제도를 폐지한다면, 그 동안 즉결심판의 대상이 되었던 사건은 어떻게 처리할 것인가라는 문제가 발생한다. 현행 형사소송법상 신속한 재판진행을 위해 마련된 간이공판절차와 약식명령절차를 생각해 볼 수 있을 것이다. 우선은 이들을 비교해 보고, 보다 적절한 처리방안을 모색하도록 하겠다.

가. 즉결심판과 약식절차 및 간이공판절차와의 비교

간이공판절차는 피고인이 공판정에서 공소사실에 대하여 자백한 경우 신속하게 심리를 진행할 수 있도록 한 공판절차를 말한다(형사소송법 제286조의2).⁸¹⁾ 이는 피고인이 공소사실에 대하여 자백함으로써 유·무죄에 대한 다툼이 없는 단순한 사건에서 신속한 재판과 사건의 능률적인 처리를 가능케 함으로써 보다 중요한 사건에 더 충실하고 완전한 심리를 할 수 있도록 한다는 취지를 갖는다.⁸²⁾ 간이공판절차

78) 손동권, 앞의 글, 108쪽.

79) 황일호, 앞의 글, 327쪽.

80) 성윤환, 앞의 글, 127쪽.

81) 배종대 외, 앞의 책, 50/1; 신동운, 앞의 책, 916쪽; 이재상, 앞의 책, 35/1.

82) 배종대 외, 앞의 책, 50/3; 이재상, 앞의 책, 35/2 : 다만 간이공판제도의 내용은 공정한 재판과 적법절차이념에 정면으로 배치한다고 한다. 자세한 것은 배종대 외, 같은 책, 50/3 참조.

에서는 직접심리주의와 전문증거의 증거능력제한에 관한 규정들이 당사자의 증거동의간주(형사소송법 제318조의3)에 의해 배제되기 때문에(형사소송법 제297조의2) 이러한 측면에서는 즉결심판절차와 매우 유사하다. 그러나 오늘날의 자백이 수사기관과 피고인의 왜곡된 협상에서 기인할 수도 있다는 점을 고려하면⁸³⁾ 전문법칙의 배제는 엄격하게 제한되어야 할 것이다. 또한 간이공판절차는 공소사실이 경미 범죄임을 전제로 하지 않으며 보통의 공판절차를 전제로 하기 때문에 그 개시의 측면에서 즉결심판절차와 동화되기는 어려워 보인다.

약식절차는 “지방법원의 관할사건에 대하여 검사의 청구가 있을 때 공판절차 없이 약식명령으로 피고인에게 벌금, 과료 또는 몰수를 부과할 수 있는 간편한 재판절차”를 말한다(형사소송법 제448조).⁸⁴⁾ 약식절차 또한 소송경제의 실현과 피고인의 사회적·심리적 부담경감을 취지로 하고 있다. 이는 특히 검찰실무에서 경미사건에 대한 재판절차로 빈번히 활용되고 있다는 점, 그리고 결과에 확정판결과 동일한 효력이 인정되며, 정식재판청구권으로 피고인에게 불복수단이 보장되고, 법관이 직권으로 정식재판에 회부할 수 있다는 점에서 즉결심판절차와 유사성을 띤다. 다만 즉결심판청구는 공소제기와 같은 소송행위로서 그 청구권자가 경찰서장이며, 즉결심판절차는 공개심리와 구두변론에 의하고, 판사는 청구가 있는 즉시 심판을 해야 하며, 법률효과로는 20만원 이하의 벌금과 과료, 구류가 가능한 반면, 약식명령은 그 청구와 동시에 별도로 공소제기가 필요하며 청구권자는 검사이고 서면심리에 의한다는 점, 그리고 판사는 청구가 있는 날로부터 14일 이내에 약식명령을 내려야 하고(형사소송규칙 제171조) 그 법률효과는 벌금과 과료에 제한된다는 점에서 두 제도는 차이를 보인다. 또한 약식절차는 형사소송법상의 증거법칙 및 증거조사절차가 그대로 적용된다는 점에서 피고인에게 유리하지만, 즉결심판은 제한적이거나 공개법정에서 구두주의와 직접주의에 의해 심리하므로 법관의 심증형성에 보다 정확성을 기할 수 있다.⁸⁵⁾

83) 배종대 외, 앞의 책, 50/3.

84) 배종대 외, 앞의 책, 91/1; 신동운, 앞의 책, 1507쪽; 이재상, 앞의 책, 57/1.

85) 황태정, 앞의 책, 26쪽 각주 4).

나. 즉결심판청구 대상범죄를 약식명령으로 흡수

경미한 사건에 대한 신속한 절차진행을 위한 수단으로 약식명령절차가 있음에도 불구하고 즉결심판절차를 따로 두고 있는 것은 약식절차에 의해서는 격증하는 경범 사건을 신속하고 적절하게 대처할 수 없다는 고려에 기인한 것이다.⁸⁶⁾ 이러한 병존 의의에도 불구하고 “경미사건의 신속한 처리를 위해 도입한, 보통의 공판절차에 부수하는 보조적 절차”라는 본질에서는 동일하다고 할 수 있다.⁸⁷⁾ 또한 불출석심판제도의 시행과 이른바 보호청구의 폐지로 대부분의 즉결심판이 사실상 서면심사로 종결되고 있기 때문에 약식명령절차와 구분한 실익도 청구권자가 다르다는 점 외에는 사실상 없다고 할 수 있다.⁸⁸⁾ 양자는 특히 약식명령이 실무상 경한 범죄의 처리에 활용되고 있다는 점에서 그 대상과 법률효과가 유사하기 때문에 즉결심판의 대상을 약식명령으로 흡수시키는 데에는 - 일단은 - 큰 무리가 없어 보인다.

다. 약식명령절차의 보완

다만 약식명령절차도 검사가 제출한 자료만을 기초로 한 서면심리절차이므로 피고인의 방어권 보장에 소홀한 측면이 없지 않다. 그런데 약식절차와 유사하게 소송경제의 도모를 목적으로 마련된 즉결심판에서도 공개변론과 구두주의를 원칙으로 취하고 있다는 것은 공개·구두변론주의가 신속절차의 원칙을 크게 저해하지 않는다는 방증이라 할 것이다. 따라서 피고인의 방어권 보장을 위해 약식절차에도 공개주의와 구두주의를 도입하지 않을 이유가 없다. 다만 신속한 재판진행의 한 축인 피고인의 심리적·시간적·경제적 부담의 해소를 위해 즉결심판에 관한 절차법 제8조의2 제2항과 같이 피고인이 불출석심판 및 서면심리를 신청하는 경우에는 법원이 이를 허가하고 서면심리로 진행할 수 있도록 하여야 할 것이다. 물론 피고인이 출석 여부를 결정하기 전에 충분한 안내가 이루어져야 할 것이며, 약식절차를 진행하기 위한 소요기간이 길게는 1년까지 간다는 비판이 있듯이 공정하면서도 경미사건에 대한

86) 황태정, 앞의 책, 26쪽.

87) 특히 형소추권을 일원화하여 즉결심판청구권도 검사에게 이양해야 한다는 견해에 따르면 즉결심판절차와 약식절차를 구분해야 할 이유가 더더욱 없어진다(한영수, 앞의 글, 76-77쪽).

88) 성윤환, 앞의 글, 126쪽, 134쪽.

신속재판이라는 취지를 잃지 않도록 인적·물적 자원도 확보해야 할 것이다.

다만 약식사건에서도 즉결사건에서와 마찬가지로 변호사 선임비용과 재판으로 인해 선고받을 벌금 내지 과료의 금액 사이의 불균형으로 인해 약식사건의 피고인이 개인적으로 변호인을 선임할 것이라 기대하기는 힘들다. 피고인이 정식재판을 청구하는 경우가 아닌 한 약식사건은 서면심리만으로 종결하기 때문에 피고인은 더더욱 변호사 선임의 필요성을 느끼지 못할 것이다. 그러나 경미한 사건이라 해서 피고인의 방어권도 경솔하게 취급해서는 안 될 것이다. 따라서 국선변호인제도를 보완하여 약식절차를 전담하는 전담변호인을 두거나, 또는 국가예산으로 가난한 사람들을 변호해 주는 미국의 공공변호인제도(public defender),⁸⁹⁾ 일부 변호사사무실에서 행하고 있는 소송도우미 변호사나 소액사건전담 변호인⁹⁰⁾을 제도적으로 정착시키는 시도도 함께 이루어져야 할 것이다.

3. 선결문제

가. 형사불법과 행정불법의 명확한 구분

위에서 위반법규별 즉결심판청구 현황에 대한 경찰통계연보에서 보았듯이 즉결심판의 대상이 되는 구성요건은 형사불법이라기 보다는 질서위반에 가까운 행위유형인 경우가 대부분이다. 그리고 이들 위반행위들은 대체로 일정한 양상을 띠고 있다. 그리고 형의 실효 등에 관한 법률 제5조 제1항 제1호가 즉결심판대상자에 대한 수사자료표를 작성하지 않도록 하고 있으므로 즉결심판은 - 구류형을 제외한다면 - 사실상 과태료처분과 동일한 결과를 갖는다.⁹¹⁾ 그렇다면 더더욱 즉결심판의 대상이 되는 범죄유형은 행위반가치와 결과반가치의 측면에서 뿐만 아니라 그 법률효과라는 측면에서도 당벌성에 대한 의심이 커질 수밖에 없다.

그런데 우리의 형사사법체계에서는 이러한 다발성의 정형적 행정불법들을 형사불법과 명확히 구분하지 않음으로써 사법체계에 적지 않은 업무부담 요인으로 작용

89) 손동권, 앞의 글, 117쪽 참조.

90) 하태훈, 앞의 글에 대한 황인상 변호사의 토론요지, 같은 글, 44쪽 참조.

91) 조국, 앞의 글, 24쪽.

하고 있다.⁹²⁾ 따라서 형사불법과 행정불법을 명백히 구분하고 즉결심판의 대상과 같은 행위유형들은 형법의 보충성과 최후수단성을 고려하여 비범죄화하여 행정제 재화하면 경미한 범법자의 과도한 전과자화를 방지하고 사법체계 전체의 부담도 감소할 것이다.⁹³⁾ 그리고 행정질서벌로서 범칙금 납부의 효력은 당해 범칙행위에 대해서만 미치고 그와 동일성을 벗어난 형사범죄행위에 대해서는 미치지 않는다고 보아야 하므로⁹⁴⁾ 앞에서 살펴본 기관력의 문제도 해소될 수 있을 것이다.

다만 이러한 비범죄화 주장에 대해 기초질서사범을 비범죄화하면 형벌권이나 경찰권의 약화를 가져와 기초질서문란 만연 등의 부작용을 낳을 수 있다고 우려하는 목소리⁹⁵⁾도 있다. 그러나 비범죄화가 바로 비제재화를 의미하는 것은 아니다. 오히려 행정제재로 전환함으로써 보다 신속하면서도 당사자에게는 부담이 덜한 방법으로 기초질서를 확립할 수 있을 것이다.⁹⁶⁾

나. 검찰과 법원의 인적·물적 자원 확충

즉결심판제도를 폐지하고 그 대상범죄를 약식명령제도에 흡수할 경우, 약식명령 사건이든 즉결심판사건이든 최종심판은 모두 법원이 담당하고 있던 것이므로 법원의 관점에서는 그 부담정도에 아무런 변화가 느껴지지 않을 것이다. 또한 대법원의 2013년도 사법연감에 따르면 2013년 한 해 전체 형사사건에서 즉결심판사건이 차지하는 비율은 3% 정도에 그치고 있다. 2013년 기준으로 즉결심판에 회부된 56,099명을 즉결사건을 담당하는 지방법원과 지원, 시·군법원의 수로 단순히 나누어 보면 한 법원(지원)당 즉결사건에 회부된 인원은 한 해에 약 900여명 정도에 불과하다.

92) 황태정, 앞의 책, 98쪽.

93) 배종대 외, 앞의 책, 94/4; 박상진, 앞의 글, 351쪽; 손동권, 앞의 글, 103쪽, 121쪽; 심희기, 앞의 글, 86쪽; 조국, 앞의 글, 23쪽; 최응렬, 앞의 글, 253쪽; 한영수, 앞의 글, 63-64쪽; 황태정, 앞의 책, 98쪽 이하.

94) 황일호, 앞의 글, 332쪽.

95) 곽영길, 앞의 글, 67쪽 각주 29).

96) 형사불법과 행정불법의 구분에 대해서는 이미 여러 나라에서 그대로 또는 약간의 수정을 가해 채용하고 있는 독일의 질서위반법을 참조하면 될 것으로 보인다. 독일의 질서위반법 및 기타 외국의 유사입법례에 대해 자세한 것은 김용우, 앞의 글, 118쪽 이하; 성윤환, 앞의 글, 135쪽 이하; 조국, 앞의 글, 23쪽; 한영수, 앞의 글, 74쪽 이하.

이는 당장 즉결심판을 폐지하더라도 그로 인한 업무의 증가가 검찰에 막대한 부담을 가중할 정도로 크지 않다는 점을 보여준다.⁹⁷⁾ 그럼에도 불구하고 다소간 증가할 수 있는 검찰의 업무부담의 분산을 위해서는 법원 조직에 맞추어 - 현행법상 즉결사건을 담당하는 것으로 해석되지만 즉결심판을 폐지하고 이를 약식명령으로 흡수한다고 할 때, 경미한 - 형사사건을 담당하는 시·군법원(법원조직법 제34조 제1항 제3호)에 맞추어 시·군 검찰청을 설치하는 방법⁹⁸⁾도 생각해 볼 수 있다. 그 밖에 부검사제도⁹⁹⁾나 검사직무대리제도 등도 고려해 볼 수 있을 것이다. 다만 부검사제도의 시행을 위해서는 형사소송법과 검찰청법 등의 개정이 필요하기 때문에, 별도의 법 개정을 필요로 하지 않는 검사직무대리제도가 보다 현실적이라 할 수 있겠다. 검찰청법 제32조 제2항은 일반직 서기관과 사무관의 지청검사 직무대리에 관해 규정하고 있는데, 신분보장의 정도를 제외하고는 부검사제도와 큰 차이가 없기 때문에 부검사제도 보다는 검사직무대리제도를 활용하는 편이 부담이 덜 할 것으로 보인다.¹⁰⁰⁾ 그러나 부검사제도나 검사직무대리제도 모두 정식 검사가 아닌 사람에 의해 수사종결처분이 이루어질 수 있다는 점에서 즉결심판청구권자에 대한 논의에서와 같은 비판을 면하기는 어려울 것으로 보인다.¹⁰¹⁾

따라서 사법체계 전체의 업무부담을 줄이는 방안으로 무엇보다 근본적인 대책은 판·검사의 수(인적 자원)와 경미사건을 신속하게 진행할 수 있는 공간의 수(물적 자원)를 늘리는 것이 최선이고 또한 국민의 적정한 재판을 받을 권리 보장을 위한 국가의 의무라고 할 수 있다.¹⁰²⁾ 다만 예산이라는 현실적인 문제가 적지 않은 걸림돌이 될 것으로 보인다.¹⁰³⁾ 그러나 완전한 수준은 아니더라도 각 부처간·직급간 예산 할당의 불균형을 바로잡고 허투루 쓰이는 눈먼 예산을 과감히 사법체계 쇄신을 위한 비용으로 전환한다면 어느 정도는 예산문제가 해결될 수 있을 것으로 보인다.¹⁰⁴⁾

97) 성윤환, 앞의 글, 126쪽; 심희기, 앞의 글, 80쪽.

98) 신동운, 앞의 글, 35쪽 이하; 황태정, 앞의 책, 121쪽 이하.

99) 이는 정규적인 법조인 선발경로를 거치지 않았으나 일정한 기본자격과 실무경험을 갖춘 중간층의 법조인력에 경미사건처리 등 제한적인 범위 내에서 검사의 업무를 담당하게 하는 제도이다.

100) 부검사제도와 검사직무대리제도에 대해 보다 자세한 내용은 황태정, 앞의 책, 105쪽 이하 참조.

101) 조국, 앞의 글, 24쪽.

102) 한영수, 앞의 글, 74쪽.

103) 신동운, 앞의 글, 13쪽.

V. 맺는 글

사법체계의 현실적인 인적·물적 한계로 인해 특히 다발하고 있는 경미범죄를 처리하기 위해서는 절차를 보다 신속히 진행해야 할 필요성이 있다. 피고인의 입장에서 자신은 범한 범죄의 무게에 비해 정신적·시간적으로 현저하게 부담스러운 절차로부터 해방되는 것이 큰 이익일 것이다. 그렇기 때문에 대한민국 헌법은 공정한 재판을 받을 권리 외에 신속한 재판을 받을 권리도 천명하고 있는 것이다.

다만 이처럼 신속한 재판이라는 소송경제의 이념이 헌법적으로 선언된 것이라 할 지라도 인간의 기본권에 대한 제한이 광범위하면서도 강력하게 이루어질 수 있는 형사절차에서 소송경제가 법치국가원리 및 피고인의 인권보호에 앞서는 개념이어서는 안 된다는 점은 자명하다 할 것이다.¹⁰⁵⁾ 또한 재판의 신속한 진행이 중요하다 하더라도 피고인의 기본적 인권을 무시하고 피고인의 방어권을 침해하는 방식으로 진행된다면 이는 공정하고 적절한 절차에 의한 재판을 받을 권리를 명백히 침해하는 것이고 졸속재판으로서 신속한 재판의 이념에도 반한다.¹⁰⁶⁾ 따라서 실제진실발견이나 절차의 적정성이 경시될 수 있고 경우에 따라 피고인의 방어권 기타 인권의 침해여지가 존재한다는 점을 인정하면서도, 그럼에도 불구하고 기초질서사범에 있어서 절차의 신속한 진행이라는 장점이 커 즉결심판제도를 존치시켜야 한다는 견해¹⁰⁷⁾는 설득력이 크지 않아 보인다. 그러므로 자백보강법칙과 전문법칙을 전면적으로 배제하는 현행 즉결심판제도는 피고인의 헌법적 권리를 현저하게 침해할 우려가 있는 것으로 폐지되어야 할 것이다.

즉결심판의 대상이 되었던 많은 범죄유형, 그리고 더 나아가 소위 경미범죄로 분류되고 있는 상당수의 범죄들을 소위 “질서위반법”을 도입함으로써 비범죄화·질서

104) 다른 한편으로는 예산문제 이전에 일선 판검사들 사이에서는 과중한 업무부담을 호소하면서 업무량에 비해 실제 기소와 재판을 담당하는 인원이 매우 부족하다며 인원을 확충해야 한다는 공감대가 형성되고 있으나, “회소해야 자신들의 가치가 보전된다”는 몇몇 ‘윗선’들의 ‘밥그릇 지키기’에 대한 고집이 예산문제보다 더 큰 걸림돌이라는 푸념도 단순히 흘러들 수 없을 것으로 보인다.

105) 박상진, 앞의 글, 347쪽, 350쪽; 하태훈, 앞의 글, 29쪽; 한영수, 앞의 글, 59쪽; 황태정, 앞의 책, 24쪽, 130-131쪽.

106) 하태훈, 앞의 글, 28쪽.

107) 박영길, 앞의 글, 67쪽.

위반행위화함으로써 범칙행위자에 대한 불필요한 낙인을 방지하고 사법체계 전체의 부담을 덜어야 할 것이다. 또한 즉결심판의 대상행위 가운데 여전히 형사불법으로 남는 행위유형들은 약식명령의 대상으로 포섭함과 동시에, “공정한” 재판보다는 “신속한” 재판에 치우친 듯한 약식명령제도를 보완함으로써, 그리고 장기적으로는 검찰과 법원의 인적·물적 자원을 확충함으로써 경미범죄에 대한 보다 “공정하면서도 신속한” 형사절차를 도모할 수 있을 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 김희옥, 즉결심판제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993.
- 배종대, 형법총론 제10판, 홍문사, 2011.
- 배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법 제4판, 홍문사, 2012.
- 신동운, 신형사소송법 제3판, 법문사, 2011.
- 이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사, 2008.
- 황태정, 즉결심판제도의 문제점과 개선방향, 한국형사정책연구원, 2003.

2. 논 문

- 강동욱, 즉결심판제도의 발전적 확대방안, 경찰학연구 제14권 제1호(통권 제37호), 경찰대학, 2014.
- 곽규홍, 경미사건의 효율적 처리방안 - 실무상 문제점을 중심으로 -, 형사정책 제15권 제2호, 한국형사정책학회, 2003.
- 곽영길, 현행 즉결심판제도의 개선방안 연구, 한국경호경비학회지 제13호, 한국경호경비학회, 2007.
- 김용우, 즉결심판절차에서의 신속성과 절차적 보장문제, 형사정책 제13권 제1호, 한국형사정책학회, 2001.
- 박상진, 즉결심판제도의 문제점과 입법론적 고찰, 중앙법학 제4집 제1호, 중앙법학회, 2002.
- 성운환, 현행 즉결심판제도의 문제점과 개선방안 - 형사소송법 개정안 검토를 중심으로 -, 중앙법학 제8집 제3호, 중앙법학회, 2006.
- 손동권, 즉심사건처리절차의 문제점과 개선방안, 형사정책연구 제10권 제2호(통권 제38호), 한국형사정책연구원, 1999 여름.
- 신동운, 경미범죄의 효율적 처리방안, 형사정책 제15권 제2호, 한국형사정책연구원, 2003.

- 심회기, 경미범죄에 대한 형사정책의 실태와 시민의 반응 - 범칙금 통고처분과 즉결심판실무를 중심으로 -, 형사정책연구 제44호, 한국형사정책연구원, 2000.
- 이영돈, 즉결심판의 청구 대상에 관한 연구, 경찰학연구 제10권 제2호(통권 제23호), 경찰대학, 2010.
- 조 국, 경찰 ‘훈방권’의 법적 근거와 한계, 한국경찰법연구 창간호, 한국경찰법학회, 2003.
- 최응렬, 즉결심판제도에 관한 고찰, 한국공안행정학회보 제9호, 한국공안행정학회, 2000.
- 하태훈, 즉결심판절차와 피고인의 인권, 한국법학원보 제85호, 한국법학원, 2000.
- 한영수, 즉결심판제도에 대한 비판적 고찰, 형사정책연구 제9권 제1호(통권 제33호), 한국형사정책연구원, 1998 봄.
- 황일호, 즉결심판과 통고처분에 있어서의 일사부재리의 효력, 중앙법학 제12집 제3호, 중앙법학회, 2010.

3. 기 타

- 대법원, 2013 사법연감, 2014.
- 경찰청, 2013 경찰통계연보 제57호, 2014.

Critical Research on the instant judgement proceedings

Im, Seok Soon

Because of the personal and substantial restriction in the justice system, it is necessary to perform the proceedings of minor offense quickly. For an accused it would be a great advantage to exempt himself from a temporally and spiritually burdensome proceedings. In criminal proceedings in which fundamental rights may be restricted extensively and highly, but the idea of procedural economy may not take priority over the rule of law and protection of human rights of the accused, even though it is declared in the constitution. It is also confronted with the idea of rapid judgment, when the fast judgment would violate the basic human right and the right of defense of the accused. The current system of the instant judgement proceedings excludes the principle of confession and the principle of hearsay, so it must be abolished because of the risk of harm to the constitutional rights of the accused.

The offenses that were the subject of the instant judgement proceedings and the minor offenses need to be decriminalized by the introduction of the so-called “misdemeanor law” in order to avoid an unnecessary stigma of a minor offenses and to minimize the burden of the whole judicial system. The other kind of offenses witch still need to be punished, should be included in the articles of the instant judgement proceedings and also the summary proceedings should be perfected.

❖ Keyword: Rule of law, defense right of the accused, fair and rapid criminal proceedings, Principle of confessions reinforcement, Hearsay rule

투고일: 2월 24일 / 심사(수정)일: 3월 20일 / 게재확정일: 3월 20일

범죄피해자 구조금지급의 법적 개선방안*

- 헌법상 범죄피해자구조청구권의 본질과의 상관성을 중심으로 -

김 혜 경*

국 | 문 | 요 | 약

최근 10여 년간의 국가차원의 노력과 사회적 인식변화는 회복적 사법을 통한 화해와 조정, 범죄피해자의 형사절차상의 권리보장, 피해회복을 위한 지원과 구조의 실질화를 위해 조금씩 전진하는 우리 사회의 모습을 이끌어 내었다. 그럼에도 불구하고 개별적인 영역마다 미흡한 점은 여전히 남아있으며, 이를 위한 노력들은 현재진행형이라고 평가된다. 특히 실질적 제도의 발전은 법률상의 개선을 전제로 할 때에 가능할 것이며, 이를 위한 법적 문제점들의 점검과 개선방안의 제시가 우선되어야 한다.

본 논문에서는 범죄피해자구조금의 법적 개선방안을 도출함에 있어서, 헌법상의 범죄피해자구조청구권의 본질과의 상관관계를 중심으로 살펴보았다. 1987년 제9차 개정헌법상 신설된 범죄피해자구조청구권은 세계에서 유래 없는 헌법상의 권리로서의 위상을 가진다. 범죄피해자구조청구권을 헌법상의 기본권으로 창설한 근본취지를 살펴보면, 범죄로부터 국민을 보호하여야 하는 국가의 의무를 형벌권의 행사와 같은 소극적 차원에서만 규정하는 데 그치지 않고 더 나아가 범죄로 인하여 피해를 받은 국민에 대하여 국가가 적극적인 구조행위까지 하도록 한 것으로서, 국가로부터 재정적 구조를 청구할 수 있는 권리를 보장하는 의미를 가진다. 즉, 국가는 범죄예방의무와 함께 예방의무 미이행으로 인하여 발생된 범죄피해에 대한 회복의무까지 이행해야함이 헌법으로부터 도출된다. 그리고 그 본질에 있어서는 주로 국가의 범죄예방의무라는 책무불이행의 측면과 복지국가로서의 사회보장의 측면이 중첩되고 있다. 기본적으로 국가책임불이행의 측면에서 접근하면 범죄피해자구조금은 국가배상적 성격을 가지면서 손해전보가 기준이 되어야 하지만, 사회보장적 측면에서는 소득의 재분배적 성격으로서 최저생계보장이 기준이 되어야 한다. 따라서 국가책임불이행으로 인한 범죄의 영역은 원칙적으로 손해전보에 가까운 상한선을 설정하되, 유발된 범죄나 과실범에 의한 피해 및 외국에서 발생한 범죄피해의 영역은 사회보장적 측면이 강하므로 피해자의 최저생계보장에 가까운 하한선이 설정되어야 할 것이다. 그리고 그 어떠한 경우에도 국가의 과소보호 또는 과소급부 금지의 원칙은 지켜져야 한다.

* 이 논문 또는 저서는 2012년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2012S1A5A2A01019064)

** 계명대학교 법경대학 부교수·법학박사

최적의 보상은 최상한의 보상이어야 하지만, 현실적인 많은 문제점들은 최상의 보상의 길에 걸림돌로 작용하기 마련이다. 따라서 구조기금의 현실에 대한 고려, 범죄자와의 관계, 귀책사유 있는 피해자의 구조 등의 문제를 비례의 원칙에 따라 법적으로 정비하고 이를 실현하고자 함이 바람직할 것이다.

- ❖ 주제어 : 범죄피해자구조금, 범죄피해자구조청구권, 범죄피해자보호법, 피해자보상, 국가책임설, 사회보장설, 과소보호금지

I. 들어가며

범죄피해자 보호를 위한 최근의 노력들은 회복적 사법을 통한 화해와 조정, 범죄 피해자의 형사절차상의 권리보장, 피해회복을 위한 실질적 부조 및 이를 위한 국가적 차원의 경제적·법률적 개선의지의 발현 등 다각적으로 지속되어 왔다. 이러한 일련의 행보들은 그 동안 범죄피해자에 대한 사회적 관심부족과 함께 특정범죄의 피해자에 한정된 개별적 법률만으로는 범죄피해자에 대한 체계적인 보호·지원이 충분하지 못하다는 반성적 고려의 투영 결과이기도 하다. 그리고 이제는 범죄피해자에 대한 보호방안의 현실적 개선을 위해서는 범죄예방의 책무를 지고 있는 국가가 총괄적이고 체계적인 범죄피해자 보호·지원을 위하여 노력하여야 한다는 사회적 합의가 충분히 성숙되어가고 있는 시점이기도 하다. 이에 2005년 12월 ‘범죄피해자보호법’이 제정됨으로써 범죄피해자 보호와 지원의 새로운 장이 열리게 되었다. 그리고 동법의 제정이후 10년이 지난 오늘의 범죄피해자 보호의 모습이, 동법의 본질적인 입법목적과 의지를 충분히 반영하고 있는지에 관하여 다시금 고찰해 보아야 할 시점이기도 하다.¹⁾

범죄피해자는 형사사법체계를 통한 실체적 진실발견의무 및 범죄예방의무와 사회보장의무라는 측면에서 국가의 조력을 받아야 할 권리를 부여받는다. 또한 헌법상 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가질 뿐만 아니라 헌법은 국가로 하여금 사회보장, 복지증진에 노력하도록 요구하고 있다. 따라서 국가의 범죄예방의무의 불이행 또는 범죄예방실패에 대한 국가의 책임이 범죄피해자에 대한 사회보장의무의 이행으로 나타난다고 평가한다면 범죄피해자가 국가에 대하여 법적·경제적·정신적 지원을 받을 권리를 정당화할 수 있을 뿐만 아니라, 그것이 국가의 책무임을 명백히 할 수 있을 것이다.

특히 우리 헌법은 세계에서 유일하게 범죄피해자구조청구권을 헌법상의 권리로 명문화하고 있다. 헌법이 추상적 규범통제원리로서 선언적인 의미를 가지지만, 특정

1) 가장 최근의 개정인 2014년 12월 30일자 범죄피해자보호법은 국가 및 지방자치단체의 의무를 강화하고, 범죄피해자에 대한 구조금 액수를 상향 조정하며, 치료비 지원을 명문화하고, 범죄피해자와 그 가족에게 지원하는 보호시설의 운영을 범죄피해자 지원법인 외에 종합병원 등에 위탁할 수 있도록 하는 등 범죄피해자에 대한 지원 범위를 대폭 확대하면서도 내실화하려는 의지를 반영하고 있다.

한 청구권이 헌법상의 권리인지 법률상의 권리인지는 권리보장에 대한 국가의 책무와 범위를 결정짓는 중요한 단초가 아닐 수 없다. 우리 헌법이 1987년 제9차 개정에서 제30조 범죄피해자구조청구권을 헌법상의 기본권으로 창설한 근본취지를 살펴보면, 범죄로부터 국민을 보호하여야 하는 국가의 의무를 형벌권의 행사와 같은 소극적 차원에서만 규정하는 데 그치지 않고 더 나아가 범죄로 인하여 피해를 받은 국민에 대하여 국가가 적극적인 구조행위까지 하도록 한 것으로서, 국가로부터 재정적 구조를 청구할 수 있는 권리를 보장하는 의미를 가진다.²⁾ 즉, 국가는 범죄예방 의무와 함께 예방의무 미이행으로 인하여 발생된 범죄피해에 대한 회복의무까지 이행해야함이 헌법으로부터 도출된다.

이처럼 헌법이 국가의 적극적 구조의무로서 범죄피해자구조청구권을 생존권적 성격을 갖는 청구권으로 이해하고 있다면, 과연 헌법상의 권리실행을 위한 법률적 근거로 작용하는 범죄피해자보호법상의 범죄피해자구조금이 이러한 취지에 부합하는 방향으로 구체적으로 설정되었는지 검토하여야 할 것이다. 범죄피해자보호법은 범죄피해자에 대한 국가의 의무를 선언적으로 규정하면서, 구체적으로는 5년 단위의 기본계획을 수립하고 실천적 방향을 제시할 것을 명문화함과 동시에 범죄피해자 보호의 경제적인 방안을 이원화하고 있다. 이원화의 방향은 우선 국가에 의한 현금 지급을 통한 지원으로서 범죄피해자구조금을 규정하였고, 사회복지권을 위한 지원으로서 국가 및 민간단체 차원의 범죄피해자지원 방안을 명시하고 있다. 특히 전자의 지원은 범죄피해자의 생계 또는 사회생활 유지를 위한 재정적 기반이 된다는 점에서, 이를 법적으로 가능한 최대로 보장함이 가장 이상적일 것이다.

이에 따라 본 논문에서는 우선, 범죄피해자보호법상의 범죄피해자구조금의 법적 성격을 헌법상의 범죄피해자구조청구권의 본질과 관련하여 설명하고(Ⅱ) 이를 토대로 헌법상의 청구권이 실현되기 위한 적정한 범위와 정도가 범죄피해자보호법상 범죄피해자구조금의 범위에 어떠한 방식으로 구현되는지를 판단해 보고자 한다(Ⅲ). 그리고 이를 근거로 현행법상 범죄피해자구조금의 법적 문제점을 검토하고, 범죄피해자구조금 지급에 있어서의 법적·제도적 절차의 개선 방향을 제시하고자 한다(Ⅳ).

2) 憲裁決 2012. 4. 24. 2011헌바31; 憲裁決 2011. 12. 29. 2009헌마354; 憲裁決 1989. 4. 17. 88헌마3 등.

II. 범죄피해자구조청구권의 함의와 범죄피해자구조금과의 관계

1. 범죄피해자구조청구권의 헌법적 함의

헌법의 가치개념은 그 자체로 완결된 의미를 가지기 보다는 사회의 현상과 맞물려 현실변화를 반영하면서 그 해석과 구체화가 이루어지게 된다.³⁾ 따라서 ‘제도적 완전성이 헌법이 기능하기 위한 필요조건이지만 결코 충분조건은 아니며 제도적 완전성과 함께 헌법의 가치를 실현하려는 국가권력 및 국민의 의지가 존재’⁴⁾하여야 한다. 1987년 개정헌법은 우리 헌법의 역사상 독특한 의미를 가진다. 주로 정치적 의미의 헌법 개정들이 그간의 역사였다면, 1987년의 헌법 개정은 당시의 시대적 상황 및 민주주의에 대한 국민들의 깊은 갈망이 어느 정도 투영되었을 뿐만 아니라, 국가에게 조정자로서 국민들의 이익의 분배와 시장경제적 민주주의 실현을 위한 역할분담이 어느 정도 헌법에 투영된 것으로 보인다. 특히, 사회적 기본권들의 보장 측면에서 그 이전의 헌법태도와는 상당히 진일보한 면이 있다. 실제로 우리 법체계상 사회보장제도가 도입된 것은 1960-70년대 보험과 관련한 법제들이지만, 이후 정치적 상황들은 그 확대를 이끌어낼 수 없었다. 그러나 1987년의 민주화 열풍은 헌법개정을 1년 이상 앞당기는 촉발제로 작용하였고, 민주주의와 법치주의를 보장하기 위한 제도 및 사회적 기본권에 대한 사상을 헌법에 담아내기에 이르렀다. 물론 제9차 개정헌법에 대하여 민주주의의 회복의 면도 있지만, 군부정권의 명맥유지를 가능하게 했다는 점에서 비판이 없는 것은 아니다.⁵⁾

특히 형사사법과 관련하여 대폭적인 인권보장적 권리들이 헌법상의 제도와 권리로 수용되었는 바, 체포 및 구속이유를 고지 받을 권리, 적법절차의 원칙, 변호인의

3) 현실변화와 헌법과의 상관성에 관하여는 전광석, “사회변화와 헌법과제로서의 복지국가의 형성”, 공법연구 제1집, 한국공법학회, 2002, 60면 이하 참조.

4) 전광석, “헌법과 한국민주주의: 1987년 헌정체제를 중심으로”, 헌법학연구 제12권 제2호, 한국헌법학회, 2006/6, 210면은 따라서 근대 이후 헌법의 불안정성의 기원이 여기에 있으며, 헌법이 이념으로 중심으로 하여 국가의 사회경제적 과제를 비교적 명확하게 제시하지만 이를 실현하는 구체적인 방법과 내용, 그리고 그 수준은 불명확하다고 설명한다.

5) 이와 관련하여서는 송호근 “배제적 민주화와 유보된 이중전환: 한국민주화의 사회적 성과와 한계”, 임현진/최장집(편), 한국사회와 민주주의, 나남, 1997, 61면 이하의 내용 참조.

조력을 받을 권리를 고지 받을 권리, 구속적부심제도의 도입, 형사피해자에 대한 재판에서의 진술권 보장, 무죄판결을 받은 피고인뿐만 아니라 법률이 정하는 불기소 처분을 받은 피의자의 형사보상청구권, 범죄피해자구조청구권 등이 그것이다. 특히 형사사법절차와 관련한 제도들이 대폭 도입됨은, 당시 형사절차에서의 고문치사사건에 대한 국민들의 분노와 민주주의 열망이 기폭제가 되어 헌법 개정을 이끌어내었다는 시대적 배경이 가장 커다란 원인이 되기도 하였지만, 그간 정치적 구도에서 밀려나 정체되었던 민주주의 실현을 위한 구체적 제도들이 더 이상 미룰 수 없을 정도로 억압되어 왔기 때문이기도 하다.

이처럼 형사절차와 관련한 기본권들은 대체로 청구권적인 성격을 가지고 있되, 이 중 형사보상청구권은 사회권적 기본권이자 생존권적 기본권까지 많은 함의를 가지고 있다. 범죄피해자구조청구권은 타인의 범죄행위로 말미암아 생명을 잃거나 신체상의 피해를 입은 국민이나 그 유족이 가해자로부터 충분한 피해배상을 받지 못한 경우에 국가에 대하여 일정한 보상을 청구할 수 있는 권리이며, 그 법적 성격은 생존권적 기본권으로서의 성격을 가지는 청구권적 기본권이다.⁶⁾

우리나라에 사회보장제도가 법률적으로 수용된 것은 1960년대부터였지만,⁷⁾ 실질적으로 구현이 된 바는 1970년대 부터였다. 초기에는 의료나 산재 등의 보험을 중심으로 한 예방적 사회보장이 주를 이루었으며, 그 이후로 사회보험, 사회부조 및 사회복지사업으로 대분되어 국가주도하에 이루어져 왔다. 그러나 전형적인 선 성장 후 분배의 발전을 단기간에 이어난 사회경제적 구조로 인하여, 사회보험의 영역을 제외한 나머지 제도들의 발전이 매우 미미하였던 것이 사실이다. 범죄피해자구조는

6) 憲裁決 2011. 12. 29. 2009헌마354,

7) 4·19혁명과 5·16군사정변이라는 정치적 과도기를 겪은 후 집권한 민주공화당은 경제개발과 동시에 사회복지 입법을 통하여 민심을 잡기에 노력하였다. 이에 따라 1961년에는 생활보호법과 재해구호법 및 아동복지법이 제정되었고, 이후 보험방식의 보장제도들이 도입되었는 바, 1962년의 공무원연금법, 1963년의 산업재해보상보험법 및 의료보험법, 군인연금법, 국민복지연금법 등이 그것이다. 그러나 각종 사회보장법이 제정되었다는 입법연혁과 그것이 실제로 시행되었는가는 별개의 문제였다. 실제로 1963년에 제정된 국민복지연금법은 25년이나 지난 1988년에 비로소 시행되었다. 그밖에 의료보험법이나 산업재해보상보험법 역시 1970년대 중반에 이르러서야 제한적으로나마 보완되었다는 점이 이를 반증한다. 한편, 우리나라 범죄피해자대책의 연혁에 관하여는 조관석, “형사사법에 있어 범죄피해자대책의 현황과 과제”, 법학논집 제14권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010/3, 180면 이하 참조.

사회부조의 한 영역을 이루게 되는 바, 기타의 사회권적 기본권과는 이념적으로 다소 상이한 출발을 한다는 점에서 그 보장시기가 가장 늦어진 것으로 보인다.

일반적으로 사회권적 기본권은, 근본적으로는 시민적 자유권을 보장하기 위한 부수적 방편이라는 의미를 가진다. 역사적으로 보면, 자본주의의 확산이 부의 편중과 빈곤의 확대 등의 결과 계급적 대립의 격화라는 심각한 사회현상으로 나타났다. 그리고 이것이 자유권적 기본권의 실질적 보장에 부정적인 영향을 미치는 결과, 모든 사회구성원의 최저한의 생존을 보장한다는 사회정의 구현을 근간으로 하여 시민의 자유권 행사를 실현가능케 한다는 근본목적은 가지는 것이다.

그러나 범죄피해자구조는 거시적 측면에서, 자유권 보장이라는 사회구조적 문제로부터 양산된 것이 아니다. 뿐만 아니라 외견상 최저생계 미달의 책임이 사회양극화 현상이 아닌 특정된 범죄자 개인에게 귀속될 뿐만 아니라, 개인의 자유권과는 별개의 문제라는 점에서 지금까지 사회적 문제로 주목을 받지 못하였던 것으로 보인다. 역으로 이러한 구조적 측면이 범죄피해자구조청구권의 헌법적 위상을 보다 강한 사회부조로서의 의미로 인상짓게 된다.

2. 범죄피해자구조청구권과 국가구조책임의 본질

헌법재판소는 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 의무가 이루어지지 아니할 때 국가의 의무위반을 국민에 대한 기본권 침해로 규정할 수 있고, 이 경우 개인의 법익을 직접 침해하는 것은 국가가 아닌 제3자의 범죄행위이므로 위와 같은 원초적인 행위 자체를 기본권침해 행위라고 규정할 수는 없다고 본다. 그러나 이와 같은 침해가 있음에도 불구하고 이것을 배제하여야 할 국가의 의무가 이행되지 아니한다면 이 경우 국민은 국가를 상대로 헌법 제10조, 제11조 제1항 및 제30조에 규정된 보호의무 위반 또는 법 앞에서의 평등권 위반이라는 기본권 침해를 주장할 수 있다고 본다.⁸⁾ 즉, 헌법 제10조, 제37조 제1항 및 제30조 범죄피해자의 국가구조청구권의 내용으로부터 국민의 생명·신체의 안전에 대한 기본권과 그 생명·신체

8) 憲裁決 1989. 4. 17. 88헌마3, 한편 범죄피해자보호의 헌법적 근거로서 헌법 제10조에 관한 설명은 김성환, “범죄피해자지원의 헌법적 근거”, 헌법학연구 제12권 제5호, 한국헌법학회, 2006/12, 477-479면 참조.

를 사인에 의한 침해로부터 적절히 보호할 국가의 의무가 도출된다고⁹⁾ 봄으로써, 범죄피해자구조청구권의 바탕에 국가의 안전의무와 보호의무를 두고 있다.¹⁰⁾

피해자구조라는 국가책임의 본질에 관하여는 자기책임설, 대위책임설, 위험책임설 및 사회보장설 등 몇 가지 학설들이 대립되어 있다.¹¹⁾ 우선 자기책임설은 사회계약설에 기초하여 계약당사자인 국가 자신의 범죄예방의무의 불이행에 기인하여 부담지워지는 무과실 자기책임이라고 본다. 또는 국가독점이론을 기초로 하여, 자력구제를 금지시키고 형사사법 운용에 관한 권한을 독점한 국가는 이를 위임한 국민의 생명과 재산을 보호하여야 할 보호의무가 지워진다고 보기도 한다.¹²⁾ 전자의 계약론자들은 계약의 기본은 생래적 인권보장을 위한 치안이며, 이로부터 국가는 범죄로부터 시민을 보호할 의무가 주어지고 의무이행실패는 당연히 보상책임으로 귀결된다. 후자의 독점론자들에 따르면 생명·재산을 보호할 권한을 박탈당한 국민은 국가의 범죄예방에 있어서의 과실유무와 관계없이 보장책임을 청구할 수 있다고 본다.

대위책임설은 국가가 범죄인을 대신하여 보상한다는 의미에서 대위책임이라고 보지만, 순수한 대위책임으로 인식하기 보다는 사회국가에서 인간다운 생활을 보장하기 위한 일환으로서 국가의무로 이해하고 있다.¹³⁾ 위험책임설의 입장에서 범죄피해자에 대한 국가구조는, 사회적 의무이론(Social Obligation Theory)으로부터 출발

9) 憲裁決 2003. 9. 25. 2002헌마533; 憲裁決 1997. 1. 16. 90헌마110등

10) 이러한 국가의무의 도출은, 국가권력에 복종하는 개인이 동시에 국가권력에 대하여 기본권을 주장할 수 있는 사인인 제3의 가해자가 개인의 보호법익을 위법적으로 침해하였거나, 그러한 위험이 있는 경우에 국가의 보호의무가 발생하게 되고, 이로부터 국가는 피해자의 기본권적 법익의 안전성을 범치국가적 수단을 통하여 보호할 의무가 주어지기 때문이라고 본다. 정태호, “기본권 보호의무”, 한국공법학회 제66회 월례발표회, 1997/3/15, 105면 이하.

11) 이와는 달리 사회계약설과 사회보장설 및 정치적 도구설로 구분하는 견해가 있다. 이에 따르면 정치적 도구설은 피해자보상을 형사사법제도 운영, 범죄예방 및 기소정책 추진 등에 국민의 지지를 얻기 위한 정치적 도구(political tool)로 보는 입장이라고 한다. 그리고 각국의 피해자 보상프로그램은 대부분 위 3가지 입장이 혼재되어 있는 편이라고 한다. Peggy M. Tobolowsky, *Crime Victim Rights and Remedies*, Carolina Academic Press, 2001, 159면(김재민, “범죄피해자 구조금 지급요건과 절차 개선방안 - 미국의 범죄피해자 보상정책과의 비교를 중심으로 -” 형사정책 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011/6, 204면 재인용).

12) H. H. Kühne·최인섭 역, “유럽에서의 범죄피해자 공공보상제도”, 피해자학연구 제2호, 한국피해자학회, 1993, 23면 이하. 한편, 권영성, *헌법학원론*, 법문사, 2010, 586면은 자기책임설과 사회보장설을 모두 수용하고 있다.

13) 민경식, “범죄피해자의 구조청구권”, 월간고시, 법지사, 1988, 159면.

하여 국가는 사회현상의 일부인 소위 ‘분배된 위험’에 대한 보호책임이 있다고 본다.¹⁴⁾ 즉, 국가는 자력구제를 금지하고 있는 바, 범죄유발환경 등 특별한 위험이 사회에 존재하게 된다면, 그 위험 형성에 책임이 있는 자가 손해전보의 책임을 부담함이 타당하며, 사회의 내재적 모순으로 야기된 범죄피해도 그러한 위험에 속한다는 점에서 위험책임을 국가가 부담해야 한다는 것이 그 핵심이다.

사회보장설은 범죄피해자 구조의 본질이 사회국가적 원리에 입각한 사회보장의 일면이라고 본다. 대체로 다수의 헌법학자들의 입장이 이에 해당하는 것으로 보이며, 사회국가에서의 인간다운 생활을 보장하기 위한 국가의무라거나 사회복지국가를 실현하기 위한 하나의 방법이라거나 범죄자가 배상능력이 없는 경우에 범죄피해자를 구제해 주기 위하여 마련된 보충적인 사회보장제도의 일종이라고 본다.¹⁵⁾

생각건대, 국가구조책임의 본질을 어떻게 이해할 것인가의 문제는 법률이라는 입법형식으로 구체화되는 범죄피해자보상청구권의 범위, 즉 범죄피해자구조금의 입법적 상하한과 직접 결부된다. 책임의 본질은 책임범위를 정함에 있어서 국가의 책무 이행의 법률적 한계를 설정하는 근거가 되고, 이는 법률상 구조금의 지급범위로 현실화되기 때문이다. 구체적으로는 가해자의 무자력이 구조금 지급의 요건인지 여부, 외국에서의 범죄피해자도 부조대상인지 여부, 범죄피해자의 범위, 구조금의 상하한 설정 기준, 손해전보된 피해자에 대한 구조금 지급 여부 등의 문제가 이와 관련된다. 국가구조책임의 본질과 구조금의 범위설정과의 상관성은 다음과 같다.

14) Carrow, Crime Victim Compensation: Program Models 5-7, Washington : U.S.Dept. of Justice, National Institute of Justice, Office of Development, esting and Dissermination, 1980(송연권, “범죄피해자 구조청구권의 본질적 특성과 보호입법의 범위”, 법학연구 제11권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2000, 328면 각주 27) 재인용).

15) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 586면; 구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1996, 715면; 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2013, 695면 등.

Ⅲ. 국가구조책임의 이해와 범죄피해자구조금의 범위설정

1. 국가책임설을 근거로 한 범죄피해자구조금의 범위

가. 범죄피해자구조금의 범위설정

국가책임설은 기본적으로 사회계약설이나 국가독점이론을 근거로 한다. 즉, 국가가 형사사법과 관련한 모든 권한을 전적으로 개인으로부터 배제하고 국가형벌권으로 귀속시켰으므로, 이에 대한 불이행으로 발생하는 범죄에 대한 피해는 책무불이행의 결과이며 따라서 국가가 보상책임을 져야 한다. 이러한 국가책임설에 따르면 국가의 범죄피해자구조의 범위는 국가의 책무불이행의 정도에 비례하여야 한다. 즉, 책임비례의 원칙에 따라서 국가의 책무불이행이라는 국가귀속책임에 비례하는 정도의 보상 또는 구조금 지급의무가 책임귀속자인 국가에게 발생하며, 이로부터 구조금의 지급범위가 결정되어야 함이 논리적 귀결일 것이다. 비례의 원칙은 개인 간 또는 개인에게만 적용되지 아니하며, 국가와 개인 간의 관계에서도 ‘법적’으로 준수되어야 하기 때문이다.

또한 이 경우 범죄피해자구조금의 범위는 비례성의 원칙에 따라 국가의 책무불이행의 정도에 상응하여야 한다. 다만, 일반적으로 순수한 범죄피해자의 경우, 국가의 책무불이행은 계약적 입장에서 손해의 전보를 통한 원상회복의 정도에 이르게 될 것이다. 즉, 완전한 손해배상 또는 범죄발생 이전의 온전한 사회생활로의 복귀에 이르는데 적정한 금전적 배상이 범죄피해자구조금의 법리적 범위가 될 것이다.

또한 구조금의 출원은 국민소득의 재분배를 통해서 이루어질 수 없다. 소득의 재분배는 당해 범죄피해자의 ‘自救’적 의미를 가지게 되므로 국가에 의한 배상의 성격을 가질 수 없기 때문이다. 현행 범죄피해자보호기금법 제4조상 범죄피해자구조기금이 벌금의 100분의 6이상 범위에서 일정비율의 금액으로 조성되거나 범죄자로부터의 구상금이나 정부이외의 자가 출연 또는 기부하는 재산을 기초로 한다는 점은, 기금의 사회보장적 성격을 제거하고 국가책임적 성격을 보다 강하게 드러냄을 반증한다.

나. 구조금 지급의 한계

국가책임설에 의하면 범죄피해자는 범죄와 전혀 무관한 ‘순수한’ 피해자여야 한다. 범죄에의 기회제공 또는 자초유발된 범죄의 피해자라면 국가에게 범죄예방의 책무불이행 책임을 귀속시킬 수 없기 때문이다. 또한 범죄피해자가 범집행기관인 국가의 범죄자처벌에 의한 법질서회복에 노력해야 한다는, 개인의 형사사법절차에의 노력의무를 전제로 하게 된다. 국가의 책무불이행의 회복은 형사사법절차를 통한 형벌권 부과과정에서 이루어지게 되는 바, 이러한 국가형벌권의 이행 및 완성에 노력하지 않는 범죄피해자는 소위 ‘계약’의 내용을 이행한 계약자의 지위를 얻을 수 없기 때문이다. 따라서 국가책임설을 전제로 할 때에는 국가책무불이행과 직접적 인과관계 또는 연관성이 있는 순수한 피해자여야 한다는 점과 국가형벌권 실현을 통한 범죄회복 또는 사회재건에의 노력의무를 형사사법절차 내에서 이행한 자여야 한다는 두 가지 조건이 도출된다.

반면 범죄피해자가 범죄행위자로부터 민사상의 손해배상을 받았는지 여부 및 범죄행위자 또는 피해자가 무자력자일 것을 요건으로 할 필요가 없다. 범죄행위자는 국가와 피해자사이의 책무와 부조의 관계에 개입될 여지가 없을 뿐만 아니라, 범죄행위자에 대한 민사상의 손해배상청구권과 별개로 이는 국가를 상대로 한 국가배상청구권의 성격을 가지기 때문이다. 다만, 이 경우 국가는 범죄행위자에게 구상권을 청구할 수는 있을 것이며 이는 민법상 타인의 행위에 의하여 배상의무를 부담케 된 자가 그 타인에게 상환을 청구할 수 있는 권리¹⁶⁾의 형태를 띠게 된다. 그러나 손해의 원인이 범죄행위자에게 있다는 점에서 구상권을 보유했을 수는 있지만, 이것이 범죄피해자가 가지는 손해배상청구권의 직접적 대위권 행사로서의 성격을 가질 수는 없다.

다. 외국에서의 범죄피해자 또는 외국인인 범죄피해자의 구조 배제

외국에서 발생한 범죄로 인한 피해자에 대하여는 국가책무불이행 책임을 국가에 귀속시킬 수 없고, 그 결과 국가는 범죄피해자를 구조할 의무를 부담하지 않는 결과

16) 예컨대 민법 제465조, 제756조 및 제758조가 이에 해당한다.

를 초래한다. 범죄예방의무는 국가에 의한 예방가능성을 전제로 하는 바, 비록 자국민이라 할지라도 외국에서는 자국의 형사사법권을 발동할 수 있는 가능성은 없으며 예방임무를 기대할 수 없기 때문이다. 헌법재판소 역시 이와 동일한 견해¹⁷⁾를 유지하고 있다. 국가의 주권이 미치지 못하고 국가의 경찰력 등을 행사할 수 없거나 행사하기 어려운 해외에서 발생한 범죄에 대하여는 국가에 그 방지책임이 있다고 보기 어렵고, 상호보증이 있는 외국에서 발생한 범죄피해에 대하여는 국민이 그 외국에서 피해구조를 받을 수 있으며, 국가의 재정에 기반을 두고 있는 구조금에 대한 청구권 행사대상을 우선적으로 대한민국의 영역 안의 범죄피해에 한정하고, 향후 해외에서 발생한 범죄피해의 경우에도 구조를 하는 방향으로 운영하는 것은 입법형성의 재량의 범위 내라고 본 것이다. 따라서 범죄피해자구조청구권의 대상이 되는 범죄피해에 해외에서 발생한 범죄피해의 경우를 포함하고 있지 아니한 것이 현저하게 불합리한 자의적인 차별이라고 볼 수 없어 평등원칙에 위배되지 아니한다고 판단한다. 따라서 외국에서 발생한 범죄로 인한 피해자는 상호보증이 있는 한, 당해국에서 피해구조를 받아야 하며, 국내법에 근거한 피해구조를 국가에 청구할 권리를 보유할 수 없다.

2. 대위책임설 및 위험책임설을 근거로 한 범죄피해자구조금의 범위

대위책임설과 위험책임설은 국가의 무과실책임을 인정하면서, 피해자의 형사사법예의 조력의무를 전제로 한다는 점에서는 공통된다. 그러나 대위책임설은 국가가 특정 범죄행위자의 범위반행위를 어떠한 구조를 통하여 인수하는지에 관한 아무런 근거를 제시하지 못한다.

17) 憲裁決 2011. 12. 29. 2009헌마354은 구 범죄피해자구조법(1987. 11. 28. 법률 제3969호로 제정되고, 2010. 5. 14. 법률 제10283호로 폐지된 것) 제2조 제1호에서 범죄피해자구조청구권의 대상이 되는 범죄피해의 범위에 관하여 해외에서 발생한 범죄피해는 포함하고 있지 아니한 것이 평등원칙에 위배되는지 여부에 관하여 합헌결정을 내렸다. 참고로 당해 법 제2조는 1. “범죄피해”라 함은 대한민국의 영역안 또는 대한민국의 영역밖에 있는 대한민국 선박 또는 항공기안에서 행하여진 사람의 생명 또는 신체를 해하는 죄에 해당하는 행위(형법 제9조, 제10조 제1항, 제12조, 제22조 제1항의 규정에 의하여 처벌되지 아니하는 행위를 포함하며, 동법 제20조 또는 제21조 제1항의 규정에 의하여 처벌되지 아니하는 행위 및 과실에 의한 행위를 제외한다. 이하 “범죄행위”라 한다)로 인한 사망 또는 중장해를 말한다고 규정하였다.

위험책임설은 위험물에 의하여 생긴 손해에 대한 전보라는 점에서는 완전보상을 의미하는 듯하지만, 위험의 원인이 사회적 무관심이나 도덕적 이완이라는 점에서는 사회의 구성원인 피해자에게도 분배원칙상 손해의 일정부분을 감수해야 할 위험을 부담한다고 해야 할 듯하다. 그 결과 국가는 손해전보의 책임이 없다. 결과적으로 위험책임설에 의할 때에는 구조범위의 설정이 매우 모호해진다. 이 경우 피해자의 과실여부는 국가책임에 영향을 미치지 않는다. 국가구조의 원인이 근본적으로는 분배된 위험에 있는 것이 아니라, 위험방지를 위한 힘의 보유와 행사를 금지한 국가권력독점에 있기 때문이다. 반면 지역적 특성 및 힘의 보유여부와의 관계상 외국에서 발생한 범죄의 피해자에 대하여는 구조책임이 없다.

3. 사회보장설을 근거로 한 범죄피해자구조금의 범위

가. 범죄피해자구조금의 범위설정

사회보장은 경제적 빈곤과 관련하여, 국민소득의 재분배를 통한 국민생활의 최저보장을 기본개념으로 한다.¹⁸⁾ 사회보장의 역사가 그리 오래되지 않은 만큼, 사회보장도 최소한의 생계유지를 위한 부조의 의미로 접근된다. 사회보장은 인간다운 생활을 할 권리로서 헌법 제10조로부터 유래하며, 질병·장애·노령·실업·사망 등 각종 사회적 위험으로부터 모든 국민을 보호하고 빈곤을 해소하며 국민생활의 질을 향상시키기 위하여 제공되는 사회보험, 공공부조, 사회복지 등을 의미한다(사회보장기본법 제3조 제1호). 이처럼 사회보장적 접근은 사회생활의 위험요소에 대하여 국가 부담 또는 보험방식에 의한 사회안전망 구축을 의미하게 되며, 본질적으로는 자본주의가 필연적으로 수반하는 경제적 빈부차를 국가가 보증함으로써 자본주의 국가

18) 사회보장이라는 용어는 1935년 미국의 사회보장법(Social Security Act)으로부터 기원한다. 사회보장의 역사적 배경을 살펴보면, 뉴딜정책의 원인이 된, 자본주의 시장경제의 근간을 흔든 미국의 대공황이 자리잡고 있다. 이로부터 경제 뿐만 아니라 사회전반에 대한 정부의 적극적 개입이 국가적 지표로 대두되었고, 제2차 뉴딜정책의 일환으로 현대사회의 위험을 나이, 빈곤, 실업, 과부와 고아에 대한 부담을 포함한 ‘미국인의 위험’으로 간주하였다. Achenbaum, Andrew, Social Security Visions and Revisions, New York Cambridge University Press, 1986, 25-26면은 이를 두고 루즈벨트 대통령을, 노인에 대한 연방정부차원의 지원을 지지한 최초의 대통령이라고 지칭하고 있다.

체제 및 자유권의 유지를 목적으로 한다. 이 경우 사회보장의 범위는 궁핍으로부터 해방되어 자유권을 행사할 수 있는 정도, 즉 생계의 최저보장이 적정선이 된다. 마찬가지로 국가구조책임의 본질이 사회보장이라면, 범죄피해자에 대한 구조는 생계 유지를 위한 최저보상으로 족하게 된다. 사회보장의 면에서 국가는 범죄와 무관하게 범죄피해자의 자력에 의한 생활유지 불가능상태로부터의 회복으로 그치며, 그 재원도 국민의 소득재분배를 통하여 달성할 수 있다.

나. 범죄피해자의 범위설정

사회보장의 측면에서는 앞선 견해들과 달리 우선 부조의 대상은 순수한 범죄피해자로 한정되지 아니하며, 과실에 의한 범죄의 피해자이든 자초유발한 범죄의 피해자이든 무방하다. 오로지 범죄피해자의 무자력만이 요건이 될 것이다. 다만, 범죄피해자가 행위자로부터 손해전보를 받았거나 기타 민간단체로부터 조력을 받아서 최저생계유지가 가능한 상태가 되었다면, 원상회복여부와 관계없이 국가의 부조의무는 해소된다고 보아야 할 것이다. 그러나 기본적으로 위험분배에 따른 소득의 재분배의 취지가 강한 바, 기 밝혀진 위험요소의 분배책임을 사후 거부하는 자는 재분배 대상이 될 수 없다는 점에서 형사사법절차에의 협조의무를 이행하지 않는 자는 구조대상이 될 수 없다.

뿐만 아니라 외국에서 발생한 범죄피해자라 하더라도 사회보장의 측면에서는 부조의 대상이 될 수 있다. 반대로 자국에서 발생한 외국인 범죄피해자의 경우에는 이 경우에도 국가간 상호보증이 없다면 구조의 대상이 될 수 없다고 보아야 한다. 소득의 재분배는 자국민간에 이루어지며, 재분배의 대상이 되지 아니하는 자는 구조의 대상이 될 수 없기 때문이다.

4. 소결

가. 헌법재판소의 태도

헌법재판소는 범죄피해자 구조청구권의 본질을 국가책임설과 사회보장설의 혼합

된 형태로 이해한다. 즉, 국가가 범죄방지책임 또는 범죄로부터 국민을 보호할 국가의 보호의무를 다하지 못하였다는 것과 그 범죄피해자들에 대한 최소한의 구제가 필요하다는 점으로부터 이를 도출하고자 한다.¹⁹⁾ 그리고 헌법 제30조의 ‘법률이 정하는 바에 의하여’ 범죄피해자구조청구권을 보장하기 위해서는 입법자에 의한 범죄피해자구조청구권의 구체적 형성이 불가피 하므로 입법자의 광범위한 입법재량이 인정된다고 할 것이나, 당해 입법이 단지 범죄피해를 입은 경우에 국가에 대한 구조청구권을 행사할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 허용하는 것이어서는 아니 되고, 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장되도록 하여야 한다.

나. 자기책임 및 사회보장의 병행

전적으로 자기책임을 인정할 것인가는 사회계약설 및 국가독점론에 대한 비판점에 근거하여 이를 부정할 수 밖에 없다. 사회계약론은 국가의 정당성을 근거지우고자 하지만 현실적으로 그 실체를 확인할 수 없을 뿐만 아니라, 계약의 내용을 확정할 수도 없고 따라서 국가책임을 무한대로 확대하기도 하지만 반대로 범죄행위자의 범위반이라는 계약불이행이 어떠한 구도로 영향을 미쳐 국가책임을 개입할 것인가의 문제가 남게 된다. 또한 국가독점론은, 자력구제의 금지는 국가독점의 면이 아니라 할지라도 사회안정과 질서유지의 기본 법원리라는 점에서 이를 근거로 국가의 전적인 손해배상책임을 도출함은 무리가 아닐 수 없다. 그렇다하더라도, 국가는 범죄예방책무의 귀속자라는 점 및 책무불이행의 결과 범죄행위가 발생하였다는 인과성은 여전히 인정된다는 점에서 자기책임을 전적으로 부정하기도 어렵다.²⁰⁾

대위책임과 위험책임은 국가의 무과실책임을 전제로 하는 바, 전자의 경우 범죄행위자의 불법의 결과를 국가가 아무런 조건없이 인수해야 할 의무가 어디로부터 발생하는지 모호하다. 또한 범죄자의 행위를 국가의 행위와 동일시 할 수 없으며, 그 어떤 경우에도 국가의 선임·감독책임을 인정할 수 없다.

위험책임설의 경우, 사회현상으로서 일정한 정도 항상적으로 존재하는 범죄행위

19) 憲裁決 2011. 12. 29. 2009헌마354.

20) 전광석, “범죄와 국가보상-범죄피해자보상법의 해석론적 및 정책론적 개선을 위한 비교법적 고찰”, 강원법학 제4권, 강원대학교 비교법학연구소, 1990/12, 179면.

에의 위험은 국가가 아닌 사회의 몫이라는 비판이 가능할 것이다. 또한 이러한 위험은 위험의 분배를 개인에게 귀속시키는 결과를 초래하기 때문에 국가책임의 법적 근거가 되기는 어려워 보인다. 또한 현대사회의 분배된 위험요소-산업재해, 자연재해, 교통, 범죄 등-중에서 앞선 위험들이 구체적이고 현실적으로 직면한 사회구성원 전체의 분배된 위험인 반면, 범죄는 분배된 위험요소라고 하기에는 구조적으로 매우 상이하다. 즉, 위험책임론에서의 위험은 공적 부담으로서의 평등의 원칙에 근거를 두고 있으나, 범죄발생의 위험이 사회구조, 예컨대 빈곤이나 계층적 불평등, 도덕적 해이 등에 기인하기 때문에 사회구성원들이 그 위험을 공평하게 분담해야 한다고 하기에는 설득력이 부족하다. 또한 국가가 그 위험에 기인하여 현실적으로 발생한 범죄의 피해를 보전해야할 의무와의 인과성의 고리가 지나치게 추상적이고 빈약하다. 현대사회는 구조적 불합리와 모순으로 인한 위험이 일상화된 사회이며, 범죄 또는 범죄유발환경이 이러한 현상의 일부라고 보더라도, 분배된 위험은 책임에 대한 분담을 구성원에게 요구하는 바, 위험의 공유를 요구하되 스스로 보호할 수 있는 힘의 보유를 국가가 금지한다는 점으로부터 국가책임을 도출한다고 하더라도, 힘의 보유를 허용함이 분배된 위험의 제거에 대한 확증을 주지 못하는 한, 국가의 무과실책임을 인정하는 것이 타당한 귀결은 아닌 듯하다.

사회보장설 역시 전적으로 범죄피해자에게 타당한 접근은 아니다. 사회보장설의 근간은 자유권 실현에 있으며, 사회구조적 경제적 불평등에 의하여 초래되는 경제적 약자보호를 위한 소득의 재분배가 목적이기 때문이다. 다만, 범죄피해자의 경우 최저생계에 미달하는 경제적 빈자인 경우가 많다는 점에서는, 범죄피해자인지 여부와 관계없이 사회보장의 대상으로 간주할 수는 있다. 그러나 이 경우 구조금의 재원이 사회구성원들의 총체적 소득인가 아니면 국가기금인가의 문제가 발생하게 된다. 범죄피해자는 기타의 사회보장과 다른 부조의 원인, 즉 원인이 특정 범죄자라는 점으로 인하여 부조의 재원을 소득의 재분배로 할 정당성이 인정되지 않기 때문이다.

결론적으로는 범죄예방의무의 불이행이라는 원인과 범죄로 인한 피해결과 사이에 인과관계가 인정된다는 점, 피해복구는 정상적인 사회생활로서의 최저생계 이상의 경제적 지원을 목적으로 한다는 점에서는 자기책임설과 사회보장설 양자 모두 수용함이 불가피할 것이다. 범죄피해란 국가가 범죄예방의 과제를 완벽하게 수행하

지 못한 결과 발생하였다는 점은 부인할 수 없지만, 치안유지의 실패가 국가의 정당성을 감소시키는 요인이 될지언정, 그로 인하여 바로 국가가 범죄피해를 전적으로 보상해야 한다는 근거가 도출되지는 않는다.²¹⁾ 그렇다고 하여 범죄피해보상을 순수하게 사회국가원리에 기반을 둔 생활보호제도와 일치하는 것으로 판단하기도 어렵다.²²⁾ 범죄예방이라는 국가책무를 온전히 이행하지 못한 결과라는 의미에서의 국가책임을 전적으로 배제할 수 없기 때문이다.

다. 형사정책적 접근과 과소보호금지의 원칙

자기책임설과 사회보장설의 병행은 형사정책적 관점에서 그 타당성을 찾을 수 있을 것이다. 범죄피해자의 보상은 아니더라도 국가의 범죄예방이라는 책무해태 즉 국가책무불이행을 선행행위로 하면서, 피해자의 사회복귀를 목적으로 정책적 지원을 하는 것이라고 평가하는 것이다. 범죄관계자는 범죄자와 피해자 모두이므로 범죄자의 사회복귀가 형사정책적으로 고려된다면 이와 균등하게 피해자의 사회복귀 역시 형사정책적으로 고려되어야만 할 것이다. 특히 범죄자에 대한 인권보호 및 사회복귀를 위한 처벌의 사회화 등의 시대적 흐름이 범죄자의 재사회화에는 부응하는 정책일지라도 상대적으로 법질서에 대한 피해자의 불신을 강하게 유발하는 부정적인 측면을 부정할 수 없다. 그렇다면 범죄피해자의 피해회복은 경제적 지원을 통한 사회생활복귀의 측면뿐만 아니라, 피해자에 대한 보상을 통하여 피해자의 형사사법

- 21) 독일의 경우 1976년 범죄피해자보상법이 제정되면서 이론적으로는 국가책임이론, 특별희생이론, 위험공동체이론, 사회복지 이론 등 다양한 이론들이 정당성의 근거로 제시되었다. 또한 기본법상으로는 제34조 직무상 배상책임(Amtshaftung)과 행정법상의 희생보상청구권(Aufopferungsanspruch)이 근거로 제시되었다. 그러나 전자는 구체적인 공무원의 직무위반을 전제로 한다는 점에서, 후자는 범죄피해가 국가공권력에 입각한 명시적 또는 심리적 희생이 없다는 점에서 법적 근거로 제시되기 어려웠다. U. Weinrad, Staatliche Entschädigung für Opfer von Gewalttaten in Großbritannien und der Bundesrepublik Deutschland, 1980, 20면 이하(전광석, “범죄피해자구조청구권의 헌법체계 내 위치의 문제와 사회보장법적 구체화문제와 관한 시론”, 논문집 제7집, 한림대학교 인문사회과학편, 1989, 253 이하 재인용).
- 22) 독일의 경우에도, 구조가 전혀 다름에도 불구하고 동일한 급부규정을 적용하는 것 자체가 체계일관성을 저해한다는 비판이 존재하였다. Franz Ruland, “Sozialrecht”, Ingo v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 7 Aufl., 1988, 47면; Hans F. Zacher, “Die Frage nach der Entwicklung eines sozialen Entschädigungsrechts”, Die öffentliche Verwaltung, 1972, 451면(전광석, 앞의 각주 19) 논문, 181면 재인용).

의 신뢰도를 회복한다는 형사정책적 기여가 가능하다. 그 결과 범죄자와 피해자의 사회복귀를 형평성 있게 고려할 수 있는 합리적 형사정책 달성에 기여할 수 있을 것이다.

이 경우 구조의 인적범위는 원칙적으로 원인된 범죄예방의무 불이행과의 상관성에서 찾아야 하며, 구조의 물적 범위는 최소한의 경제적 생계유지와 상관성에서 찾아야 할 것이다. 다만, 국가에 의한 구조의 의미를 가진다는 점에서 과소보호금지의 원칙은 반드시 지켜져야 한다.

헌법재판소 역시 급부행정의 최소한을 과소급부금지 또는 과소보호금지의 원칙에서 찾고 있다.²³⁾ 즉, 헌법 제10조의 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”는 점 및 제37조 제1항의 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”는 규정, 그리고 제30조 범죄피해자의 국가구조청구권의 내용으로부터 국민의 생명·신체의 안전에 대한 기본권과 그 생명·신체를 사인에 의한 침해로부터 적절히 보호할 국가의 의무가 도출된다. 그리고 국가는 이 기본권 보호의무를 이행함에 있어서 국민의 생명·신체에 대한 보호의 정도가 헌법이 요구하는 최소한도의 보호수준에 미달해서는 아니된다는 의미에서 이른바 국가의 국민에 대한 과소보호금지라는 헌법상의 원칙을 준수하여야 한다.

IV. 구조청구권의 본질을 반영한 범죄피해자구조금의 법적 타당성

1. 구조금 지급의 인적 범위의 타당성 및 개선방안

가. 현행법상 구조금 지급의 인적 범위

범죄피해자보호법상 범죄피해자란 타인의 범죄행위로 피해를 당한 사람과 그 배

23) 憲裁決 2003. 9. 25. 2002헌마533; 憲裁決 1997. 1. 16. 90헌마110등

우자(사실상의 혼인관계를 포함한다), 직계친족 및 형제자매이다(제3조 제1항 제1호). 즉 구조금을 지급받을 수 있는 인적 범위이자 지급순서가 된다. 또한 구조대상 범죄피해란 대한민국의 영역 안에서 또는 대한민국의 영역 밖에 있는 대한민국의 선박이나 항공기 안에서 행하여진 사람의 생명 또는 신체를 해치는 죄에 해당하는 행위로 인한 사망, 장애 또는 중상해를 의미하며(동조 제4호) 범죄피해 방지 및 범죄피해자 구조 활동으로 피해를 당한 사람도 이에 포함된다(동조 제2항). 다만 형사 미성년자, 심신상실자, 강요된 행위와 같은 책임조각사유에 해당하는 자의 가해행위와 긴급피난으로 위법성이 조각되는 행위에 의하여 범죄가 불성립되는 행위자에 의한 피해도 구조대상이 되지만, 정당행위나 정당방위의 상대방인 범죄피해자 및 과실범의 피해자는 구조대상에서 제외된다.

동법 제16조는 구조피해자가 피해의 전부 또는 일부를 배상받지 못하는 경우를 지급요건으로 하고 있으며, 제19조는 지급의 예외사유로서 피해자와 가해자가 부부, 직계혈족, 4촌 이내의 친족, 동거친족 관계에 있는 경우, 일부지급제한 사유로 그 밖의 친족관계를 규정하고 있다. 또한 구조피해자가 해당 범죄행위를 교사 또는 방조하는 행위, 과도한 폭행·협박 또는 중대한 모욕 등 해당 범죄행위를 유발하는 행위, 해당 범죄행위와 관련하여 현저하게 부정한 행위, 해당 범죄행위를 용인하는 행위, 집단적 또는 상습적으로 불법행위를 행할 우려가 있는 조직에 속하는 행위, 및 범죄행위에 대한 보복으로 가해자 또는 그 친족이나 그 밖에 가해자와 밀접한 관계가 있는 사람의 생명을 해치거나 신체를 중대하게 침해하는 행위를 한 자에 대하여는 구조금을 지급하지 아니한다.²⁴⁾

나. 구조청구권의 본질에 비추어 본 인적 범위

범죄피해자구조금 지급의 인적 범위는 우선 범죄예방의무불이행 책임을 원칙으로 하되 사회보장적 필요성을 보충적으로 고려하여, 사법신뢰도의 회복과 생계보장이라는 형사정책적 목적 달성에 필요한 적정한 범위산정이 요구된다. 특히 범위산

24) 그 밖에 동조 제4항은 일부 지급제한사유로서 폭행·협박 또는 모욕 등 해당 범죄행위를 유발하는 행위 및 해당 범죄피해의 발생 또는 중대에 가공한 부주의한 행위 또는 부적절한 행위를 명시하고 있다.

정에 문제되는 경우는 본인 이외의 구조대상 친족의 범위, 무자력요건의 필요성, 경제적으로 최저생계 이상자, 유발된 범죄피해자, 과실범의 피해자, 손해전보된 피해자에 대한 구조금 지급여부이다.

원칙적으로 국가책무불이행의 측면에서 접근하게 되면 피해자 또는 가해자의 무자력여부와 관계없이, 그리고 경제적으로 최저생계 이하여부와도 무관하게 피해발생된 모든 피해자가 대상이 되며, 손해전보된 피해자라 하더라도 배제되지 않는다. 다만 손해전보된 피해자는 원칙적으로는 범주 내에 포함되지만, 예방의무불이행이 선 존재한다고 하더라도 이미 범죄자에 의하여 사후회복이 되었다는 점에서는 사회보장적 의미에서는 구조의 필요성이 약화됨은 부정할 수 없다. 유발된 범죄피해자나 과실범의 피해자는 국가책무불이행 측면에서는 구조필요성이 약화되나, 사회보장적 의미에서 최저생계 이하임을 요건으로 하여 구조금 지급의 대상이 되어야 한다. 외국에서의 범죄피해 역시 예방의무불이행의 측면에서는 원칙적으로 구조의 대상이 될 수 없으나, 사회보장적 의미에서 최저생계 이하임을 전제로 구조대상이 된다고 보아야 할 것이다.

또한 범죄피해자 본인이 구조대상임은 자명하되, 본인 이외의 구조대상 친족 범위는 생활관계를 중심으로 고려해야 할 것이다. 국가책무불이행의 측면에서는 원칙적으로 본인 이외에 국가손해배상법상 위자료 청구가 가능한 범위가 될 것이다. 국가배상법 제3조 제5항은 정신적 손해배상의 청구자로서 피해자, 피해자의 직계존속·직계비속 및 배우자로 한정하고 있다.²⁵⁾ 다만, 사회보장적 측면을 고려한다면 피해자와 생활관계를 공동으로 하여, 피해자의 신체적·정신적 상실로 인한 경제력 저하에 직접적으로 영향을 받는 자를 포함시켜야 할 것이다. 따라서 법률상 손해배상청구대상자를 원칙으로 하되, 사회보장적 측면을 고려하여 공동생계 여부를 중심으로 최저생계보장의 필요성을 고려하여야 할 것이다.

그러나 그 어떤 경우에도 형사사법절차에의 조력의무를 거부하는 자는 구조대상이 될 수 없다. 자기책임설에 의하면 법질서회복을 거부하는 자는 범죄행위자와 다

25) 국가배상법 제3조 제5항. 사망하거나 신체의 해를 입은 피해자의 직계존속(직계존속)·직계비속(직계비속) 및 배우자, 신체의 해나 그 밖의 해를 입은 피해자에게는 대통령령으로 정하는 기준 내에서 피해자의 사회적 지위, 과실(과실)의 정도, 생계 상태, 손해배상액 등을 고려하여 그 정신적 고통에 대한 위자료를 배상하여야 한다.

를 바 없이 피해자 자신의 의무불이행의 책임이 있다. 사회보장설의 측면에서도 기본적으로 위험분배에 따른 소득의 재분배의 취지가 강한 바, 기 밝혀진 위험요소의 분배책임을 사후 거부하는 자에 해당하므로 재분배 대상이 될 수 없으며, 형사정책적으로도 사법신뢰도 회복 또는 법질서 재건에 협조하지 않는 자에게는 국가구조의 필요성이 인정될 수 없기 때문이다.

다. 인적 범위의 개선방안

이러한 기본원칙을 바탕으로 현행법을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 범죄피해자 보호법은 범죄피해자, 직계존비속과 배우자 및 형제자매를 인적 범위로 하고 있다. 그러나 형제자매의 경우 국가배상법상 위자료청구대상이 아니며, 공동의 생활을 영유하지 않는 한 생계보장의 대상이 되지 않는다는 점을 고려하면 반드시 포함시켜야 할 것인지는 재고해야 할 것이다. 물론 범위를 확대할수록 보장의 폭이 넓어진다는 장점도 있으나, 구조금기금이 한정되어 있는 이상 실질적으로 구조받아야 할 피해자의 현실적 구조감소의 수인을 법적으로 강제하는 결과를 초래할 우려가 있는 한, 구조청구권의 본질에 부합하는 범위로 한정함이 타당할 것이다.

둘째, 2010년 전면개정을 통하여 구조금 지급의 범죄발생지를 국내뿐만 아니라 국외까지 확장하는 규정을 신설하였는바, 이는 외국에서의 범죄피해에 대한 구조불이행에 대한 비판²⁶⁾을 반영한 것으로 보인다. 다만, 사회보장적 측면에서는 외국에서의 범죄피해자에 대한 구조는 최저생계 이하임을 조건으로 함이 현실적이라고 보여진다. 구조범위의 확대가 가장 이상적이겠지만, 국가책무불이행으로 인한 피해자와 그렇지 않은 피해자를 동등하게 취급할 만한 충분한 재원이 마련되지 않는 한, 기금의 확충을 전제로 한 순차적인 확대가 보다 바람직할 것이다.

셋째, 현행법상으로는 책임조각사유 및 긴급피난에 해당하는 자의 행위에 의한 피해는 구조대상이지만, 정당행위나 정당방위의 상대방인 범죄피해자 및 과실범의 피해자는 구조대상에서 제외된다. 원칙적으로 행위의 불법성 요건이 갖추어지면 책임여부와 관계없이 구조대상이 되는 점은 타당하다. 또한 정당행위나 정당방위로

26) 예컨대, 박영숙, “우리나라 범죄피해자보상제도에 관한 연구”, 교정복지연구 제25호, 한국교정복지학회, 2012, 138면.

인한 범죄피해자는 유발된 범죄에 해당하므로 국가책무불이행과는 관련이 없다는 점에서 원칙적으로 구조대상이 될 수 없다. 과실범의 피해자 역시 국가책무불이행의 측면에서는 배제됨이 타당하다. 구조피해자가 해당 범죄행위를 교사 또는 방조하는 행위, 과도한 폭행·협박 또는 중대한 모욕 등 해당 범죄행위를 유발하는 행위, 해당 범죄행위와 관련하여 현저하게 부정한 행위, 해당 범죄행위를 용인하는 행위, 집단적 또는 상습적으로 불법행위를 행할 우려가 있는 조직에 속하는 행위 등은 유발된 범죄라는 점에서 국가책무불이행과의 인과성이 부정된다. 이에 관하여 자초 유발된 범죄피해자에 대한 구조에 관한 주장은 보이지 않으나, 과실범의 피해자에 대한 지원의 필요성을 제기하기도 한다. 고의에 의한 범죄의 피해보다도 더 클 경우가 있으며, 고의·과실 여부보다 피해의 규모나 심각성이 더 중요하기 때문이라고 보거나²⁷⁾ 피해자측면에서는 교통의 원인이 고의든 과실이든 동일하다는 점을 거론한다.²⁸⁾ 그러나 국가책무불이행의 측면에서는 과실범에 대한 구조의무까지 확대하기는 어렵고, 다만 죄책생계 이하임을 근거로 한 사회보장적 접근이 가능할 것이다. 비교법적으로 미 연방법 42 USC § 10602가 음주운전에 의해서 발생한 피해에 대하여는 과실범의 경우라도 피해보상의 대상이 됨을 근거로 하기도 하지만,²⁹⁾ 범죄 피해자보호법은 자동차손해배상 보장법에 의하여 전보되는 피해자를 배제하고 있고, 자동차손해배상 보장법 제3조가 과실범에게도 손해전보의 책임을 부과한다는 점에서는 비교법적으로도 큰 차이가 없는 것으로 보인다.³⁰⁾ 따라서 유발된 범죄의

27) 오영근/이천현, “범죄피해자에 대한 재정적 지원제도의 현황과 개선방안”, 피해자학연구 제13권 제1호, 한국피해자학회, 2005/4, 35-36면.

28) 임종훈, “범죄피해자구조청구권에 관한 고찰”, 헌법학연구 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009/12, 414면.

29) 임종훈, 앞의 논문, 414면은 미국 연방법은 교통과실범에 대한 국가구조를 인정하고 있음을 들고 있지만, 일본에서는 과실범에 의한 피해가 배제됨도 기술하고 있다.

30) 자동차손해배상 보장법 제3조(자동차손해배상책임) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그러하지 아니하다.

1. 승객이 아닌 자가 사망하거나 부상을 당한 경우에 자기와 운전자가 자동차의 운행에 주의를 기울이지 아니하였고, 피해자 또는 자기 및 운전자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며, 자동차의 구조상의 결함이나 기능상의 장애가 없었다는 것을 증명한 경우

2. 승객이 고의나 자살행위로 사망하거나 부상을 당한 경우

즉, 자동차손해배상 보장법은 자동차운행 중의 사망 또는 부상에 대하여 손해배상책임을

피해자와 과실범의 피해자를 구분하지 않고, 사회보장적 측면에서 최저생계유지를 조건으로 하는 구조금 지급이 필요할 것이다.

다섯째, 제19조는 지급의 예외사유로서 피해자와 가해자가 부부, 직계혈족, 4촌 이내의 친족, 동거친족 관계에 있는 경우를 명시하고 있으나, 이는 국가책임설이나 사회보장설 어느 측면으로도 설명될 수 없다. 범죄자와 피해자가 인적관계라는 점이 국가의 범죄예방의무의 치외법권이 될 수는 없으며, 사회보장의 면에서는 인적 관계가 아닌 물질 상태가 기준이 되어야 하기 때문이다. 또한 그러한 인적 관계가 범죄피해자구조금의 수령을 목적으로 하는 범죄의 동인이 될 수 있다는 추측은 가능하겠지만, 지급예외사유가 지급우선순위와 동일하다는 점은 법규가 가지는 모순이 아닐 수 없다. 따라서 동법 제19조의 지급 예외사유는 삭제함이 타당하다.³¹⁾

마지막으로 피해자의 생계유지곤란이라는 요건이 필요한가의 문제이다. 범죄피해자보호법으로 통합되기 이전의 폐지된 범죄피해자구조법³²⁾은 제정시점부터 2005년 개정 이전까지 ‘배상받지 못하고 그 생계유지가 곤란한 사정’ 및 ‘가해자의 불명 또는 무자력 및 피해자의 생계곤란’을 기준으로 하였다. 그리고 가해자의 무자력이나 피해자의 생계유지 곤란을 요건으로 하는 점에 대한 비판이 제기되어 왔고,³³⁾ 이러한 비판점을 전적으로 수용하여 전면개정된 범죄피해자보호법은 가해자나 피해자의 무자력 또는 생계유지곤란이라는 요건을 삭제하였다. 생각건대, 범죄예방의

부담케 하고 있으며, 예외사유는 주의의무관련성에 대하여 무과실인 경우만을 예외로 하고 있다는 점에서 과실범도 배상책임의무가 부과된다.

31) 참고로 미국의 범죄피해자보상·원조법은 가해자가 피해자의 보상을 이용하여 부당하게 이익을 취하는 경우가 아닌 한, 단지 피해자가 가해자와 근접한 관계이거나 동일 주거 내에 존재한다는 이유만으로 보상금 지급신청을 거부해서는 안 된다고 규정하고 있다. Victims compensation and Assistance Act of 1984, Sec. 10602(b)(7).

32) 2005년 12월 29일자 법률 제7766호 개정법률안에 따르면, 기존의 제3조 제1항의 ‘배상받지 못하고 그 생계유지가 곤란한 사정’을 ‘배상받지 못하거나’로, 동조 제2항의 ‘가해자 불명·무자력 및 피해자의 생계곤란에 관한 기준’을 ‘가해자 불명·무자력에 관한 기준’으로 개정한 바 있다. 대한민국 전자관보 <http://gwanbo.korea.go.kr/jsp/drm/ezPDFView.jsp?ebookSeq=00000000000000001319072708084000&sPage=16&tocSeq=00000000000000001319072711924000&requestType=SEARCH> 참조

33) 박상식, “범죄피해자보호·지원을 위한 과제”, 피해자학연구 제16권 제1호, 한국피해자학회, 2008/4, 133면; 송기오·강경래, 범죄피해자보호 및 지원제도, 연구총서 05-20, 한국형사정책연구원, 2005, 231면.

무불이행으로서의 피해자는 이러한 요건이 필요 없다. 그러나 사회보장적 측면에서 구조금지급범위를 유발된 범죄나 과실범의 피해자 및 외국에서 발생한 범죄의 피해자까지 고려한다면, 가해자의 무자력 요건은 배제하되 피해자의 생계유지 곤란이라는 요건이 지급기준이 되어야 할 것이다. 국가책무불이행에 의한 피해자와 이와 무관한 피해자는 구조책임의 범위에서 차별성이 인정되어야 하고, 후자의 경우에는 사회보장적 성격의 구조라는 점에서 기타 사회부조의 요건³⁴⁾과 동등한 제한이 설정되어야 하기 때문이다.

2. 구조금 지급의 물적 범위의 타당성 및 개선방안

가. 현행법상 구조금 지급의 물적 범위

범죄피해자보호법 제20조 내지 22조는 구조금의 물적 범위에 대한 규정으로 제22조³⁵⁾에서 구체적인 산정방법을 제시하고 있다. 이에 따르면 실질수입 또는 평균임금이 산정의 기초가 되며, 유족구조금은 최고 30개월을 곱하여 산정하되, 평균임금의 36개월분을 초과할 수 없다. 구체적인 산정액은 2014년 2/4분기 평균임금액³⁶⁾을 기준으로 $3,212,000\text{원} \times 30\text{개월} \times 6/6$ 인 경우 사망자에 대한 일순위 유족구조금의 최고지급액은 약 9,600만원 가량이며, 3순위 유족의 수령 최고액은 1/10에 해당하는 960만원 정도이다. 중장해의 경우에는 피해자의 수입으로 생계를 유지하고 있었

34) 국민기초생활 보장법 제5조(수급권자의 범위)는 재정적인 부양능력을 수급의 기준으로 삼고 있다.

35) 제22조 ① 유족구조금은 구조피해자의 사망 당시(신체에 손상을 입고 그로 인하여 사망한 경우에는 신체에 손상을 입은 당시를 말한다)의 월급여액이나 월실수입액 또는 평균임금에 24개월 이상 48개월 이하의 범위에서 유족의 수와 연령 및 생계유지상황 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 개월 수를 곱한 금액으로 한다.

② 장해구조금과 중상해구조금은 구조피해자가 신체에 손상을 입은 당시의 월급여액이나 월실수입액 또는 평균임금에 2개월 이상 48개월 이하의 범위에서 피해자의 장해 또는 중상해의 정도와 부양가족의 수 및 생계유지상황 등을 고려하여 대통령령으로 정한 개월 수를 곱한 금액으로 한다.

③ 제1항 및 제2항에서 구조피해자의 월급여액이나 월실수입액이 평균임금의 2배를 넘는 경우에는 평균임금의 2배에 해당하는 금액을 구조피해자의 월급여액이나 월실수입액으로 본다.

36) http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1485 월 평균임금액은 나라지표 참조.

다면 장해1급³⁷⁾의 최고수령액은 $3,212,000 \times 30\text{개월} \times 6/6$ 으로 유족구조금의 최고지급액과 동일하며, 3순위 가족의 수령최고액은 월평균임금 $\times 30\text{개월} \times 3/6$ 으로 반액으로 감소한다.

제20조는 구조금의 최후수단성을 명시한 규정으로³⁸⁾ 국가배상법 등 기타의 법령에 의하여 수령한 자에 대한 지급배제 규정이며, 제21조는 대위권행사규정으로 구조금지급을 받은 수령자가 보유하는 손해배상청구권 등에 대하여 국가가 대위행사할 수 있음을 규정하고 있다. 즉, 구조금과 기타의 배상금과의 관계에서 기타의 배상금을 선 수령할 것을 명시하고 있지는 않으나, 기타의 배상금을 우선 수령하였다면 국가는 그 범위에서 구조금지급의무를 면할 뿐만 아니라, 만일 구조금이 선 지급되었다면 국가는 피해자를 대위하여 청구권행사가 가능해진다.

나. 구조청구권의 본질에 비추어 본 물적 범위

국가책임으로부터 물적 범위를 산정하고자 한다면, 손해전보가 원칙이다. 여기에 서는 사망의 경우 손해전보 계산방식을 기준으로 물적 범위를 살펴보고자 한다. 일반적으로 민사상 사망의 경우 손해배상은 위자료와 일실소득 및 장례비를 포함한 금액에 과실비용을 고려하여 산정한다. 현재 위자료는 2015년 3월부터 1억원으로 상향조정되었고, 장례비는 법원의 통상적인 판결상 500만원이다. 일실소득은 장래 정년까지의 월평균소득을 통한 총소득을 산출 한 후 생활비를 공제한 금액으로 산정되는 바, 서울중앙지법에서 제시한 바에 따르면³⁹⁾ 35세 기준 월급여 200만원의 경우 2억 5900만원, 300만원의 경우 3억 8800만원, 400만원의 경우 약 5억 1800만원이 평균적인 금액이다.⁴⁰⁾

37) 동법시행령 별표1에 의한 장해1급이란 완전실명, 실어, 양팔이나 다리의 절단 등 생계유지를 위한 근로뿐만 아니라 사회생활이 불가능한 정도를 요구하고 있다.

38) 이러한 보충적 지급제도는 미국이 ‘범죄피해자 보상과 지원에 관한 법률(Victim Compensation and Assistance Act of 1984, VOCA)’의 규정과 유사한데, 연방의 다른 보상 프로그램에 의하여 피해자가 보상금을 받을 경우에는 각 주정부의 자금운영담당자는 피해자에게 보상을 하지 않아도 된다. Victim Compensation and Assistance Act of 1984, Sec. 10602(e).

39) <http://www.munhwa.com/news/view.html?no=2014102401033227175002>

40) 법원에서 일반적으로 이용하는 호프만식은 중간이자 공제방법으로, 산출방법은 피해자의 장래에 예상되는 수입액으로부터 본인의 생활비·소득세 등의 제비용을 공제하고, 거기에 본인의 근로가능

국가배상법에 따르면 장례비는 동법시행령 제3조에 따라 남자평균임금의 100일분으로 하게 되며, 유족배상금은 동법 제3조 제1호에 따라 사망 당시의 월급액이나 월실수입액 또는 평균임금에 장래의 취업가능기간을 곱한 금액을 하도록 규정되어 있다. 다만 동법 제4조에 따라 중간이자를 공제함으로서 민사영역과 동일하게 호프만식을 적용한다. 따라서 실질적인 일실소득은 위에서 제시한 바와 동일한 금액이 될 것이다. 또한 동법 제3조 제5항은 사망하거나 신체의 해를 입은 피해자의 직계존속·직계비속 및 배우자, 신체의 해나 그 밖의 해를 입은 피해자에게는 대통령령으로 정하는 기준 내에서 피해자의 사회적 지위, 과실의 정도, 생계 상태, 손해배상액 등을 고려하여 그 정신적 고통에 대한 위자료를 배상하여야 하는바, 동법 시행령 별표 4⁴¹⁾에 따르면 위자료는 피해자본인의 경우 2천만원, 배우자 및 미혼자의 부모는 1천만원, 부모 및 자녀는 5백만원, 기타 직계존비속관계이거나 동거자는 250만원으로 일괄산정된다. 손해전보의 의미에서 사망에 따른 유족보상금은 민사상이든 국가배상법이든 위자료와 일실소득 및 장례비를 모두 그 대상으로 하고 있다는 점, 일실소득은 일반적으로 중간이자를 공제하는 호프만식을 이용한다는 점, 위자료와 장례비는 고정액으로 한다는 점에서 공통된다.

사회보장적 측면에서 구조대상이 되는 유발된 범죄피해자나 과실범의 피해자 또는 외국에서의 범죄피해자는 손해전보와 관계없이 국민기초생활 보장법상의 최저생계유지비가 적용됨이 타당할 것이다.

국가 대위권의 인정여부에 관하여는, 국가에 의한 구조금 선지급을 원칙으로 하여 이를 인정할 수 있다. 다만 현행법은 선지급 의무를 규정하지 않고, 기타 법령에 의하여 배상되었을 경우 이를 공제하는 방식으로 이루어진다.

다. 물적 범위의 개선방안

범죄피해자보호법과 민사상 또는 국가배상법상의 배상액을 실질적으로 계산해 보

연수를 곱하여 다시 법정금리로 할인함으로써 중간이자를 공제한다. 월수입액을 A, 연수를 n, 이율을 r, 실제로 받는 금액을 X라고 하면, $X=A/1+nr$ 이 된다. 평균적으로 생활비 등은 수입액의 1/3에 해당하는 액수를 공제하는 방식으로 계산된다.

- 41) 별표 4는 사망의 경우 위자료를 피해자 본인은 2천만원으로, 배우자 및 미혼자부모는 1/2, 부모 및 자녀는 1/4, 기타 동거자 등은 1/8로 비율산정 방식을 취하고 있다.

면, 범죄피해자보호법은 손해전보와는 매우 거리가 멀다는 점을 알 수 있다. 범죄피해자구조금의 실질화는 그간 꾸준히 제기되었지만, 기금의 부족이라는 현실적인 문제점에 부딪쳐 좌절되었음은 주지의 사실이다.⁴²⁾

다만 여기에서 언급하고자 하는 바는, 기타의 유족배상에는 위자료와 장례비 명목이 별도로 산정되어 일괄지급 됨에도 불구하고 범죄피해자구조금은 이를 지급하지 않는다는 점이다. 물론 동법 제7조의 손실복구지원에서는 상담 등을 통한 정신적 회복을 위한 지원방안들이 규정되어 있지만, 이는 범죄피해자지원센터의 긴급생계비 명목으로 법무부가 정한 일정 기준에 따른 장례비만을 지원받을 수 있을 뿐 국가에 의한 배상범위에는 포함되지 않는다. 그리고 현재 8천만원에서 1억원으로 상향조정되는 사망위자료와 비교해 볼 때, 평균임금기준을 기준으로 한 유족구조금은 민사상의 위자료에 못 미치는 액수로서 그것이 위자료의 성격인지 일실소득의 성격인지를 전혀 구분할 수 없다. 따라서 물적 범위의 면에서는, 기타의 배상법과 유사하게 유족구조금의 명목은 위자료와 일실소득 및 장례비 항목을 구분하고, 장해 및 중상해구조금의 명목은 위자료와 일실소득을 구분하여 별개로 산정하는 방안을 고려해 보아야 할 것이다.

또한 국가의 범죄예방의무 이행여부와 무관한 과실범의 피해자 및 유발된 범죄의 피해자 역시 전적으로 배제할 것이 아니라, 피해자의 무자력을 요건으로 하여 기초생활수급이 가능하도록 보장하여야 할 것이다.

범죄피해자구조금의 최후수단성과 관련하여서는 자가수급 또는 자가구조의 문제점이 발생한다. 동법 제20조 및 시행령 제16조⁴³⁾에 따른 타법과의 관계에서 타법에

42) 범죄피해자보호기금과 관련한 실질적 방안은 지면상 논의될 문제가 아니라, 기금운용의 개선을 통해서만이 해결가능하다는 점에서 여기에서는 논외로 하고자 한다.

43) 시행령 제16조(다른 법령에 따른 급여 등과의 관계)에서는 구조피해자 또는 그 유족이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 보상 또는 급여 등을 받을 수 있을 때에는 법 제20조에 따라 그 받을 금액의 범위에서 법 제16조에 따른 구조금을 지급하지 아니한다고 하면서, 1. 「국가배상법」 제2조 제1항에 따른 손해배상 급여, 2. 「산업재해보상보험법」에 따른 장해급여·유족급여·상병보상연금, 3. 「자동차손해배상 보장법」 제30조에 따른 손해보상, 4. 「의사상자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제8조에 따른 보상금, 5. 「선원법」 제10장에 따른 재해보상, 6. 「어선원 및 어선 재해보상보험법」에 따른 상병급여·장해급여·일시보상급여·유족급여, 7. 「근로기준법」 제8장에 따른 재해보상, 8. 「소방기본법」 제39조제2항에 따른 상이·사망에 대한 보상, 9. 「국가공무원법」 제77조, 「지방공무원법」 제68조 및 「공무원연금법」 제42조제2호·제3호가목(퇴직연금 수급권자의 사망에 따른 유족 연금은 제외한다) 및 사목, 「군인연금법」 제6조제6호·제7호(퇴역연금 수급권자의 사망에 따른 유

의하여 수령된 자는 구조금지급대상에서 제외된다. 그러나 타법에 의한 배상이 각종 보험법이나 연금법에 해당하는 경우에는 자가납부액이 포함되게 되고, 그 결과 자가납부액이 있는 경우에는 자가수급의 결과를 초래한다. 보험법 또는 연금법상의 급여대상에 해당하는 경우에는 범죄피해자구조금의 지급대상에서 제외되기 때문이다.⁴⁴⁾ 즉, 시행령이 명시하는 법률들의 각 목이 국가나 지방자치단체에 의하여 적립된 금원과 범죄피해자의 경제적 출원에 의하여 적립된 금원이 혼재되어 적립되고, 이를 재원으로 하여 지출되므로, 후자의 자기출원의 경우에는 범죄피해자가 스스로 적립하여 스스로 구조를 받는 불합리한 결과를 초래하게 된다. 따라서 범죄피해자가 받는 구조 또는 보상금 중에서 자가적립된 부분만큼은 범죄피해자 구조기금에서 지급해야 함이 타당하다.

마지막으로 일정한 경우에는 범죄피해자구조금이 보충적으로 적용될 것이 아니라, 우선지급대상으로 고려되어야 할 필요가 있다. 예컨대 타 법령에 의한 배상이 현저히 지연될 우려가 있는 경우에는 다른 보상수단에 선행하여 범죄피해자구조금을 지급받고, 범죄피해자구조금심의회가 다른 보상기관에 구상권을 행사하는 방안을 검토해 볼 수 있다. 범죄피해자구조금이 부조의 측면보다는 국가책임에 대한 배상의 측면이 보다 강하다는 점을 고려해 볼 때, 원칙적으로는 선 구조금지급, 후 구상권 행사의 방법이 범죄피해자의 구조에 있어서 획일성과 신속성 확보에 보다 기여할 것이다.

죽연금은 제외한다) 및 제13호에 따른 급여, 10. 「사립학교법」 제60조의2 및 「사립학교교직원 연금법」 제33조에 따른 급여 등을 제시하고 있다.

- 44) 예컨대 범죄피해자의 피해범죄가 산업재해와 관련되어 산업재해보상보험법상의 급여대상에 해당하는 경우, 산업재해보상보험법 제41조제1항에 따라 요양급여의 신청을 한 자는 공단이 이 법에 따른 요양급여에 관한 결정을 하기 전에는 국민건강보험법 제41조에 따른 요양급여 또는 의료급여법 제7조에 따른 의료급여를 받을 수 있고, 동조 제2항에 의하여 제1항에 따라 건강보험 요양급여 등을 받은 자가 국민건강보험법 제44조 또는 의료급여법 제10조에 따른 본인 일부 부담금을 제43조제1항에 따른 산재보험 의료기관에 납부한 후에 이 법에 따른 요양급여 수급권자로 결정된 경우에는 그 납부한 본인 일부 부담금 중 제40조제5항에 따른 요양급여에 해당하는 금액을 공단에 청구할 수 있다.

3. 실질적 구조금 지급의 절차적 단일화 방안

가. 현행법상 문제점

범죄피해자가 범죄피해로 인하여 국가에 의한 재정적 지원을 받을 수 있는 방법은, 범죄피해자구조금과 치료비 및 장례비로 나누어진다. 동법상 구조금은 검찰 및 민간위원으로 구성되면서, 검찰청 내부에 설치된 범죄피해자구조금심의위원회가 피해자의 신청에 대한 결정방식을 취한다. 반면 치료비 및 장례비는, 검찰 및 법무부, 연합회 및 민간위원으로 구성되는 지역단위 범죄피해자지원센터에 신청하도록 되어 있다. 이러한 신청구조의 이원화는 효율성 및 신속성, 그리고 법적 정당성의 면에서 몇 가지 문제점을 안고 있다.

우선, 효율성의 면에서 심사기관인 구조금심의위원회와 치료비심의위원회의 역할이 교차 중복된다는 점이다. 심사의 대상은 범죄피해자이고, 심사의 내용은 신체의 손상 정도와 그로 인한 신체적 피해에 상응하는 금액이라는 점에서 공통된다. 물론 구조금심의위원회의 심의 내용은 전체 요 치료 피해자를 대상으로 하지 않고, 사망자를 포함한다는 점에서는 양자 간의 차이가 있지만 신체손상에 대한 지원을 목적으로 하는 면에서는 양 기관의 목적은 공통되기도 한다. 또한 유족구조금의 명목으로 산정되어야 할 장례비가 범죄피해자지원센터의 결정에 의하여 지출되고 있다.

다음으로 신속성의 측면에서 신청과 심사를 이중으로 중복해서 받아야 할 경우가 발생한다. 이 경우에는 절차지연의 우려가 있을 뿐만 아니라, 구조금심의위원회에 제출되는 자료를 치료비심의위원회에 다시 제출해야 하는 결과를 초래하기도 한다. 구조금 지급신청 또는 치료비 지급신청을 하는 피해자는 법률상으로도 가해자로부터 피해에 대한 구상을 받지 못하고, 기타 보험 등 다른 방법으로 치료비 등을 구제 받지 못하는 자에 한정될 뿐만 아니라, 대부분은 자력으로 신체 등 피해에 드는 비용을 감당하기 어려운 소외계층이나 경제적 약자인 경우가 많다. 이들에 대한 구조는 신속할수록 피해회복 및 지원기관에 대한 신뢰가 커진다는 측면을 고려할 때 양 심사기관의 분리는 효율성과 신속성을 저해하는 요소로 지적될 수 있다.⁴⁵⁾

45) 미국의 경우 각 주마다 조금씩 상이하지만, 원칙적으로 연방 및 주는 민간단체에 재정적 지원을 하지만 이는 신청에 의하고, 신청단체들에 대한 심사를 거쳐 지급을 하되, 범죄피해자에 대한 직접

나. 범죄피해자구조금심의회로의 단일화 방안

범죄피해자를 실질적으로 보호지원하고 그 효율화를 도모하기 위해서는 각종 법률에 산재되어 있는 범죄피해자보호지원제도를 통합하고, 민간기관과 정부기관 뿐만 아니라 각 기관과의 연결망을 강화하고 연결축을 구축해야 하는 일은 너무나 당연한 과제가 되었다. 따라서 이러한 과제를 어떻게 수행하며, 누가 그 중심축을 맡느냐라는 문제가 선결되어야 할 것이다. 범죄피해자구조가 현물지급방식으로 이루어지는 범위 내에서는 국가에 의한 직접지급방식이 타당하다. 그런데 치료비 및 장례비의 경우, 재원은 국가예산이지만 이를 집행하는 기관은 민간단체인 범죄피해자지원센터이다. 이러한 이원화는 범죄피해자 신체적 원상회복을 위한 현물의 지급 및 절차에 있어서 불투명성과 자의성 및 절차적 중복성 등의 문제를 야기하게 된다. 따라서 국가예산의 일부인 범죄피해자지원금이 투명하고 신속하게, 범죄피해자의 실질적인 구조를 위하여 집행되기 위한 절차적 개선방안의 마련이 시급한 시점이다.

앞서 살펴본 바와 같은 문제점을 개선하는 방안으로 우선 고려할 수 있는 것은 검찰청 산하에 설치되어 있는 범죄피해자구조금심의회로의 단일화 방안이다. 범죄로 인한 신체적, 정신적, 생활적 고통을 받은 피해자가 적극적이고 능동적으로 피해 지원을 받기 위하여 여러 기관들을 접촉하고 절차를 진행한다는 것은 실효성의 측면에서 의문이다. 또한 범죄피해자구조금은 범죄피해의 정도 및 회복을 위한 정상 파악을 전제로 한다는 점에서 구조절차의 이원화가 불필요한 절차적 중복이라는 점에서도 단일화는 피해자회복이라는 목적에도 부합한다.

범죄피해자 보호목적을 중심으로 하여, 범죄피해자에게 신속하고 단일한 절차를 통한 기관의 지원이 보다 효과적이며 절차의 중복 또는 이원화로 인한 인적·물적 자원 손실을 방지할 수 있다는 점 및 범죄피해자구조금심의회 역시 민간위원이 참

적 현금지급은 국가 또는 주 담당기관이 직접 관장한다. 국가기관의 관장방식은 독립된 범죄피해자 지원국을 두고, 법령에 현금지급의 항목과 그 상한선을 규정하여 직접 지급함을 원칙으로 한다. 예컨대 U.S. Code Title 42 제112장 §10602와 §10603은 직접 지급 프로그램으로 정신건강상담 및 관리 비용을 포함한, 보상 가능한 범죄로부터의 신체적 상해로 인한 의료비, 보상 가능한 범죄로 인한 물리적 손상에 귀책 되는 임금손실, 보상 가능한 범죄로 인한 사망에 대한 장례 비용을 규정하고 있다. 여기에서 보상 가능한 범죄란 유효한 범죄피해자 보상 프로그램에 따라 보상가능한 피해자의 범죄 및 음주폭력이나 가정폭력을 겪는 동안 제18장 제247조에 기술된 신체적 상해나 사망으로 고통 받는 피해자를 포함한다.

여하여 구성된다는 점, 그리고 국가예산 집행의 절차적 정당성과 투명성을 확보할 수 있다는 점 등을 고려한다면 이와 같은 단일화방안이 적극적으로 고려되어야 할 것이다.⁴⁶⁾

V. 마치며

범죄피해자의 인권보장과 사회복귀의 문제가 그간 도외시 되었던 점은, 피해자가 형사사법절차의 당사자가 아니며 범죄발생과 피해는 개인의 문제라는 사회적 인식에 기인한 것으로 보인다. 그러나 최근 10여 년간의 국가차원의 노력과 사회적 인식 변화는 회복적 사법을 통한 화해와 조정, 범죄피해자의 형사절차상의 권리보장, 피해회복을 위한 지원과 구조의 실질화를 위해 조금씩 전진하는 우리 사회의 모습을 이끌어 내었다. 그럼에도 불구하고 개별적인 영역마다 미흡한 점은 여전히 남아있으며, 이를 위한 노력들은 현재진행형이라고 평가된다. 특히 실질적 제도의 발전은 법률상의 개선을 전제로 할 때에 가능할 것이며, 이를 위한 법적 문제점들의 점검과 개선방안의 제시가 우선되어야 한다.

본 논문에서는 범죄피해자구조금의 법적인 개선방안을 도출함에 있어서, 헌법상의 범죄피해자구조청구권의 본질과의 상관관계를 중심으로 살펴보았다. 1987년 제9차 개정헌법상 신설된 범죄피해자구조청구권은 세계에서 유래 없는 헌법상의 권리로서의 위상을 가지며, 그 본질에 있어서는 주로 국가의 범죄예방의무라는 책무불이행의 측면과 복지국가로서의 사회보장의 측면이 중첩되고 있다. 기본적으로 국가책임불이행의 측면에서 접근하면 범죄피해자구조금은 국가배상적 성격을 가지면서 손해전보가 기준이 되어야 하지만, 사회보장적 측면에서는 소득의 재분배적 성격으로서 최저생계보장이 기준이 되어야 한다. 따라서 국가책임불이행으로 인한 범죄의 영역은 원칙적으로 손해전보에 가까운 상한선을 설정하되, 유발된 범죄나 과실범에 의한 피해 및 외국에서 발생한 범죄피해의 영역은 사회보장적 측면이 강하므로 피

46) 그 밖의 범죄피해자보호법상 구조금지급과 관련한 개선방안에 관하여는 김혜경, “범죄피해자구조금 지급요건의 개선”, 피해자학연구 제20권 제1호, 한국피해자학회, 2012/4, 275면 이하 참조.

해자의 최저생계보장에 가까운 하한선이 설정되어야 할 것이다. 그리고 그 어떠한 경우에도 국가의 과소보호 또는 과소급부 금지의 원칙은 지켜져야 한다. 이를 기본으로 하여 본 논문에서는 범죄피해자구조금의 인적 범위와 물적 범위를 헌법상의 범죄피해자구조청구권의 본질에 비추어 살펴보고 그 개선방안을 제시하고자 노력하였다.

최적의 보상은 최상한의 보상이어야 하지만, 현실적인 많은 문제점들은 최상의 보상의 길에 걸림돌로 작용하기 마련이다. 따라서 구조기금의 현실에 대한 고려, 범죄자와의 관계, 귀책사유 있는 피해자의 구조 등의 문제를 비례의 원칙에 따라 법적으로 정비하고 이를 실현하고자 함이 바람직할 것이다.

참고문헌

(국내문헌)

- H. H. Kühne/최인섭 역, “유럽에서의 범죄피해자 공공보상제도”, 피해자학연구 제2호, 한국피해자학회, 1993
- 구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1996
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010
- 김성환, “범죄피해자지원의 헌법적 근거”, 헌법학연구 제12권 제5호, 한국헌법학회, 2006/12
- 김재민, “범죄피해자 구조금 지급요건과 절차 개선방안 - 미국의 범죄피해자 보상정책과의 비교를 중심으로 -”, 형사정책 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011/6
- 김혜경, “범죄피해자구조금 지급요건의 개선”, 피해자학연구 제20권 제1호, 한국피해자학회, 2012/4
- 민경식, “범죄피해자의 구조청구권”, 월간고시, 법지사, 1988
- 박상식, “범죄피해자보호·지원을 위한 과제”, 피해자학연구 제16권 제1호, 한국피해자학회, 2008/4
- 박영숙, “우리나라 범죄피해자보상제도에 관한 연구”, 교정복지연구 제25호, 한국교정복지학회, 2012
- 송기오/강경래, 범죄피해자보호 및 지원제도, 연구총서 05-20, 한국형사정책연구원, 2005
- 송연권, “범죄피해자 구조청구권의 본질적 특성과 보호입법의 범위”, 법학연구 제11권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2000
- 송호근, “배제적 민주화와 유보된 이중전환: 한국민주화의 사회적 성과와 한계”, 임현진/최장집(편), 한국사회와 민주주의, 나남, 1997
- 오영근/이천현, “범죄피해자에 대한 재정적 지원제도의 현황과 개선방안”, 피해자학연구 제13권 제1호, 한국피해자학회, 2005/4
- 임종훈, “범죄피해자구조청구권에 관한 고찰”, 헌법학연구 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009/12

- 전광석, “범죄와 국가보상-범죄피해자보상법의 해석론적 및 정책론적 개선을 위한 비교법적 고찰”, 강원법학 제4권, 강원대학교 비교법학연구소, 1990/12
- 전광석, “범죄피해자구조청구권의 헌법체계 내 위치의 문제와 사회보장법적 구체화문제와 관한 시론”, 논문집 제7집, 한림대학교 인문사회과학편, 1989
- 전광석, “사회변화와 헌법과제로서의 복지국가의 형성”, 공법연구 제1집, 한국공법학회, 2002
- 전광석, “헌법과 한국민주주의: 1987년 헌정체제를 중심으로”, 헌법학연구 제12권 제2호, 한국헌법학회, 2006/6
- 정태호, “기본권 보호의무”, 한국공법학회 제66회 월례발표회, 1997/3/15
- 조균석, “형사사법에 있어 범죄피해자대책의 현황과 과제”, 법학논집 제14권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010/3
- 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2013

(외국문헌)

- Achenbaum, Andrew, Social Security Visions and Revisions, New York Cambridge University Press, 1986
- Carrow, Crime Victim Compensation: Program Models 5-7, Washington : U.S.Dept. of Justice, National Institute of Justice, Office of Development, esting and Dissermination, 1980
- Franz Ruland, “Sozialrecht”, Ingo v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 7 Aufl., 1988
- Hans F. Zacher, “Die Frage nach der Entwicklung eines sozialen Entschädigungsrechts”, Die öffentliche Verwaltung, 1972
- Peggy M. Tobolowsky, Crime Victim Rights and Remedies, Carolina Academic Press, 2001
- U. Weinraud, Staatliche Entschädigung für Opfer von Gewalttaten in Großbritannien und der Bundesrepublik Deutschland, 1980

Legal Improvement of Korean Criminal Victim Compensation System*

Kim, Hye-Kyung*

Korean Constitution has the unique victim right to receive aid from the state in the world. That right was ruled in ninth revision in 1987. The fundamental principles of this right is that the nation have to support and assist criminal victim financially and psychologically as well as to protect citizen from the crime. The nation is under an crime prevention obligation, so the nation have to owe the duty to recover ordinary life of victim unless discharge his responsibility. As principle of the essentials of national aid obligation, in this study reviewed compatibility of national obligation theory and social security theory.

In terms of national obligation theory, criminal victim must receive full compensation from nation equally priori crime. But in terms of social security theory, he is to be aid only basic life possibly not psychologically but financially. Because the social security is to be aimed that minimum standard of living is possible for people who struggled to make ends meet, in virtue of redistribution of natioal income. By the Constitutional Court, legal characteristic of the criminal victim compensation is both social right and right to live and permit legistration discretion of a legislative organ. But the nation must observe the principle of under-protection prohibiton.

In this paper is proposed that first, the pure victim-nonmistake victim- must be protected as full compensation, and then injuries arising victim by himself, negligence victim and overseas-victim have to be guaranteed the minimum cost of living at least. The optimum compensation will be maximum compensation.

* This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the korean Government (NRF-2012S1A5A2A01019064)

** associate professor, College of Law and Police Science, Keimyung University, Ph.D. in Law

But in consideration of compensation funding, we have to seek rational limit proportional to essential of criminal victims right.

❖ Keyword: criminal victims right, crime victims, victim support, constitutional bases of victim support, the right to receive aid from the State, criminal victim compensation, Crime victim protection Act

소셜네트워크 서비스상 범죄의 설명요인들과 익명성과의 상호작용효과 검증

이 성 식*

국 | 문 | 요 | 약

이 연구는 소셜네트워크 서비스상의 범죄를 설명하기 위한 일환으로 그동안의 사이버범죄 연구에서 주목받아 왔던 일상긴장, 법위반태도, 낮은 자기통제력, 그리고 SNS이용시간의 영향력을 살펴보고 무엇보다 그 주요 요인들이 익명상황에서 더 영향력을 갖는지를 알기위해 그 요인들과 익명성과의 상호작용효과를 검증하고자 하였다. 서울시 재학중인 SNS사용자 대학생 486명을 분석한 결과에 의하면 가정과 학업에서의 긴장 및 낮은 자기통제력의 영향력은 유의미하지 않았으나 SNS상에서의 법위반에 대한 태도는 유의미한 영향력을 가졌는데 무엇보다 SNS이용시간의 영향력이 가장 큰 것으로 나타났다. 본 연구의 관심인 그 주요 요인들과 익명성과의 상호작용효과는 SNS상 법위반태도와 익명성간의 상호작용효과가 유의미하다는 결과를 나타내 SNS상 법위반에 긍정적 태도를 갖는 학생이 익명의 상황에서 SNS상에서 범죄를 더 저지를 것이라는 본 연구가 설의 일부를 지지했다. 하지만 나머지 요인들과 익명성과의 상호작용효과는 유의미하지 않은 것을 제시했다.

❖ 주제어 : 소셜네트워크 서비스, 사이버범죄, 익명성, SNS이용시간, SNS상 법위반태도

* 숭실대학교 정보사회학과 교수

I. 서론

우리나라는 인터넷 초강국으로서 인터넷사용의 확산으로 소통과 교류, 정보이용, 여가, 자유로운 의사표현과 참여민주주의 등에 기여했고, 더구나 소셜네트워크 서비스(SNS) 이용으로 더 많은 긍정적 변화가 있었다. 하지만 그와 더불어 사이버범죄와 같은 역기능의 현상도 대두되었는데 SNS에서도 예외는 아니다. 2013년 한국형사정책연구원에서 서울 및 수도권 14~59세의 SNS사용자를 대상으로 실시한 조사에 의하면 응답자의 2.9%가 가해경험이 있다고 하여 상대적으로 그 경험은 적은 편이지만 피해는 16.9%가 경험했다고 응답했고, 단순한 욕설에서부터 비방과 허위사실의 글과 영상의 유포, 성희롱과 스토킹, 개인 사생활 유출 등이 발생하는 것으로 보고되고 있다(윤해성·박성훈, 2013).

여기서는 이와 같은 페이스북과 트위터 등 SNS로 불리는 소셜네트워크 서비스상에서의 범죄에 주목한다. 그러한 연구는 국내에서 몇 연구를 제외하고는(윤해성·박성훈, 2013; 이성식, 2013) 아직 많은 연구가 진행되지 않은 부족한 상태에 있는데 이 연구에서는 누가 왜 소셜네트워크 서비스상에서 범죄를 저지르는지 그 원인을 모색해 보려고 한다. 그동안의 사이버범죄 연구들에서는 여러 범죄이론들을 온라인 사이버공간에서의 범죄행동에 적용하면서 그 설명요인을 모색해 왔듯이(이성식, 2011), 여기서는 그 연구들에서 검증되었던 주요 요인들을 SNS상의 범죄에 적용해 보기로 하는데, 일상긴장, 법위반태도, 낮은 자기통제력, 그리고 SNS이용시간 등이 그것이다. 즉 일상생활에서 겪는 긴장과 스트레스의 표출로, 혹은 인터넷이나 SNS 이용중에 법위반의 태도를 학습하여 범죄를 저지르는지, 낮은 자기통제력과 같은 개인의 충동적인 성향에 의해서인지, 더구나 SNS를 오랜시간 사용하다 보면 그만큼 범죄기회가 많아 SNS상에서 범죄를 저지르게 되는지를 경험연구를 통해 살펴보기로 한다.

그런데 이 연구가 무엇보다 관심을 갖는 것은 과연 위의 요인들이 익명성과 상호작용효과를 갖는지에 있다. 사실 SNS에서는 다른 인터넷게시판보다는 범죄발생 가능성이 상대적으로 적는데 그것은 SNS에서는 상대적으로 서로가 모르는 익명의 사이이기보다는 어느 정도 잘 아는 사이인 사람과 자신을 밝히는 상태에서 교류가 이

루어지기 때문이다. 그러한 연유로 대부분의 SNS이용자들은 여러 범죄동기와 태도, 성향, 기회를 갖추고 있어도 범죄를 덜 저지르게 된다고 볼 수 있는데, 실제로 이성식(2013)은 인터넷게시판보다 SNS상에서 범죄가 낮은 것이 익명성이 낮기 때문이라는 것을 제시하였다. 그럼에도 SNS이용중에서는 익명사용에 차이가 있어 SNS이용상에서 자신을 밝히는 대부분의 이용자들은 범죄 가능성이 낮지만 자신을 밝히지 않는 익명으로 사용하는 사람의 경우는 범죄 가능성이 높을 것이라고 볼 수 있다. 이처럼 익명성 여부는 SNS상의 범죄를 설명할 수 있는 주요 요인이 되며 범죄를 억제 혹은 촉발시키는 요인으로, 즉 앞서 SNS범죄를 설명하는 일상긴장이나 SNS에서의 범위반태도, 낮은 자기통제력, 높은 SNS이용시간의 범죄요인도 익명이지 않은 상황에서보다 익명의 조건에서 더 범죄에 작용할 것이라고 볼 수 있다. 즉 이 연구는 SNS상의 범죄에 있어 익명성을 주요 요건으로 보고 여러 범죄의 설명요인들이 과연 익명의 상황에서 범죄에 더 작용하고 영향을 주는지를 알기 위해 그 주요 요인들과 익명성과의 상호작용효과를 살펴보려고 한다.

이처럼 이 연구는 소셜네트워크 서비스상에서의 범죄를 설명하기 위한 연구의 일환으로 그동안의 사이버범죄 연구에서의 여러 주요 요인들을 적용해 보고, 그것들이 과연 익명성과 상호작용을 하여 범죄에 영향을 주는지를 살펴보기로 한다. 그리고 그 상호작용효과의 논거를 기존 이론과 연구들에서 찾고자 하며 왜 그런지를 설명하고 연구가설을 제시하고, 실제로 과연 그런지를 경험연구를 통해 알아보고 그 결과가 갖는 함의를 논의해보려는 것에 목적을 둔다.

II. 이론적 논의

1. 사이버범죄에 있어 기존의 주요 설명요인들

가. 일상긴장

기존의 고전적 긴장이론에서는 범죄의 원인으로 하층이 겪는 구조적 제약과 그에 따른 긴장에 주목했었다. 하지만 이후 연구들에서 계층과 범죄의 관련성이 낮은 것이 제시되면서 계층과 상관없이 사람들이 겪는 일상생활에서의 긴장을 범죄의 원인으로 다루기 시작했다. Agnew(1992)의 일반긴장이론은 그 대표적 논의로, 청소년의 경우를 보면 가정, 학교, 친구관계 등 일상생활에서의 긴장이 비행의 원인이 되고, 이때 그러한 긴장들로 인한 부정적 감정의 해소가 비행의 동기가 된다고 주장했다. 이와 같은 논의는 그동안 어느 정도 지지를 받아 왔고(Agnew, 2001), 그러한 일상긴장요인들은 사이버범죄에도 잘 적용되어, Patchin과 Hinduja(2011)는 일상긴장과 그로 인한 화와 좌절감이 사이버불링의 주요 동기이자 원인이 된다는 것을 제시했다. 국내연구에서도 홍영수와 김동기(2011)는 청소년의 스트레스와 다른 주요 요인들의 사이버비행에 대한 영향력을 살펴봄에 있어 긴장과 스트레스의 영향이 가장 크다는 것을 제시했으며, 이성식과 전신현(2012)은 청소년패널자료 분석연구에서 학업긴장이 사이버비행의 주요 원인이 된다는 결과를 제시했다. 이처럼 일상긴장은 현실에서도 주요 요인의 하나였지만 사이버범죄의 주요 설명요인으로 제시되고 지지되어 왔다.

나. 범위반태도

Sutherland에 기초한 차별접촉이론/사회학습이론에서는 범죄를 주위 사람들과의 차별접촉을 통해 학습한다고 보았다(Akers, 1985). 즉 범죄에 우호적인 사람과 접촉할수록 그들로부터 친범죄적 정의와 태도를 학습하게 되고 그러한 태도대로 행동하게 되어 범죄를 저지르게 된다고 본다. 기존의 연구들에서는 이와 같은 논의, 즉 주위로부터 학습으로 인한 범위반태도가 범죄의 중요한 설명요인이 된다는 것을 검증

해 왔다(Matsueda, 1982). 그러한 주장들은 사이버범죄를 설명함에 있어서도 적용되어 왔는데, 초기의 연구에서 Skinner와 Fream(1997)은 인터넷 불법소프트웨어 사용에 대해 갖는 정의와 태도가 중요한 요인임을 제시했고, 이후에도 저작권침해를 설명하기 위한 연구에서 꾸준히 적용되어 왔는데 그 태도의 설명력이 크다는 것이 제시되어 왔다(Higgins and Makin, 2004; Higgins and Wilson, 2006). 그와 같은 주장은 국내 저작권침해 연구에서 뿐만 아니라(이성식, 2010a), 악성댓글과 같은 인터넷폭력 연구에서도 지지되어(이성식, 2006) 범위반의 정의나 태도가 가장 강력한 설명요인의 하나가 된다는 것을 제시하고 있다.

다. 낮은 자기통제력

Gottfredson과 Hirschi(1990)의 일반이론에 따르면 대부분의 범죄가 즉각적이면서도 충동적으로 발생한다는 점에 주목했고, 따라서 범죄의 원인이 순간만족과 충동성을 통제, 조절할 수 있는 개인의 능력의 차이에 있다고 보았는데, 그것이 바로 자기통제력이라고 했다. 자기통제력은 어려서부터 부모의 양육에 의해 형성된 안정된 성향이라고 보면서 그것은 청소년과 성인시기에도 다른 환경요인들과 독립적으로 범죄의 중요하고도 유일한 설명요인이라고 보았는데, 자기통제력이 낮은 사람이 범죄를 더 저지른다는 주장은 그동안의 연구에서 지지되어 왔다(Gibbs and Giever, 1995; Pratt and Cullen, 2000). 낮은 자기통제력은 사이버범죄에서도 주요 설명요인이 된다는 것을 제시하고 있는데(Higgins, 2005; Buzzell et al., 2006; Malin and Fowers, 2009), 국내에서도 이성식(2006)은 낮은 자기통제력이 다른 요인들보다도 오프라인과 온라인 모두에서 가장 큰 영향력을 갖는 주요 원인이라는 것을 밝히고 있고 이후의 그 외 연구들에서도 낮은 자기통제력의 영향은 매우 크다는 것을 밝히고 있다(이성식, 2010b; 정혜원, 2010; 차은진, 2012).

라. 인터넷이용시간

기존의 주요 범죄이론들이 주로 범죄자 개인특성이나 사회환경요인에 주목했던 반면, 범죄발생의 상황이나 기회여건에 주목한 논의도 있다. 고전주의에 기반한 생

활양식과 일상행위이론이 그 대표적 논의로, 범죄기회의 기회요인이 범죄가 일어나기 위한 요건이 된다고 보았고, 이들 논의는 범죄피해를 설명하는 연구들에서 그동안 지지를 받아 왔다(Hindelang et al., 1978; Cohen and Felson, 1979; Meier and Miethe, 1993). 그러한 논의는 범죄피해이외에 범죄가해 연구에도 적용되어, 예를 들어 우연한 범죄기회에 노출될수록 피해 가능성도 높지만 우연히 범죄를 저지를 가능성도 높다는 주장이 제기되었다(Osgood et al., 1996). 그와 같은 기회요인들은 사이버범죄를 설명함에도 적용되어 왔는데 인터넷에서 많은 시간을 보내는 사람들 그리고 인터넷중독에 빠진 사람들이 적어도 그렇지 않은 사람들보다 우연한 범죄기회에 더 노출됨으로써 사이버범죄를 저지르게 된다는 것이 주장되었다(이성식, 2005a; 이창호, 이정상, 2013). 최근 이성식(2014)은 대학생들을 대상으로 사이버일탈과 범죄를 설명하기 위해 여러 이론에서의 요인들의 영향력을 비교했는데 범죄기회이론에서의 인터넷이용시간과 같은 기회요인들의 영향력이 가장 크다는 결과를 제시하여 그 중요성을 강조하였다.

2. 사이버범죄의 설명요인들과 익명성과의 상호작용효과

가. 익명성

익명성은 인터넷공간에서 자신이 누구인지를 밝히지 않음으로써 누구인지 모르는 상태를 말하는 것으로, 이와 같은 익명성은 자유로운 의사표현을 가능하게 하지만 또 다른 면에서는 평소에 하지 말아야 하는 것을 해체시키는 탈억제현상을 일으킨다고 주장된다. 몰개성화 논의에 의하면 익명성은 자신이 드러나지 않음으로써 남의 시선을 신경쓰지 않고 또한 자신의 욕구와 충동을 자제하지 못하여 더 과격한 행동을 하게 하고 반규범적 행동을 일으키게 된다고 본다(Kiesler et al., 1984; Postmes and Spears, 1998). 실제로 국내 연구에서도 익명성은 인터넷에서의 범죄의 중요한 원인으로 작용한다는 것을 제시하는데, 이성식(2005b)은 평소 익명으로 인터넷을 사용하는 청소년들이 그렇지 않은 청소년보다 주위 사람들을 덜 신경쓰고 그리고 내적 통제가 약하게 되어 사이버범죄를 더 저지르게 된다는 것을 밝힌 바 있고, 유상미와 김미량(2011)은 익명으로 인터넷을 사용하는 청소년이 규범의식이

약하고 또한 왜곡된 정체성으로 인해 사이버폭력을 더 저지른다는 연구결과를 제시하기도 했다. 최근 SNS상의 범죄연구에서도 익명성이 주요 설명요인의 하나가 된다고 하듯이(이성식, 2013) 자신의 신분을 밝히지 않고 익명으로 사용하는 사람은 범죄 가능성이 높다고 할 수 있다.

익명성은 사이버범죄의 주요 원인중 하나임에도 기존 경험연구들에서는 그 검증에서 다소 소홀했는데 그럼에도 사이버범죄 연구에서 익명성은 가장 중요한 원인중 하나로서, 익명으로 인터넷을 사용하는 사람은 사이버범죄의 가능성이 매우 높다고 할 수 있다. 그런데 익명성은 앞서 제시한 여러 요인들과 각기 개별적으로 사이버범죄에 작용할 수 있지만 그들과 함께 작용하여 그 요인들의 작용을 촉진시킬 수 있다. 즉 SNS에서의 사이버범죄를 설명함에 있어 여러 주요 요인들과 익명성은 복합적으로 상호작용효과를 가지면서 영향력을 미칠 수 있다. 그 논의의 근거는 다음에서와 같다.

나. 주요 설명요인들의 익명성과의 상호작용효과

일상긴장은 기존 현실 오프라인 범죄연구에서보다 오히려 사이버범죄를 설명할 때 더 중요할 수 있는데 현실 오프라인에서는 긴장이 있다고 해서 그것이 범죄로 아무 때나 표출될 수 있는 것이 아닌 반면, 익명의 온라인 상황에서는 일상긴장을 아무 제재 없이 더 쉽게 범죄로 표출할 수 있기 때문이다. 즉 긴장은 익명상황에서 범죄의 원인으로 더 작용할 수 있다. 사실 일상긴장을 범죄의 원인으로 강조한 일반 긴장이론(Agnew, 1992)에서는 일상긴장과 그로 인한 부정적 감정 이외에 그것과 상호작용할 다른 조건적 변인이 존재함을 강조했다. 그것은 사회유대 정도나 위반자와의 접촉 등의 다른 요건들로, 일상긴장은 그 자체로서는 범죄설명에 있어 다소 부족하고 다른 범죄발생의 요인들과 함께 작용할 때 범죄를 잘 설명한다고 보았다. 즉 일상긴장은 사회유대가 약하고 위반자와의 접촉 등의 범죄유발의 조건에서 더 범죄로 이어질 수 있다는 것이다. 인터넷에서의 사이버범죄를 설명할 때 익명상황은 그러한 요건의 하나가 된다고 볼 수 있는데, 즉 일상긴장은 익명의 상황에서 더 사이버범죄에 작용한다고 볼 수 있다. 즉 일상긴장은 그 자체로도 독립적으로 사이버범죄를 설명할 수 있지만 남수정의 연구(2011)에서도 제시되듯이 일상긴장의 사

람들은 익명의 상황일 때 사이버범죄를 더 저지르게 될 것이라 볼 수 있다.

마찬가지로 범위반태도는 사이버공간에서의 익명의 상황에서 더 사이버범죄에 작용한다고 볼 수 있다. 자아의식이론(Matheson and Zanna, 1988)에 따르면 익명의 상황에서는 공적 자아의식은 낮지만 사적 자아의식이 높아져, 행위자가 평소 갖고 있던 소신과 태도대로 행동한다고 보았다. 즉 사이버범죄가 옳지 않다고 생각하는 사람은 익명의 상황에서 그 태도대로 법을 위반하지 않지만 범위반에 긍정적인 사람은 반규범적 행동을 할 가능성이 높다는 것이다. 이처럼 사람들은 익명의 상황에서 더더욱 개인이 학습한 태도대로 행동하게 된다고 볼 수 있는데(Joinson, 2003), 실제로 이성식의 사이버언어폭력 연구(2005b)에서 범위반태도는 익명성과 매우 강하게 유의미한 상호작용효과를 갖는다는 것을 제시해, 개인의 범위반태도가 익명의 상황에서 더 중요한 요인으로 작용한다는 것을 제시한 바 있다. 이처럼 범위반태도는 익명성과 상호작용효과를 가질 것으로 볼 수 있다.

또한 자기통제력이 낮은 사람들은 익명의 사이버공간 상황에서 우발적으로 더 범죄를 저지르기 쉽다. 사실 Gottfredson과 Hirschi가 범죄의 설명요인으로 낮은 자기통제력이라는 개인성향에만 주목했던 것은 아니다. 그들이 실증주의와 고전주의의 논의를 통합하려는 시도에서 일상행위이론(Cohen and Felson, 1979)에서의 논의를 통합하려 했듯이, 범죄설명에 낮은 자기통제력이외에 범죄기회는 모두 중요하다는 것을 주장했었다. 초기 학자들은 Gottfredson과 Hirschi의 논의에서 낮은 자기통제력의 영향에만 주목했지만 이후 논의들에서는 그러한 점을 다루기 시작했는데(Longshore, 1998; Longshore and Turner, 1998; Hay and Forrest, 2008; 이성식, 2010b), 즉 낮은 자기통제력은 범죄기회가 높은 상황에서 범죄로 이어질 수 있다고 보았다. 그 논리를 사이버공간에 적용해 볼 때 익명상황을 사이버범죄에 있어 주요 범죄기회요건으로 볼 수 있다면 낮은 자기통제력의 사람은 익명의 상황에서 더욱 더 범죄를 저지를 것이라고 볼 수 있는데, 이처럼 낮은 자기통제력은 익명성과 상호작용효과를 가질 것으로 볼 수 있다.

본 연구에서 또 다른 주요 요인으로 제시한 인터넷사용시간의 경우 그것이 익명성과 상호작용할 것이라는 이론적 근거나 기존 연구는 부족하다. 하지만 두 요인 모두 기회요인으로서 사이버범죄에 상승작용을 할 것으로 볼 수 있다. 즉 범죄기회

는 하나의 요건보다는 여러 기회요인들이 동시에 존재할 때 범죄가 더 발생하기 쉬울 것이라 볼 수 있는데, 인터넷사용시간이 많은 사람이 사이버범죄 가능성이 높지만 특히나 그들이 익명으로 사용하는 경우 그 범죄 가능성은 더욱 높을 것이라고 볼 수 있다. 즉 사이버범죄를 설명함에 있어 인터넷사용시간은 익명성과 상호작용효과를 가질 것이라고 볼 수 있다.

Ⅲ. 연구가설과 방법

1. 연구가설

이 연구는 소셜네트워크 서비스상의 범죄를 설명하기 위해 앞서 살펴본대로 기존 사이버범죄 연구에서 주목받아 왔던 요인들, 즉 일상긴장, SNS상의 범위반태도, 낮은 자기통제력, 그리고 SNS이용시간을 주요 독립변인으로 다루기로 한다. 기존의 연구에 근거해 볼 때 그와 같은 요인들은 사이버범죄를 잘 설명하는 요인이라는 점에서 SNS상의 사이버범죄를 설명하기 위한 이 연구에서는 다음과 같은 연구가설을 제시할 수 있다.

가설 1-1: 일상긴장이 많을수록 SNS상의 범죄를 더 저지를 것이다

가설 1-2: SNS상의 범위반에 대한 긍정적 태도를 가질수록 SNS상의 범죄를 더 저지를 것이다

가설 1-3: 낮은 자기통제력의 성향을 가질수록 SNS상의 범죄를 더 저지를 것이다

가설 1-4: SNS이용시간이 많을수록 SNS상의 범죄를 더 저지를 것이다

그런데 이 연구에서는 앞서 여러 이론과 논의들을 기초로 논의해 볼 때 일상긴장, SNS상의 범위반태도, 낮은 자기통제력, 그리고 SNS이용시간 등은 익명성과 상호작용효과를 가질 것으로 기대하며, 각각 일상긴장, SNS상의 범위반태도, 낮은 자기통제력, 그리고 SNS이용시간은 익명이 아닌 상황에서는 SNS상의 범죄에 작용

할 가능성이 낮지만 익명의 상황에서 더 사이버범죄에 정(+)적으로 작용하여 영향을 줄 것이라고 예측해 본다.

가설 2-1: 일상긴장요인들은 SNS상의 범죄를 설명함에 있어 익명성과의 상호작용효과가 정(+)적으로 작용할 것이다

가설 2-2: SNS상의 범위반태도는 SNS상의 범죄를 설명함에 있어 익명성과의 상호작용효과가 정(+)적으로 작용할 것이다

가설 2-3: 낮은 자기통제력은 SNS상의 범죄를 설명함에 있어 익명성과의 상호작용효과가 정(+)적으로 작용할 것이다

가설 2-4: SNS이용시간은 SNS상의 범죄를 설명함에 있어 익명성과의 상호작용효과가 정(+)적으로 작용할 것이다.

이 연구에서는 위의 가설들을 다음의 경험자료를 통해 분석하고 검증해 보기로 한다.

2. 연구방법

이 연구는 대학생들을 대상으로 조사를 실시한다. SNS이용의 경우 상대적으로 청년층이나 성인의 이용률이 높는데 여기서는 조사가 용이한 대학생을 대상으로 하기로 하며, 서울시에 재학중인 대학생에 국한하여 조사하기로 한다. 이를 위해 서울시 총 여덟 개의 학교를 선정했으며, 조사는 2012년 6월 25일부터 7월 9일까지 각 학교 100여명씩 총 800명을 대상으로 설문조사를 실시했다. 조사방식은 여러 층별로 할당표집을 했는데, 지역으로는 한강을 중심으로 동서남북지역별로 두 개씩의 학교를 배정하는 방식으로 선정하였고 각 학교에서는 자연/이공계와 인문사회/경상계 학생이 절반씩 표집되도록 했으며, 남녀, 그리고 학년별로도 고려해서 표집하도록 하였다. 조사후 불성실한 응답 38부를 제외한 762부를 사용하기로 하는데, 그 중 SNS사용자는 486명으로 응답자중 63.7%를 차지했고, 여기서는 이들을 대상으로 최종 분석하기로 한다.

본 연구에서 주요 독립변인들로 일상긴장요인으로서는 가정과 학업에서의 긴장을 주 긴장으로 사용하기로 하며, 기존 연구들에 의거(Agnew, 2001), 가정긴장은 “나는 부모님과 갈등이 심하다”, “나는 부모님과 마음이 안 맞는다”, “부모님은 나를 잘 이해해주지 못한다”의 세 문항을($\alpha=.892$), 학업긴장은 “나는 학교에 잘 적응 못한다”, “나는 학교가기가 싫다”, “나는 학업에 흥미가 없다”의 세 문항을($\alpha=.693$) 사용하고 “전혀 그렇지 않다”에서 “매우 그렇다”에 이르는 5점 척도에 응답하도록 하였다.

SNS상의 범위반의 태도는 “SNS상에서 법을 위반하는 것은 괜찮다”의 하나의 질문에 5점 척도에 응답하도록 하였다.

낮은 자기통제력은 기존의 연구에 의거하여(Grasmick et al., 1993), 충동성, 위험 추구성, 단순작업추구성, 활동성, 이기성, 화기질 등 여섯 특성에 대해 두 문항씩의 질문을 하였는데, 예컨대 “나는 충동적으로 행동하는 경우가 많다”와 같은 총 열두개의 질문에 5점 척도에 응답하도록 하였다($\alpha=.837$).

SNS이용시간은 개방형의 질문으로 하루 평균 SNS에서의 사용시간을 질문하였다.

위의 요인들과 상호작용효과를 살펴볼 익명성은 “SNS상에서 나는 익명의 상태에서 주로 아이디명을 사용한다”, “SNS상에서 나는 실제 내 이름을 사용하지 않는다”, “SNS상에서 나는 나 자신을 감추게 된다”의 세 문항을 사용하고 5점 척도에 응답하도록 하였다($\alpha=.826$).

종속변인으로 SNS상의 범죄의 경우는 단순욕설에서부터 사이버범죄의 여러 유형들로 폭력, 음란, 성범죄의 내용범죄 및 재산과 정보침해, 그리고 해킹 등 신종범죄에 이르는 행위를 포함하는 범위반 행위로 규정한다(이성식, 2011). 이에 1)단순욕설, 2)명예훼손/비방, 3)허위사실/유언비어유포, 4)집단괴롭힘, 5)협박/위협, 6)스토킹, 7)성희롱, 8)성매매제의, 9)음란물게시, 10)개인정보사용, 11)불법촬영 및 유포, 12)해킹, 13)악성코드유포, 14)스팸메일유포, 15)사기, 16)저작권침해 등 열여섯 개의 항목을 선정하고 각각에서 지난 1년 동안의 경험 횟수를 질문하였다. 여기서는 이들 응답에 ‘없다’, ‘1회’, ‘2-3회’, ‘4-9회’, ‘10회 이상’에 0-4점을 부여하였고 최종 합산하여 사용하기로 하는데, 이렇게 구간을 나누어 합산한 이유는 단순히 횟수를 합산할 경우 그 빈도가 많은 단순욕설과 같은 범죄행위가 전체범죄를 대표할 가능성이 높으며, 또한 각 항목을 ‘없다’와 ‘있다’로만 구분하여 합산할 경우 그 방

식은 그 점수가 높을수록 범죄의 다양성을 측정할 뿐 그 빈도를 고려하지는 않기 때문에 그 단점들을 보완하는 방법에서 그와 같이 응답에 점수를 부여하고 합산하는 방식을 사용하였다. 그러나 이 합산값을 종속변인으로 사용할 경우 좌측으로 편향되어 다중회귀분석에서 OLS방식으로 사용할 경우 독립변인들의 영향을 정확하게 예측할 수 없게 되는 문제가 있어 여기서 최종적으로는 그 값을 로그화하여 사용하기로 한다.

본 연구에서 사회인구학적 통제변인으로 성은 여자(=0)와 남자(=1)를 더미화하였고, 연령은 태어난 연도를 묻고 연령으로 재부호화를 하였다.

IV. 분석결과

<표 1>은 본 연구에서 사용할 주요 변인들에 대한 기술적 통계분석의 결과를 제시한다. 우선 조사대상자의 사회인구학적 특성이자 통제변인으로 사용할 성의 분포를 보면 전체 응답자 중 남성은 274명(56.4%), 여성은 212명(43.6%)으로 남성이 다소 많았다. 연령은 18세부터 28세까지의 분포에서 평균연령은 21.745세인 것으로 나타났다.

〈표 1〉 주요 요인들에 대한 기술적 통계분석결과

구분	명	%	평균	표준편차	범위
성	남성	274	56.4		
	여성	212	43.6		
연령			21.745	2.324	18-28
가정긴장			6.437	2.324	3-15
학업긴장			6.658	2.281	3-15
SNS법위반태도			3.635	1.098	1-5
낮은자기통제력			33.337	6.846	12-60
SNS이용시간			1.940	2.010	0-12
익명성			6.813	2.810	3-15
SNS범죄			.207	.532	0-2.89

본 연구에 사용할 주요 독립변인으로 가정긴장은 3-15범위에서 평균값이 6.437로, 학업긴장은 6.658로 낮은 편으로 나타났다. SNS상 범위반에 대한 호의적인 태도는 1-5범위에서 3.635로 중간보다 다소 높은 것으로 나타나 응답자들이 SNS에서의 범위반에 부정적이지는 않고 다소 긍정적인 태도를 갖는 것을 알 수 있었다. 개인성향으로 낮은 자기통제력은 12-60범위에서 평균값이 33.337로 그 점수가 낮았고, SNS이용시간은 하루중 0-12시간범위에서 평균값이 1.940으로 약 2시간 정도인 것으로 나타났다. 앞서 요인들과 상호작용효과를 가질 것으로 기대하는 SNS에서의 익명성은 3-15범위에서 평균값이 6.813으로 그 점수가 낮아 대체로 SNS이용시 익명사용은 낮은 것을 알 수 있다.

본 연구에서의 종속변인으로 사용할 SNS상의 범죄를 로그화한 후의 결과는 0-2.89범위에서 평균값이 .207이었고 그 정도는 낮은 것으로 조사되었다.

<표 2> 주요 원인들의 SNS상의 범죄에 대한 다중회귀 분석결과

독립변인	종속변인	
	SNS범죄	
	b	β
남성	.130*	.119
연령	-.001	-.006
가정긴장	.013	.054
학업긴장	.012	.052
SNS범위반태도	.041*	.083
낮은자기통제력	.001	.019
SNS이용시간	.048***	.178
R제곱	.064	
F값	3.812***	

* p<.05; ** p<.01; *** p<.001

위의 <표 2>는 본 연구에서의 주요 요인들로 일상긴장, SNS상의 범위반태도, 낮은 자기통제력, 그리고 SNS이용시간을 독립변인으로 하고 SNS상의 범죄를 종속변인으로 하여 분석한 다중회귀 분석결과를 제시한다. 그 결과를 보면 긴장요인으로 가정긴장은 사이버범죄에 유의미한 영향력을 갖지 못했고 학업긴장 역시 그 영향력

이 통계적으로 유의미하지 못했다. 아울러 기존 연구들에서 사이버범죄행위를 설명하는 주요 요인이었던 낮은 자기통제력의 경우도 SNS상의 범죄에 대한 영향에서 유의미하지 못한 것으로 나타났다. 이렇듯 긴장요인들이나 낮은 자기통제력과 같은 충동성요인이 유의미하지 않은 것은 적어도 대학생들의 SNS상의 범죄는 표출적이고 충동적 행위는 아닐 수 있음을 제시한다.

SNS상의 범위반에 대한 태도는 SNS상의 범죄에 $p<.05$ 수준에서 비록 작지만 유의미한 영향력을 갖는 것으로 나타났다. 즉 SNS상의 범죄에 호의적 태도를 가질수록 SNS상의 범죄의 가능성은 높은 것으로 나타나 기존 사이버범죄연구에서 태도요인이 중요했다는 결과와 일관된 결과를 제시했다.

무엇보다도 이 연구에서는 SNS사용시간의 영향력이 중요해 SNS사용시간이 많을수록 $p<.001$ 수준에서 SNS상의 범죄를 더 저지르는 것으로 나타났다. 그리고 표준화된 회귀계수에서도 알 수 있듯이 여러 요인들 중에서 가장 큰 영향력을 갖는 것을 제시한다.

본 연구에서 통제변인으로 사용한 사회배경변인으로는 남성이 $p<.05$ 수준에서 유의미하여 남성이 여성보다 SNS상에서 사이버범죄를 더 저지르는 것으로 나타났고 연령에 따른 SNS상의 범죄의 차이는 유의미하지 않은 것을 제시했다.

한편 <표 3>에서는 본 연구에서 보다 관심을 갖는 가설에 대한 분석결과로서 위의 일상긴장요인들, SNS상의 범위반태도, 낮은 자기통제력, 그리고 SNS이용시간과 익명성과의 상호작용효과의 결과를 제시한다. 그 결과를 보면 SNS상의 범위반태도와 익명성과의 상호작용효과가 $p<.05$ 수준에서 정(+)적으로 유의미하게 나타났는데, 이는 SNS상의 범위반에 호의적인 응답자들이 익명의 상황에서 더욱 사이버범죄를 저지르게 된다는 것을 제시한다. 하지만 본 연구의 예측과 달리 일상긴장요인들이나 낮은 자기통제력, 그리고 SNS이용시간은 익명성과 유의미한 상호작용효과를 나타내지 못했고, 다만 SNS사용시간이 독립적으로 $p<.001$ 수준에서 SNS상의 범죄를 잘 설명하는 것으로 나타났다.

〈표 3〉 주요 원인들과 익명성간의 SNS상의 범죄에 대한 상호작용효과

독립변인	종속변인	
	SNS범죄	
	b	β
남성	.141**	.129
연령	-.004	-.017
부모긴장	.014	.060
학업긴장	.012	.048
SNS범위반태도	.046*	.092
낮은자기통제력	.003	.042
SNS이용시간	.049***	.183
익명성	.009	.045
부모긴장*익명성	.003	.042
학업긴장*익명성	.000	.004
SNS위반태도*익명성	.015*	.093
낮은자기통제력*익명성	.000	.011
SNS이용시간*익명성	.005	.049
R제곱	.076	
F값	2,856***	

* $p < .05$; ** $p < .01$; *** $p < .001$

V. 결론

이 연구는 소셜네트워크 서비스상의 범죄를 설명하기 위한 일환으로 대학생들을 대상으로 하여 그동안의 사이버범죄 연구에서 주목받아 왔던 그 주요 설명요인들로 일상긴장요인들, SNS상의 범위반태도, 낮은 자기통제력, 그리고 SNS이용시간의 영향력을 알아보고 무엇보다 그 요인들이 익명의 상황에서 더 작동되는지를 알기위해 그 요인들과 익명성간에 상호작용효과가 있는지를 살펴보고자 하였다.

이 연구결과는 여러 요인들 중에서도 SNS사용시간이 SNS상의 범죄를 가장 잘 설명하는 요인임을 제시했다. 기존의 연구들에서 인터넷사용시간이 많거나 인터넷 중독자가 사이버범죄를 저지르게 된다는 결과에서와 같이 이 연구에서는 SNS사용

시간이 많을수록 SNS상에서 범죄의 가능성이 높다는 것을 제시했다. 이는 적절하게 SNS를 사용하도록 하는 방안이 SNS상의 범죄의 주요 대책이 될 수 있음을 제시한다.

본 연구에서는 긴장요인들의 영향력은 미비했다. 아울러 기존 연구에서 가장 중요한 요인 중 하나였던 개인성향으로서 낮은 자기통제력의 경우도 그 영향력은 미비했던 것으로 나타났다. 이는 긴장의 영향력 자체가 SNS상 범죄 설명에 부족했을 수도 있지만 긴장의 요인들로 기존 청소년연구에서 사용되었던 가정과 학교긴장을 선정한 것이 대학생 대상에서는 부적절했기 때문일 수 있다. 또한 낮은 자기통제력과 같은 요인의 영향력이 낮았던 것도 기존 청소년과 달리 좀 더 성숙한 대학생을 대상으로 했기 때문인지 모르지만 적어도 이 결과는 SNS상에서의 범죄는 우발적이거나 긴장표출, 충동적으로 일어나는 것은 아니라는 것을 제시한다. 그러나 이는 또 다른 한편으로는 기존 연구들에서 제시하듯이(남수정, 2011, 차은진, 2012), 일상긴장요인들과 낮은 자기통제력이 SNS이용시간을 매개로 하여 SNS상의 사이버범죄에 간접적으로 영향을 준 결과로 이해할 수도 있을 것이다.

이 연구결과는 기존 연구결과에서와 같이 일관되게 법위반에 대한 태도가 비록 그 영향력이 크지는 않았지만 SNS상의 범죄를 통계적으로 유의미하게 설명하는 것으로 나타났다. 즉 SNS상에서 법위반에 긍정적 태도를 가질수록 SNS상의 범죄를 더 저지른다는 것을 제시했다. SNS상에서는 가까운 친구나 친지와와 네트워크 관계 속에서 상호작용하면서 법위반태도를 학습하게 되는 경우가 많은데, 그로 인한 태도학습이 중요한 요인이라는 것이다. 이는 SNS에서의 범죄를 해결하기 위한 노력으로 법위반 학습환경의 개선이나 윤리교육 등의 노력이 필요하다는 것을 말해주고 있다.

본 연구에서의 주 관심으로 위의 요인들과 익명성과의 상호작용효과의 검증결과를 보면 본 예측과 달리 일상긴장 및 낮은 자기통제력이 익명성과 상호작용효과를 가지지 못한 것을 제시했다. 본 연구는 그 논리적 근거를 일반긴장이론이나 일반이론에 두었으나 사실 일반긴장이론이 조건적 통합논의에서 그리고 일반이론에서도 익명성과 같은 기회요인을 구체적으로 조건적 요인으로 언급하지는 않았기 때문에 두 이론이 모두 틀렸다고 볼 수는 없을 것이지만 그럼에도 두 이론을 확대해 보면

그 상호작용효과를 가늠해 볼 수 있었는데 이 연구에서는 지지되지 못했다. 본 연구에서 추가적으로 다루지는 않았지만 이를 확인하기 위해서는 일상긴장 및 낮은 자기통제력이 본 연구의 또 다른 기회요인으로서 SNS사용시간과 상호작용효과를 갖는지도 살펴볼 필요가 있을 것으로 본다. 그러나 아마도 본 연구에서 SNS상의 범죄에서 긴장요인과 낮은 자기통제력의 두 이론의 요인들이 그 자체로 설명력이 낮았기 때문에 그 상호작용효과도 낮았던 것으로 보인다.

SNS사용시간은 독립적으로만 큰 영향력을 나타냈지 익명성과 통합적으로 작용하는 것은 아니라는 결과를 나타냈다. 즉 사용시간이 많은 사람들이 익명적으로 사용할 때 범죄 가능성이 높은 것이 아니라 익명성과 상관없이 범죄를 저지르게 된다는 것을 나타낸다. 이는 요즘 스마트폰의 확산으로 늘 휴대하고 다니면서 인터넷 및 SNS사용시간이 증가하는 시점에 있어 앞서 언급한대로 사용시간조절이 필요한 과제임을 제시한다.

본 연구는 무엇보다도 자아의식이론대로 또 기존 국내 사이버범죄 연구에서 밝힌 대로(이성식, 2005b) 개인의 범위반태도가 익명성과 유의미한 상호작용효과를 갖는다는 것을 제시했고 이는 본 연구의 상호작용효과와 가설들 중에서 유일하게 지지되는 결과였다. 이는 사이버범죄에서 개인의 태도가 익명의 상황에서 주요 요인으로 작동된다는 것을 나타낸다. 이는 여타 사이버공간에서는 물론 SNS사용중에서도 익명의 상황이 어느 정도 있기에 범위반태도의 작용이 중요하다는 것은 윤리의식 등이 길러지는 것이 주요 대책방안이 될 수 있음을 제시하는 것이기도 하다.

하지만 전체적으로 본 연구에서 제시했던 설명요인들의 설명력은 그다지 만족할 만큼 크지는 않은 것으로 나타났다. 그것이 SNS에서 범죄가 낮아서 설명하기 어려운 것인지, 조사대상이 범죄 가능성이 낮은 대학생들 대상으로 했기 때문인지, 다른 방법론상의 문제때문인지 모르지만 이는 앞으로 새로운 공간이라 할 수 있는 SNS 상에서의 범죄를 설명하기 위해서는 지속적인 새로운 요인의 발견 노력이 필요하다는 것을 제시한다. 앞으로는 새로운 요인의 발견 등 그러한 연구들을 더욱 기대해 본다. 그리고 앞으로는 앞서 논의의 재검증이나 새로운 요인의 발견을 위해서라도 SNS사용층의 확대에 따른 초등학생 및 중고등학생 청소년 등 더 다양한 대상으로 하는 논의와 조사가 이루어졌으면 하는 바람이 있다.

참고문헌

- 남수정 (2011). 긴장과 낮은 자기통제력이 사이버일탈에 미치는 영향: 인터넷중독의 매개효과와 익명성의 조절효과 검증. *대한가정학회지* 49(2):63-74.
- 성동규, 김도희, 이운석, 임성원 (2006). 청소년의 사이버폭력 유발요인에 관한 연구. *사이버커뮤니케이션학회보* 19:79-129.
- 유상미, 김미량 (2011). 사이버폭력의 원인에 대한 구조모델의 제시와 검증. *한국컴퓨터교육학회지* 14(1):23-33.
- 윤해성, 박성훈 (2013). SNS에서의 범죄현상과 형사정책적 대응에 관한 연구. *한국형사정책연구원 연구보고서*.
- 이성식 (2004). 청소년들의 긴장, 부정적 감정의 경험과 사이버공간에서의 비행. *한국공안행정학회보* 18:273-299.
- 이성식 (2005a). 인터넷중독과 청소년비행의 관계. *정보화정책* 12(3):33-47.
- 이성식 (2005b). 사이버공간의 익명성이 청소년언어폭력에 미치는 영향. *한국청소년연구* 16(1):77-108.
- 이성식 (2006). 중학생 오프라인과 온라인 폭력 원인모색을 위한 주요 요인들의 적용. *청소년학연구* 13(6):179-200.
- 이성식 (2010a). 청소년의 온라인 저작물 불법다운로드 행위에 있어 낮은 자기통제력과 사회학습요인들의 영향 및 상호작용효과. *청소년학연구* 18(10):123-142.
- 이성식 (2010b). 낮은 자기통제력과 비행기회요인들의 오프라인 및 온라인 비행에의 영향 비교: 일반이론의 검증. *형사정책연구* 21(1):203-233.
- 이성식 (2011). 사이버범죄학: 원인, 유형, 대책. *그린*.
- 이성식 (2013). 소셜네트워크 서비스상에서의 불법행동과 그 원인으로 사회자본과 그 쟁점: 트위터와 페이스북의 비교. *형사정책연구* 24(2):263-290.
- 이성식 (2014). 대학생의 사이버일탈 설명요인에 관한 연구: 주요 네 이론에서 요인들을 중심으로. *한국공안행정학회보* 54:145-168.
- 이성식, 전신현 (2012). 인터넷사용, 일상긴장, 비행의 관계. *형사정책연구* 23(3):293-318.
- 이창호, 이경상 (2013). 소셜미디어 사용시간이 청소년의 사이버불링에 미치는 영향

- 연구. 한국청소년연구 24(3):259-285.
- 정혜원 (2010). 청소년단계에서 사이버비행의 변화에 관한 연구: 일반긴장이론, 자기통제이론, 비행기회이론을 중심으로. 형사정책연구 21(2):263-288.
- 차은진 (2012). 중학생의 사이버비행에 영향을 미치는 요인에 관한 연구: 인터넷중독, 인터넷윤리의식, 사이버비행의 연쇄적 인과관계를 중심으로. 청소년복지연구 14(3):1-27.
- 홍영수, 김동기 (2011). 청소년의 스트레스, 자아존중감 및 자기통제감과 사이버비행의 구조적 관계: 남녀차이를 중심으로. 청소년학연구 18(1):127-148.
- Agnew, R. (1992). Foundation for a General Strain Theory of Crime and Delinquency. *Criminology* 30:47-87.
- Agnew, R. (2001). Building on the Foundation of General Strain Theory. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 38:319-61.
- Akers, R.L. (1985). *Deviant Behavior: A Social Learning Approach*, 2nd. Belmont, CA: Wadsworth.
- Buzzell, B., Foss, D. and Middleton, Z. (2006). Explaining Use of Online Pornography: A Test of Self-Control Theory and Opportunities for Deviance. *Journal of Criminal Justice and Popular Culture* 13:96-116.
- Cohen, L. and Felson, M. (1979). Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activities Approach. *American Sociological Review* 44:588-608.
- Gibbs, J.J. and D. Giever. (1995). Self-Control and Its Manifestations among University Students: An Empirical Test of Gottfredson and Hirschi's General Theory of Crime. *Justice Quarterly* 12:231-5.
- Gottfredson, M.R. and Hirschi, T. (1990). *A General Theory of Crime*, Stanford, Calif.: Stanford University Press.
- Grasmick, H.G., Tittle, C.R., Burski, R.J. and Arneklev, B.K. (1993). Testing the Core Empirical Implications of Gottfredson and Hirschi's General Theory of Crime. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 30:5-29.
- Hay, C. and Forrest, W. (2008). Self-Control Theory and the Concept of

- Opportunity: The Case for a More Systematic Union. *Criminology* 46(4):1039-71.
- Higgins, G.E. (2005). Can Low Self-Control help with the Understanding of the Software Piracy Problem? *Deviant Behavior* 26:1-24.
- Higgins, G.E. and Makin, D.A.(2004). Does Social Learning Theory condition the Effects of Low Self-Control on College Student's Software Piracy? *Journal of Economic Crime Management* 2:1-22.
- Higgins, G.E. and Wilson, A.L.(2006). Low Self-Control, Moral Beliefs and Social Learning Theory in University Student's Intentions to Pirate Software. *Security Journal* 19:75-92.
- Hindelang, M.S., Gottfredson, M.R. and Garofalo, J. (1978). *Victims of Personal Crime*. Cambridge, MA: Ballinger.
- Joinson, A.N. (2003). *Understanding the Psychology of Internet Behavior*. Palgrave McMillian.
- Kiesler, S., J. Siegel. and T.W. McGuire. (1984). Social Psychological Aspects of Computer-mediated Communication. *American Psychologist* 39:1123-34.
- Longshore, D. (1998), Self-Control and Criminal Opportunity: A Prospective Test of the General Theory of Crime. *Social Problems* 45:102-113.
- Longshore, D. and Turner, S. (1998), Self-Control and Criminal Opportunity: Cross-sectional Test of the General Theory of Crime. *Criminal Justice and Behavior* 5:281-98.
- Malin, J. and Fowers, B. (2009). Adolescent Self-Control and Music and Movie Piracy. *Computers in Human Behavior* 25:718-722.
- Matsueda, R.L. (1982). Testing Control Theory and Differential Association: A Causal Modeling Approach. *American Sociological Review* 47:489-504
- Meier, R.F. and Miethe, T.D. (1993). Understanding Theories of Criminal Victimization. In *Crime and Justice*, Vol 15, A.J. Reiss and M. Tonry(eds.). Chicago: University of Chicago Press.

- Osgood, D.W., Wilson, J.K. O'Malley, P.M., Bachman, J.G. and Johnston, L.D.. (1996). Routine Activities and Individual Deviant Behavior. *American Sociological Review* 61:635-55.
- Patchin, J.W. and S. Hinduja. (2011). Traditional and Nontraditional Bullying among Youth: A Test of General Strain Theory. *Youth and Society* 43(2):727-751.
- Postmes, T. and R. Spears. (1998). Deindividuation and Anti-Normative Behavior: A Meta-Analysis. *Psychological Bulletin* 102:238-59.
- Pratt, T.C. and F.T. Cullen. (2000). The Empirical Status of Gottfredson and Hirschi's General Theory of Crime: A Meta-Analysis. *Criminology* 38:931-64.
- Skinner, B.F. and Fream, A.M. (1997). A Social Learning Theory Analysis of Computer Crime among College Students. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 34:495-518.

Testing the Explanatory Factors, Anonymity and Their Interaction Effects on Cyber Crime in Social Network Service

Lee, Seong-Sik*

This study examines the explanatory factors of cyber crime on social network service and tests the effects of those variables such as family and school strains, attitude toward law violation, low self-control, and time use of social network service. In addition, this study focuses on testing the interaction effects between those factors and anonymity in order to show how the effects of those variables are high when the degree of anonymity is high. Using data from 486 university students in Seoul, results show that the effects of stain variables and low self control are not significant. It is also found that attitude toward law violation has a significant influence on cyber crime and that time use of SNS has the largest effect on it. In addition, results show that the interaction effect between anonymity and attitude toward law violation is significant. That is, those who have a attitude favorable to law violation are more likely to commit cyber crime in social network service when they use it anonymously. However, results show that interaction effects between other variables and anonymity are not significant.

❖ Keyword: Social Network Service, Cyber Crime, Anonymity, Time Use of SNS, Attitude toward Law Violation

투고일 : 2월 4일 / 심사(수정)일 : 3월 20일 / 게재확정일 : 3월 20일

* Professor, Soongsil University

북한형법의 변화와 통일 후 불법청산방안

박 강 우*

국 | 문 | 요 | 약

동서독과 같은 서로 상이한 두 사회체제의 통합은 정치, 경제, 문화, 법률 등의 분야에서 어렵고도 복잡한 문제를 제기한다. 남북한의 통일과정에서도 이는 마찬가지이다. 남북한은 60여 년 간의 분단결과 서로 상이한 정치, 경제, 법률체제를 구축하여 시행하여 왔고, 이러한 상이한 체제들의 통합은 결코 쉽지 않은 과제가 될 것이다.

남북한 법률통합과정에서도 통합의 제1의 원칙은 법치국가원칙이 되어야 한다. 북한과 같은 사회주의국가는 법률을 시민의 권리보호를 위한 독자적 가치체계로 보지 않고, 단지 사회주의적 지배를 위한 수단으로만 여기는 경향이 강하다. 하지만, 최근 북한에서도 형법 등 제반법률에서 법치국가원칙(유추적용금지원칙, 행위시법주의 등) 등의 보편적 가치와 원리들이 반영된 법률 개정이 이루어지고 있다.

이 논문에서는 북한 형사사법의 특이요소 및 최근의 변화(II), 통일 후 북한지역에 대한 형법적용과 해석의 문제(III), 탈북주민에 대한 총격이나 반정부 인사들에 대한 비인도적 처형 등 북한정권의 불법행위에 대한 청산문제(IV) 등의 논점을 다루었다.

❖ 주제어 : 통일, 형사정책, 형법통합, 불법청산, 북한정권

* 충북대 법전원 교수, 법학박사

I. 서설

현 정부 출범이후 여러 가지 사건과 정부의 대북정책변화로 남북관계가 많이 경색되기는 했지만, 국민의 정부나 참여정부에서 김대중 대통령의 평양방문, 김정일 국방위원장과 의 정상회담, 남북한 이산가족 교환방문 등을 계기로 남북화해와 통일 분위기가 상당히 진전되었던 것은 분명하다. 그리고, 이제 많은 사람들이 남북한의 통일을 한민족의 숭고한 당위적 과제로 보기 보다는 현실적 문제, 경제적 문제, 제도통합의 문제로 바라보기 시작했고, 이러한 측면에서 남북한 형사사법의 교류 내지 통합문제도 접근될 필요가 있다고 할 것이다.

동서독의 경우처럼 서로 다른 두 체제의 통합은 매우 복잡하고 민감한 문제들을 정치, 경제, 법률, 문화 등의 각 부분에 제기하였다. 1990년대 이후 구동독 및 동유럽 지역에서의 형법을 비롯한 법률통합 및 불법청산과정은 이를 잘 보여준다고 할 수 있다. 사법부의 독립이 인정되지 않은 채 통치기구의 일부 내지 집행기구로 전락해버린 구동독의 법과 사법조직의 청산에 있어 법치국가원리는 가장 기본적인 원칙이 되었다. 국가공권력의 행사를 사법적 통제하에 둠으로써 구동독 치하에서 형해화되었던 법치행정의 원칙을 되살리고, 입법활동 또한 형성의 자유를 갖되 헌법 질서에 기속되도록 한 것은 독일 사법통합에 있어 제1의 과제가 되었다.¹⁾ 또한 동서독간의 통일조약에서는 사회주의 국가에 특유한 사법의 도구적 성격을 불식하고, 중앙에 의한 사법지배, 법관의 보고의무, 검사의 일반적 적법성 감시기능 등을 폐지하였다. 이와 함께 구동독 정권하의 불법행위에 대한 법치국가적 과거청산의 일환으로 법치주의 이념에 따라 사법제도와 조직을 재편성하고, 제반 사법영역에서 과거 잘못된 판결의 파기, 피해자 복권 등의 수단을 통해 법익침해의 결과를 제거하는 원상회복 및 보상이 실시되었다.

통일독일 뿐만 아니라 동유럽 국가들의 불법청산과 개혁입법에서도 법치국가이념은 제1의 기준이 되었다. 종래 체제유지의 도구로서 이데올로기화되었던 법의 탈정치화 및 탈이데올로기화가 이루어지고 개인의 인권보호가 국가의 제1과제로 등장하였던 것이다.²⁾

1) 법원행정처, 독일통일과 사법통합, 1995. 4, 78면 참조.

통일 이후 북한지역에서의 형법통합을 비롯한 법통합의 제1의 기본원칙 내지 이념도 법치국가원칙이 되는 것은 당연한 것으로 보인다. 즉 오늘날 법치국가원칙은 특정한 체제에 우선하는 전인류적 가치를 갖는 것으로 인정되고 있으며, 중국을 비롯한 사회주의 국가들에서도 법치국가원칙을 부인하고 있지는 않다. 구소련과 같은 사회주의 국가에서는 부르조아적 법치국가와 구별되는 이른바 사회주의적 법치국가론을 주장하였지만, 지금 계급적 가치에 우선하는 전인류적 가치로서 법치국가이념은 모든 국가에 보편화되어 있다. 다시 말해서, 민주주의 국가에서 법의 지배 내지 법치국가원리는 국가권력의 발동근거가 법이며 국민의 자유와 권리의 제한은 법에 근거하여야 한다는 천명한 것이며 단순히 정치적·행정적 목적과 구별되는 독자적 가치체계로서 법을 인정하는 것임에 반해, 과거 사회주의적 법치국가 내지 사회주의적 적법성은 법을 사회주의 건설을 위한 수단으로 상징함으로써 프롤레타리아 혁명과 독재를 합리화하는 법의 합목적적 기능을 중시하였다.³⁾

이 논문에서는 우선 북한 사법 및 형법의 특성과 특이요소를 살펴보고(II), 통일 후 북한지역에 대한 형법적용과 해석의 문제(III), 통일 후 예상되는 불법청산의 대상(IV)의 순으로 통일 후 형법통합 및 범죄처리의 기본방향을 논의하고자 한다. 한 가지 첨언코자 하는 것은 북한 형법 및 형사사법을 연구할 때 가져야 할 연구자의 기본자세는 제도의 다름을 보고 실망할 것이 아니라 사람의 같음(민족)을 보고 희망을 가지는 것이라 생각된다. “이질적인 두 법질서를 하나로 만들기 위한 돌파구는 상대를 자기화하려는 일방적 ‘동화’가 아니라 동시에 나를 상대화하는 ‘투사’의 자세가 있어야 마련될 수 있는 것이다. 내가 나를 닮아야 한다고 요구하는 만큼 나도 너를 닮겠다는 각오가 있어야 한다.”⁴⁾

2) 이에 대하여 자세한 것은 이기현/이건호, 체제전환국가들의 범죄양상 및 형사정책적 대응, 한국형사정책연구원 보고서, 1998 참조.

3) 자세한 것은 최종고, 북한법이론과 북한법학의 회고와 전망, 북한법률행정논총 제10집, 고려대학교 법학연구소, 1995. 10, 19면 참조.

4) 배종대, “통일과 북한형법의 이해”, 북한법률행정논총 7, 고려대학교 법학연구소, 1989, 9-10면 참조.

II. 북한의 사법과 형법의 특성

1. 개관

사회주의체제에서 법은 일반적으로 프롤레타리아독재의 도구로서 그 역할이 설정되지만, 여기에 북한법은 주체사상에 의해 ‘종교화’(개인숭배화)되어 있다는 점에 또 다른 특징이 있다.⁵⁾ 하지만, 2009년 북한 형법 개정이후 북한법은 과거 이념지향적 법체제에서 객관적 사회통제규범으로의 변화를 꾀하고 있는 것으로 보인다. 즉, 2009년 개정형법에서 죄형법정주의를 명문화하고 적법절차관련규정, 범죄구성요건과 처벌규정을 세분화하는 등 변화를 모색하고 있다고 한다.⁶⁾

그러나, 죄형법정주의나 관련규정은 여전히 현대적 형법기준에 미치지 못한 것으로 평가되어, 통일후 북한지역에서 사법통합 및 형법통합 역시 수령의 교시나 당의 지배가 아닌 법의 지배의 회복 내지 재건, 북한주민의 기본권의 실질적 회복 내지 보장, 당에 대한 사법부의 종속이 아닌 사법부의 독립, 개인의 법익보호를 중심으로 한 형법질서의 재건, 법치국가적 원칙에 입각한 형사절차의 재건, 잔혹하고 비인도적인 형벌의 제거 등을 목표로 진행되어야 할 것으로 생각된다.

따라서, 남북한의 급격한 사법통합을 대비하여 충분한 물질·인적 자원을 지금부터 조성하는 작업이 통일 후의 혼란과 무질서를 예방하기 위해 가장 먼저 필요한 것으로 생각된다. 물론 통일 후 북한지역의 사법제도나 조직이 전면적으로 대체될 까지 남한 헌법의 기본질서에 반하지 않는 북한 법질서의 유지·존속은 기본적인 치안의 유지를 위해 불가피한 것으로 보인다.

북한은 1948년 헌법 제정시부터 평등권(제11조), 선거권·피선거권(제12조), 언론·출판·집회·결사의 자유(제13조), 종교 및 신앙의 자유(제14조), 노동에 대한 보수를 받을 권리(제15조), 공민들의 휴양에 관한 권리(제16조), 교육을 받을 권리(제18조) 등의 기본권을 보장하였고 이후 1972년 개정헌법과 1992년 개정헌법, 2010

5) 최종고, 사회주의법 일반이론에서 본 북한법사상, 북한법률행정논총 제9집, 고려대학교 법학연구소, 1992. 8, 6-7면 참조.

6) 법률신문, 2010. 9. 21. 기사 “북한 개정 형법, 형벌체계 대변화”.

년 개정헌법에서 이를 확대·보충하였다.

북한 헌법상의 기본권 보장은 다음과 같은 특징을 가진다.⁷⁾ 첫째 북한에서 공민의 권리는 ‘하나를 전체를 위하여, 전체는 하나를 위하여’라는 집단주의원칙(제63조)에서 일탈할 수 없기 때문에 개인의 이익보다 집단과 사회의 이익이 우선시되며, 개인의 이익이 집단과 사회의 이익에 복종된다는 점이다. 둘째, 기본권보장에 있어 집단주의원칙을 내세움으로써 권리개념은 의무에 대응하는 대립적 개념이라기 보다 국가에 의하여 보장받을 수 있다는 가능성 개념으로 변질되었다. 즉, 국가가 실질적 보장을 약속한 것만이 권리일 수 있고, 그것은 개인이 국가에 대하여 청구, 주장할 수 있는 것이 아니라고 한다. 따라서 권리침해를 당했을 때 이를 구제받을 수 있는 법적 절차가 마련되어 있지 않고, 국가권력에 의한 실질적·물질적 보장만을 약속하고 있을 뿐이다. 결국 북한헌법상의 공민의 권리는 개인의 권리라기 보다는 단순한 이익개념에 가까운 것이다.⁸⁾ 셋째, 북한헌법상의 기본권은 항상 같은 내용의 의무로 바뀌는 데, 이는 자유민주주의적 기본권과는 달리 북한의 기본권과 의무가 국가권력작용과 평행하는 권리 및 의무이기 때문이다. 이것은 사회주의국가에서 개인, 국가, 사회가 상호대립관계에 있는 것이 아니라고 보기 때문이며, 결론적으로 국가에 대항하는 방어수단으로서 소극적 의미의 기본권은 존재할 여지가 없게 된다.

그러나, 이미 사회주의 국가들의 역사적 경험은 사회주의 국가내에서도 국가와 개인의 대립관계는 여전히 존재하고, 사회적 세력간의 불평등과 갈등도 소멸되지 않음을 보여주었다. 따라서 국가에 대한 방어수단으로서 기본적 인권의 보장은 오늘날에도 여전히 유효한 모든 국가의 의무이며 과제라 아니할 수 없는 것이며, 각종 인권침해에 의해 형해화된 북한주민의 기본권 인권의 보장을 회복하고 각종 기본권 보장을 실질화하는 것이 남북통일 후 핵심적 법적 과제가 된다고 할 것이다.

7) 장명봉, 북한헌법의 회고와 전망, 북한법률행정논총 제10집, 1995. 12, 75-6면 참조.

8) 장명봉, 위 논문, 76면 참조.

2. 북한 형사사법의 특이요소 및 최근의 변화

1) 법의 지배가 아닌 당의 지배

북한에서 법은 “지배계급의 이익을 옹호하고 지배계급에게 유리한 사회경제관계를 유지·공고화하기 위하여 국가가 제정·공포하고 국가권력에 의하여 그 준수가 담보되는 행동준칙의 총체”라고 한다.⁹⁾ 따라서 북한에서 법은 정의를 구현하는 수단이나 이성이 가르치는 행위규범이라기 보다는 계급사회의 산물이자 지배계급의 의지가 표현된 것으로 지배계급이 피지배계급에 대하여 독재를 행하기 위한 프롤레타리아 독재의 강력한 무기로 이해된다. 따라서 공정한 행위규범이나 재판규범으로서 법의 지배는 인정되지 않으며, 법의 지배의 내용으로서 사법부의 독립성이나 법에 의거한 재판활동의 수행은 북한의 형사사법기관도 다른 국가기관과 마찬가지로 당의 노선과 정책을 충실히 따라야 한다.¹⁰⁾

2) 계급독재실현에 복무하는 사법

북한에서는 사법을 “계급적 독재실현에 복무하는 법을 해석·적용하고 집행하는 재판기관들의 권력적 활동”으로 이해하고 사법기관의 활동에서 중요한 것은 사법기관들이 당의 영도에 충실히 따르는 것이며, 계급노선과 군중노선을 옹계 결합시켜 관철하는 것이라 한다.¹¹⁾

이러한 북한의 사법정책은 반국가범죄, 즉 구형법상의 반혁명범죄에 대한 강력한 대응으로 나타나는데 혁명에 대한 태도와 계급적 견지, 범행의 동기와 의식성의 여부 등을 기준으로 주동분자와 피동분자를 엄격히 구분하여 전자에게는 무자비하고 엄중한 징벌을, 후자에게는 교양과 개조를 하여야 한다고 주장한다.¹²⁾ 이에 따라 북한형법은 반국가범죄, 반혁명범죄에 대한 엄중한 처벌을 규정하고 있고, 개인재산에

9) 이진중/이경렬, 남북한 사법운용 및 범죄처리에 관한 비교연구, 1993, 한국형사정책연구원 보고서, 27면 참조.

10) 이진중/이경렬, 앞의 책, 29면 참조.

11) 이진중/이경렬, 앞의 책, 49면 이하 참조.

12) 사회과학출판사, 정치사전, 1973, 197-8면 참조.

대한 범죄 등에서는 비교적 관대한 처벌을 규정하고 있다.

그리고, 일반범죄에 대한 형사정책으로서는 사회적 교양을 위주로 하면서 이에 법적 제재를 옹계 배합하는 것과 군중들 속에서 정치사업을 앞세워 일반범죄와의 투쟁을 전인민적 운동으로 벌릴 것을 주장한다. 그러한 운동의 일환으로 사상교양 사업¹³⁾을 강화하고 국가규정들과 법질서에 대한 해설사업이 예시된다.

이밖에 검찰기관의 국가기관에 대한 적법성감독(법률집행감독, 헌법 제156조 1항), 인민재판제도(헌법 제159조)나 인민참심원제도(헌법 제163조)¹⁴⁾도 모두 이러한 목적을 위한 사법활동의 일환으로 이해할 수 있다.

3) 형법에서 소급효금지원칙의 도입

북한은 헌법에서 국가기관의 법에 대한 존중과 엄격한 준수·집행을 천명하고 있으며,¹⁵⁾ 국가형벌권의 자의적 확장과 행사로부터 국민의 권리를 보장하기 위한 형법의 최고원리로서 법치국가원칙의 핵심이자 죄형법정주의 핵심적 요소라고 할 수 있는 행위자에게 불이익한 형벌규범의 소급효금지원칙을 2012년 개정형법에서 도입한 것으로 보인다.¹⁶⁾ 이는 종전까지 소급효금지원칙을 부인하던 북한형법에 대한 비판을 염두에 두고 이루어진 개정이라 할 수 있다.

과거 북한에서는 반혁명범죄에 대해서는 철저하게 응징하는 반면에 일반범죄에 대해서는 관대하게 처리한다는 원칙하에 당의 계급노선과 군중노선의 요구를 정확히 관찰시킨다는 이유로¹⁷⁾ 행위자에게 불이익한 소급효를 정면으로 인정하고 있었다.

13) 근로자들속에서 이기주의와 낡은 생활습성 등 낡은 사상잔재를 없애고 국가와 사회의 이익을 귀중히 여기며 인민의 이익을 침해하는 현상들을 증오하고 그와 비타협적으로 투쟁하는 정신으로 무장시키는 사업을 말한다. 이진종/이경렬, 앞의 책, 53면 주 60).

14) 북한 헌법 제163조: 북한에서 재판은 판사 1명과 인민참심원 2명으로 구성된 재판소가 한다. 단, 특별한 경우에는 판사 3명으로 구성하여 할 수 있다.

15) 북한 헌법 제18조: 조선인민민주주의공화국의 법은 근로인민의 의사와 리익의 반영이며 국가관리의 기본무기이다. 법에 대한 존중과 엄격한 준수집행은 모든 기관, 기업소, 단체와 공민에 있어서 의무적이다. 국가는 사회주의법률제도를 완비하고 사회주의법무생활을 강화한다.

16) 북한 형법 제9조(불소급 및 소급원칙) 범죄를 저지른 자에게는 그 범죄를 저지를 당시의 형법을 적용한다. 그러나 종전 형법에서 범죄로 보던 행위를 이 법에서 범죄로 보지 않았거나 형벌을 낮춘 경우에는 이 법을 적용한다.

17) 새법이라고 하는 것은 새로운 계급투쟁의 환경과 조건에 맞게 그들 당의 형사정책적 요구를 담아

행위자에게 불리한 소급효의 금지는 죄형법정주의원칙의 핵심으로서 통일한국의 통합형법에서 포기할 수 없는 내용이라 할 것이고, 이점에서 최근 북한형법의 변화는 통합의 기틀을 마련한다는 점에서 긍정적인 것으로 평가된다.

4) 형법상 유추조항의 삭제

형법에서 “범률없으면 범죄도 없고 형벌도 없다”는 죄형법정주의가 입법기관을 구속하는 것이라면, 유추해석금지원칙은 형법을 해석·적용하는 법집행기관 내지 법관을 구속하는 원칙이다. 그러나, 과거 북한 형법은 제15조에서 유추해석을 정면으로 허용함으로써 죄형법정주의를 전면적으로 부인하고 있었다. 즉, 북한 구형법 제15조는 범죄적 행위로서 그에 직접 해당하는 규정이 형법이 없는 것에 대해서는 형법 중 그 중요성과 종류에 있어서 가장 비슷한 죄에 관한 조항에 따라 그 책임의 기초와 범죄 및 형벌의 기초를 정한다고 규정하고 있었다.

북한의 형법학자들은 이러한 유추제도를 범죄와의 투쟁을 남김없이 철저하게 진행하기 위한 당의 형사정책적 요구로부터 설정된 형법상의 제도라고 정당화하였다.¹⁸⁾ 즉, 형사법에 규정된 범죄와 유사한데도 형사법이 미리 예상하지 못한 것이라 하여 사회적 위험성이 있는 행위를 처벌하지 않는 것은 당의 형사정책과 프롤레타리아 독재의 요구에 명백히 배치된다는 것이다. 실제 북한에서는 한국전쟁 당시 국군과 유엔군의 공습이 있었을 때 남의 재산을 훔친 자에 대하여 절도죄가 아니라 강도죄로 의율하였던 사례와, 그들이 폐퇴하였던 시기에 국군과 유엔군에 의해 수복되었던 지역에서 그전에 자기의 땅을 몰수당한 지주들이 농민들에게 소작료를 강요한 행위에 대해 민족반역죄로 처단한 사례 등이 있다고 한다.¹⁹⁾

그러나, 이러한 유추제도는 실제로 정치권력의 반대세력에 대한 가혹한 탄압수단

제정되었으므로 이 모든 경우에 새법을 소급적용하는 것은 계급투쟁의 요구와 혁명의 이익에 전적으로 부합된다는 것이다. 법무부, 북한법연구(VII)-신형법, 1990. 10, 96면 참조.

18) 김정일의 다음과 같은 교시를 설명의 기초로 한다. “범규범과 규정은 아무리 구체적으로 만들어져도 각이한 환경과 조건에서 일어나는 다양한 사회현상을 다 예견하여 규정할 수는 없으며 그 일반적인 요구 즉 표준만을 설정하게 되는 것입니다”(김정일, 사회주의 법무생활을 강화할 데 대하여, 21-2면).

19) 법무부, 북한법연구 (VII) -신형법-, 법무자료 제128집, 1990. 10, 144면 참조.

으로 이용되었고, 사회주의 종주국인 소련에서도 1922년 러시아공화국 형법전에서 가장 처음으로 등장하여 1926년 이른바 스탈린형법이 답습하였다가 스탈린 사후 소련법의 자유화, 민주화, 합리화 과정에서 폐지되었던 것이다. 북한 형법도 이러한 시대적 조류와 법치국가원칙에 반한다는 비판을 피할 수 없어 2004년 형법부터 유추조항을 삭제한 것으로 보인다. 북한형법에서 유추규정의 삭제로부터 형법을 정치적 목적의 실현도구로만 간주하던 시대로부터, 미약하지만 형법을 보다 객관화된 규범으로의 기능을 앞세우는 방향으로의 진전의 조짐이 보여진다.²⁰⁾

원래 형법의 입법시에는 모든 범죄행위를 빠짐없이 예상할 수 없으며 범죄행위의 다양성에 비해 형사법 자체의 제한성은 불가피한 것이고 자유민주주의의 형법에서는 이를 불가피한 것으로 받아들이고 미처 예상치 못한 범죄유형에 대해서는 다시 입법을 통하여 해결한다는 원칙을 고수하고 있는 바, 이러한 비판으로부터 북한형법상의 유추제도는 정당화되기 힘들었다고 할 것이다.

5) 개별구성요건의 명확화

북한형법에서 유추조항이 삭제되었더라도 구성요건 자체가 광범위하고 애매하게 되어 있다면 그 도입의 의미가 반감될 수 있다. 그런데 2012년 북한 개정형법의 개별 구성요건을 살펴보면, 구성요건의 명확화를 위한 뚜렷한 노력을 볼 수 있다.

첫째, 1999년 형법까지는 행위태양을 한정적으로 열거하지 않고, “기타 … 한 자”와 같은 개방적 요건을 사용한 구성요건이 많았다. 예컨대, “무장폭동을 조직한 것과 같은 음모”(구형법 제44조)라고 할 경우, 거기에는 무장폭동조직을 비롯한 공화국을 전복하려는 각종 음모가 모두 포함될 수 있게 된다. 그에 반해 2012년 형법은 “정변, 폭동, 시위, 습격에 참가”(제60조)라고 하여 행위태양을 제한적으로 열거함으로써 구성요건을 명확화, 세분화하려고 하였다. 또한 구형법 제104조에서는 “폭행, 협박, 모욕과 같은 방법으로 관리일군의 직무집행을 방해”한 직무집행방해죄를 규정하고 있었는데, 2012년 형법 제210조에서는 “폭행, 협박, 모욕의 방법으로 관리일군의 직무집행을 방해”라고 수정하였다. 둘째, 애매모호한 구성요건을 명확화

20) 한인섭, “2004년 북한형법 개정, 그 내용과 의미 - 죄형법정주의를 향한 일대 진전인가”, 서울대 법학 제46권 제1호, 418면 참조.

한 점도 주목을 끈다. “테로”란 말 대신 “살인, 랏치, 상해를 입힌 테로”(제61조)라 하여 그 행위태양을 명확히 한정하였다.

6) 자유형의 변화 : 무기자유형 및 로동단련형의 신설

북한 형법은 1987년 이래 자유형을 로동교화형으로 단일화하였다. 로동교화형의 기간은 6월부터 15년 까지로 규정되어 있었다. 그런데 2004년 개정형법부터 자유형을 무기로동교화형, 유기로동교화형, 로동단련형으로 3분하였다. 유기로동교화형의 기간은 1년 ~ 15년(제30조), 로동단련형의 기간은 6월 ~ 1년(제31조)으로 하며, 구속기간 1일을 유기로동교화형 1일, 로동단련형 1일로 계산한다.

무기로동교화형은 종래 사형만 법정형으로 규정되었던 반국가적 범죄(제60조 국가전복음모죄, 제61조 테로죄, 제63조 국가반역죄, 제65조 파괴·압해죄, 제68조 민족반역죄)나 고의적 중살인죄(제266조)에 대해 사형만 규정할 때 생기는 불합리점을 면하기 위하여 선택형으로 부가되었다.

최근 형법개정에서 신설된 로동단련형은 범죄를 교화소가 아닌 “일정한 장소에 보내어 로동을 시키는 방법으로 집행”(제31조)한다. 그 일정한 장소가 어디인지는 형법 조문으로 알 수 없다. 로동교화형의 집행기간 동안 공민의 기본권리가 정지되는데 반해(제30조), 로동단련형 집행기간동안은 공민의 기본권리가 보장된다(제31조). 로동단련형은 주로 경미범죄, 행정질서범죄 등에 적용되고 있으며, 전반적으로 형벌완화에 기여하고 있다고 평가된다.²¹⁾

7) 탈북자에 대한 처벌의 완화

1992년 북한 헌법 제86조는 “조국보위는 국민의 최대의 의무이며 영예이다. ... 조국과 인민을 배반하는 것은 가장 큰 죄악이며 조국과 인민을 배반하는 자는 법에

21) 한인섭, 위의 논문, 425면. 또한 2004년 개정된 형사소송법을 보면, 로동단련형의 처리는 통상절차보다 신속한 처리를 기하고 있다. 예심의 기간이 2개월인데 반해 로동단련형을 적용할 수 있는 범죄사건의 예심은 10일 안으로 끝내야 한다(제151조). 또 제1심 재판의 기간은 25일 이내이나, 로동단련형 대상사건의 경우 10일 안으로 끝내야 한다(제287조). 이와 같이 로동단련형의 경우에는 경미한 범죄에 대하여 신속한 절차로 재판을 종결할 것을 의도하고 있다.

따라 엄중히 처벌한다”고 규정하고 있다. 이에 따라 북한형법은 반국가범죄에 대한 처벌규정을 두고 있었다. 그러나 1998년 헌법에서는 “조국과 인민을 배반 … 엄중히 처벌한다”는 부분을 삭제하고 동 제86조에서도 “조국보위는 공민의 최대의 의무이며 영예이다. 공민은 조국을 보위하여야 하며 법이 정한 데 따라 군대에 복무하여야 한다”고만 규정하고 있다. 이는 북한의 식량난으로 탈북자가 증가함으로써 탈북자 엄벌방침을 계속 유지할 수 없기에 처벌완화를 위한 헌법적 근거를 마련하기 위한 수정으로 볼 수 있다.

2012년 북한형법에서 탈북행위를 처벌할 수 있는 구성요건은 두 가지로 나뉘어진다. 하나는 비법국경출입죄(제221조)이고 다른 하나는 조국반역죄(제63조)이다. 비법국경출입죄의 법정형은 3년 이하의 노동교화형(1999년)에서 1년이하의 노동교화형(2012년)으로 대폭 완화되었다. 반면 제63조 조국반역죄는 공화국 공민이 조국을 배반하고 다른 나라로 도망쳤거나, 투항·변절하였거나 비밀을 넘겨준 것과 같은 경우 성립하고 법정형은 5년 이상의 노동교화형, 정상이 특히 무거운 경우에는 무기노동교화형 또는 사형 및 재산몰수형에 처한다. 앞으로 생계형 탈북자 또는 단순탈북자의 경우에는 비법국경출입죄를 적용하여 처벌을 완화하고, 죄질이 무거운 소수에 대해서는 조국반역죄를 적용하여 처벌의 양극화 현상이 나타날 것으로 예상된다.²²⁾

Ⅲ. 통일 후 북한지역에 대한 형법적용

1. 기본방향

남한이 북한을 흡수 합병하는 통일이 이루어질 경우 남한의 법률은 대부분 북한에 확장 적용될 것이다(대등하게 병합하여 두체제가 병존하는 경우에는 예외이지만). 대부분의 북한 법률은 우리 헌법의 자유민주적 기본질서를 비롯한 여러 가지 기본질서와 부합하지 않기 때문에 그 효력을 유지하기 힘들 것이다. 특히 현재 북한

22) 한인섭, 위의 논문, 439면.

에 대한 우리 사법부의 태도는 북한을 하나의 국가로 인정하지 않을 뿐만 아니라 재판권이 미치지 못할 뿐 북한지역을 대한민국 영토의 일부로 파악함으로써 통일후 현실적 재판권이 회복되면 별다른 법적 근거없이 남한 법을 북한지역에 확장적용할 수 있는 근거를 마련하여 놓았다.

그러나, 법효력의 기초를 제공하는 것은 수범자인 북한주민들의 의사이고, 이들이 북한의 체제와 법률을 60여년 이상 승인하고 그 체제와 법률아래 생활하였으므로 통일이 되었다고 하루아침에 북한법의 효력을 일시에 철폐하고 적용 법률의 변경을 가져오는 것은 법치국가적 측면에서도 타당하지 못하다. 이점에서 행위시법으로서 북한법의 효력이 그 근거를 가질 수 있으며, 이것이 우리 형법의 기본원칙인 죄형법정주의의 당연한 귀결이기도 하다. 따라서, 남북한 통합이후에도 다음의 법치국가적 형법원칙들은 준수되어야 한다.

독일의 경우 형사법분야에서 동성간의 성행위나 성적 유인의 처벌, 피유혹자의 동의에 의한 처벌 등에 관한 서독형법규정(제175조 동성간성교행위, 제219조 내지 제219조의 낙태관련죄)보다 동독 형법상 관계규정(제149조)이 오히려 청소년을 성적 유혹에서 잘 보호할 수 있다는 주장이 수용되어 동독으로의 확장발효가 저지되었다. 북한 형법에서 통일이후에도 존속시킬만한 규정은 환경관련규정이 고려될 수 있다. 남한 형법은 아직 환경관련 침해행위의 처벌규정을 형법에 도입하고 있지 않는 바, 오늘날 개인의 생명·신체의 안전 못지 않게 중요시되는 환경관련법익의 중요성을 국민들에게 인식시키기 위해 환경침해행위중 중대한 법익침해행위를 형법전에 도입할 때까지 통일이후에도 북한 형법상 환경관련범죄 처벌규정의 효력을 지속시키는 것을 고려할 필요가 있다.

2. 행위시법주의와 경한 신법 우선원칙

통일 후 형사법부분의 정비작업은 우선 북한 형법중에서 법치국가의 가치기준에 위배되는 규정들을 조속히 폐기하는데 초점이 맞추어져야 된다. 물론, 우리 형법의 행위시법원칙에 따라 통일전 범죄에 대한 준거법은 북한 형법으로 하되, 우리 형법과 형량을 비교하여 행위자에게 유리한 법을 적용하여야 할 것이다.

주요 개인범죄에 관한 남북한 형법상의 법정형을 비교하여 보면 아래의 <표 1>과 같다. 이 표에서 보면 대부분의 개인범죄에 관한 법정형은 북한이 우리보다 낮음을 알 수 있으며, 행위시와 재판시의 법이 다를 경우 경한 법을 적용하여야 할 것이다. 물론, 통일조약에 경과규정을 두어 통일전 범죄에 대해 일률적으로 북한법을 적용 하도록 하는 등의 방안은 가능할 것이다.

<표 1> 주요범죄에 대한 남북한형법상 형량 비교

죄명	남한 형법	2012년 북한 형법	비고
살인	- 제250조 1항: 사형, 무기, 또는 5년 이상의 징역 - 제250조 2항: 직계존속에 대한 살해는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역	- 제266조: 고의적 종살인의 경우 10년 이상의 노동교화형(정상이 가벼울 경우 5년이하) - 제267조: 고살적 경살인의 경우 3년이상 10년이하의 노동교화형 - 제268조: 발작적 격분에 의한 살인의 경우 3년이상 8년이하의 노동교화형	
과실치사	2년이하의 금고 또는 700만원 이하의 벌금	제270조 : 5년이하의 노동교화형	
상해	7년이하의 징역, 10년이하의 자격정지 또는 1천만원이하의 벌금	- 고의중상해: 5년이하의 노동교화형(제271조) - 고의경상해: 1년이하의 노동교화형 (제274조) - 발작적 격분에 의한 중상해 : 1년이하의 노동교화형 (제272조) - 과실중상해 : 1년이하의 노동교화형 (제273조)	
폭행	2년이하의 징역, 500만원이하의 벌금, 구류 또는 과료	1년이하의 노동교화형(제275조)	
절도	6년이하의 징역, 1천만원 이하의 벌금	1년이하의 노동단련형 (제283조)	
강도	3년이상의 유기징역	1년이하의 노동단련형 (제284조)	
사기	10년이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금	1년이하의 노동단련형 (제285조)	
횡령, 배임	5년이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	1년이하의 노동단련형 (제285조)	
강간	3년이상의 징역	5년이하의 노동교화형(제279조)	
미성년자 약취, 유인	10년이하의 징역	1년이하의 노동단련형(제277조)	북한은 어린이 흡인 죄
체포, 감금	5년이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금	1년이하의 노동단련형	북한형법 상 명칭은 비법자유 구속죄

3. 북한형법상 정당화사유의 인정문제

통일 후 북한지역 범죄자 처리에서 제기되는 주요한 문제 중의 하나는 행위지법인 북한법에 의하여 가벌성이 인정되는 행위도 북한법상의 위법성조각사유에 해당하면 가벌성이 탈락하게 된다는 점이다. 물론, 북한법상 모든 위법성조각사유 내지 정당화사유를 모두 인정하여 북한정권의 모든 체제불법행위의 가벌성을 탈락시킬 수는 없다. 독일의 예에서 보듯이 독일연방대법원은 동독탈출자에 대한 국경수비병의 총격행위를 정당화하는 동독 국경법은 독일연방의 공공질서(ordre public) 및 동독이 1974년 가입·비준한 시민적·정치적 권리에 관한 국제협약 제12조에 위반하여 인정할 수 없다고 판시한 바 있다.

2012년 북한형법은 일반적 위법성조각사유로 정당방위(제15조)와 긴급피난(제16조)을 규정하고 있다. 북한형법상 정당방위는 “국가 및 사회적 이익이나 다른 사람 또는 자기자신의 적법적 이익을 침해하는 위급한 범죄를 막기 위한 행위로서 그것이 방위의 정도를 지나치게 넘지 않았을 경우에” 인정되는데 국가적·사회적 법익에 대한 정당방위를 인정하지 않는 남한 형법의 정당방위 규정과 구별되는 점이다. 북한 형법의 정당방위규정은 범죄의 계급적 본질론 및 혁명이론과 결합되어 저항하는 반국가적대분자를 제거하는 행위를 정당화하는 이론으로 적용한다. 따라서 북한에서는 반국가 적대분자를 제거하나 그 밖의 반국가사범을 저지하기 위하여 한 모든 행위는 방법의 여하를 막론하고 위법성이 조각된다.²³⁾

하지만, 통일전 북한정권을 위한 체제수호적 방위행위(예컨대, 북한탈출주민에 대한 총격행위, 강제수용소 수용과 같은 정치적 탄압)도 그것이 헌법상의 기본권보장의 핵심적 내용에 반할 경우 적용을 유보하는 것이 타당하고 생각된다. 이는 2010년 북한헌법도 거주, 여행의 자유(제75조)와 인신불가침의 자유(제79조)를 보장하고 있는 바, 북한탈출주민에 대한 총격행위나 정치적 탄압행위를 정당화하는 북한의 실정법은 이러한 자체 헌법에도 배치되는 위법성조각사유라고 할 수 있다. 이 경우 다음과 같은 라드부르흐 공식이 원용될 수 있을 것이다. “정의와 법적 안정성

23) 신의기/박학모/이정렬, 통일대비 북한범죄자 처리방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2009, 250면 참조.

사이의 갈등은 다음과 같이 해결될 수 있을 것이다. 즉 제정과 실력에 의하여 보장된 실정법은 그 내용이 정의롭지 못하고 합목적성이 없다고 하더라도 일단은 우선권을 가진다. 그러나, 실정법의 정의에 대한 위반이 참을 수 없는(unertäglich) 정도에 이르렀다면 부당한 법인 법률은 정의에게 자리를 물러주어야 할 것이다.”²⁴⁾

이밖에 북한정권의 많은 불법행위가 개별적 정당화사유에 해당하는 경우 과연 그 정당화사유를 인정할 것인가가 문제된다. 북한정권의 불법행위가 북한주민의 기본적인 인권을 침해함으로써 매우 비난받을 만한 것이라 하더라도 북한 법률에 의하여 정당화되는 경우 이를 처벌할 수 없다는 결론에 이를 수도 있으나, 그것이 법질서의 기초가 되는 고유의 내재적 한계를 일탈한 경우나, 헌법으로부터 유래하는 공서양속, 해당국가를 기속하는 국제조약을 비롯한 국제규범 및 초실정법 또는 자연법의 기본원칙에 위반되는 경우까지 무제한적으로 인정할 수는 없다.²⁵⁾ 이점에서 북한 헌법은 제5장 국민의 기본적 권리와 의무에서 여러 가지 기본권들을 규정하고 있는 바, 이러한 기본권의 제약하는 법률이 존재한다 하더라도 그것이 기본권의 내재적 한계를 일탈한 경우에는 적용할 수 없다고 할 것이다. 예컨대, 2012년 북한 헌법은 제64조에서 “국가는 모든 국민에게 참다운 민주주의적 권리와 자유, 행복한 물질문화생활을 실질적으로 보장한다.”고 규정하고 있으므로 강제수용소에 의한 수용이나, 거주이전의 자유제한, 출신성부에 의한 차별들을 정당화하는 법률이나 당의 지시는 이미 북한 헌법에 의해서도 무효라 할 것이다. 더불어 한 국가의 법질서는 국제법규범에 의한 제한을 받는 바, 북한법도 국제조약, 국제관습법 등 국제법규범에 위반되는 경우 그 적법성을 상실하게 된다.²⁶⁾ 따라서 세계인권선언(1948. 10. 12), 인권 및 기본적 자유를 위한 국제협약(1950. 11. 4), 시민적·정치적 권리에 관한 국제협약(1966. 12. 19) 등과 같이 국제적으로 승인되고, 북한이 가입하고 있거나 가입하였던 국제조약²⁷⁾에 위배되는 위법성조각사유는 그 효력을 인정받을 수 없다.

24) Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, Sp. 107, in: Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1932.

25) 신의기/박학모/이경렬, 위의 책, 250면.

26) 2012년 북한 헌법 제15조는 “조선민주주의인민공화국은 해외에 있는 조선동포들의 민주주의적 민족권리와 국제법에서 공인된 합법적 권리와 이익을 옹호한다.”고 규정하고 있다.

27) 북한은 1981. 9. 14. 이 조약에 가입, 비준하였다가 UN인권소위원회가 1997. 8. 21. 대북인권개선 결의안을 가결한 데 대한 대응조치로 위 협약의 탈퇴를 전격적으로 선언하였으나(1997. 8. 27),

4. 공소시효의 문제

죄형법정주의의 파생원칙인 행위시법주의와 경한 신법 우선주의는 학설과 판례상 다툼이 있지만, 실제법에 관련된 원칙으로 절차법에 속하는 공소시효규정에는 원래 적용되지 않는다. 따라서 남북한의 통일협약에서 달리 규정하지 않는 한, 재판 규범이 되는 남한 형소법상의 공소시효를 기준으로 형사소추 가능여부를 판단하는 것이 원칙이다. 독일의 경우 통일조약에서 통일당시까지 공소시효가 완성되지 않은 경우 시효진행을 정지시켰는데, 이것은 구동독지역에서 사법이 완전히 재건될 때까지 형사소추의 흠결을 방지하기 위한 것이었다.

2012년 북한형법은 제57조에서 공소시효를 규정하고 있는 바, ① 1년까지의 로동단련형을 줄 수 있는 범죄에 대해서는 3년 ② 3년까지의 로동교화형을 줄 수 있는 범죄에 대해서는 5년 ③ 3년이상 5년까지의 로동교화형을 줄 수 있는 범죄에 대해서는 8년 ④ 5년이상 10년 이하의 로동교화형을 줄 수 있는 범죄에 대해서는 12년 ⑤ 10년 이상의 형벌을 줄 수 있는 범죄에 대해서는 15년 ⑥ 무기 로동교화형, 사형을 줄 수 있는 범죄에 대해서는 20년을 공소시효로 규정하고 있다. 그리고 제58조에서는 반국가 및 반민족 범죄와 고의적 중살인죄에 대해서는 무제한의 공소시효를 인정하고 있다. 이는 대체로 우리 형사소송법상의 공소시효보다 장기로서 북한형법에 의한 공소시효 완성 이전에 남한 형소법에 의하여 대부분의 범죄는 공소시효가 완성될 것으로 보인다. 따라서 남한 형소법이 북한지역에 확장적용된다면, 통일 이후 범죄중 남한 형소법에 의하여 공소시효가 완성된 경우 형사소추는 당연히 불가능하게 된다. 따라서, 남북한 통일 후 북한지역에서 사법조직이나 인력이 완전히 재건될 때 까지 통일협약이나 특별법을 제정하여 공소시효의 진행을 정지시킬 필요가 있다.

여기서 북한의 정권 범죄에 대해 남한법에 따라 공소시효규정의 적용을 배제할 할 것인가가 배제된다. 주지하다시피, 1995. 12. 21. 제정·공포된 「헌정질서파괴범죄의 공소시효에 관한 특별법」은 제2조에서 형법상 내란죄, 외환 및 군형법상 반란

UN은 이를 허용하지 않았으며 UN의 제61차 인권위원회(1997. 10. 20 ~ 11. 7)는 1997. 10. 29. “북한의 인권규약탈퇴는 인권규약 및 국제법에 의거, 허용될 수 없다.”는 요지의 공식입장을 채택하였다.

의 죄와 이적의 죄를 ‘헌정질서파괴범죄’로 열거하고, 제3조에서는 형법 제250조의 죄(살인죄)로서 「집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약」에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄에 해당하는 범죄는 형사소송법 및 군사법원법 제291조의 공소시효의 적용을 배제하는 규정을 두고 있다. 만약 북한체제의 각종 불법행위가 이러한 범죄들에 해당할 경우 공소시효의 적용이 배제되어 남한 형법을 적용하여 처벌할 수 있는가가 문제된다. 북한은 1994. 11. 8. 1970년 발효된 「전쟁범죄 및 반인륜적 범죄에 대한 시효불적용에 관한 협약」에 가입하였으므로, 집단살해에 해당하는 한국전쟁 및 아웅산폭탄테러사건, KAL기 폭파사건 등에 대한 공소시효는 북한법에 의해서도 공소시효가 적용되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.²⁸⁾

IV. 통일 후 예상되는 불법청산 대상

1. 기본적 인권에 대한 침해행위

국제적으로 공인된 인권단체인 국제사면위원회(Amnesty International), 프리덤 하우스²⁹⁾(Freedom House) 등은 연례 인권보고서에서 북한을 세계에서 가장 극심한 인권유린국가로 지목하고 있다. 북한 정부는 개인의 의식주를 제한 배급하고, 교육·직업선택·주거이전·여행·언론·집회결사 등 모든 자유를 완전히 통제하고 있으며, 전 주민을 출신성분과 충성심에 따라 3개층 51부류로 분류하고 의식주배급에서부터 사회생활의 모든 영역에 걸쳐 차별대우를 하고 있다. 뿐만 아니라 북한에서는 당의 지시가 법에 우선하고 있어 인민재판과 공개처형이 자행되고 있으며,³⁰⁾ 당국

28) 신의기/박학모/이경렬, 앞의 책, 252면 참조.

29) 프리덤 하우스는 96-97 북한인권보고서를 통하여 북한주민들은 세계에서 가장 엄밀하게 통제된 국가에서 살고 있으며, 그들은 자체 힘으로 정부를 민주적으로 변화시킬 능력이 없으며, 최고인민회의는 독립적인 권력을 갖고 있지 못하다고 지적하였다. 나아가 선거시 모든 후보자는 노동당이나 국가에서 조직한 소규모 정당에 의하여 추천되며 반대당은 법적으로 허용되지 않으며 ... 정부는 주민들의 기본적인 자유와 권리를 부정하여 법의 지배와 시민사회는 존재하지 않는다고 지적하였다.

30) 최근 아일랜드 더블린에서 열린 ‘2014 세계 젊은 지도자 회의’에서 탈북자 박연미 씨는 8분 정도 연설하면서, 자신의 어머니가 성폭행 당하는 장면을 봤고, 할리우드 영화를 봤다는 죄목으로 친구

의 지시를 이행하지 않는 사람들은 정치범수용소에 수용되고 있다는 사실이 귀순자들의 공통된 증언에 의하여 확인되고 있다.

이밖의 북한주민에 대한 인권침해로는 공개처형과 탈북자들에 대한 불법처형, 불법구금 및 체포, 고문, 교화소내 인권유린, 납치·실종, 불공정한 재판절차 등을 들 수 있다. 평등권 중에서는 성분정책에 의한 적대계층·종교인에 대한 차별, 여성차별, 장애인 격리수용 등이 문제시된다.

기본권 가운데에는 언론·출판·집회·결사의 자유 이외에 거주·이전의 자유, 정보통신의 자유 등의 침해가 쟁점이다. 참정권은 정치활동제한과 투표방식이 문제된다. 결론적으로 “시민적·정치적 권리에 관한 국제협약”(ICCPR)이 규정하고 있는 인권 기준으로 볼 때, 인종차별과 관련된 몇 가지 부분을 제외한 모든 부분에서 북한의 인권상황은 매우 억압적임이 분명하다. 그중에서 특히 공개처형, 정치범수용소, 이동의 자유제한, 출판·집회의 자유제한, 종교의 자유 억압, 성분차별정책, 탈북자 강제송환 등이 국제사회에서 문제로 부각되고 있다.

북한은 지난 2009. 4. 9. 최고인민회의의 제12기 제1차 회의에서 헌법을 개정하면서, ‘근로인민의 리익을 옹호하며 인권을 존중하고 보호한다’는 규정을 도입하였다(제8조 2항). 하지만, 헌법상의 이러한 개정과는 상반되게 형법개정에서는 선군사상 내지 선군정치³¹⁾를 뒷받침하기 위한 조항을 둬으로써 오히려 북한주민의 시민적·정치적 권리는 악화된 것으로 보인다.

2. 공개처형

UN 경제사회이사회 안전규정 9호(Safeguard 9)에 의하면, 불가피하게 사형을 집행할 경우 고통을 최소한으로 줄이는 방법으로 집행해야 한다. 그러나 북한은 정치범, 경제범 등 다양한 범죄자를 대중들이 지켜보는 가운데 교수형이나 총살형을 집행하고 있다고 한다.³²⁾ 1997년 1월 국제사면위원회(AI)는 북한의 공개처형에 관한

어머니가 공개처형 당하는 장면도 목격했다고 말했다. 월스트리트 저널, 2014. 10. 22. 자 보도.

31) 김정일 국방위원장이 1995년 이후 내건 정치사상으로서 “인민군대 강화에 최대의 힘을 넣고 인민군대의 위력에 의거하여 혁명과 건설의 전반사업을 힘있게 밀고 나가는 특유의 정치”(로동신문, 1998. 10. 9) 라고 정의된다.

특별보고서를 발표하고 북한의 전지역에서 광범위하게 시행되어온 공개처형 실태를 폭로하였다. 이 보고서는 1970~1992년간 함흥, 신의주, 평산 등 다양한 지역에서 최소한 23명이 공개처형된 것으로 보고하고 있다.

최근 북한은 식량난 및 이념악화에 따른 사회일탈행위를 단속하기 위해 1995년 말부터 1996년 초 기간동안 김정일의 지시에 의해 집중적으로 공개처형을 실시한 것으로 추정되는데, 1995년 하반기 김정일의 ‘친필방침’에 따라 시도별로 공개처형이 실시되었다는 귀순자 정갑열·장해성(1996. 5. 귀순)의 증언과 1995년 평양 형제산구역에서 영화부문 간부와 배우 등 7명이 외설영화를 제작한 죄로 30만명이 운집한 가운데 공개처형되었다는 황장엽의 증언이 이를 뒷받침하고 있다.³²⁾ 이밖에 김원형(1997. 5. 입국)은 1997년 3월 신의주에서 전기 및 전화용 구리선 절취자에 대한 공개처형이 있었다고 증언하였고, 2013. 12. 12.에는 김정일의 매제인 장성택 국방부위원장의 처형사실이 외신에 보도되었는 바, 이러한 공개처형이 지속되고 있는 것으로 보인다. 최근 탈북자들의 증언에 의하더라도 탈북자 10명 중 7명이상은 북한에서 공개처형 장면을 목격한 것으로 조사되었다.

이러한 공개처형 대상자들에 대한 재판은 변호사나 재판관의 임석없이 시군 사회안전원(경찰)만 배석시킨 가운데 해당지역 사회안전부장이 범죄를 심리해서 형량까지 선고하는 약식 공개재판으로 이루어지는 경우가 대부분이어서 재판받을 권리나 적법절차에 대한 중대한 침해가 지속되고 있는 것으로 보인다.

3. 강제수용

귀순한 황장엽의 증언에 의하면 북한에서는 1956년 발생한 이른바 ‘8월 종파사건’ 이후부터 정치범들을 수용하기 위하여 ‘관리소’라 불리는 강제수용소를 광범위하게 운영하고 있으며, 여기에서는 혹독한 노동을 통하여 체제에 순응하는 훈련을 실시하고 있다고 한다. 현재 관리소는 평남 개천, 함남 요덕, 함북 화성·회령·청진 등 10여 곳 이상의 지역에 분포되고 있으며, 여기에 10만~20만명의 정치범이 수용

32) 국제사면위원회는 이러한 북한의 공개처형이 1951년 정령에 의해 실시되기 시작했다고 주장하고 있다. 김병로, 북한인권문제와 국제협력, 1997. 12, 57면 주 67) 참조.

33) Korea Herald, July 10 1997.

되어 있는 것으로 추정된다.³⁴⁾ 각 관리소는 종신수용지역인 ‘완전통제구역’과 출소가 가능한 ‘혁명화구역’으로 구분되어 있고, ‘혁명화구역’은 다시 ‘가족구역’과 ‘독신자구역’으로 분리되어 있다고 한다.³⁵⁾ 수용소 탈주를 감행하다 체포된 사람에 대해 매년 1-2회 수용자전원이 지켜보는 가운데 공개처형을 실시하고 있으며, 지난 85년째부터는 수용자들을 몽둥이로 폭행치사하는 비밀처형도 실시하고 있다고 한다.³⁶⁾

이러한 강제수용소에서의 인권억압은 북한의 체제유지와 관련되어 있는 부분으로 북한인권문제의 핵심을 이루며, 통일 후 청산되어야 할 대표적 체제불법의 한 유형으로 보인다. 이러한 강제수용은 법적 근거나 정식재판에 의하지 않고 주민의 인권과 자유를 강제로 침해하는 것으로서 단지 수령에 대한 충성심이 부족하거나 사회주의체제를 비판하는 사람뿐만 아니라, 최근에는 단순한 김정일 비난자, 경제문제 불평자까지 대상으로 한다는 점에서 심각한 인권침해사례로 보지 않을 수 없다. 이러한 수용대상자에는 과거 반당·반혁명분자와 지주, 친일파, 종교인, 월남자가족 등이 많았으나 최근에는 노동당 간부나 당원으로 재직하다 권력투쟁에서 밀려난 정치인과 가족이 대부분인 것으로 밝혀지고 있다.

북한은 “자기 당과 영도자를 충성으로 받들고 모든 것을 다 바쳐 투쟁하는 사람들”의 인권은 보장하지만, “계급적 원수들에게는 철저한 독재를 실시하는 것”이 ‘우리식 인권’이라고 공개적으로 천명하면서 이러한 인권탄압을 합리화하고 있다.

4. 거주이전의 자유제한

북한은 헌법상 보장된 거주·여행의 자유(2012년 북한헌법 제75조)에도 불구하고 실제로는 거주지 선택의 자유와 여행의 자유 등 이동의 자유를 엄격히 제한하고 있다. 타지역으로 이동하는 사람은 반드시 사회안전부에서 발행하는 여행증을 소지하여야 한다.

황장엽의 증언에 의하면 평양에서는 3-4년을 주기로 주민소개작업을 단행하고

34) 경향신문, 1997. 9. 29. 기사 참조.

35) 김병로, 앞의 책, 58-9면 참조.

36) 1997. 9. 29. 통일원이 국회에 제출한 국감자료에서 인용. 1997. 9. 29. 경향신문 참조.

있으며, 1994년 ‘평양시민증’을 발급하면서 상당수 주민들을 지방으로 강제이주시켰고, 도시미관과 산아제한을 위해 난쟁이 등 유전적 장애인들을 제한된 지역에 집단적으로 수용하고 있다고 한다.³⁷⁾ 유엔 인권소위원회는 1997. 8. 21. 북한당국의 국내적 및 국가간 이동의 자유에 대해 우려를 표명하였고 대북인권개선 결의문을 채택하였다.

5. 성분정책에 의한 차별

북한은 1956년 8월 ‘반종파투쟁’을 계기로 사회주의 체제유지를 위해 1967년부터 1970년까지 주민들의 정치적 성향을 가족의 계급적 배경과 사회적 활동 등에 기초하여 핵심군중(핵심계층), 기본군중(동요계층), 복잡군중(적대계층)으로 분류하고, 복잡군중 가운데 6,000명에 대해선 내각결정 149호에 의거 처형하고, 처형을 모면한 15,000여세대의 종파연계자와 그 가족 7만여명을 149호 대상지역에 수용시켰으며 그중 반당·반김일성분자에 대해서는 특별독재대상구역에 수감하였다고 한다.³⁸⁾

특히 1967~70년 김일성유일사상체제를 확립하고자 ‘3계층 51개부류 구분사업’을 추진하는 과정에서 중국의 문화혁명시기와 유사한 숙청과 탄압을 자행하였으며, 1973~76년 김정일의 권력기반 구축시기에도 세습체제를 반대한 당·정·군의 간부들을 대대적으로 숙청한 것으로 보인다.

이후 1980년 노동당 6차대회에서 김정일의 당권장악이후 권력세습반대자를 숙청하는 과정에서 약 15,000여명을 특별독재대상구역에 수감하였으며 동구공산권의 붕괴이후 1990년대에 내부통제를 강화하면서 10여개 이상의 특별 독재대상구역이 설치되어 1997년 현재 평남 개천, 함남 요덕 등에 20만명을 수용하고 있는 것으로 알려졌다.

37) 김병로, 앞의 책, 60면 참조.

38) 북한은 1958. 12 ~ 1960. 1에 중앙당 집중지도사업, 1966년부터 1년에 걸친 주민재등록사업, 1967 ~ 1970. 6에 ‘3계층 51개부류 구분사업’, 1980년대 들어 ‘외국귀화인 및 월북자에 대한 요해사업’(1980. 4 ~ 10)과 북송교포에 대한 요해사업(1981. 1 ~ 4) 등을 단계적으로 추진함으로써 전체 주민들을 핵심군중, 기본군중, 복잡군중으로 구분하고 의식주 배급 및 사회적 혜택을 차별적으로 배분하는 계급정책을 추진해 왔다. 최근 성분재조사 사업을 전개했다는 보도(The Economist, 1997. 6. 7.)가 있으나 확실치 않다.

6. 기타 정치적·시민적 권리제한

2012년 북한 헌법은 제66조에서 “17세 이상의 모든 국민은 누구나 “성별, 민족별, 직업, 거주기간, 재산과 지식정도, 당별, 정견, 신앙에 관계없이 선거할 권리와 선거받을 권리를 가진다.”고 규정하고 있다. 그러나 북한의 선거는 자유민주주의 국가의 선거와는 달리 통치권 행사를 정당화하는 수단 내지 도구로 전락하였다고 평가된다. 북한의 선거는 사실상 각 선거구에서 1인만이 입후보는 이른바 ‘단일 입후보제’로써 다양한 정치세력들이 이념과 정책을 기반으로 자유 경쟁하는 정치적 다양성의 통합절차로서의 모습을 찾아볼 수 없다고 한다.³⁹⁾ 더구나, 북한에서는 투표 방식에 있어 반대의사의 기표 등 자유로운 의사표시를 원천적으로 봉쇄하고 있다고 한다.

북한은 헌법규정과는 달리 신앙의 자유와 종교 활동도 엄격히 통제해 왔으며, 한국전쟁 이전까지 존재했던 30만여명의 기독교인과 12만명의 천도교인, 35,000명의 불교인을 ‘반동분자’로 분류하여 가혹한 처벌을 가하거나 수용하였다.⁴⁰⁾ 그러나, 근래 북한은 1만부의 성서를 최초 제작한데 이어 성서와 찬송가를 제작함으로써 탄압일변도의 종교정책을 어느 정도 허용하는 쪽으로 정책변화가 있었음을 보여준다.⁴¹⁾

〈표 2〉 북한의 주민성분 분류

계층	51개 분류	대우
핵심계층(28%)	노동자, 빈농, 사무원, 노동당원, 혁명유가족, 빨치산유가족, 해방이후 양성된 인텔리, 피살자 가족, 전사자가족, 후방가족, 영예군인 등(12개부류)	○ 당정군 간부등용 ○ 타계층과 엄격구별, 특혜조치

39) 박정원, “북한의 각급 인민회의대원선거법에 관한 연구”, 법제처, 2009, 78면.

40) 북한의 기독교인 탄압에 대한 상징적인 사례는 김동식 목사 납치 사건이다. 김동식 목사는 1996년 미국 애틀랜타 올림픽때 북한 선수단을 위해 자원봉사자로 활동하였지만, 중국 연변에서 탈북자 대상 선교활동이 북한체제에 위협이 될 수 있다고 판단해 미국 영주권자인 김동식 목사를 북한공작원이 강제납치 하였다. 그 후 김동식 목사는, 북한의 자진 월북 회유, 예수 부정 등을 거부함으로써 2001년 2월 평양초대소에서 고문 후유증, 우울증, 직장암, 영양실조 등으로 사망한 것으로 추정된다. 사단법인 행복한 통일로 홈페이지(www.happyuni.kr)에서 인용.

41) 중앙일보, 1997. 9. 5. 기사 참조.

계층	51개 분류	대우
동요계층(45%)	중소상인, 수공업인, 소공장주, 하층집객업자, 무소속, 월남자가족, 중농, 민족자본가, 중국귀환인, 일본귀환인, 해방이전 양성된 인텔리, 안일·부화·방탕한 자, 집대부 및 미신송배자, 유학자 및 지방유지, 경제사범 등 (18개부류)	○ 하급간부 및 기술자로 진출 ○ 극소수만 핵심계층으로 승격
적대계층(27%)	해방이후 전락한 노동자, 부농, 지주, 친일·친미주의자, 옛관료출신, 입북자, 기독교·불교·천주교신자, 출당자, 철직자, 적기관 복무자, 체포자·투옥자가족, 간첩관계자, 반당·반혁명 종파분자, 처단자가족, 출소자, 정치범, 민주당원, 자본가 등(21개 부류)	○ 중노동 종사 ○ 진학, 입당 봉쇄 ○ 제재, 감시, 포섭대상으로 분류 ○ 특징지역 집단수용 ○ 자녀 중 극소수만 동요계층으로 재분류

7. 탈북기도자에 대한 탄압 및 가혹행위

1990년대 이후 식량난 및 경제난 악화, 사회통제 이완 등으로 인해 북한주민들의 중국·러시아 등으로의 탈출이 증가하고 있으며, 중국·러시아 및 북한 공안요원들에 의한 체포 및 송환, 불법체형으로 인하여 이들의 신변이 위협받고 있는 실정이다. 2014년 말 현재 남한에 입국한 북한탈출주민은 27,000여명 정도로 추산되며, 정부는 ‘북한이탈주민 보호 및 정착지원에 관한 법률’(대안)을 제정하여 이들을 지원하는 방안을 모색하고 있다.⁴²⁾

최근 이처럼 탈북자가 계속 증가하자 북한정권은 중국과의 접경지역을 ‘전쟁지대’로 선포하여 취락지역에 ‘지뢰매설’을 하는가 하면, 국경경비를 전담하는 10군단을 창설, 압록강 지역에 전면 배치하였다고 한다. 2010. 1. 3. 김정은은 국가안전보위부에 중국내의 탈북자들을 모두 잡아들이라는 지시를 내렸으며, 이어 2011. 4. 에는 탈북을 원천봉쇄하기 위해 중국과의 국경지역에 조명지뢰를 매설하기 시작했다고 한다.⁴³⁾ 또한 지금까지 경비병들에게 탈북을 시도하는 북한주민들을 사살할

42) 국회보, 2014. 10. 8. 북한이탈주민들을 대상으로 실시한 ‘2012년도 북한이탈주민 실태조사’에 따르면 남한에 정착한 북한이탈주민이 겪는 어려움으로는 ‘경제적 어려움’, ‘북한이탈주민에 대한 각종 차별’이 꼽히고 있다.

43) 열린 북한방송(www.nkradio.org), “북한 북중 국경지역에 탈북 막기 위한 조명지뢰 매설 중”. 검색일 2014. 11. 25.

수 있는 권한을 주기는 했지만, 중국 땅에 도착한 탈북자들에게 총을 쏘지는 않았음에도 최근에는 중국으로 가는 탈북자도 남한으로 도망치는 조국반역자로 간주해 즉결 사살하라는 내부 지시가 있었으며, 2011. 12. 31. 양강도 혜산부근에서 압록강을 건너던 탈북주민 3명이 북한 경비병들의 총격에 의해 사망하는 사건이 보도된 바 있다.⁴⁴⁾

V. 맺음말

이상에서 북한 형법 및 형사사법의 특성, 통일후 형법적용의 문제점 및 예상되는 불법청산 대상행위를 살펴보았다. 필자는 같은 민족임에도 불구하고 극도로 이질적인 북한의 사회체제 및 법체제의 괴리를 보고 과연 통일 후 이러한 괴리가 극복되고 통합될 수 있는가에 대한 근본적 의문이 생기지 않을 수 없었다. 통독 전 서독과 동독 양국은 꾸준한 인적·물적 교류를 통해 통합의 기초를 마련하고 있었지만, 남북한의 경우 수십년 간의 인적 단절과 상대방 체제에 대한 이해부족으로 갑작스레 통일이 닥쳤을 때, 혼란과 무질서 없이 순조롭게 통일이 이루어질 수 있을지 의문이다.

북한체제가 인간이 살 수 없는 극도로 비인간적인 체제임을 수많은 탈북자들이 증언하고 있지만, 그럼에도 불구하고 통일을 대비한 연구자들은 북한정권 및 사법제도에 대한 무조건적인 부정적 평가를 삼가야 한다. 상대방체제가 폐쇄적이고 극악한 체제이니 저들과는 절대로 교류나 거래를 하지 말고 저들이 저절로 붕괴될 때까지 기다리자는 발상은 매우 위험하고 비인도적인 것이다. 북한주민들도 우리 동포이며, 우리의 피붙이였음을 잊지 말아야 한다. 통일의 당위성·필요성은 학문적 논증의 대상이 될 수 없으며, 이데올로기나 제도, 법 등이 있기에 앞서 민족이 먼저 있었다는 사실을 다시 상기해야 한다.⁴⁵⁾ 지금 북한 헌법 및 형법에서도 긍정적 변화가 일어나고 있다. 형법에서 소급효금지원칙을 도입하고 유추적용규정을 폐지하고,

44) 자유아시아 방송(www.fra.org). 2012. 1. 2. 보도.

45) 배종대, 통일과 북한형법의 이해, 75면.

구성요건의 명확화가 점진적으로 이루어지고 있다. 이밖에 북한법에는 우리법과의 동화의 여지가 있는 긍정적 규정도 엿보인다. 예컨대, 북한 형법 제10조의 범죄의 정의에 관한 규정⁴⁶⁾에서 사회적 위험성표지는 “정치형법이나 이데올로기형법의 목적을 위해 나쁘게 사용하면 … 가벌성확장의 기능을 담당할 수 있는 기구가 되지만, 형벌권남용을 막는 장치로 활용한다면 우리 형법상의 사회적 상당성기준에 의한 구성요건해당성 배제기능과 유사한 가벌성제한기능을 할 수 있다.”⁴⁷⁾

아울러, 과거 사회주의 국가들이었던 동구의 국가들이 자본주의체제로 전환한 1990년대 이후 범죄율이 급증하였는데,⁴⁸⁾ 이러한 현상은 체제변화로 인한 상대적 빈곤감의 확산과 규범의식의 해이 이외에도 이미 사회주의국가시절 규범에 대한 존중이 상실되었다는 점이 고려될 수 있다. 사회주의 체제하의 형사사법기관들은 범죄에 대한 법적용에 있어서 이중적 기준을 가지고 당과 권력자에 대해 법집행은 느슨하게 수행한 반면, 일반 국민들의 범죄에 대해서는 엄격히 집행하여 국민들이 법에 대한 존중을 상실하도록 원인을 제공하였다. 남북한 통일 후에도 이러한 범죄율의 급증이나 규범의식의 해이가 예상되는 바, 이에 대하여 무조건 강성의 형사정책으로 해결하려는 것은 바람직하지 못하며, 새로운 남한법제에 대한 소개나 교육을 병행함으로써 주민들의 법의식을 계도하는 정책을 병행하여야 할 것이다.

46) 2012년 북한 형법 제10조(범죄의 개념) 범죄는 국가주권과 사회주의제도, 법질서를 고의 또는 과실로 침해한 형벌을 줄 정도의 위험한 행위이다.

47) 김일수, “남북통일과 형법”, 『남북통일에 대비한 법적 대비방안』, 제6회 법제세미나, 한국법제연구원, 1995. 12. 24, 43면.

48) 자세한 것은 이기현/이건호, 체제전환국가들의 범죄양상 및 형사정책적 대응, 1998, 한국형사정책연구원 참조.

참고문헌

- 김병로, 북한인권문제와 국제협력, 1997. 12.
- 김일수, “남북통일과 형법”, 『남북통일에 대비한 법적 대비방안』, 제6회 법제세미나, 한국법제연구원, 1995. 12. 24.,
- 박정원, “북한의 각급 인민회의대원선거법에 관한 연구”, 법제처, 2009.
- 배종대, “통일과 북한형법의 이해”, 북한법률행정논총 7, 고려대학교 법학연구소, 1989.
- 법률신문, 2010. 9. 21. 기사 “북한 개정 형법, 형벌체계 대변화”.
- 법무부, 북한법연구 (VII) -신형법-, 법무자료 제128집, 1990. 10.
- 법원행정처, 독일통일과 사법통합, 1995. 4.
- 신의기·박학모·이경렬, 통일대비 북한범죄자 처리방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2009.
- 이건중·이경렬, 남북한 사법운용 및 범죄처리에 관한 비교연구, 1993, 한국형사정책연구원 보고서.
- 이기현·이건호, 체제전환국가들의 범죄양상 및 형사정책적 대응, 1998, 한국형사정책연구원 보고서.
- 장명봉, 북한헌법의 회고와 전망, 북한법률행정논총 제10집, 1995. 12, 고려대 법학연구소.
- 최종고, 북한법이론과 북한법학의 회고와 전망, 북한법률행정논총 제10집, 고려대학교 법학연구소, 1995. 10.
- 최종고, 사회주의법 일반이론에서 본 북한법사상, 북한법률행정논총 제9집, 고려대학교 법학연구소, 1992. 8.
- 한인섭, “2004년 북한형법 개정, 그 내용과 의미 - 죄형법정주의를 향한 일대 진전인가”, 서울대 법학 제46권 제1호.
- Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, Sp. 107, in: Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1932.

Guideline of Criminal Policy After Reunification in Korea

Park, Kang Woo*

As the case in Germany, the unification of the two different political systems raises many difficult problems in politics, economics, cultures and laws. In Korea this similar problems will be thrown in the process of the reunification between the South and the North.

The first principle in the reunification of the legal system between the two Koreas is the establishment of the law-governed country. In socialist countries, the legal system serves as the mean of the rule by the Communist Party. In the North Korea, the law is not recognized as the independent entities or values to protect the rights of the people. In the reunified Korea, rule of the law should be the ultimate principle as the inviolable values.

And the second problem in the reunification process is the legal punishment of the unlawful actions by the North Korean regime such as the shooting to the escaping people from the North Korea to China. And so many inhumane executions to the anti-government peoples are witnessed and reported. The laws which legitimize the inhumane actions of the North Korea should not be fully granted. In the light of the universal human rights, the inhumane laws of the North Korea will lose effect after reunification. But, the other laws will be prolonged after reunification in the principle of “nulla poena sine lege”. If the punishment of the North Korean law is less compared to that of the South Korea to the same crime, the North Korean law will be applied.

In this paper, it will be reviewed the characteristics of the legal system of the North Korea (II), the problem of the application of the criminal law after reunification(III), the problems of the illegal actions of the North Korean regime(IV).

❖ Keyword: Reunification, Criminal Policy, Integration of the Criminal Law, Punishment of the Illegal Actions, North Korean Regime

투고일: 2월 25일 / 심사(수정)일: 3월 20일 / 게재확정일: 3월 20일

* Professor, Law School, Chungbuk National University.

[형사정책연구지는 한국연구재단 등재지임]

형사정책연구

제26권 제1호(통권 제101호, 2015 · 봄호)

발행인 : 박 상 옥

발행처 : 한국형사정책연구원

서울시 서초구 태봉로 114

전화 (02)3460-5184

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2015년 3월 31일

인 쇄 : 범신사 (T. 02-503-8737)

경기도 과천시 별양로 64(별양동)

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

[정가 : 10,000원]