

# 형사정책연구

**KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW**

제31권 제1호(통권 제121호)

2020 · 봄호

**한국형사정책연구원**  
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

## 형사정책연구

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

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

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

# 형사정책연구

제31권 제1호(통권 제121호, 2020·봄호)

## [ 연구논문 ]

카카오톡상의 단체채팅방에서의 집단적 불링에서 친구관계의 영향과 여러 조건적 이슈들의 검증

▶ 이성식 ..... 1

검·경 수사권조정에 대한 비판적 분석 :

2020. 2. 4.자 개정 형사소송법 및 검찰청법의 내용을 중심으로

▶ 박찬걸 ..... 29

강간에 의한 피해여성의 임신(rape related pregnancy)을 상해로 볼 수 있는가? :  
대법원 2019. 4. 17. 선고 2018도17410판결 및 대법원 2019. 5. 10. 선고 2019도834판결을  
중심으로

▶ 권창국 ..... 65

다수준 분석을 통한 경찰신뢰 영향요인 탐색 : 지역사회 맥락요인을 중심으로

▶ 조준택 ..... 99

데이터 보관 사업자에 대한 영장집행 절차의 현실화 방안에 관한 연구 :

피의자에 대한 사전 통지 생략 및 영장 사본제시 필요성을 중심으로

▶ 이관희·이상진 .....129

다바이스 복호화 명령과 자기부죄거부특권 : 미국 법원의 실행과 영국의 입법례를 중심으로

▶ 송영진 .....159

# KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

---

Vol. 31, NO. 1 (March, 2020)

## [ Article ]

- Testing the Conditional Effect of Friendship on Cyber Group Bullying in Kakao-Talk Messenger
- ▶ Lee, Seong-sik .....26
- Critical Analysis on Adjustments of Investigation Power between the Prosecution and Police : Focused on contents of Criminal Procedure Law and the Public Prosecutor's Office Act Revised as of Feb 4, 2020
- ▶ Park, Chan-geol .....62
- Can the rape related pregnancy considered an injury in criminal law? : critical review on two cases of Korean Supreme Court related to rape in mid 2019
- ▶ Kwon, Chang-kook .....97
- The Factors affecting Confidence in the Police in South Korea : A Multi-level Analysis focusing on Neighborhood Context.
- ▶ Cho, Joon-Tag .....127
- A Study on the Realistic Plan of the Execution Procedure of Warrants against Operators Keeping Data
- ▶ Lee, Kwan-hee · Lee, Sang-jin .....157
- Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination : Recent Court Decisions in the United States and Legislation of the United Kingdom
- ▶ Song, Young-jin .....189

# 카카오톡상의 단체채팅방에서의 집단적 불링에서 친구관계의 영향과 여러 조건적 이슈들의 검증\*

이성식\*\*

국 | 문 | 요 | 약

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.03.31.1.1>

❖ 주제어 : 사이버 집단적 불링, 카카오톡 모바일 메신저, 친구관계, 조건적 영향

\* 이 논문은 2018년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-과제번호)  
(NRF-2018S1A5A2A01028699)

\*\* 숭실대학교 정보사회학과 교수

## I. 서론

청소년들의 스마트폰 사용이 증가함에 따라 집단따돌림이나 괴롭힘도 카카오톡 등의 모바일 메신저 사용상에서 일어난다. 2014년도 한국청소년정책연구원(이창호, 2014)에서의 중, 고등학생 대상 사이버불링 조사에서는 여러 형태들 중에서 카카오톡상에서 신청거부나 대화방제외의 배제형태가 주된 형태임을 제시했고, 2014년도 한국형사정책연구원(이승현, 노성호, 2014)의 초등학교 및 중학생 대상 따돌림의 실태조사에서는 카카오톡상의 따돌림이 주된 형태임을 제시했다. 이처럼 카카오톡의 단체채팅방에서의 사이버불링이 청소년들의 사이버불링의 주된 형태임에도 카카오톡과 같은 모바일 메신저상에서의 사이버불링의 원인에 관한 연구는 아직 많지 않고, 더구나 단체채팅방에서 집단에 의한 집단적 불링에 관한 연구는 미흡하다.

이 연구는 청소년들의 이용률이 높은 카카오톡상에서의 사이버불링 중 특별히 단체채팅방에서 집단성원 여럿이서 누군가를 괴롭히는 집단적 불링의 원인을 다루려고 한다. 그 원인으로는 여러 가지가 있겠지만 여기서는 그것이 집단상황이라는 점에서 친구의 영향력을 중심으로 다루고자 한다. 단체채팅방에서의 집단적 사이버불링의 경우 채팅방에서의 친구 중 누군가 사이버불링을 주도하거나 영향력을 행사할 수 있으며 그들로부터 사이버불링을 학습하는 등 영향을 받을 수 있다. 비행친구와의 접촉은 그동안의 비행 연구에서 가장 강력한 원인이라고 하듯이(Warr and Stafford, 1991), 사이버공간에서의 비행도 비행친구로부터의 영향에서 비롯될 수 있고, 더구나 집단적 불링의 경우 모바일 메신저상의 단체채팅방에서의 사이버불링은 사이버불링을 주도하거나 과거에 사이버불링의 전력이 있는 사이버불링친구의 영향이 크고 주요 요인이 된다고 할 수 있다.

그런데 단체채팅방에서의 집단적 불링에서 사이버불링친구의 영향을 다룸에 있어 그 영향이 여러 요인들에 따라 조건적인지의 논의와 이슈가 있다. 첫째, 차별접촉/사회학습이론에 따르면 집단적 사이버불링에서 사이버불링친구의 영향이 중요하다고 볼 수 있지만, 기회이론에 따르면 사이버불링은 반드시 불링친구로부터 학습하는 것이 아니라 평범한 친구들을 포함한 친구들과 어울리거나 시간을 보내다가 비구조화되고 감독이 없는 가운데 우연히 불링을 저지를 수 있다(Osgood et al.,

1996). 그런 점에서 사이버불링경험 친구와의 접촉과 단순히 친구와 카카오톡에서 보내는 시간의 두 요인의 상대적 영향력을 살펴보기로 한다. 그리고 더 나아가 두 통합적 논의에 따라 사이버불링친구와의 접촉이외에 그들과 보내는 시간이 많을 때 그 영향력이 높을지를 살펴볼 것이다.

둘째, 사이버불링친구의 영향이 과연 사용하는 카카오톡 네트워크의 크기에 따라 달라지는지를 살펴볼 것이다. 비행친구의 영향은 그 친구가 친밀한 이는 사이일 때 크다는 점에서 소집단일 때는 크지만 사이버공간에서처럼 교류하는 사람의 수가 많고 모르는 사이도 많을 경우 그 곳에서 만난 사이버불링친구의 영향력은 낮을 수 있다. 따라서 사이버불링친구의 영향력이 카카오톡 네트워크 크기가 소규모일 때와, 중간, 그리고 대규모일 때 그 크기에 따라 차별적이고 조건적인지를 다룰 것이다.

셋째, 사이버불링친구의 영향력은 단체채팅방에서의 집단적 불링에서 개인의 역할에 따라 다를 수 있다. 집단적 불링에서의 역할을 주동자, 적극가담자, 보통가담자, 소극가담자, 방관자 등으로 구분할 때 사이버불링친구의 영향력은 자신이 주동자이거나, 방관자, 소극가담자보다는 적극가담자나 보통가담자에게서 더 클 수 있는데 과연 집단에서의 역할에 따라 그 영향이 조건적인지를 다룰 것이다.

넷째, 또 다른 논의로서 일반이론(Gottfredson and Hirschi, 1990)에 따르면 비행친구의 영향은 중요하지 않고 사이버불링과 같은 비행 설명에서 낮은 자기통제력과 같은 개인성향요인이 중요하다고 하는데, 과연 그런지를 살펴볼 것이며, 또한 통합적 논의에 따라 과연 사이버불링친구의 영향력은 낮은 자기통제력과 상호작용하여 낮은 자기통제력의 청소년에게서 조건적으로 더 작동하는지를 다뤄보기로 한다.

이처럼 이 연구는 기존에는 부족했던 카카오톡상의 단체채팅방에서의 집단적 불링의 설명을 위해 사이버불링에서의 친구의 영향력을 다룸에 있어 그 영향이 어떠한지 그렇지만 그 영향은 여러 요인들에 따라 조건적인지 등 여러 이슈와 쟁점들을 청소년들을 대상으로 하는 조사연구를 통해 살펴보고 이 연구결과를 통해 대책방안 등을 논의하려고 하는 것에 주목한다.

## II. 이론적 논의

### 1. 친구관계 영향력에 관한 기존 주요 논의

비행원인 연구에서 기존 연구들에서 제시하는 가장 중요한 원인 중 하나는 비행 친구와의 접촉이다. 차별접촉/사회학습이론에 따르면 청소년들은 주위의 친한 친구가 비행친구일 경우 그들과 상호작용하면서 모델링이나 강화과정을 통해 비행가치나 태도를 학습하게 됨으로 비행을 저지르게 된다고 보았고, 이처럼 비행친구와의 접촉과 태도학습이 비행설명에 가장 중요한 요인이 된다고 주장했다(Sutherland, 1947; Akers, 1985). 그동안의 연구에서는 비행친구와의 접촉이 다른 이론들의 요인들보다 중요한 요인이 되고, 또한 사회유대(사회통제이론)가 낮고, 낮은 자기통제력(일반이론)의, 그리고 일상긴장(긴장이론)의 청소년들도 비행친구와 사귀게 됨으로 해서 비행을 저지른다는 결과를 제시했다(Matsueda, 1982; Warr and Stafford, 1991; Chapple, 2005).

비행친구의 영향력은 온라인 사이버비행에도 적용되어 사이버공간에서 비행친구나 위반자와 접촉할수록 사이버비행을 더 저지르게 되며(Skinner and Fream, 1997; Higgins et al., 2007), 사이버불링 연구에서도 국내에서는 그 영향력이 크다는 결과를 꾸준히 제시하고 있다(전신현, 이성식, 2010; 김경은, 2013; 남상인, 권남희, 2013; 이성식, 전신현, 2015). 그렇지만 온라인상에서 만나는 사람은 오프라인과 비교할 때 그 관계가 익명개 비대면이고 친밀한 사이는 아니어서 그 영향력이 상대적으로 낮을 수 있는데 그럼에도 인터넷상에서보다도 카카오톡 등의 모바일 메신저상의 사이버불링은 그룹채팅이 가능할 뿐만 아니라 서로 모르는 확대된 네트워크상의 관계보다는 친한 친구들이고 현실기반의 서로 아는 친구들의 연장선일 수 있다는 점에서 학습과정의 영향력이 크게 작용한다고 볼 수 있다(이성식외., 2016).

그렇지만 여럿이서 누군가를 괴롭히는 집단적 불링의 경우는 그러한 학습과정 이외에도 그것이 집단현상이라는 점에서 집단에의 동조압력과 같은 집단역학과정을 통해서도 이해할 필요가 있다. 집단과정이론(Briar and Piliavin, 1965)에 따르면 집단상황에서는 집단심리로 비행동기가 급상승하고 또한 집단압력의 상황동기에 의

해 집단행동에 가담한다고 보았다. 집단따돌림이나 불링에서는 가담에 있어 책임의 분산이 일어나고 또한 자신이 동조하지 않았을 때 오히려 배척당하고 불링피해를 당할 염려 때문에 불링에 참여하기도 한다(이성식, 전신현, 2000). 또한 집단상황에서는 개인의 가치나 정체성을 상실하고 집단정체성이 상승하여 집단행동에 빠져들 수도 있다(Reicher et al., 1995).

그런데 또 다른 한편에서는 비행이 발생하기 위해서는 반드시 비행을 저지른 친구와 접촉할 필요가 있는 것이 아니라 그냥 단순히 친구들과 밤늦게 함께 다니다가 우발적으로 비행을 저지를 수 있음을 주장하기도 했다(Osgood et al., 1996). 고전주의 학파에 근거한 기회이론에서는 비행발생의 기회요인을 중시했는데, 기존에는 주로 피해자 연구를 중심으로 그 이론을 다뤘지만(Hindelang et al., 1978; Cohen and Felson, 1979; Meier and Miethe, 1993), 가해자 입장에서 보면 비행기회에의 노출 등 비행기회가 많고 수월할수록 비행 가능성이 높다고 볼 수 있고 그러한 점에서 집밖에서 비구조화되고 감시되지 않은 친구들과 보내는 시간이 많을수록 우연한 기회에 비행을 저지른다고 주장하고 있다(Haynie and Osgood, 2005; Anderson and Huges, 2009; Weerman et al., 2015).

사이버비행을 설명함에 있어서는 이와 같은 기회이론의 논의가 주로 인터넷을 사용하는 시간과 비행과의 관계를 살펴보는 연구로 진행되어 왔다(이성식, 2014). 즉 인터넷이용시간이 많은 청소년들이 우연한 비행기회에 노출됨으로 해서 우발적으로 사이버비행을 저지를 가능성이 높다고 주장된다. 그와 같은 기존 논의에서 볼 때 친구의 영향력과 관련해서는 인터넷에서 친구와 보내는 시간을 다룰 필요가 있는데 친구와 보내는 시간이 많을수록 사이버불링의 가능성이 높을 것이다. Meldrum과 Clark(2015)는 친구와 온라인상에서 보내는 시간이 많을수록 음주나 마리화나 사용, 그 밖의 다양한 비행에 영향을 준다는 결과를 제시했지만 이와 같은 오프라인의 비행이외에도 온라인 사이버불링에도 영향을 줄 것으로 볼 수 있다.

이처럼 차별접촉/사회학습이론에서 보면 사이버불링친구와 접촉할수록 불링 가능성이 높고 기회이론의 입장에서 보면 온라인에서 친구와 보내는 시간이 많을수록 불링 가능성이 높다고 볼 수 있다. 그런데 두 논의에 따르면 사이버불링친구의 영향에 있어서도 단순히 그들과의 접촉이 아니라 그 친구와 보내는 시간이 많을수록 불

링 가능성이 더 높다고 볼 수 있다. 즉 차별접촉이론과 기회이론의 통합적 관점에서 보면 사이버불링친구의 영향은 그 친구와 보내는 시간에 따라 그 시간이 많을수록 더 크게 작용할 수 있을 것이고 사이버불링친구와 보내는 시간이 많을수록 우연한 기회에 집단적 불링을 더 저지르게 될 것이다.

## 2. 친구의 영향에서 네트워크의 크기와 가담자 역할의 조건

사이버비행 연구에서는 친구들의 영향력을 다룰 때 온라인 네트워크의 크기를 고려해야 한다는 주장이 있다. 비행친구와의 접촉은 차별접촉이론에서도 주장했듯이 그것이 친한 친구라는 것을 전제로 한다. 그래서 집단이나 네트워크에서의 친구관계의 영향력도 상대적으로 소규모 집단이나 친밀한 사이에서 그 영향력이 크다고 볼 수 있다(Haynie, 2002). 물론 보다 큰 규모의 비행친구집단이 상황적 유인으로 그 영향력이 크다는 주장도 있지만(McGloin and Piquero, 2009), 친구집단의 영향력은 그 크기가 어느 수준까지에서만 작동하며 그 수준을 넘어서 클 때에는 그 영향력이 감소할 수 있다.

이러한 이슈는 특히 오프라인보다는 온라인에서 친구의 영향력을 다룰 때 중요한데 온라인에서는 많은 사람들과 교류가 이루어지며 온라인에서 네트워크 크기가 클 경우 그 곳에서 만나는 친구의 영향력은 상대적으로 크지는 않을 수 있기 때문이다. 즉 카카오톡상의 사이버불링친구와의 접촉의 영향력을 다룸에 있어 카카오톡상에 단체채팅방의 참여자의 수 그리고 더 나아가 그 채팅방이외의 등록된 친구의 수가 많거나 네트워크의 크기가 크면 그만큼 사이버불링친구가 아닌 다른 많은 사람들과 접촉할 가능성이 높아 그 영향력은 상쇄되어 낮을 수 있다. McCuddy와 Vogel(2015)의 연구에서는 소셜네트워크상에서 네트워크 크기에 따라 범위반예의 노출의 영향력을 다루었는데 그 영향력은 네트워크 크기가 어느 정도 중간일 때 가장 컸고 그 크기가 소규모이거나 지나치게 클 경우 감소한다는 결과를 제시했다. 이런 결과는 사이버비행을 다룰 때에는 집단크기를 고려해야 하며 반드시 비행친구와의 접촉이 어느 여건에 상관없이 중요하게 작용하지는 않을 것이라는 것을 제시한다.

또한 집단적 불링에서는 개인의 역할에 따라 친구의 영향이 다를 수 있다. 집단적 불링에서는 개인의 역할이 주동자, 적극가담자, 보통가담자, 소극가담자, 방관자 그리고 피해자와 피해자를 도와주려는 도움자로 구분할 수 있다. 피해자와 도움자는 별개로 하고 사이버불링에 직, 간접적으로 관여하는 경우 주동자는 사이버불링을 직접적으로 주도하고, 그의 방관자는 아무 가담을 하지 않고 방관만 하며, 소극가담자는 그 행위가 옳지 않은 나쁜 행위라는 것을 알면서도 집단역학에 의해 불링에 소극적으로 관여하는 것이라면 보통 그리고 적극가담자일수록 주동자와 보다 가까운 사이에서 그로부터 영향을 받고 사이버불링에 가담할 수 있다. 즉 주동자 자신은 자신이 당사자이어서 불링친구로부터의 영향을 별개로 하고 적극가담자의 경우 주동자인 사이버불링친구의 영향이 크고 보통, 소극가담자, 방관자일수록 그 영향이 낮다고 할 수 있다. 따라서 사이버불링친구로부터의 영향은 모두에게 작용하는 것이 아니고 사이버불링 발생상황에서 그 역할에 따라 다르고 적극가담자 등에게서 더 클 것이라고 볼 수 있다.

### 3. 또 다른 조건적 논의로 낮은 자기통제력과 상호작용효과

한편 기존 연구들에서는 비행친구와 비행과의 관계가 매우 높다는 결과를 제시하고 있지만 어떤 입장에서는 비행친구가 비행에 영향을 주는 것이 아니라 그 관계가 허위관계라는 주장을 한다. 그 대표적 주장으로 Gottfredson과 Hirschi(1990)의 일반이론에서는 어려서 형성된 개인성향으로 낮은 자기통제력이 비행의 주요 원인이라고 봄으로써 자기통제력이 낮은 아이들이 비행친구와 사귀고, 또 자기통제력이 낮은 아이들이 비행을 저지르는 것이지 비행친구와 비행과는 아무 관계가 없는 허위관계라고 주장했다. 따라서 비행친구와 비행과의 관계를 다룰 때에는 이러한 논란을 피하기 위해 자기통제력과 같은 개인성향요인을 통제요인으로 다뤄야 한다.

그런데 비행친구와 비행과의 관계를 부정하지 않고 또 그 관계를 완전히 지지하지도 않는, 그 중간적 입장으로 비행친구와 비행과의 관계는 낮은 자기통제력에 따라 조건적이라는 주장이 가능하다. 기존 연구에는 비행친구와 사귀거나 접촉한다고 비행을 저지르는 것이 아니라 일정한 낮은 자기통제력의 성향의 청소년들에게서 그

가능성이 높다고 주장하는데(Wright et al., 2001; Ousey and Wilcox, 2007; Mobarake et al., 2014; Hirtenlehner et al., 2015), 즉 이 입장에서 보면 비행친구와 접촉한다 하더라도 자기통제력이 높다면 비행 가능성은 낮다고 볼 수 있으며 비행친구와의 접촉과 낮은 자기통제력 두 요건이 있어야 비행을 저지른다고 볼 수 있다.

그동안의 사이버비행 연구를 보면 비행친구의 영향력을 낮은 자기통제력과 함께 다루었음에도 일반이론의 논의와는 달리 사이버비행친구와 비행과의 관계는 허위관계가 되지 않고 낮은 자기통제력과 비행친구 모두가 사이버비행에 유의미한 영향력을 갖는다는 것을 제시하였다(이성식, 박정선, 2014). 그리고 사이버비행친구와 낮은 자기통제력은 상호작용효과를 가져 비행친구와 접촉하는 청소년이 자기통제력이 낮을 때 사이버비행을 저지르게 된다고 볼 수 있는데, 여기서는 사이버불링친구의 영향력이 자기통제력과 상호작용을 하는 등 조건적인지의 논의를 다루기로 한다.

### III. 연구문제와 방법

#### 1. 연구문제

이 연구는 모바일 메신저에서 카카오톡 이용자를 중심으로 단체채팅방에서의 집단적 사이버불링을 설명하기 위해 친구관계 요인들의 영향력을 살펴보고 한다. 이 연구에서는 차별접촉/사회학습이론에 따라 사이버불링친구와 어울릴수록 그와 함께 집단적 불링에 참여할 가능성이 높을 것으로 본다. 그리고 사이버불링친구와의 접촉의 영향과 아울러 그 영향이 태도의 학습과정을 통해 작용하는지를 살펴볼 것이다. 그런데 집단과정이론에 따르면 사이버불링친구의 영향은 집단심리, 책임분산, 응징의 염려 등에 의해 작용할 것이며, 그러한 점에서 사이버불링친구의 영향이 태도에 매개없이도 직접적일 것이라고 볼 수 있다.

또한 기회이론에 따르면 반드시 사이버불링친구가 중요한 것이 아니라 단순히 친구들과 카카오톡 이용상에 보내는 시간이 중요하다고 볼 수 있는데 여기서는 카카오톡 이용상에서 사이버불링친구 여부와 상관없이 친구들과의 이용시간이 많을수록 집단적 불링을 더 저지르게 되는지를 살펴보기로 한다.

가설 1: 카카오톡 이용상에서 사이버불링친구와 접촉할수록 집단적 불링을 더 저지르게 될 것이다.

가설 1-1: 카카오톡 이용상에서 사이버불링친구와 접촉할수록 태도학습을 매개로 집단적 불링을 더 저지르게 될 것이다(차별접촉이론).

가설 1-2: 카카오톡 이용상에서 사이버불링친구의 집단적 불링에의 영향은 태도와 관계없이 직접적일 것이다(집단과정이론).

가설 2: 카카오톡 이용상에서 친구들과의 이용시간이 많을수록 집단적 불링을 더 저지르게 될 것이다(기회이론).

그런데 차별접촉과 기회이론의 두 이론의 통합에서 보면 단순히 사이버불링친구와의 접촉보다는 사이버불링친구와 보내는 이용시간이 많을수록 집단적 사이버불링을 더 저지르게 될 것이라고 볼 수 있다. 즉 사이버불링친구와의 접촉과 친구와 보내는 시간의 두 요인은 정(+)적으로 상호작용효과를 가질 것으로 예측한다.

가설 3: 카카오톡 이용상에서 사이버불링친구와의 접촉과 친구와의 이용시간과는 집단적 불링에 상호작용효과를 가질 것이다.

아울러 사이버불링친구의 영향이 과연 사용하는 카카오톡 네트워크의 크기에 따라 달라지는지를 알기 위해 이용자의 친구등록수와 혹은 실제 평소 대화를 나누는 친구의 수에 따라 사이버불링친구와의 접촉의 영향력은 어떤지를 살펴볼 것이다. 사이버불링친구가 있는 청소년이 그 외 다른 친구등록수나 대화하는 친구가 적을 경우 불링 가능성이 더 높을 수 있다. 그리고 기존 연구들의 주장에 따르면 네트워크가 지나치게 크기보다는 그 크기가 적당할 때 영향력이 있으며 네트워크의 크기가 클수록 그만큼 사이버불링친구와 비교해 그렇지 않은 사람들과 접촉할 가능성이 많아지므로 불링친구의 영향력은 낮아질 것으로 볼 수 있다. 이에 이용자의 친구등

록수와 혹은 실제 평소 대화를 나누는 친구의 수를 하, 중, 상으로 구분할 때 사이버 불링친구의 영향력이 그에 따라 과연 다른지를 살펴볼 것이다.

가설 4-1: 카카오톡 이용상에서 친구등록수에 따라 사이버불링친구와의 접촉의 집단적 불링에의 영향력은 다를 것이다.

가설 4-2: 카카오톡 이용상에서 평소 대화하는 친구수에 따라 사이버불링친구와의 접촉의 집단적 불링에의 영향력은 다를 것이다.

또한 사이버불링친구의 영향력은 집단적 불링에서 개인의 역할에 따라 다를 것으로 예측한다. 그 역할을 주동자, 적극가담자, 보통가담자, 소극가담자, 방관자로 나누었을 때 주동자 당사자나 방관자 그리고 단순히 소극적으로 가담하는 소극가담자에게서보다는 주동자와 가까운 친구관계에 있을 적극가담자(그리고 보통가담자)에게서 그 영향이 클 것으로 본다.

가설 5: 카카오톡 이용상에서 집단적 불링의 역할이 적극가담자의 경우에서 사이버불링친구와의 접촉의 집단적 불링에의 영향력이 더 클 것이다.

또한 일반이론의 주장을 확인하기 위해 낮은 자기통제력과 같은 요인을 함께 다룰 때 사이버불링친구와의 접촉의 영향이 과연 작아지는지를 살펴보기로 한다. 하지만 이 연구에서는 사이버불링친구와의 접촉의 영향력이 자기통제력에 따라 그 영향력이 달라지는지를 알기 위해 사이버불링친구와의 접촉과 낮은 자기통제력과의 상호작용효과를 다룰 것이다. 이 연구에서는 사이버불링친구와 접촉하는 청소년이 자기통제력이 낮을 때 집단적 불링 가능성이 더 높을 것이라고 예측한다.

가설 6: 카카오톡 이용상에 집단적 불링에의 영향에서 낮은 자기통제력과 사이버불링친구와의 접촉과는 상호작용효과를 가질 것이다.

## 2. 연구방법

이 연구는 정보통신정책연구원에서 2014년에 실시한 사이버폭력에 관한 조사자료(심홍진 외., 2014)를 사용하기로 하는데, 이 자료는 서울 및 경기도의 중고등학생을 다단계층화계통추출법을 통해 조사한 것으로, 중학교는 서울 3개교, 경기도 4개교에서 1, 2, 3학년별로 1학년씩, 고등학교는 서울 3개교, 경기도 4개교에서 1, 2학년을 2학년씩 조사를 하였다. 조사는 2014년 6월 9일부터 25일까지 실시했고 1,662명이 조사대상이었지만 설문지 회수결과 무응답이 많거나 부적절하고 불성실한 응답을 제외한 1,490명 중에서 이 연구는 모바일 메신저 사용자 중에서 카카오톡 사용자로 1,319명을 최종 분석대상으로 한다.

우선 본 연구에서 종속변인으로 다룰 집단적 사이버불링은 Williard(2006)의 논의에 기초하여 사이버불링에 해당하는 1)욕설, 2)비방/허위사실유포, 3)스토킹, 4)성희롱, 5)신상정보 유출, 6)따돌림, 7)위협/협박 등 일곱 항목에 대해 카카오톡상의 단체채팅방에서의 집단적 불링의 경험을 알아보기로 하는데, 위의 각각의 경우로 “없음(0)”과 “있음(1)”에 응답하도록 한 후 이것을 합산하였다.

본 연구의 주요 설명요인으로 사이버불링친구와의 접촉은 “친하게 지내는 친구나 사람 중에 모바일 메신저(카카오톡)를 통해 다른 사람을 놀리거나 괴롭히는 등의 행동을 한 사람이 몇 명이 있습니까”에 “전혀없다”, “한두명 있다”, “어느 정도 있다”, “많은 편이다”, “매우 많다”에 이르는 응답항목에 응답하도록 하였고 0-4점을 부여했다.

사이버불링태도는 앞서 사이버불링 항목의 1)욕설, 2)비방과 허위사실유포, 3)스토킹, 4)성희롱, 5)신상정보 유출, 6)따돌림, 7)위협/협박 등 일곱 문항에 대해 각각 “전혀 나쁘지 않다”에서 “매우 나쁘다”의 5점 척도에 응답하도록 한 후 역으로 코딩한 후 합산하였다( $\alpha=.983$ ).

본 연구에서 또 다른 친구관계 요인으로 카카오톡상에서 친구와 보내는 시간을 알기 위해서는 카카오톡 등 모바일 메신저의 하루 평균 이용시간을 질문하고 그 중에서 친한 친구와 대화하는 시간의 비율의 질문을 곱하기를 하여 산출하였다.

친구관계 영향의 조건적 변인으로 카카오톡상에서 등록된 친구의 수는 개방형으

로 질문하였고, 아울러 대화하는 친구의 수는 등록된 친구 중에서 하루에 평균 몇 명과 대화하는지를 개방형으로 질문하였다.

아울러 집단적 불링에서 개인의 역할로는 응답자가 주동자, 적극가담자, 보통가담자, 소극가담자, 방관자, 피해자, 피해자를 도우려 했거나 도운 자, 그밖에 단체채팅방에서 불링을 경험하지 못한 사람 등으로 구분했을 때 어디에 해당되는지의 질문에 응답하도록 했다. 여기서는 피해자나 피해자를 도운 자, 비경험자를 논외로 하고 방관자를 기반으로 주동자, 적극가담자, 보통가담자, 소극가담자의 네 개의 더미 변수를 만들어 그 영향을 살펴보기로 한다.

또한 낮은 자기통제력은 기존의 연구에 의거하여(Grasmick et al., 1993), 충동성, 위험추구성, 단순작업추구성, 현재지향성, 이기성, 화기질 등 여섯 특성에 대해 두 문항씩의 질문을 하였는데, 예컨대 충동성의 경우 “나는 충동적으로 행동하는 경우가 많다”, “나는 기본대기는대로 행동한다” 등을 질문하는 식으로 총 열 두개의 질문에 5점 척도에 응답하도록 하였다( $\alpha=.900$ ).

통제변인으로는 응답자의 성과 학년으로, 성은 여성은 0, 남성은 1로, 학년은 중1부터 고2까지를 1-5점을 부여하여 사용하였다.

#### IV. 분석결과

본 연구는 총 1,319명중 <표 1>에서처럼 남성은 656명(49.7%), 여성은 660명(50.0%), 3명(0.2%)이 무응답자이었다. 응답자는 중학생 1학년부터 3학년, 고등학생 1,2학년이 대상이었는데 골고루 분포되었으며 1-5점 범위에서 평균은 3.387이었다. 본 연구의 주요 독립변인으로 사이버불링친구는 0-4점 범위에서 평균값이 .466이었고, 사이버불링태도는 7-35범위에서 평균값이 11.837이었다. 카카오톡상에서 친구와 보내는 시간은 카카오톡 이용시간과 친구의 비율의 곱하기로 0-16시간 범위에서 평균값이 1.080시간이었다. 본 연구의 조건적 변인으로 카카오톡상에 등록된 친구의 수는 0-892명 범위에서 평균값이 204.920명이었고, 그 중 하루 대화하는 친구의 수는 0-90명 범위에서 평균값이 13.240명이었다. 사이버불링역할로는 주동자 14명, 적극가담자 13명, 보통가담자 93명, 소극가담자 47명, 방관자 319명, 피해자

7명, 도움의향자 166명, 도움자 116명, 기타 단체채팅방에서 불링을 경험하지 못한 응답자가 544명으로 나타났다. 또 다른 주요 변인으로 낮은 자기통제력은 12-60범위에서 평균값이 28.240이었다. 본 연구의 종속변인으로 단체채팅방에서의 집단적 사이버불링은 0-7범위에서 평균값이 1.069로 낮았다.

〈표-1〉 주요 변인들에 대한 기술통계 분석결과

	명	%	평균	표준편차	범위
성 남성	656	49,7			
여성	660	50,0			
무응답	3	0,2			
학년			3,387	1,398	1-5
불링친구			,466	,760	0-4
태도			11,837	7,727	7-35
친구시간			1,080	1,856	0-16
등록친구수			204,920	128,960	0-892
대화친구수			13,240	14,089	0-90
사이버불링역할					
주동자	14	1,1			
적극기담	13	1,0			
보통기담	93	7,1			
소극기담	47	3,6			
방관자	319	24,2			
피해자	7	,5			
도움의향자	166	12,6			
도움자	116	8,0			
기타	544	41,3			
낮은자기통제력			28,240	9,260	12-60
집단적불링			1,069	1,722	0-7

본 연구의 주요 연구문제로 사이버불링친구와의 접촉이 집단적 사이버불링에 미치는 영향을 알기 위해(가설 1) 성과 학년을 통제변인으로 하여 다중회귀분석을 하면 <표 2-1>에서와 같이 그 영향이  $p<.001$ 수준에서 유의미하여 사이버불링친구와 접촉할수록 집단적 불링 가능성이 높은 것을 제시했다. 그 영향이 태도를 매개로 하는지 아니면 직접적인지를 알기위해 사이버불링친구와 태도를 함께 설명요인으

로 했을 때의 다중회귀분석결과는 <표 2-2>에서와 같이 사이버불링친구의 영향력이 매개되지 않고 직접적으로 나타나 가설 1-1보다는 가설 1-2를 지지했다.

아울러 기회이론의 논의대로 카카오톡상에서 친구와 보내는 시간의 집단적 불링에 대한 영향력을 살펴보면(가설 2) <표 3-1>에서와 같이 그 영향력이  $p < .10$ 수준에서만 유의미하였고 사이버불링친구의 영향력이  $p < .001$ 수준에서 크게 유의미해 사이버불링친구의 영향력보다는 적었다.

<표 2-1> 사이버불링친구의 집단적 불링에 대한 영향

독립변인	종속변인 집단적불링	
	b	$\beta$
남성	.629***	.186
학년	.085**	.070
불링친구	.770***	.345
R제곱	.172	
F값	85.532***	

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

<표 2-2> 사이버불링친구와 태도의 집단적 불링에 대한 영향

독립변인	종속변인 집단적불링	
	b	$\beta$
남성	.551***	.163
학년	.066*	.055
불링친구	.744***	.333
불링태도	.035***	.156
R제곱	.197	
F값	75.483***	

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

〈표 3-1〉 사이버불링친구와 친구와 보내는 시간의 집단적 불링에 대한 영향

독립변인	종속변인 집단적불링	
	b	$\beta$
남성	.661***	.196
학년	.661***	.196
불링친구	.794***	.356
친구시간	.045#	.049
R제곱	.186	
F값	66.492***	

# p<.10; \* p<.05; \*\* p<.01; \*\*\* p<.001

<표 3-2>에서 가설 3의 논의대로 사이버불링친구와의 접촉과 친구와 보내는 시간과의 상호작용효과를 보면 p<.05수준에서 정(+ )적으로 유의미한 것을 제시했는데 이는 사이버불링친구와 보내는 시간이 많을수록 집단적 불링을 저지를 가능성이 높다는 것을 제시한다.

〈표 3-2〉 사이버불링친구와 보내는 시간의 집단적 불링에 대한 영향

독립변인	종속변인 집단적불링	
	b	$\beta$
남성	.674***	.200
학년	.081*	.068
불링친구	.715***	.320
친구시간	.017	.018
불링친구*시간	.072*	.076
R제곱	.190	
F값	54.357***	

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

본 연구의 주요 변인인 사이버불링친구와의 접촉의 영향력이 과연 사용하는 카카오톡 네트워크의 크기에 따라 달라지는지를 알기 위해(가설 4-1과 4-2) 이용자의 친구등록수와 실제 평소 대화를 나누는 친구의 수를 하, 중, 상으로 구분하고 그것에 따라 사이버불링친구와의 접촉의 영향력을 살펴보면 <표 4-1>과 <표 4-2>와 같다. 그 결과를 보면 두 경우 모두에서 네트워크 크기에 상관없이 사이버불링친구의 영

향력이 모두  $p < .001$  수준에서 유의미한 것을 제시했다. 기존 연구들의 주장에 따르면 네트워크의 크기가 크면 그만큼 사이버불링친구와 비교해 그렇지 않은 사람들과 접촉할 가능성이 많아지므로 불링친구의 영향력은 낮아질 것으로 예측했으나 그러한 주장은 지지되지 않았다.

<표 4-1> 카카오톡 등록친구수에 따른 사이버불링친구의 집단적 불링에 대한 영향

	종속변인 집단적불링					
	등록친구수					
	하		중		상	
독립변인	b	$\beta$	b	$\beta$	b	$\beta$
남성	.511***	.180	.314***	.231	.611***	.169
학년	.136**	.147	.027	.020	.013	.009
불링친구	.389***	.173	.803***	.362	.858***	.405
R제곱	.087		.211		.193	
F값	12,501***		34,935***		32,772***	

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

<표 4-2> 카카오톡 대화친구수에 따른 사이버불링친구의 집단적 불링에 대한 영향

	종속변인 집단적불링					
	대화친구수					
	하		중		상	
독립변인	b	$\beta$	b	$\beta$	b	$\beta$
남성	.509**	.169	.786***	.217	.584***	*.180
학년	.156**	.149	.192***	.143	-.069	-.061
불링친구	.579***	.129	.736***	.305	.863***	.449
R제곱	.126		.167		.253	
F값	14,509***		32,723***		44,879***	

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

또한 사이버불링친구의 영향력이 집단적 불링에서 개인의 역할에 따라 다른지를 알기 위한 가설 5의 검증결과는 <표 5>에서와 같다. 여기서는 방관자를 기반으로 생성한 주동자, 적극가담자, 보통가담자, 소극가담자의 네 더미변인과 사이버불링친구와의 상호작용효과를 살펴보았는데 적극가담자와의 상호작용효과에서만 유의미

했다. 이는 적극가담자의 경우에서 사이버불링친구의 영향력이 나타난다는 것을 제시한다. 한편 주동자나 적극가담자, 그리고 소극가담자와 달리 보통가담자는 독립적으로  $p < .001$  수준에서 유의미해 불링 가능성이 높은 것을 제시했다.

<표 5> 카카오톡 불링 역할에 따른 사이버불링친구의 집단적 불링에 대한 영향

	종속변인 집단적불링							
	상호작용역할							
	주동자		적극가담		보통가담		소극가담	
독립변인	b	$\beta$	b	$\beta$	b	$\beta$	b	$\beta$
남성	.292	.086	.298	.086	.405*	.111	.354*	.102
학년	.292	.086	.298	.086	.405*	.111	.354*	.102
불링친구	.614***	.307	.613***	.294	.604***	.286	.609***	.289
역할	.965	.110	.674	.078	.974***	.225	.662	.131
친구*역할	-.219	-.051	.860*	.158	.119	.040	.065	.016
R제곱	.132		.194		.221		.147	
F값	9.405***		14.830***		21.698***		11.742***	

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

일반이론의 주장대로 낮은 자기통제력을 고려했을 때 사이버불링친구의 영향력이 과연 약해지는지의 결과를 보면 <표 6-1>에서와 같이 낮은 자기통제력의 영향력은  $p < .001$  수준에서 유의미했고 사이버불링친구의 영향력은  $p < .001$  수준에서 유의미해 사이버불링친구와 사이버불링이 허위관계가 될 것이라는 주장은 지지되지 못했다. 기존 연구결과들과 거의 유사하게 낮은 자기통제력과 사이버불링친구와의 접촉 모두 유의미했고, 그리고 베타값을 비교해 보면 그 영향력은 낮은 자기통제력보다도 사이버불링친구와의 접촉이 더 큰 것으로 나타났다.

한편 가설 6의 논의대로 사이버불링친구와의 접촉의 영향력이 자기통제력에 따라 그 영향력이 달라지는지를 알기 위해 사이버불링친구와의 접촉과 낮은 자기통제력과의 상호작용효과를 살펴보면 <표 6-2>에서와 같다. 그 결과는 그 상호작용효과가 정(+)적으로  $p < .05$  수준에서 유의미해 사이버불링친구와 접촉하는 청소년이 자기통제력이 낮을 때 집단적 불링 가능성이 더 높은 것을 제시했다.

〈표 6-1〉 낮은 자기통제력을 통제한 사이버불링친구의 집단적 불링에 대한 영향

독립변인	종속변인 집단적불링	
	b	$\beta$
남성	.336***	.111
학년	.024	.022
불링친구	.539***	.269
낮자	.016***	.095
R제곱	.112	
F값	29.692***	

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

〈표 6-2〉 낮은 자기통제력과 사이버불링친구의 집단적 불링에 대한 상호작용효과

독립변인	종속변인 집단적불링	
	b	$\beta$
남성	.684***	.203
학년	.067*	.056
불링친구	.723***	.324
낮자	.021***	.113
불링친구*낮자	.012*	.055
R제곱	.205	
F값	42.212***	

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

## V. 결론

이 연구는 카카오톡 이용자를 중심으로 단체채팅방에서의 집단적 사이버불링을 설명하기 위해 친구관계 요인들의 영향을 살펴보고 했다. 차별접촉/사회학습이론, 집단과정이론과 기회이론에 따라 사이버불링친구와의 접촉의 영향과 아울러 단순히 친구들과 카카오톡 이용상에 보내는 시간의 영향을 다루었는데, 이 연구에서는 사이버불링친구와의 접촉의 영향이 태도학습에 매개됨이 없이 직접적이어서 차별접촉보다는 집단과정이론을 더 지지했으며 기회이론과는 달리 사이버불링친구와의

접촉의 영향력이 더 크고 단순히 친구들과 보내는 시간의 영향력은 다소 낮아 사이버불링친구없이 친구들과 단순히 많은 시간을 보낸다고 해서 집단적 불링을 저지르는 것은 아니라는 것을 제시했다. 그렇지만 그 통합적 논의로 사이버불링친구와 보내는 시간이 많을수록 집단적 불링을 더 한다는 결과를 나타내고 있다.

한편 본 연구에서는 모바일 이용상에 네트워크의 크기가 크면 클수록 사이버불링을 저지르지 않은 사람들과 접촉할 가능성이 많아지므로 불링친구의 영향력은 낮아질 것으로 예측했으나 네트워크 크기에 상관없이 사이버불링친구의 영향력이 유의미한 것을 제시했다. 그러나 사이버불링친구의 영향은 집단적 불링에서 개인의 역할에 따라 달라 자신이 주동자의 경우나 보통 그리고 단순가답자에게서는 나타나지 않았고 그대신 주동자에게서 영향을 받는 적극가답자일 때 불링친구의 영향력이 유의미하다는 결과를 제시했다.

또한 본 연구결과는 일반이론의 주장과는 달리 낮은 자기통제력을 통제했음에도 사이버불링친구와의 접촉의 영향력은 유의미했고, 또 한편으로는 사이버불링친구와 접촉하는 청소년이 자기통제력이 낮을 때 집단적 불링 가능성이 더 높은 것을 제시해 두 요인이 상호작용효과를 갖는다는 것도 제시했다. 이러한 결과는 낮은 자기통제력과 사이버불링친구와의 접촉의 두 요인이 통합적으로 작용할 수 있음을 제시하고 있다.

본 연구결과는 카카오톡 이용상의 집단적 불링에서 사이버불링친구의 영향력이 매우 큰 것을 제시했으며, 이 결과는 비행친구의 영향력이 크다는 것을 보여왔던 기존 현실기반의 비행연구 결과와 유사해 카카오톡상의 불링은 현실의 연장선의 성격을 갖는다고 볼 수 있었다. 그렇지만 사이버불링친구의 영향력은 집단적 맥락에서 집단역학과정을 통해 작용한다는 것을 알 수 있었고 또한 통합적 설명으로 사이버불링친구와 보내는 시간이 많을수록, 그리고 낮은 자기통제력의 청소년이 사이버불링친구와 어울리는 경우 그 불링 가능성은 더 높은 것을 제시해 통합적 논의가 설득력이 있음을 제시했고 또한 적극가답자에게만 작용해 그 영향이 조건적인 것을 알 수 있었다. 이러한 결과는 사이버불링친구와의 접촉을 사전에 막을 수 있는 방안과 더불어 사이버불링친구에 대한 대처만으로는 효과를 볼 수 없어 그들과 보내는 시간을 줄이고 특별히 성향적으로(낮은 자기통제력의) 불링 가능성이 높은 청소년

에게 관심을 기울여야 한다는 것을 제시하고 있다. 또한 주동자와 가까운 적극가담자에게 주의를 기울여야 하며 주동자나 보통, 그리고 소극가담자는 친구의 영향보다는 다른 이유에서 불링에 참여한다는 점에서 그러한 이유를 더 파악할 필요가 있었다.

이 연구는 사이버불링 현상 중에서도 단체채팅방에서의 집단적 불링에만 주목한 점에서 그 결과를 사이버불링 전체에 일반화할 수는 없다. 더구나 그러한 집단적 상황에서 친구의 영향은 클 수밖에 없을 것이다. 이 연구는 친구의 영향이외의 다양한 이슈들을 다루기는 했지만 또 다른 설명요인의 추가 등 보다 세밀한 설명을 요한다. 또한 이 연구는 사이버불링친구의 영향을 중심으로 살펴보았지만 사이버불링에서 오프라인에서의 비행친구의 영향, 그리고 오프라인과 사이버불링과의 연계성을 다루는 연구도 필요하다고 할 수 있다. 그리고 단체채팅방에서의 집단적 불링과 그와 다른 개인적 불링행위간의 설명요인은 과연 어떻게 다른지의 비교연구도 필요할 것이다. 앞으로의 연구에서는 그러한 확대된 논의가 있기를 기대한다.

## 참고문헌

- 김경은 (2013). 청소년의 사이버폭력에 영향을 미치는 위험요인: 비행친구의 매개효과를 중심으로. *미래청소년학회지*, 19(4), 133-159.
- 남상인, 권남희 (2013). 청소년 사이버불링 가해에 영향을 미치는 변인 연구. *미래청소년학회지*, 10(3), 23-43.
- 심홍진, 한은영, 박병선, 박남기 (2014). 청소년의 사이버폭력 동기와 통제요인에 관한 연구: 모바일 인스턴트 메신저를 중심으로. *정보통신정책연구원*.
- 이성식 (2014). 대학생의 사이버일탈 설명요인에 관한 연구: 주요 네 이론에서 요인들을 중심으로. *한국공안행정학회보*, 54, 145-168.
- 이성식, 박정선 (2014). 청소년 모바일메체 이용상의 문자폭력 원인: 세 주요 요인들의 통합적 모색. *한국범죄학*, 8(3), 3-29.
- 이성식, 전신현 (2000). 학교에서의 집단괴롭힘의 상황요인과 집단역학과정. *형사정책*, 12(1), 155-183.
- 이성식, 전신현 (2015). 대학생의 사이버불링 원인에 관한 연구: 스마트폰의 세 이용환경으로 문자, SNS, 인터넷접속의 비교. *형사정책연구*, 26(3), 187-207.
- 이성식, 전신현, 심홍진 (2016). 모바일인스턴트 메신저상의 청소년 사이버불링 설명을 위한 통합모델의 검증: 배출요인과 촉진요인들의 상호작용효과를 중심으로. *형사정책연구*, 27(2), 293-314.
- 이승현, 노성호 (2014). 청소년 따돌림에 대한 형사정책적 대응방안. *한국형사정책연구원 보고서*.
- 이창호 (2014). 청소년의 사이버불링 실태조사. *한국청소년정책연구원*
- 전신현, 이성식 (2010). 청소년의 휴대전화를 이용한 사이버집단괴롭힘 현상의 원인 모색. *청소년학연구*, 17(11), 159-181.
- Akers, R.L. (1985). *Deviant Behavior: A Social Learning Approach*. 3rd Edition. Belmont, CA: Wadsworth.
- Alarid, L. F., Burton, V. S. Jr. and Cullen, F. T. (2000). Gender and crime among felony offenders: Assessing the generality of social control and differential

- association theories. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 37(2), 171-199.
- Anderson, A.L., and Hughes, L.A. (2009). Exposure to situations conducive to delinquent behavior: The effects of time use, income, and transportation. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 46, 5-34.
- Briar, S. and Piliavin, I. (1965). Delinquency, situational inducements, and commitment to conformity. *Social Problems*, 13, 35-45.
- Chapple, C. (2005). Self-control, peer relations, and delinquency. *Justice Quarterly*, 22, 89-106.
- Choi, K., Lee, S.S., and Lee J.R. (2017). Mobile phone technology and online sexual harrasment among juveniles in south Korea: effects of self-control and social learning. *International Journal of Cyber Criminology*, 14(1), 110-127.
- Cohen, L., and Felson, M. (1979). Social change and crime rate trends: A routine activity approach. *American Sociology Review*, 44, 588-608.
- Daigle, L. E., Cullen, F. T. and Wright, J. P. (2007). Gender differences in the predictors of juvenile delinquency. *Youth Violence and Juvenile Justice*, 5(3), 254-286.
- Gottfredson, M., and Hirschi, T. (1990). *A General Theory of Crime*. Stanford: Stanford University Press.
- Grasmick, H.G., Tittle, C.R. Burski, R.J. and Arneklev, B.K. (1993). Testing the core empirical implications of Gottfredson and Hirschi's general theory of crime. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 30, 5-29.
- Haynie, D.L. (2002). Friendship networks and delinquency: The relative nature of peer delinquency. *Journal of Quantitative Criminology*, 18(2), 99-134.
- Haynie, D.L., and Osgood, D.W. (2005). Reconsidering peers and delinquency: How do peers matter? *Social Forces*, 84, 1109-1130.
- Haynie, D., Doogan, N. J. and Soller, B. (2014). Gender, friendship networks and

- delinquency: A dynamic network. *Criminology*, 52(4), 688-722.
- Heimer, K. (1996). Gender, interaction, and delinquency: Testing a theory of differential social control. *Social Psychology Quarterly*, 59(1), 39-61.
- Higgins, G., Fell, B. and Wilson, A. (2007). Low self-control and social learning in understanding student's intentions to pirate movies in the United States. *Social Science Computer Review*, 25(3), 339-357.
- Hirtenlehner, H, Pauwels, L. and Mesko, G. (2015). Is the criminogenic effect of exposure to peer delinquency dependent on the ability to exercise self-control? Results from three countries. *Journal of Criminal Justice*, 43, 532-543.
- Marcum, C. D., Higgins, G. E., Freiburger, T. L. and Ricketts, M. L. (2014). Exploration of the cyberbullying victim/offender overlap by sex. *American Journal of Criminal Justice*, 39(3), 538-548.
- Matsueda, R.L. 1982. Testing control theory and differential association: A causal modeling approach. *American Sociological Review*, 47, 489-504.
- McCuddy, T and Vogel, M. (2015). Beyond Traditional Interaction: Exploring the functional form of the exposure-offending association across online network size. *Journal of Criminal Justice*, 43, 89-98.
- McGloin, J.M., and Piquero, A.R. (2009). On the relationship between co-offending network redundancy and offending versatility. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 47(1), 63-90.
- Meier, R.F. and Miethe, T.D. 1993. Understanding theories of criminal victimization. In *Crime and Justice*, Vol 15, A.J. Reiss and M. Tonry(eds.). Chicago: University of Chicago Press.
- Meldrum, R.C. and Clark, J. (2015). Adolescent virtual time spent socializing with peers, substance use, and delinquency. *Crime and Delinquency*, 61(8), 1104-1126.
- Mobarake, R., Juhari, R., Yaacob, S., and Esmaeili, N. (2014). The moderating

- role of self-control in the relationship between peer affiliation and adolescents antisocial behavior in Teheran, Iran. *Asian Social Science*, 10, 71-81.
- Osgood, W., Wilson, J., O'Malley, P., Bachman, J., and Johnston, L. (1996). Routine activities and individual deviant behavior. *American Sociological Review*, 61, 635-655.
- Ousey, G., and Wilcox, P. (2007). Interactions between antisocial propensity and life-course varying correlates of delinquent behavior: Differences by method of estimation and implications for theory. *Criminology*, 45, 401-442.
- Piquero, N. L., Gover, L., Piquero, A. and Macdonald, J. M. (2005). The Influence of Delinquent Peers on Delinquency: Does Gender Matters?. *Youth and Society*, 36(3), 251-275.
- Reicher, S.D., Spears, R. and Postmes, T. (1995). A social identity model of deindividuation phenomena. In W. Stroebe and M. Hewstone(eds.), *European Review of Social Psychology*. vol 6. Chichester: Wiley.
- Skinner, B.F. and Fream, A.M. (1997). A social learning theory analysis of computer crime among college students. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 34, 495-518.
- Sutherland, E.H. (1947). *Principles of Criminology*. Philadelphia: Lippincott.
- War, M., and Stafford, M. (1991). The influence of delinquent peers: What they think or what they do? *Criminology*, 29, 851-866.
- Weerman, F.M., Bernasco, W, Bruinsma, G. and Pauwels, L. (2015). When is spending time with peer related to delinquency? The importance of where, what, and with whom. *Crime and Delinquency*, 61(10), 1386-1413.
- Willard, N.E. (2006). *Cyberbullying and Cyberthreat: Responding to the Challenge of Online Social Aggression, Threats, and Distress*. Eugene, OR: Center for the Safe and Responsible Internet Use.

- Wright, B., Capsi, A., Moffitt, T., and Silva, P. (2001). The effects of social ties on crime vary by criminal propensity: A life-course model of interdependence. *Criminology*, 39, 321-351.
- Zimmerman, G. M. and Messner, S. F. (2010). Neighborhood Context and the Gender Gap in Adolescent Violent Crime. *American Sociological Review*, 75(6), 958-980.

## Testing the Conditional Effect of Friendship on Cyber Group Bullying in Kakao-Talk Messenger

Lee, Seong-sik\*

This study intends to investigate the effect of friendship on cyber group bullying in Kakao-talk messenger and test the effect of association with cyber bullying peer. This study also tests the effect of messenger usage time with peer and an integrated hypothesis that those who have more time with cyber bullying peer are more likely to commit cyber group bullying. In addition, this study tests whether the effect of association with cyber bullying peer is different across both the size of network and group bullying role. Furthermore, it tests the interaction effect between association with cyber bullying peer and low self-control on cyber bullying. Using data middle and high school students from Seoul and Kyunggi area, results show that association with cyber bullying peer has a significant effect on cyber group bullying, It is also found that the effect of association with cyber bullying peer is direct and stronger than messenger usage time with peer and support an integrated hypothesis that their interaction effect of usage time with cyber bullying peer has a significant. It is shown that the effect of association with cyber bullying peer on cyber group bullying is not different across the friendship network size, but its effect is larger in active bullying participator. In addition, it is shown that the effect of association with cyber bullying peer is significant, even though low self-control is controlled, and consistent with prior research results, it is revealed that the interaction effect of association with cyber bullying peer and low self-control on cyber group bullying is significant. These results show that the effect of association with cyber bullying peer on cyber

---

\* Professor, Department of Information Sociology, Soongsil University

group bullying is large and conditional.

❖ key words: Cyber group bullying, Mobile messenger, Friendship, Conditional effect



# 검·경 수사권조정에 대한 비판적 분석: 2020. 2. 4.자 개정 형사소송법 및 검찰청법의 내용을 중심으로

박찬걸\*

## 국 | 문 | 요 | 약

본 연구는 2020. 2. 4.자 개정 형사소송법 및 검찰청법의 내용을 중심으로, 검·경 수사권조정 제도의 도입 배경, 주요 내용, 그리고 이에 따른 법적 효과와 문제점을 분석한다. 특히, 수사권조정 제도가 수사권 분할을 통한 수사 효율성 제고와 검찰 개혁의 일환으로 추진되었는지를 검토하고, 수사권 조정 후 수사권 분할의 실질적 효과와 검찰 개혁의 진척을 평가한다. 또한, 수사권 조정 제도가 수사권 분할을 통한 수사 효율성 제고와 검찰 개혁의 일환으로 추진되었는지를 검토하고, 수사권 조정 후 수사권 분할의 실질적 효과와 검찰 개혁의 진척을 평가한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.03.31.1.29>

❖ 주제어 : 수사권조정, 수사지휘권, 수사종결권, 검찰개혁, 직접수사

\* 대구가톨릭대학교 사회과학대학 경찰행정학과 부교수(법학박사).

## I. 문제의 제기

지난 2019. 4. 30. 국회에서 패스트트랙으로 입안된 후 ‘2020. 1. 13. 의결되어 2020. 2. 4. 공포된 개정 형사소송법(법률 제16924호) 및 검찰청법(법률 제16908호)’(이하에서는 ‘개정법’이라고 한다)은 2020. 1. 14. 공포된 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」(법률 제16863호)과 함께 소위 검찰개혁 내지 수사권 조정 3대 입법으로 평가되고 있다. 개정법에서의 검·경 수사권조정은 경찰측의 주장을 적극적으로 검토·반영하는 차원에서 이루어진 것이 아니라 검찰개혁의 일환으로 단행된 것이라는 점을 부인할 수는 없을 것이다. 왜냐하면 개정법의 제안이유에서도 알 수 있듯이 2018. 6. 21. 발표된 소위 ‘검·경 수사권조정 합의문’<sup>1)</sup>의 문언과 취지가 그대로 반영되어 있는데, 동 합의문의 과정을 면밀히 살펴보면, 법무부와 행정안전부 그리고 청와대 사이의 정치적 타협과 합의라는 현 정부의 시대정신이 그대로 녹아 있음을 확인할 수 있다. 즉 결과론적으로는 기존 경찰측의 주장이 상당 부분 반영되었지만, 이러한 현상은 그 과정에 있어서 경찰측에서 주장하는 논거의 타당성 여부를 면밀하게 검토한 결과로 판단되기 보다는 어떻게 해서든지 기존의 검찰권력을 분산해야 한다는 시대적·역사적·정치적 사명감의 일환으로 이루어진 것이라고 평가할 수 있다.<sup>2)</sup>

개정법에서 제시된 검·경 수사권조정 내용으로는, ① 검찰과 경찰을 상호협력 관계로 설정하여 검사의 수사지휘권을 폐지하고, ② 경찰에게 불송치처분의 권한을 인정하여 1차적 수사종결권을 부여하고, ③ 검찰의 직접수사 범위를 대폭적으로 축소하고, ④ 사법경찰관이 신청한 각종 영장을 검사가 기각한 경우 이에 대한 불복을

- 1) 당시 검찰의 대표로 법무부장관, 경찰의 대표로 행정안전부장관이 각각 합의하였다는 점에서 검·경 수사권조정 합의문이라고 일컬어지고 있지만, 과연 각 기관의 수장이 합의하였다고 하여 검찰과 경찰이 수사권조정에 대하여 ‘합의’하였다고 평가하는 것이 타당한지 매우 의문이 든다. 이는 합의문 발표 후 검찰과 경찰이 서로 합의문의 내용에 불만을 쏟아내고 있는 실정을 보아도 그러하다. 그러므로 합의문의 성격을 부여하기 보다는 현 정부의 강력한 의지가 투영된 ‘권고안’ 정도로 파악하는 것이 보다 적합한 용어의 사용이라고 본다.
- 2) 同旨 최호진, “한국형 수사와 기소분리모델의 전망과 경찰의 과제”, 비교형사법연구 제19권 제1호, 한국비교형사법학회, 2017. 4, 221면(최근 수사권조정에 대한 논의는 경찰의 노력에 의해서 이루어진 것이라기보다는 오히려 검찰의 문제점이 지적됨으로 인하여 반사적 효과로 경찰에 대한 수사권의 문제가 등장한 것이다).

고등검찰청에 설치된 영장심의위원회에 하도록 하고<sup>3)</sup>, ⑤ 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 경우와 동일하게 한 것<sup>4)</sup> 등을 주요 골자로 하고 있다.<sup>5)</sup> 한편 개정법 부칙에 따라 공포 후 6개월이 경과한 때로부터 1년 내에 시행하되, 그 기간 내에 대통령령으로 정하는 시점부터 시행한다.<sup>6)</sup> 개정법의 주요 내용을 통하여 알 수 있듯이, 외형적으로 보이는 이번 수사권 조정의 핵심은 검사의 수사지휘권 폐지와 사법경찰관의 1차적 수사종결권 인정이라고 할 수 있다. 이는 검·경 사이에 협력적 수사관계의 설정을 통하여 상호 견제와 균형을 바탕으로 국민에게 보다 인권친화적인 환경을 제공하기 위한 것이라는 점이 공통되는 제안이유로 설명되고 있다. 하지만 형사절차가 기존의 경우와 비교하여 훨씬 복잡하게 변경되어 국민의 입장에서 볼 때 불편함이 초래될 것이 예상된다. 왜냐하면 검사는 송치처분을 받은 사건에 대하여 기소 여부를 판단하기 위하여 사법경찰에 대한 보완수사를 통해 절차의 반복을 진행해야 하며, 불송치처분을 받은 사건에 대하여 고소인 등이 이의신청을 하면 불송치처분의 적정성 여부를 판단하기 위하여 역시 다시 위와 같은 절차를 진행해야만 하기 때문이다. 또한 사법경찰의 수사에 대한 통제수단이 약화되어 비대해진 권한을 적절하게 견제할 수 있는 장치의 마련도 요구되고 있다. 이하에서는 수사권조정과 관련된 현재의 상황 및 위와 같은 문제의식을 바탕으로 개정법에 나타난 쟁점을 크게 송치 전 검사의 수사지휘권 원칙적 폐지(Ⅱ), 불송치사건에 대한 사법경찰관의 1차적 수사종결권 인정(Ⅲ), 검사의 직접수사 범위 축소(Ⅳ) 등으로 나누어 비판적으로 분석해 보기로 한다.<sup>7)</sup>

3) 이에 대하여 보다 자세한 논의로는 박찬걸, “검사의 독점적 영장청구권 인정의 타당성 및 이에 대한 견제방안”, 형사법의 신동향 제62호, 대검찰청, 2019. 3, 23-25면 참조.

4) 개정 형사소송법 제312조 제1항에서는 ‘검사가 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비, 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.’라고 하여, 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 기존의 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 경우와 동일하게 하여 한층 강화하였다. 이는 증거능력을 인정받기 위한 검사의 이중수사를 억제하고 공판중심주의에 기여하기 위한 조치로 평가된다.

5) 이에 대하여 우리나라의 수사권조정에 따른 수사체계가 사실상 공안기관(경찰)이 큰 권력을 가지고 있는 중국의 형사사법모델과 유사한 형태라고 분석하고 있는 견해로는 정용석, “검정 수사권조정 개정안의 주요 내용에 대한 비교 분석 및 대안”, 형사법의 신동향 제62호, 대검찰청, 2019. 3, 243-245면.

6) 다만 개정법 부칙 단서에 의하면, 제312조 제1항의 개정규정은 공포(2020. 2. 4.) 후 4년 내에 시행하되, 그 기간 내에 대통령령으로 정하는 시점부터 시행한다.

## II. 송치 전 검사의 수사지휘권 원칙적 폐지

### 1. 의 의

우리나라에서 그 동안 검사는 직접수사권, 수사지휘권, 수사종결권, 영장청구권, 기소독점권, 기소재량권, 공소유지권, 형집행권 등 수사와 재판에 걸쳐 사실상 모든 권한을 보유하고 있었다. 이와 같이 지나치게 과도한 검찰의 권한을 축소하여 남용의 소지를 없애야 하는 당위성의 측면에서 검찰의 수사권을 제한해야 한다는 점에 대한 국민적 공감대가 형성되어 왔는데, 이는 원래 검찰이 직접수사를 하는 기관이 아니라 경찰 등 1차적 수사기관의 권한 남용을 견제·감독하고 인권을 보장하기 위해 등장하였던 역사에도 부합하는 것이다. 이와 더불어 검찰에게 과대하게 집중된 권한을 악용한 각종 비위 사건이 적지 않게 발생하여, 국민들이 검찰에 대해 갖는 신뢰도가 매우 낮은 수준에 그치고 있는 만큼 형사사법절차에서의 수사구조를 재설계하여 상호 견제와 균형이라는 권력분립의 원리 아래, 수사에 대한 공정성과 신뢰성을 담보할 필요가 강하게 대두되었다. 이러한 시대상황을 반영하여 개정 형사소송법에서는 수사지휘에 관한 일반적인 규정이라고 할 수 있는 개정 전 제196조 제1항(수사관, 경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받는다.) 및 제3항(사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 대통령령으로 정한다.)을 삭제하여, 사법경찰관의 1차 수사, 즉 송치 전 수사에 대하여 검사의 수사지휘를 원칙적으로 폐지하였다. 사법경찰관에 대한 송치 전 검사에 의한 수사지휘의 원칙적 폐지는 검사와 사법경찰관의 관계를 기존의 지휘감독관계에서 상호협력관계로 전환하기 위한 시도이자 사법경찰관이 책임감 있는 수사를 하기 위한 기틀을 마련해 준 것으로 평가된다.

다만 송치 전이라고 할지라도 예외적으로 ① 사법경찰관이 신청한 영장의 청구

7) 다만 개정법에 의한 수사권조정 관련 내용 가운데 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부에 대한 심의 및 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건 강화 부분은 지면관계상 다음의 기회에 논하기로 한다.

여부 결정에 관하여 필요한 경우에 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있고(제197조의2 제1항 제2호), ② 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 된 경우에는 사법경찰관에게 사건기록 등본의 송부를 요구할 수 있고, 송부를 받은 검사는 필요하다고 인정되는 경우에는 사법경찰관에게 시정조치를 요구할 수 있으며(제197조의3 제1항), ③ 검사는 사법경찰관과 동일한 범죄사실을 수사하게 된 때에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있고(제197조의4 제1항), 이러한 요구를 받은 사법경찰관은 지체 없이 검사에게 사건을 송치하여야 한다(제197조의4 제2항 본문).

또한 송치처분 후에는 ④ 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우에 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있고(제197조의2 제1항 제1호), 불송치처분 후에는 ⑤ 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있으며(제245조의8 제1항), ⑥ 고소인 등에게 사건을 검사에게 송치하지 아니하는 취지와 그 이유를 통지하여야 하며(제245조의6), 이에 고소인 등이 해당 사법경찰관의 소속 관서의 장에게 이의신청을 하면 지체 없이 검사에게 사건을 송치하여야 한다(제245조의7).

이와 같이 개정 형사소송법은 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권을 폐지하는 대신 송치 전 수사지휘에 대한 보완책으로 영장청구에 대한 보완수사요구권, 시정조치요구권, 송치요구권 등을 인정하고 있고, 송치 후 수사지휘에 대한 보완책으로 소추권행사를 위한 보완수사요구권을 인정하고 있으며, 불송치 후 수사지휘에 대한 보완책으로 재수사요구권, 고소인 등의 이의신청시 사건송치의무 등을 인정하고 있다. 이에 대하여 현실적으로 검사의 수사지휘는 송치 후 보완수사 요청이나 송치 전이라도 영장청구 과정에서 보완을 요청하는 경우가 대부분이므로, 이러한 보완수사요구권 등의 신설은 수사지휘의 다른 이름일 뿐 실질적으로는 동일한 내용이며, 보완수사요구에 대한 징계요구권 내지 직무배제요구권까지 허용하는 개정법의 태도는 기존의 수사지휘가 오히려 강화되는 측면도 있다는 견해<sup>8)</sup>, 검·경의 관계가 상

8) 정승환, “수사권조정 법안의 문제점과 수사구조 개혁의 방향”, 인권과 정의 제484호, 대한변호사협

하관계가 아니라 대등한 협력관계라고 하더라도 지휘는 가능하다는 전제에서 보완 수사요구 등은 수사지휘와 실질적으로 동일하다는 견해<sup>9)</sup>, 검사의 무정형적 지휘가 구체화된 견제권으로 변화되고, 보완수사요구 등 특정 요구에 대해서는 경찰의 정당성 판단이 가능해졌다는 점<sup>10)</sup>, 지휘는 명령과 복종관계를 기반으로 자발적이고 독자적인 판단이 배제된 채 강제력이 수반되는 상대방의 요구에 따라야만 하는 것임에 반하여, 협력은 상호 동등한 관계를 기반으로 자발적이고 독자적인 판단에 의해서 상호 간의 합치된 이해관계인 범죄자에 대한 처벌을 달성하기 위하여 상대방의 요청을 들어 주는 것이라는 점<sup>11)</sup> 등을 논거로 하여, 현행 수사지휘는 폐지된 것으로 볼 수 있다는 견해 등의 대립이 있다. 이와 같은 견해의 대립에도 불구하고 본질적인 내용은 검사에 의한 수사통제가 전혀 이루어지지 않는 사법경찰에 의한 수사의 영역은 절대 허용되어서는 안 된다는 점이다. 왜냐하면 통제받지 않는 수사권의 존재는 작금의 검찰개혁의 기본취지에 역행하는 것이기 때문이다. 이러한 측면에서 경찰에게 1차적 수사권을 부여하는 작업과 동시에 이에 대한 엄정한 감시와 견제의 장치를 견고하게 마련하는 것은 반드시 병행되어야만 한다.<sup>12)</sup>

## 2. 보완수사요구권의 행사를 통한 견제

### 가. 내 용

검사는 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우 또는 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우 중의 어느

회, 2019. 9, 116면.

9) 최준혁, “경찰·검찰 수사권 조정에 관한 수사권 조정 합의문의 검토”, 경찰법연구 제16권 제2호, 한국경찰법학회, 2018. 12, 17-18면.

10) 이형세, “검·경 수사권 조정에 관한 심포지엄 토론문”, 인권과 정의 제484호, 대한변호사협회, 2019. 9, 145면.

11) 강성용, “바람직한 경·검 관계에 대한 연구 -미국 형사사법제도에 대한 미시적 분석-”, 외법논집 제43권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019. 8, 84면.

12) 본고의 ‘II. 송치 전 검사의 수사지휘권 원칙적 폐지’ 부분에서는 송치 전 및 송치처분 후의 견제방안을 분석하고, 불송치처분 후의 견제방안에 대해서는 본고의 ‘III. 불송치사건에 대한 사법경찰관의 1차적 수사종결권 인정’ 부분에서 다루기로 한다.

하나에 해당하는 경우에 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있다(제197조의2 제1항). 사법경찰관은 이러한 요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없는 한 지체없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보하여야 한다(제197조의2 제2항). 검찰총장 또는 각급 검찰청 검사장은 사법경찰관이 정당한 이유 없이 이러한 요구에 따르지 아니하는 때에는 권한 있는 사람에게 해당 사법경찰관의 직무배제 또는 징계를 요구할 수 있고, 그 징계 절차는 「공무원 징계령」 또는 「경찰공무원 징계령」에 따른다(제197조의2 제3항).

## 나. 검토

### 1) 송치사건에 대한 보완수사 vs 불송치사건에 대한 재수사

검사의 소추업무에 있어 공소제기 여부의 결정과 수사의 연관성으로 인해 소추관인 검사가 증거를 적정하게 수집되고 있는지 또는 보완할 것은 없는지 등을 검토하고 수사활동을 하는 사법경찰관에게 보완요청이나 방향제시를 하여 수사가 적정하게 진행될 수 있도록 이끌어야 할 필요성에 대해서는 재론의 여지가 없다. 현실적으로 대부분의 사건에 있어 검사가 처음부터 개입을 할 필요가 없다고 하더라도 특별한 경우에는 검사가 처음부터 방향설정을 하고 수사진행을 통제할 필요가 있는 것인데, 이와 같은 수사 관여는 사법경찰관이 수사를 종료하고 사건을 검사에게 송치한 후에도 이루어질 수 있고, 사법경찰관이 수사를 진행하는 중인 송치 전에도 이루어질 수 있다.<sup>13)</sup> 여기서 보완수사요구의 대상이 되는 제197조의2 제1항 제1호에서 말하는 ‘송치사건’과 재수사의 대상이 되는 제245조의5 제2호에서 말하는 ‘불송치사건’은 법문의 규정상 매우 엄격하게 구별된다. 왜냐하면 ‘송치사건’이란 사법경찰관이 범죄를 수사한 후 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고, 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부하는 것을 말하는 반면에, ‘불송치사건’이란 사법경찰관이 범죄를 수사한 후 송치사건에 해당하지 아니하는 그 밖의 경우에 해당할 때 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지

13) 박찬걸, “경찰권과 검찰권의 조정을 통한 ‘국가수사청’ 설치에 대한 시론”, 비교형사법연구 제20권 제1호, 한국비교형사법학회, 2018. 4, 212면.

체 없이 검사에게 송부하는 것을 말하기 때문이다.

## 2) 보완수사요구 불응시의 조치 미흡

사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우에 보완수사를 요구하는 것은 현행법상 검사에게 영장청구권이 독점적으로 인정되어 있는 상황에 비추어 볼 때 송치 전이라고 할지라도 얼마든지 가능한 일이다. 또한 이러한 경우는 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우와 비교해 볼 때 사법경찰이 이에 응할 가능성이 훨씬 높다고 예상할 수 있다. 왜냐하면 전자의 경우 송치 전 영장의 청구라는 공통의 관심사를 달성하기 위한 협력관계가 도출되는 반면에 후자의 경우 사법경찰에 의한 1차 (책임)수사 종결 후라는 시간적 관계로 인하여 공통의 관심사가 다소 반감될 우려가 있기 때문이다.

여기서 사법경찰관은 검사의 보완수사요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없는 한 지체없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보하여야 한다. 하지만 ‘정당한 이유’를 판단하는 기준이 불확실하기 때문에 양측의 갈등상황이 발생할 우려가 있다. 더욱이 그 불이행에 대한 정당한 이유의 판단을 통제의 대상인 사법경찰관이 하도록 하는 것은 사실상 보완수사요구를 사문화하는 것이라는 지적<sup>14)</sup>은 눈여겨 볼만하다. 이는 치안을 담당하고 있는 경찰에게 적어도 사건 송치 전 검찰의 수사지휘에 의한 통제의 가능성을 사전에 제거함으로써 송치 전 사건에 대한 통제받지 않는 수사권을 보장하고 있는데, 치안의 역할이 날로 커지고 있는 현대 위험사회에서 경찰의 비대해지는 역할을 오히려 확장함으로써 기존의 법치국가에서 경찰국가로의 전이를 가속화할 우려도 제기<sup>15)</sup>되고 있다. 물론 송치사건에 대한 검사의 보완수사를 정당한 이유 없이 거부하는 경우란 이론상 쉽게 상정하기 힘들겠지만, 그럼에도 불구하고 정당한 이유를 들어 이를 거부하는 경우를 실무상 전혀 배제할 수도 없는 것이다. 또한 보완수사의 범위에 대하여 검사와 사법경찰관 사이에 이견이 있을 경우 이를 해결할 수 있는 방안이 존재하지 않는 문제점도 지적할 수 있다. 예를 들면

14) 정웅석, 앞의 논문, 247면.

15) 박용철, “검·경 수사권조정 합의안의 내용과 의미에 대한 일고”, 형사정책 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018. 8, 41-42면.

공범이나 여죄수사 등에 대한 보완수사요구가 가능한지에 대한 검찰과 경찰 간의 다툼이 생길 수밖에 없다.<sup>16)</sup>

다음으로 검사의 보완수사요구가 있는 때 사법경찰관이 정당한 이유가 있다고 판단하여 이러한 검사의 요구에 응하지 않을 경우 이에 대한 조치가 미흡하다. 이러한 경우에 보완수사를 강제하게 하거나 검사에게 사건을 송치하게 하는 등의 강제절차가 전혀 없는 것이다. 그렇다고 하여 1차적 수사종결권이 사법경찰관에게 있는 사건의 경우 검사가 직접 수사할 수도 없는 노릇이다. 다만 사법경찰관이 정당한 이유 없이 보완수사요구에 따르지 아니하는 때에는 권한 있는 사람에게 해당 사법경찰관의 직무배제 또는 징계를 요구할 수 있지만, 정당한 이유가 있다고 판단하여 보완수사요구에 따르지 아니하는 상황을 대비한 규정은 전무한 실정이다. 이는 사법경찰관 수사과정에서의 신속하고 효율적인 수사지휘를 포기하게 되어 전체적으로 수사의 효율성을 해치고 경우에 따라서는 사건송치 후 보완수사를 받게 되는 피조사자에게 이중수사의 불편을 야기하게 된다.<sup>17)</sup> 오히려 법률전문가로서 기소를 담당하는 검사가 사법경찰관이 검찰에 송치하기 전에 적시에 잘못된 수사방향을 지적하고 점검하는 것이 수사의 효율성면에서 바람직하다.

### 3) 직무배제 또는 징계요구 불응시의 조치 미흡

검찰총장 또는 각급 검찰청 검사장은 사법경찰관이 정당한 이유 없이 보완수사의 요구에 따르지 아니하는 때에는 권한 있는 사람에게 해당 사법경찰관의 직무배제 또는 징계를 요구할 수 있지만, 이러한 통제방안에는 강제력이 부여되어 있지 않아 실효성에 의문이 생길 수 있다. 자기 식구인 경찰에게 얼마나 효과적인 직무배제 내지 징계 등을 할 수 있는지는 의문이다. 특히 현재의 검찰청법 제54조에서 규정하고 있는 검사장의 임용권자에 대한 교체임용요구권도 거의 사문화되고 있는 실정에서는 더욱 그러하다. 그러므로 징계요구권이 아니라 징계소추권을 인정하는 것이

16) 김 용, “거꾸로 가는 형사사법개혁”, 인권과 정의 제484호, 대한변호사협회, 2019. 9, 133면.

17) 한석훈, “수사권조정 및 고위공직자범죄수사처 설치 법안의 평가 -비즈니스범죄 등을 수사하는 전문수사청 설치를 위한 제안-”, 성균관법학 제31권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2019. 12, 659면.

보다 실효적인 제재방안이라고 판단된다. 참고로 일본의 경우에는 검사총장, 검사장 또는 검사정은 사법경찰관이 정당한 이유 없이 검찰관의 지시 또는 지휘에 따르지 아니하는 경우에 필요하다고 인정하는 때에는, 경찰관인 사법경찰직원에 대해서는 국가공안위원회 또는 도도부현 공안위원회에, 경찰관 이외의 사법경찰직원에 대해서는 그 자를 징계 또는 파면할 권한을 가진 자에게 각각 징계 또는 파면의 소추를 할 수 있다(일본 형사소송법 제194조 제1항). 국가공안위원회·도도부현 공안위원회 또는 경찰관 이외의 사법경찰직원을 징계하거나 파면할 권한을 가진 자는 전항의 소추가 이유 있다고 인정하는 때에는 별도의 법률에 규정된 바에 의하여 소추를 받은 자를 징계 또는 파면하여야 한다(일본 형사소송법 제194조 제2항). 이러한 점에서 개정 형사소송법상 검사가 사법경찰관의 직무배제 또는 징계를 요구하는 것이 과연 협력적 관계에서 도출될 수 있는 권한인지가 의문이다. 왜냐하면 징계요구권의 행사는 검찰개입의 형식이 협력보다는 수사지휘를 관철하기 위한 압력으로 작용하기 충분하기 때문이다.

### 3. 시정조치요구권의 행사를 통한 견제

#### 가. 내 용

검사는 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 된 경우에는 사법경찰관에게 사건기록 등본의 송부를 요구할 수 있다(제197조의3 제1항). 이와 같은 송부 요구를 받은 사법경찰관은 지체 없이 검사에게 사건기록 등본을 송부하여야 하고(제197조의3 제2항), 송부를 받은 검사는 필요하다고 인정되는 경우에는 사법경찰관에게 시정조치를 요구할 수 있다(제197조의3 제3항). 사법경찰관은 검사의 시정조치 요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없으면 지체 없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보하여야 한다(제197조의3 제4항). 이러한 통보를 받은 검사는 시정조치 요구가 정당한 이유 없이 이행되지 않았다고 인정되는 경우에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있으며(제197조의3 제5항), 송치 요구를 받은 사법경찰관은 검사에게 사건을 송치하여야 한다(제197조의3 제6항). 검찰총장

또는 각급 검찰청 검사장은 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 있었던 때에는 권한 있는 사람에게 해당 사법경찰관리의 징계를 요구할 수 있고, 그 징계 절차는 「공무원 징계령」 또는 「경찰공무원 징계령」에 따른다(제197조의3 제7항). 한편 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 있는 경우 검사에게 구제를 신청할 수 있음을 피의자에게 알려주어야 한다(제197조의3 제8항).

## 나. 검토

시정조치요구권은 송치 전에 검사가 경찰수사에 개입할 수 있는 여지를 준 것으로서 수사지휘의 원칙적인 폐지로 인하여 발생할 수 있는 사법경찰에 의한 인권침해를 방지하기 위한 조치로 평가된다. 이러한 측면에서 시정조치요구권의 인정은 사법경찰관의 송치 전 수사에 대한 적절한 통제수단이 되어야 하는데, 이를 보완하기 위하여 다음의 점을 지적할 수 있다. 첫째, 현행법상 검사의 수사지휘권은 사법경찰관의 독자적 의사결정에 의한 자율적인 수사권 행사를 인정하면서, 법률전문가인 검사가 일반적 또는 구체적 지휘를 통해 사법경찰관의 수사활동을 법적으로 조정·통제하고, 검사와 사법경찰관의 의견이 일치하지 아니할 경우에는 검사의 법률적 판단에 따라 수사를 진행하고 사건을 처리하는 역할을 수행하여 왔다.<sup>18)</sup> 여기서 일반적 수사지휘는 대검찰청 소관부서에서 각급 검찰청에 대하여 예규 또는 지침의 형식으로 지시하면 지방검찰청 검사장 또는 지청장이 관할 사법경찰관에게 이를 시달하는 방법으로 이루어지고, 구체적 수사지휘는 특정 사건 또는 사안을 담당하는 주임검사가 사법경찰관에게 지시하는 개별적 수사지휘인데, 이는 명문의 규정상으로는 사법경찰관이 수행하는 모든 수사활동에 대하여 이루어진다. 하지만 검사는 모든 사건에 대하여 실제로 수사지휘를 하는 것이 아니라 예외적으로 행사하고 있었는데, 그 예외의 대표적인 예가 사법경찰에 의한 ‘법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용’이라고 할 수 있다. 즉 수사지휘는 경찰권의 남용에 대한 견제의 수단으로서 수사에 있어서의 인권보장과 적정절차를 실현하기 위한 법치국가의

18) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2007도9481 판결.

불가결한 요소라고 할 수 있는데<sup>19)</sup>, 개정법의 태도는 단지 수사‘지휘’가 ‘시정조치 요구’라는 용어의 변경으로 순화된 것에 불과하지, 그 본질은 수사지휘로서의 성격이 그대로 남아 있다고 평가된다. 즉 개정법에서 검·경의 관계를 상명하복이 아닌 상호협조관계로 파악해야 하는 대전제로 인하여 기존의 수사‘지휘’라는 규정은 모두 삭제하고 있는 것이며, 그렇다고 하여 검사에 의한 사법경찰의 수사에 대한 개입이라는 법치국가적 통제기능을 외면할 수도 없는 노릇이니 보완수사요구, 시정조치 요구, 재수사요청 등의 표현을 차용하여 기존 수사지휘의 명맥을 유지하고 있는 것이다. 참고로 일본의 경우 검찰관과 도도부현 공안위원회 및 사법경찰직원은 수사에 관하여 상호 협력하여야 한다(일본 형사소송법 제192조)라고 규정하고 있음에도 불구하고, 검찰관은 스스로 범죄를 수사하는 경우에 필요한 때에는 사법경찰직원을 지휘하여 수사의 보조를 하도록 할 수 있으며(일본 형사소송법 제196조 제3항), 이 경우에 사법경찰직원은 검찰관의 지시 또는 지휘에 따라야 한다(일본 형사소송법 제196조 제4항). 결국 검·경의 관계를 상호협력관계로 설정한다고 하더라도 검사에 의한 수사지휘가 절대적으로 불가능한 것은 결코 아닌 것이다.

둘째, 사법경찰관의 수사과정에서 발생하는 문제에 대한 시정조치요구를 사법경찰의 상급기관이 아닌 검사가 행하는 것이 과연 타당한 것인지에 대한 의문이 발생할 수 있다. 이에 대하여 사법경찰 내부에서 시정조치를 하여 자체적인 감독과 효율적인 수사를 도모하고, 검사가 개입하여 사법경찰의 책임을 묻는 것은 사법경찰의 수사종결 후 사건이 검사에게 송치되고 나서 이루어지는 것이 타당하므로 동 조항을 삭제하는 견해<sup>20)</sup>도 피력되고 있다.

셋째, 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 있는 경우 검사에게 구제를 신청할 수 있음을 피의자에게 알려주어야 하는데, 이는 기존의 제244조의3(진술거부권 등의 고지)을 보다 구체화한 것이라고 할 수 있다. 하지만 이러한 일련의 고지에도 불구하고 피의자가 법령위반 등을 인지하기란 현실적으로 매우 어렵기 때문에 변호인의 조력을 받을 권리가 보다 강화될 필요성이 있다.

19) 최호진, 앞의 논문, 211면.

20) 박기석, “국민을 위한 합리적 검경수사권조정 방안: 패스트트랙 입법안의 분석 및 개선안 제시를 중심으로”, 한국치안행정논집 제16권 제3호, 한국치안행정학회, 2019. 11, 55면.

넷째, ‘법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용’이나 ‘정당한 이유’의 해석을 둘러싸고 검·경 사이에 갈등이 유발될 가능성을 배제할 수 없다. 또한 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용에 해당하는 경우에 한하여 시정조치요구권이 인정되기 때문에 직무태만이나 소극적인 수사, 교묘한 직무유기 등에 대해서는 사실상 매우 제한적일 수밖에 없어 거의 무용지물이 될 소지가 많다.<sup>21)</sup>

#### 4. 송치요구권의 행사를 통한 견제

##### 가. 내 용

검사는 사법경찰관과 동일한 범죄사실을 수사하게 된 때에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있고(제197조의4 제1항), 이러한 요구를 받은 사법경찰관은 지체 없이 검사에게 사건을 송치하여야 한다. 다만, 검사가 영장을 청구하기 전에 동일한 범죄사실에 관하여 사법경찰관이 영장을 신청한 경우에는 해당 영장에 기재된 범죄사실을 계속 수사할 수 있다(제197조의4 제2항).

##### 나. 검 토

개정 형사소송법에 의하면, 사법경찰관을 1차적 수사권자로 규정하면서도 검사의 직접수사를 배제하는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 이에 따라 검사와 사법경찰간의 수사경합시 해결기준을 제197조의4에서 제시하고 있는 것이다. 즉 검사와 사법경찰관이 동일한 범죄사실을 수사하게 된 때에는 수사 혼선 및 과열을 방지하기 위하여 원칙적으로 검사가 사건 송치를 요구할 수 있도록 하면서, 예외적으로 검사가 영장을 청구하기 전에 동일한 범죄사실에 관하여 사법경찰관이 영장을 신청한 경우에는 사법경찰관이 해당 영장에 기재된 범죄사실을 계속 수사할 수 있도록 규정한 것이다. 이는 영장 단계에 이르게 되면 사법경찰관의 수사가 상당 부분 진행된 것으로 볼 수 있고, 사건 당사자에게 미치는 영향도 큰 점을 고려한 것으로써, 사법경찰

21) 이창현, “검·경수사권 조정 관련 법률안에 대한 검토와 대안”, 형사소송의 이론과 실무 제11권 제2호, 한국형사소송법학회, 2019. 12, 6면.

관의 영장신청 시점을 기준으로 사법경찰관의 계속 수사를 인정하는 경우에는 수사 경쟁으로 인한 영장청구·영장신청의 남발 등 인권침해 가능성도 배제할 수 없는 측면이 있는 것을 적절히 반영한 것이다. 그런데 여기서 주의할 점은 개정 형사소송법 제197조의4는 검찰청법의 개정을 고려하지 못한 채 신설되었다는 것이다. 개정 검찰청법에서는 검사의 직접수사 범위를 제한하고 있기 때문에 수사의 경합은 결국 검사에 의한 직접수사가 가능한 영역에 국한된 현상이 될 것이다. 다만 검사가 직접수사 가능 범죄사건에서 영장을 청구하기 전에 동일한 범죄사실에 관하여 사법경찰관이 영장을 신청한 경우에는 해당 영장에 기재된 범죄사실을 계속 수사할 수 있기 때문에(제197조의4 제2항), 검사의 직접수사 영역이 축소되는 현상까지도 초래될 것으로 예상된다.

### Ⅲ. 불송치사건에 대한 사법경찰관의 1차적 수사종결권 인정

#### 1. 내 용

현행 형사소송법 제196조 제4항에서는 ‘사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다.’라고 하여, 전건송치주의를 규정하고 있었지만, 개정 형사소송법에서는 이를 삭제하는 대신 제245조의5에서 ‘사법경찰관은 고소·고발 사건을 포함하여 범죄를 수사한 때에는 다음 각 호의 구분에 따른다. 1. 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고, 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다. 2. 그 밖의 경우에는 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다. 이 경우 검사는 송부받은 날로부터 90일 이내에 사법경찰관에게 반환하여야 한다.’라고 하여, 사법경찰관에게 불송치사건에 대한 1차적 수사종결권을 인정하고 있다. 이는 수사의 개시부터 종결에 이르기까지 사법경찰관의 책임성이 증대되어, 보다 신중하고 인권친화적인 수사를 하기 위한 조치로 도입된 것이다.

하지만 사법경찰관의 1차적 수사종결권은 최종적인 판단이 아니라 잠정적인 판

단에 불과한데, 사법경찰관은 제245조의5 제2호의 경우(불송치처분)에는 그 송부한 날로부터 7일 이내에 서면으로 고소인·고발인·피해자<sup>22)</sup> 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다.)에게 사건을 검사에게 송치하지 아니하는 취지와 그 이유를 통지하여야 하고(제245조의6), 이러한 통지를 받은 사람은 해당 사법경찰관의 소속 관서의 장에게 이의를 신청할 수 있으며, 사법경찰관은 이러한 신청이 있는 때에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부하여야 하며, 처리결과와 그 이유를 신청인에게 통지하여야 한다(제245조의7). 또한 검사는 제245조의5 제2호(불송치처분)의 경우에 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있으며, 사법경찰관은 이러한 요청이 있는 때에는 사건을 재수사하여야 한다(제245조의8). 이와 같은 고소인 등에 대한 송부 통지, 고소인 등의 이의신청시 사건송치의 의무화, 재수사의 요청 등의 제도를 새롭게 도입함으로써 사법경찰관의 1차적 수사종결권을 견제하고 있는 것이다.

## 2. 검토

### 가. 수사권과 기소권의 분리는 가능한 것인가?

사법경찰관에게 수사종결권을 부여하는 것은 수사권과 기소권을 엄격히 구분할 수 있다는 전제에서 출발하고 있다. 수사절차에서 수사권과 기소권을 구분해야 하는 주된 이유는, 수사는 수사전문가인 사법경찰관이 주관하고, 법률전문가인 검사는 공소의 제기 및 유지에 집중해야 한다는 시각에서 비롯된다. 이와 관련하여, 수사권과 기소권의 분리에 대하여 찬성하는 입장에서는 다음과 같은 논거를 주로 제시하고 있다. ① 검사가 수사와 기소의 권한을 동시에 행사하고, 특히 직접수사를 개시·진행하는 경우에는 인지적 편견에 의하여 그 수사의 객관성과 공정성 측면에서 문제가 발생하게 된다. 검사는 범인을 처벌해야 한다는 수사기관으로서의 직업의식과 엄격한 소추요건 심사를 통해 부당하고 무리한 기소를 자제하여야 한다는 사명의식

22) 피해자가 다수인 사건에서 일부 피해자만 고소·고발을 하였다고 하더라도 고소·고발하지 않은 피해자 역시 불송치처분에 대하여 이의신청을 할 수 있을 것이다.

이라는 상호 모순되는 심리상태에 처하게 될 수밖에 없는데, 검사가 직접수사를 담당하면 수사를 할수록 기소를 하지 않으면 안 되는 처지에 빠지게 되며, 효율적인 기소를 위하여 수사과정의 위법·부당을 묵인할 수 있게 된다.<sup>23)</sup> 이와 같이 검사가 직접 수사를 하는 상황에서 검사에게 준사법기관이라는 지위를 인정하는 것은 타당하지 않은데, 객관적인 기소결정을 해야 할 검사가 직접 수사를 하고 사법경찰관에 대한 적극적인 수사지휘를 하도록 하는 구조는 수사의 효율성만을 지나치게 강조하여 피의자의 인권을 오히려 침해하는 쪽으로 악용되고 있다.<sup>24)</sup> ② ‘형사절차를 진행하는 것’ 자체가 수사의 목적이 될 수 없는 것처럼 ‘공소를 제기하거나 유지하는 것’ 자체가 수사의 목적이 될 수는 없다. 수사는 범죄혐의의 규명이라는 실체를 목적으로 하는 것이지 공소의 제기 및 유지라는 절차를 목적으로 할 수는 없다. ③ 수사 후 무조건 검찰로 사건을 송치해야 하는 전건송치주의를 취한다면 범죄성립 여부에 대한 판단을 형식적으로 하거나 부실하게 한 후 사건을 넘기기 급급할 수 있고, 재량권이 없이 모든 사건을 검찰에게 송치하여야 하는 상황에서는 사법경찰관에게 책임감 있는 사건의 처리를 기대하기가 어렵다.<sup>25)</sup> 하지만 검사의 수사지휘를 폐지하고 협력관계로 설정하면, 경찰 수사의 책임성과 전문성이 향상되고 검사 기소의 객관성과 공정성이 높아질 수 있으며, 검사의 수사관여를 차단함으로써 검사는 경찰 수사결과를 중립적·객관적 시각으로 판단하여 기소권을 행사하게 되므로 국민의 인권신장에 도움이 된다. ④ 수사는 경찰, 기소는 검찰, 재판은 법원이 각각 나누어 담당하면서 형사절차에서 상호 단계별 견제가 이루어지도록 해야 한다. 또한 사법경찰관의 수사종결권은 잠정적·1차적인 반면에 검사의 수사종결권은 확정적·2차적인 것이기 때문에 검사의 수사종결권을 침해하는 것이 아니다.<sup>26)</sup>

반면에 수사권과 기소권의 분리에 대하여 반대하는 입장에서는 다음과 같은 논거

23) 조기영, “수사권조정과 수사절차개선”, 비교형사법연구 제21권 제1호, 한국비교형사법학회, 2019. 4, 44-45면.

24) 이성기, “수사-기소의 분리와 검찰개혁”, 형사정책 제29권 제1호, 한국형사정책학회, 2017. 4, 154-155면.

25) 윤동호, “사법경찰관의 ‘1차적 수사종결권’의 법제화 방안”, 형사정책 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018. 8, 118면(사경이 송치 여부에 관해 재량권을 갖는 것은 사건의 조기 종결로 인해 수사 역량의 강화로 이어질 수 있다. 스스로 최종적인 판단을 해봐야 판단능력이 향상되기 때문이다).

26) 윤동호, 앞의 논문, 120면.

를 주로 제시하고 있다. ① 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘는 사법절차의 본질상 필요에 의하여 주어진 권한이며, 이를 단지 행정기관 간의 상하관계의 문제로 인식하는 것은 사법절차로서의 수사의 본질에 부합하지 아니한다.<sup>27)</sup> 즉 기소·불기소의 결정은 일종의 사법적 결정이지만, 탄핵주의의 이념에 따라 준사법기관인 검찰이 기소·불기소의 결정권을 행사해 온 것이므로, 이러한 권한은 검찰권의 본질적 내용인 셈이다.<sup>28)</sup> ② 수사의 궁극적인 목적이 공소를 제기 및 유지할 것인지의 여부를 결정하기 위한 것이라는 측면에서 수사과 기소의 관련성을 완전히 배제할 수는 없다. 수사가 소추를 목적으로 하는 공소제기의 준비행위로서의 성격을 가지고 있는 이상 그 준비행위의 필요성과 타당성을 소추권자인 검사가 검토하는 것은 당연한 일이다.<sup>29)</sup> 불기소권도 기소권에 포함될 수밖에 없으므로 사법경찰관의 불기소에 대한 기소권자인 검사의 수사지휘를 배제하는 것은 허용될 수 없다. 사법경찰관의 불송치처분권은 준사법기관의 처분인 검사의 불기소결정권을 침해하고, 검찰권의 본질인 기소권을 행사하는 것과 동일시 할 수 있어 현행 사법체계의 근간을 변경한다. ③ OECD 35개 회원국 중 28개국은 헌법이나 법률에 명문으로 검사의 수사지휘권을 규정하고 있고<sup>30)</sup>, 2008년 오스트리아, 2011년 스위스는 기존에 없던 검사의 수사지휘권을 새롭게 도입하는 등 국제적인 추세는 수사와 기소가 분리되어 있지 않다. ④ 전건송치주의의 기본취지는 법률전문가에 의한 수사과정의 사법적 감독이라고 할 수 있는데, 사법경찰관이 불송치처분을 할 수 있다고 한다면 국민의 기본권 침해 여부에 대한 사법적 판단이 결여되기 마련이다. 게다가 검사의 불기소처분에 대하여는 재정신청이나 헌법소원 등과 같이 외부기관에 의한 통제도 가능하지만, 개정 형사소송법에 의한 사법경찰관의 불송치처분에 대하여는 외부기관에 의한 통제가 전혀 마련되어 있지 않다. 검찰의 본질적 문제는 권력형 부패사건이나 정치적 사건에 대해서 정치권력의 눈치를 살피면서 수사를 주저하는 행태가 문제인 것이지

27) 정승환, 앞의 논문, 116면.

28) 차정인, “수사권조정 의 주요 쟁점”, 법조 제67권 제5호, 법조협회, 2018. 10, 83면.

29) 정웅석, “수사지휘에 관한 쟁점과 과제”, 형사법의 신동향 제58호, 대검찰청, 2018. 3, 21면 및 53면(수사와 기소의 분리가 아닌 수사와 수사지휘의 분리를 통한 검찰의 (준)사법적 성격의 회복이 진정한 의미가 있다).

30) 신태훈, “이른바 ‘수사와 기소 분리론’에 대한 비교법적 분석과 비판”, 형사법의 신동향 제57호, 대검찰청, 2017. 12, 104면.

이것과 아무런 관계가 없는 대부분의 형사사건에 대해서도 경찰에 대한 사법적 통제를 포기하라는 것은 타당하지 않다.<sup>31)</sup>

생각건대 개정법에 의하여 사법경찰관에게 1차적 수사종결권을 인정하여 기존과 다른 새로운 형사사법시스템에서의 관계설정은 어디까지나 수사권조정 of 궁극적인 목적이라고 할 수 있는 국민의 인권보장 및 수사의 효율성 증대라는 이념과 상충하지 않는 한도 내에서 그 정당성이 인정될 수 있을 것이다. 이러한 측면에서 수사과 기소의 엄격한 분리를 통하여 수사의 영역에 있어서 검사를 절대적으로 배제하는 방안은 타당하지 않다. 왜냐하면 경찰의 부적절한 수사활동에 대하여 검찰의 시의 적절한 개입이 존재하지 않는다면 수사의 효율성이 저하될 수 있을 뿐만 아니라 국민의 인권이 침해될 가능성도 농후하기 때문이다. 현행법상 경찰에게 독자적인 수사개시권을 인정하고 있음에도 불구하고 검사에게만 수사종결권을 인정하고 있는 것은 경찰에 의한 수사권의 남용으로 인한 국민의 인권침해를 방지하기 위한 통제장치를 마련하기 위함이다. 이는 강력한 국가경찰체제 아래에서 국민의 인권에 직접적 영향을 미칠 수 있는 막대한 정보를 축적하고 이를 이용할 수 있는 조직과 장비를 갖추고 있는 경찰에 대하여 적절한 통제가 없는 경우에 발생할 수 있는 위험성을 방지하기 위하여 검사에게 감시적 기능을 부여한 것으로 이해된다. 수사는 범죄의 혐의를 밝혀내는 사실상의 행위임과 동시에 법정에서 증거를 현출하기 위한 법률상의 행위이기도 하므로, 양자가 서로 조화롭게 협력을 해야 하는 것이지, 일방이 타방을 완전히 배척할 수 있는 성질의 것이 결코 아니다. 수사와 기소의 완벽한 분리를 주장하는 사법경찰관에게 일종의 기소·불기소의 결정권과 유사한 권한인 불송치처분권을 인정하는 것은 모순이다. 수사종결권은 단순히 수사를 종결할 수 있는 권한에 불과한 것을 넘어 당해 사건의 기소 또는 불기소를 결정할 수 있는 사법작용으로 파악해야 한다. 이는 결국 준사법기관<sup>32)</sup>에 해당하는 검사의 권한 가운데 본질

31) 정웅석, 앞의 논문(각주 29), 52면(검찰개혁은 검찰의 문제점을 개혁하자는 것이지, 경찰에 대한 통제를 지금보다 약화시켜 국민을 더 쉽게 수사하고 더 쉽게 구속할 수 있게 만들자는 소위 수사의 효율성 확보와 동일시되어서는 안 될 것이다).

32) 검사의 준사법기관 인정의 논거로는, 검사는 행정부의 한 부서인 법무부에 속하지만 행정작용의 특징인 합목적성의 관점이 아니라 철저한 합법성의 제약을 받는다는 점, 법관에 준하는 자격과 신분보장이 법률에 규정되어 있다는 점, 검사의 불기소처분은 종국적 처분이 될 수 있기 때문에 사법적 결정은 아니더라도 준사법적 결정에는 해당한다는 점, 준사법적 결정에 해당하는 불기소처

적인 내용을 구성하는 것이다. 개정법에 의하면 검사의 직접수사 범위가 엄격히 제한되므로 이러한 준사법기관으로서의 성격은 더욱 부각될 것으로 기대된다.

#### 나. 기소유예 처분도 불송치사건의 대상인가?

송치사건 대상의 기준이 되는 ‘범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우’란 범죄가 성립한다고 판단되는 경우를 말하고, 불송치사건 대상의 기준이 되는 ‘그 밖의 경우’란 혐의없음(범죄인정안됨, 증거불충분), 죄가안됨, 공소권없음, 각하 등을 말한다. 그런데 여기서 사법경찰관이 기소유예 처분을 내리는 것이 적절하다는 이유로도 불송치처분을 할 수 있는지에 대해서는 개정법의 내용상 해석이 분분할 수 있다. 만약 사법경찰관이 검사의 기소유예처분에 상응하는 불송치처분을 할 수 있다면, 사법경찰관의 불송치처분 재량을 견제할 수 있는 장치를 마련할 필요성과 중요성은 한층 더해진다. 또한 검사의 기소유예 처분에 상응하는 경찰의 불송치처분에 대하여 피의자가 무혐의를 주장하면서 이의를 제기할 수 있는 제도에 대해서도 개정법은 함구<sup>33)</sup>하고 있기 때문에 이에 대한 보완이 이루어져야 한다.

#### 다. 피해자 없는 범죄에 대한 불송치처분의 견제장치 미흡

도박, 성매매, 마약, 뇌물 등과 같이 은밀하게 이루어짐과 동시에 직접적인 피해자가 없는 범죄의 경우에는 고소인, 고발인, 피해자 또는 그 법정대리인 등이 전혀 존재하지 않을 수 있는데, 이에 대한 사법경찰관의 불송치처분은 검사의 사전·사후 통제가 전혀 이루어지지 않은 상태에서 궁극적으로 사건이 종결되는 결과를 초래할 수 있다. 이에 대하여 사법경찰관의 수사종결권은 경찰단계에서 수사결과 혐의가 없어 불송치한다는 결정에 불과하므로 검사의 기소권과는 명백히 구분되는 결정이라는 점, 검찰은 그러한 불송치처분을 통제하면서 오류가 있다면 언제든지 재수사

분에 대하여는 행정심판이나 행정소송이 아니라 항고, 재항고 및 재정신청 등 형사재판의 대상이 된다는 점, 모든 검사는 검찰사무를 단독으로 처리하는 단독관청이라는 점 등을 들 수 있다.

33) 이재홍, “2018. 6. 21.자 수사권 조정 합의문상 사법경찰관의 불송치처분에 대한 통제 방법에 관한 헌법적 분석 -검사의 불기소처분에 대한 통제와의 비교를 중심으로-”, 형사정책 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018. 8, 164면.

하여 기소권을 행사할 수 있다는 점<sup>34)</sup> 등을 논거로 하여, 이를 심각하게 받아들이지 않는 견해도 존재한다.

하지만 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있고, 사법경찰관은 이와 같은 요청이 있는 때에는 사건을 재수사하여야 하지만, 실제로 재수사를 하지 않거나 부실하게 하거나 미온적일 경우에 이를 제재할 수단이 전혀 마련되어 있지 않다.<sup>35)</sup> 생각건대 불송치한 사건에 대한 검토 후 검사의 직접수사가 가능하도록 하는 방안은 검사의 직접수사 범위를 기존의 방식과 동일하게 유지할 수 있는 결과를 초래하기 때문에 수사권조정 취지에 정면으로 위배될 소지가 다분하다. 하지만 수사종결권은 단지 수사를 종결할 수 있는 권한에 불과한 것이 아니라 기소권과 직결된 것이기에 경찰의 불송치처분으로 사건이 검찰에 의해서가 아니라 경찰에 의하여 종결될 수 있는 것은 범치국가적 이념을 뒤흔들 수 있다.<sup>36)</sup> 결국 사법경찰관의 불송치처분에 대한 통제 미흡은 현행법의 기소독점주의와 기소편의주의를 침해할 소지가 있는데, 기소뿐만 아니라 불기소 역시 사법적 결정의 성격을 가지고 있고 양자는 논리적으로 밀접하게 연관되어 있으므로, 검사가 준사법기관으로서 최종적으로 수사종결권을 행사할 수 있는 보다 실질적인 방안을 마련하는 것이 바람직하다. 예를 들면 고소인 등의 이의신청 이외에도 피해자 없는 범죄에 대한 통제가 필요한 점을 고려하여, 사건관계인이 없는 사건에 대해서는 해당 법익의 주관 행정기관에게 수사결과를 통지하여 해당기관이 이의신청하는 제도로 해결하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 이와 더불어 일정한 사회적·국가적 법익을 해하는 범죄권에 있어서는 사법경찰관의 불송치처분에 대한 견제의 역할을 전문적·의도적으로 수행하기 위한 고발단체 내지 고발인이 등장할 가능성도 배제할 수 없을 것이다.

34) 조성제/송재현, “검·경 수사권 조정안에 따른 수사절차에 있어서 인권보장 방안”, 한국치안행정논집 제16권 제3호, 한국치안행정학회, 2019. 11, 374면; 황문규, “검경 수사권 조정에 관한 법안의 비교·검토”, 형사정책 제30권 제3호, 한국형사정책학회, 2018. 12, 47면.

35) 이완규, 「검경 수사권 조정 관련 법안 긴급검토」, 한영문화사, 2019. 11, 106면.

36) 박용철, 앞의 논문, 41면.

## 라. 불송치처분에 대한 고소인 등의 수용가능성 문제

일각<sup>37)</sup>에서는 경찰단계에서의 수사종결권 행사를 통하여 사건관계인의 불안정한 지위가 조기에 해소되고, 검사에 의한 이중조사도 줄어들어 국민불편이 감소할 것이라고 한다. 하지만 현실적으로 사법경찰관의 불송치처분에 대하여 피의자와 대립관계에서 사건관계인의 반대측을 담당하고 있는 고소인·고발인·피해자 또는 그 법정대리인이 이를 그대로 수용할 가능성은 현저히 낮아 보인다. 왜냐하면 우리나라의 고소율이 지극히 비정상적으로 높은 상황 및 민사사건의 형사화 현상이 심화되는 상황을 고려하면 이의제기를 하는 고소인 등의 비율이 상당할 것이 예상되기 때문이다. 특히 중국적인 수사종결이 아닌 잠정적인 수사종결에 대하여 고소인 등이 그대로 승복할 것을 기대하는 것이 오히려 더 모순적인 상황이라고도 평가할 수 있다. 그러므로 피의자에게는 사법경찰관의 불송치처분이 신속하게 형사절차에서 벗어나는 기회가 될 수 있겠지만, 고소인 등의 이의신청으로 인하여 검사에 의한 수사를 다시 받을 수 있는 여지는 항상 존재하여 그 지위가 불안정하게 된다. 그렇다면 이중수사의 부담(?)<sup>38)</sup>을 경감시키기 위한 일련의 조치가 퇴색하게 되는 결과가 되는데, 이에 대한 대책의 마련이 시급하다. 이는 결국 검사가 아닌 사법경찰관에게 1차적 수사종결권을 인정한 것은 고소인 등에게 이의신청이라는 절차의 번잡만을 가중시킨 것에 지나지 아니한다.<sup>39)</sup> 그러므로 기존의 전건송치주의는 유지되어야 하며, 사법경찰관에 의한 수사의 종결은 부정되어야 한다. 한편 경제적 능력이 없는 사회적 약자는 이의제기권을 자유롭게 행사하지 못할 것이라는 우려가 제기되고 있지만, 이러한 경우는 이의제기권의 행사를 보다 간편하게 하는 방식의 도입으로 얼마든지 해결할 수 있는 문제로 보여 진다. 그 보다 더 본질적인 부분은 이의제기권을 행사하는 데 있어서 경제적 능력이 왜 고려되어야 하는지도 의문이다. 이는 고소

37) 이형세, 앞의 논문, 147면.

38) 물론 소위 ‘이중수사’ 내지 ‘중복수사’라는 것이 반드시 인권침해라는 점에 대해서도 필자는 동의하지 않는다. 왜냐하면 사법경찰관에 의한 수사 이후 검사의 기소 여부 판단을 위한 수사가 필연적인 것은 아니지만 경우에 따라서는 반드시 요구되는 경우도 충분히 상정할 수 있을 뿐만 아니라 사법경찰관에 의한 단 한 번의 수사만으로 피의자 또는 피해자 등의 인권이 무조건적으로 보장된다는 주장 역시 설득력이 부족하기 때문이다.

39) 同旨 이원상, “수사절차에서 1차 수사종결권에 대한 고찰”, 형사정책 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018. 8, 76면; 정승환, 앞의 논문, 120면; 조기영, 앞의 논문, 55면.

권을 행사하는데 있어서 경제적 능력에 따라 심각한 불평등 현상이 존재하지 않는 것과 같은 이치이다.

#### 마. 부실한 사건기록의 검토 가능성

사법경찰관은 불송치의 경우 그 이유를 명시한 서면<sup>40)</sup>과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 하고, 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있는데, 직접수사의 가능성이 배제되어 있는 상황에서 검사가 사건기록만으로 불송치의 위법 또는 부당 여부를 심사하는 것에는 한계가 있을 수밖에 없다. 또한 검사의 업무 차원에서, 불기소의견으로 송치된 사건을 검토하는 현재의 경우와 불송치처분에 대하여 사후점검을 하는 개정법의 태도를 비교해 보면, 후자의 경우 현저히 부실하게 될 가능성이 크다. 왜냐하면 전자의 경우 사법경찰관의 의견이 불기소일 뿐이지 검사에게는 기소 여부의 판단의무를 지는 ‘살아있는’ 사건이지만, 후자의 경우 검사에게는 사후점검의무에 불과한 ‘죽은 사건’으로 받아들여지기 때문이다.<sup>41)</sup>

한편 사법경찰관이 존재하는 사건기록을 부실하게 송부한다고 하여도 이를 검증할 방법이 없으며, 수사과정에서 부실수사 또는 지연수사를 함으로 인하여 송치처분 또는 불송치처분의 결정 자체를 차일피일하는 경우에도 이를 통제할 방안이 미흡하다. 원래 본 규정은 ‘경찰이 종결하는 기록은 등본을 만들어 검찰에 송부’하도록 하는 것이었다. 이는 기록의 변개나 조작이 있었는지 여부를 확인하기 위한 것이지 그 기록을 검사에게 다시 검토하라는 취지가 아니었던 것이다. 하지만 사개특위의 논의과정에서 등본 복사 업무가 과중할 것이라는 경찰측의 문제제기가 있었고, 이에 법무부장관이 20일간 원본을 검찰에 송부하자고 제안하였으며, 국회의 논의 과정에서 60일에서 90일로 변화되어 개정법에 들어오게 된 것이다.<sup>42)</sup>

40) 사법경찰관이 불송치처분을 하는 경우에는 불송치처분문을 작성하도록 요구하고 있는데, 검사의 재수사 요청을 최대한 줄이기 위해서는 불송치처분문의 내용 작성에 심혈을 기울여야 한다. 그러므로 경찰 내부에서 불송치에 대한 법률적인 판단과정을 반드시 거치도록 할 필요성이 있는데, 변호사 자격을 가진 사법경찰관으로 하여금 불송치처분문 작성 과정에서 필수적으로 심사하도록 하는 방안이 좋은 예가 될 것이다.

41) 차정인, 앞의 논문, 85면.

## 바. 재수사 요청 불응시 견제장치 미흡

검사의 재수사 요청에 대하여 사법경찰관이 응하지 않을 경우 사건을 검사에게 송치하도록 하거나 기타 제재를 가할 수 있는 근거가 전혀 존재하지 아니한다. 또한 재수사 요청을 받은 사법경찰관이 이미 내린 결론에 대하여 다시금 충실하게 재수사를 할 것이라는 점도 전혀 담보되어 있지 않다. 검사는 재수사의 요청만을 할 수 있을 뿐, 직접적으로 재수사를 할 수는 없다. 이에 의하면 이미 사법경찰관이 내린 불송치처분을 검사가 재수사를 요청한다고 하여 최선을 다하여 다시 재수사하는 것을 기대하기는 어렵다. 사법경찰관은 재수사 요청에 따라 재수사를 하고 사건을 기소의견으로 검찰에 송치하거나 재차 불송치처분을 할 수도 있다. 즉 사건을 기소하지 않고 종결할 권한이 여전히 사법경찰관에게 유보되어 있다. 만약 사법경찰관이 재차 불송치처분을 할 경우에도 검사가 재차 재수사를 요청하는 것 이외의 견제장치는 존재하지 아니한다. 물론 사법경찰관이 정당한 이유 없이 그에 따르지 않을 경우에는 징계권자에게 징계를 요구할 수도 있겠지만, 정당한 이유에 대한 판단이 추상적이라는 점, 그에 대한 판단의 주체가 기본적으로 경찰청 소속이라는 점, 경찰의 징계요구만이 가능하고 이에 응하지 않을 경우의 제재수단이 전무하다는 점 등의 문제점이 지적된다. 더욱이 현행 검찰청법 제54조에서는 징계요구권 보다 완화된 교체임용요구권이 있음에도 불구하고 해당 조문이 적용된 사례가 거의 없다는 점을 참고할 필요가 있다.

## 사. 이의신청의 절차와 관련하여

먼저 이의신청이 있었지만 사법경찰관이 이의신청권자에 해당하지 않는다고 판단하여 사건을 송치하지 않는 경우를 대비하여 불복할 수단을 마련해야 한다. 이러한 문제는 특히 ‘피해자’의 범위 설정<sup>43)</sup>과 관련하여 매우 중요하다. 이러한 불복이

42) 김 용, 앞의 논문, 134면.

43) 이에 대하여 경찰의 불송치처분에 대한 이의신청권이 인정되는 피해자의 정의에는 형사실체법상의 보호법익을 기준으로 한 피해자 및 형사실체법상 직접적인 보호법익의 주체가 아니라 하더라도 문제되는 범죄로 인하여 법률상의 불이익을 받게 되는 자가 반드시 포함되어야 한다는 견해로는 이재홍, 앞의 논문, 187-188면.

가능하려면 우선 사법경찰관이 이의신청을 받았음에도 불구하고 사건을 검찰에 송치하지 않는 경우 이의신청 기각결정을 하도록 해야 한다. 또한 이의신청 기각결정문을 이의신청자에게 송달하도록 할 필요가 있다. 이의신청 기각결정의 불복대상은 불송치처분 자체가 아니라 이의신청 기각결정 자체의 고유한 하자, 즉 이의신청인이 적법한 고소인, 고발인, 피해자에 해당되는지 여부로 파악하는 것이 타당하다. 왜냐하면 이의신청 기각결정에 대한 통제는 사건기록 전체를 파악하여야 하는 것이 아니어서 추가적인 조사가 필요 없으므로 심리의 부담이 크지 않기 때문이다.

다음으로 이의신청을 실질적으로 행사할 수 있도록 사전에 이러한 권리가 있음을 고지해 주어야 한다. 그런데 여기서 고소인 또는 고발인이 아닌 단순 피해자의 경우 불송치처분의 통지를 받지 못하는 문제가 발생할 수 있다. 또한 장기간 동안 사건이 미종결되는 것을 방지하기 위하여 이의신청권의 행사기간도 적절하게 설정하는 작업이 요구된다.

## IV. 검사의 직접수사 범위 축소

### 1. 의 의

현행 형사소송법 및 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」에서 검사의 직접수사에 관한 권한을 살펴보면, 검사는 수사의 주재자로서 직접수사를 할 수 있는 권한을 갖고 있고, 이에 따라 검찰수사관 등 검찰 자체 수사인력을 활용하여 피의자신문 등 임의수사 및 체포·구속, 압수·수색 등 강제수사를 직접 수행하고 있으며, 사법경찰관이 수사를 진행하고 있는 사건도 검사가 필요하다고 인정하는 경우 수사중단을 명령하면서 송치하도록 지휘함으로써 직접 수사할 수 있다. 대부분의 형사사건은 사법경찰관에 의한 직접수사 및 송치 전·후에 검사의 수사지휘의 형태로 이루어지지만, 여론의 관심이 집중된 일부 사건은 검사가 직접수사하는 관행이 오랫동안 유지되어 왔다. 그런데 검사에 의한 직접수사가 차지하는 비중이 1990년 초반 소위 ‘범죄와의 전쟁’을 기점으로 점차 확대

되어 가면서 수사성과를 위한 무리한 수사, 정치권의 영향을 받는 편향된 수사 등의 문제가 심각하게 대두되었고, 이와 동시에 검찰 본연의 사무라고 할 수 있는 사법경찰관에 대한 수사지휘 및 기소권 행사에 소홀하다는 비판이 강하게 제기되었다. 이에 대처하기 위하여 개정 검찰청법은 검사의 직접수사 범위를 제한함으로써 수사권과 기소권을 모두 가지고 있는 검찰의 권한을 축소하여 권한 남용의 소지를 최소화하고, 경찰과 검찰이 상호 견제하여 수사기관에 대한 국민의 신뢰를 회복할 수 있도록 하였다.

기존의 검찰청법 제4조(검사의 직무) 제1항에 의하면, ‘검사는 공익의 대표자로서 다음 각 호의 직무와 권한이 있다. 1. 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항.’이라고 규정하여, 검사가 범죄수사를 함에 있어서 그 대상이 전혀 제한되어 있지 않아 모든 범죄에 대한 수사가 가능하였다. 하지만 개정 검찰청법 제4조 제1호에서는 단서를 ‘다만, 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위는 다음 각목과 같다. 가. 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등 대통령령으로 정하는 중요 범죄, 나. 경찰공무원이 범한 범죄, 다. 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄’라고 신설하여 검사에 의한 직접수사의 범위를 대폭적으로 축소하고 있다. 이를 보다 엄밀히 말하자면, 검찰청법 제4조 제1호 단서에 규정된 범죄에 대해서는 언제든지 검사가 직접 수사를 개시 및 진행할 수 있지만, 그 이외의 범죄에 대해서는 검사가 직접 수사를 개시하지는 못하고, 사법경찰이 개시한 수사를 이어 받아 수사를 진행할 수는 있는 것으로 변경한 것이다.<sup>44)</sup> 기존 검찰권 행사의 폐해 중 하나가 바로 과도한 직접수사의 확장에 있었는데, 개정법의 취지는 이를 대폭적으로 축소하기 위한 조치로 평가된다.

44) 이에 대하여 경찰이 기소의견으로 사건을 검찰에 송치하는 경우에는 법률적인 검토는 물론 수사가 미흡한 경우에는 보완수사를 요구할 수 있고, 검찰수사관을 통한 직접수사가 가능하다는 점을 이유로 하여 기존과 유사하므로 큰 변화가 없다는 견해(이원상, 앞의 논문, 74면; 이재홍, 앞의 논문, 165면)가 있다.

## 2. 검토

### 가. 직접수사 범위의 내용과 관련하여

개정 검찰청법에 의하면 검사의 직접수사 범위의 구체적인 내용을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는데<sup>45)</sup>, 추후 대통령령 입안과정에서 직접수사 대상의 범위가 확장될 가능성이 없지 아니하고, 이에 따라 수사기관 간 소모적인 논란이 재연될 가능성도 배제할 수 없다. 예를 들면 경제범죄<sup>46)</sup>의 영역으로 사기, 횡령, 배임, 조세 범죄 등을 예시로 들고 있는데, 동 영역이 전체 형사사건에서 차지하는 비중이 결코 적지 않을 뿐만 아니라 비단 동 영역 이외에도 얼마든지 확장의 가능성이 있음을 배제할 수 없는 노릇이다. 같은 맥락에서 아래의 <표 - 1>에서 보는 바와 같이 2018. 6. 21. 수사권조정 합의문에서 예시로 들고 있는 금융·증권범죄의 하위유형인 사기적 부정거래, 시세조정, 미공개정보이용 등, 인수합병비리, 파산·회생비리 등도 대통령령에 의하여 직접수사의 대상으로 포섭될 가능성이 농후하며, 이는 개정 검찰청법에서는 제외되어 있는 ‘위증, 증거인멸, 무고 등’의 범죄도 마찬가지라고 할 수 있다. 또한 개정 검찰청법 제4조 제1호 다목에서 제시하고 있는 ‘사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄’의 범주설정이 쉽지가 않다. 특히 검사의 직접수사 범위를 형사소송법이 아닌 법무부 소관법률인 검찰청법에서 정하도록 한 조치로 인하여 향후 검찰의 의지에 따라 그 범위가 확대될 가능성도 남아 있다.

45) 검사의 직접수사 범위를 법령으로 제한해 버리면, 사법경찰관이 직접수사를 게을리하더라도 이를 대체하여 수사할 수사기관이 없게 되므로 사법경찰관의 수사개시 권한남용을 견제할 효과적 수단이 없게 되는 문제에 대한 지적으로는 한석훈, 앞의 논문, 645면.

46) 경제범죄와 관련하여 공정거래법, 관세법, 조세법 처벌법, 출입국관리법 등에서 규정하고 있는 전속고발의 경우, 행정기관에 의하여 1차적으로 조사된 사건을 검사에게 직접 고발이 이루어지고 있어 전형적인 직접수사의 대상으로 분류되고 있는 실정이 감안된 것으로 판단된다. 또한 특별사법경찰관이 수사하는 특수한 영역에 해당하므로 개정법에 의하더라도 검사의 수사지휘는 그대로 유지된다는 점에서 더욱 그러하다.

〈표-1〉 「검·경 수사권조정 합의문」에 따른 검사 직접수사 사건의 범위

구 분	영 역
부패범죄	뇌물, 알선수재, 배임수증재, 정치자금법 위반, 국고등 손실, 수뢰관련 부청 처사, 직권 남용, 범죄 수익 은닉
경제범죄	사기, 횡령, 배임, 조세범죄 등(기업·경제비리 등)
금융·증권범죄	사기적 부정거래, 시세조정, 미공개정보이용 등 인수합병비리, 파산·회생비리 등
선거범죄	공직선거범죄, 공공단체등위탁선거범죄, 각종 조합 선거범죄 등
기타	군사기밀보호법 위반, 위증, 증거인멸, 무고 등 방산 비리 관련, 사법방해 관련

출처: 「검·경 수사권 조정 합의문」

#### 나. 직접수사 범위의 설정기준과 관련하여

결론부터 말하자면 검사의 직접수사 범위의 설정기준이 매우 모호하다. 개정 검찰청법 제4조 제1호 나목에서 제시하고 있는 경찰공무원이 범한 범죄를 검사가 수사할 필요성에 대하여는 이견이 없을 것이지만, 개정 검찰청법 제4조 제1호 가목에서 제시하고 있는 범죄군이 검사의 직접수사 대상이 되어야만 하는 설득력 있는 논거를 쉽게 찾을 수 없다. 이에 대하여 검사에게 직접수사를 허용하는 것은 단순히 지금까지의 관행에서 비롯된 것이며, 제도적으로나 역사적으로나 그 근거를 찾을 수 없다는 의미에서 검사의 직접수사를 전적으로 폐지하자는 견해<sup>47)</sup>, 직접수사권의 존치는 검찰의 권력을 상당 부분 그대로 남겨두는 결과가 될 것이므로, 기소와 수사의 분리 원칙을 실현하기 위해서는 검사의 직접수사권을 인정해서는 안 된다는 견해<sup>48)</sup>, 지금까지의 검사에 의한 직접수사를 완전히 무시할 수 없는데다가 현 정부에서도 검찰에 직접수사를 요구하여 큰 성과를 거둔 상황, 당장 경찰의 수사역량과 전문성을 신뢰하기 어렵기에 갑자기 경찰에게 중대사건을 맡기기 어려운 현실 등을 종합적으로 고려한 것이지만 올바른 방향은 아니라는 점에서 원칙적으로 모든 사건의 1차 수사는 사법경찰관이 하도록 해야 한다는 견해<sup>49)</sup> 등이 주장되고 있다.

47) 이형세, 앞의 논문, 144면; 최정학, “정부의 ‘검·경 수사권 조정 합의안’에 대한 단상”, 민주법학 제48권, 민주주의법학연구회, 2018. 11, 355면 이하 참조.

48) 조기영, 앞의 논문, 52면.

49) 이창현, 앞의 논문, 12면 및 18면.

생각건대 이러한 현상은 검사의 직접수사 범위를 축소해야 한다는 수사권조정  
 당위적인 명제(?) 아래 어떻게든 그 범위는 축소해야 하겠고, 그렇다고 하여 모든  
 수사에 있어서 직접수사를 배제하는 것도 불가능한 상황에서 교육지책으로 제시된  
 일종의 타협책이라고 판단된다. 이는 결국 합리적인 근거나 논리적인 사고에 기초  
 한 것이 아니라 이도 저도 아닌 어중간한 방편인 것이다. 검사에 의한 기존의 직접  
 수사가 문제되는 영역이 바로 특수수사라고 할 수 있는데, 연일 언론에 보도되어  
 국민적 관심이 집중된 사건, 정치적 중립성이 고도로 요구되는 고위공직자 관련 사  
 건 등에 대한 검찰의 수사가 지탄의 대상이 되었던 것이고, 이는 검찰개혁의 단초를  
 제공한 것이었기 때문에 이 부분에 대한 개정은 필수적이라고 할 수 있다. 하지만  
 이와 같은 특수수사는 현행대로 유지한 채 전혀 논란이 되지 않았던 민생범죄를 포  
 함한 일반수사에 대한 전반적인 제한을 가하는 것은 오로지 ‘검찰권의 축소’라는 대  
 명제를 충족시키기 위한 명분 없는 방편의 극치에 지나지 않는다.

그러므로 검사의 직접수사는 필요최소한도에 그쳐야 하며, 그 범위의 설정에 있  
 어서는 설득력 있는 논거가 제시되어야 하는데, 예를 들면 경찰공무원이 범한 범죄,  
 공소시효가 임박한 범죄, 고소·고발이 접수된 이후 상당한 기간 수사의 진척이 없  
 는 범죄 등으로 국한하여 직접수사를 허용할 필요성이 있다. 이와 같이 검사의 직접  
 수사를 획기적으로 축소한다면 타협의 산물인 사법경찰관의 1차 수사종결권을 다시  
 회수하여 전권송치주의로 회귀할 수 있는 전환점이 될 수 있을지도 모르겠다.

#### 다. 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」의 제정으로 인한 직접수사 범위의 재설정 필요

기존의 수사권조정 논의 가운데 하나로써 검사와 관련된 범죄를 대상으로 하는  
 수사에 있어서 검찰의 직접수사가 과연 타당한가라는 지적이 있어 왔다. 사법경찰  
 관의 수사에 대해서는 검사 또는 법원에 의한 이중적 통제장치가 마련되어 있지만,  
 검사의 수사에 대해서는 법원에 의한 통제 이외에 별다른 실효성 있는 장치가 없다  
 는 것이다. 하지만 이번 수사권조정 관련 입법의 또 다른 결과로 도입된 고위공직자  
 범죄수사처의 설치로 인하여 이와 같은 지적은 더 이상 설득력을 얻기가 어려워졌  
 다. 즉 고위공직자범죄수사처 외의 다른 수사기관이 검사의 고위공직자범죄 혐의를

발견한 경우 그 수사기관의 장은 사건을 고위공직자범죄수사처에 이첩하여야 하는데(「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」 제25조 제2항), 이와 같이 기존에 검사가 연루된 각종 비리나 부정부패 등에 대해서는 검찰이 아닌 독립된 고위공직자범죄수사처라는 국가기관이 직접 수사를 하여 소추까지 할 수 있는 길이 마련되어 있기 때문에 검찰에 대한 획기적인 통제장치가 마련된 상황인 것이다.

한편 수사권조정의 근본취지 가운데 하나가 검찰의 정치적 중립성 확보라고 할 수 있는데<sup>50)</sup>, 개정 검찰청법에서 검사의 직접수사 대상으로 상정하고 있는 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄 등은 오히려 정치적으로 민감할 여지가 상당히 많은 사건에 해당한다. 이와 같이 정치적으로 민감한 사안만을 검찰의 직접수사 대상으로 상정할 경우 검찰의 정치적 중립성은 요원한 일이 될 것이다. 이와 관련하여 2020. 1. 14. 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」(이하에서는 ‘공수처법’이라고 한다)의 공포 및 2020. 7. 15. 시행 예정으로 인하여 개정 검찰청법에서 인정되고 있는 검사의 직접수사 범위는 더욱 더 축소될 전망이다. 개정 검찰청법 제4조의 내용은 동일하게 패스트트랙으로 상정된 공수처법의 국회 통과가 미지수인 상황에서 설정된 부분이라고 할 수 있는데, 공수처법이 제정된 현재의 상황에서는 검사의 직접수사 범위에 대한 재조정이 불가피할 수밖에 없다. 즉 고위공직자범죄등에 관한 수사 및 대법원장·대법관·검찰총장·판사·검사·경무관 이상의 경찰공무원에 해당하는 고위공직자로 재직 중에 본인 또는 본인의 가족이 범한 고위공직자범죄 및 관련범죄의 공소제기와 그 유지에 필요한 직무를 수행하기 위하여 고위공직자범죄수사처를 두고 있고(「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」 제3조 제1항), 수사처의 범죄수사와 중복되는 다른 수사기관의 범죄수사에 대하여 처장이 수사의 진행 정도 및 공정성 논란 등에 비추어 수사처에서 수사하는 것이 적절하다고 판단하여 이첩을 요청하는 경우 해당 수사기관은 이에 응하여야 하기 때문에(「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」 제24조 제1항) 고위공직자범죄의 범위 내에서 검사의 직접수사는 배제되는 것으로 보아야 한다. 그런데 개정 검찰청법에 따른 검사의 직접수사 가능 범죄군이 부패범죄, 경제범죄

50) 검찰의 정치·정권으로부터의 독립선언이야말로 진정한 검찰개혁의 첫걸음이라는 견해로는 김성룡, “청와대의 ‘수사권 조정안’과 검찰 개혁”, 형사정책 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018. 8, 24면.

죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄 등이기 때문에 고위공직자범죄수사처의 설치에 따라 검사의 직접수사 범위는 상당부분 축소될 수밖에 없으며, 이에 따른 검찰청법의 재개정이 수반되어야 할 것이다.

## V. 글을 마치며

이번 개정법을 통하여 정립된 수사권조정은 형사사법제도의 개선에만 그치는 것이 아니라 검·경으로 하여금 국민의 안전과 인권을 보호하고, 법치국가적 헌법질서를 수호하는 기관으로 거듭날 수 있도록 하는 것이 현 정부의 기본관념으로 판단된다. 개정법은 검사의 수사지휘권 폐지 및 직접수사 범위 축소, 사법경찰관의 제1차 수사종결권 보장 등을 통하여 현행법상 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권으로 인한 수사기관 사이의 수직적인 관계가 협력적인 관계로 변모될 것이고, 이러한 협력관계의 변화로 인하여 사법경찰관 수사의 책임성과 전문성이 향상되고, 검사에 의한 기소의 객관성과 공정성이 담보된다는 것이 입법의 주된 취지이다. 또한 검사의 수사관여를 원칙적으로 차단함으로써 검사는 사법경찰관의 수사결과를 중립적·객관적인 시각으로 판단하여 기소권을 행사하게 되므로 국민의 인권이 더욱 두텁게 보호된다는 취지이다. 하지만 검찰개혁의 일환으로 진행되고 있는 검·경 수사권조정은 결코 국민여론이나 국민감정으로 밀어붙여서는 안 된다. 지금까지 유지해 온 국가의 형사사법시스템을 완전히 변경하는 작업은 합리적인 이성을 기초로 한 전문가의 엄격한 진단 아래 이루어져야 하는 것이다. 하지만 유권자의 표를 의식하는 정치권의 행태로 보았을 때 작금의 검찰개혁 작업은 국민여론에 힘을 입어 마치 브레이크 없는 질주를 하는 듯하여 앞으로 다가올 무수한 시행착오와 혼란, 그리고 갈등의 증폭을 도무지 헤아릴 수 없을 지경이다. 매우 위험한 일이 아닐 수 없다.

우리는 동일한 사실관계를 바라보는 시각이 어떠한 가치관을 가지고 있는지 여부에 따라 극명하게 달라지는 것을 흔히 정치의 영역에서 자주 접하게 된다. 하지만 형사소송법의 영역에서도 이러한 현상은 예외가 아니라고 할 수 있는데, 특정한 규정을 해석하는 시각에 따라 정반대의 결론이 도출되는 과정을 바라보면서 정치적

색채가 매우 강하게 느껴지는 인상은 비단 필자가 아닌 그 누구라도 쉽게 수긍하고 있을 것이다. 이는 특히 검·경 수사권조정제 과정에 있어서 접할 수 있었던 다양한 논의들의 대체적이고 주요한 특징이라고 파악된다. 예를 들면 상대 진영측의 단점은 최대한 확대하여 부각시키는 침소봉대(針小棒大)에 매진하는 반면에 장점은 최대한 축소하여 희석시켜 버리고 마는 논리 아닌 논리를 접할 때마다 냉소를 자아냈던 경험이 너무나도 흔한 일이 되어 버렸다. 이성에 의한 합리적인 호소가 아닌 감정에 의한 집단적인 궤변에 지나지 않는 몇몇 논거들의 주장은 논의의 진척은커녕 대화의 장 그 자체를 거부하는 듯한 태도에 불과한 것이다. 수사권조정제와 관련된 외국의 입법례를 바라보는 시각의 차이는 더욱 가관이다. 주요 선진국에서의 수사와 기소가 분리되어 있는지 여부에 대한 명제를 논함에 있어 정반대의 결론이 도출되는 주장을 쉽게 찾아볼 수 있는 것도 같은 맥락이다. 궁극적으로 소추기관의 사법통제는 불가피한 것이고, 이러한 통제는 가급적 조기에 전방위적으로 진행되면 효과가 극대화된다. 특히 증거재판주의와 관련하여, 수사 초기에 관련 증거를 적정하게 확보하는 것이 소추 및 재판에 있어서의 관건이 되는 것이다. 결국 사법경찰관에 대한 검사의 사법통제는 보다 철저하게 이루어져야 하기 때문에 금번 개정법은 또 다른 개정의 대상이 되어야 할 것이다.

## 참고문헌

- 강성용, “바람직한 경·검 관계에 대한 연구 -미국 형사사법제도에 대한 미시적 분석-”,  
외법논집 제43권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019. 8.
- 김성룡, “청와대의 ‘수사권 조정안’과 검찰 개혁”, 형사정책 제30권 제2호, 한국형  
사정책학회, 2018. 8.
- 김 응, “거꾸로 가는 형사사법개혁”, 인권과 정의 제484호, 대한변호사협회, 2019.  
9.
- 박기석, “국민을 위한 합리적 검경수사권조정 방안: 패스트트랙 입법안의 분석 및  
개선안 제시를 중심으로”, 한국치안행정논집 제16권 제3호, 한국치안행정학  
회, 2019. 11.
- 박용철, “검·경 수사권조정 합의안의 내용과 의미에 대한 일고”, 형사정책 제30권  
제2호, 한국형사정책학회, 2018. 8.
- 박찬걸, “검사의 독점적 영장청구권 인정의 타당성 및 이에 대한 견제방안”, 형사법  
의 신동향 제62호, 대검찰청, 2019. 3.
- 박찬걸, “경찰권과 검찰권의 조정을 통한 ‘국가수사청’ 설치에 대한 시론”, 비교형  
사법연구 제20권 제1호, 한국비교형사법학회, 2018. 4.
- 신태훈, “이른바 ‘수사와 기소 분리론’에 대한 비교법적 분석과 비판”, 형사법의 신  
동향 제57호, 대검찰청, 2017. 12.
- 윤동호, “사법경찰관의 ‘1차적 수사종결권’의 법제화 방안”, 형사정책 제30권 제2  
호, 한국형사정책학회, 2018. 8.
- 이성기, “수사·기소의 분리와 검찰개혁”, 형사정책 제29권 제1호, 한국형사정책학  
회, 2017. 4.
- 이완규, 『검경 수사권 조정 관련 법안 긴급검토』, 한영문화사, 2019. 11.
- 이원상, “수사절차에서 1차 수사종결권에 대한 고찰”, 형사정책 제30권 제2호, 한국  
형사정책학회, 2018. 8.
- 이재홍, “2018. 6. 21.자 수사권 조정 합의문상 사법경찰관의 불송치결정에 대한 통

- 제 방법에 관한 헌법적 분석 -검사의 불기소처분에 대한 통제와의 비교를 중심으로”, 형사정책 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018. 8.
- 이창현, “검·경수사권 조정 관련 법률안에 대한 검토와 대안”, 형사소송의 이론과 실무 제11권 제2호, 한국형사소송법학회, 2019. 12.
- 이형세, “검·경 수사권 조정에 관한 심포지엄 토론문”, 인권과 정의 제484호, 대한변호사협회, 2019. 9.
- 정웅석, “검경 수사권조정 개정안의 주요 내용에 대한 비교 분석 및 대안”, 형사법의 신동향 제62호, 대검찰청, 2019. 3.
- 정웅석, “수사지휘에 관한 쟁점과 과제”, 형사법의 신동향 제58호, 대검찰청, 2018. 3.
- 정승환, “수사권조정 법안의 문제점과 수사구조 개혁의 방향”, 인권과 정의 제484호, 대한변호사협회, 2019. 9.
- 조기영, “수사권조정과 수사절차개선”, 비교형사법연구 제21권 제1호, 한국비교형사법학회, 2019. 4.
- 조성제/승재현, “검·경 수사권 조정안에 따른 수사절차에 있어서 인권보장 방안”, 한국치안행정논집 제16권 제3호, 한국치안행정학회, 2019. 11.
- 차정인, “수사권조정 주요 쟁점”, 법조 제67권 제5호, 법조협회, 2018. 10.
- 최정학, “정부의 ‘검·경 수사권 조정 합의안’에 대한 단상”, 민주법학 제48권, 민주주의법학연구회, 2018. 11.
- 최준혁, “경찰·검찰 수사권 조정에 관한 수사권 조정 합의문의 검토”, 경찰법연구 제16권 제2호, 한국경찰법학회, 2018. 12.
- 최호진, “한국형 수사과 기소분리모델의 전망과 경찰의 과제”, 비교형사법연구 제19권 제1호, 한국비교형사법학회, 2017. 4.
- 한석훈, “수사권조정 및 고위공직자범죄수사처 설치 법안의 평가 -비즈니스범죄 등을 수사하는 전문수사청 설치를 위한 제안-”, 성균관법학 제31권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2019. 12.
- 황문규, “검경 수사권 조정에 관한 법안의 비교·검토”, 형사정책 제30권 제3호, 한국형사정책학회, 2018. 12.

Critical Analysis on Adjustments of Investigation Power  
between the Prosecution and Police:  
Focused on contents of Criminal Procedure Law and the Public  
Prosecutor' s Office Act Revised as of Feb 4, 2020

Park, Chan-geol\*

Contents of adjustments of investigation power between the prosecution and police included followings. ① To abolish the command of investigation by the prosecutors, by establishing the relations between the prosecution and police as that of mutual cooperation ② To assign the right to close investigations to police in the first place by acknowledging the authority of police not to forward a case to the prosecution ③ To reduce the scope of direct investigation of the prosecution on a large scale ④ Should prosecutors dismiss diverse warrants applied by judicial police officers, appeal of dissatisfaction to this can be done to Warrants Deliberation Committee established at High Prosecutors Office ⑤ Requirements for admissibility of evidence for protocols of examination of suspects prepared by prosecutors to be same as those prepared by judicial police officers.

The reason of the suggestion for this revision was explained generally to provide people with more human rights-friendly environment based on mutual check and balance between the prosecution and police by establishing cooperative relations between them. That said, criminal procedures changed in a far more complicated way compared with the existing ones, and so inconveniences are expected to arise

---

\* Associate Professor, Dept. of Police Administration, Daegu Catholic University, Ph.D. in Law.

from the standpoint of people. Along the way, means to control investigation of judicial police has been weakened, resulting in the need of preparation of tools to properly check the increased rights of police. Based on the current circumstances related with adjustments of investigation power and critical thoughts as such, the study sought to conduct a critical analysis, by largely dividing the issues emerged at the revised law into abolition of the command of prosecutors prior to forwarding the cases in principle, recognition of the right of judicial police officers to close investigations in the first place for unforwarded cases and reduction of the scope of direct investigation by prosecutors.

❖ key words: adjustments of investigation power, command of investigation, right to close investigations, prosecution reform, direct investigation



# 강간에 의한 피해여성의 임신(rape related pregnancy)을 상해로 볼 수 있는가?\*

대법원 2019. 4. 17. 선고 2018도17410판결 및  
대법원 2019. 5. 10. 선고 2019도834판결을 중심으로

권창국\*\*

국 | 문 | 요 | 약

2019

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.03.31.1.65>

❖ 주제어 : 상해 / 생리적 기능훼손 / 성범죄 / 강간치상 / 임신

\* 이 논문은 전주대학교 2019년 연구년 지원사업에 의해 수행된 연구결과물임

\*\* 전주대학교 사회과학대학 경찰학과

**대상판례(1) : 대법원 2019. 4. 17. 선고 2018도17410판결****1. 사실관계**

피고인은 2017년 11월 ~ 2018년 3월 사이에 사실혼 관계인 처의 딸(여, 11세)에 대하여 처가 부재 중인 틈 등을 이용하여 힘으로 저항을 제압하고 수차례에 걸쳐 음부에 성기를 삽입하거나 손가락을 넣는 등으로 강간 및 유사성교행위를 하였고, 피해자인 의붓딸은 이로 인하여 임신까지 하게 되었다. 검사는 피고인의 강간으로 인하여 피해자에게 원하지 않는 임신을 하게 함으로써 상해의 결과를 유발한 것으로 보고, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법위반(강간치상)으로 기소하였다.

제1심은<sup>1)</sup> 강간에 따른 피해여성의 임신을 특별가중요소로 양형기준에 반영함으로써, 임신이 상해가 아님을 전제하고 있을 뿐만 아니라, 통상 성관계는 임신 가능성을 내포하며 강간으로 인한 원하지 않는 임신이라도 이는 피해여성의 생리적 기능이 정상적으로 발현된 것으로 평가할 수 있는 만큼, 건강상태의 불량한 변형이나 생활기능 상의 장애가 초래되었다고 볼 수 없으며, 따라서 임신으로 인하여 여성이 신체적 변화와 함께 일상생활에 큰 불편을 겪게 되더라도 이를 상해로 평가하는 것은 적절치 않다고 하였다. 또한 태아는 신체의 일부가 아닌 독립적 생명체이며, 피해여성이 원하지 않는 임신에 따른 정신적 고통 등 PTSD를 호소하거나 모자보건법에 의해 허용되는 임신중절수술에 수반한 상처 등을 상해로 평가할 여지가 있고, 통상 나이 어린 피해여성에 대한 강제적 성관계에서는 처녀막 파열 등 상해가 발생할 가능성이 높고, 이미 관련 법률을 통해 이들 피해여성들에 대한 강간행위를 무겁게 처벌하고 있음을 고려할 때, 임신 자체를 상해로 평가할 필요성이 높지 않다고 하였다. 나아가 원하지 않는 임신의 의미도 모호할 뿐만 아니라 이를 상해로 본다면 합의된 성관계에 따른 원하지 않는 임신이 발생한다면 이를 상해 내지 과실치상죄로 처벌하여야 하는지와 같은 문제도 발생할 수 있을 지적하여, 강간치상의 공소사실을 무죄로 판단하고 피고인을 13세 미만 미성년자강간 및 유사성행위, 친족관계에 의한 강간의 사실로만 유죄로 판

단하였다.

검사의 항소에 따른 항소심<sup>2)</sup> 역시, 제1심의 논거 외에 임신이 필연적으로 임신부의 건강상태를 나쁘게 변경시키고 생활기능 상의 장애를 초래하는 것인지에 대하여 의문의 여지가 있으며, 강간치상죄에 있어서 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능 상의 장애가 초래되었는지 여부는 객관적, 일률적으로 판단될 것이 아니라 피해자의 연령, 성별, 체격 등 신체, 정신상의 구체적 상태를 기준으로 판단되어야 함이 타당하더라도, 이는 피해여성에게 발생한 결과가 상해로 평가될 수 있다는 전제 하에 적용되는 점에서 임신 자체를 상해로 볼 수 있는지 판단에 그대로 적용하기 어려운 점에서 자칫 죄형법정주의 원칙에 어긋날 수 있음을 지적하여 원심판단을 지지하였다. 이에 대하여 검사가 상고하였다.

## 2. 상고심판결 요지(상고기각)

「원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 형법에서의 상해의 개념과 헌법상 죄형법정주의 원칙 등 관련 법리에 따른 것으로서 정당하고, 상고이유 주장과 같이 강간치상죄에 있어서의 상해에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

한편 입법으로 강간의 범죄에 의하여 여성 피해자가 임신을 하게 된 경우 이를 가중처벌하는 규정을 마련하는 것은 바람직하다고 생각된다.」

**대상판례(2) : 대법원 2019. 5. 10. 선고 2019도834 판결**

### 1. 사실관계

피고인은 2018년 1월 ○일 새벽에 집에서 함께 술을 마시다 취하여 의식이 없는 상태로 방에 누워있던 피해자(여, 27세)를 간음하여 강간하였고, 이로 인하여 피해여성은 임신을 하게 되었다. 검사는 준강간치상으로 피고인을 기소하였다.

제1십은<sup>3)</sup> 임신 자체에 수반되는 신체적, 정신적 변화와 가령 임신으로 인한 합병증이나 임신중절수술에 따른 신체적 손상 등과 같이 임신에서 파생되어 발생할 수 있는 신체적, 정신적 변화를 구별되어야 하고, 상해는 객관적 구성요건 요소임에서 임신이 상해에 해당하는지 여부는 임신 현상 자체를 놓고 객관적인 방식으로 판단이 이루어져야 하고 이를 피해여성이 원하였는지 여부는 고려대상으로 보기 어렵다고 전제한 후, 임신에 따른 여성의 신체에 큰 변화와 불편이 생기지만, 이는 임신이라는 생리적 기능의 정상적 발현으로 그로 인하여 파생하는 결과 즉, 임신으로 인한 PTSD나 모자보건법에서 허용하는 임신중절수술에 따른 상처 등이 아닌 임신 자체를 상해로 볼 수 없고, 그 필요성도 높지 않으며, 원하지 않는 임신의 의미가 모하할 뿐 아니라 합의에 의한 성관계에 수반한 원하지 않는 임신이나 원하지 않는 다태아의 임신을 상해 또는 과실치상으로 처벌하여야 하는지와 같은 문제도 발생할 수 있고, 성범죄 관련 양형기준에서 임신을 특별가중요소로 규정한 것도 임신이 상해에 해당하지 않음을 전제한 것으로 볼 수 있음에서, 성범죄로 인한 원하지 않는 임신을 가중처벌하는 새로운 입법적 조치는 별론으로 임신 자체를 상해로 보는 것은 적절치 않다고 판시하여 공소사실에 대하여 무죄로 판단하고 피고인에게 준강간죄의 유죄를 인정하였다.

이에 검사가 항소하였으나, 항소심 역시 임신이 필연적으로 임신부의 건강상태를 나쁘게 변경시키고 생활기능에 대한 장래를 초래하는 것인지에 대하여 의문의 여지가 있는 점, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리하게 지나치게 확정해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의 원칙에 어긋나는 것으로 허용되지 않는 점 등을 더하여 보면, 원하지 않는 임신 그 자체를 상해라고 보기는 어려우며, 준강간치상죄에서 피해자의 건강상태가 나쁘게 변경되고 생활기능에 장애가 초래된 것인지의 여부는 객관적, 일률적으로 판단될 것이 아니지만, 이러한 법리는 피해자가 입은 상처 자체가 객관적으로는 상해로 평가될 수 있다는 전제 하에 적용되는 것이라는 점에서, 임신 자체가 상해에 해당하는지 여부 판단에 이를 그대로 적용하기는 어렵다고 하며 항소를 기각, 원심판단을 유지하였다.<sup>4)</sup>

## 2. 상고심판결 요지(상고기각)

「원심의 판단은 형법에서 정한 상해의 의미와 헌법에서 정한 죄형법정주의 원칙에 따른 것으로서 정당하고, 상고이유 주장과 같이 준강간치상죄에 있어서의 상해에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.」

## I. 들어가는 말

성범죄 특히 강간의 피해여성이 겪게 되는 피해 중 최악으로 강간으로 인한 원하지 않는 임신을 들 수 있다. 이는 종래 원하지 않는 임신에 대한 중절행위 즉, 낙태 허용범위나 정당성, 피해여성의 보호 등을 놓고 여성학, 피해자학 등에서 종종 논의 되어 오던 주제로 형법학에서도 낙태죄와 관련하여 주로 논의되었을 뿐, 강간치상 사례에서 가중적 구성요건인 ‘치상’으로 포착하고자 하는 시도는 거의 찾아볼 수 없었다. 이와 관련하여 위 대상판례는 결론의 당부를 떠나서 상해나 강간치상에서 ‘치상’의 개념과 관련하여 새로운 고민을 요구함으로써 주목할 가치가 있다.

일단, 강간만으로도 매우 중대한 피해를 유발하는 범죄이지만, 이로 인하여 피해 여성이 원하지 않는 임신을 하게 되었을 때 겪게 되는 피해는 그 무엇으로도 묘사하거나 극복하기 어려운 것으로, 이러한 가해행위를 한 피고인에게 엄한 처벌의 필요가 있음은 분명하다. 그렇다면 이러한 필요성이 그간 적절히 충족되어 왔는가? 대상판례에서 피해여성의 임신을 ‘상해’로 포착하여 강간치상으로 기소한 검사의 (무리일 수도 있는) 시도는 어찌면 그 필요성이 적절히 충족되지 않은 현실에서 비롯한 것으로 추정해볼 수 있다.<sup>5)</sup>

1) 광주지방법원 2018. 6. 15. 선고 2018고합157판결.

2) 광주고등법원 2018. 10. 11. 선고 2018노266판결.

3) 광주지방법원 2018. 7. 20. 선고 2018고합159판결.

4) 광주고등법원 2018. 12. 20. 선고 2018노340판결.

5) 2019년 2월에 발표된 인공임신중절 실태조사결과에 의하면, 총 조사대상여성 10,000명 중 인공임신중절을 경험한 자는 총 756명으로, 이 가운데 강간이나 준강간에 따른 임신을 이유로 인공임신중절

대상판례에서 검사는, 미국 등 비교법적 예와 함께 임신은 ㉠ 여성의 생리적 기능 및 감정변화, 그에 따른 건강상태의 불량한 변경, 다양한 합병증의 발병가능성을 수반할 뿐만 아니라 피해여성은 원하지 않는 임신으로 인한 극심한 정신적 고통을 겪게 된다. 한편 ㉡ 피해여성은 중국적으로 낙태 아니면 출산(또는 유산)을 겪을 수밖에 없는데, 어느 경우나 신체적 손상과 정신적 고통을 경험하게 된다. 특히 이러한 현상은 피해여성이 아동 등과 같이 나이 어린 여성의 경우는 더욱 극대화되는 점에서 신체의 건강상태가 불량하게 변경되거나 생활기능 상의 장애가 초래되었다고 볼 수 있음을 이유로 (준)강간치상죄로 피고인을 기소하였다. 이에 대하여 대법원은 비록 입법론적 조치의 필요성을 인식하면서도 달리 추가적 논증 없이 검사의 주장을 배척한 하급심 논리에 근거하여 원심판단을 지지하고 있다.

이 글에서는 먼저 상해죄의 ‘상해’와 강간치상에서 말하는 ‘치상’의 의미를 살펴보고 나아가 강간으로 인한 임신을 ‘치상(상해)’에 포함시킬 수 있는지 검토하고자 한다. 부가하여 대상판례에서 검사가 구체적으로 언급하지 않은 미국 등 비교법적 사례를 가능한 상세히 검토함으로써 비교법적 논의를 추가해보도록 하겠다.

---

을 한 예는 0.9%로 파악되었다. 한국보건사회연구원, 인공임신중절 실태조사(2018) 주요결과 발표 보도자료, 2019. 2. 16면. <https://www.kihasa.re.kr/web/news/report/view.do?menuId=20&tid=51&bid=79&ano=10778>(2020. 2. 19); 일본의 경우, 平成 29년 労働厚生省 衛生行政報告例에 의하면, 동년 인공임신중절건수는 총 164,621건으로, 이 가운데 강간 등에 의한 임신으로 인하여 인공임신중절이 이루어진 건수는 218건(약 0.0013건)을 기록하고 있다. <https://www.e-stat.go.jp/stat-search/files?page=1&layout=datalist&toukei=00450027&tstat=000001031469&cycle=8&tclass1=000001120396&tclass2=000001120397&tclass3=000001120398&second2=1>(2020. 2. 19)). 그러나 강간 등에 의한 임신사실이 알려지길 원하지 않는 경우, 신체 또는 경제적 이유(일본 모체보호법 제14조 참조)로 응답하는 예와 같이 암수가 많다는 점을 고려할 필요가 있다. 小宅理沙, “「望まない強制妊娠」をした性被害女性への支援活動と被害者女性の人権 一産む・産まないの二項対立を超えて”, Core Ethics Vol. 3, 立命館大學大学院先端総合学術研究科紀要, 2007. 3., 146-147頁; 미국의 경우, 통계를 볼 때, 연평균 500,000건 정도 강간, 기타 성폭력범죄가 발생하고 이 가운데 90,000건 정도가 수사기관에 신고 되는 것으로 추정된다. 여기서 강간으로 피해여성이 임신하는 사례의 규모를 추정하기는 대단히 어렵지만 4~10%로 추정되는데, 실제로는 이러한 추정치보다 높을 것으로 예측된다고 한다. Anthony Lathrop, “Pregnacy Resulting from Rape“, Journal of Obstetric, Gynecologic, & Neonatal Nursing Vol 27. Issue 1, Jan. 1998, p. 25.

## II. 상해 및 강간치상에서 ‘치상’의 의미

### 1. 상해의 개념

일반적인 상해죄 사건으로 최근 대법원 판례는 집주인과 세입자간의 보증금반환 문제로 발생한 언쟁 중 피해자인 세입자가 피고인을 가로막자 피해자의 상의 가슴 쪽을 잡아당겨 넘어뜨려 허리를 뼈긋하게(요추염좌) 한 사례에서 「상해죄의 상해는 피해자의 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것을 의미한다. 폭행에 수반된 상처가 극히 경미하여 폭행이 없어도 일상생활 중 통상 발생할 수 있는 상처나 불편 정도이고, 굳이 치료할 필요 없이 자연적으로 치유되며 일상생활을 하는 데 지장이 없는 경우에는 상해죄의 상해에 해당된다고 할 수 없다. 그리고 피해자의 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하였는지는 객관적, 일률적으로 판단할 것이 아니라 피해자의 연령, 성별, 체격 등 신체, 정신상의 구체적 상태 등을 기준으로 판단」할 것으로 상해의 개념을 설명하고 있다.<sup>6)</sup> 이에 의하면, ㉠ 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능장애를 유발하는 행위로 ㉡ 일상생활에서 겪을 수 있을 정도의 불편함을 넘어서, 별도의 치료를 요하는 정도의 것을 ‘상해’라 할 수 있는데 다만, ㉢ 그 정도의 신체적 완전성의 훼손 또는 생리적 기능장애의 유발여부는 케이스 바이 케이스로 구체적 사례에 따라 달리 판단될 수 있다고 한다.

‘신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것’이란 표현은 성폭력에 따른 PTSD도 강간치상에서 말하는 ‘치상’의 범주에 포함될 수 있음을 인정 한 사례에서 처음 확인되는데,<sup>7)</sup> 이후 채무변제를 추궁하는 과정에서 대드는 피해자

6) 대법원 2016. 11. 25. 선고 2016도15018 판결.

7) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3732 판결, “성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제9조 제1항의 상해는 피해자의 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것으로, 반드시 외부적인 상처가 있어야만 하는 것이 아니고, 여기서의 생리적 기능에는 육체적 기능뿐만 아니라 정신적 기능도 포함된다고 전제한 후, 제1심이 조사·채택한 증거들에 장신경외과의원 원장 장여봉에 대한 사실조회에 대한 회신의 기재를 종합하여 피고인들의 강간행위로 인하여 피해자들이 불안, 불면, 악몽, 자책감, 우울감, 대인관계 회피, 일상생활에 대한 무관심, 흥미상실 등의 증상을 보였고, 이와 같은 증세는 의학적으로는 통상적인 상황에서는 겪을 수 없는 극심한 위협적 사건에서 심리적

인 채무자를 피고인이 폭행하여 오른쪽 뺨에 찰과상을 입히고 입안이 터져 피가 흐르거나<sup>8)</sup> 불법 점거된 사무실을 철거하기 위한 행정대집행 과정에서 이를 방해하기 위한 몸싸움 중 피해자들에게 상처가 발생함으로써 특수공무집행방해치상죄가 문제된 사례에서도<sup>9)</sup> 동일한 기준에 의하고 있다.

한편, 수면제 등 약물을 투여하여 피해자를 일시적이지만 수면 또는 의식불명상태에 이르게 한 상태에서 강간하여 강간치상이나 강제추행치상이 문제된 사례에서 판례는<sup>10)</sup> 동일하게 상해란 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것으로 해석하는데, 이는 궁극적으로 피해자의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되는 것으로, 여기서 생리적 기능에는 육체적 기능뿐만 아니라 정신적 기능도 포함되고, 이러한 결과가 초래되었다면 자연적으로 의식을 회복하거나 외부적으로 드러난 상처가 없더라도 이는 강간치상죄나 강제추행치상죄에서 말하는 상해에 해당한다고 판시한 바 있다. 언뜻 보기에 신체의 극히 일부도 훼손하지 않거나 전혀 치료를 요하지 않고 자연적 회복이 가능한 정도의 생리적 기능 장애라도 ‘상해’의 범주에 포함시킬 수 있다고 하여, 앞서 판례와는 다른 맥락이지 않은가 생각될 수도 있지만, 사례에서 보면 강간에 사용된 수면제 등 약물이 환각, 우울증, 기억상실 등의 부작용을 일으킬 수 있어 극히 통제된 가운데 사용되어야 할 향정신성의약품에 해당하며, 제한적이긴 하지만 기억상실을 유발하고 그 회복이 이루어지지 않은 점을 고려한다면 앞서 언급한 ㉠, ㉡ 요소를 포함하여 여전히 동일

---

인 충격을 경험한 후 일으키는 특수한 정신과적 증상인 외상 후 스트레스 장애에 해당하고, 피해자는 그와 같은 증세로 인하여 2일간 치료약을 복용하였고, 6개월간의 치료를 요하는 사실을 인정하고, 피해자이 겪은 위와 같은 증상은 강간을 당한 모든 피해자가 필연적으로 겪는 증상이라고 할 수도 없으므로 결국 피해자는 피고인들의 강간행위로 말미암아 위 법률 제9조 제1항이 정하는 상해를 입은 것이라고 판단하였는바, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 모두 수긍할 수 있고...”

8) 다만, 이 사례에서는 상해는 피해자의 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능장애를 초래하는 것으로 설명하면서도 사례와 관련하여 피해자에게 신체의 완전성을 훼손하는 상해를 입힌 경우에 해당한다고 판시하고 있다. 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4305 판결.

9) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010도10305 판결, “형법 제257조의 ‘상해’는 피해자의 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것을 의미하는 것으로서, 특수공무집행방해치상죄에서의 상해가 형법 제257조의 ‘상해’로 평가될 수 없을 정도의 극히 하찮은 상처로서 굳이 치료할 필요가 없는 것이어서 그로 인하여 건강상태를 침해하였다고 보기 어려운 경우에는 위 죄가 성립하지 않는다.”; 유사한 사례로, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010도10305 판결.

10) 대법원 2017. 6. 29. 선고 2017도3196 판결, 대법원 2017. 7. 11. 선고 2015도3939 판결.

한 기준으로 상해여부를 판단한 것으로 볼 수 있다.

간략히 판례의 태도를 정리하자면, ① 주로 결과적 가중범을 구성하는 요건으로서 ‘치상’ 역시 상해죄의 ‘상해’ 개념을 전제로 하고(각 구성요건의 해석론에서 그 구체적 정도를 다르게 판단하는 것은 별개로, 일단 상해죄에서 말하는 ‘상해’에 해당할 것을 전제로 한다), ② 생리적 기능훼손 외에 신체의 완전성을 훼손하는 것을 표면적으로 포함하여 상해를 개념정의하고 있지만(㉠), 신체적이든 정신적이든 결국 최소한 어느 정도의 치료가 수반되거나 필요한 생리적 기능장애의 발생을 요구하는 것으로<sup>11)</sup> 상해를 정의하고 있음을 알 수 있다.<sup>12)</sup>

상해의 개념과 관련하여 학설에서는 종래 신체의 완전성을 침해하는 것으로 보거나(신체의 완전성설),<sup>13)</sup> 생리적 기능의 훼손, 쉽게 말하자면 건강을 해치는 것으로 파악하는 견해(생리적 기능훼손설)<sup>14)</sup> 축으로, 여기에 생리적 기능훼손과 함께 신

- 11) 대법원 2016. 5. 12. 선고 2015도6781 판결, “구 아동복지법 제17조 제3호는 “아동의 신체에 손상을 주는 학대행위”를 금지행위의 하나로 규정하고 있는데, 여기에서 ‘신체에 손상을 준다’라 함은 아동의 신체에 대한 유형력의 행사로 신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 ‘상해’의 정도에까지는 이르지 않더라도 그에 준하는 정도로 신체에 부정적인 변화를 가져오는 것을 의미한다고 할 것이다.”
- 12) 대법원 1969. 3. 11. 선고 69도161 판결, “타인의 신체에 폭행을 가하여 보행불능, 수면장애, 식욕 감퇴등 기능의 장애를 일으킨 때에는 외관상 상처가 없더라도 형법상 상해를 입힌 경우에 해당한다 할 것이므로...”; 대법원 1996. 12. 10. 선고 96도2529 판결, “회갈로 죽여버리겠다거나 소주병을 깨어 찌를 듯한 태도를 보이면서 계속하여 협박하다가 손바닥으로 피해자의 얼굴과 목덜미를 수회 때리자, 피해자가 극도의 공포감을 이기지 못하고 기절하였다가 피고인 등이 불러온 119 구급차 안에서야 겨우 정신을 차리고 인근 병원에까지 이송된 사실이 명백히 인정되는바, 이와 같이 오랜 시간 동안의 협박과 폭행을 이기지 못하고 실신하여 범인들이 불러온 구급차 안에서야 정신을 차리게 되었다면, 외부적으로 어떤 상처가 발생하지 않았다고 하더라도 생리적 기능에 훼손을 입어 신체에 대한 상해가 있었다고 봄이 상당하므로...”
- 13) 유기천, 형법학(형법각론) 전정신판 영인본(서울 : 법문사, 2012), 47면; 小野清一郎, 新訂刑法講義各論 第3版(東京 : 有斐閣, 1950), 169頁; 과거 판례지만 신체의 완전성설에 가까운 태도를 보여준 예로, 대법원 1982. 12. 28. 선고 82도2588 판결, “상해죄의 성립에는 상해의 고의와 신체의 완전성을 해치는 행위 및 이로 인하여 발생하는 인과관계 있는 상해의 결과가 있어야 할 것이므로...”
- 14) 이재상, 형법각론 제8판(서울 : 박영사, 2012), 45면; 박상기, 형법각론 제8판(서울 : 박영사, 2011), 41면; 임웅, 형법각론 개정판보정(서울 : 법문사, 2005), 53-54면; 정성근·박광민, 형법각론(서울 : 삼지원, 2002), 47면; 김일수·서보학, 새로운 형법각론 제8판(서울 : 박영사, 2015), 49면; 山口厚, 刑法各論 補訂版(東京 : 有斐閣, 2005), 44-45頁; 前田雅英, 刑法各論 第5版(東京 : 東京大學出版會, 2011), 34-35頁; 西田典之, 刑法各論 第3版(東京 : 弘文堂, 2005), 39頁; 과거 일본 大審院은 大判明治45·6·20刑錄18輯896頁에서 단도로 여성의 머리칼을 자르거나 남성의 수염을 절단한 행위는 상해가 아닌 폭행에 해당하는 것으로 판시하고, 大判大正15·7·20新聞2598号9頁은 타인에 대한 폭행

체외형에 대한 중대한 변경을 초래하는 경우도 상해로 보는 견해(절충설)<sup>15)</sup> 제기되었다. 다만, 신체의 완전성설을 거의 지지를 받지 못하여 사실 상 견해대립은 생리적 기능훼손설과 절충설 가운데 이루어지고 있다. 절충설도 신체외형에 전혀 변형이 없더라도 생리적 기능훼손이 있는 때는 상해로 파악하기 때문에, 결국 양설의 차이는 신체 외형에 변형이 발생하였지만 생리적 기능훼손은 없는 경우로 압축된다.

한편, 80년대 이전에는 판례가 그 태도를 명확히 하지 않았으나 90년대에 들어서면서 ‘신체의 완전성을 훼손하거나 생리적 기능에 장애를 초래하는 것’이란 표현을 판결문에 제시한 점에 근거하여 적어도 대법원은 생리적 기능훼손설을 주로 하면서 신체의 완전성설까지 고려하는 관점에서 상해의 개념을 정의하고 있다고 설명하기도 하지만,<sup>16)</sup> 앞서 살펴본 것처럼 신체의 완전성 훼손 즉, 신체의 외형에 중대한 변형을 가져오더라도 결국은 치료를 요하는 정도의 생리적 기능훼손 내지 건강상태의 불량한 변경을 요하는 점에서 생리적 기능훼손설에 따르는 것으로 평가해도 무방하지 않을까 한다(현재 대다수 교과서도 판례는 생리적 기능훼손설을 취한 것으로 설

으로 인하여 정신신체에 영향을 미칠 수 있는 타격을 주어 인사불성의 상태에 빠트리는 경우, 사실상 그 기능의 장애로 인하여 정신적 상해가 있다고 하지 않을 수 없고, 그 인사불성의 상태에서 곧바로 회복하고 전혀 그 장애가 남아있지 않았다하여 항시 그 건강상태가 불량한 변경을 초래하지 않은 것으로 상해죄에 해당하지 않는다고 하는 것은 사회통념상 도저히 이를 용인할수 없는 바라고 판시하여 상해의 개념으로 이른바 생리적 기능훼손설을 명확히 하였다. 이후 피해자와의 성행위로 매독을 유발하거나(最判昭和27·6·6刑集6卷6号795頁), 실신(大判昭和8·9·6刑輯12卷1593頁), 흉부 동통(最決昭和32·4·23刑集11卷4号1393頁), 불안, 억울, 우울증 등 정신적 장애(名古屋地判平成6·1·18判タ858号272頁)나 PTSD(福岡高判平成12·5·9判時1728号159頁. 여기서는 결론적으로는 상해를 부정하였지만 PTSD가 상해에 해당할 수 있음을 판시함) 등을 상해로 파악한 사례에서 볼 수 있듯이 일반적으로 일본 판례도 생리적 기능훼손설에 근접한 것으로 이해된다.

15) 배종대, 형법각론 제8전정판(서울 : 홍문사, 2013), 86면; 大谷實, 刑法各論講義 新版第3版(東京 : 成文堂, 2009), 23-24頁; 절충설에 가까운 입장에서 앞서 대심원 판례와 유사하게 여성의 모발을 자른 행위를 상해로 파악한 일본 하급심 판례로 東京地判昭和38·3·23判タ147号92頁, 그리고 키스마크 자국이 남겨진 사례에서 상해를 인정한 예로 東京高判昭和46·2·2高刑集24卷1号75頁이 있다. 그러나 앞서 사례는 단순히 두발을 자른 것이 아니라 모근까지 훼손될 정도의 절단이 발생한 점에서 생리적 기능훼손이 있었던 사례로 볼 수 있으며, 뒤의 사례도 일견 단순히 피부층에 가까운 명 내지 율혈이 발생한 것으로 볼 수도 있지만, 이로 인하여 발생한 혈전으로 뇌나 심장으로 이어지는 혈관을 막아 질환을 야기하거나 마비증상을 유발하는 사례도 있음에서 구체적 사례에 따라서는 생리적 기능훼손이 발생한 것으로도 볼 수 있다.

16) 이영진, “형법상 상해의 의의와 강간·강제추행죄치상죄에 있어서의 경미한 상해의 취급”, 재판실무연구 제2권, 수원지방법원, 1997, 46-47면.

명한다).<sup>17)</sup>

그러나 상해 개념을 놓고 생리적 기능훼손 또는 신체의 완전성에 대한 침해를 놓고 벌어지는 견해대립은 큰 의미는 없다. 간과하기 어려운 신체의 중대한 변형이 발생하는 경우 거의 대부분은 생리적 기능훼손을 수반하기 때문이다. 또한 생리적 기능훼손설에서 상해개념을 포착하는 것이 ‘상해’라는 문언의 상식적 이해에 보다 가깝지 않을까 한다.

## 2. 강간치상죄에서 ‘치상’의 개념 : 이른바 상대적 상해개념

상해의 개념을 살펴보면 추가적 검토가 필요한 문제로 상대적 상해개념을 들 수 있다. 주로 강간치상 등 결과적 가중범 사례에서 많이 논의되어 왔는데, 통상의 상해와 중한 결과로서의 ‘치상’을 약간 뉘앙스를 달리(이러한 의미에서 ‘상대적’) 해석함으로써, 경우에 따라서 피고인에게 발생할 수 있는 필요 이상의 가혹한 형벌을 회피하려는 시도로 볼 수 있다. 이 문제는 상해가 인정되기 위해서는 피해자에게 최소한 어느 정도 데미지가 발생하여야 하는가(상해의 정도)? 라는 점을 살펴보는 것으로부터 검토가 시작되어야 한다.

### 가. 상해죄에서 요구되는 상해의 정도

판례는 시위에 참가한 피고인이 배수로 뚜껑으로 경비차량 유리창을 파손하고 그 과정에서 튼 유리창이 피해자(경찰관)의 머리에 상처를 유발한 사례에서, 「폭행에 수반된 상처가 극히 경미한 것으로서 굳이 치료할 필요가 없어서 자연적으로 치유되며 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없는 경우에는 상해죄의 상해에 해당되지 아니한다고 할 수 있을 터이나, 이는 폭행이 없어도 일상생활 중 통상 발생할 수 있는 상처와 같은 정도임을 전제로 하는 것이므로 그러한 정도를 넘는 상처가 폭행에 의하여 생긴 경우라면 상해에 해당된다고 할 것」으로 판시하고 사례에서는 피해자에게 2주가량의 치료를 요하는 찰과상으로 이 수준을 넘어서는 상해가 발생한 것을

17) 서형주, “상해개념의 인정범위 - ‘극히 경미한 상처(상해)’를 중심으로-“, 재판실무연구 2010 (1), 서울남부지방법원, 2010, 205~206면.

인정하여 상해죄를 인정하였다.<sup>18)</sup>

이에 의하면 판례는 경미한 상처와 상해를 구별하면서 그 기준으로 ‘치료의 필요’를 제시하고 약간의 구체적 설명을 추가하고 있다. 즉, 피고인의 행위로 인하여 발생한 결과가 피고인의 행위가 아니어도 ㉠ 일상생활에서도 발생할 수 있음은 물론 ㉡ 아무런 장애를 유발하지도 않으며, ㉢ 자연적 회복이 가능한 경우라면, 치료상 필요 없는 경미한 상처로 생리적 기능을 훼손하는 상해가 아니라는 것이다.

상해죄에서 경미한 상처를 상해에서 제외하려는 시도가 최초로 관찰된 예는 의료과실과 관련한 업무상과실치상 사례에서로,<sup>19)</sup> 다만 여기서는 아직 경미한 상처와 상해를 구분하는 기준에 대해서는 언급하지 않았다. 그러나 경찰관이 피고인을 연행하는 과정에서 실랑이가 벌어지면서 경찰관의 좌측 팔에 멍이 생긴 사례에서<sup>20)</sup> 위와 동일한 판단기준을 명시한 바 있다. 아울러, 상해의 정도에 대한 판례의 이러한 시각은 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 상 도주운전죄가 문제된 사례에서도 동일하게 확인할 수 있다. 피고인이 운전하는 차량으로 정차 중인 택시를 뒤에서 추돌하여 탑승자에게 부상을 야기한 상태에서 그대로 도주한 사례에서 추돌로 범퍼가 일부 이탈된 택시의 파손상태와 피해자가 약간의 허리통증을 느끼지만 특별한 치료를 받지 않고 일상생활에서의 아무런 지장을 주지 않은 점에서 상해로 평가할 수 없는 경미한 상처에 해당한다고 판시하여 도주운전죄의 성립을 부정한 예가 있다.<sup>21)</sup>

이처럼 통상의 상해죄에서 ‘상해’ 여부를 파악하는 과정에서 그 정도를 고려하는 것이 판례실무에서 완전히 정착되었다고 볼 수 있는데, 학설에서는 외상이 있는 경우 그 정도나 치료일수 등을 묻지 않고 상해를 인정할 수 있다는 취지로 설명하는 견해도 있지만,<sup>22)</sup> 대체로 이 문제에 대하여 명확히 언급하고 있지 않다.<sup>23)</sup> 일본의

18) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2007도9794 판결.

19) 대법원 1986. 6. 10. 선고 85도2133 판결.

20) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96도2673 판결.

21) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도3910 판결; 유사한 판례로 대법원 2003. 4. 25. 선고 2002도6903 판결, 대법원 2007. 4. 13. 선고 2007도1405 판결, 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008도3078 판결 등; 유사사례지만 반대로 상처가 경미하지만 일정한 치료를 요하여 생리적 기능을 훼손 것으로 상해를 인정한 예로, 대법원 1997. 12. 12. 선고 97도2396 판결, 대법원 2002. 9. 24. 선고 2001도3000 판결 등

학설 가운데는 극히 경미한 예는 상해의 범주에서 제외할 여지가 있다고 이를 긍정 하는 견해도 있다. 즉, ㉠ 일상생활에서 장애를 가져오는지, 통상 ㉡ 상해로 인식될 수 있는가 내지는 일상생활에서 간과될 정도인가, 나아가 ㉢ 의료행위를 특별히 필요로 하는가라는 3가지 요건을 통해 극히 경미한 결과를 상해에서 제외할 수 있다는 것인데,<sup>24)</sup> 법정형으로 벌금도 규정되어 있음을 고려할 때, 극히 경미한 결과를 상해에서 제외하려는 해석론은 한계가 있다는 지적도 있다.<sup>25)</sup>

#### 나. 강간치상죄에서 ‘치상’ 에서 요구되는 상해의 정도

강간치상 관련 예를 살펴보면, 판례는 일반적인 상해죄의 경우와 비교할 때, 상해여부의 판단기준에 특별한 차이를 두고 있지 않다. 즉, 피고인의 강간시도를 회피하는 과정에서 피해자와 몸싸움이 발생하고, 그 과정에서 피해자에게 팔꿈치와 무릎이 까지는 상처를 입었고, 이후 머큐롬으로 상처를 소독하는 외에 특별한 치료를 받지 않은 사례에서,<sup>26)</sup> 가령, 합의 하의 성교행위에서도 발생 가능한 것과 같은 ㉠

- 22) 이재상, 전게서, 45~46면; 정성근·박광민, 전게서, 47면; 몽둥이로 가격하여 신체 외형에 전혀 변화는 없지만 가슴부위에 통증을 느낀 사례에서 상해를 인정한 예로 最決昭和32·4·23刑集11卷4号1393頁; 반면, 범죄구성요건은 법익침해의 일정한 강도를 각기 예정한 만큼, 상해의 정도 역시 어느 정도 현저함을 갖추어야 하고 이에 미치지 못한 정도로 단기적·자연적으로 치유되며 특별한 처치가 필요 없는 때는 상해라고 할 수 없다는 견해도, 임웅, 전게서, 54-55면.
- 23) 김형석, “강간치상죄에 있어 상해개념의 인정범위”, 실무연구자료 제6권, 대전지방법원, 2005, 267면; 이영진, 전계논문, 52면.
- 24) 이 견해는 강간치상과 관련한 사안이지만 名古屋高金沢支判昭和40·10·14高刑集18卷6号691頁에 근거한다. 西田典之, 前掲書, 39頁; 상해죄로 처벌할 가치있는 상해는 일정 정도 이상의 것으로 한정됨으로, 머리털을 일부 자르거나 피부표면에 가벼운 혈반(충혈 내지 멍)을 남길 정도 수준 등은 폭행여부는 별론으로 상해에 해당하지 않는다. 前田雅英, 前掲書, 36頁; 大阪高判昭和29·5·31高刑集7卷5号752頁, 東京地判昭和38·3·23判タ147号92頁 등.
- 25) 山口厚, 前掲書, 46頁; 참고로 일본형법 상 상해죄(제204조)의 법정형은 5년 이상의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금으로, 폭행죄(제208조)는 2년 이하의 징역 또는 30만엔 이하의 벌금, 구류 과료에 해당한다.
- 26) 대법원 2005. 5. 26. 선고 판결, “강간행위에 수반하여 생긴 상해가 극히 경미한 것으로서 굳이 치료할 필요가 없어서 자연적으로 치유되며 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없는 경우에는 강간치상죄의 상해에 해당되지 아니한다고 할 수 있을 터이나, 그러한 논거는 피해자의 반항을 억압할 만한 폭행 또는 협박이 없어도 일상생활 중 발생할 수 있는 것이거나 합의에 따른 성교행위에서도 통상 발생할 수 있는 상해와 같은 정도임을 전제로 하는 것이므로 그러한 정도를 넘는 상해가 그 폭행 또는 협박에 의하여 생긴 경우라면 상해에 해당된다고 할 것이며, 피해자의 건강상태가 나쁘

일상적 결과로서, ㉠ 일반적인 생활에 아무런 장애를 유발하지 않을 뿐만 아니라 ㉡ 자연적 치유가 가능한 경우라면, ‘치료를 요하지 않는’ 경미한 것으로 강간치상죄의 상해에 해당하지 않는다고 판시하고 사례의 경우, 피해자의 저항과정에서 상처가 발생하고 사건발생 직후 피해자가 병원에서 치료를 받았으며, 정신과치료를 포함하여 길게는 수주의 입원치료 등이 필요한 것으로 진단된 점에서 피해자에게 발생한 결과는 경미한 상처가 아닌 상해임을 인정한 바 있다.

결국, 판례는 강간치상 사례에서도 거의 동일한 기준으로 경미한 상처와 상해를 구분하고 전자를 상해의 범주에서 제외하고 있는데,<sup>27)</sup> 강간치상 만이 아니라 강도상해 사례에서도 유사한 예를 찾아볼 수 있다.<sup>28)</sup>

계 변경되고 생활기능에 장애가 초래된 것인지는 객관적, 일률적으로 판단될 것이 아니라 피해자의 연령, 성별, 체격 등 신체, 정신상의 구체적 상태를 기준으로 판단되어야 한다.”; 동일한 판단기준에 의하여 강간치상의 상해를 부정한 예로, 대법원 2004. 3. 11. 선고 2004도483 판결, “사건 직후 촬영한 사진에 의하면 피해자의 다리에 푸르거나 붉은 약간의 멍이 든 상처가 나타난 사실을 인정하면서도, 그 판시와 같은 사정에 비추어 볼 때 피고인의 판시 강간행위 자체 내지 그 수반된 행위에서 위 상처가 생겼다고 인정하기 어렵고, 설사 위 상처가 피고인의 강간행위 자체 내지 그 수반된 행위로 인한 것이라고 하더라도, 그 상처가 허벅지 안쪽과 다리 부위에 멍이 들었다는 것뿐이어서 이러한 정도의 상처는 경미하여 따로 치료를 받지 않아도 자연적으로 치유될 수 있고, 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없는 경우에 해당하여 강간치상죄에 있어서의 상해에 해당하지 아니한다고 판단하였는바, 기록에 비추어 관계 증거들을 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 모두 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 채증법칙을 위배하여 사실을 잘못 인정하거나, 강간치상죄에 있어서의 상해에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.”

27) 강간도중 흥분한 피고인이 피해자의 어깨를 빨아서 생긴 동전크기 정도의 울혈(반상출혈상)을 강간치상의 상해에 해당하지 않는다고 판시한 사례에서, 이러한 판단기준을 처음으로 확인할 수 있다. 대법원 1986. 7. 8. 선고 85도2042 판결.

28) 대법원 2003. 7. 11. 선고 2003도2313 판결, “강도상해죄에 있어서의 상해는 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되는 것을 말하는 것으로서, 피해자가 입은 상처가 극히 경미하여 굳이 치료할 필요가 없고 치료를 받지 않더라도 일상생활을 하는 데 아무런 지장이 없으며 시일이 경과함에 따라 자연적으로 치유될 수 있는 정도라면, 그로 인하여 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되었다거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 강도상해죄에 있어서의 상해에 해당한다고 할 수 없다.”; 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001도5925 판결, “강간치상 외에 강도상해 등에서도 판례는 동일한 판단기준을 적용하고 있다. 피해자는 범행 당일 우측 두부 타박으로 인한 피하출혈, 부종 및 찰과상, 두정부와 우측 발목 타박으로 부종과 동통 소견이 있어 약 2주일간의 치료를 요한다는 위와 같은 내용의 상해진단서를 발급 받았다는 것이며, 피해자는 경찰에서 피고인이 범행 당시 주먹으로 머리를 1회 때리고 피해자의 발을 걸어 넘어뜨린 후 발로 가슴을 1회 걷어 차 위와 같은 상처를 입었다는 취지로 진술하였음을 알 수 있는바, 피해자의 상처가 위와 같은 정도의 것이라면 이로 인하여 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래된 것이 아니라고 볼 수 없으므로, 이는 강도상해죄를 구성하는 상해에

이와 관련하여, 주로 강간치상사례와 관련한 판례를 놓고 일부 견해는 이른바 ‘상대적 상해개념’을 제기하고 있다(상대적 상해개념 인정설, 상대적 상해설).<sup>29)</sup> 강간치상 등의 치상과 상해죄에서 말하는 상해 간에 상대적 차이를 둘 수 있다는 것으로 기본범죄에 그친 경우와 달리 극히 엄하게 처벌되는 결과적 가중범의 예에서, 중한 결과로서 상해를 일반적 사례와 동일한 수준으로 파악하면, 자칫 피고인이 지나치게 과중하게 처벌될 수 있음을 고려한 것이다. 강간의 행위수단으로 피해자의 반항을 억압하거나 현저히 곤란하게 할 수 있을 정도의 폭행이 가해질 뿐만 아니라, 통상 강간행위 수반하여 피해자에게 그 정도와 형태를 불문하고 상처가 발생할 가능성은 매우 높다. 반면, 형법 외에 특별법 상 강간치상의 법정형은 작량감경을 하더라도 집행유예가 허용되지 않을 정도로 높아, 이러한 설명은 어느 정도 설득력이 있다.<sup>30)</sup>

그러나 상해의 개념을 상대적으로 파악하려는 견해가 갖는 설득력은 사실 제한적이다. 먼저, 앞에서 본 것처럼 판례는 일반적인 상해죄에서도 경미한 상처를 상해의 범주에서 구별, 배제하고 있다. 따라서 이미 ‘상대적~’이라는 수식어는 적합하지 않으며 상대적 상해개념을 지지하는 근거는 불명확하다고 할 수밖에 없다. 또한 판례 가운데는 비교적 경미한 상처로 볼 수 있는 사례에서도 강간치상의 ‘치상’을 인정한 예가 다수 존재한다. 예를 들어, 회음부에 0.1cm 정도 크기의 찰과상을 가한 경우,<sup>31)</sup> 피해자를 제압하는 과정에서 피해자의 얼굴과 머리를 수 회 때려 코피가 나고 콧등이 부었으나 특별히 치료를 받지 않은 경우,<sup>32)</sup> 강간과정에서 피해자의 저항을

해당한다고 하여야 할 것이다.”

29) 이재상, 전계서, 172면; 박상기, 전계서, 159면; 오영근, “강간치상죄에서 상해의 개념”, 형사판례연구 (3), 한국형사판례연구회, 1995, 152-154면; 山口厚, 前掲書, 46頁; 前田雅英, 前掲書, 164頁; 大谷實, 前掲書, 122頁.

30) 일본에서 상대적 상해개념은 강도치상죄 관련 판례를 통해 제시되었는데, 이 당시 일본형법 상 강도죄의 법정형이 징역 7년 이상으로 작량감경에 의하더라도 집행유예가 되지 않을 정도로 높은 점이 고려된 결과이다. 그러나 平成16년 개정되어 현재는 법정형이 6년 이상의 징역으로 하향조정되었다. 大阪地判昭和54·6·21判時948号128頁 등, 西田典之, 前掲書, 40頁; 대체로 일본 판례실무에서 상대적 상해개념은 지지를 받지 못하고 있다. 最決平成6·3·4刑集263号128頁, 最決昭和41·9·14刑集160号733頁, 東京高判昭和62·12·21判時127号159頁 등.

31) 대법원 1983. 7. 12. 선고 83도1258판결.

32) 대법원 1991. 10. 22. 선고 91도1832 판결.

제압하기 위해 팔과 목을 붙잡고 누름으로써, 목과 우측 팔 관절에 염좌상을 입은 경우<sup>33)</sup> 등을 들 수 있는데(반대로 강간행위 시에 피해자가 음부에 심한 통증을 느끼거나,<sup>34)</sup> 피해자에게 3, 4일간 치료를 요하는 외음부 충혈이나 양팔의 근육통이 발생한 경우,<sup>35)</sup> 피해자의 목과 가슴부위에 약 7일 간의 가료를 요하는 피하출혈 및 통증이 발생한 경우<sup>36)</sup> 등에서는 상해의 결과발생을 부인하였다), 강간치상에서 요구되는 상해의 정도를 상대적으로 중하게 포착하려는 시각에서는 이를 적절하게 설명하기 어렵다. 오히려 통상의 상해와 동일한 맥락에서 접근하되 구체적 사실관계 하에 ‘생활기능에 장애가 초래된 것인지는 객관적, 일률적으로 판단될 것이 아니라 피해자의 연령, 성별, 체격 등 신체, 정신 상의 구체적 상태를 기준으로 판단’한 결과로 보면, 상이한 결론을 어느 정도 납득할 수 있다.<sup>37)</sup> 결국 상대적 상해개념은 판례가 구체적 사실관계에 따른 다양한 판단요소에 근거하여 생리적 기능훼손여부를 판단하는 과정에서 도출된 강간 ‘치상’에서 제외되는 일련의 사례 군단을 놓고, 상대적 기준으로 상해의 개념을 재편성한 결과물로 볼 수 있다.

결론적으로, 강간치상 등의 예에서 ‘치상’과 상해죄의 ‘상해’ 간 개념에 차이를 들 필요는 없다고 생각한다.<sup>38)</sup>

33) 대법원 1997. 9. 5. 선고 97도1725 판결.

34) 대법원 1980. 10. 27. 선고 80도1225 판결.

35) 대법원 1989. 1. 31. 선고 88도831 판결.

36) 대법원 1994. 11. 4. 선고 94도1311 판결.

37) 이러한 의미에서 판례가 상대적 상해개념을 통해 강간치상의 인정범위를 좁히는 듯하다가도, 구체적 사건의 내용 상 피해자보호가 필요하다고 판단되면 다시, 강간치상의 인정범위를 넓혀 피고인을 엄벌에 처하려고 하는 (일관되지 못한) 태도를 보이는 것으로 평가하는 견해는 동의하기 어렵다. 송시섭, “강간치상죄에 있어서 상해개념의 재구성”, 동아법학 제42권, 동아대학교 법학연구소, 2008. 8., 133-134면.

38) 임웅, 전거서, 176면; 상대적으로 상해개념을 이해하려는 견해는 강간치상에 해당하지 않는 상해가 상해죄의 상해에 해당하는지에 대한 판단을 결여하고 있고 자의적 법해석을 유발할 수 있다고 지적하는 견해로 김일수·서보화, 전거서, 144-145면; 성범죄에 대한 중형주의, 비친고죄화 등 형사정책적 견지에서도 강간치상 사례에서 상대적 상해개념은 현재 입법추세에 역행하는 것이라는 지적으로 정영일, 형법각론 제3판(서울 : 박영사, 2011), 154면; 상대적 상해개념을 부정하고 상해죄의 상해와 강간치상 등의 치상을 같은 개념으로 파악하면서도 경미한 상처와 상해를 구별하는 판례에 태도에 비판적인 견해로 김상희, “강간치상죄에 있어서의 상해의 범위”, 형사판례연구 (4), 한국형사판례연구회, 1996, 220-223면

### Ⅲ. 임신을 상해로 볼 수 있는가 : 상해 범주로의 포용 가능성

주로 낙태사례와 관련되기는 하지만, 성폭력 특히 강간으로 인한 피해여성의 보호문제는 형사정책은 물론 사회복지 등 다양한 차원으로 어느 곳에서나 중요한 사회문제로 인식되고 있다. 앞서서도 언급했지만 강간피해여성이 겪는 최악의 피해는 강간으로 인한 임신(RRP, rape related pregnancy)일 것이다. 미국 CDC의 조사보고에 의하면, 미국에서 20여년 간 통산 총 1,800만명 정도로 추산되는 강간피해여성 중 300만명 정도가 강간에 의한 임신을 경험한 것으로 추정되는데, 보건기관 등 관계당국에는 전혀 모르는 사람이나 지인보다는 동거인이나 가족 등 보다 친밀한 구성원에 의한 강간으로 임신이 이루어진 사례가 더 많다고 한다.<sup>39)</sup>

여기서 자연스럽게 성폭력 피해여성의 보호와 피해여성에게 원하지 않은 임신을 유발한 성범죄자를 강력히 처벌하려는 시도가 이루어질 수 있는데, 대상판례와 비교판례도 그 일레라 하겠다. 검사는 단순히 양형 상 가중요소를 넘어서 피해여성의 임신을 ‘상해’로 파악하여 강간치상죄의 적용을 통해 피고인의 엄벌을 요청한 것이다. 특히 대상판례(1)의 사안은 전형적인 가정폭력(DV)과 더불어 아동 성폭력(CSV) 사례로 이러한 요청은 더욱 절실하다.

극히 제한적이지만 여성의 임신을 상해로 볼 수 있는지에 대하여 기존 견해는 임신은 생리적 현상의 결과일 뿐 그 기능을 훼손한 것이 아니라는 극히 간략한 논거에 기초하여 모두 부정적인 결론을 내리고 있다.<sup>40)</sup> 과연 임신은 생리적 기능의 훼손에 해당하지 않는 것일까?

이 문제에 대한 논의는 여성의 임신을 상해의 개념범주 내로 포섭할 수 있는지의 분석으로부터 출발하여야 한다. 그렇다면, 먼저 임신으로 인해 여성의 신체 야기될 수 있는 생리적 변화에 대한 검토가 이루어질 필요가 제기된다.

39) <https://www.cdc.gov/violenceprevention/datasources/nisvs/understanding-RRP-inUS.html>(2020. 2. 19).

40) 이재상, 전게서, 46면; 정성근·박광민, 전게서, 47면.

## 1. 임신에 따른 여성의 생리적 변화

임신은 여성의 신체는 물론 심리에도 큰 영향을 미친다는 점은 이미 잘 알고 있는데, 이는 임신의 중구적 결과(출산, 유산 아니면 흔히 낙태로 지칭되는 인공임신 중절)에도 불구하고 동일하다.

임신에 의하여 여성의 신체에 발생하는 생리적 변화를 간략히 살펴보면 다음과 같다.<sup>41)</sup> 생식기계의 경우, 임신 후 여성의 자궁은 말기까지 지속적으로 커진다. 초기에는 호르몬변화와 혈관, 자궁근섬유의 증식 및 증대, 탈락막 비후 등에 의하지만 중기 이후에는 성장발육하는 태아의 물리적 힘으로 인한다. 자궁의 용적은 대략 10ml 정도지만, 임신부는 5L 이상으로 까지 그 용적이 확장되는데, 이렇게 자궁이 커지면서 복부에 맞닿게 되고 주요 장기는 복부양쪽으로 밀려나게 된다. 임신초기에는 자궁 내 혈액양과 림프액이 증가함에 따라 골반울혈과 부종이 수반되고 방광을 누르기 시작하면서 임신부가 빈뇨를 경험하기도 한다. 또한 임신말기로 갈수록 자궁에 보다 많은 혈액을 공급해야 하는데(모체 혈액의 약 1/6 정도로 혈액량은 대략 500~1,000ml/sec) 만일 혈류 저하 현상이 관찰된다면, 임신 중 고혈압이나 자궁 내 성장부진, 당뇨병, 다태아 임신을 의심할 수 있다. 한편, 임신기간 동안 태어나 부속물이 자궁 밖으로 이탈하지 못하도록 하는 자궁경부는 가벼운 접촉에도 쉽게 출혈이 발생하기도 하며, pH 상승에 따라 질 감염 현상도 자주 관찰된다. 아울러, 호르몬 변화에 따라 유방의 크기가 커지고 예민해지면서 통증 및 무거움을 느끼게 되며, 혈액공급이 늘어남에 따라 정맥혈에 울혈이 발생하며 고농도 태반 호르몬의 영향으로 결절이 만져지기도 한다.

그리고 전신변화로 혈액량과 심박출량의 증가로 심장, 횡경막이 커지며 혈액양도 증가하게 된다. 물론 이때 말초혈관이 함께 확대되어 정상적 혈압이 유지되지만, 경우에 따라서는 임신성 고혈압이 유발되기도 한다. 또한 정상적 반응이라고 볼 수 있지만, 혈액 내 적혈구 보다는 혈장 증가에 따라 임신성 빈혈이 생긴다. 따라서 임

41) 박영주 외 공저, 여성건강간호학 I, II 제4판(서울 : 현문사, 2017), 246-267 및 59-124면; Lauren Hoyson, "Rape is Tough Enough Without Having Someone Kick You from the Inside: The Case for Including Pregnancy as Substantial Bodily Injury." Val. UL Rev. 44 No. 2, 2009, pp. 582-586.

산부에게 철분공급은 극히 필수적이다. 임신부는 평상 시 편안한 체위유지도 중요 한데, 비대해진 자궁이 하대정맥을 압박하는 경우 이른바 체위성 저혈압 증후군으로 혈압이 감소하여 졸도하거나 장골정맥 압박에 의하여 하지부종, 정맥류, 치질 등의 발생위험이 높아지게 된다.

호흡기계도 상당한 영향을 받는다. 커진 자궁으로 폐가 들어 올려지고 횡경막이 확장되는데, 임신으로 인하여 변형된 흉곽은 출산 후에도 이전 상태로 복귀되지 않는다. 그리고 분당호흡량의 대략 37% 증가함에 따라 과호흡 현상을 경험할 수 있으며, 대사성활동가 기초대사율이 높아지면서 체내에서 과다한 열이 발생하여 말초혈관의 확장과 땀샘활동의 증가와 함께 쉽게 피로와 권태를 느끼고 수면욕구가 커지게 된다. 한편, 흔히 임신에 따른 임신성 당뇨나 단백뇨, 기타 신장기능의 장애가 발생하는데, 이는 자궁확장에 따른 신장의 위치변화와 압박에 따라 요관벽의 근육이 비대하게 증식되면서 근육탄력성이 저하되고, 요관이 길게 늘어나거나 꼬이는 등의 현상으로 인해 원활한 소변흐름이 방해될 뿐만 아니라 소변이 신우 내에 정체 되기 때문에 기인한다.

이 외에도 피부, 혈관계나 신경계, 근골격계, 소화기계 등도 많은 변화가 발생하고 이에 따라 임신선, 혈관종, 치육염, 기립성 저혈압, 저혈당증으로 인한 두통이나 어지러움증 등, 손발저림, 긴장성 두통, 요추만곡증에 따른 신경압박으로 요통 등의 통증, 구토나 메스꺼움(흔히 입덧이라고도 하는데, 열, 통증, 체중감소가 동반되는 경우는 hyperemesis sickness라고 하여 의학적 치료가 필요하다), 이식증(pica), 변비 등 다양한 병변이 동반되기도 한다.

이처럼 임신은 여성에게 상당한 생리적 변화를 유발한다. 현재는 의료기술의 발전에 따라 임신, 출산에 수반한 위험이 대폭 감소되어 실감하기 어렵지만, 사실 임신, 출산의 과정은 의학적으로 매우 위험한 시점으로 평가된다. 그 예는 형법학에서 사람의 시기와 관련한 논쟁과 인식 변화과정에서도 단적으로 확인할 수 있다. 태아 자신은 물론 임신, 출산과정에서 모체의 질병, 사망으로 사산 등의 사례가 종래 그 만큼 많았고 과거 낙후된 의료환경을 적절히 대응할 능력이 없었던 현실에 기인한 것이다.

통상, 정상적 출산에서도 임신부는 심한 통증을 느낄 뿐만 아니라 신체 내 모든

기관과 조직에 변화가 발생하고, 다양한 합병증적 병변이 발생할 위험에 항시 노출된다. 문제는 정상적 출산이 아닌 인공임신중절(abortion)이나 유산(miscarriage) 등에서는 위험의 강도는 극단적으로 높아진다는 점이다. 보고사례에 따라서는 강간에 의한 임신사례의 약 50% 정도가 결국 인공임신중절로 귀결된다고 한다. 인공임신중절은 외과적인 낙태시술(surgical abortion)에 의한 것이든 약물에 의한 것(medical abortion)이든 모체인 여성의 신체에 대한 심각한 침해가 상정될 수밖에 없다.

가령, 외과적 시술에 의한 경우, 자궁경관을 인위적으로 확장시키고 태아와 태반을 자궁으로부터 긁어내는데, 이때 임산부는 극심한 통증과 경련을 호소할 뿐만 아니라 연령대 등에 따라 달라질 수 있지만 출혈, 자궁손상, 감염 등 심각한 합병증이 수반되는 예가 많다. 상대적으로 안전하다는 약물에 의한 낙태 역시 출혈, 무기력증과 피로, 입덧 등을 야기하는데, 그나마도 이는 임신 초기에만 가능하다. 또 어느 경우나 장기적으로는 영구적 불임과 함께 우울증 등 심리적 장애를 유발할 수도 있다.

유산의 경우 역시 임산부는 흔히 출혈, 복부나 유방 등의 통증, 각종 감염증을 겪는 예가 많으며, 특히 그 절반 이상에서 유산 과정에서 배출되지 못한 태아 부산물이나 조직을 제거하기 위하여 자궁경관의 확장 및 소피수술(dilation and curettage procedure)을 받아야 하는데, 이때 임산부가 감당해야 하는 damage나 부작용은 매우 크다.

특히, 임신에 따른 생리적 변화와 병리적 현상, 위험성은 고위험군 여성에게 더욱 현저함은 물론이다. 단순히 분만 중의 위험만이 아니라, 출혈, 고혈압에 따른 질환 가령, 자간전증이나 자간증, 만성고혈압, 임신오조증, 당뇨, 심장질환, 갑상선이나 혈액학적 장애, 기타 다양한 감염성 질환 등이 수반될 위험이 배가된다. 대살판례(1)과 같이 15세 이하 미성년 임부의 경우, 사망률이 60% 이상 높아지고 빈혈, 자간전증, 지연분만, 협골반 등 병리적 위험성은 산전관리 소홀, 경제적 빈곤 등 사회적 요인과 불안한 심리상태, 스트레스 등 심리적 요인이 교차되면서 극단적으로 높아진다.

## 2. 생리적 기능훼손에 따른 상해로의 포착 가능성

기존 견해는 임신은 생리적 기능의 결과 즉, 여성의 신체가 갖는 정상적인 생리적 기능에 따른 결과이기 때문에 상해가 아니라고 한다. 대상판례의 1심 판결논지에서 도 이는 그대로 들어난다.

여성에게 임신은 성행위에 따라 발생할 수 있는 자연스러운 생리적 결과로 이것만을 놓고 보면 생리적 기능이 훼손된 것으로 볼 수 없다는 것이다. 나아가 임신에 따른 생리적 변화(위에서 언급한 합병증 등 제 병리적 현상을 포함한다) 역시 정상적인 생리적 기능의 발현인 임신에서 파생되는 결과임에서 동일하게 생리적 기능훼손으로 볼 수 없다는 것이다. 물론, 원하지 않는 임신으로 인하여 정신적 고통이나 임신중절수술의 선택에 따른 상처 등을 상해로 평가할 여지가 있지만, 이는 임신 자체를 상해로 파악하는 것과는 별개로, 이를 두고 임신을 상해로 평가할 수 없다고 한다. 여기서 대상판례의 하급심은 ㉠ 임신을 ㉡ 임신에 수반되는 생리적 변화와 병리적 현상(여기에는 정신적 고통과 같은 심리적 측면도 포함될 것이다), ㉢ 피해 여성이 선택할 수 있는 인공임신중절에 따른 결과와도 분리시켜 상해여부를 판단하고 있음을 알 수 있다.<sup>42)</sup> 그러나 대상판례의 하급심이 제시한 위 논리는 다음과 같은 이유에서 납득하기 어렵다.

우선 그 논지대로라면, 행위자가 피해자에게 생리적 변화를 야기 시키고 그러한 생리적 변화에 후속하여 수반되는 합병증 등 흔히 그 자체로 충분히 상해로 파악되는 생리적 기능훼손의 결과가 있더라도 앞서 생리적 변화 자체를 상해로 포착할 수 없는 한 상해가 아니게 된다. 하지만, ㉠에 수반되는 ㉡은 마치 인과관계의 진행에 있어서 진행 중인 인과적 흐름을 차단할 수 없는 제3의 원인행위가 개입된 예와 같이 분리되어 판단될 수 없다. 가령, 반복적으로 밤늦게 장난전화를 걸어서 수면을 방해하고, 이것이 누적되어 신경증으로 이환된 경우를 상정해보자.<sup>43)</sup> 단순한 수면

42) 과거 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제8조의 장애인등에 대한 간음죄로 기소된 사안으로 피해여성이 임신으로 낙태하였음에도 동법 제9조의 강간 등 치상죄로 기소되지 않았은 점에서 강간피해여성의 임신과 낙태를 분리하여 판단하는 이러한 논리는 상당히 오래전부터 하급심 판례실무에 정착된 것으로 추측된다. 부산고등법원 2005. 4. 20. 선고 2004노315 판결.

43) 유사한 사안에서 상해죄를 인정한 예로 東京地判昭和54·8·10判時943号122頁; 最決平成17·3·29刑集59卷2号54頁.

부족 자체로서는 상해가 아니라면 그로 인하여 발생한 신경증 역시 상해가 아니라고 해야 하는가? ㉔ 역시 마찬가지다. 만일 피해여성이 인공임신중절이 아닌 정상적인(?) 출산을 선택한다면 상해가 아니게 되는데(많은 피해여성이 인공임신중절을 선택할 것으로 추측되지만), 이는 납득하기 어려운 결론이다. 오히려 정상적인 임신에도 위에서 설명한 많은 위험요소가 존재하고 병리적 현상이 항시 수반되는 점을 고려한다면, 분명 임신이라는 과정에서 생리적 기능훼손은 있고 따라서 상해로 파악되는 것이 보다 자연스럽다. 특히 대상판례(1)에서 피해여성이 나이 어린 미성년 자임을 염두에 둔다면, 더욱 그러하다. 물론, 지적하는 것처럼 반드시 임신이 아니라도 강간행위에 수반하여 피해여성에게 다양한 형태의 상해가 발생할 수 있기 때문에 굳이 임신을 상해로 포착할 이유는 없을 수도 있다. 특히 미성년 피해자라면 더욱 그렇다. 그러나 이 역시 판례실무가 구체적 사례에 따라 경미한 상처를 상해에서 제외하는 점을 염두에 둔다면, 임신을 상해로 포착할 필요성을 완전히 부인하기 어렵다.

한편, 대상판례의 하급심은 합의 하의 성관계에 의한 의도하지 않은 임신이나 다태아 출산을 상정하여 상해에 임신을 포함시키는 경우 발생할 수 있는 해석 상 난맥을 지적한다. 임신을 상해에 포함시키는 것은 지나친 확장해석으로 죄형법정주의와 충돌할 수 있다는 지적이다. 임신을 상해의 범주에 포함시키려는 해석론적 시도에서 해결하기 가장 곤란한 문제지만, 우회가 불가능한 것만은 아니다. 합의 하에 성관계에 따른 의도하지 않은 임신이나 다태아 출산의 사례는 이미 예견가능성을 넘어서 사태로 과실치상죄로 포착하기는 처음부터 불가능하다. 반면, 성관계에 대한 합의가 전제되더라도, 의도적 또는 무모하게 상대여성에게 원하지 않는 임신을 야기한 사례에서 임신을 ‘상해’로 포착하는 것은 얼마든지 가능할 뿐만 아니라 사안에 따라서는 처벌의 필요도 충분히 공감될 수 있다. 결론적으로, 임신을 상해에 포함시키더라도 상해 또는 과실치상죄의 적용범위가 죄형법정주의와 충돌하여 비이성적으로 확장되는 사태는 발생하지 않을 것이다.

이 외에 현재 성범죄 양형기준에 의하면, 임신을 상해의 범주에 포함시킬 실익이 있는지 의문이 제기될 수도 있다. 대상판례(1)의 경우, 성폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법 상 강간치상과 13세미만 미성년자강간죄의 법정형은 모두 10년 이상이다.

양형기준에 따르면, 13세미만 미성년자강간죄에서 임신은 가중요소가되어 11~15년이 되지만, 강간치상이라면 양형기준은 9~14년으로 오히려 형이 낮아질 수 있다. 또 대상판례(2)의 경우, 준강간 및 (준)강간치상은 법정형이 각기 3년 이상 및 5년 이상으로 차이가 있지만, 임신을 가중요소로한 양형기준을 보면 모두 4~7년으로 동일하다. 이에 따르면, 강간에 의한 임신을 상해로 보아 가중적 구성요건을 적용하는 것은 큰 의미가 없을 수 있다.

하지만, 과연 양형기준이 과연 실무사례에서 적절히 작동하고 있는지 의문이 제기될 수 있다. 본질적으로 불법과 양형요소로서의 평가를 동일한 맥락으로 이해하기는 어렵다. 성범죄 관련 다수의 사례에서 왜 법원의 양형판단과 관련하여 일반시민의 비판이 제기되는지 한번쯤 생각해볼 필요가 있다.<sup>44)</sup>

## IV. 비교법적 검토

이하에서는 비교법적 사례로 미국 등의 입법례와 관련 판례를 살펴보도록 한다.

### 1. 영미법 상 강간죄

과거 고대사회에서는 bride capture 또는 bride kidnapping(bridennapping)의 관습에서 알 수 있듯이 강간행위는 처벌대상이 아니었다. 강간죄가 처음 등장한 것은 고대 바빌론의 함무라비 법전으로 이 당시에는 강간범 외에 피해여성을 함께 처벌하였다. 여성을 독립적인 인격적 존재가 아니라 남성(남편 또는 부친)의 재산적 객체로 이해한 결과다. 강간으로 인하여 피해여성의 재산적 가치가 떨어지고 기혼여성이라면 자의적이지 않더라도 이를 남편에 대한 배신행위 즉, 간통으로 본 것이다. 이후 11~12세기 경 common law에 강간죄가 등장하면서 강간범 외에 피해여성이 처벌대상에서 제외되고, 1275년 the statues of Westminster(Rape Act 1275)를 통

44) Nesis 1, “만취 10대 집으로 데려가 강간·임신시킨 30대 항소심도 징역”, <http://news1.kr/articles/?3330913>(2020. 2. 19);

해 현재의 강간죄에 근접한 처벌규정으로 변모하게 되었다.<sup>45)</sup> 즉, 가족구성원(남편)이 아닌 강간피해자로서 여성이 직접 행위자의 처벌을 요구할 수 있게 되는데, 다만 피해여성은 강간피해 즉시 고소하여 처벌을 요구하여야 할 뿐만 아니라 강간행위에 저항하였음을 입증하여야 했다. 이는 무고를 억제하기 위한 것으로, 피해여성이 저항과정에서 중대한 상해를 입은 사실을 제시, 입증하여야 했을 뿐만 아니라 공판과정에서 자신의 성적 가치관, 경험이나 이력 등에 대한 노출을 강요당해야 했다. 같은 시기에 현재 미성년자의제강간죄에 해당하는 statutory rape도 강간죄의 일 유형으로 정착되었다. 이러한 형태가 대체로 16세기 말까지 큰 변화 없이 유지되었다. 이처럼 common law 상의 강간죄는 성적 자기결정권이 아닌 정조를 보호하는 범죄

45) Rape Act 1275.

1275 (3 Edw. 1) C A P. XIII.

THESE be the Acts of King EDWARD, Son to King HENRY, made at Westminster at his first Parliament general after his Coronation, on the Monday of Easter Utas, the third Year of his Reign, by his Council, and the Assent of Archbishops, Bishops, Abbots, Priors, Earls, Barons, and all the Commonalty of the Realm being thither summoned, because our Lord the King had great Zeal and Desire to redress the State of the Realm in such Things as required Amendment, for the common Profit of holy Church, and of the Realm: And because the State of [1] the holy Church had been evil kept, and the Prelates and religious Persons of the Land grieved many ways, and the People otherwise intreated than they ought to be, and the Peace less kept, and the Laws less used, and the Offenders less punished than they ought to be, by reason where of the People of the Land feared the less to offend; the King hath ordained and established these Acts underwritten, which he intendeth to be necessary and profitable unto the whole Realm. That Punishment of him that doth ravish a Woman.

22 Ed. 4. 22. Co. Lit. 123. b. 2 Inst. 180. 12 Co. 37. Hob. 91.

Altered by 13 Ed. 1. stat. 1. c. 34. which makes it Felony. And farther, by 6 R. 2. stat. 1. c. 6. which ordains the Penalties where a Woman consents. And see 18 Eliz. c. 7. which takes away Clergy from this Offence: Likewise the 4th Sect. of the same Stat. which makes it Felony without Clergy to have carnal Knowledge of Woman Child under ten Years of Age.

AND the King prohibiteth that none do ravish, nor take away by Force, any Maiden within Age (neither by her own Consent, nor without) nor any Wife or Maiden of full Age, nor any other Woman against her Will;

(2) and if any do, at his Suit that will sue within forty Days, the King shall do common Right;  
 (3) and if none commence his Suit within forty Days, the King shall sue;  
 (4) and such as be found culpable, shall have two Years Imprisonment, and after shall fine at the King's Pleasure;  
 (5) and if they have not whereof, they shall be punished by longer Imprisonment, according as the Trespass requireth.

로서의 성격이 강하였고, 이러한 입법례가 미국에도 그대로 받아들여지게 되었다.<sup>46)</sup>

그러나 1970년대를 전후로 영미를 중심으로 한 서구사회에서 여권신장에 따라 전통적인 common law 강간죄는 크게 변모하게 된다. 이전까지 강간죄는 피해자 보호 보다는 무고로 인하여 가해자로 지목된 남성을 보호하였는데, 강간사실을 입증하기 위해 피해여성이 저항으로 인한 상해를 입은 사실을 입증할 필요가 없도록 하고, 피해여성의 성적 이력 등의 공개를 금지함으로써(rape shield law) 프라이버시가 무분별하게 침해되지 않도록 보다 적극적으로 강간피해 여성들이 범죄피해를 신고, 고소할 수 있게끔 하였다. 동시에 성범죄 처벌규정의 법정형을 강화하고 미성년자를 더욱 강력히 보호하고자 statutory rape의 연령을 종래 10세에서 16세로 높이는 등의 조치가 이어졌다.

현재 미국에서 각 주별로 성범죄 규정은 약간씩 상이하지만, 살인의 경우를 제외하고 공통적으로 다른 어떤 범죄보다 법정형이 높다. 대부분 입법례에서 강간죄는 second degree felony로 규정되어 있는데, 가령 강도 등 다른 felony에 해당하는 범죄수행 중에 강간으로 이어지거나, 휴기휴대, 피해자에게 중대한 상해를 유발하는 등의 가중요소가 인정되는 때는 first degree felony로 형량이 높아진다. 여기서 피해자에 대한 ‘중대한 상해(serious bodily injury, substantial bodily injury)’를 유발하는 예가 우리의 강간치상에 근접한다.

46) 1962년 미모범형법전(model penal code)은 제213조 이하에서 성범죄를 규정하고 있다. 그 가운데 강간죄(section 213.1(1) rape) 규정 이하와 같다.

Model Penal Code § 213.1. Rape and Related Offenses.

(1) Rape. A male who has sexual intercourse with a female not his wife is guilty of rape if:

- (a) he compels her to submit by force or by threat of imminent death, serious bodily injury, extreme pain or kidnapping, to be inflicted on anyone; or
- (b) he has substantially impaired her power to appraise or control her conduct by administering or employing without her knowledge drugs, intoxicants or other means for the purpose of preventing resistance; or
- (c) the female is unconscious; or
- (d) the female is less than 10 years old.

Rape is a felony of the second degree unless (i) in the course there of the actor inflicts serious bodily injury upon anyone, or (ii) the victim was not a voluntary social companion of the actor upon the occasion of the crime and had not previously permitted him sexual liberties, in which cases the offense is a felony of the first degree.

## 2. 이른바 ‘중대한 상해(serious bodily injury or substantial bodily injury)’의 의미

강간죄의 가중요소로서 중대한 신체적 침해는 폭력범죄와 관련하여 일반적으로 야기되는 상해수준을 상회하는 경우를 의미하지만 그 정의방식은 주 별로 차이가 있으며,<sup>47)</sup> 판례의 해석 역시 상이하다. 가령, 반드시 신체에 대한 물리적 손상을 요하지 않고, 공포감 등 정신적 스트레스나 장애로도 중대한 상해발생을 인정하거나<sup>48)</sup> 반대로 수술을 요할 정도의 골절에도 불구하고 이를 인정하지 않는 예도 있지만,<sup>49)</sup> 골절, 열상이나 피멍, 찰과상,<sup>50)</sup> 처녀막 파열,<sup>51)</sup> 치아손상<sup>52)</sup>, 3일 정도의 회복

47) serious or substantial bodily injury의 정의도 주 별로 다르다. 가령, 메인 주는 통상적인 회복에 필요한 기간을 연장시키는 정도로도 이에 해당하는 것으로 규정하고 있다. 또한 와이오밍 주는 피해자에게 극심한 신체적 고통을 주는 경우도 그 한 유형으로 열거하고 있다.

Maine Criminal Code part 1. chap. 1. §2. 23. “Serious bodily injury” means a bodily injury which creates a substantial risk of death or which causes serious, permanent disfigurement or loss or substantial impairment of the function of any bodily member or organ, or extended convalescence necessary for recovery of physical health.

Wyoming Statutes 6-2-302. Sexual Assault in the first degree. (a) (ii) The actor causes submission of the victim by threat of death, serious bodily injury, extreme physical pain or kidnapping to be inflicted on anyone and the victim reasonably believes that the actor has the present ability to execute these threats;

한편, 테네시 주와 같이 ‘상해(bodily injury)’로 정의하는 예도 있다. 참고로, 테네시 주에서는 주 판례가 일관되게 임신을 중대한 상해로 해석하고 있다.

Tennessee Code §. 39-11-106.(a)(2) “Bodily injury” includes a cut, abrasion, bruise, burn or disfigurement, and physical pain or temporary illness or impairment of the function of a bodily member, organ, or mental faculty;

미 모범형법전 제210조에서 사망의 위협, 중대하고 영구적인 신체외형의 손상, 신체, 조직, 기관에 있어서 상당기간의 손상이나 손실을 유발하는 경우를 중대한 상해로 정의하고 있다.

Model Penal Code §. 210.0(4) "serious bodily injury" means bodily injury which creates a substantial risk of death or which causes serious, permanent disfigurement, or protracted loss or impairment of the function of any bodily member or organ;

48) State v. Ingram, 688 So. 2d 657, 665(La. Ct. App. 1997); Jackson v. State, 968 S.W.2d 495, 501(Tex. Ct. App. 1998); State v. Baker, 441 S.E.2d 551, 555(N.C. 1994); Mata v. State, 952 S.W.2d 30, 33(Tex. Ct. App. 1997)

49) Webb v. State, 801 S.W.2d 529, 531(Tex. Crim. App. 1990).

50) People v. Culton, 92 Cal. App. 3d 113, 117 (1979).

51) People v. Williams, 115 Cal. App. 3d 446, 454 (1981).

52) State v. Roberts, 235 S.E.2d 203, 213 (N.C. 1977).

기간이 필요한 수술을 요하는 상처가 유발된 사례<sup>53)</sup> 등 우리의 경우라면 통상의 상해로 파악할 수 있는 수준도 중대한 상해로 인정한 예도 있다. 특히, 성인과 비교하여 강간피해 여성이 미성년자인 때는 더욱 광범위하게 중대한 상해를 인정하는데, 이 가운데 임신을 중대한 상해로 인정한 사례도 있다.<sup>54)</sup>

‘중대한~(serious or substantial)’이란 수식어에 의하여 통상의 상해(injury)를 제한하는 미국의 입법례를 두고, 상대적 상해개념과 같이 사례에 따라서는 피고인에게 지나치게 가혹한 처벌이 가해질 수 있는 강간치상의 인정범위를 적절히 제한하고자 하는 시도로 볼 여지도 있지만, 실제 기존 우리 판례가 취하고 있는 ‘상해(치상)’의 해석론과 큰 차이를 관찰하기는 어렵다.

### 3. 강간피해 여성의 임신을 중대한 상해로 볼 수 있는지 여부

미 연방 및 각 주 정부에서는 이미 오래전부터 성폭력피해자보호의 일환으로 강간으로 인한 피해여성의 임신(RRP, rape related pregnancy)에 주목하고 관련 프로그램을 운영하고 있다. 자연스럽게 우리보다 일찍 관련 입법례나 판례를 통해 강간피해여성의 임신과 관련한 문제에 주목하게 되었다.

여기에는 ㉠ 입법을 통해 중대한 상해의 범주에 임신을 포함시키거나(입법론적 접근), ㉡ 해석론을 통해 중대한 상해의 포섭범위를 임신으로 확장하려는 시도(해석론적 접근)도 있지만, ㉢ 종래 우리와 같이 강간치상의 ‘치상’에 임신을 배제하는 시각을 유지하기도 한다.

53) *State v. Lilly*, 450 S.E.2d 546, 548-49 (N.C. Ct. App. 1994).

54) 10세의 피해아동에게서 처녀막 천공과 성기주변에서 멍이 발생한 경우에 중대한 상해를 인정한 예로, *People v. Robinson*, 642 N.E.2d 1317, 1321 (Ill. App. Ct. 1994); 피해아동에게 통중과 출혈이 발생한 경우로, *U.S. v. Buckley*, 195 F.3d 1034 (8th Cir. 1999); 피해아동의 임신을 중대한 상해로 보아 class A felony를 인정한 예로, *McCoy v. State*, 856 N.E.2d 1259 (Ind. Ct. App. 2006); 12세의 피해아동이 임신 22주차에 접어든 경우로 중대한 상해를 인정한 예로, *People v. Cross*, 190 P. 3d 706, 709 (Cal. 2008).

## 가. 입법론적 접근

위스콘신,<sup>55)</sup> 미시건,<sup>56)</sup> 네브라스카<sup>57)</sup> 주는 주 법률에 강간죄의 가중사유로 임신을 명시하고 있다. 구체적 규정형식은 약간 다른데, 위스콘신 주의 경우 처음부터 피해여성에게 임신을 야기한 경우, first degree sexual assault 즉, 가중적 구성요건으로 하여 class B의 중죄로 취급하는 방식을, 미시건과 네브라스카 주는 성범죄와 관련한 일반규정에서 가중요건으로서 bodily injury에 임신을 포함시키는 방식에 의한다. 이 외에 플로리다 주는 미성년 피해자에 한하여 임신을 가중요소로 하고, 별도의 가중적 구성요건의 형태로 규정하고 있다.<sup>58)</sup>

## 나. 해석론적 접근

미국판례 중에는 임신을 중대한 상해에서 배제하는 해석론을 유지한 예도 있다.<sup>59)</sup> 디테일한 설명 상의 차이는 있지만, 보통 중대한 상해(serious bodily injury)

55) Wisconsin Statutes chap. 940 §. 225 Sexual Assault

1) First degree sexual assault. Whoever does any of the following is guilty of a Class B felony:  
(a) Has sexual contact or sexual intercourse with another person without consent of that person and causes pregnancy or great bodily harm to that person.

56) Michigan Penal Code Act 750. §520a(n) "Personal injury" means bodily injury, disfigurement, mental anguish, chronic pain, pregnancy, disease, or loss or impairment of a sexual or reproductive organ.

57) Nebraska Statutes §. 28-318(4) Serious personal injury means great bodily injury or disfigurement, extreme mental anguish or mental trauma, pregnancy, disease, or loss or impairment of a sexual or reproductive organ;

58) Florida Statutes § 827.04 (3) A person 21 years of age or older who impregnates a child under 16 years of age commits an act of child abuse which constitutes a felony of the third degree, punishable as provided in s. 775.082, s. 775.083, or s. 775.084. A person who impregnates a child in violation of this subsection commits an offense under this subsection regardless of whether the person is found to have committed, or has been charged with or prosecuted for, any other offense committed during the course of the same criminal transaction or episode, including, but not limited to, an offense proscribed under s. 800.04, relating to lewd, lascivious, or indecent assault or act upon any person under 16 years of age. Neither the victim's lack of chastity nor the victim's consent is a defense to the crime proscribed under this subsection.

59) State v. Moore, 585 A.2d 864, 886-87 (N.J. 1991); Hynes v. Bd. of Educ. of Bloomfield Twp., Essex County, 461 A.2d 1184, 1186 (N.J. Super. Ct. 1983).

란 극심한 신체적 고통 또는 신체 각 부분, 기관은 물론 정신적 기능과 관련한 중대한 손상으로서 수술, 입원, 물리적 재활 등 일정한 의료적 개입이 요구되는 경우로 해석된다. 이러한 해석론에서, 임신을 중대한 상해에 포함하는 것은 문언의 가능한 의미를 넘어선 해석(stretch the language of statute too far)으로, 중대한 상해는 강간에 의하여 직접 유발된 침해적 결과만을 포함할 수 있음을 그 이유로 한다.<sup>60)</sup> 주의할 점은 현재 미국에서 이처럼 임신을 중대한 상해에서 명확히 배제하는 보수적 해석이 판례의 일반적 트렌드라 할 수는 없지만, 반대로 임신을 중대한 상해에 포함시키는 해석 역시 주류적인 것은 아니다.<sup>61)</sup>

반대로 임신을 중대한 상해로 긍정하는 판례는 2가지 형태로 세분할 수 있다. 첫 번째는 임신을 중대한 상해의 한 유형으로 일률적으로 해석하는 경우로 테네시 주가 유일하다.<sup>62)</sup> 임신으로 인하여 야기되는 신체적 변화와 이에 수반되는 병리적 현상이 분명히 존재하는 것은 물론 이에 따라 임신한 여성은 지속적인 의료적 보호가 필요한 점에서 주 법률이 규정한 중대한 상해에 명백히 포함될 수 있다는 점을 그 논거로 한다. 두 번째는 각 구체적 사실관계에 따라 임신을 중대한 상해로 해석한 예다.<sup>63)</sup> 피해자의 연령, 임신 및 그 과정에서 유발된 결과 등을 종합적으로 고려하여 중대한 상해의 발생여부를 판단하고, 필요하다면 법원이 이와 관련하여 배심에게 jury instruction을 줄 수 있다.<sup>64)</sup> 다만, 개별 사안에 따라 강간피해 여성의 임신을 놓고 해석 상 차이를 두는 방법론에 대하여는 피해여성의 연령 등을 불문하고 임신이 미치는 여성의 신체에 끼치는 영향의 동질성을 이해하지 못한 결과로, 오히려 해석 상 혼란을 가중시킬 수 있다는 이론이 제기되기도 한다.<sup>65)</sup>

60) *United States v. Yankton*, 986 F.2d 1225, 1229-30(8th Cir. 1993); 반면 동일한 8th Cir. 판례 가운데는 임신으로부터 유발되는 각종 병리적 신체변화는 가중요소로서 중대한 상해에 포함될 수 있다고 상반된 견해를 제시한 예도 있다. *United States v. Guy*, 340 F.3d 655, 658 (8th Cir. 2003).

61) Khiara M. Bridges, "When Pregnancy is an Injury : Rape, Law and Culture", 65 *Stan. L. Rev.* 457, 2013, pp. 468-469.

62) *State v. Smith*, 910 S.W.2d 457, 461 (Tenn. 1995); *State v. Jones*, 889 S.W.2d 225, 231 (Tenn. Crim. App. 1994).

63) 이러한 판례의 대부분은 미성년자를 피해대상으로 한 사례에 해당한다. *United States v. Shannon*, 110 F.3d 382, 396-87 (7th Cir. 1997); *People v. Cross*, 190 P.3d 706, 712 (Cal. 2008); *People v. Sargent*, 86 Cal. App. 3d 148, 152 (1978).

64) *United States v. Shannon*, 110 F.3d 382, 396-97 (7th Cir. 1997).

## V. 맺음말

임신은 새로운 생명의 출발점으로 어느 문화권에서나 긍정적 이미지로 묘사되어 왔다. 강간에 따른 임신이 피해여성에게 어찌면 인내할 수 없는 최악의 피해를 주는 것임을 이미 충분히 인식하고 있으면서도, 막상 임신을 상해로 파악하여 이를 부정적으로 묘사하는 시도에 대하여 거부감을 갖는 이유를 여기에서 추정해볼 수도 있을 것이다. 그러나 헌법재판소가 낙태죄에 대하여 헌법불합치결정을 함으로써, 임신이 반드시 긍정적 면만을 갖지 않음을 조심스럽게 인정한 바 있다. 강간에 따른 임신을 상해로 파악한 검사의 주장이 담겨진 대상판례들은 어찌면 우리 사회 내의 이와 같은 가치변화를 투영한 예로 볼 수 있겠다.

임신의 전 과정은 생명의 시작이기도 하지만, 이를 수용하는 여성의 신체에는 막중한 부담을 주는 신체적 변화를 내포한다. 순조로운 임신에서조차 여성의 신체에 야기될 수 있는 데미지와 더불어 그간 경미한 경우로 생각될 수 있는 사례들에서도 상해를 인정해왔던 판례의 태도를 비교한다면, 대상판례에서 제시된 결론과 논거를 긍정적인 시각으로만 평가하기 어렵다.

대상판례에서 대법원은 방론으로 입법론적 대안이 필요함을 실시하고 있다. 특히 미성년 피해자가 문제된 대상판례(1)의 사안과 관련하여 피고인에 대한 엄중한 처벌의 필요성을 긍정하면서도 임신을 상해범주에 포함시킴으로써, 자칫 해석 상 혼란과 상해죄 등의 적용범위가 지나치게 확장될 수 있음을 우려한 결과다. 그러나 조금 더 적극적으로, 현재 해석론에서도 수용할 여지가 있지 않았을까? 심리과정에서 검사가 임신에서 발생하는 생리적 변화 등에 대하여 좀더 적극적인 주장과 입증 활동이 있었으면, 또 다른 결론을 기대할 수 있지 않았을까 라는 아쉬움이 남는다.

## 참고문헌

- 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론 제8판, 서울 : 박영사, 2015
- 박상기, 형법각론 제8판, 서울 : 박영사, 2011
- 박영주 외 공저, 여성건강간호학 I, II 제4판, 서울 : 현문사, 2017
- 배종대, 형법각론 제8전정판, 서울 : 홍문사, 2013
- 유기천, 형법학 형법각론 전정신판 영인본, 서울 : 법문사, 2012
- 이재상, 형법각론 제8판, 서울 : 박영사, 2012
- 임웅, 형법각론 개정판보정(서울 : 법문사, 2005), 53-54면
- 정성근·박광민, 형법각론, 서울 : 삼지원, 2002
- 정영일, 형법각론 제3판, 서울 : 박영사, 2011
- 김상희, “강간치상죄에 있어서의 상해의 범위”, 형사판례연구 (4), 한국형사판례연구회, 1996
- 김형석, “강간치상죄에 있어 상해개념의 인정범위”, 실무연구자료 제6권, 대전지방법원, 2005
- 서형주, “상해개념의 인정범위 - ‘극히 경미한 상처(상해)’를 중심으로-“, 재판실무연구 2010 ( I ), 서울남부지방법원, 2010
- 송시섭, “강간치상죄에 있어서 상해개념의 재구성”, 동아법학 제42권, 동아대학교 법학연구소, 2008. 8
- 오영근, “강간치상죄에서 상해의 개념”, 형사판례연구 (3), 한국형사판례연구회, 1995
- 이영진, “형법상 상해의 의의와 강간·강제추행죄치상죄에 있어서의 경미한 상해의 취급”, 재판실무연구 제2권, 수원지방법원, 1997
- 한국보건사회연구원, 인공심신중절 실태조사(2018) 주요결과 발표 보도자료, 2019. 2
- 大谷實, 刑法各論講義 新版第3版, 東京 : 成文堂, 2009
- 西田典之, 刑法各論 第3版, 東京 : 弘文堂, 2005
- 小野清一郎, 新訂刑法講義各論 第3版, 東京 : 有斐閣, 1950

前田雅英, 刑法各論 第5版, 東京 : 東京大學出版會, 2011

山口厚, 刑法各論 補訂版, 東京 : 有斐閣, 2005

小宅理沙, “『望まない強制妊娠』をした性被害女性への支援活動と被害者女性の人権  
一産む・産まないの二項對立を超えて”, Core Ethics Vol. 3, 立命館大學大學  
院先端綜合學術研究科紀要, 2007. 3

Anthony Lathrop, “Pregnancy Resulting from Rape“, Journal of Obstetric, Gynecologic,  
& Neonatal Nursing Vol 27. Issue 1, Jan. 1998

Khiara M. Bridges, “When Pregnancy is an Injury : Rape, Law and Culture”, 65  
Stan. L. Rev. 457, 2013

Lauren Hoyson, "Rape is Tough Enough Without Having Someone Kick You  
from the Inside: The Case for Including Pregnancy as Substantial Bodily  
Injury." Val. UL Rev. 44 No. 2, 2009

Can the rape related pregnancy considered an injury  
in criminal law?:  
critical review on two cases of Korean Supreme Court related to rape  
in mid 2019

Kwon, Chang-kook\*

In mid of 2019, although it did not get attention by people, Korean Supreme Court had presented noteworthy two cases in related to sex crime. both cases were rape cases and have a common feature in that the victims(female) became pregnant due to rape. especially in one case of two, the victim was a minor, 11 years old. in conclusion of two cases, the Supreme Court denied the establishment of injury by rape. the reason of these conclusion is, ① even considering the physical and mental change women experienced with pregnancy, the pregnancy itself of female is a expressing of natural & healthy physiological function, so is not considered injury, ② if the pregnancy of female is a injury, the scope of injury or negligence resulting in injury is too broad, so against the principle of “nulla poena nullum crimen sine lege”, ③ given the current sex crime sentencing standard, there is virtually benefits to interpreting the pregnancy as injury. and in the most of criminal law textbook, ④ the view that pregnancy is not an injury has been supported conventionally.

but, is this existing interpretation(pregnancy is not an injury) justified? Given the physical and mental changes that women face with pregnancy and the risks involved, it is hard to agree with conventional these view points easily. and according to current sex crime sentencing standards, apparently, there is no real gain in sentencing against the accused. but Indeed, in many cases, it is pointed out that the sentencing corresponding to the crimes of sex offenses cannot be achieved. In conclusion, as

---

\* Dept. of Police Science, Jeonju University

long as the current interpretation holds that pregnancy is not an injury, it would be impossible to solve the problem of punishment corresponding to sex crimes.

in this paper, first, I'll review the existing discussion on the concept of injuries under criminal law and whether a woman's pregnancy can be regarded as an injury, on the basis of the physiological impairment theory supported by the theory & the conventional case law. in addition, by comparing the relevant case and theories in the United States, I would like to expand our understanding related to this problem.

❖ key words: injury / physiological impairment theory / sex crime / rape & rape wound / pregnancy

# 다수준 분석을 통한 경찰신뢰 영향요인 탐색: 지역사회 맥락요인을 중심으로

조준택\*

국 | 문 | 요 | 약

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR,2020.03.31.1.99>

❖ 주제어 : 경찰신뢰, 지역사회 맥락, 범죄와 무질서, 경찰활동, 다수준 분석

\* 경찰인재개발원 생활치안교육센터 교수

## I. 서론

문재인 대통령은 최근 경찰 행사에 참석하여 경찰은 국민의 신뢰가 생명이라고 강조하였는데, 이러한 대통령의 언급이 없더라도 경찰의 신뢰가 중요하다는 점에 대해서는 국민과 경찰 모두 공감할 것이다. 경찰은 시민들로부터 법집행과 질서유지에 관한 권한을 위임받은 기관이므로 신뢰가 필수적이며(Nix et al., 2015), 현대 민주주의 사회에서 경찰은 시민들로부터 정당성을 획득해야 본연의 업무를 잘 수행할 수 있기 때문에 경찰신뢰는 매우 중요하다(Kääriäinen, 2007). 예를 들어 시민들이 경찰을 더 많이 신뢰할수록 경찰의 법집행에 더욱 잘 협조하고 범죄 신고가 많아져 경찰의 범죄해결에 긍정적인 영향을 줄 수 있다(Sargeant et al., 2014). 반면, 시민들의 경찰에 대한 신뢰가 낮을 경우 경찰활동의 정당성에 부정적인 영향을 주고, 범죄 신고가 감소함으로써 경찰활동의 효과성도 감소하며, 시민과 경찰의 협력도 저해될 수 있다(Merry et al., 2012).

이처럼 경찰에 대한 신뢰가 중요한 의미를 가지는데도 불구하고 우리나라 경찰의 신뢰수준은 다른 국가나 기관에 비해서 낮다는 점이 상당수 선행연구에서 지적된 바 있다(이미정, 2013; 장현석, 2014b; 정보성·이창배, 2018; 황의갑, 2013). 그리하여 경찰에 대한 시민들의 태도가 호의적이지 않고 경찰권의 정당성에 대한 의문이 제기되는 경우가 있다는 지적도 있었다(Jang & Hwang, 2014). 실제로 최근 여러 사건사고의 발생과 이에 대한 경찰의 미흡한 대처 등으로 인해 경찰에 대한 신뢰수준이 높다고 보기 어려운 점이 있지만, 코로나 바이러스 사태 관련 일선 현장에서 경찰관들은 국민을 위해 최선을 다하고 있다.

그동안 경찰신뢰를 제고하기 위한 영향요인을 탐색하기 위한 많은 연구들이 국내에서 수행되었는데, 초기 연구에서는 경찰의 업무태도(이상원·송건섭, 2001)나 인구통계학적 요인들이 경찰신뢰에 미치는 영향(유영현·신성식, 2008)에 초점을 둔 이후 연구모형이 확장되어 도구적 요인과 표현적 요인의 영향에 주목한 연구들이 수행되었다(강지현, 2016; 임창호·김영수, 2018; 장현석, 2013; 장현석, 2014a), 최근에는 연구범위도 확장되어 국가간 비교연구가 수행되는 한편(노연상·임창호, 2017; 이병도, 2017; 장현석, 2014b; 황의갑, 2013; 황의갑·한성일, 2016), 국가수

준의 변수를 투입하여 다수준 분석을 수행한 연구도 수행되었다(정보성·이창배, 2018).

이와 같이 경찰신뢰와 관련한 많은 연구에도 불구하고 여전히 탐색되지 않은 부분이 많은데(Nix et al., 2015), 국내의 경찰신뢰에 관한 연구들은 국외연구들에 비해 주로 개인수준의 변수들에 주목하였으며 상대적으로 경찰활동의 성과나 산출변수, 지역사회 환경변수들과 경찰신뢰와의 관계에 관한 연구가 부족하여 연구의 공백이 존재한다. 특히 기존 연구에서는 범죄나 무질서의 발생이나 인식 측면을 주로 고려하였다면, 이러한 범죄와 무질서에 대응하는 경찰활동의 산출변수들과 지역사회 환경과 관련된 구조적 요인들은 충분히 고려되지 않은 한계가 있다. 또한 국내에서 전국적인 대표성을 가진 자료를 기반으로 개인수준과 지역수준의 변수를 모두 고려하여 다수준 분석을 수행한 연구는 생각보다 매우 적은 실정이다.

그리하여 본 연구는 기존 연구의 공백을 메우기 위해 전국지역의 주민을 대상으로 수집된 자료를 기반으로 경찰청과 통계청의 자료를 결합하여 경찰성과와 치안환경에 관한 변수들을 충분히 고려하는 연구모형을 설정하고 다수준 분석을 실시하여 경찰신뢰에 영향을 미치는 요인을 탐색하고자 하며, 형사사법체계에서 중요한 의미를 갖는 경찰신뢰 제고를 위한 시사점을 도출하는데 기여하고자 한다.

## II. 이론적 배경 및 선행연구

### 1. 연구의 이론적 배경

#### 가. 경찰신뢰에 대한 논의

신뢰의 개념에 대해서는 다양한 정의가 있는데, 그 중 Hawdon(2008)은 신뢰를 특정한 역할을 가진 사람이나 조직이 사회적으로 정의된 규범적 기대와 일관된 방식으로 역할을 수행할 것이라는 믿음으로 정의하고 있다(Hawdon, 2008). 이러한 신뢰는 사회 안에서 개인들의 협력을 증진하는 무형자산인 사회적 자본(social capital)이며 사회 안정을 도모하는 한편 삶의 질을 제고하는 기능을 한다(이미정, 2013). Stoutland(2001)는 이러한 신뢰의 개념요소를 의존가능성, 역량, 공유된 가

치와 우선순위, 존중 등 4가지로 구체화하였는데, 이 중 의존가능성과 역량은 성과에 기반한 신뢰이고, 공유된 우선순위와 존중은 과정에 기반한 신뢰로 분류하고 있다(Stoutland, 2001).

경찰신뢰의 정의에 대해서도 국내외 학자들의 여러 논의가 있으며 특히 Sun과 동료들(2013)은 경찰신뢰의 개념을 3가지로 구체화하였는데, 첫 번째는 시민들이 경찰에 대해 가지는 일반적인 인식이나 의견이고 두 번째는 경찰에 대한 긍정적인 평가나 태도의 성격을 가지는 만족이나 정당성 인식이며 세 번째는 경찰성이나 활동의 세부적인 측면에 대한 인식으로서 효과성, 투명성, 공정성 등을 예시로 들며 개념화하고 있다(Sun et al., 2013). 이와 같은 맥락에서 경찰신뢰 개념은 경찰에 대한 태도, 업무만족도, 공정성, 효율성 등 다양한 개념을 포함한다는 주장도 있다(Jackson & Sunshine, 2007).

다만 이러한 구분에도 불구하고 경찰신뢰에 대한 일관된 정의가 존재하지 않으며 다양한 개념들이 상호교환적으로 혼재되어 사용되고 있기 때문에 해석에 일관성이 부족하다는 지적도 있으며(황의갑, 2013), 이에 일부 학자들은 경찰에 대한 신뢰가 다면적인 개념으로서 다양한 해석에 열려 있는 복잡한 현상이라고 주장하기도 하였다(Jackson & Bradford, 2009).

이와 같이 경찰신뢰는 정의하기 어려운 개념이지만 국내에서는 정부신뢰의 개념에 기반하여 경찰신뢰를 국민들의 경찰조직에 대한 긍정적 태도나 경찰활동이 국민이 가진 기대에 부합하여 수행되는지에 대한 평가로 정의하는 견해가 있다(이수창, 2014). 이러한 경찰신뢰는 최근 지역사회 경찰활동이 강조되면서 전통적인 범죄발생이나 검거를 통한 경찰활동의 객관적 평가뿐만 아니라 경찰에 대한 주관적 평가 지표로서 중요하게 기능하고 있으며(장현석, 2013), 실제로 경찰관서 평가에 반영되어 시민들의 삶의 질을 향상하고 신뢰를 제고하기 위한 경찰활동을 수행하도록 장려되고 있다(황의갑, 2013).

## 나. 경찰신뢰의 영향요인

### 1) 도구적 요인

이러한 경찰신뢰에 영향을 미치는 요인들에 대한 다양한 연구들이 수행되었으며 이러한 연구들의 기반이 된 주요 이론들을 살펴보면 먼저 시민들이 범죄예방과 통제에 대한 책임(accountability)이 경찰에게 있다고 인식하며 경찰활동에 대한 성과가 경찰에 대한 신뢰수준을 결정한다는 견해가 제기되었는데 경찰을 치안유지의 도구로 인식하는 의미에서 도구적 모형(instrumental model)으로 명명하고 있다(Skogan, 2009).

이 이론에 따르면 경찰활동이 범죄예방과 통제에 효과적이지 못해 범죄율이 높은 지역에서 거주하는 주민들은 경찰에 대한 신뢰가 낮을 수 있으며 이는 경찰의 성과가 미흡한 점을 반영하는 것으로도 해석된다(Reisig & Parks, 2000; Taylor & Lawton, 2012). 이와 관련 가장 대표적인 범죄유형인 살인범죄의 발생률이 높은 국가에서 경찰에 대한 신뢰가 낮다는 실증연구 결과들도 보고되어 그러한 주장을 뒷받침하고 있다(Cao et al., 2012; Jang et al., 2010). 즉, 범죄위험이 높아 지역주민의 안전이 중요 관심사인 경우 경찰의 역량이나 성과가 경찰에 대한 신뢰에 매우 중요할 수밖에 없다는 것이다(Tankebe, 2008). 유사한 맥락에서 이러한 범죄발생 요인 외에도 범죄피해나 두려움 요인도 경찰신뢰에 부정적인 영향을 줄 수 있다(Nix et al., 2015; Sproot and Doob, 2009).

따라서 경찰은 범죄대응과 관련하여 주민들이 신뢰할만한 대처를 해야 하는데(Sunshine & Tyler, 2003), 우리나라 경찰도 이러한 도구적 측면에 기반하여 주민들이 신고한 범죄의 검거율을 높임으로써 범죄발생과 범죄두려움을 감소시키려고 노력하였고 이러한 성과를 통해 경찰신뢰를 제고하기 위한 노력을 지속하여 왔다(Jang & Hwang, 2014). 이러한 활동은 경찰의 범죄통제에 대한 성과가 좋다면 주민들이 더욱 경찰을 신뢰할 것이라는 기대에 바탕을 둔 것이며 정부의 성과이론과도 연결된다(Van Craen & Skogan, 2015). 이러한 경찰전략과 관련하여 범죄를 감소시키기 위한 경찰전략이 오히려 지역주민의 범죄두려움을 증가시킬 수 있다는 연구결과가 보고되었으며 그러한 원인에 대하여 범죄대응으로 인해 증가된 경찰가시성이 주민들에게 지역치안에 대한 불안감을 자극한 것이라는 주장이 제기된 바 있지만(Hinkle & Weisburd, 2008), 최근 영국에서는 가시성이 높은 경찰활동이 경찰신뢰를 증진하였다는 실증연구 결과가 보고되어 도구적 모형을 뒷받침하였다

(Merry et al., 2012).

## 2) 표현적 요인

다음으로 영국의 학자들을 중심으로 제시된 모형으로서 표현적 모형(expressive model)은 지역사회의 질서유지나 도덕적 가치의 수호가 시민들의 경찰에 대한 신뢰를 결정하는 요인이라고 주장하는 이론이다(Jackson & Bradford, 2009). 이 이론은 지역사회 통합수준이 낮고 무질서가 많으면 시민들은 경찰이 지역사회의 도덕이나 가치를 지키는데 실패하였다고 인식하고 경찰에 대해 낮은 신뢰를 보인다고 설명하며(Merry et al., 2012), 앞서 범죄발생이나 범죄두려움과 같은 도구적 요인들보다 이러한 요인들이 경찰신뢰에 더욱 결정적인 역할을 한다고 주장한다(Jang & Hwang, 2014). 이러한 표현적 모형은 사회적 자본과 사회해체 이론, 아노미 이론 등과도 연결된다(임창호·김영수, 2018).

이 이론은 이러한 지역사회의 맥락적 요인이 경찰에 대한 주민들의 태도와 인식을 결정하는 중요한 요소이므로 지역주민의 공동체 의식과 협력증진, 지역사회의 질서유지가 경찰신뢰에 중요하다고 지적한다(Nix et al., 2015; Ren et al., 2005). 특히 도구적 모형과 비교했을 때 경찰이 상대적으로 더욱 적극적으로 대응해야 할 문제는 지역의 무질서 요인이다. 주민들은 지역의 무질서가 증가하면 경찰이 범죄가 아닌 문제라도 적극적으로 해결해주기를 기대하는데 이러한 기대와 달리 경찰이 문제를 충실히 해결하지 않을 경우 질서유지에 대한 의지가 부족하다고 생각하고 경찰에 대해 낮은 신뢰를 보일 수 있다고 설명한다(Reisig & Parks, 2000; Taylor & Lawton, 2012). 깨진 유리창 이론(Broken window theory)에 따라 무질서가 증가하면 향후 범죄로 악화될 수 있기 때문에(Wilson & Kelling, 1982), 지역주민들은 범죄예방을 위해 경찰에 질서유지를 요구하게 되고 그리하여 무질서에 대한 대응은 지역사회경찰활동에서 중요한 측면으로 부각되었다(Van Craen & Skogan, 2015). 그리하여 경찰이 지역사회의 일원으로서 경찰활동을 통해 지역의 질서와 주민의 삶의 질의 수호자로서 역할하고 지역사회의 통합이나 집합효능감을 증진하는데 기여할 경우 경찰에 대한 신뢰를 제고할 수 있다고 설명한다(Ren et al., 2005). 유사한 맥락에서 주민들의 지역에 대한 생활만족도가 높을수록 경찰에 대한 신뢰도

증가할 수 있다(Jang et al. 2010; Sun et al., 2013; Wu & Sun, 2009).

이러한 표현적 요인과 도구적 요인의 경찰신뢰에 대한 영향력을 비교한 연구들이 상당수 수행되었는데, 국내외의 전반적인 연구경향을 살펴보면 대체적으로 표현적 요인이 도구적 요인에 비해 경찰에 대한 신뢰에 더 영향을 많이 미친다는 연구결과가 다수로 파악된다(Jang & Hwang, 2014; Merry et al., 2012; Nix et al., 2015; Sun et al., 2013; 장현석, 2014a; 황의갑·한성일, 2016; 황의갑, 2013).

### 3) 지역사회 환경 요인

이러한 도구적 요인과 표현적 요인과 관련하여 경찰신뢰에 영향을 미치는 다양한 지역수준의 환경요인들이 있을 수 있는데 이와 관련된 논의들을 중심으로 살펴본다.

지역사회 환경요인 중에서 학자들의 관심을 받은 요인들 중 대표적인 요인으로 낮은 사회경제적 지위를 가진 주민들의 지역 내 비율(*concentrated disadvantage*)을 들 수 있다. 이 요인은 지역의 경제적 열악함이나 낙후정도를 보여주는 것으로 개별 연구들에서 1) 한부모가정 비율, 2) 실업률, 3) 기초수급자 비율 등으로 측정되고 있다(Lai & Zhao, 2010). 이러한 요인이 관심을 받는 이유 중 하나는 지역주민들에게 경찰서비스가 불공정하거나 불균등하게 배분되는 경우에 지역주민들의 인식에 부정적인 영향을 주고 경찰신뢰가 저하될 가능성이 있다는 주장을 근거로 한다(Hawdon, 2008). 실제로 상당수 실증연구에서는 이러한 비율이 높은 지역의 주민들이 경찰에 대해 불만족하는 경우가 많고 신뢰가 낮으며 법질서에 대해서 냉소적인 태도를 가지는 경우가 많다고 보고하였다(Nix et al., 2015; Reisig & Parks, 2000; Wu & Sun, 2009). 그리하여 경찰은 이러한 특성을 가진 지역에서 법집행과 치안서비스를 제공할 때 공정성 등의 측면에서 유의해야 하고 주민들에게 더 많은 노력과 시간을 투자해야 경찰신뢰 저하를 방지할 수 있다고 설명한다(Lai & Zhao, 2010; Nix et al., 2015). 이와 관련, 일부 연구에서는 경제력이 낮은 열악한 지역에서 치안서비스의 배분적 공정성이 반드시 낮은 것은 아니라는 반론도 존재한다(Sun et al., 2013).

또한 앞서 언급한 사회안전망과 관련된 요인으로 공공안전서비스에 대한 비용투자도 고려될 수 있다. 이와 관련 Kääriäinen(2007)은 유럽 국가들의 자료를 바탕으

로 흥미로운 해석을 제시하고 있는데, 그에 따르면 일반적으로 공공안전서비스에 대한 예산지출이 증가할 경우 실제 안전수준이 높아져 주민들의 경찰신뢰가 증가할 것이라고 기대되지만, 실증연구 결과 투자액이 증가할수록 오히려 경찰신뢰 수준이 감소하였다. 이러한 결과에 대해 국가의 재원이 한정되어 있는데 공공안전서비스에 대한 투자가 증가할 경우 상대적으로 복지서비스에 투자되는 비용이 감소하면서 오히려 불평등으로 인한 범죄발생이나 범죄에 대한 불안을 초래할 수 있다고 해석하고 있다(Kääriäinen, 2007). 어떻게 보면 다소 모순적인 해석이 우리나라에도 적용될 수 있는지 분석의 필요성이 존재한다.

다음으로 이민자나 소수인종과 같은 외국인 요인이 있는데, 이와 관련 외국인 거주자들이 범죄피해를 당할 확률이 높아 경찰에 대한 신뢰가 낮다는 연구결과도 있고(Sargeant et al., 2014), 경찰의 법집행이 외국인 집단 거주 지역에 초점을 맞추고 내국인과 비교하여 차별적인 법집행을 경험하는 경우가 많아 경찰신뢰가 높지 않다는 견해도 존재한다(Lai & Zhao, 2010; Wu & Sun, 2009). 이와 관련 이민자들과 다른 집단을 비교분석한 연구에 따르면 이민자들이 범죄위험에 처할 가능성이 높고 경찰로부터 불공정하게 대우받을 수 있음에도 불구하고 오히려 경찰에 대한 신뢰가 높고 비판적 의견이 적어 예상과는 다른 연구결과가 보고되기도 하였다(Sun et al., 2013). 한편 국내에서는 외국인 집단거주 지역 주민들의 경찰신뢰에 경찰의 효과성에 대한 인식이나 법집행의 공정성, 비공식적 사회통제가 영향을 미치는 것으로 파악되었다(임창호·김영수, 2018).

이외에 경찰신뢰와 관련하여 고려될 수 있는 지역수준 요인들을 살펴보면 표현적 모형의 기반을 이루고 있는 사회해체이론(Shaw & Mckay, 1942)이나 아노미 이론(Durkheim, 1897) 등과 관련된 변수로서 이혼율이나 자살률 요인을 생각해 볼 수 있다. 특히 이혼율의 경우 살인을 포함한 범죄발생이나 범죄두려움과 유의한 관계가 있다는 연구결과들(박종훈·이경재·이성우, 2018; 정진성·박현호, 2010)이 상당수 존재하여 경찰신뢰와의 관계를 분석할 필요성이 존재한다. 한편, 자살률의 경우에는 경찰신뢰나 직접적으로 분석한 연구결과가 국내에서는 발견되지 않지만 국가수준 연구에서 아노미 지수가 높을수록 경찰신뢰가 저하된다는 연구결과(Cao et al., 2012)에 근거하여 탐색을 시도할 필요가 있다. 또한 국외에 비해 국내에서는 시

설이나 장소 요인을 고려한 연구들이 상대적으로 부족한데, 범죄와 무질서가 빈발한 유흥시설이나 주민들이 많이 이용하는 공원 등 다중시설의 경우 범죄두려움과 관련이 있다는 연구가 상당수 보고된 바 있지만(Dietz, 1997; 배용규·김희재·권경오, 2009; 박현수, 2018), 경찰신뢰에도 직접적으로 영향을 주는지에 대해서는 국내 외적으로 연구가 거의 수행되지 않아 분석해 볼 필요가 있다.

## 2. 관련 선행연구 검토

경찰신뢰에 영향을 미치는 요인에 대한 기존 연구들을 살펴보면, 먼저 도구적 범죄관련 요인 중 범죄피해 변수는 일부 연구(Nix et al., 2015)를 제외하고 경찰에 대한 신뢰에 부정적인 영향을 주는 연구결과들이 대다수를 차지한다(Alalehto & Larsson, 2016; Kääriäinen, 2007; Lai & Zhao, 2010; Ren et al., 2005; Sun et al., 2013; Van Craen & Skogan, 2015; 강지현, 2016; 장현석, 2014a; 정보성·이창배, 2018; 황의갑·한성일, 2016). 범죄두려움도 일부 연구들(Lai & Zhao, 2010; Ren et al., 2005; Wu & Sun, 2009; 임창호·김영수, 2018)을 제외하고 상당수의 연구에서 경찰신뢰와 부적 관계를 보고하였다(Jang & Hwang, 2014; Kääriäinen, 2007; Merry et al., 2012; Sun et al., 2013; Van Craen & Skogan, 2015; 강지현, 2016; 장현석, 2014a). 한편, 범죄발생 변수를 분석에 투입한 연구는 상대적으로 소수이며 범죄율이 경찰신뢰에 유의한 영향을 주었다는 연구결과도 있지만(Cao et al., 2012; Jang et al., 2010; Reisig & Parks, 2000), 유의한 관계가 없다는 분석결과(Lai & Zhao, 2010; Nix et al., 2015; 한보영·최재용·이윤호, 2014)가 혼재된 경향을 보인다.

이러한 범죄요인에 대응하는 경찰활동 요인과 경찰신뢰의 관계를 분석한 연구결과들을 살펴보면, 상당수 연구결과에서 주민들이 경찰의 역량이나 성과에 대해 긍정적으로 인식할수록 경찰신뢰가 증가하였다(Alalehto & Larsson, 2016; Lai & Zhao, 2010; Sargeant et al., 2014; Wu & Sun, 2009; 임창호·김영수, 2018). 한편, 경찰의 구체적인 활동 측면에서 범죄검거율이 높을수록 경찰신뢰가 증가한 반면(한보영·최재용·이윤호, 2014), 경찰이 교통위반 등에 통고처분을 많이 수행할수록 경찰에 대한 신뢰는 감소하였는데 이러한 결과가 주민들이 경찰이 범죄와 같은 주요

한 문제에 대응하지 않고 경미한 사안을 단속한 것에 불만을 반영한 것이라고 해석하고 있다(Ren et al., 2005).

또한 표현적 요인의 경우 국내외를 통틀어 대부분의 연구에서 일관된 연구결과를 보고하고 있는데 지역의 무질서 인식이 높을수록, 지역사회 응집이나 비공식적 사회통제가 높다고 인식할수록, 삶의 만족도가 높을수록 경찰에 대한 신뢰가 증가하였다(Jang et al, 2010; Jang & Hwang, 2014; Merry et al., 2012; Nix et al., Ren et al., 2005; Sun et al., 2013; Taylor & Lawton, 2012; Wu & Sun, 2009; 강지현, 2016; 장현석, 2014a; 한보영·최재용·이윤희, 2014; 황의갑·한성일, 2016).

다음으로 지역사회 환경요인의 경우 상대적으로 소수의 연구들이 수행되었는데 관련 연구들을 살펴보면, 낮은 사회경제적 지위를 가진 주민들의 지역 내 비율(concentrated disadvantage)이 높을 경우 경찰신뢰가 감소하였다는 연구결과가 있는 반면(Lai & Zhao, 2010), 양자 간의 유의한 관계가 없다는 연구도 보고되었다(Nix et al., 2015). 한편, 외국인 변수의 경우 국가 수준 연구에서 경찰신뢰와 부적 관계를 보고한 연구결과가 존재하며(Alalehto & Larsson, 2016), 공공서비스 제공 수준이 좋지 않으면 경찰신뢰에 부정적인 영향을 주었다(정보성·이창배, 2018).

마지막으로 인구통계학적 요인 중에서 경찰신뢰와 일관된 관계를 가지는 것은 연령 변수였으며, 국내외 대부분의 연구에서 연령이 높을수록 경찰신뢰가 높았다(Alalehto & Larsson, 2016; Cao et al., 2012; Jang et al., 2010; Kääriäinen, 2007; Lai & Zhao, 2010; Merry et al., 2012; Ren et al., 2005; Sun et al., 2013; Taylor & Lawton, 2012; 강지현, 2016; 장현석, 2014a; 정보성·이창배, 2018; 한보영·최재용·이윤희, 2014; 황의갑·한성일, 2016). 이러한 결과에 대하여 연령이 증가할수록 체제에 보다 순응하고 보수적으로 변화하는 경향을 반영한 것이라는 주장이 있으며(이병도, 2017), 청년층은 경찰을 독립성을 제약하는 존재로 인식하여 고령자에 비해 경찰에 대한 평가가 호의적이지 않을 수 있다는 해석도 있다(Ren et al., 2005), 이외 성별, 소득, 혼인, 학력과 같은 개인적 특성 변수들은 경찰신뢰와의 관계가 유의한지 여부와 관련하여 연구에 따라 일관되지 않은 경향을 보이고 있다.

### Ⅲ. 연구설계

#### 1. 분석자료

본 연구는 다수준 분석을 통해 경찰신뢰에 대한 영향요인을 탐색하기 위해 한국형사정책연구원의 국민생활안전실태조사(전국범죄피해조사) 2014년도 자료(최수형 외, 2015)를 기본으로 하고 지역자료의 경우 경찰청의 전국 경찰서 통계 및 통계청의 기초지방자치단체 통계를 결합하였으며, 지역수준의 분석단위는 기초지방자치단체로 설정하였다. 한국형사정책연구원의 자료에는 전국적으로 약 15,000여명의 응답치가 포함되었는데, 이 중 80여개 군 지역 자료의 경우 응답치가 평균 20명 미만에 불과한 점, 도시지역과 치안환경이 상이한 점 등을 고려하여 분석에서 제외하였다. 추가적으로 지역자료에서는 한국형사정책연구원에서 조사하지 않은 지역, 경찰청 통계에서 오류나 결측이 있는 지역 등을 제외하고 지방자치단체와 경찰서의 관할이 일치하지 않는 경우 지방자치단체 수준으로 통합하는 과정 등을 통해 일부 지역이 축소되는 과정을 통해 총 135개 지역에서 응답한 13,036명에 대한 자료를 분석에 활용하였다.

#### 2. 변수와 측정방식

본 연구에서 활용한 변수들과 측정항목 및 방식은 아래 <표 1>과 같다. 종속변수인 경찰신뢰의 경우 강지현(2016)과 유사하게 전국범죄피해조사 자료에서 순찰, 신고대응, 범죄검거에 대한 시민의 신뢰를 측정한 값을 활용하였으며, 본 연구에서는 이들 항목을 5점 척도로 측정한 값을 합산하여 분석에 투입하였다. 개인수준의 독립변수로서 먼저 표현적 시각과 관련이 있는 지역유대와 집합효능감, 무질서 인식의 경우 전국범죄피해조사에서 측정한 항목들의 값을 합산하여 분석에 활용하였다. 또한 삶의 만족도의 경우 전국범죄피해조사 자료의 측정값을 그대로 활용하였다. 한편, 도구적 시각과 관련이 있는 범죄피해 변수는 이분형 변수로 측정되었으며, 범죄두려움의 경우 8가지 유형의 구체적 범죄에 대한 두려움을 각각 측정한 값을 합

산하였다. 통제변수로서 성별과 연령 등 응답자의 개인적 특성변수의 경우의 경우 대체적으로 전국범죄피해조사 자료의 측정방식을 활용하였으며 혼인 변수의 경우 배우자 존재에 관한 이분형 변수로 변형하여 분석에 투입하였다.

한편 지역수준 변수들은 범죄와 무질서 발생, 경찰활동, 치안환경 변수로 분류될 수 있다. 먼저 범죄발생은 5대 범죄 발생건수, 무질서 발생은 무질서 관련 112신고 건수로 측정하고 인구 10만 명 기준 표준화된 수치의 로그 값을 분석에 활용하였다. 경찰활동 변수들은 지역경찰관 수, 5대 범죄 검거율, 통고처분과 즉결심판 건수, 공공질서 및 안전예산 지출액 변수가 있는데, 이 중 검거율 변수는 그대로 활용하고 나머지 변수들은 인구 10만 명 기준 표준화된 수치의 로그 값을 분석에 활용하였다. 치안환경 변수들 중 유흥시설은 유흥주점과 단란주점을 합산한 값, 공공장소는 공원과 다중이용시설을 합산한 값을 활용하였으며 자살률과 이혼율을 제외한 변수들은 인구 10만 명 기준 표준화된 수치의 로그 값을 분석에 활용하였다.

〈표 1〉 변수 개관 및 측정

변수	측정
경찰신뢰	1)순찰, 2)신고대응, 3)범죄검거 신뢰(각 5점 척도)를 합산
지역유대	이웃 교류와 원조, 참여 등에 관한 4가지 항목(각 5점 척도) 합산
집합 효능감	범죄신고, 피해자 지원, 예방순찰 등 3가지 항목(각 5점 척도) 합산
삶의 만족도	삶의 만족수준에 대하여 11점 척도 측정
무질서 인식	1)물리적 무질서(쓰레기, 조명, 방치된 건물 등 각 5점 척도값 합산) 2)사회적 무질서(기초질서, 청소년비행, 시비 등 각 5점 척도값 합산)
범죄피해	범죄피해 경험=1, 없음=0
범죄두려움	1)강도, 2)성폭력, 3)절도, 4)폭행, 5)손괴, 6)주거침입, 7)사기, 8)스토킹(각 5점 척도값 합산)
범죄와 무질서 발생	1)5대 범죄 발생건수 2)무질서 112신고건수
경찰활동	1)지역경찰 인력 2)5대범죄 검거율, 3)통고처분건수, 4)즉결심판건수 5) 공공질서 및 안전예산(백만원)
치안환경	유흥시설(유흥주점 및 단란주점), 공공장소(공원과 다중이용시설), 기초수급자, 외국인, 자살률, 이혼율
응답자 개인특성	1)성별(여성=1), 2)연령대(10대-70대), 3)소득(월소득 구간), 4)혼인(배우자 존재여부), 5)학력(무학-대학원이상)

## IV. 분석결과

### 1. 기초통계 분석

전국범죄피해조사 자료 중에서 본 연구의 분석에 포함된 응답자들의 개인특성을 분석한 결과, 성별의 경우 여성이 52.6%로 남성보다 비율이 높았으며, 연령은 50대(19.3%), 40대(19.1%), 30대(15.8%), 60대(13.7%), 20대(12.8%), 70대 이상(12.5%) 순으로 높았다. 소득은 월 100만원 미만이 62.5%로 가장 많았고, 300만원대(9.3%), 200만원대(8.2%), 400만원대(6.7%) 순이었다. 미혼, 사별, 이혼 등에 해당하지 않고 배우자가 있는 경우가 약 65%였으며, 학력은 고등학교(37.2%), 대학교(22.2%), 전문대(16.4%) 순으로 많았다. 또한 범죄피해의 경우 경험했다는 응답자가 전체의 약 4%였다(표 생략).

개인적 특성 변수 외에 분석에 투입된 개인수준 및 지역수준 변수들의 기술통계 분석결과는 <표 2>에 정리되어 있다. 먼저 개인수준 변수들 중 종속변수인 경찰신뢰의 평균은 15점 기준 10.2점으로 중간 값 기준으로 약간 높은 수준이었으며, 지역유대와 집합효능감, 삶의 만족도도 중간 값 기준으로 약간 높은 수준인 반면, 무질서 인식과 범죄두려움의 평균은 상대적으로 낮은 편이었다.

한편, 지역수준 변수들은 5대 범죄 검거율, 이혼율 변수를 제외하고 인구 10만 명당 수로 표준화한 값을 산출하였다. 범죄 및 무질서 발생과 관련하여 5대 범죄 발생건수의 평균은 약 113건이며 최소 지역은 약 6건, 최대 지역은 약 630건으로 편차가 약 100배가 넘었다. 무질서 관련 112신고건수는 평균 5,500여건이 접수되며 최소 지역 및 최대 지역별 편차가 약 11배가 넘었다. 지역경찰관 수는 평균 71명이 배치되고 공공안전 및 질서예산의 경우 평균 약 33억이 지출되었는데 지역별 편차가 커 불균형이 심한 것을 보여준다. 이러한 경찰자원에 기반한 법집행으로 5대 범죄 검거율의 평균은 약 68%이고, 통고처분은 평균 약 320건, 즉결심판은 약 94건을 수행하고 있는 것으로 파악되었다. 또한 지역사회 특성변수들을 보면 유흥업소와 공공장소는 평균 약 170여곳이 분포하며, 기초수급자의 평균은 약 2,700여명, 외국인의 평균은 약 2,200여명으로 분석되었다. 또한, 자살률의 평균은 인구 10만명 기

준 약 28명이고, 이혼율의 평균은 인구 1,000명 기준 약 2명이었는데, 경찰자원의 경우와 같이 지역별 편차가 컸다.

〈표 2〉 기술통계 분석결과

변수	평균	표준 편차	최소	최대	변수	평균	표준 편차	최소	최대
경찰신뢰	10,2	2,1	3	15	5대범죄 발생	113,2	91,2	5,6	629,7
지역 유대	10,8	3,7	4	20	질서112신고	5571	2855	1797	20904
집합 효능감	9,8	2,3	3	15	공공안전예산	3310	4505	74	23469
삶의 만족도	7,3	1,5	1	11	지역경찰관	71	45	21	482
물리적 무질서	6,8	2,4	3	15	5대범죄 검거	.68	.09	.50	.99
사회적 무질서	6,8	2,2	3	15	통고처분	319	864	12	9035
범죄두려움	17,3	6,2	8	40	즉결심판	94	53	24	369
유흥시설	169	167	10	1305	외국인	2175	1867	309	10222
공공장소	177	149	6	847	자살률	27,9	5,9	10,5	43,1
기초수급자	2706	1425	591	8260	이혼율	2,3	.4	1,4	3,7

분석에 투입된 개인수준 변수들의 측정항목에 대한 타당성을 확인하기 위한 요인 분석과 신뢰도 분석을 실시한 결과 종속변수인 경찰신뢰의 경우 신뢰도 계수가 .80 이고, 요인적재치의 범위가 .79에서 .84 사이로 수용가능하였다. 이외에 지역유대, 집합효능감, 무질서 인식, 범죄두려움 변수들도 신뢰계수가 최소 .73에서 최대 .93 이고 요인적재치의 범위도 .52에서 .89 사이로 수용가능한 수준으로 확인되었다(표 생략).

## 2. 상관관계 분석

개인수준 변수들 간의 상관분석결과는 아래 <표 3>에 제시되어 있다. 종속변수 인 경찰신뢰는 다른 변수들과 모두 통계적으로 유의한 상관관계가 존재하였다. 구체적으로 삶의 만족수준이 높을수록, 지역유대와 집합효능감이 높을수록, 여성이거나 연령이 높고, 배우자가 있거나 소득이 높을수록 경찰신뢰가 증가하는 양의 상관 관계가 발견되었다. 반면, 무질서 인식이 높을수록, 범죄피해가 있거나 두려움이 높

을수록, 학력수준이 높을수록 경찰신뢰는 감소하는 음의 상관관계가 발견되었다. 상관계수를 볼 때 지역유대와 집합효능감이 경찰신뢰와 높은 상관관계를 가지고 있었으며, 다중공선성 분석을 위해 VIF값을 산출한 결과 분석을 진행하는데 특별한 문제는 발견되지 않았다. 한편, 지역수준 변수들 간의 상관분석을 수행한 결과, 치안환경 및 수요와 관련이 있는 유흥시설이나 공공장소 등이 많을수록 범죄발생이나 무질서 관련 신고가 많고, 그에 따라 경찰관들이 많이 배치되어 범죄검거나 무질서 단속이 많은 양의 상관관계가 존재하였다(표 생략).

〈표 3〉 개인수준 변수 상관분석 결과

	경찰 신뢰	성별	연령	혼인	소득	학력	생활 만족	물리적 무질서	사회적 무질서	지역 유대	집합 효능감	범죄 피해
성별	.03**	1										
연령	.13**	.04**	1									
혼인	.05**	-.05**	.40**	1								
소득	.02*	.11**	.05**	.27**	1							
학력	-.07**	-.16**	-.55**	.01	.17**	1						
생활 만족	.14**	.00	-.11**	.10**	.10**	.21**	1					
물리적 무질서	-.12**	.02*	-.04**	-.06**	-.04**	-.04**	-.12**	1				
사회적 무질서	-.15**	.01	-.12**	-.04**	-.01	.06**	-.11**	.62**	1			
지역 유대	.29**	.07**	.35**	.15**	.01	-.32**	.05**	.10**	-.04**	1		
집합 효능감	.38**	-.01	.16**	.10**	.05**	-.10**	.09**	.01	-.04**	.51**	1	
범죄 피해	-.03**	.03**	-.01	-.01	.07**	.02*	-.01	.06**	.05**	-.01	.01	1
범죄 두려움	-.06**	.18**	-.09**	-.02*	.05**	.04**	-.07**	.29**	.36**	.02*	-.01	.08**

\*  $p < .05$ , \*\*  $p < .01$

### 3. 다수준 분석

다수준 분석을 실시하기 전 우선 설명변수를 투입하지 않고 종속변수만을 투입한 기초모형을 분석한 결과, 경찰신뢰의 분산 중 개인수준 변수와 지역수준 변수의 변량을 산출하였다. 그리하여 계산된 급내 상관관계수(Intraclass correlation는 약  $.19(=0.9/0.9+3.78)$ 였으며, 이는 경찰신뢰의 분산 중 지역수준의 설명부분이 약 19%를 차지한다는 것으로 다수준 분석의 적절성을 보여주며, 경찰신뢰에 관한 다수준 분석을 실시한 연구들에서도 15%에서 20% 사이의 급내상관관계수를 보고한 바 있다(강지현, 2016; 정보성·이창배, 2018).

그리하여 개인수준 변수들을 투입하여 분석한 결과, 경찰신뢰는 소득과 학력을 제외한 독립변수들과 통계적으로 유의한 관계가 발견되었다. 구체적으로 지역유대와 집합 효능감, 삶의 만족도가 높을수록 경찰에 대한 신뢰가 유의하게 증가한 반면, 무질서 인식이 높을수록, 범죄피해가 있는 경우, 범죄두려움이 높을수록 경찰신뢰는 유의하게 감소하였다. 이들 변수 중 집합 효능감이 경찰신뢰에 미치는 긍정적인 영향력이 가장 높았고, 무질서 인식의 경우 물리적 무질서 인식에 비해 사회적 무질서 인식 변수가 경찰신뢰에 대한 부정적인 영향력이 더 높았다. 또한 범죄두려움에 비해 범죄피해가 경찰신뢰 감소에 미치는 부정적인 영향이 더 많았다. 한편, 인구사회학적 특성 변수와 경찰신뢰와의 관계를 보면, 여성일 경우와 연령이 높을수록 경찰에 대한 신뢰가 높은 반면, 배우자가 없는 경우에 비해서 배우자가 있는 경우 경찰신뢰가 유의하게 낮았다. 이러한 고정효과 모형에 대한 우도비 검정(likelihood-ratio test)결과 유의하였다.

또한 임의효과에 대한 분석결과, 개인수준 변수들과 경찰신뢰와의 관계가 지역적으로 차이가 있는 것으로 나타나 지역수준 변수들까지 투입한 위계선형모형 분석을 실시한 결과는 아래 <표 4>와 같다. 다양한 지역수준 변수들 중에서 경찰신뢰와 유의한 관계가 발견된 변수는 공공장소와 자살률 변수였는데, 지역 내 공공장소가 많을수록, 지역의 자살률이 높을수록 경찰에 대한 신뢰가 유의하게 감소하였다. 이들 변수들 외에 다른 지역수준 변수들의 경우 경찰신뢰와의 통계적으로 유의한 관계가 발견되지 않았다.

〈표 4〉 경찰신뢰의 영향요인에 대한 다수준 분석결과

구분	전체		
	계수	SE	
개인수준	상수	6.30**	2.00
	지역유대	.08***	.01
	집합 효능감	.25***	.01
	삶의 만족도	.12***	.01
	물리적 무질서	-.08***	.01
	사회적 무질서	-.10***	.01
	범죄피해	-.18*	.08
	범죄두려움	-.01*	.00
	성별	.10**	.03
	연령대	.07***	.01
	배우자	-.17***	.04
	월소득	-.01	.01
	학력	-.02	.02
지역수준	유형시설	-.31	.25
	공공장소	-.56**	.21
	기초수급자	.39	.39
	외국인	.26	.27
	자살률	-.03*	.01
	이혼율	.31	.24
	5대 범죄발생	.25	.24
	무질서112신고	-.14	.62
	공공안전 및 질서예산	-.14	.17
	지역경찰	.02	.02
	범죄검거율	.71	1.00
	통고처분	.26	.21
	즉결심판	-.03	.02
Deviance		52072.73	

\* p&lt; .05, \*\* p&lt; .01, \*\*\* p&lt; .001

앞서 다수준 분석에서 범죄두려움이 경찰신뢰와 부적 관계를 가지는 점이 발견되었다. 이와 관련 본 연구에서 활용한 범죄두려움 변수는 여러 종류의 범죄에 대한 두려움의 측정값을 합산한 값을 사용했기 때문에 어떤 유형의 범죄에 대한 두려움이 구체적으로 경찰신뢰에 부정적인 영향을 주는지에 대하여 추가적으로 탐색해보

고자 하였다. 이를 위해 재물손괴나 사기 등 대물범죄 등을 제외하고 절도, 강도, 폭행, 성폭력, 침입범죄에 대한 두려움과 경찰신뢰와의 관계를 회귀분석한 결과는 아래 <표 5>에 정리되어 있다. 분석결과, 성폭력 범죄에 대한 두려움 변수만이 경찰신뢰에 유의하게 부정적인 영향을 주는 것으로 나타났으며 이외 다른 범죄들에 대한 두려움은 경찰신뢰와 유의한 관계가 발견되지 않았다. 이와 관련 분산팽창지수(VIF)의 범위는 1.83부터 3.35로 다중공선성 문제는 발견되지 않았다.

또한 분석에 활용한 많은 변수들은 범죄두려움에 영향을 미칠 수 있는 변수들이며, 범죄두려움이 경찰신뢰와의 관계를 매개하는 기능을 할 수 있다. 이에 범죄두려움이 포함된 모형과 제외된 모형에 대한 비교분석을 수행한 결과, 범죄두려움이 지역유대, 삶의 만족도, 무질서 인식, 범죄피해, 성별, 연령, 공공장소 변수와 경찰신뢰와의 관계를 부분 매개하는 것으로 판단된다.

<표 5> 경찰신뢰와 범죄유형별 두려움의 관계

변수	계수	표준오차	t	비고
상수	10.54***	.05	194.99	F=14.10*** R <sup>2</sup> =.01
절도 두려움	-.04	.04	-1.22	
강도 두려움	-.01	.04	-.29	
폭행 두려움	-.05	.03	-1.62	
성폭력 두려움	-.10***	.03	-4.06	
침입범죄 두려움	.03	.03	.96	

\* p< .05, \*\* p< .01, \*\*\* p< .001

다음으로 수준 간 상호작용을 분석한 결과는 아래 <표 6>에 정리되어 있다. 구체적으로 연령, 지역유대, 집합효능감과 경찰신뢰와의 관계가 각각 지역의 자살률 변수에 의해 조절되었다. 연령이 높을수록, 지역유대와 집합효능감이 높을수록 각각 경찰에 대한 신뢰가 증가하는데 이러한 긍정적인 효과가 자살률이 낮은 지역보다 자살률이 높은 지역에서 감소한다는 것인데, 한편으로 지역의 자살률을 낮추면 이러한 긍정적인 효과를 제고할 수 있다는 점을 보여준다. 한편, 연령, 지역유대, 집합효능감과 경찰신뢰와의 관계는 지역수준의 공공장소 변수에 의해서는 조절되지 않은 차이도 발견되었다.

〈표 6〉 수준간 상호작용 분석결과

수준		경찰신뢰	
개인수준	지역수준	계수	표준오차
연령	자살률	-.01 <sup>†</sup>	.01
지역유대		-.01**	.00
집합효능감		-.01***	.00
범죄피해		.01	.02
범죄두려움		-.01	.01
연령	공공장소	.04	.04
지역유대		-.02	.02
집합효능감		-.04	.03
범죄피해		-.40	.29
범죄두려움		.01	.02

† p < .10, \* p < .05, \*\* p < .01, \*\*\* p < .01

한편, 경찰에 대한 신뢰가 낮은 집단은 범집행에 냉소적 인식을 보이고 경찰에 대한 불만족이 높다는 점을 고려한다면(Reisig & Parks, 2000; Wu & Sun, 2009), 과연 어떠한 요인이 낮은 경찰신뢰에 영향을 미치는지에 대하여 탐색하는 것도 상당한 의의가 있을 것이다. 그리하여 종속변수인 경찰신뢰의 중간 값을 기준으로 고신뢰 집단(11점 이상) 저신뢰 집단(10점 이하)로 분류하고 각 집단별로 다수준 분석을 실시하여 경찰신뢰에 영향을 미치는 요인이 차이가 있는지 탐색을 시도하였다.

분석결과는 아래 <표 7>과 같은데, 먼저 공통적으로 고신뢰 집단과 저신뢰 집단에서 지역유대, 집합효능감, 삶의 만족도, 공공장소가 경찰신뢰와 유의한 관계가 발견되었다. 특히 계수 값을 보면, 이들 변수들의 영향력이 고신뢰 집단에 비해 저신뢰 집단에서 상대적으로 더 큰 것을 확인할 수 있다. 한편, 집단별 차이점도 발견되었는데, 고신뢰 집단에서는 물리적 무질서 변수와 경찰신뢰와의 관계는 유의하지 않은 반면, 사회적 무질서 인식 변수가 경찰신뢰에 부정적 영향을 주었다. 반면, 저신뢰 집단에서는 물리적 무질서 변수가 경찰신뢰에 부정적 영향을 주었지만, 사회적 무질서 인식 변수는 경찰신뢰와의 관계가 유의하지 않은 상반된 경향이 나타났다. 이외에 저신뢰 집단에서는 범죄피해가 있을 경우, 소득이 높을수록 경찰신뢰가 유의하게 감소한 반면, 연령이 높을수록 경찰신뢰가 유의하게 증가하였지만, 고신뢰 집단에서는 이들 변수들과 경찰신뢰와의 관계가 모두 유의하지 않았다.

〈표 7〉 경찰신뢰의 수준에 따른 영향요인 비교

구분	고신뢰(N=6,092)		저신뢰(N=6,944)		
	계수	SE	계수	SE	
개인 수준	상수	9.90***	1.02	8.17***	1.26
	지역유대	.02***	.00	.04***	.01
	집합 효능감	.06***	.01	.13***	.01
	삶의 만족도	.03**	.01	.05***	.01
	물리적 무질서	-.01	.01	-.05***	.01
	사회적 무질서	-.05***	.01	-.02	.01
	범죄피해	.03	.07	-.17*	.08
	범죄두려움	-.01	.01	.01	.01
	성별	.03	.03	.05	.03
	연령대	-.01	.01	.03*	.01
	배우자	-.03	.03	-.02	.04
	월소득	-.01	.01	-.03**	.01
	학력	-.01	.01	-.03	.02
	지역 수준	유흥시설	.01	.12	-.13
공공장소		-.24*	.11	-.31*	.14
기초수급자		.26	.20	.02	.25
외국인		.12	.13	.04	.17
자살률		-.01	.01	-.01	.01
이혼율		-.03	.12	.06	.16
5대 범죄발생		-.01	.12	.03	.15
무질서112신고		.36	.32	-.44	.39
공공안전 및 질서예산		.03	.08	-.03	.10
지역경찰		-.01	.01	.01	.01
범죄검거율		.28	.50	.30	.64
통고처분		.07	.11	.15	.13
즉결심판		-.01	.01	.01	.01
Deviance		16479.12		23755.08	

\* p< .05, \*\* p< .01, \*\*\* p< .001

## V. 논의 및 결론

본 연구는 법집행과 치안서비스 제공으로 요약되는 경찰활동의 중요한 기반인 경찰신뢰에 대한 영향요인을 보다 심층적으로 탐색하기 위해 전국단위의 대표성을 가진 자료를 바탕으로 다수준 분석을 실시하였다. 특히 범죄나 무질서 발생, 경찰인력, 범죄유발 장소요인 등 국내의 치안환경에 대한 지역수준 변수를 분석모형에 반영한 연구가 매우 부족한 공백을 메우기 위해 경찰청과 통계청 자료를 활용하여 다양한 치안환경 변수들을 모형에 포함시켜 탐색을 시도하였다. 분석결과를 통해 경찰신뢰를 제고하기 위해 도출할 수 있는 논의와 시사점은 다음과 같다.

먼저 분석결과 경찰신뢰에는 표현적 시각과 관련된 요인과 도구적 시각과 관련된 요인이 모두 영향을 미치는데 집합효능감 등 표현적 시각 요인의 영향력이 더 큰 것으로 파악된다. 그러므로 경찰은 신뢰제고를 위해 지역주민들의 적극적인 협력을 확보하고 공동체 의식을 증진할 수 있는 공동체 치안활동을 앞으로 더욱 적극적으로 전개할 필요가 있다. 이와 관련 경찰과 주민간 합동순찰이 경찰에 대한 신뢰에 긍정적인 효과가 있다는 연구결과는 시사하는 바가 있다(김학범, 2015).

한편, 본 연구에서 새롭게 발견한 연구결과인 지역의 자살률이 높을수록 경찰신뢰가 감소하는 분석결과는 지역의 사회통합 수준이 낮고 불안정성이 높은 경우 경찰신뢰에 부정적인 영향을 줄 수 있다는 점에서 표현적 시각의 주장과 일부 부합되는 측면이 있다고 판단된다. 특히 수준 간 상호작용 분석결과에서 지역의 자살률이 높을수록 지역유대와 집합 효능감의 경찰신뢰에 대한 긍정적인 효과가 감소하는 결과도 아울러 고려한다면, 지역의 자살률을 낮출 필요성이 존재한다. 이러한 과업은 경찰의 노력만으로 이루기 어렵고 사회전반적인 관심과 지원이 필요한 부분이지만, 경찰차원에서 더욱 촘촘한 사회안전망을 구축하기 위해 요구되는 역할을 수행할 필요가 있다. 예를 들어 증가하는 자살기도자에 대한 신속한 출동으로 구조 활동에 임하고 상담이나 치료 등 후속조치에도 만전을 기울인다면 경찰에 대한 신뢰에 긍정적인 효과를 거둘 수 있을 것으로 기대된다. 우리나라는 고령화 등 여러 측면에서 일본을 따라가는 경향을 보이는데, 일본에서 경제사정 악화로 지역사회 안전망에 점차 균열이 생기면서 범죄문제가 증가하고 경찰신뢰가 감소한 상황을 고려한다면

(장현석, 2014a) 앞으로 보다 강화된 공동체 치안활동이 수행되어야 할 것이며 더 작은 지역단위에서 지역주민들의 안전을 확보하는 활동이 활발히 전개되어야 한다 (황의갑, 2013).

이러한 요인들 외에도 무질서가 경찰신뢰에 미치는 부정적인 영향이 크기 때문에 이에 대한 단속활동이나 무질서를 유발하는 환경 자체를 개선하는 활동도 병행되어야 한다. 또한 공공장소가 많은 지역에서 경찰신뢰가 유의하게 낮다는 분석결과에 대해서는 주민들이 많이 이용하는 공원이나 다중이용시설의 유지관리가 잘 되지 않아 범죄두려움이 높은 점이 경찰신뢰에 부정적인 영향을 준다는 해석이 가능할 것으로 판단된다(박현수, 2018; 허선영·문태현, 2011). 또한 이러한 공공장소에서 경찰의 순찰이나 범죄예방 활동이 활발하지 않아 경찰가시성이 부족한 점이 경찰신뢰에 부정적인 영향을 주었을 가능성도 있으며, 반대로 주민들이 많은 공공장소에서 경찰이 활동하는 모습이 노출될 경우 주민들로 하여금 주변 지역에 범죄 문제가 있다는 불안을 주어(Hinkle & Weisburd, 2008) 결과적으로 경찰신뢰에 부정적인 영향을 주었을 가능성도 있으나 본 연구의 설계로는 충분한 설명을 하지 못해 후속 연구를 통한 심층분석이 요구된다.

다음으로 도구적 시각 요인을 살펴보면, 먼저 범죄피해가 경찰신뢰에 주는 부정적 영향이 크기 때문에 범죄예방을 위한 탄력순찰이나 범죄예방환경설계(CPTED) 활동이 지역에 맞게 고도화될 필요가 있다는 점을 보여주며, 범죄피해자에 대한 보호활동도 강화될 필요가 있다. 이를 위해서는 무엇보다 경찰이 주민의 집합적인 요구에 효과적으로 대응할 수 있는 역량이 축적되어야 한다(Tankebe, 2008). 또한 범죄두려움 요인의 경우 성폭력 범죄에 대한 두려움만이 경찰신뢰에 부정적 영향을 미치고 있음을 볼 때, 경찰이 여성의 성폭력 범죄예방과 검거에 초점을 맞추고 노력을 집중하는 것이 경찰신뢰를 유지하거나 제고하는데 있어 중요하다는 점을 시사한다. 특히 이러한 결과는 최근 전 국민을 놀라게 한 디지털 성범죄사건인 텔레그램 ‘N번방’, ‘박사방’ 사건을 비롯한 성폭력 사건에 경찰이 더욱 철저하게 대응해야 함을 보여준다.

마지막으로 경찰신뢰가 낮은 집단에서는 범죄피해, 물리적 무질서, 연령, 소득과 경찰신뢰의 관계가 유의한 반면, 경찰신뢰가 높은 집단에서는 사회적 무질서만이

경찰신뢰와 유의한 것으로 나타나 차별적인 경향이 확인되었다. 경찰신뢰가 낮을 경우 경찰의 법집행에 불만이나 냉소를 보일 가능성이 높기 때문에(Reisig & Parks, 2000; Wu & Sun, 2009), 경찰신뢰가 낮은 집단에서 신뢰를 제고하기 위해 유의한 영향요인들을 고려한 맞춤형 경찰활동이 전개되어야 하는데 특히 범죄피해자에 대한 적극적인 보호활동을 뒷받침할 수 있는 논의가 더욱 활성화되어야 한다.

본 연구는 기존 연구에서 고려하지 못한 다양한 지역사회 변수들 분석에 투입하여 경찰신뢰의 영향요인을 탐색하였다는 의의가 있지만 여러 가지 한계를 가진다. 우선 본 연구는 경찰신뢰에 영향을 미치는 요인 중 표현적 요인, 도구적 요인은 고려하였지만 부패나 절차적 정의 등 규범적 요인은 반영하지 못하였는데 이는 본 연구가 활용한 2차 자료에 관련 항목이 포함되지 않아 분석하지 못하였다. 후속연구에서는 보다 포괄적인 분석모형을 구축하고 경찰신뢰에 대한 영향요인을 심층적으로 탐색할 필요가 있다. 다음으로 분석 자료가 전국의 도시지역을 포함하고 있으나 군 지역의 경우 제외되어 외적타당성에 일부 한계가 있고 특히 도시지역과 군 지역 주민들의 경찰신뢰에 차이가 있다는 선행연구(Sun et al., 2013; Taylor & Lawton, 2012)를 고려한다면 분석결과의 해석에 주의할 필요가 있다. 또한 분석단위인 기초지방자치단체가 지역수준 변수의 영향을 관찰하고 분석하기에는 다소 광범위하다는 한계도 지적될 수 있다(노성훈·조준택, 2014; 조준택·박지선, 2016). 이러한 다양한 한계를 극복하는 적절한 연구설계와 자료분석을 통해 한국적 맥락에 맞는 경찰신뢰의 영향요인들이 규명될 필요가 있다.

## 참고문헌

### 1. 국내문헌

- 강지현. (2016), 일반 시민의 경찰신뢰에 대한 연구: 순찰, 출동, 검거신뢰에 영향을 미치는 요인을 중심으로, 한국경찰학회보, 18(5): 31-58.
- 김학범. (2015), 협력치안 활동이 경찰의 신뢰도에 미치는 영향에 관한 연구, 한국공안행정학회보, 24(4): 73-98.
- 노성훈·조준택. (2014), 지역사회 범죄, 외국인, 무질서가 범죄두려움에 미치는 영향에 관한 다수준분석, 형사정책연구, 25(4): 445-478.
- 노연상·임창호. (2017), 경찰 신뢰도에 관한 국가간 비교연구: 한국과 중국 대학의 대학생을 중심으로, 한국경찰연구, 16(3): 69-104.
- 박종훈·이경재·이성우. (2018). 서울 시민의 범죄 두려움에 관한 연구: 서울 서베이 자료를 활용하여. 서울도시연구, 19(4): 111-129.
- 박현수. (2018). 범죄 두려움에 영향을 미치는 요인의 공간 분석. 형사정책연구, 29(2): 91-117.
- 배응규·김희재·권경오. (2009). 블록별 토지이용에 따른 강철도 범죄발생 특성 연구: 2006 년도 분당 신도시를 중심으로. 한국도시설계학회지 도시설계, 10(4): 5-20.
- 유영현·신성식. (2008), 인구통계학적 특성에 따른 경찰활동에 대한 신뢰도 연구, 한국자치행정학회보, 22(2): 337-354.
- 이미정. (2013), 공공적 가치로써의 경찰 신뢰의 의의와 정책적 함의, 경찰학논총, 8(1): 67-91.
- 이병도. (2017), 경찰신뢰도 궤적변화에 영향을 미치는 요인에 관한 연구: 한국과 일본의 비교를 중심으로, 한국경찰학회보, 19(2): 141-170.
- 이상원·송건섭. (2001), 국민의 경찰신뢰에 관한 영향요인 분석, 한국경찰학회보, 3: 151-168.
- 이수창. (2014), 일선 경찰관 재량행위가 경찰조직의 신뢰에 미치는 영향 분석, 한국조직학회보, 11(1): 83-103.

- 임창호·김영수. (2018), 외국인 밀집지역 내 거주 주민의 경찰에 대한 신뢰에 영향을 미치는 요인, *경찰학논총*, 13(4): 153-183.
- 장현석. (2013), 일반시민의 경찰에 대한 신뢰도 연구: 표현적 시각의 경찰신뢰도 설명을 중심으로, *한국경찰연구*, 12(2): 213-236.
- \_\_\_\_\_. (2014a), 경찰에 대한 신뢰도 결정요인: 도구적 시각과 표현적 시각의 비교, *한국공안행정학회보*, 23(1): 239-262.
- \_\_\_\_\_. (2014b), 경찰 신뢰도에 대한 한국과 일본 비교연구, *한국경찰연구*, 13(2): 311-340.
- 정보성·이창배. (2018), 경찰신뢰의 영향 요인에 대한 다수준적 접근: 도구적 시각과 표현적 시각을 중심으로, *치안정책연구*, 32(3): 7-44
- 정진성·박현호. (2010). 지역사회의 구조적 특성이 살인범죄에 미치는 영향: 전국 시군구를 대상으로 한 음이향 회귀분석. *형사정책연구*, 21(1): 91-119.
- 조준택·박지선. (2016). 범죄율과 범죄두려움이 서울시민의 행복에 미치는 영향. *서울도시연구*, 17(4): 131-144.
- 최수형 외. (2015), 전국범죄피해조사 2014, 한국형사정책연구원.
- 한보영·최재용·이윤호. (2014), 교류집단의 사회적 지위가 경찰신뢰에 미치는 영향, *한국경찰연구*, 13(2): 393-420.
- 허선영·문태현. (2011). 도시내 범죄발생과 범죄 두려움 위치의 공간적 차이 분석. *한국지리정보학회지*, 14(4): 194-207.
- 황의갑. (2013), 경찰에 대한 신뢰도에 영향을 미치는 요인: 서울시민들과 미시간주 디트로이트 대도시권 한인들 간의 비교연구, *한국경찰연구*, 12(4): 411-434.
- \_\_\_\_\_.한성일. (2016), 경찰에 대한 신뢰도에 영향을 미치는 표현적· 도구적 요인: 한국과 몽골 시민들 간의 비교연구, *한국경찰연구*, 15(4): 317-342.

## 2. 국외문헌

- Alalehto, T., & Larsson, D. (2016), Measuring trust in the police by contextual and individual factors, *International Journal of Law, Crime and Justice*, (46): 31-42.

- Cao, L., Lai, Y. L., & Zhao, R. (2012), Shades of blue: Confidence in the police in the world, *Journal of Criminal Justice*, 40(1): 40-49.
- Dietz, A. S. (1997). Evaluating community policing: quality police service and fear of crime. *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management*, 20(1): 83-100.
- Durkheim, E. (1897). 1951. Suicide: A study in sociology. English translation. London: Routledge.
- Hawdon, J. (2008). Legitimacy, trust, social capital, and policing styles: A theoretical statement. *Police quarterly*, 11(2): 182-201.
- Hinkle, J. C., & Weisburd, D. (2008). The irony of broken windows policing: A micro-place study of the relationship between disorder, focused police crackdowns and fear of crime. *Journal of Criminal justice*, 36(6): 503-512.
- Jackson, J., & Bradford, B. (2009). Crime, policing and social order: on the expressive nature of public confidence in policing. *The British journal of sociology*, 60(3): 493-521.
- \_\_\_\_\_, J., & Sunshine, J. (2007). Public confidence in policing: A neo-Durkheimian perspective. *British journal of criminology*, 47(2): 214-233.
- Jang, H., Joo, H. J., & Zhao, J. S. (2010), Determinants of public confidence in police: An international perspective, *Journal of Criminal Justice*, 38(1): 57-68.
- \_\_\_\_\_, H., & Hwang, E. (2014), Confidence in the police among Korean people: An expressive model versus an instrumental model, *International Journal of Law, Crime and Justice*, 42(4): 306-323.
- Kääriäinen, J. T. (2007), Trust in the police in 16 European countries: A multilevel analysis, *European Journal of Criminology*, 4(4): 409-435.
- Lai, Y. L., & Zhao, J. S. (2010), The impact of race/ethnicity, neighborhood context, and police/citizen interaction on residents' attitudes toward the police, *Journal of Criminal Justice*, 38(4): 685-692.

- Merry, S., Power, N., McManus, M., & Alison, L. (2012), Drivers of public trust and confidence in police in the UK, *International Journal of Police Science & Management*, 14(2): 118-135.
- Nix, J., Wolfe, S. E., Rojek, J., & Kaminski, R. J. (2015), Trust in the police: The influence of procedural justice and perceived collective efficacy, *Crime & Delinquency*, 61(4): 610-640.
- Reisig, M. D., & Parks, R. B. (2000). Experience, quality of life, and neighborhood context: A hierarchical analysis of satisfaction with police. *Justice quarterly*, 17(3): 607-630.
- Ren, L., Cao, L., Lovrich, N., & Gaffney, M. (2005), Linking confidence in the police with the performance of the police: Community policing can make a difference, *Journal of Criminal Justice*, 33(1): 55-66.
- Sargeant, E., Murphy, K., & Cherney, A. (2014), Ethnicity, trust and cooperation with police: Testing the dominance of the process-based model, *European Journal of Criminology*, 11(4): 500-524.
- Shaw, C. R., & McKay, H. D. (1942). Juvenile delinquency and urban areas.
- Skogan, W. G. (2009). Concern about crime and confidence in the police: Reassurance or accountability?. *Police quarterly*, 12(3): 301-318.
- Sprott, J. B., & Doob, A. N. (2009). The effect of urban neighborhood disorder on evaluations of the police and courts. *Crime & Delinquency*, 55(3): 339-362.
- Stoutland, S. E. (2001). The multiple dimensions of trust in resident/police relations in Boston. *Journal of research in crime and delinquency*, 38(3): 226-256.
- Sun, I. Y., Hu, R., Wong, D. F., He, X., & Li, J. C. (2013), One country, three populations: Trust in police among migrants, villagers, and urbanites in China, *Social Science Research*, 42(6): 1737-1749.
- Sunshine, J., & Tyler, T. R. (2003). The role of procedural justice and legitimacy

in shaping public support for policing. *Law & society review*, 37(3): 513-548.

Tankebe, J. (2008), Police effectiveness and police trustworthiness in Ghana: An empirical appraisal, *Criminology & Criminal Justice*, 8(2): 185-202.

Taylor, R. B., & Lawton, B. A. (2012), An integrated contextual model of confidence in local police, *Police Quarterly*, 15(4): 414-445.

Van Craen, M., & Skogan, W. G. (2015), Trust in the Belgian police: The importance of responsiveness, *European Journal of Criminology*, 12(2): 129-150.

Wilson, J. Q., & Kelling, G. L. (1982). Broken windows. *Atlantic monthly*, 249(3): 29-38.

Wu, Y., & Sun, I. Y. (2009), Citizen trust in police: The case of China, *Police Quarterly*, 12(2): 170-191.

## The Factors affecting Confidence in the Police in South Korea: A Multi-level Analysis focusing on Neighborhood Context.

Cho, Joon-Tag\*

Despite many studies regarding the determinants of confidence in the police have been conducted, there are relatively few studies in South Korea that take into account the variables of the policing and the neighborhood structural context variables. In order to fill this gap, the current study explored the effects of individual characteristics, police activities and community characteristics upon confidence in the police by combining the Crime Victimization Survey data from Korean Institute of Criminology with the regional level data from the Korean National Police Agency and the Statistics Korea. The results showed that social cohesion, collective efficacy and life satisfaction had a positive effect on confidence in the police, while perceived disorder, victimization and fear of crime had a negative effect on confidence in the police. Regarding fear of crime, only fear of sexual violence had a significant association with confidence in the police. In terms of regional variables, suicide rate and the number of public places showed negative relations with confidence in the police. Suicide rate moderated both the relationship between social cohesion and confidence in the police as well as the relationship between collective efficacy and police confidence. In addition, as a result of separating the data into two groups as high confidence and low confidence in the police, differences in factors affecting confidence in the police were found. The results indicated the influence of expressive and instrumental factors on confidence in the police and the necessity to reinforce community policing. The implications and limitations of this study were also discussed.

---

\* Police HRD Institute, Instructor

❖ key words: confidence in the police, neighborhood context, crime and disorder, policing, multi-level analysis

투고일 : 2월 22일 / 심사일 : 3월 25일 / 게재확정일 : 3월 25일

# 데이터 보관 사업자에 대한 영장집행 절차의 현실화 방안에 관한 연구: 피의자에 대한 사전 통지 생략 및 영장 사본제시 필요성을 중심으로

이관희\*·이상진\*\*

국 | 문 | 요 | 약

가

2007

가

가

가

가

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.03.31.1.129>

❖ 주제어 : 압수수색통지, 정보, 데이터, 자료, 디지털증거, 압수수색, 영장의 사본제시, 팩스영장, 전자영장, 전자적 제시

\* 주저자: 경찰대학 경찰학과 교수, tokwanhee@gmail.com

\*\* 교신저자: 고려대학교 정보보호대학원 교수, sangjin@korea.ac.kr

## I. 서론

고소사건처럼 처음부터 피의자가 특정된 경우도 있겠으나 강도나 살인사건처럼 범인이 특정되지 않은 사건도 있다. 수사기관이 증거들을 찾아 범죄를 재구성해 나가는 과정에서 고소된 피고소인이나 살인사건의 용의자에게 “당신의 범행을 입증할 증거를 압수수색할 예정이다.”라고 알려주는 것은 일반 상식에 적합하지 않다. 그러나 우리의 형사소송법 제219조는 법원의 압수수색 규정을 준용하여 수사기관이 압수수색을 할 경우 미리 피의자나 변호인에게 통지해야 한다고 규정하고 있고<sup>1)</sup> 법원은 이 규정을 근거로 수사기관이 주식회사 카카오톡을 상대로 압수수색 영장을 집행하여 피의자 계정 내용을 확인한 사건에서 “피의자 등에게 압수·수색영장 집행과정에 참여권을 보장한 것은 압수·수색 집행의 절차적 적법성을 확보하여 영장주의를 충실하게 구현하기 위한 것인데, 피의자 등에게 참여권이 보장되지 않았다면 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색은 위법하다.”고 결정하였다.<sup>2)</sup>

형사소송법 제199조 제2항은 “수사에 관하여는 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다.”는 규정을 두고 있다. 수사기관은 이 규정을 근거로 금융거래자료, 통신사실확인자료 등을 보관하는 사업자에게 요청하여 그 자료의 사본을 제공받아 왔으나 입법자가 수사기관의 광범위한 자료의 요구와 제공을 견제하기 위해 법원의 심사를 받도록 규정을 정비한 이후 수사기관은 영장 또는 허가서를 발부받아 모사전송 등의 방법으로 이를 집행해 왔다. 그러나 최근 대법원은 이메일에 대한 압수수색에서는 전기통신사업자에게 영장을 모사전송으로 제시한 행위에 대해 영장 제시 절차를 위반하였다고 판결<sup>3)</sup>하였고 금융거래자료에 대한 영장집행에서도 영장을 직접 제시하지 않아 적법절차를 위반하였다고 판결<sup>4)</sup>하였다. 최근 법원은 사업자가 보관하고 있는 데이터의 취득에 관하여도 기존 형사

1) 형사소송법 제122조(영장집행과 참여권자의 통지) 압수·수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 전조에 규정한 자에게 통지하여야 한다. 단, 전조에 규정한 자가 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다.

2) 서울중앙지방법원 2016.2.18. 2015보6 준항고 결정

3) 대법원 2017.9.7. 선고 2015도10648 판결

4) 대법원 2019.3.14. 선고 2018도2841 판결

소송법 규정을 엄격히 적용하는 모습을 보이고 있다.

형사소송법 제정 당시의 압수수색은 특정 장소에 대한 강제력 행사를 통해 주거의 평온을 침해하고 물건에 대한 압류를 통해 재산권을 침해하는 행위를 수반한 것이었으나, 사업자가 보관하고 있는 데이터에 대한 취득은 법관의 심사를 거쳐야 한다는 점을 제외하면 임의적인 자료제출의 모습을 그대로 유지하고 있다는 점이 간과되어서는 안 된다.

금융자료 등 개인에 관한 데이터에 대한 헌법적 가치의 변화에 따라 해당 데이터에 대한 무차별적인 취득을 견제하기 위해 까다로운 요건을 도입하거나 기존 형사소송법에서 규정된 영장을 추가로 요구하는 등 그 절차를 엄격하게 하는 것은 바람직한 입법방향이나 이를 획득하는 절차적 방법에 관하여 물리적인 압수수색에 적합한 과거의 것을 그대로 적용하는 것이 타당한지에 대해서는 재고해 보아야 한다.

이메일, 금융자료, 통신사실확인자료 등의 취득을 위해 영장 또는 허가서를 사용하지만 일반 사업자가 보관하고 있는 가입자 정보, 물품 구매정보, 배송지 정보 등도 사업자의 관점, 데이터 소유자의 관점에서는 모두 동일한 정도의 보호가 필요한 데이터들이다. 그럼에도 불구하고 데이터의 내용에 따라 취득절차와 사후 통지 등에 관하여 서로 다른 규제를 받고 있어 오히려 개인정보주체에 대해 일관된 보호를 하지 못하는 상태에 놓여 있다. 데이터의 특성, 보호가 필요한 기본권의 영역 등을 고려하지 않은 채 압수수색영장을 집행한다는 이유로 형사소송법의 규정을 기계적으로 적용하기 보다는 현 시대에 맞는 새로운 시각으로 데이터에 대한 취득을 통일적으로 규율할 방법과 해석을 강구하는 것이 바람직하다.

본고는 현재 수사기관이 취득하는 사업자 보관 데이터의 유형과 취득 방법의 변화 및 특성을 살펴보고 과거의 압수수색 방식에 적용되던 형사소송법을 현재의 데이터 취득에 엄격히 적용할 경우 모순이 발생한다는 점을 논증한 후 데이터 취득 현실에 적합한 해석이 무엇인지 검토해 볼 것이다. 최종적으로는 데이터 소유자를 적절히 보호하려면 데이터 침해에 대한 사후 통지의 강화와 데이터 이동경로에 대한 로그기록의 관리와 감독이 필요하다는 점을 주장할 것이다.

## II. 보관 데이터의 유형

### 1. 분류기준

통신자료, 통신사실확인자료, 금융거래자료, 의료 및 신용관리 기록 등에 관하여 “제3자가 보관하는 데이터”라는 주장<sup>5)</sup>이 있으나 이러한 자료를 보관하는 사업자를 개인정보주체와 분리하는 취지로 ‘제3자’라고 단정하는 것이 바람직한지 의문이다. 사업자가 이러한 자료를 보관하게 된 것은 비록 개인정보주체와의 계약관계에 따른 것이지만 엄밀히 말하면 이러한 자료들은 사업자가 거래를 위해 보관하게 되며 사업자가 직접 생성한 자료라고 보아야 한다. 개인에 관한 자료라는 맥락에서 보호할 필요성이 있다고 하여 이러한 자료를 사업자와 분리하여 ‘제3자 보관 데이터’라고 정의하는 것은 오히려 데이터의 생성자인 사업자를 타자화하는 오해를 불러일으킨다.

개인이 사업자가 제공한 서비스를 이용하여 생성한 데이터와 사업자가 생성한 데이터를 분류하기 위해서는 우선 콘텐츠인 데이터와 거래사실인 데이터로 구분하는 것이 바람직하다. 또한 콘텐츠인 데이터와 거래사실인 데이터 중에는 과거에 남겨진 데이터(보관된 데이터)와 미래에 남겨질 데이터(실시간 데이터)로 구분할 수 있다.

### 2. 콘텐츠인 데이터

#### 가. 대화의 내용

전화통신을 활용한 대화의 내용은 콘텐츠인 데이터이며 실시간 데이터에 해당한다. 대화의 내용은 통신비밀보호법의 적용을 받게 되며 범죄수사를 위한 대화의 감청을 위해서는 법원으로부터 통신제한조치 허가서를 발부받아야 한다. 특히, 통신제

5) 이정희·김지현, “제3자 보관 디지털 증거의 압수 관련 문제점 및 개선방안 연구”, 디지털포렌식연구, 2014.6; 김혁, “제3자 보관 정보에 대한 압수수색 영장의 집행과 적정절차”, 형사정책연구, 2018.3; 김기범, “범죄수사에서 제3자 정보 요청에 관한 입법체계”, 한국위기관리논집, 2017.8, 김기범, “압수수색영장의 전자적 제시에 관한 입법적 연구”, 경찰학연구, 2018.6

한조치는 통신비밀보호법 제5조 제1항에 규정한 범죄에 대하여 해당 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로 는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 할 수 있다.

### 나. 우체물, 전자우편, 회원제정보서비스

우체물, 이메일, SNS 서비스, 클라우드 서비스 등은 모두 사업자가 구축해 놓은 서비스를 이용하여 서비스 이용주체가 생성한 콘텐츠에 해당하며 압수수색영장을 활용하여 취득한다.

형사소송법 제107조 제1항은 “법원은 필요한 때에는 피고사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 우체물 또는 「통신비밀보호법」 제2조제3호에 따른 전기통신(이하 “전기통신”이라 한다)에 관한 것으로서 체신관서, 그 밖의 관련 기관 등이 소지 또는 보관하는 물건의 제출을 명하거나 압수를 할 수 있다.”고 규정하고 통신비밀보호법 제2조 제3호는 “전기통신”을 “전화·전자우편·회원제정보서비스·모사전송·무선호출 등과 같이 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음성·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다.”고 규정하고 있다. “회원제정보서비스”라 함은 특정의 회원이나 계약자에게 제공하는 정보 서비스 또는 그와 같은 네트워크의 방식을 말한다. 전기통신에 관한 압수 규정은 2011. 7. 18. 공포된 개정 형사소송법에서 추가된 것이며 형사소송법 제219조는 해당 규정을 수사기관에 준용토록 하고 있다.

우체물을 포함하여 전자우편, 회원제정보서비스에 대한 데이터는 압수수색의 대상이며 제114조<sup>6)</sup>에 따라 압수수색 대상이 전기통신인 경우에는 영장에 작성기간을 기재하여야 하며 송수신이 완료된 전기통신에 대해 압수수색을 한 경우 수사대상이 된 가입자에게 압수수색 사실을 사후 통지하여야 한다.<sup>7)</sup>

6) 형사소송법 제114조(영장의 방식) ①압수·수색영장에는 피고인의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부년월일, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지 기타 대법원규칙으로 정한 사항을 기재하고 재판장 또는 수명법관이 서명날인하여야 한다. 다만, 압수·수색할 물건이 전기통신에 관한 것인 경우에는 작성기간을 기재하여야 한다.

7) 통신비밀보호법 제9조의3(압수·수색·검증의 집행에 관한 통지) ① 검사는 송·수신이 완료된 전기통

### 3. 거래사실인 데이터

#### 가. 통신자료와 통신사실확인자료

전기통신사업법 제83조는 전기통신업무에 종사하는 자 또는 종사하였던 자는 그 재직 중에 통신에 관하여 알게 된 타인의 비밀을 누설하여서는 안 된다는 것을 전제로, “수사관서의 장이 재판, 수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집을 위하여 이용자의 성명, 주민등록번호, 주소, 전화번호, 아이디, 가입일 또는 해지일에 관한 자료의 열람이나 제출(이하 “통신자료제공”이라 한다)을 요청하면 그 요청에 따를 수 있다.”고 규정하고 있다. 또한, “통신자료제공 요청은 요청사유, 해당 이용자와의 연관성, 필요한 자료의 범위를 기재한 서면(이하 “자료제공요청서”라 한다)으로 하여야 한다.”라고 규정하고 실무적으로 자료제공요청서의 집행은 모사전송 등의 방법에 의하고 있다.

다만, 통신자료제공요청과 관련한 일명 회피 연아 사건<sup>8)</sup> 이후 수사기관은 압수수색영장을 발부받아 통신자료를 취득해 왔으며 해당 사건의 상고심에서 피고 패소

신에 대하여 압수·수색·검증을 집행한 경우 그 사건에 관하여 공소를 제기하거나 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 수사대상이 된 가입자에게 압수·수색·검증을 집행한 사실을 서면으로 통지하여야 한다.

② 사법경찰관은 송·수신이 완료된 전기통신에 대하여 압수·수색·검증을 집행한 경우 그 사건에 관하여 검사로부터 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분의 통보를 받거나 내사사건에 관하여 입건하지 아니하는 처분을 한 때에는 그 날부터 30일 이내에 수사대상이 된 가입자에게 압수·수색·검증을 집행한 사실을 서면으로 통지하여야 한다.

- 8) 명예훼손사건에서 종로경찰서장이 주식회사 네이버에게 피의자의 ‘포털 ID, 이름, 주민번호, 이메일, 휴대폰 번호, 포털 가입일자’ 정보를 요구하여 주식회사 네이버가 해당 정보를 제공한 것과 관련하여 피의자는 주식회사 네이버를 상대로 손해배상 청구 소송을 진행한 사건으로, 이 사건 제2심(서울고등법원 2012. 10. 18. 선고 2011나19012 판결) 법원에서는, ① 피고의 ‘개인정보 취급방침’에는 개인정보를 외부에 공개하지 않는 원칙의 예외로 “법령의 규정에 의하거나 수사 목적으로 법령에 정해진 절차와 방법에 따라 수사기관의 ‘요구’가 있는 경우”라고 기재되어 있으나, 실제로는 구 전기통신사업법을 근거로 수사기관의 ‘요청’이 있기만 하면 언제나 예외 없이 이용자의 인적사항 일체를 수사기관에 제공하여온 점, 수사기관의 ‘ID와 인적사항일체’에 대한 요청에 대하여 ‘이메일 주소’까지 제공한 점, ③ 이 사건 게시물이 공적 인물을 대상으로 한 것으로 명예훼손에 해당하기 어렵고 급박하게 개인정보를 제공해야할 특별한 사정이 없는 것 등으로 원고의 개인정보 자기결정권 내지 익명표현의 자유를 침해하고 이에 의해 정신적 고통을 받았을 것은 경험칙상 명백하다며 위자료 500,000원의 배상을 판결하였음.

부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송하는 판결<sup>9)</sup>을 하였음에도 불구하고 이후에도 대형 포털업체에는 여전히 압수수색영장을 이용하여 통신자료를 제공받고 있다.

통신사실확인자료는 통신제한조치와 함께 통신비밀보호법에 정해진 절차에 따라 법원의 허가서를 받아 모사전송의 방식으로 이를 집행하고 자료를 제공받고 있다. 통신자료, 통신사실확인자료 모두 거래사실인 데이터에 해당하지만 통신사실확인자료에는 통화위치에 관한 실시간 데이터도 있는데, 이 또한 통신비밀보호법에 의한 허가서에 의해 취득하고 있다.

## 나. 금융거래자료 등

금융거래자료의 취득은 형사소송법 상 압수수색영장에 의하여 제공받지만 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(이하 금융실명제법)에서 규정하는 바에 따라 금융위원회가 정하는 표준양식을 활용하여 금융기관에 자료를 요구하여야 한다.

형사소송법이 압수수색에 관하여 수사관이 직접 강제할 수 있는 수권규정을 상세히 규정한 것에 반하여 금융실명제법 제4조 제1항은 우선 금융회사 등에 종사하는 자가 명의인의 서면상의 요구나 동의를 받지 아니하고는 그 금융거래의 내용에 대한 정보 또는 자료를 타인에게 제공하거나 누설하여서는 아니 된다고 규정한 후에 단서에서 “법원의 제출명령 또는 법관이 발부한 영장에 따른 거래정보등의 제공”은 가능하다는 방식으로 규정하고 있고 금융회사 등에 종사하는 자가 제4조 제1항 또는 제2항을 위반하여 거래자료 등의 제공을 요구받은 경우에는 그 요구를 거부하여야 한다는 규정을 두는 등 자료제공의 주체와 자료요구방식의 심사권을 금융기관에 부여했다는 점을 주목해야 한다.

금융거래자료 이외에도 수사기관에서 취득하는 자료에는 신용거래자료, 의료기

9) “검사 또는 수사관서의 장이 수사를 위하여 구 전기통신사업법(2010. 3. 22. 법률 제10166호로 전부 개정되기 전의 것) 제54조 제3항, 제4항에 의하여 전기통신사업자에게 통신자료의 제공을 요청하고, 이에 전기통신사업자가 위 규정에서 정한 형식적·절차적 요건을 심사하여 검사 또는 수사관서의 장에게 이용자의 통신자료를 제공하였다면, 검사 또는 수사관서의 장이 통신자료의 제공 요청 권한을 남용하여 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해하는 것이 객관적으로 명백한 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한, 이로 인하여 이용자의 개인정보자기결정권이나 익명표현의 자유 등이 위법하게 침해된 것이라고 볼 수 없다.”; 대법원 2012다105482 판결

록, 보험가입내역, 배송내역, 도메인 등록내역, VPN 서비스 사용내역 등 다양하며 예금인출내역과 신용카드 사용내역 등은 과거 거래내역뿐만 아니라 미래의 사용 내역 등 실시간 자료까지 수사에 활용하고 있다. 실무상 이러한 자료들은 사업자에 대한 공문서 또는 압수수색영장에 의해 취득하고 있다.

#### 4. 시사점

앞서 살펴본 바와 같이 사업자가 보관하고 있는 데이터에는 서비스 이용자가 직접 생성한 콘텐츠와 사업자가 거래사실에 관하여 기록한 자료로 구분되고 보관된 자료와 실시간 자료로 구분됨에도 불구하고 우리의 법제는 전기통신사업법과 통신비밀보호법의 적용을 받는 자료 이외에는 모두 형사소송법상 압수수색영장으로 규율하려는 태도를 보이고 있다. 또한 수사실무상 통신자료를 압수수색의 방법으로 취득하거나 통신 기지국에 대한 자료를 압수수색의 방법으로 취득하는 것을 보면 통신에 관한 자료의 취득에도 일관성이 없어 보인다.

통신제한조치의 경우 정해진 범죄에 대한 예외적인 경우에 한하여 허가서에 의해 취득하고 있으나 동일한 정도의 보호를 요구하는 카카오톡 서비스나 이메일 등에 저장된 대화의 내용 등은 관련 범죄의 제한없이 압수수색영장에 의해 취득할 수 있도록 허용하고 있는 것도 일관성이 없다. 이러한 현상은 사업자가 보관하는 데이터에 대한 침해의 정도에 따라 이를 통합적으로 규율하기 보다는 개별 사안에 대한 입법목적에 따라 특별법을 마련함으로써 생긴 불균형으로 보인다.

### Ⅲ. 데이터 취득방식의 변화와 특성

#### 1. 취득방식의 변화와 취지

형사소송법 제199조 제2항은 “수사에 관하여는 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다.”는 규정을 두고 있으며 그간 수사기관은

공문으로 데이터를 보유한 공사단체에 자료를 요청해 왔으며 이렇게 획득한 자료는 형사소송법 제315조<sup>10)</sup>에 따라 당연히 증거능력이 부여되어 왔다.

이러한 방식의 자료 취득의 성질에 대하여, 수사기관의 요청이 있으면 그 상대방인 공무소 등은 이에 협조할 의무가 있으므로 이를 강제처분이라고 보는 견해도 있으나 공무소 등에 의무이행을 강제할 방법이 없다는 점에서 임의수사로 보아야 할 것이다.<sup>11)</sup> 이러한 방식으로 조회한 자료들은 공판 단계에서 증거로 제출되기도 하지만 수사단계에서는 용의자를 추적하는 단서를 발견하거나 용의선상에서 제외하거나 범죄를 재구성하기 위한 수사자료로도 쓰이고 있다.

정보통신서비스의 발달로 개인의 정보와 업무에 사용되는 데이터를 보관하는 방식이 혁신적으로 변화됨에 따라 사업자가 보관하는 데이터는 수사에서 필수적인 요소로 자리잡게 되었으나 한편으로는 사업자가 보관하는 데이터의 소유자를 보호할 필요성도 증대되었다. 어떤 학자는 이러한 데이터에 대해 “금융, 통신 서비스가 제공되면서 강제처분의 새로운 대상으로 데이터가 등장하였고 이를 보호하기 위해 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률과 통신비밀보호법을 제정하여 제3자 데이터에 대한 영장주의를 도입하였다.”<sup>12)</sup>라고 주장을 하는데, 사업자가 보관하는 데이터가 강제처분의 새로운 대상이 된 것이라기보다는 임의수사의 방식<sup>13)</sup>으로 취득해 왔던 수사관행의 개선을 도모하고 개인정보 주체를 보호할 필요성에 따라 취득의 요건을 강화한 것이라고 보는 것이 타당하다. 또한, 사업자 입장에서는 개인정보보호법의 취지에 따라 법률상 근거가 없는 경우 해당 정보를 수사기관에 제공할 수 없게 되었다. 금융실명제법에서 법원이 발부한 영장에 따라 거래자료를 제공하도록 한 것이나 통신비밀보호법이 통신사실 및 통신의 내용에 관하여 법원의 심사를 받도록 한

10) 제315조 (당연히 증거능력이 있는 서류) 다음에 계기한 서류는 증거로 할 수 있다.

1. 가족관계기록사항에 관한 증명서, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서
2. 상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서
3. 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서

11) 신동운, 신형사소송법 제5판, 2014, 284면

12) 김기범, “압수수색영장의 전자적 제시에 관한 연구”, 경찰학연구 제18권 제2호, 2018.6, 150면

13) “통신비밀보호법 상에 규정된 허가서의 경우 입법자가 종래 임의수사에 가까운 것으로 취급되었던 통신사실확인자료의 취득에 관하여도 영장주의를 도입하여 엄격한 절차를 규정해 놓고 있는 것이다.”; 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014, 449면

것은 각 수사기관에게는 사업자가 보관하고 있는 데이터에 대한 취득의 적법성을 부여하고<sup>14)</sup> 사업자에게는 개인에 관한 자료를 수사기관에 제공할 수 있는 정당성을 확보해 주는 역할을 수행한다.

지금은 폐지되었지만 금융거래자료를 요구할 때에는 법관의 영장이 필요하다는 것을 최초로 규정한 예금적금등의비밀보장에관한법률의 개정이유를 보더라도 거래 자료의 요구에 법관의 영장을 요건으로 한 취지를 알 수 있다. 1971.1.13. 시행된 예금적금등의비밀보장에관한법률 개정이유에서 “현행 법은 예외적으로 민사소송법·형사소송법·국세징수법 또는 상속세법의 규정에 의하여 예금·적금등에 관한 비밀의 정보제공을 금융기관에 요구할 수 있게 하였는 바, 동 예외적인 규정이 수사기관이나 세무서등에 의한 질문이나 조사보고의 요구시에는 특정인이나 특정점포의 지정없이 광범위한 자료제공을 요구하게 될 우려가 많으므로 이러한 요인을 제거하여 이 법이 목적하는 실효를 거둘 수 있도록 하려는 것임”이라고 명시하고 있다.

결국, 사업자가 보관하는 데이터들은 실질에 있어서는 임의적 방법에 의해 취득할 뿐만 아니라 계정 등 원본이 아니라 사본에 의한 결과 회신의 형태를 띠고 있어서 강제집행의 방법에 의한 압수수색과는 본질적으로 다른 차이점이 존재한다.

## 2. 취득의 특성

### 가. 자료제출의 임의성

통신자료, 통신사실확인자료, 전자우편, 금융거래자료 등의 데이터를 취득함에 있어서 각 취득에 필요한 요건들이 달라 통신자료제공요청서를 제출한다든지, 압수수색영장 또는 허가서를 근거로 자료제출을 요구하지만 자료를 보관하는 사업자의 관점에서는 모두 임의적인 방식으로 수사기관에 관련 데이터를 제공하고 있다.

전기통신사업법 제83조 제3항은 “전기통신사업자는 법원, 검사 또는 수사관서의 장, 정보수사기관의 장이 재판, 수사, 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집을 위하여 다음 각 호의 자료의 열람이나 제출(이하 "통신

14) 이관희·김기범·이상진, “정보에 대한 독자적 강제처분 개념 도입 연구”, 치안정책연구 제26권 제2호, 2012, 86면

자료제공"이라 한다)을 요청하면 그 요청에 따를 수 있다.”고 규정하고 통신비밀보호법 제13조 제1항은 “검사 또는 사법경찰관은 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다.”는데 이러한 규정들은 자료제출의 요구와 제공 모두 임의적인 것임을 나타낸다.

특히, 금융실명거래및비밀보장에관한법률안에 대한 검토보고 중 “第2項 但書 規定에서도 法官의 令狀에 의한 경우에는 金融情報등을 保管 또는 管理하는 部署에 대하여도 去來情報등의 提供을 要求할 수 있도록 規定하고 있음. 이는 그동안 緊急命令의 委任根據없이 金融機關의 特定店舖에만 金融去來情報를 要求하여야 하는 것을 범죄수사상의 便利를 위하여 本店 電算室에도 一括照會가 가능하도록 施行令(金融實名去來및保障에관한緊急財政經濟命令 第4條의 施行에 관한 規定)에 規定하여 施行하고 있던 것을 法律에 明示하고자 하는 것임.”<sup>15)</sup>이라는 내용이 포함되어 있다. 금융거래자료는 영장에 의하는 경우에도 강제집행의 방식에 의하는 것이 아니라 “거래정보 등의 제공을 요구”하는 방식으로 제공이 이루어지고 있다는 표현, “범죄수사상의 편리”를 위해 거래정보를 관리하는 본점에서도 조회가능하도록 하는 표현 등을 보면 법관의 영장은 금융기관에서 자료를 수사기관에 제공할 수 있는 정당성을 부여해 주는 것일 뿐, 수사기관에서 강제력을 동원하여 금융기관의 서버를 수색 후 압수하는 방식이 아니라는 점에 주목해야 한다. 이러한 특성으로 인해 금융거래에 대한 추적 수사가 임의수사라는 주장까지 있다.<sup>16)</sup>

수사실무상 사업자가 보관하고 있는 데이터는 압수수색과 같이 직접적인 강제력을 행사하여 취득하는 것이 아니라 데이터를 보관하는 사업자 동의에 의해 취득하게 되며 이 경우 데이터 관리자의 협조가 필수적인 요소가 된다. 결국, 자료의 요구나 제공이 임의적인 이상 형사소송법에서 규정하고 있는 것과 같이 압수수색 시 견정을 열거나 개봉 등 처분을 한다든지(제120조), 야간집행을 제한한다든지(제125

15) 금융실명거래및비밀보장에관한법률안 검토보고, 1997.7, 6면

16) “금융거래 추적 수사는 그 과정에서 대상자에게 물리적 강제력을 행사하는 것은 아니기 때문에 임의수사에 해당된다는 견해이다. 이는 강제수사의 의의와 관련하여 물리적 강제력의 유무를 기준으로 하는 입장에 선 견해이다. 이 견해에 따르면 원칙적으로 포괄영장이 허용될 가능성이 커질 것이고, 영장 관련 업무가 좀 더 탄력적으로 운용될 것이다.”; 고은석, “수사기관의 금융거래 추적 수사와 영장주의의 예외”, 법조 제58권 제7호, 2009, 140-141면

조), 집행 중지 시 장소를 폐쇄하거나 간수자를 둔다든지(제127조) 압수한 목록을 교부하는 등(제129조)의 규정들은 적용될 여지가 없게 된다.

## 나. 데이터 사본의 제출

수사기관이 직접 감청하는 경우를 제외하고 사업자가 보관하는 데이터에 대한 취득은 일반적인 압수수색에서의 압류와 달리 원본 데이터가 가공된 형태의 문서사본, 이메일, 모사전송 등의 방법으로 수사기관에 제공된다. 특히, 거래사실에 관한 데이터의 경우 형사소송법 제315조에 따라 당연히 증거능력이 있는 서류에 해당하여 증거능력을 인정받기 위해 원본과 사본 사이의 무결성을 증명한다든지 관리연속성을 증명하여야만 하는 성질의 것도 아니다.

이러한 방식의 데이터 취득에 의해 침해되는 것은 개인정보주체의 개인정보자기 결정권 또는 사생활의 비밀이어서 유체물을 전제로 적용되는 형사소송법 상 몰수, 가환부, 환부 등의 규정도 개입될 여지가 없다. 다만, 통신비밀보호법에는 폐기 등에 관한 특별한 규정이 존재하는데 사본으로서의 데이터에 관하여는 유체물에 적용되어 왔던 형사소송법의 규정을 그대로 적용할 것이 아니라 통신비밀보호법과 같은 특별규정의 마련을 통해 통제장치를 강구하는 것이 바람직하다.

## 다. 자료요구, 자료제공 로그의 기록

전기통신사업법 제83조는 전기통신사업자가 통신자료제공을 한 경우에는 해당 통신자료제공 사실 등 필요한 사항을 기재한 대장과 자료제공요청서 등 관련 자료를 갖추어 두어야 하며 이에 대한 현황을 과학기술정보통신부장관에게 보고하도록 하고 있으며 통신비밀보호법 제13조는 수사기관이 통신사실 확인자료제공요청사실 등 필요한 사항을 기재한 대장과 통신사실 확인자료제공요청서 등 관련자료를 소속 기관에 비치하고 전기통신사업자는 자료제공현황 등을 과학기술정보통신부장관에게 보고하고, 해당 통신사실 확인자료 제공 관련자료를 7년간 비치하도록 규정하고 있으며 금융실명제법 제4조의3은 거래자료 등을 제공한 경우에는 금융위원회가 정하는 표준양식으로 기록·관리하도록 규정하고 있다.

사업자가 보관하는 데이터의 취득을 위해서는 통신자료제공요구서, 통신사실확인자료제공 허가서, 금융위원회가 정하는 표준 압수수색영장이 수사기관의 신분증 명서와 함께 모사전송 등으로 제공되며 사업자 등이 제공한 데이터의 사본을 비롯하여 해당 자료의 송수신 로그가 수사기관 및 사업자에게 모두 남겨질 뿐만 아니라 앞서 설명한 법령에 따라 이를 법적으로 보관해야 할 의무가 있고 사후에 감사 등을 받는 등 자료의 요구와 제공에 관한 모든 사항이 통제·관리되고 있다.

결국 이러한 로그의 기록은 일반적인 압수수색영장의 집행에 비하여 구체적이고 상세한 집행의 과정이 기록됨으로써 일반 영장의 집행에서 요구되는 압수목록의 교부나 압수수색 조서의 작성 등이 불필요하게 된다. 데이터 소유자의 개인정보자기결정권 등을 실질적으로 보호하기 위해서는 영장 및 허가서와 같이 법관의 사전심사를 거치도록 하는 것뿐만 아니라 사후 관리, 통제와 감사 등의 방법이 바람직하며 유체물의 압수수색에 적용되는 형사소송법 규정의 엄격한 적용만이 능사는 아니다.

#### 라. 관계자 참여 필요성의 부재

형사소송법 제121조는 영장집행에 검사, 피고인 또는 변호인 등 당사자의 참여권을 규정하고 제123조는 압수수색영장 집행 장소의 책임자, 간수자 등의 참여에 관하여 규정하고 이를 수사기관의 압수수색에 준용하는 규정을 두고 있다.

제123조에 따른 책임자 등 참여와 관련하여, 데이터를 보관하는 전기통신사업자 등은 영장 또는 허가서 등의 내용에 근거하여 관련 자료를 전기통신사업자 등이 직접 발취하여 제공하기 때문에 수사기관이 압수수색영장 집행 현장에서 참여자 등을 두는 상황이 존재하지 않게 되며 통신자료에 대한 영장의 집행, 금융거래정보에 대한 영장의 집행 시 수사실무 상 제121조에 규정된 당사자 등에게 통지하지 않아 왔을 뿐만 아니라 각 사업자의 본점 전산실 등에서 자료를 검색, 발취하는 현장에 피의자 등을 참여시킬 방법 또는 의미가 현실적으로 없다.

아울러, 금융거래자료의 제공 후 금융기관 종사자가 계좌 명의인에게 통지하는 규정<sup>17)</sup>, 이메일 등 전자우편에 대한 압수수색 시 대상이 된 가입자에 대한 통지 규

17) 금융실명제법 제4조의2(거래정보등의 제공사실의 통보) ① 금융회사등은 명의인의 서면상의 동의를 받아 거래정보등을 제공한 경우나 제4조제1항제1호·제2호(조세에 관한 법률에 따라 제출의무

정<sup>18)</sup>은 압수수색 등 당시에 가입자 등 관계자의 참여가 없음을 전제로 마련된 것들이다.

영장주의의 적용을 받게 된 통신사실확인자료의 제공에 관하여는 근본적으로 피의자나 참여자의 참여가 전제되지 않고 있다는 점을 주목해야 하며 사업자가 보관하는 거래사실에 관한 데이터를 취득하는 것에는 차이가 없음에도 불구하고 압수수색영장에 의한 취득의 경우에만 형사소송법 제121조와 제123조를 엄격히 적용하여 사업자의 데이터 추출 현장에 피의자 등을 참여시킬 필요성이 있는지 의문이다.

### 3. 시사점

사업자가 보관하는 데이터의 무분별한 취득을 방지하기 위해 법관의 심사를 받도록 하여 요구와 제공을 엄격히 해 놓은 것을 제외한다면, 사업자가 업무상 보관하고 있는 데이터를 수사기관에 제공하는 방식은 종전과 다를 바가 없다. 사실상 사업자의 협조에 의해 자료를 제공받는 관행은 오히려 종전의 강제집행 방식에 비하여 요구와 제공에 관한 근거자료들이 보관, 관리되고 있으며 수사기관이 무관한 데이터를 수색하여 필요한 데이터를 취득하는 것이 아니라 사업자가 허가서와 영장에 기재된 사항만을 선별하여 제공하는 등 유체물에 대한 압수수색보다 그 침해가 경감된 것이 사실이다.

유체물에 적용된 압수수색 관련 규정을 엄격히 적용하기 보다는 데이터 취득의 현실을 반영하여 합리적인 적용과 해석을 할 필요가 있으며 개인정보자기결정권의

---

가 있는 과세자료 등의 경우는 제외한다)·제3호 및 제8호에 따라 거래정보등을 제공한 경우에는 제공한 날(제2항 또는 제3항에 따라 통보를 유예한 경우에는 통보유예기간이 끝난 날)부터 10일 이내에 제공한 거래정보등의 주요 내용, 사용 목적, 제공받은 자 및 제공일 등을 명의인에게 서면으로 통보하여야 한다.

- 18) 통신비밀보호법 제9조의3(압수·수색·검증의 집행에 관한 통지) ① 검사는 송·수신이 완료된 전기통신에 대하여 압수·수색·검증을 집행한 경우 그 사건에 관하여 공소를 제기하거나 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 수사대상이 된 가입자에게 압수·수색·검증을 집행한 사실을 서면으로 통지하여야 한다. ② 사법경찰관은 송·수신이 완료된 전기통신에 대하여 압수·수색·검증을 집행한 경우 그 사건에 관하여 검사로부터 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분의 통보를 받거나 내사사건에 관하여 입건하지 아니하는 처분을 한 때에는 그 날부터 30일 이내에 수사대상이 된 가입자에게 압수·수색·검증을 집행한 사실을 서면으로 통지하여야 한다.

보호에 방점을 두기 위하여 전기통신사업법, 통신비밀보호법, 금융실명제법 등에서 정하는 사후 통제 방식을 일반적 압수수색영장의 집행에도 적용할 필요성이 있다.

## IV. 데이터 보관 사업자에 대한 영장집행 절차의 현실화

### 1. 피의자 참여권 통지의 생략

#### 가. 피의자 참여권 통지의 생략에 관한 법원의 입장

서울중앙법원은 결정으로 “카카오톡에 대한 압수수색 집행 과정에서 피의자 또는 변호인에게 집행의 일시와 장소를 통지하지 않았고 통지의 예외 사유인 형사소송법 제122조의 ‘급속을 요하는 때’에도 해당하지 않는다며 해당 사건의 압수수색은 참여권을 보장하지 않아 위법하다.”고 판단하였다.<sup>19)</sup> 대법원은 이메일에 대한 압

19) 서울중앙지방법원 2016.2.18. 2015보6 준항고 결정

#### 1. 사실관계

검찰은 2014. 5. 18. 열린 ‘세월호 참사 추모 침묵행진’을 기획한 혐의로 피의자인 준항고인을 수사하면서 준항고인의 카카오톡 대화내용 등을 확보하기 위해 카카오톡 서버에 대한 압수·수색을 실시한 후 2014. 11.경 준항고인을 ‘집회및시위에관한법률위반’ 등으로 불구속기소하였다.

준항고인은 불구속기소된 이후 뒤늦게 카카오톡 대화내용의 압수수색 사실을 알게 되었고, 이에 준항고인은 검찰이 압수수색 사실을 미리 알려 주지 않아 참여권을 보장하지 않았고, 집행 당시 영장 원본을 제시하지도 않았으며, 압수목록도 교부하지 않았고, 범죄혐의와 관련 없는 카카오톡 대화내용도 모두 압수하였다는 이유로 서울중앙지방법원에 위 압수·수색 처분은 위법하므로 취소하여 달라는 내용의 준항고를 제기하였다.

#### 2. 결정의 요지

준항고 법원은 이 사건 압수·수색의 위법성에 대하여, “피의자 등에게 압수·수색영장 집행과정에 참여권을 보장한 것은 압수·수색 집행의 절차적 적법성을 확보하여 영장주의를 충실하게 구현하기 위한 것인데, 피의자 등에게 참여권이 보장되지 않았다면 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색은 위법하다.”, “특히 형사소송법 제122조 단서의 ‘급속을 요하는 때’에 해당하는지 여부와 관련하여, ‘급속을 요하는 때’란 ‘압수·수색영장 집행사실을 미리 알려주면 증거물을 은닉할 염려 등이 있어 압수·수색의 실효를 거두기 어려운 경우’를 의미하는데, 압수·수색의 대상인 카카오톡 대화내용은 주식회사 카카오톡의 서버에 보관 중으로 피의자 등이 접근하여 관련 정보를 은닉하거나 인멸할 수 있는 성질의 것이 아니고, 수사기관은 영장이 발부된 후 이들이 지나 압수·수색을 실시하여 급박하게 이루어진 것으로 볼 수 없다고 보아 예외 사유에도 해당하지 않는다.”고 판단하였다. 나아가 압수·수색 처분을 취소할 지 여부에 대하여, “수사기관의 증거수집 과정에서 영장주의

수수색영장을 집행하면서 피의자에 대한 사전통지를 결락한 사안에서 “형사소송법 제122조의 급속을 요하는 때라 함은 압수수색영장 집행 사실을 미리 알려주면 증거물을 은닉할 염려 등이 있어 압수수색의 실효를 거두기 어려울 경우를 의미한다.”고 판단하였다.<sup>20)</sup>

### 나. 재판상 압수수색과 수사상 압수수색의 차이

법원의 압수수색에서는 피고인이 당사자로서의 지위를 가지는 반면, 수사 중 피의자는 수사의 대상일 뿐만 아니라 경우에 따라서는 피의자가 특정되지 않은 경우도 있으며 피의자가 특정된 경우라도 수사의 밀행성이 유지되어야 할 필요성도 존재한다.

수사의 밀행성을 차치하고서라도 법원의 압수수색에서는 당사자에게 반대신문의 기회를 제공해야 하나 수사기관의 압수수색을 통해 취득한 증거는 공판정에서 다시 한 번 증거능력을 인정받아야 하는 문제가 남아 있고 이 때 비로소 당사자에게 반대신문의 기회가 보장될 수 있기 때문에 법원의 압수수색과 수사 중의 압수수색을 만연히 같게 취급해서는 안 된다.

### 다. 당사자 참여 규정의 취지와 통지 생략의 가능성

대법원은 피의자 또는 참여권자의 참여, 영장의 제시 등 형사소송법의 취지는 “영장주의에 의한 적법한 집행을 확보하고, 피압수자 측의 사생활의 비밀과 자유, 주거의 자유, 경제활동의 자유 등과 같은 기본적 인권을 보호하기 위한 것”이며 특

---

등 절차적 적법성을 확보하고 국민의 기본권을 보장하여야 할 필요와 실제적 진실 규명의 요청을 비교, 형량하여 참여권을 보장하는 취지, 급속하게 집행될 사유가 없었던 사정, 압수·수색으로 확인한 자료가 준항고인의 내밀한 사생활의 비밀에 속하는 사정 등에 비추어 압수·수색 영장의 원본의 제시, 압수물 목록 교부, 피의사실과의 관련성 등 준항고인의 나머지 주장에 대하여 더 나아가 살펴 볼 필요없이 이 사건 압수·수색의 취소는 면할 수 없다”고 결정하였다.

20) “수사기관이 이 사건 이메일 압수·수색영장 집행 시 급속을 요하는 때에 해당한다고 보아 사전통지를 생략한 것이 위법하다는 피고인들의 주장을 배척한 제1심판결을 그대로 유지한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 압수·수색영장 집행이나 위법수집증거배제법칙에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.”; 대법원 2012.10.11. 선고 2012도7455 판결

히 피의자 등의 참여권에 대해서는 “수사기관의 압수·수색에 피의자 또는 변호인, 책임자 등의 참여를 보장하는 형사소송법 제219조, 제121조, 제123조의 규정이 영장에 의한 적법한 압수·수색을 사전에 실효성 있게 확보하기 위한 제도적 수단으로서 중요하게 작용할 수 있다. 수사기관이 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 피압수자 측에게 참여의 기회를 주지 않게 되면 수사기관은 무관정보를 제한 없이 취득할 수 있게 되어 압수·수색의 대상을 유관정보에 한정된 영장의 적법한 집행을 확보할 수 없게 된다.”고 판시하고 있다.<sup>21)</sup>

디지털 증거와 관련하여 증거능력상 진정성 문제가 다투어지므로 피의자나 소유자를 참여하게 하고 확인을 받는 절차를 거치면 향후에 다툼의 소지를 없앨 수 있어 소송진행을 원활히 할 수 있고, 나아가 검색과정이 복잡할 때 소유자의 도움을 받을 수 있어서 편리할 수도 있다. 그러나 이러한 편리를 도모하기 위해 수사기관이 임의로 피의자나 소유자를 참여하게 할 수는 있겠지만 참여가 피의자의 권리는 아니라는 의견<sup>22)</sup>도 있다.

대법원의 의견은 강제집행이 필요한 압수수색영장 집행의 상황에는 적합하지만 앞서 살펴본 바와 같이 사업자가 보관하는 데이터에 대한 취득에 있어서는 “피압수자 측의 사생활의 비밀과 자유, 주거의 자유, 경제활동의 자유 등의 침해상황”, “무관정보를 제한 없이 취득할 수 있는 상황”이 발생하지 않기 때문에 당사자 참여의 필요성이 현저히 경감되며 사실상 사업자가 압수수색영장에 기재되어 있는 자료를 선별 할 때 선별 현장에 피의자 등이 참여하는 것도 현실적으로 어렵다.

#### 라. 제219조 준용규정의 적정성 판단

형사소송법 제121조, 제122조<sup>23)</sup>는 제1편 총칙 제10장 법원의 압수수색에 관한 장에 위치하며 수사기관의 압수수색에 대해서는 제2편 제1심 제1장 수사 부분에서

21) 대법원 2015.7.16. 2011도1839 전원합의체 결정

22) 이완규, “디지털증거 압수수색과 관련성 개념의 해석”, 법조, 2013, 150면

23) 제121조(영장집행과 당사자의 참여) 검사, 피고인 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있다.

제122조(영장집행과 참여권자에의 통지) 압수·수색영장을 집행할 때에는 미리 집행의 일시와 장소를 전조에 규정한 자에게 통지하여야 한다. 단, 전조에 규정한 자가 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다.

제219조<sup>24)</sup>에 의해 제121조, 제122조를 준용하는 방식을 채택하고 있다.

그런데 형사소송법 제121, 122조를 수사과정에 적용할 경우 수사비밀의 사전 누설 및 압수물의 인멸, 은닉을 초래할 위험이 있을 뿐만 아니라 피의자의 도주 등으로 피의자의 참여를 기대하기 어려운 경우 및 수사 초기 단계로서 피의자가 확정되지 아니한 경우에는 통지가 현실적으로 불가능하다는 문제도 있다.<sup>25)</sup>

법원의 사정은 수사기관과 다르다는 점에도 유의해야 한다. 법원은 이미 관련 증거가 확보되어 재판 중에 있기 때문에 수사의 밀행성이 결부될 필요가 없다.<sup>26)</sup> 현실과 맞지 않는 동 규정은 형사소송법이 공소제기 이후 법원이 강제처분을 하는 상황을 예상하여 조문을 규정한 후 수사상의 압수수색에 관하여 이를 준용하는 입법형식을 취하고 있기 때문에 발생한 오류로 보인다.

우리와 유사한 조문체제를 가지고 있는 일본은 법원의 압수단계에서 인정되는 당사자 참여권을 수사절차에는 준용하지 않고 있다.<sup>27)</sup> 일본형사소송법 제113조는 입회권과 입회통지의무를 부과하고 있는데 수사기관에 이를 준용하는 제222조는 제113조를 준용하지 않도록 규정하고 있다. 이에 비해 우리의 형사소송법은 제121조

24) 제219조(준용규정) 제106조, 제107조, 제109조 내지 제112조, 제114조, 제115조제1항 본문, 제2항, 제118조부터 제132조까지, 제134조, 제135조, 제140조, 제141조, 제333조제2항, 제486조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검중에 준용한다. 단, 사법경찰관이 제130조, 제132조 및 제134조에 따른 처분을 함에는 검사의 지휘를 받아야 한다.

25) 박혁수, “디지털 정보 압수수색의 실무상 쟁점”, 형사법의 신동향 통권 제44호, 2014.9, 94면

26) 김기준, “수사단계의 압수수색 절차 규정에 대한 몇 가지 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제18호, 2009, 4면

27) 일본형사소송법 제113조 ① 검찰관·피고인 또는 변호인은 압수장 또는 수색장의 집행에 입회할 수 있다. 단 신체의 구속을 받고 있는 피고인은 그러하지 아니하다.

② 압수장 또는 수색장의 집행을 하는 자는 미리 집행의 일시 및 장소를 전항의 규정에 의하여 입회할 수 있는 자에게 통지하여야 한다. 단 이들이 미리 재판소에 입회하지 아니하는 의사를 명시한 경우 및 급속을 요하는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 재판소는 압수장 또는 수색장의 집행에 대하여 필요한 때에는 피고인을 이에 입회하도록 할 수 있다.

제222조 ① 제99조, 제100조, 제102조 내지 제105조, 제110조 내지 제112조, 제114조, 제115조 및 제118조 내지 제124조의 규정은 검찰관·검찰사무관 또는 사법경찰직원이 제218조, 제220조 및 전조의 규정에 의하여 하는 압수 또는 수색에 대하여, 제110조, 제112조, 제114조, 제118조, 제129조, 제131조 및 제137조 내지 제140조의 규정은 검찰관·검찰사무관 또는 사법경찰직원이 제218조 또는 제220조의 규정에 의하여 하는 검중에 대하여 이를 준용한다. 단 사법순사는 제122조 내지 제124조에 규정된 처분을 할 수 없다.

와 제122조에서 참여권과 통지의무를 규정하고 제219조에서 ‘제118조부터 제132조까지’ 포괄적으로 준용하고 있어 준용에서의 오류일 가능성이 존재한다.

1949년 형사소송법요강안과 법제편찬위원회의 심의에서 “형사소송법의 편찬은 현행 형사소송법규(의용형사소송법을 의미함)를 참고로 하여 민주주의적 형사재판 제도를 확립도록 제정할 것”으로 가결하여<sup>28)</sup> 제정 형사소송법이 일본의 형사소송법을 기초로 하였음이 확인된다.

1954년 형사소송법초안<sup>29)</sup>은 현행 제121조와 제122조에 대응하는 규정을 제117조 및 제118조에 규정하고 제222조에서 이를 수사기관의 압수수색에 준용하도록 작성하였는데 형사소송법안에 대한 독회에서 법제사법위원장 김정실은 “초안에 있어서는 공판중심주의를 철저화시켜 모든 증거 그것이 증거물이거나 증거서류이거나를 막론하고 공판정에 제출케 하여 피고인에 비판의 기회를 부여하고 증인신문, 압수수색에 있어서의 피고인의 참여권과 반대신문권이 인정되고 자백만으로써 유죄의 판결을 받지 않도록 한 것입니다.”라고 발언<sup>30)</sup>함으로써 압수수색에 있어 피고인의 참여권은 공판중심주의의 철저화를 위한 것이라는 점을 명백히 하였다. 이외에 우리 제정형사소송법에서 어떠한 이유로 압수수색에서 피고인 또는 변호인에 대한 통지규정을 수사에 준용하게 되었는지 그 근거는 찾을 수 없다.

수사단계에서 피의자는 공판에서의 당사자와는 다른 지위를 가지며 피의자가 특정되지 않은 사건에서의 압수수색에서는 통지의 대상도 불명확하며 그간 사업자 보관 데이터에 대한 압수수색에서 피의자에 대한 통지가 생략되고 있었던 점, 피의자에 대한 금융거래자료를 압수한 경우 피의자에게 사후 통지가 이루어지며 이메일 등에 대한 압수수색에서도 사후 통지를 해야 한다는 점은 압수수색에 있어서 피의

28) 신양균 편저, 형사소송법 제개정 자료집(상), 한국형사정책연구원, 2009, 15면

29) 제117조 검사, 피고인 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있다.

제118조 압수 및 수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 전조에 규정한 자에게 통지하여야 한다. 그러나 전조에 규정한 자가 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 그러하지 아니하다.

제210조 제104조, 제105조, 제107조 내지 제110조, 제112조, 제113조제1항 전단 제2항, 제115조 내지 제130조, 제135조, 제136조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검중에 준용한다. 그러나 사법경찰관이 제127조 내지 제129조의 규정에 의한 처분을 함에는 검사의 지휘를 받아야 한다.

30) 신양균 편저, 형사소송법 제개정 자료집(상), 한국형사정책연구원, 2009, 149면

자 또는 변호인에게 사전 통지해야 한다는 규정과 걸맞지 않거나 상호 모순된다.

피고사건에 있어서 법원은 중립적인 제3자의 지위에 있으며 검사와 피고인은 당사자로서 법원의 압수수색검증에 참여하는 것이 적합하고 피고인에게 증거보전이나 증인신문에의 참여권이 인정되는 것과 맥락을 같이 한다. 이러한 참여권은 압수수색 장소에서 책임자, 주거주의 참여와는 그 맥락을 달리하는 것으로 우리 제정 형사소송법의 모델이 되었던 일본 형사소송법의 경우 수사기관의 준용규정에서 유독 피고인의 참여권 부분만을 수사에서는 준용하지 않는 구조를 택하고 있다. 반면, 압수수색에서 책임자, 주거주, 간수자 등을 참여시키는 규정<sup>31)</sup>은 수사기관에서 그대로 준용하고 있다는 점은 일본형사소송법이 법원의 압수수색에서 피고인의 참여권을 보장하는 조항을 수사에는 준용하지 않겠다는 의사를 명백히 한 것이다.

독일의 경우도 압수수색 시 피의자나 변호인의 참여권을 보장하지 않고 미국의 경우 압수수색에 대한 피의자, 변호인의 참여권을 보장하는 판례나 입법이 발견되지 않고 오히려 압수수색 장소의 점유자 참여권도 보장되지 않는다.<sup>32)</sup>

피의자에 대한 사전 통보는 피의자가 피압수 대상물 즉, 증거를 은닉하거나 훼손, 멸실할 가능성을 높이고 압수의 효과를 담보할 수 없게 한다. 즉, 사전 통보는 수사의 밀행성과 신속성 그리고 압수, 수색의 실효성에 대립되는 규정이다.<sup>33)</sup>

수사기관에서 압수수색영장집행 시 피의자 등에게 통지하고 집행에 참여권을 부여한 형사소송법 제219조 준용규정은 수사의 밀행성 보장의 취지와도 모순될 뿐만 아니라 법제정의 연혁을 보더라도 일본의 형사소송법을 차용하는 과정에서 잘못 규정되었을 가능성을 부정할 수 없다. 또한 우리 형사소송법이 우편 서비스 제공자가 보관하는 우체물에 대한 압수의 경우 발신인이나 수신인에게 그 취지를 통지하게

31) 일본형사소송법 제114조 ① 공무소 내에서 압수장 또는 수색장의 집행을 할 때에는 그 장 또는 그를 갈음할 자에게 통지하여 그 처분에 입회하도록 하여야 한다.

② 전항의 규정에 의한 경우를 제외하고 사람의 주거 또는 사람이 간수하는 저택, 건조물 또는 선박 내에서 압수장 또는 수색장을 집행할 때에는 住居主나 간수자 또는 이들을 갈음할 사람에 이에 입회하도록 하여야 한다. 이들을 입회하도록 할 수 없을 때에는 이웃사람 또는 지방공공단체의 직원을 입회하도록 하여야 한다.

32) 김기준, “수사단계의 압수수색 절차 규정에 대한 몇 가지 고찰”, 형사법의 신동향 통권 제18호, 2009, 4-5면

33) 강구민·김창우·오경식, “압수수색영장 집행에 있어 참여권자에 관한 소고”, 법학논집 제22권 제2호, 2015, 532면

한 것, 이메일과 같은 전기통신에 대한 압수수색을 했을 경우 당사자에게 통지할 수 있는 제도를 통신비밀보호법에 신설함으로써 데이터 소유자에 대한 사후통지제도를 둔 것은 사전 통지 또는 참여를 배제한 것이므로 제219조 준용규정을 적용할 여지가 없게 된다. 따라서 본질적으로는 제219조 준용규정을 개정할 필요가 있으며 개정 이전이라도 사업자가 보관하는 데이터에 대한 압수수색영장의 집행에 있어서는 제219조, 제121조, 제122조를 엄격하게 적용하지 않아야 한다.

## 2. 영장의 사본제시

### 가. 모사전송에 의한 영장집행에 관한 법원의 입장

서울중앙지방법원은 2014고단4122 사건에서 "수사기관이 압수한 카카오톡 대화 기록은 압수·수색 당시 카카오톡에 압수·수색 영장의 원본을 제시하지 않았고 팩스로 보냈으며 사후에도 영장의 원본을 제시하지 않았으며, 압수·수색 영장 집행후 압수물 목록도 교부하지 아니하여 카카오톡 대화기록은 위법수집 증거이므로 증거능력이 인정되지 않는다."고 판시하였다.<sup>34)</sup>

대법원은 수사기관이 금융거래자료와 이메일에 대한 영장을 모사전송의 방법으로 집행한 사건에서 “영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시되어야 하고(형사소송법 제219조, 제118조<sup>35)</sup>), 압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(같은 법 제219조, 제129조). 이러한 형사소송법과 형사소송규칙의 절차 조항은 헌법에서 선언하고 있는 적법절차와 영장주의를 구현하기 위한 것으로서 그 규범력은 확고히 유지되어야 한다. 그러므로 형사소송법 등에서 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.”<sup>36)</sup>고 판결하였고 이메일에 대해 모사전송의 방법으로 영장을 집행한 사안에서 “수사기관은 위 압수수색영장을 집행할 당시 공소의 1 주식회사에 팩스로 영장 사본을 송신

34) <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Info?serial=99212> (2020.2.24. 검색)

35) 형사소송법 제118조(영장의 제시) 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.

36) 대법원 2019.3.14. 선고 2018도2841 판결

한 사실은 있으나 영장 원본을 제시하지 않았고 또한 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 이를 피압수·수색 당사자에게 교부하였다고 볼 수도 없다고 전제한 다음, 위와 같은 방법으로 압수된 위 각 이메일은 헌법과 형사소송법 제219조, 제118조, 제129조가 정한 절차를 위반하여 수집한 위법수집증거로 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없고, 이러한 절차 위반은 헌법과 형사소송법이 보장하는 적법절차 원칙의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다.”고 판결하였다.

### 나. 수사기관의 영장집행 관행

수사기관은 1990년대 후반부터 업무의 효율성을 제고하기 위해 금융, 통신사 등을 대상으로 모사전송과 전자우편을 이용해 영장을 제시하였고 지난 20년 동안 아무런 탈없이 운영되어 왔다.<sup>37)</sup>

전자적 제시는 수사의 신속성, 효율성 그리고 밀행성을 보장하고 집행현장에서 당사자 간에 마찰을 최소화 할 수 있어 적극 활용되고 있다. 경찰청의 통계에 따르면 영장의 전자적 제시 건수가 물리적 전자 제시 건수를 이미 넘어섰다. 2017년 금융영장 신청건수(116,889건)는 전체 압수수색영장 신청건수(203,977건) 중 57.3%를 차지할 정도이다.<sup>38)</sup>

모사전송 등의 방법으로 영장을 집행할 때 수사관은 집행하는 사람이 누구인지를 알리기 위해 신분증 사본을 함께 전송하고, 이를 접수받은 곳에서는 수사관의 신분을 가진 사람이 진정하게 성립된 영장의 사본을 전송하였다고 판단하면 영장에 기재된 사항을 조회하여 수사기관에 회신한다. 이때, 모사전송, 이메일(e-mail) 혹은 CD, DVD, USB 등의 이동식 저장매체를 통해 회신을 하게 되는데, 가입자 정보 등 압수하는 데이터의 양이 적은 경우 모사전송 방법으로 회신되기도 하지만, 대량의 데이터가 회신되는 이메일 정보, 통화 내역, 기지국 정보, 로그 기록 등은 파일 형식으로 이를 요청한 수사관의 이메일로 전송해주는 것이 대부분이다. 위와 같이 사업자가 보관하는 데이터를 회신 받은 수사관은 회신받은 데이터를 출력하여 수사 기록에 첨부하여 이를 송치해 왔다.<sup>39)</sup> 수사실무 상 영장의 집행과 자료를 제공받는

37) 김기범, “압수수색영장의 전자적 제시에 관한 연구”, 경찰학연구 제18권 제2호, 2018.6, 150면

38) 김기범, “압수수색영장의 전자적 제시에 관한 연구”, 경찰학연구 제18권 제2호, 2018.6, 151면

과정 전체는 일반적인 압수수색과 전혀 다른 모습을 하고 있다.

#### 다. 모사전송에 의한 영장집행의 연혁과 성질

통신사실확인자료를 취득하기 위해서 법관의 허가서가 필요함에도 불구하고 이의 집행은 모사전송의 방식에 의한다. 이는 2005년 통신사실확인자료의 승인주체가 법원의 허가사항이 됨에 따라 정보통신부의 ‘통신비밀 보호업무 처리지침’이 제정되었고 동 지침에 따라 모사전송에 의한 요청을 하고 있다. 금융거래자료를 요구하기 위한 압수수색영장의 집행에 관하여 금융실명거래업무해설은 “금융정보제공을 요구할 때 금융위원회가 정하는 표준양식에 의하여 팩스로 요청할 수 있다.”라고 설명한다.<sup>40)</sup> 법관의 심사를 통하여 영장주의의 적용을 받게 되었다는 통신사실확인자료의 경우 모사전송에 의한 집행을 허용하면서 사실상 자료의 요구와 제공의 방식이 다르지 않은 금융거래자료나 이메일 자료의 압수수색에는 이를 허용하지 않는 것은 균형에 맞지 않다.

1993. 8. 12 시행된 금융실명거래및비밀보장에관한긴급재정경제명령<sup>41)</sup> 재무위원회에서 “비밀보장을 어떻게 일반 국민에게 확신시켜 줄 수 있는가 하는 점은 바로 실명제를 성공적으로 정착시킬 수 있는 관건이라고 말할 수 있습니다. 금융정보 자료제공에 대한 한계를 보다 명확하게 명시하거나 금융기관이 다른 국가기관으로부터 부당한 자료제공 요청을 거부할 수 있는 법적 제도적 장치를 강화해야 한다고 봅니다.”라는 질의내용에 대해 재무부장관<sup>42)</sup> “정부도 금융실명제를 성공적으로 정착시키기 위해서는 금융거래정보에 대한 비밀보장이 무엇보다도 중요하다고 생각되어서 그 보완대책을 강구하였습니다. 먼저, 이번 긴급명령의 제목을 금융실명거래및비밀보장에관한긴급명령으로 해서 정부의 비밀보장에 대한 정책의지를 분명히

39) 이정희·김지현, “제3차 보관 디지털 증거의 압수 관련 문제점 및 개선방안 연구”, 디지털포렌식연구 제8권 제1호, 2014, 87면

40) (나. 정보제공 요구방법(실명법 제4조제2항) (1) 다음 각호의 사항을 기재한 금융위원회가 정하는 표준양식(금융위원회고시(2009-49호): 72~75쪽 참조)에 의하여 요구하는 경우에 정보제공 가능 (FAX요청시도 가능); 은행연합회, 금융실명거래 업무해설, 2016.8, 46면

41) 금융실명거래및비밀보장에관한긴급재정경제명령 [시행 1993. 8. 12.] [대통령긴급재정경제명령 제 16호, 1993. 8. 12., 제정]

42) 제14대 국회 163회 1차 재무위원회 국회회의록

하였습니다. 또한 금융거래정보는 예금주의 동의없이 원칙적으로 요구하거나 제공되지 못하도록 하고 법원의 제출명령, 조세에 관한 법률에 의한 조사, 금융감독 검사에 필요한 경우 법률에 의해서 불특정 다수인에게 공개가 인정되어 제공하는 경우에 한해서만 예외적으로 금융정보가 제공되도록 하되 이 경우에도 필요한 최소한의 범위내에서 문서에 의해서 특정 점포별로 요구하도록 하고 부당한 정보제공요구를 받는 경우에도 금융기관이 이를 거부하도록 의무화하였습니다.”라고 답변하였다.

금융거래자료는 강제집행에 의한 압류의 개념이 아니라 그간 공문 등에 의해 쉽게 제공되던 관행을 개선하여 금융거래의 비밀을 보장하는 것이 법의 취지이며 “문서에 의해” 자료를 요구하도록 하고 이러한 문서의 방식에 대해서 금융기관 연합회가 정하여 모사전송집행을 허용하였다면 이러한 방식도 제시의 개념에 포함시켜야 함이 타당하다.

형사소송법 제118조의 입법취지는 법관이 발부한 영장없이 압수수색을 하는 것을 방지하고 압수수색영장에 기재된 물건, 장소, 신체에 대해서만 압수수색을 하도록 하려는 것을 보장하는데 있다.<sup>43)</sup> 영장의 제시라는 일정한 형식을 거치도록 함으로써 수사기관이 행하는 강제처분의 적법성을 시민에게 가시적으로 납득시킴과 동시에 수사기관의 강제처분 남용을 심리적으로 견제하는 이중의 효과가 있다.<sup>44)</sup> 영장을 피처분자에게 제시할 것을 요구하고 있는 취지는 피처분자로 하여금 압수수색의 이유와 범위를 포함한 그 내용을 알게 함으로써 개인의 프라이버시와 재산권의 침해를 최소화하면서 절차의 명확성과 공정성을 담보하기 위함으로 해석할 수 있다.<sup>45)</sup> 그러나 사업자가 보관하는 데이터에 대한 압수수색의 경우 오프라인에서의 책임자, 주거주 또는 소지자, 소유자, 보관자의 지위는 데이터를 보유한 사업자가 될 것이고 자료를 제공하는 주체인 사업자와 합의된 방법으로 제시된다면 제118조의 취지에 부합한다고 해석하여야 한다.

#### 라. 사본에 의한 제시의 허용성 판단

43) 이영돈, “수사상 압수수색영장의 제시”, 경찰법연구(제11권 제1호), 2013, 224면

44) 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014, 230면

45) 강구민·김창우·오경식, “압수수색영장 집행에 있어 참여권자에 관한 소고”, 법학논집 제22권 제2호, 2015, 531면; 민영성, “압수수색영장의 집행에 있어서 ‘필요한 처분’과 영상사전제시 원칙의 예외”, 인권과 정의 제357호, 대한변호사협회, 2006, 96면

사업자가 보관하는 데이터의 취득을 목적으로 하는 압수수색은 모사전송에 의한 영장의 제시를 통해 자료를 요구하고 사업자 측은 사본의 형태로 자료를 제공하기 때문에 일반적인 압수수색에서와 같이 압류에 해당하는 행위와 수색에 해당하는 행위가 없음에도 불구하고 법원이 모사전송에 의한 영장의 제시가 “기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 행위”라고 판단한 것은 쉽게 납득하기 어렵다.

모사전송에 의한 영장의 집행은 정보통신의 발달에 따라 비로소 가능하게 된 것이다. 오히려 강제력을 행사하는 일반적인 방법에 비하여 덜 침해적인 비대면, 사본 제시 방법은 허용될 필요가 있음에도 통신비밀보호법을 제외하고 대부분의 법률에서 이에 대한 명시적 근거를 두지 않고 있어<sup>46)</sup> 아쉬울 뿐이다.

사업자가 보관하고 있는 데이터에 대한 영장의 집행에 있어 모사전송에 의한 방법은 당초 영장의 제시를 통해 구현하려는 제반 목적을 침해하는 바가 없으며 수사 효율성과 자료를 제공하는 사업자의 편의성에도 부합하고 영장의 사본이 모두 사업자에게 전송되어 사업자가 영장의 기재사항을 면밀히 검토할 수도 있기 때문에 허용여부를 적극 검토하여야 한다. 다만, 사본의 진위여부 등을 식별할 필요성이 있으며 사업자가 영장 사본의 진위여부를 다투면서 자료제공을 거부할 경우에는 진위를 입증하거나 원본을 제시하는 등의 방법을 취해야 한다.

### 3. 소결

피의자에게 참여권의 부여는 형사소송법 연혁으로 살펴보았을 때 잘못 준용되었을 가능성이 존재할 뿐만 아니라 수사의 밀행성에 대한 보장, 수사기관에서 압수수색한 증거는 공판정에서 다시 한 번 증거능력을 인정받아야 하므로 법원이 실시하는 압수수색에서 당사자에게 참여권을 보장해야 하는 것과 상황이 다르다는 점을 고려해야 한다. 특히, 사업자가 선별하여 제공하는 데이터의 취득에 관하여 형사소송법 제121, 122조를 엄격히 적용하는 것은 재고해 볼 필요가 있다. 따라서 위와

46) 김기범, “범죄수사에서 제3자 정보 요청에 관한 입법체계”, 한국위기관리논집 Vol13 no8, 2017, 90면

같은 점들을 반영하여 중국적으로는 형사소송법 제219조 준용규정을 개정하여 수사기관의 압수수색에서는 제121, 122조를 준용하지 않도록 하여야 한다.

영장을 모사전송 등의 방법으로 제시한 경우 사업자는 영장의 사본 및 영장을 제시한 수사관의 인적사항을 모두 저장할 수 있는 이점이 있고 영장에 기재된 사항만을 사업자의 판단에 따라 선별적으로 제공해 줄 수 있는 등 영장의 집행에 따른 기본권 침해 상황이 현저히 낮아진다. 또한, 영장주의의 적용을 받는 통신사실확인자료제공요청 허가서의 집행은 모사전송이 허용되고 있기 때문에 영장의 집행에 있어서만 엄격히 해석할 성질도 아니다. 따라서 임의제출의 방식과 다를 바 없이 진행되는 사업자 보관 데이터에 대한 압수수색에서는 영장의 제시를 사본에 의한 제시까지 허용할 수 있도록 해석하는 것이 바람직하다.

## V. 결론

종래 판례는 비진술증거인 증거물에 대해서는 압수절차가 위법하더라도 물건 자체의 성질과 형상에 변경을 가져오는 것이 아니므로 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다고 하는 소위 정상불변론의 입장에 있었다가 2007년에 비로소 형사소송법에 제308조의2<sup>47)</sup>를 신설하여 위법수집증거배제법칙을 명문화하였다.<sup>48)</sup> 위법수집증거배제법칙을 통하여 적법절차를 준수하고 위법수사를 견제하고자 하는 것은 바람직하지만 사소한 절차위반까지 위법수사로 보아 수집된 증거의 증거능력을 배제한다면 국가의 형사소추역량에 지나친 제약이 가해지게 되고 실제적 진실발견에 지장을 초래할 수도 있기 때문에 형사소송법의 모든 절차를 엄격하게만 적용하는 것이 무조건 바람직하다고 단정할 수 없다.

특히, 사업자가 보관하고 있는 데이터의 취득에 관하여는 앞서 본고가 주장한 바와 같이 압수수색영장의 집행을 통해 침해되는 이익이 크지 않은 반면 수사의 밀행성을 보장하고 그 효율성을 증대시키며 영장의 집행과정이 오히려 투명하게 유지되

47) 제308조의2 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.

48) 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014, 1320면

는 이익도 있기 때문에 유체물에 대해 강제력을 행사하면서 이루어지는 압수수색영장의 집행과는 다르게 평가하여야 할 것이다.

카카오톡 대화내용에 대한 압수, 이메일에 대한 압수, 통신자료제공요청허가서 등의 집행은 압수수색영장의 집행이라기보다는 실질적으로 법원의 자료제출명령과 더욱 유사함에도 불구하고 법원의 자료제출명령 규정은 수사기관에게 준용하지 않고 있다. 강제력을 행사하지 않은 데이터의 취득에 대해서는 법관의 심사를 받은 자료제출명령장 등의 제도를 도입하는 것도 본고에서 지적한 문제를 해결할 수 있는 대안이 된다고 생각한다.

또한 데이터에 관한 압수수색에서 기본권을 더욱 충실히 보장하기 위해서는 과거의 규정에 얽매이기보다는 통신비밀보호법이나 금융실명제법에서 규정하고 있는 사후통지제도, 관련 자료의 보관과 감사제도 등을 구체적으로 도입, 적용하는 방식으로 위법수사를 억제하는 방향의 입법이 이루어지기를 바란다.

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 신동운, *신형사소송법(제5판)*, 법문사, 2014.
- 신양균 편저, *형사소송법 제개정 자료집(상)*, 한국형사정책연구원, 2009.
- 강구민, 김창우, 오경식, “압수수색영장 집행에 있어 참여권자에 관한 소고”, *법학논집* 제22편 제2호, 2015.
- 고은석, “수사기관의 금융거래 추적 수사와 영장주의의 예외”, *법조* 제58권 제7호, 2009.
- 김기범, “범죄수사에서 제3자 정보 요청에 관한 입법체계”, *한국위기관리논집*, 2017.
- 김기범, “압수수색영장의 전자적 제시에 관한 연구”, *경찰학연구* 제18권 제2호, 2018.
- 김기준, “수사단계의 압수수색 절차 규정에 대한 몇 가지 고찰”, *형사법의 신동향 통권* 제18호, 2009.
- 김혁, “제3자 보관 정보에 대한 압수수색 영장의 집행과 적정절차”, *형사정책연구*, 2018.
- 민영성, “압수수색영장의 집행에 있어서 ‘필요한 처분’과 영장사전제시 원칙의 예외”, *인권과 정의* 제357호, 대한변호사협회, 2006.
- 박혁수, “디지털 정보 압수수색의 실무상 쟁점”, *형사법의 신동향 통권* 제44호, 2014.
- 이관희·김기범·이상진, “정보에 대한 독자적 강제처분 개념 도입 연구”, *치안정책연구* 제26권 제2호, 2012.
- 이영돈, “수사상 압수수색영장의 제시”, *경찰법연구* 제11권 제1호, 2013.
- 이완규, “디지털증거 압수수색과 관련성 개념의 해석”, *법조*, 2013.
- 이정희·김지현, “제3자 보관 디지털 증거의 압수 관련 문제점 및 개선방안 연구”, *디지털포렌식연구*, 2014.

## A Study on the Realistic Plan of the Execution Procedure of Warrants against Operators Keeping Data

Lee, Kwan-hee\* · Lee, Sang-jin\*\*

In the past, investigative agencies have acquired contents or transaction logs kept by operators such as telecommunication data, telecommunications data, and financial transaction data in concert with a company that keeps data. However, the widespread requests for data from investigative agencies and reckless data provision by the operators caused concerns that the Right to Self-Determination of Personal Information would be violated, and there was also a need to protect it.

To acquire e-mail or financial data, the investigative agencies execute a search and seizure warrant, but the execution process of the warrant against the company who keeps the data is completely different from the compulsory enforcement procedures against property and place. Nevertheless, our court, while showing an attitude to strictly apply the rules that had been applied to the compulsory raids to less intrusive data acquisition, assesses that it is illegal to exclude suspects in the site of data acquisition or to execute warrants using fax.

Before the revision of the Criminal Procedure Act in 2007, there was a debate over whether to recognize the admissibility of evidence if an object illegally seized was worth the evidence. At that time, there were even arguments that minor procedural violations should be tolerated in order to discover the real truth. Therefore, the strict application of the Criminal Procedure Code provisions applied in the area of compulsory investigation, despite the fact that no force is exercised in acquiring the data held by the company, and the voluntary and transparent method

---

\* Professor, Korean National Police University

\*\* Professor, Korean University, Corresponding Author

is used, does not reflect any investigative practices regarding data acquisition.

After examining changes in data acquisition methods, characteristics, and the nature of the special laws related to them, the author will argue that it is not appropriate to apply the existing regulations of search and seizure warrants to the acquisition of data kept by the company.

Rather, what should be particularly emphasized in data acquisition is not the rigor of search and seizure procedures, but the right to self-determination of personal information should be properly protected. In addition, in order to protect it, we should focus on strengthening the management and supervision of data movement, and modifying the notice process for a party to personal information in the execution of search and seizure warrants, as detailed by the Protection of Communications Secrets Act or Act on Real Name Financial Transactions and Confidentiality.

❖ Key words: Notice of search and seizure warrant, Information, Data, Digital Evidence, Search and Seizure, shown a copy of a confiscation warrant, Fax Warrant, Electronic Warrant, Electronic Presentation

# 디바이스 복호화 명령과 자기부죄거부특권: 미국 법원의 실행과 영국의 입법례를 중심으로

송영진\*

국 | 문 | 요 | 약

본 논문은 디지털 증거의 복호화 명령과 자기부죄거부특권 간의 충돌을 해결하기 위한 법원의 접근 방식을 탐구한다. 특히, 미국 법원은 PIN(개인 식별 번호)을 요구하는 경우, 복호화 명령을 집행할지 여부를 판단하는 데 있어 자기부죄거부특권을 고려한다. 반면, 영국은 2014년 RIPA(Regulation of Investigatory Powers Act)를 개정하여, 수사 기관이 디지털 증거를 복호화할 수 있도록 하는 입법례를 마련했다. “Going dark” 현상은 이러한 법적 충돌로 인해 발생할 수 있다. 본 논문은 이러한 현상을 해결하기 위한 방안을 모색하며, 디지털 포렌식 및 스마트폰 암호 해제와 관련된 법적 쟁점을 다룬다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.03.31.1.159>

❖ 주제어 : 복호화 명령, 암호화, 자기부죄거부특권, 암흑화(Going Dark), 범죄수사, 프라이버시, 개인정보보호, 디지털 포렌식, 스마트폰 암호해제

\* 경찰대학 경찰학과 교수, 국제 사이버범죄 연구센터 겸임연구위원.

## I. 서론

오늘날 기술의 진화와 발전은 수사기관에게 기회를 제공하기도 하지만 한편으로는 장애물로 작용하기도 한다. 일각에서는 수사기관이 예전보다 더 많은 정보를 확보할 수 있다고 주장하지만, 다른 한편에서는 수사기관이 기술의 변화 속도를 따라 잡지 못해 점점 어려움(going dark)에 봉착하고 있다고 주장한다<sup>1)</sup>. 이러한 기술적 장애물로는 강력한 단대단(end-to-end) 암호화 기술, 데이터 보관(data retention) 기간의 제한, 서비스제공자가 특정 데이터를 수사기관에 제공할 수 있는 법적 권한의 한계, TOR(The Onion Router)나 VPN(Virtual Private Network)과 같은 온라인상 익명화 도구, 다양한 통신 네트워크의 혼재 등이 포함된다. 획득할 권한이 부여되지 않은 경우에 수사기관이 특정 정보에 접근하는 것은 불가능하다. 최근의 여러 논의는 강력한 암호 기술과 수사기관의 수사상 어려움에 관해 이루어지고 있다.

지난 수십 년간 수사기관의 권한과 기술의 변화 사이의 긴장으로 법적 쟁점들과 입법적 대안들이 제기되어왔다. 특히 미국에서 통신 기기에 백도어(back door)를 삽입하고 강력한 암호 코드의 배포를 제한하는 법안이 나오면서 이러한 긴장 상태는 더욱 고조되었다. 1994년 미국 의회에서는 “법집행기관을 위한 통신지원법(the Communications Assistance for Law Enforcement Act, 이하 ‘CALEA’라 함)”을 통과시켰고 동 법에서는 전기통신에 디지털 기술과 무선기술이 접목된 이후 수사기관이 통신감청을 할 수 있는 권한을 계속 유지할 수 있도록 하였다.

소위 “Going Dark” 문제는 점차 발전하는 암호화 기술 및 범죄자들이 감시와 수사망을 우회하기 위해 사용하는 기술의 확산으로 인해 수사기관이 테러리스트를 포함해 국가안보에 위협을 가하는 인물들이나 중범죄자들의 활동을 점차 파악하지 못하게 되거나 수사기관이 범죄 수사에 있어 난관에 봉착하게 되는 상황을 의미한다<sup>2)</sup>. 암호화 기술의 발전과 확산으로 인해 수사기관이 디지털 증거에 접근하는 것

1) 수사기관의 권한 확대에 반대하는 측, 주로 시민단체와 미국의 주요 기업들은 수사기관이 암호화된 기기에 접근할 수 있도록 허용한다면 이는 이미 “감시의 황금시대(golden age of surveillance)”에 프라이버시 침해를 영구화하는 것이라고 비판한다. 또한, 이들은 이미 정부가 국가 안보를 목적으로 지나치게 감시하고, 수사기관이 개인 정보에 접근하고 있으며 개인의 프라이버시와의 균형이 깨어지면서 무게 중심이 너무 정부의 이익에 쏠려 있다고 주장한다.

이 점점 더 어려워지고 있으며 이러한 문제 해결을 위한 논의가 진행 중이다.

“Going dark” 논의는 원래 움직이고 있는 데이터, 즉 실시간 통신내용의 감청에 관하여 이루어져 왔다. 그러나 최근의 기술 변화로 인해 실시간 감청뿐만 아니라 저장된 데이터에 대해서도 수사기관이 접근하기 어려워지고 있다. 현재의 논의는 수사기관이 어떠한 유형의 정보에 대해서 어떠한 경우에 접근할 수 있는지와 관련이 있다. 스마트폰은 기존의 무선 통신 기기에서 모바일 컴퓨터로 진화했고 스마트폰에서 생성되고 저장되는 데이터의 양도 방대해졌다. 또한 이러한 스마트폰 기기 자체의 암호화로 인해서 지문, 홍채, 안면인식 등 생체정보 또는 PIN번호 없이는 기기 내의 자료를 열람할 수 없는 문제가 발생하고 있다<sup>3)</sup>. 수사기관은 음성통신, 통화내역, GPS 정보, 기기에 저장되어 있는 데이터, 클라우드에 저장되어 있는 데이터에 접근하는데 많은 난관에 봉착하게 된다.

2015년 미국 캘리포니아 주 San Bernadino에서는 총기 테러 사건이 발생하여 14명이 사망하고 22명이 중상을 입었다. 이 사건의 용의자 파룩(Farook)은 도주 과정에서 경찰의 총격을 받고 사망하였다. 미국 연방수사국(FBI)은 수사 과정에서 용의자 Farook이 소지하고 있었던 아이폰 5C 기종의 스마트폰에 대한 포렌식 분석을 시도하였으나 이는 4자리의 비밀번호로 잠금기능이 활성화되어 있었다. FBI는 이를 해독하기 위해 제조사인 애플(Apple)에 잠금해제를 요청하였으나 애플은 자사 제품의 보안성을 약화시킬 우려가 있다는 이유로 이를 거부하였다. 미국 연방수사국(FBI)은 이른바 “모든 영장 법(All Writs Act)”에 근거하여 “애플은 FBI의 요청에 협조해야 한다”는 명령을 하였고, 연방수사국(FBI)은 이를 근거로 집행을 시도하였다<sup>4)</sup>.

2) 전현욱 외, 사이버범죄의 수사 효율성 강화를 위한 법제 개선 방안 연구, 경제·인문사회연구회 미래 사회 협동연구총서 15-17-01, 2015, pp. 364-368.

3) 2014년 워싱턴 D.C. 브루킹스 연구소에서 있었던 연설에서 제임스 코미 전 FBI 국장은 “사건해결의 열쇠가 되는 중요한 정보가 핸드폰이나 노트북 등 모바일 기기에 저장되어 있는 경우가 점차 많아지고 있고 앞으로도 계속 증가할 것으로 예상된다”고 하면서 “수사당국이 비밀번호를 풀지 못해 증거를 입수하지 못한다면 범죄를 발견하고 기소하는 것이 더욱 어려워질 것”이며, “스마트폰의 잠금 설정과 기능, 하드디스크 암호화로 인해 사법정부가 실현되지 못할 수도 있다”고 우려하였다. James B. Comey, “Going Dark: Are Technology, Privacy and Public Safety on a Collision Course?” (October 16, 2014). <https://www.fbi.gov/news/speeches/going-dark-are-technology-privacy-and-public-safety-on-a-collision-course> 참조.

연방 치안관사는 1977년 모든 영장법(All Writs Act)을 근거로 애플에 연방수사국(FBI)이 제안한 소프트웨어를 제공하라는 명령을 발부하였으나 애플의 CEO Tim Cook은 공개서한을 통해 고객의 프라이버시 보호를 이유로 법원의 명령을 이행할 수 없다고 주장하였다. 결국 FBI는 제3의 기관을 통해 아이폰 잠금해제에 성공하였고 법원에 대해 요청을 철회하였다<sup>5)</sup>.

또한, 미국, 영국, 호주, 캐나다, 뉴질랜드로 구성된 이른바 ‘Five Eyes’ 국가들은 2018년 9월 호주 골드코스트에서 법무장관 회담을 갖고, “증거에 대한 접근과 암호화에 대한 원칙 선언(Statement of Principles on Access to Evidence and Encryption)”을 발표하였다<sup>6)</sup>. 이 공동성명에서 동 국가들은 법집행기관이 암호화로 인해 데이터에 대한 접근이 어려워지고 있으며 합법적인 데이터 접근에 관한 법원의 결정은 점점 무의미해져가고 있다고 언급하였다<sup>7)</sup>. 공동성명에는 정보통신기술 회사들과 서비스 제공자들이 법집행기관을 지원할 상호적인 책임을 가지며, 자발적으로 법집행기관에게 합법적인 데이터 접근 솔루션을 제공하는 서비스 제공자는 그 방식을 선택할 자유를 갖는다는 내용이 포함되어 있다<sup>8)</sup>.

오늘날 ‘개인의 프라이버시와 데이터 보안’과 ‘공공의 안전과 국가안보’ 사이의 균형을 어떻게 맞추어야 하는가? 현재 수사기관의 정보수집 권한이 정말 광범위한가? 수사기관은 스마트폰 등 디바이스 암호화로 인해 해당 디바이스에 저장된 정보에 접근이 불가능한 경우 어떻게 해결해야 하는가? 수사기관이 법원의 명령을 통해 피의자에게 스마트폰의 암호를 풀도록 요구하는 것이 불리한 진술을 강요하는 행위인가?

4) Grossman, Lev, "Inside Apple CEO Tim Cook's Fight With the FBI", Time (March 17, 2016).

5) Benner, Katie; Lichtblau, Eric, "U.S. Says It Has Unlocked iPhone Without Apple", The New York Times (March 28, 2016).

6) Five Countries Ministerial Quintet Meeting of the Attorneys-General, Statement of Principles on Access to Evidence and Encryption, 2018.

<https://www.ag.gov.au/About/CommitteesandCouncils/Documents/joint-statement-principles-access-evidence.pdf>.

7) Susan Landau, The Five Eyes Statement on Encryption: Things Are Seldom What They Seem, Lawfare (September 26, 2018).

<https://www.lawfareblog.com/five-eyes-statement-encryption-things-are-seldom-what-they-seem>

참조.

8) Susan Landau, The Five Eyes Statement on Encryption: Things Are Seldom What They Seem, Lawfare (September 26, 2018).

만약 수사기관이 피의자를 대상으로 스마트폰에 지문<sup>9)</sup>, 홍채 또는 안면 인식을 하도록 하는 것은 현행법상 가능한가?<sup>10)</sup> 마지막으로, 미국 San Bernadio 사건과 같이 만약 스마트폰의 소유자가 사망하였거나 실종된 경우, 스마트폰의 제조사를 상대로 디바이스 복호화에 대한 기술적 지원(technical assistance)을 요구할 수 있는가?

이 논문에서는 위와 같이 최근 제기되고 있는 많은 문제점에 대한 해결방안을 모색하기 위하여 수사기관의 데이터 수집 권한과 암호 기술 등의 충돌에 대한 미국에서의 “Going dark” 논의의 역사와 주요 쟁점에 대해 살펴볼 것이다. 그런 다음 스마트폰 등 디바이스 복호화 명령과 관련된 미국 연방법원과 주 법원의 최근 판례를 분석하고자 한다. 또한, 이러한 관련 논의가 우리나라에서는 어떻게 이루어지고 있는지 살펴보고 디바이스 암호화에 따른 형사정책적 시사점을 도출하고자 한다.

## II. 복호화 명령(Compelled Decryption)과 자기부죄거부특권

미국에서는 복호화 명령(compelled decryption, 영장에 의해 피고인(피의자)으로 하여금 수사기관에 공개하지 않은 상태에서 패스워드를 입력하도록 강제하는 것)에 대하여 어떠한 기준을 적용해야 하는지에 대한 논의가 이루어지고 있으며, 그에 대한 법원의 판결례가 최근 증가하고 있다<sup>11)</sup>. 여기에서는 자기부죄거부특권과 관련하여

9) 이미 국내외 여러 연구에서 수사기관이 AFIS와 같은 지문 데이터베이스를 활용하여 모조지문을 제작하고 이를 스마트폰 암호해제에 활용하는 방안도 제시되고 있다. 손유리, 박성현, 손지훈, 김기범, 김영웅, 지문정보 이용 스마트폰 포렌식과 통제방안, 한국치안행정논집 제16권 제1호, 2019.

10) State v. Diamond, 905 N.W.2d 870, 875 (Minn. 2018) 사건에서 법원은 스마트폰 잠금해제를 위해 지문을 제공하는 것은 수정헌법 제5조상의 진술에 해당하지 않는다고 판단하였다.

11) 최근 미국 내에서는 이와 관련된 연구도 활발하게 수행되고 있다. 관련 논문으로는 Cohen, Aloni, and Park, Sunoo, Compelled Decryption and the Fifth Amendment: Exploring the Technical Boundaries, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 32, No. 1, 2018; Coulon, Jesse, Privacy, Screened Out: Analyzing the Threat to Individual Privacy Rights and Fifth Amendment Protections in State v. Stahl, Boston College Law Review, Vol. 59, Issue. 99, 2018; Kerr, Orin S., Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination, Texas Law Review, Vol. 97, Issue. 4, 2019; Kerr, Orin S. and Schneier, Bruce, Encryption Workarounds, Georgetown Law Journal, Vol.106, 2018; Sacharoff, Laurent, Unlocking the Fifth Amendment: Passwords and Encrypted Devices, 87 Fordham L. Rev. 203, 2018 참조.

여 대표적인 선례 두 가지를 통해 발전되어 온 미국 헌법상 자기부죄거부특권의 원칙과 예외에 대하여 알아보기로 한다.

### 가. 미국 수정헌법 제5조에서의 자기부죄거부특권

미국 수정헌법 제5조(The Fifth Amendment)에서는 우리나라 헌법 제12조 제2항과 같은 자기부죄거부특권(또는 자기부죄금지의 원칙, *privilege against self-incrimination*)에 대하여 규정하고 있다. 즉 수정헌법 제5조는 “누구도 형사상 자신에게 불리한 진술을 강요당하지 않아야 한다(*nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*)”고 규정하고 있다. 연방대법원의 선례에 따라 수정헌법 제5조의 특권을 보호받기 위해서는 의사소통이 진술에 해당하고(*testimonial*), 형사상 불리하여야 하며(*incriminating*), 강요되어야(*compelled*) 한다.

이러한 수정헌법 제5조와 관련하여 “과연 암호화된 스마트폰, 컴퓨터나 하드디스크에 수사기관이 접근하기 위해서 영장을 발부받아 피의자에게 암호화의 해제, 즉 복호화할 것을 강제할 수 있는가?”가 문제된다. 즉 강제된 암호화 해제가 자신에게 불리한 진술을 강요당하는 것으로 해석할 수 있는가, 만약 그렇다면 어떤 것이 진술인가? 또한 이러한 원칙의 예외가 인정되기 위해서 수사기관이 입증해야 할 것은 무엇인가?

일반적으로 *compelled decryption* 사건은 패스워드를 제공하는 것이 수정헌법 제5조에서의 진술에 해당하는지에 대한 문제만을 제기한다. 해당 행위가 진술에 해당하는지 판단하기 위해서, 법원은 피고인이 “자신의 머릿속에 있는 내용을 공개할 것(*to disclose the contents of his own mind*)”을 강요당하는지를 판단한다<sup>12)</sup>. 이러한 기준에 따라, John Paul Stevens 판사는 1988년 그의 반대의견에서 피고인은 자신에게 불리한 문서가 보관되어 있는 금고의 열쇠를 넘겨주도록 강제될 수 있으나 말로 또는 행동으로 금고의 비밀번호를 공개하도록 강요될 수 없다고 판시한 바 있다<sup>13)</sup>. 아래에서는 수정헌법 제5조와 관련하여 미국 연방대법원의 일련의 판례에서

12) Kerr, Orin S., *Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination*, *Texas Law Review*, Vol. 97, Issue. 4, 2019, p. 771.

13) *Doe v. United States*, 487 U.S. 201(1988).

도출된 원칙에 대해서 살펴보기로 한다.

## 나. Fisher v. United States 사건

자기부죄거부특권에 대한 가장 오래된 선례는 1976년 연방대법원의 Fisher v. United States 사건<sup>14)</sup>이다. Fisher 사건에서의 쟁점은 정부가 납세자를 상대로 납세 신고와 관련된 회계사의 서류를 제출하도록 명령할 수 있는지 여부에 관한 것이었다. 법원은 정부의 명령에 따르는 것은 묵시적으로 서류의 존재와 납세자가 그 서류를 소지 또는 관리하고 있다는 것을 인정하는 것이며, 납세자가 해당 서류가 소환장에 적시된 서류라는 것을 알고 있다는 사실을 의미하는 것이라고 보았다<sup>15)</sup>.

법원은 이 사건에서 정부의 손을 들어 주었는데, 제시된 사실에 의거하여 해당 서류는 대부분 회계사에 의해 준비된 것이며, 정부는 서류의 존재 또는 접근을 입증하기 위해 납세자의 증언에 의존하지 않았다는 점을 강조하였다. 또한 법원은 소환장에 응하는 것이 서류의 진정성을 입증하는 것이라는 가능성은 배척하였다. 또한 제출은 단순히 납세자가 해당 서류가 소환장에 적시된 서류라는 점에 관한 생각을 보여주는 것에 불과하다고 보았다. 결론적으로 법원은 서류의 존재와 위치는 필연적인 결론이며 납세자는 사실 그에게 서류가 있다고 인정함으로써 정부가 알고 있는 정보 이상의 그 어떤 정보도 추가하지 않았다고 판시하였다<sup>16)</sup>.

이 사건에서 연방대법원은 자기부죄거부특권에 대한 두 가지 원칙을 정립하였는데, 하나는 제공행위의 원칙(Act of Production Doctrine)이고 다른 하나는 필연적인 결론 원칙(Foregone Conclusion Doctrine)이다<sup>17)</sup>. 기본적으로 자기부죄거부특권은 다음 3가지 요건을 충족하여야 적용될 수 있다. 첫째, 수사기관에 협조할 사법적 강요를 받아야 하며, 둘째, 강요되는 행동이 “진술(testimonial)”에 해당하여야 한

14) Fisher v. United States, 425 U.S. 391, 410 (1976).

15) Kerr, Orin S., Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination, Texas Law Review, Vol. 97, Issue. 4, 2019, p. 772.

16) Fisher v. United States, 425 U.S. 391 (1976), para. 411; Coulon, Jesse, Privacy, Screened Out: Analyzing the Threat to Individual Privacy Rights and Fifth Amendment Protections in State v. Stahl, Boston College Law Review, Vol. 59, Issue. 99, 2018, p. 231.

17) Kerr, Orin S., Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination, Texas Law Review, Vol. 97, Issue. 4, 2019, p. 771.

다<sup>18)</sup>. 마지막으로 강요된 진술이 자신에게 형사상 불리한 내용이어야 한다.

제공행위의 원칙은 이 중 두 번째 요건에 대한 것으로 강요되는 행동이 진술에 해당할 것을 요구한다. 필연적인 결론의 원칙은 자기부죄거부특권의 예외에 해당하는 경우로, 강요된 진술의 내용이 이미 수사기관이 알고 있는 정보에 해당할 경우에는 수정헌법 제5조상 자기부죄거부특권에 의해 보호받지 못한다<sup>19)</sup>.

#### 다. Doe v. United States 사건

Doe 판결에서 연방대법원은 피고에게 불리한 증거가 들어있는 금고의 열쇠를 넘겨주도록 강제하는 것과 금고를 열 수 있는 비밀번호(combination)를 제출하도록 강제하는 것을 구분하였다<sup>20)</sup>. Doe 판결에서 피고는 유류 화물에 대한 영수증을 위조하고 소득을 신고하지 않은 혐의로 대배심 수사의 대상이 되었다.

대배심에서는 Doe의 거래은행을 상대로 Doe의 은행계좌 거래내역을 제출하도록 소환장을 발부하였으나 은행은 Doe의 동의 없는 정보를 제공할 수 없다며 소환장 이행을 거부하였다. Doe는 그의 은행이 정부에 계좌 정보를 제공하는데 동의하

18) 우리나라 대법원은 음주측정이 헌법 제12조 제2항에서 규정하고 있는 진술거부권의 “진술”에 해당하지 않는다고 판단하였다.

“헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.”고 규정하여 형사책임에 관하여 자신에게 불이익한 진술을 강요당하지 아니할 것을 국민의 기본권으로 보장하고 있고, 헌법이 진술거부권을 기본적 권리로 보장하는 것은 형사 피의자나 피고인의 인권을 형사소송의 목적인 실제적 진실발견이나 구체적 사회정의의 실현이라는 국가이익보다 우선적으로 보호함으로써 인간의 존엄성과 가치를 보장하고, 나아가 비인간적인 자백의 강요와 고문을 근절하려는 데 있고, 여기서 “진술”이라 함은 생각이나 지식, 경험사실을 정신작용의 일환인 언어를 통하여 표출하는 것을 의미하는데 반해, 도로교통법 제44조 제2항에 규정된 음주측정은 호흡측정기에 입을 대고 호흡을 불어 넣음으로써 신체의 물리적, 사실적 상태를 그대로 드러내는 행위에 불과하므로 이를 두고 “진술”이라 할 수 없으며, 따라서 주취운전의 혐의자에게 호흡측정기에 의한 주취 여부의 측정에 응할 것을 요구하고 이에 불응할 경우에는 같은 법 제150조 제2호에 따라 처벌한다고 하여도 이를 형사상 불리한 “진술”을 비인간적으로 강요하는 것에 해당한다고 볼 수는 없으므로, 도로교통법의 위 조항들이 자기부죄금지 원칙을 규정한 헌법 제12조 제2항에 위반된다고 할 수 없다.” (대법원 2009. 9. 24., 선고, 2009도7924, 판결).

19) Kerr, Orin S., Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination, Texas Law Review, Vol. 97, Issue. 4, 2019, p. 773.

20) Doe v. United States, 487 U.S. 201 (1988); Coulon, Jesse, Privacy, Screened Out: Analyzing the Threat to Individual Privacy Rights and Fifth Amendment Protections in State v. Stahl, Boston College Law Review, Vol. 59, Issue. 99, 2018, pp. 228-229.

는 것이 자신의 수정헌법 제5조상의 권리를 침해하는 것이라고 주장하였다<sup>21)</sup>.

연방대법원은 피고로 하여금 외국 은행에 자신의 계좌 정보를 제공하도록 강제하는 것은 피고로 하여금 진술을 하도록 요구하는 것이 아니므로 수정헌법 제5조상의 권리를 침해하는 것이 아니라고 판시하였다<sup>22)</sup>. 또한 연방대법원은 개인으로 하여금 은행에게 자신의 계좌 거래내역을 제공하는데 동의하도록 강제하는 것은 피고 자신에게 형사상 불리한 증거가 들어있는 금고의 열쇠를 넘기도록 강제하는 것과 유사하다고 보았다<sup>23)</sup>.

열쇠를 넘겨주는 행위는 개인에게 자신의 머릿속에 있는 생각을 공개하도록 강제하는 것이 아니기 때문에 수정헌법 제5조에 의해 보호받지 못한다. 만약 열쇠 대신에 영장이 개인에게 금고를 열 수 있는 비밀번호를 제출할 것을 강제하는 내용이었다면 그러한 비밀번호는 수정헌법 제5조에 의해 보호받을 수 있다. 개인에게 비밀번호를 제출하도록 강제하는 것은 그 개인의 머릿속에 있는 생각을 표현하도록 요구하는 것이며, 그러한 행위는 진술에 해당하게 된다<sup>24)</sup>. 따라서 금고에 대한 비밀번호가 진술에 해당한다면, 암호화된 디바이스의 비밀번호 역시 진술에 해당하게 된다.

### Ⅲ. 미국 법원의 판례 분석

오늘날 대부분의 현대인들은 스마트폰의 잠금 기능을 이용하고 있으며, 이는 범 죄수사의 장애물로 작용하게 된다. 최근 몇 년간 미국의 연방법원과 주법원에서는 피고인으로 하여금 전자기기를 잠금해제하도록 명령하는 것이 자기부죄거부특권을 규정하고 있는 수정헌법 제5조에 위배되는지가 쟁점이 되어 왔다. 이하에서는 연방

21) *Doe v. United States*, 487 U.S. at 208; Coulon, Jesse, Privacy, Screened Out: Analyzing the Threat to Individual Privacy Rights and Fifth Amendment Protections in *State v. Stahl*, *Boston College Law Review*, Vol. 59, Issue. 99, 2018, p. 229.

22) *Doe v. United States*, 487 U.S. at 217-218.

23) *Doe v. United States*, 487 U.S. at 210.

24) Coulon, Jesse, Privacy, Screened Out: Analyzing the Threat to Individual Privacy Rights and Fifth Amendment Protections in *State v. Stahl*, *Boston College Law Review*, Vol. 59, Issue. 99, 2018, p. 230.

항소법원과 주 법원에서 복호화 명령을 인정한 사례와 인정하지 않은 사례로 나누어 분석하기로 한다.

### 가. 복호화 명령을 인정한 사례

#### 1) United States v. Apple MacPro Computer<sup>25)</sup>

미국 연방 제3순회항소법원(The United States Court of Appeals for the Third Circuit)은 아동음란물 사건에서 영장에 의해 수사기관이 압수한 두 개의 외장하드에 대하여 복호화를 거부한 피고인에 대하여 법정모독죄를 선고하였다. 항소법원은 1심법원의 판결을 지지하면서, 수사기관의 수사결과에 따라 아동음란물 파일이 저장매체에 존재했다는 사실은 이미 필연적인 결론(*foregone conclusion*)이었으므로 피고인의 수정헌법 제5조상의 권리가 침해되지 않았다고 판단하였다<sup>26)</sup>.

수사기관은 피고인이 온라인 아동음란물에 접근한 사건과 관련한 수사 과정에서 피고인의 아이폰 2대와 애플 맥프로 컴퓨터 및 외장 하드디스크 두 개를 압수하였다<sup>27)</sup>. 피고인은 자발적으로 아이폰에 대한 패스워드를 제공하였으나, 암호화된 정보가 담겨있는 아이폰 어플리케이션에 대한 접근에 대해서는 협조를 거부하였다<sup>28)</sup>. 포렌식 분석을 통해 아이폰의 암호화된 데이터베이스에는 2,000개가 넘는 이미지와 비디오 파일이 포함되어 있음을 확인하였다. 또한 포렌식 분석관은 컴퓨터의 패스워드를 알아내었고 분석을 통해 아동음란물 이미지와 “toddler\_cp”, “lolicam”, “tor-childporn” 등 같은 아동착취와 관련된 웹사이트 방문기록을 확인하였다<sup>29)</sup>. 치안관사는 피고인에게 아이폰, 컴퓨터, 외장하드를 완전히 암호화되지 않은 상태로 제출할 것을 명령하였으나 피고인은 이에 응하지 않았고 패스워드가 기억나지 않는다고 주장하였다. 지방법원은 피고인에게 법정모독죄를 선고하였고 피고인은 이에 항소하였다.

25) United States v. Apple MacPro Computer, No. 15-3537 (3d Cir. 3/20/17).

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c5ab5e3c-2ba5-4236-9bb9-14207cc2c95d> 참조.

26) United States v. Apple MacPro Computer, No. 15-3537 (3d Cir. 3/20/17).

27) United States v. Apple MacPro Computer, No. 15-3537 (3d Cir. 3/20/17), pp.3-4.

28) United States v. Apple MacPro Computer, No. 15-3537 (3d Cir. 3/20/17), p. 6.

29) United States v. Apple MacPro Computer, No. 15-3537 (3d Cir. 3/20/17), p. 4.

제3순회법원은 수사기관이 유효한 수색영장에 의해 압수한 디지털 기기에 대하여 암호화 해제를 강제할 수 있는지에 대하여 분석하였다. 피고인은 지방법원이 암호화 해제 명령에 대한 사물관할이 없으며, 명령 자체가 자기부죄거부특권에 관한 수정헌법 제5조를 위반한 것이라고 주장하였으나, 제3순회법원은 이러한 피고인의 주장을 배척하였다<sup>30)</sup>.

1심에서 치안판사는 연방법원이 관련된 관할권 및 법의 원칙과 적용을 위해 필요하거나 적절한 모든 영장을 발부할 수 있도록 허가하는 ‘모든 영장법(All Writs Act)<sup>31)</sup>’을 법적 근거로 삼았다. 피고인은 수사기관은 모든 영장법이 아니라 대배심 절차를 통해 명령 준수를 강제하여야 하므로, 치안판사는 암호화 해제 명령을 발부할 관할권이 없다고 주장하였다. 제3순회법원은 피고인의 주장을 배척하고 기존 수색영장의 효력을 발생시키기 위해 필요하고 적절한 수단이라고 판시하였다.

제3순회법원은 수정헌법 제5조 이슈에 대한 선결적 고려를 위한 항소를 할 수 없는 절차적 근거에 대해 판단하였다. 또한 항소법원은 1심 법원의 결정에 대한 어떠한 오류도 발견하지 못하였다고 판시하였다. 제3순회법원은 자기부죄거부특권이 적용되어야 한다고 판시한 제11순회법원의 판결을 참조하였다. 그러나 제3순회법원은 제11순회법원 판결의 사안과 해당 사건을 구분하여야 한다고 보았다. 이 사건에서는 수사기관은 기기의 암호화된 영역에 파일이 존재하며, 피고인이 이러한 파일에 접근할 수 있다는 점을 입증하는 증거를 제출하였으므로, 피고인의 행위의 진술적 요소가 “필연적인 결론”에 해당한다고 보았다. 따라서 암호화 해제 명령이 피고인의 수정헌법 제5조상의 권리를 침해하지 않는다고 판시하였다.

제3순회법원은 이 이슈를 판단한 두 번째 연방순회법원이다<sup>32)</sup>. 또한 이 사건은

30) Nixon Peabody LLP, Third Circuit upholds the forced decryption of hard devices, April 5 2017. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c5ab5e3c-2ba5-4236-9bb9-14207cc2c95d> 참조.

31) 28 U.S. Code § 1651.

(a) The Supreme Court and all courts established by Act of Congress may issue all writs necessary or appropriate in aid of their respective jurisdictions and agreeable to the usages and principles of law.

(b) An alternative writ or rule nisi may be issued by a justice or judge of a court which has jurisdiction.

32) In *In re: Grand Jury Subpoena Duces Tecum Dated March 25, 2011: U.S. v. John Doe*, 670 F.3d 1335 (11th Cir. 2012).

피고인에 대하여 암호화되지 않은 데이터의 제출을 강제하기 위해 모든 영장법의 사용을 지지한 최초의 판례이며, 자기부죄거부특권에 대한 피고인의 주장을 극복하기 위하여 “필연적인 결론” 원칙을 적용한 최초의 판례이다. 이 판례가 수사관들에게 주는 시사점은 피의자가 기기를 소유하거나 소지하거나 사용하고 있다는 사실, 기기 내의 내용에 대하여 알고 있다는 사실, 데이터가 패스워드로 보호되거나 암호화되어 있다는 것을 알고 있다는 사실, 해당 내용을 복호화할 수 있는 능력에 대하여 입증할 수 있는 증거를 확보함으로써 “필연적인 결론” 원칙을 입증하는 것이 중요하다는 것이다<sup>33)</sup>.

## 2) Commonwealth v. Jones

2019년 3월, 미국의 매사추세츠 주 최고 법원은 Commonwealth v. Jones 사건에서 정부가 특정 상황 하에서 피고인에게 전자 기기를 잠금해제하도록 강제할 수 있다고 판시하였다<sup>34)</sup>. 법원은 compelled decryption 사건에서 두 가지의 헌법적 쟁점에 대하여 판단하였다. 첫 번째, 법원은 정부가 “피고인이 패스워드를 알고 있다는 것이 필연적인 결론이 되도록 피고인이 전자기기를 복호화할 수 있는 패스워드를 알고 있었다는 사실을 입증하여야 한다”고 판시하였다. 두 번째, 법원은 피고인이 패스워드를 알고 있다는 사실이 필연적인 결론이라는 것을 정부가 합리적인 의심을 넘어선 정도로(beyond the reasonable doubt) 입증할 책임이 있다고 판시하였다<sup>35)</sup>.

이 사건의 사실관계를 살펴보면, 2016년 경찰은 한 여성으로부터 신고를 받았는데, 신고 내용은 피고인 Dennis Jones가 신고자에게 성매매 여성으로 일하지 않겠냐고 권유했다는 것이었다. 경찰의 수사 결과, Jones가 LG 스마트폰을 사용하고 있었다는 것을 확인하였으며, 신고자는 수사기관에 그와 대화를 나눌 당시 그 해당

33) Robert Cauthen, The Fifth Amendment and Compelling Unencrypted Data, Encryption Codes, and/or Passwords (Case Law Update), The Informer, Federal Law Enforcement Training Center(FLETC), Department of Homeland Security, April 2017, p.7.

34) Commonwealth v. Jones, 117 N.E.3d 702 (Mass. 2019).

35) Nathaniel Sobel, The Massachusetts High Court Rules That State Can Compel Password Decryption in Commonwealth v. Jones, Lawfare, April, 2019. <https://www.lawfareblog.com/massachusetts-high-court-rules-state-can-compel-password-decryption-commonwealth-v-jones> 참조.

스마트폰을 사용하고 있었다고 진술하였다. LG 스마트폰의 전화번호는 신고자의 스마트폰 전화번호부에 Jones의 이름으로 저장되어 있었고 신고자의 스마트폰 분석 결과 신고자의 스마트폰과 LG 스마트폰간의 성매매와 관련된 통신 내역이 다수 발견되었다. 또한 신고자를 사고모임 동반자로 광고하는 웹사이트 포스팅에도 LG 스마트폰 전화번호가 연락처로 기재되어 있었다.

수사를 개시한 직후, 경찰은 Jones를 체포하였고 이후 그를 인신매매 관련 죄명으로 기소하였다. 경찰은 Jones의 호주머니에서 LG 스마트폰을 발견하였고 해당 스마트폰에 대한 수색영장을 발부받았다. 이후 스마트폰이 암호로 잠겨있다는 사실을 발견하였고 수사관들은 그들이 잠금기능을 우회하는 기술적 역량을 보유하고 있지 못하여 수색영장을 집행하는 것이 불가능하다고 판단하였다.

수사기관은 Jones에게 LG 스마트폰의 잠금을 해제하도록 강제하는 법원의 명령을 신청하였으나, 판사는 해당 신청을 기각하였다. 판사는 수사기관이 Jones의 패스워드 지득 사실이 필연적인 결론이라는 점을 입증하지 못하였다고 판단하였다. 다음날 수사기관은 법원에 Jones의 패스워드 지득이 사실상 수정헌법 제5조상의 필연적인 결론이라는 점을 입증하는 추가적인 정보를 제출하였다. 이러한 정보에는 다음과 같은 내용이 포함되었다.

- LG 스마트폰의 가입자정보를 통한 스마트폰과 피고인의 연관성
- LG 스마트폰의 기지국 위치 정보 기록
- 과거에 동 범죄사실과 관련 없는 사건에서 피고인이 LG 스마트폰이 자신의 전화번호라고 경찰에 진술했던 내용

필연적인 결론 원칙을 어떻게 적용할 것인지와 관련하여, 법원은 2014년 Commonwealth v. Gelfgatt 사건<sup>36)</sup>의 결정을 인용하였다. 동 사건에서 정부는 사기 및 사문서위조 등의 혐의로 기소된 피고인 Leon Gelfgatt에 대하여 피고인의 집에서 발견한 컴퓨터의 복호화 명령을 신청하였다. 법원은 “피고인이 암호를 해제하는 행위가 전달하는 사실은 피고인이 컴퓨터와 컴퓨터에 저장된 내용에 대한 소유권과

36) Commonwealth v. Gelfgatt, 468 Mass. 512, 520-526 (2014).

통제권한을 가진다는 사실, 암호화된 사실을 알고 있음, 암호화 키를 알고 있음을 포함”하며, 이러한 사실은 이미 수사기관이 알고 있는 사실에 해당하고 필연적인 결론 원칙이 적용되므로 복호화 명령은 수정헌법 제5조를 위반하지 않았다고 판단하였다<sup>37)</sup>.

그러나 이러한 법원의 판시에서는 정부가 단순히 피고인이 암호를 알고 있다는 사실을 입증함으로써 필연적인 결론을 증명하였는지에 대해서는 명시적으로 나타나지 않고 있다. Jones 판결의 각주에서 법원은 Gelfgatt 분석이 분명하지 않다는 점을 인식하면서, 원칙을 개선하였다.

법원은 우선 강제 암호해제 이슈에 있어서 “피고인에게 암호화된 전자기에 암호를 입력하도록 강제함으로써 전달되는 유일한 사실은 피고인이 암호를 알고 있고 따라서 기기에 접근할 수 있다는 것이라는 점”을 언급하였다. 또한 법원은 피고인이 전자기기를 복호화할 수 있는 암호를 알고 있다는 점을 수사기관이 반드시 입증하여야 한다고 판시하였다. 또 다른 각주에서 법원은 Gelfgatt 사건에서의 기준이 암호 입력 행위가 기기와 그 내용에 대한 소유권을 내포하는 것이라고 해석되어서는 안 된다고 설명하였다. Gelfgatt 기준을 축소하면서 법원은 “암호를 알고 있다는 사실은 기기와 내용에 대한 소유권이나 통제권한과는 구분되어야 한다”고 판단하였다.

Barbara Lenk 판사는 그의 보충의견에서 다수의견의 접근방식은 “디지털 시대에서 자기부죄거부특권의 헌법적 보호의 종말을 알리는 조짐(death knell)”이라고 보았다. 보충의견에서는 필연적인 결론의 예외가 적용되기 위해서는 수사기관은 확보하고자 하는 문서나 증거를 상당히 상세하게(with reasonable particularity) 설명할 수 있어야 한다고 요구하였다. Lenk 판사는 이러한 접근방식을 지지하는 두 가지 근거를 제시하였다. 첫째, 필연적인 결론 원칙은 상당히 상세하게 기기에 유죄를 입증할 파일의 존재와 위치를 입증할 것을 요구한다. 둘째, Lenk 판사는 수정헌법 제4조와 제5조가 완전히 분리되어 존재하지 않는다고 주장하였다. 보충의견에서는 수정헌법 제4조상 정부가 증거를 확보하도록 허가하는 것과 개인에게 증거를 제출하

37) Jesse Coulon, Privacy, Screened Out: Analyzing the Threat to Individual Privacy Rights and Fifth Amendment Protections in *State v. Stahl*, *Boston College Law Review*, Vol. 59, Issue. 99, 2018, p. 240.

도록 요구하는 수정헌법 제5조의 제한이 조화를 이루도록 하는 것은 수정헌법 제5 조상의 보호를 더욱 의미 있게 만들 수 있다고 주장하였다<sup>38)</sup>.

입증책임과 관련하여, 법원은 주 헌법이 연방 수정헌법 제5조보다 개인의 기본권을 더욱 강력하게 보호하고 있다고 판단하였고, 궁극적으로 형사법에서 가장 높은 기준인 “합리적인 의심을 넘어서는(beyond a reasonable doubt)” 입증 기준을 채택하였다. 다수의견은 판결에서 선례로부터의 2가지 내용을 근거로 제시하였다<sup>39)</sup>. 먼저, 법원은 “피고인의 헌법적 권리와 관련된 일부 중요한 사실들은 합리적인 의심을 넘는 입증을 필요로 한다”고 판결한 자백의 임의성에 관한 사건과 피고인의 미란다 권리 포기에 관한 사건을 살펴보았다. 둘째, 법원은 그 선례가 수정헌법 제5조보다 주 헌법 상 자기부죄거부특권을 더욱 광범위하게 해석하였다는 점에 주목했다.

또한 다수의견은 “합리적인 의심을 넘어서” 기준이 필연적인 결론 예외의 취지와 목적을 존중하기 위하여 필수적이라고 판시하였다. 다수의견은 연방대법원의 Fisher 판결은 “예외가 적용되기 위해서는 피고인의 제공행위(act of production)가 수사기관이 이미 알고 있는 정보 이상의 것을 제공하지 않는다는 점에 대해서 수사기관이 상당히 높은 수준의 확신을 가지고 있어야 한다”는 것을 보여주는 것이라고 판단하였다.

38) 다수의견은 이러한 보충의견에 대해 장문의 각주로 대응하였다. 보충의견에서 제기한 수정헌법 제4조와 제5조 간의 상호관계에 대하여, 법원은 정부가 적법하게 영장을 발부받았기 때문에 수정헌법 제4조가 이 쟁점과 관련이 있다고 한 주장에 반대하였다. 법원은 수정헌법 제4조와 제5조가 각각 서로 다른 목적, 기능, 요건을 가지고 있으며, 수정헌법 제4조와 제5조는 폰에 저장되어 있는 특정 파일들의 디지털 프라이버시를 보호하기 위한 이중의 보호장치(double protection)를 구성한다고 보았다. 또한 다수의견은 Lenk가 인용한 연방항소법원 사건에 대한 다른 해석을 내놓았다. 다수의견은 제11순회법원 사건에서는 수사기관이 피고인에게 컴퓨터와 외장하드의 “암호화되지 않은 내용을 제출”하도록 요구하였으며 암호를 요구한 것은 아니었다는 점을 강조하였다. 제3순회법원 사건과 관련해서 다수의견은 항소법원이 “수사기관이 해당 기기에 저장된 내용을 알고 있다는 사실이 compelled decryption 명령에 있어 ‘필연적인 결론’의 핵심내용을 구성하지 않는다고 판단하였음”을 명시적으로 언급하면서 해당 사건에 다른 심사기준을 적용하기로 결론 내렸다는 점을 강조하였다.

39) 캘리포니아 연방법원은 이전 선례에서 전자기기의 패스워드를 피고인이 알고 있다는 사실이 수정헌법 제5조 상의 필연적인 결론이라는 점을 입증할 책임은 정부에게 있다는 점을 분명히 언급하였다. 해당 사건에서 법원은 “명백하고 확실한 증거(clear and convincing evidence)”가 적절한 기준이라고 판단하였다.

3) State v. Stahl<sup>40)</sup>

State v. Stahl 사건에서 피고인은 어느 가게에서 쇼핑하고 있던 여성 피해자의 신체를 몰래 촬영하려고 시도했다는 혐의로 체포되어 불법 비디오촬영죄(video voyeurism)<sup>41)</sup>로 기소되었다<sup>42)</sup>.

체포과정에서 피고인은 Sarasota 카운티 경찰에게 그는 스마트폰을 소지하지 않고 있고 스마트폰이 집에 있다고 진술하였다. 경찰은 영장을 발부받아 그의 자택을 수색하여 스마트폰을 압수하였으나, 암호 없이는 잠금을 해제할 수 없었다. 피고인은 암호를 제공하지 않고 협조를 거부하였으며, 플로리다 주 정부는 암호를 제출하도록 강제하는 명령을 법원에 신청하였다<sup>43)</sup>.

1심 법원에서는 주 정부의 신청을 기각하였고 피고인에게 암호를 넘겨주도록 강제하는 것은 그의 수정헌법 제5조 자기부죄거부특권을 침해하는 것이라고 판시하였다. 암호를 넘겨주는 행위는 피고인에게 암호를 기억해내도록 강제하는 과정에서 “그의 머릿속에 있는 내용을 사용”하도록 강요하는 것이 된다. 만약 증거의 강제가 피고인에게 머릿속에 있는 내용을 공개하도록 하는 것이라면, 해당 증거는 형사상 불리한 진술에 해당하므로 수정헌법 제5조에 의해 보호되어야 한다.

또한 1심 법원은 해당 사건에서 필연적인 결론 원칙을 적용할 수 없다고 보았다. 주 정부는 증거의 위치(location), 존재(existence) 및 진정성(authenticity)을 이미 알고 있다는 것을 입증함으로써 필연적인 결론 원칙의 요건을 충족하여야 한다<sup>44)</sup>. 그러나 해당 사건에서 1심 법원은 주 정부가 압수한 스마트폰과 피고인이 범행장소에

40) State v. Stahl, 206 So. 3d 124 (Fla. App. Ct. 2016).

41) 이는 우리나라 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제14조(카메라 등을 이용한 촬영)에 대응하는 범죄라고 볼 수 있다.

42) Jesse Coulon, Privacy, Screened Out: Analyzing the Threat to Individual Privacy Rights and Fifth Amendment Protections in State v. Stahl, Boston College Law Review, Vol. 59, Issue. 99, 2018, p. 232.

43) Jesse Coulon, Privacy, Screened Out: Analyzing the Threat to Individual Privacy Rights and Fifth Amendment Protections in State v. Stahl, Boston College Law Review, Vol. 59, Issue. 99, 2018, p. 233.

44) Jesse Coulon, Privacy, Screened Out: Analyzing the Threat to Individual Privacy Rights and Fifth Amendment Protections in State v. Stahl, Boston College Law Review, Vol. 59, Issue. 99, 2018, pp. 233-234.

서 가지고 있었던 스마트폰이 동일한 것임을 입증할 수 없었으므로 주 정부가 증거의 위치 요소를 입증하는데 실패했고, 따라서 필연적인 결론 원칙이 적용되지 않는다고 판시하였다. 또한 피고인의 집에는 다수의 사람들이 거주하고 있었고 주 정부는 압수한 스마트폰이 피고인 소유의 스마트폰이었는지 입증하지 못하였다.

항소법원에서는 두 가지 이유로 1심 법원의 결정을 파기하였다. 항소법원은 비밀번호가 진술에 해당하지 않고 수정헌법 제5조상의 자기부죄거부특권에 의해 보호되지 못한다고 보았다. 또한 항소법원은 필연적인 결론의 원칙이 적용될 수 있다고 보았고 비밀번호의 강제가 진술에 해당한다고 하더라도 이를 강제할 수 있다고 판시하였다.

항소법원은 만약 강제된 증거가 피고인의 머릿속에 있는 생각을 광범위하게 사용하지 않거나 그가 기소된 범죄와 직접적으로 관련이 없다면, 강제된 정보는 그것이 누군가의 머릿속에서 나온 것이든 아니든 간에 중요한 진술에 해당하지 않고 따라서 수정헌법 제5조의 보호를 받지 못한다고 판시하였다<sup>45)</sup>.

1심 법원의 판단을 파기하면서 항소법원은 이 사건에서 필연적인 결론 원칙이 적용되며, 만약 비밀번호가 진술에 해당한다고 할지라도 주 정부가 독립적인 방법을 통해 증거의 존재, 소유 및 진정성을 입증했기 때문에 수정헌법 제5조의 보호를 받지 못한다고 판시하였다<sup>46)</sup>.

항소법원은 주 정부가 비밀번호를 입력하지 않고는 스마트폰을 검색할 수 없기 때문에 비밀번호는 존재한다는 사실을 입증하였다고 보았으며, 주 정부가 상당히 상세하게 스마트폰이 피고인의 것이고 따라서 비밀번호가 피고인의 소유라는 점을 입증하였다고 보았다<sup>47)</sup>.

45) Jesse Coulon, Privacy, Screened Out: Analyzing the Threat to Individual Privacy Rights and Fifth Amendment Protections in *State v. Stahl*, *Boston College Law Review*, Vol. 59, Issue. 99, 2018, p. 235.

46) Jesse Coulon, Privacy, Screened Out: Analyzing the Threat to Individual Privacy Rights and Fifth Amendment Protections in *State v. Stahl*, *Boston College Law Review*, Vol. 59, Issue. 99, 2018, p. 235.

47) Jesse Coulon, Privacy, Screened Out: Analyzing the Threat to Individual Privacy Rights and Fifth Amendment Protections in *State v. Stahl*, *Boston College Law Review*, Vol. 59, Issue. 99, 2018, p. 236.

## 나. 복호화 명령을 인정하지 않은 사례

### 1) In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum Dated March 25, 2011<sup>48)</sup>

동 사건의 사실관계는 다음과 같다. 수사기관은 아동음란물 사건을 수사하면서 John Doe라고 알려진 익명의 용의자에게 아동음란물이 들어 있는 것으로 의심되는 여러 개의 하드디스크의 복호화된 내용을 제출하도록 요구하는 소환장을 발부받아 제시하였다<sup>49)</sup>. Doe의 하드디스크에 대한 포렌식 분석 결과, 하드디스크가 TrueCrypt 라는 프로그램으로 부분적으로 암호화되어 있는 것으로 나타났다. 분석관은 하드디스크의 일부에 접근할 수 있었지만, 해당 부분은 비어 있었고 TrueCrypt를 사용하여 암호화된 하드디스크의 특정 부분에 접근할 수 없었다<sup>50)</sup>. 분석관은 로 데이터 (raw data)를 확인하여 TrueCrypt가 사용되었다는 점을 발견하였으나 복호화할 경우 어떤 정보가 포함되어 있을지는 알 수 없었다. Doe는 복호화된 내용을 제출하지 않았고 거부 사유로 자기부죄거부특권을 주장하였다.

제11순회법원 Tjoflat 판사는 Doe가 유효한 자기부죄거부특권을 향유하고 있으며, 소환장을 응하도록 강요받아서 안 된다고 판시하였다<sup>51)</sup>. Tjoflat 판사는 소환장에 응하는 것이 Doe가 “잠재적으로 유죄를 입증할 수 있는 파일의 존재와 위치를 알고 있으며, 하드디스크의 암호화된 부분을 그가 소유, 통제하고 있고, 접근할 수 있다는 사실, 그리고 해당 파일들을 복호화할 수 있는 능력이 있다는 것”을 진술하는 것과 같게 된다고 보았다<sup>52)</sup>. 판결문에는 왜 암호해제 행위가 이러한 진술을 함축하는지에 대한 분석이 드러나 있지 않다.

법원은 필연적인 결론 원칙이 적용되지 않는다고 판단하였는데, Tjoflat 판사는

48) In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum Dated March 25, 2011, 670 F.3d 1335, 1349 (11th Cir. 2012).

49) Orin S. Kerr, Computer Crime Law, Fourth Edition, West Academic Publishing, 2018, pp. 601-607.

50) Orin S. Kerr, Computer Crime Law, Fourth Edition, West Academic Publishing, 2018, pp. 601-607.

51) Kerr, Orin S., Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination, Texas Law Review, Vol. 97, Issue. 4, 2019, p. 786.

52) Kerr, Orin S., Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination, Texas Law Review, Vol. 97, Issue. 4, 2019, p. 786.

이 원칙이 정부가 하드디스크 내의 정보를 이미 알고 있다는 사실을 상당히 상세하게 입증할 수 있어야만 적용된다고 보았다. 이 사건에서는 정부가 암호화된 디스크에 어떤 정보가 저장되어 있는지 알지 못하였기 때문에 필연적인 결론 원칙은 적용되지 않는다고 보았다<sup>53)</sup>. 제11순회법원은 정부가 발견하고자 하는 내용을 충분히 특정해서 설명하지 못했다는 점이 문제였다고 지적하면서 정부가 Doc로부터 제출을 요구할 당시에 하드디스크에 어떠한 파일이 있는지에 대한 충분한 지식을 소명하지 못하였다고 판시하였다<sup>54)</sup>. 암호화된 벽 뒤에 숨겨진 것이 무엇인지 알지 못하는 상태로 정부는 확보하고자 하는 파일을 법원에 소명하지 못하였고 따라서 필연적인 결론 원칙이 적용되지 못한 것이다<sup>55)</sup>.

2) *Seo v. State*<sup>56)</sup>

인디애나주 Hamilton County 경찰은 Seo를 피해자 D.S.에 대한 스토킹과 협박, 프라이버시 침해 및 D.S.에 대한 접근금지 명령을 위반한 혐의로 기소하였다. 경찰이 Seo를 체포할 당시 그녀는 스마트폰(아이폰 7S 기종)을 소지하고 있었고 D.S.에게 보낸 다수의 메시지에 사용된 번호가 해당 스마트폰의 번호와 일치하였다. 그녀는 체포 이전에 D.S.를 강간 혐의로 고소하였는데, 체포 당시 소지한 스마트폰은 당시 경찰에게 자발적으로 잠금해제하여 제출한 스마트폰과 동일한 것이었다<sup>57)</sup>.

Hamilton 법원은 Seo에게 스마트폰에 대한 복호화를 명령하는 영장을 발부하였는데, Seo는 그것이 수정헌법 제5조 상의 자기부죄거부특권을 침해하는 것이라고 주장하며, 명령에 대한 이행을 거부하였다. 법원은 Seo에 대하여 법정모독죄(contempt)를 선고하였고 이를 면하기 위해서는 스마트폰을 잠금해제하거나 비밀번

53) Orin S. Kerr, *Computer Crime Law*, Fourth Edition, West Academic Publishing, 2018, pp. 601-607.

54) Orin S. Kerr, *Computer Crime Law*, Fourth Edition, West Academic Publishing, 2018, pp. 601-607.

55) Kerr, Orin S., *Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination*, *Texas Law Review*, Vol. 97, Issue. 4, 2019, p. 786.

56) *Katelin Enjoo Seo v. State of Indiana*, No. 29A05-1710-CR-2466, 109 N.E.3d 418 (Ind. Ct. App., Aug. 21, 2018).

57) *Seo v. State*, 109 N.E.3d 418 (Ind. Ct. App., Aug. 21, 2018), paras. 4-7.

호를 “1234”로 변경하라고 명령하였다<sup>58)</sup>.

Seo는 이에 항소하였고 1심 법원의 스마트폰 복호화 명령은 수정헌법 제5조상의 자기부죄거부특권을 침해하는 것이라고 주장하였다<sup>59)</sup>. Seo는 그녀의 스마트폰 비밀번호가 사실상 진술에 해당하고 이를 공개하거나 스마트폰 잠금을 해제하라고 강제하는 것은 수정헌법 제5조 상 강요당하지 않을 진술에 해당한다고 주장하였다<sup>60)</sup>.

인디애나 주는 1심 법원의 명령에 대해서는 그것이 Seo에게 비밀번호를 공개하라고 강제한 것이 아니라 비밀번호를 이용해서 잠금기능을 해제하라고 요구한 것이므로 수정헌법 제5조가 적용되지 않는다고 주장하였다<sup>61)</sup>.

법원은 Seo가 잠금을 해제하여 스마트폰에 있는 정보를 복호화하는 행위는 진술에 해당한다고 보았다. 그 이유는 단순히 비밀번호가 연방대법원의 Doe 판결에서의 금고 비밀번호(combination)와 유사하기 때문이 아니라 Seo의 복호화 행위가 주 정부가 발견하고자 하는 파일을 재생성(recreate)하는 것이 되기 때문이다<sup>62)</sup>. 스마트폰 또는 다른 저장매체의 정보가 암호화되어 있을 경우, 암호문(cyphertext)은 사람이 지득할 수 없고, 구분할 수 없는 형태로 존재한다. 이러한 파일들은 비밀번호가 입력되고 복호화되기 전까지는 유의미하게 존재하지 않게 된다. 따라서 법원은 Seo에게 스마트폰의 잠금을 해제하라고 명령하는 것은 종이로 된 문서의 제출과는 완전히 다른 성격의 것이라고 보았고, 복호화 명령은 정부가 찾고 있는 정보를 말 그대로 재생성하라는 명령으로 볼 수 있기 때문에 디지털 정보의 재생성은 단순한 문서제출보다 더더욱 진술에 해당한다고 판단하였다<sup>63)</sup>.

필연적인 결론의 원칙과 관련하여 인디애나 주는 이 사건에서 필연적인 결론의 원칙이 적용되기 때문에 Seo에 대한 복호화 명령이 수정헌법 제5조를 위반하지 않는다고 주장하였다<sup>64)</sup>. 인디애나 주는 본 사건의 사실관계에 따라 필연적인 결론의 원칙이 적용되어야 한다고 주장하였다. 인디애나 주는 해당 스마트폰의 정보가 아

58) Seo v. State, 109 N.E.3d 418 (Ind. Ct. App., Aug. 21, 2018), paras. 8-9.

59) Seo v. State, 109 N.E.3d 418 (Ind. Ct. App., Aug. 21, 2018), para. 17.

60) Seo v. State, 109 N.E.3d 418 (Ind. Ct. App., Aug. 21, 2018), para. 33.

61) Seo v. State, 109 N.E.3d 418 (Ind. Ct. App., Aug. 21, 2018), para. 34.

62) Seo v. State, 109 N.E.3d 418 (Ind. Ct. App., Aug. 21, 2018), para. 40.

63) Seo v. State, 109 N.E.3d 418 (Ind. Ct. App., Aug. 21, 2018), para. 40.

64) Seo v. State, 109 N.E.3d 418 (Ind. Ct. App., Aug. 21, 2018), para. 42.

닌 비밀번호 자체에만 초점을 맞추었다<sup>65</sup>).

그러나 Seo는 이 사건에서 주 정부가 스마트폰에서 발견하고자 하는 디지털 파일이나 증거에 대하여 상당히 상세하게 설명하지 못하고 있으므로 필연적인 결론 원칙이 적용되지 않는다고 주장하였다<sup>66</sup>).

Seo에게 비밀번호를 입력하도록 강제하는 것은 스마트폰 내에 저장된 모든 정보를 재생성하도록 하기 위함이다. 따라서 이 사건에서 강제되고 있는 것은 단순히 비밀번호가 아니라 아이폰에 저장된 모든 정보이다. 따라서 주 정부는 상당히 상세하게 스마트폰에 저장된 정보에 대해 설명할 수 있어야 한다<sup>67</sup>).

법원은 주 정부가 아이폰의 정보를 압수하기 위하여 발부받은 수색영장에는 주 정부가 발견하고자 하는 디지털 정보에 대한 상세한 설명이 포함되어 있지 않았다고 보았다<sup>68</sup>). 따라서 법원은 주 정부가 디지털 파일을 식별하거나 디지털 파일의 위치에 대해 상세한 설명을 할 수 있음을 입증하지 못하였기 때문에 필연적인 결론 원칙의 요건을 충족하지 못하였다고 보았다<sup>69</sup>).

#### IV. 영국의 수사권한법과 키 제출 명령<sup>70</sup>)

2007년부터 영국은 수사권한규제법(Regulation of Investigatory Powers Act, RIPA)에 따라 복호화 명령을 허용해왔다. 2016년 수사권한법(Investigatory Powers Act of 2016, IPA)은 이러한 권한을 유지하고 더욱 확장했다. 수사권한법은 영장에 따라 통신을 복호화하는데 기술적 협조를 의무화하였고, 기업들에게 단대단 암호 통신을 복호화할 수 있도록 강제할 수 있는 권한을 부여하였다.

2000년 영국은 수사권한규제법(RIPA)을 제정하였고 복호화는 동법에 핵심적인

65) Seo v. State, 109 N.E.3d 418 (Ind. Ct. App., Aug. 21, 2018), para. 45.

66) Seo v. State, 109 N.E.3d 418 (Ind. Ct. App., Aug. 21, 2018), para. 47.

67) Seo v. State, 109 N.E.3d 418 (Ind. Ct. App., Aug. 21, 2018), para. 49.

68) Seo v. State, 109 N.E.3d 418 (Ind. Ct. App., Aug. 21, 2018), para. 51.

69) Seo v. State, 109 N.E.3d 418 (Ind. Ct. App., Aug. 21, 2018), para. 54.

70) Daniel Severson, *The Encryption Debate in Europe*, pp. 6-11.

내용이었다. 전문에서는 이 법이 “통신 감청”권한 뿐만 아니라 암호 또는 패스워드로 보호된 데이터를 복호화하거나 접근할 수 있도록 하는 수단도 제공하기 위하여 제정되었음을 명확히 하고 있다. 동법의 제3부에서는 “암호화 등으로 보호된 전자데이터의 수사”를 규정하고 있다. 특히 정부가 “보호된 정보”를 적법하게 취득한 경우에, 특정 공무원은 소위 “제49조 통지서(Section 49 Notice)”를 발부할 수 있으며, 이를 통해 특정인에게 암호화 키를 공개하거나 정보를 인지할 수 있는 형태로 제출할 것을 요구할 수 있다. 제49조 통지서는 (1) 국가안보 이익을 위하여, (2) 범죄를 탐지하거나 예방하기 위하여, 또는 (3) 영국의 경제적 이익을 위하여 필요한(necessary) 경우에 발부될 수 있다. 국무장관은 복호화 비용을 상쇄하기 위하여 적절한 배상을 제공할 수 있다.

그러나 이러한 통지에 불응하면 2년 이하의 징역에 처하고 국가안보 사건이나 아동음란물 사건의 경우에는 5년 이하의 징역에 처한다. 제49조 통지서는 비밀유지의무도 포함하고 있는데 만약 이러한 통지서를 송달한 자는 해당 사실에 대한 비밀유지의무가 있고 이를 위반할 경우에 벌금 또는 5년 이하의 징역형이 규정되어 있다. 영국 의회가 2000년에 RIPA를 제정하였으나 내무부는 이러한 복호화 규정을 바로 적용하지는 않기로 했다. 왜냐하면, 당시에는 암호기술의 사용이 예상보다 그리 많지 않았기 때문이다. 이러한 복호화 권한은 2007년 10월 1일 발효되었고, 당시 내무부는 관련된 실무규칙(code of practice)을 발표하였다. Office of the Surveillance Commissioners(OSC)<sup>71)</sup>에서는 연례보고서를 통해서 영국의 정보기관인 정부통신본부(Government Communications Headquarters (GCHQ)) 산하의 국가기술지원센터(National Technical Assistance Centre (NTAC))의 통계를 제공하고 있다<sup>72)</sup>. NTAC는 공공기관, 특히 법집행기관이나 정보기관에게 기술지원을 제공하고 있으며, 암호화된 전자정보를 적법하게 획득하기 위한 시설 및 장비를 제공하고 있다.

71) Office of Surveillance Commissioners (OSC)는 공공기관의 비밀 감시 및 비밀 인적자원정보 활동을 감독하는 기관이며, 2016년 수사권한법에 의하여 현재는 Investigatory Powers Commissioner's Office로 변경되었다.

72) 2014년에서 2015년 사이에, NTAC는 제49조 통지서 발부 신청 총89건 중에서 88건을 허가하였다. 이 중 22건의 복호화 명령은 이행이 거부되었으나 대부분의 경우 정부는 명령불이행으로 기소하지 않기로 결정했다. 2014~2015년 사이에 제49조 통지서 불이행으로 기소되어 유죄가 선고된 건수는 총3건이었다.

2016년 영국 의회는 수사권한법을 제정하였다. 총291페이지에 달하는 구체적이고 기술적인 이 법은 영국의 정보기관, 안보기관 및 법집행기관의 감시 권한을 더욱 강화하였다. 수사권한법은 통신내용과 메타데이터의 감청과 보관에 대하여 규정하고 있으며 장비 감청(equipment interference)과 복호화에 대한 규정도 포함하고 있다. 영국에서는 최초로 수사권한법에서 영장에 대한 사법심사를 도입하였다.

수사권한법은 RIPA 제3부 하의 암호화된 데이터의 수사를 그대로 유지하면서 일부를 개정하였다. 수사권한법은 제49조 통지서를 수사권한 감독관(Investigatory Powers Commissioner(IPC))의 강화된 감독 권한 하에 두었다. IPC는 정부의 수사 권한 사용을 감독하여야 하고 매년 국무총리에게 보고서를 제출하여야 한다. 또한 IPC는 암호로 보호된 전자정보의 수사를 독자적으로 심사하여야 하며, 법집행기관은 개인에게 암호화 키를 제출하라고 요구하는 제49조 통지를 할 때마다 IPC에게 통보하여야 한다. 또한 수사권한법은 제49조 통지서가 발부될 수 있는 경우를 확대하였는데, RIPA는 정부가 통신감청을 통해 보호된 정보를 획득한 경우에만 제49조 통지서 발부를 허용한 반면, 수사권한법은 정부가 “통신의 이차적 데이터(secondary data from communications)” 즉, 메타데이터의 감청을 통해 보호된 정보를 획득한 경우에도 제49조 통지서 발부를 허용한다.

또한 수사권한법은 복호화를 강제할 수 있는 광범위한 법적 권한을 신설하였다. 그러나 법 규정에서는 암호화(encryption)이라는 용어는 사용하지 않았다. 제253조에서는 국무장관이 전화통신 서비스제공자에게 정부기관에게 협력할 것을 요구하는 “기술역량 통지서(technical capability notices)”를 제시할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 기술역량 통지서를 통해 부과할 수 있는 의무의 범위는 광범위하다. 정부는 서비스제공자에게 디바이스, 설비, 또는 서비스를 무제한적으로 제공하라고 요구할 수 있고 “서비스제공자에 의해 적용된 통신 또는 데이터의 전자적 보호”를 제거하도록 요구할 수 있으며, “정보의 처리 또는 공개와 관련된 의무”를 이행할 것을 요구할 수 있다. 동 법은 국무장관으로 하여금 기술자문위원회 및 다른 이해관계자와의 협의하여 이러한 광범위한 권한을 적절한 규정을 통해서 이행할 것을 요구하고 있다.

국무장관은 그것이 필요성의 원칙과 비례의 원칙을 충족하고 사법 당국에서 이를

승인한 경우에 기술역량 통지서를 발부할 수 있다. 그러한 통지서를 발부함에 있어서 국무장관은 이행에 드는 비용과 기술적 실현가능성을 고려하여야 하고 그로 인해 영향을 받을 수 있는 이용자의 수도 고려하여야 한다. 정부는 영국 밖에 있는 자에 대하여도 기술 역량 통지서를 제시할 수 있다. 또한 이러한 기술역량 통지서에 대해서는 아무런 시간적 제한이 없고 국무장관이 “합리적인” 기간이라고 판단하는 만큼의 기간까지 연장이 가능하다.

## V. 우리나라에 대한 시사점

우리나라에서도 수사과정에서 스마트폰 잠금해제를 하지 못한 사례가 종종 언론을 통해 보도되고 있다. 2016년도에는 참여연대 공직선거법 위반 사건 수사 과정에서 압수한 스마트폰(아이폰 6)의 잠금해제 비밀번호를 피의자가 알려주지 않아 분석하지 못한 사례가 있었고<sup>73)</sup>, 최근에는 청와대 하명수사 의혹과 관련하여 사망한 수사관의 스마트폰(아이폰X)의 잠금해제를 하지 못한 사례가 보도되었다<sup>74)</sup>.

위에서 살펴본 미국의 사례와 같이 우리나라에서 수사기관이 스마트폰 암호화 해제 또는 암호화된 디스크의 파일을 복호화하라고 요구하는 것이 현행법상 가능한가? 이와 관련하여 도박사이트 수사 과정에서 서울북부지원이 스마트폰 잠금해제를 위해 필요한 지문정보에 대한 검증영장을 발부한 사례가 있다.<sup>75)</sup>

만약 위 사례의 경우 압수수색검증영장의 집행을 거부하면 어떻게 되는가? 우선 현재 영장집행을 강제할 법적 근거는 없으며, 미국과 같이 법원의 명령을 불이행하는 경우 사법방해죄 또는 법정모독죄로 처벌하는 것도 현행법상 불가하다.

국내 일선의 수사 실무에서는 일부 특수한 경우를 제외하고 스마트폰 등 디바이

73) 한겨레, “최신 폰 잠금 못풀어 찢찢매는 경찰”, 2016년 11월 23일자.

<http://www.hani.co.kr/arti/PRINT/771673.html> 참조.

74) 한국일보, “아이폰 비밀번호에 막힌 ‘靑 하명수사 의혹’ 수사”, 2019년 12월 4일자.

<https://www.hankookilbo.com/News/Read/201912041702343159> 참조.

75) 법률신문, “스마트폰 잠금 해제 위한 ‘지문 검증’ 영장 논란”, 2019년 12월 9일자.

<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View/Content/Article?serial=157842> 참조.

스 내 전자정보에 대한 압수수색 영장 집행 과정에서 대부분의 피의자나 피압수자가 잠금해제 비밀번호 제공에 협조하고 있다<sup>76)</sup>.

만약 압수수색영장 집행 시 스마트폰 잠금 해제를 위한 비밀번호를 알려주지 않는 경우, 형사소송법 제120조 제1항<sup>77)</sup> 규정상의 “건정을 여는 것” 또는 “기타 필요한 처분”을 근거로 지문정보 등을 요구하거나 기술적인 잠금해제 시도를 해볼 수 있겠으나 실무에서는 통상 추가로 지문, 홍채 등 생체정보에 대한 검증영장을 발부 받아 이를 해결하고 있다.

현재 일반적인 범죄수사 과정에서는 피의자들 대부분이 스마트폰 압수수색 과정에서 잠금암호의 제공에 응하고 있으나, 안보 사건이나 중범죄의 경우 잠금암호의 제공을 거부하거나 법정에서 다투어지는 경우가 종종 발생하고 있고 선진국의 사례에 비추어 앞으로 이러한 사례는 더욱 증가할 것이다. 스마트폰 자체에 저장되어 있는 정보 및 스마트폰의 계정과 연동되어 클라우드에 저장되어 있는 정보 등 스마트폰 압수수색을 통해 파악할 수 있는 정보는 무궁무진하다. 이로 인해 수사기관은 사건과 관련 없는 데이터를 과도하게 확보하게 되며, 개인의 프라이버시가 과도하게 침해될 가능성이 높아진다.

향후 스마트폰 압수수색시 잠금해제 거부는 수사상 걸림돌로 작용할 수 있으며, 또한 잠금 해제를 요구하는 것이 적법한가에 대한 법적 논란이 발생할 소지가 있다. 우리나라도 스마트폰 압수수색 관련 법적 논란을 사전에 차단하고 수사과정에서 인권 침해를 최소화하기 위해서 미국의 판례와 영국의 입법례를 참고할 필요가 있다.

국내에서는 아직까지 법정에서 쟁점이 되어 다투어진 사례는 없으나 미국에서는 주 법원과 연방항소법원에서의 판례가 계속 나오고 있다. 그러나 아직 확실하게 정립된 원칙은 없으며 각각의 사실관계가 다르고 주 법원에서 판단하기 때문에 판시 내용도 일관되지 못하다. 그럼에도 불구하고 일련의 미국의 판례를 통해 수사기관의 입증책임에 대해서 시사점을 도출해 볼 수 있다. 수사기관은 스마트폰이나 노트

76) 경찰청 훈령 “디지털 증거 수집 및 처리 등에 관한 규칙” 별지 제5호 서식을 살펴보면, 모바일기기의 원본 반출시에 반출 원본 목록에 잠금암호, 백업암호, 잠금패턴 등을 작성하도록 되어 있으며, 대부분 잠금해제 패턴 또는 비밀번호를 제공하는데 협조하고 있다. 서울지방경찰청 수사관 대면 인터뷰(2020. 1. 20.).

77) 제120조(집행과 필요한 처분) ① 압수·수색영장의 집행에 있어서는 건정을 열거나 개봉 기타 필요한 처분을 할 수 있다. (밑줄 저자 첨가)

복과 같은 디바이스의 복호화를 위해 어떠한 사실관계를 입증하여야 하는가? 자기 부죄거부특권과 관련하여 형사상 불리한 진술이 무엇인가?

우선 스마트폰과 같은 디바이스의 암호를 해제하는 행위에 함축되어 있는 의미를 살펴볼 필요가 있다. 특정인이 디바이스의 암호를 해제할 수 있다는 사실에서 도출할 수 있는 사실은 “해당 디바이스는 나의 소유 또는 점유 하에 놓인 물건이다.”, “나는 디바이스의 암호를 알고 있다.” 등 두 가지이다. 미국 판례에서 도출된 원칙을 적용하기 위해서는 즉, 수사기관은 이 두 가지의 사실을 입증하여야 한다.

또한 미국의 판례에서 도출된 필연적인 결론 원칙이 적용되기 위해서는 수사기관은 “해당 디바이스에는 형사상 불리한 정보가 저장되어 있다”는 점을 입증하여야 한다. 이를 입증하게 되면 디바이스 복호화 명령에 대하여 자기부죄거부특권을 주장할 수 없게 되기 때문이다. 통상 스마트폰의 경우에는 가입자정보, 사용의 빈번성 등을 통해 스마트폰 소유자와 사용자 등을 입증하기가 용이하다. 그러나 PC 내에 저장된 파일에 대해서는 특히 공용 PC나 사무실에서 사용하는 PC일 경우 입증이 힘들다. 디바이스 내에 범죄와 관련된 증거가 저장되어 있는지 여부의 경우는 스마트폰의 경우 입증하기가 굉장히 힘들다. 이러한 경우 디지털 포렌식, 감청, 진술 등 다른 방법으로 수집된 증거를 통해서 입증하여야 하는데 예를 들어 국가안보 사건의 경우 감청을 통해 수집한 증거를 통해 입증하는 것도 가능할 것이다.

그렇다면 디바이스 복호화 명령을 위해서 수사기관은 어느 정도로 관련 사실을 입증하여야 하는가. 즉 입증의 정도에 대해서는 개연성만으로는 부족하고 상당한 정도로 입증할 것이 필요할 것이다.

영국은 수사권한법을 통해 진술거부특권을 우회할 수 있는 키 제출 명령을 입법화하고 있다. 수사권한법에서는 키 제출명령을 할 수 있는 범죄의 유형을 별도로 규정하고 있지는 않으나, 이러한 명령을 거부하였을 경우 형량을 범죄 유형별로 달리 규정하고 있다. 수사권한법에서는 아동음란물 사건 또는 국가안보 사건의 경우 더 중하게 처벌하고 있다. 우리나라는 아직 이러한 입법이 마련되어 있지 않으나 만약 영국의 수사권한법과 같은 입법을 마련할 경우 통신비밀보호법 상 통신제한조치가 적용되는 특정범죄에만 한정하여 인정하는 것도 가능할 것이다.

## VI. 결론

스마트폰의 잠금을 해제하거나 비밀번호를 제공하라고 강제하는 것이 진술에 해당하는지에 대해서 아직까지 미국 연방대법원이 직접적으로 판단을 내린 적이 없다. 그러나 일련의 판례에서 연방대법원은 문서를 제출하는 특정 행위가 수정헌법 제5조의 취지상 진술에 해당하는지에 대해서는 판단한 바 있다. 중요한 것은 이러한 판례들은 인터넷이나 스마트폰이 존재하지 않던 시절에 발달된 것이라는 점이다.

연방대법원은 형사상 불리할 수 있는 신체적 특징(physical characteristic)을 공개하도록 강제하는 것은 수정헌법 제5조가 적용되지 않는다고 판시한 바 있다<sup>78)</sup>. 연방대법원은 여러 신체적 특징 중에서 지문은 진술에 해당하지 않는다고 판시한 바 있다<sup>79)</sup>. 그러나 오늘날 안면 인식이나 홍채 스캔과 같은 생체정보를 통한 최첨단 보안 기술의 발전을 고려하면 당시의 판례를 현대 사회에 적용하기에는 무리가 있다.

2018년 미국 연방대법원 역시 *Carpenter* 판결에서 "디지털 기술로 인해 발생하는 새로운 문제에 직면했을 때, 연방대법원은 기존의 선례를 무비판적으로 확장하지 않기 위해 신중하게 접근해왔다"<sup>80)</sup>고 언급하였는데, 결국 기존의 문서나 유형의 물건에 적용되던 기준을 새로운 디지털 기술에 그대로 수용하여 적용하는 것은 문제가 있다는 지적이다.

대부분의 미국 법원에서는 수정헌법 제5조의 자기부죄거부특권 조항이 기밀성(confidentiality)과 관련하여 프라이버시를 보호하는 조항이라고 인식하고 있다. 따라서 전통적인 종이 기반의 매체와 비교하여 스마트폰에 저장된 디지털 정보의 양은 질적으로나 양적으로 어마어마한 차이가 난다. 또한 스마트폰은 이를 사용하는 개인의 프라이버시가 집약되어 있는 디바이스<sup>81)</sup>라고 할 수 있다. 따라서, 스마트폰 비밀번호의 공개를 강제하는 것은 프라이버시와 관련하여 분명 시사점이 있다고 할

78) *United States v. Hubbell*, 530 U.S. 27 (2000), 35.

79) *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757, 763-65 (1966); *United States v. Hook*, 471 F.3d 766, 773-74 (7th Cir. 2006).

80) *Carpenter v. United States*, 138 S. Ct. 2206, 2222 (2018).

81) 이러한 점 때문에 혹자는 스마트폰을 사용자의 디지털 쌍둥이(digital twin)이라고 언급하기도 한다. Roberto Saracco, *My smartphone, my (future) digital twin?*, IEEE Blog, January 21, 2019. <https://cmte.ieee.org/futuredirections/2019/01/21/my-smartphone-my-future-digital-twin/> 참조.

수 있다. 디지털 정보의 저장매체에 대한 법적인 평가는 기존의 문서에 대한 법적 평가와는 분명히 달라야 하고 법원은 보다 설득력 있는 접근방식을 도입해야 할 것이다.

우리나라에는 아직 스마트폰 등 디바이스 복호화에 대한 문제가 심각하게 대두되고 있지 않지만 몇몇 사례가 언론을 통해 보도되고 있다. 향후 이러한 문제에 대비하여 다양한 법적 쟁점에 대한 연구와 심도 깊은 논의가 필요하고 기술적으로도 암호화 문제를 극복할 수 있는 방안<sup>82)</sup>을 모색해야 할 것이다.

---

82) 최근 발표된 기술적 대안에 관한 논문으로는, 이민형, 이상진, 인증정보 획득을 이용한 클라우드 메신저의 사용자 데이터 획득 기법에 관한 연구, 디지털포렌식연구 제13권 제4호, 2019 참조.

## 참고문헌

### 1. 국내문헌

- 박희영, 암호통신감청 및 온라인수색에서 부수처분의 허용과 한계, 형사정책연구 제 30권 제2호, 2019.
- 손유리, 박성현, 손지훈, 김기범, 김영웅, 지문정보 이용 스마트폰 포렌식과 통제방 안, 한국치안행정논집 제16권 제1호, 2019.
- 이민형, 이상진, 인증정보 획득을 이용한 클라우드 메신저의 사용자 데이터 획득 기 법에 관한 연구, 디지털포렌식연구 제13권 제4호, 2019.
- 이훈재, 미국의 휴대전화에 대한 통신감청 및 위치정보 확인수사의 법제 및 최근 판례에 대한 비교법적 연구, 법학논총, 제31권 제3호, 2019.
- 이훈재, 휴대전화 압수·수색관련 문제점에 대한 비교법적 고찰, 법조 제67권 제4호, 2018.
- 전현욱, 김기범, 조성용, Emilo C. VIANO, 사이버범죄의 수사 효율성 강화를 위한 법제 개선 방안 연구, 경제·인문사회연구회 미래사회 협동연구총서 15-17-01, 2015.
- 조도준, 디바이스 암호화에 따른 복호화명령 제도 도입의 필요성, 서울대학교 융합 과학기술대학원 석사학위논문, 2016.

### 2. 해외문헌

- Cauthen, Robert, The Fifth Amendment and Compelling Unencrypted Data, Encryption Codes, and/or Passwords (Case Law Update), The Informer, Federal Law Enforcement Training Center(FLETC), Department of Homeland Security, April 2017.
- Cohen, Aloni, and Park, Sunoo, Compelled Decryption and the Fifth Amendment: Exploring the Technical Boundaries, Harvard Journal of Law & Technology,

Vol. 32, No. 1, 2018.

Coulon, Jesse, Privacy, Screened Out: Analyzing the Threat to Individual Privacy Rights and Fifth Amendment Protections in *State v. Stahl*, *Boston College Law Review*, Vol. 59, Issue. 99, 2018.

Encryption Working Group, Moving the Encryption Policy Conversation Forward, Carnegie Endowment for International Peace, 2019.

Finklea, Kristin, Encryption and the “Going Dark” Debate, Congressional Research Service, 2016.

Kerr, Orin S., Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination, *Texas Law Review*, Vol. 97, Issue. 4, 2019.

Kerr, Orin S., *Computer Crime Law (American Casebook Series)*, 4th Edition, West Academic Publishing, 2018.

Kerr, Orin S. and Schneier, Bruce, Encryption Workarounds, *Georgetown Law Journal*, Vol.106, 2018.

Peter Swire, Kenesa Ahmad, ‘Going Dark’ Versus a ‘Golden Age for Surveillance’, Center for Democracy and Technology, 2011.

Sacharoff, Laurent, What Am I Really Saying When I Open My Smartphone?: A Response to Professor Kerr, *Texas Law Review Online*, Vol. 97, 2019.

Sacharoff, Laurent, Unlocking the Fifth Amendment: Passwords and Encrypted Devices, 87 *Fordham L. Rev.* 203, 2018.

Severson, Daniel, The Encryption Debate in Europe, Aegis Paper Series No. 1702, Hoover Institution, 2017.

Zittrain, Jonathan L., Matthew G. Olsen, David O'Brien, and Bruce Schneier, "Don't Panic: Making Progress on the “Going Dark” Debate", Berkman Center Research Publication, 2016.

Compelled Decryption and the Privilege Against  
Self-Incrimination:  
Recent Court Decisions in the United States and Legislation of the  
United Kingdom

Song, Young-jin\*

Smartphones have evolved from conventional wireless communication devices to mobile computers, and the amount of data generated and stored on smartphones has become vast. In addition, encryption of the device itself is causing problems in which information within the device cannot be accessed without biometric or PIN numbers. In order to explore solutions to many of these recent problems, this paper analyzes recent "Going Dark" debates and recent court rulings related to the compelled decryption and the privilege against self-incrimination in U.S. federal and state courts. This paper will also explore the Investigatory Powers Act 2016 of the United Kingdom, which stipulates key disclosure orders for encrypted data. Finally, this paper would like to examine how related discussions are being held in Korea and draw criminal policy implications based on device encryption and compelled decryption.

There is no serious problem in Korea yet with device encryption however several cases have been reported through the media. In the near future, the denial of unlocking devices could pose a stumbling block to the criminal investigation and digital forensics. South Korea also needs to refer to U.S. court cases and British legislation to prevent legal disputes regarding smartphone search in advance and minimize human rights violations during the investigation process. It will also require research and in-depth discussion of the various legal issues that may arise

---

\* Professor, Department of Police Science, International Cybercrime Research Center, Korean National Police University

and seek to overcome the issue of encryption.

❖ Key words : Compelled Decryption, Encryption, Privilege Against Self-Incrimination, Going Dark, Criminal Investigation, Privacy, Data Protection, Digital Forensics, Smartphone Decryption

# 형사정책연구 여름호 논문투고 안내

형사정책연구 '여름호' 원고를 모집합니다. 원고접수 마감일은 2020년 5월 31일(일)까지입니다. 관련분야 전문가 여러분의 많은 참여와 투고를 바랍니다.

## 1. 원고내용

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

## 2. 원고작성

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

## 3. 투고자격 및 심사

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

## 4. 원고접수 마감 및 제출처

- 원고접수 마감일 : 2020년 5월 31일(일)
- 제출처 : 한국형사정책연구원 기획조정실·성과확산팀(담당: 구교원)
- 이메일 : kic\_journal@kic.re.kr
- 전 화 : 02) 3460-5100
  - ※ 원고, 투고신청서, 논문연구윤리확인서 및 논문사용권 등 위임동의서는 별도 서명없이 이메일로 제출해 주시기 바랍니다.
  - ※ '투고신청서', '논문연구윤리확인서 및 논문사용권 등 위임동의서' 해당 양식은 연구원 홈페이지(www.kic.re.kr)에서 다운로드 가능합니다.



간행물출판위원회 (가나다 순)

위원장 : 이 천 현 (한국형사정책연구원 법무·사법개혁연구실 선임연구위원)

위 원 : 강 지 현 (울산대학교 경찰학전공 교수)

김 유 근 (한국형사정책연구원 형사법제연구실 연구위원)

라 광 현 (한국형사정책연구원 범죄예방·처우연구실 부연구위원)

이 동 원 (원광대학교 경찰행정학과 교수)

이 동 희 (경찰대학 법학과 교수)

전 영 실 (한국형사정책연구원 범죄예방·처우연구실 선임연구위원)

최 준 혁 (인하대학교 법학전문대학원 교수)

탁 희 성 (한국형사정책연구원 형사법제연구실 선임연구위원)

황 지 태 (한국형사정책연구원 부패·경제범죄연구실 연구위원)

간 사 : 김 채 민 (한국형사정책연구원 행정실 행정원)

## 형사정책연구

제31권 제1호(통권 제121호, 2020·봄호)

발행인 : 한 인 섭

발행처 : 한국형사정책연구원  
서울시 서초구 태봉로 114  
전화 (02)3460-5100

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2020년 3월 31일

인 쇄 : 경성문화사  
전화 (02)786-2999

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

[정가 : 10,000원]

