

# 형사정책연구

**KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW**

제28권 제4호(통권 제112호)

2017 · 겨울호

**한국형사정책연구원**  
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY



# 형사정책연구

제28권 제4호(통권 제112호, 2017·겨울호)

## [ 연구논문 ]

형사 소송구조와 증거법칙 : 적정절차화를 위한 제안

- ▶ 신동일 ..... 1

문항반응이론 기반 PCL-R 비교문화 연구 : 한국문화에서의 사이코패시는?

- ▶ 서종한·이수정·David J. Cooke ..... 47

하트(H.L.A. Hart)의 형법학방법론 : 형벌의 일반적 정당화와 법치주의의 관점에서

- ▶ 김대근 ..... 89

부작위에 의한 방조의 성립요건 : 일본의 판례를 중심으로

- ▶ 김잔디 ..... 121

판결 및 불복절차 사례를 통해 본 학교폭력예방법의 비판적 고찰

- ▶ 김정연 ..... 149

형사사법기관의 디지털증거전송체계 도입방안

- ▶ 김일권·김기범 ..... 177

통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 :

독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여

- ▶ 민영성·박희영 ..... 203

현대 감시형 수사와 법적규율의 필요성 :

특히 GPS수사에 대한 독일의 입법론 분석을 중심으로

- ▶ 정지혜 ..... 237

광현호 선상살인사건에 대한 형사재판의 쟁점

- ▶ 이수진·최석윤·전영우 ..... 265

경찰수사의 독립성·중립성 확보를 위한 수사체제 재설계

- ▶ 황문규 ..... 299

# KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

---

Vol. 28. NO. 4 (December, 2017)

## [ Article ]

Structure of Criminal Process and Evidence Rule Enhancing Due Process	
▶ Syn, Dong-yiel .....	45
The Generalizability of PCL-R based on IRT : How the psychopath is shaped in Korean culture?	
▶ Sea, Jong-han · Lee, Soo-jung · David J. Cooke .....	87
H.L.A. Hart's Methodology of Criminal Law : In the Perspective of General Justifying Aim and Rule of Law	
▶ Kim, Dae-keun .....	119
Requisites for the Establishment of Aiding and Abetting by Omission : Focused on Precedents in Japan	
▶ Kim, Jan-di .....	146
Critical Review of the Act on Prevention of and Measures against School Violence through cases of the court precedent and objection procedure	
▶ Kim, Jeong-yeon .....	174
To What Extent The Criminal Justice System Should Be Reshaped To Exchange Digital Evidence Completely Digitally	
▶ Kim, Eil-kwon · Kim, Gi-bum .....	201
Regarding the permission of the real-time tracking of mobile phone location information of the Protection of Communications Secrets Act and its legislative proposal : Compared to Germany's traffic data collection	
▶ Min, Young-sung · Park, Hee-young .....	234
A Study on Need for modern surveillance and legal regulations Focusing on the analysis of German legislation	
▶ Chung, Ji-hye .....	263
The Issues of the criminal trial for the murder case on board Gwang-Hyeon Ho	
▶ Lee, Soo-jin · Choi, Suk-yoon · Jeon, Yeong-woo .....	296
Redesign of Investigation System to Ensure Independence and Neutrality of Police Investigation	
▶ Hwang, Mun-gyu .....	337

## 형사 소송구조와 증거법칙 : 적법절차화를 위한 제안

신동일\*

### 국 | 문 | 요 | 약

형사소송 구조와 증거법칙은 합리적인 계획에 따라 형성되기 보다는 역사와 제도의 관계에서 자연스럽게 발전하였다. 그러나 우리 형사소송법은 전통에서 급격하게 단절되어 정치적이고 인위적으로 강요되었다. 해방 이후 제정한 형사소송법은 정착되기도 전에 심각한 정치적 변동을 겪게 된다. 당사자주의와 직권주의의 하이브리드 형식은 유지한 채, 정치적 필요에 따라 편향적으로 개정된다. 반면에 소송 구조와 관련된 제도의 개별 특성은 무시되었던 것으로 보인다. 그런 이유로 지난 60십여년간 당사자주의는 강화돼도 당사자주의 전통에서 적법절차를 지키기 위한 증거규칙의 합리화는 등한시되었다. 구체적이지 않은 증거규칙은 법정에서 법관의 주관적 판단에 의존하게 된다. 이와 달리 직권주의 요소는 점차 줄어들었다. 그에 따라 법관은 진실을 발견하려고 노력하기 보다는 검사와 피고인 변호인이 제시하는 증거들을 선별하는 증거감별사정도 역할만 하는 경우도 있다. 그동안 형사소송법 개혁노력은 수차례 있었지만 뚜렷한 개선효과는 보이지 않는 이유가 어찌면 그동안 개별적인 소송제도에는 관심을 가졌지만 실제로 적법절차를 실현하기 위한 형사소송 구조와 실질적 증거법칙을 모색하는 데에는 소홀한 것은 아니었나 생각해 본다. 형사소송법에서 증거법칙을 합리화하고, 적법절차를 구조적으로 실현시키는 노력은 결국 소송구조와 증거규칙이 합리적으로 연결될 때 가능할 수 있다.

❖ 주제어 : 적법절차, 당사자주의, 직권주의, 증거규칙, 증거법, 증거금지

\* 국립한경대학교 법학과 교수

## I. 들어가며<sup>1)</sup>

최근 관심을 끄는 어떤 사건에 대한 언론 보도에 따르면 제1심 공판에서 법원은 주요 증거인 수첩을 정황 증거로 인정한다. 보도는 피고인이 공동피고인과의 “개별면담에서 수첩에 기재된 내용대로 대화를 했다는 직접 × 진술증거로서의 증거능력은 인정할 수 없다.”라고 하며 다만, “수첩에 기재된 내용이 존재하고 독대 당시 대화에 대한 내용이 있다는 것은 간접사실로 증거능력을 인정하겠다.”고 한다.<sup>2)</sup> 법원이 수첩을 간접 증거로 인정했다는 것은 무슨 의미일까? 사전적으로 간접 증거는 사건에 대한 정황적 사실을 말해주는 증거이다. 정황 증거라고도 한다. 이론적으로 직접 증거와 간접 증거 개념의 구분은 문리에 의존하기 보다는 사건에 대한 논리적 맥락에 따른다. 우리나라 형사절차에서 간접증거와 직접증거는 구체적 구분이 없고 법원의 판단에 따른다. 예외적이지만 간접(정황) 증거로도 범죄사실은 확정될 수 있다.<sup>3)</sup>

법원이 왜 저런 결정을 했을까 궁금했다. 소송 절차는 국가 행위이다. 기본적으로 헌법이나 국가조직법, 행정심판법 등에 따라 행위의 권한과 내용이 결정된다.<sup>4)</sup> 우리 형사소송법은 1954년 당시 통용되던 일본 구형사소송법의 번역에 미국식 증거법칙을 혼합한 결과물이다. 소송법 이론가들은 우리 형사소송 절차를 당사자주의와 직권주의가 혼합된 형태로 설명한다. 형사 소송구조가 민사소송법과 달리 혼합 모델을 취하는 것은 사실이다. 궁금한 것은: 자주 거론되는 증거규칙은 어떻게 적용되고, 그 규칙은 얼마나 법원을 구속하느냐이다. 궁금한 사항은 더 있다. 예를 들어서

1) 이 글은 2017년 한경대학교 법학과 모의 형사재판을 지도하면서 형사소송법상 증거능력과 소송구조의 관계를 모의재판 준비 학생들에게 쉽게 설명하기 위하여 작성하였다. 논문 심사과정에서 심사위원 한 분이 글이 교과서적이라고 지적하셨는데 아마도 그런 이유 때문일 것으로 생각한다. 지적에 따라 수정하였지만 시간과 능력 한계로 구성이 많이 변경되지는 못했다. 다른 심사위원들의 의견은 모두 반영하였다.

2) 조선일보 2017년 7월 14일자 2017고합194 사건 공판 보도내용.

3) 대법원 2004.6.26, 2004도2221; “형사재판에 있어 심증형성은 반드시 직접 증거에 의하여 형성되어야 하는 것은 아니고 간접 증거에 의할 수도 있는 것이며, 간접 증거는 이를 개별적·고립적으로 평가하여서는 아니 되고 모든 관점에서 빠짐없이 상호 관련시켜 종합적으로 평가하고, 치밀하고 모순 없는 논증을 거쳐야 한다.”

4) BVerfGE 75, 62, 65에서 독일 연방행정재판소는 행정행위는 일반적 법률에 따른 적법한 행위여야 함을 선언한다. 이를 적법절차의 기본 규정으로 볼 수 있다. 우리의 경우 헌법 제12조와 행정규제기본법 제4조 내지 제5조에 규정된다.

위의 사건처럼 첫째 수첩이 임의 제출되었고, 작성자에 대한 확인과 증거제출 동의가 있었다면 증거인용의 결정은 별도로 불필요하지 않은가? 둘째 해당 수첩의 기재 내용에 다툼이 있다면 우리 소송법상 법원이 직권으로 조사하여 결정하면 된다. 왜 법원은 소송지휘를 하지 않았을까?

또 한가지는 설령 법원이 일부 당사자주의 소송구조에서 통용되는 제출 증거 지속원리를 따라 제출된 증거만 심사해야한다고 소극적으로 판단했어도 여전히 의문은 남는다. 수첩은 일반 증거규칙에 따라도 증거일 가능성이 높다. 범죄 사실은 뇌물죄이다. 뇌물의 정황을 설명하는 증거들은 대체로 뇌물행위가 확인될 자료들(주로 장부나 예금통장, 거래내역 기록 등)이다. 공판 전 또는 공판 내에서 증거는 교호신문과 작성자의 확인(전문진술 예외규정)을 통해 확인된다. 그러므로 기재내용의 진실부합 여부는 수첩의 증거 성격과 아예 관계가 없다.<sup>5)</sup> 증거규칙상 서류 증거는 작성자의 인정여부와 사건관련성에 따라 채택된다. 증거규칙이란 원래 뭘 애매하게 만드는 게 아니라 법원이 채택할 증거요건들을 미리 정해주는 것이다. 즉 증거규칙은 증거의 성격을 구분하는 기준이 아니라, 그 증거를 결정하는 기준이다. 그렇기 때문에 제1심 법원의 결정은 소위 순환논증이다. 증거로 결정하고 또 정황 증거로 인정하겠다는 결정은 무슨 의미인가?

소송 구조는 입증 방식에 실질적 차이를 만든다. 당사자주의나 직권주의의 선택 자체가 헌법 가치인 민주주의나 법률주의의 차이를 만들지는 않는다. 그러나 당사자주의와 직권주의는 적어도 법원의 역할과 당사자 역할, 소송 주체, 증거규칙, 입증부담과 입증방식에서 다양한 차이가 있다. 각 모델간 통합을 위해서는 각 요소가 유기적으로 갖고 있는 특성들을 감안해야 한다. 예를 들어서 구체적 증거규칙 없는 당사자주의는 법관의 주관적 이해관계에 휘둘릴 수 있고, 수사를 주도하지 않은 판사가 당사자들이 제출한 증거만으로 유무죄를 결정할 때는 심사의 형식성 때문에 피고인의 이익을 훼손할 수 있다. 이러한 혼란스러움은 최근 진행되는 소송들에서 잘 나타난다. 형사소송이 사또재판 또는 조서재판<sup>6)</sup>처럼 보이는 이유는 현실적

5) *Omychund v. Barker* [1745] 1 Atk, 21, 49; 26 ER 15, 33.; 미국의 경우 Article X(1001-1008) of the Federal Rules of Evidence. 소위 Best evidence rule이라고 부르는 이 원칙은 서류 증거의 경우 사건 중요성(relevancy)과 원본성(originality)을 갖추면 증거로 채택될 수 있다는 규칙이며, 예외적으로 원본이 아니어도 복제본을 증거로 채택할 수 있다.

으로 형법상으로는 범죄사실이 명확한데 소송절차를 거치면 그 결론이 애매하고 혼란스러워지는 소위 절차주의 함정 현상 때문이다.<sup>7)</sup> 반복하지만 소송행위는 국가 행위이다. 국가의 (사법)행정행위가 애매하고 모호하게 수행되어 시민의 이익을 해하는 것은 기본적으로 공법이념에 부합하지 않는다.

이하에서는 소송구조가 다를 때 증거 방법은 실제로 다를 수 있으며, 소송 구조의 법체계적 차이는 범죄에 대한 이념과 국가에 대한 권한 승인에서도 다르다는 점을 설명하고자 한다. 원론적으로 당사자주의 구조에서 중시되는 증거규칙이나 직권주의의 소송지휘권은 모두 어떤 경우든 헌법이 명령하는 피고인 인권보장 목적에 기여해야 한다.

## II. 형사 소송구조

### 1. 이해

대부분 교과서는 우리 형사소송법을 규문주의에서 탈피한 근대적 소송구조로 설명한다. 원래 규문주의 특징은 직권탐지, 법정증거원칙이나 서면심리 중심, 법정 비공개 등을 특징으로 한다. 그런데 규문(Inquisition)이라는 개념은 근대에 와서 포기된 개념이 아니라 여전히 현대 소송절차에서도 실질적으로 의미가 있다. 다만 근대적 직권주의는 중세 규문주의와 달리 법체계상 탄핵에 의한 절차개시와 법관의 증거평가 원칙, 직접주의와 공개주의로 설명된다. 이와 대립되는 근대적 당사자주의는 대립적 소송구조라는 의미에서 평등을 전제로 하는 대립체계(adversary system)이다. 당사자주의 소송구조는 자주 오해되듯이 영국 보통법의 전통에서 비롯되지 않았다. 이 제도는 고대 로마법에서도 발견되며, 공동체의 특성에 따라 개별적으로 다양하게 발전된 제도로 보인다. 영국 보통법상의 대립 소송 체계는 오늘날 근대적 당사자주의 소송구조와 많이 다르다. 영국에서 근대적 당사자주의가 시작된 것은 유

---

6) 권영법, 형사증거법 원론, 세창출판사 2013, 6.

7) 변종필, 소송구조론의 실천적 함의, 강원법학 제51권(2017), 579-608.

럽 대륙과 같이 계몽주의 철학의 영향이다. 프랑스 혁명 후 프랑스를 중심으로 유럽 국가들은 중세적 규문주의에 직접주의와 공개주의를 결합시킨 직권주의가 발전되고, 영국은 명예혁명이나 청교도혁명을 거치면서 보통법원과 형평법원을 통합시키면서 민간 배심제도를 도입하고, 형식논리에 입각한 증거규칙을 성숙시켰다. 이 모델이 미국과 영연방국가들로 변형되어 전파되면서 현대 당사자주의를 형성한다.

두 소송구조가 모두 계몽주의 산물임은 분명하며, 그 이념은 적정절차와 형사피고인의 권리보호를 위한 목적에서 일치한다. 제도는 역사와 문화의 산물이다.<sup>8)</sup> 그렇기 때문에 모든 제도에는 특정한 역사적 흔적과 개선을 위한 노력이 잠재되어 있다. 근대적 소송의 핵심 조건은 법률주의와 법관의 독립성, 공개재판 등이다.<sup>9)</sup> 특히 사법부의 독립과 법원의 공개성 내지 객관성<sup>10)</sup>은 모든 형사소송법의 핵심이다. 요컨대 근대적 당사자주의는 민간 배심제도와 구체적 증거법칙이 특징이며, 근대적 직권주의는 엄격한 삼권분립 원리에 따른 독립적 법관과 형법전을 전제로 한 소송지휘권이 근간이다. 여기서 성문법전의 존부는 소송구조를 결정하는 중요 요인 중 하나이다. 영국 보통법의 특징은 선례구속 원리이다. 영국 보통법에는 성문법전이 18세기 이전에는 거의 존재하지 않았다. 개별 판례들이 향후 범죄사실을 정하는 규칙으로 되고 상급 또는 동급 법원의 선례에 따라 소송이 진행된다. 반면에 유럽국가들은 14세기부터 기본적인 성문법전을 가지고 있어서 그 위반사항을 심사하는 것이 소송의 목적이었다. 이 차이점은 당사자주의와 직권주의를 결정하는 역사적 배경이 되었다고 보인다.

8) 같은 견해로는 변종필, 위의 논문, 586.

9) *Starrs v. Ruxton* 2000 JC 208 사건에서 영국대법원은 법관을 계약적으로 임명하는 것은 법관 독립성을 규정한 유럽인권협약 제6조 위반이므로 무효라고 선고하였다. 법관의 독립성이란 신분 독립성과 정년보장을 통해 법관행위를 법률에만 귀속시키는 중대한 원칙이다.

10) 주승희, 당사자주의와 직권주의, 한국형사정책연구원 2006, 19 이하.

## 2. 당사자주의와 증거규칙<sup>11)</sup>

중세적 당사자주의와 달리 근대 당사자주의는 오래된 제도가 아니다. 신판과 규문주의는 거의 17세기까지 유럽의 일반적 관행이었다. 이를 극복하게 만든 제도는 영국에서도 법률주의<sup>12)</sup>(rule of law) 원칙이다. 계몽시대에 죄형법정주의에 따른 형사법의 법전화와 이를 절차적으로 해결할 소송구조가 직권주의 모습으로 등장하지만, 정작 사적 소추 전통의 소송구조를 유지했던 보통법 소송에서는 형법의 구성요건 해석이 아닌 당사자가 제출한 증거만 평가하는 증거규칙의 법전화로 발전된다.<sup>13)</sup> 계몽주의 사상 중 논리학에 많은 영향을 받은 증거법(규칙)은 빠르게 보통법 전통의 증거원칙들을 폐지하거나 대체하기 시작한다.<sup>14)</sup> 영국 보통법<sup>15)</sup>의 당사자주

11) 이 글에서는 규칙, 법, 그리고 규범(원칙)을 구분해서 사용한다. 그 이유는 헌법이나 법률에 효력을 정하여 반드시 따라야 하는 기준은 원칙 또는 규범이라고 볼 수 있고, 단지 형식 논리상 기준은 규칙으로 봐야 할 때가 있다. 증거 성격을 구분하는 경우 일반적 증거 기준(rule)이고 상위 원칙이나 규범에 따라야 하는 경우로 구분된다. 전자를 규칙으로, 후자는 규범(원칙)이라고 볼 수 있다. 예를 들어 증거법상 원본이 아닌 서류를 증거로서 제한하는 것은 규칙이고, 위법수집증거를 배제시키는 것은 규범(원칙)이다. 규칙은 당사자간 합의로 채부가 다시 조정될 수 있지만 규범은 이를 조정하는 방식이 법으로 정해질 수 있다. 이 구분은 증거규칙간 충돌이 발생할 때 규범적 위계를 근거로 우열을 정해야 할 필요성 때문이다. 우리나라 형사소송법의 증거법칙처럼 구체적이지 못한 경우는 자주 혼동되는 경우가 생긴다.

12) 영국 보통법 전통의 당사자주의는 훨씬 오래되었다고 봐야 한다. 그러나 규문주의나 신판(Trial by Ordeal)을 극복하게 만든 공개주의와 직접주의는 1215년 마그나 카르타와 1679년 인신보호율, 1873년 사법개혁법 등 끊임없는 의회의 국왕과의 투쟁 속에서 조금씩 얻어진 결과이다. 올리버 크롬웰의 사후 박해를 피해 도망간 청교도들이 세운 미국은 1776년 독립하면서 보통법 전통을 대부분 제거하고 프랑스 영향을 받은 혼합 사법제도를 채택한다. 간략하지만 유익한 설명은 George J. Thompson, *The Development of the Anglo-American Legal System*, Cornell Law Review Vol. 17(1931).

13) James F. Stephen(김용진 역), *형사재판의 역사*, 오래 2015, 58에서 저자는 “초기 영국에서 시행되었던 형법의 내용을 완전히 그리고 체계적으로 설명한다는 것은 매우 어려운, 아니 사실상 불가능한 일이다.”라고 적고 있다. 쉽게 간과되는 점은 성문법전이 존재하는 경우와 명확한 범죄구성요건에 대한 제시가 없는 경우의 소추절차상의 차이점이다. 이 점에 대해서는 다시 설명한다.

14) 17세기 영국 계몽주의 학자들은 거의 예외 없이 형식논리학을 근거로 관습적인 비합리적 습관에 대해 비판한다. 그 중 존 로크(John Locke 1632-1704)와 제레미 벤담(Jeremy Bentham 1748-1832)은 증거규칙에 많은 영향을 미친 학자로 평가된다. 특히 미국 수정 헌법 제4조의 위법수집증거배제 원리와 수정 제5조 적정절차 원칙 등은 존 로크의 정부론(The Two Treatises on Government)의 핵심 내용이었다. 벤담은 중세 보통법상의 증거 규칙을 비판하여 현대적으로 해석한 것으로 유명하다.

15) 근대 형사 증거법은 중세 보통법과 절연되어 있다. 영미학자들에게 보통법은 20세기 이전의 영국법

의는 당사자 처분권과 증거조사의 변론주의적 기속을 특징으로 한다. 이는 보통법의 전통이다. 보통법의 당사자주의는 실체 형법의 부재 또는 민사 소송과 형사 소송의 미분리라는 환경에서 비롯되었다.<sup>16)</sup> 이 점은 미국 형사소송법과도 구분된다.

근대적 당사자주의 소송에서 증거규칙은 법원이 양쪽에서 제출한 증거에 대해 중립적으로 인용(inclusion)과 배제(exclusion)를 하는 기준이다. 당사자주의 소송에서는 증거와 증인의 인용과 거부가 소송의 핵심이 된다. 법관은 단순 중재자이며 유무죄는 배심원에게 지시(notice, direction)를 통해 진행된다.<sup>17)</sup> 배심없는 형사소송은 가능하지만 예외적이다. 근대 보통법의 기원을 만든 중세 영국(잉글랜드와 웨일즈)은 봉건주의적 법원 구조 때문에 법정이 통일되지 못하였다.<sup>18)</sup> 지금도 보통법 전통의 법원은 일부 흔적이 남아 있다. 비전문 법관(lay judge)이 주도하는 Magistrate Court<sup>19)</sup>(주로 경미 또는 비법률적 형사범 non-scheduled crime 처리)부터 순회법원

전통 중 일부를 말한다. 1873년 영국의 the Supreme Court of Judicature Act(사법개혁법)은 보통법과 형평법으로 이원화되던 영국의 사법제도를 통합시켰다. 이로써 형평법원은 커먼로법원과 통합되다. 전통 보통법 원칙들이 다양하게 영국법과 미국법에 남아 있는 것은 사실이지만, 이를 보통법 자체로 보는 것은 넌센스이다. 예를 들어 위법수집배제법칙은 일부 영미법 학자들이 말하는 “커먼 로” 특징은 아니다. 계몽 철학적 기반을 가진 미국 수정 헌법 제4조가 근거이고, 우리나라 제309조처럼 다른 사법제도에 확산된 원칙이다. Richard M. Re, The Due Process Exclusionary Rule: A New Textual Foundation for a Rule in Crisis, Harvard Law Review, Vol.127(2014), 1885 이하.

16) Pollock/Maitland, The History of English Law before the Edward I, vol.1 and 2, 1898, reprinted by The Lawbook Exchange, Ltd, 1996은 영국 보통법 시대의 재판에 대해 풍부한 설명을 한다. 폴락 경의 집필 내용에 따르면 11세기까지 영국의 대부분 지역 재판이란 야외에서 정식 재판관도 없이 수행되는 것이 보통이었다고 한다. 1066년 노르만공 윌리엄이 영국을 실질적으로 지배한 후 가장 큰 문제는 언어 소통이었다. 지역어인 영어만 사용하던 평민법관들과 프랑스어를 사용한 형평법원(중상법원)은 14세기가 되어야 재판에서 프랑스어가 아닌 영어를 사용할 수 있게 되면서 그나마 소송의 결과를 서로 이해할 수 있게 된다.(40 이하)

17) LaFave/Israel/King/Kerr, Criminal Procedure, 5. ed., West 2009, § 1.6 이하.

18) James F. Stephen(김용진 역), 위의 책, 67 이하는 중세 영국의 재판제도에 대하여 간략하게 설명한다.

19) 보통법 법원에서 magistrate court는 경죄를, Crown Court는 중죄의 제1심을 담당한다. 역사적으로 Magistrate's Court는 원래 기소를 담당한 대배심(Grand Jury)을 1848년 Indictable Offences Act와 Justice Protection Act에 의해 대체한다. 이 법원은 1948년 Criminal Justice Act에 의해 완전히 폐지된다. 크라운 법원은 1956년 최초로 리버풀과 맨체스터에 설립되었고, 1166년부터 민사-형사 통합법원이던 Assize Court를 1971년에 Court Act가 폐지되면서 전국적으로 확대 설치되었다. 현재 민사재판은 King's Bench가 제1심이다. 킹스 벤치 법원은 가장 오래된 법원 형태 중의 하나로 최근 County Court로 명칭을 바꾼 곳이 많다. 예전에는 주로 영장 집행이나 왕의 명령 위반 사건 등을 다루었다. 이 법원이 채무조정을 담당하던 Court of Common Plea와 통합되면서 High Court와 우리 민사법원의 역할을 한다.

(Circuit(or Itinerant) Court), 행정심판부(Tribunals, 일부에서는 특별법원)까지 복잡하고 다양하다. 개별 봉건영주들은 영역의 사법권을 가지고 있었고, 이를 종교직을 겸한 법재상(Chancellor)<sup>20)</sup>들이 통제했다. 영국의 형평법원(Equity Court)은 개별 법원에서 처리한 결과가 심각하게 부당할 때 조정하는 중앙 법원이었다. 형평법원은 보통법 법원의 일부 사건에 대해 무효화시키는 권한을 가지고 있었다.<sup>21)</sup> 16세기 두 법원이 통합되면서 더 이상 보통법원과 형평법원의 구분은 사라졌다. 1971년 전통적 형사중죄 법원인 the court of assizes<sup>22)</sup>와 quater sessions<sup>23)</sup>를 폐지하고 Crown Court을 창설하여 형사법원을 단일화한다.

보통법에서 언제부터 배심재판이 시행되었는지는 명확하지 않다.<sup>24)</sup> 초기 배심원들은 왕이 임명한 귀족들(the Royal Officials)이 지방의 재판을 감독하던 형식이었다. 중세 보통법 재판은 직업법관이 아닌 영주들이 수행했기 때문에 통일된 원칙이 없었다. 각 법원 판결에 대한 보고서(Judicial Report)를 작성하기 시작한 14세기부터 탁월한 결정들을 모아서 소위 판례법이 만들어지고 이를 모범으로 선례 구속력을 인정하기

20) Chancellor의 번역은 장관, 대법관, 대학총장 등으로 다양하다. 중세 영국에서 원래 이 직은 종교직으로 봉건영주들을 관할하는 성직을 말한다. 사법과 재정을 담당했으므로 “법재상”으로 번역할 수 있다. 근대에 오면서 직책은 폐지되고 명칭만 남아서 오늘날과 같이 사용된다.

21) 이 전통은 현재까지 영연방에서 The Privy Council of Judicial Committee(Her Majesty’s Most Honourable Privy Council)가 계승하고 있다. 분리 독립된 영연방 국가들의 최고 심급에 대한 불만이 있는 경우 Privy Council은 항소/재심을 담당한다. 각 국가의 수권법률에 따르므로 그 효력은 권고에 그치거나(호주, 남아공), 최고법원의 선고를 무효화시키는 경우(뉴질랜드, 말레이시아) 등 다양하다. 자세한 내용은 <https://privycouncil.independent.gov.uk/>

22) Assize란 단어는 중세 영어로 배석 법관(presiding judge)이라는 뜻이다. 이 용어는 프랑스어 assise가 유래로 보이며, 현재 프랑스 중죄법원(cour d’assises)의 명칭이기도 하다.

23) 정해진 기간마다 1년에 4회 열린다는 의미에서 붙여진 명칭으로 지역 또는 필요에 따라 개설되던 형사 중죄법원이다.

24) 법사학적으로 배심재판의 기원은 고대 그리스로부터 비롯되었다고 한다. A.Andrewes, *The Growth of the Athenian State*, Boardman/Hammond(ed.), Cambridge Ancient Histories, Cambridge University Press 1983, 제3장. 또한 조규창 교수의 로마형법(고려대학교 출판부 1998)에 따르면 배심재판 제도가 고유법 기원설과 회담법 기원설이 나뉘기는 하나 정확한 결론은 없다고 한다.(296 이하) 조규창 교수에 따를 때 로마의 민회재판이 공화정기에 배심재판으로 형성되고, 이 전통이 기원전 55년 로마 침공으로 영국 보통법으로 넘어갔을 것이라는 추측만 가능하다. 프랑스에서는 나폴레옹 법전에 영향을 받아 배심재판 제도가 전면 시행된다. 흥미로운 사실은 배심(민회)재판과 형식적 형법전 내지 소추권한의 배분은 밀접한 관계가 있다는 점이다. 여기서는 너무 범위가 초과되므로 생략한다. 영미법의 구조와 역사에 대해서는 표정수, 영미 형사사법의 구조. 그 가치에 대한 새로운 이해, 비봉출판사 2004, 23 이하.

시작한다. 소송은 사인소추만 가능하다.<sup>25)</sup> 법전과 같은 체계적인 범죄에 대한 설명이 없기 때문에 해당 사안이 이전의 판결례에 일치하는가를 결정하는 방식이 발전한다. 그 중심에 배심재판 제도가 있다.<sup>26)</sup> 영국에서 평민 배심원이 유무죄를 결정하기 시작<sup>27)</sup>한 것은 1741년 성실법원<sup>28)</sup>(The Star Chamber 1398(?)-1641)이 폐지되면서 부터이다. 성실법원은 1534년 Supremacy of the Crown Act에 의해 정식으로 보통법 판사들과 왕립재판소(Privy Council, 추밀원<sup>29)</sup>)으로도 번역) 판사들에 의해 그동안 형평법원에서 담당하던 형평사건(보통법 법원에서 결정된 부당한 판결이나 항소심 사건)을 담당했다. 이 법원은 튜더 왕조 말기의 독재를 강화하는 수단으로 변질된다. 성실법원은 의회의 권한을 중지시키기 위한 정치적 판결을 지속하다가 결국 1641년 의회법 개정으로 폐지된다. 정치적으로 영국 시민전쟁(English Civil War 1642-1651)을 촉발시킨다. 이를 기회로 청교도들과 의회주의자, 왕당파로 갈라진 정치적 지형(토리와 휘그의 분립)이 생겼으며 정치권력에 대한 불신이 증가한다. 성실법원이 폐지되면서 귀족들로 구성된 배심 제도가 평민 배심으로 개편되는 계기가 된다. 이로부터 비전문가인 배심원들에 의한 유무죄 결정 모델이 시작된다.<sup>30)</sup> 일반 배심원은 복잡한 규범적 설명보다는

25) 보다 상세한 설명은 조규창, 위의 책, 298 이하. 사인소추 전통은 당시 영국만이 아니라 유럽 전체의 보편적 상황이다.

26) Ward/Wraggs, *English Legal System*, Oxford University Press 2015, 329 이하.

27) 리차드 1세의 1195년 칙령은 영국 내 평화를 유지하기 위하여 기사단을 파견하고, 통일된 법질서를 유지하게 만든다. 1285년 윈체스터법령(Statute of Winchester)에 의해 지방 법관(tithing)들을 High Constable과 Petty Constable로 구분하고, 이는 후에 기소를 담당하는 대배심(Grand Jury)과 심판을 담당하는 소배심(Petty Jury)으로 발전한다. 배심구조가 만들어지면서 1361년 Justice of the Peace Act가 제정되고 이를 수행하기 위한 Office of Justice of the Peace(JP)가 영국 검찰제도의 기원이 된다. 영국 검찰제도의 역사적 기원에 대하여는 C.Corns, *Public Prosecutions in Australia. Law, Policy and Practice*, Law Book C. 2014, 53 이하.

28) 이 법원을 성실법원으로 부르는 이유는 Camera Stellata(별 방이란 뜻)를 그대로 번역해서 같다. 헨리 7세가 1487년 웨스터민스터 궁에 있는 천정에 별이 그려진 방에서 시작한 특별법원으로 나중에 별칭으로 Star Chamber로 부른다. 이 법원은 초기 형평법원이 다루기 곤란한 재산권 분쟁이나 행정소송을 주로 담당했으나 엘리자베스 1세 사후 스튜어트 왕가 출신인 프랑수아 1세와 제임스 1세의 폭정을 정당화하기 위한 정치적 판결에 주로 기여했다. 자세한 설명은 Geoffrey R. Elton, *Star Chamber Stories*, Barnes Noble 1974.

29) 추밀원은 사전적으로 자문기관이다. 영국의 Privy Council은 왕립재판기구 중 하나를 말하며, 현재 까지도 영연방 내에서 존재하는 상급 재판소이다. 추밀원이라는 번역은 일본식이며 그 의미를 전달하기 충분하지 않다.

30) 배심재판의 기원은 영국에서는 1066년 이전에도 존재했다. 민사 배심재판은 1166년 헨리 1세의

형식논리를 갖춘 증거 규칙에 따라 판단하게 되었다. 요컨대 보통법의 소송구조는 복잡한 정치적 상황을 근거로 대립 당사자주의, 중립적 법원의 역할, 배심제도 등을 핵심으로 하고 범죄사실을 확정하는 증거규칙을 발달시킨 것으로 볼 수 있다.<sup>31)</sup>

보통법은 소송 절차에서 구성요건이나 범죄사실의 확인보다 제시된 범죄혐의에 대한 사실 입증에 집중한다. 이는 소송 대상물의 문제이다. 직권주의가 실제 형사법 위반 여부(실체적 진실발견)를 다룬다면 당사자주의는 당사자의 권리회복(Remedy 또는 Redress)을 목적으로 한다. 증거법은 당사자주의 소송구조에서 중요하다. 증거 규칙은 대립 당사자의 증거주도권을 조정하는 기능을 한다. 묵비권, 전문증거 배제나, 교호신문 보장, 위법수집증거 배제 등 증거 규칙들은 증거인용과 거부에 대한 세부적인 원칙과 예외를 표준화시킨다. 보통법 전통에서 증거법칙은 단순했다. 그러나 근대로 들어서면서 개별 증거법들의 제정으로 보통법의 증거법칙들은 합리적으로 개선되기 시작한다. 예를 들어 증거법상 전문증거 배제는 보통법 전통이다. 일반적으로 그 간접 진술을 신뢰할 수 없기 때문이기도 하지만 보통법 소송에서 직접 확인되지 아니 한 진술은 증거로 채택되지 못했다. 전문 진술 배제 원칙의 예외 인정 유래는 정확하지 않다. 1827년 밀(John Stuart Mill)이 편집하여 출간한 벤담(Jeremy Bentham)의 “법적 증거의 기준”(Rationale of Judicial Evidence)에 따르면 당시 빈번하던 사기사건에서 법정에 참석하지 아니 한 참고인 진술 또는 서류를 전문증거로 무조건 배제하는 것은 논리적으로나 정책적으로 부당하다는 지적이 있다. 적어도 19세기까지는 전문진술은 증거법칙에 따라 원칙적으로 배제되었다.<sup>32)</sup>

증거법칙은 시대와 장소적 필요에 따라, 그리고 사건의 특성에 따라 구체적으로 변화된다. 예를 들어 미국 연방증거규칙에 따라 전문진술(hearsay)은 법정 요건(현재

---

the Assize of Clarendon 설립을 기원으로 한다. 이 법원은 형사범을 지역에서 별도로 처리하기 위해 왕의 기사단 12명을 파견시켜 재판하던 제도로 시작하였다. 1304년부터 권리침해죄와 평화교란죄 등에 적용되었다. 민사배심제도는 점차 줄어들다가 영국에서는 1854년 보통법 소송절차법(Common Law Procedure Act)에 의해 당사자들의 합의가 있을 때만 시행하는 것으로 바뀌었다.

31) 자세한 설명은 표성수, 위의 책, 112 이하.

32) James H. Chadbourne, Benthamic View of Rule 63 (4)(c) of the Uniform Rules of Evidence, Harvard Law Review v.75-5, 832 이하는 1950년대 미국 통합 형사증거법 제63조 제4항 제c항(현재는 연방 증거규칙 제803조 내지 제804조)에 규정된 전문증거 예외적 인용 기준에 대한 역사적 유래와 논의를 담고 있다.

적 상황 진술, 감탄문 등 감정 진술, 의료적 처방, 기록된 사실, 일상 행동보고서, 공공 기록물, 종교적 기록, 혼인증서 등)을 갖추면 증거로 인용된다. 영국도 1981년 형사소송법 개혁으로 새로운 증거규칙을 적용한다. 특히 1996년 형사소송과 수사에 관한 법률(Criminal Procedure and Investigation Act, PACE)은 중요하다. 이 법 제3조 제1항에 따라 검찰은 피고인에게 모든 증거를 공개해야 한다. 검찰의 일반 기소 의견도 피고에게 공개한다. 국가기밀 등 소위 민감 정보의 경우만 제한 할 수 있다. 피고인 경우 1967년 증거법의 개정으로 자신의 알리바이를 증거로 제시할 경우 공판 7일 전 법원에 이 증거제출 내용을 미리 통보하도록 하고 있다. 또한 사기죄와 같이 복잡한 사건의 경우 변론 전략에 이용될 증거의 성격과 구체적 활용계획은 법원에 미리 제출해야 한다. 이 경우 묵비권은 중지되며,<sup>33)</sup> 지속적 묵비권은 공판에서 피고인에게 불리하게 사용될 수 있다. 법 제6A조는 피고인 변론의 기본 요지, 검찰의 공소사실에 대한 논박 항목, 왜 검찰의 공소 사실에 반대변론을 하는지 이유, 증거인용과 관련하여 위와 같은 주장에 대한 법적 관점을 서면으로 제출할 것을 정한다.

당사자주의 모델과 증거법칙의 결합 형태는 의외로 다양하다. 그러나 공통점은 구체적 증거법칙을 통해 범죄사실을 확정한다는 점이다. 당사자주의 소송구조에서는 소송 주체들의 제출 증거들만을 중심으로 사건에 대해 판단하기 때문에 어쩌면 당연한 결론이다. 만일 구체적인 증거규칙이 없다면 증거인용은 애매하고 모호하게 결정될 수 있다. 명확하고 예견가능한 소송 절차를 위한 노력이 최근 미국, 영국, 호주 등에서 추진된 증거규칙 변화의 골자이다.<sup>34)</sup>

### 3. 직권주의와 소송지휘권

직권주의<sup>35)</sup>는 법원이 주도적으로 직접 사건을 조사하여 확인하는 것이 중요 기

33) 상위법인 유럽인권협약과의 충돌문제는 여전히 논란 중이다.

34) Michael H. Graham, *Evidence Law Mastery. Hands in Learning*, West Academic Publishing 2016; Feld/Alexander/Bagaric, *Uniform Evidence Law: Principles and Practice*, 2nd Edition, CCH 2014.

35) 직권에 따른 소송지휘(Strafverfahren von Amts wegen 또는 ex officio)는 유럽 대륙의 일반적인 소송체제로 볼 수 있다. 근대적 직권주의를 이해하려면 구체제 시대의 프랑스 사법제도를 살펴볼 필요가 있다. 구체제에서 프랑스는 평민들이 주로 구성하는 법원의 최고심급인 고등법원

능이다. 증거법 자체는 당사자주의와 크게 다르지 않다. 근대 직권주의는 당사자처분권 일부를 적용하고 있다. 다만 직권주의에서는 법원이 수사개시, 공소 제기, 증거 조사와 증거 채부, 유무죄 결정까지 절차를 주도하고, 필요한 경우 직접 증거 조사와 피고인 신문도 할 수 있으며, 유무죄를 직접 결정한다는 중요한 차이점을 가지고 있다. 반면 당사자주의는 공판에서만 사용되는 규칙이다. 예컨대 수사단계의 통제는 당사자주의에서는 구조적으로 어렵다.<sup>36)</sup> 이와 달리 보통법의 즉시 이의제기 규칙(contemporaneous objection rule)은 직권주의에서 허용되지 아니 한다. 역사적으로 프랑스 혁명 이후 중세적 규문주의는 점차 사라지고, 탄핵주의가 중심이 된 근대적 직권주의의 모습이 완성된다. 근대적 직권주의는 권력분립론에 따라 법원이 시민에 대한 공동체의 비난에 대한 제3자적 역할을 맡을 때만 분명한 의미가 있다.

예를 들어 1532년 카롤리나 형법전은 실제 형법과 형사소송법을 통합하고 있었다. 최초의 독립적인 형사법전은 1787년 오스트리아 형법(Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung)과 1791/94년 프로이센 일반 란트법(Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten)이다.<sup>37)</sup> 당시의 이해는 형법은 실제이고 형사소송법은 형식이었다. 그리고 시민을 형사법의 “객체” 본다. 이 사

---

(parlement)과 왕과 귀족들이 구성하는 최고법원(cours souveraines ou supérieures)으로 구성된다. 민사나 형사제판 등 일반적인 재판은 고등법원이 담당했고, 회계와 재무, 화폐 등은 최고법원이 심사했다. 구체제의 법원은 오늘날과 달리 입법, 행정, 관리감독, 일반 교육 등의 기능을 가진다. 문제는 14세기부터 만연된 재정위기 때문에 고등법원의 법관들을 주로 매관매직으로 채웠다는 점이다. 이로 인해 면책권을 이용한 법관들 뇌물징수와 부정부패가 실질적인 사회문제가 되었다. 프랑스의 고등법원은 1790년 폐지된다. 프랑스 혁명 이후 사법개혁은 왕권으로부터 독립된 새로운 판사들에 의해 완성된다. 간략한 소개는 이성재, 구체제 시기 고등법원의 구성과 역할, 최갑수 외, 프랑스 구체제의 권력구조와 사회, 한성대학교 출판부 2009, 69-104. 반면 영국 역사학자 버크(Edmund Burke 1729-1797)는 그의 책 프랑스 혁명에 대한 성찰(이태숙 옮김), 한길사 2017, 322 이하에서 고등법원의 매관매직 현실은 법관의 독립성을 유지하기 위한 방편이었다는 설명을 한다.

36) *Rumfelt v. State*, 947 So.2d.997(Miss.Ct.App.2006): “The contemporaneous objection rule means that the objection must be interposed at the time of the alleged error so that the trial court may be given an opportunity to rule. Timely objections, followed by appropriate and timely motions, are necessary to preserve such points on appeal.”

37) 1740년 즉위한 프로이센의 프리드리히 2세는 현대 독일의 근대적 국가 기반을 마련한다. 그는 계몽적 군주로서 현대적 의미의 복지국가를 시도한 것으로 유명하다. 그의 후계자인 프리드리히 빌헬름 2세는 그를 이어 1791년과 1794년 일반 란트법을 제정한다. 이 법률은 민사법과 공법에 관한 기준으로 고문폐지와 국가의 시민에 대한 봉사 의무 등의 개혁적인 내용이 담겨 있다.

고는 계몽주의에 의해 비판받는다.<sup>38)</sup> 그 결과 시민을 주체로 인식하면서 형사법과 형사소송법의 이념과 구조가 변화된다. 예를 들어 일반 란트법 제74조와 제75조<sup>39)</sup>는 명확하게 국가와 시민의 이익이 충돌할 때 국가의 이익이 희생되어야 함을 밝히고 있다. 국가와 시민의 관계에 대해 인식 변화는 근대 소송구조의 전제조건이다.<sup>40)</sup> 1810년 나폴레옹에 의해 완성된 프랑스 형법과 형사소송법은 근대적 직권주의 절차의 전형적인 모델을 제시한다. 나폴레옹 형사소송법은 무죄추정 원칙과 변호인의 조력권리, 배심제도 등을 보장한다. 근대적 직권주의는 헌법과 다른 법률과 관계를 정하여 국가 주도의 형사절차를 실현한다. 법원의 독립성과 행정부에 대한 일부 권력(검찰권) 통제권을 보장하지 않는다면 의미없는 제도일 수 있다.<sup>41)</sup> 근대적 직권주의는 형법과 형사소송법의 관계를 실체와 절차로 보는 관점에서 벗어난다. 그래서 형사소송법을 형법의 실현 규범으로 보는 설명<sup>42)</sup>은 전근대적이다. 왜냐하면 소송을 실체 형법의 목적 실현을 위한 절차로 보면 유죄에 대한 편견에서 벗어날 수 없다.<sup>43)</sup> 마치 객관적으로 존재하는 범죄사실을 소송을 통해 밝혀내는 작업처럼 오해하게 된다. 범죄사실이란 형사법정에서 경험적으로 재구성된다.<sup>44)</sup> 덧붙여서 형사소송법을 별개의 법규범으로 봐야만 근대적 직권주의를 이해할 수 있다.<sup>45)</sup> 형사소송

38) Fridrich-Christian Schroeder, Strafprozessrecht, 4.Aufl., C.H.Beck 2007, 4.

39) 제75조 그에 반하여(제74조의 권리와 의무의 공공이익성 요구에 반하여) 국가는 자신의 권리와 이익을 공동체를 위해 희생하고 손해를 감수해야 한다.(Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besondern Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigern gehalten) 이러한 사상은 1689년 영국의 권리장전(Bill of Right)과 연관된다. 이 법률안은 명예혁명의 결과로 시민의 권리는 왕으로부터 수여받은 것이 아니라 그 이전부터 존재하는 권리임을 천명하였다는 의미가 있다. 자세한 설명은 이태숙, 명예혁명과 위그 그리고 휘그 역사해석, 영국연구 제15권(2006), 영국사학회, 195-223.

40) Déclaration des droits de l'homme et du citoyen(인간과 시민에 관한 선언)은 1789년 8월 26일 혁명을 주도한 국가 헌정위원회가 제정하고, 1793년 확대 제안되었다. 1793년 안은 의회를 통과하지 못했으나, 1948년 세계 인권선언에 대부분 수용되었다.

41) 김일수, 헌법적 형사소송론, 고시계 제33권(88/10), 11.; 변종필, 형사소송에서 법관의 지위와 역할. 지위론, 구조론 및 목적론의 연계구조와 관련하여, 형사정책연구 제13권 제4호(2002), 127-155, 특히 133 이하.

42) 다수의 견해이다. 예외는 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법, 홍문사 2015, 3; 안성조, 쟁점과 미래 형사소송법, 박영사 2009, 1 이하. 그 구분에 대한 법이론적 분석에 대하여는 홍영기, 형사소송법, 그 독자적인 목적에 대한 이해, 저스티스 통권 100호(2007), 255-271.

43) F.-C.Schroeder, 위의 책, 5.

44) Stock, Das Ziel des Strafverfahrens, Mezger-FS 1954, 429; 변종필, 위의 글, 134.

법은 형법에서 규정한 책임을 확정하는 절차이기도 하지만 법원을 통해 행정부의 범죄예방과 수사권을 통제하는 기능도 가지고 있다. 근대적 직권주의에서 형사소송법은 중국적으로 사회의 평화를 유지하는 독립적 규칙이다. 그 대상도 공판만이 아니라 형사소추와 국가형벌권의 전반을 포함한다.

근대적 직권주의 모델에서 증거법은 공판에서 적용되는 증거규칙이 아니다. 독일의 경우 증거금지(Beweisverbote) 규범으로 형사소송 절차를 지휘·통제한다.<sup>46)</sup> 증거금지는 법원이 수사단계부터 지휘하여 공판정에서의 증거 절차 등 전체 소송절차에 적용된다. 법원은 형사소송 전체를 적정화시켜야 하는 의무가 있다. 독일의 증거금지 규범들은 법원이 주도적으로 수사기관의 행위를 통제하는 수단이다. 공적 소송을 담당하는 검찰의 수사행위에 대해 증거제출권을 통해 통제할 수 있게 한다.<sup>47)</sup> 그 주요 내용은 공판전(수사단계)에서 일정 증거 수집 금지로 여기에는 다시 증거 항목화 금지와 증거 조사(감정) 금지가 포함되고, 공판과정에서는 보다 포괄적으로 증거 사용 금지가 적용된다.<sup>48)</sup> 증거제기(수집)금지(Beweiserhebungsverbote)<sup>49)</sup>란 일정 증거를

45) 이상돈, 형사소송원론, 형사소송의 근대성과 대화이론, 법문사 1998.

46) Ernst Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess, Sonderausgabe, Bd. 249, Strafrechtliche Abhandlungen, Libelli 1903; Rolf Hannrich(Hrsg.), Karlsruher Kommentar, Strafprozessordnung, 7. Aufl., C.H.Beck 2013, Einleitung, Rn. 53 또는 Rn. 232 이하, Rn.384 이하.; 조국, 독일 증거금지론의 이론구조에 대한 소고, 형사정책연구 제13권 제4호(2002), 47-68은 독일 증거금지에 대한 소개를 하고 있다. 다만 이 글은 미국의 증거법칙을 중심으로 독일 증거 규칙을 다루고 있어서 직권주의 소송 구조에 대한 충분한 설명이 부족하다. 보완하면, 독일 증거금지는 이론이 아니라 명문의 규정을 근거로 한다. 중요한 것은 독일법상 증거금지는 당사자주의적 증거규칙이 아니다. 조국 교수는 “독일의 증거금지론의 경우 시민의 인격권 침해에 초점을 맞춘다면, 미국 위법수집증거배제법칙은 위법한 수사기관의 활동의 ,역지’에 초점이 맞추어지고 있다.”라고 기술한다.(59) 그 결과 증거금지는 미국의 위법수집증거 배제법칙보다 협소하다는 결론에 이른다. 소송구조상 전문 법관이 증거금지를 심사하는 것과 변호인(위법한 증거의 경우 검찰이 문제제기할 이유는 없으므로)이 제기해야 비로소 심의가 될 수 있는 효력 발생 구조적 차이는 언급되지 않는다.

47) Peter Riess, Gerichtliches Kontrolle des Ermittlungsverfahrens, Ellen Schlüchter(Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht, Verlag Schmidt-Römhild 1995, 501 이하.; U. Eisenberg, Beweisrecht der stop. Spezialkommentar, 2.Aufl., C.H.Beck 1996, 147 이하.

48) K.Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990; Mittag, Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, JR 2005, 386; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29.Aufl., C.H.Beck, 2017, 24/30; Wolter, Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverbote, NStZ 1984, 276.

49) 독일 형사소송법 제160조, 제244조. 특히 제160조 제2항은 범죄사실 확인 뿐 아니라 무죄사실

수집할 수 없도록 하는 경우이다.<sup>50)</sup> 구체적으로 증거 항목 금지(Beweisthemaverbote)는 법률로 정한 특정한 사실을 수사 내지 공판준비에서 수집 또는 제기할 수 없게 한다. 예를 들어 전과사실 같이 판결에 영향을 미치는 내용이나 독일 기본법으로 보장하는 내용은 증거 수집 자체를 금지한다.<sup>51)</sup> 증거조사금지(Beweismittelverbote)란 증언거부권<sup>52)</sup>이나 묵비권을 남용하여 특정 사실을 확인하는 것을 금지하는 내용이다.<sup>53)</sup> 마지막으로 증거사용금지(Beweisverwertungsverbote)는 주로 공판규칙으로 예를 들어 위법하게 녹음된 파일이나 함정수사에 의한 증거와 같이 헌법과 법률을 위반하여 수집된 증거 등을 공판 증거로 사용하지 못하게 하는 법칙이다.<sup>54)</sup> 증거사용금지는 구체적인 상황에 따라 적용된다. 일부는 법률로 규정한다. 증인이 증언거부권이 있음에도 검찰 등의 요구로 자발적으로 증언하는 것도 법으로 금지한다.<sup>55)</sup> 프랑스의

---

확인에 대한 조사 의무가 있으며, 제3항은 검찰의 증거조사는 법원의 활동에 도움을 줄 수 있는 경우로 한정한다.

- 50) Roxin/Schünemann, 위의 책, 168. 예를 들어 친족간 증언거부를 인정하는 이유는 형사절차에서 기본권에서 보장하는 가족관계를 훼손시킬 수 없기 때문이다. 실제적 진실발견은 상위 헌법과 동등 법률의 위계 질서에서 제한된다. 같은 의미는 BGHSt 14, 358: 동의없는 녹음은 상대방의 인격권을 훼손하여 증거금지에 해당한다는 취지의 결정.
- 51) BVerfGE 36, 174.
- 52) 독일 형사소송법 제53조 직무상 근거로 한 증언거부권.
- 53) 독일 형사소송법 제160a조.
- 54) BVerfGE 34, 238 판결에 대해 국내에서도 논의가 된 바 있다. 이에 대한 논의는 하태훈, 사인에 의한 증거수집과 그 증거능력, 형사법연구 제12호(1999), 25-46; 천진호, 위법수집증거배제법칙의 사인효, 비교형사법연구 제4권 제2호(2002), 375-390; 권영세, 현행 통신비밀보호법상 도청행위의 의의 및 범위, 저스티스 제11호(2003), 379 이하; 변종필, 사인이 위법수집한 증거의 증거능력. 대법원 판례를 중심으로, 법률정보판례연구 제1집 제1호(1999), 77 이하. 국내의 논의는 위법수집 증거의 사인효로 정리된다.(주 45) 그러나 독일 연방헌법재판소의 이 판결은 당시 독일 형법 제298조(현 제201조)를 위반하여 동의없이 녹음한 녹취증거를 검찰이 탈세혐의의 증거로 삼은 것이 헌법 제2조 제1항 인격권 보장 위반인가를 심의한 것이다. 사인에 의한 불법 녹취를 검찰이 탈세 혐의의 입증에 위해 사용하는 것은 소위 “불가침의 사적 영역”(unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung)을 침해한다는 설명이다. 이후 BVerfGE 57, 182(202 이하)에서 다시 확인하고 있다. 이 결정은 엄밀히 말해서 타인의 정보를 원래 목적 이외에 사용하기 위하여는 법률의 보호 안에서만 인정된다는 의미이다. 사인의 수집증거가 명확한 법률위반이라고 보기 어렵고 공공의 이익이 큰 경우는 증거로 인정될 수 있다.
- 55) 소위 삼단계모델설(Dreistufentheorie)이 적용되는 경우를 말한다. 이 이론은 프랑스 행정법학에서 유래된 것으로 등급을 나누어 각 단계별로 증거조사 및 사용을 금지하는 이론이다. 이 이론은 독일 기본법 제12조 제1항에 의한 기본권 제한은 헌법과 법률에 의한다는 원칙에서 법률로 보장하는 시민의 권리에 대해 무조건 수사단계나 공판에서 증거로 삼지 못하게 하는 규정이다. 나치스에

경우도 형사소송법 제335조에 증거거부권자를 규정하여 증거금지규정을 두고 있지만 제336조 제1항에 따라 본인의 의사로 선서 후 증언하는 경우 예외로 인정할 수 있다.

이처럼 볼 때 직권주의에서 증거재판주의(제307조) 규정은 별로 의미가 없다.<sup>56)</sup> 증거재판주의란 헌법과 법률의 기본 원리에서 파생되는 국가행정행위 기본원칙을 다시 규정한 것에 불과하다. 이를 형사소송법에서는 증거이론(Evidenztheorie)이라고 부른다. 예를 들어 위법수집증거배제 법칙은 공판에서 증거개시가 있는 후 배심원단에 게 수집방식의 부당함을 근거로 증거로 평가금지를 내려야 하는 당사자주의 증거배제 규칙이다.<sup>57)</sup> 이를 직권주의적으로 볼 때 증거수집과 사용금지로 설명할 수 있다. 여기서 구조적인 차이가 존재한다. 직권주의에서 증거인용을 위한 제1 기준은 규범의 목적과 체계적 정형성이다.<sup>58)</sup> 규범의 우월한 이익이 존재한다고 판단될 때 증거로 사용(Verwertung)될 수 있다.<sup>59)</sup> 이에 따라 이론상 헌법과 다른 법률에 위반되는 모든 행위가 형사소송 절차에서 차단될 수 있다. 개인이 위법하게 취득한 증거 역시 그 행위가 직접 법률에 위반된다면 사용이 금지될 수 있다. 자주 인용되는 독일 연방헌법 재판소의 판결<sup>60)</sup>은 개인이 법률(구 형법 제298조 비동의 녹음금지; 현재 제201조 비동의 녹화 및 녹음 금지)을 위반하여 수집한 증거를 검사가 제출한 것을 증거사용금

의한 인권침해를 경험한 독일 형사소송법 제136조a조 제3항은 이를 구체적으로 현실화했다. 제3항 제1문은 금지된 수사방식에 대한 것으로 “제1항(의사에 반한 일체의 강압수사금지)과 제2항(피의자의 인격에 반할 수 있는 강제조치의 금지)의 금지는 피의자(피고인)의 동의에도 불구하고 허용하지 아니 한다.” 영미 증거법은 이를 소송상 특권(privilege)으로 설명한다.

56) 직권주의 형사소송법으로 분류되는 프랑스와 독일의 형사소송법에는 이러한 선언규정이 없다. 대표적으로 프랑스 형사소송법 제309조: “Le président a la police de l'audience et la direction des débats.” (재판장은 법정경찰권 및 소송지휘권을 가진다.) “Il rejette tout ce qui tendrait à compromettre leur dignité ou à les prolonger sans donner lieu d'espérer plus de certitude dans les résultats.”(재판장은 존엄성을 해하거나 명확한 결론을 얻는데 도움이 되지 아니 하고 심리를 지연시키는 일체의 발언을 중단시킨다.) 프랑스는 직권주의 형사소송 절차의 기본으로 평가되며, 무죄추정 원칙 이외에는 일체의 증거규칙에 기속되지 않는 특징이 있다.

57) 위법수집증거에 대한 설명은 조국, 위법수집증거배제법칙, 박영사 2005.

58) BGHSt 24, 125. 이 판결은 음주교통사고 피의자에 대해 병원의 수련의가 채취한 혈액샘플의 증거 효력에 대한 내용이다. 피고는 강요에 의해 수집된 증거의 사용금지를 주장했다. 1971년 3월 17일 연방대법원은 수련의에 의해 동의없이 채취된 혈액샘플의 유효성을 인정한 원심을 유효한 증거수단으로 승인했다.

59) Klaus Macht, Verwertungsverbote bei rechtswidriger Informationserlangung im Verwaltungsverfahren, Duncker & Humblot 1999, 31 이하.

60) BVerfGE 34, 238

지 대상으로 결정하였다. 당사자주의에서는 이러한 결론이 바로 도출되지는 않는다. 당사자주의에서는 미국처럼 헌법에서 적정절차 위반을 근거로 하지 않으면 증거규칙 또는 판례 근거가 있어야 한다.<sup>61)</sup> 영국은 이 규칙이 1980년대까지 없었다. 1984년 Police and Criminal Evidence Act(PACE) 제78조에 공정하지 못한 증거에 대해 법원이 거부할 수 있다는 규정을 두어 배제 근거를 만들었다.<sup>62)</sup> 위법하게 수집한 증거라면 적정성을 잃은 증거이기 때문에 거부될 수 있다.<sup>63)</sup> 사생활권(privacy) 보호를 정한 유럽인권협약 제8조의 근거에서 동일하게 주장할 수 있다.

### Ⅲ. 결합 모델에서 발생할 수 있는 구조적 약점

우리나라 형사소송법이 당사자주의<sup>64)</sup>와 직권주의<sup>65)</sup>의 결합 모델이기 때문에 발생하는 문제는 없을까? 과거에는 직권주의에 대한 소극적인 관점<sup>66)</sup>이 존재했으나,

- 
- 61) R v. Payne 1963 1 All ER 848은 개인이 부당하게 채취한 혈액 샘플을 법원이 증거인용에서 제외시킨 사건이다. 같은 내용의 판례는 R v. Effik, R v. Mitchell 1992 Crim LR 580; R v. Khan 1996 3 All ER 289 등
- 62) Hungerford-Welch, Criminal Litigation & Sentencing, 5th. ed., Cavendish Publishing 2000, 448 이하.
- 63) 조국, 위의 책, 452.; 헌법적 근거에서 이 원칙을 설명하는 최영승/정영일, 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력. 헌법적 근거에서, 그리고 주요 유형을 중심으로, 경희법학 제48권 제4호(2013), 3-36은 증거사용금지 원칙과 동일하다.
- 64) 당사자주의 요소로 제161조의 2 교호신문제도, 제254조 공소제기로 인한 심판범위 확정, 제269조 공판기일 유예, 제266조 공소장부분의 송달, 제266조의 3 증거개시절차, 제266조의 5 공판준비절차, 제266조의 13 공판준비기일 종결의 효과, 제275조 제2항과 제276조 검사와 피고인의 출석, 제285조 내지 제286조 모두진술, 제294조 제1항 당사자의 신청에 의한 증거조사, 제298조 공소장 변경신청, 제294조의 2 기일 이후 증거신청의 각하, 제302조 검사의 의견진술, 제303조 변호인과 피고인의 최후진술, 제310조의 2 전문법칙 예외, 제318조 증거동의, 제318조의 2 탄핵증거 등과 형사소송 규칙 제118조 제2항 공소장일본주의를 들고 있다.
- 65) 직권주의 요소로는 제161조의 2 법원의 보충적 직권신문제도, 제295조 직권증거조사, 제296조 피고인신문, 제298조 제2항 공소장변경요구제도, 제318조 제1항 증거동의를 인정성 조사제도와 형사소송 규칙 제141조 석명권 제도를 예로 한다.
- 66) 강구진, 형사소송법, 박영사 1982, 18 이하의 설명은 대체로 그렇다. 강구진 교수는 배심제도와 당사자소송 주의를 근대적 형사절차의 핵심적 변혁 요소로 설명한다. 이러한 설명이 틀린 것은 아니지만 너무 좁게 이해하고 있다. 탄핵주의나 자유심증주의란 좀 더 넓은 이해가 필요하다. 그나

최근 대부분 학자들은 결합 모델을 우리 형사소송법의 기본 특성으로 인정하는 것 같다. 소송 구조는 존재론적으로 무엇이 좋다고 말하기 어렵다.<sup>67)</sup> 게다가 최근 당사자주의와 직권주의는 서로 닳아가고 있다.<sup>68)</sup> 두 구조 모두 기본 목적은 국가형벌권을 제한하는 것이지만<sup>69)</sup>, 그러나 각기 운용을 위한 체계와 권한 승인에서 다른 의미와 내용이 있다.

현대 당사자주의는 공판 중심<sup>70)</sup>이다. 당사자가 제3자인 법원에 갈등 해결을 의뢰하는 구조다. 그렇기 때문에 수사 단계에 국가(검찰)의 개입은 인정되지만 법원은 제한적이다. 반면에 직권주의 소송은 사법부가 형법 위반 사실을 공무상 직권으로 확인하는 절차다. 현실적으로 직권주의 형사소송 절차에서 실제적 진실발견<sup>71)</sup>이란

마 최근 학자들은 두 관계를 장단점으로 비교하고 있다. 요컨대 당사자주의와 직권주의는 정치적 이념으로 평가할 대상이 아니라는 설명은 배종대/이상돈/정승환/이주원, 위의 책, 30 이하.

- 67) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 위의 책, 31: “소송 구조의 장단점에 따라 어떤 소송구조를 취해야 한다거나. 어떤 절차는 현행법의 소송구조에 맞지 않기 때문에 개선되어야 한다는 주장들은 본말이 전도된 것이기 때문이다....직권주의적 요소이든 당사자주의적 요소이든 그것이 공정한 형사절차의 구성에 기여하는 방향에서 적용되고 해석되어야 한다.”
- 68) 주승희, 위의 책, 25 이하. ; Albin Eser(손미숙 역), 당사자주의 대 직권주의. 최선의 소송구조를 찾아서, 형사정책연구 제26권 제4호(2015), 33-57. 김희균 교수는 2011년 번역한 프랑스 형사소송법(휴먼컬처 아리랑 출간)의 서문에서 “요컨대 프랑스는 지금도 사소와 형사조정, 형사화해 등 당사자주의의 흔적을 역력하게 가지고 있고, 또 다른 한편으로는 예심판사의 피고인신문이라는 직권주의의 골격을 그대로 가지고 있다...(중략)...경죄에 대해서는 당사자주의의 쪽이고, 중죄에 대해서는 직권주의의 쪽이다. 그리고 어떤 시대, 가령, 19세기 초반에는 직권주의의 쪽이었고, 19세기 중반 이후에는 당사자주의의 쪽이었으며, 2차 대전 이후에는 다시 직권주의의 쪽이었다.”라고 적고 있다. 이 견해가 타당한지는 모르겠다. 다만, 프랑스 형사소송법 교과서는 소송의 기본 구조를 탄핵주의(accusatoire)와 (근대적) 규문주의(inquisitoire)로 설명한다. Claire Sourzat, Droit pénal général et procédure pénale, 2<sup>e</sup> édition, larcier 2016, 184. 더 자세한 설명은 Jean-Claude Soyer, Droit Pénal et procédure pénale, 19e édition, L.G.D.J. 2006, 24 이하 및 345 이하.
- 69) LaFave/Israel/King/Kerr, 위의 책, § 1.6; Kühne, Strafprozessrecht. Eine Systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., C.F.Müller 2007, 1 이하. 당사자주의의 소송이라고 법원이 형벌권력을 통제하지 못하는 것은 아니다. 다만 그 제도적인 특성이 다를 뿐이다.
- 70) 차정인, 형사소송법규에 충실한 공판절차. 공판중심주의의 실현을 위하여, 법조 제600호(2006), 103 이하는 수사단계에서 확인된 내용을 공판정에서 다시 배척하는 등의 독선적 공판 환경을 만든다고 한다. 그러나 임성근, 공판중심주의와 형사변론, 인권과 정의 제366권(2007), 18-37. 특히 21이하는 그에 대한 반대로 올바른 형사사법을 위하여는 공판중심 문화가 자리 잡아야 한다고 한다. Albin Eser(손미숙 역), 위의 글, 40은 당사자 지배와 직권(판사) 지배가 지나치지 않게 균형을 이루는 것이 중요하다고 한다.
- 71) 실제적 진실개념에 대한 법철학적 접근은 변종필, 형사소송에서의 진실개념, 세종출판사 1999;

순수 철학적인 의미가 아니라 실제 형법전에서 규정한 규범 위반이 실제로 있었는가를 확인하라는 요구이다.<sup>72)</sup> 이로부터 구조적으로 당사자주의 소송구조에서는 법원의 수사개입이 제한적이고, 직권주의에서는 당사자의 고소 내지 고발의 내용과 관계없이 법원은 수사를 할 수 있다. 당사자주의에서는 사적 소추가 오랫동안 원칙이었기 때문에 검찰의 기능은 유명무실했다. 그리고 수사에 대한 권한도 없다. 반면에 직권주의는 법원이 수사를 지휘·감독한다. 법원은 모든 절차에 개입할 수 있다. 근대적 직권주의에서 행정부 소속인 검사의 역할은 제한적이다. 법원 수사를 도울 뿐이다. 독일의 경우 검찰 수사는 법원의 동의로만 공판전 종결가능하다.<sup>73)</sup> 우리 법제247조 기소편의주의가 위헌적이라는 비판을 받는 이유는 검찰에게 사법부 권한을 위임하고 있기 때문이다.<sup>74)</sup> 이 문제는 형사소송법 제정 당시에도 지적되었다. 다만 당시 입법에 참여한 학자들이 소송구조상 검사 역할을 다소 비체계적으로 이해한 듯하고,<sup>75)</sup> 검찰의 불기소결정에 고등법원 항고를 인정하면 될 것으로 안이하게

유사한 의견으로는 김혜경, 실제적 진실발견은 형사소송법의 목적인가? 형사법연구 제26권 제2호(2014), 161-192.; 실제적 진실개념을 증거창출 극대화과 증거분석력 강화를 위한 지도이념으로 설명하는 입장은 류혁상/권창국, 증거의 신빙성 제고를 위한 효과적인 증거수집 및 현출방안, 한국형사정책연구원 2005, 48.

- 72) 강압수사나 고문 등의 관행은 실제적 진실발견과 관계 없다. 중세 규문주의 소송에서도 고문이 항상 적용된 것은 아니다. 이러한 이해는 일종의 신화적 믿음에 불과하다. 기록에 근거하면 고문과 박해를 통한 규문은 15세기 종교적 마녀재판이라는 일부 지역적인 사건에 국한되었다고 볼 수 있다. 현실적으로 우리나라에서 발생한 80년대까지 독재 정권에 의한 고문과 강압수사는 당시 법으로도 범죄행위이지 소송구조로 평가할 대상은 아니다.
- 73) 독일 형사소송법 제153a조 내지 153d는 전통적인 기소법정주의에 대한 예외를 인정하는 조항이 아니다. 경미범죄 등에 관해 공소의 실익이 없다고 판단될 때 검사는 법원의 동의를 얻어 재판외로 수사를 종결할 수 있다는 규정이다. 그럼에도 불구하고 독일 학자들은 이 조항이 미국식 유죄협상 처럼 사법부의 기능을 약화시킨다는 비판을 한다. Altenhain/Hagemeier/Heimerl/Stammen/, Die Praxis der Absprachen im Wirtstrafverfahren, Baden-Baden 2007; Beulke/Satzger, Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen, JuS 1997, 1072-1080; Beulke/Sabine, Zur Verletzung des Fair-trial-Grundsatzes bei Absprachen im Strafprozess, JZ 2005, 67-75.
- 74) 헌법재판소는 2004 헌마436과 2012헌마562 결정으로 기소편의주의는 위헌이 아니라고 한다. 위헌적이라는 주장은 김하중, 우리나라 기소제도의 문제점에 대한 고찰. 검찰개혁의 관점에서, 인권과 정의(2014/8), 49-71.; 김창균, 기소편의주의의 운용문제, 인제논총 제10권 제1호(1994), 264 이하; 김성은, 독일의 기소유예와 법원동의제도, 안암법학 제29호(2009), 180.; 박미숙, 검사의 기소제량에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1993, 62; 박상기, 기소편의주의, 성시탁교수화갑기념논문집, 1993, 898 이하 등.
- 75) 1954년 1월 9일 형사소송법 초안에 대한 공청회 속기록에서 전문의원 서일교 교수는 “고등검찰청검

판단한 것으로 보인다.

모순과 혼란은 각 모델의 중요 구성요소를 제외시켰기 때문에 발생할 수 있다. 배심원 없는 법관 주도적 당사자주의와 수사단계에 개입하지 못하는 직권주의 또는 한국형 형사소송 제도는 구조적인 약점이 되고 있다. 오늘날 검찰의 영장청구권 독점과 수사에 대한 사법적 통제 불가능성, 그리고 증거규칙의 애매모호함은 형사소송법 도그마티에서 보면 심각하다. 당사자주의 소송전통의 영국 검찰은 법정참여권이 없다.<sup>76)</sup> 즉 소송에 직접 참여할 수 없다. 검찰은 기소와 항소 결정에 참여를 할 뿐이고 소송은 법정변호인을 따로 선임한다. 반면에 직권주의적 소송제도에서 법원은 직접 수사를 하거나(프랑스 예심판사), 명시적으로 검찰에 위임한 수사를 감독하고 공판이 개시되면 직접 절차 전체를 지휘할 수 있다.(독일) 독일 행정조직법(Verwaltungsverfassungsgesetz, VwVfG) 제44조는 검찰의 부당 수사행위를 무효화하는 근거 규범이다.<sup>77)</sup> 구조적으로

사장이 불기소처분을 타당하다고 할 때에는 그 서류를 고등법원에 이송하여 고등법원으로 하여금 처분의 당부를 심사케 한다...(중략)...이 경우 검사의 직무는 법원의 지명한 변호사에게 행하게 한다.”라고 언급한다. 또한 국회의원 엄상섭 교수는 “...이 점을 또다시 생각해보면 검사가 소속되어 있는 고등검찰청 책임자로 하여금 고려할 기회를 줬고 그렇게 했으니 만일 이런 사건에 있어서 피고인이나 고소인이 기소되기를 지극히 원하는 사건은 억울한 점이 있을 것이니 대개 고등법원까지 나가지 않게 하고 검찰청내부에서 이것을 처리할 수 있어야만 될 것이다라고 해서 지방법원에다가 직접 항소권을 주지 않고 고등법원에 하게 한 것은 우리나라 실정으로 보아서 지방법원지원이라든지 검찰청에서 대립해가지고 있는 곳에서 이런 것을 해나가면 인간은 감정동물이 되어서 미묘한 공기를 나타낼 것입니다. 그래서 차라리 그러는 것보다는 한층 더 높여서 고등법원쯤 하면 어떨까 하는 생각을 가지게 된 것입니다.” 결정적인 것은 당시 법제처장 신태익의 발언이다. “이 점에 대해서는 정부에서 제출한 원안대로 해주시기 바랍니다. 기소판의주의원칙을 명문화하고 있습니다. 죄 있으면 반드시 기소가 된다고 하는 것은 인간사회에 맞지 않습니다. 검거를 하면 조사를 받고 용서해주는 것도 좋을 것입니다...(중략)...이것이 악용될 것 같으면 뜻 없는 일입니다...(중략)...이런데 대한 감독규정은 검찰청법이라든지에서 규정하면 좋을 줄 압니다.” 이 속기록에 따르면 당시 입법에 참여한 사람들의 이해수준을 가늠할 수 있다. 그나마 가장 정직한 견해는 대법원장 김병로 발언에서 나온다. **76)** 문제에 대해서 내가 어찌서 초안에다가 규정을 못했느냐 하면 사실은 원칙적으로는 형사법의 이(입)법으로는 다른 나라에도 많이 있고 그렇게 해야 되는데 그 이론 구성에 가서 찍 어려운 점이 많이 있고 나의 학력이 부족하고 조사가 불충분해서 못한 것입니다. 이런 고충을 말씀드립니다. 신양균 편저, 형사소송법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원 2009, 140-142.

76) 영국 모델은 법정변호인(Barrister)과 송무대리인(Solicitor)을 구분하기 때문에 검찰은 송무대리만 하고 공판을 위하여는 별도로 검찰측 법정변호인을 선임해야 한다.

77) Gunnar Duttge, Zur Bestimmtheit der Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, Mohr Siebeck 2000, 376.; BVerwGE 11, 106, 108; 19, 284, 287/288; 23, 237, 238; 27, 295, 299; 35, 334, 343; BVerwG DÖV 1974, 562, 564; 1978, 405/406(연방행정재판소 판결 정리는 Duttge의 주 134)

당사자주의에서 법원의 권한 밖인 수사행위는 공판 내 증거규칙으로 사후 통제되지만 직권주의에서는 독일처럼 검찰에 수사를 위임하더라도 행정행위를 규제하는 모든 공법 규범을 근거로 전방위적으로 규제된다.<sup>78)</sup>

그리고 우리 형사소송 절차에서 예심(공판준비)절차<sup>79)</sup>가 없는 것은 문제이다. 통상 당사자주의 소송에서는 당사자들의 다툼을 소송으로 할 것인가에 대해 예심절차를 거친다. 마찬가지로 직권주의에서도 공소인 경우 검찰의 수사 후 법원이 공판개시를 결정하는 중간절차를 둔다. 이 절차가 존재하는 이유는 수사에 관여하지 않은 법원이 기소요건에 대한 실질 심사를 할 수 있도록 보장하는 의미가 있다. 특히 당사자주의 소송에서 중요하다. 이와 달리 법원의 직접 수사가 인정되는 프랑스의 경우나 1973년 법원의 직접수사절차(gerichtliche Untersuchung)를 폐지하고 현재의 검찰에 의한 수사절차(Ermittlungsverfahren)에 대한 법원감독권만을 인정한 독일에서는 검찰의 공소제기를 법원이 직접 심사하기 위한 제도이다.<sup>80)</sup> 사소(Privatklage)의 경우도 중간절차로 공판을 결정한다. 이 제도의 존부가 다소 애매하던 우리의 경우 1961년 소송법 개정으로 검사의 권한을 대폭 강화하면서 유명무실해졌다. 다만 2007년 개정으로 법률의 근거<sup>81)</sup>는 일부 마련되었으나, 여전히 이를 사무관리규정 정도로만 이해하는 듯 하다. 결과적으로 법원의 통제를 받지 않는 수사와 공소제기가 가능해진다. 그 결과 공무원법상 행정직원인 검사가 헌법에서 명령한 사법부의 재판권을 제한하게 된다.<sup>82)</sup> 게다가 사소제도가 없는 우리의 경우 시민의 재판받을 권리가 검사의 개인적

78) 독일 형법의 법외범죄의 실질적 대상은 원래 판사(Richter, Amtsträger, Schiedsrichter) 등 사법기관이다. 검사는 포함되지 아니 한다. 이에 반하여 범죄주체에 검사도 포함된다는 견해로는 서보학, 판사 및 검사의 법외공에 대한 대응방안. 법외범죄 도입을 중심으로, 경회법학 제49권 제4호(2014), 221-254. 특히 229 이하. 입법론상 우리 형사소송법처럼 검사에게도 일정 사법기능을 위임한 경우 이 범죄행위 주체로 포함시킬 수 있다.

79) 독일 형사소송법 제199조 이하의 공판개시 결정을 위한 중간절차(Zwischenverfahren)도 마찬가지로 기능을 한다.

80) Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts(1. StVRG), Drucksache 7/551. 이 개정안의 중요 내용에는 법원의 수사절차를 폐지하고, 검찰에게 증인조사와 사실확인을 위임하며, 검찰에 대한 법원의 감독권을 확인하고, 피고인의 법원출석의무를 완화시키고, 경미범죄에 대한 절차를 탄력적으로 운영하고, 소송을 신속하게 진행하고 배심제도를 일부 허용하는데 있다.

81) 예컨대 법 제266조의 5 내지 제266조의 16 공판준비절차.

82) 프랑스 형사소송법 제40조-2에 따르면 검사는 인지사건에 대해서만 기소증지를 결정할 수 있다. 다만, 당사자의 항고가 있는 경우 공소가 자동적으로 개시된다. 실질적으로는 검사에게 기소독점

판단에 전적으로 의존하게 되는 현상이 생긴다. 이런 불합리한 사태는 최근 급증하는 재정신청의 수에서도 확인할 수 있다.<sup>83)</sup>

요컨대 필자가 생각하기에 다른 조건을 다 제외하고 소송구조적인 측면에서만 생각하면, 배심제도와 형식적 증거규칙에 따라 지배되지 않는 당사자주의 공판은 편향되고 오만한 형사소송 절차로 변질되기 쉽고, 수사와 기소결정에 참여하지 아니한 법원과 제출된 증거만으로 결정하는 직권주의 공판은 허술하고 무능한 형사소송 절차로 보이기 쉽다.

## IV. 적정절차 보장을 위한 개선

헌법에서 보장된 적정절차 이념을 실현시키기 위한 방법은 다양할 수 있다. 그동안 형사소송법 개혁의 논의는 구조적인 측면보다는 개별적인 제도에 국한되었지 않으나 하는 생각을 해본다. 특히 증거규칙이 구체적이지 못한 구조적 취약점이나, 위임된 직권에도 불구하고 당사자 제출된 자료만을 근거로 소극적으로 사안을 심사하는 문제점은 구조적 문제로 보인다. 이하에서는 형사소송 구조적인 측면에서만 적정절차를 위한 개선점을 제안해보고자 한다.

### 1. 증거금지 규범과 공판 증거규칙의 구분적 이해

우선 헌법적 적정절차를 보장하는 증거(금지)규범과 공판에서만 적용되는 증거규

---

권한은 없다고 볼 수 있다.

83) 이에 대한 연구로는 한영수, 재정신청제도의 문제점과 개선방안, 재정신청제도 개선을 위한 형사소송법 일부 개정 법률안을 중심으로, 인권과 정의 제461권(2015), 107-131. 연구에 따르면 2014년 재정신청건수는 20,720건이며, 더 급격히 증가하고 있다고 한다.(113) 한영수 교수는 현재의 소송구조를 그대로 인정하면서 재정신청 심사를 고등법원에서 지방법원으로 변경하고, 재정담당 변호사를 둘 것을 제안한다. 이 제안은 1954년 제정 법률 공청회(주 65) 당시 입장과 크게 다르지 않다. 다만 63년간의 격세지감이 없다는 것은 문제다. 재정신청 급증의 문제를 해결하려면 공소와 사소를 구분하여 사소 대상을 확대하여 검찰의 기소독점권을 해제하고, 전체 경찰과 특별사법경찰관 등 수사는 검찰이 통제되되, 검찰의 공소대상 수사 통제를 위해 법원이 피해자와 함께 공소필요성을 평가하는 예비(중간)절차를 현실화하는 것이 더 합리적으로 생각한다.

칙을 구체화시켜 증거인용과 거부기준을 명확하게 한다. 당사자주의나 직권주의 모두 증거법의 일반 원칙은 최적 증거 선택이다. 증거를 선택하려면 증거의 성격이나 특징이 구체적으로 정해져야 하고, 또한 그 채부를 위한 기준 또한 미리 확정되어야 한다. 우리 법이나 규칙은 구체적으로 적용범위와 증거 유형, 그 채부에 대한 내용을 규정하고 있지 않다. 실무적으로 법원은 범죄와 관련된 증거에 대해 전방위적인 인용과 거절의 권한을 가진다. 이처럼 증거(금지)규범과 증거규칙을 공판과 관련짓지 않고 적용하면 우선 검찰 수사단계의 통제가 불가능하고, 법 제308조의 2의 위반으로 수집 제출된 증거도 공판에서 다시 반박을 거쳐 제거시키는 등 절차가 복잡해지며, 셋째 공판 내 증거규칙과 적정절차 이념에 따른 증거금지규범이 범죄예방이나 사회여론에 따라 우열관계에 놓이게 되는 등의 부작용이 사라지지 않게 된다.

국내 학자들은 법 제307조 제1항 증거재판주의와 제308조 자유심증주의에서 증거방법의 도그마틱을 설명하고 있다. 문헌들은 법 제307조 제1항은 엄격한 증명 규범으로 보고, 제308조는 법관의 자유로운 증명에 관한 증명력 문제로 설명한다.<sup>84)</sup> 예를 들어 사법연수원 법률 실무 교재인 ‘형사증거법 및 사실인정론’에 따르면 엄격한 증명의 대상은 공소범죄 사실, 형벌권 범위에 관한 사실, 간접사실과 경험법칙 및 법규로 설명하고 있다. 그리고 자유로운 증명의 대상은 정상관계 사실과 소송법적 사실, 기타 보조사실로 기술한다.<sup>85)</sup> 엄격한 증명과 자유로운 증명 사실은 이 설명처럼 분명하게 구분되지 않는다. 게다가 이 증명사실이 증거법칙의 대상인지 아니면 소송지휘를 위한 대상 사실인지도 애매하다.

추측컨대 독일 형사소송법상 증거채택 기준(엄격 증거 *Strengbeweis*와 자유 증거

84) 이러한 설명은 신동운, 간추린 신형사소송법 제9판, 2017, 382 등. 그러나 이 구분은 본문에서 설명하였듯이 독일 형사소송법을 근거로 할 수 없다. 참고로 Klaus Volk, *Strafprozessrecht*, C.H.Beck 1999, 178; Putzke/Scheinfeld, *Strafprozessrecht*, 6.Aufl., C.H.Beck 2015, 158. 일본의 경우 엄격한 증명과 자유로운 증명에 대해 우리의 경우처럼 설명없는 것으로 보인다. 독일처럼 증거규칙에 규정된 경우를 엄격한 증명으로 설명하면서 증명의 대상은 공소사실로 설명하기 때문이다. 히라라기 토기오(조근석 역), 일본 형사소송법, 박영사 2012, 352 이하.

85) 해당 교재(2017), 9 이하. 이는 다수 학자들 설명과 같다. 다만 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법, 제2판, 홍문사 2016, 572 이하는 엄격한 증명 대상을 구성요건 해당사실, 위법성과 책임관련 사실, 처벌조건, 법률상 형의 가중 또는 감면 사실, 책임관련적 소송법적 사실로 보고, 자유로운 증명 대상은 몰수 내지 추정 사실, 일반적 양형사유, 순수 소송법적 사실로 설명한다. 그외의 간접사실 내지 경험법칙, 법규는 그 성질에 따라 엄격한 증명과 자유로운 증명의 대상이 된다고 한다.

Freibeweis) 설명을 따른 것 같다. 그런데 독일 교과서 설명<sup>86)</sup>에 따르면 이 구분은 증거채부(Beweisufnahme)에 관한 일반론이다. 엄격 증거란 법률에 규정된 방식에 의한 증거를 말하고, 자유 증거란 해당 규정이 없는 증거를 의미한다. 즉 엄격 증거는 법률에 증거방법이 명시되어 있다. 증인(독일 형사소송법 제48조 내지 제71조), 감정인을 통한 사실 조사(독일 형사소송법 제72조 내지 제93조), 법관의 직접 검증(독일 형사소송법 제86조), 조서 및 서류 진실성 조사방식(독일 형사소송법 제251조 내지 제257a조), 증인 조사(독일 형사소송법 제244조 제2항), 민사소송에서의 당사자 조사 내용(독일 민사소송법 제445조 이하) 등이다.<sup>87)</sup> 반면에 자유 증거란 위의 엄격한 증명 사실을 제외한 내용(예를 들면 독일 형사소송법 제244조의 3항: 법원에 의한 당사자 증거 요구 제한 기준을 직접 고려하여 결정토록 한다)을 법관의 판단에 위임하는 것을 의미한다.

우리의 경우 각 형사소송법에 흠어진 증거관련 규정 중 소송지휘권을 중심으로 하는 증거금지규범과 공판 내에서 증거를 선택하는 증거규칙으로 구분해서 정리할 필요는 있다. 예를 들어 법 제147조 내지 제149조는 증인과 증언에 관한 사항인데 특히 증언거부권자에 대한 증거수집금지를 규정한다. 이는 적정절차 규범으로 수사단계에서부터 법원의 통제를 받아 제한해야 한다. 즉 피의자나 참고인 조사에 변호인이 동석시키는게 적정절차의 내용이 아니라 법원의 감독없는 신문과정 자체를 금지시키는게 적정절차에 부합한다는 뜻이다. 여기서 도그마틱적 흠결도 발생한다. 예를 들어 법 제150조 증언거부의 사유소명의 경우 법원의 설명의무<sup>88)</sup>가 제도적으로 이 수사단계에서는 현실적으로 실현되지 못할 수 있다.

법사학적으로 보면 제307조 제1항과 제308조 제1항은 증거법과 관련 없다. 제307

86) Hans-Heiner Kühne, 위의 책, 751 이하.; Urs Kindhäuse, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Nomos 2013, 228 이하.; Roxin/Schünemann, 위의 책, 370 이하.; Schroeder, 위의 책, 162 이하.

87) Satzger/Schluker/Widmaier, StPO, Carl Heymanns Verlag 2014, § 244 Rn.12 이하. 유죄판결이나 법적 책임이 부과될 여지가 있는 증인 증언과 감정 사실, 서증, 법원 직접 검증 사실이 엄격한 증명 대상이라고 설명한다. 독일 형사소송법 제251조 제3항과 같이 명백히 규정을 두는 경우 이외에도 법원이 규정은 없지만 증거방식에 대해 조사할 필요가 있는 내용은 자유로운 증명의 대상이다.(Rn. 17)

88) Hinweispflicht 또는 Aufklärungspflicht라고 부르며, 독일 형사소송법 제151조, 제200조, 제264조 내지 제266조 등에 구체적으로 규정한다.

조 제1항 증거재판주의는 증거법칙을 의미하기 보다는 법관의 자의적 판단을 배제하는 선언규범이다.<sup>89)</sup> 1954년 형사소송법은 미국 증거법 규정들 일부를 직권주의 체계인 독일 형사소송법에 융합시켰다.<sup>90)</sup> 그런데 각 제도에서 핵심적인 요소들은 제외되었다. 주지하듯이 미국 소송법의 특징은 전면적 배심제도이다. 미국 수정헌법 제6조와 제7조에 규정된 원칙으로 영국에서조차 시도하지 않은 민사와 형사 소송 모두 배심재판을 적용시켰다. 영국 보통법 전통에서 배심재판은 형사재판에 국한되며, 민사소송은 주로 사기사건이나 무고죄(false prosecution)의 경우만 인정된다. 정치적으로 문제가 있던 북아일랜드에서는 배심제도를 제외하고 있기도 했다.

반면에 직권주의의 독일은 형소법 제152조 제2항의 기소법정주의와 법원의 소송지휘권(수사지시 포함)을 중심으로 한다. 최근 일부 배심을 제한적으로 인정한다. 만일 이처럼 배심제도가 없거나 실질적 수사지휘권을 소극적으로 이해하면 구조적 흠결이 발생할 수도 있다. 우리나라의 경우 형사소송법의 현실은 이를 잘 보여주기도 한다. 직접 수사를 참여하지 아니한 법원이 검찰과 피고인 제출 증거로만 사실을 파악하려고 할 수 있다. 특히 시간이 없거나 사건이 이해되지 않을 때 당사자주의 소송 모델을 존중하게 되면 사건의 진실이 왜곡된다. 또한 애매한 증거법칙은 빈번히 소송을 전략적으로 이용하려는 검찰이나 경험 많은(노회한) 변호인에 의한 절차지배가 발생할 수도 있다.<sup>91)</sup> 우리의 경우 이러한 현상을 통제할 수 있는 제도도 없다. 당사자주의

89) 1982년 강구진 교수의 형사소송법(박영사), 416은 제307조의 증거재판주의를 증거법이 아닌 전체 공소 범죄 사실(소인)을 포함하는 것으로 설명한다. 이를 엄격한 증명으로 보고, 제308조는 범죄사실 이외의 사실은 제308조의 자유로운 증명의 대상으로 설명한다. 형사소송법학에서 엄격한 증명은 범죄사실이고, 나머지 소송사실은 자유로운 증명의 대상이라는 주장은 이 책 설명에서도 발견되는 오래된 오해이다.

90) 강구진, 위의 책, 12 이하. 당사자주의 요소가 실질적으로 형사소송법에 포함된 시기는 1961년 5.16 군사정변 이후 형사소송법 개정이다. 이 개정으로 교호신문절차(161조의 2), 전문증거 제한(제310조의 2) 등이 첨가되었다. 일제시대의 구형사소송법과 1954년 제정된 형사소송법은 예심절차의 삭제와 증거보전의 인정, 증거조사에서 당사자 참여 정도였다.

91) 현행 범원조직법 제44조의 2, 제2항은 법관 근무평정 기준에 사건 처리과 기간, 상소율, 파기율 및 파기이유 등이 포함되며, 자질 평정 기준으로 성실성, 청렴성, 친절성 등이 포함되어야 한다고 규정한다. 이러한 평정기준이 적절한지를 떠나서 법관의 직무가 단순히 상소율이나 친절성에 따라 평정된다는 것은 문제로 보인다. 예컨대 미국이나 영국 등은 여전히 법관(판사)의 경우 대부분 종신제로 하며, 전직 등이 엄격히 제한된다. 독일의 경우도 법관의 신분보장은 연방 정부에서 절대 관여할 수 없도록 하고, 시험 성적과 연차 경력에 따른 승진 등만 규정하고 있다. 간략한 내용은 서창식, 해외 주요국의 법관 인사제도(지역법관제도)와 시사점, 이슈와 논점 836호(2014.4.25), 국

소송에서는 미국 연방법률 제28권 제1455조와 같이 이런 경우 소송을 중단시키는 기소중지청구(procedure for removal of criminal prosecution, 28 US Code §1455) 제도가 있다. 직권주의 소송구조에서 증거금지를 위반하거나 일부 당사자만을 위한 의도적 결정에 대해 담당 법관을 처벌할 수 있는 독일 형법 제339조 법왜곡죄(Rechtsbeugung)가 존재한다.

이러한 문제점은 우리와 비슷한 시기에 똑같이 미국 증거법 규정들을 일부 포함하여 개정된 일본 형사소송법에서도 나타난다. 1954년 형사소송법과 일본의 1948년 형사소송법률<sup>92)</sup> 내용은 대체로 유사하지만, 다른 점은 형사소송법상 검사의 영장청구권의 독점과 강력한 수사지휘권, 그리고 수사종결권/공소제기권 정도이다.

## 2. 증거규칙의 구체화

보통법상 사실 입증<sup>93)</sup>은 당사자에게 요구된다. 이 제도는 설득 부담과 증거 부담으로 구분된다. 전자는 법적인 입증부담(the legal burden, the burden of persuasion)으로 법으로 부담자를 정한다. 보통법 소송구조에서도 예외 없이 검사에게 있다. 후자는 일반적 증거부담(the evidential burden, 또는 production burden)<sup>94)</sup>이다. 피고인과 검사 모두 자신들이 주장하는 바를 각각의 증거(형성 및 제출)를 통해 입증해야 한다. 일반 증거부담은 미국과 영국이 증거법상으로 차이가 있어서 소위 입증책임(the burdens of proof)의 문제와 자주 혼동된다. 일반적인 예는 살인으로 기소된 자가 자신의 행위가 정당방위였음을 주장하려면 이에 대한 일반적 증거부담(the burden of production)을 진다. 피고인이 정당방위 상황임을 입증하기 위한 증거(CCTV, 증인의 증언 등)를 제출하면, 설득 부담(the burden of persuasion)을 지는

---

회입법조사처.

92) <http://www.fernuni-hagen.de/imperia/md/content/rewi/japanrecht/StPO.pdf>

93) 설민수, 민사·형사 재판에서의 입증의 정도에 대한 비교법적 실증적 접근, 인권과 정의 제388권(2008), 80-108.

94) J.B.Thayer, A Preliminary Treatise on evidence at the common law, Little, Brown and Company 1898; Waller/Williams, Criminal Law. Text and Cases, 11th ed., LexisNexis Butterworth 2009, 25 이하; Roberts/Zuckerman, Criminal Evidence, 2nd ed., Oxford University Press 2010, 220 이하.

검사는 그 증거를 “합리적 의심없이” 반박해야 한다. 이 때 검사는 법정 부담과 일반증거 부담을 동시에 지게 된다. 민사소송에서는 특별히 설득부담을 정하지 않는 한 일반적 증거부담만으로 결정되기 쉽다.

증거의 종류는 직접 증거(direct evidence), 정황증거(circumstantial evidence), 물질 증거(real evidence), 관련 증거(collateral evidence), 증언 증거 내지 비증언 증거(testimonial and non-testimonial evidence) 등으로 구분된다. 증거규칙은 공판 내의 규칙이므로 직접주의와 공판주의는 필수적이다. 우리의 경우 일반적 예심절차 기능을 검사에게 위임하고 있다. 이로 인하여 법원은 공판전 증거조사권을 현실적으로 제한받는다. 그러므로 증거규칙은 공판개시 이후에 적용될 수 있다. 일반적 증거규칙에서 증거유형별 순위는 직접 증거, 간접 증거, 직접 전문 증거, 간접 전문 증거, 의견 증거, 성향 증거 순이다. 직접 증거는 보통 별다른 입증 방식 없이 인용되며, 증거 특성에 따라 각각 입증 방식이 구체적으로 특정된다.

일반적으로 증거 채택을 위한 원칙은 사실 입증을 위한 중요성(Relevance)이다.<sup>95)</sup> 이 개념은 증거 채택이 소송에 영향을 미칠 수 있는 합리적 영향력에 따라 결정한다. 모든 증거를 제출할 수는 있지만 관련 증거 선택은 법원만 할 수 있다. 예를 들어 전문증거와 성향증거(tendency evidence)는 원칙적으로 배제되지만 중요성 정도에 따라 입증방식을 통과하면 예외적으로 인정된다. 강간 살인 범죄에서 피고인이 독특한 성적 취향(예를 들어 동성애)은 성향 증거이나 법정 증언을 통해 사건 관련성이 중요하다면 직접 증거가 된다. 중요성 배제 기준은 구체적으로 증인에 대한 신뢰성 부정, 다른 증거의 채택으로 인한 모순 발생, 증거인용의 실패 등 합리성 평가(reasonableness)에 따른다. 특히 증인에 대한 신뢰성이 부정되는 경우 법원은 불공정한 편향의 여부, 진술 오류나 혼동, 또는 불필요한 시간 낭비 등을 근거로 증거를 거부할 수 있다.<sup>96)</sup>

95) Sec.56(1) Except as otherwise provided by this Act, evidence that is relevant in a proceeding is admissible in the proceeding.

96) 영미 증거법상으로는 증거 배제를 위한 일반 신뢰성 배제 기준(general discretion)이라고 한다. Feld/Alexander/Bagaric, 위의 책, Uniform Evidence Law. Principles and Practice, 2nd ed., Wolters Kluwer 2015, 107.

## 가. 증거유형별 적용기준

### 직접 증거와 정황 증거

증거법은 직접 증거와 간접 증거 등을 차별하는 기준이라기 보다는 입증을 위한 중요성과 그 근거를 고려하여 우선순위를 정한다. 직접 증거는 범죄사실을 직접 확인할 수 있는 모든 것이다. 여기에는 피해자나 목격자의 사건에 대한 진술, 기록문서, 흉기 같은 물적 증거가 포함된다. 직접 증거의 경우 특별한 사유가 없는 한 별도로 법원은 증거능력에 대해 결정할 필요는 없다. 두번째 유형인 정황 증거는 법원의 인용결정을 통해서 증거로서 채택된다.<sup>97)</sup> 통상 공판과정에서 가장 많은 논의가 제기되는 것은 정황 증거의 인용 내지 채택 여부이다. 직접 당사자의 이익이 갈리는 부분이다. 일반적으로 범죄에 대한 정황은 행위 동기나 범행 기회 등을 말한다. 모든 사람은 범죄 정황을 가질 수 있지만, 그 정황에 처한 모두 범죄를 실현하는 것은 아니다. 원칙적으로 정황 증거는 직접 증거보다 증거능력이 약하지 않다.<sup>98)</sup>

정황 증거가 인용되는 방식은 다양하다. 여기서 정황의 의미는 “사실 현상”으로 이해되어서는 곤란하다. 법률에서 정황이란 사실에 대한 보조적 또는 간접적 설명이라는 뜻이다.<sup>99)</sup> 예를 들어 살인사건에서 직접 증거란 시체, 흉기, 목격자의 진술 등인 반면에 흉기와 사망원인에 대한 검증 사실, 피고인의 알리바이 부재 등은 간접 설명에 의해 확인되는 사실이며, 곧 정황 증거이다. 그렇기 때문에 정황이기 때문에 증거능력이 제한되는 것이 아니라 인용되기 위한 추가 설명에 합리적 의심<sup>100)</sup>이 필

97) Roberts/Zuckerman, 위의 책, 110.

98) Roberts/Zuckerman, 위의 책, 110.; 변종필, 간접증거에 의한 유죄인정, 비교형사법연구 제5권 제2호(2003), 385-409; 부정적인 견해로는 배문범, 살인사건에 있어서 간접증거에 의한 사실인정, 동아법학 제59권(2013), 107-155.

99) 권영법, 정황증거에 의한 유죄의 인정, 형사법의 신동향 제46호(2015), 1-43; 김용상, 미국에서의 정황증거를 통한 카르텔의 입증, 2014, 2-11.; 우리 대법원도 정황 증거만으로 증거능력을 부정한 것이 아니라 보강 증거의 불충분을 이유로 채부를 결정한다. 대법원 1996.2.13, 선고 95도1794. 이 사건에서 법원은 소변검사와 압수 약물만으로는 마약 투약사실에 증거가 되기 불충분하다고 보고 상고를 기각했다.

100) 이유는 모르겠으나 2007년 개정된 제307조 제2항은 “범죄사실의 인정은 합리적 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다.”로 규정되었다. 증거법칙상 합리적 의심이 없는 정도의 증명(beyond a reasonable doubt)은 증거 원칙이다. 형사소송의 대상이 범죄사실인 것은 맞지만 증거법의 대상은 범죄사실이 아니라 요증사실이다. 법 제307조 제1항도 “사실의 인정은 증거에 의하

요하다.<sup>101)</sup> 이 때 자주 사용되는 것은 감정이다. 감정은 주로 간접증거(정황증거)에 대한 증거 보강을 위해 시행된다. 살인과 같은 범죄에서 살인 흉기와 사망원인에 대한 확정에 대한 사망 감정조서는 넓게 보면 정황 증거에 속한다. 현재 널리 활용되는 유전자 감식이나 디지털 감식 결과 역시 정황 증거이다. 최근 정황 증거에 따른 사실 확정이 확대되어 현대 증거법칙도 그에 따라 변화하고 있다.<sup>102)</sup> 그러나 증거규칙상 감정결과와 전문가 의견 증거는 구분되어야 한다. 우리 법 제169조 이하의 감정에 관한 규정은 감정 증거에 관한 규칙은 아니다. 감정인에게 신문권 등을 보장하고 있어서 증거규칙으로 볼 수 없다. 제172조 감정증인에 관한 규정만 제한적 감정 증거(의견 증거)로 평가할 수 있다. 이 규정은 독일 형사소송법 제72조 이하의 법원의 사실확인을 위한 감정 및 검증처분과 같은 듯하다.

### (전문) 진술 증거

보통법 증거원칙은 법정외 진술을 증거로부터 배제한다.<sup>103)</sup> 전문 증거는 원칙적으로 공판에서 증거로 사용되지 아니 한다. 진술을 신뢰할 수 있게 만드는 것은 선서를 통한 책임 부담과 교호신문을 통한 확인을 통해 이루어져야 하기 때문이다.<sup>104)</sup> 보통법

여야 한다.”라고 규정한다.

101) 이를 자유심증의 객관화라고 부를 수 있다. 김종률, 합리적 심증과 과학적 사실인정, 제8회 한국형사소송법학회 발표 자료집과 형사법의 신동향 제26호(2010), 1-96은 진술의 과학적 분석을 통하여 증거분석을 시도하는 시도를 하고 있다. 주로 언어분석과 심리태도를 중심으로 하는 진술구조를 대상으로 하는 것으로 보인다.

102) James Q. Whitman, *The Origin of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale University Press 2008.

103) *Teper v. R* (1952) AC 480.: “the rule against the admission of hearsay is fundamental. It is not the best evidence and it is not delivered upon oath. The truthfulness and accuracy of the person whose words are spoken to by another witness cannot be tested by cross-examination, and the light which his demeanor would throw on his testimony is lost.”

104) 진술 자체의 과학적 분석을 통해 정황 증거를 합리적으로 판단하려는 시도가 김종률, 위의 글, 3 이하; 권오걸, 진술증거의 신빙성과 SCAN 기법, 법학논고 제40집(2012), 경북대학교 법학연구원, 629-656 등에서 제안되고 있다. 새로운 시도이기에는 하나 진술 자체의 형식성 분석을 통해 어떤 사실관련성을 입증하는 문제는 일단 심리철학적인 한계를 가지고 있다. 이런 모델들은 분석 철학에서 많이 경험했다. 이 때 “분석”이란 개념은 칸트의 유명한 순수이성비판 앞부분에 나오는 ‘분석판단’에서 비롯되었다. 즉 분석판단이란 진술 체계 내의 형식성 판단일 뿐이다. 즉 진술의 정형화는 외부 사실과 어떤 관련성도 없다. 그렇기 때문에 심적 태도를 기반으로 하는 진술 분석

상으로도 법정 외 전문진술이 증거로 인용되는 경우는 이에 대한 신뢰할만한 증명(공증 등)이 있거나 다른 법률에 근거하여 정식으로 작성된 서류 등 경우이다.<sup>105)</sup>

현대 영미 증거법은 다음과 같은 예외에서 전문 진술을 증거로 인정한다. 첫째 선행 사실에 대하여 이미 다른 재판 등에서 입증된 전문이다. 이 예외는 형사소송에서는 제한적이다. 둘째 직접 당사자의 직접 진술(first-hand hearsay)인 경우이다.<sup>106)</sup> 이는 다른 사람의 진술을 옮기는 수준이 아니라 본인이 해당 사안에 대해 직접 진술을 하고 있다는 측면에서 인정할 수 있으며, 실제로 형사사건에서 인용되는 경우도 있다.<sup>107)</sup> 전문 진술을 담은 서류 제출로는 증거로 인용될 수 없으며, 최소한 증언, 녹음 또는 영상 등으로 작성 환경에 대한 보강 사실이 함께 제출되어야 한다. 대부분의 증거법들은 이에 대한 구체적 규정<sup>108)</sup>을 두고 있다. 세번째 증인이 사망 내지 기타 사유로 인하여 법정에 나올 수 없는 경우이다. 기타 사유로는 그 전문 진술이 영업장부나 서류에 기록되거나, 단순한 라벨, 전신통화기록(매신저 기록 포함), 혼인 증명서 등의 공정증서(우리 법 제315조은 증거규칙이 아니라 증거인용 규정) 등이다.

요컨대 현대 증거법에서 전문 진술 증거는 직접성과 신뢰성, 그리고 유일성 기준에 따라 증거로 인정한다. 어느 경우도 진술자가 직접 법원에 나온 경우는 더 이상

---

만으로는 제한적이다. 이는 오늘날 인지 언어학(Neurolinguistics)의 한계이기도 하다. 소송이론은 반대로 체계 형식성을 중심으로 진술을 표본화하는 것에 집중한다. 이러한 모델은 전산언어학과 같이 객관적이고 형식적인 방식으로 구성된다.

105) UEA 59 (3) Subsection (1) does not apply to evidence of a representation contained in a certificate or other document given or made under regulations made under an Act other than this Act to the extent to which the regulations provide that the certificate or other document has evidentiary effect. 예를 들어서 최근 문제된 청와대 전직 수석 작성 “수첩”의 증거능력은 형사소송법 제313조에 따른다. 즉, 동의 또는 특신상태의 존재여부가 관련이다. 또한 형사소송법 제315조는 당연히 증거능력이 인정되는 서류증거 규정이다. 수첩이 제315조 제3호에 해당한다고 법원이 판단할 때는 증거로 인정될 수 있다. 만일 수첩을 전문 증거로 해석해도 제316조의 3은 전문증거법칙에 따라 증거능력을 인정받는다. 요컨대 수첩의 증거능력은 증거유형이 아니라 입증 방식에 달려 있다.

106) 증거법상 전문증거 인정범위는 매우 넓다. 대체로 진술자가 법정에 나오지 못하는 경우에도 주로 전문증거를 인정하는 기준은 업무일지, 사건 발생 직후 기록된 진술로 그 구성에 오류가 없을 때, 작성자가 이를 달리 기술할 이익이 없는 진술, 신뢰성 높은 기록 등이다. UEA 제65조 제2항 내지 제7항. 제82조 등.

107) R v. Vincent (2002) NSWCCA 369, (20)

108) UEA 65 (2), 82, 84, 85, 86, 89, 90 등.

전문 진술이 아니라 직접 증거(증언)이다. 여기서도 소송 구조상 차이가 발견된다. 직권주의에서는 증인과 참고인 등을 직접 소환할 수 있으므로 사망 등으로 참석할 수 없는 경우를 제외하면 전문 진술 배제 법칙은 실익이 없을 수 있다.

### 의견 증거

증거법상 전문가 의견이나 일반 목격자 의견을 증거로 삼은 것은 매우 최근이다. 보통법 전통에서는 법정에서 “사실” 진술만 허용되었고, “의견” 진술은 금지되었다. 마찬가지로 우리 대법원 규칙 제74조 제2항의 제3호도 증인신문서에 의견을 듣거나 의논을 하지 못하게 한다. 의견(opinion)은 사실에 대한 묘사와 달리 주관적 견해가 포함된다. 전문가 의견도 역시 주관적 관점이 포함되면 객관적 사실 묘사와 다르다. 이와 별도로 증언 증거(testimonial evidence)는 다른 평가를 받는다. 의견 증거 금지에는 유도 심문<sup>109)</sup>, 피고인 전과사실, 증인의 취향 정보와 같이 사실과 관련없는 진술의 증거채택 금지도 포함한다.

현대 증거규칙에서 의견 증거는 매우 제한적으로만 인정한다. 미국의 경우 연방 증거규칙 제701조에 일반 의견, 제702조에 전문가 의견증거를 인용근거를 규정하고 있다. 목격자의 일반 의견은 우선 진술의 합리성 기준을 통과해야 한다.<sup>110)</sup> 합리성 기준은 일반적 이해가능성을 의미하며, 기술적, 전문적 내용에 대한 사항은 제702조의 적용을 받는다. 제702조 전문 의견은 전문가로서의 자격을 갖추고, 그의 과학적, 기술적 전문 의견이 해당 사안을 이해하는데 도움이 되고(a), 의견이 충분한 사실과 자료를 근거로 제시되며(b), 진술이 믿을만한 원칙과 방법론에 의해 구성되며(c), 전문가가 이 사안의 설명하는데 믿을 만한 원칙과 방법론을 적용했을 것(d)을 요구한다. 이 연방증거규칙은 도버트 사건과 금호 타이어 사건에서 개발된 소위 도버트 기준으로 유명하다.<sup>111)</sup> 과학 증거의 채부에 대해 논란의 여지가 많은 전문가 진술과 의견은 전문 의견 증거에 속한다.

예를 들어 호주의 통합증거법(UEA)은 이를 더 세분화하여 증거 법칙을 구성한다.

109) 규칙 제76조 제2항.

110) Michael H. Graham, Federal Rules of Evidence, 9th. ed., West Academic 2015, 373 이하.

111) Michael H. Graham, 위의 책(주 105), 386.

원칙적으로 일반 또는 전문 의견은 증거로서 인정하지 못한다.(제76조) 다만 통합증거법은 의견 진술이 당해 사건과 관련되지 않고 오직 관련 사실을 독립적으로 설명하는데 제시되고(제77조), 직접 목격하거나 듣거나 인지한 것이 아닌 경우(제78조, lay opinion), 아보리진이나 토레스 해협 거주자들<sup>112)</sup>의 관습이나 법에 관한 것이 아니며(제78A조), 특별한 훈련이나 연구 혹은 경험을 바탕으로 해당 지식을 취득하지 않았으며(제79조, expert opinion), 자백 증거(evidence of an admission)의 형태로 구성되지 않아야 하고(제81조), 이전 판결이나 기소된 사항에 관련된 것이 아니며(제92조, exceptions to the rule excluding evidence of judgment and convictions), 피고인의 성향을 증명하는게 아닐 때(제110조 내지 제111조, character evidence), 예외적으로 의견 증거로 인정하고 있다. 요컨대 의견 증거는 진술자의 주관에서 구성된 견해가 아닐 때 예외적으로 사건을 확인하기 위하여 인정한다. 이를 비계산적 진술 규칙(without conscious ratiocination rule)이라고도 한다.

#### 나. 우리 증거법의 체계구조적 문제점

우리 형사소송법상은 증거법 규정을 가지고 있지만 증거 채부에 대한 공판 내의 규칙이 구체적이지 않다. 증거신청이 있을 때 법관이 당해 증거와 증명대상이 되는 사실과의 관련성이나 조사 필요성을 감안하여 (자유롭게?) 결정한다.<sup>113)</sup> 더욱이 소송법 제403조에 따르면 증거 채부 결정에 대한 즉시항고<sup>114)</sup>가 불가능하고, 규칙 제135조 단서에 따라 증거 채부 결정이 법령에 위반한 경우만 이의신청을 한다고 규정한다.<sup>115)</sup> 현실적으로 증거 채부 결정 자체가 법령에 위반될 여지는 없다. 그 법령이 없거나 구체적이지 않기 때문이다. 당사자주의 소송구조로 인정되려면 그에 맞

112) Aborigine과 Torres Strait Islander는 호주 원주민들을 말하며, 이들에 대해서는 법적으로 특별 지위가 인정되어, 그들의 전통 풍습과 규약을 독립적으로 인정한다.

113) 대법원 2003.10.10.선고 2003도3282. 영국 증거법에서는 이를 직접 관련성으로 설명한다.

114) 이 규정에서 말하는 즉시항고는 당사자주의에서 중요하게 제도화한 contemporaneous objection rule과 같은지 확신이 없다. 현장에서 이견을 제시할 수 없다는 측면에서는 다른 것으로 보인다. 현장 이의제시권은 당사자주의 증거법상 빼놓을 수 없는 규칙이다.

115) 임성근, 위의 글, 32. 증거조사에서 신문과 법정 진술에 대해서 김대근/공일규, 검사의 효과적 공판수행 기법연구, 한국형사정책연구원 2015, 92 이하는 우리 규칙과 미국의 증거개시 절차상의 차이를 설명한다.

는 증거규칙은 필수적이다. 우리 증거법의 문제를 간단히 말하면 최적 증거 법칙에 대한 이해가 없고, 직접주의가 절차상 빈번히 제외되며, 증거법칙이 애매모호하며, 증거에 대한 이해가 체계적이지 못하다.

필자가 보기에 우리 형사소송법의 순수 증거법 규정은 증언 규정을 제외하면 법 제307조부터 제316조이다. 앞에서 언급했듯이 제307조 내지 제310조는 증거규칙이라기 보다는 헌법 원칙을 선언한 소송법 규정으로 볼 수 있다. 비교적 구체적인 증거규칙은 제310조의 2부터 제316조까지이다. 법 제310조의 2는 표제가 “전문증거와 증거능력의 제한”으로 되어 있다. 전문 증거 배제 원칙의 예외로 제311조 내지 제316조 규정을 예외로 인정한다. 제311조와 제313조 내지 제316조의 내용은 - 소송구조상의 차이를 제외하면 - 현대 증거규칙과 모순되지 않는다. 문제는 제312조이다. 동조 제2항은 수사 단계에서 검사 작성 피의자 진술조서가 신뢰할 근거가 있을 때 공판에서 피고인이 성립의 진정을 부정해도 증거로 인정할 수 있다는 규정이다. 이 규정은 보통법상의 증거법칙에 따라도 전문증거 문제가 아니다. 억지로 꺾맞추면 피고인의 법정 이외 진술의 증거인용 문제(admissions by criminal defendants)로 보인다. 특별히 수사과정에 어떤 강요도 없었다는 신뢰할만한 정황이 있을 때 피고인(참고인)의 진술을 법정에서 증거로 삼을 수 있다는 규칙이다. 우리 법 제309조의 실제 내용이기도 하다.

법 제312조 제2항은 이와 달리 공판정에서 검사 작성 피고인 진술조서의 우선 인용을 강제하는 규정처럼 보인다.<sup>116)</sup> 조서의 내용에 반하는 피고인 직접 진술을 현장에서 또는 미리 제한할 수 있다는 측면에서 헌법적으로도 문제이고, 증거법상 받아들이기 곤란하다. 현대 증거법은 구조적으로 증거규칙도 직접주의 원리와 모순 없이 설계되어야 한다. 프랑스 혁명 이후 모든 형사절차가 준수해야 하는 기본 전제가 직접·공개주의이다. 당사자주의에서 피고인 출석이 없이 공판이 개시되는 경우는 극히 예외적이다. 우리 법 제277조 제2항 피고인 불출석의 경우가 아니라면, 이 경우를 증거규칙으로 규정하여 전문 진술 배제 예외로 규정할 이유는 없다. 게다가 법원이 피고인을 직접 신문할 수 있는 우리 법의 경우(제296조의 2) 이런 증거규칙

116) 신동일, 전문증거에 대한 사개추위안의 문제점과 개선방안. 특히 제312조와 제316조를 중심으로, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006), 485-500.

을 별도로 둘 필요조차 없다. 그리고 법 제312조 제2항의 내용은 직접주의를 규정한 헌법의 취지에도 반할 수 있다. 두번째 입증방법의 적법성이다. 적법절차의 이념을 건강부회식으로 이해하면 안 된다. 합리적 의심이 없는 수준의 증명(제307조 제2항)이란 법원 또는 국가가 유죄입증을 위하여 금지되지 아니한 증거방법은 사용할 수도 있다는 소극적 의미가 아니다. 이와 반대로 근대적 증거법은 법률이 명확하게 허용한 방식만 허용한다. 이 원리는 국가 형벌권의 기본적 악행금지과 보충/비례적 제한원리에서 비롯된다. 단순하게 설명하면 법에 규정되어 있지 않은 행위는 처음부터 금지되며, 국가는 법률에 명확히 규정된 행위만 할 수 있다. 그런 이유로 법집행자가 이를 과실로 위반하면 국가배상의 대상이고, 고의로 위반한 경우 증거법 위반을 넘어 범죄도 될 수 있다.

또한 우리 법에는 일반적인 증거규칙상의 전제인 최적 증거 규칙을 보장하는 운용 규정이 없다. 증거규칙상 증거는 물증(서증 포함), 직접 증거, 정황 증거, 전문 증거, 의견 증거, 불완전 증거 등으로 중요도가 설명된다.<sup>117)</sup> 요증 사실과 관련된 가장 적합한 증거를 제출하라는 원칙이 바로 증거 규칙이다. 예를 들어 물증이 있음에도 불구하고 진술 증거에 의존한다든지, 아니면 단순 정황만이 아닌 구체적 증거로 인정될 여지가 있는 서증을 정황 증거로 평가하는 것은 증거규칙 위반이다. 최적 증거 원칙은 현대 국가의 법률주의 의무를 근거로 한다. 더욱 주목해야 하는 것은 직권주의 요소를 포함하고 있는 우리 형사소송 절차에서 정작 직권주의의 장점이 나타나지도 못한다는 사실이다. 직권주의 소송절차의 장점은 구체적 증거법칙 이외에도 대립 당사자 간 논증기술상의 차이를 균등화시키는 것이다.(무기평등의 원칙) 예컨대 법원이 주도적으로 소송을 지휘함으로써 고액 수임료를 받는 탁월한 변호인의 절차지배나 현저하게 약한 일방 당사자가 절차상 불이익을 받지 않도록 할 수 있다. 경제력 차이로 공정한 재판권이 훼손되는 경우를 미연에 방지하는 목적이 제도 설계에 포함되어 있다. 최소한 최적 증거 원칙과 구체적 규정에 따른 엄격 증명 방식(Förmlichkeit des Verfahrens)을 제도화할 필요성이 있다. 또한 직접주의 등의 상위 헌법 원칙과 모순되는 법 제312조 등은 삭제되는게 낫다. 수사 과정은 법원의 엄격한 통제를 받도록 하고, 공판에서 검사는 국가의 대리인으로서 공소유지 역할

117) Cross/Wilkins, Outline of the Law of Evidence, 7th ed., Butterworth 1996, 13 이하.

에만 집중해야 한다.<sup>118)</sup>

### 3. 적정절차를 위한 재설계

형사소송법의 이념과 목적은 어느 구조를 취하든 피고인의 인권보호가 중심이다. 구체적인 증거규칙이나 엄격한 법원의 소송지휘는 그 목적에 맞게 수행되어야 한다. 형사소송법에는 헌법 원칙들이 다수 포함되어 있다. 예를 들어 무죄추정 원칙이나 의심스러울 때는 피고인의 이익 원칙, 국가권력의 악행금지 원칙, 국가의 입증부담 원칙과 같은 해석 원칙들과 법관의 독립 보장, 공개주의나 직접주의와 같은 운용 원칙들은 개별적인 증거규칙보다 우선적으로 적용되는 소송규범들이다. 이를 토대로 수사단계를 포함한 소송지휘권과 공판에서 증거규칙에 따라 공판을 진행하는 절차는 별개로 볼 수 있다.

우선 형법전에 규정된 범죄구성요건 사실을 대상으로 하는 것이 아니라 일반 경찰행정의 대상인 치안유지와 안전관리에 관한 사항<sup>119)</sup>도 형사소송법의 규율 범위에 속한다.<sup>120)</sup> 그렇기 때문에 실제 형법전에 규정된 범죄 구성요건 사실의 존재를 확

118) 변종필, 위의 논문(주 6), 605. “하지만 이러한 참여권 및 방어권 보장을 반드시 당사자주의의 산물이라고 볼 필요는 없으며, 궁극적으로는 헌법상 적법절차원칙의 보장에 따른 산물이라고 파악하는 것이 옳다고 본다. 실령 당사자주의 산물이라 보더라도, 당사자들의 참여와 대화라는 민주적 과정의 실현 여부는 사회적 현실적 조건에 결정적으로 의존한다. 그렇다면 그와 같은 조건의 영향으로 당사자 간에 여전히 무기의 불평등이 지배하고 있는 소송 현실에서 무기 대등을 확고히 실현함으로써 형사소송의 민주화를 꾀하고 피고인의 방어능력을 실질적으로 보장하는 일, 이로써 공정한 재판의 실현이라는 형사소송의 목적을 달성하는 일은 법관의 직권적 개입을 강화하는 등 직권주의의 역할에서 찾을 수 밖에 없을 것이다.”

119) 경찰관 직무집행법(법률 제3427호) 제2조의 직무 범위는 국민의 생명 신체, 재산 보호부터 공공질서 유지까지 광범위하다. 이에 따라 각 행정행위의 집행 방식과 대상이 특정되어야 한다. 반면에 범죄 구성요건에 포함된 행위의 수사와 소송절차 등은 경찰관의 업무가 아닌 검찰청법에 규정된 검사의 업무에 속한다. 이 경우 검찰은 경찰을 지휘할 수 있다. 두 기관의 업무 범위와 협력은 구체적으로 규정된다. 통상 행정법학의 대상은 경찰관 직무영역을 포함하는 반면 검찰 업무에 대해서는 형사소송법학에서 논의하는 이유는 원래 검찰의 직무란 형법에 규정된 범죄사실의 소송절차상의 수행업무에 국한되기 때문이다. 독일법의 역사에서 20세기 초반 행정형법과 (일반)형법의 구분은 이러한 사실을 분명히 보여준다. 여기서 행정형법이란 경찰관 직무집행에 관한 사항을 말한다. 즉 우리 경찰관 직무집행법과 동일하다. 역사적으로 검찰과 경찰의 수사업무가 확대시킨 것은 나치스의 인민법정(das Volksgericht)이다.

120) Roxin/Schünemann, 위의 책, 2는 형사절차는 실제법에 타당하고, 소송 절차에 따르며, 공동체

인하는 절차로 형사소송 절차를 이해하는 것은 논리적으로 타당하지 않다. 형사소송법은 소송절차 전반적 지휘권이 다른 법제도(특히 헌법과 형법과 같은 실체법)에 법체계적으로 조화<sup>121)</sup>될 수 있어야 한다. 경찰직무집행권의 통제와 행정단계에서의 교도행정의 통제<sup>122)</sup> 역시 형사소송법의 일부이며, 이를 (행정)법관이 감독하는 제도도 구체화되어야 한다. 직권주의적 형사소송법에서 다른 법률과의 전체적 조화와 권한 조정은 법치국가의 제도가 활성화될 수 있도록 한다는 점에서 중요하다.

특히 형사소송에서 검찰의 지위와 역할에 대한 깊은 논의가 필요하다. 우리 형사소송 절차에서 검사는 수사와 공소유지를 담당하고 있다. 그럼에도 불구하고 전체 법체계와 검사의 소송법적 지위는 이질적이다. 우선 검찰 권력의 통제 필요성은 어제 오늘 일은 아니다. 소송구조상으로 법관에 비해 검사의 역할은 미미하다.<sup>123)</sup> 반면에 우리의 경우 검사는 실질적인 법관의 역할도 일부 하고 있다. 다양한 비판에도 불구하고 우리 검찰의 지위는 이제 형사소송의 주체로 굳어지고 있다.<sup>124)</sup> 정치권력

---

평화를 유지할 수 있는 피고인 처벌가능성의 결정을 목적으로 한다고 설명한다. 대륙법계 법체계는 형사절차의 모든 과정을 형사소송법이 통제하도록 편성된다. 그래서 행정과 경찰직무활동 관련 사항도 형사소송법의 대상이다.(5 이하)

121) Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 10.Aufl., Suhrkamp 1983.

122) 배종대/정승환, *행정법*, 홍문사 2002, 104.; 정승환, *행형에 대한 사법적 통제를 제안한다*, 법과 사회, 제9권 제1호(1004), 138-161.; 수용자의 생활조건과 권리구제. *행정법 개정안에 대한 검토*, 형사정책 제18권 제1호(2006), 163-197.; Laufenthal(신양균/김태명/조기영 옮김), *독일행정법*, 한국형사정책연구원 2010, 447 이하.

123) Carsten/Rautenberg, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart*, 3.Aufl., Nomos 2015, 388: “검사의 주요 임무는 형의 소추이다.” 부수적으로 선고에 따른 형의 집행을 수행한다.(독일 형사소송법 제451조) 독일의 검찰조직은 왕의 변호사로 시작한 프랑스와 달리 15세기 브란덴부르크-프로이센 시대 벌금징수원(Fiskalat)으로 출발한다. 자세한 Eberhard Schmidt, *Fiskalat und Strafprozeß: archivalische Studie zur Geschichte der Behördenorganisation und des Strafprizeßrechtes in Brandenburg-Preußen*, Bd. 20., Veröffentlichungen des Verein für Geschichte der Mark Brandenburg, Oldenbourg 1921.

124) 우리나라 학자들은 대체로 검사를 소송주체로 보고 있다. 형사소송법의 현재 해석에서는 일부 타당할 수 있다. 그러나 당사자주의나 직권주의 모델 모두 형사소송 주체는 국가와 피고인이다. 직권주의 모델에서 국가를 대리하는 것은 검사가 아니라 법원이다. 독일의 경우 검사는 수사와 기소를 하지만, 소송주체인 법관을 보조하는 역할이다. 검사를 소송주체로 보면 피고인은 두 개의 국가기관(법원과 검찰)과 투쟁하는 모순에 처한다. 우리 소송법상 검사를 소송주체로 인정하지만 이 점을 지적하는 신동운, *간추린 신형사소송법 제9판*, 법문사 2017, 275.; 한편 배종대/이상돈/정승환/이주원, 위의 책, 287은 재판권의 주체로 법원, 공소권의 주체로 검사, 방어권의 주체로 피고인으로 구분한다. 유사한 견해는 정웅석/백승민, *형사소송법*, 진정정보 제6판, 대명출판사 2014,

과의 관계가 어떻게 구성되느냐에 따라 검찰의 지위는 실제로는 법관의 위치와 대등해질 수도 있다. 그러나 우리가 간과하고 있는 것은 각 주체들의 도그마틱적 위상이 아니라, 소송절차에 대한 형사법 전체의 제도 구성방식이다. 위에서 언급했듯이 직권주의는 검찰의 역할이 보조적이다. 프랑스에서는 예심판사가 수사를 하고, 국가를 대리하는 역할을 검사가 맡는다. 반면에 독일 검찰의 경우 제도적으로 수사절차를 총괄한다. 이 경우 사법부의 지위를 위임받는다.

간략하게 말하면 경죄와 중죄, 공소와 사소의 구분<sup>125)</sup>이 없고, 특별형법에 대한 소추절차가 별도로 구분되어 있지 않은 우리 형사법 체계는 오늘날 기준으로 보면 소송형식적으로 그다지 세련되지 않았다는 사실이다.<sup>126)</sup> 그 때문에 모든 형사소추를 검찰의 수사와 형사소송 절차로 담당해야 한다. 우선 형사법적으로 경미범죄와 중범죄를 구분하여 검찰이 담당하는 형사소송 절차는 중범죄에 국한시켜야 한다. 그리고 특별형법에 산재하는 범죄구성요건들은 검찰의 영역이 아니라 각 영역별 소추담당을 별도로 구성하는 것이 합리적이다. 예컨대 우리 특별검사제도는 법관의 기능을 중첩적으로 포함한 소추권한을 인정하는 것이 필요하다. 정치적 사건의 적극적 해결은 특별 검찰에 영장발부 권한까지 포함시켜야 효율적<sup>127)</sup>일 수 있다. 즉 형사소송 절차를

270.; 이은모, 기본강의 형사소송법, 박영사 2016, 22 이하.; 이재상/조균석, 형사소송법 연습, 제8판, 박영사 2017, 20은 검사의 소송주체로서의 당사자지위를 검찰청법 제4조 제1항을 근거로 설명한다. 이 조항은 검사의 직무조항으로 제1항은 검사는 공익의 대표자로서 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항, 범죄수사에 관한 사법경찰관의 지휘·감독, 법원에 대한 명령의 정당한 적용 청구, 재판 집행 지휘·감독 등이다. 그런데 이 법률에 따를 때 검사는 소송의 보조자이지 주체가 아니게 된다.

125) 이 규정은 직권주의의 구조와 관련되는게 아니라 독일 형사법상 경찰과 검찰의 관계에서 비롯된다고 봐야 한다. 독일 형사법에서 검사가 담당하는 사건은 제한적이다. 반면에 경찰은 치안유지부터 거의 모든 예방적 업무를 한다. 형사소송법은 형법에서 규정한 범죄사실들을 대상으로 하므로 소송 주도는 법원이 하고 증거수집과 피고인 구속 등의 일부업무를 검사가 담당한다. 수사종결 권한은 당연히 법관만 가질 수 있다. 독일에서 실질적 문제는 형사소송법과 관련없는 일반 치안에 방 업무에서 경찰을 통제할 기관을 누구에게 맡길 것인가이다. 독일 형사법에서 검사의 수사지휘권이란 형사소송대상 범죄사실이 아닌 사안에 대한 통제권을 의미한다. 이는 영국이나 미국의 경찰권과 검찰권의 문제와도 유사하다. 우리 경찰처럼 중요 범죄사실에 대해 직접 수사를 할 수 있는 범구조에서는 독일이나 영국 등과 체계구조상 다른 설명방식이 필요하다.

126) 경범죄처벌법 위반에 대한 관할 경찰서장, 해양경찰서장, 제주도지사, 철도사법경찰대장의 통고처분권(제7조)은 경미범죄에 대한 소추권한 배분의 한 측면에서 합리적인 것으로 볼 수 있다. 합리적인 사법절차는 각 특별형법에서도 각각 구체적인 소추권한의 배분이 실현되어야 한다.

127) 홍콩의 ICAC(Independent Commission Against Corruption), 싱가포르의 CPIB(Corrupt Practice

다원적으로 설계하는 것은 내재된 많은 문제를 해결 할 수 있는 하나의 방법이다.

## V. 결론

소송절차는 그 시대와 지역의 규범구조를 반영한 일종의 문화이다. 그러나 우리의 경우는 너무 성급하게 인위적으로 결정된 듯하다. 형사소송법 제정을 위하여 준비할 수 있는 시기가 짧았던 이유도 있지만 시행된 후 10년도 못되어 발생한 군사 쿠데타로 인해 이질적인 제도가 정치적으로 혼합되어 전체적인 왜곡이 발생되었다. 검찰의 영장청구 독점이나 수사단계에서 법원의 소극적 권한이 제도적으로 정착되면서 직권주의적 요소들은 희석되고, 각 정치적 발전단계에서 법원의 형벌권 통제 기능 회복이 아니라 헌법적 소송원칙의 재확인(제307조 제2항 합리적 의심배제와 제308조의 2 위법수집증거배제법칙 등)만 실현되었다. 직권주의적 소송지휘권이 이 없이 후퇴되면서 주로 미국의 증거법에서 영향을 받은 당사자주의적 요소들이 형사소송 절차에서 성행하기 시작한다. 그럼에도 불구하고 법원의 소송지휘는 석명권이나 직접 신문권 등을 통해 증거의 채부를 더 애매하고 모호하게 만들 수 있었다.

직권주의적 요소인 실체 형법전은 어떤 행위가 범위인지를 분명히 설명하는데 반하여 형사소송 절차는 실체 형법에서 확인하고 있는 범죄 구성요건을 심지어 아무 의미가 없거나 소위 유전무죄 무전유죄와 같은 자조적인 말이 성행하도록 만들고 있다. 시민들의 사법불신의 원인은 이 구조적 흠결에서 발생한다. 형사소송법은 형법과 독립적으로 피고인의 인권을 보장한다. 그러나 그 체계내재적 한계는 실체 형법전에서 규정한 범죄 사실에 대한 공동체의 갈등이 형식절차적으로 처리되도록 하는 기능의 실현이다. 이 기능이 무력화되면 형사소송법의 공동체를 평화롭게 유지시키는 정책 기능도 중지된다. 또한 직권주의적 소송의 특성은 국가가 당사자로서

---

Investigation Bureau)는 부패수사를 위하여 체포 및 수색 영장발부 권한이 있다. 이러한 제도설계는 예외적인 것은 아니다. 영국의 경우 특별조사위원회(Royal Commission)는 수사와 기소권한을 모두 가지고 있으며, 미국의 경우 상원 조사위원회가 유사한 권한을 가진다. 영장발부권한은 특히 중요한 역할을 한다. 홍콩의 경우 중국 반환 후 이 권한을 법치주의 준수라는 미명으로 법원에 청구해야 하는 것으로 바뀐 후 영정공서의 위상은 추락하고 있다.

참여하는 것이 아니라 권력적으로 분리된 사법부가 국가를 대신하여 범죄사실을 평가한다. 사법부도 국가권력이기 때문에 사법부는 법률에 규정된 모든 권력 제한적 규범과 규칙을 따라야 한다. 헌법과 형법과 형사소송법 이외의 모든 법률은 법원의 실체적 진실발견을 위한 준수 규범이 된다. 그렇기 때문에 직권주의 소송의 실질적 제한규칙은 모든 법률이라고 볼 수도 있다.

당사자주의 소송의 특징인 증거규칙을 통해 형사권력을 제한하고 피고인의 인권을 보호하는 일은 좋은 일이다. 그러나 보통법 전통에서도 더 이상 준수하지 않는 낡은 증거원리로 형사소송 절차 자체를 무기력하게 만드는 비정상적인 현실은 극복되어야 한다. 정치적 사건이나 거대 경제사범이 연관된 사건에서 늘 등장하는 대형 로펌과 전관 변호사들의 활약(?)은 직권주의 소송구조에서는 애당초 불가능하거나 당사자주의 소송에서도 증거규칙상 제한된다. 당사자주의 소송구조에서도 증거규칙 이외에 소위 공동체 보호를 위한 법관의 정책적 결정이 보장되기 때문이다. 우리 소송법 현실에서는 법관의 독립성이 정치·경제적으로 불안정하게 변할 수 있다는 점도 조심스럽게 지적해 본다. 법관들의 블랙리스트나 인사불안정은 “헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여” 심판하라는 헌법 제103조의 실질적인 위반이 될 수 있다.

결국 헌법적인 형사소송 절차의 보장과 구체적인 증거규칙, 그리고 법체계와 조화되고 균형을 이룬 소송지휘가 전반적으로 불가능해진 오늘날의 소송현실은 구조적 문제와 인적 요소의 복합적인 결과로 볼 수밖에 없다. 이를 극복하기 위하여는 - 이상하게 들릴지 모르겠지만 - 형사소송절차의 실질적 근대화부터 필요하다.<sup>128)</sup> 그만큼 우리 형사소송법은 여전히 前근대적이다.

128) 이상돈, 위의 책, 108 이하.

## 참고문헌

- 강구진, 형사소송법, 박영사 1982
- 권영법, 형사증거법 원론, 세창출판사 2013
- 권영법, 정황증거에 의한 유죄의 인정, 형사법의 신동향 제46호(2015), 1-43
- 권오걸, 진술증거의 신빙성과 SCAN 기법, 법학논고 제40집(2012), 경북대학교 법학연구원, 629-656
- 권영세, 현행 통신비밀보호법상 도청행위의 의의 및 범위, 저스티스 제30권 제4호(1997), 116-136
- 김대근/공일규, 검사의 효과적 공판수행 기법연구, 한국형사정책연구원 2015
- 김용상, 미국에서의 정황증거를 통한 카르텔의 입증, 2014, 2-11
- 김일수, 헌법적 형사소송론, 고시계 제33권(88/10), 25-36
- 김성은, 독일의 기소유예와 법원동의제도, 안암법학 제29호(2009), 161-187
- 김종률, 합리적 심증과 과학적 사실인정, 형사법의 신동향 제26호(2010), 1-96
- 김창균, 기소편의주의의 운용문제, 인제논총 제10권 제1호(1994), 255-271
- 김하중, 우리나라 기소제도의 문제점에 대한 고찰. 검찰개혁의 관점에서, 인권과 정의(2014/8), 49-71
- 김혜경, 실제적 진실발견은 형사소송법의 목적인가? 형사법연구 제26권 제2호(2014), 161-192
- 류혁상/권창국, 증거의 신빙성 제고를 위한 효과적인 증거수집 및 현출방안, 한국형사정책연구원 2005
- 문채규, 검사의 부당한 불기소처분에 대한 법적 통제와 기소편의주의의 미래, 안암법학 제6권(1997), 48-93
- 박미숙, 검사의 기소재량에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1993
- 변종필, 형사소송에서의 진실개념, 세종출판사 1999
- 변종필, 간접증거에 의한 유죄인정, 비교형사법연구 제5권 제2호(2003), 385-409
- 변종필, 사인이 위법수집한 증거의 증거능력. 대법원 판례를 중심으로, 법률정보판례연구 제1집 제1호(1999), 77

- 변종필, 소송구조론의 실천적 함의, 강원법학 제51권(2017), 579-608
- 변종필, 형사소송에서 법관의 지위와 역할. 지위론, 구조론 및 목적론의 연계구조와 관련하여, 형사정책연구 제13권 제4호(2002), 127-155
- 배문범, 살인사건에 있어서 간접증거에 의한 사실인정, 동아법학 제59권(2013), 107-155
- 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법, 홍문사 2015
- 배종대/정승환, 행형법, 홍문사 2002
- 서보학, 판사 및 검사의 법외곡에 대한 대응방안. 법외곡죄 도입을 중심으로, 경희법학 제49권 제4호(2014), 221-254
- 서창식, 해외 주요국의 법관 인사제도(지역법관제도)와 시사점, 이슈와 논점 836호 (2014.4.25)
- 설민수, 민사 형사 재판에서의 입증의 정도에 대한 비교법적 실증적 접근, 인권과 정의 제388권(2008), 80-108
- 신동운, 간추린 신형사소송법 제9판, 2017
- 신동일, 전문증거에 대한 사개추위안의 문제점과 개선방안. 특히 제312조와 제316조를 중심으로, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006), 485-500
- 신양균 편저, 형사소송법 제 개정 자료집, 한국형사정책연구원 2009
- 안성조, 쟁점과 미래 형사소송법, 박영사 2009
- 이상돈, 형사소송원론, 형사소송의 근대성과 대화이론, 법문사 1998
- 이성재, 구체제 시기 고등법원의 구성과 역할, 최갑수 외, 프랑스 구체제의 권력구조와 사회, 한성대학교 출판부 2009, 69-104
- 이태숙, 명예혁명과 위그 그리고 휘그 역사해석, 영국연구 제15권(2006), 영국사학회, 195-223
- 임성근, 공판중심주의와 형사변론, 인권과 정의 제366권(2007), 18-37
- 정승환, 행형에 대한 사법적 통제를 제안한다, 법과 사회, 제9권 제1호(1004), 138-161
- 정승환, 수용자의 생활조건과 권리구제. 행형법 개정안에 대한 검토, 형사정책 제18권 제1호(2006), 163-197

조 국, 독일 증거금지론의 이론구조에 대한 소고, 형사정책연구 제53권(2002), 47-68

조 국, 위법수집증거배제법칙, 박영사 2005

조규창, 로마형법(고려대학교 출판부 1998

주승희, 당사자주의와 직권주의, 한국형사정책연구원 2006

차정인, 형사소송법규에 충실한 공판절차. 공판중심주의의 실현을 위하여, 법조 제 600호(2006), 97-133

최영승/정영일, 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력. 헌법적 근거에서, 그리고 주요 유형을 중심으로, 경희법학 제48권 제4호(2013), 3-36

천진호, 위법수집증거배제법칙의 사인효, 비교형사법연구 제4권 제2호(2002), 375-390

표성수, 영미 형사사법의 구조 그 가치에 대한 새로운 이해, 비봉출판사 2004

하태훈, 사인에 의한 증거수집과 그 증거능력, 형사법연구 제12호(1999), 25-46

한영수, 재정신청제도의 문제점과 개선방안. 재정신청제도 개선을 위한 형사소송법 일부 개정 법률안을 중심으로, 인권과 정의 제461권(2015), 107-131

홍영기, 형사소송법, 그 독자적인 목적에 대한 이해, 저스티스 통권 100호(2007), 255-271

Altenhain/Hagemeyer/Heimerl/Stammen/, Die Praxis der Absprachen im Wirtstraßverfahren, Baden-Baden 2007

Amelung, Knut, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990

Andrewes, A., The Growth of the Athenian State, Boardman/Hammond(ed.), Cambridge Ancient Histories, Cambridge University Press 1983

Beling, Ernst, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess, Sonderausgabe, Bd.249, Strafrechtliches Abhandlungen, Libelli 1903

Beulke/Satzger, Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen, JuS 1997, 1072-1080

Beulke/Sabine, Zur Verletzung des Fair-trial-Grundsates bei Absprachen im

- Strafprozess, JZ 2005, 67-75
- Burke(이태숙 옮김), 프랑스 혁명에 대한 성찰, 한길사 2017
- Chadbourne, James, Benthamic View of Rule 63 (4)(c) of the Uniform Rules of Evidence, Harvard Law Review v.75-5, 832-939
- Cross/Willkins, Outline of the Law of Evidence, 7th ed., Butterworth 1996
- Duttge, Gunnar, Zur Bestimmtheit der Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, Mohr Siebeck 2000
- Elton, Geoffrey, Star Chamber Stories, Barnes Noble 1974
- Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts(1. StVRG), Drucksache 7/551
- Eser, A.,(손미숙 역), 당사자주의 대 직권주의. 최선의 소송구조를 찾아서, 형사정책연구 제26권 제4호(2015), 33-57
- Feld/Alexander/Bagaric, Uniform Evidence Law. Principles and Practice, 2nd ed., Wolters Kluwer 2015
- Graham, M.H., Evidence Law Mastery. Hands in Learning, West Academic Publishing 2016
- Graham, M.H., Federal Rules of Evidence, 9th. ed., West Academic 2015
- Hannrich, Rolf(Hrsg.), Karlsruher Kommentar, Strafprozessordnung, 7. Aufl., C.H.Beck 2013
- Hungerford-Welch, Criminal Litigation & Sentencing, 5th. ed., Cavendish Publishing 2000
- Kindhäuser, Urs, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Nomos 2013
- Kühne, Strafprozessrecht. Eine Systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., C.F.Müller 2007
- LaFave/Israel/King/Kerr, Criminal Procedure, 5. ed., West 2009
- Laubenthal(신양균/김태명/조기영 옮김), 독일행형법, 한국형사정책연구원 2010
- Luhmann, N., Legitimation durch Verfahren, 10.Aufl., Suhrkamp 1983
- Macht, K., Verwertungsverbote bei rechtswidriger Informationserlangung im

- Verwaltungsverfahren, Duncker & Humblot 1999
- Mittag, Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, JR 2005, 386
- Pollock/Maitland, The History of English Law before the Edward I., vol.1 and 2., 1898, reprinted by The Lawbook Exchange, Ltd, 1996
- Putzke/Scheinfeld, Strafprozessrecht, 6.Aufl., C.H.Beck 2015
- Riess, Peter, Gerichtliches Kontrolle des Ermittlungsverfahrens, Ellen Schlüchter (Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht, Verlag Schmidt-Römhild 1995
- Re, Richard, The Due Process Exclusionary Rule: A New Textual Foundation for a Rule in Crisis, Harvard Law Review, Vol.127(2014), 1885-1966
- Satzger/Schlukebier/Widmaier, StPO, Carl Heymanns Verlag 2014
- Roberts/Zuckerman, Criminal Evidence, 2nd ed., Oxford University Press 2010
- Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29.Aufl., C.H.Beck, 2017
- Schroeder, F.-C., Strafprozessrecht, 4.Aufl., C.H.Beck 2007
- Stock, Das Ziel des Strafverfahrens, Mezger-FS 1954, 429-453
- Thayer, J.B., A Preliminary Treatise on evidence at the common law, Little, Brown and Company 1898
- George J. Thompson, The Development of the Anglo-American Legal System, Cornell Law Review Vol. 17(1931), Volk, K., Strafprozessrecht, C.H.Beck 1999
- Waller/Williams, Criminal Law. Text and Cases, 11th ed., LexisNexis Butterworth 2009
- Whitman, James Q., The Origin of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial, Yale University Press 2008
- Wolter, Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverbote, NSTZ 1984, 276

## Structure of Criminal Process and Evidence Rule Enhancing Due Process

Syn, Dong-yiel\*

Under section 307 (1) fact should be proved by evidence in criminal procedure. Nonetheless no one could insist what the admissibility of evidence be. A myth comes up in several cases. Sometimes a judge determines without reasonableness. Big law firm lawyers dominate the court. Citizens begin casting doubt on the criminal law and its system in reading the verdict of several case. In this situation, a need is to shed a light on the structural design of Korean criminal procedure.

The Korean procedure does not contain rules on admissibility in the meaning of the evidence law, working in the traditional Common law. Our criminal procedure however, dwells in modern inquisition rather than pure adversarial system. Modern inquisition is far different from the ancient one since the French Revolution. The structure and procedural scheme have been developed on the reason of territorial and cultural background. Adversarial system is supported by a concrete and specific evidence rule. In the inquisition, evidence rule is limited, even though the evidence plays on a key role. To enhance the due process principle, we may as well look more precisely at the structural design of the present criminal procedure.

Investigation and collecting evidence without supervising by judge, discovery without having specific evidence rule, verdict without knowing criminal truth will bring the process into a chaos. This is the point of no return.

---

\* Professor at Department of Law Hankyong National University

❖ Keyword: due process, inquisition, evidence rule, adversary system

투고일 : 10월 2일 / 심사일 : 12월 15일 / 게재확정일 : 12월 15일

## 문화반응이론 기반 PCL-R 비교문화 연구 : 한국문화에서의 사이코패시는?

서종한\*·이수정\*\*·David J. Cooke\*\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

본 연구는 현재 국내에서 사이코패시 진단을 목적으로 활용하고 있는 PCL-R의 국내 타당화를 목적으로 계량적 동일성 검증차원에서 분석이 이루어졌다. 영국과 한국 수용시설에서 수용중인 대단위 범죄자 집단을 대상으로 하였으며 문화반응이론을 활용하여 문화, 요인, 검사 간 동일성을 검증하고자 하였다. 국내외에서 적용중인 13문항 3모델을 기준으로 비교분석하였고 어떤 문항에서 차별기능문화가 존재하는지 찾아보고자 하였다.

그 결과 13문항 중 3문항을 제외한 10개의 문항에서 일관성 혹은 비일관성 있게 변별력과 난위도에서 차이점을 보였고 특히 일부 요인 간에서도 의미 있는 차이점을 보였다. 요인 1과 3에 비해 상대적으로 요인 2는 문화적인 차이가 적게 나타났고 요인 1의 경우 두 문화 간 가장 높은 차이가 있는 것으로 나타났다. 뿐만 아니라 요인 2의 경우 가장 많은 정보와 변별력을 보이는 것으로 볼 때 사이코패시 진단에 임상적인 준거로서 활용치가 높을 것으로 사려 되었다. 차별기능문화에 문화적 이해와 해석을 바탕으로 국내에 적용중인 절단점에 대한 권고사항을 서설하였으며 사이코패시 진단의 경우 한국 문화의 고유한 특성을 반영할 필요가 있음을 기술하였다.

❖ 주제어 : 사이코패시, 문화반응이론, 비교문화차이, 심리평가 문제, PCL-R

본 논문 분석에 도움을 주신 사이먼프레이저대학교 심리학과 Stephen D. Hart 교수님께 감사사를 전함

\* 교신저자: 사이먼프레이저대학교 심리학과, 법정신건강정책연구소, 수석연구원(심리학박사)

\*\* 경기대학교 일반대학원 범죄심리학과 교수

\*\*\* 캘러도니언 글라스고 대학교 심리학과 교수

## I. 서론

한국에서 사이코패시 위험성을 평가하기 위한 도구 중에 반구조화 된 임상 면담 (semi-structured clinical interview)을 기반으로 한 대표적인 도구는 PCL-R (Hare, 1991, 2003)<sup>1)</sup>이다. 국내에서는 조은경과 이수정 (2008)<sup>2)</sup>이 타당화하여 10년간 다양한 분야에서 꾸준히 사용되어 오고 있다. 사이코패시 평가 도구는 1991년 Hare에 의해 처음 개발되었고 이 후 다양한 분야의 법정신건강 심리학자와 정신의학자들이 타당성과 신뢰성을 입증하여 오고 있는 상황이다(최이문 등, 2014). 이 도구는 원래 헤어(Robert D. Hare)가 클랙크리(Cleckley, 1976)<sup>3)</sup>와 다양한 기존 문헌(Karpman, 1961<sup>4)</sup>; Buss, 1966<sup>5)</sup>)을 바탕으로 하향식(top-down) 방식으로 본 개념을 구성하였고 이 후 [주로] 브리티시콜롬비아아주 교정기관에 수용중인 재소자들을 대상으로 대단위로 타당화가 진행되었다(Hare, 2003)<sup>6)</sup>.

<표 1> 사이코패시로 인한 사회·경제적비용

항목	미국	캐나다	한국 (추정)
사이코패시로 인한 사회적 손실 비용	1조 달러	996억 달러	1천억 달러 내외
사이코패시성격장애치료 직간접 비용	1천억 달러	1백억 달러	1백억 달러 내외

1. (비교집단) 정신분열로 인한 사회적 비용: 1조 2,500억 달러 (미국기준)

※ 전체 사회적 비용 중 13-15%

2. 사이코패시 성격장애 연루된 일반적 범죄, 폭력 범죄 비용, 정신보건 비용, 범법자에 대한 간접적 비용, 어린이/청소년에 대한 비용은 제외한 수치

<표 1>에 제시된 바와 같이, 현재 국외 뿐 아니라 국내에서 사이코패시로 인해

1) Hare, R. D. (1991). "The Hare Psychopathy Checklist-Revised." Toronto, Ontario, Canada: Multi-Health Systems.; Hare, R. D. (2003). "The Hare Psychopathy Checklist-Revised(2nd ed.)." Toronto, Ontario, Canada: Multi-Health Systems.

2) 조은경, 이수정 (2008). "한국판 표준화, PCL-R 전문가 지침서" 「심리검사연구소」, pp 259-295.

3) Cleckley, H. (1976). The mask of sanity Mosby, St. Louis, Mo.

4) Karpman, B. (1961). The structure of neurosis: With special differentials between neurosis, psychosis, homosexuality, alcoholism, psychopathy, and criminality. Archives of Criminal Psychodynamics, 4, 599-646.

5) Buss, A. H. (1966). Psychopathology. New York: Wiley.

6) Hare, R. D. 앞의 책 참고.

사회가 치러야 하는 경제적 용은 매년 천문화적인 수준에 이르고 있다. 미국과 캐나다 범법자의 경우 추정컨대 10% 가량이 전생애 걸쳐(평생유병율) 사이코패시 기질이 발생한다고 보고하고 있다. 이럴 경우 범죄에 들어가는 비용을 추산해 보면 전체 예산의 대략 10%라고 말할 수 있다. 이를테면 캐나다에서 사이코패시로 인해 발생하는 사회·경제적 비용은 직·간접적으로 추산해 볼 때 996억 달러가 해마다 소요되고 치료를 위해 매년 100억 달러가 소요된다고 할 수 있다(Hart, 2012; Hart, 2015)<sup>7)</sup>. 미국의 경우는 더 심각해지는데 매년 1조 달러가 소요되고 5,000억 달러가 직접비로 5,000억 달러는 간접비로 소요된다. 사이코패시 성격장애 치료를 위해 매년 1,000억 달러가 직·간접적으로 소요되고 있는 셈이다(Hart, 2015, Conference Proposal)<sup>8)</sup>. 위의 비용은 엄격하게 적용한 수치여서 실제 이보다 더 많은 사회·경제적 비용이 발생한다고 볼 수 있다. 이를테면 사이코패시 성격장애 연루된 일반적 범죄, 폭력 범죄 비용, 정신보건 비용, 범법자에 대한 간접적 비용, 어린이·청소년에 대한 비용은 제외하였다. 한국의 경우 캐나다보다 인구비율이 많지만 사이코패시 유병율이 비교적 낮은 점을 고려한다면 상보적 입장에서 캐나다와 비슷한 비용을 매년 치루고 있다고 볼 수 있다.

한국의 경우 사이코패스가 이 사회에서 얼마나 구성하는지 그 비율조차 알 수 없는 실정이다. 다만 북미와 유럽의 3분의 1가량으로 추정하고 있다(0.3-1%; 북미의 경우 1-3%; 여성 사이코패스 비율은 이에 3을 나누면 됨)<sup>9)</sup>. 매년 연쇄살인과 강도강간 등 장기 중범죄로 인한 사회적 피해가 사회 이슈로 제기되며 빈번하게 언론에 집중적으로 조명되어 다루어지고 있다. 이들은 교도소에 수용되었다 출소되면 더 잔혹한 범죄를 저지르고 다시 입소하게 되는 것이 반복이다. 이들에 대한 체계적 평가와

7) Hart, S. (2012). New Direction for the psychopathy treatment. 2<sup>nd</sup> Bergen Conference on the Treatment of Psychopathy. Bergen, Norway; Hart, S. (2015). Violence in Korea. Annual KPA conference. Seoul, Korea.

8) Hart, S. (2015) 앞의 컨퍼런스 내용 발췌.

9) Jackson, R. L., Rogers, R., Neumann, C. S., & Lambert, P. L. (2002). Psychopathy in female offenders: An investigation of its underlying dimensions. *Criminal Justice and Behavior*, 29(6), 692-704; Swanson, M. C. J., Bland, R. C., & Newman, S. C. (1994). Antisocial personality disorders. *Acta psychiatrica scandinavica*, 89(s376), 63-70; Cale, E. M., & Lilienfeld, S. O. (2002). Sex differences in psychopathy and antisocial personality disorder: A review and integration. *Clinical psychology review*, 22(8), 1179-1207.

이를 기반으로 한 심층 심리치료 프로그램, 그리고 더 나아가 이 프로그램을 효과성을 검증하여 한국 사이코패시 치료에 맞는 근거기반 개입이 필요한 시점이라 본다.

최근 국내에서는 교도소 내 [법 혹은 교정] 임상 심리학자들이 수용자의 재범위험성과 처우에 대한 효과적인 방안을 마련하기 위해 다양한 시도 중에 있다. 점차 형사사법 체계 전반에 걸쳐 사이코패시 평가의 필요성이 대두되고 있으며 법정에서는 재판 과정 중 피고인에 대해 재범위험성을 평가하여 형량 선정에 영향을 주기도 하며 경찰청에서는 프로파일러들이 용의자나 피의자들을 대상으로 평가를 실시하여 수사 과정과 범죄를 분석하는데 도움을 주고 있다. 뿐만 아니라 법무부의 보호관찰과 교정분류심사, 프로그램 효과성 분석 등 교정에서도 다양한 방식으로 활용하고 있다. 그 이외에 사이코패시의 신경생리학적 연관성을 밝히는 Raine (1993; Raine & Yang, 2006)의 연구, 그리고 사이코패시 진단 도구에 관한 Hare (1991)와 Levenson, Kiehl, 그리고 Fitzpatrick (1995)의 연구는 학계가 아니더라도 형사정책 분야에서 자주 인용되고 있다<sup>10)</sup>.

하지만 국내에서 타당화 된 PCL-R이 타 문화권과 문항 간 어떤 차이점 (차별기능문항)이 나타나는지를 알아보려는 연구는 아직 걸음마 단계에 있다. 국외(북미)에서 개발되고 사용 중인 PCL-R 문항에서 동·서양 문화 간 차이가 있는지 만일 있다면 그 이유가 무엇인지에 대해서 이론적 혹은 임상적 측면에서 면밀히 살펴보지 않는다면 평가 결과(문항과 절단점)에 대한 신뢰성에 의문점을 던질 수밖에 없다. 따라서 본 연구는 사회 문화적 배경이 각 문항에 미치는 잠재적 영향을 살펴보고자 하였으며 사이코패시 평가 결과를 해석하고 이해하는 데 문화적 시사점을 찾아보고자 했다.

10) Raine, A. (1993). *Psychopathology of crime*. Elsevier Science.; Raine, A., & Yang, Y. (2006). Neural foundations to moral reasoning and antisocial behavior. *Social cognitive and affective neuroscience*, 1(3), 203-213; Levenson, M. R., Kiehl, K. A., & Fitzpatrick, C. M. (1995). Assessing psychopathic attributes in a noninstitutionalized population. *Journal of personality and social psychology*, 68(1), 151.

## 1. 사이코패시 개념과 PCL-R

### 가. 사이코패시 임상적 특성

이 등장하고 있는 개념 중에 하나이다(최이문 등, 2014)<sup>11)</sup>. 사이코패시라는 개념은 본질적으로 개념·언어학적 수준에서는 반사회적 성격장애, 비사회성 그리고 소시오패스 성격장애와는 동의어다(Hart & Storey, 2013)<sup>12)</sup>. 결국 똑같은 성격장애를 명칭을 다르게 해서 부르는 것이라 볼 수 있다. 비유컨대 똑같은 사람이 맥락에 따라서 다르게 불리는 것과 같은 이치라고 볼 수 있다. 이를테면, DSM-V에서는 분명 반사회적 성격장애라 명명되어 있고 ICD-10에서는 비사회성 성격장애라고 명명되어 있다. 사이코패시는 성격장애의 일종이며 부적응적 성격특질이라고 볼 수 있다(American Psychiatric Association, 2000<sup>13)</sup>; World Health Organization, 1992<sup>14)</sup>)<sup>15)</sup>.

- 
- 11) 최이문, 강태경, & 조은경. (2014). 미국 법원에서 심리학 도구 (사이코패시 체크리스트, PCL-R) 의 역할에 대한 연구 (2005~ 2012). 형사정책연구, 25(4), 375-414.
  - 12) Hart, S. D., & Storey, J. E. (2013). Clinical and forensic issues in the assessment of psychopathy.
  - 13) American Psychiatric Association. (2000). Diagnostic and statistical manual, 4th edn, Text Revision (DSM-IV-TR). American Psychiatric Association, Washington.
  - 14) World Health Organization. (1992). The ICD-10 classification of mental and behavioural disorders: clinical descriptions and diagnostic guidelines (Vol. 1). World Health Organization.
  - 15) 최근, Hart, D., Cooke, D., Michie, C., Logan, Douglas, K., Guy, L., 등에 따르면 학자들 간에 일치를 보이고 있는 내용들로 이들 명칭(사이코패시, 반사회적 성격장애, 소시오패시 등)을 따로 구별되는 개념으로 보지 않고 있으며, 미국 및 캐나다 법원의 판례에서도 사이코패시와 반사회적 성격장애를 명확하게 구분하여 사용하지 않고 많은 사례에서 혼용하여 사용하고 있다 (Hart & Storey, 2013을 참고). 예초, 1913년 Emil Krapelin이 사이코패시를 7개의 범주(흥분을 즐기는, 불안정성, 충동적인, 자기중심적인, 거짓말에 능한, 안절부절못하는, 다투기 좋아하는)를 포함하고 있는 기질적 경향성으로 소개하였고 이후 1930년 Patridge가 처음으로 사회성과 관련시켜 소시오패시라는 개념을 소개하였다. 1952년 APA(미국정신과협회)에서는 공식적인 용어로 사이코패시와 혼용하여 사용할 수 있는 소시오패스 용어(비슷한 명칭: 소시오패시 성격 손상 혹은 반사회적 반응)를 Pennington (1966)이 제안하여 이를 채택하여 사용하였다. 1968년 DSM 개정판 이전에는 소시오패스적 성격장애와 사이코패스 성격장애를 포함하고 있었고 이후(1968년 이후 개정판 ~ DSM-V까지) 좀 더 포괄적인 방식으로 반사회적 성격장애라 명칭만 개정하여 사용하고 있다. 따라서 사이코패시, 소시오패시, 반사회적 성격장애는 결국 같은 개념을 둔 뿌리를 두고 있다고 볼 수 있다. 다만 이름만 다를 뿐이다. 일부 학자들 예를 들어 Hare, Neumann (2007)은 이들 개념들 간 차이를 주장하고 있지만 차츰 그 주장의 힘이 약해지고 있고 특히 [법]임상심리학 분야에서는 임상가들 간에 같은 개념을 두고 혼용해서 사용하려는 경향성을 보이고 있다(Hart와의 개인적인 대화). 이 주장은 최이문 등 (2014)이 주장하고 있는 내용과 다른 부분이다.

사이코패시는 보편적으로 성격기능에서 몇 가지 중요한 증상으로 특징 지워질 수 있다. 이런 주요 증상은 과거 200년 간 지속해서 논의되어 왔고<sup>16)</sup>(역사적 검토: Arrigo & Shipley, 2001<sup>17)</sup>; Berrios, 1996<sup>18)</sup>; Werlinder, 1978<sup>19)</sup>) 고전적 연구로는 Arieti (1963)<sup>20)</sup>, Karpman (1961)<sup>21)</sup>, 그리고 McCord와 McCord (1964)<sup>22)</sup> 등의 연구가 대표적이다. 가장 최근에는 Cooke 등 (2004)<sup>23)</sup>이 처음으로 가장 포괄적인 수준에서 지금까지 출판된 사이코패시 문헌과 다양한 (법)분야의 정신보건 (임상)전문 (심리학자, 정신과의사, 간호사, 사회복지사 등)들의 조언에 근거하여 사이코패시 특질과 관련된 형용사와 그 균을 발견할 수 있었다. 그 결과 언어학적 모델(lexical model)인 사이코패시 성격장애 종합 평가(CAPP; Comprehensive Assessment of Psychopathic Personality)을 통해 사이코패시의 임상적 개념과 특질을 설명하려 하였다. 대표적으로 Hart (2009)<sup>24)</sup>와 Cooke과 Hart (2007)<sup>25)</sup>에 따르면 사이코패시는

- 
- 16) Patrick (2006)에 따르면 1800년대 이미 사이코패시 성격장애라는 정신병리를 다루었으며 이 당시에는 정신병리를 나타내는 행동들을 포괄적으로 나타냈으나 정신장애 범주로는 분류되지 않았음; 19세기 Philip Pinel(프랑스 정신학자)에 의해 제기되었고 manie sans delire(잔혹함, 무책임, 비도덕성)과 같은 특징을 포함하는 행동장애로 기술하였음; Patrick, C. J. (Ed.). (2005). *Handbook of psychopathy*. Guilford Press; Hare, R. D. (2003). "The Hare Psychopathy Checklist-Revised(2nd ed.)." Toronto, Ontario, Canada: Multi-Health Systems.
- 17) Arrigo, B. A., & Shipley, S. (2001). The confusion over psychopathy (I): Historical considerations. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 45(3), 325-344.
- 18) Berrios, G. E. (1996). *The history of mental symptoms: descriptive psychopathology since the nineteenth century*. Cambridge University Press.
- 19) Werlinder, H. (1978). *Psychopathy: A History of the Concepts: Analysis of the Origin and Development of a Family of Concepts in Psychopathology* (Doctoral dissertation, Acta Universitatis Upsaliensis).
- 20) Arieti, S. (1963). Psychopathic personality: Some views on its psychopathology and psychodynamics. *Comprehensive Psychiatry*, 4(5), 301-312.
- 21) Karpman, B. 앞의 연구논문 참고.
- 22) McCord, W., & McCord, J. (1964). *The psychopath: An essay on the criminal mind*.
- 23) Cooke, D. J., Michie, C., Hart, S. D., & Clark, D. A. (2004). Reconstructing psychopathy: Clarifying the significance of antisocial and socially deviant behavior in the diagnosis of psychopathic personality disorder. *Journal of personality disorders*, 18(4), 337-357.
- 24) Hart, S. D. (2009). Psychopathy, Culpability, and Commitment. *Mental Disorder and Criminal Law*, 159.
- 25) Hart, S. D., & Cooke, D. J. (2007). Antisocial Personality Disorder. In E. Smonsén, E. Ronningstam, & T. Millon (Eds.), *WPA/ISSPD educational program on personality disorders* (pp. 60-66). Geneva,

크게 6가지 영역인 ‘애착’, ‘행동’, ‘지배성’, ‘정서성’, ‘인지’, 그리고 ‘자기’에서 의미 있는 증상을 찾아 볼 수 있다고 하였다. 예컨대, ‘애착’은 대인관계에서 타인의 감정에 공감력이 떨어지거나 무심 혹은 무정한 것을 말한다. ‘지배성’은 타인을 조종하고 기만적으로 대하면서 적대적인 양상을 보이며 지배하려 드는 것을 말한다. ‘행동’은 즉흥적으로 행동하는 무모함과 믿을 수 없는 행동, 문제를 일으키거나 공격적인 행동 양상을 말한다. ‘정서성’ 영역에서는 불안감이 결여되거나 감정 깊이와 안정성이 결여 되고 특히 죄책감이 없는 것을 의미한다. ‘인지’영역에서는 타인을 끊임없이 의심하고 집중력과 계획성이 부족하며 사고 체계가 편협하고 융통성이 없는 것을 말한다. 마지막으로 ‘자기’영역에서는 자기중심적이며 자신을 특별하다고 믿고 과시적으로 자신을 드러내고 자기 정당화에 몰두한다.

#### 나. PCL-R의 특징과 활용

PCL-R을 변안한 조은경과 이수정 (2008)<sup>26)</sup>에 따르면 총 20개 문항으로 이루어진 PCL-R은 각 문항 당 0에서 2점까지 3점 척도로 이루어져 있고 총 점수가 0점에서 40점 사이의 값을 갖도록 되어 있다. 전문가 지침서에 따르면 채점을 하는 과정에서 피검자와 관련 된 부수적 기록은 물론 반구조화 된 임상면담 방식이 함께 이루어지기 때문에 평가자는 일정 수준 이상의 훈련과 사례감독을 받을 것을 권고하고 있다. 따라서 공식적인 기록과 함께 면담의 내용, 피검자의 행동 관찰 등을 종합적으로 판단하여 평가가 이루어져야만 한다.

PCL-R은 크게 2개의 요인과 4가지의 단면으로 구성되어 있다. 1요인은 2개의 단면 즉 대인관계와 정서성을 포함하고 있어 타인을 향해 죄책감이 결여, 냉담과 이기적인 요소로 기술된다. 2요인은 2개의 단면인 생활양식과 일탈적 행동 혹은 반사회적 행동 등을 나타내고 있다. 따라서 이 요인은 일상에 쉽게 지루함을 느껴 자극을 추구하며 기생적인 생활 방식과 현실적인 목표가 부재하다. 뿐 만 아니라, 과거 문제행동과 비행 그리고 다양한 범죄력을 보이는 등 행동 통제력이 결여되어 있다. 한국판 PCL-R

Switzerland: World Psychiatric Association. Retrieved from [www.wpanet.org/education/docs/isspeduprogrammarch07](http://www.wpanet.org/education/docs/isspeduprogrammarch07).

26) 조은경, 이수정. 앞의 책(PCL-R 전문가 지침서) 참고.

표준화 연구에서는 사이코패시의 변별기준점을 25점 혹은 26점 정도로 제안하고 있다. 국내에서도 PCL-R을 다양한 분야에서 점차적으로 확대하여 실시하고 있다(최이문 등, 2014; 고려진 등, 2016). 대표적으로 법원, 교정, 보호관찰, 경찰 시스템에서 PCL-R을 적극 활용하고자 하는 추세이다. 법원에서는 흉악 내지는 엽기적인 범행을 한 범죄자에 대해 법원의 요구에 의해 정신감정을 하는 과정에서 선택적으로 PCL-R 검사를 하고 있다. 재판 과정에서 사실 판단자(판사, 배심원)가 이를 참고하여 범죄의 동기와 원인을 이해하려고 하고 있으며 양형 과정에서도 참고 정보로 활용되고 있다. PCL-R 결과가 대체로 판례에서는 감정사유보다 형의 가중 사유로 해당되는 경우가 많았다(최이문 등, 2014)<sup>27)</sup>. 특히 교정에서는 분류심사 단계에서 PCL-R을 실시하여 분류처우를 결정하거나 가석방 심사 과정에서 참고 자료를 사용하기도 한다. 특히 성폭력 치료 프로그램이나 ‘묻지마 범죄자’를 대상으로 프로그램을 진행할 때 사이코패시 기질의 정도를 확인하기 위해 PCL-R을 실시하기도 한다. 기타 교정심리치료센터에서 범죄자의 인성을 파악하거나 상담에 필요한 정보를 얻기 위해 혹은 처우효과를 알아보기 위해 PCL-R을 하는 경우도 있다.

경찰청에서는 일선 프로파일러들이 피의자 면담 과정에서 사이코패시 기질이 의심되면 PCL-R을 실시하고 있으며 범죄의 패턴과 인성적 정보를 연결시켜 사건을 분석하려고 한다(공정식, 이수정, 2007). 사이코패시 범법자에게서 나타나는 범죄패턴이 일반 범죄와는 다른 측면이 있을 수 있고 연일 벌어지는 엽기적인 범행에 대해 대안적인 해석을 제공해 줄 수 있는 주요한 측정 도구로 평가 받고 있다. 보호관찰관이 PCL-R과 함께 K-SORAG(이수정, 2013<sup>28)</sup>)와 성범죄 평가 도구를 활용하고 있는데 주된 이유가 전자발지 부착 유무를 판단하기 위해서이다(최이문 등, 2014)<sup>29)</sup>.

## 2. 사이코패시 비교·문화 연구

국내에서는 사이코패시 개념에 대한 비교문화차이 분석은 전혀 이루어지지 않고

27) 앞의 연구논문 참고.

28) 이수정 (2013). 재범방지를 위한 범죄자 처우의 과학화에 관한 연구. 서울: 형사정책연구원.

29) 최이문 등. 앞의 논문 참고.

있다. 사이코패시와 관련된 다양한 문헌이 존재하고 있지만 그 개념이 북미와 유럽의 학자들이 발견한 개념(PCL-R의 경우 하향식(top-down)의 개념 구성을 채택을 위주로 구성하고 있기 때문에 단순 구조적 동일성(structural equivalence)<sup>30)</sup>을 넘어 20개 개별 문항에서 계량적 [동일성 혹은] 차이(metric equivalence)가 나타나지 않는지는 알아보지 못하고 있다. 결국, 사이코패시 개념의 구조적 동일성을 넘어 계량적 동일성에 대한 탐색이 필요한 시점이라 본다. 따라서 본 연구에서는 PCL-R 사이코패시 평가를 가장 폭 넓게 활용하고 있는 영국과 어떠한 차이가 있는지를 살펴보고자 하였다. 국외에서는 현재까지 다양한 국가(영국, 캐나다, 미국, 이란 등) 간에 비교문화 연구가 진행되어 오고 있는데 다른 문화권에서 측정 도구 일반화를 평가하는 데 있어 계량적 동일성(metric invariance)이 중요하다고 보고 있다. 이를 테면, 계량적 동일성이 있다면 서로 다른 개별 문화에서 보인 검사 점수가 중요한 잠재적 특성과 똑 같은 연관성을 가지고 있다고 볼 수 있다. 다시 말해, 계량적 동일성이 있다고 한다면, 일정 [사이코패시] 점수에서(예, 미국에서는 PCL-R 절단점이 30 점) 두 국가가 혹은 집단이 똑 같은 수준의 사이코패시 수준을 나타낸다고 볼 수 있게 된다(Cooke & Michie, 1999; Cooke, Michie, Hart, & Clark, 2005a, b; Waller, Thompson & Wenk, 2000)<sup>31)</sup>.

현재까지 PCL-R 문항에 대한 계량적 동일성 관련 국내·외 연구는 많지 않지만 사이코패시 평가에 있어 분명 문화적 차이점이 있다는 것이 최근 일관된 연구 결과이다(대표적으로 Cooke, Michie, Hart, & Clark, 2004; Cooke, Kosson, & Michie, 2001; Cooke et al., 2005b; Skeem, Edens, Camp, & Cowell, 2004; Ullrich, Paelecke,

30) 구조적 동일성과 관련 대표적 논문은 이수정 등 (2017) 혹은 이수정 등 (2016)의 논문을 참고 (앞의 논문 참고).

31) Cooke, D. J., Kosson, D. S., & Michie, C. (2001). Psychopathy and ethnicity: Structural, item, and test generalizability of the Psychopathy Checklist—Revised (PCL-R) in Caucasian and African American participants. *Psychological assessment*, 13(4), 531; Cooke, D. J., & Michie, C., Hart, S. D., & Clark, D. A. (2005a). Assessing psychopathy in UK: concerns about cross-cultural Generalizability. *The British Journal of Psychiatry*, 186, 335-341; Cooke, D. J., Michie, C., Hart, S. D., & Clark, D. A. (2005b). Searching for the pan-cultural core of psychopathic personality disorder. *Personality and Individual Differences*, 39, 283-29; Waller, N.G., Thompson, J. S. & Wenk, E. (2000). Using IRT to separate measurement bias from true group difference on homogenous and heterogeneous scales: an illustration with the MMPI. *Psychological Methods*, 5, 125-146.

Kahle, & Marneros, 2003; Shariat et al., 2010; Boduszek & Debowska, 2016)<sup>32)</sup>.

대표적으로 북미와 유럽 간 PCL-R 문항 평정을 비교 연구했던 주요 결과에서 계량적 동일성이 충족되지 않고 있음을 보여 주었다(Cooke et al., 2005b; Cooke and Michie, 1999)<sup>33)</sup>. 특히 평정에서 나타나는 차이점은 서로 다른 사회·문화적 집단 간에 받아들여지는 사이코패시 수준의 변화가 원인 일 수도 있고 성격장애의 표현 양상 혹은 중요한 잠재적 특성에서의 다양성을 반영하는 것일 수도 있다. 따라서 한 집단에서 해당되는 점수가 다른 집단에서는 비교적 낮은 [사이코패시] 수준을 나타낼 수도 있는 데 이런 점은 분명 사이코패시를 다른 문화권에서 평가하는 과정에서는 아주 중요한 이론적 혹은 실질[임상]적 시사점을 준다고 볼 수 있다(Cooke et al., 2004; Cooke, Kosson, & Michie, 2001; Cooke et al., 2005a)<sup>34)</sup>.

이런 측면에서 문항반응이론 (item response theory) 분석은 이를테면, 북미에서 보이는 사이코패시의 중요 잠재 특질에서 동등한 위치에 있는 범죄자가 유럽에서 그와 동일하다고 평가되는 범죄자 보다 PCL-R 총점에서 2 혹은 3점이 높게 나타난다는 점을 보여준다. 그래서 유럽(영국 기준)에서는 북미보다 사이코패시 경향성을 이야기 할 때 40~50점도 낮게 절단점(cut-off score)을 잡고 있다(2017년을 기준으로 유럽의 경우 절단점이 [임의적으로] 주로 25점을 이루고 있음)<sup>35)</sup>.

현재까지 비교·문화적 측면에서 가장 큰 심리·계량적 차이점으로 나타나고 있는 증상은 ‘대인관계’ 및 ‘행동’과 관련된 특성들인 반면 ‘정서’ 관련된 증상은 상대적으로 적게 나타나고 있다. 대표적으로 Shariat 등 (2010)<sup>36)</sup>이 PCL: SV (Hart, Cox,

32) Skeem, J. L., Edens, J. F., Camp, J., & Colwell, L. H. (2004). Are there ethnic differences in levels of psychopathy? A meta-analysis. *Law and Human Behavior*, 28, 505-527; Ullrich, S., Paelecke, M., Kahle, I., & Marneros, A. (2003). Categorical and dimensional assessment of “psychopathy” in German offenders. Prevalence, gender differences and age factors. *Der Nervenarzt*, 74(11), 1002-1008; Shariat, S. V., Assadi, S. M., Noroozian, M., Pakravannejad, M., Yahyazadeh, O., Aghayan, S., & Cooke, D. (2010). Psychopathy in Iran: A cross-cultural study. *Journal of personality disorders*, 24(5), 676; Boduszek, D., & Debowska, A. (2016). Critical evaluation of psychopathy measurement (PCL-R and SRP-III/SF) and recommendations for future research. *Journal of Criminal Justice*, 44, 1-12.

33) Cooke 등. 앞의 연구논문 참고.

34) 앞의 논문들 참고.

35) 유럽에서 사이코패시 연구를 주도하고 있는 캘러도니언 글라스고 대학의 Cooke 등과의 개인적인 대화(2017.11.20).

& Hare, 1995)<sup>37)</sup>을 활용하여 351명의 카즈르(Qasr prison) 교도소에 있는 수용자와 북미 수용자를 대상으로 문화반응이론을 통해 차별기능문항(DIF; differential item function)을 발견했는데 가장 큰 차이점을 보이는 증상은 3요인을 기준으로 ‘오만과 가식적 대인관계 유형’(요인1) 등과 관련된 증상이었다. 1요인과 관련된 항목 중 3개가 이란 집단에서는 변별력이 상대적으로 떨어졌다. 저자들은 이런 현상을 이란에서 문화적인 특징인 ‘타로프’(Taarof; Fathi, 2004) 때문인 것으로 이야기하고 있는데 이는 다양한 방식으로 상대방에 대한 자신의 존경심을 적극적으로 보여주기 위해서 과도하게 칭찬이나 아부를 하는 이슬람의 전통이다<sup>38)</sup>.

Shou 등 (2017)이 삼원사이코패시측정(Triarchic Psychopathy Measure; TriPM; Patrick, 2014<sup>39)</sup>)을 이용해 차별문항기능(DIF; Differential Item Function) 분석을 실시했다. 이들 연구에서는 중국과 미국 집단을 비교했는데 두 집단에서 동일성이 확보되지 않아 비교·문화적 차이점이 있음을 보여주었다. 예를 들어 사이코패시 특질 중 탈억제(disinhibition)와 비열함(meanness) 요인에서 미국집단보다 중국집단에서 상대적으로 낮은 변별도(discrimination)를 보였다. 이런 차이점의 이유는 아시아 특히 동북아시아 (예, 중국, 일본, 한국 등) 국가에서는 부모들이 아이들을 더 통제하고 처벌적인 방식을 양육하거나 일탈적 행동에 대해 상대적으로 낮은 인내심을 보여주고 있기 때문일 수 있다(Ng, Pomerantz, & Deng, 2014)<sup>40)</sup>.

특히, 대담성(boldness) 척도 문항에서 DIF 문항들이 많이 나타났는데, 이런 측면은 Yokota (2012)가 지적한 것처럼, 특히 한국을 비롯한 동북아시아 국가에서 타인과 비교하여 자신의 우월성을 공개적 혹은 대담하게 내세우는 것은 타인을 효과적으로 통제 하는 데 문화적으로 적응적 전략 내지는 대처가 아닐 수 있기 때문이다.

36) Shariet, et al. 앞의 논문 참고.

37) Hart, S. D., Cox, D. N., & R [obert] D. Hare. (1995). *The Hare psychopathy checklist: Screening version (PCL: SV)*. MSH-Multi-Health Systems, Incorporated.

38) Fathi, N. (2004). Taarof [Electronic version]. *Open democracy*. Retrieved September. 24, 2007, from [http://www.opendemocracy.net/arts/article\\_2117.j](http://www.opendemocracy.net/arts/article_2117.j).

39) 국내에서 서종한 등이 원저자와 계약을 맺고 타당화중에 있다; Shou, Y., Sellbom, M., & Han, J. (2016 b). Development and Validation of the Chinese Triarchic Psychopathy Measure. *Journal of Personality Disorders*, 30(4), 436-450.

40) Ng, F. F. Y., Pomerantz, E. M., & Deng, C. (2014). Why are Chinese mothers more controlling than American mothers?“My child is my report card”. *Child development*, 85(1), 355-369.

왜냐면, 이런 자기우월감 혹은 지배성 등을 드러내는 독단적 방식은 사회 순응과 화합을 중요하게 생각하는 유교 문화권 국가에서는 오히려 환영받지 못하는 행동으로 반감을 불러일으키기에 억압되는 특성일 수 있기 때문이다. 중국의 경우 ‘상호호혜의 법칙’(Renging orientation; Shou, Sellbom, & Xu, 2017)에 따라 개별 행동 패턴이 규정되어 특정 범위에서 억압되며 한국에서는 나이와 사회적 위치에 따라 사회적 순서와 질서가 유지된다는 경우 더욱 그럴 수 있다고 본다<sup>41)</sup>.

비슷한 비교·문화적 맥락에서, Markus와 Kitayama (1994)의 주장처럼 개인주의 문화와 집단주의 문화에서의 차이점을 사이코패시 성격장애 측정에서는 중요하게 생각할 필요가 있다<sup>42)</sup>. 대표적으로 Hofstede 등 (1991)과 Cooke 등 (2004)이 제시한 것처럼 북미의 경우 개인의 독립성을 강조하는 반면 한국의 경우 개인의 의존성과 화합 혹은 조화에 중요한 의미를 두고 있다<sup>43)</sup>. 특히 한국의 경우 어떤 조직이나 가정 내에서의 [사회적] 순응이라는 단어에 긍정적인 함축성을 부여하고 있는데 이는 내적 강인성과 상당한 성숙을 의미하기 때문이라 보고 있으며 특히 중국의 경우 타인과의 조화를 잘 이루는 사람이 존경의 대상이 되곤 한다(Uno, 1991)<sup>44)</sup>. 따라서 사회적 일탈성과 충동성, 자기중심성, 무책임성 그리고 기생적 생활 방식은 사회·문화적으로 지양되거나 배척되는 것이 사실이며 오랜 기간 동안 사회에 부적응된 행동으로 공개적인 방식을 이용해 강한 지탄을 주기도 하였다. 따라서 본 연구는 사이코패시 주요 증상에서 문화적인 이유로 인해 차이가 나타날 수 있는 본질적인 변산성(차이점 혹은 유사점)을 살펴보는 데 주안점을 두었다. 특히 기존 연구에서는 대인관계 증상에서 일정부분 차이점을 나타났음을 보고하고 있기 때문에 이를 중심으로 살펴 볼 예정이다.

41) Shou, Y., Sellbom, M., & Xu, J. (2017). Psychometric Properties of the Triarchic Psychopathy Measure: An Item Response Theory Approach. *Personality disorders: Theory, Research, and Treatment*. DOI: 10.1037/per0000241.

42) Markus, H. R., & Kitayama, S. (1994). A collective fear of the collective: Implications for selves and theories of selves. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 20(5), 568-579.

43) Hofstede, G., Hofstede, G. J., & Minkov, M. (1991). *Cultures and organizations: Software of the mind* (Vol. 2). London: McGraw-Hill; Cooke D. et al. 앞의 연구 참고.

44) Uno, T. (1991) *Chinese Ideology*, Translated by H. Park. Seoul, South Korea: Daewon .

## II. 방법론

### 1. 조사대상

#### 가. 한국

한국자료는 38개의 기관에서 수용중인 재소자 1102명이었다. 구체적으로 교도소 20개, 구치소 6개, 10개는 지방보호관찰소, 그리고 나머지 2군데는 소년원이었다. 해당 기관이 있는 지역은 서울, 부산, 대구, 수원, 경기, 충북, 경상, 전라 그리고 강원도였다. 전체 평균 나이는 38.3(SD=11.40)다. 과거 범죄경력 평균 횟수는 6.3회(중간값=5.0회; 범위: 0~35회)이다. 이들 대상자 중 26.3%가 중학교 졸업 이하였고 20.9%는 고등학교 졸업 이상의 교육 수준을 보여 주었다. 전체적으로 본건 관련 죄명을 구분하면 살인 6.2%(132명), 성폭력 24%(468명), 상해 10.7%(120명), 강도 4.9%(88명), 절도 6.9%(107명), 그리고 사기 등 기타가 5.6%(100명)였다(대상자와 관련된 자세한 정보는 이수정, 이동길, 위희정, 2015<sup>45</sup>)을 참고).

#### 나. 영국<sup>46)</sup>

영국 자료는 총 1316 남자 성인 범죄자로 이루어져 있다(자세한 내용은 Cooke, Michie, Hart, & Clakr, 2005a, p.335을 참고)<sup>47)</sup>. 대상자 선정 기관은 다양하게 구성되어 있다. 먼저 잉글랜드와 웨일즈에 위치한 HMPS (Her Majesty's Prison Service) 산하 7개 교도소에 수용중인 재소자중 무작위로 608명을 선정하여 대표성을 확보했다. 다음으로 104명은 1995년에 Grendon 교도소에 입소한 초기 수용자였다(자세한 내용은 Hobson, Shine, 1998을 참조)<sup>48)</sup>. 이들의 평균 나이는 32.6세였고

45) 이수정, 이동길, & 위희정. (2015). 한국인을 대상으로 한 PCL-R 2, 3, 4 요인 모형 타당성 검증. *한국범죄학*, 9(2), 3-32.

46) 본 연구의 영국 수용자 자료는 Cooke, Michie 등 자료를 수집한 연구자들의 허락을 받아 대단위 raw data를 획득할 수 있었고 이를 근거로 자료를 분석하였음.

47) Cooke D. et al. 앞의 논문 참조

48) Hobson, J., & Shines, J. O. H. N. (1998). Measurement of psychopathy in a UK prison population referred for long-term psychotherapy. *The British Journal of Criminology*, 38(3), 504-515.

95%가 백인, 5%는 아프리카계 카리브해인, 1% 아시아인, 그리고 기타 1% 순이었다. 이들 중 25%가량이 부정기형을 받았다. 재소자의 대부분은 (평균=6.85년) 2.5년에서 15년 사이의 형량이 가장 많았다. 다음으로 스코트랜드 교도소에 수용 중이던 246명의 재소자였다(자세한 내용은 Cooke, Michie, 1999를 참고)<sup>49)</sup>. 105명은 초기 아동기 경력 연구에 자발적으로 참여한 스코틀랜드 출신 수용자였다(자세한 내용은 Marshall, Cooke, 1999를 참고). 평균 나이는 32.2세(SD=3.88)였고 최종 판결 형량 범위는 21년에서 60년 사이로 다양한 분포를 보였다(평균형량=9.33; SD=3.88년. 대부분의 수용자는 양친 혹은 의붓 부모 밑에서 성장했고 평균 4.7명의 형제가 있는 큰 가족에서 나고 자랐다.<sup>50)</sup>

## 2. 측정도구 및 평가방식

### 가. 사이코패시체크리스트-수정판(PCL-R 영문판, Hare, 2003; PCL-R 한글판, 조은경, 이수정, 2008)

영국에서 사용한 PCL-R 평가지는 영문판(Hare, 2003) 전문가 지침서와 매뉴얼을 그대로 적용하여 교도소 교정 심리학자가 사용하였다. 한국에서 사용한 PCL-R은 2008년 번역 출간된 한국판 PCL-R 전문가 매뉴얼에 따라 실시하였다. 이 측정도구에 대한 자세한 내용은 이미 서론 부분에 자세히 언급하였다. 조은경과 이수정(2008)에 따르면 PCL-R 전체점수 알파 계수가 .87로 내적 일관성을 보이고 있으며 각 요인별 알파 계수를 살펴보면, 정서성 .86, 대인관계 .73, 생활양식 .73, 그리고 반사회성 .63순이었다. Kappa 값을 볼 때는 전체적으로 .62에서 1.00 분포를 보여 평가자간에 일관성을 보였다<sup>51)</sup>.

이 평가도구는 크게 4가지 단면으로 구성되어 있는데 1단면 대인관계, 2단면 정서성, 3단면 생활양식, 그리고 4단면은 반사회성이다. 각 단면별 문항들로는 1단면

49) Cooke, D. J. & Michie, C. (1997). An Item Response Theory evaluation of Hare's Psychopathy Checklist. *Psychological Assessment*, 9, 2-13

50) Marshall, L. A., & Cooke, D. J. (1999). The childhood experiences of psychopaths: A retrospective study of familial and societal factors. *Journal of Personality Disorders*, 13(3), 211-225.

51) 조은경, 이수정. 앞의 책자 참고.

은 입심 좋은/피상적 매력, 과도한 자존감, 병적인 거짓말, 남을 잘 속임/조종함, 2단면은 후회나 죄책감 결여, 얕은 감정, 냉담/공감 능력의 결여, 책임감 부재, 3단면은 자극추구, 기생적인 생활방식, 목표부재, 충동, 무책임성 등이다. 마지막으로 4단면은 행동통제력 부족, 어린 시절의 문제행동, 청소년 비행, 조건부 석방/유예의 취소, 다양한 범죄로 구성되어 있다. Hare의 PCL-R 전문가 지침 (Hare, 2003)에서는 북미 남성 수용자와 치료감호소 범법자들의 표본에서 PCL-R 평균 점수를 각각 23.6점과 20.6점으로 보고하였고 이를 근거로 30점을 사이코패시진단의 기준 점수로 적용하고 있다<sup>52)</sup>. 하지만 유럽 국가 중 영국의 경우 이보다 낮은 25점을 적용하고 있다(Cooke & Michie, 1999)<sup>53)</sup>. 국내의 경우 한국판 PCL-R 전문가 지침서에 따르면 25점을 적정 점수로 삼고 있지만 최근 연구(이수정 등, 2016; 이수정, 고려진, 김재경, 2009) 등에 따르면 26점이 적정 수준인 것으로 제시하고 있다<sup>54)</sup>. 하지만 PCL-R 기준점수를 결정하기 전에 북미와 유럽 국가 간 비교·문화적 검증 과정을 통해 보다 선명하게 기준점을 선정하는 것이 필요하다.

#### 나. 평가방식

두 개 국가에서 참여하였던 평가자들은 모두 원저자나 해당 전문가가 진행하는 PCL-R 워크숍을 이수 하였고 최소 3케이스 이상을 슈퍼비전을 받았던 연구자로 임상 장면에서 최소 5건 이상의 평가와 면담을 진행했던 전문가들이다. 양 집단 모두 [범죄 혹은 법] 심리학 석사과정[영국집단의 경우 석사학위이상] 이상의 학력과 심리학 과정에서 평가와 개입, 통계과정 등 필수과목을 이수하였다. 한국의 경우 2개의 대학기관에서 연구자 20명가량이 직접 면담에 참여하였고 영국의 경우 교정기관과 1개 대학에서 교정심리학자로 근무하거나 심리학과 연구원들로 30명가량이 평가에 직접 참여하였다. 영국에서 평가를 담당했던 모든 교정심리학자는 의무적으로 생명윤리규정에 따라 IRB 교육을 이수하였으며 해당 주 IRB 심의 과정을 통과하였다.

52) Hare, R. 앞의 책자 참고

53) Cooke, Michie. 앞의 논문 참고

54) 이수정, 고려진, & 김재경. (2009). 한국판 Psychopathy Checklist-Revised (PCL-R) 의 구성타당도 연구. 한국심리학회지: 사회 및 성격, 23(3), 57-71; 고려진, 손세립, 한상국, & 이수정. (2016). 재범 추적을 통한 한국판 PCL-R 의 예측타당성 연구. 형사정책연구, 27(2), 263-291.

본 연구 과정에서 최소 한 차례 이상 피검자를 면담하는 과정이 포함되어 있다. 특히 면담 과정은 반-구조화된 임상 면담 방식(SSCIT)을 적용하여 진행하였고 참가자에 개별 문항을 질문하여 기록과 일치하는지 여부와 그 이유를 중점으로 진행되었다. 면담 전에는 피검자의 공식적인 기록 이틀테면 수용시설 내 동정관찰기록, 범죄 및 징벌 기록, 범죄경력기록 및 수사기록, 판결문, 그리고 수용소 생활특징, 분류심사평가결과 등을 전체적으로 검토하여 평가에 반영하였다. 따라서 면담 내용 뿐 아니라 부수적으로 피검자에 대한 행동이나 거짓진술, 주변인 즉 교도관이나 상담전문가의 추가 진술을 근거로 종합적인 평가가 최종적으로 이루어졌다.

### 3. 분석방법

문항반응이론 모델은 문항 혹은 검사 점수와 개별 항목에 잠재되어 있는 잠재적 특성(θ) 간 연관성을 추정하기 위한 것이다. 성태제 (2005)는 “문항 하나하나의 독특한 특성을 지닌 문항특성곡선(피험자 능력에 따른 문항 답을 정확하게 맞힐 확률을 보여주는 커브)에 의해 문항을 분석하는 검사이론이다”고 하였다(p. 464)<sup>55)</sup>. Binet 등 (2001)에 따르면 문항의 특성인 문항모수 즉 문항난이도(문항이 어느 능력 수준에서 가능하는가를 나타내는 지수, 문항의 어려운 정도; 성태제, 2001), 문항변별도, 문항 추측도를 제시해 준다고 하였다<sup>56)</sup>. 구체적으로, 다양한 집단 간에 나타나는 차별기능문항(DIF; Differential Item Function) 혹은 차별기능검사(DTF; Differential Test Function)을 찾아내기 위해 사용되곤 한다. 전자의 경우 [사이코패시] 증상[혹은 문항]이 한 집단이 다른 집단보다 더 변별력이 있을 때 혹은 한 집단에서 다른 극한성(extremity) 혹은 난위도 수준을 보일 때 발생할 수 있다. 문항기능반응(GRM)이 있을 경우, 이틀테면 문항점수와 잠재적 특성 간 연관성에서 차이가 있다고 할 경우 DIF가 있다고 본다(Tay et al., 2015)<sup>57)</sup>.

후자의 경우 전체 검사 점수가 똑 같은 수준의 중요한 특질에서 다른 집단에 비

55) 성태제. (2005). 교육 평가.

56) 성태제. (2001). 문항반응이론의 이해와 적용. 서울: 교육과학사.

57) Tay, L., Meade, A. W., & Cao, M. (2015). An overview and practical guide to IRT measurement equivalence analysis. *Organizational Research Methods*, 18(1), 3-46.

해 한 집단에서 더 변별력이 있거나 더 높은 극한성을 보이는 경우 발생한다. 본 연구에서 문항반응이론 모델은 *Samejima's graded model*이다(GRM; Samejima, 1997; McDoanld, 1999; Cooke & Michie, 1997, 2001; Cooke et al., 2005a, b)<sup>58)</sup>.

문항(검사)특성곡선의 위치와 모양은 세 가지 모수인  $a$ ,  $b1$ ,  $b2$ 로 표현된다 (Thissen, 1991; Thissen & Steinberg, 1997)<sup>59)</sup>.  $a$  모수는 기울기(slope) 지수이인데 크면 클수록 해당 증상이 장애에 대해 보다 나은 지수로 작용하고 있음을 나타낸다.  $b$  모수는 난위도(difficulty) 혹은 극한성(extremity)을 나타내는 지수인데 이 지수가 크면 클수록 해당 [사이코패시] 증상이 명백하게 나타나기 전까지 그 장애가 더 두드러져야 함을 의미한다. 본 연구에서는 문항반응이론 적용을 위해 IRTPRO(Cai, Thissen, & du Toit, 2011)을 사용하였다<sup>60)</sup>.

### III. 결과

분석에 앞서, <표 2>는 두 집단 간에 나타나는 점수를 기술적으로 나타낸 것으로 문항, 요인, 전체점수 차이를 살펴보았다. 다양한 범죄력 문항을 제외하고는 모든 문항, 요인, 그리고 총점에서 유의미한 차이가 발생했다. 기생적 생활방식, 어릴 때 문제행동, 청소년 비행, 조건부 석방 및 유예의 최소 문항을 제외한 나머지 문항에서는 한국집단이 영국집단보다 높은 점수를 보였다.

58) Samejima, F. (1997). Graded response model. In Handbook of modern item response theory (pp. 85-100). Springer New York; McDonald, R. P. (1999). *Test theory: A unified treatment*. Mahwah, NJ: Erlbau.

59) Thissen, D. (1991). *Multilog User's Guide (Version 6)*. Mooresville, IN: Scientific Software; Thissen, D. & Steinberg, L. (1997). *A response model for multiple-choice items* (pp. 51-65). Springer New York.

60) Cai, L., Thissen, D., & du Toit, S. H. C. (2011). *IRTPRO for Windows* [Computer software]. Lincolnwood, IL: Scientific Software International.

〈표 2〉 PCL-R 문항, 요인, 총점 집단 간 기술통계적 차이

문항	집단	평균	표준편차	t-test
1. 입심좋은/피상적매력 <sup>1</sup>	한국	.94	.788	<i>t</i> =22,681***
	영국	.31	.572	
2. 과도한 자존감 <sup>1</sup>	한국	1.00	.786	<i>t</i> =18,635***
	영국	.44	.684	
3. 자극욕구/쉽게 지루해 함 <sup>3</sup>	한국	1.13	.811	<i>t</i> =8,119***
	영국	.87	.782	
4. 병적인 거짓말 <sup>1</sup>	한국	.90	.761	<i>t</i> =13,216***
	영국	.51	.697	
5. 남을 잘 속임/조정함 <sup>1</sup>	한국	.93	.812	<i>t</i> =5,854***
	영국	.74	.743	
6. 후회 및 죄책감 결여 <sup>2</sup>	한국	1.28	.750	<i>t</i> =5,847***
	영국	1.09	.791	
7. 얕은 감정 <sup>2</sup>	한국	.89	.775	<i>t</i> =7,487***
	영국	.65	.746	
8. 냉담/공감능력 결여 <sup>2</sup>	한국	1.09	.796	<i>t</i> =12,930***
	영국	.68	.738	
9. 기생적 생활 방식 <sup>3</sup>	한국	.71	.808	<i>t</i> =-4,663***
	영국	.86	.717	
10. 행동통제력 부족	한국	1.35	.718	<i>t</i> =13,509***
	영국	.93	.822	
11. 문란한 성생활	한국	.93	.861	<i>t</i> =2,678**
	영국	.84	.853	
12. 어릴 때 문제행동	한국	.60	.805	<i>t</i> =-5,649***
	영국	.79	.865	
13. 현실적이고 장기적인 목표 부재 <sup>3</sup>	한국	.95	.777	<i>t</i> =2,348*
	영국	.87	.826	
14. 충동성 <sup>3</sup>	한국	1.33	.707	<i>t</i> =13,334***
	영국	.91	.795	
15. 무책임성 <sup>3</sup>	한국	1.17	.765	<i>t</i> =6,378***
	영국	.98	.733	
16. 자신의 행동에 대한 책임감 못느낌 <sup>2</sup>	한국	1.23	.809	<i>t</i> =8,006***
	영국	.98	.729	
17. 여러 번의 혼인관계	한국	.26	.594	<i>t</i> =-9,053***
	영국	.53	.793	
18. 청소년 비행	한국	.64	.816	<i>t</i> =-13,333***
	영국	1.10	.853	
19. 조건부 석방 혹은 유예의 취소	한국	.53	.786	<i>t</i> =-14,572***
	영국	1.05	.900	

문항	집단	평균	표준편차	t-test
20. 다양한 범죄력	한국	1.10	.883	$t=.824$
	영국	1.07	.862	
요인1: 오만함과 가식적인 대인관계	한국	3.77	2.414	$t=19.791^{***}$
	영국	2.00	1.977	
요인2: 정서 경험 결핍	한국	4.48	2.625	$t=10.738^{***}$
	영국	3.41	2.282	
요인3: 충동적 및 무책임한 행동 양식	한국	5.29	2.725	$t=7.351^{***}$
	영국	4.49	2.656	
전체점수	한국	13.54	6.254	$t=15.196^{***}$
	영국	9.89	5.539	

\*p < .05, \*\*p < .001, \*\*\*p < .000; 1-요인1, 2-요인2, 3-요인3

본 연구에서는 국내·외에서 최근까지 3모델(위계모형)이 대표적으로 가장 좋은 적합도를 보이고 있어 13문항에 대해 문화반응이론을 적용하여 실시하였다(3모델 적합도 근거는 다음의 논문 참고: 이수정 등, 2017; 이수정 등, 2015; Cooke et al., 2005a, b; Cooke, Michie, & Skeem, 2007; Shariat et al., 2010; Sohn & Lee, 2016; Sohn & Lee, 2017; Storey et al., 2016; Cooke & Logan, 2015; Boduszek & Bebowska, 2016)<sup>61)</sup>.

가장 먼저, 두 집단 간 13문항을 바탕으로 비제약 기준(unconstrained baseline) 즉, 두 집단 간 모든 문항모수와 잠재특성 평균 수준을 다르게 하였다. 그리고 a 모수를 모두 동일하게 제약하고 카이제곱 변화가 있는지 살펴 본 결과 유의미한 증가가 발생했다( $\Delta\chi^2(13, n = 2418) = 552, p < .0001$ ). 결국 두 문화 간에 문항의 변별력에 차이가 있을 수 있음을 나타내고 있다. 문화에 따라 이 장애가 다른 관련성을 가질 수 있음을 제시한다고 볼 수 있다 (비제약 기준에서의 모수(a, b1, b2)와 잠재

61) Sohn, J. S., & Lee, S. J. (2016). Investigating two-, three-, and four-factor structures of the Korean PCL-R in serious offenders. *International journal of offender therapy and comparative criminology*, 60(6), 725-738; Sohn, J. S., Lyons, P., Menard, S., & Lee, S. J. (2017). Testing the three-and four-factor models of the Korean version PCL-R as predictors of two antisocial outcomes-recidivism and risk. *Psychology, Crime & Law*, 23(5), 472-486; Cooke, D. J. & Logan, C. (2015). Capturing clinical complexity: Towards a personality-oriented measure of psychopathy. *Journal of Criminal Justice*, 43(4), 262-273; Boduszek, D., & Debowska, A. (2016). Critical evaluation of psychopathy measurement (PCL-R and SRP-III/SF) and recommendations for future research. *Journal of Criminal Justice*, 44, 1-12

특성 평균값( $\theta$ )은 <표 2>의 결과와 동일.

<표 3> 13문항 (위계적)모델 근거 DIF 분석 결과

PCL-R 문항	a			b <sub>r-2</sub>			Total △ x <sup>2</sup>		
	한국	영국	△ x <sup>2</sup>	한국	영국	△ x <sup>2</sup>			
1. 입심 좋음/ 피상적 매력 <sup>1</sup>	0.82	1.40	18.1***	-0.91	1.30	0.34	1.80 191.6***	209.7***	
2. 과도한 자존감 <sup>1</sup>	1.50	1.56	0.1	-0.74	0.75	-0.02	1.08 91.8***	91.9***	
3. 자극욕구/쉽게 지루해함 <sup>3</sup>	<b>1.25</b>	<b>1.51</b>	<b>3.8</b>	<b>-1.03</b>	<b>0.40</b>	<b>-1.05</b>	<b>0.33</b>	<b>3.5</b>	<b>7.3</b>
4. 병적인 거짓말 <sup>1</sup>	1.23	1.60	6.6	-0.68	1.16	-0.24	1.02 29.2***	35.9***	
5. 남을 잘 속임/조종함 <sup>1</sup>	1.35	1.65	4.5	-0.54	0.84	-0.83	0.59 21.2***	25.7***	
6. 후회 혹은 죄책감 결여 <sup>2</sup>	3.18	2.08	18.5***	-1.04	0.11	-1.33	-0.20 25.5***	44.0***	
7. 얕은 감정 <sup>2</sup>	2.21	2.15	0.1	-0.44	0.85	-0.59	0.52 23.9***	24.0***	
8. 냉담/공감 능력의 결여 <sup>2</sup>	<b>2.83</b>	<b>2.53</b>	<b>1.5</b>	<b>-0.69</b>	<b>0.40</b>	<b>-0.66</b>	<b>0.46</b>	<b>1.0</b>	<b>2.5</b>
9. 기생적인 생활방식 <sup>3</sup>	0.96	1.07	0.9	0.05	1.52	-1.35	0.91 197.8***	198.7***	
13. 현실적이고 장기적인 목표 부재 <sup>3</sup>	0.89	1.27	10.4***	-0.93	1.26	-0.95	0.29 45.1***	55.5***	
14. 충동성 <sup>3</sup>	0.97	1.26	5.8	-2.20	0.15	-1.17	0.32 48.4***	54.2***	
15. 무책임성 <sup>3</sup>	<b>1.26</b>	<b>1.24</b>	<b>0.0</b>	<b>-1.29</b>	<b>0.45</b>	<b>-1.54</b>	<b>0.43</b>	<b>7.4</b>	<b>7.4</b>
16. 자신의 행동에 책임감을 못 느낌 <sup>2</sup>	2.41	1.22	42.5***	-0.87	0.10	-1.58	0.43 24.6***	67.1***	

노트 1. 모든 문항은 DIF를 위해 분석(Conditional on population distribution estimates obtained with all items constrained equal); PCL-R 문항 영문표기: 1. Glibness/superficial charm, 2. Grandiose sense of self-worth, 3. Need for stimulation, 4. Pathological lying, 5. Conning/manipulative, 6. Lack of remorse or guilt, 7. Shallow affect, 8. Callous/lack of empathy, 9. Parasitic lifestyle, 13. Lack of long-term goals, 14. Impulsivity, 15. Irresponsibility, 16. Failure to accept responsibility.

노트 2. \*p < .05, \*\*p < .001, \*\*\*p < .000; △는 한국과 영국 집단 간 모수 차이; 1-요인1, 2-요인2, 3-요인3

다음으로, Cooke, Michie, Hart와 Clark (2005a,b)<sup>62</sup>가 제안한 바와 같이  $b_1$ 과  $b_2$  모수 수준에서 비교·문화적 차이점이 가장 작은 문항을 기준으로 선정하려 했고 이를 근거로 기준점(anchors)으로 잡았다 (<표 3> 참고). 최종적으로 표3에 제시된 바와 같이, 3개의 기준점 구체적으로 3요인에 문항3 ‘자극욕구/쉽게 지루해함’ 그리고 문항15 ‘무책임성’, 그리고 2요인에 문항2 ‘냉담/공감 능력 결여’이다. 두 집단 간 기준점인 3문항을 제약한 이후 카이자승의 변화를 살펴본 결과 유의미한 변화는 존재하지 않았다( $\Delta x^2(9, n = 2418) = 13, ns$ ).

62) Cooke et al. 앞의 논문(방법론 부분) 참고.

〈표 4〉 13문항 제약모델 근거 문항반응이론 모수

PCL-R 문항	한국			영국		
	<i>a</i>	<i>b<sub>1</sub></i>	<i>b<sub>2</sub></i>	<i>a</i>	<i>b<sub>1</sub></i>	<i>b<sub>2</sub></i>
1. 입심 좋음/ 피상적 매력 <sup>1</sup>	0.67	-0.38	2.33	1.17	1.14	2.88
2. 과도한 자존감 <sup>1</sup>	1.23	-0.18	1.65	1.31	0.70	2.01
3. 자극욕구/쉽게 지루해함 <sup>3</sup>	<b>1.12</b>	<b>-0.52</b>	<b>1.20</b>	<b>1.12</b>	<b>-0.52</b>	<b>1.20</b>
4. 병적인 거짓말 <sup>1</sup>	1.01	-0.10	2.16	1.33	0.45	1.95
5. 남을 잘 속임/조종함 <sup>1</sup>	1.10	0.07	1.77	1.37	-0.26	1.44
6. 후회 혹은 죄책감 결여 <sup>2</sup>	2.56	-0.55	0.86	1.78	-0.85	0.49
7. 얕은 감정 <sup>2</sup>	1.79	0.19	1.78	1.82	0.03	1.35
8. 냉담/공감 능력의 결여 <sup>2</sup>	<b>2.23</b>	<b>-0.08</b>	<b>1.24</b>	<b>2.23</b>	<b>-0.08</b>	<b>1.24</b>
9. 기생적인 생활방식 <sup>3</sup>	0.79	0.79	2.59	0.89	-0.88	1.83
13. 현실적이고 장기적인 목표 부재 <sup>3</sup>	0.73	-0.41	2.27	1.06	-0.40	1.08
14. 충동성 <sup>3</sup>	0.79	-1.95	0.92	1.03	-0.67	1.13
15. 무책임성 <sup>3</sup>	<b>1.01</b>	<b>-1.02</b>	<b>1.27</b>	<b>1.01</b>	<b>-1.02</b>	<b>1.27</b>
16. 자신의 행동에 책임감을 못 느낌 <sup>2</sup>	1.95	-0.33	0.85	1.04	-1.14	1.23

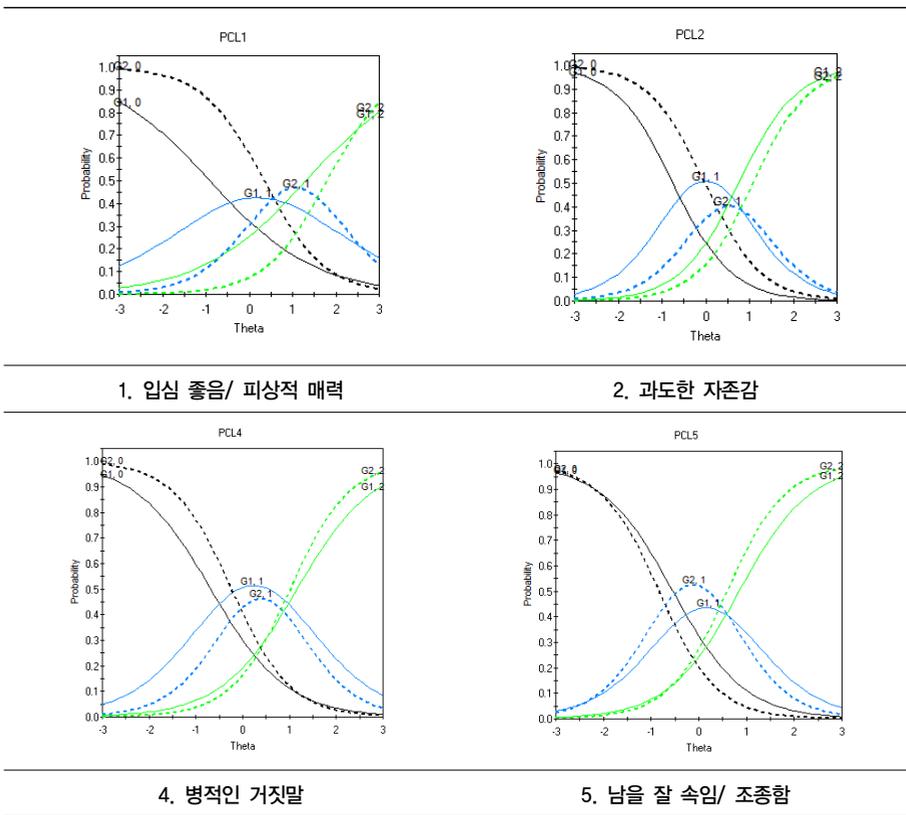
노트 1. Anchors(두 집단 간 차이 없이 기준이 되는 문항): 문항 3, 8, 15; 1-요인1, 2-요인2, 3-요인3

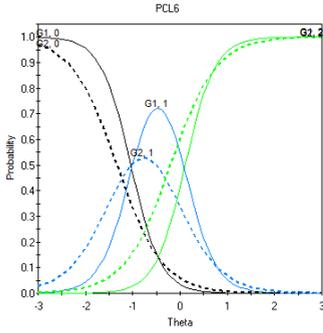
<표 4>에 제시된 바와 같이, 3개의 기준 문항(anchors) 제외한 나머지 문항 특히 6문항에서 기울기(slope)와 극한성(extremity) 측면에서 가장 명백한 차이점이 나타나고 있다. 이를 테면, 1요인 중 문항1 ‘입심 좋음/피상적 매력’과 문항2 ‘과도한 자존감’, 2요인 2중 문항16 ‘자신의 행동에 책임감을 못 느낌’ 그리고 3요인 중 문항9 ‘기생적 생활방식’, 문항13 ‘현실적이고 장기적인 목표부재’ 등이다.

다시 말해, 두 집단 간 똑 같은 점수(possibility)를 보일 때, 6개 문항은 (사이코패시) 특성 측면에서 유의미하게 (높던지 혹은 낮던지) 다르게 나타날 수 있다. 예를 들어, 한국 집단과 비교했을 때, 문항1 ‘과도한 자존감’과 문항13 ‘현실적이고 장기적인 목표 부재’ 기울기는 영국 집단에서 상대적으로 높은 변별력(discriminatory power)을 나타내고 있는 반면에 문항16 ‘자신의 행동에 대한 책임감을 못 느낌’은 상대적으로 낮은 변별력을 보이고 있어 영국 집단에서 진단과 관련성이 낮을 수 있다. 또한 그림1에 제시된 것처럼, 문항2 ‘과도한 자존감’과 문항7 ‘얕은 감정’은 변별력에서는 크게 차이가 나지는 않고 있다. 하지만 문항1과 문항2는 똑 같은 능력을 가지고 있더라도 밖으로 표출되는 정도(점수)가 상대적으로 한국이 영국보다 높아

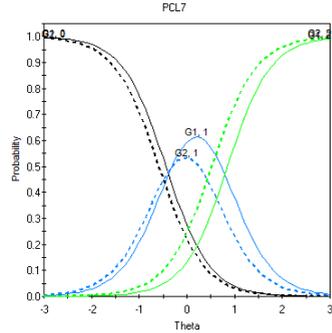
보였다. 이 점 또한 문화적인 특성에서 기인하는 것으로 보이는데 논의 부분에서 자세히 기술하도록 하겠다. 특이한 점은 문항16인데, [사이코패시] 증상의 정도가 강할수록 한국집단에서 두드러지게 높은 점수를 보이는 반면 낮아질수록 반대로 영국집단에서 높은 점수를 보였다. 그 이외의 문항(4, 5, 6, 9, 13, 14)에서는 전체적으로 영국집단에서 똑 같은 [사이코패시] 잠재적 특성 수준에서 높은 [평가; 확률] 점수를 보여 두 집단 간 문화적 차이를 반영하고 있는 것으로 보였다.

[그림 1] PCL-R 차별가능문항(DIF) 문항특성곡선(ICC)

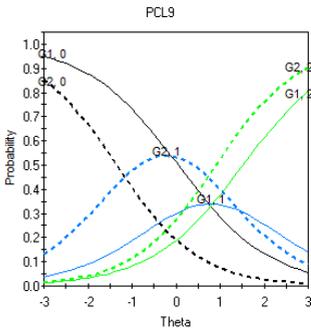




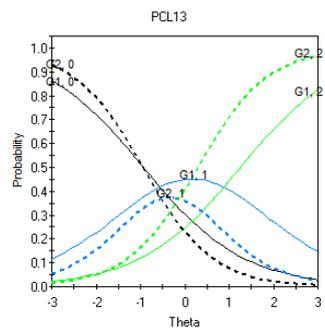
6. 후회 혹은 죄책감 결여



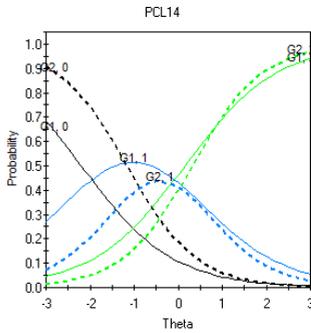
7. 얇은 감정



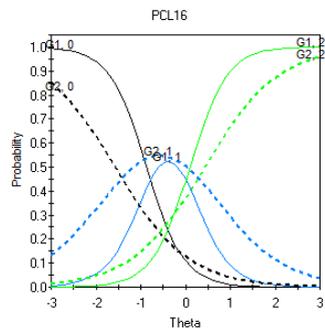
9. 기생적인 생활방식



13. 현실적이고 장기적인 목표 부재



14. 충동성



16. 자신의 행동에 대한 책임감 못 느낌

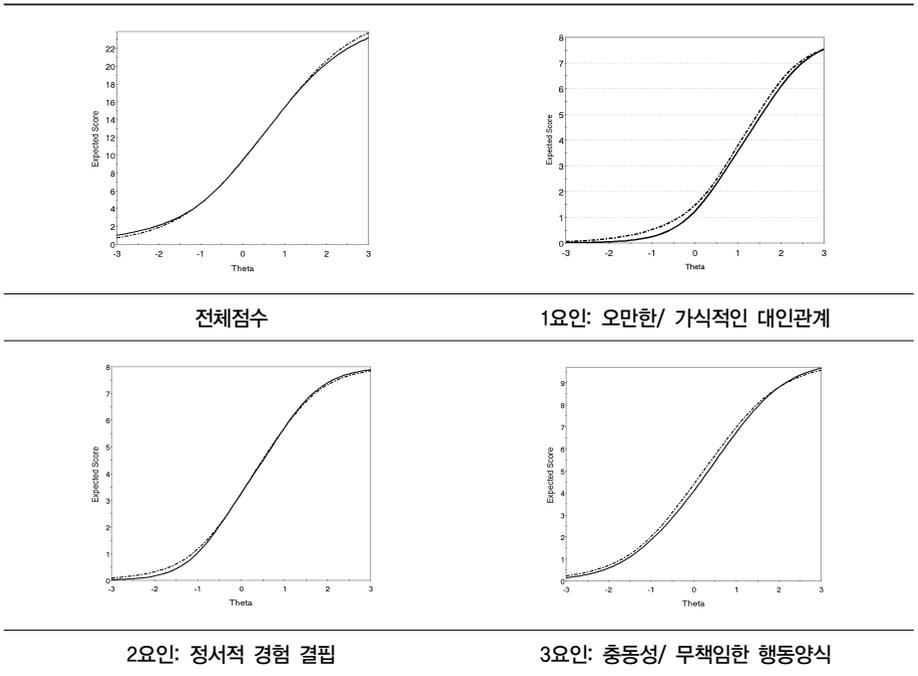
노트.. ICC Item Characteristic Curve: 한국(실선; G1) v. 영국(점선; G2)

[그림1]에 제시된 것처럼, 차별기능검사를 확인하기 위해 검사특성곡선(TCC)를

살펴보았다. 그 결과 잠재적 특성( $\theta$ )과 [PCL-R] 점수 간에 관련성이 양쪽 문화 간에 다소 차이가 있는 것으로 나타났다. 똑 같은 수준의  $\theta$ 를 기준으로 잠재적 특성 [혹은 특질]이 낮아질수록 영국집단보다 약간 높은 전체 점수를 획득하였고 반면 높아질수록 영국집단에서 상대적으로 높은 PCL-R 점수 분포를 보였다.

이와는 별도로 원점수 단위 수준에서 양 집단의 TCC 평균 차이를 나타내는 r-DTF(root-Differential Test Function; Roju, Van der Linden, & Fleeer, 1995)<sup>63)</sup>을 살펴보았다. 그 결과 r-DTF는 .164로 나타났고 평균 점수는 .111, 표준편차는 .015 그리고 효과는 .918이었다.

[그림 2] PCL-R 전체점수 특성곡선과 요인별 검사특성곡선(TCC)



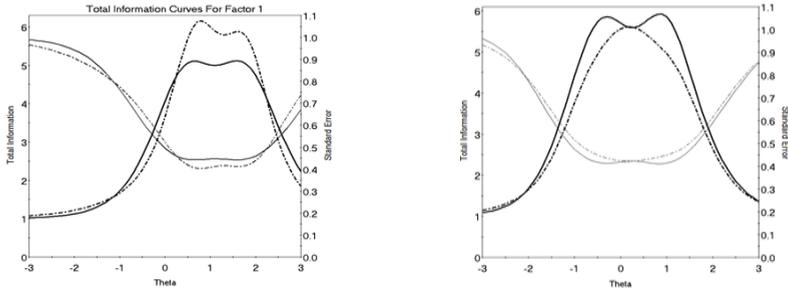
노트 TCC(Test Characteristics Curve): 검사특성곡선; 한국(실선; G1) v. 영국(점선; G2)

이와 함께, 각 요인별 TCC도 살펴보았다. [그림2]에서 제시된 것처럼, 집단과는

63) Roju, N. S., Van der Linden, W. J., & Fleeer, P. F. (1995). IRT-based internal measures of differential functioning of items and tests. *Applied Psychological Measurement, 19*(4), 353-368.

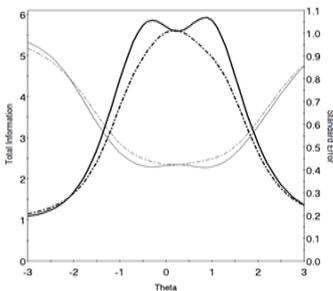
상관없이 요인2 TCC가 가장 변별력이 있는 것으로 나타나 변곡점에서 가장 가파른 기울기를 보였다. 반면, 요인1 TCC는 잠재특성 평균값이 가장 높은 수준에서 비교적 잘 변별하는 것으로 보였지만 낮은 수준에서는 변별력이 명확하게 나타나지는 않았다. 다시 말해, 대인관계 특질 혹은 관련 증상에서 높은 PCL-R점수를 보이고 있는 사람들을 대상으로 사이코패시를 측정할 때는 이 요인에서는 특별한 이점을 가질 수 있다고 본다. 요인3 TCC는 낮은 수준의 잠재적 특성에서는 상대적으로 가장 잘 변별하는 것으로 보였다. 전체적으로, 두 집단 간(한국 v. 영국) 문화적 차이 점 측면에서는 요인2가 가장 적은 반면, 요인1의 경우 가장 두드러져 보였고 요인3의 경우 다소 차이가 있는 듯 보였다. 특히 이런 패턴은 현재 학자들에 의해 추천되는 ‘진단 절단점(cut-off score)’ 주변의 점수 분포에서 더 확연하게 나타났다.

[그림 3] 요인별 정보함수곡선(IFC)



1요인: 오만한/ 가식적인 대인관계

2요인: 정서적 경험 결핍



3요인: 충동성/ 무책임한 행동양식

노트. 오목 선은 표준오차(SD)를 나타냄; 한국(실선; G1) v. 영국(점선; G2)

[그림 3]에서 제시된 것처럼, 측정도구(measurement)의 정확도(precision)에 대한 추정치를 제공하기 위해 각 요인별 정보함수(information function)를 계산했다. 정보함수는 개인능력을 측정하는데 문항 혹은 검사 유용성(개인을 정확히 구분; 예를 들어 어려운 문항[증상]은 고능력자 수준에서 유용하고 쉬운 문항[증상]은 저능력자 수준에서 유용)의 정도를 의미한다. 요인별 정보함수는 요인1은 4문항, 요인2는 4문항, 요인3은 5문항으로 각각 이루어져 있으며 각 문항 정보함수의 합을 나타낸다. 요인1의 경우 높은 잠재적 특성 수준에서는 가장 많은 정보를 제공하였다. 즉 요인1의 경우 사이코패시 증상이 비교적 높은 수준에서 정확히 사이코패시를 구분해 낼 수 있는 정보를 포함하고 있다. 이 ‘오만한/기만적인 대인관계 양식’은 한국보다는 영국 문화에서 더 많은 수준의 요인정보 유용성을 보였다.

요인2의 경우 중간 수준의 잠재적 특성 수준에서 가장 많은 정보를 제공하였다. 비록 ‘정서 경험 결핍’ 요인에서는 두 문화 간에 두드러진 차이는 보이지는 않지만 한국 문화에 상대적으로 높은 정보를 제공하고 있어 중간 수준의 사이코패시 특성을 구분해 내는데 더 유용할 것으로 보인다. 요인3의 경우는 다른 두 요인보다도 더 많은 항목을 포함하고 있음에도 불구하고 잠재적 특성 수준에 상관없이 많은 정보(상대적으로 낮은 수준의 정보)를 제공하지 못했다. 따라서 사이코패시 증상의 진단과 평가 과정에서 요인3에 대한 지나친 의존은 경계할 필요가 있다.

#### IV. 논의

본 연구를 통해, 한국과 영국 양 문화 간 일정부분 사이코패시 표상의 계량적 차이점이 존재하고 있음을 확인할 수 있었다. 문항반응이론을 통해 임상적 측면과 심리측정 측면에서 유의미한 내용을 담고 있는 비교·문화적 차이점을 발견할 수 있었다. 전체적으로 문항특성곡선과 검사특성곡선의 기울기 즉 문항과 검사점수의 변별력을 나타내는 지수인데 두 문화 간 유사한 패턴을 보여주고 있지만 분명 차이는 존재하였다. 뿐만 아니라 문항반응곡선과 검사반응곡선 절편, 즉 문항과 검사점수의 극한성 혹은 난위도를 나타내는 지표는 유의미한 수준에서 다소간의 차이가 있는

것으로 보였다. 개별적으로 난이도 모수(difficulty parameters)를 살펴 본 결과, 요인1에서 가장 큰 차이점을 보인 반면 요인2에서는 가장 작은 차이를 보였다. 전체 증상을 나타내는 모든 문항과 3개 요인들 그리고 검사특성곡선 등을 고려해 볼 때, 요인2가 두 집단 간에 가장 작은 차이점을 보인다. 이점은 앞선 대부분의 연구들과 상당부분 일치하고 있다(Cooke & Michie, 1999, 2001; Cooke, Kosson, & Michie, 2001; Cooke et al., 2005a, b; Shariat, 2010)<sup>64</sup>).

[임상] 진단적인 정보 측면에서는 문항특성곡선과 검사특성곡선의 기울기 모수 등을 종합해 보면 가장 변별력이 있는 증상이 모든 장애 수준에서 가장 높은 수준의 진단적인 정보를 주는 것으로 볼 수 있다. 두 집단에서는 공통적으로 요인2가 가장 좋은 변별력을 보여주고 있고, 요인1이 다음으로 높은 변별력을 마지막으로 요인3 ‘충동적 및 무책임한 행동 양식’이 가장 낮은 변별력을 수준을 보여주고 있다. 임상적 측면에서는 ‘정서성’ 증상이 일반적으로 가장 진단적인 증상으로 볼 수 있어 향후 법 임상 전문가들이 임상적 진단을 내릴 때는 정서성과 관련된 것들에 좀 더 주의를 기울일 필요가 있다고 본다. Susser (1973)과 Cooke 등 (1999)에서 주장한 것처럼 어떤 증상에서 차이가 발생하는 문화적 효과는 대인관계나 행동과 관련된 증상에서 가장 강하게 나타나는 반면 정서성과 관련된 증상은 가장 낮다고 제시한 바 있다<sup>65</sup>). 그리고 Weisz, Suwanlert 등 (1987)이 제기한 ‘문화촉진모델’(cultural facilitation model; McCarty, Weisz, Wanitromanee, Eastman et al., 1999)에 따르면 각 개별 문화 내 복합적인 사회화 과정이 대인관계 행동의 표현 내지는 발현을 형성하는데 영향을 주며 사회화와 문화화가 특정 형태의 행동과 성격장애를 형성을 촉진시키기도 하고 방해하기도 한다고 주장하였는데 이는 사이코패시가 문화 간 생활양식과 대인관계 측면에서의 차이를 설명할 수 있는 이론 혹은 모델로 적용되기도 한다<sup>66</sup>). 최근에는 아시아국 중에 이란 수용자와 영국수용자 집단 간에 문화반응

64) 앞의 논문들 참고.

65) Susser, M. (1973). Causal thinking in the health sciences concepts and strategies of epidemiology. In *Causal thinking in the health sciences concepts and strategies of epidemiology*. Oxford, England: Oxford University Press.

66) Weisz, J. R., Suwanlert, S., Chaiyasit, W., & Walter, B. R. (1987). Over-and undercontrolled referral problems among children and adolescents from Thailand and the United States: the wat and wai of cultural differences. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 55(5), 719;

이론을 적용하여 DIF를 분석한 연구도 있다. 여기에서는 가장 큰 차이점을 보이고 있는 요인은 요인1이었다(Shariat et al., 2010)<sup>67)</sup>.

## 1. 한국문화의 독특성과 사이코패시 발현.

본 연구에서 눈에 띄게 드러나는 차별기능문항은 6개 정도로 볼 수 있다. ‘입심 좋음/ 피상적 매력’, ‘과도한 자존감’, ‘기생적 생활방식’, ‘현실적이고 장기적인 목표 부재’, ‘충동성’, 그리고 ‘자신의 행동에 대한 책임감 못 느낌’ 등이 두 문화 간에 어느 정도 유의미한 수준에서 차이가 있는 것으로 보인다.

Hofstede 등 (1991)의 제시한 ‘문화차원이론’(cultural dimension theory; Hofstede, 2001, 2010)에 따른 한국의 문화적 특징을 영국과 비교했을 때 몇 가지 측면에서 두드러지게 차이가 남을 보고하고 있다. 첫째로 권력 거리와 관련된 부분인데 이는 일반(평범한) 사회 구성원들이 권력이 집단 내에서 불평등하게 분산되어 있음을 인지하는 정도를 말한다. 한국 사회에는 다분히도 위계적인 사회 체계를 보이고 있으며 그 시스템 속에 내재적 불평등함과 중심화를 허용적으로 인지하며 받아들이려는 경향성이 영국보다 훨씬 더 높다. 따라서 강한 집단주의 사회에서는 모든 사람이 개별 집단 내에서 책임감을 갖고 윗사람에 대한 위계적 사회관계를 지속해 주기를 기대 받게 된다. 이런 문화적 분위기는 타인에 대해 가식적인 태도 즉 과도한 자존감을 보이며 인상을 관리하거나, 아침 등을 위해 말을 많이 하거나, 피상적인 매력을 중시하는 등의 대인관계 양상 형성에 기여할 수 있다. 왜냐하면 이런 방식이 한국 사회에서는 가장 쉬우면서도 빠르게 사회적 유대감과 관계를 형성하는데 도움을 주기 때문 사회적으로 수용되거나 혹은 권장·지속·촉진(facilitate)되고 있는 바이다(Kitayama & Uchida, 2005)<sup>68)</sup>. 이런 측면은 서아시아 이란의 ‘타로

McCarty, C. A., Weisz, J. R., Wanitromanee, K., Eastman, K. L., Suwanlert, S., Chaiyasit, W., & Band, E. B. (1999). Culture, coping, and context: Primary and secondary control among Thai and American youth. *The Journal of Child Psychology and Psychiatry and Allied Disciplines*, 40(5), 809-818.

67) 앞의 논문 참조.

68) Kitayama, S., & Uchida, Y. (2005). Interdependent agency: An alternative system for action. *In Cultural and social behavior: The Ontario symposium* (Vol. 10, pp. 137-164). Lawrence

프'(Tarrof; Fathi, 2004)와 아주 유사하다고 볼 수 있는데 권위 있는 윗사람에 대해 친사회적인 방식으로 존경과 믿음을 표하기 위해 온갖 [특히 언어적 방식으로] 아침과 아부를 떠는 형식이다<sup>69)</sup>. Shariate 등 (2010)과 Billiound와 Joel (2015)의 연구에 따르면 이런 형태의 문화 특징은 한국 뿐 아니라 중국에서도 나타나고 있으며 일부 아시아 국가(타이완 등)에서도 권장되고 있다고 하였다<sup>70)</sup>.

두 번째로, 한국 사회는 영국보다 불확실한 상황에 직면하는 것에 대해 두려움을 더 느끼고 있다(Hofstede, 1991)<sup>71)</sup>. 한국은 OECD 33개 국가 중 국민들이 사회적 모호성을 피하려는 성향이 가장 높은 곳이기도 하다<sup>72)</sup>. 따라서 사회적 안정성이 개인 동기를 형성하는 데 아주 중요한 역할을 한다. 이를테면 개인의 일탈성과 관련된 충동성을 억압하는 방식으로 촘촘한 사회적 규칙을 만들어 규제하거나 기생적 방식으로 타인에게 피해를 입히거나 그렇게 생활하는 방식에 대해 견디기 힘들어 한다. 뿐만 아니라 장기 목적-지향성 즉 현재와 미래에 당면한 문제를 해결하려는 목적적 행동은 영국보다 훨씬 더 높다(Hofstede, 2010)<sup>73)</sup>. 따라서 세계에서 가장 실용적인 문화를 가지고 있으면서 장기적 계획과 책임을 아주 중요하게 생각한다. 이런 문화적 특징을 미덕으로 생각하는 국가에서는 자연히도 개별 행동에 대한 무책임함과 충동성을 그 잣대로 평가하며 사회로부터 억압시키거나 도태시키려는 경향성이 있다(Yamagishi, Hashimoto, & Schug, 2008)<sup>74)</sup>. 마지막으로 한국 사회는 개인의 욕구와 충동성을 통제하려는 수준 즉 사회적 느슨함(indulgence)이 영국보다 상당히 낮다(Hofstede, 2010). 이를테면 Hofstede 등 (1991)에 따르면 전 세계에서 한국이 가장 높은 수준의 사회적 제약(social restrains and rules)을 가하고 있으며 ‘다름’이나 ‘차이’를 바라보는 한국사회는 냉소주의와 비관주의로 일색 되어 있는 상황이라

---

KaErlbaum Mahwah, NJ

69) 앞의 논문 참조

70) Billioud, S. & Joel T. (2015). *The Sage and the People: The Confucian Revival in China*. Oxford University Press.

71) 앞의 논문 참조

72) Hofstede (1991). 앞의 논문 참조

73) 앞의 논문 참조

74) Yamagishi, T., Hashimoto, H., & Schug, J. (2008). Preferences versus strategies as explanations for culture-specific behavior. *Psychological Science*, 19(6), 579-584.

고 보고 하였다. 따라서 자율적으로 개별 욕구에 충실하거나 자아를 실현하는 사람을 사회적으로 허용하지 않으려는 경향성이 영국보다 훨씬 강해 집단적 경직성이나 비유동성이 강하다. 개인의 삶의 영역조차 사회적 규준과 잣대로 비교하며 재단하는 문화에서는 개인의 일탈적 행동과 관련된 충동성, 무책임성, 장기적인 목표 부재, 기생적 대인관계는 늘 억압되기 마련이다(Suh, Diener, Oishi, & Triandis, 1998)<sup>75)</sup>. 이런 주장은 다양한 연구를 통해 지지되어 오고 있다(Matsumoto, Kudoh, Scherer, & Wallbott, 1988)<sup>76)</sup>.

하지만, 일부 [사이코패시] 증상 [잠재적 특성] 중 기율기(ICC)가 비일관적인 (intersects; 교차되는) 패턴을 보이고 있는데, 이를테면 ‘자신의 행동에 대한 책임감을 더 못 느낌’의 경우 사이코패시 수준이 가장 높을 때 한국 집단의 사이코패시가 오히려 영국집단보다 더 [점수가] 높게 나타났고 ‘충동성’의 경우는 그 반대 양상을 보였다. 또한 차이는 거의 나타나지는 않지만 ‘병적인 거짓말’의 경우도 사이코패시 수준이 낮을 경우 오히려 영국보다 약간 높게 나타났다. 즉 일부 사이코패시 증상은 그 수준(높음 혹은 낮음)에 따라 집단에서 다르게 나타날 수 있는데 사이코패시를 진단하는 경우 비교·문화적인 맥락을 적절하게 고려하여 이를 해석할 필요가 있다.

## 2. 한국판 PCL-R 절단점과 제안

PCL-R 점수와 관련해서 영국 점수와 한국 점수 간에 직접적으로 대등하다 혹은 이와 유사한 유준에서 유사하다는 직·간접적인 증거를 찾을 수가 없었다. 문항반응 이론을 통해 분명 사이코패시를 평가하는 과정에 계량적 차이가 두 문화 간에 존재하고 있으며 이런 측면은 분명 통계적으로 유의미하거나 임상적으로 중요한 의미를 담고 있다. 특히 문항특성곡선(ICC)과 검사특성곡선(TCC), 소위 문항과 전체적 점수를 각각 나타내는 변별력 지수는 전체적으로 비슷한 패턴을 보이는 하지만 다

75) Suh, E., Diener, E., Oishi, S., & Triandis, H. C. (1998). The shifting basis of life satisfaction judgments across cultures: Emotions versus norms. *Journal of personality and social psychology*, 74(2), 482.

76) Matsumoto, D., Kudoh, T., Scherer, K., & Wallbott, H. (1988). Antecedents of and reactions to emotions in the United States and Japan. *Journal of Cross-Cultural Psychology*, 19(3), 267-286.

른 패턴을 보이는 것도 분명했고 더 나아가 절편(난위도와 극한성)의 경우도 문화 간에 유의미한 차이가 나타나고 있다. 또한 [사이코패시] 잠재적 특성(latent trait) 측면에서 똑같은 수준(equivalent standing)을 고려해 볼 때, PCL-R 전체점수, 요인별 점수와 문항 점수에서 한국 집단이 비교적 낮은 수준을 보였다(Cooke & Michie, 1999). 특히 두 집단 간 차별기능검사(DTF)는 전체 점수에서는 비교적 작아보였는데 요인1과 요인3이 가장 커 보였고 상대적으로 요인2는 두 집단 간에 안정적으로 나타나는 것 같았다. 따라서 이는 비교·문화적 측면에서 문화적 편견이 관찰될 수도 있음을 시사한다고 볼 수 있다. Cooke과 동료들(1999; 2005a; 2007)에서 주장한 바와 같이 북미와 영국 간에도 똑같은 잠재적 특성 수준을 고려해 볼 때 영국집단이 북미집단보다도 낮은 전체점수, 요인점수, 문항점수를 보였다고 제시하였다. 이를 테면 우리와 결과의 비슷하게도 요인1과 요인3에서 가장 많은 차이점이 발생한 반면 요인2 증상에서는 상대적으로 안정적인 값을 보여 주었다.

따라서 국내에서 기존 연구에서 제시하고 있는 절단점 혹은 기준점인 26점 혹은 25점은 현재 영국(유럽)에서 사용하고 있는 25점<sup>77)</sup>에(유럽에는 공식적인 절단점이 없음) 비해 오히려 높거나 동일하다. 하지만 3문항을 제외한 10문항에서 차별기능 문항이 존재하고 이 중 문항1과 2를 제외한 나머지 문항에서 확률(점수가)이 낮게 분포한다는 사실은 영국이 적용하고 있는 절단점과 비교할 때 최소한 2점 이상을 낮추어야할 가능성을 강하게 제기한다고 본다. 현재 한국에서 사용하고 있는 절단점은 재범예측률을 보고 선정하고 있지만 이는 한국과 유럽, 북미에서 나타나는 개별 문항의 비교·문화적 차이를 고려하지 않았다는 한계점이 있을 수밖에 없다.

최근 연구(Patrick et al., 2009; Cooke et al., 2004)에서는 PCL-R의 절단점이나 사이코패시 평가에서 기준점을 두는 것에 상당한 회의를 제기하고 있다<sup>78)</sup>. 특히 PCL-R의 경우 일차원성적(unidimensional) 개념이라고 보다는 다분히도 다차원적

77) 영국에서 사이코패시를 연구하는 선두자적 학자인 David Cooke와 Michie 등과 대화(2017.11.18)에서 이전 문헌과 본인의 연구에 따르면 사이코패시 절단점으로 25점을 사용하고 있다고 함; 하지만 이 점수는 다분히도 연구자마다 구분이 다르며 임의적인 측면이 강해 중요한 의미를 두지 않고 있다고 함.

78) Patrick, C. J., Fowles, D. C., & Krueger, R. F. (2009). Triarchic conceptualization of psychopathy: Developmental origins of disinhibition, boldness, and meanness. *Development and psychopathology*, 21(3), 913-938.

(multidimensional) 개념을 띄고 있을 뿐 아니라 범주(category)가 아닌 차원(dimensional)적인 의미를 담고 있어 단순 전체 단일 점수로 나타낼 경우 특별한 의미를 담아 낼 수 없다는 점이다. 사이코패시 요인과 단면에 따라 똑 같은 점수를 보이는 사이코패스라도 그 특성과 유형이 확연히 다르게 발현될 수 있는 것인데 기존의 절단점 제시는 오히려 사이코패시의 다양한 해석과 그 가능성을 지나치게 제한하게 된다는 부작용이 동시에 존재하고 있다. 이에 대한 대안으로 학자들에 의해 다른 도구들이 제시되고 있다(예, CAPP, TriPM).

### 3. 결론 및 시사점

국내에서 사이코패시를 측정하고 있는 대표적인 도구인 PCL-R은 임상현장에서 2008년 타당화가 되어 사용된 지 10여년이 지나고 있다. 하지만 이 도구는 북미 특히 대단위 캐나다 수용자 집단을 통해 만들어진 평가도구이기 때문에 동·서양 간 문화적 차이가 있음은 부인할 수 없다. 현재 20개 문항 중 어떤 문항이 차별기능문항인지 또 그런 현상을 설명할 수 있는 이론적 토대가 뭔지를 살펴보는 데 어려움이 있다. 국내에서 오염변인을 찾아 통제하지 않는다면 사이코패스를 진단하는 과정에서 사이코패스 성향을 [과소 혹은 과대] 추정할 가능성이 분명 존재하게 된다. 특히 기존의 연구(대표적으로 Hart & Storey, 2013; Cooke et al., 2005; Skeem & Cooke, 2005)를 보면 PCL-R의 4단면(반사회성과 관련된 7개 문항)이 재범예측과 가장 관련성이 있을지 모르지만 사이코패스를 진단해 내는 데 있어 그 정보력(정확성)이 떨어질 뿐 아니라 기존문헌이 제시하는 사이코패시 개념과 문항 관련성이 가장 떨어진다고 볼 수 있다<sup>79)</sup>. 반대로 사이코패스와 밀접하게 관련된 정서성 이를테면 ‘불안감’, ‘걱정’, ‘두려움’ 등과 관련된 정보력이 높은 문항은 PCL-R 문항에서 빠져 있다. 일각의 연구에서는 순환론적(tautology error) 오류 제시하며 결국 반사회적 행동이 사이코패시 특성으로 인해 발생될 수 있는 행동적 혹은 결과론적 측면 이라며 성격장애로 인해 발생될 수 있는 행동에 지나치게 의존하는 연구흐름에 주

79) Hart, S. D., & Storey, J. E. (2013). Clinical and forensic issues in the assessment of psychopathy; Cooke, D. J., Michie, C., Hart, S. D., & Clark, D. (2005). Searching for the pan-cultural core of psychopathic personality disorder. *Personality and Individual Differences*, 39(2), 283-295.

의를 가져야 한다고 지적하고 있다(Skeem & Cooke, 2010a, 2010b<sup>80</sup>).

결국 사이코패시 속성이 강하더라도 반사회성이나 범죄성이 떨어지게 되면 당연히 PCL-R을 기준으로 볼 때 사이코패시가 아닐 가능성이 높게 되고 설령 사이코패시 특성이 낮더라도 반사회성과 범죄성이 강하게 나타난다면 사이코패스일 가능성이 높아지게 된다. 본 연구자의 임상 경험에서도 사이코패시와 반복되는 면담 과정을 통해 경험적으로 확인하고 있는 바이다. 따라서 정서성이 사이코패스 특성을 설명하는 정보력이 강하고 문화 간 차이가 거의 나타나지 않기 때문에 임상가가 요인 2에 보다 많은 주의를 기울일 것을 권고 하며 사이코패시를 진단 할 경우 PCL-R 이외의 다른 진단도구도 함께 고려할 것을 추천한다(대표적으로 PPI-R; Lilienfield & Widows, 2005; 한국판 PPI-R, 이수정과 박혜영, 2009). 또한 다소 상향화 되어 있는 국내 PCL-R 절단점인 25점을 2-3점 낮춰 적용할 것을 권고하는 바이다<sup>81</sup>).

마지막으로, 교정 등 심리치료 장면에서 활동하는 [법]임상가들이 PCL-R을 사용하는 경우, 일률적으로 점수를 더해 사이코패스 인지 아닌지 분류학적 측면에 초점을 두지 않기를 바란다. 각 개별 문항이 사이코패시의 독특한 특성을 의미 있게 전달하기 때문에 다차원적 입장에서 개별 증상을 해석할 필요가 있다. 더군다나 기존 PCL-R의 채점 방식은 해당 증상의 특성(trait)과 수준(function impairment)을 심각하게 건파운딩(confounding) 시키기 때문에 증상별 심리치료의 효과성을 살펴보는 데 제한점이 있을 수 없다<sup>82</sup>). 따라서 심리치료의 효과와 증상의 반응성 등을 알아보기 위해서는 특정 기간(처치고려) 경과 후 사이코패시 특질의 변화를 알아볼 수 있는 사이코패시 성격장애종합평가(CAPP; Cooke et al., 2012) 등을 활용할 것을 권고한다<sup>83</sup>).

80) Skeem, J. L., & Cooke, D. J. (2010a). Is criminal behavior a central component of psychopathy? Conceptual directions for resolving the debate. *Psychological assessment*, 22(2), 433; Skeem, J. L., & Cooke, D. J. (2010). One measure does not a construct make: Directions toward reinvigorating psychopathy research—reply to Hare and Neumann (2010b).

81) Lilienfield, S. O., & Widows, M. R. (2005). PPI-R: Psychopathic Personality Inventory-Revised. Psychological Assessment Resources, Incorporated.

82) Hart & Storey, 앞의 논문 참고.

83) Cooke, D. J., Hart, S. D., Logan, C., & Michie, C. (2012). Explicating the construct of psychopathy: Development and validation of a conceptual model, the Comprehensive Assessment of Psychopathic Personality (CAPP). *International Journal of Forensic Mental Health*, 11(4), 242-252.

## 참고문헌

- 고려진, 손세림, 한상국, & 이수정. (2016). 재범 추적을 통한 한국판 PCL-R 의 예 측타당성 연구. *형사정책연구*, 27(2), 263-291.
- 성태제. (2001). *문항반응이론의 이해와 적용*. 서울: 교육과학사.
- 성태제. (2005). *교육 평가*.
- 이수정 (2013). 재범방지를 위한 범죄자 처우의 과학화에 관한 연구. 서울: 형사정책연구원.
- 이수정, 고려진, & 김재경. (2009). 한국판 Psychopathy Checklist-Revised (PCL-R) 의 구성타당도 연구. *한국심리학회지: 사회 및 성격*, 23(3), 57-71.
- 이수정, 이동길, & 위희정. (2015). 한국인을 대상으로 한 PCL-R 2, 3, 4 요인 모형 타당성 검증. *한국범죄학*, 9(2), 3-32.
- 조은경, 이수정 (2008). “한국판 표준화, PCL-R 전문가 지침서” 『심리검사연구소』, pp 259-295.
- 최이문, 강태경, & 조은경. (2014). 미국 법원에서 심리학 도구 (사이코패시 체크리스트, PCL-R) 의 역할에 대한 연구 (2005~ 2012). *형사정책연구*, 25(4), 375-414.
- American Psychiatric Association. (2000). *Diagnostic and statistical manual, 4th edn, Text Revision (DSM-IV-TR)*. American Psychiatric Association, Washington.
- Arieti, S. (1963). Psychopathic personality: Some views on its psychopathology and psychodynamics. *Comprehensive Psychiatry*, 4(5), 301-312.
- Arrigo, B. A., & Shipley, S. (2001). The confusion over psychopathy (I): Historical considerations. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 45(3), 325-344.
- Berrios, G. E. (1996). *The history of mental symptoms: descriptive psychopathology since the nineteenth century*. Cambridge University Press.
- Billioud, S. & Joel T. (2015). *The Sage and the People: The Confucian Revival*

- in China*. Oxford University Press.
- Boduszek, D., & Debowska, A. (2016). Critical evaluation of psychopathy measurement (PCL-R and SRP-III/SF) and recommendations for future research. *Journal of Criminal Justice*, 44, 1-12
- Boduszek, D., & Debowska, A. (2016). Critical evaluation of psychopathy measurement (PCL-R and SRP-III/SF) and recommendations for future research. *Journal of Criminal Justice*, 44, 1-12.
- Buss, A. H. (1966). *Psychopathology*. New York: Wiley.
- Cai, L., Thissen, D., & du Toit, S. H. C. (2011). *IRTPRO for Windows* [Computer software]. Lincolnwood, IL: Scientific Software International.
- Cleckley, H. (1976). *The mask of sanity* Mosby, St. Louis, Mo.
- Cooke, D. J. & Logan, C. (2015). Capturing clinical complexity: Towards a personality-oriented measure of psychopathy. *Journal of Criminal Justice*, 43(4), 262-273.
- Cooke, D. J. & Michie, C. (1997). An Item Response Theory evaluation of Hare's Psychopathy Checklist. *Psychological Assessment*, 9, 2-13
- Cooke, D. J., & Michie, C., Hart, S. D., & Clark, D. A. (2005a). Assessing psychopathy in UK: concerns about cross - cultural Generalizability. *The British Journal of Psychiatry*, 186, 335-341.
- Cooke, D. J., Kosson, D. S., & Michie, C. (2001). Psychopathy and ethnicity: Structural, item, and test generalizability of the Psychopathy Checklist—Revised (PCL-R) in Caucasian and African American participants. *Psychological assessment*, 13(4), 531
- Cooke, D. J., Michie, C., Hart, S. D., & Clark, D. A. (2004). Reconstructing psychopathy: Clarifying the significance of antisocial and socially deviant behavior in the diagnosis of psychopathic personality disorder. *Journal of personality disorders*, 18(4), 337-357.
- Cooke, D. J., Michie, C., Hart, S. D., & Clark, D. A. (2005b). Searching for the

- pan-cultural core of psychopathic personality disorder. *Personality and Individual Differences*, 39, 283-29.
- Fathi, N. (2004). Taarof [Electronic version]. *Open democracy*. Retrieved September 24, 2007, from [http://www.opendemocracy.net/arts/article\\_2117.j](http://www.opendemocracy.net/arts/article_2117.j).
- Hare, R. D. (1991). "The Hare Psychopathy Checklist-Revised." Toronto, Ontario, Canada: Multi-Health Systems.; Hare, R. D. (2003). "The Hare Psychopathy Checklist-Revised(2nd ed.)." Toronto, Ontario, Canada: Multi-Health Systems.
- Hart, S. (2012). New Direction for the psychopathy treatment. 2<sup>nd</sup> Bergen Conference on the Treatment of Psychopathy. Bergen, Norway; Hart, S. (2015). Violence in Korea. Annual KPA conference. Seoul, Korea.
- Hart, S. D. (2009). Psychopathy, Culpability, and Commitment. *Mental Disorder and Criminal Law*, 159.
- Hart, S. D., & Cooke, D. J. (2007). Antisocial Personality Disorder. In E. Smonsén, E. Ronningstam, & T. Millon (Eds.), *WPA/ISSPD educational program on personality disorders (pp. 60-66)*. Geneva, Switzerland: World Psychiatric Association. Retrieved from [www.wpanet.org/education/docs/isspeduprogrammarch07](http://www.wpanet.org/education/docs/isspeduprogrammarch07).
- Hart, S. D., & Storey, J. E. (2013). Clinical and forensic issues in the assessment of psychopathy.
- Hart, S. D., Cox, D. N., & R [obert] D. Hare. (1995). *The Hare psychopathy checklist: Screening version (PCL: SV)*. MSH-Multi-Health Systems, Incorporated.
- Hobson, J., & Shines, J. O. H. N. (1998). Measurement of psychopathy in a UK prison population referred for long-term psychotherapy. *The British Journal of Criminology*, 38(3), 504-515.
- Hofstede, G., Hofstede, G. J., & Minkov, M. (1991). *Cultures and organizations: Software of the mind* (Vol. 2). London: McGraw-Hill; Cooke D. et al. 앞의 연구 참고

- Karpman, B. (1961). The structure of neurosis: With special differentials between neurosis, psychosis, homosexuality, alcoholism, psychopathy, and criminality. *Archives of Criminal Psychodynamics*, 4, 599 - 646.
- Kitayama, S., & Uchida, Y. (2005). Interdependent agency: An alternative system for action. In *Cultural and social behavior: The Ontario symposium* (Vol. 10, pp. 137-164). Lawrence Erlbaum Mahwah, NJ
- Markus, H. R., & Kitayama, S. (1994). A collective fear of the collective: Implications for selves and theories of selves. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 20(5), 568-579.
- Marshall, L. A., & Cooke, D. J. (1999). The childhood experiences of psychopaths: A retrospective study of familial and societal factors. *Journal of Personality Disorders*, 13(3), 211-225.
- Matsumoto, D., Kudoh, T., Scherer, K., & Wallbott, H. (1988). Antecedents of and reactions to emotions in the United States and Japan. *Journal of Cross-Cultural Psychology*, 19(3), 267-286.
- McCarty, C. A., Weisz, J. R., Wanitromanee, K., Eastman, K. L., Suwanlert, S., Chaiyasit, W., & Band, E. B. (1999). Culture, coping, and context: Primary and secondary control among Thai and American youth. *The Journal of Child Psychology and Psychiatry and Allied Disciplines*, 40(5), 809-818.
- McCord, W., & McCord, J. (1964). *The psychopath: An essay on the criminal mind*.
- Ng, F. F. Y., Pomerantz, E. M., & Deng, C. (2014). Why are Chinese mothers more controlling than American mothers? "My child is my report card". *Child development*, 85(1), 355-369.
- Patrick, C. J., Fowles, D. C., & Krueger, R. F. (2009). Triarchic conceptualization of psychopathy: Developmental origins of disinhibition, boldness, and meanness. *Development and psychopathology*, 21(3), 913-938.

- Raine, A. (1993). *Psychopathology of crime*. Elsevier Science.; Raine, A., & Yang, Y. (2006). Neural foundations to moral reasoning and antisocial behavior. *Social cognitive and affective neuroscience*, 1(3), 203-213;
- Levenson, M. R., Kiehl, K. A., & Fitzpatrick, C. M. (1995). Assessing psychopathic attributes in a noninstitutionalized population. *Journal of personality and social psychology*, 68(1), 151.
- Roju, N. S., Van der Linden, W. J., & Fleer, P. F. (1995). IRT-based internal measures of differential functioning of items and tests. *Applied Psychological Measurement*, 19(4), 353-368.
- Samejima, F. (1997). Graded response model. In *Handbook of modern item response theory* (pp. 85-100). Springer New York; McDonald, R. P. (1999). *Test theory: A unified treatment*. Mahwah, NJ: Erlbau.
- Shariat, S. V., Assadi, S. M., Noroozian, M., Pakravannejad, M., Yahyazadeh, O., Aghayan, S., & Cooke, D. (2010). Psychopathy in Iran: A cross-cultural study. *Journal of personality disorders*, 24(5), 676.
- Shou, Y., Sellbom, M., & Han, J. (2016 b). Development and Validation of the Chinese Triarchic Psychopathy Measure. *Journal of Personality Disorders*, 30(4), 436-450.
- Shou, Y., Sellbom, M., & Xu, J. (2017). Psychometric Properties of the Triarchic Psychopathy Measure: An Item Response Theory Approach. *Personality disorders: Theory, Research, and Treatment*. DOI: 10.1037/per0000241.
- Skeem, J. L., Edens, J. F., Camp, J., & Colwell, L. H. (2004). Are there ethnic differences in levels of psychopathy? A meta-analysis. *Law and Human Behavior*, 28, 505-527.
- Sohn, J. S., & Lee, S. J. (2016). Investigating two-, three-, and four-factor structures of the Korean PCL-R in serious offenders. *International journal of offender therapy and comparative criminology*, 60(6), 725-738;
- Sohn, J. S., Lyons, P., Menard, S., & Lee, S. J. (2017). Testing the three-and

- four-factor models of the Korean version PCL-R as predictors of two antisocial outcomes - recidivism and risk. *Psychology, Crime & Law*, 23(5), 472-486.
- Suh, E., Diener, E., Oishi, S., & Triandis, H. C. (1998). The shifting basis of life satisfaction judgments across cultures: Emotions versus norms. *Journal of personality and social psychology*, 74(2), 482.
- Susser, M. (1973). Causal thinking in the health sciences concepts and strategies of epidemiology. In *Causal thinking in the health sciences concepts and strategies of epidemiology*. Oxford, England: Oxford University Press.
- Tay, L., Meade, A. W., & Cao, M. (2015). An overview and practical guide to IRT measurement equivalence analysis. *Organizational Research Methods*, 18(1), 3-46.
- Thissen, D. (1991). *Multilog User's Guide (Version 6)*. Mooresville, IN: Scientific Software; Thissen, D. & Steinberg, L. (1997). *A response model for multiple-choice items* (pp. 51-65). Springer New York.
- Ullrich, S., Paelecke, M., Kahle, I., & Marneros, A. (2003). Categorical and dimensional assessment of “psychopathy” in German offenders. Prevalence, gender differences and age factors. *Der Nervenarzt*, 74(11), 1002-1008.
- Uno, T. (1991) *Chinese Ideology*, Translated by H. Park. Seoul, South Korea: Daewon .
- Waller, N.G., Thompson, J. S. & Wenk, E. (2000). Using IRT to separate measurement bias from true group difference on homogenous and heterogeneous scales: an illustration with the MMPI. *Psychological Methods*, 5, 125-146.
- Weisz, J. R., Suwanlert, S., Chaiyasit, W., & Walter, B. R. (1987). Over-and undercontrolled referral problems among children and adolescents from Thailand and the United States: the wat and wai of cultural differences. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 55(5), 719.
- Werlinger, H. (1978). *Psychopathy: A History of the Concepts: Analysis of the*

Origin and Development of a Family of Concepts in Psychopathology  
(Doctoral dissertation, Acta Universitatis Upsaliensis).

World Health Organization. (1992). The ICD-10 classification of mental and  
behavioural disorders: clinical descriptions and diagnostic guidelines (Vol.  
1). World Health Organization.

Yamagishi, T., Hashimoto, H., & Schug, J. (2008). Preferences versus strategies  
as explanations for culture-specific behavior. *Psychological Science*, 19(6),  
579-584.

## The Generalizability of PCL-R based on IRT: How the psychopath is shaped in Korean culture?

Sea, Jong-han\*·Lee, Soo-jung\*\*·David J. Cooke\*\*\*

The current study aimed to analyze the metric equivalence of PCL-R between UK and Korea. Until now, many previous studies has also reported that psychopathy ratings of offenders among other countries made using PCL-R were not metrically equivalent with each other, finding differential item functions. In this study, we evaluated the cross-cultural validity of psychopathic personality disorder by comparing ratings from a number of Korean offenders to those from United Kingdom. Overall, the findings suggested the presence of a significant culture bias in PCL-R ratings. For example, cross-cultural stability was comparatively highest for symptoms related to deficient affective experience (factor2), suggesting that they may be the pan-cultural core for the disorder as well as provide highest information to distinguish the psychopath in Korea. These results may have cultural implications for the cross-cultural comparison research based on the PCL-R and the clinical and diagnostic application of the PCL-R in Korea.

❖ Keyword: Psychopathy, IRT, Cross-cultural, Measurement problems, PCL-R

투고일 : 11월 27일 / 심사일 : 12월 15일 / 게재확정일 : 12월 15일

\* Correspondence author: Senior researcher, Mental Health, Law, and Policy Institute, Department of [Forensic] Psychology, Simon Fraser University.

\*\* Professor, Dept. of Forensic Psychology, Kyonggi University.

\*\*\* Professor. Dept. of Psychology, Glasgow Caledonian University.



## 하트(H.L.A. Hart)의 형법학방법론 : 형벌의 일반적 정당화와 법치주의의 관점에서

김대근\*

### 국 | 문 | 요 | 약

법실증주의자이면서 분석법학자로서 하트의 법철학은 초기 저작인 『법의 개념』을 통해 분명하게 널리 알려져있다. 그러나 역시 법실증주의자이자 분석법학자로서 하트의 형법학은 의외로 연구가 되어 있지 않은 편이다. 형법학자로서 하트는 ‘인과관계’이라는 철학적 주제가 법학의 중요한 문제임을 체계적으로 제시한 최초의 영미법학자이다. 동시에 하트는 일련의 책임에 대한 논의를 통해 개인의 책임의 의미와 영역, 그리고 이를 통한 국가 형벌의 정당성과 한계를 제시하려고 하였다. 이처럼 하트가 천착한 두 개의 개념인 ‘인과관계’와 ‘책임’ 개념은 그의 형법학을 이해하는 주요한 인식 방법이다. 초기 인과관계에 대한 이론적 성찰을 거쳐 (개인의) 책임에 대한 관심을 보이는 것은 궁극적으로 그 책임을 개인에게 부담시키기 위한 정당성과 한계를 모색하기 위한 것이었고, 이러한 관점에서 하트 형법학 방법론의 주요 관심은 (책임) 귀속의 한계와 정당성을 탐색하는 것이었다. 그리고 (책임) 귀속의 한계와 정당성에 대한 관심은 궁극적으로는 법치국가 내에서 자유주의 형벌의 정당성과 한계를 추구하는 작업이기도 하다.

한편 하트는 형벌의 목적(일반적인 정당화 작업)과 형벌의 분배 문제를 뚜렷하게 구분함으로써 형벌의 기능적일 수 있는 가능성의 전체를 구축하고자 하였다. 하트에게 형벌은 복수의 발로 라고 할 수 있는 응보가 아니라 장래의 총체적 불법을 예방할 수 있는 공리주의적인 것이다. 그의 공리주의적인 형벌 이념을 일관되게 적용하다보면 경우에 따라 당혹스러운 결과를 도출할 수도 있다. 오늘날 모든 (형사)재판의 근본적인 목적은, 실제적 진실을 발견하여 그에 상응하는 법 적용을 통해 정의를 실현하는 것을 이념으로 한다는 점, 때문에 장래의 총체적 불법을 예방해서 우리 모두의 삶의 질과 공공선이 확보될 수 있다면 감수할 수 밖에 없는 희생이 불가피하다는 현실적 고려를 해보면 하트의 형벌 이념은 설득력을 갖는다.

더 나아가 하트는 형사법에서 주관적인 요소들을 강조함으로써 나쁜 결과에서 형벌의 정당성을 찾는 결과불법을 비판하고, 개인이 스스로 판단하고 결단해서 행위할 수 있는 자유의 의의를 강조하였다는 점에서 오늘날 자유주의 형벌의 중요한 이론을 제시하였다고 할 수 있다. 인과관계에 대한 철학적 분석을 통해 법에서 책임 귀속의 철학적 가능성을 일찍부터 강조하였던 점, 형벌의 목적을 분명하게 제시함으로써 법치국가 형벌의 정당성과 한계를 분명히 밝혔다는 점, 이를 통해 법치국가에서 법의 역할과 기능의 한 가능성을 제기했다는 점에서 하트의 형법 이론은 오늘날 민주적 법치국가의 중요한 법이론으로서 성찰할 필요가 크다고 할 것이다.

- ❖ 주제어 : 하트, 법의 개념, 개념 분석, 법학방법론, 형법학방법론, 형벌과 책임, 인과관계, 책임, 귀속, 형벌의 정당성, 응보주의, 공리주의, 형벌의 일반적 정당화 목적, 예방, 형벌의 분배, 범의, 이중결과 교리, 형벌의 도덕성, 법의 지배

\* 한국형사정책연구원 연구위원, 법학박사

## I. 하트의 법학방법론

### 1. 개념과 개념 분석

통상 “개념(Concept)”이라는 용어는 “우리가 의문을 제기할 때 가능한 상황을 표현한 단어”<sup>1)</sup>라고 서술되며, 이 때 “X”를 사용하여 개념 X를 나타내려고 할 때, 우리는 개념 X를 구성하는 가능한 상황의 집합이 어떠한 방식으로든 일관성이 있거나 조직되었다고 내재적으로 주장한다. 즉 X 집합의 구성원  $x_1 \dots x_n$ 이 단순하게 같은 표식인 “X”를 사용하는 것이 아니라 서로 깊은 관련성을 맺고 있다는 것이다. 우리는 이 집합을 통해 어느 정도의 형식을 만들어 낼 수 있다. 집합 안에 어느 정도 완성된 내재적 구조가 있으며 그 구조를 통해 특정 사례들을 연결시킨다고 보는 것이다.

이러한 점에서 개념 분석이라는 것은 “개념”이란 용어를 암시적으로 사용할 때 제공되는 공통된 기본속성(혹은 다른 관계)을 확인하거나 발견하는 방법이다.<sup>2)</sup> 예컨대 개념 분석적 방법에 따르면 오스틴(John Austin)이 서술하는 법의 개념을 보다 기본적인 어휘 순으로 나열하면, 질서(order), 주권(sov<sup>e</sup>reign), 그리고 위협(threat)일 것이며, 하트는 1차(primary) 규칙 및 2차(secondary) 규칙이라는 어휘를 갖는다고 할 것이다. 일반적으로 X의 개념 분석은 개념을 더욱 근본적 특징으로 분석하여 무엇이 X를 X로 “만드는”지에 대한 이론을 제공하기 위한 시도라고 할 수 있다.<sup>3)</sup>

1) Frank Jackson, *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis* (Clarendon Press, 2000), p.34

2) Ian P. Farrell, H.L.A. Hart and the Methodology of Jurisprudence, *Texas Law Review*, Vol. 84, No. 983, 2006, p. 997-998

3) 하트의 비판자들, 예컨대 로널드 드워킨과 스테판 페리는 법 개념에 대한 분석이 철학의 핵심 분야에서 사용되는 똑같은 방법과 도구에도 적용될 수 있는가의 여부에 의심을 품는다. 자세한 내용은 Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, (Oxford University Press, 2003), p.175

## 2. 하트의 법의 개념

하트는 “법이란 무엇인가?”라는 질문에 “비록 명확한 정의라고 인정되는 것이 있다 할지라도 그것이 만족할 만한 답변을 줄 수 없다는 점은 명백”하다고 한다.<sup>4)</sup> 그렇지만 하트는 “법”이 개념을 나타낸다고 믿었다. 용어가 지칭하는 다양한 사례를 연결하는 관계들이 있으며, 그럼으로 법학의 집요한 질문에 대한 “답변의 일반적인 부분을 구성하는 중심요소의 집합을 분류하고 특정 짓는 것이 가능”<sup>5)</sup>하다고 본 것이다. 하트에게서 법의 개념에 대한 분석의 목적은 단순히 사전적 편집(lexicographical)을 통해 의미를 전달하는 것에 그치는 것이 아니라 궁극적으로 법에 대한 우리의 이해를 높이는 것이었다. 예컨대, “숙련된 법률가조차도 그들이 법을 알지만 법에는 많은 어떤 것이 있고 또한 법이 다른 것과 어떤 관계를 가지는가에 대해 설명할 수 없고 충분히 이해하지도 못한다는 것을 느낀다”는 하트의 말은 스스로의 문제의식 일단을 보여준 것이다.<sup>6)</sup>

자신의 방법론을 설명한 『법의 개념』 초판의 서문과 재판의 후기에도 상술하였지만, 하트는 “의무를 부과하는 규칙(1차 규칙), 권한부여 규칙(2차 규칙), 승인의 규칙(rules of recognition), 변화의 규칙, 규칙의 수용(acceptance of rules)<sup>7)</sup>, 외적 내적관점, 외적 내적진술, 그리고 법 가용성”과 같은 더욱 근본적인 개념들과의 관계들로부터 법에 대한 이해를 시도하고 있다. 여기서 하트 이론의 핵심은 법은 일종의 게임 규칙과 구조적으로 유사한 규칙 시스템으로 보는데 있다. 규칙들은 상호보완적인 기능을 가진 서로 다른 종류의 것으로 이루어져있다. 예컨대 ‘1차 규칙’은 직접적으로 행동을 통제하는 것이며, 형법은 1차 규칙의 가장 전형적인 예이다. ‘2차 규칙’들은 1차 규칙의 변경, 해석, 식별의 기능을 한다. 2차 규칙의 예로는 헌법

4) 하트(오병선 역), 『법의 개념』 (아카넷, 2001) 21쪽

5) 하트(오병선 역), 『법의 개념』 (아카넷, 2001) 21쪽

6) 하트(오병선 역), 『법의 개념』 (아카넷, 2001) 18쪽

7) 하트에게는, 규칙 수용은 “내적 관점”을 갖는 것과 관련이 있다. 내적 관점을 취하는 자들은 규칙들을 “안내”로 사용하고 규칙의 위반을 “적대감의 이유”라고 취급한다. 하트는 “수용하고 자발적으로 협동하며 규칙을 유지하는” 자들과 “규칙들을 거부하고 오로지 가능한 처벌의 신호로서 외적 관점에서 돌보는” 자들 사이의 긴장 상태를 설명하고 있다. Abner S. Greene, *Against Obligation*, (Harvard University Press, 2012), p. 90

부터 계약, 결혼, 유언 형성에 대한 법까지 다양한 범위를 아우른다. 하트에게서 이러한 규칙들은 순수하게 사회적 사실에 근거하는 궁극적인 규범이다. 결국 법학의 열쇠는 이 두 가지 유형 규칙의 결합 속에 존재하고 있는 것이다.<sup>8)</sup> 이러한 규칙들의 체계가 무엇인지-어떠해야 하는지를 묻는 것이 아니라-를 탐구한다는 점에서 실증주의, 특히 법실증주의라고 부를 수 있다.

이러한 일련의 과정에서 하트는 기존의 법실증주의와 대립각을 보였던 자연법 요소를 최소한도로 인정하고, 『법의 개념』에서 제시했던 ‘승인의 규칙’에 도덕적 기준도 포함될 수 있다는 ‘편입 테제’를 제창하여, 배제적 법실증주의와 포함적 법실증주의 간의 논쟁을 불러오기도 하였다. 하지만 결론적으로 기존의 법실증주의 이론들을 종합하여 그 이론들이 가지는 문제점을 보완하는 합리적인 방향을 제시하였다는 평가를 받는다. 특히 하트는 군주의 명령으로서의 법 개념이라는 초기 실증주의에서 벗어나, 규칙의 체계로서의 법 개념을 발전시키면서, 궁극적으로는 세속적이고 민주적인 시대에서의 법의 사회적 현실에 부합하는 법이론을 전개하고자 하였다. 규칙의 체계라는 하트의 법 개념은 군주의 명령 이론보다 현대 민주주의에 내재된 권력의 비인격적인 개념에 더욱 적합하다는 평가를 받는다.<sup>9)</sup>

## II. 하트의 형법 이론의 지평

### 1. 형법학자 하트의 인식과 관심

주지하다시피 하트의 법철학은 오스틴(John Austin)과 비트겐슈타인(Ludwig Wittgenstein), 켈젠(Hans Kelsen), 그리고 공리주의자로서 벤담(Bentham)의 영향을 크게 받았다. 이러한 점에서 하트의 법학방법론의 두 기둥은 분석철학, 특히 화용론(pragmatism)을 비롯한 언어철학과 공리주의라고 할 수 있다.<sup>10)</sup>

8) 하트(오병선 역), 『법의 개념』 (아카넷, 2001), 108쪽

9) Nicola Lacey, A Life of H.L.A. Hart: *The Nightmare and the Noble Dream*, (Oxford University Press, 2006), An Outsider on the Inside 부분 참조; 같은 취지로는 Scott J. Shapiro, *Legality*, (Belknap Press, 2013), p.44

이러한 법이론적 배경을 바탕으로 하트가 초기에 천착한 현실적이고 구체적인 법의 문제는 인과관계(causation)에 대한 것이었다. 가장 유명한 『법의 개념』은 하트가 옥스퍼드 대학 법학 교수로 임용되었던 해인 1952년부터 집필하기 시작하여 1961년에 출간된 것이지만, 그 이전에 출간된 것으로 주목해야 할 성과는 오노레(Tony Honoré)와 공동집필한 *Causation in the Law*(1959)이다. 이 책의 문제의식과 방법을 통해 하트는 ‘인과관계’이라는 철학적 주제를 법의 중요한 문제로 가져온다. 후술하겠지만, 이후의 일련의 형사법 관련 논문을 통해 하트는 국가 형벌의 정당성과 한계와 개인의 자유와 책임의 관계를 모색함으로써, 오늘날 영미 형벌의 주요 원리와 이념의 기초를 확립하였다. 더 나아가 인과관계에 대한 하트의 관심은 형사책임을 개인에게 귀속시키기 위한 정당성과 한계로서 의미를 갖는다. 일련의 형사법 논문에서 하트의 일관된 관심은 (개인의) 책임과 형벌의 정당성이고, 이러한 관계를 설명하는 핵심 용어는 초기 논문의 제목에서 사용된 ‘귀속(歸屬, Ascription)’이라고 할 수 있다.<sup>11)</sup>

## 2. 하트의 형법 이론사

법실증주의자이면서 분석법학자로서 하트의 법철학자는 초기 저작인 『법의 개념』에서 분명하게 드러나있고, 또 이 책을 통해 널리 알려져있다. 그러나 역시 법실증주의자이자 분석법학자로서 하트의 ‘형법학’ 내지 ‘형벌 이론’은 의외로 연구가 되어 있지 않은 편이다. 하트는 초기 「책임 귀속과 권리」(The Ascription of Responsibility and Rights)<sup>12)</sup>을 비롯해서 수개의 형법 논문과 *Law, Liberty, and Morality*<sup>13)</sup>와 *The*

10) 하트의 방법론은 20세기 분석철학과 제레미 벤담에서 이어지는 법학 전통 사이를 잇는 가교역할을 하는 것이라는 평가가 가능하다. 하트의 벤담 연구로는 H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, (Oxford University Press, 1982) 참조.

11) 노이만(Neumann)은 하트를 인용하면서 책임의 문제는 결국 귀속의 문제임을 시사한다. “형법상 책임의 확정에서는 존재하고 속성을 인식하는 것이 아니라 책임을 귀속시키는 행위가 관건이 되기 때문입니다. 처벌 받는 사람은 형법적으로 책임을 확인하는(verantwortlich ist) 것이 아니라 귀속 또는 문책을 당하는(verantwortlich gemacht werden) 것입니다. 이러한 사실을 엄밀하게 분석한 영국의 법철학자 허버트 라이오넬 하트(Herbert Lionel Hart)의 용어로 말하자면, 책임을 인정하는 행위는 서술적(deskriptiv) 행위가 아니라 귀속적(askriptiv) 행위입니다.” Neumann, *Korea Hauptvortrag*, 2015, Nr. 7. 9 (번역은 김영환 교수님 제공)

*Morality of the Criminal Law: Two Lectures*<sup>14)</sup>은 (형)법의 도덕성과 해악의 원칙을 다룬 저서로부터, 자신의 형법 논문들을 재구성해서 출간한 *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*<sup>15)</sup>가 있으며, 넓게는 오노레(Tony Honoré)와 함께 법에서의 인과관계를 다룬 *Causation in the Law*<sup>16)</sup>를 통해 형법학자로서의 모습을 본격적으로 보여주었다. 특히 주목할 성과는 하트의 *Punishment and Responsibility*이다. 이 책에서 하트는 응보주의와 대항하면서 공리주의적 형법관을 면밀하게 제시하며, 특히 영미 형사법에서 범의(mens rea)<sup>17)</sup> 등과 같은 주관적 요소를 강조하면서 개인의 자유의 영역을 확보하고 법치국가의 중요한 내용으로서 형벌의 정당성과 한계를 보여주고자 하였다.

하트의 형법 이론이 이미 ‘하트-풀러’ 그리고 ‘하트-데블린’ 논쟁을 통해 전개되어 온 것처럼, 그 형법 이론 특히 형벌에 대한 문제의식은 이른바 ‘하트-우튼’ 논쟁을 통해 보다 정교해진다. 실제로, 하트의 *Punishment and Responsibility*(이하 『형벌과 책임』이라고 함)의 후반부는 응보주의자인 바비라 우튼(Barbara Wootton)의 주장에 대한 반박에 할애되어 있다. 우튼은 강력한 응보주의자로서 결과 책임(내지 엄격 책임<sup>18)</sup>)을 강조하며,<sup>19)</sup> 잉글랜드<sup>20)</sup> 형사법에서 형사 책임의 정신적 및 심리적

12) In Gilbert Ryle & Antony Flew (eds.), *Proceedings of the Aristotelian Society* (Blackwell, 1951), pp. 171-194

13) H.L.A. Hart, *Law, Liberty, and Morality*, (Stanford University Press, 1963), 우리나라 번역으로는 이경관 역, 『법, 자유, 도덕: 인간의 존엄과 가치의 창출』(나남출판, 1996) 참조.

14) H.L.A. Hart, *The Morality of the Criminal Law: Two Lectures*, (The Magnes Press, 1965)

15) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 1975 및 2008)

16) H.L.A. Hart, & Tony Honore, *Causation in the Law*, (Oxford University Press, 1959 및 1985)

17) 보통법(common law)에서 범죄가 성립하려면 일반적으로 범의(mens rea)와 범죄행위(actus reus)가 모두 충족하여야 성립한다고 보았다. 범의는 범죄를 저지를 의도, 즉 정신적인 면을 의미한다. 다만 일부 범죄는 예외로서 범의 없이 범죄행위만으로도 성립할 수 있으며, 현대 미국의 모범형법전(Model Penal Code)에서 정의하는 범의는 보통법상의 범의 개념과 약간 차이가 있다.

18) 엄격책임은 미국법상 범죄의 성립요건 중 하나인 주관적 성립요건이 충족되지 않은 경우에도 범죄의 성립을 인정하는 법리이다. 즉, 범죄 행위 당시의 고의 혹은 정신상태를 의미하는 범의(mens rea)를 요구하지 않는다. 민사상 재산권 침해행위에 있어서 과실여부와 무관하게 그 책임을 인정하는 데에서 시작된 이 법리는 오늘날 불법행위법에서 광범위하게 인정되고 있으며, 1800년대부터 형사사건에도 적용되기 시작하였다. 한편 예외적으로 주관적 요건 없이도 엄격책임을 통해 범죄의 성립을 인정하기 위해서는 범의에 관한 문언이 존재하여야 한다는 관례도 존재하나, *Staples v. United States*에서 문언이 존재하지 않더라도 엄격책임 법리를 적용할 수 있다고 판시하였다. 엄중

요소가 포기되어야 한다고 주장하였다.<sup>21)</sup> 이에 하트는 형법과 형벌을 더 이상 응보의 수단으로만 볼 수 없다고 주장한다. 법이 갖는 예방적 기능에 주목하는 것이다. 예컨대 착오 혹은 우연히 발생한 사건에 대해서까지 (형사) 책임을 지게 하는 법체계라면 자신의 삶에서 법의 간섭을 배제할 개인의 능력이 현저히 저하될 뿐만 아니라, 법이 개입하는 시기에 대해서도 예견하기가 어려울 것이다.<sup>22)</sup> 따라서 법의 제재에 대한 부담이 개인의 의지에 좌우되도록 하는 자유주의 법체계는, 스스로의 선택으로 미래의 운명을 결정하는 개인의 힘을 최대화 할 뿐만 아니라, 법의 개입으로부터 개인이 자유로울 수 있는 공간을 미리 찾아내는 능력 또한 최대화하고자 한다. 이러한 하트의 논리는 법의 지배(rule of law) 이념과 밀접한 상관성을 갖는데, 자세한 내용은 후술한다.

### 3. 하트의 형벌이론에서 두 개의 인식 방법과 귀결

하트가 천착한 두 개의 개념인 ‘인과관계’와 ‘책임’ 개념은 그의 형법학을 이해하는 주요한 인식 방법이다. 그리고 하트는 인과관계에 대한 규명을 통해 책임의 ‘귀속’에 주목하게 된다.

#### 가. 인과관계와 책임의 관련성

언급한 것처럼 본격적인 형법학자로서 하트의 주요 관심사는 인과관계(causation)

---

책임이라 번역하기도 한다.

- 19) 특히 Barbara Wootton, *Social Science and Social Pathology* (George Allen & Unwin, 1959) 및 *Crime and the Criminal Law* (Stevens, 1963) 참조.
- 20) 연합왕국(Unted Kingdom) 내 잉글랜드와 웨일스 지방의 법. 스코틀랜드 지방은 별도의 법을 가지고 있다. England(English)를 흔히 ‘영국(영국의)’로 번역하나, 잉글랜드는 통상 England law의 사법권이 미치는 지역인 잉글랜드 지방을 의미한다.
- 21) *Crime and the Criminal Law*에서 우튼은 법적 책임 조건으로서 범의를 제거하는 것을 명확히 한다. 그녀에게서 엄격책임은 미래를 위한 모형으로 칭송되는 개념이다.(op. cit., pp. 46~57).
- 22) “개인이 자기의 삶을 계획함으로써 형법의 개입을 피한다는 이념은, 하트의 공정성 논거를 낳는데 이바지 하였다”는 평가에 대해서는 Nicola Lacey(장영민 역), 『국가형벌론- 정치적 원리와 공동체 가치』(원제: State Punishment), (한국형사정책연구원, 2013), 216쪽.

와 책임 개념(liability 및 responsibility. 하트는 특히 후자인 responsibility에 대한 관심을 강조한다)<sup>23)</sup>이다. 이 두 개념은 서로 긴밀한 상관관계를 갖는다. 왜냐하면 책임을 귀속시키기 위해서는 서로 다른 두 개의 사물 내지 현상에 대한 내적 상관성에 대한 탐구가 불가피하기 때문이다. 하트는 ‘처벌은 범죄에 상응해야 한다’(Punishment should fit the crime)고 강조하기 때문에<sup>24)</sup>, 어떤 개인의 행위 특히 잘못에 대해서, 그의 주관적, 정신적 상태로부터 의도, 인식, 예견가능성 등이 존재해야지만 처벌에 대한 부담을 지을 수 있게 된다. 인과관계에 대한 연구에서 하트는 사회적 사실로서 존재하는 인과관계에 대한 자연주의적 태도를 지양하고(반 자연주의), 또한 (형사) 책임 개념에 대한 일상언어적인 탐구를 통해, 형벌 부담에 대한 형사법의 중요한 요소로서 범의를 비롯한 책임(능력) 같은 주관적, 정신적 요소를 강조하였고, 이를 통해 책임의 분배에만 주목하는 응보주의 대신 장래 불법의 예방을 형벌의 목적으로 내세우기에 이른다.(공리주의적 태도)

## 나. 인과관계 작업 개관

1959년의 *Causation in the Law*에서 하트와 오노레의 핵심 테제를 거칠게 요약하면 다음과 같다. ① 반사실적인 분석의 결과로서 원인은 적어도 그것의 결과에는 필요 조건이다.(또는 아마도, NESS 조건이다.)<sup>25)</sup> ② 그렇다고 원인이 필수적인 조건은 아니다. 도리어, 어떤 사건의 발생에 필요 조건‘들’의 과잉으로부터 벗어나서,

23) 영미형사법에서 책임으로 번역되는 주요 용어는 liability와 responsibility이다. 일반적으로 liability는 범행의 경중과 형벌 사이의 비례성을 의미하는 개념이다. 헌법재판소가 “형사법상 책임원칙은 기본권의 최고이념인 인간의 존엄과 가치에 근거한 것으로, 형벌은 범행의 경중과 행위자의 책임 즉 형벌 사이에 비례성을 갖추어야 함을 의미한다”(헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12)라고 할 때 책임(원칙)에 가까운 것이다. 또한 강학상 “형벌은 책임원칙이 보안처분에는 비례성 원칙이 적용된다”라고 할 때의 책임 개념도 liability에 가까운 것이다. 반면 responsibility는 우리 형법 제9조 내지 제10조에서 규정하고 있는 것과 같은 책임(능력)의 개념이다.

24) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), pp.25, 161-169

25) H.L.A. Hart and Tony Honoré, *Causation in the Law* (2nd ed, Oxford: Clarendon Press, 1985). 두 번째 편에서는 많은 변화가 있었는데, 대개는 Tony Honoré의 관점을 따른 것이다. 자세한 것은 Honoré, ‘Necessary and sufficient conditions in tort law’, in David Owen (ed), *Philosophical Foundations of Tort Law* (Oxford: Oxford University Press, 1995)와 비교할 것.

오직 두가지 종류만이 원인으로써 합당하다. 자유롭고, 알려지고, 자발적인 사람들의 행위, 그리고 말그대로 ‘우연의 일치’로써 언급하는 자연적 사건들의 이상한 결합은 우리가 (단순한 ‘배경 조건들’과 비교해서) ‘원인’으로써 두드러지고 적합한 필수적인 조건들의 두가지 종류들이다. ③ 그러한 자발적인 행위와 이상한 자연적 사건들은 주어진 결과를 야기한다. 만약 몇몇 다른 자발적인 인간의 행위 또는 이상한 자연적 사건들이 첫 번째 그러한 사건과 이것의 범죄적인 결과 사이에 개입하지 않는다면, 이와 같은 두드러진 사건들은, 인과적인 연결들의 촉매제인 것만큼이나 (‘개입하는 원인들’) 인과적인 연결의 해체자이다.

#### 다. 책임이론의 구성

형법으로 행동을 금지하는 것과 특정한 경우에 개인에게 형사 책임을 묻는 것은 다른 차원의 문제이다. 책임을 묻기 위해서는 위에서 언급한 바의 연관성, 즉 인과관계를 요한다. 한편 책임이 있는 누군가는—유용하지만 오해의 소지가 있는 비유법을 들자면<sup>26)</sup> 선을 넘는—금지된 행동을 해야 한다. 이 요건은 때로 범죄 행위(actus reus)라 불린다.<sup>27)</sup> 범죄행위 그 자체는 행위자가 금지된 선을 넘고 있다는 것을 아는 것을 요구하지는 않지만, 일반적인 경우에서 범죄 행위(actus reus)의 발생만으로는 충분치 않다. 사람에게 형사상 책임을 물으려면 범죄행위에 더해서 추가 조건이 충족되어야 한다. 하트에 따르면 이러한 추가조건의 대부분은 세 분류로 나눌 수 있다.<sup>28)</sup> ① 정신적 또는 심리적 조건 ② 행동과 피해 사이의 통상의 또는 다른 형태의 연관성 ③ 사람에게 형벌의 책임을 지게 하는 관계’ 하트는 언급한 세 가지 것들 모두가 ‘책임의 기준’으로 고려된다고 한다.

26) Robert S. Summers, “Reviewed Work: Punishment and Responsibility by H.L.A. Hart,” *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 19, No. 4 (Autumn, 1969), pp. 644

27) 보통법(common law)에서 범죄가 성립하려면 일반적으로 범의(mens rea)와 범죄행위(actus reus)가 모두 충족하여야 성립한다고 보았다. 범죄 행위는 법에서 금지하는 행위를 실행하거나 의무행위를 하지 않은 것, 즉 물질적인 면을 의미한다. 보통은 범의와 범죄행위 모두 만족해야 범죄가 성립하지만, 일부 범죄는 범죄행위만으로도 성립할 수 있다.

28) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), pp.217-218

## 라. 책임 문제에서 귀속의 문제

이와 같이 책임은 정신적 또는 심리적 조건을 전제하기 때문에 책임 ‘능력’이라 부르는 것이 행위자에게 요구된다. 궁극적으로 이러한 능력은 이해, 추론, 행위 통제 능력이다. 다시 말해, 법 규정이나 도덕성에서 요구하는 행위가 무엇인가 이해하는 능력, 이러한 요건과 관련하여 숙고하고 결론에 도달할 수 있는 능력, 그리고 정해지면 결론에 순응하는 능력인 것이다.<sup>29)</sup> 이러한 관점에서는 정신질환자와 어린이에게는 ‘책임 능력’이 없다는 결론이 도출된다.

이처럼 초기 인과관계에 대한 이론적 성찰을 거쳐 (개인의) 책임에 대한 관심을 보이는 것은 궁극적으로 그 책임을 개인에게 부담시키기 위한 정당성과 한계를 모색하기 위한 것이었고, 이러한 관점에서 하트 형법학 방법론의 주요 관심은 (책임) 귀속의 한계와 정당성을 탐색하는 것이었다. 하트에게서 책임을 인정하는 행위는 서술적(deskriptiv) 행위가 아니라 귀속적(askriptiv) 행위라는 지적은 타당한 것이며, 실상 하트의 형벌이론은 궁극적으로 책임의 ‘귀속’으로 귀결된다고 해도 과언은 아니다.<sup>30)</sup> 더 나아가 (책임) 귀속의 한계와 정당성에 대한 관심은 궁극적으로는 법치국가 내에서 자유주의 형법의 정당성과 한계를 추구하는 작업이기도 하다.

## 4. 『형벌과 책임』의 체계 구성의 연대기

형법학자로서 하트의 문제의식은 응보주의 및 결과책임(엄격책임)이 범죄를 예방

29) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.217

30) 김영환, 제5장 지능형 로봇과 법철학적·형사법적 쟁점, 『법과학을 적용한 형사사법의 선진화 방안(VI)』, (한국형사정책연구원, 2016), 322쪽. 특히 각주 598). 이 논의에서는 법개념이라는 것이 “일정한 목적을 달성하기 위한 수단이며 따라서 그 개념은 항상 고정될 필요는 없다”는 힐겐도르프(Hilgendorf)의 견해를 인용하면서 “타인의 사회적 행위에 의한 결과물이므로 책임을 인정할지 여부는 적어도 부분적으로는 타인에 의해 결정된다는 것”을 전제로 로봇의 행위와 그 결과에 대해 로봇에게 책임을 귀속할 수 있다는 견해를 소개한다. 같은 책 321~322쪽. 그러나 김영환은 형벌은 행위에 대한 비난을 본질로 하기 때문에 “도덕적 비난을 하기 위해서는 자율적 결정을 내릴 수 있는 능력이 있다는 것만으로는 부족하고 이런 능력 이외에 자율적 결정을 ‘선’과 ‘악’의 범주를 기준으로 해서 내릴 수 있는 능력까지도 필요”하거, 따라서 개별 인간만이 책임능력을 지닐 수 있다는 결론을 도출한다. 같은 책, 327쪽.

하거나 억제하는데 아무런 기여를 하지 못하다는 점에서, 장래의 불법 예방이라는 형벌 목적을 달성시키기 위해 기존의 형사법을 정교하게 발전시키는 것이었다. 그러한 이유에서 초기에는 범죄의 구성요소로서 먼저 범의와 같은 주관적 요건에 대한 연구를 심화하고, 특히 책임 감정의 항변이 성공 했을 때 모살<sup>31)</sup>을 고살<sup>32)</sup>로 낮추는 당시의 잉글랜드의 1957년 법 개정(Homicide Act of 1957)<sup>33)</sup>을 비판하기도 하였다. 더 나아가 추정컨대, 하트는 법 규정이나 도덕성에서 요구하는 행위가 무엇인가 이해하는 능력, 이러한 요건과 관련하여 숙고하고 결론에 도달할 수 있는 능력, 그리고 정해지면 결론에 순응하는 능력을 강조함으로써<sup>34)</sup> 형벌 부과에 있어서 ‘책임 능력’과 ‘자발성’에 대한 요건에 더하여, ‘정신적 혹은 심리적 기준’을 강조하게 되었을 것으로 짐작된다. 이와 같은 짐작은 후술하는 것처럼, 하트의 형법 논문의 연대기적 구성을 탐색함으로써 가능하다.

### 가. 주제에 따른 구성

『형벌과 책임』은 총 9개의 장으로 구성되어 있다. 제1장(형벌 원칙에 대한 서론)과 제2장(법률상 책임과 면책) 및 제3장(모살과 형벌 원리: 잉글랜드와 미국)은 각각 범의론(犯意論)에 대한 것, 제4장(의지에 따른 행동과 책임), 제5장(의도와 형벌) 및 제6장(과실<sup>35)</sup> 범의, 그리고 형사 책임)은 각각 형사책임의 구체적 요건들에 대한 분석, 제7장(형벌과 책임 조각)과 제8장(변화하는 책임 개념)은 책임의 정신적

31) 영미법은 우리와 달리 살인죄를 두 유형으로 구분하고 있으며, 그 중 모살은 의도적인 살인행위를 의미한다. 모범형법전에서는 ‘목적적으로 또는 의도적으로 살인의 결과를 가져오는 행위’라 규정하고 있다. 모살은 1급 모살과 2급 모살로 구분되는데, 1급모살의 경우에만 사형의 대상이 된다.

32) 고살(故殺)은 모살(謀殺)과 같은 의도적 계획 하에 이루어진 살인행위는 아니나 살인이라는 위험을 감수한 경우를 의미한다. 즉 우발적인 살인과 과실치사의 경우라 할 수 있다. 고살은 의도적 고살과 비의도적 고살로 나뉜다. 의도적 고살의 경우 모살에 의도적 살인, 즉 모살에 해당하나 감경이 된 경우라 할 수 있으며, 비의도적 고살은 침해의 의도가 존재하지 않은 경우이다.

33) ‘Homicide Act 1957’은 1957년에 국왕의 재가를 받아 발효된 살인에 관한 법이라는 의미이다. 잉글랜드 법은 이렇게 법령 끝에 입법 연도가 붙는 형식을 취한다.

34) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.227

35) negligences는 태만히 한 경우를 의미하는 것으로서, 과실로 번역이 되고 있다. 그러나 recklessness 개념의 존재를 고려할 때, 우리 형법상 과실과 같은 개념이라기 보다는, 위험에 대한 인식이 존재하지 않는, 즉 인식없는 과실에 해당한다고 봄이 적절하다.

요건에 대한 설명, 그리고 제9장(후기: 책임과 응보)은 책임과 응보에 대한 여러 맥락에 따른 의미들을 다룬다.

## 나. 시간에 따른 구성

『형벌과 책임』은 약 10년간 하트가 작성한 논문을 주제별로 재구성한 것인데, 이를 시기순으로 배열하면 다음과 같다.

먼저 제2장 「법률상 책임과 면책」은 1957년 2월 9일과 10일 뉴욕 철학학회(New York Institute of Philosophy)가 발표한 첫 연례논문집을 참고해 훅(Sidney Hook)이 편집한 『결정론과 자유』(「Determinism and Freedom」, 1958)로 먼저 출간되었다. 제3장 「모살과 형벌 원리: 잉글랜드와 미국」은 『노스웨스턴 대학교 법률 리뷰』(Northwestern University Law Review)의 제52권 제4호(1958)를 재출간한 것이고, 제1장 「형벌 원칙에 대한 서론」은 1959년 10월 19일 아리스토텔레스 학회(Aristotelian Society)의 기초강연에서 발표된 것을 다시 출간한 것이다. 한편 제4장 「의지에 따른 행동과 책임」은 마셜(O. R. Marshal)이 편집한 『세필드 대학교 법학부 기념 강의를록』(The Jubilee Lectures of the Faculty of Law, University of sheffield, 1960)에서 가져와 재출간한 것이고, 제6장 「과실, 범의, 그리고 형사 책임」은 게스트(A. G. Guest)가 편집한 『옥스퍼드 법학 에세이』(Oxford Essays in Jurisprudence, 1961)에 실린 글이며, 제7장 「형벌과 책임 조각」은 런던에 있는 킹스 칼리지(King's College)가 1961년 5월 16일 열었던 홉하우스 기념재단 강연(Hobhouse Memorial Trust Lecture)에서 발표한 것이다.

제8장 「변화하는 책임 개념」은 1964년 예루살렘의 히브리 대학교(Hebrew University)에서 발표한 두 번의 라이어널 코헨 강연(Lionel Cohen Lectures)을 바탕으로 『형법의 도덕』(The Morality of the Criminal Law, 1965)에 실린 것이고, 제5장 「의도와 형벌」은 1967년 2월 발간한 『옥스퍼드 리뷰』(Oxford Review) 제4호, 그리고 제9장 「후기: 책임과 응보」 첫 부분은 책임에 관한 것으로, 『계간 법률 리뷰』(Law Quarterly Review, 1967) 제83권에 실렸던 것이다. 다만 하트가 초기에 작성한 「책임 귀속과 권리」(The Ascription<sup>36</sup>) of Responsibility and Rights)는 여러 비판에 따른 견해 수정으로 수록하지 않았다.

일련의 논문 순서를 통해 확인할 수 있는 바, 하트의 관심은 형벌을 귀속하기 위한 가장 중요한 요소로서 범의와 같은 주관적 요소를 시작으로 점차 책임 및 책임의 주관적 요소에 대한 천착으로 그 관심을 발전시키고 있음을 확인할 수 있다.

### Ⅲ. 형벌의 정당성

#### 1. 형벌 정당성의 필요

‘형사 범죄의 본질’에 대한 논의에서 하트는 형벌의 즉각적인 목적은 특정 행위를 해서는 안 되는 것임을 사회에 알리는 것이어야 하고, 또한 그러한 행위가 확실히 덜 일어나도록 하는 것임을 강조한다. 동시에 하트는 이러한 것이야말로 “어떤 행위를 형사 범죄가 되도록 하는 보편적이지자 즉각적인 목적이고, 이러한 일차적 목적이 있도록 하는 법이 있기 전에는 ‘범죄(crime)’란 개념과 ‘범죄자(criminal)’란 개념은 결여되어 있는 것”이라고 한다.<sup>37)</sup> 이러한 목적을 분명히 하는 것을 하트는 형벌의 도덕성이라는 측면에서 형벌의 ‘정당화’(justification) 작업이라고 한다.

“제도의 도덕성이 도전을 받을 경우, 별도의 정당화를 요구하게 된다... 모두 별도의 질문을 구별하지 못하거나 한 가지 원칙만 참조해 그것에 대답하려고 시도한다면 이는 혼란으로 귀결될 뿐이다... 이를 우리는 ‘정의’(definition), ‘일반적인 정당화 목적’(general justifying aim), ‘분배’(distribution)의 문제로 부를 수 있으며 마지막

36) 당연히 “ascription”이라는 단어는 사건을 묘사하는 것이 아니라, 그것에 대한 책임을 설명하기 위한 것이다. ‘A는 B를 찼다’와 같은 인과적인 동사의 유명한 분석에서, 하트는 우리는 자연스러운 연결을 묘사하지 않는다고 주장했다 (예를 들면, A는 B의 몸에 접촉이 있는 것을 야기했다); 도리어, 우리는 B의 몸에 닿는 접촉에 대한 책임을 A에게 귀속시킨다. 만약 pre-Austin 발화행위 분석의 일 부분이 사실이라면, 인과적인 (동일하게, 인과관계의 용어들은) 책임에 대한 결론을 표현하기 위해서 사용되는 표지일 것이다. 그러한 용어들은 누군가에게 책임을 부과하는 것에 대한 정당화하는 영역일 실제적인 관계를 이름 붙이지는 않을 것이다. Michael S. Moore, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, (Oxford University Press, 2010), p.90

37) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.6

은 ‘자격’(title)과 ‘양’(amount)의 질문으로 세분화된다.”<sup>38)</sup>

하트에게서 형벌에 대한 모든 형태의 정당화 작업은, 다른 여하간의 정당화 작업과 마찬가지로, 세상을 어떻게 보다 나은 곳으로 만들어줄 것인지 또는 적어도 어떻게 더 이상 악화되는 것을 피하게 해줄 것인지 설명한다는 의미에서 미래 지향적이다. 형사처벌은, 하트의 일반적인 정당화 목적으로서 미래의 잘못을 최소화하는 데 초점을 맞추는 한편, 동시에 분배의 주요 규칙(또는 하트가 빈번하게 명명하였듯이, 정의의 주요 규칙)으로서 자유의 극대화를 향해 있다. 물론, 이 두 방향은 때로 대립 상태에 놓일 수도 있다. 하트는 전자 즉 미래의 잘못(장래의 불법)을 최소화하는 것을 형벌의 가장 주요한 목적으로 두면서도, 후자 즉 형벌의 분배도 중요하게 간주하되 후자는 절대적이지는 않은 제약을 가한다는 관점을 취한다. 다시 말해 하트는 응보는 “응보 사상의 쇠퇴”<sup>39)</sup> 그리고 이런 것을 “우리가 당연히 버려야 할”<sup>40)</sup> 발상, 즉 무가치한 것으로 인식하는 경향이 있지만, 일정 부분 “분배로서의 응보”<sup>41)</sup>라는 측면을 수용하고 있다.

## 2. 형벌의 일반적 정당화 목적

이처럼 하트에게서 형벌은 미래의 불법 내지 범죄를 예방하는 것을 목적으로 하고, 이러한 목적이야말로 형법과 형벌의 도덕성을 담보하는 것이다. 이러한 목적을 하트는 “형벌의 일반적 정당화 목적”(a general justifying aim)이라고 강조한다.

그렇다면 형법은 어떠한 방식(수단)으로 범죄 예방 기능을 수행함으로써 일반적 정당화 목적을 달성할 수 있을까. 첫째, 일부 잠재적 부정행위자(wrongdoers)는 범

38) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p. 3-4

39) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.180

40) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p. 181

41) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p. 9

죄를 이유로 유죄 판결을 받거나 형벌을 예견함으로써 혹은 두 가지 모두에 의해 도덕적 오명을 초래한다는 예견에 따라 의식적으로 억제된다. 둘째, 일부는(의식적으로 억제되는 것과는 대조적으로) 그들이 인지하고 있는 형벌의 일상적 집행에 의해서 도덕적 억압과 사회적 억압이 강화되기 때문에 어느 정도 범죄를 저지르지 않도록 영향을 받게 된다.<sup>42)</sup> 셋째, 범죄로 유죄 판결을 받은 자들 중 일부는 미래에 부정행동을 하지 않도록 영향을 받는다. 왜냐하면 그들이 유죄 판결을 이미 받았고 판결에 따라 처분을 받았기 때문이다<sup>43)</sup>.

이와 같은 형벌은 장래의 범죄 예방이라는 일반적 정당화 목적을 통해서 도덕성을 담보하지만,<sup>44)</sup> 일정 부분 ‘누구를 처벌할 것인가’(Who Punish), 혹은 ‘얼마나 처벌할 것인가’(How Punish)와 같은 문제를 제기하기도 한다. 일반적 정당화 목적에 비해 그 의미는 상대적으로 약하지만, 형벌의 또 다른 목적으로서 ‘형벌의 배분’ 또한 의미를 갖는다.

### 3. 형벌의 배분

범죄자에 대한 형벌 부과를 통해 장래의 불법을 예방하겠다는 목적은 공리주의적 논리의 귀결이다. 처벌을 받는 범죄자의 고통을 형사처벌에 대한 일종의 비용으로 보면서, 이를 통해 형사사법체계가 유지되어야 한다고 믿는 사람들의 신념을 강화하기 때문이다. 그러나 형벌 배분이라는 목적은 응보주의적 논리의 귀결로서 그 자체로 범죄 감소를 통한 사회적 효용의 증가에는 기여하지 못하지만, 상응하는 제재를 부여한다는 점에서 어느정도 의미를 갖는다.

예를 들어 민사소송의 (징벌적) 배상 또는 원상회복의 결과들은 동일한 나쁜 행위에 대해서도 형사 소추와 형벌이 가하는 것보다 더 고통스러울 수 있다. 바로 이

42) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), pp. 209, 235

43) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p. 128, 134

44) 레이시는 “하트조차도 형벌의 ‘일반적 정당화 목표’를 기본적으로 공리주의적인 것으로 본다”고 한다. Nicola Lacey(장영민 역), 『국가형벌론 - 정치적 원리와 공동체 가치』(원제: *State Punishment*), (한국형사정책연구원, 2013), 66쪽.

점에서 하트의 분배 규칙은 형벌을 일반적으로 정당화하는 목적 추구에 있어서 제약으로 작용하게 된다.

이처럼 하트가 형벌의 일반적 정당화 목적으로서 공리주의를 추구하면서도 형벌의 배분으로서 응보주의를 일부 수용했다는 점에서 그가 이른바 처벌에 대한 혼재된 정당화 근거를 지지한 것으로 볼 수 있다. 이 점에서 하트의 형벌은 ‘혼합 이론’(mixed theories)적 성격을 갖는다.<sup>45)</sup> 위에서도 언급했지만, 응보주의는 “누구에게 처벌이 적용되어야 하는가?”와 “얼마나 처벌해야 하는가?”의 질문에 타당한 대답이며, 공리주의는 “왜 특정 종류의 행위들이 법에 의해 금지되고 범죄나 범법행위로 만들어 진 것인가”에 적절한 대답을 제공하기 때문이다.<sup>46)</sup> 특히 롤즈와 비교할 때<sup>47)</sup>, 하트의 형벌이론은 혼합이론으로서 ‘더 이상 축소할 수 없는 다수의 가치를 반영하면서, 독립적이고 부분적으로 모순된 고려 사항들의 결합에 의존’하게 된다.<sup>48)</sup>

## IV. 하트의 형법학 방법론

### 1. 하트의 법학방법론 일반과 형법학방법론의 연결성

통상 하트의 『법의 개념』에서 다루어지는 형벌의 논의는 ‘규칙의 체계’(system of rule)에서 형벌이 1차 규칙의 전형적인 예로 다루어지는데 그친다. 물론 『법의

45) 같은 견해로 John Gardner, “Introduction”, in *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), 3. THE MISSING LINK 참조. 이른바 ‘혼합 이론’으로 인해 하트의 형벌 이론이 철학적으로 성공하지 못했다는 비판을 받기는 하지만, 가드너는 혼합 이론에 더 많은 요소들이 추가적으로 혼합될 필요가 있다고 주장한다. 같은 글, xxx i.

46) H.L.A. Hart: *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law* (Oxford; Clarendon Press, 1968), pp.3,6 참조.

47) 레이는 또한 롤스에게도 형벌의 “혼합 이론”이 있다고 한다. Nicola Lacey(장영민 역), 『국가형벌론- 정치적 원리와 공동체 가치』(원제: State Punishment), (한국형사정책연구원, 2013), 85쪽. “(...)하트의 이론이 책임을 제한하는 원리, 즉 ‘배분의 면에서의 응보’원리를 채택하고 있기 때문에, 하트의 전도 유망한 절충성-필자는 ‘혼합 이론(mixed theory)’이라고 부름-에 대하여도 심각한 함의를 갖게 될 것이다.”

48) John Gardner, “Introduction”, in *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), xxx i.

개념』의 기저를 이루는 기술 사회학(descriptive sociology)으로서의 법학과 개념 분석(conceptual analysis)으로서의 법학적 측면은 형법 이론에서 특히 하트의 『형법과 책임』에서 법을 분석하는 여전한 방법이다. 범의나 책임과 같은 요소들에 관계하는 여러 개념들의 용례와 기술(description)을 통해 책임의 주관적, 정신적 표지를 확인하고, 그 개념들이 장래의 범죄 예방 내지 감소라는 형벌의 (공리주의적) 목적에 기여하는 바를 일상의 언어(감각)으로 보여주는 방식은 분석법학에서 개념적 분석의 전형이라고 평가할 수 있을 것이다.

또한 *Causation in the Law*에서 반자연주의적 관점에서 인과관계의 규범적 측면을 분석하는 방식 또한 일찍이 『법의 개념』과 *Essays in Jurisprudence and Philosophy*<sup>49)</sup>에서 하트가 강조한 (법)실증주의적 법인식의 한 모습이다. 특히 대상이나 현상에 대한 단순한 서술 그 자체에서 특정한 행동 과정을 추론하는 것은 논리적으로 일관성이 없다고 주장하는 흄(Hume)의 성과를 빌어 사실로서의 인과관계와 논리적(규범적) 인과관계의 변별을 시도한 것도 의미있는 실증주의적 방법일 것이다.<sup>50)</sup>

## 2. 형벌의 공리주의적 접근과 적용

형벌을 정당화하는 대략적인 공리주의적 접근은 때로는 “미래 지향적” 관점으로 불리며, 이는 “과거 지향적”인 응보적 관점과는 대조를 이룬다.<sup>51)</sup> 또한 응보주의는

49) H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, (Oxford University Press, 1984.) 특히 이 책의 “제2장 실증주의 및 법과 도덕의 분리(Positivism and the Separation of Law and Morals)” 참조.

50) H.L.A. Hart, Tony Honore, *Causation in the Law*, (Oxford University Press, 1985). 특히 이 책의 “I. Philosophical Preliminaries의 ‘Hume and Mill’” 참조. 주지하다시피 흄은 과거의 사물과 사건을 관찰하여 특정 부류의 물체의 속성을 일반화하거나 미래 사건의 순서를 예측하려는 지식 주장은 논리적으로 정당화되지 못한다고 논변한다. 이것은 사건의 다른 순서 또는 아직 발견되지 않은 물체의 새로운 속성을 생각할 공간이 항상 존재하기 때문이다.

51) 최근 영미의 형사법의 문헌에서는 “새로운 응보주의”의 두 가지 주된 갈래를 소개하는 경우가 더러 있다. 교정적 관점과 표현적 관점이 그것으로, 먼저 교정적(rectificatory) 관점에 따르면 죄인에게 고통을 형벌적으로 가하는 것은 부정하게 얻은 이득이나 부당하게 얻어진 자유를 취소하거나 몰수하는 것을 의미한다. 한편, 표현적(expressive) 관점에 따르면, 죄인에게 고통을 형벌로 가하는 것은 죄에 대한 판결을 표현하거나 소통하는, 또한 이로 인해 여러 가지 견해를 통해 유죄인 불법행위자를 견책하고 그리고/또는 죄인의 잘못을 맹비난하는 강한 방법이다. 대표적으로는 파인버그

‘누가 처벌받고 얼마만큼 처벌받을지’를 해결하는데 적합하다면, 확실히 공리주의는 ‘어떤 행위가 처벌받아 하는지’를 결정하는데 적절하다.<sup>52)</sup>

### 가. 형벌 고통에 대한 공리주의적 이해

이미 불법이 기정사실(fait accompli)인 상태에서, 불법행위자들이 스스로 일으킨 죄에 의해 고통을 받는 것<sup>53)</sup> 또한 형사사법체계의 또 다른 상쇄 이익이 될까? 하트는 그렇게 생각하지 않는다. 하트에게 처벌받는 불법행위자의 고통이란 얼마나 확실히 유죄이건 간에 그저 비용에 불과한 것이지 결코 형사사법체계의 이익이 될 수는 없다고 한다. 실제로 처벌을 받는 불법행위자의 고통은, 형사처벌 시 가장 경각심을 불러오는 비용이면서 또한 형사사법체계가 유지되어야 한다고 믿는 사람들의 정당화에 부여되는 가장 무거운 부담이다.<sup>54)</sup> 이런 관점에서 보면, 하트는 벤담(Jeremy Bentham)의 고전적인 공리주의와 ‘일정 부분’ 공유하는 부분이 있다.

그러나 또 다른 측면에서, 공리주의자인 하트에 따르면 범죄자가 고통을 받는 것을 형사사법체계 전체에 대한 “일반적인 정당화 목적”으로서 삼는 것 자체, 다시말해 한 사회에서 범죄자의 고통을 내재적 선(善)으로서 추구하고 심지어는 극대화하려고 시도하는 것은 형벌의 목적으로서 도덕적이지 않다. 하트에게 중요한 것은 형벌을 통해 범죄자에게 응당의 고통을 주는 것이 아니라, 장래의 불법을 예방하는 것이기 때문이다. 장래 불법의 예방이라는 하트의 일관된 관점은 몇몇 부분에서 근

(Joel Feinberg)를 이러한 새로운 응보주의 갈래에서 주창자로 다루기도 한다. 그의 “The Expressive Function of Punishment”, *The Monist*, 49(1965), pp. 397~423 부분 참조. 그러나 하트는 파인버그가 형벌을 그저 “벌칙”에 불과한 것과 구별하는 하나의 방법으로서만 비난 표현에 의존하고 있음을 밝히고 있다. PL, p.263 (미주)

52) Andrew Simester and G. R. Sullivan, *Criminal Law: Theory and Doctrine* (Oxford: Hart Pub. Co., 2000), p.21. 보다 확대된 논의로는 이 책의 개정증보판인 Andrew Simester and G. R. Sullivan, *Criminal Law: Theory and Doctrine* (Oxford: Hart Pub. Co., 3rd ed., 2007) 참조.

53) 엄밀히 따지자면, 고통이나 박탈(예를 들어 돈이나 시간의 박탈)이 형벌로 가해질 수 있다. 이 두 가지는 종종 함께 일어나지만, 꼭 그럴 필요는 없다고 한다. J. D. Mabbott, “Professor Flew on Punishment”, *Philosophy* 30(1955), pp. 256~265 at pp. 257, 258 참조. 위의 “Introduction”, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008)에서 재인용.

54) John Gardner, “Introduction”, in *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), x i v

대의 형법의 원칙인 책임주의<sup>55)</sup>에 정면으로 반하는 측면이 있다

#### 나. 무고한 자에 대한 처벌에 대한 비판과 하트의 반박

하트에 따르면, 형벌의 속성에 의해서 모든 형벌은 그 형벌이 이루어질 당시에는 이미 저질러진 불법에 대해 부과된다. 따라서 무죄인 자의 처벌은 부도덕할 수는 있지만, 모순적이지는 않다. 형벌은 (실제로든 가정된 것이든) 불법행위자에게 부과될 필요는 없을지라도 반드시 어떤 (실제로든 가정된 것이든) 불법을 ‘이유’로 행해져야 한다.<sup>56)</sup> 죄를 범했다는 이유로 반드시 형벌을 부과해야 한다는 것이 아니라, 형벌은 그 자체의 특성상, 실제의 또는 가정된 불법행위(아니면 유죄나 그 반대)를 ‘이유’로 반드시 부과해야 한다는 것이다. 구체적인 맥락에서 하트는 무고한 자에 대한 처벌의 가능성을 인정하며 다음과 같은 (무고한 자에 대한 처벌에 대한) 비판(논변)을 세가지 차원으로 반박한다.<sup>57)</sup>

55) 우리 헌법재판소는 책임주의를 법치국가에 내재하는 원리인 동시에 우리 헌법 제10조로부터 도출되는 원리라고 설명한다. “형벌은 범죄에 대한 제재로서 그 본질은 법질서에 의해 부정적으로 평가된 행위에 대한 비난이다. 만약 법질서가 부정적으로 평가한 결과가 발생하였다고 하더라도 그러한 결과의 발생이 어느 누구의 잘못에 의한 것도 아니라면, 부정적인 결과가 발생하였다는 이유만으로 누군가에게 형벌을 가할 수는 없다. 이와 같이 ‘책임 없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다.’는 형벌에 관한 책임주의는 형사법의 기본원리로서, 헌법상 법치국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에, 헌법 제10조의 취지로부터 도출되는 원리이다” 헌재 2010. 12. 28. 2010헌가94 등. 따라서 “종업원 등의 범죄행위에 관하여 비난할 근거가 되는 개인 영업주의 의사결정 및 행위구조, 즉 종업원 등이 저지른 행위의 결과에 대한 영업주 개인의 독자적인 책임에 관하여 전혀 규정하지 않은 채, 단순히 개인 영업주가 고용한 종업원 등이 업무에 관하여 범죄행위를 하였다는 이유만으로 영업주 개인에 대하여 형사처벌을 과하고 있는바, 이 사건 법률조항은 아무런 비난받을 만한 행위를 한 바 없는 자에 대해서까지, 다른 사람의 범죄행위를 이유로 처벌하는 것으로서 형벌에 관한 책임주의에 반하는 것”이다.

56) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.5

57) 무고한 자에 대한 하트의 논변은 John Gardner, “Introduction”, in *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), xvii-xxi 참조. 한편 가드너(John Gardner)는 하트의 『형벌과 책임』 및 형법이론에서 ‘형벌의 분배’ 목적이 등한시되어 있다고 비판한다. 특히 가드너는 하트가 무고한 자에 대한 처벌의 가능성을 인정하는 것은 공리주의의 일부 관점과는 배치될 수도 있다는 점에서 하트의 표준적인 견해-하트에게서 반복적으로 강조되는 표준적인 견해-는 아니라고 한다.

- 1) 먼저 응보주의적 관점에 따르면 무고한 자에 대한 처벌은 일종의 개념 모순이다. 개념상 형벌은 죄에 대한 대가이기 때문이다. 형벌은 본래 그 속성 때문에 고통과 함께 죄책감이라는 것을 수반하기 마련인데, “무고한 자에 대한 처벌”을 통해 무고한 자가 고통과 함께 죄책감을 가질 수는 없다.<sup>58)</sup> 이러한 태도를 하트는 “개념적 중지”(definitional stop) 논변이라고 부른다. 이 논변에 따르면, 장래의 범죄를 예방하는 방법으로서 형벌을 옹호하고 싶지만 동시에 그 과정에서 무고한 자들을 보호하고 싶어 하는 사람들로서는, 형벌이 가져오는 유죄와 무죄에 관한 허울만 그럴싸한 불안감 때문에 형벌이 비합리적이라고 주장하는 바바라 우튼과 같은 이의 반박에 대해서는 무기력하다. 이러한 반박은 도덕적인 반응을 요구하는 도덕적인 질문이며, 문제를 해결하는데 타당하지 않다. [반박 1]
- 2) 한편 벤담에 따르면 유죄와 무죄 사이의 구별은 형벌이 수반하는 고통의 도구적인 가치에 직접적인 영향을 미친다. 때문에 무고한 사람들은 처음부터 억제가 불가능하다. 그러나 하트에 따르면 그렇다고 해서 무고한 사람을 처벌함으로써 다른 이들을 억제하려는 시도가 아무런 효과가 없다는 결론이 바로 도출되지는 않는다. 이는 불합리한 추론”(non sequitur)이다.<sup>59)</sup> [반박 2]
- 3) 롤즈는 어떤 특정한 개인을 처벌하는 것을 정당화하기 위해서는 두 단계를 거칠 필요가 있다고 한다.<sup>60)</sup> 먼저 형벌 관행에 대한 규칙에 따라 처벌이 가해졌다는 점을 확립할 필요가 있다. 그리고 난 후, 그러한 형벌 관행을 정당화할 필요가 있다는 것. 하트는 롤스의 견해, 또 특히나 형벌 관행을 어떻게 정당화할 것인지에 대한 문제(하트의 “일반적인 정당화 목적”의 문제)는 그 관행 내에서 형벌이 어떻게 가해져야 하는지의 문제(하트의 “분배”distribution의 문제)

58) (하트에 의해 인용되지 않은) 그 주장의 근거(典據)는, A. M. Quinton, “On Punishment”, *Analysis* 14(1954), pp. 512-517.

59) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), pp.19,43, 77-

60) Rawls, “Two Concepts of Rules”, *Philosophical Review* 64(1955), pp. 4-13.

와 별개라고 보는 견해에는 동의한다. 그러나 하트는 오직 더 큰 효용(극단적 상황에서 *in extremis* 해당 행위의 효용)을 위한 효용(해당 관행의 규칙을 고수하는 효용)의 희생이 가능한 경우에는 그 규칙이 때로는 무시될 수 있다는 점을 인정한다. 결과적으로 하트는 무고한 사람들에 대한 처벌에 절대적으로 반대하는 규칙을 고수하기를 고집해서는 안 될 것이라고 한다.<sup>61)</sup> [반박 3]

#### 다. 형사처벌의 목적에 따른 범죄자 개념

하트에 따르면 형사처벌은 “법이 요구하는 일을 하고 법에서 금하는 일을 삼가기 위한 육체적·정신적으로 정상적인 능력(*normal capacities*)과 이 능력을 발휘할 공정한 기회(*fair opportunity*)를, 처벌하려는 사람들이 행위를 하던 당시에 갖추고 있던 사람들에게 부과되어야 한다.<sup>62)</sup> 이러한 사람들은 법을 위반하는 것을 피하도록 계획을 세우거나 또는 더 일반적으로 조치를 취하도록, 또한 그렇게 함으로써 공정한 기회를 부여받게 되어, 범죄에 대한 처벌을 피할 수 있게 된다. 다시 말해 법으로 처벌되는 사람들은 형벌을 피할 수 있는 공정한 방식이 이미 제공된 바로 그 사람들인 것이다.(범죄에서 주관적 요소의 강조) 다시 강조하건대, 하트가 범죄자 또는 다른 그 누구라도에 대한 처벌을 인정하는 유일한 이유는, 형벌의 일반적인 정당화 목적으로 주어진 이유, 즉 장래의 범죄가 감소한다는 점에 있다.

### 3. 주관적 요소의 강조

위에서 장황하게 다루었지만 형벌은 왜 이러한 정당화 부담을 고민해야 할까? 하트 스스로 제시하는 바, 형벌의 정당성은 형벌의 효과에 대한 것이 아니라 형벌의 목적, 그것도 형벌의 “일반적인 정당화 목적”에 대한 것에서 찾아야 한다. 하트와 같은 공리주의자들의 일관된 관점은 불법행위에 대해 고통을 가하는 것이 형벌의

61) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.185

62) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.152

일반적인 목표일 수 있으나, 이는 아주 불쾌한 목적임을 재차 강조한다.

장래의 불법을 예방하고자 하는 하트의 일반적인 정당화 목적 하에서는, 이른바 의도된 효과와 (예측 가능한) 부작용을 애써 구별할 필요가 없다는 의견이 도출된다. 책임, 즉 정상적인 능력을 통해 판단한 행위의 결과라는 측면에서는 양자는 다르지 않기 때문이다.<sup>63)</sup> 특히 하트는 의도된 효과와 (예측 가능한) 부작용을 잘 보여주는 “이중 결과 교리”<sup>64)</sup>(doctrine of double-effect)의 가정된 편향성을 경계하고, 이 경계를 명료하게 하려는 노력은 무익하다고 비판한다.<sup>65)</sup> 심지어 하트는 이를 “도덕성의 법률주의적(legalistic) 개념”<sup>66)</sup>이라고 비아냥거리기까지 한다. 그에게 보다 중요한 것은 처벌하려는 사람들이 행위를 하던 당시에 법이 요구하는 일을 하고 법에서 금하는 일을 삼갈 수 있는 ‘정상적인 능력’을 육체적·정신적으로 갖추고 있었는지, 해당 능력을 발휘할 ‘공정한 기회’를 부여 받았는가의 여부이다.<sup>67)</sup> 후술하겠지만 레이시(Lacey)는 ‘공정한 기회’라는 공정성의 원리는 형벌에 있어서 분배의 제한 원리의 근거를 형성한다고 한다.<sup>68)</sup>

앞서 하트는 무고한 자에 대한 처벌이 모순적인 개념은 아니지만 부도덕할 수는 있음을 언급하였다. 즉, 하트에 따르면 형사사법체계에서 무고한 자에 대한 처벌을 인정할 수는 있지만, 무고한 자에 대한 처벌이 도덕적이지는 않은 것이다. 하트에게도 무고한 자와 죄책 있는 자를 구별할 필요가 있다. 그 기준이 바로 범죄의 정신적 요소인 것이다. 가드너에 따르면 형벌을 분배하는 목적으로 또 그리하여 형사상 법적 책임을 부여하는 목적으로 무고한 자와 죄 있는 자를 구별하기 위해 하트가 제시

63) Michael S. Moore, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford University Press, 2010, p. 56

64) ‘이중효과 원리’라고도 한다. 토마스 아퀴나스의 신학대전(Summa Theologiae) 내용에서 출발하여 발전시킨 것으로, 한 행동의 결과로 선한 결과와 악한 결과를 동시에 발생시킬 때 그 행위에 정당성을 획득할 수 있는 조건을 말한다.

65) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.117

66) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.125

67) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.152

68) Nicola Lacey(장영민 역), 『국가형벌론- 정치적 원리와 공동체 가치』(원제: State Punishment), (한국형사정책연구원, 2013), 89쪽.

한 기준을 통해, “죄를 범할 마음이 아닌 행위는 죄인을 만들지 않는다”(actus non facit reum nisi mens sit rea)<sup>69)</sup>라는 법 원칙을 도출할 수 있다고 한다.<sup>70)</sup> 이는, 후술하는 바와 같이, 궁극적으로 범죄에서 정신적 요소가 개인의 자유와 연관되어 있다는 점에서 타당한 법원칙이다. 특히 ‘공정한 기회’라는 공정성 원칙의 가치는 “개인이 형법의 개입을 피하기 위하여 자신의 삶을 계획할 수 없다면 불확실성과 예견 불가능성이라는 해악이 발생할 것”이라는 점을 이유로 한다.<sup>71)</sup>

#### 4. 책임과 법의 지배와의 관계

형벌의 예측 가능성은 명백히 법의 중요한 측면이다.<sup>72)</sup> 때문에 법의 지배라는 이념에 따르면 사람들은 법이 무엇인지 알아내고 그것을 자신들의 실제적인 숙고에 참작할 수 있어야 한다. 소급입법이나 불명확한 법, 유추해석이나 관습에 의한 법은 죄형법정주의와 같은 법이념에 반할 뿐만 아니라, 법치주의(법의 지배) 이념과도 충돌할 수 밖에 없다. 특히 형법은 행위자가 행위가 일어나던 그 때, 특정 의도를 가지고 있거나, 특정 결과를 예측하거나, 주변 상황이나 결과에 대한 특정한 인식 또는 그것들의 일부 조합을 요구한다. 이는 종종 범의(mens rea)의 요건이라고 불리는데, 하트가 강조하듯이 범의(mens rea)라는 용어는 책임 능력과 자발성을 포함하는 다양한 ‘정신적 요소’를 모두 지칭하는 데에 자주 사용된다.<sup>73)</sup>

69) “죄를 범할 마음이 아닌 행위는 죄인으로 만들지 않는다.” Fowler v Padget(1798) 101 ER 1103(해당 판례 원문에는 라틴 격언인 “actus non facit reum nisi mens sit rea”로 표기되어 있으며, 따라서 라틴어 문장 기준으로 번역하였다.)

70) 가드너는 이를 하트의 “죄책 기준”(criterion of guilt)이라고 부른다. John Gardner, “Introduction”, in *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), xxxvi

71) Nicola Lacey(장영민 역), 『국가형벌론- 정치적 원리와 공동체 가치』(원제: State Punishment), (한국형사정책연구원, 2013), 89쪽

72) 하트(오병선 역), 『법의 개념』, (아카넷, 2001), 14쪽.

73) 하트는 종종 ‘자발적’이란 단어를 다양한 형태의 비자발성 유형을 배제하고자 광범위하게 사용하지만, 의도, 결과예견, 인식의 의미로도 사용된다. 의도, 인식, 결과예견의 의미에서 책임능력과 범의(mens rea)는 분명히 다르다. 즉, 사람은 후자와 꽤 독립적인 이유로 전자가 부족할 수 있다는 말이다. 특히 하트는 자발성(voluntaries)은 ‘상황 인식이나 결과 예견이라는 의미에서 범의(mens rea)보다 더욱 근본적이라고 한다. H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the*

법에서 정의한 대로 해당 범죄에 “정신적 조건” 또는 “주관적 요소들”이 전혀 없다면, 해당 범죄가 “범의(犯意, mens rea) 없이” 저질러질 수 있다면, “의도나 그와 같은 어떤 것”을 증명할 필요가 전혀 없다면, 법을 막 위반하려는 개인에게 그가 이제 막 법을 위반하려고 한다는 점은 말할 것도 없고 법이 적용되는 상황에 처해 있다고 신뢰하도록 경고할 것이 법에 전혀 없게 된다. 이처럼 범의라는 특정한 요소는 공정한 경고(fair warning)라는 이름으로 요구되며, 합당한 경고는 결국 법의 지배라는 이름으로 요구되는 것이다. 더 나아가 법의 지배에서 책임은 개인의 자유를 확보하는데 불가결한 것이며, 하트는 (책임) 조건의 인식이 ‘어느 정도 보장해주는... 능력과... 자신의 장래 운명을’ 최대화하고 ‘열려있을 공간을 미리 찾아내는’ 우리의 ‘능력을 ... 법의 개입으로부터 자유롭게 한다’ 고 강조한다.<sup>74)</sup>

물론 법의 지배가 요구하는 조건을 충족한다는 점만으로는 법 자체로 형식적 자유든 다른 것이든 우리의 자유를 극대화하지 않지는 않을 것이다, 규칙을 갖춘 제도화된 체계로써, 추정적으로 포괄적이고, 최고의 권위를 지녔으며 규칙을 집행할 수 있는 강압적 장치를 갖춘 법은, 단순히 법이 우리에게 가할 수 있는 고유한 부수적인 부자유로부터 우리를 보호할 뿐이다.

## 5. 형벌의 도덕성과 법의 지배 관계

하트는 『형벌과 책임』의 시작부터, 형벌이라는 법 제도 자체가 법에 의해 제도화된 형벌의 도덕성에 미치는 중요한 영향 세 가지를 지적한다. 첫째, 법은 다른 처벌자들보다 훨씬 더 넓은 일선에서 사람들의 행동에 영향을 줄 수 있는 능력이 있다. 특히 법의 처벌 범위는 상당히 다른 많은 이를 억제하도록(pour decourager les autres) 더 크고 넓다. 둘째, 법은 일정한 지침을 제공하고, 법을 이제 막 위반하려는 자들에게 세심한 경고를 제공함으로써 개인의 자유의 한계와 범위를 제공한다. 이것이 범의에 대한 하트의 법의 지배 논변이다. 셋째, 법체계의 제도는 관료주의적으

*Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.90

74) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), pp.181-182

로 조직화되어 있고 형벌의 과정에서 그 역할이 서로 다르기 때문에 도덕성의 영향도 다르다. 어떤 제도의 영역에서는 특정한 잘못에 대한 수준에 상응하는 형벌의 범위를 결정하고(입법), 다른 제도의 영역에서는 형벌 대상으로 제정될(기소될) 불법행위자(범죄자)라고 주장되는 이를 선별하며(집행), 다른 제도 영역에서는 (선별된) 특정한 불법행위자(범죄자)를 처벌하도록 명령하는데, 그 승인된 범위 내에서 처벌을 배분하며(사법), 다른 제도의 영역에서는 명령받은 처벌을 감독하거나 실행에 옮기는 등의 활동을 한다(교정).

이러한 관료주의적 과정은, 형벌은 관련된 다양한 “각기 다른 질문”이 있으며, 이러한 질문에 대한 답에는, “도덕적으로 용납되는 모든 형벌의 각기 다른 부분은 각기 다른 원칙(어떤 의미에선 각각 “정당화”라고 할 수 있다)이 관련되어 있다.”<sup>75)</sup>. 이처럼 하트는, 각기 다른 질문과 각기 다른 원칙이 그 관료주의적 과정의 각기 다른 단계에서 적절하게 지배적이라고 지적하면서<sup>76)</sup>, 특히 입법 기관은 형벌의 일반적인 정당화 목적에, 법관은 그 형벌 분배에 신경을 쓰고 있다는 점에 주목하기도 한다.

결국 하트에게서 법에 의하지 않은 처벌은 “부차적이거나 표준에서 벗어난” 의미의 처벌이 될 뿐이다. 그에 따르면 형벌이 법으로 또는 어쨌든 국가가 독점해야만 한다는 점은 법의 지배라는 이념의 일부로서 중요한 요소이다.

## V. 하트의 형법학 방법론의 현대적 의의

형법학자로서 하트는 ‘인과관계’이라는 철학적 주제가 법학의 중요한 문제임을 체계적으로 제시한 최초의 영미법학자이다. 그는 또한 일련의 책임에 대한 논의를 통해 개인의 책임의 의미와 영역, 그리고 이를 통한 국가 형벌의 정당성과 한계를 제시하려고 하였다. 더 나아가 형벌의 목적(일반적인 정당화 작업)과 형벌의 분배

75) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.3

76) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.39

문제를 뚜렷하게 구분함으로써 형벌의 기능적일 수 있는 가능성의 전제를 구축하고자 하였다. 하트에게 형벌은 복수의 발로라고 할 수 있는 응보가 아니라 장래의 총체적 불법을 ‘예방’할 수 있어야 한다는 점에서 공리주의적인 것이다. 그의 공리주의적인 형벌 이념을 일관되게 적용하다보면 경우에 따라 당혹스러운 결과를 도출할 수도 있다. 예컨대 무고한 자에 대한 처벌은 부도덕한 일이라는 하지만 형벌 이론의 내적 모순이 아니기 때문에 불가피하게 발생할 수 있으며, 더 나아가 무고한 자에 대한 처벌을 통해 형사사법체계가 장래의 총체적 불법을 예방할 수 있다면 허용되어야 한다. 이미 당시에도 많은 비판을 받았고 오늘날에도 문제가 될 수 있는 결론이지만, 형사사법체계가 실제적 진실을 완벽하게 발견할 수 없다는 점, 및 이미 현실의 형사사법체계는 오류의 가능성을 스스로 인정하면서 그에 대한 회복 및 보완책을 스스로 강구하고 있다는 점<sup>77)</sup>, 더 나아가 형사소송의 이념으로서 피의자 내지 피고인의 인권 못지않게 실제적 진실의 발견과 그에 따른 적정한 형벌의 부과가 중요하게 여겨진다는 점을 고려한다면<sup>78)</sup> 하트의 공리주의적 형벌 이념의 설득력을 부정하기가 쉽지 않다.

더 나아가 하트는 형사법에서 주관적인 요소들을 강조함으로써 나쁜 결과에서 형벌의 정당성을 찾는 결과 불법을 비판하고, 개인이 스스로 판단하고 결단해서 행위

77) 예컨대, 우리 헌법 제28조에서 형사보상청구권을 기본권으로 규정하거나, 형사보상 및 명예회복에 관한 법률과 같은 개별 법률로서 이를 구체화하고 있는 점, 기타 재판의 심급을 두는 것 등 스스로의 오류가능성을 회복하거나 보상하기 위한 매커니즘이 다양하게 발달되어 있다.

78) 예를 들어, 다음과 같이 형사소송에서 실제적 진실 발견의 중요성을 강조할 수도 있다. “모든 (형사) 재판의 근본적인 목적은, 실제적 진실을 발견하여 그에 상응하는 법 적용을 통해 정의를 실현하는 것이다. 이와 관련하여 형사소송의 3대 이념으로 ① 실체진실주의, ② 적정절차의 원리, ③ 신속한 재판의 원칙을 꼽을 수 있으나, 그중에서도 역시 형사소송의 근본 목적에 가장 부합하는 이념은 ‘실체진실주의’ 일 수 밖에 없다. 물론 당사자의 권리구제와 인권보호를 위해 ‘신속한 재판의 원칙’이나 ‘적정절차의 원리’도 철저히 구현되어야 할 이념이라는 점은 분명하다. 그러나 신속한 권리구제 및 분쟁해결을 통해 실제적 진실 발견의 가능성이 높아지고, 적정절차에 따른 수사 또는 재판을 통해 사실이 왜곡되어 무고한 사람이 처벌받게 되는 것을 방지하는 것이라는 점, 더 나아가서 이러한 이념들은 실제적 진실발견 과정에서 그보다 더 중요한 가치(예를 들어, 기본적 인권)가 훼손되는 것을 방지하기 위해 실제적 진실 발견이 적정절차 안에서 이루어지도록 해야 한다는 점을 상기해본다면, 실제적 진실발견이 아닌 다른 것이 형사소송의 목적이 될 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니라고 할 것이다.”, 김대근·공일규, 『검사의 효과적 공판수행 기법연구 : 증인신문 및 양형심리를 중심으로』(한국형사정책연구원, 2015), 6쪽 및 김대근, 「검사의 수사 논증과 추론의 구조 고찰 : 가추와 역행추론을 중심으로」(형사정책연구 제27권 제1호 통권 제105호, 2016) 참조.

할 수 있는 자유의 의의를 강조하였다는 점에서 오늘날 자유주의 형법의 중요한 이론을 제시하였다고도 할 수 있다. 특히 인과관계에 대한 철학적 분석을 통해 법에서 책임 귀속의 철학적 가능성을 일찍부터 강조하였던 점, 형벌의 목적을 분명하게 제시함으로써 법치국가 형법의 정당성과 한계를 분명히 밝혔다는 점, 이를 통해 법치국가에서 법의 역할과 기능의 한 가능성을 제기했다는 점에서 오늘날 민주적 법치국가의 중요한 법이론으로서 성찰할 필요가 크다고 할 것이다. Listen to My Hart!

## 참고문헌

### [국내 문헌]

- 김영환, 제5장 지능형 로봇과 법철학적·형사법적 쟁점, 『법과학을 적용한 형사사법의 선진화 방안(VI)』, 한국형사정책연구원, 2016
- 김대근, 「검사의 수사 논증과 추론의 구조 고찰 : 가치와 역행추론을 중심으로」(형사정책연구 제27권 제1호 통권 제105호, 2016)
- 김대근·공일규, 『검사의 효과적 공판수행 기법연구 : 증인신문 및 양형심리를 중심으로』, 한국형사정책연구원, 2015

### [외국 문헌]

- Andrew. Simester and G. R. Sullivan, *Criminal Law: Theory and Doctrine*, Hart Pub. Co., 2000
- \_\_\_\_\_, *Criminal Law: Theory and Doctrine*, Hart Pub. Co., 3rd ed., 2007
- Coleman, Jules, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2003
- Farrell, Ian P., H.L.A. Hart and the Methodology of Jurisprudence, *Texas Law Review*, Vol. 84, No. 983, 2006
- Feinberg, Joel, “The Expressive Function of Punishment”, *The Monist*, 49(1965)
- Gardner, John, “Introduction”, in *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2008
- Gilbert Ryle & Antony Flew (eds.), *Proceedings of the Aristotelian Society*, Blackwell, 1951
- Greene, Abner S., *Against Obligation* Harvard University Press, 2012

- H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, 1982
- \_\_\_\_\_, *Law, Liberty, and Morality*, Stanford University Press, 1963
- \_\_\_\_\_, *The Morality of the Criminal Law: Two Lectures*, The Magnes Press, 1965
- \_\_\_\_\_, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1975 및 2008
- \_\_\_\_\_, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 1984
- \_\_\_\_\_, *Honore, Causation in the Law*, Oxford University Press, 1959 및 1985
- Honoré, Tony, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, in David Owen(ed), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford University Press, 1995
- Jackson, Frank, *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis* Clarendon Press, 2000
- Lacey, Nicola, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, 2006
- Neumann, *Korea Hauptvortrag*, 2015,
- Mabbott, J. D. “Professor Flew on Punishment”, *Philosophy* 30(1955),
- Moore, Michael S., *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford University Press, 2010
- Quinton, A. M. “On Punishment”, *Analysis* 14(1954)
- Ralws, John, “Two Concepts of Rules”, *Philosophical Review* 64(1955)
- Shapiro, Scott J., *Legality*, Belknap Press, 2013
- Summers, Robert S., “Reviewed Work: Punishment and Responsibility by H.L.A. Hart,” *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 19, No. 4 (Autumn, 1969)

Wootton, Barbara, *Social Science and Social Pathology*, George Allen & Unwin, 1967

\_\_\_\_\_, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, Stevens, 1981

니콜라 레이시(장영민 역), 『국가형벌론 - 정치적 원리와 공동체 가치』(원제: State Punishment), 한국형사정책연구원, 2013

하트(오병선 역), 『법의 개념』(원제: The Concept of Law), 아카넷, 2001

## H.L.A. Hart's Methodology of Criminal Law : In the Perspective of General Justifying Aim and Rule of Law

Kim, Dae-keun\*

As a legalist and analyst, H.L.A.Hart's philosophy of law is widely known through his early work, *The Concept of Law*. However, as a legalist and analyst, Hart's criminal law and theory has not been studied unexpectedly either.

As a criminal scholar, Hart is the first scholar of the English legal system who systematically suggested that the philosophical theme of 'causation' is an important issue of law. At the same time, Hart tried to present the meaning and scope of individual responsibility through discussion of a series of responsibilities and the legitimacy and limitations of state punishment through it. The concept of 'causation' and 'responsibility', two concepts that Hart observes, is a major method of recognizing his criminal law and legal theory.

The main concern of the Hart Criminal Law Methodology is to find out the legitimacy and limitations of ascription of responsibility through the theoretical reflection on therefore to explore the limits and legitimacy of attribution. And the interest in the limit and legitimacy of ascription is ultimately the task of pursuing the legitimacy and limitations of liberal criminal law within the rule of law.

On the other hand, Hart tried to establish the premise of the possibility of functional punishment by clearly distinguishing between a general justifying aim as a purpose of punishment and the distribution of punishment. To Hart, punishment is not a retaliation that can be described as a revenge, but a utilitarian one that can prevent future total illegal activities. of course, consistent application of his

---

\* Jurisprudence, Ph.D. Research Fellow

utilitarian punishment ideals may lead to embarrassing results in some cases. Today, the fundamental purpose of all (criminal) trials is to find the substantive truth and to realize the justice through the application of the corresponding law. Therefore, by preventing future total illegal acts, If it can be secured, it is a realistic consideration that a sacrifice inevitable is necessary.

Furthermore, Hart emphasized subjective factors in criminal law, criticizing illegalism as a result of finding justification for punishment in bad outcomes, and emphasizing the significance of freedom in which an individual can judge and act on his own initiative. Theories are presented. The purpose of this article is to clarify the legitimacy and limitations of the punishment by clearly emphasizing the philosophical possibilities of responsibilities early in the law through the philosophical analysis of causation, It is necessary to reflect on Hart criminal legal theory as an important legal theory in rule of law today.

❖ Keyword: H.L.A. Hart, concept of law, conceptual analysis, methodology of law, methodology of criminal law, punishment and responsibility, causation, liability, responsibility, ascription, legitimacy of punishment, retribution, utilitarianism, general justifying aim, prevention, distribution of punishment, mens rea, doctrine of double-effect, morality of punishment, rule of law

## 부작위에 의한 방조의 성립요건 : 일본의 판례를 중심으로

김잔디\*

### 국 | 문 | 요 | 약

범죄와 형벌에 관한 법률인 형법은 국민의 법익을 보호하는 중요한 기능을 수행한다. 하지만 이러한 기능을 수행하기 위하여 범죄자의 생명, 자유 등을 제한 또는 박탈하는 강력한 수단을 사용하기 때문에 범죄의 성립과 형벌에 관한 판단 및 해석에 신중을 기할 필요가 있으며 국가형벌권의 확장 및 자의적 행사의 억제와 과제로 남아있다. 이러한 관점에서 문제가 되는 것이 ‘부작위에 의한 방조’이다. 부작위범이라는 범죄유형 자체가 예외적이고, 더욱이 정범의 행위를 부작위로 방조한 경우 범죄성립 여부 및 그 판단기준이 문제가 된다.

우리나라의 경우와 같이 일본에서도 아동학대, 배우자폭력 등의 가정폭력이 심각한 사회문제가 되고 있는 가운데 아동학대를 방치한 보호자의 형사책임에 관한 주목할 만한 판례가 등장했고, 작위의무의 내용, 작위의무와 결과방지와 인과관계 등이 쟁점이 되었다. 동 판례는 원심과 항소심에서 상이한 판결을 내린 것, 항소심에서 부작위에 의한 방조범의 성립요건에 대해 명확히 규정한 것 등을 이유로 일본의 실무 및 학계의 이목을 끌었다. 이에 본고에서는 동 판례를 토대로 우리나라와 일본의 학설을 비교하여 부작위에 의한 방조의 성립요건에 대해 검토하였다. 부작위에 의한 방조가 성립하기 위해해서는 작위의무의 존재 및 실행행위와의 인과관계, 작위의무 이행의 가능성·용이성, 동가치성이 요구된다. 이 중 작위의무 이행의 용이성 및 동가치성은 부작위에 의한 방조의 성립을 효율적으로 제한하는 역할을 한다고 생각되며 이러한 요건을 해석상 명확히 함으로써 부작위에 의한 방조범의 처벌범위 확장을 방지해야 할 것이다.

❖ 주제어 : 부작위에 의한 방조, 작위의무, 인과관계, 가정폭력, 아동학대

\* 일본 오사카대학교 조교(법학박사)

## I. 머리말

형법의 대원칙인 죄형법정주의는 국가의 형벌권으로부터 국민의 자유와 권리를 보호하기 위한 원리로서 범죄와 형벌은 성문법에 의해 정해져야 한다는 것을 내용으로 하고 있다<sup>1)</sup>. 죄형법정주의에 입각하여 범죄와 형벌의 내용이 명확하게 규정되어야 함은 물론이다. 하지만 모든 범죄의 성립요건을 명확하게 규정할 수 없기 때문에 해석이 불가피하며, 이로 인하여 범죄의 성립범위가 확장될 위험이 있는 것이다. 따라서 법률의 해석에 있어서 신중한 태도를 요함은 아무리 강조해도 지나치지 않는다. 이러한 관점에서 문제가 되는 것이 본고의 주제인 ‘부작위에 의한 방조’이다. 부작위범이라는 범죄유형 자체가 예외적이고, 우리 형법 제18조에서는 “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험 발생의 원인을 야기한 자가 당해 위험의 발생을 방지하지 아니한 때에는 발생된 결과에 의하여 처벌한다”고 하여 부진정부작위범에 대해 규정하고 있지만 구체적인 내용이나 위험발생 방지 의무의 근거 등에 대해 명기하고 있지 않고 해석에 맡기고 있어 처벌범위의 확장의 우려가 있다<sup>2)</sup>. 더욱이 정범의 행위를 부작위로 방조한 경우 범죄성립 여부 및 그 판단기준이 문제가 된다.

방조는 작위의 형태로 이루어지는 것이 보통이지만 부작위에 의한 방조<sup>3)</sup>도 가능하다는 것이 학설의 다수적인 입장<sup>4)</sup>이고 판례<sup>5)</sup>도 이와 동일하다. 다만 부작위범이 보충

1) 죄형법정주의에 관한 내용은 헌법 제12조 제1항에 규정되어 있다. 또한 형법 제1조 제1항 ‘범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다’도 죄형법정주의를 표현한 것이라고 할 수 있다. 하지만 형법의 대원칙임에도 불구하고 이에 관한 직접적인 규정이 형법에 존재하지 않는 것에 대해 개정의 필요성이 주장되고 있기도 하다. 손동권, 새로운 형법총론, 율곡출판사, 2011, 24면.

2) 부진정부작위범의 성립 제한에 관한 내용은 류화진, ‘부작위범의 적용범위 제한에 관한 소고’, 법학연구 제26권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2015, 197면 이하 참조.

3) 부작위에 의한 교사의 성립에 대해서 우리나라의 경우는 견해가 대립되고 있고, 일본의 다수설은 부작위에 의한 교사는 성립을 부정하고 있다. 大塚仁, 刑法概説, 有斐閣, 2008, 314면 이하, 大谷實, 刑法講義総論[新版第3版], 成文堂, 2009, 440면 이하 참조.

4) 이정원, ‘부진정부작위범에서의 정범과 공범’ 비교형사법연구 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000, 147면.

5) 부작위에 의한 방조(정범)의 성립에 관하여 “종범의 방조행위는 작위에 의한 경우뿐만 아니라 부작위에 의한 경우도 포함하는 것으로서 법률상의 정범의 범행을 방지할 의무 있는 자가 그 범행을 알면서도 방지하지 아니하여 그 범행을 용이하게 한 때에도 부작위에 의한 종범이 성립한다”고

인 지위에 있어야 하고, 이러한 경우 주관설, 정범설, 종범설, 구분설의 대립이 있지만 종범설이 우리나라 다수설 및 판례의 태도이다<sup>6)</sup>. 우리나라에서는 부작위에 의한 방조범의 성립요건에 관하여 독일의 학설을 토대로 논의되고 있으며 이에 관하여 1980년부터 1990년 초반까지 수행된 몇 개의 연구를 찾아 볼 수 있으나 최근의 연구는 거의 찾아보기 힘든 실정이다. 일본에서도 동 문제에 관하여 독일의 학설을 중심으로 논의하고 있고, 일부의 학자들은 자신의 학설을 구축하여 논리를 전개하고 있지만 통일적인 의견을 찾아보기는 어려우며 현재도 논의 중이라고 할 수 있다.

아동학대, 배우자폭력 등의 가정폭력이 심각한 사회문제가 되고 있는 가운데 일본에서는 아동학대를 방치한 보호자의 형사책임에 관한 주목할 만한 판례가 등장했다. 동 판례는 원심과 항소심에서 상이한 판결을 내렸다는 점, 부작위에 의한 방조범의 성립요건에 대해 직접적으로 판시한 점 등 시사하는 바가 크다고 생각된다. 부작위에 의한 방조범과 관련된 쟁점으로는 성립요건 뿐 아니라 정범·공범의 구별 및 그 기준 등이 있다. 본고에서는 시급한 검토가 요구되는 부작위에 의한 방조범의 성립요건에 대해 동 판례를 토대로 검토하고, 정범·공범의 구별 및 기준<sup>7)</sup>은 다음의 과제로 남겨두도록 하겠다.

## II. 일본의 부작위에 의한 아동학대 방조 판례

우리나라와 달리 일본의 형법에는 부진정부작위범에 관한 명문 규정이 존재하지 않는다<sup>8)</sup>. 일본의 통설 및 판례에 의하면 부작위의 행위 태양이 법규상 명시되어 있

하고 있다(대판 1985.11.26, 85도1906). 그 외에 부작위에 의한 방조의 성립을 인정한 판례는 대판 1996.9.6, 95도2551, 대판 1997.3.14, 96도1639, 대판 2006.4.28, 2003도4128, 판결 등이 있다.

- 6) 부작위범의 경우 작위범과 같이 정범과 방조범의 구별이 문제가 되는 경우는 많지 않다는 것을 전제로 작위적 정범의 실행행위를 방지할 의무가 있는 자가 부작위로 그것을 방치하는 것은 원칙적으로 방조범이 된다는 것이다. 신양균, '부작위에 의한 방조', 형사판례연구 6, 박영사, 1998, 144면 이하.
- 7) 부작위에 의한 공범과 정범의 구별에 대해 부작위범론을 토대로 해결하는 방식과 공범론을 토대로 해결하는 방식이 대립되고 있다.
- 8) 1974년 법제 심의회 총회에서 결정된 개정형법의 초안에는 부진정부작위범에 대한 규정이 있었으나 개정형법초안은 국회에 상정되지 못하여 부진정부작위범에 대한 조문의 신설은 이루어지지 못하였

지 않은 부진정부작위범의 경우 정범자의 범죄를 방지해야할 작위의무를 가진 자가 의무를 위반하여 범죄를 방지하지 않은 경우에 방조범이 성립 된다<sup>9)</sup>. 예를 들어 선거장이 관계자의 투표간섭을 묵인하고 제지하지 않은 경우<sup>10)</sup>, 스트립 극장의 책임자가 공연음란죄에 해당하는 행위를 멈출 것을 지시하지 아니한 채 동 행위가 계속되게 한 경우<sup>11)</sup> 등은 고의로 정범의 실행을 원조하였다고 해석하여 방조범의 성립을 인정했다<sup>12)</sup>. 이처럼 판례에 의해 부작용에 의한 방조범의 긍정되고 있는 가운데 피해자를 보호 할 책임이 있는 자가 타인에 의해 피해자가 폭행당하고 있는 것을 방관하여 사망에 이르게 한 사안이 발생하였고, 제1심에서는 방조범의 성립을 부정하여 피고인에게 무죄를 선고하였다. 반면 항소심에서는 피고인에게 방조범의 성립을 인정하였는데 동 판결에서는 작위의무의 내용으로써 어떠한 행위가 요구되는가, 작위의무와 결과방지 사이에는 어느 정도의 인과관계를 요하는가 등이 쟁점이 되었다. 동 판례는 최고법원의 판례는 아니지만 공모공동정범의 범위를 넓게 인정하고 있는 일본의 실무에 비추어 보았을 때 중요한 의미를 가지고 있으며 동시에 부작용범론과 공범론이 교차되었다는 점에서 이론적으로도 큰 주목을 받았다. 그리고 동일한 대륙법계 국가이며 법률상 유사한 점이 많은 우리나라에게도 참고가 되는 판례라고 생각된다. 이하에서는 동 판례의 사실관계와 쟁점 및 법원의 판단 등에 대하여 상세히 검토하고, 시사점을 도출하도록 하겠다.

다. 개정형법초안 제12조 죄가 될 사실의 발생을 방지할 책임을 지는 자가 그 발생을 방지할 수 있었음에도 불구하고 이것을 방지하지 않아 그 사실을 발생시킨 때는 작위에 의한 죄가 되는 사실을 발생시킨 자와 같다. 자세한 내용에 대해서는 馬屋原成男, ‘刑法改正の動向-改正刑法草案と法務省中間案批判-’, 法学論集第14号, 駒澤大学, 1976, 4면 이하 참조.

9) 松生光正, ‘不作為による幫助一作為と同視し得ないとされた事例’, 判例セレクト’99(法学教室第234号別冊付録), 有斐閣, 2000, 30면, 村越一造, ‘同棲中の元夫の幼児虐待を制止しなかつた被告人の行為が‘傷害致死罪の不作為による幫助に該当するとして‘これを否定して無罪とした原判決が破棄され‘有罪が言い渡された事例’, 研修第624号, 法務総合研究所, 2000, 13면 이하, 門田成人, ‘不作為による幫助の成立要件’, 法学セミナー第550号, 日本評論社, 2000, 113면.

10) 大判昭和3年3月9日刑集7卷172頁.

11) 最判昭和29年3月2日裁判集刑93号59頁.

12) 佐久間修, 刑法総論, 成文堂, 2014, 391면.

## 1. 사건의 개요

피고인은 원 남편과의 사이에 장남 및 차남(동 사건의 피해자, 사건 당시 3살)을 낳았지만 1995년 12월 전 남편과 협의 이혼을 하였고 장남과 차남의 친권자가 되어 이들을 양육하게 되었다. 피고인은 근무하고 있던 술집의 손님이었던 갑(본 사건의 정범)과 가까워지게 되어 1996년 3월 장남과 차남을 데리고 갑과 동거하게 되었고 같은 해 7월 임신을 계기로 갑과 혼인하였다. 피고인은 동거를 개시하자마자 갑으로부터 몇 차례의 폭행을 당했고, 그 때마다 친정으로 피신했으나 갑에게 설득되어 돌아가는 것을 반복했다. 하지만 1997년 3월 협의 이혼을 하게 되었으나 며칠 후 갑의 설득에 의해 다시 갑에게 돌아가게 되었고, 3명의 자녀와 함께 동거 생활을 재개하였다. 피고인은 다시 갑의 폭행으로 손과 다리가 붓고 거동을 할 수 없는 상태에 이르자 이번에는 말로 갑과 헤어지기로 결심하고 같은 해 6월에 이사할 준비를 하였지만 이사 당일 갑에게 다시 설득당하여 동거를 계속하게 되었다. 같은 해 7월 피고인은 두 번째 자녀를 임신한 것을 알게 되어 이 사실을 갑에게 전하였으나 그 후에도 갑의 폭행은 계속 되었다. 특히 맨션으로 이사한 후 갑의 폭행은 심해졌고, 피고인의 뺨과 어깨 등을 손바닥과 주먹으로 7~8회 구타하는 등 두 번에 걸쳐 강도의 폭력을 휘둘렀으나 피고인은 아무런 저항도 하지 않았다. 갑은 피고인과 동거를 시작한 이후 장남과 차남에 대해서도 식사 태도가 좋지 않다는 것 등을 이유로 뺨을 손으로 때리는 등의 구타를 하였고, 경제적인 문제가 심각해지자 거의 매일 장남과 차남에 대해 폭력을 가하였다. 피고인도 차남과 장남에게 폭력을 휘두른 적이 있었지만 갑과 함께 폭행한 적은 없었다. 1997년 11월 20일 외출에서 돌아온 갑과 피고인은 집에 장난감이 흩어져 있는 것을 보았고, 이에 갑은 침실에 있는 차남을 꾸짖었음에도 불구하고 아무런 대답을 하지 않자 분노하여 차남의 안면을 손바닥으로 2번 구타한 후 두부를 5번 구타하였다. 그러자 차남은 짧은 비명을 지르며 쓰러졌고 의식을 잃었다. 피고인은 갑이 차남을 큰 소리로 꾸짖는 소리와 뺨을 때리는 소리를 들었으나 지금까지와 동일한 징계를 한다고 생각하여 식사 준비를 하면서 갑의 행동에 무관심한 척을 하였다. 그러던 중 들어본 적 없던 차남의 비명소리를 듣고 침실로 달려갔으나 차남은 이미 움직임이 없는 상태가 되어 있었다. 피고인

과 갑은 서둘러 차남을 차에 태워 병원으로 데려가 수술을 받게 하였으나 뇌기능장애로 사망하였다. 사망당시 차남의 체중은 11.7kg으로 동 연령 아동의 평균체중보다 3.2kg 적었고 극도로 쇠약해진 상태였다.

피고인은 의사로부터 차남이 위독하다는 설명을 듣고 갑 대신에 자신이 범인이 되기로 결의하였고 의사의 신고에 의해 병원으로 출동한 경찰에게 자신의 범행이라고 허위로 진술하여 상해치사죄로 긴급체포 되었다. 피고인은 12월 11일 상해치사죄로 기소되었으나 같은 달 24일 처음으로 동거자인 갑의 범행이라는 것을 자백하여 상해치사에서 상해치사 방조죄로 소인변경이 되었고 갑에 대해서는 징역 6년이 확정되었다<sup>13)</sup>.

## 2. 판결

### 가. 제1심 판결

제1심의 쿠시로 지방법원은 상해치사방조죄의 성립을 부정하고 피고인에게 무죄를 선고하였다. 판결 내용은 이하와 같다.

우선 부작위에 의한 방조범의 성립요건에 관하여 “타인에 의한 범죄의 실행을 저지할 작위의무가 있는 자가 범죄의 실행을 거의 확실히 방지할 수 있었음에도 불구하고 이것을 방지하고, 요구된 작위의무의 정도 및 요구된 행위를 하는 것의 용이성 등의 관점으로부터 그 부작위를 작위에 의한 방조와 동일시 할 수 있는 것”이라고 정의하였다. 그리고 피고인의 작위의무 유무에 관하여 겨우 3살이 넘는 차남의 유일한 친권자가 피고인 이었던 것, 차남은 영양상태가 좋지 않았고 쇠약한 상태였던 것, 새로운 맨션으로 이사한 후 갑이 장남과 차남에 대해 매일 엄격한 징계(폭력)를 반복한 것, 사건 당일 차남에 대한 갑의 폭력을 저지할 수 있는 자는 피고인 밖에 없었다는 것 등을 고려하면 차남은 생명의 안전 확보를 위해 피고인에게만 의지하고 있었던 상태였고, 또한 피고인은 차남의 생명의 안전을 해칠 우려가 있다는 것을

13) 동 사건의 개요에 대해서는 判例時報第1675号 `1999, 148면 이하, 判例タイムズ No.1044, 2001, 263면 이하, 保条成宏, ‘児童虐待に対する刑事処罰とその限界 (1) — 「不作為による幫助」の事実をめぐって’, 中京法学38卷2号, 中京大学法学部, 2003, 168면 이하 참조.

인식하였으므로 폭력을 저지할 작위의무가 있었다고 인정했다. 그리고 이러한 작위의무는 상당히 강한 정도의 것이 아니면 안 되지만 피고인은 갑으로부터 수차례 폭행을 당했고, 갑으로부터 도망치려고 한 것 등을 고려하면 그 작위의무의 정도는 매우 강한 것이었다고 해석하기 어렵다고 하여 작위의무가 있었으나 강력한 정도의 것은 아니었음을 판시하였다.

피고인에게 구체적으로 요구되는 작위의 내용에 대해 검사측은 ①갑과 차남이 있는 곳으로 가서 폭력을 가하지 않도록 감시하는 행위, ②갑의 폭력을 말로 저지하는 행위 등이 가능했다고 주장하였다. 이에 원심은 죄형법정주의의 견지에서 부진정부작위범 성립의 확장을 방지할 필요가 있고, 더욱이 부진정부작위범의 범위를 보다 확장하게 되는 방조범의 성립에 관한 법해석은 특히 신중한 자세가 요구된다는 것을 고려할 때 갑의 폭행을 저지해야 할 작위의무가 있는 피고인에게 구체적으로 요구되는 작위의 내용으로는 갑의 폭행을 거의 확실히 저지할 수 있는 행위, 즉 결과방지와 인과성이 인정되는 행위로 해석함이 상당하다고 하였다. 그리고 이러한 관점에서 피고인에게 구체적으로 요구되는 작위의 내용으로는 갑의 폭행을 실력을 행사하여 막는 것이라고 하였다. 또한 검사측이 주장하고 있는 구체적인 작위의 내용에 관하여 감시하는 행위(①)로는 갑의 폭행을 거의 확실히 저지할 수 없었을 것이라고 하였고, 말로 폭행을 저지하는 행위(②)에 대하여 사건의 정황 및 지금까지의 갑의 폭력적인 행동 등을 고려하면 갑의 폭력을 거의 확실히 막을 수 있다고 하기는 어렵기 때문에 결과방지와 인과관계는 인정되지 않는다고 하여 검사측이 제시한 ①, ②의 행위와 결과방지의 인과성을 부정하였다. 그리고 실력을 행사하여 폭력을 저지하는 행위에 대해서는 피고인이 몸으로 폭력을 저지한 경우 갑의 폭행을 거의 확실히 멈추게 할 수 있었으므로 피고인이 실력을 행사하여 저지하는 것은 불가능하지 않았다고 하여 실력행사에 의한 폭력저지와 결과방지와 인과관계를 긍정하였다. 다음으로 작위의무의 용이성에 대하여 피고인이 실력을 행사하여 폭력을 저지하는 것은 불가능하지 않았지만, 피고인은 갑에게 수차례 심한 폭력을 당한 적이 있었고, 특히 이사 후 갑에게 공포심을 느껴 저항할 수 없었기 때문에 범행 당시 피고인이 실력을 행사하여 갑의 폭력을 저지하는 것이 상당히 곤란한 상태였다고 언급한 후, 피고인이 실력을 행사하여 폭력을 저지한 경우 그로 인하여 부상당할

가능성이 있었다는 사실은 부정하기 어려우며, 경우에 따라서 태아의 건강에 해를 끼칠 우려가 있었기 때문에 피고인이 갑의 폭행을 실력으로 저지하는 것이 현저하게 곤란한 상태였다고 하였다. 이와 같이 원심은 작위의무의 이행과 결과방지와와의 인과관계를 엄격히 해석하고, 이를 토대로 갑에게 요구되는 구체적인 작위의 내용을 “실력행사에 의한 폭력 저지”라고 명시한 후 동 작위의무 이행의 용이성을 부정하는 취지를 밝힌 것이다.

마지막으로 부작용법의 성립요건인 동가치성에 관하여 피고인에게 작위의무가 있었다는 것이 인정되고, 그 작위의무를 이행하는 것은 불가능하지 않았지만 피고인이 실력을 행사하여 갑의 폭력을 방지하는 경우 피고인 및 태아의 건강에 악영향을 끼칠 우려가 있어 갑의 폭력을 실력으로 저지하는 것이 현저히 곤란한 상태였다는 것을 고려해 볼 때 피고인에게 요구된 작위의무의 정도가 어느 정도 강한 것이었다고 하더라도 피고인의 부작용을 작위에 의한 상해치사방조죄와 동일시 하기는 어렵다고 하였다. 이상의 근거를 들어 원심은 피고인의 부작용이 상해치사방조죄에 해당한다고 인정하기 어렵다고 하여 피고인에게 무죄를 선고하였다.

#### 나. 항소심 판결<sup>14)</sup>

원심 판결에 대해 검사측은 항소를 하였고 이에 샤프로 고등법원은 원심의 사실 인정 및 법령 적용상의 오류가 있었다는 견해를 밝힌 후 원판결을 파기하고 피고인에 대해 상해치사방조죄(징역 2년 6개월, 집행유예 4년)의 성립을 인정하였다.

항소심에서는 원판결의 사실 인정상의 오류가 있었다고 하였다. 구체적으로는 첫째 피고인이 갑에게 애정의 감정이 없었고 자녀들과 함께 도망가려고 한 것에 대하여 피고인은 갑에게 애정의 감정을 가지고 스스로 내연 내지 혼인관계를 유지했고

14) 札幌高裁平成12年3月16日判決 `破棄自判(確定)`, 항소심에 관한 판례 평석은 中森喜彦, ‘傷害致死行為に対する不作為による幫助の成立を認めた事例’, 現代刑事法第29号, 現代法律出版, 2001, 95면 이하, 松生光正, ‘不作為による幫助一作為と同視し得ないとされた事例’, 判例セレクト 99(法学教室第234号別冊付録), 有斐閣, 2000, 522면, 門田成人, ‘不作為による幫助の成立要件’, 法学セミナー第550号, 日本評論社, 2000, 113면, 川瀬雄彦, ‘殺人罪について不作為による幫助犯の成否が問題となった事例’, 研修第777号, 法務総合研究所, 2013, 84면 이하, 大塚裕史, ‘不作為による幫助’, 刑法判例百選総論[第6版], 有斐閣, 2008, 172면, 前田雅英, 最新重要判例250刑法[第10版], 弘文堂, 2015, 93면.

둘째 갑에게 공포심을 느껴 차남에 대한 폭력을 저지할 수 없었다는 것에 대하여 평소 피고인은 장남과 차남이 잘못된 태도로 인하여 벌을 받는 것이라고 말해 왔고 또한 이들에게 대해 폭력을 휘두른 적이 있는 것 등을 보아 오직 공포심을 느꼈기 때문에 폭력을 방조한 것으로 보기 어려우며, 셋째 피고인의 방조행위로 인해 차남이 죽음에 이르렀다고 자책하여 자신이 범인이 되기를 자처한 사실에 대하여 이는 자책이 아닌 갑을 보호하기 위해 자신이 범인이라고 진술한 것이며, 넷째 피고인이 실력을 행사하여 갑의 폭력을 저지할 경우 태아의 건강에 악영향을 끼칠 수 있다는 부분에 대하여 지금까지 갑은 피고인이 임신 중인 경우 태아의 건강을 우려하여 복부 이외의 부위에 폭력을 가한 점에 비추어 보아 태아의 건강에 영향을 끼칠 가능성은 크지 않았다고 하였다.

항소심에서는 원심 판결의 법령적용의 오류에 관하여 이하와 같이 판시하였다. 원판결에서 부작위에 의한 방조의 성립요건으로 명기한 “범죄의 실행을 거의 확실히 저지할 수 있었음에도 불구하고 이것을 방지하였다”라는 것은 부작위에 의한 방조범의 성립요건이 아니라는 것을 밝힌 후 부작위에 의한 방조의 성립요건에 관하여 “정범자의 범죄를 저지해야하는 작위의무 있는 자가 일정한 작위에 의해 정범자의 범죄를 방지할 수 있었음에도 불구하고 이에 대해 인식하면서 일정한 작위를 하지 않아 정범의 범죄 실행을 용이하게 한 경우에 성립하고, 이상의 내용이 작위에 의한 방조와 동일시 할 수 있어야 한다”고 하였다. 또한 항소심은 작위 의무자의 부작위 중에서 오직 결과방지와 인과성이 인정되는 것을 방조행위로 한정하여 피고인에게 구체적으로 요구되는 작위의 내용으로서 갑의 폭행을 실력으로 저지하는 작위만을 상정하고, 폭력을 막기 위해 말이나 감시하는 것을 상정하지 않은 원판결은 죄형법정주의의 견지에서 부진정부작위범의 범위의 확대를 방지할 필요가 있고 특히 부진정부작위범을 확장하는 부작위범의 성립의 인정에는 신중한 태도를 취할 필요가 있었다는 것을 고려하여도 법령의 적용의 오류가 있다고 판단할 수밖에 없다고 하였다. 원심 판결과 동일하게 항소심에서도 작위의무의 존재를 인정하였으나 작위의무의 정도에 관하여 위의 사실에 비추어 보아 매우 강도의 것이라고 할 수 없다는 원심의 판시는 사실인정의 오류에 의해 그 전제가 부정되며 작위의무의 정도를 매우 강도의 것이었다고 해석해야 한다고 하였다.

항소심에서는 작위의 내용과 폭력 방지 가능성 및 용이성에 대해 이하와 같은 견해를 밝혔다. 우선 검사 측이 주장한 감시하여 폭력을 저지하는 행위(①)에 대해 피고인이 차남을 폭행하고 있었던 침실 쪽으로 이동하는 것은 어렵지 않았고, 갑은 피고인을 의식하면서 폭력을 휘둘렀다는 사실이 인정되므로 피고인의 감시 행위를 통한 폭력의 심리적 억제 효과의 기대할 수 있었을 것이라고 하였다. 다음으로 말로 폭력을 저지하는 행위(②)에 대해 갑을 진정시키거나 폭력을 저지하는 말에 대해 생각해야 하지만 범행 장소로 이동할 필요가 없다는 점에서 오히려 ①보다 용이한 점이 있었으며 ‘그만둬’라고 외치거나, 차남의 행동에 대해 변명하고 대신 사과하는 것 등으로 폭력을 멈추게 할 수 있었을 것이라고 하였다. 따라서 실력 행사를 통한 폭력저지는 물론 ①, ②를 통하여 갑의 폭력을 멈추게 하는 것도 가능했고 또한 용이했다고 판시하였다.

이상의 근거를 토대로 항소심은 차남에 대한 갑의 폭력을 저지할 자는 피고인 밖에 없었으므로 차남의 생명, 신체 안전의 확보는 피고인에게만 의지했으며 피고인에게는 폭력을 저지할 작위의무가 인정되고 이는 강도의 것이라고 언급한 후, 작위의무의 내용으로 감시하는 행위, 말로 폭력을 저지하는 행위, 실력으로 폭력을 저지하는 행위 세 가지로 상정할 수 있으며 용이한 것부터 단계적으로 행하거나 복합적으로 행하여 갑의 폭력을 저지하는 것이 가능했기 때문에 피고인의 부작위에 의해 갑의 폭행이 용이하게 된 것은 의심할 여지가 없다고 하여 피고인에게 부작위에 의한 상해치사 방조죄의 성립을 인정했다.

### 3. 검토

이상에서 검토한 바와 같이 원심 판결은 부작위에 의한 방조에 있어서 부진정부작위 범으로서의 독자성을 인정하여 부작위범의 고유의 성립요건을 정립하는 것에 초점을 맞춘 것에 비해 항소심은 부작위에 의한 방조가 어디까지 방조의 한 형태인 것에 착목하여 성립요건의 판단에 있어 작위에 의한 방조의 해결방법을 도입하여 판결을 내렸다<sup>5)</sup>. 따라서 원심과 항소심은 상이한 판결을 내렸으며 이러한 원인을 구체적으로

15) 保条成宏, 앞의 논문, 184면.

살펴보면 사실관계에 관한 견해와 법해석상의 차이가 있었기 때문이었다는 것을 알 수 있다. 사실관계 인정에 대한 견해의 차이는 본 건 당시 피고인의 심리상태 및 피고인과 정범(갑)의 관계에 관한 것이다<sup>16)</sup>. 원심에서는 범행당시 피고인은 갑에게 애정의 감정이 아닌 공포심을 느끼고 있었으며 차남의 사망에 대한 자책으로 갑 대신에 범인이 되는 선택을 했다고 해석하였다. 반면 항소심에서는 차남에 대한 갑의 폭행을 저지하지 않은 이유는 갑에 대한 애정이 있었기 때문이었고 차남의 친권자라는 입장보다는 갑과의 내연관계를 우선시하여 차남에 대한 갑의 폭행을 묵인했다고 하였다<sup>17)</sup>. 이와 같은 사실관계 인정의 차이는 작위의무의 실현 가능 정도와 관계가 있다. 원심에서는 피고인이 갑에 대해 공포심을 느끼고 있었기 때문에 갑의 폭력적 행위를 실력으로 저지하는 것이 상당히 곤란했다고 해석한 반면, 항소심에서는 피고인이 갑에 대해 공포심이 아닌 애정을 느끼고 있었기 때문에 상당히 곤란했다고 보기 어렵다고 했다. 또한 임신 중이었던 피고인이 실력을 행사하여 차남에 대한 갑의 폭력을 저지한 경우 태아의 건강에 미치는 영향의 유무에 관하여 원심에서는 피고인이 갑에게 폭행을 당하여 태아의 건강에 악영향을 줄 가능성이 있음을 추상적으로 인정한 반면 항소심에서는 과거 갑의 폭력과 그 정도에 비추어 보아 태아의 건강에 대한 영향을 줄 가능성이 낮다는 것을 구체적으로 검토하였다.

다음으로 법해석에 관한 판단의 변경은 부작위에 의한 방조의 성립을 인정하기 위한 범행 방지 가능성 정도에 관한 내용이다. 원심에서는 “범죄의 실행을 거의 확실히 저지할 수 있었다”고 할 수 있을 정도의 범행 방지 가능성이 필요하다고 해석하였으나 항소심에서는 “정범의 범행을 방지하는 것이 가능했다”라고 해석되면 충분하다고 하였다. 지금까지 일본의 판례상 부작위에 의한 방조의 성립요건 중 범행 방지 가능성에 대해 원심과 같이 상당히 엄격하게 요구한 판례는 찾아 볼 수 없으며 항소심의 판단이 보다 일반적인 것이라고 사료된다. 종래의 일본 판례에서는 명령된 작위를 행한 경우 정범의 범행을 저지할 가능성이 있었음에도 불구하고 그러한 작위를 행하지 않아 정범의 범행을 용이하게 했다고 논하고 있을 뿐이며 더욱이 범행방지 가능성에 대해 구체적으로 검토한 예도 드물다고 할 수 있다<sup>18)</sup>. 방조범이 성립하기 위해서는

16) 中森喜彦, ‘傷害致死行為に対する不作為による幫助の成立を認めた事例’, 現代刑事法第29号, 現代法律出版, 2001, 97면.

17) 村越一造, 앞의 논문, 21-22면.

정범의 실행에 불가결한 것일 필요는 없고<sup>19)</sup>, 방조로 인하여 정범의 실행행위가 용이해지면 족하다는 것이 일본의 다수적인 견해이다<sup>20)</sup>. 이러한 방조범의 원리를 부진정부 작위범에 의한 방조의 사례에 적용한다고 하더라도 요구되는 작위의무의 이행이 범죄의 실행에 장애가 되면 족하다고 해석하는 것이 보다 바람직하며 항소심도 이와 같은 견해를 보이고 있다. 반면 원심은 죄형법정주의의 견지에서 범행방지의 확실성을 요구해야 한다고 논하고 있다. 국가의 형벌권으로부터 국민의 자유와 권리를 보호하여야 함은 말할 필요도 없으며, 이러한 관점에서 예외적으로 인정하고 있는 범죄의 성립 범위가 확장되는 것에 대해 경계해야 하고, 동시에 적절한 제한이 필요함은 부정할 수 없다. 더욱이 본 건 피고인의 행위 태양은 부진정부작위범과 방조범이 결합한 것으로 당해 행위의 평가 및 법해석에 있어 보다 신중한 자세가 요구되는 것은 분명하다. 하지만 죄형법정주의의 견지에서 부작위에 의한 방조범의 성립에 관한 신중한 검토가 요구된다고 하더라도 이것이 인과성의 정도를 엄격히 설정하는 것과 직결된다고 할 수 없다. 이는 작위의무의 판단이나 작위와의 동가치성을 신중히 검토하여 대처할 문제라고 할 수 있기 때문에 원심과 같이 결과발생에 대한 영향의 정도를 작위에 의한 방조와 달리 엄격하게 설정하는 방식으로 그 성립범위를 제한하는 것이 정당한지에 대해서는 의문이 남는다<sup>21)</sup>. 원심은 작위행위의 내용 및 용이성 등을 토대로 방조범의 성립을 부정했다. 즉 방조범이 성립하기 위해서는 작위행위와 범행 방지 사이에 상당 정도의 인과관계(범죄의 실행을 거의 확실히 저지할 것)가 요구된다고 하고 있으므로 범죄의 실행을 확실히 저지하기 위한 작위행위의 구체적인 내용으로서 말로 저지하는 행위, 감시하는 행위는 인과성을 결여하기 때문에 부정되고, 피고인이

18) 中森喜彦, 앞의 논문, 97면.

19) 大判大正2年7月7日刑録19輯771頁 `大判大正11年10月6日刑集1卷530頁 `大判昭和4年2月19日刑集8卷84頁`.

20) 最判昭和24年10月1日刑集3卷10号1629頁는 “중범은 타인의 범죄에 가공할 의사를 가지고 유형 또는 무형의 방법으로 정범의 행위를 방조하고, 타인의 범죄를 용이하게 하는 것이다”고 판시하고 있으며 일본의 학설도 방조행위가 정범의 행위에 대한 것인지, 결과에 대한 것인지에 대해 다툼이 있지만 정범의 실행을 용이하게 하는 것이라고 해석하는 것이 통설적인 견해이다. 자세한 내용은 大塚仁, 앞의 책, 320면, 大谷實, 刑法講義總論[新版第4版], 成文堂, 2013, 441면, 濱田新, ‘不作為による幫助の因果關係について’, 法学政治学論究第104卷, 『法学政治学論究』編集委員会, 2015, 198면, 日高義博, 刑法總論, 成文堂, 2015, 502면 등 참조.

21) 村越一造, 앞의 논문, 21면.

실력을 행사하여 직접적으로 폭력을 저지하는 하는 행위만 작위의무의 내용으로 인정되는 것이다. 작위의무의 내용 및 정도를 이와 같은 수준으로 설정한 경우 임신 중이었던 피고인은 태아 및 본인의 건강에 대한 악영향을 우려하여 폭력의 저지를 위한 물리적인 행위를 할 가능성이 낮아지게 된다. 더욱이 원심에서는 방조범과 정범의 관계에 대해 피고인은 갑에게 수차례 폭행을 당해왔고 갑으로부터 도망칠 계획을 하고 있었으며 애정의 감정이 아닌 공포심을 느끼고 있다고 하여 작위의 실행 가능성이 낮았다고 판시함과 동시에 행위의 용이성도 부정하였다. 하지만 항소심에서 지적하는 바와 같이 실력 행사를 통해 폭력을 저지한 경우 피고인이 부상을 당할 가능성이 있었음은 부정할 수 없지만 피고인이 임신한 경우 갑은 복부가 아닌 다른 부위에 폭력을 가한 것 등에 비추어 보았을 때 태아의 건강에 영향을 끼칠 가능성은 낮았고 그 외의 제반 사정을 고려하여도 실력 행사를 통해 폭력을 저지하는 것이 불가능했다고 할 수 없다. 따라서 비교적 용이한 행위(감시와 말을 통해 폭력을 저지하는 행위)를 포함한 일정의 작위에 의해 갑의 폭력을 저지할 수 있었다는 것을 고려하여 피고인의 행위는 작위에 의한 방조범의 경우와 동시된다고 해석함이 타당하다고 사료된다.

### Ⅲ. 부작위에 의한 방조의 성립요건

정범의 범죄행위를 부작위에 의해 방조한 경우 이를 둘러싼 주요 쟁점은 부작위에 의한 공범(방조범)과 정범의 구별<sup>22)</sup> 및 방조범의 성립요건 등이라고 할 수 있다. 부작위에 의한 방조는 가정폭력과 관련하여 더욱 문제가 된다. 가정폭력의 경우 외부에서 보기 힘든 가정 내에서 이루어지며, 한명의 가해자가 여러 명의 피해자에게 폭력을 가할 가능성이 높다<sup>23)</sup>. 가정폭력 중복발생의 전형적인 예로 배우자폭력과

22) 일본에서는 부작위에 의한 공범과 정범의 구별에 대해 부작위범론을 토대로 해결하는 방식과 공범론을 토대로 해결하는 방식이 대립되고 있다. 공범론을 기초로 하는 견해는 행위범에 있어서 정범과 공범의 구별 기준을 부작위범에 그대로 적용하기 때문에 여러 가지 결함을 보이고 있어 최근에는 부작위범을 기초로 하는 견해가 유력하다. 부작위범을 기초로 하는 견해는 크게 원칙방조설, 원칙정범설, 의무구별설로 나뉜다. 자세한 내용에 대해서는 阿部純二, ‘不作為による従犯に関する最近の判例について’, 研修第639号, 法務総合研究所, 2001, 5면 이하.

23) 2004년에 시행된 동경도 생활문화국이 발표한 보고서에 의하면 50% 이상의 가정에서 배우자폭력

아동학대가 동시에 존재하는 것을 들 수 있다. 이러한 경우 폭력의 피해자가 다른 가족구성원에 대한 가해자의 폭력 등을 저지하기 위하여 적극적인 조치를 취하는 것은 기대하기 어렵고 폭력을 방지하는 경우 상해죄, 폭행죄 등의 방조범이 성립할 수 있다. 가정폭력의 중복 발생의 경향 및 발생 건수 증가 추세<sup>24)</sup> 등을 고려하였을 때 부작용으로 가정폭력을 방조한 자의 행위에 대한 평가 및 범죄 성립요건에 대한 검토가 시급하다고 하겠다. 이와 같은 사안에 대해 항소심인 삿포로 고등법원에서는 부작용에 의한 방조범이 성립하기 위하여 ①정범자의 범죄를 방지해야 하는 작위의무가 있는 자가 ②일정의 작위에 의해 정범자의 범죄를 방지할 수 있었음에도 불구하고 ③이것을 인식하면서 작위의무를 이행하지 않고 ④범죄의 실행을 용이하게 하였으며 ⑤이상의 행위가 작위에 의한 방조와 동일시 할 수 있었을 때 성립한다고 판시하였다. 본 장에서는 위에서 검토한 일본의 판례에서 쟁점이 된 범죄성립요건을 토대로 우리나라와 일본의 학설을 비교 검토하여 부작용에 의한 방조의 성립요건을 유형화하고 구체화 하는 시도를 하도록 하겠다.

## 1. 작위의무의 내용 및 인과관계

부작용에 의한 방조가 성립되기 위해서는 우선 방조자에게 작위를 통해 범행을 방지할 의무가 있어야 한다. 부작용범 특히 부진정부작용범에 대한 비난은 부작용 행위자에게 구성요건 실현을 방지(결과 발생의 위험을 제거)해야 할 의무가 있었음에도 불구하고 그와 같은 의무를 이행하지 않아 결과를 발생시킨 경우 가능하기 때문이다<sup>25)</sup>. 우리 형법 제18조에서도 “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의

과 아동학대가 중복하여 발생한다고 조사되었다. 자세한 내용은 東京都生活文化局, 配偶者からの暴力に関する調査, 2004, 10면 참조 그 외에 조미숙 역, 가정폭력이 아동 및 청소년에게 미치는 영향, 21세기사, 2005, 70면 이하. 이원숙/박미선, 가정폭력 프로그램, 학지사, 2010, 83면 이하 참조.

24) 가정보호사건으로 검찰에서 법원에 송치된 건수를 보면 10년 전인 2006년에는 4,221건이었으나 2015년에는 20,131건으로 약 4.8배가 증가하였다. 이는 실제로 가정폭력 발생 건수의 증가와 함께 가정폭력사건에 대한 수사기관의 적극적인 대처가 함께 작용한 결과라고 할 수 있다. 그리고 2015년 접수된 가정보호사건의 죄명별 현황을 보면 상해·폭행이 16,994건(84.4%)으로 신체적인 폭력이 큰 비중을 차지하고 있다는 것을 알 수 있다. 법무연수원, 2016 범죄백서, 2017, 355면.

25) 정혜욱, ‘부진정부작용범의 작위의무에 관한 연구’, 법학논문집 제37집 제3호, 중앙대학교 법학연구소, 2013, 187면.

행위로 인하여 위협발생의 원인을 야기한 자가...”라고 하여 작위의무의 존재를 방조범 처벌의 전제조건으로 하고 있다. 반면 일본의 경우 부진정부작위범에 관하여 형법상 규정되어 있지 않지만 학설 및 판례는 이견 없이 부진정부작위범자에게 작위의무가 필요하다고 해석하고 있다. 부진정부작위범의 처벌 범위의 확장의 방지와 보충성의 원칙의 견지에서 구성요건실현의 방지 의무는 법적 의무로 제한된다고 할 수 있으므로 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않는다. 우리 판례에서도 부작위범의 성립을 인정하기 위해서는 “형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과 발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자”라는 표현을 사용하여 부작위범의 성립을 위해 법적인 작위의무가 있어야 함을 명기하고 있다<sup>26)</sup>.

다음으로 문제가 되는 것은 부작위에 의한 방조범의 성립요건으로서의 작위의무의 내용 및 인과관계이다. 우선 방조행위와 정범의 실행행위와의 인과관계에 관하여 필요설과 불필요설이 대립되고 있고 인과관계 필요설이 우리나라와 일본의 통설적인 입장<sup>27)</sup>이다. 방조범의 본질에 관한 이해는 공범독립성설과 공범종속성설에 따라 달라지고 우리나라와 일본<sup>28)</sup>의 다수설인 공범종속설에 의하면 가법적인 방조범이 되기 위해서는 피방조자의 실행행위를 요하므로<sup>29)</sup> 방조행위와 정범의 실행 및 정범결과 사이에는 인과관계가 요구된다고 해석할 수 있다. 요컨대 부작위에 의한 방조범에 관한 사례에서 방조범의 처벌 근거는 범행방지의 작위의무를 가지고 있는 자가 그것을 이행하지 않음으로 인하여 발생한 (정범 행위에 의한)법익침해에 있다. 따라서 방조범이 성립하기 위해서는 방조행위와 정범의 실행행위 사이에 인과관계가 존재해야 하는 것이다. 또한 인과관계 불요설에 의하면 방조범의 불법내용을 위협범으로 이해하게 되어 결과적으로 기도된 방조범을 처벌한다는 부당한 결과에 이르게 되므로 방조행위

26) 대판1996.9.6, 95도2551, 대판 1997.3.14, 96도1639, 대판 1996.9.6, 95도2551, 대판 2006.4.28, 2003도4128 등.

27) 손동권, 앞의 책, 599면, 김일수/서보학, 앞의 책, 493면, 오영근, 앞의 책, 185면, 山中敬一, 刑法總論[第3版], 成文堂, 2015, 983면, 井田良, 講義刑法学·総論, 有斐閣, 2015, 494면, 大谷實, 앞의 책, 445면 이하, 조기영, ‘정신적 방조와 방조범의 인과관계’, 형사법연구 제26권 제3호, 2014, 72면 이하.

28) 일본의 판례도 공범의 종속성을 전제로 하고 있다. 大判大正6年7月5日刑録23輯787頁 `大判大正12年7月12日刑集2卷718頁.

29) 손동권, 앞의 책, 595면, 山中敬一, 앞의 책, 983면.

와 정범의 실행행위 사이에 인과관계를 요하는 필요성이 타당하다고 생각된다.

인과관계의 정도 및 작위의 내용에 관하여 원심은 부작위에 의한 방조범 성립을 위해 요구되는 작위의 내용을 “폭행을 거의 확실히 저지할 수 있는 행위”라고 하여 결과방지와 인과성이 상당 정도 인정되는 행위에 한정하고 있다. 즉 방조의 인과성에 대해 부작위의 경우와 작위의 경우를 다르게 해석하여 이와 같은 결론에 이르러진 것이다. 반면 항소심은 이러한 요건을 설정하여 동죄의 성립범위를 제한시키는 것은 법해석·적용의 오류라고 하였다. 공범의 처벌근거에 관한 일본의 학설 중 야기설·인과공범론에 의하면 정범결과와의 인과성이 요구되지만 그 정도는 정범의 결과를 촉진 또는 강화하면 충분하다고 이해되고 있음에도 불구하고<sup>30)</sup> 원심은 부작위에 의한 방조에 대해서만 엄격하게 해석하고 있으며, 이에 대한 타당한 근거를 제시하고 있지 않다. 또한 원심에서 부작위에 의한 방조범의 성립요건으로 들고 있는 결과방지와 상당한 인과성은 형법의 보충성, 최후 수단성을 고려해도 너무 엄격한 것이라고 하지 않을 수 없으며 이러한 논거는 설득력을 잃는다고 생각된다. 우리나라에서도 종범의 구성요건으로서의 방조는 “실행행위 이외의 행위로 정범을 원조하며, 정범의 범죄 실행을 용이하게 하거나 강화하는 일체의 행위”를 의미한다고 해석하며<sup>31)</sup> 판례도 정범이 범행을 한다는 점을 알면서 그 “실행행위를 용이”하게 하는 행위로 정의하고 있다<sup>32)</sup>. 따라서 방조행위와 인과관계에 대해 정범결과의 방지와 상당 정도의 인과관계를 요하는 원심 판결에는 오류가 있다고 하지 않을 수 없다. 방조행위와 인과관계에 관하여 합법칙적 조건설, 상당인과관계설, 기회증대설 등의 학설이 있다. 방조범에게 요구되는 내용은 정범의 범죄 실행을 용이하게 하거나 강화시킨 것으로 인정되면 족하다고 할 수 있다. 따라서 가벌적 방조행위가 성립하기 위해 통상의 인과관계나 수정된 인과관계의 존재만으로 불충분하고 방조행위가 피해자에 대한 위협을 증가시키고 행위자에게 결과야기의 기회를 증가시켰다는 기회증대설이 타당하다고 사료되

30) 高橋則夫, ‘不作為による幫助犯の成否, 現代刑事法第14卷, 現代法律出版, 2000, 102면, 大谷實, 앞의 책 445면 이하.

31) 승재현, ‘종범의 성립시기와 처벌범위-소위 승계적 종범의 형사법적 쟁점을 중심으로-’, 형사법연구 제23권 제2호, 한국형사법학회, 2011, 177면 이하, 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론, 박영사, 2014, 491면 이하, 손동권, 앞의 책, 595면, 오영근, 신형법입문(제4판), 박영사, 2016, 184면 이하.

32) 대판 2005.4.29, 2003도6056.

며<sup>33)</sup> 부작위에 의한 방조범이 성립하기 위해서는 작위의무의 존재, 정범의 결과 야기의 기회 및 피해자 위험의 증대를 요건으로 해야 한다고 생각된다.

## 2. 작위의 가능성·용이성

일정한 장소, 시점에서 사람이 할 수 있는 작위는 제한되어 있지만, 사람이 할 수 있는 부작위는 무한하므로 이 중에서 형법상 의미 있는 부작위를 추출하고, 적절한 법적 평가를 하는 것은 중요하다<sup>34)</sup>. 이러한 관점에서 부진정부작위범이 성립하기 위한 요건으로서의 작위의무의 내용 및 인과관계에 관해서는 이미 위에서 검토했으며 그 다음은 어떠한 상황에 놓인 작위의무자가 작위의무를 수행하는 것이 가능하였는지에 관하여 검토해야 한다. “법은 불가능한 것을 의무지우지 않는다”는 대원칙에 의해 이행할 수 없는 것을 이행하도록 법이 강요할 수 없기 때문이다<sup>35)</sup>. 작위의무를 이행할 수 없는 경우에는 부작위가 위법하다고 평가할 수 없으며, 작위의무를 이행하지 않은 자에 대한 비난가능성도 낮아지게 될 것이다. 그러므로 부작위범에 대한 비난을 하기 위해서는 상정된 작위를 이행할 수 있는 것이 전제가 되어야 하며 작위의무의 이행이 가능한 경우라고 하더라도 현저하게 곤란한 경우에는 그것을 강요할 수 없기 때문에 작위의 용이성도 요건이 된다고 할 수 있다<sup>36)</sup>. 가능성 및 용이성의 정의와 양자의 관계는 명확하지 않으나 용이성의 개념이 가능성의 개념에 포함된다고 할 수 있다<sup>37)</sup>. 즉 가능성이 보다 넓은 개념이며 그 정도에 따라 용이 또는 곤란 등으로 나뉜다. 따라서 가능성이 없다고 해석되는 경우 용이성도 당연히 부정되므로 용이성에 대한 검토는 불필요하게 된다.

작위의 가능성·용이성에 대한 원심과 항소심의 판단은 일치하지 않았으며, 전자는 작위의 가능성을 긍정, 용이성은 부정했고, 후자는 작위의 가능성 및 용이성을 긍정했

33) 김일수/서보학, 앞의 책, 493면, 손동권, 600면.

34) 오영근, 앞의 책, 76면.

35) 손동권, 앞의 책, 398면, 김일수/서보학, 위의 책, 356면 이하, 하태영, ‘형법상 부작위범이 인정되기 위한 조건’, 비교형사법연구 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003, 544면 이하.

36) 大塚裕史, ‘不作為による幫助’, 刑法判例百選總論[第6版], 有斐閣, 2008, 173면.

37) 高橋則夫, 앞의 논문, 102면 이하.

다. 하지만 여기서 판결의 결과보다 중요한 것은 부작위에 의한 방조범 성립 여부를 좌우하는 작위의 가능성·용이성에 대한 판단기준이라고 할 수 있다. 원심에서는 피고인이 갑의 폭력을 실력으로 저지하는 것은 불가능하지 않았지만(가능성) 갑의 폭력으로 부상당할 가능성이 있는 이상 실력 행사를 통하여 저지하는 것이 곤란한 심리상태에 있었다고 해석하여(용이성) 작위의 가능성에 대해 일반인을 기준으로, 용이성에 대해 피고인의 상황을 토대로 판단하였다<sup>38)</sup>. 항소심에서는 범죄 행위의 방지 가능성과 용이성에 대해 순차적으로 검토하지 않고 양자를 함께 검토했다. 그리고 이러한 판단은 피고인의 개별·구체적인 상황을 토대로 행해졌다. 부작위범에서 작위의무의 구체적인 내용으로 인정되는 행위를 이행하는 것이 가능하였는지 여부에 대해 검토할 경우 일반인을 기준으로 작위이행 가능성과 함께 행위자가 처한 상황과 행위자의 능력을 기준으로 작위 이행에 대한 용이성이 있었는지 판단하는 것이 바람직하다고 생각한다<sup>39)</sup>. 일반인을 기준으로 작위의 이행이 객관적으로 가능하였다고 하더라도 행위자가 처한 제반 사정이나 능력 등에 비추어 보아 작위의무를 이행할 경우 본인의 법익 침해 가능성이 있다면 자신의 법익을 희생시켜 작위의무를 이행하도록 강요하는 것은 불가능하기 때문이다. 자신의 법익 침해의 위험성과 작위의무의 이행 사이에 적절한 절충점을 찾는 것, 그리고 작위의무 이행에 따른 희생(법익 침해의 위험성)을 작위의 가능성·용이성의 평가에 어느 정도 고려하여 하는지에 관한 기준을 설정하는 것은 상당히 어려운 문제이다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 법익침해의 결과를 방지하기 위하여 작위의무를 이행하여야 하는 노력이 어느 정도까지인지, 그리고 어느 정도까지의 작위의무를 이행한 경우 비난가능성이 낮아지게 되는지 등에 대해 검토해야 한다. 예를 들어 긴급피난에 있어서의 논의와 같이 이익교량의 원칙을 토대로 우월성의 원칙에 따라 판단할 것인지, 책임론에서와 같이 기대가능성을 토대로 판단할 것인지 등에 대해 구체적인 논의를 할 필요가 있다.

우리나라의 경우 부작위범의 성립요건에 있어서 작위 가능성(결과방지 가능성)은 일반적으로 요구되고 있지만 용이성까지 그 요건으로 명기하는 경우는 많지 않다.

38) 高橋則夫, 위의 논문, 102면.

39) 작위가능성 판단에 대해 행위자 능력을 기준으로 확정해야 한다고 주장하는 연구로는 이용식, ‘부진정부작위범에 있어서 작위가능성과 결과회피가능성의 의미 내용-부작위범의 실행행위와 인과관계의 구별’, 고시계 제50권 제7호, 2005, 35면 이하.

가능성의 범위 안에 용이성이 포함되기 때문에 별도의 검토를 거칠 필요가 없다고 할 수 있다. 하지만 부진정부작위범의 처벌 범위의 확장에 대한 경계와 처벌 범위의 확장을 방지하기 위해 적절한 제한을 가해야 함은 오래전부터 지적되어 왔으며 이러한 문제를 해결하기 위한 방법 중 하나가 ‘용이성’<sup>40)</sup>이라는 요건을 추가하는 것이라고 생각한다<sup>41)</sup>. 즉 일반인을 기준으로 객관적인 입장에서 작위의무를 이행할 가능성이 있었는지 여부를 검토한 후 행위자의 상황 및 능력, 그리고 심리상태 등의 주관면까지 고려하여 용이성이 있었다고 판단되는 경우에 한하여 작위 가능성(결과방지 가능성)을 인정하여 그 성립범위를 효율적으로 제한할 필요가 있다고 생각된다.

### 3. 동가치성

부작위에 의한 방조가 인정되기 위해서는 부작위를 작위에 의한 방조와 동일시할 수 있다는 평가가 가능해야 한다. 구성요건 자체가 부작위 형식으로 규정되어 있는 진정부작위범과는 달리 부진정부작위범은 작위의 형식으로 실행될 것을 상정하여 규정된 범죄를 부작위의 형식으로 실현하는 것이기 때문에 해석이 필요하고, 이러한 해석이 죄형법정주의에 위배되지 않도록 신중을 기해야 함은 물론이다. 따라서 부진정부작위범을 작위범과 동일하게 취급하기 위해서는 양자에 대해 동일한 법적평가를 할 수 있어야 한다<sup>42)</sup>. 우리 형법에서는 부진정부작위범의 성립요건으로 부작위가 작위에 의한 구성요건의 실현에 상응해야 한다는 것에 대해 명기하고 있지 않으나 동가치성을 요한다는 것이 통설<sup>43)</sup> 및 판례<sup>44)</sup>의 입장이며, 일본도 동일한 입장을 취하고 있다<sup>45)</sup>. 부작위에 의한 방조의 성립을 인정하기 위한 구성요건 요소

40) 용이성의 부재를 근거로 부작위범의 성립을 제한한 판례는 대관 2010.1.14, 2009도12103.

41) 부작위범 성립 제한을 위한 또 다른 방법으로 ‘결과의 발생을 방지하여야 할 자’의 규정에 대한 엄격한 해석을 요한다고 주장하는 학자도 있다. 자세한 내용은 류화진, 앞의 논문, 197면 이하 참조.

42) 원형식, ‘부진정부작위범의 인과관계와 객관적 귀속’, 중앙법학 제12집 제4호, 중앙법학회, 2010, 118면.

43) 이정원, ‘부진정부작위범의 구조적 문제점’, 형사법연구 제14권, 한국형사법학회, 2000, 235면 이하, 하태영, 앞의 논문, 549면, 배종대, 형법총론 제10판, 홍문사, 2011, 753면, 신동운, 형법총론 제5판, 법문사, 2011, 121면, 손동권, 앞의 책, 411면, 김일수/서보학, 앞의 책, 369면, 오영근, 79면.

44) 대관 1997.3.14, 96도1639, 대관 2002.1.22, 2001도2254 등.

로서 동가치성을 요구하는 것을 통해<sup>46)</sup> 부진정부작위범의 성립 범위의 확대를 효과적으로 제한하기 위한 필터의 역할 수행하는 것을 기대할 수 있을 것이다<sup>47)</sup>.

위의 사례의 원심, 항소심에서 부작용에 의한 방조의 성립요건으로 언급된 동가치성은 우리나라는 물론 일본의 학설에서도 일반적으로 구성요건적 동가치성의 형태로 부진정부작위범의 성립요건의 하나로 자리매김하고 있다. 하지만 이러한 구성요건적 동가치성의 의미 및 내용에 대해서는 다양한 설명이 이루어지고 있다<sup>48)</sup>. 원심에서는 부진정부작위범의 일반적 성립요건 중 하나인 동가치성이 부작용에 의한 방조의 성립요건으로서도 중요하다고 해석하고 있다. 원심에서는 부작용에 의한 방조의 “부진정부작위범”으로서의 성격에 초점을 맞춰 작위에 의한 방조와 구별되는 독자성을 부여함으로써 작위범과 다른 성격을 가지고 있는 부작용범 고유의 성립요건을 정립하고 그 처벌범위를 한정했다. 반면 항소심에서는 공범론을 토대로 작위에 의한 방조의 구성요건에 입각하여 부작용에 의한 방조의 문제를 해결하고 있다. 양 판결이 문제 해결을 위해 접근하는 방식에는 차이가 있지만 부작용에 의한 방조범의 성립요건으로 동가치성을 요구하는 점은 동일하다. 법익침해의 결과에 대한 인과관계를 직접 야기한 작위범과 그렇지 아니한 부작용범이 동일한 법조문으로 처벌되는 이상 양자에게 동등한 법적평가를 할 수 있는 것이 부작용범의 성립요건의 일부가 되어야 함은 분명하다. 따라서 위에서 언급한 바와 같이 작위의무의 존재, 작위의 가능성·용이성도 부작용에 의한 방조범의 객관적 구성요건 요소가 되지만

45) 부작용범의 요건으로서의 동가치성은 실질적 의미에서의 작위의무의 발생근거를 기초하고 한정하기 위한 지도 원리인지, 작위의무의 존재를 전제로 부작용의 성립을 한정하는 요건의 총칭인지에 관해서는 견해의 대립이 있지만 일괄적으로 부작용범이 성립하기 위해 동가치성을 요구하고 있다. 山中敬一, 앞의 책, 238면, 佐久間修, 앞의 책, 79면 이하, 大谷實, 132면, 日高義博, 앞의 책, 143면.

46) 부진정부작위범에 있어서 행위태양의 동가치성은 그 구성요건을 구체적으로 완성시키는 기능을 수행한다고 보는 견해는 문채규, ‘부진정부작위범에 있어서 상용성 요건의 허와 실’, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법연구회, 2009, 183면 이하 참조. 동 견해에 반대하는 입장은 승재현, ‘부진정부작위범에 있어서 행위태양 동가치성의 필요성’, 외법논집 제35권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011, 199면 이하 참조.

47) 川端博, 刑法, 成文堂, 2014, 79면 이하.

48) 부작용을 작위와 같이 평가할 수 있는 행위라는 강력한 요소가 있어야 한다는 의미, 부작용가 작위에 의한 구성요건의 실현과 같은 정도의 위법성을 갖추어야 한다는 의미, 부작용가 작위와 동일시 할 수 있는 정도의 법익 침해의 유형적인 위험성을 가지고 있어야 한다는 의미 등으로 설명되고 있다.

동가치성의 판단은 작위의무와 독립하여 평가해야 한다<sup>49)</sup>. 만일 작위의 의무 및 가능성·용이성이 인정된다고 하더라도 동가치성이 부정되는 경우 범죄가 성립하지 않는다. 이러한 판단에 있어서 고려할 수 있는 사항으로는 지배영역성(배타성)을 들 수 있다. 예를 들어 행인을 자동차로 친 자가 피해자를 구조하기 위해 병원으로 이동했지만 도중에 사고가 발각되어 자신이 처벌받을 것을 우려하여 피해자를 방치한 경우에 방치 장소가 인적이 드문 깊은 산속인 경우와 사람의 통행이 잦은 길인 경우를 가정해보자. 전자의 경우 피해자를 산속 깊은 곳에 방치한 경우 제3자에 의해 구조될 가능성이 매우 희박하므로 피해자가 사망에 이른 경우 살인죄가 성립할 가능성이 있다. 반면 후자의 경우 제3자에 의해 구조될 가능성이 높으므로 행위자의 부작위를 살인행위와 동가치성이 있다고 인정하기 어렵다<sup>50)</sup>. 이와 같은 의미에서 부작위에 의한 아동학대 방조 사안에서는 당시 가정 내에 피해자였던 차남을 구조할 수 있는 것은 피고인 밖에 없었으므로 배타성이 있었다고 평가되며, 작위의무의 존재 및 가능성·용이성이 긍정되므로 아동학대의 방조범 성립을 인정한 항소심의 판단은 타당하다고 생각된다.

#### IV. 맺는 말

범죄와 형벌에 관한 법률인 형법은 국민의 법익을 보호하는 중요한 기능을 수행한다. 하지만 이러한 기능을 수행하기 위하여 범죄자의 생명, 자유 등을 제한 또는 박탈하는 형벌이라는 강력한 수단을 사용하기 때문에 범죄의 성립과 형벌에 관한 판단 및 해석에 신중을 기할 필요가 있으며 국가형벌권의 확장 및 자의적 행사를 억제하는 것은 시대를 불문하고 중요한 과제로 여겨져 왔다. 앞에서 다룬 판례는 법조문의 해석에 의해 처벌범위가 확장될 가능성이 있는 부작위범과 방조범이 교착된 부작위에 의한 방조의 사례에 대해 일본 고등법원이 비교적 명확한 요건을 제시하였다는 점에서 시사하는 점이 크다. 부작위에 의한 방조가 성립하기 위하여 작위

49) 日高義博, 앞의 책, 152면.

50) 佐久間修, 앞의 책, 79면 이하.

의무의 존재 및 실행행위와의 인과관계, 작위의무 이행의 가능성·용이성, 동가치성이 요구된다. 이 중 작위의무 이행의 용이성 및 동가치성은 부작위에 의한 방조의 성립을 효율적으로 제한하는 역할을 수행한다고 생각되며 이러한 요건을 해석상 명확히 함으로써 부작위에 의한 방조범의 처벌범위 확장을 방지해야 한다.

가정폭력과 관련한 동 사례에서 피고인은 부작위에 의한 아동학대 방조죄의 범죄자임과 동시에 배우자폭력의 피해자였기 때문에 더욱 안타까움을 자아냈다. 하지만 현실에서 동 사례와 유사한 사건은 상당수 잠재되어 있을 것이라 예상된다. 가정폭력의 경우 동일한 가해자에게 폭력의 피해를 입은 경험이 있는 자가 다른 가족구성원에 대한 가해자의 폭력을 저지하는 경우 본인도 폭력을 당할 우려가 있기 때문에 적극적으로 나서지 못하고 방관할 가능성이 적지 않기 때문이다. 최근 가정폭력이 증가하고 있고, 가정폭력 피해자는 다른 범죄의 피해자에 비해 가족에 의한 폭력으로 정신적 피해가 큰 것, 외부로부터 발견하기 어려워 반복적, 지속적인 폭력을 당할 가능성이 높은 것, 회복까지 오랜 시간이 소요되는 것으로부터 보호의 필요성이 점차 강조되고 있다. 가정폭력의 조기발견 및 가정폭력 신고 체제 강화, 피해자 보호, 가해자 재범방지 등 관련 대책을 충실히 하여 피해자가 범죄자가 되는 것을 방지하는 한편 부작위에 의한 아동학대 방조와 같은 사안의 해결을 위해 보다 활발한 논의가 필요하다고 생각된다. 시간, 공간상의 제약으로 인해 충분히 다루지 못한 부작위에 의한 방조에서 정범과 공범의 구별 기준에 대해서는 다음의 연구과제로 남겨 두고, 본고에서는 부작위에 의한 방조의 성립요건 등에 관한 연구의 필요성을 환기시킴과 동시에 관련 판례를 소개를 통해 동 문제해결에 조금이나마 도움이 되기를 바란다.

## 참고문헌

### [국내문헌]

#### 단행본

- 김일수/서보학, 새로운 형법총론, 박영사, 2014.  
배종대, 형법총론 제10판, 홍문사, 2011.  
손동권, 새로운 형법총론, 율곡출판사, 2011.  
신동운, 형법총론 제5판, 법문사, 2011.  
오영근, 신형법입문(제4판), 박영사, 2016.  
이원숙·박미선, 가정폭력 프로그램, 학지사, 2010.

#### 논문

- 류화진, ‘부작위범의 적용범위 제한에 관한 소고’, 법학연구 제26권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2015.  
문채규, ‘부진정부작위범에 있어서 상응성 요건의 허와 실’, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법연구회, 2009.  
법무연수원, 2016 범죄백서, 2017.  
승재현, ‘부진정부작위범에 있어서 행위태양 동가치성의 필요성’, 외법논집 제35권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011.  
승재현, ‘중범의 성립시기와 처벌범위-소위 승계적 중범의 형사법적 쟁점을 중심으로’, 형사법연구 제23권 제2호, 한국형사법학회, 2011.  
신양균, ‘부작위에 의한 방조’, 형사판례연구 6, 박영사, 1998.  
원형식, ‘부진정부작위범의 인과관계와 객관적 귀속’, 중앙법학 제12집 제4호, 중앙법학회, 2010.  
이용식, ‘부진정부작위범에 있어서 작위가능성과 결과회피가능성의 의미 내용-부작위범의 실행행위와 인과관계의 구별’, 고시계 제50권 제7호, 2005.

- 이원숙/박미선, 가정폭력 프로그램, 학지사, 2010.
- 이정원, ‘부진정부작위범의 구조적 문제점’, 형사법연구 제14권, 한국형사법학회, 2000.
- 이정원, ‘부진정부작위범에서의 정범과 공범’ 비교형사법연구 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000.
- 정혜옥, ‘부진정부작위범의 작위의무에 관한 연구’, 법학논문집 제37집 제3호, 중앙대학교 법학연구소, 2013.
- 조기영, ‘정신적 방조와 방조범의 인과관계’, 형사법연구 제26권 제3호, 2014.
- 조미숙 역, 가정폭력이 아동 및 청소년에게 미치는 영향, 21세기사, 2005.
- 하태영, ‘형법상 부작위범이 인정되기 위한 조건’, 비교형사법연구 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003.

## [국외문헌]

- 川瀨雄彦, ‘殺人罪について不作爲による幫助犯の成否が問題となった事例’, 研修第777号, 法務総合研究所, 2013.
- 川端博, 刑法, 成文堂, 2014.
- 中森喜彦, ‘傷害致死行爲に對する不作爲による幫助の成立を認めた事例’, 現代刑事法第29号, 現代法律出版, 2001.
- 東京都生活文化局, 配偶者からの暴力に關する調査, 2004.
- 前田雅英, 最新重要判例250刑法[第10版], 弘文堂, 2015.
- 松生光正, ‘不作爲による幫助一作爲と同視し得ないとされた事例’, 判例セレクト’99(法學教室第234号別冊付録), 有斐閣, 2000.
- 村越一造, ‘同棲中の元夫の幼兒虐待を制止しなかつた被告人の行爲が, 傷害致死罪の不作爲による幫助に該當するとして, これを否定して無罪とした原判決が破棄され, 有罪が言い渡された事例’, 研修第624号, 法務総合研究所, 2000.
- 佐久間修, 刑法總論, 成文堂, 2014.
- 阿部純二, ‘不作爲による從犯に關する最近の判例について’, 研修第639号, 法務総合

연구소, 2001.

山中敬一, 刑法總論[第3版], 成文堂, 2015.

大塚裕史, ‘不作爲による幫助’, 刑法判例百選總論[第6版], 有斐閣, 2008.

大塚仁, 刑法概説, 有斐閣, 2008.

大谷實, 刑法講義總論[新版第3版], 成文堂, 2009.

馬屋原成男, ‘刑法改正の動向-改正刑法草案と法務省中間案批判一’, 法學論集第14号, 駒澤大學, 1976.

井田良, 講義刑法學・總論, 有斐閣, 2015.

大谷實, 刑法講義總論[新版第4版], 成文堂, 2013.

濱田新, ‘不作爲による幫助の因果關係について’, 法學政治學論究第104卷, 『法學政治學論究』編集委員會, 2015.

門田成人, ‘不作爲による幫助の成立要件’, 法學セミナー第550号, 日本評論社, 2000.

高橋則夫, ‘不作爲による幫助犯の成否’, 現代刑事法第14卷, 現代法律出版, 2000.

判例時報第1675号, 1999.

判例タイムズ No.1044, 2001.

保條成宏, ‘兒童虐待に對する刑事處罰とその限界 (1) —「不作爲による幫助」の事案をめぐって’, 中京法學38卷2号, 中京大學法學部, 2003.

日高義博, 刑法總論, 成文堂, 2015.

## Requisites for the Establishment of Aiding and Abetting by Omission : Focused on Precedents in Japan

Kim, Jan-di\*

Criminal law, the law on crime and punishment performs an important function to preserve people's benefit and protection of the law. And yet, since a powerful means is used as a means of performing this function, that is, the punishment for the restriction or deprivation of the life and freedom of criminals, it is necessary to pay close attention to the judgment and interpretation of the establishment of crime and punishment, and there remains a task to control the expansion and arbitrary exercise of the state punishment right. What is a problem in this light is 'aiding and abetting by omission.' The type of crime, the crime of omission itself is an exception, and moreover, the establishment of a crime and standard for judgment are problematic, concerning the aiding and abetting of the principal offender's action by omission.

Like in South Korea, in Japan, too, as domestic violence such as child abuse and spousal abuse became a serious social problem, noteworthy precedents appeared on the criminal responsibility of the guardians who looked on child abuse, and the contents of the obligation of a commission, and the causal relationship between the obligation of a commission and the prevention of consequence became issues. In the precedents, there were different judgment between the original trial and the appellate trial, and the Sapporo High Court of the appellate trial clearly defined requisites for the criminality of an accessory to a crime of aiding and abetting by omission, which attracted attention from Japanese practitioners and academia. Thus,

---

\* OSAKA UNIVERSITY · Assistant Professor

this study investigated requisites for the establishment of aiding and abetting by omission, comparing theories of Korea and Japan based on the precedents.

The obligation of a commission, casual relation to an act of a commission, and the possibility, accessibility and equivalence of the fulfillment of the obligation of a commission are required so that aiding and abetting by omission can be established. It is judged that among them, the accessibility and equivalence of the fulfillment of the obligation of a commission play a role in efficiently controlling the establishment of aiding and abetting by omission, and it is necessary to prevent the expansion of the range of the punishment of accessories to a crime of aiding and abetting by omission by clarifying these requisites for interpretation.

❖ Keyword: aiding and abetting by omission, the obligation of a commission, casual relation, domestic violence, child abuse



## 판결 및 불복절차 사례를 통해 본 학교폭력예방법의 비판적 고찰\*

김정연\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

최근 학교폭력이 심각한 사회적 문제로 대두되면서 이에 대한 처리절차도 함께 관심의 대상이 되고 있다. 학교폭력이 발생하면 학교폭력대책자치위원회가 열리고 가해학생에게는 학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률에 따른 조치가 이루어진다. 가해학생에 대한 조치는 학교생활기록부에 기재되기 때문에 가해학생과 학부모는 적극적으로 이의를 제기하고 있는데, 그 불복절차에는 재심, 행정심판, 행정소송 등이 있다. 이에 따라 학교폭력 처리절차에 대한 불복수단으로 학교폭력 관련 처분을 취소하기 위한 행정심판이나 행정소송 등이 급증하고 있다.

본 논문에서는 학교폭력 관련 판결 및 불복절차의 구체적인 사례를 통해 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 문제점을 지적하고자 한다. 학교폭력의 개념범위에 대해서는 형법상의 전체 법체계를 고려하여 해석하되 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 목적과 취지에 따라 독자적으로 판단하여야 한다. 학교생활기록부 기재로 인해 학교폭력에 대한 억제효과를 가져올 수 있다고 하지만, 이에 따른 사건의 왜곡이나 법적 분쟁이 계속된다는 점에서 재검토가 필요하다. 학교폭력예방법상 학교폭력대책자치위원회를 필요적으로 개최하여야 한다는 점, 자치위원회의 구성에 관한 구체적인 지침이나 기준이 마련되어 있지 않다는 점 등이 문제점으로 지적되고 있다. 학교폭력 관련 불복절차 중 재심절차의 이원화로 인해 각 재심기관의 결정이 서로 모순될 우려가 있고, 이에 따라 행정심판절차도 이원화된 형태로 진행되어 문제가 계속하여 발생하게 된다.

학교폭력사건 처리의 근본이 되는 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률을 올바르게 제정하고 운영하는 것은 학교폭력을 예방하는 또 다른 대책이기도 하다. 따라서 실제 판결 및 불복절차 사례에서 지적된 문제점들을 보완하여 학교폭력예방법에 반영되어야 할 것이다.

❖ 주제어 : 학교폭력, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률, 학교폭력대책자치위원회, 불복절차

\* 본 논문은 2016년 한국형사정책연구원에서 수행한 「공동체 규범 및 분쟁해결절차와 회복적 사범의 실현방안(Ⅰ)」에서 저자가 작성한 “공식적 학교폭력사안처리절차의 내용 및 문제점”의 일부내용을 바탕으로 작성되었음을 밝혀둔다.

\*\* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사, 변호사

## I. 서론

1990년대 중후반 학교폭력으로 인한 자살사건을 계기로 학교폭력문제는 심각한 사회적 문제로 부각되기 시작하였다. 이에 1995년 정부에서는 학교폭력 근절 종합 대책을 마련하였으며, 경찰은 ‘학교담당 경찰관제’를 실시하였고 검찰에서도 ‘자녀 안심하고 학교보내기 운동’을 실시하였다. 단순히 형사법을 적용하여 학교폭력행위를 형사처벌하는 것만으로는 학교폭력의 예방과 대책에 한계가 있음을 인식하고, 정부는 관련 학계와 시민단체의 촉구에 부응하여 학교폭력의 예방과 근절을 위해 2004년 1월 29일 『학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률』(이하 ‘학교폭력예방법’이라 함)을 제정하기에 이르렀다. 그러나 학교폭력예방법의 제정과 정부의 학교폭력근절을 위한 종합대책에도 불구하고 학교폭력사건은 끊이지 않고 발생하여 다시금 사회 문제로 떠올랐고, 제정 이후 학교폭력예방법은 학교폭력에 대한 사회적 이슈와 맞물려 여러 차례에 걸쳐 개정이 이루어졌다.<sup>1)</sup>

학교폭력사건이 발생하면 학교폭력예방법에 따라 학교폭력대책자치위원회를 개최하고, 자치위원회는 피해학생의 보호조치 및 가해학생에 대한 조치를 내린다. 자치위원회의 결과에 따라 학교장이 내린 조치에 대하여 불만이 있거나 여전히 분쟁이 해결되지 않을 때에는 피해학생, 가해학생 및 그 보호자는 조치에 대한 불복절차를 진행할 수 있다. 학교폭력 피해학생 및 가해학생의 조치에 대한 불복절차에는 재심, 행정심판, 행정소송 등이 있다. 2012년 이후 학교폭력 징계조치에 대한 불복절차로서 행정소송, 행정심판 등이 급증하였는데,<sup>2)</sup> 이는 가해학생에 대한 조치를 학교생활기록부에 기재하도록 한 교육부 지침 때문인 것으로 보인다.<sup>3)</sup> 따라서 본

1) 이승현, “「학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률」의 개정내용 및 개선방안”, 형사정책연구 제23권 제2호, 한국형사정책연구원, 2012, 162면 참조.

2) 학교폭력 관련 행정심판 청구사건 현황을 보면, 2011년에는 단 1건, 2012년에는 21건이었으나, 2013년에는 89건으로 증가하였고, 행정심판 청구에 대한 재결이 있을 때까지 처분의 집행을 정지시키는 집행정지신청도 2012년 9건이었으나 2013년 36건으로 증가하였다(국민권익위원회, 2014년 2월 24일자 보도자료, “13년 학교폭력 관련 행정심판 사건 분석 대폭증가”, <https://www.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetail&menuId=05050301&method=searchDetailViewInc&boardNum=36783>, 2017. 11. 20. 최종검색).

3) 「학교생활기록 작성 및 처리지침」(교육과학기술부 훈령 제239호, 2012. 1. 27. 일부개정) 제7조 ③ ‘특기사항’란에는 학적변동의 사유를 입력한다. 특기사항 중 학교폭력과 관련된 사항은

논문에서는 학교폭력 관련 판결 및 불복절차의 구체적인 사례를 통해 학교폭력예방법의 문제점을 지적하고 개선방안을 개진하고자 한다. 이러한 비판적 고찰은 직접적으로 학교폭력을 예방하는 방안이라고 할 수는 없지만, 학교폭력 처리의 근본이 되는 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률을 올바르게 제정하고 운영하게 함으로써 학교폭력을 예방하는 또 다른 대책이 될 수 있을 것이다.

## II. 학교폭력 관련 조치에 대한 불복절차

### 1. 조치에 대한 불복절차 개관

자치위원회의 결과에 따라 학교장이 내린 조치에 대하여 불만이 있거나 여전히 분쟁이 해결되지 않을 때에는 피해학생, 가해학생 및 그 보호자는 조치에 대한 불복절차를 진행할 수 있다.

가해학생의 불복수단으로는 우선 학교폭력예방법 제17조 제1항 8호, 9호 처분에 해당하는 전학, 퇴학처분을 받은 경우 시·도학생징계위원회에 재심을 청구할 수 있다(학교폭력예방법 제17조의2 제2항). 이러한 재심결정에 이의가 있을 때에는 행정심판을 제기할 수 있고(초·중등교육법 제18조의2 제3항), 재심결정에 대한 행정소송을 제기할 수도 있다. 그 외 나머지 조치의 경우, 즉 학교폭력예방법 제17조 제1항 1호 내지 7호 조치를 받은 경우에는 이와 같은 조치에 불복하여 재심을 청구할 수는 없지만, 행정심판을 제기할 수 있다. 가해학생의 조치에 대해 국공립학교 재학생의 경우는 행정소송을 제기할 수 있고, 사립학교 학생의 경우에는 민사소송만을 제기할 수 있다. 다만, 사법적 구제절차는 재심절차나 행정심판과 무관하므로, 학교장의 조치에 대하여 이의가 있는 가해학생은 재심절차 또는 행정심판을 거치지 않고 바로 소송을 제기할 수 있다.

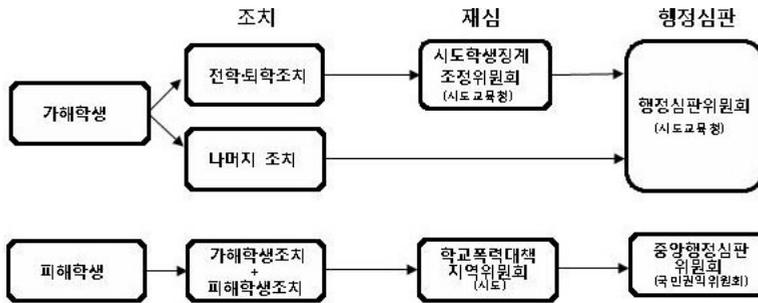
피해학생의 불복수단으로는 우선 가해학생의 조치 및 피해학생조치에 대해 시·도지역위원회에 재심을 청구할 수 있다(학교폭력예방법 제17조의2 제1항). 이러한

『학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률』 제17조에 규정된 가해학생에 대한 조치사항을 입력한다.

재심결정에 이의가 있을 때에는 행정심판을 제기할 수 있고(학교폭력예방법 제17조의2 제4항), 재심결정에 대한 행정소송을 제기할 수도 있다.

한편, 행정절차법 제23조 제1항에서는 행정청이 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하도록 규정하고 있는데, 이는 행정청의 자의적 결정을 배제하고 당사자로 하여금 행정구제절차에서 적절히 대처할 수 있도록 하는데 그 취지가 있다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007두20348 판결). 행정절차법 제26조는 “행정청이 처분을 할 때에는 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 그 밖에 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간, 그 밖에 필요한 사항을 알려야 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 자치위원회의 조치에 대해 가해학생, 피해학생 및 보호자는 불복절차를 통해 다룰 수 있으므로, 자치위원회의 결정을 서면으로 통보할 때 재심청구의 요건 및 방법 등에 대하여 안내하여야 한다.<sup>4)5)</sup>

피해학생 보호조치 및 가해학생에 대한 선도조치 등 자치위원회의 결정조치에 대한 이의절차 내지 불복절차를 도식화하면 다음과 같다.



〈그림 1〉 학교폭력 관련 불복절차 개요도

4) 교육부, 학교폭력 사안처리 가이드북, 2014, 70-71면 참조.

5) 한편, 판례는 가해학생에 대한 조치결과를 통지하였으나 처분이유를 고지하지 않은 사안에서 “이 사건 처분을 하면서 이유 제시를 하지 아니하였고, 원고와, 특히 법정대리인인 원고의 부는 그로 말미암아 학교폭력을 구성하는 원고의 각각의 행위를 명확히 알지 못하여 이 사건 처분에 불복하여 행정구제절차로 나아가는 데에 지장이 있었다고 판단된다. 따라서 이 사건 처분에는 행정절차법 제23조 제1항을 위반한 하자가 있다.”고 판시한 바 있다(서울행정법원 2013. 12. 24. 선고 2013구합 59613 판결).

## 2. 재심절차

### 가. 피해학생의 재심절차

학교폭력예방법 제17조의2 제1항에 따라 학교폭력 피해학생 또는 그 보호자는 피해학생에 대한 조치 및 가해학생에 대한 조치에 대하여 지역위원회에 재심을 청구할 수 있다. 피해학생이 재심을 통해 다룰 수 있는 대상은 자신에 대한 피해학생 보호조치와 가해학생에게 내려진 가해학생선도조치로 양자에 대하여 지역위원회에 재심의 형태로 이의를 제기할 수 있는 것이다.<sup>6)</sup> 가해학생조치에 대해서는 조치의 직접 상대방인 가해학생은 물론 피해학생에게도 재심청구를 허용하여 하나의 조치를 두고서 상반된 이해관계 형태의 재심청구가 존재하게 된다. 그리고 가해학생은 자신에 대한 조치 중 전학, 퇴학처분에 대해서만 재심청구를 할 수 있는 것과 달리 피해학생은 가해학생에 대한 모든 조치에 대해서 재심을 청구할 수 있다는 것이 특징이다.

피해학생의 재심청구기한에 대해서는 학교폭력예방법 제17조의2 제1항에서 “그 조치를 받은 날부터 15일, 조치가 있음을 안 날부터 10일 이내”에 시·도에 설치된 지역위원회에 청구하도록 하고 있다. 재심청구 방법에 대해서는 동법 시행령 제24조 제1항에서 청구인의 이름, 주소 및 연락처, 가해학생, 청구의 대상이 되는 조치를 받은 날 및 조치가 있음을 안 날, 청구의 취지 및 이유를 적어 서면으로 청구하도록 하고 있다. 이와 같이 재심청구를 받은 지역위원회는 30일 이내에 심사·결정하여 청구인에게 통보하여야 한다(학교폭력예방법 제17조의2 제3항).

### 나. 가해학생의 재심절차

가해학생 또는 그 보호자의 경우에는 학교폭력예방법 제17조의2 제2항에 따라 전학이나 퇴학처분에 대하여서만 시·도학생징계조정위원회에 재심을 청구할 수 있다. 앞서 언급한 바와 같이, 피해학생의 재심청구가 가해학생에 대한 모든 조치를

6) 이희관, “재심제도의 문제점 및 개선방향”, 대한변협학교폭력예방법 개선방안 심포지엄 자료집, 2014. 5., 2면.

대상으로 할 수 있음에 비해 가해학생의 재심청구는 가해학생에 대한 조치 중 전학이나 퇴학조치에 한정된다.<sup>7)</sup>

한편, 시·도학생징계조정위원회 재심을 규정한 학교폭력법 제17조의2 제2항은 제1항에서 재심 청구권자를 ‘피해학생’으로 명시하고 있는 것과 달리 가해학생으로 명시하지 않고 ‘의의가 있는 학생’이라고 규정하여 그 청구권자를 어떻게 보아야 하는지 의문이 제기될 수 있다. 그러나 시·도학생징계조정위원회 재심절차는 초·중등교육법 제18조의3에 따르도록 규정하고 있는바, 초·중등교육법이 기본적으로 징계대상 학생의 재심을 인정하는 취지라 할 것이어서 위 재심 청구권자는 가해학생만을 의미하는 것으로 봄이 타당하다. 나아가 전학이나 퇴학조치의 경우 피해학생의 입장에서는 최선의 조치가 행해진 것이라 할 수 있고, 학교폭력예방법 제17조의2 제1항에 따라 지역위원회 재심이 가능하다는 점에 비추어 볼 때, 피해학생에 대해서까지 시·도학생징계조정위원회 재심 청구를 인정할 실익이 없다.

이와 같이 가해학생의 재심은 그 담당기관에 있어서도 피해학생의 재심과는 차이를 보인다. 초·중등교육법 제18조의3에 따른 시·도학생징계조정위원회가 재심을 담당하는데, 위 조정위원회는 본래 학교장의 징계처분 중 퇴학조치에 대한 재심청구를 심사·결정하기 위하여 교육감 소속하에 둔 기관이다. 학교폭력예방법에 의하여 피해학생재심을 담당하는 기관이 별도로 설치되어 운영되고 있는 것과는 달리 가해학생의 재심은 초·중등교육법상의 ‘징계에 대한 재심’을 담당하는 기존의 기관에 그 역할을 부여하는 방식을 취하고 있다. 이에 따라 학교폭력예방법 제17조의2 제6항에서는 재심청구, 심사절차, 결정 통보 등 기존의 초·중등교육법상의 조정위원회 운영규정을 따르도록 하고 있다. 따라서 피해학생의 재심절차 및 담당기관은 학교폭력예방법 및 동법 시행령에서 완결적으로 규정하고 있으나, 가해학생의 재심

7) 헌법재판소는 전학·퇴학조치에 한정된 가해학생의 재심규정과 관련하여 “학교폭력예방법이 가해학생 측에 전학과 퇴학처럼 중한 조치에 대해서만 재심을 허용하는 것은 이에 대해 보다 신중한 판단을 할 수 있도록 하기 위함이고, 전학과 퇴학 이외의 조치들에 대해 재심을 불허하는 것은 학교폭력으로 인한 갈등 상황을 신속히 종결하여 관련 학생들의 보호와 치료·선도·교육을 조속히 시행함으로써 해당 학생 모두가 빨리 정상적인 학교생활에 복귀할 수 있도록 하기 위함인바, 재심에 보통 45일의 시간이 소요되는 것을 감안하면, 신중한 판단이 필요한 전학과 퇴학 이외의 가벼운 조치들에 대해서까지 모두 재심을 허용해서는 신속한 피해 구제와 빠른 학교생활로의 복귀를 어렵게 할 것이므로, 재심규정은 학부모의 자녀교육권을 지나치게 제한한다고 볼 수 없다.”고 판시한 바 있다(헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2012헌마832 결정).

절차 및 담당기관은 초·중등교육법상 징계 재심의 절차 등을 적용받게 된다.<sup>8)</sup>

피해학생의 재심과 가해학생의 재심은 그 절차 및 대상, 담당기관 등에서 분리된 형태로 이원화되어 운영되고 있다. 피해학생의 재심과 가해학생의 재심을 비교하면, 다음의 표와 같다.

〈표 1〉 피해학생·가해학생의 재심절차 비교

구분	피해학생 재심	가해학생 재심
근거조문	학교폭력예방법 제17조의2 제1항	학교폭력예방법 제17조의2 제2항
신청권자	피해학생 또는 그 보호자	전학·퇴학조치에 이의가 있는 학생 또는 그 보호자
대상조치	피해학생보호조치 가해학생에 대한 조치	가해학생에 대한 전학, 퇴학처분
담당기관	지역위원회(지방자치단체)	시·도학생징계조정위원회(교육청)
절차규정	학교폭력예방법 제17조의2 제5항, 학교폭력예방법 시행령 제24조	학교폭력예방법 제17조의2 제6항 초·중등교육법 제18조의2 제2항, 초·중등교육법시행령 제31조의2 내지 제31조의4

### 3. 행정심판절차

행정심판법상 행정심판은 행정청의 위법 또는 부당한 처분이나 부작위로 권리 또는 이익이 침해된 국민이 행정심판위원회에 대해 그 처분의 재심사를 구하고 이에 대해 행정심판위원회가 재결을 행하는 절차를 말한다.<sup>9)</sup> 행정심판은 행정청의 처분을 대상으로 하는바, 국·공립학교에 재학 중인 가해학생은 학교폭력예방법 제17조 제1항의 각 조치에 대하여 행정심판을 제기할 수 있다. 다만 사립학교는 행정청에 해당하지 않고 사립학교 재학생과 학교의 관계는 사법관계라 할 것이므로 사립학교 재학생은 학교장의 조치에 대하여 행정심판을 제기할 수는 없다.<sup>10)</sup>

8) 이회관, 앞의 글, 3면.

9) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2013, 856면.

10) 국민권익위원회에 유권해석[국민권익위원회 행정심판총괄과-9916(2012. 11. 14.)]에 따르면, 사립 학교에 설치된 자치위원회의 결정사항에 대한 이의가 있을 경우 시·도교육청 행정심판위원회에 행정심판청구가 불가하다고 하며 그 이유는 학교폭력예방법 및 동법 시행령에 사립학교에 행정권

반면 재심절차 담당기관인 지역위원회와 시·도학생징계조정위원회는 행정청에 해당하므로, 국·공립학교 재학생인지 사립학교 재학생인지 여부와 관계없이 재심결정에 대해서는 행정심판을 제기할 수 있다. 다만, 지역위원회는 시·도에 설치되어 있어 지역위원회의 재심결정(피해학생의 재심절차)에 대해서는 국민권익위원회에 두는 중앙행정심판위원회에서 다룰 수 있다. 반면 실무상 시·도학생징계조정위원회의 재심결정(가해학생의 재심절차)에 대해서는 시·도교육청의 행정심판위원회가 관할한다.

학교장의 조치에 대해서는 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 하고, 처분이 있었던 날부터 180일이 지나면 청구하지 못한다(행정심판법 제27조). 재심결정에 대해서는 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다(학교폭력예방법 제17조의2 제4항, 초·중등교육법 제18조의2 제3항).

행정심판법 제30조 제1항은 “심판청구는 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.”고 하여 집행부정지를 원칙으로 하고 있다. 행정심판법 제30조 제2항에 의하면, “위원회는 처분, 처분의 집행 또는 절차의 속행 때문에 중대한 손해가 생기는 것을 예방할 필요성이 긴급하다고 인정할 때에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 처분의 효력, 처분의 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지(이하 "집행정지"라 한다)를 결정할 수 있다.”고 하여 예외적으로 집행정지가 허용된다. 따라서 학교폭력 관련 행정심판의 경우에도 집행정지를 신청할 수 있다.

#### 4. 행정소송 및 민사소송

국·공립학교에 재학 중인 학생 또는 그 보호자는 학교장의 조치에 대하여 처분이 있음을 안 날부터 90일 이내, 처분이 있는 날로부터 1년 이내에 행정법원에 취소소송을 제기할 수 있다(행정소송법 제20조).<sup>11)</sup> 사립학교 재학 중인 학생의 경우 학교

한을 부여하거나 사립학교를 행정청으로 의제한다는 규정이 없기 때문이라고 한다(신강숙, 앞의 글, 679면 인용).

11) 무효확인소송은 처분의 위법성이 중대하고 명백한 경우에만 인정되는데, 제소기간의 제한이 없다. 그러나 행정행위 하자의 효과는 공적 거래의 안전 내지 상대방의 신뢰보호를 고려하여야 하므로

와의 관계는 사법관계에 해당하므로 학교장의 조치에 대하여 조치의 무효확인을 구하는 민사소송을 제기할 수 있다.

가해학생의 경우 전학, 퇴학조치에 대해서는 시·도학생징계조정위원회에 재심을 청구할 수 있는데, 이에 불복하여 행정심판을 청구하거나 행정소송을 제기할 수 있다. 피해학생의 경우 지역위원회에 재심을 청구할 수 있는데, 이에 불복하여 행정심판을 청구하거나 행정소송을 제기할 수 있다. 재심에 대한 불복의 경우는 국·공립 학교 재학생인지 사립학교 재학생인지를 불문하고 행정소송을 제기할 수 있다.

### Ⅲ. 판결 및 불복절차 사례를 통해 본 학교폭력예방법의 문제점

최근 학교폭력 관련 조치에 대한 불복절차로서 행정소송, 행정심판 등이 급증하고 있다. 따라서 학교폭력사안 행정심판 재결례, 행정소송 판결례 등을 검토·분석하였다. 이하에서는 학교폭력 관련 판결 및 불복절차의 구체적인 사례를 통해 학교폭력예방법의 문제점을 지적하고 개선방안을 제시하고자 한다.

#### 1. 학교폭력의 개념범위

학교폭력예방법 제2조 제1호에서는 학교폭력을 “학교 내외에서 학생을 대상으로 발생한 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요·강제적인 심부름 및 성폭력, 따돌림, 사이버 따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위”로 규정하고 있다. 그 중에는 강제적인 심부름, 따돌림과 같이 형법상 규정과는 별개의 개념인 경우도 있지만, 학교폭력의 대부분의 대상행위 유형은 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요, 성폭력 등 형법 혹은 형사특별법에서 구성요건으로 규정된 것과 동일한 용어를 사용하고 있다. 나아가 각 행위유형에 대하여 별도로 정의규정을

(홍정신, 앞의 책, 409면), 원칙적으로 취소사유에 해당한다. 따라서 학교폭력 관련하여서는 취소기간 내에 취소소송을 제기하여야 한다.

두고 있지 않기 때문에 이를 형법상의 개념과 같은 의미로 이해하여야 하는지 의문이 제기된다. 형법은 비난받아야 하는 행위들에 대하여 처벌하는 것에 관한 기본법이라는 점, 법규 해석에 있어서 체계적이고 통일적인 해석이 필요하므로 학교폭력 예방법에서의 용어들이 형법 및 형사특별법에서 해석하는 것과 전혀 별개의 것이라고 할 수 없다는 점 등에서 기본적으로 형법 및 형사특별법에 있어서의 용어와 동일하게 파악해야 한다는 입장이 있다.<sup>12)</sup>

사례 1) 중학생 A는 친하게 지내던 친구들 중에 B, C와 사이가 나빠지면서 차례대로 무리에서 소외시키면서 B와 C에게 욕설이 포함된 문자메세지 등을 전송하였다.

사례 1의 경우 판례에서는 “학교폭력법의 목적 및 위 정의 규정의 문언을 살펴볼 때, 학교폭력은 위에서 나열한 폭행, 명예훼손·모욕, 따돌림 등에 한정되지 아니하고 이와 유사하거나 동질의 행위로서 학생의 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 모든 행위를 포함한다고 할 것이고, 위에서 말하는 명예훼손·모욕 역시 형법상 명예훼손죄, 모욕죄와 동일하게 보아 그 성립요건 구비 여부에 따라 판단할 것이 아니라 학생의 보호 및 교육 측면에서 달리 해석하여야 할 필요가 있다”고 판시하였다.<sup>13)</sup> 즉 문자메세지로 욕설 등을 전송하였다 하더라도 공연성이 없어 학교폭력 예방법에서 규정하는 명예훼손 내지 모욕에 해당하지 않는다는 원고의 주장에 대해 학교폭력에 해당하는 명예훼손·모욕은 형법상 명예훼손죄, 모욕죄와 동일하게 볼 것이 아니라 학생의 보호 및 교육 측면에서 달리 해석하여야 한다고 본 것이다.

사례 2) 중학교 2학년에 재학 중인 A는 수업시간에 B가 먼저 물티슈를 던지고 얼굴을 툭툭 치는 등 장난을 걸자 물티슈를 되던지며 대응하던 중 B의 장난이 계속 심해지자 그만 두라는 의미로 A가 칼을 꺼내 B에게 칼날을 보여 주었다. 이에 자리로 돌아간 B는 해당 수업시간이 끝난 후, 화가 난 상태로 A에게 다가와 밖으로 나가자고 했고 A가 불응하자, 청구인의 먹살을 잡고 싸움을 걸었다. 칼을 내려놓으라고 주

12) Baier, Dirk, Gewalt unter Kindern und Jugendlichen in der Schule, Familie Partnerschaft Recht, 2013 Heft 10, S. 421 ff./ 김성태, “학교폭력예방법에 대한 고찰-법적용 실제에 있어서의 문제를 중심으로”, 홍익법학 제16권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2015, 615면 재인용.

13) 서울행정법원 2014. 6. 20. 선고 2014구합250 판결.

변 아이들이 말리자 A는 칼을 내려놓았는데, B는 A의 얼굴을 때려 코피를 터뜨리고 비굴 골절 등의 상해를 입혔다.

사례 2의 사안에서는 A와 B에게 동일한 처분이 내려져 A가 행정심판을 청구하였다. 중앙행정심판위원회는 지속적인 따돌림과 폭력을 받아온 청구인이 대응하는 과정에서 칼을 들어 위협을 한 사실은 인정되나, 괴롭힘을 저지하기 위한 목적이었다고 하더라도 그 침해의 정도가 현존하고도 급박한 위협에 이를 정도는 아니며, 칼을 꺼내어 보인 행위가 괴롭힘을 저지하기 위한 유일한 수단이거나 적합한 수단이라고 할 수 없어 자구행위 내지 정당방위에 해당하지 않는다고 보았다.<sup>14)</sup> 사례 2의 경우는 A가 B에게 칼을 들어 보인 행위가 협박에 해당하는지, 그 행위가 위법성이 조각된다고 볼 수 있는지가 문제되었다. 형법상 협박은 해악을 고지하여 상대방에게 하여금 공포심을 일으키는 것으로, 상대방이 그 의미를 인식하면 족하고 현실적으로 공포심을 일으킬 것까지 요구하는 것은 아니다.<sup>15)</sup> 그리고 해악고지의 방법에는 제한이 없어 언어나 문서에 의한 것뿐만 아니라 행동이나 태도에 의한 경우도 가능하다.<sup>16)</sup> 형법상 협박죄의 구성요건을 동일하게 적용한다면, 사례 2에서 A의 행위는 협박에 해당한다고 볼 수 있다. 그러나 학교폭력예방법의 목적 및 취지에 따라 그러한 행위에 이르게 된 경위나 상대방과의 관계 등을 종합적으로 고려한다면, 상대방의 지속적인 괴롭힘을 막기 위해 칼을 보여준 행위 자체만으로 학교폭력의 협박에 해당한다고 보기는 어렵다.

나아가 정당방위 등 위법성 조각 여부와 관련하여서는 원칙적으로 싸움의 경우 상호간의 침해를 유발한 것이며,<sup>17)</sup> 공격의사와 방위의사가 교차하는 경우이므로 정당방위라고 볼 수 없다.<sup>18)</sup> 그러나 외관상 싸움으로 보일지라도 “실제로는 한쪽 당사자가 일방적으로 불법한 공격을 가하고 상대방은 이러한 불법한 공격으로부터 자신을 보호하고 이를 벗어나기 위한 저항수단으로 유형력을 행사한 경우”라면, 예외

14) 2012. 11. 22. 재결 행심 2012-6(시·도교육청 행정심판 재결례).

15) 대법원 2007. 9. 28. 선고 2007도696 전원합의체 판결.

16) 대법원 1975. 10. 7. 선고 74도2727 판결.

17) 대법원 1984. 6. 26. 선고 83도3090 판결.

18) 대법원 2000. 3. 28. 선고 2000도228 판결.

적으로 정당방위가 인정된다고 판시하고 있다.<sup>19)</sup> 이와 같은 판례의 태도에 비추어 볼 때, 지속적인 괴롭힘에 대항하기 위한 청구인의 행위임에도 불구하고 정당방위를 인정하지 않은 판단은 지나치게 경직된 것으로 보인다. 일회적인 학교폭력이 아니라 사안과 같이 지속적인 학교폭력이 문제되는 상황에서 피해학생이 대응하는 과정의 경우에는 폭력행위 전후 상황, 관련 학생과의 관계, 학교폭력의 특수성 등을 종합적으로 고려하여 정당방위 인정 여부 등을 판단하는 것이 타당하다.

학교폭력예방법 제1조에서는 “피해학생의 보호, 가해학생의 선도·교육, 학생의 인권 보호 및 건전한 사회구성원으로서의 육성”을 그 목적으로 하는 바, 학교폭력예방법은 학교폭력 발생의 예방, 피해학생의 보호, 가해자에 대한 교육적 차원의 징계 등을 주된 내용으로 한다. 학교폭력예방법의 목적 및 내용에 비추어 볼 때, 용어상 동일하게 규정되어 있더라도 학교폭력예방법상 학교폭력의 개념을 형법 및 형사특별법의 개념과 반드시 동일하게 파악해야 할 필요는 없다. 또한 학교폭력예방법은 학교폭력을 일정한 행위유형 등에 의하여 “신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위”라고 규정하여 포괄적으로 개념정의 하고 있다. 이러한 규정 형식에 비추어 볼 때에도 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 따라서 학교폭력의 대상 행위유형들을 파악함에 있어서는 형법 및 형사특별법 상의 전체 법체계를 고려하여 해석하되 학교폭력예방법의 목적 및 취지에 따라 독자적으로 판단하여야 한다.<sup>20)</sup> 다만 학교폭력의 개념이 지나치게 광범위하게 설정될 수 있는 문제가 있으므로, 우선적으로는 전체 법체계에 따라 통일적인 해석이 필요하고, 사안에 따라서는 학생의 보호 및 교육 측면에서 달리 해석할 수 있다고 봄이 타당하다.<sup>21)</sup>

## 2. 학교생활기록부 기재로 인한 문제

초·중등교육법 제25조 제1항 및 동법 시행규칙 제21조, 제23조, 제24조, 「학교생

19) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003도1246 판결.

20) 김성태, 앞의 논문, 614-615면.

21) 한편, 학교폭력예방법이 교육적 차원의 입법목적을 지니고 가해자에 대한 조치도 비사법적 처리라는 면에서 형법상 범죄의 성립요건과는 별도로 판단하는 것을 원칙으로 하되, 사안에 따라 형법의 개념을 유추적용 내지 참고하여야 한다는 견해가 있다(신강숙, “행정심판 사례를 통하여 본 학교폭력예방법 고찰”, 강원법학 제41권, 강원대학교 비교법학연구소, 2014. 2., 661면).

활기록 작성 및 관리지침」 제8조, 제18조에 따라 가해학생에 대한 조치는 학교생활 기록부에 기재·보존된다. 학교생활기록부 기재가 학교폭력을 예방하고 재발을 방지하는 효과적인 수단이 될 수 있다는 의견도 있지만,<sup>22)</sup> 이로 인하여 학교폭력 징계조치에 대한 불복절차로 행정소송, 행정심판 등을 제기하는 경우가 급증하고 있다.<sup>23)</sup> 학교생활기록부 기재를 사전에 막기 위하여 변칙적인 합의를 시도하기도 하고,<sup>24)</sup> 자치위원회 자체를 개최되지 않게 하기 위해 학교폭력 사건 처리가 왜곡되는 문제도 발생하고 있다.<sup>25)</sup>

사례 3) ○○ 초등학교 4학년 A는 피해학생의 바지를 강제로 벗겨 사진을 찍고 피해 학생을 움직이지 못하게 하고 볼펜으로 항문을 찔렀으며, 화장실로 데려가 선생님에게 이르지 말라고 협박을 하였다. 이에 A에 대해서는 피해학생에 대한 서면사과, 피해학생에 대한 접촉, 협박 및 보복행위 금지, 학내외 전문가에 의한 특별교육이수 또는 심리치료, 전학의 처분을 하였다. A는 전학처분 집행 전에 자발적으로 △△ 사립 초등학교로 전학을 하였다.

사례 3의 경우 A가 행정소송을 제기하였는데, 피고 학교장이 본안 전 항변으로 A에 대한 일부 처분이 이미 이행되었고 A가 전학처분 집행 전에 자발적으로 전학을 하였으므로 소의 이익이 없다고 주장하였다. 학교생활기록부는 행정소송의 권리보호이익과도 관련이 있는데, 행정소송실무에서는 가해학생에 대한 조치를 이미 이행하였거나 집행되었음에도 불구하고 소를 제기하는 경우에도 학교생활기록부 기재 때문에 권리보호이익을 인정하고 있다. 사례 3의 경우도 판결에서 “A는 현재 △

22) 헌법재판소는 “학교폭력 관련 조치사항들을 학교생활기록부에 기재하고 보존하는 것은 가해학생을 선도하고 교육할 수 있는 유용한 정보가 되고, 특히 상급학교로의 진학 자료로 사용됨으로써 학생들의 경각심을 고취시켜 학교폭력을 예방하고 재발을 방지하는 가장 효과적인 수단”이 된다고 보았다(헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2012헌마630 결정).

23) 한국일보, 2016년 4월 30일자 기사, “학교폭력 생활기록부 보존 지침 합헌... 학교 현장 소송 부채질”, (<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&oid=469&aid=0000140795&sid1=001&lfrom=band>, 2017. 11. 20. 최종검색).

24) 탁경국, “학교폭력예방법의 문제점에 대한 전반적 검토”, 회복적 과정이 가능한 학폭법 개정 토론회 자료집, 2016, 8면.

25) 서동진, “학교폭력대책자치위원회의 필요적 개최에 따른 문제점 및 개선방향”, 대한변협 학교폭력 예방법 개선방안 심포지엄 자료집, 2014, 5면.

△초등학교에 재학 중이어서 위 조치사항들이 아직 삭제되지 않은 상태이며, 그 같은 기재가 담긴 학교생활기록은 상급학교의 학생선발을 위하여 필요한 경우 제공되도록 되어 있으므로, 비록 이 사건 처분 중 일부의 집행이 종료되었고 원고가 자발적으로 전학함으로써 전학처분의 집행이 불가능하게 되었다 하더라도 여전히 위와 같은 학교생활기록의 기재에 따른 불이익이 있다”고 보아 권리보호이익을 인정하였다.<sup>26)</sup>

한편 헌법재판소는 가해학생에 대한 조치사항을 입력하도록 한 학교생활기록부 기재 및 보존조항에 대해 개인정보자기결정권을 침해하지 않는다고 보아 합헌결정을 한 바 있다.<sup>27)</sup> 그러나 학교생활기록부 기재를 사전에 막기 위해 또는 사후적으로 취소하기 위하여 무리한 소송을 진행하는 부작용이 상당하다. 실제로 학교생활기록부 기재로 인해 학교생활에 있어서 낙인효과의 문제가 발생하기도 하고, 오히려 상급학교 진학 시 어려움이 있다는 이유로 학교생활을 포기하는 경향이 나타나기도 한다. 뿐만 아니라 소년법 제32조 제6항에서는 “소년의 보호처분은 그 소년의 장래 신상에 어떠한 영향도 미치지 아니한다”고 규정하고 있는바, 형사법을 위반한 경우와 비교할 때 경미한 학교폭력이 문제되어 조치를 받은 경우에도 장래 불이익을 받는다는 점에서 형평에 맞지 않는다.<sup>28)</sup> 가해학생의 반성과 개선여지 등을 전혀 고려하지 않고 모든 조치에 대해 학교생활기록부에 일률적으로 기재하도록 강제하는 것은 재검토 되어야 한다.

사례 4) 중학생 甲은 A, B, C, D로부터 지속적인 폭행과 집단 따돌림을 받아 수사기

26) 서울행정법원 2014. 9. 5. 선고 2013구합31202 판결.

27) “학교폭력 관련 조치사항 중 비교적 경미하다고 할 수 있는 서면사과, 보복금지, 교내봉사, 학급교체 등의 조치까지 학교생활기록부에 기재하고 보존하도록 하고 있는데, 이처럼 경미한 조치까지 학교생활기록부에 기재하고 보존하도록 하는 것은 과하다고 볼 여지도 있다. 그러나 이러한 조치들도 학교폭력예방법상의 절차에 따라 충분한 소명의 기회가 부여된 상태에서 내려진 것이고, 비록 경중에 차이는 있을지언정 일단 학교폭력이 인정되어 학교폭력예방법에 열거된 조치를 받은 것이라면, 앞서 보았던 학교생활기록부에의 기재 및 보존의 필요성에 있어서는 다르지 않다. 그리고 기재된 조치사항의 종류를 보면 문제 된 학교폭력 사안의 경중 역시 추단할 수 있으므로, 단지 조치사항이 기재되고 보존된다는 사정만으로 이를 지나친 제재라고 보기는 어렵다.”고 판시하였다 (헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2012헌마630 결정).

28) 탁경국, 앞의 글, 11면.

관에 이들을 고소하였고, 이에 학교폭력대책자치위원회가 열려 A, B, C, D에 대한 전학조치를 의결하였다. 이후 甲은 추가로 E, F를 집단 따돌림의 가해자로 지목하였다. 이에 학교폭력대책자치위원회가 열렸으나 E, F가 甲을 폭행하였는지 여부가 명확하지 않고, 다만 학교 내 계단에서 甲과 F가 서로 밀친 사실이 인정된다는 이유로 甲과 F에게 서로에 대한 서면사과를 할 것을 의결하였다. 그러나 甲은 이에 불복하여 재심청구를 하였으나 기각결정을 받았고, 서면사과를 하지 않은 채 중학교를 졸업하였다.

사례 4에서 甲은 학교폭력 징계처분 취소소송을 제기하였다. 판례에서는 원고가 서면사과를 이행하지 않은 채 졸업을 하였고, 졸업과 동시에 학교생활기록부 기재도 삭제되었는데, 서면사과조치의 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 보았다.<sup>29)</sup> 서면사과조치의 경우 가해학생의 양심의 자유 등 헌법상 기본권을 침해할 우려가 있는데,<sup>30)31)</sup> 특히 사안과 같이 가해학생이 학교폭력 자체를 부인하거나 사과 의사 전혀 없는 경우 이를 강요하는 것은 문제가 있는 것으로 보인다. 나아가 학교폭력을 사전에 예방하고 그 사후처리를 교육적인 관점에서 해결하고자 하는 학교폭력예방

29) “원고가 위 중학교를 이미 졸업한 사실, 원고에 대한 위 서면사과조치가 생활기록부 등 서면에 기록되지 않은 사실은 앞서 본 바와 같은바, 원고는 위 중학교를 졸업함으로써 더 이상 서면사과를 할 의무를 부담하지 않게 되었다 할 것이고(학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제17조 에 의하면, 자치위원회의 ‘서면사과조치’를 가해학생이나 그 보호자에게 강제할 수 있는 방법이 없다), 이 사건 서면사과조치가 생활기록부 등에 기재되지 않아 그로 인하여 원고가 진학이나 취업 등 장래에 어떠한 불이익을 받게 되는 것도 아니다. 또한 원고가 주장하는 인격·명예권에 대한 침해의 회복 등은 실질적·경제적 이익에 불과하다. 따라서 원고는 이 사건 서면사과조치의 취소를 구할 법률상 이익이 없다고 봄이 상당하다.”고 보아 각하판결을 내렸다(울산지방법원 2015. 5. 14. 선고 2014구합2069 판결).

30) 헌법재판소는 사죄광고제도가 이를 거부하는 사죄자의 양심의 자유 및 인격권을 침해한다고 판시하였고(헌법재판소1991. 4. 1. 자 89헌마160 결정), 공직선거법상 사과문 게재명령이나 방송법상 사과명령제도에 대해서도 인격권을 침해하여 위헌이라고 판단하였다(헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2013헌가8 결정, 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2009헌가27 결정). 이는 직접적으로 학교폭력예방법상 서면사과조치의 위헌성을 다룬 것은 아니지만, 학교폭력을 부인하거나 사과의사가 없는 가해학생에 대해 서면사과조치를 부과에 대하여 시사하는 바가 크다.

31) 한편, 학교폭력예방법상 서면사과 처분을 받은 가해학생이 제기한 서면사과처분 무효확인 소송 중 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호에 대한 위헌법률심판제청을 신청하였다. 서면사과 처분에 대한 해당조항은 헌법상의 양심의 자유를 침해한다거나 비례의 원칙에 반하여 인격권을 침해하지 않는다고 판단하여 청구인의 위헌법률심판제청신청을 기각한 바 있다(서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014카기589 판결).

법의 제정취지에 비추어 볼 때, 사과의사가 없는 학생에 대해서까지 서면사과조치를 부과하는 것은 조치의 실효성 측면에서도 바람직하지 않다.<sup>32)</sup>

### 3. 학교폭력자치위원회의 필요적 개최

학교폭력예방법 제13조 제2항에서 자치위원회는 분기별 1회 이상 회의를 개최하고, 자치위원회 위원장은 피해학생 또는 그 보호자가 요청하는 경우(동법 제13조 제2항 제3호), 학교폭력이 발생한 사실을 신고받거나 보고받은 경우(제4호), 가해학생이 협박 또는 보복한 사실을 신고받거나 보고받은 경우(제5호)에 회의를 소집하여야 한다고 규정하고 있다. 학교폭력예방법 제17조 제1항은 “자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생의 선도·교육을 위하여 가해학생에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(수 개의 조치를 병과하는 경우를 포함한다)를 할 것을 학교의 장에게 요청하여야” 한다고 규정하여 자치위원회에서 가해학생에 대한 조치를 의무화하고 있다. 또한 학교폭력예방법 제17조 제6항은 “제1항에 따른 요청이 있는 때에는 학교의 장은 14일 이내에 해당 조치를 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 현행 학교폭력예방법에 의하면 학교폭력 사건이 발생하였을 경우 자치위원회가 반드시 소집되어야 하고 자치위원회가 소집되면 가해학생에 대한 조치가 의무적으로 이루어져야 하는 것으로 해석된다. 이와 같은 규정을 둔 이유는 그 동안 문제되었던 학교폭력에 대한 학교 측의 불합리한 처리나 은폐가능성 등을 차단하여 학교폭력에 예외 없이 엄정하게 대처하도록 하기 위한 것으로 보인다.<sup>33)</sup>

나아가 학교폭력예방법 제11조 제10항은 “학교폭력이 발생한 때에 해당 학교의 장 또는 소속 교원이 그 경과 및 결과를 보고함에 있어 축소 및 은폐를 시도한 경우”에 학교의 장 및 교원에 대해서 징계의결을 요구하여야 한다고 규정하여 학교폭력사안처리에 대한 교사의 책임과 의무를 강화하였다. 이와 같이 자치위원회의 필요적 개최 규정 및 교사의 책무성 강화 규정으로 인해 사실상 교사들의 학교폭력사안 처리에 대한 부담이 가중되고 있다.

32) 윤은경, “「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」상 학교폭력 가해학생에 대한 조치에 관한 소고”, 강원법학 제46권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015. 10., 468-473면 참조.

33) 김성태, 앞의 논문, 623면.

사례 5) 중학생 A는 같은 반 학생 B, C, D로부터 지속적인 괴롭힘과 폭행을 당하였는데, 이에 A의 부모는 학교폭력 사실을 담임교사인 甲에게 알리면서 A가 피해를 입을 것을 염려하여 우회적인 방법으로 조사하여 적절한 조치를 해달라는 취지로 부탁하였다. 교사 甲은 B, C, D를 따로 불러 사이 좋게 지내라며 주의를 주고 훈계를 하였으나, 징계조치를 취하지는 않았다. 이후 학교폭력으로 고민하던 A는 자살에 이르렀고, A의 부모는 담임교사 甲에 대해 진정서를 접수하여 甲은 직무유기 혐의로 입건되었다.

사례 5는 학교폭력 피해학생의 자살사건과 관련하여 교사로서 적절한 조치를 취하지 않았다는 이유로 담임교사의 직무유기죄가 문제된 사안이다.<sup>34)</sup> 이에 대해 1심은 “피해신고를 받고서도 일반 교사로서 하는 지극히 일상적인 업무만 했을 뿐 가해학생이나 피해학생을 분리하여 불러서 확인하거나 제3의 학생들과 면담을 통하여 학교폭력실태를 조사도 하지 않았고, 담임교사로서 요구되는 최소한의 적절한 조치를 취한 점이 전혀 없는데, 이러한 사실에 비추어 학교폭력이나 김○○에 대한 학교폭력신고에 대하여 피고인이 취한 직무수행 정도는 의식적인 방임 내지 포기에까지 이르렀다고 볼 수 있다”면서 유죄로 판단하여 선고유예 판결을 내렸다.<sup>35)</sup> 그러나 항소심에서는 “피고인이 김○○ 부모의 4차례에 걸친 요청이 있었음에도 학교폭력 예방법에 따라 학교의 장에게 통보하지 않은 사실은 있으나, 이는 피고인이 당초 위 요청에 대해 학교폭력 사실이 공개되어 김○○에게 피해가 가지 않도록 우회적인 방법으로 조치를 취하여 달라는 취지로 이해한 사정으로 말미암아 자체적으로 해결하려고 안일하게 판단한 데에 기인한 것일 뿐 직무에 관한 의식적인 포기라고 보기는 어렵다”고 보아 무죄 판단을 하였다.<sup>36)</sup> 이에 검찰이 상고를 하였으나, 상고기각되어 무죄 판결의 원심이 확정되었다.<sup>37)</sup> 피해학생 부모가 신고 시 보복을 우려하여 조용히 해결하여 달라고 담임교사에게 요청을 하였고, 담임교사도 자치위원회를 개최하지 않는 것이 낫다고 판단하여 자체적으로 해결하고자 한 사안이 담임교

34) 서울신문, 2012년 2월 14일자 기사, “학교폭력 문제 ‘교사 직무유기’ 논쟁 비화”, (<http://www.seou1.co.kr/news/newsView.php?id=20120214024001>, 2017. 11. 20. 최종검색).

35) 서울남부지방법원 2015. 7. 3. 선고 2014고단2171 판결.

36) 서울남부지방법원 2016. 1. 7. 선고 2015노1145 판결.

37) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2016도1368 판결.

사의 형사책임 문제로까지 확대된 사건이다.

학교폭력에 대한 적극적 대응을 위해 교사의 책무성을 강화하고, 자치위원회를 필요적으로 개최하도록 규정을 둔 취지는 충분히 공감할 수 있다. 그러나 처벌 강화에 초점이 맞춰진 일련의 규정과 담임교사 직무유기 사건 등을 통해 학교폭력 사안의 구체적 내용과 상관없이 기계적이고 경직된 해결방안으로 대응하도록 하는 것은 학교폭력 해결의 근본적인 목적에 부합하지 않는다. 학생들 사이에 일상적으로 발생할 수 있는 사소한 다툼도 학교폭력으로 인지되는 순간 자치위원회가 무조건 학교폭력 해당 여부를 판단한 후 그에 상응하는 조치를 취해야 하는 현행 구조에서는 교사들이 교육적 관점에서 재량권을 발휘할 여지가 없게 된다.<sup>38)</sup> 학생들 간의 관계 회복 내지 화해를 위한 교사의 노력과 학교폭력의 은폐·축소 내지 직무유기에 이르는 교사의 직무 포기는 분명히 구별되어야 할 것이다.

#### 4. 학교폭력자치위원회의 구성 및 공정성

사례 6) 초등학생 A는 같은 반 여학생 B와 이성교제를 하면서 포옹, 키스 등 부적절한 신체접촉을 하였다. 학교폭력대책자치위원회는 A에게 학교폭력예방법 제17조 제1항 제1호, 제2호, 제5호 처분을 요청하였고, B의 부모는 자치위원회 결정에 대해 재심을 청구하여 3호 조치가 추가되었다.

사례 6은 초등학생 간의 이성교제 중 부적절한 신체접촉을 이유로 가해학생에게 학교폭력예방법 제17조 제1항 1호, 2호, 5호 조치가 내려졌으나, 피해학생의 학부모가 지역위원회에 재심을 청구하여 3호 조치가 추가되었고, 이에 가해학생이 불복하여 소를 제기한 사안이다.<sup>39)</sup> 구체적인 사안에서는 절차적 위법성이 문제되었는데, 자치위원회의 전체위원의 과반수를 학부모전체회의에서 직접 선출된 학부모대표로 위촉하지 않아 자치위원회가 위법하게 구성되었다. 또한 학교장이 자치위원회의 심의·의결절차에 참여하여 비공개원칙에도 반하였다. 사안과 같이 여러 차례 자치위원회 회의가 진행되면서 위원 구성뿐만 아니라 소집 자체가 쉽지 않은 문제가 있

38) 탁경국, 앞의 글, 8면.

39) 의정부지방법원 2015. 4. 14. 선고 2014구합7133 판결.

다. 또한 학교폭력예방법 제13조 제1항, 동법시행령 제14조에 따르면, 자치위원회 위원의 위촉권이 전적으로 학교장에게 있어 절차상 학교폭력사안의 처리가 학교장의 상당한 영향력을 받을 수밖에 없다. 따라서 자치위원회 결정의 공정성 및 객관성을 확보하기 위해 자치위원회 위원 구성 및 권한 등에 대한 논의가 필요할 것으로 보인다.

학교폭력예방법 제13조 제1항에서는 “자치위원회는 위원장 1인을 포함하여 5인 이상 10인 이하의 위원으로 구성하되, 전체위원의 과반수를 학부모전체회의에서 직접 선출된 학부모대표로 위촉하여야 한다”고 규정하고 있다. 이와 같이 자치위원회의 구성에서 전체위원의 과반수를 학부모대표로 위촉하도록 한 것은 학부모의 감시적 역할로 자치위원회의 투명성과 공정성을 꾀하기 위함이다.<sup>40)</sup> 그러나 자치위원회의 회의는 출석위원 과반수 찬성으로 의결되므로(학교폭력예방법 시행령 제14조 제5항), 일정영역에 과반수이상의 위원을 배정하는 것은 바람직하지 않다. 특히 학부모대표는 해당 학교의 학부모로서 학교 측에 대한 입장이나 관련 학생과의 관계에 있어서 중립적으로 사안을 처리하기 힘든 상황에 놓일 수 있다는 점도 고려하여야 한다.

자치위원회 위원은 학교폭력예방법 시행령 제14조 제1항의 요건에 해당하는 자 중에서 학교의 장이 임명하거나 위촉한다. 이와 같이 자치위원회의 구성에 관한 임명권이 학교장에게 전적으로 있고, 외부 위원의 비율도 별도로 정해져 있지 않아 형식적으로 운영될 가능성이 크다. 이와 같이 자치위원회의 구성에 관하여 구체적인 지침이나 기준이 마련되어 있지 않아 실제 운영에 문제점이 있다. 따라서 자치위원회 위원의 구성과 운영에 관해 보다 자세한 공적 지침이나 기준을 마련하여야 하는데, 특히 자치위원의 선정기준을 구체적으로 명시하고, 자치위원 선정을 위한 투명하고 공개적인 모집절차를 마련할 필요가 있다.<sup>41)</sup>

학교폭력사안에서 자치위원회의 조치결정에 대하여 재심, 행정심판, 행정소송 등

40) 정현미, “학교폭력예방을 위한 법제의 개선방안”, 소년보호연구 제20호, 한국소년정책학회, 2012, 254면.

41) 박찬걸, “학교폭력대책법에 대한 비판적 검토”, 소년보호연구 제15호, 한국소년정책학회, 2010, 106면; 김현철, “학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 개선방안-이론적 고찰”, 법교육연구 제5권 제1호, 한국법교육학회, 2010, 78면.

을 제기하는 사례가 급증하고 있다. 앞서 본 바와 같이 학교생활기록부 기재로 인한 불이익을 막기 위해 자치위원회 결정에 대한 불복이 증가한 것이기도 하지만, 자치위원회 결정에 대한 신뢰성 및 공정성과도 관련이 있다. 학교폭력 처리과정에서 학교별 사안별 각 결정에 대한 편차가 발생할 수는 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 조치 결정에 있어 세부적인 양정기준을 마련하는 것이 바람직하다.<sup>42)</sup>

## 5. 재심절차 이원화로 인한 문제

사례 7) 고등학생 A와 B는 서로 폭행을 하면서 싸웠는데, 학교폭력자치위원회는 A에게는 서면사과, B에게는 교내봉사 5일을 결정하였다. A는 이에 불복하여 지역위원회에 재심을 청구하였으나 재심청구 기각 결정이 내려졌다. 이에 A는 불복하여 행정 심판을 청구하였다.

사례 7에서 청구인은 자치위원회의 결정에 불복하여 지역위원회에 청구인에 대한 서면사과 결정을 취소되어야 한다는 취지로 재심을 청구하였다가 기각결정을 받았다. 그러나 중앙행정심판위원회는 청구인의 재심청구는 ‘가해학생으로서 받은 조치 결정’에 대한 불복으로 ‘피해학생에 대한 조치’나 상대방 ‘가해학생에 대한 조치’에 대한 불복이 아니므로, 피해학생으로서의 재심청구에 해당하지 않는다고 보았다.<sup>43)</sup> 따라서 재심의 범위를 벗어난 사항을 대상으로 하여 재심기각 결정을 하였는 바, 위 ‘학교폭력 재심청구 기각결정 통보처분’을 ‘학교폭력 재심청구 각하결정 통보처분’으로 변경한 것이다.

이는 학교폭력 재심기관이 이원화되어 있어서 사안과 같이 사실관계상 피해학생이지만 쌍방이 학교폭력 가해학생으로 조치를 받은 경우에 피해학생으로서의 재심

42) 한편, 교육부는 학교폭력예방법 제17조 및 동법시행령 제19조에서 위임된 가해학생 조치별 적용 세부기준을 고시하였다. 조치별 세부기준의 기본 판단요소는 ① 학교폭력의 심각성, ② 학교폭력의 지속성, ③ 학교폭력의 고의성, ④ 가해학생의 반성정도, ⑤ 가해학생 및 보호자와 피해학생 및 보호자 간의 화해의 정도이며, 부가적 판단요소로 피해학생이 장애학생인지 여부도 고려하도록 하고 있다. 조치별 세부기준은 판단요소의 각 항목에 대한 점수를 배정하여 판단하게 함으로써 가해학생에 대한 자치위원회 조치의 공정성을 확보하고자 한 것으로 판단된다.

43) 2013. 4. 9. 재결 중앙행심 2012-21307(중앙행정심판위원회 재결례).

청구를 한 경우에는 재심청구 각하결정에 이르게 되는 문제가 발생한다. 또한 대부분 학교폭력전담기구가 사안을 조사하여 자치위원회에 보고하게 되는데, 학교폭력전담기구 및 자치위원회 단계에서 가·피해 사실을 제대로 확정하지 못하는 경우 이를 제대로 다루는 방법이 어려워질 수 있음을 보여주는 사례이다.

학교폭력예방법 제17조의2 제1항과 제2항에서는 피해학생과 가해학생의 재심청구에 대해 규정하고 있는데, 재심절차 및 담당기관 등이 이원화되어 있다. 따라서 동일한 학교폭력사안에 대해서도 각각 피해학생은 지역위원회에, 가해학생은 시·도학생징계조정위원회에 재심을 청구할 수도 있다. 이러한 경우 각 재심기관에서 서로 모순되거나 저촉되는 재심결과를 내릴 수도 있다.<sup>44)</sup> 나아가 재심 청구가 순환되는 문제가 발생할 수도 있는데, 피해학생이 재심을 통해 가해학생에 대해 전학·퇴학조치로 변경된 경우 가해학생이 이를 다시 재심으로 다룰 수 있는지가 문제된다. 또한 이 때 가해학생이 재심을 통해 다루는 것은 변경된 전학·퇴학조치인데, 그 심판대상을 전학·퇴학결정을 한 지역위원회 판단에 한정할 것인지 아니면 당해 사안에 대한 적절한 가해학생 조치로 넓게 보아야 할 것인지도 문제된다. 게다가 각 재심기관의 결정에 대한 기속력이 미치지 않으므로 다시 이에 대해 재심을 청구할 수 있는 여지가 있어 재심절차의 반복·순환 가능성도 있다.<sup>45)</sup> 따라서 실무상 재심절차를 병합하여 진행하거나 또는 재심담당기관을 일원화하는 법률 개정이 필요한 것으로 보인다.

한편 학교폭력예방법 시행령 제24조 제3항에서는 “지역위원회는 직권으로 또는 신청에 따라 청구인, 가해학생 및 보호자 또는 관련 교원 등을 지역위원회에 출석하여 진술하게 할 수 있다.”고 규정하여 피해학생 재심절차에서 가해학생에 대한 절차참여 기회를 규정하고 있다. 그러나 시·도학생징계조정위원회에서의 재심에 대하여는 피해학생의 절차를 보장하는 이와 같은 규정이 마련되어 있지 않다. 이원화된 재심절차 구조 하에서 재심을 청구하지 않은 가해학생 또는 피해학생에 대하여 재심청구가 있음을 고지하거나 재심절차의 참여를 보장하는 규정이 현재 법률에는 규

44) 예컨대, 가해학생에 대해 전학조치가 내려진 경우 퇴학처분을 요구하는 피해학생의 재심청구와 가해학생은 이러한 전학조치를 취소하거나 완화해주는 재심청구를 각각 다른 재심기관에 청구하는 경우를 상정할 수 있다(김성태, 앞의 논문, 627면).

45) 이희관, 앞의 글, 10면.

정되어 있지 않다. 따라서 재심을 청구하지 않은 학생, 즉 가해학생 재심절차에서 피해학생과 피해학생 재심절차에서 가해학생이 의견을 진술하는 등 절차참여 기회가 보장되어야 할 것이다. 이러한 절차보장의 기회를 갖지 못한 채 불리한 결정이 이루어지지 않도록 재심절차 개시 및 진행에 대한 고지, 의견진술 기회제공 등 절차참여에 관한 근거규정을 법률에 마련할 필요가 있다.<sup>46)</sup>

지역위원회에 대한 재심청구가 있고 이에 따라 지역위원회의 결정이 있는 경우 학교폭력예방법은 제17조의 2 제4항에서 “제3항의 결정에 이의가 있는 청구인은 그 통보를 받은 날부터 60일 이내에 행정심판을 제기할 수 있다.”고 규정하여 지역위원회의 결정에 이의가 있는 청구인이 행정심판을 제기할 수 있음을 명시하고 있다. 지역위원회는 시·도에 설치되어 있어 재심에 대한 행정심판은 현재 중앙행정심판위원회가 관할한다. 그러나 가해학생이 조치에 대해 바로 행정심판을 제기하는 경우 또는 시·도학생징계조정위원회의 재심에 대해서 행정심판을 청구하는 경우에는 시·도교육청행정심판위원회가 관할한다. 따라서 동일한 학교폭력사안에 대하여 가해학생, 피해학생의 재심청구로 인하여 각기 다른 행정심판위원회가 행정심판을 담당하게 되는 경우도 발생할 수 있다. 행정심판법 제37조에서는 “위원회는 필요하면 관련되는 심판청구를 병합하여 심리하거나 병합된 관련 청구를 분리하여 심리할 수 있다”고 규정하고 있지만, 각 행정심판위원회 중 어느 행정심판위원회에서 심리하여야 할지에 대한 논란은 여전히 남게 된다.<sup>47)</sup> 재심절차의 이원화로 인해 행정심판절차도 이원화된 형태로 진행될 수밖에 없어 재심절차에서의 문제가 행정심판 관할의 이원화 문제로 계속하여 발생하는 것이다.

#### IV. 결론

학교폭력에 대한 바람직한 처리 방향은 피해학생을 보호하고 위로하며 가해학생에 대해서는 가해행위에 대한 책임을 지고 반성하게 하되, 피해학생과 가해학생이

46) 김성태, 앞의 논문, 628면.

47) 김성태, 앞의 논문, 628면.

화해하고 모두가 학교생활을 원만히 할 수 있도록 하는 것이어야 한다.<sup>48)</sup> 그럼에도 불구하고 현행 학교폭력예방법 처리절차 및 불복절차와 관련한 운영현황을 보면, 교육적 목적을 전제로 한 원만한 해결 대신 법적 쟁송의 장으로 변질되고 있다.

이러한 관점에서 학교폭력 관련 판결 및 불복절차의 구체적인 사례를 통해 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 문제점을 지적하고 개선방안을 제시하고자 하였다. 먼저 학교폭력의 개념범위와 관련하여서는 형법 및 형사특별법 상의 전체 법체계를 고려하여 해석하되 학교폭력예방법의 목적 및 취지에 따라 독자적으로 판단하여야 할 것이다. 그리고 학교생활기록부 기재로 인해 학교폭력에 대한 억제효과를 가져올 수 있다고 하지만, 이에 따른 사건의 왜곡이나 법적 분쟁이 계속된다는 점에서 재검토가 필요하다. 특히 서면사과 조치의 경우 헌법상 양심의 자유나 인격권 등의 침해 소지가 있다는 점에서 적절하지 않고, 학교폭력을 사전에 예방하고 그 사후처리를 교육적인 관점에서 해결하고자 하는 학교폭력예방법의 제정취지에 비추어 볼 때에도 조치의 실효성 측면에서 바람직하지 않다.<sup>49)</sup> 자치위원회의 필요적 개최 규정 및 교사의 책무성 강화 규정으로 인해 사실상 교사들의 학교폭력사안 처리에 대한 부담이 가중되고 있는 실정인데, 실제 사안에서 학교폭력 처리와 관련하여 교사의 직무유기죄 성부를 다투는 사건까지 확인할 수 있었다. 마지막으로 불복절차에 관해서는 재심절차의 이원화로 인해 각 재심기관의 결정이 서로 모순·저촉될 우려가 있고, 이에 따라 행정심판절차도 이원화된 형태로 진행되어 문제가 계속하여 발생하게 된다. 따라서 실무상 재심절차를 병합하여 진행하거나 또는 재심담당기관을 일원화하는 법률 개정이 필요한 것으로 보인다.

학교폭력사건 처리의 근본이 되는 학교폭력예방법을 올바르게 제정하고 운영하는 것은 학교폭력을 예방하는 또 다른 대책이기도 하다. 따라서 실제 판결 및 불복절차 사례에서 지적된 문제점들을 보완하여 학교폭력예방법에 반영함으로써 학교폭력에 대한 바람직한 처리방향을 제시하여야 할 것이다.

48) 헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2012헌마832 결정(반대의견).

49) 장해진, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률상의 서면사과 처분의 위헌성에 대한 검토”, 법과 정책 제23권 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2017.

## 참고문헌

- 교육부, 학교폭력 사안처리 가이드북, 2014.
- 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2013.
- 김성태, “학교폭력예방법에 대한 고찰-법적용 실제에 있어서의 문제를 중심으로”,  
홍익법학 제16권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2015.
- 김현철, “학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 개선방안-시론적 고찰”, 법교육연구  
제5권 제1호, 한국법교육학회, 2010.
- 박찬걸, “학교폭력대책법에 대한 비판적 검토”, 소년보호연구 제15호, 한국소년정책  
학회, 2010.
- 서동진, “학교폭력대책자치위원회의 필요적 개최에 따는 문제점 및 개선방향”, 대한  
변협 학교폭력예방법 개선방안 심포지엄 자료집, 2014.
- 신강숙, “행정심판 사례를 통하여 본 학교폭력예방법 고찰”, 강원법학 제41권, 강원  
대학교 비교법학연구소, 2014. 2.
- 윤은경, “『학교폭력예방 및 대책에 관한 법률』상 학교폭력 가해학생에 대한 조치에  
관한 소고”, 강원법학 제46권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015. 10.
- 이승현, “『학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률』의 개정내용 및 개선방안”, 형사정책  
연구 제23권 제2호, 한국형사정책연구원, 2012.
- 이희관, “채심제도의 문제점 및 개선방향”, 대한변협학교폭력예방법 개선방안 심포  
지엄 자료집, 2014. 5.
- 장혜진, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률상의 서면사과 처분의 위헌성에 대한 검  
토”, 법과 정책 제23권 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2017.
- 정현미, “학교폭력예방을 위한 법제의 개선방안”, 소년보호연구 제20호, 한국소년정  
책학회, 2012.
- 탁경국, “학교폭력예방법의 문제점에 대한 전반적 검토”, 회복적 과정이 가능한 학  
폭법 개정 토론회 자료집, 2016.

국민권익위원회, 2014년 2월 24일자 보도자료, “‘13년 학교폭력 관련 행정심판 사건 분석 대폭증가”, (<https://www.acrc.go.kr/acrc/board.do?command=searchDetail&menuId=05050301&method=searchDetailViewInc&boardNum=36783>), 2017. 11. 20. 최종검색).

서울신문, 2012년 2월 14일자 기사, “학교폭력 문제 ‘교사 직무유기’ 논쟁 비화”, (<http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20120214024001>), 2017. 11. 20. 최종검색).

한국일보, 2016년 4월 30일자 기사, “학교폭력 생활기록부 보존 지침 합헌... 학교 현장 소송 부채질”, (<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&oid=469&aid=0000140795&sid1=001&lfrom=band>), 2017. 11. 20. 최종검색).

Baier, Dirk, Gewalt unter Kindern und Jugendlichen in der Schule, Familie Partnerschaft Recht, 2013 Heft 10, S. 421 ff.

## Critical Review of the Act on Prevention of and Measures against School Violence through cases of the court precedent and objection procedure

Kim, Jeong-yeon\*

Recently, school violence has increased dramatically and people have regarded it as serious social problem. If school violence arises, school authorities hold a school violence countermeasure committee and the student offender must be taken measures according to the act on prevention of and measure against school violence. Student offenders and their parents raise objections to committee's decisions aggressively because measures to student offenders are listed on their school record. The objection procedure includes review, administrative appeal, and administrative litigation. As a result, administrative appeals and administrative lawsuits have been increasing rapidly in order to revoke dispositions related to school violence as an objection to the school violence procedure.

In this paper, I point out the problems of the Act on prevention of and measures against school violence through concrete cases of the court precedent and objection procedure. The scope of the concept of school violence should be interpreted in consideration of the whole legal system in the criminal law, but it should be judged independently according to the purpose and intent of the school violence prevention act. Although it is possible to prevent school violence from the description of the school record, it is necessary to review it in view of the continuing distortions or legal disputes. The problems of School Violence Prevention Act are that the School Violence Countermeasures Committee be held as necessary and there are no specific guidelines or standards on the composition of the committee. In the case of school

---

\* Research Fellow, Korean Institute of Criminology, Ph.D. in Law, Lawyer

violence, there is a possibility that the decision of each reviewing agency may be inconsistent due to the two different ways of the review process. As a result, the administrative appeal procedure is also proceeded in two different ways and the problem continues to arise.

It is another measure to prevent school violence by properly enacting and operating School Violence Prevention Acts that are the basis of handling school violence cases. Therefore, it should be reflected in the school violence prevention act by supplementing the problems pointed out in the case of actual precedent and objection procedure.

- ❖ Keyword: school violence, the Act on Prevention of and Measures against School Violence, cases of the court precedent and objection procedure, School Violence Countermeasures Committee



## 형사사법기관의 디지털증거전송체계 도입방안

김일권\*·김기범\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

본 논문은 경찰·검찰·법원 등 형사사법기관이 형사사법정보시스템(KICS)을 이용하여 디지털 증거를 전송할 수 있는 체계를 설계하고 이에 관한 입법 방안을 제시하고자 한다. 우리나라는 2010년에 형사절차전자화법을 제정하여 전국에 형사사법정보시스템을 구축하였음에도 여전히 디지털증거를 출력하거나 USB·CD 등 정보저장매체에 저장하여 검찰에 송부하고 있다. 형사사법 기관이 디지털증거를 물리적으로 송부하면 잦은 복사·복제로 정보통제가 어렵고, 손·망실도 우려된다. 파일의 속성정보(메타데이터)가 소실되어 증거가치가 떨어지고, 증거 이동으로 관리 연계성에 대한 입증부담도 커진다. 나아가 형사사건이 전자소송으로 진행될 수 있는 가능성을 차단하고 있다.

형사절차전자화법과 약식전자문서법은 형사사법정보시스템을 이용하여 전송할 수 있는 대상에 디지털증거를 포함하지 않았고, 형사소송법은 피의자 진술영상녹화물에 대해 봉인·기명날인할 것을 요구하여 제도화하지 못하고 있다. 다행히 약식전자문서법에서 음주·무면허사건에 한하여 전자문서(전자화문서 포함)를 전송해 약식명령하도록 입법화하여 디지털증거전송체계 도입에 대한 가능성이 보이고 있다.

이러한 문제를 해결하기 위해 형사소송의 전 과정에서 형사사법정보시스템을 이용한 디지털 증거를 전송할 수 있는 체계를 구축할 필요가 있다. 형사절차전자화법을 중심으로 관련법을 정비하고, 디지털증거에 대한 전송 원칙과 증거조사 시 전자적 열람 원칙을 명문화하여야 한다. 디지털증거 이용과 관련하여 피고인·변호인에 대한 온라인 열람·복사권을 허용하고, 위험방지 및 프로파일링에 제한적으로 사용하기 위한 입법적 근거를 마련해야 한다. 나아가 물수형을 선고받은 경우 경찰과 검찰의 시스템에서 삭제하고 이를 확인할 수 있는 절차를 마련함과 동시에 대통령 소속 개인정보보호위원회의 감독과 사법적 통제장치를 도입할 필요가 있다. 형사절차전자화법의 개정과 전송체계의 도입으로 우리나라가 형사사법정보화 분야에서 국제사회의 선도국가로 기여할 수 있기를 기대해 본다.

❖ 주제어: 형사사법정보시스템(KICS), 형사사법정보, 디지털증거, 디지털증거전송, 전자약식, 전자소송, 전자법정

\* 제1저자: 경기의정부경찰서 112종합상황실장(경정)

\*\* 교신저자: 경찰대학 교수/국제사이버범죄연구센터장

## I. 서론

우리나라의 형사사법정보화는 1990년대 구 “정보화촉진기본법”(국가정보화기본법), 전자정부법 제정에 따라 경찰, 검찰 및 법원에서 각자 시스템을 개발하여 운영하면서 시작되었다.<sup>1)</sup> 이어 2003년 참여정부의 전자정부 로드맵 31대 과제에 「형사사법통합정보체계 구축사업」이 선정되면서 형사사법기관 간 시스템 연계가 본격화되었다.<sup>2)</sup> 2010년 형사사법절차 전자화 촉진법(이하 “형사절차전자화법”이라 함)이 제정됨에 따라 형사사법업무 처리기관<sup>3)</sup>(이하 “형사사법기관”이라 함)은 형사사법정보시스템을 이용하여 수사서류를 전자적으로 작성하게 되었다.<sup>4)</sup> 형사사법기관 간 유통문서에 대한 표준을 마련하고, 공유를 촉진하기 위한 기술적·법적 근거도 마련하였다.<sup>5)</sup>

하지만 형사사법정보시스템은 형사소송법에 규정된 수사서류에 대한 기명날인(또는 서명)과 간인 등의 문제를 입법적으로 해결하지 못하였고, 디지털증거의 전송을 처음부터 고려하지 않았다. 형사사법정보시스템이 전국에 구축되어 있고, 정보통신기술이 비약적으로 발전하였음에도 수사서류는 컴퓨터로 작성한 후 출력하고, 디지털증거는 출력하거나 USB·CD·HDD 등 정보저장매체에 저장하여 송부하고 있다. 검찰과 법원도 경찰에서 송부 받은 상태에서 증거신청과 증거조사를 하다 보니 형사사법정보화가 계속 지연되고 있다.

디지털증거의 물리적 송부는 잦은 복사로 인해 관리가 어렵고, 증거의 손·망실이

1) 한국정보화진흥원, 「국가정보화 20년의 기록」, 2014, 17면

2) 법무부 형사사법통합정보추진체계추진단, “형사사법절차 전자화 촉진법(안) 등 설명자료”, 2009.11, 1면

3) 형사절차전자화촉진법(제2조 제2항)에서 규정하는 형사사법기관은 “법원, 법무부, 검찰청, 경찰청 및 그 소속 기관과 그밖에 형사사법업무를 처리하는 기관으로서 대통령령으로 정하는 기관”을 의미한다. 본 논문에서는 디지털증거의 전송과 직접적으로 관계없는 법무부(교정)는 제외한 개념으로 사용하고자 한다.

4) 조정우, “형사사법정보시스템에 관한 연구”, 동국대학교 박사학위 논문, 2005, 10면; 김기범, “형사사법정보의 이용·제공 실태 및 입법적 개선방안”, 법학연구 16(1), 한국법학회, 2016, 122면

5) 양종모, “형사사법절차 전자화와 빅 데이터를 이용한 양형합리화 방안 모색”, 홍익법학 제17권 제1호, 2016, 426면; 신성식, “형사사법정보시스템(KICS)의 활용실태 및 개선방안”, 융합보안 논문지 제15권 제4호, 2015.6, 148~149면

우려된다. 파일을 출력할 경우 속성정보(메타데이터)의 소실로 증거가치가 떨어지고, 동일성·무결성 및 관리연계성에 대한 입증부담이 증가하는 문제가 발생한다.

대검찰청은 2013년부터 경찰, 특사경과 형사사법정보시스템이 아닌 별도의 네트워크를 이용하여 디지털증거송치체계를 구축하고자 하였으나,<sup>6)</sup> 형사사법기관 간에 충분한 합의가 이루어지지 않아 아직까지 제도화되지 못하고 있다. 다행히 약식절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률(이하 “약식전자문서법”이라 함)에서 음주·무면허운전 사건에 한해 형사사법정보시스템을 이용하여 수사, 기소 및 재판을 할 수 있도록 법제화하여 디지털증거 전송에 대한 가능성을 보여주고 있다.(제5조 내지 제8조) 하지만 그간 디지털증거 압수수색, 전문법칙, 참여권 보장 등에 대한 연구는 활발하게 진행된 반면, 디지털증거의 전송과 보관에 대한 연구가 부족하여 법제화하는데 어려움이 있다.

따라서 본 논문에서는 형사사법정보시스템을 이용한 디지털증거전송체계(이하 “전송체계”라고 함)의 도입과 이에 대한 입법방안을 제시하고자 한다. 먼저 제2장에서는 디지털증거 전송에 관한 법률과 실태를 살펴보고 문제점을 도출하고자 한다. 제3장에서는 전송체계의 개념, 전송의 필요성과 적합성을 살펴본 후에 설계원칙을 제시하고, 전송체계가 갖는 형사법적 함의를 살펴볼 것이다. 제4장에서는 전송체계의 도입, 이용, 감독과 관련하여 제기되는 쟁점과 이에 대한 입법 대안을 제시하고자 한다. 전 세계적으로 국가차원에서 전송체계를 운영하는 사례가 거의 없기 때문에 우리나라의 시도는 형사사법정보화에 대한 제도적·법률적 측면에서 국제사회에 많은 시사점을 제공할 것으로 보인다.

논의의 효과적인 전개를 위해 본 논문에서 사용하는 몇 가지 용어를 통일하고자 한다. 먼저 종이서류의 수사기록, 수사서류에 대비되는 개념으로 전자서류를 사용하고 증거물, 유체물에 대비되는 개념으로는 디지털증거를 사용하고자 한다. 물리적 전달은 형사소송법상 용어를 차용하여 송부를 사용하고, 전자적 전달은 축약하여 전송으로 사용하고자 한다.

6) 경찰청 사이버안전국 공문서(2017.12.4)

## II. 디지털증거의 전송 실태 및 문제점

### 1. 디지털증거의 개념

디지털증거는 통상적으로 “디지털 형태로 저장되거나 전송되는 범죄 증거로서 가치 있는 정보”<sup>7)</sup>, “컴퓨터 또는 기타 디지털 저장매체에 저장되거나 네트워크를 통해 전송 중인 자료로서 법정에서 신뢰할 수 있는 증거가치가 있는 정보”를 의미한다.<sup>8)</sup> 경찰청 훈령인 「디지털 증거 수집 및 처리 등에 관한 규칙」은 디지털 압수물 중 범죄사실의 증명에 필요한 디지털 데이터라고 정의내리고 있지만, 대검찰청 예규인 「디지털증거의 수집·분석 및 관리 규정」에서는 범죄와 관련하여 디지털 형태로 저장되거나 전송되는 증거로서의 가치가 있는 정보라고 규정하고 있다. 경찰청은 압수된 디지털 데이터로 제한한 반면 대검찰청은 모든 디지털 데이터로 규정하고 있는 셈이다.

본 논문에서는 디지털증거에 대해 전자서류와 대별되는 전송 대상으로 파악하여 “범죄수사와 관련하여 디지털 형태로 저장되거나 전송되는 디지털 데이터”로 정의하고자 한다. 따라서 수사기관이나 피의자 등 수사관계자가 작성한 서류를 디지털화한 한 경우나 정보저장매체 그 자체가 증거인 경우는 제외한다. 취득방법에 따라 압수수색 등 강제처분뿐만 아니라 임의제출에 의하여 확보한 증거도 포함한다. 즉, 압수수색영장, 통신제한조치, 통신사실확인자료 제공요청 등 영장주의에 근거하여 획득한 파일, 전자우편, 통화내역과 임의제출 등에 의해 영장 없이 압수한 파일 나아가 수사기관이 임의적으로 캡처·다운로드한 아동음란물, 인터넷상 게시 글까지 포함한다.

7) 양근원, “형사절차상 디지털 증거의 수집과 증거능력에 관한 연구”, 경희대학교 박사학위 논문, 2006, 20~21면; 조상수, “디지털 증거의 법적 지위 향상을 위한 무결성 보장 방안”, 형사법의 신동향 27, 대검찰청, 2010, 68면

8) 이상진, 「디지털 포렌식 개론」, 이문출판사, 2011, 65면

## 2. 디지털증거 전송 관련 법제 개관 및 분석

### 가. 일반적 근거

형사소송법은 사법경찰관이 범죄를 수사한 때에는 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하고(제196조 제4항) 검사는 사건이 자신의 관할이 아닐 경우 서류와 증거물을 관할법원에 대응한 검찰청 검사에게 송치하도록 규정하고 있다.(제256조) 여기에서 물건에 디지털증거가 포함되는지 여부는 형사소송법 상 압수대상(제106조 제1항)과 형법 상 몰수대상(제48조 제1항)에 디지털증거가 포함되는지와 동일한 문제이다. 학설의 대립이 분분하지만, 형사소송법에서 이미 디지털증거의 압수범위와 방법을 규정하고 있고(제106조 제3항) 형법에서도 전자서류 등 특수매체 기록에 대한 폐기를 규정(제48조 제3항)하고 있는 만큼 이 문제는 입법적으로 해소되었다고 볼 수 있다.<sup>9)</sup> 다만 형사소송법에서 송부 방법에 대한 별도의 규정이 없어 전송이 허용되는지는 해석에 맡겨져 있을 뿐이다. 하지만 형사소송법 제정 당시 물리적으로 송부하는 방법밖에 없었지만 기술적으로 물리적 송부와 같은 결과를 기대할 수 있다면 원칙적으로 허용된다고 봐야 할 것이다.

### 나. 개별적 근거

#### 1) 일반 형사사건

디지털증거의 전송에 관해서 일반 형사사건은 형사절차전자화법을, 음주·무면허 사건은 전자약식문서법을, 진술영상녹화물은 형사소송법을 각각 검토할 필요가 있다. 먼저 일반 형사사건과 관련하여 형사절차전자화법을 살펴보면 형사사법기관은 판결문, 공소장, 영장, 조서 등 형사사법업무와 관련된 문서를 형사사법정보시스템을 이용하여 저장·보관하고(제5조 제1항), 형사사법정보시스템을 통해 형사사법정보를 공동 활용하고 유통하여야 한다.(제6조 제1항) 이때 형사사법정보시스템은 형사사법기관이 형사사법정보를 작성, 취득, 저장, 송신·수신하는 데 이용할 수 있도록 하드웨어, 소프트웨어, 데이터베이스, 네트워크, 보안요소 등을 결합시켜 구축한

9) 오기두, 「전자증거법」, 박영사, 2015.6, 44면

전자적 관리체계를 의미하고 있다.(제2조 제4항) 이처럼 형사절차전자화법에서는 디지털증거의 전송에 대한 명시적 근거가 없다.

따라서 디지털증거의 전송여부는 디지털증거가 “형사사법업무와 관련된 문서” 또는 “형사사법정보”에 포함되는지에 대한 해석에 달려 있다. 먼저 “형사사법업무와 관련된 문서”는 형사사법기관이 작성한 문서를 전제로 하기 때문에 수사현장에서 획득한 디지털증거는 포함될 수 없다. 이어 “형사사법정보”에 디지털증거가 포함되는지를 판단하기 위해서는 먼저 형사사법정보의 개념을 살펴봐야 한다. 형사사법정보는 형사절차전자화법에서 형사사법기관이 형사사법업무 처리와 관련하여 형사사법정보시스템을 이용하여 작성하거나 취득하여 관리하고 있는 자료로서 전자적 방식으로 처리되어 부호, 문자, 음성, 음향 또는 영상 등으로 정의하고 있다.(제2조 제3호) 디지털증거가 “형사사법정보시스템을 이용하여 작성하는 자료”라고 볼 수 없으나 형사사법기관이 “취득하여 관리하는 자료”에 해당하여 형사사법정보시스템을 이용하여 전송할 수 있는 대상에 포함된다는 결론에 도달하게 된다.

하지만 형사절차전자화법은 그 입법취지가 수사서류의 전산화를 목표로 출발하였고, 당시 이것만으로도 정보집적에 대한 우려가 컸던 만큼 디지털증거까지 예정하였다고 보는 것은 입법자의 의사에 반하는 것이다. 나아가 유통표준의 대상도 문서에 국한하고 있고 법률 그 어디에도 증거에 대한 언급을 찾아보기 어렵다. 따라서 형사절차전자화법은 디지털증거를 형사사법정보시스템을 이용하여 전송할 수 있는 법적 근거라고 해석하기 어렵다.

## 2) 음주·무면허운전 사건

형사절차전자화법 제정 당시 법적·기술적 한계로 모든 형사사건에 “paperless”를 구현할 수 없게 되자 음주·무면허운전 사건에 한정하여 전자약식을 진행하기 위해 약식전자문서법을 제정하였다.<sup>10)</sup> 약식전자문서법은 수사기관은 피의자신문조서 및 진술조서 등 6종을 전자문서로 작성하고(제5조 제1항) 검사는 이를 이용하여 약식명령을 청구하고,(제5조 제2항) 법원은 약식명령을 하도록 규정하고 있다.(제5조 제

10) 양종모, “형사사법절차 전자화와 빅 데이터를 이용한 양형합리화 방안 모색”, 홍익법학 제17권 제1호, 2016, 424면

3항) 종이문서나 전자적 형태로 작성되지 아니한 문서(‘전자화대상문서’)는 스캐너를 이용하여 그 내용과 형태가 같게 변환하여 전자화문서로 작성할 수 있다.(제6조 제1항, 제2항) 이렇게 볼 때 디지털증거의 전송여부는 디지털증거가 전자문서와 전자화문서에 해당되는지에 달려있다. 하지만 전자문서는 표준화된 문서를 의미(제2조 제1호)하고, 전자화문서 역시 형사사법정보시스템이 처리할 수 있는 형태로 변환하는 문서를 의미하기 때문에 문언 해석상 디지털증거를 포함할 수 없다.

### 3) 피의자 진술영상녹화물

형사소송법은 피의자 진술에 대한 영상녹화가 완료되면 피의자·변호인 앞에서 원본을 봉인하고 피의자로 하여금 기명날인(또는 서명)하도록 규정하고 있다.(제244조의2 제2항) 진술영상녹화물 자체는 증거능력이 없지만 진술조서의 진성성립에 사용할 수 있고(제313조 제2항, 제4항), 피고인 등의 기억환기용(제318조의2)으로 사용할 수 있기 때문에 취급절차를 준수해야 한다. 따라서 수사기관이 봉인·기명날인(또는 서명) 없이 전송하는 것은 허용될 수 없다. 다만, 진술영상녹화물은 수사기관이 피의자나 참고인의 진술을 영상녹화한 것(제221조 제1항, 제244조의2)으로 수사기관 이외의 사람이 본인이나 다른 사람의 진술을 영상녹화한 것은 포함하지 않는다. 따라서 관련조항과 관련 없는 진술영상녹화물은 동일성과 무결성이 입증된다면 전송할 수 있다.<sup>11)</sup>

## 3. 디지털증거 전송실태

### 가. 조사방법

디지털증거 전송실태는 2017년 8월 2일부터 2017년 11월 22일까지 서울·대전경찰청, 서울마포·서울동작·서울동대문·서울강동·경기의정부·부산남부 경찰서를 방문하거나 해당관서의 수사관과 전화와 메시지를 이용한 인터뷰, 이메일을 이용한

11) 신동운, 「간추린 신형사소송법」(제5판), 법문사, 2013, 403면; 천주현, 「수사와 변호」, 박영사, 2015, 188면

서면조사를 병행하여 조사하였다. 직접 경찰의 형사사법정보시스템에 접속하여 운영 실태를 조사하였고, 경찰청과 대검찰청의 공문서, 각종 사업추진자료 등을 활용하였다. 나아가 대검찰청의 담당자와 세미나를 개최하여 사실관계를 확인하였고, 기소와 공판 경험이 있는 검사와 변호사를 전화 인터뷰하여 보강하였다.

## 나. 형사사법기관 내 전송

경찰관서 간 디지털증거는 정보저장매체에 저장한 다음 직접 인계하거나 택배 발송 또는 내·외부 메신저·이메일을 활용하여 전송되고 있다. 형사사법정보시스템에 있는 첨부파일 기능을 활용하여 디지털증거를 등록할 수 있으나 수사서류 작성에 대한 보조적 수단에 불과하고, 용량제한이 있어 활용도가 높지 않다. 형사사법정보시스템과 별도로 경찰청은 사이버안전국을 중심으로 2017년에 전국 17개 지방경찰청과 디지털 포렌식 네트워크를 구축하여 디지털증거 분석의뢰를 위한 전송체계를 구축하였다. 디지털증거 분석용으로 사용범위가 제한되어 있어 경찰 전체의 전송체계라고 볼 수 없다. 디지털증거 송부용 정보저장매체 구매비용을 살펴보기 위해 서울·부산의 1급지 3개 경찰서를 샘플 조사한 결과 2016년 기준으로 1개 경찰서당 약 100만 원 가량이 소요되는 것으로 파악되었다.<sup>12)</sup>

한편, 대검찰청은 2010년부터 형사사법정보시스템과 별도로 디지털증거관리시스템(KD-NET)을 구축하여 전국 검찰관서의 모든 디지털증거를 중앙 서버로 전송하여 관리하고 있다.<sup>13)</sup> 각급 검찰관서 간 관할이송을 할 때에는 물리적 송부 없이 디지털증거관리시스템 내에서 접근권한을 변경하는 방식으로 처리하고 있다.

## 다. 형사사법기관 간 전송

경찰이 형사사법정보시스템을 이용하여 작성한 수사서류 중 의견서와 사건정보

12) 서울동작·서울강동·부산남부 등 3개 경찰서(담당자)를 상대로 2016년 디지털증거 송치를 위해 구매한 USB·CD·외장하드 등의 구매비용을 조사한 결과 각각 1,140,700원, 762,100원, 993,400원으로 1급지 경찰서에서 연간 약 1백만원 가량이 집행되고 있었다.(2017.8.2.)

13) 탁희성·이원상, 「디지털포렌식 통합모델 구축에 관한 연구」, 형사정책연구원 연구총서 16-AA-01, 2016.12, 78면

만 검찰에 전송되고 있어 결국 모든 수사기록을 종이형태로 검찰에 송부하고 있다.<sup>14)</sup> 경찰에서 형사사법정보시스템에 디지털증거를 등록하였다고 하더라도 검찰에 전송되지 않는다. 따라서 경찰관서는 디지털증거를 출력하여 수사기록에 첨부하거나 경찰 소유의 정보저장매체에 저장한 다음 수사기록에 묶어 검찰에 송부하고 있다. 사이버공간에서 채증한 디지털증거나 금융·포털·통신회사 등 제3자로부터 제공받은 증거도 동일하게 처리한다. 검찰에서 직접 수사한 경우에도 자체적으로 디지털증거관리시스템에 저장하지만 법원과 연계되어 있지 않고, 형사사법정보시스템 과도 연계되어 있지 않아 법정에 증거신청하기 위해서는 결국 출력하거나 정보저장매체에 저장해야 한다. 법원에서 디지털증거에 대한 몰수형을 선고하면 검찰은 정보저장매체 그 자체를 폐기하거나 그 속에 저장된 디지털증거를 삭제한 경우에는 해당 정보저장매체를 원 소유자인 경찰관서에 반환하기도 한다.

한편 음주·무면허운전 사건은 단속과정에서 작성한 수사서류를 스캔하고, 블랙박스 영상자료는 요증사실에 필요한 부분만을 선별하여 형사사법정보시스템에 등록하고 있다. 피의자는 전자패드를 이용하여 전자서명을 하고 있다. 전자약식은 피의자가 동의하는 경우에만 이루어지기 때문에 블랙박스 영상자료의 동일성·무결성 입증을 위한 해시값 산출은 별도로 수행하지 않았다.

대검찰청은 2016년에 경찰과 송부 전용으로 사용할 수 있는 내구성이 강한 정보 저장장치(RTX)와 디지털증거에 관한 정보를 입력할 수 있도록 표준 문서포맷(XML)으로 구성된 디지털증거팩(Digital Evidence Package)을 제작하여 대전지방경찰청 및 소속 6개 경찰서에서 시범운영을 하였다. 디지털증거 송부를 위한 전용장치를 개발하고 문서포맷을 표준화하였다는 측면에서 높게 평가할 수 있지만 정보저장매체를 전달해야 하는 한계를 벗어나지 못했다. 대검찰청에서는 이러한 문제를 해결하기 위해 경찰과 특사경을 초고속국가망으로 연결하여 디지털증거를 전송할 수 있는 디지털증거송치체계의 구축을 추진하고, 서울경찰청 및 소속 7개 경찰서(동대문·중랑·노원·강북·도봉·성북·종암)을 대상으로 시범사업을 진행 중에 있다.<sup>15)</sup>

14) 양종모, “형사사법절차 전자화와 빅 데이터를 이용한 양형합리화 방안 모색”, 홍익법학 제17권 제1호, 2016, 426면

15) 대검찰청, “디지털증거 확보체계 4차년도 구축사업 제안요청서”, 2017. 3; 전자신문, “국가 디지털증거송치체계(KD-NET) 만든다.”, 2012.7.10.자 보도; 경찰청 사이버안전국 공문서(2017.12.4.) 참조

한편, 법원행정처는 2010년 민사소송 등에서의 전자문서의 이용 등에 관한 법률(이하 “민소전자문서법”이라고 함)을 제정하고, 2017년 8월 현재 각 지원을 포함하여 전국적으로 총 827개의 전자법정을 구축하여 민사사건에 대해서 전자소송을 하고 있다.<sup>16)</sup> 하지만 형사사건에 있어서는 검찰에서 봉인된 정보저장매체를 증거로 제출하고, 법원에서도 유체물 형태가 가독성이 뛰어나다보니 디지털 방식에 적합한 증거조사가 이루어지고 있지 않다.<sup>17)</sup>

#### 4. 문제점

형사절차전자화법과 전자약식문서법은 제정 당시 형사사법정보시스템을 이용하여 전송할 대상으로 수사서류 또는 전자문서(전자화문서 포함)만 고려하였을 뿐 디지털증거를 예정하지 못했다. 형사소송법은 진술영상녹화물에서 보듯이 원본, 봉인, 기명날인(또는 서명) 등 유체물에 사용하는 절차를 요구하여 디지털증거의 전송을 가로막고 있다. 경찰과 검찰의 훈령과 예규도 디지털증거에 대한 수집, 분석, 보관 등의 절차에만 언급하고 있을 뿐 전송 방식에 대한 언급은 없다. 이로 인해 형사사법기관이 디지털증거를 출력하거나 정보저장매체에 저장하여 송부하고 있어 많은 문제점이 발행하고 있다.

첫째, 복사·복제가 잦아지면서 정보통제가 어려워지고 있다. 형사소송의 전체 과정을 통해 다수의 컴퓨터에 디지털증거가 저장될 수 있어 정보통제가 어렵고 유출될 우려도 있다. 아동음란물 등 민감한 증거의 잦은 복사·복제는 그 자체로 또 다른 피해를 야기할 수 있다. 국가기밀 등 보안이 중요한 증거도 복사·복제를 자주할 경우 그 만큼 유출 가능성이 커지는 것이다. 둘째, 증거의 손·망실이 우려된다. 형사사법기관 간 송부하는 과정에서 손·망실이 발생하고, 시간이 경과할수록 정보저장매체의 내구성이 떨어져 보관에 취약하다.<sup>18)</sup> 아직까지 우리나라에서는 공식적인 발표

16) 법원행정처, “2017년 전자법정 구축사업 제안요청서”, 나라장터 홈페이지, 2017.8, 1~4면

17) 사법정책연구원, “전자정보의 증거조사 현황과 개선 방안에 관한 기초 연구”, 연구총서 2016-22, 2016, 92면

18) 탁희성, 「압수물로서 디지털 증거의 보존 및 처리에 관한 법제도 개선방안」, 대검찰청 연구용역과제, 한국형사정책연구원, 2011, 12-13면

가 없지만 영국에서는 검찰에서 미성년 피해자와 목격자의 진술을 저장한 DVD를 분실하거나 진술녹화영상이 저장된 노트북을 도난당하는가 하면,<sup>19)</sup> 검찰이 분실하여 경찰에게 증거의 복사본을 재요구하는 사례가 발생하기도 하였다.<sup>20)</sup> 셋째, 출력으로 인한 증거의 소실이 발생한다. 문서파일이나 영상의 특정부분을 선별하여 출력할 경우 파일의 속성값(메타데이터)이 사라지기 때문에 증거로서 활용성이 떨어진다. 디지털증거의 출력은 압수원칙 관점에서 관련성이 있는 정보만 확보한다는 의미가 있지만 최량증거원칙<sup>21)</sup> 관점에서는 증거의 소실이 발생하기 때문에 적절하다고 볼 수 없다. 넷째, 관리연계성 입증에 대한 부담이 커지고 있다. 형사사법기관 간 정보저장매체에 대한 입·출고, 보관, 송부, 작동여부 등 각 단계마다 기록을 유지해야 하기 때문에 관리연계성에 대한 입증 부담이 커진다. 수사와 공판 과정에서 봉인, 봉인해제, 재봉인도 반복적으로 일어나고 많은 소송관계인들이 직·간접적으로 개입하게 된다. 게다가 수사기관의 전문성 부족으로 상급기관이나 보안업체, 대학 및 연구소 등에 디지털증거 분석을 위탁하는 경우도 있어 관리연계성에 대한 입증 부담이 계속 커지고 있다. 다섯째, 종국적으로 형사사건의 전자소송을 가로막고 있다. 형사사법정보시스템에 수사기록만 저장되고, 디지털증거는 별도로 존재하여 사건관리가 통합적으로 이루어지지 않고 있다. 디지털증거를 송부하고 있어 증거신청과 증거조사도 모두 물리적 형태로 이루어짐에 따라 전자소송 나아가 전자법정 시대의 도래가 지체되고 있다.

19) BBC, “Police and prosecutors ‘losing sensitive evidence’”, Apr 13. 2016(2017.9.30. 최종확인)

20) UK Criminal Justice Joint Inspection(CJJI), “DELIVERING JUSTICE IN A DIGITAL AGE”, HM Crown Prosecution Service Inspectorate and HM Inspectorate of Constabulary 2016.4, pp.33~37

21) 이상원, ‘전자증거와 원본증거의 법칙’, 형사법의 신동향 통권 제36호, 2012· 9, 71-72면; 미국 연방증거규칙(Federal Rule of Evidence)에서도 문서의 내용을 증명하기 위해서는 원본의 제출이 요구되며, 서면, 기록, 사진도 내용을 입증하기 위해서는 동 규칙 또는 기타 다른 연방법에 달리 규정하지 않는 한 원본이 요구된다고 명시함으로써 최량증거원칙을 명확히 하고 있다.(Federal Rules of Evidence 1001(1), 1001(2), 1002)

### Ⅲ. 디지털증거전송체계 도입 필요성 및 설계원칙

#### 1. 전송체계의 개념 및 필요성

앞에서 지적한 것처럼 형사사법절차에서 형사사법기관 내 또는 상호간 디지털증거를 전송, 보관, 접근, 이용할 수 있는 체계로 하드웨어, 소프트웨어, 네트워크 및 이와 관련된 시설과 조직을 포괄하는 개념이 필요하고, 본 논의에서는 이를 ‘전송체계’라고 부르고자 한다. 전송체계에서는 디지털증거가 위·변조되지 않고 온전히 보존되어야 하고, 이러한 과정이 입증되어야 한다. 동시에 형사사법기관이 항시적으로 접근하여 사용할 수 있고, 형사소송법을 비롯하여 각종 법률에서 요구하는 절차가 준수되어야 한다. 형사사법정보시스템을 이용하는 전송체계와 대검찰청에서 추진 중인 전송체계가 모두 포함될 수 있다. 다만, 본 논의에서는 전국적으로 인프라가 설치되어 있고, 법률이 제정되어 있는 형사사법정보시스템을 이용한 전송체계를 중심으로 논지를 전개하고자 한다.

전송체계는 디지털증거를 엄격하게 관리하고, 송부과정에서 손·망실을 최소화하는 한편, 동일성·무결성 및 관리연계성에 대한 입증부담과 이에 따른 행정비용을 줄이기 위해 필요하다. 형사절차의 전자소송을 실현하고, 피의자·피고인의 방어권 보장에도 기여한다. 이미 음주·무면허운전 사건에서 도입하여 전체 형사사건으로 확대할 가능성이 커지고 있다. 그럼에도 아직까지 도입되지 않은 이유는 경찰·검찰에서 정책적 우선순위가 되지 못하고, 법원에서도 필요성을 느끼지 못하기 때문으로 보인다. 디지털증거를 유체물과 같이 취급하려는 관행이 여전하고, 기술에 대한 막연한 불신도 존재한다. 경찰과 검찰의 각 기능에서 개별적으로 추진하고,<sup>22)</sup> 법원은 거기에서 제외되어 있다. 나아가 경찰과 검찰 간에 수사권에 관한 뿌리 깊은 갈등과 불신이 여기에도 작용하여 양자 간 합의가 쉽지 않다. 이러한 이유로 민사소송에서는 ‘민소전자문서법’을 제정<sup>23)</sup>해 증거조사에 대한 특례를 인정하여 전자소송에

22) 경찰청은 수사국에서 형사사법정보시스템을, 사이버안전국에서 디지털증거를, 과학수사관리관실에서 물리적 증거를 담당하고 있고, 대검찰청은 과학수사부 소속이기는 하지만 과학수사1과에서 영상녹화물을, 디지털수사과에서 디지털증거전송망을, 그리고 법무부 소속 형사사법정보통합추진단에서 형사사법정보시스템을 담당하고 있어 복잡하게 나뉘어져 있다.

서 많은 진전이 있는 반면, 형사소송에서는 여전히 지지부진한 상황이다.

## 2. 디지털증거의 전송 가능성 판단

수사현장에서 디지털증거를 압수수색할 경우 출력, 복사, 복제하거나 예외적으로 정보저장매체를 압수한다.(형사소송법 제106조 제3항) 먼저 출력하는 경우에는 디지털을 아날로그로 변환하는 것으로 전송에 부적합하다. 출력물을 다시 스캔하여 전송할 수는 있으나 동일성 입증 절차가 수반되어야 한다. 복사·복제는 해시값을 산출하여 동일성·무결성을 검증하기 때문에 별도의 봉인절차가 필요 없어 전송에 문제가 없다. 해시값을 산출하지 못하면 복사·복제한 정보저장매체를 봉인한 다음 수사기관 사무실로 이동한 후에 피의자 또는 변호인의 참여 하에 봉인해제하고 해시값을 산출할 수 있어 전송에 문제가 없다.<sup>24)</sup> 이동통신사, 금융기관, 전기통신사업자가 통신자료, 통신사실확인자료, 금융거래내역을 팩스로 전달하는 경우 사실조회에 관한 내용이고 존재 자체가 증거가 아니기 때문에 원본성 의미가 없어 스캔하여 전송할 수 있다. 이메일 등 파일 형태로 전송될 경우에는 전송에 문제가 없다. 압수수색과 달리 수사기관이 사이버공간에서 캡처하거나 다운받은 게시글 또는 파일, 범죄현장에서 촬영한 사진과 영상, 임의제출 받은 CCTV 영상 등은 모두 디지털 형태로 존재하기 때문에 전송하는데 문제가 없다.<sup>25)</sup>

23) 민일영, 김능환, 『주석 민사소송법(V)』, 2012, 538면

24) 대법원 2007.12.13. 선고 2007도7257 판결; 대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결

25) 디지털증거와 별도로 다양한 형태의 전자서류를 전송할 수 있는지도 판단해 볼 필요가 있다. 수사기관이 작성하는 수사서류(체포영장신청서 등), 피의자·피고인이 작성하는 수사서류(자필 진술서 등), 양자가 모두 참여해서 작성하는 수사서류(피의자 신문조서 등) 등은 약식전자문서법의 특례조항과 같이 수사기관의 기명날인(또는 서명)은 행정전자서명, 피의자 등은 전자서명을 하고, 간인은 면수 표기 등의 방법으로 해결할 수 있어 전송이 가능하다. 법률에 의해 문서가 표준화, 정형화되어 있어 용이하다. 다만, 제3자가 작성하는 문서인 고소·고발장, 자필진술서, 진단서, 은행통장사본 등은 작성자의 서명날인이 필요하고, 서류의 존재나 상태가 증거로 사용되는 증거물인 서면의 경우에는 원본이 필요하여 전송할 수 없다.(나영민, 박광민, “형사사법절차 전자화의 쟁점과 그 해결방안”, 성균관대학 제26권 제2호, 2014, 125~126면) 하지만 약식전자문서법은 종이문서나 그밖에 전자적 형태로 작성되지 아니한 문서 즉, 전자화문서에 대해 스캐너를 이용하여 전자화대상문서와 그 내용과 형태가 같게 변환되도록 작성하고, 작성자가 행정전자서명을 할 수 있도록 특례를 인정하고 있다.(제6조 제2항) 하지만 이 경우는 피의자가 전자약식절차의 이행에 동의하기 때문에 증거

### 3. 전송체계 설계원칙

이러한 논의를 바탕으로 전송체계 구축을 위한 4가지 원칙 즉 형사사법정보시스템 내에 중앙형 체계로 설계, 전자서류와 디지털증거의 통합관리 체계 구현, 동일성·무결성 및 관리연계성 확보, 특수 디지털증거 처리기술 도입을 제시하고자 한다.

#### 가. 형사사법정보시스템 내에 중앙형으로 설계

형사사법기관 간에 이미 연결되어 있는 형사사법정보시스템을 활용하여 구축하는 것이 바람직하다. 대검찰청이나 경찰청과 같이 별도의 네트워크를 구축할 경우에는 많은 비용이 소요되고, 형사사법행정의 효율성도 떨어질 뿐만 아니라 법률적 근거도 미비하다. 따라서 형사사법정보시스템을 구성하고 있는 3개 시스템 — ① 형사사법정보시스템 포털 ② 사건수사시스템 ③ 전자약식시스템 — 에 디지털증거 전송시스템을 추가하여 운영하면 될 것이다. 시스템은 형사사법기관 별로 중앙에 설치하는 중앙형과 각 지역별로 설치하는 분산형을 검토할 수 있다. 중앙형은 관리통제가 용이한 대신에 대용량의 저장장치가 필요하고, 네트워크 대역폭과 속도에 따라 서비스 응답시간이 지연될 수 있다. 분산형은 서비스 응답시간은 상대적으로 빠르지만 유지보수 및 관리통제가 어렵다. 형사사법정보시스템이 이미 중앙형으로 설계되어 있어 연계가 쉽고, 정보통신 발달에 따라 전송 속도에 큰 차이가 없기 때문에 중앙형으로 설계하는 것이 타당해 보인다.

#### 나. 전자서류와 디지털증거의 통합관리 체계 구현

형사사법정보시스템에 작성·보관되어 있는 전자서류와 디지털증거가 통합·관리

---

법상 특례가 가능한 것이다. 비디오·오디오테이프는 디지털로 전환하면 존재 자체가 변경되기 때문에 증거법상 논란이 될 수밖에 없다. 실제 미국에서는 가수 R. Kelly의 아동포르노 사건에서 영상을 VHS에서 DVD포맷으로 전환하는 과정에서 이미지 압축에 따른 손실이 발생하여 식별성 차이가 확인되어 결국 증거로 채택되지 못했다.(David McKay, "Digital Video and the Courts-More than Meets the Eye", THE CONTINUING LEGAL EDUCATION SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA(CLEBC), 2016.4, pp.1~6) 이러한 경우에는 변환 방식에 대한 표준화에 대한 학계의 일반적 승인이 있거나 증거법상 특례가 인정되어야 제도화할 수 있을 것이다.

되어야 한다. 형사절차전자화법 제정 당시 검찰의 권력집중과 오남용을 최소화하기 위해 형사사법정보시스템을 각 기관별 연계형으로 전환하였고<sup>26)</sup> 경찰의 전자서류도 전송하지 않았다. 따라서 연계형 형사사법정보시스템 하에서 각 사건별 전자서류와 디지털증거를 하나로 묶어 전송할 수 있어야 한다. 통합 관리할 경우 하나의 사건에 대한 체계적으로 관리와 감독이 가능하고, 형사사법행정의 효율성을 제고할 것이다. 이미 전자약식사건은 검찰에 전자문서와 전자화문서를 전부 전송하고 법원은 전자약식명령을 하여 업무 효율성을 제고하고 소송경제를 촉진하고 있다. 이러한 환경이 구축되면 피의자 신문조서를 작성하면서 관련증거인 CCTV영상을 하이퍼링크(hyperlink)로 연결하여 조서를 작성할 수 있다. 물수형이 신고될 경우 검색 기능을 활용하여 검찰과 경찰이 보관하는 해당증거를 찾아 일괄 삭제할 수 있다.

#### 다. 동일성·무결성 및 관리연계성 확보

수사기관이 형사사법정보시스템에 디지털증거를 등록할 경우 자동으로 해시값이 생성되고 접근통제가 작동하여 법원의 확정판결까지 동일성·무결성 및 관리연계성이 입증되도록 설계하여야 한다. 동일성·무결성 및 관리연계성을 규범적 문제에서 기술적 문제로 전환하여 오류를 줄이고, 법정다툼을 최소화할 수 있다.

동일성·무결성은 이미 형사절차에서 보편적으로 사용하고 있는 해시함수를 사용하거나 나아가 전자서명(Digital Signature), 시점확인 서비스(Time Stamp Service, TSA), 공개키기반구조(PKI), 블록체인(Blockchain) 등 다양한 기술을 활용할 수 있다.<sup>27)</sup> 대법원은 동일성·무결성 증명 방법으로 해시함수를 인정하였다.<sup>28)</sup> 약식전자 문서법에서 전자문서에 관해 자필기재, 기명날인(또는 서명)은 작성자는 행정전자 서명, 진술자는 전자서명으로 대체하고, 간인(間印)은 면수(面數)를 표시하는 방법으로 진정성립의 문제뿐만 아니라 동일성·무결성의 문제까지 해결하였다.(제5조 제8항) 진술영상녹화물에도 해시함수를 적용할 경우 기명날인(또는 서명), 간인 등 형

26) 양종모, “형사사법절차 전자화와 빅 데이터를 이용한 양형합리화 방안 모색”, 홍익법학 제17권 제1호, 2016, 423~424면

27) 이상진, 「디지털 포렌식 개론(개정판)」, 이문출판사, 287~292면; 최복용, “블록체인을 활용한 디지털 증거의 무결성 강화 방안 연구”, 치안정책연구 제30권 제3호, 치안정책연구소, 308~314면

28) 대법원 2007.12.13. 선고 2007도7257 판결; 대법원 2013.7.26. 선고 2013도2511 판결

식적 진정 성립뿐만 아니라 동일성·무결성까지 입증할 수 있다. 관리연계성은 다양한 접근통제 기술을 활용할 수 있다. 누가 접근하고 열람하였는지에 대한 접근통제와 감사가 반드시 수반되어야 한다.<sup>29)</sup> 이때, 기술 중립성을 고려하여 법률에서 특정 기술을 지정하는 것은 타당하지 않고, 다만 형사사법기관이 해당기술의 안정성, 편의성 등을 바탕으로 선정하여야 할 것이다.<sup>30)</sup>

#### 라. 특수 디지털증거 처리기술 도입

디지털증거의 특성을 고려한 기술적 조치가 수반되어야 한다. 국가기밀 등 국가안보에 영향을 미치는 증거나 아동음란물 등 피해자 보호와 관련있는 증거는 암호화를 하여야 한다. 이 경우 수사, 증거신청, 증거조사, 감정촉탁 등의 과정에서 열람이나 복사를 최소화하고, 사용하는 컴퓨터를 제한하는가 하면 사용이후 삭제 절차가 반드시 이행되어야 한다. 해킹도구, 악성코드는 형사사법정보시스템에 장애를 줄 수 있기 때문에 압축하거나 샌드박스(Sandbox) 또는 가상화 기술을 활용하여야 한다. 법정에서 영상증거물을 쉽게 열람할 수 있도록 표준화된 포맷으로 전환하는 기술이 필요하고, 더불어 증거법상의 문제도 함께 풀어야 할 것이다. 영국은 형사사법시스템 공통플랫폼 프로그램을 통해 중장기적으로 멀티미디어 포맷 표준화를 추진할 계획에 있다.<sup>31)</sup>

### 4. 전송체계의 형사정책적 함의

첫째, 실제적 진실발견에 기여한다. 형사사법행정의 효율성·신속성뿐만 아니라 실제적 진실발견이라는 형사소송의 이념에 기여할 수 있다.<sup>32)</sup> 디지털증거를 보다

29) R, Yaeger, "Criminal computer forensic management", Proceedings of the 3rd Annual Conference on Information Security Curriculum Development, 2006, pp.168~174

30) 정보통신분야 기술중립성에 관한 자세한 내용은 한국정보법학회, 「인터넷, 그 길을 묻다」-정부정책의 기술 중립성과 개방성(김기창), 2012, 154~171면 참조

31) 영국 검찰국(HMCPSP)과 경찰조사국(HMIC) 합동보고서, "DELIVERING JUSTICE IN A DIGITAL AGE", 2016.4, pp.39~48

32) 이러한 이념 하에 수사의 추론과 논증을 강조하는 김대근, "검사의 효과적 공판수행 기법연구: 증인신문 및 양형심리를 중심으로", 형사정책연구 제27권 제1호, 2016 참조. 이 논의에서는 형사소

안정적으로 보관할 수 있어 장시간이 경과한 후에 내사종결, 기소중지, 미제 등의 사건을 재기하거나 항고·재항고, 재심 등 불복절차를 진행할 때 디지털증거를 활용할 수 있다.<sup>33)</sup> 또한 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 개정으로 과학적 증거가 있을 경우 공소시효를 10년 연장할 수 있게 되어 디지털증거에 대한 새로운 분석기법이 등장하였을 경우 형사처벌 하여 실제적 진실발견에 기여할 수 있다. 둘째, 피의자·피고인의 인권보장에 기여한다. 경찰과 검찰에서 체포·구속·압수수색영장, 구속전 피의자신문, 구속적부심, 보석허가, 증거개시 등에 관한 처분을 할 때 판사가 디지털증거를 직접 열람할 수 있고, 피의자·피고인 및 변호인이 온라인으로 열람·복사할 경우 방어권 보장에도 기여할 것이다. 셋째, 적법절차의 원리에 부응한다. 형사절차전자화법 제정 이후 2011년에 개인정보보호법이 제정되어 형사사법정보의 수집, 이용 및 제3자 제공 등 처리에 대한 규정이 제대로 정비되지 못해 형사사법정보의 이용이 자칫 위법한 수사절차로 평가될 우려가 있다. 전송체계 도입으로 형사사법정보 처리에 대한 법제를 정비할 경우 적법절차의 원리에도 부합할 것이다. 넷째, 소송경제에 기여한다. 기술적 방법으로 동일성·무결성 및 관리연계성을 증명할 수 있어 법정다툼이 최소화된다. 관리연계성을 입증해야 하는 단계가 줄어들기 때문이다. 경찰·검찰 및 법원에서 사물관할·토지관할이 변경되거나 심급별로 불복절차가 진행될 때도 접근권한만 변경하면 되기 때문에 수사와 재판의 지연을 최소화할 수 있다. 나아가 형사소송법 상 증거개시 제도를 활성화하여 집중심리를 할 경우 공판절차를 신속하게 진행할 수 있을 것이다.(제266조의11)

---

송의 이념으로서 실제적 진실발견에 특히 주목하며, 진실 발견의 1차 의무자로서 수사자의 역할을 강조하고 있다.

33) 실제 2006년에 발생한 전북대 여대생 이윤희 실종사건에서 경찰이 피해자 컴퓨터에서 키워드 등을 분석한 후 별도로 저장 없이 반환하여 2016년에 재수사에 착수하였지만 추가분석을 할 수 없었다.

## IV. 디지털증거전송체계의 형사법적 쟁점 및 입법방안

### 1. 전송체계 도입 관련 법제

#### 가. 형사절차전자화법을 중심으로 법체계 정비

전송체계의 도입을 위해 형사절차전자화법을 중심으로 입법체계를 정비하여야 한다. 입법방식은 형사소송법 개정안, 특별법 제정안, 형사절차전자화법 개정안을 검토할 수 있다. 먼저 형사소송법은 입법체계상 가장 바람직하나 새로운 기술을 수용하기 어렵고, 디지털증거에 대한 행정절차까지 규정하기에는 무리가 있다. 또한 특별법 제정안은 옥상옥이 되어 입법의 중복과 적용에서 혼선이 발생할 우려가 있다. 반면 형사절차전자화법은 형사소송법에 대한 특별법적 성격을 가지면서 형사사법절차의 전자화를 목표로 하고 있어 적합한 대안으로 판단된다. 나아가 형사사법기관 간 의사결정 방식에 관한 규정이 있고, 형사사법정보시스템 운영에 대한 법적 근거가 있으며 기술에 대한 수용성도 높다. 더 나아가 형사절차전자화법의 특별법적 성격을 가지고 있는 전자약식문서법도 자연스럽게 통합할 수 있을 것이다. 따라서 형사절차전자화법에 전송대상과 이용범위, 송수신 방식, 동일성·무결성 및 관리연계성 입증을 위한 기술적·절차적 요건, 보존기간 및 삭제, 정보주체의 권리보장, 독립된 감독기구 신설 등에 관한 내용을 포함하여 입법하는 것이 타당해 보인다.

#### 나. 디지털증거의 전송 원칙의 명문화

형사사법기관은 디지털증거에 관하여 형사사법정보시스템을 이용해 전송하는 것을 원칙으로 명문화해야 한다. 시스템에 장애가 발생하였거나 전송이 기술적으로 불가능한 경우에 한하여 정보저장장치에 저장하여 별도로 송부하도록 해야 한다. (약식전자문서법 제9조 제1항 참조) 원칙으로 규정하지 않을 경우 물리적 송부방식에 대한 관행을 근절하기가 쉽지 않기 때문이다.

나아가 진술영상녹화물의 전송을 가로막는 형사소송법을 개정해야 한다.(제224조의2) 이 경우 피의자 진술이 종료됨과 동시에 자동으로 형사사법정보시스템에 진

술영상이 등록되고 해시값 산출과 전자서명을 거쳐 진성성립뿐만 아니라 동일성·무결성의 문제도 해결할 수 있을 것이다.

#### 다. 증거조사 방법으로 “전자적 열람” 원칙화

법정에서 디지털증거에 대한 증거조사를 할 때 형사사법정보시스템을 이용한 전자적 열람을 원칙으로 규정해야 한다. 따라서 컴퓨터디스크등에 기억된 문자정보를 증거자료로 하는 경우 출력하도록 규정<sup>34)</sup>하고 있는 형사소송규칙(제134조의7)의 개정이 필요하다. 전자적 열람을 원칙으로 규정하고, 출력하여 인증한 등본을 제출하는 것을 예외로 하여야 한다. 진술영상녹화물은 재생하고,(형사소송규칙 제134조의4) 녹음·녹화매체는 재생하여 청취 또는 시청하도록 규정(형사소송규칙 제134의8 제3항)하고 있어 이들은 법령의 개정 없이 형사사법정보시스템 내의 디지털증거를 활용하여 증거조사 할 수 있을 것이다. 이미 민소전자문서법은 문자, 그 밖의 기호, 도면·사진 등에 관한 정보에 관한 증거조사는 전자문서를 모니터, 스크린 등을 이용하여 열람(제13조 제1항)하고 음성이나 영상정보에 대한 증거조사는 전자문서를 청취하거나 시청하는 방법(제13조 제2항)으로 증거조사의 특례를 인정하여 활용하고 있다.

## 2. 전송체계 내 디지털증거 이용 관련법제

### 가. 피고인·변호인의 온라인 열람·복사권 보장

피고인·변호인이 방어권 보장을 위해 온라인으로 열람·복사하는 것을 허용하여야 한다. 형사소송법은 피고인·변호인에게 공소제기 된 디지털증거에 대한 열람·등사권을 인정하고 있지만,(제35조, 제266조의3) 대면에 의한 경우만 허용하고 있다. 따라서 형사소송법을 개정하여 온라인으로도 열람·복사를 할 수 있도록 그 방법을 확대하여야 한다. 제3자 정보가 포함되는 경우에는 비식별화 조치를 적용하면 될 것이다. 아울러 국가안보, 증인보호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련 사건의 수사에

34) 김봉수, “디지털증거와 포렌식”, 방송통신정책 제21권 제6호(통권 459호), 2009, 42면

장에 등이 우려될 경우에는 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한할 수 있을 것이다.(제266조의3 제2항)

### 나. 위협방지 및 프로파일링에 대한 제한적 허용 근거 마련

디지털증거를 형사사법업무 처리 목적 외에 위협방지와 프로파일링을 위해 사용하는 것을 허용할 필요가 있다. 디지털증거가 국가·사회적 문제의 해결뿐만 아니라 개인의 생명, 신체 재산을 보호하는데 활용될 수 있기 때문이다. 개인정보보호법상 일반적 처리금지과 공적 이용 필요성이 충돌할 경우 허용하는 입장을 취하고 있다.<sup>35)</sup> 다만, 디지털증거에 대해 공익적 목적을 넘어서 정보주체의 프라이버시를 과도하게 침해하는 경우,<sup>36)</sup> 테러 등 중대한 범죄에 한하여 목전의 긴급한 위협이 있는 경우 개인이 식별되는 디지털증거를 사용하고, 정책수립 및 의사결정에는 비식별화된 디지털증거를 사용하도록 제한할 필요가 있다.<sup>37)</sup> 이때 통신비밀보호법에서 통신 제한조치의 집행으로 취득한 전기통신의 내용을 다른 사건에 사용하지 못하도록 금지하는 경우(제12조 제1호) 검색되지 않도록 해야 할 것이다.

한편, 범죄수사 목적으로 디지털증거를 프로파일링에 사용하는 것도 제한할 필요가 있다. 범죄자를 추적하기 위하여 프로파일링 할 때 해당사건과 관계없는 수많은 개인의 정보가 검색되어 정보자기결정권을 침해하기 때문이다. 따라서 침해의 정도를 최소화하기 위해 디지털증거를 포함한 형사사법정보의 프로파일링에 대한 별도의 요건, 절차 그리고 한계를 법률에 규정하여야 한다.<sup>38)</sup> 덧붙여 프로파일링에 의한 결과는 기초자료가 정확하지 않고, 분석결과와 왜곡이나 편견의 조장 등에 대한 우려가 있기 때문에 형사재판의 증거로 사용하는 것을 금지해야 한다.<sup>39)</sup> 통계적 분석

35) 이경렬, “형사사법 분야에서 개인정보의 관리·이용 및 보호의 문제-형사사법관련 개별정보법의 법률정합성을 중심으로”, 피해자학연구 제23권 제1호, 2015.4, 218~219면

36) 탁희성, 박준희, 정진성, 윤지원, 「범죄 빅데이터를 활용한 범죄예방시스템 구축을 위한 예비연구(II)」, 2015, 561면

37) 김기범, “형사사법정보의 이용·제공 실태 및 입법적 개선방안”, 법학연구 16(1), 한국법학회, 2016, 135~136면; 박민영, 조정우 「경찰 형사사법정보의 보존 및 공개범위에 관한 연구」, (사)한국입법학연구소, 경찰청 연구용역과제, 2013, 132면

38) 김기범, “형사사법정보의 이용·제공 실태 및 입법적 개선방안”, 법학연구 16(1), 한국법학회, 2016, 134면

과 모델링에 기반 한 결과에 대해 독자적인 증거능력을 부여하기는 어렵다.<sup>40)</sup>

### 3. 전송체계 내 디지털증거 감독 관련법제

#### 가. 몰수형 신고받은 디지털증거의 삭제 근거 마련

법정에서 디지털증거에 대해 몰수형을 신고할 경우 경찰과 검찰의 형사사법시스템에 저장되어 있는 해당 정보를 삭제하고 이행여부를 감독할 수 있는 절차가 마련되어야 한다. 디지털증거의 특성상 복사가 가능하여 제대로 삭제되지 않을 우려가 있기 때문에 명시적으로 규정하여야 한다.<sup>41)</sup> 삭제방법은 개인정보보호법에서 규정하고 있는 바와 같이 “복원이 불가능한 방법”으로 영구 삭제하면 될 것이다.(제21조, 시행령 제16조)

#### 나. 개인정보보호위원회 감독 등 외부통제 장치 도입

형사사법기관의 형사사법정보시스템 운영에 대한 외부의 통제장치를 마련해야 한다. 형사사법기관은 형사사법정보를 보호해야 함과 동시에 수사효율성을 제고해야 하기 때문에 익명화 또는 가명화를 할 수 없어 위험이 크다. 형사사법정보시스템에 디지털증거가 저장되고, 디지털증거의 이용범위가 확대되는 한편 국가의 공권력 집행에 사용되고, 정보의 집적과 분석기술의 계속 발달함에 따라 엄격하게 관리 감독해야 한다. 따라서, 대통령 소속 개인정보보호위원회에 형사사법정보시스템 등에 대한 감독기능을 부여할 수 있을 것이다.<sup>42)</sup> EU의 형사상 개인정보보호지침(EU

39) 김기범, “형사사법정보의 이용·제공 실태 및 입법적 개선방안”, 법학연구 16(1), 한국법학회, 2016, 134면

40) 양종모, “수사기법으로서의 데이터 마이닝에 대한 법적 고찰”, 대검찰청의 형사법의 신동향 통권제 40호, 2013.9, 154면

41) 대검찰청 담당자는 몰수형이 신고될 경우 디지털증거보관시스템에 있는 관련증거를 삭제하도록 지시를 하고 있다고 답변하였고, 경찰청 담당자는 검찰로부터 몰수형 집행을 이유로 형사사법정보에 저장되어 있는 디지털증거의 삭제를 요청받은 사실이 없다고 답변하였다.

42) 김기범, “형사사법정보의 이용·제공 실태 및 입법적 개선방안”, 법학연구 16(1), 한국법학회, 2016, 138면

Directive 2016/680)에서도 독립된 감독기구의 운영을 강조하고 있다. 또한 수사기관이 집적된 데이터를 이용하여 데이터마이닝을 할 경우 프라이버시 침해가 크다면 비록 수사기관이 보유하고 있더라도 사법적 통제장치를 마련하는 것이 필요할 것이다.<sup>43)</sup>

## V. 결론

이상에서 형사사법정보시스템을 이용한 디지털증거전송체제의 도입과 입법방안에 대하여 살펴보았다. 전송체제는 디지털증거의 잦은 복사·복제로 인한 정보통제의 곤란, 증거의 손·망실과 속성정보의 소실 우려, 관리연계성에 대한 입증부담의 증가, 형사사건의 전자소송 지연 등의 문제를 해결할 것이다. 실체적 진실발견, 피의자·피고인의 인권보장, 소송경제에도 많은 기여를 할 것이다. 동일성·무결성 및 관리연계성을 기술적으로 입증하여 법적다툼을 줄이고, 사물관할·토지관할의 변경이나 심급별 불복절차 진행 시 접근권한 변경으로 디지털증거에 접근할 수 있도록 하여 재판의 지연을 최소화할 수 있다.

따라서 전송체계 도입과 관련하여 형사절차전자화법을 중심으로 관련법을 정비하고, 디지털증거에 대한 전송 원칙과 증거조사 시 전자적 열람 원칙을 명문화하여야 한다. 전송체계 내 디지털증거 이용과 관련하여 피고인·변호인에 대한 온라인 열람·복사권을 허용하고, 위험방지 및 프로파일링에 제한적으로 사용하기 위한 입법적 근거를 마련해야 한다. 전송체계 내 디지털증거 감독과 관련하여 몰수형을 선고받은 경우 경찰과 검찰의 시스템에서 삭제하고 이를 확인할 수 있는 절차를 마련함과 동시에 대통령 소속 개인정보보호위원회의 감독과 사법적 통제장치를 강화하여야 한다. 이와 같은 형사절차전자화법의 개정과 전송체제의 도입을 통해 우리나라가 형사사법정보화 분야에서 국제사회의 선도국가로 기여할 수 있기를 기대한다.

43) 데이터마이닝의 영장주의 도입여부에 대해서는 양종모, “수사기법으로서의 데이터 마이닝에 대한 법적 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제40호, 2013.9, 145~175면 참조

## 참고문헌

### 1. 저서 및 보고서

- 민일영, 김능환, 『주석 민사소송법(V)』, 2012
- 신동운, 『간추린 신형사소송법』(제5판), 법문사, 2013
- 오기두, 『전자증거법』, 박영사, 2015
- 이상진, 『디지털 포렌식 개론』, 이룬출판사, 2011
- 천주현, 『수사와 변호』, 박영사, 2015
- 한국정보법학회, 『인터넷, 그 길을 묻다』, 2012
- 한국정보화진흥원, 『국가정보화 20년의 기록』, 2014
- 박민영, 조정우 『경찰 형사사법정보의 보존 및 공개범위에 관한 연구』, (사)한국입법학연구소, 경찰청 연구용역과제, 2013
- 사법정책연구원, 『전자정보의 증거조사 현황과 개선 방안에 관한 기초 연구』, 연구총서 2016-22, 2016
- 탁희성, 『압수물로서 디지털 증거의 보존 및 처리에 관한 법제도 개선방안』, 대검찰청 연구용역과제, 한국형사정책연구원, 2011
- 탁희성, 박준희, 정진성, 윤지원, 『범죄 빅데이터를 활용한 범죄예방시스템 구축을 위한 예비연구(II)』, 2015
- 탁희성, 이원상, 『디지털포렌식 통합모델 구축에 관한 연구』, 형사정책연구원 연구총서 16-AA-01, 2016
- EU Directive 2016/680

### 2. 논문

- 권양섭, “형사절차상의 디지털증거개시(E-Discovery) 제도에 관한 고찰”, 법학연구 제16권 제2호(통권 제62호), 2016

- 김기범, “형사사법정보의 이용·제공 실태 및 입법적 개선방안”, 법학연구 16(1), 한국법학회, 2016
- 김대근, “검사의 효과적 공판수행 기법연구: 증인신문 및 양형심리를 중심으로”, 형사정책연구 제27권 제1호, 2016
- 김봉수, “디지털증거와 포렌식”, 방송통신정책 제21권 제6호(통권 459호), 2009
- 나영민, 박광민, “형사사법절차 전자화의 쟁점과 그 해결방안”, 성균관대학 제26권 제2호, 2014
- 신성식, “형사사법정보시스템(KICS)의 활용실태 및 개선방안”, 융합보안 논문지 제15권 제4호, 2015
- 양근원, “형사절차상 디지털 증거의 수집과 증거능력에 관한 연구”, 경희대학교 박사학위 논문, 2006
- 양종모, “수사기법으로서의 데이터 마이닝에 대한 법적 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제40호, 2013
- \_\_\_\_\_, “형사사법절차 전자화와 빅 데이터를 이용한 양형합리화 방안 모색”, 홍익법학 제17권 제1호, 2016
- 이경렬, “형사사법 분야에서 개인정보의 관리·이용 및 보호의 문제-형사사법관련 개별정보법의 법률정합성을 중심으로”, 피해자학연구 제23권 제1호, 2015
- 이상원, “전자증거와 원본증거의 법칙”, 형사법의 신동향 통권 제36호, 2012
- 조상수, “디지털 증거의 법적 지위 향상을 위한 무결성 보장 방안”, 형사법의 신동향 27, 대검찰청, 2010
- 조정우, “형사사법정보시스템에 관한 연구”, 동국대학교 박사학위 논문, 2005
- 최복용, “블록체인을 활용한 디지털 증거의 무결성 강화 방안 연구”, 치안정책연구 제30권 제3호, 치안정책연구소, 2016
- R, Yaeger, “Criminal computer forensic management”, The 3rd Annual Conference on Information Security Curriculum Development, 2006
- UK Criminal Justice Joint Inspection(CJJI), “DELIVERING JUSTICE IN A DIGITAL AGE”, 2016

## To What Extent The Criminal Justice System Should Be Reshaped To Exchange Digital Evidence Completely Digitally

Kim, Eil-kwon\*·Kim, Gi-bum\*\*

This dissertation aims to investigate realities in which digital evidences are moved from end to end of criminal justice process and introduce legal and technical suggestions to allow digital evidence to be exchanged fully digitally at the state-wide level. Although S. Korea has seen a big advance made in sharing information and documentation of a criminal case electronically since the KICS system was implemented in 2010, digital evidence is still printed out or stored onto a physical media such as a CD and is provided to prosecutor or court physically. Such practices may cause digital evidence and its meta-data to be lost or damaged and increase burden of proof for integrity and chain of custody over the course of travelling among criminal justice services. Also digital evidence stored onto a physical media may limit availability of digital evidence due to its short life-span in terms of evidential value. In consequence, these realities and practices deter to introduce electronic criminal proceedings which allow case documents and relevant evidence to be transferred totally electronically.

Thus, we may want to ask ourselves which one would be better? To revamp inefficient realities or to fix a mirror reflecting them? It is a very clear choice. The current criminal justice system should be reshaped to embrace a new digital evidence exchange system called KoDEX(Korea Digital Evidence Exchange) which is an ICT infrastructure where digital evidence can be transferred, stored, analyzed, retained, discovered, and disposed digitally so that the KoDEX would improve reliability and

---

\* First author: Superintendent, Uijeongbu Police station

\*\* Corresponding author: Professor, Korean National Police University

availability of digital evidence as well as ease of access and retrieval. The KoDEX, also, facilitates e-discovery and enables the accused and their attorney to access digital evidence online. Fortunately, the electronic summary court regarding driving while intoxicated or unlicensed shows partial feasibility of electronic criminal proceedings by replacing traditional paper-base proceedings.

For this purpose, 「Promotion Of The Digitalization Of The Criminal Justice Process Act」 and other relevant laws need to be adjusted. An electronic way in which a digital evidence is transferred throughout criminal justice process and examined in a trial should be stipulated. And a printout or a physical media for digital evidence can be used only in a exceptional condition.

Also, the KoDEX will be a repository for digital evidence including digitalized documentary evidence. Consequently, regulations and supervision of administrative and judicial regime should be emphasized to prevent misuse or abuse of stored information on top of a new perspective on balance between objectives of criminal justice and protection of personal information.

Hopefully, the KoDEX will become a thought-provoking suggestion and a leading model to achieve the aim of fully digitalized criminal justice system.

❖ Keyword: Korea Information System of Criminal Justice(KICS), Criminal Justice Information, Digital Evidence, Digital Evidence Exchange(Repository), Electronic Summary Court, Electronic Criminal Proceedings, Electronic Court

# 통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향 : 독일의 통신사실확인자료 수집권과 비교하여\*

민영성\*\*·박희영\*\*\*

## 국 | 문 | 요 | 약

휴대전화 위치정보의 실시간 추적 수사가 통신비밀보호법 제13조의 해석으로 가능한지 문제가 되고 있다. 형사실무에서는 가능하다고 보는 것 같다. 이와 관련하여 현재 헌법재판소에서 심리가 진행 중이다. 이러한 배경에서 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 수사가 통신사실확인자료 요청 규정에 의해서 과연 허용될 수 있는지를 독일의 논의와 비교 검토하였다. 독일의 경우 관련 규정의 개정을 통하여 과거, 장래 및 실시간 위치정보를 단계적으로 허용해 왔다. 특히 현행 형사소송법은 실시간 위치정보의 수집 요건을 더욱 엄격하게 요구하고 있다.

통신법의 통신사실확인자료 규정은 2001년 제정 당시 도입되었으며 2005년 개정으로 발신기 지국의 위치추적자료가 추가됨으로써 휴대전화의 위치정보를 수집할 수 있게 되었다. 하지만 위치정보를 수집할 수 있는 통신법 제13조의 실체적 요건은 변경되지 않았다. 제13조는 법적인 보관의무라는 점에서 통신정보보관제도의 성격을 갖고 있지만 통신사실확인자료의 수집 요건과 절차는 독일 초기의 법적 상황에 머물러 있다. 이것은 독일 초기의 법적 상황에서 제기된 헌법적 문제점을 그대로 가지고 있다는 것을 의미한다.

이러한 통신법 규정의 해석으로는 휴대전화의 실시간 추적은 허용되지 않는 것으로 판단된다. 특히 통신제한조치의 기간 제한 조항을 준용하지 않고 있다는 점에서 이러한 해석은 더욱 명확하다. 따라서 현재 형사실무에서 행해지고 있는 위치정보의 실시간 추적은 잘못된 해석으로 금지되어야 한다.

과거의 위치정보가 아닌 장래의 위치정보 나아가 실시간 위치정보를 수집하기 위해서는 새로운 규정이 필요하다. 휴대전화의 위치정보와 같은 통신사실확인자료는 이동프로파일이 작성될 수 있기 때문에 상당히 민감한 개인정보이다. 특히 이러한 위치정보가 실시간으로 수집되는 경우 기본권 침해의 강도는 다른 통신사실확인자료와 비교하여 월등하게 높다. 따라서 수사기관이 이에 접근하기 위해서는 보다 엄격한 요건이 필요하다. 해당 규정을 개정할 경우 특히 유럽평의회는 사이버범죄협약의 가입을 고려하여야 할 것이다. 사이버범죄협약 제20조는 통신사실확인자료의 실시간 수집을 규정하고 있기 때문이다.

❖ 주제어 : 통신정보보관(통신데이터저장), 통신사실확인자료, 트래픽데이터, 위치정보, 위치추적, 통신기지국 수사, 통신비밀, 정보자기결정권

\* 이 논문은 2014년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2014S1A5A2A01012247).

\*\* 부산대학교 법학전문대학원 교수(주저자)

\*\*\* 독일 막스플랑크 국제형법연구소 연구원(교신저자)

## I. 머리말

스마트폰과 같은 휴대전화는 통화가 가능한 이용대기상태를 항상 유지하기 위하여 가장 가까운 통신기지국과 교신하면서 자신의 현재 위치를 알려주게 된다. 실제로 통화가 이루어진 경우는 물론 통화가 이루어지지 않더라도 통신기지국에서 위치 정보가 생성되게 된다. 이러한 위치정보는 다양한 위치기반서비스에 이용되고 있다. 하지만 휴대전화가 통신에 이용되거나 이를 위해 이용대기상태에 있는 경우 그 위치정보는 통신의 비밀이 적용되는 통신사실확인자료(이하 ‘통확자료’)<sup>1)</sup>가 된다. 이 점에서 다른 위치정보와 구별된다. 위치정보가 실시간으로 추적되면 이동프로파일 이 작성될 수 있다. 이러한 위치정보의 추적은 통신의 비밀을 침해할 수 있다.

헌법재판소는 지난 2017년 7월 휴대전화의 위치정보의 실시간 추적과 통신기지국 수사와 관련하여 제기된 헌법소원심판청구 사건의 공개변론을 실시하였다.<sup>2)</sup> 청구인들은 위치정보의 추적자료를 제공하도록 한 통신비밀보호법(이하 ‘통비법’) 제13조 제1항과 제2항 그리고 수사기관의 당사자에 대한 사후통지를 규정한 제13조의3 제1항의 위헌성을 제기하고 있다. 이들 규정이 청구인들의 통신의 비밀, 개인정보자기결정권 등 기본권을 침해하는지 여부 등이 그 쟁점이다. 통비법의 관련 조항들이 실시간 위치 추적과 기지국 수사의 허용여부 등을 명확히 하고 있지 않기 때문이다.

이러한 배경에서 이 글은 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 수사가 통비법의 통확자료의 요청 규정에 의해서 과연 허용되는지를 다룬다. 이 문제를 해결하기 위해서 이 글은 독일법과 비교법적 연구를 시도한다. 독일은 이미 위치정보의 실시간 추적 수사를 포함한 통확자료의 수집과 이용에 관하여 그 동안 많은 논의를 축적해

1) 통비법의 ‘통신사실확인자료’는 EU 통신정보보관지침에서 ‘트래픽데이터’(Traffic data)로, 독일 현행 형사소송법에서는 EU 지침을 이행한 이후 트래픽데이터의 독일어 번역어인 ‘Verkehrsdaten’(교신데이터, 통신데이터, 통신정보 등으로 번역되고 있음)으로 사용되고 있다. 그 이전에는 ‘통신접속데이터’를 사용하였다. 통신접속데이터의 개념이 통신사실확인자료와 거의 일치한다. 트래픽데이터는 통비법의 통신사실확인자료를 포함하는 넓은 개념이다. 이 글에서는 통신사실확인자료와 트래픽데이터가 동일한 기능을 하므로 같은 의미로 사용한다. 다만 EU 지침은 과거의 트래픽데이터를, 독일의 규정은 과거와 미래의 트래픽데이터를 모두 포함한다.

2) 헌법재판소 보도자료, 실시간 위치정보 추적 및 기지국 수사 사건, 7월 공개변론 안내, 2017.7.11.

놓고 있다. 우리 통비법의 통확자료 제공 규정이 입법될 당시 독일에도 거의 유사한 규정이 이미 시행되고 있었다. 하지만 독일의 당시 규정은 위법 내지는 위헌의 논란이 있었고 이후 개정을 거치면서 실제로 해당 규정들은 헌법재판소로부터 위헌판결을 받았다. 그런데 현재의 관련 규정도 헌법소원심판이 청구되어 헌법재판소의 판결을 기다리고 있다. 이러한 배경에서 독일의 논의를 검토하는 것은 우리의 논의를 더욱 풍부하게 할 것으로 생각된다.

따라서 이 연구는 독일의 통확자료에 관한 입법적 논의가 어떻게 진행되어 왔는지, 현재 문제점은 무엇인지 그리고 앞으로 해결되어야 할 문제는 무엇인지를 휴대전화의 실시간 위치정보의 추적과 관련하여 검토한 후 통비법의 해당 규정에 관한 해석론과 입법방향을 제시하고자 한다.

우선 독일의 입법적 논의 과정(II)과 현재의 관련 규정을 검토하고(III) 문제점을 제시한다(IV). 그런 다음 독일의 논의 결과를 우리의 해당 규정과 비교 검토하고(V) 입법방향을 제시한다(VI).

## II. 독일의 휴대전화 위치정보 추적<sup>3)</sup>에 관한 연혁적 논의

### 1. 1989년 통신시설관리법

독일에서 수사기관이 휴대전화의 위치정보를 포함한 통확자료를 수집할 수 있는

3) 통확자료와 관련하여 문제가 되는 휴대전화의 위치정보 추적 방법은 기본적으로 4가지가 고려된다. IMSI Catcher의 이용(소위 가상 기지국 설치), 실제 통화의 경우 통신접속데이터에 근거한 위치정보 수집, 실제 통화가 없는 이용대기상태에 있는 휴대전화의 위치정보 수집, 비밀 SMS 전송 방법(Stealth ping) 등이다. 특히 IMSI Catcher의 이용은 수사기관이 IMSI Catcher라는 특별한 통신장비를 사용하여 직접 소규모 가상의 통신기지국을 설치하여 피의자의 유심번호(IMSI) 및 휴대전화기의 번호(IMEI)를 확인하여 통신감청을 하거나 이 기지국 내에 있는 피의자를(간접) 체포하거나 구속 영장을 집행하기 위해서 휴대전화의 소재지를 파악하기 위한 것이다. 위치확인 처분은 사실관계를 파악하기 위해서 피의자를 장기간 관찰하는데도 사용된다. 하지만 이를 통해서도 휴대전화의 위치정보를 추적하거나 전기통신을 감청해서는 안 된다. 이 규정을 휴대전화의 위치를 추적하기 위한 비교법적 사례로 인용하고 있는 국내 문헌은 제100i조를 잘못 이해한 것으로 보인다. IMSI Catcher의 가상기지국과 피의자의 휴대전화기가 교신하는 통신신호가 통신비밀의 보호대상인지 논란이 있

최초의 법적 근거는 1928년의 통신시설관리법(이하 ‘FAG’)이다. FAG는 특별한 내용의 변경 없이 1989년 7월 3일 다시 공포되어 2001년 12월 31일까지 적용되었다. FAG 제12조에 따르면 피의자에게 소식이 전달된 경우 또는 그 소식이 피의자에게서 기인했거나 피의자를 위해 특정되었고 전기통신에 관한 정보가 수사를 위해서 의미를 가진다고 추론할 수 있는 사실이 존재하는 경우에는 법관 또는 긴급한 경우 검사도 ISP에게 그 정보를 요청할 수 있었다.

통신사실에 관한 자료의 구체적인 내용은 1991년 6월 24일의 ‘독일 연방우체국 텔레콤의 서비스제공에서 개인정보보호 법규명령’(이하 ‘TDSV’)<sup>4)</sup>에서 규정되었다. TDSV는 제6조에서 ISP가 수집, 처리 및 이용할 수 있는 전기통신접속데이터를 다섯 가지<sup>5)</sup>로 열거하고 있었다.

FAG 제12조의 문언에 따르면 ‘과거’의 통신접속데이터와 그 속에 포함된 위치

였으나 헌법재판소는 기기 사이에 주고받는 통신신호는 통신비밀의 보호대상에 포함되지 않고 정보 자기결정권의 대상이라고 하였으나 당시 형소법 제100i조는 정당화될 수 있다고 했다. 일반적인 행위의 자유도 침해하지 않는다고 했다(BVerfG, Beschluss vom 22. August 2006 - 2 BvR 1345/03, 판례에 대한 분석은 박희영·홍성기, 휴대전화 위치과약과 통신의 비밀, 165-193, 한국학술정보, 2010; 박희영, 경찰의 범죄 예방 및 수사 목적의 휴대전화 위치정보 과약의 허용과 그 한계, 경찰청 치안정책연구소, 2011, 책임연구보고서, 133면 이하). 따라서 이 방법은 통신사실확인자료의 위치정보를 수집하는 것이 아니다. 실제 통화가 이루어진 경우 통신접속데이터에 근거한 위치정보 수집은 전형적인 통신사실확인자료의 수집을 의미한다. 실제 통화가 없는 이용대기상태에 있는 휴대전화의 위치정보 수집은 그 동안 판례와 학설에서 상당한 논란이 있었다. 비밀 SMS 전송 방법은 수사기관이 통신기지국을 통해서 이미 알고 있는 휴대전화 소지자의 위치를 알아내기 위한 수사방법이다. 이것은 IP 트래킹과 유사하다(민영성·박희영, 독일에서 위치추적 수사방법으로서 IP트래킹의 허용근거에 대한 논의와 그 시사점, 형사정책연구 제28권 제2호(통권 제110호, 2017· 여름), 259-260). 수사기관이 특별한 프로그램을 이용하여 휴대전화 소지자에게 SMS를 보내면 해당 휴대전화기는 소지자가 알 수 없게 신호를 보내게 되어 기지국의 위치가 확인된다. 이러한 수사방법이 허용되는지 역시 판례와 학설에서 많은 논란이 있었다. 이러한 논란은 2008년 형사소송법 개정으로 해결되었다.

- 4) 독일 연방우체국 텔레콤의 서비스제공에서 개인정보보호 법규명령(TDSV) v. 24. 6. 1991, BGBl I, 1390)은 전기통신의 민영화 이후 전기통신법의 개정으로 전기통신의 개인정보보호 법규명령(TDSV, Telekommunikations-Datenschutzverordnung)으로 대체되었으나(BGBl. I 2000 S. 1740) 전기통신법의 개정으로 2004년 6월 26일 폐기되었다.
- 5) TDSV 제6조 제1항 1. 송수신 회선 또는 단말기의 전화번호 또는 표시, 개인관련 권리표지, 고객카드의 이용 시 카드번호, 모바일 회선의 경우 위치표지, 2. 통신요금에 전달되는 데이터의 양에 따라 결정되는 경우 각 접속의 개시 및 종료 일시, 3. 고객이 사용한 전기통신서비스, 4. 유선접속의 경우 목적지 및 이의 개시 및 종료의 일시, 5. 그밖에 접속의 형성 및 유지를 위해서 또는 통신료 정산을 위해서 필요한 접속데이터. 이 조항은 이후 전기통신법 제96조 제1항으로 대체된다.

정부가 수집될 수 있었다.<sup>6)</sup> 즉 피의자에게 소식이 ‘전달된’ 경우 등 ‘과거형’을 사용하고 있었다. 따라서 이에 대해서는 다툼이 없었다.

하지만 장래의 접속데이터를 요청할 수 있는지 판례와 문헌에서 상당한 다툼이 있었다. 하급심 판례와 문헌들은 이 규범의 해석과 관련하여 두 가지로 나뉘어져 있었다. 일부 판례의 경우는 ISP에게 장래의 접속데이터도 수사기관에게 제공되어야 한다고 하였다.<sup>7)</sup> 주요 논거는 ISP가 기본적으로 데이터를 기록할 기존의 기술적 가능성을 이용하지 않아 과거의 데이터를 보관하지 않기 때문에 이를 대상으로 한 처분을 소용없게 하여 제12조의 제공의무로부터 벗어난다는 것이었다. 게다가 장래의 접속데이터의 요청은 근접한 장래의 경우 이를 기다렸다가 정보요청을 다시 해야 하는 불편함을 방지할 수 있다고 한다. 하지만 다수의 판례<sup>8)</sup>나 일부 문헌<sup>9)</sup>은 제12조의 문언이 과거형을 사용하고 있기 때문에 장래의 접속데이터에 대한 제공명령은 할 수 없다고 보았다. 이러한 견해 차이는 결국 2002년 형사소송법에서 장래의 접속데이터를 포함시킴으로써 입법적으로 해결된다.

동일한 이유로 실시간 위치정보도 FAG 제12조에 포섭되지 않는다. 따라서 장래 및 실시간 위치정보는 형사소송법의 전기통신감청 규정(제100a조와 제100b조)에 의해서만 허용되었다. 이처럼 FAG 제12조는 과거의 통신접속데이터와 거기에 포함된 위치정보의 수집만을 허용하고 있었다.<sup>10)</sup>

## 2. 2002년 형사소송법

FAG 제12조는 전기통신감청 규정과 같이 전기통신의 비밀과 개인정보자기결정권을 제한함에도 불구하고 제한 요건이 너무 낮게 설정되어 있고 특히 명확성 원칙

6) Demko, NStZ 2004, 57, 58; Wollweber, NJW 2002, 1554; Gercke, Bewegungsprofile anhand von Mobilfunkdaten im Strafverfahren, 2002, S. 81ff.

7) LG München I, B. v. 29.6.1998 - 6 Qs 26/98, MMR 1998, 613 = NStZ-RR 1999, 85.

8) LG Aschaffenburg, B. v. 12.2.1999 - Qs 8/99; LG Bremen, B. v. 12.4.1999, StV 1999, 307; OLG Hamm, B. v. 29.7.1999 - 3 Ws 407/99, CR 1999, 697; OLG Celle, B. v. 23.9.1999 - 1 Ws 211/99, StV 2000, 70.

9) Palm/Roy, NJW 1996, 1796; Kluszczewski, StV 1993, 382, Welp, NStZ 1994, 213.

10) Demko, NStZ 2004, 57, 58; Wollweber, NJW 2002, 1554; OLG Celle StV 2000, 70, 71; Gercke, 2002, S. 81ff.

과 관련하여 헌법상 의문이 제기되었다.<sup>11)</sup> 그리하여 FAG 제12조는 2002년 형사소송법 제100g조와 제100h조로 대체되고,<sup>12)</sup> FAG의 전기통신에 관한 규정들은 1997년 전기통신법에 포함됨으로써 FAG는 2002년 1월 1일부터 완전히 폐지되었다.

FAG 제12조에서 제기된 비판들을 수용하여 2002년 형사소송법은 제100g조를 통신감청규정에 준하여 통신접속데이터의 수집 요건을 두었다. 제100g조에 따르면 중요한 의미를 가지는 범죄<sup>13)</sup>, 특히 전기통신감청 대상범죄 또는 전기통신을 수단으로 한 범죄의 혐의가 있고 수사를 위해서 필요한 경우 ISP는 요청에 따라 통신접속데이터를 제공할 의무가 있다(제1항). 그리고 사실관계의 조사 또는 피의자의 소재지 수사가 다른 방법으로는 가망이 없거나 본질적으로 어려울 수 있는 경우가 보충성 요건으로 추가되었다(제2항). FAG 제12조에서와 같이 ‘통신이 접속된 경우’ 과거의 통신접속데이터가 제공될 수 있음은 물론 FAG 제12조에서 해석상 논란이 되었던 장래의 전기통신접속데이터도 요청할 수 있다고 규정하였다.

그런데 실시간 통신접속데이터가 요청될 수 있는지 문제가 되었다. 장래의 통신접속데이터의 수집에 실시간 통신접속데이터도 포함된다고 해석하는 견해가 있었으나,<sup>14)</sup> 입법자의 의도는 포함되지 않는 것으로 보고 있다. 하지만 장래의 데이터를 요청할 수 있기 때문에 일정한 간격으로 위치정보가 수집되어 이동프로파일링이 작성될 수는 있다. 하지만 그 이동프로파일링은 정확도가 상당히 떨어지기 때문에 수사에 그다지 도움이 되지 못했다. 따라서 이에 대한 입법이 요구되었다. 위치정보의 실시간 수집은 여전히 FAG 제12조의 법적 상황과 마찬가지로 전기통신감청 규정인 제100a조와 제100b조에 의해서만 가능하였다.<sup>15)</sup>

11) BT Drs. 14/7008, 2000.10.1.

12) BGBl. I 2001 S. 3879.

13) Wohlers/Demko StV 2003, 241 (245); Bär MMR 2002, 358 (360); BT-Drs. 14/7258, S. 4. 독일 형사소송법은 강제처분을 할 수 있는 범죄를 3가지로 구분하고 있고, 연방대법원과 헌법재판소는 이에 대한 구체적인 기준을 제시하고 있어서 위헌의 문제는 발생하지 않는다. 주거감청을 허용하는 ‘특별한 중범죄’(형사소송법 제100c조 제2항), 전기통신감청을 허용하는 ‘중범죄’(형사소송법 제100a 제2항), 법적 평화를 민감하게 교란하고 국민의 법적 안정성을 현저하게 침해하기에 적합한 것으로서 중간 정도의 범죄의 영역을 말하는 ‘중요한 의미를 가지는 범죄’. 중간정도의 범죄란 4년 이하의 자유형 선고가 예상될 수 있는 범죄를 말한다.

14) Demko, NStZ 2004, 57, 59 ff.

15) BGH MMR 2001, 442 m. Anm. Bär; LG Aachen StV 1999, 590; 반대 견해로는 Bernsmann/Jansen,

### 3. 2008년 형사소송법

2002년 형사소송법 규정들은 EU의 통신정보보관지침<sup>16)</sup>과 유럽평의회의 사이버범죄협약을 국내법으로 이행하기 위하여 2008년 형사소송법 제100g조로 개정되었다.<sup>17)</sup> 통신정보보관지침은 ISP에게 일정한 통신정보를 의무적으로 저장하게 하여 이를 수사기관이 이용할 수 있게 한 것이며 사이버범죄협약<sup>18)</sup>은 트래픽데이터의 실시간 수집을 국내법으로 이행하게 한 것이다.<sup>19)</sup>

형사소송법 제100g조는 2002년의 통신접속데이터의 개념을 전기통신법의 ‘트래픽데이터’(Verkehrsdaten) 개념으로 대체하였다.<sup>20)</sup> 트래픽데이터는 전기통신서비스를 제공함에 있어서 수집, 처리 또는 이용되는 데이터(제3조 제30호)로서 전기통신법 제96조에서 이의 수집과 이용에 관하여 구체적으로 규정하고 있다.

개정 규정은 수사기관이 수집할 수 있는 트래픽데이터를 두 가지로 구별하고 있다. 하나는 ISP가 업무상 필요에 의하여 수집하여 보관하고 있는 전기통신법 제96조의 트래픽데이터이고 다른 하나는 ISP가 의무적으로 보관해야 하는 전기통신법 제113a조의 트래픽데이터이다. 후자가 EU 통신정보보관지침을 이행한 것이다. 제113a조의 트래픽데이터는 이동전화서비스를 포함한 공중전화서비스, 전자우편서비스, 인터넷접속서비스로 구분하여 구체적으로 열거되어 있다. 다만 통신의 내용과 방문한 인터넷사이트는 제외되었다. 이들 트래픽데이터는 6개월 동안 보관해야 하

StV 1999, 591f.

- 16) 박희영, 유럽 공동체의 통신데이터의 보관에 관한 지침 DIRECTIVE 2006/24/EC, 인터넷법률, 법무부, 통권 제43호(2008. 7).
- 17) 박희영, 독일의 전기통신의 감청 및 통신데이터의 저장 등에 관한 법률, 법제 통권 제607호, 법제처, 2008. 7, 28-57.
- 18) 박희영·최호진·최성진, 사이버범죄협약 이행입법 연구, 2015년 연구용역 결과보고서, 대검찰청, 2015.12.
- 19) 박희영, 독일 형사소송법상 통신데이터 수집권과 한국 통신비밀보호법상 통신사실 확인자료제공 요청권의 비교 및 시사점, 경찰학연구 제9권 제3호 통권 21호, 2009.12 33-61.
- 20) 지침 2002/58/EC 제2조 b)(traffic data)를 국내법으로 이행하기 위하여 2004년 6월 22일 전기통신법이 전면 개정되면서 TDSV의 전기통신접속데이터의 개념(제2조 제4호)은 트래픽데이터(Verkehrsdaten)의 개념(전기통신법 제3조 제30호)으로 대체되었다. 그리하여 ISP가 수집 및 이용할 수 있는 TDSV 제6조의 전기통신접속데이터는 전기통신법 제96조에서 트래픽데이터의 수집 및 이용으로 새롭게 규정되었다.

며 이 기간 경과 후 삭제해야 한다. 이에 반해서 제96조의 트래픽데이터는 업무상 필요한 경우 통신료정산(제97조), 통신내역증명(제99조), 통신장애(제100조), 악성전화통지(제101조)를 위해서만 저장되어 이용될 수 있다. 보관 목적은 주로 통신요금을 산정하기 위한 것인데, 요금산정이 필요 없는 정액요금제의 경우 ISP는 기본적으로 통신 접속 종료 후 지체 없이 삭제해야 한다. 이 기간을 대법원 판례는 7일 이내로 인정하고 있다.<sup>21)</sup> 하지만 최대 보관 기간은 규정되어 있지 않다. 제96조의 트래픽데이터에는 제113a조의 트래픽데이터가 대부분 포함된다. 즉 통신정보보관지침을 이행한 제113a조에 의해서 ISP는 업무상 필요 없는 트래픽데이터도 저장해서 보관해야 한다.

형소법 제100g조는 두 가지 트래픽데이터에 대해서는 동일한 요건에서 접근을 허용하고 있다. 개정 규정은 또한 전기통신감청 규정에 준하여 수사기관에게 트래픽데이터를 ISP에게 요청할 수 있을 뿐 아니라 직접 수집할 수 있는 일반적인 수집 권한을 부여하였다. 트래픽데이터가 수집되기 위해서는 전기통신감청대상 범죄와 같이 개별적인 경우에도 중요한 의미를 가지는 범죄나 전기통신을 수단으로 한 범죄에 대한 혐의가 있고, 사실관계의 조사와 피의자의 거주지 수사를 위해 필요한 경우여야 한다. 전기통신을 수단으로 한 범죄에 대한 조치는 사실관계의 조사나 피의자의 소재지 수사가 다른 방법으로는 가망이 없고 데이터의 수집이 사건의 중요성과 적정한 관계에 있는 경우에만 허용된다.

제100g조의 개정으로 과거 및 장래의 데이터가 수집될 수 있을 뿐 아니라 실시간으로도 수집될 수 있게 되었다. 과거의 위치정보는 통신 개시 시 기지국의 위치정보를 저장하도록 되어 있었기 때문에 수집이 가능하였다. 2002년 형소법 제100g조에서는 통신이 ‘접속’된 경우에만 데이터가 제공될 수 있었는데, 2008년 형소법 개정으로 이것이 삭제됨으로서 장래의 데이터도 수집될 수 있게 되었다. 즉 그 동안 판례와 학설에서 논란이 많았던 이용대기상태의 휴대전화와 소위 Stille SMS(Stealth ping) 전송 방법이 규범적으로 허용된 것이다. 따라서 장래의 위치정보는 실시간으로 또는 일정한 간격으로 모아서 ISP로부터 제공받게 되었다. 하지만 위치정보의

21) 박희영, 유동 IP주소는 일주일간 저장될 수 있다, BGH Urteil vom 3.7.2014, III ZR 391/13, 최신 독일판례연구, 로앤비([www.lawnb.com](http://www.lawnb.com)), 2014.09, 1-9.

실시간 수집은 전기통신감청대상 범죄와 같이 개별적인 경우에도 중요한 의미를 가지는 범죄로 제한되었다.

입법자는 과거, 장래 및 실시간 트래픽데이터의 수집을 법적으로 달리 취급해야 될 특별한 이유가 존재하지 않았고 실제로 정당화되지도 않았다고 평가하였다.<sup>22)</sup> 수사처분의 침해의 강도를 판단함에 있어서 중요한 것은 확보된 데이터의 질이 중요하다고 하였다. 즉 데이터의 질이 감청된 통신의 내용에 관한 정보를 제공하는지 또는 오로지 이의 외부적 상황만을 또는 이용대기상태에 있는 휴대전화의 위치정보의 수집과 같이 구체적인 전기통신과 관련이 없는 상황만을 제공하는 지이다.<sup>23)</sup> 하지만 입법자의 의도와는 달리 위치정보의 실시간 수집은 ISP의 기술적 이행의 어려움과 위치정보의 부정확성 때문에 실무에서는 크게 활용되지는 못했다.

#### 4. 연방헌법재판소의 무효 판결

연방헌법재판소는 2010년 3월 2일 EU 통신정보보관지침을 국내법으로 이행한 전기통신법 제113a조, 제113b조 그리고 제113a조에 근거해서 트래픽데이터가 수집되는 경우의 형사소송법 제100g조는 통신 비밀의 보호(기본법 제10조 제1항)를 침해한다는 이유로 무효로 판결하였다.<sup>24)</sup>

헌법재판소는 형사소추, 위협예방 그리고 정보기관의 직무 수행을 위해서 범죄혐의나 위협혐의와 무관하게 6개월 동안 트래픽데이터를 저장하여 보관하는 것 자체는 기본법 제10조와 일치할 수 있다고 했다. 정당한 목적을 달성하기 위해서 이러한 저장이 비례성 원칙의 의미에서 적합하고 필요하다면 입법자는 이러한 규정으로 정당한 목적을 수행할 수 있다고 하였다. 또한 혐의의 비례성 원칙과 관련하여도 이러한 저장 자체는 처음부터 정당성을 인정할 수 있다고 하였다.<sup>25)</sup> 하지만 전기통신법

22) BT-Drs. 16/5846, S.51.

23) BVerfG, Urteil vom 27.02.2005 - 1 BvR 668/04(예방적 전기통신감청); BVerfG, Beschluss vom 22.08.2006 - 2 BvR 1345/03(IMSI-Catcher).

24) 이 판결에 대한 분석은 박희영·홍성기, 통신사실확인자료 저장의 통신비밀침해에 대한 위헌결정, 91-120, 한국학술정보, 2010.

25) BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010, Rn. 205.

제113a조와 제113b조는 저장으로 인한 기본권 침해의 특별한 비중을 적절하게 고려하지 않았다고 판단하였다. 즉 트래픽데이터의 보관 및 이용을 위해서는 데이터의 안전성, 데이터의 이용목적 및 투명성 그리고 권리 보호의 관점에서 상당히 엄격하고 명확한 규정들이 필요하다고 하였다.

헌법재판소의 무효판결로 전기통신법 제113a조에 따라 ISP가 의무적으로 보관하고 있는 과거의 위치정보는 더 이상 수집할 수 없게 되었으나, 전기통신법 제96조에 따라 ISP가 업무상 필요에 의하여 보관하고 있는 경우에만 매우 한정적으로 과거의 위치정보가 수집될 수 있었고 장래 또는 실시간 위치정보는 여전히 수집될 수 있었다.

### Ⅲ. 독일의 현행 형사소송법에 의한 위치정보의 수집 요건 및 절차

#### 1. 개정 배경

헌법재판소는 통신정보보관지침을 이행한 전기통신법에 근거하여 데이터를 수집하는 한 2008년 형사소송법 제100g조는 통신의 비밀을 침해한다고 하여 위헌으로 판결하였다. 그 결과 ISP가 의무적으로 보관하고 있는 과거의 트래픽데이터에 대해서는 더 이상 수사기관이 접근할 수 없었다. 다만 수사기관이 이 데이터를 수집할 시점에 업무상 필요에 의하여 ISP에게 보관되어 있는 과거의 데이터와 장래의 데이터는 접근할 수 있었다. 하지만 저장기간은 개별 사업자마다 달랐기 때문에 트래픽 데이터가 접근 시점에 아직 존재하고 있는지 유무는 우연에 달려있었다. 이러한 우연은 형사소추와 위협예방에 어려움을 야기하며 개별적인 경우 다른 수사방법이 존재하지 않는 한 수사가 성공하지 못하게 될 수도 있었다. 특히 테러와 같은 중대한 범죄에 대처하기 위해서는 이에 상응한 수권 규정이 필요하였다.

이러한 상황을 개선하기 위해서 ISP를 통한 트래픽데이터의 저장을 위한 법적 의무의 도입이 절실하게 필요하였다. 물론 상응한 규정은 이와 관련되는 기본권 침해 때문에 저장된 데이터의 범위와 데이터 이용의 관점에서 엄격한 요건이 요구되었다. 하지만 헌법재판소의 판결에 따라 이러한 규정은 절대적으로 필요한 것으로 제한되

어야 하고 높은 수준의 데이터 보안도 규범에 명확하게 그리고 구속력 있게 규정되어야 했다.

또한 유럽사법재판소도 통신정보보관지침이 비례성 원칙에 반하여 EU 기본권 현장의 제7조(사생활존중)와 제8조(개인정보보호)의 기본권을 제한하고 있다는 이유로 이 지침을 무효로 선언하였다.<sup>26)</sup>

그리하여 독일 정부는 연방헌법재판소와 유럽사법재판소의 판결에서 제시한 기준들을 토대로 ‘트래픽데이터의 보관의무 및 최고 보관기간의 도입에 관한 법률’을 통하여 통신정보보관제도를 다시 도입하였다.<sup>27)</sup>

## 2. 트래픽데이터의 수집 요건

형사소송법 제100g조는 2008년 제100g조와 같이 트래픽데이터의 수집을 위한 독자적인 권한 규정이다. 하지만 2008년 규정과는 달리 제1항과 제2항에서 트래픽 데이터를 구분하여 수집 요건에 차이를 두고 있다. 제1항은 ISP가 업무상 목적으로 수집하여 이용할 수 있는 전기통신법 제96조의 트래픽데이터의 수집을 규정하고 있고(임의적 보관), 제2항은 전기통신법 제113b조에 의해서 ISP가 의무적으로 보관해야 하는 트래픽데이터의 수집을 규정하고 있다(의무적 보관).

전기통신법 제96조 제1항의 트래픽데이터를 수집하기 위해서는 개별적으로도 중요한 의미를 가지는 범죄(특히 통신감청 대상 범죄)와 전기통신을 수단으로 하는 범죄의 혐의가 있고 사실관계를 조사하기 위해서 필요하고 데이터의 수집이 사건의 의미와 적정한 관계에 있어야 한다. 또한 전기통신을 수단으로 한 범죄는 사실관계

26) 민영성·박희영, 유럽사법재판소의 통신정보보관지침의 무효 판결과 그 시사점, 법학연구 제56권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2015, 53-82; 민영성·박희영, EU 통신정보보관제도의 정당성 - 유럽사법재판소 및 오스트리아 헌법재판소 판결의 관점에서 - 법학논문집 제40집 제1호(Vol. 40, No. 1), 2016, 중앙대학교, 449-473.

27) BGBl. 2015 I 2218. EuGH(Große Kammer), Urteil vom 8.4.2014 - C-293/12, C-594/12, EuZW 2014, 459; 사법재판소의 판결과 독일의 법률에 대한 검토로는 정애령, 독일 통신데이터저장제도 (Vorratsdatenspeicherung)의 비판적 고찰, - 유럽연합지침과 독일의 통신데이터저장제도 제도입 법률을 중심으로 -, 공법연구 제45집 제3호, 한국공법학회, 2017.2, 121-145; 민영성·박희영, 독일에서의 통신정보보관제도의 제도입에 대한 평가와 시사점, 부산대학교, 법학연구 제57권 제2호, 통권 88호, 2016.5, 89-109.

의 조사가 다른 방법으로는 가망이 없는 경우의 요건이 추가되었다(제1항). 한편 제100g조 제1항에 의해서 장래 및 실시간 트래픽데이터의 수집이 가능하다.

이에 반하여 형사소송법 제100g조 제2항은 전기통신법 제113b조에 의해서 ISP가 의무적으로 보관해야 하는 트래픽데이터의 수집 요건을 상당히 엄격하게 규정하고 있다. 우선 전기통신법 제113b조에 따라서 공중 전화 서비스 및 인터넷 접속 서비스와 관련하여 생성되는 트래픽데이터는 10주간, 이동통신서비스와 관련한 위치데이터는 4주간 보관해야 된다.<sup>28)</sup> 하지만 통신의 내용, 인터넷사이트 방문 데이터, 전자우편서비스의 데이터는 저장에서 제외되었다. 형사소송법 제100g조 제2항에 따라 트래픽데이터가 수집되기 위해서는 ‘특별히 중대한 범죄’를 범한 혐의가 있어야 하며, 특별히 중대한 범죄는 형사소송법 제100g조 제2항<sup>29)</sup>에 21개의 범죄 목록으로 열거되어 있다.<sup>30)</sup> 그 행위는 구체적인 경우에도 중대해야 하고, 사실관계의 조사나 피의자의 소재지 수사가 다른 방법으로는 본질적으로 어렵거나 가망이 없어야 하며, 데이터의 수집은 사안의 의미와 적정한 관계에 있어야 한다.<sup>31)</sup> 제100g조 제2항에 따른 트래픽데이터의 수집은 데이터가 실제로 저장되어 있는 것을 전제로 하므로 과거의 트래픽데이터를 대상으로 한다. 따라서 장래 또는 실시간 트래픽데이터의 수집은 이 조항에 의해서 허용되지 않는다.

형사소송법 제100g조 제1항의 트래픽데이터 수집은 법관과 긴급한 경우 검사가 명령을 내릴 수 있으나, 제2항의 트래픽데이터의 수집은 긴급한 경우라 하더라도 검사의 긴급명령은 허용되지 않는다(제101a조 제1항). 법원의 명령은 오로지 피의자와 이와 소식을 주고받은 자에 대해서만 내려질 수 있고, 데이터의 종류와 시간이 정확하게 표시되어야 하며, 처분의 이유가 제시되어야 한다. 과도하게 이동프로파일을 작성할 수 없도록 하기 위해서 기본적으로 개별적인 위치데이터만 호출되도록 해야 한다.<sup>32)</sup>

수집된 트래픽데이터는 이용 목적에 엄격하게 구속되어야 한다. 수집된 트래픽데

28) 보관의무 위반 시 50만 유로의 과태료의 제재를 받는다(전기통신법 제149조 제1항 제36호).

29) 박희영·최호진·최성진, 앞의 연구용역 결과보고서, 165 참조.

30) BVerfGE 109, 279 (347 f.) = NJW 2004, 999; BVerfGE 125, 260 (328 f.) = NJW 2010, 833.

31) BT-Drs. 18/5088, 31.

32) BT-Drs. 18/5088, 34.

이터는 제100g조 제2항에 의한 처분이 명령될 수 있는 다른 형사절차나 제100g조 제2항의 범죄 혐의가 있는 자의 소재지를 수사하기 위해서만 이용될 수 있다(형사소송법 제101a조 제4항).<sup>33)</sup> 목적구속성을 확보하기 위해서 트래픽데이터는 표시되어야 하고 지체 없이 이용되어야 하며 다른 기관으로 전달된 이후에도 수신자는 그 표시를 그대로 유지해야 한다. 트래픽데이터는 통신의 비밀과 관련된 자료이기 때문에 수집 이후 이용하는 경우에도 통신의 비밀이 유지되어야 한다는 의미다. 또한 트래픽데이터의 삭제는 기록되어야 한다(형사소송법 제101a조 제3항).

한편 유럽사법재판소 및 연방헌법재판소의 판결에 따라<sup>34)</sup> 형사소송법 제53조 제1항 제1문에 언급된 자의 증언을 거부할 수 있는 내용을 알게 되는 것이 예상될 경우에는 이들의 데이터 수집은 허용되지 않는다. 만일 이미 인식하였다면 이의 사용은 금지된다(형사소송법 제100g조 제4항).

또한 헌법재판소는 트래픽데이터의 수집은 기본적으로 공개 처분이어야 한다는 기준을 제시하였다.<sup>35)</sup> 따라서 당사자에게 형사소송법 제33조에 의해서 명령 이전에 의견을 제시할 기회를 부여해야 한다. 하지만 당사자의 의견 제시가 명령의 목적을 위태롭게 할 우려가 있는 경우에는 청문이 중단될 수 있다. 이 경우 그 이유가 제시되어야 한다.<sup>36)</sup> 그리고 만일 통지가 당사자의 보호 이익에 중대하게 위반되어 중단되거나<sup>37)</sup> 그 통지가 특히 수사의 목적을 위태롭게 하는 경우 유예될 수 있는데, 이 경우에도 항상 관할 법원의 명령이 필요하다. 당사자에 대한 통지가 유예되지 않는 이상 기본적으로 명령 이후 그리고 수집 이전에 행해져야 한다(형사소송법 제101a조 제6항). 이 경우 사후의 권리 보호 가능성을 통지받아야 한다(제101조 제4항 제2문). 통지를 받은 후 2주 이내에 당사자는 이의를 제기할 수 있다.

한편, 형사소송법 제100g조 제3항은 이전 규정과는 달리 기지국 수사의 법적 개념과 그 요건을 도입하였다. 이에 따르면 기지국 수사(Funkzellenabfrage)란 기지국에서

33) BVerfGE 125, 260 (333) = NJW 2010, 833.

34) EuGH, NJW 2014, 2169 Rn. 58; BVerfGE 125, 260 (334) = NJW 2010, 833.

35) BVerfGE 125, 260 (335 f.) = NJW 2010, 833. Rn.240.

36) BT-Drs. 18/5088, 36.

37) 제101a조 제6항은 제101조 제4항을 준용하여 당사자의 중대한 이익의 보호에 반하는 경우(제101조 제4항 제3문)와 당사자가 처분으로 인해 현저한 침해받지 않았거나 통지에 관심이 없으므로 추정될 수 있는 경우(제4항 제4문)에는 통지를 배제한다.

생성되는 모든 트래픽데이터를 수집하는 것을 말한다(제100g조 제3항 제1문).<sup>38)</sup> 기지국 수사는 전기통신법 제96조 제1항과 제113b조에 따라 그 요건이 다르게 규정되어 있다. 전기통신법 제96조 제1항에 따라 저장되어 있는 데이터에 접근될 수 있는 무선 기지국 수사는 특히 전기통신감청 대상범죄와 같이 개별적으로 중요한 의미를 가지는 범죄에 대한 혐의가 있어야 하고(제1호), 데이터의 수집은 사건의 의미와 비례관계에 있어야 하며(제2호),<sup>39)</sup> 엄격한 보충성 조항으로써 사실관계의 조사 또는 피의자의 소재지 수사가 다른 방법으로는 가망이 없거나 본질적으로 어려워야 한다(제3호). 이 경우 검사의 긴급명령권도 인정된다. 이에 반하여 전기통신법 제113b조에 의해서 저장되어 있는 데이터에 접근해야 하는 기지국 수사는 ‘특별히 중한 범죄’의 혐의가 있고 그 행위가 개별적인 경우에도 특별히 중한 경우여야 하며 사실관계의 조사 또는 피의자의 소재지 수사가 다른 방법으로는 어렵거나 가망이 없고 데이터의 수집이 사건의 의미와 적절한 관계에 있어야 한다.

### 3. 위치정보의 실시간 수집 요건

위치정보는 다른 트래픽데이터와는 달리 이동프로파일이 작성될 수 있기 때문에 상당히 민감한 개인정보에 해당되므로 제100g조는 이의 수집에 엄격한 요건을 요구하고 있다. 우선 제100g조 제1항을 근거로 과거의 위치정보는 더 이상 수집될 수 없고 제100g조 제2항 제2문의 목록범죄의 혐의가 존재하는 경우에만 ISP에게 요청할 수 있다. 따라서 앞으로 수사기관의 실무에는 상당한 제약을 받을 수 있다. 왜냐하면 과거의 위치정보는 제100g조 제2항 제2문의 특별히 중대한 범죄가 존재하는 경우에만 ISP에게 조회를 요청할 수 있기 때문이다.<sup>40)</sup> 장래 또는 실시간 위치정보

38) 기지국 수사란 신원이 확인되지 않은 행위자의 위치정보를 수집하는 혐의의 기지국 수사만을 의미한다. 행위자의 신원이 알려진 경우의 광의의 기지국 수사는 다른 사람의 트래픽데이터가 침해될 소지가 없기 때문에 기지국 수사에서 제외된다. 이 경우에는 일반적인 통화자료 요청 절차에 따른다.

39) ‘사건의 의미’의 개념은 범죄혐의의 정도와 이 처분의 결과를 추측할 수 있는 개연성을 평가하여 판단해야 한다(박희영, 무선기지국 수사를 위한 법원의 명령 요건, AG Dortmund Beschl. v. 6.1.2016 -701 Gs 18/16, 최신독일판례연구, 로앤비 2017.10. 참조).

40) BeckOK StPO/Bär, 28. Ed. 22.7.2017, StPO § 100g Rn. 13-14.

의 수집은 제100g조 제1항 제3문에 따라서 개별적으로도 중요한 의미를 가지는 범죄에 해당하고 사실관계의 조사나 피의자의 소재지를 파악하기 위하여 필요한 경우에만 허용된다. 따라서 전기통신을 수단으로 행해진 범죄에 대해서는 장래 또는 실시간 위치정보의 수집은 적용되지 않는다.

한편 2008년 형소법에서는 ISP의 기술적 이행의 어려움과 위치정보의 부정확성 때문에 위치정보의 실시간 수집에 어려움이 있었다. 하지만 그 사이 기술적 문제가 보완되고 구체적인 법적 조치가 전기통신법 시행령에 추가되어<sup>41)</sup> 이제 위치정보의 실시간 수집은 보다 쉽게 가능해졌다.

#### IV. 헌법소원심판청구와 유럽사법재판소 판결

독일 입법자는 헌법재판소와 유럽사법재판소의 무효 판결이 제시한 기준들을 입법에 반영하여 2016년 형사소송법 제100g조를 다시 개정하였다. 그럼에도 불구하고 이 법률은 2015년 12월 발효된 이후부터 2016년 12월 사이에 이의 집행을 정지해 달라는 가처분명령과 헌법소원심판들이 청구되었다.<sup>42)</sup> 헌법재판소는 트래픽데이터의 저장으로 야기되는 개인의 자유 및 사생활에 대한 불이익은 이 데이터에 접근됨으로써 비로소 회복될 수 없는 침해가 구체화되기 때문에 데이터의 저장만으로는 아직 해당 규정들의 효력을 중지할 정도로 중대한 불이익은 발생하지는 않는다고 하면서 가처분 명령 신청을 기각하였다.<sup>43)</sup>

이에 더하여 이 법률이 발효된 지 얼마 되지 않아 유럽사법재판소는 2016년 12월 21일 통신정보보관지침을 국내법으로 이행한 영국과 스웨덴의 관련 법률이 EU의 전자 프라이버시 지침과 유럽 기본권헌장에 위반된다는 이유로 또 다시 무효로

41) 전기통신감청처분을 이행하기 위한 기술적 조직적 법규명령(TKÜV) 제32조(BGBl. 2017 I 2316) (BeckOK StPO/Bär StPO § 100g Rn. 24-25.)

42) 사건번호가 부여되어 공개된 헌법소원심판청구사건은 1 BvR 3156/15, 1 BvR 17/16, 1 BvR 141/16, 1 BvR 229/16, 1 BvR 847/16, 1 BvR 1258/1, 1 BvR 1560/16, 1 BvR 2023/16, 1 BvR 2683/16, 1 BvR 2840/16 등이다.

43) 박희영, 제2차 통신정보보관법률에 대한 가처분 명령 신청 기각, BVerfG, Beschluss vom 08. Juli 2016 - 1 BvR 229/16, 최신독일판례연구, 로앤비(www.lawnb.com), 2016.10, 1-8.

판결하였다.<sup>44)</sup> 무효의 핵심 근거는 범죄혐의나 위협혐의도 없이 개인의 민감한 개인정보인 통신정보를 보관해서는 안 된다는 것이었다. 사법재판소의 첫 번째 판결에서는 통신정보의 보관 자체가 EU기본권헌장에 위배되는지 명확하지 않았다. 이에 대한 견해가 나뉘어 있었지만 독일 입법자는 보관 자체는 기본권 헌장에 위배되지 않는다고 해석하였다.<sup>45)</sup> 그런데 사법재판소는 두 번째 판결에서 보관 자체가 EU 기본권 헌장에 위배된다는 것을 명확히 한 것이다. 이 판결에 따라 최근 독일 하급심 판례는 현행 규정들이 EU법과 일치하지 않는다며 ISP의 데이터 보관의무를 부정하였다.<sup>46)</sup>

유럽사법재판소의 판결과 달리 독일 헌법재판소는 2010년의 무효판결에서 엄격한 요건을 갖추면 통신정보의 사전 보관도 가능하다고 하였다. 따라서 EU의 최고법원과 독일 연방헌법재판소의 견해가 대립하는 형국이 되었다. 조만간 독일 헌법재판소는 두 번째 통신정보보관 규정에 대한 헌법소원에서 이에 대한 해답을 제시해야 한다. 만일 헌법재판소가 유럽사법재판소의 의견을 받아들여지게 되면 독일의 해당 규정은 위헌 무효가 될 가능성이 높다. 만일 그렇게 되면 의무적 데이터 보관 규정인 전기통신법 제113b조와 관련이 있는 형사소송법 제100g조 제2항과 제3항 제2문은 적용될 수 없다. 하지만 전기통신법 제96조의 트래픽데이터와 관련이 있는 제100g조 제1항과 기지국 수사에 관한 제100g조 제3항 1문에 의해서 여전히 수집이 가능하게 될 것이다. 따라서 위헌 판결이 선고되더라도 과거의 위치정보는 수집될 수 없지만 제96조에 의해서 장래 또는 실시간 위치정보는 계속 수집될 가능성이 높다.

44) EuGH(Große Kammer), Urteil vom 21.12.2016 – C-203/15, C-698/15, EuZW 2017, 153-160. 이 판결에 대한 소개는 박희영, 일반적인 통신정보 보관의무는 EU법과 일치하지 않는다, 최신독일 판례연구, 로앤비(www.lawnb.com), 2017.2, 1-5.

45) BT-Drs. 18/5088, S.23.

46) 박희영, 이유 없이 통신사실확인자료를 보관하는 것은 EU법에 위반된다, OVG Münster, Beschluss vom 22.06.2017, 13 B 238/17.

## V. 통신비밀보호법에 따른 위치정보의 실시간 수집의 허용여부

### 1. 통신정보보관제도와 통신사실확인자료 요청의 관계

위치정보의 실시간 수집에 관하여 논의하기 이전에 우리 통비법의 통확자료요청 규정의 성격이 확인되어야 한다. 국가기관이 국민의 통신정보를 범죄혐의와 상관없이 미리 저장하여 보관하였다가 이후에 특정 범죄가 예상되거나 그러한 위험이 구체화되거나 실제로 발생한 경우 그 범죄에 대한 정보를 수집하거나 그 범죄를 예방하거나 수사하기 위해서 보관된 통신정보를 국가기관이 이용하는 것을 통신정보보관제도(Data Retention System, Vorratsdatenspeicherung)라고 한다.<sup>47)</sup> 통신정보보관제도의 핵심은 통신정보를 범죄 및 위험 혐의와 상관없이 의무적으로 미리 저장하여 보관한다는 데 있다. 따라서 통신정보보관제도는 ‘과거’의 통확자료를 대상으로 한다.

통신정보보관제도는 유럽연합의 통신정보보관지침(2006/24/EC)<sup>48)</sup>에서 유래한다. 이 지침은 테러와 같은 중대한 범죄를 예방하고 소추하기 위해서 ISP에 의해서 생성되거나 처리되는 특정 통신정보를 보관하게 하여 이후에 이를 이용할 수 있도록 규정하고 있었다. ISP는 자신의 통신서비스를 제공하는 과정에서 생성되거나 처리되는 통신정보를 최소 6개월에서 최대 2년까지 저장하여 보관해야 한다(지침 제3조 및 제6조). 하지만 이 지침은 사법재판소로부터 무효판결을 받아 현재 EU 차원에서 통신정보보관제도는 존재하지 않는다.

독일의 경우 ISP가 의무적으로 보관해야 하는 전기통신법 제113b조의 트래픽데이터와 이를 근거로 한 형소법 제100g조 제2항과 제100g조 제3항 제2문이 통신정보보관제도에 해당된다.

우리 통비법 역시 범죄수사, 법원의 재판, 국가안보를 위하여 필요한 경우 ISP에게 통확자료를 요청하여 제공받을 수 있다고 규정하고 있다. ISP는 이러한 통확자

47) 민영성·박희영, 통신정보보관제도의 정당성 - 유럽사법재판소 및 오스트리아 헌법재판소 판결의 관점에서 -, 법학논문집 제40집 제1호(중앙대학교 법학연구원), 2016, 450.

48) 이 지침의 전문 번역은 박희영, 유럽 공동체의 통신데이터의 보관에 관한 지침 DIRECTIVE 2006/24/EC, 인터넷법률, 법무부, 통권 제43호(2008. 7), 144-175.

료를 요청기관에 제공하기 위해서 이들 자료를 수집하여 보관하고 있어야 한다. 이를 위해서 통비법은 통확자료의 보관을 ISP의 협조의무로 규정하고(동법 제15조의 2) 통확자료의 구체적인 보관기간을 시행령에 위임하고 있다(통비법 시행령 제41조). 통비법의 통확자료의 보관은 법적 의무이므로 통신정보보관에 해당된다.<sup>49)</sup> ISP가 이러한 협조의무에 근거해서 통확자료를 제공해야 하는 것은 강제수사에 해당된다.<sup>50)</sup> 따라서 통확자료의 수집 및 이용에 관한 독일과 EU의 (특히 헌법상의 기본권과 관련한) 논의들이 전용될 가능성이 있다. 하지만 장래의 통확자료도 포함되는지에 대해서는 현재 논란이 되고 있다.

## 2. 독일과 한국의 통신사실확인자료 수집 요건의 개략적 비교

위치정보의 실시간 추적의 허용여부를 검토하기 이전에 통신사실확인자료의 일반적인 요건을 독일의 규정과 비교하여 차이점을 간략하게 살펴본다.<sup>51)</sup>

우선 통비법에 규정되어 있지 않는 차이점은 다음과 같다. 대상 범죄의 구분<sup>52)</sup>, 통확자료 수집의 원칙적 공개처분, 처분 대상자의 특정(피의자와 피의자를 위한 소식전달자, 피의자가 사용하고 있는 통신회선 및 정보기술시스템 보유자), 기지국 수사, 확보한 자료의 이용과 관련한 목적구속성과 이를 확보하기 위한 트래픽데이터의 표시 의무, 증언거부권자에 대한 수집 제한 및 이의 사용금지, 당사자에 대한 원칙적 사전통지와 권리보호를 위한 불복신청, 데이터 표시의무, 데이터 삭제의무, 데이터 보안, 연방의회 보고 등이다.

49) 동일한 견해로 생각되는 문헌은 정애령, 앞의 논문, 126.

50) 차진아, 통신비밀보호법 제13조 제1항 및 제2항 등의 합헌성 여부에 대한 검토 - 현재 2012헌마191 등 헌법소원심판청구 사건에 대한 검토를 중심으로 -, 법조 2017.8(Vol.724), 261 각주 33.

51) 통비법 제13조와 독일 형사소송법 제100g조의 차이점과 유사점에 대한 상세한 설명은 지면 관계상 여기서는 더 이상 다루지 않는다.

52) 통비법 제13조는 모든 범죄를 대상으로 하고 있다. 이와 관련하여 중범죄를 대상으로 해야 한다는 견해로는 임규철, 전기통신사업자의 수사기관으로의 통신정보 제공 시 문제점과 개선방향 -통신사실확인자료 및 통신자료의 제공을 중심으로-, 헌법학연구(제19권 제3호), 한국헌법학회(2013), 272-273. 모든 범죄를 대상으로 해야 한다는 견해로는 차진아, 앞의 논문, 281.

그리고 요청 대상 통화자료의 범위<sup>53)</sup> 및 이의 보관 기간<sup>54)</sup>, 요청 요건<sup>55)</sup>, 요청 주체의 제한 등<sup>56)</sup>에서도 상당한 차이를 보이고 있다.

전체적으로 보면 독일의 경우 ISP가 업무상 필요에 의해서 보관하는 경우(전기통신법 제96조)와 의무로 보관해야 하는 경우(동법 제113b조)로 이원화하여 통화자료를 수집하고 있으나, 통비법의 경우 의무적으로 보관한 자료만을 수집하고 있다. 통비법은 법적인 보관의무라는 점에서 통신정보보관제도에 해당되는 제113b조와 성격이 같지만 통화자료의 대상이나 범위 등 형식의 면에서는 제96조의 규정과 거의 유사하다.

독일의 전기통신법 제96조의 트래픽데이터는 ‘그밖에 필요한 정보’라는 표지를 사용하여 통신기술의 발전에 개방되어 있는데 이를 제한적으로 열거하고 있는 우리의 통화자료와 구별되고, 제113b조에서 구체적으로 열거되어 있는 트래픽데이터가 우리의 것보다 양적으로 많다는 점에서도 차이가 있다. 하지만 우리의 규정은 양적으로는 적지만 해석의 가능성이 있다는 점이 고려되어야 한다.<sup>57)</sup> 통화자료의 수집은 통신비밀의 침해와 관련되기 때문에 양적인 문제가 아니라 질적인 문제로 접근

53) 통비법 제2조 제11호에서 7가지의 통화자료를 열거하고 있는 데 독일의 경우 전기통신법 제96조와 제113b조에서 분리하고 있다.

54) 독일의 위치정보는 4주간, 나머지는 10주간인데 비하여, 우리의 경우 가목에서 라목, 바목은 원칙적으로 12개월, 시의 및 시내전화역무와 관련된 자료인 경우에는 6개월, 바목과 사목의 자료는 3개월 이상 보관해야 한다.

55) 통비법은 ‘수사를 위하여 필요한 경우’인데 반하여 독일의 경우 최소한 중범죄와 통신을 수단으로 한 범죄 등 그 요건을 엄격하게 요구하고 있다.

56) 독일의 경우 전기통신법 제113b조의 경우 검사의 긴급청구권을 인정하지 않는다.

57) 독일 전기통신법 제113b조는 SMS와 같은 메신저 서비스도 포함시키고 있다. 하지만 통신의 내용이나 방문한 인터넷사이트에 관한 정보나 전자우편서비스와 관련한 트래픽데이터는 저장하지 못하도록 명시하고 있다. 통비법은 이러한 명문 규정을 두고 있지 않지만, 카톡과 같은 메신저서비스, 전자우편서비스, 방문한 인터넷사이트에 관한 정보는 통비법의 전기통신의 개념에 포섭되기 때문에 통비법의 해석으로 이들 서비스와 관련하여 생성되는 통화자료의 요청이 가능할 수 있다. 특히 현재의 통신기술 수준에 따르면 메신저 서비스의 경우 트래픽데이터와 내용을 분리하는 것이 어렵다. 따라서 메신저 서비스의 통신 내용이 파악될 위험성이 존재한다. 이와 관련하여 연방헌법재판소는 가처분 명령 결정에서 “전기통신법 제113b조 제5항에 규정된 SMS의 경우 트래픽 데이터와 통신내용의 분리가 기술적으로 가능하지 않다면, 이 규정을 폐기할 것이 아니라, 적어도 데이터 보관의무를 이행하기 위해서 우선 기술적 요건을 마련해야 한다”고 하였다(박희영, 제2차 통신정보보관법률에 대한 가처분 명령 신청 기각, BVerfG, Beschluss vom 08. Juli 2016 - 1 BvR 229/16, 최신독일판례연구, 로앤비(www.lawnb.com), 2016.10, 1-8).

해야 한다.<sup>58)</sup>

이러한 차이점들로 인하여 우리의 통화자료 요청제공은 독일 헌법재판소의 위헌 판결과 유럽 사법재판소의 무효판결이 제시한 수준에 훨씬 미치지 못하는 것으로 보인다.<sup>59)</sup> 따라서 아래에서는 서론에서 언급한 헌법재판소의 공개변론에서 제기된 위치정보의 실시간 수집의 허용 여부에 대해서 검토한다.

### 3. 위치정보의 실시간 수집 허용 여부

#### 가. 과거 위치정보의 수집 여부

휴대전화의 위치 확인과 관련되는 것은 발신기지국의 위치추적자료(제2조 제11호 바목)와 정보통신기기의 접속지 위치추적자료이다(제2조 제11호 사목). 후자에는 스마트폰이나 태블릿 PC와 같이 인터넷기반의 모바일폰의 위치정보가 해당될 수 있다.

통비법 제13조는 수집의 요건이 ‘수사를 위하여 필요한 경우’만으로 규정되어 있다. 즉 과거의 위치정보는 수사를 위하여 제13조에 의해서 수집될 수 있다. 과거의 위치정보가 수집되기 위해서는 ‘특별히 중대한 범죄’를 범한 혐의 등 엄격한 요건(형사소송법 제100g조 제3항)을 갖추도록 한 독일의 경우와 비교하면 현저한 차이를 보이고 있다.

#### 나. 장래 및 실시간 위치정보의 수집 여부

장래 또는 실시간 위치정보가 통비법 제13조에 의해서 수집될 수 있는지 문제가 되고 있다. 독일의 경우 장래 또는 실시간 위치정보가 수집되기 위해서는 통신감청 대상 범죄에 준하는 중요한 범죄여야 하고 사실관계의 조사나 피의자의 소재지를 파악하기 위해서 필요한 경우여야 한다. 그러나 통비법 제13조는 이와 같은 요건을 전혀 명시하지 않고 있다. 따라서 제13조의 규정에서 과연 위치정보의 실시간 수집

58) BVerfG, Urteil vom 27.02.2005 - 1 BvR 668/04; BVerfG, Beschluss vom 22.08.2006 - 2 BvR 1345/03.

59) 이에 대한 구체적인 검토는 다음 기회로 미룬다.

이 허용될 해석의 여지가 있는지 의문이 제기된다. 특히 이 규정은 어느 시점의 통화자료가 제공되어야 하는지를 명확하게 언급하고 있지 않기 때문이다. 따라서 세 가지 해석이 모두 가능할 수 있다. 수사기관의 입장에서는 가능한 많은 통화자료가 확보되는 것이 수사에 유리하므로 세 가지 모두 가능하다는 해석을 주장할 수 있고 헌법재판소의 공개변론의 자료에서도 실제로 수사기관이 그렇게 요청하고 법원이 허가하고 있다는 것이 형사실무임을 알 수 있다.

하지만 이러한 실무의 해석과 달리 몇 가지 관점에서 과거 시점의 통화자료만 허용된다는 해석이 타당하다. 첫째, 정보통신부의 통신업무처리지침의 문제점을 지적할 수 있다. 통비법 제13조가 신설된 2001년 12월 29일 정보통신부 통신업무처리지침은 자료제공요청서 접수시점 이전의 자료, 즉 과거의 통화자료로 한정하고 있었다.<sup>60)</sup> 그런데 2005년 11월의 통신업무 처리지침은 통화자료의 범위에 장래 발신(착신) 전화번호의 추적을 포함하고 있다.<sup>61)</sup> 이 지침은 통화자료의 바목과 사목이 2005년 통비법 개정으로 도입되면서 개정된 것으로 보인다.<sup>62)</sup> 하지만 이러한 이유로 개정되었음에도 불구하고 이 지침은 ‘유독’ 전화번호에만 장래 발신(착신)의 추적을 허용하고 있고 바목과 사목의 위치추적 자료에는 그러한 언급이 없다. 전화번호의 추적과 위치정보의 추적은 그 성질이 다르다. 앞서 살펴본 독일 형사소송법도 이를 명확히 구별하고 있다. 휴대전화를 포함한 전화번호의 추적은 전화번호의 확인으로 이해되며 이것은 ISP에게 요청하여 확보될 수 있다. 전화번호의 추적을 휴대전화의 위치를 파악하는 통신기지국 수사에 포함시키는 것은 기본권 침해의 강도가 서로 다르기 때문에 명확한 규정이 필요하다. 따라서 이 지침에 근거하고 있는 형사실무는 위법하다. 이러한 해석은 통비법 제13조 제9항의 의미를 잘못 이해한 것으로 보인다.

둘째, 입법자는 통비법 제13조 제9항을 통해서 과거의 통화자료만 요청하도록 명확히 하고 있다. 즉 통비법 제13조 제9항은 범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가 절차를 준용하면서 통신제한조치의 기간을 규정하고 있는 제7항을 ‘제외’하고 있기

60) 김용환, 통비법 중 개정법률안에 대한 의견제시의 건 검토보고서, 과학기술정보통신위원회 수석전문위원, 2001. 2, 6면.

61) 정보통신부, 통신비밀 보호업무 처리지침, 2005. 11.

62) 차진아, 앞의 논문, 273-274.

때문이다. 동조 제7항은 통신제한조치는 2월을 초과하지 못하고, 그 기간 중 통신제한조치의 목적이 달성되었을 경우에는 즉시 종료해야 한다. 통신제한조치의 기간에 관한 이 조항은 장래의 전기통신이나 실시간 전기통신의 감청을 전제로 하고 있다. 따라서 제13조 제9항이 제6조 제7항을 제외한 것은 과거의 통화자료만 해당되고 장래 또는 실시간 통화자료는 해당되지 않는 것으로 해석될 중요한 근거가 될 수 있다. 그런데 이와 반대의 해석도 가능할 수는 있다. 즉 제7항을 제외한 것을 과거, 장래, 실시간 모두 가능하다는 의미로 해석하는 것이다. 하지만 이러한 해석은 기본권 침해가 무한정 확대되는 것을 허용하는 의미이므로 만일 입법자가 그렇게 의욕하였다면 입법형성권의 한계를 넘어선 것이다. 따라서 이러한 해석은 타당하지 않다. 우리 입법자가 통비법 제13조 제9항을 통해서 전기통신감청과 통화자료 요청의 성격이 다르다는 점<sup>63)</sup>을 인정한 것으로 보는 것이 더욱 합리적인 해석이다.

셋째, 이러한 점은 비교법적 검토를 통해서도 확인될 수 있다. 앞서 검토한 독일의 경우에도 FAG 제12조에서 장래의 데이터의 요청여부에 대하여 논란이 있었으나 2002년 형사소송법 제100g조에서 감청규정을 준용함으로써 3개월까지 장래의 위치정보도 확보할 수 있도록 하였다. 하지만 이 경우에도 실시간 수집은 허용되지 않았다. 장래의 수집에서 실시간 수집과 일정 기간 모아서 제공하는 것을 명확히 구분한 것이다. 실시간 위치정보 수집은 2008년 형사소송법에서 사이버범죄협약을 이행함으로써 비로소 입법화되었다.

넷째, 통신사실확인자료라는 법문언은 통신사실을 ‘확인’하는 자료라는 의미로 보면 일단 통신이 발생해 있어야 한다는 것을 전제로 한다. 이것은 앞서 검토한 독일의 통신접속데이터의 해석과 유사한 측면이 있다. 이 조항은 과거형을 사용하고 있었음에도 불구하고 수사의 필요성에 의해서 장래의 데이터도 포함되는 것으로 해석하려고 하였다. 장래의 어느 시점에 발생한 통신(즉 미래완료시제)으로 해석할 수 있다는 점이다. 하지만 이러한 논란은 2001년 개정 형사소송법 제100g조에서 장래의 통신접속데이터가 법문언에 추가됨으로써 명확히 되었다. 그 당시 실시간 수집

63) 이러한 법적 근거에 대한 언급은 없지만 양자의 차이점에 대한 명확한 설명은 황성기, *현행 통신비밀 보호법제의 헌법적 문제점, 언론과 법*, 2015.4, 5. 참조. 문헌에서는 대부분 이러한 관점에서 과거의 통화자료로 보는 것 같다(정애령, 앞의 논문, 126면; 조기영, 최근 주요 쟁점과 관련한 통비법 개정방향, - 휴대전화 감청, 패킷감청, 기지국수사, GPS위치정보 추적을 중심으로 -, 132.

이 허용된다는 소수 견해도 있었지만 입법자의 의도나 다수 견해는 실시간 수집이 허용되지 않는 것으로 해석되었다. 실시간 수집은 2008년 형사소송법에서 비로소 허용되었다.<sup>64)</sup>

다섯째, 이용대기상태에 있는 위치정보는 제13조에 의해서 수집될 수 없다. 통신 ‘사실확인’ 자료는 통신이 행해진 것을 전제로 하고 있기 때문이다. 따라서 실제 통신이 이루어지지 않은 이동전화에 대해서 비밀 SMS 전송 등 상대방의 위치를 실시간으로 알아내는 방법은 허용되지 않는다. 뿐만 아니라 이용대기상태에 있었던 과거의 위치정보도 요청될 수 없다.

끝으로 휴대전화와 통신기지국 사이에 주고받는 교신사실을 확인하는 위치정보 추적자료는 기본권 제한의 정도가 결코 낮지 않다. 독일의 경우 통화자료에 해당되는 위치정보의 경우뿐 아니라 가상 기지국을 통하여 휴대전화의 위치를 확보하는 IMSI Catcher 방법(형소법 제100i조)과 GPS 등을 통하여 수집되는 위치정보의 경우(형소법 제100h조)<sup>65)</sup>에 감청에 준하는 범죄를 대상으로 하고 있고 엄격한 보충성 요건을 명확히 하고 있기 때문이다. 따라서 이러한 요건을 전혀 두지 않은 통비법 제13조에 의해서 위치정보를 추적하는 것은 허용되지 않는다.

이상의 검토를 통해서 알 수 있듯이 제13조의 통화자료 요청은 과거의 통화자료에 한해서만 허용되고 장래 또는 실시간 통화자료의 수집은 허용되지 않는 것으로 보아야 한다. 그럼에도 불구하고 장래 또는 실시간 통화자료가 허용되는 것으로 해석하고 실무에서 그렇게 운용되고 있다면 이것은 부당한 공권력 작용으로 보아야 하고 이를 근거로 한 처분은 위법한 것으로 보아야 한다.

따라서 다양한 해석상의 문제를 해결하기 위해서는 독일의 규정과 같은 명확한 규정이 필요하다. 특히 위치정보의 경우 아주 민감한 개인정보에 해당되기 때문에

64) 위치추적은 기본적으로 장래 또는 실시간 위치추적을 포함하는 것이라는 견해가 있다(차진아, 앞의 논문, 273 각주 53). 그 근거로 독일 형사소송법 제100g조 제3항을 들고 있다. 하지만 앞서 검토한 바와 같이 독일의 경우 사이버범죄협약 제20조를 국내법으로 이행한 2008년 형사소송법에 비로소 실시간 위치정보의 수집이 허용되었다. 그 이전의 2002년 형사소송법은 과거 및 장래의 위치추적만 허용되었다(물론 ‘통신이 접속된 경우’라는 범문언이 없는 통비법 제13조에서는 그러한 해석이 가능할 수도 있다). 제100g조 제3항은 전기통신감청대상 범죄와 같은 중대한 의미의 범죄의 경우에만 실시간으로 수집될 수 있고 위치정보의 민감성 때문에 과거의 위치정보는 제1항에 의해서 수집해서는 안 된다는 것을 명확히 한 것이다.

65) 이에 대해서는 민영성·박희영, 앞의 논문, 형사정책연구 제28권 제2호, 265 참조.

그 수집에는 엄격한 요건이 필요하다. 위치정보가 실시간으로 수집되면 이동프로파일의 작성될 수 있어서 통신감청에 준하는 정도의 통신의 비밀이 침해되기 때문이다.

## Ⅶ. 위치정보의 실시간 수집의 개정 방향

통비법 제13조의 해석론을 통해서 과거의 위치정보만 수집할 수 있고 장래 또는 실시간 위치정보는 수집할 수 없음을 확인하였다. 따라서 헌법재판소가 통비법 제13조 제9항을 통해서 과거의 통화자료만 요청할 수 있도록 제6조 제7항의 준용을 배제한 것이 입법자의 의도임을 확인할 필요가 있다. 그렇다면 해당 조항의 잘못된 해석과 적용으로 수행되고 있는 현재의 형사실무는 더 이상 허용되어서는 안 된다.

하지만 나날이 발전하는 정보통신환경에서 테러와 같은 중대한 범죄에 대처하기 위해서는 장래 및 실시간 위치정보의 수집 행위는 정당하고 필요하며 적합한 수단이라고 평가될 수 있다. 그렇다 하더라도 이러한 통화자료를 수집하기 위해서는 헌법상의 통신의 비밀 보호와 정보자기결정권이 제한될 수 있다는 점에서 비례성원칙이 충분히 고려되어야 한다.

독일의 검토에서 보았듯이 과거의 통화자료에 비해서 장래의 통화자료에 대한 요건이 상대적으로 덜 엄격하였다. 하지만 위치정보의 실시간 수집은 고도의 민감성과 이동프로파일의 작성 가능성 때문에 다른 통화자료보다 그 요건이 더욱 엄격하였다. 따라서 개정하는 경우 위치정보와 다른 통화자료의 수집 요건에 차등을 두어야 할 것이다. 특히 대상범죄에 따라 요건을 달리해야 한다. 현재의 ‘범죄수사를 위하여’란 실제적 요건 하나만으로 모든 통화자료를 수집할 수 있도록 한 통비법 제13조 제1항은 비례성 원칙에 위배될 수 있기 때문이다. 물론 제13조 제2항(요청사유, 해당가입자의 연관성 및 필요한 자료의 범위)의 법관유보를 통해서 이를 보완할 수도 있겠지만<sup>66)</sup> 통화자료의 요청이 남용되어 온 실무를 보더라도 법관유보를 통해서 기본권 보장을 기대하는 것은 사실상 어렵다고 판단되므로 법관유보가 아니라 법률유보로 규정되어야 한다.

66) 제13조 제2항의 보완으로 가능하다고 보는 견해는 차진아, 앞의 논문 249면 이하.

독일의 경우 통비법 제13조 제2항보다 훨씬 더 엄격하고 구체적인 요건에서 법관 유보가 규정되어 있다는 점에 주목할 필요가 있다(형소법 제100g조가 준용하고 있는 제100e조 제3항과 제4항). 특히 명령 이유에서 그 요건 및 본질적인 이익형량의 관점이 제시되어야 하고 개별적으로 혐의를 뒷받침하는 사실, 처분의 필요성과 비례성에 대한 본질적인 이익형량도 기재되어야 한다. 이러한 상세한 규정들은 법률 유보를 통해서 법관유보의 폐해를 방지하기 위한 것이다. 그럼에도 불구하고 실제적 요건에서 통비법 제13조 제1항보다 훨씬 더 엄격한 실제적 요건을 두고 있다.

개정 시 주의할 점은 통신의 비밀과 관련되는 통화자료와 그렇지 않은 일반 위치 정보를 구별해야 한다는 것이다. 지난 국회 회기와 마찬가지로 이번 국회 회기에도 위치정보법의 위치정보를 통비법의 위치정보에 포함시키자는 통비법 전부개정법률안<sup>67)</sup>이 발의되어 있다. 이 법률안은 통화자료의 바목과 사목을 분리하여 범죄수사를 위한 위치정보추적자료의 제공이라는 별도의 조항을 두고 위치정보추적자료에 위치정보법의 위치정보를 포함시키고 있다. 이에 대해서는 비판이 제기될 수 있다. 휴대전화의 경우 위치정보법이 규정하고 있는 이동성이 있는 물건에 해당된다. 따라서 휴대전화의 위치정보는 통비법의 통화자료인 동시에 위치정보보호법의 위치기반서비스에서 제공되는 위치정보에도 해당된다. 하지만 두 가지 위치정보는 규범

67) 통신비밀보호법 전부개정법률안(의안번호 2001357, 전해철의원 대표발의, 2015.8.2.). 이 개정안은 또한 전기통신사업법의 통신자료를 통신비밀보호법의 통신사실확인자료와 동일하게 보호하고 있다는 점에서 비판이 가능하다. 개정안은 통신사실확인자료를 ‘과거의 통신사실확인자료’임을 명확히 하면서(안 제2조 제11호) 전기통신사업법의 통신자료를 ‘가입자 정보’로 변경하여 ‘과거의 통신사실확인자료’와 ‘가입자 정보’를 합하여 ‘통신자료’라는 상위개념으로 포섭하고 있다(안 제2조 제14호). 하지만 현행 전기통신법의 통신자료는 실제 통신의 비밀과는 관련이 없는 가입자 정보를 말한다. 헌법상 통신의 비밀 보호 영역은 통신의 내용과 통신의 내역, 즉 통신사실에 관한 자료를 포함한다. 통신자료와 통신내용 및 통신 사실에 관한 자료는 엄격하게 구별되어야 한다. 통신자료는 개인정보자기결정권이 관련되고 통신내용 및 통신 사실에 관한 자료는 통신의 비밀보호와 개인정보자기결정권이 중첩된다. 통신의 비밀보호와 개인정보자기결정권이 중첩되는 경우 통신의 비밀 보호가 우선된다. 이 조항은 그 동안 통신자료가 수사기관에 의해서 무분별하게 수집되고 있어서 정보주체의 개인정보자기결정권이 침해되고 있다는 점을 지적한 현실을 고려한 것으로 보인다. 하지만 보호의 필요성은 충분히 인정되지만 통신의 비밀을 보호하는 통비법에 포함시키는 것은 이 법률의 목적이나 체계에 맞지 않다. 오히려 전기통신사업법에 규정하거나 수사절차에서의 개인 정보 내지 통신과 관련된 정보의 수집 및 이용이란 관점에서 형사소송법에 체계적으로 도입하는 것이 더 적합하다. 비교법으로 독일 형사소송법은 이를 명확하게 구별하고 있다. 우리의 통신자료에 해당되는 사항은 형사소송법 제100j조에서 규정하고 있고 이것은 헌법재판소의 판결에 따른 것이다.

적으로 구별되어야 한다.<sup>68)</sup> 전자는 통신의 비밀과 관계되는 것이고 후자는 이와 상관이 없이 단지 위치기반서비스로서 제공된다. 따라서 법적 성격이 다르므로 이들은 달리 취급되어야 한다.

휴대전화로 실제 통화가 이루어진 경우에는 통화자료에 해당된다. 통비법이 규정하고 있는 전기통신을 하기 위해서 기지국과 항상 교신을 하고 있는 이용대기상태에 있는 휴대전화의 경우도 장래 또는 실시간 위치정보를 확보할 수 있으므로 통화자료에 해당될 수 있다.<sup>69)70)</sup> 하지만 순전히 위치기반서비스에 제공되는 위치정보, 예를 들어 GPS를 통해서 제공되는 휴대전화의 위치정보는 통화자료가 아니다. 따라서 이러한 위치정보를 구별하지 않고 통화자료에 포함시키는 것은 통화자료의 대상을 통신의 비밀이 아닌 영역으로 확대시키는 것이어서 통비법의 성격이나 체계에 맞지 않다. 비교법적으로 독일 형소법은 이러한 상황을 이미 규범적으로 구분하고 있다. 예를 들어 가상 기지국을 이용한 휴대전화의 위치 확보에 관한 제100i조나 GPS 위치추적이나 IP 추적과 같이 관찰 목적으로 기술적 장치를 이용하게 하는 제100h조<sup>71)</sup> 등이다. 따라서 휴대전화의 위치정보가 통화자료임을 명확히 하기 위해서는 현행 규정처럼 통화자료에 포함시켜야 하고 위치정보의 민감성 때문에 항을 달리하여 규정하는 것이 조문의 체계에도 적합하다.<sup>72)</sup> 이용대기상태에 있는 위치정보는 실시간 위치추적을 가능하게 하므로 이동프로파일이 작성될 수 있기 때문에 수집 요건을 더욱 엄격하게 하여 개정안처럼 별도의 조항을 두는 것도 고려해 볼 수 있다.

68) 이원상, 형사사법에 있어 개인위치정보에 대한 고찰, 형사정책연구 제23권 제2호(통권 제90호, 2012·여름), 125.

69) 이용대기상태의 위치정보가 진정한 통신사실확인자료에 해당되는지는 검토가 더 필요하다.

70) 실시간 위치추적과 전통적인 의미의 통신사실확인자료는 구별하여 ‘실시간 위치정보’에 대한 정의의 규정을 신설하고 별도의 수집절차를 규정해야 한다는 견해로는 권양섭, 범죄수사에 있어서 통신자료제공제도의 문제점과 개선방안, 법학연구, 한국법학회, 411. 하지만 이를 분리해야 될 특별한 이유는 없는 것으로 보인다. 앞서 검토한 독일의 입법례가 이를 보여주고 있기 때문이다.

71) 민영성·박희영, 앞의 논문, 형사정책연구 제28권 제2호(통권 제110호, 2017·여름), 265.

72) 사이버범죄협약 제20조의 이행과 관련한 법률안의 제안으로는 박희영·최호진·최성진, 대검찰청 연구용역 결과보고서, 2015, 258-266.

## VII. 결론

헌법상 기본권으로 보호되는 통신의 비밀은 통신의 내용 뿐 아니라 통신사실에 관한 자료도 포함된다. 휴대전화의 위치정보와 같은 통화자료는 이동프로파일이 작성될 수 있기 때문에 상당히 민감한 개인정보이다. 특히 이러한 위치정보가 실시간으로 수집되는 경우 기본권 침해의 강도는 다른 통화자료와 비교하여 월등하게 높다. 따라서 수사기관이 이에 접근하기 위해서는 보다 엄격한 요건이 필요하다.

현재 통비법 규정의 해석으로는 휴대전화의 실시간 추적은 허용되지 않는 것으로 판단된다. 또한 통화자료를 요청할 수 있는 요건이 너무 낮게 설정되어 있는 것으로 보인다. 따라서 해당 규정의 개정이 필요하다. 개정될 경우에는 통화자료의 제공요청에 관한 규정 외에 통비법의 다양한 문제점들<sup>73)</sup>이 동시에 개정되어야 한다. 현재의 통비법 조항들은 아날로그 통신환경에 머물러 있기 때문이다. 비교법적 검토를 통해서 개정 시 고려되어야 할 것으로는 대상범죄의 특정, 정보통신 기술의 발전에 따른 통화자료의 확대, 최대 보관 기간의 제한, 통신기지국 수사의 허용여부, 통화자료 요청의 공개 처분으로의 전환 및 당사자에 대한 사전 통지와 사후 권리보호, 통화자료의 보관과 관련한 보안의 문제, 통화자료 표시의무 등이 지적될 수 있다. 이러한 문제들은 이미 입법의 단계를 지나 이미 시행하고 있는 외국의 사례를 비교법적으로 수용할 필요가 있다. 그런 면에서 독일의 입법 경험은 우리에게 시사하는 바가 크다.

끝으로 통화자료에 관한 규정은 유럽평의회와 사이버범죄협약의 가입을 염두에 두고 개정되어야 한다. 사이버범죄협약 제20조는 통화자료의 실시간 수집을 규정하고 있기 때문이다. 유럽평의회 회원국은 물론 비회원국인 미국, 일본, 호주, 캐나다 등 대부분의 선진국가들은 이미 가입하여 사이버범죄에 대한 국제공조에 기여하고

73) 박찬걸, “통신사실확인자료 제공제도의 현황 및 개선방안”, 형사법의 신동향(제44호), 대검찰청(2014); 권양섭, “범죄수사에 있어서 통신자료제공제도의 문제점과 개선방안”, 법학연구(제59집), 한국법학회(2015); 김봉수, “위치정보의 보호를 위한 형법적 고찰 - 범죄수사를 위한 위치정보의 수집 및 활용에 대한 통제방안을 중심으로-”, 법학논총(제32집 제3호), 전남대학교 법학연구소(2012); 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 언론과 법(제14권 제1호), 한국언론법학회(2015).

있다. 국제사회의 일원으로서 IT 선진국임을 자부하는 한국의 조속한 가입이 요구된다.<sup>74)</sup>

---

74) 사이버범죄협약의 이행에 따른 국내 관련 법규의 개정 방안에 대해서는 박희영·최호진·최성진, 대검찰청 연구용역 결과보고서, 2015 참조.

## 참고문헌

- 권양섭, 범죄수사에 있어서 통신자료제공제도의 문제점과 개선방안, 법학연구(제59집), 한국법학회(2015).
- 김봉수, 위치정보의 보호를 위한 형법적 고찰 - 범죄수사를 위한 위치정보의 수집 및 활용에 대한 통제방안을 중심으로 -, 법학논총(제32집 제3호), 전남대학교 법학연구소(2012).
- 김용환, 통비법 중 개정법률안에 대한 의견제시의 건 검토보고서, 과학기술정보통신위원회 수석전문위원, 2001. 2, 6면.
- 민영성·박희영, 유럽사법재판소의 통신정보보관지침의 무효 판결과 그 시사점, 법학연구 제56권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2015, 53-82.
- 민영성·박희영, EU 통신정보보관제도의 정당성 - 유럽사법재판소 및 오스트리아 헌법재판소 판결의 관점에서 - 법학논문집 제40집 제1호(Vol. 40, No. 1), 2016, 중앙대학교, 449-473.
- 민영성·박희영, 독일에서의 통신정보보관제도의 재도입에 대한 평가와 시사점, 부산대학교, 법학연구 제57권 제2호, 통권 88호, 2016.5, 89-109.
- 민영성·박희영, 독일에서 위치추적 수사방법으로서 IP트래킹의 허용근거에 대한 논의와 그 시사점, 형사정책연구 제28권 제2호(통권 제110호, 2017·여름), 265.
- 박찬걸, 통신사실확인자료 제공제도의 현황 및 개선방안, 형사법의 신동향(제44호), 대검찰청(2014).
- 박희영, 독일 형사소송법상 통신데이터 수집권과 한국 통신비밀보호법상 통신사실확인자료제공 요청권의 비교 및 시사점, 경찰학연구 제9권 제3호 통권 21호, 2009.12 33-61.
- 박희영, 무선기지국 수사를 위한 법원의 명령 요건, AG Dortmund Beschl. v. 6.1.2016 - 701 Gs 18/16, 최신독일판례연구, 로앤비 2017.10.
- 박희영, 유동 IP주소는 일주일간 저장될 수 있다, BGH Urteil vom 3.7.2014, III ZR 391/13, 최신독일판례연구, 로앤비(www.lawnb.com), 2014.09, 1-9.
- 박희영, 유럽 공동체의 통신데이터의 보관에 관한 지침 DIRECTIVE 2006/24/EC,

- 인터넷법률, 법무부, 통권 제43호(2008. 7), 144-175.
- 박희영, 이유 없이 통신사실확인자료를 보관하는 것은 EU법에 위반된다, OVG Münster, Beschluss v. 22.06.2017, 13 B 238/17, 최신독일판례연구, 로앤비(www.lawnb.com), 2017.7, 1-5.
- 박희영, 일반적인 통신정보 보관의무는 EU법과 일치하지 않는다, 최신독일판례연구, 로앤비(www.lawnb.com), 2017.2, 1-5.
- 박희영, 제2차 통신정보보관법률에 대한 가처분 명령 신청 기각, BVerfG, Beschluss vom 08. Juli 2016 - 1 BvR 229/16, 최신독일판례연구, 로앤비(www.lawnb.com), 2016.10, 1-8.
- 박희영·홍성기, 휴대전화 위치과약과 통신의 비밀, 독일연방헌법재판소 판례연구 I, 정보기본권, 165-193, 한국학술정보(2010).
- 박희영·최호진·최성진, 사이버범죄협약 이행입법연구, 대검찰청, 연구용역 결과보고서, 2015(다운로드 : <http://www.prism.go.kr/>).
- 박희영, 유럽 공동체의 통신데이터의 보관에 관한 지침 DIRECTIVE 2006/24/EC, 인터넷법률, 법무부, 통권 제43호(2008. 7).
- 박희영, 경찰의 범죄 예방 및 수사 목적의 휴대전화 위치정보 파악의 허용과 그 한계, 경찰청 치안정책연구소, 책임연구보고서(2011).
- 오길영, 현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향, 언론과 법(제14권 제1호), 한국언론법학회(2015).
- 이원상, 형사사법에 있어 개인위치정보에 대한 고찰, 형사정책연구 제23권 제2호(통권 제90호, 2012·여름), 125.
- 정애령, 독일 통신데이터저장제도(Vorratsdatenspeicherung)의 비판적 고찰, - 유럽연합지침과 독일의 통신데이터저장제도 재도입 법률을 중심으로 -, 공법연구 제45집 제3호, 한국공법학회, 2017.2, 126.
- 조기영, 최근 주요 쟁점과 관련한 통비법 개정방향, - 휴대전화 감청, 패킷감청, 기지국수사, GPS위치정보 추적을 중심으로 -, 132.
- 차진아, 통신비밀보호법 제13조 제1항 및 제2항 등의 합헌성 여부에 대한 검토 - 현재 2012헌마191등 헌법소원심판청구 사건에 대한 검토를 중심으로 -, 법

조 2017.8(Vol.724), 247-255.

Bär, Wolfgang, Auskunftsanspruch über Telekommunikationsdaten nach den neuen §§ 100g, 100h StPO, MMR 2002, 358-264.

Bär, Wolfgang, BeckOK StPO/Bär, 28. Ed. 22.7.2017, StPO § 100g.

Bär, Wolfgang, Anmerkung zu BGH (BGH-Ermittlungsrichter), Beschluss vom 21.2.2001 - 2 BGs 42/2001, MMR 2001, 442.

Bernsmann, Klaus/Jansen, Kirstin, Anmerkung zu LG Aachen, StV 1999, 590.

Demko, Daniela, Die Erstellung von Bewegungsbildern mittels Mobiltelefon als neuartige strafprozessuale Observationsmaßnahme, NStZ 2004 Heft 2, 57-64.

Füllkrug Kriminalistik 1990, 349, 350.

Gercke, Björn, Bewegungsprofile anhand von Mobilfunkdaten im Strafverfahren, 2002, Duncker & Humblot.

Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl. 2001, § 100a Rdnr. 3;

Lampe, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 12 FAG Rdnr. 12.

Franz, Palm/Rudolf, Roy, Mailboxen: Staatliche Eingriffe und andere rechtliche Aspekte, NJW 1996, Heft 28, 1719-1797.

Kluszczewski, Diethelm, Das Auskunftsersuchen an die Post: die wohlfeile Dauerkontrolle von Fernmeldeanschlüssen, StV 1993, 382.

Ruhmannseder, Felix, Strafprozessuale Zulässigkeit von Standortermittlungen im Mobilfunkverkehr, JA 2007, Heft 11, 47-55.

Welp, Jürgen, Verbindungsdaten zur Reform des Auskunftsrechts (§§100g, 100h StPO), GA 2002, 535 (539).

Welp, Jürgen, Strafprozessuale Zugriffe auf Verbindungsdaten des Fernmeldeverkehrs, NStZ 1994, 209-215.

Wohlers, Wolfgang/Demko, Daniela, Der strafprozessuale Zugriff auf Verbindungsdaten (§§ 100g, 100h StPO), StV 2003, 241.

Wollweber, Harald, Verbindungsdaten der Telekommunikation im Visier der Strafverfolgungsbehörden, NJW 2002, 1554.

Regarding the permission of the real-time tracking of mobile  
phone location information of the Protection of  
Communications Secrets Act and its legislative proposal :  
Compared to Germany's traffic data collection\*

Min, Young-sung\*\*·Park, Hee-young\*\*\*

It is a question whether real-time tracking of mobile phone location information can be allowed under Article 13 of the Protection of Communications Secrets Act(Act No. 14071, Mar. 3, 2016)(PCSA). Criminal practice is considered to be possible. The Constitutional Court is dealing with this issue.

In order to solve this problem, this paper attempted a comparative study with German law. In the case of Germany, past, future and real-time location information was allowed by revising the relevant provisions several times. In particular, the current Criminal Procedure Act requires more stringent requirements for the collection of real - time location information. Through this series of legislative processes, it can be seen that allowing the collection of location information does not necessarily mean real-time collection of location information.

Article 13 has been prescribed since the enactment in 2001. With the revision in 2005, the location information of the mobile phone could be collected by adding the location tracking data of communication base station. However, the substantive requirements of Article 13 have not changed. The collection requirements and procedures of Article 13 remain in the legal situation in the early days of Germany.

---

\* This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government (NRF-2014S1A5A2A01012247).

\*\* Professor, School of Law, Pusan National University, PhD in Law.

\*\*\* Researcher, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Germany, PhD in Law.

This implies that the Constitutional problems raised at that time are still present.

Interpretation of this regulation does not seem to allow real-time tracking of mobile phones. This is because Article 13 of PCSA excludes §6 Abs. 7. This provision limits the duration of the communication surveillance to three months or less. Therefore, real-time tracking of location information currently being used in criminal practice should be prohibited because it is based on misinterpretation.

Therefore, new regulations are needed to collect real-time location information. Real-time collection of location information is an individual sensitive personal information, so higher requirements are needed. In the case of amendment of the provisions, it is necessary to consider the accession of the Council of Europe's Convention on Cybercrime. Article 20 of the Convention on Cybercrime stipulates the real-time collection of traffic data.

- ❖ Keyword: 2006/24/EC, Data Retention(Vorratsdatenspeicherung), traffic data (Verkehrsdaten, Communication Confirmation Data), location information(Standortdaten), cell site investigation(Funkzellenabfrage), Protection of Communications Secrets, information self-determination



## 현대 감시형 수사와 법적규율의 필요성 : 특히 GPS수사에 대한 독일의 입법론 분석을 중심으로

정지혜\*

### 국 | 문 | 요 | 약

수사는 기본적으로 인권 침해적 성격을 가지는 만큼 수사방법은 국민의 기본권침해와의 관계를 침해의 최소성을 고려하여 선택되어야 한다. 과학기술발전에 따른 새로운 수사방법의 도입은 필요하지만 수사방법의 적정성과 기본권의 침해 간의 균형을 고려한 방안 모색은 더욱 그 필요성이 요청된다.

기술수단을 이용한 감시수사는 정보취득 시에 대상자에게 직접적이고 물리적인 압력이 가해지지 않고 대상자와의 접촉을 수반하지 않고서도 취득된 데이터를 분석함으로써 새로운 데이터를 이끌어내 활용하는 것이 가능한 특징을 가지며 국민과 수사기관 양측의 부담을 경감시키는 범죄사실해명의 효율성을 증대시킨 방법이라 할 수 있다.

기술적 수단을 활용한 감시형 수사의 대표적 예인 GPS수사를 포함하여 앞으로도 과학기술의 발전을 도입한 혁신적인 방법이 도입 될 감시형 수사를 영두에 둘 때, 그때마다 개별 새로운 수사방법에 적합한 입법을 기다릴 것이 아니라 이를 포괄적으로 포섭할 수 있는 입법적 조치를 통해 규율하는 것이 필요하고 또 효과적일 것이다.

독일의 경우 기술적 수단을 이용한 감시수사에 대해 '강제처분, 임의처분' 등의 법적성격의 정의를 통해 규정하지 않고서도 '입법에 의한 규율로 대처해나가는 것이 가능'함을 보여준다. 즉 GPS수사와 같은 기술수단을 이용한 종합형 감시수사에 대해 '장기의 계속적 감시'와 '기술적 수단 도입'을 조합·재구성하여 이를 포괄적으로 파악할 수 있는 입법기술을 통해 감시형수사에 대처하고 있다. 이러한 독일의 입법적 대처방법은 앞으로 우리 수사실무에 도입되어 활용될 GPS수사를 위한 입법 설계에 있어 중요한 나침반적 역할을 하리라 기대된다.

본 논문에서는 현대 감시형 수사 중 특히 GPS수사에 관한 입법적 정비가 비교적 일찍 시작된 독일의 입법적 대처내용을 분석·검토함을 통해 시사를 얻고 우리 입법정비를 위한 방향성을 도출하고자 한다.

- ❖ 주제어 : GPS단말기 부착 수사, 강제처분법정주의, 영장주의, 감시형 수사, 개인정보 보호, 포괄적 입법

\* 히토츠바시대 박사, 부산대학교 법학연구소 전임연구원

## I. 들어가는 말

오늘날의 과학기술 발전에 따라 수사 실무에서는 정보 수집 및 기록의 용이해졌고 그 방법 또한 대규모적으로 정밀하고도 비밀리에 실시 가능해졌으며 수집된 정보의 이용으로 이어지는 등 종래의 수사방법과는 비교가 되지 않을 정도로 발전하였다. 형사절차에 있어 정보취득은 실제적 진실의 발견을 목적으로 하는 것으로서 이러한 수사의 방향성은 개인의 기본권(인격권, 개인정보보호 및 프라이버시권 등)과 대치적 관계에 있다 할 수 있다. 수사기관에 의한 기술적 수단을 활용한 개인정보의 종합적 수집, 누적 및 분석 즉 종합적형태의 수사(이른 바 감시형 수사)에 의해 개인정보보호와 관련한 감시 대상자의 권리제한 및 침해에 대한 문제의 심각성은 좌시할 수 없는 정도에 이르렀고 앞으로도 활용될 다양한 새로운 수사기법들을 고려할 때 새로운 수사기법의 채용과 기본권 침해의 양립이라는 문제는 사후적인 대처로는 미흡하고 사전적 규제로서 해결되어야 할 필요성이 요청된다.

과학기술의 발전과 더불어 범죄 수법 또한 다양한 방법으로 발전하고 있다. 이에 대응한 수사기술의 혁신적 발전 또한 놀라울 정도이나 수사절차가 기본적으로 권리 침해적 성질을 가지는 만큼 새로운 수사방법에 대한 상세규정이 입법화되기 전까지 실무에서 사용되기에는 난점이 있다. 그러나 관련 입법을 기다리는 동안 범죄 양상은 날로 발전함에도 불구하고 새로운 수사기법을 효율적으로 사용하지 못한 채 입법의 불비로 인한 대처부족 상태로 있는 것은 모순이며 크나큰 손실이라 하지 않을 수 없다. 기술적 수단을 활용한 감시형 수사의 대표적 예인 GPS수사를 포함하여 앞으로도 과학기술의 발전을 도입한 혁신적인 방법이 도입 될 감시형 수사를 염두에 둘 때, 그때마다 개별 새로운 수사방법에 적합한 입법을 기다릴 것이 아니라 이를 포괄적으로 포섭할 수 있는 입법적 조치를 통해 규율하는 것이 필요하고 또 효과적일 것이다.

본 논문에서 연구대상으로 삼은 독일에서는 2000년대부터 수사기관의 취득정보의 누적에 의한 종합적 감시를 둘러싼 논의가 이루어져왔고 종합적 감시를 둘러싼 논의의 기초에는 정보에 관한 권리의 존재가 기저에 깔려있다. 정보에 관한 권리에 관하여 1983년 12월 15일 판결(일명 국세조사판결)<sup>1)</sup>에서는 ‘정보자기결정권’(누구

든지 인격관련 정보의 이용에 대해 스스로 결정할 권리를 지닌다)이라는 개념이 승인·확립 되었다. 독일에서 정보를 둘러싼 권리침해와의 관계에서 문제된 것은 ‘기본법 1조 1항의 인간의 존엄보장’과 관련한 ‘기본법 2조 1항의 일반적 인격권 내지 인격의 자유로운 발전에 관한 권리의 보장’이며 국세조사 판결은 이러한 기본권의 중핵영역을 침해할 우려가 있는 것으로서 GPS기술을 이용한 감시수사와 관련하여 종합적 감시를 지적하였다. 판례의 견해를 따르면 기본권의 핵심영역은 단기적이고 일회적인 처분 뿐 아니라 ‘복수의 감시조치의 누적에 의한 종합적·포괄적 감시’에 의해서도 침해될 수 있다는 것이다. 이는 종합적 감시형 수사에 의한 기본권 침해의 심각성을 확인한 것이라 할 수 있다.

발전한 기술 수단의 도입으로 인해 저비용·고효율로 실시 가능해진 것이 그 특징인 현대 감시형 수사방법이 앞으로 도입, 활용될 가능성이 많은 가운데 그 도입을 앞두고 새로운 수사방법에 대한 법적문제 해결을 위해 선례가 누적된 다른 나라의 판례와 입법동향을 살펴보는 것은 시사하는 바가 클 것이다.

감시형 수사 중 특히 GPS단말기 부착을 통한(이하 GPS수사)가 독일, 미국, 일본 등에서 대표적으로 활용되고 있는 바 이와 관련한 판례의 검토 및 관련 입법내용 분석함은 우리 수사실무에도 도입 될 감시형 수사를 위한 입법정비를 위해 유용할 것이다.

본 논문에서는 현대 감시형 수사 중 특히 GPS수사에 관한 입법적 정비가 비교적 일찍 시작된 독일의 입법적 대처내용을 분석·검토함을 통해 시사를 얻고 우리 입법정비를 위한 방향성을 도출하고자 한다.

## II. GPS수사의 법적성격과 관련 판례

입법 정비에 앞서 선결되어야 할 것으로 GPS수사에 대한 법적성격 규명을 들 수 있다. GPS수사의 일반적인 수사방법과 구별되는 특징은, 이를 통해 취득되는 정보

1) BVerfGE 65, 1. (권리침해의 인정에 있어 중요한 것은 당해정보의 이용가능성에 있다 보고 정보취득의 목적에 문제의 중심이 있다고 보았다.)

의 스펙트럼이 이동한 모든 이동기록 및 범죄에 관계없는 위치정보 및 이동이력도 포함될 정도로 ‘광범위’하며, ‘정확’한 정보를 ‘용이’하게 취득할 수 있다는 것이다. 또한 자동적 성질에 의해 24시간 장기에 걸친 무인감시도 가능하고 컴퓨터에 의해 ‘자동적으로 보존 및 이용’이 가능하며 ‘정보 분석·활용력’ 또한 용이하다는 점도 들 수 있다. 따라서 그 성질상 공공장소 뿐 아니라 개인의 사생활이 강한 보호 받는 공간 및 사용자의 소재와 이동 상황 등 ‘개인의 행동에 대한 계속적, 총체적으로 파악’ 가능하여 ‘개인의 사생활을 심각하게 침해’할 수 있는 우려가 큰 점 역시 부정적 측면으로서의 특징이라 할 수 있다.

GPS수사와 관련하여 독일, 미국, 일본의 경우 이미 실무에서 활용되는 빈도가 높고 이와 관련한 판례도 축적되어 있다. GPS수사를 실무에서 활용하고 있는 주요국들의 최고재판소(우리 대법원에 상당) 판결을 살펴보면 대체적으로 수사의 강제처분성을 인정하였음을 확인할 수 있다(독일의 경우 조금 다른 접근방식을 취하고 있는 바 관련하여서는 후술).

## 1. GPS수사에 관한 미국 및 일본 최고재판소 판례

미국의 경우, Jones 사건에 대한 최고재판소 판결<sup>2)</sup>에서 법정의견은 ‘정부가 본건 차량에 대해 실시한 GPS발신 장치 장착 및 차량의 이동을 감시하기 위한 장치의 사용은 ‘수색’에 해당 한다’하였고, ‘장기간의 GPS감시와 같은 공공장소에 있어 사람의 이동을 정확하고도 포괄적으로 기록하는 것을 가능케 하는 기술을 이용할 경우 그 기록은 친족, 정치성, 직업성, 종교관, 성적취향 등의 인간관계에 관한 농후한 정보를 반영하게 되므로 이러한 정보를 보존, 이용할 수 있게 되면 이를 사람들이 예기하지 않는 한, 그러한 활동에 합의를 부여하지 않는 한 정부는 사람들의 프라이버시의 주관적 기대를 침해 한다’고 판시하였다. 미국의 경우 각 주별로 관련 법률이 입법되어 운용되고 있다.

일본의 경우, 하급심 판례에서 상반된 판결을 거듭해오다 올해 3월 최고재판소<sup>3)</sup>

2) United States v. Jones, 565 U.S. (2012), 132 S. Ct. 945 (2012)

3) 平成28年(あ)第442号, 平成29年 3月 15日 大法院判決

에서 ‘법원의 영장 없이 범죄 용의자 차량에 GPS 추적 장치를 부착하는 수사 기법은 위법’하며, ‘통상의 수사에서는 사전에 영장을 제시하여 가택 등을 수색하지만 GPS수사에서는 영장의 사전제시가 불가능한 점으로부터 새로운 입법조치가 이루어질 때까지 사실상 GPS를 이용한 수사를 인정할 수 없다’고 하여 영장 없이 피고인의 차량에 GPS를 부착해 위치를 추적한데 대해 ‘GPS 무단 부착 및 위치 추적은 프라이버시를 침해하는 것이므로 강제수사에 해당 한다’이라는 입장을 밝혔다. 최고재판소에서 GPS 수사 기법에 대해 위법 판단을 내린 것은 이번이 처음이며 이는 지금까지 GPS수사의 법적성격에 대한 판단이 임의처분 및 강제처분으로 나뉘어 온 하급심의 논의를 강제처분이라는 입장으로 정리하는 하나의 통일된 판단으로서 GPS수사의 법적성격에 대한 정의와 함께 일차적 판단권이 사법부가 아닌 입법부에 있다고 하여 입법촉구마저 권고한 이례적 판결이다.

## 2. GPS수사에 관한 독일 연방헌법재판소 판례

독일은 미국, 일본과는 조금 다른 방식의 접근법을 택하고 있다. 독일의 경우 GPS단말기 설치하는 명문규정상 요구하는 비례원칙을 준수하는 한 수사기관의 독자적인 판단에 의하여 실시할 수 있다는 점에서 (우리 형소법상 수사에 관한 구분에 맞추어 정의한다면) ‘임의처분’이라 할 수 있으며, 비례원칙을 준수하는 한 특정 근거조문 없이 실시할 수 있도록 규정되어 있다(관련한 법 규정에 대한 검토는 후술). 그러나 2005년 독일 연방대법원은 ‘GPS를 이용한 수사가 다른 감시수사와 함께 이루어짐으로 인해 종국적으로는 총체적, 포괄적인 피감시자에 대한 인격분석이 가능하게 된다면 이러한 침해는 피감시자의 인격권을 침해할 수도 있다’고 판시<sup>4)</sup>하여 GPS수사가 다른 수사와 결합하여 이루어질 경우의 ‘강제처분’적 성격으로 인한 기본권 침해성을 인정하였다. 이는 미국과 일본의 경우 판사의 영장이라는 사전규제가 필요한 강제처분이라는 법적성격 규명을 통해 접근하고 있으나, 독일은 기술적 수단을 이용한 감시수사에 대해 ‘강제처분이다, 임의처분이다’ 라는 등의 법적성격의 정의를 통해 규정하지 않고서도 ‘입법에 의한 규율로 대처해나가는 것이 가능’함

4) BVerfGE 112, 304.

을 보여주는 것이라 할 수 있다.

또한 독일은 GPS수사와 같은 기술수단을 이용한 종합형 감시수사에 대해 ‘장기의 계속적 감시’와 ‘기술적 수단 도입’이라는 항목을 구분하여 두고 각 수사방법에 맞게 조합·재구성하여 이를 포괄적으로 파악할 수 있는 입법기술방식을 택하고 있다(복수규정을 조합하여 종합적 감시형 수사에 관한 일반적인 제 규정을 규정. 관련하여 이하 후술). 이러한 독일의 입법적 대처방법은 앞으로 우리 수사실무에 도입되어 활용될 GPS수사를 위한 입법 설계에 있어 중요한 나침반적 역할을 하리라 기대된다 하겠다. 독일은 본 논문의 연구대상인 바 좀 더 상세히 관련 판례를 살펴보면 다음과 같다.

### 가. 사안의 경과

본 사건은 청구인에 대해 경찰이 감시수사 중 ‘GPS단말기를 사용한 것’과 이를 통해 ‘취득한 내용의 증거로서의 사용’에 대하여 독 형소법 제100c조 제1항 제1호 b가 기본권 내용에 부합하지 않음을 이유로 제기된 헌법소원이다. 반제국주의그룹의 일원인 피고인이 RAF(적군파)에 의해 이미 버려진 무기에 의해 투쟁전략에 이어 4건의 폭파사건을 발생시킨 바 그 수사의 일환으로 피고인이 종종 탑승한 공범자 소유의 차량에 1995년 12월 연방검찰총장의 명령으로 공동피고인의 차량에 GPS장치를 부착하여 약 3개월간 GPS단말기를 통한 감시가 지속되었고 차량의 이동, 위치정보 및 시간에 이르는 포괄적인 정보가 수집되었다. 이에 대하여 청구인이 GPS단말기를 통한 감시는 법원의 명령 없이 이루어진 수사절차인 것과 이로 인해 취득한 정보사용 부정을 이유로 고등법원에 이의제기 하였으나 받아들여지지 않았고 GPS수사로 취득한 내용은 증거로 사용되었다. 이에 청구인은 연방대법원에 상고를 제기 하였으나 기각<sup>5)</sup>되었다.

5) 박희영, GPS에 의한 위치추적의 합헌성 여부, 법제 29면. 법제처, 2012년

## 나. 판결 요지

연방대법원은 ‘입법자의 형소법 제100c조 제1항 제1호의 “그 밖의 기술적 수단” 개념 도입취지는, 기술적 발전 개념을 도입함과 동시에 본 규정의 제정 시에는 기소를 위해 아직 사용되지 못한 새로운 시스템 설치에도 적용 가능할 수 있도록 하기 위함이다’고 하였다. 또한 ‘GPS수사방법을 사용하기 위한 법률적 요건과 관련하여 청구인에 대하여 일반적으로 다른 감시조치를 이용할 수 없었고 감시 대상은 중대한 범죄였다는 점은 구체적인 사례에서도 충족되었다’고 하였다. 그러나 ‘GPS를 이용한 수사가 다른 감시수사와 함께 이루어져 종국적으로는 포괄적인 피감시자의 인격분석이 가능하게 한다면 이러한 침해는 피감시자의 인격권을 침해할 수도 있다’고 판시<sup>6)</sup>하였다.

## 다. 판결의 내용 및 의의

연방대법원의 판결내용을 세부적으로 나누어 정리하여 보면 다음과 같다.

첫째, ‘기술적 수단에 의한 비밀 감시’를 규정하고 있는 형사소송법 제100c조 제1항 제1호 b는 GPS단말기 장착으로 실시되는 증거‘수집’과 이후 이러한 증거의 ‘사용’을 위한 수권근거로서 헌법상의 요청을 충족<sup>7)</sup>한다고 하였다. 즉 연방대법원은 판시에서 본 사건의 기술적 감시수단을 이용한 수사방법이 기본법 제2조 1항 및 제1조 1항이 보장하는 일반적 인격권 침해와 관련하여 볼 때 그 규모와 정도에 있어

6) BVerfGE 112, 581.

7) 본 판시와 관련한 규정인 독 형소법 제100c조 제1항 제1호 b(이 규정은 2007년 ‘전기통신 감청법’에 의해서 개정 후 현행 형사소송법 제100h조 제1항 제2호-BGBI 1 2007, p.3198.)의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

제1항, 사실관계의 조사나 행위자의 소재지 수사가 다른 방법으로는 그 성과를 기대하기 어렵거나 곤란하다고 인정되는 때에 당사자 모르게 수사가 허용된다. 수사대상이 중대한 범죄인 경우 사실관계의 조사 또는 범죄자의 소재지 수사를 위하여 감시목적으로 특별히 지정된 기타 기술적 수단을 이용할 수 있다.

제2항, 이 수사 처분은 피의자에 대해서만 허용된다. 피의자 이외의 자가 범죄행위자와 관계가 있거나 또는 사실관계의 조사나 범죄행위자의 소재지 수사를 용이하게 하는 관계가 있다는 가정이 일정 사실을 근거로 가능하고, 이들 조사나 수사가 다른 방식으로는 그 성과를 기대할 수 없고 본질적으로 곤란하다고 인정되는 경우에만 피의자 이외의 자에 대하여도 이러한 처분을 명할 수 있다.

제3항, 제3자가 불가피하게 관계되는 경우에도 이러한 처분을 수행할 수 있다.

사적 생활의 불가침적영역에 핵심에 도달하지는 않는다고 하며 형사소송법 100조c 제 1항 제1호 b규정이 헌법상 요청을 충족하고 있다고 한 것이다.

둘째, 특히 당사자 ‘몰래’ 실시되는 현대적 수사방법들을 투입하는 경우, 형사소 추기관은 ‘추가적인’ 기본권침해에 내재하는 잠재적 위험을 고려하여 절차에 대한 특별한 요청을 준수하여야 한다고 하였다. 즉 일반적인 강제처분에서의 사전영장제시 등의 절차와 달리 비밀리에 실시되는 감시수사의 경우 법률에 절차규정이 미리 규정되어 있어야 한다고 한 것이다.

셋째, 급속한 정보기술의 발전과 이와 관련한 기본권의 신속한 보호를 위해, 입법자는 기술적인 발전을 주의 깊게 관찰하고 필요한 경우 보충적인 입법을 통하여 수정하도록 대처하여야 한다고 하였다.

이와 같은 내용의 연방대법원의 판결 이후, 독일에서는 형소법 제163f조 제4항에서 ‘1개월 이상 지속되는 감시’의 경우 판사의 명령권을 신설하는 입법조치<sup>8)</sup>가 이루어 졌다. 이렇듯 독일 연방헌법재판소 판결은 현대 감시형 수사의 대표적 예인 GPS수사에 대해 적용할 수 있는 형소법상의 규정을 다루고 있기에 우리에게 시사하는 바가 크다.

### 3. GPS수사의 법적성격에 대하여

개인적 견해로는 GPS수사는 그 특징상 ‘강제처분’적 성격이 강하고 우리 법제상의 틀에 끼워볼 때 헌법상의 기본권과 형소법상의 영장주의가 철저히 지켜지는 범위 내에서 활용되어야 한다고 생각된다. 따라서 기존의 형소법과 특별법과의 관계속 재규율 또는 새로운 입법을 통해 대처함이 요청되지만, 독일과 같은 포괄적 입법 방식, 조합형 입법방식 또한 장기적으로 여러 새로운 수사기법이 도입될 경우의 유연한 대처를 고려할 때 유용하다고 사료된다.

이하 판례 이후의 개정 입법을 포함하여 감시수사와 관련한 독일의 입법내용을 분석·검토하고자 한다.

8) BGHSt 46, 266. ; BVerfGE 112, 304.

### Ⅲ. 독일의 입법내용 및 그 특징

독일에서는 GPS단말기 등의 기술적 수단을 이용한 감시형 수사 및 원격통신감청 등의 개별 수사방법에 대해 상세 규정이 입법화되어 있다. 그 중에서도 특히 동일인을 대상으로 하여 복수의 수사방법이 누적적으로 사용됨으로 인하여 발생하는 종합적 감시의 문제성에 대한 고찰과 입법적 준비가 잘 이루어져 있다. 종합적 감시는 정보의 취득, 축적 및 보관, 처리 및 가공, 사후이용이라는 일련의 과정을 거쳐 실현되는 것으로 이러한 종합적 감시에 대한 검토 시에는 감시의 각 단계에서 어떠한 처분이 존재하는지를 확인할 필요가 있다. 독 형소법에는 종합적 감시, 정보취득처분의 누적이라는 문제와의 관계에서 장기적 감시에 대한 형소법 100조 h, 163조 f 등의 대표적 규정이 존재하는 바 이하 항목을 정하여 구체적으로 검토하도록 하겠다.

#### 1. 독일 형소법 상 감시수사 법규<sup>9)</sup>의 특징

독일도 우리와 마찬가지로 수사절차의 주재자는 검사이며 검사는 공소제기판단을 위해 자신의 수사 또는 경찰의 수사에 의해 사안을 해명하는 권한을 부여받는다(독 형소법 160조 1항, 161조, 163조). 검사는 일반적인 수사권한(161조)에 의해 비교적 중대하지 않은 권리의 침해를 수반하는 처분을 할 수 있으며, 검사 및 경찰은 이 일반적인 수사권한 행사에 대해 비례원칙과 과잉금지원칙 및 제 규정의 범위 내에서 구체적인 처분의 선택 및 진행방법을 선택할 수 있다. 그러나 검사와 경찰이 그 재량으로 상시 수사 가능한 것은 아니다. 즉 대상자의 동의를 얻지 않은 경우 대상자의 기본권{인신의 자유(독일 기본법 2조 1항), 통신의 비밀(기본법 10조), 직업의 자유(기본법 12조 1항), 주거의 불가침(기본법 13조 1항), 소유권(기본법 14조 1항), 일반적 인격권(기본법 1조 1항)}을 침해할 수 있는 강제처분은 명문의 근거 규정 요건 및 절차에 의하지 않고는 실시할 수 없도록 되어 있다.

독 형소법 상 기본권을 침해하는 상기의 강제처분으로는 ①구류(독 형소법 112조 이하), ②압수·수색(동법 94조 이하)<sup>10)</sup>과 ③감시목적의 수사가 있으며 이들 강

9) Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., §161 Rn. 7, §163 Rn. 47.

제처분에 대해서는 법정요건 및 절차 즉 법률유보원칙과 비례원칙에 의한 통제가 이루어진다. 판사의 명령도 강제처분을 통제하는 방법으로 고려될 수 있으나 모든 강제처분에 대하여 요구되는 것은 아니다. 또한 일정한 강제처분에 대해서는 ‘긴급한 경우에는’ 검사에게도 명령 권한이 인정된다.

본 논문과 관련한 ③감시목적 수사에 대해 독 형소법은 첫째, 기술적 수단을 이용한 감시수사와 둘째, 장기간 감시목적의 수사로 그 내용에 따라 구분하면서 요건과 절차를 규정하고 있다(기술적 수단을 사용하지 않은 단기간의 감시수사에 대해서는 독 형소법 161조와 163조가 근거규정이 된다<sup>11)</sup>).

이하 이 두 가지 수사유형을 중심으로 독일 입법 내용을 검토하고자 한다.

## 가. 기술적 수단을 이용한 감시수사

### 1) 도입 배경

100조 h 규정 및 101조 등의 도입은 연방헌법재판소 1983년 12월 15일 판결(국세조사판결)에 의해 승인된 ‘정보자기결정권’<sup>12)</sup>을 배경으로 한다. 연방헌법재판소는 ‘개인에게는 자신에 관련된 정보가 무제한적으로 수집·축적되고 사용되어 제3자에게 전달되는 것에 대해 기본법상 보장되는 일반적 인격권에 근거한 보호가 인정되고, 이 권리는 정보자기결정권 즉 스스로 개인정보의 제공 및 이용의 방법을 원칙적으로 자신이 결정할 지위를 보장 한다’고 판시하였다. 따라서 ‘정보자기결정권을 제약하기 위해서는 첫째, 이에 우월 하는 일반적 이익이 존재하여야 하고 둘째, 헌법에 적합한 명확한 내용의 법률규정이 있어야 하고 셋째, 입법자에게는 비례원칙의 준수가 요구되고 넷째, 인격권 침해의 우려에 대처하기 위한 조직적이고 절차적인 대책이 마련되어 있어야 한다’고 하였다. 이 판결을 통해 정보자기결정권이란 ‘언제 어떠한 한도에서 개인적인 생활상황을 명백히 할 것인가를 원칙적으로 자기

10) BT-Drs.14/1484, S.17. (압수 수색 등의 개별처분의 실시에 대한 규정 및 검사 또는 경찰이 목적달성을 위해 필요한 조치를 취할 수 있는 근거규정으로 독 형소법 161조 및 163조의 명문 규정을 두고 있으며 이 조문은 명문의 근거규정 없는 처분의 실시에 대해 수사기관이 일반적으로 수권하는 취지의 규정으로서 위치한다)

11) 滝沢誠, 捜査における位置情報の取得, 刑事法ジャーナル48号, 41면, 2016

12) Däubler / Klebe / Wedde / Weichert, Bundesdatenschutzgesetz, 4 Aufl, 2014, Einl. Rn.17.

가 결정 한다’는 권리이며 현대 고도정보사회에서 개인이 자기결정권을 행사하기 위한 전제조건으로서 위치함이 확인하였다.

그러나 정보자기결정권도 무제한으로 보장되는 것은 아니고 이에 우위 하는 공공의 이익이 있는 경우에는 제한이 허용된다고 하였다. 이러한 제한 허용성에 대한 심사기준<sup>13)</sup>으로는 첫째, 정보를 수집하는 목적이 우월한 공익을 추구하는 것인지의 목적추구의 기준과, 둘째 규범의 명확성과 거기에서 파생되는 정보의 목적외이용을 예방하기 위한 목적구속의 기준, 셋째 정보수집행위가 비례원칙에 적합하고 거기서 발생하는 절차적인 예방조치가 취해졌는지의 비례원칙의 기준이 설정되어 있다.

이 판결로 이후로 1992년 형소법이 개정(‘형소법 상의 처분에 의해 취득된 개인 정보의 처리 및 이용’에 관한 규정이 규정됨)되었고 형소법 상 처분을 통해 얻어진 개인정보의 처리 및 사용에 관한 규정이 마련되어 정보 ‘취득’을 위한 처분뿐 아니라 취득된 정보의 ‘이용방법’에 대해서도 명문의 규정을 두게 되었다. 또한 일반적 인격권에 대한 중대한 제약을 수반하는 기술적 수단을 이용한 감시수사에 대한 개인정보보호를 위한 요청은 이 판결 이후 더욱 강해지게 되었다.

## 2) 관련 판례에서 확인할 수 있는 GPS수사로 인하여 침해되는 권리

연방통상재판소 2001년 1월 12일 GPS수사의 헌법상 허용성 판단<sup>14)</sup>에 있어 ‘주거의 불가침(기본법 13조)을 침해하지 않고, 기본법 1조 1항 및 2조 1항에 의해 보호되는 사적영역의 불가침의 핵심영역 및 정보자기결정권에 저촉되는 것도 아니라’고 판시<sup>15)</sup>하였다. 게다가 동 사건에 대한 헌법항고에 대해 연방헌법재판소 2005년 4월 12일 판결은 ‘감시기기의 사용에 의해 일반적 인격권(기본법 1조 1항과 2조 1항)에 대한 침해가 발생하지만 이는 그 양과 정도에 있어 사적생활의 불가침의 핵심영역에 통상적으로 도달할 정도는 아니다’라고 판시<sup>16)</sup>하였다. 또한 ‘감시가 계속되

13) BVerfGE 65, 1.

14) 연방통상재판소는 ‘GPS수사가 개별적으로 검토하면 자체 허용 될 감시방법과 조합하여 실시되는 것으로 인하여 포괄적인 개인의 프로파일 작성이라는 결과를 초래하는 인격의 포괄적인 감시를 불러 일으킬 경우 대상자에 대한 침해의 총체 및 총량은 대상자의 일반적 인격권과 경우에 따라서는 정보자기결정권을 위협하게 침해하여 그 결과 비례원칙에 위반할 수 있다’고 판시하였다.

15) BT-Drs.12/989, S.38

고 시·공간적 구분 없이 장기적이고 포괄적인 경우에는 대상자의 모든 행동과 생활상이 기록되고 그것이 대상자의 포괄적인 인물상을 구축하기 위한 기초가 됨으로서 그 자체에 의해 대상자의 인격의 존엄성이 침해 된다'고도 판시<sup>17)</sup>하였다.

위 판결들을 검토해볼 때 독일에서 GPS수사는 사적영역을 침해하는 것이 아니라 소위 '일반적 인격권을 침해하는 처분'으로서 위치하고 있음을 확인할 수 있다.

### 3) 독 형소법 제 100조 h 등에 대한 입법내용 분석

#### 가) 기술적 수단을 이용한 감시수사

기술수단을 이용한 비밀·감시목적의 수사에 대한 근거규정으로 100조 a 이하{통신감청(100조a), 실내 대화 감청(100조c), 옥외대화 감청 (100조 f)}, 통신데이터의 수집(100조 g)그 외 수단으로 사진촬영 및 감시를 위한 기술적 수단 사용(100조 h<sup>18)</sup>), 대상자의 소재탐지를 위한 휴대전화의 위치정보취득 100조 i등이 명문으로 규정되어 있다. 이와 같은 처분들은 기본권에 대한 중대한 제약을 수반하기 때문에

16) BVerfGE 112, 304. (연방헌법재판소는 '기본법에 의하여 어떠한 경우에도 허용되지 않는 '포괄적 감시' -중략- 은 개별 법적 규정이 없어도 일반적인 절차보장에 의해 원칙적으로 금지된다. 게다가 그대적인 특히 대상자에게 비밀 수사 방법을 사용할 때에는 '부수적인 기본권 개입을 초래할 위험성'을 고려하여 처분을 명한 검사에 대해 모든 침해행위에 대해 알릴 것, 당해 처분 기록의 기재, 중앙검찰청기록부를 활용하여 복수의 검사가 같은 피의자에 대해 모르는 사이 중복하여 권리침해를 하지 않도록 하는 것이 중요'하다고 판시하였다)

17) BVerfGE 109, 279.

18) 독 형소법 제 100조 h

제1항 그 외 방법으로는 사안의 해명 또는 피의자의 거소탐지에 대하여 성공할 가능성이 없거나 곤란한 경우에는 대상자에게 알리지 않고 가옥 밖에서 다음의 처분을 할 수 있다.

제1호 화상을 촬영하는 것

제2호 그 외에 특히 감시를 목적으로 하는 기술적 수단을 이용하는 것

제1문 제2호의 처분은 수사의 대상이 중대한 범죄일 경우에 한하여 실시될 수 있다

제2항 당해 처분은 피의자에 대해서만 실시된다. 그 외의 자를 대상으로 하는 처분은 이하의 경우에 한하여 허용된다.

제1호 제 1항 제1호의 처분은 그 외 방법으로는 사안의 해명 또는 피의자의 거소탐지에 대해 성공할 가능성이 없거나 곤란한 경우 또는 실질적으로 곤란한 경우

제2호 제 1항 제2호의 처분은 대상자가 피의자와 관계가 있거나 처분이 사안의 해명 또는 피의자 거소 탐지와 관련되고 그것이 다른 방법으로는 성공할 가능성이 없거나 실질적으로 곤란하다는 관계가 성립함이 특정 사실에 기초하여 인정될 경우

제3항 제3자가 피할 수 없는 형태로 대상에 포함되는 경우에는 처분을 실시함이 허용된다.

개별적 근거규정이 규정되어있는 것으로 일반적 수권규정의 범위 내에서는 허용될 수 없다.

본 논문과 관련한 GPS에 의한 감시수사는 100조 h 제 1항 제 2호의 ‘그 외 기술적 수단’에 의한 것으로 허용된다고 할 수 있다. 100조 h의 내용을 요약하면 ‘보충성 요건, 목적, 범죄의 한정’이며 GPS수사 자체는 통상적으로 사적영역을 침해하는 것이 아닌 것으로 규정하고 있다고 볼 수 있다. 좀 더 세밀히 분석하면 다음과 같다.

① ‘감시를 목적으로 하는 사진촬영이 외의 기술적 수단 즉 촬영이외의 감시기기’에 대해 그 사용을 규율하는 내용이 규정되어 있다. ‘가옥 밖에서’의 경우만 기술적 수단을 이용한 감시수사를 허용하는 100조 h에 의해 GPS수사가 허용되는 것도 이를 전제로 한 것이라 할 수 있다.

② 특히 옥외에서 GPS이용한 감시수사는 100조 h 제1항의 보충성 요건을 충족함에 덧붙여 1항 2호의 감시만을 목적으로 하고 중대한 범죄를 대상으로 하는 경우에 한하여 실시하는 것이 허용되는 것으로 규정되어 있다.

③ ‘중대한 범죄’의 요건은 구체적인 범죄유형이 규정되어있는 것이 아닌 상대적으로 불명확한 상태로 규정되어 있다. 통설<sup>19)</sup>적 견해는 이 요건에 의해 정미한 범죄는 제외되지만 그 외의 범죄는 대상이 될 수 있다고 보고 있다.

④ 또한 100조 h 제2항은 옥외에서 GPS에 의한 감시수사를 제3자에 대해 실시할 경우(2호)에 대해 ‘제 1항 제2호의 처분은 대상자가 피의자와 관계가 있거나 처분이 사안의 해명 또는 피의자 거소 탐지와 관련되고 그것이 다른 방법으로는 성공할 가능성이 없거나 실질적으로 곤란하다는 관계가 성립함이 특정 사실에 기초하여 인정되지 않으면 안 된다’고 규정하여 피의자의 경우에 비해 제3자에 대한 실시요건이 엄격하게 설정되어 있다.

#### 나) 정보 취득 ‘후’ 그 ‘사용 및 취급’에 관한 규정

독 형소법상의 수사처분에 의해 취득된 정보의 처리 및 이용에 관한 규정으로서 101조, 477조의 2항등의 규정이 있다. 특히 GPS수사가 비밀리에 실시되는 특성에서 독 형소법에는 이와 관련하여 사후적인 법적청취권(고지, 청취의 기회)의 보장

19) Meyer-Gofßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl, §100h Rn. 3.

과 사후적인 법적 보호를 보장하기 위해 101조와 같은 처분의 통지, 정보의 이용 및 소거에 관한 규정이 규정되어 있다. GPS등을 이용한 감시수사에 의해 취득된 정보에 대해서는 101조<sup>20)</sup>가 적용되는데,

첫째, 101조 (통지 의무 등)를 살펴보면,

20) 독 형소법 제 101조

제1항 98조a, 99조, 100조에서 100조i, 100조a, 163조d에서 163조f에 근거하여 실시되는 처분에 대해서는 다른 규정이 없는 한 이하의 규정이 적용된다.

제2항 100조c, 100조f, 100조h 제1항 제2호 및 110조a의 처분에 관한 결정 및 그 외 자료는 검사에 의해 보관된다. 이들은 제 5항에 의한 통지의 요건을 충족할 경우에는 기록에 편철된다.

제3항 제1항의 규정에 근거한 처분에 의해 취득된 개인관련 데이터에는 대응하는 식별정보를 부가하지 않으면 안 된다. 다른 기관에 전달된 후 식별정보는 유지된다.

제4항 제 1항에서 열거하는 규정에 근거한 처분은 이하에서 열거하는 자에게 통지하지 않으면 안 된다.

제 7호 100조h의 처분에 대해서는 처분의 목적이 된 자 및 처분의 대상에 포함된 자였던 중요한 자

제11호 163조의 처분에 대해서는 처분의 목적이 된 자 및 처분의 대상에 포함된 자였던 중요한 자

통지할 때에는 제 7항에 근거하여 사후적인 법적 보호를 구할 수 있고 보호요청을 위해 규정된 기간을 전달하지 않으면 안 된다.

제5항 수사의 목적, 개인의 생명, 신체의 불가침 및 인신의 자유, 중요한 재산적 가치, 110조a의 경우는 비밀수사관의 활동을 계속을 위협하게 함 없이 통지가 가능하게 된 경우에는 즉시 통지하여야 한다. 본 항 제1문에 의해 통지가 행하여지지 않은 경우에는 그 이유는 기록에 기재하여야 한다.

제6항 5항에 의해 행하여지지 않은 통지가 처분의 종료 후 12주 이내에 행하여지지 않은 때에는 그 후의 통지의 불이행에 대해서는 재판소의 승인을 받지 않으면 안 된다. 재판소는 통지의 불이행 기간을 규정하여야 한다. 통지에 관한 요건이 장애에도 거의 확실히 충족되지 않을 것으로 사료될 때에는 최후까지 통지를 행하지 않음에 동의할 수 있다. 밀접한 시기적 관련에 있어 복수의 처분이 실시되는 때에는 1항에 열거한 기간은 최후의 처분의 종료로 개시된다.

제7항 제6항에 의한 재판소의 판단은 당해 처분의 명령관할권을 가지는 재판서가 이를 행하고 그 외의 경우는 관할권을 가지는 검사에 대신하여 재판소가 이를 행한다. 4항 1문에서 열거하는 자는 제1문에 의해 관할권을 가지는 재판소에서 처분의 종료 후에도 2주간 이내에 처분의 적부 및 처분의 집행수단, 방법의 심리를 신청할 수 있다. 판단에 대해서는 즉시 항고할 수 있다. 공소가 제기되고 피고인에게 통지된 때에는 사건이 계속되는 재판소는 비공개절차에서 신청에 대해 판단한다.

제8항 처분에 의해 취득된 개인관련 데이터는 형사소추 또는 재판소에서 처분의 적부심리에 필요한 경우가 아닌 때에는 지체 없이 소거되지 않으면 안 된다. 당해 소거는 기록에 기재되어야 한다. 재판소에서 처분의 적부에 관한 심리가 있을지도 모른다는 이유만으로 소거되지 않을 때에는 데이터는 관계자의 동의 없이 상기의 목적에 한하여 이용하는 것이 허용된다. 이에 준하여 당해 데이터의 이용을 제한할 수 있다.

① 비밀수사에 관한 기록을 보관하여야 하며(2항), ② 식별부호를 표시하여야 하고(3항), ③ 처분관계자에게 처분의 실시에 대해 통지(4항)하여야 하는 등의 의무가 부여되어 있다(5,6항 일정한 경우에는 통지를 하지 않거나 그 유예가 인정됨). ④ 또한 처분의 적법성을 다투기 위한 특별절차인 사후적 법적보호(7항)를 규정하고 불필요하게 된 데이터의 삭제(8항)를 의무지우고 있다. 이러한 규정들은 획득한 목적과 다른 목적으로의 데이터사용을 제한하는 측면이 있다고 할 수 있다.

둘째, 477조 2항 2문(타목적에의 전용)<sup>21)</sup>은 형사절차상의 처분에 의해 취득된 개인정보를 다른 사건에서 이용하는 경우에 대해 규정하고 있다.

또한 GPS수사는 다른 비밀수사와의 조합에 의해 헌법으로 금지되어 있는 ‘포괄적 감시’가 이루어질 수 있는 위험성이 지적되는 만큼 이러한 위험성에 대해 구체적으로 어떠한 대처가 이루어져야 되는지에 대해 독 형소법 163조가 별도로 규정되어 있는 바 이는 항을 바꾸어 구체적으로 검토하도록 하겠다.

#### 나. 독 형소법 제 163조 f(장기간의 감시수사)에 대한 입법내용 분석

##### 1) 입법 내용 및 요건

독 형소법에는 기술수단을 이용한 비밀·감시목적의 수사와 관련하여 100조a, 100조b, 100조f1항, 100조f2항, 100조g, 100조h, 110조a이하의 규정이 있다. 주목할 점은 대상자에 대해 실시되는 감시가 기술적 수단을 이용하지 않은 경우라 할지라도 (기술적 수단을 이용하는지 여부에 관계없이) 일정기간 이상의 비교적 장기에 걸쳐 이루어질 경우에는 수사에 관한 일반규정(160조, 163조)이 아니라 163조 f(장기적 감시)<sup>22)</sup>가 적용된다는 것이다.

21) 독 형소법 477조 2항 2문 (이 법률에 근거하여 일정 범죄혐의의 존재를 전제로 한 처분이 허용된 경우 그 처분에 의해 얻어진 개인정보는 처분을 받은 자의 동의가 없어도 당해 처분이 본법에 의해 다른 형사절차의 대상이 된 행위의 해명을 목적인 경우에 한해 다른 형사절차에 있어서의 증명을 목적으로 사용할 수 있다)

22) 독 형소법 163조 f

제1항 중대한 범죄가 발생한 것에 대하여 충분한 사실상 근거가 존재할 때에는

제1호 24시간을 초과하여 계속 한다 또는

제2호 2일을 초과하여 실시한다.

계획적인 감시를 실시할 수 있다(장기 감시). 당해 처분은 그 외의 방법에 의해서는 사안을

163조 f는 상기의 2005년 연방헌법재판소 판결 이후, 2007년 개정 형소법에서 도입되어 신설된 조항<sup>23)</sup>으로 1개월 이상 지속되는 장기감시의 경우 판사의 명령을 필요로 한다. 이는 기술적 수단의 이용에 의한 수사수법 누적에 의한 문제가 제기되고 관련 판례들에서 그 침해의 위험성이 확인되면서 입법으로 귀결된 것으로 볼 수 있다. 163조 f의 내용을 살펴보면,

① 수사 시의 감시기기 사용은 법원의 명령을 요하지 않고 수사기관만의 판단으로 실시할 수 있으나(1999년 개정법에 의한 창설 당시에는 검사의 명령에 의해 실시되는 것도 가능), 장기감시의 경우(감시가 ‘24시간을 넘어 계속’되거나 ‘2일 이상의 장기에 걸쳐’ 이어지는 경우)에는 기기사용 유무에 관계없이 163조 f의 요건을 충족할 필요가 있으며 이 경우에는 법원의 명령(2007년 개정으로 판사 명령조건 부가하였으나, 긴급할 경우에는 조건부로 검사 등에 의한 명령도 가능)이 필요하도록 설정하였다

② 또한 100조 b 제1항 4문 및 5문의 준용에 의해 장기감시는 3개월로 제한되고 그 후에 얻어진 수사결과를 고려하여 명령의 요건이 유지되는 한 3개월의 연장이 가능하도록 되어 있다.

③ 장기감시의 요건으로 피의자에 대해서는 ‘중대한 범죄’와 보충성 요건이 규정되어 있고, 피의자 이외의 자에 대해서는 ‘중대한 범죄’와 엄격한 보충성 요건(‘대상자가 피의자와 관계를 가지는 자일 것, 처분이 사안의 해명 및 피의자의 거소 탐지와 관련되고 그것이 다른 방법에 의해서는 성공할 가능성이 낮거나 실질적으로 곤란한 경우임이 특정사실에 근거하여 인정될 경우에 한하여’)이 규정되어 있다. 이는

---

해명하고 피의자의 거소를 탐지하는 것에 의해 성공할 가능성이 상당히 낮거나 실질적으로 곤란할 경우에만 명할 수 있다. 그 외의 자를 대상으로 하는 경우에는 대상자가 피의자와 관계를 가지는 자일 것, 처분이 사안의 해명 및 피의자의 거소 탐지와 관련되고 그것이 다른 방법에 의해서는 성공할 가능성이 낮거나 실질적으로 곤란한 경우임이 특정사실에 근거하여 인정될 경우에 한하여 명할 수 있다.

제2항 제3자가 피할 수 없는 형태로 대상에 포함되는 경우에는 처분을 실시함이 허용된다.

제3항 당해 처분을 명하는 권한은 재판소에만 속하며 긴급을 요하는 경우에는 검사 및 그 보조관(재판소구성법 152조)에게도 그 권한이 인정된다. 검사 또는 그 보조관에 의한 명령은 평일 3일 이내에 재판소에 의해 확인되지 않는 경우에는 그 효력을 잃는다. 100조 b제1항 4문 및 제5문, 제2항 제1문을 준용한다.

23) BT-Drs. 16/5846, S.65f.

100조 h 제 1항 2호의 기술적 수단을 이용한 경우와 비교하여 볼 때, 더욱 엄격한 보충성 요건을 설정한 것으로 보인다.

## 2) 법적 성격 및 특징

163조 f조에 의한 장기감시는 수사대상이 ‘중대한 범죄로 한정’되는 점에서 감시기 사용과 공통되나 감시기기를 사용하는 경우보다 보충성 요건이 가중(163조 f 제 1항 제3문 : 그 범죄에 대해 충분한 사실적 단서가 있어야 하는 필요한 혐의의 정도에 대한 요건이 가중되어 있음)되어 있는 점에서 특징을 찾을 수 있다. 감시기간의 장·단기와 상관없이 ‘감시기기를 사용하는 그 자체’를 위한 요건이 촬영에 비해 가중되어 있으며, 이는 감시기기 사용에 수반되어 발생하는 권리침해가 촬영에 비해 무겁다는 평가가 반영<sup>24)</sup>되어 있기 때문이다.

이처럼 163조 f조의 판사의 명령을 요하는 규정은 정보자기결정권의 상당한 침해, GPS수사 등의 추적 및 다른 비밀수사와의 조합에 의한 포괄적 감시에 이르지 않기 위한 예방적인 절차보장이라는 성격을 가지고 있으며 장기감시는 종국적으로는 포괄적 감시에 이르기 쉽다는 점에서 판사의 명령이라는 사전규제를 규정한 것이라 분석할 수 있다.

## 2. 독일의 형소법 상 GPS 수사에 대한 입법 유형 검토 및 분석

전술한 각 수사처분을 다시금 유형별로 정리하면 다음의 단기감시, 기술적 수단을 이용한 단기감시(단기 GPS수사), (기술적 수단 유무 관계없이)장기감시(장기 GPS수사)로 나눌 수 있다.

### 가. 단기감시

단기감시의 경우 그 근거규정은 161조 또는 163조이며 특별히 요구되는 절차조항은 없으나 비례원칙 준수가 그 요건으로 규정되어 있다.

24) Meyer-Gofßner/Schmitt, Strafprozessordnung.58.Aufl.2015, §100h.Rn.3 [Schmitt]

## 나. 단기 GPS 수사

단기의 GPS 수사의 경우 상기의 ①-③의 세 가지 유형에 해당하는 성질의 처분으로 그 근거규정은 100조 h조이며 101조의 절차규정이 있고 중대한 사건, 보충성 등이 그 요건으로 규정되어 있다.

## 다. 장기 GPS 수사

장기 GPS수사의 경우 상기의 네 가지 유형 모두에 해당하는 성질의 처분으로 그 근거규정은 100조 h와 163조 f조이며 101조와 판사의 명령이라는 절차관련 규정이 있고 중대한 사건 보충성 등이 그 요건으로 규정되어 있다. 또한 독일의 GPS수사에 대한 법적 규제를 유형별로 구분해보면,

- ① 비밀수사에 대한 사후적인 보호에 관한 규정(101조)
- ② ‘포괄적 감시’에 이르지 않게 하기 위한 예방적 규정(163조f)
- ③ 비례원칙에 적합한 기본권침해 규제를 위한 규정(100조h, 163조f)
- ④ 수사로 취득된 정보의 처리 및 사용에 관한 규정(101조, 477조)으로 정리할 수 있고 이러한 유형적 구분을 토대로 상세내용을 종합하여 검토해보면 다음과 같다.

상기 ①의 경우, 독일에서는 ‘비밀수사’인 것을 이유로 101조와 같은 사후적인 법적 청취 및 법적 보호를 보장하는 규정이 규정되어 있는데 이는 GPS 수사가 대상자에 대한 사전고지가 없이 ‘비밀’리에 실시되는 수사인 점에서 기본권 침해성이 크다는 점이 고려된 것이라 분석할 수 있다.

상기 ②의 경우, 정보자기결정권이라는 중요한 권리에 대한 침해 및 GPS수사 등의 축적 및 다른 비밀수사와의 조합으로 ‘포괄적’ 감시에 이를 수 있는 위험을 이유로 판사의 명령을 요구하고 있는 점을 고려해볼 때, 다른 수사와의 결합되어 이용될 경우의 장기감시는 우리법 상의 강제처분과 마찬가지로의 사전규제가 요구되는 것으로 평가 가능하다.

그러나 긴급한 경우 검사에 의한 명령도 가능한 점은 독일만의 특징이라 할 수 있다. 또한 ‘예방적인 절차보장’이라는 독일에서의 GPS수사에 대한 규율방법은 비교법적으로 볼 때 특징적인 부분이라 할 수 있겠다. 이에 덧붙여 ③,④의 정보 ‘취

득 시'(비례원칙) 및 정보 '취득 후'(정보처리, 이용, 사후의 고지 및 청치 법적보호의 보장)라는 규율과 조합한 총체적인 법적규율의 입법방식도 독일만의 특징이라 할 수 있다.

이처럼 각 조문별로 단일의 법적의미도 가지면서도 레고 조각들을 조합하여 별도의 완성물을 만들어 내듯이 다른 조문과 결합되어 적용됨으로서 대상조문이 포섭하는 수사방법의 유형과 범위가 확장될 수 있다는 점에서 관련 독일 입법의 독창성과 유연성이 드러난다고 평가 가능하다. 따라서 앞으로 GPS수사 외에 다른 기술적 수단을 도입한 새로운 수사방법이 도입된다 할지라도 별도의 특별법 입법을 기다리지 않고도 기존의 형소법 내용을 조합하여 대처해나갈 수 있는 점이 주목할 만 부분이고 시사를 얻을 수 있는 부분이라 할 수 있다.

## IV. GPS수사 방법 도입 시의 우리 입법 방향성

### 1. 사전규제와 사후규제 방안

종합형 감시수사에 대한 독일의 논의는 정보취득 행위만이 아니라 그 후의 '추적, 보관, 처리, 가공, 사후 이용'이라는 과정을 통해 생활형성의 핵심 영역이 상세히 드러나고 침해당하는 것을 문제시 한다는 점에서 그 내용 검토는 유용하다.

강제처분에 대한 우리 형소법상의 기본 법제는 증거 등의 정보 '취득 시'에 중점을 두고 이루어져 있으나, GPS수사와 같은 현대형 감시수사의 경우 취득된 정보의 취득 후의 '이용'으로 인한 수사대상 및 수사내용 확대가 광대하므로 이러한 '정보 이용 시' 또한 사정 범위에 넣고 법률에 규정함이 필요하다.

최근 GPS수사 관련 입법논의가 한창인 일본에서도 사전영장을 통한 GPS수사 제재는 정보취득의 '양'의 상한을 설정하는데 있어서는 유용할지 모르나 피의사실과의 관련성 판정 및 영장심사시의 곤란 등을 감안할 때 필요 충분한 것은 아니라<sup>25)</sup> 하여 정보 취득시의 규제 외에 정보취득 이후의 단계에서의 제재 역시 필요함을 피

25) 緑大輔, 監視型捜査と被制約利益 `警報雑誌55권 3호 407면, 2016

력하고 있다. GPS수사의 활용 및 관련 법적문제가 두드러지는 만큼 일본에서도 종래의 ‘정보취득시의 사전규제’ 방식<sup>26)</sup> 뿐 아니라 ‘취득정보 이용 시의 사후규제’가 필요하다는 논의<sup>27)</sup>가 한창인 것이다. 이는 취득된 정보의 가치는 그 후 이용여하에 따라 달라지며 이에 따른 권리침해가 정보취득 시에는 산정하는 것이 불가능하므로 정보취득시의 규제에는 한계가 있다는 배경에서 기인하는 것으로 보인다.

일본은 우리와 같이 임의수사와 강제수사라는 수사유형의 구분 속에, 강제처분의 경우 일 형소법 197조 1항 단서상의 영장을 요구하는 규정이 있음에도 GPS수사에 대한 법적성격규명과 입법조치 확인이 이루어지기 전부터 수사실무에서는 임의수사 또는 검증과 유사한 처분으로 규정짓고 내부 수사지침(이동 추적 장치 운용 요령<sup>28)</sup>)을 만들어 활용해왔다. 그러나 우리의 경우는 선제적인 입법조치 없이 수사실무에서 새로운 수사방법을 도입하여 활용하는 예는 극히 드물다. GPS수사가 강제처분의 성격을 가지는 수사방법이라면 당연한 귀결로서 강제처분인 GPS수사에 대한 입법조치 필요성이 요구되기 때문이다. 또한 GPS수사의 강제처분성을 어떻게 이해하는지에 따라 기존 형소법상의 입법내용으로는 포섭할 수 없는 성질을 가진 특이성 확인과 이에 대응한 절차적 정비 검증이 필요하다. GPS수사와 같은 현대형 감시수사 우리 수사실무에 도입되어 활용되기 위해서는 법적성격 확인과 입법적 조치가 선행되어야 한다.

관련입법 시, 사전규제(정보취득 시 방법에 관한 규제)와 사후규제(정보취득 후 이용에 관한 규제)에 관하여 기존의 형사소송법과 특별법과의 관계 및 내용을 검토하여 실제법적인 측면과 절차법적인 측면으로 나누어 입법하는 방법을 먼저 상정할 수 있다. 이에 관하여는 별도의 논문을 통하여 논의할 예정이며 본 논문에서는 독일의 판례 및 입법형식으로부터 착안하여 각 개별 조문을 수사상황에 맞게 조합하여 대처하는 입법형식인 포괄적 입법 방안을 중심으로 검토하고자 한다.

26) 일본은 과학기술수단을 이용하지 않은 미행 등 감시행위는 일반적으로 임의처분으로 일본형소법 197조의 규정 속에서의 상당성판단이 행해졌다.

27) 일본에서는 올해 5월 제 93회 형법학회에서 공동연구의 한 분과로 감시형 수사에 관한 토의가 이루어 졌다.

28) 日本弁護士連合会, ‘GPS 移動追跡装置を用いた位置情報探索捜査に関する意見書’, 2면, 2017년

## 2. 포괄적 입법방안

### 가. 독일과의 차이

현행 형소법 상 강제처분법정주의는 영장주의의 전제가 되는 원칙이며 강제처분의 실시에는 ‘절차의 공정성 보장과 대상자의 인권보장’을 위해 사전영장제시 원칙의 준수가 요구되는 구조라 할 수 있다<sup>29)</sup>. 즉 형소법상의 강제처분 형태인가를 먼저 살피고 그게 들어맞는 경우 영장주의로 규율한다는 강제처분 일반에 대한 통제 프레임으로 해결<sup>30)</sup>하고 있다. 그러나 GPS수사는 특징 상 ‘대상자 모르게 비밀리에’ 부착되어 실시되는 점에서 사전영장제시가 절대적인 요청이 될 수 없다.

독일의 경우 법률의 유보원칙으로부터 요구되는 입법부에 의한 수사통제 요구와 영장주의(독일의 경우 판사의 명령에 유보)를 ‘분리’하여 판사에 의한 개별·구체적인 심사가 통제수단의 하나로 자리 잡고 있지만, 우리는 강제처분법정주의가 영장을 필요로 하는 수사 활동을 하나로 정리하는 역할을 하고 있는 점에서 독일과는 차이가 있다.

따라서 절차의 공정성 보장과 대상자의 인권보장이 다른 수단으로 담보될 수 있다면 적정절차원칙에서의 입법 불비의 문제가 치유될 수 있을 것이다. GPS수사는 그 특성상 사전영장제시가 준수될 수 없지만 절차의 공정성 보장과 대상자의 인권보장이 다른 수단으로 담보될 수 있다면 적정절차원칙에서의 입법불비의 문제가 치유될 수 있을 것이다.

### 나. GPS수사의 특징과 이에 기한 포괄적 입법 방안

독일의 입법례처럼 기존의 규정들을 (기술적 수단을 이용한 감시수사에 대한 100조 h와 사후이용에 관한 101조 및 장기의 감시수사에 대한 163조 f)조합하여 종합 감시형 수사에 관한 일반적 제 규정으로 활용하는 것은 우리의 예상되는 입법 불비의 문제를 해결하는 데 지침이 될 수 있다. 또한 발전하는 기술수단을 도입하여 앞

29) 이재상, 형사소송법(제11판), 224면, 박영사, 2017

30) 양종모, 전체적 감시체제의 법률적 규율방안 고찰-인공지능과 모자이크이론의 적용-, 홍익법학 제 17권 제2호, 293면, 2016

으로도 새롭게 등장할 많은 수사방법에 대처할 수 있는 유용한 방안이라 생각된다.

기술수단을 활용한 종합적 감시에 관하여 문제되는 것은 ① 정보취득뿐 아니라 ② 정보의 축적, 보관, 처리, 가공 등의 사후적 이용, ③ 비밀리에 광범위하게 실시되는 점 ④ 정보처리기계화 자동화에 의한 정보의 결합으로 정리할 수 있다. GPS수사의 경우 상기 ①-②의 모든 항목의 특징을 가진다고 할 수 있다. 이 중 ②-④의 ‘자동적 성질에 의해 24시간 장기에 걸쳐 무인감시도 가능하고 컴퓨터에 의해 자동적으로 보존 및 이용이 가능하며 정보 분석·활용도 또한 용이’한 점에 주목하여 검토해보겠다.

기존 우리 형소법 상 규정으로 대처하려 한다면 199조의 강제처분법정주의에 근거하여 볼 때 GPS수사는 개인의 의사에 반하여 중요한 권리, 이익을 제약하는 성질의 처분으로 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 필요최소한도의 범위 내에서 실현되어야 할 것이다. 또한 우리 형소법 상 강제처분의 유형 중 ‘검증’과 비교적 유사한 측면을 지닌다고 할 수 있으나 검증이 일정한 장소, 시점에서의 개별적 상태확인을 대상으로 하는 것<sup>31)</sup>에 비해, GPS수사는 GPS단말기 부착 (대상자의 사적영역에 물리적으로 침입하는 것)하고 대상차량 및 사용자의 소재검색을 장기간에 걸쳐 총체적으로 실시하여 정보취득단계, 취득 후의 정보축적 및 다른 목적으로 활용가능 등의 정보사용단계까지 이익침해 이어짐으로써 총체적 감시형 수사로서의 특징을 가진다. 기존 우리 형사법상의 ‘검증’과 다른 이러한 ‘GPS수사’의 특징은, 이를 통해 취득되는 정보의 스펙트럼이 이동한 모든 이동기록 및 범죄에 관계없는 위치정보 및 이동이력도 포함될 정도로 ‘광범위’하며, ‘정확’한 정보를 ‘용이’하게 취득할 수 있다는 것이다. 또한 자동적 성질에 의해 24시간 장기에 걸쳐 무인감시도 가능하고 컴퓨터에 의해 ‘자동적으로 보존 및 이용’이 가능하며 ‘정보 분석·활용력’ 또한 용이하다는 점도 들 수 있다. 따라서 그 성질상 공공장소 뿐 아니라 개인의 사생활이 강한 보호 받는 공간 및 사용자의 소재와 이동 상황 등 ‘개인의 행동을 계속적, 총체적으로 파악’ 가능하고 ‘개인의 사생활을 심각하게 침해’할 수 있는 우려 역시 크다.

이러한 특징과 관련하여 첫째, 독 형소법 100조 h와 같은 내용으로 우리 형소법

31) 이재상, 전게서, 334면 이하

199조의 1이라는 형식의 추가규정을 두는 것을 상정해볼 수 있다. 즉 기술적 수단의 특징별 열거(통신, 화상, 총체적감시 등), 대상제한, 199조가 적용되지 못하는 상황 등의 보충성요건을 항목별로 설정해 둔다면 임의수사 또는 강제수사라는 영역구분에 구속되지 않고도 새로운 수사기법의 특성이 ‘199조에 포섭되지 않지만 199조 1이하의 열거된 항목에 일치하는지’ 여부에 따라 조합·적용이 가능할 것이다.

기존의 199조가 수사에 대한 일반조항이자 강제처분법정주의를 천명한 조항으로 역할한다면, 199조의 1은 종래의 일반적인 수사범위와 형식을 벗어난 형태의 수사방법을 포섭할 수 있는 열린 조항으로 둘 수 있을 것이다. 새로운 기술수단을 도입한 현대적 수사방식을 상정한 항목들을 분류 및 열거하여 둠으로써 입법당시에는 예상치 못한 새로운 수사방식이 등장하여 실시되더라도 포섭 가능하도록 기본 뼈대 구조를 설정해두는 것이다. 통신, 영상, 드론, 로봇 등을 활용한 수사방법이 앞으로 채택, 실시되고 권리침해와 법적문제가 부각 될 때, 이에 대한 검토와 입법정비를 기다리지 않고도 대처할 수 있도록 기본 구조를 정립해두는 것이다. 물론 새로운 수사방법의 각 특성에 기한 추가 조항 등은 앞으로 세분화하여 연구될 필요성이 있지만 이러한 살을 붙여나가는 작업 전에 기본 뼈대를 설정해두는 것은 의미가 있다고 생각된다.

둘째, 유형 및 범위적인 부분, 즉 양적이고 객관적으로 분류 가능한 사항을 포괄하는 조항으로서 199조의 1이 역할한다면, 이에 대한 정도와 질의 측면 특히 수사기간 및 공간에 관련한 조항을 상정함도 필요하다. 기존 우리 형소법상 수사에 대한 규정도 수사방법 및 수사기간, 장소에 관하여 전개되어 있는 만큼 새로운 수사방법의 기간, 시간적 측면과 공간적 측면에 대한 새로운 규정이 필요한 것이다. 특히 GPS수사는 사람인 수사기관은 도저히 수행해낼 수 없는 연속적이고도 장기간 (잠자지도 않고 24시간 365일이라도 계속해서 실시가능)으로 대상자와 동시에 이동 가능한 등의 특성을 지니는 바, 이러한 기간과 장소에 관한 특성을 반영한 조항(독 형소법 163f조 1항 1문)을 형소법 규칙에 두는 것을 상정해볼 수 있다.

물론 상세하고 구체적인 구체절차가 개별적으로 규정되는 것이 가장 바람직할 것이다. 그러나 새로운 입법이 이루어질 때까지 GPS수사 등 새로운 수사방법의 사용이 포괄적으로 금지되거나 법률규정에 의하지 않은 채로 사용되는 것은 되도록 피

해야하는 것이 효율적인 만큼 독일의 입법례에서 시사를 얻어 복수 규정의 조합을 통해 종합적 감시형 수사에 관한 일반적인 규제를 규정하는 것은 쉽게 상정 가능한 입법기술방법이라 할 것이다.

## V. 맺는 말

수사는 기본적으로 인권 침해적 성격을 가지는 만큼 수사방법은 국민의 기본권침해와의 관계를 침해의 최소성을 고려하여 선택되어야 한다. 과학기술발전에 따른 새로운 수사방법의 도입은 필요하지만 수사방법의 적정성과 기본권의 침해 간의 균형을 고려한 방안 모색은 더욱 그 필요성이 요청된다. 기술수단을 이용한 감시수사는 정보취득 시에 대상자에게 직접적이고 물리적인 압력이 가해지지 않고 대상자와의 접촉을 수반하지 않고서도 취득된 데이터를 분석함으로써 새로운 데이터를 이끌어내 활용하는 것이 가능한 특징을 가지며 국민과 수사기관 양측의 부담을 경감시키는 범죄사실해명의 효율성을 증대시킨 방법이라 할 수 있다. 다만 취득 후 축적된 정보의 분석 등 이용에 있어 남용이 이루어지지 않도록 할 통제가 전제되어야 할 필요성이 있으며 그러한 전제하에서는 앞으로 활발히 이용될 수사방법이라 할 수 있다. 즉 정보취득 시 뿐 아니라 취득 후 정보의 이용에 관하여도 명시적인 입법으로 대처한다면 실제적 진실 발견에 효과적인 수사방법으로 적극 활용 가능할 것이므로 이를 위한 개인정보보호체제의 정비 필요성 역시 요청된다 하겠다.

종래에는 수사과정에서 수반되는 기본권 침해가 허용되는지에 대한 판단이 단기의 일회성 처분에 의한 사적생활의 핵심영역 침해정도의 범위 내에서 이해되었지만, 발전된 기술을 활용한 감시형 수사는 감시를 위해 사용된 복수의 처분들이 결합되어 누적적으로 실시되어 감시 수법의 정밀화, 정도의 강화, 범위의 확장 등으로 인해 감시대상자에 대한 총체적인 정보가 세세히 드러나는 등 침해의 정도가 매우 심각하다는 점에 문제가 있다.

본문에서는 이러한 감시형수사의 특성과 이에 관련한 독일의 판례 및 입법내용을 검토해 보았다. 독일은 연방헌법재판소가 개인정보보호에 입법적 정비를 요구하여

그 결과 전부유보에 이르지지는 않지만 감시수사에 대한 주요 법적규율을 정비하였다. 이는 개인정보 보호영역에 국가가 실질적으로 대처하기 시작한 시대적 조류를 잘 드러내주는 것이라 평가할 수 있다. 개인정보 보호에 대한 국가적 개입 필요성은 우리나라에도 마찬가지로 요구되는 만큼 정보취득방법 뿐 아니라 취득된 정보의 사용에 대한 규율까지 정비한 독일의 입법대처는 시사를 얻을만하다.

본 논문에서는 감시형 수사 특히 GPS수사에 주목하여 단편적인 부분의 비교·검토 및 시사를 얻음에 그쳤으나, 우리 형소법과 독일의 형소법의 전반적인 차이의 전제하에서 감시형 수사에 대한 입법의 전반(실체적 측면 절차적 측면, 포괄적 입법)에 관한 논의는 앞으로도 계속될 필요가 있다고 생각된다.

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 이재상, 형사소송법(제11판), 334면 이하, 박영사, 2017
- 박희영, GPS에 의한 위치추적의 합헌성 여부, 법제. 법제처, 2012
- 이원상, 프라이버시와 범죄통제의 균형을 위한 통신수사 법체계 마련, 2015년도 대  
검찰청 용역 연구보고서
- 양종모, 전체적 감시체제의 법률적 규율방안 고찰 -인공지능과 모자이크이론의 적  
용-, 홍익법학 제 17권 제2호, 2016

### [외국문헌]

- Däubler / Klebe / Wedde / Weichert, Bundesdatenschutzgesetz, 4. Aufl., 2014
- Meyer-Goßner/Schmitt StPO 59, Aufl
- Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung. 58
- 瀧澤誠, 捜査における位置情報の取得, 刑事法ジャーナル48호, 2016
- 綠大輔, 監視型捜査と被制約利益, 警報雑誌55권 3호, 2016
- 日本弁護士連合會, ‘GPS移動追跡装置を用いた位置情報探索捜査に関する意見書’,  
2017

## A Study on Need for modern surveillance and legal regulations Focusing on the analysis of German legislation

Chung, Ji-hye\*

The investigation has basically violated human rights. Thus, the method of investigation should be chosen from the extent to which the public violates the basic rights of the people. The introduction of a new method in investigation is necessary, but the Equilibration between the adequacy of the methods and the infringement of basic rights should be considered.

Given the introduction of innovative methods of introducing scientific technology, including the introduction of a scientific investigation into a surveillance probe using technology, it would be more efficient to take legal measures to embrace legislation, not wait for the new method to be enacted.

Germany demonstrates that it is possible to respond to investigations by legislation using a monitoring device, without defining a regulatory framework. In other words, a comprehensive monitoring technique is being adopted by a combination of technologies that allow comprehensive monitoring of a comprehensive monitoring system using technologies such as GPS investigations and technological means. Such a legislative countermeasure is a good example of legislation designed for the investigation of the GPS probe that will be utilized in the future. In this paper, we intend to analyze the legislation in Germany, which has begun earlier in the investigation, to analyze the legislation of the legislation, which has begun relatively early in the investigation, to derive direction for our legislation.

---

\* Researcher, Ph. D. in Law, Institute of Law Studies, Pusan National University

❖ Keyword: GPS Investigation, Processionalism, surveillance, personal information protection, comprehensive legislation

투고일 : 11월 30일 / 심사일 : 12월 15일 / 게재확정일 : 12월 15일

## 광현호 선상살인사건에 대한 형사재판의 쟁점

이수진\*·최석윤\*\*·전영우\*\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

이 논문은 광현호 선상살인사건에 대한 형사재판과 관련하여 형법적 쟁점과 형사소송법적 쟁점을 검토하고 개선방안을 제시한 것이다. 이 논문의 주요내용을 정리하자면 다음과 같다.

첫째, 광현호 선상살인사건에 대한 형사재판에서 법원은 자연스러운 추론을 통하여 공동정범에 대한 유죄판결을 내리기에는 증거가 부족한 것으로 판단하였다. 즉, 대법원이 공동정범을 인정하지 않은 것은 형사사범의 기본원칙인 '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로' (in dubio pro reo)에 따른 것으로 보인다. 광현호 사건에 대한 형사재판을 통해 물리적 여건과 시간적 제약 때문에 충분한 증거수집이 곤란한 것이 바로 원격지 선상사건에 대한 수사의 가장 큰 애로사항이라는 사실을 다시 한 번 더 확인할 수 있다. 그럼에도 불구하고 여전히 다소 억지스러운 추론을 통해 공동정범을 부정한 법원의 설명은 아쉬운 대목이다.

둘째, 광현호 사건은 기국주의와 보호주의에 의해 우리나라의 형사관할권이 인정되고, 속인주의에 의해 관할권을 가질 수 있는 베트남은 권한행사를 포기한 상태였기 때문에 우리나라에서 형사소추할 수 있었다. 공해상 원격지 발생범죄에 대한 수사과 재판을 위해서는 무엇보다 가해자의 신병확보가 관건이다. 수사기관은 피의자들에 대한 피의자 심문용 구인영장을 발부받아 기국주의에 의거하여 광현호에서 영장을 집행한 후 국내로 호송하였다. 그런데 최대구속 가능일수 10일 중 3일이 구인영장을 집행하는 데에 소요되고 실제 구속하여 피의자들을 수사할 수 있는 기간은 7일만 남는 상황이었다. 따라서 원격지 범죄에서 피의자의 신병을 확보하고 수사에 필요한 구속기간을 확보할 수 있는 개선방안이 필요하다.

셋째, 원격지 선상범죄를 정당하고 합리적으로 처리하기 위해 먼저 유사한 경험을 한 외국의 대응방안을 참조하여 개선방안을 제시하자면, 우선 형사소송법 제200조의2의 제5항에 "... 또는 수사기관이 체포한 자를 인치받은 때부터 ... 다만 피의자를 대한민국 영역 밖에서 체포한 경우에는 대한민국 영역에 도착한 때로부터 48시간 이내에 구속영장을 청구하여야 한다." 는 내용을 명시하여야 한다. 그리고 제213조 제1항을 "검사 또는 사법경찰관리 아닌 자가 현행범인을 체포한 때에는 부득이한 사정이 없는 한 즉시 검사 또는 사법경찰관리에게 인도하여야 한다." 로 개정하여야 한다. 더 나아가 수사에 필요한 구속기간을 확보하기 위해서는 형사소송법 제203조의2를 "... 대한민국 영역 외에서 이루어진 피의자 체포기간을 제외한 제202조 또는 제203조의 구속기간은 피의자를 체포 또는 구인한 날부터 기산한다." 로 개정할 필요가 있다.

요컨대 광현호 선상살인사건과 같은 원격지 선상범죄의 수사와 재판을 위해서는 신속한 피의자의 신병확보와 증거수집이 관건이다. 앞에서 제시한 개선방안이 모든 문제를 해결해 주지는 못하겠지만, 원격지 범죄에 대한 정당하고 합리적인 형사소추를 위해서는 필요불가결한 내용이 될 것이다.

❖ 주제어 : 선상살인, 공동정범, 형사재판, 체포, 구인영장, 구속영장

\* 주저자, 부산대학교 법학연구소 연구원, 법학박사.

\*\* 교신저자, 한국해양대학교 교수, 법학박사.

\*\*\* 공동저자, 한국해양대학교 교수, 법학박사.

## I. 시작하는 말

2016년 6월 19일 또 다시 참혹한 선상살인사건이 발생하여 원양어선 선원의 안전에 대한 우려가 극에 달하게 되었다. 대표적인 선상살인사건인 페스카마15호(이하 페스카마호) 사건의 뒤를 이어 발생한 유사사건으로 베트남 선원 두 명이 선장과 기관장을 선상에서 무차별 공격하여 살해한 것이다. 인도양을 향해 중이던 '광현 803호(이하 광현호)' 선상에서 발생한 이른바 '광현호 선상살인사건'의 용의자 베트남인 2명이 사건이 발생한 지 열흘 만에 국내로 압송되고 본격적인 수사가 진행되었다. 광현호 사건은 우리나라에서 가장 큰 선상반란 사고로 회자되는 페스카마호 사건과 견줄만한 사건이라고 볼 수 있다. 차이가 있다면 당시 페스카마호는 온두라스 국적의 외국선박이었고, 광현호의 경우 대한민국 국적의 한국선박이라는 점이다. 당시 페스카마호 사건의 경우 대한민국 국민의 피해가 가장 컸지만, 사고선박의 발견 장소가 일본이었고, 선박의 국적은 온두라스, 범죄자들은 중국 국적의 조선족 등이었던 이유로 어떤 나라가 범죄자들에 대한 사법처리를 관할할지에 대해 논란이 있기도 했다. 최종적으로는 대한민국이 형법 제6조의 '보호주의'를 적용하여 범죄자들을 처벌하였다. 이러한 공해상 원격지 범죄는 어떤 나라가 범죄자들에 대한 사법처리를 담당할지, 우리나라가 담당하게 된 경우라면 수사는 어떻게 이루어져야 하는지, 어떤 방법으로 한국으로 압송할지, 압송 후 수사기관은 이 시기를 어떻게 이해하고 나머지 수사를 진행해야 할지의 문제가 연속적으로 검토되어야 한다. 여기서는 광현호 사건의 전반적인 내용을 검토하고, 형사재판에서 논의된 형사법상 쟁점을 유사사건과 비교하여 검토한 다음에 비교법적 연구를 통해 올바른 개선방안을 제시하고자 한다. 우선 광현호사건의 개요와 재판결과를 간략히 정리하자면 다음과 같다.

피고인인 브이반홍과 부반믹은 모두 베트남 응에안성 꾸잉루현 꾸잉롱면 출신들로서 고종사촌지간이다. 이들은 2015년 2월경 베트남에 있는 선원 송출회사의 알선으로 원양어업 등을 목적으로 하는 부산 영도구 대평로 55에 있는 광동해운 주식회사에 선원으로 고용되어 2015년 2월 11일경 부산 감천항에서 광동해운 소속 부산 선적 원양참치연승어선 광현호(138톤)에 갑판원으로서 승선하게 되었다. 동시에 피해자 양세권(42세)은 2016년 4월 11일경부터 선장으로서, 피해자 강종민(41세)은

2015년 2월경부터 기관장으로서 광현호에 승선하고 있었다. 그런데 피고인 브이반홍은 2016년 6월 초순경 인도양 세이셸공화국 빅토리아 항에서 광현호가 정박 중인 틸을 이용하여 양세권(이하 선장)에게 보고 없이 상륙하였다가 이를 알게 된 선장으로 부터 하선시켜버리겠다는 경고를 받아 불만을 품게 되었다. 그 후 광현호는 2016년 6월 9일경 위 빅토리아 항에서 출항하여 빅토리아 항 북동쪽 650마일 인근 해상에서 조업을 하다가 2016년 6월 19일 경 어장 이동을 위하여 동쪽 방향으로 항해하게 되었다. 항해 중 피고인(부반믹, 브이반홍)들은 선장의 지시로 다른 선원들과 함께 좌현 어창에 보관 중이던 참치잡이용 미끼를 반대편 어창으로 옮기는 작업을 하게 되었고, 작업이 끝나갈 무렵 선장의 제안으로 기관장 강종민(이하 기관장) 그리고 피고인들을 포함한 베트남 선원 4명과 인도네시아 선원 5명 등 총 11명과 함께 술을 마시게 되었다. 술자리에서 기관장에게 피고인들은 자신을 좋은 사람이라 생각하는지 여부에 대해 질문을 받고 “가끔은 좋지 않다.”라고 이야기 했고 이때부터 선장과 기관장은 서로 말다툼을 벌이다가 화가 난 기관장이 자신의 침실로 돌아가 버렸다. 이후 부반믹과 선장은 계속 말다툼을 이어가다 화가 난 부반믹은 아래층 식당에서 식칼 한 자루(끝 부분이 잘린 30cm)를 가지고 왔다. ① 칼을 가져온 부반믹은 광현호 갑판에서 이를 허리춤에 찬 채 선장에게 놀리는 듯한 말투로 대꾸하다가 뺨을 때리는 것을 반복했고 이를 말리는 베트남 동료들 중 황반옌의 뺨을 때리고 다른 동료 응우예카탕의 배도 발로 차 넘어지게 하였다. 이러한 행동을 계속해서 하면서 허리춤에 있던 칼을 꺼내 들고 겨냥하며 황반옌을 향해 “너는 상관하지 말고 꺼져라, 죽고 싶냐?”라고 말하고, 이어 식칼로 응우예카탕의 목 부위를 겨냥해 다른 손으로는 뺨을 때렸다. ② 선장은 부반믹으로부터 폭행을 당한 후 조타실로 올라가 2등 항해사에게 모든 베트남 선원들을 집을 돌려보낸다는 말을 하며 베트남 선원들을 조타실로 불렀다. 이에 베트남 선원들(부반믹, 브이반홍, 응우예카탕, 응우예반홍, 황반옌, 트란반트라)은 조타실로 올라갔고, 부반믹은 여전히 허리춤에 식칼을 차고 베트남으로 돌아가라 말하는 선장의 얼굴 등을 손으로 때리고 칼을 뽑아 황반옌, 트란반트라, 응우예카탕에게도 “너희들은 나쁜 놈들이다.”라고 말하며 다른 손으로 피해자와 동료 베트남 선원들의 뺨을 순차적으로 때렸다. 그러던 중 부반믹은 식칼을 바닥에 떨어뜨렸고, 이에 황반옌은 그를 주위들고 조타실 밖으로 가 바다

에 던지고 동시에 갑작스러운 구토 증상을 호소하며 조타실을 떠났다. 이어서 응우옌카탕, 응우옌반홍도 조타실을 떠났고, 조타실에 남은 선장과 부반믹은 몸싸움을 벌이게 되었다. ③ 브이반홍은 이 때 새로 칼을 가져오기 위해 식당으로 내려갔고 식칼 한 자루를 가지고 다시 조타실로 올라갔다. 당시 조타실 상황은 출입구 방향으로 머리를 두고 부반믹이 선장에게 깔려서 몸싸움을 하고 있는 중이었고, 이를 본 브이반홍은 식칼로 선장의 등 부위를 내리쳤고 쓰러진 선장이 다시 일어서려 할 때 부반믹은 그를 저지하고 뒤이어 브이반홍이 머리, 팔, 목 부위를 총 36회 가량 찔러 선장은 다발성 예기손상에 의해 과다출혈로 사망하게 되었다. ④ 브이반홍은 평소 시 본인에게 베트남으로 가라는 말을 자주 했던 기관장에게도 평소 불만은 품고 있던 터라 선장을 살해한 뒤 기관장이 있는 침실로 내려가 침실에 자고 있던 피해자를 깨워 식칼로 머리, 목, 팔, 옆구리를 28회 찌르거나 내리쳤다. 기관장도 즉석에서 다발성 예기손상에 의한 과다출혈로 사망하게 하였다.<sup>1)</sup>

이러한 사건과 관련하여 대법원은 브이반홍과 부반믹에 대해 제1심인 부산지방법원이 판결한 대로 각각 무기징역과 징역 1년을 선고하였다. 브이반홍은 선장과 기관장을 살해한 점(③, ④)이 인정되어 형법 제250조 1항에 의해 살인죄가 적용되었으나, 계획적인 살인이 아니었다는 점과 범행이후에 다른 선원들의 안전을 위해 할 만한 행위를 하지 않았다는 점 그리고 그동안 국내에서 처벌을 받은 전력이 없고 본국인 베트남에 부양할 가족이 있다는 점 등이 정상참작이 되어 무기징역을 선고 받았다. 부반믹도 수회의 특수폭행(①, ②)으로 형법 제261조 제260조 1항의 수회의 특수폭행이 인정되지만, 우발적으로 사건의 범행을 저질렀고 폭행의 정도가 중하지는 않고 국내에서 처벌받은 전력이 없고 나이, 성행, 환경, 가족관계, 범행 동기와 결과 범행 후 정황 등을 고려하여 징역 1년을 선고받았다.<sup>2)</sup> 법원은 “당시 부반믹은 술에 만취했으므로 심신상실 내지는 심신미약이었다.”는 변호인의 주장과 “피고인의 행위는 피해자들에 대한 오상방위 내지는 오상과잉방위라고 볼 수 있다.”는 변호인의 주장을 받아들이지 않았다.

1) 자세한 내용은 부산지방법원 2017.1.14. 선고 2016고합504 판결, 부산고등법원 2017.6.21. 선고 2017도78 판결, 대법원 2017.9.6. 선고 2017도10506 판결 참조.

2) 자세한 내용은 부산지방법원 2017.1.24. 선고 2016고합504 판결, 대법원 2017. 9.26. 선고 2017도10506 판결 참조.

이와 같은 광현호 선상살인사건에 대한 형사재판은 증거수집의 한계에 따른 증거 불충분을 고려하더라도 여전히 몇 가지 의문점을 남기고 있다. 이하에서는 형법적 쟁점과 형사소송법상 쟁점을 중심으로 의문스러운 내용을 검토하고, 공해상 원격지에서 발생한 선상사건에 대한 형사소추의 개선방안을 제시하고자 한다.

## II. 형법상 쟁점

사실관계가 명확하게 확정된 것 같지만, 현지에서 진행된 경찰의 수사과정과 검찰의 수사과정 및 공판단계의 심리과정에 비추어볼 때 아쉬운 대목이 있다. 여기서 고민해야 할 핵심내용은 과연 살인이 브이반홍의 단독범행이라 볼 수 있는가이다. 이와 관련하여 육상에서 일어난 사고가 아니라 목격자가 한정될 수밖에 없고, 조사에서도 물리적 한계와 시간적 제약 탓에 많은 어려움이 있었을 것이다. 그럼에도 불구하고 유일한 선상살해의 목격자인 트란반트라외의 진술번복, 현장진술과 일치하는 응우옌카탕의 실황조사상 진술과 번복된 진술, 그리고 지속적으로 기억이 잘 나지 않는다거나 제대로 듣지 못했다는 진술로 일관한 황반옌과 응우옌반홍의 진술, 그 밖의 증거물수집 등에서 조사가 마무리됨으로써 정확한 사실관계를 확인하지 못한 것은 아쉬운 대목이다.

### 1. 공동정범의 성립여부

브이반홍이 선장을 살해하는 계기를 제공한 것은 부반믹의 술기운을 빌어 행한 특수폭행이었다. 식당에서 30cm칼을 가져와 허리춤에 차고 선장을 상대로 폭행을 한 것도 부반믹이 먼저 시작하였고, 이러한 연장선에서 뒤이어 흥분한 브이반홍의 선장과 기관장 살해행위가 발생한 것이다. 그렇다면 당시 갑판과 조타실에서 베트남 선원들 사이에 어떠한 대화가 오고 갔는지는 상당히 중요한 의미를 가진다. 그런데 당시 그들의 대화는 베트남어로 이루어졌기 때문에 베트남 선원들 외에 이를 이해할 수 있었던 사람도 없었고, 그들끼리의 진술도 서로 다를 뿐 아니라 분명히 일

치하여 확인된 대화내용은 그것만으로는 명확하게 전달하고자 했던 의미가 불명확해 법원은 이들을 증거로 채택하지 않았다.

그런데 경찰에서 베트남 선원인 조리사 응우옌카탕이 한 진술의 임의성과 신빙성, 브이반홍의 “너희들은 어떻게 생각하느냐?”라는 진술과 이에 이어 등장한 부반믹의 “너희들은 나쁜 놈들이야.”라는 진술의 의미, 부반믹과 브이반홍이 사건진후부터 지속적으로 나머지 베트남 선원들에게 한 부탁내용, 그리고 브이반홍의 원심변호인이 트란반트라와 접촉한 사실이 있고 난후 나타난 진술의 번복에 대한 판단과 해석을 통해 사건을 명확히 정리할 필요가 있는 것으로 보인다. 수사기관은 광현호에 도착하여 피의자들과 참고인들과 함께 승선하고 있는 동안 피의자들을 제외한 나머지 베트남 선원들이 피의자들을 피해 좌현갑판이나 선미창고에서 휴식을 취하고 2인 1조로 이동하는 것을 보고 당시 피의자들에 대하여 상당한 공포를 느끼고 있음을 알 수 있었다고 한다. 이런 상황에서 경찰이 그들을 상대로 유도질문을 한다거나 공포를 극대화하여 진술을 받았을 리가 없다. 당시 수사기록에 의하면 오히려 그들의 최초진술 각각이 상당한 차이가 있었기 때문에 조금 더 편한 마음으로 사실을 이야기할 수 있게끔 베트남 선원들을 상대로 일상적인 대화와 가족이야기를 하며 선장의 피해는 어떤 의미를 가지는지에 대한 설명을 했을 뿐이라고 한다. 그 과정에서 조리사 응우옌카탕은 이 상황이 너무 무섭고 안전을 책임져주는 한국해경에게 너무 고맙다고 하며, 사실대로 말하겠다고 하면서 당시 상황을 다시 진술하기 시작했다고 한다. 이 때 응우옌카탕의 진술은 조타실에서 이루어진 그들간의 대화를 주된 내용으로 하고 있다. 응우옌카탕에 따르면, 브이반홍은 당시에 “부반믹이 선장을 갑판에서 때렸고, 선장이 방송해서 우리를 모은 것을 보면 부반믹을 이번에 강제 하선 시킬 것 같은데 이번에 선장을 죽여야겠다. 너희들은 어떤 생각이냐?” 며 살인에 합세하여 가담할 것을 요하는 의미로 이야기하고 선원들이 강요에 무서워 아무말도 못하고 있자 부반믹은 허리춤에 차고 있던 칼을 오른손으로 빼들고 자신과 트란반트라, 응우옌반홍, 황반옌 등에게 칼끝을 돌려 위협하여 왼손으로 선원들의 뺨을 때렸다. 이 때 부반믹은 칼을 허리춤에 다시 차려다 바닥에 떨어뜨렸고 이를 황반옌이 주워 조타실 문을 열고 바다에 던졌다고 진술하였다. 이후 응우옌반홍과 황반옌은 구토증세를 핑계로 조타실 밖으로 나가고 자신은 선장의 지시를 받고 선미로 2항사

를 부르러 갔다오면서 브이반홍이 선미에서 주방용 식칼과 도끼처럼 생긴 중국 주방용 칼을 들고 와서 자신의 어깨를 2회 두드리며 “너희는 뒤에 오거라, 나는 먼저 갈게”라며 사각형 칼을 건네주면서 선장 살인에 합세 등 가담할 것을 재차 요구하며 조타실로 올라가는 것을 직접 목격하였다고 진술했다. 그리고 자신은 건네받은 칼을 겁이 나서 즉시 바다로 던졌고, 약 2분 후 조타실에서 트란반트라가 소리치며 겁에 질린 모습으로 뛰어내려와 1등 항해사 침실로 갔고, 그 후 자신과 트란반트라 황반옌은 선수 창고로 도망갔다고 전했다. 사건이 종료되고 난 후 1등 항해사의 지시로 시신들을 수습하고 세이셸 빅토리아 항으로 항해하던 4일 간에도 브이반홍과 부반믹은 베트남 선원들 한 명 한 명을 따라다니며 “어차피 사건은 벌어진 것이고, 세이셸에 입항하면 경찰들이 배에 올라와서 사건을 조사할 것이다. 같은 베트남 사람끼리 우리가 선장과 기관장을 죽인 것 말고는 최대한 우리에게 좋은 것만 말해 달라.”고 부탁하였고, 그래서 조타실에서 브이반홍과 부반믹이 칼로 선원들과 선장을 위협하고 선원들에게 살인에 동참할 것을 강요하며 선장을 폭행한 사실을 진술하지 않았다고 하였다. 이후 경찰은 재판원 황반옌을 상대로 응우옌카탕 진술의 신빙성을 확인하였고 증거자료로 활용하기로 했다. 또한 트란반트라의 진술에서도 같은 취지의 내용이 확인되었고, 동일 내용으로 검사가 공소를 제기하였다.

그러나 트란반트라라는 통역사의 통역기술의 어려움으로 잘못 전달되기도 하였고 당시 진술은 자신의 기분을 이야기 한 것으로 정확히 브이반홍이 살해를 같이 할 것을 요구하지 않았다고 진술을 번복하였고, 그 내용은 증거로 활용되지 못하게 되었다. 물론 통역기술의 문제일 수 있으나, 당시 응우옌카탕의 진술은 비교적 사안이 있고난 후 빠른 시일에 자유로운 상태에서 이루어진 것이고, 트란반트라가 번복한 진술에도 적어도 자신의 입장에서 브이반홍의 말에서 선장을 죽일 것이라는 게 느껴졌다고 함은 동일하다. 사건직후 얼마되지 않은 시간에 비교적 아주 구체적으로 설명하고 있는 응우옌카탕의 진술은 일부 사건을 직접 겪은 탓에 두려움이 섞인 내용일 수는 있으나 전혀 다른 이야기를 지어낸 것으로 보기는 힘들어 보인다. 그리고 여러 가지 상황을 고려해 보아, 분명히 조타실에서 브이반홍은 베트남 선원들을 상대로 베트남어로 대화를 하였고, 응우옌카탕의 번복된 진술과 기억이 나지 않는다 내지는 들리지 않았다는 응우옌반홍과 황반옌의 진술에서도 다름없이 인정되는 “너

회는 어떻게 생각하느냐?”라는 브이반홍의 진술이 있었음은 확인되었다. 게다가 이후 부반믹은 먼저 발언을 한 브이반홍을 제외한 선원들을 상대로 “너희들은 나쁜 놈들이다.”라고 말하였다는 것 역시 확인되었다. 이 두 가지 진술은 조타실에서 그들 간 대화 중 유일하게 공통되게 인정된 내용이다. 그렇다면 나머지 판단은 사전 사후에 있었던 베트남 선원들의 좀 더 많은 행동을 통해 이루어져야 한다.<sup>3)</sup> 바로 뒤에 이어진 브이반홍의 공격에 쓰러진 선장이 다시 일어서려 했을 때 부반믹은 선장의 목을 붙잡아 저지를 하고 이어 다시 브이반홍은 선장을 수차례 무차별 공격을 하여 사망에 이르게 했다. 여기서 부반믹이 선장을 붙잡고 있었다는 것은 사전에 있었던 그들의 대화를 통해 고려할 때 둘 간의 의사소통은 함께 선장을 살해하지는 의미로 이해될 수 있고 그렇다면 그들은 선장에 대한 살인의 공동정범이 되기에 충분하다.<sup>4)</sup> 그렇기 때문에 조타실에서 베트남 선원간 대화는 중요한 의미를 가진다.

그러나 이 사건에서는 조타실에서 살해가 일어나기 전 베트남 선원들간 베트남어로 이루어진 대화가 있었다는 것 및 경찰조사 당시 살인을 함께 하자는 대화가 오갔다는 응우옌카탕의 진술과 이를 뒷받침하는 목격자(트란반트라)의 진술이 있었지만 후에 번복되었다는 사실만이 확인될 뿐이다. 법원은 ① 피고인들이 일관하여 범행의 공모사실이 없다고 진술하고, ② 황반옌, 응우옌반홍, 트란반트라 등 다른 베트남 선원들은 브이반홍이 부반믹 옆에 있었다는 진술만 할 뿐 합세하여 구체적으로 어떠한 폭행 또는 협박을 했는지에 대한 진술은 없고, ③ 그들 진술에 의해서도 당시 어떤 대화를 나누었지 여부와 묵시적으로라도 의사합치가 존재하고 살해행위가 일어났는지 여부는 불확실하며, ④ 브이반홍이 비호하듯이 부반믹 주위를 돌고 있었다는 트란반트라의 경찰에서 진술은 추상적 느낌 또는 추측에 그칠 뿐, ⑤ 트란반트라라는 오히려 검찰에서는 브이반홍이 부반믹 옆에 있으면서 다른 베트남 선원에게 특별히 겁을 주거나 별다

3) 이상에서 나온 사실관계와 수사과정에 대한 내용은 부산해양경비안전서, 2016. 6.19 광현803호 선상살인사건 수사백서, 2016, chapter 5 참조.

4) 공동정범에서 이야기 하는 행위의 공동은 구성요건적 행위의 전부에 대한 공동을 요하는 것이 아니라 그 일부에 대한 공동으로도 족하다(이재상, 형법총론, 박영사, 2017, § 33, Rn. 8 참조; 대법원 1962.3.29. 선고 4294 형상 598 판결). 게다가 판례는 범죄를 용이하게 하기 위한 가담행위에 대해서 얼마든지 공동가공의 행위로 판단할 수 있음을 제시한 바 있다(자세한 내용은 대법원 1984.6.12. 선고 84도780 판결; 대법원 1986.1.21. 선고 85도2411 판결; 대법원 1961.11.9. 선고 4294형상374 판결 등 참조).

른 말을 하지 않았다고 진술한 점, 및 ⑥ 부반믹은 제지하는 다른 베트남 선원을 폭행한 반면, 브이반홍을 폭행하지는 않았다는 사실이 있지만, 브이반홍이 부반믹의 폭행을 적극적으로 제지하지 않았다는 사정만으로는 범행가담이라 보기는 힘들고 트란반트라가 진술번복을 하기 전 브이반홍의 원심변호인을 만난 바가 있지만, 이러한 접촉만으로 진술번복의 조작이 있음을 증명할 수 없다는 것을 이유로 함께 살해계획을 하였음을 인정할 만한 증거가 확보되지 않았다고 판단하였다.

## 2. 공동정범에서 ‘공동’의 의미와 사안의 해석

형법 제30조는 “2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.”고 규정하고 있다. 이를 우리는 공동정범이라 하고, 하나의 범죄는 수인이 가담하여 이루어지는 경우가 있고 그 가담의 형태는 직접실행을 담당해야 하는 단독정범과는 다른 형태일 수 있음을 전제로 하고 있다. 이를 설명하기 위해서 우리는 Roxin의 행위지배설을 가져왔고, 공동정범은 적어도 서로에게 기능적으로 범죄 실현을 위한 행위지배가 있을 것을 요하고 있다. 이러한 기능적 행위지배의 객관적 설명은 ‘공동의 범행계획 하에 이루어진 본질적 기능의 수행’ 정도로 가능하다.<sup>5)</sup> 각자가 모두 살해행위에 나아가지 않았다 하더라도 살인이라는 범죄행위의 실현에 각자가 공동의 의사를 가지고 ‘중요한 역할’을 분담한 경우라면 준비행위 또는 정신적 협력이라 평가되는 형태 또는 직접적 역할의 분담의 형태 모두 공동정범이 될 수 있다는 것이다.<sup>6)</sup>

5) 전체계획에 비추어 범죄의 실현에 분업적 역할분담으로 기여자의 지위나 행위의 상황 등을 고려할 때 불가결한 기여를 한 것으로 기능적 범죄주인공설이라 표현하기도 한다(김종원, “공범규정에 대한 형법개정의 일고찰”, 형사정책연구 통권 제71호, 2007, 298면 참조).

6) Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2009, §40, Rn. 5; Stratenwerth, Strafrecht Allgemein Teil 1, 2. Aufl., 1976, 234 f; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, 620 f; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, 686 ff; Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1993, 679 f; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 110 f; Wessels(허일태 역), 독일형법총론, 세종출판사, 1998, 254 f; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2009, § 44, Rn. 43; Schmidt, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2005, Rn. 1007; Bockelmann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, S. 178. 물론 정확한 Roxin의 기능적 행위지배설은 실행단계 이후의 행위에 제한되지만 우리는 기능적 행위지배에 이르는 공동정범의 요건을 반드시 범죄실행단계, 즉, 실행의 착수 이후의 가담행위로 제한하지 않는다.

그렇다면 이 사건에서 브이반홍의 직접적 살해행위에 대한 부반믹의 행위가 공동 정범으로 이해될 수 있는지 확인이 필요하다. 앞서 해석한 사실관계를 바탕으로 한 자연스러운 해석에 의하면 브이반홍은 조타실에서 범행이 일어나기 전 지속적으로 선장에게 칼을 가지고 폭행을 가한 부반믹의 행위를 설명하면서 함께 선장을 살해할 것으로 베트남 선원들에게 제안했다. 이에 동료들이 주저하자 부반믹은 “너희들은 나쁜 놈들이다.”라고 소리쳤고 이에 브이반홍은 식당으로 가 범행에 이용할 칼을 가져왔고, 이를 휘둘러 선장을 쓰러뜨렸다. 쓰러진 선장이 일어서려하자 부반믹은 목을 붙잡아 저항하지 못하게 하고 이 틈에 브이반홍은 본인의 뜻을 완성하여 선장을 사망에 이르게 하였다. 사전에 대화를 통해 다시 베트남으로 돌아가지 않기 위해서는 선장을 살해해야 한다는 데 의견을 같이 하였고, 이는 반드시 차분하고 냉철한 판단 하에 이루어질 것을 요하지 않기 때문에 흥분한 상태에서 소리치면서 이루어진 묵시적 동의만으로도<sup>7)</sup> 공동가공의 의사가 있었다고 볼 수 있다. 또한 객관적으로 요구되는 공동가공의 사실은 반드시 구성요건에 해당하는 행위의 실행을 의미하는 것으로 각자가 모든 구성요건을 충족할 것을 요하지는 않는다.<sup>8)</sup> 즉 브이반홍이 선장을 칼로 찌르는 동안 선장이 다시 일어서서 반격할 수 없도록 선장의 목을 붙잡고 있었던 부반믹의 행위는 충분이 공동가공의 사실이 있었다고 볼만하다.

이와 관련된 자세한 설명은 이수진, “기능적 행위지배의 ‘계속적 영향력’과 범행단계와의 관계”, 형사법연구 제28권 제2호, 2016, 85면 이하 참조.

- 7) 대법원 2002.6.28. 선고 2002도868 판결; 대법원 1986.1.28. 선고 85도2421 판결 참조. 더 나아가서 일정한 장소의 집합할 것도 요하지 않고 릴레이식 의사교환이 있는 것도 무관하다고 이해하고 있다. 관련판례 대법원 2002.4.10. 선고 2001도193 판결; 대법원 2000.11.10. 선고 2000도3483 판결; 대법원 2001.6.29. 선고 2001도1319 판결; 대법원 2004.12.10. 선고 2004도5652 판결; 대법원 2006.5.11. 선고 2003도4320 판결 참조. 행위 시에 있는 것 역시도 문제되지 않는다고 판시한 것으로는 대법원 1961.7.21. 선고 4294형상213 판결이 있다.
- 8) 이재상, 앞의 책, §33 Rn. 34 참조; 박상기, 형법학, 집현재, 2016, 272면 이하 참조. 관례도 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하다고 하거나 행위자가 계획적으로 조종하거나 저지·축진하는 등으로 지배하고 있어야 한다고 하면서 기능적 행위지배설에 따른 범행실행이 필요하다고 밝힌 바 있다(대법원 2004.6.24. 선고 2002도995 판결).

### 3. 소결

앞에서 살펴본 내용에 비추어볼 때, 광현호 조타실에서 베트남어로 오고간 일관된 진술로 인정되는 대화, 즉, “너희들은 어떤 생각이냐?”와 “너희들은 나쁜 놈들이야”라는 말은 선장에 대한 공격행위와 관련된 질문과 이에 반응이 없던 베트남 선원들을 비난하는 발언일 것으로 보인다. 그 뒤에 굳이 식당으로 내려가 30cm나 되는 뾰족한 칼을 가져온 브이반홍의 행동도 사전대화 내용을 뒷받침해 준다. “선장을 말리자는 대화였을 수 있다.”는 법원의 추측으로는 아마도 30cm의 식칼을 가져온 브이반홍의 행위는 설명하기 어려울 것이다. 마음만 먹으면 조타실 내 베트남 선원이 총 5명으로 선장을 제압하기에는 충분했고 나머지 세 사람이 동의하지 않았다 하더라도 브이반홍과 부반믹이 함께 제압하기에도 선장의 체구가 그렇게 부담스럽지는 않았다. 그럼에도 브이반홍이 굳이 식당간으로 가 30cm나 되는 칼을 가지고 와서 선장을 내리쳤다라는 것은 다른 의도로 설명하기에는 자연스럽지 못하다. 게다가 브이반홍의 가격으로 쓰러진 선장이 다시 일어서자 목을 눌러 못 일어나게 한 부반믹의 행동은 브이반홍과 목적달성을 하기 위해 분담한 행동으로 볼 여지가 있다.

이에 대해 당시 조타실은 상당히 어두웠으므로 단순히 재공격을 막기 위한 방어 행위이고 브이반홍과 함께 범행을 완성하겠다는 의도가 개입된 것은 아니라는 법원의 판단은 취침등이 켜져있었다는 사실과 자신의 손이 브이반홍이 휘두른 칼에 찔렸음에도 계속 붙잡고 있었던 부반믹의 태도를 설명하기에는 부족하다. 게다가 변호사가 주장한 심신미약에 이를 정도로 부반믹이 술에 취해 있었다는 주장에 대해서는 그렇지 않았다고 판단한 법원이 굳이 조타실의 조명이 어두웠다는 점에는 술에 취해있었기 때문에 부반믹은 브이반홍의 행위가 어떤 의미를 가지는 것이었는지 몰랐을 수 있다고 이해하는 것도 모순이다. 즉, 공동정범에서 필요한 공동범행계획과 공동의 범행실행기여행위로 그들의 행동을 이해함이 더 자연스러운 것으로 볼 여지가 있다. 사전에 함께 이야기를 통해 같이 할 것을 선뜻 대답하지 않은 나머지 베트남 선원들에게 나쁜 놈들이라 소리치면서 묵시적으로 합의한 것이고, 이어 브이반홍은 30cm나 되는 칼을 굳이 식당간까지 내려가서 가져와 선장을 공격했고, 쓰러져서 선장에게 공격당하고 있던 부반믹이 함께 가담하여 살해행위를 완성한 것으

로 이해할 수도 있을 것이다.

그런데 법원은 그러한 추론을 통하여 유죄판결을 내리기에는 증거가 부족한 것으로 판단하였다. 즉, 대법원이 공동정범을 부정한 것은 형사사범의 대원칙인 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로’(in dubio pro reo)에 따른 것이다. 아무튼 광현호 사건에 대한 형사재판에서 물리적 여건과 시간적 제약으로 인해 충분한 증거를 수집할 수 없는 것이 바로 선상사고에 대한 수사의 가장 큰 애로사항이라는 것을 다시 한 번 더 확인할 수 있다. 그럼에도 불구하고 여전히 다소 억지스러운 해석을 통해 판단을 내린 법원의 설명은 아쉬운 대목이다.

### Ⅲ. 형사소송법상 쟁점

범죄가 발생하면 혐의를 입증하는 것이 범죄해결에서 가장 핵심적 내용이다. 이를 위해서는 당해사건의 범인을 특정하고 범인의 신병을 확보하는 일이 아주 기본적인 첫 단계가 될 것이다. 그리고 이러한 범인의 특정과 확보는 형사소송법의 일반 원칙에 의하여 임의수사로 이루어질 것을 원칙으로 한다.<sup>9)</sup> 그러나 범죄사건의 경우 범인의 신병확보는 임의수사에 의해 완성되기가 매우 어렵다. 대부분의 범죄자는 자수 등의 특별한 경우를 전제로 하지 않는 이상 도주하거나 증거를 인멸하거나 범의를 부인하는 경우가 대부분이기 때문이다. 이런 상황에 대비하여 우리 형사소송법은 강제수사도 가능하게 규정해 두고 있다. 이것이 바로 체포와 구속제도이다. 다만 체포와 구속제도가 발전되어오는 과정에서 지속적으로 비합법적인 절차적 관행과 인권침해상황들이 빈발했고, 그러다보니 우리 형사소송법상 체포와 구속은 영장주의를 원칙으로 하고 아주 제한적으로 예외를 허용하며, 영장에 의한 경우에도 시간적 제한을 두었다. 게다가 장시간의 자유제한을 전제로 하는 구속의 경우 법원이

9) 형사소송법 제199조 제1항은 “수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이것은 강제력을 요하지 않는 임의수사가 원칙이고 필요에 의해서 강제수사를 한다 하더라도 특별한 규정이 있는 경우에 필요최소한도의 범위에서 이루어질 것을 명시한 것이며, 수사비례의 원칙을 소략한 것이다.

반드시 사전에 피의자 심문절차를 거치도록 하여 강제처분이 남용되지 않도록 법규를 정비하였다. 이것은 발전적 형사소송법제도의 정비라는 관점에서는 상당한 의미가 있지만, 선상범죄에서는 수사상 상당한 어려움을 가져오는 이유가 되기도 한다.

특히 광현호 사건은 공해에 있는 대한민국 국적인 선박에서 외국인이 대한민국 국민을 살해한 사건으로 육상에서 일어난 살인사건과는 다른 법률적 해석과 적용이 필요하다. 관할권의 해석과 피의자들의 조사를 위한 절차에서도 신중한 검토를 요한다. 여기서는 광현호 사건의 형사소송법상 쟁점과 유사사건을 정리하면서 개선되어야 할 문제점을 확인하고 한다.

## 1. 광현호 사건에서 형사소송법적 쟁점

광현호 사건은 기국주의와 보호주의에 의해 우리나라 관할권이 인정되었고, 속인주의에 의해 관할권을 가질 수 있는 베트남은 권한행사를 포기한 상태였기 때문에 우리 형사소송법의 적용이 가능했고, 우리 수사기관의 수사권이 발동될 수 있었던 사건이었다.

원격지 범죄에서 피의자의 신병확보를 위해 가장 많이 활용되는 강제처분은 우리 형사소송법의 ‘체포와 구속’ 제도이다.<sup>10)</sup> 물론 이것도 수사를 위해 필요한 때 검사 또는 사법경찰관이 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있는 피의자 출석요구권이 먼저이다. 그러나 이러한 임의수사가 당사자의 거절에 의해 목적을 달성할 수 없는 경우, 즉, 출석요구, 소환, 임의동행 등의 제도가 실효성이 없을 때 형사소송법에 규정된 체포와 구속제도가 활용된다. 수사기관에 의한 체포와 구속은 형사소송법 제200조의2 내지 제201조에 규정되어 있는데, 법원의 사전영장을 발부받을 것을 요하고, 체포 또는 구속과 같은 강제처분이 합당한 근거가 있어야 하며, 사법부의 판단을 통해 승인될 때 가능하다. 이것은 헌법상 보장되고 있는 국민의 기본권과<sup>11)</sup> 직결되는 내용으로 반드시 수사기관이 지켜야 할 내용이다. 그러나 체포와 구속은 그 기간의 차이가 있고, 비교적 기간이 짧은 체포는 원칙적으로 영장에 의한

10) 우리나라 일반적인 구속제도의 이론과 헌법적 관점에서의 의미는 변종필, “구속제도의 이론과 실제”, 형사정책연구 통권 제82권, 2010, 43면 이하 참조.

11) 헌법 제12조 제1항 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속을 받지 아니하며...” 참조.

것을 요하나 예외적으로 영장 없이 가능한 긴급체포와 현행범체포도 두고 있다. 그리고 법률상 영장을 발부받아 이루어진 경우이든 예외에 해당하는 경우이든 모두 시간적 제한을 두고 있다. 이와 관련하여 형사소송법 제200조의2 제5항에 ‘체포한 때부터 48시간 이내’ 그리고 제200조의4 제1항에 ‘지체 없이’ 또는 ‘체포한 때부터 48시간 이내’라는 문구를 명시해두었고, 지속적인 신병확보가 필요한 경우에는 수사기관은 그 제한시간 안에 구속영장을 청구하도록 하고 있다. 구속기간은 수사기관의 경우 일반적으로 20일까지<sup>12)</sup> 가능하기 때문에 법원의 영장발부는 체포보다 더 신중해야 하며, 이를 위해 형사소송법 제201조의2는 구속 전 피의자 심문절차에 대해 규정하고 있다.<sup>13)</sup>

이 사건에서 피의자의 신병확보를 위해 활용할 수 있는 형사소송법상 제도로 체포제도가 검토될 수 있다. 그런데 체포제도를 활용한 신병확보는 48시간이라는 시간적 제약이 있기 때문에 체포시기를 언제로 이해할지의 문제가 상당히 중요한 논의의 대상이 된다. 일반적으로 선박에서 발생한 사건은 피의자를 체포한 장소와 인치구금할 장소가 원격지인 경우가 대부분이고, 이동을 위해 적지 않은 시간이 소요된다. 그러므로 인치구금 장소로 이동하는 중에 체포영장의 유효기간이 만료되는 문제가 발생할 수 있다. 사인에 의한 현행범체포의 경우 체포자가 피체포자를 체포한 때와 수사기관이 체포자로부터 피체포자의 신병을 인수한 시점의 차이가 발생할 수 있고, 이때 체포시한의 시작이 수사기관이 인수한 시점인지 아니면 체포절차가 시작된 시점인지가 논란의 대상이 될 수 있다. 그런데 애초에 신병확보라는 이유로 자유를 제한받는 피체포자의 입장을 고려한다면 수사기관이 체포자로부터 피체포자의 신병을 인수한 시점까지 소요된 시간도 체포 후 확보되어야 할 필요시간에 포함될 수밖에 없다고 볼 수 있다.<sup>14)</sup> 즉, 원격지에서 피의자의 신병확보가 있는 경우

12) 형사소송법 제202조(사법경찰관의 구속기간): 사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방하여야 한다. 동법 제203조(검사의 구속기간): 검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 한다.

13) 형사소송법은 체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문할 것을 요하고 있고 이 절차는 특별한 사정이 없는 한 구속영장이 청구된 날의 다음 날까지 이루어지도록 하였다.

14) 최민영·강석구, “원격지 등에서 체포시한에 예외를 두는 방안 연구”, 2015년도 법무부 연구용역과

라면 그 뒤 신병확보의 계속을 위해 진행되어야 할 절차의 시기적 제약에 따르는 것이 매우 어려울 것으로 예상된다. 특히 선박이나 항공기에서 특별사법경찰이 긴급체포하는 경우도 문제될 수 있다. 결국 48시간이 도과된 상황에 처하면 그들은 자유를 얻게 되고 이후에 이들의 증거인멸이나 도망의 우려를 이유로 영장 없이 다시 강제처분을 하는 것은 허용되지 않는다.

## 2. 유사사건에서 형사소송법적 쟁점

광현호 사건에서 논의된 형사소송법상 쟁점과 관련된 개선방안을 모색하기 위해서는 유사사건에서 논의된 형사소송법적 쟁점에 대해서도 검토할 필요가 있는 것으로 보인다.

### 가. 페스카마호 사건

조선족 선원 7명이 돈을 벌기 위해 참치잡이 원양어선 페스카마호에 승선하였다. 그런데 1996년 7월 27일 괌과 사이판 등지에서 조업을 하던 중 한국인 선장과 갑판장이 작업이 서툴다는 이유로 조선족 선원들에게 폭력을 행사하였고, 조선족 선원들이 반발하자 선장은 징계위원회를 개최해 조선족 선원들의 강제하선을 결정하였다. 그리고 선장은 조선족 선원들로부터 경비변제 각서를 받고, 남태평양 사모아 어업지로 회항하였다.

이 과정에서 중국으로 돌아갈 귀국경비와 사모아 체류비 등에 대해 걱정하던 조선족 선원들은 한국인 간부선원을 모두 살해한 후 외국에 밀입국해 배를 팔고 귀국 경비를 마련하기로 모의하였다. 1996년 8월 2일 오전 2시 이들은 한국인 간부선원 7명을 차례로 조타실로 유인해 흉기와 둔기로 잔인하게 살해한 후 시신을 바다에 유기하였고 인도네시아 선원 3명과 난동에 가담하지 않은 재중동포 선원 1명도 살해하였다. 잔인했던 선상살인사건은 1996년 8월 24일 오전 11시 동경 도리시마 동방 18마일 해상에서 기름이 없어 표류 중이던 페스카마호가 일본 어업조사지도선에

제 보고서, 2015, 29면 참조. 물론 대법원 2011.12.22. 선고 2011도12927 판결은 다른 입장을 밝힌 바 있다.

발견되면서 만천하에 알려졌다. 당시 선상에는 한국인 선원 중 유일하게 살아남은 이인석 1항사(당시 27세)가 나머지 인도네시아인 선원과 합세해 전채천 등 6명을 어선 내 창고 안에 가둬 놓은 상태였다. 잡은 고기가 썩지 않게 조치를 취해야 한다며 이들 재중동포들을 창고로 유인하는 기지를 발휘해 겨우 목숨을 건졌던 것이다. 조타기술을 보유한 1항사는 항로를 짚을 수 있는 선원이어서 살아남을 수 있었던 사건이다.<sup>15)</sup>

이를 수사하기 위해 일본 도리시마 부근에서 일본 해경이 1차로 신병을 확보하여 조사하였고, 이후 공해상에서 한국 해경이 다시 선박 및 가해자들의 신병을 확보하였다. 당시 페스카마호 수사와 재판이 우리나라에서 진행될 수 있었던 이유는 한국인 선장과 선원들이 범죄피해자라는 점에서 ‘보호주의’가 적용된 것이다. 당시 선적국은 온두라스였으므로 기국주의에 의하면 온두라스가, 속지주의에 의하면 페스카마호가 일본해상에서 발견되었으므로 일본이, 가해자들이 중국국적을 가지고 있었으므로 속인주의에 의해서는 중국이 관할권을 가지도록 되어 있었다. 그러나 일본은 추방명령을 하였고, 중국과 온두라스는 형사재판권을 포기하였기 때문에 UN해양법협약상 우리나라가 관할권을 가지고 수사와 재판을 진행할 수 있었다.<sup>16)</sup>

## 나. 삼호주얼리호 사건

2011년 1월 13일 17시 경 삼호주얼리호는 에틸알코올 등 화학물질 1만 6천톤을 적재하고 아랍에미레이트 후라자이항을 출항하여 스리랑카로 향했다. 소말리아해적들은 아라비아해 근해에서 납치대상 선박을 물색하던 중 17시 45분 경 삼호주얼리호를 발견하고 고속보트에 승선하여 선박 우현으로 접근, 밧줄과 사다리를 이용해 침입후 선원들을 모두 감금하고 금품을 강취하였으며, 선주사인 삼호해운 측에 선원들의 석방대가를 요구하였다.

삼호주얼리호의 비상신호를 접수한 해군 청해부대 최영함은 곧바로 현장으로 이동해 1월 17일 23시경 아라비아해역에 도착하였고, 청해부대의 추적을 인지한 석해

15) 자세한 내용은 최석윤, “선상폭력의 형사법적 제문제”, 해사법연구 제24권 제2호, 2012, 64면 이하 참조.

16) 자세한 내용은 대법원 1997. 7. 25. 선고 97도1142 판결 참조.

균 선장과 선원들은 고의로 엔진을 정지시키고 타기를 고장내는 방법으로 시간을 벌었고, 다급해진 해적들은 석선장과 기관장에서 총을 겨누고 살해하겠다고 위협하였다. 같은 해 1월 21일 소위 ‘아덴만 여명작전’ 개시 명령이 해군 청해부대에 하달되었고, 당일 4시 38분경부터 해적들과 교전이 시작되었다. 해적들은 선원들을 조타실 밖으로 몰아 인간방패로 활용하고, 모든 것이 다 석해군 선장의 탓이라 생각하여 그를 살해하려 시도했지만, 해군 특수전요원들은 삼호주얼리호 선미를 통해 침투해 조타실을 장악하고 해적들을 제압 후 선원 전원을 구출하였다. 이 과정에서 두목을 포함한 해적 8명이 사살되었으나 5명은 생포되었고, 이들은 해상강도살인미수, 해상강도, 인질강도, 특수공무집행방해치상, 선박위해행위처벌법위반 등으로 무기징역형 등을 선고받았다.<sup>17)</sup>

이 사건도 공해상에서 발생하였으며, 피해선박이 한국 회사 소속이었으나 선적국이 몰타였으므로 기국주의에 의한 관할권은 몰타, 속인주의에 의하면 해적들의 국적국인 소말리아, 그리고 피해를 입은 피해자들의 국적에 따른 보호주의에 의하면 한국과 그 밖의 피해국들이 관할권을 가질 수 있었다. 그러나 당시 삼호주얼리호 사건은 해적행위에서 비롯된 것으로 UN해양법협약상 형사재판권을 따지면 한국도 해적선 나포권을 가질 수 있었고, 보호주의와 ‘해적선 나포권’에 의거해 대한민국이 관할권을 행사할 수 있었다. 형사소송법 제4조에 의거하여 수사권은 당시 삼호주얼리호 소속선사인 삼호해운의 소재지가 부산이었으므로 남해지방해양경찰청과 부산지방검찰청이 행사하였고, 재판은 부산지방법원에서 시작되었다. 당시 가장 큰 논란의 대상은 체포와 신병인도 및 구속의 적법성 여부였다. 해적들은 청해부대 소속 해군에 의해 2011년 1월 21일 6시 현행범으로 체포되었다. 그 후 장거리 호송이 어렵다는 점과 해적들의 방어권을 고려하여 인접국에서 재판을 진행하고자 하였지만, 인접국들은 신병인도를 거절하였고 결국 국내로 이송한다는 결정을 내리게 되었다. 이와 같은 우여곡절 끝에 같은 해 1월 30일이 되어서야 해적들은 김해공항으로 이송되었고, 이때 남해지방해양경찰청 소속 해양경찰관들이 해적들을 인도받았다. 구속영장은 2011년 1월 29일 20시 30분에 청구되었고, 같은 날 23시 30분 경 심문용

17) 자세한 내용은 최민영·최석윤, “소말리아 해적사건에 대한 형사재판의 쟁점”, 비교형사법연구 제 14권 제1호, 2012, 193면 이하 참조.

구인영장이 발부되었으며, 1월 30일 8시경 피의자 심문을 거쳐 같은 날 10시 40분에 구속영장이 발부되었다.

### 3. 소결

공해상 해양범죄의 경우 대부분 강력범죄일 뿐만 아니라 즉각적 대처가 가능한 육상과 달리 사건 후에도 고립된 선박에서 가해자들이 다른 선원들과 함께 생활해야 하는 상황이기 때문에 가해자들에 의한 2차 범죄발생의 우려도 매우 높다. 공해상 원격지 발생범죄에 대한 수사와 재판을 위해 무엇보다 가해자의 신병확보가 필요하다. 가해자의 신병을 확보하는 방법은 체포제도와 구속제도를 활용하는 것인데, 원칙상 사전영장이 필요하지만 현행범체포와 긴급체포의 경우에는 예외가 인정된다. 페스카마호 선상살인사건은 인도네시아 선원들이 일본 어업지도선에 구조를 요청하는 바람에 일본 해상보안청에 잡혀있던 가해자들을 부산해양경찰서가 사전구속영장을 발부받아서 인수받았고, 다음날 오후 일본을 벗어나 부산해경서 전용부두에 입항시켜 피의자들을 구속수감하였다. 소말리아 해적사건에서는 청해진부대의 해군들에 의해 현행범으로 체포된 해적들이 9일 후 남해지방해양경찰청 소속 해양경찰관에게 인도되었다. 수사기관이 아닌 자에 의한 현행범체포는 특별한 사정이 없는 한 ‘즉시’ 수사기관에 인도되어야 하지만, 소말리아 해적사건에서 법원은 이송에 필요한 물리적 여건 때문에 현행범체포 후 영장청구의 기산시기를 수사기관이 인도받은 때부터라고 판단하였다.<sup>18)</sup>

그러나 형사소송법은 행동의 자유나 장소이전의 자유를 함부로 제한하지 못하도록 규정하고 있고, 인신구속은 법치국가적 형사절차에서 핵심적인 문제이다. 인신구속과 관련된 대인적 강제처분은 일반적으로 발전적으로 변화되었다고 하지만, 여전히 실무상 남용되고 있다는 지적도 있다.<sup>19)</sup> 현행범체포의 입법목적은 범행과 체포

18) 대법원 2011.12.22. 선고 2011도12927 판결 참조; 부산지방법원 2011. 5. 27. 선고 2011고합93 판결 참조.

19) 긴급체포의 남용에 대해서는 많은 논의가 있어왔고(자세한 내용은 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법, 홍문사, 2015, 125, 126면 참조; 류지영, “긴급체포제도의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제20권, 2003, 277면 이하; 황정근, “인신구속과 인권보호”, 형사법연구 제14호, 2000, 37면 이하 참조), 현행범체포도 체포의 필요성과 관련된 논의(대법원 1999.1.26. 선고 98도3029 판결)뿐

사이의 시간적 접촉성으로 인해 범죄가 명백하여 인권침해의 염려가 없고, 범인의 도주 우려 등 긴급한 체포의 필요성이 있어서 검사나 사법경찰관리가 아닌 자에게도 체포권을 인정하여 수사의 효율성을 높인다는 것이었다. 따라서 현행법체포에 관한 규정은 주로 범행 당시 현장에 있던 사인들에게 체포권을 부여함으로써 범인을 체포하여 수사기관에 인도하는 행위를 정당화하는 법적 근거로 작용한다.<sup>20)</sup> 그렇다면 사인에 의한 체포라 하더라도 체포로 인한 상대방의 기본권침해가 시작되었다는 점은 다를 바가 없으며, 기본권이 침해된다면 체포가 시작된 것으로 이해할 수도 있다. 이러한 이유 때문에 사인이 현행범을 체포한 경우에 ‘즉시’ 수사기관에 인도하도록 형사소송법이 규정하고 있는 것이다. 부득이한 경우 예외를 인정할 수 있지만, 이러한 예외의 인정을 영장청구의 기한연장으로 이해하는 것은 자칫 지나친 강제처분의 확대로 이어질 우려가 있을 뿐만 아니라 현행법체포제도의 근본취지에 부합하지 않는다. 이러한 관점에서 본다면 소말리아 해적사건은 인격권과 자유권을 지나치게 제한한 과잉수사로 이해될 여지도 있다.

광현호 사건에서 수사기관은 먼저 형사소송법 제200조의2에 따라 사전영장을 발부받아 빅토리아항에 입항하는 광현호에서 즉시 영장을 집행하는 방법과 형사소송법 제200조의3에 따라 피의자들을 긴급체포하는 방법을 고려하였다. 그러나 현지에서 체포는 체포시점으로부터 48시간 이내에 검사가 법원에 구속영장을 청구해야 한다는 절차가 남게 된다는 점, 당시 상황의 유동성, 세이셸로부터 우리나라까지 이동하는 직항항공편의 부재로 인한 호송일정의 불명확성 등과 같은 이유로 활용이 어렵다고 판단하였다. 결국 최종적으로 수사기관은 피의자들에 대한 피의자 심문용 구인영장을 발부받아 기국주의에 의거하여 광현호에서 영장을 집행한 후 국내로 호송하였다. 세이셸항구에 광현호가 입항하고 선원법과 영사관계에 관한 비엔나협약에 의해 현지 무장경찰의 계호조치가 있는 후 세이셸공항으로 압송하기 직전 우리 해양경찰은 선내에서 2016년 6월 29일 구인영장을 집행하였고, 한국에 도착 후 7월

만 아니라 구속에 비해 순위운 인식구속제도의 유형이라는 지적과 함께 제도적 변화가 필요하다는 논의(김대성, “현행법상 현행범인 체포제도의 문제점과 개선방안, 형사법연구 제25권 1호, 2013, 275면 이하 참조)도 있다.

20) 이강규, “소말리아 해적 사건을 통해 본 국제해적처리를 위한 형사소송법 개정 및 입법에 관한 연구”, 법학논문집 제38집 2호, 2014, 174면 이하 참조.

1일이 되어서야 영장실질심사 후 구속영장발부로 이어질 수 있었다. 2016년 7월 1일에 구속영장이 발부되었지만, 구인영장집행기간도 구속기간에부터 산입될 수밖에 없다. 따라서 사법경찰관이 확보할 수 있는 최대구속 가능일수 10일 중 3일이 구인영장을 집행하는 데 소요되고 실제 구속하여 피의자들을 수사할 수 있는 기간은 7일만 남게 되었다.

#### IV. 개선방안

앞에서 살펴본 바와 같이 광현호 사건, 페스카마호 사건, 소말리아 해적사건 등과 같은 원격지 강력범죄에서는 피의자의 신병확보가 무엇보다 중요한 문제이다. 즉, 가해자들이 고립된 선박에서 여전히 다른 선원들과 함께 기거하고 있기 때문에 2차 범죄발생의 우려도 있을 뿐만 아니라 가해자들에 대한 수사과 재판과 위해서도 신병확보가 관건이다. 그러나 현행법상 피의자의 신병확보를 위한 방법은 매우 제한적이고 강제처분을 활용하는 것도 국내송환을 위한 절차와 시간소요 때문에 만만치 않다. 물론 형사소송법은 이러한 수사상 어려움을 고려하여 영장주의에 대한 예외를 두어 몇 가지 사유에 해당하는 경우에는 사전영장의 엄격성을 완화하고 있다. 범행 중 또는 범행직후라 여겨지는 자의 경우 누구든지 영장 없이 신속하게 신병을 확보할 수 있게 허용한 ‘현행범체포’ 및 중대한 범죄로 분류되는 행위를 하고 증거를 인멸하거나 도망의 우려가 있는 피의자에 대한 신병확보의 곤란을 고려하여 사전영장 없이 체포가능하게 한 ‘긴급체포’가 그것이다. 그러나 이러한 제도도 신체구속의 부당한 장기화를 우려하여 즉시 사후서류를 작성하도록 하고, 지체 없이 혹은 늦어도 48시간 이내에 구속영장을 청구하도록 하고 있기 때문에 원격지 범죄에 대한 수사의 애로사항을 해결하기에는 한계가 있다. 더 나아가 소요시간의 정확한 예상을 통해 적절한 수사방법을 선택한다고 하더라도 형사소송법에서 수사기관에 주어진 강제수사의 허용시간은 적절한 수사를 위해서는 턱없이 부족한 시간이라는 문제가 발생한다.

지금까지 검토한 범죄유형들은 해적선 나포나 인접국의 지원을 통한 구인영장집행의 방식으로 피의자의 신병을 확보하여 수사를 진행할 수 있었지만, 형사소추에서

상당한 애로사항도 있었다. 그것은 형사소송법이 가장 경계하고 있는 신체구속의 부당한 장기화와<sup>21)</sup> 구속기간의 적정한 활용 사이의 갈등문제였다. 오늘날 원격지에서 발생하는 범죄유형은 아주 광범위하고 지능적이기 때문에 우리나라에서만 문제되는 것은 아니다. 따라서 원격지 발생범죄에 대한 형사소추와 관련된 개선방안을 제시하기 위해 유사한 상황에 대한 외국의 대응방식을 확인할 필요가 있는 것으로 보인다.<sup>22)</sup>

## 1. 영국

영국에서는 경범죄를 담당하는 치안판사에 의하여 체포영장이 발부될 수 있는데, 실무상으로는 오히려 영장없는 체포가 광범위하게 이용되고 있고, 피고인기소절차에서 소환 또는 보석에 불응한 피고인을 인치하기 위한 수단으로 활용된다.<sup>23)</sup>

영국에서는 PACE(The Police And Criminal Evidence Act 1984) 제41조에 따라, 구금이후 24시간 안에 석방하는 것이 원칙이나, 동시에 구금시간의 기산점을 확정하는 동법 제41조 제(2)항 (b)에 따르면 영국영토 밖에서 체포된 경우에는 i) 당해 범죄의 조사를 받게 될 영국 내 관할지역의 첫 번째 경찰서에 도착한 시점, 또는 ii) 영국 영토에 도착한 이후부터 24시간 둘 중에서 더 이른 시점을 구금시한의 기산점으로 본다. 즉, 해외에서 체포되어 영국으로 입국한 경우, 최장 구금 가능시한은 영국 영토에 도착한 이후 24시간 또는 영국 내 최초 관할경찰서에 도착한 시간 중 더 빠른 시점을 기점으로 96시간까지 체포상태로 구금할 수 있게 되어 있다.<sup>24)</sup>

특수한 범죄유형인 테러의 경우 테러법을 별도로 두고 매년 의회가 최장 체포시한에 대하여 심사하여 검토한다는 조건하에 최장 구금기한을 28일로 연장하기도 하였다. 구금기한을 더 늘려야 한다는 의견도 있었지만, 2012년 자유보호법이 제정되

21) 이와 관련하여 우리는 항상 강제처분제도의 방향을 필요최소한으로 제한할 것을 지향하고 있다. 그런 이유에서 체포와 구속은 더 많은 제약과 사후구제절차를 갖도록 하는 형태로 변화요구되고 있고 그 반대의 경우를 우려하고 비난하는 문제제기들이 나타난다. 자세한 내용은 김상호, “체포제도의 문제점과 개선방안”, 저스티스, 한국법학원, 2006, 111, 121면 이하 참조.

22) 일반적인 외국에서의 인신구속제도는 정진수, “수사절차상 피의자 방어권 강화방안; 인신구속제도 개선을 중심으로”, 형사정책연구원 연구총서, 2004 참조.

23) 법원행정처, 영국의 형사사건기소절차-외국사법제도연구(3), 2008, 208,209면 참조.

24) 최민영·강석구, 앞의 보고서, 48-49면 참조.

면서 테러법도 개정되어 이제는 최장 구금기한을 14일로 제한하고 있다.<sup>25)</sup>

## 2. 프랑스

프랑스에서 일반적인 신병확보는 보호유치를 통해 이루어지지만, 피의자가 도주하거나 외국에 체류하는 등 특별한 경우에는 체포영장을 발급받도록 하고 있다. 구속의 경우는 경찰에 유치된 피의자를 검사가 사안의 중대성 등을 검토해 구속이 필요하다고 여길 때 예심판사에게 청구서 등과 함께 인계하면 절차가 진행된다. 프랑스에서도 체포의 유형에는 영장에 의한 경우와 그렇지 않은 경우가 있다. 영장에 의한 체포는 구인영장을 통해 이루어지는 경우도 있는 데, 이 경우는 즉시 신문을 하도록 하고 있고, 이것이 불가능한 때 24시간 동안 유치장에 유치하는 것을 허용한다. 게다가 구인영장집행지가 예심판사 소재지에서 200킬로미터 이상 떨어진 곳이라면 체포지 석방구금판사에게 24시간 이내 인치하도록 하고, 이후 검사에 의해 이송 여부를 결정하여 영장의 효력을 연장하는 등의 사후조치를 한다. 이송이 가능한 경우라면 4일 이내에 예심판사에게 인치하도록 하는데, 다만 그 이송이 해외의 도로부터 다른 도를 향한 경우 또는 프랑스 본토에서 해외의 도를 향한 경우에는 기한을 6일 이내로 조정하여 규정하고 있다. 또한 이런 규정에도 불구하고 고려되지 않은 부득이한 사유가 있는 경우도 허용하나 그렇지 않으면 예심판사는 명령으로 피의자를 석방하도록 하고 있다.<sup>26)</sup> 체포된 피의자의 경우 24시간 이내에 신문할지 구속할지를 지정판사가 결정해야 하고, 이 지정판사는 24시간 이내에 신문이 가능한 거리가 아니라 여겨질 때 체포지 석방구금판사로 변경이 가능하다. 석방구금판사는 이송절차를 거치도록 하고 있는데,<sup>27)</sup> 일반적으로 4일의 기한제한을 두고 있으나 이송상황이 다른 도를 향한 경우 또는 본토에서 해외 도를 향해 이루어지는 경우라면 6일로 하도록 되어 있다. 이 경우에도 부득이한 사정이 없다면 기한이 도과한 때

25) 영국 자유보호법 제57조 참조.

26) 구인영장과 관련된 내용은 프랑스 형사소송법 제122, 125조, 126, 127, 128, 129, 130, 130-1조 참조.

27) 예심판사로의 이송을 위한 기간의 확보를 위해 체포지 석방구금판사에게 인치하는 절차를 거친다고 이해해도 무방하다.

피의자를 석방한다.<sup>28)</sup>

영장에 의하지 않은 체포에는 진술청취를 목적으로 사법경찰관 앞에 범죄혐의자를 잡아두는 취지로 둔 보호유치가 있는데, 원칙적으로 24시간을 초과할 수 없다.<sup>29)</sup> 현행법체포도 영장 없이 가능한 체포로 범죄실행 중 또는 직후에 있는 자와 소위 준현행범인이라 여겨지는 자를 대상으로 이루어지는 체포로 누구든지 범인을 체포할 수 있도록 하면서 가까운 사법경찰에게 인계할 것을 요구하고 있다. 이를 위한 수사는 8일을 넘을 수 없고, 다만 중죄나 경죄 중 5년 이상 징역에 해당한다고 여겨지는 범죄는 최장 8일 더 연장할 수 있도록 하고 있다.<sup>30)</sup>

프랑스도 영국과 같이 테러리즘이나 마약거래와 같은 중대범죄의 경우에는 피의자에 대한 보호요건을 완화하는 방식으로 예외를 두고 있다.<sup>31)</sup>

### 3. 독일

독일의 경우 체포는 구속으로 이어지는 임시처분으로서, 형사소송법 제127조에 영장을 발부받을 필요 없는 임시체포제도를 두고 있다. 우리나라의 현행법체포나 긴급체포 정도로 이해해도 무방하다.<sup>32)</sup> 다만 여기에 공판을 위한 체포를 두어 공판에 출석하지 않을 우려가 있는 경우에도 임시체포가 가능하게 하고 있다. 독일 형사소송법 제128조에 체포일 익일까지 지방법원 판사에게 인치할 것을 규정한 것을 통해 체포시한이 24시간임을 알 수 있다. 독일 형사소송법 제128조는 ‘지체 없이’라는 제한내용을 두고 있는데, 이것은 통상적이고 객관적 사유로 인한 지체가 아니라면 인정될 수 없다.<sup>33)</sup> 아마도 그러한 객관적 사유는 영국과 프랑스에서 따로 예외규

28) 프랑스 형사소송법 제135-1조.

29) 프랑스 형사소송법 제154조.

30) 프랑스 형사소송법 제53조, 73조. 구속의 경우는 범죄사실의 일부가 국외에서 행해진 때에는 보통의 경우 1년과 연장해서 1년 6개월에 그치는 경우는 각각 3년과 연장해서 4년으로 기간을 늘려주고 있다(신이철, “수사기관의 구속기간 산입배제에 대한 제언”, 형사정책연구 통권 제100호, 2014, 230면).

31) Hodgson, *The Investigation and Prosecution of Terrorist Suspects in France*. Independent Report(Home Office), 2006, p36.

32) 자세한 내용은 독일 형사소송법 제127조 참조.

33) 우리나라와 마찬가지로 이에 대한 문제제기가 독일에서도 등장한다. 자세한 내용은 Wolter(Hrsg),

정을 둔 물리적 거리, 교통수단의 어려움, 필수적인 등록 조서작성 등과 같은 피할 수 없는 제반사정을 말하는 것으로 보인다. 이러한 경우 독일에서도 영장발부결정을 위한 적정한 조사를 위해 인치기한이 연장될 수 있도록 하고 있다.<sup>34)</sup> 경우에 따라 인치기한에 이 모든 기간을 산정할 수도 있다.<sup>35)</sup> 독일에서는 오히려 영장발부와 석방을 명하는 시점을 명시하고 있지 않고, 기본법에 규정되어 있는 ‘지체 없이’라는 표현에 입각하여 판단하고 있다.<sup>36)</sup> 체포와 관련해서는 체포된 사람의 자유권을 고도로 보호할 것을 요구하고 있다.

이와 같은 제도를 가지고 있는 독일에서도 아텐만 해적사건에 대해 사안의 특수성을 고려하여 13일 내지 16일의 기한도과를 ‘지체 없이’ 인치할 수 없는 사유로 인한 것으로 해석하였다. 이것은 당시 상황에서 소요된 시간을 불필요성에 대한 검토를 통해 판단하였는데, 어쩔 수 없는 물리적 거리와 제도적 장치의 문제였음을 인정한 것이다.<sup>37)</sup>

#### 4. 미국

미국에서 체포는 대다수가 영장 없이 이루어지지만,<sup>38)</sup> 이것은 피해자가 신고할 때 용의자가 자택에 머물러 있는 것처럼 긴급한 사유가 있을 때에 한하고 있다. 피

SK-StPO, Bd. II, 4. Aufl., 2010, § 128 Rn.4 ff.

34) BGH, NJW 1990, S 1188.

35) Hannich, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung 7. Aufl., 2013, §128 Rn. 5; Radtke-Hohmann, StPO Kommentar, 2011, §128. Rn. 2.

36) 지체가 있다면 위법한 체포가 된다. 이는 Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl., 2013, § 128 Rn.5; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO Kommentar, 57. Aufl., 2014, § 128 Rn. 6. 다만 이 경우도 물리적거리, 교통수단의 어려움 필수적 등록과 조서작성, 체포된 자의 반항적 태도 혹은 이와 비교 가능한 정황 등에 의해 제한받는 ‘지체’는 피할 수 없다는 판시가 있다(BVerfGE 105, 239, 149; BVerfG Beschl. v. 4.9.2009-2 BvR 2520/07; BVerfG Beschl. v. 19.01.2007-2 BvR 1206/04).

37) ‘아텐만 사건’은 외국에서 외국인인 범죄인을 체포하여 독일로 이송한 사건으로 Vgl. Köln, Urteil v.11, 11, 2011, 25 K 4280/09. 여기서는 독일기본법 제104조 제2항 제2문, 유럽인권협약 제5조 제3항, 시민의 정치적 권리에 관한 국제협정 제9조 제3항이 작용하였다.

38) 이러한 미국의 인신구속제도의 활용과 취지의 일반적 내용은 톨란도 뷔 텔 카르멘·김한균, “미국의 인신구속제도”, 형사정책연구 통권 제64호, 2005, 5면 이하 참조.

체포자는 24시간 이내에 치안판사에게 인치되어 체포한 후 48시간 이내에 가능한 즉시 법원으로부터 상당성의 심사를 받도록 하고 있다. 이 과정에서 보석결정이 논의되고, 우리나라처럼 구금기한이 없어 보석으로 석방되지 않으면 재판종료 시까지 계속 구금상태로 있게 된다. 원칙적으로 미국에서 형사범죄 용의자에 대한 체포 후 기소까지 가능한 구금시간은 48시간이고, 다만 상당한 이유가 있는 경우만을 예외로 한다고 판시한 바도 있다. 또한 이러한 ‘상당한 이유’에 해당하는 긴급한 예외상황이었다는 입증은 정부가 할 것을 요구하고 있다.<sup>39)</sup> 2001년 9.11 테러 이후에 테러 용의자인 외국인의 경우 구금기간을 7일까지 연장할 수 있도록 하는 애국자법을 제정하였다. 7일 구금기간이 만료되면 구금된 외국인은 기소 또는 추방절차를 시작해야 한다고 규정되어 있었다. 다만 국가안보에 심대한 영향을 끼칠 우려가 있는 것으로 보일 때에는 법무부장관에 의해 6개월까지 구금기간이 연장될 수 있다. 이것은 현재 개정을 거쳐 미국자유법으로 유효하게 시행중이다.<sup>40)</sup>

## 5. 일본

일본은 우리 형사소송법 체계와 가장 유사한 형태로 체포제도가 규정되어 있다. 그러나 일본의 경우는 긴급체포 후 석방 유무를 불문하고 사후영장을 요하고 있고, 경미범죄의 현행범 체포요건과 준형행범 체포요건을 달리 규정하고 있으며, 체포의 주체와 영장청구권자가 우리와 달리 되어 있다. 게다가 구속제도에 앞서 체포를 필수요건으로 하여 체포없는 구속은 불가능하게 규정되어 있다.

일반적으로 일본에서도 신체구속을 당한 때부터 48시간 이내에 서류 및 증거물과 함께 피의자를 검찰관에 송치하도록 하고 있다. 검사는 이러한 신병송치를 받고 24시간 이내, 즉, 피의자의 신체 구속을 한 때부터 72시간 이내에 재판관에 피의자 구속을 청구하도록 하고 있다. 이러한 제한 시간을 지키지 못한 경우에 그 영장청구는 각하하도록 하고 있다. 물론 검찰이 직접 피의자를 체포한 경우에는 신체를 구속한 때부터 48시간 이내에 재판관에게 피의자 구속을 청구하도록 하고 있다.

39) *Countz of Riverside v. McLaughin*, 500 U.S. 44, 1991.

40) 최민영·강석구, 앞의 보고서, 73면 참조.

이러한 체포시한도 형사소송법 제206조에서 ‘부득이한 사정’이라는 용어를 통해 시한을 지키지 못한 경우에 사유소명을 요건으로 구속청구가 가능하도록 하고 있다. 이것은 피의자 이송 혹은 체포에 수반하는 절차<sup>41)</sup> 및 송치와 구속영장청구를 위한 서류작성의 경우에 자연적으로 불가항력적인 사정에 한하여 인정되는데, 대표적인 예로 원격지 체포, 피의자의 질병, 주취 등에 의한 보호필요성을 들고 있다.<sup>42)</sup>

## 6. 소결

영국에서는 필요에 의해서 체포시 발생할 수 있는 구체적 상황에 대한 고려가 체포와 관련된 절차에도 반영되어 있다. 프랑스에서도 사건의 중대성 유무와 이송의 어려움을 고려하여 체포시한을 연장하는 제도를 형사소송법에 규정하고 있다. 미국의 경우에는 구체적 절차에서 차이가 있기는 하지만, 기본적인 체포시한은 48시간으로 하고 있고, 상당한 이유가 있는 예외상황에 대해서는 판례를 통해 제한된 예외를 인정하고 있다. 일본은 우리와 가장 유사한 체포절차규정을 두고 있는 나라이지만, 체포와 구속의 관계에서 약간의 차이가 있다. 일본의 경우에도 진정한 의미의 구속이 있는 때는 그것을 구속기간의 시점으로 한다는 명시적 규정을 두면서 사법경찰의 체포시한은 일반적으로는 48시간으로 규정하고 있다. 다만 일본도 미국과 마찬가지로 수사기관이 부득이한 사정으로 인해 지연되었다는 것을 입증하고 상당한 이유가 인정된다면 부득이한 사정에 의한 것으로 보아 예외적으로 그 기간의 연장을 인정한다.

우리나라의 경우 수사기관 또는 경우에 따라 예외적으로 일반인에 의해서도 체포가 가능하도록 규정해 두고 있지만, 체포시한이 주체에 따라 언제부터 기산하는지에 대해서나 현행법체포에서 ‘즉시’에 대한 판단기준이 명확하지 않은 상태이다. 따라서 소말리아 해적사건에서는 신병확보를 위해 지나치게 장기간 가해자의 자유를

41) 원격지에서 이송의 문제로 인해 부득이한 사정이 있다고 판단한 사례에는 교통사정의 어려움을 반영한 旭川地決昭42·5·13下集9卷5号747面; 경찰서와 법원의 지리적 거리관계와 당시 경찰서 업무의 과다 등으로 인한 부득이한 사정을 인정한 富山地決昭和46·4·15刑裁月報3卷4号615面 참조

42) 소명과 피의자의 병과 관련하여 더 자세한 내용은 久米喜三郎, 刑訴法206條2項のやむを得ない事由の意義, 判例タイムズ No. 296, 1973, 129面.

제한한 것이 문제되었고, 광현호 사건에서는 적정한 수사를 위한 충분한 구속기간을 확보하지 못한 것이 문제되었다. 이러한 문제에 대한 외국의 대응방안을 참조하면서 정당하고 합리적인 개선방안을 제시하자면 다음과 같다.

우선 “체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간 이내에 제201조의 규정에 의하여 구속영장을 청구하여야 하고, 그 기간내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.”는 내용의 형사소송법 제200조의2 제5항은 좀 더 구체화될 필요가 있다. ‘체포한 때’의 해석 그리고 48시간을 맞추지 못하는 부득이한 상황에 대한 고려가 전혀 없는 조문이기 때문이다. 따라서 제200조의2 제5항을 “체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 수사기관에 의해 체포된 때부터 또는 수사기관이 체포한 자를 인치받은 때부터 48시간 이내에 제201조 규정에 의하여 구속영장을 청구하여야 한다. 다만 피의자를 대한민국 영역 밖에서 체포한 경우에는 대한민국 영역에 도착한 때로부터 48시간 이내에 구속영장을 청구하여야 하고, 상당한 이유 없이 기간내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.”로 개정하는 것이 바람직하다. 그리고 동법 제213조 제1항은 “검사 또는 사법경찰관리 아닌 자가 현행범인을 체포한 때에는 즉시 검사 또는 사법경찰관에게 인도하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이것은 부득이한 사정에 대해 전혀 고려하지 않은 것이기 때문에 부득이한 사정을 반영하기 위해서는 “검사 또는 사법경찰관리 아닌 자가 현행범인을 체포한 때에는 부득이한 사정이 없는 한 즉시 검사 또는 사법경찰관에게 인도하여야 한다.”라고 개정하여야 한다. 더 나아가 구속기간의 산입에서도 사법경찰이 직접 수사에 활용할 수 없는 기간, 즉 대한민국 영역 외의 원격지에서 체포되어 국내로 이송되는 기간은 제외할 필요가 있다. 즉, 형사소송법 제203조의2를 “..... 대한민국 영역 외에서 이루어진 피의자 체포기간을 제외한 제202조 또는 제203조의 구속기간은 피의자를 체포 또는 구인한 날부터 기산한다.”로 개정함으로써 수사에 필요한 구속기간을 확보할 수 있을 것이다.

## V. 결론

지금까지 광현호 선상살인사건에 대한 형사재판과 관련하여 형법적 쟁점과 형사소송법적 쟁점을 검토하고 개선방안을 제시하였다. 앞에서 살펴본 내용을 간략히 요약하면서 결론을 맺자면 다음과 같다.

첫째, 형법적 쟁점과 관련하여 법원은 자연스러운 추론을 통하여 공동정범을 인정하기에는 증거가 부족한 것으로 판단하였다. 즉, 대법원이 공동정범을 인정하지 않은 것은 형사사법의 기본원칙인 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로’(in dubio pro reo)에 따른 것으로 보인다. 광현호 사건에 대한 형사재판에서도 물리적 여건과 시간적 제약 때문에 충분한 증거수집이 곤란한 것이 바로 원격지 선상범죄에 대한 수사의 가장 큰 애로사항이라는 사실을 다시 한 번 더 확인할 수 있다. 그럼에도 불구하고 여전히 다소 억지스러운 추론을 통해 공동정범을 부정한 법원의 설명은 아쉬운 대목이다.

둘째, 광현호 사건은 기국주의와 보호주의에 의해 우리나라의 형사관할권이 인정되고, 속인주의에 의해 관할권을 가질 수 있는 베트남은 권한행사를 포기한 상태였기 때문에 우리나라에서 형사소추할 수 있었다. 공해상 원격지 발생범죄에 대한 수사과 재판을 위해서는 무엇보다 가해자의 신병확보가 관건이다. 수사기관은 피의자들에 대한 피의자 심문용 구인영장을 발부받아 기국주의에 의거하여 광현호에서 영장을 집행한 후 국내로 호송하였다. 그런데 구속기간의 산입 때문에 최대구속 가능일수 10일 중 3일이 구인영장을 집행하는 데에 소요되고 실제 구속하여 피의자들을 수사할 수 있는 기간은 7일만 남는 상황이었다. 따라서 원격지 범죄에서 피의자의 신병을 확보하고 수사에 필요한 구속기간을 확보할 수 있는 개선방안이 필요하다.

셋째, 원격지 선상범죄를 정당하고 합리적으로 처리하기 위해 먼저 유사한 경험을 한 외국의 대응방안을 참조하여 개선방안을 제시하자면, 우선 형사소송법 제200조의2의 제5항을 “... 또는 수사기관이 체포한 자를 인치받은 때부터 ... 다만 피의자를 대한민국 영역 밖에서 체포한 경우에는 대한민국 영역에 도착한 때로부터 48시간 이내에 구속영장을 청구하여야 하고, 상당한 이유 없이 기간 내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다.”로 개정하는 것이 바람

직하다. 그리고 사인에 의한 현행범체포가 부득이한 경우에 즉시 수사기관에 인치될 수 없는 것에 대한 규정으로서 형사소송법 제213조 제1항을 “검사 또는 사법경찰관리 아닌 자가 현행범인을 체포한 때에는 부득이한 사정이 없는 한 즉시 검사 또는 사법경찰관에게 인도하여야 한다.”로 개정하는 것이 바람직하다. 더 나아가 수사에 필요한 구속기간을 확보하기 위해서는 형사소송법 제203조의2를 “... 대한민국의 영역 외에서 이루어진 피의자 체포기간을 제외한 제202조 또는 제203조의 구속기간은 피의자를 체포 또는 구인한 날부터 기산한다.”로 개정할 필요가 있다.

결론적으로 광현호 선상살인사건과 같은 원격지 선상범죄의 수사와 재판을 위해서는 신속한 피의자의 신병확보와 증거수집이 관건이다. 앞에서 제시한 개선방안이 모든 문제를 해결해 주지는 못하겠지만, 원격지 범죄에 대한 정당하고 합리적인 형사소추를 위해서는 필요불가결한 내용이 될 것이다.

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 김대성, “현행법상 현행범인 체포제도의 문제점과 개선방안, 형사법연구 제25권 1호, 2013.
- 김상호, “체포제도의 문제점과 개선방안”, 저스티스, 한국법학원, 2006.
- 김종원, “공범규정에 대한 형법개정의 일고찰”, 형사정책연구 통권 제71호, 2007.
- 롤란드 뷔 델 카르멘·김한균, “미국의 인식구속제도”, 형사정책연구 통권 제64호, 2005.
- 류지영, “긴급체포제도의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제20권, 2003.
- 박상기, 형법학, 집현재, 2016.
- 배종대·이상돈·정승환·이주원, 형사소송법, 홍문사, 2015.
- 법원행정처, 영국의 형사사건기소절차-외국사법제도연구(3), 2008.
- 변종필, “구속제도의 이론과 실제”, 형사정책연구 통권 제82호, 2010.
- 부산해양경비안전서, 2016. 6.19 광현803호 선상살인사건 수사백서, 2016.
- 신이철, “수사시관의 구속기간 산입배제에 대한 제언”, 형사정책연구 통권 제100호, 2014.
- 이강규, “소말리아 해적 사건을 통해 본 국제해적처리를 위한 형사소송법 개정 및 입법에 관한 연구”, 법학논문집 제38집 2호, 2014.
- 이재상, 형법총론, 박영사, 2017.
- 이수진, “기능적 행위지배의 ‘계속적 영향력’과 범행단계와의 관계”, 형사법연구 제28권 2호, 2016.
- 정진수, “수사절차상 피의자 방어권 강화방안, 인신구속제도 개선을 중심으로”, 형사정책연구원 연구총서, 2004.
- 최민영·강석규, “원격지 등에서 체포시한에 예외를 두는 방안 연구”, 2015년도 법무부 연구용역과제 보고서, 2015.
- 최민영·최석윤, “소말리아 해적사건에 대한 형사재판의 쟁점”, 비교형사법연구 제

14권 제1호, 2012.

최석윤, “선상폭력의 형사법적 제문제”, 해사법연구 제24권 2호, 2012.

황정근, “인신구속과 인권보호”, 형사법연구 제14호, 2000.

## [국외문헌]

BGH, NJW 1990.

Bockelmann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975.

Hannich, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung 7. Aufl., 2013.

Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2009.

Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008.

Meyer-Goßner / Schmitt, StPO Kommentar, 57. Aufl., 2014.

Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993.

Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1993.

Radtke·Hohmann, StPO Kommentar, 2011.

Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2009.

Schmidt, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2005.

Stratenwerth, Strafrecht Allgemein Teil I, 2. Aufl., 1976.

Wolter(Hrsg), SK-StPO, Bd. II, 4. Aufl., 2010.

Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969.

Wessels(허일태 역), 독일형법총론, 세종출판사, 1998.

久米喜三郎, 刑訴法206條2項のやむを得ない事由の意義, 判例タイムズ, No. 296,  
1973.

## The Issues of the criminal trial for the murder case on board Gwang-Hyeon Ho

Lee, Soo-jin\*·Choi, Suk-yoon\*\*·Jeon, Yeong-woo\*\*\*

This study is intended to scrutinize the relevant issues of the criminal law and criminal procedure law in relation to the criminal trial for the murder case on board Gwang-Hyeon Ho and propose the improvement thereof. The result of this study can be summarized as follows.

First, the court held that there was not enough evidence to give a judgement of guilty for *mittaterschaft* through natural inference in the criminal trial for the murder case on board Gwang-Hyeon Ho. That is to say, the reason why the supreme court did not approve *mittaterschaft* was understood to be in consistent with the principle of *in dubio pro reo* which is one of the fundamental principles of *strafjustiz*. Through the criminal trial for the Gwang-Hyeon Ho case, it can be reconfirmed that the difficulty in collecting sufficient evidence due to physical conditions and time constraint would be the most bottleneck problem in the investigation into the remote shipboard cases. Nonetheless it is pointed out that the reasoning of the court why *mittaterschaft* was denied through a bit of obstinate inference.

Second, the Republic of Korea could well have the criminal jurisdiction for the Goang-Hyeon Ho case based on the flag state jurisdiction and *schutzprinzip* and furthermore the criminal prosecution could have been made by the ROK because Vietnam which would have had its jurisdiction based on the personal principle gave up exercising its authority over the case. The location of the suspect's whereabouts

---

\* Full-time Researcher, Institute of Law Studies, Pusan National University, Ph.D. in Law.

\*\* Professor, Korea Maritime and Ocean University, Ph.D. in Law.

\*\*\* Professor, Korea Maritime and Ocean University, Ph.D. in Law.

is above all the crucial issue in order for the investigation and trial to be realized for the crime occurring remote in high seas. The investigation agency obtained the summons for questioning suspects and execute the warrant on the Gwang-Hyeon Ho and then escorted them to Korea. Then, of 10 days of maximum arrest period, it took 3 days to execute the warrant itself and only 7 days was actually allowed to arrest and investigate the suspects. Therefore it is necessary to improve the situation where the location of the suspect's whereabouts and adequate period of arrest could be assured for the remote crime cases.

Third, it is suggested after considering preceding cases in foreign countries having similar experiences of addressing just and reasonable handling of the remote crime on board that firstly the sentence of "... or from the day when an investigative authority received an arrestee ... except the case in that the suspect is arrested outside of territory of the ROK, the arrest warrant shall be requested within 48 hours from the arrival in the territory of the ROK." should be newly added to the paragraph 5 of Article 200bis in the criminal procedure law. And paragraph 1 of Article 213 needs to be amended to read as "When any person other than a prosecutor or a judicial police officer arrested current criminal, unless inevitable reasons exist, criminal shall be delivered promptly to the prosecutor or judicial police officer." Furthermore, in order to ensure the sufficient arrest period necessary for investigation, it is needed that Article 203bis shall be amended to read as "except the period of arresting a suspect outside of the territory of the ROK, the arrest period of Article 202 or Article 203 shall be counted from the day of arrest or apprehension.

In short, for the investigation and the trial of remote crime on board such as the Gwang-Hyeon Ho murder case, core elements are the speedy location of the suspect's whereabouts and the collection of evidence. The proposal above could not address all the issues but it is inevitable in order to ensure just and reasonable criminal prosecution for such remote crime.

❖ Keyword: the murder case on board, mittaterschaft, criminal trial, arrest, summons for questioning, arrest warrant

투고일 : 11월 30일 / 심사일 : 12월 15일 / 게재확정일 : 12월 15일

## 경찰수사의 독립성·중립성 확보를 위한 수사체제 재설계\*

황문규\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

이 글은 현행 수사체제를 진단하고 거기에 내재되어 있는 문제점이 무엇인지를 살펴보고, 이를 토대로 향후 수사체제를 어떻게 재설계할 것인지를 제안하고자 하였다.

현 수사체제는 검사 이외 어떠한 천적(또 다른 수사기관)의 성장, 발전을 허용하지 않는 수사생태계를 조성하는 검사 지배적 수사체제이다. 그리하여 검찰이나 경찰이나 중복적 수사영역을 갖는 사실상 동일한 수사기관이면서도 경찰의 수사 위에 검찰의 수사가 존재하는 이상한 위계적 계층구조를 형성하고 있다. 국민의 입장에서는 경찰수사를 받고 또다시 검찰의 수사를 받아야 하는 불편이 있고, 구속이라도 되는 경우에는 구속기간이 10일이나 늘어나는 고통을 감수해야 한다. 경찰 내부적으로도 행정경찰과 사법경찰이 혼합된 수사체제로 운영되어 수사경찰은 물론 행정경찰의 전문성을 제고하기도 어렵게 하고 있다. 또한 경찰활동은 형사법 편향적으로 이루어져 행정경찰활동이 침식되는 결과를 초래하고 있다. 이로 인한 피해는 또한 국민들에게 돌아간다. 바로 이 점에서 지난 60여 년간 사실상 고정되어 있는 현 수사체제를 재설계할 필요가 있다.

수사체제의 재설계는 무엇보다도 검찰권의 분산 차원에서 이루어져야 한다. 동시에 경찰의 수사주체성을 인정하고, 경찰과 검찰이 중복적으로 수사하는 시스템을 개선해야 한다. 중장기적으로는 검사 경우 영장청구권 제도를 규정하고 있는 헌법을 개정하여 수사기관이 직접 법관에게 영장을 청구하게 하여 법관의 사법통제를 받게 하여야 한다. 또한 경찰 내부적으로도 자치경찰제를 도입하여 경찰권의 지역적 분산과 더불어 행정경찰과 사법경찰의 균형적 발전이 이루어질 수 있도록 양자를 분리하여야 한다. 행정경찰과 사법경찰의 분리는 궁극적으로 행정경찰활동에 있어 묶여 있는 경찰의 손발을 풀면서도 경찰권의 올바른 행사를 위해서도 반드시 필요하다. 나아가 경찰노조를 허용하여 경찰구성원에 의한 경찰내부 통제, 즉 아래로부터의 통제가 이루어질 수 있는 장치를 마련하여야 한다.

❖ 주제어 : 검사 지배적 수사체제, 이중적·계층적 수사체제, 행정경찰, 사법경찰

\* 이 논문은 2017년도 중부대학교 학술연구비 지원에 의하여 이루어진 것이며, 2017. 11. 22. 개최된 '국민을 위한 수사구조 개혁과 경찰의 과제'(국회의원 표창원·치안정책연구소 공동주최)에서 발표된 글을 논문형식으로 수정·보완한 것임.

\*\* 중부대학교 경찰행정학과 교수

## I. 서론

새 정부가 출범한 이후 경찰개혁을 위한 방안이 숨이 가쁠 정도로 연일 쏟아져 나오고 있다. 대통령 공약에서는 그간 과도한 검찰권에 대한 폐해에 대한 반성적 인식에서 검찰개혁을 위한 방안이 촘촘하게 제시되었는데, 역설적이게도 정작 개혁 작업은 경찰에서 제일 활발하다. 대통령 공약 및 국정과제로 설정된 광역단위 자치경찰제 도입 권고안, 시민에 의한 민주적 외부통제기구로서 경찰인권·감찰옴부즈만(위원회) 및 경찰위원회의 실질화 방안 등은 그 예이다. 검찰개혁의 일환으로서 수사기소 분리로 경찰에 수사권이 부여될 경우 자칫 경찰권이 비대화되어, 경찰이 또 다른 ‘검찰’이 될 수 있다는 우려를 해소하려는 노력의 산물일 것이다.

그러나 어찌된 일인지 수사기소 분리의 당사자인 검찰측에서는 수사기소 분리를 위한 주목할 만한 움직임을 보이지 않고 있다. 그렇지만 이 시점에서 검찰의 움직임만을 바라보고 기다리기에선 여전히 경찰에서 해야 할 과제가 산적해 있다. 1954년 형사소송법이 제정된 이후 현재까지 검찰과 경찰간 위계적 계층구조를 형성하고 있는 수사체제가 지난 60여 년 동안 수사체제에 어떠한 변화도 허용하기를 꺼려했다. 검찰과 경찰간 수사체제뿐만 아니라 경찰 내에서의 수사체제도 커다란 변화 없이 지난 60여 년 동안 이어져오고 있는 이유이기도 하다. 그 때문에 검사의 존적 수사체제에서 벗어나는 것만이 경찰수사의 숙명으로 여겨져 왔다. 그래서 경찰을 견제하고 통제할 장치는 검사의 수사지휘권과 영장청구권이 유일무이한 것으로 간주되어 그 이외의 통제장치를 마련할 생각조차 하지 못했다. 그 영향으로 경찰 활동에 대한 통제는 마치 형사법적 차원에서 이루어져야 한다는 인식이 고정관념 아닌 고정관념이 되었고, 이는 형사법 편향적 경찰활동으로 이어져 행정경찰작용의 침식이라는 결과를 가져왔다. 한 발 더 나아가 마치 행정경찰작용은 ‘순찰’이 전부인 것인양 무계감 없이 취급되어 온 반면, 사법경찰작용은 마치 17세기까지 천동설이 불변의 진리인양 우리의 세계관을 지배한 것처럼 경찰활동의 전부인 것으로 인식되어 온 것도 부인할 수 없는 사실이다.

인식의 전환이 필요한 시점이다. 수사체제에 근본적 변화를 주어야 할 시점인 것이다. 특히 행정경찰활동을 바로 세우는 작업을 통해 수 십년간 고착된 검경간 수사

체제에 변화를 이끌어내야 한다. 그러나 그동안 방치되어온 행정경찰활동의 강화는 숨어있는 경찰권을 새삼 일깨우는 것이라 그 자체로 경찰권이 비대해진다는 우려에 직면하게 될 수 있다. 경찰권을 분산하는 방안이 뒤따라야 하는 이유이다.

이러한 인식 하에서 이 글은 현행 수사체제를 진단하여 어떠한 문제가 있는지 그리고 이러한 문제를 개선하기 위해서 수사체제가 어떻게 재설계되어야 하는지를 고민해보고자 한다.

## II. 현행 수사체제의 진단

### 1. 검사 지배적 수사체제

#### 가. 경찰수사의 주체성 형해화

우리나라의 수사체제는 검사에 의해 지배되는 시스템으로 이루어져 있다. 검사의 지배를 가능하게 하는 매개체는 ‘수사지휘’이다. 종전에는 형사소송법 제196조에서 경찰은 ‘검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다’고 규정하여 “검사의 수사지휘권=검사의 수사행사방식”이라는 등식을 만들어놓았다. 그리하여 수사에 있어 경찰은 검사의 연장된 팔로서 ‘수사지휘’를 매개로 검사의 수사를 대신해주는 존재에 불과하였다. 이는 경찰에 수사의 개시·진행권을 보장해주기로 한 2011년 개정 형사소송법에서도 크게 달라지지 않고 있다. 개정 형사소송법 제196조 제2항에서 인정하고 있는 경찰의 수사개시·진행권은 전체 형사사건의 약 96%, 검찰이 종결하는 전체 형사사건의 약 80%를 검사의 실질적 지휘없이 경찰이 주도적으로 처리하고 있는 현실을 감안하여 적어도 수사의 개시·진행 영역에서 경찰의 수사주체성을 인정하기 위함이다. 또한 제196조 제1항 및 제3항<sup>1)</sup>에서 여전히 ‘검사의 수사지휘권’을 규정

1) 제196조(사법경찰관리) ① 수사관, 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.

③ 사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 대통령령으로 정한다.

하고 있지만, 이는 검사에게 경찰수사를 지배하는 것이 아니라 경찰이 주체적으로 하는 수사에 대한 ‘법률적 통제자’가 되어달라는 것을 의미한다.<sup>2)</sup>

그러나 검찰은 ‘검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정’(이하 ‘대통령령’)을 통해 경찰수사에 대한 지배력을 여전히 유지하려는 모습을 보이고 있다. 이 대통령령에 따른 수사지휘권을 통해 검찰은 필요에 따라 경찰수사를 중단시키고 검찰에 사건을 송치할 것을 지휘할 수 있다.<sup>3)</sup> 2012년의 김광준 검사사건은 그 대표적인 예이다.<sup>4)</sup> 나아가 정치적으로 민감한 사건 등의 경우 입견지휘를 받도록 하고 있다. 대통령령 제76조에서는 대공·선거, 노동, 집단행동, 출입국·테러 및 이에 준하는 공안관련 범죄에 대해 경찰이 수사를 개시한 때에는 검사에게 입견여부에 대해 검사의 지휘를 받도록 규정하고 있다. 그리하여 형사소송법 제196조 제2항에 따라 경찰은 범죄를 인식하면 수사를 개시·진행하여야 함에도 불구하고, 입견을 하지 못하게 하여 수사의 진행을 차단할 가능성을 열어놓고 있다. 이외에도 경찰수사를 지배하기 위하여 촘촘한 통제장치를 마련해놓고 있다. 예컨대, 내란죄, 외환죄, 공안범죄, 공무원범죄 등의 일정한 범죄에 대한 수사개시보고(대통령령 제74조), 관할구역 외에서 수사시 보고의무(형사소송법 제210조)<sup>5)</sup>, 수사담당자에 대한 교체임용요구권 및 행정적 책임요구권(검찰청법 제54조, 폭력행위등 처벌에 관한 법률 제10조), 경찰만을 대상으로 하는 인권옹호직무방해죄(형법 제139조) 등은 경찰을 통제하기 위한 장치의 대표적인 예이다. 이들 장치를 통해 (적어도 수사의 개시·진행에 있어) 경찰의 수사주체성을 형해화시키고 있다.

- 2) 이에 대해서는 황분규, 개정 형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계, 형사정책연구 제22권 제3호, 2011, 217면 이하 참조.
- 3) 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정(대통령령, 이하 ‘검사의 수사지휘에 관한 대통령령’이라 한다) 제78조 제1항 및 제2항에 따라, 검사는 경찰이 수사를 진행하고 있는 사건에 대해 수사절차상 이의가 제기되거나 2개 이상의 기관에서 중복 수사하는 경우 등 수사과정에서 인권이 침해될 우려가 현저하여 검사가 직접 수사할 필요가 있다고 인정되는 경우 ‘즉시 수사를 중단하고 검찰로 사건을 송치’할 것을 지시할 수 있다.
- 4) 2012. 11. 19.자 주간동아 제863호, “감히 검사 비리를 경찰이?”, 인터넷 <http://weekly.donga.com/List/3/all/11/94966/1>.
- 5) 제210조(사법경찰관리의 관할구역 외의 수사) 사법경찰관리가 관할구역 외에서 수사하거나 관할구역 외의 사법경찰관리의 촉탁을 받아 수사할 때에는 관할지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 보고하여야 한다. 다만, 제200조의3, 제212조, 제214조, 제216조와 제217조의 규정에 의한 수사를 하는 경우에 긴급을 요할 때에는 사후에 보고할 수 있다.

## 나. 권력과의 동행을 위한 경찰수사 지배

수사체제에 대한 검찰의 지배는 경찰수사에 대한 통제에 머물지 않는다. (정치·경제)권력과의 동행을 위한 장치이다. 앞서 언급한 바와 같이 대통령 제76조에서는 정치적으로 민감한 선거·공안사건, 노동사건 등을 입건여부 지휘의 대상사건으로 규정하고 있다. 이는 권력편향적 수사 또는 수사지휘를 위한 ‘보이지 않는 손’이 작용하기 위한 장치로 작용할 가능성을 열어놓고 있는 규정이다.

여기서 잠깐 검찰보고사무규칙(법무부령)을 살펴보자. 이 규칙에 따르면 검사는 대통령에서 규정된 입건여부 지휘의 대상사건에 대해 (경찰이든, 검찰이든) 수사착수가 있으면 상급검찰청의 장과 법무부장관에게 사무보고(제3조) 및 정보보고(제8조)를 해야 한다.<sup>6)</sup>

그렇다면 정치적·사회적으로 민감한 선거·공안사건, 노동사건 등의 사건은 내사착수 또는 형사입건 단계부터 법무부 검찰국에 보고되고 다시 법무부를 거쳐 청와대 민정수석실에 보고되는 셈이다. 이러한 보고를 토대로 법무부에서는 비공식적으로 중요수사에 관여하고, 우병우 민정수석의 경우처럼 청와대에서도 직접 수사에 개입하는 것이다.<sup>7)</sup> 대부분의 사건이 경찰을 통해 수사 또는 내사가 시작된다는 점에서 경찰수사를 완벽하게 장악할 필요가 있는데, 대통령령 제76조가 그러한 기능의 가능성을 열어놓고 있는 것이다. 검찰은 경찰→검찰(입건여부 결정)→법무부 검찰국→청와대 민정수석실→법무부 검찰국(또는 경찰청)→검찰→경찰 등의 체계로 순환되는 시스템을 통해 ‘권력과 동행’하는 모습을 보이고 있다. 이러한 사무보고 및 정보보고는 전두환 정부 당시 정치권력이 검찰을 통제하기 위하여 만든 ‘통제장치’이다.

6) 검찰보고사무규칙(법무부령) 제2조 (보고절차) 이 규칙에 의한 보고는 각급검찰청의 장이 상급검찰청의 장과 법무부장관에게 동시에 하여야 한다. 다만, 특별한 사유가 있는 때에는 법무부장관에게 보고한 후 상급검찰청의 장에게 보고할 수 있다.

7) 김종민, 권위주의 시대의 유산과 개혁과제, 2017. 11. 10.자 법률저널, 인터넷 <http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=45945>.

#### 다. 검사의 독점적 영장청구권과 ‘천적 없는 검사 지배적 수사생태계’의 구축

수사기관이 강제처분을 하기 위해 영장을 청구하는 경우에는 헌법 제12조 제3항 및 제16조에 따라 원칙적으로 검사를 거쳐야 한다. 이처럼 영장청구 시 검사를 경유하도록 한 취지는 “검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지”하고자 함에 있다는 것이 헌법재판소의 입장이다.<sup>8)</sup> 검사에 의한 영장청구권 제도는 적어도 경찰 등 수사기관의 영장신청에 있어서 검찰이 법원에 앞서 1차적 점검자 역할을 한다고 볼 수 있다. 법원에 의한 1단계 점검시스템보다는 검찰 및 법원에 의한 2단계 시스템이 수사기관에 의한 인권침해의 가능성을 낮추는 것은 부인할 수 없다.

그러나 검사를 통한 영장청구권 제도가 과연 인권보호를 위한 장치인지는 의문이다. 이 제도가 실제로는 수사에 있어 검사의 지배체제를 공고히 하기 위한 장치로 오남용되는 것을 적지 않게 목도할 수 있기 때문이다.<sup>9)</sup> 실제로 수사기관이 신청한 영장에 대해 인권보호와는 무관하게 기각되어 경찰수사를 무력화하거나, 심지어 전 관예우의 통로로 활용되는 경우가 적지 않다.<sup>10)11)</sup> 이는 특히 검찰 출신 변호인이 피의자의 변호인으로 선임된 사건, 검찰에서 무혐의 종결된 사건에 대한 경찰의 재수사, 검찰 출신 변호인이나 검찰 식구들이 관련된 범죄에 대한 경찰의 수사, 사회적 관심이나 파장이 커서 경찰의 수사를 장악할 필요성이 있는 사건 등에서 주로 나타나고 있다. 이로 인해 수사기관은 실질적 사법통제기관으로서의 법원의 판단을 받아볼 기회마저도 박탈당하고 있다.

문제는 수사기관의 인권침해를 방지하기 위한 장치로서 검사를 경유하여 영장을 청구하는 제도를 둔 것이라면, 수사기관으로서 검찰의 영장청구에 대해서는 왜 그

8) 96헌바28, 31, 32 병합.

9) 검사 독점적 영장청구권 제도의 오남용 사례에 대해서는 서보학, 헌법상 검사독점적 영장청구권 문제의 실증적·처방적 연구, 경찰청 연구보고서, 2009, 13-26면 참조.

10) 지난 2012년 1월에 발생한 이른바 ‘벤츠 여검사’ 사건은 그 대표적인 사례이다. 벤츠 여검사와 내연 변호사간에 오고간 문자에는 “창원경찰에 다시 제출해. 경찰 쪽 통해서 사건구속 의견으로 올리는 게 나을 것 같아”라는 내용이 있다. 2012. 1. 22.자 여성조선, “벤츠여검사-내연변호사 문자 메시지함 봤더니”, 인터넷 [http://news.chosun.com/site/data/html\\_dir/2012/01/22/2012012200188.html](http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2012/01/22/2012012200188.html).

11) 2017. 11. 3.자 JTBC, “검찰, 조양호 한진회장 구속영장 또 기각…경찰 ‘반발’”, 인터넷 <http://news.jtbc.joins.com/html/927/NB11544927.html>.

러한 이중적 통제장치를 두지 않는가 라는 점이다. 검찰이 경찰보다 더 인권옹호적 기관이라거나 준사법기관이라는 주장이 제기될 수 있지만, 이는 검찰이 수사기관으로 있다는 사실을 부인하지 않는 한 설득력이 없다.

바로 이 점에서 검사를 통한 영장청구제도는 애초 법원과 검찰 간 강제처분권 독점을 둘러싼 권력투쟁의 과정에서 이루어진 일종의 타협책이라는 지적이 설득력 있게 다가온다.<sup>12)</sup> 다시 말해, 이 제도는 당초 조선형사령에 따른 검찰과 사법경찰의 인신구속 권한을 폐지하면서 법원에는 영장발부권을 부여하는 대신에 검찰에는 영장신청권을 부여하려는 과정에서 탄생한 산출물에 불과하다는 것이다.<sup>13)</sup> 이러한 이유에서인지 검사의 영장청구권 제도는 수사지휘권과 결합하여 한편으론 광복이후 형성된 형사사법기관간 계층화<sup>14)</sup>를 고착화시키고 수사체제에 대한 검사의 지배현상을 공고히 하고 있다. 다른 한편으론 수사생태계에서 검사를 견제·통제하는 역할을 할 천적을 발붙이지 못하게 만들고 있다. 그리하여 검사가 두려워해야 할 대상을 ‘국민’에서 법무부·청와대 민정수석실-대통령으로 이어지는 인사권자로 전환시키고 있다. 여기에 검찰이 “국민 위에 군림하고 권력에 봉사하는 검찰”이라는 비판<sup>15)</sup>의 대상으로 전락하여 개혁의 대상이 되고 있는 이유가 있다.

한편, 검사 경우 영장청구제도는 헌법에 규정되어 있어 전체 강제처분 제도의 운영을 지나치게 경직되게 만들고 있다. 즉, 강제처분의 경우 검사가 직접 영장을 청구하는 경우가 아니라면 (경찰 등 해당기관의) 신청→검사청구→법관발부<sup>16)</sup>라는 절차를 밟게 되는데, 수사절차가 아닌 경우 예컨대 행정상 강제처분의 경우에도 ‘검사청구’라는 절차를 거치지 않을 수 없는 모순을 초래한다.<sup>16)</sup> 이러한 점들을 고려하면 이 제도를 규정하고 있는 헌법을 개정하고 형사소송법상 규정으로 대신할 필요가 있다.

12) 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2001, 283면.

13) 김선택, 영장청구주체입법의 변천 및 평가, 안암법학 제31호, 2010, 14면.

14) 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2001, 283면.

15) 참여연대 사법감시센터, 박근혜정부 3년 검찰보고서(2015) : 국민 위에 군림하고 권력에 봉사하는 검찰, 2016. 3. 23. 참조.

16) 황문규, 헌법상 검사 독점적 영장청구제도의 의의와 한계, 경찰법연구 제15권 제1호, 2017, 24면.

## 2. 이중적, 계층적 수사체제

### 가. 검찰·경찰=수사기관, 그러나 경찰수사 위의 검찰수사

검사는 기소권을 행사하지만, 수사기관으로서 직접 수사도 담당하고 있다. 검찰도 경찰과 같은 하나의 수사기관이다. 다만, 검찰에는 수사종결권, 즉 기소여부를 결정할 권한이 인정된다는 점에서 경찰과 차이가 있을 뿐이다. 그러나 경찰은 전체 형사사건의 약 96%를 처리하고 있어 사실상 수사절차를 지배하고 있다. 그럼에도 현재의 수사체제는 검찰의 수사를 경찰의 수사 위에 둬으로써 위계적 수사구조를 형성하고 있다. 수사기관으로서 검찰과 경찰의 갈등 문제가 끊임없이 발생하는 이유도 여기에서 찾을 수 있다. 검찰과 경찰은 사실상 동일한 수사기관임에도 앞서 살펴본 바와 같이 수사지휘권과 영장청구권 제도가 검찰과 경찰의 수사를 계층화해 놓고 있기 때문이다.

### 나. 유명무실한 수사지휘

우리 형사소송법은 경찰과 동일한 수사기관인 검사에게 수사지휘권을 부여하여 경찰수사와 검찰수사를 위계적 계층구조를 형성하게 하고 있다. 그런데 위계적 계층구조의 매개체인 수사지휘권은 실제 제대로 행사되지 못하고 있다. 이는 경찰에서 처리하는 사건의 수와 검사 인력 현황을 살펴보면 명확해진다. 2016년 한 해 동안 경찰집계 발생 범죄는 총 1,849,450건이며, 이중 검거건수는 1,552,455건이다.<sup>17)</sup> 2013년 12월 31일 기준 전국 검사의 정원은 1,942명이다.<sup>18)</sup> 그렇다면 전체 검사가 경찰이 처리한 수사에만 전념한다고 해도 1인당 연간 799여건을 처리해야 한다는 결론이 나온다. 게다가 검찰은 직접 범죄를 인지하여 수사를 하고 있다. 2015년 검찰인지 사건은 총 14,158건, 21,338명에 달한다.<sup>19)</sup> 여기에 현장에서 발생하는 각종 범죄사건에 대해 일일이 사전적으로 또는 사후적으로 수사지휘를 하기를 기대할 수

17) 경찰청, 2016년 범죄통계, 2017, 21면, 24면.

18) 대검찰청, 2014년 검찰연감, 2014, 30면.

19) 대검찰청, 2016년 검찰연감, 2017, 223면.

없는 이유가 있다. 실제로도 그렇지 못한 것이 현실이다. 검찰에서도 이런 현실을 고려해서인지 형사소송법에 따른 수사지휘에 대해 “검사의 수사지휘·감독은 피지휘자인 사법경찰관의 모든 수사권 발동을 일일이 구체적으로 완전히 통제한다는 의미가 아니다”라고 변명섞인 해석을 내놓고 있다.<sup>20)</sup> 이 때문에 정승환 교수는 “수사지휘를 하는 것도, 하지 않는 것도 아닌 검찰”이라고 비판하고 있다.<sup>21)</sup>

#### 다. 이중적, 계층적 수사체제의 문제

문제는 이러한 계층화가 경찰에서의 수사와 검찰에서의 재수사라는 ‘이중 수사’를 초래하고 있다는 점이다. 사실상 동일한 수사기관인 검찰의 수사는 검찰 자체적으로 인지수사를 하는 경우를 제외하고는 경찰의 수사를 반복하고 있다. 이는 형사소송법(제312조 이하)에서 검찰과 경찰 조서의 증거능력을 달리하는데서 비롯되지만, 국민의 입장에서 볼 때 경찰에서 조사를 받았음에도 검찰에서 다시 조사받아야 하는 불편이 있다. 개인적 활동에 종사해야 할 시간에 똑같은 조사를 이중으로 받아야 하니 사회적으로 경제적으로 낭비임에 틀림없다.

한편, 경찰의 입장에서는 ‘검찰에 송치하면 끝’이라는 인식이 만연하게 되고, 이는 수사에 있어 책임성을 담보하지 못하게 하고 있다. 경찰의 수사는 검사의 지휘라는 문턱을 넘어 검찰에 송치하는 것을 최우선 목표로 한다. 따라서 일단 사건이 검찰에 송치되는 순간, 경찰은 그 사건에 대해 ‘나몰라라’하게 된다. 송치 이후 공소제기 여부 및 재판의 결과에 대해 관심을 둘 필요가 없는 것이다. 공소제기 여부 및 재판을 고려치 않은 경찰에서의 수사가 그만큼 부실해질 수 있음을 의미한다. 그 피해는 국민이 지게 된다. 그럼에도 국가적으로 서로 다른 기관에서 똑같은 조사를 반복하려고 이중으로 인력과 예산을 투입하고 있으니 낭비임은 자명하다.<sup>22)</sup>

더 심각한 문제는 구속의 경우 경찰과 검찰에 의해 이중으로 구속되기 때문에 그 기간이 2배로 늘어난다는 점이다. 현행 형사소송법에서는 경찰이 피의자를 구속한

20) 법무연수원, 수사지휘론, 2003, 11면.

21) 정승환, 사법개혁에 부응하는 경찰 수사조직의 개편과 수사구조의 개혁, 대검찰청 정책연구보고서, 2012, 16면.

22) 같은 취지에서 정승환, 사법개혁에 부응하는 경찰 수사조직의 개편과 수사구조의 개혁, 대검찰청 정책연구보고서, 2012, 18면.

때에는 10일, 검사가 구속한 때에는 10일+10일 간의 구속을 인정하고 있다. 피의자의 입장에서 볼 때 이는 경찰에 의해 구속된 경우에는 최대 30일(사법경찰10일+검사 20일), 검사에 의해 구속된 경우에는 최대 20일간 구속되어야 하는 것이다. 똑같은 조사를 받는데 경찰에서 구속된 사람은 검찰에서 구속된 사람에 비해 최대 10일 더 구속되어야 하는 불합리가 있다.<sup>23)</sup> 이처럼 사실상 동일한 수사기관에 의한 이중 수사는 그 자체로 국민에게 불편을 초래하는 불합리함을 넘어 인권보호에 역행하고 있다.

그렇다면 여기서 검사의 수사지휘 제도가 왜 존재하는지, 그 목적이 무엇인지를 묻지 않을 수 없다. 경찰이 수사를 못하기 때문에 이를 지도하기 위한 것인지, 아니면 경찰수사에 대한 견제와 통제를 통해 인권침해 등을 방지·억제하기 위한 것인지 의문이 들지 않을 수 없다. 수사경찰관들을 대상으로 강력사건에 대하여 검사의 지휘가 도움이 되었는가 여부에 관한 설문조사 결과를 보면, 수사지휘가 경찰이 수사를 못하기 때문은 아니라는 점을 확인할 수 있다. 이 설문조사에서 전체 응답자 755명의 65%인 476명의 수사경찰관들이 수사지휘를 받을 필요가 없다고 대답하였다.<sup>24)</sup> 이러한 인식은 특히 살인, 강도 등 강력사건의 경우 더욱 강한 것으로 나타나고 있다. 한편 2010년 서울양천경찰서 고문사건의 경우를 보면, 검사의 수사지휘권이 행사되었음에도 경찰수사과정에서 발생하는 인권침해 행위를 억제하지도 못했고, 사후적으로도 발견하지도 못했다. 2002년 10월에 발생한 서울지방검찰청 피의자 고문치사사건의 사례는 수사지휘권을 통해 경찰수사에서 인권침해 행위를 부추기지 않으면 다행이라는 생각이 들 정도이다.

이러한 사례들은 이중 수사가 적어도 경찰수사를 견제하고 통제하기 위한 것인지를 의심하게 만들고 있다. 물론 경찰에서 조사하고 다시 검찰에서 재조사하다보면, 재조사 과정에서 경찰에서 미처 발견하지 못한 부분을 발견할 수 있고 나아가 경찰조사과정에서 이루어진 인권침해 행위를 확인할 수도 있을 것이다. 이는 그렇지만 위 사례들에서 보는 바와 같이 그다지 유의미한 효과를 보여주지 못하는 대신, 국민의 불편 및 국가적·사회적·경제적 낭비 등의 부작용을 초래하고 있다는 점에서 문

23) 황문규, 헌법상 검사 독점적 영장청구제도의 의의와 한계, 경찰법연구 제15권 제1호, 2017, 26면.

24) 김상희·조병인, 수사경찰의 의식에 관한 연구, 1996, 484-485면.

제가 아닐 수 없다.

### 3. 행정경찰과 사법(수사)경찰<sup>25)</sup>의 혼합적 수사체제

#### 가. 행정경찰과 사법경찰의 구분과 한계

경찰활동은 그 성질에 따라 행정경찰작용과 사법경찰작용으로 구분된다. 행정경찰작용은 위험(또는 범죄)이 발생하기 전에 그 발생을 방지·예방하는 것을 목표로 하는데 반해, 사법경찰작용은 이미 발생한 범죄(또는 위험)의 수사를 목표로 한다. 따라서 사법경찰의 영역에서는 범죄수사를 위한 증거의 수집·보전 및 이를 통한 형사적 처벌을 목적으로 하고, 행정경찰의 영역에서는 위험이 발생하기 전이라면 이를 예방하고 이미 발생한 경우라면 그 위험을 진압하거나 위험의 확산을 방지하는 것을 목적으로 한다.<sup>26)</sup>

여기서 전자의 영역에서 활동하는 경찰을 행정경찰, 후자의 영역에서 활동하는 경찰을 사법경찰(실무적으로는 수사경찰)이라고 한다. 이러한 구분이 필요한 것은 무엇보다도 행정경찰이나 사법경찰이나에 따라 그 지휘체계가 달라지기 때문이다. 행정경찰은 소속 행정기관의 지휘체계에 따르고, 사법경찰은 검사의 지휘체계에 따른다.

그러나 행정경찰과 사법경찰이 활동하는 영역은 표리관계에 있고 중첩적이어서 그 경계가 불분명한 경우가 많아, 이론상 구분과는 달리 실무적으로 구분은 쉽지 않다.<sup>27)</sup> 극단적인 상황을 가정하여 보면, 행정경찰이 이미 발생한 범죄를 발견한 경

25) 실무를 감안하면 사법경찰보다 ‘수사경찰’이라는 용어가 더 적합하다. 김택수 교수도 조직적 차원의 사법경찰관리를 의미하는 ‘사법경찰’이라는 용어보다는 행정경찰과 대조되는 수사라는 기능을 수행하는 기능적 차원의 ‘수사경찰’이 더 적합한 표현임을 지적하고 있다. 김택수, 프랑스 사법경찰 관제도의 기원 및 계승과정에 관한 연구, 경찰과 사회 제2집, 경찰대학교, 2007. 12., 493-612면 참조.

26) 행정경찰과 사법경찰의 차이점에 대해서는 박병욱/황문규, 위험예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적·수단상 몇 가지 차이점, 형사정책연구 제23권 제3호, 한국형사정책연구원, 2012, 199-226면 참조.

27) 유길준은 1895년 그의 책 ‘서유견문’에서 행정경찰과 사법경찰을 다음과 같은 비유로 구분하고 있다: “어떤 사람이 남의 집 울타리를 넘어가려고 할 때에 이를 막는 것은 행정경찰이고, 그간 한 발이라도 울타리 위로 넘어가면 무고히 남의 집에 침입하는 잡범이니 사법경찰의 직분에 귀속

우 사법경찰에게 통보하는 것 이외 아무런 조치를 취할 수 없을 것이다. 사법경찰은 아직 발생하기 직전의 범죄(위험)에 대해 발생하기만을 기다려야 하는 상황에 처하게 될 것이다. 이 때문에 우리나라에서는 행정경찰과 사법경찰을 구분하지 않고 있다. 수사부서에 근무하면 사법경찰, 수사부서가 아닌 지구대·경비 등의 비수사부서에 근무하면 행정경찰이 되고, 행정경찰이라도 인사이동으로 수사부서로 이동하면 그때부터는 사법경찰이 되는 식이다.

### 나. 행정경찰과 사법경찰의 혼합으로 인한 문제<sup>28)</sup>

실무적으로 행정경찰과 사법경찰을 구분하기 어렵다는 점을 인정하더라도, 양자를 혼합 운영함에 따른 문제점은 간과하기 어렵다.

#### (1) 행정경찰 및 사법경찰 영역에서의 전문성 약화

먼저, 앞서 언급한 바와 같이 어떤 부서로 인사발령이 있느냐에 따라 행정경찰과 사법경찰을 상호 전환하게 하는 것은 양 영역에서의 전문성을 제고하는데 한계가 있다. 그 한계는 특히 기본권제한적 성격이 강한 사법경찰의 영역에서 더 두드러진다. 순찰업무를 담당하는 파출소·지구대의 경찰관이 신고를 받고 범죄현장에 출동하여 증거를 수집하는 등 수사를 하게 되는 문제도 있다. 지난 2007년 발생한 일명 ‘석궁테러사건’에서 범죄현장에 출동한 파출소 경찰관이 증거를 함부로 수집하다 판사에게 발사된 부러진 화살을 분실하게 된 사건은 그 좋은 예이다.<sup>29)</sup>

#### (2) 사법경찰에 대한 행정경찰의 부당한 개입

행정경찰과 사법경찰의 미분리는 사법경찰에 대한 지휘에 있어 형사소송법상 검

---

되어 형법의 처단을 받게 된다. 그러므로 사실은 행정경찰과 사법경찰이 표리관계를 이루는 셈이다.” 정승환, 사법개혁에 부응하는 경찰 수사조직의 개편과 수사구조의 개혁, 대검찰청 정책연구보고서, 2012, 22면에서 재인용.

28) 이 부분은 황문규, 경찰개혁: ‘경찰을 경찰답게’ 만들기 위한 경찰조직 재설계, 숭실대학교 법학논총 제39집, 301-303면을 참조하였음.

29) 정승환, 앞의 글, 14면.

사의 수사지휘권과 행정법상 소속 상관의 지휘·감독권의 충돌을 야기한다. 예컨대, 형사소송법상 검사의 수사지휘를 받지 않는, 그래서 사법경찰관<sup>30)</sup>으로 볼 수 없는 경찰청장(치안총감) 또는 치안정감 또는 치안감 계급의 지방경찰청장 등 경찰관서의 소속 상관의 수사에 관하여 직접 지시하는 경우이다. 문제는 그러한 지시가 수사의 방향을 바꿀 수 있는 부당한 개입 또는 압력으로 이어지는 경우이다. 예컨대, 2012년 12월 18대 대통령 선거를 앞둔 시점에서 발생한 ‘국가정보원 댓글사건’에 대한 경찰수사에서 서울지방경찰청장이 축소·은폐를 지시하는 등 수사에 외압을 행사했다는 의혹은 그 대표적인 사례이다. 물론 사법경찰로 볼 수 없는 치안정감인 지방경찰청장에게도 해당 업무에 대해 그 소속 공무원에 대한 지휘·감독권이 인정된다.<sup>31)</sup> 경찰청 훈령인 범죄수사규칙에서는 경찰청장, 지방경찰청장 및 경찰서장의 소속 공무원의 수사에 대한 지휘·감독권을 명시하고 있다.<sup>32)</sup> 따라서 서울지방경찰청장이 수사업무를 처리하는 담당 수사경찰관에게 지휘·감독권을 행사하였다고 하여 그것이 곧 위법인 것은 아니다. 제정 형사소송법 제196조 및 그 모태가 된 조선형사령 제4조, 그리고 현행 검찰청법 제54조의 역사적 연원 등에 대한 종합적 고찰 결과, 형사소송법 제196조에서 규정한 경위에서 경무관까지의 계급은 사법경찰관이 될 수 있는 경찰의 계급을 규정한 것이 아니라, 검사의 수사지휘권이 미치는 사법경찰관의 범위를 정한 것으로 보아야 한다는 주장이 있음을 고려하면 이 점은 더욱 분명해진다.<sup>33)</sup> 다시 말해 치안감급 이상의 경찰지휘관의 경우 검사의 수사지휘권이

30) 형사소송법 제196조 제1항에서는 “수사관, 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.”고 규정하여, 지방경찰청장급인 치안감, 서울지방경찰청장급인 치안정감, 경찰청장인 치안총감은 사법경찰관으로 포함시키고 있지 않다.

31) 경찰법 제24조 제24조(직무수행) ① 국가경찰공무원은 상관의 지휘·감독을 받아 직무를 수행하고, 그 직무수행에 관하여 서로 협력하여야 한다.

② 국가경찰공무원은 구체적 사건수사와 관련된 제1항의 지휘·감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이견이 있을 때에는 이의를 제기할 수 있다.

32) 범죄수사규칙(경찰청훈령 제774호, 2015. 9. 1.시행) 제13조의2(경찰청장) ① 경찰청장은 국가경찰의 수사에 관한 사무를 총괄하고 지휘·감독하며, 경찰청의 수사업무를 관장한다.

제13조의3(지방경찰청장) 지방경찰청장은 합리적이고 공정한 수사를 위하여 소속 공무원 및 소속 경찰관서의 범죄수사에 대하여 전반적인 지휘·감독을 하며, 체계적인 수사 인력·장비·시설·예산 운영 및 지도·교양 등을 통해 그 책임을 다하여야 한다.

제13조의4(경찰서장) 경찰서장은 해당 경찰서 관내의 범죄수사에 대하여 지휘·감독을 하며, 합리적이고 공정한 수사를 위하여 그 책임을 다하여야 한다.

미치지 않을 뿐이지, 수사에 있어 소속 공무원에 대한 지휘·감독권을 행사하지 못한다고 보기는 어렵다.

그러나 행정경찰과 사법경찰이 분리되어 있지 않은 상황에서 검사의 수사지휘권 밖에 있는 경찰지휘관 또는 수사부서에 있지 않은 경찰관서의 장이 소속 공무원의 수사에 대한 지휘권을 제한없이 행사할 수 있다고 한다면, 역으로 검사의 수사지휘권도 경무관 이하 전 경찰관에게까지 제한없이 미친다고 하는 논리가 성립하게 된다. 이는 자칫 검사가 수사지휘권을 매개로 전 경찰을 통제할 수 있다는 논리로 이어질 여지가 있다.

그렇다면 위 국정원 댓글사건에서 특히 문제되는 것은 당시 김용관 서울지방경찰청장이 지휘·감독권을 행사한 것 그 자체가 아니라, 석연치 않은 이유로 수사에 부당하게 개입한 부분이다. 여기에는 또한 검사의 수사지휘권 밖에 있는 경찰지휘관 중에는 실제 수사업무를 제대로 한 경험이 없어 수사를 잘 모르면서도 수사지휘를 하게 된다는 문제에 대한 인식이 작용하고 있다.<sup>34)</sup>

### (3) 형사법 편향적 경찰활동과 행정경찰활동의 침식

현장경찰관들로 하여금 사전예방적 대응을 위한 경찰권 행사에 대한 결정과 그 결정에 대한 책임의 부담에서 벗어나기 위하여 위협(또는 범죄)의 발생을 기다렸다가 사후적 차원의 수사에만 치중하게 할 우려가 있다는 것이다. 왜냐하면 행정경찰 영역에서의 경찰활동은 아직 발생하지 않은 장래의 위협(또는 범죄)에 대응하는 것이어서 현장경찰관의 판단에 따라 재량권을 행사할 여지가 많기 때문이다. 또한 그래서 이 점은 자칫 경찰권 남용 및 그에 따른 신분상 불이익의 문제로 비화될 가능성이 높아서, 현장경찰관들은 이미 발생한 위협(또는 범죄)에 대한 사후적 대응, 즉

33) 조국·김준호, 경찰 내부 수사지휘의 합리적 운용방식에 대한 연구, 경찰청 연구보고서, 2013, 43-45면.

34) 이 때문에 경찰은 최근(2017. 9. 4) ‘수사경찰 인사운영규칙’을 개정하여 수사부서 선발요건을 강화하였다. 이에 따라 일선 경찰서 과장급(경정) 경찰관이 되려면 최근 10년 동안 5년 이상의 수사부서 경력이 있어야 한다. 또한 수사부서 팀장급(경위·경감) 경찰관의 경우 최근 10년 내 수사 경력이 총 5년 이상이거나 폭력·지능 등 수사 내 특정 부서 업무(최종) 경력이 2년 이상의 자격을 갖출 것이 요구된다. 2017. 9. 4.자 서울경제, “수사경찰 되기 어려워졌다”, <http://www.sedaily.com/NewsView/1OKWB0SZXC>(2017. 9. 22. 인터넷 검색).

사법경찰의 영역에서 활동하려고 하기 때문이다. 사법경찰의 영역에서는 이미 발생한 위험(또는 범죄)에 대해 형사법에서 정한 절차와 방식에 따라 사후적으로 대응하기만 하면 경찰권 남용의 문제가 발생할 여지가 없다. 그에 반해 위험방지 목적의 사전예방적 영역에서의 경찰활동은 장래의 위험(또는 범죄)에 대한 사전적 대응이다. 따라서 현장경찰관들은 경찰관 개개인의 판단에 따라 경찰권 발동여부 및 수단의 선택에 대해 결정해야 하는데, 그 결정이 의도하지 않은 결과로 이어질 경우 경찰권 남용의 부담을 혼자 짊어져야 한다. 때문에 현장에서는 이미 발생하지도 않은 위험(또는 범죄)에 대응하기 위해 괜히 재량권을 행사했다가 혹시 잘못되기라도 하여 신분상 불이익을 받는 것보다, 이미 발생한 범죄에 대해 재량의 여지가 적은 사후적 대응을 하는 것이 훨씬 더 안전하다고 생각한다. 형사법 편향적 경찰활동이 이루어지는 이유다.

문제는 현행 경찰활동이 지나치게 형사법적으로 편향되어 있기 때문에 현장의 경찰관들은 재량의 여지가 적어 책임소재가 분명한 사후대응 위주의 경찰활동에 치중하고, 그럼으로써 현장 경찰활동이 상대적으로 위축되며, 그리하여 결국 행정경찰 영역이 잠식될 우려가 있다는 점이다.

이러한 문제의 이면에는 그렇지만 행정경찰이 업무수행 과정에서 강제처분을 해야 하는 경우가 있을 수 있는데, 그에 필요한 행정상 강제처분을 가능하면 허용하지 않으려는 제도적 장치도 작용하고 있다. 경찰관직무집행법상 강제처분으로는 보호조치(제4조), 위험발생의 방지조치(제5조), 범죄의 예방을 위한 제지조치(제6조), 위험방지를 위한 출입(제7조) 등이 있다. 이러한 조치를 위해서는 ‘목전의 급박한 경찰상 장애’를 제거하여야 할 필요가 있을 경우 등 긴급성이 충족되어야 한다. 그런데 긴급성이 충족되었는지 여부는 이론적으로, 사후적으로야 판단이 어렵지 않지만, 시시각각 상황이 변하는 현장에서 판단하기란 결코 쉽지 않다. 이처럼 어려운 상황에서는 차라리 강제처분을 하지 않는 편이 나을지도 모른다. 행정상 강제처분, 즉시강제를 위한 요건을 이처럼 까다롭게 할 수밖에 없는 것은 행정상 강제처분에 대한 통제장치가 충분히 마련되어 있지 않고, 그래서 자칫 재량의 여지가 많은 즉시강제로 인해 국민의 기본권이 침해될 가능성이 커질 우려가 있기 때문이다. 2012년 수원에서 발생한 세칭 ‘오원춘 사건’에서 경찰이 현장부근의 주거에 출입할 엄두를 내

지 못한 것도 바로 이러한 문제에서 비롯된다.

한편, 임의적 행정경찰활동에 대해서까지도 통제 중심의 형사법적 시각에서 접근하여 그 요건을 최대한 까다롭게 하고 있다. 예컨대, 경직법에서 불심검문 제도를 두고 있지만 신원확인 조차도 강제할 수 없다. 그 결과 불심검문의 대상자가 범죄혐의를 받는 피의자는 물론, 체포의 대상자인 경우에도 그 사람이 체포의 대상자인지 여부를 확인하기 어렵다.

더 큰 문제는 그럼에도 행정상 강제처분에 대한 통제장치를 마련하기 쉽지 않다는 점이다. 헌법에서 검사를 통해서만 법원에 영장을 청구할 수 있도록 하고, 이러한 영장주의는 원칙적으로 인신의 자유를 제한하는 모든 국가작용의 영역에서 존중되어야 한다. 물론 헌법 제12조 제3항 단서에서 사전영장주의의 예외를 인정하고 있는 것처럼 사전영장주의를 고수하다가도 도저히 행정목적 달성을 수 없는 지극히 예외적인 경우에는 형사절차에서와 같은 예외가 인정된다는 것이 대법원의 입장이다.<sup>35)</sup> 여기서 행정상 강제처분이 필요하지만 그렇지 않고서는 행정목적 달성을 수 없는 ‘지극히 예외적인 경우’가 아닌 때에는 어떻게 할 것인가의 문제가 남는다. 이러한 경우에는 강제처분을 위한 절차적 규정이 없어 검사를 경유하여 영장을 신청해야 하는 상황에 처하게 된다. 수사절차가 아닌 경우에도 ‘검사청구’라는 절차, 즉 검사의 통제를 받아야 하는 모순을 초래한다.<sup>36)</sup>

#### 4. 소결: 검사 지배적 수사체제의 재설계 필요성

현행 수사체제에 대한 진단의 결과, 현 수사체제는 크게 3가지의 문제점을 안고 있음을 확인하였다. 첫째, 현 수사체제는 수사지휘권 및 영장청구권 제도를 매개로 검사에 의해 지배되고 있다. 생태계의 균형을 유지하려면 천적이 있어야 하는데, 수사생태계에서는 검사의 천적을 허용하지 않음으로써 수사생태계의 균형이 파괴되고 있다. 경찰수사의 검사의존성을 강화하여 경찰수사의 성장, 발전을 원천적으로 어렵게 만들고 있다.

35) 96다56115.

36) 황문규, 헌법상 검사 독점적 영장청구제도의 의의와 한계, 경찰법연구 제15권 제1호, 2017, 24면 이하 참조.

둘째, 검찰과 경찰이 사실상 동일한 수사기관임에도 계층화되어 있다. 국민의 입장에서 경찰의 수사를 받고 또다시 검찰의 수사를 이중으로 받아야 하는 불편이 있다. 경찰의 입장에서도 기소와 재판을 고려치 않고 ‘송치하면 끝’인 수사에 책임질 이유가 없다. 국가적·사회적·경제적 낭비가 아닐 수 없다. 게다가 구속의 경우 검찰에서 구속될 경우 공소제기시까지 최대 20일 구속되어있는데 반해, 경찰에서 구속될 경우 최대 30일까지 구속될 수 있어, 검찰의 존재가 과연 인권옹호를 목적으로 하는지 의문이 아닐 수 없다.

셋째, 행정경찰과 사법경찰이 혼합적으로 운용되고 있어 사법경찰의 전문성을 제고하는데 한계가 있고, 경찰활동이 형사법 편향적이어서 행정경찰 영역이 침식되고 있다. 행정경찰 목적의 경찰활동에 대해서까지 형사법적 관점에서 사법적 통제장치를 적용하려하고 있다. 그래서 행정경찰활동을 위축시킴과 동시에 그 성장을 가로막고 있다. 경찰도 사법경찰활동에 중점을 두고 검사 지배적 수사체제에서 벗어나려고만 할 뿐, 행정경찰활동을 뒷받침할 법적 근거를 마련하는 등 행정경찰작용을 바로 세우려는 노력은 부족하다.

문제는 이러한 왜곡된 수사체제로 인한 피해가 고스란히 국민에게 돌아간다는 점이다. 현 수사체제에 변화를 주어 수사생태계의 균형을 찾아나가야 할 이유이다.

### Ⅲ. 경찰수사의 중립성·독립성 확보를 위한 수사체제 재설계 방안

#### 1. 수사체제 재설계의 원칙과 방향

그러면 수사체제는 어떠한 원칙과 방향으로 재설계되어야 하는가? 첫째, 경찰을 수사의 주체성으로 인정하는 방향이어야 한다. 수사의 보조자 취급을 받는 한 경찰에게서 책임있는 수사를 기대하기 어렵다. 경찰은 검사의 지휘라는 문턱을 넘어 사건을 검찰에 송치하는 순간 해당 사건에서 자유로워지고, 이후 어떠한 결과가 나오든 관심이 없다. 이처럼 낮은 책임성은 또한 경찰수사의 전문성을 제고하는 데에도

한계로 작용한다. 따라서 한편으론 경찰을 검찰수사의 ‘연장된 팔’로 만들고 있는 검사의 수사지휘권을 약화 또는 폐지하여야 한다. 다른 한편으론 행정경찰과 사법경찰이 혼합적으로 운영되고 있는 체제에서 탈피하여야 한다. 이를 통해 형사법 편향적인 경찰활동을 바로 세워야 한다.

둘째, 검찰과 경찰 사이에 견제와 균형의 민주적 원리가 작동되도록 해야 한다. 천적 없는 검사 지배적 수사생태계에 변화를 주어 균형을 회복할 필요가 있다. 이는 한편으론 계층적 수사체제를 탈피하여 검찰과 경찰이 상호 견제하는 대등한 수사기관으로서 다원적 수사체제를 구축할 때 가능해질 것이다. 다만, 검찰을 지금과 같은 수사기관으로 계속 머물게 할 것인지는 추가적 논의가 필요하다. 검찰이 경찰과 같은 중복적 수사영역을 갖고 있는 상태에서 검찰과 경찰 간 대등한 관계의 설정은 자칫 수사권한의 총량만을 늘리는 결과로 이어질 우려가 있기 때문이다.<sup>37)</sup> 여기서 수사·기소의 분리를 통해 검찰을 수사기관에서 벗어나게 하여 원칙적으로 기소권을 전담하는 기관으로 거듭나게 할 필요가 있다. 검찰은 기소권으로 경찰의 수사권을 견제, 감시하고, 경찰은 수사권으로 검찰의 기소권을 견제할 수 있게 되는 것이다.

셋째, 경찰권 강화로 이어지는 방향이어서는 안된다. 형사소송법 제정 당시 ‘검찰파쇼’를 우려하면서도 검찰에 기소권과 수사권을 독점시켰던 것은 ‘경찰파쇼’에 의한 피해가 더 우려되었기 때문이다.<sup>38)</sup> 그렇다면 현 수사체제의 재설계가 검찰권을 약화시키는 대신 경찰권을 강화하는 결과로 이어져서는 안될 것이다. 따라서 경찰권을 분산하고 민주적으로 통제하는 제도적 장치가 충분히 마련되어야 한다. 이러한 제도적 장치에는 경찰수사를 감독하는 내외부적 통제장치 이외에 자치경찰제 도입, 행정경찰과 사법경찰의 분리, 경찰노조 등을 고려할 수 있다.

37) 김인회 교수는 검경 수사권조정 1차 개정 원칙으로서 “수사권한의 총량이 줄어들어야 한다”는 점을 내세우고 있다. 김인회, 권력기관 개혁의 핵 - 검찰개혁, 사람과 정책 여론호, 민주정책연구원, 2011, 71면.

38) 신양균, 형사소송법 제·개정정 자료집(상), 한국형사정책연구원 연구총서, 2009, 126면.

## 2. 수사-기소의 분리

### 가. 수사-기소 분리의 필요성

형사사법절차에서 검찰이 수사권과 기소권을 쥐고 있다는 것은 법원 이외 실질적인 견제기관이 없다는 점에서 견제 또는 통제 없이 수사권을 마음대로 행사할 수 있음을 의미한다. 천적 없는 검사 지배적 수사생태계에서 검찰 이외 다른 수사기관의 성장을 원천적으로 차단하고 있다.

문제는 검찰의 이러한 권한이 형사사법절차에서의 주도권을 차지하는 것을 넘어 형사사법에 관한 “법담론과 법집행의 주도적인 생산자”로서 우리의 일상적인 생활을 규격화하고 통제하는 데까지 미치고 있다는 점에 있다.<sup>39)</sup> 이에 대한 이호중 교수의 다음 지적은 적확하다.<sup>40)</sup>

“어떠한 사회적 사실을 형사사건화할 것인가 여부, 그리고 그 사건을 어떠한 범죄로 규정지를 것인가 여부를 주도적으로 결정하는 것이 검찰권의 핵심이며, 검찰은 이러한 권한을 통하여 사회적 사실을 정의하는 막강한 권력기관이다. 박종철사건을 살인이 아니라 고문치사죄로 형상화하는 것, 전경들이 각목으로 무차별 구타하여 사망한 강경대사건을 살인죄가 아니라 상해치사죄 정도로 의율하는 것, 노동분쟁이나 시민단체의 집회·시위에 국가보안법을 적용하여 정치적 사건으로 변질시키는 것 등이 검찰이 지닌 권력의 살아 있는 모습이다. 기업의 구조적인 비리사건에 대해서도 국가경제에 이바지한 공로를 높게 쳐주는 담론을 형성하는 것, 그리고 반대로 국가경제를 망친다는 이유로 노동조합의 파업에 대하여 엄격한 법적 잣대를 형성하는 것도 검찰의 권력작용이다.”

이러한 권한을 토대로 검찰은 무소불위의 검찰권을 휘두르고 있으며, 그 결과 대한민국은 “검찰공화국”이라는 말이 등장할 정도에 이르렀다.<sup>41)</sup> 수사-기소의 분리를 통한 검찰의 권한 분산이 필요한 이유이다.

39) 이호중, 검찰에 대한 민주적 통제와 검찰개혁의 과제, 서강법학 제9권제2호, 2007, 48면.

40) 이호중, 검찰에 대한 민주적 통제와 검찰개혁의 과제, 서강법학 제9권제2호, 2007, 49면.

41) 김희수/서보혁/오창익/하태훈, 검찰공화국, 대한민국, 2011, 135면.

## 나. 수사-기소 분리의 원칙과 방향

수사-기소 분리의 원칙과 방향은 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 검찰권의 분산 차원에서 이루어져야 한다. 기소권을 가진 검찰이 무소불위의 권력기관으로 탄생할 수 있었던 것은 무엇보다도 수사권, 특히 직접 수사권을 행사할 수 있었기 때문이다. 따라서 검찰의 직접수사권은 제한 또는 금지되어야 한다. 제한적으로 허용하는 경우에도 검찰의 직접수사는 경찰관련 비리사건 또는 경찰에서 다루기 힘든 금융·기업범죄 등에 대한 인지·기획수사로 한정되어야 한다. 이를 위해서는 우선적으로 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 경찰 작성 피의자신문조서의 증거능력과 동일하게 제한해야 한다.<sup>42)</sup>

둘째, 경찰의 수사주체성을 인정하는 방향이어야 한다. 그렇다면 현재와 같이 검찰이 수사지휘권을 매개로 경찰수사를 지배하지 못하게 할 필요가 있다. 따라서 경찰수사에 대한 검사의 수사지휘는 최소화 또는 금지되어야 한다. 수사지휘권은 궁극적으로 ①공소제기를 위한 보충적 수사가 필요한 경우, ②법적 하자가 있는 경우, ③당사자의 이의제기나 인권침해 시비가 있는 경우 등에 한하여 제한적으로 인정될 필요가 있다. 다만, 공소의 제기 및 유지를 위한 보완수사요구권은 인정될 필요가 있다. 그렇다고 경찰에게 반드시 수사종결권을 인정할 필요는 없다.

셋째, 검사의 영장청구권은 중장기적으로 폐지되어야 한다. 영장발부 여부에 대해서는 법원의 통제로 일원화해야 한다. 다만, 검사의 영장청구권 폐지는 헌법개정을 요하는 만큼 그때까지는 영장청구권을 인정하는 것을 전제로 한다. 그렇다면 수사지휘는 적어도 영장청구권 제도가 현행대로 유지되는 한도 내에서 영장청구권의 행사로 대체하고 폐지될 필요가 있다. 이는 검사의 수사지휘가 궁극적으로 경찰수사를 지배하는 매개체가 아니라 법률적 통제와 감시 장치로 전환되어야 한다는 점에서 영장청구권을 통해 경찰의 강제처분을 법률적으로 통제·감시하게 하는 방향과도 부합한다. 다만, 검사가 인권보호 이외의 사유 등으로 경찰이 신청한 영장을 기각하는 경우 ‘준항고’제도와 같은 불복장치를 마련하는 방안을 검토할 필요가 있다. 문제는 이 경우 법원의 영장기각에 대한 검사의 영장항고제도의 도입으로 이어질

42) 김선수 변호사도 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 제한하는 문제를 수사권과 기소권을 분리하는 전단계로서 추진되어야 한다는 점을 지적하고 있다. 최강욱, 권력과 검찰, 2017, 180면.

것인데, 이 경우 유무죄를 따지는 본안재판절차가 지연되고 불구속수사·재판 원칙의 약화를 초래할 우려가 있다는 점이다.

### 다. 수사-기소 분리의 구체적 방안

검찰의 수사권과 기소권은 어떻게 분리할 것인가? 여기에는 검사에게 기소권만을 부여하고 수사권을 완전하게 분리해내는 방안에서부터 경찰에게 부여할 수사종결권의 범위 등에 따라 다양한 방안이 제기될 수 있다. 구체적으로 경찰에게 수사종결권을 부여할 것인가, 송치의무를 부여할 것인가, 그리고 검사의 수사지휘권을 인정할 것인가, 검사의 영장청구권을 인정할 것인가, 검사의 직접수사를 허용할 것인가 등에 따라 수사-기소 분리의 형태가 달라질 수 있다. 이를 정리해보면 크게 4가지 방안으로 구분할 수 있다.

〈표 1〉 검찰의 수사권과 기소권 분리 방안

구 분	제1안	제2안	제3안	제4안	
검찰	기소권	○	○	○	○
	직접 수사권	×	△ (경찰관련 사건만)	△ (경찰관련사건+인지·기획수사)	△ (경찰관련사건+인지·기획수사)
	2차적·보충적 수사	×	×	△ (송치된 사건에 한하여)	○
	직접 수사인력	100% 전환	직접수사를 위한 필요인력	직접수사를 위한 필요인력	직접수사 및 보충 수사를 위한 필요인력 유지
	수사지휘권	×	×	△ (예외적으로)	△ (2차적·보충적 수사 목적으로)
	보원수사요구권	○	○	○	○
	영장청구권	×	×	△ (중장기적으로 폐지)	○
경찰	수사개시·진행권	○	○	○	○
	수사종결권	○	○	○	×
	송치의무	△ (기소의견 시에만)	△ (기소의견 시에만)	△ (기소의견 시에만)	○

먼저, 제1안에서는 검찰의 수사권을 경찰로 이관하는 방안이다. 그리하여 ‘경찰은 수사, 검찰은 기소’라는 수사체제를 형성하여, 검찰로 하여금 기소에 집중하게 하는 방안이다. 이 안에서는 경찰에게 수사종결권까지 부여하므로, 경찰에서 불기소 종결한 사건은 검찰에 송치할 필요가 없다. 기소의견인 사건에 대해서는 검찰에 송치하도록 하는 방안인데, 이는 표창원 의원의 형사소송법 개정안<sup>43)</sup>과 유사하다. 다만, 경찰에서 사건을 불기소 종결한 경우에도 고소인 또는 피의자에게 경찰위원회 또는 검찰에 이의를 제기할 가능성을 열어놓아 사건처리의 공정성을 담보해야 한다.

검사의 수사지휘권은 완전히 배제된다. 또한 영장청구의 경우에도 검사를 경유하지 않고 바로 법관에게 신청하는 방안이다. 검찰의 직접 수사인력은 자연감소 또는 단계적·점진적으로 경찰 등 다른 수사기관으로 100% 전환된다. 2013년 12월 31일 기준 검찰공무원은 7,870명이며, 이중 수사부서에 근무하는 것으로 볼 수 있는 인원은 약 5,500명이다.

이 안의 경우 수사권이 없는 검찰이 공소유지를 위한 지휘권을 행사할 수 있느냐의 문제가 제기될 수 있다. 그러나 영국의 경우 기소권만 가진 검찰이 경찰의 수사에 대해 ‘advise(자문)’을 하고 있다는 점, 그리고 수사는 궁극적으로 공소의 제기·유지 여부를 결정하기 위한 활동이라는 점을 고려한다면, 기소권 행사의 차원에서 요구되는 경찰수사에 대한 검찰의 자문 내지 지휘를 굳이 부인할 필요는 없다.

한편, 이 안에처럼 검사의 직접 수사를 전면 금지할 경우 경찰비리 등 경찰에서 처리하기 곤란한 사건 등에 대한 수사는 어디에서 담당할 것인가의 문제가 남는다. 경찰에서 경찰관련 비리사건을 처리하게 될 경우 현재의 검찰에서 드러난 문제가 재연되어 수사생태계의 균형을 깨트릴 위험성이 있다. 때문에 이러한 경우에 한하여 검사의 직접수사를 허용하고 있는 표창원 의원의 형사소송법 개정안<sup>44)</sup>을 적극 검토할만하다.

그러나 이 안의 경우 현재의 수사체제와 비교하여 영장청구권 불인정 등 검찰의 권한을 지나치게 약화시킬 뿐만 아니라 직접수사에 강한 집착을 보이는 검찰의 입

43) 형사소송법 제195조 제3항 사법경찰관이 범죄를 수사하여 혐의가 인정되는 때에는 관계 서류 및 증거물을 검사에게 송치하여야 한다.

44) 형사소송법 개정안 제196조 제2항 검사는 국가경찰공무원이 범한 범죄의 수사에 관하여는 사법경찰관의 임무를 수행할 수 있다.

장 등을 감안하면 수용가능성은 높지 않다.

제2안은 제1안과 달리 검사의 직접수사권을 제한적으로 허용하고, 그에 필요한 범위 내에 한하여 직접 수사인력을 유지하는 방안이다. 검사의 직접수사권은 경찰관이 관련된 비리사건 등에 한한다. 제2안의 경우에도 제1안과 같이 검사의 직접수사권이 지나치게 제한적이고 또한 영장청구권이 인정되지 않아 수용가능성은 낮다.

제3안은 제2안과 달리 현재와 같이 검사의 영장청구권 제도와 예외적으로 검사의 수사지휘권을 인정하는 방안이다. 검사의 직접수사권의 허용범위는 제2안과 비교하여 경찰관련 비리사건과 더불어 금융·기업범죄 등 특수수사가 필요한 분야로까지 확대되어 있다. 이러한 검사의 직접수사권은 금태섭 의원의 형사소송법 개정안<sup>45)</sup>과 유사하다. 제3안에서는 경찰이 송치한 사건에 한하여 검사의 2차적·보충적 수사도 허용하고 있다. 그에 따라 검찰의 직접 수사인력이 제2안에서보다 늘어날 것이다. 검사의 수사지휘는 ①공소제기를 위한 보충적 수사가 필요한 경우, ②법적 하자가 있는 경우, ③당사자의 이의제기나 인권침해 시비가 있는 경우에 한하여 인정된다. 제3안이 수사·기소 분리의 원칙과 방향에 부합하고, 영장청구권을 인정하고 또한 검사의 직접수사권의 허용범위도 특수수사 분야에서까지 확대되어 있다는 점에서 수용가능성이 높다고 하겠다.

제4안은 제3안과 달리 경찰에 수사종결권을 부여하지 않고, 검찰에 수사지휘권과 영장청구권을 인정하는 방안이다. 이 안에서는 경찰의 수사종결권이 인정되지 않으므로, 경찰은 전건 송치의무를 진다. 검찰의 직접수사의 허용범위는 제3안에서와 동일하다. 수사지휘권은 그렇지만 현재와 같이 전면적이 아니라 2차적·보충적 수사를 위한 경우에만 제한적으로 허용된다. 제4안은 금태섭 의원의 형사소송법 개정안과 유사하다.<sup>46)</sup> 제4안은 검사의 수사지휘권이 인정되고, 수사종결권이 부여되어 않아, 경찰 입장에서는 현재와 크게 달라진 점이 없어 수용가능성이 높지 않다.

45) 형사소송법 개정안 제196조 제2항 검사는 사법경찰관이 수사하기 곤란하거나 스스로 수사할 필요가 있다고 판단하는 때에는 수사를 개시·진행할 수 있다.

46) 형사소송법 개정안 제195조 제3항 사법경찰관리는 수사에 관하여 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적인 사항은 대통령령으로 정한다.

제195조 제4항 사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다.

## 라. 수사-기소 분리의 단계적 접근

수사-기소 분리는 단번에 이루어질 수 있는 사안이 아니고, 점진적·단계적 접근이 필요하다. 참여정부에서 추진했던 검경 수사권 조정이 실패했던 요인 중의 하나도 당시 경찰이 수사권 조정을 통한 수사권 독립을 일거에 쟁취하고자 했기 때문이라는 점은 시사하는 바가 크다.<sup>47)</sup>

한편, 수사-기소 분리와 자치경찰제 도입은 상호 독립적이면서도 서로 밀접하게 연계되어 있다. 예컨대, 경찰은 수사-기소 분리가 기대하는 수준에 못미친다고 생각할 경우 자치경찰제의 도입에 소극적일 것이다. 반면 검찰은 자치경찰제의 도입을 통한 경찰권의 지역적 분산이 전제되지 않는다면 수사-기소 분리에 소극적으로 나올 것이다. 실제로 이철성 경찰청장은 “자치경찰제만 앞서나가고 수사권 조정은 유야무야되는 일이 없도록 하겠다”고 밝히고<sup>48)</sup>, 문무일 검찰총장은 수사권조정은 어떤 식으로든 논의돼야 한다면서, “지방분권화된 경찰을 전제로 한 것이라면, 저희도 그것에 맞게 검찰 기능을 바꿔야 할 것으로 본다”는 점을 강조하고 있다.<sup>49)</sup>

이러한 상황을 감안하면, 수사-기소 분리와 자치경찰제 도입의 직접적 이해관계자인 검찰과 경찰이 큰 틀에서 양 제도의 추진방안에 대해 논의하여 공동의 합의안을 도출하는 것이 우선되어야 한다. 그렇지 않고서는 양 기관이 서로 눈치보기에 급급해 할 것이다. 이러한 점에서 “검경 수사권 조정 문제와 자치경찰제 도입을 원샷으로” 풀어야 한다는 인식은 타당하다.<sup>50)</sup> 수사-기소 분리에 대한 단계적인 접근 방안은 아래 표와 같이 정리할 수 있다.

47) 문재인·김인회, 문재인, 김인회의 검찰을 생각한다: 무소불위의 권력 검찰의 본질을 비판하다, 2011, 282면.

48) 2017. 10. 13.자 뉴스1, “[국감현장] 권은희 "자치경찰제는 순항하는데 수사권 조정은…”, 인터넷 <http://news1.kr/articles/?3123576>.

49) 2017. 10. 17.자 인터넷 법률신문, “문무일 검찰총장, 1·2심 무죄사건 '상고 제한' 방침”, 인터넷 <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=121992>.

50) 2017. 10. 26.자 머니투데이, “광역단위 자치경찰제 본격 도입…'내년 개헌안 확정때 큰 틀 마련’”, 인터넷 <http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2017102615530246426&outlink=1&ref=http%3A%2F%2Fsearch.daum.net>.

〈표 2〉 단계별 수사·기소의 분리

1단계	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 경찰 작성 피의자신문조서와 동일하게 제한</li> <li>• 수사지휘권은 점진적 축소</li> <li>• 경찰신청 영장 기각시 이의제기권 강구</li> <li>• 헌법상 영장청구권 규정 폐지 추진</li> <li>• 행정경찰과 사법경찰 분리 추진</li> <li>• 자치경찰제 시범 실시</li> </ul>
2단계	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 검찰의 직접수사 및 직접수사 인력 점진적 축소</li> <li>• 수사지휘권은 특정한 경우에 한하여 예외적 허용</li> <li>• 행정경찰과 사법경찰 분리</li> <li>• 자치경찰제 전면 실시</li> </ul>
3단계	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 검찰의 직접수사는 예외적으로 금융·경찰비리 등 특수한 분야에 한하여 허용</li> <li>• 경찰에 수사종결권 인정, 불기소 종결(이의제기권 인정), 기소의견의 경우 검찰에 송치 → 송치된 사건에 대해 2차적·보충적 수사</li> <li>• 헌법상 영장청구권 규정 폐지 → 각 수사기관은 법원에 직접 청구</li> </ul>

### 3. 행정경찰과 사법경찰의 분리

행정경찰과 사법경찰의 분리는 이론적으로는 가능하나, 실제적으로는 쉽지 않다. 양 영역의 경계가 모호하고 또한 중첩되는 지점이 많다. 그러한 지점에서는 행정경찰과 사법경찰의 통합적 활동이 효율성 측면에서 유리하다. 그렇다고 양 영역을 분리한다고 하여 반드시 비효율적이라고 단정키도 어렵다. 어떻게 운영하느냐에 따라 오히려 효율성과 견제와 균형이라는 민주성 측면에서 유리할 수도 있다. 이는 특히 행정경찰에 의한 부당한 수사개입 문제의 경우 더욱 그러하다.

#### 가. 행정경찰과 사법경찰 분리의 필요성

행정경찰과 사법경찰을 분리 운영해야 하는 이유는 다음과 같다. 첫째, 사법경찰의 경우 수사에 있어 검사의 지휘에 따라야 하고, 또한 행정상 상급자의 지시에도 기속되는데, 양자가 상이할 경우에 혼선이 초래되기 때문이다. 물론 양자의 지휘가 충돌하는 경우 적어도 수사와 관련해서는 검사의 지휘가 우선한다. 그렇지만 현실적으로 인사권을 가진 행정상 상급자의 지휘를 배제하는 것도 결코 쉽지 않다. 더 큰 문제는 행정상 상급자가 수사에 관한 경험과 지식이 일천하면서도 사건수사를 지휘하는 경우이다. 이는 사법경찰의 사기저하 등의 문제로 이어지기 때문이다.

둘째, 앞서 살펴본 바와 같이 경찰활동이 형사법 편향적으로 이루어지게 되어 행정경찰활동의 위축을 초래하고, 그로 인해 범죄(위협)으로부터 국민의 안전을 충실히 보장하지 못할 우려가 있기 때문이다. 따라서 행정경찰과 사법경찰을 분리하여 한편으론 사법경찰에 의한 수사의 전문화를 제고하고, 다른 한편으론 행정경찰 영역의 강화를 도모하여야 한다.

셋째, 경찰권 비대화 우려를 해소할 수 있다. 경찰의 경우 물리력을 행사할 수 있는 수사 등 법집행기능과 정보기능이 통합 운용하고 있다. 지나친 사례일 수도 있으나 나찌시대의 계슈타포 사례에서 보는 바와 같이 정보와 수사가 통합되면 거기서 나오는 권한이 비대해질 것임은 부인하기 어렵다. 게다가 정보활동은 비합법·반합법적인 영역에서 이루어지고, 수사 등 법집행활동은 합법적인 영역에서 이루어지는데, 정보활동과 수사활동이 결합하게 되면 수사와 정보의 경계가 모호해지게 된다. 이 경우 비합법·반합법적인 방법으로 수집된 정보(증거)가 수사에 활용될 수 있고, 그 반대로 수사상 강제처분을 통해 수집된 증거가 정보에 악용될 수 있음을 배제하기 어렵다. 최근 국정원의 적폐청산 과정에서 드러나는 바와 같이 사건을 가공하는 사례<sup>51)</sup>는 하나의 대표적인 예에 불과할 정도로 우려스럽다. 따라서 행정경찰과 사법경찰의 분리는 수사와 정보의 분리를 가져온다는 점에서도 필요하다.

#### 나. 행정경찰과 사법경찰 분리의 반대 논거

행정경찰과 사법경찰을 분리하는 것은 그렇지만 첫째, 범죄예방과 범죄수사의 융합을 통해 가능한 효율적인 치안활동을 어렵게 할 수 있다. 범죄의 예방활동과 수사활동은 현장에서 상호 뒷받침하는 역할을 하는데, 분리될 경우 그러한 역할을 기대할 수 없을 것이다. 둘째, 그 결과 경찰기능이 와해되어 치안역량이 훼손되는데, 사법경찰이 검찰에 종속되어 검찰권 강화로 이어질 우려가 있다. 셋째, 행정경찰과 사법경찰의 분리는 이론상으로는 가능할지 몰라도 실제적으로는 불가능하다. 이러한 이유로 행정경찰과 사법경찰의 분리는 있을 수 없고, 오히려 유기적 융합을 도모하

51) 2017. 10. 30.자 오마이뉴스, “국정원이 사건을 '가공'하는 법 왜 수사권을 폐지해야 하나?”, 인터넷 [http://www.ohmynews.com/NWS\\_Web/View/at\\_pg.aspx?CNTN\\_CD=A0002372247&CMPT\\_CD=P0010&utm\\_source=naver&utm\\_medium=newsearch&utm\\_campaign=naver\\_news](http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002372247&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign=naver_news).

여야 한다는 주장이 제기될 수 있다.

하지만, 최근 경찰청에서 이른바 ‘국가수사본부’를 검토하고 있는 것으로 알려지고 있다. 현재로서는 그 구체적 내용을 알 수 없지만, 국가수사본부를 논의하고 있다는 것 자체는 이미 행정경찰과 사법경찰을 조직적으로 또는 기능적으로 분리하는 것을 전제로 하고 있다고 보아야 한다. 그렇다면 행정경찰과 사법경찰을 분리할 수 없다는 주장은 더 이상 설득력을 갖기 어렵다고 보아야 할 것이다.

#### 다. 행정경찰과 사법경찰의 분리 방안<sup>52)</sup>

행정경찰과 사법경찰을 이론에서처럼 완전하게 분리하기는 쉽지 않다. 그러나 기능적으로는 분리할 수 있다. 이 경우에도 경찰기능이 와해될 우려는 없다. 검찰에서는 지난 2004년에서 2005년까지 진행된 검경 수사권 조정의 과정에서 경찰에서 사법경찰을 분리하여 법무부 소속 특별수사기구를 설치하는 방안을 제시한 바 있다.<sup>53)</sup> 그러나 이는 경찰조직을 사실상 와해하면서 검찰조직을 비대화하는 결과로 이어질 것이라는 비판에 직면할 수 있어 실현의 가능성이 낮다. 여기서는 경찰조직을 행정경찰과 사법경찰 기능을 중심으로 분리하는 방안을 살펴보기로 한다.

우선, 경찰의 수사기능을 통합할 필요가 있다. 서울시내 경찰서의 경우 수사기능은 주로 지능범죄수사과, 형사과에서 수행되고 있지만, 생활안전과, 여성청소년과, 교통과, 보안과 등에서도 찾아볼 수 있다. 이처럼 각 부서별로 분산되어 있는 수사기능을 단일의 수사지휘관 소속으로 통합해야 한다. 이 경우에도 예컨대 지구대에서는 현행법 체포와 같이 수사업무를 하지 않을 수 없는 문제가 제기될 수 있다. 또 보안과 등 일부 기능에서는 관련정보 수집활동을 통해 수사를 해야 하는데 수사와 정보활동이 분리됨으로 인해 업무가 비효율적으로 이루어진다는 지적이 제기될 수 있다. 이러한 점을 감안한다면, 적어도 행정경찰 영역에서도 현행법 체포 등 현장경찰활동 중 불가피하게 요구되는 초동수사는 허용되어야 할 것이다. 다만, 행정경찰과 사법경찰 분리로 인해 수사와 정보활동이 분리된다면 이는 효율성 측면에서

52) 황문규, 경찰개혁: ‘경찰을 경찰답게’ 만들기 위한 경찰조직 재설계, 숭실대학교 법학논총 제39집, 311-312면 참조.

53) 경찰청, 수사구조개혁백서: 형사사법 선진화를 위한 정책방향, 2011, 498면 이하 참조.

문제될 여지도 있지만 오히려 앞서 지적한 바와 같이 수사과 정보 또는 단속의 통합적 운용으로 인한 폐해를 극복하는 장점을 가져올 것이다.

둘째, 단일의 수사지휘관 소속으로 통합된 수사경찰에 대한 인사제도를 보완할 필요가 있다. 수사경찰이 되려는 자에 대해 일정한 요건, 예컨대 3년 이상의 경찰근무 경험이 있는 자로 제한하거나 자격시험을 거치게 하는 등의 제한을 할 필요가 있다. 이 경우 수사경찰에 대해 충분한 보상을 주는 등 다양한 유인책 마련이 수반되어야 한다. 이는 현장경찰관들에게 수사부서가 기피부서로 인식되고 있다는 점<sup>54)</sup>을 고려하면 더욱 그렇다.

셋째, 수사경찰에 대한 경찰법상 소속 상관의 지휘·감독권이 남용되지 않도록 제도적 장치를 마련해야 한다. 수사경찰이 단일의 수사지휘관 소속으로 바뀐다고 해도 경찰관서의 장의 지휘·감독권에서 자유로울 수는 없다. 그렇다면 검사의 수사지휘권의 범위 밖에 있는 경찰관서의 장 등 소속 상관은 수사와 관련하여 일반적 지휘·감독권만 행사하고, 구체적 사건에 대한 지휘는 소속 관서 수사경찰의 최고책임자에게만 하도록 할 필요가 있는 것이다. 여기에 검찰청법 제8조<sup>55)</sup>를 응용할 필요가 있다. 구체적 사건의 처리와 관련하여 소속 상관의 지휘에 대해 이견이 있거나 지휘내용을 이행하기 어려울 때에는 이의제기의 가능성을 열어놓아야 한다.<sup>56)</sup> 범죄수사규칙(경찰청훈령) 제15조에서 이미 구체적 수사와 관련된 상관의 지휘감독의 적법성 또는 정당성에 이견이 있는 경우 이의를 제기할 수 있음을 규정하고 있다. 또한 지휘의 방식도 서면을 통한 지휘를 원칙으로 한다.<sup>57)</sup>

54) 2017. 2. 4.자 뉴스1, “힘들어서, 경찰같지 않아”... 2030경찰, 특정보직 기피 심각, 인터넷 <http://news1.kr/articles/?2903021>.

55) 제8조(법무부장관의 지휘·감독) 법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하고, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독한다.

56) 대통령령 제8조(수사지휘에 대한 재지휘 건의) ① 사법경찰관은 구체적 사건과 관련된 검사의 수사지휘의 적법성 또는 정당성에 이견이 있거나 지휘 내용이 명확하지 않아 이행하기 어려울 때에는 해당 검사에게 의견을 밝히고 재지휘를 건의할 수 있다.

② 검사는 제1항에 따라 재지휘 건의를 받은 때에는 재지휘 여부를 결정하고, 필요한 조치를 하여야 한다.

③ 해당 사법경찰관이 소속된 관서의 장은 제2항의 조치에 의견이 있으면 해당 검사가 소속된 관서의 장에게 그 의견을 제시할 수 있다.

57) 범죄수사규칙(경찰청훈령)에서도 경찰 내부에서의 수사지휘는 원칙적으로 ‘수사지휘서’ 또는 ‘형사사법정보시스템(KICS)’을 이용하는 방식으로 이루어져야 함을 규정하고 있다. 이에 대해서는

수사경찰의 승진 등 인사의 경우 경찰관서장은 수사경찰의 최고책임자의 의견을 들어서 하도록 의무화해야 한다.

### 3. 자치경찰제의 도입을 통한 경찰권의 지역적 분산

#### 가. 자치경찰제 도입의 필요성

자치경찰제의 도입이 필요한 이유는 무엇보다도 비대화된 국가경찰조직과 권한의 분산이다. 우리나라의 경찰은 1인의 경찰청장 지휘감독 하에 경찰청→지방경찰청(17개)→경찰서(252개)→지구대(516개)→파출소(1479개<sup>58)</sup>)의 체제로 중앙집권화된 국가경찰체제이다. 중앙집권적 국가경찰체제는 효율적·능률적 치안활동을 도모할 수 있는 반면, 정치권력의 도구로 이용될 위험성도 안고 있다. 이러한 상황에서 수사권, 특히 수사종결권까지 경찰에 부여된다면 경찰권이 더욱 강화될 것이다. 이는 정보기능을 보유하고 있는 경찰이 완전한 수사권을 보유하게 된다면 앞서 지적한 바와 같은 수사·정보의 융합이 가능해진다는 점에서 더욱 그러하다.

또한, 경찰서간, 경찰서와 지방경찰청간 중복 수사의 문제를 해결할 수 있다. 경찰의 수사활동은 현재 경찰서 중심으로 이루어지고 있다. 때문에 전국 252개 경찰서별 수사기관이 대한민국이라는 영역에서 서로 중복적인 수사활동을 전개하고 있는 모습을 보이고 있다.<sup>59)</sup> 문제는 이러한 중복적 수사활동으로 인해 정작 광역·국제적 수사활동은 상대적으로 약화되어 있다는 점이다. 이처럼 기능적 역할분담은 미흡하면서도 위계적 계층구조의 경찰서-지방경찰청-경찰청의 조직체제는 관료화를 부채질하고 있는 문제가 있다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는 자치경찰제의 도입이 필요하다. 다만, 자치경찰제는 도입유형의 관점에서 국가경찰 조직 및 권한을 지역적으로 분산하는 ‘광역단위 자치경찰제’이어야 한다.

범죄수사규칙 제14조의3에서 제14조의6 참조.

58) 경찰청 인터넷 홈페이지 ‘경찰청조직구성도’, <http://www.police.go.kr/portal/main/contents.do?menu No=200220>.

59) 이동희·이성기·오상지, 선진수사구조 도입을 대비한 경찰수사시스템 개편방향, 경찰청 연구용역보고서, 2012, 68-69면 참조.

## 나. 경찰개혁위원회의 광역단위 자치경찰제

그런데 최근 경찰청 경찰개혁위원회에서 제시한 ‘광역단위 자치경찰제’는 현 국가경찰을 그대로 유지하는 것을 전제로, 광역시도에서 국가경찰과는 독립적으로 자치경찰을 설치, 운용하는 방안이다.<sup>60)</sup> 이는 국가경찰 조직 및 권한의 지역적 분산과는 거리가 있다. 경찰개혁위원회에서 제시한 자치경찰제 도입안은 사실상 제주자치경찰의 모형을 따르고 있다. 여기서 제주자치경찰에 대한 비판을 살펴보면, 경찰개혁위원회의 자치경찰제안이 국가경찰의 분산보다는 중앙집권적 국가경찰체제를 고착화하는 요인으로 작용하지 않을까라고 우려하지 않을 수 없다. 제주자치경찰 모형의 경우 국가경찰을 그대로 유지하는 것을 전제로 하고 있다. 지자체에서 별도로 자치경찰을 설치·운영하고 있다.

문제는 이러한 자치경찰제의 경우 제한된 경찰활동으로 인해 치안의 효과는 미미하면서도 비용은 비용대로 들어가 국가예산만 낭비된다는 비판에 직면할 우려가 있다는 점이다. 실제로 제주자치경찰에 대한 비판이 그러하다. 이러한 점들은 결국 국가경찰이 잘 하고 있는데 굳이 예산을 들여 ‘자치경찰제를 굳이 도입할 필요가 있을까’라는 의구심으로 이어진다. 곧 국가경찰체제를 계속 고수하지는 의미나 다름없다.

이러한 점을 고려할 때, 자치경찰제는 국가경찰의 조직과 권한을 지역적으로 분산할 수 있는 방향에서 도입·운영되는 것이 필요하다.

## 다. 수사에 있어 국가경찰과 자치경찰의 역할 배분

국가경찰의 조직과 권한을 지역적으로 분산하는 이른바 광역단위 자치경찰제가 도입될 경우 수사에 있어 자치경찰과 국가경찰의 역할은 어떻게 배분할 것인가? 자치경찰은 지역적 차원의 수사를 원칙으로 하고, 국가경찰은 보충성의 원칙에 따라 자치경찰이 하지 못하는 전국적·국제적 차원의 수사를 담당하게 해야 할 것이다.

구체적으로, 자치경찰의 수사는 지역주민의 생활과 밀접한 관련이 있는 범죄, 예컨대 고소·고발사건(사기, 횡령 등), 교통사건, 절도, 폭력, 풍속범죄(성폭속, 도박)

60) 경찰청 경찰개혁위원회, 경찰개혁위원회 광역단위 자치경찰제 권고안, 2017. 11. 8. 참조.

등의 범죄로 제한할 필요가 있다. 이러한 범죄는 2015년 기준 전체 범죄(1,861,657건) 중에서 절도 245,853건(13.2%), 폭력 305,947건(16.4%), 풍속범죄 24,491건(1.3%), 사기·횡령 294,027건(15.8%), 교통범죄 596,665건(32.1%) 등 전체 범죄의 약 78.8%에 달한다.<sup>61)</sup> 그렇다면 자치경찰에서 처리할 범죄는 현재 기준 전체 범죄의 약 80%이며, 국가경찰은 그 나머지 약 20%의 수사를 담당하게 될 것으로 예상할 수 있다.

〈표 3〉 자치경찰과 국가경찰 간 수사의 범위

자치 경찰	지역주민의 생활과 밀접한 관련이 있는 고소(사기·횡령)·고발사건, 절도·폭력, 교통사건, 풍속범죄 등으로 제한
국가 경찰	광역적·국제적 대응이 필요하고, 지역정치인들로부터 정치적 중립성이 요구되는 강력범죄, 선거범죄, 부패범죄, 공안범죄, 광역범죄, 국제범죄 등
관할 충돌	양 기관이 대등한 기관임을 전제로 '수사관할조정위원회(가칭)'에서 협의·조정

※ 출처: 황문규, 경찰개혁: '경찰을 경찰답게' 만들기 위한 경찰조직 재설계, 법학논총 제39집(숭실대학교 법학연구소), 2017, 310면.

다만, 이들 범죄 가운데에서도 피의자 또는 피해자가 광역단위 기준 여러 지역에 걸쳐 있는 등 수사의 관할이 다른 지역의 자치경찰 또는 국가경찰과 겹치게 되는 경우에는 먼저 수사를 시작한 기관에 우선관할권을 주어 관할권 분쟁을 조정할 필요가 있다. 긴급을 요하는 사건의 경우에도 먼저 사건을 인지한 기관(자치경찰 또는 국가경찰)에서 관할여부에 관계없이 우선 수사할 수 있을 것이다. 그 외에도 수사의 범위를 놓고 충돌이 있을 경우에는 이를 조정할 국가경찰과 자치경찰로 구성된 협의체가 필요할 것이다.

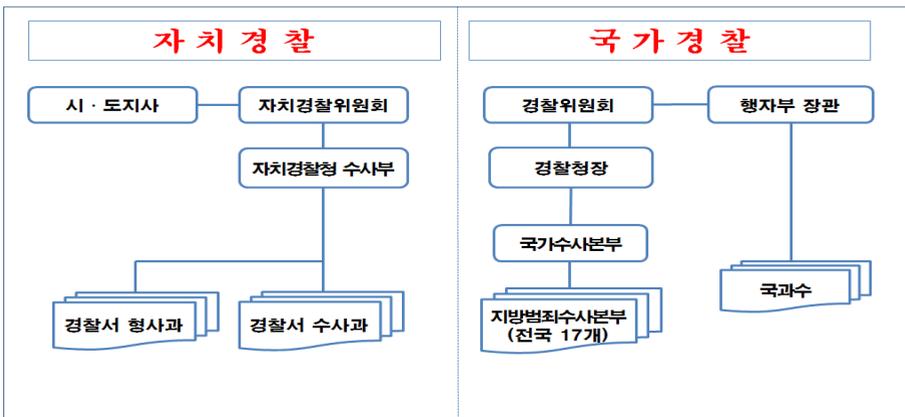
국가경찰도 수사기능을 중심으로 재편하여 조직범죄, 마약·불법무기, 인신매매, 그리고 사이버범죄 등 광역적·초국가적 수사에 역량을 집중할 수 있게 해야 한다. 국가경찰의 수사는 어떻게 조직할 것인가와 관련하여서는 미국의 FBI, 영국의 NCA, 그리고 독일의 BKA 등이 그 모델로 검토할만하다. 현재 경찰청에서 검토하고 있는 것으로 알려지고 있는 '국가수사본부'도 같은 맥락에서(다만, 자치경찰제의 도입안과 관계없이) 이해할 수 있다.<sup>62)</sup> 수사활동도 위 선진국의 수사기관에서처럼

61) 경찰청, 2015 경찰통계연보, 2016, 107면.

62) 그러나 이는 어디까지나 자치경찰제를 통한 경찰조직의 지역적 분산을 전제로 해야 한다. 그렇지 않을 경우 자칫 국가수사본부의 조직과 권한이 지나치게 강화될 우려가 있기 때문이다.

정보의 수집·분석활동에 기반하여 이루어질 수 있는 이른바 정보 주도형 경찰활동 시스템(Intelligence-led Policing)<sup>63)</sup>으로 전환할 필요가 있다. 이를 위해서는 범죄정보 기능 중심으로 정보경찰의 조직을 재편할 필요가 있다. 이는 최근 참여연대에서 ‘민주적 경찰과 인권침해 중단을 위한 경찰개혁 의견서’를 통해 “치안정보 및 정책 정보 수집권한을 폐지하되, 범죄 수사와 관련된 범죄 첩보만 범죄 수사담당 부서(수사국 또는 사이버안전국, 생활안전국, 외사국 등)에서 수집할 수 있도록” 해야 한다는 점<sup>64)</sup>을 지적하였다는 점을 고려하면 더욱 그러하다. 이러한 점들을 고려한 국가경찰과 자치경찰의 수사조직은 다음과 같이 생각해 볼 수 있을 것이다.

[그림] 국가경찰과 자치경찰의 수사조직(안)



#### 4. 경찰수사에 대한 민주적 통제<sup>65)</sup>

수사체제의 재설계는 경찰을 또다른 검찰로 만드는 결과를 초래하게 해서는 안된다. 이를 위해서는 경찰에 대한 민주적 통제 장치가 마련되어야 한다.

63) 이에 대해서는 한상암·박한호·이명우, 범죄예방을 위한 정보 주도형 경찰활동(ILP)에 대한 연구-국내도입논의를 중심으로-, 한국경호경비학회 제36호, 2013, 227면 이하 참조.

64) 참여연대 사법감시센터, 민주적 경찰과 인권침해 중단을 위한 경찰개혁 의견서, 2017. 7. 19., 11-12면.

65) 이 부분은 황문규, 경찰개혁: ‘경찰을 경찰답게’ 만들기 위한 경찰조직 재설계, 숭실대학교 법학논총 제39집, 312-319면을 요약, 정리한 것임.

### 가. 경찰위원회를 통한 경찰수사의 통제

경찰 외부적 통제장치로서 경찰위원회를 활용하는 방안이 있다. 예컨대, 자치경찰은 지방자치경찰위원회에, 국가경찰은 국가경찰위원회에 정기적으로 일정한 범주에 대해 수사한 사건들의 개요와 수사결과를 보고하도록 의무화할 필요가 있다. 중요범죄에 대한 인지사건에 대해서는 경찰위원회(자치경찰은 지방자치경찰위원회)에 수사개시보고를 강제하는 방안도 검토할 필요가 있다.

이처럼 경찰위원회에 보고된 사안에 대해서는 경찰위원회에서 점검 후 경우에 따라 감사 등의 조치를 취할 수 있도록 하는 방안도 강구할 필요가 있다. 이에 대해서는 최근 경찰개혁위원회에서도 권고안을 제시하였다. 즉, 경찰위원회에 경찰공무원의 주요 비위사건에 대한 감사·감찰·징계 요구권을 부여하고, 상관의 부당한 수사지휘에 대해 이의가 제기된 경우 이에 대한 조치 요구권을 부여하는 방안이다. 경찰위원회의 요구에 대한 조사 등은 시민에 의한 민주적 외부통제기구로서 ‘경찰인권·감찰옴부즈만(위원회)’에서 이루어지는 것을 권고하고 있다. 다만, 개혁위의 안에 따르면, 경찰내부 감사·감찰부서에 의한 조사의 기회도 열어놓고 있는데, 이는 신중히 검토할 필요가 있다. 이는 특히 최근 충주에서 감찰받던 여경이 자살한 사건에서 보여지는 바와 같이 기존 감찰부서의 경우 일선경찰관들을 감사·통제하는 수단으로 주로 활용되어 왔다는 점에서 더욱 그러하다.

### 나. 경찰수사의 책임성 제고를 위한 ‘수사결과 평가시스템’의 도입

검정 수사권조정 정도의 따라 경찰에 수사종결권까지 부여될 가능성이 있다. 또한 수사종결권이 부여되지 않더라도 경찰수사에 대한 검사의 수사지휘 정도는 현재보다 현저히 떨어질 것으로 예상된다. 그렇다면 경찰도 수사의 주체로서 수사에 대한 책임성을 제고할 필요가 있다. 현재 경찰에서는 수사 후 ‘검찰에 송치하면 끝’이라는 인식이 적지 않다. 이로 인해 경찰수사의 책임성 제고를 통한 수사역량을 강화하는데 한계가 있다. 이는 또한 전체 형사사법절차에 대한 신뢰는 논의로 하더라도 적어도 경찰수사에 대한 대국민 신뢰를 저하시키는 요인으로 작용하게 된다. 여기에 기소 및 재판결과를 고려하여 경찰의 수사결과를 평가할 수 있는 시스템을

도입할 필요가 있다.

경찰의 경우 이미 2013년에 외부 인사 중심으로 ‘사건평정위원회’를 출범하여 무죄사건 평정을 통해 검사의 과오를 밝혀내기 위한 노력을 하고 있다. 경찰의 경우에도 2013년 ‘경찰수사 제도개선위원회’에서 「수사결과의 책임성을 제고하는 평가·교육시스템 구축」, 즉 송치이후의 기소 및 재판까지를 고려한 수사주체로서의 책임성을 제고할 수 있는 평가시스템 및 그에 따른 교육이 이루어지는 시스템 구축의 필요성을 권고한 바 있다. 그러나 현재까지 이를 구체화하는 제도에 이르지 못하고 있다는 지적이다.<sup>66)</sup> 따라서 경찰수사의 책임성을 제고하는 평가·교육시스템을 구축할 필요가 있다.

#### 다. 경찰노조의 도입

경찰수사에 대한 민주적 통제방안의 하나는 경찰노조이다. 상명하복의 계급제를 기반으로 하는 경찰은 조직 내부의 수직적 문화로 원활한 의사소통이 이루어지지 못하고 있다. 경찰서·지방경찰청·경찰청 단위의 경찰지휘부에서 하달되는 지시·명령은 일방적이고, 그것이 때로는 부당할지라도 이를 견제할 장치는 마땅치 않다는 것이 현 실정이다. 그러다보니 경찰지휘부의 의사결정에 경찰구성원들이 자신의 목소리를 내는 것은 쉽지 않다. 이는 특히 감찰에 의한 통제가 일상화되어 경찰관들이 징계 또는 잘릴 것을 두려워하는 것이 경찰의 현 모습이라는 지적<sup>67)</sup>을 고려하면 더욱 그러하다. 이러한 조직문화에서 수사력이 약화되는 것은 물론이고, 공정한 수사가 이루어질 것을 기대하기 어렵다. 이는 2012년 국정원 댓글 사건에서 당시 김용관 서울지방경찰청장의 부당한 압력<sup>68)</sup>을 견제하거나 거부할 수 없었던 것에서도 잘

66) 이창무·강욱·조준택, 경찰 송치사건 결과활용 수사관 평가방안에 관한 연구, 경찰청 연구보고서, 2016, 75-78면 참조.

67) 2017. 11. 12.자 경향신문, “경찰노조 없이 강한 경찰 없다”, 인터넷 [http://news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?artid=201711121409021&code=940100#csidx5145f45d0ea76e98c09e696eada7c1b](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201711121409021&code=940100#csidx5145f45d0ea76e98c09e696eada7c1b).

68) 2012년 12월 당시 김용관 서울지방경찰청장은 대선 전 갑자기 ‘국정원 무혐의’ 발표를 하였으며, 당시 분석팀이 만든 100여쪽 보고서를 과기하도록 지시한 것으로 최근 밝혀지고 있다. 2017. 11. 11.자 JTBC 뉴스, “대선 전 돌연 ‘국정원 무혐의’ 발표…경찰도 수사 타깃”, 인터넷 <http://news.jtbc.joins.com/html/684/NB11548684.html>.

드러난다.

문제는 경찰조직 외부에서 경찰조직 내부에서의 독단과 비합리적인 경찰활동을 제대로 통제하는데 한계가 있다는 점이다. 대개의 경우 경찰활동으로 인해 문제가 발생한 이후에서야 비로소 사후적 개입이 이루어진다. 게다가 경찰 활동에 대한 필요성과 적절성 여부는 조직 내부에서만 판단이 가능한 영역이다.<sup>69)</sup> 바로 이 점에서 경찰지휘부의 독단을 견제할 경찰조직 내부의 장치로서 경찰노조를 도입할 필요성이 있다. 그 외에도 경찰노조는 ①경찰의 근로조건을 개선하고, 이를 통해 경찰관은 국민에게 고품질 치안서비스를 제공할 수 있고, ②경찰조직 내부의 부정부패를 감시할 수 있고, ③경찰행정의 민주화 및 정치적 중립성을 확보하게 할 것이다.<sup>70)</sup>

경찰개혁위원회에서도 이러한 점을 감안하면서도 경찰노조 설립에 대한 국민적 우려가 있다는 경찰청의 의견을 반영하여 경찰노조 전 단계인 직장협의회 설립을 허용할 것을 권고한 바 있다. 다만, 수사부서의 경우 국민인권과 직결되고 향후 수사구조개혁에 따른 내부 견제장치가 필요하다는 점을 감안하여 별도의 의사소통기구를 설립하기로 함에 따라 수사경찰의 가입은 배제되었다.<sup>71)</sup>

#### IV. 결론

지금까지 현행 수사체제를 진단하고 거기에 내재되어 있는 문제점이 무엇인지를 살펴보았다. 이를 토대로 앞으로 수사체제를 어떻게 재설계할 것인지도 고민해보았다. 현 수사체제는 한마디로 요약하자면 검사 이외 어떠한 천적(또다른 수사기관)의 성장, 발전을 허용하지 않는 수사생태계를 조성하는 검사 지배적 수사체제이다. 그리하여 검찰이나 경찰이나 중복적 수사영역을 갖는 사실상 동일한 수사기관이면서도 경찰의 수사 위에 검찰의 수사가 존재하는 이상한 위계적 계층구조를 형성하고

69) 장신중, 경찰의 민낯, 2016, 216면.

70) 최응렬·임운식, 경찰의 노동조합 활동 허용범위와 향후 입법방향에 관한 연구: 의식조사를 중심으로, 동국대학교 행정논집 제30집, 동국대학교 행정대학원, 2004, 195-197면.

71) 경찰개혁위원회, 2017. 10. 18.자 보도자료 “경찰개혁위원회 대국민 중간보고회 실시-경찰권 행사의 기본원칙 제시, 인권 관련 주요권고 종합 발표” 참조.

있다. 국민의 입장에서는 경찰수사를 받고 또다시 검찰의 수사를 받아야 하는 불편이 있고, 구속이라도 되는 경우에는 구속기간이 10일이나 늘어나는 고통을 감수해야 한다. 경찰 내부에서도 행정경찰과 사법경찰이 혼합된 수사체제로 운영되어 수사경찰은 물론 행정경찰의 전문성을 제고하기도 어렵게 하고 있다. 또한 경찰활동은 형사법 편향적으로 이루어져 행정경찰활동이 침식되는 결과를 초래하고 있다. 이로 인한 피해는 또한 국민들에게 돌아간다. 지난 60여년간 사실상 고정되어 있는 현 수사체제를 재설계할 필요가 있다.

수사체제의 재설계는 무엇보다도 검찰권의 분산 차원에서 이루어져야 한다. 동시에 경찰의 수사주체성을 인정하고, 경찰과 검찰이 중복적으로 수사하는 시스템을 개선해야 한다. 중장기적으로는 검사 경우 영장청구권 제도를 규정하고 있는 헌법을 개정하여 수사기관이 직접 법관에게 영장을 청구하게 하여 법관의 사법통제를 받게 하여야 한다. 또한 경찰 내부적으로도 자치경찰제를 도입하여 경찰권의 지역적 분산과 더불어 행정경찰과 사법경찰의 균형적 발전이 이루어질 수 있도록 양자를 분리하여야 한다. 행정경찰과 사법경찰의 분리는 궁극적으로 행정경찰활동에 있어 묶여 있는 경찰의 손발을 풀면서도 경찰권의 올바른 행사를 위해서도 반드시 필요하다. 나아가 경찰노조를 허용하여 경찰구성원에 의한 경찰내부 통제, 즉 아래로부터의 통제가 이루어질 수 있는 장치를 마련하여야 한다.

지금까지 제시한 방안은 실현가능성 측면에서 다소 무모해 보일 수도 있다. 이는 현실을 외면한 채 펜으로 조직을 설계하는 것이라는 점에서 더욱 그러할 우려가 있다. 그러나 지난 60여년간 우리의 수사체제를 지배해왔던 기존의 수사체제를 흔들어서 새로운 체제가 들어올 수 있는 가능성을 열어놓는다는 측면에서 결코 의미없는 일은 아닐 것이다. 끝으로 이 글이 지난 60여년간 우리 자신도 모르게 고정화된 인식과 시각에 코페르니쿠스적 전환을 하는 계기가 되길 바란다.

## 참고문헌

- 경찰청, 2016년 범죄통계, 2017.
- 경찰청, 2015 경찰통계연보, 2016.
- 경찰청, 수사구조개혁백서: 형사사법 선진화를 위한 정책방향, 2011.
- 김상희·조병인, 수사경찰의 의식에 관한 연구, 1996.
- 김선택, 영장청구주체입법의 변천 및 평가, 안암법학 제31호, 2010.
- 김인회, 권력기관 개혁의 핵 - 검찰개혁, 사람과 정책 여름호, 민주정책연구원, 2011.
- 김종민, 권위주의 시대의 유산과 개혁과제, 2017. 11. 10.자 법률저널, 인터넷 <http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=45945>.
- 김택수, 프랑스 사법경찰관제도의 기원 및 계수과정에 관한 연구, 경찰과 사회 제2집, 경찰대학교, 2007.
- 김희수/서보학/오창익/하태훈, 검찰공화국, 대한민국, 2011.
- 대검찰청, 2014년 검찰연감, 2015.
- 대검찰청, 2016년 검찰연감, 2017.
- 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2001.
- 문재인·김인회, 문재인, 김인회의 검찰을 생각한다. 무소불위의 권력 검찰의 본질을 비판하다, 2011.
- 박병욱/황문규, 위험예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적·수단상 몇 가지 차이점, 형사정책연구 제23권 제3호, 한국형사정책연구원, 2012.
- 법무연수원, 수사지휘론, 2003.
- 신양균, 형사소송법 제·개정정 자료집(상), 한국형사정책연구원 연구총서, 2009.
- 이동희·이성기·오상지, 선진수사구조 도입을 대비한 경찰수사시스템 개편방향, 경찰청 연구용역보고서, 2012.
- 이호중, 검찰에 대한 민주적 통제와 검찰개혁의 과제, 서강법학 제9권제2호, 2007.
- 이창무·강욱·조준택, 경찰 송치사건 결과활용 수사관 평가방안에 관한 연구, 경찰청 연구보고서, 2016.

- 장신중, 경찰의 민낯, 2016.
- 정승환, 사법개혁에 부응하는 경찰 수사조직의 개편과 수사구조의 개혁, 대검찰청 정책연구보고서, 2012.
- 조국·김준호, 경찰 내부 수사지휘의 합리적 운용방식에 대한 연구, 경찰청 연구보고서, 2013.
- 참여연대 사법감시센터, 박근혜정부 3년 검찰보고서(2015) : 국민 위에 군림하고 권력에 봉사하는 검찰, 2016. 3. 23.
- 참여연대 사법감시센터, 민주적 경찰과 인권침해 중단을 위한 경찰개혁 의견서, 2017. 7. 19.
- 최강욱, 권력과 검찰, 2017,
- 최응렬·임운식, 경찰의 노동조합 활동 허용범위와 향후 입법방향에 관한 연구. 의식 조사를 중심으로, 동국대학교 행정논집 제30집, 동국대학교 행정대학원, 2004.
- 한상암·박한호·이명우, 범죄예방을 위한 정보 주도형 경찰활동(ILP)에 대한 연구-국내도입논의를 중심으로-, 한국경호경비학회 제36호, 2013.
- 황문규, 개정 형사소송법상 경찰의 수사개시권 및 검사의 수사지휘권의 내용과 한계, 형사정책연구 제22권 제3호, 2011.
- 황문규, 헌법상 검사 독점적 영장청구제도의 의의와 한계, 경찰법연구 제15권 제1호, 2017.
- 황문규, 경찰개혁: '경찰을 경찰답게' 만들기 위한 경찰조직 재설계, 숭실대학교 법학논총 제39집, 2017.

## Redesign of Investigation System to Ensure Independence and Neutrality of Police Investigation

Hwang, Mun-gyu\*

The purpose of this paper is to diagnose the current investigation system, to examine what problems are present and to suggest how to redesign the investigation system based on this.

The current investigation system is an prosecutor-dominant investigation system that does not allow the growth and development of investigative agencies other than the prosecutor. Thus, even though prosecutor and police are virtually the same investigative body, there is a strange hierarchical structure in which the investigation of the prosecutors is present on the investigation of the police. In the case of the public, there is the inconvenience of being investigated by the police and once again being investigated by the prosecution, and in case of arrest, the detention period should be increased by 10 days. It is difficult to raise the professionalism of the police officers because the administrative police and the judicial police are not separated. Police activities are biased toward criminal law, resulting in the erosion of administrative police activities. This damage also goes to the people. In this respect, it is necessary to redesign the prefectural system which has been virtually fixed for the past 60 years.

The redesign of the investigation system should, above all, be aimed at dispersing the power of the prosecution. At the same time, the police should be recognized as the identity of the investigation. In the mid- to long-term, the constitutional provision of “by application of public prosecutors” should be deleted, and the

---

\* Professor, The Department of Police Administration in Joongbu University, Ph D.

investigation agency can request the judge to issue a warrant and should be under the judicial control by the judge. Police should have a municipal police system, and administrative police and judicial police should be separated. Police unions should be allowed to provide police internal control by the members of the police, ie, devices that can be controlled from below.

❖ Keyword: Prosecutor dominant investigation structure, A double and redundant investigative system, administrative police, judicial police

[ 형사정책연구지는 한국연구재단 등재지임 ]

## 형사정책연구

제28권 제4호(통권 제112호, 2017 · 겨울호)

발행인 : 김 진 환

발행처 : 한국형사정책연구원

서울시 서초구 태봉로 114

전화 (02)3460-5115

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2017년 12월 31일

인 쇄 : 경성문화사

전화 (02)786-2999

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

[정가 : 10,000원]

