

# 형사정책연구

**KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW**

제31권 제3호(통권 제123호)

2020 · 가을호

**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 제3호(통권 제123호, 2020·가을호)

## [ 연구논문 ]

회화제작의 예술적 자유와 회화거래의 형법적 한계

▶ 이상돈 ..... 1

형사제재의 실질적 이원주의 정립을 위한 소고-재범의 위험성 판단과 관련하여

▶ 박상민 ..... 37

자적장애인 대상 성폭력 사건의 양형과 감경사유: 판례분석을 중심으로

▶ 이미선 · 정주은 ..... 67

제정 수사준칙상 피의자신문 이전 절차에 관한 고찰

-출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 문제를 중심으로

▶ 이형근 ..... 95

미국 지역경찰의 공권력 남용 논란에 대한 연구

▶ 남궁 현 ..... 135

테러리스트 급진화에 대한 조직행동론적 분석과 정책적 대안

Tuckman의 집단발달 이론의 적용

▶ 이동혁 · 정지수 ..... 167

공간패널모형을 활용한 절도 및 폭력범죄와 사회구조적 변인 간의 관계 분석

▶ 염윤호 ..... 201

# KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

---

Vol. 31, NO. 3 (September, 2020)

## [ Article ]

Artistic Freedom of Painting Production and Criminal Legal Limits of Painting Transactions

▶ Sangdon Yi ..... 35

Proposal for the establishment of practical Dualism in Criminal Sanctions  
- Regarding the Risk of Recidivism

▶ Park, Sang-Min ..... 64

Sentencing and Reasons for Reduction in Sexual Violence Cases for Victims  
with Intellectual Disabilities: Focusing on Analysing Courts Cases

▶ Yi, Mi Sun · Jung, Ju Eon ..... 93

A Study on Pre-interrogation Clauses of Criminal Investigation Rules in 2020  
- In Connection with Request for Appearance, Defense Counsel's Participation  
and Private Interrogation -

▶ Lee, Hyoung Keun .....132

Examining Factors Contributing to Police Use of Force in the US

▶ Namgung, Hyon .....164

Analysis of Organizational Behavior Theory and Consideration of Policy  
Alternatives for Radicalization of Terrorists

▶ Donghuck Lee · Jisu Jeong .....198

Examination of relationship between theft/violent crime and social structural  
variables with spatial panel data models

▶ Yeom, Yun-ho .....231

## 회화제작의 예술적 자유와 회화거래의 형법적 한계\*

이상돈\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

법은 회화제작의 방법과 저작자 결정에서는 예술의 자유와 예술가들의 공동체적 자율을 존중해야 하지만, 예술가와 시민의 거래영역에서는 시민적 자유(와 재산) 보호를 위해 필요최소한의 범위에서 예술의 자유에 개입하여 그 법적 한계를 설정하여야 한다. 예술적 의미에서 회화의 작가는 창작적 표현작업 대부분을 한 화가이지만, 법적 의미의 저작자는 그 작품의 구상을 일러 주고 그 표현작업을 시킨 화가가 될 수도 있다. 이로써 예술과 법 사이에 부정합이 생기고, 예술의 자유와 시민적 자유(와 재산)가 충돌한다. 이 충돌을 해소하는 것은 사기죄의 올바른 해석이다. 회화작품을 시장에서 거래할 때 저작자인 화가는 도덕적 사고나 소비자보호 또는 공정거래의 법리에 의해 거래상대방에게 다른 화가가 표현작업을 했음을 고지할 신의칙상의 보증인의무를 진다. 다만 거래작품이 개념미술인 경우에는 그런 고지의무가 없다. 하지만 화투 회화작품은 신표현주의 회화에 가까우며, 개념미술에 해당하지 않는다. 이 고지의무위반으로 거래상대방은 착오에 빠져 구매계약을 하였고, 피고인 화가는 높은 가격으로 매도하는 재산상 이익을 취득하였으며 거래상대방은 그에 상응하는 손해를 입었다. 따라서 사기죄가 성립한다. 만일 거래상대방이 거래작품이 진작이 아님을 이미 알고 있었다면 기망과 착오 사이의 인과관계가 없으므로 사기미수만 성립할 수 있다. 또한 매도인 화가가 자신의 행위가 사기죄에 해당함을 알지 못하였다면 포섭착오 형태의 법률의 착오를 한 것이고, 도덕적 고지의무의 위반으로 적법성 심사계기가 있었음에도 스스로 판단하여 문제가 없다고 생각했다면, 정당한 이유는 인정되지 않는다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.09.30.3.1>

❖ 주제어 : 예술의 자유, 화투회화, 체계간 원칙, 개념미술, 보증인의무, 사기죄

\* 이 논문은 고려대학교 법학전문대학원 특별연구비에 의하여 수행되었음.

\*\* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

## I. 문제제기

### 1. 화투회화작품 사건

예술의 자유(헌법 제22조 제1항)는 작가가 그의 예술작품을 만드는 방법의 자유를 포함한다. 작가는 자신의 작품을 자유롭게 구상할 뿐만 아니라 그 구상을 어떤 재료, 어떤 표현기술과 방법으로 구체화할 것인지에 관해서도 자유를 누린다. 하지만 작가 이외의 다른 화가가 작품제작을 떠맡은 경우에는 그 작품의 예술적 가치에 대한 평가와 작품의 작가 또는 저작권자가 누구인지에 대한 물음이 생기고, 거래상대방에게 그 점을 고지할 법적 의무도 문제된다. 이런 문제의 전범이 한 유명가수의 화투회화작품 사건이다. 이 글은 이 사건의 공소사실 중 다음의 사안(이하 ‘이 사건’)을 대상으로 삼아 논의한다.

유명가수 甲은 화투를 잘라 붙이는 콜라주 기법의 작품(예: 1986년 Play Of Universal Flags)에서 앤디워홀의 초상화 등에 비견되는 오브제 차용의 결정판을 발견한 후 화투를 이미지로 사용한 회화작품(예: 2008년 다섯 장 동양화 등)을 발표하였다. 甲은 언론과 인터뷰에서 그 그림들을 자신이 직접 그린다는 인상을 주었고, 2009. 9. KBS 방송에서는 “칠하는 것은 내가 칠하나, 이 아이가 칠하나 똑같잖아”라고 하며 작품제작을 돕는 미술가를 공개하였다. 2012년 甲은 미국에서 활동한 화가 乙에게 ‘용무늬 꽃병 위에 오광과 이파리를 배열하여 그림을 그려보라’라는 추상적 아이디어를 제공하고, 乙은 캔버스에 아크릴 물감을 이용하여 임의로 오광을 배치하고 이를 회화로 표현하고 완성하여 甲에게 넘겨주었고, 甲은 그 그림의 외곽에 이파리와 빈 사각형 몇 개를 그려 넣고 배경에 경미한 덧칠 작업을 한 다음 자신의 서명을 하고 2012. 4. H 갤러리의 <甲 초대전>에서 “극동에서 온 꽃”이라는 이름으로 전시하여 丙에게 1,200만원에 판매하였다. 甲은 비슷한 여러 사건과 함께 사기의 공소사실로 기소되었다.

이 사건에 대해 제1심 법원은 甲에게 징역 10월, 집행유예 2년을 선고한 반면, 항소 법원은 무죄를 선고하였고 대법원은 상고를 기각하여 무죄를 확정지었다.<sup>1)</sup>

1) 제1심판결은 서울중앙지방법원 2017. 10. 18. 선고 2016고단5112 판결, 항소심판결은 서울중앙지방법원 2018. 8. 17. 선고 2017노3965 판결, 상고심판결은 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결 참조.

## 2. 법적 성찰의 세 가지 층위

이 사건은 계약책임이나 사기죄의 성립여부와 같은 법률해석의 물음에서 시작하여, 예술비평과 사법의 관계와 같은 법이론적 물음을 지나 예술과 법의 관계에 대한 법철학적 물음까지 던져준다. 이 사건과 같이 사기죄가 성립하느냐와 같은 형법문제에 대해 답을 하는 것은 다른 두 층위의 물음에 대해 ‘동시에’ 답을 하는 것이기도 하다. 이 세 층위의 물음에 대한 대답은 서로 정합적이어야 한다. 그렇기에 이 글은 이 세 층위의 동시적 문제들을 다음과 같은 순차로 논의한다.

- 첫째, 이 사건의 대법원은 ‘사법자제’(Judicial Restraint)의 원칙을 예술에 대하여 적용하여 상고기각을 하였는데, 이는 사법자제원칙을 형법상 하나의 새로운 법원칙으로 만든다. 그러나 이런 적용이 타당한지, 그 근거는 무엇인지, 예술 이외의 다른 사회영역에도 적용되는지, 적극적 사법과는 어떤 관계에 있는지 등의 문제가 등장한다 (아래 II.).
- 둘째, 이 사건의 항소심 판결처럼 화투회화작품을 개념미술(conceptual art)로 인정할수록, 작품을 구상하고, 제목과 제작 방식, 완성 시점과 전시 등을 결정한 사람만 작가가 되고, 표현작업을 한 화가의 존재는 구매정보로서 중요하지 않게 되며, 그 점을 구매자에게 알릴 의무도 없게 된다. 따라서 사기죄도 성립하지 않게 된다. 이에 반해 제1심 판결처럼 화투회화작품의 개념미술성에 대해 회의를 하면 다른 화가가 표현작업을 한 점은 작품거래에서 중요사항이 되고 이를 구매자에게 알릴 의무도 발생하며 이를 다하지 않으면 부작위는 사기죄에 해당할 수도 있게 된다.<sup>2)</sup> 여기서 화투회화작품이 개념미술에 속하는가 하는 예술비평의 문제가 등장한다 (아래 III.).
- 셋째, 화투회화작품이 개념미술이 아니라는 비평적 판단이 내려지면, 이 사건 작품의 표현작업을 다른 화가가 했다는 점을 구매자에게 고지하지 않은 부작위는 보증인의무의 위반인지, 그 위반은 구매자의 착오와 재산처분행위를 유발했는지 등이 사기죄의 성립요건으로 검토되어야 한다. 또한 매도인인 화가(甲)가 그런 고지의

2) 여기서 사기죄 성립에 대한 예술비평의 영향은 사기죄의 법적 성립 요건이나 기준을 좌우한다는 의미가 아니라 사기죄를 해석·적용하는 법관의 선지식 또는 선이해에 영향을 미쳐 구체적인 사건의 사기죄 성립 판단에 중요한 영향을 미친다는 의미임에 주의를 요한다.

무위반이 사기죄가 됨을 알지 못한 점은 법률의 착오, 특히 포섭착오에 해당하는지, 그리고 착오에 정당한 이유가 인정되는지 등의 형법해석론적 문제가 등장한다(아래 IV.)

## II. 예술과 법의 상호관계

### 1. 사법자제와 적극사법 사이의 법원

이 사건에서 대법원이 상고기각을 한 이유들 중 하나로 다음과 같은 예술에 대한 사법자제(judicial self-restraint) 원칙의 적용을 들 수 있다.

“미술작품의 거래에서 기망 여부를 판단할 때에는 그 미술작품에 위작 여부나 저작권에 관한 다툼이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 미술작품의 가치 평가 등은 전문가의 의견을 존중하는 사법자제 원칙을 지켜야 한다. 법률에만 숙련된 사람들이 회화의 가치를 최종적으로 판단하는 것은 위험한 일이 아닐 수 없…기 때문이다.”<sup>3)</sup>

#### 가. 예술에 대한 사법자제

사법자제는 헌법재판소와 법원에 의해 각각 실현될 수 있다. ① 헌법재판소의 사법자제는 주로 통치행위나 좁은 의미의<sup>4)</sup> 정치문제에 대한 판단을 최대한 자제하도록 한정합헌결정이나 헌법불합치결정의 방식으로 실현된다.<sup>5)</sup> 한정합헌결정은 법률내용의 제한해석을 통해 그 법률의 효력을 지속시키는 결정이고, 헌법불합치결정은 위헌결정이 초래할 법적 공백과 그로 인한 혼란을 방지하기 위해 입법자에게 일정한 유예기간을 주고 법률내용을 합헌적으로 보완할 수 있게 하는 결정이다.

---

3) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결 참조.

4) 사법자제에서 정치의 개념은 불확실하지만 공동체의 의사를 형성하는 정치로 보인다. 정치 개념의 세분화된 이해로는 이상돈, 법의 깊이, 법문사, 2018, 423~431쪽 참조.

5) 이런 입장으로 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2013, 124, 1019쪽 참조. 이에 따르면 한정위헌결정보다 한정합헌결정을 우선하라는 이론구성도 사법자제를 더욱 실현하는 것이다.

② 이에 비해 법원의 사법자제는 외교관계에서 행정부가 취한 행위를 판정하지 않으며 외국의 주권국가가 취한 행위의 합법성(legitimacy)을 심사하지 않는 것이다.<sup>6)</sup> 법원의 사법자제는 국가가 국제사회에서 단일한 목소리를 내기 위한 목적을 쫓는 것이기도 하다. 이렇게 볼 때 이 사건처럼 외교관계 문제가 아니라 국민들 간의 사적 분쟁을 규율하는 법의 해석·적용에서 사법자제원칙을 원용하는 것은 이 원칙의 본래 적용영역을 벗어난 것이다. 이런 원용은 사법자제와 정의·인권실현임무의 방치(Untätigkeit)를 뒤섞어 놓는다.<sup>7)</sup> 즉, 예술품거래에서 발생하는 분쟁에 대한 사법자제는 예술품을 거래하는 시민의 합리적 경제행위(재산권행사)가 위태로워지는 것을 방지하게 만들 수 있다. 이런 문제점은 대법원이 사안에 따라 사법자제와 정반대로 적극적 사법을 취함으로써 더 커진다.

## 나. 예술에 대한 적극적 사법

적극적 사법이란 법원이 “정의실현을 위해 필요한 한도 내에서 성문규정의 의미를 과감하게 확대해석하거나 축소·제한해석을 함으로써 실질적인 법창조 기능을 발휘”<sup>8)</sup>하는 것을 말한다. 여기서 “정의실현”이란 자유민주적 법치국가의 헌정체제에서는 헌법합치적인 법률해석으로, 그리고 ‘과감한 확대해석이나 축소·제한 해석’이란 법률의 흠결을 보충하거나 법률문언을 수정하는 해석, 즉 법률보충적(*praeter legem*) 또는 법률수정적(*contra legem*)<sup>9)</sup> 법형성으로 이해할 수 있다. 적극적 사법의 판결들은 종종 그 취지를 실현하는 의회의 후속 입법을 가져온다. 그렇기에 적극적 사법의 법원은 사실상 의회정치에 준하는 기능을 수행한다. 바로 그런 점에서 적극적 사법의 판결은 판례변경이 필요한 경우에도 소급입법금지처럼 당해 사건에는 적용하지 않고 장래에 발생하는 사건부터 적용한다는 ‘장래적 판례변경’<sup>10)</sup>의 형식을 취하기도 하며, 신의성실원칙이나 공서양속과

6) 이에 관해서는 D. McGoldrick, “The Boundaries of Justiciability”, *International & Comparative Law Quarterly*, Volume 59, Issue 4, 2010, 981~1019쪽, 특히 1000쪽 참조.

7) 이 점을 지적하는 R. Streinz·Christoph Herrmann, “Missverständener Judicial Self-restraint - oder: Einmischung durch Untätigkeit”, *EuZW*, 2007, 289쪽 참조.

8) 이회창, “사법의 적극주의”, 법학, 제28권, 2호, 1987, 150쪽.

9) 법률문언에 반하거나 수정하는 법형성의 대표관례로 어음면상 발행지의 기재가 없으나 기타 어음면의 기재로 보아 그 어음이 국내에서 어음상 효과를 발생시키기 위해 발행된 것이 인정되는 경우, 국내어음으로 추단하는 해석(대법원 1998. 4. 23. 선고 95다36466 전원합의체 판결)을 들 수 있다.

같은 일반조항을 즐겨 사용한다.

적극적 사법의 모습은 지금까지 대법원이 예술작품의 표현영역에까지 음란하다거나 이적성이 있다는 이유로 처벌해온 판례들에서도 발견된다. 가령 최경태의 <여고생-포르노그래피전(2001)>을 음란하다고 처벌하고,<sup>11)</sup> 신학철의 <모내기(1987)>를 이적표현물이라고 처벌한<sup>12)</sup> 것처럼, 대법원은 회화의 예술성을 적극적으로 판단하고, 그 예술성을 음란성 또는 이적성과 저울질하여 예술성이 음란성이나 이적성을 소멸시킬 정도로 충분하지 못하다고 판단되면 어김없이 형사처벌을 해왔다. 예술에 대한 적극적 사법은 예술의 표현영역에서만이 아니라 판매와 같은 거래영역에서도 마찬가지였다. 이를테면 대법원은 고야(Goya)가 그린 귀족부인 <나체의 마야>(The Nude Maja)를 성냥갑에 인쇄하여 판매한 행위를 음화제조·판매죄로 처벌하였다.<sup>13)</sup> 이는 성냥갑에 인쇄된 <나체의 마야>가 예술적이지 않다는 판단을 전제한 것이다. 하지만 만일 대법원이 그 성냥갑의 인쇄가 <나체의 마야>을 포르노처럼 보여주는 것이 아니라, 비록 불완전하지만 그 원화가 보여주는 것을 표현한다는 예술적 판단을 하였다면, 그 성냥갑은 음란물로 판단되지 않았을 것이다.<sup>14)</sup> 또 다른 예로 2002년 월드컵대회 당시 유명해진 히딩크 벡타이의 도안과 유사한 도안으로 벡타이를 제조·판매한 행위를 응용미술작품의 저작권침해죄로 처벌한 경우를 들 수 있다.<sup>15)</sup> 이 판결에서도 대법원은 유사 도안이 독자적인 응용미술작품이 될 수 없다는 예술적 판단<sup>16)</sup>을 내리고 있다.

10) 이를 사법적극주의로 보는 윤진수, “한국 대법원의 형사사건 성공보수 판결: 일반조항, 사법적극주의 그리고 장래적 판례변경”, 한국법철학회 월례독회발표문(2020.6.27.) 참조.

11) 대법원 2002. 8. 22. 선고 2002도2889 판결.

12) 대법원 1998. 3. 13. 선고 95도117 판결.

13) 대법원 1970. 10. 30. 선고 70도1879 판결.

14) 단토(Danto)는 상업적 이용의 경우를 언급(mention)으로, 그림이 원래처럼 보여지도록 하는 경우를 이용(use)라고 하여, 후자의 경우에는 예술로서 향유되고 있는 것이라고 보았다. 이에 관해서 Arthur C. Danto, *After the End of Art*, Princeton University Press, 1997, 특히 209쪽 아래 참조.

15) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도7572 판결.

16) 이와 반대의 비평으로 이상돈, 법의 예술, 법문사, 2020, 22~23쪽 참조.

## 다. 사법의 자제와 적극의 양면성과 정치성

이처럼 대법원이 사법자제와 사법적극 사이를 오락가락 하게 되면, 예술에 대한 법원의 판결들은 법치국가성의 핵심인 정합성(coherence)을 잃어버리게 되고, 법원의 역할에 관한 정체성 위기가 생길 수 있다. 이에 대해 “유능하고 자기책무를 다하는 사법부는 자기억제와 적극주의의 양면성을 갖추고 양자를 적절히 구사할 수 있어야 한다”<sup>17)</sup>고 말하는 것만으로는 이 문제를 해결할 수 없다. 언제 사법자제를 취하고, 언제 사법적극의 태도를 취해야 하는지에 관한 메타규칙이 정립되지 않았기 때문이다. 그렇기에 대법원은 이 사건에 대한 판결처럼 사법자제를 원용하여 개인의 재산권과 같은 권리보호의 임무는 방치하면서도, 거꾸로 한일청구권협정에도 불구하고 일제강점기 강제동원 군수업체에 대한 손해배상청구권을 인정하는 판결<sup>18)</sup>처럼 외교나 국제관계 문제에 대해 사법적극주의를 취하여 외교관계의 마찰을 초래하기도 한다. 이 두 판결은 사법적극주의와 사법자제가 마치 본래의 적용영역을 서로 맞바꾼 것과 같은 모습을 보여준다. 여기서 각 판결들의 현실적 필요성과 도덕적·역사적 정당성 논의는 별개로 하고, 이처럼 메타규칙이 없는 사법자제와 사법적극의 법원 판결은 언제나 정치적인 결정이라는 의혹으로부터 또는 적어도 자의적인 판결이라는 비판으로부터 자유롭기 어렵게 된다.

## 2. 사법자제와 체계간 원칙

그런데 사법자제는 1920~1930년대 미국에서 형성되어 100년의 시간이 흐른 것이다. 사법자제의 의미는 참여민주주의와 민주적 법치국가, 포스트모던 문화와 법다원주의가 터 잡은 오늘의 사회현실에 적합하게 재해석할 필요가 있다.

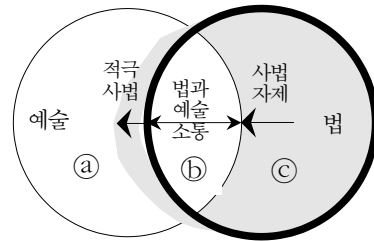
### 가. 체계간 원칙으로 사법자제

이 사건에 적용된 사법자제의 취지는 예술문제에 대한 법의 무조건적인 불개입과 방치(아래 그림 ㉔)에 있지 않고, 형법이 예술의 고유성을 권력적으로 억압하는 것을 성찰

17) 대법원 1985. 5. 28. 선고 81도1045 전원합의체 판결의 이회창 판사 등의 반대이견.

18) 대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결.

하고, 예술적 자유를 최대한 보장하는 데에 있을 것이다. 그런데 이런 취지는 일방향이 아니라 쌍방향이어야 한다. 즉 예술적 자유도 형법적 법익인 시민적 자유와 재산권 등의 법익을 파괴하는 작용을 성찰하고, 자신의 한계를 설정하여야 한다. 이처럼 형법과 예술의 상호존중과 자기성찰로 재해석된 사법자제원칙은 예술과 법의 범주적 충돌을 조정하고, 예술체계와 법체계를 통합시키는 기능을 한다고 볼 수 있다. 이는 예술뿐만 아니라 다른 사회영역과 법의 관계에도 마찬가지로 타당하다. 오늘날 법외의 다른 사회체계들은 법과는 다른 합리성을 추구하고, 법적 정의와 범주적으로 충돌하기도 한다. 국가는 법체계와 사회체계 사이의 이러한 충돌을 조정하고, 그 체계들을 서로 통합해야 하는 과제를 지고 있다.<sup>19)</sup> 가령 경영판단원칙(Business Judgement Rule)<sup>20)</sup>은 경영과 법 사이에서 이런 체계통합의 과제를 이행한다.<sup>21)</sup> 이런 원칙을 체계간 원칙(intersystemic principle)<sup>22)</sup>이라고 부를 수 있다. 이런 원칙에 의하면 예술적 자유의 향유가 형법상 보호법익을 위태화하지 않은 영역(옆 그림의 ㉠)에서는 예술이 법과 다른 고유성을 가질 수 있고, 법은 이를 존중하여야 한다. 이는 사법자제원칙에 의해서도 마찬가지이며, 그 한에서 사법자제원칙은 법체계와 예술체계 사이에서 체계통합을 하는 체계간 원칙으로 기능할 수 있다.



19) 이에 관해서 자세히는 Sangdon Yi·Sung Soo Hong, “The Legal development in Korea: juridification and proceduralization”, Law and Society in Korea, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, 108~128쪽.

20) 2020. 7. 3. 발의된 상법개정안 제382조의5(“이사가 충분한 정보를 바탕으로 어떠한 이해관계를 가지지 아니하고, 상당한 주의를 다하여 회사에 최선의 이익이 된다고 믿으며 경영상의 결정을 내렸을 경우에는 회사에 손해를 끼쳤다고 하더라도 회사에 대하여 의무를 위반한 것으로 보지 아니한다.”) 및 제622조 단서(“다만, 제382조의5에 따른 경영상의 결정일 경우에는 별하지 아니한다”) 참조.

21) 이에 관해 자세히는 이상돈, 경영판단원칙과 형법, 체계간 원칙(intersystemic principle)으로서 경영판단원칙의 기능과 형사법에서의 적용문제들, 박영사, 2015 참조.

22) 비슷한 관점의 사회학 연구로 A. Febbrajo·G. Harste, Law and Intersystemic Communication: Understanding ‘Structural Coupling’, Ashgate Pub., 2013 참조.

## 나. 공동체적 관계와 예술적 작가의 자율결정

이 존중의 의미를 이 사건에 대하여 대법원이 상고를 기각한 이유 가운데 하나를 예로 삼아 설명해본다. 대법원은 검사가 표현작업을 한 화가(乙)를 이 사건 작품의 창작적 표현의 주체, 즉 작가라고 보면서도 저작자를 甲으로 공표한 사실을 저작물차명공표죄(저작권법 제137조 제1항 1호)로 기소하지 않은 채 “원심에 저작물·저작자 등에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 주장하는 것은 형사소송법상 심판의 대상에 관한 불고불리 원칙에 반”한다고 보았다. ① 이런 판례의 입장은 화가가 아닌 일반인이 화가에게 도급계약으로 작품을 공급받는 경우에만 타당하다. 일반인인 도급인이 화가인 수급인과 작품의 “저작자”를 자신으로 삼기로 하는 계약을 하고, 실행하였다면, 그는 “저작자 아닌 자를 저작자로 하여 실명·이명을 표시하여 저작물을 공표한 자”로서 저작물차명공표죄가 성립할 수 있다. 이런 처벌규정은 예술저작물이 그것을 창작한 사람의 고유한 인격과의 통합성(integrity)을 지닌 표현물로서 유통되고, 향유되도록 하기 위한 것이다. 현행 저작권법이 예술작품을 매도한 이전이나 이후에까지 저작권격권을 인정하는 것도 같은 취지이다.

② 이에 반해 화가와 화가가 일정기간 어떤 작품의 형성에 다양한 역할비중으로 참여하여 작품을 제작하는 경우, 그 둘의 관계는 도급계약과 같은 ‘거래관계’로 환원되지 않고, 일정한 공동체관계의 성격을 갖는다. 이런 공동체적 관계들의 총합은 예술가공동체가 되고, 예술비평가와 관람자가 더해지면 예술사회(art world)가 성립한다. 공동체(Gemeinschaft)와 사회(Gesellschaft)를 구별하는 베버(M. Weber)에 의하면 목적지향적인 이익의 배분과 상호동위에 의한 합리적인 합의에 바탕을 두는 사회(예: 계약관계)와 달리, 공동체적 관계는 정서적(affektuell)이며 전통적인 성격의 주관적인 감정에 의한 구성원들의 결속감(Zusammengehörigkeit)에 바탕을 두는 관계이다.<sup>23)</sup> 공동체적 관계의 소속인들은 비경제적 역사적·문화적 가치와 의미를 공유하며 미래의 발전에 대한 비전과 믿음까지 공유한다. 인간관계는 이 두 측면을 모두 갖고 있을 수 있고, 그 비율에서 다양할 수 있다. 공동체적 관계의 비중이 높은 관계에 있는 화가들은 공동으로 형성한 작품의 저작자를 누구로 할 것인가를 자율적으로 결정할 수 있다.<sup>24)</sup> 이 자율결정권은

23) M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, 1980, 21~25쪽 아래 참조.

24) 이 관계는 교수와 제자의 관계에서도 같다. 교수가 원생을 각별히 지도하면 그 원생이 창작하는

공동체적 관계 속에 있는 예술가인격의 한 부분이기도 하다.

③ 그러므로 공동체적 관계에서는 예술적 의미의 작가와 법적 의미의 저작자 사이에 불일치가 생길 수 있다. 이 사건 화투작품의 창작적 표현의 대부분을 실행한 화가(乙)는 예술적 의미에서 작가가 되고, 그 사람과 계약을 하여 작품을 공급받은 화가(甲)는 법적 의미의 저작자가 되는 자율결정이 가능하기 때문이다. 법은 이러한 자율성을 존중하여야 한다. 가령 이 사건에서 화가(乙)가 예술적 의미의 작가라는 사실은 그를 저작자로 삼지 않았더라도 기존의 공소사실에 포함되어 있는 것이고, 그 사실을 심리하여 사기죄를 심판하는 것은 형사소송법상 불고불리원칙에 위배되지 않는다.

#### 다. 거래관계에서 사법자제의 재구성

그런데 법적인 저작자인 화가(甲)가 그 작품을 시장에서 거래하는 경우에는 예술가들의 공동체적 관계에 머무를 수 없고, 비예술가인 일반시민(이 사건의 丙)과의 이해관계가 문제되는 거래관계에 들어선다. 이때 다른 화가가 거래작품의 예술적 작가라는 점은 작품의 예술적 가치 판단과 매매가격의 결정<sup>25)</sup>에 간과할 수 없는 요소이다. 따라서 그런 사실을 거래상대방에게 알리지 않는 것은 시민적 자유와 재산을 건드리는 행위가 된다. 이런 거래행위는 시민적 자유와 예술적 자유가 충돌하고 경합하는 영역(위 그림의 ⑤)에 속한다. 이런 영역에서 법은 예술적 자유라는 이름으로 시민적 자유를 해칠 위험을 방지해서는 안 된다. 법은 예술적 자유와 시민적 자유를 균형 있게 보장하는 적절한 한계를 설정하여야 한다.

---

저작물에는 교수의 아이디어와 논증이 스며들어가기 쉽지만 그 저작물을 원생 개인의 저작물로만 공표하기도 하고, 지도교수를 공동의 저작자로 공표하기도 한다. 이런 학문공동체의 전통은 학문후속세대 육성과 학문발전의 문화적 틀이 된다. 따라서 교수와 제자의 관계를 계약관계로 환원하고 저작권을 따지는 것은 옳지 않다.

- 25) 예술작품의 거래가격은 이후에 그 작품과 같은 작가의 다른 작품에 대한 예술적 평가에 영향을 미친다. 김환기의 <여름>이 80억에 경매되고 난 후 사람들은 김환기 그림의 예술성을 더 높은 것으로 느낀다. 따라서 회화작품의 가격변수로써 친작여부도 작품의 예술성을 사회적으로 구성하는 요소가 된다. 아이디어나 표현양식은 예술성 구성의 내적 요소(*intrinsic value*), 거래가격은 외적 요소(*extrinsic value*)가 된다.

### 3. 법과 예술을 구성하는 예술비평

이런 거래영역에서 형법이 예술적 자유에 대한 한계를 설정할 때에는 그것이 예술에 대한 폭력이 되는지를 성찰하여야 한다. 이를 위해서는 거래된 작품에 대한 예술비평의 과정을 거치지 않을 수 없다. ① 첫째, 이 사건에서 그러한 예술비평의 핵심은 바로 거래 작품이 개념미술(conceptual art)인지 여부이다. 왜냐하면 개념미술일 경우에 창작적 표현작업은 그 작품의 작가를 결정하는 요소로서 비중이 최소화되고, 작품의 개념, 즉 아이디어나 사상을 만든 화가(甲)만이 작가이자 저작자가 되면서, 다른 화가(乙)가 창작적 표현작업을 했다는 점은 작품거래에서 가격을 결정하는 중요한 사항이 아니기 때문이다. 따라서 이 사건에서 사기죄가 성립하지 않기 위해서는 거래된 화투회화작품이 의심 없이 개념미술이어야 한다. 그런데 화투회화작품이 개념미술이나 아니냐는 작품에 대한 예술비평 없이는 판단할 수가 없다. 이때의 예술비평은 사기죄, 특히 친작이 아님을 고지할 의무의 해석을 좌우하는 것이고, 그 한에서 예술비평은 구체적인 형법규범을 형성하는 요소가 된다. 그런데 이때 예술비평은 사기죄해석의 선결문제(preliminary question), 즉 시간적 또는 논리적으로 앞선 문제를 해결하는 것이 아니라, 사기죄해석의 배후를 비평하는 일종의 비평의 비평, 즉 메타비평(meta criticism)인 것이다. 이런 점을 일반화하고 수사학적으로 표현한다면 “예술비평, 법이 되다”(Art Critics become the law)라는 명제가 성립하게 된다.<sup>26)</sup> 이때의 예술비평은 법을 형성할 뿐만 아니라 작품이 갖는 예술적 가치의 판단을 구조적으로 좌우할 수 있고, 그 한에서 예술비평은 법과 예술성을 동시에 구성한다. 이처럼 시민적 자유와 예술적 자유가 충돌하고 경합하는 행위영역에서 법을 형성하면서 동시에 작품의 예술성을 구성하는 예술비평은 법예술비평(legal art criticism)이라고 부를 수 있다.

② 둘째, 이 사건의 작품이 개념미술이라고 해도 사기죄의 성립가능성이 완전히 배제될 수 있으면서 개념미술의 예술성이 예술사적, 비평이론적 관점에서 오로지 작가의 컨셉이나 아이디어 또는 사상의 차원에만 존재할 뿐, 표현의 차원에는 존재하지 않아야 한

26) 이 명제의 성립은 예술작품의 거래영역에서 뿐만 아니라 표현영역에서도 타당하다. 가령 음란한 내용의 회화에 대한 음화제조·반포죄의 적용여부를 실질적으로 결정하는 것은 그 작품에 대한 예술비평이다. 이 점에 관해 이상돈 “예술과 형법의 상호형성관계”, 고려법학, 제68호, 2013, 357~384쪽 참조.

다. 물론 여기서는 넓은 의미의 개념미술<sup>27)</sup>로 포괄되는 색면회화,<sup>28)</sup> 팝아트, 포스트미니멀리즘 등과 구별되는 좁은 의미의 개념미술을 문제 삼는다. 만일 서양에서 성립한 개념미술이 관념이 아니라 양식의 측면에서도 표현성을 갖고 있는 것이라면, 화투회화작품을 개념미술이라고 판단하더라도, 그 표현성을 분석하고, 그것이 도급인 화가(甲)에 의해 주로 형성된 것임을 밝힐 수 있어야 비로소 사기죄의 성립이 배제된다.

### Ⅲ. 화투회화의 메타비평

이 사건에서 사기죄해석의 핵심 메타비평은 화투회화작품의 개념미술여부이다.

#### 1. 개념미술의 예술성과 저작물 여부

개념미술은 흔히 그 예술적 가치가 전적으로 독창적인 아이디어에 있고, 창작적 표현성이 없이도 예술작품이 된다고 이해한다.

##### 가. 저작물 개념과 개념미술의 부정합

그래서 이 사건의 항소심 입장처럼 개념의 '실행'은 부수적인 것이어서 누가하든 별 의미가 없다는 논리가 만들어진다. 하지만 그렇게 되면 법논리적으로 개념미술작품은 저작권법상의 저작물이 될 수 없다. 저작권법은 “저작물은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 말한다”(저작권법 제2조 1호)고 규정하기 때문이다. 좀 더 살펴보자. ‘사상을 표현한 창작물’이란 사상성, 표현성, 그리고 창작성을 갖춘 작품을 말한다. 이때 창작

27) 이는 1960년대의 색면추상, 팝아트, 미니멀리즘, 1970년대의 포스트미니멀리즘을 포괄한다. 이에 관해 전해숙, “미술개념의 변화와 미국의 1968년: 개념미술의 등장을 중심으로”, 미국사연구, 제28집, 2008, 149쪽 참조.

28) 색면회화는 “그림을 상대적으로 무차별적인 표면으로 환원(reduce the picture to a relatively undifferentiated surface)하는 경향”(Greenberg, “The Crisis of the Easel picture”, 1948. 원문은 [http://mysite.pratt.edu/~morourke/common/Critical Paradigms/GreenbergCrisis.pdf](http://mysite.pratt.edu/~morourke/common/Critical%20Paradigms/GreenbergCrisis.pdf))을 지닌 모던 미술의 평면성과 정면성을 극대화한 양식이기 때문에 개념미술과 구별되어야 한다.

성은 완전히 새로운 것(novum)일 필요는 없지만 적어도 고유성(originality)이 있을 것을 요구한다. 고유성은 사상뿐만 아니라 표현에서도 요구된다. 가령 한 작품의 표현작업을 다른 사람에게 상당부분 맡기면, 그만큼 고유성은 희석되는 것이다.<sup>29)</sup> 이로써 개념미술과 현행 저작권법의 저작물 개념 사이에 부정합성(incoherence)이 있음을 알 수 있다. 현행법상 저작물은 예술작품보다 더 넓은 개념인데, 예술작품임에도 저작물이 되지 않는 논리적 모순이 등장하는 것이다.

#### 나. 예술적 이미지의 개념으로 환원된 표현성

여기서 개념미술이 법적으로 저작물이 되기 위해 요구되는 표현성을 전혀 가질 수 없는 것인지, 만약 가질 수 있다면 그 표현성의 의미와 내용은 무엇인가 하는 물음이 등장한다. 서구 예술사가들의 개념미술에 대한 설명을 종합하고 법적인 관점에서 해석해보면 개념예술에서도 표현성은 사라진 것이 아니라 단지 개념으로 환원되어 있을 뿐이라고 말해야 한다. 이렇게 이해하지 않을 수 없는 근본이유는 ‘표현이 없는 예술’이란 ‘물 없는 강’과 같이 애당초 범주적으로 불가능하기 때문이다. ‘황금의 산’은 단지 비현실적인 뿐 존재론적으로 불가능한 것이 아니지만, 표현 없는 예술은 물 없는 강과 같이 존재론적으로 애당초 불가능한 것이다. 그러므로 개념미술이 예술일 수 있으려면 개념미술의 개념은 단순히 사상이나 관념 그 자체가 아니라 사상으로 환원함으로써 어떤 표현성을 생성시키는 것이어야 한다. 그런 표현성을 ‘개념으로 환원된 표현성’이라고 부를 수 있다. ‘개념으로 환원된 표현성’이란 사상이나 관념 그 자체를 말하는 것이 아니다. 그것은 개념 그 자체의 의미내용에 다른 의미들이 사회역사적으로 퇴적됨으로써 그 개념에 예술적 이미지(image)가 덧붙여진 상태를 말한다. 개념은 언어와 논리의 세계, 즉 로고스(logos)에 머물지만, 개념에 덧붙여진 이미지는 어떤 대상에 대한 애증이나 미추(美醜)의 감정을 일으키는 에로스(logos)의 세계에 자리한다. 이렇게 개념미술도 이미지를 생성하고 있다는 점에서 저작권법상 저작물의 구성요소인 “표현”의 요건을 충족할 가능성이 열리게 된다.

29) T. Württenberger, “Criminal Damage To Art-A Criminological Study”, DePaul Law Review, Vol. 14, Issue 1, 1964, 86쪽.

## 다. 근대미술과 이성에 대한 성찰로서 개념미술

그런데 이 가능성은 개념이 예술적 이미지를 가질 수 있게 되는 특정한 사회의 고유한 문화적·역사적 맥락 속에만 주어진다. 가령 서구의 개념미술은 서구사회의 근대미술에 대한 성찰이라는 역사적 맥락 속에서 가능한 것이다. 서구사회도 근대미술의 태동기에는 개념미술이 불가능하다. 근대미술의 절정을 이루는 화풍으로는 인상주의 회화가 있다. 인상주의(impressionism)는 캔버스의 평면에 주체가 만족할 때까지 붓질을 계속함으로써 주체의 시각적 체험을 지배자적 태도로 표현하는 양식을 갖고 있다. 이때 회화의 중심은 시각적 표현에 놓이는데, 서구의 근대시민사회에서 개인의 이성과 사회의 합리라는 시대정신은 이와 같은 유희(oil on canvas<sup>30)</sup>)의 시각적 표현의 양식 속으로 환원될 수 있다. 즉, 인상주의 회화에서 볼 수 있는 시각적 표현성의 극대화는 근대적 자아의 개인주의적 이성의 극대화와 기호학적인 동치성을 갖고 있는 것이다.<sup>31)</sup> 회화의 예술성에서 이런 시각적 표현성을 괄호쳐버린 개념미술은 20세기의 두 차례 세계대전으로 인간성이 무너져버린 유럽역사 속에서 그런 역사의 근본원인으로 지목되어 온 이성과 합리 또는 계몽의 부정적 변증에 대한 반성과 성찰을 수행하는 것<sup>32)</sup>으로 볼 수 있다. 개념미술은 개념이나 관념을 극도로 정교한 시각적 표현성에 환원시켜버린 인상주의와는 정반대로 시각적 표현을 개념이나 관념에 환원시켜버림으로써 이성과 합리의 근대성(modernity)에 대한 성찰을 수행하는 것이다. 그렇기에 서양미술사에서 ‘개념으로 환원된 표현성’은 근대미술의 또 다른 양식이라고 볼 수도 있다.

개념미술은 포스트모던미술(postmodern art)과 많은 공통된 요소를 갖고 있기는 하지

30) 오일 온 캔버스(oil on canvas)는 나무로 지지대를 만들고 그 위에 특수한 재질의 천을 댄 다음 유성 용제로 용해시킨 안료로 붓질하여 이미지를 생성시키는 방식이다. 이 방식으로 화가는 이미 칠한 붓질에 감각적으로 만족할 때까지 붓질을 더 가함으로써 사물의 재현을 사유적으로 통제하고 지배한다. 이로써 화가는 데카르트의 사유하는 주체(cogito)처럼 사유하듯 그림이 세계를 재현하는 양식을 의식화하고, 그렇게 의식화된 양식에 의해 자신의 세계경험을 표현한다. 단토는 근대미술은 예술의 불변적 본질을 하나의 예술양식과 동일시하고, 그 외의 것들은 예술이 아니라고 보는 선언의 시대(age of manifestos)를 이루었다고 본다. Arthur C. Danto, *After the End of Art*, Princeton University Press, 1997, 29쪽 참조.

31) 이러한 기호학적 분석으로 자세히는 이상돈, *범의 예술*, 법문사, 2020, 91쪽 아래 참조.

32) 이성이 부정의 변증을 겪은 서구의 역사는 이성을 정초한 철학이 계몽이란 점에서 이 부정의 변증은 계몽의 변증이라고도 부른다. 이에 관한 철학적 조명으로 1944년 출간된 M. Horkheimer·Th. W. Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, Fischer, 1988 참조.

만 탈근대미술의 전형을 이루지는 않는다. 예술사가 단토(Danto)의 예술사 구분에 의하면 서양미술사에서 근대미술과 탈근대미술을 구분 짓는 것은 내러티브(narrative)의 존속여부이다. 그는 내러티브가 사라진 포스트모던예술을 두고, 예술의 종말 또는 탈역사적 예술(posthistorical art)이라고 말한다.<sup>33)</sup> 그런데 개념미술은 단토의 생각처럼<sup>34)</sup> 서양사회의 거대사적인 내러티브가 사라져 있는 예술이 아니며, 그런 점에서 다른 탈근대미술과 구분할 필요가 있다. 개념미술들은 일반인들로 하여금 개인의 이성과 사회의 합리에 내재된 폭력적인 그림자를 직관할 수 있게 함으로써 인상주의미술보다도 더 강력한 거대사적인 내러티브를 만들어 낸다. 다만 그들의 거대사적 내러티브는 근대성의 내러티브를 비판하고 반대적인 것을 지향하는 대항내러티브(counternarrative)이다. 이 대항내러티브는 이성과 합리를 해체하는 것이 아니라 성찰적으로 변화·발전시키는 것이다. 이 대항내러티브도 이성과 계몽이 변증되어 초래한 인간성 상실의 역사현실로부터 해방되는 느낌을 체험하게 함으로써 칸트(Kant)가 말하는 미학적 쾌락의 형식적 요소로서 “목적 없는 합목적성”(Purposiveness without a purpose)<sup>35)</sup>을 갖고 있기 때문이다.

## 라. 개념미술의 오브제와 전복성

이 개념적 표현성 양식의 대표적인 예는 오브제와 전복성이다. 오브제란 ‘발견된 대상’(Objet trouvé)을 말한다. 작가가 표현하려는 대상을 ‘이미 발견되어진 것’(trouvé, vorgefunden)처럼 표현하는 것이다. 우리가 아는 대상을 우리가 알기 이전에 마치 다른 의미로 존재했던 것처럼 느끼게 하는 것이다. 특히 우리가 어떤 대상을 말할 때 사용하는 언어와 그 대상의 실용적 목적성 이전의 존재세계로 다가가는 것처럼 느끼게 한다. 이로써 우리가 익히 아는 존재들을 표현하는 언어와 그 실용적 목적성들이 모여 형성하는 규범과 질서, 더 나아가 정치적 체제의 이념성까지 제거하는 상징이 생성될 수 있다. 1917년 개념예술의 본격적 시작을 알린 듀상(H. Duchamp)은 이미 사용한 듯 더러운 소변기를 갤러리에 마치 예술품인 양 ‘샘’(fountain)이라는 이름으로 전시하였다. 소변기

33) A. C. Danto, 위의 책, 특히 41, 61쪽 참조.

34) A. C. Danto, 위의 책, Introduction 참조.

35) 칸트의 미학적 쾌락을 감각이 아니라 형식적, 지향적인 관점으로 해석한 R. Zuckert, “A New Look at Kant’s Theory of Pleasure”, The Journal of Aesthetics and Art Criticism, Vol. 60, No. 3, 2002, 245쪽

를 소변기라는 언어와 그 기능의 사회적 의미 이전의 세계로 옮겨놓은 것처럼 전시함으로써, 기존의 이성적 인간상과 합리적 질서의 의미에 대해 투쟁을 하는 것이다. 이 투쟁은 더러운 소변기와 아름다운 샘의 존재론적 차이(ontological difference)를 제거하고 상징적 동일화를 취하는 방식으로 이루어진다. 이 존재론적 차이의 해체는 ① 일상의 사물, 심지어 더러운 소변기마저도 예술이 될 수 있다는 새로운 ‘개념’의 독창성에 의해 이루어지는데, ② 이 개념적 독창성은 소변기를 소변기가 사용되는 실제 생활공간에 놓아두어서는 생성될 수가 없고, 일상생활공간과 다른 구조의 공간 속에, 빛과 조명, 벽과 바닥의 색면 등과 함께 위치하고, 아울러 제품기능에 대한 관심이 아니라 예술감상의 내적 태도가 충만한 관람자들과 마주할 때에야 비로소 생성된다. ③ 또한 존재론적 차이의 해체를 통한 상징적 동일화는 기존 사회질서와 정치체제의 상징으로부터 해방되는 미학적 쾌락을 체험할 수 있게 한다. 이 미학적 쾌락 속에서 더러운 소변기의 의미는 맑은 이미지의 샘으로 전복된다. 그러므로 어떤 작품이 개념미술이 되려면 ① 개념이 독창적이어야 하고, ② 해방의 미학적 쾌락을 가져오며, ③ 그 속에서 의미의 전복(surversion)이 이루어져야 한다.

이처럼 개념미술은 탈근대미술과 전략적 동반자처럼 보이지만, 이성과 합리의 시대정신과 완전히 단절되거나 그 이후의 패러다임에 있는 예술이 아니다. 가령 펠릭스 곤잘레스 토레스(F. Gonzales-Torres)의 <완벽한 연인(Perfect Lovers)>은 똑같은 두 개의 시계가 동시에 장착한 배터리가 점차 방전됨에 따라 시간이 맞지 않게 되고 각기 다른 때에 멈추게 되도록 세팅된 설치작품이었다. 이 설치작품은 시계가 시각을 정확하게 알려주는 기계로 발견되기 이전에 존재했을 법한 의미, 즉 완벽한 사랑으로서 동성애를 개념화한다. 그러니까 <완벽한 연인>이란 시계의 오브제인 샘이다. 이런 오브제는 ‘두 시계’(two clocks)의 형이상학이 지배한 서양의 정신문화적 맥락에서만 가능한 것이다. 두 시계의 형이상학이란 성경 속 하나님이 인간을 창조할 때 예정된 조화(preestablished Harmony)를 이루도록 한 정신과 육체가 정밀하게 조율되어 똑같은 시각을 알려주는 두 개의 시계와 같다고 보는 것이다.<sup>36)</sup> 두 시계의 오브제는 결국 근대사회의 기초가 되었던 기독교적 세계관과 이성적 인간관으로부터의 해방을 수행하고, 이 해방에 공감하는 관람객의 미학적 쾌락을 생성시킨다. 이때 미학적 쾌락은 조금씩 벌어지는 두 시계의 초침이

36) W. Hamilton, Lectures on Metaphysics and Logic, Vol. 1, Boston, 1859, 211쪽.

상징하는 애인의 사라짐에 대한 두려움(트라우마)을 아름다움으로 승화시키는 것이다. 이처럼 개념미술은 모던미술의 성찰을 수행한다.

## 마. 개념미술의 그로테스크

이 사건의 피고인 화가(甲)가 개념미술가로 원용한 데미안 허스트(D. Hirst)는 1990년대 이후 현대 개념미술을 대표하는 영국작가이다. 그는 가령 반으로 갈라진 소와 송아지를 4개의 유리과 철제 탱크 안에 포름알데히드 용액으로 절여서 <분리된 엄마와 아이(Mother and Child Divided)>라는 이름으로 전시하였다. 터너(Turner)상을 받은 이 작품은 삶의 세계에서 괄호 치기 쉬운 죽음과 부패를 개념화하지만, 그 개념은 죽음 속에 내재된 삶과 그 에너지를 표현한다. 이와 정반대로 그는 백금으로 주형을 뜬 인간해골에 다 총 1,106.18캐럿의 다이아몬드 8601개를 박아 만든 <신의 사랑을 위하여(For the Love of God)>(2007)를 전시하기도 하였다. 이 작품은 천문학적인 제작비용으로 상징되는 영화로운 삶을 개념화하지만, 그 개념은 영화로운 삶 속에서도 내재할 수밖에 없는 죽음과 그 충동을 표현한다. 이처럼 데미안 허스트의 작품에서는 죽음을 통해 삶과 그 에너지가 개념적으로 표현되고, 삶을 통해 죽음과 그 충동이 개념적으로 표현되고 있다. 관람자는 그의 작품을 바라보는 순간 이 개념적 표현성을 직관적으로 체험할 수 있다. 이러한 개념적 표현에서 박제된 상어는 생의 에너지로, 백금과 다이아몬드의 인간두개골은 죽음충동으로 그 의미가 재발견되고, 일상적 의미와 정반대의 방향으로 전복된다. 데미안 허스트의 개념미술에서는 이런 오브제와 전복성 이외에 그로테스크한 표현양식이 주목된다.<sup>37)</sup> 그로테스크(grotesque)란 철학적으로는 인간 밖의 것을 상징하는 기괴한 표현양식이, 기존의 인간상을 낫설게 하면서 두려움을 생성시키고, 인간과 인간 아닌 것 사이의 경계를 해체<sup>38)</sup>하며 새로운 이해를 시작하게 하는 것을 의미한다.<sup>39)</sup> 경작이나 식용의 목적을 위한 존재로 발견되어 온 소나 송아지를 반으로 잘라 전시한 <분리된 엄마와 아이>의 기괴함은 이성적 인간 안에 내재한 잔인한 폭력성에 두려움을 느끼게 하며,

37) G. Deleuze (하태환 역), 감각의 논리, 민음사, 1995, 47쪽.

38) 이를 인격성의 해체를 통한 미학적 전복이라고 부르는 박슬기, “그로테스크 미학의 존재론적 기반과 의의”, 충북대 인문논총, 제58집, 2007, 179~203쪽 참조.

39) 크로테스크의 예술철학적 의미는 이상돈, 법의 예술, 법문사, 2020, 218쪽 참조.

이성적 인간과 비이성적 인간 또는 정체모를 괴물 사이의 경계를 해체한다. 다이아몬드 인간해골도 마찬가지이다. 죽음의 의미나 의료용의 목적을 위한 존재로 발견되어 온 인간해골은 화려한 삶과 덧없는 죽음 사이의 경계를 해체한다.

## 2. 화투회화의 예술성 판단

이러한 개념미술의 특징들을 고려한다면 이 사건의 화투회화작품은 개념미술일까?

### 가. 오브제와 그로테스크의 결핍

이 사건의 피고인 화가(甲)는 미국 체류 시절 “화투장이야말로 피카소의 악기나 앤디 워홀의 초상화나 이중섭의 은박지나 혹은 김창열의 물방울에 비견되는 오브제 차용의 결정판이라고 생각”<sup>40)</sup>했다고 한다. 그러나 피카소는 입체주의를 표현하고 앤디 워홀은 팝아트(pop art)를 표방하지 개념미술을 대표하지 않는다. 화투회화가 개념미술인지는 앞서 분석한 개념미술의 특징, ① 개념의 독창성, ② 해방의 미학적 쾌락, ③ 의미의 전복, ④ 그로테스크함을 갖추고 있는지에 따라 판단할 수 있다. 다시 피고인의 회고를 들어보자.

“그럼도 노래처럼 시선을 끌어야 하는데 화투를 그리면 익숙한 그림이니 사람들 시선을 끌 수 있을까라는 생각을 했다. 일본의 침략을 받은 우리나라 사람들이 일본인도 더 이상 잘 치지 않는 화투를 좋아하는 모순적인 모습이 인상 깊어서 화투 그림을 그리게 되었다.”<sup>41)</sup>

① 첫째, 개념의 독창성은 어느 정도 인정할 수 있다. 화투를 회화의 소재로 삼은 것은 처음 한 시도이자 상당히 독특한 시도이기 때문이다. ② 둘째, ‘시선끌기’라고 한 말만으로 판단한다면 이 사건의 작품은 관람자와의 소통적 이해보다 소비자선호(consumer preference)에 지향한 것이다. 이는 예술작품보다는 공예나 제품의 특성을 이루는 것이다.<sup>42)</sup> 이 점에서 화투회화는 낯선 아이디어임에도 불구하고 공감과 해방의 미학적 쾌락

40) 서울중앙지방법원 2018. 8. 17. 선고 2017노3965 판결, 14쪽에서 인용.

41) 이는 甲이 검찰조사에서 한 진술로서 이 사건의 2심 판결문 14쪽에서 재인용한 것임.

을 체험하기 어렵다. ③ 셋째, 회화에서 화투는 일종의 환유(metonymy)이다. 가령 동양적으로 잘 묘사된 자연풍경은 “극동에서 온 꽃”(2008)이라는 화투로 환유되지만, 이는 의미의 전복과 전혀 상관이 없다. 피고인 화가의 다른 작품들 가운데 가장 주목할 만한 작품은 “나의 살던 고향은”(2003)이다. 이 작품에서 화투와 그 속의 4 흑사리, 특히 그 단순한 칼라와 조형은 을씨년스럽고 가난한 시골고향의 환유이다. 이런 환유는 고향이 애착대상 또는 미적 체험의 원형이면서 동시에 그에 수반하는 추함의 감정이라는 양가성(ambivalence)을 보여준다. 그러나 양가성은 서로 모순적인 두 가지 측면이 동시에 존재한다는 것이며, 그 어느 것도 전복된 의미를 생산하지 못하는 것일 수 있다. 즉, 양가성과 의미의 전복성은 다른 것이다. 게다가 양가성은 개념미술이 아니어도 생성될 수 있다. ④ 넷째, 화투회화는 그로테스크함도 쉽게 발견되지 않는다. 그로테스크함이 가장 돋보이는 작품으로 “나는 왕이로소이다”(2008)를 들 수 있다. 이 작품에 대해서는 38 광땡을 잡을 때 우리는 일상에서도 늘 왕의 기분을 느낄 수 있다는 작품설명이 제시되기도 한다. 이 작품에서 화투는 왕의 환유이다. 이는 화투와 같은 일상 속에서 왕이 되는 비밀상적 체험을 응축한다. 인간이, 그것도 왕이 화투와 같은 인간 밖의 것이 되는 환유에는 얼마간의 기괴함이 느껴진다. 하지만 그런 기괴한 표현양식은 기존의 인간상을 낫설게 하면서 두려움을 생성시키는 것이 아니라 나는 왕이 되고픈 너무나 친숙한 인간상을 표현한다는 점에서 그로테스크함을 발생시키지 않는다.

이렇게 볼 때 화투회화는 아이디어의 독창성을 제외하고는 서양미술사에서 개념미술이 갖는 의미요소들을 갖추고 있지 않다. 게다가 화투회화들은 평면의 캔버스에 아크릴 물감으로 상당히 구상적인 표현을 그린 것이고, 대중적인 소재인 화투를 콜라주처럼 회화에 접목시켰을 뿐이다. 결론적으로 화투회화는 개념미술로 볼 수 없다.

## 나. 화투그림의 팝아트성 여부

그러면 화투회화는 팝아트일까? ① 첫째, 대중적인 소재를 사용했다고 해서 곧 팝아트(Pop Art)가 되는 것은 아니다. 오늘날 유화나 아크릴물감을 사용하여 만들어지는 많은 회화들이 일상에 친숙한 것, 대중적인 것들을 소재로 삼고 있기 때문이다. ② 둘째, 피고

42) 이에 관해 L. D. DuBoff·C. O. King, Art Law, Thomson·West, 2006, 4~6쪽 참조.

인 화가(甲) 자신이 그린 기존의 화투그림을 다른 화가(乙)에게 복제하듯 그리게 한 점으로 인해 그 그림이 팝아트(Pop Art)가 되는 것도 아니다. 그 점은 오히려 복제그림을 그린 화가를 그 작품의 작가로 만드는 요소이다. 피고인 화가(甲)의 작가적 표현성은 그가 직접 그린 기존 작품에 구현되어 있는 것이고, 복제그림의 표현성은 그 ‘그림을 그린’ 화가(乙)에게 귀속되는 것이다. 왜냐하면 이미 존재하는 그림을 복제하듯 그리는 행위는 ‘그리기의 성찰’이 되고, 그 성찰은 피고인 화가가 하는 것이 아니라 ‘그림의 그리기’를 행한 화가가 하는 것이기 때문이다. 이것은 마치 팝아트의 효시라고 일컬어지는 라우센버그(R. Rauschenberg)의 작품 <지워진 드 쿠닝 드로잉(Erased de Kooning Drawing)> (1953)에 견줄 수 있다. 라우센버그는 미국 추상표현주의의 대가 빌렘 드 쿠닝의 드로잉 작품을 잉크와 크레용 등으로 한 달간 지웠다. 그렇게 지운 결과물은 그림의 지우기라는 소극적인 그리기로써 생성된 새로운 작품이며, 그 작품의 작가는 라우센버그가 된다. 이 사건의 수급인 화가(乙)처럼 적극적으로 붓질을 하거나 라우센버그처럼 소극적으로 지우기를 하여 ‘그림을 그리는 것’은 팝아트에서는 새로운 창작이 되는 것이다. ③ 셋째, 화투회화가 팝아트가 되려면 개념미술과 공유하는 부분이기도 하지만 일정한 의미의 전복을 수행할 수 있어야 한다. <지워진 드 쿠닝 드로잉>은 추상표현주의의 고급스런 초월의 비현실성과 대중문화의 저급한 현실성 사이의 경계와 차등을 지워버리는 해체의 전복성을 보여준다. 기존의 화투그림을 그린 그림이 이와 같은 전복성을 가질 수 있으려면 가령 파카소가 “그림이란 그림 파괴의 총합이다”(A picture is a sum of its destructions)라는 사상으로 입체주의의 장르를 열었던 것처럼, “그림이란 그림 복제의 총합이다”와 같은 사상을 천명할 수 있어야 한다. 물론 이때 복제그림은 그것을 그린 화가(乙)에게 귀속된다. 그러므로 피고인 화가(甲)가 자신이 다른 화가(乙)가 복제하듯 그린 그림의 작가라고 주장하는 한, 그 그림은 오히려 팝아트가 될 수 없게 되는 역설이 성립하는 것이다.

#### 다. 신표현주의적 성격

따라서 화투회화는 개념미술도 팝아트도 아니며, 이를 바탕으로 사기죄 성립을 배제시키는 것도 더 이상 타당할 수 없다. 오히려 화투회화는 독일의 Georg Baselitz, 미국의 David Salle 등을 비롯한 많은 화가들이 오늘날까지 대변하는 신표현주의(neoex-

pressionism)에 견줄 수 있다. 1980년 전후 등장한 신표현주의는 1970년대까지 풍미했던 추상미술이나 개념미술에 반동하는 흐름으로서, 회화의 전통적인 예술성과 형상성을 회복하되, 일종의 범세계적인 메타포로서 대중문화에서 가져온 다양한 이미지의 파편들(예: 인간신체, 낡은 병, 패션)을 회화에 콜라주처럼 접목시킨다. 예를 들어 Salle의 <낡은 병들(old bottles)>(1990)에서 회화의 고급성과 대중문화의 저급한 이미지는, 인간 의식의 전일성(Einheit des Bewußtseins)을 구성하는 대극들(예: 선과 악, 미와 추)의 관계처럼, 서로에게 내재하면서 균형과 조화를 이룬다. 즉, 고급스런 회화부분은 자신에 내재한 잠재적인 저급성을 드러내고 마주하며, 대중문화적 이미지는 자신에 내재한 잠재적인 고급성을 끌어내고 승화시킨다. 이를 통해 고급스런 회화부분은 저급성과 균형 잡힌 다른 차원의 고급성을, 그리고 대중문화적 이미지는 고급성과 균형 잡힌 다른 차원의 대중성을 획득하게 된다. 이런 미적 가치의 상호상승은 고급예술부분과 대중문화적 이미지부분의 억지 결합이나 각자의 일부분을 맞바꾸는 대체가 아니라 그 둘의 대치(confrontation)를 통해 각자의 ‘또 다른’ 모습을 창출한 결과이다. 이러한 미술의 흐름을 신표현주의라고 부르는 데, 그 이유는 두 가지이다. ① 첫째, 이런 회화는 근대미술의 미학적 가치관과 연장되어 있다. 즉 사물을 단순히 재현하는 것이 아니라 주체의 체험을 독창적으로 — 때로는 거칠고, 폭력적이고, 감정적인 방식으로 그리고 매우 생동감 있는 색채를 사용하여 — 표현하는 예술적 가치를 지향한다. ② 둘째, 새로운(neo-) 흐름이라고 부르는 이유이기도 하지만, 이런 회화의 창작성은 모더니즘에서 볼 수 없었던 메타적인 기법, 특히 모더니즘의 기법을 ‘낮설게 하는’ 기법, 가령 고급예술과 대중예술을 대치시키는 기법을 사용한다는 점에 있다. 화투회화도 화투라는 저급한 대중문화적 이미지와 아크릴물감으로 그리는 회화의 ‘대치’를 통해 양쪽 모두의 미적 가치를 상승시키는 표현성을 보여준다. 바로 그런 점에서 화투회화를 신표현주의에 가까운 미술로 볼 수 있다. 다만 화투회화들은 화투의 이미지가 압도적인 중심을 이루고, 그 밖의 회화부분들(예: 마차, 꽃병)이 주변적인 것으로 그려져 있다. 그러나 중심과 주변의 구분, 즉 에르곤(ergon)과 파레르곤(parergon)은 데리다(Derrida)의 사유<sup>43)</sup>에서 보듯 미적 쾌락을 생산하는 기능에서 차등이 있는 것이 아니기 때문에, 화투회화를 신표현주의로 이해하는 데

43) 이에 관해서는 루카스(Lucas)의 루크레티아(Lucretia) 그림에 대한 데리다의 비평을 참조할 필요가 있고, 그 비평에 관해서는 J. Derrida (Geoff Bennington and Ian Meleod 번역), Parergon. The Truth in Painting, The University of Chicago Press, 1987, 54, 55쪽.

큰 장애가 되지 않는다.

## IV. 화투회화거래에 대한 사기죄의 해석·적용

### 1. 사기죄의 선구조로서 도덕적 고지의무

화투회화가 개념미술이나 팝아트가 아니라면, 게다가 신표현주의에 가까운 작품이라면<sup>44)</sup> 더욱 그 작품에서 표현성은 화투를 소재로 사용하는 아이디어의 독창성 그 이상으로 작품의 예술적 가치를 구성하는 요소가 된다. 바로 그런 표현작업을 다른 화가(乙)가 대부분 했다는 점은 화가들의 공동체영역이 아닌 거래영역에서는 중요한 사항이 된다.

#### 가. 법의식의 해석

이 사건에 대한 한 여론조사에 의하면<sup>45)</sup> 시민의 절대다수(73.8%)는 이 사건의 작품 거래를 사기라고 답했고, 소수(13.7%)는 미술계 관행상 사기가 아니라고 답했다. 이 상반된 두 견해는 각기 다른 경우를 떠올리며 다른 대답을 한 것일 수 있다. 즉 소수여론의 시민들은 이 사건의 작품을 작가가 주장하듯 개념미술이라고 생각하고 그런 제작방법이 미술계의 관행이라면 사기가 아니라는 입장을 취한 것이고, 절대다수여론의 시민들은 이 작품을 표현성이 예술적 가치를 구성하는 회화(예: 신표현주의 미술)라고 생각하고, 그 표현작업 대부분을 다른 화가가 하였다는 점을 알리지 않고 판 행동을 사기라는 입장을 취한 것이다. 그렇기 때문에 이 두 상반된 견해는 실제로 충돌되는 것이 아니라 이 사건의 작품이 개념미술인지 아니면 표현성이 중요한 회화인지에 대한 비평적 판단에 따라

44) 만약 화투회화가 개념미술인지 신표현주의인지에 관해 의문이 남아 있다면, 친작 아님이 거래상 중요한 사항이 되는지에 관하여 in dubio pro reo 원칙을 적용해야 하는지가 문제될 수 있다. 그러나 예술비평이란 법이론적으로 위치지운다면 ‘사실’ 확정의 문제가 아니고, 법관의 사실적, 법적 판단에 영향을 주는 선지식(Vorkenntnisse)에 해당하기 때문에, in dubio pro reo 원칙은 적용되지 않는다.

45) 2016. 5. 19. MBN이 보도하고 리얼미터가 19세 이상 501명 남녀를 대상으로 여론을 조사한 결과에 의하면 73.8%가 사기라고 보았고, 미술계의 통상적 관행으로 문제삼을 수 없다는 의견이 13.7%에 불과했다.

달라지는 결론으로서 서로 정합적인 것이다. 즉, 소수여론의 시민들도 이 작품을 표현성이 중요한 회화라는 비평적 판단을 전제하고 대답하였다면 아마 절대다수여론과 마찬가지로 사기를 인정했을 가능성이 매우 높다. 그러므로 위 여론조사결과가 보여주는 시민들의 법의식은 표현적인 회화의 경우 친작이 아님을 거래상대방에게 알리지 않고 거래하는 것은 사기라고 본다는 것이다.

#### 나. 고지의무의 도덕적 성격

이때 사기란 회화가 친작이 아님을 거래상대방에게 알리는 것은 도덕적 의무라는 의미를 함축한다. 이 고지의무는 첫째, 일상어로서 사기가 예를 들어 권리·의무의 비대칭적 배분을 가져오는 계약체결을 두고 하는 말인 점에서 핵심도덕(예: 약속은 지켜야 한다)의 성격을 갖고 있고, 둘째, 개념미술임에 회의를 갖고 있다면 화가의 양심상 개념미술임을 전제로 한 거래를 하지 않는 것이 화가정신이며 화가의 직업윤리라는 점에서 사회윤리(예: 종교적 생명윤리)의 성격을 갖고 있으며, 셋째, 많은 화가들이 표현성이 중요한 회화작품의 구매자에게 친작이 아님을 알리고 거래하는 관행<sup>46)</sup>이 있다면 사회규범의 성격도 갖게 된다.

이러한 도덕적 의무는 일반시민들이 사기라고 말하는 행위에 내재한 사기죄의 선구조(präjuristische Struktur)<sup>47)</sup>라고 할 수 있다. 그렇기에 이 사건은 단지 민사법적 제재만으로는 불충분하고, 형법적 통제의 필요성과 정당성에 대한 검토가 요구된다. 다만 그와 같은 사기죄의 선구조를 바탕으로 형법상 사기죄(형법 제347조)가 성립하는지는 형법해석학의 전통과 비판적 성찰 속에서 검토되어야 한다. 그런 검토의 대상이 되는 이 사건의 중요쟁점은 다음과 같다

46) 이 사건의 대법원 판결(대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결의 판결문 7쪽)도 신의칙상 보증인의무로서 고지의무를 인정되기 위한 조건으로 관행을 제시하고 있다. 그러나 고지가 관행인지 여부는 고지가 도덕적 의무가 되고, 나아가 형법상 보증인의무가 되기 위한 하나의 요소이지 유일한 요소가 아니다.

47) 이 이론은 J. Habermas의 보편적 화용론(이에 관해 J. Habermas, “Was heißt Universalpragmatik?”, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, Suhrkamp, 1984, 353~440쪽 참조)을 바탕으로 K. Günther가 발전시킨 법이론(이에 관한 Klaus Günther [박중수 역], “법과 언어”, 법철학연구, 제4권 제2호, 2001, 245쪽 아래 참조)에 근거하고 있다. 이에 관해 더욱 자세한 이론은 이상돈, 법의 깊이, 법문사, 2018, 489쪽 아래 참조.

- 수급인 화가(乙)가 화투회화의 표현작업 대부분을 했다는 점(이하 ‘친작이 아님’으로 칭함)을 피고인 화가(甲)가 작품구매자(丙)에게 알리는 것은 법적 작위의무, 더 나아가 형법상 보증인의무가 되는지 여부 (아래 2.)
- 피고인 화가(甲)의 고지의무위반과 작품구매자(丙)의 불인식(착오) 사이에 인과관계가 있는지 여부와 사기죄의 기수·여부 (아래 3.)
- 피고인 화가(甲)가 자신의 고지의무위반이 사기죄의 기망에 해당함을 알지 못한 법률의 착오가 정당한지 여부 (아래 4.)

이 밖에도 거래상대방과의 직접 접촉 여부나 작품을 판매한 화랑대표와의 역할 분담 등에 따라 화가(甲)는 사기죄의 정범이 될 수도 중범이 될 수도 있는데, 이 쟁점은 이 글의 핵심주제에서 다소 멀기 때문에 다루지 않는다.

## 2. 보증인의무로서 고지의무

도덕적 성격의 고지의무가 부작위를 사기죄의 기망행위에 해당하게 만드는 형법상 보증인의무(Garantenpflicht)가 될 수 있으려면 그 형식적 근거로서 법령, 계약, 신의칙의 내용이 될 수 있어야 하고 그 실질적 근거로서 이 도덕적 의무의 주체인 화가(甲)와 일반인 작품구매자(丙) 사이에 보호관계가 있어야 한다.

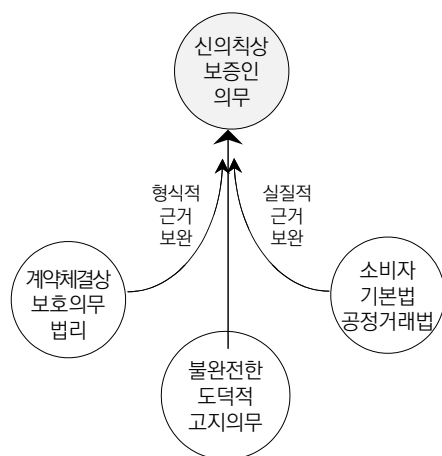
### 가. 신의칙상 보증인의무

이 사건의 항소심은 법령이나 계약상 보증인의무가 없음은 명백하다고 보았다. 이런 해석을 전제한다면, 도덕적 고지의무가 형법적 보증인의무로서 고지의무가 되기 위해서는 형법이론적 개념인 신의칙(Treu und Glauben)에 해당하여야 한다. 위에서 설명한 도덕적인 고지의무가 그 자체로서 형법상 보증인의무를 낳는 신의칙이 되기에는 아직 그 형식적 근거와 실질적 근거가 모두 부족하다. 즉, ‘형식적인’ 측면으로 이 도덕적 의무의 존재가 다소 불확실하고 그 내용도 충분히 구체적이지 않으며, 이 의무에 대한 사람들의 인식도 완벽하지도 않다. 또한 ‘실질적인’ 측면으로 화가와 일반인 구매자 사이에, 구매인이 가격의 적정성을 판단하는 데에 필요한 작품의 가치관련요소<sup>48)</sup>를 착오하여 합리적인 구매결정을 못하게 되는 것을 방지하는 행동에 대한 상호 기대와 신뢰가

미술시장에 더 잡혀 있는 것인지도 다소 의문이다.

여기서 고지의무는 설명의무(Aufklärungspflicht)의 하나일 뿐이다. 설명의무는 친작이 아님을 알릴 의무뿐만 아니라 화가가 개념미술이라고 믿었다면, 그 작품이 개념미술인 이유에 대한 설명, 작품 제작방법이나 소재 등 작품의 가치를 결정하는 다양한 요소들에 대한 설명을 포함한다. 아래에서는 편의상 판례용어를 그대로 따르기로 한다.

하지만 이 도덕적 고지의무는 다음 두 가지 점(①②)을 고려하면 신의칙상의 보증인 의무가 된다. ① 첫째, 소득세법상 소득세(제19조 제1항 17호)를 내는 사업자인 화가를 소비자기본법상 사업자(제2조 2호)로 본다면, 화가는 작품구매자의 소비자기본권(제4조 2호)인 ‘필요한 지식·정보를 제공받을 권리’를 침해해서는 안 되며, 사업자책무(제19조 제3항)로서 ‘구매자의 합리적 선택·이익을 침해할 우려가 있는 거래조건·방법을 사용’해서도 안 된다. 또한 화가를 공정거래법상 사업자로 본다면, 화가가 친작이 아님을 알리지 않은 작품거래는 작품정보에 관한 화가와 일반인 구매자 사이의 비대칭을 고려할 때 ‘자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용’하는 불공정거래행위(공정거래법 제23조 제1항 4호)에 해당한다. 이처럼 화가에게 소비자기본법과 공정거래법을 적용하는 것은 각 법률의 문언에 반하지는 않지만, 각 법의 목적을 고려하면 확대해석 또는 유추적용에 해당할 여지가 있다. 그렇기에 이 법률들을 근거로 직접 형법상 보증인 의무로서 고지의무를 인정하는 것은 죄형법정주의에 위배된다는 우려를 남긴다. 하지만 이러한 법률들은 화가의 도덕적 고지의무를 신의칙상 보증인의무로 승화시키는 형식적 근거요소로 작용할 수 있



48) 거래가격의 적정성(Angemessenheit)은 디자인이나 트렌드가 가격을 결정하는 상품에서는 높은 가격에 상응하는 가치요소가 중요하지 않지만, 골동품이나 보석류 등의 경우는 높은 가격에 상응하는 가치요소가 중요하고, 그에 관한 착오를 방지할 고지의무가 인정될 수 있다(W. Maaß, *Betrug verübt durch Schweigen*, Brühlscher Verlag, 1982, 130~133쪽 참조). 회화작품도 작가의 붓질이 중요한 표현예술이므로 누가 붓질을 했느냐는 적정가격형성에 필요한 중요정보가 된다.

다. 즉, 이 법률들은 도덕적 고지의무가 보증인의무가 되기 위해 필요한 ‘형식적 근거’의 부족분을 메워준다. 특히 공정거래법상 불공정거래가 그 자체로서 범죄(제67조[벌칙] 2호)라는 점은 공정거래법의 선구조인 도덕적 고지의무에 이미 형법적 보증인의무의 요소가 내재해 있음을 말해주기도 한다.

② 둘째, 매매계약의 주된 급부의무는 아니지만 독일에서 계약책임의 하나로 인정되는 계약체결상의 보호의무(Schutzpflicht), 즉 이 사건에서 미술작품의 정보가 취약한 일반인 구매자(丙)를 보호할 의무는 형법상 보증인의무로서 고지의무를 직접 발생시키는 계약적 근거가 되기에는 아직 이른다. 일종의 계약전 보호의무(vorvertraglicher Beziehungen)<sup>49)</sup>가 우리나라의 판례와 학계<sup>50)</sup>에서 널리 확립되어 있지 않기 때문이다. 하지만 이 계약책임법리는 위의 도덕적 고지의무를 신의칙상 보증인의무, 특히 보호보증인의 의무(Obhutsgarantenpflichten)로 승화시키는 ‘실질적 근거요소’로 작용할 수 있다. 계약체결상 보호의무의 법리와 그에 관한 법적 담론의 전개는 도덕적 고지의무가 신의칙상 보증인의무가 되기 위해 요구되는 보호관계의 실질, 즉 미술작품거래에서 작품(가치요소)에 관한 정확한 정보를 구매자에게 제공하여 합리적 구매결정을 할 수 있게 한다는 점에 대한 상호 기대와 신뢰의 존재를 뒷받침해주기 때문이다. 물론 이런 해석은 임대차관계처럼 계약당사자 사이에 ‘특별한 신뢰관계’가 있는 계약유형에 국한된다는 제한을 둘 수도 있다. 하지만 그런 관계는 예술작품의 거래에서도 인정된다.<sup>51)</sup>

## 나. 사기죄 부작위범의 특수한 요소

그런데 사기죄에서는 이와 같은 도덕적 고지의무가 형법상 보증인의무가 되기 위해서는 또 다른 특수한 요건을 충족해야 한다. ① 판례에 의하면 “일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙

49) 독일 통설은 계약이전의 관계에서도 계약을 형식적 근거로 삼는 보증인의무를 인정할 수 있다고 본다. 다만 독일연방법원(BGH NJW 453, 454쪽)은 계약당사자는 계약에 중요한 모든 사항들을 상대방 당사자가 묻지 않아도 알려줄 의무(Aufklärungspflichten)가 있다고 보면서도 이를 위해서는 계약의 존재뿐만 아니라 당사자들 사이의 특별한 신뢰관계가 있을 것을 요구한다.

50) 부작위에 의한 사기죄를 인정하는 판례가 계약체결 이후가 아니라 이전부터 기망을 인정하고 있다는 판례해석을 하면서 이를 비판하는 대표적인 견해로 이정원, “부작위에 의한 사기죄에서의 기망 행위와 공동정범”, 비교형사법연구, 제1호, 2006, 343~344쪽.

51) 이 입장은 T. Würtenberger, “Betrug durch Schweigen im Kunsthandel”, NJW, 1951, 94쪽.

에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다.”<sup>52)</sup> 이 요건에서는 실제 거래 상대방이 알았는지 여부를 따지는 것과 일종의 ‘합리적 구매자상’(평균적인 미술품구매자)을 전제로 가설적으로 판단하는 것을 구분해야 한다. 전자의 경우는 부작위 기망과 착오 사이의 인과관계가 문제되지만, 후자의 경우는 부작위가 기망이 되기 위한 보증인의무 여부가 문제되는 것이다. 후자의 문제에서 거래상대방(합리적 구매자)이 그 사실을 알았더라면 거래행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우인지를 판단할 때에는 상대방에게 알리지 않으면 상대방이 ‘대단히 큰 손해’를 입게 되는지, 상대방이 처분행위를 할 때 중요한 요소라는 점이 인식될 수 있는지, 상대방이 ‘경험 없는 자’인지 등을 종합 고려하는 것이 합리적이다. 개념미술이 아닌 회화의 거래에서 친작여부는 상당한 가격변수가 되고, 합리적 구매자라면 일반적으로 이 점에 큰 관심을 가지며, 또한 그 점을 스스로 알 만큼 경험이 있지도 않다. 따라서 회화의 합리적 구매자가 그 작품이 친작이 아님을 알았다면 구매여부나 구매가격이 달라졌을 수 있다는 점은 명백하다는 거래의 경험칙이 성립할 수 있다.<sup>53)</sup> 이로써 거래하는 회화작품이 친작이 아님을 고지할 화가의 도덕적 의무는 사기죄에서도 보증인의무가 된다. ② 이 밖에 부작위의 기망이 되기 위해서는 피고인이 고지하지 않은 사항을 피해자가 쉽게 확인 가능한 사항이 아니어야 한다는 조건, 바꿔 말해 피해자가 스스로 자신을 보호할 수 없는 상황이 전제되어야 한다고 보는 견해<sup>54)</sup>와 이런 제한설정에 반대하는 견해<sup>55)</sup>가 있다. 어떤 견해를 취하든 이 사건의 작품구매자(丙)는 친작이 아님을 쉽게 확인할 수 없었으므로 신의칙상 보증인의무로서 고지의무를 인정하는 데 어려움이 없다.

52) 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002도3455 판결.

53) 이 사건의 항소심 판결(서울중앙지방법원 2018. 8. 17. 선고 2017노3965 판결, 판결문 28쪽 참조)은 이 점을 보증인의무 문제가 아니라 기망과 착오 사이의 인과성 문제로 다루는 오류를 범한다. 이에 비해 대법원 판결(대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결의 판결문 7쪽)은 신의칙상 고지의무 문제로 다룬다.

54) 형법의 보충성원칙에 입각해서 이런 입장을 취하는 김준혁, “부작위에 의한 사기죄의 성립가능성에 대한 새로운 접근”, 연세대 법학연구, 제18권 2호, 2008, 258쪽 참조.

55) 안경옥, 사기죄에 있어서의 기망행위, 형사판례연구[5], 박영사, 1997, 207쪽 참조.

### 3. 착오의 인과성과 사기죄의 기수·미수

따라서 이 사건에서 피고인 화가(甲)가 구매자(丙)에게 직접 또는 위탁판매자(화랑)를 통해 간접으로 화투회화가 진품이긴 하지만 친작이 아님을 알리지 않은 부작위는 사기죄의 기망에 해당한다. 사기죄의 기수가 성립하려면 그 다음의 요건으로 이 부작위의 기망이 구매자에게 착오를 일으키고, 그 착오에 터 잡은 재산처분행위로서 구매계약을 했어야 한다. 이때 착오와 재산처분행위를 한 자는 합리적 구매자상, 즉 추상적 인간이 아니라 구체적 사건의 거래상대방이었던 특정한 개인(이 사건의 丙)이다. 가령 ① 이 사건의 작품구매자(丙)가 경험이 많은 미술전문가이거나 또는 피고인 화가(甲)가 화투회화를 제작하는 방법을 사전에 이미 알고 있어서, 거래작품이 친작이 아님을 알았던 경우라면 착오를 한 것이 아니다. 이 경우에는 고지의무위반의 기망은 착오와 재산처분행위에 대해 인과관계가 없게 된다. 그런데 거래상대방은 구성요건이론의 개념으로 ‘행위객체’(Handlungsobjekt)에 해당하고, 이런 경우 피고인 화가(甲)은 “대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능”(형법 제27조)한 경우에 해당하므로 위험성이 있는 때에는 불능미수로서 처벌되고, 위험성이 없는 때에는 불능범으로서 사기죄는 물론 사기미수죄도 성립하지 않는다. ② 이에 반해 이 사건의 구매자(丙)가 경험이 많은 미술전문가도 아니고, 피고인 화가가 화투회화를 제작하는 방법도 사전에 알고 있지 않은 일반인이라면, 고지의무위반의 기망은 구매자에게 작품의 가치와 적정가격 및 구매결정의 합리성에 관해 착오를 일으키고, 그 착오에 터 잡은 재산처분행위인 작품구매계약을 인과적으로 초래한 것이다. 그 결과 피고인 화가는 친작인 경우와 그렇지 않은 경우에 각각 형성되는 가격의 차이만큼 재산상 이익을 취득하고, 거래상대방은 그것에 상응하는 손해를 입은 것이다. 따라서 이 경우는 사기죄의 기수가 성립한다.

③ 이에 덧붙여 유의할 점으로 구매동기의 문제가 있다. 가령 작품구매자가 연예인으로서 명성이 높은 피고인 화가(甲)의 작품 하나쯤 사서 갖고 있어야겠다는 생각이었더라도, 그것은 구매 ‘동기’(motive)의 형성에 관련된 요인일 뿐, 구체적으로 어떤 작품을 어떤 가격으로 살 것인지에 관한 의사(Wille)의 형성에 하자가 있었다는 점에는 영향을 주지 않는다. 즉, 구매동기의 착오와 구매의사형성의 하자는 구분되어야 한다.

#### 4. 화가의 착오문제

마지막 쟁점은 화가가 개념미술이 아닌 회화를 거래하면서 친작이 아님을 고지하지 않는 것이 사기가 될 수 있음을 인식하지 못한 착오의 문제이다.

##### 가. 포섭착오

먼저 이 착오는 사실의 착오가 아니라 규범의 착오이다. 첫째, 화가는 거래작품이 친작이 아닌 사실, 친작여부가 회화작품에서는 예술적 가치나 적정가격, 거래가격의 변수가 된다는 사실, 거래상대방이 미술전문가가 아니고, 자신의 제작방법을 구체적으로 알지도 못한다는 사실, 거래상대방이 구매여부나 구매가격의 결정에서 합리적인 의사형성을 할 수 없다는 사실, 그 한에서 적정가격보다 높은 판매가격으로 재산상 이익을 취할 수 있다는 사실 등을 모두 인식하고 있다. 그러므로 사기죄의 고의(제13조)가 인정된다. 둘째, 화가는 이 사건과 같은 거래가 법적으로 사기죄구성요건(제347조 제1항)에 해당한다는 점을 몰랐거나(포섭착오), 사기죄구성요건에 해당함을 알았지만, 거래관행에 근거하여 사회상규(제20조)에 위배되지 않는다고 생각했을 수 있다(허용포섭착오). 이들 착오는 모두 법률의 착오(제16조)에 해당한다.

##### 나. 착오의 정당한 이유

이로써 이 사건의 피고인 화가(甲)가 가졌을 수 있는 법률의 착오에 “정당한 이유”가 있는지가 문제로 남는다. 먼저 주의할 점은 법률착오의 정당한 이유에 대한 판단은 고의를 인정할 수 있는 정황(간접사실)들에 의하여<sup>56)</sup> 하는 것이 아니라 별도의 귀속론에 의한다는 점이다. 판례도 “행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었는에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하

56) 이 사건의 제1심 법원이 정당한 이유를 인정하지 않는 근거로 고의 인정의 정황들을 든 것(서울중앙지방법원 2017. 10. 18. 선고 2016고단5112 판결의 판결문 23쪽)은 빗나간 논증이다.

여야 한다”<sup>57)</sup>고 본다. 이러한 귀속론적 사고에 의하면 ① 첫째, 회화작품의 거래에서 그 작품이 친착이 아님을 거래상대방에게 알려주는 것은 도덕적 의무라는 점에서 피고인 화가(甲)는 자신의 거래가 적법한지를 심사할 계기를 갖고 있었다. ② 둘째, 그럼에도 피고인 화가가 신뢰 가능한 법정보기구로부터 자신의 거래가 적법한지를 문의하는 등의 노력을 하지 않고<sup>58)</sup> 스스로<sup>59)</sup> 적법성을 판단하였다면, 그런 법률의 착오에 대한 책임은 스스로 짊어져야 한다. 이를 자기위험부담(auf eigene Risiko)의 원칙이라고 부를 수 있다. 자신의 작품이 개념미술이라고 잘못 판단함으로써 고지의무를 인식하지 못한 점, 즉 자신의 비평오류도 이런 자기위험부담원칙의 적용범위 안에 있다.

## V. 맺음말

① 화가가 회화를 제작하는 방법은 자유이다. 그것은 예술의 자유에 속한다. 화가는 회화를 손수 제작할 수도 있지만, 예술의 지속적 발전과 예술가의 후속세대 육성을 위해 도제(Lehrling)를 두고 그를 제작에 참여시키는 것이 더 바람직하다. 법이 그 작품의 거래상대방에게 도제의 회화제작 참여를 고지할 의무를 부과한다면, 그것은 예술의 자유를 침범하는 것이다. ② 화가는 회화의 제작에 다른 화가를 참여시킬 수도 있다. 그러나 다른 화가가 표현성이 중요한 회화의 창작적 표현작업 대부분을 한다면, 예술적 의미에서 작가는 그 작업을 한 화가이다. 다만 ‘공동체’(Gemeinschaft) 성격의 예술가사회에서 화가들은 그런 작품의 법적 저작자를 누구로 할 것인지를 자율적으로 결정할 수 있고, 이는 예술의 자유에 속한다. ③ 이로써 예술과 법 사이에는 부정합이 생기고, 예술의 자유와 법적 안정성 또는 시민적 자유(와 재산)가 충돌할 수 있다. 이 충돌은 공동체적 관계

57) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2014도12773 판결 등 참조.

58) 법률가의 자문을 받아도 자기위험부담원칙을 적용하는 견해로 G. Godenzi, “Verbotsirrtum aufgrund anwaltlicher oder gutachterlicher Beratung?”, Festschrift für Andreas Donatsch, 2017, 72쪽 참조.

59) 독일에서도 비법률가가 스스로(auf eigene Faust) 법을 공부해 적법성을 판단하는 것은 회피가능한 금지착오로 본다. 다만 입법할 때 법률텍스트를 비법률이 지성인이란만 알 수 있도록 만든 경우에는 예외이다. 이에 관해서는 C. Roxin, Strafrecht AT, 4. Auflage, C. H. Beck, 2006, 957쪽 참조. 이 사건에 관계되는 법률조항들은 이 예외에 해당하는 경우가 아니다.

가 없는 예술가와 시민의 ‘거래영역’에서는 예술적 자유에 법적 한계를 설정하는 방식으로 해소될 수 있다. 즉 회화작품을 시장에서 거래할 때 법적 저작자인 화가는 거래 상대방에게 다른 화가가 표현작업을 했음을 고지할 의무를 지고, 이를 위반하여 거래하면 법적 제재를 가하는 것이다. 그렇지 않다면 작품구매자는 작품의 가치를 공정하게 평가하여 구입여부와 구입가격결정을 합리적으로 할 수 없기 때문이다. 이런 법의 개입은 예술에 대한 간섭이 아니라 예술체계와 법체계의 충돌을 조정하고 체계통합(system-integration)을 달성하기 위한 것이다. ④ 다만 예외적으로 개념미술에서는 개념을 창시한 화가만이 작가가 된다. 다른 화가가 그 개념을 실행하였어도 그는 작가가 되지 않는다. 따라서 법은 고지의무를 위반하여 거래된 작품이 개념미술인지 여부를 판단하여야 하고, 이를 위해서는 (법)예술비평을 하지 않을 수 없다. 이 사건의 화투회화작품은 개념의 독창성을 제외한 개념미술의 특징들, 이를테면 해방의 미학적 쾌락, 의미의 전복성, 그로테스크함 등이 결여되어 있고, 팝아트로서도 부족하며, 대체로 신표현주의 회화에 가깝다. 따라서 화투회화작품을 거래할 때에는 저작자인 화가는 구매자에게 다른 화가가 표현작업을 한 점을 고지하여야 한다. ⑤ 물론 이 고지의무는 법률이나 계약에 근거를 두지 않은 도덕적 고지의무이다. 하지만 소비자보호와 공정거래의 법리, 계약체결상 보호책임의 법리, 그리고 고지를 받은 합리적 구매자가 구매여부나 가격결정에서 다른 행동을 하였을 가능성이 명백한 점을 고려하면 이 고지의무는 신의칙상 보증인의무가 된다고 볼 수 있다. 이 보호보증인의무의 위반으로 거래상대방은 착오에 빠져 구매계약(재산 처분행위)을 하였고, 피고인 화가는 친작이 아님을 알고 구매가격을 정했을 경우보다 높은 가격으로 매도하는 재산상 이익을 취득하였으며, 거래상대방은 그에 상응하는 손해를 입었다. 따라서 사기죄가 성립한다. 다만 거래상대방이 친작이 아님을 이미 알고 있었다면 기망과 착오 사이의 인과관계가 없어 사기미수만 성립할 수 있다. 또한 매도인 화가가 자신의 행위가 사기죄에 해당함을 알지 못하였다면 포섭착오 형태의 법률의 착오를 한 것이지만, 도덕적 고지의무의 위반으로 적법성 심사계기가 있었음에도 스스로 판단하여 문제가 없다고 생각했다면, 정당한 이유가 인정될 수 없다. ⑥ 이처럼 법원은 회화제작의 방법과 저작자 결정에서는 예술의 자유와 예술가들의 공동체적 자율을 존중해야 하지만, 예술가와 시민의 거래영역에서는 시민적 자유(와 재산) 보호를 위해 필요최소한의 범위에서 예술에 개입하여 그 자유에 한계를 설정하여야 한다. 사법자제와 적극적 사

법의 법리로 표현한다면, 법원은 그 둘 사이에서 역할을 수행하는 것이다. 그리고 100여 년이나 지난 사법자제와 적극적 사법의 두 원칙은 현대사회에서는 예술과 법의 합리성 괴리와 기능적 충돌을 조정하고 두 체계를 통합하는 체계간(intersystemic) 원칙으로 재 해석되어야 할 과제 앞에 서 있다.

## 참고문헌

- 이상돈, 법의 예술, 법문사, 2020.
- 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2013.
- 김준혁, 부작위에 의한 사기죄의 성립가능성에 대한 새로운 접근, 연세대 법학연구, 제18권 2호, 2008, 237~263쪽.
- 박슬기, 그로테스크 미학의 존재론적 기반과 의의, 충북대 인문논총, 제58집, 2007, 179~203쪽.
- 박지윤, 아이치트리엔날레와 ‘표현의 부자유’ 전, 아세아여성법학, 제22권, 2019, 1~18쪽.
- 안경옥, 사기죄에 있어서의 기망행위, 형사판례연구[5], 박영사, 1997, 196~212쪽.
- 이정원, 부작위에 의한 사기죄에서의 기망행위와 공동정범, 비교형사법연구, 제1호, 2006, 333~353쪽.
- 전해숙, 미술개념의 변화와 미국의 1968년: 개념미술의 등장을 중심으로, 미국사연구, 제28집, 2008, 149~178쪽.
- 클라우스 쿤터 (박종수 역), 법과 언어, 법철학연구, 제4권 제2호, 2001, 227~246쪽.
- Danto, Arthur C., After the End of Art, Princeton University Press, 1997.
- Deleuze, Gilles (하태환 역), 감각의 논리(Francis Bacon: Logique de la sensation) 민음사, 1995.
- Derrida, Jacques (Geoff Bennington and Ian Meleod 역), Parergon. The Truth in Painting, The University of Chicago Press, 1987.
- DuBoff, Leonard D.·King, Christy O., Art Law, 4th. Edition, Thomson·West, 2006.
- Febbrajo, Alberto·Harste, Gorm, Law and Intersystemic Communication: Understanding ‘Structural Coupling’, Ashgate Pub., 2013.
- Hamilton, William, Lectures on Metaphysics and Logic, Vol. 1, Metaphysics, Boston, 1859.

- Köhler, Thomas, Reflexivität und Reproduction: Zur Sozialtheorie der Kultur der Moderne nach Habermas und Bourdieu, Offizin-Verlag Hannover, 2001.
- Roxin, Claus, Strafrecht AT, 4. Auflage, C.H. Beck, 2006.
- Weber, Max, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Auflage, C. J. B. Mohr, 1980.
- Godenzi, Gunhild, “Verbotsirrtum aufgrund anwaltlicher oder gutachterlicher Beratung? Festschrift für Andreas Donatsch (2017), 57~72쪽 참조
- Greenberg, Clement, The Crisis of the Easel picture, 1948.  
([http://mysite.pratt.edu/~morourke/common/Critical Paradigms/Greenberg Crisis.pdf](http://mysite.pratt.edu/~morourke/common/Critical%20Paradigms/Greenberg%20Crisis.pdf))
- McGoldrick, Dominic, “The Boundaries of Justiciability”, International & Comparative Law Quarterly, Volume 59, Issue 4, 2010, 981~1019쪽.
- Streinz, Rudolf·Herrmann, Christoph, “Missverständener ‘Judicial Self-restraint’ - oder: Einmischung durch Untätigkeit”, EuZW 2007, 289~290쪽.
- Wurtenberger, Thomas, Criminal Damage To Art - A Criminological Study, DePaul Law Review, Vol.14, Issue 1, 1964, 83~92쪽.
- Wurtenberger, Thomas, Betrug durch Schweigen im Kunsthandel, NJW 1951, 176 쪽 아래.
- Yi, Sangdon·Hong, Sung Soo, “The Legal development in Korea: juridification and proceduralization, Law and Society in Korea, Edward Elgar Publishing Limited 2013, 108~128쪽.

## Artistic Freedom of Painting Production and Criminal Legal Limits of Painting Transactions

Sangdon Yi\*

The law should respect the freedom of art and the collective autonomy of artists in the production method of painting and its legal authorizing, while it should set limits on the transaction of artists with citizens to the minimum extent necessary to protect civil liberty including property. If a painter has done most of the creative expression work of painting, he is an author in the artistic sense, but the author in legal sense may, however, be the painter who gave the concept with crude guidelines and the expression work for a fee to him/her in the mutual agreement. This creates an inconsistency between art and law in the definition of author, and a categorical conflict between freedom of art and civil liberty. The conflict is, for example, resolved by obliging the painter as legal author to notify the creative expression work of other painters and to guarantee buyer's right to Information in the process of signing a contract with the buyer. This guarantor obligation is based on the common sense or moral thinking, on the Consumer Protection Act and Fair Trade Act. Exceptionally is no such obligation recognized for the conceptual art, to which the painting with imaging of korean traditional gambling card couldn't belong. The breach of this guarantor obligation causes the error of the buyer on the value of the traded art piece, and a purchase contract at a high price with the result, that the breacher acquires property gains, and the buyer suffers corresponding losses. The breacher should, therefore, be regarded as having committed the fraud in the korean criminal law. However, if the buyer already knew the expression work of other painters, any causal relationship between deception and error couldn't be

---

\* Korea University School of Law, Prof. Dr.

established. There remains the possibility of being fraud attempt. If the painter as seller didn't know that his act was a criminal fraud, he would have made a error on the criminal law in the form of subsumption. The justifiable reason is not recognized, because the error results from the self-judgement on the legality of his conduct without seeking a professional legal advice, even though he perceived the violation of a moral notice obligation.

❖ key words: freedom of art, painting with imaging of korean gambling card, intersystemic principle, conceptual art, guarantor obligation, criminal fraud

## 형사제재의 실질적 이원주의 정립을 위한 소고<sup>\*</sup> - 재범의 위험성 판단과 관련하여

박상민<sup>\*\*</sup>

### 국 | 문 | 요 | 약

형사제재의 이원주의체계 내에서 보안처분은, 형벌과 달리, 재범의 위험성을 근거로 선고, 집행 및 종료되는 것이기 때문에, 위험예측을 통해서 실제로 재범을 행할지를 확인하는 문제가 중요하다. 그러나 과학적인 토대를 가진 많은 예측도구들이 발전된다 할지라도, 예측이란 본질적으로 불확실성과 결합되고 그래서 항상 완전히 신뢰할 수 없다는 점이 간과되어서는 안 된다. 한 개인이 부당하게 위험하다고 분류될 수 있다는 점은 특히 중한 범죄의 영역에서는 과소평가되어서는 안 된다. 이에 형사사법 전문가들은 법치국가적 장치를 활용하여 잘못된 예측을 가능한 한 적게 하기 위한 노력을 기울여야 한다. 여기에는 예컨대 재범의 위험성에 근거한 엄격한 형식적·실체적 전제조건 마련, 보안처분 집행을 위해 위험성을 실질적으로 판단하기 위한 시점 및 지속적 심사에 대한 고려, 그리고 보안처분 관련 결정 시 참여권 보장 등의 절차적 정당화 조건을 마련하는 것 등이 해당된다. 이 글에서는 보안처분의 근거이자 한계인 재범위험성에 대해 가능한 한 정확한 판단을 하기 위한 절차적 출발점으로 판단 시기에 관한 논의에 집중하고자 한다. 이에, 우선 이원형사제재체계에서 보안처분 부과를 위한 재범의 위험성 판단과 관련하여 문제되는 현상들을 살펴보고, 현행 형 집행 종료 후 보안처분 관련법이 재범의 위험성에 대한 판단을 잘 반영하여 운용되고 있는지 비판적으로 검토한다. 이렇게 문제를 파악한 후, 형사제재의 실질적 이원주의를 정립하기 위한 해결의 실마리를 - 우리나라뿐만 아니라 독일에서의 기존의 논의들을 참고하여 - 모색해 보고자 한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.09.30.3.37>

❖ 주제어 : 보안처분, 형사제재 이원주의, 재범의 위험성, 형 집행 종료 후 보안처분

\* 이 논문은 2018년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2018S1A5B5A07073975).

\*\* 충북대학교 법학전문대학원 강사, 법학박사.

## I. 들어가는 말

사회를 충격에 빠뜨린 한 성폭력범죄자의 출소가 얼마 남지 않은 시점에서 청와대 국민청원사이트에는 그 범죄자의 출소를 반대하는 글들이 올라왔고, 이에 출소 후 재범방지대책에 대한 관심 또한 높아지면서 보안처분제도가 다시금 뜨거운 조명을 받고 있다. 2005년에 사회보호법상 보호감호가 폐지된 후에 범죄에 대한 국민적 불안의 해소를 위해 여러 특별형법에서 형벌이 가중되고 형법상 유기자유형의 상한은 두 배로 올라 가중 시 최대 50년까지 사회로부터의 격리가 가능해졌다. 안전에 대한 요구는 형벌 강화 외에 다양한 재범방지조치들의 도입·확장과의 결합되었다. 이미 우리나라에서 형벌은 포화상태라, 요즘의 형벌추세는 그 대안을 보안처분에서 찾는 경향이 없지 않다. 특히 성범죄자의 재범방지를 위해 신상공개, 위치추적전자장치부착, 성충동약물치료 등이 보안처분의 형태로 도입되었으나 그 실효성이나 윤리적 정당성은 끊임없이 문제되고 있고, 재범의 위험성에 근거하지 않은 모습은 죄형법정주의의 보안처분적 요청에 부합할 수 없다. 위험한 것으로 분류된 범죄자를 사회로부터 격리하고자 ‘영원히 가두어 놓음’ 또는 그들에 대한 ‘빈틈없는 감시’라는 현대 형사정책의 키워드 하에서, 리스트(Franz von Liszt)의 제안 중 ‘개선될 수 없는 범죄자(상습범)에 대한 무해화’<sup>1)</sup>가 다시 주장되는 것을 경험한다.

보안처분은, 형벌과 달리, 재범의 위험성을 근거로 선고, 집행 및 종료되는 것이기 때문에, 위험예측을 통해서 실제로 재범을 행할지를 확인하는 문제가 중요하다. 21세기에

1) 리스트는 형벌을 사회의 법익보호를 위한 수단으로 이해했고, 형벌은 장래 범죄의 방지에 기여해야 한다고 주장했다. 형벌에 대한 이러한 예방적 구상에서는 자유의사와 관련한 윤리적 물음들이 더 이상 문제 되지 않고, 오히려 한편으로는 교육적 개선의 가능성 그리고 다른 한편으로는 치료가 되지 않거나 치료를 거부하는 자로부터의 사회보호와 위험방지가 문제된다. 이에 따라 리스트는, 행위자를 유형별로 분류하고 각 유형에 대응하는 제재시스템을 제시했다. 즉, 형벌의 목적 내지 효과를 세 카테고리로 구분하여, 개선능력 있고 개선을 필요로 하는 자에 대한 ‘개선’, 개선을 필요로 하지 않는 범죄자에 대한 ‘위하’ 그리고 개선능력 없는 범죄자에 대한 ‘무해화’(Unschädlichmachung)를 주장하였다. 무해화는 평생 동안 또는 불특정한 기간 동안 가두어둠을 통해서 행해져야 한다고 했다. 형벌을 이렇게 장래 범죄행위의 방지에 관한 목적수단으로 이해하면 그 형벌개념에는 필연적으로 보안처분의 내용이 포함되고, 이에 따라 리스트는 범죄자에 대한 모든 처분을 형벌로 간주했다. 이와 같은 내용들에 대해서는 Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (Bd. 1), 1905, 163면 이하; Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: ZStW 1883, 36면 이하.

들어오면서 정보기술의 발전으로 과거 우리가 생각하지 못했던 다량의 정보를 수집·분석할 수 있게 됨으로써 예측가능성은 상당히 높아졌다. 4차 산업혁명 시대가 도래한 현재, 빅데이터는 데이터에 기반을 둔 객관적·과학적 접근방식을 통해 현실에 대한 분석력과 대응력을 높여 미래에 대한 예측가능성을 제고시킨다. 그러나 과학적인 토대를 가진 많은 예측도구들이 발전된다 할지라도, 예측이란 본질적으로 불확실성과 결합되고 그래서 항상 완전히 신뢰할 수 없다는 점이 간과되어서는 안 된다. 한 개인이 부당하게 위험하다고 분류될 수 있다는 점은 특히 중한 범죄의 영역에서는 과소평가되어서는 안 된다. (더 이상) 위험하지 않은 행위자의 자유가 희생될 위험이 남아있다는 점에 주의해야 한다.

이에 형사사법 전문가들은 법치국가적 장치를 활용하여 잘못된 예측을 가능한 한 적게 하기 위한 노력을 기울여야 한다. 여기에는 예컨대 재범의 위험성에 근거한 엄격한 형식적·실체적 전제조건의 마련, 보안처분 집행을 위해 위험성을 실질적으로 판단하기 위한 시점 및 지속적 심사에 대한 고려, 그리고 보안처분 관련 결정 시 참여권 보장 등의 절차적 정당화 조건을 마련하는 것 등이 해당된다. 이 글에서는 보안처분의 근거이자 한계인 재범위험성에 대해 가능한 한 정확한 판단을 하기 위한 절차적 출발점으로 판단 시기에 관한 논의에 집중하고자 한다. 이에 이하에서는, 우선 형벌과 보안처분으로 구성된 이원형사제재체계에서 보안처분 부과를 위한 재범의 위험성 판단과 관련하여 문제되는 현상들을 살펴보고, 현행 형 집행 종료 후 보안처분 관련법이 재범의 위험성에 대한 판단을 잘 반영하여 운용되고 있는지 비판적으로 검토한다. 이렇게 문제를 파악한 후, 형사제재의 실질적 이원주의를 정립하기 위한 해결의 실마리를 - 우리나라뿐만 아니라 독일에서의 기존의 논의들을 참고하여 - 모색해 보고자 한다.

## II. 형사제재의 이원주의와 재범의 위험성

### 1. 문제상황

책임원칙에 기초한 인간상에 따르면, 인간은 적법과 불법 사이의 선택상황에 놓인 경

우 스스로 양자 중의 어느 하나를 선택할 수 있는데, 이와 같은 양자택일의 상황에서 인간은 자신이 행하려는 행위가 불법임을 인식한다면 그러한 행위를 회피하고 적법한 행위를 선택한다는 것이다.<sup>2)</sup> 적법한 행위를 결정할 수 있었음에도 그러지 않았다면 그러한 선택에 대한 사회윤리적비난과 응보로 형벌이 부과되는 것이다. 그런데 이러한 책임을 전제하기 어려운 사람에 대해서는 비난가능성을 전제로 하는 형벌을 부과하는 것이 적절하지 않으므로, 법익보호를 위하여 형벌과는 다른 보안처분에 의해서 보완된다.<sup>3)</sup> 그 결과 형벌과 보안처분으로 구성된 형사제재의 이원체계가 형성되었다.<sup>4)</sup> 그래서 전통적인 책임주의의 관점에서 본다면 보안처분은 형벌에 대하여 보충적인 의미를 지닌다.

이러한 형벌과 보안처분의 원칙적인 구별은 형법이 점차로 예방적인 방향으로 설정됨을 통해서 상대화된다.<sup>5)</sup> 특히 집행 단계에서도, 응보에 지향되었던 형 집행은 사회적 법치국가의 원칙들과 조화될 수 없다는 인식 이후에 형벌과 보안처분의 목적설정은 유사해졌다.<sup>6)</sup> ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제1조 또한 형의 집행목적으로, 수형자의 교정교화와 건전한 사회복귀를 도모한다고 규정하고 있다. 즉, 형벌은 집행에서 수형자에게 해악을 부과하는 것이 아니라, 재사회화에 기여해야 한다는 것이다. 보안처분의 기능은 원래 특별예방, 즉 개별행위자를 개선(Besserung) 및 보안(Sicherung)하는 것을 통해서 장래 범죄행위를 방지하는 데 있다. 그것은 행위자에 대한 치료와 보안이 중심을 이루고 있는 치료감호에서 분명하게 확인된다.

자유박탈 보안처분이 자유형과 함께 동일한 판결에서 선고되는 경우에, 형벌의 집행이 (또는 형벌집행의 일부가) 보안처분의 집행을 통해서 대체될 수 있다는 이른바 대체주의 또한 집행에 있어서 형벌과 보안처분의 근접 또는 유사함을 보여준다. ‘치료감호 등에 관한 법률’(이하 치료감호법) 제12조 제2항 제1문에 따르면, 치료감호사건의 판결

2) BGHSt 2, 194, 200 이하 참조; Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1976, 116면 이하.

3) Kaufmann, 앞의 책, 1976, 276면.

4) 주지하는 바와 같이 이원적 형사제재체계는 독일에서 고전적 책임형벌의 주장자들과 특별예방적으로 지향된 목적형벌을 요구했던 리스트 형법학과 사이의 형벌의 본질과 정당화에 관한 오랜 논쟁의 결과이다.

5) Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 3 Rn. 61 이하; Naucke, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985, 22면 이하; 또한 Höffler/Kaspar, Warum das Abstandsgebot die Probleme der Sicherungsverwahrung nicht lösen kann, in: ZStW 2012, 88면 이하 참조.

6) Calliess/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 2008, § 2 Rn. 8 이하.

은 피고사건의 판결과 동시에 선고해야 하는 것으로 규정되어 있다. 이때 두 형사제재를 통해 최선의 효과를 얻기 위해서는 어떤 순서에 따라 집행되어야 하는지가 문제된다. 치료감호법 제18조는, 치료감호와 형벌이 병과된 경우에 치료감호의 집행은 특별예방적 근거에 의해 원칙적으로 자유형 집행 전에 이루어져야 한다는 것을 규정한다. 이 경우 치료감호의 집행기간은 형 집행기간에 포함된다.<sup>7)</sup> 한편 독일형법 제67조 제2항에 따르면, 보안처분 집행 전에 형벌의 전부 또는 일부 집행을 통해 보안처분의 목적이 더 쉽게 달성되면, 보안처분 집행 전에 형벌의 전부 또는 일부 집행이 선고될 수 있다. 이러한 형벌의 우선집행은 대체주의의 의미·목적에 의해, 형 집행이 치료의 전단계로서 그 목적을 위해 필요한 경우에만 예외적으로 인정되는 것으로 해석된다.<sup>8)</sup> 더 나아가 독일형법 제67조 제3항에 의하면, 형벌과 보안처분 집행의 순서는 피고인의 합목적적인 치료적 처우의 이익을 위해 사후에 변경될 수 있다. 즉, 자유박탈 형사제재의 경우에는 대체주의를 통해 행위자의 효과적인 재사회화가 유연하게 이루어질 수 있는 것이다. 이러한 대체주의는 - 비례성 관점에 기초하여 - 피고인에게 가능한 한 효과적인 치료적 도움이 귀속되게 할 수 있고, 자유형과 자유박탈 보안처분이 중복된 경우에 나타나는 부가적인 사실적 부담을 면하게 할 수 있다.<sup>9)</sup>

문제는, 예컨대 심신장애로 인하여 치료감호를 선고할 정도에는 이르지 않지만 재범의 위험성이 인정되는 성범죄전과자와 같이, 행위에 대한 책임은 인정되나 자기 자신이 불법한 행위로 나아가는 것을 의식적으로 충분히 제어하지 못하는 사람들에 대한 처우이다. 자율적이고 윤리적인 인간상을 전제로 하여 구성된 전통적인 책임주의에 입각하여 형성된 형사법 체계로는 이들이 의하여 발생하는 법익침해에 대응하는 데 적합하지 않은 것으로 보일 수도 있다.<sup>10)</sup> 이에 우리 법률과 법원은, 윤리적 자기결정과 관련된 내적 자

7) 참고로 독일형법의 경우에는, 보안처분이 형벌에 앞서 전부 또는 일부 집행되는 경우에 자유박탈 보안처분의 집행기간은 제67조 제4항에 의해 형벌의 3분의 2까지 종료된 것으로 산정된다. 보안처분의 집행이 종료되면, 산입기간에서 제외된 자유형의 나머지 3분의 1은, 행위자가 사회에서 더 이상 범죄를 저지르지 않을 것이라는 예측이 있는 경우에 행위자의 동의하에 보호관찰을 조건으로 유예될 수 있다(제67조 제5항 제1문).

8) SSW-Jehle, § 67 Rn. 8 이하; MK-Maier, § 67 Rn. 18 이하.

9) Marquardt, Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maregel, 1972, 36면; SSW-Jehle, § 67 Rn. 2.

10) 이와 같은 문제제기 하에 전통적인 책임주의가 가지는 법적인 의미를 검토한 논문으로 김호기, “전통적 책임주의에 대한 현대적 도전 - 특정 성범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착제도 도입

유 및 형벌감수성(*Strafempfänglichkeit*)이 있는 자가 중한 범죄행위를 저지른 경우에는 책임에 따른 형벌을 부과하고, 동시에 행위자가 그 범죄를 다시 행할 습벽 내지 상습성 등으로 인해 형 집행 종료 후에도 여전히 위험하다는 확신에 이른 경우에는 그로부터 사회를 보호하기 위해서 보안처분을 함께 선고한다. 그리고 이렇게 책임능력 있는 행위자를 대상으로 하는 보안처분은, 고전적인 이원시스템의 보안처분, 예컨대 치료감호의 경우와 달리 형 집행 종료 후에 비로소 개시된다. 보안처분의 집행이 시작되는 그 시점에 행위자는 그의 범죄행위로 인해 부과된 형벌을 이미 받았고 이를 통해 그의 형법적 책임은 상쇄되어 있지만, 형 선고 시에 예측되었던 재범의 위험성을 근거로 형 집행에 이어서 계속해서 자유가 제한되는 것이다. 덧붙여, 이러한 보안처분은 책임능력 있는 자의 유책한 위법행위를 전제로 형벌과 함께 선고되다 보니 - 물론 보안처분은 행위자의 책임이 아니라, 그 행위로부터 드러나는 위험성을 근거로 선고되고 집행되는 것이지만 - 특별예방기능 외에 일반예방기능이 작용한다. 중한 범죄에 대한 적절한 대응은, 자유보다는 안전에 대한 요구가 더 많이 내포되어 있는 것으로 보이는 국민의 기대에 의하면, 형 집행 종료 후에 이어서 집행되는 보안처분으로 향하기 때문이다. 그런데 이처럼, 책임 있는 상습범 또는 누범임을 이유로 장기의 형을 선고하면서 그 형벌의 집행 효과를 도외시키고 피고사건과 동시에 판단된 위험성을 근거로 보안처분의 집행이 개시되도록 짜여 있는 구조는, 형벌과 보안처분의 집행을 재사회화를 지향하는 조율된 단일 작용으로 이해하는 대체주의 관점에서 봐도, 재범의 위험성을 요건으로 규정하고 있을지라도 실질적으로는 이중처벌적 형사제재로 운용되는 것에 다름없다.

## 2. 관련 현행법 검토

형벌은 본질적으로 행위자가 저지른 과거의 불법행위에 대한 책임을 전제로 부과되는 형사제재임에 반하여, 보안처분은 행위자의 장래 재범위험성에 근거하여 형벌을 대신하거나 추가적으로 부과되어 행위자에 대한 개선 및 보안을 통해 재범을 방지하여 사회를 보호하기 위한 특별예방목적 형사제재이다. 보안처분은 이처럼 재범의 위험성을 제거하기 위한 수단으로 부과된다는 점에서 이 형사제재를 대상자에게 투입하기 위해서는 그

이 가지는 의미”, 형사법연구 제21권 제1호, 2009, 199면 이하 참조.

시점에 반드시 ‘재범을 저지를 상당한 개연성’이 확인되어야만 한다. 헌법재판소 역시 “행위자에 재범의 위험성은 보안처분의 핵심이며, 헌법 제12조 제1항이 규정한 “누구든지 … 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라는 조항에서 구현된 죄형법정주의의 보안처분적 요청은 “재범의 위험성이 없으면 보안처분은 없다”는 뜻을 내포한다고 하겠다.”<sup>11)</sup>고 밝힘으로써, 재범의 위험성에 근거하지 않은 보안처분의 위헌성을 명백히 선언한 바 있다. 이와 같이 보안처분의 부과 근거이자 한계인 재범의 위험성이 전통적인 보안처분 외에 현행 ‘형 집행 종료 후의 보안처분’에도 잘 반영되어 운용되고 있는지 - 여기에서는 주로 문제시되는, 성(폭력)범죄를 대상으로 하는 사회 내 재범방지처분을 중심으로 - 재범위험성 판단을 기준으로 구별하여 검토해봄으로써 문제점을 파악하고 해결책을 모색하는 데 기초를 형성하고자 한다.

### 가. 재범의 위험성 판단 없이 부과 및 집행되는 경우

현행법에는 범죄행위에 대한 대응으로 형벌과 함께 부과되어 보안처분의 일종으로 취급되지만 재범위험성에 대한 판단 없이 형벌 선고와 함께 자동적으로 병과하도록 규정되어 있는 제재들이 존재한다. ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(이하 성폭력처벌법)상 신상정보 등록(제42조 이하)과 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’(이하 청소년성보호법)상 신상정보 공개(제49조 이하)는 재범의 위험성을 그 부과 및 집행의 법정요건으로 두고 있지 않다. 이 처분들은 재범위험성에 대한 별도의 판단 없이, 보안처분 선고의 계기가 되는 원인범죄(Anlasstat)에 대한 유죄판결이 확정되면 획일적으로 당연히 발생하도록 규정되어 있으며,<sup>12)</sup> 법원 역시 여기에 자신들의 판단이 개입할 여지가 없는 것으로 해석하고 있다.<sup>13)</sup>

신상정보 등록처분의 근거법률인 성폭력처벌법에 의하면 대상범죄로 인한 유죄판결의

11) 헌법재판소 1989.7.14. 선고 88헌가5,8,89헌가44 결정.

12) 청소년성보호법 제49조 제1항 제3호에서는 “죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 자”라고 규정하여 재범위험성에 대한 판단을 요하고 있으나, 이는 “형법 제10조 제1항에 따라 처벌할 수 없는 자”의 경우에 해당하는 것이기 때문에 유죄판결과 동시에 선고되어 형 종료 후에 집행되는 처분을 대상으로 하는 본 논문에서는 고려에서 제외하였다.

13) 예컨대 대법원 2014.11.13. 선고 2014도3564 판결(“등록대상자의 신상정보 제출의무는 법원이 별도로 부과하는 것이 아니라 등록대상 성범죄로 유죄판결이 확정되면 성폭력 특례법의 규정에 따라 당연히 발생하는 것이고, 위 유죄판결에서 선고유예 판결이 제외된다고 볼 수 없다.”).

확정만으로 자동적으로 신상정보 등록처분이 부과되고, 선고형에 따라 등록정보의 관리 기간을 구분하여 재범의 위험성 여부와 상관없이 특정 기간의 경과로 종료된다. 또한 일정기간 내에는 등록면제를 신청도 할 수 없게 해 놓았으며, 피처분자의 개선 정도나 재범위험성 증감 여부를 판단하기 위한 법원의 중간심사절차도 마련되어 있지 않다. 결국 신상정보 등록처분의 부과 및 집행을 위한 절차에서 법원의 사법적 판단이 개입할 여지는 없어 보인다. 대상자에 따라 재범의 위험성이 다를 수 있음에도 아무런 심사 없이 무조건적으로 신상정보 등록 또는 공개처분을 부과하고 일률적으로 집행하는 이러한 입법태도는 ‘재범의 위험성이 없으면 보안처분은 없다’는 보안처분에 대한 죄형법정주의의 요청에 합치될 수 없어 정당화될 수 없다.<sup>14)</sup>

더욱 심각한 문제는 법원이 피고인에 대해 장래 범죄를 저지를 가능성이 낮다고 판단한 경우에도 이와 상관없이 위의 처분이 무조건 부과될 수 있다는 사실이다.<sup>15)</sup> 법원이 피고사건에 대해 유죄판결을 하면서, “개전의 정상이 현재”하여 형의 선고를 유예하거나(형법 제59조) “정상에 참작할 만한 사유”가 있어서 형의 집행을 유예하는 경우(형법 제62조)와 같이, 형의 선고나 집행을 필요 없을 정도로 재범의 위험성이 미약하거나 개선되었다고 판단된 자를 해당 처분의 적용에서 제외할 수 있는 규정이 전혀 마련되어 있지 않다. 뿐만 아니라 자유형의 집행을 받고 있다가 “그 행상이 양호하여 개전의 정이 현재”하고 일정기간이 경과되어 형법 제72조의 가석방 요건을 충족한 후 가석방심사위원회에 의해 석방된 자나 치료감호심의위원회로부터 치료감호의 종료 또는 가종료 결정을 받은 자도 또한 재범의 위험성이 낮다는 판단하에 가석방 되거나 또는 치료감호가 종료·가종료 되었음에도 불구하고 이러한 판단과 상관없이 위 처분의 적용대상자로 포섭된다.

신상정보 공개처분과 관련해서 청소년성보호법에서는 제49조 제1항 단서에 “그 밖에 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정”이 인정되는 경우에만 신상정보 공개명령을 선고하지 않도록 하고 있다. 재범의 위험성을 소극적 요소 중 하나로 해석할 수도

14) 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 양형판단에 의해 무조건 부과되는 신상정보 등록처분의 위헌성을 부정하였다(헌법재판소 2017.5.25. 선고 2016헌마141 결정 등). 이에 대한 비판적 고찰로 정지훈, “성범죄자 신상정보 등록제도의 위헌성과 무용성 - 헌법재판소 결정과 법무부 개정안에 대한 문제점을 중심으로”, 저스티스 통권 제155호, 2016, 131면 이하 참조.

15) 마찬가지로 문제제기로 정지훈, 앞의 논문, 142면.

있지만,<sup>16)</sup> 동법에는 검사가 신상정보의 공개를 청구하기 위한 조사 또는 법원의 판결을 위한 조사에 관한 내용 등 대상자의 위험성을 판단하기 위한 절차가 전혀 마련되어 있지 않다.

반면 헌법재판소는 취업제한 처분에 국한해서 이러한 자동병과형 보안처분의 위험성을 지적하였고,<sup>17)</sup> 이러한 위헌결정의 대상이었던 청소년성보호법은 2018년 관련 규정을 개정하였다. 입법자는, 특정한 범죄를 저지르고 그로 인해 형벌 또는 치료감호를 선고받는 자에게 동시에 취업제한 명령을 부과하는 판단주체를 법원으로 명시하면서, 동 조항에 단서를 붙여 “다만, 재범의 위험성이 현저히 낮은 경우”에는 취업제한 명령을 선고할 수 없도록 제한하였다(제56조 제1항). 재범의 위험성을 소극적 요건으로 규정한 것이다. 이와 함께 같은 조 제3항에다가 “법원은 제1항에 따라 취업제한 명령을 선고하려는 경우에는 정신건강의학과 의사, 심리학자, 사회복지학자, 그 밖의 관련 전문가로부터 취업제한 명령 대상자의 재범 위험성 등에 관한 의견을 들을 수 있다”는 조항을 신설하여, 법원이 재범의 위험성에 대한 실질적인 판단을 거친 후에 취업제한을 결정할 수 있도록 절차를 마련해 놓았다. 하지만 재범위험성 판단을 형벌 선고시라는 과거에 고정시켜 둔 채로 중간심사절차도 마련해 놓지 않아 취업제한 처분의 개시시점에서 확인된 위험성에 근거할 수 없다. 취업제한이 선고된 시점에 재범의 위험성이 확인되고 취업제한의 기간이 확정되었다고 하더라도 그 집행기간 동안에 재범위험성은 변할 수 있고, 또 그 기간이 경과한다고 해서 자동적으로 위험성이 소멸되는 것도 아니다. 하지만 청소년성보호법에는 일단 부과된 취업제한을 계속하거나 중단, 종료 여부를 판단하는 사후적인 심사 절차가 발견되지 않는다.

#### 나. 대상사건 판결 시 재범의 위험성 판단 후 형 집행 종료 후 바로 개시되는 경우

이와 달리 ‘전자장치 부착 등에 관한 법률’(이하 전자장치부착법)에서는 해당 처분을 검사가 청구하고 법원이 선고하기 위해서는 재범의 위험성이 인정될 것을 명문으로 규정

16) 예컨대 대법원 2012.1.27. 선고 2011도14676 판결.

17) 헌법재판소 2016.3.31. 선고 2013헌마585 결정; 헌법재판소 2016.4.28. 선고 2015헌마98 결정; 헌법재판소 2016.7.28. 선고 2015헌마359, 914 결정 등.

해 놓고 있다. 또한 이러한 처분을 청구하기 위해서 필요한 경우 재범의 위험성에 대한 조사를 할 수 있거나 의무적으로 행하도록 규정하고 있기에(전자장치부착법 제6조), 언뜻 보면 재범위험성을 근거로 부과되고 집행되는 보안처분의 모습을 띠는 것으로 보인다. 그러나 재범의 위험성은 보안처분의 선고에서만 아니라 집행개시 후 종료까지 모든 단계에서 중심적인 역할을 하는 것이기 때문에, 법원은 선고된 보안처분이 여전히 필요한지, 보안처분을 변경하거나 유예 내지 종료해야 하는지 등에 관한 판단을 위해 행위자의 재범위험성을 지속적으로 심사해야 한다. 그리고 이때 재범위험성의 존재 및 정도에 관한 판단에 대해서는 심사 당시의 상황이 결정적이어야 한다. 따라서 법문상 재범의 위험성을 규정해 놓았다 하더라도 자유형의 집행 종료 후에 별도의 심사 없이 형벌과 동시에 선고되었던 처분을 개시하는 구조하에서는 집행개시 시점에 실제로 확인된 재범의 위험성에 근거하여 집행된다고 할 수 없다. 사회 내 보안처분은 자유형의 집행이 종료된 후에 개시되는데 처분의 집행을 시작할 때에는 선고된 때와 이미 상당한 시간적 간격이 발생하고 행형효과에도 차이가 있어, 이에 따라 실제 처분이 집행되는 시점에서의 위험성 유무나 정도는 과거와 동일할 수가 없게 된다.<sup>18)</sup> 아울러 심사 당시의 위험성 예측에 근거하지 않은 보안처분 집행은 피처분자의 자유(권)를 침해한다.<sup>19)</sup> 하지만 전자장치부착법에는 형 종료 시나 처분의 집행 전에 이러한 사정변경을 확인할 수 있는 절차가 마련되어 있지 않다.

그 밖에 전자장치부착법 제9조 제1항은, 피고사건 범죄의 법정형에 따라 그 법정형이 중할수록 더 오랫동안 전자장치를 부착하도록 기간을 정하고 있는데, 이는 그 처분이 선고 시에는 재범의 위험성을 근거로 부과되는 보안처분의 형식을 가지고 있더라도 더 이상의 재범위험성 판단 없이 대상범죄를 직접적 근거로 집행되는 형벌의 연장일 뿐이라는 것을 보여준다. 대상범죄는 행위자가 장래 재범을 저지를 것인지 여부를 판단하는 데 하나의 중요한 징표이지만, 그 대상범죄경력 자체를 근거로 보안처분이 부과되고 집행되어

18) 이러한 문제점을 대법원도 지적하고 있다(대법원 2012.5.10. 선고 2012도2289 판결; 대법원 2014.2.27. 선고 2013도12301 판결).

19) 이러한 문제의식하에 헌법재판소는 2017년 개정되기 전의 ‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’상 성충동약물치료의 선고조항에 대하여 “치료명령 선고 시점에는 치료명령의 요건이 충족되었다고 하더라도 그 집행 시점에는 사정변경이 발생할 수 있다. … 10년, 20년 후의 먼 장래의 재범의 위험성을 현재의 선고 시점에서 판단하는 것에는 한계가 있을 수밖에 없다”면서 치료명령을 과잉금지원칙 위반이라고 판단하였다(헌법재판소 2015.12.23. 선고 2013헌가9 결정).

서는 안 된다.<sup>20)</sup> 아무리 행위의 특성이 재범의 개연성과 밀접하며 불법성의 정도가 무거운 범죄를 범한 자라고 할지라도 이와는 별개로 재범의 위험성이 있는지를 판단하여 그 결과에 따라 처분의 부과나 종료를 결정하는 것이 보안처분의 기본범리에 부합하는 입법 태도이다. 더불어 이러한 전자장치부착 처분의 형벌적 성격은 전자장치부착법 제9조 제2항에서도 나타난다. 이에 의하면, 여러 개의 특정범죄에 대하여 동시에 부착명령을 선고할 때에는 법정형이 가장 중한 죄의 부착기간 상한의 2분의 1까지 가중하되 각 죄의 부착기간의 상한을 합산한 기간을 초과할 수 없고, 다만 하나의 행위가 여러 특정범죄에 해당하는 경우에는 가장 중한 죄의 부착기간을 부착기간으로 한다고 하여, 형벌에 있어서 경합범 처벌례(형법 제38조 제1항 제2호, 제40조)에 상응한다. 그러나 이러한 규정은, 전자장치부착 처분이 근거로 해야 하는 재범의 위험성과 수 개의 보안처분의 경합시 적용되어야 하는 비례성 원칙을 고려하지 않는다.

#### 다. 형 집행 종료 전 한번 더 재범의 위험성 판단 기회가 마련되어 있는 경우

피고사건에 대한 형벌과 함께 동시에 선고되지만 형 집행 종료 전에 재범의 위험성을 다시 판단하여 부과된 처분의 개시 여부 등을 결정하는 방식도 찾을 수 있다. ‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’(이하 성충동약물치료법)에서는 해당 처분을 검사가 청구하고 법원이 선고하기 위해서는 재범의 위험성이 인정될 것을 명문으로 규정해 놓고 있으면서, 이와 더불어 피고사건 판결 시 징역형과 함께 치료명령을 받았더라도 형 집행이 종료되기 전에 치료명령이 집행될 필요가 없을 정도로 개선되어 재범위험성이 없음을 이유로 치료명령의 면제를 신청할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다(제8조의2). 또한 청소년성보호법상 취업제한 처분의 경우에는 2018년 개정법률의 부칙을 통해 구법에 의해 취업제한 대상자가 된 자에 한해서 당사자의 신청에 따라 취업제한의 기간을 변경하거나 면제 결정까지 받을 수 있도록 규정함으로써, 기존의 취업제한 대상자도 사후에 다시 판단 받을 수 있는 기회를 제공하고 있다.

이와 같은 입법형태는 앞에 서술된 두 유형, 즉 판결의 대상범죄를 저질렀다는 사실만

20) 헌법재판소도 대상범죄의 행위태양이나 책임, 불법성의 경중은 행위자의 재범의 위험성을 판단함에 있어 중요한 요소 가운데 하나임을 분명히 지적하고 있다(헌법재판소 2016.3.31. 선고 2015헌마688 결정).

으로 필요적 보안처분을 부과하는 경우나 또는 재범의 위험성을 부과근거로 규정하고 있지만 실제로 처분을 개시할 때에는 위험성에 대한 별도의 판단이 없는 경우보다는, 재범의 위험성을 고려한다는 측면에서 보안처분의 기본 법리에 더 부합할 수 있다. 그런데 대상자의 면제신청 등을 통해서 재범의 위험성을 다시 판단하는 방식은 정당한 대안이 되는 데에는 충분하지 않은 것으로 보일 뿐만 아니라, 각 법률은 내용상 입법적 결여 또한 내포하고 있다. 즉, 성충동약물치료법상 치료명령의 집행면제 신청은 “징역형의 집행이 종료되기 전 12개월부터 9개월까지의 기간에 하여야 한다”고 규정되어 있는데(제8조의2 제2항), 여기서 ‘징역형의 집행’에는 가석방 기간이 포함되므로, 가석방의 가능성을 고려할 때, 이는 개선의 정이 현저하다는 긍정적인 준법예측을 인정받아 가석방 중인 자에게 정반대의 요건인 위험성을 근거로 하는 치료명령의 부과를 원칙으로 하면서 신청자에 한해 예외적으로 면제할 수 있다는 모순적인 구조를 포함한다.<sup>21)</sup> 또한 청소년성보호법 부칙상 취업제한의 경우(법률 제15352호 부칙 제4조)에는 법원이 취업제한의 기간 등을 정할 때 개별적인 판단에 의할 수 있게 되었지만, 그 처분을 결정하는 근거로 재범의 위험성이 적극적 요건으로 명시되어 있지 않은 등 보안처분의 정당화 조건을 충족시키기에는 여전히 미흡하다.

나아가 사회 내 보안처분은 형벌이 집행되고 난 후에 개시되는데, 그 보안처분의 부과 여부를 형벌과 동시에 판단하여 선고하도록 되어 있는 현행 절차 하에서는, 대상사건 판결 시와 보안처분 집행개시 사이에 변화할 수 있는 재범위험성의 존재 여부 및 정도를 보안처분의 개시 전에 다시 판단하도록 하는 기회가 있다고 하더라도, 대상자의 위험성에 관한 판단은 양형 과정과 분리되기 어렵고 이로 인해 발생하는 이중처벌 논란에서도 벗어나기 힘들다.<sup>22)</sup>

21) 정지훈, “보안처분의 정당화 과제와 개선방안”, 형사법연구 제32권 제1호, 2020, 73면.

22) 형벌과 보안처분을 동시에 선고하도록 설계되어 있는 현행 제도 아래에서는 그 어떠한 사회 내 보안처분도 집행개시 시점에서 확인된 실질적 위험성에 근거하여 부과될 수 없으므로, 현행 입법방식은 위험성에서 벗어나기 어렵다는 취지의 주장은 이미 정지훈, “재범의 위험성과 보안처분의 정당화 과제 - 성범죄자에게 부과되는 사회 내 보안처분을 중심으로”, 형사법연구 제28권 제3호, 2016, 17면 이하; 또한 정지훈, 앞의 논문(2020), 72-73면 참조.

### Ⅲ. 형사제재의 실질적 이원주의 구성을 위한 재범의 위험성 판단

#### 1. 재고의 필요성 및 논의현황

형사제재체계 이원주의의 본래 취지는, 책임에 따른 형벌과 그로 인해 발생하는 사회 보호 흠결을 재범위험성을 근거로 행위자의 개선을 내용으로 하는 보안처분을 통해서 형벌에 보충하여 메우려는 것이다. 그런데 보안처분은 누구도 확실하게 예측할 수 없는 장래 재범위험성을 근거로 부과되는 것이기 때문에 이로 인해 당사자의 자유권이 중대하게 침해될 수 있다. 이에 국가는, 잘못된 예측으로 인해 당사자의 자유가 부당하게 침해되지 않도록 재범의 위험성에 대해 가능한 한 확실하게 판단할 수 있는 절차를 형성해야 할 의무를 진다. 이러한 측면에서 앞에서 살펴본 현행 사회 내 보안처분 관련법은 재범의 위험성 판단 시기와 절차 등과 관련하여 재고될 필요가 있다.

일단 모든 보안처분은 재범의 위험성을 근거로 해야 하고, 책임이 인정되어 형벌과 함께 부과되는 경우 중 현행 치료감호와 같이 대체집행이 가능한 자유박탈 보안처분은, 집행과 관련해서 그 방향은 형벌과 보안처분 모두 재사회화적 특별예방으로 동일하므로, 양자의 차이를 강조할 것이 아니라, 집행목적을 달성하기 위해 최대한 노력하는 ‘병행’이 중요하다. 이에 치료감호는 피고사건 선고 후 형 집행 전에 곧 집행될 수 있기 때문에 대상사건 판결 시에 재범의 위험성에 대한 확신을 전제한다. 그에 비해 사회 내 보안처분은 책임에 따른 형벌집행이 종료된 후에 개시되는 것이라는 점에서 시설 내 보안처분과 시스템적 차이가 있다. 그럼에도 피고사건에 대한 형벌을 선고하면서 동시에 형 집행 종료 후 개시되는 보안처분의 근거인 재범위험성까지 함께 판단하도록 하는 것은, 법관으로 하여금 형벌의 집행이 대상자에게 어떠한 영향을 미칠 것인지를 미리 예측하거나 혹은 행형의 실패를 전제하고서 형벌의 집행 종료 후에도 보안처분의 집행이 필요한 것인지를 형벌의 선고 시에 미리 판단해야 함을 의미한다. 이러한 현행 사회 내 보안처분의 구조적 결함에 대해서 우리 법원도 부분적으로는 인정하고 있다. 형의 집행을 종료한 시점을 기준으로 재범의 위험성을 판단해야 한다는 견해는 일찍이 1989년 구 사회보호법 제5조 제1항에 대한 위헌법률심판에서 제기된 바 있고,<sup>23)</sup> 대법원은 형벌과 보안처분

23) 헌법재판소 1989.7.14. 선고 88헌가5,8,89헌가44 결정.

을 동시에 선고하는 구조하에서는 형벌집행 후 보안처분의 집행이 개시되기까지 상당한 시간적 간격이 발생하여 재범의 위험성도 달라질 수 있으므로 나중에 개시되는 보안처분의 부과근거와 필요성이 별개로 입증되어야 한다고 설시한 바 있다.<sup>24)</sup>

이러한 문제점을 해결하기 위해, 보안처분을 대상사건 판결과 동시에 선고하되, 형 집행 중에 재범의 위험성을 다시 심사하도록 하는 중간심사절차를 두어 형 집행 종료 전에 한 번 더 평가해 보자는 견해<sup>25)</sup>를 비롯하여, 형 집행 종료 후 보안처분 개시 전에 이미 선고되었던 보안처분의 집행유예나 임시해제 여부를 판단하자는 법률안<sup>26)</sup>도 개진되었다. 이렇게 형 선고와 함께 보안처분도 법원에 의해 확정되었지만 형 집행 종료 후 개시하기 전에 그 집행 여부를 의무적으로 다시 심사하는 중간심사방안은, 앞에서 검토한 현행 입법 태도보다 재범위험성을 근거이자 한계로 삼는 보안처분 이론에 훨씬 더 부합한다. 나아가 형벌과 보안처분을 동시에 판단하는 절차를 그대로 두면서 중간심사절차를 중복적으로 설치하는 접근방식만으로는 현행 제도의 문제점이 완전히 극복될 수 없으므로, 양형 판단과 위험성 판단을 준별하면서 행형의 효과 등을 고려한 재범위험성 판단을 위해 모든 사회 내 보안처분의 부과 여부는 피고사건 판결 시가 아니라 이에 형벌집행이 종료되는 시기에 법원이 판단하도록 하는 방안<sup>27)</sup> 또한 제안되어 있다. 이 방안은, 자유형과 사회 내 보안처분의 병과와 같이 대체집행이 어려운 경우에는, 형 선고 시에 보안처분 부과 여부를 판단하지 않은 채 형벌을 우선 집행하고 만기출소 전에 행형효과 등을 고려하여 보안처분 부과 여부를 처음으로 판단하도록 한다는 점에서, 형벌과 보안처분의 집행에 있어서 특별예방목적을 단절적으로 파악하지 않고 실제로 집행을 개시하기 위해 필요한 재범위험성을 확인한다는 측면에서 더 발전적인 것으로 보인다. 이 제안과 유사하게 애초에 형벌과 보안처분을 병과하지 않고 형 집행 종료 시에 보안처분 부과 여부를 위한 재범위험성을 별개로 판단하는 입법형태는 전자장치부착법의 2008년 부칙 제2조에서 발견된다. 이에 의하면, 2008년 법률 개정 전 형벌 선고 당시에는 전자장치부착처분의 대상자가 아니었지만 형 집행 종료 시점의 출소예정자나 출소임박자에 대해서

24) 대법원 2012.5.10. 선고 2012도2289 판결; 대법원 2014.2.27. 선고 2013도12301 판결; 대법원 2014.12.11. 선고 2014도6930 판결.

25) 예컨대 김혜정, “보안처분의 체계적 입법화를 위한 소고”, 형사법연구 제25권 제4호, 2013, 149면.

26) 이를테면 2011년 형법총칙개정안 제83조의5 보호수용의 집행유예.

27) 정지훈, 앞의 논문(2016), 26면 이하.

성폭력범죄를 다시 저지를 위험성이 있다고 판단되면 개정법률을 소급적으로 적용하여 검사의 청구와 법원의 판단에 의해 전자장치부착 처분을 부과할 수 있도록 하였다. 이러한 구조는 형 집행 종료 시 보안처분 개시 전에 재범의 위험성을 판단하여 그때 보안처분을 확정적으로 부과될 수 있다는 측면에서 독일형법의 유보적·사후적 보안감호제도와 대비될 수 있다.

## 2. 독일형법에 따른 선고의 유보 규정과 사후적 선고

보안감호(Sicherungsverwahrung)는 자유박탈 보안처분의 일종으로 현재 우리 형법에는 존재하지 않는다.<sup>28)</sup> 그런데 - 물론 ‘시설 내’와 ‘사회 내’라는 차이가 있기는 하지만 - 중한 범죄를 저지른 자가 책임에 따른 형벌을 부과받고 이와 함께 장래 그러한 범죄를 또다시 저지를 위험성으로 인해 자유형 집행 종료 후 이어서 개시된다는 점에서 우리 현행 사회 내 보안처분과 닮아있다. 그래서 독일의 보안감호제도를 이해하고 논의 상황을 파악하는 것은 우리 현행 형 집행 종료 후 보안처분의 좀 더 나은 구조를 모색하고 형벌의 특별예방기능을 보충하는 보안처분의 제자리를 찾는 데 필요한 작업이라고 생각한다.

독일에서는, 책임에 따른 형벌 집행이 종료되었음에도 출소 후 재범을 저지를 위험이 있는 소위 위험한 범죄자에 대해서 어떻게 대처해야 하는가에 관한 대답이 보안감호제도의 확장과 결합되었다. 즉, 독일형법 제66조에 따른 보안감호는 대상사건 판결 시의 재범위험성을 근거로 부과된다. 그러므로 판결 시에 보안감호를 부과할 정도의 위험성이 예측될 수 없으면 보안감호는 선고되어서는 안 된다. 그렇다 보니 형 집행 동안에 위험한 범죄행위에 관한 습벽이 증명되는 사실이 나타나도 행위자는 석방될 수밖에 없다. 이에, 대상사건을 판결할 때 형벌과 함께 보안감호를 부과하지 못하는 경우에도 형 집행 종료 시에 다시 보안감호를 선고할 수 있는 가능성으로 보안감호의 유보(Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung)와 보안감호의 사후적 선고(Nachträgliche

28) 1980년 사회보호법이 제정되면서 보안처분으로서 보호감호가 마련되었는데, 이중처벌과 인권침해 논란으로 2005년 폐지되었다. 그럼에도 그 후 보안감호제도의 도입 필요성은 지속적으로 제기되어 2011년 형법(총칙)개정법률안에서는 형법전 안에서 보호수용이라는 이름으로 규정되었고, 2014년에는 보호수용법이 입법예고 되면서 그 제도의 도입은 꾸준히 논의되고 있다.

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung) 규정이 신설된 것이다.<sup>29)</sup> 특히 보안감호의 유보 규정은 2002년에 제정되고 2010년에 그 대상이 확대되었는데, 이는 자유형 집행 종료 후의 위험성을 대상사건 판결 시에 법원이 미리 확인할 수 없다는 점에 기인한다.<sup>30)</sup>

독일형법 제66조a 보안감호의 유보 규정 내용을 살펴보면, 우선 대상사건 판결 시에 보안감호 선고를 유보할 수 있는 전제조건은 두 가지 유형으로, 하나는 독일형법 제66조 제3항 제1문에 따른 범죄행위<sup>31)</sup>로 인해 유죄판결 받은 경우(제1항)이고, 다른 하나는 중한 범죄목록<sup>32)</sup>에 해당하는 경우(제2항)이다. 형 선고 시점에 이러한 형식적 전제조건은 존재하지만, 법원이 피고인의 위험성에 대해 개연적이기는 하지만 충분한 확신을 가질 수 없는 경우에, 보안감호의 선고를 유보할 수 있다. 그 후 형 집행이 종료되기 전에 (여기에는 가석방되어서 잔형이 집행된 경우도 포함된다) 법원은, 행위자가 사람들에게 정신적·신체적으로 심하게 해를 입히는 중한 범죄행위를 다시 저지를 것인지에 대해서, 행위자와 그의 범죄행위, 그리고 추가로 형 집행 동안 행위자의 변화를 종합적으로 평가하여, 유보된 보안감호의 선고 여부를 결정한다.

한편, 보안감호의 사후적 선고 규정은 2004년 도입 당시 적용 대상이 다음의 두 그룹이었다. 하나는, 대상사건 판결 시점에 독일형법 제66조에 따른 보안감호 또는 제66조a

29) 유보적 보안감호의 경우는 BT-Drs. 14/9041, 1면; SSW-Jehle, § 66a Rn 1; MK-Ullenbruch / Morgenstern, § 66a Rn. 2. 사후적 보안감호의 경우는 BT-Drs. 15/2887, 1면; 15/3346, 1면 이하; SSW-Jehle, § 66b Rn. 1; NK-Bllinger/Dessecker, § 66b Rn. 5 f.; MK-Ullenbruch/Drenkhahn, § 66b Rn. 1.

30) BT-Drs. 14/4865, 6면; NK-Bllinger/Dessecker, § 66a Rn. 7; SSW-Jehle, § 66a Rn. 1; MK-Ullenbruch/Morgenstern, § 66a Rn. 2.

31) 여기에는 다음의 범죄유형이 해당된다: 생명, 신체적 불가침성, 인격적 자유 또는 성적 자기결정에 반하는 고의(적) 범죄행위로 인해서 2년 이상의 자유형이 선고되는 경우, 국가를 위험하게 하는 중한 폭력범죄의 예비, 테러 자금조달, 테러단체 조직, 외국에서의 범죄단체와 테러단체와 몰수, 피보호자에 대한 성적 남용(강간 내지 강제추행), 피구금자(수형자, 관청에 감호된 자 또는 시설 내 환자와 요부조자)에 대한 성적 남용, 공무원 지위를 이용한 성적 남용, 자문·치료 또는 원호 관계를 이용한 성적 남용, 아동에 대한 성적 남용, 성적 침해; 성적 강요 및 강간, 미성년자의 성적 행위 조장, 청소년에 대한 성적 남용, 특수상해, 피감독자에 대한 학대·가혹행위.

32) 이에 대해서는 다음의 범죄유형이 규정되어 있다: 생명, 신체적 불가침성, 인격적 자유, 성적 자기결정에 반하는 하나 또는 수 개의 범죄로 인해서, 제28절에 따라 또는 제250조(중강도), 제251조(강도치사)에 따라, 제252조(준강도)나 제255조(강도에 준하는 공갈)와의 결합에서도 5년 이상의 자유형이 선고된 경우.

의 유보를 위한 형식적 전제조건이 존재했는지라도 재범의 위험성을 개연적으로도 인정하기 어려워 보안감호를 선고는 물론 유보도 할 수 없었지만, 형 집행 종료 전에 행형기간 동안 일반인에 대한 위험성을 드러내는 사실(들)이 확인됨으로 인해 위험한 것으로 분류된 수형자(구형법 제66조b 제1항과 제2항)이고, 다른 하나는, 독일형법 제63조에 의해 정신병원에 수용되어 있던 자가 그의 책임능력을 배제하거나 감경하는 심신장애 상태가 개선되어서 정신병원수용의 종료가 선고되었지만, 일반인에 대한 위험성이 (여전히) 높은 것으로 확인되는 자(구형법 제66조b 제3항)이다.

이와 같이 독일의 보안감호제도는, 형벌과 동시에 부과되는 형태뿐만 아니라 형 선고시에 행위자의 재범위험성에 대해 확신을 갖지 못해서 선고를 유보하거나 이에 형 집행 종료 후에 선고하는 세 가지 형태로 구분되어 있고, 이들은 서로 연계되어 위험한 범죄자로부터 사회를 보호하는 데 생길 수 있는 흠결을 빈틈없이 메우고자 한다. 그렇다 보니 사실상 세 유형의 경우 모두 우선은 보안감호 부과를 위한 재범의 위험성을 형 선고시에 판단하고 그때 보안감호를 선고할 정도로 재범위험성에 대한 확신을 갖지 못한 경우에 유보적·사후적 보안감호가 고려되는 것이기 때문에, - 독일형법 제66조a 제3항 제2문에 행형 동안의 행동에는 단지 보충적인 의미가 부여된다고 규정되어 있더라도<sup>33)</sup> - 실무적으로는 결국 형 집행 동안 수형자의 행동이 재범위험성 예측에 결정적인 요소가 될 것이다. 그런데 사회와 격리되어 있는 형 집행시설에서의 생활은 사회에서 자유로운 상태에서의 생활과 달리 인위적이기 때문에, 행형 동안의 수형자의 행동 등은 사회에서 준법생활을 할지에 관한 판단에 대해서는 제한적인 의미만을 가질 뿐이다.<sup>34)</sup> 이러한 재범의 위험성 예측문제는 대상사건 판결과 수년 후의 보안처분에 관한 판결 사이에 인과관계 없이 형벌이나 보안처분 집행시설에서의 행동만을 가지고 사회 내에서의 재범 여부를 판단하는 (구) 사후적 보안감호의 경우에 더 강화되었고,<sup>35)</sup> 행위자의 위험성을 충분히 징표할 수 있을지에 대한 의심하에 행위자의 자유를 예방적·무기한적으로 박탈하는

33) 이에 관해서 BT-Drs. 17/3403, 30면; MK-Ullenbruch/Morgenstern, § 66a Rn. 94, 97.

34) Boetticher, Nachbetreuung nach Straf- und Maßregelvollzug, in: Egg (Hrsg.), Ambulante Nachsorge nach Straf- und Maßregelvollzug, 2004, 41면; SSW-Jehle, § 66a Rn. 4; MK-Ullenbruch/Morgenstern, § 66a Rn. 25 이하; Laubenthal, Die Renaissance der Sicherungsverwahrung, in: ZStW 2004, 740면; Rasch/Konrad, Forensische Psychiatrie, 2014, 386면 이하.

35) MK-Ullenbruch/Drenkhahn, § 66b Rn. 24, 52 이하; LK-Rissing-van Saan/Peglau, § 66b Rn. 21 이하 참조.

것이 가능했던 구형법 제66조b 제1항과 제2항의 사후적 보안감호는 비례성원칙 위배 등을 이유로<sup>36)</sup> 폐지되었다.

이러한 사후적 보안감호와 유사한 형태가 우리 성충동약물치료법 제22조에도 규정되어 있다. 이에 의하면, 검사는 성폭력범죄를 저질러 징역형 이상의 형이 확정되었으나 피고사건 판결 시 치료명령이 선고되지 아니한 수형자 중 성도착증 환자로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되고 약물치료를 받는 것을 동의하는 사람에 대하여 정신건강의학과 전문의의 진단이나 감정을 받아 그의 주거지 또는 현재지를 관할하는 지방법원에 치료명령을 청구할 수 있고 법원은 이러한 청구가 이유 있다고 인정하는 때에는 결정으로 치료명령을 고지한다. 치료처분을 피고사건의 형벌과 함께 선고받지 않고 그 이후인 수형생활 중 결정된다는 점에서 사후적 보안감호와 비슷한데, 여기서는 피고사건에서 이미 이유 없다고 판단되어 기판력이 발생하였음에도 불구하고 치료를 명분으로 확정된 실체재판을 다시 심판하겠다는 것과 다름없다는 해석<sup>37)</sup>이 가능하다. 비록 양형과 위험성의 판단 시점이 다르다고 할지라도 이러한 사후적 결정은 일사부재리의 원칙에 합치될 수 없다는 비판에서 벗어나기 어렵다.

현재 독일의 사후적 보안감호는 구 독일형법 제66조b 제3항의 형태가 유지되고 있는데, 이에 의하면 피고사건의 책임에 따른 형벌이 아니라 정신병원수용 보안처분이 보안감호 집행에 선행함으로 인해, 형 집행 종료 후 개시되는 보안처분의 도그마틱을 의심스러운 방식으로 무너뜨린다는 점에서 비판이 제기된다. 정신병원에 수용될 정도의 심신장애 상태가 개선되었다는 확인을 통해, 보안감호가 선고될 수 있기 위한 전제인 원인행위와 장래 저지를 것으로 예측되는 중한 범죄행위 사이의 연관관계는 (더 이상) 존재하지 않는다.<sup>38)</sup> 또한 책임을 감경하거나 조각하는 심신장애 상태에서의 범죄행위로 인해 재범의 위험성이 예측되어 오랫동안 정신병원에 있었지만 그러한 장애가 (더 이상) 존재하지 않는 자로부터, 다른 사람을 정신적·신체적으로 심하게 해를 입히는 중한 범죄행위를

36) Kinzig, An den Grenzen des Strafrechts – Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG, in: NJW 2004, 912면; Mushoff, Strafe-Maregel-Sicherungsverwahrung, 2008, 426면 이하; Höffler/Kaspar, 앞의 논문, 97면 이하; SSW-Jehle, § 66b Rn. 8 이하.

37) 정지훈, “성충동 약물치료법의 위헌성”, 형사정책연구 제27권 제1호, 2016, 155면 이하.

38) MK-Ullenbruch/Drenkhahn, § 66b Rn. 23 이하; Waterkamp, Anmerkungen zu den Urteilen des BVerfG vom 5. 2 und 10.2.2004, in: StV 2004, 273면.

저지를 것이라는 확신을 가지기는 쉽지 않은 것으로 보인다.<sup>39)</sup> 이러한 규정으로 인해 실제로는 위험하지 않지만 위험한 것으로 평가되어 자유가 부당하게 박탈당할 수 있는 경우가 계속 증가할 수 있다는 점이 우려된다.

이와 같이 사후적 보안감호나 유보적 보안감호는 (원래의) 보안감호와 함께 연계해서 규정되어 있음으로 인해 적법절차원칙이나 실효성 등의 측면에서도 문제가 될 수 있다. 이에 보안감호의 세 가지 형태를 하나의 사후적 보안감호로 통합하여 형기의 마지막에 행위자의 재범위험성을 처음으로 판단하자는 제안<sup>40)</sup>도 있었고, 단일한 유보적 보안감호 형태가 비례성원칙 뿐만 아니라 일반인의 안전요구까지도 고려한 것이라는 견해도 주장되었다.<sup>41)</sup>

### 3. 형 집행 종료 후 사회 내 보안처분에 대한 새로운 구상

이러한 독일형법의 보안감호제도와 관련된 논의를 참고하여 우리 현행 형 집행 종료 후 보안처분의 구조적 문제를 해결할 수 있는 실마리를 찾아 형사제재체계의 실질적 이원주의 정립을 위한 새로운 방안을 구상해 보고자 한다. 보안처분이 근거로 하는 재범의 위험성은 장래 예측과 관련된 것으로 한번 결정되면 고정불변인 개념이 아니기 때문에, 오랜 시간의 자유형 집행이 종료된 후에 개시되는 것이면 형벌과 함께 동시에 확정적으로 선고될 것이 아니라 행형 동안에 치료 등 재사회화를 위한 개선 노력을 최대한 하고 그 후에 이어서 보안처분을 개시하고자 할 때 그때 보안처분 부과에 관한 재범의 위험성을 판단해야 한다.

그렇다면 일단은 - 사후적 보안감호의 단일 형태와 같이 - 책임이 인정되는 범죄자에 대해서는 그에 따른 형벌을 선고하고 형 집행 종료 시에 보안처분을 위한 재범의 위험성 여부를 ‘처음으로’ 판단하는 구조가 고려될 수 있다. 그런데 이에 대해서는 몇 가지 반론이 가능할 것으로 보인다. 우선, 행형 종료 시 누가 보안처분 부과에 관한 재범위험성을 별개로 심사받는지 그 대상자를 선정하는 기준이 모호하다. 형사제재는 개인이 형법상 범죄

39) SSW-Jehle, 66b Rn. 6; Sch/Sch-Stree/Kinzig, § 66b Rn. 9.

40) Sächsischen Referentenentwurf von 2009.

41) 대표적으로 Kreuzer, Kriminalpolitische und rechtliche Aspekte der Reform des Sicherungsverwaltungsrechts, in: Gewaltdelinquenz, 2011, 379면 이하.

행위를 저질렀을 때 형사절차에서 법원으로부터 부과될 수 있는 것으로, 위법한 행위를 전제로 한다. 이에 형벌과 마찬가지로 보안처분 또한 일탈행동의 임의적인 유형이 아닌, 형법에 규정되어 있는 구성요건에 관련되어 있다. 다만 보안처분은 형벌과 같이 위법행위로부터 실현된 책임에 대한 대응이 아니라, 그 위법행위로부터 표출되는 행위자의 재범위험성에 대한 반응이다. 그리고 행위자로부터 범해진 위법행위는 보안처분 신고를 하는 데 필요한 위험성예측을 위한 기초를 형성한다. 그래서 보안처분을 부과할 수 있는 계기이면서 원인이 되는 위법행위는 보안처분 신고의 시작점이면서 재범위험성의 징후를 나타내는 것이어야 한다. 이러한 대상사건 범죄행위는 보안처분을 신고하는 데 필수적인 전제조건으로, 이를 통해 국가의 자의적 형벌권 행사로부터 개인이 보호될 수 있으며 보안처분의 법치국가성이 보장될 수 있다. 그런데 사후적 신고의 구조에 의하면 보안처분의 신고에 관한 결정은 원인범죄 내지 이전행위로부터 광범위하게 떨어져 있다. 자 유형 집행 종료 시 재범의 위험성을 판단할 전제조건으로서 범죄목적을 정해 놓겠지만 그것이 충족되는 수형자 전부가 사회 내 보안처분의 대상자로 추상적으로 분류되어 있는 것이기 때문에 그로 인해 당사자는 물론 법원 및 집행관청도 불필요한 부담을 지게 될 수 있다. 그 밖에, 행형 동안 치료나 교육 등의 재사회화조치를 받고 난 후에 그 당시의 재범위험성을 판단하는 데 아무래도 형 집행시설의 감정인이나 교도관 등의 진술에 결정적으로 영향을 미치는 것은 행형 동안의 수형자 행동일 것인데, 이는 사회에서의 생활과 다르기 때문에 위험성 예측의 기초를 형성하는 데 부족할 것으로 보인다.

이에 책임에 따른 형 집행이 종료된 후에 재범위험성을 근거로 개시되는 보안처분의 경우에는 - 마치 유보적 보안감호의 단일 형태와 같이 - 대상사건 판결 시에 보안처분의 신고를 유보하는 구조가 앞에서 언급한 이른바 사후적 보안처분의 결함을 보완할 수 있지 않을까 한다. 이러한 신고의 유보 모델의 본질적인 특수성은 절차의 이(二) 단계성에 있다. 즉, 형 신고 시에 보안처분 부과 원인범죄를 확인하고 재범의 위험성이 개연적으로 인정되면 형 집행 종료 시까지 보안처분의 신고를 유보하고, 그 후 형 집행 종료 시에 그 시점에 재범예측과 관련된 사실들을 고려하여 위험성이 확실하게 인정되면 유보된 보안처분을 신고하는 것이다.

이는 앞에서 언급한 중간심사형 모델, 즉 형 신고 시에 보안처분도 함께 확정적으로 신고하되 보안처분 개시 전에 재범의 위험성을 의무적으로 다시 심사하는 구조에서도

재범위험성 판단의 첫 번째 시점에서는 예측의 상대적 확실성만으로 선고될 수 있고, 형 집행 종료 전인 두 번째 시점에서의 위험성예측에 보안처분 개시가 종국적으로 결정되는 것이기 때문에 법효과적인 측면에서는 차이가 없다는 점이 언급될 수 있다. 그러나 형 집행 종료 후에 개시되는 보안처분을 미리 확정적으로 선고하는 것과 그것을 유보하는 것은 당사자 입장에서는 차이가 있다. 그리고 형 집행 종료 시까지 보안처분의 선고를 유보하는 것을 통해서 수형자가 행형에서 이루어지는 치료와 재사회화조치에 적극적으로 참여하는 데 동기부여를 할 수 있고 이로 인해 재사회화 효과를 높일 수 있다.

또한 이러한 선고의 유보 모델은, 재범의 위험성이 장래 불확실성을 전제로 하는 개념이라는 측면에서 좀 더 정확한 예측을 위한 대안일 수 있다. 이를 통해 당사자의 자유개입과 관련한 비례성원칙과 판단의 현실성에도 더 부합하게 된다. 대상사건 판결 시 보안처분의 선고를 유보하는 것이기 때문에 형 집행 종료 후 보안처분 부과여부를 종국적으로 결정하기 위해서는 형 집행 동안 위험성예측을 위한 ‘새로운’ 사실이 요구될 수도 있다. 예컨대 판결 시점에 개연적인 위험성이 80%로 어림잡아질 수 있다고 하면, 나머지 20%는 두 번째 시점에서 새로운 사실을 통해 확보되어야 할 것으로 생각될 수 있다. 물론 형 집행 종료 시 두 번째 예측을 위해 대상사건 판결 후 형 집행 중의 수형자의 행동들이 고려된다. 그러나 꼭 형 선고 시에는 없었던 새로운 사실이 행형 동안에 나타나야 재범의 위험성이 확정될 수 있는 것은 아니고, 형 선고 시에 확인되었던 것이 형 집행 종료 후에도 여전히 개선되지 않은 상태로 있는 것도 위험성 판단에 확신을 줄 수 있다. 물론 행형 동안의 행동은 보안처분의 선고를 근거지우는 위험성 판단에 관한 충분한 지표는 아니지만, 그 형 집행 중의 변화뿐만 아니라 행위자의 인격성, 그의 환경 그리고 형법적 개입의 영향과 같은 여러 요소 등을 토대로 하여 아무래도 두 번의 심사를 통해 위험성 예측은 더 많은 사실에 기초하게 될 것이고 이로 인해 좀 더 정확한 판단이 가능할 수 있다.

그밖에, 절차의 두 단계를 통해 법원이 형 선고 시에 재범의 위험성에 대해 충분히 확신을 갖지 못했던 사람에 대해서도 보안처분을 선고할 수 있는 기회가 마련됨으로 인해 위험한 범죄자로부터 사회를 보호할 가능성이 확장되었다는 점, 반면 형 선고 시 재범의 위험성 존재에 관한 의심에도 불구하고 안전지향적인 현재 형사정책이나 대중의 분위기에서 사회보호를 위해 보안처분을 선고할 가능성이 큰데 선고를 유보함으로 인해

최소한 이를 막을 수 있다는 점 또한 장점으로 언급될 수 있다.

이와 같은 보안처분 선고의 유보 구조가 장래 재범의 위험성이라는 누구도 확실하지 못하는 개념을 근거이자 한계로 하는 보안처분의 본질에 비교적 상응할 수 있을 것으로 생각된다. 대상사건 판결에서 보안처분 선고가 종국적이 아니라 유보적인 것이기 때문에, 보안처분 선고의 유보가 넘쳐날지도 모른다는 우려가 있을 수 있다. 그러나 선고의 유보를 위해서도 엄격한 형식적·실체적 조건들이 법원에서 심사된다. 유보 모델의 대강을 구상해 보면 먼저 대상사건 판결 시 형 집행 종료 후 개시되는 보안처분의 선고를 유보하는 대상은 제한되어야 한다. 그 범죄목록에 대해서는 현행 각 법률이 참고될 수 있다. 예컨대 단순한 재산범죄와 중대한 인적 피해가 없는 범죄는 제외되어야 한다. 그리고 중한 (성)폭력범죄 등의 이전 범죄행위 내지 전과의 존재뿐만 아니라, 판결의 대상범죄에 대해 가령 5년 이상의 자유형으로 유죄판결을 받고, 판결 시에 재범위험을 인지하게 하는 행위자 및 행위에서의 특수성(예를 들어 성도착증 등)이 구체적으로 확인될 수 있으면, 개인적 법익에 대한 범죄행위의 구성요건 유형 중에 중(대)한 범죄행위의 초범자도 고려될 수 있다. 습벽 내지 상습(성)이 고려되어야 하는 경우에, 이 개념들은 일반적으로 행위의 빈번함·규칙성·연속성과 결합되기 때문에, 초범자의 경우에는 범죄행위에 관한 습벽(상습성)이 인정되기 어려울 것이지만 감정인의 소견 등을 참고하여 판단될 수 있을 것이다. 이와 같이 보안처분 선고를 위한 전제조건으로서 제한된 대상범죄(원인범죄)와 재범의 위험성을 나타내는 전형적인 표지들을 토대로 대상사건 판결 시 보안처분 선고의 유보 후에 실제로 보안처분의 집행이 개시될 수 있는 시기에 재범의 위험성 판단이 별개로 이루어져야 한다. 위험성 예측에 대한 단계지움은 좀 더 정확한 판단에 도움을 줄 수 있다. 즉, 위험성을 개연적으로 확인하는 첫 번째 단계는 말하자면 적격심사의 한 유형을 의미하고, 그 적격은 확장된 평가기간을 통해서 더 넓은 기초에 근거된 예측을 통해서 심사될 수 있고 더 확실해질 수 있다. 이렇게 형 집행 종료 시에 법원은 재범의 위험성을 근거로 형 집행 종료 후 이어지는 보안처분에 대해 결정한다.<sup>42)</sup>

한편 보안처분의 종국적 선고가 방지될 수 있기 위해서, 행형 기간 동안에 특히 보안처분 선고가 유보된 수형자들의 재사회화에 노력하는 집행관청의 의무가 규정되어야 한

42) 이를 위해서는 행형법원의 설치가 필요할 것인데, 그와 관련해서는 ‘보안처분의 전면적 사법처분화’라는 주제로 후속논문에서 구체적으로 다룰 예정이다.

다. 즉, 형 집행관청은 형벌과 함께 재범의 위험성을 근거로 보안처분의 선고가 유보된 수형자에게는 그 재범위험성을 제거하기 위한 특별한 치료와 원호를 해야 한다. 이에 상응해서 수형자는 구체적인 개선조치를 신청하거나 취소를 요청할 수도 있다. 그리고 형 집행 종료 전 적절한 때에 법원은 행형에서 전반적으로 충분한 원호가 제공되었는지 등 집행관청의 의무준수에 대해 감독할 수 있는 규정이 마련되어야 한다. 집행시설에서는 수형자에게 치료제공을 했는데 수형자가 그것을 거부해서 더 이상의 치료제공을 중지했다는 것은 충분한 원호 제공이 아니다. 오히려 교육 및 치료 처분에 참여할 수 있도록 장려하고 꾸준히 반복되는 시도와 노력이 행해져야 한다.

#### IV. 나오며

현행 형사제재는 책임과 재범의 위험성이라는 두 개의 확고한 요소에 의해 지지되고 있는 것 같지만, 실상은 - 특히 형 집행 종료 후 이어서 개시되는 보안처분의 경우 - 대상사건 판결 시에 보안처분이 형벌과 동시에 선고됨으로 인해 양형 단계에서 책임을 근거로 하는 형벌과 책임에 무관한 보안처분을 포괄해서 단일하게 파악하는 것으로 보인다. 대상사건 판결에서 보안처분을 선고하는 것은 책임보다 적게 형벌을 부과하는 데 영향을 미칠 수도 있고, 반대로 재범의 위험성이 양형에 대한 판단 시 형벌강화적으로 고려될 수도 있다. 이때 보안처분은 유책하게 범죄를 저지른 행위자에 대해서 부과되는 형벌과 마찬가지로 사회윤리적 비난가능성에 기초한 해악 부과로 이해되고 투입된다. 이러한 보안처분의 사실상 계속 처벌을 방지하고 본래의 집행목적을 달성하기 위한 절차적 첫걸음으로 이 글에서는 재범위험성의 판단과 관련하여 보안처분 선고의 유보 구조를 제안하였다. 이러한 구상은 기존의 전통적인 보안처분 시스템과 조화되면서, 보안처분이 부과되는 대상을 가능한 한 정확하게 들어맞을 수 있도록 함으로써 당사자는 물론 법원 및 집행관청의 불필요한 부담을 방지하고자 하는 한편, 국민의 안전요구 또한 고려한 것이다. 또한 범죄예측 시 남아있는 불확실로 인한 부담을 일방적으로 행위자에게 지게 하지 않음으로써 안전에 대한 일반인의 요구와 피고인의 정당한 자유 사이의 적절한 균형을 이루고자 하는 것이다.

그리고 형 집행 종료 후 이어지는 보안처분은, 행위자가 자신의 책임에 대한 형벌을 다 받고 불특정한 재범위험성 예측을 근거로 집행되는 것인 만큼, 보안처분의 선고 또는 집행은 가능한 피해져야 한다는 점이 강조되어야 할 것이다. 이를 위해 형 집행에서 이미 충분한 재사회화노력(예컨대 치료, 직업 교육 내지 훈련, 사회적 트레이닝 또는 집행 완화조치 등)이 심리학적 또는 정신의학적 감정 및 소견을 참고하여 교정직원과 전문가 등의 참여하에 계획·실시되어야 한다. 형 집행에서 개선 및 치료를 위해 투자된 비용은 그 후 보안처분 집행을 피하는 것을 도울 수 있다. 형 집행에서 성공하지 못한 재사회화를 현행 형 집행 종료 후 사회 내 보안처분이 만회하기는 쉽지 않다. 오히려 사회 내에서의 준법생활을 형 집행 종료 전에 보호관찰 조건부 가석방 등의 집행완화조치를 통해 연습·훈련하는 것이, 형 집행 후에 당사자의 의지에 반해서 보안처분을 집행하는 것보다 더 의미있는 것으로 보인다.

이렇게 형 집행 동안 행형 목적 달성을 위한 최대한 노력을 하고 집행 종료 시에 보안처분 부과를 위한 재범의 위험성이 (여전히) 존재하는지를 판단하여, 그리고도 남아있는 재범위험성에 대해서는 본래 형벌의 특별예방기능을 보충하는 역할을 하는 보안처분이 부과될 수 있다. 자유형 또는 자유박탈 보안처분인 치료감호 집행으로 인해 오랜 기간 사회와 격리된 후에도 재범의 위험성이 존재한다는 예측 하에 출소되는 자에 대해서는 효과적인 감독과 원호에 대한 긴박한 형사정책적 필요가 존재한다. 이때 사회 내 보안처분은 형 집행에서의 재사회화조치의 연장으로 이해될 수 있도록 그 형상을 갖춰야 한다. 이러한 의미에서 예컨대 전자장치부착은, 필요하면, 치료적 구상을 포함하여 사회 내의 생활로 넘어가는 과도기에 투입될 수 있을 것이다. 전자장치부착처분이 진정한 보안처분이기 위해서는, 그러한 과도기에 당사자의 사회복귀를 돕는 재범방지조치의 하나로 다루어져야 할 것이다.<sup>43)</sup>

보안처분 집행개시 후에도 꾸준한 재범위험성 심사를 통해 보안처분이 비례적으로 실시될 수 있도록 해야 하고, 이때 법관이 정확한 판단을 하기 위해서 감정인의 평가 내지 소견을 참고하는 것뿐만 아니라 당사자의 의견을 청취하는 절차 등을 통해 여러 정보를 얻을 수 있는 장이 마련되어야 한다.

43) 박학모, “보안처분제도의 재구성을 위한 성찰과 제언”, 보호관찰 제14권 제1호, 2014, 36면.

## 참고문헌

- 김혜정, “보안처분의 체계적 입법화를 위한 소고”, 형사법연구 제25권 제4호, 2013, 131-152면.
- 김호기, “전통적 책임주의에 대한 현대적 도전 - 특정 성범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착제도 도입이 가지는 의미”, 형사법연구 제21권 제1호, 2009, 199-222면.
- 박학모, “보안처분제도의 재구성을 위한 성찰과 제언”, 보호관찰 제14권 제1호, 2014, 7-57면.
- 정지훈, “재범의 위험성과 보안처분의 정당화 과제 - 성범죄자에게 부과되는 사회 내 보안처분을 중심으로”, 형사법연구 제28권 제3호, 2016, 3-40면.
- 정지훈, “성범죄자 신상정보 등록제도의 위험성과 무용성 - 헌법재판소 결정과 법무부 개정안에 대한 문제점을 중심으로”, 저스티스 통권 제155호, 2016.8., 124-164면.
- 정지훈, “보안처분의 정당화 과제와 개선방안”, 형사법연구 제32권 제1호, 2020, 63-117면.
- Calliess, Rolf-Peter / Müller-Dietz, Heinz* Strafvollzugsgesetz, 11. Aufl., 2008.
- Kaufmann, Arthur* Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Aufl., 1976.
- Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid / Paeffgen, Hans-Ullrich*, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2017. (NK-Bearbeiter, § Rn.)
- Marquardt, Helmut* Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel: eine Untersuchung auf der Grundlage des § 67 StGB in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (2. StrRG) vom 4. Juli 1969, 1972.
- Heintschel-Heinegg, Bernd von / Joecks, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2: §§ 38-79b StGB, 3. Aufl., 2016. (MK-Bearbeiter, § Rn.)

- Mushoff, Tobias* Strafe-Maßregel-Sicherungsverwahrung: eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention, 2008.
- Naucke, Wolfgang* Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985.
- Rasch, Wilfried / Konrad, Norbert* Forensische Psychiatrie: Rechtsgrundlagen, Begutachtung und Praxis, 4. Aufl., 2014.
- Roxin, Claus* Strafrecht: allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006.
- Satzger, Helmut / Schluckebier, Wilhelm / Widmaier, Gunter* (Hrsg.), StGB: Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., 2014. (SSW - Bearbeiter, § Rn.)
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst* Strafgesetzbuch: Kommentar, 30. Aufl., 2019. (Sch/Sch - Bearbeiter, § Rn.)
- Boetticher, Axel* Nachbetreuung nach Straf- und Maßregelvollzug, in: Egg, Rudolf (Hrsg.), Ambulante Nachsorge nach Straf- und Maßregelvollzug: Konzepte und Erfahrungen, 2004, 15-54면.
- Höffler, Katrin / Kaspar, Johannes* Warum das Abstandsgebot die Probleme der Sicherungsverwahrung nicht lösen kann - Zugleich ein Beitrag zu den Aporien der Zweispurigkeit des strafrechtlichen Sanktionssystems, in : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Vol. 124, 2012, 87-131면.
- Kinzig, Jörg* An den Grenzen des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG, in: Neue juristisch Wochenschrift (NJW), 2004, 911-914면.
- Kreuzer, Arthur* Kriminalpolitische und rechtliche Aspekte der Reform des Sicherungsverwahrungsrechts, in: Gewaltdelinquenz, 2011, 367-385면.
- Laubenthal, Klaus* Die Renaissance der Sicherungsverwahrung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Vol. 116, 2004, 703-750면.
- Liszt, Franz von* Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882), in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge; Erster Band: 1875 bis 1891, 1905, 125-179면.

*Liszt, Franz von* Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Vol. 3, 1883, 1-47면.

*Waterkamp, Stefan* Anmerkungen zu den Urteilen des BVerfG vom 5. 2 und 10.2.2004, in: Strafverteidiger (StV), 2004, 267-273면.

## Proposal for the establishment of practical Dualism in Criminal Sanctions

### - Regarding the Risk of Recidivism

Park, Sang-Min\*

In the Dual Criminal Sanction System, Security Measures are sentenced, executed, and terminated based on the Risk of Recidivism, unlike punishment, so it is important to check whether recidivism is actually committed through risk prediction. However, even if many predictive tools with scientific foundations are developed, it should not be overlooked that predictions are inherently combined with uncertainty and are therefore not always completely reliable. The fact that an individual can be classified unreasonably as dangerous should not be underestimated, especially in the realm of serious crime. Therefore, criminal justice experts should make efforts to make as few false predictions as possible by using the rule of law instruments. These include, for example, the preparation of strict formal and practical prerequisites based on the risk of recidivism, consideration of the timing and continuous review for practically determining the risk for the execution of security disposition, and procedural justification such as guaranteeing the right to participate in decisions related to security measures. In this article, will focus on the discussion on the timing of the judgment as a procedural starting point for making a judgment on the risk of recidivism, which is the basis and limitation of the security measures. So, first, the current situation in question related to the judgment of the risk of recidivism for imposition of security measures in the dual criminal sanction system is examined, and critically reviewed whether the current security measures related laws are well reflected and operated. After grasping the problem in this way, will

---

\* Lecturer, Chungbuk National University, Ph.D, in Law

try to find a clue for a solution to establish a substantial dualism of criminal sanctions by referring to existing discussions.

❖ key words: Massregel der Besserung und Sicherung, Dual Criminal Saction System, Risk of Recidivism, vorbehaltene bzw. nachträgliche Sicherungsverwahrung



## 지적장애인 대상 성폭력 사건의 양형과 감경사유: 판례분석을 중심으로

이미선\*, 정주은\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

양형기준제도는 양형의 균등성과 적절성을 제고하고 사법에 대한 국민의 신뢰를 증진하기 위한 목적으로 시행되고 있다. 본 연구는 지적장애인 대상 성범죄의 양형범위(감경·기본·가중)에 따른 형량을 확인하고, 양형에 영향을 미치는 감경사유를 확인하기 위한 목적으로 판결문 분석을 실시하였다. 총576건의 지적장애인 성폭력 사건 하급심 판결문을 분석한 결과 감경영역에 포함된 사건은 48%이었으며, 기본영역과 가중영역은 각 각 47%, 5%로 나타났다. 양형범위에 따른 형량을 살펴보면 67.3%는 양형 범위 내에서 형량이 선고되었다. 반면, 31.5%는 양형범위 하한선에 미치지 못하는 것으로 나타났다. '처벌불원'은 양형에 가장 큰 영향을 미치는 감경사유로 나타났다. 이외 '약한 유형력', '심신미약', '동종전과부재', '진지한 반성' 및 '피고인의 장애'는 양형에 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타났다. 피고인의 연령이나 건강상태, 경제적 빈곤 및 사회적 유대감 등 역시 주요 감경사유로 사용되었으며, 일부 사건에서는 술 또는 성적 충동에 의하여 우발적으로 사건이 발생했다는 점에서 감경이 이루어지는 것으로 나타났다. 마지막으로 본 연구는 지적장애인 대상 성범죄의 공정하고 객관적인 양형 실현 방안에 대해 논의하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.09.30.3.67>

❖ 주제어 : 감경사유, 지적장애인 성폭력 사건, 판결문 분석, 양형기준

\* 교신저자. 동양대학교 경찰범죄심리학과 조교수, 경북 영주시 동양대로145 다산관 5205호  
E-mail : msy23@dyu.ac.kr

\*\* 공동저자. 동양대학교 경찰행정학과 학부생

## I. 서론

양형은 형벌의 종류와 정도를 결정하는 것으로 개인의 신체적, 경제적 자유를 직접적으로 제한할 수 있다는 점에서 공정성과 신뢰성은 반드시 확보되어야 한다(양형기준 해설, 2019). 이에 우리나라에서는 형을 정함에 있어 국민의 건전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형을 실현하기 위한 목적으로 양형기준제도를 실시하고 있다(법원조직법 제81조의2 양형위원회 설치). 양형기준제도는 양형에 대한 격차를 감소하고 국민들의 의사를 반영함으로써 사법에 대한 국민의 신뢰를 증진시키고(양형위원회, 2018, 27면), 법관이 준수해야 하는 양형절차 및 기준들을 제시하여 광범위한 법관의 재량권을 제한하는데 있어(기광도, 2015) 중요한 의미를 갖는다. 다만 양형기준은 법적 구속력을 갖지 않기 때문에(법원조직법 제81조의7, 제1항 단서) 실제 법정에서 양형기준이 준수되고 있는지 여부 및 양형에 영향을 미치는 양형인자에 대하여 실증적 연구를 통하여 지속적으로 검증하는 것은 중요한 것으로 판단된다.

특히 지적장애인의 경우 인지적 능력의 제한으로 접근과 조정이 용이하다는 점에서 성폭력 범죄에 쉽게 노출될 수 있으나, 인지적 미숙(Henry & Gudjonsson, 1999)과 높은 피압시성(Ceci & Bruck, 1993; Ternes & Yuille, 2008) 및 타인을 맹목적으로 따르려는 묵인성(Matikka & Vesala, 1997)으로 인하여 재판과정에서 실체적 진실발견의 어려움을 경험할 수 있다(Henry & Gudjonsson, 1999; Grodern Jens, Hollings & Watson, 1994). 특히 2010년 성폭력범죄의처벌등에 관한특례법 개정을 통하여 아동과 장애인 대상 성범죄 처벌이 강화되었음에도 여전히 장애인 대상 성폭력 사건의 형량은 양형범위에 미치지 못한 경우도 존재하는 것으로 나타났다(박연주, 한창근, 조원희, 2017). 비록 기존 연구(박연주 등, 2017)는 소수의 사례를 바탕으로 분석된 결과로 전체 장애인 사건으로 일반화하기 어려울 수 있다. 그럼에도 이와 같은 결과는 지적장애인 대상 성폭력 사건의 양형기준의 적절성에 대한 검토의 필요성을 시사하는 것으로 볼 수 있다. 지금까지 실시된 연구들은 신체장애와 정신장애를 포함한 전반적인 장애인 성범죄 사건의 양형에 대해 초점을 두었으며(김지영, 최수형, 이권철, 이진국, 김강원, 최정규 2018; 박성훈, 최이문, 2016), 지적장애인 성범죄에 대한 구체적인 실태를 파악한 연구는 부족한 실정이다. 이에, 지적장애인 성폭력 사건 판단 시 양형 기준 및 양형인자에

대한 실증적 연구는 지적장애인 성폭력 사건의 양형 및 감경사유의 적절성에 대한 유용한 정보를 제공할 수 있을 것으로 판단된다.

## II. 이론적 배경

### 1. 지적 장애인 성폭력 사건의 특성

사회적 약자를 범죄로부터 보호하기 위한 사법기관의 다양한 노력에도 불구하고 지적장애인은 형사사법절차에서 여전히 가장 취약한 계층으로 고려된다. 일반적으로 지적장애인은 비장애인 보다 더 심각하고 지속적인 학대를 경험하게 되지만(Sullivan Brookhouser, Knutson, Scanlan, & Schulte, 1991), 피해사실은 외부에 쉽게 들어나지 않는다(Bryen, Carey, & Frantz, 2003; Sobsey, 1994). 특히 성범죄는 지적장애인에게 가장 빈번하게 나타나는 피해 유형이다(Carmody, 1991). 실제로 얼마나 많은 지적장애인이 성범죄를 경험하는지에 대해서는 정확하게 알 수 없다. 다만 비장애인 또는 다른 장애를 가진 여성에 비해 더 쉽게 성폭력 피해자가 되는 경향이 있으며(Sobsey, 1994), 대략 40~70%의 지적장애 여아들은 18세 이전에 성 학대를 경험했을 것으로 추정하기도 한다(Senn, 1988).

우리나라 역시 성폭력 피해자의 수를 정확하게 추정하기 어렵지만 전체 장애인 성범죄 사건의 70% 이상의 피해자가 지적장애인임을 고려할 때 지적장애인은 다른 신체적, 정신적 장애인에 비해 성범죄에 더 취약한 것은 분명하다(김지영 등, 2018).

### 2. 장애인 대상 성범죄의 양형요소

2009년 성범죄를 비롯한 7개 범죄 군에 대하여 최초로 양형기준제도가 실시되었다(양형위원회, 2018, 27면). 이후 성범죄는 2013년까지 법령의 개정 및 국민 여론을 반영하여 4차례 수정이 이루어졌다(양형위원회, 2019, 230면). 비록 본 연구의 목적은 지적장애인 대상 성범죄의 양형요소를 확인하는 것이지만 지적장애인 대상 성범죄는 ‘장애

인 성범죄’ 유형으로 구별되기 때문에 다른 신체적 또는 정신적 장애와 동일한 기준에서 판단된다. 이에 본 연구에서는 장애인 대상 성범죄 양형 기준을 통하여 지적장애인에 대한 양형요소를 검토하고자 한다.

양형법원조직법에 따르면 양형을 위하여 범죄군을 여러 유형으로 분류하게 된다. 이후 유형별로 특별양형인자의 존부를 확인하여 감경, 기본, 가중 3단계의 권고형량이 제시하고 있다. 장애인 성범죄의 유형은 의제추행(1유형), 의제간음/강제추행(2유형), 유사강간(3유형), 강간(4유형)으로 구분하고 있다. 양형인자는 책임을 증가시키는 가중인자와 반대로 책임을 감경하는 감경인자로 구분할 수 있다. 감경 또는 가중 인자는 다시 특별양형인자와 일반양형인자로 구분한다. 특별양형인자는 형량의 중대한 영향을 미치는 인자로 권고 영역을 결정하는데 사용된다. 일반양형인자는 결정된 권고 형량 범위 내에서 선고형을 정하는데 고려된다(양형기준 해설, 2019). 따라서 특별양형인자는 실무 적용 시 양형기준에 제시한 요인으로 한정되어 있으며 양형요소에 포함되지 않은 요인을 특별양형인자에 준하여 취급할 수 없다. 반면, 일반양형인자의 경우 권고형량 범위 내에 고려되는 요소로 특별한 제한을 두지 않으며 개별 사안의 특수성을 고려하여 법관이 종합적으로 평가할 수 있다(양형기준 해설, 2019). 장애인 대상 성범죄의 감경, 가중요소에 대한 특별양형인자와 일반양형인자는 표 1과 같다.

이후 각 사안별로 구체적인 양형인자를 고려하여 감경, 기본, 가중의 세 영역으로 구분하여 양형 범위가 설정된다(표 2 참고). 형량범위는 종전 양형실무 통계를 분석하여 대략 기준에 선고된 형량의 70~80% 수준에서 형량 범위가 설정되며, 국민의 엄정한 양형에 대한 공감대가 형성된 범죄에 대해서는 상향 조정되기도 한다(양형기준 해설, 2019).

〈표 1〉 장애인(13세 이상)대상 성범죄 양형요소

| 구분             |            | 감경요소                                                                                                            | 가중요소                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------|------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 특별<br>양형<br>인자 | 행위         | • 추행의 정도가 악한 경우(1,2유형)                                                                                          | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 가학적·변태적 침해행위 또는 극도의 성적 수치심 증대</li> <li>• 다수의 피해자 대상 계속적 반복적 범행</li> <li>• 성폭력처벌법 제3조 제2항이 규정하는 특수 강도범인 경우(4유형)</li> <li>• 윤간(2, 4유형)</li> <li>• 임신(2, 4유형)</li> <li>• 피지휘자에 대한 교사</li> </ul> |
|                | 행위자/<br>기타 | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 농아자</li> <li>• 심신미약(본인 책임 없음)</li> <li>• 자수</li> <li>• 처벌불원</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 특정강력범죄(누범)에 해당하지 않는 동종 누범</li> <li>• 신고의무자 또는 보호시설 등 종사자의 범행</li> <li>• 상습범인 경우</li> </ul>                                                                                                   |
| 일반<br>양형<br>인자 | 행위         | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 소극 가담</li> <li>• 타인의 강압이나 위협 등에 의한 범행가담</li> </ul>                     | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 계획적 범행</li> <li>• 동일 기회 수회 간음(2, 4유형)</li> <li>• 비난 동기</li> <li>• 성폭력처벌법 제3조 제1항, 제4조 또는 제5조가 규정하는 형태의 범행인 경우</li> <li>• 심신장애 상태를 야기하여 범행</li> </ul>                                         |
|                | 행위자/<br>기타 | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 상당 금액 공탁</li> <li>• 진지한 반성</li> <li>• 형사처벌 전력 없음</li> </ul>            | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 인적 신뢰관계 이용</li> <li>• 특정강력범죄(누범)에 해당하지 않는 이종누범, 누범에 해당하지 않는 동종 및 폭력실행 전과(집행종료 후 10년 미만)</li> <li>• 합의 시도 중 피해 야기(피해자 등에 대한 강요죄가 성립하는 경우 제외)</li> </ul>                                       |

출처: [https://sc.scourt.go.kr/sc/krcs/criterion/criterion\\_03/sex\\_01.jsp](https://sc.scourt.go.kr/sc/krcs/criterion/criterion_03/sex_01.jsp) (2020.8.24 마지막 방문)

〈표 2〉 장애인(13세 이상)대상 성범죄 형량범위

| 유형  | 구분         | 감경      | 기본      | 가중      |
|-----|------------|---------|---------|---------|
| 1유형 | 의제 추행      | 10월이하   | 8월~2년   | 1년6월~3년 |
| 2유형 | 의제 간음/강제추행 | 1년6월~3년 | 2년6월~5년 | 4년~6년   |
| 3유형 | 유사강간       | 2년6월~5년 | 4년~7년   | 6년~9년   |
| 4유형 | 강간         | 4년~7년   | 6년~9년   | 8년~12년  |

출처: [https://sc.scourt.go.kr/sc/krcs/criterion/criterion\\_03/sex\\_01.jsp](https://sc.scourt.go.kr/sc/krcs/criterion/criterion_03/sex_01.jsp) (2020.8.24 마지막 방문)

### 3. 성범죄 양형 분석

2018년 양형위원회 보고서에 따르면 장애인 사건의 실행 비율은 33.1%, 집행유예 비율은 66.9%로 나타났다. 비장애인 대상 추행사건의 집행유예 비율이 71.2%임에 비교할 때 장애인 성범죄의 집행유예 비율은 비교적 낮지만, 13세미만 사건의 집행유예 비율인 62%에 비해서는 다소 높은 것으로 보인다. 반면 장애인 대상 강간 사건의 실행 비율은 86.7%, 13세미만 84.2%, 비장애인 59%로 장애인 대상 성범죄의 실행비율은 비장애인, 13세미만 사건과 비교하여 가장 높은 것으로 나타났다. 양형 내역을 살펴보면, 장애인 추행 사건의 경우 감경영역 사건의 비율은 53.7%, 기본영역 사건은 42.1%, 가중영역은 4.1%이었다. 강간사건의 경우 감경영역, 기본영역, 가중영역이 순서대로 24.2%, 68.8%, 7.0%으로 나타나, 추행사건의 경우 감경영역이 가장 높았으며, 강간 사건은 기본 영역에 비율이 가장 높았다(양형위원회, 2019, 표 3 참고).

양형통계는 현재 양형 기준과 선고내역에 대한 객관적인 정보를 파악할 수 있다는 점에서 매우 유용하다. 다만 양형통계만으로 양형기준의 준수 및 양형 인자의 적절성에 대해서는 확인할 수 없다. 사단법인 장애우권익문제연구소(2016)에서 실시한 장애인 판결문 분석 결과에 따르면 장애인 성폭력 사건의 형의 선고는 대부분 형량범위의 하한선 수준에서 이루어지며, 일부 판결은 범위보다 더 낮은 수준으로 나타났다(김지영 등, 2018 재인용). 아동 청소년 대상 성범죄에 대한 양형 분석 연구에서도 이와 유사한 결과가 확인되었는데 총 8건 사례에 대한 1심과 2심 판결문을 분석한 결과 형량은 1심에서 2심으로 진행될수록 더 줄어들었다. 8건의 사례 중 6건은 권고형량이 유지되었으나, 3건(37.5%)은 양형 기준상 형량의 하한 범위에서 이탈하는 것으로 나타났다(박연주 등, 2017). 이와 같은 연구 결과는 지적장애인 성폭력 사건의 양형에 있어서도 유사한 경향이 존재 할 가능성을 제기한다. 다만, 지적장애인 성폭력 사건에 대한 양형 범위 및 양형 인자에 대해서는 구체적으로 확인된 바 없다.

양형인자에 대한 기존 연구는 대부분 장애인 또는 비장애인 대상 범죄에 양형 기준들에 초점을 두고 있다. 연구 결과를 살펴보면 13세미만 대상 성범죄의 경우 진지한 반성이 가장 빈번한 양형인자로 확인되었으며, 강제추행/의제강간 사건의 경우 ‘위계/위력 사용’, ‘농아자’, ‘형사처벌전력 없음’ 등이 형량에 유의미하게 영향을 미치는 감경인자로

나타났다. 추가적으로 박성훈과 최이문(2016)은 양형기준 실시 전후의 성범죄 양형에 대한 비교 연구를 실시하였다. 양형기준 실시 이후 ‘친족관계’, ‘중한 상해’, ‘취약한 피해자’, ‘처벌불원’ 등이 형량에 영향을 미치는 것으로 나타났으며, 특히, ‘가해자가 피해자와 친족관계’이거나, ‘중한상해’가 존재한 경우, ‘피해자가 신체, 또는 정신장애’, ‘연령’ 등으로 취약한 피해자에 대한 범죄의 경우 선고 형량이 대략 20개월 정도 높아졌다(박성훈, 최이문 2016). 최근 장애인 대상 범죄의 양형 사유에 대한 분석 결과 역시 유사하게 ‘피해자의 장애’, ‘피고인의 반성여부’, ‘범행사실 시인’, ‘동종범죄 전력’ 등의 순으로 나타났으며, 성폭력 범죄의 경우 ‘피해자의 장애’, ‘피고인의 반성’, ‘범행사실 시인’ 등은 주요 양형 기준으로 나타났다(김지영 등, 2018).

〈표 3〉 성범죄 선고 및 양형내역(2018년)

|          |      | 추행        |            |              | 강간         |           |             |
|----------|------|-----------|------------|--------------|------------|-----------|-------------|
|          |      | 장애인       | 13세미만      | 추행(일반)       | 장애인        | 13세미만     | 강간(일반)      |
| 선고<br>내역 | 실형   | 48 (33.1) | 117 (38.0) | 746 (28.8)   | 111 (86.7) | 80 (84.2) | 727 (59.0)  |
|          | 집행유예 | 97 (66.9) | 191 (62.0) | 1,848 (71.2) | 17 (13.3)  | 15 (15.8) | 505 (41.0)  |
|          | 전체   | 145 (100) | 308 (100)  | 2,594 (100)  | 128 (100)  | 95 (100)  | 1,232 (100) |
| 양형<br>내역 | 감경   | 78 (53.7) | 193 (62.7) | 1,110 (42.8) | 31 (24.2)  | 23 (24.2) | 504 (40.9)  |
|          | 기본   | 61 (42.1) | 95 (30.8)  | 1,417 (54.6) | 88 (68.8)  | 59 (62.1) | 612 (49.7)  |
|          | 가중   | 6 (4.1)   | 20 (6.5)   | 67 (2.6)     | 9 (7.0)    | 28 (29.5) | 116 (9.4)   |
|          | 전체   | 145 (100) | 308 (100)  | 2,594 (100)  | 128 (100)  | 95 (100)  | 1,232 (100) |
| 평균<br>형량 | 감경   | 19.2      | 30.3       | 12.4         | 40.1       | 96.0      | 25.0        |
|          | 기본   | 27.4      | 42.4       | 12.2         | 61.5       | 112.4     | 41.7        |
|          | 가중   | 37.0      | 43.5       | 27.9         | 85.7       | 192.0     | 74.6        |
|          | 전체   | 23.4      | 34.8       | 12.7         | 57.7       | 124.0     | 38.0        |

주: 추행(일반), 강간(일반)은 유형을 고려하지 않은 전체 통계 수치임. 반면, 13세미만 추행의 경우 제3유형(강제추행), 13세미만 강간은 5유형(강간)의 통계치를 제시함. 장애인의 경우 추행 영역은 2유형(의제간음/강제추행), 강간 영역의 경우 4유형(강간) 통계치를 제시함. 선고내역 및 양형 내역의 단위는 명(%). 평균형량의 단위는 개월임. 평균형량의 경우 원자료에 표준편차가 제시되지 않음.

출처: 2018 양형보고서 p.230-232, 237-241 참고하여 재구성함.

#### 4. 연구 목적

양형제도는 국민의 건전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형 기준을 설정하여 양형의 공개성 및 투명성 향상의 긍정적인 역할을 하고 있는 것은 분명하다(기광도, 2015). 다만 양형기준은 범죄 유형에 따른 형량 범위 및 양형인자에 대한 평가 방향만을 제시하고 있어 선고형의 결정은 여전히 법관의 재량에 의존하게 된다(방희선, 2014). 양형 기준이 국민의 정의 관념을 충분히 반영하지 못하는 경우 법적 정당성을 확보할 수 없다는 점에서 현재 양형기준이 재판 실무에서 어떠한 방식으로 적용되고 있으며, 지적장애인 성폭력 사건에서 형량을 결정하는데 가장 중요하게 고려되는 양형인자 및 감경사유에 대한 법관의 양형 기준을 확인하는 것은 중요할 것으로 생각된다.

기존 연구는 아동 청소년 대상 성범죄(박연주 등 2017; 박이랑 이민식, 2011), 또는 신체적, 정신적 장애를 포함한 포괄적 장애인 성범죄(김지영 등, 2018; 박성훈, 최이문, 2016)의 양형기준을 확인한 것으로 지적장애인 성폭력 범죄 양형기준에 대한 객관적인 내용에 대해서는 확인하지 못했다는 한계점이 존재한다. 비록 장애인 대상 성범죄의 경우 피해자의 70% 이상이 지적장애인을 고려할 때(김지영 등, 2018), 해당 통계치는 지적장애인 성폭력 사건의 양형기준을 추정해 볼 수 있을 것으로 생각된다. 다만, 지적장애인의 경우 인지적 능력의 제한을 수반하는 장애로 신체적 장애 및 다른 정신적 장애와 구분될 수 있으며 법정에서 사실판단에 어려움을 경험할 수 있다는 점에서(김정혜, 2015; 이미선, 2020) 다른 장애와 구분될 수 있다. 따라서 본 연구는 지적장애인 대상 성범죄 양형의 적절성과 감경사유 분석을 통하여 대상 사건의 양형에 대한 이해를 높이는데 있다. 이에, 본 연구의 목적은 다음과 같다. 첫째, 장애인(13세 이상)대상 성범죄 내에서 적용된 유형과 영역(감경·기본·가중)을 확인하고, 영역에 따른 형량을 검토하여 양형범위 기준에 얼마나 부합하는지 검증한다. 둘째, 감경사유에 대한 내용분석을 통하여 가장 빈번하게 사용되는 감경사유를 확인 한다. 셋째, 형량에 영향을 미치는 감경사유에 대해 확인한다.

### Ⅲ. 연구방법

#### 1. 연구 절차

##### 가. 판결문 수집

지적장애인 성폭력 사건의 양형과 감경사유를 확인하기 위하여 2015년에서 2018년 사이 전국 지방법원에서 선고된 하급심 판결문 716건에 대한 분석을 실시하였다. 판결문은 이미션(2020)의 연구를 위하여 수집된 자료를 재분석 하였다. 기존연구는 지적장애인 성폭력 사건의 특성과 쟁점 사항에 대한 법관의 판단을 확인하기 위한 목적으로 실시되었다. 사건의 법원 판결시점은 2015년 145건(20.3%), 2016년 198건(27.7%), 2017년 235건(32.8%), 2018년 138건(19.3%)이었다. 판결종류의 경우 무죄 43건(6.0%), 징역형(실형) 383건(53.3%), 집행유예 263건(36.7%), 기타 27건(3.8%)이었다. 피해자의 특성을 살펴보면 피해자의 성별이 남성인 경우 23건(3.5%), 여성 688건(96.1%)이었다. 장애등급은 1급 46명(6.8%), 2급 299명(42.8%), 3급 329명(48.9%) 기타 10명(1.5%)로 나타났다. 피해자 연령은 13세미만 36명(5.0%), 13~19세 이하 213명(29.7%), 20세~29세 226명(31.6%), 30~39세 110명(15.4%), 40~49세 72명(10.1%), 50세 이상 59명(8.3%)으로 나타났다(이미션, 2020 참고).

##### 나. 문항 구성

지적장애인 성폭력 사건의 양형과 감경사유 분석을 위하여 판결문은 양형 변인과 감경사유 변인으로 구분하여 분석 문항을 구성하였다. 양형 변인의 경우 죄명, 재판결과, 형량을 확인하였으며 추가적으로 양형기준영역과 기준영역에서 벗어난 사례에 대한 내용 분석을 실시하였다. 죄명은 양형위원회 기준에 따라 지적장애인 성폭력 사건의 죄명에 대하여 (1) 의제추행(1유형), (2) 의제간음/강제추행(2유형), (3) 유사강간(3유형), (4) 강간(4유형)으로 구분하여 코딩을 실시하였다. 재판결과(무죄, 유죄, 집행유예 등) 및 형량(개월)의 경우 기존 연구와 동일하므로 본 연구에서는 기존 연구 데이터를 그대로 사용하였다. 양형 기준영역은 판결문에서 명시하고 있는 영역을 검토하였다. 마지막으로

범죄 유형과 양형 기준 영역을 고려하여 형량이 양형범위 미만 또는 초과된 사건을 선별 하였으며 이후 판결문 내용을 검토하여 미만 또는 초과된 사유에 대한 내용 분석을 실시 하였다.

감정 사유 변인은 두 단계에 걸쳐 분석을 실시하였다. 첫 번째 단계에서는 장애인(13 세 이상) 대상 성범죄 양형 요소를 고려하여 특별양형인자 5개 변인과 일반양형인자 4개 변인을 구성하였다. 716건 중 무죄 선고된 사건을 제외한 673건의 판결문을 검토하여 해당 변인들이 존재 유무에 대해 중복 코딩하였으며, 9개 변인에 해당하지 않은 모든 감정사유에 대해서는 내용분석을 실시하였다. 내용 분석 결과 (1) 피고인의 장애, (2) 피 고인의 연령, (3) 피고인의 건강상태, (4) 가족 부양 또는 경제적 어려움, (5) 우발적 사 건 발생, (6) 탄원서 제출 등 사회적 유대 존재, (7) 피해 사실 인정, (8) 미수에 그침, (9) 음주로 인하여 충동적으로 사건발생, (10) 피고인의 불우한 성장 환경, (11) 피해자 양육이 감정사유로 사용되는 것으로 나타났다. 따라서 해당 내용들을 변인으로 추가하였 으며, 이후 673건의 판결문에 대하여 개별 변인의 존재 유무에 대하여 재분석을 실시하 였다. 본 연구에 사용된 문항 및 코딩방법은 <표 4>와 같다.

〈표 4〉 문항 구성

| 구분       | 변인         | 코딩                                |
|----------|------------|-----------------------------------|
| 양형       | 죄명         | 1=의제추행, 2=의제간음/강제추행, 3=유사간강, 4=강간 |
|          | 재판결과*      | 1=무죄, 2=실형, 3=집행유예, 4=기타          |
|          | 형량(징역형)*   | 개월                                |
|          | 양형기준영역     | 1= 감경, 2= 일반, 3= 가중               |
|          | 양형범위 초과 사유 | 초과 사유 기술                          |
| 감정<br>사유 | 처벌불원       |                                   |
|          | 특별양형인자     |                                   |
|          | 추행의 정도가 악함 | 존재=1, 부재=0                        |
|          | 심신미약       | (중복코딩)                            |
|          | 청각/언어장애    |                                   |
|          | 자수         |                                   |
|          | 일반양형인자     |                                   |
|          | 동종전과 부재    |                                   |
|          | 진지한 반성     | 존재=1, 부재=0                        |
|          | 피해회복노력     | (중복코딩)                            |
|          | 소극가담       |                                   |

| 구분             | 변인            | 코딩         |
|----------------|---------------|------------|
| 일반양형인자<br>(기타) | 피고인의 장애       |            |
|                | 피고인의 연령       |            |
|                | 피고인의 건강상태     |            |
|                | 가족부양(경제적 어려움) |            |
|                | 우발적 범죄        |            |
|                | 사회적 유대(탄원서 등) | 존재=1, 부재=0 |
|                | 피해사실인정(자백)    | (중복코딩)     |
|                | 미수            |            |
|                | 음주로 인한 사건발생   |            |
|                | 불우한 성장환경      |            |
|                | 피해자 부양        |            |
|                | 기타            |            |

## 2. 분석 방법

### 가. 판결문 분석

양형범위 및 감경사유를 코딩하기 위해서 판결문 분석을 실시하였다. 판결문의 ‘양형의 이유’ 항목에는 양형기준의 적용과 관련하여 범죄유형, 양형기준영역, 특별감경인자가 명시되어 있다. 추가적으로 일반양형인자의 경우 판결문의 ‘선고형의 결정’에서 법관이 형량을 결정하는데 있어 고려했다고 언급한 내용에 대한 분석을 실시하였다.

분석은 두 명의 평가자에 의해 실시되었다. 평가자들은 기존에 지적장애인 성폭력 사건에 대한 판결문 분석 경험이 있으며, 판결문의 구조 및 내용에 대한 이해가 존재하였다. 본 연구를 위하여 평가자들은 평가 항목 및 평가 기준에 대한 교육을 받았다. 이후 연구자 및 평가자들은 10건의 사건을 함께 분석하며 평가 항목 및 평가 기준에 대해 적절히 이해했는지 확인하였다. 이후 두 평가자간 신뢰도 확인을 위하여 다른 10건에 대하여 독립적으로 분석을 실시하였다. 두 평가자간 Cohen 계수를 산출한 결과,  $Kappa = .275$ ,  $p = .001$ 로 두 평가자는 유의미한 수준에서 일치도를 나타냈다. 평가자간 일치도 검증에 위해 평가된 10건의 사례에서 두 평가자간 불일치한 내용에 대해서는 토론을 통하여 수정하였다. 이후, 716건 중 교육 및 신뢰도 평가를 위해 사용된 20건을 제외한

696건에 대해 두 명의 평가자가 각 348건씩 개별적으로 분석하였다. 이후 코딩 자료의 정확성을 높이기 위하여 연구자 및 평가자들은 코딩 사항을 재검토하여 오류를 확인하였다.

## 나. 통계 분석

통계 분석을 위하여 IBM SPSS Statistics 22 소프트웨어를 사용하였으며, 교차분석, 상관분석, 단순선행 회귀분석 등을 실시하였다.

# IV. 결과

## 1. 범죄유형에 따른 재판결과

### 가. 범죄유형에 따른 재판결과

총 716건의 지적장애인 대상 성폭력 사건 중 양형 기준이 ‘장애인(13세 이상) 대상 성범죄’로 분류된 사건은 576건(80.5%)이었다. 나머지 140건(19.5%)의 경우, ‘13세 미만 대상 성범죄’ 또는 ‘상해의 결과가 발생한 성범죄’ 등과 같은 다른 성범죄 유형으로 구분되어 ‘장애인대상 성범죄’ 양형 기준이 적용되지 않았다. 따라서 추후 분석에서는 지적장애인 대상 범죄 576건만을 포함하였다.

장애인대상 성범죄의 경우 의제추행(1유형)이 14건(2.4%), 의제간음/강제추행(2유형) 282건(49.0%), 유사강간(3유형) 37건(6.4%), 강간(4유형) 243건(42.2%)로 2유형과 4유형의 비율이 높게 나타났다. 재판결과를 살펴보면 576건 중 무죄 사건은 1건(0.2%)이었으며, 실형 318건(55.2%), 집행유예 235건(40.8%), 기타 22건(3.8%)이었다. 죄명에 따른 결과를 비교할 때, 1유형과 2유형의 경우 집행유예 비율이 각 각 64.3%, 63.5%로 절반 이상을 차지하였다. 반면 3유형과 4유형의 경우 징역형의 실형 비율이 집행유예 선고 비율보다 높은 것으로 나타났다(표 5. 참고).

〈표 5〉 범죄유형에 따른 재판결과

|                | 총계          | 무죄      | 실형         | 집행유예       | 기타       |
|----------------|-------------|---------|------------|------------|----------|
| 1유형(의제추행)      | 14 (100.0)  | 0 (0.0) | 5 (35.7)   | 9 (64.3)   | 0 (0.0)  |
| 2유형(의제간음/강제추행) | 282 (100.0) | 0 (0.0) | 83 (29.4)  | 179 (63.5) | 20 (7.1) |
| 3유형(유사강간)      | 37 (100.0)  | 0 (0.0) | 24 (64.9)  | 12 (32.4)  | 1 (2.7)  |
| 4유형(강간)        | 243 (100.0) | 1 (0.4) | 206 (84.8) | 35 (14.4)  | 1 (0.4)  |
| 총계             | 576 (100.0) | 1 (0.2) | 318 (55.2) | 235 (40.8) | 22 (3.8) |

$\chi^2 (9, n = 576) = 170.890, p < .001$

## 나. 범죄유형에 따른 양형범위

지적장애인 대상 성범죄 576건 중 무죄 및 기타 형량을 선고받은 사건, 양형범위가 명시되지 않은 사건을 제외한 488건에 대한 죄명별 형량을 분석하였다. 의제추행의 평균 형량은 19.14개월(표준편차 = 19.64), 의제간음/강제추행 24.49개월(표준편차 = 11.27), 유사강간 43.21개월(표준편차 = 16.87), 강간 58.45개월(표준편차 = 25.26)로 나타났다.

양형범위 적용의 적절성에 대한 분석 결과 양형 범위 내에 선고된 사건은 전체 67.3%(154건)로 나타났다. 반면 양형범위 하한선에 미치지 못한 형량이 선고된 사건은 31.5%(328건)이었으며, 양형범위 상한선을 초과 하여 선고된 사건은 1.2%(6건)로 나타났다. 특히 1유형에서 4유형으로 갈수록 양형 하한 범위에 미치지 못하는 사건의 빈도가 높아지는 경향이 나타났다. 1유형(의제추행), 2유형(의제간음/강제추행)의 경우 양형범위 하한선 미만으로 선고된 사건의 빈도는 순서대로 7.3%, 14.8%이었으나, 3유형(유사강간) 33.3%, 4유형(강간)의 경우 51.9%로 절반 이상의 사건이 실제 양형범위 하한선에 미치지 못했다.

양형 범위에 따른 평균 형량을 살펴보면 양형범위 하한선 형량에 근접하거나, 또는 하한선에 미치지 못하는 것으로 나타났다. 구체적으로 살펴보면, 1유형(의제추행)의 기본영역, 2유형(의제간음/강제추행)의 감경영역, 기본영역, 3유형(유사강간)의 감경영역은 각 각 20.8개월(표준편차 = 22.94), 21.30개월(표준편차 = 8.57), 28.79개월(표준편차 = 12.63), 37개월(표준편차 = 11.68)로 양형 범위 내에 포함되는 것으로 나타났다. 반면, 2유형 가중영역(평균 = 42개월, 표준편차 = 14.70), 3유형(유사강간) 기본영역(평균 = 47.58개월, 표준편차 = 19.13), 가중영역(평균 = 39개월, 표준편차 = 12.73), 4유형의 감

경영역(평균 = 41.76개월, 표준편차 = 12.46), 기본영역(평균 = 65.07개월, 표준편차 = 17.77), 가중영역(평균 = 89.60개월, 표준편차 = 54.97)의 평균 형량은 양형범위의 하한선에 미치지 못하는 것으로 나타났다. 반면, 1유형의(의제추행)의 감경영역의 경우 평균 형량은 15개월(표준편차 = 7.75)로 양형범위에 초과하는 것으로 나타났다. 다만, 1유형 감경범위의 경우 양형 범위를 초과한 사건이 3건으로 나타나 평균 형량에 영향을 미친 것으로 고려된다. 이에, 양형범위에서 초과하여 형량이 선고된 사건에 대해 검토한 결과 6건의 사례 모두 다수범 가중 처벌에 따른 것으로, 최종 형량 범위 내에서 선고된 사례로 확인되었다.

〈표 6〉 범죄유형과 양형범위에 따른 유지형량

| 죄명                     | 양형범위          | 건수          | 평균형량<br>(표준편차) | 양형범위 적용<br>건(%) |            |          |
|------------------------|---------------|-------------|----------------|-----------------|------------|----------|
|                        |               |             |                | 미만              | 적용         | 초과       |
| 1유형<br>(의제추행)          | 감경 (10개월이하)   | 4 (28.57)   | 15.00 (7.75)   |                 |            |          |
|                        | 기본 (8-24개월)   | 10 (71.43)  | 20.80 (22.94)  | 1 (7.3)         | 10 (71.4)  | 3 (21.4) |
|                        | 총계            | 14 (100.0)  | 19.14 (19.64)  |                 |            |          |
| 2유형<br>(의제간음/<br>강제추행) | 감경 (18-36개월)  | 146 (61.86) | 21.30 (8.57)   |                 |            |          |
|                        | 기본 (28-60개월)  | 84 (35.59)  | 28.79 (12.63)  | 35 (14.8)       | 199 (84.3) | 2 (0.8)  |
|                        | 가중 (48-72개월)  | 6 (2.54)    | 42.00 (14.70)  |                 |            |          |
|                        | 총계            | 236 (100.0) | 24.49 (11.27)  |                 |            |          |
| 3유형<br>(유사강간)          | 감경 (30-60개월)  | 12 (36.36)  | 37.00 (11.68)  |                 |            |          |
|                        | 기본 (48-84개월)  | 19 (57.58)  | 47.58 (19.13)  | 11 (33.3)       | 22 (66.7)  | 0 (0.0)  |
|                        | 가중 (72-108개월) | 2 (6.06)    | 39.00 (12.73)  |                 |            |          |
|                        | 총계            | 33 (100.0)  | 43.21 (16.87)  |                 |            |          |
| 4유형<br>(강간)            | 감경 (48-84개월)  | 74 (36.10)  | 41.76 (12.46)  |                 |            |          |
|                        | 기본 (72-108개월) | 116 (56.59) | 65.07 (17.77)  | 107 (51.9)      | 98 (47.6)  | 1 (0.5)  |
|                        | 가중 (96-144개월) | 15 (7.32)   | 89.60 (54.97)  |                 |            |          |
|                        | 총계            | 205 (100.0) | 58.45 (25.26)  |                 |            |          |
| 총계                     | 감경            | 236 (48.36) | 28.41 (13.97)  |                 |            |          |
|                        | 기본            | 229 (46.93) | 48.38 (24.16)  | 154 (31.5)      | 328 (67.3) | 6 (1.2)  |
|                        | 가중            | 23 (4.71)   | 72.78 (50.34)  |                 |            |          |
|                        | 총계            | 488 (100.0) | 39.87 (25.11)  |                 |            |          |

주: 576건 중 무죄 및 기타 형이 선고된 23건 및 유지사건 중 판결문에 형량범위가 명시되지 않은 42건을 제외한 488건에 대한 분석 결과임

## 2. 감경사유

### 가. 감경사유 개수

유죄 선고된 총 575건의 지적장애인 성폭력 사건에서 최대 6개의 감형사유가 판결문에 제시되었으며 평균적으로 2.62개(표준편차=1.22)의 감경사유가 존재하였다. 감경사유가 2개 또는 3개 존재했던 사건이 각 각 145건(25.2%), 198건(34.4%)으로 가장 많았으며, 감경사유가 존재하지 않았던 사건은 18건으로 전체 3.1%이었다(표 7 참고).

양형 범위에 따른 감경사유 개수의 경우 감경사유를 살펴보면 감경범위 사건은 평균 3.18개(표준편차=1.07)의 감경사유가 존재하였으며, 일반범위는 2.26개(표준편차=1.17), 가중범위는 1.96개(표준편차=1.26)로 감경범위의 포함된 사건의 감경개수가 일반 또는 가중범위에 감경사유 개수에 유의미하게 많았다,  $f(2, 487) = 44.44, p < .001, \eta_p^2 = .154$ . 추가적으로, 1유형(의제추행)의 경우 평균 감경사유 개수는 2.24개(표준편차=.646)이었으며, 2유형(의제간음/추행)은 2.86개(표준편차=1.14), 3유형(유사강간) 2.51개(표준편차=1.24), 4유형(강간) 2.38개(표준편차=1.22)으로 2유형은 4유형에 비해 감경 사유가 유의미하게 많은 것으로 나타났다,  $f(3, 571) = 7.220, p < .001, \eta_p^2 = .037$ .

〈표 7〉 감경사유의 개수

| 감경사유 | 빈도 (%)     |
|------|------------|
| 없음   | 18 (3.1)   |
| 1개   | 91 (15.8)  |
| 2개   | 145 (25.2) |
| 3개   | 198 (34.4) |
| 4개   | 87 (15.1)  |
| 5개   | 29 (5.0)   |
| 6개   | 7 (1.2)    |
| 총계   | 575 (100)  |

## 나. 특별양형인자

특별양형인자에 대해 살펴보면, 피해자의 ‘처벌불원’으로 감경된 사건은 234건으로 전체 40.6%로 나타났다. 특히 전체 사건 중 감경 범위 내 사건이 236건이었음을 고려할 때, ‘처벌불원’은 주요 특별양형인자로 고려된다. 이외 ‘추행의 정도가 악함’과 ‘심신미약’의 사유는 각 각 99건(17.2%), 19건(3.3%)이었으며, 농아자(3건, 0.5%), 자수(2건, 0.3%)가 감경사유로 사용되는 경우는 미미하였다.

〈표 8〉 감경사유(특별양형인자)

|        |            | 빈도 (%)     |
|--------|------------|------------|
| 특별양형인자 | 처벌불원       | 234 (40.6) |
|        | 추행의 정도가 악함 | 99 (17.2)  |
|        | 심신미약       | 19 (3.3)   |
|        | 청각/언어장애    | 3 (0.5)    |
|        | 자수         | 2 (0.3)    |

주: 감경사유는 중복 코딩되었음. 백분율은 ‘장애인 성범죄 유형’으로 분류된 575건 중 해당 감형 요소가 존재했던 비율임

## 다. 일반양형인자

일반양형인자는 양형위원회에서 제시된 감경사유 및 기타 감경사유로 구분하였다. 양형위원회의 일반양형인자의 경우 ‘동종전과 부재’가 471건(81.8%)으로 감경 사유 중 가장 높은 비율로 사용되는 것으로 나타났다. 또한 피고인이 본 사건에 대하여 ‘진지한 반성’을 보여주고 있다는 점이 감경 사유로 사용된 사건은 352건(61.1%)로 나타났다. ‘피해회복 노력’은 전체 사건 중 23건(4.0%)에서 존재하였으며, ‘소극적 가담’의 사유로 감경된 사건은 한 건도 존재하지 않았다.

이외 형량에 참작된 사유에 대한 분석 결과, ‘피고인의 장애(111건, 19.3%)’, ‘연령(49건, 8.5%)’, ‘건강상태(29건, 5.0%)’는 가장 빈번한 감경 사유로 사용되었다. 다만 피고인의 연령의 경우 대부분 피고인이 고령, 또는 미성년자라는 사유에서 감형되었으나, 피고인이 갓 성년이 되거나, 젊다는 이유로 감형된 사례도 존재하여(인천지방법원 부천지원 2015고합7; 광주지방법원 해남지원 2016고합16; 부산지방법원 2015고합

386), 전 연령대에서 피고인의 연령을 근거로 감형이 이루어지고 있는 것으로 나타났다. 또한, 가정 형편이 어려워 가족을 부양해야 하거나(23건, 4.0%), 불우한 성장환경(4건, 0.7%)을 감경사유로 제시하거나, 가족이나 지인들이 탄원서를 제출하는 등 사회적 유대(20건, 3.5%)가 존재하는 것으로 보인다는 취지에서 감경이 이루어지는 경우도 존재하였다.

해당 성범죄가 성적 충동 또는 우발적으로 발생했다는 점에서 감경이 이루어진 사례는 20건(3.5%)으로 나타났다. 예를 들어, 음란 동영상을 보다가 충동적으로 성폭력을 저지르거나(수원지방법원 2015고합119), 옆자리에서 잠을 자려고 누워있는 피해자를 보고 우발적으로 범행을 저지르거나(대구지방법원 김천지원 2015고합15), 순간적인 충동을 참지 못하고 우발적으로 일어난 점(울산지방법원 2016고합 357), 또는 추위에 떨고 피해자에게 호의를 베풀려는 의도로 피해자를 자신의 집에 데려왔다가 충동적으로 피해자를 추행한 점(광주지방법원 순천지원 2016고합40) 등 범행 동기가 성적인 충동을 참지 못하여 피해자를 성폭행 했다는 점을 감경의 사유로 제시하였다. 추가적으로 9건(1.6%)은 술에 취해 충동적으로 범행을 저지른 것으로 보인다는 취지에서 감경이 이루어졌다(대전지방법원 홍성지원 2015고합21; 대전지방법원 논산지원 2015고합23; 광주지방법원 순천지원 2015고합231; 수원지방법원 2015고합287; 광주지방법원 2015고합 51; 울산지방법원 2016고합305; 광주지방법원 2016고합436; 대구지방법원 2016고합 71).

비록 인적 신뢰관계를 이용하여 범죄 하는 것은 양형의 가중요소로 고려될 수 있음에도(양형위원회, 2019), 피해자를 10년간 부양하거나(인천지방법원 2015고합114), 피해자를 어려서부터 부양했다는 점(대전지방법원 서산지원 2015고합98)을 감경의 사유로 제시하기도 하였다. 추가적으로 기타 감경 사유를 살펴보면 피해자가 먼저 문자메시지를 보내는 등 호감과 친근감을 표시했거나(대전지방법원 홍성지원 2016고합41), 피해자가 먼저 성적으로 제안했다는 점(전주지방법원 군산지원 2015고합87), 또는 피해자와 종래 피고인과 성관계를 가졌다는 점(원지방법원 안산지원 2018고합120)을 감경 사유로 제시하였다. 또한 피고인이 처음부터 피해자의 장애를 인식했다고 볼 수 없는 점(부산지방법원 동부지원 2016고합124)이나 피고인이 불특정 다수를 상대로 성범죄를 범한 것이 아니라는 점(울산지방법원 2016고합51)을 감경의 사유로 제시하였다.

〈표 9〉 감경사유(일반양형인자)

|        |                    | 빈도 (%)     |
|--------|--------------------|------------|
| 일반양형인자 | 동종전과부재             | 471 (81.8) |
|        | 진지한 반성             | 352 (61.1) |
|        | 피해회복 노력(공탁금)       | 23 (4.0)   |
|        | 소극 가담              | 0 (0.0)    |
| 기타사유   | 피고의 장애(정신장애, 신체장애) | 111 (19.3) |
|        | 피고의 연령             | 49 (8.5)   |
|        | 건강상태               | 29 (5.0)   |
|        | 가족부양(경제적 어려움)      | 23 (4.0)   |
|        | 사회적 유대(탄원서 등)      | 20 (3.5)   |
|        | 우발적 범죄             | 20 (3.5)   |
|        | 피해사실 인정            | 11 (1.9)   |
|        | 음주로 인한 우발적 사건 발생   | 9 (1.6)    |
|        | 피고인의 불우한 성장환경      | 4 (0.7)    |
|        | 피해자 부양             | 3 (0.5)    |
|        | 기타                 | 20 (3.5)   |

주: 감경사유는 중복 코딩되었음. 백분율은 ‘장애인 성범죄 유형’으로 분류된 575건 중 해당 감형 요소가 존재했던 비율임

### 3. 형량에 영향을 미치는 감경사유에 대한 분석

형량과 감경사유간의 관계를 확인하기 위하여 상관분석을 실시하였다. 형량과 유의미하게 관련된 특별양형인자는 처벌불원( $r = -.329, p < .01$ ), 약한 유형력( $r = -.124, p < .01$ ), 심신미약( $r = -.098, p < .05$ )로 나타났다. 일반양형인자는 전과부재( $r = -.084, p < .05$ ), 진지한 반성( $r = -.211, p < .001$ ) 및 피고인의 장애( $r = -.128, p < .01$ )가 형량과 유의미한 상관이 존재하였다.

형량의 영향을 미치는 감경사유를 확인하기 위하여 종속변인은 형량으로 설정하고 상관분석에서 유의미한 관계가 존재하는 것으로 나타난 6개 변인을 독립변인으로 설정 후 회귀분석을 실시하였다. 분석 결과 6개의 변인 모두 형량에 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타났으며(처벌불원  $\beta = -.297$ ; 약한 유형력  $\beta = -.147$ ; 심신미약  $\beta = -.089$ ; 동종전과부재  $\beta = -.074$ ; 진지한 반성  $\beta = -.141$ ; 피고인의 장애  $\beta = -.114$ ), 설명량은 17.5%이었다( $R^2 = .175$ ).

〈표 10〉 형량과 감경사유간의 상관관계

|             | 1       |
|-------------|---------|
| 1. 형량       | 1.00    |
| 2. 처벌불원     | -.329** |
| 3. 약한유형력    | -.124** |
| 4. 심신미약     | -.098*  |
| 5. 자수       | -.011   |
| 6. 농아자      | -.047   |
| 7. 전과부재     | -.084*  |
| 8. 반성       | -.211** |
| 9. 공탁금      | -.019   |
| 10. 피고인의 장애 | -.128** |
| 11. 피고인의 연령 | -.046   |
| 12. 건강상태    | -.027   |
| 13. 가족부양    | .019    |
| 14. 사회적 유대  | .023    |
| 15. 우발적     | -.081   |
| 16. 음주      | -.066   |
| 17. 자백      | -.017   |
| 18. 불우환경    | .026    |
| 19. 피해자 부양  | .024    |

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

〈표 11〉 형량에 영향을 미치는 감경사유에 대한 회귀분석

|                                                         | B       | $\beta$ | t         | 95% CI             |
|---------------------------------------------------------|---------|---------|-----------|--------------------|
| (상수)                                                    | 60.577  |         | 20.73***  | [ 54.838, 66.316]  |
| 처벌불원                                                    | -16.400 | -.297   | -7.33***  | [-20.797, -12.002] |
| 약한유형력                                                   | -10.789 | -.147   | -3.759*** | [-16.427, -5.151]  |
| 심신미약                                                    | -13.295 | -.089   | -2.251**  | [-24.895, -1.695]  |
| 동종 전과부재                                                 | -5.207  | -.074   | -1.901*   | [-10.589, 174]     |
| 진지한 반성                                                  | -7.842  | -.141   | -3.445**  | [-12.314, -3.371]  |
| 피고인의 장애                                                 | -7.780  | -.114   | -2.877**  | [-13.092, -2.468]  |
| $R^2 = .175$ , $\Delta R^2 = .166$ , $F = 19.472^{***}$ |         |         |           |                    |

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

## V. 논 의

본 연구는 지적장애인 성폭력 사건의 양형 및 감경사유를 확인하였다. 범죄유형에 따른 양형 범위를 분석한 결과 전체 사건 중 67%는 양형범위 내에 형량이 선고되었으나, 32%는 양형범위에 미치지 못하는 것으로 나타났다. 양형범위 내에 포함된 사건의 형량 역시 대부분의 영역에서 하한선에 근접하는 것으로 나타났다. 특히, 4유형(강간)의 경우 형량 범위 하한선을 기준으로 할 때 대략 7개월 정도 더 낮은 형량이 선고되었으며, 상한선을 기준으로 할 때는 대략 43개월에서 55개월 정도 더 낮은 것으로 나타났다. 기존 양형통계에 따르면 장애인 대상 성범죄는 비장애인 대상 성범죄보다 실행 비율이 더 높다는 점에서 더 엄격한 처벌이 이루어지는 것으로 보인다(양형위원회, 2018). 다만, 본 연구 결과는 실제 법관의 판단은 양형기준에 비추어 관대한 경향이 있음이 확인하였다.

감경사유에 대한 분석 결과, ‘처벌불원’은 형량에 가장 영향을 미치는 요인으로 나타났다. 추가적으로 ‘악한 유형력 사용’, ‘심신미약’과 같은 특별양형인자가 중요하게 고려되었으며, 일반양형인자 중에서는 ‘동종전과 부재’, ‘진지한 반성’ 그리고 ‘피고인의 장애여부’가 양형에 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타났다. 기존 연구에 따르면 ‘처벌불원’, ‘악한 유형력’, ‘동종 전과부재’, ‘진지한 반성’ 등은 지적장애 뿐만 아니라 다른 범죄에 있어서도 중요하게 고려되는 양형요소이다(김지영 등, 2018; 박미랑, 이민식, 2014; 박성훈, 최이문, 2016). 추가적으로 피고인의 장애여부는 기존연구 결과와 다르게 본 연구에서 유의미한 감경사유로 확인되었다. 지적장애인 대상 성폭력 사건은 피고인 역시 지적 장애가 있는 경우가 다수 존재하였는데, 이에 피고인의 장애 여부가 지적장애인 성폭력 양형에 있어 중요한 요인으로 고려되었을 가능성이 시사된다.

일부 감경 사유는 객관적인 기준이 부재하여 법관의 양형재량권이 과대하게 적용될 가능성이 시사된다. 예를 들어, 피고인의 연령의 경우, ‘고령’, ‘미성년자’, 또는 ‘젊다’는 이유로 감경이 이루어지고 있어, 사실상 전 연령에 걸쳐 피고인의 연령은 감경사유가 되고 있다. 사회경제적 지위 역시 동일한 양상이 확인되었는데, 일부 사건에서는 피고인이 경제적으로 궁핍하여 가족의 생계를 책임져야 하거나, 또는 불우한 환경에서 자랐다는 점에서 사회내처우의 필요성이 대두되었으며, 반대로 가족 간의 유대감이 깊은 경우 재범위험성을 약화시키는 요인으로 평가되어 감경사유로 사용되기도 하였다. 이처럼 양립

할 수 없는 사안이 결과적으로 동일한 감경사유의 이유가 된다면, 양형의 형평성과 공정성이 저하될 뿐만 아니라 사법에 대한 국민의 신뢰를 잃을 수 있다. 특히 국민들은 개별 범죄의 특수성 보다는 양형의 형평성을 중시하는 경향이 높다는 것을 고려할 때(탁희성, 김한균, 김성연, 최석윤, 2010), 국민적 공감대를 형성할 수 있는 객관적이고 합리적인 양형기준은 반드시 필요할 것으로 판단된다.

비록 빈번하게 고려되는 양형인자는 아니지만 일부 감경사유는 남성중심적인 성관념의 발로에 따른 편향된 시선을 보여준다. 특히, 순간적인 성적 충동을 참지 못하고 범죄를 저질렀다는 점을 감경의 사유로 명시하거나, 더 나아가 술로 인하여 충동성이 증가한 것으로 보인다는 취지의 감경사유는 성범죄가 성적 본능의 결과임을 강조하는 반면 그 안에 내재된 공격적 본질을 약화시킬 가능성이 있다. 비록 성적 충동에 의한 우발적 범죄의 경우 계획되지 않았다는 점이 양형에 고려될 수 있다고 하더라도, 이는 가중요소가 없다는 것이지 감경요소로 사용될 수 있을지에 대해서는 다소 의문이 제기된다. 추가적으로 피해자가 먼저 문자메시지를 보내는 등 호감과 친근감을 표시했거나(대전지방법원 홍성지원 2016고합41), 또는 피해자와 종래 피고인과 성관계를 가졌다는 점(원지방법원 안산지원 2018고합120)은 피해자에게서 요구되어지는 피해자다움의 결핍이 양형에 영향을 미칠 수 있음을 보여주는 사례로 볼 수 있다. 성범죄에 대한 잘못된 통념을 수용한 양형은 피해자에게 이차피해를 야기할 수 있으며, 결과적으로 성폭력 범죄피해자들의 법적 해결 의지를 약화시키고 사법에 대한 불신을 강화시킬 수 있다(한국성폭력상담소, 2003a).

사실규명에 있어 객관적인 기준은 존재할 수 없으며 개별 사건에 있어서 양형은 사건의 특수성을 고려해야 한다. 특히 법관은 다양한 요인을 고려하여 양형을 실시하는 것이지만 개별 양형인자를 양형 결과와 일대일 대응하여 판단할 수는 없다. 그럼에도 본 연구 결과는 현재 지적장애인 대상 성폭력 사건의 양형 시 법관의 재량이 광범위하게 사용되고 있음을 확인하였다. 피고인의 책임범위 내에서 적합한 형벌을 부과하는 것은 형벌의 응보의 개념을 넘어서 예방의 목적을 달성하는데 있어서도 중요한 부분이다. 양형기준의 엄격한 적용은 국민의 건전한 상식을 반영한 공정하고 객관적인 양형 실현을 위하여 우선적으로 필요할 것을 생각된다. 추가적으로 객관적이고 투명한 양형기준은 중요할 것으로 판단된다. 특히 현행기준에서 ‘약한 유형력’, ‘소극가담’, ‘진지한 반성’ 등과 같은 감

경사유는 구체성이 결여되어 법관의 재량에 의존할 수밖에 없다. 개개사건의 특수성은 반드시 고려되어야 할 것이나, 국민들이 납득할 수 있는 합리적인 기준은 반드시 필요할 것으로 보인다.

일부 감경 사유에 대해서는 국민들의 건전한 상식과 법 감정에 비추어 동의되기 어려운 부분이 존재하고 있음을 확인하였다. 성폭력 대한 잘못된 통념에 근거한 감경은 국민적 동의를 얻기 어렵다. 법조인의 성폭력에 대한 잘못된 통념(예: 성폭력은 남자들의 억제할 수 없는 성충동에 기인한다. 피해자가 성범죄를 유발 한다 등) 수용도는 일반인과 다르지 않거나 오히려 좀 더 높은 편견을 가지고 있는 것으로 나타났다(성폭력상담소, 2003b). 비록 법조인의 성인지 감수성에 대한 연구는 2000년대 초반에 이루어진 것으로 현재도 동일하게 적용될 수 있는지에 대해서는 확인된 바 없다. 다만 법조인의 성별과 경력은 성범죄 양형에 영향을 미칠 수 있다는 연구결과를 고려할 때(정송이, 박미량, 2020), 법관의 지적장애인에 대한 이해와, 성 인식은 양형에 영향을 미칠 수 있음을 짐작해 볼 수 있다. 법조인 대상 성인지 교육은 지적장애인 성범죄 양형의 공정성과 합리성 제고를 위하여 반드시 필요할 것으로 보인다.

본 연구는 몇 가지 제한점을 갖는다. 첫째, 본 연구는 하급심 판결문에 대한 분석 결과로 실제 최종 판결과는 다소 차이가 존재할 수 있다. 또한 본 연구는 감경사유에만 초점을 두었기 때문에 가중요소에 대해서는 여전히 확인되지 않았다. 가중요소에 대한 이해 없이 감경사유만으로 양형을 이해하는 것은 단지 제한된 결론에만 이를 수 있다고 판단된다. 마지막으로 실제 양형에 영향을 미칠 수 있는 다양한 요인(예: 사선변호사 여부, 판사의 성별 등)에 대한 고려 없이 단순 회귀분석을 통해 양형에 영향을 미치는 감경사유만을 확인한 점에서 다소 제한된 결론만을 이끌어 냈다는 점에서 한계가 존재한다. 다만, 본 연구는 판결문 내용 분석을 통하여 자료를 수집하였으며, 따라서 법외적 요인에 대해서는 확인하기 어려웠다. 이에 본 연구는 추후 이와 같은 한계를 보완한 추가적인 연구가 이루어져야 할 것이다.

양형은 법관의 고유 권한임에는 분명하다. 다만 양형은 법관의 임의적 자유재량이 아닌 법률과 형사사법에 고려한 재량으로(기광도, 2015), 양형이 국민적인 합의가 이루어지지 않는다면 법관의 재량권은 정당성을 확보할 수 없을 것이다. 지적장애인은 쉽게 범죄의 대상이 될 수 있다는 점에서 가장 취약한 집단 중 하나이다. 지적장애인 대상 범죄

에 대한 엄중하고 객관적인 양형은 범죄를 예방하고 사법에 대한 국민의 신뢰를 증진하는데 중요한 영향을 미칠 것으로 판단된다.

## 참고문헌

- 기광도. (2015). 강간죄에 대한 양형기준제도 운용현황 분석. 한국범죄학, 9(1), 63-91.
- 김정혜. (2015). 장애여성 성폭력 범죄에 대한 법원의 판단 연구: 지적장애여성 성폭력 판결을 중심으로(Doctoral dissertation, 서울대학교 대학원).
- 김지영, 최수형, 이권철, 이진국, 김강원, & 최정규. (2018). 장애인 범죄피해실태와 대책에 관한 연구. 형사정책연구원 연구총서, 1-357.
- 박성훈, & 최이문. (2016). 양형기준제도가 양형에 미치는 영향에 대한 연구: 성범죄와 강도범죄를 중심으로. 형사정책연구, 27(3), 155-188.
- 박연주, 한창근, & 조원희. (2017). 한국의 아동·청소년대상 성범죄 양형분석연구. 한국 아동복지학, (58), 47-76.
- 박미랑, & 이민식. (2011). 13세미만 대상 성범죄 양형에 관한 경험적 연구: 제 1 기 양형기준 적용현황 분석. 저스티스, 346-373.
- 박미랑, & 이민식. (2014). 강제추행 사건의 집행유예 선고에 있어 동종전과와 진지한 반성의 영향력: 상해가 발생한 13 세이상 피해자대상 사건을 중심으로. 홍익법학, 15(3), 379-406.
- 방희선. (2014). 올바른 진술증거의 확보방안 연구. 형사법의 신동향, 42.
- 양형위원회, 『2018 양형기준』, 2018.
- 양형위원회, 『양형기준해설』, 2019.
- 이미선. 2020 지적장애인 성폭력 사건 특성과 법원의 판단. 한국심리학회지: 법, 11(2), 211-239.
- 정송이, 박미랑, (2020). 재판과정의 법정 행위자 성별과 성범죄 양형: 강제추행 사건을 중심으로. 한국범죄학, 14(1), 39-55.
- 탁희성, 김한균, 김성언, & 최석윤. (2010). 형사정책과 사법제도에 관한 연구 IV: 양형 기준제 시행에 따른 양형합리화 정책 성과분석 및 평가』, 서울: 한국형사정책연구원.
- 한국성폭력상담소, (2003)a. 형사사법절차상 성폭력 피해자 보호방안에 관한 연구: 성폭력 2차 피해 상담사례 분석을 중심으로. 법무부 용역과제.

한국성폭력상담소, (2003)b. 법조인의 성별의식과 양성평등교육 실태 및 대안모색을 위한 토론회.

- Bryen, D. I. A. N. E., Carey, A., & Frantz, B. (2003). Ending the silence: Adults who use augmentative communication and their experiences as victims of crimes. *Augmentative and Alternative Communication*, 19(2), 125-134.
- Carmody, M. (1991). Invisible victims: sexual assault of people with an intellectual disability. *Australia and New Zealand Journal of Developmental Disabilities*, 17(2), 229-236.
- Ceci, S. J., & Bruck, M. (1993). Suggestibility of the child witness: A historical review and synthesis. *Psychological bulletin*, 113(3), 403.
- Gordon, B. N., Jens, K. G., Hollings, R., & Watson, T. P. (1994). Remembering activities performed versus those imagined: Implications for testimony of children with mental retardation. *Journal of Clinical Child Psychology*, 23(3), 239-248.
- Henry, L. A., & Gudjonsson, G. H. (1999). Eyewitness memory and suggestibility in children with mental retardation. *American Journal on Mental Retardation*, 104(6), 491-508.
- Matikka, L. M., & Vesala, H. T. (1997). Acquiescence in quality-of-life interviews with adults who have mental retardation. *Mental retardation*, 35(2), 75-82.
- Senn, C. Y. (1988). Vulnerable: Sexual abuse and people with an intellectual handicap. G. Allan Roeher Institute, Kinsmen Bldg., York Campus, 4700 Keele St., Downsview, Ontario, M3J 1P3 Canada.
- Sobsey, D. (1994). *Violence and abuse in the lives of people with disabilities: The end of silent acceptance?*. Paul H Brookes Publishing.
- Sullivan, P. M., Brookhouser, P. E., Knutson, J. F., Scanlan, J. M., & Schulte, L. E. (1991). Patterns of physical and sexual abuse of communicatively

handicapped children. *Annals of Otology, Rhinology & Laryngology*, 100(3), 188-194.

Ternes, M., & Yuille, J. C. (2008). Eyewitness memory and eyewitness identification performance in adults with intellectual disabilities. *Journal of Applied Research in Intellectual Disabilities*, 21(6), 519-531.

## Sentencing and Reasons for Reduction in Sexual Violence Cases for Victims with Intellectual Disabilities:

### Focusing on Analysing Courts Cases

Yi, Mi Sun\*, Jung, Ju Eon\*\*

The sentencing guideline system is being implemented for the purpose of improving the equality and appropriateness of sentencing and promoting public confidence in the judicial law. This study has been conducted to identify sentencing categories (reduction, basic, weighted) applied in sex offenses against persons with intellectual disabilities (13 years of age or older), and to determine the factors relating for reduction in sentencing affects the sentencing. Overall, 67.3% were sentenced to within the sentencing range, 31.5% did not reach the lower limit of the sentencing range. “The victim does not want the defendant punishment” was found as the most reason for the reduction sentence. In addition, it was found that ‘absent of serious damage’, ‘insanity’, ‘absence of similar criminal records’, ‘The serious apology’ and ‘the defendant’s disabilities’ had been significant effect on reducing sentencing. Although not frequently considered as reasons for reduction, the age and health status of the defendant, socioeconomic status were also found to be used as reasons for the reduction of sentencing. In some cases, the reduction was made in that sex crimes were caused by defendants’ sexual impulses or by alcohol.

❖ key words: reasons for reduction, sexual assault case for persons with intellectual disabilities, analysis of court cases, sentencing guideline.

---

\* Assistant Professor, Department of Police and Criminal Psychology, Dongyang University.

\*\* College Student, Department of Police Administration, Dongyang University.



# 제정 수사준칙상 피의자신문 이전 절차에 관한 고찰<sup>\*</sup>

## - 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 문제를 중심으로

이형근\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

형사소송법 개정에 이어 제정 수사준칙이 입법예고 되었다. 제정 수사준칙은 피의자신문 이전 절차에 관한 규정을 정비하고 있다. 개정 형사소송법이 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 강화함에 따라 피의자신문 국면에 대한 사후적 통제가 한결 용이해질 것으로 생각된다. 그러나 전문법칙의 적용범위, 내용부인 조서의 탄핵증거 사용 가능성 등을 고려할 때 피의자신문 국면에 대한 사전적 통제는 여전히 필요하고 중요하다. 이에 본연구는 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등을 중심으로 제정 수사준칙상 관련 조항을 검토하고, 각 쟁점에 관한 수사현실과 학계의 논의를 고찰하여, 수사준칙상 관련 규정의 개선방안을 제시해 보고자 하였다.

제2장에서는 제정 수사준칙상 관련 조항의 내용과 입법경위를 살피고, 제정 수사준칙이 피의자신문 이전 절차에 관한 사항을 상위 법령에 규정하고 검사 및 사법경찰관 양자를 수범자로 설정한 점, 각종 하위 법령·규칙에 산재해 있던 수범례를 발굴하고 통합한 점 등에 있어 그 의의가 크다는 사실을 확인하였다. 제3장에서는 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등에 관한 수사현실과 학계의 논의를 일별하고, 수사준칙상 관련 조항의 수정·보완 필요성을 확인하였다. 제4장에서는 이상의 연구를 토대로 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등에 관한 총18건의 개선방안을 제안하고, 조문화(안)를 제시하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.09.30.3.95>

❖ 주제어 : 개정 형사소송법, 제정 수사준칙, 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문

\* 이 논문은 필자의 법학전문박사학위논문(“피의자 진술의 청취 및 기록에 관한 연구”, 서울대학교 법학전문대학원, 2020. 8.) 제3장 및 제6장 제2절의 내용 중 일부와 후속 연구를 바탕으로 제정 수사준칙에 규정된 피의자신문 이전 절차를 고찰한 것이다.

\*\* 경찰수사연구원 경정, 법학전문박사, 심리학박사

## I. 서론

2020년 2월 4일 제정 ‘수사권 조정’을 주요 내용으로 하는 형사소송법이 공포되었고<sup>1)</sup>, 2020년 8월 7일에는 형사소송법 개정<sup>2)</sup>에 따라 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙을 구체화하는 대통령령(이하 ‘제정 수사준칙’)이 입법예고 되었다<sup>3)</sup>. 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<sup>4)</sup>. 그러나 피의자신문, 조서작성 등 피의자 진술의 청취 및 기록에 관한 조항은 손대지 않았다<sup>5)</sup>.

개정 형사소송법은 검사와 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 ‘적법한 절차와 방식의 준수’ 및 ‘피고인 등의 내용인정’으로 단일화하였다(제312조 제1항). 이를 통해 피의자 진술의 청취 및 기록 국면에서 하자가 발생하더라도 이를 사후적으로 통제하기가 한결 쉬워질 것으로 전망된다<sup>6)</sup>. 그러나 영장실질심사나 약식절차에서는 이와 같은 사후적 통제장치가 작동될 수 없고, 공판절차에서 피고인 등이 내용부인을 하더라도 당해 조서는 탄핵증거로 사용될 여지가 있어 피의자 진술의 청취 및 기록 단계에 대한 사전적 통제는 여전히 필요하고 중요하다<sup>7)</sup>.

1) 2020. 2. 4. 일부개정 법률 제16924호 형사소송법.

2) 2020. 8. 7. 법무부공고 제2020-242호 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제정(안) 입법예고.

3) 개정 형사소송법은 부칙 제1조에서 시행일에 관하여 “이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 1년 내에 시행하되, 그 기간 내에 대통령령으로 정하는 시점부터 시행한다. 다만, 제312조 제1항의 개정 규정은 공포 후 4년 내에 시행하되, 그 기간 내에 대통령령으로 정하는 시점부터 시행한다.”라고 규정하고 있다. 한편, 2020. 8. 7. 법무부공고 제2020-243호 형사소송법·검찰청법 일부개정법률의 시행일에 관한 규정 제정(안) 입법예고상 “형사소송법 일부개정법률은 2021년 1월 1일에 시행하되, 같은 법 제312조 제1항의 개정규정은 2022년 1월 1일에 시행”하는 것으로 되어 있다.

4) 이형근, 조서제도 관련 형사소송법 개정 논의, 형사정책연구소식 통권 제149호, 2019, 33면; 이형근, 피의자 진술의 청취 및 기록에 관한 연구: 신문, 조서 및 영상녹화의 운용론을 중심으로, 서울대학교 법학전문박사학위논문, 2020a, 2면; 이형근·백윤석, 피의자신문조서의 왜곡에 대한 증거법적 평가 방향: 왜곡에 대한 일반인과 변호사의 인식 비교연구, 경찰학연구 제19권 제4호, 2019, 134면.

5) 이형근, 앞의 논문(2020a), 3면; 이형근, 개정 형사소송법 하에서 실질적 진정성립 및 특신상태 요소의 증거법적 기능에 관한 전망, 형사정책연구 제31권 제2호, 2020b, 160면.

6) 이형근, 앞의 논문(2020a), 4-5면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 135면.

제정 수사준칙은 변호인의 신문참여 등(제13조, 제14조), 출석요구(제19조), 심야조사(제21조), 수사과정의 기록(제26조) 등 피의자 진술의 청취 및 기록에 관한 규정을 정비하고 있다. 피의자 진술의 청취 및 기록 단계가 다양한 하위 요소로 구성되는 관계로, 본연구는 피의자신문 이전 절차를 구성하는 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문을 주요 연구쟁점으로 삼아 제정 수사준칙을 검토하고(Ⅱ), 각 연구쟁점에 관한 수사현실과 학계의 논의를 고찰한 후(Ⅲ), 수사준칙상 관련 규정의 수정·보완 방안을 제시해 보고자 한다(Ⅳ).

## Ⅱ. 피의자신문 이전 절차에 관한 수사준칙 규정 검토

현행 수사준칙상 수사에 관한 집무상의 준칙은 사법경찰관리만을 수범자로 하고 있다(제1조)<sup>7)</sup>. 반면, 제정 수사준칙은 검사와 사법경찰관의 관계에 관한 사항뿐만 아니라 일반적인 수사절차와 방법에 관한 사항의 수범자에 검사와 사법경찰관 양자를 포함하고 있다(제2조). 이에 따라 피의자신문을 비롯한 각종 수사절차에 관한 하위 규범이 수사기관마다 상이하게 제정·운용되던 문제가 일정 부분 해소될 것으로 전망된다. 제정 수사준칙은 피의자 진술의 청취에 관하여, 변호인의 신문참여 등(제13조, 제14조), 출석요구(제19조), 수사상 임의동행(제20조), 심야조사(제21조), 장시간 조사(제22조), 휴식시간(제23조), 신뢰관계자 동석(제24조) 등을 규정하고 있다.

출석요구는 신문의 대상인 피의자를 수사관서에 위치하도록 하는 가장 일반적인 방법이고, 변호인의 신문참여 등은 피의자의 방어권 보장에 핵심이 되는 요소이며, 양자는 공히 범죄사실 및 정상에 관한 신문의 환경에 적지 않은 영향을 미친다<sup>8)</sup>. 한편, 제정 수사준칙은 “신문이나 조사에 앞서 조서나 다른 수사서류에 기록하지 않고 비공식적으로 진술을 청취하는 수사관행”<sup>9)</sup>을 의미하는 사전신문에 관한 규정은 두고 있지 않다<sup>10)</sup>.

7) 2017. 7. 26. 타법개정 대통령령 제28211호 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정(이하 ‘현행 수사준칙’). 반면, 수사지휘에 관한 사항은 검사와 사법경찰관리 모두를 수범자로 하고 있다(제1조).

8) 출석요구서상 출석요구 취지의 기재 정도는 피의자의 신문 대비 수준에 영향을 줄 수 있고, 신문참여 변호인의 좌석 배치는 변호인의 실질적 조력 여부에 영향을 줄 수 있다.

그런데 사전신문은 - 변호인의 참여·조력 여부와 별론으로 - 신문절차 전반의 적법성과 적정성을 잠식하는 관행으로 평가되고 있어<sup>11)</sup>, 수사준칙상 관련 규정 신설을 검토해 볼 필요가 있을 것으로 생각된다.

이에 본장에서는 피의자신문 이전 절차의 통상적인 연대기 순서에 따라 출석요구에 관한 규정(제1절), 변호인의 신문참여 등에 관한 규정(제2절)을 살펴보고, 면담시 변호인 참여·조력 제한 금지 규정(제13조 제2항)을 중심으로 사전신문의 문제를 고찰해 보고자 한다(제3절). 아울러 각 규정의 검토는 현행 수사준칙과 제정 수사준칙의 비교검토를 기본으로 하되<sup>12)</sup>, 현행 수사준칙에 비교할 내용이 없는 경우에는 입법경위를 추가로 설명할 것이다<sup>13)</sup>.

## 1. 출석요구

제정 수사준칙은 제19조에서 출석요구에 관한 6개의 항을 두고 있다. **제1항**은 출석요구시 유의사항을 규정하고 있는데, 여기에는 우편 등 출석을 대체할 수 있는 방법의 강구(제1호), 출석요구시 피의자의 명예·비밀 등 보호(제2호), 출석요구시 피의자의 생업·대비시간 등 고려(제3호), 필요최소한의 출석요구(제4호) 등이 포함된다. **제2항**은 피의자 및 변호인과의 조사 일시·장소 협의 의무를 규정하고 있다. **제3항**은 출석요구의 취지를 구체적으로 기재한 출석요구서에 의한 출석요구의 원칙 및 전화 등에 의한 출석요구의 가능성을 규정하고 있다. **제4항**은 출석요구서 사본 또는 수사보고서(전화 등에 의한 출석요구서) 편철 의무를 규정하고 있다. **제5항**은 수사관서 이외 장소에서의 조사 가능성을 규정하고 있다. **제6항**은 제1항부터 제5항까지의 규정이 피의자 이외 사람에 대한

9) 이형근, 앞의 논문(2020a), 122면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 146면.

10) 다만, “신문이 아니라 단순 면담 등이라는 이유로 변호인의 참여·조력을 제한해서는 안 된다”라는 규정을 두고 있다(제13조 제2항).

11) 이형근, 앞의 논문(2020a), 123면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 156-158면.

12) 제정 수사준칙은 현행 수사준칙과의 차별성을 부각하며 ‘제정’이라는 명칭을 사용하고 있으나, 본연구의 주된 연구쟁점인 출석요구와 변호인의 신문참여 등은 현행 수사준칙에도 규정되어 있으므로(제19조, 제21조), 양자의 비교검토를 논의의 출발점으로 삼고자 하는 것이다.

13) 가령, 면담시 변호인 참여·조력 제한 금지 규정(제13조 제2항)은 2019. 10. 31. 제정 법무부령 제961호 인권보호수사규칙(이하 ‘인권보호수사규칙’) 제40조 제5항에서 유래한 것이다.

출석요구시에도 준용됨을 규정하고 있다.

**제1항**의 유의사항은 현행 수사준칙에 없는 내용이다(제19조). 이 부분은 법무부령인 인권보호수사규칙 제37조의 규정을 대폭 차용하여 축조한 것으로 판단된다<sup>14)</sup>. **제2항**의 조사 일시·장소 협의 의무도 현행 수사준칙에는 없는 내용이다(제19조, 제21조). 다만, 법무부령인 검찰사건사무규칙 제12조 제4항과 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙 제9조 제1항에 변호인과의 신문일시 조정 또는 협의에 관한 규정이 있는바<sup>15)</sup>, 이들 규정의 취지가 제정 수사준칙 제19조 제2항에 반영된 것으로 추정된다<sup>16)</sup>. **제3항**의 출석요구서에 의한 출석요구의 원칙 및 예외는 현행 수사준칙에도 유사한 규정이 있다(제19조 제1항, 제2항)<sup>17)</sup>. 다만, 출석요구서에 의한 출석요구에 있어 “출석요구의 취지를 명백하게 적어”라는 부분이 “피의사실의 요지 등 출석요구의 취지를 구체적으로 기재”로 변경

14) 인권보호수사규칙 제37조(출석요구) “피의자에게 출석을 요구할 때에는 다음 각호의 사항에 유의해야 한다. 1. 검사가 형사소송법 제200조에 따라 피의자에게 출석을 요구하는 경우 조사의 필요성, 우편·전자우편·전화를 통한 진술 등 출석을 대체할 수 있는 방법의 선택 가능성 등 수사 상황과 진행 경과를 고려해야 한다. 2. 피의자에게 전화, 문자메시지 등으로 출석을 요구한 경우 그 사실을 서면으로 작성하여 기록에 첨부한다. 3. 출석요구 방법, 출석일시 등을 정할 때 피의자의 명예 또는 사생활의 비밀이 침해되거나 생업에 지장을 주지 않도록 노력해야 한다. 4. 피의자에게 출석을 요구할 때에는 특별한 사정이 없는 한 피의자가 출석하는데 필요한 시간을 부여하고, 주요 죄명 또는 피의사실의 요지 등 출석요구 사유를 알려주어야 한다. 5. 양벌규정을 적용하여 기업체나 그 대표자를 조사하는 경우에는 가능한 한 우편을 통한 진술 등을 활용하여 기업활동이 위축되지 않도록 한다. 6. 피의자에 대하여 불필요하게 여러 차례 출석요구를 하지 않는다. 특히 진술을 거부하거나 범행을 부인하는 피의자에게 자백을 강요하기 위한 수단으로 불필요하게 반복적인 출석요구를 해서는 안 된다.” 인권보호수사규칙 제37조 중 제1호, 제3호, 제4호, 제6호가 다소간의 수정을 거쳐 제정 수사준칙 제19조 제1항 각호에 포섭되었음을 알 수 있다.

15) 2020. 1. 31. 일부개정 법무부령 제966호 검찰사건사무규칙(이하 ‘검찰사건사무규칙’) 제12조 제4항 “제3항의 경우 변호인이 출석요구 일시에 참여할 수 없는 등 부득이한 사유가 있으면 검사는 변호인의 요청에 따라 출석일시를 조정하는 등 변호인이 참여할 수 있도록 필요한 조치를 해야 한다.” 2018. 8. 13. 일부개정 경찰청훈령 제882호 변호인 접견·참여 등 규칙(이하 ‘변호인 접견·참여 등 규칙’) 제9조 제1항 “제8조에 따라 변호인 참여 신청을 받은 때에는 피의자신문 일시·장소에 관하여 변호인과 협의하여야 한다.” 법무부령과 경찰청훈령 간의 차이는 변호인과의 신문일시 조율이 사후조정 사항인지 사전협의 사항인지에 있다.

16) 제정 수사준칙은 피의자 및 변호인과의 조사 일시·장소 조율을 공히 사전협의의 사항으로 규정하고 있다(“... 출석요구를 하려는 경우 ... 협의해야 한다.”).

17) 현행 수사준칙 제19조 제1항 “사법경찰관이 피의자 또는 참고인에게 출석을 요구할 때에는 별지 제4호서식 또는 별지 제5호서식에 따른 출석요구서를 발부하여야 한다. 이 경우 출석요구서에는 출석요구의 취지를 명백하게 적어야 한다.” 제2항 “사법경찰관은 신속한 출석요구 등을 위하여 필요할 때에는 전화, 팩스, 그 밖의 상당한 방법으로 출석을 요구할 수 있다.”

되었고, 전화 등에 의한 출석요구의 요건이 “신속한 출석요구 등을 위하여 필요할 때”에서 “신속한 출석요구 등 부득이한 사정이 있는 경우”로 변경되었다.

**제4항**의 출석요구서 사본 등 편철 의무는 현행 수사준칙에도 동일한 규정이 있다(제19조 제3항). **제5항**의 수사관서 이외 장소에서의 조사는 현행 수사준칙(제19조)은 물론 검찰사건사무규칙(제12조), 범죄수사규칙(54조)<sup>18)</sup>, 인권보호수사규칙(제37조) 등 다른 하위 규범에서도 발견할 수 없다. 다만, 인권보호수사규칙은 제37조 제1호에서 “출석을 대체할 수 있는 방법의 선택 가능성”을 고려하도록 규정하고 있다. 제정 수사준칙은 **제6항**에 참고인 등에 대한 준용규정을 두고 있는 반면, 현행 수사준칙은 피의자와 참고인에 대한 출석요구를 함께 규정하고 있다(제19조)<sup>19)</sup>.

종합하면, 제정 수사준칙상 출석요구에 관한 조항은 현행 수사준칙상 관련 규정을 수용 또는 수정한 것(제3항, 제4항), 법무부령인 인권보호수사규칙상 관련 규정을 차용한 것(제1항), 법무부령인 검찰사건사무규칙 및 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙상 관련 규정을 반영한 것(제2항), 제정 수사준칙에 의해 새롭게 신설된 것(제5항) 등으로 구성되어 있음을 알 수 있다.

## 2. 변호인의 신문참여 등

제정 수사준칙은 제13조와 제14조에서 변호인의 신문참여 등에 관한 7개의 항을 두고 있다<sup>20)</sup>. **제13조 제1항**은 피의자 옆자리로 변호인의 좌석 배치, 법적 조언·상담의 보장 및 메모의 허용을 규정하고 있다. **제2항**은 면담시 변호인의 참여·조력 제한 금지를

18) 2019. 11. 14. 일부개정 경찰청훈령 제954호 범죄수사규칙(이하 ‘범죄수사규칙’).

19) 현행 수사준칙 제10조 제1항 “... 피의자 또는 참고인에게 출석을 요구할 때에는 ...”, 제4항 “... 피의자나 참고인 출석하였을 때에는 ...”.

20) 제정 수사준칙상 변호인의 신문참여 등에 관한 조항은 참여와 조력의 환경, 제한, 범위 등에 관한 것(주로 제13조)과 의견진술, 이의제기 등 변호인의 역할에 관한 것(주로 제14조)으로 나뉘고, 엄밀한 의미에서 후자는 신문의 환경에 영향을 미치는 피의자신문 이전 절차에 관한 것이라기보다 신문 절차 자체에 관한 것으로 볼 수 있다. 다만, 양자의 구분이 반드시 명확한 것은 아니고(예: 좌석 배치, 조언·상담 보장, 메모 보장 등), 양자를 비롯한 다양한 요인이 변호인의 신문참여제도에 복합적으로 작용하는 관계로(이형근, 변호인의 신문참여에 관한 하위 법령·규칙 비교연구, 법조 제69권 제3호, 2020c, 96면), 제정 수사준칙상 변호인의 신문참여 등에 관한 제13조와 제14조를 모두 연구의 대상으로 삼았다.

규정하고 있으며, 제3항은 제1항 및 제2항의 규정이 피의자 이외의 사람에 대한 조사·면담시에도 준용됨을 규정하고 있다. 제14조 제1항은 변호인의 신문 후 조서열람 및 의견진술권, 의견서면 제출권 및 검사와 사법경찰관의 의견서면 편철 의무를 규정하고 있다. 제2항은 변호인의 신문 중 의견진술권, 그 요건으로서 승인 및 검사와 사법경찰관의 승인 의무를 규정하고 있다. 제3항은 변호인의 신문 중 이의제기권을 규정하고 있으며, 제4항은 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 의견이나 이의의 조서 기재 의무를 규정하고 있다.

제13조 제1항의 좌석 배치, 조언·상담의 보장 및 메모의 허용은 현행 수사준칙에 없는 내용이다(제21조). 첫째, 좌석 배치는 법무부령인 검찰사건사무규칙 제9조의2 제7항<sup>21)</sup>, 대검찰청예규인 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제6조 제1항<sup>22)</sup>, 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙 제10조<sup>23)</sup>의 내용을 차용하여 조문화한 것으로 생각된다. 둘째, 조언·상담의 보장은 대검찰청예규인 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제9조 제2항<sup>24)</sup>, 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙 제12조<sup>25)</sup>의 내용을 차용하여 조문화한 것으로 생각된다. 셋째, 메모의 허용은 법무부령인 검찰사건사무규칙 제13조의10 제1항<sup>26)</sup>, 대검찰청예규인 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제9조 제5항<sup>27)</sup>, 경찰청

- 21) 검찰사건사무규칙 제9조의2 제7항 “검사는 피의자의 옆에 신문에 참여하는 변호인의 좌석을 마련해야 한다. 다만, 조사인원, 조사공간, 피의자의 의사 등으로 인하여 부득이한 경우 변호인의 동의를 받아 변호인의 조력에 장애가 되지 않는 범위에서 변호인의 좌석 위치를 조정할 수 있다.”
- 22) 2019. 11. 12. 제정 대검찰청예규 제1028호 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침(이하 ‘변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침’) 제6조 제1항 “검사는 피의자의 옆에 신문에 참여하는 변호인의 좌석을 마련하여야 한다. 다만, 조사인원, 조사공간, 피조사자의 의사 등으로 인해 부득이한 경우 변호인의 동의를 받아 조언 등 변호인의 조력에 장애가 되지 않는 한도에서 변호인의 좌석을 달리 정할 수 있다.”
- 23) 변호인 접견·참여 등 규칙 제10조 “경찰관은 변호인이 피의자에게 실질적인 조력을 할 수 있도록 조사실 선정, 좌석 배치 등을 하여야 한다.”
- 24) 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제9조 제2항 “변호인은 피의자의 요청이 있는 때에는 피의자에게 신문·조사와 관련하여 조언할 수 있다. (후략)”
- 25) 변호인 접견·참여 등 규칙 제12조 “경찰관은 신문 중 특정한 답변 또는 진술변복을 유도하거나 신문을 방해하는 등 우려가 없는 한 피의자에 대한 변호인의 조언·상담을 보장하여야 한다.”
- 26) 검찰사건사무규칙 제13조의10 제1항 “검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 피의자 및 신문에 참여한 변호인이 신문내용을 손으로 써서 기록하는 것을 제한해서는 안 된다. 이 경우 검사는 피의자 또는 변호인이 기록할 수 있도록 적절한 조치를 해야 한다.”
- 27) 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제9조 제5항 “변호인은 신문내용을 수기(手記)로 기록할 수 있다. (후략)”

훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙 제11조<sup>28)</sup>의 내용을 차용하여 조문화한 것으로 생각된다.

**제2항**의 면담시 변호인의 참여·조력 제한 금지도 현행 수사준칙에는 없는 내용이다(제21조). 이 부분은 법무부령인 인권보호수사규칙 제40조 제5항에서 유래한다<sup>29)</sup>. **제3항**의 참고인 등에 대한 준용규정도 현행 수사준칙에는 없는 내용이다(제21조). 이 부분은 법무부령인 검찰사건사무규칙 제9조의2 제8항<sup>30)</sup>, 대검찰청예규인 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제11조<sup>31)</sup>, 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙 제16조<sup>32)</sup>의 취지를 수용하여 조문화한 것으로 판단된다.

**제14조 제1항**의 신문 후 의견진술권 등은 기본적으로 형사소송법 제243조의2 제3항 및 제4항에 뿌리를 두고 있다<sup>33)</sup>. 다만, 의견서면 제출권 및 검사와 사법경찰관의 의견서면 편철 의무는 대검찰청예규인 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제8조 제4항<sup>34)</sup>, 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙 제13조 제1항<sup>35)</sup>의 내용을 가미한 것으로 생각된다. **제2항**의 신문 중 의견진술권 등도 형사소송법 제243조의2 제3항에 뿌리를 두고

- 28) 변호인 접견·참여 등 규칙 제11조 “경찰관은 신문 중 수사기밀 누설이나 신문 방해 등 우려가 없는 한 변호인의 메모를 보장하여야 한다.” 아울러, 경찰청에서는 2020. 4. 6.부터 ‘변호인의 전자기기 사용 메모권 보장제도’를 시행하고 있다(2020. 4. 6. 경찰청 수사기획과-7216).
- 29) 인권보호수사규칙 제40조 제5항 “검사는 조서 등을 작성하지 않고 단순히 피의자로부터 피의사실에 대한 의견을 청취한다는 등의 사유로 제1항부터 제4항까지[피의자신문시 변호인의 참여]의 적용을 배제해서는 안 된다.”
- 30) 검찰사건사무규칙 제9조의2 제8항 “검사의 피혐의자·피내사자·피해자·참고인에 대한 조사시 변호인의 참여에 관하여는 제1항부터 제7항까지의 규정을 준용한다.”
- 31) 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제11조 “검사가 피혐의자·피내사자·피해자·참고인을 조사함에 있어 변호사의 참여에 관하여 제3조, 제5조 내지 제10조의 규정을 준용한다.”
- 32) 변호인 접견·참여 등 규칙 제16조 “피혐의자·피해자·참고인에 대한 조사에 있어서 당해 피혐의자·피해자·참고인의 법률적 조력을 위한 변호사의 참여에 관하여는 제8조부터 제15조까지의 규정을 준용한다. 이 경우 “피의자”는 각각 “피혐의자”, “피해자”, “참고인”으로, “신문”은 “조사”로, “변호인”은 “변호사”로 본다.”
- 33) 형사소송법 제243조의2 제3항 “신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. (후략)” 제4항 “제3항에 따른 변호인의 의견이 기재된 피의자신문조서는 변호인에게 열람하게 한 후 변호인으로 하여금 그 조서에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.”
- 34) 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제8조 제4항 “변호인은 조서 열람 후 조서기재의 정확성 등에 관한 의견서를 제출할 수 있고, 검사는 변호인이 이를 제출하는 경우 당해 조서 다음 순서에 편철하여야 한다.”
- 35) 변호인 접견·참여 등 규칙 제13조 제1항 “피의자에 대한 신문에 참여한 변호인은 신문 후 조서를 열람하고 의견을 진술할 수 있다. 이 경우 변호인은 별도의 서면으로 의견을 제출할 수 있다.”

있으며<sup>36)</sup>, 현행 수사준칙은 형사소송법 규정에 반한 의견진술을 참여제한 사유로 규정하고 있다(제21조 제4항 제1호). 한편, 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙 제13조 제2항은 변호인의 신문 중 의견진술 요청권과 사법경찰관의 승인재량을 규정하고 있는 바, 제정 수사준칙 제14조 제2항은 이러한 승인재량을 일정 범위에서 의무화한 것으로 볼 수 있다.

**제3항**의 신문 중 이의제기권은 형사소송법 제243조의2 제3항 단서를 재선언한 것에 불과하며, 현행 수사준칙은 형사소송법 규정에 반한 이의제기를 참여제한 사유로 규정하고 있다(제21조 제4항 제3호). **제4항**의 의견이나 이의의 조서 기재 의무는 현행 수사준칙에는 없는 내용으로(제21조), 대검찰청예규인 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제8조 제2항<sup>37)</sup>, 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙 제13조 제3항<sup>38)</sup>의 내용을 차용하여 조문화한 것으로 생각된다.

종합하면, 현행 수사준칙상 변호인의 신문참여에 관한 조항은 신문참여의 절차, 참여 제한의 사유 등을 주요 내용으로 하고 있어, 제정 수사준칙상 변호인의 신문참여에 관한 조항은 대부분 형사소송법 및 다른 하위 법령·규칙의 내용을 바탕으로 축조되었음을 알 수 있다. 특히, 법무부령인 인권보호수사규칙(→ 제13조 제2항), 검찰사건사무규칙(→ 제13조 제1항, 제3항), 대검찰청예규인 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침(→ 제13조 제1항, 제3항, 제14조 제1항, 제4항), 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙(→ 제13조 제1항, 제3항, 제14조 제1항, 제2항, 제4항)의 관련 규정이 다수 반영되어 있음을 알 수 있다.

### 3. 사전신문

제정 수사준칙상 사전신문<sup>39)</sup>을 직접적으로 규율하는 조항은 없다. 그러나 면담시 변

36) 형사소송법 제243조의2 제3항 “(전략) 다만, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있다.”

37) 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침 제8조 제2항 “검사는 제1항에 따라 변호인이 이의를 제기하거나 의견을 진술한 경우에는 그 내용을 조서에 기재하고 변호인에게 열람하게 한 후 변호인으로 하여금 그 조서에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.”

38) 변호인 접견·참여 등 규칙 제13조 제3항 “제2항에 따른 의견진술 또는 이의제기가 있는 경우 경찰관은 그 내용을 조서에 기재하여야 한다.”

호인의 참여·조력 제한 금지를 규정한 제정 수사준칙 제13조 제2항<sup>40)</sup>의 취지를 심도 있게 음미해 볼 필요가 있다. 제2절에서 설명한 바와 같이 제정 수사준칙 제13조 제2항은 법무부령인 인권보호수사규칙 제40조 제5항<sup>41)</sup>에서 유래한다. 더 거슬러 올라가자면, 인권보호수사규칙 제40조 제5항은 2018년 법무·검찰개혁위원회의 권고에 따라 제정된 것이다<sup>42)</sup>.

면담시 변호인의 참여·조력 제한 금지 조항은 우선 변호인의 조력권 강화라는 의미를 갖는다. 한편, 동 조항은 동시에 피의자신문 이전 단계에서의 적법절차 구현이라는 의미도 갖는다. 즉, 본격적인 피의자신문 이전 단계에서부터 적법절차 구현의 핵심 요소 중 하나인 변호인의 조력권을 보장하겠다는 취지로 읽을 수 있다. 다만, 피의자신문 이전 단계에서 준수해야 할 적법절차에는 변호인의 조력권 보장 이외의 것들도 있고, 특히 수사실무에서 빈번하게 이루어지고 있는 신문 전 면담 관행<sup>43)</sup>은 보다 근원적인 관점에서 규율할 필요가 있으므로, 향후 수사준칙에 관련 규정의 신설을 검토할 필요가 있을 것이다.

#### 4. 소결

제정 수사준칙은 제19조에서 출석요구에 관한 6개의 항을, 제13조와 제14조에서 변호인의 신문참여 등에 관한 7개의 항을 두고 있으며, 제13조 제2항의 면담시 변호인 참여·조력 제한 금지 규정을 통해 피의자신문 이전 단계에서의 적법절차 구현을 도모하

39) 사전신문은 “신문이나 조사에 앞서 조서나 다른 수사서류에 기록하지 않고 비공식적으로 진술을 청취하는 수사관행”을 의미한다(이형근, 앞의 논문(2020a), 122면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 146면). 다만, 사전신문은 아직까지 학계에 통용되는 개념이 아니므로, 보다 정직한 개념 정립은 후속 연구의 과제로 삼기로 하고, 본 연구에서는 선행연구에서 설정한 정의를 우선 차용하기로 한다.

40) 제정 수사준칙 제13조 제2항 “신문이 아니라 단순 면담 등이라는 이유로 변호인의 참여·조력을 제한해서는 안 된다.”

41) 인권보호수사규칙 제40조 제5항 “검사는 조서 등을 작성하지 않고 단순히 피의자로부터 피의사실에 대한 의견을 청취한다는 등의 사유로 제1항부터 제4항까지[피의자신문시 변호인의 참여]의 적용을 배제해서는 안 된다.”

42) 법무·검찰개혁위원회는 “변호인의 참석을 불허하는 이른바 ‘피의자 면담’을 하지 않도록 할 것”을 권고하였다(법무·검찰개혁위원회, 법무·검찰개혁위원회 백서: 활동과 성과, 2018, 87면).

43) 신문 전 면담 관행에 관하여는 제3장 제3절에서 상론할 것이다.

고 있다. 제정 수사준칙상 피의자신문 이전 절차에 관한 조항들은 현행 수사준칙상 관련 규정을 수용 또는 수정한 것(제1유형), 법무부령, 대검찰청예규, 경찰청훈령 등 다른 하위 법령·규칙상 관련 규정을 차용 또는 반영한 것(제2유형), 제정 수사준칙에 의해 새롭게 신설된 것(제3유형) 등으로 분류해 볼 수 있었다.

생각건대, ① 피의자신문 관련 사항을 상위 법령인 대통령령에 규정함으로써 수사기관 간 상이한 제도운영으로 인한 폐해를 줄일 수 있게 된 점, ② 피의자신문 이전 절차에 관한 조항들을 정비함으로써 본격적인 피의자신문이 보다 적절한 환경하에서 이루어질 수 있게 된 점, ③ ‘단순면담’, ‘사전면담’ 등의 명목으로 이루어지던 실무관행을 법령의 규율 범위로 포섭함으로써 피의자신문 절차 전반의 적정성을 제고할 수 있게 된 점 등에서 제정 수사준칙의 의의를 찾을 수 있을 것이다. 다만, 피의자신문 이전 절차에 관한 다른 하위 법령·규칙상의 수범례, 수사현실 및 학계의 논의 등을 정밀하게 검토하여, 제정 수사준칙상 관련 규정을 수정·보완하는 작업이 지속적으로 이루어져야 할 것으로 생각된다.

### Ⅲ. 신문 이전 단계의 수사현실과 학계 논의

피의자신문 이전 단계에서는 피의자 등에 대한 출석요구(형사소송법 제200조, 제221조), 사법경찰관리 등의 참여(제243조), 변호인의 참여(제243조의2), 신뢰관계자의 동석(제244조의5) 등이 이루어지고, 이러한 절차는 적절한 신문환경 조성에 직간접적으로 영향을 미친다. 가령, 피의자의 신문 대비 및 자료 준비 등은 출석요구서상 출석요구 취지의 구체성 정도에 영향을 받고, 변호인의 참여 여부 및 조력 수준은 참여제한 사유와 허용되는 역할 등에 영향을 받는다.

그런데 지난 20년간 피의자신문 및 피의자신문조서를 주제로 수행된 선행연구를 분석해보면, 신문(수사) 국면에 초점을 둔 연구보다 증거법적 평가(재판) 국면에 초점을 둔 연구가 상대적으로 더 많고, 신문 국면에 관한 연구의 상당수는 변호인의 신문참여 등을 주제로 한 것이며, 신문절차 전반을 다룬 연구<sup>44)</sup>는 많지 않다는 사실을 알 수 있다<sup>45)</sup>.

44) 서보학, 피의자신문에 있어서 인권보장 및 방어권 강화 방안, 형사법연구 제20호, 2003; 정세곤,

수사준칙은 - 형사소송법을 제외하면 - 신문 국면을 직접적으로 규율하는 최상위의 법령이고, 신문에 관한 여타 하위 법령·규칙 제개정의 기준으로 기능하는 규범이다. 이에 본 장에서는 본연구의 주된 연구대상인 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등에 관한 수사현실과 학계의 논의 등을 고찰하여, 제정 수사준칙상 관련 규정 진단 및 최적화 방안 모색의 실증적·이론적 토대를 발굴해 보고자 한다.

## 1. 출석요구

### 가. 관련 법령 및 수사실무

형사소송법은 검사와 사법경찰관을 출석요구의 주체로 규정하고 있다(제200조, 제221조). 즉, 검사와 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자 등의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다. 1961년 개정 형사소송법이 제200조와 제221조의 “소환하여”를 “출석을 요구하여”로 개정된 것 외에는 1954년 제정 형사소송법의 내용과 크게 다르지 않다. 현행 수사준칙은 출석요구의 절차와 방식에 관한 세부사항(제19조)과 출석요구서 서식(별지 제4호 서식)을 규정하고 있으며, 검찰사건사무규칙(제12조)과 범죄수사규칙(제54조, 제55조) 등 하위 법령·규칙도 관련 내용을 규정하고 있다. 이 법령·규칙들은 공히 출석요구서에 의한 출석요구의 원칙, 기타 방법에 의한 출석요구의 가능성, 출석요구 사실의 기록, 출석요구서 양식 등을 규정하고 있으며, 그 내용은 크게 다르지 않다<sup>46)</sup>.

수사실무에서는 통상 관련 규정에 따라 제작되어 형사사법정보시스템(KICS<sup>47)</sup>)에 수

경찰 피의자신문조서 제도의 발전 방안, 연세대학교 법학석사학위논문, 2019; 조성제, 피의자신문에 있어서 헌법상 적법절차원리의 구현, 세계헌법연구 제14권 제1호, 2008; 최영승, 피의자신문에 있어 적법절차의 법리에 관한 연구, 경희대학교 법학박사학위논문, 2003.

45) 이형근, 앞의 논문(2020a), 8-9면. 한국학술지인용색인(kci.go.kr) 및 한국교육학술정보원(riss.kr) 기준이며, 발행일자(학위수여연도)는 2000년부터 2019년까지로 설정하여 추출, 분석하였다(2020. 3. 6. 검색).

46) 다만, 현행 수사준칙 제19조 제1항 후단에는 “이 경우 출석요구서에는 출석요구의 취지를 명백하게 적어야 한다.”라는 규정이 있고, 제4항에는 “피의자나 참고인이 출석하였을 때에는 지체 없이 진술을 들어야 하며, 오랫동안 기다리게 하는 일이 없도록 하여야 한다.”라는 규정이 있으며, 경찰청훈령인 범죄수사규칙 제54조에도 이와 같은 취지의 규정이 있으나, 법무부령인 검찰사건사무규칙 제12조에는 이와 같은 규정이 없다.

47) Korea Information System of Criminal Justice Services.

록된 출석요구서 서식을 활용하여 출석요구를 한다. 출석요구서 서식은 네 개의 단으로 구성되어 있다. 1단에는 피의자에 대한 출석요구서라는 취지와 출석요구서 번호를 기재한다. 2단에는 사건명, 피해자, 출석일시, 출석장소를 기재하고, 출석요구서, 주민등록증 또는 운전면허증, 도장, 증거자료, 필요에 따라 진술서 등을 가지고 출석하라는 취지를 기재한다. 3단에는 출석요구의 내용을 기재한다. 4단에는 출석일시의 조정이나 문의사항이 있으면 담당자의 소속팀 연락처로 문의하라는 취지, 정당한 이유 없이 출석요구에 응하지 않으면 형사소송법 규정에 따라 체포될 수 있다는 취지, 수사에 중대한 지장을 주지 않는 범위 내에서 선임된 변호인의 참여 하에 조사를 받을 수 있다는 취지를 기재하고, 검사나 사법경찰관의 계급과 성명, 사건 담당자의 계급과 성명 등을 기재한다.

현행 수사준칙 등에 의하면 출석요구서에 의한 출석요구가 원칙이지만 수사실무에서는 전화에 의한 출석요구가 빈번하게 이루어지고 있다<sup>48)</sup>. 가령, 피의자에 대한 출석요구는 우편보다 기타 방법 중 전화로 하는 경우가 현저히 많다는 사실이 검사 경력자 및 사법경찰관 경력자의 심층면접 응답을 통해 확인되었고<sup>49)</sup>, 변호인이 선임되어 있는 경우에도 출석요구 방식에 차이가 없음이 변호사 경력자의 심층면접 응답을 통해 확인된 바 있다<sup>50)</sup>. 요컨대, 출석요구 실무에 있어서는 출석요구서라는 원칙과 전화 등 기타 방법이라는 예외가 전도되어 운용되고 있다.

## 나. 학계의 논의 등

출석요구를 주제 또는 주요 쟁점으로 하여 수행된 선행연구를 발견하기는 어려웠다<sup>51)</sup>. 다만, 신문절차 전반을 다룬 선행연구에서 출석요구 방식의 개선을 촉구하는 주장이 있었으며, 그 내용은 다음과 같았다. 첫째, 출석요구는 출석요구의 취지를 명확히 하여 서면으로 통보하는 방식으로 이루어져야 한다<sup>52)</sup>. 둘째, 출석요구는 피의자가 방어권

48) 이형근, 앞의 논문(2020a), 88-89면.

49) 이형근, 앞의 논문(2020a), 88면.

50) 이형근, 앞의 논문(2020a), 88-89면.

51) 이형근, 앞의 논문(2020a), 23면. 한국학술지인용색인(kci.go.kr)에서 ‘출석요구’를 키워드로 논문을 검색하면, 3건의 논문이 표출되며, 내용은 국회법이나 민사재판에 관한 것이다(2020. 8. 29. 검색).

52) 서보학, 앞의 논문, 273면; 조성제, 앞의 논문(2008), 347-348면; 최영승, 앞의 논문(2003), 82-84면.

을 행사할 만큼 충분한 시간적 여유를 두고 이루어져야 한다<sup>53)</sup>. 셋째, 출석요구시 허위 사실의 고지는 금지되어야 한다<sup>54)</sup>. 넷째, 구속된 피의자를 반복적으로 출석시켜 신문을 강제해서는 안 된다<sup>55)</sup>. 다섯째, 임의출석한 사람을 긴급체포하는 관행은 금지되어야 한다<sup>56)</sup>.

한편, 이형근(2020a)은 출석요구를 서면에 의한 경우와 전화 등 기타 방법에 의한 경우로 나누고, 문헌연구 및 심층면접 등을 통해 각각의 실태를 진단한 바 있다<sup>57)</sup>. 연구결과, 1) 서면에 의한 출석요구에 있어서는, ① 출석요구 취지 부분의 비정형성, ② 진술서 등을 가지로 출석하라는 취지의 기재와 문의사항이 있으면 연락하라는 취지의 기재로 인한 사전신문의 가능성, ③ 변호인의 신문참여에 관한 기재의 부적정성, ④ 실제 사건 담당자 식별의 곤란성 등이 확인되었고<sup>58)</sup>, 2) 전화 등 기타 방법에 의한 출석요구에 있어서는, ① 전화에 의한 출석요구의 일상성, ② 출석요구서상 정보의 누락 가능성, ③ 전화통화 중 사전신문의 가능성, ④ 전자우편, 문자메시지 등의 경우 전달의 불확실성 등이 확인되었다<sup>59)</sup>.

## 다. 검토

제정 수사준칙 제19조는 출석요구에 관한 사항을 상위 법령에 규정하고 검사 및 사법경찰관 양자를 수범자로 설정한 점, 각종 하위 법령·규칙에 산재해 있던 수범례를 발굴

53) 서보학, 앞의 논문, 273면; 조성제, 앞의 논문(2008), 348-349면; 최영승, 앞의 논문(2003), 84-86면. 서보학, 조성제와 최영승은 공히 48시간 이전에 서면으로 통보할 것을 주장하였다.

54) 서보학, 앞의 논문, 273면; 조성제, 앞의 논문(2008), 348-349면; 최영승, 앞의 논문(2003), 87-89면. 조성제와 최영승은 ‘자신과 관련 없는 피의사실을 고지’하는 경우뿐만 아니라 ‘피의자를 참고인으로 오인시켜 출석하도록 하는 경우’를 허위사실의 고지로 보았다.

55) 서보학, 앞의 논문, 273면; 조성제, 앞의 논문(2008), 349면; 최영승, 앞의 논문(2003), 89-91면. 조성제와 최영승은 ‘구속된 피의자’뿐만 아니라 ‘불구속 피의자’의 경우에도 과도한 출석요구가 지양되어야 한다고 주장하였다.

56) 서보학, 앞의 논문, 273면; 조성제, 앞의 논문(2008), 350면; 최영승, 앞의 논문(2003), 98-103면. 최영승은 이를 임의출석한 사람을 긴급체포하는 경우, 자수한 사람을 긴급체포하는 경우, 피의자를 참고인이라고 속여 출석케 한 후 긴급체포하는 경우, 참고인을 피의자라고 속여 출석케 한 후 긴급체포하는 경우 등으로 유형화하였다.

57) 이형근, 앞의 논문(2020a), 82-89면.

58) 이형근, 앞의 논문(2020a), 86-88면.

59) 이형근, 앞의 논문(2020a), 88-89면.

하고 통합한 점, 수사관서 이외 장소에서의 조사 가능성 등 현실적 규정을 신설한 점 등에서 그 의의가 큰 것으로 생각된다. 다만, 수사현실과 학계의 논의사항 등에 비추어 볼 때, 수정·보완의 검토가 필요한 부분이 일부 있어 보인다.

가령, ① ‘전화를 통한 진술 등 출석을 대체할 수 있는 방법(제19조 제1항 제1호)’의 활용에 장점(피의자 등의 편의) 이외의 단점(신문내용 및 신문과정의 기록 등 적법절차 준수)은 없는지, ② ‘충분한 시간적 여유(제3호)’, ‘불필요하게 여러 차례(제4호)’라는 표현이 충분한 실천적 구체성을 갖는지, ③ ‘피의사실의 요지 등 출석요구의 취지를 구체적으로 기재(제3항 본문)’라는 표현이 학계에서 거듭 지적되고 있는 출석요구 취지의 불명확성·비정형성 문제를 해소할 수 있을 것인지, ④ ‘신속한 출석요구 등 부득이한 사정(제3항 단서)’이라는 요건이 전화에 의한 출석요구의 일상성을 해소할 수 있을 것인지, ⑤ ‘출석요구서 사본 또는 수사보고서의 편철(제4항)’이 전달의 불확실성을 해소할 수 있을 것인지, ⑥ 제정 수사준칙상의 규정만으로 권리 고지 및 기록 없이 이루어지는 사전신문의 여지를 차단할 수 있을 것인지 등이 검토의 대상이 될 것으로 생각된다.

## 2. 변호인의 신문참여 등

### 가. 관련 법령 및 수사실무

형사소송법은 변호인의 신문참여 등에 관하여 비교적 구체적인 규정을 두고 있다(제234조의2). 여기에는 참여신청 등 절차에 관한 사항(제1항, 제2항), 의견진술 등 역할에 관한 사항(제3항, 제4항), 참여 및 제한에 관한 사항의 조서 기재(제5항) 등이 포함된다. 변호인의 신문참여 등에 관한 규정은 2007년 개정 형사소송법을 통해 신설되었다. 현행 수사준칙은 참여신청 등 절차에 관한 사항(제21조 제1항, 제2항) 외에 변호인의 참여 없는 신문의 가능성(제3항), 신문참여 제한의 사유(제4항) 등을 규정하고 있다. 또한, 대검찰청 예규인 변호인 등의 신문·조사 참여 운영지침(총13개조)과 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙(총20개조)은 절차, 역할, 제한, 편의 등에 관한 상세한 규정을 두고 있다. 한편, 이형근(2020c)은 변호인의 신문참여에 관한 선행연구 및 하위 법령·규칙을 비교분석하여, 하위 규범으로 갈수록 규율의 범위와 제약의 정도가 증가한다는 사실, 하위 규범 간 규율 내용과 방식상 차이가 상당하다는 사실, 그럼에도 불구하고 하위 규범

의 세부 규정 중 수범례가 적지 않다는 사실 등을 확인하였다<sup>60)</sup>.

2015년 7월부터 2018년 6월까지 검찰수사 단계에서 이루어진 변호인의 신문참여 건수는 연평균 7,033건이었다<sup>61)</sup>. 동기간 검찰의 직수사건 건수, 경찰의 송치사건 건수, 구약식·구공판 사건 비율 등을 고려한 재신문 비율 등을 종합하면, 검찰수사 단계에서 변호인의 신문참여 비율은 약 3.9% 정도로 추정된다<sup>62)</sup>. 2015년 1월부터 2017년 12월까지 경찰수사 단계에서 이루어진 변호인의 신문참여 건수는 연평균 6,938건이었다<sup>63)</sup>. 동기간 경찰의 검거사건 건수 등을 고려하면, 경찰수사 단계에서 변호인의 신문참여 비율은 약 0.47% 정도로 추정된다<sup>64)</sup>. 형사사법정보시스템상 사건수 외에 신문횟수는 자동적으로 집계되지 않고, 하나의 사건에 수명의 피의자가 있거나 한명의 피의자에 대하여 수회의 신문이 이루어지는 경우도 있어, 이 추정치의 정확성에는 일정한 제약이 있지만, 경찰수사 단계에서의 변호인 참여율이 검찰수사 단계에서의 참여율보다 현저히 낮다는 사실을 어렵지 않게 짐작할 수 있다<sup>65)</sup>.

앞서 변호인의 신문참여 등에 관한 수사기관의 규범 간에 상당한 차이가 있음을 확인하였다. 이에 따라 검찰과 경찰의 실무에도 일정한 차이가 있다. 가령, 구술에 의한 참여 신청의 가능성<sup>66)</sup>, 신문 일시·장소의 협의 여부<sup>67)</sup>, 사전제한의 여부<sup>68)</sup>, 참여제한의 사

60) 이형근, 앞의 논문(2020c), 103면.

61) 대검찰청, 국회 사법개혁특별위원회 업무현황 보고서, 2018, 44면.

62) 이형근, 앞의 논문(2020a), 97-98면.

63) 경찰청 수사국.

64) 이형근, 앞의 논문(2020a), 98-99면.

65) 이와 관련하여, “현재까지는 수사기관 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건 차등, 검사의 수사종결권 및 기소권 독점 등으로 인해 아무래도 경찰수사 단계에서의 참여는 더 드문 실정이었다. 개정 형사소송법은 피의자신문조서의 증거능력에 관한 조항뿐만 아니라 검사와 사법경찰관의 수사권 및 양자의 관계 등을 전면적으로 재설정하였기 때문에, 개정 형사소송법이 시행될 경우 검찰수사 및 경찰수사에 있어 변호인의 신문참여 빈도에도 필연적으로 변화가 있을 것이다.”라는 변호사 경력자의 심층면접 응답이 있었다(이형근, 앞의 논문(2020a), 99면).

66) 법무부령인 검찰사건사무규칙은 2020. 1. 31. 자 개정을 통해 구술에 의한 참여신청 규정을 신설하였다(제9조의2 제2항). 다만, 2020. 8. 현재까지 대검찰청예규인 변호인의 신문·조사 참여 운영지침에는 이와 같은 내용이 반영되어 있지 않다.

67) 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙은 신문 일시·장소를 변호인과 ‘협의’하도록 하고 있는 반면(제9조 제1항), 대검찰청예규인 변호인의 신문·조사 참여 운영지침은 이를 ‘통보’하도록 하고 있다(제4조 제2항).

68) 대검찰청예규인 변호인의 신문·조사 참여 운영지침은 2019. 11. 12. 자 제정(구 변호인의 피의자신

유<sup>69)</sup>, 참여제한에 대한 불복방법의 고지<sup>70)</sup>, 변호인의 역할<sup>71)</sup>, 변호인을 위한 편의<sup>72)</sup> 등에 있어 차이가 있다<sup>73)</sup>. 이와 관련하여, “최근 검찰과 경찰에서 변호인의 신문참여를 활성화하기 위해 노력을 기울이고 있으나, 참여 변호인의 역할과 참여 변호인에 대한 편의 제공 등이 기관이나 담당자에 따라 다른 문제가 있다.”라는 변호사 경력자의 심층면접 응답<sup>74)</sup>과 “검사들 사이에는 검사가 변호사보다 역량·경험 등에 있어 우위에 있다는 인식이 있고, 변호사들 중에는 신문참여권을 악용하는 경우도 있어, 변호인의 신문참여에 있어서는 경찰실무보다 검찰실무에 대한 비판과 항의가 더 많은 것 같다.”라는 검사 경력자의 심층면접 응답<sup>75)</sup>이 있었다<sup>76)</sup>.

## 나. 학계의 논의 등

변호인의 신문참여는 피의자 진술의 청취 국면에 관한 쟁점 중 가장 활발한 연구가 수행된 주제 중 하나다<sup>77)</sup>. 변호인의 신문참여에 관한 선행연구의 논의는 크게 규율방식

문 참여 운영지침 폐지 후 제정)을 통해 수사기관 최초로 사전제한을 폐지하였다(제3조, 제5조; 국가법령정보센터 변호인의 신문·조사 참여 운영지침 제정·개정이유, [- 69\) 대검찰청예규인 변호인의 신문·조사 참여 운영지침은 ‘조언 명목의 신문지연’, ‘증거인멸의 위험’ 등을 참여제한의 사유로 규정하고 있는 반면\(제7조 제1항\), 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙상 참여제한 사유에는 이와 같은 내용이 포함되어 있지 않다\(제8조, 제15조\).
- 70\) 법무부령인 검찰사건사무규칙은 2020. 1. 31. 자 개정을 통해 참여제한 처분에 대한 준항고권 고지 규정을 신설하였다\(제9조의2 제5항\). 다만, 2020. 8. 현재까지 대검찰청예규인 변호인의 신문·조사 참여 운영지침에는 이와 같은 내용이 반영되어 있지 않다.
- 71\) 경찰청훈령인 변호인 접견·참여 등 규칙은 변호인의 신문 중 의견진술 요청권과 사법경찰관의 승인제량을 규정하고 있는 반면\(제13조 제2항\), 대검찰청예규인 변호인의 신문·조사 참여 운영지침에는 이와 같은 규정이 없다\(제8조\).
- 72\) 법무부령인 검찰사건사무규칙은 2020. 1. 31. 자 개정을 통해 신문참여 변호인의 기록에 관한 별도의 조를 신설하였으며\(제13조의10\), 경찰청은 2020. 4. 6.부터 ‘변호인의 전자기기 사용 메모권 보장제도’를 시행하고 있다\(2020. 4. 6. 경찰청 수사기획과-7216\).
- 73\) 이형근, 앞의 논문\(2020c\), 102-103면.
- 74\) 이형근, 앞의 논문\(2020a\), 94-95면.
- 75\) 이형근, 앞의 논문\(2020a\), 95면.
- 76\) 변호인 참여율과 심층면접 응답을 종합하면, 변호인 참여율의 제고와 함께 변호인 참여제도 운용의 적정화가 함께 이루어져야 할 것임을 알 수 있다.
- 77\) 가령, 지난 20년간 피의자신문을 주제로 수행된 연구의 과반이 변호인의 신문참여에 관한 연구였다](http://law.go.kr/admRulInfoP.do?admRulSeq=2100000183663&chrClsCd=010202&urlMode=admRulRvsInfoR(2020. 8. 31. 검색)”).</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

에 관한 것과 규율내용에 관한 것으로 나누어 볼 수 있다<sup>78)</sup>. 먼저, 규율방식에 관한 논의는 “피의자의 방어권 보장에 있어 핵심이 되는 변호인의 신문참여를 법률이 아닌 하위 법령·규칙으로 규율하는 방식상의 문제점에 대한 지적”이다<sup>79)</sup>. 이와 관련하여, 국가인권위원회는 법률유보의 원칙 등을 근거로 경찰청훈령인 범죄수사규칙의 개정을 권고한 바 있고<sup>80)</sup>, 학계에서도 국가인권위원회와 같은 취지의 주장이 다수 발견된다<sup>81)</sup>. 이에 대한 개선방안으로는 변호인의 신문참여에 관한 사항을 형사소송법으로 규율해야 한다는 의견<sup>82)</sup>, 형사소송규칙으로 규율해야 한다는 의견<sup>83)</sup>, 최소한 수사준칙으로 규율해야 한다는 의견<sup>84)</sup>, 형사소송법의 개별적·구체적 위임을 전제로 하위 법령·규칙에 규정할 수 있다는 의견<sup>85)</sup> 등이 병존하고 있다.

다음으로, 규율내용에 관한 학계의 논의는 참여의 제한, 변호인의 역할, 통지·신청 등 절차, 참여제한에 대한 불복방법, 참여신청에 따른 신문중단, 참여환경 및 편의에 관한 것으로 나누어 볼 수 있다<sup>86)</sup>. 첫째, 참여의 제한에 관하여는, 형사소송법상 변호인의 신

(한국학술지인용색인 기준, 입법론 제외: 이형근, 앞의 논문(2020a), 9면).

78) 이형근, 앞의 논문(2020c), 86면.

79) 이형근, 앞의 논문(2020c), 92면.

80) 국가인권위원회 2013. 5. 27. 자 12진정0456100 결정.

81) 김동률·이 훈, 피의자신문시 변호인참여를 반대하는 주장에 대한 반박론: 독일에서의 논의를 중심으로, 치안정책연구 제30권 제3호, 2016a, 231-232면; 김동률·이 훈, 피의자신문의 문제점과 변호인참여의 필요성, 조선대학교 법학논총 제23집 제2호, 2016b, 408면; 김정연, 형사절차에서 변호인의 ‘효과적인’ 조력을 받을 권리의 보장, 헌법학연구 제25권 제4호, 2019, 18면; 송호창, 송두율 교수사건 경위와 법률상 주요쟁점, 민주법학 제26호, 2004, 16-17면; 이영돈, 변호인의 피의자신문 참여권의 범위와 한계, 경북대학교 법학논고 제47집, 2014, 279-280면; 정병곤, 피의자신문시 변호인 참여권, 한국민간경비학회보 제12권 제1호, 2013, 233면; 주승희, 피의자신문에 참여한 변호인의 진술거부권행사 권고와 변호인윤리, 숭실대학교 법학논총 제33집, 2015, 425-427면.

82) 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016a), 233면; 박찬운, 변호인참여권의 현실과 문제점 그리고 활성화를 위한 제안: 대한변협의 설문조사를 바탕으로, 인권과정의 제453호, 2015, 70-72면; 이영돈, 앞의 논문, 297-280면.

83) 조도현, 수사절차상 변호인 참여에 관한 연구, 조선대학교 법학논총 제16권 제2호, 2009, 320면; 천진호, 형사절차에서 변호인의 역할 제고 방안, 한양대학교 법학논총 제28집 제4호, 2011, 369면.

84) 이형근, 앞의 논문(2020a), 259면; 이형근, 앞의 논문(2020c), 104-105면. 이형근은 형사소송규칙에 규정하는 방안은 중립성 측면에서, 수사준칙에 규정하는 방식은 관련성 측면에서 각각 이점이 있을 것으로 보았다(이형근, 앞의 논문(2020c), 105면).

85) 주승희, 앞의 논문, 434-436면.

86) 이형근, 앞의 논문(2020c), 86면.

문참여 제한에 관한 ‘정당한 사유’라는 표현이 불명확해 수사기관의 자의적 판단을 야기할 우려가 있다는 지적<sup>87)</sup>, 좀 더 구체적인 관점에서 신문 중 승인 없는 의견진술 등 법률이 정한 방식에서 벗어난 조력 행위를 즉시 참여제한 사유 삼는 것은 과도하다는 지적<sup>88)</sup>, 특정한 답변 또는 진술변복의 유도나 진술거부권 행사의 권고를 참여제한 사유로 삼아서는 안 된다는 의견<sup>89)</sup>, 참여신청 단계에서 위법한 조력의 우려가 있는 경우는 극히 희박하므로 ‘정당한 사유’라는 기준은 신문 중 참여제한 사유로 운용해야 할 것이라는 의견<sup>90)</sup> 등이 있다.

둘째, 변호인의 역할에 관하여는, 신문참여 변호인은 신문 중 자유롭게 의견진술, 이의제기, 상담, 조언 등을 할 수 있어야 한다는 의견<sup>91)</sup>, 이의제기의 대상에 부당한 신문

- 87) 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016a), 232면; 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016b), 408면; 김두원, 한국형 미란다 원칙의 제정립과 수사 실무와의 관계에 관한 고찰, 중앙법학 제21집 제2호, 2019, 213-214면; 김정연, 앞의 논문, 17면; 오택림, 변호인의 피의자신문 참여권에 관한 연구(하), 법조 제57권 제4호, 법조협회, 2008, 233면; 이은모, 수사절차에 관한 개정형사소송법의 내용 검토, 한양대학교 법학논총 제24집 제3호, 2007, 354면; 전승수, 피의자신문시 변호인참여권: 형사소송법 제243조의 2의 해석을 중심으로, 형사판례연구 제17권, 한국형사판례연구회, 2009, 396면; 정병곤, 앞의 논문(2013), 231면; 정한중, 변호인의 피의자신문 참여권과 증거개시 청구권, 외법논집 제27집, 2007, 465면; 조기영, 변호인의 피의자신문참여권, 형사법연구 제19권 제4호, 2007, 317면; 조도현, 앞의 논문, 329면; 최석윤, 변호인의 피의자신문참여권에 대한 비교법적 고찰, 형사정책연구 제23권 제4호, 2012, 77면; 최영승, 피의자신문과정에서의 적법절차에 관한 사개추위안의 검토, 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 475면.
- 88) 권순민, 위허자백을 방지하기 위한 형사소송법상 몇 가지 제도들에 대한 검토, 조선대학교 법학논총 제23권 제3호, 2016, 132면; 변필진, 변호인의 피의자신문 참여권의 제한에 대한 비교법적 고찰, 법조 제58권 제2호, 2009, 241면; 오택림, 앞의 논문, 233면; 이영돈, 앞의 논문, 275-276면.
- 89) 김대웅, 변호인의 피의자신문 참여권, 형사판례연구 제17권, 2009, 439면; 박찬운, 앞의 논문, 68면; 심희기, 변호인의 피의자신문참여권의 내용, 범위, 한계, 인권과정의 제347호, 2015, 90면; 이영돈, 앞의 논문, 276-278면; 전승수, 앞의 논문, 406면; 정병곤, 인권보장을 위한 변호인참여권 강화 방안, 한국법학회 법학연구 제16권 제2호, 2016, 83면; 조 국, 형사소송법 분야 2003년도 주요판례, 형사법연구 제21호, 2004, 57면; 조 국, 변호인의 피의자신문참여권 및 피의자의 출석 및 신문수인의무 제론, 저스티스 통권 제160호, 2017, 91-92면; 조기영, 앞의 논문, 323면; 주승희, 앞의 논문, 441-444면; 최석윤, 앞의 논문, 78면.
- 90) 조성제, 수사기관의 피의자 신문시 변호인 참여권과 피의자 인권, 한국경찰학회보 제11권 제1호, 2009, 215면.
- 91) 권순민, 앞의 논문, 131-132면; 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016a), 233면; 김두원, 앞의 논문, 214면; 박찬운, 앞의 논문, 65-66면; 이동희, 한국의 피의자신문절차와 그 개혁, 형사법연구 제21권 제4호, 2009, 146면; 이상문, 형사소송법에서 권리의 구체적 의미, 경찰법연구 제8권 제2호, 2010, 161면; 조기영, 앞의 논문, 312면; 이영돈, 앞의 논문, 269면; 이은모, 앞의 논문, 354면; 정병곤, 앞의 논문(2013), 232면; 조도현, 앞의 논문, 330면; 주승희, 앞의 논문, 426면; 천진호, 앞의 논문, 370면.

‘방법’뿐만 아니라 ‘내용’도 포함되어야 한다는 의견<sup>92)</sup>, 변호인의 이익이나 의견을 조서에 기재하도록 하고, 변호인의 조서 증감·변경 청구권을 인정해야 한다는 의견<sup>93)</sup> 등이 있다. 셋째, 통지·신청 등 절차에 관하여는, 구술에 의한 참여신청을 허용해야 한다는 의견<sup>94)</sup>, 피의자와 변호인 모두에게 출석요구를 하고 신문 일시·장소를 협의해야 한다는 의견<sup>95)</sup>, 변호인의 참여 없이 신문할 수 있는 기준을 보다 명확하게 설정해야 할 것이라는 지적<sup>96)</sup> 등이 있다.

넷째, 참여제한에 대한 불복방법에 관하여는, 참여제한 처분에 대한 준항고권 고지 외에 검사나 사법경찰관의 직속 상급자 등에 대한 이의신청 규정을 마련할 필요가 있다는 의견 등이 있다<sup>97)</sup>. 다섯째, 참여신청에 따른 신문중단에 관하여는, 피의자신문의 임의수사적 성격, 변호인 조력권의 중요성 등을 고려할 때, 피의자가 변호인의 신문참여를 신청하면 원칙적으로 신문을 중단해야 한다는 의견<sup>98)</sup>, 체포된 피의자의 경우에는 변호인의 참여가 합리적인 시간 내에 가능한지 등에 따라 신문중단 여부를 판단해야 한다는 의견<sup>99)</sup> 등이 있다. 여섯째, 참여환경 및 편의에 관하여는, 변호인의 메모권, 기록권을 보다 폭넓게 보장해야 한다는 의견<sup>100)</sup>, 별도의 조사공간 설치 등 환경개선이 필요하다는 의견<sup>101)</sup> 등이 있다.

92) 정병곤, 앞의 논문(2016), 79-80면; 조 국, 앞의 논문(2017), 93-94면. 다만, 정병곤은 해석론상으로는 부당한 신문 ‘내용’이 이의제기의 대상이 되지 않지만, 입법론적으로는 부당한 신문 ‘내용’을 이의제기의 대상에 포함시켜야 할 것으로 보았다(정병곤, 앞의 논문(2016), 80면).

93) 박찬운, 앞의 논문, 67, 71면; 정병곤, 앞의 논문(2016), 83, 85면.

94) 조기영, 앞의 논문, 313면; 조성제, 앞의 논문(2009), 207면.

95) 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016a), 233면; 박찬운, 앞의 논문, 69, 71면; 이영돈, 앞의 논문, 273면; 전승수, 앞의 논문, 390면; 정병곤, 앞의 논문(2013), 233면; 정병곤, 앞의 논문(2016), 84면; 정진연, 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용과 한계, 성균관법학 제18권 제3호, 2006, 645면.

96) 권순민, 앞의 논문, 133면.

97) 박찬운, 앞의 논문, 71-72면; 정병곤, 앞의 논문(2016), 87면.

98) 윤영철, 피의자신문에 대한 변호인의 참여권에 관한 소고: 변호인의 피의자신문참여권의 정당성과 법무부 형사소송법개정안의 문제점을 중심으로, 형사정책연구 제16권 제1호, 2005, 83-84면; 이영돈, 앞의 논문, 272면; 조 국, 앞의 논문(2017), 95면; 조기영, 앞의 논문, 313면; 조도현, 앞의 논문, 230면; 조성제, 앞의 논문(2008), 377면; 조성제, 앞의 논문(2009), 207-208면; 천진호, 앞의 논문, 370면.

99) 이영돈, 앞의 논문, 273면.

100) 이영돈, 앞의 논문, 278면; 정병곤, 앞의 논문(2016), 61면.

101) 박찬운, 앞의 논문, 72-73면.

한편, 이형근(2020c)은 변호인이 신문참여에 관한 선행연구 및 하위 법령·규칙을 비교분석하여, 변호인의 신문참여제도를 저해하는 제도적 기제를 형사소송법상 관련 규정의 추상성에서 시작하여 변호인 조력권의 위축에 이르는 ‘악순환의 고리’로 진단하고<sup>102)</sup>, 규율방식 및 규율내용에 관한 개선방안을 제안한 바 있다<sup>103)</sup>.

## 다. 검토

제정 수사준칙 제13조와 제14조는 피의자의 방어권 보장에 핵심이 되는 변호인의 신문참여 등에 관한 사항을 상위 법령에 규정하고 검사 및 사법경찰관 양자를 수범자로 설정한 점, 각종 하위 법령·규칙에 산재해 있던 수범례를 발굴하여 통합하고 좌석 배치, 메모권 등 조력권 행사에 직간접적으로 영향을 미치는 부분까지 규율하고 있는 점, 변호인의 신문 중 의견진술 요청권과 검사 및 사법경찰관의 승인의무를 신설한 점 등에서 그 의의가 큰 것으로 생각된다. 다만, 수사현실과 학계의 논의사항 등에 비추어 볼 때, 수정·보완의 검토가 필요한 부분이 일부 있어 보인다.

가령, ① 변호인의 참여·조력 및 의견진술 등에 관한 조항의 내용이 양적·질적으로 적정한지, ② 참여의 제한 및 이에 대한 불복방법에 관한 조항을 신설할 필요는 없는지, ③ 통지·신청 등 절차에 관한 조항을 신설할 필요는 없는지, ④ 참여신청에 따른 신문중단에 관한 조항을 신설할 필요는 없는지 등이 검토의 대상이 될 것으로 생각된다.

## 3. 사전신문

### 가. 관련 법령 및 수사실무

사전신문은 “신문이나 조사에 앞서 조서나 다른 수사서류에 기록하지 않고 비공식적으로 진술을 청취하는 수사관행”을 의미하는데<sup>104)</sup>, 수사기관에서는 이를 피의자신문과

102) 이형근, 앞의 논문(2020c), 104면.

103) 이형근, 앞의 논문(2020c), 104-111면. 규율방식의 개선방안으로는 형사소송법에 규정하는 것을 최선으로, 수사준칙 등 상위 법령에 규정하는 것을 차선으로 각각 제시하였다. 규율내용의 개선방안으로는 변호인에 대한 통지·신청 등 절차의 개선, 참여신청시 신문중단, 신문참여의 사전제한 폐지 및 신문참여 변호인의 역할 적정화, 신문 중 참여제한의 개선, 참여제한에 대한 불복방법의 개선, 참여환경 및 편의에 관한 사항의 개선 등을 제시하였다.

구별하여 ‘피의자 면담’이라고 칭하고 있다<sup>105)</sup>. 제정 수사준칙뿐만 아니라 현존하는 어떠한 법령·규칙도 이를 직접적으로 규율하는 예가 없다. 다만, 형사소송법상 관련 규정을 종합적으로 해석해보면, 일정 범위의 피의자 면담은 사전신문에 해당하는 부적법한 수사행위가 된다는 사실을 어렵지 않게 알 수 있다<sup>106)</sup>.

그러나 수사실무에서는 원거리에서 피의자를 호송하는 과정이나 피의자가 수사기관의 사무실에 출석한 후 조서작성이 시작되기 전까지의 시점에 사전신문이 빈번하게 이루어지고 있다는 사실이 검사 경력자 및 사법경찰관 경력자의 심층면접 응답을 통해 확인되고 있다<sup>107)</sup>. 또한, 사전신문 등으로 인해 피의자의 권리가 침해되거나 수사가 제대로 이루어지지 못한 예가 검찰과 경찰에서 공히 발견된다<sup>108)</sup>.

## 나. 학계의 논의 등

수사실무에서는 사전신문이 빈번하게 이루어지고 있으나, 이에 관한 선행연구와 판례를 - 본절 가.항에서 소개한 것 외에 - 추가로 발견하기는 어려웠다. 이형근(2020a)은 사전신문의 부적법성을 다음과 같이 논증하였다<sup>109)</sup>. 첫째, 수사기관과 피의자 간 대화가 피의자신문에 해당하는지 여부는 당해 대화의 내용에 따라 결정된다<sup>110)</sup>. 즉, 당해 대화의 내용이 범죄사실 또는 정상에 관한 것이라면 - 대화의 시점·장소, 조서작성·영상녹화 여부 등과 무관하게 - 신문에 해당한다. 형사소송법이 범죄사실과 정상에 관한 필요사항을 묻는 것을 피의자신문의 핵심으로 규정하고 있기 때문이다(제242조). 둘째, 당해 대화가 신문에 해당한다면 신문에 관한 적법절차 및 방식이 준수되어야 한다<sup>111)</sup>. 즉, 사법경찰관리 및 변호인 등의 참여(제243조, 제243조의2), 조서작성(제244조), 진술거부권 등의 고지(제244조의3), 수사과정의 기록(제244조의4) 등이 이루어져야 한다. 셋째, 따

104) 이형근, 앞의 논문(2020a), 122면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 146면.

105) 법무·검찰개혁위원회, 앞의 백서, 87면.

106) 이에 관하여는 본절 나.항에서 상론할 것이다.

107) 이형근, 앞의 논문(2020a), 123면.

108) 경찰이 수사한 세칭 ‘309동 성폭행 사건’, 검찰이 수사한 세칭 ‘오산시장 뇌물수수 사건’이 대표적 예다(대법원 2020. 4. 29. 선고 2015다224797 판결, 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결).

109) 이형근, 앞의 논문(2020a), 123면.

110) 이형근, 앞의 논문(2020a), 123면.

111) 이형근, 앞의 논문(2020a), 123면.

라서 “신문이나 조사에 앞서 조서나 다른 수사서류에 기록하지 않고 [통상 참여나 권리의 고지 등도 결락한 채] 비공식적으로 [통상 범죄사실 또는 정상에 관한] 진술을 청취하는 수사관행”은 형사소송법상 적법한 절차와 방식에 명백히 위배된다<sup>112)</sup>. 아울러 이와 같은 해석은 변호사를 대상으로 한 인식조사를 통해서도 뒷받침되고 있다<sup>113)</sup>.

한편, 이형근(2020a)은 사전신문 근절을 위한 몇몇 개선방안을 제시하였다<sup>114)</sup>. 수사준칙 등에 “조서작성 또는 영상녹화를 하지 아니하는 상태에서 피의자에게 범죄사실 및 정상에 관한 사항을 질문하거나 들어서는 아니 된다.”라는 규정 등을 신설할 것<sup>115)</sup>, 수사준칙 등에 “피의자를 신문하기 전에 범죄사실 및 정상에 관한 대화를 나눈 사실이 있는지 여부”를 개방형 질문으로 확인하도록 하는 규정을 둘 것<sup>116)</sup>, 이와 같은 개선사항을 피의자신문조서 서식에 반영할 것<sup>117)</sup> 등이 그것이다.

## 다. 검토

제정 수사준칙에는 사전신문을 직접적으로 규정하는 조항이 없다. 그러나 제정 수사준칙은 면담시 변호인의 참여·조력 제한 금지 조항(제13조 제2항)을 신설함으로써 본격적인 피의자신문 이전 단계에서부터 적법절차를 구현하고자 했다는 점에서 그 의의가 큰 것으로 생각된다. 다만, 피의자 면담 중에는 신문에 해당하는 것이 있을 수 있고, 이 경우 당해 면담(신문)에는 변호인의 참여 외에도 신문에 관한 제반 규정<sup>118)</sup>이 적용되어야 할 것이므로, 보다 근원적인 관점에서 사전신문에 관한 규정의 신설을 검토할 필요가 있을 것으로 생각된다.

112) 이형근, 앞의 논문(2020a), 123면; 이형근·백윤석, 앞의 논문, 156-158면.

113) 이형근·백윤석, 앞의 논문, 156-158면. 동연구에서 변호사 참여자는 사전신문이 적법한 절차와 방식(19%), 실질적 진정성립(24%), 특신상태(24%), 임의성(33%) 등에 부정적 영향을 미칠 것이라고 응답하였다.

114) 이형근, 앞의 논문(2020a), 274-277면.

115) 이형근, 앞의 논문(2020a), 275면.

116) 이형근, 앞의 논문(2020a), 275-276면.

117) 이형근, 앞의 논문(2020a), 276-277면. 동연구는 사전신문 등에 관한 확인 문답을 탑재한 피의자 신문조서 서식 개정안(私案)을 제시하였다.

118) 가령, 사법경찰관리 등의 참여(제243조), 조서작성(제244조), 진술거부권 등의 고지(제244조의3), 수사과정의 기록(제244조의4) 등.

#### 4. 소결

이상에서 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등에 관한 법령, 수사실무 및 학계의 논의를 일별하고, 이에 관한 제정 수사준칙의 의의와 보완 필요사항을 짚어보았다. 이를 통해, 변호인의 신문참여에 비해 출석요구 및 사전신문에 관한 선행연구가 상대적으로 부족하다는 사실, 사전신문의 경우에는 이를 직접적으로 규율하는 법령·규칙마저 없다는 사실 등을 확인할 수 있었다. 또한, 제정 수사준칙은 피의자신문 관련 사항의 상위 법령으로의 통합, 피의자신문 이전 절차에 관한 조항의 정비 등을 통해 신문절차 전반의 적정성을 제고하고자 한 점에서 큰 의의가 있으나, 출석요구 취지의 명확화 등을 통한 출석요구 실무의 최적화, 변호인의 신문참여·조력·참여제한 등에 관한 규정의 타당화를 통한 조력권의 실질적 보장, 신문절차 전반의 적법성과 적정성을 잠식하는 사전신문 관행의 근절을 위해서는 개선을 요하는 부분이 있음을 알 수 있었다.

### IV. 수사준칙상 관련 규정의 개선방안

제2장과 제3장에서 제정 수사준칙상 피의자신문 이전 절차에 관한 규정을 검토하고 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등 주요 쟁점에 관한 수사현실과 학계의 논의를 고찰해 보았다. 제정 수사준칙 검토를 통해서는 신문절차 전반의 적정성 제고 측면에서 제정 수사준칙이 갖는 의의를 확인할 수 있었고, 수사현실 및 학계 논의 고찰을 통해서 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등의 최적화를 위해서는 제정 수사준칙의 보완이 필요함을 알 수 있었다. 본장에서는 이상의 연구를 토대로 수사준칙상 관련 규정의 개선방안을 연구쟁점별로 제안해 보고자 한다. 개선방안은 제정 수사준칙상 관련 조항을 기준으로, 선행연구에서의 논의사항을 반영하고, 다른 법령·규칙 중 수범이 되는 내용을 차용하는 방식을 기본으로 할 것이다<sup>119)</sup>.

119) 이와 같은 방식은 이미 관련 선행연구에서 활용된 바 있고(이형근, 앞의 논문(2020c), 104-113면), 제정 수사준칙상 관련 조항의 조문화에도 유사한 방식이 사용된 것으로 확인된다(제2장에서 조항별 입법경위 등을 상론하였다).

## 1. 출석요구

출석요구 전반과 관련하여, ① 제정 수사준칙 제19조 제1항 제1호에 따라 ‘전화를 통한 진술 등 출석을 대체할 수 있는 방법’을 활용할 때에도 적법절차가 준수될 수 있도록 하여야 할 것으로 생각된다. 가령, 제1호의 뒷부분에 “이 경우 진술거부권 등의 고지, 수사과정의 기록 등 적법절차를 준수할 것”이라는 유의사항을 추가할 수 있을 것이다. ② 제19조 제1항 제3호의 ‘충분한 시간적 여유’를 보다 구체화하여야 할 것으로 생각된다. 가령, 충분한 시간적 여유 옆에 “최소 48시간”이라는 구체적 기준을 병기할 수 있을 것이다. 48시간은 관련 선행연구가 공통적으로 제안하는 시간적 기준인바<sup>120)</sup>, 이를 참고하고 심층적 논의를 거쳐 합리적 기준을 설정하면 될 것으로 생각된다<sup>121)</sup>. ③ 제19조 제1항 제4호의 ‘불필요하게 여러 차례’를 보다 구체화하여야 할 것으로 생각된다. 이 부분은 출석요구의 횟수를 제약하기보다 제19조 제1항 제4호의 앞부분에 “사전에 기록을 면밀히 검토하여 신문내용 및 쟁점사항을 정리하는 등 신문이 원활하게 이루어지도록 함으로써”라는 유의사항을 추가하는 방식을 제안하고자 한다<sup>122)</sup>. 각 사건마다 필요한 진술의 범위가 다르고, 신문결과 및 수사사항에 따라 추가 진술의 청취가 필요한 경우가 있기 때문이다.

아울러, ④ 피의자의 일상을 보다 두텁게 보장하고 수사기관에의 출석이 가외의 불편으로 이어지는 사례를 방지하기 위해 출석시 신속한 조사에 관한 규정을 마련할 필요가 있을 것으로 생각된다. 가령, 제19조 제1항 제5호에 “출석한 피의자에 대하여는 지체 없이 진술을 들어야 하며 장시간 기다리는 일이 없도록 할 것”이라는 유의사항을 추가할 수 있을 것이다. 이는 이미 현행 수사준칙 및 범죄수사규칙에 있는 내용이다<sup>123)</sup>. 또한,

120) 서보학, 앞의 논문, 273면; 조성제, 앞의 논문(2008), 348-349면; 최영승, 앞의 논문(2003), 84-86면.

121) 아울러 충분한 시간적 여유를 주는 데에는 생업의 보장뿐만 아니라 방어권의 보장이라는 취지도 있으므로, 생업 외에 “방어권 행사”를 병기할 필요가 있을 것이다.

122) 이 부분은 대검찰청예규인 영상녹화 업무처리 지침 제7조의 규정을 차용하여 조문화하였다. 2019. 3. 15. 일부개정 대검찰청예규 제982호 영상녹화 업무처리 지침 제7조 “검사 및 수사관은 사전에 기록을 면밀히 검토하여 신문내용 및 쟁점사항을 정리하고 장비의 정상적인 작동여부를 확인하는 등 조사·신문이 원활하게 이루어지도록 사전 준비를 철저히 하여야 한다.”

123) 현행 수사준칙 제19조 제4항 “피의자나 참고인이 출석하였을 때에는 지체 없이 진술을 들어야 하며, 오랫동안 기다리게 하는 일이 없도록 하여야 한다.” 경찰청훈령인 범죄수사규칙 제54조

⑤ 출석요구 과정에서의 사전신문 여지를 차단할 규정을 마련할 필요가 있을 것으로 생각된다. 가령, 제19조에 “피의자에게 출석요구를 할 때에는 범죄사실과 정상에 관한 사항을 신문해서는 아니 된다.”라는 항을 신설할 수 있을 것이다<sup>124)</sup>.

서면에 의한 출석요구와 관련하여, ⑥ 출석요구의 취지를 명확하게 기재하도록 할 실천적 방안을 마련하여야 할 것으로 생각된다. 제정 수사준칙 제19조 제3항은 이를 위해 ‘출석요구의 취지를 구체적으로 기재한 출석요구서’를 발송해야 한다는 규정을 두고 있다. 따라서 이 문제는 제19조 제3항의 내용을 수정·보완하기보다 출석요구서 서식의 ‘출석요구 내용’ 부분을 정형화하는 방법으로 개선하는 것이 보다 현실적일 것으로 생각된다. 가령, 출석요구서 서식의 출석요구 내용 부분에 “범죄의 일시 및 장소, 피해자, 방법 및 결과(피해정도)를 기재하기 바랍니다. (예시) 귀하가 2000년 00월 00일 〇〇에서 〇〇의 방법으로 피해자 〇〇〇을 속여 〇〇〇원을 교부받았다는 내용의 고소가 접수되어, 귀하를 피의자로 조사하고자 합니다.”라는 내용을 탑재할 수 있을 것이다<sup>125)</sup>.

전화 등 기타 방법에 의한 출석요구와 관련하여, ⑦ 출석요구의 취지 등이 서면에 의한 출석요구와 동일하게 고지될 수 있도록 하여야 할 것으로 생각된다. 가령, 제정 수사준칙 제19조 제3항의 뒷부분에 “이 경우 피의자가 지정하는 방법(SMS, MMS, SNS 등)으로 출석요구서(pdf, hwp 파일 등)를 발송하여야 한다.”라는 내용을 추가할 수 있을 것이다<sup>126)</sup>. 이를 통해 전화 등 기타 방법에 의한 출석요구를 제약하지 않으면서도 관련 정보의 누락, 출석자 지위의 불명확한 고지 등의 문제를 해소할 수 있을 것으로 생각된다. ⑧ 아울러 전화로 출석요구를 하는 경우에는 그 내용을 녹음하도록 하고, 통화녹음물 등을 사건기록에 편철하도록 함으로써, 전달의 확실성을 제고하고 출석요구 과정에서의 사전신문 관행을 예방·통제할 수 있을 것으로 생각된다.

제3항에도 동일한 취지의 규정이 있다.

124) 이형근, 앞의 논문(2020a), 255면. 이 규정과 후술할 ‘사전신문의 금지’ 조항 등을 통해 출석요구 시점, 출석 후 조서작성 이전 시점 등 피의자신문 이전 절차에서의 사전신문 관행을 효과적으로 근절할 수 있을 것으로 생각된다.

125) 이형근, 앞의 논문(2020a), 256면의 ‘출석요구서 서식 개정안(私案)’ 참조.

126) 이형근, 앞의 논문(2020a), 257면.

## 2. 변호인의 신문참여 등

변호인의 참여·조력과 관련하여, ① 구술에 의한 참여신청을 명문화할 필요가 있을 것으로 생각된다. 가령, 제정 수사준칙 제13조에 “참여신청은 서면 또는 구술로 할 수 있다.”라는 규정을 신설할 수 있을 것이다. 이는 이미 검찰사건사무규칙에 있는 내용이다<sup>127)</sup>. ② 변호인 참여신청이 있는 경우에는 원칙적으로 신문을 중단하도록 할 필요가 있을 것으로 생각된다. 관련 선행연구의 제안이 그러하고<sup>128)</sup>, 대법원의 입장도 이와 같기 때문이다<sup>129)</sup>. 가령, 제13조에 “신청을 받았을 때에는 변호인이 참여할 때까지 신문을 중단하여야 한다.”라는 규정을 신설할 수 있을 것이다<sup>130)</sup>. ③ 변호인과의 신문 일시·장소 협의를 명문화할 필요가 있을 것으로 생각된다. 관련 선행연구의 제안이 그러하고<sup>131)</sup>, 이미 이를 명문화한 예가 있기 때문이다<sup>132)</sup>. 가령, 제13조에 “신청을 받았을 때에는 피의자신문 일시·장소에 관하여 변호인과 협의하여야 한다.”라는 규정을 신설할 수 있을 것이다<sup>133)</sup>.

변호인의 의견진술 및 이의제기와 관련하여, ④ 신문 중 의견진술 승인의 요건인 ‘정당한 사유가 없는 한’ 부분을 보다 구체화할 필요가 있을 것으로 생각된다. 정당한 사유 등과 같은 불확정 개념의 사용을 지적하는 선행연구가 많기 때문이다<sup>134)</sup>. 생각건대, 제

127) 검찰사건사무규칙 제9조의2 제2항 “제1항의 신청은 서면 또는 구술로 할 수 있다.”

128) 조기영, 앞의 논문, 313면; 조성제, 앞의 논문(2009), 207면.

129) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결. 동판결은 “피의자가 변호인의 참여를 원한다는 의사를 명백하게 표시하였음에도 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하게 하지 아니한 채 피의자를 신문하여 작성한 피의자신문조서는 형사소송법 제312조에 정한 ‘적법한 절차와 방식’에 위반된 증거일 뿐만 아니라, 형사소송법 제308조의2에서 정한 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’에 해당하므로 이를 증거로 할 수 없다.”라고 판시하였다.

130) 단, 피의자가 변호인이 참여할 때까지 변호인의 참여 없는 신문을 요청하였을 경우는 예외로 할 수 있을 것이다.

131) 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016a), 233면; 박찬운, 앞의 논문, 69, 71면; 이영돈, 앞의 논문, 273면; 전승수, 앞의 논문, 390면; 정병곤, 앞의 논문(2013), 233면; 정병곤, 앞의 논문(2016), 84면; 정진연, 앞의 논문, 645면.

132) 변호인의 접견·참여 등 규칙 제9조 제1항 “제8조에 따라 변호인 참여 신청을 받은 때에는 피의자신문 일시·장소에 관하여 변호인과 협의하여야 한다.”

133) 단, 체포된 피의자신문의 경우에는 신문 일시·장소를 변호인에게 통지하고 변호인의 요청에 따라 조정할 수 있도록 하는 예외를 둘 수 있을 것이다.

134) 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016a), 232-233면, 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016b), 408면; 박찬운,

정 수사준칙 제14조 제2항에서 이 부분은 “신문에 현저한 지장이 없는 한”으로 수정하는 것이 보다 바람직할 것이다. ⑤ 부당한 신문방법뿐만 아니라 부당한 신문내용도 신문 중 변호인의 이의제기 대상으로 하여야 할 것으로 생각된다. 부당한 신문내용도 이의제기의 대상이 된다면 되어서야 한다는 선행연구가 있고<sup>135)</sup>, 대법원의 입장도 그러하기 때문이다<sup>136)</sup>. 따라서 제14조 제3항의 신문 중 이의제기 대상에 부당한 “신문내용”을 추가할 것을 제안한다.

제정 수사준칙은 참여의 제한과 이에 대한 불복방법 등에 관한 규정을 두고 있지 않다(제13조, 제14조). ⑥ 변호인의 신문참여제도에 있어 참여의 제한 문제는 본질적 부분에 해당하고, 관련 선행연구에서 가장 빈번하게 다루어지고 있는 쟁점<sup>137)</sup>, 제14조의 2를 신설하여 참여의 제한과 이에 대한 불복을 정치하게 규율할 필요가 있을 것으로 생각된다. 참여의 제한 등을 조문화함에 있어서는 선행연구가 거듭 지적하고 있는 ‘정당한 사유’의 구체화<sup>138)</sup>, 제한사유의 타당화<sup>139)</sup> 문제를 적극 고려하여야 할 것이다. 참여의 제한 등에 관한 조문화 방안은 비교적 최근에 수행된 선행연구의 그것을 차용하여 제안

앞의 논문, 70-71면; 송호창, 앞의 논문, 15면; 정병곤, 앞의 논문(2016), 81면; 천진호, 앞의 논문, 370면; 최석윤, 앞의 논문, 78-79면.

135) 정병곤, 앞의 논문(2016), 79-80면; 조 국, 앞의 논문(2017), 93-94면.

136) 대법원 2007. 11. 30. 자 2007모26 결정. 동결정은 “피의자 신문에 참여한 변호인의 피의자가 조력을 먼저 요청하지 않은 경우에도 그 의사에 반하지 않는 한 스스로의 판단에 따라 능동적으로 수사기관의 신문 ‘방법이나 내용’에 대하여 적절한 방법으로 상당한 범위 내에서 이의를 제기하거나 피의자에게 진술거부권 행사를 조언할 수 있는 것이 원칙이라 할 것이니, 변호인의 이러한 행위를 두고 신문을 방해하는 행위라고 평가할 수 없다 할 것이고, 이는 수사기관의 신문이 위법 또는 부당하지 않은 경우에도 마찬가지라 할 것이다.”라고 실시하였다.

137) 이형근, 앞의 논문(2020c), 86면. 지난 20년간 변호인의 신문참여를 주제로 수행된 39건의 연구 중 32건이 참여제한 문제를 다루고 있다.

138) 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016a), 232면; 김동률·이 훈, 앞의 논문(2016b), 408면; 김두원, 앞의 논문, 213-214면; 김정연, 앞의 논문, 17면; 오택림, 앞의 논문, 233면; 이은모, 앞의 논문, 354면; 전승수, 앞의 논문, 396면; 정병곤, 앞의 논문(2013), 231면; 정한중, 앞의 논문, 465면; 조기영, 앞의 논문, 317면; 조도현, 앞의 논문, 329면; 최석윤, 앞의 논문, 77면; 최영승, 앞의 논문(2006), 475면.

139) 권순민, 앞의 논문, 132면; 김대웅, 앞의 논문, 439면; 박찬운, 앞의 논문, 68면; 변필건, 앞의 논문, 241면; 심희기, 앞의 논문, 90면; 오택림, 앞의 논문, 233면; 이영돈, 앞의 논문, 275-278면; 전승수, 앞의 논문, 406면; 정병곤, 앞의 논문(2016), 83면; 조 국, 앞의 논문(2004), 57면; 조 국, 앞의 논문(2017), 91-92면; 조기영, 앞의 논문, 323면; 주승희, 앞의 논문, 441-444면; 최석윤, 앞의 논문, 78면.

하고자 한다<sup>140)</sup>.

아울러, ⑦ 참여환경 및 편의와 관련된 사항을 시대적 흐름 및 여타 법령·규칙의 수준에 부합하는 방향으로 보완할 필요가 있을 것으로 생각된다. 제정 수사준칙은 이미 좌석 배치, 메모권 등 조력권 행사에 직간접적으로 영향을 미치는 부분까지 보장하고 있다(제13조 제1항). 따라서 제13조 제1항에 하위 법령·규칙 또는 수사기관의 시책에 의해 이루어지고 있는 “휴식시간”의 보장<sup>141)</sup>, “노트북 등 전자기기를 활용한 기록”의 보장<sup>142)</sup> 등을 추가로 명문화할 필요가 있을 것이다.

### 3. 사전신문

제정 수사준칙은 심야조사, 장시간 조사 등 부적정한 신문에 우려가 있는 사항에 대한 규정을 두고 있다(제21조, 제22조). 사전신문은 당해 진술청취 국면뿐만 아니라 신문절차 전반의 적법성, 나아가 이에 대한 증거법적 평가에까지 부정적 영향을 줄 수 있는 관행이고<sup>143)</sup>, 진술청취 국면 적정화의 가장 유효한 대안인 영상녹화제도마저도 위협할 수 있는 요소이므로<sup>144)</sup>, 제19조의2를 신설하여 사전신문 문제를 강력하게 규율할 필요가 있을 것으로 생각된다. 사전신문의 제한을 조문화함에 있어서는 ① ‘범죄사실과 정상에 관한 대화’가 신문에 해당한다는 점, ‘기록되지 않는 신문은 부적법하다는 점’ 등을 명확히 하고, ② 피의자를 신문하기 전에 범죄사실 또는 정상에 관한 대화를 나눈 사실이 있는지 ‘여부를 확인’하는 규정을 두는 등으로 규범력을 확보해야 할 것이다. ③ 아울러, 부득이 사전신문을 한 경우에는 그 사유와 내용을 ‘수사보고서 등에 기재’하도록 함으로써 사전신문 관행을 예방·통제할 수 있도록 하여야 할 것이다. 사전신문의 제한에 관한 조문화 방안은 비교적 최근에 수행된 선행연구의 그것을 차용하여 제안하고자 한다<sup>145)</sup>.

140) 이형근, 앞의 논문(2020c), 113면.

141) 변호인 접견·참여 등 규칙 제14조 “변호인이 신문 중 휴식시간을 요청하는 경우 특별한 사정이 없는 한 휴식시간을 부여하여야 한다.”

142) 2020. 4. 6. 경찰청 수사기획과-7216 ‘변호인의 전자기기 사용 메모권 보장제도’ 전국 시행계획.

143) 이형근, 앞의 논문(2020a), 275면.

144) 이형근, 앞의 논문(2020a), 334면. 가령, “처음에는 영상녹화 없이 신문하다가 피의자가 자백하면 그 이후부터 영상녹화를 하는 관행이 있다.”라는 검사 경력자의 심층면접 응답이 있었다.

#### 4. 소결

이상에서 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등을 중심으로 피의자신문 이전 절차를 적정화할 방안을 제안해 보았다(총18건). 출석요구에 관하여는, 출석요구 전반에 관한 개선방안 5건, 서면 출석요구에 관한 개선방안 1건, 기타 출석요구에 관한 개선방안 2건 등 8건의 개선방안을 제안하였다. 변호인이 신문참여 등에 관하여는, 참여·조력에 관한 개선방안 3건, 의견진술 및 이의제기에 관한 개선방안 2건, 참여제한 등에 관한 개선방안 1건, 참여환경 및 편의에 관한 개선방안 1건 등 7건의 개선방안을 제안하였다. 사전신문의 제한에 관하여는, 사전신문의 원칙적 금지, 사전신문에 대한 확인 및 통제장치 마련 등 3건의 개선방안을 제안하였다. 이상의 제안사항을 조문화하여 제시하는 것으로 소결을 갈음하고자 한다<sup>145)</sup>.

| 제정 수시준칙                                                                                                                             | 개선안                                                                                                                                                                         |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 제13조(변호인의 피의자신문 참여·조력) ① <신설>                                                                                                       | 제13조(변호인의 피의자신문 참여·조력 등) ① <u>검사 또는 사법경찰관은 형사소송법 제243조의2 제1항에 규정된 자의 신청을 받았을 때에는 변호인을 피의자신문에 참여하게 하여야 한다.</u>                                                               |
| ② <신설>                                                                                                                              | ② 제1항의 신청은 서면 또는 구술로 할 수 있다.                                                                                                                                                |
| ③ <신설>                                                                                                                              | ③ <u>검사 또는 사법경찰관은 제1항의 신청을 받았을 때에는 변호인이 참여할 때까지 신문을 중단하여야 한다. 단, 피의자가 변호인이 참여할 때까지 변호인의 참여 없는 신문을 요청하였을 때에는 피의자를 신문할 수 있다.</u>                                              |
| ④ <신설>                                                                                                                              | ④ <u>검사 또는 사법경찰관은 제1항의 신청을 받았을 때에는 피의자신문 일시·장소에 관하여 변호인과 협의하여야 한다. 단, 체포된 피의자신문의 경우에는 검사 또는 사법경찰관은 신문 일시·장소를 변호인에게 통지하고 변호인의 요청에 따라 조정할 수 있다.</u>                           |
| ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자신문에 참여한 변호인이 피의자의 옆자리 등 실질적인 조력을 할 수 있는 위치에 앉도록 해야 하고, 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 법적 조언·상담을 보장해야 하며, 이를 위한 메모를 허용해야 한다. | ⑤ <u>검사 또는 사법경찰관은 피의자신문에 참여한 변호인이 피의자의 옆자리 등 실질적인 조력을 할 수 있는 위치에 앉도록 해야 하고, 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 법적 조언·상담 및 휴식시간을 보장해야 하며, 이를 위한 기록(노트북 등 전자기기를 이용한 기록을 포함한다)을 허용해야 한다.</u> |
| ② (생략)                                                                                                                              | ⑥ (생략)                                                                                                                                                                      |

145) 이형근, 앞의 논문(2020a), 360면.

146) 조문에서 ‘밑줄’친 곳이 수정·보완 또는 신설된 부분이다.

| 제정 수사준칙                                                                                                                                                                                                                                                                     | 개선안                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>③ (생략)</p> <p>제14조(변호인의 의견진술) ① (생략)</p> <p>② 신문에 참여한 변호인은 신문 중이라도 검사 또는 사법경찰관의 승인을 받아 의견을 진술할 수 있다. 이 경우 검사 또는 사법경찰관은 정당한 사유가 없는 한 이를 승인해야 한다.</p> <p>③ 신문에 참여한 변호인은 제2항에도 불구하고 부당한 신문방법에 대해서는 검사 또는 사법경찰관의 승인 없이 이의를 제기할 수 있다.</p> <p>④ (생략)</p> <p>〈신설〉</p>           | <p>⑦ (생략)</p> <p>제14조(변호인의 의견진술 등) ① (생략)</p> <p>② 신문에 참여한 변호인은 신문 중이라도 검사 또는 사법경찰관의 승인을 받아 의견을 진술할 수 있다. 이 경우 검사 또는 사법경찰관은 신문에 <u>현저한 지장이 없는 한</u> 이를 승인해야 한다.</p> <p>③ 신문에 참여한 변호인은 제2항에도 불구하고 부당한 신문방법 및 <u>신문내용에</u> 대해서는 검사 또는 사법경찰관의 승인 없이 이의를 제기할 수 있다.</p> <p>④ (생략)</p> <p>제14조의2(참여의 제한과 이의신청 등)<sup>147)</sup> ① 검사 또는 사법경찰관은 변호인의 참여로 인하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생하여 신문방해, 수사기밀 누설 등의 염려가 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 특별한 사정이 있음이 객관적으로 명백하여 변호인의 참여를 제한하여야 할 필요가 있다고 인정되는 때에는 피의자신문 중 변호인의 참여를 제한할 수 있다. 이 경우 검사 또는 사법경찰관은 피의자와 변호인에게 변호인 참여를 제한하는 처분에 대해 형사소송법 제417조에 따른 준항고를 제기하거나 ○○○<sup>148)</sup>에 이의를 신청할 수 있다는 사실을 고지하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 모욕적인 말과 행동 등을 하는 경우</li> <li>2. 피의자를 대신하여 답변하는 경우</li> <li>3. 신문 내용을 촬영·녹음하는 경우</li> <li>4. 기타의 방법으로 신문을 방해 또는 수사기밀을 누설하는 경우</li> </ol> <p>② 제1항에 따라 변호인 참여를 제한하는 경우 검사 또는 사법경찰관은 그 내용을 조서에 기재하고 피의자와 변호인에게 그 사유를 설명하면서 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.</p> <p>③ 제1항에 따라 변호인의 참여를 제한한 경우 검사 또는 사법경찰관은 피의자에게 다른 변호인을 참여시킬 기회를 주어야 하며, 그 사유가 해소된 때에는 당해 변호인을 신문에 참여하게 하여야 한다.</p> |
| <p>제19조(출석요구) ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자에게 출석요구를 할 때에는 다음 각 호의 사유에 유의해야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 출석요구를 하기 전에 우편·전자우편·전화를 통한 진술 등 출석을 대체할 수 있는 방법의 선택 가능성이 고려할 것</li> </ol> <p>2. (생략)</p> <p>3. 출석요구를 할 때에는 피의자의 생업에 지장을 주지 않도록 충분한 시간적 여유를 두도록 하고, 피의</p> | <p>제19조(출석요구) ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자에게 출석요구를 할 때에는 다음 각 호의 사유에 유의해야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 출석요구를 하기 전에 우편·전자우편·전화를 통한 진술 등 출석을 대체할 수 있는 방법의 선택 가능성을 고려하되, 이 경우 진술거부권 등의 고지, 수사과정의 기록 등 적법절차를 준수할 것</li> </ol> <p>2. (생략)</p> <p>3. 출석요구를 할 때에는 피의자의 생업 및 방어권 행사에 지장을 주지 않도록 충분한 시간적 여유(최소</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |

| 제정 수사준칙                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 개선안                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>자가 출석 일시의 연기를 요청하면 특별한 사정이 없는 한 이를 수용할 것</p> <p>4. 불필요하게 여러 차례 출석요구를 하지 않을 것</p> <p>5. 〈신설〉</p> <p>② (생략)</p> <p>③ 검사 또는 사법경찰관은 피의자에게 출석요구를 하려는 경우 피의사실의 요지 등 출석요구의 취지를 구체적으로 기재한 출석요구서를 발송해야 한다. 다만, 신속한 출석요구 등 부득이한 사정이 있는 경우에는 전화, 문자메시지, 그 밖의 상당한 방법으로 출석요구를 할 수 있다.</p> <p>④ 검사 또는 사법경찰관은 제3항 본문에 따라 출석요구서를 발송하였을 때에는 그 사본을, 같은 항 단서에 따라 그 밖의 방법으로 출석요구를 하였을 때에는 그 취지를 적은 수사보고서를 사건기록에 편철해야 한다.</p> <p>⑤ (생략)</p> <p>⑥ 〈신설〉</p> <p>⑦ 제1항부터 제5항까지의 규정은 피의자 이외의 자에 대한 출석요구의 경우에도 준용한다.</p> | <p>48시간)를 두도록 하고, 피의자가 출석 일시의 연기를 요청하면 특별한 사정이 없는 한 이를 수용할 것</p> <p>4. 사전에 기록을 면밀히 검토하여 신문내용 및 접점사항을 정리하는 등 신문이 원활하게 이루어지도록 함으로써 불필요하게 여러 차례 출석요구를 하지 않을 것</p> <p>5. 출석한 피의자에 대하여는 지체 없이 진술을 들어야 하며 장시간 기다리는 일이 없도록 할 것</p> <p>② (생략)</p> <p>③ 검사 또는 사법경찰관은 피의자에게 출석요구를 하려는 경우 피의사실의 요지 등 출석요구의 취지를 구체적으로 기재한 출석요구서를 발송해야 한다. 다만, 신속한 출석요구 등 부득이한 사정이 있는 경우에는 전화, 문자메시지, 그 밖의 상당한 방법으로 출석요구를 할 수 있다. <u>이 경우 피의자가 지정하는 방법으로 출석요구서를 발송하여야 하며, 전화로 출석요구를 하는 때에는 그 내용을 녹음하여야 한다.</u></p> <p>④ 검사 또는 사법경찰관은 제3항 본문에 따라 출석요구서를 발송하였을 때에는 그 사본을, 같은 항 단서에 따라 그 밖의 방법으로 출석요구를 하였을 때에는 <u>통화녹음물 또는 문자메시지 등의 사본, 출석요구서 사본 및 그 취지를 적은 수사보고서를 사건기록에 편철해야 한다.</u></p> <p>⑤ (생략)</p> <p>⑥ <u>피의자에게 출석요구를 할 때에는 범죄사실과 정상에 관한 사항을 신문해서는 아니 된다.</u></p> <p>⑦ 제1항부터 제6항까지의 규정은 피의자 이외의 자에 대한 출석요구의 경우에도 준용한다.</p> |
| 〈신설〉                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | <p>제19조의2(사전신문의 금지)<sup>149)</sup> ① 검사 또는 사법경찰관은 조서작성 또는 영상녹화를 하지 아니하는 상태에서 피의자에게 범죄사실 및 정상에 관한 사항을 질문하거나 들어서는 아니 된다.</p> <p>② 검사 또는 사법경찰관은 조서작성 또는 영상녹화를 하지 아니하는 상태에서 피의자에게 범죄사실 및 정상에 관한 사항을 질문하거나 들을 때에는 그 사유와 내용을 수사보고서에 기재하여 수사기록에 편철하여야 한다.</p> <p>③ 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 다음 각호의 사항을 개방형 질문으로 확인하여야 한다. 이 경우 피의자의 답변은 피의자로 하여금 자필로 기재하게 하거나 사법경찰관이 피의자의 답변을 기재한 부분에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다.</p> <p>1. 신문 전에 신문에 영향을 미칠 수 있는 강압, 회유 등을 받은 사실이 있는지 여부</p> <p>2. 신문 전에 사법경찰관과 범죄사실 또는 정상에 관한 사항에 관한 대화를 나눈 사실이 있는지 여부</p>                                                                                                                                                                                                                                                                  |

## V. 결론

형사소송법 개정에 따라 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙을 구체화하는 제정 수사준칙이 입법예고 되었고, 제정 수사준칙은 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등 피의자신문 이전 절차에 관한 규정을 정비하고 있다. 이에 본연구는 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등을 중심으로 제정 수사준칙상 관련 조항을 검토하고, 각 쟁점에 관한 수사현실과 학계의 논의를 고찰하여, 수사준칙상 관련 규정의 개선방안을 제시해 보았다.

제2장에서는 제정 수사준칙상 관련 조항의 내용과 입법경위를 살피고, 제정 수사준칙이 피의자신문 이전 절차에 관한 사항을 상위 법령에 규정하고 검사 및 사법경찰관 양자를 수범자로 설정한 점, 각종 하위 법령·규칙에 산재해 있던 수범례를 발굴하고 통합한 점 등에 있어 그 의의가 크다는 사실을 확인하였다. 제3장에서는 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등에 관한 수사현실과 학계의 논의를 일별하고, 수사준칙상 관련 조항의 수정·보완 필요성을 확인하였다. 제4장에서는 이상의 연구를 토대로 출석요구, 변호인의 신문참여, 사전신문 등에 관한 총18건의 개선방안을 제안하고, 조문화(안)을 제시하였다.

개정 형사소송법이 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 강화하였으므로, 피의자신문 국면에서 발생한 하자에 대한 사후적 통제가 한결 용이해질 것으로 생각된다. 그러나 전문법칙의 적용범위(공판절차 등), 내용부인 조서의 탄핵증거 사용 가능성 등을 고려할 때 피의자신문 국면에 대한 사전적 통제는 여전히 필요하고 중요하다. 제정 수사준칙은 변호인의 신문참여, 출석요구, 심야조사, 수사과정의 기록 등 피의자신문 국면에 관한 규정을 정비함으로써 수사기관 간 신문절차의 통일성과 적정화를 도모하고 있다. 다만, 다른 하위 법령·규칙상의 수범례, 수사현실 및 학계의 논의 등을 모두 반영하고 있는 것은 아니어서, 관련 규정을 수정·보완하는 작업이 지속되어야 할 것으로 생각된다. 모쪼록

147) 이형근, 앞의 논문(2020c), 113면에서 인용. 저자의 인용허락을 받았으며, 저자의 모든 권리가 보호됨.

148) 신문자의 상급자, 중립적 중재자, 민간인이 참여하는 위원회 등을 의미한다.

149) 이형근, 앞의 논문(2020a), 360면에서 인용. 저자의 인용허락을 받았으며, 저자의 모든 권리가 보호됨.

본연구가 이러한 개선 작업에 미력을 보탬 수 있기를 바란다.

## 참고문헌

- 권순민, 허위자백을 방지하기 위한 형사소송법상 몇 가지 제도들에 대한 검토, *조선대학교 법학논총* 제23권 제3호, 2016, 115-143.
- 김동률·이 훈, 피의자신문시 변호인참여를 반대하는 주장에 대한 반박론: 독일에서의 논의를 중심으로, *치안정책연구* 제30권 제3호, 2016a, 215-240.
- 김동률·이 훈, 피의자신문의 문제점과 변호인참여의 필요성, *조선대학교 법학논총* 제23집 제2호, 2016b, 395-414.
- 김두원, 한국형 미란다 원칙의 재정립과 수사 실무와의 관계에 관한 고찰, *중앙법학* 제21집 제2호, 2019, 197-229.
- 김대웅, 변호인의 피의자신문 참여권, *형사판례연구* 제17권, 2009, 411-447.
- 김정연, 형사절차에서 변호인의 ‘효과적인’ 조력을 받을 권리의 보장, *헌법학연구* 제25권 제4호, 2019, 1-36.
- 대검찰청, 국회 사법개혁특별위원회 업무현황 보고서, 2018.
- 박찬운, 변호인참여권의 현실과 문제점 그리고 활성화를 위한 제안: 대한변협의 설문조사를 바탕으로, *인권과정의* 제453호, 2015, 57-75.
- 법무·검찰개혁위원회, 법무·검찰개혁위원회 백서: 활동과 성과, 2018.
- 변필건, 변호인의 피의자신문 참여권의 제한에 대한 비교법적 고찰, *법조* 제58권 제2호, 2009, 206-252.
- 서보화, 피의자신문에 있어서 인권보장 및 방어권 강화 방안, *형사법연구* 제20호, 2003, 255-276.
- 송호창, 송두율 교수사건 경위와 법률상 주요쟁점, *민주법학* 제26호, 2004, 12-28.
- 심희기, 변호인의 피의자신문참여권의 내용, 범위, 한계, *인권과정의* 제347호, 2015, 83-98.
- 오택림, 변호인의 피의자신문 참여권에 관한 연구(하), *법조* 제57권 제4호, 법조협회, 2008, 211-242.
- 윤영철, 피의자신문에 대한 변호인의 참여권에 관한 소고: 변호인의 피의자신문참여권의 정당성과 법무부 형사소송법개정안의 문제점을 중심으로, *형사정책연구* 제16권

제1호, 2005, 55-92.

이동희, 한국의 피의자신문절차와 그 개혁, 형사법연구 제21권 제4호, 2009, 135-152.

이상문, 형사소송법에서 권리의 구체적 의미, 경찰법연구 제8권 제2호, 2010, 147-168.

이영돈, 변호인의 피의자신문 참여권의 범위와 한계, 경북대학교 법학논고 제47집, 2014, 261-282.

이은모, 수사절차에 관한 개정형사소송법의 내용 검토, 한양대학교 법학논총 제24집 제3호, 2007, 343-364.

이형근, 조서제도 관련 형사소송법 개정 논의, 형사정책연구소식 통권 제149호, 2019, 30-34.

이형근, 피의자 진술의 청취 및 기록에 관한 연구: 신문, 조서 및 영상녹화의 운용론을 중심으로, 서울대학교 법학전문박사학위논문, 2020a.

이형근, 개정 형사소송법 하에서 실질적 진정성립 및 특신상태 요소의 증거법적 기능에 관한 전망, 형사정책연구 제31권 제2호, 2020b, 149-181.

이형근, 변호인의 신문참여에 관한 하위 법령·규칙 비교연구, 법조 제69권 제3호, 2020c, 83-118.

이형근·백운석, 피의자신문조서의 왜곡에 대한 증거법적 평가방향: 왜곡에 대한 일반인과 변호사의 인식 비교연구, 경찰학연구 제19권 제4호, 2019, 133-164.

전승수, 피의자신문시 변호인참여권: 형사소송법 제243조의2의 해석을 중심으로, 형사판례연구 제17권, 한국형사판례연구회, 2009, 377-410.

정병곤, 피의자신문시 변호인 참여권, 한국민간경비학회보 제12권 제1호, 2013, 218-237.

정병곤, 인권보장을 위한 변호인참여권 강화 방안, 한국법학회 법학연구 제16권 제2호, 2016, 73-93.

정세곤, 경찰 피의자신문조서 제도의 발전 방안, 연세대학교 법학석사학위논문, 2019.

정진연, 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용과 한계, 성균관법학 제18권 제3호, 2006, 633-660면.

정한중, 변호인의 피의자신문 참여권과 증거개시 청구권, 외법논집 제27집, 2007, 453-478.

- 조 국, 형사소송법 분야 2003년도 주요판례, 형사법연구 제21호, 2004, 53-80.
- 조 국, 변호인의 피의자신문참여권 및 피의자의 출석 및 신문수인의무 재론, 저스티스 통권 제160호, 2017, 86-105.
- 조기영, 변호인의 피의자신문참여권, 형사법연구 제19권 제4호, 2007, 303-328.
- 조도현, 수사절차상 변호인 참여에 관한 연구, 조선대학교 법학논총 제16권 제2호, 2009, 311-350.
- 조성제, 피의자신문에 있어서 헌법상 적법절차원리의 구현, 세계헌법연구 제14권 제1호, 2008, 345-384.
- 조성제, 수사기관의 피의자 신문시 변호인 참여권과 피의자 인권, 한국경찰학회보 제11권 제1호, 2009, 201-226.
- 주승희, 피의자신문에 참여한 변호인의 진술거부권행사 권고와 변호인윤리, 숭실대학교 법학논총 제33집, 2015, 419-449.
- 천진호, 형사절차에서 변호인의 역할 제고 방안, 한양대학교 법학논총 제28집 제4호, 2011, 365-385.
- 최석운, 변호인의 피의자신문참여권에 대한 비교법적 고찰, 형사정책연구 제23권 제4호, 2012, 63-90.
- 최영승, 피의자신문에 있어 적법절차의 법리에 관한 연구, 경희대학교 법학박사학위논문, 2003.
- 최영승, 피의자신문과정에서의 적법절차에 관한 사개추위안의 검토, 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006, 463-484.

## A Study on Pre-interrogation Clauses of Criminal Investigation Rules in 2020

- In Connection with Request for Appearance, Defense Counsel's Participation and Private Interrogation -

Lee, Hyoung Keun\*

According to Criminal Procedure Act amended in 2020, Criminal Investigation Rules have been pre-announced. The Criminal Investigation Rules reorganize pre-interrogation clauses. As amended Criminal Procedure Act gets into enforcement, postcontrol to interrogation phases will be much easier. Considering the range of application of hearsay rule and 'Evidence for Challenging Admissibility of Evidence' clauses, precontrol to interrogation phases is necessary and important as ever. So this study explored Criminal Investigation Rules in connection with 'request for appearance', 'defense counsel's participation' and 'private interrogation', and contemplated the investigation practices and advance researches about the issues, and suggested the improvement methods.

In chapter 2, the contents and circumstances of legislation were explored, and the meaning of Criminal Investigation Rules such as integration of concerning rules and excavation of model cases were identified. In chapter 3, investigation practices and advance researches about request for appearance, defense counsel's participation and private interrogation were explored, and the necessity of improvement of Criminal Investigation Rules was identified. In chapter 4, improvement methods which consist of 18 improvement methods of concerning issues were suggested along with provisions.

---

\* Korean Police Investigation Academy, Superintendent, S.J.D., Ph.D. in Psychology.

- ❖ key words: Criminal Procedure Act amended in 2020, Criminal Investigation Rules in 2020, Request for Appearance, Defense Counsel's Participation, Private Interrogation.



## 미국 지역경찰의 공권력 남용 논란에 대한 연구

남궁 현\*

### 국 | 문 | 요 | 약

최근 미국의 여러 도시에서 발생한 경찰관의 총기사용에 대한 논란은 우리나라의 경찰학자와 실무자에게도 많은 주목을 받고 있다. 이 연구는 미국에서 지속적으로 발생하는 지역경찰관의 공권력 남용 논란과 이에 따른 시위, 소요, 약탈 등의 악순환을 다양한 측면에서 해석함을 목적으로 하였다. 특히 미국 지역경찰의 총기 사용을 포함한 공권력 남용 논란 등에 대한 역사적인 맥락을 간략히 짚어 보고, 이를 이해하기 위한 경찰학자와 실무자들의 다양한 해석을 제시함으로써 미국의 지역경찰이 처해 있는 도전을 다각도에서 논의하였다. 구체적으로는, 미국 경찰과 관련된 다양한 논란을 이해하기 위해서는 지역경찰 기관이 운영되는 정치, 사회적 환경에 대한 거시적인 분석은 물론, 경찰 조직 운영과 관리의 특색, 경찰과 시민, 특히 경찰과 소수인종 간의 갈등과 분열이라는 전체적인 맥락을 이해해야 함을 주장하였다. 우리나라에서도 많은 학자와 실무자들이 미국에서 기인했거나 유행하고 있는 다양한 경찰이론과 실무현상, 과학기술 장비 등을 지속적으로 연구하거나 활용하고 있음을 감안할 때, 미국의 지역경찰이 처한 독특한 현상을 이해하는 것은 우리의 학문적인 토론을 확대하는 것은 물론 실무적인 의미도 있을 것으로 판단한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.09.30.3.135>

❖ 주제어 : 미국 지역경찰, 공권력 남용, 경찰관 총기사용, 무기 사용

\* 메트로폴리탄 텐버 주립대학 범죄학과 부교수

## I. 서론

20세기 말을 살았던 많은 이들에게는 1991년 미국 엘에이(LA)에서 발생했던 엘에이 경찰관들의 로드니 킹(Rodney King) 폭행 사건, 이후 재판과정에서 폭행 경찰관에 대한 배심원들의 무죄 선고, 그리고 이에 항의하는 전국적인 대규모 시위와 소요 사태가 아직도 세기의 사건으로 기억되고 있다.<sup>1)</sup> 하지만 전 세계적으로 알려진 이 사건 이전에도 미국 지역경찰관의 공권력 남용 논란과 이에 따른 사회적 혼란은 적지 않았고, 로드니 킹 사건 이후에도 미국 경찰관의 권한 남용과 지나친 무력 사용에 대한 논란은 계속되고 있다. 가장 최근에는 조지 플로이드(George Floyd)가 경찰의 진압과정에서 사망하면서 전국적인 시위와 혼란을 초래하기도 했다. 특히 지역경찰의 소수인종(대부분 젊은 흑인 남성)에 대한 무력 사용이 카메라에 기록되고, 이 영상물이 텔레비전이나 인터넷을 통해 확산되면서 대규모의 집회와 폭동, 소요 등으로 이어지는 전형적인 악순환이 반복되고 있다. 이 같은 지역경찰의 공권력 남용 논란과 이와 수반되는 대규모 집회 및 시위는 미국 지역경찰이 경험하고 있는 현실과 도전을 적나라하게 보여주고 있으며, 많은 경찰학자와 실무자들은 이 문제에 대한 오랜 연구와 토의를 계속해 왔다.<sup>2)</sup> 다만 무력 사용은 모든 민주사회에서 운용되고 있는 경찰의 기본적인 필수적인 요소임에도 불구하고,<sup>3)</sup> 미국에서는 경찰관 무력사용(특히 총기사용)의 오남용에 대해 유사한 양상의 논란이 지속적으로 반복되고 있는 것은 주지할 필요가 있다.

이 논문은 끊이지 않고 발생하고 있는 미국 지역경찰의 공권력 남용 논란과 이에 따른 항의 집회 및 소요 등에 대한 역사적인 맥락을 간략히 짚어 보고, 이를 이해하기 위한 경찰학자와 실무자들의 다양한 해석을 제시함으로써 미국 경찰이 처해 있는 도전을 다각도에서 논의하고자 한다. 미국은 연방과 주, 지방자치단체 등의 복잡한 정치체계가 운용되고 있고 경찰 조직도 이와 맞물려 있으나, 시민들이 가장 밀접하게 접하고 있는 것은

- 
- 1) Christopher, W. (Ed.). (1991). *Report of the independent commission on the Los Angeles Police Department*. Diane Publishing.
  - 2) Freeman, A. P. (1996). *Unscheduled departures: The circumvention of just sentencing for police brutality*, *Hastings Law Journal*, 47, 677-686.; Sherman, L. W. (1978). *Scandal and Reform: Controlling Police Corruption*. University of California Press.
  - 3) Bittner, E. (1970). *The Functions of the Police in Modern Society*. National Institute of Mental Health.

지역경찰임을 감안하여 이 연구에서는 미국의 지역경찰의 활동에 국한하여 논의를 전개하고자 한다. 우리나라에서도 많은 경찰학자와 실무자들이 미국에서 기인했거나 유행하고 있는 다양한 경찰이론과 실무현상, 과학기술 장비 등을 지속적으로 연구하거나 활용하고 있음을 감안할 때, 미국의 지역경찰이 처한 독특한 현상을 이해하는 것은 우리 경찰현상에 대한 학문적인 토론을 확대하는 것은 물론 실무적인 의미도 있을 것으로 판단한다.

## II. 미국 지역경찰 공권력 남용의 개관

### 1. 지역경찰 공권력 오남용 역사의 개략

미국의 대도시에서 근대 경찰이 창립되어 운용되기 시작한 것은 19세기 중반으로 보는 견해가 많다.<sup>4)</sup> 여기서 근대 경찰이라 함은, 영국에서 1829년 창립되어 운영되던 경찰 조직과 유사한 형태를 말하는데, 이는 관료제적 조직을 갖추고 군에서와 같이 경찰관이 제복을 착용하며 그 주된 임무를 범죄나 무질서의 예방과 척결로 삼는 기관을 말한다.<sup>5)</sup> 이 기준으로 살펴보면 (경찰 역사학자 간에 일부 이견이 있기는 하지만) 대개 1845년에 설립된 뉴욕 경찰국(New York Police Department)을 미국 최초의 근대 경찰기관으로 보는 견해가 많다. 이후 많은 대도시에서 뉴욕과 같은 전문 경찰조직을 세워 지역의 법과 질서를 유지하려고 했다. 다만 미국의 지역경찰은 영국의 근대 경찰과 달리 중앙 정부의 직접적이고 정당한 개입이나 간섭의 부재를 특색으로 하고 있는데, 이는 최근까지의 미국 지역경찰 활동을 이해하는 중요한 요소로 여겨지고 있다.<sup>6)</sup>

이 논문은 미국 경찰 활동에서 기인한 시위와 폭동 등에 대한 전반적 역사를 기술하는

4) Moore, M. H., & Kelling, G. L. (1983). To serve and protect: Learning from police history. *The Public Interest*, 70, 49-65.

5) Walker, S. (1980). *Popular Justice: A History of American Criminal Justice*. Oxford University Press.

6) Kelling, G. L., & Moore, M. H. (1989). *The Evolving Strategy of Policing* (No. 4). National Institute of Justice.

것을 목적으로 하지 않는다. 다만 미국 지역경찰의 역사는 경찰의 무력 사용에 대한 시위, 소요, 폭동의 역사와 함께 한다고 할 수 있을 정도로 혼란한 시기를 함께 해 왔다는 점을 주지할 필요가 있다. 실제 뉴욕 및 다른 대도시에서 근대 경찰국을 창설해서 제복을 착용한 경찰관이 거리를 순찰하기 이전에 이미 많은 도시에서 산업화와 도시화 등으로 인한 인종 간의 갈등, 소수인종에 대한 차별, 빈부 격차 등의 폐해를 경험하고 있었고 근대 경찰기관이 수립된 이후에는 이 혼란의 중심에 경찰이 위치하게 되었다.<sup>7)</sup> 특히, 19세기 중반기까지 뉴욕, 신시내티, 세인트루이스, 시카고 등에서 발생한 시위와 폭동은 경찰국이나 이를 운용하는 지방 정부가 이 같은 혼란 상황을 효과적으로 대응하지 못한다는 점을 여실히 보여 주었다.<sup>8)</sup> 이후 20세기 초에 뉴욕, 시카고와 워싱턴 D.C. 등에서 발생한 폭동은 당시 미국의 남부에 거주하던 흑인들이 북쪽 지역으로 대규모 이동하면서 발생한 사회적인 혼란과 인종차별적 경찰활동이 맞물려 발생했으며, 1960년대 이후에도 미국 경찰은 이전과 마찬가지로 많은 논란과 스캔들 속에서 성장과 후퇴를 반복해왔다. 특히 1960년대의 격변기에서 베트남 전쟁에 대한 반대 시위와 소수인종(특히 흑인)의 인권 신장을 위한 집회와 시위를 관리함에 있어서 과격하고 차별적인 법집행이 많은 비난을 초래했다. 당시에 발표된 진상보고서 등에서는 경찰을 비롯한 형사사법체계 전반에 대한 개혁을 주창했으나,<sup>9)</sup> 그 같은 권고사항이 도입되거나 시행되었는지는 의문으로 남고 있다. 이후 20세기 말과 21세기에 들어선 최근에 이르기까지 미국 지역경찰의 무력 사용에 대한 논란은 “흑인의 생명은 소중하다(Black Lives Matter)”와 같이 전국적이고 체계적인 시민인권운동으로 발전된 것은 물론, 지속적 시위와 폭동의 직간접적 요인으로 작용해 왔다.<sup>10)</sup>

7) Reppetto, T. A. (2010). *American Police: A History, 1845-1945*. Enigma Books.

8) Walker, S. (1980). *Popular Justice: A History of American Criminal Justice*. Oxford University Press.

9) US Kerner Commission. (1968). *Report of the National Advisory Commission on Civil Disorders*. US Government Printing Office.

10) 라광현. (2017). 다문화 사회와 경찰활동, 치안정책연구, 제31권 제3호, 91-120쪽.

## 2. 지역경찰 공권력 남용의 현황

미국 지역경찰의 공권력 오남용의 현황을 파악하는 것은 그 복잡한 조직 구조와 데이터 수집 방식의 차이로 인해 대단히 어려운 문제로 여겨져 왔다. 실제로 현재 미국에서는 전국적 차원의 지역경찰의 무력 사용에 대한 포괄적이고 전반적인 통계(총기 사용 포함)가 존재하지 않는다. 따라서 각 지역경찰에서 자발적으로 발간하는 통계, 연방 정부의 통계담당 부서에서 공개하는 일부 수치, 그리고 언론에서 보고하는 여러 데이터 등은 각각 단편적인 정보라고 할 수 있다. 다만 최근 연방의 법무부 소속 사법통계국(Bureau of Justice Statistics)에서 경찰과 시민 간의 접촉과 관련한 통계에 따르면, 2015년 한해에 경찰-시민의 접촉은 총 2억 5,300여만 건이었다. 이중 약 2% 정도의 시민이 경찰의 위협이나 무력 사용을 경험했다고 응답했는데, 특히 흑인(5.2%)이나 히스패닉(5.1%)계의 시민이 경찰의 위협이나 무력 사용을 경험했다고 응답한 비율이 높았다.<sup>11)</sup> 사법통계국의 이 같은 조사는 표본을 대상으로 한 설문조사 결과였는데, 경찰 활동의 가장 상징적이면서도 극단적 무력 사용이라고 할 수 있는 총기사용에 대한 정보는 담고 있지 않았다.

2014년에 발생한 마이클 브라운(Michael Brown) 사망 사건 이후,<sup>12)</sup> 일부 언론사를 시작으로 경찰관의 총기 사용에 관한 통계를 수집하기 시작했는데, 대개 인터넷 기사 검색을 통한 데이터 수집으로 이 문제에 대한 현황을 파악하였다.<sup>13)</sup> 지역경찰관의 총기 사용에 관한 정부 차원의 공식 통계 부재는 지속적인 비난의 대상이 되었고, 이후 FBI에서도 자발적으로 참여하는 경찰국으로부터 경찰관의 총기 사망사고에 대한 다양한 상황 데이터(경찰관 및 피의자/피해자의 연령, 성별, 인종, 신장, 정확한 사망경위 등)를 2019

11) Bureau of Justice Statistics. (2018). *Contacts between Police and the Public, 2015*. US Department of Justice.

12) 미주리 주의 퍼거슨(Ferguson)이라는 작은 도시에서 마이클 브라운이라는 흑인 청년이 백인 경찰의 불심검문 도중 상호 물리적 충돌 끝에 경찰관이 발포한 총기에 의해 사망한 사건으로, 경찰의 총기 사용이 그 권한을 남용한 것이라는 논란으로 이어지면서 미 전역의 시위로 이어졌고, 연방 정부의 조사로 이어졌다.

13) 가디언(The Guardian) 신문에서는 “The Counted”라는 제하에 자체적인 통계를 수집했고, 워싱턴 포스트(Washington Post)에서도 “Fatal Force”라는 주제로 유사한 방식을 사용해서 경찰의 총기 사용으로 인한 사망 사고 통계를 수집해 왔다.

년부터 수집하고 있다.<sup>14)</sup> 하지만 지역경찰 기관의 통계 제출 의무가 없기 때문에 얼마나 정확하고 포괄적인 데이터가 수집될 수 있을지에 대한 의문은 여전히 남아 있다. 각 주 차원에서 지역경찰 관서에 대한 지원 예산을 미끼로 총기 사용관련 통계를 수집하는 곳이 있기 때문에 조만간 단편적인 부분이나마 드러날 수 있을 것으로 기대하고 있다.

〈표 1〉 경찰 총기사용 사망사고 현황, 2013-2019

(단위: 건)

| 연도   | 2013  | 2014  | 2015  | 2016  | 2017  | 2018  | 2019  |
|------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| 사망사고 | 1,106 | 1,050 | 1,103 | 1,071 | 1,095 | 1,143 | 1,098 |

자료: 경찰폭력지도(Mapping Police Violence)

이처럼 불완전하고 부족한 통계의 현실에서 “경찰폭력지도(Mapping Police Violence)”라는 비영리단체의 데이터를 사용하는 것이 그나마 경찰 총기 사망 사고 현황 파악을 위한 현실적 대안이라고 할 수 있는데, 현재로서는 이 단체의 자료수집이 다른 정부기관에 비해 포괄적이고 광범위하기 때문이다.<sup>15)</sup> 이 데이터에 따르면 지난 수년 동안의 경찰 총기 사용으로 인한 시민의 사망사건 통계는 <표 1>과 같다. 물론 표에 제시된 수치는 경찰의 정당한 총기 사용과 그렇지 못한 경우를 포함하고 있기 때문에 단순한 수치 제시만으로는 경찰의 권한 남용을 단정하기 어렵다. 그러나 지난 7년 동안 매년 1,000명 이상의 시민이 지역경찰의 총기에 의해 사망하고 있는 것을 감안한다면 경찰 총기 사용의 빈도가 낮다고 하기는 어렵다.

14) Federal Bureau of Investigation. *National Use-of-Force Data Collection*, <https://www.fbi.gov/services/cjis/ucr/use-of-force> (2020. 6. 8. 검색)

15) Mapping Police Violence. *National Trends*, <https://mappingpoliceviolence.org/nationaltrends> (2020. 6. 7. 검색)

〈표 2〉 인종별 경찰 총기 사용 사망사고 현황, 2013-2019

(단위: 건(%))

| 연도   | 2013            | 2014            | 2015            | 2016            | 2017            | 2018            | 2019            |
|------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|
| 백인   | 426<br>(39%)    | 475<br>(45%)    | 544<br>(49%)    | 532<br>(50%)    | 506<br>(46%)    | 490<br>(43%)    | 406<br>(37%)    |
| 흑인   | 291<br>(26%)    | 277<br>(26%)    | 305<br>(28%)    | 279<br>(26%)    | 276<br>(25%)    | 258<br>(23%)    | 259<br>(24%)    |
| 히스패닉 | 170<br>(15%)    | 182<br>(17%)    | 195<br>(18%)    | 194<br>(18%)    | 226<br>(21%)    | 187<br>(16%)    | 182<br>(17%)    |
| 아시안  | 18<br>(2%)      | 16<br>(2%)      | 29<br>(3%)      | 14<br>(1%)      | 12<br>(1%)      | 12<br>(1%)      | 17<br>(2%)      |
| 미확인  | 201<br>(18%)    | 100<br>(10%)    | 30<br>(3%)      | 52<br>(5%)      | 75<br>(17%)     | 196<br>(17%)    | 234<br>(21%)    |
| 총계   | 1,106<br>(100%) | 1,050<br>(100%) | 1,103<br>(100%) | 1,071<br>(100%) | 1,095<br>(100%) | 1,143<br>(100%) | 1,098<br>(100%) |

자료: 경찰폭력지도(Mapping Police Violence)

인종별로 본 경찰 총기 사용으로 인한 사망사고의 수치는 <표 2>와 같다. 경찰관의 총기에 의해 가장 많이 사망한 인종은 백인으로서 전체 사망자의 40% 내외를 유지하고 있다. 그리고 지난 2013년 이래로 전체 사망자의 비율이 흑인은 25% 내외, 히스패닉은 15% 내외를 차지하고 있다. 다만 미국의 전체 인구 분포 상 백인이 약 76%, 흑인이 13%임을 감안하면<sup>16)</sup> 경찰의 총기 사용으로 인한 사망률은 흑인이 상대적으로 높다고 할 수 있다. 그러나 소수인종에 대한 경찰의 무력사용을 지지하거나 정당화하는 입장에서는 강력범죄의 대부분이 흑인을 비롯한 소수인종에 의해 발생한다는 점을 강조한다. 범죄행위나 불법 무기사용에 대한 인종적 분포를 고려하지 않은 채 단순히 경찰의 법집행이 특정 인종에 집중하기에 인종차별적 행위라는 주장은 전체 맥락이 고려되지 않은 것이라는 반론이다. 소수인종에 대한 위협이라기보다는 소수인종이 법과 질서에 위협이 된다는 주장인데, 이와 관련해서는 후술하는 바와 같다.

하지만 무력 사용으로 인한 인명피해가 발생하였다고 하더라도 해당 경찰관이 형사 처분을 받는 것은 아주 예외적이다. 예컨대, 총기 사망사고 이후 살인이나 과실치사 등으

16) United States Census Bureau. *QuickFacts*.<https://www.census.gov/quickfacts/fact/table/US/PST045219> (2020. 6. 7. 검색)

로 기소가 된 경찰관은 2005년 이래로 단 42명이었는데 상술한 바와 같은 전체 총기 사망사고 건수 등을 고려하면 극히 소수의 경찰관이 총기사용 오남용의 혐의로 기소되었음을 알 수 있다.<sup>17)</sup> 경찰관에 대한 이 같은 예외적 형사 처분은 미국 내의 소수인종이 형사사법체계 전반에 대한 불신을 갖게 되는 주된 요인 중의 하나로 작용하기도 한다. 물론 경찰의 공권력 남용으로 인한 피해는 그 피해자에게 직접적으로 가해지는 정신적, 신체적 피해뿐만이 아니다. 시위와 소요가 잇따를 경우, 이로 인한 사회 비용과 함께 사건에 관련된 경찰관의 징계나 파면, 재훈련 등에 수반되는 다양한 경찰행정 비용도 포함된다.<sup>18)</sup> 경찰국이 소송 절차에서 피해자나 그 가족에게 지불하는 각종 비용으로 인한 재정적 피해도 적지 않다. 예컨대, 미국의 10개 도시 경찰국에서 공권력 남용으로 인한 보상금이나 합의금을 지급한 내역을 조사한 바에 따르면, 2010년에 총 1억 6,800만 달러, 2014년에는 총 2억 4,800만 달러에 이른 것으로 나타났다.<sup>19)</sup> 물론 이 같은 법적 비용은 모두 납세자의 부담으로 이어지기 때문에 보이지 않는 시민의 희생이 수반되는 것이고,<sup>20)</sup> 무엇보다 경찰의 공권력 남용 논란으로 인한 경찰의 신뢰 상실이나 도시의 이미지 훼손 등은 쉽게 계량화되지 않으면서도 회복에 장기간이 소요되는 문제로 남게 된다.<sup>21)</sup>

17) Thomson-DeVeaux, Rakich, N., & Butchiredygar, L. (2020, June 4). Why it's so rare for police officers to face legal consequences. *FiveThirtyEight*.

<https://fivethirtyeight.com/features/why-its-still-so-rare-for-police-officers-to-face-legal-consequences-for-misconduct/> (2020. 6. 13. 검색)

18) Lumsden, E. (2017). How much is police brutality costing america. *University of Hawaii Law Review*, 40(1), 141-202.

19) Elison, Z., & Frosch, D. (2015, July 15). Cost of Police-Misconduct Cases Soars in Big U.S. Cities; Data show rising payouts for police-misconduct settlements and court judgments. *The Wall Street Journal*.

<https://www.wsj.com/articles/cost-of-police-misconduct-cases-soars-in-big-u-s-cities-1437013834> (2020. 8. 7. 검색)

20) Schwartz, J. C. (2015). How governments pay: Lawsuits, budgets, and police reform. *UCLA Law Review*, 63, 1144-1298.

21) Lumsden, E. (2017). How much is police brutality costing america. *University of Hawaii Law Review*, 40(1), 141-202.

### 3. 미국 지역경찰제도의 특수성

잘 알려진 바와 같이 미국 경찰은 독특한 체계를 유지, 운영하고 있는데 이는 위에서 약술한 경찰의 독특한 역사와 구조에서 비롯되었다고 할 수 있다. 미국의 경찰 조직은 연방과 주, 지역의 경찰은 물론 다른 특수 경찰기관 등을 포함하는 고도의 복잡성을 보유하고 있어 미국 경찰 전체를 쉽게 요약하거나 정리하기 어려울 실정이다. 현재 미국의 전체 경찰기관의 정확한 숫자는 파악되지 않고 있으나, 대략 18,000개 정도의 경찰기관(연방경찰기관 제외)이 독자적인 조직 체계를 유지하면서 경찰 서비스를 전달하고 있는 것으로 알려지고 있다.<sup>22)</sup> 여기에 총수가 대개 직선으로 선출되는 보안관(sheriff) 제도나 원주민 지역을 담당하는 경찰기관 등이 별도로 운영되고 있다. 우리에게서는 뉴욕이나 시카고, 엘에이 등의 대도시 경찰국이 친숙하지만, 미국 경찰기관 중 소속 경찰관이 50명 미만인 경찰국이 15,000곳 이상이며 이중 10명 미만의 경찰관이 근무하는 경찰국도 1만 여 곳에 이른다. 달리 말하면, 미국 내 거의 대다수의 지역경찰기관은 작은 인구를 담당하는 소규모의 조직이고, 경찰관 수 500명 이상의 기관은 총 100개에도 미치지 않는다.<sup>23)</sup>

따라서 미국 경찰의 공권력 남용에 대한 연구는 이 같은 경찰 체제의 특수성을 인식한 상태에서 진행되어야 할 것이다. 실제 경찰 조직의 구조나 규모가 경찰활동의 행태와 빈도를 결정한다는 이론도 제기되어 왔고, 경찰 기관이 위치한 도시나 지역의 규모에 따라 경찰력 행사의 빈도나 유형이 결정된다는 연구결과도 적지 않다. 예를 들어, 큰 도심지역을 관할하는 경찰국은 중소도시나 시골지역에 위치한 경찰국에 비해 경찰관의 총기 사용 빈도가 더 높다는 연구도 보고된 바가 있다.<sup>24)</sup> 도심에 위치한 대규모의 경찰기관은 시골 지역에 위치한 소규모의 경찰기관과 그 활동의 주된 관심과 양상에 차이가 있는 등 다양한 치안환경의 차이가 존재하기 때문에, 이들 상이한 지역경찰 간에 경찰활동의 차이가

22) Bureau of Justice Statistics. (2011). *Census of State and Local Law Enforcement Agencies, 2008*. US Department of Justice.

23) Bureau of Justice Statistics. (2011). *Census of State and Local Law Enforcement Agencies, 2008*. US Department of Justice.

24) Ross, C. T. (2015). A multi-level Bayesian analysis of racial bias in police shootings at the county-level in the United States, 2011-2014", *PLoS ONE*, 10(11): 1-34.

있다는 점은 그리 놀랍지 않을 수 있다. 그러나 미국의 경우 이 같은 치안환경, 특히 경찰기관의 규모가 다른 사회경제적 요인과 긴밀하게 연결되어 있어 그 상황이 더 복잡하다고 할 수 있다. 요약하자면, 미국 경찰의 공권력 남용을 이해하는데 있어 이들 미국 경찰이 동일한 체제인 것처럼 전체 경찰기관을 뭉뚱그려 일반화하는 것을 경계해야 한다. 물론 이 같은 특수한 경찰체제와 다양한 경찰국의 운용이라는 현실은 경찰기관 간의 변이성과 그에 영향을 미치는 변인을 분석하고자 하는 노력의 근간이 되었다. 경찰기관 간의 공권력 오남용의 차이와 이에 관련된 요인을 분석하기 위한 다양한 시도 및 접근법은 다음 장에서 논하는 바와 같다.

### Ⅲ. 미국 지역경찰의 공권력 남용 논란에 대한 이해

#### 1. 이른바 “썩은 사과”의 역할

경찰관의 공권력 남용을 설명함에 있어서 가장 많이 제기되는 이론 중의 하나는 소위 “썩은 사과(bad apples 혹은 rotten apples)” 이론이라고 할 수 있다. 경찰관의 시민에 대한 월권적 법집행이나 무자비한 폭력 행사, 불필요한 무기 사용 등은 현장에서 그 행위를 실행한 극소수의 경찰관에 제한된다는 설명이다. 절대 대다수의 경찰관은 정직할 뿐만 아니라 현장에 전문성을 보유한 채 업무를 수행하고 있다는 것이 골자다. 문제가 된 경찰관이 소속된 경찰기관, 더 나아가 경찰 전체에 적용될 수 있는 구조적 문제가 아니라, 논란이 되고 있는 경찰관의 성격적 문제나 전문성 부족 등으로 인한 개인의 일탈이라는 설명이다. 많은 경찰 지도자나 경찰관은 물론 보수 성향의 정치인과 언론에서 자주 거론하고 있는 주장이기도 하다.

물론 개인의 실수나 과오에서 문제의 원인을 찾으려는 시도는 미국의 경찰에만 국한되지 않는다. 어느 나라의 경찰기관이건 그 조직원의 부패나 과잉 법집행 등의 문제를 개인이나 소수의 경찰관에게 돌리려는 것은 오래된 관행으로 생각될 정도로 빈번한 시도이다. 하지만 미국의 지역경찰과 관련한 스캔들이나 공권력 남용 사건 이후에 설치되었던 조사위원회 등에서 밝힌 결과에서는 경찰조직 내의 시스템적인 문제에서 그 원인을

찾은 경우가 적지 않다. 물론 전체 경찰관이 공권력 남용에 관련되어 있다는 것은 아니지만, 단순한 극소수의 개인에 국한된 문제라고 할 수도 없다는 지적이다. 더불어, 설령 소수의 경찰관이 공권력 남용을 행한다고 하더라도 이후 경찰국에서의 미비한 사후 처리나 폐쇄적이고 비효과적인 조사, 해당 경찰관에 대한 경미한 처벌이나 징계 등은 단순히 극소수 개인의 일탈 탓으로만 돌리기 어렵다는 주장이 설득력을 얻고 있다.<sup>25)</sup>

## 2. 지역 정치 환경의 역할

미국의 지역경찰과 정치체계의 관계를 감안할 때, 지역의 정치 환경이 경찰활동에 직접적인 영향을 미친다는 주장도 꾸준히 제기되어 왔다. 특히 이 주제는 지난 1960년대 이후로 경찰학자들이 지속적인 관심을 갖고 있는데,<sup>26)</sup> 주된 요지는 지방자치단체의 정치적 분위기가 경찰관의 고용 형태나 시민감시기구 설치 등은 물론 경찰관의 무력 사용에 직접적인 영향을 미친다는 것이다.<sup>27)</sup> 이 중에서도 두 가지 형태의 지방 자치단체 구조와 경찰활동의 상관관계에 대한 연구가 많이 진행되었다. 지방 자치단체의 구조는 크게 두 가지로 구분할 수 있는데, 첫째는 “시의회-관리자(council-manager)형” 제도로써, 이 형태 하에서는 시민들의 직선으로 선출된 시의회 의원들이 시의 경영을 책임지는 관리자를 선임하는 방식을 운영하고 있다. 현재 미국의 과반수 지자체가 이 형태를 취하고 있는 것으로 알려지고 있는데,<sup>28)</sup> 전문 경영인을 선임해서 회사의 운영을 맡기는 구조와 유사하다고 할 수 있다. 둘째는, “시장-시의회(mayor-council)” 운영 체제이다. 이는 우리나라의 지방자치단체에서 채택하고 있는 바와 유사한 구조인데, 시장과 시의회 구성원 모두가 지역민의 직접 선거를 통해 선출되어 상호 견제와 균형을 통해 시정을 집행, 통제하는 제도이다. 일부 연구에 따르면 미국 전체 자치단체의 30% 이상이 이 체제를 취하고 있다.<sup>29)</sup>

25) Scully, J. (2008). Rotten apple or rotten barrel: The role of civil rights lawyers in ending the culture of police violence. *National Black Law Journal*, 21(2), 137-172.

26) Wilson, J. Q. (1978). *Varieties of Police Behavior: The Management of Law and Order in Eight Communities*. Harvard University Press.

27) Stucky, T. D. (2005). Local politics and police strength. *Justice Quarterly*, 22(2), 139-169.

28) National League of Cities. *Forms of Municipal Government*.  
<http://nlc.org/forms-of-municipal-government> (2020. 6. 3. 검색)

이들 자치단체의 구조와 경찰의 법집행(예컨대 음주운전이나 경범죄 단속 등) 간의 상관관계를 주장하는 측면의 주된 논지는 다음과 같다. 즉, 전문 경영인으로 임명되는 관리자가 운영하는 자치단체의 경우, 그 정치적 분위기나 환경이 전문성을 중시하기 때문에 경찰의 운영과 활동도 법률에 근거한 전문적 활동이 중시되는 반면, 선출직인 시장이 직접 시정을 운영하는 경우 지역민의 불만과 불편을 최소화 하는 측면을 강조하기 때문에 경찰활동도 최소한의 법집행을 꾀한다는 것이다. 실제로 이 같은 지역 정치 환경이나 분위기는 경찰관의 실적 경쟁이나 세수 확보를 위한 경찰활동으로 이어지는 경우가 있다.<sup>30)</sup>

지역의 정치구조 외에도 도시가 성장해 온 역사나 풍토 또한 경찰의 법집행과 이에 대한 통제에 영향을 미칠 수 있다는 주장도 있다. 미국의 동서 양극단에 위치한 뉴욕 경찰국(NYPD)과 엘에이 경찰국(LAPD)의 경우만 보더라도, 이들 도시의 성장 과정에 따라 경찰활동의 양상이 크게 다른 것은 이런 현상을 잘 나타내주고 있다.<sup>31)</sup> 예를 들어, 엘에이 경찰국이 1960년대 이후로 지역사회와의 화합을 희생해서라도 강력한 법집행을 꾀하려 했던 반면, 뉴욕 경찰국은 다양한 지역사회 경찰활동을 시도하려고 했던 점은 서로 다른 경찰국이 전혀 다른 철학과 경찰활동을 취한다는 점을 단적으로 보여주는 예로 제시되기도 한다.<sup>32)</sup>

### 3. 경찰 조직 구조 및 관리의 역할

미국 지역경찰의 월권적 무력 사용을 설명하기 위해 자주 사용되는 또 다른 접근방법은 바로 경찰 조직의 구조적 문제에서 그 원인을 찾으려는 시도이다. 위에서 약술한 바

29) National League of Cities. *Forms of Municipal Government*.

<http://nlc.org/forms-of-municipal-government> (2020. 6. 3. 검색)

30) Crank, J. P. (1990). The influence of environmental and organizational factors on police style in urban and rural environments, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 27(2), 166-189.; Langworthy, R. H. (1985). Wilson's theory of police behavior: A replication of the constraint theory, *Justice Quarterly*, 2(1), 89-98.

31) Chevigny, P., & Chevigny, P. (1995). *Edge of the Knife: Police Violence in the Americas*. New Press.

32) Chevigny, P., & Chevigny, P. (1995). *Edge of the Knife: Police Violence in the Americas*. New Press.

와 같이, 미국의 지역경찰 조직은 대단히 복잡하여 그 구조와 운용을 일반화 하는 것이 불가능하다고 할 정도이다. 다만, 경찰의 권한 남용과 관련하여 각 도시와 지역의 경찰국에서 나타나는 현상으로는 다음을 들 수 있다. 첫째, 경찰행정 상의 규율이나 정책, 경찰 리더십이 경찰관의 지나친 무력 사용에 영향을 미치는 것으로 보고되고 있다. 예를 들어, 경찰관 총기사용으로 인한 사망사고의 분석결과에 따르면 총기사용 이후 각종 보고양식을 작성하도록 강제하는 규정을 갖고 있는 경찰국은 그렇지 않은 경찰국에 비해 경찰관에 의한 총기사망 사고 비율이 낮은 것으로 드러나고 있다.<sup>33)</sup> 이는 경찰관의 행동에 대한 행정적 통제가 가능하다는 의미이고, 반대로 자체적인 행정적 통제가 작동하지 않는 경우에는 언제든지 체계적인 부패나 공권력 남용으로 이어질 수 있다는 것을 시사하고 있기도 하다.

둘째, 경찰 기관 내에서 지나친 무력 사용 의혹을 받거나 징계를 받는 경찰관은 조직 전체적으로 균등하게 분포되었다기 보다는 일부 부서에 국한된 경우가 많은데, 이는 조직 관리의 실패로 볼 수 있다는 연구결과도 있다. 예를 들어, 소수인종 거주 비율이 높거나 범죄율이 높은 지역에서 근무하는 경찰관들은 그렇지 않은 일선 부서에서 근무하는 경찰관에 비해 무력 사용의 의혹을 받는 비율이 높은 것으로 드러나고 있다.<sup>34)</sup> 이는 치안 수요나 그 특성을 고려한 인력 배치나 적절한 훈련의 제공 없이 현장의 경찰관에게만 범죄 진압의 책임을 오롯이 맡기는데서 생기는 부작용이라고 해석할 수 있기 때문이다.

셋째, 일부 경찰국에서 신임 경찰관을 채용함에 있어 느슨한 기준으로 타 경찰국에서 징계나 파면을 당한 경찰관을 재채용하거나 범죄 경력 등이 있는 경찰관을 채용하는 등의 조직적 관행도 지적된다. 대학 학력 보유자나 경찰훈련기관에서 우수했던 경찰관은 비위 행위에 가담할 확률이 적은 반면, 이전 직장에서 징계 대상 행위에 연루된 경력은 경찰관 임용 후의 비위 행위를 예측할 수 있는 중요 변수로 밝혀진 것을 감안한다면,<sup>35)</sup> 경찰관 지원자나 임용 후보자 등에 대한 미흡한 배경 혹은 신원조사 등이 권한 오남용을

33) Jennings, J. T. & Rubado, M. E. (2017). Preventing the Use of Deadly Force: The Relationship between Police Agency Policies and Rates of Officer-Involved Gun Deaths, *Public Administration Review*, 77(2): 217-226.

34) Mollen Commission. (1994). *New York City commission to investigate allegations of police corruption and the anti-corruption procedures of the police department*.

35) Kane, R. J. & White, M. D. (2009). Bad cops: A study of career-ending misconduct among New York City police officers. *Crime & Public Policy*, 8(4), 737-769.

야기했다는 비판인 것이다.

마지막으로, 경찰 관리자의 역할도 자주 거론되곤 하는데, 이들의 일선 경찰관에 대한 통제와 감독이 그들의 행동에 직접적인 영향을 미치기 때문이다. 경찰 지휘부의 정책과 철학은 그가 속한 경찰국 전체 분위기를 형성함으로써, 경찰관이 무력 사용을 자제하거나 관대하게 생각하는데 영향을 줄 수 있다. 또한 경찰 관리자들이 보이는 모범적 태도와 선례 등은 경찰관이 시민들을 대할 때의 태도에 그대로 투영될 수 있다는 주장도 있다. 경찰 관리자들이 부하 경찰관들을 과격하거나 폭력적으로 대할 경우 이 같은 내부의 공격적이고 불합리한 행정이 일선 경찰관이 시민을 대할 때 지나친 무력 사용으로 드러날 수 있는 반면, 내부 행정이나 관리자가 공평하고 합리적이라고 생각할수록 경찰관의 무력 사용이 줄어든다는 것이다.<sup>36)</sup>

#### 4. 경찰 하위문화의 역할

일부 경찰학자들 사이에서는 경찰관 사이의 독특한 문화에서 그 원인을 찾으려는 노력도 지속되어 왔다. 경찰 하위문화(police subculture)라는 개념으로 대변되는 이 현상은 경찰관 사이에서 형성되는 특정 인식구조나 행태 등을 일컫는다. 특히 경찰관의 사회 전반이나 특정 그룹에 대한 냉소는 업무의 효율성은 물론 자기 저하나 권한 남용 및 다른 부정적 행위로 이어진다는 주장은 오랫동안 제기되어 왔다.<sup>37)</sup> 또한 경찰관의 무의식적인 편견이나 선입견이 일선 현장에서의 무기나 무력 사용에 영향을 미치는 것으로 드러나고 있는데, 이 같은 부정적 경찰 하위문화가 통제받지 않을 경우 이미 형성되어 있는 편견이 강화 내지는 보완되는 악순환을 지적하는 견해도 있다. 특정 지역이나 인종을 대상으로 그들의 존엄성을 해할 정도의 과격한 경찰활동이 결국은 법과 질서를 유지하는데 도움이 된다고 믿는 경찰관도 있었는데, 이런 인종차별적이고 비윤리적인 믿음이나 경찰행동이 지속되었던 것도 장기간 동안 경찰관 사이에서 축적된 경찰 하위문화의 산물이라고 볼 수 있다.<sup>38)</sup>

36) Craen, M. V. & Skogan, W. G. (2017). Officer support for use of force policy. *Criminal Justice and Behavior*, 44(6), 843-861.

37) Graves, W. (1996). Police cynicism: Causes and cures. *FBI Law Enforcement Bulletin*, 65, 16-21.

또한 특정 사건이 공론화되어 내부 징계나 형사 절차가 개시된다고 하더라도 동료에게 해가 되는 증언을 하지 않으려는 공동체 의식 또한 경찰 하위문화(소위 blue wall of silence)의 특성으로 보기도 한다.<sup>39)</sup> 다른 한편으로는, 경찰활동에 대한 외부의 개입이나 감시에 대한 거부감 혹은 냉소도 존재한다. 근래에는 외부 연구원이 경찰국과의 협력을 통한 연구가 증가하고 있기는 하지만,<sup>40)</sup> 경찰관 사이에서 팽배하던 외부 감시절차의 도입이나 학자들의 경찰행정 연구에 대한 냉소는 경찰 하위문화의 중요한 부분으로 인정되어 왔다.<sup>41)</sup>

많은 경찰 지도자나 경찰관들은 이처럼 보이지 않는 경찰관 사이의 특정 문화를 부인하거나 그 중요성을 평가절하 하는 편이지만, 다수의 연구에서 경찰관과 일반 시민 간에 독특한 인식의 차이가 있는 것으로 나타나고 있다. 예컨대, 2016년에 경찰관과 일반 시민을 대상으로 한 여론조사에서 경찰관에 의한 흑인의 사망 사건이 “더 큰 문제를 상징적으로 보여준다(signs of a broader problem)”거나 혹은 “일부 경찰관에 국한된 사건이다(isolated incidents)”라는 선택적 질문을 설문조사한 바가 있다. 이 결과, 약 70%에 달하는 경찰관은 후자의 설명에 동의한 것에 반해 일반 시민의 60%는 전자의 진술에 동의했다.<sup>42)</sup> 지역경찰관은 사회적으로 큰 관심을 받는 경찰관의 과잉진압이나 무기 사용 등이 일부 문제 경찰관에 한정되었거나 경찰관의 실수로 치부하는 경향인 반면, 시민들은 경찰 조직에 잠재하고 있는 큰 문제를 단적으로 혹은 상징적으로 보여주는 것이라고 평가하는 것이다.

주지할 것은, 경찰 하위문화의 존재를 인정한다고 하더라도 이 특정 현상이 반드시 전체 경찰관에게 골고루 적용되는 단일하고 공고한 인식체계나 비공식적인 행동 양식에 의미하는 것은 아니라는 점이다. 예를 들어, 위에서 제시한 동일 여론조사에서는 경찰관

38) Chevigny, P., & Chevigny, P. (1995). *Edge of the Knife: Police Violence in the Americas*. The New Press.

39) Panwala, A. S. (2002). The failure of local and federal prosecutors to curb police brutality, *Fordham Urban Law Journal*, 30(2), 639-662.

40) Rojek, J., Smith, H. P., & Alpert, G. P. (2012). The prevalence and characteristics of police practitioner-researcher partnerships, *Police Quarterly*, 15(3), 241-261.

41) Weisburd, D., & Neyroud, P. (2010). *Police Science: Toward a New Paradigm (New Perspectives in Policing Series)*. Harvard Kennedy School.

42) Morin, R., Parker, K., Stepler, R., & Mercer, A. (2017). *Behind the Badge*. Pew Research, 11.

사이에서도 인종에 따라 사회적 이슈에 대한 인식의 차이가 존재하는 것으로 드러났다. 예를 들어, “미국은 흑인이 백인과 평등한 권리를 보유하도록 변화를 꾀해 왔다”라는 진술에 92%의 백인 경찰관이 동의한 반면, 흑인 경찰관은 그 비율이 29%에 미쳤다. 반면 “미국은 흑인이 백인과 평등한 권리를 보유하도록 지속적인 변화를 꾀할 필요가 있다”라는 진술에는 단 6%의 백인 경찰관이 동의한 반면, 흑인 경찰관의 비율은 69%에 달했다.<sup>43)</sup> 뉴욕 경찰국에서 파면된 경찰관의 기록을 대상으로 한 또 다른 실증연구에서도 동일한 비위행위일 경우, 흑인 경찰관이 백인 경찰관에 비해 파면될 확률이 높은 것으로 나타났다.<sup>44)</sup> 이는 같은 경찰관이라고 하더라도 소수인종의 경찰관은 내부의 공식적/비공식적 통제시스템에 연루될 가능성이 높거나, 비공식적 지휘체계를 통한 징계의 완화 시도 등을 활용하는 방식이 다를 수 있음을 나타내는 반증이라고 할 수 있다.<sup>45)</sup> 같은 경찰기관에서 복무하는 경찰관에게도 그들의 인종이나 배경에 따라 독특한 인식이나 근무방식 등을 보유한다는 점을 보여주는 것이다.

## 5. 경찰 노조와 형사사법체계의 역할

경찰관의 이익단체인 경찰노조의 역할도 최근 주목을 받고 있다. 미국에서의 지역경찰 노조는 경찰 행정과 일선 경찰활동은 물론 경찰관에 대한 징계 절차에 이르기까지 광범위한 영향력을 행사해 왔지만, 최근까지도 많은 관심을 받지 않았다.<sup>46)</sup> 지역경찰 조직과 마찬가지로 지역경찰 노조도 전국적인 대표단체 없이 각 지역에 산재해서 각각이 운영되고 있는데, 지난 1960년대 이래로 경찰관의 보수나 복지를 향상시키거나 지휘부의 자의적인 행정을 통제하는 데는 일부 긍정적 기여를 한 것으로 평가받고 있다. 또한

43) Morin, R., Parker, K., Stepler, R., & Mercer, A. (2017). *Behind the Badge*. Pew Research, 11.

44) Kane, R. J. & White, M. D. (2009). Bad cops: A study of career-ending misconduct among New York City police officers. *Criminology & Public Policy*, 8(4), 737-769.

45) Ivkovic, S. K. (2009). Rotten apples, rotten branches, and rotten orchards: A cautionary tale of police misconduct, *Criminology & Public Policy*, 8(4), 777-785.

46) 경찰노조의 배경과 역할에 대한 세부적 토론은 Walker, S. (2008). The neglect of police unions: exploring one of the most important areas of American policing, *Police Practice and Research: An International Journal*, 9(2), 95-112. 참조

많은 일선 경찰관이 그들의 속한 경찰노조의 규정에 따라 일사불란하게 움직이기 보다는 각 개인의 자율에 따른 경찰활동을 수행하고 있다는 분석도 있다.<sup>47)</sup>

하지만 경찰노조의 역할은 순찰 경찰관의 근무 배치에 관한 규정에 간섭하거나 문제 경찰관을 조기에 분별하기 위한 시스템(early warning system) 등을 적극적으로 반대하는 등, 특정 시책의 도입이나 시행에까지 영향을 미치고 있어 경찰 관리자들의 눈엣가시처럼 여겨져 왔다. 더불어 시민단체의 경찰행정에 대한 감시를 거부하거나 다른 동료에 대한 불리한 진술을 반대하는 등 위에서 약속한 독특한 경찰 하위문화가 지속적으로 작용하는데 큰 영향을 미쳤다는 주장도 있다.<sup>48)</sup> 특히 경찰의 공권력 남용과 관련한 민감한 사안들에 대해서 경찰노조가 교섭단체 권리를 통해 경찰의 자체 감사나 외부의 수사 등에 대해 체계적인 방해를 펼쳐서 결국 경찰의 책임성 확보에 저해가 되는 행위를 한다는 견해도 있다.<sup>49)</sup> 경찰노조와 해당 경찰국 간의 근로계약으로도 확인된 이 같은 경찰노조의 권리 보장 행위는, 경찰관의 복지 향상이나 불합리한 징계로부터의 보호 차원을 넘어 공공기관의 책임성 확보를 위한 내외부의 노력을 무력화 하는데 중점을 둔다는 비난이 있다.

형사사법체계 전반적으로 경찰관의 총기 사용에 대해 관용적인 태도를 유지한 것도 또 다른 요인으로 제시되어 왔다. 총기 사용 범죄가 많은 나라의 경찰관이 근무 중 총기를 사용했다는 것만으로는 권한 남용이라고 단정할 수 없는 것은 당연하겠지만, 이런 특수한 상황이 검사나 판사, 배심원들의 결정에 반영되어 형사사법체계 전반이 경찰관의 총기사용에 대해 너그러운 태도를 취해왔다는 비판이다. 특히 지방 검사의 경우에는 지역경찰관과 긴밀한 유대관계를 형성하고 있기 때문에, 권한 남용 논란이 있는 사건에서도 관대한 처분을 통해 경찰관의 권력 남용을 조장하거나 방관한다는 주장도 제기되어 왔다. 경찰관은 독점적 무력 사용 권한은 물론 금전적 부패 등 다양한 유혹에 직면하고 있기에, 이를 통제하기 위한 가장 효과적인 수단은 지역 검찰의 처벌 가능성 유지나 실제 처벌임에도 불구하고 현실적으로는 이 통제수단이 적극적으로 활용하지 않고 있다는

47) Fisk, C. L., & Richardson, L. S. (2017). Police unions. *The George Washington Law Review*, 85, 712-799.

48) Fisk, C. L., & Richardson, L. S. (2017). Police unions. *The George Washington Law Review*, 85, 712-799.

49) Rushin, S. (2017). Police union contracts. *Duke Law Journal*, 66(6), 1191-1266.

비판이다.<sup>50)</sup> 경찰과 검찰의 긴밀한 관계가 범죄를 해결하거나 소송을 유지하는데 중요한 역할을 하기 때문에 현실적으로 지역 검찰이 경찰관의 무기 사용이나 다른 공권력 남용 사건에 대한 형사절차를 개시하기가 쉽지 않다는 견해다. 설령 경찰관의 공권력 남용 사건으로 재판을 통해 사법적 심사를 받더라도, 소위 “한정 면책권(qualified immunity)”에 의해 경찰관의 권한 남용에 대한 분명한 판례가 성립된 경우에만 재판이 유지될 수 있도록 하고 있어 사실상 피해자들이 형사법정에서 그 다툼을 논하기 어렵게 되어 있다는 주장도 최근 힘을 받고 있다.

## 6. 소수인종의 위협과 소수인종에 대한 위협

경찰과 소수인종 간의 긴장관계는 미국 경찰의 공권력 남용 논란과 관련하여 가장 중요한 요소 중의 하나라고 할 수 있으며, 이를 이해하기 위한 이론적, 실증적 연구가 다양한 각도에서 진행되어 왔다. 그 중 중요한 접근방법은 다음과 같다. 첫째, 미국에서 소수인종의 정착과 생존의 역사, 그리고 이 와중에 발생한 경찰과 소수인종 간의 갈등은 해결되지 않은 채 지속되고 있는데, 이 주제는 이미 다른 연구에서도 많이 제기되어 왔다.<sup>51)</sup> 경찰이 사회의 법과 질서를 회복한다는 차원에서 시행한 많은 활동이 결국 소수인종 그룹에 집중된 결과를 초래했고, 이는 형사사법체계는 물론 사회 전반에 대한 불신으로 이어졌다.

실제 한 여론조사 결과에 의하면 “경찰이 각각의 상황에서 적절한 공권력을 사용한다(using the right amount of force for each situation)”는 진술에 백인의 경우 75%가 동의한 반면, 흑인의 경우 그 비율이 33%에 미쳤고, “경찰이 각 인종 그룹을 공평하게 대한다(treating racial and ethnic groups equally)”는 진술에서도 백인(75%)과 흑인(35%) 그룹간의 견해차가 분명했다.<sup>52)</sup> 경찰에 대한 인식이나 신뢰도가 인종별로 큰 차

50) Chemerinsky, E. (2001). The role of prosecutors in dealing with police abuse: The lessons of los angeles. *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, 8(2), 305-328.

51) 예컨대, 라광현. (2017). 다문화 사회와 경찰활동, 치안정책연구, 제31권 제3호, 91-120쪽.

52) Pew Research Center. (2016). *The Racial confidence gap in police performance*.  
<https://www.pewsocialtrends.org/2016/09/29/the-racial-confidence-gap-in-police-performance/>,  
 (2020. 6. 12. 검색)

이를 보이고 있음을 알 수 있으며, 이 같은 경찰 전반에 대한 불신이나 정당성 결여가 결국 경찰관과의 대면 접촉 시에 저항 등으로 이어져 경찰의 무력사용을 야기할 수 있다는 주장도 있다.

둘째, 경찰의 특정 소수인종(흑인이나 히스패닉)에 대한 선별적 법집행은 이 그룹의 구성원이 특정 범죄를 저지르는 비율과 확률이 높기 때문이라는 주장을 찾을 수 있다. 즉, 일선 경찰의 불심검문이나 특정 무력 사용은 소수인종이 특정 지역에서 저지르는 범죄를 고려한 합당한 행위라는 것으로, 소수인종이 사회에 미치는 위협에 대한 합리적 대응책이라는 주장이다. 예를 들어, 전체 살인의 절반 이상, 강도와 폭행의 각각 54%와 34%가 흑인에 의해 저질러지고 있는 현실을 고려하면,<sup>53)</sup> 항시적인 물적, 인적 자원 부족을 호소하는 경찰이 이 구성원들에게 관심을 집중하는 것은 현실적인 대안이자 합리적인 의사결정이라는 설명이다. 물론 경찰의 선별적 법집행으로 인해 이 인종그룹에 대한 형사 처분이 많은 것이라는 인과관계의 역순을 주장하는 견해도 만만치 않다.

경찰의 선별적 경찰활동, 특히 불심검문과 관련해서는 소수인종 누구나가 경찰활동의 대상이 될 수 있으며, 경찰이 다소 느슨한 기준으로도 인권을 침해할 수 있기에 많은 논란이 되어 왔다. 더구나 불심검문 과정에서 일정 정도의 무력을 사용할 수 있는 권한을 보유하고 있기 때문에, 경찰활동과 관련해 가장 논란이 되고 있는 분야이기도 하다. 실제 불심검문이나 다소 공격적이고 제한적이지 않은 경찰활동의 경우에는 흑인 용의자가 백인 용의자에 비해 무력 사용을 당할 확률이 20% 이상 넘는다는 연구결과도 있다.<sup>54)</sup> 동일한 상황일 경우 경찰관의 총기 사용 확률은 인종에 관계없이 대등소이하다는 연구에서는,<sup>55)</sup> 불심검문의 개시라는 경찰관의 의사결정과 불심검문 진행 중의 무력 사용은 인종차별적 일지언정 실제 경찰관이 총기를 사용할 때의 의사결정에는 특정 인종이 큰 고려사항이 아니라는 해석도 제시된 바 있다. 요컨대, 경찰이 특정 인종에 대한 선택적 불심검문은 경찰과 특정 인종 그룹간의 신뢰 상실에 지대한 기여를 했으며,<sup>56)</sup> 소수

53) Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. *Estimated number of arrests by offense and race, 2018*.

[https://www.ojjdp.gov/ojstatbb/crime/ucr.asp?table\\_in=2](https://www.ojjdp.gov/ojstatbb/crime/ucr.asp?table_in=2) (2020. 6. 11. 검색)

54) Fryer Jr, R. G. (2019). An empirical analysis of racial differences in police use of force. *Journal of Political Economy*, 127(3), 1210-1261.

55) Fryer Jr, R. G. (2019). An empirical analysis of racial differences in police use of force. *Journal of Political Economy*, 127(3), 1210-1261.

인종에 집중되는 불심검문이 경찰의 권한남용이라는 비난은 여전히 계속되고 있다.

셋째, 특정 인종에 대한 차별적 경찰활동의 원인과 관련해서는 “갈등이론(conflict theory)”이 자주 인용된다. 갈등이론은 소수인종 혹은 사회적 약자와 경찰로 대표되는 국가기관 혹은 지배계급 간의 갈등을 전제로 하면서, 경찰의 존재와 역할이 지배계급의 기득권 보호에 있다고 가정한다. 따라서 이 갈등이론에 따르면, 국가의 정당한 무력사용을 독점하고 있는 경찰이 불편부당한 법집행자가 아닌 지배계급의 이익을 보호하기 위한 수단으로 간주된다. 예컨대, 영국 런던에서 최초의 근대 경찰기관이 수립된 것도 기득권을 보유하고 있는 정치, 경제세력의 이익을 보호하기 위한 것이라는 주장이 있었다. 미국에서도 지역경찰이 불편부당한 법 집행자가 아니라 특정 계층의 이익을 보존하기 위한 것이라는 갈등이론에 기반을 둔 여러 실증적 연구가 실행되었다. 이들 연구에서는 사회적 불평등이 심할수록 경찰의 강제력 사용이 증가한다는 점에 관심을 두면서, 경찰이 결국은 기득권의 보호를 위해 특정 지역이나 인종집단에 무력 사용을 집중한다고 주장하기도 한다.<sup>57)</sup> 일례로, 사회경제적 불평등이 심한 지역에서는 그 불평등에 기인한 범죄나 무질서를 통제하기 위해 경찰에 투자하는 비용이 더 큰 것으로 드러났다.<sup>58)</sup> 갈등이론과 관련한 “위협이론(threat theory)”에서도 특정 인종이나 계층으로 인해 엘리트 계층이 위협을 느낄 경우 경찰의 무력사용 등 국가적 폭력으로 이어진다는 가설을 측정해 왔다. 이들 이론은, 민주사회에서 그 체제가 질서유지를 위해 독점적 무력 행사권을 부여한 경찰이 공평하고 합리적으로 그 권력을 행사한다는 전제에 의심을 갖고 실증연구를 통해 이를 뒷받침해 왔다.<sup>59)</sup>

56) 뉴욕에 소재한 연방지방법원은 2013년 *Floyd v. City of New York*, 959 F. Supp.2d 540, 590-91 (S.D.N.Y. 1993) 판결을 통해 뉴욕 경찰의 불심검문(Stop and Frisk)이 특정 인종에 편중된 위헌적 행위라고 판시하였다.

57) Jacobs, D., & Britt, D. (1978). Inequality and police use of deadly force: An empirical assessment of conflict hypothesis. *Social Problems*, 26(4), 403-412.

58) Jacobs, D. (1979). Inequality and police strength: Conflict theory and coercive control in metropolitan areas. *American Sociological Review*, 913-925.

59) Jacobs, D. (1998). The determinants of deadly force: A structural analysis of police violence, *American Journal of Sociology*, 103(4), 837-862.

## IV. 결론

이 연구는 미국에서 지속적으로 발생하는 미국 경찰관의 공권력 남용 의혹과 이에 따른 시위, 소요, 약탈 등의 현상을 다양한 측면에서 해석함을 목적으로 하였다. 특히 미국 경찰과 관련된 여러 논란을 이해하기 위해서는 지역경찰 기관이 운영되는 정치, 사회적인 환경에 대한 거시적인 분석은 물론, 경찰 조직 운영의 특색, 경찰과 시민, 특히 경찰과 소수인종 간의 갈등과 분열이라는 전체적인 맥락을 이해해야 함을 주장하였다.

사회가 다양화 되고 빈부의 격차가 더 심화되면서 인종적, 경제적 주류그룹과 비주류 그룹 간의 갈등이 존재하고, 그 갈등이 다양한 형태의 시위나 폭력으로 나타나는 것이 빈번해 졌다. 이는 전 세계의 많은 나라에서 발생하고 있는 현상으로서, 대치되는 갈등의 최일선에서 경찰이 갈등 조정자나 법질서 유지자로서의 임무를 수행하면서 공권력을 남용한다는 비난 또한 자주 제기되었던 논란이다. 일부 경찰학자는 오래 전부터 미국의 경제적 침체나 재정적 스트레스로 인해 새로운 시위나 소요사태 등이 지속적으로 발생할 것이라고 예견하기도 했는데,<sup>60)</sup> 경찰이 해결할 수 없는 사회경제적 요인이 경찰의 업무에 큰 부담을 줄 수 있다는 논리이기도 하다. 이는 미국의 경우에만 국한된 것이 아니어서, 1980년대 초에 발생했던 영국의 브릭스톤(Brixton) 사태<sup>61)</sup>나 2005년의 프랑스에서의 소요 사태<sup>62)</sup> 등은 긴장이 최고조 되는 갈등 현장에서 경찰의 공권력 사용(혹은 남용)이 얼마나 큰 사회적 비용과 악화된 갈등으로 치닫는지를 잘 보여주고 있다.

갈등 조정자이자 법질서 유지자로서의 경찰의 활동이 다른 나라와 사회에서는 어떻게 제공되고 있는지 살펴보는 것은 단순히 흥미로운 주제를 넘어 우리 경찰활동의 효과적이고 효율적인 대안을 모색해 보는 기회가 될 수도 있다.<sup>63)</sup> 따라서 미국 경찰의 제도와 활동이 우리나라의 경찰 연구자나 실무자들의 관심을 많이 받았던 분야라는 점은 놀랍지 않다. 근래에만 하더라도 미국 경찰의 무기<sup>64)</sup>나 물리력 사용,<sup>65)</sup> 위기관리<sup>66)</sup> 혹은 급진

60) Reppetto, T. A. (2010). *American Police: A History, 1845-1945*. Enigma Books.

61) Scarman, L. G. (1981). *The Brixton Disorders 10-12 April 1981: Report of an Inquiry (Vol. 8427)*. HMSO Books.

62) Jobard, F. (2009). Rioting as a political tool: The 2005 riots in France. *The Howard Journal*, 48(3), 235-244.

63) de Maillard, J. & Roche, S. (2018). Studying policing comparatively: Obstacles, preliminary results and promises. *Policing and Society*, 28(4), 385-397.

주의 대응활동<sup>67)</sup>은 물론, 학교폭력 대응 활동,<sup>68)69)</sup> 청소년 비행예방 활동,<sup>70)</sup> 범죄 정보 활용,<sup>71)</sup> 경찰장비 적용<sup>72)</sup>이나 민간경비 활용<sup>73)</sup> 등 미국 경찰 활동 전반에 걸친 다양한 연구가 진행되어 왔다. 나아가 우리의 경찰관직무집행법의 해석에 대한 틀을 참고하거나,<sup>74)</sup> 경찰에 대한 시민감시제도,<sup>75)</sup> 또는 경찰 노조에 대한 연구,<sup>76)</sup> 경찰관 채용<sup>77)</sup>이나 교육행정<sup>78)</sup> 등을 연구하는데 미국 경찰이 참고 되어 왔다.

이런 비교법적 연구가 단순히 미국 경찰을 이해하는 수준을 넘어 그 제도와 기술, 활동을 우리의 것에 도입하는 노력에까지 이른다면, 이들 맥락에 대한 진지한 고민이 누락되지 않아야 할 것으로 판단된다.<sup>79)</sup> 미국 지역경찰의 제도나 장비 등을 도입하는 실용적

64) 이훈. (2019). 합리적인 경찰 테이저건 사용 방법에 관한 연구, 경찰학연구, 제19권 4호, 165-191쪽.

65) 이훈, 정진성. (2019). 우리나라와 미국 법원의 경찰 물리력 사용 적법성 심사 기준 비교 연구, 한국공안행정학회보, 제28권 제4호, 349-374쪽.

66) 박동균. (2013). 미국 경찰의 위기관리 활동의 특징과 함의, 한국경찰연구, 제12권 제3호, 103-124쪽.

67) 이규범, 박보라. (2017). 미국 경찰의 급진주의 대응에 관한 연구, 한국공안행정학회보, 제26권 제2호, 127-150쪽.

68) 김상운, 이창배. (2012). 학교폭력에 대한 경찰의 대응: 미국의 사례를 중심으로, 제8권 제2호, 81-98쪽.

69) 허경미. (2013). 미국의 학교경찰제도 진단 및 정책적 착안점 연구, 경찰학논총, 제8권 제1호, 181-201쪽.

70) 이용혁. (2003). 청소년 비행 예방을 위한 새로운 경찰활동의 모색 - 미국의 범죄예방교육 소개 및 한국에의 적용 가능성 연구, 경찰학연구, 제4호, 98-112쪽.

71) 심희섭, 김영식. (2018). 미국경찰 수집 범죄정보의 시민공유 방향: 우리 경찰에의 시사점, 예술인문사회 융합 멀티미디어 논문지, 제8권 제9호, 161-168쪽.

72) 남궁현. (2014). 경찰활동에의 신체 부착 카메라 관련 논점과 한국 경찰에의 적용 전망, 치안정책연구, 제28권 제2호, 29-57쪽.

73) 강성복. (2020). 미국 자치경찰제도의 민간경비 활용방법, 한국민간경비학회보, 제19권 제2호, 1-26쪽.

74) 송시강. (2013). 미국법상 경찰권 행사의 근거와 한계, 홍익법학, 제14권 제1호, 669-699쪽.

75) 이기수. (2012). 미국경찰의 시민감시제도에 관한 연구, 한국경찰학회보, 제14권 제4호, 81-108쪽.

76) 박선영. (2018). 한국 경찰 협의회와 미국 경찰노조에 관한 비교, 한국경찰연구, 제17권 제1호, 131-160쪽.

77) 박동균. (2011). 미국 경찰관 모집, 선발제도의 특징 및 함의, 한국콘텐츠학회 논문지, 제11권 제5호, 384-392쪽.

78) 김원중. (2012). 한국과 미국 경찰교육행정기관에 관한 행정법적 비교 검토, 미국헌법연구, 제23권 제2호, 1-28쪽.

79) Tonry, M. (2015). Is cross-national and comparative research on the criminal justice system

연구의 경우, 그 기반에 깔린 배경이나 환경 혹은 맥락에 대한 연구 없이 우리나라에서의 적용을 시도한다면 그 제도나 정책의 부작용 혹은 오작동을 초래할 수도 있기 때문이다. 본문에서 제시하였듯이 미국 지역경찰이나 그 활동을 이해하기 위해서는 조직이나 법률 체계 등을 단편적으로 이해하는 것으로 족하지 않을 것이다. 이와 더불어 미국 경찰이 운영되어 왔던 역사적, 정치 사회적 맥락에 대한 전반적 고려가 동반될 경우에만 현재 미국 경찰이 접하고 있는 많은 문제와 도전에 대한 포괄적 이해가 가능할 것이다.

전술한 바와 같이, 이 연구는 미국 경찰의 현 상황에 대한 논점과 맥락에 대한 기술을 주된 목적으로 하지만 우리 경찰의 연구에 대한 시사점도 찾을 수 있다. 예컨대, 향후 우리나라에서도 자치경찰제도가 시행될 경우<sup>80)</sup> 지역의 정치 환경과 경찰활동 간의 상호 역학관계에 대한 이론적 논의와 실증적 연구에 있어서 미국 경찰의 사례는 기준틀의 하나로 사용할 수 있을 것이다. 이와 함께, 미국 지역경찰의 공권력 남용 논란에 대한 분석을 통해 비교법적 경찰 연구에 대한 시사점도 찾을 수 있다. 즉, 비교법적 연구에 있어서 다른 나라의 경찰활동이나 제도가 우리나라에 쉽게 적용될 수 없을 것이라는 배타적인 태도도 바람직하지 않지만, 미국의 경찰 제도와 활동 등이 우리나라를 포함한 다른 나라에 보편적으로 적용될 수 있을 것이라는 지나친 개방적 태도 또한 도움이 되지 않을 것이다.<sup>81)</sup> 따라서 정치, 경제, 사회, 역사적 차이를 이해하고 이런 맥락의 차이가 경찰 활동이나 제도에 미쳤던 영향 등을 분별한 후에 이를 바탕으로 미국의 지역경찰과 관련한 논란을 해석하도록 노력하는 것이 바람직한 접근방법일 것으로 판단한다.

useful? *European Journal of Criminology*, 12(4), 505-516.

80) 한민경, 박원규. (2018). 자치경찰의 정치적 중립성 확보 방안에 관한 연구: 주요국의 자치경찰청장 선발절차 및 자격요건을 중심으로, *형사정책연구*, 제29권 제3호, 271-304쪽.

81) Nelken, D. (2009). Comparative criminal justice: Beyond ethnocentrism and relativism, *European Journal of Criminology*, 6(4), 291-311.

## 참고문헌

### 1. 국내문헌

- 강성복. (2020). 미국 자치경찰제도의 민간경비 활용방법, 한국민간경비학회보, 제19권 제2호, 1-26쪽.
- 김상운, 이창배. (2012). 학교폭력에 대한 경찰의 대응: 미국의 사례를 중심으로, 제8권 제2호, 81-98쪽.
- 김원중. (2012). 한국과 미국 경찰교육행정기관에 관한 행정법적 비교 검토, 미국헌법연구, 제23권 제2호, 1-28쪽.
- 남궁현. (2014). 경찰활동에의 신체 부착 카메라 관련 논점과 한국 경찰에의 적용 전망, 치안정책연구, 제28권 제2호, 29-57쪽.
- 라광현. (2017). 다문화 사회와 경찰활동, 치안정책연구, 제31권 제3호, 91-120쪽.
- 박동균. (2013). 미국 경찰의 위기관리 활동의 특징과 함의, 한국경찰연구, 제12권 제3호, 103-124쪽.
- 박동균. (2011). 미국 경찰관 모집, 선발제도의 특징 및 함의, 한국콘텐츠학회 논문지, 제11권 제5호, 384-392쪽.
- 박선영. (2018). 한국 경찰 협의회와 미국 경찰노조에 관한 비교, 한국경찰연구, 제17권 제1호, 131-160쪽.
- 송시강. (2013). 미국법상 경찰권 행사의 근거와 한계, 홍익법학, 제14권 제1호, 669-699쪽.
- 심희섭, 김영식. (2018). 미국경찰 수집 범죄정보의 시민공유 방향: 우리 경찰에의 시사점, 예술인문사회 융합 멀티미디어 논문지, 제8권 제9호, 161-168쪽.
- 이규범, 박보라. (2017). 미국 경찰의 급진주의 대응에 관한 연구, 한국공안행정학회보, 제26권 제2호, 127-150쪽.
- 이기수. (2012). 미국경찰의 시민감시제도에 관한 연구, 한국경찰학회보, 제14권 제4호, 81-108쪽.
- 이웅혁. (2003). 청소년 비행 예방을 위한 새로운 경찰활동의 모색 - 미국의 범죄예방교

- 육 소개 및 한국에의 적용 가능성 연구, 경찰학연구, 제4호, 98-112쪽.
- 이훈. (2019). 합리적인 경찰 테이저건 사용 방법에 관한 연구, 경찰학연구, 제19권 4호, 165-191쪽.
- 이훈, 정진성. (2019). 우리나라와 미국 법원의 경찰 물리력 사용 적법성 심사 기준 비교 연구, 한국공안행정학회보, 제28권 제4호, 349-374쪽.
- 한민경, 박원규. (2018). 자치경찰의 정치적 중립성 확보 방안에 관한 연구: 주요국의 자치경찰청장 선발절차 및 자격요건을 중심으로, 형사정책연구, 제29권 제3호, 271-304쪽.
- 허경미. (2013). 미국의 학교경찰제도 진단 및 정책적 착안점 연구, 경찰학논총, 제8권 제1호, 181-201쪽.

## 2. 국외문헌

- Bittner, E. (1970). *The Functions of the Police in Modern Society*. National Institute of Mental Health.
- Bureau of Justice Statistics. (2018). *Contacts between Police and the Public, 2015*. US Department of Justice.
- Bureau of Justice Statistics. (2011). *Census of State and Local Law Enforcement Agencies, 2008*. US Department of Justice.
- Chemerinsky, E. (2001). The role of prosecutors in dealing with police abuse: The lessons of los angeles. *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, 8(2), 305-328.
- Chevigny, P., & Chevigny, P. (1995). *Edge of the Knife: Police Violence in the Americas*. New Press.
- Christopher, W. (Ed.). (1991). *Report of the independent commission on the Los Angeles Police Department*. Diane Publishing.
- Craen, M. V. & Skogan, W. G. (2017). Officer support for use of force policy. *Criminal Justice and Behavior*, 44(6), 843-861.

- Crank, J. P. (1990). The influence of environmental and organizational factors on police style in urban and rural environments, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 27(2), 166-189.
- de Maillard, J. & Roche, S. (2018). Studying policing comparatively: Obstacles, preliminary results and promises. *Policing and Society*, 28(4), 385-397.
- Freeman, A. P. (1996). Unscheduled departures: The circumvention of just sentencing for police brutality, *Hastings Law Journal*, 47, 677-686.
- Fisk, C. L., & Richardson, L. S. (2017). Police unions. *The George Washington Law Review*, 85, 712-799.
- Floyd v. City of New York*, 959 F. Supp.2d 540, 590-91 (S.D.N.Y. 1993)
- Fryer Jr., R. G. (2019). An empirical analysis of racial differences in police use of force. *Journal of Political Economy*, 127(3), 1210-1261.
- Graves, W. (1996). Police cynicism: Causes and cures. *FBI Law Enforcement Bulletin*, 65, 16-21.
- Ivkovic, S. K. (2009). Rotten apples, rotten branches, and rotten orchards: A cautionary tale of police misconduct, *Criminology & Public Policy*, 8(4), 777-785.
- Jacobs, D. (1998). The determinants of deadly force: A structural analysis of police violence, *American Journal of Sociology*, 103(4), 837-862.
- Jacobs, D. (1979). Inequality and police strength: Conflict theory and coercive control in metropolitan areas. *American Sociological Review*, 913-925.
- Jacobs, D., & Britt, D. (1978). Inequality and police use of deadly force: An empirical assessment of conflict hypothesis. *Social Problems*, 26(4), 403-412.
- Jennings, J. T. & Rubado, M. E. (2017). Preventing the Use of Deadly Force: The Relationship between Police Agency Policies and Rates of Officer-Involved Gun Deaths, *Public Administration Review*, 77(2): 217-226.
- Jobard, F. (2009). Rioting as a political tool: The 2005 riots in France. *The*

- Howard Journal*, 48(3), 235-244.
- Kane, R. J. & White, M. D. (2009). Bad cops: A study of career-ending misconduct among New York City police officers. *Crime & Public Policy*, 8(4), 737-769.
- Kelling, G. L., & Moore, M. H. (1989). *The Evolving Strategy of Policing* (No. 4). National Institute of Justice.
- Langworthy, R. H. (1985). Wilson's theory of police behavior: A replication of the constraint theory, *Justice Quarterly*, 2(1), 89-98.
- Lumsden, E. (2017). How much is police brutality costing america. *University of Hawaii Law Review*, 40(1), 141-202.
- Mollen Commission. (1994). *New York City Commission to Investigate Allegations of Police Corruption and the Anti-corruption Procedures of the Police Department*.
- Moore, M. H., & Kelling, G. L. (1983). To serve and protect: Learning from police history. *The Public Interest*, 70, 49-65.
- Morin, R., Parker, K., Stepler, R., & Mercer, A. (2017). *Behind the Badge*. Pew Research, 11.
- Nelken, D. (2009). Comparative criminal justice: Beyond ethnocentrism and relativism, *European Journal of Criminology*, 6(4), 291-311.
- Panwala, A. S. (2002). The failure of local and federal prosecutors to curb police brutality, *Fordham Urban Law Journal*, 30(2), 639-662.
- Repetto, T. A. (2010). *American Police: A History, 1845-1945*. Enigma Books.
- Rojek, J., Smith, H. P., & Alpert, G. P. (2012). The prevalence and characteristics of police practitioner-researcher partnerships, *Police Quarterly*, 15(3), 241-261.
- Ross, C. T. (2015). A multi-level Bayesian analysis of racial bias in police shootings at the county-level in the United States, 2011-2014", *PLoS ONE*, 10(11):1-34.

- Rushin, S. (2017). Police union contracts. *Duke Law Journal*, 66(6), 1191-1266.
- Scarman, L. G. (1981). *The Brixton Disorders 10-12 April 1981: Report of an Inquiry (Vol. 8427)*. HMSO Books.
- Schwartz, J. C. (2015). How governments pay: Lawsuits, budgets, and police reform. *UCLA Law Review*, 63, 1144-1298.
- Scully, J. (2008). Rotten apple or rotten barrel: The role of civil rights lawyers in ending the culture of police violence. *National Black Law Journal*, 21(2), 137-172.
- Sherman, L. W. (1978). *Scandal and Reform: Controlling Police Corruption*. University of California Press.
- Stucky, T. D. (2005). Local politics and police strength. *Justice Quarterly*, 22(2), 139-169.
- Tonry, M. (2015). Is cross-national and comparative research on the criminal justice system useful? *European Journal of Criminology*, 12(4), 505-516.
- Walker, S. (1980). *Popular Justice: A History of American Criminal Justice*. Oxford University Press.
- Weisburd, D., & Neyroud, P. (2010). *Police Science: Toward a New Paradigm (New Perspectives in Policing Series)*. Harvard Kennedy School.
- US Kerner Commission. (1968). *Report of the National Advisory Commission on Civil Disorders*. US Government Printing Office.
- Wilson, J. Q. (1978). *Varieties of Police Behavior: The Management of Law and Order in Eight Communities*. Harvard University Press.

### 3. 기타

- Federal Bureau of Investigation. *ational Use-of-Force Data Collection*.  
<https://www.fbi.gov/services/cjis/ucr/use-of-force> (2020. 6. 8. 검색)
- Thomson-DeVeaux, Rakich, N., & Butchiredygar, L. (2020, June 4). Why it's

so rare for police officers to face legal consequences. *FiveThirtyEight*.  
<https://fivethirtyeight.com/features/why-its-still-so-rare-for-police-officers-to-face-legal-consequences-for-misconduct/> (2020. 6. 13. 검색)

Mapping Police Violence. *ational Trends*.

<https://mappingpoliceviolence.org/nationaltrends> (2020. 6. 7. 검색)

National League of Cities. *Forms of Municipal Government*.

<http://nlc.org/forms-of-municipal-government> (2020. 6. 3. 검색)

Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. *Estimated number of arrests by offense and race, 2018*.

[https://www.ojjdp.gov/ojstatbb/crime/ucr.asp?table\\_in=2](https://www.ojjdp.gov/ojstatbb/crime/ucr.asp?table_in=2) (2020. 6. 11. 검색)

Pew Research Center. (2016). *The Racial confidence gap in police performance*.

<https://www.pewsocialtrends.org/2016/09/29/the-racial-confidence-gap-in-police-performance/> (2020. 6. 12. 검색)

Elison, Z., & Frosch, D. (2015, July 15). Cost of Police-Misconduct Cases Soars in Big U.S. Cities; Data show rising payouts for police-misconduct settlements and court judgments. *The Wall Street Journal*.

<https://www.wsj.com/articles/cost-of-police-misconduct-cases-soars-in-big-u-s-cities-1437013834> (2020. 8. 7. 검색)

United States Census Bureau. *QuickFacts*.

<https://www.census.gov/quickfacts/fact/table/US/PST045219> (2020. 6. 7. 검색)

## Examining Factors Contributing to Police Use of Force in the US

Namgung, Hyon\*

Recent high-profile cases of tragic interactions between the police and citizens in the US have raised concerns among community members, police leaders, and elected officials. In addition, these incidents have brought up important issues of the role of police in the modern society. The goal of this study is to explore the socioeconomic and historical contexts in which local police departments function in the US. Furthermore, this paper investigates organizational and management aspects of one critical phenomenon in the US local policing: police use of force.

This paper argues that many factors need to be considered to have a complete understanding of the fundamental subject of American policing. It presents the role of local politics, organizational and management issues, police subculture, police unions, and tense relationships between police and minority groups that have contributed or mitigated officers' decision to use force on the street.

Although the main goal of this study is to describe numerous factors that might contribute to police use of force in the US, it may also has practical and scholarly implications for Korean practitioners and scholars. Korean policing scholars and practitioners have paid much attention to issues, theories, strategies, and technological developments in American policing. However, the discussions of American local policing might be limited or fragmented without the consideration of several issues introduced in this paper. Therefore, it will be ideal to think about the implications for Korean policing only after a careful examination of contexts and background of American local policing.

---

\* Associate Professor, Department of Criminal Justice and Criminology, Metropolitan State University of Denver, USA

❖ key words: US police, Police use of deadly force, Use of force, Police brutality



# 테러리스트 급진화에 대한 조직행동론적 분석과 정책적 대안\* : Tuckman의 집단발달 이론의 적용

이동혁\*\*, 정지수\*\*\*

## 국 | 문 | 요 | 약

테러단체들의 선동에 현혹되거나 이를 추종하는 극단주의자들에 의한 테러가 빈번하게 발생하면서 테러리스트 개개인의 반사회적 태도와 신념의 형성 과정에 대한 연구의 필요성이 증가하고 있다. 본 연구는 테러리스트들의 극단적 신념 형성의 과정을 개인의 다양한 심리적, 사회적, 환경적 변수 간의 상관관계에 주목해 온 테러리스트 급진화 연구에 이론적 기반을 두고 있다. 특히, Tuckman의 집단 발달 모형을 테러조직과 테러리스트 개인의 급진화 과정 분석의 이론적 대안으로 활용 가능성을 논의해 보았다. 조직행동론은 테러조직을 지향하고 그들의 이데올로기를 수용해 가는 개인의 태도와 인식의 변화 과정 즉, 급진화 과정을 이해하고 분석할 수 있는 이론적 대안이 될 수 있다. 연구 결과 테러리스트들의 조직화와 급진화 양상의 상당 부분에서 Tuckman이 설명한 집단발달의 메커니즘과 유사한 모습이 발견되었다. 조직의 발전을 지연시키고 저해하는 사회심리학적 요인들의 특성을 테러단체의 형성 또는 테러리스트 급진화 과정 저지에 활용할 경우, 예방적 차원의 대테러 전략 수립에도 활용할 수 있다는 점도 확인하였다. 본 연구는 테러리스트 급진화에 대한 새로운 차원의 이론적 분석을 진행하였다는 점, 테러 예방정책을 수립하는 과정에서 정책적 시사점을 제시하였다는 점에서 의의가 있다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.09.30.3.167>

❖ 주제어 : 테러, 급진화, 집단발달이론, 차단전략, 테러예방정책, 치안경쟁력

\* 이 논문은 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임  
(NRF-2019S1A5A8038640, NRF-2017S1A3A2065838), 2020년 8월 서울행정학회 하계 특별학술대회에서 발표한 내용을 수정 및 보완한 것임.

\*\* 제1저자. 서울지방경찰청 외사과, 경위(leevent@hanmail.net)

\*\*\* 교신저자. 경찰대 행정학과, 치안대학원 공공안전학과 조교수(jisu@police.ac.kr)

## I. 서론

우리는 IS라는 종교적 극단주의가 조장하는 테러의 공포를 목격해왔고, 그 결과 테러는 특정지역, 국가에만 한정된 사건이 아닌 전 세계적 공동체가 직면하고 있는 현실적 위협이라는 사실을 인식하게 되었다. 2014년 시리아와 이라크 전역을 점령하던 IS가 연합국의 오랜 공습, 지도자의 사망으로 그 세력이 쇠퇴한 듯 보이지만, 2011년 오사마 빈 라덴의 사망 뒤에도 그랬듯이 극단주의 점조직들이 모여 조직을 재규합하거나, 또 다른 후계자의 등장으로 새로운 활동 동력이 구축된다면 그와 비슷한 테러조직은 언제든지 탄생할 수 있다.

조직(Organization)은 특정 목표를 달성하기 위한 사회적 집합체(social entity)로 정의할 수 있으며(Daft, 2015), 테러조직 역시 테러라는 폭력적이고 반사회적인 활동을 목적으로 구성된 복수의 개인이 모인 연합체라는 점에서 조직의 개념에 포함된다. 특히, 테러조직은 다양한 원인에 의해 ‘급진화’라는 의식의 전환 과정을 거쳐 극단주의라는 반사회적 신념을 축적한 개인들의 집합체라고 할 수 있다.

선행연구들은 테러단체를 조직적 차원에서 바라보는 연구 이외에도 테러를 직접 실행하는 개인들의 태도 변화 양상과 급진화 과정을 추적하는 특성(Wiktorowicz, 2005; Precht, 2007; Silber & Bhatt, 2007; Marc, 2008; 박철현, 2010; OSCE, 2014; 최성진, 2015; 서정민, 2016; 김은영, 2018)을 가지고 있다. 급진화와 관련한 기존의 연구들은 주로 개인별로 처한 다양한 심리적, 사회적, 환경적 변수가 어떻게 테러라는 극단적 신념 표출로 이어지는가에 관해 주목해 왔다. 최근에는 주요국 안보기관 차원에서도 테러단체 가입, 극단주의 심취와 같이 개인별 의식의 전환을 통한 과격화 양상에 주목하기 시작했고, 이를 차단 및 억제할 수 있는 반급진화(de-radicalization) 방안과 정책 수립을 위해 노력 중이다.

뉴욕경찰은 과거 알 카에다와 연계된 테러리즘의 사례를 분석하면서, 급진화를 급진화 이전단계, 자기인식단계, 주입단계, 지하드 단계로 구분하여 설명한다(Silber & Bhatt, 2007). 덴마크 법무부 역시 비슷한 맥락에서 급진화의 과정을 설명하면서 급진화를 촉발하는 동기 요인들을 분류해 이를 체계화하였다(Precht, 2007).

아울러, 최근 반이민 극우테러 빈발에 따라 이와 같은 연구 동향은 이슬람 극단주의

외에도 사회 구조, 문화적 배경 등을 감안한 포괄적 차원의 급진화 연구들로 이어지고 있다. 유럽안보협력기구(OSCE)는 개인이 지닌 사회적 관계에서의 문제, 소외에 따른 불안과 같은 심리적 요인, 그리고 테러리즘 등 극단적 신념의 형성을 조장하는 환경과 네터티브의 노출 등이 개인의 급진화를 촉진한다고 설명하고 있다(OSCE, 2014).

한국의 경우는 지난 2015년 터키를 통해 시리아로 입국한 ‘김 군’과 같이 극단주의에 심취한 개인의 테러단체 동조나 가입 재발 가능성을 억제하거나, 이 같은 반사회적 성향이 있는 개인의 급진화 문제에 대한 학문적, 정책적 차원의 연구가 필요한 상황이다. 특히, 급진화(radicalization)를 단일 주제로 한 연구가 제한적으로 수행되고 있으며, 급진화를 부분적으로 언급한 의미 있는 선행연구들에서도 해외 사례나 테러리스트 급진화 이론 중 일부를 설명해주고 있다(박철현, 2010; 최성진, 2015; 서정민, 2016; 김은영, 2018).

테러단체들의 선전, 선동에 현혹 및 포섭되는 극단주의자, 또는 그에 편승해 나타나는 모방테러나 증오범죄에 대해 대응하기 위해서는 개개인의 반사회적 신념이 어떠한 경로와 요인에 의해 형성 및 발전되는가에 대한 분석이 필요하다. 본 연구에서는 조직의 형성과 유지라는 개념을 기반으로 하고 있는 조직행동론(organization behavior)의 이론적 함의를 토대로 테러조직의 형성 과정과 테러리스트로 급진화되는 개인의 인식과 태도의 변화 과정을 분석해보고자 한다.

테러조직의 형성과 테러리스트의 급진화 과정을 조직행동적 차원에서 분석하는 이유는 다음과 같다. 첫째, 조직 구성원의 가입, 참여 동기, 조직 발전을 위한 구성원의 기여 과정 등 조직 내 인적 상호작용을 탐구하는 조직행동론의 이론적 함의 속에서 조직을 향한 개인의 신념과 행동의 변화 양상을 역(逆)으로 도출해 볼 수 있기 때문이다. 둘째, 이러한 접근은 향후 테러조직의 형성과 발전은 물론 테러리스트 개개인의 급진화 과정 연구의 새로운 이론적 대안이 될 수 있기 때문이다.

본 연구는 조직행동론적 고찰을 통해서 해외에 비해 테러리스트 급진화와 관련한 연구가 부족한 국내 테러리즘 분야에 이론적 차원의 분석과 함의를 제시하고자 한다. 이와 함께 국내에서도 언제든 발생 가능한 개인, 소그룹 단위 자생테러 예방을 위해 대테러 당국 차원에서 고려해 볼 수 있는 정책적 대안 및 전략방안을 모색하고자 한다. 이러한 접근은 선행연구의 접근방법과 차별성을 가지며, 향후 테러리즘 분야 연구에 있어 활용

될 수 있는 새로운 이론적 기반을 형성해본다는 점에서 의미가 있다. 이를 통해서 치안 경쟁력을 강화하고 시민들의 치안에 대한 신뢰 및 공공안전을 확보할 수 있을 것이다.

본 연구는 첫째, 그동안 테러리스트 급진화와 관련된 해외 주요국의 선행연구 및 실무적 논의들을 살펴보고, 둘째, 테러리스트 개인의 급진화 과정을 분석하기 위한 새로운 이론적 접근 대안으로 조직행동 이론 가운데 Tuckman(1965) 모델의 현실 적용 가능성을 검토하고 이를 2015년 ‘김 군’의 사례에 적용해서 분석할 것이다. 셋째, 국내의 개인 소그룹 단위 자생테러 예방을 위해 대테러 당국이 고려해볼 만한 정책적 시사점을 도출하고자 한다.

## II. 이론적 논의

### 1. 선행연구

그동안 테러리즘 원인 규명과 관련해 다양한 이론적 제안과 학문적 차원의 논의가 진행되어 왔다. 그 가운데 최근 들어서는 테러리스트 개인의 급진화 과정에 대한 논의들이 테러리즘의 원인을 설명하는 주요한 이론적 접근의 하나로 제시되고 있다(김은영 외, 2018). 본 연구 역시 테러리스트 급진화에 관한 논의에서 출발하므로 최근 테러 관련 연구 가운데 급진화의 개념과 특성, 그리고 개인이 실제 테러라는 반사회적 폭력성을 수용해가는 과정에 초점을 둔 급진화 관련 선행연구를 중심으로 검토해 보고자 한다.

테러리즘과 관련해 급진화(radicalization)는 극단주의적 신념(beliefs)과 이데올로기(ideologies)를 발전(developing)시켜 나가는 과정(process)이라는 학문상 정의(Borum, 2012)도 존재하나, 9.11 테러 이후에는 미국, 유럽 국가 내 안보당국 차원에서도 다양한 실무적 개념 규정과 더불어 테러 예방적 차원에서 중요한 논의의 대상이 되고 있다. Schmid(2013)가 정리한 주요 국가들의 급진화에 대한 개념을 종합해보면 사회에 대한 특정 이데올로기로의 변화를 위해 폭력 및 비민주주의적 수단을 사용하는 것이라고 할 수 있다<sup>1)</sup>.

1) 미국의 국토안보부(DHS)는 급진화를 “사회적 변화에 영향을 미치는 방법으로 폭력을 사용, 지지,

주목할 만한 점은 급진화의 개념이 규정 주체별로 서술 방식에 있어서 조금씩 차이가 있지만, 테러와 폭력이라는 반민주적이고 반사회적 가치를 수용해가는 일련의 과정을 의미하고 있다는 점에서 공통점이 있다는 것이다. 요약하면 급진화는 ‘테러를 야기하는 행위 주체 내심에서 나타나는 의식과 태도의 단계적 변화 과정’을 의미한다고 볼 수 있다. 이처럼 테러리스트 개인의 의식의 변화 과정을 통해 테러의 발생과 원인을 이해하고자 한 논의는 아래와 같이 다양한 테러 급진화 연구와 급진화 단계 모델을 통해서도 확인되고 있다.

Wiktrowicz(2005)는 유럽 사회로 이주한 무슬림들이 어떠한 동기와 경로를 통해 이슬람극단주의 단체에 가입하는지를 분석하기 위해 2004년 해산된 영국 내 이슬람 급진주의 조직 ‘알 무자히룬(Al-Mujahiroun)’ 회원들의 급진화 양상에 대해 집중적으로 연구하였다. 분석결과 사회적, 경제적, 정치적으로 차별과 억압의 경험을 반복하는 무슬림 이민자들일수록 이슬람 극단주의 단체와 같은 반사회적 집단 행동주의에 경도될 가능성이 크다고 설명하고 있다. 또한, 급진화 양상을 모색단계(cognitive opening: 무슬림의 신념과 가치를 스스로 평가), 종교적 지향단계(religious seeking: 사상과 공동체 지향), 사회화 단계(socialization; 구성원 공동의 목표화), 구축 및 강화단계(frame alignment: 반사회적 사고 체계 구축)로 구분하여 설명하였다.

Precht(2007)는 유럽 사회에서 발생하고 있는 자생테러와 이슬람 극단주의 확산의 배경을 분석하기 위해 테러를 자행하는 개개인의 급진화 원인과 과정, 그리고 이를 촉진하는 사회문화적 요소를 분석하는데 초점을 두고 있다. 특히 급진화된 개인이 극단주의 조직에 가입하거나 테러행위를 실행하기까지는 반사회적 성향의 개인 간 인적 상호작용 외에도 다양한 요인이 복합으로 작용하는 단계적 과정을 거친다고 설명하고 있다. Precht(2007)는 이를 급진화 이전단계(급진화의 배경 요인의 목적 가능), 친교 단계(친교의 강화와 삶의 돌파구 모색), 결속강화단계(무슬림 차별에 대한 결속 강화), 실제 행동단계(테러단체 가입과 실행)로 구분하여 설명하였다.

Silber & Bhatt(2007) 역시 Precht(2007)의 연구와 유사한 방식으로 서구사회 사람들의 급진화 과정을 설명하고 있다. 이 연구에서는 9.11 테러를 비롯해 1992년부터 2005년까지 발생한 주요 국제테러 사건 공모, 가담자들의 급진화 과정을 분석했는데, 대

---

또는 조장하려는 극단적 신념체계를 수용해 나가는 과정”으로 정의한 바 있다(Schmid, 2013).

부분이 급진화 기간의 차이는 있었지만 Precht(2007)의 연구에서처럼 일정한 단계 변화를 거쳐 테러행위를 계획 또는 실행했다는 공통점을 발견했다.

테러리스트로 발전하는 자들의 급진화 이전단계(pre-radicalization)의 모습은 대부분 처음에는 학생이나 평범한 직장인의 모습이지만, 이들은 다양한 개인적(가족, 친지의 사망), 사회적(차별, 소외, 인종차별), 경제적(실업 등), 정치적(이슬람과 관련된 국제 분쟁) 요인들에 의해 삶의 태도 변화를 추구하거나 이슬람 극단주의와 같이 경험해보지 못한 이데올로기에 대한 자발적 접근을 통해 새로운 가치관을 형성하게 된다(자기인식단계: self-identification).

또한, 이러한 태도는 비슷한 유형의 소그룹 내 상호작용을 통해 더욱 강화되고(주입단계, indoctrination), 최종적으로는 테러단체에 가입하거나 테러를 결행하는 등 급진적 신념을 표출하는 실행단계로 발전하게 된다(테러실행 단계, Jihadization). 특히, 급진화 이전단계(pre-radicalization)에서 자기인식단계(self-identification)까지는 최장 7~8년에 걸쳐 점진적으로 진행되지만, 주입 단계(indoctrination)에서 실제 테러 실행에는 1~2개월 내 급속도로 진행되는 경우가 많았다고 설명하고 있다.

Marc(2008)도 이슬람 급진주의자들이 테러행위에 가담하게 되는 과정을 도덕적 분노 단계(무슬림 탄압의 목적과 감정형성), 이슬람 세계관의 형성단계(서양과 이슬람 간의 관계 이해), 좌절의 경험과 결합단계(정치, 경제, 사회적 차별과 감정의 결합), 체계적 공유단계(정보의 공유와 네트워크화)로 구분하였다.

국내연구는 한국 내 자생 테러(home grown terror) 발생 가능성을 진단하는 연구(서정민, 2016; 김은영, 2018)에서 테러리스트 급진화 과정을 논의한 해외 연구들의 이론적 개념이 부분적으로 소개되고 있다. 박철현(2010)과 최성진(2015)은 Precht(2007)의 급진화 연구를 기반으로 한국사회에서의 자생테러 발생 가능성을 진단했다. 연구 당시 국내에서는 테러리스트의 급진화 과정을 논의할 만한 실증적 사례 부족 등의 이유로 Precht(2007)가 제시했던 이론적 틀에 근거한 국내 자생테러 발생 요인 분석에만 초점을 맞춘 연구로 평가된다.

이처럼 테러리즘과 관련한 국내 연구들은 개개인의 급진화를 테러리즘 연구에 있어 독자 영역으로 인식하고 이를 다양한 유형의 이론적 기틀 안에서 분석한 해외 연구들의 접근 시각과는 차이를 보이고 있다. 한국도 각기 다른 가치관과 세계관의 사람들이 어울

려 사는 다문화 사회로 진입하면서 다양한 형태의 사회갈등 가능성들이 확인되고 있다. 특히, 이슬람 극단주의가 국내 정착 과정에서 정체성과 가치관의 혼란을 겪고 있는 사회 불만 및 소외 계층들의 대안이 될 수도 있는 만큼 이들의 급진화 가능성을 조기에 진단하고 차단하는 방안 마련이 필요하다.

## 2. 테러리즘 관련 이론과 한계점

테러리즘과 관련해서는 다양한 차원의 이론적 논의가 진행되어 왔다. 다만 본 연구가 테러라는 결과 발생 이전에 테러의 인과적 요인으로 고려해볼 수 있는 테러리스트 개인의 태도와 의사 형성 과정에 대한 논의의 중요성을 강조하고, 테러 예방적 활동 수립의 방향성을 제공하는 것이므로 이 같은 연구 목적과 취지의 부합성을 고려해 아래 세 가지의 관련 제이론을 중점적으로 검토해 보았다.

테러리즘의 인과적 요인으로 급진화를 설명할 수 있는 주요 이론으로는 상대적 박탈감 이론, 모자이크 이론, 블랙스완 현상이 있다. 첫째, Gurr(1970)는 상대적 박탈감 이론(Relative Deprivation Theory)을 통해 사회 내 비합법적 폭력의 원인을 분석했다. 상대적 박탈감은 가치 기대(value expectations)와 가치 능력(value capabilities) 간의 차이에 대한 인식을 말하며, 박탈감은 개인은 물론 집단 내에서도 생겨날 수 있다고 했다. 결국, 사회적 욕구에 대한 만족도가 저조할 경우 사회, 심리적 좌절감이 형성되고 이는 결국 폭력적 행위로 발전한다는 것이 상대적 박탈감 이론의 핵심인 것이다. Gurr(1970)의 이론은 폭력으로 귀결되는 개인의 반사회적 의식의 형성 배경을 사회심리학적 차원에서 설명하고 있다는 점에서 오늘날 테러와 급진화 연구의 중요한 이론적 토대가 된다.

둘째, Gallandi(1983)는 독일에서 국가 안보와 질서를 저해하는 위협의 개념을 설명할 때 위협의 모자이크 이론(Mosaiktheorie der Gefahr)을 주로 인용한 바 있다. 이는 하나의 행위 그 자체만 보아서는 위협하지 않지만 그러한 사소한 것처럼 느껴지는 작은 위협이 많이 모이고 겹쳐지면 큰 위협의 모습이 생겨난다는 점을 강조하고 있다(김창윤, 2014). 본 연구에서 논의하고 있는 사회 구성원들의 급진화의 심각성 역시 위협의 모자이크 이론에 기반해서 이해할 수 있다. 인터넷, 소셜네트워크 서비스의 발달 속에 과격 성향 온라인 게시물이나 지하드 급진 이슬람주의 선동 강연가들의 영상물과 같은 외부자

극은 테러라는 사회적 위협으로 즉각 발현되지는 않지만, 이에 대한 사회적 차원의 적절한 제어가 담보되지 않으면 결국 테러와 같은 급진적이고 과격한 이데올로기라는 위협의 모자이크를 완성하는 하나의 조각으로 발전할 수 있는 것이다.

셋째, 블랙스완 현상(Black swan event)이다. LaFree(2012)는 과거 9.11 테러가 가져온 사회적 후폭풍을 블랙스완 현상(Black swan event)의 현상에 빗대어 설명했다. 이는 예측 불가했던 일들이 일어난 후에 나타나게 되는 각종 사회적 변화와 파장의 심각성을 거론할 때 사용하는 개념으로 테러와 같이 예측하지 못한 안보 충격과 이를 통해 파생된 각종 사회, 경제적 파장 확산에 대한 경각심을 강조하고 있다는 점에서 범죄학자와 경제학자들의 관점에서 주로 활용되는 이론이다. ‘블랙스완’ 이론은 테러라는 사회적 위협 조장 원인을 사전에 차단하는 활동의 중요성을 재확인시켜주고 있으며, 오늘날 테러 발생 요인을 예측하고 진단하는 활동의 중요성을 강조하고자 하는 본 연구의 배경적 함의와도 일맥상통한다.

테러를 바라보는 위와 같은 이론적 관점들은 대테러 활동 기관이 보다 폭넓은 관점에서 사회적 위협 요소를 사전에 인지하고 그에 부합하는 활동전략을 수립해야 한다는 점을 시사해주고 있다. 그러나 위와 같은 이론들이 테러라는 사회적 무질서의 결과를 평가함에 있어, 이를 야기한 각종 개인적, 심리적, 사회적 선행요인을 거시적 관점에서 역추론할 수 있는 토대는 될 수 있지만, 밀행성이 강한 테러조직과 테러리스트 개개인의 형성과 진화과정 전체를 보다 세밀하고 입체적으로 분석하는 데는 한계가 있다.

그동안 테러조직과 테러리스트들의 의사결정과정 등에 관한 논의는 크게 다음과 3가지 관점에서 이루어졌다. 첫째는, 테러와 같은 정치적 폭력이 조직의 목표달성을 위한 전략이라는 전략이론(strategic theory)이고, 둘째는 테러와 같은 폭력적 활동의 원인이 테러 집단 자체의 내부 역학에서 발견된다는 조직이론(organizational theory)이며, 셋째는 테러리즘은 테러행위를 채택한 개개인의 심리학적 틀 안에서 설명된다는 심리학적 이론(psychological theory)이 있다. 그 중에서 테러리스트들의 행위 동기와 의사결정과정 관련 연구들은 심리학적 이론에 기반한 것이 많았으나, 변화된 새로운 형태의 테러리즘을 설명하기에는 부족한 부분이 많다는 비판이 제기되고 있다(McCormick, 2003; 정유선, 2012).

이처럼 테러조직과 테러리스트들에 관한 다양한 이론적 논의들이 진행되어왔지만, 대

부분이 조직과 이를 구성하는 개인 간의 상호작용에 대한 구체적인 고찰 없이 단선적으로 이루어져 왔고, 테러리스트들의 급진화라는 개인의 의식변화 과정을 심리학적 이론 이외의 방법으로는 설명한 연구들은 부족하다는 연구상 한계점들이 발견되고 있다.

### 3. 조직행동론적 접근의 필요성

테러리즘에 관해 상술한 이론들은 테러를 개인의 반사회적 속성 또는 개인과 사회적 환경 사이에서 나타나는 각종 불균형적 상호작용의 결과로 바라보고 있다. 이러한 접근은 테러의 원인과 배경을 개인적 수준의 영역에만 국한시켜 바라본다는 점에서 이론적 한계가 있다. 그러나 테러의 이면에는 이 같은 개인적, 환경적 배경 속성 외에도 테러조직이라는 집단적 의사결정 주체가 존재한다. 따라서, 입체적이고 종합적인 테러 연구를 위해서는 테러에 영향을 미치는 개인적 차원의 속성들은 물론 이러한 속성들의 조직환경과의 상호작용 과정과 개인에 대한 영향을 함께 분석해야 한다. 다시 말해 테러리스트 급진화와 관련된 기존의 이론과 연구 논의가 보다 정교해지기 위해서는 심리학적 이론에 주로 의존해 온 그간의 경향을 탈피해 조직과 관련된 다양한 집단 이론과의 융합, 접목 시도가 필요하다.

조직행동론은 테러단체의 조직적 성격을 이해하고 조직과 내부 구성원 간의 상호작용 관계성을 설명하는 데 효과적이다. 조직행동론은 조직 구성원의 개인적 행동과 소속 집단의 행동의 원인을 다학제간 연구를 바탕으로 분석하고 이해하는 학문이다(Daft, 2015; Rainey, 2009; Robbins & Judge, 2013). 또한, 조직원들과 관련하여 개인차원, 집단차원, 조직차원을 고려하여 조직 구성원들의 행태를 역동적으로 밝히고 있다(Daft, 2015; Rainey, 2009; Simon & March, 2006; Simon, 2013). 즉, 조직의 목표달성을 위해서 필수적인 조직구성원 개인의 행동을 이해하는 과정에서 효과적이고 체계적인 접근이 가능하다. 조직을 향한 개인의 신념과 행태를 통해 조직의 행동 양상을 이해할 수도 있다.

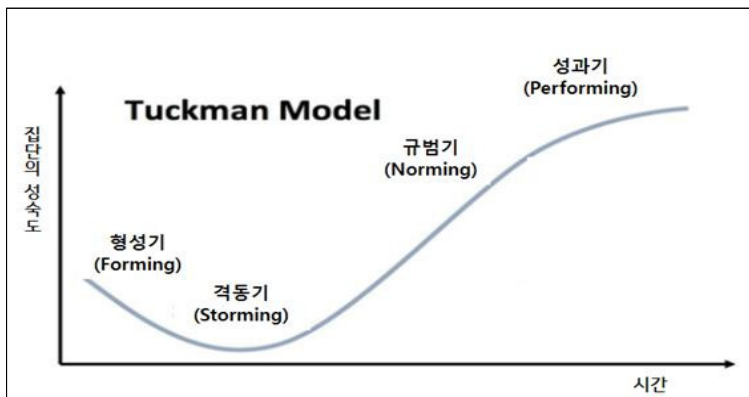
조직행동론은 조직의 비전과 목표달성 등 조직의 유지와 발전을 위해 구성원 개개인들이 취하는 태도와 행동의 변화 과정을 유추할 수 있는 이론적 함의를 가지고 있다. 이러한 특징은 개인이 테러조직 내에서 반사회적 가치를 지향하고 이데올로기를 수용해 가는 태도와 인식의 변화 과정과 급진화 양상을 이해하고 분석할 수 있게 한다. 이처럼

조직행동론은 테러조직 구성원 상호간의 나타나는 내부 역학관계와 그 과정에서 나타나는 조직을 향한 테러리스트 개인의 의식과 태도 변화 과정을 설명할 수 있는 이론적 토대가 될 수 있다. 더 나아가 이 같은 조직행동론의 이론적 함의는 테러조직과 직접적 연계는 없지만 테러조직의 이념과 노선에 자발적으로 동의하면서 독자적으로 테러를 계획, 실행하는 소위 외로운 늑대형 테러와 같이 개인 단위 테러리스트들의 급진화 과정을 예측하고 분석하는 기존 급진화 단계 이론의 대안적 모델로서도 충분히 활용될 수 있다.

이와 관련해 본 연구에서는 조직행동론에서 제시하고 있는 이론적 모델 가운데, Tuckman(1965)의 집단 발달 이론을 통해 테러조직의 형성 과정을 살펴보고, 테러라는 반사회적 신념과 목표를 추구해 나가는 개인들의 급진화 과정 분석의 틀로 재해석해보고자 한다. Tuckman(1965)의 이론은 비교적 소규모 그룹의 구축과 형성 과정을 설명하는데 용이하며, 조직의 태동과 발전에 영향을 미치는 상황적 특성과 요인을 단계화된 구조에 기반해 설명한 대표적인 이론으로 평가받고 있다.

### Ⅲ. 조직행동 이론의 적용

#### 1. Tuckman의 집단발달 이론



[그림 1] Tuckman의 집단 발전모형

자료: <https://vagile.net/tuckman-edison-model/?amp=1>

Tuckman(1965)은 Team Development Model을 통해 집단은 형성기(forming), 격동기(storming), 규범기(norming), 성과기(performing)의 단계를 걸쳐서 발전한다고 주장했다<sup>2)</sup>. 형성기(forming)는 조직이 불확실성 하에 있는 시기로 구성원들이 새로운 환경에 대해서 확인하는 과정을 통해 조직에 대한 적응 및 의존성 여부가 결정되는 시기이다. 격동기(storming)에 접어들면 구성원들 간의 갈등이나 양극화, 그리고 감정적 대립이 발생하고, 조직에 대한 저항이 나타나기도 한다. 그러나 규범기(norming)에 들어서면 구성원 간에 친밀도로 자유로운 의사 교환이 가능하고, 조직 활동의 기준과 목표가 명료해져 조직의 응집력이 높아진다. 성과기(performing)에 진입하면 구성원들의 활동의 유연성, 기능화로 목표달성에 집중하여 성과를 향상시킬 수 있다(Tuckman, 1965).

조직이 지속적으로 발전하기 위해서는 무엇보다도 형성기(forming)와 격동기(storming)에 발생하는 조직 발전 저해 변수를 이해하고, 이를 극복할 수 있는 전략 마련이 필요하다. 특히, 형성기(forming)와 격동기(storming)에는 조직 리더의 역할이 중요하다. 형성기(forming)에는 집단의 목적, 구조, 리더십에 관한 불확실성이 극대화되고 구성원 간에도 신뢰가 구축되어 있지 않기 때문에 조직 형성의 배경과 활동 방향성을 명료화하고 구성원들의 소속감 형성을 고취할 수 리더십이 필요하다. 특히, 형성기(forming)에 리더는 불확실성이 극복되어도 격동기(storming)에 접어들게 되면 구성원들 각자의 스타일과 개성이 조직 활동 과정에 표출되면서 구성원 간에 의견 충돌과 긴장이 발생할 수 있다는 점을 유의하며 조직이 규범기(norming)와 성과기(performing)로 발전할 수 동력을 마련해야 한다.

그러나 모든 조직이 Tuckman(1965)의 주장처럼 일정하고 순차적인 발전 단계를 거쳐 발전한다고 단정할 수는 없다. 어떤 조직은 형성기(forming) 이후 격동기(storming)를 거치지 않고 곧바로 규범기(norming)로 발전할 수 있고, 성과기(performing)에 진입한 조직도 예측치 못한 각종 내외부적 변수로 인해 언제든지 격동기(storming)로 쇠퇴할 수도 있다. 조직의 형성과 발전 과정이 [그림 1]와 같은 선형적 형태의 우상향 발달 곡선을 유지하기보다는 다양한 요인에 의해 상승과 하강을 반복한다는 점은 Tuckman(1965) 이론의 현실 적용에 있어 특히 고려해야 할 부분이다.

2) Tuckman은 집단의 발전을 위와 같이 4단계로 나눴으나 1977년에 해체(Adjourning) 단계가 추가되면서 현재는 총 5단계 모델로 알려져 있음. 본 연구에서는 테러예방정책의 측면을 중요하게 고려하였으므로 마지막 ‘해체(Adjourning)’를 제외한 4단계에 기반해 분석을 시도하였다.

## 2. 테러리스트들의 ‘조직화’ 과정과 비교 논의

집단의 형성과 발전을 설명한 Tuckman(1965)의 모델이 ‘테러리스트의 조직화 과정’이라는 사회현상을 설명하는 비교 논의의 틀로 활용될 수 있는가? 테러리스트들의 조직화 과정 역시 극단적 이념과 신념을 수용한 급진화된 개개인들이 결합해 이루어지는 집단의 목적 수행의 과정이라는 점에서 조직의 역동성을 설명하는 조직행동 이론의 적용은 가능하다. 실제로 Tuckman(1965)의 이론을 기반으로 테러단체의 조직화 과정을 Roberts(2015)는 형성기, 격동기, 규범기, 성과기로 구분하여 테러조직의 형성과 발전 과정을 설명하였다. 다음의 표는 테러단체의 조직화 과정을 설명한 것이다.

[표 1] Tuckman의 집단발전 모형과 테러단체 조직화 과정 비교

| Tuckman(1965)                                                                                                                                          | 단계                  | Roberts(2015)                                                                                                         |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• 집단의 목적, 구조, 리더십에 관한 불확실성 최대</li> <li>• 집단의 목표와 활동에 대한 공감과 이해 부족</li> <li>• 구성원들은 서로 신뢰가 미형성</li> </ul>        | 형성기<br>(Forming)    | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 리더십의 부재로 테러단체 결성 초기 95%가 수개월 이내 붕괴</li> </ul>                                |
| ↓                                                                                                                                                      |                     |                                                                                                                       |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• 집단의 의사결정이나 소통에 문제</li> <li>• 집단 내 구성원 간 대립, 긴장 발생</li> <li>• 구성원 간에 사회적 유대관계 긴밀하면 격동기의 갈등 가능성이 줄어듦</li> </ul> | 격동기<br>(Storming)   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 구성원 친인척 간 결혼을 유도해 격동기의 갈등 가능성을 극복(알 카에다)</li> </ul>                          |
| ↓                                                                                                                                                      |                     |                                                                                                                       |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• 조직의 목표와 신념을 공유</li> <li>• 구성원간 상호 신뢰구축</li> </ul>                                                             | 규범기<br>(Norming)    | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 조직원 간 활동 목표, 명분, 이데올로기에 대한 이견, 이탈자 발생</li> <li>• 이탈 후 경쟁 테러 세력 형성</li> </ul> |
| ↓                                                                                                                                                      |                     |                                                                                                                       |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• 구성원의 에너지가 조직 과업에 집중</li> <li>• 실질적인 결과로 도출</li> </ul>                                                         | 성과기<br>(Performing) | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 테러자금 모금, 실제 공격행위 등 조직 목표에 부합한 활동의 결과물들이 도출</li> </ul>                        |

자료: Roberts(2015) 내용 중 Tuckman 이론 적용 부분을 기반으로 재구성함

형성기(forming)에는 집단의 형태와 목적이 불분명하고 구성원간 완벽한 신뢰가 형성되어 있지 않다. 이 같은 문제로 인해 과거 테러단체들의 약 95%는 생성 초기 조직원

간 불신과 리더십 부재를 극복하지 못하고 조기에 붕괴되었다.

격동기(storming)에는 집단 내부에서 의사결정이나 소통의 문제가 발생하고, 이러한 내부 갈등이 지속되면 구성원간 대립과 긴장이 발생한다. 테러단체들은 이러한 격동기(storming) 갈등을 극복하기 위해 내부 유대 강화 수단을 모색한다. 알 카에다(Al-Qaeda)의 경우 구성원 가족 간 혼인을 통해 긴밀한 인적네트워크 강화함으로써 이 같은 격동기(storming)의 내부 갈등을 극복했다고 볼 수 있다.

규범기(norming)에는 조직 구성원 간에 조직의 목표와 신념을 공유하는 긍정적 상호작용이 발생한다. 규범기(norming)는 테러단체가 어느 정도의 조직력과 체계가 구축된 것으로 평가할 수 있는 단계이지만, 내부적으로 활동의 목표와 명분, 신념, 이데올로기를 둔 이견이 발생하거나 이탈 세력이 발생할 가능성 또한 가장 높은 단계이다. 그리고 이탈한 세력이 발생하는 경우 원 조직의 경쟁세력으로 발전하는 모습도 볼 수 있다.

성과기(performing)는 조직 구성원의 에너지가 조직의 과업에 집중되며 실질적인 결과로 도출되는 시기이다. 테러단체의 경우 테러자금 모금, 실제 공격행위 등 조직 목표에 부합한 구성원들의 활동이 활발한 시기이다(Roberts, 2015).

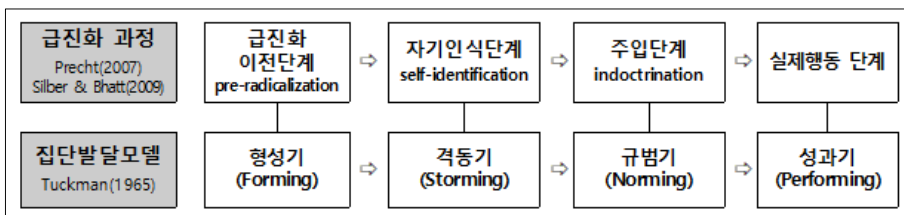
Roberts(2015)의 연구는 조직행동 이론이 테러조직 내부의 집단 심리와 구성원들의 행태 변화 양상을 논의하고 분석할 수 있는 지표로서 활용 가능성을 제시해준다는 점에서 의의가 있으나, 테러조직 내부의 집단적 역동성에만 초점을 맞춰 테러의 본질을 논의했다는 점에서는 테러 연구로서는 다소 한계가 있다. 테러 분야 연구에 있어 보다 설득력 있는 논의를 위해서는 테러단체가 지닌 조직적 차원의 행태 분석 외에도 테러단체를 지향하는 개개인의 동기, 신념과 행동의 변화 양상을 면밀하게 분석하는 것이 필요하다.

본 연구는 Tuckman의 조직행동론적 관점을 극단적 신념체계를 수용해 나가는 개개인들의 사회, 심리적 변화 양상을 분석할 수 있는 새로운 이론적 틀로 재해석함으로써 테러단체 구성원들의 행태 변화와 이를 통해 나타나는 조직 내부적 역학 변화 양상만을 고찰한 Roberts(2015)의 연구적 논의 한계를 극복해보고자 한다.

### 3. 테러리스트들의 ‘급진화’ 과정 모델로의 재해석

조직행동이론은 조직 속에서 구성원 개인들이 겪는 변화와 집단의 특성에 국한하지 않고 구성원 개인의 가치, 지각, 태도, 동기부여와 같은 인간 행동에 관한 근원적 지식과 이해를 학문적 기반으로 하고 있다. 그 가운데, Tuckman의 모델은 조직 발전을 위한 리더십, 구성원에 대한 동기부여 외에도 조직설계와 조직문화 구축 과정에 있어 나타나는 환경적 변수와 구성원들의 상호작용 관계에 초점을 두고 있다는 점에서 환경적 변화에 따른 인간의 개인적, 사회적 행태 변화의 궤적을 설명할 수 있는 이론적 강점을 지니고 있다.

아래 [그림 2]에서 보듯 테러와 관련된 기존 연구에서 논의한 테러리스트들의 급진화 진행 과정들과 Tuckman의 조직 발전 이론 사이에는 비슷한 형태의 전개적 맥락들이 발견되고 있다. 이와 같은 Tuckman의 모델은 소위 카리스마적 리더십이 통제하는 구조화된 테러조직을 향한 개인의 급진화 과정은 물론 최근 들어 테러조직과의 유대나 상호작용 없이 각자 당면한 다양한 사회·환경적 폭력 유발 변수에 의해 급진화되는 자생테러범의 행태 변화를 분석할 수 있는 이론적 지표가 될 수 있다.



[그림 2] 주요 급진화 과정 모델과 Tuckman의 모델 비교

이와 함께 위 Tuckman 이론의 단계적 맥락을 통해 테러리스트의 급진화 과정을 재해석해보면 아래와 같이 테러리스트의 급진적 사회화 과정과 테러 예방적 차원의 급진화 징후들을 도출해 볼 수 있다.

급진화 형성기(forming)는 개인적, 사회적 불만이나 좌절감을 해소할 수 있는 대안 탐색이 이루어지고, 그 과정에서 급진적인 생각이나 극단주의 세력의 이데올로기로의 접

근 지향성이 형성되는 단계이다. 평소 호기심에서 비롯된 습관화된 인터넷상 극단주의 성향 콘텐츠 검색행위가 테러단체 관련 기사나 선전문로의 자발적 접근으로 일상화되기도 하고, 특정 이념을 지향하는 인물이나 단체 인사와의 자발적 접촉 시도 행태로 발전할 수도 있다. 다시 말해, 급진화 형성기(forming)는 새롭게 추구하고자 하는 신념과 대상에 대한 공감과 이해를 통해 내적 신뢰를 구축해 가는 과정이라고 할 수 있다.

이 시기에는 무엇보다 외부적으로 이전과 다른 모습의 생활 태도와 행동의 변화를 수반하여 여간 가족이나 동료들과 불화나 갈등을 겪기 쉽고, 주변인들에게 수시로 분노를 표출하거나 사회적 관계를 의도적으로 단절(학업의 중단, 퇴사, 재산처분 등)하려는 등의 이상 징후가 포착되기도 한다. 다시 말해 급진화 형성기는 우리 사회 보편적 가치와 배치되는 특정 이념을 수용하고 지향하는 과정에서 발생하는 각종 징후와 다양한 유형의 행태 변화가 감지되는 시기라고 볼 수 있다.

급진화의 격동기(storming)는 내적으로 새로운 신념에 대한 탐색과 수용의 합리적 선택 여부를 두고 사고의 양극화가 나타나고, 외적으로는 이전과 다른 행태 변화를 감지하고 이를 비판하는 가족, 동료 등 주변인들과의 충돌과 대립으로 갈등이 극대화 되는 시기이다. 특히, 급진화 격동기(storming)에 주변인들과의 대립과 갈등이 극복되지 못하고 심화될수록 그간에 내재되어 있던 개인적, 사회적 환경에 대한 불만이 적대감으로 발전할 가능성이 높아진다. 아울러, 이 시기에 자신의 욕구 불만을 해소해 줄 수 있는 주변 조력자(카리스마적 정신적 조연자)나 특정 집단과의 사회적 유대 강화(사회보편적 가치에 반하는 가치관의 정당성을 논의하는 온오프라인 상 소통의 장 등)는 격동기(storming)에 발생할 수 있는 내외적 갈등을 해소한 주요 변수로 작용하며 급진화 과정을 더욱 가속화 시킨다.

급진화 규범기(norming)는 앞서 격동기에 나타났던 주변 급진적 이념을 전적으로 수용하고, 아무런 의문이나 죄책감 없이 자신의 행동이 요구되는 상황이 존재한다고 믿고 결론 내리는 단계이다. 다시 말해 이 단계는 테러라는 행위에 대해 정치적 또는 정당성을 찾는 단계라고 할 수 있다. 특히, 이 시기에 비슷한 생각을 공유 중인 인물이나 집단과 관계가 구축되었다면, 그들과의 응집과 조화를 통해 한층 체계적인 행동계획 수립으로 이어질 가능성이 높아진다. 가령, 이 시기에 나타나는 행태로는 극단주의 온라인 사이트나 오프라인상 모임에 가입해 동질집단 내 구성원들과의 은밀한 소통을 강화하고, 더

나이가 주변인을 대상으로도 자신과 같은 행태의 급진화를 유도하는 등 이전과는 다른 규범화된 양상을 보인다. 결국 급진화 규범기(norming)는 폭력과 테러와 같은 사회보편적 가치와 정면 배치되는 신념을 공유하는 집단과의 상호작용 또는 이에 대한 자기 확신을 통해 테러자금 모금, 테러단체 가입, 테러공격 모의, 실행과 같이 급진화 성과기(performing)를 통해 도출되는 결과의 정당성을 구축하는 단계라고 할 수 있다.

이상에서처럼 Tuckman의 조직행동론적 관점에서 테러리스트의 급진화 과정을 재해석하면 극단주의에 심취한 개인의 자생적 테러범화 과정을 이해하는 데 무엇보다 유용하다. 이는 2015년 1월경 터키 국경을 거쳐 자발적으로 시리아로 건너가 IS 대원이 되었을 것으로 추정되고 있는 ‘김 군’의 사례를 통해서도 확인해 볼 수 있다.<sup>3)</sup>

당시 경찰의 조사결과 보도자료, 언론자료 등을 토대로 언론에 공개된 김 군의 과거는 중학교 시절 학교폭력을 당한 후유증으로 자퇴한 후 홈스쿨링으로 집안에서만 머물며 인터넷에 빠져 있었던 것으로 알려졌다. 특히 가족과도 메모지로 대화할 정도로 사회와의 소통도 거부하는 은둔형 외톨이의 모습을 보였던 그에게 그간 경험해 보지 못한 이슬람 극단주의라는 새로운 신념에 대한 호기심은 자신의 내면적 소외감을 해소할 수 있는 일종의 돌파구가 되었을 가능성이 크다. 김 군의 급진화 과정에서 볼 수 있는 형성기(forming)적 특성은 전형적인 은둔형 외톨이 성향이었던 그가 무엇보다 온라인을 통해 자발적으로 이루어진 이슬람 극단주의자와의 접근과정에서 이루어진 유대감 형성에서 찾아볼 수 있다. 실제로 그는 2013년 1월에 ‘수니 무자헤딘(Sunni mujahideen)’이라는 이름의 트위터 계정을 개설하면서 일찍이 이슬람 극단주의라는 새로운 신념체계로의 접근을 구체화했다.

급진화 과정에서 격동기(storming)는 새로운 신념 수용에 따른 내외부적 갈등을 경험할 가능성이 가장 높은 단계라고 볼 수 있다. 이슬람 극단주의라는 새로운 세계관으로

3) 2015년 1월 터키를 여행하던 한국인 10대 김 군이 터키와 시리아의 접경 지역에서 행방불명된 사건이 발생했다. 이 같은 소식은 당시 주 터키 한국 대사관과 터키의 일간지를 통해 최초로 알려진 이후 국내 언론을 통해 대중에게도 알려졌다. 경찰 조사결과, 김 군의 어머니는 김 군이 인터넷으로 만난 터키인 펜팔 친구 ‘핫산’을 만나기 위해 터키에 갔으며, 미성년자인 김 군을 홀로 보내기가 미덥지 않아 같은 교회에 다니는 지인을 동행시킨 것으로 확인되었다. 실종 이후 진행된 경찰 조사결과 김 군이 사용할 소셜네트워크서비스에는 그가 최소 2년 전부터 이슬람 극단주의에 관심을 가져왔으며, 이슬람 테러단체 ‘이슬람 국가(IS)’에도 자발적으로 가담하려 한 정황이 다수 확인되었다. 이를 통해 수사당국도 김 군이 시리아 밀입국을 위해 터키행을 택한 것으로 잠정적으로 결론을 내렸다. (연합뉴스 2015. 1. 17. “터키서 실종 한국인 10대, 현지인 펜팔 있었다”)

접근하는 과정에서 김 군도 자신이 내린 결정과 행동에 대해 내·외부적 갈등을 경험하지 않았다고 단정할 수 없다. 그러나 김 군의 가족조차 그의 이상징후를 감지하지 못한 정황과 더불어 온라인을 통한 익명의 조력자와 유사 집단과의 친교는 김 군의 급진화 격동기(storming)에 발생할 수 있는 내외적 갈등을 해소한 주요 변수로 작용한 경우라고 볼 수 있다. 특히, 그는 부모에게도 터키에 있는 ‘핫산’이라는 인물을 만나러 간다고 다짐했다는 내용을 보면 그의 급진화 과정에는 구체적인 소통 대상이자 조력 인물의 역할이 상당했을 것으로 짐작해 볼 수 있다. 그 외에도 김 군이 보여준 이슬람 극단주의자로 추정되는 인물들과의 지속된 접촉과 상호작용 행태<sup>4)</sup>는 동질 집단과의 조화와 응집이라는 규범기(norming) 특유의 행태로 발전함으로써 최종적으로 시리아행 감행이라는 성과기(performing)으로 이어졌다고 볼 수 있다.

이론적 논의(Tuckman, 1965)와 선행연구(Roberts, 2015; Precht, 2007; Silber & Bhatt, 2009), 김군의 사례 등을 기반으로 하여, 테러리스트 급진화 단계와 주요 징후를 다음의 표에 정리하였다.

〈표 2〉 Tuckman 이론에 기반한 테러리스트 급진화 단계 및 주요 징후

| 단계                       | 단계별 특징                                                                                                                                                                                | 주요 징후                                                                                                                                                                                         |
|--------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 급진화<br>형성기<br>(Forming)  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 개인적, 사회적 불만 해소 대안 탐색</li> <li>• 주류 사회의 보편적 가치와 자신의 세계를 구분지으려 함</li> <li>• 극단주의 이념에 대한 접근 지향</li> <li>• 대상 신념에 대한 공감과 이해, 신뢰 강화 시도</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 성격과 기질의 급격한 변화(주변인 경계, 가까운 지인으로부터 스스로를 고립, 은둔형 외톨이)</li> <li>• 사회적 관계 의도적 단절(학교, 직장 등)</li> <li>• 특정 이념에 대한 호기심 증가(극단주의 콘텐츠, 온라인상 선전물 탐색)</li> </ul> |
| ↓                        |                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                               |
| 급진화<br>격동기<br>(Storming) | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 급진 신념 수용 선택 여부를 둔 사고의 양극화</li> <li>• 주변인(가족, 지인)들과 대립 갈등</li> <li>• 주변 환경에 대한 불만이 사회적 적 대로 발전</li> </ul>                                     | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 주변인들과의 논쟁, 의견충돌 심화, 적대적 행동</li> <li>• 종교적, 이념적 대립성 강조(서방과 이슬람과의 충돌 등 종교적 정체성 수호와 관련된 극단적 발언 증가)</li> <li>• 테러단체 사이트 가입, 조력자와 비밀 접촉 시작</li> </ul>     |
| ↓                        |                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                               |
| 급진화<br>규범기               | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 조력자, 동질집단 간 소통을 통해 테러 등 급진적 신념에 대한 내적 신뢰</li> </ul>                                                                                          | <ul style="list-style-type: none"> <li>• 감시와 통제를 의식(암호화 메신저 사용, 소셜미디어 활동 흔적 삭제, 조작, 온라인 인맥 비공개 등)</li> </ul>                                                                                  |

4) 김 군이 익명의 조언자와 온라인 교신이 활발하던 이 시기 그의 컴퓨터에는 이슬람과 관련된 65개의 즐겨찾기와 40여 장의 사진, 그리고 다수의 검색기록이 확인되었다(윤봉환 외, 2015).

|                            |                                                     |                                                                                                 |
|----------------------------|-----------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|
| (Norming)                  | 와 당위성 형성<br>• 은밀한 소통을 지향, 주변 상대로 동조와 포섭을 유도하는 등 규범화 | • 분쟁지역 이동 시도<br>• 테러조직 합류목적 이동을 위한 조력 요청<br>• 개인 자산, 소유물에 대한 비정상적 처분<br>• 주변인 상대 급진화 시도(설득, 포섭) |
| ↓                          |                                                     |                                                                                                 |
| 급진화<br>성과기<br>(Performing) | • 테러단체 자금 모금 및 지원, 테러단체 가입<br>• 실제 테러공격 모의, 실행      |                                                                                                 |

## IV. 테러 예방을 위한 정책적 대안

본 연구가 조직행동론적 관점에서 테러리스트의 급진화 과정을 논의하고자 하는 궁극적인 목적은 향후 테러예방 정책 수립에 있어 새로운 시각의 학문적 지표를 제시하는 것이다. 특히, 조직발달을 개인과 조직간의 상호작용적 관점에서 단계적으로 설명한 Tuckman의 모델은 아래와 같이 테러조직의 이념을 지향하는 개인의 사회화를 차단하고, 우리 사회 내 테러단체와 같은 반사회적 조직이 형성되는 과정을 저지할 수 있는 테러 예방 정책수립의 기준을 제시해 줄 수 있다.

### 1. 테러리스트 급진화 차단전략(De-radicalization)

급진화되는 개인들은 형성기(forming)를 통해 반사회적 이념이나 테러단체의 이데올로기로의 접근을 고민한다. 형성기(forming)나 격동기(storming)에는 전에 없던 생각과 이념을 수용한다는데서 오는 불확실성 때문에 자신의 결심을 굳힐지 아니면 멈출지를 두고 심각한 내적 갈등을 경험하고 있을 가능성이 크다.

그러나 형성기(forming)나 격동기(storming)에 겪는 불확실성과 내적 갈등은 같은 생각을 가진 주변인을 탐색하고 그들과의 교류를 강화하면서 점차적으로 해소될 수 있다. 특히, 이 시기에는 사회적 박탈감, 정체성의 위기, 사회적 차별과 소외, 반사회적 신념에 대한 비판적 토론이 부재한 집단과의 교류, 반사회적이고 반인륜적 행위를 정당화하는 유해 환경과의 접촉 등 다양한 유형의 개인적, 환경적 요인들이 급진화를 가속화 시키는

영향요인이 된다.

대테러 기관으로서는 형성기(forming)에 나타나는 개인의 내적 갈등을 일일이 포착하는 것은 현실적으로 불가능하다. 하지만, 급진화의 길목에서 선택 여부를 고민하는 개인들에게 그러한 결심을 단념케 하거나, 이를 억제할 수 있는 사회적 장치를 형성하는 것 만으로도 테러 예방효과를 극대화할 수 있다. 치안 당국은 홍보 및 예방활동을 교육부, 국방부, 외교부, 출입국사무소 등의 유관기관과 함께 다양한 대상(학생, 대학생, 현역, 예비역, 민방위, 외국인 등)에 대한 예방활동을 진행할 수 있을 것이다.

형성기(forming)를 거쳐 격동기(storming)로 진입하는 과정에서 있어 대테러 당국은 사회 전반에 걸쳐 테러와 관련된 급진적이고 과격한 이데올로기가 침투할 수 있는 취약 환경을 점검하고, 사회 구성원 모두가 이를 비판적으로 인식할 수 있도록 하는 반급진화 교육 프로그램 등을 통해 급진화 진행을 억제할 수 있다. 아울러, 치안 당국의 사이버 담당 조직을 통해서 온라인 상에 나타나는 테러와 같은 급진적 성격의 콘텐츠에 대한 적극적인 감시와 차단, 이에 대응하는 공익 콘텐츠를 역생산해 유포하는 대응 활동이 필요하다. 이 과정에서 개인의 급진화 의지와 급진화된 개인을 상대로 조직원 포섭을 노리는 테러조직의 시도를 무력화할 수 있다.

그러나 규범기(norming)로 진입해 성과기(performing)에 이르게 되면 급진적 신념에 대한 확신과 테러 목표 추구 지향성은 최고조에 달하게 되어 위와 같은 순수 예방적 차원의 대테러 활동들이 실효성을 거두기는 힘들다. 대테러 당국으로서는 무엇보다 규범기(norming)로 진입해 성과기(performing)를 목전에 두고 있는 위험인물을 조기에 식별하고 추적할 수 있는 역량을 구축해야 한다. 이를 위해서는 테러 급진화를 조장하는 단체나 위험인물에 대한 행동 징후를 포착하고 이들의 실행 의지를 사전에 차단, 억제할 수 있는 대테러 기관 내부의 시스템 구축과 이를 뒷받침할 수 있는 법적, 제도적 장치 마련이 필요하다.

이와 관련해 미국 연방수사국(FBI)에서는 행동위협평가센터(Behavioral Threat Assessment Center, BTAC)라는 전문가 조직을 통해 테러로 이어질 수 있는 특정 개인이나 집단의 행동을 분석하고 위험 수준을 진단해 유관기관에 제공하고 있다.<sup>5)</sup> 이와 함

5) 미국 FBI 사이트 참조,

<https://www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/fbi-behavioral-threat-assessment-center-releases-one-offender-terrorism-report>

계, 미국 내에서 발생하고 있는 테러 사건의 행태를 분석해 대테러 당국과 지역사회 모두가 극단주의자들의 행동 징후를 식별할 수 있는 지표(indicators)를 제시해 주고 있다는 점 역시 특이할 만하다<sup>6)</sup>. 이러한 제도적 장치는 무엇보다 규범기(norming)와 성과기(performing)에도 유효한 대테러 활동의 전략적 기준을 제시해 준다는 점에서 향후 국내 대테러 당국에서도 도입, 운영을 고려해 볼 필요가 있다.

국내에서도 이와 같은 시스템이 효과적인 기능을 하기 위해서는 법적, 제도적으로 해결해야 할 과제가 상존한다. 특히, 테러에 대한 현행 법규정 상 한계와 모호성은 개선되어야 할 가장 큰 문제로 지적할 수 있다. 2016년 제정된 ‘국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법(이하 테러방지법)’에서는 테러를 ‘국가, 지자체의 권한 행사를 방해하거나 공중을 협박할 목적으로 살인, 시설물 폭파 등 위해를 가하는 행위’ 등으로 규정하고 있다<sup>7)</sup>. 이 같은 규정은 동법의 목적 범위에 해당하지 않는 정신 이상, 사적 원한 등에서 비롯된 행위는 일반적으로 테러 범주에서 제외되는 문제점이 있다. 또한, 규범기(norming)에서 성과기(performing)로 진화하는 테러 위험인물들의 행동 양상과 각종 징후들에 대한 대테러 당국의 개입 범위를 제도적으로 축소 규정할 수 있으며, 당국의 예방적 테러 활동에 대한 유인과 의지를 위축시킬 수 있다.

테러리스트 반급진화 예방 전략의 핵심은 형성기(forming)에서 성과기(performing)까지 이르는 급진화의 전 과정을 체계적으로 이해하고, 개인별로 다양하게 나타나는 급진화 변수와 테러와의 상관관계를 지속적으로 추적, 분석하는 것이다. 테러리스트 급진화 진행에 있어 대테러 당국의 개입 시점이 늦어질수록 법적, 제도적 한계와 충돌 가능성이 커지고 결과 발생에 대한 부담과 위험성이 커진다. 이 때문에 대테러 당국은 형성기(forming)와 격동기(storming)에 나타나는 급진화 징후 포착을 위한 정보 수집에 역량을 집중함과 더불어, 규범기(norming)와 성과기(performing)로의 발전을 저지할 수 테러예방적 차원의 반급진화 프로그램을 개발에도 노력을 기울여야 할 것이다.

6) 미국 연방수사국에서는 2019년 국가대테러센터(NCTC), 국토안보부(DHS) 등과 합동으로 테러로 이어질 수 있는 개인의 행동 위험 징후를 수준에 따라 단계별(3단계: 고위험, 중위험, 저위험)로 분류한 총 46개 항목의 극단주의자 식별 지표를 개발해 책자 형태로 공개하고 있다. <NCTC, FBI, DHS, HVE. (2019). Homegrown Violent Extremist Mobilization Indicators, 2019 edition을 참고>

7) 국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법 제2조의 1항~8항. 국가법령정보센터.

<http://www.law.go.kr/lsSc.do?tabMenuId=tab18&section=&eventGubun=060101&query=%ED%85%8C%EB%9F%AC%EB%B0%A9%EC%A7%80%EB%B2%95#undefined>

## 2. 테러조직 발전 저지 전략과의 연계

대테러 기관에서는 조직의 단계별 발전 양상과 그에 영향을 미치는 각종 제반 요인들을 집중적으로 공략한 뒤, 이를 역(逆) 이용하는 전략을 통해 테러조직의 형성과 발전을 저지할 수 있을 것이다. 하지만, 폭력적 반사회적 가치를 지향하는 조직일수록 활동의 밀행성이 강하기 때문에 현실적으로 테러조직의 형성기(forming)를 감지하는 것은 쉬운 일이 아니다.

형성기(forming)에는 조직 구성원 상호 간에 신뢰가 불분명하다. 아울러, 이 시점에 그러한 단체의 활동 가능성을 감지한 대테러 기관으로서도 법집행 활동의 필요성과 시점을 선택함에 있어 불확실성이 매우 높은 상황이다. 이 단계에서는 비밀요원이나 협조자들을 통해 조직의 목적과 구조를 먼저 파악하고, 조직 구성원들의 활동 의지와 조직 몰입도를 역제하고 분산할 수 있는 일종의 교란 작전이 필요하다. 또한, 대테러 당국은 형성기(forming)에 나타나는 조직 구성원들의 가치 혼란과 불확실성을 역이용해 조직의 결집을 지연시키고, 이탈 세력 발생을 유도하는 등의 방법으로 조직 발전을 저지할 수 있다.

한편, 대테러 기관은 조직의 구성원 현황을 파악해 이들 간 유대의 친밀도를 면밀히 분석함으로써 해당 조직의 현 단계를 진단할 수도 있다. 만약 대상 조직이 개인적, 사회적 관계도가 미약한 사람들 간의 조직체로 분석되었다면, 그 조직은 구성원간 의사소통 문제와 상호 간 긴장이라는 격동기(storming) 특유의 조직 갈등 가능성을 내재하고 있을 가능성이 크다. 특히, 성별, 종교, 국적 등 서로 다른 정체성의 개인들이 모인 집단일수록 격동기(storming) 갈등을 경험하고 있을 가능성은 더욱 높다. 예를 들어 조직 내부적으로 성별이나 연령에 따라 폭력성을 표출하는 방식을 두고 이견이 발생할 수 있고, 종교가 다른 사람 간에도 자살테러로 할 것인가, 총격 테러로 할 것인가를 두고 논쟁할 수 있는 것이다.

이 경우 법집행 기관에서는 해당 조직의 리더십과 조직 구성원별 성향 등을 분석해, 조직 내 갈등과 내분 가능성을 예측하고, 이탈 세력을 이용한 조직 외해 전략 방안을 강구해 볼 수 있다. 정보의 수집 방법과 전략에 있어서는 Venkatesh(2008, 2009)의 연구를 참고해볼 수 있다. 직접 갠단조직에 조직원으로 활동하면서 신뢰를 확보하고, 조직

을 관찰 및 분석하는 과정은 치안당국의 잠입수사에 참고해 볼 수 있을 것이다. 잠입수사와 관련한 윤리적 문제(Marx, 1974, 1992)에 대한 고려, 상충적 요인(Ross, 2002)에 대한 고민도 함께 필요하다.

이처럼 형성기(forming)와 격동기(storming)에 있는 조직의 경우 당장의 극단적인 테러 공격을 개시할 가능성 보다는 리더십의 부재, 조직 가치의 모호성, 구성원간 불신, 갈등 등으로 인해 조직의 조기 와해 가능성이 높은 단계이다. 따라서, 대테러 기관 활동은 예방적 차원의 활동 필요성이 가장 강조되는 시기이며, 전략이 효과적으로 적용될 수 있는 시기이다.

그러나 테러위험 인물 개인의 급진화 진행 과정에서 본 것처럼 테러조직도 규범기(norming)와 성과기(performing)에 진입하게 되면 테러 예방적 차원의 접근만으로는 한계가 있다. 이 시기에 테러조직은 조직 형성기(forming)에 나타났던 은밀성이 해소되고, 공식화되며, 상하 위계질서가 구축되는 등 정교화된 방식의 구조적 통제가 이루어지면서 안정화 단계로 접어들게 된다. 형성기(forming)와 격동기(storming)에 나타난 불확실성이 상당 부분 해소되면서 보다 구체적인 대테러 활동 방향성을 도출이 가능하다. 이 시기에는 무엇보다 조직의 쇠퇴와 소멸을 유도할 수 있는 방향으로 대테러 활동이 전개되어야 할 것이다.

규범기(norming)를 거쳐 안정화 단계에 접어든 조직은 조직 성장 과정에서 잠재되어 있던 관리적 문제가 리더십을 둘러싼 조직 구성원 간의 권한 배분 갈등으로 표출될 가능성이 크다. 조직의 발전과정을 통해 조직의 지속가능성을 인식하기 시작한 구성원들은 리더에게 더 많은 권한을 요구하고, 그 과정에서 자신의 권한을 포기하지 않으려는 리더와 구성원 간에 불화와 충돌이 발생할 수 있다. 리더가 가진 권한과 자원, 관리역량 등에 따라서 조직 지배력이 완전하지 않을 수 있다. 조직이론에서 제시된 리더와 리더십 스타일에 대한 연구들(Fortune, 2003; Dmitrieva, gibson, Steinberg, Piquero, & Fagan, 2014; Evans & Sawdon, 2004)을 참고하여, 테러집단에 대한 분석과 판단이 가능할 것이다.

대테러 기관은 이와 같이 구성원 간에 발생하는 조직 통제 권한을 둘러싼 갈등을 조장할 수 있는 메시지와 네러티브를 내부 협조자나 대테러 기관 고유의 기만적 전술을 통해 테러조직 내부에 지속적으로 주입하고, 이에 동요되는 불만 세력을 포섭, 지원함으로써

테러조직의 쇠퇴와 소멸을 유도할 수 있다. 또한, 규범기(norming)에 테러조직을 향한 지속적인 갈등 유도 전략은 향후 조직적 차원의 테러공격 모의나 실행과 같은 테러징후 포착의 결정적 단서가 되는 핵심 조력자 포섭의 기회가 될 수도 있다.

테러조직의 쇠퇴와 소멸은 결국 조직 발전을 견인했던 내·외부적 동력과 인적 자원의 감소를 의미한다고 볼 수 있지만(Daft, 2015), 그와 반대로 테러조직을 뒷받침해 줄 수 있는 에너지만 확보되면 쇠퇴했거나 소멸한 조직도 언제 어디서든 재건될 수 있다는 역설 또한 상존한다. 시리아와 이라크 지역을 거점으로 전세계적으로 활동하던 이슬람 국가 IS나 알 카에다의 세력이 쇠퇴한 듯 보이지만 테러 위협은 여전하고, 최근 들어서는 오랜 기간 현지에서 활동하던 다양한 국적의 외국인 테러전투원들이 각자의 본국으로 귀환하면서 또 다른 안보 위협이 되고 있다(GLOBSEC, 2020). 이들은 다년간의 전쟁 경험을 통해 직·간접적으로 습득한 조직원 모집, 교육, 훈련과 같은 조직 지휘, 운영 역량을 그들의 국가 공동체 내에서 언제든지 발휘할 수 있다. 이에 더해, 정보통신 기술의 발달로 사이버 공간을 통한 전세계 극단주의자들의 연대 또한 강화되면서 앞으로의 우리 사회는 이전과 다른 모습의 테러조직을 목격하게 될지도 모른다. 테러 당국은 이러한 테러 양태의 변화에도 민감하게 대응하고 선제적 대책을 강구해야 할 것이다.

## V. 결론 및 논의

한국은 테러로부터 자유로운 국가가 아니다. 2015년 국제적 테러가 발생하고 위협이 증가하는 시점에서 한국도 IS의 테러위협 대상에 포함되었고, 여러 차례 언론을 통해 위협사실이 공개되었다.<sup>8)</sup> 이러한 상황에서 테러에 대한 연구와 정부의 전략과 대응책 마련은 국가의 안보와 치안 유지를 위해 매우 중요하다. 본 연구는 테러리스트들의 급진화 과정에 대한 이론과 기존의 연구들을 검토하고, 급진화의 전개과정을 조직행동론적 관점에서 재해석하였다. 특히, 집단의 형성과 발전 단계를 설명한 Tuckman의 모델을 통해

8) YTN. 2015년 11월 26일자 기사, “IS, 한국 포함 60개국에 ‘테러 위협’ 경고 ...‘9월 이어 두 번째’”  
<https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&oid=052&aid=0000734705&sid1=001>

테러리스트들의 조직화와 급진화 과정을 저지하고 와해시킬 수 있는 방안을 논의했다는 점에서 차별성과 함의가 있다.

이는 결국 조직의 발전을 지연시키고 저해하는 사회심리학적 요인들을 활용하면 테러 단체의 형성과 급진화를 저지할 수 있는 예방적 차원의 대테러 전략 방안 도출도 가능하다는 결론으로 이어진다. 형성기(forming)에는 개개인들이 급진적인 생각이나 테러단체의 이데올로기 접근하는 사회환경적 요인에 대한 차단과 개선이 필요하다. 아울러, 테러 조직이 형성되는 초기 단계일 경우, 형성기(forming)나 격동기(storming)에 나타나는 조직 구성원 간 갈등과 정체성 대립이라는 내부 긴장요인을 역이용하는 교란 기술로 조직의 발전을 저지할 수 있다. 이처럼 테러조직의 조직화 양상과 급진화 여부를 진단하고 예방적 차원의 대테러 활동 수립의 새로운 대안적 지표로서 조직행동 이론의 유용성을 확인했다는 점은 본 연구가 주는 가장 큰 시사점이라고 할 것이다.

테러가 발생하고 난 이후에 펼쳐지는 국가기관의 활동은 이미 막대한 피해가 발생한 이후에 취해지는 활동이라는 점에서 한계를 가지고 있다. 이 때문에 테러에 대한 체계적이고 종합적인 대응 전략은 무엇보다 테러의 징후를 선제적으로 포착하고 이를 예방하는 활동에 무게를 두어야 한다. 이와 관련해 현재 주요 선진국에서 나타나는 대테러 활동은 ‘대테러 관련 개별법의 제정’, ‘테러의 유형 및 범주의 명확화’, ‘정보 주도형의 국가 대테러 활동 수행’, ‘유관 기관과의 상설 협업 체제 강화’ 등으로 요약되고 있다(박재풍 외, 2016). 아울러, 최근 들어서는 테러의 양상이 예측불허, 복잡, 다변화되면서 주요국에서는 대테러 활동에 있어서 정보기관과 수사기관 간 분리의 원칙이 완화되며 대테러 유관기관과의 상호공조체제가 더욱 강화되고 있는 모습을 보이고 있다(연성진 외, 2016).

2016년 제정된 테러방지법은 테러와 테러단체, 테러위험 인물을 법률적으로 개념화하고 테러 예방 및 대응 활동의 근거가 된다는 점에서 의미가 있다. 그러나 경찰에게 테러 선동·선전물 긴급 삭제 등 요청권(제12조), 외국테러전투원에 대한 출국금지 등 규제 요청권(제13조)을 부여하고 있음에도, 정작 테러 예방과 대응활동의 기본이 되는 테러위험인물에 대한 정보수집권(제9조)은 정보기관인 국가정보원의 권한으로만 규정해 놓은 점은 여전한 문제로 지적되고 있다(강현철, 2017; 백수웅, 2019).

테러에 효과적으로 대응하기 위해서는 선제적이고 체계적인 사전 예방 정보수집과 더

불어 테러 발생 직후 신속히 테러리스트를 검거하고 처벌해 잔존 테러범들의 범행 의지를 약화시킬 수 있는 법집행 기관의 능동적인 수사 활동 또한 중요하다. 이러한 점에서 보면 한국의 대테러 활동에 있어서도 정보기관과 수사기관의 역할을 엄격히 분리하기보다는 유관기관 간 체계적 공조를 통한 협업 시스템이 보다 강화되어야 한다. 이를 위해서는 먼저 테러와 같은 공공의 안전을 저해하는 사회적 무질서를 예방, 진압, 수사하는 실질적 역할 주체인 경찰 등 법집행 기관과 정보기관 모두가 테러의 징후를 예측하고 이를 사전에 와해, 차단, 억제할 수 있는 전략적 차원의 판단 지표가 필요하다.

본 연구가 가진 함의에도 불구하고 한계점도 존재한다. 먼저 Tuckman의 설명처럼 한 조직의 발전과정이 반드시 형성기(forming), 격동기(storming), 규범기(norming), 성과기(performing)라는 순차적인 단계를 거치는 것이 아니기 때문에, 테러리스트들의 조직화, 급진화 양상이 반드시 단계적으로 진행된다고 단정할 수는 없다. 이러한 특성은 대테러 전략을 수립하는 과정에서도 반드시 고려할 필요가 있을 것이다.

아울러, 본 연구와 관련해서 제기될 수 있는 급진화를 테러리스트라는 단일 행위 주체에 국한시켜 2015년 ‘김 군’의 사례만을 제한적으로 분석하였다는 취지의 비판이 가능할 것이다. 하지만, 테러의 개념적 정의가 모호하고 테러리스트와 관련한 실증적 사례가 부족한 국내 현실과 테러의 발생과 집단화 이전의 예방정책에 대한 선제적 연구라는 특성을 고려해야 할 필요가 있을 것이다. 향후 연구에서는 여러 사례들을 종합하여 이론과 예방정책의 정교화를 진행하고자 한다.

본 연구는 테러리스트의 급진화 과정을 조직행동론적 관점에서 이론적으로 검토하고, 각 단계별 특징과 징후를 분류하여 테러예방정책을 형성하는 것에 초점을 두었다. 테러의 주체가 테러조직에서 극단주의에 심취한 개인의 자생테러범으로 변화하는 최근 경향을 분석함에 있어서도 적용이 가능하다. 다만, 국내에서는 이슬람 극단주의 등에서 기인한 자생테러나 현행법상 테러행위로 규정된 구체적 사례가 없었기 때문에 실제 국내 대테러 활동에 있어 Tuckman의 모델을 적용해 살펴본 본 연구의 정책적 대안을 구체화하는 초석이 되는 연구로서 의미가 있다. 향후 국내 테러 연구에서 Tuckman 모델 적용이 보다 정교해지기 위해서는 최근 들어 외국의 자생테러와 유사한 형태 양상을 보이지만 국내에서는 일반 강력범죄의 일환으로 인식되고 있는 개인 단위 사회불만형 범죄자들의 행동 변화 역시 대테러 관점에서 다뤄질 수 있을 것이다. 가령, 김 군’의 사례에 대한

검토는 최근 언택트(untact) 방식의 조직적 온라인 범죄를 테러의 영역으로 확장할 수 있다면 사례의 확장이 가능하다. 저자들은 이에 대한 자료를 수집하여 연구를 진행 중이다.

테러리스트 급진화 양상에 대한 분석과 논의가 상대적으로 부족한 국내 테러 연구에 있어 조직행동론적 분석이라는 새로운 접근법을 제시하였다는 점에서는 의미가 있다. 향후 연구에서는 Tuckman의 이론 뿐만 아니라 조직행동론 전반에서 다루고 있는 다양한 이론과의 비교, 융합 시도가 필요하다. 또한, 대테러 예방활동의 정책형성과 효과에 대한 판단, 그리고 각 단계를 식별할 수 있는 지표의 형성과 조직 상황에 대한 전략적 접근방법 등을 보다 세밀하게 검토하고자 한다. 또한, 각 시기에 존재하는 조직구성원 및 리더의 행태를 지표화하여 변수 간의 관계를 질적·양적으로 분석해서 인과관계를 확인할 수도 있을 것이다.

본 연구가 급진화를 테러리스트라는 단일 행위 주체에 국한시켜 분석하였지만 그동안 일반 형사 사건으로 해석되어 온 개개인의 사회 불만 또는 특정 집단에 대한 증오 등에서 비롯된 반사회적 범죄 행위 역시 급진화 관련 후속 연구에서 테러 못지않게 중요하게 다뤄져야 할 연구주제라고 할 것이다.

## 참고문헌

- 강현철. 2017. “테러방지법 개정방안 연구”, 《한국법제연구원》, 현안분석 2017(1): 42-53.
- 김은영·윤민우. 2018. “무슬림 급진화에 대한 범죄학 이론의 적용가능성 검증 연구”, 《한국경찰학연구》 제17권 제1호, 5-6.
- 김창윤. 2014. “경찰책임자에 대한 경찰비용 상환의 법적 근거 마련에 관한 연구”. 《경남대 산학협력단 범죄안전연구센터》, 84.
- 박재풍·강용길·박원규·박진희. 2016. “경찰의 대테러 관련 법·조직·임무 재정비 방향 연구”. 《경찰청》, 97-150.
- 박철현. 2010. “국내 자생테러 발생가능성에 대한 연구: 이슬람 자생테러를 중심으로”, 《형사정책연구》 제21권 제4호, 71-75.
- 배정완·박진희. 2013. “STEEP 분석을 통한 국내 테러발생 가능성에 대한 연구”. 《한국경찰학회보 제15권 4호
- 백기복. 2014. 《조직행동연구 제6판》, 창민사, 8-11.
- 백수용. 2019. “국민안전과 인권보호를 위한 테러방지법 개선방안 연구”, 《동아법학》, 제83호, 104-124.
- 서정민·김강석·김병호. 2016. “한국 내 폭력적 극단주의 위협의 수준과 위협 요인 분석”. 《한국외국어대학교 아랍연구센터》, 94-98.
- 연성진·승재현·조영오. 2016. “테러 예방 및 대응을 위한 수사의 실효성 및 예측의 효율성 확보 방안”, 《한국형사정책연구원》, 104-114.
- 윤봉한·이상진·임종인. 2015. “국내에서의 ‘외로운 늑대’ 테러리스트 발생 가능성에 관한 연구: IS 가담 ‘김 모’군의 사이버 공간에서의 행적을 중심으로”. 《한국전자거래학회지》 제20권 제4호, 138-139.
- 이형우. 2005. “조직목표 달성요인으로서의 경쟁과 협력의 재조명”, 《한국행정학보》. 제39권 제2호, 90.
- 정유선. 2011. “이슬람 원리주의 테러조직의 급진화와 온건화: 헤즈볼라의 사례를 중심으로”. 《사회과학연구》 제28집 1호, 251-253.

최성진. 2015. “범죄학적 관점에서 바라본 한국의 테러범죄”, 《비교형사법 연구》 제 17권 제4호.

Alec P. Schmid. 2013. Radicalisation, De-Radicalisation, Counter-Radicalisation: A conceptual discussion and literature review, *ICCT Research Paper*.

Borum, R., Fein, R., & Vossekuil, B. 2012. A dimensional approach to analyzing lone offender terrorism. *Aggression and Violent Behavior*, 17. doi:10.1016/j.avb. 2012.04.003.

Bruce W. Tuckman. 1965. Development Sequence in Small Groups, *Psychological Bulletin*, 1965. Vol. 63. No. 6, 384-399.

Daft, Richard L. 2015. Organizational Theory and Design, *Cengage Learning*.

Dmitrieva, J., Gibson, L., Steinberg, L., Piquero, A., & Fagan, J. 2014. Predictors and consequences of gang membership: Comparing gang members, gang leaders, and non - gang affiliated adjudicated youth. *Journal of Research on Adolescence*, 24(2), 220-234.

Dix, G. E. 1974. Undercover Investigations and Police Rulemaking. *Tex. L. Rev.*, 53, 203.

Evans, D. G., & Sawdon, J. 2004. The development of a gang exit strategy: The youth ambassador's leadership and employment project. *Corrections Today*, 66, 78-81.

Fortune, S. H. 2003. Inmate and Prison Gang Leadership. Doctoral Dissertation. *East Tennessee State University*.

GLOBSEC. 2020. European Jihad: Future of the Past? From Criminal to Terrorists and Back, Final Report.

Gordon H. McCormick. 2003. Terrorist Decision Making, Department of Defense Analysis, Naval Postgraduate School, Monterey, California 93943.  
<https://www.researchgate.net/publication/228950602>

Institute for Economic & Peace. 2012. Global Terrorism Index 2012.

- Institute for Economic & Peace. 2017. Global Terrorism Index 2017.
- Karl Roberts. 2015. Social Psychology and the Investigation of Terrorism, *Charles Sturt University, United Kingdom*.  
<https://psycnet.apa.org/record/2015-06876-011>
- LaFree, G., Yang, S. & Crenshaw, M. 2009. Trajectories of Terrorism: An Analysis of Major Groups that have Targeted the United States, 1970 to 2004, *Criminology and Public Policy*.
- Marx, G. T. 1992. Under the covers undercover investigations: Some reflections on the state's use of sex and deception in law enforcement. *Criminal Justice Ethics*, 11(1), 13-24.
- Mitchell D. Silber and Arvin Bhatt. 2007. Radicalization in the West: The Homegrown Threat, *NYPD Intelligence*.
- NCTC, FBI, DHS, HVE. 2019. Homegrown Violent Extremist Mobilization Indicators 2019 edition.
- Organization for Security and Co-operation in Europe. 2014. Preventing Terrorism and Countering Violent Extremism and Radicalization that Lead to Terrorism: A Community-Policing Approach, 19-39.
- Quintan Wiktorowicz. 2004. Joining the Cause: Al-Muhajiroun and Radical Islam. Paper presented at The Roots of Islamic Radicalism Conference, *Yale University*.
- Quintan Wiktorowicz. 2005. Radical Islam Rising: Muslim Extremism in the West, *Rowman & Littlefield Publishers INC*.
- Rainey, H. G. 2009. Understanding and managing public organizations. John Wiley & Sons.
- RAND. 2019. Countering Violent Extremism in Australia and Abroad: A Framework for Characterising CVE Program in Australia, the United States and Europe.
- Robbins, S. P., & Judge, T. A. 2013. Organizational behavior. *Pearson education*

*limited.*

- Ross, J. E. 2002. Trade offs in undercover investigations: A comparative perspective. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 69, No. 3 (Summer, 2002), pp.1501-1541.
- Sageman, Marc. 2004. Understanding Terrorist Networks, *University of Philadelphia Press*.
- Sageman, Marc. 2008. A Strategy for Fighting International Islamist Terrorists, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 618(1), 223-231.
- Seth G. Jones, Martin C Libicki. 2008. How to Terrorist Groups End; Lesson for Countering al Qaida', *RAND Coporation*.
- Simon, H. A. 2013. Administrative behavior. Simon and Schuster.
- Simon, H., & March, J. 2006. Administrative behavior and organizations. *Organizational Behavior 2: Essential theories of process and structure*, 2(41).
- Ted R. Gurr. 1970. Why men Rebel? Princeton, NY: *Princeton University Press*.
- Thoma M. Pick, Anne Speckhard, Beatrice Jacuch. 2009. Home-Grown Terrorism - Understanding and Addressing the Root Causes of Radicalisation Among Groups with an Immigrant Heritage in Europe, Amsterdam, Berlin, IOS Press.
- Tomas Precht. 2007. Home grown terrorism and Islamist radicalisation in Europe, Research report funded by the *Danish Ministry of Justice*.
- Tuckman, B. W. (1965). Developmental sequence in small groups. *Psychological bulletin*, 63(6), 384.
- Tuckman, B. W., & Jensen, M. A. C. (1977). Stages of small-group development revisited. *Group & Organization Studies*, 2(4), 419-427.
- U. S. Department of Justice Federal Bureau of Investigation. 2019. Lone Offender A Study of Lone Offender Terrorism in the United States(1972-2015),

*National Center for the Analysis of Violent Crime.*

Venkatesh, S. A. 2008. Gang leader for a day: A rogue sociologist takes to the streets. Penguin.

Venkatesh, S. A. 2009. Gang Leader for a Day: A Response to the Critics. In Sociological Forum (pp.215-219). *Blackwell Publishing*.

## Analysis of Organizational Behavior Theory and Consideration of Policy Alternatives for Radicalization of Terrorists\*

Lee Dong-hyuck\*\*, Jeong Ji-su\*\*\*

Terrorism by extremists who are deceived by or followed by terrorist organizations' agitation is frequently occurring. Accordingly, we need to research on the antisocial attitudes and belief formation process of individual terrorists. This study is theoretically based on the research on terrorist radicalization, which has focused on the relationship between psychological, social, and environmental variables of individuals, the process of terrorist formation of extreme beliefs. In particular, the possibility of using Tuckman's Team Development Model (TDM) as a theoretical alternative to the analysis of the radicalization process of terrorist organizations and individual terrorists was discussed. Organizational behavior theory can explain and analyze the process of changing attitudes and perceptions of individuals who are oriented towards terrorist organizations and accept their ideology. As a result of the study, we found that organizing and radicalization of terrorists were similar to the mechanism of the TDM. If the characteristics of social and psychological factors that delay and hinder organizational development are used to prevent the formation of terrorist groups and the radicalization of terrorists, they can also be used to establish a terror prevention strategy and policy. This study is significant in that it has conducted a new theoretical analysis on the radicalization of terrorists and suggested policy implications in the process of establishing a terrorist prevention policy.

---

\* This study was funded by a grant from National Research Foundation in Korea (NRF-2019S1A5A8038640, NRF-2017S1A3A2065838)

\*\* Inspector, Foreign Affairs Division, Seoul Metropolitan Police Agency (leevent@hanmail.net)

\*\*\* Corresponding Author. Assistant Professor, Department of Public Administration at Korean National Police University (jisu@police.ac.kr)

❖ key words: Terror, Radicalization, Team Development Theory, Re-radicalization,  
Terror Prevention Policy, Policing Competitiveness



## 공간패널모형을 활용한 절도 및 폭력범죄와 사회구조적 변인 간의 관계 분석

염윤호\*

### 국 | 문 | 요 | 약

본 연구는 X시 Y구의 집계구를 연구의 지역적 분석단위로 설정하고, 2015년~2017년 수집된 공간패널 자료를 활용하여 범죄와 사회구조적 변인 간의 관계를 분석하였다. 사회구조적 관점에서 범죄 현상을 분석한 종래의 연구는 주로 횡단적 혹은 종단적 연구방법을 택일하거나, 두 측면을 동시에 고려할 수 있는 단순 패널 모형을 활용하더라도 자료에 내재한 공간적 종속성 문제를 해결하는 데에 한계가 있다. 이에, 본 연구는 다양한 공간패널모형 중, 종속 및 독립변수에 내재한 시공간적 종속성을 동시에 고려할 수 있는 동적 공간더빈 모형(dynamic spatial Durbin model)을 적용하여, 사회구조적 변인의 절도 및 폭력범죄에 대한 차별적 영향력을 분석하였다. 그 결과, 본 연구는 각 유형의 범죄는 시공간적으로 종속되어 있으나, 시간적 종속성은 동시적으로 존재하는 공간적 종속성의 일부 혹은 전부를 상쇄함을 확인하였다. 이는 특정 시공간에서의 범죄 발생은 인접지역의 공간가중된 영향력보다는 동일 공간에서 시차를 두고 발생한 범죄에 더 많은 영향을 받음을 의미한다. 한편, 본 연구는 외생변수로 측정한 CCTV 밀집도, 주류업소밀집도, 다세대주택 비율이 증가할수록 절도범죄가 감소함을 추정하였고, 인구밀도, 다세대주택 비율이 증가할수록 1인 가구 비율이 감소할수록 폭력범죄가 감소함을 추정하였다. 이러한 결과를 토대로, 절도범죄 다발지역에 CCTV를 집중적으로 설치하는 등 범죄유형 및 사회구조적 특성에 따라 개별화된 경찰활동을 시행할 것을 제안하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.09.30.3.201>

❖ 주제어 : 공간패널모형, 동적 공간더빈 모형, 폭력범죄, 절도범죄, 시간적/공간적 종속성

\* 부산대학교 공공정책학부 조교수

## I. 서론

범죄 현상과 사회구조적 변인 간의 관계에 대한 분석은 다수의 실증연구에 의해 지속적으로 이루어져 왔다. 다수의 선행연구는 범죄 현상과 다양한 지표로 나타나는 범죄의 기회구조 혹은 낙후된 사회환경 간의 관계를 분석하였다. 이러한 관계를 분석하는 데에 개별 연구들은 수집된 자료의 특성에 따라 다양한 연구방법을 활용하였다. 예를 들어, 염운호(2018a)는 폭력범죄에 내재한 공간적 종속성을 확인하고 공간회귀모형을 적용하여 폭력범죄에 대한 주류업소밀집도의 정적 영향력을 추정하였다.<sup>1)</sup> 한편, 윤우석(2010)은 시계열모형을 활용하여 폭력범죄에 대한 실업률의 정적 영향력을 추정하였다.<sup>2)</sup> 이처럼 다수의 선행연구는 범죄 현상과 다양한 변인 간의 관계를 사회구조적 관점에서 분석하였으나, 횡단적 혹은 종단적 연구방법을 택일하여 적용하여 시공간에서 발생하는 범죄 현상의 한 단면에만 초점을 두었다는 한계가 있다(Belotti et al., 2016; Ye·Wu, 2011). 하지만, 범죄의 시공간적 군집 현상을 분석한 연구에 따르면, 범죄 현상은 특정 공간뿐만 아니라, 특정 시간에 종속하여 발생하는 특성을 나타낸다. 특히, 그러한 종속성은 특정 시공간에 독립·한정되는 것이 아니라, 인접한 시공간에 파급(spill-over)된다(염운호·김혁, 2019; 정경석 외, 2010). 따라서 범죄 현상에 내재한 시공간적 종속성의 동시적 존재에 대한 간과는 통계적 오차를 내포하여 추정의 정확성을 저해할 수 있다(Belotti et al., 2016; Lee·Yu, 2010; Ye·Wu, 2011).

이러한 한계를 극복하고자, 본 연구는 범죄 현상에 내재한 시공간적 종속성을 동시적으로 고려할 수 있는 공간패널모형을 적용하여 범죄 현상과 사회구조적 변인 간의 관계를 분석하고자 한다. 공간패널모형은 종래의 ‘단순 패널자료 모형’이 간과한 공간적 종속성을 부가적으로 고려할 수 있는 모형으로, 변인들에 내재한 시공간적 종속성을 동시에 고려하여 통계적 추정의 오차를 줄일 수 있다(Belotti et al., 2016; Lee·Yu, 2010; Ye·Wu, 2011). 특히, 이러한 공간적 종속성의 영향력은 분석하고자 하는 특정 독립변

1) 염운호(2018a), 이대성·이강훈(2009), 정진성(2013), Lipton·Gruenewald(2002) 등의 연구는 횡단적 연구방법을 활용하여 범죄 현상과 사회구조적 변인 간의 관계를 분석한 연구의 예이다.

2) 이수창(2014), 이창근·김의준(2011), 정진화·주하연(2013), 주일엽(2012), Klein et al.(2017) 등의 연구는 종단적 연구방법을 활용하여 범죄 현상과 사회구조적 변인 간의 관계를 분석한 연구의 예이다.

수의 영향력보다 과대추정 될 수도 있으므로, 개인이 아닌 지역을 연구의 분석단위로 설정하는 사회구조적 연구에서 반드시 고려해야 할 요소이다(Morenoff et al., 2001). 국내의 경우, 공간패널 모형을 활용한 연구들은 주로 경제 현상(공준현·김지옥, 2016; 이상호, 2014)이나 농수산물의 생산(김봉태·이성우, 2014; 최성천·백장선, 2016)에 관한 연구로서, 형사정책 분야에 공간패널모형을 적용하여 범죄 현상과 사회구조적 변인 간의 관계를 분석한 연구는 매우 드물다.

이에, 형사정책 분야에 공간패널모형을 적용하기 위한 시도로서, 본 연구는 국내 X시 Y구를 연구대상 지역으로 설정하고 집계구를 지역적 분석단위로 설정하였다. 이후, 연구대상 지역에서 3년간(2015년~2017년)<sup>3)</sup> 발생한 범죄 및 동일기간 수집된 집계구 단위의 인구사회학적 특성을 토대로 공간패널 자료를 구축하고 공간패널모형을 적용하였다. 특히, Belotti와 그의 동료들(2016)의 연구와 유사하게, 본 연구는 구축된 동일 자료에 대해 다양한 유형의 공간패널모형을 적용하고 도출된 결과를 비교하였다. 또한, 종속변수인 범죄를 절도와 폭력범죄로 구분하고 사회구조적 변인들의 범죄유형에 따른 차별적 영향력을 분석하였다. 한편, 그러한 분석과정에서 본 연구는 범죄와 사회구조적 변인 간의 관계를 일상활동이론의 관점에서 분석하였다.

## II. 이론적 논의 및 선행연구

일상활동이론(routine activity theory)은 여타의 범죄이론과 달리, 범죄 현상은 지역 사회의 낙후된 특성이나 개인의 특성에 기인하는 것이 아니라, 일상활동의 변화 등과 같이 피해자와 피해자를 둘러싼 범죄의 기회구조와 그와 관련된 환경 및 조건에 기인하는 것이라고 설명한다. Cohen과 Felson(1979)은 그러한 범죄 발생의 개연성을 높일 수 있는 조건 및 환경으로서 세 요소를 제시하였는데, 이들은 ‘동기화된 범죄자’, ‘적절한 피해자’, 그리고 ‘역량 있는 감시자의 부존’이다. 이러한 세 요소의 동시적 존재가 반드시 범죄로 이어지는 것은 아니나, 가사·여가·직업·소비 활동 등을 포함하는 다양한 ‘일상

3) 연구 기간을 3년으로 한정된 것은 집계구 단위의 인구사회학적 통계자료 및 범죄자료의 가용성에 기인한다.

활동'의 변화와 그 특성은 세 요소와 상호작용하며 범죄 발생의 개연성을 높인다(Cullen·Agnew, 2011). 예를 들어, 현대 사회에 증가하고 있는 야외에서의 여가 및 소비활동은 해당 가정이 그러한 일상활동을 영위하는 시간 동안 빈집으로 남겨져, 침입 절도의 대상이 될 수 있는 개연성을 높일 수 있다.

이러한 일상활동이론의 기본적 설명은 범죄율의 지리적 분포의 차이, 인구특성에 따른 범죄 피해율의 차이 등을 설명하는 데에 유용한 근거로 제시되기도 한다(Cullen·Agnew, 2011). 그러한 이유는 개별 지역에서 발생하는 일상활동 유형의 차이는 근본적으로 해당 지역의 사회구조적 특성에 영향을 받으며, 그러한 사회구조적 특성은 해당 지역의 지리적 특성이나 환경에 상당한 영향을 받기 때문이다. 예를 들어, 도시와 농어촌의 지리적 환경에 기인하는 일상활동의 차이는 해당 지역의 주민이 노출되는 범죄의 유형과 빈도에 영향을 미칠 수 있다(Spano·Nagy, 2005). 지리적 환경에 기인하여 차별적으로 나타나는 일상활동의 상이성에도 불구하고, 일상활동이론은 이러한 일상활동의 변화만이 범죄 발생의 개연성을 변화시키는 요소라고 설명하지는 않는다. 앞서 살펴본 바와 같이, 일상활동이론은 그러한 환경 내에 존재하는 동기화된 범죄자, 적절한 피해자, 및 역량 있는 감시자의 부존이라는 요소들이 시공간적으로 수렴할 때, 범죄 발생의 개연성은 더욱 높아진다고 설명한다. 이러한 핵심 요소들의 시공간적 수렴은 그러한 요소들의 단순한 피상적 연결을 의미하는 것이 아니라, 노출·근접성·피해자의 유인성·감시 여부로 평가되는 하위 세부 요소들의 동시적 존재와 연관된다(Cohen et al., 1981).

Cohen과 그의 동료들(1981)에 따르면, '노출'은 특정 시간 및 공간에서 동기화된 범죄자가 인지하는 피해자나 피해물에 대한 물리적 가시성이나 접근성을 의미하며, '근접성'은 동기화된 범죄자와 피해자의 거주지역 간의 물리적 거리를 의미한다. 또한, '유인성'은 동기화된 범죄자가 인식하는 적절한 피해자로부터 기대되는 물질적·상징적 보상 혹은 피해자의 저항 강도를 의미하며, '감시'는 범죄를 예방할 수 있는 도구나 사람의 효과성을 의미한다. 이러한 네 가지 세부 요소들은 현실에서 다양한 형태로 나타날 수 있으나, 이러한 세부 요소들이 나타나는 환경을 잠재적 범죄자가 범죄 실행에 유리한 것으로 주관적으로 인식하는 경우, 범죄 발생의 개연성은 높아진다. 예를 들어, 아동 성범죄는 "i) 잠재적 아동성범죄자에 의해 예측되는 저항력의 정도가 낮은 아동이 ii) 잠재적 성범죄자와 일상활동이 시간적·공간적으로 수렴할 수 있는 인접한 거리 내에 iii) 노출되

어 존재하고, iv) 아동을 지키는 보호자(부모나 교사)가 없는 경우”에 발생할 개연성이 높다(염윤희, 2018b, p.83). 이처럼, 범죄는 잠재적 피해자가 인식하는 상황적 요소들이 일치하는 사공간적 지점에서 발생하는 조건적 성격을 갖기 때문에, 이러한 요소 중 전체 혹은 일부를 제거하여 범죄 발생을 억제할 수 있다.

이러한 일상활동이론을 토대로, 국내외 다수의 실증연구는 범죄와 범죄유발요인으로서의 사회구조적 특성 간의 관계를 분석하였다. 사회구조적 관점에서 이루어진 대다수의 연구는 동기화된 범죄자, 적절한 피해자, 그리고 역량 있는 감시자의 부재라는 범죄유발요인을 직접 측정하지 아니하고, 이러한 개념을 포섭하는 사회·경제적 지표를 대리변수(proxy variable)로 측정하였다. 예를 들어, Gruenewald(2007)는 동기화된 범죄자와 적절한 피해자에 대한 대리변수로서 주류업소밀집도를 제시하고 이를 연구에 활용하였다.<sup>4)</sup> Gruenewald(2007)에 따르면, 높은 주류업소밀집도 그 자체가 범죄 발생의 직접적 원인은 아니나, 높은 주류업소밀집도에 의해 증가한 유동인구는 범죄 발생과 유의미한 정적 관계를 나타냄을 추정하였다. 이러한 결과는 Mustaine과 Tewksbury(2009)의 일상활동이론의 관점에서 주류업소에 의해 유입된 유동인구는 음주 상태로 이르게 될 개연성이 높아 단순한 유동인구로 존재하는 것이 아니라, 잠재적 성범죄자 혹은 피해자로 변화할 수 있다는 설명으로 이해될 수 있다. 특히, Mustaine과 Tewksbury(2009)는 음주 상태는 잠재적 성범죄자를 동기화된 성범죄자로 격상시킬 수 있는 상황적 조건이 될 수 있음을 강조하였다. 국내외 다수의 연구는 성범죄뿐만 아니라, 폭력범죄<sup>5)</sup> 및 강도<sup>6)</sup> 등과 같은 범죄 현상을 일상활동이론의 관점에서 분석함에 있어, 잠재적 범죄자와 피해자의 단순한 유입뿐만 아니라 범죄자의 동기 혹은 피해자의 유인성을 높일 수 있는 변인으로서 주류업소의 기능을 전제하였다.

한편, 일상활동이론의 역량 있는 감시자 요소를 대리변수로 측정하기 위해 다수의 연구는 측정 가능한 사회구조적 변인들을 활용하였다. 국내외 연구들은 주로 경찰 인력<sup>7)</sup>,

4) 범죄에 대한 주류업소밀집도의 영향력은 사회해체이론의 관점에서도 설명 가능한데, 사회해체이론에 따르면 주류업소가 밀집한 지역은 이미 낙후된 사회환경이 존재하던 곳으로, 주류업소는 그러한 사회환경과 범죄 현상을 매개한다(Gruenewald, 2007).

5) 예를 들어, 염윤희(2018a)는 국내 특정 행정구를 대상으로 분석한 결과, 주류업소밀집도는 폭력범죄와 유의미한 정적 관계가 있을 뿐만 아니라, 그러한 관계는 공간적으로 종속되어 있음을 추정하였다.

6) 예를 들어, Smith와 그의 동료들(2000)은 미국 남동부 지역의 도시들을 대상으로 분석한 결과, 주점 및 음식점 밀집도는 노상강도와 유의미한 정적 관계가 있음을 추정하였다.

경찰 활동<sup>8)</sup>, 가로등<sup>9)</sup>, CCTV 등과 같이 범죄 발생을 예방할 수 있는 사람이나 물체를 대리변수로 활용하였다. 이러한 변인 중, 다수의 국내외 연구는 CCTV를 역량 있는 감시자에 대한 대리변수로 측정하고 그 영향력을 분석하고자 하였다. 예를 들어, Welsh와 Farrington(2009)은 영국·미국 등에서 이루어진 44개의 실증연구에 대해 메타분석을 시행하여 CCTV의 범죄예방효과를 분석하였다. 그 결과, CCTV 설치지역은 미설치지역보다 일반적으로 범죄 발생이 약 16% 감소함을 추정하였다. 이러한 효과는 범죄유형, 설치장소, 다른 범죄예방정책의 유무에 따라 차별적으로 나타남을 확인하였다. 한편, Welsh와 Farrington(2009)의 연구와 유사하게, 다수의 국내외 연구는 범죄유형에 따른 CCTV의 범죄예방효과는 연구방법에 따라 혼재된 영향력을 추정하였다(박은형·정지수, 2014; 염윤희, 2019). 이러한 상이한 연구 결과에도 불구하고, 다수의 실증연구는 CCTV를 감시자에 대한 대리변수로서 가정하고 범죄에 대한 영향력을 지속적으로 분석하였다.

살펴본 바와 같이, 일상활동이론에 바탕을 둔 다수의 선행연구는 주로 범죄유발요인을 간접적으로 측정할 수 있는 주류업소밀집도 및 CCTV 등과 같은 지표를 대리변수를 활용하여, 범죄와 그러한 변수 간의 관계를 분석하였다. 하지만 이러한 연구들은 범죄 현상에 내재한 시공간적 종속성의 동시적 존재를 고려하지 않고, 단순히 횡단적 혹은 종단적 연구방법을 활용하여 통계적 추론의 정확성을 저해할 가능성을 내포하고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이, 일상활동이론에서 범죄 발생의 부대적 환경 및 조건으로 전제하는 일상활동의 변화는 활동 인구가 존재하는 지역사회의 사회구조적 특성에 영향을 받으며 그러한 사회구조적 특성은 해당 지역의 지리적 특성이나 환경에 영향을 받기 때문에 (Spano·Nagy, 2005), 그러한 지역적·공간적 차이를 고려할 필요성 또한 존재한다. 이에, 본 연구는 이러한 이론적 토대와 선행연구를 바탕으로 범죄와 다양한 사회구조적 변인 간의 관계를 일상활동이론의 관점에서, 범죄의 시공간적 종속성을 동시에 고려할 수

7) 예를 들어, Kleck과 그의 동료들(2005)은 미국 54개 주를 대상으로 시행한 연구에서 경찰 인력의 증감은 개별 범죄자의 체포 위험성에 대한 인식에 영향을 주지 못하였으나, 사회구조적 관점에서 경찰 인력의 증감은 범죄율과 부정 관계를 나타냄을 추정하였다. 반면, Kleck·Barnes(2014)는 동일한 표본을 활용한 연구에서 경찰 인력의 증감과 범죄율의 유의미한 관계를 추정하지 못하였다.

8) 예를 들어, Sorg와 그의 동료들(2013)은 핫스팟 지역에 대한 도보순찰의 증가는 폭력범죄에 대해 예방효과가 있음을 추정하였다.

9) 예를 들어, Painter와 Farrington(1999)은 영국 Stoke시에 개선된 가로등을 실험지역에 설치한 결과, 실험지역의 범죄 발생이 통제지역보다 유의미하게 감소함을 추정하였다.

있는 공간패널모형을 적용하여 분석하고자 한다. 특히, 그러한 과정에서 선행연구와 유사하게, 동기화된 범죄자와 적절한 피해자에 대한 대리변수로서 주류업소밀집도를, 역량 있는 감시자에 대한 대리변수로서 CCTV를 변수로 측정하고 이러한 변수들의 범죄에 대한 영향력을 분석하고자 한다(Gruenewald, 2007; Mustaine·Tewksbury, 2009; Welsh·Farrington, 2009).

### Ⅲ. 연구방법

#### 1. 연구자료

본 연구는 X시 Y구를 연구대상 지역으로 설정하고, 집계구를 연구의 지역적 분석단위로 설정하였다. 집계구는 통계청에서 제시하는 최소의 통계 지역 단위로서, 사회경제적 동질성 및 지리적 형상 등을 고려하여 최소인구 300명, 최대인구 1,000명으로 설정된 지역 단위이다. Y구는 2017년 기준 총 976개의 집계구로 구획되어 있음이 확인된다.

공간패널 자료 구축을 위해, 본 연구는 Y구의 집계구별/연도별 범죄통계자료, CCTV 자료, 주류업소자료, 그리고 인구통계자료를 수집하였다. 먼저, Y구를 관할하는 Y경찰서의 2015년~2017년 5대 범죄(살인, 강도, 성폭력, 절도, 폭력) 통계자료를 토대로, 절도 및 폭력범죄를 추출하였다.<sup>10)</sup> 절도범죄는 절도, 야간주거침입절도, 상습절도 등(횡령 및 사기 제외)으로 정의되며, 이러한 정의에 따라 2015년 2,843건, 2016년 2,080건, 2017년 2,199건의 절도범죄를 추출하였다. 폭력범죄는 폭행, 특수폭행, 상해, 협박 등으로 정의되며, 이러한 정의에 따라 2015년 3,678건, 2016년 3,652건, 2017년 3,590건의 폭력범죄를 추출하였다. 추출된 범죄자료에는 개별범죄의 발생 주소가 기재되어 있다.<sup>11)</sup>

한편, CCTV자료는 공공데이터포털(<https://www.data.go.kr/>)에서 열람 가능한 Y구의 CCTV 설치현황자료를 활용하였다. CCTV 설치현황자료를 토대로 본 연구는 2015

10) 해당 통계자료는 저자가 경찰대학 치안정책연구소에서 연구관으로 재직 시 연구과제 수행을 위해 해당 경찰서로부터 수집한 자료로서, 본 연구 수행 목적에 필요한 범죄유형 및 범죄발생지 주소 정보만을 활용하여 최종 연구자료로 구축하였다.

11) 해당 범죄들의 야외 혹은 실내 발생 여부에 대해서는 별도로 구분하지 않았다.

년~2017년 Y구에 설치된 CCTV 자료를 추출하였다. 연도별 CCTV 설치현황을 살펴 보면, 2015년 247개소 653대, 2016년 189개소 760대, 2017년 112개소 349대, 3년간 총 1,762대가 설치된 것으로 확인된다. 추출된 CCTV 자료에는 개별 CCTV의 설치 주소가 기재되어 있다. 한편, 공공데이터포털에서 열람 가능한 Y구의 식품위생업소자료를 활용하여 주류업소를 추출하였다. 본 연구는 주류제공이 주목적인 ‘단란주점’ 및 ‘유흥주점’ 등의 업소를 ‘주류업소’로 정의하고, 2015년~2017년에 운영 중인 주류업소를 각각 1,263개, 1,395개, 1,621개 추출하였다. 추출된 주류업소 자료에는 개별업소의 소재지 주소가 기재되어 있다. 마지막으로 국가통계포털(<https://kosis.kr/index/index.do>)에서 신청·열람 가능한 2015년~2017년 집계구별 인구통계자료를 활용하여 Y구의 연도별 인구, 가구, 주택의 특성에 관한 통계 항목을 추출하였다. 해당 인구통계자료에는 집계구 코드가 기재되어 있다.

이후, 수집된 자료들을 하나의 자료로 통합하기 위해 GIS 자료로 변환하였다. 먼저, ‘좌표부여(geocoding)’ 기법을 활용하여 연도별 절도 및 폭력범죄, CCTV, 주류업소 자료에 기재된 주소지를 X/Y축으로 표시된 좌표로 변환하였다. 이후, QGIS 프로그램을 활용하여 변환된 GIS 자료를 Y구의 집계구 경계지도에 점으로 현출하였다. 점으로 현출된 자료들은 ‘위치기반 변수결합(join attributes by location)’ 기능을 활용하여 Y구의 집계구 경계지도와 결합하여, 집계구별/연도별 절도 및 폭력범죄, CCTV, 주류업소의 개수를 산출하였다. 마지막으로 결합한 집계구 경계지도와 인구통계자료 상의 집계구 코드를 토대로, ‘벡터결합(add vector join)’ 기능을 활용하여 수집된 모든 자료를 집계구별/연도별로 통합하였다.

## 2. 측정방법

### 가. 종속변수

각 집계구별로 산출된 2015년~2017년 절도 및 폭력범죄의 건수를 직접 활용하지 않고 각 집계구별 등록인구를 활용하여, 연도별 인구 1천 명당 범죄 건수를 종속변수로 각각 측정하였다. 즉, 2015년, 2016년, 2017년 인구 1천 명당 ‘절도범죄’를 하나의 종속변수로, 동일한 기간에 발생한 인구 1천 명당 ‘폭력범죄’를 다른 종속변수로 설정하

였다.

## 나. 독립변수

종속변수와 유사하게 각 집계구별로 산출된 2015년~2017년 주류업소 및 CCTV 수를 직접 활용하지 않고 각 집계구별 등록인구를 활용하여, 연도별 인구 1천 명당 주류업소 및 CCTV 수를 독립변수로 각각 측정하였다. 즉, 2015년, 2016년, 2017년 인구 1천 명당 주류업소 수를 연도별 ‘주류업소밀집도’로 설정하였고, 동일한 기간에 설치된 인구 1천 명당 CCTV 수를 연도별 ‘CCTV 밀집도’로 설정하였다.

## 다. 통제변수

통제변수는 각 집계구별 인구사회학적 특성으로, 인구밀도, 1인 가구 비율, 15~34세 남성 비율, 다세대주택 비율, 총 네 가지 변수를 설정하였다. 인구밀도는 각 집계구별 1km<sup>2</sup> 당 등록인구 1,000명의 수(1,000명/km<sup>2</sup>), 1인 가구 비율은 각 집계구의 총세대 가구에서 1인 가구가 차지 비율(%), 15~34세 남성 인구 비율은 각 집계구의 총인구에서 해당 인구가 차지하는 비율(%), 다세대주택 비율은 각 집계구의 총 주택 유형에서 다세대주택이 차지하는 비율(%)로 측정하였다. 이러한 변수들은 다수의 선행연구에서 범죄에 영향을 줄 수 있는 변수들로 고려되었다. 특히, 사회해체이론을 토대로 범죄와 사회구조적 변인 간의 관계를 분석한 선행연구들은 인구밀도, 남성 인구, 외국인 비율, 다세대주택, 1인 가구 등과 같이 공동체의 유대관계 혹은 낙후된 사회환경을 나타낼 수 있는 지표들을 범죄유발요인으로 고려하였다(박은형·정지수, 2014; 염윤희, 2018a).

## 3. 분석방법

### 가. 공간패널모형(spatial panel data model)

범죄와 같이 특정 시공간에 발생하는 사회현상은 독립적으로 발생하는 것이 아니라, 인접한 시공간에서 발생하는 동일현상 그 자체 혹은 원인이 되는 사회구조적 변인과 상호작용한다(Tobler, 1970). 이에, 다수의 연구는 다양한 사회현상에 내재한 시공간적 종

속성의 존재를 확인하고 공간회귀모형이나 시계열모형을 적용하여 그러한 종속성의 영향력을 분석에 반영하였다. 하지만, 종래의 연구들은 횡단적 혹은 종단적 연구방법을 택 일하여 적용하거나 공간패널 자료에 대해 단순 패널자료 모형을 적용하여, 모형에 내재한 시공간적 종속성의 동시적 존재를 고려하지 못하였다는 한계가 있다. 특히, 이러한 종속성의 영향력은 독립변수의 영향력보다 과대 추정될 수 있으므로 이를 간과하는 모형은 통계적 정확성을 위협하는 오차를 내포할 수 있다(Morenoff et al., 2001). 따라서, 시공간적 종속성의 동시적 존재를 반영할 수 있는 공간패널모형을 적용하여 설명력과 적합도가 높은 결과를 도출할 수 있다.

공간패널모형은 공간적 종속성이 내재한 변인에 따라 다양한 유형으로 분류된다. 이는 ‘단순(횡단적) 공간회귀모형’의 유형과 유사한 것으로, 공간적 종속성이 종속변수, 독립변수, 혹은 오차에 단독 혹은 복합적으로 내재할 수 있음을 전제한다(Belotti et al., 2016; Elhorst, 2014). 반면, 시간적 종속성은 시계열분석 모형과 유사하게 변수들에 내재한 시차(time lag)로써 모형에 반영되며, 시차의 유무에 따라 공간패널모형은 동적(dynamic) 혹은 정적(static) 모형으로 분류된다(Belotti et al., 2016). 공간패널모형에서 시간적 종속성은 단독으로 고려될 수도 있으나, 주로 앞서 살펴본 공간적 종속성에 의한 유형과 결합하여 해당 유형을 세분화한다.<sup>12)</sup> 본 연구는 공간적 종속성의 존재만을 고려하는 4개의 정적 공간패널모형 및 시간적 종속성을 부가적으로 고려하는 2개의 동적 공간패널모형, 총 6개의 모형을 동일 공간패널 자료에 적용하고 그 결과를 비교하고자 한다.<sup>13)</sup> 이러한 모형들은 통계프로그램인 stata의 ‘xsmle’ 명령어를 활용하여 분석하였다.

#### 1) 공간자기회귀(spatial auto-regressive, SAR) 모형

SAR 모형은 공간적 종속성이 종속변수에 내재함을 전제하고, 이를 공간자기회귀변수( $\rho$ )를 통하여 모형에 반영한다. 즉, 특정시점( $t$ ) 및 특정지역( $i$ )의 종속변수의 관측값

12) 공간적 종속성에 대한 고려 없이 시간적 종속성만을 고려한 공간패널모형은 단순 패널자료 모형과 동일하여 분류의 실익은 없다.

13) 6개의 모형 중, 아래의 SAR, SDM, SEM, SAC 모형은 정적 모형이며, 동적 SAR 및 동적 SDM 모형은 동적 모형이다.

( $Y_{it}$ )은 동일시점의 인접지역의 관측값( $Y_{jt}$ )에 의해 영향을 받으며, 이러한 영향력은 공간가중치와 결합하여 일종의 독립변수로서 모형에 반영된다. SAR 모형의 수식은 다음과 같다.

$$Y_{it} = \rho \sum_{j=1}^N w_{ij} Y_{jt} + X_{it}\beta + \mu_i + \epsilon_{it} \quad (1)$$

위 수식에서  $\rho$ 는 공간자기회귀계수로서 특정지역의 관측값( $Y_{it}$ )이 인접지역의 관측값( $Y_{jt}$ )들의 공간가중된 평균값에 의해 설명되는 정도를 나타내며,  $\mu_i$ 는 특정지역(i)의 고정된 영향(fixed effect)이지만 관측되지 않은 변수들에 의한 오차를,  $\epsilon_{it}$ 는 동질적이고 독립적인 오차를 나타낸다.  $w_{ij}$ 는 공간가중치로서, 인접성·거리·사회경제적 유사성 등에 의해 정의될 수 있는데(이석환, 2014), 본 연구는 인접성을 기반으로 이분 공간가중행렬(binary spatial weight matrix)로서 가중치를 부여하고자 한다. 즉, 공간적 인접성 여부에 따라, 인접하면 '1', 인접하지 않으면 '0'의 가중치를 부여하고자 한다. 이러한 가중치는 이후의 모든 모형에서 동일하게 부여된다.

## 2) 공간더빈 모형(spatial Durbin model, SDM)

공간더빈 모형은 공간적 종속성이 종속변수뿐만 아니라, 독립변수에 내재함을 전제하고 이를 모형에 반영한다. 공간더빈 모형의 수식은 다음과 같다.

$$Y_{it} = \rho \sum_{j=1}^N w_{ij} Y_{jt} + X_{it}\beta + \theta \sum_{j=1}^N w_{ij} Z_{jt} + \mu_i + \epsilon_{it} \quad (2)$$

위 수식에서 종속변수 내재한 공간적 종속성은 SAR 모형과 동일한 방법으로 공간자기회귀계수( $\rho$ )에 의해 반영되며, 독립변수에 내재한 공간적 종속성은  $\theta$ 계수에 의해 반영된다.  $\theta$ 계수는 특정 독립변수의 공간가중된 평균값이 종속변수( $Y_{it}$ )를 설명하는 정도를 나타내며, 이는 공간가중되지 않은 독립변수의 영향력( $\beta$ )과는 구별된다.

### 3) 공간오차 모형(spatial error model, SEM)

SEM 모형은 공간적 종속성이 오차에 내재함을 전제하고, 이를 공간자기회귀계수( $\lambda$ )를 통하여 모형에 반영한다. SEM 모형의 수식은 다음과 같다.

$$Y_{it} = X_{it}\beta + \mu_i + \phi_{it}, \text{ when } \phi_{it} = \lambda \sum_{j=1}^N w_{ij}\phi_{it} + \epsilon_{it} \quad (3)$$

위 수식에서  $\phi_{it}$ 는 공간적 종속성을 갖는 오차항을 의미하며,  $\lambda$ 는 오차의 공간자기회귀계수를 의미한다. SEM 모형은 특정변수의 종속변수에 대한 영향력을 분석하는 것이 아니라, 확인된 공간적 종속성이 결측 혹은 누락변수에 의한 오차( $\phi_{it}$ )에 내재함을 가정하고, 이를 통제하여 추정의 오차를 감소시킬 수 있는 모형이다. 이때의 오차  $\phi_{it}$ 는 특정 지역(i)의 고정된 영향(fixed effect)에 의한 오차  $\mu_i$ 와 구별된다.

### 4) 공간자기상관(spatial auto-correlation, SAC) 모형

SAC 모형은 공간적 종속성이 종속변수 및 오차에 내재함을 전제하고, 이를 앞서 살펴본 두 유형의 공간자기회귀계수인  $\rho$  및  $\lambda$ 를 통하여 모형에 반영한다. SAC 모형의 수식은 다음과 같다.

$$Y_{it} = \rho \sum_{j=1}^N w_{ij} Y_{jt} + X_{it}\beta + \mu_i + \phi_{it}, \text{ when } \phi_{it} = \lambda \sum_{j=1}^N w_{ij}\phi_{it} + \epsilon_{it} \quad (4)$$

### 5) 동적 혹은 정적 모형

앞서 살펴본 4개의 공간패널모형은 정적 모형으로, 시계열분석 모형에서 전제하는 시간적 종속성을 반영할 수 없는 한계가 있다. 공간패널모형에서 시간적 종속성은 종속변수 및 독립변수 모두에 존재 가능하며(Elhorst, 2014), 이는 시차를 통하여 모형에 반영된다. 본 연구에서는 시간적 종속성이 종속변수에만 내재한다고 가정하고 SAR 모형 및 SDM 모형에 대해서만 시간적 종속성을 부가하여 ‘동적 공간자기회귀 모형’ 및 ‘동적

공간터빈 모형'을 적용하고자 한다.<sup>14)</sup> 종속변수에 대한 시차는 다음과 같은 수식으로 반영된다.

$$\tau Y_{i(t-1)} + \psi \sum_{j=1}^N w_{ij} Y_{j(t-1)} \quad (5)$$

위 수식은 종속변수의 관측값( $Y_{it}$ )이 t-1시점의 종속변수의 관측값( $Y_{i(t-1)}$ )뿐만 아니라, t-1시점의 인접지역의 관측값( $Y_{j(t-1)}$ )들의 공간가중된 평균값에 영향받음을 나타낸다. 두 항은 정적 공간패널모형의 t시점의 종속변수의 공간적 종속성( $\rho \sum_{j=1}^N w_{ij} Y_{jt}$ )을 대체하는 것이 아니라, 추가되어 병렬적으로 존재한다. 예를 들어, 공간터빈 모형에 시간적 종속성을 결합한 동적 공간터빈 모형의 수식은 다음과 같다.

$$Y_{it} = \tau Y_{i(t-1)} + \psi \sum_{j=1}^N w_{ij} Y_{j(t-1)} + \rho \sum_{j=1}^N w_{ij} Y_{jt} + X_{it}\beta + \theta \sum_{j=1}^N w_{ij} Z_{jt} + \mu_i + \epsilon_{it} \quad (6)$$

위 수식은 공간터빈 모형의 수식(2)와 시간적 종속성의 수식(5)를 결합한 것으로서, 동적 공간터빈 모형은 종속변수의 시간적( $\tau Y_{i(t-1)} + \psi \sum_{j=1}^N w_{ij} Y_{j(t-1)}$ )·공간적( $\rho \sum_{j=1}^N w_{ij} Y_{jt}$ ) 종속성의 동시적 존재뿐만 아니라, 독립변수의 공간가중된 효과( $\theta \sum_{j=1}^N w_{ij} Z_{jt}$ )를 반영하여 여타의 공간패널모형보다 설명력이 높은 결과를 도출할 수 있다.

## 나. 분석모형의 선택 및 적합도 검정

공간패널모형을 포함하는 패널자료 모형은 특정지역(i)의 관측되지 않은 변수들에 의한 오차( $\mu_i$ )를 분석하는 방법에 따라 고정효과모형(fixed effects model)과 확률효과모

14) 본 연구에서 이 두 모형에 대해서만 시간적 종속성을 고려하는 이유는 본 연구가 활용하는 통계프로그램 Stata의 'xsmle' 명령어가 제공하는 기능에 의해 한정되는 것이지, 이론적 한계에 의해 한정되는 것은 아니다.

형(random effects model)으로 구분된다. 고정효과모형은 관측되지 않은 변수들에 의한 오차를 하나의 고정모수(fixed parameter)로 가정하며 관측된 여타 변수들과의 상관성의 존재 가능성을 전제한다. 반면, 확률효과모형은 관측되지 않은 변수들에 의한 오차는 특정 확률분포를 따르는 확률변수로 가정하며 관측된 여타 변수들과의 독립성을 전제한다. 패널자료 모형을 적용하는 실증연구에서 두 모형에 대한 선택적 적용은 일반적으로 Hausman 검정을 통해 이루어진다(Allison, 2009). Hausman 검정의 영가설은 확률효과모형에 의해 추정된 회귀계수가 고정효과모형에 의한 회귀계수와 동일하다는 것으로, 검정의 결과가 통계적으로 유의미하면 영가설을 기각하고 고정효과모형을 적용한다.<sup>15)</sup> 이러한 Hausman 검정은 공간패널모형에도 동일하게 적용한다(Belotti et al., 2016).

한편, Hausman 검정을 통하여 확정되고 도출된 각 모형 간의 적합도를 비교하기 위해, 각 모형에 대해 우도 비율 검정(likelihood ratio test)을 산출하고 교차 비교하여 최적의 모형을 도출하고자 한다(Belotti et al., 2016; Lesage·Pace, 2009). Lesage와 Pace(2009)는 최대우도추정법(maximum likelihood estimation)에 기초한 공간회귀모형인 SAR, SDM, SEM, SAC 모형 간의 비교는 SDM 모형을 기본 모형으로 설정할 것을 제안하였는데, 이는 SDM 모형이 개념적으로 SAR 및 SEM 모형(SAC 모형 제외)을 포섭하기(nested) 때문이다. 따라서, Lesage와 Pace(2009) 및 Belotti와 그의 동료들(2016)은 SDM 모형과 SAR 및 SEM 모형 간의 비교는 우도 비율 검정을 통하여, SDM 모형에 포섭되지 않는(non-nested) SAC 모형은 Akaike information criterion(AIC) 통계량을 통하여 적합도를 비교할 것을 제안하였다.

15) 동적 SAR 모형, 동적 SDM 모형, SAC 모형에 대해서는 Hausman 검정을 시행하지 않고, 고정효과모형을 적용한다(Belotti et al., 2016).

## IV. 분석결과

### 1. 기술통계분석

본 연구는 2016년 자료를 기준으로 표본의 일반적 특성을 변수의 최댓값, 최솟값, 평균, 표준편차로 나타내는 기술통계분석을 시행하였다. 또한, 종속변수 및 독립변수에 내재한 공간적 종속성을 Moran's I 통계량<sup>16)</sup>을 통하여 확인하였다. <표 1>과 같이, 대부분의 변수는 공간적으로 종속되어 있음이 확인되는데, 이는 한 집계구 내에서 특정변수가 1단위 증가하게 되면, 인접 집계구의 동일변수가 도출된 Moran's I 통계량만큼 증가함을 의미한다. 예를 들어, 특정 집계구 내의 절도범죄가 1건 증가하게 되면, 인접 집계구의 절도범죄는 0.265건 증가함을 의미한다. 이러한 변수들에 내재한 공간적 종속성은 공간패널모형 적용의 기본전제를 충족함을 의미한다.

<표 1> 2016년 기준 변수에 대한 기술통계분석 결과

| 변수명      |                               | 최솟값 | 최댓값      | 평균     | 표준편차   | Moran's I            |
|----------|-------------------------------|-----|----------|--------|--------|----------------------|
| 종속<br>변수 | 절도범죄(건/1,000명)                | 0   | 99,057   | 3,712  | 8,566  | 0,265***             |
|          | 폭력범죄(건/1,000명)                | 0   | 230,047  | 6,610  | 15,398 | 0,221***             |
| 독립<br>변수 | CCTV 밀집도(대수/1,000명)           | 0   | 1213,482 | 1,548  | 5,815  | 0,013 <sup>17)</sup> |
|          | 주류업소밀집도(업소 수/1,000명)          | 0   | 149,877  | 2,563  | 8,959  | 0,221***             |
| 통제<br>변수 | 인구밀도(1,000명/km <sup>2</sup> ) | 0   | 12,820   | 0,104  | 0,654  | 0,038*               |
|          | 1인 가구 비율(%)                   | 0   | 89,063   | 37,526 | 23,409 | 0,540***             |
|          | 15~34세 남성 비율(%)               | 0   | 45,433   | 14,245 | 7,646  | 0,532***             |
|          | 다세대주택 비율(%)                   | 0   | 91,463   | 16,477 | 19,264 | 0,335***             |

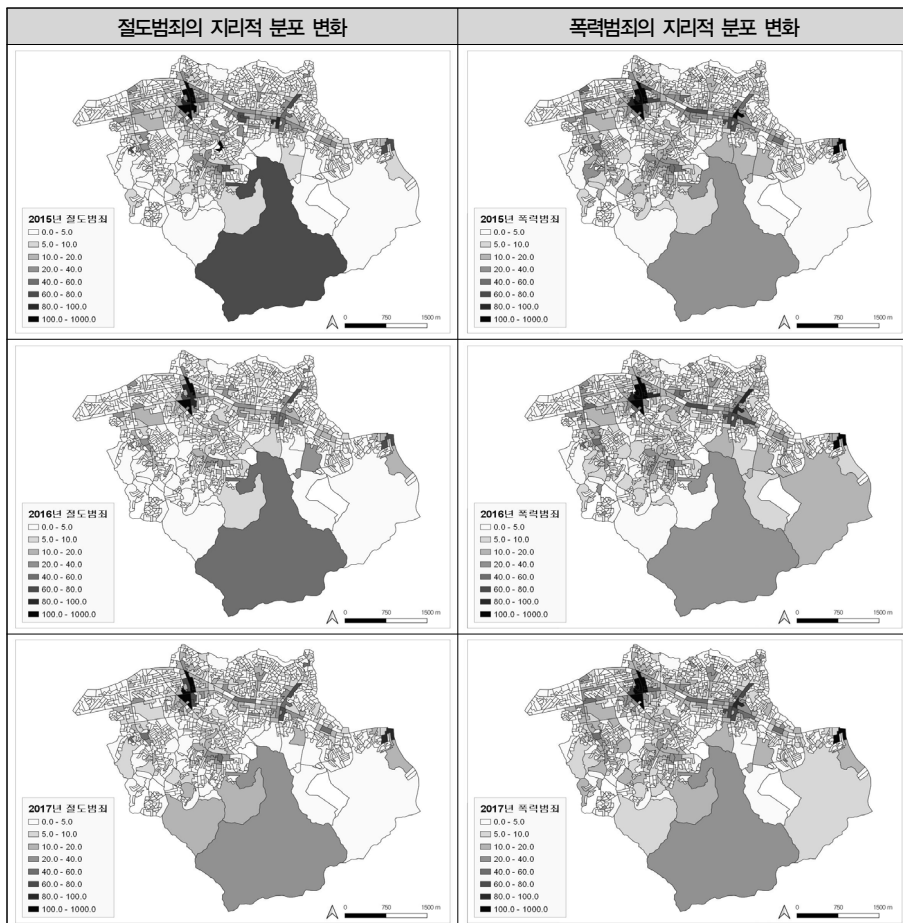
\*:  $p < 0.05$  ; \*\*:  $p < 0.01$  ; \*\*\*:  $p < 0.001$

부가적으로 본 연구는 2015년~2017년 발생한 절도 및 폭력범죄의 지리적 분포의

16) 본 연구에서 공간적 종속성의 존재는 Moran's I 통계량을 통하여 확인하였다. Moran's I 통계량은 -1과 +1 사이의 값을 갖는 일종의 상관계수로서, 양(+)의 통계량은 공간적으로 인접한 지역들의 변인이 유사한 방향을 나타냄을 의미한다(Moran, 1950).

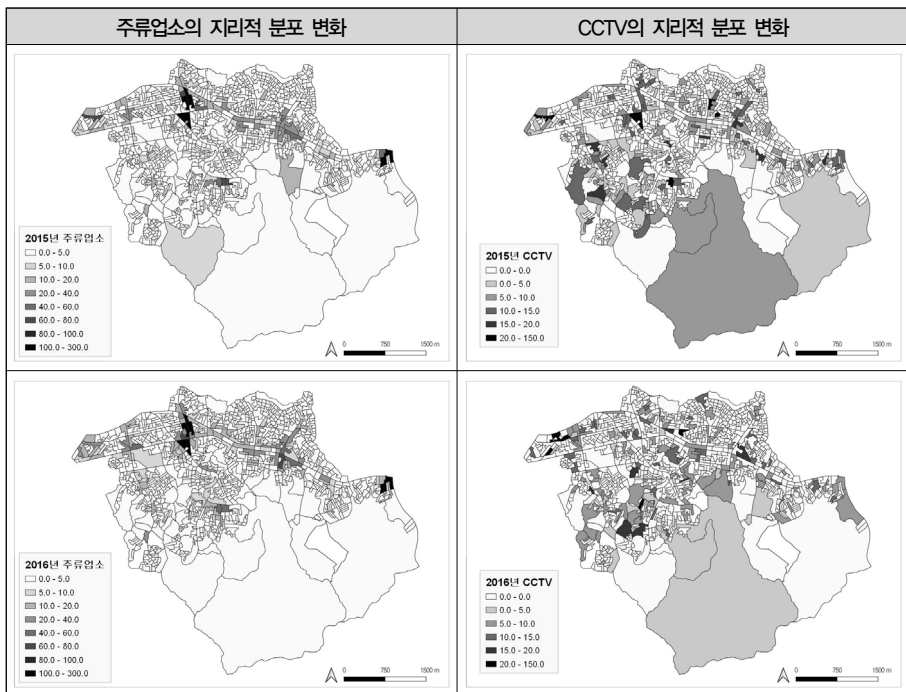
17) 여타 변수들과 달리, Moran's I 통계량으로 확인되는 CCTV의 공간적 종속성은 연도별 설치대수 및 설치장소의 임의성으로 인해 상당한 편차를 나타낸다. 예를 들어, 2015년 CCTV의 Moran's I 통계량은 0.067로 유의미하였으나, 2017년에는 0.002로 유의미하지 않았다. 이는 아래 <그림 2>의 2015년~2017년 CCTV 설치의 지리적 분포 변화를 통해 간접적으로 확인된다.

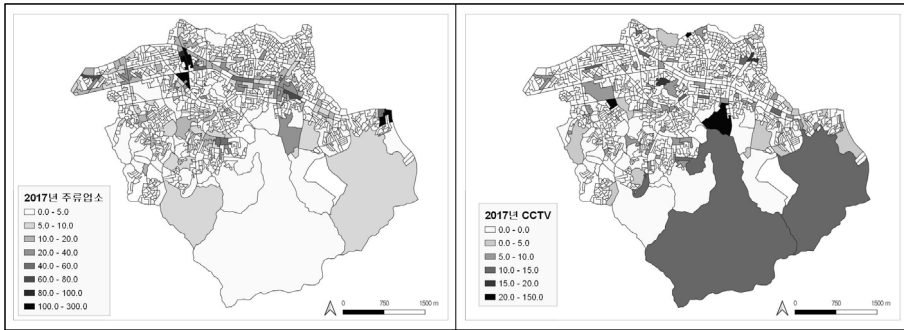
연도별 변화를 시각화하여 <그림 1>과 같이 나타냈다. <그림 1>과 같이, 절도 및 폭력 범죄는 연구기간 동안 모든 집계구에서 지리적으로 균등하게 발생하는 것이 아니라, 특정 지역에 군집을 이루고 있음이 시각적으로 확인되었다. 이러한 시각적 군집성은 앞서 확인한 절도 및 폭력범죄의 유의미한 Moran's I 통계량과 일치하는 결과이다. <그림 1>과 같이, 범죄의 공간적 군집 현상은 시간의 변화에도 불구하고 지속하며, 연도별로 큰 편차를 나타내지 않음이 확인되었다. 이는 두 유형의 범죄가 시공간적으로 종속되어 있으며, 그러한 종속성은 해당 지역에서 지속함을 의미한다.



〈그림 1〉 2015년~2017년 절도 및 폭력범죄의 지리적 분포 변화

또한, 본 연구의 주요 독립변수인 주류업소밀집도와 CCTV 밀집도의 지리적 분포의 연도별 변화를 시각화하여 [그림 2]와 같이 나타냈다. 먼저, 주류업소밀집도의 지리적 분포는 앞서 살펴본 절도 및 폭력범죄와 유사하게 특정 지역에 군집을 이루고 있음이 시각적으로 확인되었다. 주류업소밀집도는 지리적으로 균일하게 분포하는 것이 아니라, 특정 지역에 군집을 이루고 있으며, 이러한 군집은 시간의 변화에도 지속적으로 존재하였다. 특히, 주류업소밀집도가 높은 지역은 절도 및 폭력범죄가 높은 지역과 상당 부분 일치하는 것으로 확인되었다. 이는 주류업소밀집도와 범죄 간의 관계를 간접적으로 지지함을 의미한다. 반면, CCTV 밀집도는 여타의 변수들에 비해 산발적으로 분포하고 있음이 시각적으로 확인되었다. 이러한 산발적 분포는 앞서 <표 1>에서 살펴본 바와 같이, 유의미하지 않은 Moran's I 통계량과 부합하는 결과이다. 또한, 연도별 설치지역 및 설치대수의 편차 또한 여타의 변수에 비해 큰 것으로 시각적으로 확인되었다.





〈그림 2〉 2015년~2017년 주류업소 및 CCTV의 지리적 분포 변화

## 2. 공간패널모형 분석결과

본 연구는 앞서 확인한 절도 및 폭력범죄에 내재한 시공간적 종속성의 존재를 토대로 다양한 공간패널모형을 적용하였다. 정적 SAR, SDM, SEM 모형에 대해 Hausman 검정을 시행하여 유의미한 통계량을 도출하여 폭력범죄의 SDM 모형(<표 3> 참조)을 제외한 모든 모형에 대해 고정효과모형을 적용하였다.<sup>18)</sup> 이후, 도출된 결과에 대해 우도 비율 및 AIC 통계량을 통하여 범죄 유형별로 최적의 모형을 도출하였다.

먼저, 절도범죄에 대해 다양한 공간패널모형을 적용한 결과는 <표 2>와 같다. <표 2>와 같이 두 가지 동적 패널모형(dynamic SAR 및 dynamic SDM)을 제외한 나머지 네 가지 정적 패널모형(SAR, SDM, SEM, SAC)은 유사한 결과를 도출하였다. 네 가지 정적 패널모형은 절도범죄와 CCTV 밀집도, 주류업소밀집도와 음(-)의 상관관계를 추정하였으며, 다세대주택 비율과의 양(+ )의 상관관계를 추정하였다. 반면, 두 가지 동적 패널모형은 상반되는 결과를 추정하였는데, CCTV 밀집도, 주류업소밀집도의 음(-)의 영향력을 추정하였으며, 동적 SAR 모형만이 1인 가구 비율의 양(+ )의 영향력을 추정하였다.

또한, 종속변수의 시차를 모형에 반영하는 두 동적 모형은 해당 연도(t) 절도범죄에 대한 전년도(t-1) 절도범죄의 양(+ )의 영향력을 추정하였다. 이를 상세히 살펴보면, 동적

18) 앞서 살펴본 바와 같이, 동적 SAR 모형, 동적 SDM 모형, SAC 모형에 대해서는 Hausman 검정을 시행하지 않고, 고정효과 모형을 적용한다(Belotti et al., 2016).

SAR 모형과 동적 SDM 모형은 그 영향력을 각각 0.154( $p<0.001$ ), 0.155( $p<0.001$ )로 추정하였는데, 이는 집계구의 전년도 절도범죄가 1천 명당 1건 증가하면, 해당 연도의 절도범죄가 대략 0.15건 증가함을 의미한다. 한편, 이러한 시간적 종속성의 존재에 의해 공간적 종속성의 설명력은 약화하거나 그 방향이 바뀌었는데, 이는 시간적 종속성의 영향력이 공간적 종속성의 영향력에 비해 상대적으로 강함을 나타낸다. 예를 들어, 종속변수의 공간적 종속성만을 고려하는 SAR 모형의 공간적 종속성( $\rho$ )은 0.101( $p<0.001$ )이었으나, 시간적 종속성을 부가적으로 고려하는 동적 SAR 모형의 공간적 종속성( $\rho$ )은 -0.078( $p<0.05$ )로 그 방향 및 강도가 변화하는 것을 확인할 수 있다.<sup>19)</sup> 한편, 설명변수의 공간적 종속성을 고려하는 두 가지 SDM 모형 중 동적 SDM 모형을 중심으로 그 결과를 살펴보면, 공간효과를 고려한 1인 가구 비율은 절도범죄에 대해 양(+)의 영향력을, 공간효과를 고려한 15~34세 남성 비율은 음(-)의 영향력을 나타냄을 추정하였다. 이는 특정 집계구(i) 내의 절도범죄의 변화는 단순히 해당 집계구 내에서 관찰되는 설명변수( $Z_i$ )에 의해서만 설명되는 것이 아니라, 인접지역(j)의 설명변수의 공간가중된 관측값( $\theta \sum_{j=1}^N w_{ij} Z_{jt}$ )에 의해 영향을 받음을 의미한다.

19) 이는 시간적 종속성에 대한 고려 없이, 공간적 종속성이 종속변수 및 오차 모두에 존재함을 가정하는 SAC 모형의 공간적 종속성이 -0.408( $p<0.001$ ) 및 0.425( $p<0.001$ )로 나타나는 것과 대비된다.

〈표 2〉 절도범죄에 대한 공간패널모형 적용 결과

| 변수 및 모형                         |                                | Pooled OLS | SAR       | Dynamic SAR | SDM       | Dynamic SDM | SEM                | SAC       |
|---------------------------------|--------------------------------|------------|-----------|-------------|-----------|-------------|--------------------|-----------|
| 절도범죄(t-1)                       |                                | -          | -         | 0.154***    | -         | 0.155***    | -                  | -         |
| 독립 변수                           | CCTV 밀집도 (대수/1,000명)           | 0.227***   | 0.207***  | -0.036*     | 0.203***  | -0.031*     | 0.198***           | 0.201***  |
|                                 | 주류업소밀집도 (업소 수/1,000명)          | 1.075***   | 0.349***  | -0.084***   | 0.344***  | -0.087***   | 0.361***           | 0.326***  |
| 통제 변수                           | 인구밀도 (1,000명/km <sup>2</sup> ) | 0.513      | -3.036    | 2.092       | -3.643    | 1.960       | -2.763             | -3.807    |
|                                 | 1인 가구 비율(%)                    | 0.052*     | -0.071    | 0.084*      | -0.047    | 0.059       | -0.066             | -0.045    |
|                                 | 15~34세 남성 비율(%)                | -0.027     | -0.077    | -0.013      | -0.072    | -0.011      | -0.076             | -0.069    |
|                                 | 다세대주택 비율(%)                    | -0.016     | -0.275*** | -0.084      | -0.245*** | -0.118      | -0.268***          | -0.232*** |
| 공간 가중 외생 변수 (Wz)                | CCTV 밀집도 (대수/1,000명)           | -          | -         | -           | 0.097     | 0.031       | -                  | -         |
|                                 | 주류업소밀집도 (업소 수/1,000명)          | -          | -         | -           | -0.138    | 0.029       | -                  | -         |
|                                 | 인구밀도 (1,000명/km <sup>2</sup> ) | -          | -         | -           | -6.686    | 0.509       | -                  | -         |
|                                 | 1인 가구 비율(%)                    | -          | -         | -           | -0.031    | 0.297***    | -                  | -         |
|                                 | 15~34세 남성 비율(%)                | -          | -         | -           | -0.090    | -0.345*     | -                  | -         |
|                                 | 다세대주택 비율(%)                    | -          | -         | -           | -0.100    | 0.057       | -                  | -         |
| Spatial Parameter ( $\lambda$ ) |                                | -          | -         | -           | -         | -           | 0.157***           | -0.408*** |
| Spatial Parameter ( $\rho$ )    |                                | -          | 0.101***  | -0.078*     | 0.100***  | 0.084*      | -                  | 0.425***  |
| Log Likelihood                  |                                | -          | -4604.48  | -4604.48    | -4594.10  | -4594.10    | -4604.48           | -4604.48  |
| R-Squared (within)              |                                | -          | 0.056     | 0.051       | 0.058     | 0.059       | 0.055              | 0.056     |
| R-Squared (between)             |                                | -          | 0.214     | 0.469       | 0.141     | 0.333       | 0.240              | 0.219     |
| R-Squared (all)                 |                                | 0.550      | 0.195     | 0.440       | 0.131     | 0.321       | 0.218              | 0.200     |
| AIC                             |                                | 23630.71   | 19508.67  | 9031.33     | 19514.21  | 9022.15     | 19500.47           | 19503.01  |
| Hausman $\chi^2$                |                                | -          | 35.20***  | -           | 38.30***  | -           | N/A <sup>20)</sup> | -         |

\*:  $p < 0.05$ ; \*\*:  $p < 0.01$ ; \*\*\*:  $p < 0.001$ , N/A: not available

20) Hausman 검정을 통하여 확률효과 혹은 고정효과 모형 적용의 타당성을 검토하여야 하나, 미상의 원인으로 확률효과 모형의 결과를 산출하지 못하여 고정효과를 적용하였다.

한편, 다양한 공간패널모형의 적합도를 우도 비율 및 AIC 통계량을 통하여 확인하고, 그 결과를 <표 3>과 같이 나타냈다. 먼저, SDM 모형을 기본 모형으로 SAR 및 SEM 모형과 그 적합도를 비교하여 보면, 동적 SDM 모형은 SDM, SEM, SAC 모형과 비교하여 그 적합도가 높음을 확인할 수 있다.<sup>21)</sup> 반면, 우도 비율로 확인되는 동적 SDR 모형과 동적 SAR 모형의 추정값의 차이는 유의미한 차이가 없으나, AIC 통계량으로 확인되는 적합도는 동적 SDM 모형이 더 높은 것으로 확인되었다.

<표 3> 우도 비율 및 AIC 통계량을 통한 모형 적합도 비교

| 모형 비교       |             | 우도 비율( $\chi^2$ ) | AIC      |
|-------------|-------------|-------------------|----------|
| SDM         | dynamic SDM | 1234.02***        | -        |
| SEM         | dynamic SDM | 1296.36***        | -        |
| SAR         | dynamic SAR | 352.97***         | -        |
| dynamic SAR | dynamic SDM | 14.01             | -        |
| SAC         |             | -                 | 19503.01 |
| dynamic SDM |             | -                 | 9022.15  |

\*:  $p < 0.05$  ; \*\*:  $p < 0.01$  ; \*\*\*:  $p < 0.001$

이후, 폭력범죄에 대해 동일한 방법으로 다양한 공간패널모형을 적용하고, <표 4>와 같은 결과를 도출하였다. 절도범죄의 결과와 유사하게, 두 가지 동적 패널모형(dynamic SAR 및 dynamic SDM)을 제외한 나머지 네 가지 정적 패널모형(SAR, SDM, SEM, SAC)은 유사한 결과를 도출하였다. 네 가지 정적 패널모형은 폭력범죄와 CCTV 밀집도, 주류업소밀집도와 양(+)의 상관관계를 추정하였으며, 모형에 따라 일부 차이가 존재하기는 하나 인구밀도 및 다세대주택 비율과 음(-)의 상관관계를 추정하였다. 반면, 두 가지 동적 패널모형은 일부 상반되는 결과를 폭력범죄에 대해 추정하였는데, CCTV 밀집도, 주류업소밀집도의 영향력은 유의미하지 않은 것으로 추정되었으며, 1인 가구 비율의 양(+)의 영향력을 추정하였다. 인구밀도와 다세대주택 비율의 영향력은 여타의 모형과 유사하게 음(-)의 영향력을 추정하였다.

또한, 종속변수의 시차를 모형에 반영하는 두 동적 모형은 해당 연도(t) 절도범죄에

21) 동적 SDM 모형과 SDM 및 SEM 모형과의 비교는 우도 비율을 통하여, SAC 모형과의 비교는 AIC 통계량을 통하여 가능하다.

대한 전년도( $t-1$ ) 절도범죄의 양(+ )의 영향력을 추정하였다. 동적 SAR 모형과 동적 SDM 모형은 그 영향력을 각각 0.648( $p<0.001$ ), 0.635( $p<0.001$ )로 추정하였는데, 이는 집계구의 전년도 절도범죄가 1천 명당 1건 증가하면, 해당 연도의 절도범죄가 대략 0.64건 증가함을 의미한다. 이러한 시간적 종속성의 존재는 공간적 종속성의 영향력을 완전히 상쇄하였다. 예를 들어, 종속변수의 공간적 종속성만을 고려하는 SAR 모형의 공간적 종속성( $\rho$ )은 0.150( $p<0.001$ )이었으나, 시간적 종속성을 부가적으로 고려하는 동적 SAR 모형의 공간적 종속성( $\rho$ )은 0.024로 유의미하지 않은 것으로 확인되었다. 또한, 설명변수의 공간적 종속성을 고려하는 두 가지 SDM 모형 중 동적 SDM 모형의 결과를 살펴보면, 공간효과를 고려한 주류업소밀집도는 폭력범죄에 대해 양(+ )의 영향력을 나타내는 것으로 추정되었다. 이는 특정 집계구(i) 내의 폭력범죄의 변화는 인접지역(j)의 주류업소밀집도의 공간가중된 값에 의해 영향을 받음을 의미한다.

〈표 4〉 폭력범죄에 대한 공간패널모형 적용 결과

| 변수 및 모형         |                                | Pooled OLS | SAR      | Dynamic SAR | SDM      | Dynamic SDM | SEM      | SAC      |
|-----------------|--------------------------------|------------|----------|-------------|----------|-------------|----------|----------|
| 폭력범죄( $t-1$ )   |                                | -          | -        | 0.648***    | -        | 0.635***    | -        | -        |
| 독립 변수           | CCTV 밀집도 (대수/1,000명)           | 0.217**    | 0.136*** | 0.010       | 0.143*** | 0.010       | 0.131*** | 0.139*** |
|                 | 주류업소밀집도 (업소 수/1,000명)          | 1.854***   | 0.366*** | -0.0146     | 0.773*** | -0.008      | 0.361*** | 0.359*** |
| 통제 변수           | 인구밀도 (1,000명/km <sup>2</sup> ) | 0.662      | -9.776*  | -17.010***  | 0.025    | -16.177***  | -10.186* | -8.396*  |
|                 | 1인 가구 비율(%)                    | 0.061*     | -0.010   | 0.098*      | 0.092*   | 0.094*      | -0.009   | -0.005   |
|                 | 15~34세 남성 비율(%)                | -0.061     | -0.027   | 0.077       | -0.009   | 0.078       | -0.025   | -0.021   |
|                 | 다세대주택 비율(%)                    | -0.014     | -0.110*  | -0.139*     | -0.023   | -0.146*     | -0.108*  | -0.097*  |
| 공간가중 외생 변수 (Wz) | CCTV 밀집도 (대수/1,000명)           | -          | -        | -           | 0.144*   | 0.026       | -        | -        |
|                 | 주류업소밀집도 (업소 수/1,000명)          | -          | -        | -           | 0.178**  | 0.153**     | -        | -        |
|                 | 인구밀도 (1,000명/km <sup>2</sup> ) | -          | -        | -           | 0.003    | 7.610       | -        | -        |
|                 | 1인 가구 비율(%)                    | -          | -        | -           | -0.036   | -0.080      | -        | -        |
|                 | 15~34세 남성 비율(%)                | -          | -        | -           | 0.083    | -0.072      | -        | -        |
|                 | 다세대주택 비율(%)                    | -          | -        | -           | -0.049   | 0.124       | -        | -        |

| 변수 및 모형                         | Pooled OLS | SAR      | Dynamic SAR | SDM      | Dynamic SDM | SEM                | SAC       |
|---------------------------------|------------|----------|-------------|----------|-------------|--------------------|-----------|
| Spatial Parameter ( $\lambda$ ) | -          | -        | -           | -        | -           | 0,148***           | -0,347*** |
| Spatial Parameter ( $\rho$ )    | -          | 0,150*** | 0,024       | 0,162*** | 0,008       | -                  | 0,416***  |
| Log Likelihood                  | -          | -5457,16 | -5473,76    | -5457,16 | -5457,16    | -5457,16           | -5473,76  |
| R-Squared (within)              | -          | 0,078    | 0,062       | 0,076    | 0,067       | 0,076              | 0,082     |
| R-Squared (between)             | -          | 0,253    | 0,774       | 0,647    | 0,785       | 0,230              | 0,302     |
| R-Squared (all)                 | 0,657      | 0,246    | 0,759       | 0,611    | 0,769       | 0,224              | 0,293     |
| AIC                             | 25432,73   | 18047,60 | 10455,42    | 22908,50 | 10442,63    | 18051,36           | 18040,67  |
| Hausman $\chi^2$                | -          | 15,91*** | -           | 21,32    | -           | N/A <sup>22)</sup> | -         |

\*:  $p<0.05$ ; \*\*:  $p<0.01$ ; \*\*\*:  $p<0.001$ , N/A: not available

한편, 공간패널모형의 적합도를 우도 비율 및 AIC 통계량을 통하여 확인하고, 그 결과를 <표 5>와 같이 나타냈다. 먼저, SDM 모형을 기본 모형으로 SAR 및 SEM 모형과 그 적합도를 비교하여 보면, 동적 SDM 모형은 SDM, SEM, SAR, SAC 모형과 비교하여 그 적합도가 높음을 확인할 수 있다. 또한, AIC 통계량은 동적 SDM 모형이 최적의 모형임을 부가적으로 지지한다.

<표 5> 우도 비율 및 AIC 통계량을 통한 모형 적합도 비교

| 모형 비교       |             | 우도 비율( $\chi^2$ ) | AIC      |
|-------------|-------------|-------------------|----------|
| SDM         | dynamic SDM | 1031,17***        | -        |
| SEM         | dynamic SDM | 1013,31***        | -        |
| SAR         | dynamic SAR | 716,68***         | -        |
| dynamic SAR | dynamic SDM | 144,46***         | -        |
| SAC         |             | -                 | 18040,67 |
| dynamic SDM |             | -                 | 10442,63 |

\*:  $p<0.05$ ; \*\*:  $p<0.01$ ; \*\*\*:  $p<0.001$

22) Hausman 검정을 통하여 확률효과 혹은 고정효과 모형 적용의 타당성을 검토하여야 하나, 미상의 원인으로 확률효과 모형의 결과를 산출하지 못하여 고정효과를 적용하였다.

## V. 논의 및 정책적 시사점

본 연구는 X시 Y구를 연구대상 지역으로 설정하고, 사회구조적 관점에서 절도 및 폭력범죄와 사회구조적 변인 간의 관계를 분석하였다. 특히, 이러한 관계를 분석함에 있어, 범죄 현상에 내재한 시공간적 종속성을 반영할 수 있는 공간패널모형을 활용하여 기존의 통계모형이 갖는 한계를 극복하고자 하였다. 그러한 과정에서 동일한 자료에 대하여 다양한 공간패널모형을 적용하고, 그 결과를 비교하여 사회구조적 변인 그 자체의 영향력 뿐만 아니라 그러한 변인의 공간가중된 영향력까지 동시에 고려하는 동적 SDM 모형이 적합도가 높음을 확인하였다.

동적 SDM 모형의 적용 결과, 사회구조적 변인들은 절도 및 폭력범죄에 대해 차별적 영향력을 나타냄을 확인하였다. 먼저, 두 동적 모형은 각 종속변수의 시차를 고려할 수 있는 모형으로 전년도 범죄 발생 건수가 해당연도에 양(+)의 영향력을 나타냄을 확인하였다. 예를 들어, 전년도 집계구의 절도범죄가 1건 증가하면, 해당연도의 절도범죄는 0.155건 증가함을, 전년도 집계구의 폭력범죄가 1건 증가하면, 해당연도의 폭력범죄는 0.635건 증가함을 확인하였다. 이러한 시간적 종속성의 강도는 범죄 현상에 내재한 공간적 종속성을 일부 혹은 전부를 상쇄하는 것으로 확인되었다. 이는 종래의 연구에 부합하는 결과로서, 범죄 등의 사회현상은 공간 논리(spatial logic)에 의해 계층화되며(ordered), 이러한 계층화는 공간 위의 사회 조건이 변화하지 않는 한 고착되고 지속함을 의미한다(Sampson, 2013). 즉, 공간 위의 현상들은 계층화된 기저 구조의 특성에 영향을 받으며, 기저 구조는 급격한 변화 없이 지속하기 때문에, 그 결과로서 공간 위의 현상도 유사하게 지속한다. 이러한 기저 구조의 계층성은 공간적 종속성으로 발현되며, 고착성 혹은 지속성은 시간적 종속성으로 발현되는 것이다. 본 연구는 기저 구조의 시간적 고착성이 공간적 계층성보다 범죄에 대한 설명력이 더 높다는 것을 확인하였다. 즉, 특정 공간에서 공간적 특성에 기인하여 발생한 사회현상은 해당 특성의 급격한 변화 없이 지속할 개연성이 높다는 것으로 해석된다.

한편, 다양한 사회구조적 변인의 절도 및 폭력범죄에 대한 차별적 영향력을 분석한 결과, CCTV 밀집도와 주류업소밀집도는 절도범죄에 대해서만 유의미한 부정적 영향력을 나타냄을 추정하였다. 특히, 집계구 내의 CCTV가 1대 증가하거나 주류업소가 1개 증가

하면, 해당 집계구 내의 절도범죄는 각각 0.031건 및 0.087건 감소하는 것으로 확인되었다. 먼저, CCTV 밀집도는 절도범죄에 대해서만 유의미한 범죄 예방효과가 있는 것으로 추정되었는데, 이는 일부의 선행연구에 부합하는 결과로서, 역량 있는 감시자로서 CCTV 범죄예방효과는 범죄유형에 따라 차별적으로 나타남이 확인되었다. 이는 범죄자의 합리성을 전제하는 상황적 범죄이론의 설명과 부합하는 것으로서, 폭력범죄는 음주로 인해 통제력이 저하된 상태에서 발생할 개연성이 높으나 절도범죄는 적절한 피해자의 탐색과 감시자 부재 확인을 동시에 고려하는 등의 합리적 의사결정과정에 의해 발생할 개연성이 높아 CCTV의 존재에 의해 범죄가 예방될 수 있는 것으로 판단된다(염운호, 2019).

반면, 잠재적 범죄자와 피해자에 대한 대리변수로서 고려된 주류업소밀집도는 절도범죄와 부적 관계가 있는 것으로 추정되었는데, 이는 선행연구 결과와 부합하지 않는 결과이다. 이러한 결과는 <표 2>에서 살펴본 바와 같이, 오직 시간적 종속성을 고려하는 동적 모형에서만 확인된 것으로, 여타의 모형에서는 주류업소밀집도는 절도범죄에 대해 양(+)의 관계를 나타내는 것으로 확인되었다. 이는 앞서 살펴본 바와 같이 시간적 종속성이 공간적 종속성과 비교하여, 범죄에 대한 설명력이 높다는 사실에 기인하는 것으로 판단된다. 즉, 특정 집계구의 절도범죄의 연도별 변화(variance within groups)는 외생변수보다는 절도범죄의 내생성에 의해 설명되나, 내생성을 고려하지 않은 정적 모형에서는 집계구 간의 절도범죄 변화(variance between groups)는 외생변수에 의해 설명되는 것으로 이해된다.

본 연구는 사회구조적 관점에서 다양한 공간패널모형을 적용하여 범죄 현상에 동시적으로 내재한 시공간적 종속성을 반영하여 범죄와 변인 간의 관계를 분석하였다는 점에서 의의가 있다. 본 연구는 횡단적 혹은 종단적 연구방법을 택일하여 적용하는 것보다 범죄 현상에 내재한 시공간적 종속성을 고려할 수 있는 공간패널모형을 적용하는 것이 적합도가 높은 결과를 도출할 수 있다는 점을 확인하였으며, 이러한 결과는 선행연구 결과와 일치한다(Lee·Yu, 2010; Ye·Wu, 2011). 다양한 공간패널모형 중, 종속변수의 내생성 및 외생성을 동시에 고려할 수 있는 동적 SDM 모형은 여타의 모형에 비해 일반적으로 적합도가 높은 모형을 도출할 수 있음을 확인하였다. 특히, 앞서 살펴본 바와 같이, 범죄 현상에 내재한 시간적 종속성과 공간적 종속성의 영향력의 상대적 차이는 변인들의 영향

력에 유의미한 영향을 미칠 수 있음을 확인하였다.

변인들에 내재한 시공간적 특성을 반영할 수 있는 이러한 통계적 방법은 시공간에 존재하는 범죄 현상을 더 정확하게 추론하는 것을 가능하게 하여, 실제 현상에 부합하는 실증연구가 가능하게 할 것이라고 기대된다. 보다 정확한 추론을 통하여 도출된 결과는 새로운 치안 정책을 수립하거나 그 효과성을 검증함에 있어 중요한 실증적 토대가 될 것이라고 기대한다. 특히, 본 연구의 결과는 다양한 형사정책의 시행에 있어서 특정 정책의 장기적(혹은 단기적) 영향력을 고려할 필요가 있음을 시사한다. 앞서 살펴본 바와 같이, 공간에 내재한 특성에 기인하여 발생하는 범죄는 해당 특성의 급격한 변화 없이는 지속할 개연성이 높다. 따라서, 해당 지역의 범죄를 감소시키기 위해서는 이미 발생한 범죄에 대한 진압적 경찰활동보다는 범죄 발생의 개연성을 낮출 수 있는 예방적 경찰활동을, 예방적 경찰활동보다는 해당 공간의 사회경제적 구조나 범죄의 기회구조를 변화시킬 수 있는 지역사회 차원의 총체적 사회개선 정책이 수반되어야 함을 의미한다. 한편, 본 연구에서 도출된 바와 같이, 범죄유형에 따른 CCTV의 차별적 영향력을 고려하여 절도범죄와 같이 범죄자의 합리적 의사 결정 과정에 기반을 둔 범죄를 예방하기 위하여 CCTV를 설치하는 등 해당 지역이 지속적으로 감시되고 있음을 잠재적 범죄자에게 인식시켜줄 필요가 있다. 이러한 정책적 노력은 본 연구의 이론적 토대였던 일상활동이론에서 설명하는 감시자의 부재 문제를 해결하여 절도 등의 범죄 감소에 유의미한 영향을 미칠 것이라고 기대된다.

하지만, 본 연구는 국내 X시 Y구를 연구대상 지역으로 설정한 연구로서, 그 결과를 여타의 지역까지 일반화시키기에는 무리가 있으며, 추후 연구에서 다양한 지역을 대상으로 분석을 시행할 필요가 있다고 판단된다. 또한, 본 연구는 공간패널 자료를 활용하여, 범죄 현상에 내재한 시공간적 종속성을 분석하고자 하였으나 집계구 단위의 인구통계자료의 부족으로 연구 기간을 3년으로 한정하였다는 한계가 있다. 또한, 집계구 단위의 인구통계자료의 부족으로 다양한 유형의 사회구조적 변인들을 고려하지 못하였다는 한계가 존재한다. 추후 연구에서는 집계구의 연도별 통계자료를 더 확보하고, 실업률이나 이혼율 등의 다양한 형태의 사회구조적 변인들을 고려하여 설명력이 더 높은 모형을 구축할 수 있다고 판단된다.

## 참고문헌

- 공준현·김지옥. (2016). 공간패널모형을 이용한 한국 사회간접자본(SOC)의 지역 생산 효과 분석. 한국재정학회, 9(3), 71-95.
- 김봉태·이성우. (2014). 공간패널모형을 이용한 수산종묘방류사업의 효과 분석. 해양정책연구, 29(2), 363-383.
- 박은형·정지수. (2014). 범죄예방정책으로서 방범용 CCTV의 효과성에 관한 연구: 패널 2SLS를 활용한 분석을 중심으로. 한국경찰학회보, 16(1), 39-73.
- 염윤희. (2018a). 공간가중회귀분석 방법을 활용한 폭력범죄의 공간적 상이성(Spatial Heterogeneity) 및 사회구조적 원인 분석. 경찰학연구, 18(4), 9-40.
- 염윤희. (2018b). 아동 성범죄자 출입 및 주거제한 지역의 공간적 반경에 관한 연구, 치안정책연구, 32(1), 79-102.
- 염윤희. (2019). CCTV의 범죄예방효과 분석: 연속적 실험처치(continuous treatment)를 위한 용량반응모형(dose-response model)의 적용. 형사정책, 31(2), 203-233.
- 염윤희·김혁. (2019). 시공간적 군집성 분석을 통한 데이트폭력의 효과적 대응 및 피해자 보호를 위한 정책적 시사점: 서울시 관악구를 중심으로. 피해자학연구, 27(1), 5-32.
- 윤우석. (2010). 경제위기 상황과 범죄 발생의 관계 검증. 한국공안행정학회보, 19(3), 153-189.
- 이대성·이강훈. (2009). 도시지역 특성과 범죄율과의 관계에 관한 연구: 인구, 사회, 경제적 요인을 중심으로. 한국지방자치연구, 11(1), 189-206.
- 이상호. (2014). 공간패널모형을 이용한 산업집적의 고용 효과 분석. 산업노동연구, 20(2), 107-148.
- 이석환. (2014). 공간의존성에 대한 이해와 공간회귀분석의 활용. 한국정책과학학회보, 18(3), 39-79.
- 이수창. (2014). 경찰력 증강과 경찰활동 강화가 범죄 발생 억제 효과에 미치는 영향에 대한 ARIMA 시계열분석. 치안정책연구, 18(1), 65-103.

- 이창근·김의준. (2011). 범죄 발생율과 경기변동 간의 비대칭 구조와 영향요인 분석. *경제연구*, 19(1), 33-51.
- 정경석·문태현·정재희. (2010). 시공간검정통계량을 이용한 도시범죄의 핫스팟분석. *한국지리정보학회지*, 13(3), 14-28.
- 정진성. (2013). 강력범죄의 구조적 요인에 대한 공간회귀분석. *경찰학연구*, 13(4), 53-78.
- 정진화·주하연. (2013). 주류소비가 사망률과 범죄율에 미치는 효과분석: 주요 손상사고와 강력범죄를 중심으로. *응용경제*, 15(2), 187-218.
- 주일엽. (2012). 시계열 모형을 이용한 범죄예측 사례연구. *한국경호경비학회지*, 30, 139-139.
- 최성천·백장선. (2016). 공간 패널 회귀모형을 이용한 양파 생산량 추정. *응용통계연구*, 29(5), 873-885.
- Allison, P. D. (2009). *Fixed effects regression models*. California, U.S.: Sage.
- Baller, R. D., Anselin, L., Messner, S. F., Deane, G., and Hawkins, D. F. (2001). Structural covariates of U.S. county homicide rates: Incorporating spatial effects. *Criminology*, 39(3), 561-588.
- Belotti, F., Hughes, G., and Mortari, A. P. (2016). Spatial panel data models using Stata, *The Stata Journal*, 17(1), 139-180.
- Cohen, L. E. and Felson, M. (1979). Social change and crime rate trends: A routine activity approach. *American Sociological Review*, 44(4), 588-608.
- Cohen, L. E., Kluegel, J. R. and Land, K. C. (1981). Social inequality and predatory criminal victimization: An exposition and test of a formal theory. *American Sociological Review*, 46(5), 505-524.
- Cullen, F. T. and Agnew, R. (2011). *Criminological theory: Past to present*. Oxford University Press.
- Elhorst, J. P. (2014). *Spatial econometrics: from cross-sectional data to spatial panels*. Heidelberg, Germany: Springer.

- Gruenewald, P. J. (2007). The spatial ecology of alcohol problems: niche theory and assortive drinking. *Addiction*, 102(6), 870-878.
- Kleck, G. and Barnes, J. C. (2014). Do more police lead to more crime deterrence? *Crime & Delinquency*, 60(5), 716-738.
- Kleck, G., Sever, B., Li, S., and Gertz, M. (2005). The missing link in general deterrence research. *Criminology*, 43(3), 623-659.
- Klein, B. R., Allison, K., and Harris, C. T. (2017). Immigration and violence in rural versus urban counties, 1990-2010. *The Sociological Quarterly*, 58(2), 229-253.
- Lee, L. and Yu, J. (2010). Some recent developments in spatial panel data models. *Regional Science and Urban Economics*, 40(5), 255-271.
- LeSage, J. and Pace, R. K. (2009). *Introduction to Spatial Econometrics*. New York, U.S.: Chapman and Hall.
- Lipton, R. and Gruenewald, P. (2002). The spatial dynamics of violence and alcohol outlet. *Journal of Studies on Alcohol*, 63(2), 187-195.
- Livingston, M., Chikritzhs, T., and Room, R. (2007). Changing the density of alcohol outlets to reduce alcohol-related problems. *Drug and Alcohol Review* 26(5), 557-566.
- Moran, P. A. (1950). Notes on Continuous Stochastic Phenomena. *Biometric*, 37(1/2), 17-23.
- Morenoff, J. D., Sampson, R. T., and Raudenbush, S. W. (2001). Neighborhood inequality, collective efficacy, and the spatial dynamics of urban violence. *Criminology*, 39(3), 517-558.
- Mustaine, E. E. and Tewksbury, R. (2009). Transforming potential offenders into motivated ones: Are sex offenders tempted by alcohol and pornography? *Deviant Behavior*, 30, 561-588.
- Painter, K. and Farrington, D. P. (1999). Street lighting and crime: diffusion of benefits in the Stoke-on-Trent. In K. Painter and N. Tilley (Eds.),

- Surveillance of Public Space: CCTV, Street Lighting and Crime Prevention* (pp.77-122). Monsey, NY: Criminal Justice Press.
- Sampson, R. J. (2011). *Great American city: Chicago and the enduring neighborhood effect*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Smith, W. R., Frazee, S. G., and Davison, E. L. (2000). Furthering the integration of routine activity and social disorganization theories: Small units of analysis and the study of street robbery as a diffusion process. *Criminology*, 38(2), 489-524.
- Sorg, E. T., Haberman, C. P., Ratcliffe, J. H., and Groff, E. R. (2013). Foot patrol in violent crime hot spots: The longitudinal impact of deterrence and posttreatment effects of displacement. *Criminology*, 51(1), 65-101.
- Spano, R. and Nagy, S. (2005). Social guardianship and social isolation: An application and extension of lifestyle/routine activity theory to rural adolescents. *Rural Sociology*, 70(3), 414-437.
- Tobler, W. (1970). A computer movie simulating urban growth in the Detroit region. *Economic Geography*, 46(1), 234-240.
- Welsh, B. C. and Farrington, D. P. (2004). Surveillance for crime prevention in public space: Results and policy choices in Britain and America. *Criminology & Public Policy*, 3(3), 497-526.
- Ye, X. and Wu, L. (2011). Analyzing the dynamics of homicide patterns in Chicago: ESDA and spatial panel approaches. *Applied Geography*, 31, 800-807.

## Examination of relationship between theft/violent crime and social structural variables with spatial panel data models

Yeom, Yun-ho\*

This study examined the relationship between crime and social structural variables using a spatial panel dataset collected in Y district, X city from 2015 to 2017. A volume of study has analyzed such a relationship with different statistical tools but failed to consider both cross-sectional and longitudinal features inherent in criminal phenomena. Even panel data analysis models considering both aspects simultaneously failed to consider spatial dependence inherent in the spatial panel dataset. Thus, among various spatial panel data models, this study applied a ‘dynamic spatial Durbin model’ that simultaneously considers both spatial and temporal dependence within variables. In this process, this study analyzed the discriminatory effects of social structural variables on the two types of crime, theft and violent crime. As a result, this study found that each type of crime is temporally and spatially dependent, but the spatial dependence is partially or completely offset by temporal dependence. This indicates that crime in a specific time and space is influenced by crimes in the same space, but with different time rather than crimes in adjacent areas. Moreover, this study estimated that theft decreases as CCTV density, alcohol outlet density, and multi-family housing increase whereas violent crime decreases as population density and multi-family housing increase, and single-household decreases. Based on these results, this study suggested that customized crime prevention activities, such as the installation of CCTVs in the spatial and temporal hotspot of theft, be implemented depending on crime types and socioeconomic conditions.

---

\* Assistant Professor, Department of Public Policy and Management, Pusan National University

❖ key words: spatial panel data model, dynamic spatial Durbin model, theft/violent crime, spatial/temporal dependence

## 형사정책연구 겨울호 논문투고 안내

형사정책연구 '가을호' 원고를 모집합니다. 원고접수 마감일은 2020년 11월 30일(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 11월 30일(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](http://www.kic.re.kr))에서 다운로드 가능합니다.



## CALL FOR PAPERS

*International Journal of Criminal Justice*

### AIM AND SCOPE

*The International Journal of Criminal Justice (IJCJ)*, a biannual and peer-reviewed English journal published by Korean Institute of Criminology (KIC), facilitates comprehensive analysis and evidence-based research on crime trends in order to make a contribution to crime prevention and criminal justice policies.

*The IJCJ* will share academic and practical views from home and abroad and play a pivotal role as an international academic arena for criminal justice polices.

### SUBMISSION DETAILS

- Manuscripts should be written in English and should be no more than 10,000 words in MS word.
- Please provide an abstract which should be no more than 200 words in length and a maximum of 5 key words.
- All papers should identify all authors and provide their contact information such as phone numbers, full postal addresses, email addresses, affiliations and so on.
- Authors should ensure that they have written entirely original works, and should not publish manuscripts describing essentially the same research in more than one journal.
- Honorarium (USD 2,000 or KRW 2,000,000) will be paid when papers are accepted for publication.
- All manuscripts must be submitted to the managing editor Mrs. Seungjin LEE at [ijcj@kic.re.kr](mailto:ijcj@kic.re.kr)

### AREAS

*The International Journal of Criminal Justice (IJCJ)* invites papers from many different realms of criminology and criminal justice at both regional and global levels. Any issues related to criminology and criminal justice will be welcomed such as:

Community Sanction, Corrections, Corruption & White Collar Crime, Crime Prevention & Protection, Crime Trends, Crime & Deviance, Criminal Investigation, Criminal Law & Policy, Criminal Procedure, Cybercrime, Drug, Terrorism & Organized Crime, Economic & Corporate Crime, Information, Technology & Forensic Science, Juvenile Delinquency, Juvenile Justice, Penology, Police & Policing, Violent Crime.



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 (동아대학교 경찰소방학과 교수)

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 제3호(통권 제123호, 2020·가을호)

발행인 : 한 인 섭

발행처 : 한국형사정책연구원

서울시 서초구 태봉로 114

전화 (02)3460-5100

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2020년 9월 30일

인 쇄 : 고려씨엔피

전화 (02)2277-1508

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

[정가 : 10,000원]

