

형사정책연구

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

제31권 제2호(통권 제122호)

2020 · 여름호

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 제2호(통권 제122호, 2020 · 여름호)

[연구논문]

채무불이행적 사기죄의 제한적 해석에 관한 연구:

‘기망행위’에 대한 엄격해석을 중심으로

▶ 이종수 1

기업집단 내 계열회사간 합병의 배임행위 소고

▶ 이승준 35

이용대기상태의 휴대전화 위치정보 수사의 허용과 입법방향

▶ 박희영 73

기소책임제: 법체계 정형화와 공판중심 형사절차

▶ 신동일115

개정 형사소송법 하에서 실질적 진정성립 및 특신상태 요소의 증거법적 기능에 관한 전망

▶ 이형근149

보호관찰청소년의 탈비행 과정에서 사회적 자본과 개인 주체성의 종단적 관계:

자기회귀 교차지연 모형의 적용

▶ 권해수 · 강호성183

내·외국인 관광객 수와 폭력범죄 발생의 연관성에 대한 시계열 분석:

제주특별자치도의 사례

▶ 정연대207

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 31, NO. 2 (June, 2020)

[Article]

A Study On The Limited Interpretation of Delinquent Fraud

- ▶ Lee, Jong-soo 32

A Study on the breach of duty in the merger of S C & T and C Industries

- ▶ Lee, Seung-jun 71

Permission and legislative guideline for the investigation of mobile phone location data in the standby modus

- ▶ Park, Hee-young111

Trial and Prosecutorial Discretion Evaluation on Judiciary and Executive Power in Criminal Procedure

- ▶ Syn Dong-yeol147

A Study on Evidential Functions of Substantive Authenticity and Particularly Reliable State Element under the Amended Criminal Procedure Act

- ▶ Lee, Hyoung-keun180

The relationship between human agency and social capital in the desistance process among juvenile delinquency: Applied with autoregressive cross-lagged model

- ▶ Kweon Hae-soo · Kang Ho-sung206

Time Series Analysis on the Association between Tourists and the Monthly Violent Crimes: A Case Study of Jeju Special Self-Governing Province

- ▶ Jung, Yeondae235

채무불이행적 사기죄의 제한적 해석에 관한 연구* :
‘기망행위’에 대한 엄격해석을 중심으로

이종수**

국 | 문 | 요 | 약

2018	(i)	가 가	, (ii) 6
가	, (iii)	25.46%	.
2018		37.87%	
가		(a)	
, (b)		, (c)	
가		가	
가			
.			
,			
,		가,	가
,		가	
		(?)	
.		,	
,		,	
,			
가		가	
가		가	
가		.	
가			
가		,	
가		,	
.			

* 이 논문은 필자의 석사학위 논문(“계약내용 묵비(默秘)와 부작위에 의한 사기죄”, 고려대학교 법과 대학원, 2020. 2.)의 일부를 보완 및 재구성한 것이다.

** 법무법인(유한) 세종 변호사

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.06.30.2.1>

❖ 주제어 : 사기죄, 고소의 남발, 채무불이행, 형사조정, 증거수집, 기망행위,
부작위에 의한 사기죄, 차용금 사기, 신의성실의 원칙

I. 들어가며

우리 형법은 다양한 범죄를 규정하고 있는데, 그 중 재산범죄는 연혁적으로 (a) 재산의 보유라는 ‘정적인 안전’을 보호하는 절도죄로 대표되는 제1세대, (b) 교환경제에 관한 재산의 활용이라는 ‘동적인 안전’을 보호하는 사기죄로 대표되는 제2세대, (c) 타인을 통한 조직적인 재산의 활용을 내부자로부터 보호하는 배임죄로 대표되는 제3세대로 구분할 수 있다.¹⁾

사기죄는 여러 가지 재산범죄 중에서도 가장 대표적인 범죄라고 할 수 있는데, 실무적인 측면에서 (i) 지난 2018년 한해 동안 발생한 전체 범죄 988,398건(그 중에서 재산범죄는 총 576,937건) 중 사기죄는 총 278,566건으로 단일범죄 중에서 가장 많은 수를 기록하고 있고,²⁾ (ii) 사건처리 기간을 기준으로 볼 때, 6개월을 초과하는 소위 장기사건³⁾이 경찰에 접수된 323,474건 중 29,084건(8.99%), 검찰에 접수된 29,084건 중 13,773건(47.36%)으로 그 처리에 상당한 기간이 소요되며,⁴⁾ (iii) 2018년도를 기준으로 총 278,907건 중 70,997건(25.46%)이 기소,⁵⁾ 143,344건(51.39%)은 불기소 처분이 내려져⁶⁾ 그 수에 비하여 실제 기소가 되는 비율은 굉장히 낮은 것으로 나타났다.⁷⁾

1) 松原芳博, 刑法各論, 日本評論社, 2016, 337, 338면.

2) 대검찰청, 2019범죄분석, 대검찰청, 2019, 192~197면. 사기죄의 뒤를 이어 교통사고처리특례법위반(192,030건), 절도죄(177,458건), 도로교통법위반(음주운전)(140,515건) 순으로 나타났다. 참고로, 일본에서는 2018년 기준으로 자동차 관련 과실치사상죄(419,395명), 절도죄(91,507명), 상해죄(37,768명) 다음으로 사기죄(16,424명)로 입건된 피의자가 많은 것으로 나타났다(일본 법무성 2018년도 통계 자료; http://www.moj.go.jp/housei/toukei/housei05_00032.html; 2020. 6. 25. 최종 방문).

3) 형사소송법 제257조는 “검사가 고소 또는 고발에 의하여 범죄를 수사할 때에는 고소 또는 고발을 수리한 날로부터 3월 이내에 수사를 완료하여 공소제기여부를 결정하여야 한다”고 규정하고 있다.

4) 대검찰청, 위의 책, 212, 213면. 위 사건 수는 피의자를 기준으로 한 것인데, 참고로 전체 범죄를 기준으로 할 때 경찰 사건 1,784,831건 중 6개월을 초과하는 사건은 104,291건으로 5.8%, 검찰 사건 1,803,866건 중 6개월을 초과하는 사건은 35,904건으로 2%에 불과하다는 점에서, 사기죄는 그 처리기간까지 상당한 시간이 소요됨을 알 수 있다.

5) 구속기소는 6,196건, 불구속구공판은 34,889건, 구약식은 29,912건으로 나타났다.

6) 대검찰청, 위의 책, 226, 227면.

7) 마찬가지로, 위 사건 수는 피의자를 기준으로 한 것인데, 2018년도에 발생한 전체 범죄(1,755,435건) 중 기소가 된 사건은 704,758건으로 40.1%라는 점에서 사기죄의 기소율이 굉장히 낮음을 알 수 있다. 일본에서는 사기죄의 연간 기소율이 56.7%(2018년), 58.5%(2017년), 56.2%(2016년),

이와 같이 현대 형법에 있어 사기죄는 가히 ‘재산범죄의 제왕적 지위’에 있는데, 그와 동시에 다른 어떤 범죄보다도 많은 문제를 보유하고 있는 ‘형법의 골칫거리’라고 할 수 있다.

실무상 사기죄의 가장 큰 문제는 무엇보다 고소고발이 지나칠 정도로 빈번하게 이루어진다는 점이다. 실제 2018년도에 이루어진 전체 고소사건(277,980건) 중 사기죄로 고소한 사건은 무려 37.87%(105,289건)에 이른다.⁸⁾ 그렇다면 시민들은 왜 사기 고소를 남발하는가? 이에 대하여는 여러 가지 해석이 나오고 있지만, 실무상으로 크게 (i) 민사소송에서의 증거를 확보하거나, (ii) 상대방을 압박하여 경제적 이익을 취득하거나, (iii) 상대방에 대한 원한이 깊어 그 처벌을 원하기 때문이라고 분석할 수 있다.⁹⁾

[표1] 2018년도 범죄 수사 단서 현황¹⁰⁾

구분	현행범	신고				미신고	합계
		피해자신고	고소	고발	자수		
형법범죄	104,009	421,016	231,039	5,995	580	65,826	988,398
재산범죄	21,996	252,874	131,318	2,838	317	38,185	576,937
절도	5,372	145,423	3,107	93	147	19,133	177,458
장물	9	114	68	0	0	720	965
사기	8,754	31,028	105,289	1,236	72	12,213	278,566
횡령	371	33,351	15,508	899	55	3,949	57,172
배임	12	22	3,515	527	0	1,617	5,788
손괴	7,478	42,936	3,831	83	43	553	56,988

다만, 무엇보다 “사기죄의 실행행위로서의 기망은 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니”한다거나,¹¹⁾ “거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되면

57.2%(2015년)로서 우리의 2배가 넘는 것으로 나타났다(일본 법무성 2018년도 통계 자료; http://www.moj.go.jp/housei/toukei/housei05_00032.html; 2020. 6. 25. 최종 방문).

8) 대검찰청, 위의 책, 192, 193면

9) 김정연/이성규/이유나/조남운/박경규, “고소제도의 운영현황과 개선방안에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 2017, 290, 291면.

10) 대검찰청, 위의 책, 192, 193면.

11) 대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2828 판결.

고지의무가 있다고 할 것이고, 이를 위반한 경우 사기죄를 구성한다”¹²⁾는 판례의 불명확한 태도야말로 사기죄의 고소가 남발되는 주범이 되고 있다고 하지 않을 수 없다.¹³⁾

위와 같은 여러 가지 이유에서 거래 상대방에게 빌려주거나 투자한 돈을 받지 못한 일방 당사자는 민사상 손해배상청구와 함께 형사고소를 병행하게 되는데, 이하에서는 이러한 ‘채무불이행적 성격을 갖는 사기죄’ 또는 ‘결과적 사기죄’가 문제되고 있는 현상과 관련하여 형사상 사기죄가 민사상 손해배상 제도와 어떠한 차이가 있는지를 실무적인 관점에서 살펴보고, 채무불이행적 사기죄와 관련한 판례의 태도를 특히 일본에서의 논의와 비교하며 그 문제점을 분석한 후, 이에 대한 대안으로서 기망행위에 대한 제한적인 해석에 대하여 검토해 보도록 하겠다.

II. 형사상 사기죄와 민사상 손해배상 제도의 비교

1. 사기죄의 연혁과 보호법익

우리 형법은 사람을 ‘기망’하여 ‘재물의 교부’를 받거나, ‘재산상의 이익을 취득’하는 자를 사기죄로 처벌하고 있는데, 이는 일본 개정형법가안 제435조 및 일본 구 형법 제246조를 계수한 것으로 평가되고 있다.¹⁴⁾ 형법은 사기죄(제347조)를 기본적인 유형으로 하여 컴퓨터등사용사기죄(제347조의2), 편의시설부정이용죄(제348조의2), 부당이득죄(제349조)를 규정하고 있는데, 일본 형법은 제246조에서 사기죄를 규정하면서,¹⁵⁾ 전자계산기 사용사기죄(제246조의2), 준사기죄(제248조)를 마련하여 우리와 비슷한 체계를 갖추고 있다. 특히 우리와 일본 형법은 모두 사기죄의 구조를

12) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결.

13) 위와 같이 개방적이며 추상적인 판례들을 이용한다면, 평범한 일상을 누리고 있는 시민들을 사기죄로 고소하여 형사절차에 끌어들이는 것은 너무나 쉬운 일이라고 하지 않을 수 없다(이종수, “‘소송’이란 이름의 늪”, 법률신문, 2020. 2. 20.자).

14) 유기천, 형법학(인영본), 법문사, 2012, 229면.

15) 제246조 제1항은 사람을 속여 재물을 교부받는 자를, 같은 조 제2항은 재산상 이익을 취득하거나 타인으로 하여금 이를 취득하게 하는 자를 규정하고 있다.

「① 기망행위의 존재 → ② 상대방의 착오 → ③ 재물 또는 재산상 이익의 교부 내지 처분행위 → ④ 재산상 손해 발생 → ⑤ 재산상 이익의 취득」으로 이해하고 있다.¹⁶⁾

사기죄의 보호법익을 둘러싸고는, (i) 전체로서의 재산권을 보호법익으로 한다는 견해¹⁷⁾와 (ii) 재산권을 주된 보호법익으로 하되, 거래의 진실성이나 신의성실의 원칙도 포함된다는 견해,¹⁸⁾ (iii) 그 외 재산처분에 있어 의사결정의 자유도 보호법익에 포함된다는 견해¹⁹⁾가 대립하고 있다. 대법원은 “형법상 사기죄의 보호법익인 재산권”이라고 보고 있는데,²⁰⁾ “사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 및 소극적 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것을 말하며 사기죄의 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있고, 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생함을 그 요건으로 하지 아니한다”는 판례²¹⁾에 대하여는 대법원이 사기죄를 거래상의 신의칙과 처분의사의 자유만을 보호하는 죄로 보고 있다는 평가도 있다.²²⁾

그러나, 사기죄는 기본적으로 거래관계를 염두에 둔 것으로서, 거래의 진실성이나 신의성실이란 것은 거래관계에 있어 개인의 재산권이 보호되어 있는 상태라고 보면 족한 것이지, 이를 별도의 독립된 보호법익으로 볼 필요는 없다고 할 것이며, 특히 신의성실의 원칙과 같은 일반원칙을 보호법익으로 보는 것은 사기죄의 적용범

16) 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론(제9판), 박영사, 2018, 337면; 배종대, 형법각론(제11전정판), 홍문사, 2020, 343면; 이재상/장영민/강동범, 형법각론(제11판), 박영사, 2019, 329면; 松宮孝明, 刑法各論講義(第5版), 成文堂, 2018, 253면; 西田典之, 刑法各論(第7版), 弘文堂, 2019, 208면; 松原芳博, 앞의 책, 264면; 김재봉, “사기죄의 본질과 처분의사의 내용”, 형사법연구, 제30권 제4호, 한국형사법학회, 2018, 281면; 대법원 2000. 6. 27. 선고 2000도1155 판결.

17) 김성돈, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판부, 2019, 348, 349면; 김일수/서보학, 앞의 책, 336면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 326면; 하태훈, “부동산거래관계에 있어서 고지의무와 부작위에 의한 기망”, 형사판례연구, 제2권, 한국형사판례연구회, 1994, 198, 199면.

18) 유기천, 앞의 책, 231면; 이상돈, 형법각론, 박영사, 2015, 1040면; 임웅, 형법각론(제9정판), 법문사, 2018, 398면.

19) 정웅석, 형법강의(제7판), 대명출판사, 2006, 1134면.

20) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7303 판결.

21) 대법원 1997. 9. 9. 선고 97도1561 판결.

22) 김일수/서보학, 앞의 책, 336면.

위를 지나치게 확장시켜 형법의 보충성에도 반할 우려가 있다는 점에서 사기죄의 보호법익은 전체로서의 재산이라고 보아야 한다.²³⁾

2. 채무불이행에 대한 민사상 구제수단 및 한계

계약의 일방 당사자가 계약 내용을 제대로 이행하지 않는 경우, 민사상으로는 그 상대방을 상대로 채무불이행 또는 불법행위를 원인으로 하여 손해배상을 청구할 수 있다.

먼저, 채무불이행과 관련하여, 민법은 제390조에서 “채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다”고 하여 채무불이행의 일반적인 효과로서 손해배상에 대하여 규정하고 있다. 채무불이행의 유형에 대하여는 종래 독일 민법상 논의를 바탕으로 이행지체, 이행불능, 그리고 불완전 이행이라는 3가지 유형이 있다고 보는 것이 일반적이었으나,²⁴⁾ 우리 민법 체계 아래에서는 위와 같은 민법 제390조를 채무불이행의 일반적이고도 포괄적인 규정으로, 이행지체를 규정하고 있는 제392조와 이행불능을 규정하고 있는 제390조 단서를 예시적인 규정으로 보는 것이 적절하다.²⁵⁾

채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구권의 요건을 살펴보면, (i) 이행지체나 이행불능과 같은 채무불이행 사실이 있어야 하고, (ii) 위법성이 인정되어야 하며, (iii) 손해의 발생 및 그 손해와의 인과관계가 인정되어야 하는데, 다만 채무불이행의 위법성과 관련하여 대법원은 “채무불이행에 있어서 확정된 채무의 내용에 좇은 이행이 행하여지지 아니하였다면 그 자체가 바로 위법한 것으로 평가되는 것”이라고 하여,²⁶⁾ 상대적으로 위법성의 독자적 의미를 강조하는 형사법과 차이를 보이고 있다.²⁷⁾

23) 同旨: 김성돈, 앞의 책, 348, 349면; 松原芳博, 앞의 책, 263면.

24) 일본에서도 과거 독일 민법의 영향을 받아 채무불이행을 위와 같이 3개의 유형으로 이해하는 것이 일반적이었으나, 최근에는 채무불이행을 하나의 구조로 이해하는 것이 타당하다는 견해가 유력하게 제기되고 있다(潮見 佳男, “債務不履行の成立要件”, 민사법학, 제65호, 한국민사법학회, 2013, 135~138면).

25) 지원림, 민법강의(제12판), 홍문사, 2014, 1034면.

26) 대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다47361 판결.

다음으로 민법은 제750조에서 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 하여 일반적인 불법행위에 대하여 규정하고 있는데, 이에 따라 (i) 고의나 과실로 인한, (ii) 위법한 행위로 (iii) 상대방에게 손해를 가한 경우 손해배상책임이 인정된다. 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 과실을 처벌하는 형법과 달리(제14조), 민사상 손해배상책임에 있어 과실은 고의와 동가치적인 것으로 평가된다.²⁸⁾ 대법원은 채무불이행에 기한 손해배상 청구권과 불법행위에 기한 손해배상 청구권은 청구권경합의 관계에 있다고 보고 있기 때문에,²⁹⁾ 당사자로서는 둘 중 어느 것을 원인으로 하여 손해배상청구를 할 수 있는데, 채무불이행에 기한 손해배상청구의 경우 사실상 문제가 되는 계약서만 확보하여 증거로 제출하면 족하다는 장점이 있는 반면, 해당 법률분쟁은 형사가 아닌 민사상 채무불이행적 성격을 갖고 있다는 점을 자인하는 꼴이 될 수도 있다는 점에서 실무상으로는 사기고소와 함께 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구를 같이 제기하는 것이 일반적이다.³⁰⁾

3. 사기고소를 통한 문제 해결의 유혹

가. 신속한 피해 구제

민사소송법은 제199조에서 “판결은 소가 제기된 날부터 5월 이내에 선고한다”라

27) 형사법에서는 구성요건해당성과 위법성의 문제가 이론상으로는 물론 실무적으로도 큰 의미를 갖는다. 일례로, 쟁의행위와 관련하여 대법원은 종래 이를 위법성 조각의 문제로 파악하였다(대법원 1991. 4. 23. 선고 90도2771 판결), “쟁의행위로서 과업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가될 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립”하는 것으로 입장을 변경하였는데(대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결), 이와 같이 기존 위법성 차원의 문제를 구성요건 차원의 문제로 해석한 것을 두고 정책법원으로서 진일보한 태도라는 평가가 있다(김성돈, 앞의 책, 239면).

28) 지원림, 앞의 책, 1070면.

29) 대법원 1989. 4. 11. 선고 88다카11428 판결.

30) 계약 당사자로서는 상대방의 사기를 이유로 민법 제110조에 따라 계약을 취소하고, 지급한 대금에 대한 부당이득반환청구를 하는 방법이 있지만, 수사기관으로서는 결국 민사적으로 해결하면 충분하다는 인상을 줄 수 있다는 점에서 채무불이행에 기한 손해배상청구와 동일한 문제를 갖는다.

고 규정하고 있지만, 대법원은 위 규정을 단순한 혼시규정으로 보고 있다.³¹⁾ 실무상으로도 소장 접수 이후 제1회 변론기일이 지정되기까지 2~3개월 가량이 소요되고 그 이후 변론기일은 4주에 한 번꼴로 진행되며, 여기에다가 보통 항소와 상고까지 이어지면 기본적으로 몇 년이 소요되기 십상이므로, 구체적인 사건에서 재판이 언제까지 이어질지 예측하는 것은 사실상 불가능하다.³²⁾

이에 반하여 형사사건의 경우, ‘검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정’ 제57조 제1항은 “사법경찰관은 고소나 고발에 의하여 범죄를 수사할 때에는 고소나 고발이 있는 날부터 2개월 이내에 수사를 마쳐야 한다”고 규정하고 있고, 제2항에서는 “위 기간 내에 수사를 마치지 못하였을 때에는 검사에게 수사기일 연장지휘를 건의하여야 한다”고 규정하고 있으며, 형사소송법 제257조는 검사가 고소나 고발 사건에 대하여 3개월 이내에 수사를 완료하여 공소제기여부를 결정하여야 한다고 규정하고 있는데, 실무상 고소·고발사건은 다른 사건보다 이해관계인들의 대립이 심하기 때문에 아무래도 민사사건에 비하여 신속하게 수사가 이루어지게 된다.³³⁾

뿐만 아니라, 피해자로서는 ‘형사조정’ 제도를 이용할 수도 있다. 법무부에서 지난 2004. 9. 범죄피해자 보호·지원을 위한 종합대책을 발표한 이후 검찰청에서는 2006. 4.경부터 형사조정을 시범운영하였고,³⁴⁾ 2010. 5. 14. 범죄피해자보호법이 개정됨에 따라 법률적 근거를 마련하게 되었다.³⁵⁾ 범죄피해자보호법에 의하면, 검사는 당사자의 신청이나 직권으로 형사사건을 형사조정에 회부할 수 있는데(제41조 제1항), 구체적으로, (a) 차용금, 공사대금, 투자금 등 개인 간 금전거래로 인하여 발생한 분쟁으로서 사기, 횡령, 배임 등으로 고소된 재산범죄 사건, (b) 개인 간의

31) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007다9009 판결.

32) 이시윤, 신민사소송법(제8판), 박영사, 2014, 28, 29면은 민사소송의 병폐를 ‘오래 끌고 돈 많이 드는 것’이라고 하면서 시민들은 이러한 이유에서 민사본안소송 제도를 외면한 채 형사고소, 가압류가처분, 나아가 권력기관이나 언론 등예의 탄원이나 직소를 모색하게 된다고 지적하고 있다.

33) 사법연수원, 수사절차론, 2016, 304면.

34) 이정원, “우리나라 형사조정제도의 시행현황과 개선방향”, 법조, 통권 제656호, 법조협회, 2011, 12~16면; 정지영, “현행 형사조정제도 검토”, 형사소송 이론과 실무, 제5권 제2호, 한국형사소송법학회, 2013, 70, 71면.

35) 이에 따라 종래 법적인 근거가 없이 운용되고 있다는 지적(조광훈, “형사조정제도에 관한 연구”, 법조, 통권 제620호, 법조협회, 2008, 360면)이 입법적으로 해결되었다.

명예훼손모욕, 경계 침범, 지식재산권 침해, 임금체불 등 사적 분쟁에 대한 고소사건, (c) 위 사항 외에 형사조정에 회부하는 것이 분쟁 해결에 적합하다고 판단되는 고소사건, (d) 고소사건 외에 일반 형사사건 중 위 (a)~(c)에 준하는 사건(제41조 제2항, 같은 법 시행령 제46조)에 대하여 형사조정에 회부가 가능하고, 위 법 제42조에 의하여 구성된 형사조정위원회가 형사조정기일을 열어 절차를 진행하되(제43조), 형사조정이 성립되면 그 결과를 서면으로 작성하여야 한다(제45조 제1항).³⁶⁾

결국 계약의 일방으로서는 상대방의 채무불이행에 대하여 실제 피해 회복까지 장기간이 소요될 수 밖에 없는 민사소송보다는 위와 같이 신속한 피해 구제가 가능한 형사절차를 선택하기 마련이며, 특히 사기고소가 문제되는 경우는 원칙적으로 형사조정 회부가 가능하기 때문에, 계약 당사자로서는 형사조정을 통하여 보다 신속한 피해 구제를 받을 수도 있고, 설령 형사조정이 성립되지 않는다고 하더라도 (물론 범죄피해자 보호법상으로는 피의자에게 불리하게 고려하여서는 안 된다고 규정하고 있지만) 상대방에게 충분한 압박을 줄 수 있는 것이다.³⁷⁾

나. 민사재판의 증거수집

민사소송에는 변론주의가 적용되는데, 이에 따라 (i) 주요사실은 당사자가 소송에서 주장을 하여야 하며, 법원은 당사자가 주장하지 않은 사실에 대하여는 판단할 수 없고(사실의 주장책임), (ii) 당사자가 자백한 사실에 대하여 법원은 증거조사 없이 그대로 판결의 기초로 삼아야 하며(자백의 구속력), (iii) 주요사실의 입증을 위한 증거는 당사자가 그 제출 책임을 지기 때문에 법원은 특별한 사정이 없는 한 직권으

36) 형사조정의 결과와 관련하여, 검사는 형사사건을 수사하고 처리함에 있어 형사조정 결과를 고려할 수 있는데, 다만 형사조정이 성립되지 아니하였다는 사정을 피의자에게 불리하게 고려하여서는 아니된다(제45조 제3항).

37) 이러한 현행 형사조정 제도는 (i) 그 회부의 주체가 검사로 한정되어 있기 때문에 경찰에 고소된 사건의 경우 검찰에 사건이 송치되기 이전에는 형사조정 제도를 이용할 수 없는 점, (ii) 검사가 실제적인 수사를 진행함이 없이 바로 형사조정에 회부할 경우 사실상 무죄추정의 원칙에 반할 소지가 있는 점, (iii) 형사조정위원회 위원들은 대부분 검찰청에 소속된 범죄예방위원회의 위원들로 구성되어 있어 전문성은 물론 중립성이 떨어진다는 문제를 내포하고 있다(박성철, “현행 형사조정제도에 대한 비판적 소고”, 법학논집, 제34집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2010, 136~140면).

로 증거조사를 할 수 없다(증거의 제출책임).³⁸⁾

이에 따라, 일방의 계약 불이행이 문제될 경우 당사자로서는 채무불이행 또는 불법행위에 기한 손해배상청구를 할 수 있고, 채무불이행에 기한 손해배상청구를 할 경우 사실상 소비대차계약서나 차용증만 증거로 제출하면 족하다고 할 것이나, 위와 같은 직접적인 처분문서가 존재하지 않거나, 존재한다고 하더라도 그 해석을 둘러싼 다툼이 있는 경우에는 여전히 입증의 문제가 남게 된다. 아울러 민사상 채무불이행이 아닌 불법행위에 기한 손해배상청구의 방법을 취하는 경우에는 상대방의 사기나 횡령 등 불법행위(범죄행위)를 입증하여야 하는데, 경우에 따라 핵심적인 증거를 상대방이 보유하고 있음에도 민사상으로는 그 제출이나 확보를 강제할 수가 없는 문제가 있다.³⁹⁾

형사사건의 경우 피고인과 달리 피해자는 소송의 주체라기보다는 단순한 소송의 객체에 불과하다는 것이 지배적인 입장이나, 최근 들어 형사정책상으로는 형사절차에 있어 피해자의 인격권과 정당한 권리도 적극적으로 보장되어야 한다는 주장이 제기되고 있는데,⁴⁰⁾ 현행 형사소송법상으로 피해자는 공판절차에서의 진술권(제294조의2),⁴¹⁾ 진행경과에 대한 정보권(제259조의2), 신뢰관계에 있는 자의 동석, 피해

38) 이시윤, 앞의 책, 313~319면; 이무상, “변론주의에 있어서 요건사실과 주요사실”, 법조, 통권 제682호, 법조협회, 2013, 6면.

39) 변론주의가 적용되는 민사소송에 있어서는 경우에 따라 일방이 손해 및 인과관계를 입증하기가 대단히 어려운데, 이러한 측면에서 대법원은 공해소송에 있어 “피해자에게 사실적인 인과관계의 존재에 관하여 과학적으로 엄밀한 증명을 요구한다는 것은 공해로 인한 사법적 구제를 사실상 거부하는 결과가 될 수 있는 반면에, 가해기업은 기술적·경제적으로 피해자보다 훨씬 원인조사가 용이한 경우가 많을 뿐만 아니라 원인을 은폐할 염려가 있기 때문에, 가해기업이 어떠한 유해한 원인물질을 배출하고 그것이 피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자 측에서 그것이 무해하다는 것을 증명하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 보는 것이 사회형평의 관념에 적합하다”고 판시하여(대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608 등 판결) 입증책임을 완화 내지 전환하고 있다(특수소송에서의 증명책임에 대하여는 이시윤, 앞의 책, 536면 이하 참조).

40) 형사소송법상 피해자의 지위가 강화되고 있지만, 피해자의 관점만 지나치게 강조할 경우 국가형벌권의 지나친 확장이 문제될 수 있다는 견해로는 배종대/홍영기, 형사정책, 홍문사, 2019, 129, 130면; 정유나, “형사절차에서 피해자 진술권과 피해자 참가제도에 대한 검토”, 법학연구 통권 제56집, 전북대학교 법학연구소, 2018, 163면.

41) 도중진/박광섭, “형사사법절차에의 범죄피해자 참여제도 실효화 방안”, 피해자학연구, 제21권 제2호, 한국피해자학회, 2013, 282면은 형사소송법 제294조의2와 같은 증인신문 형태는 위증에 대한 처벌부담으로 인하여 심리적으로 위축될 수 있다는 등의 이유로 증인신문이 아닌 독립적인 절차를 마련해야 한다고 주장하고 있다. 그러나, 피해자로서 공판절차에 의견을 개진하는 것은 위와 같은

자변호사 및 진술조력인의 조력을 받을 권리(제163조의2) 등이 인정되고 있을 뿐이다. 즉, 변론주의가 적용되는 민사사건과 달리 형사사건은 기본적으로 피고인(피의자)이 범죄를 범하였는지(즉, 구성요건해당성과 위법성 및 책임이 인정되는지), 그렇다면 어떠한 형을 받아야 하는지에 관한 문제로서 광범위한 직권주의의 지배를 받고 있다.⁴²⁾ 나아가, 일방의 고소나 고발이 이루어질 경우 수사기관으로서는 반드시 형사입건 절차를 거쳐야 하고,⁴³⁾ 특별한 사정이 없는 한 소환하여 조사를 하여야 하는데, 경우에 따라 압수수색과 같은 물적 강제수사나, 체포·구속과 같은 인적 강제 수사까지 이루어질 수 있다.

물론, 형사사건의 피해자는 형사절차의 직접적인 당사자는 아니기 때문에 수사기관이 구체적인 수사 과정에서 확보한 증거물을 제공(열람 내지 등사) 받을 수가 없다. 그러나, 피해자로서도 구체적인 수사와 관련하여 송치 및 처분 결과를 통보받도록 되어 있고,⁴⁴⁾ 기소가 되는 경우에는 공소장과 함께 재판 결과에 따른 판결문까지 확보할 수 있다.

특히 대법원은 민사재판에 있어 (i) 형사재판의 사실인정에 구속을 받는 것은 아니지만, (ii) 동일한 사실관계에 대하여 확정된 형사판결이 유죄로 인정한 사실은 유

형사소송법 제294조의2에 의한 증인신문 방식 외에도 서면 형식의 탄원서나 의견서를 제출하는 데에 아무런 제약이 없다는 점에서 이와 별개로 독립적인 구두변론 절차까지 부여하는 것은 형사소송을 지나치게 민사분쟁화하는 측면이 있다는 점에서 바람직하다고 보기는 어렵다. 배종대/홍영기, 앞의 책, 129면은 피해자에게도 검사나 피고인과 같은 최후진술을 할 수 있도록 하는 것은 범죄피해에 대한 강한 인상을 남겨 비합리적인 결과를 초래할 우려가 있다는 점을 지적하고 있다.

42) 이러한 측면에서, 근대 이후의 형사사법은 피해자(민사소송에서의 원고)로부터는 고개를 돌리고, 범죄행위자의 죄책을 판단하여 그에 상응하는 형벌을 부과하는 것을 목적으로 한다고 볼 수 있다 (배종대/홍영기, 앞의 책, 130면).

43) 형사소송법 제238조는 “사법경찰관이 고소 또는 고발을 받은 때에는 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다”고 규정하고 있고, 제257조는 “검사가 고소 또는 고발에 의하여 범죄를 수사할 때에는 고소 또는 고발을 수리한 날로부터 3개월 이내에 수사를 완료하여 공소제기여부를 결정하여야 한다”고 규정하고 있다는 점에서 현행 형사소송법은 고소나 고발이 있는 경우 전진입건 제도를 취하고 있다고 볼 수 있다. 이에 대한 비판적 논의로는 윤동호, “고소·고발사건 전진입건법제에서 선별입건법제로”, 비교형사법연구, 제22권 제1호, 한국비교형사법학회, 2020, 177면 이하 참고.

44) 형사소송법 제258조에 따라, 검사는 고소 또는 고발 사건에 관하여 공소를 제기하거나 불기소처분을 하는 경우 그 처분한 날로부터 7일 이내에 서면으로 고소인 또는 고발인에게 그 취지를 통지하여야 한다.

력한 증거가 되므로, (iii) 특별한 사정이 없는 한 이와 다른 사실을 인정할 수는 없다는 입장을 취하고 있기 때문에,⁴⁵⁾ 형사사건에서 유죄판결이 내려질 경우, 피해자로서는 해당 형사사건뿐만 아니라, 관련 민사사건에서 강력한 증거를 확보하게 되는 것이고, 결국 계약의 일방으로서의 상대방의 채무불이행에 대하여 단순히 민사소송만을 제기하는 것보다는 사기 고소를 병행하여 진행할 유혹을 느끼지 않을 수 없게 되는 것이다.

Ⅲ. ‘기망행위’의 제한적 해석을 통한 한계 설정

1. 사기죄에 있어 ‘기망행위’의 의미

사기죄의 객관적 구성요건요소로서 기망행위란, 허위의 의사표시를 통하여 사람을 착오에 빠트리는 일체의 행위를 의미한다.⁴⁶⁾ 일본에서는 종래 구형법상 사기죄를 규정하면서 ‘사람을 기망’하는 행위라고 하였으나, 현행법에서는 기망이라는 용어 대신 ‘사람을 속이는’ 행위라고 변경하였다. 다만, 일본의 학설과 판례는 위와 같은 용어 변경에도 불구하고 여전히 기망행위라는 용어로 설명을 하고 있다.⁴⁷⁾

기망행위는 상대방이 어떠한 처분행위(교부행위)를 함에 있어 그 판단의 기초가 되는 ‘사실’을 속이는 경우에 성립하므로, 의견이나 가치판단은 기망행위의 대상이 될 수 없다는 견해가 있다.⁴⁸⁾ 그러나, 가치판단이나 의견의 개진이라고 하더라도 그것이 사실의 주요 내용이나 전문지식을 포함하고 있다면 기망행위의 대상에 해당한다고 보아야 할 것이다.⁴⁹⁾

45) 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다29051 판결.

46) 김성돈, 앞의 책, 353면; 김일수/서보학, 앞의 책, 339면; 배종대, 앞의 책, 345, 346면; 유기천, 앞의 책, 236면; 임웅, 앞의 책, 386면; 안경옥, “사기죄에 있어서의 기망행위”, 형사판례연구, 제5권, 한국형사판례연구회, 1997, 198, 199면; 윤동호, “소송사기와 허위등기가 기능적으로 밀접하게 연관된 경우 죄수 및 경합”, 형사법연구, 제28권 제1호, 한국형사법학회, 2016, 102면.

47) 西田典之, 앞의 책, 208면.

48) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 332면; 배종대, 앞의 책, 347면.

49) 김성돈, 앞의 책, 353면; 김일수/서보학, 앞의 책, 340면.

2. 부작위에 의한 기망행위와 묵시적 기망행위의 구별

기망행위의 수단과 방법에는 제한이 없기 때문에 반드시 명시적으로 이루어져야 하는 것은 아니며, 언어나 동작에 의하거나, 부작위로도 가능하다.⁵⁰⁾ 다만, 구체적인 하나의 행위를 작위로 볼 것인지, 아니면 부작위로 볼 것인지는 그리 쉬운 일이 아닌데, 예를 들어 계약을 체결함에 있어서도 계약 체결을 유인 내지 권유하면서 적극적으로 설명한 부분이나 실제 계약서를 작성하는 행위는 ‘작위’적인 성격이 강한 반면, 실제 계약을 체결함에 있어 계약의 대상이 되는 목적물과 관련하여 자신이 알고 있는 내용 중 일부를 알려주지 않았다는 부분은 ‘부작위’적 성격이 강하다고 볼 수 있으므로,⁵¹⁾ 그 행위를 작위 또는 부작위로 구분하는 것은 대단히 어렵다. 다만, 문제가 되는 구체적인 행위가 작위인지, 아니면 부작위에 해당하는지 여부는 구성요건 측면에서 큰 의미가 있는데, 만약 어떠한 행위가 부작위로 평가된다면 부진정부작위범의 특별한 구성요건으로서 보증인지위와 행위정형의 동가치성을 추가로 충족하여야 한다.⁵²⁾

작위와 부작위의 구별⁵³⁾과 관련하여서는 여러 가지 견해의 대립이 있지만, 대법원은 소위 보라매 병원 사건에서 “어떠한 범죄가 적극적 작위에 의하여 이루어질 수 있음은 물론 결과의 발생을 방지하지 아니하는 소극적 부작위에 의하여도 실현될 수 있는 경우에, 행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 적극적으로 타인의 법익 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 법익을 침해하기에

50) 김성돈, 앞의 책, 353면; 김일수/서보학, 앞의 책, 341면; 배종대, 앞의 책, 348면; 유기천, 앞의 책, 238면; 松宮孝明, 앞의 책, 254면; 西田典之, 앞의 책, 194면; 松原芳博, 앞의 책, 265면.

51) 자본주의 시스템 아래에서 계약 당사자들로서는 자신이 가지고 있는 모든 정보를 상대방에게 알려줄 수는 없는 노릇이므로, 실제 계약 체결 과정에 있어 어느 정도의 부작위는 가미될 수밖에 없다.

52) 김성돈, 형법총론(제6판), 성균관대학교 출판부(2020), 542면; 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사, 2014, 354면, 배종대, 형법총론(제14판), 홍문사, 2020, 546면; 이재상/장영민/강동범, 형법총론(제10판), 박영사, 2019, 146, 147면; 前田雅英, 刑法總論講義(第7版), 東京大学出版会, 2019, 98면; 小池 信太郎, “일본의 사기죄에 관한 최근 대법원 판례의 경향에 대해서”, 형사판례연구 제27권, 한국형사판례연구회, 2019, 559면.

53) 작위와 부작위의 구별에 관한 학설 대립에 대하여는 이종수, “작위와 부작위 간 공소장변경의 한계 및 필요성 연구”, 비교형사법연구, 제22권 제1호, 한국비교형사법학회, 2020, 117, 118면 참고.

이르렀다면, 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이고, 작위에 의하여 악화된 법의 상황을 다시 되돌아키지 아니한 점에 주목하여 이를 부작위범으로 볼 것은 아니”라고 판시하여 기본적으로 작위를 우선적으로 판단하여야 한다는 입장을 취하고 있다.⁵⁴⁾

다만, 사기죄의 기망행위와 관련하여 다수 견해는 위와 같은 작위와 부작위에 관한 일반적인 기준이 아닌, 소위 설명가치를 기준으로 하여, 그러한 설명가치 있는 행동에 의하여 상대방이 ‘비로소’ 착오에 빠진 것이라면 묵시적 기망행위, 그렇지 않고 상대방이 이미 착오에 빠진 상태였다면 부작위에 의한 기망행위로 보고 있다.⁵⁵⁾ 위와 같은 학설의 입장과는 달리 대법원은 작위에 의한 묵시적 기망행위와 부작위에 의한 기망행위의 구별이 문제되는 사안에서는 대부분 부작위로 평가하고 있다.⁵⁶⁾⁵⁷⁾

생각건대, 형법적인 측면에서의 부작위는 단순히 어떠한 것을 하지 않는 것이 아니라, 법률적으로 의미가 있는 특정한 행위를 하지 않는 것을 의미하는 점,⁵⁸⁾ 작위

54) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결.

55) 김성돈, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판부(2019), 354면; 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론(제9판), 박영사(2018), 342면; 이재상/장영민/강동범, 형법각론(제11판), 박영사(2019), 333면.

56) 구체적으로 대법원은, ① 부동산 매매목적물이 유언으로 재단법인에 출연된 사실을 숨기고 매도하여 대금을 교부 받은 사안(대법원 1992. 8. 14. 선고 91도2202 판결), ② 임대인이 임대차계약을 체결하면서 임차인에게 임대목적물이 경매진행 중인 사실을 알리지 않은 사안(대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3263 판결), ③ 실제로 어업을 영위하지 않았음에도 영위하였던 것처럼 가장하여 보상금을 수령한 사안(대법원 2004. 6. 11. 선고 2004도1553 판결), ④ 특정 기술을 받으면 아들을 낳을 수 있을 것이라는 착오에 빠져있는 피해자들에게 그 기술의 효과와 원리에 관하여 사실대로 고지하지 아니한 채 아들을 낳을 수 있는 기술인 것처럼 가장하여 기술과 처방을 한 사안(대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결), ⑤ 피고인이 이미 다른 저축은행에 대출을 신청하였음에도 이를 알리지 않고 대출을 받은 사안(대법원 2018. 8. 1. 선고 2017도20682 판결), ⑥ 부동산에 대하여 신탁금지약정을 체결하였음에도 불구하고 이를 은행에 알리지 않은 채 위 부동산을 담보신탁하여 대출을 받은 사안(대법원 2012. 4. 13. 선고 2011도2989 판결) 등에서 모두 부작위에 의한 기망행위를 전제로 판단하였다.

57) 학설상으로는 위와 같은 판례의 태도를 비판하며, 위에서 문제된 사안은 대부분 작위에 의한 묵시적 기망행위로 보아야 한다는 견해로는, 이석배, “묵시적 기망행위와 부작위에 의한 기망행위”, 비교형사법연구, 제10권 제1호, 한국비교형사법학회, 2008, 220면; 이정원, “의학적 권고에 반한 퇴원으로 사망한 환자에 대한 형사책임”, 비교형사법연구, 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004, 343~345면.

58) 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사(2014), 347면; 배종대, 앞의 책, 542면; 이재상/장영민/강동범, 형법총론(제10판), 박영사(2019), 131면; 松原芳博, 刑法總論(第2版), 日本評論社

가 아닌 부작위로 이론구성을 할 경우 보증인지위와 행위정형의 동가치성이라는 추가적인 구성요건을 충족하여야 하므로⁵⁹⁾ 부작위를 작위의 보충적·열위적 관계에 있다고 보기는 어려운 점, 법률적인 평가는 배제한 채 행위 자체의 측면만 고려할 경우 작위와 부작위가 문제되는 대부분의 경우 작위로 볼 수밖에 없는 점 등을 고려할 때, 형법상 작위와 부작위는 행위 자체가 아닌 범죄구성요건의 해당 여부를 기준으로 구별하여야 할 것이며, 사기죄에 있어서도 이러한 규범적인 기준을 바탕으로, (i) 피고인이 변제의사나 능력 또는 지불의사나 능력이 없음에도 불구하고 상대방으로 하여금 이에 대한 착오를 불러 일으킨 것으로 평가된다면 작위의 묵시적 기망행위, (ii) 거래내용의 중요한 부분을 알리지 않은 채 계약을 체결한 경우에는 부작위에 의한 기망행위로 보는 것이 타당하다고 할 것이다.

3. 채무불이행의 기망성을 둘러싼 판례 분석

대법원은 차용금 사기에 대하여 기본적으로 “차용금의 편취에 의한 사기죄의 성립 여부는 차용 당시를 기준으로 판단하여야 하므로, 피고인이 차용 당시에는 변제할 의사와 능력이 있었다면 그 후에 차용금을 변제하지 못하였다고 하더라도 이는 단순한 민사상의 채무불이행에 불과할 뿐 형사상 사기죄가 성립한다고 할 수 없고, 한편 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의의 존부는 피고인이 자백하지 아니하는 한 범행 전후의 피고인의 재력, 환경, 범행의 내용, 거래의 이행과정, 피해자와의 관계 등과 같은 객관적인 사정을 종합하여 판단하여야 한다”는 입장을 취하고 있다.⁶⁰⁾

이러한 측면에서, ① 차용인이 대여인으로부터 관광버스 구입자금을 차용한 후 계속된 사업실패로 파산신청을 하여 면책허가결정이 확정된 사안,⁶¹⁾ ② 3,000~4,000만

(2017), 87면; 山口厚, 刑法總論(第2版), 有斐閣, 2007, 77면.

59) 이러한 측면에서 오히려 의심스러운 경우에는 부작위로 보는 것이 법치국가적 요청에 부합한다는 지적으로는 이상돈, 앞의 책, 226면.

60) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도10770 판결.

61) 위 2007도10770 판결. 위 판결에서 대법원은 “개인파산면책제도를 통하여 면책을 받은 채무자에 대한 차용금 사기죄의 인정 여부는 그 사기로 인한 손해배상채무가 면책대상에서 제외되어 경제적 회생을 도모하려는 채무자의 의지를 꺾는 결과가 될 수 있다는 점을 감안하여 보다 신중한 판단을

원 상당의 채무를 부담하는 반면 특별한 재산이 없는 상태에서 2,000만 원을 차용하였으나 당시 의류사업이나 보험설계사로서의 영업을 하면서 지속적으로 소득을 얻고 있었고, 비교적 꾸준히 월 60만 원 상당의 이자를 지급한 사안⁶²⁾ 등에서 사기죄의 성립을 부정하였다.

다만, 자금의 용도를 속이고 금전을 차용한 경우에 있어 대법원은 종래 사기죄의 성립을 부인하였으나,⁶³⁾ 그 이후 “사기죄의 실행행위로서 기망은 반드시 법률행위의 중요부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 족한 것이므로, 용도를 속이고 돈을 빌린 경우에 있어서 만일 진정한 용도를 고지하였더라면 상대방이 돈을 빌려주지 않았을 것이라는 관계가 있는 때에는 기망행위가 있는 것으로 보아야 한다”는 입장을 취하고 있다.⁶⁴⁾ 이에 따라, 차용사기에 있어 차용금의 용도를 속인 경우에는 사기죄를 인정하고 있는데, 사실은 대법관에게 사용할 의사가 없음에도 대법관 로비자금으로 1억 5천만 원이 필요하다며 이를 차용한 후 1,000만 원만 변호사 선임비로 사용하고 나머지는 자신의 사업자금으로 사용한 사안,⁶⁵⁾ 개발제한구역 지정의 해제는 물론 그 해제로 인하여 얻게 될 재산상 이익을 나누어 줄 의사나 능력이 없음에도 “2,000만 원을 빌려주면 이를 접대 비용으로 사용하여 2개월 내에 위 토지에 대한 개발제한구역 지정을 해제받고 토지소유자로부터 상당한 금액의 커미션을 받아 그 중 일부를 위 차용금과 함께 돌려주겠다”고 한 사안,⁶⁶⁾ 피고인이 상가 전기요금으로 납부할 것이 아니라 자신의 개인용도로 사용할 의도였음에도 불구하고 피해자에게 “상가관리비가 연체

요한다”고 하였다.

62) 대법원 2016. 4. 28. 선고 2012도14516 판결.

63) 대법원 1960. 9. 4. 선고 4292형상656 판결.

64) 대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2828 판결. 일본 판례도 “영득의 의사를 가지고 기망수단을 사용하여 타인을 착오에 빠뜨리고, 금전의 점유를 자기에게 이전함으로써 사기죄는 성립하는 것으로서, 차용금을 변제하겠다는 의사의 유무 또는 착오가 법률행위의 요소라는 점은 묻지 않으며, 행위자의 행위 속에는 기망적인 요소가 있었고, 결과에 있어 피해자가 기망을 당하여 재물의 교부를 하였다면 사기죄는 완성”되는 것이라고 하여 용도를 속인 차용의 경우에 사기죄를 인정하고 있다{大審院 大正12年(1923)11月2日 刑集2卷744頁}.

65) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95도707 판결.

66) 대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2828 판결.

된 것이 많아 전기요금을 납부하지 못하고 있다. 전기요금을 납부하지 않으면 단전 될 처지에 있으니 1,000만 원만 빌려달라. 월 4부의 이자를 주고 3개월 후에 틀림없이 변제하겠다”고 한 사안,⁶⁷⁾ 명의상으로만 학원 원장인 자가 대출금 중 일부를 개인적인 용도로 사용할 생각이었음에도 불구하고 학원 운전자금으로 사용하겠다고면서 생계형 창업특별보증을 신청한 사안,⁶⁸⁾ 피고인이 농지구입자금을 용자받아 농지구입과는 무관한 다른 채무 변제에 사용할 생각이면서도 농지 매매대금에 충당할 것처럼 허위의 매매계약서를 작성하여 농지구입자금을 용자받은 사안⁶⁹⁾에서 사기죄의 성립을 인정하였다.

나아가, 대법원은 물품거래에 있어서는 “거래 당시를 기준으로 피고인에게 납품대금을 변제할 의사나 능력이 없음에도 피해자에게 납품대금을 변제할 것처럼 거짓 말을 하여 피해자로부터 물품 등을 편취할 고의가 있었는지의 여부에 의하여 판단하여야 하므로, 납품 후 경제사정 등의 변화로 납품대금을 변제할 수 없게 되었다고 하여 사기죄에 해당한다고 볼 수 없다”는 입장을 취하고 있다.⁷⁰⁾

4. 기망행위에 대한 엄격해석의 방안

가. 신의칙에 기한 고지의무의 제한

(1) 학설 및 대법원의 입장

부작위에 의한 사기죄에 있어 고지의무의 근거로서 신의성실의 원칙을 인정할 수 있는지 여부와 관련하여, 긍정설⁷¹⁾은 계약 당사자 사이에 특별한 신임관계가 있거나, 이를 고지하지 아니하면 상대방에게 현저한 손해가 발생하거나, 상대방에게 무경험 내지 경험부족이 인정된다면 신의성실의 원칙을 근거로 한 고지의무를 인정할

67) 대법원 2005. 9. 15. 선고 2003도5382 판결.

68) 대법원 2003. 12. 12. 선고 2003도4450 판결.

69) 대법원 2005. 5. 26. 선고 2002도5566 판결.

70) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002도5265 판결; 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005도7481 판결.

71) 김성돈, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판부, 2019, 356면; 김일수/서보학, 새로 쓴 형법각론(제9판), 2018, 343면; 이재상/장영민/강동범, 형법각론(제11판), 박영사, 2019, 336면.

수 있다고 본다. 이에 반하여, 부정설⁷²⁾은, 신의성실의 원칙은 일반조항으로서 법률 적용자에 따라 자의적으로 해석될 가능성이 있고, 사기죄의 성립범위가 지나치게 확장될 우려가 있으며, 자본주의 시스템 아래에서 거래 내용을 자세하게 확인하지 않은 잘못이 있는 자를 형법이 무제한적으로 보호해 줄 필요가 없다고 주장한다. 특히 법률개념인 보증인의무를 신의성실의 원칙이라는 일반개념을 근거로 인정하는 것은 죄형법정주의에 위배되는 것으로서, 자유시장 경제체제 아래에서 거래 당사자는 자유로운 경쟁을 통해 지식이나 경험을 습득하여 자기의 이익을 극대화하는 것이 당연한데, 그 정보나 지식에 대한 고지의무를 부과하여 형사처벌하는 것은 부당하다고 지적한다.⁷³⁾

대법원은 특히 부작위에 의한 사기죄의 작위의무와 관련하여, “법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 기타 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다”고 하여 신의성실의 원칙이나 조리에 근거한 작위의무를 인정하고 있다.⁷⁴⁾ 구체적으로 신의성실에 근거한 고지의무를 인정한 경우를 살펴보면, ① 전대차가 금지되고 채소전 화해가 성립된 사실을 알리지 않고 건물을 임대한 사안,⁷⁵⁾ ② 채무담보를 위한 가등기와 근저당권설정등기가 마쳐진 사실을 알리지 않고 토지를 매도한 사안,⁷⁶⁾ ③ 소유권 귀속에 관한 소송이 계속 중인 사실을 알리지 않은 채 매도한 사안,⁷⁷⁾ ④ 공장을 이전하지 않고서는 계속 가동할 수 없는 사실을 알리지 않고 공장을 매도한 사안,⁷⁸⁾ ⑤ 도시계획이 입안되어 있어 장차 협의매수되거나 수용될 것이라는 사정을 알리지 않은 채 매도한 사안,⁷⁹⁾ ⑥ 토지소유자로 등기되어 있을 뿐 진정한 소유자가 아님에도 이러한 사실을 알리지 않은 채 수용보상금으로 공탁된 공탁금의 출급을 신청한 사안,⁸⁰⁾ ⑦ 임대인이

72) 임웅, 형법총론(제11정판), 법문사, 2019, 590면; 안경옥, “부작위에 의한 기망행위”, 영남법학, 제8권 제1·2호, 영남대학교 법학연구소, 2002, 284면.

73) 하태훈, 앞의 논문, 204면; 허일태, “보험계약상 고지의무와 보험금 사기의 고의”, 동아법학, 제52호, 동아대학교 법학연구소, 2011, 429면.

74) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 판결.

75) 대법원 1980. 7. 8. 선고 79도2734 판결.

76) 대법원 1981. 8. 20. 선고 81도1638 판결.

77) 대법원 1986. 9. 9. 선고 86도956 판결.

78) 대법원 1991. 7. 23. 선고 91도458 판결.

79) 대법원 1993. 7. 13. 선고 93도14 판결.

임차인에게 임대목적물이 경매 진행 중인 사실을 알리지 않은 사안,⁸¹⁾ ⑧ 특정 시술을 받으면 아들을 낳을 수 있는 시술인 것처럼 가장하여 일련의 시술과 처방을 행한 사안,⁸²⁾ ⑨ 주식매도인이 매수인에게 주식거래의 목적물이 증자 전의 주식이라 아니라 증자 후의 주식이라는 사실을 제대로 알리지 않은 사안,⁸³⁾ ⑩ 피고인이 A보험회사와 보험대리점 계약을 체결한 B대리점의 보험상담원으로 근무하면서 보험료를 대납하였음에도 이를 알리지 않은 채 A보험회사로부터 보험계약 체결에 따른 수수료 명목으로 합계 약 3,200만 원을 지급받은 사안,⁸⁴⁾ ⑪ 다른 저축은행에 대출을 신청한 상태임에도 불구하고 그런 사실이 없다고 답변한 사안⁸⁵⁾에서 명시적 또는 묵시적으로 신의성실의 원칙에 근거한 고지의무가 인정된다고 하였다.

이에 반하여, ㉠ 아파트를 전매함에 있어 분양회사 대표이사가 그 분양업무와 관련하여 유죄판결을 받은 사실,⁸⁶⁾ ㉡ 부동산 이중매매에 있어 제1 매매계약을 일방적으로 해제할 수 없다는 사실,⁸⁷⁾ ㉢ 중고 자동차 매매에 있어 할부금 채무가 존재한다는 사실,⁸⁸⁾ ㉣ 나머지 공유자들로부터 그들의 소유지분에 관한 처분권한을 위임받고 이를 매도한 사안에서 실제로 매도한 가격,⁸⁹⁾ ㉤ 은행에 예금반환을 청구함에 있어 사실 그 돈의 원인이 되는 법률관계가 존재하지 않는 사실,⁹⁰⁾ ㉥ 아파트 입주권을 매도함에 있어 그 입주권을 2억 5,000만 원에 확보하여 2억 9,500만 원에 전매하려는 사실,⁹¹⁾ ㉦ 부동산을 담보신탁하여 대출을 받음에 있어 그 부동산에 대하여 다른 사람과 신탁금지약정을 체결한 사실⁹²⁾은 일반거래의 경험칙상 ‘상대방이

80) 대법원 1994. 10. 14. 선고 94도1911 판결.

81) 대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3263 판결.

82) 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결.

83) 대법원 2006. 10. 27. 선고 2004도6503 판결.

84) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도9644 판결.

85) 대법원 2018. 8. 1. 선고 2017도20682 판결.

86) 대법원 1983. 9. 13. 선고 83도823 판결.

87) 대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2698 판결.

88) 대법원 1998. 4. 14. 선고 98도231 판결.

89) 대법원 1999. 5. 25. 선고 98도2792 판결.

90) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도3498 판결.

91) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도5124 판결.

92) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011도2989 판결.

그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우’에 해당한다고 볼 수 없다는 이유로 설령 이러한 사실을 고지하지 않았다고 하더라도 사기죄의 성립을 부정하였다.

고지의무와 관련한 일본 판례 중에는, 국립공원에 위치한 부동산을 소유한 피고인들이 위 토지에 7층짜리 맨션을 짓고자 한 피해자에게 그 규제내용을 정확하게 알리지 않은 채 매매계약을 체결하여 계약금으로 5,000만 엔을 지급받아 편취하였다고 기소된 사안에서, 제1심⁹³⁾은 피고인들로서는 피해자들이 위 토지에 7층짜리 맨션을 짓고자 하는 사실을 알았음에도 그 규제내용에 대하여 알려주지 않았다는 이유에서 유죄를 선고하였으나, 제2심⁹⁴⁾에서 현대사회에서는 어떠한 토지라도 크고 작은 각종 법적 규제를 받고 있는 것이 주지의 사실이고, 특히 이 사건과 같은 국립공원 내 토지에 대하여는 엄격한 규제가 이루어지는 것이 일반적이며, 나아가 그 토지에 대한 규제 내용은 주무관청에 문의하면 쉽게 확인할 수 있기 때문에 매도인으로서 어느 정도로만 그 내용을 이야기하면 고지의무를 다 한 것으로 볼 수 있다는 이유에서 무죄를 선고한 것이 있다.

(2) 검토 - 일반조항으로서 신의성실의 원칙의 배제 필요성

판례는 사기죄의 기망행위를 “널리 거래관계에서 지켜야 하는 신의칙에 반하는 행위”⁹⁵⁾라고 하여 사기죄의 보호법익을 지나치게 넓게 보는 한편 고지의무는 신의칙이라는 일반원칙에서 도출하고 있는데,⁹⁶⁾ 이러한 대법원의 태도는 사기고소의 남발로 대표되는 민사문제의 형사범죄화를 초래하는 주범이 되고 있다.⁹⁷⁾ 특히 ‘경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우’라는 것은,⁹⁸⁾ 민법상 계약해제의 인정여부를 판단하는 기준은 될 수 있어도, 형

93) 静岡地裁(沼津支部) 昭和62年(1987)3月20日.

94) 東京高裁 平成1年(1989)3月14日 判タ700号266頁.

95) 대법원 1984. 2. 14. 선고 83도2995 판결.

96) 윤종행, “작위와 부작위의 구별”, 연세법학연구, 연세법학회, 2005, 201면; 하태훈, 앞의 논문, 206면.

97) 허일태, 앞의 논문, 428면.

98) 대법원 1983. 9. 13. 선고 83도823 판결; 대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3263 판결; 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결 등.

별권 발동의 기준이 될 수는 없으며, 결과적으로 범죄의 성립여부를 상대방의 의사에 맡겨놓게 되는 불합리를 초래하게 되는 것이다.⁹⁹⁾ 나아가, 고지의무의 근거를 신의성실의 원칙에서 찾는 판례의 태도는 피고인의 방어권 행사에도 영향을 미치게 되는데, 실제 사기죄의 기망행위를 부인하고 있는 피고인으로서 기망행위의 근거가 되는 고지의무가 없었다거나 그러한 의무를 이행하였음을 주장해야 하지만, 현재 판례의 태도와 같이 그 의무의 근거를 신의성실의 원칙에서 찾는 것은 사실상 모든 거래 내용에 대하여 고지의무를 인정하고, 이에 대한 기망성을 인정하는 것과 다를 없는 결과가 되는 것이다.

더구나, 민사법에서도 당사자 간 법률관계를 해석함에 있어 바로 신의성실의 원칙에서 그 근거를 찾는 것은 일반조항으로 도피하는 것과 다를 없기 때문에 최후수단으로서 의미를 갖는다고 보고 있고,¹⁰⁰⁾ 대법원 역시 “근저당권자가 임차인의 주민등록상 주소가 등기부상 표시와 다르다는 이유로 임대차의 대항력을 부정하는 주장이 신의칙에 비추어 용납될 수 없는 경우에는 예외적으로 그 주장을 배척할 수 있으나, 이는 주택임대차보호법에 의하여 인정되는 법률관계를 신의칙과 같은 일반 원칙에 의하여 제한하는 것이어서 법적 안정성을 해할 수 있으므로 그 적용에 있어 신중을 기하여야 할 것”이라고 판시하여¹⁰¹⁾ 신의성실의 원칙이 갖는 최후수단성을 인정하고 있음을 고려한다면, 형벌을 통하여 개인의 기본권을 제한할 수 있는 형사법에서는 신의성실의 원칙을 적용함에 있어 민사법보다 더욱 신중을 가할 필요가 있다.

이에 대하여, 고지의무의 근거로서 신의성실의 원칙을 배제할 경우 가벌성의 범위가 지나치게 축소될 수 있다는 지적이 있을 수 있지만, 일반조항인 신의성실의 원칙이 아니더라도 법령이나 계약의 구체적인 해석에 따른 고지의무를 인정할 수 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 실제 문제가 되는 계약은 구체적인 법률관계를 규율하는 계약(서)은 물론 관련 법령의 해석을 통하여 계약의 중요한 내용을 도출해 낼 수 있는 것인데, 판례는 신의성실의 원칙을 원용함으로써 사실은 법률이나 계약

99) 김준혁, “부작위에 의한 사기죄의 성부”, 한양법학, 제27권 제1집, 한양법학회, 2016, 205면.

100) 지원림, 앞의 책, 46면.

101) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007다33224 판결.

의 해석에 따라 고지의무를 인정할 수 있는 사안에서도 만연히 신의성실의 원칙에 기한 고지의무를 인정해 버리고 있는 것이다. 이와 달리, 법령이나 계약에 따른 고지의무가 인정되지 않는다고 하더라도 구체적인 사안에 따라 해당 행위자에 대하여는 배임죄나 배임수증재죄 등이 적용될 여지가 있고, 민사상 손해배상청구 등의 구제수단이 있기 때문에 당사자 간 계약 분쟁에 사기죄가 현행처럼 마치 ‘전가의 보도’처럼 사용될 필요는 없다고 할 것이다.

나. 중요사실에 관한 기망 제한

(1) 기망행위의 정도를 둘러싼 학설 및 대법원의 입장

기망행위는 행위 당시의 구체적인 상황을 전제로 하여 상대방을 착오에 빠지게 하여야 하지만, 단순한 과장이나 흥정과 같이 허용된 위험의 범위 안에 있는 정도를 두고 사기죄에서의 기망이라고 볼 수는 없다.¹⁰²⁾ 이러한 측면에서 사기죄에 있어 기망행위는, 거래의 상대방이 진실을 알았다면 재산상 처분행위를 하지 않았을 정도의 중요한 사실일 것을 요구한다. 따라서, 단순히 거짓말을 하였거나 기망을 하였다고 하더라도 그로 인하여 거래의 목적을 달성하는데 지장이 없다면 사기죄가 성립하지 않는다.¹⁰³⁾ 예를 들어, 물품의 명칭을 속였다고 하더라도, 그 품질이나 가격에 변함이 없고, 구매자 역시 그 물품의 명칭에 구애받지 않고 물품을 구매한 경우,¹⁰⁴⁾ 담보로 제공된 그림이 위조품이라고 하더라도 그로써 충분한 담보가치를 갖는 경우¹⁰⁵⁾에는 사기죄가 성립하지 않는다.

기망행위의 정도에 관하여 다수의 견해는 사기죄의 기망행위가 객관적으로 일반인을 착오에 빠뜨릴 정도의 비난가능성이 있는 것이어야 하고 단순히 사실을 과장

102) 松原芳博, 刑法各論, 日本評論社, 2016, 265면.

103) 김성돈, 앞의 책, 358면; 김일수/서보학, 앞의 책, 344면; 배종대, 형법각론(제11전정판), 홍문사, 2020, 350면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 337, 338면. 형법각칙상 ‘허위사실’을 구성요건으로 하고 있는 개별 범죄에 대한 판례의 입장에 대하여는, 이종수, “당선 목적 허위사실공표죄의 ‘미필적 고의’에 관한 연구”, 서울대학교 법학, 제61권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2020, 258~261면 참고.

104) 大審院 大正8年(1919)3月27日 刑錄25輯396頁.

105) 大審院 大正4年(1915)10月25日 新聞1049号34頁.

하거나 추상적으로 사실과 다른 내용을 이야기한 것만으로는 사기죄가 성립하지 않는다고 하면서도,¹⁰⁶⁾ 동기나 용도를 기망한 경우에 있어서는 사기죄에 해당한다고 보는 것이 일반적이다.¹⁰⁷⁾

(2) 일본 판례의 입장

일본 최고재판소 역시 기본적으로 기망의 내용이 되는 사실이 거래내용에 있어 어느 정도로 중요하고 결정적인 의미를 갖는지를 기준으로 사기죄의 성립여부를 판단하고 있다. 구체적으로, (i) 상당한 가격으로 물품을 판매한 것과 관련하여, ㉠ 피고인이 의사가 지정한 전기의료판매업자인 것처럼 하며 사실은 평범한 전기안마기를 마치 중풍 등에 효과가 있다고 속이고 판매한 사안에서 “가격 상당의 상품을 제공하였다고 하더라도, (진정한) 사실을 고지하였다면 상대방이 금원을 교부하지 않았을 경우로서, 특히 상품의 효능 등에 관하여 사실에 반하는 과대한 사실을 고지하여 상대방을 오인시켜 금원을 교부받은 경우에는 사기죄가 성립한다”고 하였는데,¹⁰⁸⁾ ㉡ 의사라고 사칭하여 환자를 진찰하면서 약을 정가로 판매한 사안에서는, 상대방에게 재산상 손해가 발생하지 않았다는 이유로 사기죄의 성립을 부정하였다.¹⁰⁹⁾ (ii) 상당한 대가로 근저당권을 말소시킨 사안에서는 “문제된 각 부동산이 제3자에게 합법적으로 판매되는 것으로 오신하지 않았으면 (근저당권자인) 주권기구가 이 사건 근저당권 포기에 응하지 않았을 것”이라는 이유로 사기죄의 성립을 긍정하였다.¹¹⁰⁾

기망행위와 관련한 유명한 판례로 소위 ‘탑승권 양도 사건’이 있는데, A가 사실은 캐나다에 밀입국하기 위한 B에게 교부를 할 목적이었음에도 불구하고 이러한 사실을 알리지 않고 탑승권을 발급받은 사안에서, 최고재판소는 항공권과 탑승권에는 모두 승객의 이름이 기재되어 있는데, 항공사로서는 탑승권의 교부를 청구하는 자에 대하여 여권에 기재된 성명이나 사진 등을 통해 엄격하게 본인 확인 절차를 한

106) 김성돈, 앞의 책, 358면; 김일수/서보학, 앞의 책, 344면; 배종대, 앞의 책, 350면.

107) 김성돈, 앞의 책, 353면.

108) 最高裁 昭和34年(1959)9月28日 刑集13卷11号2993頁.

109) 大審院 昭和3年(1928)12月21日 刑集7卷772頁.

110) 最高裁 平成16年(2004)7月7日 刑集58卷5号309頁.

후 탑승권을 교부하고 있는 점, 이와 같이 엄격하게 본인 확인 절차를 거치는 것은 항공권에 이름이 기재된 승객이 아닌 자가 항공기에 탑승할 경우 항공기의 안전에 심각한 피해를 가져올 위험이 있음을 고려한 것인 점, 항공사로서는 캐나다 정부에 대한 불법입국을 방지하기 위하여 탑승권 발권을 제대로 할 의무가 있는 점 등을 고려할 때, 해당 승객 이외의 자를 항공기에 탑승하지 못하도록 하는 것은 이 사건 항공사의 항공운송 사업의 경영상 중요한 내용이라 할 것이며, 항공사로서는 탑승권의 교부를 청구하는 자가 이를 다른 사람에게 전달하여 그 사람으로 하여금 항공기에 탑승시킬 의도라는 것을 알았다면 그 교부에 응하지 않을 것이라는 이유로 사기죄의 성립을 인정하였다.¹¹¹⁾

(3) 검토 - 중요사실에 관한 기망에 한정될 필요성

그러나, 앞에서 살펴본 바와 같이 사기죄의 보호법익은 재산권에 한정되어야 한다는 측면에서,¹¹²⁾ 거래 상대방이 대어나 매매 같은 계약에 관한 의사결정 과정에 일부 영향을 미쳤다고 하여 사기죄로 단정할 수는 없다고 할 것이다. 나아가, 민법도 제109조에서 착오에 의한 의사표시의 취소를 규정하면서도, 단순한 동기의 착오를 이유로 한 취소는 인정하고 있지 않으며, 대법원 역시 의사결정 과정에서의 착오, 즉 동기의 착오를 이유로 법률행위를 취소하기 위하여는 (i) 그 동기를 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 표시되어야 하고, (ii) 그 내용의 착오가 보통 일반인의 입장에서 중요한 부분에 관한 것이어야 한다고 판시하고 있는데,¹¹³⁾ 민사 영역에서도 보호하지 않는 동기의 착오¹¹⁴⁾를 형법에서 보호하는 것은 형법의 최후수단성에 위반된다고 하지 않을 수 없다. 또한, 앞서 살펴본 바와 같이 실무상으로 위와 같은 판례의 태도는 사기죄의 고소가 남용되는 문제를 야기하고 있는데, 대여인의 입장에서는 민사상 대여금반환청구를 통해 해결할 수 있는 문제임에도 불

111) 最高裁 平成22年(2010)7月29日 刑集64卷5号829頁. 다만, 위 결정은 국제선 사안이라는 특수성이 있었기 때문에 국내선에서는 다른 결론이 내려질 수 있다는 것이 해당 결정 조사관의 설명이다(小池 信太郎, 앞의 논문, 569면).

112) 김성돈, 앞의 책, 348, 349면; 松原芳博, 앞의 책, 263면.

113) 대법원 2000. 5. 12. 선고 2000다12259 판결.

114) 민사상 동기의 착오에 관한 취소 논의에 대하여는 지원림, 앞의 책, 247면 참조.

구하고, 차용인이 대여금을 일부 애초 대여인에게 고지한 내용과 다르게 사용하였다고 하여, 만약 그와 같은 용도로 사용할 것임을 알았다면 처음부터 빌려주지 않았을 것이라고 주장하면서 사기죄로 고소하는 등 남용의 문제를 야기할 수 있는 점¹¹⁵⁾ 등을 두루 감안할 때, 거래관계에 있어서 중요한 내용이라고 볼 수 없는 단순한 동기의 착오는 사기죄의 기망행위에 해당한다고 볼 수 없다.¹¹⁶⁾

우리 대법원처럼 ‘중요사실에 관한 기망’인지 여부를 기준으로 기망행위를 판단하는 최고재판소의 입장에 대하여 松原芳博 교수는 예를 들어, 미성년자가 자신의 연력을 속이고 성인용 잡지를 구매한 경우, “가게주인은 손님이 미성년자임을 알았다면 잡지를 팔지 않았을 것”이라는 이유로 사기죄를 긍정할 수도 있는 것인데, 이는 사기죄를 재산권뿐만 아니라 청소년의 건전한 육성과 가게주인의 의사결정의 자유까지 보호하는 범죄로 보는 것과 다름 없어 부당하다고 지적하고 있다.¹¹⁷⁾

결국, ‘경험칙상 상대방이 그 사실을 알았다더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우’라는 것은,¹¹⁸⁾ 민법상 계약해제의 인정여부를 판단하는 기준은 될 수 있어도, 형벌권 발동의 기준이 될 수는 없으며, 결과적으로 범죄의 성립여부를 상대방의 의사에 맡겨놓게 되는 불합리를 초래하게 되는 것이다.¹¹⁹⁾ 이러한 측면에서 최근 대법원은 대작(代作) 사실을 알리지 않고 다른 사람에게 그림을 판매한 가수 조영남의 사기 사건에서 “미술작품 거래에서 기망 여부를 판단할 때에는 미술작

115) 물론 이러한 경우 위 95도2828 판결 등을 이유로 기소가 이루어질 수도 있으나, 이중매매사실을 고지하지 않았더라도 사기죄가 성립하지 않는다고 판시한 위 71도1480 판결을 근거로 중요한 내용에 관한 기망이 아니라는 이유로 불기소가 내려질 수도 있다. 다만, 고소인의 입장에서는 자신의 피해를 회복하는 것과 무관하게 오로지 상대방을 처벌하거나 문제해결에 대한 시간 단축 또는 괴롭히기 위한 목적으로 고소를 하는 경우가 적지 않으므로(김정연/이성규/이유나/조남운/박경규, 앞의 책, 290, 291면 참조), 실무상 고소남용의 문제가 생기는 것이다.

116) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 339면. 안경옥, “사기죄에 있어서의 기망행위”, 형사판례연구, 제5권, 한국형사판례연구회, 1997, 212면은 차용금의 용도를 두 가지로 나누어, (i) 차용금 용도의 허위 고지가 행위자의 변제 의사 및 능력에 대한 기망인 경우에는 재산상 손해가 인정되므로 사기죄를 인정하여야 하나, (ii) 차용금 반환의 의사 및 능력이 있는데 다만 그 용도에 대한 기망만 있는 경우에는 직접 손해를 야기하는 기망행위라고 볼 수 없으므로 사기죄에 해당하지 않는 것으로 보고 있다.

117) 松原芳博, 刑法各論, 日本評論社, 2016, 275면.

118) 대법원 1983. 9. 13. 선고 83도823 판결; 대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3263 판결; 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결 등.

119) 김준혁, 앞의 논문, 205면.

품에 위작 여부나 저작권에 관한 다툼이 있는 등 특별한 사정이 없는 한 법원은 미술작품의 가치 평가 등에 대하여 전문가의 의견을 존중하는 사법자제의 원칙을 지켜야 하며, 이러한 측면에서 볼 때 미술작품 거래에 있어 그 작품이 친작(親作)인지 또는 보조자를 사용하여 제작되었는지 여부가 작품 구매자들에게 반드시 필요하거나 중요한 정보라고 단정할 수 없다”고 하여 기망행위를 인정할 수 없다고 하였는데,¹²⁰⁾ 이는 그 동안 대법원이 단순히 신의칙에 근거하여 기망행위 여부를 판단하는 데에서 벗어나, 일반 거래에 있어 사기죄의 기망행위는 보다 제한적으로 해석할 필요가 있음을 밝혔다는 측면에서 중요한 선례로서의 의미를 갖는다고 평가할 수 있다.

IV. 마치며

이상에서 실무상 사기고소의 남발이 이루어지는 실태와 함께 그와 같은 현상이 이루어지고 있는 원인에 대하여 살펴 보았는데, 필자는 그 중에서도 사기죄의 구성요건으로서 기망행위의 의미와 그 범위를 지나치게 추상적이고도 포괄적으로 보고 있는 판례의 태도가 주된 원인이 되고 있음을 검토하여 보았다.

물론, 형법규정에 사용되는 언어나 개념은 다의적이기 때문에 어느 정도 추상성과 불명확성을 내포할 수밖에 없는 것이 사실이다. 그러나, 특히 사기죄에 있어서는 그 구성요건이 대단히 추상적일 뿐만 아니라 고지의무의 내용이나 행위정형의 동가치성에 대하여는 아무런 언급을 하고 있지 않기 때문에 수사기관이나 법관으로서는 구성요건의 해당 여부에 대한 판단보다는 ‘처벌의 당위성’을 기준으로 하는 등 구성요건에 대한 해석의 재량을 지나치게 넓게 인정할 우려가 있다.¹²¹⁾

120) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결. 검찰은 “구매자로서 고액을 주고 조영남의 그림을 구매한 이유는 유명 연예인인 조영남이 직접 그렸으리라는 기대 때문이므로 대작 화가가 그렸다는 사실을 숨기고 판매한 행위는 사기에 해당한다”라고 주장하였고, 1심은 조영남에 대하여 징역 10월에 집행유예 2년의 유죄를 선고하였으나, 2심에서 파기되었고, 대법원에서 공개변론을 통해 위와 같은 판단을 내렸다.

121) 하태훈, “형벌법규의 해석과 죄형법정원칙”, 형사판례연구, 제11권, 한국형사판례연구회, 2003, 4면.

특히 대법원은 기망행위를 작위로 구성할 경우에는 ‘계약내용의 중요한 사항을 속였는지 여부’를, 부작위로 구성할 경우에는 ‘신의성실의 원칙을 기준으로 할 때 중요한 사항을 알려주지 않았는지 여부’라는 지극히 추상적인 기준을 제시함으로써 가별성의 영역을 지나치게 확장하고 있다. 이러한 판례의 태도야말로 실무상 사기 고소의 남발이라는 문제를 야기하는 것이므로, 신의성실의 원칙과 같은 일반조항을 기준으로 사기죄의 성립여부를 판단하는 대법원의 입장은 재고될 필요가 있다.

참고문헌

I. 단행본

- 김성돈, 형법총론(제6판), 성균관대학교 출판부, 2020.
 _____, 형법각론(제5판), 성균관대학교 출판부, 2019.
 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사, 2014.
 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론(제9판), 박영사, 2018.
 김정연/이성규/이유나/조남운/박경규, 고소제도의 운영현황과 개선방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2017.
 대검찰청, 2019범죄분석, 대검찰청, 2019.
 배종대, 형법총론(제14판), 홍문사, 2020.
 _____, 형법각론(제11 전정판), 홍문사, 2020.
 배종대/홍영기, 형사정책, 홍문사, 2019.
 사법연수원, 수사절차론, 2016.
 유기천, 형법학(인영본), 법문사, 2012.
 이상돈, 형법강론, 박영사, 2015.
 이시윤, 신민사소송법(제8판), 박영사, 2014.
 이재상/장영민/강동범, 형법총론(제10판), 박영사, 2019.
 이재상/장영민/강동범, 형법각론(제11판), 박영사, 2019.
 임웅, 형법총론(제11 정판), 법문사, 2019.
 임웅, 형법각론(제9 정판), 법문사, 2018.
 정웅석, 형법강의(제7판), 대명출판사, 2006.
 지원림, 민법강의(제12판), 홍문사, 2014.
 松宮孝明, 刑法各論講義(第5版), 成文堂, 2018.
 前田雅英, 刑法總論講義(第7版), 東京大學出版會, 2019,
 松原芳博, 刑法總論(第2版), 日本評論社, 2017.
 _____, 刑法各論, 日本評論社, 2016.

西田典之, 刑法各論(第7版), 弘文堂, 2019.

山口厚, 刑法總論(第2版), 有斐閣, 2007.

II. 논문

김재봉, “사기죄의 본질과 처분의사의 내용”, 형사법연구, 제30권 제4호, 한국형사법학회, 2018.

김준혁, “부작위에 의한 사기죄의 성부”, 한양법학, 제27권 제1집, 한양법학회, 2016.

도중진/박광섭, “형사사법절차에의 범죄피해자 참여제도 실효화 방안”, 피해자학연구, 제21권 제2호, 한국피해자학회, 2013.

박성철, “현행 형사조정제도에 대한 비판적 소고”, 법학논문집, 제34집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2010.

안경옥, “부작위에 의한 기망행위”, 영남법학, 제8권 제1·2호, 영남대학교 법학연구소, 2002.

_____, “사기죄에 있어서의 기망행위”, 형사판례연구, 제5권, 한국형사판례연구회, 1997.

윤동호, “고소·고발사건 전건입건법제에서 선별입건법제로”, 비교형사법연구, 제22권 제1호, 한국비교형사법학회, 2020.

_____, “소송사기와 허위등기가 기능적으로 밀접하게 연관된 경우 죄수 및 경합”, 형사법연구, 제28권 제1호, 한국형사법학회, 2016.

윤종행, “작위와 부작위의 구별”, 연세법학연구, 2005.

이무상, “변론주의에 있어서 요건사실과 주요사실”, 법조, 통권 제682호, 법조협회, 2013.

이석배, “묵시적 기망행위와 부작위에 의한 기망행위”, 비교형사법연구, 제10권 제1호, 한국비교형사법학회, 2008.

이정원, “우리나라 형사조정제도의 시행현황과 개선방향”, 법조, 통권 제656호, 법조협회, 2011.

- _____, “의학적 권고에 반한 퇴원으로 사망한 환자에 대한 형사책임”, 비교형사법 연구, 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004.
- 이종수, “당선 목적 허위사실공표죄의 ‘미필적 고의’에 관한 연구”, 서울대학교 법학, 제61권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2020.
- _____, “작위와 부작위 간 공소장변경의 한계 및 필요성 연구”, 비교형사법연구, 제22권 제1호, 한국비교형사법학회, 2020.
- 정유나, “형사절차에서 피해자 진술권과 피해자 참가제도에 대한 검토”, 법학연구, 통권 제56집, 전북대학교 법학연구소, 2018.
- 정지영, “현행 형사조정제도 검토”, 형사소송 이론과 실무, 제5권 제2호, 한국형사소송법학회, 2013.
- 조광훈, “형사조정제도에 관한 연구”, 법조, 통권 제620호, 법조협회, 2008.
- 하태훈, “부동산거래관계에 있어서 고지의무와 부작위에 의한 기망”, 형사판례연구, 제2권, 한국형사판례연구회, 1994.
- _____, “형벌법규의 해석과 죄형법정원칙”, 형사판례연구, 제11권, 한국형사판례연구회, 2003.
- 허일태, “보험계약상 고지의무와 보험금 사기의 고의”, 동아법학, 제52호, 동아대학교 법학연구소, 2011.
- 潮見 佳男, “債務不履行の成立要件”, 민사법학, 제65호, 한국민사법학회, 2013.
- 小池 信太郎, “일본의 사기죄에 관한 최근 대법원 판례의 경향에 대해서”, 형사판례연구 제27권, 한국형사판례연구회, 2019.

A Study On The Limited Interpretation of Delinquent Fraud

Lee, Jong-soo*

According to crime statistics in 2018, Fraud is (i) the highest number of single crimes in 2018, and (ii) the highest percentage of long-term cases exceeding six months, while (iii) the indictment rate is relatively low at 25.46%. In addition, Fraud accounted for 37.87% of all accusations made in 2018, which can be said to be in the ‘crowned status of property crimes’. In practice, Fraud tends to be overstated for the purpose of (a) securing evidence in civil litigation, (b) pressuring the other party to obtain economic benefits, or (c) punishing the other party, and in addition, the Courts see the defrauding too comprehensive and abstract, causing many problems.

If one party fails to properly perform the terms of the contract, the other party may seek civil damages. However, it takes a considerable amount of time for a civil lawsuit to take place after bringing criminal charges, while the criminal procedure should promptly handle the case in consideration of conflicts between interested parties, and even the Criminal Conciliation System can be used. Furthermore, unlike civil cases adversarial system applied, criminal cases have the advantages of being subject to compulsory investigation, such as arrest and seizure, so the contracting parties are tempted to file criminal charges rather than civil damages.

In this regard, I analyzed a number of specific cases with the Court’s basic attitude of the case surrounding fraud with a default nature in relation to defrauding as an objective component of Fraud. And, regarding the need for strict analysis, it was first considered that the legal obligation to notify the defendant of the obligation to notify the principle of good faith in the crime of Fraud by omission should be

* Attorney at Law, Shin&Kim, LLC.

based on Acts and contracts in principle, because there are problems in terms of not only supplementation of the criminal law but also impeding the defendant's right to defend himself. Next, the Court rules the exception when it demands defrauding be a symbol of important facts in principle, but deceives its uses, which has led to the conclusion that there is a problem compared to limiting the cancellation of a civil law, that the protection of Fraud should be limited to property rights, and that it is not desirable to protect the decision-making process on a contract.

❖ key words: Fraud, Abuse of Criminal Charges, Default, Criminal Conciliation, Collection of Evidence, Defrauding, Fraud by Omission, Loan Fraud, The Good Faith Principle

기업집단 내 계열회사간 합병의 배임행위 소고*

이승준**

국 | 문 | 요 | 약

가 .

가

S

C

. S C

S

가

S

가 가

* 이 논문은 2017년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2017S1A5A2A02067920). 아직 S바이오로직스 등 관련 기업은 물론 가담자들의 수사 또는 재판이 이어지고 있는 상황이나 연구 결과물 제출기간의 종료로 인해 서울고등법원 2015. 7. 16. 자 2015라20485 결정과 서울고등법원 2016. 5. 30. 자 2016라20189, 20190(병합), 20192(병합) 결정 및 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 전원합의체 판결 등에서 인정된 사실관계를 기초로 하였음을 밝힌다.

** 충북대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

가

가

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.06.30.2.35>

❖ 주제어 : S물산, C모직, 합병비율, 자기주식 처분, 충실의무, 배임행위

I. 문제의 제기

우리 형법의 배임죄는 다른 입법례와 달리 추상적이고 포괄적으로 규정되어 있어 확대적용의 위험성을 내포하고 있다. 그 결과 새로운 적용영역이 등장할 때마다 그 적용의 당부와 결론의 적정성에 대한 비판이 끊임없이 제기되어 왔다. 기업활동의 영역, 특히 전통적인 배임의 영역을 넘어서는 차입매수나 기업합병의 경우 상법학계¹⁾는 물론 경영계에서도 각자의 입장에서 주장을 펼침에 따라 논쟁이 더욱 심화된 양상을 보여 왔다.

이 같은 규범적 현실에서 학계의 이목이 집중될 만한 사건이 발생하였다. 2015년 5월 26일, 동일 기업집단에 속하는 S물산과 C모직이 합병하며 합병사명은 S물산으로 한다고 공시한 것이다. 양사의 합병방식은 C모직이 주식매수를 통해 S물산을 흡수합병하고 사명을 S물산으로 변경하여 존속법인이 되는 형식이었는데, 합병비율은 자본시장법과 그 시행령에 의하여 S물산 주식을 55,767원, C모직 주식을 159,294원으로 평가하여 1 : 0.3500885로 산정되었다.

그런데 S물산과 C모직 사이의 세기의 합병은 공시 이후, 주주이던 일성신약을 비롯한 국내 기업의 반대는 물론 미국계 헤지펀드인 엘리엇 매니지먼트까지 합병반대와 합병무효소송을 제기하는 상황을 초래하였다. 이들의 주된 반대 이유는 합병비율에 있어 S물산의 주식이 과소평가되어 결과적으로 S물산 주주에게 손해가 발생하였다는 점이었다. 합병 당시 C모직의 시가총액은 7조, S물산은 약 24조 원 가량으로 합병 후 존속회사인 C모직의 자산이 소멸회사 자산의 1/3 밖에 되지 않으므로²⁾ 합병비율을 포함한 합병의 적절성에 대한 논란이 제기될 수밖에 없었던 것이다. 그런데 이러한 반대의 이면에는 S그룹이라는 개별 기업의 상속 문제의 해결수단으로 합병이 시도되었다는 점이 존재하였다.

더욱이 S물산 주식을 7.12% 소유한 엘리엇과 9.79%를 보유한 국민연금공단이 반대할 경우 합병결의가 부결될 수밖에 없었는데, 국민연금공단의 의결권 자문사인

1) 특히 이번 연구에 상법적 시각에서 좋은 의견을 제시해 주신 충북대학교 법학전문대학원의 송종준, 김광록 교수님께 깊은 감사의 말씀을 드린다.

2) 머니투데이, 2015년 6월 4일자 “삼성물산 합병 반대 엘리엇의 노림수는” 기사(<http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2015060413090276953&MT>) 참조.

서스틴베스트와 ISS(Institutional Shareholder Services)가 합병 반대를 권고하였고, 글래스 루이스도 합병 반대의견을 제출하였다. 그럼에도 불구하고 국민연금공단은 7월 14일 합병 찬성을 발표하였고, 7월 17일 주주총회에서 합병 결의안이 69.5%의 찬성으로 가결되었다. 이로 인해 2015년 8월 7일 총 1,171만 주, 약 6,702억 상당의 합병 반대주주의 주식매수청구권 행사가 완료되어 사실상 합병 과정이 종료되었지만,³⁾ S물산을 둘러싼 복잡한 소송의 소용돌이는 시작되었다.

우리나라의 대표 대기업인 S그룹은 10여 년 전에도 에버랜드의 전환사채 저가발행과 관련하여 수많은 사회적 논쟁을 불러일으킨 바 있다. 당시 사건에 대한 대법원의 판결⁴⁾은 S그룹의 편법 경영권 승계를 추인해 주었다는 비판과 함께 판결에 대한 찬반양론의 첨예한 대립을 초래함은 물론 우리 사회에 많은 화두를 던져 주었다. 그 결과 기업윤리적으로나 법적으로도 사회적 정의의 실현을 위한 보다 발전적인 해법이 모색되었다고 볼 수 있다.⁵⁾ 그런데 10여 년이 지나 상법과 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’이라 약함)이 개정되는 등 법적 보완에도 불구하고 편법적 경영승계와 그를 둘러싼 배임 논란이 재연되었다. 이번 S물산과 C모직의 합병에 있어 핵심은, 합병과정에서 주가의 인위적 조정을 통해 합병비율이 불리하게 산정된 것으로 보이는 S물산 경영진이 회사나 주주의 이익을 보호하기 위한 조치 없이 합병결의를 한 것이 자본시장법 규정에 부합하는 적법하고 타당한 것이었는가, 아니면 회사와 다른 주주들에게는 손해를 주는 이해충돌적 거래로서 특별히 요구되는 이사들의 신인의무를 중대하게 위반한 배임행위에 해당하는지의 여부에 있다. 이 문제는 상사법과 형사법의 착종 영역으로 배임행위 판단에 있어 형법해석학적 판단은 물론 복잡한 규범적 판단이 요구된다.

이하에서는 우선 양사 간의 합병이 배임죄 논란을 가져온 배경을 살펴보고(Ⅱ), 배임죄의 구성요건요소의 충족 여부를 하나씩 검토해 보고자 한다(Ⅲ).

3) 이데일리, 2015년 8월 7일자 “삼성물산 주식매수청구권 행사 6700억 그쳐 ... 합병 최종관문 통과”(http://www.edaily.co.kr/news/news_detail.asp?newsId=01866326609465024&mediaCodeNo=257) 참조.

4) 대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결.

5) 준법지원인제도가 도입되었음은 물론(상법 제542조의13 제2항), 상법상 이사회 승인을 요하는 거래의 범위가 확대되었다(상법 제542조의9 제3항, 제398조).

II. 배임행위 논란의 배경

S그룹이라는 대규모 기업집단에 속하는 두 회사 간의 합병이 외국계 헤지펀드의 극심한 반대⁶⁾까지 불러오고 형사적으로 배임죄 논란까지 일으킨 이유는 무엇일까? 사안의 복잡성이나 합병 이면에 있는 지배주주의 의도 등을 고려할 때 이번 합병이 배임행위 논란을 가져온 요인은 다음과 같은 몇 가지로 요약해 볼 수 있다.

첫째 S물산과 C모직 합병이 배임죄 논란을 유발한 것은 우리나라 재벌 기업의 지배구조라는 구조적 문제와 S그룹이라는 개별 기업의 상속 문제의 결합에 있다. 우리나라는 특유의 경제현상인 ‘재벌’이 존재하고, 이들의 사회적 영향력도 막강하여 공정거래위원회가 매년 대규모 기업집단과 상호출자제한기업집단을 지정하고 있다. 그런데 대규모 기업집단, 이 같은 한국 재벌의 기업지배구조는 창업자 일가 등 소수 주주에 의해 특정 기업이 지배받고 이 기업이 나머지 계열사에 출자함으로써 소수 지배주주의 영향력이 상호출자를 통해 다른 계열사에도 미치는 특이한 구조를 지녀 왔다. 이 같은 구조에서 지배주주 일가의 그룹 승계를 위해서는 상호출자 구도가 유지되어야 하며, 다른 계열사들의 주식을 다량 소유한 기업을 장악하는 것은 필수적 절차가 될 수밖에 없다. S그룹 역시 지배구조 조정과정, 즉 S그룹의 후계 승계⁷⁾를 위해서는 이○용 부회장이 주식을 소유한 C모직을 통해 S전자의 주식을

6) 엘리엇 어쏘시어츠 엘.피.는 임시주주총회 소집통지의 금지, 결의금지, 안건통과시 대표이사 등의 결의집행 금지를 신청하였다(서울중앙지방법원 2015. 7. 1. 자 2015카합80582 결정).

7) 대법원은 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 전원합의체 판결에서 승계작업을 인정하였다. 원심의 “부정한 청탁의 대상이 되는 ‘승계작업’을 인정할 수 없다. 특별검사가 주장하는 현안들 중 일부는 그것이 성공에 이르는 경우 피고인 1의 공소외 4 회사 또는 공소외 12 주식회사에 대한 지배력 확보에 직접적·간접적으로 유리한 영향을 미치는 효과가 있었다고 인정할 수 있으나, 그러한 사정만으로 승계작업을 바로 인정할 수 없다.”라는 판시에 대하여, “... 전 대통령의 직무와 청탁의 내용, 전 대통령과 피고인 1의 관계, 이익의 다과, 수수 경위와 시기, 이익의 수수로 인하여 사회 일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지 등을 심리하여 전 대통령의 직무와 공소외 1 법인 지원금 사이에 대가관계가 있는지 여부와 그와 관련된 부정한 청탁이 인정되는지를 판단하여야 한다.”고 판시하였다. 서울고등법원 2018. 8. 24. 선고 2018노1087 뇌물 사건 판결에서도 “그림의 지배권을 승계하는 공소외 3으로서 공소외 87 상속 과정에서 대주주 일가의 지배권 축소가 불가피한 상황에서 향후 경제적·사회적·제도적·정치적 환경 변화에 따른 지배권 약화의 가능성에 대비하기 위하여 계열사들을 통할하면서 그 운영을 지원·조정하는 조직인 동시에 대주주의 경영지배권 행사를 지원하는 조직인 미래전략실을 통하여 그림 주요 계열사들인 공소외 6 회사, 공소외 52 회사에 대한 지배권을 최대한 강화할 필요성이 있었고, 이에 따른 지배구조 개편을 진행하여 온 사실을 넘겨히

다량 보유한 S물산을 장악할 필요가 있었던 것이다. 양사의 합병 목적에 있어 핵심은 ‘S전자-S생명-C모직’으로 이루어지는 S그룹의 지배구조에서 이○희 일가의 지배권 승계를 위해 S전자 주식의 지분율이 0.57%에 불과한 이○용 부회장이 최저비용으로 지배권을 승계하기 위해 S전자의 주식을 다량보유하고 있는 S물산(4.06%)의 주식취득을 위해 자신이 대주주(지분율 23.24%)로 있는 C모직과의 합병이 의도되었는지 여부이다. 더욱이 당시 정부의 공정거래법에 의한 금산분리 원칙의 강화, 경제민주화 정책의 추진 등 기업 외부의 환경변화는 그룹 지배구조 재편의 속도를 더욱 가속화시켰다. 그런데 이번 합병을 둘러싼 논란은 에버랜드 전환사채 저가발행의 논란이 10여 년 후에 재연된 것과 같다고 볼 수 있다.

〈표 1〉 합병전후 S그룹 총수일가 및 주요 주주 주식소유 현황⁸⁾

성명	관계	합병 전				합병 후		S전자 지분율
		C모직 소유주식 및 지분율		S물산 소유주식 및 지분율		C모직 소유주식 및 지분율		
		주식수	지분율	주식수	지분율	주식수	지분율	
이○용	본인	31,369,500	23.24	0	0	31,369,500	16.54	0.57
이○희	특수 관계인	4,653,400	3.45	2,206,110	1.41	5,425,733	2.86	3.43
S화재	상동	0	0	7,476,102	4.79	2,617,297	1.38	
S전기	상동	5,000,000	3.70	0	0	5,000,000	2.64	
S SDI	상동	5,000,000	3.70	11,547,819	7.39	9,042,758	4.77	
S물산	상동	1,849,850	1.37	-	-	-	-	4.06 (합병후)
S생명 (특별계정 포함)	상동	0	0	181,316	0.12	63,476	0.03	7.74

인정할 수 있다. 나아가 김사가 주장하는 개별 현안들 중에서 공소의 84 회사 및 공소의 85 회사의 유가증권 시장 상장, 이 사건 합병, 엘리엇 등 외국자본에 대한 경영권 방어 강화 추진, 이 사건 합병에 따른 신규 순환출자 고리 해소를 위한 공소의 86 회사 주식 처분 최소화, 공소의 52 회사의 금융지주회사 전환 계획에 대한 금융위원회 승인 추진은 승계작업의 일환으로 진행된 현안들로서 승계작업을 구성하는 개별 현안들에 해당한다.”고 판시하여 승계작업의 존재를 인정하였다.

8) ISS, Samsung C&T: proposed merger with Cheil Industries, 2015, p.2 이하 재구성 및 보완.

둘째 관련 논란은 양사의 합병을 규율하는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’이라 함) 규정이 불완전하다는 문제에 기인하는 점이 있다. 자본시장법은 발생 가능한 여러 상황을 촘촘하게 규제하고 있지만, 이번 합병처럼 주가나 회사의 중요 의사결정이 지배주주 등 특정인에 의해 통제될 수 있는 ‘계열사간 기업의 합병’ 규제에 있어서는 한계가 있음을 드러냈다. 지배주주의 이익을 위해 존속 또는 피합병 기업의 인위적 주가 조정을 통해 시장가격을 결정짓고 그 결과를 합병비율에 반영할 경우에도 자본시장법의 규정에 따른 이상 형식적으로 불법성의 문제는 벗어날 수 있었던 것이다. S그룹과 지배주주 일가도 “합병비율은 자본시장법이 규정한 바대로 결정되었다”는 방패막을 활용할 수 있을 것이다. 합병 후 존속 회사인 C모직이 소멸회사 자산의 1/3밖에 되지 않았으므로 합병비율을 포함한 합병의 적절성에 대한 논란이 제기되는 것이 당연하지만, 자본시장법의 형식적 법논리로 인해 이사들의 배임성에 대한 형법적 판단이 논란인 것이다.

셋째 양사의 합병과정에서 정경유착을 통한 보이지 않는 검은 손이 작동되었다는 점이 지적될 수 있다. 국민연금의 합병결의 찬성 과정에서의 부당외압과 관련하여 전 보건복지부장관과 기금운용본부장의 직권남용 등 혐의에 대해 2심 유죄판결이 선고되었다. 양사의 합병결의 통과를 위해서는 S물산 주식의 9.79%를 보유한 국민연금공단의 찬성이 필수적이었는데,⁹⁾ 공단의 의결권 자문사인 서스틴베스트와 ISS가 합병 반대를 권고하였고, 글래스 루이스도 합병 반대의견을 표하였다. 그럼에도 불구하고 국민연금공단이 합병 결의 찬성을 하게 된 데에는 경제권력과 정치권력의 공통의 이해관계 하에서 발생한 정경유착의 검은 손이 작동했기 때문이다.¹⁰⁾

9) 사실 S물산의 단일 주주로는 최대주주인 국민연금공단은 2015. 3. 26. 기준 11.43%인 17,848,408주를 보유하고 있었다. 그런데 이사회 결의 전에는 지속적으로 주식을 매도하여 이 사건 합병에 관한 이사회 결의일 전 마지막 거래일인 2015. 5. 22.에는 9.54%인 14,906,446주를 보유하게 되었다. 그런데 오히려 이사회 결의일 후 합병비율이 0.35:1로 결정, 공시된 후에는 S물산 주가가 C모직 주가의 35%를 초과하는 금액으로 형성되는 기간이 되었고 합병 법인의 지분을 계속 보유하려는 주주라면 이 기간에 상대적으로 주가가 상승한 S물산 주식을 매도하고 상대적으로 주가가 하락한 C모직 주식을 매수하는 것이 일반적인 투자 원칙에 부합하는 것이었다. 그러나 국민연금공단은 반대로 S물산 주식을 매수하고, C모직 주식을 매도하였다(서울고등법원 2016. 5. 30. 자 2016라 20189, 20190(병합), 20192(병합) 결정 참조).

10) 청와대의 개입이 있었는데, 고용복지수석은 대통령의 지시사항이라고 하면서 대통령 비서실의 보건복지비서관과 선임행정관에게 이 사건 합병 안건을 챙겨보라고 지시하였고, 보건복지비서관은 행정관에게 위 지시사항을 전달하여 보건복지부를 통해 이 사건 합병 건을 챙겼다. 행정관은 2015.

이하에서는 이러한 배경을 기초로 형법적으로 배임죄의 성립요건이 충족되는지를 구체적으로 살펴보고자 한다.

Ⅲ. 업무상 배임죄의 성립여부 판단

1. 배임행위와 이사의 신인의무 위반

배임행위란 본인과 의 신임관계를 저버리는 일체의 행위로, 사무의 성질과 내용, 사무처리의 방법, 사무처리 당시의 상황 등에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 하거나 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않는 것으로 이해된다.¹¹⁾ 따라서 배임행위인지 여부는 결국 사무의 성질과 내용, 사무처리의 방법, 사무처리 당시의 상황 등을 기초로 구체적으로 판단하게 된다. 나아가 배임이 되는 사무처리행위가 법률상 유효한지 여부는 배임죄 성립에 영향을 주지 못한다.¹²⁾

배임죄를 비윤리적 경영행위를 처벌하는 포괄구성요건으로 리모델링하는 작업은 중지되어야 한다는 비판론¹³⁾도 있다. 그러나 형법의 단편성을 인정하더라도 공동체 생활의 필수 근본가치를 보호하고 불법에 대해 정당한 법을 실현하는 작업은 필요하다. 법적 사태간의 자의적 차별이 존재해서는 안 되기 때문이다. 그러한 측면에서 본다면 S물산과 C모직의 이사들도 기본적으로 각 회사의 사무처리자로서 임무에 위배되는 행위를 하여서는 안 된다.

6. 29. 보건복지부 연금재정과 사무관에게 이 사건 합병 관련 자료를 요청한 이래로 수시로 보고를 받아 보건복지비서관과 선임행정관 등에게 보고하였다(서울고등법원 2018. 8. 24. 선고 2018노1087 판결).

11) 대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결.

12) 김성돈, 형법각론(제6판), SKKU, 2020, 466면; 대법원 1992. 5. 26. 선고 91도2963 판결; 대법원 2000. 11. 24. 선고 99도822 판결 등. 물론 대법원은 대표이사의 권한남용에 대해서는 구체적 위험범으로 보는 듯한 입장으로 상대방이 대표권남용사실을 알았거나 알 수 있었던 경우 배임행위는 무효가 되나 배임죄의 미수를 인정한다(대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결). 어음의 경우에도 같은 입장이다.

13) 이상돈, 윤리경영과 형법, 신영사, 2005, 67면.

여기서 S물산 합병과정에서 업무상 배임행위가 문제되는 사실관계는 두 부분으로 나누어 살펴볼 수 있다. 우선 양사의 합병비용의 결정과정에서 이사의 신인의무 위배가 있었는지 여부이며, 다음은 KCC에 대한 자기주식 처분과 의결권 행사 과정에 임무위배가 있었는지 여부이다.

가. 합병비용의 결정 과정

1) 이사의 신인의무 위반과 배임

배임죄의 본질과 연관 지어 볼 때 합병에 대한 주주총회 결의가 있었다고 하더라도 여전히 S물산 이사들의 선관주의의무와 충실의무 위반 여부는 문제된다. 회사의 대표이사가 임무에 배임하는 행위를 함으로써 주주 또는 회사 채권자에게 손해가 될 행위를 하였다면 그 회사의 주주총회의 결의가 있다고 하여 그 배임행위는 정당화 될 수 없기 때문이다.¹⁴⁾ 그리고 이때 합병결의 과정에서 소멸회사의 이사들이 회사법의 규정 내지 신의칙상 하지 말아야 할 행위를 하여 회사와의 신임관계를 저버렸다면 배임행위는 성립할 수 있다. 따라서 양사의 합병 효과의 논의 이전에 합병비용의 공정성 판단이 선행되어야 한다.

그런데 공정성 판단을 위해서는 먼저 이사의 신인의무위반, 즉 회사법상 의무 위반행위가 곧바로 형법상 배임죄의 임무위배행위에 해당하는지에 대한 기준을 살펴 보아야 한다. 경미한 상사 문제를 곧바로 형사문제로 전환시키는 것은 형법의 검역성에 비추어 타당하지 않기 때문이다.¹⁵⁾ 이 때문에 독일의 경우 형사법의 적용 영역을 제한하려는 입장에서 협의의 명백한 핵심영역에 대한 위반,¹⁶⁾ 형법적 불법의 기준은 명백한 권한남용행위,¹⁷⁾ 전체적인 관점에서 재산의 보호와 기능적 관련성이 있는 중대한 형법 외적 의무위반¹⁸⁾ 등의 표현으로 배임행위 판단을 엄격히 하려는

14) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도4915 판결.

15) 극히 경미한 재산상의 손해가 발생한 것에 불과하거나 사소한 배임행위는 배임죄의 구성요건을 부정하는 견해로는 김일수/서보학, 형법각론(제8판 증보판), 박영사, 2016, 395면.

16) Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht* BT, 3. Aufl., Rn. 390

17) Günther, Untreue im Wirtschaftsstrafrecht, in: Festschrift für Weber, 2004, S.316

18) Kubiciel, Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit, NSiZ 2005, S.357

것이 다수설의 관점이다. 우리나라의 경우도 이러한 관점에서 회사법적 의무위반과 형법적 의무위반을 동일시하는 것은 형법의 최후수단의 원칙의 관점에서 문제가 있으며 양자의 구분은 중대한 의무위반이라는 견해가 주로 주장되고 있다.¹⁹⁾ 이에 대해 배임행위의 판단에 있어 합병의 위법성 여부에 대한 판단을 위해서는 이사의 신인인무(fiduciary duty) 위반 여부가 선행적으로 검토되어야 한다는 견해²⁰⁾도 있다. 이 견해에 따르면, 상법은 회사경영의 특성을 고려하여 이사의 회사에 대한 신인의무(선관주의의무와 충실의무)를 규정하고 있으므로, 이사는 회사의 업무를 집행함에 있어 선관주의를 다하여야 하며 그 지위를 이용하여 자기 또는 제3자의 이익이 아니라 회사를 위하여 전심전력을 기울여 업무를 집행하여야 한다고 한다.²¹⁾ 이 중 충실의무는 특히 이사의 업무집행이 이사 또는 이사를 지배하는 자와 회사 사이에 이해충돌의 관계에 있는 모든 거래에 적용되는데, 거래를 위한 의사결정 절차와 그 거래 내용의 공정성이 준수되었는지가 엄격하게 판단되어야 하며 충실의무에 위반한 거래는 무효가 될 수 있다고 본다.

생각건대 이사의 신인인무 위배가 배임행위의 충분조건이 될 수는 없다. 상법과 형법은 명백히 점역성, 보충성에 차이가 있으며, 회사법상 의무위반행위를 제한적으로 이해하는 것이 배임죄의 적용범위를 축소하여 상사의 형사화를 막는 방법이다.²²⁾ 이 점에서 이해충돌관계에 있는 경우 충실의무는 엄격히 판단해야 한다는 점에서는 공감하나, 신인인무 위배, 구체적으로 충실의무 위반이 배임행위 판단의 중요한 기초로 작용하며 이사의 충실의무 위반시 곧바로 배임행위를 인정할 수 있다는 견해²³⁾는 동의하기 어렵다. 이사의 단순한 충실의무위반만으로는 부족하며 충실의무위반이 ‘중대한’ 경우에 한하여 배임행위를 인정할 수 있을 것이다.²⁴⁾ 그리고

19) 최문희, “독일에서의 이사의 의무위반과 배임죄”, BFL 제36호, 서울대학교 금융법센터, 2009.7, 105~106면, 조 국, 앞의 논문, 172면.

20) 송종준, “會社法上 LBO의 背任罪 成否와 立法課題”, 중권법연구 제10권 제2호, 2009, 342면.

21) 송종준, 앞의 논문, 342~343면; 정동윤, 회사법(제7판), 박영사, 2001, 432면.

22) 이승준, “합병형 차입매수(LBO)의 배임죄 성부 판단”, 형사정책연구 제24권 제1호, 2013, 97면.

23) 송종준, 앞의 논문, 346면.

24) 이승준, 앞의 논문, 97면. 한편 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계”, 형사법연구 제19권 제3호, 2007, 179면은 이사의 행위가 상법, 세법 등 법률이나 정부지침을 위반하였거나 위반을 의도·계획한 경우, 회사의 원래 목적과 관계없는 이사 자신 또는 제3자의 이익을 실현하기 위한 경우, 이사회 결의에 중대한 절차적 하자가 있는 경우라고 한다.

여기서 의무위반이 ‘중대한’ 경우란 이사를 지배하는 소수지배주주와 피합병 회사와의 이익이 충돌하는 상황에서 합병회사와 피합병회사 간의 합병비율을 의도적으로 계획하여 조작한 경우와 같이 이사가 회사라는 독자적 법인 존속을 위해 두고 있는 회사법의 자본충실유지와 관련된 본질적 규정을 위반한 경우라고 할 것이다. 물론 이러한 ‘중대한’ 의무 위반은 상법과 부수 법률의 입법취지, 목적, 위반행위의 태양과 횡수, 피해의 정도 등을 고려한 판례를 통해 구체화되어야 할 것이다.

2) 합병비율의 공정성 여부

S물산과 C모직 양사의 합병과정에서 이사들의 배임행위의 존부를 판단하는 데에 있어 핵심은 합병결의 과정에서 이들의 중대한 충실의무위반이 있었는지 여부인데, 그 중심에는 합병비율²⁵⁾의 불공정성이 자리 잡고 있다.

합병으로 소멸되는 회사에 대해 소극적 공시와 실적 축소를 통한 시가의 조정 내지 관리가 이뤄진 경우 그 시장주가는 신뢰할 수 없으며, 이러한 과정에 개입한 소멸회사의 이사들은 비록 계열회사와의 합병이라고 하더라도 소멸회사에 대해서는 신인의무 위반의 가능성이 존재한다. 예컨대 A라는 기업과 B라는 기업이 합병하여 A가 존속할 경우, 회사와 주주의 이익을 위해서는 자신의 기업가치를 정당하게 평가받고 합병비율이 그에 따라 산정되도록 하는 것이 소멸회사인 B회사의 이사들의 신인의무의 기초이다. 합병도 사법상의 계약이므로 통상 합병의 비율이 양사의 교섭과 합의 하에 진행될 경우에는 크게 문제되지 않지만, 우리나라처럼 동일한 지배주주 하에 있는 계열사 간의 합병의 경우 사정은 달라진다. 특정한 의도, 즉 지배주주의 이익을 위하여 합병을 추진하게 되는 경우가 다수인데, 이 경우 지배주주에게는 유리한 반면 피합병회사의 주주에게는 불리하게 합병과정이 진행될 수 있기 때문이다.

S물산과 C모직의 합병의 경우에도 이러한 사정은 동일하다. 피합병회사인 S물산의 주가가 낮게 형성되면 이○희 등 지배주주 일가의 이익은 커지게 되고 기업승계

25) 회사의 합병에는 소멸합병과 흡수합병이 있으며, S물산 건과 같은 흡수합병에서 합병비율은 존속회사가 소멸회사의 주주들에게 신주를 배정함에 있어 소멸회사의 주식 1주에 대하여 존속회사의 주식 몇 주를 배정할 것인가의 문제이다.

를 의도하는 이○용 부회장에게 유리하게 된다. S물산의 이사들이 이 점을 고려하여 합병 전부터 의도적으로 소극적인 경영을 하고 기준시가인 주가를 인위적으로 관리하였으며 이러한 행위들이 전체적이고 계획적인 목적 하에 의도되었다면 합병 비율의 공정성에 문제가 발생할 수밖에 없다. 존속회사인 C모직의 주가가 높게 관리되었다면 이러한 문제는 더욱 확실해진다.²⁶⁾

과연 S물산 이사들은 불공정한 합병비율을 그대로 수인함으로써 회사에 대한 신의인무를 위반하였는가? 합병비율의 불공정여부에 대하여 서울중앙지방법원은 자본시장법의 규정에 따른 합병비율의 산정은 “허위 등 특별한 사정이 없다면 적법하다”고 판시하였다.²⁷⁾ 이에 대하여 상법학계에서도 합병비율이 불공정하더라도 존속회사와 소멸회사에는 손해가 발생할 수 없고, 오로지 주주들에게만 손해가 발생할 뿐이라는 견해가 주류를 이루고 있다. 일본의 법원도 불공정한 합병비율은 회사에 손해를 야기하지 않는다고 판결한 바 있다.²⁸⁾

자본시장법 제176조의5 제1항에 따르면, 합병비율의 결정에 있어 기준일은 합병을 위한 이사회결의일과 합병계약을 체결한 날 중 앞서는 날의 전일이 되며, 기준시가는 최근 1개월간 거래량 가중산술평균종가, 최근 1주일간 거래량 가중산술평균종가 및 최근일 종가를 산술평균한 가액으로 정하게 된다. S물산과 C모직 합병 건에서는 합병을 위한 이사회결의일인 2015년 5월 26일과 합병계약 체결일인 2015년 5월 26일 중 앞서는 날의 전일인 2015년 5월 25일을 기산일로 정하였으며, 기준시가를 적용하여 S물산 주식을 55,767원, C모직 주식을 159,294원으로 평가하여 합병비율이 1 : 0.3500885로 산출하였다.

합병비율이 문제될 경우, 상법상 구제수단이 존재하는데 합병을 반대하는 주주들의 경우 주식매수청구권을 행사하거나 합병무효의 소를 제기할 수 있으며 이사에 대하여 손해배상청구를 제기할 수도 있다. 그러나 주식매수청구권 행사의 경우 매

26) C모직의 핵심 자회사였던 S바이오는 2015년 11월 자회사인 S바이오에피스에 대한 지배력을 상실했다는 이유로 존속회사에서 관계회사로 회계처리기준을 변경하여 장부상 이익 4조 5천 억 상당이 발생하였다. 그러나 이는 미국 제약회사 바이오젠이 S에피스에 대해 보유하고 있는 콜옵선 부채 1조 8천 억원이 부채로 반영되면 S바이오가 자본잠식 상태에 빠지게 되고 그 결과 C모직에 대한 자산평가가 낮아질 것을 우려해 부당하게 회계처리기준을 변경한 것으로 의심받고 있다.

27) 서울중앙지법 2015.7.1. 자 2015카합80582 결정.

28) 大阪地判平成12・5・31判例タイムズ 1061号 246頁; 最高裁平成8・1・23商事法務143号159頁.

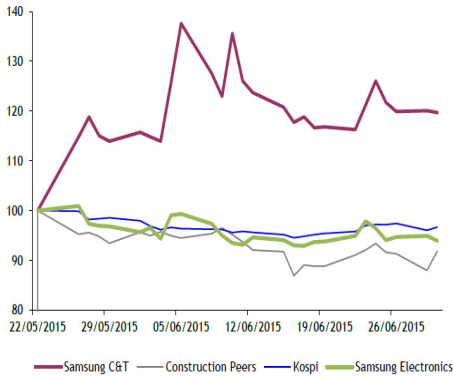
수가격이 자본시장법 제165조의5 제3항에 따라 시가에 의해 결정되므로 유용한 수단이 되지 못한다. 합병무효의 소의 경우에도 우리 법원은 합병의 무효로 반복될 법적 상황의 불안정성 때문에 잘 인정하지 않는 편이다. 합병비율이 ‘현저히’ 불공정한 경우 무효가 될 수는 있지만 자본시장법의 기준에 따른 경우 법의 요건을 충족하였으므로 합병무효가 선언되는 경우는 드물다.²⁹⁾ 이사에 대한 손해배상도 현실적 실익은 크지 않다. 합병비율이 소멸회사 주주에게 불리하게 정해진 경우 이사의 고의나 중과실의 임무 해태를 입증할 수 있는 경우를 제외하고는(상법 제401조) 전통적으로 손해를 입은 주체는 회사가 아니라 주주에 불과하므로 주주의 대표소송이 허용될 여지는 없는 것이다.³⁰⁾ S물산 사건의 경우도 동일한 상황에 놓여 있다.

결국 상법상 계열사의 지배주주가 아닌 기타 주주의 경우 그룹승계와 같은 지배주주의 이익을 위하여 합병이 이뤄지는 경우에도 합병을 막기 위해 효과적인 수단을 행사하는 것은 현실적으로 어렵다. 결국 남는 가능성은 소멸회사 이사들의 배임행위 추궁, 그들에 대한 지배주주의 공동정범 내지 교사범의 성립 가능성 확인이라는 형사문제로 비화될 수밖에 없는 상황이 발생한다.

생각건대 자본시장법 등 관련 법률에서 기준시가 산정에 대한 구체적이고 세부적인 주식의 가치 평가방법을 마련하거나 합병비율을 정하는데 있어 고려하여야 하는 가치 평가방법을 규정하지 않았다고 해서 기업승계라는 소수지배주주의 개인적인 이해관계가 정당화되는 것은 아니다. 오히려 에버랜드 전환사채 사건 이후 더욱 촘촘해진 법망과 규제 요구에도 소극적 경영으로 S물산의 기업실적과 주가를 1년 전부터 관리하는 등 더욱 교묘해진 수법이 배임죄의 법망을 벗어나 편법적 행위에 불과한 것이 아닌지가 문제될 뿐이다.

29) 대법원 2008. 1. 10. 선고 2007다64136 판결.

30) 김건식, “삼성물산 합병 사례를 통해 본 우리 기업지배구조의 과제”, BFL, 서울대학교 금융법센터, 2015, 85면.

코스피 대비 주가변동 / 타건설사 대비 S물산 주가변동 현황³¹⁾

15.1.2. 증가	15.5.22. 증가	변동 내역	변동률
건설업 주가지수	115.86	149.06	28.7% ↑
현대건설	40,950원	48,000원	17.2% ↑
GS건설	22,400원	29,800원	33.0% ↑
대우건설	5,590원	7,350원	31.5% ↑
대림산업	64,500원	83,600원	29.6% ↑
S물산	60,700원	55,300원	8.9% ↓

자본시장법 시행령에 따른 합병가액 산정의 기준시점에 맞추어 S물산의 주가는 다른 건설주의 주가 흐름과 상반되는 흐름을 보였다. 코스피 지수에 큰 변동이 없었으며 건설회사의 주식들이 17%에서 30%가량 상승하는 동안 8.9% 하락하였다. 이러한 현상은 신규분량물량 축소, 해외 수주 미공시 등으로 주가하락이 유도된 것이며, 결국 S물산은 시장주가 55,767원이 기준이 되었고 반대로 C모직은 급등한 주가인 159,294원이 기준이 되었다.³²⁾ 이에 대해서 ISS 보고서 반대 의견 등은 S물산의 경우 49.8%가 저평가, C모직은 41.4%가 고평가되었다는 지적을 당시 이미 제기한 바 있다.³³⁾

자본시장법 제176조의5 제1항에 따라 결정된 합병비율 1 : 0.3500885이 공정한 비율인가? 자본시장법의 합병 기준은 기업가치의 평가가 짧은 시간에 객관적으로 이루어지기 어렵다는 점에서 기업가치 평가의 부담과 남용을 최소화하기 위하여 도입된 것이나, 합병 기준은 현재 실무상 절대적 영향력을 발휘하고 있다.³⁴⁾ 합병기준을 준수하지 않을 경우 금융당국이 증권신고서 접수를 거부하므로(자본시장법 제

31) ISS, 앞의 보고서 및 서울고등법원 2016. 5. 30. 자 2016라20189, 20190(병합), 20192(병합) 결정.

32) 합병 직전 6개월을 기준으로 본다면 S물산은 주가가 20% 정도 하락하였고, C모직은 45% 정도 상승하였다. 이 시기 다른 대형건설사들의 주가는 30% 가량 상승하였다.

33) ISS, 앞의 보고서, p.14, p.17.

34) 김건식, 앞의 논문, 86면.

120조 제2항) 합병기준에 따르지 않는 합병비율의 결정은 불가능하며 그에 따라 합병이 이루어진 경우 원칙적으로 유효한 것으로 간주되고 있기 때문이다.³⁵⁾

자본시장법상 합병기준은 합병회사와 피합병회사의 자유로운 교섭과 합의를 전제로 하는 개념으로 보아야 한다.³⁶⁾ 양사의 합의라고 하더라도 합병비율이 지나치게 불공정한 경우를 막아 회사와 주주를 보호함과 동시에 지나치게 일방적인 합병도 막는 이중장치라고 할 수 있는 일종의 기계적 규제이다.³⁷⁾ 따라서 이러한 합병기준이 계열사간 회사의 합병에서는 동일한 관점에서 이해되어서는 안 된다. 합병 거래에 있어 사적 자치가 원칙대로 적용되지 않는 거래상황이기 때문이다.

통상의 합병의 경우 합병 회사 간의 주가 차이가 현저하거나 주주의 반대에 부딪칠 경우 자유롭게 합병계약을 해제(해지)할 수 있으나, 계열사 간의 합병의 경우 지배주주의 이익과 의사에 따른 것으로 회사 이사들의 자유로운 의사결정이 보장될 수 없다. S물산의 자산은 공시된 2015년 3월 말 1분기 재무제표상 총자산 약 26조 원이었는데, 1:0.35의 합병비율로 인해 S물산의 합병 후 시가총액은 대략 8조 9천억 원 정도가 되면서 S물산의 S전자와 S SDS 등 보유주식의 평가액인 13조 원 보다는 줄어들었다.³⁸⁾ 이 같은 자본 감소 상황임에도 불구하고 합병결의가 감행된 것은 바로 이사들의 선택이 불가피했다는 점을 방증하는 것이다. 지배주주와 소수주주, 회사 사이에 이익충돌이 심각한 상황임에도 이사들에게는 다른 선택을 위한 기대가능성이 존재하지 않는다.³⁹⁾

35) 김건식, 앞의 논문, 86면; 송옥렬, 상법강의(제5판), 홍문사, 2015, 1191면.

36) 상법학계에서도 다른 나라에서 입법례를 찾아보기 힘든 사전적 직접규제주의에 대하여 합병비율이 지배주주의 이익을 도모할 위험을 불식시키려는 데 목적이 있다고 보거나 합병비율의 공정성에 관한 다툼을 일거에 잠재울 수 있는 장점이 제도로 보는 견해들이 존재하고, 이러한 산정기준의 준수가 임의규정인지 강제규정인지에 대하여도 여러 의견이 제기되고 있다.

37) 김건식, 앞의 논문, 87면도 주주보호장치가 미비한 후진국에서라면 위의 합병기준과 같은 기계적 규제의 효용을 인정할 수 있지만 우리 법제의 수준에서도 불공정한 합병에 대해 이처럼 경직적인 규제에 대처할 수밖에 없는가라는 비판을 제기하고 있다.

38) 박준/김건식/김우진/노혁준/송옥렬/이상훈, “삼성물산 합병의 회사법적 쟁점”, BFL 74권, 서울대학교 금융법센터, 2015, 69면; ISS, 앞의 보고서, p.14.

39) 다만 최소한 피합병회사의 이사들은 합병시점을 신중히 검토·조정하여 합병회사 대비 피합병회사의 주가를 공정하게 평가받도록 하거나, 합병이전에 주주와 회사의 이익을 위해 기존 보유주식의 처분, 물적 분할 및 회사신설 등의 자산구조의 조정과정을 거친 후 합병을 하거나, 자본시장법 시행령에 따른 합병비율 결정시 10% 범위의 할증·할인을 통한 기준시가 조정을 위한 노력을 기울

S물산과 C모직간의 합병에 대하여 2015년 엘리엇이 제기한 총회소집통지 및 결의금지 등 가처분 소송에서, 서울고등법원은 자본시장법 제165조의4 제1항 제1호 및 동법 시행령 제176조의5 제1항 제1호에서 정한 기준과 방식에 따라 시장주가를 산출한 뒤 이를 기준으로 산정한 합병가액과 합병비율은 불공정하다고 보기 어렵고, 의결권 자문기관의 합병반대권고는 참고자료에 불과하여 합병이 불공정하다고 보기 어렵다고 판단하여 가처분을 기각하였다.⁴⁰⁾

그런데 서울고등법원은 합병 반대 주주들의 주식매수청구권 행사에 있어 주식매수가액의 산정기준에 관하여 의미 있는 기준을 제시하였다. “S물산(주)의 주가는 이사회 결의일 전일 이전부터 이미 합병 계획의 영향을 받고 있었다. 또한 주가의 하락에 영향을 미친 S물산(주)의 실적 부진과 국민연금공단의 주식 매도가 주가 하락을 목표로 하여 의도되었을 가능성을 뒷받침하는 정황들도 다수 있으므로, 이사회 결의일 전일 무렵 주가는 기업의 객관적 가치를 반영하지 못하고 있었다고 판단된다. 따라서 이사회 결의일 전일 무렵 주가를 매수가격 결정의 기초로 할 근거가 부족하다. 합병계획의 영향을 받기 전의 주가를 토대로 매수가격을 산정하는 것이 법리에 부합된다. … 따라서 2014년 12월 17일을 기준으로 한 주가를 기초로 매수가격을 결정한다. 다만 주가는 시시각각으로 변동하는 것이어서 … 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호의 방법을 유추하여 주식매수가격을 결정한다. 이에 따라 2014년 12월 17일부터 ① 과거 2개월간 평균종가(종가를 거래량으로 가중산술평균함), ② 과거 1개월간 평균종가(종가를 거래량으로 가중산술평균함), ③ 과거 1주일간 평균종가(종가를 거래량으로 가중산술평균함)를 산술평균한 가격으로 정하기로 한다. 이 방법에 따른 주식매수가격은 66,602원이다.”라고 판단하였다.⁴¹⁾

S물산 등 S그룹 측은 합병비율이 자본시장법에서 정한 방식에 따라 산출된 것이므로 문제가 없다는 입장을 취할 수 있다. 그러나 SK(주)와 SK C&C의 합병에서도 나타난 바와 같이 일방의 주가가 저평가된 상태에서 합병비율이 결정될 경우 재산상 손해 발생이라는 문제는 언제든지 나타날 수 있다.

일 수 있을 것이다.

40) 서울고등법원 2015. 7. 16. 자 2015라20485 결정.

41) 서울고등법원 2016. 5. 30. 자 2016라20189, 20190, 20192 결정.

두 회사 간의 합병에서 합병비율이 문제되는 것은 우선 주주의 손해가 발생할 수 있기 때문이다. 주주의 관점에서 재산상의 손해 여부를 판단하면 A기업과 B기업의 합병이 이뤄지는 경우 A사의 주가는 고평가되는 반면에 다른 B사의 주가가 저평가 됨으로써 B회사 주주들에게는 손해가 발생한다. 이러한 상황이라면 시장가격을 반영하여 자본시장법에서 정한 대로 합병비율을 정하였다고 하여 주주들에게 발생한 손해에 대해서 피합병회사의 이사 나아가 그룹 지배주주의 책임이 면제될 것인가?

앞서 살펴본 대로 합병반대 소수주주들에게 상법상 보장된 수단들은 실효성이 없다. 이에 더하여 시장가격이라고 해서 모두가 객관적인 것은 아니다. 시장가격은 주관적 선호를 가진 개인들에 의해 결정되는 것으로 기업의 자산내용, 재무상황, 수익성 및 장래가치 등을 제대로 반영하지 못할 수도 있다. 주식의 가치가 주식 시장을 통하여 거래되었다고 할지라도 그 시장주가는 ‘객관적’인 것이 아니라 소위 ‘간주관적’일 수 있는 것이다. 이러한 사정에서 합병비율을 정함에 있어서 자본시장법에서 정한 기준과 방식을 준수했다고 하더라도 지배주주의 개인적인 이해관계가 반영되어 시장의 기능이 왜곡되었다면 곧바로 정당화될 수는 없다.

관련법 상 합병비율과 주식매수청구권의 매수가액 산정에 관한 기준은 다르다. 그러나 매수가액 산정기준을 상장 전으로 삼아야 한다는 서울고등법원의 2016라20189 판결에 주목할 필요가 있다. 왜냐하면 주식매수청구시 매수가액 산정은 소수 주주를 보호하려는 것임에 반하여 합병비율은 소수 주주를 넘어 피합병회사 자체에 영향을 미치는 것이므로 매수가액 결정보다 더 엄격한 과정을 거치는 것이 필요하기 때문이다.

합병비율은 합병계약의 가장 중요한 내용이고 그 합병비율은 합병할 각 회사의 재산상태와 그에 따른 주식의 실제 가치에 비추어 공정하게 정함이 원칙이기 때문에,⁴²⁾ 기계적 규제가 이러한 원칙을 훼손하는 것은 주객이 전도된 것이다. 이해충돌의 가능성이 존재하는 상황에서 주식매수시 주주가액 평가과정보다 더욱 엄격한 과정을 거치지 않는다면 단순히 자본시장법 규정을 준수하였다고 하여도, 더욱이 피합병회사의 주가를 인위적으로 관리하였다면 합병비율이 공정하다고 보기는 어렵다.

42) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다32278 판결 참조.

배임죄가 성립하기 위해서는 이사의 회사에 대한 중대한 신인임무의 위반이 인정되어야 한다. 합병비율의 불공정여부에 대하여 서울중앙지방법원은 자본시장법의 규정에 따른 합병비율의 산정은 허위 등 특별한 사정이 없다면 적법하다고 판시한 바 있지만⁴³⁾ 자본시장법상 합병비율 산정기준을 이용하여 합병 전 S물산의 주가를 의도적으로 떨어뜨린 사실이 인정된다면⁴⁴⁾ 단순한 소극적 경영을 넘어서는 행위이다. 주가의 의도적인 하락 관리이며, 이러한 행위는 S물산 이사의 신인임무의 위배라고 볼 것이다. 주식회사의 이사는 법령과 정관의 규정에 따라 회사를 위하여 그 직무를 충실하게 수행하여야 할 의무를 지니며 이사가 고의 또는 중대한 과실로 그 임무를 게을리한 때에는 그 이사는 회사는 물론 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 이 같은 손해배상 의무를 규정하고 있는 것은 이사는 ‘회사를 위하여’ 직무를 수행하는 것이 가장 주된 의무라는 점에 기초한 것이다. 그런데도 피합병회사의 이사들이 주가의 하락을 위하여 수주실적을 인위적으로 관리하고⁴⁵⁾ 해외 수주실적을 공시하지 않은 것⁴⁶⁾은 소극적으로 임무를 게을리 한 행위를 넘어서는 것이다. 그리고 이러한 행위로 인한 결과는 단순히 주가의 하락을 의미하는 것을 넘어서는 것이다. 주가의 하락은 곧 자본의 감소를 의미한다. 이 경우 회사가

43) 서울중앙지법 2015. 7. 1. 자 2015카합80582 결정.

44) 최근 한 방송사의 보도에 따르면 S그룹 측은 합병취소를 막기 위해 합병 반대주주들의 주식매수청구를 줄일 수 있도록 S증권권을 통해 C모직과 S물산의 주가를 관리했다는 문자메시지와 ‘주식매수청구권 행사저지 주가관리방안’이라는 문건이 압수되었다고 한다. 이에 대해 S그룹 측은 사실무근이라고 주장했다(SBS, 2020. 6. 24. 자 “‘삼성증권, 합병용 주가방어’ 문자 메시지 확보” 보도 참조).

45) 2015년 상반기에 주택경기가 회복됨에 따라 주요 건설사들은 주택신규공급을 대폭 확대하였음에도 시공능력평가 1위였던 S물산은 주택신규공급을 확대하지 않았다. 합병 직전 300여 가구였던 수주물량은 합병 직후 다시 1만 가구가 되었다. 이에 대하여 S물산측은 2014년 초부터 주택사업 추진전략을 수정하여 기존 보유 물량의 사업화에 집중하는 한편, 신규 수주는 서울 강남권 등 사업성이 양호하다는 점이 확인된 프로젝트에 주로 참여하기로 하였다고 주장하였으나, 주식매수가격 결정 재판에서 주택사업 전략 변경에 관한 논의의 배경, 과정 및 결과를 기록한 내부 문서 등 위 주장을 직접적으로 뒷받침할 수 있는 자료는 제출되지 않았다(서울고등법원 2016. 5. 30. 자 2016라20189, 20190(병합), 20192(병합) 결정).

46) S물산은 합병 이사회 결의일 전인 2015. 5. 13. 공사대금이 약 2조 원인 카타르 복합화력발전소 공사의 제한착수지시서(LNTP)를 받고도 이를 공개하지 않고 있다가 낙찰통지서(LOA)를 수령한 후인 2015.7.28.에야 이를 공개하였다. 이에 대해 언론들은 고도로 계산된 합병비율을 깨뜨리지 않기 위해 고의로 수주실적을 공개하지 않았다는 의혹을 제기하였다. 실제 S물산은 2011. 9.경 사우디 쿠라야 복합화력발전소 공사와 관련하여서는 제한착수지시서만을 받은 상태에 서 그 사실을 공개하였다.

보유한 보유주식의 자산가치가 하락하며 시가총액이 감소하는데, 이 경우 회사의 대외 신인도, 자본조달시 이자율 등에 영향을 줄 수 있다. 더욱이 S물산의 경우 건설이라는 업종의 특성을 고려할 때 수주실적 축소와 시가총액의 감소는 향후 기업의 수주물량에도 영향을 줄 수밖에 없다.⁴⁷⁾

실제 재무적 관점에서 소멸회사인 S물산의 순자산이 감소하고⁴⁸⁾ 그 결과 자기자본이 합병 후 존속회사에서 차지하는 자기자본의 감소로 이어진다면 이는 합병의 목적 등에 비춰 봐도 회사에 손해가 됨을 부정할 수 없다. 공정한 합병비율이 무시되고 소멸회사의 주주에게 불공정하게 산정된 경우, 존속회사가 발행할 신주의 총수는 전자의 경우에 비하여 후자의 경우에 감소한다. 예컨대 공정한 합병비율인 1:1을 무시하고 1:0.5로 산정할 경우 존속회사의 신주는 1/2로 감소하게 된다. 이러한 자본의 감소가 존속회사의 손해인지 문제되는데, 우리 회사법의 기본정신은 자본유지원칙(capital maintenance regime)이다. 이 원칙은 액면가총액은 채권자보호를 위한 담보책임기능을 갖는 재산이므로 그 가치가 감소하여서는 안 된다는 관념적인 규범이다. 합병비율이 불공정할 경우에 존속회사가 발행할 신주총수가 감소하게 되며, 그 감소되는 수량만큼 액면가총액이 감소하게 된다. 존속회사는 이 감소분만큼 유지보존하여야 할 재산도 감소한다. 이때 바로 자본유지원칙에 반하는 소극적인 손해가 발생하는 것이다. 합병을 통한 시너지 효과, 기업가치의 제고를 위해서는 피합병회사의 자기자본에 대한 공정한 평가가 이루어져야 한다. 그리고 자본유지원칙은 회사법의 본질에 속하는 규범원칙인 만큼, 불공정한 합병비율이 존속회사에 손해가 되는 것인지의 판단에서도 그 원칙의 중요성이 간과되어서는 안 된다. 더욱이 계열회사 주식의 인수는 상법상 이해관계자거래(제398조)에 해당하지 않는 경우에도 이익충돌의 성격을 부정할 수 없다.⁴⁹⁾ 계열회사간 합병의 경우에도 동일하다. 그렇다면 합병비율의 불공정한 산정은 회사법상 중대한 충실의무의 위반으로 이사에

47) 당시 S물산은 건설산업기본법 제23조, 제91조, 같은 법 시행령 제87조에 따라 건설사의 공사실적, 재무상태, 기술능력, 신인도 항목을 종합적으로 평가하여 매년 발표하는 시공능력평가에서 2014년(2014. 7. 31. 발표)과 2015년(2015. 7. 31. 발표)에 모두 1위를 차지하였고, 국내에서 가장 선호되는 아파트 브랜드 중 하나인 래미안을 보유하고 있었다(서울고등법원 2016. 5. 30. 자 2016라 20189, 20190(병합), 20192(병합) 결정).

48) 이에 대해서는 “2. 재산상의 손해 (1) 손해의 발생 여부”에서 상론하기로 한다.

49) 김건식, 앞의 논문, 97면.

게는 임무위배를 인정할 수 있을 것이다. 배임죄에서의 재산상 손해는 적극적 손해는 물론 소극적 손해도 포함되기 때문이다.

결국 합병비용의 불공정으로 존속회사가 발행할 신주총수가 감소하여 그 감소되는 수량만큼 액면가총액이 감소함에도 재산상 손해를 인정하지 않는 것은 회사의 이사가 전환사채의 염가발행을 통하여 주주들로부터 가능한 최대한의 자금을 유치하지 못한 경우에도 배임죄의 성립을 부정한 2007도4949 판결의 전철을 답습하는 것이라고 하지 않을 수 없다.

나. KCC에 대한 자기주식 처분과 의결권 행사 과정

S물산은 2015년 7월 17일로 예정된 주주총회에 앞선 2015년 6월 10일 자사주 5.76%를 KCC에 매각하기로 결의하고, 6월 11일 발행주식 총수의 약 5.76%에 이르는 자기주식을 KCC에 전일 종가인 주당 7만 5천원에 처분하였다.⁵⁰⁾

그런데 이 같은 갑작스런 주식처분은 합병에 대한 주주총회 특별결의라는 난관을 회피하기 위한 수단으로 주식을 처분한 것인지 의심이 들게 만들었다. S물산이 엘리엇과의 소송에서 이길 수 있었던 것은 KCC에 매각된 자기주식에 대한 의결권 행사가 허용된 것에 기인한 바가 컸기 때문이다. 합병과정에서 엘리엇은 자신들도 의결권 지분이 희석될 수밖에 없으므로 KCC의 의결권 행사를 저지하기 위하여 의결권 행사금지 가처분을 신청하였다. 그러나 제1심과 항고심 법원 모두 가처분 신청을 기각하였다.⁵¹⁾ 가처분 소송에서 엘리엇은 신인의무 위반, 대표권 남용, 주주평등원칙 위반, 공서양속 위반 등을 주장하였다. 이 중 배임행위 판단에서 핵심이 되는 것은 양사의 합병과정에서 자기주식 처분이 신인의무에 위반되는 것인지 여부이다.

자기주식 처분은 자금조달의 목적으로 경영자가 사적 계약을 통해 자유롭게 행할 수 있으나, 이러한 주식 처분이 경영권 승계 등을 위하여 주주총회 특별결의를 회피하려는 전체 계획 하에 이루어진 것이라면 배임행위를 판단함에 있어 주요한 고려

50) KCC는 당시 경영권 유지에 취약한 기업들의 주식을 매입하여 상당한 투자수익을 거두는 것으로 시장에서 평가되었으며 S물산의 자기주식 취득자금은 전액 기업어음(CP) 발행으로 조달하였다.

51) 서울고등법원 2015. 7. 16.자 2015라20503 결정.

대상이 될 수 있다. 합병은 상법상 주주총회 특별결의사항이므로(상법 제522조 제3항, 제434조), 결의시에 소수주주와의 의결권 다툼이 치열해질 수 있는데, 주주총회 이전에 이사회결의만으로 자기주식 처분을 결정하여 자신들에게 우호적인 의결권 지분을 확보하고 주주총회에서 쉽게 승리할 수 있도록 우회하는 방법을 택하기 때문이다.

항고심 법원은 자기주식 처분의 주목적이 양사의 합병 결의 통과를 위한 것임을 인정하였다. 그럼에도 불구하고 자사주 처분의 목적이 합병에 반대하는 ‘일부 주주’의 이익에 반한다고 볼 수 있을지언정 그 자체로 ‘회사나 주주 일반’의 이익에도 반하는 것이라고 단정할 수 없고, 양사의 합병 자체가 회사나 주주 일반의 이익에 반한다는 사정이 전제되어야 위와 같은 처분의 목적도 합리성이 없는 것으로서 회사와 주주 일반의 이익에 반한다고 할 수 있을 것이라고 판단하였다.⁵²⁾

이러한 논리에 따르면 양사의 합병 자체가 회사나 주주 일반의 이익에 반한다는 사정이 전제된다면 자기주식 처분의 목적도 합리성이 없어 무효로 볼 수 있을 것이다. 항고심 법원은 ‘합병 자체가 회사나 주주 일반의 이익에 반한다’는 사정은 합병의 필요성이나 피합병회사의 자산가치 평가를 통해 판단된다고 보았다. 그러면서 “시장 주가가 순자산가치나 수익가치에 기초하여 산정된 가격과 다소 차이가 난다고 하여 주권상장법인의 객관적 가치를 반영하지 못한다고 쉽게 단정해서는 안 되며, 자본시장법상 합병 기준에 따른 합병가액 산정이 허위자료에 의한 것이라거나 터무니없는 예상수치에 근거한 것이라는 등의 특별한 사정에 대한 소명이 부족한 이 사건에서는 합병이 회사 및 그 주주들의 이익을 침해하였다고 단정할 수 없다”고 판단하였다.⁵³⁾

그러나 이러한 결론은 납득하기 어렵다. ‘합병 자체가 회사나 주주 일반의 이익에 반한다’는 기준이 자기주식 처분의 합리성을 부인하는 충분조건이 될 수 없다. 합병 자체가 회사나 주주 일반의 이익에 부합하는가라는 개념을 처분행위의 적절성 판단 기준으로 삼을 근거가 없기 때문이다.

이사회가 자기주식을 이용하여 의사결정권을 가진 주주총회의 결과를 좌우하는

52) 서울고등법원 2015. 7. 16.자 2015라20503 결정.

53) 대법원 2011. 10. 13. 자 2008마264 결정.

것은 주식회사 의사결정 원칙을 근본을 훼손하는 문제이다.⁵⁴⁾ 상법이 합병을 특별 결의사항으로 엄격하게 규정해 둔 것을 통과가 용이한 이사회결의로 회피함으로써 기업경영의 투명성 제고 등에 목적이 있는 특별결의사항 규정을 잠탈하기 때문이다. 또한 시장 주가가 순자산가치나 수익가치에 기초하여 산정된 가격과 다소 차이가 날 수는 있으나 주권상장법인의 객관적 가치를 완전히 무시한 경우까지 용인되는 것은 아니며 의도적으로 시장 주가를 조작·관리한 경우까지 상정하는 것도 아니다. 시장 주가를 계획적으로 조작하는 행위⁵⁵⁾는 자본시장법상 합병 기준에 따른 합병가액 산정이 허위자료에 의한 것 또는 터무니없는 예상수치에 근거한 것과 같은 ‘특별한 사정’으로 볼 수 있다.⁵⁶⁾ 합병가액을 자본시장법이 정한 일정한 방식에 의하도록 하면서 그 구체적인 산정에 있어 공개시장의 주가를 기준으로 삼도록 한 취지는 공개시장의 주가는 비교적 객관적 기준이라 볼 여지가 있기 때문이다. 그렇다면 의도적인 주가 관리 내지 조작은 합병비율 산정의 기초인 공개시장의 주가를 무의미하게 만드는 것이다. 또한 항고심 법원의 결론은 제3자에 대한 경영권 방어 목적의 신주 발행을 신주인수권 침해라는 이유로 무효로 보는 판례⁵⁷⁾의 태도와도 조화되기 어렵다. 결론적으로 S물산 이사들의 자기주식 처분결정은 상법상 특별결의사항 규정을 잠탈한 것으로 배임적 요소가 있음을 부정할 수 없다.

신인의무 위반과 관련하여 항고심 법원은 상세한 논거 없이 “처분의 목적 등 여러 가지 사정을 종합하면” 신인의무 위반으로 볼 수 없다고만 판시하였다. 여기서 처분의 목적은 일차적으로 자기주식 처분이 자금조달을 목적으로 하는가 아니면 주주총회결의에 영향을 주기 위하여 의결권을 활성화시키는 것을 목적으로 하는가의 차원에서 파악할 수 있다. 경영권에 다툼이 있는 상황에서 의결권이 없는 자기주식

54) 김건식, 앞의 논문, 91면.

55) 자본시장법은 제176조에서 시세조종행위 등의 금지를 규정하고 있으며, 제178조에서 부정거래행위 등의 금지를, 제178조의2에서 시장질서 교란행위의 금지를 규정하고 있다.

56) 서울중앙지방법원 2015. 7. 1. 자 2015카합80582 결정은 “합병비율은 관련 법령에 기하여 산정된 것이고, 그 산정기준이 된 주가가 자본시장법상 시세조종행위, 부정거래행위에 의하여 형성된 것이라는 등의 특별한 사정이 있다고 보이지도 않는 바,”라고 판시하였으나, 이후 선고된 서울고등법원 2015. 7. 16.자 2015타20485 결정과 서울고등법원 2016. 5. 30. 자 2016라20189, 20190(병합), 20192(병합) 결정 및 대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 전원합의체 판결의 사실관계에 비취보면 당시 알려진 제한된 사실관계를 통해 내려진 결정으로 현재 시점에서는 잘못된 판단이었다고 하겠다.

57) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다50776 판결.

등을 타인에게 양도하고 우호적인 의결권 주식으로 만드는 것은 상법상 의결권행사의 대원칙(제369조)을 침해할 가능성이 크다. 일본에서는 주요목적이론이라는 판례이론에 따라 자금조달이 아닌 경영권 유지를 주된 목적으로 하는 신주발행을 무효로 보고 있다.⁵⁸⁾ 상법은 자기주식의 처분에 대해 이사회가 처분할 주식의 종류와 수, 처분가액과 납입일, 처분 상대방 및 처분방법을 이사회가 결정하도록 하고만 있다(제342조). 그렇다면 자본시장법 규정을 준수하여 합병결의 자체가 무효화될 수 없고 그 결과 자기주식 처분행위도 적정하다는 논리로 귀결될 가능성이 크다. 그러나 상법이나 자본시장법이 전제한 것은 대기업의 지배주주를 위한 경영상 합병이 아니라 자금조달을 전제로 한 자기주식의 처분이며, 계열사간 합병이 아니라 협상이 가능한 대등한 관계의 독립 법인간 합병이라고 할 수 있다. 더욱이 우리나라처럼 특수한 대기업 내의 계열사간 합병이라는 점은 신인의무 위반에 있어 더욱 중요하게 고려되어야 한다. 미국의 델라웨어주 회사법은 회사를 처분하는 거래나 이해관계자와의 거래(related party transactions) 같은 이익충돌거래의 경우 절차의 공정성을 엄격히 요구하고 있다⁵⁹⁾

이처럼 일본과 미국의 경우에 비춰보면 지배주주의 경영권 승계를 위한 자기주식의 처분은 이익충돌거래로서 절차상내용상 공정성이 엄격히 요구되는 것으로 자금조달 목적이 아닌 경우에는 ‘회사나 주주 일반의 이익’에는 부합하지 않는 것으로 보는 것이 오히려 타당하다. 그렇다면 회사나 주주 일반의 이익에 부합하지 않는 자기주식의 처분은 이사의 신인의무 위반에 해당하는 것이라고 하겠다.

다. 소결

피합병회사인 S물산 이사들의 배임행위 유무 판단에 있어 핵심은 자본시장법상

58) 김건식, 앞의 논문, 90면. 이러한 논의는 신주발행의 목적에 관한 논의이기도 하다.

59) 이른바 ‘이해관계 없는(disinterested)’ 이사에 의한 승인을 받지 못한 거래행위의 경우 피고인인 이사가 거래의 공정성을 증명해야만 책임을 면할 수 있다. 실제로는 그러한 증명이 쉽지 않기 때문에 회사는 이해관계 없는 이사의 승인을 받아 두고자 하는 것이 보통이라고 한다. 또한 델라웨어주 법원은 이해관계를 상법에서 말하는 ‘특별한 이해관계(제391조 제3항, 제368조 제3항)’ 보다 훨씬 더 넓게 해석하고 있다고 한다(김건식, “자기거래와 미국회사법의 절차적 접근방식”, 회사법연구 I, 소화, 2010, 95-126면 참조).

합병기준을 준수하였다면 그리고 상법상 자기주식처분의 규정을 준수하기만 하였다면 형법상 배임행위도 자동적으로 부정되는가에 있다.

상법상 사소한 규정을 위반하였다고 하여 곧바로 형법의 배임죄로 의율할 수는 없다. 그러나 상법이나 자본시장법의 규정을 따랐다고 하여 충분조건으로 배임행위가 부정되거나 정당행위규정이 적용되어야 하는 것은 아니다. 상법 규정의 목적과 내용에 비추어 그러한 규정의 존재 취지를 잠탈하고 형해화시킨 경우, 특히 이해충돌적 거래에 있어 이사의 신인의무 위반이 있고 그러한 의무위반이 회사법상 자본유지원칙에 반하는 (소극적인) 손해를 유발하며 절차상·내용상 공정성을 훼손하는 것이라면 배임행위로 판단할 수 있다.

더욱이 합병의 유무효는 배임죄의 성부 판단에 영향을 주지 않는다. 합병절차의 준수 및 채권자보호조치의 이행, 합병의 공정성 등은 배임행위 판단의 보조자료가 될 수는 있지만, 합병이 유효라고 하더라도 배임행위는 성립할 수 있기 때문이다.⁶⁰⁾ 설사 불명확한 정책적 고려에 의해 이미 이뤄진 합병이 유효하다고 보더라도 이사들의 배임행위는 부정될 수 없을 것이다.

2. 재산상의 손해

배임행위가 인정된다고 하더라도 배임죄의 기수 판단을 위해서는 추가적으로 재산상의 손해발생 여부가 판단되어야만 한다. S물산과 C모직 합병의 경우 과연 누구에게 어떠한 손해가 발생하는지가 문제된다.

가. 손해의 발생 여부

양사의 합병비율 산정에 있어 불공정성이 있었다고 하더라도 S물산의 이사들에게 배임죄의 기수를 인정하기 위해서는 ‘본인’에게 재산상의 손해가 발생하여야 한다. 불공정한 합병비율이 S물산이라는 ‘회사’에 손해를 야기한다고 볼 수 있는가가 문제인 것이다. 이러한 판단에 있어서는 배임죄의 손해를 바라보는 관점과 재산상

60) 대법원 1987. 4. 28. 선고 83도1586 판결.

손해의 바람직한 산정 방법이 핵심이라고 할 수 있다. 양사의 합병과정에서 자본시장법 시행령 176조의 5에 의해, ① 최근 1개월간 평균증가, ② 최근 1주일간 평균증가, ③ 최근일의 증가를 기준으로 할 수 있는 바, 비정상적 주가 조정과정을 거친 S물산의 주가 55,767원은 과소평가된 것인지 판단되어야 한다.

이에 대하여는 합병비율이 불공정하더라도 존속회사와 소멸회사에는 손해가 발생할 수 없고, 오로지 주주들에게만 손해가 발생할 뿐이라는 견해가 주류이고, 일본의 법원에서도 불공정한 합병비율은 회사에 손해를 야기하지 않는다고 판단하고 있다.⁶¹⁾ 이러한 입장에 따르면 S물산의 주주에게 불공정한 합병비율이 인정되더라도 S물산에는 손해를 예상할 수 없으므로 이사들은 배임죄의 기수 책임을 지지 않을 것이다.

그러나 소멸회사인 S물산의 주주에게 불공정한 합병비율로 합병이 이뤄질 경우 우선 소멸회사의 자본이 감소하며 이는 나아가 존속회사에까지 손해를 발생시킬 여지가 있음을 부정할 수 없다. C모직의 시가총액은 7조, S물산은 약 24조 원 가량으로 합병 후 존속회사인 C모직의 자산이 소멸회사 자산의 1/3 정도 밖에 되지 않았다. 소멸회사인 S물산은 2015년 1분기 재무제표상 총자산 약 26조원(순자산 약 13조 원, 보유 상장주식 13조 원)이었는데, 1:0.35의 합병비율로 인해 S물산의 합병 시가총액은 대략 8조 9천억 원 정도가 되면서 S물산의 자산이 S전자와 S SDS 등 보유주식의 평가액인 13조원 보다 줄어드는 손해가 발생한다.⁶²⁾ 나아가 공정한 합병비율을 무시하고 소멸회사의 주주에게 불공정하게 산정한 경우에 존속회사가 발행할 신주의 총수는 전자의 경우에 비하여 후자의 경우에는 감소한다. 회사법은 자본유지원칙이라는 기본정신을 바탕으로 하고 있는데, 합병비율이 불공정할 경우 존속회사가 발행할 신주총수가 감소하게 되며, 그 감소되는 수량만큼 액면가총액이 감소하여 존속회사는 이 감소분만큼 유지보존하여야 할 재산도 감소한다. 결국 S물산의 주가 55,767원은 과소평가된 것이다.

여기서 재산상 손해를 구체적으로 결정하는 방법은 합병기준일을 기준으로 주식

61) 最高裁判平成8・1・23商事事務143号159頁.

62) 자산은 자본(순자산)과 부채로 구성된다. 물론 재무적 분석에 의하면 통상 비동일 기업집단인 기업간의 합병일 경우 보유주식에 대한 블록딜 할인이 있으므로 이에 대한 할인율이 계산되어야 한다. 재산상의 손해의 정확한 분석을 위해서는 S물산의 정확한 재무분석이 선행되어야 한다.

의 적정가치를 판단하는 방법, S물산 측에서 인위적으로 주가 조정을 하기 전 시점을 기준으로 판단하는 방법, 합병 후 재상장일의 적정가치와의 차이를 손해로 보는 방법, 결의과정에서 ISS 등이 권고한 외부기관 산정의 적정가치로 하는 방법 등 다양한 방법이 있을 수 있다.

이 중 가장 합리적인 것은 배임행위 이전, 즉 S물산의 인위적 주가 조정이 있기 전의 시점⁶³⁾을 기준으로 재산상의 손해를 판단하는 것이 타당하다고 하겠다.

나. 손해의 상대방

국민연금은행의 양사의 합병 전에 S물산에 대하여 주식 11.2%를, C모직에 대하여 주식 5.04%를 보유하였으며, 이는 각각 시가 약 800억 원 및 1,000억 원 상당이었다. S물산 측의 인위적 주가 조정이 있기 전의 시점이라고 추정되는 2014년 12월경 S물산의 주가는 7만 원대 초반을 형성하고 있었고, 2015년 5월 합병 발표 당시의 S물산의 주가는 5만 원대였으나, C모직의 주가는 2014년 12월경 10만 원대 초반이었고 2015년 5월경에는 주가가 17만 원대였다. 양 기업의 주가가 이러한 상황에서 합병이후 국민연금이 보유한 통합 S물산 지분 6.23%의 가치는 1,200억 원 상당에 그쳤다.⁶⁴⁾ 이○희 일가를 제외한 기타 일반 주주들의 경우 장래 주가 상승이 고려되지 않은 경우 이와 같은 상황이 발생하게 된다.

배임행위로 인한 손해는 사무처리를 위임한 본인에게 발생하여야 한다. 통상 피해자가 자연인일 경우 손해의 상대방은 쉽게 확정될 수 있다. 그러나 피해자가 회사법인인 경우 간단한 문제가 아니다. 회사의 경우 법인격을 갖춘 회사 자체와 회사의 사원의 지위를 갖는 주주가 별도로 존재하기 때문이다.

63) 예컨대 C모직 상장시점인 2014년 12월 17일이 될 수 있겠으나, 이미 이 시점에서도 승계논의가 이뤄졌을 가능성이 배제할 수 없다. 그렇다면 그 이전 시점이라고 하더라도 자연스러운 주가 흐름이 있었던 시점을 기준으로 하여야 할 것이다. 일본의 경우 친자회사간 주식교환을 통한 합병이었던 インテリジェンス事件에서 동경지방법원(東京地決平成22・3・29日金判1354号28頁)은 주식교환 발표가 있기 전의 ‘주식교환이전의 객관적 가치’를 기준으로 공정한 주식매수가액을 산정하여야 한다고 판시하였으며, 최고재판소(最高決平成23・4・26金融・商事判例1367号16頁)는 이와 달리 주식매수 청구시를 기준으로 ‘시장 변동에 대한 보정’이 가해져야 한다는 입장을 취하였다.

64) 인베스트조선, “2020년 '삼성물산-제일모직 매출 60조원'의 허망함” 기사 참조(<http://www.investchosun.com/2020/01/20/3245680>).

형법학계에서는 회사와 주주 사이에서 대부분 회사기준설을 취하고 있다.⁶⁵⁾ 1인 주주의 경우에도 회사 법인의 재산과 1인 주주는 별개의 법인적으로 분리되며 1인 회사의 대표이사가 배임행위로 회사에 손해를 가할 수 있다는 것이다. 이에 반해 회사의 손해를 회사의 배후에 있는 주주, 채권자 등의 이해관계자 전체의 손해와 동일시하여 이들에 대해 손해가 있는 경우 회사의 손해가 된다고 보는 이해관계자 기준설도 주장된다.⁶⁶⁾ 회사의 배후에 있는 이해관계자의 이익과 별도의 개념인 회사의 이익을 상정할 필요는 없으며, 이해관계자의 이익에 대한 구체적인 고려 없이 추상적으로 회사를 독립한 손익주체로 이해하여 도그마로 적용하게 되면 이해관계자들의 실질적인 손익과는 동떨어진 결과가 나타날 수 있기 때문이라고 한다.⁶⁷⁾

대법원은 손해의 상대방에 대하여 회사기준설을 취하고 있다.⁶⁸⁾ 과거 1인 주주의 1인 회사에서 회사의 손해는 주주의 손해라는 입장⁶⁹⁾을 취하기도 하였다. 그러나 이후 1인 회사에 있어서도 행위의 주체와 그 본인은 별개의 인격이며 그 본인인 주식회사에 재산상 손해가 발생하였을 때 배임죄는 기수가 되는 것이므로 궁극적으로 그 손해가 주주의 손해가 된다고 하더라도 이미 성립한 죄에는 아무 영향이 없다며 입장을 변경하였다.⁷⁰⁾ 이후에는 이러한 입장을 확고히 견지하고 있으며⁷¹⁾ 신주발행에 있어서도 이사의 주주들에 대한 타인의 사무처리자성을 부정하고 있다.⁷²⁾

생각건대 이사의 회사에 대한 배임행위 판단에서 재산상 손해의 파악은 회사제도를 규율하고 있는 회사법의 이념과 정신, 현행 규정을 토대로 이뤄져야 한다.⁷³⁾ 미

65) 법인과 대표와의 관계를 명시적으로 언급하고 있는 문헌들로, 김일수/서보학, 앞의 책, 386면; 정성근/박광민, 형법각론(전정판), SKKUP, 2013, 466면; 장덕조, “전환사채의 저가발행과 회사의 손해”, 법조 제55권 10호, 2006.10, 73면 등.

66) 설민수, M&A의 한 방법으로서의 LBO에 대한 규제, 그 필요성과 방법, 그리고 문제점, 사법논집 제45호, 2007, 103~104면; 윤영신, “전환사채의 저가발행에 대한 이사의 배임죄 성부”, 민사판례연구 29, 2007, 332면; 이종상, “이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰”, BFL 제19호, 서울대 금융법센터, 2006.9, 52면 이하.

67) 윤영신, “동양그룹의 합병형 lbo와 배임죄”, BFL 제36호, 서울대 금융법센터, 2009.7., 25~29면.

68) 대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결; 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도4915 판결.

69) 대법원 1974. 4. 23. 선고 73도2611 판결 .

70) 대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결.

71) 대법원 1996. 8. 23. 선고 96도1525 판결, 대법원 2011. 3. 10. 선고 2008도6335 판결 등.

72) 대법원 2004. 5. 13. 선고 2002도7340 판결 등.

국의 경우 주주자본주의(shareholder capitalism)를 근간으로 하고 있으므로, 이사는 주주의 이익을 극대화하기 위해 임무를 수행하여야 하며, 주주에게 이익이 된다면 채권자에게 손해가 되더라도 사무집행이 허용될 수 있다. 그러나 우리 회사법은 이와 달리 이해관계자 자본주의(stakeholder capitalism)가 기본이념으로 작동하고 있으며,⁷⁴⁾ 회사법은 대부분 강행법규로서 주주자본주의에 배치되는 법정자본제도를 유지하고 있다.⁷⁵⁾ 채권자의 이익침해를 위해 자본금이 채권자의 담보책임재산으로 파악되며, 주식의 액면미달발행이 금지되고, 법정준비금, 자기주식 취득의 제한 등의 엄격한 제도들이 보장되고 있는 것이다. 이처럼 우리의 회사법제가 이해관계자 자본주의에 바탕을 두고 회사 법인의 독자성을 전제로 하면서 회사의 단체 이익을 극대화함으로써 주주의 재산과 구별되는 독립된 법인격을 유지하도록 하고 있으므로, 이사 등 경영진은 법인 재산의 유지, 이익의 극대화를 기하거나 손실의 최소화에 그 임무가 있다고 하겠다.⁷⁶⁾ 이러한 측면에서 본다면 배임죄의 재산상 손해는 회사기준설을 취해야 하며, 회사 존속의 관점에서 이들 요소를 포함해 종합적으로 판단하여야 한다.

따라서 손해의 상대방, 타인의 사무처리에서 ‘타인’은 대부분 회사가 될 것이다. 그러나 예외적으로 주주의 손해가 회사의 손해가 되는 경우가 있음을 부정할 수 없다. 종래 통설적 입장은 이사가 회사의 재산을 횡령하여 회사의 재산이 감소함으로써 회사가 손해를 입고 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되는 손해와 같은 간접적인 손해는 상법 제401조 제1항⁷⁷⁾에서 말하는 손해의 개념이 포함되지 않는다고 판시하여⁷⁸⁾ 주주를 재산상 손해의 상대방으로 인정하지 않아 왔다. 통설과 판례의 취지는 1인 회사이므로 주주인 대표이사의 손해로 계산되더라도 그의 배임행위

73) 이승준, 앞의 논문, 102면. 이하의 검토 부분은 이 논문에 기초하고 있다.

74) 송종준, 앞의 논문, 338면; 장덕조, “전환사채의 저가발행과 회사의 손해, 그리고 주주의 손해”, 법조 제632호, 법조협회, 2009.5, 98면.

75) 채권자의 이익침해를 위해 자본금이 채권자의 담보책임재산으로 파악되며, 주식의 액면미달발행이 금지되고, 법정준비금, 이익배당의 제한, 자기주식취득의 제한 등의 엄격한 제도들이 보장되고 있다.

76) 송종준, 앞의 논문, 339면.

77) 상법 제401조는 제1항은 이사가 고의 또는 중과실로 그 임무를 게을리한 때에는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다.

78) 대법원 2003. 10. 24. 선고 2003다29661 판결.

가 회사에 손해를 가할 수 있다는 것이다. 또한 신주발행의 경우에는 그 업무는 주주가 아닌 회사의 사무처리에 불과하다는 것이다. 그런데 주주의 손해를 회사의 손해로 보아 회사의 이익과 주주의 이익이 동일시될 수는 없을 것인가?

통설의 입장에 따르면 회사의 이사 등은 법인인 회사에 대해서는 항상 타인의 사무처리자가 되지만, 반대로 주주에 대해서는 항상 타인의 사무처리자가 되지 않는다. 그런데 이러한 결론은 타당하지 않다. 예컨대 회사 지배권의 이전이 있는 정도의 신주 발행이라면 이는 기존 주주에 대해 주주평등의 원칙을 심각하게 훼손하는 것이므로 회사의 자본증감 과정에 제3자가 개입함으로써 주주와 회사의 자본적 일체성과 무관하게 자본적 운명공동체인 주주들과 회사의 손익으로 귀속되는 것으로 볼 수 있는 경우이다.⁷⁹⁾ S물산과 C모직의 합병의 경우에도 C모직에 유리하고 S물산에 불리한 시점을 선택함으로써 결과적으로 S물산의 자산가치를 제대로 반영하지 못한 결과를 가져왔다. 앞서 국민연금의 주식 가액 변동에서 보듯이 지배주주의 그룹 승계를 위해서 기존 주주에 대해 주주평등의 원칙을 심각하게 훼손하는 것은 주주의 이익을 침해함은 물론 이는 회사의 손해로 귀속되는 경우라고 할 것이다. 피합병회사의 S물산 주가는 과소평가되고 C모직 주가는 과대평가되어 순자산가치, 현금성자산 등을 제대로 반영할 때 합병비율은 1 : 0.35가 아닌 1 : 1.36이어야 하므로 그만큼 주주들에게 손해가 발생하였다는 주장들⁸⁰⁾이 제기되는 이유이다. 시장가격이라고 하더라도 실상 그 가치는 객관적인 것이 아니라 소위 ‘간주관적’일 수밖에 없으며 따라서 이 경우 피합병회사의 이사는 순손익가치와 순자산가치 등을 고려한 평가방법에 따라 합병비율을 보정하여 최대한 회사와 주주들의 손실이 발생하지 않는 객관적인 합병비율을 도출해 내도록 노력하여야 한다. 시장가격의 불완전성, 가격의 혼재성을 제거하는 노력을 하여야 하나, S물산과 C모직의 합병과정에서 이러한 노력은 찾아볼 수 없었으며 오히려 지배주주가 아닌 일반 주주들에게는 불리한 방법이 선택되었다.

최근 대법원은 상법 제401조의 손해배상청구 사건에서 주주의 간접손해가 재산상 손해에 포함되지 않는다고 하면서도,⁸¹⁾ 회사의 재산을 횡령한 이사가 악의 또는

79) 성민섭, “전환사채의 저가발행에 대한 이사의 형사책임”, 국민대 법학논총 제23권 제2호, 2011, 436면.

80) 예컨대 참여연대, 이재용 부당승계와 삼바 회계사기 사건에 관한 종합보고서, 2019., 24면.

증과실로 부실공시하여 재무구조 악화사실이 증권시장에 알려지지 않음으로써 주가가 비정상적으로 높게 형성되고 주식매수인들이 이를 알지 못하는 상태에서 주식을 매수하였다가 이후 이러한 사실이 주식시장에 공표되어 주가가 하락한 경우, 주주의 직접손해로 보아 주주가 이사를 상대로 상법 제401조 제1항에 의해 손해배상을 청구할 수 있다고 판시한 바 있다.⁸²⁾ 즉 부실공시 등 제한적인 경우이지만 주주를 손해의 상대방으로 인정한 것이다.

생각건대 이사의 임무해태로 인한 손해배상 청구소송에서의 손해와 형법상 배임죄의 재산상 손해가 완전히 동일하다고 볼 수는 없지만 발생하는 손해는 순자산의 감소라는 점에서 개념적으로 대체로 일치한다. 그리고 손해배상 청구소송에서 원고 적격을 인정하는 것은 최소한 이사들이 신의칙에 기하여 주주의 이익과 소유주식의 가치가 손상되지 않도록 할 의무가 있다는 것이다. 그렇다면 최근 대법원 판례의 입장에 비춰 보았을 때에도 합병과 같은 예외적인 경우에는 주주의 손해가 회사의 손해와 동일시 할 수 있을 것이다. 단순히 재산보전 협력의 차원을 넘어 회사의 실질적 재산 감소를 초래하기 때문이다.⁸³⁾

3. 배임의 고의

배임죄도 고의범이므로 행위자는 타인의 사무처리자로서 임무에 위배하는 행위를 하여 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득하고 본인에게 손해를 가한다는 인식과 의사가 있어야 한다. 이러한 고의는 미필적 고의로도 족하다. 일부 반대 견해도 있지만 불법이득의사는 필요하다. 본인의 이익을 위하여 사무처리를 한 때에는

81) 이사가 회사의 재산을 횡령하여 회사의 재산이 감소함으로써 회사가 손해를 입고 결과적으로 주주의 경제적 이익이 침해되는 손해와 같은 경우가 간접적인 손해이다(대법원 2003. 10. 24. 선고 2003다29661 판결).

82) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010다77743 판결. 다만 주주들이 이사의 주가조작 이전에 주식을 취득하거나 주가조작으로 인한 주가 부양의 효과가 사라진 후 주식을 취득하였다면 피고의 주가조작과 원고들의 주식취득 후 생긴 주가하락으로 인한 손해 사이에 상당인과관계가 없다고 보았다. 과거 대법원 2004. 5. 13. 선고 2002도7340 판결에 비하면 진일보하였다.

83) 이때 최소한 S물산의 주가 관리 이전에 주식을 취득하거나 주가조작으로 인한 주가 부양의 효과가 사라진 후 주식을 취득한 것이 아니라면 손해를 입은 주주라고 할 것이다.

배임죄는 성립하지 않는다.⁸⁴⁾ 회사가 본인인 경우, 즉 기업활동의 영위 과정에서는 고도의 경영판단이 필요하며 그 결과 모험적 거래가 필요함을 부정할 수 없다. 기업 간 합병도 마찬가지이며, 이러한 경우 배임의 고의 판단에서 경영판단의 원칙은 고려될 수 있을 것이다

C모직의 주식매수가액 산정에 대해, 서울고등법원은 산정기준을 상장 전의 2014년 12월 17일을 기준으로 삼아야 한다고 판시하였다. 그 배경에는 S물산은 합병 전부터 의도적으로 소극적인 경영을 하였으며, 이는 S물산의 주가가 낮게 형성될수록 S물산의 경영에 지배적인 영향력을 행사할 수 있는 지배주주일가의 경영권 승계에 유리하였다는 점, S물산의 실적 부진이 이○용 등의 이익을 위하여 누군가에 의해 의도되었다는 의심에는 합리적인 이유가 있다는 점 등이 인정되었기 때문이다.⁸⁵⁾ 이러한 판단에는 과거 그룹의 미래전략실의 에버랜드 전환사채 사건 관여,⁸⁶⁾ 미래전략실 임원들의 양사간 합병 과정에서 자사주 매각 조치에 대한 관여 및 부회장 보고, 국민연금공단 기금운용본부 측 인사들에 대한 부탁 등 소수지배주주 일가의 그룹승계를 위한 합병을 성사시키기 위하여 적극적으로 관여하였다는 점이 고려될 수 있다.⁸⁷⁾

84) 대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결.

85) 서울고등법원 2015. 7. 16.자 2015라20503 결정.

86) 대법원 2009. 5. 29. 선고 2008도9436 판결은 “그룹 비서실은 회장이 그룹을 전체적으로 통제하여 각 계열사들에 대하여 경영지배권을 행사하기 위한 지원조직으로서 회장의 지시, 위임, 포괄적 위임에 따라 계열사 자체의 지배구조 변동이나 이로 인하여 상호 혹은 순환출자관계에 있는 계열사 사이의 지배구조에 변동을 초래할 수 있는 증자, 전환사채, 신주인수권부사채 등의 발행에 대한 감시 및 감독 업무를 총괄하였는데 이 사건 전환사채의 발행도 그룹 비서실 임원들(회장 포함)과 공소의 89 회사 임원들 사이의 긴밀한 협의 하에 진행되었던 사실, 공소의 89 회사는 이 사건 전환사채의 발행 전에 금융기관으로부터 장·단기 차입 및 회사채 발행 등을 통하여 필요한 자금을 안정적으로 조달하였으므로 당시 자금의 수요는 있었으나 긴급하고 돌발적인 자금조달의 필요성은 없었던 사실 등을 인정하고, 위 인정사실에 의하면 이 사건 전환사채의 발행 목적은 자금을 조달하는 데에 있었던 것이 아니라 증여세 등 조세를 회피하면서 공소의 3 남매에게 회사의 지배권을 이전하는 데에 있었다.”라는 원심(서울고등법원 2008. 10. 10. 선고 2008노1841 판결)의 사실인정을 그대로 수긍하고 이를 전제로 하여 판단하였다. 또한 서울고등법원 2018. 8. 24. 선고 2018노1087 판결에서도 미래전략실 임원 “공소의 21, 공소의 88은 공소의 3에게 이 사건 합병 계획을 보고하고 공소의 3으로부터 승인을 받아 이 사건 합병을 추진하였다.”고 판시하여 그룹 부회장에 대해 보고하였다는 점이 인정되었다.

87) 서울고등법원 2016. 5. 30. 자 2016라20189, 20190(병합), 20192(병합) 결정.

S물산의 이사들은 위의 사정에 대하여 인식하였으며 그럼에도 불구하고 그룹 지배주주 일가의 기업승계를 위해 계획의 실행에 나갔다고 봄이 타당할 것이다.⁸⁸⁾ 더욱이 독립 법인이 아닌 계열사 간의 합병이라는 점은 배임의 고의를 인정하는 방향에서의 특수성으로 고려되어야 한다. 아울러 국내외 의결권 자문사의 합병비율 불공정성 지적이 있었으므로 배임행위 가능성에 대한 인식과 의사를 추단할 수 있으며, 국민연금 내부보고서와 보건복지부 장관의 개입, 국민연금 임원과 S그룹 임원의 회동을 증거법적으로 고려할 때,⁸⁹⁾ 이러한 사정들이 있는 경우 최소한 미필적 고의를 부정하기는 어렵다.

88) 서울고등법원 2018. 8. 24. 선고 2018노1087 판결에 의하면 “그룹 미래전략실 실장 및 차장은 관련사건 법정에서 “회장이 쓰러진 이후 공소의 3은 공소의 87의 후계자로서 △△그룹 경영 문제에 대하여 점차 영향력을 강화하고 있다. △△그룹의 중요 현안에 대하여는 공소의 3과 정보를 공유하고 있다.”라고 각 진술하였다. 미래전략실 전략팀장은 수사기관에서 “1996년 공소의 89 회사 전환사채 저가 발행사건은 공소의 3의 경영권 승계의 과정이었으나, 위 사건에 대한 무죄판결이 나오면서 사실상 그때 실질적인 경영권 승계가 완료되었고, 공소의 3의 경영권 승계는 회장에 취임하는 형식적 절차만 남았다.”라는 취지로 진술하였다.

89) 드러난 사실관계를 요약하면 다음과 같다. 보건복지부장관은 2015. 6. 하순경 보건복지부 연금정책국장으로부터 이 사건 합병의 진행 상황 등을 보고받고 “합병 건이 성사되었으면 좋겠다.”라는 취지로 말하였다. 이에 연금정책국장은 연금제정과장과 함께 국민연금공단 기금운용본부장 등에게 합병에 대하여 투자위원회에서 결정하라는 취지로 지시하였다. 이에 대하여 기금운용본부장은 반발하였으며, 기금운용본부 운용전략실장 등은 오히려 합병 사안은 기금운용의 독립성 확보를 위해 전문위원회에 부의하여야 한다는 입장을 연금정책국장 등에게 전달하였다. 그러자 연금제정과장은 합병 안건을 전문위원회로 부의하지 말라고 말하였고, 연금정책국장도 투자위원회에서 합병에 찬성해야 한다는 취지로 재차 지시하였다. 기금운용본부의 입장이 합병 안건을 전문위원회에 부의하는 것으로 확인되자, 보건복지부 장관은 연금정책국장 등과 함께 전문위원회에서 합병 안건을 찬성 의결시키는 방안을 모색하였다. 이에 소속 공무원 일부가 전문위원회 위원들의 찬반 성향을 파악하였는데, 전문위원회에서 표결할 경우 찬성 의결이 곤란할 것으로 확인되었다. 이에 보건복지부장관은 합병 안건을 투자위원회에서 결정하는 방안을 검토할 것을 지시하였으며 소속 직원들이 투자위원회에서 결정하겠다고 보고하자 이를 승인하였다. 이에 연금정책국장은 2015. 7. 8. 기금운용본부 담당자들을 보건복지부로 오게 하여 이 사건 합병 안건을 투자위원회에서 결정하라고 지시하였다. 기금운용본부장이 전문위원회 위원들을 설득이라도 하겠으니 전문위원회에 부의하여 처리하겠다고 하자, 연금정책국장은 “투자위원회에서 처리하는 것이 장관님의 의중이다.”라고 이야기하였다. 결국 기금운용본부장은 전문위원회 위원들을 설득하겠다는 종전의 입장을 반복하여 2015. 7. 9. 보건복지부에 이 사건 합병 안건을 전문위원회가 아닌 투자위원회에서 결정하겠다고 보고하였다(서울고등법원 2018. 8. 24. 선고 2018노1087 판결).

IV. 결론

상사법의 강화에도 불구하고 이익충돌의 위험이 큰 거래인 계열회사 사이의 내부 거래나 합병이 우리나라에서 폭넓게 행해지는 것은 이익충돌에 대한 법적 규제나 시장의 압력이 모두 약하기 때문이라는 점이 지적되고 있다.⁹⁰⁾ S물산과 C모직의 합병에서도 이 점은 여실히 드러났다. 교묘하게 자본시장법의 기계적 합병비율 규정을 준수한다면 조직력을 동원한 이익충돌거래를 방지할 수 없는 것이다. 기업의 지배구조 개편과 승계 앞에서는 자본시장법도 무력하다는 점이 실증된 것이다.

기업사회에서 기업의 부패와 타락은 기업의 효율과 사회 고용망 체계의 안전판이라는 미명 하에 범죄로 쉽게 인식되지 않는 맹점이 있다. 이러한 상황에서 은밀하게 행해지던 기업범죄를 그나마 통제해 온 수단이 배임죄였음을 부정할 수 없다. S물산과 C모직의 합병과정에서도 이러한 배임죄의 역할에 대한 고민이 제기될 수밖에 없다. 최근 S그룹은 준법감시위원회를 구성하였으며, 재판 중인 그룹 부회장은 대국민사과를 하였다. 그리고 S그룹의 4세 세습은 없다는 점도 명확히 하였다. S그룹의 지배구조 하에서 그룹승계를 위한 배임행위 논란이 끊이지 않았던 이유는 바로 외국에서는 보기 힘든 가업승계, 소유와 경영의 일체화였다. 배임죄의 확대 가능성이 기업의 지배구조 승계와 맞닿아 있는 상황에서 4세 승계를 하지 않겠다는 발언은 긍정적으로 이해될 수 있을 것이다.

그럼에도 피합병회사인 S물산의 이사들에게 업무상 배임죄가 인정된다면 그러한 행위를 지시한 자가 누구이든 공동정범 내지 교사범의 책임을 져야할 것이다.⁹¹⁾ 물론 자본시장법의 기계적 규정을 준수하였으므로 배임행위 자체가 문제되지 않는다고 할 수 있을 것이다. 대법원도 이러한 주장에 손을 들어줄 수도 있을 것이다. 안타깝지만 그런 상황이 온다면 자본시장법의 규정을 더욱 촘촘하게 정비할 수밖에 없

90) 김건식, 앞의 논문, 97면

91) 회장이나 부회장처럼 기업집단 내 최고이사결정권자에 대한 보고와 지시 없이 당해 기업의 이사들에 의해 독단적으로 합병이 이루어졌다면 그들을 최고 의사결정권자라고 할 수 없으며 그 결과 그들에 대한 처벌이 기업과 국가경제에 막대한 영향을 미친다는 논리는 성립하기 어렵다. 반대로 기업의 시스템이 작동하여 최고이사결정권자에 대한 보고가 있었다면 최고이사결정권자가 그룹 내 계열사의 합병에 지시·관여하였다고 봄이 경험칙에 부합할 것이다.

을 것이다. S그룹이 성공한다면 다른 기업들의 지배구조 승계를 위한 합병 작업들이 줄을 이을 것이기 때문이다. 이 점에서 계열회사 사이의 내부거래나 합병은 이익충돌의 위험이 큰 거래임에도 폭넓게 행해지는 것을 막기 위해서는 배임행위 판단을 철저하게 할 수밖에 없다.

참고문헌

국내문헌

- 김성돈, 형법각론(제6판), SKKU, 2020
- 김일수/서보학, 형법각론(제8판 증보판), 박영사, 2016
- 이상돈, 윤리경영과 형법, 신영사, 2005
- 정성근/박광민, 형법각론(전정판), SKKUP, 2013
- 김건식, “자기거래와 미국회사법의 절차적 접근방식”, 회사법연구 I, 소화, 2010
- _____, “삼성물산 합병 사례를 통해 본 우리 기업지배구조의 과제”, BFL, 서울대학교 금융법센터, 2015,
- 박 준/김건식/김우진/노혁준/송옥렬/이상훈, “삼성물산 합병의 회사법적 쟁점”, BFL 74권, 서울대학교 금융법센터, 2015
- 송종준, “會社法上 LBO의 背任罪 成否와 立法課題”, 증권법연구 제10권 제2호, 2009
- 성민섭, “전환사채의 저가발행에 대한 이사의 형사책임”, 국민대 법학논총 제23권 제2호, 2011
- 이승준, 합병형 차입매수(LBO)의 배임죄 성부 판단, 형사정책연구 제24권 제1호, 2013
- 윤영신, “동양그룹의 합병형 lbo와 배임죄”, BFL 제36호, 서울대 금융법센터, 2009
- _____, “전환사채의 저가발행에 대한 이사의 배임죄 성부”, 민사판례연구 29, 2007
- 장덕조, “전환사채의 저가발행과 회사의 손해, 그리고 주주의 손해”, 법조 제632호, 법조협회, 2009
- _____, “전환사채의 저가발행과 회사의 손해”, 법조 제55권 10호, 2006.10
- 조 국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계”, 형사법연구 제19권 제3호, 2007

- 설민수, “M&A의 한 방법으로서의 LBO에 대한 규제, 그 필요성과 방법, 그리고 문제점”, 사법논집 제45호, 2007
- 이종상, “이사의 책임과 배임죄에 대한 비판적 고찰”, BFL 제19호, 서울대 금융법센터, 2006
- 참여연대, 이재용 부당승계와 삼바 회계사기 사건에 관한 종합보고서, 2019

국외문헌

- Tiedemann, Wirtschafts - strafrecht BT, 3. Aufl., 2011
- Günther, Untreue im Wirtschaftsstrafrecht, in: Festschrift für Weber, 2004
- Kubiciel, Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit, NStZ 2005
- ISS, Samsung C&T: proposed merger with Cheil Industries, 2015

A Study on the breach of duty in the merger of S C & T and C Industries*

Lee, Seung-jun**

The crime of breach of duty implies the possibility of expanding due to the abstractness and comprehensiveness. There is also a criticism that the work of expanding to unethical management should be stopped. However, even if we recognize the fragmentation of the criminal law, it is necessary to protect essential values of community and realize legitimate laws against illegality. This is because arbitrary discrimination between legal situations should not exist. In this regard, the directors of S C&T and C Industries should not act in violation of their duties as the managers of each company. Despite of the strengthening of commercial law, widespread internal transactions and mergers between affiliates that are at high risk of conflict of interest are due to weak legal regulations or market pressure. This was evident in this merger case. If the mechanical merger ratio regulation provided in the Act on Capital Markets and Financial Investment Business is followed, it is impossible to prevent systematic profit conflict transactions.

The key to judging the breach of duty is whether or not the criminal act is denied if a merger complies with the merger standards under the Act on Capital Markets and Financial Investment Business Act and if it complies with the provisions of the disposal of treasury stocks under commercial law. It is thought that if the violation of the director's fidelity obligation is serious, for example, in the view of the purpose and content of the provisions of the Commercial Code, the purpose of the regulation is violated. If it causes damages against the principle of capital support

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea(NRF-2017S1A5A2A02067920).

** Professor of Chungbuk National University Law School

and impairs the fairness in terms of procedures and contents, it can be judged as a breach of duty. In this regard, directors of S C&T applied an unfair merger ratio to reduce the total number of new shares issued by the surviving company against the basic principle of the capital support. As a result, passive damage occurred. In addition, by disposing of treasury stocks in order to avoid special resolutions at the general shareholders' meeting, the fundamentals of the decision-making principles of the corporation were undermined. If so, the directors of the merged company have committed breach of duty.

❖ key words: S C & T, C Industries, merger ratio, fiduciary duty, breach of duty

이용대기상태의 휴대전화 위치정보 수사의 허용과 입법방향*

박희영**

부 | 모 | 오 | 약

가 가

가

가

가

(100a)

2006

2008

100g

100g 가

100g

2017

100g 1

가

가

가

* 이 논문은 2018년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2018S1A5A2A01036241).

** 법학박사, 독일 막스플랑크 국제형법연구소 연구원

가

가

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.06.30.2.73>

- ❖ 주제어 : 이용대기상태 휴대전화, 위치정보, 비밀 SMS 수사, 통신기지국, 가상기지국, 위치추적자료, 통신사실확인자료, 통신비밀, 개인정보자기결정권, 법관유보, IP추적(트래킹)

I. 머리말

오늘날 휴대전화 위치정보의 활용가치는 점점 더 높아지고 있다. 위치기반서비스를 이용한 상업적 활용은 휴대전화의 다양한 앱(app)을 통하여 시민들의 일상생활에 깊숙이 스며들어 부가가치를 창출하고 있으며 긴급구조에 활용되어 사람의 생명이나 신체를 보호하는데 중요한 역할을 하고 있다. 최근 코로나 사태로 인한 감염자의 위치추적은 위치정보의 중요성을 다시 한번 일깨워주고 있다. 이러한 위치정보들은 대부분 통신사실을 전제로 하고 있다. 만일 통신사실을 전제로 하지 않는 이용대기상태에 있는 휴대전화의 위치정보를 활용할 수 있다면 그 가치는 더욱 더 높아질 것이다. 특히 이러한 위치정보는 범죄 예방이나 수사에 적극적으로 활용될 수 있기 때문이다. 예를 들어 중대범죄의 혐의를 받는 자가 범행현장에 있었다는 의심이 가지만 증거가 없는 경우 범행 전후에 통신을 하였다면 통신사실확인자료(이하 ‘통화자료’)를 통해서 이를 확인할 수 있다. 하지만 통신을 하지 않았다면 통화자료를 통해서도 이를 확인할 수 없다. 이 경우 이용대기상태에 있는 휴대전화의 위치정보가 활용될 수 있다.

이용대기상태에 있는 휴대전화의 위치정보는 이동통신기술의 특성 때문에 실제로 통신이 행해지지 않더라도 생성된다. 휴대전화와 같은 이동통신기기는 통신이 가능한 상태를 항상 유지하기 위해서 가장 가까운 통신기지국과 자동으로 교신하기 때문이다. 이러한 위치정보를 이용대기상태에 있는 위치정보(stand by modus, sleeping mode) 또는 대기모드에 있는 위치정보라고 한다. 이러한 위치정보를 실시간으로 수집하면 휴대전화 소지자의 이동경로가 확인되어 감시 수단으로 이용될 수 있다. 특히 수사기관은 범죄자를 감시·추적하거나 체포하는 수단으로 이러한 위치정보를 수집할 수 있다.

현행 형사소송법에는 이러한 위치정보를 직접 수집할 수 있는 수사방법이 존재하지 않는다. 하지만 현행 통신비밀보호법(이하 ‘통비법’) 제13조의 ‘통화자료’ 제공요청에 근거해서 제공받을 수 있는지 의문이 제기된다. 헌법재판소는 2018년 6월 통비법 제13조의 헌법불합치 결정¹⁾에서 이 문제를 다룰 기회가 있었기 때문이다.

1) 헌재 2018.6.28., 2012헌마191, 550(병합) 결정.

이 글은 헌법재판소가 이러한 문제에 대해서 어떠한 입장을 취하고 있는지, 현재의 결정 이후 개정된 통비법 제13조는 이용대기상태의 위치정보 수사와 관련하여 어떠한 내용을 규정하고 있는지 검토한다(Ⅲ.). 헌법재판소 결정과 이로 인하여 개정된 통비법 관련 조항이 이와 같은 위치정보를 제공받을 법적 근거가 될 수 없다면, 이와 관련하여 오랫동안 논의가 되어왔고, 그 근거를 두고 있는 독일의 관련 법규와 이 조항의 국내법 이행의 계기가 된 유럽의 관련 법규를 검토한다(Ⅳ.). 이러한 비교법적 검토를 바탕으로 입법방향을 제시해 본다(Ⅴ.). 본 논의에 앞서서 휴대전화 위치정보의 이중적 성격과 수집방법을 먼저 검토한다(Ⅱ.).

II. 휴대전화 위치정보의 이중적 성격과 수집방법

1. 휴대전화 위치정보의 이중적 성격

위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률(이하 ‘위치정보법’)은 위치정보의 법적 개념을 “이동성이 있는 물건 또는 개인이 특정한 시간에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보로서 전기통신사업법에 따른 전기통신설비 및 전기통신회선설비(제2조 제2호 및 제3호)를 이용하여 수집된 것”(위치정보법 제2조 제1호)으로 정의하고 있다. 이러한 개념정의에 따르면 통신기지국은 전기통신설비에, 휴대전화는 이동성이 있는 물건에 포섭될 수 있으므로, 통신기지국에서 생성되는 휴대전화 위치정보는 위치정보법의 위치정보에 해당된다. 휴대전화의 위치정보는 정보주체의 통신자료²⁾와 결합하면 특정 개인의 위치를 쉽게 알 수 있으므로 개인위치정보가 된다(위치정보법 제2조 제2호).³⁾

2) 전기통신사업법 제83조 제3항 통신자료.

3) 위치정보는 사물위치정보와 개인위치정보로 구분할 수 있다. 개인은 전기통신설비 등과 연결되는 기기장치를 통해서만 자신의 위치정보를 전달할 수 있으므로 개인위치정보도 사물위치정보에 속한다. 따라서 사물위치정보가 개인과 밀접하게 연관되어 있는 경우에는 개인위치정보로, 그렇지 않은 경우에는 사물위치정보로 규범적으로 구별해야 한다. 따라서 개인이 현재 소지하고 있는 휴대전화의 위치를 파악하여 개인의 위치를 추론하는 경우에는 개인위치정보이다(오병철, 위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률의 구체적 해석론과 개선방안, 연세법학 제29호, 2017.6, 13면).

이처럼 위치정보는 정보주체의 현재 위치와 이동상황을 제공한다는 점에서 민감한 개인정보에 해당된다.⁴⁾ 이것은 위치정보가 헌법상 개인정보자기결정권과 관련된다는 것을 의미한다. 따라서 위치정보의 수집, 이용 및 제공은 개인정보자기결정권을 제한하므로, 위치정보법은 이러한 처리에 대해서 기본적으로 정보주체의 동의를 요구하고 있다(동법 제15조). 하지만 긴급구조요청이나 경찰관서의 요청 그리고 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 정보주체의 동의없이 위치정보가 수집, 이용 및 제공될 수 있다(위치정보법 제29조).

정보주체의 동의없이 제공될 수 있는 특별한 규정을 두고 있는 법률 중 하나가 통신비밀보호법이다.⁵⁾ 통비법의 통화자료는 정보통신망에서 처리되는 개인정보이며⁶⁾, 여기에는 두 가지 위치정보가 포함되어 있다. 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료(통비법 제2조 제11호 바목)와 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료(통비법 제2조 제11호 사목)가 그것이다. 전자는 통신이 행해진 경우 통신기지국을 통해서 생성되는 휴대전화의 위치정보를 의미하고, 후자는 인터넷에 접속한 정보통신기기의 위치정보와 관련이 있다.

통비법의 통화자료는 통신내용과 함께 통신의 비밀로서 보호된다. 따라서 수사가

4) 김봉수, 위치정보의 보호를 위한 형법적 고찰, 법학논총 제32집 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2012, 274-275면; 이주호, 위치추적 수사제도의 개선방안에 관한 연구, 동국대학교 박사학위논문, 2019, 10면.

5) 정보주체의 동의없이 전기통신사업자를 통해서 위치정보를 제공받는 것은 허용될 수 없다는 견해(황종수, 스마트폰 수사의 문제점 및 개선방안에 관한 연구, 전북대학교대학원 박사학위논문, 2018.2, 181면)가 있다. 위치정보법 제15조 제1항에서 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 예외를 허용하고 있다는 점, 통화자료는 통비법 제13조에 의해서 정보주체의 동의와 관계없이 제공받을 수 있는 수사절차상 비밀 강제처분이라는 점에서 수용하기 어려워 보인다.

6) 통화자료는 개인정보가 아니라는 견해(정준현, 위치인식 및 통신사실확인자료 등의 개인정보여부에 관한 소고, 토지공법연구 제24집, 한국토지공법학회, 2004, 502면 이하; 김재윤, 검사의 독점적 영장청구권과 통신사실 확인자료 요청허가청구권, 비교형사법연구 제16권 제2호, 한국비교형사법학회, 2014, 10면)가 있다. 하지만 전기통신사업법의 통신자료와 결합하면 쉽게 식별이 가능하므로 개인정보에 해당된다. 이러한 해석은 개인위치정보의 개념에서도 도출된다. 비교법적으로도 유럽의 경우 통화자료는 특별한 개인정보로서 전자통신 개인정보보호지침(2002/58/EC)에 의해서 보호되고 있다.

관이 통화자료를 수집하기 위해서는 통비법 제13조의 요건을 갖추어야 한다. 즉 수사기관은 수사를 위해 필요한 경우 전기통신사업자에게 이의 제공을 요청하여 수집할 수 있다. 통비법 제13조의 통화자료 제공요청은 정보주체가 이러한 사실을 알 수 없다는 점에서 비밀 강제처분에 해당된다. 이처럼 위치정보를 포함한 통화자료는 통신의 비밀과 개인정보자기결정권이 함께 관련되고, 통신과 관련없는 위치정보는 개인정보자기결정권만 관련된다. 따라서 양자는 성격이 다르므로⁷⁾ 규범적으로 구분되어야 한다.

2. 구별되어야 할 위치정보 수집방법

수사기관은 정보통신기기의 위치정보를 직접 수집할 수도 있고 전기통신사업자에게 제공을 요청하여 간접 수집할 수도 있다. 전자의 예로는 가상기지국을 설치하여 특정인의 위치를 찾는 방법이 있고, 후자의 예로는 전기통신사업자에게 통신사 실확인자료를 요청하여 제공받는 방법이 대표적이다. 아래에서는 독일 형사소송법(이하 ‘형소법’)과 우리 통비법을 참조하여 이용대기상태의 위치정보의 수집과 구별되는 위치정보 수집방법들⁸⁾을 간략하게 개관해 본다.

가. 통신사실확인자료 제공 요청

정보주체의 통신시점을 기준으로 위치정보는 과거, 실시간, 장래 위치정보로 구별될 수 있다. ‘과거 위치정보’는 정보주체가 통신한 후 전기통신사업자에게 보관되어 있는 정보를 말한다. ‘실시간 위치정보’는 통신이 현재 진행 중이어서 아직 전기통신사업자에게 보관되지 않은 위치정보를 말한다. 예를 들어 통화 중이거나 이메

7) 동일한 견해로는 이원상, 형사사법에 있어 개인위치정보에 대한 고찰, 형사정책연구 제23권 제2호(통권 제90호), 2012·여름, 125면.

8) 독일 형사소송법상 휴대전화의 위치정보를 수집하는 다양한 방법을 다루고 있는 문헌으로는, Ruhmannseder, Strafprozessuale Zulässigkeit von Standortermittlungen im Mobilfunkverkehr, JA 2007, Heft 11, S.47-55. 다만, 이 문헌은 2008년 1월 1일부터 발효된 형사소송법의 규정들(특히 트래픽데이터의 수집에 관한 조항인 제100g조)과 통신이 없는 경우의 통신기지국 수사는 반영되어 있지 않다.

일 전송 중인 통화자료가 여기에 해당된다. ‘장래 위치정보’는 법원의 허가장을 받은 특정 시점 이후에 생성될 위치정보를 말한다. 일반적으로 장래의 위치정보는 허가장에 특정된 시점이 되면 실시간으로 수집될 수 있다. 과거, 실시간, 장래의 위치정보는 정보주체의 ‘통신사실’을 전제로 하므로, 현행 통비법 제13조를 통해서 수집될 수 있다. 한편, 독일의 경우 2008년 1월 1일 이전의 형소법 제100g조는 우리와 같이 요청하도록 규정하고 있었으나, 그 이후 발효된 형소법 제100g조는 수사기관이 트래픽데이터⁹⁾를 직접 수집할 수 있도록 규정하고 있다.¹⁰⁾ 수사기관의 직접 수집 권한을 둔 것은 정보통신기술의 발전을 수용한 것이다. 예를 들어 IP 추적(트래킹)¹¹⁾과 같이 소프트웨어를 이용하여 전기통신사업자의 협력이 없더라도 일정한 위치정보를 수집할 수 있기 때문이다.

나. 순수한 이용대기상태의 위치정보 수집방법

휴대전화와 같은 정보통신기기는 통신이 가능한 이용대기상태를 유지하기 위해서 가장 가까운 통신기지국과 항상 교신을 하게 되므로 정보주체가 실제로 통신을 하지 않더라도 위치정보가 자동적으로 생성된다.¹²⁾ 따라서 수사기관이 대상자의 휴대전화의 번호(IMSI)를 알고 있고, 그 휴대전화가 켜져 있어서 송수신을 할 수 있는 이용대기상태에 있는 경우, 수사기관은 이동통신사업자에게 위치정보를 요청하여 제공받을 가능성이 있다. 그리하여 특정 시간 특정 기지국에서 대상자가 얼마 동안 체류하였고, 어느 기지국으로 이동하였는지의 위치정보가 수집되어 이동프로파일이 작성될 수 있다. 하지만 이동통신사업자는 이러한 위치정보를 저장하여 보관할 법

9) 트래픽데이터는 통신과 관련하여 생성되는 데이터로서 우리 통비법의 ‘통화자료’와 동일한 기능을 하므로 비록 그 유형은 다르지만 이 글에서는 같은 의미로 사용한다. 이와 관련한 내용은 아래 IV. 4. 나. 2008년 형소법 제100g조 참조.

10) 이에 대한 자세한 논의는 민영성·박희영, 통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향, 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호), 2017·겨울 참조.

11) IP추적의 법적 문제에 대해서는 민영성·박희영, 독일에서 위치추적 수사방법으로서 IP트래킹의 허용근거에 대한 논의와 그 시사점, 형사정책연구 제28권 제2호(통권 제110호), 2017 · 여름, 257-285 참조.

12) 통신하지 않은 경우 생성되는 위치정보 수집 방법에 대한 간단한 소개는 박희영, 휴대전화 위치정보 수집을 위한 ‘비밀 SMS 수사’(Stille SMS)의 허용과 입법방향, 법학연구, 제61권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2020.5, 140-141면 참조.

적 의무는 없다. 통비법은 통신이 실제로 행해진 경우에만 전기통신사업자에게 보관할 의무를 부여하고 있기 때문이다(통비법 제15조의 2 제2항 및 동법 시행령 제41조).

다. 비밀 SMS 수사를 통한 수집방법

위치정보는 소위 ‘stealth ping’ 기능을 이용한 비밀 SMS 수사를 통해서도 수집될 수 있다.¹³⁾ 수사기관이 휴대전화나 컴퓨터 프로그램¹⁴⁾을 통해서 대상자의 휴대전화로 문자를 전송하면 휴대전화가 이용대기상태에 있는 경우 문자를 수신한 후 이동통신사업자에게 자신의 위치정보를 전달한다. 그리하여 이 위치정보는 ‘통화자료’로 인식되어 이동통신사업자에게 보관되고 다시 수사기관에게 전달된다. 이러한 위치정보가 실시간으로 전달되면 대상자의 이동프로파일이 생성될 수 있다. 하지만 휴대전화 소지자는 이러한 문자메시지가 자신의 휴대전화에 표시되지 않기 때문에 이러한 데이터의 전달과정을 전혀 인식하지 못한다. 이러한 점에서 비밀 SMS 수사라고 한다. 이용대기상태의 위치정보 수집과 같이 이 경우에도 대상자의 휴대전화 번호를 알고 있어야 한다. 하지만 비밀 SMS 수사의 경우 문자발송이라는 수사기관의 일방적인 통신행위가 존재한다. 이 경우 생성되는 휴대전화의 위치는 이용대기상태의 위치정보 수집보다 훨씬 더 정확하다. 이러한 조치가 장기간 반복적으로 행해지면 이로부터 작성된 이동프로파일은 매우 정확하여 증거수집이나 대상자의 감시, 관찰, 추적, 체포의 목적으로 수사기관에게 중요한 수단이 될 수 있다.

이러한 위치정보 수집방법이 우리의 통비법이나 형소법에서 허용되는지 문제가 된다. 2018년 6월 통비법 제13조의 헌법불합치 결정¹⁵⁾에서 이 문제를 다룰 기회가 있었으나 헌법재판소는 이를 다루지 않았다. 비밀 SMS 수사를 통한 수집방법은 비밀 SMS 전송과 위치정보 요청으로 구분된다. 특히 비밀 SMS 전송으로 수사기관이 트래픽데이터를 생성하는 적극적인 행위가 요구되므로 수동적으로 통화자료를 요

13) 이에 대한 자세한 소개는, 박희영, 앞의 논문(각주 12), 141면.

14) 예를 들어 SMS Blaster, SmartSMS 등이 있다. 이들 프로그램은 세어웨어여서 인터넷에서 누구나 쉽게 구입하여 이용할 수 있다.

15) 헌재 2018.6.28., 2012헌마191, 550(병합) 결정.

청하는 통비법 제13조의 통신사실확인자료 제공 요청 조항은 이를 포섭할 수 없다. 따라서 이러한 위치정보 수집방법은 현재 우리의 법적 상황에서는 허용되지 않는다.¹⁶⁾ 한편 독일의 경우 연방대법원 판례에 따르면 비밀 SMS 전송은 형소법 제100i조 제1항 제2호, 트래픽데이터 요청조항은 제100g조 제1항과 제2항이 적용된다고 한다. 하지만 비밀 SMS 수사를 통한 수집방법에 두 가지 조항이 함께 적용되는 것이 적법한지 비판이 제기되고 있다.¹⁷⁾

라. 가상기지국을 이용한 수집방법

수사 대상자가 체류하고 있는 통신기지국이 확인되더라도 통신기지국의 관할 범위가 너무 넓어서 구체적인 위치를 특정할 수 없는 경우에는 순수한 이용대기상태의 위치정보 수집방법이나 비밀 SMS 수사는 그 목적을 달성하기 어렵다. 이러한 경우에 이동식 가상기지국(IMSI Catcher)¹⁸⁾을 설치하여 위치정보를 수집하는 방법이 위력을 발휘할 수 있다.¹⁹⁾ 통신사업자의 통신기지국은 인구밀도에 따라서 설치되어 운영된다. 도심지와 같이 인구밀도가 높아 휴대전화 이용자가 많은 경우에는 상대적으로 많은 기지국이 설치되어 기지국 사이의 간격이 수십 미터에서 수백 미터 내외이다. 하지만 인구밀도가 높지 않은 농어촌 지역이나 산간지역에서는 기지국 사이의 간격이 수십 킬로미터에 이르거나 아예 설치되지 않는 곳도 있다. 범죄자가 이러한 기지국 내에 있거나 기지국이 없는 곳에 있다 하더라도 수사기관이 직접 가상기지국을 설치하여 대상자의 위치정보를 확보할 수 있다. 이 방법은 또한 도심 지역의 지하건물이나 복잡한 건물 내에서 통신기지국이나 GPS의 신호가 약하거나 신호범위를 벗어나 있는 경우에도 대상자의 위치를 추적하는데 적극적으로 활용된다. 이러한 수사방법의 입법례로는 독일 형소법 제100i조를 들 수 있으며, 연방헌법

16) 현행법에 따른 비밀 SMS 수사의 허용 여부와 입법 방향에 대해서는 박희영, 앞의 논문(각주 12), 142-146면, 153-159면 참조.

17) 이에 대한 자세한 설명은, 박희영, 앞의 논문(각주 12), 147-153면 참조.

18) international mobile subscriber identity catcher의 약자이다.

19) 가상기지국의 기술적 이해와 법적인 문제에 대해서는 박희영, IMSI 및 IMEI와 휴대전화의 위치 확보의 합헌성 여부, - 독일 연방헌법재판소의 IMSI-Catcher의 설치에 대한 결정 -, 법제, 2009.11, 64-69면 참조.

재판소는 이를 합헌으로 보았다.²⁰⁾ 하지만 우리 형소법이나 통비법은 이러한 수사 방법을 규정하고 있지 않다.

마. 통신이 없는 경우의 통신기지국 수사

원래 통신기지국수사는 특정 기지국 내에서 발생한 범죄와 관련하여 혐의자를 특정할 수 없을 때 범죄 발생 전후에 이 기지국 내에서 ‘통신이 행해진’ 모든 통신기기 소지자를 대상으로 혐의자를 찾아내는 것을 말한다.²¹⁾ 이 통신기지국 수사는 범죄가 발생한 기지국 내에서 혐의자가 ‘통신을 하지 않은 경우에는’ 혐의자의 위치정보를 확보할 수 없다. 따라서 특정 기지국 내에서 ‘통신 여부와 상관없이’ 누가 이 기지국 내에서 체류하였는지를 확인하는 방법이 필요하다. 이것이 바로 체류자 확인을 위한 통신기지국의 위치정보 수사이다. 하지만 전기통신사업자는 이러한 위치정보를 보관할 의무가 없으므로 일반적으로 2-3일 이내에 삭제된다.²²⁾ 이 방법은 대상자가 특정되어 있지 않다는 점에서 대상자와 무관한 제삼자의 기본권이 침해될 우려가 있다. 현행 형소법이나 통비법은 이러한 수사방법을 규정하고 있지 않다.

바. 소결

휴대전화 위치정보는 통신사실이 있는 경우와 통신사실이 없는 경우에도 수집될 수 있다. 전자의 경우 통비법 제13조에 따라서 수집이 가능하지만, 후자의 경우에도 수집이 가능한지 명확하지 않다. 우선 가상기지국을 이용한 수집방법과 통신이 없는 경우의 통신기지국 수사는 통비법이나 형소법에 포섭될 수 없다는 점은 명확해 보인다. 순수한 이용대기상태의 위치정보 수집과 비밀 SMS 수사는 이미 언급한 바와 같이 2018년 통비법 제13조의 헌법불합치결정에서 다룰 기회가 있었으나 헌법재판소는 이를 심사하지 않았다. 하지만 비밀 SMS 수사는 허용되지 않는다고 봐야

20) 박희영·홍성기, 휴대전화 위치파악과 통신의 비밀, 독일연방헌법재판소판례연구 I 정보기본권, 한국학술정보, 2010, 165-193면 참조; 박희영, 앞의 글 (각주 19), 70-84 참조.

21) 헌법재판소는 통비법 제13조가 이러한 기지국 수사의 법적 근거라고 보고 있다(헌재 2018.6.28., 2012헌마538 결정).

22) Vgl. Bär, BeckOK StPO, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 100g Rn. 44.

한다.²³⁾ 아래에서는 이용대기상태의 위치정보 수집방법이 법적으로 허용되는지 검토한다.

Ⅲ. 이용대기상태의 위치정보 수사의 허용 여부

1. 문제의 소재

2018년 통비법 제13조의 통화자료 제공요청 조항의 헌법불합치결정²⁴⁾과 관련하여 청구인들은 “교신될 때 뿐 아니라 대기모드의 경우에도 매 10분 또는 30분 간격으로 자동으로 휴대폰 SMS를 통하여 단말기 위치를 확인하는 방식으로 ‘실시간 위치추적’을 할 수 있어, 수사기관에 의한 ‘미행과 감시수단’으로 이용되고 있다”고 주장하였다. 청구인들이 주장하는 대기모드의 경우 수집되는 위치정보가 순수한 이용대기상태의 위치정보인지 비밀 SMS 수사에 따라 수집된 위치정보인지 의문이 제기된다. 이와 관련하여 2017년 7월 헌법재판소 공개변론에서 법무부장관은, “위치정보 추적자료는 통신기기와 통신기지국 사이의 교신사실을 확인하는 것에 불과하여 기본권 제한의 정도가 낮다”는 의견을 제시하였다. 법무부 장관의 의견은 양자를 구별하지 않는 것으로 보인다, 이와 달리 일부 문헌에서는 이용대기상태의 위치정보도 수사기관이 요청할 수 있는 것으로 해석하고 있다.²⁵⁾ 따라서 이용대기상태의 위치정보가 현행법에 근거하여 수집될 수 있는지 검토한다.

2. 통신비밀보호법 제13조

가. 내용 분석

통비법 제13조에 따르면 수사기관은 수사를 위하여 필요한 경우 휴대전화의 위

23) 이에 대한 상세한 논증은, 박희영, 앞의 논문(각주 12), 142-146면.

24) 헌재 2018.6.28., 2012헌마191, 550(병합) 결정.

25) 이호중, 통신사실확인자료 제공 제도의 문제점과 개선방향, 경찰법연구 제17권 제1호, 2019, 39-40면.

치정보를 포함한 통화자료를 전기통신사업자에게 요청할 수 있다. 전기통신사업자는 통비법 제15조의2에 따라 통화자료를 보관해야 하고 요청에 따라 제공해야 될 협조 의무가 있기 때문에 과거의 위치정보를 제공하는 것은 명확하다. 하지만 실시간 또는 장래의 통화자료가 제공될 수 있는지 그리고 이용대기상태의 위치정보도 제공될 수 있는지 통비법은 명확하게 규정하지 않아 그 동안 논란이 있었다.

논란의 계기가 된 것은 2005년 11월 정보통신부의 ‘통신사실확인자료제공업무 처리지침’으로 보인다. 이에 따르면 ‘장래’의 발신 및 착신 전화번호 추적도 통화자료의 제공에 포함되어 있었다. 이 지침에 따라서 휴대전화의 장래 위치정보가 제공될 수 있었다. 장래의 위치정보가 제공될 수 있다는 것은 장래의 특정 시점이 도래하면 위치정보가 실시간으로 제공될 수도 있다는 것으로 이해된다. 하지만 그동안 통비법 제2조 제11호 바목과 사목 그리고 제13조의 해석상 장래 또는 실시간 위치정보의 제공은 명확하지 않다는 견해가 지배적이었다.²⁶⁾ 이러한 지배적 견해와는 달리 헌법재판소는, 뒤에서 검토하는 바와 같이²⁷⁾, 동법 제13조의 헌법불합치 결정에서 실시간 또는 장래의 위치정보의 수집 자체는 판단하지 않았다. 오히려 비례성 원칙의 관점에서만 심사함으로써 실시간 또는 장래의 위치정보 제공 요청 자체는 가능한 것으로 보았다. 앞서 언급한 것처럼 과거, 실시간, 장래의 위치정보는 ‘정보주체의 통신사실’을 전제로 하기 때문에 이러한 해석은 수용할 수 있다. 하지만 수사절차에서 비밀 강제처분 규정의 법률유보원칙이나 명확성원칙을 고려하면 통비법에서 실시간 또는 장래의 위치정보도 제공될 수 있다는 법문언을 두는 것이 타당하다.

헌법재판소의 헌법불합치 결정에 따라 입법자는 2019년 통비법 개정을 통하여 두가지 위치정보의 경우 보충성 조항을 추가하였다. 통비법 제13조 제2항은 두가지 위치정보(제1호)와 특정한 기지국에 대한 통화자료(제2호)를 요청하는 요건을 정하고 있다. 이에 따르면 수사기관은 다른 방법으로는 범죄의 실행을 저지하기 어렵거

26) 민영성·박희영, 앞의 논문(각주 10), 224-225면; 정애령, 독일 통신데이터저장제도(Vorratsdatenspeicherung)의 비판적 고찰, - 유럽연합지침과 독일의 통신데이터저장제도 재도입 법률을 중심으로 -, 공법연구 제45집 제3호, 2017.2, 126면; 조기영, 최근 주요 쟁점과 관련한 통비법 개정방향, - 휴대전화 감청, 패킷감청, 기지국수사, GPS위치정보 추적을 중심으로 -, 형사법연구 제26권 제4호, 2014.12, 132면.

27) III.3.다. 검토.

나 범인의 발견·확보 또는 증거의 수집·보전이 어려운 경우에만 전기통신사업자에게 이들 자료의 제공을 요청할 수 있다. 하지만 범죄가 특정되어 있지 않고 모든 범죄를 대상으로 하고 있는 점은 이전과 동일하다. 나아가서 통신감청대상범죄나 전기통신을 수단으로 하는 범죄에 대한 통화자료가 필요한 경우에는 이러한 보충성 요건이 필요하지 않다. 즉 수사를 위해서 필요한 경우에는 이의 제공을 요청할 수 있다. 이점 역시 이전과 동일하다. 위치정보의 실시간 추적과 통신기지국 수사를 명문화했다는 점과 통신감청대상범죄와 전기통신수단범죄를 제외한 경우 보충성 요건이 추가되었다는 것이 개정 규정의 중요 내용이다.

이에 반하여 정보주체의 통신사실 없이 생성되는 이용대기상태의 위치정보가 동법 제13조에 의해서 제공될 수 있는지에 대해서는 조문 자체에서 명확하게 드러나 있지 않다. 하지만 휴대전화와 통신기지국 사이에 주고 받는 교신을 통신으로 보게 되면 이러한 위치정보도 제공될 가능성이 있다. 또한 통비법 제2조 제11호 바목의 위치정보의 문언에서 그러한 해석이 나올 수도 있다는 견해도 존재한다.²⁸⁾ 즉 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료에서, ‘정보통신망에 접속된’이란 문언은 정보주체가 통신을 하지 않은 경우에도 정보통신기기(및 그 이용자)의 위치정보가 생성·저장된 것을 의미한다고 보기 때문이다.

나. 검토

이용대기상태의 위치정보가 통비법 제13조에 따라서 제공되기 위해서는 통화자료에 해당되어야 한다. 통화자료는 통신사실이 있어야 생성된다. 따라서 이용대기상태에 있는 위치정보를 생성하는 휴대전화와 통신기지국 사이의 교신이 통비법의 전기통신의 개념에 포섭되는지 검토되어야 한다.

통비법에 따르면 전기통신이란 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음성·문헌·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다(동법 제2조 제3호). 이 개념정의는 순수한 기술적인 측면에서 파악한 형식적인 전기통신

28) 이호중, 앞의 논문(각주 25), 39면.

을 의미한다. 따라서 통신기기 사이의 교신은 이 개념에 포섭될 수 있다. 하지만 통신비밀이 보장되는 전기통신은 당사자의 통신행위가 전제되는 실질적인 개념이어야 한다. 즉 ‘비공개적이고 쌍방향적인 의사 교환’이 있어야 한다.²⁹⁾ 전기통신의 개념에서 ‘모든 종류의 음성·문언·부호 또는 영상’은 통신내용으로 이해되고, 이를 송신하거나 수신하는 주체가 전제되어 있다. 동조 제4호에서 이러한 주체를 “당사자”로 표현하고 있고, 이는 전기통신의 송신인과 수신인을 의미한다. 그러므로 사람의 의사가 개입하지 않는 휴대전화와 통신기지국 사이의 교신은 통신비밀이 보장되는 전기통신이 아니다. 따라서 정보통신망에 ‘접속된’이란 문언은 정보주체가 실제로 통신을 한 경우 접속된 경우만을 의미하고, 이와 달리 정보주체가 통신을 하지 않은 경우는 포함되지 않는다고 해석하는 것이 타당하다.

또한 휴대전화의 이용대기상태는 실제 통신을 하기 위해 기술적으로 불가피하기 때문에 양자가 결합된 것으로 본다면 통신으로 볼 가능성도 있다. 즉 휴대전화가 대기상태에 있지 않게 되면 통신이 불가능하기 때문에 이용대기상태도 전기통신의 범위에 포함되어야 한다는 것이다. 하지만 실제 통화가 이루어지지 않았는데도 이러한 해석이 타당한 지는 의문이다. 왜냐하면 통비법의 통화자료는 통신사실을 전제로 하고 있을 뿐 아니라, 전기통신감청은 통신의 시작 시점에서 종료 시점까지만 적용되기 때문이다. 만일 이용대기상태의 시점까지 전기통신의 범위를 확대하게 되면 감청의 범위도 확대되어 소위 암호통신감청이나 비밀 온라인 수색과의 구별을 어렵게 할 수도 있다. 따라서 통신의 준비상태에 있는 이용대기상태의 위치정보는 통화자료에 해당된다고 보기 어렵다고 판단된다.

3. 헌법재판소의 헌법불합치 결정

가. 청구인들의 주장

청구인들은 부산 00조선소 근로자를 정리해고한 것에 항의하여 크레인 점거 농성 중이던 000 등을 응원하고자 2011. 6. 11.부터 2011. 10. 9. 사이에 희망버스

29) 헌재 2001.3.21. 2000헌바25 결정.

집회를 개최하여 집회 및 시위에 관한 법률 위반 등 혐의로 기소된 사람들이다. 청구인들은 집회 및 시위에 관한 법률 위반 등의 혐의를 받고 있는 집회를 개최한 이후 수사기관이 2011.12.22.경부터 2012.4.4. 경 사이에 생성된 청구인들의 통화자료를 법원의 허가를 받아 전기통신사업자에게 요청하여 제공받았다고 한다. 청구인들의 헌법소원심판청구서에 따르면 “교신될 때 뿐 아니라 대기모드의 경우에도 매 10분 또는 30분 간격으로 자동으로 휴대폰 SMS를 통하여 단말기 위치를 확인하는 방식으로 ‘실시간 위치추적’을 할 수 있어, 수사기관에 의한 ‘미행과 감시수단’으로 이용되고 있다”고 주장하였다. 그리하여 청구인들은 이러한 통화자료를 수사기관에게 제공하도록 한 통비법 제13조가 자신들의 통신의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등을 침해한다고 주장하였다.

나. 헌법재판소 결정의 주요 내용

헌법재판소는 이러한 주장에 대하여 통비법 제13조의 요청조항이 위치정보 추적자료의 인적·시적 범위를 제한하고 있지 않아 명확성원칙에 위배되며 요청조항의 내용이 광범위하여 정보주체의 기본권을 과도하게 제한한다고 보아 과잉금지원칙도 위반한다고 판단하였다.³⁰⁾

또한 위치정보 추적자료를 시간의 경과와 함께 계속적으로 변화하는 동적 정보이자 전자적(디지털 형태)으로 저장된 통화자료라고 정의하면서, 이러한 위치정보 추적자료는 정보주체인 ‘전기통신가입자가 이동전화 등을 사용하는 때’에 필연적으로 생성되는 것이라고 밝히고 있다. 특히, 실시간 위치정보 추적자료는 정보주체의 현재 위치와 이동상황을 제공한다는 점에서, 비록 내용적 정보는 아니지만 충분한 보호가 필요한 민감한 정보에 해당할 수 있다고 보았다. 따라서 이러한 정보는 개인의 사적 생활의 비밀과 자유에 관한 것이 될 수 있으므로, 수사기관에 제공될 경우 정보주체에 대한 통신의 자유 및 개인정보자기결정권의 침해로 연결될 수 있다고 보았다.

30) 헌재 2018. 6. 28. 2012헌마191, 550(병합), 2014헌마357(병합) 결정.

다. 검토

헌법재판소에 따르면 위치정보 추적자료는 정보주체인 ‘전기통신가입자가 이동 전화 등을 사용하는 때’에 필연적으로 생성되는 것이라고 한 점에서, 위치정보는 ‘정보주체의 통신행위’를 전제로 하여 생성되는 것임을 분명히 한 것으로 보인다. 다시 말하면 청구인들이 주장한 “교신될 때” 생성된 위치정보라는 것이다. 여기서 “교신될 때”란 청구인들이 직접 통신을 한 경우로 이해되므로 통비법 제13조에 따른 적법한 제공행위이다. 또한 헌법재판소가 “위치정보가 수사기관에 제공될 경우 통신의 자유와 개인정보자기결정권이 침해될 수 있다”고 한 점에서 더욱 분명해진다. 즉 통신으로 생성된 위치정보는, 앞서 검토한, 통신의 비밀과 개인정보자기결정권을 동시에 갖는 이중적 성격을 표현한 것이다.

하지만 청구인들이 문제로 제기한 다른 위치정보 수집방법을 헌법재판소가 충분히 심사를 했는지 의문이다. 청구인들은 “대기모드의 경우에도 매 10분 또는 30분 간격으로 자동으로 휴대폰 SMS를 통하여 단말기 위치를 확인하는 방식으로 실시간 위치추적을 할 수 있다”고 주장하였다. 여기서 “휴대폰 SMS를 통하여”라는 표현에 주목해야 한다. 이것은 앞서 살펴 본 위치정보의 수집방법 중 ‘비밀 SMS 수사’를 의미하기 때문이다. 따라서 수사기관이 특정기지국에서 이용대기상태에 있는 청구인들의 휴대전화에 일정한 간격으로 비밀 SMS를 전송하여 생성되는 위치정보를 전기통신사업자로부터 제공받았다는 것을 알 수 있다.

하지만 헌법재판소가 비밀 SMS 수사로 생성된 위치정보도 통확자료에 포함시켜서 판단했을 가능성도 배제할 수 없다. 왜냐하면 앞서 언급한 바와 같이 수사기관이 비밀 SMS를 청구인들의 휴대전화로 전송하여 실제로 통신이 행해져서 통확자료가 생성되어 전기통신사업자의 서버에 보관되고, 이러한 통확자료는 수사기관이 통비법 제13조에 따라 요청할 수 있기 때문이다. 수사기관과 청구인들의 휴대전화 사이에 실제로 통신이 존재하였기 때문에 실시간 수집의 경우에도 마찬가지다. 만일 헌법재판소가 이러한 판단을 하였다면 이는 수용하기 어렵다. 수사기관은 통비법 제13조에 따라서 대상자의 통신사실을 전제로 하여 전기통신사업자의 서버에 보관되어 있거나 보관되기 이전 상태에 있는 통확자료를 소극적으로 요청할 수 있을 뿐이다. 이와 달리 비밀 SMS 수사의 경우에는 수사기관이 비밀 SMS를 전송하는 적극

적인 통신행위가 존재한다. 이러한 행위는 통비법 제13조에서 도출될 수 없다.³¹⁾ 전기통신사업자의 수중에 있는 통화자료를 소극적으로 요청하는 것과 수사기관이 적극적으로 통화자료를 생성하여 요청하는 것은 그 성질이나 기본권 침해의 강도가 다르다. 그렇기 때문에 양자는 규범적으로 구별되어야 한다. 만일 헌법재판소가 양자를 동일한 것으로 판단하였다면, 이는 비밀 SMS 수사의 본질을 간과한 것이다. 이러한 해석은 허용범위를 넘어 입법행위에 해당하는 것으로 허용될 수 없다.

청구인들이 주장한 위치정보의 수집방법은 순수하게 이용대기상태에 있는 휴대전화의 위치정보를 수집하는 방법이 아니라, 비밀 SMS 수사에 따른 위치정보의 수집방법이다. 따라서 헌법재판소의 헌법불합치결정에서 이용대기상태에 있는 휴대전화의 위치정보를 수집하는 근거는 도출될 수 없다.

4. 소결

통비법 제13조의 해석이나 헌법재판소의 결정을 통해서 수사기관이 이용대기상태의 위치정보를 전기통신사업자에게 제공하도록 요청할 수 있는 근거는 도출될 수 없다. 만일 수사실무에서 통비법 제13조에 근거하여 이용대기상태의 위치정보를 요청하여 수집하고 있다면, 이것은 허용되지 않는다. 이를 위해서는 입법이 필요하다.

Ⅳ. 독일의 법적 논의 상황

1. 문제의 소재

독일에서도 수사기관이 전기통신사업자에게 이용대기상태의 위치정보를 요청할 수 있는지에 대하여 20여년 전부터 논의가 있었다. 문헌에서 이 문제를 처음으로 소개하고 있는 판례는 1997년 도르트문트 지방법원의 결정³²⁾이다. 이 사안에서 도

31) 이에 대해 상세한 내용은 박희영, 앞의 논문 (각주 12), 145-146면.

르트문트 구법원이 중강도 협박죄의 혐의를 받고 있는 피의자에 대해서 휴대전화 감청명령을 내리면서 통신을 하지 않은 경우에도 이 자의 소재지와 휴대전화 위치 정보를 제공하도록 전기통신사업자에게 명령을 내린 것이 문제되었다. 피의자는 이러한 감청명령에 대해서 항고를 제기했지만 기각되었다. 그리하여 이용대기상태의 휴대전화의 위치정보를 수집할 수 있는 법적 근거가 무엇인지에 대하여 본격적인 논의가 시작되었다.

우선 통신접속데이터를 제공하도록 규정한 형소법 제100g조는 처음부터 법적 근거에서 배제되었다. 이용대기상태의 위치정보는 통신접속데이터의 제공 요청 조항인 개정 전 형소법 제100g조(요건)와 제100h조(절차)에 근거해서는 가능하지 않았다. 제100g조에서 통신접속데이터만 제공될 수 있다³³⁾고 명확히 밝히고 있었기 때문이다.³⁴⁾

둘째, 관찰목적으로 기술적 수단을 투입하여 휴대전화의 위치정보를 수집할 수 있는 권한을 규정한 형소법 제100i조가 거론되었다. 이용대기상태의 위치정보의 수사와 관련하여 휴대전화는 위치추적기(Peilsender)로서 기능하기 때문에 제100i조가 근거규정으로 고려된 것이다. 하지만 이 조항은 전기통신사업자의 수중에 있는 위치정보를 요청할 권한을 포함하고 있지 않았으므로 이용대기상태의 위치정보를 요청할 근거가 될 수 없다.³⁵⁾

셋째, 수사의 일반조항에 따라서 이용대기상태의 위치정보가 수집될 수 있다는 견해가 있었다.³⁶⁾ 이용대기상태의 위치정보 수집은 정보자기결정권을 제한한다. 특정 시점에 특정한 개인이 특정한 장소에 체류하고 있는지에 대한 상세한 정보를 국가기관이 확보하기 때문에 정보자기결정권을 제한하는 정도가 결코 낮다고 볼 수 없다.³⁷⁾ 따라서 수사의 일반조항(형소법 제163조 제1항, 제161조 제1항)도 이러한

32) LG Dortmund, NStZ 1998, S.577-578.

33) BT-Drs. 17/7008, S.7.

34) Demko, Daniela, NStZ 2004, S.62; Bär, MMR 2002, S. 360; Gercke, Bewegungsprofile anhand von Mobilfunkdaten im Strafverfahren, 2002, S.85.

35) Demko, NStZ 2004, S.63; Bernsmann/Jansen, StV 1999, S.592; Eisenberg/Singelstein, NStZ 2005, S.63 ff.

36) Günther, NStZ 2005, S.492.

37) Demko, NStZ 2004, S.62; Gercke, a.a.O., S.116; Bernsmann, NStZ 2002, S.103 - 104.

제한을 정당화할 수 없다. 그리하여 이용대기상태의 위치정보를 실시간으로 수집하여 이동프로파일이 작성될 수 있는 법적 근거로서 전기통신감청 규정이 주로 논의되었다.

2. 전기통신감청규정이 허용 근거라는 연방대법원 결정

하급심 법원들³⁸⁾은 형소법 제100a조의 전기통신감청규정을 근거로 이용대기상태의 위치정보의 제공을 허용해 왔다. 이러한 법원 실무에 대해서 반대 견해가 제기되자 연방대법원은 2001년 결정³⁹⁾을 통해서 하급심 법원들의 견해를 확인하였다. 이 사안에서 연방대법원 수사판사(영장담당판사)는 전기통신사업자에게 형소법 제100a조와 제100b조에 근거하여 통신의 내용뿐 아니라 통신이 행해지지 않은 경우의 위치정보도 수사기관에 제공하라고 결정하였다. 이에 대해서 전기통신사업자는 통화가 되지 않은 경우는 통신의 과정이라고 볼 수 없으므로 이러한 위치정보는 제100a조에 따라 제공될 수 없다고 항변하였다. 하지만 수사판사는 이러한 항변을 받아들이지 않았다.

이러한 결정에 대하여 찬반 견해가 첨예하게 대립되었다. 판례⁴⁰⁾와 이를 지지하는 견해⁴¹⁾는 이용대기상태의 위치정보가 전기통신의 구성요소라는 점에 착안하여 전기통신감청 규정에 따라 수집될 수 있다고 보았다. 즉 휴대전화 접속의 감시와 관련하여 대화와 상관이 없는 위치데이터도 전기통신사업자로부터 제공받을 수 있다는 것이다. 이 견해는 기본법 제10조의 통신비밀을 효과적으로 보호하기 위해서는 형소법 제100a조를 넓게 해석해야 한다고 주장한다.⁴²⁾ 전기통신의 개념에는 통신내용 뿐 아니라 통신과정의 ‘상세한 상황’도 포함되므로, 전기통신서비스의 준비

38) LG Bremen, StV 1999, 307; LG München, NStZ 1999, 85; LG Ravensburg, NStZ-RR 1999, 84; LG Hamburg, NStZ-RR 1999, 82; LG Aachen, StV 1999, 590; LG Dortmund, NStZ 1998, 577.

39) BGH NJW 2001, S.1587-1588.

40) BGH Beschl. v. 21.2.2001, StV 2001, S.214.

41) Bär, MMR 2001, S.444; KK-StPO/Nack 5. Aufl, 2003, § 100a Rn. 14, 20; LR/Schäfer, § 100a Rn. 53, § 100g Rn. 23; Pfeiffer, StPO, 5. Aufl. 2005, § 100a Rn. 1; BT-Drs. 14/7258, S.4.

42) LG Aachen StV 1999, S.590.

과정에서 수집되는 데이터도 통신감청에 포함되어야 한다고 한다. 따라서 전기통신의 ‘준비’ 개념에는 전화통화의 전 단계에서 수집되는 데이터도 해당된다고 한다.

하지만 이용대기상태의 위치정보는 통신감청조항에 따라서는 수집될 수 없다는 반대 견해가 강력하게 제기되었다.⁴³⁾ 이에 따르면 통신감청조항은 기본법 제10조의 통신비밀의 제한을 정당화하지만, 이용대기상태에 있는 위치정보를 근거로 한 수사 와 이를 토대로 개인의 이동프로파일을 작성할 목적으로 하는 수사는 기본법 제10 조의 통신비밀이 아니라 개인정보자기결정권만을 제한한다고 한다. 따라서 형소법 제100a조는 이러한 위치정보를 수집할 근거 규정으로 적합하지 않다고 한다.⁴⁴⁾ 또한 형소법 제100a조의 규범목적에서도 이용대기상태의 위치정보의 수집은 허용되지 않는다고 한다. 통신감청을 목적으로 하는 제100a조는 사람이 의식적으로 야기한 정보교환의 감청이 그 대상이라고 한다.⁴⁵⁾ 입법자의 의도는 이 조항을 통해서 대화의 감청과 이 경우 확보되는 정보의 기록을 가능하게 하는 것이라고 한다. 이에 반해서 이용대기상태의 위치정보 수집은, 수사기관이 통신과정에서 정보를 확보하는 것이 아니라, 오히려 대상자의 소재지를 파악하기 위해서 그를 관찰하는 것이 주목적이라고 한다. 따라서 두 조항 사이에는 통신처분과 관찰처분이라는 본질적인 차이가 있으므로 이들을 구별하여 취급해야 한다고 한다. 즉 형소법 제100a조는 기본법 제10조의 통신비밀을 제한하기 위한 수권 규정이지만, 대상자를 관찰하기 위한 수권 규정이 아니라는 것이다. 오히려 개인의 위치 조사는 일반적인 인격권에 해당된다고 한다. 따라서 형소법 제100a조는 이용대기상태의 위치정보를 수집하기 위한 근거 규정으로 볼 수 없다고 한다.⁴⁶⁾

43) Volk, Grundkurs StPO, 5. Aufl 2006, § 10 Rn. 40; Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl 2005, Rn. 342; Demko, NSTZ 2004, S.63; Wohlers/Demko, StV 2003, S.247; Gercke, StraFo 2003, S.77; Hilger, GA 2002, S.229; Weßlau, ZStW 113 (2001), S.687; SK-StPO/Wolter, § 100g Rn. 6, 19; Malek, in: Malek/Wohlers, Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl 2001, Rn. 15.

44) Eckhardt, CR 2001, S. 387 ff.; Bernsmann, NSTZ 2000, S.104.

45) Kudlich, JuS 2001, S.1168; Demko, NSTZ 2004, S.61; Bernsmann/Jansen, StV 1999, S.592.

46) Günther, NSTZ 2005, S.492.

3. 전기통신감청규정은 허용 근거가 아니라는 연방헌법재판소 결정

휴대전화는 신호가 가장 센 가까운 기지국과 교신을 하게 되는 통신기술을 가상 기지국에 적용한 것이 가상기지국 수사이다. 가상기지국(IMSI-Catcher)을 설치하면 대상자의 휴대전화의 번호와 기기번호는 물론 위치도 확보된다. 경우에 따라서는 감청도 가능하다. 이러한 수사방법이 형소법 제100i조에 근거하여 헌법상 정당화되는지 문제가 되었다. 헌법재판소는 이에 대해서 가상기지국이 대상자의 휴대전화와 교신하여 생성된 위치정보는 기본권 제10조로 보호되는 통신비밀에 속하는 통화자료가 아니라고 하였다.⁴⁷⁾ 가상기지국과 휴대전화 사이의 교신에는 통신내용과 관계되는 사람이 야기한 정보교환이 결여되어 있기 때문이다. 이러한 데이터에 근거한 위치 수사는 오히려 정보자기결정권(기본법 제1조 제1항 및 제2조 제1항)을 제한한다고 한다. 따라서 형소법 통신감청규정은 이용대기상태의 위치정보를 수집하기 위한 근거 규정이 될 수 없다고 하였다.

이러한 연방헌법재판소의 결정은 통신감청규정이 이용대기상태의 위치정보를 수집할 수 있는 근거 규정이라는 연방대법원의 견해와 이를 지지하는 견해를 거부한 것이다. 즉 이용대기상태의 위치정보는 통신비밀이 아니라 개인정보자기결정권과 관련되는 견해가 연방헌법재판소에서 수용된 것이다. 그리하여 2008년 형사소송법 개정 전까지는 이용대기상태의 위치정보를 수사할 법적 근거 규정이 존재하지 않았다. 한편 연방헌법재판소의 이러한 입장은 이후에 비밀 SMS 수사에 관한 연방대법원의 결정에서도 수용되었다.⁴⁸⁾

4. 2008년 형사소송법과 통신정보보관지침 및 사이버범죄협약

가. 유럽연합의 통신정보보관지침과 유럽평의회의 사이버범죄협약

47) BVerfG, Beschluß vom 22. 8. 2006 - 2 BvR 1345/03, NJW 2007, S.351-356. 이 판례에 대해서는 박희영·홍성기, 앞의 책(각주 20), 165-193면 참조.

48) BGH, Beschluss vom 08.02.2018 - 3 StR 400/17. 이 판례에 대한 분석과 평가에 대해서는, 박희영, 앞의 논문(각주 12), 148-153면 참조.

2008년 형소법은 유럽연합의 통신정보보관지침(2006/24/EC)⁴⁹⁾과 유럽평의회와 사이버범죄협약(ETS No. 185)을 국내법으로 이행하기 위해서 관련 규정을 개정하였다. 특히 통신정보보관지침의 과거 통화자료의 수집과 사이버범죄협약 제20조의 실시간 통화자료의 수집은 형소법 제100g조에서 이행되었다. 따라서 유럽의 관련 법규에서 이용대기상태의 휴대전화 위치정보의 수집을 허용하고 있는지 먼저 검토한다.

통신정보보관지침은 전기통신사업자에게 통화자료를 저장하여 보관하도록 의무를 부과한 것이다. 이 지침은 트래픽데이터, 위치데이터, 통신가입자를 확인하기 위해 필요한 관련 데이터를 규정하고 있으나, 이들 개념은 전자통신 개인정보보호지침(2002/58/EC)⁵⁰⁾의 개념 정의에 따르고 있다(제2조 제1항, 제2항 (a)). 다만, 통신기지국의 위치정보(Cell ID)는 휴대전화 접속의 시작 시점과 종료 시점의 위치로 규정하고 있다(제2조 제2항 (e)). 또한 이 지침에 따르면 휴대전화의 위치를 확인하기 위한 통신기지국의 위치는 ‘통신 개시 시’부터 저장하도록 하고 있다(제5조 제1항 (f)). 따라서 보관될 데이터는 통신주체의 통신사실을 전제로 하므로 이 지침에 따라서 이용대기상태의 위치정보는 수집될 수 없다.

유럽평의회와 사이버범죄협약은 트래픽데이터의 개념을 “컴퓨터 시스템을 이용한 통신과 관련된 모든 컴퓨터 데이터로서, 통신망의 일부를 구성하는 컴퓨터 시스템에 의해서 생성되고, 통신의 발신지, 수신지, 경로, 일시, 크기, 지속시간 또는 이용된 서비스 유형을 나타내는 데이터”로 정의하고 있다(제1조 (d)). 이러한 개념 정의는 통신주체의 통신사실을 전제로 하고 있다. 또한 지침 제20조는 통신사실확인 자료를 실시간으로 확보하도록 규정하고 있다. 하지만 제20조는 “통신이 접속된 경우”, 즉 통신주체가 통신을 한 경우에만 통화자료를 수집할 수 있도록 하고 있다. 따라서 사이버범죄협약에 근거해서도 이용대기상태의 위치정보는 수집될 수 없다.

49) 통신데이터저장지침 또는 통신데이터보관지침이라고도 한다. 이 지침은 과거의 통신사실확인자료를 저장하여 보관하도록 하였다.

50) 이 지침의 영어 표기는 프라이버시와 전자 통신 지침(Directive on privacy and electronic communications), 독일어 표기는 전자통신 개인정보보호지침(Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation)이다.

나. 2008년 형소법 제100g조

2008년 형소법 개정으로 통신정보보관지침의 과거의 통화자료의 수집과 사이버 범죄협약 제20조의 실시간 통화자료의 수집에 관한 내용이 형소법 제100g조로 이행되었다. 2008년 형소법은 기존의 ‘통신접속데이터’라는 용어 대신 전기통신법에서 사용하고 있던 ‘트래픽데이터’(Verkehrsdaten, traffic data)란 용어를 사용하였다. 따라서 전기통신법의 트래픽데이터 개념이 형소법에 그대로 적용되었다. 통신접속데이터 대신 트래픽데이터가 사용됨으로써 통신주체의 실제 통신접속이 없는 경우에도 이제는 통화자료가 수집⁵¹⁾될 수 있다는 해석이 가능하게 되었다.⁵²⁾ 예를 들어 통신을 시도했으나 접속이 되지 않은 경우의 통화자료와 이용대기상태에 있는 위치정보가 수집될 수 있게 된 것이다. 입법이유서도 이러한 위치정보가 수집될 수 있다는 점을 밝히고 있다.⁵³⁾ 하지만 제100g조에서 통신주체의 실제 통신이 없는 경우 생성되는 위치정보가 수집될 수 있다는 법문언이 명백하게 규정되지 않아서 이를 허용해서는 안 된다는 반대 견해가 제기되고 있다.⁵⁴⁾ 따라서 2008년 형소법 개정 이전에 이미 트래픽데이터와 관련한 규정을 두고 있었던 전기통신법에서 이를 허용하고 있는지 검토한다.

5. 전기통신법과 전자통신 개인정보보호지침

가. EU의 전자통신 개인정보보호지침

전기통신법(TKG)은 EU의 전자통신 개인정보보호지침(2002/58/EC)을 국내법으로 이행하기 위하여 2004년 개정되었다. 이에 따라 지침의 트래픽데이터(traffic data) 개념(전기통신법 제3조 제30호)과 유형 및 수집·이용·삭제 등(제96조)에 관

51) 개정된 형소법 제100g조에 따르면 “제공을 요청할 수 있다”는 문언 대신 “수집할 수 있다”는 문언을 둠으로써 수사기관은 이제 직접 트래픽데이터를 직접 수집할 수 있을 뿐 아니라 전기통신 사업자에게 요청할 수도 있게 되었다.

52) Szuba, Vorratsdatenspeicherung, nomos, 2011, S.150; Puschke, NJW 2008, S.114.

53) BT/Drs. 16/5846, 27.06.2007, S. 51.

54) Zöller, GA 2007, S.401 f.; Nöding, StraFo 2007, S.459 f.

한 규정들이 전기통신법에 들어왔다. 따라서 이 지침을 먼저 검토한다.

이 지침은 트래픽데이터와 위치데이터의 개념을 각각 정의하고 있다. 트래픽데이터는 전자적 통신망에서 통신을 전달할 목적으로 또는 이에 대한 통신료 청구를 목적으로 처리되는 데이터로 정의되어 있다(제2조 b). 여기서 통신(communication)이란 공중 이용 전자적 통신서비스를 통하여 한정된 당사자들 사이에 주고받거나 전달되는 모든 정보를 의미한다. 따라서 이러한 정보를 전달할 목적으로 처리되는 데이터가 트래픽데이터이다. 이용대기상태의 위치정보는 이러한 정보를 직접 전달할 목적으로 처리되는 데이터라기 보다는 오히려 이러한 처리를 위한 준비 단계에 있는 데이터이다. 또한 통신료를 청구하기 위해서는 통신사실이 존재해야 한다. 이러한 트래픽데이터의 개념에 따르면 이용대기상태의 위치정보는 여기에 포함되지 않는다고 판단된다. 또한 트래픽데이터의 처리와 관련하여 전기통신사업자가 서비스의 운영으로 처리되어 저장되어 있는 ‘통신가입자 및 이용자와 관련된 트래픽데이터’는 이 지침이 정한 목적 외에는 통신 전달을 위해서 더 이상 필요하지 않는 한, 즉시 삭제하거나 익명으로 처리해야 한다(제6조 제1항). ‘통신가입자 및 이용자와 관련된 트래픽데이터’란 이들의 통신사실을 전제로 하고 있다.

또한 이 지침은 위치데이터를 전자적 통신망에서 처리되고 공중 이용 전자적 통신서비스 이용자의 단말기의 지리적 위치를 나타내는 데이터로 정의하고 있다(제2조 c). 지침은 이러한 위치데이터를 트래픽데이터인 위치데이터와 그렇지 않은 일반적인 위치데이터를 구분하여 처리하도록 하고 있다(제9조). 따라서 이 지침의 트래픽데이터에는 이용대기상태의 위치정보는 포함되지 않는다고 판단된다.

나. 전기통신법 관련 규정

전기통신법은 트래픽데이터(Verkehrsdaten)의 개념을 “전기통신서비스를 제공함에 있어서 수집, 처리 또는 이용되는 데이터”라고 정의하고 있다(제3조 제30호).⁵⁵⁾ 트래픽데이터는 개인정보보호법상 민감한 데이터에 속한다. 트래픽데이터는 전기통신서비스의 이용과 관계되므로 정보주체가 어떤 회선으로 언제 누구와 얼마 동안

55) 이 개념은 전기통신에서 개인정보보호 법규명령(TDSV) 제2조 제4호의 ‘통신접속데이터’의 개념과 EU 지침 제2조 b를 수용한 것이다.

통신을 하였는지에 대한 정보이다. 따라서 트래픽데이터는 기본법 제10조의 통신비밀로서도 보호받는다.⁵⁶⁾

트래픽데이터는 전기통신법 제96조에서 다섯 가지 유형으로 열거되어 있다. 그중에서 첫 번째 유형에는 참여한 회선 번호 및 단말기의 표시, 전화카드 사용인 경우 카드번호, 모바일 회선의 경우 위치데이터가 포함되어 있다. 전기통신사업자는 이러한 트래픽데이터를 전기통신법이 정한 특정한 목적을 위해 필요한 경우, 예를 들어서 통신료 정산(제97조), 통신내역증명(제99조), 통신장애(제100조), 악성통화통지(제101조)를 위해서 정보주체의 동의없이 수집하여 이용할 수 있다. 그리고 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우, 추가 접속을 위해 필요한 경우에도 마찬가지다. 하지만 이러한 목적을 위해서 더 이상 필요하지 않는 경우 트래픽데이터를 즉시 삭제해야 한다. 한편, 공중 이용 통신서비스제공자는 서비스의 마케팅 목적으로 또는 부가서비스의 제공 목적으로 트래픽데이터를 이용할 수 있지만, 정보주체의 동의를 받아야 하고 익명으로 처리해야 한다.

이러한 제96조의 트래픽데이터는 ‘통신접속’을 전제로 하고 있다. 이러한 점은 트래픽데이터의 개념에서도 도출될 수 있다. ‘전기통신서비스를 제공할 때’에 수집, 처리 또는 이용되는 데이터라고 하고 있기 때문이다. 위치정보는 통신접속이 된 구체적인 통신기지국의 정보를 말한다.⁵⁷⁾ 따라서 트래픽 데이터의 개념이나 유형에서 이용대기상태의 위치정보는 포함되지 않는다.

전기통신법은 또한 위치정보의 개념(제3조 제19호)과 위치정보의 처리에 관한 규정(제98조)을 두고 있다. 위치정보란 전기통신망 또는 전기통신서비스에서 수집되어 사용되고 공중 이용 전기통신서비스 이용자의 단말기 위치를 나타내는 정보를 말한다(제3조 제19호). 위치정보에는 트래픽데이터에 속하는 휴대전화의 위치정보도 포함되어 있다. 하지만 위치정보의 수집과 이용에 관한 규정(제98조)은 위치정보 서비스에 제공되는 것으로 통화자료가 아닌 위치정보만을 의미한다.

56) BVerfGE 107, 299 (312 f.); 113, 348 (364 f.); 115, 166 (183); 120, 274 (307); BVerfG, NJW 2012, 1419 (1422); BVerfGK 9, 399 (401). Braun, Beck TKG, 4. Aufl. 2013, TKG § 3 Rn. 93.

57) Braun, Beck TKG, 4. Aufl. 2013, TKG § 96 Rn. 7; Bär, KMR StPO, August 2010, §100g, Rn. 14.

6. 2015년·2019년 형소법 및 2017년 전기통신감청령

가. 2015년·2019년 형소법

EU 통신정보보관지침을 국내법으로 이행한 2008년 형소법 제100g조는 2010년 헌법재판소로부터 위헌판결을 받았고, 이 지침은 유럽사법재판소로부터 2014년 무효 판결을 받아 더 이상 적용되지 않는다. 하지만 독일 입법자는 헌법재판소와 유럽사법재판소의 판결에서 제시한 기준들을 토대로 통신정보보관제도를 형소법 제100g조에 다시 도입하였다.⁵⁸⁾

2015년 형소법 제100g조는 두 가지 트래픽데이터를 구분하여 그 요건을 달리하고 있다. 하나는 전기통신사업자가 업무상 필요에 따라 임의적으로 저장하는 전기통신법 제96조 제1항의 트래픽데이터(제100g조 제1항)이고, 다른 하나는 의무적으로 저장하는 전기통신법 제113b조의 트래픽데이터(제100g조 제2항)이다.⁵⁹⁾ 하지만 트래픽데이터의 개념은 전기통신법의 개념이 이전과 마찬가지로 적용된다.

제100g조 제1항의 경우 위치정보의 민감한 개인정보로서의 성격과 이동프로파일 작성의 우려 때문에 그 수집에 엄격한 요건을 두었다. 즉 장래 또는 실시간 위치정보의 수집은 개별적으로도 중요한 의미를 가지는 범죄에 해당하고 사실관계의 조사나 피의자의 소재지 파악을 위해서 필요한 경우에만 허용하였다(제100g조 제1항 제3문).

한편 2019년 형소법 개정으로 제100g조 제1항에 두 가지 내용이 추가되었다. 하나는 ‘보안업무기관의 무선방송 연방청 설립에 관한 법률’(BDBOS)에 규정한 트래픽데이터가 수집대상 트래픽데이터로 추가된 것이고,⁶⁰⁾ 다른 하나는 전기통신사업자가 업무상 목적으로 저장하고 있는 ‘과거’의 위치정보도 형소법 제100g조 제2항

58) Das Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten vom 10. Dezember 2015, BGBl. I, S.2218.

59) 제100g조의 구체적 요건에 대해서는 민영성·박희영, 앞의 논문(각주 10), 213면 이하 참조.

60) 이 법률은 보안업무 기관을 위해서 연방의 통일적인 디지털 음성 및 데이터 시스템을 구축하고 운영하는 것을 목적으로 한다. 동법 제2조에 트래픽데이터의 유형이 열거되어 있다. 여기에는 통신 기지국 정보와 여기에 접속한 모든 단말기의 일시 및 시간이 포함되어 있다. 동법 제21조는 범죄수사 및 위협예방목적으로 수사기관이나 예방기관에게 트래픽데이터가 전달될 수 있도록 규정하고 있다.

의 요건에 따라 수집될 수 있도록 한 것이다. 개정 전 제1항은 실시간 또는 장래의 위치정보만 수집될 수 있었다. 하지만 형소법 제100조 제1항에 따라서 이용대기상태의 위치정보가 수집될 수 있는지에 대해서는 2008년 형소법 제100조와 마찬가지로 명백하게 언급되어 있지 않다.

또한 전기통신사업자는 전기통신법 제113b조의 트래픽데이터를 의무적으로 저장해야 한다. 이 트래픽데이터는 과거의 트래픽데이터이며, ‘특별히 중대한 범죄’의 경우에만 수집될 수 있으며 이러한 범죄는 형소법 제100조 제2항에 열거되어 있다. 그리고 이 트래픽데이터는 통신사실을 전제로 한다. 통신기지국 정보도 통신이 접속된 시점부터 저장하도록 규정하고 있다(전기통신법 제113b조 제4항). 따라서 이용대기상태의 위치정보는 형소법 제100조 제2항을 근거로도 수집될 수 없다.

나. 2017년 전기통신감청령(TKÜV)

2015년 형소법 개정으로 제100조가 도입되었지만, 트래픽데이터를 수사기관에 제 전달하는 구체적인 방법은 규정되지 않았다. 전기통신법은 이것을 전기통신감청령⁶¹⁾에서 정하도록 위임하고 있다(전기통신법 제110조 제2항, 제6항). 이를 규정한 전기통신감청령은 2017년 6월 14일 공포되어 2017년 6월 21일부터 발효되었다.⁶²⁾

전기통신감청령 제5조는 감청될 통신내용과 이의 전달 시 완전한 복제본을 전달하도록 규정하고 있고, 제7조는 통신감청 시 통신내용이 아닌 데이터의 종류도 10가지로 구분하여 전달하도록 규정하고 있다. 여기에는 위치정보가 포함되어 있다(제7조 제1항 제7호). 이에 따르면 통신이 행해진 이동성 단말기의 위치에 관한 정보는 통신망에서 일반적으로 통용되는 정확성을 최대한 갖추도록 요구하고 있다. 나아가서 전기통신사업자는 ‘이용대기상태에 있는 단말기의 위치에 관한 정보’도 제공해야 한다고 규정하고 있다. 따라서 전기통신사업자는 이용대기상태의 위치정보가 자동으로 수집되어 요청기관에 전달될 수 있도록 감청설비를 구비해야 한다.

또한 전기통신감청령은 트래픽데이터의 제공과 관련한 규정을 두고 있다(제30조-

61) 전기통신감청 등에 관하여 위임된 사항을 규정한 전기통신법 시행령에 해당된다.

62) BGBl. 2017 Teil I Nr.38, 20.6.2017, S.1657. 법규명령의 개정안에 대해서는 BR-Drucks. 243/17 참조.

제36조). 특히 제32조는 과거, 장래, 실시간 통신사실에 관한 자료에 관한 정보를 전달하는 구체적인 방법을 정하고 있다. 그중에서 이용대기상태의 위치정보의 전달은 동조 제3항에서 실시간 통화자료의 전달 방법과 함께 규정되어 있다. 이에 따르면 이용대기상태의 위치정보의 전달 요건은 수사기관의 경우 형소법 제100g조 제1항에 따라서 그리고 다른 기관의 경우(예를 들어 정보기관) 해당 법률의 규정에 따라서만 전달될 수 있도록 규정하고 있다. 전기통신감청령 개정안은 이용대기상태의 위치정보를 규정하게 된 근거로서 2008년 형소법 개정안의 입법이유를 제시하고 있다.⁶³⁾ 그당시 형소법 개정안의 입법이유에는 휴대전화가 켜져있고 실제로 이용되지 않는 경우에도 위치정보가 실시간으로 수집될 수 있다고 밝히고 있었다.⁶⁴⁾ 지금까지 형소법 제100g조에서 명백하게 규정하지 않았던 이용대기상태의 위치정보는 이제 전기통신감청령 제32조 제3항에 근거하여 형소법 제100g조 제1항에 따라서 제공될 수 있게 되었다.

7. 소결

독일에서 이용대기상태의 휴대전화 위치정보가 수집될 수 있는지 오래 전부터 논란이 되었다. 하급심이나 연방대법원은 형소법 제100a조에 따라서 수집될 수 있다고 보았으나 2006년 헌법재판소 결정에 따라서 이러한 위치정보는 통신비밀이 아니라 개인정보자기결정권이 관련된다고 함으로써 이를 허용하는 법적 근거가 존재하지 않았다. 그리하여 2008년 형소법 개정을 통하여 기존의 통신접속데이터를 전기통신법의 트래픽데이터로 대체함으로써 이러한 위치정보가 해석에 의해서 수집될 수 있다고 보았다. 입법이유서도 이를 인정하였다. 하지만 형소법 제100g조는 이를 명문으로 규정하지 않았다. 전기통신법의 트래픽데이터에도 이용대기상태의 위치정보는 포함되지 않는다. 하지만 2017년 전기통신감청령의 개정으로 이용대기상태의 위치정보가 수집될 수 있게 되었다. 전기통신감청령 제32조 제3항은 형소법 제100g조 제1항의 요건을 갖춘 경우 이용대기상태의 위치정보의 전달을 허용한 것

63) BR-Drucks. 243/17, 23.03.17, S.36-37.

64) BT/Drucks. 16/5846, 27.06.2007, S.51.

이다. 하지만 전기통신법과 형소법 개정의 근거가 된 EU의 관련 법규정에서는 이용대기상태의 휴대전화 위치정보를 수집할 수 있는 법적 근거가 도출되지 않는다. 따라서 이용대기상태의 휴대전화 위치정보의 수집 권한은 독일의 독자적인 규정으로 판단된다.

하지만 전기통신감청령에서 이용대기상태의 위치정보를 허용한 것이 정당화될 수 있는지 의문이다. 이용대기상태의 위치정보는 통신의 비밀이 아니라 개인정보자기결정권에 해당된다는 것이 연방헌법재판소의 확립된 견해이기 때문이다.⁶⁵⁾ 하지만 전기통신감청령이 이용대기상태의 위치정보를 형소법 제100g조 제1항의 요건을 갖춘 경우에 수집될 수 있다고 한 점은 이러한 위치정보의 민감성 때문에 이를 두텁게 보호하고 있다는 점에서 타당하다고 생각된다.

V. 이용대기상태의 위치정보 수사의 입법 방향

1. 입법의 필요성

통비법 제13조는 이용대기상태의 위치정보 수사의 법적 근거가 될 수 없다. 헌법재판소도 통비법 제13조의 헌법불합치 결정에서 이와 관련하여 판단하지 않았다. 따라서 이러한 수사방법이 현재 수행되고 있다면 대응 법규를 마련해야 할 필요가 있다. 테러범죄나 중대범죄가 발생한 경우 증거수집이나 사실관계를 확인하기 위해서 그리고 범죄자를 감시, 관찰, 추적 또는 체포하기 위해서 위치정보를 수집하는 것은 이제 불가피한 수사수단이 되었다. 실제로 통신이 행해지지 않더라도 생성되는 위치정보를 수집할 수 있도록 수사기관에 허용할 필요가 있다.

하지만 이용대기상태의 위치정보는 통신비밀과 관련되는 통신사실확인자료가 아니지만, 수사기관이 위치정보 추적자료의 분석을 통하여 특정 시간에 정보주체의 위치 및 이동상황에 대한 정보를 취득할 수 있고 정보주체의 예상경로 및 이동목적

65) BVerfG, Beschluß vom 22. 8. 2006 - 2 BvR 1345/03; 박희영·홍성기, 앞의 책(각주 20), 165-193면 참조; 박희영, 앞의 글 (각주 19), 70-84 참조.

지 등을 유추하는 것도 가능하여 정보주체의 이동프로파일이 작성될 위험성이 매우 높은 민감한 개인정보이다. 개인정보자기결정권의 제한은 중대한 공익이 있는 경우에만 가능할 수 있다.⁶⁶⁾ 따라서 이러한 제한에는 비례성원칙을 준수해야 하고 규범 명확성과 특정성의 법치국가적 요청에 상응하는 법률상 근거가 요구된다.

2. 구체적인 입법방향

이용대기상태의 위치정보의 수집은 통신의 비밀이 아니라 개인정보자기결정권이 제한되므로 통비법보다는 형사소송법에 규정하는 것이 적합하다. 하지만 이용대기상태의 위치정보는 통신을 하기 위한 준비행위에 해당되고 위치정보라는 민감성 때문에 입법정책상 통비법에 규정하는 것도 고려해 볼 수 있을 것이다. 이러한 입법시도는 이미 2015년 8월 2일 국회에 발의되었던 통신비밀보호법 전부개정법률안⁶⁷⁾에 있었지만 회기만료로 폐기되었다. 그러나 규범의 성격상 형사소송법에 규정하는 것이 바람직하다.

또한 이용대기상태의 위치정보는 통화자료가 아니기 때문에 전기통신사업자가 이를 저장하여 보관할 의무가 없다. 전기통신사업자가 법률이 정한 업무상 필요에 따라 과거의 이용대기상태의 위치정보를 보관하고 있지 않는 한, 수사기관이 이를 요청하는 것은 현실적으로 불가능하다. 따라서 이용대기상태의 위치정보의 휘발성을 고려하면 독일과 같이 장래 또는 실시간으로 수집하는 것이 적합하다.

독일의 경우 앞서 살펴본 바와 같이 전기통신감청령에 따라 형소법 제100g조 제1항의 요건을 갖춘 경우 이용대기상태의 위치정보를 수집할 수 있다.⁶⁸⁾ 하지만 동조 제1항은 트래픽데이터의 종류와 성격에 따라서 수집방법의 요건을 구분하고 있으므로 이용대기상태의 위치정보를 수집하기 위해서 어느 요건을 갖추어야 하는지 검토되어야 한다.

66) 헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282 결정; 헌재 2012. 12. 27. 2010헌마153 결정 참조

67) 통신비밀보호법 전부개정법률안(의안번호 2001357, 전해철의원 대표발의, 2015.8.2.).

68) 이용대기상태의 위치정보는 전기통신사업자가 의무적으로 저장하여 보관해야 하는 트래픽데이터가 아니므로 전기통신법에 따라 보관되어있는 과거의 통화자료를 수집하는 조항인 제2항은 이와 관련이 없다.

동조 제1항에 따르면 트래픽데이터가 수집될 수 있는 대상 범죄는 개별적으로도 중요한 의미를 가지는 범죄(특히 감청대상범죄)와 통신을 수단으로 한 범죄(정범 또는 공범)이다. 전자의 경우 해당 범죄가 기수에 이르렀거나 가벌적 미수가 행해졌거나 어떤 범죄를 통하여 이를 예비하였다는 혐의가 있거나 후자의 경우 해당 범죄가 기수에 이르렀다는 혐의가 있고 이를 뒷받침하는 특정한 사실이 있어야 하고 사실관계의 조사를 위해서 필요하고(보충성) 트래픽데이터의 수집이 사건의 의미와 적절한 관계(비례성)에 있어야 한다. 또한 전기통신수단범죄의 경우에는 특히 사실관계의 조사가 다른 방법으로 예견할 수 없어야 한다. 위치정보의 경우 개별적으로도 중요한 의미를 가지는 범죄에 한하여 장래의 트래픽데이터 또는 실시간 트래픽데이터가 수집될 수 있다. 이러한 위치정보의 수집은 사실관계의 조사와 피의자의 소재지 수사를 위해서 필요한 경우에만 허용된다. 한편, 제100g조 제1항은 전기통신사업자가 업무상 필요에 따라서 저장하고 있는 전기통신법 제96조의 트래픽데이터와 보안업무기관의 무선방송 연방청 설립에 관한 법률(BDBOS)에 따라서 저장되어 있는 트래픽데이터가 수집 대상이다. 이 트래픽데이터는 법적인 저장의무에 따라 보관된 것이 아니므로 보관기간이 없고 업무상 필요하지 않는 경우 즉시 삭제해야 한다. 따라서 과거의 위치정보도 제1항에 의해서 수집될 수 있다. 앞서 설명한 바와 같이 2019년 형소법 개정으로 과거의 위치정보도 형소법 제100g조 제2항의 요건에 따라 수집될 수 있게 되었다(제100g조 제1항 제3문). 동조 제2항은 제1항보다 엄격한 요건을 요구하고 있다. 특별히 중대한 범죄의 기수 또는 가벌적 미수가 행해졌다는 혐의가 있어야 하고, 그 범죄는 개별적으로도 특별히 중대해야 하며(제100g조 제2항 제2문에 열거되어 있음), 사실관계의 조사나 피의자의 소재지 수사가 다른 방법으로는 본질적으로 어렵거나 가망이 없어야 하며 데이터의 수집이 사건의 의미와 적절한 관계에 있어야 한다. 이러한 요건이 충족되는 경우에 비로소 전기통신법 제113b조에 따라서 의무적으로 저장되어 있는 트래픽데이터가 수집될 수 있다.

전기통신감청령 제32조 제3항에 따르면 이용대기상태의 위치정보는 형소법 제100g조 제1항에 따라서 실시간으로 전달할 수 있도록 되어 있다. 전기통신감청령 제32조 제3항과 형소법 제100g조 제1항을 비교 검토해 보면 이용대기상태의 위치정보는 통화자료의 위치정보에 준해서 수집될 수 있다고 해석하는 것이 합리적이다.

따라서 이용대기상태의 위치정보의 경우 개별적으로도 중요한 의미를 가지는 범죄를 대상으로 사실관계의 조사와 피의자의 소재지 수사를 위해서 필요한 경우에만 장래의 트래픽데이터 또는 실시간 트래픽데이터만 수집될 수 있다. 장래의 트래픽데이터는 수집 시점이 도래하면 실시간으로 수집될 수 있으므로 이용대기상태의 위치정보는 실시간 수집이 중요한 의미를 가진다. 한편 과거의 위치정보의 수집은 형소법 제100g조 제2항의 엄격한 요건을 요구하므로 이용대기상태의 위치정보 수집에는 적용할 수 없다.

이용대기상태의 위치정보를 수집하기 위해서 독일 형소법 제100g조 제1항에 대응하는 규정이라 할 수 있는⁶⁹⁾ 통비법 제13조를 준용하는 방법을 고려해 볼 수 있다. 통비법 제13조 제2항은 두 가지 위치정보(제1호)의 요청요건을 정하고 있다. 즉 수사기관은 다른 방법으로는 범죄의 실행을 저지하기 어렵거나 범인의 발견·확보 또는 증거의 수집·보전이 어려운 경우에만 모든 범죄를 대상으로 전기통신사업자에게 이들 자료의 제공을 요청할 수 있다. 하지만 통신감청대상범죄나 전기통신을 수단으로 하는 범죄에 대한 통화자료의 요청에는 이러한 보충성 요건을 요구하지 않는다.

독일 형소법 제100g조 제1항과 비교하면 그 요건이 상당히 낮다. 보충성 조항은 독일의 경우와 상응하지만, 감청대상범죄와 전기통신수단범죄의 경우에는 보충성 조항이 적용되지 않는다. 그리고 범죄의 실행 저지는 범죄의 종료를 요건으로 하는 점에서 또한 대상범죄가 특정되어 있지 않고 모든 범죄를 대상으로 한 점에서 차이가 있다.

2015년 통신비밀보호법 전부개정법률안과 비교해 보더라도 현재의 통비법 제13조의 요건은 상당히 낮다. 전부개정법률안 제3조 제15호에 따르면 기존의 통화자료에서 발신지국국의 위치추적자료와 접속지 추적자료를 분리하여 위치정보추적자료라는 상위 개념 아래에 두었다. 위치정보추적자료에는 이용대기상태의 위치정보가 포함되어 있다. 위치정보추적자료는 실시간 위치정보임을 분명히 하고 있다(입법이유 및 제3조 제15호). 법률안 제21조에 따르면 대상범죄는 통신제한조치의 대상이

69) 트래픽데이터의 법적 저장의무란 관점에서 보면 형소법 제100g조 제2항이 우리 통비법 제13조에 대응하는 규정이라 할 수 있다.

되는 범죄로 한정하고 있고, 요청조항은 이들 범죄를 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 현저히 어려운 사실을 소명한 경우에 한하여 위치정보추적자료를 요청할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 대해서 이용대기상태에서의 위치정보추적자료의 제공은 더욱 엄격하게 규정하고 있다. 즉 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집을 위한 유일한 수단이라는 점이 소명된 경우에만 가능하도록 한 것이다.⁷⁰⁾

이용대기상태의 휴대전화 위치정보는 비록 통신의 비밀에는 포함되지 않지만, 감시의 수단으로 장기간 수집되어 이동프로파일이 작성될 위험성이 상당히 높기 때문에, 통확자료인 위치정보에 준하는 정도의 요건이 필요하다. 따라서 이용대기상태의 위치정보는 적어도 통신감청에 준하는 범죄를 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고, 사실관계의 조사나 피의자 소재지 수사를 위해서 필요한 경우 장래 또는 실시간으로 수집될 수 있도록 해야 한다.

한편 허가조항은 통비법 제13조의 통확자료 제공절차를 준용하는 것을 고려해볼 수 있을 것이다. 이 경우 고려해야 할 주요한 사항 중 하나는 법관유보와 이의 예외인 긴급한 사유로 인한 통확자료의 제공요청이다. 통비법 제13조의 통확자료의 요청은 법관의 허가를 받아야 한다. 제13조는 이를 요청할 수 있는 주체를 검사와 사법경찰관으로 규정하고 있다. 긴급한 사유의 경우에도 검사와 사법경찰관은 통확자료를 요청할 수 있다. 통비법 제13조의 통확자료는 전기통신사업자가 의무적으로 일정 기간 저장하여 보관해야 한다. 따라서 실시간 위치추적의 경우를 제외하면 긴급한 사유를 별도로 규정해야 될 이유는 그렇게 많아 보이지 않는다. 비교법적으로 독일 형소법 제100g조 제1항은 트래픽데이터의 요청 주체를 검사로 제한하고 있고, 긴급한 경우에도 검사만 요청할 수 있다. 동조 제1항이 실시간 위치정보의 수집을 허용하고 있음에도 불구하고 사법경찰관에게는 이를 허용하고 있지 않다. 또한 제

70) 이 법률안은 위치정보의 제공 요건을 엄격히 하여 위치정보의 보호를 두텁게 하고 있다는 점에서 바람직한 방향을 제공하고 있다. 하지만 몇 가지 문제점을 내포하고 있다. 특히 통신비밀에 해당되는 통신사실확인자료인 위치정보와 개인정보자기결정권에 해당되는 단순한 위치정보를 구별하지 않고 있다는 점과 과거의 통확자료에 위치정보를 제외했다는 점이다. 통확자료인 위치정보와 단순한 위치정보는 규범적으로 구별되어야 하고, 통확자료인 위치정보는 저장되어 보관될 필요가 있다. 하지만 과거의 위치정보의 제공 요건은 독일 형소법 제100g조 제2항처럼 엄격해야 한다.

100조 제2항은 검사의 긴급 사유로 인한 트래픽데이터의 요청도 허용하지 않는다. 따라서 이러한 구분 없이 실시간 위치정보와 과거의 위치정보에 대하여 긴급한 사유를 규정한 통비법 제13조는 문제가 있어 보인다. 이용대기상태의 위치정보에 대한 허가조항을 도입하는 경우에 이러한 문제점이 적절하게 해소되어야 할 것이다.

VI. 맺음말

이용대기상태의 휴대전화는 실제로 통신이 행해지지 않더라도 통신이 가능한 상태를 항상 유지하기 위해서 가장 가까운 통신기지국과 교신을 하게 되므로 그 위치가 파악될 뿐 아니라 장기간에 걸쳐서 파악되면 상세한 이동프로파일이 작성될 수 있다. 수사기관은 이러한 위치정보의 수집과 이동프로파일 작성을 범죄자를 감시·추적하거나 체포하는 수단으로 이용할 수 있다. 이러한 위치정보의 수사가 법적으로 허용되는지 문제가 된다.

현행 통비법 제13조는 통신사실을 전제로 한 통확자료를 요청하는 것이기 때문에 이용대기상태의 위치정보를 요청하는 근거가 되지 못한다. 독일에서도 이러한 문제가 오래 전부터 논란이 되었지만, 2017년에 비로소 명문으로 규정하였다.

오늘날 위치정보는 통신기술의 발전으로 쉽게 수집될 수 있는 현실을 고려하면 테러와 같은 중대범죄에 대처하기 위해서는 위치정보의 수집이 필수적이다. 따라서 이용대기상태의 위치정보를 수집할 수 있는 근거 규정을 도입할 필요가 있다. 이러한 위치정보 수집은 개인정보자기결정권을 제한하기 때문에 형사소송법에 규정되어야 하고 이에 상응한 요건을 갖추어야 한다. 민감한 개인정보라는 점을 감안하면 장래 또는 실시간 수집으로 제한하고 저장해서는 안 된다.

통비법 제13조, 2015년 통신비밀보호법 전부개정법률안 제21조, 독일 형소법 제100g조를 종합적으로 고려하면, 이용대기상태의 휴대전화 위치정보는 비록 통신의 비밀에는 포함되지 않지만, 감시의 수단으로 장기간 수집되어 이동프로파일이 작성될 위험성이 상당히 높기 때문에, 통확자료인 위치정보에 준하는 정도의 요건이 필요하다. 따라서 이용대기상태의 위치정보는 적어도 통신감청에 준하는 범죄 또는

전기통신수단범죄를 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고, 사실관계의 조사나 피의자 소재지 수사를 위해서 필요한 경우 장래 또는 실시간으로 수집될 수 있도록 해야 한다. 한편 허가조항은 통비법 관련 규정을 준용하는 것을 고려해 볼 수 있다. 하지만 법관유보의 예외에 해당하는 긴급한 사유는 실시간 위치정보의 수집에만 허용하고 과거의 위치정보 수집에는 허용할 필요가 없는 것으로 보인다.

참고문헌

- 김봉수, 위치정보의 보호를 위한 형법적 고찰, 법학논총 제32집 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2012.
- 김재운, 검사의 독점적 영장청구권과 통신사실 확인자료 요청허가청구권, 비교형사법연구 제16권 제2호, 한국비교형사법학회, 2014.
- 민영성·박희영, 통신비밀보호법상 휴대전화 위치정보의 실시간 추적 허용과 입법방향, 형사정책연구 제28권 제4호(통권 제112호), 한국형사정책연구원, 2017·겨울.
- 민영성·박희영, 독일에서 위치추적 수사방법으로서 IP트래킹의 허용근거에 대한 논의와 그 시사점, 형사정책연구 제28권 제2호(통권 제110호), 한국형사정책연구원, 2017·여름.
- 박희영, IMSI 및 IMEI와 휴대전화의 위치 확보의 합헌성 여부, - 독일 연방헌법재판소의 IMSI-Catcher의 설치에 대한 결정 -, 법제, 2009.11.
- 박희영, 휴대전화 위치정보 수집을 위한 ‘비밀 SMS 수사’(Stille SMS)의 허용과 입법방향, 법학연구, 제61권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2020.5.
- 박희영·홍성기, 휴대전화 위치파악과 통신의 비밀, 독일연방헌법재판소판례연구 I 정보기본권, 한국학술정보, 2010.
- 이원상, 형사사법에 있어 개인위치정보에 대한 고찰, 형사정책연구 제23권 제2호(통권 제90호), 2012·여름.
- 이주호, 위치추적 수사제도의 개선방안에 관한 연구, 동국대학교 박사학위논문, 2019.
- 이호중, 통신사실확인자료 제공 제도의 문제점과 개선방향, 경찰법연구 제17권 제1호, 2019.
- 정애령, 독일 통신데이터저장제도(Vorratsdatenspeicherung)의 비판적 고찰, - 유럽 연합지침과 독일의 통신데이터저장제도 재도입 법률을 중심으로 -, 공법연구 제45집 제3호, 2017.2.
- 정준현, 위치인식 및 통신사실확인자료 등의 개인정보여부에 관한 소고, 토지공법연구 제24집, 한국토지공법학회, 2004.

조기영, 최근 주요 쟁점과 관련한 통비법 개정방향, - 휴대전화 감청, 패킷감청, 기지국 수사, GPS위치정보 추적에 중심으로 -, 형사법연구 제26권 제4호, 2014.12.
황종수, 스마트폰 수사의 문제점 및 개선방안에 관한 연구, 전북대학교 박사학위논문, 2018.2.

Bär, Wolfgang, in: Kleinknecht/Müller/Reitberger, StPO, 58. EL (Stand: August 2010), § 100 g, Rn. 14.

Braun, Jens-Daniel, Beck TKG, 4. Aufl. 2013, TKG §3 Rn. 93, §96 Rn. 7.

Gercke, Björn, Bewegungsprofile anhand von Mobilfunkdaten im Strafverfahren, Berlin, 2002.

Malek, in: Malek/Wohlers, Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl 2001, Rn. 15.

Suba, Dorothee, Vorratsdatenspeicherung, Der europäische und deutsche Gesetzgeber im Spannungsfeld zwischen Sicherheit und Freiheit, nomos, 2011.

Bär, Wolfgang, BGH: Mitteilung der geografischen Daten bei TK-Überwachung (Anmerkung), MMR Heft 7, 2001, S.442-445.

Bär, Wolfgang, Auskunftsanspruch über Telekommunikationsdaten nach den neuen §§ 100g, 100h StPO, MMR Heft 6, 2002, S.358-364.

Bernsmann, BGH: Anordnung der Überwachung des Fernmeldeverkehrs - Mitteilung der geographischen Daten des eingeschalteten Mobiltelefons, NStZ Heft 2, 2002, 103 - 104.

Bernsmann, Klaus, Anmerkung zu BGH (Ermittlungsrichter), Beschl. v. 21.2.2001 - 2 BGs 42/2001 BGH, NStZ Heft 2, 2002, 103-104.

Bernsmann, Klaus/Jansen, Kirsten, Anmerkung zu LG Aachen, Beschl. v. 24.1.1998, StV 1999, S. 591-593.

Demko, Daniela, Die Erstellung von Bewegungsbildern mittels Mobiltelefon als neuartige strafprozessuale Observationsmaßnahme, NStZ 2004 Heft 2, 57-64.

- Eckhardt, Jens, Anmerkung zu BGH (Ermittlungsrichter), Beschl. v. 21.2.2001, CR 2001, S.386-388.
- Eisenberg, Ulrich/Singelstein, Tobias, Zur Unzulässigkeit der heimlichen Ortung per „stiller SMS“, NStZ 2005 Heft 2, 62, 63 ff.
- Gercke, Björn, Der Mobilfunkverkehr als Ausgangspunkt für strafprozessuale Überwachungsmaßnahmen - ein Überblick, StraFo 2003, S.76-79.
- Günther, Ralf, Zur strafprozessualen Erhebung von Telekommunikationsdaten - Verpflichtung zur Sachverhaltsaufklärung oder verfassungsrechtlich unkalkulierbares Wagnis?, NStZ 2005 Heft 9, S.485-492.
- Hilger, Hand, Gesetzgebungsbericht - §§ 100g, 100h StPO, die Nachfolgeregelungen zu § 12 FAG, in Kraft, GA 2002, S.228-231.
- Kudlich, Hans, Mitteilung der Bewegungsdaten eines Mobiltelefons als Überwachung der Telekommunikation - BGH NJW 2001, 1587, JuS 2001, S.1165-1169.
- Puschke, Singelstein, Telekommunikationsüberwachung, Vorratsdatenspeicherung und (sonstige) heimliche Ermittlungsmaßnahmen der StPO nach der Neuregelung zum 1. 1. 2008, NJW 2008, 114.
- Ruhmannseder, Felix, Strafprozessuale Zulässigkeit von Standortermittlungen im Mobilfunkverkehr, JA 2007, Heft 11, S.47-55.
- Weßlau, Edda, Gefährdungen des Datenschutzes durch den Einsatz neuer Medien im Strafprozess, ZStW 113, 681-708 (2001).
- Wohlers, Wolfgang/Demko, Daniela, Der strafprozessuale Zugriff auf Verbindungsdaten (§§100g, 100h StPO), StV 2003, S.241-248.
- Zöller, Mark, Vorratsdatenspeicherung zwischen nationaler und europäischer Strafverfolgung, GA 2007, 393-414.
- Nöding, Toralf, Die Novellierung der strafprozessualen Regelungen zur Telefonüberwachung, StraFo 2007, S.456-463.

Permission and legislative guideline for the investigation of mobile phone location data in the standby modus*

Park, Hee-young**

The mobile phone in the stand by modus communication with the nearest communication base station in order to always maintain a state in which communication is possible. Thus, not only its location can be captured, but the detailed movement profile can be created if it is captured over a long period of time. The capture of this location data and the creation of the mobile profile can be used as a means to monitor, track or arrest criminals. This article covers whether the investigation of such location data is legally permitted.

Article 13 of the Protection of Communication Secret Act(PCSA) is a provision that can request only ‘communication confirmation data’ generated by actual communication. On the basis of §13 PCSA, the location data in the standby state can not be requested. The Constitutional Court had the opportunity to examine these issues but did not.

In the investigative practice in Germany, it was considered possible in accordance with §100a(telecommunications surveillance) of Code of Criminal Procedure(StPO). In 2006, however, in the case of the collection of mobile phone location data through the IMSI-Catcher, the Federal Constitutional Court(BVerfG) ruled that §100a StPO could not be applied to this location data because there was no communication between people. Through the revision of StPO in 2008, the concept of communication access data so far in §100g StPO has been replaced with the concept

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea (NRF-2018S1A5A2A01036241).

** Researcher, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Germany, PhD in Law

of traffic data(Verkehrsdaten). The legislator stated that §100g StPO no longer required communication access as a requirement, so that auch location data could be collected. However, §100g StPO itself did not clearly define this. In 2017 the Telecommunications Interception Ordinance (Telekommunikations-Überwachungsverordnung) established the requirements for the collection of location data in the standby modus. According to this, the location data must meet the requirements of § 100g (1) StPO and be provided in real time.

Considering the reality that location data can be easily collected due to the development of communication technology, it is essential to collect this location data in order to cope with serious crimes such as terrorism. Therefore, it is necessary to introduce a rule for collecting this location data.

The capture of such data limits not the freedom of communication secrets, but the right to self-determination of personal information, so it must be prescribed in the Code of Criminal Procedure.

Considering that such the location data is sensitive personal data, it should be limited to real-time collection and should not be stored.

When the location data is collected for a long time as a monitoring means, the risk of creating a mobile profile is very high. Requirements similar to those for requesting communication confirmation data of PCSA are required. Therefore, this location data should only be collected for communication surveillance crimes and crimes by means of telecommunications. In addition, such data should be collected arising in the future or in real time if necessary to establish the facts or to determine the suspect's whereabouts. Procedural provisions for this can be considered by applying the relevant provisions of PCSA.

❖ key words: mobile phone in standby modus, sleeping mode, Stille SMS, Stealth SMS(Stealth Ping), Location tracking data, technische Mittel, mobile phone location(Standortdaten), cellular base station, IMSI-Catcher,

communication confirmation data(Verkehrsdaten, traffic data),
Communication Secret Protection, personal information
self-determination rights, Richtervorbehalt, IP Tracking

기소책임제* :
법체계 정형화와 공판중심 형사절차

신동일**

국 | 문 | 요 | 약

본 논문은 2018년 형사소송법 수업 중 발견한 토론 주제(행정행위와 사법행위)를 발전시킨 내용이다. 아이디어와 실질적 도움을 준 한경대학교 법학과 지훈과 임기현 두 학생에게 고마움을 전한다. 그리고 지금보다 훨씬 지루하고 방대했던 초고를 읽고 많은 조언을 해주신 전남대학교 해양경찰행정학과 박달현 교수님께 감사의 마음을 표한다.

국문요약

본 논문은 2018년 형사소송법 수업 중 발견한 토론 주제(행정행위와 사법행위)를 발전시킨 내용이다. 아이디어와 실질적 도움을 준 한경대학교 법학과 지훈과 임기현 두 학생에게 고마움을 전한다. 그리고 지금보다 훨씬 지루하고 방대했던 초고를 읽고 많은 조언을 해주신 전남대학교 해양경찰행정학과 박달현 교수님께 감사의 마음을 표한다.

1930

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.06.30.2.115>

❖ 주제어 : 기소책임제, 형사소송법, 공판중심주의, 사법권, 검찰개혁, 당사자주의, 직권주의

* 이 글은 2018년 형사소송법 수업 중 발견한 토론 주제(행정행위와 사법행위)를 발전시킨 내용이다. 아이디어와 실질적 도움을 준 한경대학교 법학과 지훈과 임기현 두 학생에게 고마움을 전한다. 그리고 지금보다 훨씬 지루하고 방대했던 초고를 읽고 많은 조언을 해주신 전남대학교 해양경찰행정학과 박달현 교수님께 감사의 마음을 표한다.

** 국립한경대학교 법경영학과 교수

1. 들어가면서

형사소송법학에는 “유령”이 떠돌고 있다. 우리 형사소송법률은 역사-정치적 기형 속에서 성장했다. 합병 후 일본의 강제와 식민지에 차별적으로 적용되는 비정상 절차, 해방 후 법학 교수들과 법률가들의 일본 법률 모방, 독재권력의 정치적 의도를 달성시키기 위한 급한 개정 결과가 지금의 형사소송법률이다. 몇 차례 민주적 정부들의 사법개혁도 형사절차의 뿌리깊은 오류를 시정하지 못했다. 원인은 다양할 수 있다. 보혁갈등부터 정치권의 과욕까지. 내부적인 문제도 있다. 형사소송법은 형법과 본질적으로 다르다. 형법 전공자들은 형법을 ‘우주의 중심’ 정도로 생각하는 경향이 있는듯 하다. 그러다 보니 형사소송법은 실제 형법을 처리하기 위한 “절차 규칙” 정도로 여기기도 한다.

나는 형사소송절차 내에 규범과 현실간 괴리와 그에 따라 발생하는 오해가 있다고 생각한다. 예를 들어 검찰개혁이나 ‘고위 공직자 범죄수사처 법률’(공수처법) 등 문제들은 - 정치적으로는 모르겠으나 - 형사소송법학 이론에서 논란의 여지가 별로 없다. 공수처 설치는 당연하고, 수사권 조정은 간단하다. 잘 생각해보면 공수처나 수사권 조정은 법의 문제가 아니다. 공수처 설치의 부정부패 해결을 위한 형사정책 또는 형법정책이다. 부정부패는 헌법과 소송법으로 해결되는게 아니다. 새로 도입되는 공수처의 수사와 기소권한이 기존 형사소송법과 어떻게 연계될 것인가에 대한 사항만 논의할 수 있다. 마찬가지로 의미에서 수사권은 누구에게 수사를 맡길 것인가를 결정하는 정책과 행정전략이다. 더 효과적인 수단을 택하면 된다. 그렇기 때문에 수사권 조정도 형법이나 형사소송법에서 다룰 사항이 아니다. 현실적으로 수사 행위는 법원이 최종 판단할 수 있다. 그동안 판례는 수사나 처분이 공판에서 문제될 때 행정작용의 법률 적합성을 평가한다. 소송 규범과 관련하여 법원이 무엇을 결정할 수 있는 것은 거의 없다. 기본적으로는 형사절차는 “소송권”의 확보와 절차 이행을 목적으로 한다. 현대사회에서 법학은 하나의 (전문) 하부체계에 불과하고 다른 사회체계와 조화되는 한에서 유효하다. 형사법은 절차를 포함할 수 있는데, 형법을 실현하는 규범이 형사소송법은 아니다. 형사소송법은 소송권이라는 기본적인 요소를 실현시키는 것이고, 형법이 대상으로 삼는 범죄예방이나 재사회화 등의 이익과

거리가 있다. 이런 이유에서 현재 “~개혁”이라는 이름으로 진행되는 논의들에서 형사법과 형사소송법의 실현 방식에 대한 구조-기능적 오해를 발견할 수 있다.

소송권 실현을 위한 국가적 위임사무인 “기소권”을 어떻게 배분할 것인가를 절차규범적으로 판단하는 구체적 사항만 형사소송법학의 대상일 수 있다. 형사절차를 소송권 실현 사무로 보는 경우, 그 중심에는 주체인 피의자/피고인이 있고, 다른 측면에서 소송제기 이익이 있는 피해자/기소인이 있다. 현대 법은 형사절차를 수평적 당사자의 게임으로 본다. 기소권이란 소권을 가진 이해 당사자의 실질적 이익을 실현하는 공적 서비스이다.

이하에서는 일반 행정적 필요성에 따른 수사와 최종적 법원 판단을 위한 소송권을 실현시키는 기소권이 어떻게 분리되는지 설명해보고자 한다. 그런 후 소송권을 중심으로 형사절차를 볼 때, 소송이란 하나의 “책임있는 행동”이고, 양자가 동등하게 책임을 지는 “게임”이라는 전제에서 기소 행위의 책임 문제를 생각해 보고자 한다. 소송이 게임이라면, 형사절차에서 늘상 승패와 관련없이 부담을 지는 것은 피고인이다. 우리 형사절차에서 기소측은 왜 책임을 지지 않을까?

2. 딜레마

가. ‘절차주의’

많은 형사법학자들과 실무가들은 형사소송법을 “절차”로 생각한다.¹⁾ 형사소송법 교과서의 기술을 보면, “형사소송법이란 형사절차를 규정하는 국가적 법률체계, 즉 형법을 적용 실현하기 위한 절차를 규정하는 법률체계를 말한다.”라고 기술한다.²⁾

1) 대부분 교과서가 통설이라고 설명하는 “이면설”의 결론이기도 하다. 사실 “법률관계설”이란 과거 물건법에서 복수 당사자의 권리관계를 처리하기 위한 전제이다. 골드슈미트의 법률관계설에 대한 비판은 당시 소송체계가 인적 관계에 따라 유동적이었기 때문이다. 자세한 것은 Goldschmidt, *Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Abhandlung aus Berliner Juristischen Fakultät 2., 1925(Scientia 1962)는 620 페이지가 넘는 책으로 1918년 제1차 세계대전에 패망한 독일에서 신분과 관계에서 평등한 소송당사자를 전제로 한 형사소송법 개혁 의도를 반영한다.

2) 이재상, 형사소송법, 3.; 김기두, 형사소송법, 박영사 1985, 16 이하; 백형구, 주석 형사소송법(상), 한국사법행정학회 1984, 21; 박일환/김희옥(편), 주석 형사소송법(I), 제5판, 한국사법행정학회

더 나아가 “범죄를 수사하여 형벌을 과하고 선고된 형벌을 실행하기 위한 절차가 없으면 형법은 적용할 수 없기 때문…이러한 절차를 형사절차라고 하며, 형사절차를 규정하는 법률체계가 바로 형사소송법…”이라고 말한다. 다른 설명은 “형사소송 절차를 규정한 법률체계”라고 한다.³⁾ 사실 이 설명은 명확하지 않다.

형사소송법학에는 중세시대의 “실체적 진실발견”⁴⁾이 유행어처럼 퍼져있다. 국내에서는 변종필 교수⁵⁾가 이 개념의 철학적 용법과 근대 헌법 이념간 부조화를 비판했지만, 여전히 형사소송법의 목적으로 설명되고 있다. 철학적인 설명은 변종필 교수의 연구로 충분한 것으로 보인다. 제도사적으로 오늘날 ‘실체적 진실발견’이란 중세의 재판에서 객관적으로 존재하는 ‘사실’을 밝혀내는 법관의 의무처럼 설명될 수 없다. 근대 이후 소송법학은 객관적 사실을 발견하는 것이 아니라 양 당사자의 주장의 규범적합성을 경쟁하는 제도로 변화되었다. 과학적으로 보면 20세기 인지이론은 ‘실체적 진실’의 발견 불가능성을 설명한다. 인간은 뇌의 생리적 구조에서 감각할 수 있는 지각 대상과 별개의 독립된 이미지 형상(표상)만을 활성화할 수 있다. 즉 존재적 형상과 인지적 반응은 1:1로 대응되는게 아니다. 기호 체계(언어 등)는 객관적 실재를 그대로 반영하지 못한다. 더욱이 소송에서 입증의 수단으로 활용하는 증거규칙은 실재하는 진실을 전제하는게 아니라, 주장된 진술과의 관련성을 평가하는 기준이다. 증거와 사실의 연관성은 관심 대상이 아닐 수 있다. 증거규칙상 타인의 경험적 진술과 실재 경험의 일치 여부는 특별한 절차에 따라 “입증”될 수

2017, 3 이하는 „어떠한 행위가 범죄가 되는지 그 행위에 대하여 어떠한 과정과 절차를 거쳐 어떠한 종류의 형벌을 과할 것인지 형사절차법에서 규율하고 있다. 실제 사건은 형사절차법을 통하여 구체적인 법률이 적용되고 형사사법이 추구하는 목적이 실현된다고 할 수 있다.“

3) 백형구, 21; 김기두, 16. 이러한 설명들은 19세기 독일 형법학자들의 설명과 크게 다르지 않다. 그런 면에서 이러한 형사소송법학의 인식은 19세기적이라고 볼 수 있다.

4) 이 단어의 직접적 원인으로 추측되는 독일 형사소송법 제244조 제5항의 “진실발견”(Erforschung der Wahrheit) 개념은 우리와 다르다. 법원의 증거인용을 위한 윤리적 규칙으로 볼 수 있다. “목적한 사항을 증거로 채택하는 경우, 그 목적 사항이 법원이 (사건의) 진실발견을 위하여 법에 정해진 절차에 따른 것이 아니라면 거부할 수 있다.”라는 규정에서 판단하면 법원이 검증 사실에 대해 직접 확인을 해야하는 의무를 정한 것으로 이해할 수 있다. Berg, Das Spannungsverhältnis zwischen dem Grundrechtsschutz für den Beschuldigten und der materiellen Wahrheitsfindung im Rahmen des fair trial Grundsatzes, Diplomaica Verlag 2013, 25.

5) 형사소송에서 진실개념, 고려대학교 대학원 1996; 절차이론의 지평에서 본 형사소송의 진실개념, 세창출판사 1999.

있다고 믿고 있으며, 그 승인된 과정을 규범적으로 강제하는게 형사절차이다.

각 주체간의 이성적 또는 다른 원인에서 교란된 사회적 평화를 회복하는 절차가 소송이다. 이 절차의 실질적 결론이 보편적 “정의감”에 가까와지는 것은 (우연한) 반사적 이익이지 달성되어야 하는 목표가 아니다. 근대적 법체계에서 (형사)소송이란 각 당사자의 진술간의 적합성을 판단하는 것이 아니라 이미 공동체에서 승인한 규범에 어떤 당사자의 진술이 더 부합되는가를 전문적으로 결정해주는 제도이다. 소송절차는 “누군가 알고 있다.”에서 “누군가 가장 적절한 주장을 하고 있다.”로 진화되었다. 예컨대 오늘날 독일 형사소송법 교과서의 설명은 이렇다: “형사절차의 목표는 불확실한 조건 하에서의 법의 회복이다.”⁶⁾ 형사소송법을 실제 형법을 실현하는(Verwirklichung des materiellen Strafrechts) 도구로 보지 않고, 실제 형법과 절차법이 함께 법적인 평화를 회복하는 것으로 이해한다.⁷⁾ (Zusammenwirken von materiellem und prozessuellem Recht) 독일 연방헌법재판소는 더 나아가서 사건 실제 발견을 인간의 인지능력 한계 내의 사태라는 점을 확인시켜주고 있다.⁸⁾ 그렇기 때문에 소송법은 실제법을 실현시키는 도구가 아니다. 만일 실제 형법의 실현이 목적이라고 할 때 피고인에 대한 - 증거불충분 또는 입증불가로 인한 - 무죄 선고는 절차의 실패 또는 불실행이 될 것이다. 그러나 소송 자체를 목적으로 본다면 같은 경우 무죄 선고 역시 소송법의 구체적 실현이 될 수 있다.⁹⁾

절차 모형의 선택은 단순히 역사적 결과가 아니라 각 사법권이 처한 법체계적 환경과 밀접한 관계가 있다.¹⁰⁾ 소송 법학은 절차의 규범을 다른 법체계를 고려하여 판단하는 분야이다.¹¹⁾ 예를 들어서 직권주의와 당사자주의 모델은 각 법체계와 관

6) Kleszczewski(김성돈 역), 독일 형사소송법, 성균관대학교 출판부 2012, 16; 보다 심화된 최근 연구로는 Eicker, Die Prozeduralisierung des Strafrechts. Zur Entstehung, Bedeutung und Zukunft eines Paradigmawechsels, Nomos 2010, 49이하.

7) Kudlich, Einleitung, MK-StPO, Bd 1., 1.Aufl., 13.

8) BVerfGE 133, 168; 연방대법원의 입장은 BGHSt 50, 40; 51, 88; Jahn JuS 2007, 91 이하.

9) Volk, Prozessvoraussetzungen im Strafrecht, 192, 201; Kudlich, Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot, 1998, 206; Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn 200, NK-StPO, 국내에서 이와 같은 관점은 이상돈, 형사소송법원론. 형사소송의 근대성과 대화이론, 법문사 1998, iii(머리말)

10) 변종필, 소송구조론의 실천적 함의, 강원법학 제51권(2017), 568.

11) Ambos, Zum heutigen Verständnis von Akkusationsprinzip und -verfahren aus historischer Sicht, Jura 2008, 586-594. 특히 587 이하는 고대 그리스와 로마 소송제도가 어떻게 직권주의와 당사자주

련된다. 우리 형사소송법학에서 자주 거론되는 “당사자주의가 가미된 직권주의 모델”이라는 설명은 형사소송법이 어떤 면에서 당사자주의 형식이고, 어떤 면에서 직권주의 요소가 기능하며, 실제 절차에서는 양 모델 중 어떤 방식이 적용되는지 분명하지 않다. 역사적으로 형사절차는 미국 형사소송법 제도를 강제로 이식한 일본의 1948년 형사소송법(신형사소송법)을 모방 번역하여 만든 것이고,¹²⁾ 7-80년대 부분적 소송법 개정은 미국식 당사자주의 모델의 형사소송절차에 집중되었다. 형법은 독일 이론들이 유독 많은 반면 형사소송법에는 미국 판례와 이론들이 자주 언급되고 있다.¹³⁾ 이러한 이유 때문인지 현실에서 배심제도 없는 증거규칙은 근거없이 강조되고,¹⁴⁾ 법률에 규정된 직권주의 기능은 법정에서 무시되기도 한다.¹⁵⁾

의로 분화되었는지 설명한다.

- 12) 일본 형사소송법 제1조: “이 법률은 형사사건에 관하여 공공복지의 유지와 개인의 기본적 인권의 보장을 완수하면서 사안의 진상을 규명하고 헌법 명령을 적정조건으로 신속하게 적용 실현하는 것을 목적으로 한다.”
- 13) 오래된 문헌으로는 강구진, 형사소송법, 16 ; 최근 조국, 위법수집증거 배제법칙, 박영사 2017은 당사자주의 소송의 장점을 중심으로 형사절차를 파악하는데, 글에서는 분석 당시의 법률과도 거리감이 있고, 실제 미국이나 독일의 형사절차 실무와도 부합하지 않는 내용이 많이 발견된다. 이 연구들의 문제점은 직접 인용된 자료들과 서술 상 차이가 있다는 것이다. 과거 법학 논문에서도 개인적 경험이나 자의적인 정보 선택에 따른 내용들이 체계구조적 분석없이 나열되는 경우가 많다. 실무가들의 해외 연수 보고서들에서 주로 많이 발견된다. 좀 더 객관적인 관점에서 두 모델의 형사소송법상의 도입 과정과 관계를 설명한 연구는 이종엽 대표집필, 당사자주의와 직권주의가 조화된 적절한 재판운영, 사법정책연구원 2014, 83 이하.
- 14) 증거규칙은 유무죄를 법률전문가가 아닌 배심원단이 결정하는 절차를 위해 발전되었다. 법률전문가들에게는 어떤 증거가 판단에 의미있는지 쉽게 알 수 있다. 예를 들어 수사기관의 권한을 초과한 증거수집은 부당한 증거로 배제할 수 있지만, 배심원단의 경우는 이런 판단이 간단하지 않다. 그래서 구체적인 증거규칙을 정하고, 판사의 지도에 따라 사건 판단을 위한 인용여부를 검토할 수 있다. 배심원 결정은 책임이 없다. 영미법상 증거규칙을 오해한 판사의 배심지도(direction)상 증거인용에 문제가 있을 때 상소가 제기되고, 이를 상급법원이 이전 법원의 증거 인용 결정을 파기한다. 우리처럼 심판 사실 자체에 대한 불복과는 거리가 있다.
- 15) 제도의 본질을 고려하지 않은 다양한 혼란도 있다. 예를 들어 사법방해죄(Obstruction of Justice) 도입에 대한 논의가 그렇다. 그 도입을 주장하는 견해들은 제도적으로 수사의 의미를 공판 준비로 보느냐 아니면 법원의 보조역할로 보느냐의 차이를 명확하게 이해 못하고 있어 보인다. 수사단계에서 불성실한 협조는 바로 범죄가 되는게 아니다. 이 구성요건은 실제로는 당사자주의 기소심사권의 단점을 보완하려는 의도에서 나온다. 그러므로 법원이 공판을 주도하는 직권주의에서는 별로 의미가 없다. 사법방해죄에 대한 일반적 내용은 박미숙, 미국의 사법방해죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1999. 법체계를 근거로 한 분석은 박달현, 사법방해죄 도입가능성과 그 필요성 검토, 형사정책연구 통권 제91호(2012), 5-52.

‘당사자주의가 가미된 직권주의 모델’이란 당사자주의 모델과 직권주의 모델의 정책 차이점이 상위 규범인 헌법과 소송이념과 부합할 때 그 효과적일 수 있다.

나. 절차 모델과 수사권

역사적으로 19세기까지 형사소송은 오늘날 민사소송과 다르지 않았다.¹⁶⁾ 근대의 보편적 법치주의가 확립되면서 책임원칙이 형성되고, 형사소송절차가 완성된다. 시민의 보편적 주관적 권리와 공동체의 객관적 공권의 관계가 정립되면서 시민들의 국가를 대상으로 청구하는 행정소송법과 국가가 시민을 대상으로 범위반 효과를 제기하는 형사소송절차가 법률로 확정된다. 주지하듯이 형사법은 계몽주의 철학의 영향을 받았다.¹⁷⁾ 계몽주의 철학은 수차례 유럽내 혁명 여파로 확립된다.¹⁸⁾ 계몽주의

16) 형사소송절차가 독립적으로 분화된 것은 최근의 일이다. 소송제도란 고대 로마법 이전부터 민사제도의 형식에 따라 진행되었다. 그 이유는 소송 주체와 대상에 대한 이해 차이 때문이다. 주로 동일 계급간 평등한 소권 처리를 위하여 수행된 경우가 많다. 고대 소송을 단순한 규문절차로 파악하는 것은 오해이다. 규문주의란 5세기에서 10세기간 유럽의 주도권을 가진 카롤링거 왕조의 특별한 방식이며, 칼 대제(742-814)의 권위적인 통치술 때문에 등장하여 후에 중세 형사절차의 표준이 된다. 더 읽을 자료는 Schlosser, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd.II, Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. 2004, 380 이하. 공소시효(the statute of limitation, Verjährungsfristen)는 영국 보통법 전통에서 시작되었다고 한다. 고대 로마법과 유대법에도 이와 유사한 제도가 있었으나, 그 형태는 명확하지 않다. 소송권과 그 권리실현을 위한 일정 기한을 두는 방식은 어쩌면 당연할 수 있다. 그러나 범죄의 경우 개인의 소유권 등을 다루는 민사소송권과 달리 볼 수 있는 설명도 있다. 그 차이 때문에 형사절차에서 공소시효는 사법권마다 다르다. 예를 들어 형사법을 국가형벌권 제한으로 전제하지 않는 사법문화권에서는 공소시효는 중요하지 않다. 대표적으로 영국의 경우 형사법에는 공소시효가 적용되지 않는다. 반면에 프랑스, 독일, 그리고 프랑스 법의 영향을 많이 받은 미국의 경우 형사법에도 공소시효를 적용하고 있다. 공소시효란 말 그대로 기소권자의 공소 제기 기간을 정한 것이다. 민사소송법의 제척기간과 형사소송법상의 공소시효는 사실 같은 제도다. 제척기간도 확일적이지 않아서 독일과 프랑스 등은 우리와 유사하게 5년, 이탈리아는 10년, 스페인은 15년까지 규정한다. 그러므로 민사소송상 제척기간을 도입한 이유와 공소시효 인정은 원칙적으로 같다. 중요한 이유로는 일정 기한이 지나면 입증가능성이 희박해지기 때문이다. 소송권은 존재하지만 입증방식이 불완전하기 때문에 소송으로 얻는 이익이 크지 않을 수 있다.

17) Gmür/Roth, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl., Franz Vahlen 2018, 141 이하.

18) Pagden, The Enlightenment: And Why It Still Matters, Random House 2013은 17세기 18세기 유럽에서 계몽주의 철학이 어떻게 정치적 이념으로 확대되고, 사법제도로 확정되었는지 설명한다. 그의 분석에 따르면 유럽내 그리스 철학의 부흥과 기독교에 대한 충성심, 실증 과학주의, 그리고 로마 가톨릭과의 갈등 등이 계몽주의 철학을 전체 사회적 이념으로 확산시키는 원인이었다고 한다.

원리들은 각 사법체계에 맞게 발전한다.¹⁹⁾ 예컨대 “무죄추정원칙”은 어떤 모델을 취하든 오늘날 실질적인 절차규범이다. 그러나 각 소송구조에서 보면 모델별 다른 이해가 가능하다.²⁰⁾ 당사자주의 소송에서는 이를 무죄 항변권으로 파악하고,²¹⁾ 직권주의 소송 모델은 1789년 프랑스 인권선언문 제9조의 규범 원칙을 주장하는 식이다. 즉 당사자주의 모델에서는 피고인이 무죄를 주장할 수 있는 권한이고, 직권주의 모델에서는 소송 참가자 모두가 존중해야 하는 법의무이다. 어떤 모델에 의해도 형사소송절차가 국가에 의한 탄핵적인 성격을 가지는 것은 동일하다. 형사소송절차는 처음부터 범죄를 전제로 하는 강제절차이다. 두 모델은 오늘날 서로 융합되고 있다.²²⁾

체계적으로 형사소송법상 수사는 - 대체로 - 행정행위이다. 반면에 재판권²³⁾은

19) 소송제도를 감안하면 직권주의와 당사자주의 모델의 구분이 명확한 것은 아니다. 소송절차는 개별 지역의 상황에 따라 매우 다양한 형태로 존재했기 때문이다. 그렇기 때문에 각 모델의 구분이 어떤 기준으로 작용하는 것은 무리이다. 그러나 여기서는 현대에 와서 정립된 각 모델 간의 특성을 중심으로 변화된 제도들을 구분하려는 어쩔 수 없는 방편으로 사용하고자 한다. 유럽의 경우를 생각하면 정치적 혁명과 보수 체계의 대립이라는 영향을 감안할 수 있다.

20) Damaska, Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study, University of Pennsylvania Law Review vol.121:506(1973), 506-589.

21) 이에 대한 상세한 연구로는 도종진/이진국, 무죄추정원칙에 관한 연구, 한국형사정책연구원 2005. Hunter/Henning et al., The Trial. Principles, Process and Evidence, The Federation Press 2015, 27

22) 자세한 내용은 이종엽 등, 위의 보고서, 66 이하.

23) 재판권과 관할권은 개념상 구분될 수 있다. 재판권은 일종의 법적 갈등을 처리하는 국가의 권능으로 볼 수 있고, 관할권은 당해 사법권 내의 법원구조에 따른 사건 지배영역으로 볼 수 있다. 형사소송법 학자 중에는 재판권은 사법권을 의미하는 일반적 추상적 권한을 의미하는 “국법상의 개념”으로, 관할권은 재판권 행사를 전제로 하는 특정법원의 “소송법적 개념”으로 설명한다. 이재상/조균석, 형사소송법, 14판, 박영사2019, 64는 “재판권이 없을 때에는 공소기각의 판결”을 해야 하고, “관할권이 없는 경우는 관할위반의 판결을 해야 한다.”라고 하면서 제327조 제1호와 제319조를 근거로 들고 있다. 그러나 재판권은 소위 소송의 요건이므로 재판권이 없는 경우 소송의 원인이 무효로 되어 이를 법원이 직권조사하여 각하(기각)하는 것이 타당하지만, 이를 위반하여 선고가 내려졌다면 최종 판단 확정 전이면 상소 또는 확정 후 무효로 해야 한다는 견해(송상현, 민사소송법, 63)도 있다. 실제로 제327조 제1호는 분명히 피고인에 대한 재판권이 없을 때 “판결로써 공소기각의 선고”를 내리도록 규정하고, 제319조는 관할위반의 경우 “판결로써 관할위반의 선고”를 내리도록 규정한다. 제2조에서 관할위반에 대해 그 효력없음을 규정하여, 문제삼지 않고 있다. 반면에 민사소송법 제34조는 관할위반의 경우 “법원은…관할권이 없다고 인정하는 경우에는 결정으로 이를 관할법원에 이송한다.”라고 규정한다. 주지하듯이 민사소송의 관할지정은 당사자간 협의 사항이다. 당사자주의의 성향이 강한 민사재판의 경우 관할위반은 실질적으로 법원을 정한 당사자

사법작용이다. 예를 들어 우리 형사소송법 제1조는 법원의 관할 결정권 규정이다. (관할의 직권조사) 이 규정은 직권주의 특징으로 볼 수 있다. 왜냐하면 당사자주의 모델에서는 법원의 직권관할결정을 강제하지 않는다. 당사자주의 성격이 강한 민사소송법 제1조는 민사소송의 이상과 신의성실을 규정하고 있다. 이와 유사하게 당사자주의 모델 형사소송법 규정은 대체로 적법절차를 제1조에 규정한다.²⁴⁾ 영미 당사자주의 절차는 대부분 ‘법원선택’(forum shopping; jurisdiction shopping)이 가능하다. 피고인에게 유리할 법원을 직접에게 선택하는 것이다. 법원은 사건의 조사권이 없고, 기소결정도 대배심에서 결정하므로 사건 처리를 위한 절차만 준수한다. 심판도 배심원이 결정하는 경우가 많으므로 법원의 관할 조정은 실익이 없다. 관할 결정권을 법원에게 주는 원인은 법체계상 사법권에 사건 조사권이 있기 때문이다. 직권주의에서 수사권과 직권 관할조사는 규범상 유사한 기능이다. 법원이 수사와 심판권을 통합하여 시행하던 규문주의 흔적을 보여준다. 직권주의는 형사절차 실현의 주체가 법원이고, 당사자주의는 주체는 언제나 당사자들(배심원 포함)이다.

절차 모델은 19세기 후반과 20세기 구조화된다. 그 중 공판전 기소와 구금에 대한 권한 논쟁이 존재했다. 원칙은: *약한 처벌은 예방 경찰권에 의하고 중한 처벌은 사법부 심판을 따른다*. 약한 처벌은 행정처분을 의미한다. 그 구분은 비례성원칙에 따르고, 예외는 전쟁이나 테러 등과 같은 상태의 긴급 강제이다.²⁵⁾ 구금제도는 법률

간 이익과 충돌할 수 있다. 그래서 민사소송법 제34조는 실익이 있다. 그러나 형사소송법은 제2조를 두어 이런 경우를 해결하고 있다. 그러므로 제319조처럼 관할위반을 판결로 선고할 이익이 없다. 관할위반을 당해 법원의 결정으로 해당 법원에 이송해도 특별한 효력상 차이가 없기 때문이다. 같은 설명은 Pakes, Comparative Criminal Justice, 3rd. ed., William Publishing 2015. 실무에서도 관할 위반에 따른 사건을 판결로 하고, 새로 다른 법원에서 기소를 다시 하는 경우는 없다. 독일 형사소송법 제348조 제1항은 관할위반이 발견된 경우 결정으로 사건을 해당 법원에 이송하도록 규정한다. 우리 민사소송법 제34조와 같다.

24) 예를 들어 영국 형사소송규칙 제1조 제1항은 이렇다. “이 소송규칙의 주요 목적은 형사사건이 공정하게 처리되게 하는데 있다”(The overriding objective of this procedural code is that criminal cases be dealt with justly). 반면에 개정된 프랑스 형사소송법 제1조는 공소제기권자로 제1항에 사법관(검사 포함)과 법률이 정한 공무원과 제2항 피해자(사적 소추)를 규정한다. 프랑스의 경우 관할 지정보다 소송권자의 확정을 더 우선적으로 확인해 준다.

25) Merle/Vitu, Traité de droit criminel II, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général 463. 프랑스는 1789년 혁명 후 기소전 구금에 대해 제한적인 태도를 보였으나 알제리 전쟁(1954-9162)부터 경찰수사권을 강화하고 테러에 대한 사전 구금제도를 신설하는 등의 변화를 보인다. 좀 더 오래된 문헌들을 보면, 형사소송은 민사소송과 처음부터 다른 발생원인을 가지고

에 따른 행정적 처분인 경우와 법원의 통제를 받는 구금으로 분류될 수 있다. 이 구분은 사법권에 따라 다르다. 프랑스 형사소송법 제81조 제1항(진실발견)과 제137조 제2항 144는 “공판준비를 위한 구금”(nécessités de l’instruction) 뿐 아니라, 사회 안전을 위한 구금”(mesure de sureté)도 인정한다.²⁶⁾ 이는 소위 법원의 통제를 받지 않는 기한 내 구금제도를 의미한다. 반면에 독일의 경우 제2차 세계대전 후 제정된 기본법 제104조 제2항에 판결전 자유제한은 모두 법관의 승인을 얻도록 규정한다. 그 결과 독일은 프랑스와 유사한 법률에 의한 예방 구금도 법관의 승인을 받도록 하고 있다.²⁷⁾ 프랑스의 경우 사전적 예방처분(Vorfeldkriminalisierung) 권한이 실제로도 다양한 기관에 분산되어 있고, 이를 모두 행정경찰법적 조치라고 부른다. 대체로 정신병자 감호(CSP), 외국인에 대한 임시 감호(CESEDA) 등이 그 예이다. 경찰예방법적인 조치는 법률에 정한 행정기관에서 직접 권한을 가지며, 예심판사는 중범죄로 기소된 형사사건에서 구금에 대한 사항을 담당할 수 있다. 반면에 독일은 헌법 개정으로 인해 법관만 구금권을 독점한다. 이러한 법원의 통제는 법원 업무의 가중과 결정의 지체로 인한 피의자와 피고인 부담이 늘어난다는 지적을 받았다.²⁸⁾ 그 후 1975년 개정을 통해 수사법관(Untersuchungsrichter)을 폐지하고, 행정적 처분권한을 처분하는 권한을 검찰에게 위임하는 개정을 한다. 오늘날 검사가 수사지휘와 기소심사권한을 행사하는 계기가 된다.²⁹⁾

있다는 사실을 확인할 수 있다. 예컨대 로마법학에서 공적 소송은 극히 예외적이었고, 시민간의 소송만 존재했다. 시민과 비시민간의 대립이나 전쟁, 강탈과 같은 행위가 시민의 소권과 별개로 magistratus에 의해 제기되면서, 즉 소권 주체들의 차별적 인식과 황제정기의 권력 집중 현상에 따른 황제법정(Kaisergerichte) 등이 나타나면서 „공적 소송“이 시작되었다고 할 수 있었다. Mommsen, Römisches Strafrecht, Duncker & Humblot 1899, 158 이하.

26) Desportes/Lazerges-Consequer, Traité de procédure pénale, 4^e édition 2015, 2709. 좀 더 자세한 내용은 Weiß, Haft ohne Urteil. Strafprozessuale Freiheitsentziehungen im deutsch-französischen Vergleich, Duncker & Humblot 2015, 80 이하.

27) Weiß, 위의 책, 395. 이 독점권에 대한 헌법적 설명은 Dürig, in: Maunz/Dürig, Art.104 Rn 23; BVerfG BeckRS 2012, 48178.

28) 자세한 내용은 Weiß, 위의 책, 427 이하.

29) 독일은 공판개시 후에도 보충적 수사를 할 수 있다.(독일 형사소송법 제162조) 이 경우 수사 법관(Ermittlungsrichter)이 지명되어, 공판전 검사에게 위임한 수사가 미진한 경우 직접 수사한다. 수사 법관은 직접 사법행위를 할 수 있고, 독일 형사소송법 제126조 이하의 압수 내지 체포 영장청구권을 직접 행사할 수 있다.(독일 형사소송법 제162조 제2문) 국내에서 간혹 논란이 되는 공소제기 후 수사의 가능성은 독일내 별로 의미없는 논쟁이다. 생각컨대 우리 형사소송절차도 공소가 제기되

사법제도에서 시민의 자유제한 승인을 법원이 독점하는 경우와 경미한 행정처분에 대해 행정기관이 직접 자유를 제한할 수 있는 구조적 차이가 생긴다. 만일 법원이 모든 자유제한에 대한 심사권이 있다고 가정하면, 이론적으로 공판전 조사(수사)는 근대적 법치국가 형사절차에서는 모순일 수 있다.³⁰⁾ 반면에 경찰예방적인 자유제한권을 각 담당기관에 부여하는 경우 수사나 예방적 구금 등 행위는 법원의 심사 대상이 아닐 것이다. 우리 형사소송법은 형사범죄에 대한 사법권의 적용범위를 명확하게 구분하지 못하고 있다. 그래서 형법에 규정된 “모든” 범죄와 형사특별법에 속하는 “모든” 위법행위를 형사범죄로 전제하고, “모든” 사안을 (검찰을 통해) 법원이 심판하는 구조로 이해한다. 나는 이러한 이해는 부적절하다고 믿는다. 체계이론적으로 볼 때 프로그램상 구조상 다른 절차를 동일한 절차로 통합처리하는 “비효율성”이다. 그 결과 모든 범위반은 검사가 독점처리 할 것같은 착시 현상이 생긴다. 이러한 율령이 지속되면 토이브너(Gunther Teubner)가 말하는 ‘조정 트릴레마’에 봉착할 수 있다. 그는 각 하부체계가 제대로 작동하지 않을 때 시민들은 전통적인 법률에 따른 해결에 기대를 걸게 되고, 그로 인해 입법투쟁이나 사법적 해결에 과다한 기대 현상 때문에 결국 법체계에 대한 신뢰가 실추되는 악순환을 경고한 바 있다.³¹⁾ 실제로 우리 법체계에서 검찰의 권한은 그다지 크지 않다. 오늘날 혼란스럽고 권태감이 느껴지는 “개혁”은 제도 자체가 아니라, 법의 전문 하부 체계의 기능적 역할을 오해하고 있는 현상으로 파악할 수도 있다.

이 현상은 법원과 검찰의 구조에 대한 지금과 같은 이해로는 파악이 어렵다. 기본적으로 법원은 대법원에 속하고, 검찰은 행정부 소속이다.³²⁾ 비교해 보면 검찰은 대

면 검사의 수사만 종결되고, 공소제기된 사건을 법원이 직접 판단하여 최종 결론을 내는 것으로 규범화되어 있다. 심판 사항에 검사의 공판전 수사사항까지 포함될 수 있음은 물론이다. 이는 법원 직접 신문권의 핵심 내용이다.

30) 김선택, 영장청구권 관련 헌법 규정 연구, 2008, 15는 사법권과 행정행위를 구분하여 설명한다. 영장청구권이 실질적인 피의자에 대한 자유박탈에 대한 최종권한은 아니다. 그렇기 때문에 경찰과 검찰의 수사행위는 규범적으로 볼 때 영장청구권과 기소제안권에서 한계가 정해져야 한다.

31) Teubner, Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion im post-instrumentale Rechtsmodelle, 13 Quaderni Fiorentini 109(1984), 137.

32) 우리 제도는 미국의 검사제도(US Attorney)와 일본의 검찰 제도를 복합적으로 수용한 것으로 보인다. 미국은 1789년 사법(법원)조직법(Judiciary Act of 1789)을 제정한다. 이 법률은 미국 헌법 제3조에 따라 사법 구성을 위한 법원과 사법조직법을 의미한다. 1789년 9월 최초 5인의 대법관과

체로 법원과 병립된 기관이다. 법원의 직접 수사권을 규정하는 프랑스의 경우 실질적으로 검사는 법관의 보조자이다. 기소 통제권은 법원에게 있다. 검사는 일부 경미 범죄에서만 기소유예권이 있다. 법원과 병렬적으로 배치된 검찰은 각 심급에 따라 공판 준비 또는 공판에서 추가적 조사를 위한 법원 보조 업무 때문이다. 경찰의 실무적 수사에 대한 자문을 하는 형태의 제도는 실제로 20세기 초반 개별적인 개혁 내지 제도 효율화 때문에 생긴 것이다. 더 극단적 형태는 영국이나 미국의 경우처럼 공판전 조사권이 공판 준비를 위한 예비 절차로 잠정적으로 승인된 경우이다. 그렇기 때문에 최종 유죄선고전 구금이란 특별한 예외가 된다. 언급했듯이 미국의 경우 수정 헌법 제5조에 따르면 원칙적으로 기소전 구금은 대배심의 승인이 필요하다.³³⁾ 영국의 경우도 살인이나 무장강도, 전과, 소송불참 예견, 보석중 범죄가능성, 보석조건 위반 등이 아니라면 기소 전에는 구금할 수 없다. 구금 제도(Remand, Pre-trial detention)에 대한 각 차이점은 최근 일본에서 발생한 카를로스 곤 사건³⁴⁾에 대한

11개 주(메인, 뉴햄프셔, 매사추세츠, 코네티컷, 펜실베이니아, 델라웨어, 매릴랜드, 버지니아, 사우스 캐롤라이나, 조지아, 캔터키 주)의 수석법관과 검찰관(Attorney), 보안관(Marshal)이 지명된다. 미국의 경우 연방검찰관과 보안관은 대통령이 지명하고, 나머지는 대부분 선출직이다. 주검찰(state attorney)과 지방검찰(district attorney)은 선출직이다. 통상 선출직 주검사와 지방검사들은 변호사 업무를 겸업하는 경우가 많다. 이들은 낮은 급여와 불안정한 지위에도 불구하고 판사 선출에 유리하거나, 정치적 경력을 위해 이를 지원한다. 연방 검찰에 속하는 6천명 정도의 검사들만 조직적으로 활동하고, 4만명이 넘는 주나 지방 검사들은 독립적으로 기소권만 행사하는 경우가 있다. 검사 권한은 비교적 큰 것으로 평가되는데, 기소결정권이 가장 중요하다. 그러나 기소결정권만 있고 기소가 되려면 대배심의 승인을 받아야 하므로 엄격히 말하면 „기소신청권“을 가지고 있다고 말해야 한다. 역사적으로 미국은 혁명과 영국식민지 해방전쟁 후 국가를 대신하는 반역죄나 식민지 잔재 청산을 위한 공공기소인으로 연방검찰제를 운영했다. 그들의 업무는 모든 범죄가 아니라 국가에 대한 중요범죄사실만을 담당했다. 지금도 연방검찰은 연방범죄에 대한 기소신청권만 가진다. 자세한 내용은 미국법무부 홈페이지(<http://www.justice.org>) 참조. 미국 연방검찰은 사법적 기능을 인정받았다고 해석할 수 있다. 즉 최종 수사종결권을 가진다.(Judiciary Act) 미국 상원은 영국 보통법의 제도를 모형으로 한다. 그래서 통상 상원은 사법기능을 겸하는 경우가 많다. 영국은 2006년까지 상원(House of Lord)의 법무상원(Law Lords)에 의해 대법원 기능을 가지고 있었다. 금번 트럼프 대통령 사건의 경우처럼 미국 상원의 경우도 대통령 탄핵에 대한 실질적 심판권을 가진다. 이 때는 대법관이 상원의 법무 상원(Law Lords)으로 역할을 하게 되어 있다.

33) US v. Cancelliere, 69 F.3d 1116, 1121(11th Cir. 1995); Russell v. US, 369 U.S. 749, 769(1962); US v. Wacker, 72 F.3d 1453, 1474(1995) 모두 근거는 미국 수정헌법 제5조 제1문: “누구라도 대배심의 고발이나 공소 제기에 의하지 아니하고는 사형에 해당하는 죄나 중죄에 대하여 심문당해서는 아니 된다.”

34) 카를로스 곤(Carlos Ghosn)은 르노-닛산, 미쓰비시 사의 공동 최고 경영자였는데 일본 검찰의 배임

반응을 보면 잘 알 수 있다. 이러한 제도상의 차이는 법제사적인 원인으로 추정되는데, 여기서는 자세히 언급하지는 않겠다.

반면 우리의 경우 공판전 구속이나 체포, 구속 필요성은 법률이 규정한다. 그래서 기소전 구금이 법적 절차로 이해되고 있다. 이러한 형식은 효율적인가?

3. 구조

가. 사법권³⁵⁾과 행정행위

법원의 구속(제70조)과 검사의 영장에 의한 체포 내지 구속(제200조 이하)은 같은 것일까? 문언상 규범력 차이가 있다. 조문의 편제도 구속과 체포는 각각 구분되어 있다. 구조적으로 검사의 체포권은 사법부의 규범적 심사 승인을 전제하는 ‘조건부 행정행위’이다. 반면에 법원의 법정구속권은 사법권한이다. 제200조 등에 따른 검사의 체포와 구속은 위법적 행상에 대해 관할 행정청이 철거명령을 내리고 이를 집행하는 행위와 같다. 그래서 경찰과 검찰의 수사행위(공판전 조사행위)는 원래 일반 행정법상 권원이다. 그래서 부당한 수사나 체포, 위법한 증거수집과 같은 행위는 직접 형사소송법 위반이 아니라 일반(행정)법 위반 또는 더 나아가서는 형사불법일 수 있다. 공무원 행정대집행의 하자로 인한 법효과와 같다. 규범상 사법권과 행정행위에 대한 이의제기는 규범적으로 다르다. 사법권에 대한 조치는 상소 또는 재심으로 규정하지만, 검찰 등의 행정행위 구제는 그 자체로 소송의 대상이다.(즉, 소권을 발생한다)

공판전 조사권은 검(경)찰에게 위임한 권한이지만 본질적으로는 (강제적) 행정행위이다.³⁶⁾ 그런 이유로 일반 법률주의 원칙에 따라야 한다. 반면에 형사소송법상 절차는 사법권의 통제를 받도록 한다. 요컨대 형사소송법에서 논의되는 절차와 관련되는 행위들은 위법한 행정행위와 형사소송절차상의 위반행위가 복합적으로 포함

혐의로 구속되었다. 보석 중 도주하여 화제가 되었다. 특히 그의 구속이 영국과 미국을 중심으로 하는 언론에서 무죄추정 원칙에 반하는 일본 형사소송절차의 문제점으로 지적되기도 했다.

35) 송상현, 민사소송법, 박영사, 55. “국가권력은 삼권으로 분리되고 그 중에서 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.”

36) 형사소송법 제106조(법원 압수 수색)와 제215조(검찰 압수 수색)의 문언상 차이점을 생각하면 된다.

된다는 말이다. 그럼에도 불구하고 현실에서 검(경)찰의 부당한 행정행위(수사와 기소)는 행정법 위반으로 곧바로 인식되지 못하는 듯하다. 예컨대 최근 같이 전염병이 유행하는 시기에 시행되는 행정명령들은 법률에 근거가 있는 경우 시행가능하고 적법성이 추정된다. 그런데 이 행위에 대한 절차상의 하자를 제기하는 경우 상급기관의 행정 직무성 평가를 받아야 한다. (소원전치주의) 그 후 해결이 안 될 때 사법부의 최종 판단을 받는다. 검찰이 형사절차와 관련된 직무를 수행할 때는 순수 행정행위와 형사소송절차상의 행위로 구분될 수 있다. 일부는 중첩된다. 이 행위로 제3자에 대해 손해를 끼친 경우와 다시 근거 규정 위반의 경우와 규정에 적법하지만 형사절차상의 규칙에 반하는 경우 - 그에 대한 책임은 동시에 거론될 수 있지만 - 같은 것은 아니다.³⁷⁾ 책임은 구체적 법원 판단에 따라 결정될 수 있다. 예컨대 이론상 기소유예할 수 있는 사건을 기소한 경우 기소자 책임을 인정하지 않는다.³⁸⁾ 기소는 본질적으로 피해자의 소권을 존중하는 제도이기 때문이다. 법률은 기소를 원칙으로 정하고, 예외적으로 검찰에게 기소유예를 할 수 있도록 한다. 그래서 만일 기소될 사건을 유예시킨 경우 검찰은 소송권자(피해자)의 소송권을 제한시킨 책임을 별도로 물을 수 있다.³⁹⁾ 원칙적으로 검찰이나 경찰의 기소전 행정행위는 모두 법원의 공판 과정에서의 심사대상이다.

수사는 행정행위이고, 우리 행정편제상으로도 경찰과 검찰은 사법부가 아니다. 법원 수사가 가능한 사법권에서는 법원의 위임 업무인 수사는 처음부터 사법적 형사절차가 될 수 있지만 우리 경우는 그렇지 않다. 모든 수사행위를 법원에 의해 독점적으로 통제할 것인가는 입법과 정책적 판단에 따른다. 우리 헌법과 법률에 따르면 수사 또는 조사행위는 법원의 직접 통제를 받지 않는 일반 행정작용인 경우가 많다. 그 경우 예외없이 구체적인 법률에 따라야 한다. 법률의 근거없는 행정행위는 행정법적 책임과 경우에 따라 공무원에 의한 형사범죄로 될 수 있다. 이론적으로 볼 때 형사소송 대상은 형사법 위반에 대한 불법상태를 심사하는 것이 아니다. 민사소송법학에서 말하는 구실체법설과 같은 판단에서만 대상 사건의 심리가 제한적이

37) Steffan, Haftung für Amtspflichtverletzungen des Staatsanwalts, DRiZ 1972, 153-156.

38) RGZ 154, 266, 268; 172, 11, 13; BGHSt 16, 225, 228 이하.

39) Steffan, 위의 글, 154.

다.⁴⁰⁾ 반면에 최근 이론처럼 소송을 공법상의 갈등해결을 위한 독립적 절차로 이해한다면, 소송의 심판 대상은 소극적인 형사소송법 위반 뿐 아니라 형사절차 전체에 대한 심판으로 확장되어야 한다. 이 경우 형사절차에 기속된 행위나 사태는 법원의 심판대상이 된다.⁴¹⁾

요컨대 공판과 관련없는 수사와 이를 위한 강제는 법률에 따라 수행된 경우 사법적 판단 대상이 아닐 수 있지만, 기소 후에는 법원의 심판 대상이 된다. 형사소송법은 수사기관의 모든 행정행위는 아니지만, 법체계상 공판이 제기되는 경우 기소전 행정 행위와 그 과정, 기소된 사안 모두를 규율한다고 볼 수 있다.

나. ‘연장된 팔’

형사소송법 학자들은 경찰을 검찰의 “연장된 팔”(verlängerter Arm)이라고 부른다. 이 말은 독일 학자들이 사용하면서 알려진 표현인데 국내 형사소송법학에서 설명되지 않은 부분이 있다. 독일법상 경찰은 검찰의 “연장된 팔”이지만, 검찰은 법원의 ‘연장된 팔’이다. 직권주의에서 수사 적법성은 법원이 최종 결정한다. 그렇기 때문에 논리적으로도 수사의 ‘몸통’은 법원이다. 그래서 우리가 보고 있는 수사권 조정을 위한 검찰과 경찰의 논쟁⁴²⁾은 몸통없는 팔끼리 싸움에 불과하다.

연장된 팔이 논의된 계기는 나치스 시절 악명높던 비밀경찰을 통제하기 위한 1959년 사법개혁 때문이다.⁴³⁾ 개혁정책의 일환으로 1934년 나치스가 만든 구 검찰 관련 규정들을 개정하면서 1984년 9월 18일 최종 확정된 일련의 검찰관련 규칙들

40) 김연, 판례와 함께 읽는 민사소송법, 탐복스 2019, 220 이하.

41) 민사소송법학에서는 다수 견해.

42) 이관희, 경찰의 정치적 중립성과 수사권독립문제, 사법행정, 1989; 차용석, 경찰수사권 독립의 문제, 수사연구 제101호(1992); 손동권, 수사절차에서의 경찰과 검찰의 관계, 경찰대학논문집 1993; 표창원, 경찰수사권 독립이 인권보장의 첩경, 형사정책 제15권 제1호(2003); 서보하, 수사권의 중립을 위한 수사권의 합리적 배분, 헌법학연구 제8권 제4호(2002), 177 이하 등은 경찰의 입장에서, 그리고 다른 입장은 하태훈, 범죄수사단계에서의 사법경찰과 검찰과의 관계, 홍대논총 제30집(1998), 7 이하; 독립적 연구 보고서는 대검찰청 검찰미래기획단에서 발주하고 김학성 교수가 대표 집필한 헌법원리에 부합한 검찰 수사지휘체계에 관한 연구가 있다.

43) Carsten/Rautenberg, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur Beseitigung ihrer Weisungsabhängigkeit von der Regierung im Strafverfahren, 3.Aufl., Nomos, 373 이하.

(예를 들면 “외국과의 형사사건 협력 규정”(Richtlinien für den Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland in Strafsachen)이나 “형사절차 규정”(Richtlinien für Starverfahren))이 변경되면서 경찰은 점차 검찰의 수사지휘를 받게 된다. 독일은 1877년 독일제국이 개정한 법원조직법(GVG)으로 독립적 검사제도를 법원 내 설치한다. 각 제후국으로 구분된 시기에도 일부 검찰제도가 존재하기는 했지만, 대부분 독일 지역은 프랑스처럼 법원의 명령을 법원 밖에서 수행하는 검찰제도를 가지고 있었다.⁴⁴⁾ 당시 법원과 행정부 조직 관계는 복잡했다. 사법권 통합이 이루어지지 않아서 법원간 교류도 원활하지 않았다. 역사적으로 당시 독일이 자유주의를 선택한 프랑스와 달리 비스마르크가 주도한 보수 반동체계를 고수했다는 사실도 잊으면 안 된다. 구시대 독일 형사법 원리들은 우리의 자유주의적 헌법 이념과 일치되지 않을 수 있다.

1933년⁴⁵⁾과 1938년 나치스 시절 공표된 두 개의 법령을 주목할 수 있다. 첫째는 1933년 3월 21일 공표된 “특별법원 설치에 관한 제국정부령”(Verordnung der Reichsregierung über die Bildung von Sondergerichte)과 1938년 11월 20일 “특별법원 관할권 확대를 위한 정부령”(Verordnung über die Erweiterung der Zuständigkeit der Sondergerichte)이다. 이 두 개의 정부 규정은 검사의 기소권을 특별범죄를 기준으로 모든 법원에서 가능토록 확대한다. 그 전에는 검사는 소속 법원관할 지역 내 사건만 기소가 가능했다. 이 규정으로 인하여 검사의 권한은 비약적으로 확대된다.⁴⁶⁾ 1933년은 히틀러의 정권 장악이 시작된 시기이다.⁴⁷⁾ 대부분 법관

44) 자세한 설명은 Wohlers, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft, 182.

45) 1933년은 히틀러가 실질적으로 나치스를 통해 정권을 장악한 첫 해이기도 하다. 이에 대하여 Vogelsang, Reichswehr, Staat und NSDAP. Beiträge zur deutschen Geschichte 1930-1932, Deutsche Verlags-Anstalt 1962, 355 이하.

46) Schumacher, Staatsanwaltschaft im Dritten Reich, 53; Eb.Schmidt, FS-Kollrausch, 264; Niethammer, in: Hartung/Niethammer, Strafverfahrensrecht, 288. 우리 학자들은 일본 형사소송법을 소개하면서 1922년 (구)형사소송법 개정과 전쟁 후 1946년 사이의 (신)형사소송법 제도 변화 원인을 설명하지 않는다. 이정민, 일본 수사제도 운영과 그 전제, 형사법의 신동향 제60호(2018), 181-214.; 노명선, 검사의 준사법관으로서의 지위에 대한 이해, 대검찰청 용역과제 2012, 43 이하. 이 글에서 저자(노명선)는 일본 구형사소송법이 독일법을 따르기는 했지만, 기소법정주의를 따르지 않고, 기소판의주의를 채택하였다고 서술하고 있다.⁽⁵⁵⁾ 이는 정확한 설명이 아니다. 독일은 기소판의주의를 절서위반죄와 경죄 이하 범죄에서는 프로이센 형법부터 인정했기 때문이다. 기소법정주의는 일부 경죄와 중죄의 경우이다. 그리고 일본도 기소판의주의를 이미 1922년 형사소송

들과 검사들은 히틀러 주의자로 교체되고, 정치범을 위한 특별법원들이 설치된다. 자유주의자들과 유대인들은 사법 영역에서 제거되고, 인민법원(Volksgesicht)이나 제국전쟁법원(Reichskriegsgericht)을 설치하여 모든 시민들을 대상으로 확대하고, 일반기소권을 검찰이 행사할 수 있게 된다. 악랄했던 친위대법원(SS-Gesicht)은 1939년 설치된다. 형사특별법이 다양하게 제안되어 반사회자형법, 유대형법, 외국 인형법(주로 폴란드인 처벌) 등이 등장하고, 이를 위한 특별검찰부도 도입된다.⁴⁸⁾ 독일 형법사에서 이러한 퇴행적 사법제도의 원인은 독일의 정치·경제적 배경(제1차 세계대전의 패배와 과다한 국가부채)도 있지만, 1918년 혁명 이후 바이마르 공화국의 무기력했던 형사사법제도 개혁의 실패 때문이기도 하다.

괴팅엔 대학교 암보스(Kai Ambos) 교수는 최근 출간한 책⁴⁹⁾에서 나치스의 형법 이론들이 전쟁 후에도 지속적으로 영향을 미치고 있는 과정을 설명한다. 아르헨티나 형법학자 자파로니(Eugenio Raúl Zaffaroni) 교수에 따르면 나치스 형법과 제도는 동맹국들에게 전수되었다.⁵⁰⁾ 이론이 수입되면서 자유주의 형사법 이념은 하나의 설로 폄하되고, 나치스 이론들이 동등한 대립 이론으로 격상된다. 사실 나치스 형법 이론은 토론의 대상이라기 보다는 청산 대상이어야 했다. 클루스만(Uwe Klußmann)은 2011년 쉬피겔(Der Spiegel)에 기고한 글에서 나치스와 일본이 1938

법에서 전면 도입하였다.(주 74 참조) 이와 별개로 독일 제도에 대한 오해도 많이 발견되지만 여기서는 자세히 언급하지 않는다. 우리 형사법이 - 일본의 영향인지 - 나치스 형법이론들을 지금도 무비판적으로 따르고 있다. 예를 들어 식민지 시절 조선형사령 제11조는 “_형사소송법 제144조, 제146조 또는 제147조의 경우에서_ 범행장소에 임검할 필요가 없다고 인정할 때에는 임검을 하지 않고 : _”(강조는 저자) 규정이다. 검사나 사법경찰관에게 예심판사의 지위를 부여한 관행은 당시 일본 형사소송법에는 없는 식민지 통치 관행을 만들어 현재까지 이어지는 경찰과 검찰을 일종의 사법기관처럼 오해하는 “준사법기관설”의 원인일 수 있다.

47) 역사적인 설명은 Ritter, Justiz und innere Verwaltung, in: W.Benz/H. Graml/H. Weiß(Hrsg.), Enzyklopädie des Nationalsozialismus, Klett-Cotta 1997, 92 이하.

48) Ritter, 위의 글, 94 이하.

49) Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung, Nomos 2019.

50) Ambos, 위의 책, 38 이하는 나치스 형법이론가들이 고안한 실질적 불법론, 전체주의적 형법이론, 형법의 실질화 등을 설명한다. 이러한 이론들은 우리 형법에서 일본형법이론으로 소개된 바 있다. 실질적 위법성론은 가법적 위법성론은 그 근원이 실질적 불법론을 일본식으로 바꾼 것으로 볼 수 있다. 그 실질성을 인간(판사)가 판단할 수 있게 확대시키려는 목적에서 등장한 것이기 때문이다.(42) 암보스 교수는 독일내의 나치 청산 역시 형식에 그쳐서 메츠거(Edmund Metzger)나 자우어(Wilhelm Sauer) 등 대다수 나치 형법이론가들이 대학으로 복귀했다고 설명한다.

년부터 1945년까지 밀접하게 협력한 내용을 설명하고 있다.⁵¹⁾ 그에 따르면 메이지 유신 후 가까웠던 일본과 독일은 제1차 세계대전을 기점으로 소원해진다. 그 후 히틀러의 정권 찬탈 후 일본은 나치스와 관계를 회복하면서, 가장 열성적인 나치주의자가 된다. 1936년 나치와 체결한 “반공산주의 조약”⁵²⁾은 일본 내에서 나치스의 인종차별적 이념과 집단주의가 문화와 교육, 사법영역까지 영향을 미치는 결정적 계기이다.⁵³⁾ 메이지 유신 이후 일본은 유럽에서 수입한 “재판소법”에 따라 검찰을 법원의 직원으로 규정하고 있었다. 이는 1895년 대한제국의 ‘재판소구성법’에서 그대로 유지된다. 일본 형사절차에서 검찰이 법원으로부터 독립하게 되는 계기는 미군정에 의한 강제적 사법개혁의 결과이다. 미군정 담당관들은 유럽식의 법원-검찰 관계를 이해하지 못했다. 그 후 한국도 변경된 일본 검찰제도를 모방한 1949년 검찰창조직법을 그대로 도입한다. 오늘날 법원에서 독립한 미국식 모방 검찰 제도의 기원이다.⁵⁴⁾

51) Nazis in Nippons Reich. Deutschland und Japan waren im Zweiten Weltkrieg verbündete. Die Nationalsozialisten priesen die „japanische Kraft“, tatsächlich gab es der erhebliche Differenzen. 2011/5.

52) 이 조약의 영향력은 전후 좌우대립에 어느 정도 영향을 미쳤다. 일제시대 법학의 영향에 대한 글로는 한상범, 일제잔재 청산의 법 이론, 푸른세상 2000.

53) 일본 학자의 설명은 内田博文 編, 歴史に學ぶ刑事訴訟法, 法律文化社, 2013, 131 이하. 히로푸미 교수에 따르면 일본은 1810년부터 국가소추(검찰소추)를 받아 들였고, 1872년부터 검사제도와 예심판사제도를 가지고 있었다. 1922년 독일의 기소유예제도를 받아들이면서 검사의 권한이 강화되고, “제인사건”을 기점으로 규문주의적 검찰사법 현상이 등장한다. 이 시기는 대정 후기와 소화 초기(대략 1930년초반)으로 기술하고 있다. 예를 들어 Sasamoto-Collins, Yukitoki Takikawa(1891-1962) and Legal Autonomy in Interwar Japan, in: S.Skinner(ed.), Ideology and Criminal Law: Fascist, National Socialist and Authoritarian Regimes, 229-254.; Furuya, Nazi Racism Toward the Japanese. Ideology vs. Realpolitik, NOAG 157-158(1995), 17-75.; Meskill, The Hollow Alliance, Atherton 1966, 3은 당시 일본과 나치스의 관계는 공허한 협력이었으며, 상호간 간섭없이 오직 주변 국가들을 협박하고, 자기의 이익만을 위한 관계로 평가하기도 한다.(a long and uneasy engagement, maintained long past the hope of eventual union, not because the partners had become comfortably used to each other, but because breaking the engagement would have reduced the prestige of each in the neighborhood.)

54) 1945년 12월 29일 법무국장의 훈령 제3호는 “검사의 선결직무는 관할재판소에 사건을 공소함에 있고 세밀한 조사는 검사의 책무가 아니…검사는 경무국(경찰)이 행할 조사사항을 경무국에 의뢰…실제로 법적 검토를 요하는 조사에 관하여 필요하다면 관여한다.” 이 자료는 일본 형사소송법상 검찰의 지위 변화와 우리 검찰이 얼마나 닮아 있는지를 보여주고 있다. 이 훈령 당시는 미국식 검사제도와 유사한 구조로 볼 수 있다. 자세한 내용은 신동운, 제정 형사소송법의 성립경위, 형사법

형사소송법은 수사권에 대해 명확하게 규정하지 않는다. 제195조에 수사 개시를 규정한다. 검찰은 법무부와 기능상 구분된 독립 행정“청”이다. 그리고 검찰청 소속 된 검사 중 일부만 수사권이 있다. 검찰의 일부가 수사를 할 수 있고, 나머지는 수사 없는 송무나 관리, 연구, 행정, 기획 검사직이다. 법무부 소속 검사들은 검찰(察)이 아니다. 검사의 직무는 매우 다양하다. 프랑스나 독일 검사는 모두 법원에 소속되거나(프랑스) 법원의 사법권을 실현을 위한 대등 조직(독일)이다.⁵⁵⁾ 영연방 검사들은 업무가 더 단순해서 실제로 보면 법원 직원과 동일하다. 업무는 법원과 법정변호인에 대한 자료 지원과 항소 결정 절차(송무변호인 역할) 참여 등이다. 그런데 우리 검찰은 영장청구, 수사지휘, 경찰 수사 지휘, 증거조사(압수와 수색 참여), 그리고 공소유지를 한다. 이처럼 보면 우리 형사절차는 개별적인 제도들이 형사소송법과 다른 또는 상위 규범들과 조화되지 못하는 구조상 결함이 보인다.

법체계적으로 볼 때, 검사는 일반 행정법(검찰청법 포함)상 규정된 범죄예방이나 수사지휘 등 업무를 할 수 있다. 이 경우 일반 행정행위의 주체이다. 즉 일반 공무원과 동일하게 법률에 따라 위임된 행위만을 수행한다. 그렇지만 기소를 전제한 형사범죄를 수사하는 경우 검찰은 법률에 따른 행위를 수행하는게 아니라 법원의 사법적 판단을 청구하는 “연장된 팔”의 역할을 해야 한다. 요컨대 검찰의 일반 행정업무와 달리 형사범죄에 대한 기소는 형사소송법의 적용 영역에 따라 사법권한 내 허가된 사항을 할 수 있다. 형사범죄에 대한 기소와 관련된 검찰의 강제 수사권은 일반 행정법규가 아니다. 직무 권원은 형사소송법률에서 규정하고 있다. 그렇기 때문에 기소와 관련없는 검사의 직무는 경찰관직무집행법률과 같이 검사직무집행법률을 통해 규제되어야 한다.⁵⁶⁾ 우리 제도상 검찰이 사건에 대한 사법부 심판청구권을 독

연구 제22권(2004), 159-221; 문준영, 법원과 검찰의 탄생, 역사비평사 2010.

55) 프랑스 형사소송법 제32조 제1항: “검사는 각 형사법원에 소속된다.”(Il est représenté auprès de chaque juridiction répressive.); 독일 법원조직법 제141조: “모든 법원에는 검사부를 둔다.”(Bei jedem Gericht soll eine Staatsanwaltschaft bestehen.) 더 자세한 설명은 Frank, Hierarchische Strukturen im (bundesstaatlichen) Aufbau der Staatsanwaltschaft, in: Duttge(Hrsg.), Freiheit und Verantwortung in schwieriger Zeit. Kritische Studien aus vorwiegend straf(prozeß-)rechtlicher Sicht zu 60. Geburtstag von Prof.Dr.Ellen Schlüchter, Nomos 1998, 49-58.

56) 신동일, 형사 소송구조과 증거법칙. 적정절차화를 위한 제안, 형사정책연구 제28권 제4호(2017), 1-46.

접하기 때문에 경찰과 달리 기소에 대한 의무와 책임이 별도로 발생한다. 원칙상 검찰의 일반 행정상 직무 이외에 수사와 기소는 법원의 통제와 심판 대상이며, 그로 인해 법원(사법부)은 경찰과 검찰의 형사법과 관련되는 사무에 대해 최종 통제권과 심판권을 행사할 수 있다.

4. 기소책임제

“기소책임제”란 말은 소박하다. 어떤 주장을 발표하는 현장에서 그 견해를 직접 듣고 평가하는 것이 가장 이상적이다. 학술세미나를 떠올리면 쉽다. 발표자는 주제를 직접 설명하고, 그에 대한 다른 사람들의 비판이나 권고를 듣는다. 그런데 우리 형사절차는 이러한 규칙을 외면한다. 기소를 결정한 수사검사(발제자)와 공판에만 참여하는 공판검사(단순 발표자)로 이원화되어 있다. 수사 검사는 자신의 주장을 입증할 책임이 있다. 이를 공판검사에게 위임하는 일은 법원의 현장성을 훼손하여 중국적으로는 직접주의에 반할 수 있다. 수사와 기소, 공판 참여를 각기 다른 주체에 배분하는 사법제도가 없는 것은 아니다. 영국의 송무변호인(Solister)과 소송변호인(Barrister)은 대표적이다. 그러나 공판정에 수사를 맡은 경찰과 기소를 결정한 송무변호인(검사)은 반드시 참석하고, 소송변호인을 도와 직접 설명과 입증 책임을 부담해야 한다. 수사와 기소를 한 직접 당사자의 공판 참여가 필수적이다. 수사검사의 공판참여 없는 공판검사의 공소유지는 세미나 발표문을 타인이 대신 낭독하고, 토론자들이 대독한 사람에게만 질문을 하는 것과 같이 이례적이다.

다음으로는 책임의 확정이다. 우리처럼 기소를 국가가 독점하는 경우(제246조), 기소행위는 소권의 근거가 불충분한 행정 작용이다. 영미법상 대배심 제도처럼 기소 결정에 시민 참여가 보장되지 못하거나, 기소법정주의처럼 별률로 구체화되지 못하는 경우, 기소 자체가 안 되거나, 무리한 기소가 발생한 경우 책임을 확정할 수 없다. 법제도에 대한 신뢰가 무너질 수 있다. 유독 기소자의 책임만 외면하는 절차는 어딘가 부족해보인다.

가. 수사지휘와 종결

형사소송법은 법관의 실질적인 소송지휘권을 규정한다. 그러므로 피의자 수사단계에서 검찰의 소송수행권과 공판이 제기된 후 법원의 소송지휘권은 분리될 수 없다. 법원의 포괄적 소송지휘권은 우리의 경우도 해석상 독일처럼 수사단계에서 일부 검찰과 경찰에 위임되었다고 볼 수 있다. 구체적으로 구분하면 수사 후 기소포기(유예)는 일반 행정행위이다. 그러나 검찰의 기소를 위한 수사행위는 공동체의 소송권을 대리한다.⁵⁷⁾ 이 경우 형사소송법은 구체적으로 일반 행정행위와 다른 규칙을 강제한다. 범죄피의자의 체포와 구속은 긴급체포가 아닌 한 모두 법원의 사전 심사를 통해 이루어진다. 수사 검사의 업무는 „인지수사“에서 총괄적일 수 있다. 다만 소위 인지수사는 형사소송법상 근거가 약하다.⁵⁸⁾ 형사소송법은 검사의 수사의 개시 의무만 규정하고 있다.(제195조) 법이론적으로 인지수사 근거를 대검찰청 훈령⁵⁹⁾으로 설명하는 것은 문제가 있다. 인지수사를 하여 기소를 제기하는 것은 형사소송법

57) 법원의 권한이 수사와 공판을 넘어 행형까지 미칠 수 있다는 설명은 정승환, 행정법판 도입에 관한 고찰, 39. 독일의 경우 Köhne, Vollzugsrichter im Vollzug, NJW-aktuell, Heft 18/2018, 18-19.; Puschke, Strafvollzug in Deutschland. Strukturelle Defizite, Reformbedarf und Alternativen. Berlin 2011.; Wagner, Das absurde System. Strafurteil und Strafvollzug in unserer Gesellschaft. 2. Aufl. C. F. Müller Juristischer Verlag, 1985.

58) 분명한 지적으로는 조성용, 형사실무상 내사에 대한 비판적 고찰, 형사정책연구 제94호(2013), 41-82.

59) 예를 들면 특별공조 동원 및 동시수사활동 지침(대검예규 제719호, 2014 개정) 제1조 목적은 범죄 조직화, 광역화에 따라 전국 단위 광역수사권을 확대하고 기동성과 능률성을 극대화한다고 규정한다. 이러한 수사효율성 훈령은 별로 가치도 없을 뿐 아니라 상위법과의 안 맞을 수 있다. 원칙적으로 검찰은 광역기관이 아니다. 각급 지방법원의 관할권 내에서 수사권이 인정되어야지 마치 미국의 연방수사국(FBI)의 대체 기관처럼 기능하면 안 된다. 우리 헌법과 지방자치 단체의 권한배분에 대한 기본 규범에 따르면 지방정부에게 입법과 사법, 행정의 자치권이 있다. 대검찰청 예규로 광역적 수사권을 인정할 수 있다는 인식은 착각이다. 지방사무와 중앙사무에 대한 규범적 배분 역시 헌법과 법률에 따라 이루어지는 중요 사항이기 때문이다. 전문적 분석은 최봉석 등, 국가와 지방자치단체간의 사무구분 및 사무조사 연구, 행정자치부(행정안전부) 2015 보고서, 15 이하는 지방사무로 볼 수 없는 것으로 지방자치법 제11조의 “사법”을 들고 있다. 이는 삼권분립에 따른 결론으로 보이는데, 검찰사무는 “사법”이 아니다. 또한 검찰청법 제5조 제1문은 “검사는 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 소속 검찰청의 관할구역이 아닌 곳에서 직무를 수행한다.”라고 규정한다. 그런데 법령에 특별한 규정이 대검찰청 훈령 밖에 없고, 동법 제12조 제2항의 대검찰청의 직무란 대검찰청 사무, 검찰사무 총괄, 검찰청 공무원 지휘감독으로 규정한다. 포괄적인 광역수사권이 검찰사무에 포함된다면 전제해야만 현재와 같은 포괄수사권이 가능하다. 같은 문제는 경찰청법상 규칙으로 규정된 광역수사대 활동에서도 발견될 수 있다. 이는 헌법과 행정행위의 법류근거성을 위반한 권위주의적·비민주적 규칙 적용 오류로 보인다.

상 적절할 수 있지만, 반대로 인지수사 후 기소를 안 하는 경우 행정의 낭비이다. 또한 검찰의 인지수사는 법률의 최종 목적인 시민의 자유보호 측면에서 하나의 약점이 될 수 있다. 수사가 강제행위라면 자유 침해는 수반될 수 있다. 어떤 경우도 구체적 법률의 근거가 있어야 한다. 고소와 고발 요건이 없는 경찰이나 검사 자의적 수사는 폭력에 불과하다. 수사 요건인 „구체적 범죄혐의“란 경찰이나 검사의 주관적 판단에 의존하는게 아니라 법률에 정해진 요건(범죄 현장 발견, 고소나 고발 등)을 확인하라는 규범 명령이다. 범죄 혐의에 대한 수사기관의 주관적 결정을 인정하는 것은 일반 시민을 잠재적 범죄자로 보고 국가의 감독과 통제 대상으로 삼는 구시대적 악습이다.

중대한 사건에 대해 포괄적인 수사권을 검찰에게 부여할 필요는 있다. 그런데 이와 같은 필요성은 현재의 규범 체계의 정형성을 근거로 제안되어야 한다. 효과적인 수사를 생각한다면, 경찰이나 검사보다 더 전문화된 기관들이 직접 수사를 하고, 기소만 검사에게 위임하는 방식이 적절하다. 실제로 현재 복잡한 수준의 수사는 그렇게 하고 있다. 의료사건이나 기업사건에서 경찰이나 검사가 개입할 여지는 별로 없다. 정보통신 범죄에 대한 수사는 정보통신 기술 전문가들의 업무이고, 경찰과 검찰이 판단할 수준은 아니다. 그래서 수사권을 검찰이 독점하는 지금 제도는 효율성도 떨어지고 이론적 근거도 약하다. 특히 소송권을 중심으로 판단하면 검찰의 비전문적인 수사로 인해 피해자의 소송권이 역으로 침해될 가능성도 있다. 사건을 이해도 못하는 수사기관을 신뢰할 수 없기 때문이다. 이러한 현상이 지속되면 미래에는 검찰의 수사 지연 또는 무능력에 민사 또는 행정법적 책임 문의가 증가할 수도 있다.⁶⁰⁾ 합리적 형사사건 처리를 위한 어떤 경우도 검사가 단독으로 할 수사와 관련된 행정행위와 기소 후 법원이 갖게 되는 포괄적이고 종국적인 수사 심사와 기소된 사건에 대한 심판 권한은 확실히 다른 것이다.⁶¹⁾ 게다가 증거조사와 인용 주체는 법원이다.(제273조 등) 공판전 검찰 사무는 범죄혐의 입증을 위한 증거 수집이다. 동일한 “증거”이지만, 법원의 증거조사는 최종적으로 유무죄를 결정하는 사법적 판단이고, 검찰의 증거 수집은 단순히 영장에서 요(청)구하는 범죄사실에 대한 예비적 준

60) 대법원 2004.7.22, 2003두7606; 2002.8.23, 2001두5651; 2004.1.29, 2003두10701 등

61) Rieß, Gerichtliche Kontrolle des Ermittlungsverfahrens. FS-Geerds, 501.

비 행위이다.

나. 공판검사와 공판중심주의

현행 검찰청법 제4조 제1항 제1호는 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항을 정하고, 제4호는 재판집행 지휘 감독을 규정한다. 검사의 공법상 의무는 법무부장관에게 총괄적인 관리 감독의무가 있다.(검찰청법 제8조) 업무 편성에 따른 국가공무원법상의 의무와 권리가 검사에게도 동일하게 적용될 수 있다. 그동안 형사소송법의 관행에 따라 형성된 검사의 권한은 실제로 법률상 근거도 애매한 경우가 있다. 예를 들어 수사지휘권의 경우 제195조와 검찰청법상 사법경찰관의 수사협력력을 정할 뿐(검찰청법 제9조) 실제로는 어떤 방식으로 수사를 개시하고 종결해야 하는지 명확하지 않다. 법체계상 경찰관직무집행법 제12조 직권남용 금지 규정도 동일하게 감독자인 검사에게 적용해야 할지 문의될 수 있다.

검찰사건사무규칙 제93조 제2항 또는 제112조의7 이하 등에 ‘공판에 관여하는 검사’로 규정하여 관행적으로 운영된다.⁶²⁾ 공판에 관여하는 검사란 공판에 참여하는 검사로서 실제로 직관(수사검사의 공판참여)의 경우 수사와 공판참여를 같이 하는 검사로 볼 수 있지만, 그 이외의 대부분 사건에서는 수사기록만 넘겨받아 공소유지만 담당하는 공판검사를 말한다. 공판 검사의 유래와 배경은 자료에서 발견할 수 없었다. 추측컨대 해방 이후 몇 차례 형사소송법상 검사의 지위가 변화되면서 검사들의 효율적 업무 분장을 목적으로 도입된 것으로 보인다. 형사소송법이 공판중심주의 원칙을 존중한다고 설명하지만, 공판 검사제도는 이를 저해하는 요인으로 보인다.⁶³⁾ 공판중심주의에서 중요한 것은 수사 당사자의 공판참여다. 수사에 참여하지 않은 검사는 상세한 내용을 모를 수 있고, 공판 검사의 과다한 업무에 의해 기록만 낭독하는 ‘조서재판’이 될 부작용도 예상할 수 있다. 설상가상으로 1995년 소송법 개정에 따라 법원의 재량으로 검사의 기소 의견 진술도 임의 절차로 변경할 수

62) 박경래, 형사소송법 개정 이후 공판검사제도 운영실태와 개선방안에 관한 연구, 형사정책연구 제20권 제1호, 887 이하. 더 자세한 내용은 박경래/이정민/이민호, 공판관련 조직구조 및 직무개편 방안 연구, 한국형사정책연구원 2008.(대검찰청 연구용역)

63) 하태훈, 위의 글, 18 이하는 검사의 수사와 공판 모두 참여를 필수적으로 하자는 제안을 한 바 있다.

있다.⁶⁴⁾

우리 형사소송법은 공판중심원칙을 실현시킬 방법을 찾지 않거나 의지가 없는 것으로 보인다. 공판중심제도를 존중했다면 피의자신문권 보호나 공판정에서 증거조사 절차의 현실화, 실질적 증인신문 등이 이루어질 수 있도록 해야 한다.⁶⁵⁾ 공판중심주의란 법원이 주도하는 공판 중심의 소송절차이다.⁶⁶⁾ 만일 공판검사 제도를 폐지하고, 모든 검사가 수사지휘와 공판참여를 하는 보편적인 제도로 바뀌면 어떻게 될까? 나는 이를 단순한 형태의 “기소책임제”라고 부를 수 있다고 생각한다. 예를 들어 피고인이 법정에서 증거 수집 단계 문제점이나, 신문조서의 증거능력(제312조)을 다투다고 해보자. 담당 판사는 경찰과 검찰 단계 신문조서 작성의 신빙성을 조사할 수 있다. 만일 조서 작성에 참여한 검사가 공판에 나와 있는 경우는 그 확인이 비교적 간단하다. 다음으로 검찰의 수사에서 부당 기소, 증거수집 위반 등이 발견되는 경우도 행정법규 위반에 대한 책임을 발견하고 책임을 부과하는 과정이 간단하다. 수사 검사와 공판 검사가 다를 경우, 그리고 공판 검사가 신문에 참여하지 않은 경우 이를 현장에서 해결할 방법이 없다. 다시 공판기일 내 수사 검사의 출석을 요구해야 한다. 만일 운이 좋아서 다음 공판기일에 이를 확인할 수 있어도 소송은 늘어질 것이고, 그만큼의 소송기간이 길어지고, 결국 피고인에게 소송비용 등 불이익만 증가하고, 법원의 업무도 증가한다. 수사 검사가 법정에 나와 있다면, 비교적 간단하게 그 위반 사실을 법원이 직접 조사권을 통해 확인할 수 있고, 그에 대한 조치(심각한 위반의 경우 수사 검사에 대한 법원의 고발 지시, 경미한 경우 주의나 경고 등)도 바로 취할 수 있게 된다. 통상 현대적 형사절차를 운영하는 대부분의 법원들은 이렇게 운영되고 있다. 법원 심판권은 신속하고 효율적으로 소송권자인 시민에게 유리하게 설계되어야 한다.⁶⁷⁾

64) 신동운, 667.

65) 임성근, 공판중심주의와 형사변론, 인권과 정의 366권, 24 이하.

66) 장원식, 누구를 위한 공판 중심인가? 월간참여사회, 2005년 6월호, 우리나라에서 통용되는 “공판중심주의”의 영어 번역 Court-oriented Trial 용어는 모순이다. 원래부터 소송이란 공판에서 시작하고 공판에서 끝나야 한다. 정상적인 개념은 공판 이전 특정 행위를 Pre-trial로 지칭하는게 맞다. 공판중심주의란 근대 형사소송절차에서 강조할 필요도 없는 준칙이다. 잘못된 오해를 새로운 외래 용어를 만들면서까지 유지할 이유는 없다.

67) 전세계에 유례없는 새로운 제도를 운영할 목적은 하나이다. 그 제도가 다른 제도들보다 우월해야

5. 결론

헌법은 법원에게 사법적정성 유지와 관리권을 독점시키고 있다. 법체계적으로 행정부는 수사 영역에서 법원의 사법권을 보조하도록 하고(형사 범죄의 경우), 정도가 약한 질서위반 행위에 대한 법률에 따라 직접 규제할 수 있도록(교통법규위반 등) 한다. 검찰은 법원의 직접 통제를 받지 않는다. 검찰의 수사행위는 공판이 개시되지 않으면 순수 행정행위로서 사법적 통제 영역 밖에 있다. 그렇기 때문에 기소를 전제하지 않은 강제적 수사에 대한 근거들은 헌법상 법률의 근거가 필요하다. 단순 훈령이나 관행에 의한 자유제한적 행정행위는 위헌이다.

구체화된 경찰 또는 검찰의 수사규정이 필요하고, 법원과 검찰의 관계에 대한 법률 프로그램이 체계적으로 보장되어야 한다. 검찰의 일반 행정법적 권한은 일반 직무상 행정행위와 사법권을 보조하는 공소유지, 즉 공판참여권으로 볼 수 있다. 수사 지휘란 좁게 해석하면 경찰권의 남용을 통제하는 감시이다. 일정 수준이 넘는 형사 범죄에 대해 기소 전제로 수사를 하는 경우는 원칙적으로 법원이 승인한 또는 승인할 사항에 대해서만 구체적으로 행사되어야 한다. 그래서 법률 근거 없이 검찰사건 사무규칙에 따라 하는 수사행위는 위헌적 불법행위일 수 있다.⁶⁸⁾ 그렇기 때문에 법률의 구체적 근거가 없는 현재의 경우, 경찰이나 검찰은 공판 전에는 법원의 영장 위임 업무를, 공판 개시 후에는 법원이 요구하는 사항만 수행할 수 있다. 소송권이란 원래 시민의 권리이다. 경찰이나 검찰의 의무는 그 소송권 실현을 대행해주는 것이다. 검사의 경찰에 대한 수사 지휘는 소송권과 관련이 없다.(구형사소송법 제

한다. 우리는 늘 공판중심주의를 선호한다고 말한다. 그러나 공판중심주의는 실현될 수 없다. 헌법 제27조 제1항에도 불구하고 국민은 법관의 재판을 신속하게 받는게 아니라, 행정공무원인 검사에게 „재판“을 받아야 하는 위헌적 구조가 만들어진다. 요컨대 헌법, 형사소송법, 검찰청법에도 맞지 않는 공판검사 관행은 폐지하고, 모든 검사가 법에 따라 수사와 공소유지를 직접 수행해야 한다. 공판 제기 후 검사 교체는 직접 법원의 허가를 받아야 한다. 공판검사제 폐지는 간단하다. 행정편제상 법무부장관 명령(검찰청법 제8조) 또는 지방검사장 훈령(검찰청법 제21조) 개정이면 충분하다. 내 생각엔 법원이 적극적으로 공소측(검찰)에 요구해도 폐지할 수 있다. 각 검찰청은 기본적으로 각급 법원의 사법권을 보조하는 기관이기 때문이다.(법원조직법 제2조와 검찰청법 제3조) 일부 중요사건이나 특별검사 사건의 경우(직관제도)만 이렇게 할 이유는 없다.

68) 조국, 현 시기 검찰 경찰 수사권조정 원칙과 방향. 형사소송법 제195조, 제196조 개정을 중심으로, 법학 제46권 제4호(2005), 219-241, 특히 236, 238 이하는 이미 10여년전부터 경찰과 검찰의 행정적 처분 영역을 구분하고 있다.

196조(2020년 폐지))

현대 법학의 기본이념 중 하나는 “책임주의”이다. 현대 민주사회는 개별 주체들이 자율적 의지로 구성된 사회공동체라고 말한다. 시민들은 일정한 의무와 권리의 주체이다. 특히 형사법은 과거 징벌 또는 응보적 관점에서 계약위반으로 변화되었다. 개별적 행위책임주의를 근간으로 한다. 형사소송법이란 범죄 처벌을 위한 절차가 아닌, 형벌권 제한을 위한 강행규범이다. 이러한 형사절차법을 전제하면, 당연히 그 절차의 참여자들에 대한 책임도 효과적으로 규제할 수 있어야 한다. 그러나 형사소송법은 책임측면에서 소송 비용 부담 정도만 규정하고 있다.(제186조, 제188조) 범죄고소(발)인은 무고죄나 어떤 경우 위증죄의 대상이 될 수 있다. 그런데 기소한 기관(검찰)은 어떤 부담을 지는가? 공판과 수사를 분리한 현재의 상황에서는 위법한 상황이 발생해도 단순 징계나 직무 평가 불이익 정도만 인정되고 있다. 잘못된 기소나 부당한 수사에 의해 삶이 황폐해진 피의자나 피고인이 아직 존재한다는 사실은 우리 형사사법 제도의 설계 구조의 모순이 있는지 생각해 할 이유이다. 공판은 세금을 쓰는 일이다. 수사과 기소 역시 그렇다. 책임을 명확하게 정하고, 그 실질적 통제에 지속적으로 실패한다면, 형사사법 제도에서 시민의 권리를 보호하는 주요 역할을 하는 형사소송절차는 우리 사회에서 점차 기능을 잃어 갈 수 있다. 오류가 발생하는 법률 구조의 개선과 별개로 헌법상 사법권을 가진 법원이 형사소송 절차에서 법률에 명시된 자신의 권한과 역할을 더 명확하게 인식할 필요성도 있다.

참고문헌

- 강구진, 형사소송법원론, 학연사 1982
- 김기두, 형사소송법, 박영사 1985
- 김선택, 영장청구권 관련 헌법 규정 연구, 경찰청 용역과제2008
- 김 연, 판례와 함께 읽는 민사소송법, 탐북스 2019
- 노명선, 검사의 준사법관으로서의 지위에 대한 이해, 대검찰청 용역과제 2012
- 문준영, 법원과 검찰의 탄생, 역사비평사 2010
- 박경래, 형사소송법 개정 이후 공판검사제도 운영실태와 개선방안에 관한 연구, 형사정책연구 제20권 제1호, 887-917
- 박경래/이정민/이민호, 공판관련 조직구조 및 직무개편 방안연구, 한국형사정책연구원 2008.(대검찰청 연구용역)
- 박달현, 사법방해죄 도입가능성과 그 필요성 검토, 형사정책연구 통권 제91호 (2012), 5-52.
- _____, 형법상 보충성원칙에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1996
- 박미숙, 미국의 사법방해죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1999
- 박일환/김희옥(편), 주식 형사소송법(I), 제5판, 한국사법행정학회 2017
- 백형구, 주식 형사소송법(상), 한국사법행정학회 1984
- 변종필, 형사소송에서 진실개념, 고려대학교 대학원 1996
- _____, 소송구조론의 실천적 함의, 강원법학 제51권(2017), 568-608
- _____, 절차이론의 지평에서 본 형사소송의 진실개념, 세창출판사 1999
- 도중진/이진국, 무죄추정원칙에 관한 연구, 한국형사정책연구원 2005
- 서보학, 수사권의 중립을 위한 수사권의 합리적 배분, 헌법학연구 제8권 제4호 (2002), 177-
- 손동권, 수사절차에서의 경찰과 검찰의 관계, 경찰대학논문집 1993
- 송상현, 민사소송법, 박영사 1995
- 신동운, 신형사소송법, 법문사 2014

- _____, 제정 형사소송법의 성립경위, 형사법연구 제22권(2004), 159-221
- 신동일, 형사 소송구조와 증거법칙. 적정절차화를 위한 제안, 형사정책연구 제28권 제4호(2017), 1-46.
- _____, 빈당의 규범이론, 고려대학교 박사학위 논문 1997.
- 이관희, 경찰의 정치적 중립성과 수사권독립문제, 사법행정, 1989
- 이근우, 행정형법의 재구성: 개념, 구조, 절차, 고려대학교 박사학위 논문, 2008
- 이상돈, 형사소송의 근대성과 대화이론, 법문사 1998
- 이재상, 형사소송법, 제6판 2007
- 이재상/조균석, 형사소송법, 14판, 박영사2019
- 이정민, 일본 수사제도 운영과 그 전제, 형사법의 신통향 제60호(2018), 181-214.
- 이종엽 대표집필, 당사자주의와 직권주의가 조화된 적정한 재판운영, 사법정책연구 원 2014
- 임성근, 공판중심주의와 형사변론, 인권과 정의 366권, 18-37.
- 정승환, 행형법관 도입에 관한 고찰, 형사정책연구 제48호(2001), 66-98
- 조 국, 위법수집증거 배제법칙, 박영사 2017
- _____, 현 시기 검찰 경찰 수사권조정의 원칙과 방향. 형사소송법 제195조, 제 196조 개정을 중심으로,
- 법학 제46권 제4호(2005), 219-241
- 조성용, 형사실무상 내사에 대한 비판적 고찰, 형사정책연구 제94호(2013), 41-82
- 차용석, 경찰수사권 독립의 문제, 수사연구 제101호(1992), 122
- 표창원, 경찰수사권 독립이 인권보장의 첩경, 형사정책 제15권 제1호(2003), 37-76
- 하태훈, 범죄수사단계에서의 사법경찰과 검찰과의 관계, 홍대논총 제30집(1998), 7-22
- Ambos, K., Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung, Nomos 2019
- _____, Zum heutigen Verständnis von Akkusationsprinzip und -verfahren aus historischer Sicht, Jura 2008, 586-594.

- Berg, E.F., Das Spannungsverhältnis zwischen dem Grundrechtsschutz für den Beschuldigten und der materiellen Wahrheitsfindung im Rahmen des fair trial Grundsatzes, Diplomaica Verlag 2013
- Berman, H.J., Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition, Harvard University Press 1983
- Brewer, B., Perception and Reason, Clarendon 2002
- Carnap, R., Scheinprobleme in der Philosophie, Suhrkamp 1956
- Carsten, E.S./Rautenberg,E.C., Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur Beseitigung ihrer Weisungsabhängigkeit von der Regierung im Strafverfahren, 3.Aufl., Nomos
- Damaska, M., Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study, University of Pennsylvania Law Review vol.121:506(1973), 506-589.
- Derrida, J., Force de loi: Le fondement mystique de l'autorité, Galilée 1994.
- Desportes, F./Lazerges-Consequer, L., Traité de procédure pénale, 4^e édition, Economica 2015
- Dürig, G., in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 88. Aufl., C.H.Beck 2019.
- Eicker, A., Die Prozeduralisierung des Strafrechts. Zur Entstehung, Bedeutung und Zukunft eines Paradigmawechsels, Nomos 2010
- Frank, P.H., Hierarchische Strukturen im (bundesstaatlichen) Aufbau der Staatsanwaltschaft, in: Duttge(Hrsg.), Freiheit und Verantwortung in schwieriger Zeit. Kritische Studien aus vorwiegend straf(prozeß-)rechtlicher Sicht zu 60. Geburtstag von Prof.Dr.Ellen Schlüchter, Nomos 1998, 49-58
- Furuya, H.S., Nazi Racism Toward the Japanese. Ideology vs. Realpolitik, NOAG 157-158(1995), 17-75.
- Gmür, R./Roth, A., Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl., Franz Vahlen 2018

- Goldschmidt, J., Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens ,
Abhandlung aus Berliner Juristischen Fakultät 2., 1925(Scientia 1962)
_____, Verwaltungsstrafrecht, Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen
Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und
rechtsvergleichender Grundlage, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG 1903
- Gössel, K.H., Die Stellung des Verteidigers im rechtsstaatlichen Strafverfahren,
ZStW 94(1982), 5-36
- Habermas/Luhmann(이철 율김), 사회이론인가? 사회공학인가? 체계이론은 무엇을
수행하는가? 이론출판 2018
- Heger, M., James Goldschmidt und der Strafprozess als Rechtslage, JZ 2010,
637-647.
- Heghmann, M., Das Arbeitsgebiet des Staatsanwalts, 3.Aufl., Aschendorff
Rechtsverlag 2003
- Henckel, W., Prozessrecht und materielles Recht, Schwarz Verlag 1970.
- Hunter, J./Henning, T., et al., The Trial. Principles, Process and Evidence, The
Federation Press 2015, 27
- Kluszczewski(김성돈 역), 독일 형사소송법, 성균관대학교 출판부 2012
- Köhne, M., Vollzugsrichter im Vollzug, NJW-aktuell, Heft 18/2018, 18-19
- Kudlich, H., Einleitung, MK-StPO, Bd 1., 1.Aufl., 13.
_____, Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot, 1998
- Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Bd.2., Suhrkamp 1998
- Luhmann(윤재왕 율김), 사회의 법, 새물결 2014.
- Merle, R., /Vitu, A., Traité de droit criminel II, Problèmes généraux de la science
criminelle, droit pénal général, Cujas 2000 Meskill, J., The Hollow
Alliance, Atherton 1966
- Müller, I., Der Wert der „materiellen Wahrheit“, Leviathan Vol. 5 No.4(1977),
522-537.
- Pagden, A., The Enlightenment: And Why It Still Matters, Random House 2013

- Pakes, F., *Comparative Criminal Justice*, 3rd. ed., William Publishing 2015
- Peters, K., *Strafprozess*, C.H.Müller 1985,
- Ritter, E., *Justiz und innere Verwaltung*, in: Benz/Graml/Weiß(Hrsg.), *Enzyklopädie des Nationalsozialismus*, Kletta-Cotta 1997, 92
- Puschke, J., *Strafvollzug in Deutschland. Strukturelle Defizite, Reformbedarf und Alternativen*. Berlin 2011
- Rieß, P., *Gerichtliche Kontrolle des Ermittlungsverfahrens?* FS-Geerds, Schmidt Roemhild 1995
- Roxin, C., *Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft - damals und heute*, DRIZ 1997, 109-118
- _____, C., *Strafverfahrensrecht*, 25.Aufl., C.H.Beck 1998
- Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, C.H.Beck 2012
- Sasamoto-Collins, H., Yukitoki Takikawa(1891-1962) and Legal Autonomy in Interwar Japan, in: S.Skinner(ed.), *Ideology and Criminal Law: Fascist, National Socialist and Authoritarian Regimes*, 229-254.
- Schumacher, U., *Staatsanwaltschaft im Dritten Reich*, Phal-Rugenstein 1990
- Schlosser, H., *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd.II, Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. 2004
- Sowada, C., *Der gesetzliche Richter im Strafverfahren*, Walter de Gruyter 2002
- Steffan, E., *Haftung für Amtspflichtverletzungen des Staatsanwalts*, DRiZ 1972, 153-156.
- Teubner, G., *Constitutional Fragments. Social Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press 2012
- _____, *Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion im post-instrumentale Rechtsmodelle*, 13 Quaderni Fiorentini 109(1984),
- Vogelsang, T., *Reichswehr, Staat und NSDAP. Beiträge zur deutschen Geschichte 1930-1932*, Deutsche Verlags-Anstalt 1962
- Volk, K., *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem*

Recht und Prozessrecht, Ebelsbach 1978

Wagner, G., Das absurde System. Strafurteil und Strafvollzug in unserer Gesellschaft. 2. Aufl. C. F. Müller Juristischer Verlag, 1985

Weiß, H., Haft ohne Urteil. Strafprozessuale Freiheitsentziehungen im deutsch-französischen Vergleich, Duncker & Humblot 2015

Wohlers, W., Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft. Ein Beitrag zu den rechtshistorischen und strukturellen Grundlagen des reformierten Strafverfahrens, Duncker & Humblot 1994

Zacharia, C.S. Handbuch des französischen Civilrechts II, Forgotten Books 2018

内田博文 編, 歴史に學ぶ刑事訴訟法, 法律文化社, 2013

Trial and Prosecutorial Discretion: Evaluation on Judiciary and Executive Power in Criminal Procedure

Syn Dong-yiel*

Criminal procedure is a legal service. Victim and defendant are the arch-subjects of procedure. The state through prosecutor and police should provide them with trial as a resolution. Legal process has radically been enlightened since 19th century. Nonetheless criminal experts today believe that criminal process would be an institution for material fact finding or bringing the justice. This misconception sometimes abuses criminal law for the social control. Modern criminal law and procedure should equalize the power of state in favour of defendants, the civilians. In procedure, the court has to review statements on the protocols admitted, instead of the facts. Legal system cannot recognize the fact as it is. In our practices, there are many misunderstandings that never conform to the law. Useless debate upon investigational independence of police or new anti-corruption investigation is tediously going on. Simple answer will be found if we know who is in charge of the investigation. The ultimate power to close a case belongs only to the judge under the law. The prosecutor and police are supportive institutions for the court as “extended arms.” Although the prosecutor monopolizes to apply a warrant under the Constitution, it is, however, just for preparation of trial. In the accusatorial model, only the court has the power for opening and closing case ultimately. The investigation pursued by prosecutor or police is pre-trial, not the judicature. It is the executive in accordance with the mandate. The Constitution gives judicial power to the judge. No other authority has the power. The current situation in our criminal justice came out from historical background. The fallen Japanese Empire imported

* Professor at Department of Law and Business Hankyong National University PhD

bureaucratic prosecutorial systems from NS Germany, the legacy of the Hitler, in 1930s. Minor wrongdoing and fine are easily settled by police or legitimate officials. A crime must be prosecuted and trialed under the criminal procedure with respect to the constitutional due process. Not all wrongdoings can be in the hands of prosecutor.

❖ key words: prosecutorial discretion, criminal procedure, trial-centrism, judiciary, prosecutorial reform, adversarial model, accusatorial model

개정 형사소송법 하에서 실질적 진정성립 및 특신상태 요소의 증거법적 기능에 관한 전망

이형근*

국 | 문 | 요 | 약

2020

[illegible]DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.06.30.2.149>

❖ 주제어 : 개정 형사소송법, 실질적 진정성립, 특신상태, 증거능력, 증명력.

* 경찰수사연수원 경정(Korean Police Investigation Academy, Superintendent)

I. 서론

2020년 1월 13일 제청 ‘수사권 조정’을 주요 내용으로 하는 형사소송법 일부개정 법률안이 국회 본회의를 통과하였다. 개정 형사소송법은 검사와 사법경찰관의 관계(제195조), 검사와 사법경찰관의 수사권(제196조, 제197조) 등 수사권 조정에 관한 조항뿐만 아니라 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건(제312조)에 관한 조항도 개정하였다. 개정 형사소송법상 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건은 ‘적법한 절차와 방식에 따라 작성되었을 것(이하 ‘적법한 절차와 방식’)과 ‘공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 것(이하 ‘내용인정’)이다. 이로써 수사기관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건이 단일화되게 되었다¹⁾. 따라서 개정 형사소송법 하에서 ‘실질적 진정성립’과 ‘특신상태’ 요건이 수사기관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건 등으로 ‘직 접’ 기능하지는 못할 것으로 생각된다.

그런데 실질적 진정성립과 특신상태의 판단기준이 되는 하위 구성요소가 다양하고, 특히 특신상태는 현재까지도 추상적·다의적 개념으로 남아있어, 이 두 가지 요건의 판단기준이 되는 하위 구성요소가 법률상 다른 요건(예: 임의성)의 이름을 ‘빌 어’ 기능할 가능성은 배제할 수 없을 것이라는 생각을 하게 되었다. 또한, 개정 형사소송법이 조사자 증언에 관한 제316조에서 특신상태 요건을 삭제하지 않아, 수사기관이 피의자신문 및 조서작성 과정에서 특신상태 요건을 고려하지 않기는 어려울 것이라는 생각이 들었다. 아울러 이 두 가지 요건이 피의자신문조서의 탄핵증거 인 부, 증명력 평가 등에 있어 일정한 기능을 할 여지는 없는지 의문이 들었다. 이에 본연구는 개정 형사소송법의 시행을 앞둔 시점에서 피의자신문조서의 증거능력과 증명력에 관한 학설과 판례를 일별해 보고(Ⅱ, Ⅲ), 개정 형사소송법 하에서 실질적 진정성립과 특신상태 요소의 증거법적 기능을 전망해 보고자 하였다(Ⅳ).

1) 현행 형사소송법상 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건은 ‘적법한 절차와 방식’, ‘피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 피고인의 진술에 의하여 인정되거나, 영상녹화물 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명될 것(이하 ‘실질적 진정성립’), ‘조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명될 것(이하 ‘특신상태’)이다(제312조 제1항, 제2항).

II. 피의자신문조서의 증거능력 인정요건

현행 형사소송법상 피의자신문조서의 증거능력 인정요건은 전문법칙 요건과 기타 요건으로 나뉜다. 전문법칙 요건은 적법한 절차와 방식, 실질적 진정성립, 특신상태, 내용인정이다(제312조). 이 중 적법한 절차와 방식은 검사의 조서와 사법경찰관의 조서에 공통되는 요건이고, 내용인정은 사법경찰관의 조서에만 요구되는 요건이다. 전문법칙 요건과 관련하여, 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 전문법칙 요건에는 검사작성 피의자신문조서의 전문법칙 요건에 더하여 내용인정이라는 요건이 추가로 포함되어 있다는 견해가 있었다²⁾. 즉, 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 전문법칙 요건은 적법한 절차와 방식, 실질적 진정성립, 특신상태 및 내용인정이라는 것이다. 신동운(2014)은 “이것은 사법경찰관 면전 피의자신문조서가 검사 면전 피의자신문조서에 비하여 증거능력 부여의 요건을 강화한 것이라는 논리적 구조에서 추론된다.”라고 설명하였다³⁾. 기타 요건에는 위법수집증거배제(제308조의2), 자백배제(제309조), 임의성(제317조) 등이 포함된다. 위법수집증거배제는 모든 증거에 공통되는 증거법칙이고, 자백배제는 인적 증거 중 자백에 한정되는 증거법칙인 점을 고려하여, 본장에서는 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 전문법칙과 임의성에 한정하여 고찰하고(제1절 - 제5절), 관련 문제로 조사자 증언의 요건을 살펴보고자 한다(제6절).

1. 적법한 절차와 방식

형사소송법은 피의자신문조서를 비롯한 각종 조서의 증거능력 인정요건으로 적

2) 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014, 1184면.

3) 이와 같은 견해에 따르면, 개정 형사소송법에 따라 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건은 강화(규정상 내용인정 신설)된 반면, 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건은 완화(해석상 실질적 진정성립 및 특신상태 제외)된 것으로 평가될 여지가 있다. 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건에서 삭제된 요소가 더 이상 ‘강화’라는 논리를 통해 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건으로 원용될 수는 없을 것이기 때문이다. 다만, 종래에 내용인정의 의미와 내용에 관한 연구, 내용인정과 다른 전문법칙 요건과의 관계에 관한 연구가 많지 않았던 관계로, 개정 형사소송법의 시행과 더불어 보다 심층적인 논의가 필요할 것으로 생각된다.

법한 절차와 방식을 규정하고 있다(제312조)⁴⁾. 적법한 절차와 방식은 “피의자에 대한 조서작성 과정에서 지켜야 할 진술거부권의 고지 등 형사소송법이 정한 제반절차를 준수하고 조서의 작성방식에도 어긋남이 없어야 [합]”을 의미한다⁵⁾. 적법한 절차와 방식은 2007년 개정 형사소송법을 통해 신설된 요건이다. 구법 하에서는 진정성립에 형식적 진정성립과 실질적 진정성립이 포함되는 것으로 보고, 간인 및 기명날인 또는 서명 등 조서작성 과정에서의 제반절차 위반을 형식적 진정성립 위반으로 보았다⁶⁾. 따라서 형식적 진정성립이 1954년 제정 형사소송법 때부터 요구되던 요건이라면, 형식적 진정성립 외의 적법한 절차와 방식은 2007년 개정 형사소송법을 통해 비로소 신설된 것으로 볼 수 있다.

적법한 절차와 방식의 판단기준이 되는 하위 구성요소에는 ① 간인 및 기명날인 또는 서명의 진정성(형식적 진정성립: 제57조, 제244조 제3항)⁷⁾, ② 신문자의 적법성(제241조, 제242조)⁸⁾, ③ 참여자의 적법성(제243조)⁹⁾, ④ 이익되는 사실을 진술할 기회의 부여 여부(제242조)¹⁰⁾, ⑤ 변호인의 참여권 보장 여부(제243조의2)¹¹⁾, ⑥

4) 피의자신문조서(제312조 제1항, 제3항), 진술조서(제4항), 진술서(제5항), 검증조서(제6항) 등에 공통되는 증거능력 인정요건이다.

5) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결.

6) 신동운, 앞의 책, 1163면; 노명선·이완규, 형사소송법 제4판, 성균관대학교 출판부, 2015, 489면; 대법원 1984. 6. 26. 선고 84도748 판결. 동 판결은 “형사소송법 제312조 제1항에서 말하는 검사작성의 피의자신문조서의 성립의 진정이라 함은 간인, 서명, 날인 등 조서의 형식적인 진정성립 뿐만 아니라 그 조서가 진술자의 진술내용대로 기재된 것이라는 실질적인 진정성립까지 포함하는 뜻으로 풀이하여야 한다.”라고 판시하였다.

7) 대법원 1967. 9. 5. 선고 67도59 판결, 대법원 1993. 4. 23. 선고 92도2908 판결, 대법원 1999. 4. 13. 선고 99도23 판결, 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도4091 판결.

8) 대법원 1982. 3. 9. 선고 82도63·82감도15(병합) 판결, 대법원 1982. 12. 28. 선고 82도1080 판결, 대법원 1990. 9. 28. 선고 90도1483 판결, 대법원 2003. 10. 9. 선고 2002도4372 판결, 대법원 2010. 4. 15. 선고 2010도1107 판결.

9) 손동권·신이철, 새로운 형사소송법 제3판, 세창출판사, 2016, 599면; 신동운, 앞의 책, 261면; 이지은·박노섭, 사법경찰관의 피의자 신문시 ‘참여’의 법적 성질에 관한 연구, 형사법연구 제27권 제3호, 2015, 4면.

10) 변종필, ‘적법한 절차’를 위반한 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력, 형사법연구 제25권 제4호, 2013, 334면; 신동운, 앞의 책, 1167면; 이형근·백윤석, 피의자신문조서의 왜곡에 대한 증거법적 평가방향: 왜곡에 대한 일반인과 변호사의 인식 비교연구, 경찰학연구 제19권 제4호, 2019, 141면.

11) 대법원 2003. 11. 11. 자 2003모402 결정, 대법원 2008. 9. 12. 자 2008모793 결정, 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결.

조서작성 원칙 규정의 준수 여부(제244조 제1항)¹²⁾, ⑦ 조서의 열람 또는 낭독 여부(제244조 제2항)¹³⁾, ⑧ 진술거부권 등의 고지 여부(제244조의3 제1항)¹⁴⁾, ⑨ 수사과정의 기록 여부(제244조의4)¹⁵⁾, ⑩ 실질적 진정성립 등에 관한 피의자의 이의나 의견을 기재하는 방식의 준수 여부(제244조 제3항)¹⁶⁾, ⑪ 진술거부권 등의 고지에 따른 피의자의 답변을 기재하는 방식의 준수 여부(제244조의3 제2항)¹⁷⁾ 등이 포함된다. 이상의 하위 구성요소 중에는 대법원 판결 등을 통해 적법한 절차와 방식의 판단기준임이 확정된 것도 있고(①, ②, ⑤, ⑦, ⑧, ⑨, ⑪), 학계 등에서 판단기준으로 거론된 것도 있다(③, ④, ⑥, ⑩). 따라서 적법한 절차와 방식의 판단기준이 되는 하위 구성요소는 가변적이다.

적법한 절차와 방식 위반의 효과는 당해 조서 ‘전체’의 증거능력 불인정이다. 대법원은 형식적 진정성립이 인정되지 않는 사안에서 당해 조서 전체의 증거능력을 부정하였고¹⁸⁾, 형식적 진정성립 외의 적법한 절차와 방식을 위반한 사안에서도 당해 조서 전체의 증거능력을 부정한 바 있다¹⁹⁾. 또한, 단순한 위반의 경우에는 전문법칙만 적용되는 반면, 중대한 위반의 경우에는 위법수집증거배제법칙도 적용된다²⁰⁾. 대법원은 진술거부권 등을 고지하였으나 고지에 따른 피의자의 답변 기재 방식(자필 등)을 위반한 사안에는 제312조만 적용하였으나²¹⁾, 아예 진술거부권 등을

12) 변종필, 앞의 논문, 334면; 손동권·신이철, 앞의 책, 599면; 신동운, 앞의 책, 1167면.

13) 대법원 1993. 5. 14. 93도486 판결. 동 판결은 “피의자신문조서를 작성함에 있어 피고인들에게 조서의 기재내용을 알려주지 아니하였다 하더라도 그 사실만으로는 피의자신문조서의 증거능력이 없다고 할 수 없다.”라고 판시하였으나, 2007년 개정 형사소송법이 제312조에 적법한 절차와 방식요건을 신설함으로써 이와 같은 판례의 태도는 입법적으로 극복된 것으로 평가되고 있다(신동운, 앞의 책, 269면).

14) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결, 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도8213 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도8125 판결.

15) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2013도3790 판결.

16) 이형근·백운석, 앞의 논문, 141면.

17) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결.

18) 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도4091 판결.

19) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결.

20) 손동권·신이철, 앞의 책, 599-600면; 신동운, 앞의 책, 1168면; 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009, 784면.

21) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결.

고지하지 않은 사안에는 제308조의2도 적용한 바 있다²²⁾. 후자의 경우에는 피고인이나 변호인이 증거로 함에 동의하더라도 본증이 될 수 없고²³⁾, 탄핵증거로도 사용될 수 없다²⁴⁾.

2. 실질적 진정성립

현행 형사소송법은 피의자신문조서, 진술조서 등의 증거능력 인정요건으로 실질적 진정성립을 규정하고 있다(제312조 제1항, 제4항, 제5항). 실질적 진정성립은 피의자 등이 “적극적으로 진술한 내용이 그 진술대로 기재되어 있어야 한다는 것뿐 아니라 진술하지 아니한 내용이 진술한 것처럼 기재되어 있지 아니할 것”을 의미한다²⁵⁾. 진정성립은 1954년 제정 형사소송법 때부터 존재하던 요건인데, 학설과 판례는 진정성립을 형식적 진정성립과 실질적 진정성립으로 나누어 논의하였다²⁶⁾. 다만, 대법원은 형식적 진정성립으로부터 실질적 진정성립은 물론 특신상태와 임의성까지 연쇄적으로 추정하는 판례이론을 정립하여 장기간 사용해 오다가²⁷⁾, 2004년에 이르러서야 이와 같은 추정방식을 폐기하였다²⁸⁾. 2004년 대법원의 전원합의체 판결로 인해 실질적 진정성립은 피고인의 공판정 진술에 의해서만 인정될 수 있게 되었고, 증거법적으로 내용인정과 거의 대등한 의미를 갖게 되었다²⁹⁾. 이후 2007년 개정 형사소송법은 실질적 진정성립을 영상녹화물 등으로 증명하는 소위 ‘대체증명’ 방식을 도입하였고, 2020년 개정 형사소송법은 실질적 진정성립 요건과 함께 대체증명 방식을 삭제하였다.

앞서 대법원이 제시한 실질적 진정성립의 의미를 설명하였다³⁰⁾. 이를 통해 실질

22) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도8213 판결.

23) 신동운, 앞의 책, 1168면.

24) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 141면.

25) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011도8325 판결.

26) 신동운, 앞의 책, 1163면; 대법원 1984. 6. 26. 선고 84도748 판결.

27) 대법원 1980. 12. 23. 선고 80도2570 판결, 대법원 1982. 6. 8. 선고 82도754 판결, 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결, 대법원 1984. 6. 26. 선고 84도748 판결.

28) 대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 전원합의체 판결.

29) 신동운, 앞의 책, 1170면.

적 진정성립이 인정되기 위해서는, (1) 피의자가 적극적으로 진술한 내용이 조서에 기재되어야 한다는 점, (2) 피의자가 진술한 내용은 피의자가 진술한 것과 동일하게 조서에 기재되어야 한다는 점, (3) 피의자가 진술하지 않은 내용은 조서에 기재되지 않아야 한다는 점 등을 알 수 있다³¹⁾. 이형근 등(2014, 2019)은 사례연구 등을 통해 실질적 진정성립 위반, 즉 조서왜곡의 하위유형을 ① 답변생략, ② 문답생략, ③ 답변의 뚜렷한 조작, ④ 답변의 미묘한 조작, ⑤ 질문조작, ⑥ 문답추가, ⑦ 문답전환, ⑧ 사전면담·신문, ⑨ 조서편집 등으로 분류하였다³²⁾. 조서왜곡의 하위유형 중에는 대법원 판결의 개념요소에 포섭되는 것도 있고[①, ② → (1); ③, ④ → (2); ⑥ → (3)], 정확히 포섭되지 않는 것도 있다[⑤, ⑦, ⑧, ⑨]. 한편, 조서가 속기록과 같이 진술자의 진술을 빠짐없이 모두 기재하는 방식으로 작성되어야 하는 것은 아니나, 공소사실을 유죄로 인정하기 위한 구성요건적 사실이나 핵심적 정황에 관한 사실에 있어서는 진술과 조서 간에 차이가 없어야 한다³³⁾.

실질적 진정성립 위반의 효과는 당해 조서 중 ‘해당 부분’의 증거능력 불인정이다. 적법한 절차와 방식에 대한 판단과 달리 실질적 진정성립에 대한 판단은 조서에 기재된 각각의 진술에 대해 개별적으로 이루어지기 때문이다³⁴⁾. 따라서 피고인이나 변호인은 실질적 진정성립을 부정하는 부분을 특정해야 하고³⁵⁾, 법원은 실질적 진

30) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011도8325 판결.

31) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 142면.

32) 이형근·조은경, 피의자신문조서의 왜곡 유형과 정도에 관한 연구: 조서와 영상녹화물의 비교를 통한 사례연구, 경찰학연구 제14권 제2호, 2014, 38면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 145-146면. ① 답변생략: 어떤 답변의 전부 또는 일부를 조서에서 생략하는 경우, ② 문답생략: 어떤 질문과 그 질문에 대한 답변을 함께 조서에서 생략하는 경우, ③ 답변의 뚜렷한 조작: 어떤 답변의 전부 또는 일부를 실제와 다르게 조서에 기재하는 경우, ④ 답변의 미묘한 조작: 어떤 답변의 취지, 뉘앙스 등을 실제와 다르게 조서에 기재하는 경우, ⑤ 질문조작: 어떤 질문의 전부 또는 일부를 실제와 다르게 조서에 기재하는 경우, ⑥ 문답추가: 실제로 주고받지 않은 질문과 답변을 조서에 기재하는 경우, ⑦ 문답전환: 실제로는 질문한 내용임에도 답변한 것처럼 기재하는 경우, ⑧ 사전면담·신문: 신문이나 조서에 앞서 조서나 다른 수사서류에 기록하지 않고 비공식적으로 진술을 청취하는 수사 관행, ⑨ 조서편집: 조서 내에서 특정 문답의 위치를 임의로 변경하거나, 문답의 배열을 논리·연대 기 순으로 편집하는 작성방식.

33) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결.

34) 김인회, 형사소송법 제2판, 피앤씨미디어, 2018, 492면; 신동운, 앞의 책, 1172면; 이은모, 형사소송법 제4판, 박영사, 2014, 693면; 이재상·조균석, 형사소송법 제10판 보정판, 박영사 2016, 611면, 이형근·백윤석, 앞의 논문, 142면.

정성립이 인정 또는 증명되는 부분만 증거능력을 인정하고, 실질적 진정성립이 인정 또는 증명되지 않는 부분은 증거능력을 부정해야 한다³⁶⁾. 실질적 진정성립 위반의 경우에는 전문법칙만 적용되므로, 피고인이나 변호인이 증거로 함에 동의하면 본증이 될 수 있고, 탄핵증거로도 사용될 여지가 있다.

3. 특신상태

현행 형사소송법은 피의자신문조서, 진술조서 등의 증거능력 인정요건으로 특신상태를 규정하고 있다(제312조 제1항, 제4항, 제5항). 특신상태는 “진술 내용이나 조서작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것”을 의미한다³⁷⁾. 형사소송법 제312조의 특신상태는 1961년 개정 형사소송법을 통해 신설된 요건이다. 그 이전에는 제314조, 제316조 등에만 특신상태가 규정되어 있었다. 그런데 학계에서는 특신상태에 관한 가중요건설과 완화요건설의 대립이 특신상태에 관한 논의의 주류를 이루었고³⁸⁾, 대법원은 진정성립으로부터 특신상태를 추정하는 판례이론을 정립하여 장기간 사용해 왔던 관계로³⁹⁾, 특신상태는 적법한 절차와 방식, 실질적 진정성립 등 여타의 요건에 비해 상대적으로 추상적인 개념으로 남아 있다⁴⁰⁾. 2020년 개정 형사소송법은 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건에서 특신상태를 삭제하였다.

특신상태의 본질에 관하여는, 이를 신용성의 정황적 보장으로 보는 견해⁴¹⁾, 적법 절차가 준수되는 상황으로 보는 견해⁴²⁾, 진술 내용의 신빙성으로 보는 견해⁴³⁾ 등이

35) 대법원 2005. 1. 14. 선고 2004도6646 판결.

36) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011도8325 판결.

37) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결.

38) 신동운, 앞의 책, 1176면; 정웅석, 검사작성 피고인이 된 피의자신문조서의 증거능력: 대법원(전합) 2004. 12. 16., 2002도537 판결에 대한 비판적 검토, 저스티스 통권 제83호, 2005, 228면; 조국, 검사작성 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력, 저스티스 통권 제107호, 2008, 181-183면.

39) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결.

40) 이형근, 영상녹화물에 의한 특신상태 증명: 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결의 해석을 중심으로, 형사정책연구 제30권 제4호, 2019, 185면.

41) 이재상·조균석, 앞의 책, 612면.

42) 신동운, 앞의 책, 1178면; 이은모, 앞의 책, 695면.

병존하고 있다. 또한, 제312조 이하에 규정된 특신상태는 각각 서로 다른 의미를 갖는 것으로 이해되고 있으며⁴⁴⁾, 특정 조항의 특신상태에 관한 해석이 다른 조항의 특신상태에 관한 해석에 준용되기도 한다⁴⁵⁾. 최병천(2019)은 특신상태에 관한 대법원 판결을 분석하여, 특신상태의 판단기준이 되는 하위 구성요소를 ① 진술에 이르기까지의 정황, ② 피고인과 진술인과의 관계, ③ 진술 내용이 구체적이며 모순이 없는지 여부, ④ 진술 이후의 행동, ⑤ 수사기관의 수사방법이 적절한지 여부, ⑥ 특신상태에 대한 검사의 주장·입증의 존부 등으로 분류하였다⁴⁶⁾. 다만, 하위 구성요소 중 일부는 진술 당시의 정황이 아니고(①, ④), 일부는 증명력의 문제이며(③), 일부는 적법한 절차와 방식의 문제라고 지적하였다(⑤)⁴⁷⁾. 한편, 법원행정처(2014)는 ① 변호인과 자유롭게 접견하였는지 여부, ② 변호인의 참여가 정당한 사유 없이 배제되었는지 여부, ③ 합리적인 조사 기간을 넘어서 조사가 이루어졌는지 여부, ④ 구속상태에서 별다른 조사 없이 매일 소환하여 같은 질문을 반복하였는지 여부 등을 특신상태의 판단기준으로 제시하고 있다⁴⁸⁾.

특신상태 위반의 효과는 당해 조서의 증거능력 불인정이다. 다만, 특신상태 판단이 조서 전체를 대상으로 이루어지는지 또는 개개의 진술을 대상으로 이루어지는지는 명확하지 않다. 대법원 판결과 실무규범 등에서 확인되는 특신상태의 판단기준을 고려할 때, 조서 전체를 대상으로 이루어지는 경우가 더 많을 것으로 보이지만, 특신상태의 의미와 내용이 명확히 정립되어 있지 않은 현실점에서 이를 단언하기는 어려울 것으로 생각된다⁴⁹⁾. 통상적인 특신상태 위반의 경우에는 전문법칙만 적용되므로, 피고인이나 변호인이 증거로 함에 동의하면 본증이 될 수 있고, 탄핵증거로도

43) 이영란, 한국형사소송법 개정판, 2008, 784면.

44) 신동운, 앞의 책, 1178면; 이영란, 앞의 책, 784면; 최병천, 특신상태에 대한 비판적 고찰, 경북대학교 법학논고 제66집, 2019, 277면.

45) 신동운, 앞의 책, 1178-1179면. 신동운은 “판례는 검사 면전 피의자신문조서에 대해서는 명시적으로 언급하고 있지 않으나 ... 기존 판례에서 제시되고 있는 개념정의에 기초하여 검사 면전 피의자신문조서의 특신상태의 내용을 모색해 보는 것은 결코 무의미한 작업은 아니다.”라고 보았다.

46) 최병천, 앞의 논문, 300면.

47) 최병천, 앞의 논문, 300-301면.

48) 법원행정처, 법원실무제요 형사II, 법원행정처, 2014, 109면.

49) 가령, “진술 내용이 구체적이며 모순이 없는지 여부”는 조서 전체를 대상으로 판단하기보다 개개의 진술을 대상으로 판단해야 할 기준 중 하나가 될 수 있을 것이다.

사용될 여지가 있다. 그러나 변호인과의 접견·교통권이나 변호인의 신문참여권이 침해된 경우에는 위법수집증거배제원칙도 적용될 것으로 생각된다⁵⁰⁾.

4. 임의성

형사소송법은 피의자 등의 진술이 기록된 서류는 그 작성 또는 내용인 진술이 임의로 되었다는 것이 증명되었을 때에 한하여 증거능력을 인정하도록 하고 있다(제317조 제2항). 따라서 피의자신문조서는 작성의 임의성과 진술의 임의성 모두가 증명되어야 한다⁵¹⁾. 임의성은 1954년 제정 형사소송법 때부터 존재하던 요건이다. 그러나 대법원이 진정성립으로부터 임의성을 추정하는 판례이론을 정립하여 장기간 사용해 왔던 관례로⁵²⁾, 제317조의 임의성이 갖는 독자적 의미에 관한 논의가 부족했던 것으로 생각된다. 가령, 제317조의 임의성을 명확하게 정의한 연구나 판례를 발견하기는 어려웠고, 임의성은 주로 제309조의 자백배제법칙과 관련하여 논의되고 있었다⁵³⁾.

신동운(2014)은 형사소송법 제317조 제2항의 해석에 의할 때, 피의자신문조서는 작성의 임의성과 진술의 임의성 모두가 증명되어야 증거로 할 수 있다는 점에 착안하여, ① 서류의 작성이 자유로운 상태 하에서 이루어질 것, ② 기재의 대상을 잘 알면서 기재가 이루어질 것, ③ 기재의 효과를 잘 알면서 기재가 이루어질 것(이상 작성의 임의성에 관한 판단기준), ④ 진술이 자유로운 상태 하에서 이루어질 것, ⑤ 진술의 대상을 잘 알면서 진술이 이루어질 것, ⑥ 진술의 효과를 잘 알면서 진술이 이루어질 것(이상 진술의 임의성에 관한 판단기준) 등을 임의성의 판단기준이 되는

50) 이형근, 앞의 논문, 143면.

51) 신동운, 앞의 책, 1276-1277면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 144면.

52) 대법원 1982. 6. 8. 선고 82도754 판결.

53) 김혁돈, 형사소송법 제309조의 해석에 있어 제308조의2와 제317조의 관계, 형사소송의 이론과 실무 제8권 제1호, 2016, 59-82면; 이용식, 자백배제법칙의 근거와 임의성의 판단: 위법배제설의 관점에서 본 형사소송법 제309조의 의미 재검토, 외법논집 제35권 제3호, 2011, 193-214면; 이은모, 자백배제법칙의 근거와 임의성의 입증, 한양대학교 법학논총 제24집 제2호, 2007, 1-21면; 대법원 1983. 4. 26 선고 82도2943 판결; 대법원 1987. 2. 10 선고 86도2399 판결. 제309조의 이론적 근거에 관하여는 허위배제설, 인권옹호설, 절충설, 위법배제설, 종합설 등이 거론되고 있다(이용식, 앞의 논문, 169-199면; 이은모, 앞의 논문, 5-11면).

하위 구성요소로 제시하였다⁵⁴⁾. 형사소송법 제317조 제2항은 ‘작성 또는 진술’이라고 규정하고 있으나, 제1항과의 관계에 비추어볼 때 여기에서의 임의성은 택일적 임의성이 아니라 이중의 임의성으로 보아야 할 것이다⁵⁵⁾.

임의성 위반의 효과는 당해 조서의 증거능력 불인정이다. 임의성 판단이 조서 전체를 대상으로 이루어지는지 또는 개개의 진술을 대상으로 이루어지는지는 명확하지 않으나, 조서 전체를 대상으로 판단해야 할 경우(①, ④), 개개의 진술을 대상으로 판단해야 할 경우(②, ⑤), 구체적 사안에 따라 적합한 판단방식을 취해야 할 경우(③, ⑥) 등이 병존하는 것으로 생각된다. 임의성은 전문법칙 요건이 아니다. 따라서 임의성 위반의 경우에는 피고인이나 변호인이 증거로 함에 동의하더라도 본증이 될 수 없고⁵⁶⁾, 탄핵증거로도 사용될 수 없다⁵⁷⁾. 한편, 조서에 기재된 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 이루어져 그 임의성이 의심될 때에는 자백배제법칙도 적용될 것으로 생각된다⁵⁸⁾.

5. 내용인정

형사소송법은 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건으로 내용인정을 규정하고 있다(제312조 제3항). 내용인정은 “진술한 내용이 실제 사실과 부합한다는 것”을 인정함을 의미한다⁵⁹⁾. 따라서 내용인정은 진술한 내용이 조서에 기재된 내용과 부합함을 인정하는 실질적 진정성립의 인정과 다르다⁶⁰⁾. 또한, 내용인정은 우리나라 특유의 전문법칙 요건 중 하나로⁶¹⁾, 전문법칙 요건 중 일부 또는 전부

54) 신동운, 앞의 책, 1276-1277면.

55) 신동운, 앞의 책, 1277면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 144면.

56) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2004도7900 판결.

57) 신동운, 앞의 책, 1309면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 144면.

58) 김혁돈, 앞의 논문, 77면. 김혁돈은 자백이 강요 등으로 임의적이지 않은 경우에는 제309조를 적용하고, 자백 외의 진술이 [강요 등의 유무와 무관하게] 임의적이지 않은 경우에는 제317조를 적용하는 것이 제309조와 제317조의 조화로운 해석이라고 보았다.

59) 대법원 2001. 9. 28 선고 2001도3997 판결, 대법원 2006. 5. 26 선고 2005도6271 판결.

60) 대법원 2010. 6. 24 선고 2010도5040 판결, 대법원 2008. 2. 14 선고 2005도4202 판결.

61) 김현숙, 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2008, 46-47면.

가 갖추어지지 않은 때에도 증거능력을 부여할 수 있도록 하는 증거동 의와 구별된다⁶²⁾. 내용인정은 1954년 제정 형사소송법 때부터 존재하던 요건이다. 그러나 여타 전문법칙 요건이나 임의성 요건과 달리 내용인정 요건의 충족 여부는 전적으로 피고인 또는 변호인의 공판정 진술에 의해 결정되었던 관계로 이에 관한 연구나 판례를 발견하기는 어려웠다. 2020년 개정 형사소송법은 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건에 내용인정을 추가하였다.

형사재판 실무자에 의하면, 피의자신문조서에 대한 내용인정 여부는 수사기관에서의 자백 여부 또는 공판정에서의 자백 여부에 크게 좌우되는 것으로 확인된다. 가령, 부인조서의 경우에는 내용부인을 하는 경우가 대부분이나, 자백조서의 경우에는 사법경찰관이 작성한 것이라고 하더라도 내용부인을 하는 경우가 드물며, 다만 피고인이 자신의 신분·명예·위신(예: 공무원 등의 경우), 피해자와의 관계(관계가 매우 좋지 않아 감정상 승복할 수 없는 경우) 등을 의식하여 재판의 결과와 무관하게 내용부인을 하는 경우가 종종 있을 뿐이라고 한다⁶³⁾. 또한, 수사기관에서의 자백 여부와 별개로 공판정에서 공소사실을 부인하는 경우에는 내용부인을 하는 경우가 대부분이나, 공소사실을 시인하는 경우에는 내용부인을 하는 경우가 드물다고 한다⁶⁴⁾. 피의자신문조서에는 범죄사실과 정상에 관한 필요사항이 기재되므로(제242조, 제244조 제1항), 피고인 등이 내용인정을 하면 판사는 범죄사실에 관한 사항뿐만 아니라 정상에 관한 사항도 재판의 자료로 활용할 수 있게 된다고 한다⁶⁵⁾.

내용부인의 효과는 당해 조서의 증거능력 불인정이다. 내용부인의 대상이 조서 전체인지 또는 개개의 진술인지는 명확하지 않으나, 내용인정 요건은 “피의자신문조서에만 적용되는 것이 아니고, 피의자였던 피고인의 ... 진술 자체를 그 적용 대상으로 하고 있는 것”이라는 대법원 판결을 고려할 때⁶⁶⁾, 양자 모두가 가능할 것으로 생각된다. 다만, 형사재판 실무자에 의하면, 전자의 방식이 보다 빈번한 것으로 확인된다⁶⁷⁾. 내용부인의 경우에는 전문법칙만 적용되므로, 피고인이나 변호인이 증거

62) 손동권·신이철, 앞의 책, 652면; 신동운, 앞의 책, 1184, 1282면.

63) 내용부인의 실태에 관한 검사 경력자(50대, 서울)의 응답이다.

64) 내용부인의 실태에 관한 판사 경력자(40대, 대전)의 응답이다.

65) 내용인정의 효과에 관한 앞의 검사 경력자 및 판사 경력자의 공통된 응답이다.

66) 대법원 2001. 3. 27 선고 2000도4383 판결.

로 함에 동의하면 본증이 될 수 있고, 탄핵증거로도 사용될 여지가 있다⁶⁸⁾.

6. 조사자 증언의 요건

형사소송법은 수사절차에서 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 사람의 피고인의 진술을 내용으로 하는 진술(이하 ‘조사자 증언’)을 증거로 할 수 있도록 규정하고 있다(제316조 제1항). 조사자 증언제도는 2007년 개정 형사소송법을 통해 신설되었다. 구법 하에서 대법원은 제316조 제1항의 ‘피고인이 아닌 자’에 조사자가 포함되지 않는 것으로 보았다⁶⁹⁾. 2007년 개정 형사소송법은 이와 같은 해석론을 입법적으로 극복하고, 피의자의 진술을 공판정에 현출할 수 있는 방법을 다원화하였다⁷⁰⁾. 다만, 조사자 증언을 하기 위해서는 피고인의 원진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되어야 한다(제317조 제1항)⁷¹⁾. 제312조 이하에 규정된 특신상태는 각각 서로 다른 의미를 갖는 것으로 이해되고 있으나⁷²⁾, 조사자 증언에 있어 제316조 제1항의 특신상태는 제312조 제1항의 특신상태와 같은 의미를 갖는 것으로 해석되고 있다⁷³⁾.

7. 소결

피의자신문조서의 증거능력과 관련하여 전문법칙과 임의성 요건 등을 고찰한 바, ① 각 요건의 판단기준이 되는 하위 구성요소가 다양하다는 점, ② 하나의 하위 구성요소가 둘 이상의 증거법칙과 연관되는 경우가 있다는 점, ③ 각 요건에 따라 판단 단위와 방식이 다르다는 점, ④ 각 하위 구성요소에 따라 위반의 효과가 다르다

67) 내용부인의 방식에 관한 앞의 검사 경력자 및 판사 경력자의 공통된 응답이다.

68) 대법원 1998. 2. 27 선고 97도1770 판결, 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도2617 판결.

69) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도5831 판결.

70) 김인회, 앞의 책, 517면; 이재상·조균석, 앞의 책, 635면; 신동운, 앞의 책, 1241-1242면; 신양균, 앞의 책, 812면. 한편, 조사자 증언제도에 대한 부정적 평가도 있다(이은모, 앞의 책, 720면).

71) 대법원 1996. 10. 15. 선고 96도1669 판결.

72) 신동운, 앞의 책, 1178면; 이영관, 앞의 책, 784면; 최병천, 앞의 논문, 277면.

73) 김인회, 앞의 책, 518면; 신동운, 앞의 책, 1142-1143면, 이은모, 앞의 책, 718면.

는 점 등을 확인할 수 있었다. 또한, ⑤ 내용인정 여부는 수사기관 또는 공판정에서의 자백 여부에 크게 좌우되며, 피고인 등이 내용인정을 하면 범죄사실과 정상에 관한 사항 모두가 재판의 자료로 활용된다는 점, ⑥ 조사자 증언을 위해서는 특신상태 요건이 충족되어야 하며, 이때 특신상태는 피의자신문조서 작성시의 특신상태와 같은 의미라는 점 등을 확인할 수 있었다.

Ⅲ. 피의자신문조서의 증명력

형사소송법은 “증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다.”라고 규정함으로써 자유심증주의를 천명하고 있다(제308조). 증명은 증거를 통해 일정한 사실을 밝히는 것을 의미하고⁷⁴⁾, 증명력은 피고 사건의 요증사실 인정을 위한 증거의 실질적 가치를 의미한다⁷⁵⁾. 통상 증명력은 어떤 증거가 엄격한 증명의 자료로 사용될 수 있는 법률상의 요건을 의미하는 증거능력과 구별되는 개념으로 이해되지만⁷⁶⁾, 이론적·실무적 측면에서 양자가 엄격히 구별되지는 않는 것으로 보인다⁷⁷⁾. 한편, 증명력에 대한 법관의 자유판단은 무제한적으로 허용되는 것이 아니며, 여기에는 논리·경험칙 등의 제약이 따른다⁷⁸⁾. 본장에서는 증거능력과 증명력의 관계, 증명력 판단의 기준 등을 중심으로 증명력 일반을 고찰하고(제1절), 관련 문제로 증명력을 다루기 위한 증거의 요건을 살펴보고자 한다(제2절).

74) 신양균, 앞의 책, 709면.

75) 김인희, 앞의 책, 447면; 신동운, 앞의 책, 1384면; 이영란, 앞의 책, 692면; 이은모, 앞의 책, 601면.

76) 손동권·신이철, 앞의 책, 515면; 신동운, 앞의 책, 1103면.

77) 이은모, 앞의 논문, 6, 11면; 이진수, 형사소송법상 ‘성립의 진정’에 관한 연혁적 고찰과 그 함의, 비교형사법연구 제20권 제1호, 2018, 121면; 정승환, 검사작성 피의자신문조서의 증거능력과 ‘특신상태’, 형사법연구 제19권 제3호, 2007, 693-694면; 정웅석, 형사소송법상 ‘특신상태’의 필요성에 대한 비판적 고찰, 저스티스 통권 제138호, 2013, 327면; 최병천, 앞의 논문, 301면.

78) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도12728 판결.

1. 증명력 일반

증거능력과 증명력은 구별되는 개념이고, 후자는 전자의 관문을 통과한 증거에 관하여만 문제되는 개념으로 이해되고 있다⁷⁹⁾. 하지만 이론적·실무적 측면에서 양자가 엄격히 구별되지 않는 경우가 있고, 이러한 현상은 진정성립⁸⁰⁾, 특신상태⁸¹⁾, 임의성⁸²⁾ 등과 증명력 간에서 발견된다. 첫째, 연혁적으로 볼 때, 1954년 제정 형사소송법에 영향을 주었던 일본 대정 형사소송법의 운용에 있어 ‘진정성립 여부는 사실의 문제로서 재판관에게 맡겨야 할 것’으로 해석된 바 있고⁸³⁾, 일본 대정 민사소송법의 운용에 있어서는 ‘진정성립이 증거능력 이후 단계인 증거가치의 문제’로 논의된 바 있다⁸⁴⁾. 둘째, 대법원이 특신상태의 판단기준으로 삼고 있는 ‘진술 내용이 구체적이며 모순이 없는지 여부’는 증명력의 문제로 보아야 한다는 지적이 있고⁸⁵⁾, 진술이 이루어진 상황의 신빙성은 증거능력의 문제이고, 진술 자체의 신빙성은 증명력의 문제인데, 학설과 판례에서 양자를 혼동하는 경우가 있다는 지적이 있다⁸⁶⁾. 셋째, 종래에 대법원은 허위배제설의 입장에서 증명력을 중심으로 임의성 여부를 판단한 바 있는데⁸⁷⁾, 이와 같은 방식은 증명력 요소인 진술 내용의 진실성이 증거능력 요소인 임의성 여부를 좌우하는 결과를 초래한다는 지적이 있다⁸⁸⁾. 이와 같이 증거능력과 증명력이 준별되지 않는 현상을 긍정적으로 평가하기는 어렵다고 생각

79) 손동권·신이철, 앞의 책, 515면; 신동운, 앞의 책, 1104면.

80) 이진수, 앞의 논문, 121면.

81) 정승환, 앞의 논문, 693-694면; 정웅석, 앞의 논문, 327면; 최병천, 앞의 논문, 301면.

82) 이은모, 앞의 논문, 6면.

83) 이진수, 앞의 논문, 122-123면.

84) 이진수, 앞의 논문, 121면. 이진수는 제정 형사소송법 초안과 제정 민사소송법 초안의 국회제출일이 동일한 점, 양자가 공히 가인 김병로 선생의 주도 아래 성안된 점 등을 근거로 대정 형사소송법 뿐만 아니라 대정 민사소송법이 제정 형사소송법의 진정성립 요건에 영향을 미쳤을 것으로 보았다 (이진수, 앞의 논문, 120면).

85) 최병천, 앞의 논문, 301면. 대법원 1986. 2. 5. 선고 85도2788 판결 및 대법원 2000. 3. 10. 선고 2000도159 판결은 이를 증거능력의 문제로 보았다.

86) 정승환, 앞의 논문, 693-694면; 정웅석, 앞의 논문, 327면.

87) 대법원 1959. 10. 31. 선고 4292형상257 판결, 대법원 1968. 5. 7. 선고 68도379 판결, 대법원 1977. 4. 26. 선고 77도210 판결.

88) 이은모, 앞의 논문, 6, 11면.

된다. 다만, 이러한 현상은 증거능력과 증명력의 연관성 내지는 밀접성에 기인하는 자연스러운 현상일 수도 있다. 신동운(2014)은 “일반적으로 볼 때 법률은 증명력이 강한 증거에 대하여 증거능력을 부여하는 것이 보통이기 때문에 통상적으로 증거능력이 있는 증거는 증명력도 있다고 말할 수 있다.”라고 설명하였다⁸⁹⁾.

증명력 판단의 기준에 관하여 대법원은 “증거의 증명력에 대한 법관의 판단은 논리와 경험칙에 합치하여야 하고 ... 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다.”라고 판시한 바 있다⁹⁰⁾. 또한, “증거의 가치판단은 법관의 자유재량에 맡겨져 있기는 하나 자의적인 재량이 허용되는 것은 아니며 합리성과 객관성을 결여한 증거가치의 판단은 위법한 것”이라고 판시한 바 있다⁹¹⁾. 따라서 형사소송법상 자유심증주의는 합리적 심증주의 내지는 과학적 심증주의를 의미하며⁹²⁾, 여기에는 논리칙·경험칙 등이 적용된다⁹³⁾. 다만, 증명이 모든 의문과 불신을 해소하는 수준에 이르러야 하는 것은 아니고, 논리칙과 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 배제하는 정도⁹⁴⁾, 즉 인간능력의 한계 내에서 최선을 다하는 수준이면 족하다⁹⁵⁾.

2. 증명력을 다투기 위한 증거의 요건

형사소송법은 “제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 ... 피고인 ... 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거로 할 수 있다.”라고 규정하고 있다(제318조의2 제1항). 앞의 증거는 본증을 의미하고 뒤의 증거는 탄핵증거를 의미한다⁹⁶⁾. 대법원은 탄핵증거로서의 자격에 관하여, “탄핵증거는 범

89) 신동운, 앞의 책, 1103면.

90) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도12728 판결.

91) 대법원 1984. 5. 29. 선고 84도554 판결.

92) 손동권·신이철, 앞의 책, 537면.

93) 신동운, 앞의 책, 1391-1392면.

94) 대법원 2011. 9. 29. 선고 2010도5962 판결, 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013도14656 판결.

95) 신동운, 앞의 책, 1398면.

96) 손동권·신이철, 앞의 책, 662면; 신동운, 앞의 책, 1298-1299면.

죄사실을 인정하는 증거가 아니어서 엄격한 증거능력을 요하지 아니하는 것”이라고 판시한 바 있으며⁹⁷⁾, 학계에도 이와 같은 대법원의 입장에 대하여 특별한 이견이 없는 것으로 보인다⁹⁸⁾. 다만, 탄핵증거의 경우에도 진정성립이 인정 또는 증명되어야 증명력을 다투기 위한 증거로 사용할 수 있으며⁹⁹⁾, 이때 진정성립은 반드시 원진술자의 진술 등에 의해 인정되어야 하는 것은 아니고 형식적 진정성립 또는 적법한 절차와 방식의 준수 등으로 증명될 수 있다는 것이 학계의 일반적인 견해다¹⁰⁰⁾.

한편, 피고인의 이전 진술이 탄핵증거가 될 수 있는지에 관하여, 학계에는 적극설¹⁰¹⁾과 소극설¹⁰²⁾이 병존하고 있으며, 대법원은 “사법경찰리 작성의 피의자신문조서는 피고인이 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나, 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있다.”라고 판시함으로써¹⁰³⁾, 적극설의 입장을 취하고 있다¹⁰⁴⁾. 다만, 형사재판 실무자에 의하면, 공판중심주의의 강화와 증거분리제출제도의 도입에 따라 하급심으로 중심으로 피고인이 내용을 부인하는 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 탄핵증거 사용을 불허하는 판결이 누적되고 있다고 하며¹⁰⁵⁾, 개

97) 대법원 1996. 1. 26. 선고 95도1333 판결, 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012도7467 판결.

98) 신동운, 앞의 책, 1314-1315면; 신양균, 앞의 책, 856면; 이영란, 앞의 책, 846면; 이은모, 앞의 책, 765면; 이재상·조균석, 앞의 책, 674면.

99) 손동권·신이철, 앞의 책, 668면; 신동운, 앞의 책, 1310면; 신양균, 앞의 책, 852면; 이영란, 앞의 책, 849-850면; 이은모, 앞의 책, 762면; 이재상·조균석, 앞의 책, 672-673면.

100) 손동권·신이철, 앞의 책, 668면; 노명선·이완규, 앞의 책, 538면; 신동운, 앞의 책, 1310면; 이재상·조균석, 앞의 책, 672-673면.

101) 손동권·신이철, 앞의 책, 666면; 이은모, 앞의 책, 765면; 이재상·조균석, 앞의 책, 671면; 임동규, 형사소송법 제4판, 법문사, 2006, 546면. 다만, 이은모, 이재상 등은 입법론 차원의 재고가 필요하다고 보았다.

102) 신동운, 앞의 책, 1312면 신양균, 앞의 책, 854면; 이영란, 앞의 책, 851면.

103) 대법원 1998. 2. 27 선고. 97도1770 판결, 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도2617 판결.

104) 김동윤, 피고인이 내용을 부인하여 증거능력이 없는 사법경찰리 작성의 피의자신문조서 등을 탄핵증거로 사용하기 위한 요건, 대법원판례해설 30호, 1998, 621-639면; 손동권·신이철, 앞의 책, 666면; 신동운, 앞의 책, 1311-1312면.

105) 서울고등법원 선고일자 미상 2012노28 판결[법률신문, ‘피고인이 부인하는 경찰 작성 피의자신문조서, 법정서 탄핵증거로도 사용할 수 없다’, 2012. 5. 9. <https://www.lawtimes.co.kr/Case-Curation/View?serial=64158>(2020. 5. 1. 검색)]. 동 판결은 “증거분리제출주의가 정착된 현행 형사사법 체계에서 피고인의 공판정에서의 진술을 증거능력 없는 공판정 외의 자백으로 탄핵하는 것은 증거능력 없는 증거가 법정에서 아무런 제한 없이 현출되게 해 공판중심주의를 형해화시키고

정 형사소송법이 시행될 경우 피고인이 내용을 부인하는 수사기관 작성 피의자신문 조서의 탄핵증거 사용 논쟁이 재점화될 것이라고 한다¹⁰⁶⁾.

3. 소결

피의자신문조서에 있어 증거능력과 증명력의 관계, 증명력 판단의 기준 등을 고찰한 바, ① 증거능력 요건 중 진정성립, 특신상태, 임의성 등이 특히 증명력과 준별되지 못하고 있다는 점, ② 증거의 증명력에 관한 법관의 자유판단에도 합리성·객관성·논리칙·경험칙 등의 제약이 따른다는 점 등을 확인할 수 있었다. 또한, 탄핵증거의 요건 등을 고찰한 바, ③ 탄핵증거는 본증과 같은 수준의 증거능력을 요하지 않으나, 적어도 진정성립이 증명되어야 한다는 점, ④ 피고인의 이전 진술도 탄핵증거가 될 수 있다는 것이 대법원의 입장이나, 학계와 실무계에서 공히 이에 대한 비판이 제기되고 있다는 사실 등을 확인할 수 있었다.

IV. 실질적 진정성립과 특신상태 요소의 증거법적 기능 전망

2020년 개정 형사소송법이 피의자신문조서의 증거능력 인정요건에서 실질적 진정성립과 특신상태를 삭제하였으므로, 향후 이 두 가지 요건이 피의자신문조서에 대한 증거법적 평가 과정에서 직접적으로 기능하지는 못할 것으로 생각된다. 하지만 제2장과 제3장에서의 고찰에 의하면, 이 두 가지 요건이 다른 증거능력 요건의 이름으로 기능하거나 증명력 평가에 영향을 미치는 등 간접적으로 기능할 가능성을 배제할 수는 없을 것으로 생각되었다. 본장에서는 개정 형사소송법 하에서 이 두 가지 요건의 증거법적 기능을 법률상 다른 요건의 이름으로 기능할 가능성(제1절), 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성(제2절), 조사자 증언의 요건인 특신상태를 매개로 기능할 가능성(제3절), 탄핵증거 사용의 요건으로 기능할 가능성(제4절), 공

자백판중의 수사 관행을 부추길 우려가 있어 원칙적으로 허용되지 아니한다.”라고 판시하였다.
106) 탄핵증거 사용의 실태 및 전망에 관한 판사 경력자(40대, 대전)의 응답이다.

판 내외 진술증거의 적정화 장치로 기능할 가능성(제5절) 등으로 나누어 전망해 보고자 한다.

1. 법률상 다른 요건의 이름으로 기능할 가능성

가. 실질적 진정성립

실질적 진정성립은 피의자 등이 “적극적으로 진술한 내용이 그 진술대로 기재되어 있어야 한다는 것뿐 아니라 진술하지 아니한 내용이 진술한 것처럼 기재되어 있지 아니할 것”을 의미한다¹⁰⁷⁾. ① 형사소송법상 검사와 사법경찰관은 피의자에 대하여 범죄사실과 정상에 관한 필요사항을 신문하고 그 이익되는 사실을 진술할 기회를 주어야 하며(제242조), 이에 따른 피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다(제244조 제1항). 따라서 범죄사실, 정상, 이익되는 사실 등에 관한 피의자의 진술이 누락, 조작, 추가된 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로 보기 어렵다. 실질적 진정성립이 적법한 절차와 방식의 이름으로 기능할 경우 위반의 효과가 조서 전체에 미칠 것으로 생각된다. ② 임의성이 인정되기 위해서는 진술의 임의성과 작성의 임의성 양자가 필요하며, 피의자신문조서의 경우에는 피의자가 진술의 대상뿐만 아니라 기재의 대상을 잘 아는 상태 하에서 조서작성이 이루어져야 한다¹⁰⁸⁾. 따라서 작성자가 피의자의 진술을 취사가감하여 만든 피의자신문조서는 그 작성이 임의로 된 것으로 보기 어렵다. 실질적 진정성립이 임의성의 이름으로 기능할 경우 증거동의와 탄핵증거로의 사용이 허용되지 않을 것으로 생각된다.

실질적 진정성립이 적법한 절차와 방식 또는 임의성의 이름으로 기능할 가능성은 관련 연구를 통해 간접적으로 예견된 바 있다. 이형근 등(2019)은 피의자신문조서 왜곡의 하위유형에 대한 변호사의 인식을 조사하여, 조서왜곡이 실질적 진정성립뿐만 아니라 적법한 절차와 방식, 임의성 등 여타 증거능력 요건과 연관될 수 있음을 확인한 바 있다¹⁰⁹⁾. 가령, 실질적 진정성립 위반이 동시에 적법한 절차와 방식 위반

107) 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011도8325 판결.

108) 신동운, 앞의 책, 1276-1277면.

109) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 133-164면. 다만, 이 연구는 변호사 등에 대한 인식조사의 방법으로

이 될 것으로 인식하는 경우가 22%에 달했고, 동시에 임의성 위반이 될 것으로 인식하는 경우가 13% 정도였다¹¹⁰⁾. 특히, 조서왜곡의 하위유형 중 질문조작은 적법한 절차와 방식과(29%), 사전면담·신문은 임의성과(33%) 연관성이 큰 것으로 인식되고 있었다¹¹¹⁾. 응답자 중 1인은 자유서술형 응답에서 “조서왜곡의 원인이 부적법한 신문 또는 조서작성에 있다고 보면, 실질적 진정성립은 물론 적법한 절차와 방식, 특신상태 및 임의성에도 영향을 주는 것으로 볼 수 있다.”라고 설명하였다¹¹²⁾.

나. 특신상태

특신상태는 “진술 내용이나 조서작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적인 외부적인 정황이 있는 것”을 의미한다¹¹³⁾. 이와 같은 개념 정의에도 불구하고 특신상태는 여타의 증거능력 요건에 비해 상대적으로 추상적·다의적 개념으로 남아 있다¹¹⁴⁾. ① 선행연구와 실무규범이 제시한 특신상태의 판단기준 중 ‘수사기관의 수사방법이 적절한지 여부’, ‘합리적인 조사 기간을 넘어서 조사가 이루어졌는지 여부’, ‘구속상태에서 별다른 조사 없이 매일 소환하여 같은 질문을 반복하였는지 여부’ 등은 적법한 절차와 방식의 판단기준이 될 것으로 생각된다¹¹⁵⁾. 형사소송법은 수사비례의 원칙을 규정하고 있고(제199조 제1항)¹¹⁶⁾, 수사준칙 등은 “지체 없이 진술을 들어야 하며 오랫동안 기다리는 일이 없도록 하여야 한다.”라고 규정하고 있으므로(제19조 제4항)¹¹⁷⁾, 뒤의 두

수행되었고, 인식조사 참여자 중에는 증거능력에 관한 각 요건의 관계에 대한 충분한 고려 없이 각 왜곡유형의 영향을 직관적·일반적으로 판단한 경우도 있을 수 있으므로, 그 결과를 일반화하기는 어려울 것으로 생각된다(이형근·백윤석, 앞의 논문, 159-160면). 다만, 실질적 진정성립이 다른 요건의 이름으로 기능할 가능성에 관한 간접적인 참고자료로 삼고자 연구결과의 요지를 간략히 소개하였다.

110) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 154면.

111) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 154면.

112) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 154면.

113) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결.

114) 이형근, 앞의 논문, 185면.

115) 최병천도 ‘수사기관의 수사방법이 적절한지 여부’는 적법한 절차와 방식의 문제라고 지적하였다(최병천, 앞의 논문, 300-301면).

116) 손동권·신이철, 앞의 책, 207-208면; 신동운, 앞의 책, 225면.

가지는 ‘수사기관의 수사방법이 적절한지 여부’에 포섭되는 하위유형으로 볼 수 있을 것이다. ② 한편, ‘구속상태에서 별다른 조사 없이 매일 소환하여 같은 질문을 반복하였는지 여부’는 임의성 판단의 기준이 될 것으로 생각된다. 반복질문은 진술자에게 최초의 답변이 잘못되었다는 암시를 줌으로써 진술자의 향후 답변에 영향을 주는 질문방식이기 때문이다¹¹⁸⁾. 특신상태가 임의성의 이름으로 기능할 경우 증거동의와 탄핵증거로의 사용이 허용되지 않을 것으로 생각된다. ③ 선행연구와 실무 규범이 제시한 특신상태의 판단기준 중 ‘변호인과 자유롭게 접견하였는지 여부’, ‘변호인의 참여가 정당한 사유 없이 배제되었는지 여부’ 등은 적법한 절차와 방식 및 위법수집증거 여부의 판단기준이 될 것으로 생각된다¹¹⁹⁾. 연혁적으로 볼 때 변호인의 참여가 특신상태 판단에 관한 긍정적 지표임에 틀림없으나¹²⁰⁾, 동시에 정당한 사유 없는 변호인의 참여 제한이 적법한 절차와 방식 및 위법수집증거 여부 판단에 관한 부정적 지표임도 명확하기 때문이다¹²¹⁾. 특신상태가 위법수집증거배제법칙의 이름으로 기능할 경우 증거동의와 탄핵증거로의 사용이 허용되지 않을 것으로 생각된다.

2. 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성

가. 실질적 진정성립

현재 증거능력과 증명력은 구별되는 개념으로 이해되고 있으나¹²²⁾, 연혁적으로 볼 때 진정성립은 증거능력 이후 단계인 증거가치의 문제로 논의된 바 있다¹²³⁾. 또

117) 2017. 7. 26. 타법개정 대통령령 제28211호 ‘검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정’ 제19조 제4항, 2019. 11. 14. 일부개정 경찰청훈령 제954호 ‘범죄수사규칙’ 제54조 제3항.

118) 이기수·김지환, 피의자신문기법의 문제점과 개선방안에 관한 연구: Reid Technique과 PEACE 모델 비교·검토를 중심으로, 한국경찰연구 제11권 제4호, 2012, 238면; 이형근, 수사면담기법론, 경찰대학, 2018, 80면.

119) 이형근, 앞의 논문, 143면.

120) 조 국, 앞의 논문, 181-183면.

121) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결.

122) 손동권·신이철, 앞의 책, 515면; 신동운, 앞의 책, 1104면.

한, 현재의 법해석에 있어서도 통상 진정성립 여부와 증명력의 강도 간에는 일정한 관계가 있는 것으로 보인다¹²⁴⁾. 진정성립의 관문을 무난히 통과한 조서와 그 관문을 어렵사리 통과한 조서가 있다면, 전자의 증명력이 후자의 증명력보다 클 것임을 어렵지 않게 짐작할 수 있다. 또한, 증명력 판단의 기준이 되는 논리칙·경험칙 등에 비추어보더라도¹²⁵⁾, 왜곡이 없는 조서와 왜곡이 있는 조서 중 전자의 증명력이 더 클 것으로 생각해볼 수 있다. 따라서 개정 형사소송법 하에서도 실질적 진정성립은 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성이 있다.

실질적 진정성립이 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성은 관련 연구를 통해 간접적으로 예견된 바 있다. 이형근 등(2019)은 변호사의 인식을 조사하여, 조서왜곡이 증거능력뿐만 아니라 증명력과 연관됨을 확인한 바 있다¹²⁶⁾. 가령, 거의 대부분의 조서왜곡 유형이 증명력 평가에 부정적 영향을 미칠 것으로 인식되고 있었으며(평균 81%)¹²⁷⁾, 조서왜곡은 증거능력 평가보다 증명력 평가에 더 큰 영향을 미칠 것으로 인식되고 있었다(영향도 점수 2.09 : 2.22)¹²⁸⁾. 특히, 조서왜곡의 하위유형 중 답변의 뚜렷한 조작(2.90)과 문답추가(2.77)의 영향도 점수가 높게 나타났다¹²⁹⁾. 응답자 중 1인은 자유서술형 응답에서 “잘못된 방식으로 작성된 조서를 바탕으로 사실을 인정하는 것은 경험칙과 논리칙에 위배되므로 왜곡된 조서에 대한 증명력 평가는 부정적으로 이루어질 것이다.”라고 설명하였다¹³⁰⁾.

123) 이진수, 앞의 논문, 121면.

124) 신동운, 앞의 책, 1103면.

125) 대법원 1984. 5. 29 선고 84도554 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도12728 판결.

126) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 133-164면. 인식조사 과정에서 증거능력과 증명력의 관계에 대한 충분한 고려 없이 직관적·일반적 판단을 한 참여자가 있을 수도 있으므로, 그 결과를 일반화하기는 어려울 것으로 생각되나(이형근·백윤석, 앞의 논문, 159-160면), 실질적 진정성립이 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성에 관한 간접적인 참고자료로 삼고자 연구결과의 요지를 간략히 소개하였다.

127) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 152-153면.

128) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 155면. 영향도 점수는 0.00 - 3.00 사이에 위치하며, 3.00에 가까울수록 영향도가 크다는 의미다.

129) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 155면.

130) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 153면.

나. 특신상태

제2장에서의 고찰을 통해 특신상태의 의미와 내용에 관한 학설이 다양함을 알 수 있었고, 그 중에는 특신상태를 진술 내용의 신빙성으로 보는 견해도 있었다¹³¹⁾. 선행연구와 실무규범이 제시한 특신상태의 판단기준 중 ‘진술 내용이 구체적이며 모순이 없는지 여부’는 증명력 평가의 기준이 될 것으로 생각된다¹³²⁾. 진술이 이루어진 상황의 신빙성이라는 증거능력의 문제와 진술 자체의 신빙성이라는 증명력의 문제를 혼동해서는 안 된다는 지적이 있으나¹³³⁾, 현실에서는 양자의 구분이 쉽지 않은 것으로 보인다¹³⁴⁾. 진술의 신빙성을 진술이 이루어진 상황과 독립하여 평가하려는 데서 오는 인지적 어려움 때문일 것으로 생각된다. 또한, 증명력 판단의 기준이 되는 논리칙·경험칙 등을 고려할 때¹³⁵⁾, 선행연구와 실무규범이 제시한 특신상태의 판단기준 대부분이 증명력 평가에 일정한 영향을 줄 것으로 생각된다. 이는 증거능력과 증명력의 연관성, 특히 특신상태와 증명력의 밀접한 연관성에 기인하는 현상으로 생각된다. 따라서 개정 형사소송법 하에서도 특신상태는 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성이 있다.

3. 조사자 증언의 요건인 특신상태를 매개로 기능할 가능성

개정 형사소송법 하에서는 수사기관, 특히 검사 작성 피의자신문조서의 본증 사용에 상당한 제약이 따를 것으로 생각된다. 형사재판 실무에서 이러한 환경에 대한 대안으로 고려될 수 있는 방법 중 하나가 조사자 증언이다. 그런데 개정 형사소송법은 피의자신문조서의 증거능력 인정요건으로 규정된 특신상태는 삭제하였으나(제312조 제1항), 조사자 증언의 요건으로 규정된 특신상태는 존치하였다(제316조 제1항). 또한, 제312조 제1항의 특신상태와 제316조 제1항의 특신상태는 그 의미가 동

131) 이영란, 앞의 책, 784면.

132) 최병천도 ‘진술 내용이 구체적이며 모순이 없는지 여부’는 증명력의 문제라고 지적하였다(최병천, 앞의 논문, 300-301면).

133) 정승환, 앞의 논문, 693-694면; 정웅석, 앞의 논문, 327면.

134) 대법원 1986. 2. 5. 선고 85도2788 판결, 대법원 2000. 3. 10. 선고 2000도159 판결.

135) 대법원 1984. 5. 29 선고 84도554 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도12728 판결.

일한 것으로 이해되고 있다¹³⁶⁾. 따라서 수사기관의 피의자신문 및 조서작성 과정에서 특신상태의 의미와 기능에 즉각적인 변화는 없을 것으로 생각된다(현행 제312조 제1항의 특신상태 요소가 제316조 제1항의 특신상태 요건을 매개로 기능할 가능성)¹³⁷⁾. 현행 형사소송법 하에서 사법경찰관 작성 피의자신문조서는 그 피의자였던 피고인 등이 그 내용을 부인하면 증거로 할 수 없지만¹³⁸⁾, 경찰청에서 제작한 ‘경찰관 법정증언 매뉴얼’ 등이 피의자신문 및 조서작성 과정에서의 특신상태 준수를 강조하고 있다는 점도¹³⁹⁾ 이와 같은 추론을 뒷받침한다. 다만, 특신상태 요건의 추상성·다의성, 피의자신문조서의 증거법적 의미 변화 등을 고려할 때, 특신상태에 대한 새로운 해석론이 제기될 가능성도 적지 않을 것으로 생각된다.

한편, 대법원은 구성요건적 사실과 핵심적 정황에 관한 영상녹화물의 내용과 이에 대응하는 피의자신문조서의 기재가 상이한 사안, 즉 통상 실질적 진정성립이 부정되어야 할 조서왜곡 사안에 대하여 당해 조서와 이후 조서들의 특신상태를 부정한 바 있다¹⁴⁰⁾. 이와 같은 대법원의 판결은 영상녹화물에 관한 이론의 측면에서는 허용될 여지가 적으나, 특신상태에 관한 이론의 측면에서는 허용될 여지가 충분히 있는 것으로 평가되고 있다¹⁴¹⁾. 특신상태를 판단할 매체를 제한하는 학설이나 판례가 없고, 가장 엄격한 학설에 의하더라도 객관적인 자료에 입각한 특신상태의 증명은 허용되기 때문이다¹⁴²⁾. 따라서 개정 형사소송법 하에서 실질적 진정성립은 조사자 증언의 요건인 특신상태를 매개로 기능할 가능성이 있다(현행 제312조 제1항의 실질적 진정성립 요소가 제316조 제1항의 특신상태 요건 및 판례이론 등을 매개로 기능할 가능성)¹⁴³⁾.

136) 김인회, 앞의 책, 518면; 신동운, 앞의 책, 1142-1143면, 이은모, 앞의 책, 718면.

137) 이기수, 경찰관 법정증언의 실태와 개선방안, 치안정책연구소 책임연구보고서, 2012, 5-6면; 한연규, 사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용, 형사법의신동향 통권 제60호, 2018, 251-252면; 한인섭, 국민참여재판과 경찰관 법정증언, 치안정책연구소 정책연구보고서, 2008, 40면.

138) 개정 형사소송법 하에서 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 동일하다.

139) 경찰청, 경찰관 법정증언 매뉴얼, 경찰청, 2006, 20-22면; 경찰청, 피의자신문조서 작성기법, 경찰청, 2016, 12-14면.

140) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결.

141) 이형근, 앞의 논문, 195면.

142) 이형근, 앞의 논문, 193면.

143) 관련 연구에 의하면, 실질적 진정성립은 특신상태와 연관되는 것으로 인식(평균 13%)되고 있었으

4. 탄핵증거 사용의 요건으로 기능할 가능성

수사기관 작성 피의자신문조서를 본증으로 사용할 수 없는 환경 하에서 수사기관과 법원이 그 대안으로 고려할 수 있는 방법 중 다른 하나는 탄핵증거다. 형사소송법은 “제312조부터 제316조까지의 규정에 따라 증거로 할 수 없는 서류나 진술이라도 ... 피고인 ... 진술의 증명력을 다투기 위하여 증거로 할 수 있다.”라고 규정하고 있다(제318조의2 제1항). 이 조항을 문리적으로 해석하면, 피의자신문조서에 의한 피고인 진술의 탄핵이 가능하고¹⁴⁴⁾, 전문법칙의 모든 요건을 결한 피의자신문조서의 탄핵증거 사용도 가능하다¹⁴⁵⁾. 그러나 탄핵증거의 경우에도 최소한 진정성립이 인정 또는 증명되어야 하며¹⁴⁶⁾, 이때 진정성립은 형식적 진정성립 또는 적법한 절차와 방식의 검토 등으로도 증명될 수 있다는 것이 학계의 일반적인 견해다¹⁴⁷⁾. 피고인의 이전 진술이 탄핵증거가 될 수 있는지는 입법론의 영역에 가까운 반면¹⁴⁸⁾, 어떤 요건 하에 탄핵증거가 될 수 있는지는 해석론의 영역에 가까운 것으로 보인다. 공판중심주의 강화 등의 차원에서 피의자신문조서의 탄핵증거 사용을 지양하려는 현재의 분위기와 검사 작성 피의자신문조서의 본증 사용에 제동이 걸리게 될 머지 않은 미래의 상황이 맞닥뜨리게 될 경우 법원은 불가피하게 양자 간의 절충점을 찾아야 할 것이다. 생각건대, 실질적 진정성립을 피의자신문조서의 탄핵증거 사용 요건 중 하나로 삼는 것이 가능한 절충점 중의 하나가 될 것이다.

며, 특히 조서왜곡의 하위유형 중 사전면담·신문이 특신상태와 큰 연관성을 갖는 것으로 인식(33%)되고 있었다(이형근·백윤석, 앞의 논문, 154면).

144) 손동권·신이철, 앞의 책, 666면; 이은모, 앞의 책, 765면; 이재상·조균석, 앞의 책, 671면; 대법원 1998. 2. 27 선고, 97도1770 판결; 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도2617 판결.

145) 전현욱, 조서 등의 진정성립 증명 방법 다양화 가능성: 전문법칙의 도구적 합리성에 대한 반성적 검토라는 관점에서, 형사정책연구 제26권 제2호, 2015, 142면; 최병각, 탄핵증거로서의 증거능력 과 증거조사, 형사법연구 제22권 제1호, 2010, 394, 397면.

146) 손동권·신이철, 앞의 책, 668면; 신동운, 앞의 책, 1310면; 신양균, 앞의 책, 852면; 이영란, 앞의 책, 849-850면; 이은모, 앞의 책, 762면; 이재상·조균석, 앞의 책, 672-673면.

147) 손동권·신이철, 앞의 책, 668면; 노명선·이완규, 앞의 책, 538면; 신동운, 앞의 책, 1310면; 이재상·조균석, 앞의 책, 672-673면.

148) 이은모, 앞의 책, 765면; 이재상·조균석, 앞의 책, 671면.

5. 공판 내외 진술증거의 적정화 장치로 기능할 가능성

개정 형사소송법의 시행에 따라 피의자신문 및 조서작성 과정에서 발생한 하자의 사후적 통제가 한결 용이해질 것으로 전망된다. 그러나 공판에 부쳐지기 이전 단계(예: 구속전피의자신문절차) 또는 공판에 부쳐지지 않는 사안(예: 약식절차)의 경우에는 이와 같은 사후적 통제장치가 작동될 수 없다. 최근 대법원은 수사기관의 조서 왜곡으로 인해 피의자가 구속되었던 사안에 대하여 국가의 손해배상 책임이 인정된다는 판결을 확정하였다¹⁴⁹⁾. 이 사건의 조서에는 문답생략, 문답추가, 문답전환 등 다양한 종류의 왜곡이 포함되어 있었다¹⁵⁰⁾. 그러나 이와 같은 사실은 검사의 영장 청구 단계에서도 판사의 영장발부 단계에서도 검토되지 않았다. 생각건대, 구속전피의자신문을 할 때 법원은 구속영장청구서 외에 수사관계서류 및 증거물을 접수하고 있고(형사소송법 제201조의2 제7항), 이 절차는 공판절차가 아니기 때문에 접수된 조서는 피의자의 내용인정 여부와 무관하게 구속 여부 판단의 자료로 사용되었을 것이다. 진술을 수사나 재판의 증거 내지는 자료로 활용하기 위해서는 최소한 그 진정성이 담보되어야 할 것이며, 그 담보 장치는 공판 내외에 걸쳐 두루 갖추어져야 할 것이다. 개정 형사소송법 하에서는 내용인정이 공판 내 진술증거 통제에 가장 큰 기능을 하겠지만, 공판 외 진술증거의 적정화를 위해서는 실질적 진정성립 등의 역할이 필요할 것이다.

또한, 제2장에서의 고찰을 통해 피의자신문조서에 대한 내용인정 여부는 수사기관 또는 공판정에서의 자백 여부에 크게 좌우되고, 내용인정 또는 내용부인은 조서 전체를 대상으로 이루어지는 것이 일반적이며, 피고인 등이 내용인정을 하면 범죄 사실과 정상에 관한 사항 모두가 재판의 자료로 활용된다는 사실을 알 수 있었다. 즉, 조서의 사용 여부는 주로 ‘자백’ 여부에 따라 결정되지만, 조서의 사용 범위는 통상 ‘자백 외’에까지 미친다는 것이다. 형사소송법상 피의자신문조서의 핵심은 범

149) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2015다224797 판결; 뉴스원, "신문조서 작성시 직무상 의무 위반했다면 국가 배상해야" 대법 첫 판단, 2020. 4. 29. <https://www.news1.kr/articles/?3921590>(2020. 5. 3. 검색)

150) SBS, 그것이 알고 싶다 제908회 “수상한 조서”, 2013. 8. 31. <https://programs.sbs.co.kr/culture/unansweredquestions/vod/55075/22000003419>(2020. 5. 3. 검색)

죄사실과 정상에 관한 사항이고(제242조, 제244조 제1항), 양자 모두가 엄격한 증명을 요하는 사항이다¹⁵¹⁾. 그러나 형사재판 실무에서는 이와 같은 원칙이 잘 지켜지지 않는 것으로 보인다. 피고인 등이 내용인정을 하여 조서를 양형의 자료로 활용함에 있어서도 최소한 그 진정성이 담보되어야 할 것이다. 공판 내 진술증거의 적정화를 위해 실질적 진정성립 등의 역할이 필요한 부분이다.

6. 소결

개정 형사소송법 하에서 실질적 진정성립과 특신상태가 ① 적법한 절차와 방식, 임의성 등 법률상 다른 요건의 이름으로 기능할 가능성, ② 증명력 평가에 관한 논리칙·경험칙 등을 매개로 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성, ③ 조사자 증언의 요건인 특신상태를 매개로 기능할 가능성 등을 전망해 보았다. 또한, 실질적 진정성립이 ④ 피의자신문조서의 탄핵증거 사용에 관한 절충점으로 기능할 가능성, ⑤ 기타 공판 내외 진술증거의 적정화 장치로 기능할 가능성 등을 전망해 보았다. 이와 같은 가능성 중에는 증거능력과 증명력에 관한 해석론을 통해 자연스럽게 구현될 수 있는 것도 있고(①, ②, ③), 수사기관과 법원 차원의 노력과 논의가 필요한 것도 있다(④, ⑤).

V. 결론

2020년 개정 형사소송법이 수사기관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 적법한 절차와 방식 및 내용인정으로 단일화함에 따라 실질적 진정성립과 특신상태는 피의자신문조서에 대한 증거법적 평가 과정에 ‘직접적으로’ 기능하지 못하게 되었다. 그러나 관련 학설과 판례를 고찰해 본 바, 증거능력과 증명력 등의 판단 기준이 되는 하위 구성요소가 다양하고, 각 구성요소 간에는 중첩되는 부분이 있어

151) 손동권·신이철, 앞의 521-523책, 면; 신동운, 앞의 책, 1106-1109면.

실질적 진정성립과 특신상태가 피의자신문조서에 대한 증거법적 평가 과정 등에 ‘간접적으로’ 기능할 여지는 있을 것으로 생각되었다. 본연구는 실질적 진정성립과 특신상태가 피의자신문조서에 대한 증거법적 평가 과정 등에 간접적으로 기능할 여지를 ① 법률상 다른 요건의 이름으로 기능할 가능성, ② 증명력 평가의 기준으로 기능할 가능성, ③ 조사자 증언의 요건인 특신상태를 매개로 기능할 가능성, ④ 탄핵증거 사용에 관한 절충점으로 기능할 가능성, ⑤ 공판 내외 진술증거의 적정화 장치로 기능할 가능성 등으로 나누어 제시해 보았다. 또한, 실질적 진정성립과 특신상태가 법률상 다른 요건의 이름을 기능할 경우 위반의 효과가 미치는 범위, 증거동의의 허용 여부, 탄핵증거로의 사용 가능성 등에 있어서도 차이가 있을 수 있음을 전망하였다.

실질적 진정성립 및 특신상태 요소의 증거법적 기능에 관한 본연구의 전망은 대부분 현행 형사소송법 하에서도 존재하는 기능을 재확인한 것에 불과하지만, 개정 형사소송법의 시행을 앞둔 시점에서 두 가지 요건의 의미와 기능을 미리 음미해볼 기회를 제공하였다는 데 의의가 있다. 특히, ‘실질적 진정성립과 특신상태는 더 이상 법률상 요건이 아니므로 수사와 재판에서의 고려사항이 아니다.’라는 인식에 신중을 기해야 함을 지적하고자 하였다. 피의자신문조서의 작성은 수사단계에서 이루어지고 그에 대한 증거법적 평가는 주로 재판단계에서 이루어진다. 따라서 형사사법절차상 진술증거를 적정화하기 위해서는 두 단계 모두가 점검되어야 할 것이다. 특히, 공판에 부쳐지기 이전 단계 또는 공판에 부쳐지지 않는 사안까지 고려한다면, 공판준비 또는 공판기일에만 작동 가능한 요건(예: 내용부인) 외에 보다 다양한 적정화 장치를 모색하여야 할 것이다. 개정 형사소송법 시행을 앞두고 진행중에 있는 수사준칙(대통령령) 개정 과정이 진술증거의 적정화 논의에 좋은 기회가 될 수 있을 것이고, 우리 입법자들이 고안한 실질적 진정성립과 특신상태가 이러한 논의의 장에 적지 않은 함의를 제공할 수 있을 것으로 생각된다.

참고문헌

I. 단행본

- 경찰청, 경찰관 법정증언 매뉴얼, 경찰청, 2006.
- 경찰청, 피의자신문조서 작성기법, 경찰청, 2016.
- 김인회, 형사소송법 제2판, 피앤씨미디어, 2018.
- 노명선·이완규, 형사소송법 제4판, 성균관대학교 출판부, 2015.
- 법원행정처, 법원실무제요 형사II, 법원행정처, 2014.
- 손동권·신이철, 새로운 형사소송법 제3판, 세창출판사, 2016.
- 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014.
- 신양균, 신판 형사소송법, 화산미디어, 2009.
- 이기수, 경찰관 법정증언의 실태와 개선방안, 치안정책연구소 책임연구보고서, 2012.
- 이영란, 한국형사소송법 개정판, 2008.
- 이은모, 형사소송법 제4판, 박영사, 2014.
- 이재상·조균석, 형사소송법 제10판 보정판, 박영사 2016.
- 이형근, 수사면담기법론, 경찰대학, 2018.
- 임동규, 형사소송법 제4판, 법문사, 2006.
- 한인섭, 국민참여재판과 경찰관 법정증언, 치안정책연구소 정책연구보고서, 2008.

II. 논문

- 김동윤, 피고인이 내용을 부인하여 증거능력이 없는 사법경찰리 작성의 피의자신문조서 등을 탄핵증거로 사용하기 위한 요건, 대법원판례해설 30호, 1998, 621-639.
- 김혁돈, 형사소송법 제309조의 해석에 있어 제308조의2와 제317조의 관계, 형사소송의 이론과 실무 제8권 제1호, 2016, 59-82.

- 김현숙, 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2008.
- 변종필, ‘적법한 절차’를 위반한 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력, 형사법연구 제25권 제4호, 2013, 325-349.
- 이기수·김지환, 피의자신문기법의 문제점과 개선방안에 관한 연구: Reid Technique과 PEACE 모델 비교·검토를 중심으로, 한국경찰연구 제11권 제4호, 2012, 233-257.
- 이용식, 자백배제법칙의 근거와 임의성의 판단: 위법배제설의 관점에서 본 형사소송법 제309조의 의미 재검토, 외법논집 제35권 제3호, 2011, 193-214.
- 이은모, 자백배제법칙의 근거와 임의성의 입증, 한양대학교 법학논총 제24집 제2호, 2007, 1-21.
- 이지은·박노섭, 사법경찰관의 피의자 신문시 ‘참여’의 법적 성질에 관한 연구, 형사법연구 제27권 제3호, 2015, 3-23.
- 이진수, 형사소송법상 ‘성립의 진정’에 관한 연혁적 고찰과 그 함의, 비교형사법연구 제20권 제1호, 2018, 199-145.
- 이형근, 영상녹화물에 의한 특신상태 증명: 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결의 해석을 중심으로, 형사정책연구 제30권 제4호, 2019, 175-201.
- 이형근·백윤석, 피의자신문조서의 왜곡에 대한 증거법적 평가방향: 왜곡에 대한 일반인과 변호사의 인식 비교연구, 경찰학연구 제19권 제4호, 2019, 133-164.
- 이형근·조은경, 피의자신문조서의 왜곡 유형과 정도에 관한 연구: 조서와 영상녹화물의 비교를 통한 사례연구, 경찰학연구 제14권 제2호, 2014, 29-53.
- 전현욱, 조서 등의 진정성립 증명 방법 다양화 가능성: 전문법칙의 도구적 합리성에 대한 반성적 검토라는 관점에서, 형사정책연구 제26권 제2호, 2015, 131-164.
- 정승환, 검사작성 피의자신문조서의 증거능력과 ‘특신상태’, 형사법연구 제19권 제3호, 2007, 679-696.
- 정웅석, 형사소송법상 ‘특신상태’의 필요성에 대한 비판적 고찰, 저스티스 통권 제138호, 2013, 306-331.

- 정웅석, 검사작성 피고인이 된 피의자신문조서의 증거능력: 대법원(전합) 2004. 12. 16., 2002도537 판결에 대한 비판적 검토, 저스티스 통권 제83호, 2005, 165-183.
- 조 국, 검사작성 피의자신문조서와 영상녹화물의 증거능력, 저스티스 통권 제107호, 2008, 171-192.
- 최병각, 탄핵증거로서의 증거능력과 증거조사, 형사법연구 제22권 제1호, 2010, 383-405.
- 최병천, 특신상태에 대한 비판적 고찰, 경북대학교 법학논고 제66집, 2019, 273-306.
- 한연규, 사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용, 형사법의신동향 통권 제60조, 2018, 215-291.

A Study on Evidential Functions of Substantive Authenticity and Particularly Reliable State Element under the Amended Criminal Procedure Act

Lee, Hyoung-keun*

‘Compliance with the due process and proper method’ and ‘Criminal defendant or his/her defense counsel’s admission of its contents’ are the only elements for using a protocol concerning interrogation of a criminal suspect as evidence in Criminal Procedure Act amended in 2020. However, ‘Substantive authenticity’ and ‘Particularly reliable state’ elements could also be considered as evidential criteria in amended Criminal Procedure Act, because various criteria are applied in estimating admissibility and probative value of evidence, and there are considerable overlaps between criteria.

Based on comprehensive review of theories and judicial precedents, this study suggested some possibilities of evidential functions of ‘Substantive authenticity’ and ‘Particularly reliable state’ element under the amended Criminal Procedure Act. Those are as follows: (1) Possibility of act in the name of another element of admissibility, (2) Possibility of act as criterion of estimating probative value of evidence, (3) Possibility of act by mediational role of ‘Statement of Hearsay’ clause(§316①), (4) Possibility of act as condition for using a protocol concerning interrogation of a criminal suspect as evidence challenging the probative value of a statement of a criminal defendant at a preparatory hearing or a trial, (5) Possibility of act as means to optimize statement evidences of inner and outer trial. In case of Possibility (1), range of effect of violation, possibility of agreement of parties, possibility of impeachment evidence are different from those of the original functions.

* Korean Police Investigation Academy, Superintendent

Most of suggestions of this study are merely based on theories and judicial precedents in current Criminal Procedure Act. However, it could provide meaningful implications to hands-on workers and scholars at the time before enforcement date of amended Criminal Procedure Act. Especially, this study emphasizes that the idea ‘Substantive authenticity and Particularly reliable state are no more elements to consider’ should be sublated.

❖ key words: Amended Criminal Procedure Act, Substantive authenticity, Particularly reliable state, Admissibility of evidence, Probative value of evidence.

보호관찰청소년의 탈비행 과정에서 사회적 자본과 개인 주체성의 종단적 관계*: 자기회귀 교차지연 모형의 적용

권해수**, 강호성***

국 | 문 | 요 | 약

본 연구는 보호관찰 청소년의 탈비행 과정에서 사회적 자본과 개인 주체성의 종단적 관계를 자기회귀 교차지연 모형(cross-lagged model)을 사용하여 분석하였다. 연구 대상자는 보호관찰 중인 청소년 120명이며, 연구 기간은 2016년 1월부터 2017년 12월까지이다. 연구 결과는 다음과 같다. 첫째, 사회적 자본은 개인 주체성에 긍정적인 영향을 미친다. 둘째, 개인 주체성은 사회적 자본에 긍정적인 영향을 미친다. 셋째, 사회적 자본과 개인 주체성은 상호 영향을 미친다. 넷째, 사회적 자본과 개인 주체성은 탈비행에 긍정적인 영향을 미친다. 이 연구의 결과는 보호관찰 청소년의 탈비행 예방에 시사점을 제공한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.06.30.2.183>

❖ 주제어 : 탈비행, 사회적 자본, 개인 주체성, 자기회귀 교차지연 모형, 보호관찰

* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임
(NRF-S1A5A2A01023028)

** 조선대학교 상담심리학과 교수(제1저자, 교신저자)

*** 법무부 범죄예방정책국 국장

I. 서론

최근 인천 초등학교 살인사건과 부산 여중생 폭행 사건, 강릉 여중고생 집단 폭행 사건, 수원 폭행 사건 등 잇따른 충격적인 소년 범죄 사건들이 언론에 보도됨에 따라 소년법을 폐지하고 처벌을 강화하자는 논의가 활발하게 진행되고 있다. 청소년 범죄 발생 건수는 2012년을 정점으로 해마다 줄어들고 있지만, 소년 범죄자들의 재범률은 높은 편이다. 미국의 경우 소년원 퇴원(退院) 후 1년 이내에 다시 비행을 저지를 확률이 약 55%인 것으로 나타나고 유럽 선진국들도 이와 비슷한 수준의 재범률을 보이고 있다(Snyder & Sickmund, 2006). 우리나라에서는 소년 범죄자 중 약 33.7%가 1년 이내에 재범을 저지르는 것으로 보고된다(대검찰청, 2019).

대부분의 소년 범죄자들이 성인 범죄자로 전이되지만, 모두가 성인 범죄자가 되는 것은 아니다. 소년 범죄자들 중에서 탈비행(desistance)에 성공한 사례는 적지 않다(Laub & Sampson, 2003). 범죄학 연구자들은 청소년들이 비행을 시작하는 이유가 무엇이며, 비행을 지속하는 이유가 무엇인가에 주목하였다가 점차 왜 그들이 궁극에는 비행을 중단하게 되는지 즉, 탈비행(desistance from crime)으로 관심의 초점을 옮기기 시작했다(김경숙·남현우, 2015; 한영선, 2010). 그 결과, ‘소년 범죄자 중 탈비행에 성공하는 자의 공통적인 특성은 무엇인가?’, ‘소년 범죄자들이 탈비행에 이르게 되는 구체적인 과정은 어떠한가, 그 과정에 영향을 미치는 요인은 무엇인가?’에 관한 다양한 연구 결과들이 축적되어 왔다.

현재까지 탈비행에 대해 권위 있고 학자들이 가장 신봉하고 있는 이론은 Sampson과 Laub(1993)의 비공식적 사회통제(age graded informal social control theory)와 이를 한 단계 진보시킨 Laub와 Sampson(2001, 2003)의 생애과정이론(life course theory of desistance)이다. 두 이론들은 모두 사회 통제 이론을 근거로 하며, 탈비행이 발생하기 위해서는 먼저 사회적 유대가 형성되어야 함을 강조한다. Sampson과 Laub(1993)은 인생 과정에서 발생하는 여러 사건들 중 특히 결혼, 취업 또는 군 입대가 비행과 단절하는 전환점의 계기가 된다고 주장한다. 특히 결혼, 취업 등에서 생성되는 애착, 유대, 그리고 일상생활의 틀 또는 구조는 비공식적 사회통제(informal social control) 기능을 담당하여 소년 범죄자들을 탈비행으로 이끄는

데 도움을 준다고 설명한다(Laub & Sampson, 2001, 2003; Sampson & Laub, 1993).

Sampson과 Laub(1993)은 일상생활의 변화와 유대 및 애착이 비공식적 사회통제를 이끌어내는 과정을 설명하기 위해 사회적 자본(social capital)이란 개념을 제시했다. 사회적 자본이란 한 개인이 특정한 행동을 하거나 목적을 달성하는 것을 가능하게 해주는 사회 구조 혹은 사회적 관계의 한 측면으로 정의될 수 있다(Coleman, 1988). 쉽게 말해, 사회적 자본은 인간관계에서 비롯되는 지원 또는 네트워크의 한 측면으로 설명될 수 있다. 일상생활의 유대 및 애착은 물질 혹은 인적 자본과 마찬가지로 어떤 목적을 달성하기 위해 활용될 수 있기 때문에 자본의 일종으로 이해된다(권해수·윤일홍, 2015). 한 사회구조 또는 관계 속에서 구성원 상호간에 애착과 유대가 강한 경우는 사회적 자본이 높고, 반대의 경우는 낮다고 할 수 있다.

주영신과 이민창(2008)은 비행청소년 중 재범 후 탈비행에 성공한 청소년을 대상으로 질적 연구를 수행한 결과, 재범 후 비행청소년이 가족 및 주변 사람들과 긍정적인 상호작용을 할 때 진실한 반성을 하고, 긍정적인 방향으로 변화를 시도한다는 사실을 밝혀내었다. 손순용과 양철호(2009)는 보호관찰 처분을 종료한 10명의 청소년을 심층 면접한 결과, ‘보호관찰의 경험을 안고 가족과 외부의 도움 속에 우리 사회에 재적응하기’를 핵심 범주로 제시하면서 가족과 외부로부터 도움을 받고 이들과 진실한 관계를 맺는 것이 탈비행의 핵심 요소라고 주장하였다.

한편, Laub과 Sampson(2003)은 탈비행에 성공한 대상자들에 대한 면담 및 내러티브 조사를 통해서 탈비행자의 주체성(human agency)을 강조하였다. 그들은 탈비행에 성공한 대상자들이 탈비행 과정을 거치면서 정체성(identity)의 변화를 경험했다는 공통점을 발견하였다. 구체적으로 살펴보면, 탈비행에 성공한 비행청소년들은 과거와 미래를 바라보는 관점이 변화하고, 스스로를 운명의 능동적 개척자로 인식하는 등 탈비행자로서의 정체성을 형성하기 시작하였다. 가족이나 직장에 대해 책임감을 가졌으며, 비행으로 인해 얻을 수 있는 이익과 손해를 보다 현실적이고 객관적으로 평가하게 되었다고 한다. 또한 위반 행동을 하면 타인들이 자신을 어떻게 볼 것인가라는 인식하고 비행 행동을 하는 자신에 대해 수치심을 느끼며, 피해자를 비롯하여 주변 사람들에게 상처를 주고 싶지 않은 다짐들이 생겼다고 한다.

Maruna(2001)와 Maruna와 Farrell(2004) 역시 개인 주체성의 변화는 탈비행에 성공한 사람들이 보여주는 전형적 패턴임을 강조하였다.

그러나 Laub과 Sampson(2003), Maruna(2001), Maruna와 Farrell(2004)가 주장하는 탈비행의 핵심은 어디까지나 외부에서 형성된 전환점(exogenously generated turning points)을 통한 사회유대의 형성이며, 당사자의 내부적 인지의 변화나 심리 상태의 변화 또는 정체성의 변화는 사회적 유대가 형성된 이후에 생겨나는 것이라고 주장하였다. 즉 그들에 의하면 사회적 유대감이 형성된 이후에야 개인 주체성의 변화가 일어난다는 인과 관계를 상정하고 있다.

한편, Laub과 Sampson(2003)의 이론이 학계에 널리 퍼졌을 당시인 2000년대 초반에 학계에는 Gidycz와 그의 동료들(2002)이 Laub과 Sampson(2003)의 이론과는 다소 대립되는 탈비행 이론을 주장하였다. 그들은 사회통제이론이 아닌 Mead의 상징적 상호작용적 견해에 바탕을 두었으며, 탈비행을 이끄는 핵심은 외부적으로 형성된 사회적 유대가 아니라 개인이 먼저 인지 변화, 정서적 성장, 그리고 정체성의 변화를 겪은 후에 비로소 사회적 유대를 형성하며 탈비행을 경험하게 된다고 하였다.

앞에서 언급한 두 이론은 모두 탈비행에 관한 이론이며 둘 다 사회적 자본과 개인 주체성(human agency)을 언급한다는 점에서는 공통된다. 그러나 Laub과 Sampson(2003)는 사회적 유대 형성 이후에 개인 주체성이 형성된다는 인과관계를 주장하고, Gidycz와 그의 동료들(2002)은 개인 주체성이 형성된 이후에 사회적 유대와 탈비행이 가능하다고 주장한다. 즉 두 이론은 개인주체성과 사회적 유대의 인과 경로에서는 극명하게 대립되는 주장을 하고 있는 셈이다. 그러나 이러한 상반된 주장에 대해 과연 어느 주장이 경험적으로 우월성을 지니는지에 대해서 분석한 논문은 국내·외를 불문하고 거의 전무하다. 이런 시점에 일정기간 동안 탈비행 상태를 성공적으로 유지하고 있는 소년범을 대상으로 탈비행 과정에서 사회적 자본과 개인 주체성이 서로 어떠한 인과 관계를 형성하는지 교호적인 연쇄 과정(reciprocal sequence process)을 분석할 필요가 있다.

이에 본 연구에서는 사회적 자본과 개인 주체성의 인과 관계를 종단적으로 알아보고자 변인들 간의 시간에 걸친 교호적인 상호영향력을 비교 분석할 수 있는 자기

회귀 교차지연 모형(*autoregressive cross-lagged model*)을 적용하고자 한다. 자기회귀 교차지연 모형은 시간에 걸쳐 연속적으로 측정된 변인들 간의 상호영향력을 추정하는 데 적용되는 모형으로 알려져 있다(홍세희 · 박민선 · 김원정, 2007). 자기회귀 교차지연 모형은 $[t]$ 시점의 값이 $[t-1]$ 시점의 값에 의하여 설명되는 것으로, 자기회귀모형을 다변량 모형으로 확장하여 두 변인간의 상호지연 효과를 추정할 수 있다(MacKinnon, 2008). 즉 한 변인의 이전 시점 값이 다음 시점의 값을 예측하는 자기회귀효과(*autoregressive effect*)와 두 변인 간 시간의 지연에 걸친 상호작용에 대해 볼 수 있는 교차지연효과(*cross-lagged effect*)를 살펴볼 수 있다.

한편, 그동안 탈비행 관련 연구들은 탈비행 개념을 완전하게 정의하지 못하고, 측정 방식의 합리성이 떨어지며, 연구기간이 상대적으로 짧고, 인과관계를 논리적으로 설명하지 못하는 등의 단점을 보여주었다(권해수 · 윤일홍, 2015). 범죄자들의 생애 과정을 장기간에 걸쳐 관찰한 종단연구에 따르면 많은 범죄자들은 일정 기간 동안 범행을 저지르지 않다가 다시 범죄를 저지르게 되고 그 후 다시 어느 정도 범행을 자제하다가 다시 범행을 저지르는 지그재그식 행동 패턴을 보인다(Clarke & Cornish, 1985; Laub & Sampson, 2003). 소년원 출원(出院) 후 탈비행에 성공한 소년들을 대상으로 수행된 여러 연구들에서도 출원 후 짧게는 6개월 길게는 1년 동안의 과도기적 기간에 재범을 저지를 확률이 가장 높고, 이 기간이 무사히 경과되면 성공적인 사회정착의 가능성이 증가하는 것으로 나타났다(권해수 · 이연상, 2013; 김지선, 2012; 송영지 · 최송식, 2016; Mears & Travis, 2004). 이와 같은 연구 결과들을 종합해볼 때, 탈비행 연구는 특정 시점에서 획득된 일회성의 조사가 아니라, 재범을 저지르지 않는 범죄소년을 대상으로 일정 기간 동안 여러 시점에서 반복적으로 관련 자료를 조사하는 것이 바람직하다는 점을 알 수 있다. 따라서 본 연구에서는 사회적 자본과 개인 주체성의 중단적인 인과 과정을 알아보기 위해서는 일정 기간 동안 탈비행을 유지하고 있는 청소년을 대상으로 여러 시점에서 반복적으로 관련 자료를 측정하고자 한다.

또한, 청소년기 한정형 비행자들의 대부분은 형사사법기관의 개입이나 지역사회 도움의 없더라도 저절로 탈비행에 이르기 때문에 이들을 연구대상으로 하기 보다는 비교적 심각한 종류의 비행을 저지르는 소년들을 탈비행 연구대상으로 삼는

것이 효과적이다(권해수 · 윤일홍, 2015; Sampson & Laub, 1993). 이에 본 연구에서는 5호 처분(장기보호관찰, 2년)을 받을 만큼 비교적 심각한 비행을 저지른 청소년 중에서 1년 동안 경찰의 체포나 법원의 유죄 판결을 받지 않은 범죄소년을 대상으로 연구를 진행하고자 한다. 그리고 재비행 여부를 판단함에 있어 경찰의 체포기록과 법원의 유죄 판결 자료를 참고하였다. 형사 사법 기관의 공식 자료는 재비행 여부의 판단에 있어 그 기준이 비교적 명확하고 또 활용하기에도 편리하기 때문이다(권해수 · 윤일홍, 2015).

그동안 국내 연구 중에서 비교적 심각한 비행을 저지른 청소년을 대상으로 탈비행에 영향을 미치는 요인과 탈비행 과정을 연구한 경우는 드물다. 특히 소년법들을 장기간동안 관찰한 종단적 연구는 찾기가 어렵다. 대부분의 연구들은 비교적 짧은 기간 동안 진행되었거나, 인생 경로의 한 시점만을 관찰 대상으로 하였다(권해수 · 이연상, 2013, 이희연, 2005). 물론 국내에서 종단 자료를 활용하여 청소년비행 발달 궤적, 탈비행 발달 궤적을 탐색하기 위한 연구가 소수 행해졌지만, 이들 연구들은 일반 중·고등학생들을 대상으로 하였기 때문에 심각한 비행을 저질러 형사 사법 개입 대상이 되는 소년범죄자들에게 일반화하기는 어려웠다(이은주, 2012; 김경숙 · 남현우, 2014; 정익중, 2009; 전선영 · 문성호, 2015). 이에 본 연구에서는 비교적 심각한 종류의 비행을 저질러 장기 보호관찰 처분을 받은 소년 중에서 1년 동안 경찰체포나 법원 유죄 판결을 받지 않은 소년을 대상으로 탈비행의 발달 궤적을 탐색하고자 한다.

요약하자면, 본 연구의 목적은 다음과 같다. 첫째, 청소년의 탈비행에 영향을 미치는 주요 변인으로 알려진 사회적 자본과 개인 주체성이 보호관찰 개시 이후 경과 기간에 따라 각각 어떻게 변화하는지 파악하고자 한다. 둘째, 사회적 자본과 개인 주체성은 보호관찰 개시 이후 시간 경과에 따라 어떠한 인과 관계를 보이는지 탐색해 보고자 한다.

이를 위하여 본 연구에서는 5호 처분을 명령받고 1년 동안 탈비행 상태를 유지한 채 보호관찰을 받고 있는 대상자에 대하여 1년 동안 3개월을 단위로 반복 조사된 자료를 분석하였다. 부연하면, 재비행의 터닝포인트 시기(6개월, 9개월, 12개월)마다 사회적 자본과 개인 주체성을 측정할 수 있는 여러 변인들을 반복 조사하여 위

두 요인의 중단적인 인과 관계를 살펴보고자 하였다.

본 연구는 1년 동안 탈비행 상태를 유지하고 있는 보호관찰청소년을 대상으로 수행된 종단 연구로서, 청소년 탈비행 과정에서 사회적 자본과 개인 주체성의 중단적인 인과 관계를 분석했다는 점에서 연구 결과가 소년보호 정책 수립 및 상담 실제에 미치는 영향은 클 것으로 기대된다. 연구 결과를 바탕으로 청소년 탈비행을 촉진하고 유지하기 위해 중점적으로 추진되어야 할 비행청소년 상담 개입 방안에 대한 시사점을 제안하고자 한다.

II. 연구 방법

1. 연구 대상 및 연구 절차

장기간 동안 비교적 심각한 종류의 비행을 저지르는 소년들을 탈비행의 연구대상으로 선택하는 것이 바람직하다는 Sampson과 Laub(1993)의 주장에 따라 소년법상 5호 처분(장기보호관찰, 2년)을 받은 보호관찰청소년을 연구대상자로 선정하였다. 전국 광역단위 보호관찰소(서울, 대구, 광주)에서 장기보호관찰을 받고 있는 청소년을 대상으로 담당 보호관찰관의 설명을 통해 연구에 동의한 자에 한해 자료가 수집되었다. 자료 조사는 총 3차에 걸쳐서 보호관찰 처분이 시작된 이후부터 3개월 단위로 1년 동안 동일 대상을 추적하여 반복 조사를 실시하였다. 1차 조사는 보호관찰 개시 6개월, 2차 조사는 보호관찰 개시 9개월, 3차 조사는 보호관찰 개시 12개월 중에 실시되었다. 참여자들은 매월 1~4회에 걸쳐 담당 보호관찰관과 면담을 진행하고 있었는데 이 면담이 시작되기 직전이나 끝난 직후에 30여분 동안 연구진의 감독 하에 설문조사에 참여하였다. 각 회차별 설문조사가 끝나면 소정의 답례품으로 문화상품권을 지급하였다.

최초 본 연구에 참석한 대상자는 총 120명이었으나 그 중 33명은 보호관찰 기간 중에 재비행을 저질러 분류심사원 혹은 소년원에 수감되어 본 연구 대상자에서 탈락되었다. 물론 이 33명도 연구 대상에 포함시켰다면 탈비행 상태를 유지하는 대상자와 재비행을 저지른 대상자간에 사회적 자본과 개인주체성의 양상에 대한 비교를

통해 의미 있는 연구결과를 유도해낼 수도 있었을 것이다. 그러나 재비행자들의 재수감으로 인해 연구자의 접근가능성이 다소 제한되었고 또 재비행자의 수가 소수에 불과하기 때문에 통계적 추정에 있어 검정력의 한계를 노정할 수 있었기 때문에 그들을 본 연구 대상에 포함시키지 않기로 최종 결정하였다.

1차 조사는 보호관찰 개시 이후 6개월이 경과된 시점에 실시되었으며, 2차 조사는 9개월이 경과된 시점에 실시되었고, 3차 조사는 보호관찰 개시 이후 12개월이 경과된 시점에 조사되었다. 1차 조사 시 참여자는 120명이었으나 2차 조사에서 103명(85.8%), 3차 조사에서 87명(72.5%)이 참여하였다. 1차 조사 이후 총 33명(27.5%)이 재비행으로 분류심사원 및 소년원에 수감되어 본 조사에서 누락되었다. 본 연구에서는 종단적 관계의 정확한 분석을 위하여 세 시점 중 한 시점이라도 결측치가 있는 경우는 자료 분석에서 제외하였으며, 총 87명의 자료를 분석하였다. 본 연구에 참여한 최종 연구대상자의 특성은 다음과 같다. ‘남자’는 73명(83.9%), ‘여자’는 14명(16.1%)이었으며, 연령은 ‘15세 미만’은 10명(14.9%), ‘16~17세’는 41명(47.1%), ‘18~19세’는 36명(41.4%)이었다. 이번 포함 총 보호관찰 경력은 ‘1회’가 33명(37.9%), ‘2회’는 20명(23.0%), ‘3회’는 21명(24.1%), ‘4회 이상’은 13명(14.9%)이었다.

2. 측정 도구

본 연구에서는 부모와의 긍정적인 관계의 질, 친구와의 긍정적인 관계의 질, 성인 멘토와의 긍정적인 관계의 질이라는 세 가지 측정 변인으로 구성된 사회적 자본을 잠재변인으로, 탈비행자의 정체성, 재통합적 수치심, 미래 기대 등의 3가지 측정 변인으로 구성된 개인 주체성을 잠재변인으로 분석에 포함시켰다.

먼저, 사회적 자본을 보호관찰청소년이 가족(부모), 친구, 성인 멘토(보호관찰위원 혹은 상담전문가 등)와 맺고 있는 관계의 질로 정의하였으며, 이를 측정하기 위하여 Furman과 Buhrmester(1985)가 제작한 사회적 관계망 척도(Network of relationships inventory, NRI)를 한중혜(1994)가 타당화한 척도를 사용하였다. 사회적 관계망 척도는 긍정적인 관계의 질을 나타내는 7개 항목(결속력, 인정, 애정, 보

살핌, 친밀감, 만족감, 도움)과 부정적 관계의 질을 나타내는 3개 항목(처벌, 대립, 주도권)으로 구성되어 있으며, 본 연구에서는 사회적 자원들과의 긍정적인 관계의 질을 나타내는 7개 항목만을 측정하였다. 사회적 자본은 보호관찰청소년이 지각한 가족, 친구, 그리고 성인 멘토와의 긍정적 관계의 질로 측정되었다. 사회 관계망 척도의 내적 신뢰도는 한중혜(1996) 연구에서는 .75이었으며, 본 연구에서는 .81로 나타났다.

다음으로 탈비행을 유지하고 있는 청소년의 개인 주체성을 파악하기 위하여 탈비행자로서의 정체성, 재통합적 수치심, 미래에 대한 기대를 측정하였다. 탈비행자로서의 정체성을 측정하기 위하여 탈비행 관련 문헌을 토대로 ‘나는 더 이상 과거의 문제아가 아닌 새로운 사람이다’, ‘내 운명의 주인은 분명히 나 자신이다’, ‘이제 내 삶의 의미를 찾았다’, ‘비행행동을 계속 하기엔 나의 나이가 너무 많다’ 등의 4개 문항을 만들어 사용하였다. 본 연구에서 탈비행자로서의 정체성 척도의 내적 신뢰도는 .80로 나타났다. 재통합적 수치심은 범죄자가 용서를 구하는 말이나 행동을 통해 준법 시민들의 공동체로 복귀하기 위한 노력을 하는 과정에서 뒤따르는 수치심을 뜻하다(BraithWaite, 1989). 본 연구에서는 BraithWaite(1989)의 수치심 척도를 참조·보완하여 김은주(2003)가 개발한 재통합적 수치심 척도 6개 문항을 사용하였다. 본 척도는 5점 리커트 척도이며, 김은주의 연구에서는 내적 신뢰도가 .71이었으며, 본 연구에서는 .60로 나타났다. 미래에 대한 낙관적인 기대를 측정하기 위하여 Fisher와 Leitenberg(1986)가 개발하고, 신건호와 구본용(2004)이 타당화한 성공 기대 척도(Generalized expectancy for success scale)를 사용하였다. 성공 기대 척도는 낙관 기대 9개 문항, 비관 기대 6개 문항, 총 15개 문항으로 구성되어 있으나 본 연구에서는 낙관 기대 9개 문항을 사용하였다. 이 검사의 내적 신뢰도는 신건호와 구본용(2004)의 연구에서는 .92로 나타났으며, 본 연구에서는 .86로 나타났다.

3. 자료 분석

본 연구에서는 시간 흐름에 따른 사회적 자본과 개인주체성의 관계를 알아보기 위하여 자기회귀교차지연 모형(autoregressive cross-lagged model)을 적용하였다.

구조방정식 모형을 분석하기 위하여 SPSS 24.0과 Mplus 7.4를 이용하였고, 종단자료에서 발생하는 결측치를 처리하기 위해 완전정보 최대우도법(full-information maximum likelihood: FIML)을 사용하였다. 모형의 적합도는 χ^2 , TLI(Tucker Lewis Index), CFI(Comparative Fit Index), RMSEA(Root Mean Square Error of Approximation)을 종합적으로 검토하여 평가하였다(홍세희 · 박민선 · 김원정, 2007).

본 연구에서는 자기회귀 교차지연 모형을 분석하기 위하여 김주환 · 김민규 · 홍세희(2009)의 제안에 따라 측정 동일성, 경로 동일성, 오차공분산 동일성 가정이 충족되는지 차례대로 검증하였다. 측정 동일성이란 시간에 따라 특정 측정변인의 내용에 대한 해석이 응답자들에 의해 동일하게 이루어졌음을 의미하며, 각 시점에서 측정한 변인이 동일한 개념인지 확인하기 위해 동일 측정변인의 요인부하량을 시간에 따라 변하지 않게 설정한 모형을 통해 검증하였다. 다음으로 각 잠재변인의 회귀계수가 시간에 따라 동일한지 여부를 확인하기 위하여 경로 동일성을 검증하였다. ‘t-1’시점의 잠재변인이 ‘t’ 시점의 잠재변수에 영향을 주는 효과(회귀계수)와 ‘t’ 시점의 잠재변수가 ‘t+1’ 시점의 잠재변인에 영향을 주는 효과(회귀계수)가 동일한지를 검증하였다. 또한 각 시점에서 설정된 오차 간의 공분산을 고정함으로써 각 잠재변인이 가지는 관련성이 진정한 의미의 관련성인지 시간 변화에 따라 우연히 발생한 것인지를 통해 오차 공분산 동일성을 검증하였다. 마지막으로 측정 동일성, 경로 동일성, 오차 공분산 동일성 가정이 만족된 모형의 적합도 비교를 통해 최종 모형을 선정하였다.

III. 연구 결과

1. 주요 변인의 기술 통계 및 상관관계

본 연구에 사용된 잠재 변인들의 평균과 표준편차, 상관관계는 표 1과 같다.

〈표 1〉 사회적 자본과 개인주체성의 상관 관계 및 기술통계치

	1	2	3	4	5	6
1. 사회적 자본 1차	1					
2. 사회적 자본 2차	.61***	1				
3. 사회적 자본 3차	.50***	.70***	1			
4. 개인 주체성 1차	.68***	.66***	.59***	1		
5. 개인 주체성 2차	.63***	.68***	.61***	.72***	1	
6. 개인 주체성 3차	.44***	.55***	.59***	.62***	.69***	1
평균 (표준편차)	80.67 (12.22)	82.74 (9.82)	83.76 (9.41)	67.06 (7.95)	69.31 (7.20)	71.69 (7.34)
왜도	.20	.28	.28	.66	.49	.10
첨도	.57	.46	.46	1.00	.70	.66

*** $p < .001$

먼저, 왜도는 절대값 2, 첨도는 절대값 7을 초과할 경우 자료의 정규성 여부가 의심되는데 본 연구 자료들은 기준 범위 내에 존재하므로 자료의 다변량 정규성을 확인할 수 있었다(West, Finch, & Curran, 1995). 사회적 자본과 개인 주체성의 평균 변화량을 살펴보면, 사회적 자본의 경우 1차 조사($M=80.67$, $SE=12.22$), 2차 조사($M=82.74$, $SE=9.82$), 3차 조사($M=83.76$, $SE=9.41$)이었으며, 1년 동안 탈비행 상태를 유지하고 있는 청소년의 경우, 보호관찰 처분 이후 기간이 경과할수록 사회적 자본의 평균 점수가 꾸준히 상승하는 것을 볼 수 있다. 개인 주체성의 경우 1차 조사($M=67.06$, $SE=7.95$), 2차 조사($M=69.31$, $SE=7.20$), 3차 조사($M=71.69$, $SE=7.34$)이었으며, 1년 동안 탈비행 상태를 유지하고 있는 청소년의 경우 보호관찰 처분 이후 기간이 경과함에 따라 개인 주체성의 평균 점수가 꾸준히 상승하는 것을

볼 수 있다.

마지막으로 주요 변인 간의 상관 관계를 살펴보면, 이전 시점의 사회적 자본과 개인주체성은 이후 시점의 사회적 자본과 개인주체성의 관계에서 정(+)적인 관계를 보여주었다. 동일 시점에서 사회적 자본과 개인 주체성 간에는 유의한 정적인 상관 관계가 있었으며, 이전 시점의 사회적 자본과 개인 주체성은 이후 시점의 각각 다른 변인과 정적인 관련성을 보여주었다.

2. 연구 모형의 적합성 검증

자기회귀 교차지연 효과를 분석하기 위해서는 시간에 따른 측정 동일성과 경로 동일성 그리고 오차 공분산 동일성이 성립되어야 하며, 이 일련의 과정은 동시에 이루어질 수 없고 순차적으로 검증되어야 한다(윤예인 · 김주일, 2019). 따라서 기본 모형인 모형 1부터, 측정 동일성 검증을 위한 모형 2와 모형 3, 그리고 경로 동일성 검증을 위한 모형 4, 모형 5, 모형 6, 모형 7, 마지막으로 오차 공분산 동일성을 위한 모형 8까지 8단계의 경쟁모형을 설정하여 분석하였으며, 결과는 표 2와 같다.

〈표 2〉 연구모형 적합성 비교 결과

모형	χ^2	<i>df</i>	<i>p</i>	TLI	CFI	RMSEA (90% 신뢰구간)
1	6,505	4	,164	0,965	0,990	0,072(0,000~0,169)
2	14,585	5	,012	0,893	0,962	0,126(0,054~0,204)
3	15,398	6	,017	0,913	0,963	0,114(0,044~0,186)
4	17,176	7	,016	0,919	0,960	0,110(0,044~0,177)
5	17,230	8	,027	0,936	0,963	0,098(0,031~0,162)
6	17,790	9	,037	0,946	0,965	0,090(0,021~0,152)
7	18,702	10	,044	0,952	0,965	0,085(0,013~0,144)
8	23,616	11	,014	0,936	0,949	0,095(0,029~0,156)

모형1은 기본 모형으로서 아무런 제약을 가하지 않은 모형이다. 모형 2는 잠재변

인 사회적 자본에 대한 요인 부하량에 각 시점별로 동일하게 제약을 가한 모형이다. 모형 3은 위의 모형 2에 추가하여 잠재변인 개인 주체성에 대한 요인 부하량을 각 시점별로 동일하게 제약을 가한 모형이다. 모형 4는 잠재변인 사회적 자본의 자기 회귀계수에 대해 동일성 제약을 가한 모형이다. 모형 5는 잠재변인 개인 주체성의 자기회귀계수에 대해 동일성 제약을 추가한 모형이다. 모형 6은 잠재변인 사회적 자본에 대한 잠재변인 개인 주체성의 교차회귀계수에 동일성 제약을 가한 모형이다. 모형 7은 반대로 잠재변인 개인 주체성에 대한 잠재변인 사회적 자본의 교차회귀계수에 동일성 제약을 가한 모형이다. 마지막 모형 8은 사회적 자본과 개인 주체성의 오차 공분산 사이에 동일성 제약을 가한 모형이다. 위의 8개 모형 중에서 최적의 모형을 찾기 위해 모형 1에서 모형 8까지 모형 간의 모형적합도 수치를 순차적으로 비교하였다. 그 결과 모든 동일성 제약 모형이 모형 적합도 판단 기준치를 넘겼으며, 그 수치에서도 큰 차이가 나지 않는다고 판단하여 모형 8을 최종 모형으로 채택하였다. 최종 모형의 RMSEA의 값은 0.095로 0.08을 조금 넘었고, TLI 값은 0.936으로 적합도 기준인 0.9를 넘었으며, CFI 값은 0.949로 0.9를 넘겨 모형의 적합도가 비교적 양호한 수준이라고 판단하였다.

3. 최종 모형

최종 모형의 분석 결과는 표 3과 같다. 먼저, 이전 시점의 사회적 자본이 이후 시점의 사회적 자본에 통계적으로 유의한 영향을 미치는 것으로 나타났다($\beta = .40 \sim .46, p < .001$). 마찬가지로 이전 시점의 개인 주체성은 이후 시점의 개인 주체성에 통계적으로 유의한 영향을 미치는 것으로 나타났다($\beta = .71 \sim .72, p < .001$). 이러한 결과는 1년 동안 탈비행 상태를 유지하고 있는 청소년의 경우, 사회적 자본과 개인 주체성은 보호관찰 처분 이후 기간이 경과할수록 지속적인 영향을 미쳤고 있음을 의미한다. 특히 개인 주체성이 사회적 자본에 비해 시간의 흐름에 따라 상대적으로 일관성을 높게 가지는 경향을 보였다.

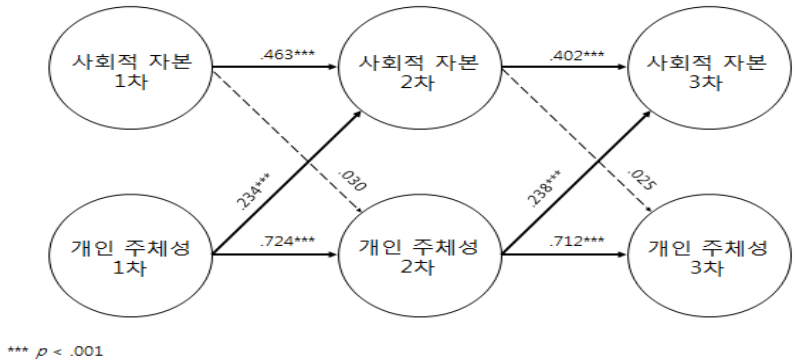
다음으로 시간의 경과에 따라 사회적 자본과 개인 주체성이 어떤 인과적 관계를 보이는지를 교차지연 효과를 통해 살펴보았다. 그 결과 이전 시점의 사회적 자본은

이후 시점의 개인 주체성에 지속적인 영향을 미치지 않았다($\beta=.025 \sim .030$, ns). 반면에 이전 시점의 개인 주체성이 이후 시점의 사회적 자본에 미치는 효과는 정적으로 유의하였다($\beta=.23 \sim .24$, $p < .001$). 이는 종단적 관계에서 개인 주체성에서 사회적 자본으로 가는 일방향적 관계가 나타남을 보여주고 있음을 의미한다. 1년 동안 탈비행을 유지하고 있는 보호관찰청소년의 개인 주체성이 높을수록 이후 사회적 자본이 높아지며, 이는 모든 측정 시점에서 동일하게 나타났다.

〈표 3〉 최종 모형의 경로계수

	경로	추정치	표준오차	표준화된 추정치
자기 회귀 경로	사회적 자본 1차 → 사회적 자본 2차	.463***	0.059	.378
	사회적 자본 2차 → 사회적 자본 3차	.402***	0.059	.378
	개인 주체성 1차 → 개인 주체성 2차	.724***	0.058	.694
	개인 주체성 2차 → 개인 주체성 3차	.712***	0.058	.694
교차 지연 경로	사회적 자본 1차 → 개인 주체성 2차	.030	0.043	.021
	사회적 자본 2차 → 개인 주체성 3차	.025	0.043	.021
	개인 주체성 1차 → 사회적 자본 2차	.234***	3.075	10.341
	개인 주체성 2차 → 사회적 자본 3차	.238***	3.075	10.341

*** $p < .001$



〈그림 1〉 최종 모형의 구조계수 추정치

IV. 결론 및 논의

본 연구는 1년 동안 탈비행을 유지하고 있는 청소년을 대상으로 시간적 경과에 따라 사회적 자본과 개인 주체성이 어떻게 변화하는지, 그리고 사회적 자본과 개인 주체성이 어떠한 인과적 관계를 보이는지 알아보기 위한 것이다. 이를 위하여 보다 심각한 비행을 저지른 보호관찰청소년 중에서 1년 동안 탈비행을 유지하고 있는 청소년을 대상으로 3개월 단위로 3회에 걸쳐 사회적 자본과 개인주체성을 측정하였으며, 자기회귀 교차자연 모형을 사용하여 그 결과를 분석하였다. 본 연구의 주요 결과는 다음과 같다.

첫째, 사회적 자본의 시간에 따른 안정성을 자기회귀 계수를 통해 알아본 결과, 탈비행을 유지하는 동안 이전 시점의 사회적 자본이 이후 시점의 사회적 자본에 유의한 영향을 미치는 것으로 나타났다. 즉 이전 시점에서 높은 사회적 자본 수준을 보였던 보호관찰청소년은 이후 시점에서도 다른 청소년에 비해 높은 수준을 보였음을 의미한다. 이와 같은 결과는 장기보호관찰 집행 직후부터 가족, 친구, 성인 멘토와 긍정적인 관계의 질을 꾸준히 형성하는 것이 탈비행을 촉진하고 유지하는 데 중요함을 보여준다. 본 연구 결과는 탈비행 변화 과정에서 비행자 자신의 동기와 사회적 맥락과의 연결을 강조한 Rex(1999)의 결과와 같은 취지이다. 또한 탈비행 과정에서 중요한 타인과의 관련성 및 사회적 맥락의 가치를 강조한 김경숙과 남현우(2015), McGuire과 Priestley(1995)의 연구 결과와도 궤를 같이 한다. 가족이나 직장에 대한 애착과 유대가 형성되고 사회적 자본이 쌓여가는 비교적 오랜 과정 속에서 서서히 탈비행에 이르게 된다는 권해수와 윤일홍(2015)의 주장을 강력하게 뒷받침한다.

둘째, 개인 주체성의 시간에 따른 안정성을 자기회귀 계수를 통해 알아본 결과, 탈비행을 유지하는 동안 이전 시점의 개인 주체성이 이후 시점의 개인 주체성에 유의한 영향을 미치는 것으로 나타났다. 즉 이전 시점에서 높은 수준의 개인 주체성을 지녔던 탈비행 청소년은 이후 시점에서도 다른 청소년에 비해 높은 수준을 보였음을 의미한다. 이러한 결과는 탈비행자로서의 정체성, 재통합적 수치심, 그리고 미래 기대와 같은 개인 주체성이 탈비행을 유지하고 있는 동안 꾸준히 상승하며, 탈비행

을 촉진하고 유지하는 데 중요하다는 점을 시사한다. 본 연구 결과는 비행의 유경험자가 탈비행하기 위해 자신의 삶을 통제하는 것이 중요하다는 McNeill(2006)의 연구, 비행 유경험자가 재비행하지 않으려고 비행 관련 태도, 사고, 행동 등에 가하는 자아의 노력을 강조한 Lloyd와 Serin(2012)의 연구 결과를 지지한다. 또한 사회통제요인과 인지요인 중에서 탈비행자의 정체성 등과 같은 인지적 요인이 탈비행에 더욱 강한 예측력을 나타낸다는 김경숙과 남현우(2014)의 연구 결과와 맥락을 같이 한다.

셋째, 사회적 자본과 개인 주체성 간 시간의 경과에 따른 인과 관계의 방향성을 교차지연 계수를 통해 살펴보았다. 그 결과, 보호관찰 처분 명령을 받은 지 6개월 시점에서 개인 주체성 수준이 높을수록 9개월 시점에 측정된 사회적 자본 수준을 향상시키는 데 유의한 영향을 주고, 증가된 개인 주체성 수준은 12개월 시점의 사회적 자본 수준을 높이는 데 유의미한 영향을 주는 것으로 나타났다. 반면에 보호관찰 처분 명령을 받은 지 6개월 시점에서 측정된 사회적 자본 수준은 9개월 시점에 측정된 개인 주체성 수준에 유의한 영향을 주지 않았으며, 9개월 시점의 사회적 자본 또한 12개월 시점의 개인 주체성 수준에도 유의한 영향을 미치지 않는 것으로 나타났다. 이러한 결과는 보호관찰 처분 집행 이후 두 변인 간의 관련성의 방향이 서로 영향을 주고받는 교호적인 관계가 아니라, 보호관찰 집행 초기(6개월)의 개인 주체성이 9개월 시점의 사회적 자본을 높이는 데 기여하고, 9개월 시점의 개인 주체성이 이후 12개월 시점의 사회적 자본을 높이는 데 영향을 주는 일방향적인 관계가 있음을 보여준다. 다시 말하자면, 본 연구에서는 탈비행자의 주체성이 사회적 자본에 미치는 교차지연 효과는 유의한 반면에, 사회적 자본이 탈비행자의 주체성에 미치는 교차지연효과는 유의하게 나타나지 않았다. 본 연구 결과는 탈비행자로서의 정체성이 먼저 생성되었을 때 선배, 교사, 친인척 등과의 사회적 유대감과 애착이 탈비행을 유지하는 데 도움을 줄 수 있다는 것을 말해준다. 즉 탈비행자로서의 정체성을 일정 수준 형성한 이후에 사회적 자본으로부터 개별적으로 필요한 조언과 정보를 제공받아야만 탈비행을 촉진하고 유지할 수 있는 동력이 더욱 강력해질 수 있음을 시사한다.

개인 주체성 강화가 사회적 자본 제공보다 선행되어야만 한다는 결과는 일반청소

년을 대상으로 사회통제요인과 인지요인의 동시효과 모델을 적용한 결과 인지 요인이 더 우세한 것으로 밝혀진 김경숙과 남현우(2015)의 주장과 결이 같다. 또한 비행자에게 인지기술을 습득시키는 것이 초기 탈비행에 유의한 영향을 미친다는 Healy(2010)의 연구 결과와도 같은 맥락이다. 인지 요인과 같은 주관적 요인은 탈비행으로 나아가는 변화 초기 단계에 유의한 영향을 미칠 수 있다는 Merrington과 Stanley(2004)의 주장과도 일치한다. 본 연구 결과는 미래에 대한 나만의 꿈이 있어야만 탈비행이 시작되고, 미래에 대한 나만의 꿈이 있는 청소년 중에서 선택, 교사, 친인척 등 기성 세대와의 유대감을 통해 필요한 조언과 정보 습득을 잘하는 청소년이 탈비행을 유지한다고 주장하는 이상인(2017)의 연구결과와도 부합된다. 또한 탈비행 촉진을 위한 실천적 전략으로 비행청소년의 주관적 인지 변화의 습득 후 이를 바탕으로 바람직한 객관적 사건(예, 부모애착, 부모감독)을 제공하는 순서로 수립할 필요가 있다는 주장(김경숙·남현우, 2012)과도 일맥상통하는 결과이다.

본 연구는 탈비행자로서의 정체성 변화, 재통합적 수치심 등 개인 주체성의 변화가 먼저 수반되어야 부모나 선택, 교사 등과 사회적 유대를 통한 조언과 정보 습득이 탈비행에 도움이 된다는 결과를 통계적으로 제시한 것이다. 다시 말하자면, 초기 탈비행 과정에서 부모 애착, 부모 감독과 같은 지속적인 유대감을 제공하는 것도 중요하지만, 탈비행자로서의 정체성을 형성하고, 자신의 비행에 대해 부끄러움을 느끼며, 미래에 대한 희망을 가질 수 있도록 적절한 인지 기술 및 긍정적 정체성 변화를 돕는 개입 노력이 더욱 효과적이라는 것을 시사한다.

본 연구 결과를 토대로 중점적으로 추진되어야 할 소년보호정책을 제언하고자 한다. 먼저, 본 연구 결과는 보호관찰대상자의 탈비행을 촉진하고 유지하기 위해 대학생 멘토링, 보호관찰위원, 후견인 등을 통해 사회적 자본을 제공할 경우 정서적·물질적 지원뿐만 아니라 인지적 변화를 유도하는 과정이 선행되어야 한다는 점을 지적한다. 즉 탈비행자로서의 정체성을 확립하거나, 통합적인 수치심 및 미래 포부를 가질 수 있도록 인지행동치료를 병행한 지지와 멘토링이 되어야 한다는 것을 알려준다. 특히 탈비행 초기 단계에서 개인 주체성의 역할이 중요하다는 것이 밝혀졌으므로, 개인 주체성 요소인 탈비행자로서의 정체성, 재통합적 수치심, 미래 포부와 같은 요소들을 제고시키기 위한 방안들이 마련되어야 할 것이다.

또한 비행청소년을 위한 상담 전략을 청소년의 내적인 인지 변화에 주력해서 탈 비행자로서의 긍정적인 정체감을 가질 수 있도록 구사할 필요성이 크다. 비행자로서의 정체성에서 탈비행자로서의 정체성으로 전환될 수 있도록 인지행동치료를 제공하고, 비행을 저지른 자신에 대해 부끄러움과 수치심을 느끼며, 미래의 원하는 자아에 대한 이미지 증진 및 미래 삶에 대한 희망과 기대를 가질 수 있도록 보호관찰 개시 초기에 인지행동치료 프로그램을 집중적으로 운영하는 것이 바람직하다.

최근 성폭력가해자의 재비행 예방에 효과적인 것으로 검증된 좋은 삶 모델(The Good Lives Model)에서도 비행자의 인지적 주체성과 동기를 강조하고 있으며, 대인중재모형(Interpersonal Moderator Model)에서도 탈비행 결심을 시도하고 변화 유지에 기여하는 인지 요인들을 중요하게 다루고 있다(Serin & Lloyd, 2009, Lloyd & Serin, 2012). 대인중재모형에서는 탈비행의 핵심 요소로서 희망감, 자기효능감, 귀인, 결과 기대, 정체성, 자아개념, 신념의 변화들을 강조하고 있다. 따라서 보호관찰 초기 개입 시 인지행동치료, 좋은 삶 모델(Ward & Marshall, 2004), 대인중재모형(Serin & Lloyd, 2009) 등과 같이 개인 주체성을 변화시킬 수 있는 상담 개입 등이 집중적으로 이뤄져야 할 것이다.

마지막으로 본 연구의 한계 및 후속 연구를 위한 제언은 다음과 같다. 첫째, 본 연구에서는 사회적 자본으로 가족, 친구, 성인 멘토와의 긍정적인 관계의 질을 구성하였고, 개인 주체성으로 탈비행자로서의 정체성, 재통합적 수치심, 미래에 대한 기대의 3가지 요인을 구성하였다. 사회적 자본과 개인주체성을 설명하는 변인들이 다양하므로 향후에는 다른 변인들을 구성하여 사회적 자본과 개인주체성의 종단적 인과 관계를 재검증할 필요가 있다.

둘째, 본 연구에서는 탈비행의 촉발 및 유지 요인을 파악하기 위하여 보다 심각한 비행을 저지른 청소년을 연구 대상으로 삼았으나, 이들을 대상으로 1년 동안 세 차례의 종단 자료를 수집하기에 현실적인 어려움이 많았다. 5호 보호처분을 받은 이후 1년 동안 공식적인 비행을 저지르지 않은 대상만을 연구 자료로 분석하다보니 표본수가 적어 전반적인 모형 검증력이 떨어졌다. 향후 보다 많은 사례수를 수집하여 본 연구를 고도화할 필요성이 크다.

셋째, 연구 대상자 선정에서 연구에 동의한 자만이 포함되었다는 점은 이 연구의

결과를 일반화시키는 데 한계점으로 작용할 수 있다. 연구에 동의한다는 것은 5호 처분을 받은 소년이지만 비교적 사회 규범에 순응한다는 점을 시사할 뿐만 아니라 재범가능성이 높은 기간에 제3의 연구기관에 의하여 관찰 당한다는 점이 소년들의 반응에 영향을 미쳤을 가능성을 배제할 수 없기 때문이다.

넷째, 탈비행의 중요 변인이 성숙요인(연령)을 통제하지 못하였다. 성숙이론에서는 연령이 들어가면서 자연발생적인 성숙과 함께 자연스럽게 탈비행이 예측된다고 본다(Farrington, 1986; Hirschi & Gottfredson, 1983). 향후 연령 등과 같이 탈비행의 촉발 및 유지에 강력한 영향을 미치는 변인들을 통제한 후, 사회적 자본과 개인 주체성의 자기지연효과 및 상호교차 효과를 검증할 필요가 있다.

다섯째, 본 연구에서는 조절 효과나 매개효과 연구를 하지 않았다. 차후 연구에서는 사회적 자본과 개인 주체성 사이의 상호작용 효과 혹은 탈비행에 중요한 위험 요인이나 보호요인과의 매개 관계에 대한 연구가 필요하다.

본 연구는 보다 심각한 비행을 저지른 5호(장기보호관찰, 2년) 처분을 받은 비행 청소년을 대상으로 1년 동안 세 차례에 걸쳐 종단 자료를 수집·분석하였다는 점에서 큰 의의가 있다. 본 연구가 비교적 심각한 비행을 저지른 청소년의 탈비행 과정에 대한 관심을 증대시키고, 특히 종단적 자료를 활용한 탈비행 발달 궤적을 분석하는 연구가 활성화되는 데 초석이 되길 기대해본다.

참고문헌

- 권해수·윤일홍. (2015). 청소년탈비행 과정에 관한 고찰: Sampson과 Laub의 생애 과정이론을 중심으로. 형사정책연구, 26(4), 185-212.
- 권해수·이연상. (2013). 탈비행에 성공원 소년원 출원생의 생활 실태 분석. 청소년 시설환경, 11(3), 125-136.
- 김경숙·남현우. (2012). 중기 청소년 탈비행에 영향을 미치는 단기예측요인의 탐색, 한국청소년연구, 23(4), 131-157.
- 김경숙·남현우. (2014). 탈비행 청소년의 비행정체성에 대한 낙인이론과 정체성이론의 변인 비교, 한국청소년연구, 25(2), 209-236.
- 김경숙·남현우. (2015). 비행청소년 상담(관리) 패러다임의 전환: 교정패러다임에서 탈비행패러다임으로. 청소년학연구, 22(12), 781-809.
- 김은주. (2003). 청소년 비행에 영향을 미치는 수치심에 관한 연구. 동국대학교 대학원 박사학위논문.
- 김주환·김민규·홍세희. (2009). 구조방정식으로 논문 쓰기. 서울: 커뮤니케이션북스.
- 김지선. (2012). 소년원 출원 청소년을 위한 실효적 지원 방안. 소년원 출원 청소년의 사회적응 지원을 위한 개선과제 토론회 자료집, 23-42. 여성가족부 · 한국청소년상담복지개발원.
- 대검찰청. (2019). 2018년 범죄분석. 대검찰청.
- 손순용·양철호. (2009). 보호관찰청소년의 재사회화 과정에 관한 질적 연구. 사회연구, 17(1), 61-82.
- 송영지·최송식. (2016). 청소년기 재비행 후 적응 과정에서의 경험. 청소년상담연구, 24(1), 65-88.
- 신건호·구본용. (2004). 부모자녀관계 유형이 부모의 자녀성적에 대한 반응과 자녀의 자아개념 및 미래기대에 미치는 영향. 청소년상담연구, 12(2), 30-41.
- 이상인. (2017). 청소년의 탈비행 촉진 요인에 관한 근거이론적 연구. 광운대학교 대학원 박사학위논문.
- 이은주. (2012). 청소년비행의 발달궤적: 비행여부와 비행수준을 구분한 이원잠재성

- 장모델의 적용. 한국청소년연구, 23(2), 185-215.
- 이희연. (2005). 청소년기 탈비행화 과정, 한국청소년연구, 16(1), 383-419.
- 전선영·문성호. (2013). 청소년 탈비행의 유형 및 예측변인에 관한 연구, 청소년복지연구, 15(2), 395-415.
- 정익중. (2009). 청소년비행 발달궤적의 다양한 유형. 한국청소년연구, 20(3), 253-280.
- 주영신·이민창. (2008). 비행청소년의 재범 후 일상생활에 관한 질적 연구. 한국청소년연구, 48, 5-31.
- 한영선. (2010). 소년범죄자의 범죄중단에 관한 연구. 동국대학교 대학원 박사학위 청구논문.
- 한종혜. (1996). 아동의 사회적 관계망에 따른 역량 지각 및 자아존중감. 경희대학교 대학원 박사학위 논문.
- 홍세희·박민선·김원정. (2007). 인터넷 중독과 부모와의 의사소통 사이의 자기회귀 교차 지연 효과 검증: 성별간 다집단 분석. 교육심리연구, 21(1), 129-143.
- Braithwaite, J. (1989). *Crime, shame, and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Clarke, R., & Cornish, D. (1985). Modeling offenders' decisions: A framework for research and policy. In M. Tonry & N. Morris(Ed.), *Crime and Justice* (Vol. 6, pp.147-185). Chicago: University of Chicago Press
- Coleman, J. (1988). Social capital in the creation of human capital. *American Journal of Sociology*, S95-S120.
- Farrington, D. (1986). Age and crime. In M. Tonry & N. Morris(Ed.), *Crime and Justice* (vol. 7, pp.189-250). Chicago: University of Chicago Press.
- Giordano, P. C., Cernkovich, S. A., & Rudolph, J. L. (2002). Gender, crime, and desistance: toward a theory of cognitive transformation. *American Journal of Sociology*, 107, 990 - 164.
- Gottfredson, M., & Hirschi, T. (1990). *A general theory of crime*. Stanford University Press.

- Healy, D. (2010). *The dynamics of desistance : Charting pathways through change*. Willan, 20-35
- Hirschi, T., & Gottfredson, M. R. (1983). Age and explanation of crime. *American Journal of Sociology*, 89, 552-584.
- Laub, J., & Sampson, R. (2001). Understanding desistance from crime. In M. Tonry (Ed.), *Crime and justice* (Vol. 28, pp. 1-69). Chicago: University of Chicago Press.
- Laub, J., & Sampson, R. (2003). *Shared beginnings, divergent lives: Delinquent boys to age 70*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Llyod, C. & Serin, R. (2012). Agency and outcome expectancies for crime desistance: measuring offenders' personal beliefs about change. *Psychology, Crime & Law*, 18(6), 543-565.
- MacKinnon, D. (2008). *Introduction to statistical mediation analysis*. New York: Routledge.
- Maruna, S. (2001). *Making good: How ex-offenders reform and reclaim their lives*. Washington, D.C.: American Psychological Association Books.
- Maruna, S., & Farrall, S. (2004). Desistance from crime: A theoretical reformulation. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 43, 171-194.
- McGuire, J. & Priestley, P. (1995). Reviewing what works : past, present and future, in J. McGuire (Ed.), *What Works: Reducing Offending*. Chichester: Wiley.
- McNeill, F. (2006). A desistance paradigm for offender management. *Criminology and Criminal Justice*, 6(1), 39-62.
- Mears, D. P., & Travis, J. (2004). Youth development and reentry. *Youth Violence and Juvenile Justice*, 2(1), 3-20
- Merington, S., & Stnley, S. (2004). What works: Revisiting the evidence in england and wales. *Probation Journal*, 51(1), 7-20.
- Rex, S. (1999). Desistance from offending: Experiences of probation, *Howard Journal*, 38, 366-83.

- Sampson, R., & Laub, J. (1993). *Crime in the making: Pathways and turning points through life*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Serin, R. & Lloyd, C. (2009). Examining the process of offender change: the transition to crime desistance. *Psychology, Crime & Law*, 15(4), 347-364.
- Snyder, H., & Sickmund, M. (2006). *Juvenile offenders and victims: 2006 national report*. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention.
- Ward, T. & Marshall. B. (2004). The good lives model and conceptual issues in offender rehabilitation *Psychology, Crime, and, Law*, 10, 243-57.
- West, S. G., Finch, J. F., & Curran, P. J. (1995). Structural equation models with nonnormal variables : Problems and remedies. In R. H. Hoyle (Ed.), *Structural equation modeling: Concepts, issues, and application* (pp. 56-75). Thousand Oaks, CA: Sage.

The relationship between human agency and social capital in the desistance process among juvenile delinquency: Applied with autoregressive cross-lagged model*

Kweon Hae-soo**, Kang Ho-sung***

Despite the fact that social capital and human agency can interact with each other and affect desistance from crime, the causal path leading to the desistance process is confronted by scholars. Therefore, this study analyzed the longitudinal reciprocal sequence relationship between social capital and human agency in the desistance process. For this purpose, 120 juveniles who received the No. 5 probation were measured social capital and human agency three times every three months, and it was verified by applying the autoregressive cross-lagged model. Results showed that, first, result of the stability coefficient, reflecting the autoregressive coefficients of each variable, show that human agency and social capital were significantly stable over time. Second, result of the cross-lagged coefficient, show that social capital had not a significant effect on human agency, whereas human agency had a significant effect on social capital. Based on the results of this study, counseling intervention and juvenile protection policy were discussed.

❖ key words: desistance, human agency, social capital, autoregressive cross-lagged model, probation and parole services

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea(NRF-S1A5A2A01023028)

* Professor Department of Counseling Psychology, Chosun University(the 1st Author, the Corresponding Author)

* Director General, Criminal Prevention Policy Bureau, Ministry of Justice Republic of Korea

내·외국인 관광객 수와 폭력범죄 발생의 연관성에 대한 시계열 분석: 제주특별자치도의 사례

정연대*

국 | 문 | 요 | 약

본 연구는 제주특별자치도에서 발생한 폭력범죄와 관광객 수 간의 연관성을 시계열 분석을 통해 탐구한다. 2010년부터 2019년까지의 데이터를 분석한 결과, 관광객 수의 증가와 폭력범죄 발생률 사이에 유의미한 양의 상관관계가 관찰되었다. 특히, 여름철 관광객이 급증하는 시기에 폭력범죄 발생도 증가하는 경향을 보였다. 이러한 결과는 관광 산업의 발달과 함께 범죄 예방 및 관리에 대한 관심이 필요함을 시사한다. 본 연구는 제주특별자치도의 관광 안전을 위한 정책 수립에 기여할 것으로 기대된다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.06.30.2.207>

❖ 주제어 : 관광객, 폭력범죄, 시계열 분석, 전국 추세, 계절성

* 경찰청 치안빅데이터정책담당관실, 경사, 지리공간정보학 박사

I. 서론

한국관광공사의 통계에 따르면 2018년 기준 천 오백만이 넘는 외국인이 한국을 방문했고, 우리나라는 2018년 한 해 동안 150억 달러가 넘는 관광 수입을 올렸을 것으로 추정된다 (한국관광공사, 2020). 이는 최근 2016년 한국의 사드 배치와 관련한 중국의 경제적 보복 이후 침체되었던 관광산업이 회복되는 고무적인 신호로 받아들여질 수 있다. 더욱이 최근 10년간 K팝이나 드라마 등 한류 콘텐츠의 성장으로 한국에 대한 인식이 확산되면서 한국을 찾는 관광객은 꾸준히 늘어왔다. 정부 역시 여행수지를 개선하고 관광산업을 육성하기 위해 다양한 홍보와 행정적 지원을 해왔다. 제주특별자치도는 2002년 4월부터 관광목적의 외국인 방문객에 30일간의 무사증입국을 허용하고 있고¹⁾, 경찰은 관광지 범죄예방, 관광객을 상대로 한 불법행위 단속, 관광 불편사항 해소 등을 전담할 목적으로 2013년부터 관광경찰을 설치하여 운영해오고 있다.

그간 관광과 관련된 형사정책적 논의는 어떻게 관광객의 범죄 피해를 줄일 것인가 (박한호, 2005; 2018; 유지윤, 2013; 이창무와 이도선, 2013), 관광객이 여행지의 안전을 어떻게 인식하는가 (노정희, 2008; 이영식과 정덕영, 2008, 정귀와 박상희, 2017), 관광경찰을 어떻게 운영할 것인가 (김기용, 2013; 박억중, 2013; 전대양과 김종오, 2013; 박한호와 한상암, 2013; 조현빈과 조민상, 2015; 김성환, 2017) 등에 맞춰져 왔다. 즉, 관광객들이 안심하고 여행을 즐길 수 있도록 치안서비스를 제공하는 것과 이미 발족한 관광경찰을 효율적으로 운영하는 것에 많은 연구가 있어온 반면, 관광객이나 관광산업 자체가 범죄와 가지는 연관성에 대해서는 상대적으로 연구가 되지 않은 측면이 있다.

기존 연구에 따르면 관광객은 관광지에서의 일탈 행동으로 범죄를 일으키거나 범죄의 표적이 되는 등 관광업의 발전이 범죄의 증가로 이어질 가능성이 있으므로, 이러한 측면에서 관광객과 범죄의 관련성에 대한 연구는 학술적으로나 정책적으로

1) 제주도의 외국인 무사증입국은 최근까지도 허용되었으나, 코로나 사태가 장기화·심각화 됨에 따라 18년만에 중단되었다. 이는 입국정책의 근본적인 변화라기보다는 감염병의 대유행 (pandemic) 상황에 따른 일시적인 조치라고 판단된다 (연합뉴스 2020년 2월 2일자, “‘신종코로나 막아라’...제주 무사증제도 시행 18년만에 중단”)

그 의미를 갖는다. 제주도는 이러한 연구를 하기에 최적의 장소라 할 수 있다. 제주도는 유동인구 중 관광객의 비율이 타지역에 비해 월등하게 높고, 전국에서 무사증 입국이 가능한 유일한 특별자치도이기 때문에 외국인 관광객의 비중도 상대적으로 높은 편이며, 내륙과 분리된 섬이라는 특성상 출입이 제한되므로 외부변수를 통제하기가 용이하다. 또한, 외국인 관광객 중에서 다수를 차지하는 중국인 관광객이 사드 사태 이후 급감하는 등 연구 기간 내 관광객 추이의 중요한 변화가 있었다. 이러한 추이의 변화를 통해서 이 연구에서 수행하고자 하는 시계열 분석을 위해 적절한 데이터가 구성되었다.

따라서 이 연구에서는 제주도의 사례를 통해서 관광객과 범죄의 관계에 대한 시계열 분석을 수행한다. 일반적으로 시계열 관측치의 경우, 기존의 최소자승법 (ordinary least square: OLS)이 기초하고 있는 무작위 표집 및 잔차의 독립동일분포 (identically independently distributed: i.i.d) 가정이 충족되는 경우가 드물기 때문에, 회귀분석을 위해 잔차의 자기 상관이 적절히 통제되어야 한다. 또한 범죄의 증감을 관광객의 수와 연관시키기 위해 일반적인 추세나 계절의 영향 역시 통제될 필요가 있다. 따라서 이 연구에서는 스플라인 회귀를 통해 추정된 전국 범죄추세나 계절성을 나타내는 푸리에 변수 등을 추가하여 시계열 모형의 연속성을 통제하고자 한다. 이러한 변수들을 추가하면서 모형에 따라 잔차의 연속적 자기 상관이나 모형의 적합도가 어떻게 달라지는지 분석하였다. 즉, 모형이 기존 OLS의 가정에 적합하도록 모형을 수정하면서 각 변수의 영향관계나 모형의 성능 등을 비교하여 좀더 정확한 통계적 추론이 이루어질 수 있도록 하였다.

II. 연구의 배경

이 연구를 위해 세 가지 측면에서 기존 논의를 살펴보기로 한다. 첫째, 관광산업 (tourism)과 범죄이다. 기존의 국내 연구에서는 주로 절도, 바가지 요금 등 관광객 (tourists)의 피해자화를 중심으로 연구했던 반면, 관광산업과 범죄에 대한 논의는 좀더 거시적인 맥락과 범죄의 관계를 다룬다. 대체로 연구자들은 관광산업과 범죄

에 대해 정적 관련성을 보고하고 있다.

우선 관광산업과 범죄의 관계에 대한 가장 대중적인 설명은 관광객을 기존 범죄 발생의 3요소 중 취약한 피해자 (vulnerable victims)나 동기화된 범죄자 (motivated offenders)로 보는 것이다 (Barker, Page & Meyer, 2002). 관광객들은 자신의 일상 생활과 다른 환경에 노출되거나 평소보다 술을 더 마심으로써 주위 상황에 대한 인식이 떨어지거나 주의력이 낮아질 수 있다. 또한 대체로 현금이나 귀중품을 소지하고 있는 경우가 많아 범죄자들의 표적이 될 가능성이 높다 (Harper, 2000). 반면, 범죄자로서의 관광객은 자신의 생활환경과 동떨어진 곳에서 평소라면 하지 않았을 일탈행동을 할 수도 있다. 즉, 술을 마시고 기물을 파손한다든지, 폭력적인 사건에 연루될 가능성이 있는 것이다. 잘 알려진대로 일상활동이론 (routine activity theory)은 여가시간의 증가로 인한 범죄피해의 증가에 주목한다. 미국과 유럽의 경제적 수준이 높아지고 사람들이 밤에 집 밖에서 더 많은 시간을 보내기 시작하면서 범죄피해를 당할 가능성도 높아졌다는 것이다 (Cohen & Felson, 1979). Cohen과 Felson에 따르면 집은 개인이 관리할 수 있고, 개인을 보호해주는 장소인데 집으로부터 멀어지는 것은 보호(guardianship)로부터 멀어지는 것을 의미한다. 따라서 범죄 피해의 위험성이 증가하는 것이다.

한편, 관광산업과 범죄에 관한 다른 설명은 깨진 유리창 이론을 이용하는 것이다. 깨진 유리창 이론은 Kelling과 Wilson (1982)의 주장에 기초하는데, 지역사회 내에 누적되는 무질서가 범죄를 증가시키는 촉매로 작용할 수 있다고 설명한다. 이러한 주장에 따르면, 관광객이 가해자나 피해자로서만 범죄의 증가에 기여하는 것이 아니다. 관광객의 증가로 인한 배회, 공공장소에서의 음주, 매춘, 낙서, 기물파손 등 범죄에 비해 사소해 보일 수도 있는 무질서의 증가가 결국 지역주민의 영역성 (terretoriality)이나 비공식적 통제 (informal social control)를 약화시키고, 결국 범죄의 증가로 이어진다는 것이다.

실증적 연구는 대체로 관광산업과 지역 내 범죄의 정적인 관련성을 보고한다. 예를 들어 McPheters와 Stronge (1974)는 미국 마이애미에서의 강도, 절도, 침입절도 등 재산범죄율이 관광객의 수와 일치되는 추세를 보인다고 보고하고 있고, Van Tran과 Bridges (2009)는 46개 유럽 국가들의 데이터를 분석하여 관광객이 많은 국

가에서의 재산범죄율이 높다는 사실을 발견하였다. Han 등의 연구 (2019)에서는 대규모 집객시설의 영향에 대해 분석했는데, 이들은 올랜도 소재 디즈니 월드 주변 센서스블록에서의 범죄율이 이들 테마파크로부터의 거리가 가까울수록 높아진다는 사실을 보고하였다.

폭력범죄를 관광객의 증감과 연관시켜 분석함에 있어서 두 번째 고려해야 할 측면은 계절성에 관한 것이다. 대체로 연구자들은 폭력범죄가 계절적으로 여름에 증가하고 겨울에 감소하는 패턴에 대해 동의한다 (Cohn & Rotton, 2000; Farrell & Pease, 1994; Landau & Fridman, 1993; Morrison, 1891; Quetelet, 1842). 이러한 패턴을 기온, 습도, 강수량, 풍속 등 날씨요소와 연관시킨 많은 연구들에서는 대체로 기온과 폭력범죄의 연관성이 있다고 보고하는데 이에 대해서는 크게 두 가지 설명이 제기된다. 첫째는 기온-폭력성 가설 (temperature-aggression hypothesis)이다. 증가하는 기온으로 인해서 개인은 불편함을 느끼는데 이로 인해서 평소라면 참아넘겼을 자극에 대해서도 폭력적으로 반응할 가능성이 높아진다는 것이다 (Anderson, 1987, Berkowitz, 1983; Bushman et al., 2005; Cotton, 1986). 두 번째 설명은 앞서 언급한 바 있는 일상활동이론이다. 날씨가 따뜻해지면서 사람들의 외출이 증가하고, 알코올 소비도 늘어나면서 개인들이 폭력사건에 휘말릴 가능성이 높아진다고 설명한다 (Cohen & Felson, 1979, Cohn 1990). 즉, 여름철에 폭력범죄가 증가하는 것은 기온이 직접 범죄에 영향을 미쳤다고보다는 기온변화에 따른 일상활동의 변화가 범죄기회의 증가로 이어져서 결국 범죄가 증가했다고 보는 것이다.

실증적인 연구들은 대체로 일상활동이론을 좀더 지지하는 것으로 보인다. 기온-공격성 가설에 따르면 공격성에 영향을 받지 않을 것으로 기대되는 재산범죄의 경우에도 계절성이 관찰되는 경우가 많기 때문이다 (Haberman et al., 2018; Hipp et al., 2004; Landau & Fridman, 1993). 휴가 기간 동안 관광객을 상대로 하는 강도·소매치기나 휴가를 떠난 빈집에 침입절도가 증가하는 상황을 생각하면 이러한 재산범죄의 패턴은 쉽게 납득할 수 있을 것이다.

문제는 계절성이 관광객과 폭력범죄에 공통적으로 영향을 미칠 수 있다는 점이다. 많은 관광지에서 여름 휴가 기간 동안 관광객의 수가 증가하고 폭력범죄 역시 여름에 증가하는데, 이것이 단순히 각각의 계절적 요인을 반영하는 것인지 관광객

과 폭력범죄의 관련성을 의미하는 것인지 분명하지 않기 때문이다. 폭력사건과 관광객의 증감이 각각 어떤 계절적 패턴에 기인한 것이라면 폭력사건의 증감을 관광객의 수에 연결시키는 것은 허위연관 (spurious association)의 위험이 있다.²⁾ 즉, 독립변수와 종속변수의 관련성을 확인하기 위해서는 두 변수에 공통적으로 영향을 미치는 요인의 영향을 통제할 수 있어야 하는 것이다. 이 연구의 경우에는 계절성이 관광객과 폭력범죄에 공통적으로 영향을 미치는 요소이므로 적절히 통제되어야 한다.

마지막으로 전국 단위 범죄추세에 대한 고려가 필요하다. 범죄의 공식통계는 단순히 객관불변한 기준에 따라 집계된 범죄의 증감을 나타내는 것이 아니다. 형사사법기관이 얼마나 많은 범죄를 처리했는가를 나타내는 수치이기 때문에, 어떻게 범죄를 처리하는지가 영향을 미칠 수 있다 (Maguire, 2012; Mosher et al., 2010). 예를 들어, 특정 범죄의 항목을 규정하는 기준을 변경한다면, 또는 특정 범죄에 대한 대대적인 단속을 통해서 집계된 범죄의 건수는 범죄의 실제 발생과 상관없이 증가하거나 감소할 수 있다. 우리나라의 경우, 공통된 형법 기준 및 자료입력 기준을 통해 형사사법시스템에 범죄사실을 입력하도록 하고 있고, 이는 부분적으로 자치경찰제를 도입한 제주도의 경우도 예외는 아니다. 즉, 전국적으로는 공통된 기준을 가지고 범죄사실이 입력되고 있다고 볼 수 있으므로 지역에 따른 형사사건 처리 방식의 차이가 크게 문제되지는 않을 것으로 보인다. 반면, 시기적 요인에 따른 범죄의 증감은 재고될 필요가 있다. 대표적인 것이 지난 정부에 추진되었던 4대악 (성폭력, 가정폭력, 학교폭력, 불량식품) 근절 정책이라고 할 수 있다. 이러한 대대적인 캠페인은 전국적으로 특정한 죄종에 대한 적극적 개입을 목표로 추진되기 때문에 이와 관련된 범죄의 건수가 증가할 수 밖에 없다. 만약 관광객의 비중이 높은 제주도와

2) 허위 연관에 관한 매우 인상적인 설명 중의 하나는 Hirschi와 Selvin의 책에서 소개된 것인데, 책에서는 청소년의 비행률과 월간 교회출석 일수가 부적상관을 보이는 사례가 소개된다. 이를 두고 신앙심은 비행을 막는 기제라고 판단할 수 있는가. 저자들에 따르면 청소년의 비행률은 나이와 정적상관, 교회출석 일수는 나이와 부적상관을 갖고, 회귀식에 나이 변수를 추가하면 비행률과 교회출석의 연관성은 유의성을 상실한다. 따라서 교회출석과 청소년 비행의 관련이 있다기보다는 각각의 요인이 나이와 연관을 갖고 있기 때문에 이를 고려하지 않는 분석에서 둘 간의 관련성이 있는 것처럼 보인 것이라는 설명이다. 비슷한 예로, 황새의 감소와 출산율의 감소가 정적 상관을 보인다는 사례도 허위연관과 관련해서 종종 언급된다 (Hirschi & Selvin, 1967).

전국의 범죄추세가 비슷하게 나타난다면 범죄의 증감은 관광객의 증감이 아닌 전국적 추세로 인한 것으로 파악되어야 한다. 따라서 전국단위 범죄추세 역시 이 연구의 대상이 되는 지역에서 관광객과 범죄의 관련성을 분석할 때 통제되어야 하는 요소이다.

Ⅲ. 연구방법

1. 연구지역 및 기간

본 연구는 제주도를 연구의 대상 지역으로 설정하고, 연구의 대상 기간은 2015년 1월 1일부터 2019년 12월 31일로 하였다. 제주도를 선택한 이유는 다음과 같다. 첫째, 제주도는 전국 시도 중 거주민 대비 관광객의 비중이 가장 높다. 2019년 12월 기준, 제주도의 주민등록 인구는 67만 989명인 반면, 입도 관광객은 129만 1,623명으로 두 배 가까이 차이가 난다. 게다가 제주도는 전국에서 유일하게 무사증 입국제도를 운영하고 있는 특별자치도이다. 따라서 외국인 관광객의 비중도 상당히 높다. 따라서 다른 시도와 비교할 때 범죄에 대한 관광객의 영향이 크게 나타날 가능성이 있다. 둘째, 육지와 분리된 섬의 특성상 출입이 제한되어 있어 외부 변수의 차단이 용이하고, 다른 시도에 비해 작은 행정단위 (2개의 시군구 단위)로 비교적 지역 내 균질성이 유지된다. 즉, 주변 지역과 떨어진 균질한 단위로서 시계열 분석에 매우 적합한 지역이라고 할 수 있다. 셋째, 다른 시도에 비해 범죄의 발생률이 높다. 2018년 통계청의 시도별 범죄 현황에 따르면 인구 천명당 범죄 발생건수는 전국이 29.8건인데 비해 제주도가 41.1건으로 전국에서 가장 많고, 2위인 부산광역시(32.1건)와도 차이가 크다. 따라서, 제주도의 높은 범죄율에 대한 분석과 대책 마련이 요구된다.

시계열 분석단위는 월로, 연구기간 중 60개의 관측치가 존재하였다 (5년×12개월). 연구기간 중 특이사항은 2016년 이후 고고도 미사일 방어체계 (Terminal High Altitude Area Defense: THAAD) 배치에 반발하는 중국의 경제보복 및 2017년 탄

핵 정국이다. 전자의 경우 중국의 한한령(限韓令)으로 인해 중국인이 다수를 차지하는 제주도의 외국인 관광객이 급감하는 결과를 가져온 반면, 후자의 경우 탄핵정국으로 인하여 전임 정권에서 의욕적으로 추진하던 4대약 근절 운동의 추진력이 소실된 측면이 있다. 따라서 이러한 특이사항은 시계열 관측치에 영향을 미쳤을 것으로 기대된다.

2. 변수의 구성

이 연구를 위해 사용된 주요 변수들의 분포는 다음과 같다.

〈표 1〉 주요 변수의 기술통계량

변수명	최소	최대	평균	표준편차
10만명당 폭력범죄건수 [*]	52.21	110.52	79.14	14.82
주민등록인구 ^{**} ***	6.08	6.71	6.47	0.20
내국인 관광객 [*] ***	7.56	12.24	10.42	1.21
외국인 관광객 [*] ***	0.56	4.21	1.71	0.92

* 독립변수와 종속변수는 모두 월별 날짜수의 영향을 통제하기 위해 보정되었다.

** 주민등록인구는 주요변수는 아니지만, 관광객 규모와의 비교를 위해 첨부하였다.

*** 주민등록인구, 내·외국인 관광객에 대하여 표시된 수는 각각 10만명 단위이다.

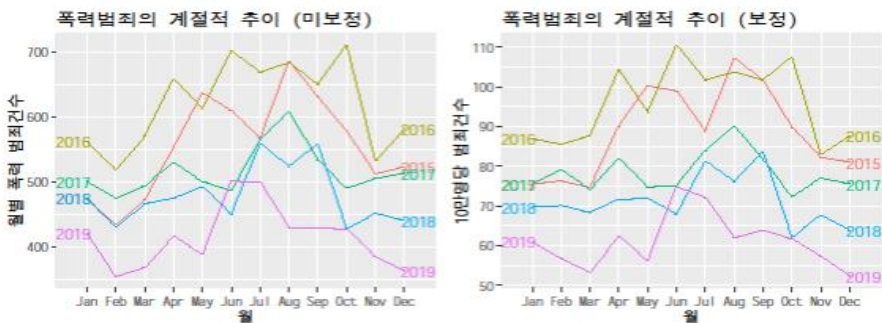
가. 종속변수: 월별 폭력 범죄율

연구기간 중 월별로 집계된 제주도의 10만명당 폭력 범죄의 보정치가 종속변수로 사용되었다. 연구를 위해 사용된 제주도의 폭력건수는 경찰청 지리적 프로파일링 시스템에서 검색된 경찰의 접수사건 목록에 대해 연구자가 월별로 건수를 세서 집계한 것이다. 연구기간 중 발생한 폭력범죄의 총 건수는 31,036건으로, 세부적으로는 표 2와 같은 상세죄종으로 구성된다. 그런데, 이는 경찰의 사건접수 단계에서 입력한 죄종이기 때문에 수사가 종료된 이후 기소된 죄종이나 공식통계에 사용되는 죄종과는 차이가 있을 수 있으며, 총 발생건수도 공식통계의 수치와는 다르다.

〈표 2〉 폭력범죄의 상세죄종

상세죄종	건수	비율
폭행	14,185	45.70%
상해	4,379	14.11%
재물손괴	3,860	12.44%
폭력행위등처벌에관한법률위반	3,056	9.85%
기타	5,556	17.90%

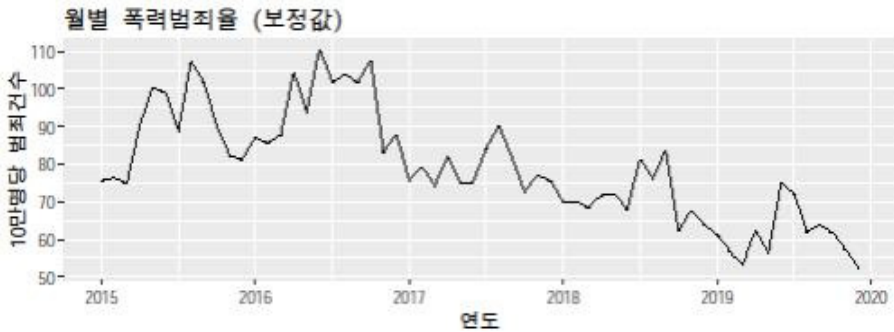
종속변수는 다음과 같이 구성되었다. 우선 연구기간 내 제주도의 월별 폭력범죄 건수를 집계하여 다음과 같은 시계열 데이터를 구성하였다. 연구를 위해서 월별 폭력범죄 건수를 해당월의 제주도 주민등록 인구수³⁾로 나누고, 다시 10만을 곱해, 인구 10만명당 폭력범죄 발생률을 구하였다. 이렇게 얻은 범죄율은 다시 해당월에 포함된 날수로 나눈 뒤 30을 곱했다. 월별 일수가 많은 달에 범죄가 많고 일수가 적은 달에 범죄가 적은 것처럼 보일 수 있기 때문이다. 대체로 보정 전에는 2월달에 범죄 건수가 가장 낮은 경향을 보이지만 (그림 1의 왼쪽), 해당월의 날짜를 동일하게 보정한 뒤에는 2월 달의 건수가 증가한 양상을 보인다 (그림 1의 오른쪽).



〈그림 1〉 폭력범죄의 계절적 추이

이렇게 보정된 월별 폭력범죄율은 계절적으로나 월별로 증감하지만 대체로는 감소하는 추세를 보인다 (그림 2).

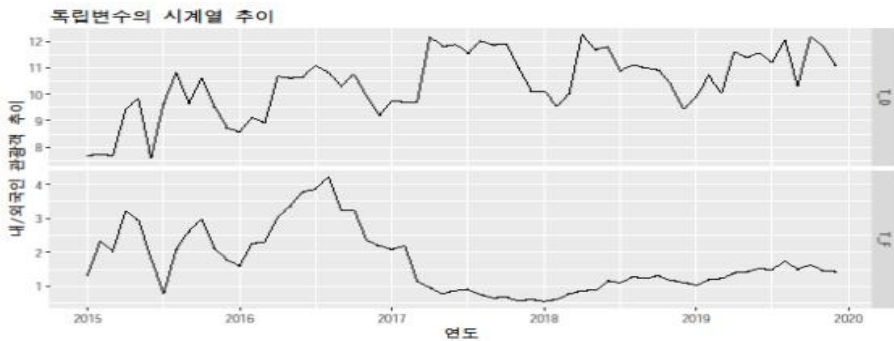
3) 주민등록인구수는 통계청에서 제공하는 월별 주민등록인구수를 사용하였다 (<http://kosis.kr>).



〈그림 2〉 보정된 월별 폭력범죄율의 시계열 추이

나. 독립변수

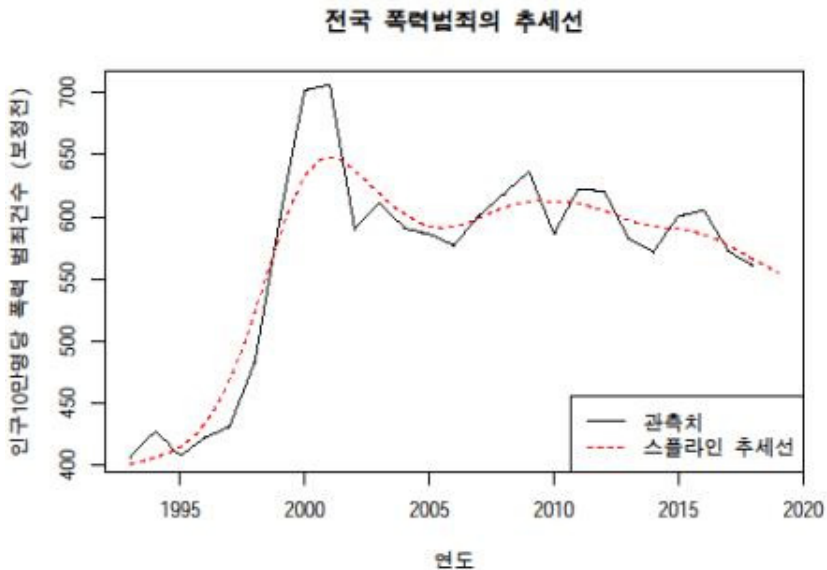
월별로 집계된 제주도 입도 관광객 중 내국인 관광객의 수와 외국인 관광객의 수를 각각 별도의 독립변수로 사용하였다. 입도 관광객의 수는 제주관광협회에서 제공하는 자료의 내국인과 외국인의 월계를 이용하였는데, 종속변수와 마찬가지로 월에 해당하는 일수가 다른 것이 월계에 영향을 미칠 수 있으므로, 해당월의 일자수를 고려하여 관광객 수치를 보정하였다. 그림 3은 보정된 내·외국인 관광객 추이를 나타낸다. 상단의 그래프는 내국인 관광객, 하단은 외국인 관광객을 나타내는데, 외국인 관광객의 수치가 2017년 이후 급감한 반면, 동기간 내국인 관광객의 수는 꾸준히 늘었음을 볼 수 있다.



〈그림 3〉 보정된 내·외국인 관광객 수의 시계열 추이 (단위: 10만명)

다. 통제변수

전술한 바와 같이 이 연구에서는 시계열 분석에서 변수 간 관계 분석의 오류를 가져올 수 있는 요인들을 통제하고자 하였다. 첫째는 전국 단위 폭력범죄 발생률이다. 제주도에서 일어난 폭력 사건의 증감이 전국적인 추세를 반영한 것일 뿐이라면 이를 관광객의 증감과 연결시켜 설명하는 것은 허위연관의 가능성이 있다. 따라서 이를 통제할 수 있는 변수를 모델에 포함시켜 이러한 가능성을 최소화할 필요가 있다. 이 연구에서는 전국단위 폭력범죄의 추세를 다음과 같이 구성하여 통제변수로 사용하였다. 우선, 통계청을 통해 제공되는 연도별 10만명당 폭력범죄율을 다운받아 시간에 따른 스플라인 회귀선을 적합한 후, 월별로 예측되는 값을 변수로 사용하였다. 이때, 월별 예측값은 평균중심화 (centering)를 통해 평균을 0으로 보정하였다.



〈그림 4〉 연간 전국 폭력범죄율과 스플라인 회귀를 통해 적합한 추세선

보통 시계열 분석에서는 시간변수 t 등을 이용하여 시간에 따른 추세를 나타내는 데, 선형추세를 가정하는 시간변수 t 의 경우, 관측기간에 따라 예상되는 추세가 매우 달라지고 선형이 아닌 추세를 설명하지 못하는 단점이 있다. 반면 스플라인 항을 추가함으로써 예측되는 값은 좀더 부드럽고 개별 관측치의 증감에 비교적 안정적인 추세를 보인다. 또한 스플라인 추세를 사용하는 것은 적합된 회귀식을 통해 관찰되지 않은 값을 예측할 수 있다는 장점이 있다. 그림 4의 그래프를 보면 전국 단위 폭력범죄율은 연간 1회만 업데이트되고, 2019년 폭력범죄율은 아직 공표되지도 않은 상태이다. 스플라인 회귀를 사용하면 예측된 추세선을 통해 각 월에 해당하는 폭력범죄율을 추정할 수 있을 뿐 아니라 아직 관찰되지 않은 2019년의 값들도 예측하여 변수로 활용할 수 있게 된다.

두 번째 통제변수는 계절변수이다. 전술한 바와 같이 월별 범죄건수와 관광객 추이는 각각 연간 반복되는 패턴을 갖기 마련이다. 이에 대해 한 변수의 다른 변수에 대한 영향을 알아보기 위해서는 공통된 계절성에 대한 변이가 통제되어야 한다. 이를 위해 몇 가지 방법이 사용될 수 있는데, 하나는 월을 나타내는 가변수(dummy)를 추가하는 것이다. 즉, 1월을 제외한 2월부터 12월까지를 변수로 만들고 그 월에 해당하면 1, 해당하지 않으면 0으로 처리하는 것이다. 이러한 가변수 방법은 연중 월별 추이가 매우 복잡하지만 해당 월에 대한 연간 추이는 안정적인 경우에 사용하기 적절하다. 반면, 가변수 방법은 너무 많은 변수를 추가함으로써 자유도가 많이 소비되는 단점이 있다. 그러므로, 계절 패턴이 부드러운 증감을 나타내는 경우, 가변수 대신 푸리에 변수를 사용하여 계절성을 나타내줄 수도 있다 (Woolhiser & Pegram, 1979). 푸리에 변수는 사인·코사인 같은 삼각함수항을 추가하여 순환적인 패턴을 나타내는 방법이다. 이 연구에서는 가변수와 푸리에 변수를 각각 사용하여 계절성을 나타낼 것이다. 경제성의 원칙에 따라 가변수를 사용하는 모델이 푸리에 변수를 사용하는 모델보다 크게 나은 점이 없다면 푸리에 변수를 사용하는 것이 더 적절하다.

3. 분석방법

본 연구는 최소자승법 (ordinary least square: OLS)을 이용하여 모델을 구성하였다. 이 연구에서는 보통 범죄건수 등 이산형 변수의 분석에서 자주 사용되는 포아송 회귀나 음이항 회귀는 고려하지 않는다. 10만명당 범죄건수의 보정치가 이미 이산형 변수가 아닌데다가, 이 연구의 종속변수와 같이 평균과 최소값이 충분히 큰 경우 변수의 편향성이 모수 추정에 큰 문제가 되지 않기 때문이다. 이러한 경우, 포아송 회귀나 음이항 회귀모형에서와 같이 연결함수 (link function)을 이용하여 변형된 변수를 사용하는 것보다 일반선형모형 (ordinary linear model)의 OLS를 이용하는 것이 잔차의 처리, 모델의 비교, 해석의 측면에서 더 유리하다. 분석과정에서 잔차의 OLS 가정 위반이 문제가 되지 않았기 때문에 이 연구에서는 분석을 위해 일반선형모형을 사용하였다.

둘째로, 이 연구에서는 독립변수에 대한 종속변수의 영향이나 변수의 지체효과 (lagged effect)는 고려하지 않는다. 제주도의 경우, 범죄 심각성에 따라 관광객의 선택이 영향을 받을 가능성은 적다. 변화하는 범죄상황을 알 수 있는 출처도 별로 없고, 실제 제주도를 방문하는 관광객을 대상으로 한 설문조사에서도 휴가지의 선정 기준으로 범죄를 고려하는 비율이 매우 낮았기 때문이다⁴⁾. 변수의 지체효과 역시 논리적으로 타당한 근거가 부족하다. 물론 월별 범죄건수는 연중 비슷한 수준에서 유지되는 것이 사실이나 그것이 지난 달에 일어난 범죄가 이번 달에 영향을 끼친 것 때문이라고 보기에는 무리가 있다. 입도 관광객도 마찬가지로, 지난 달과 비슷한 수준에서 증감하지만 실제로 관광객이 제주도에 체류하는 기간은 매우 짧다. 따라서 지난 달에 입도한 관광객이 이번 달의 범죄에 미치는 영향을 고려하지 않은 분석이 큰 오류를 가질 것으로 기대되지는 않는다.

따라서, 분석을 위한 모델링은 다음과 같은 회귀식으로부터 시작한다 (Model 1).

$$Y_t = \alpha + \beta_1 X_{1t} + \beta_2 X_{2t} + \epsilon_t$$

4) 내국인은 0.1%, 외국인인 1.5%만이 제주여행의 결정에서 안전 및 치안을 고려한다 (제주특별자치도, '2019 제주특별자치도 방문관광객 실태조사')

이때, Y_t 는 t월의 보정된 10명당 폭력범죄발생률, X_{1t} 는 해당월의 보정된 내국인 입도 관광객 수, X_{2t} 는 동기간중 보정된 외국인 입도 관광객 수이다. α 와 β_1 , β_2 는 추정해야 하는 모수이며, ϵ_t 는 회귀모수와 내·외국 관광객 수를 통해 예측한 값과 실제 관찰값과의 차이(잔차)이다. 일반적인 OLS 가정 중의 중요한 것은 잔차가 서로 독립이며, 동일한 분포를 가진다는 것이다 (independently and identically distributed: i.i.d). 이러한 가정을 충족시키지 못하는 모델의 경우, 유효 표집수는 더 낮아지며, 이를 고려하지 않은 회귀모수의 추정은 실제보다 분산을 더 작은 것으로 판단할 수 있다. 즉, 독립변수가 종속변수에 미치는 영향이 유의한 것으로 판단했는데 실제로는 그렇지 않을 수 있는 것이다. 보통 시계열 자료의 경우, 잔차의 연속적 자기상관(serial autocorrelation)이 문제가 된다. 즉, OLS의 가정에 따르면 t 시점의 잔차인 ϵ_t 와 t-1 시점의 잔차인 ϵ_{t-1} 은 서로 독립이어야 하는데, 실제로는 그렇지 않은 것이다. 잔차가 자기상관을 갖는지 판단하기 위해서는 Breusch-Godfrey 검정이나 자기회귀함수 (Autocorrelation Function: ACF)를 사용한다. BG검정의 경우 영가설은 연속적 자기상관이 없다는 것이므로 영가설의 기각은 잔차의 자기상관이 존재함을 나타내며, OLS의 적용을 위해 이 문제가 해결되어야 함을 의미한다. ACF의 경우, 일정 시간간격을 가지는 관찰값들 사이의 상관계수를 나타내며, 보통 상관계수를 나열한 자기회귀함수 그래프(ACF plot)나 차분 그래프(Partial ACF plot)로 나타내는데 유의수준 이상의 값을 통해서 잔차의 자기상관이 존재함을 나타낸다 (Box-Steffensmeier et al., 2014).

두 번째 모형은 첫 번째 모형에 전국추세를 나타내는 항을 추가한다 (Model 2). 제주도의 경우 관광객의 영향이 크게 나타날 수 있지만, 전국적 추세의 측면에서 관광객의 영향은 상대적으로 매우 적을 것이다. 따라서 제주도의 폭력범죄 증감이 전국과 비슷한 패턴이라면 범죄의 증감에 대한 관광객의 영향은 의심스러운 것일 수 있다. 분석을 위한 두 번째 모형에서는 앞서 설명한대로 스플라인 회귀를 통해 추정된 전국 추세를 통제변수로 추가하였다. 이에 따라, 회귀식은 다음과 같이 정의된다.

$$Y_t = \alpha + \beta_1 X_{1t} + \beta_2 X_{2t} + \beta_3 \gamma_t + \epsilon_t$$

이때, γ_t 는 전국 연간 폭력범죄율의 스플라인 회귀식을 통해 추정된 전국 월별 폭력범죄율이고 β_γ 는 γ_t 에 대한 회귀모수이다. 만약 전국추세를 나타내는 γ_t 가 추가되면서 내·외국인 관광객 회귀모수의 유의성이 사라진다면 제주도 범죄증감에 대한 관광객의 영향은 불확실한 것일 수 있다.

마지막으로, 계절성을 통제하기 위한 변수를 추가한다. 앞서 계절성을 통제하기 위한 방법으로 두 가지를 제시하였는데, 첫 번째인 월을 나타내는 가변수(dummy)를 사용하는 회귀식은 다음과 같이 정의된다 (Model 3).

$$Y_t = \alpha + \beta_1 X_{1t} + \beta_2 X_{2t} + \beta_\gamma \gamma_t + \beta_{d_2} d_{2t} + \dots + \beta_{d_{12}} d_{12t} + \epsilon_t$$

d_{2t} 부터 d_{12t} 는 각각 2월부터 12월을 나타내는 가변수이고 β_{d_2} 에서 $\beta_{d_{12}}$ 까지는 월을 나타내는 가변수에 해당하는 회귀모수이다. 모든 가변수의 값이 0일 경우 예 측값은 1월의 범죄를 나타낸다.

계절을 통제하기 위한 두 번째 방법은 가변수 대신 삼각함수의 항인 푸리에 변수를 추가하는 것이다 (Model 4).

$$Y_t = \alpha + \beta_1 X_{1t} + \beta_2 X_{2t} + \beta_\gamma \gamma_t + \delta_1 \sin(2\pi t/12) + \delta_2 \cos(2\pi t/12) + \epsilon_t$$

δ_1 과 δ_2 는 각각 12개월의 주기를 가지는 사인과 코사인 항의 회귀모수로 계절에 의한 범죄의 변동폭이 클수록 큰 값을 갖고, 이것이 유의미하지 않은 경우, 계절적 변동이 작거나 비일관적이라는 것을 의미한다.

각 모델의 경우, OLS 가정을 충족하는지 여부를 판단하기 위해 몇가지 통계적 검정을 실시하였다. 회귀 잔차의 정규성 (normality)을 판단하기 위해 Shapiro-Wilk 검정(Shapiro & Wilk, 1965), 이분산성을 판단하기 위해 Breusch-Pagan 검정(Breusch & Pagan, 1979)을 수행하였다. 또한 시계열 잔차의 시간적 자기상관 확인을 위해 Breusch-Godfrey 검정 (Breusch, 1978; Godfrey, 1978)을 수행하였고, 정상성 (stationarity) 검정을 위해 KPSS 검정(Kwiatkowski 등, 1992)을 실시하였다.

또한, 다중공선성 확인을 위한 분산팽창지수 (Variance Inflation Factor)는 최종 모형인 Model 4에 대해서만 산출하였는데, 자유도가 2인 푸리에 변수를 포함한 분산팽창지수 계산을 위해 일반화 분산팽창지수 (Generalized VIF: GVIF)를 활용하였다.

서로 다른 모형의 비교는 분산분석 (ANOVA)과 정보기준 (Information Criterion) 통계치를 이용하였다. ANOVA의 경우, 모형의 통제변수를 추가하면서 더 단순한 모형과 복잡한 모형 (예, 스플라인 항을 넣지 않은 모형과 넣은 모형)을 비교하여 감소된 자유도에 비해 적합도가 향상되었는지를 검토하는 것이다. 유의미한 적합도의 향상이 있는 경우 더 복잡한 모형을 사용할 필요가 있고, 그렇지 않은 경우 단순한 모형이 선호된다. 정보기준 통계치는 아카이케 정보기준(Akaike Information Criterion: AIC)과 베이지안 정보기준 (Bayesian Information Criterion: BIC)을 사용하였는데, 두 값 모두 모형 변수의 갯수에 대한 패널티를 부과한 상태에서 데이터에 대한 모형의 설명력을 비교한다. 수치가 낮을수록 더 우수한 모형이라는 것을 시사한다 (Akaike, 1974; Schwarz, 1978).

마지막으로 몇 개의 통계치에 대한 시각화 그래프를 제시하였다. 시각화 그래프의 경우, 가장 단순한 모형인 Model 1과 최종모형인 Model 4를 비교하였는데 자기회귀함수 (Autocorrelation Function: ACF) 그래프와 적합차-관찰치(fitted vs. observed) 산점도 플롯을 통해 모형의 통제변수 추가가 잔차의 독립성 확보와 회귀 모형의 예측력 향상에 기여했음을 시각적으로 제시하였다.

이 연구는 데이터 전처리, 분석 및 결과제시를 위한 플로팅 등 대부분의 과정에서 오픈소스 통계 프로그램인 R (Version 3.6.3)을 활용하였다.

IV. 분석결과

앞서 제시한 4가지 모형의 회귀분석 결과가 표 3에 제시되어 있다. 가장 단순한 모형인 Model 1은 보정된 내·외국인 관광객의 수만으로 월간 폭력범죄율을 설명한다. 이때 내국인 관광객의 수는 폭력범죄율과 유의미한 연관을 보이지 않는 반면,

외국인 관광객의 수는 상당히 유의미한 연관을 갖는다. 모형의 설명력을 나타내는 R^2 값은 0.45로 비교적 높은 편이지만, 전국 추세와 계절성을 고려하지 않아 허위 연관의 가능성이 제기될 수 있다. Model 1의 F값은 독립변수가 전혀 없는 모형과 차이가 있는지를 검정하는데 사용된다. 검정 결과, 관광객의 수를 독립변수로 활용한 모형은 독립변수가 아무것도 없는 모델보다 우수하다. Shapiro-Wilks의 W값은 OLS의 기본 가정인 잔차의 정규성을 검정하기 위해 사용되는데, 영가설은 잔차가 정규분포 한다는 것으로, 영가설이 기각되지 않는 한 잔차의 정규성은 인정된다. 이에 따르면, 잔차의 비정규성은 Model 1뿐 아니라 대부분의 모형에서 큰 문제가 되지 않는다. Breusch-Pagan 검정 역시 OLS의 기본가정인 잔차의 동일분포 (identically distributed)를 충족하는지 확인하는 것으로, 영가설이 기각되지 않는 한 잔차의 이분산성이 문제되지 않는다고 판단한다. 검정 결과는 .05 유의수준에서 모든 모형이 이분산성을 보이지 않는 것으로 나타났다. Breusch-Godfrey 검정은 라그랑지 승수검정 (Lagrange multiplier test)을 이용하여 연속적 자기상관이 없다는 영가설을 검정한다. 따라서, 유의미하지 않은 통계량의 경우, 잔차의 자기상관이 문제되지 않음을 의미하는데, 표 3의 결과에 따르면 Breusch-Godfrey 검정결과는 Model 1의 경우, 연속적 자기상관이 .05 유의수준에서 현저함을 나타낸다. 따라서 OLS 추정에 오류를 가져올 수 있음을 시사한다. 잔차의 자기상관은 자기회귀함수 (ACF) 그래프를 통해서 나타낼 수도 있다. 그림 5의 왼쪽은 Model 1의 잔차에 대한 ACF를 나타내는데 lag 1부터 lag 4까지의 높은 ACF 값은 시기적으로 근접한 잔차끼리의 상관성이 유의미하게 높음을 보여준다. 한편, KPSS 검정에 따르면, Model 1 잔차의 자기회귀 패턴은 .05 유의수준에서 비정상성(non-stationarity)을 보인다고 할 수 있다 (KPSS=0.70, $p=0.0134$). 즉, 잔차의 평균과 분산이 관측시기에 따라 달라질 수 있는 것이다. 이러한 잔차의 비정상성 역시 통제변수를 추가하면서부터는 (Model 2 이후) 별 문제가 되지 않는 것으로 보인다.

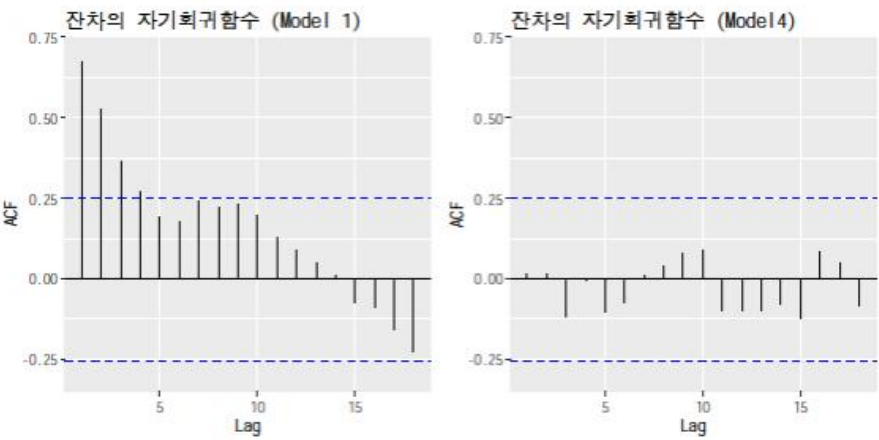
Model 2는 Model 1에 전국 폭력범죄 추세의 월별 예측값을 추가한 것이다. 전국 추세를 추가하였을 때, 내국인 관광객을 비롯한 모든 변수가 유의미한 영향을 가지는 것으로 나타났으며, R^2 와 수정된 R^2 모두 크게 상승하여 폭력범죄에 대한 전국적인 추세가 제주도 폭력범죄의 증감에 있어서도 큰 설명력을 가지는 것으로 나타났다. 전국추세 항의 추가는 자유도의 감소에도 불구하고 ($df = 1$), 분석모형을 유의미하게 개선시켰다 ($F=89.99$, $p<0.001$). AIC와 BIC의 경우도 Model 2의 값들이 Model 1에 비해 낮음을 볼 때, Model 2가 더 우수한 것으로 판단할 수 있다.

Model 3은 Model 2에 월을 나타내는 가변수를 추가한 것이다. 계절적 변화를 통제하는 월에 대한 가변수를 삽입하면서 내국인 관광객의 영향력은 다시 유의성을 상실하였다. 구체적으로는 6월부터 9월까지의 범죄건수가 기준이 되는 1월에 비해 유의미하게 높은 것으로 나타났다. 즉, 여름 시즌에 해당하는 달의 폭력범죄 건수가 겨울에 비해 증가한 것이다. 모델의 성능을 판단하는 R^2 , 수정 R^2 , ANOVA 검정(F 통계치), AIC는 모두 Model 3이 Model 2에 비해 개선된 모형을 나타낸다. 단, BIC는 Model 3이 덜 우수한 것으로 보고하는데, 이는 변수의 개수라는 제약조건을 감안했을 때 Model 3이 그다지 우수하지 않기 때문일 수 있다. 가변수가 11개나 추가로 모형에 포함되었기 때문이다.

따라서, Model 4는 개별 월을 모두 가변수로 만들어 모형에 추가하는 대신 푸리에 변수를 추가하여 주기적인 증감을 나타내도록 하였다. 이에 따르면, Model 4의 R^2 은 Model 3에 비해 조금 낮지만, 수정된 R^2 는 더 높다. 또한 AIC와 BIC 모두 Model 3에 비해 개선되었다. 즉, 모형의 변수 개수에 따라 보정하거나 제약조건을 부과한 성능의 평가치에서는 Model 4가 더 우수한 것으로 나타난 것이다. Model 3과 Model 4의 경우 서로 완전모형(full model)과 제약모형(restricted model)의 관계가 아니어서 ANOVA 검정은 실시하지 않았다.

또한, 각 변수에 대한 일반화 분산팽창지수 (GVIF)는 표 4와 같다. $GVIF^{1/(2*DF)}$ 는 변수의 자유도를 고려하여 수정한 GVIF를 나타낸다. 대체로 3 이하의 값으로, 보통 분산팽창지수의 경험법칙 (rule of thumb)이 5 이하인 것을 고려하면 매우 낮은 값이라고 할 수 있다. 따라서 이 모형에서 다중공선성은 큰 문제가 되지 않을 것으로 판단된다. 그밖에, 잔차의 정규성 검정 ($W=0.97$, $p=0.2423$), 이분산성 검정

(BP=0.35, $p=0.6171$), 자기상관 검정 (LM=4.26, $p=0.9783$), 정상성 검정 (KPSS=0.10, $p>0.1$) 모두 특이사항 없으므로 Model 4를 최종모형으로 선택하였다 (표 3).



〈그림 5〉 단순모형 (Model 1)과 최종모형(Model 4)의 잔차 상관성 비교

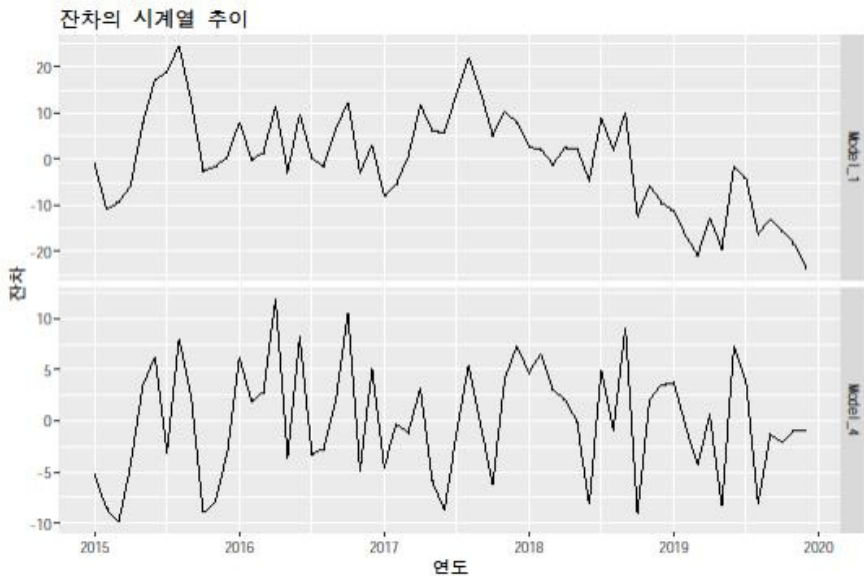
〈표 4〉 주요변수의 일반화 분산팽창지수 (GVIF)

	GVIF	자유도 (DF)	$GVIF^{1/(2 \cdot DF)}$
내국인 관광객 수	2.14	1	1.46
외국인 관광객 수	1.39	1	1.17
전국추세	1.81	1	1.34
푸리에 변수	1.65	2	1.13

최종 모형은 초기모형 (Model 1)에 비해 잔차의 자기상관성이 현저히 줄어들었다 (그림 5). 또한, 잔차의 시계열 추이에서 나타나는 경향성 역시 감소하였다. 그림 6의 위는 초기모형 (Model 1)의 잔차 추이이고 아래는 최종모형 (Model 4)의 잔차 추이인데, 눈에 띄는 경향성(trending)을 보이는 초기모형과 달리 최종모형의 잔차는 0 주변에서 무작위로 진동하는 것처럼 보인다. 따라서 OLS에서 가정하고 있는 잔차의 독립동일분포의 가정에 더 부합한다고 할 수 있다. 마지막으로 예측값과 관

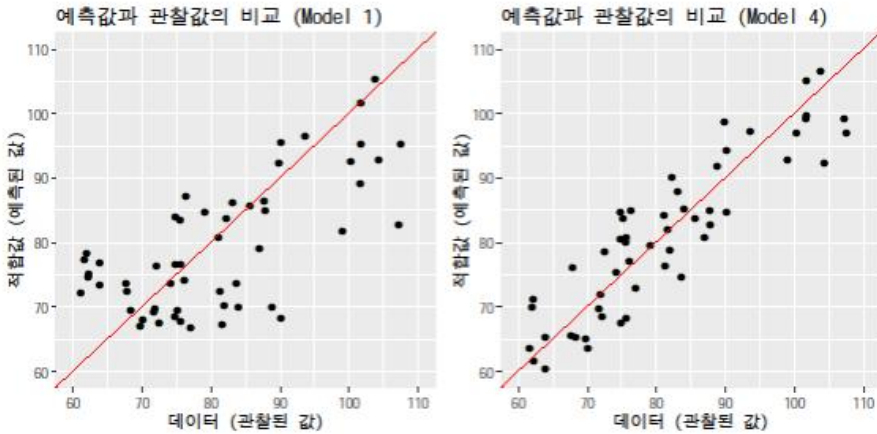
찰값 비교 결과 역시 최종모형이 더 우수함을 나타낸다. 그림 7의 그래프들은 서로 대응시키는 점이 대각선 주변에 나타날수록 모형을 통해 예측된 값이 실제 관찰된 값과 유사함을 나타내는데, 이에 따르면 최종모형에서 예측된 값이 실제 관찰값을 더 정확히 예측하는 것을 볼 수 있다.⁵⁾

최종모형에 따르면, 내국인 관광객을 제외한 독립변수와 모든 통제변수가 월별 폭력범죄율에 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타났다. 내국인 관광객의 증감은 월별 폭력범죄율에 의미 있는 관련성을 보이지 않는 반면, 외국인 관광객의 수는 월별 폭력범죄율과 유의미한 연관성을 나타낸 것이다. 구체적으로는 외국인 관광객의 수가 10만명 증가할수록 폭력범죄가 약 4.72건 정도 증가하는 것으로 해석할 수 있다. 이는 폭력범죄에 대한 전국 추세, 계절 패턴과 같은 통제변수를 고려한 결과이며, 이러한 통제변수 역시 월별 폭력범죄율에 대해 유의미한 관련성을 가지는 것으로 나타났다.



〈그림 6〉 잔차의 시계열 추이

5) 수정된 R^2 값에 따르면, 회귀식으로 추정된 값은 종속변수 분산의 85%를 설명하는 것으로 나타났다 (표 3).



〈그림 7〉 단순모형 (Model 1)과 최종모형 (Model 4)의 예측값-관찰값 비교

V. 논의 및 시사점

이상으로 내·외국인 관광객의 증감이 월별 폭력범죄 발생과 가지는 연관성을 분석하였다. 분석결과를 종합하면, 제주도 내의 폭력 사건은 전국 폭력 사건의 추세와 현저한 관련성을 가지고, 명확한 계절성을 보였는데, 이러한 관련성을 모두 고려한 분석 모형에서도 외국인 관광객과의 관련성은 유의미하게 나타났다. 반면, 내국인 관광객과 폭력범죄와의 관련성은 확인되지 않았다. 아울러 분석과정을 통하여, 전국 범죄추세나 계절성 변수와 같은 통제변수를 추가하는 것이 모델의 성능 향상이나 회귀 가정에 부합하는 분석을 위하여 유의미하게 기여하였다는 것을 알 수 있었다.

이 연구는 그간 국내 연구에서 잘 다루어지지 않았던 관광객과 폭력범죄의 관련성이라는 주제의 측면에서 뿐 아니라 관광객과 폭력범죄를 다룬 국외 연구에서도 많이 시도되지 않은 시계열 분석을 수행하였다는 점에서 그 의의가 있다. 특히 본 연구의 경우, 외부변수의 영향을 차단하기 용이한 연구지역의 지리적 특성에 더해 관광객의 영향이 비교적 많이 나타날 수 있는 제주도 내 관광객과 거주민 비율, 연

구기간 중 내·외국인 관광객의 상이한 추이와 외국인 관광객의 급작스러운 변화 등 일반적인 관광지에서 쉽게 관찰하기 어려운 상황이 맞아 떨어져서 연구가 가능했던 측면이 있다.

그러나 분석결과가 실제 관광객과 범죄에 대한 보편적인 특징을 반영하는지에 대해서는 추가적인 연구가 이루어져야 할 것으로 보인다. 예를 들어, 이 연구의 결과만 가지고는 왜 내국인 관광객의 증가가 폭력범죄로 이어지지 않는 반면, 외국인 관광객의 증가가 폭력범죄의 증가와 연관성을 가지는지 명확히 설명하지 못한다. 내국인의 경우, 한국인으로서 가지고 있는 공통된 정서나 내재된 규범이 일탈을 통제하는 반면 외국인의 경우 그러한 통제의 기제가 작용하지 않기 때문인가. 아니면 깨진 유리창 이론에서 주장하는 것처럼 외국인 관광객의 증가가 지역주민의 영역성과 비공식적 통제를 약화시켜서 범죄의 증가로 이어진 것인가. 이 연구의 분석은 이러한 문제에 답할 수 있도록 구성된 것이 아니므로, 이후 후속연구를 통해 관련 주제에 대한 새로운 접근을 시도할 필요가 있다. 내·외국인 관광객을 상대로 하는 설문조사나 지역주민의 내·외국인 관광객에 대한 인식조사 등을 실시할 수 있을 것이다. 사건 데이터에 대한 접근이 가능하다면 제주 지역 내 실제 폭력사건의 피의자 특징을 분석하는 연구를 수행할 수도 있을 것이다. 따라서 이러한 후속연구가 수행되지 않은 채로 이 연구의 분석결과 성급히 일반화하는 것은 근거가 부족한 외국인 혐오로 이어질 수 있으므로 주의하여야 한다.

반면, 지역치안을 담당하는 경찰이나 적극적으로 관광객을 유치해야 하는 지방정부의 입장에서는 늘어나는 관광객에 따른 치안환경의 변화나 지역주민의 만족도 등을 고려해 정책을 결정할 수 있을 것이다. 예를 들어, 외국인의 관광객의 증가가 직접·간접적인 영향을 통해 폭력범죄의 증가와 관련된다면, 폭력이 증가할 것으로 예상되는 시즌에, 관광지 등 예상되는 지역을 중심으로 집중순찰 등을 실시하여 폭력범죄를 미연에 예방할 수 있을 것이다. 또한 지방정부 역시도 관광객의 증가가 지역치안에 부정적인 영향을 미칠 수 있음을 감안하여, 관광객 유치를 위한 정책을 수행함에 있어서 지역 주민과의 공감대를 형성하는데 더 노력할 필요가 있을 것이다.

참고문헌

1. 자료 및 기사출처

- 관광경찰 홈페이지 (<http://tourist.police.go.kr/>)
연합뉴스 (<https://www.yna.co.kr/>)
제주관광협회 홈페이지 (<http://visitjeju.or.kr/>)
제주특별자치도 홈페이지 (<https://www.jeju.go.kr/>)
통계청 국가통계포털 (<http://kosis.kr/>)
한국관광공사 홈페이지 (<http://kto.visitkorea.or.kr/>)

2. 학술논문과 단행본

- Akaike, H. (1974). A new look at the statistical model identification. In *Selected Papers of Hirotugu Akaike* (pp. 215 - 222). Springer.
- Anderson, C. A. (1987). Temperature and aggression: Effects on quarterly, yearly, and city rates of violent and nonviolent crime. *Journal of Personality and Social Psychology*, 52, 1161 - 1173.
- Barker, M., Page, S. J., & Meyer, D. (2002). Modeling tourism crime: The 2000 America's cup. *Annals of Tourism Research*, 29, 762 - 782.
- Berkowitz, L. (1983). Aversively stimulated aggression: Some parallels and differences in research with animals and humans. *American Psychologist*, 38, 1135 - 1144.
- Box-Steffensmeier, J. M., Freeman, J. R., Hitt, M. P., & Pevehouse, J. C. W. (2014). *Time Series Analysis for the Social Sciences*. Cambridge: Cambridge University Press. Cambridge Core.
- Breusch, T. S. (1978). Testing for autocorrelation in dynamic linear models. *Australian Economic Papers*, 17, 334 - 355.

- Breusch, T. S., & Pagan, A. R. (1979). A simple test for heteroscedasticity and random coefficient variation. *Econometrica: Journal of the Econometric Society*, 1287 - 1294.
- Bushman, B. J., Wang, M. C., & Anderson, C. A. (2005). Is the curve relating temperature to aggression linear or curvilinear: Assaults and temperature in Minneapolis reexamined. *Journal of Personality and Social Psychology*, 62 - 66.
- Cohen, L. E., & Felson, M. (1979). Social change and crime rate trends: A routine activity approach. *American Sociological Review*, 44, 588 - 608.
- Cohn, E. G. (1990). Weather and crime. *The British Journal of Criminology*, 30, 51 - 64.
- Cohn, E. G., & Rotton, J. (2000). Weather, seasonal trends and property crimes in Minneapolis, 1987 - 1988. A moderator-variable time-series analysis of routine activities. *Journal of Environmental Psychology*, 20, 257 - 272.
- Cotton, J. L. (1986). Ambient temperature and violent crime. *Journal of Applied Social Psychology*, 16, 786 - 801.
- Farrell, G., & Pease, K. (1994). Crime seasonality: Domestic disputes and residential burglary in Merseyside 1988-90. *The British Journal of Criminology*, 34, 487 - 498.
- Godfrey, L. G. (1978). Testing against general autoregressive and moving average error models when the regressors include lagged dependent variables. *Econometrica: Journal of the Econometric Society*, 1293 - 1301.
- Haberman, C. P., Sorg, E. T., & Ratcliffe, J. H. (2018). The seasons they are a changin': Testing for seasonal effects of potentially criminogenic places on street robbery. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 55, 425 - 459.
- Han, S., Nobles, M. R., Piquero, A. R., & Piquero, N. L. (2019). Crime Risks Increase in Areas Proximate to Theme Parks: A Case Study of Crime

- Concentration in Orlando. *Justice Quarterly*, 1 - 20.
- Harper Jr, D. W. (2000). Planning in tourist robbery. *Annals of Tourism Research*, 27, 517 - 520.
- Hipp, J. R., Curran, P. J., Bollen, K. A., & Bauer, D. J. (2004). Crimes of opportunity or crimes of emotion? Testing two explanations of seasonal change in crime. *Social Forces*, 82, 1333 - 1372.
- Hirschi, T., & Selvin, H. C. (1967). *Delinquency research: An appraisal of analytic methods*. Free Press.
- Kelling, G. L., & Wilson, J. Q. (1982). Broken windows. *Atlantic Monthly*, 249, 29 - 38.
- Kwiatkowski, D., Phillips, P. C., Schmidt, P., & Shin, Y. (1992). Testing the null hypothesis of stationarity against the alternative of a unit root. *Journal of Econometrics*, 54, 159 - 178.
- Landau, S. F., & Fridman, D. (1993). The seasonality of violent crime: The case of robbery and homicide in Israel. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 30, 163 - 191.
- Maguire, M. (2012). Criminal statistics and the construction of crime. In *The Oxford handbook of criminology* (Vol. 5, pp. 206 - 244). Oxford University Press Oxford.
- McPheters, L. R., & Stronge, W. B. (1974). Crime as an environmental externality of tourism: Miami, Florida. *Land Economics*, 50, 288 - 292.
- Morrison, W. D. (1891). *Crime and its Causes* (Vol. 27). S. Sonnenschein & Company.
- Mosher, C. J., Miethe, T. D., & Hart, T. C. (2010). *The mismeasure of crime*. Sage Publications.
- Quetelet, A. (1842). *A Treatise on Man and the Development of His Faculties*. W. and R. Chambers.
- Schwarz, G. (1978). Estimating the dimension of a model. *The Annals of*

- Statistics*, 6, 461 - 464.
- Shapiro, S. S., & Wilk, M. B. (1965). An analysis of variance test for normality (complete samples). *Biometrika*, 52, 591 - 611.
- Van Tran, X., & Bridges, F. S. (2009). Tourism and Crime in European Nations. *E-Review of Tourism Research*, 7.
- Woolhiser, D. A., & Pegram, G. (1979). Maximum likelihood estimation of Fourier coefficients to describe seasonal variations of parameters in stochastic daily precipitation models. *Journal of Applied Meteorology*, 18, 34 - 42.
- 김기용. (2013). 관광지 안전과 관광경찰의 역할. **한국관광정책**, 79 - 86.
- 김성환. (2017). 지역사회 경찰활동 적용을 통한 한국관광경찰대의 개선방안에 관한 연구. **한국콘텐츠학회논문지**, 17, 582 - 589.
- 노정희. (2008). 관광 목적지로서의 지각된 위험과 관광지 이미지가 한국 방문 의사에 미치는 영향에 관한 연구. **관광레저연구**, 20, 169 - 188.
- 박억중. (2013). 관광경찰제 도입에 따른 관광경찰의 실무적인 역할에 관한 연구. **자치경찰연구**, 6, 24 - 38.
- 박한호. (2015). 관광범죄피해자의 논의를 통한 피해방지 및 지원 방안: 취약성 이론에 근거한 설명을 중심으로. **피해자학연구**, 23, 5 - 26.
- 박한호. (2018). 관광치안 확립을 위한 논의. **한국민간경비학회보**, 17, 45 - 70.
- 박한호, & 한상암. (2013). 관광 지향적 경찰활동에 관한 연구-제주특별자치도를 중심으로. **한국경찰학회보**, 15, 71 - 102.
- 유지윤. (2013). 위기의 시대, 관광 위기의 전략적 관리가 필요하다. **한국관광정책**, 32 - 41.
- 이영식, & 정덕영. (2008). 치안환경과 관광객의 안전인식에 관한 연구. **한국경찰학회보**, 10, 171 - 196.
- 이창무, & 이도선. (2013). 외국인 관광객 대상 위법행위 실태와 관광경찰제도에 관한 연구. **한국경호경비학회지**, 197 - 220.
- 전대양, & 김종오. (2013). 관광경찰의 도입과 개선방안. **한국행정학회 학술발표논문**

문집, 83 - 94.

정귀, & 박상희. (2017). 중국인의 관광위험지각이 한국 방문의도와 관광지 전환행동에 미치는 영향. **관광연구**, 32, 149 - 168.

조현빈, & 조민상. (2015). 관광경찰대 도입 및 정착과정에 관한 인식 연구. **한국산학기술학회 학술대회논문집**, 537 - 539.

Time Series Analysis on the Association between Tourists and the Monthly Violent Crimes: A Case Study of Jeju Special Self-Governing Province

Jung, Yeondae*

Tourists may contribute to the occurrence of violent crime as vulnerable victims or motivated offenders, and increasing access of non-residential tourists may result in weakened territoriality or social controls of the local residents, which ultimately end up with increased violent crimes. Therefore, the association between tourism and crime has been studied in the literature. However, the subject has less been addressed in Korean criminological research. This study aims to investigate the temporal association between tourists and monthly violent crimes separating the nationality of the tourists: domestic and foreign tourists. The analytical process utilizes the variables to control spurious association between the independent and dependent variables: the national trends of violent crimes and the seasonality. The results show that the final model accounting for the control variables is superior to the simple regression model ignoring those effects and more reliable because it conforms the analytical assumption of the ordinary least squares estimation. According to the final model, the number of foreign tourists is shown to be significantly associated with the monthly assault rates while the number of domestic tourists does not show the similar association. Based on the results, policy implications are discussed, and follow-up research is suggested to verify the implication of this study.

❖ key words: tourists, assaults, time series analysis, national trends, seasonality

* Big Data Policing Division, the National Police Agency, Sergeant, PhD in Geospatial Information Sciences

형사정책연구 여름호 논문투고 안내

형사정책연구 '여름호' 원고를 모집합니다. 원고접수 마감일은 2020년 8월 31일(월)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 8월 31일(월)
- 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 민 영 (한국형사정책연구원 범죄조사연구실 연구위원)

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 : 구 교 원 (한국형사정책연구원 기획조정실 선임행정원)

형사정책연구

제31권 제2호(통권 제122호, 2020·여름호)

발행인 : 한 인 섭

발행처 : 한국형사정책연구원

서울시 서초구 태봉로 114

전화 (02)3460-5100

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2020년 6월 30일

인 쇄 : 경성문화사

전화 (02)786-2999

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

[정가 : 10,000원]

