

연구보고서 2008-00

경미범죄의 효율적 규제방안에 관한 연구

《研究陣》

연구위원 : 조 국 (서울대학교 법과대학 교수)

목 차

제1장 들어가는 말	5
제2장 경미범죄 현행범인 체포요건의 명확화	8
제1절 문제상황	8
제2절 판례와 학설 - 제214조의 해석론	12
1. 판례	12
2. 학설	14
3. 현행범 체포의 허용여부	14
제3절 입법례	16
1. 일본 형사소송법 제217조	16
2. 미국	16
3. 영국 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal Evidence Act, PACE) 제24조	17
4. 독일 형사소송법 제127조	17
5. 프랑스 형사소송법 제63조 제1항	18
6. 중국의 치안관리처벌법	18
제4절 소결	18
제3장 주거가 확인되는 경미사건 계속법에 대한 대처방안 개선	20
제1절 문제상황	20
제2절 경범죄처벌법의 재정리 필요성	23
제3절 경범죄처벌법 개정의 방향	25
1. 시대변화를 반영하지 못하거나 형법 등 다른 법률과 중복되므로 삭제되어야 할 조항	26
2. 구성요건이 모호하거나 불명확하므로 이를 명확하게 수정·보완해야 할	

조항	32
3. 신설해야할 유형들	39
제4절 이원화의 단일화	62
1. 신속한 사건처리의 요청	62
2. 재정비방안	63
제5절 경찰관직무집행법 개정	70
1. 경찰관직무집행법의 문제점	70
2. ‘현장격리조치’의 신설	72
3. ‘현장격리조치’의 구체적 모습	73
제6절 소 결	80
제4장 경미사건 현행법 체포 후속조치	82
제1절 현행범인체포서 작성	82
제2절 조치 후 즉시석방의 요청	82
제3절 체포 후 신원확인 거부시 가능한 조치—형사소송법 제216조 또는 제217조에 의한 무영장 검증의 가능 여부를 중심으로	83
1. 문제상황	83
2. 제216조 제1항 제2호	83
3. 제216조 제3항 - 제216조 제1항 제2호에 대한 보충규정	86
4. 제217조의 제1항	86
제4절 형사소송법 제200조의 2 제5항의 영장청구시한이 경미범죄 현행법의 유치시한으로 가능한지 여부	87
1. 제200조의 2 제5항의 해석	87
2. 동 조항의 활용여부	88
제5장 맺음말	90
참 고 문 헌	92

제1장 들어가는 말

현재 경미사건에 대한 효율적인 초기통제방안이 취약하다는 점이 경찰실무 일선에 많이 제기되고 있다. 경미사건에 대해서는 경찰권발동요건을 충족하여 공권력이 행사된다고 하더라도 사안의 경미성으로 인해서 공권력행사 주체는 그 재량의 범위 내에서 강제력 발동의 수위를 낮출 수밖에 없는데, 반면 경미사건을 일으킨 시민의 경우는 공권력 행사 자체에 대하여 강력하게 반발하는 일이 발생한다. 이러한 상황에서 범경시풍조는 확산되는 반면에 사회질서 확립을 위한 경찰의 초보적인 위하력 확보는 어려워지고 있다.

과거 권위주의시대의 공권력의 행사는 적법과 남용을 거쳐 불법까지도 넘나드는 양상을 보이면서 이루어졌다. 그리고 우리 사회에서 만연하는 결과위주의 법의식 내지 법문화는 형사법치주의에도 예외는 아니어서 형사사법의 적법성을 강조하는 것에 무게의 중심을 두었다고 보기 힘들다. 실체진실의 발견이나 공익목적의 달성이라는 법치주의의 한 축으로의 쏠림은 적정절차의 원칙의 간과하게 만들었고, 개인의 기본권의 제약을 지나치게 당연시 하는 현상을 불러일으켰다. 경미사건의 문제에도 예외일 수는 없었고, 경미사건의 처리는 시민의 기본권을 제약하는 자의적인 행태로 운영되었다.

특히 ‘임의동행’ 또는 ‘보호조치’ 등의 편법이 활용되어 공권력행사 초기의 절차를 확보하는 경향이 실무를 지배하기도 하였다. 그러나 이러한 불법실무관행이 우리 법제가 허용하는 법치주의의 모습은 물론 아니다. 이러한 수단들의 남용에 대한 학계의 비판적 성토가 강했다. 그리고 1990년대 중·후반부터 대법원이 불법적인 임의동행·보호조치를 강력히 제한하는 등 경찰의 범집행 전 과정에 아우르는 엄격한 적법절차 준수를 더욱 강조하고 있다. 이러한 경향의 사법적 통제가 타당성을 지니는 의문의 여지가 없다. 헌법이 요구하는 적정절차의 원칙은 비단 형사법의 영역에 머무르지 않는 결단이며 또한 세세한 법률 제반에 걸쳐서 침투할 것을 요구한다. 형사실체진실의 발견과 공권력의 행사는 불법을 통해서 실현될 수 없다는 적정절차원칙과 동반하여 이루어져야 함은 현재에는 당연시되는 사고이다.

하지만 그간 학계에서는 경찰권발동의 통제에 대한 고민에 집중한 나머지, 경미범죄를 어떻게 효율적으로 처리할 것인가에 대한 고민은 취약했다. 현행 형사소송법과 경찰관직무집행법의 규정들은 경미사건의 대처에 관한 구체적인 법적 근거를 마련하지 않고 있으며, 경찰에게도 필요한 재량을 부여하지 않고 있다. 이러한 법적 공백은 법치주의의 새로운 사각지대이다. 이러한 점에서 가벌성이 약한 경미사건에 대한 체포의 남용으로 인한 인권침해 및 부당한 경찰행정력의 비대화 등을 방지하면서도, 공권력 약화의 원인인 경미사건에서 대두되는 실질적 법집행력 확보를 위한 대책을 모색할 필요하다는 인식이 확산되어야 한다. 실무관행으로 불리던 부분들이 차츰 불법관행으로 확인되어오면서 기존의 법령을 통해서 현안을 해결할 수는 없는지 충실한 해석론을 펼쳐보아야 할 시기에 이르렀으며, 해석론으로 불가능한 부분은 결국 입법으로 보완되어야 법치주의가 올바르게 기능할 수 있다고 할 것이다.

본 연구는 첫째로, 논의의 전제로서 현행법 체계 하에서 적법한 경찰권의 발동을 도출할 수 있는 합법적인 해석론으로서 형소법 제214조에 규정된 경미사건의 현행법 체포요건을 어떻게 해석할 것인가에 대한 견해를 제출한다.

둘째로, 경범죄처벌법에 규정된 ‘경범죄’ 중 변화된 사회적 조건에 맞추어 어떠한 것을 삭제하고 어떠한 것을 수정할 것인가를 검토하여 경범죄처벌법의 규범력을 제고하고자 한다. 경미범죄에 대하여 합법적으로 대응하기 위해서는 경미범죄 자체에 대한 적절한 법률을 전제로 해야만 비로소 가능할 것이다. 그런데 일부 규정들이 혼란스럽게도 왜 범죄화가 타당한지에 대한 의구심을 불러일으키고 있는 실정이다. 이로 인해 경미범죄처벌의 당위를 공감시키는 것이 일선경찰권과 시민 모두에게 필요한 작업이 되었다.

셋째로, 경범죄처벌법상의 ‘범칙금’ 통고처분을 활성화하여 경미범죄의 사건처리에 대한 올바른 활로를 모색하고, 동시에 경미사건처리에서 특히 강조되어야 할 신속한 시민의 권리구제를 도모할 수 있는 방안을 모색하고자 한다.

넷째로, 경찰관직무집행법의 개정제안으로서 경범죄의 계속범에 대해 ‘현장격리조치’의 신설을 논의하고자 한다. 현장격리조치의 구체적인 모습을 구상하면서 인권보장과 형사법치주의의 조화에 대해서 고민하고자 한다.

마지막으로, 경미범죄 계속범에 대한 사후처리에 대해서도 고찰해보고자 한다.

본고의 문제의식은 단순히 형사소송법의 충실한 해석에 머물 수 없으며 우리법체계를 한 계단 위에서 바라보는 시선에서 시작된다. 보다 세밀한 관찰력이 필요한 부분도 있지만, 이는 본고가 다루는 개개의 부분에서 필요한 만큼 동원하기로 하겠다. 마지막으로 이 연구는 독창적 이론을 제시하는 ‘학술논문’적 성격을 보다는 연구주제에 대한 문제상황을 정리하는 ‘보고서’적 성격을 가짐을 밝힌다.

제2장 경미범죄 현행범인 체포요건의 명확화

제1절 문제상황

우선 경미범죄의 피의자에 대한 신병확보수단으로 적용가능성이 있는 현행법령을 구체적으로 살펴보고자 한다.

경찰관직무집행법 제3조 제1항에 의하면 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사정을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있음을 규정하고 있고, 나아가 경찰관직무집행법 제3조 제2항은 경찰관이 그 장소에서 질문하는 것이 당해인에게 불리한 때에는 질문하기 위하여 부근의 경찰서 등에 동행할 것을 요구할 수 있으며, 이 경우 당해인은 동행요구를 거절할 수 있음을 규정하고 있다.

그런데 동행요구거절의 결과로 거동불심자에 대한 정지 및 질문시 경찰업무수행에 있어서 기본적 신원확인조차도 거부하는 경우에 현행법상으로는 이를 강제할 수 없는 법적 근거가 없는 실정이다. 또한 현행 즉결심판제도상으로도 경미범죄의 피의자에 대해서 신병확보방안이 구비되어 있지 않다.

여타의 특별법령을 통해서도 경미범죄의 현행범에 대해서 신병확보방안이 마련되지 아니함은 결국 일반법으로서 형사소송법이 등장하여 원칙적 영장주의를 주된 내용으로 하는 일반형사절차로 이행되어야 함을 뜻하게 된다. 이 경우 신병확보로부터 사건의 처리에 이르기까지 결국에는 경찰권 외에 검찰, 법원이 개입하게 된다. 일반형사절차를 통한 경우 경미범죄처리의 신속성을 확보하는 것은 구조적으로 이미 어려워짐은 분명하다.

그러나 현행 형사소송법의 충실한 해석을 통해서 경미사건의 절차의 기초를 마련할 수 없는 것인가에 대한 치밀한 연구 자체도 또한 부족한 실정이라고 보여진다. 현행 형사소송법 제212조(현행범인의 체포)는 “현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있

다.”라고 규정하고 있으며, 형사소송법 제214조(경미사건과 현행범인의 체포)는 “다액 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범인에 대하여는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 제212조 내지 제213조의 규정을 적용한다.”라고 규정하고 있다.

위 조항은 인권보장의 견지에서 범죄의 경미성에 비추어 피의자를 우대하는 관점에서 마련되어 경찰권발동의 한계로서의 의미가 우선적으로 강조되는 듯하다. 그러나 사법경찰관에게는 경미범죄의 현행범 체포의 수권조항으로 기능하므로 위의 규정의 의미는 제법 심대하다. 왜냐하면 동 조항이 경찰관직무집행법이 규정한 모든 사건에 적용될 수 있는 것은 아니지만, 최소한 형사소송법의 해석상 현행범에 해당하는 때에는 경찰관의 현행범체포의 수권규정으로 되기에는 충분하기 때문이다.¹⁾ 동 조항에 대한 연구는 그다지 많이 수행되어지지는 아니하였지만, 명백히 경미사건의 규율을 목적으로 마련된 규정을 소홀히 한 채 비교법적 연구를 끌어들이거나 새로운 입법을 마련하는 것은 올바른 접근이 아니라고 할 수 있다. 즉 동 규정에 의해서 경미사건의 처리를 위한 형사절차의 기초를 마련할 가능성을 충분히 음미해보는 것이 필요하다고 본다. 이러한 의미에서 제214조의 충분한 해석론의 확보는 경찰권 발동의 합법성을 보장해준다는 의미와 동시에 제214조의 사문화를 방지하여 불필요한 입법을 방지한다는 의미를 갖는다. 법치주의를 실현하는 것은 미래지향적인 과제라기보다는 현존의 법률을 근거로 수행되어야 할 성질의 것임은 당연하다.

그런데 실제로 위의 규정에 의거한 경미범죄의 현행범체포에는 난관이 있다. 바로 제

1) 이런 의미에서 현행범인의 범위에 대하여 논의하는 것 또한 필요할 것이다. 형사소송법 제211조에 의하면 현행범이란 범죄의 실행중이거나 실행의 즉후인자를 의미한다. 대법원은 현행범의 범위에 대하여 다음과 같이 판시한 바 있다. 형사소송법 제211조가 현행범인으로 규정한 “범죄의 실행의 직후인 자”라고 함은, 범죄의 실행행위를 종료한 직후의 범인이라는 것이 체포하는 자의 입장에서 볼 때 명백한 경우를 일컫는 것으로서, 위 법조가 제1항에서 본래의 의미의 현행범인에 관하여 규정하면서 “범죄의 실행의 직후인 자”를 “범죄의 실행 중인 자”와 마찬가지로 현행범인으로 보고 있고, 제2항에서는 현행범인으로 간주되는 준현행범인에 관하여 별도로 규정하고 있는 점 등으로 미루어 볼 때, “범죄의 실행행위를 종료한 직후”라고 함은, 범죄행위를 실행하여 끝마친 순간 또는 이에 아주 접촉된 시간적 단계를 의미하는 것으로 해석되므로, 시간적으로나 장소적으로 보아 체포를 당하는 자가 방금 범죄를 실행한 범인이라는 점에 관한 죄증이 명백히 존재하는 것으로 인정되는 경우에만 현행범인으로 볼 수 있는 것이다라고 판시하고 있다(대법원 2007.4.13. 선고 2007도 1249 판결).

214조의 요건을 충족시키기 위한 “범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여”가 과연 어떠한 의미인지가 길목에 등장하는 것이다. 동 요건의 해석론이 심히 중대하게 다가오는 것은 일반론적으로는 영장에 의하지 아니하는 체포의 요건을 충족시키는 문제 즉, 법원의 판단이 개입되지 아니하는 상태에서 사건처리의 긴박감을 안고 경찰이 판단권을 행사하는 경우이므로 세밀한 해석론이 요구된다는 점과 더불어, 앞서 보았듯이 다른 법령의 근거가 없는 상황에서 유일하게 경미범죄의 현행범의 신병을 확보할 근거규정이 되기 때문이다.

그런데 위 규정의 적용에 있어서 경우에 따라서는 동 규정의 불명료성으로 인해서 자칫 요건을 충족시키지 못하여 경찰권 발동이 불법체포가 될 수 있다. 또한 “주거가 불명한 때”는 현행범을 체포할 당시에 쉽게 인식하기 어려울 뿐만 아니라 현행범인이 주민등록법상의 주소가 있는 한 체포 초기 단계에서 이를 쉽게 인정하기 곤란하다. 나아가 현행 대법원판례의 일관된 입장으로 불법체포에 대해서 정당방위를 인정하므로 현행범체포의 규정이 불명확할 경우 경찰권으로서의 시민의 공권력에 대한 반발을 지나치게 의식한 나머지 경미범죄의 현행범체포에 소극적인 입장을 보일 가능성이 높다. 이런 상황은 궁극적으로 경찰실무가 경미사건 전반 및 그 현행범 자체를 수수방관하게 되는 결과를 불러일으킬 수 있다. 현행범체포라는 기초를 놓치게 되면 이후의 절차는 신속처리와는 멀어질 수밖에 없다.

특히 일선 경찰실무에서의 주요한 사례는 (i) 경범죄처벌법에 해당하는 사건 등 경미사건의 경우에 피의자가 인적사항에 대한 답변 거부,²⁾ 신분증 제시 거부,³⁾ 지문확인 요구 불응, 도망하는 등 원천적으로 주거를 확인할 수 없는 경우 또는 (ii) 이름과 주민등

2) 여기서의 문제상황이 경미범죄의 현행범에 대한 논의이므로 ‘피의자’가 논의의 대상임을 잊지 말아야 할 것이다. 이는 진술거부권의 행사로 볼 수 있으며 학설상으로 수사단계에서는 인정신문에 대해 진술거부권의 행사가 가능한가에 대해서 논의가 대립하나 피의자가 거부할 수 있는 진술은 이익·불이익을 불문하고, 인정신문을 위한 진술의 강요를 허용하는 것은 진술거부권을 인정할 취지에 반할 우려가 있다는 점에서 적법한 진술거부권의 행사로 파악할 것이다. 그렇다면 진술거부권의 행사는 헌법상의 권리이므로 현행범 체포의 제한사유로서 고려되어 사안의 체포가 불법체포로 되는 것은 아닌가라는 의문이 들 수도 있다. 하지만 적법한 체포로 인정할 것인가의 문제는 독자적으로 법상의 현행범체포의 요건을 충족하는가의 문제로 해결되어야 할 것이다.

3) 이 경우 현행 주민등록법 제26조에 해당하는 경우이지만 동조의 ‘요구’에 응하지 않을 경우 동법상 벌칙이나 과태료 제재를 가하고 있지 않다.

록번호 등을 알려주었으나 주민등록이 말소된 경우와 같이 신원은 확인이 되나 주거를 확인할 수 없는 경우이다. 이런 경우가 과연 “범인의 주거가 분명하지 아니한 때”에 해당하여 형사소송법 제214조의 현행범 체포를 할 수 있는지 여부에 대한 판단이 경찰 일선 실무가 수시로 부딪치는 문제가 된다.

※ 사 례

甲경장은 노상방뇨 중인 乙을 발견하고, 경범죄처벌법에 의한 통고 처분을 하기 위해 신분증 제시를 요구하였으나, 乙은 “신분증이 없다”고 하고, 신분증이 없는 경우 신원을 증명하기 위한 간단한 방법인 우수무지(右手拇指)의 지문확인 요구조차 불응하면서 “집에 가겠다”며 그냥 가버릴 경우 甲경장이 할 수 있는 조치는?

- ◆ 도망 또는 신원확인 거부가 ‘주거불명’에 해당한다고 해석하지 않을 경우 → 아무런 조치 불가능.

특히 통고처분이나 즉결심판절차 등 일련의 후속절차로 이행하기 위해서 세부적으로 부딪히는 문제는, 범칙금납부통고서와 즉결심판출석통지서에는 범칙자 또는 피의자의 성명, 주소, 직업, 주민등록번호 등을 기재토록 하고 있다는 점이다. 위와 같이 신원확인 등을 거부하는 경미사범을 상대로 위와 같은 사항을 기입할 수 없어 이후의 절차에 연속된 적법성을 부여하고 원활한 진행을 기대할 수 없다는 점이 우려된다. 특히 경미사건의 경우에는 사건의 신속처리가 강조되어야 하는데, 신원확인과 관련된 절차에서 과도한 지연을 허용하는 것은 바람직하다고 볼 수 없다.

특히 신원확인과 관련해서는 경범죄처벌법 제1조 제42호4)에서 지문채취불응죄를 규정하고 있어 법적으로 강제를 하고 있는 듯 보이지만, 동 규정을 통해서는 지문채취의

4) 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 벌한다.

42. (지문채취불응) 범죄의 피의자로 입건된 사람에 대하여 경찰공무원이나 검사가 지문조사외의 다른 방법으로 그 신원을 확인할 수 없어 지문을 채취하려고 할 때 정당한 이유 없이 이를 거부한 사람

직접강제가 불가능하다. 동 호의 규정에 대해서 헌법재판소는 심리적·정신적 강제수단으로서 파악하고 있다. 또한 동 조항 역시 경미범죄에 불과하여 지문채취불응죄로 간접적인 강제를 할 수 있겠지만, 그 절차도 또한 결국 경미범죄의 현행범체포의 요건해석의 문제로 돌아가게 된다. 신원확인을 위한 여타의 법령상의 강제가 마련되지 않은 현상에서는 현행범체포만이 유일한 수단이 된다는 점에서 본 논의의 중대함이 강조되어야 할 것이다.⁵⁾ 경미범죄에 대해서도 현행범 체포가 가능한 경우, 형사소송법 제216조 제1항 제2호에 의해 영장에 의하지 아니한 ‘긴급’검증 조항에 따라 지문채취를 통한 신원확인이 가능해지기 때문이다.

제2절 판례와 학설 - 제214조의 해석론

1. 판례

“주거가 분명하지 아니한 때”의 명확한 해석론을 펼치고 있는 대법원 판례는 존재하지 않는다. 다만 하급심 법원은 “주거가 분명하지 아니한 때”의 개념을 그 주거를 확인하려고 하였으나 이를 확인하지 못하는 경우, 즉 “주거불명”으로 해석하고 있다.

“경장 xxx의 위 행위를 현행범인 체포로 본다고 하더라도 형사소송법 제214조에 의하면 5만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범인에 대하여는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 영장 없이 체포할 수 있다고 규정하고 있는데, 위 경

5) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2002헌가17 결정은 경범죄처벌법 제1조 제42호 위헌제청사건에서 “이 사건 법률조항은 수사기관이 직접 물리적 강제력을 행사하여 피의자에게 강제로 지문을 찍도록 하는 것을 허용하는 규정이 아니며 형벌에 의한 불이익을 부과함으로써 심리적·간접적으로 지문채취를 강요하고 있으므로 피의자가 본인의 판단에 따라 수용여부를 결정한다는 점에서 궁극적으로 당사자의 자발적 협조가 필수적임을 전제로 하므로 물리력을 동원하여 강제로 이루어지는 경우와는 질적으로 차이가 있다. 따라서 이 사건 법률조항에 의한 지문채취의 강요는 영장주의에 의하여야 할 강제처분이라 할 수 없다. 또한 수사상 필요에 의하여 수사기관이 직접강제에 의하여 지문을 채취하려 하는 경우에는 반드시 법관이 발부한 영장에 의하여야 하므로 영장주의원칙은 여전히 유지되고 있다고 할 수 있다.”고 보았다. 헌법재판소는 신원확인절차는 결국 영장에 의한 검증절차로 확인하라는 것인데 현행 사법제도에 충실할 경우에는 경미사건의 신속처리라는 요청이 반감될 것이다.

장 ×××의 진술에 의하더라도 피고인을 그 범정형이 구류 또는 과료에 불과한 경범죄처벌법위반 혐의로 동행하려고 하였다는 것이므로 경장 ×××가 피고인에게 신분증의 제시를 요구하는 등의 방법으로 그 주거를 확인하려고 하였으나 이를 확인하지 못하여 피고인을 주거불명인 자로 취급할 수밖에 없었다는 점에 관한 증거가 전혀 없는 이 사건에 있어서는 현행범인 체포로서의 적법성이 있다고도 볼 수 없다.”⁶⁾

여기서 동 하급심 판례는 제214조에 의거한 현행범 체포의 요건으로서의 “주거불명”을 구속영장에 의하여 구속할 경우의 요건인 “일정한 주거가 없는 경우(주거부정)”와 구별하고 있음을 확인할 수 있다.

한편, 경미범죄의 현행범체포에 대해서 영장 없는 체포를 불허하는 태도를 보이는 1992년의 대법원판례가 존재한다.⁷⁾

“공소외인의 행위가 범정형 5만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 경미한 범죄에 불과한 경우 비록 그가 현행범인이라고 하더라도 영장 없이 체포할 수는 없고, 또한 범죄의 사전 진압이나 교통단속의 목적만을 이유로 그에게 임의동행을 강요할 수도 없다 할 것이므로, 경찰관이 그의 의사에 반하여 강제로 연행하려고 한 행위는 적법한 공무집행이라고 볼 수 없고, 따라서 피고인이 위 경찰관의 행위를 제지하기 위하여 경찰관에게 폭행을 가하였다고 하여도 이는 공무집행방해죄를 구성하지 아니한다.”

위의 판례는 사건이 문제되던 당시의 형사소송법 제214조는 “5만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범인에 대하여는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 제212조 내지 제213조의 규정을 적용한다.”고 규정하고 있었다. 따라서 위 판례의 태도는 결국 형사소송법상의 경미범죄에 대하여 체포를 하기 위해서는 언제든지 영장을 요구하는 것으로 해석된다.

이러한 판례는 현행범체포와 임의동행의 악용을 근절하기 위해 만들어졌다. 즉, 다수의 경찰실무를 통해 확인되던 권위주의시대의 인신구속제도의 남용에 대해서 제동을 걸

6) 서울형사지법 1992. 12. 23. 선고 92고합1834 판결(강조는 인용자).

7) 대법원 1992. 5.22. 선고 92도506 판결.

기 위한 판례였다. 때문에 경미사건의 현행범체포를 규정한 제214조의 해석론에 중점을 두기보다는, 과거 잘못된 관행으로서의 현행범체포 및 경찰행정목적으로 은폐시킨 불법 체포로서의 임의동행을 근절하고자 하는 정책적 고려를 관철시킨 것이다. 하지만 이 판례에서는 제214조의 ‘주거불명’의 포괄범위가 어디까지인지는 다루고 있지 않다.

2. 학 설

한편 학계에서도 경미사건에 있어서의 신체의 자유제한에 대한 한계의 요청에 따르고 사건의 경중에 따른 균형을 이루기 위해 ‘주거불명’의 경우에 해당한 때에 현행범 체포가 허용되는 것으로 해석하고 있다.⁸⁾ 그 이유는 현행범인 체포는 구속영장에 의한 구속의 경우보다 시간적·장소적 접촉성으로 인하여 범죄혐의가 명백하다는 것을 전제로 하므로, ‘주거부정’ 보다 완화된 형태인 ‘주거불명’을 요건으로 규정함에 기인하는 것으로 판단된다.

3. 현행범 체포의 허용여부

가. 문제점

남는 문제는 도망 또는 도망할 염려나 증거인멸의 위험이 없거나 또는 주거부정에 해당한다고 확신할 수 없어 불구속 대상임이 명백한 즉결심판피의자를 ‘주거불명’이라는 이유로 현행범으로 체포하여 즉결법정에 인치하는 것이 현행 형사소송법의 입법취지나 법

8) 정웅석, □형사소송법□(제2판, 2005), 210면; 배종대·이상돈, □형사소송법□(제7판, 2006), 266면; 신현주, □형사소송법□(신정2판, 2002), 275면; 신동운, □형사소송법□(제3판, 2005), 157면; 이재상, □형사소송법□(제6판, 2002), 225면 등은 경미사건에 이와 같은 제한을 둔 것은 비례성의 원칙 때문이라고 하며, 차용석·최용성, □형사소송법□(제2판, 2004), 207면은 범인의 주거가 분명하지 아니한 때는 피의자의 ‘일정한 주거의 부재’라고 하고 있다. 반면 김형훈, “즉결심판제도의 바람직한 운용방향”, □치안정책연구□ 제15호(2001. 11), 402면은 경미사건에 대한 현행범인의 체포의 제한임과 동시에 경미사건을 현행범인으로 체포하기 위한 요건을 규정한 조항으로 이해하여 적극적 의미를 부여하는 시도를 하고 있다.

해석상 과연 합당하다고 할 수 있는가이다.

나. 학설의 태도

이를 논의하기 위해서 먼저 현행범인의 체포에 구속사유를 요하는지가 문제된다. 그 이유는 만일 구속사유를 요한다고 해석하게 되면, 불구속 대상임이 명백한 즉결심판피의자에 대하여 현행범 체포를 한다는 것은 개념상으로 이미 불가능하게 되기 때문이다.

우선 현행범상으로는 현행범인의 체포의 경우에는 구속사유가 필요하다는 명문의 규정이 없다. 이에 대해서 학설은 도망이나 증거인멸의 우려와 같은 구속사유가 필요하다는 견해⁹⁾와 이를 요하지 않는다는 견해¹⁰⁾ 그리고 구속사유를 요하는 것은 아니나 도망의 염려가 있거나 신분이 확인될 수 없는 경우와 같이 별도의 체포사유가 존재하여야 한다는 견해¹¹⁾ 등으로 대립하고 있다.

다. 검토

생각건대, 현행범인의 체포를 구속에 대한 영장주의의 예외로 규정하고 사후에 구속영장을 요구하였던 개정전 형사소송법과는 달리, 현행 형사소송법에 있어서는 현행범인의 체포를 통상체포의 예외적인 경우로 규정하고 있으므로 통상체포의 경우와 마찬가지로 현행범인의 체포에서 구속사유의 존재를 요하지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

한편으로 현행 형사소송법상의 긴급체포, 현행범인의 체포와 관련된 구속영장청구기간 즉, 구속영장을 청구하는 48시간 동안의 기간이 사실상의 영장 없는 체포를 허용한 결과를 초래하였다고 비판론이 주장되고 있기는 하다. 그러나 이러한 비판의 취지에는 찬동하지만, 현행법의 충실한 해석에 따르면 48시간이라는 구속영장청구의 기간 내에 즉결심판절차가 개시될 수 있다면¹²⁾ 즉결심판 피의자의 현행범인 체포는 형사소송법 제214조

9) 신양균, □형사소송법□(2000), 150면.

10) 신동운(각주 8), 158면; 이재상(각주 8), 225면.

11) 배종대 · 이상돈(각주 8), 266면.

12) 즉결심판에 관한 절차법 제3조 제2항에서는 “즉결심판을 청구함에는 즉결심판청구서를 제출하여야 하며, 즉결심판청구서에는 피고인의 성명 기타 피고인을 특정할 수 있는 사항, 죄명, 범죄사실과 적용법조를 기재하여야 한다.” 고 규정하고 있는데 신원확인을 거부하는 즉결심판피의자에 대해서 수사기관으로서 ‘피고인을 특정할 수 있는 사항’을 늦어도 체포 후 48시간 내에 명확히 밝혀내

의 요건 특히, ‘주거불명’에 해당하는 한 가능하다고 본다. 즉, 위에서 살펴본 바와 같이 ‘주거불명’을 ‘주거부정’을 포함하는 광의의 개념으로 보면, 비록 구속사유 중 하나인 ‘주거부정’ 요건이 존재하지 아니하더라도 현행범체포의 다른 요건을 갖추는 한 경미범죄를 저지른 자에 대한 체포도 현행범상 적법한 것이 된다. 다만, 그 집행에 있어서는 절차적 요건으로서 피의자를 구속영장 없이 현행범인으로 체포하기 위하여는 체포 당시에 헌법 제12조 제3항, 제12조 제5항 및 형사소송법 제212조, 제213조의2 등에 규정된 바와 같이 피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포 또는 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 체포할 수 없음은 물론이다.¹³⁾

제3절 입법례

1. 일본 형사소송법 제217조

- 30만엔(형법, 폭력행위등처벌에관한법률 및 경제관계벌칙의정비에관한법률의죄 이외의 죄에 관해서는 당분간 2만엔) 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범에 관해서는 범인의 주거 또는 성명이 분명하지 않은 경우 또는 범인이 도망할 우려가 있는 경우에 한하고, 제213조로부터 전조까지의 규정을 적용한다.¹⁴⁾

2. 미 국

- 판례법(common law)상 경미사건(misdemeanor)의 경우 경찰관의 면전에서 행해

야 할 것이다.

13) 대법원 1994.3.11. 선고 93도958 판결.

14) 松本時夫·土本武司, □조해 형사소송법□(제3판 증보판, 2006), 368면. 인권존중의 관점에서 경미사건을 중죄와 구별하여, 도망할 우려가 있는 경우와 같이 구체적으로 체포의 필요성이 인정되는 경우에 한하여 체포를 허용하려는 취지라고 한다. 정해진 주거가 없는 경우도 포함하나, 피의자가 주거 또는 성명을 말하지 않더라도 체포자가 이를 모두 아는 경우에는 이에 해당하지 않는다고 함.

진 경우에는 법원의 체포영장을 요구하지 않고, 체포영장 없이 체포할 수 있었다.¹⁵⁾

- 미 연방대법원은 오직 벌금형으로 처벌할 수밖에 없는 경죄인 교통법규위반 사건의 경우에도 경찰관이 범죄혐의에 대한 상당한 이유(probable cause)¹⁶⁾만 있으면 영장 없이 체포하는 것이 수정헌법 제4조 위반이 아니라고 판결하였다.¹⁷⁾

3. 영국 경찰 및 형사증거법(Police and Criminal evidence Act, PACE) 제24조

- 피의자가 범죄를 저지르려고 하거나, 저지르고 있거나, 범죄를 저지르려 한다고 의심하는 데 합리적인 근거(reasonable grounds)가 있고,¹⁸⁾
- (a) 피의자의 이름을 확인할 필요가 있는 경우(경찰관이 피의자의 이름을 알지 못하거나 쉽게 확인할 수 없는 경우 혹은 피의자가 알려준 이름이 진실인지를 의심할 만한 합리적 근거가 있는 경우), (b) 피의자의 주소에 대하여 위와 같은 사정이 있는 경우 등의 사정이 있어 피의자를 체포하는 것이 필요하다고 믿는 데 합리적 근거가 있으면,¹⁹⁾ 경죄·중죄를 막론하고, 영장 없이 피의자를 체포할 수 있다.

4. 독일 형사소송법 제127조

- 현행범죄에 관여하거나 이로 인하여 추적되고 있는 자가 도주의 혐의가 있거나 자

15) 이것은 중죄인 경우에는 영장 없이도 신속히 체포하여 사회의 안전을 보호하고, 범인을 신속히 격리할 필요가 크므로 체포영장을 요구하지 않지만, 경죄인 경우에는 경찰관의 면전에서 행해지지 않은 때만 체포영장을 받도록 함으로써, 사회의 이익과 개인의 사생활 보호의 균형을 이루기 위함이다[Carroll v. U.S., 267 U.S. 132 (1925)].

16) 이것은 ‘the reasonable belief that the person arrested has committed, is committing, or is about to commit a crime.’으로 정의되며, 여기서는 수사관이 피의자에 대하여 범죄혐의가 있다고 믿고, 이것이 합리적인 것이라는 의미임[Joel Samaha, *Criminal Procedure* (6th edition, 2005) 160면].

17) *Atwater v. City of Lago Vista*, 532 U.S. 318 (2001).

18) PACE 제24조 제1항.

19) PACE 제24조 제4항.

신의 신원을 즉시 확정하지 못한 때에는, 법관의 명령 없이도 누구나 그를 잠정적으로 체포할 수 있다.

5. 프랑스 형사소송법 제63조 제1항

- 사법경찰관은 수사의 필요를 위하여 범죄를 범하였거나 범죄를 범하려고 시도하였다고 의심할 만한 1개 또는 수개의 수궁할 이유가 있는 모든 사람에 대하여 보호유치를 할 수 있으며, 사법경찰관은 보호유치를 시작할 때에 이를 검사에게 보고한다.

6. 중국의 치안관리처벌법²⁰⁾

- 중국의 경범죄처벌법은 “중화인민공화국 치안관리처벌법”이라는 이름으로 2005년 8월 28일에 제정 공포되어 2006년 3월 1일부터 시행되고 있다.

동법 제82조 제1항은 “치안관리위반행위자를 소환하여 조사를 받을 필요가 있는 경우에는 경찰기관의 사건담당부서의 책임자의 승인을 얻어 소환장을 사용하여 소환한다. 현장에서 적발된 치안관리위반행위자에 대하여 경찰관은 업무증명서를 제시하고 구두로 소환할 수 있다. 다만 조사심문대장에 부기하여야 한다.”고 규정한다. 제2항은 “경찰기관은 소환의 사유와 근거를 피소환자에게 고지하여야 한다. 정당한 사유 없이 소환에 불응하거나 소환에 대하여 도피하는 자는 강제소환할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

제4절 소 결

위와 같이 경미사건의 현행법 체포의 규정은 요건의 합리적 해석론을 통해서 피의자의 신원확보의 방안으로서 유용한 기능을 할 수 있는 바, 별도로 신원확인을 위해서 새로운

20) 김성수, “중국의 경범죄처벌법(치안관리처벌법)의 최신동향”, □경찰학연구□ 제6권 제3호(통권 제12호), 246면.

입법이 마련될 수고는 필요하지 않다.

물론 입법이 현행범체포 요건에서 경미범죄자를 우대하며 인신불구속을 넓히고자 하는 취지가 퇴색되어서는 안 될 것이다. 그러나 그러한 우대도 적법한 해석범위 내에서 합리적인 결과를 담보하면서 이루어져야 한다. 따라서 순수한 의미에서의 경미사건에 대한 현행범 체포의 제한을 강조하는 것은, 수사기관이 현행범인의 주거나 이름을 조사하여 추후 소환이 가능함을 전제로 할 때 의미가 있다.²¹⁾ 주거부정인지의 여부를 체포 당시 사정 하에서 파악하는 것이 현저히 곤란하여 이를 확인하는 동안 현장을 이탈하는 현행범인을 체포나 제지할 수 없다고 하는 것은 현실적으로 무리이며, 경찰관이 현행범에 대하여 위와 같은 사항을 확인하려고 노력하였으나 확인하지 못한 경우에는 체포할 수 있다고 해석함이 상당하다.

또한 오히려 경미사건의 현행범에 대해서는 이하에서 논의하는 통고처분절차 등으로 해결이 되므로 인신제약의 목적과 소요시간²²⁾이 뚜렷하다. 따라서 피의자로서도 전적으로 불리하다고 보기는 힘들다. 경미사건의 신속처리는 헌법(제27조 제3항)이 요구하는 신속한 재판의 원칙에 부합하며 피의자를 위한 배려로서 파악할 수 있기 때문이다.

따라서 현행범상 ‘주거불명’은 ‘주거부정’을 포함하여 현행범인 체포에 임하는 경찰관이 그 즉시 또는 신속히 주거를 확인할 수 없는 상황을 의미하는 것으로 해석해야 한다. 이름과 주민등록번호 자체를 알 수 없어 주거를 확인하는 것이 원천적으로 봉쇄되는 경우와 경범죄자가 경찰에게 이름과 주민등록번호 등을 알려주었으나 주민등록이 말소된 경우와 같이, 신원은 확인되나 주거를 확인할 수 없는 경우에는 ‘주거부정’에 해당하고, 이는 ‘주거불명’의 개념에 포함되어 현행범인 체포가 가능한 것으로 해석함이 상당하다.

21) 예컨대, 경범죄자가 범죄를 저질렀으나 그날따라 지갑을 두고 나오는 등으로 신분증을 지참하지 않았지만 순순히 신원을 확인시키고자 가까운 주거나 인근 관서로 동행하자고 요구함에도 ‘주거불명’이라고 보아 현행범체포를 행하는 것은 금지되어야 한다.

22) 통고처분서 발부를 위해 그에 필요한 시간만큼이 예정된다.

제3장 주거가 확인되는 경미사건 계속범에 대한 대처방안 개선

제1절 문제상황

※사 례

甲경장은 심야에 주취상태인 乙이 주택가에서 고성방가를 하고 있다는 신고를 받고 출동하여 乙에게 경범죄처벌법 제1조 제26호의 ‘인근소란죄’를 적용, 통고처분하기 위하여 신분증 제시를 요청하자 乙은 순순히 신분증을 제시하면서도 더욱 소리를 높여 노래를 부르고 욕설을 하는 등 계속해서 시끄럽게 하여 이웃주민들이 잠을 이룰 수 없다고 고충을 토로하며 제지를 요청할 경우 甲경장이 할 수 있는 조치는?

→ 현행법상 제지할 수 있는 방법은 없고, 인근소란죄로 통고처분만 가능

(사안의 경우에는 경범죄처벌법 제5조 제2항 제3호의 ‘피해자가 있는 행위를 한 사람’에 해당하는지 여부가 명확하지 아닐 뿐만 아니라 설사 피해자가 있는 행위에 해당한다고 하더라도 통고처분의 대상에서 벗어나고 즉결심판절차나 형사입건으로 진행해야 할 경우에 해당할 수도 있을 것이지만 여전히 ‘주거불명’에 해당하지 아니하는 점은 동일하여 현행법체포의 요건불비이므로 현행법상 제지할 수 있는 방법이 없음은 동일하다)

앞서 본 경미범죄자에 대한 현행법체포와 더불어 경미사건의 계속범에 대해서는 현행 경찰관직무집행법상 제6조에 규정되어 있는 ‘제지’ 등의 조치가 불가능하다. 그 이유는 동조에서 규정하고 있는 범죄행위 ‘제지’의 발동요건으로 ‘인명·신체에 대한 위해 또는 재산상 중대한 손해를 끼칠 우려’와 ‘긴급성’ 모두를 구비할 것으로 규정하고 있기 때문이다. 경미범죄에 해당하는 대부분의 경우에는 ‘인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는’ 결과와 직접적 관련을 맺지 못한다. 결국 위와 같은 이유 때문에 현행 경범죄처벌법상의 범죄들이 발생하는 대다수 경우에 제지권의 발동이 불가능하다는 결론에 이르게 된다.²³⁾

이로 인해서 경범죄가 발생하더라도 경찰권으로서는 공권력의 발동이 어려워지고, 설령 개입하더라도 불법을 범한 것으로 판단되기 쉽다. 하지만 경우에 따라서는 경찰권의 개입으로 문제가 해결될 수 있고 또한 그러한 해결이 마땅한 경우가 있다. 상황의 해결책으로 경찰권발동이 타당하지만 입법적 수권규정의 불비로 인해 일반국민에게는 경찰권의 직무해태로 오인되면 결국 경찰로서는 귀책사유없이 국민에 대한 신뢰를 잃게 된다. 즉, ‘이쪽으로 가면 사자가 기다리고 저쪽으로 가면 호랑이가 기다리는’ 꼴이 되어 경찰권으로서는 행하면 불법²⁴⁾이요, 행하지 아니하면 직무유기로 오인되는 이도저도 못하는 지경에 봉착하게 되는 것이다. 물론 우리 법체계의 현행 구조 하에서는 이러한 사태가 합법적이라고 평가받을 수 있지만 일반국민들에는 이러한 상황이 이해되기 힘든 경우가 많을 것이다. 위와 같은 이유로 경미사건 계속범에 대한 대처의 부재는 결국은 공권력의 신뢰상실 나아가 공권력의 무력화를 초래한다는 심각한 문제가 발생하게 되는 것이다.

만약 재물 손괴나 폭력행위를 범하지 않은 또는 설사 폭력행위의 외형을 보이더라도 공무집행방해죄상의 폭행에 해당하지 않는 수위의 행패를 부리는 주취소란자가 신분증을 소지하고 있고 그가 밝힌 주거가 주민등록 전산조회와 일치하는 경우는 현행범인으로 체포할 수 없다. 이 경우에는 앞서 살펴본 형사소송법 제214조의 요건인 ‘주거불명’을 충족시키지 못하는 경우이기 때문이다.

그렇지만 이 경우에도 범법자의 범위반행위가 계속 중이라는 점은 부인할 수 없다. 경미하지만 위법행위임은 부인할 수 없을 때에 과연 경찰력이 동원되지 않는 것이 타당한가에 대해서는 일률적으로 해답을 내릴 수는 없다. 하지만 그러한 경우에도 경찰권 발동의 잠재적 가능성에 상응하여 법적 권한이 마련될 당위는 부인할 수 없다. 또한 위의 사안에서 인근주민과 같이 피해자를 상정한다면 그 위반행위에 의해 경미하기는 하지만 법익침해도 계속된다고 말할 수 있다. 이러한 법익침해의 양도 누적적으로 변모되어 간과할 수 없는 지경에 이를 수 있으며 여타 사정에 따라서 다수인에게 피해가 미칠 수 있다. 이상

23) 경찰관직무집행법 제4조 제1항 제1호상의 조치가 가능한지에 대하여도 문제가 될 여지가 있으나 동 조항의 요건이 충족되기 위해서는 ‘정신착란 또는 술 취한 상태’, ‘생명·재산·신체에 위해를 미칠 우려가 있는 자’를 요구하고 있으므로 일반적인 경미사건의 계속범을 제지할 수 있는 근거조항으로 보기에는 무리가 있을 뿐만 아니라 이를 확대적용하는 것은 유추해석금지 원칙에 위배될 여지도 있어 보인다.

24) 형법 제123조 내지 제125조의 형벌 또는 경찰관직무집행법 제12조의 벌칙의 적용을 받는다.

의 이유 때문에 위와 같이 주거가 확인되는 경미사건의 계속범을 처리할 수 있는 최소한의 법적 권한이 경찰관에게 주어질 필요성이 절실하게 대두된다.

과거에는 이러한 법적 권한의 공백을 타개하기 위한 우회적인 방법으로서 즉결심판 피의자를 현행범인체포의 형식을 빌려 신병을 확보하거나, 임의동행의 형식으로 피의자를 경찰서로 연행하여, 다음날 즉결심판법원이 열릴 때까지 보호실에 대기시키는 관행이 있었다. 그러나 앞서 확인한 바와 같이 주거가 확인되는 경우이므로 경미사건의 현행범체포의 요건에도 부합하지 않으므로 결국 위법한 수사관행이다. 또한 이러한 실무관행을 나름 존중하는 방안으로서 예방행정작용으로 선해해보려고 해도, 현행범체포는 형사소송 절차의 확보를 위해 피의자로부터 증거인멸이나 도주의 위험을 제거하기 위한 수단이지, 결코 경미범죄의 계속범에 의해 그 개입시를 기준으로 발생할 장래의 계속적 위험으로부터 법익이나 피해자를 보호하는 예방경찰적 목적을 가지고 있는 것은 아니며 또한 동 목적을 위해 오용되어서도 안된다고 본다.²⁵⁾

결국 요건을 불비한 현행범체포의 형식이나 임의성을 인정할 수 없는 임의동행의 형식으로 즉결심판절차를 확보하고자 함이 위법함에는 의심의 여지가 없으며, 이러한 유형의 불법의 남용과 별도로 특히 보호실유치는 법에 부합하는 경미사건처리방식이라고 할 수 없다. 따라서 위의 관행은 더 이상 허용되지 않는다. 이 점은 아래의 대법원 판례에도 잘 나타나 있다.

“경찰서에 설치되어 있는 보호실은 영장대기자나 즉결대기자등의 도주방지 와 경찰업무의 편의 등을 위한 수용시설로서 사실상 설치, 운영되고 있으나 현행법상 그 설치근거나 운영 및 규제에 관한 법령의 규정이 없고, 이러한 보호실은 그 시설 및 구조에 있어 통상 철창으로 된 방으로 되어 있어 그 안에 대기하고 있는 사람들이나 그 가족들의 출입이 제한되는 등 일단 그 장소에 유치되는 사람은 그 의사에 기하지 아니하고 일정장소에 구금되는 결과가 되므로, 경직법상 정신착란자, 주취자, 자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자를 24시간을 초과하지 아니하는 범위 내에서 경찰관서에 보호조치할 수 있는 시설로 제한적으로 운영되는 경우를 제외하고는 구속영장을 발부받음이 없이 피의자를 보호실에 유치함은 영장주의에 위배되는 위법한 구금으로서 적법한 공무수행이라고 볼

25) 이 점에 대해서는 앞서 대법원 1992. 5. 22. 선고 92도506판결의 태도가 동일한 취지로 생각된다.

수 없다.”²⁶⁾

따라서 영장대기자나 즉결심판대기자를 보호시설에 수용하는 것은 수사목적달성 또는 경찰행정상 공익실현을 위하여 적절한 행위라고 믿고 한 정당행위라 할 수 없고, 직무상의 권능을 행사함에 있어서 법정의 조건을 구비하지 아니하고 이를 행사한 것은 곧 직권을 남용하여 불법감금한 것에 해당하고,²⁷⁾ 이를 제지하는 경찰관에 대하여 폭력을 행사하더라도 공무집행방해의 죄책을 지지 않게 된다.²⁸⁾ 또한, 이러한 위법한 공무집행으로 손해를 입은 자에 대하여 국가는 국가배상법 제2조의 책임을 지게 된다.²⁹⁾

제2절 경범죄처벌법의 재정리 필요성

주거가 확인되는 경미사건 계속범을 현장에서 격리시키는 법적 권한이 주어지지 위해서는 먼저 과거의 역사적인 필요에 의하여 만들어진 일부 조항의 폐지 등으로 발현되는 경범죄처벌법의 대폭 개정이라는 전제조건이 마련되어야 할 것이다. 이유는 다음과 같다.

먼저 일반국민의 행위준칙으로서 및 법집행기관에 대해서 실효적 규준인가의 관점에서 살펴볼 때, 경범죄처벌법은 일반국민이나 법집행기관에게 모두 적극적으로 규범력을 인정받지 못하고 있다.

첫째, 경범죄처벌법에 범죄로 규정된 행위가 수범자에게 범죄로 인식되지 않고 있다. 이러한 상황은 법정시풍조를 더욱 조장하며, 이로 인해 발생하는 공권력에 대한 저항도 반복된다. 형법은 중대한 불법행위만을 대상으로 철저하게 단속하고 처벌하는 것이 중요하다. 도덕이나 공서양속, 종교가 개인의 내부에 자율적 억제력을 요구하는 규율인 반면, 법은 개인의 자율적 억제 외에 타율적 강제력을 확보하는 면에서 근본적인 차이가 있다. 즉, 법으로 일정한 행위를 금지했다면 이는 위반시 반드시 타율적 제재가 따른다는 것을 의미한다. 그럼에도 경범죄처벌법과 같이 입법시부터 자율적 준법을 기대하고 입법한다

26) 대법원 1994.3.11. 선고 93도958 판결.

27) 대법원 1971.3.9. 선고 70도2406 판결; 대법원 1985.7.29. 선고 85도16 결정.

28) 대법원 1997. 8. 22. 선고 97도1240 판결.

29) 대법원 1996. 10. 25. 선고 95다45927 판결.

면, 이는 법의 본질에서 벗어나는 것으로 부당한 심리적 강제를 의도하는 것이다. 입법을 통해 심리적 강제도 정당화될 수 있으나, 이는 반드시 적용가능한 입법이라는 가정 하에서 정당화되는 것이다. 일벌백계식의, 재수 없으면 걸린다는 식의 심리강제는 법에 대한 권위만 떨어뜨리고 인간을 수단화하는 형태로서 국가가 보장해야 할 국민의 자유를 오히려 국가가 박탈하는 결과를 야기할 뿐이다.³⁰⁾

경범죄처벌이 형사법치주의에 합치된다는 인식이 높아지면서 동시에 자신에 대한 법집행에 수궁할 수 있는 풍토가 조성된다면 결국 공권력의 무력화는 상당수준 감소할 것이다. 또한 후술하는 현장격리조치가 취해져도 큰 저항을 하기 어려울 것이다.

둘째, 일부 사장되다시피한 조항으로 인해 경범죄처벌법 전체의 법적으로서의 강제력이 의심스럽게 되어 공권력 발동상황이 발생했음에도 경찰관은 개입을 주저할 가능성이 높다. 이는 경범죄처벌법상의 규범력의 상실이 전체 형사법질서에서 발생하는 경범죄처벌의 처리를 곤란케 하는 수준으로 전염된다는 귀결로 이어진다.³¹⁾ 또한 경범죄처벌법과 같이 사소한 행위까지 철저히 단속·처벌하려면, 아마 현재보다 몇 십 배의 수사 인력을 확보해야 할지 모르는데 이는 경제적인 면에 비추어도 비효율적이다.

상황이 이러한 마당에 경찰관직무집행법과 같은 절차법상의 조치들을 발동하여 공권력의 권위를 세우기에 앞서, 실체법상 경범죄처벌법의 규범력을 제고시키는 방향으로의 개정이 우선적 과제이다. 법규정은 존재하나 이를 처벌하지 않는다는 것은 형법의 실효성과 엄정성을 훼손한다. 따라서 오히려 좁은 범위의 내용을 규정하더라도 이를 철저히 빠짐없이 집행하는 것이 중요하다.³²⁾ 때문에 일선 경찰관으로 하여금 실제로 동법이 적용되어야 하는 상황임에도 공권력 발동을 주저하게 되는 결과를 방지하기 위해서는, 경범죄처벌법의 개정을 통하여 그 규범력을 상당수준으로 제고해야 한다. 경찰권 발동의 상한으로 불법체포감금죄, 직권남용죄를 경계해야 하지만, 그 반대의 면에서는 직무유기죄에 대비할 수 있을 것이다.

30) 이기헌·박기석, □형법 및 형사특별법상 유사처벌조항 정비방안□(한국형사정책연구원, 1998).

31) 아래에서 보듯이 위 논의는 경범죄처벌법의 과잉화 논의와도 밀접한 관련이 있다. 즉, 현재의 경범죄처벌법의 규정을 전제로 하여 경찰관에게 넓은 법적권한을 주는 것은 공권력의 재량권 남용이라는 비판을 다시금 불러올 수 있을 뿐만 아니라 형벌의 과잉화로 인한 형벌의 위하력의 저하를 야기할 수 있기 때문이다.

32) 조병인·전영실, □서울시민의 기초질서준수에 관한 연구□(1996), 167-168면.

마지막으로, 실체법으로서의 경범죄처벌법의 정비는 절차법으로서의 각종 경찰권직무 권한 발동의 적법성을 보장한다는 의미에서이다. 실체법의 해석은 가능한 한 일의적이고 명확할 것이 요구된다. 즉 실체법상의 요건의 확정은 문제상황을 명료하게 하고 그에 따라 적합한 형태의 수권규정을 근거로 공권력이 행사되게 된다. 이러한 문제를 보다 본고의 논의와 관련하여 구체화시키자면, 각종 경찰관직무집행법상의 제지조치를 취할 것인지 말 것인지를 분명히 구별가능하도록 해준다는 것이다.³³⁾ 그리고 각종 조치의 요건에 합당한지 및 비례적 조치인지가 검토될 수 있다. 그런데 자칫 실체법의 불분명하고 시대착오적 규정들로 인해서 그러한 규정에 따른 법 적용이 공권력의 남용으로 비친다면 여타의 수권규정의 탓으로 오인될 수 있으며, 경찰관직무집행법에 대한 마구잡이식의 개정방안을 내놓는 양태로 나아갈 수 있는 것이다.

제3절 경범죄처벌법 개정의 방향

현행 경범죄처벌법의 규정들이 형법의 목적 달성을 위한 적절한 수준에서 다발적으로 일어나는 경미범죄를 규제하고 있는지 여부 및 이에 대해서 공권력의 엄정성을 보이고 있는지 여부에 대해서는 의문이 많다. 시대에 뒤진 규정, 불필요한 규정, 모호한 규정들 등에 의한 현재 시점에서의 과잉범죄화에 대해서는 개선의 여지가 많다. 특히 경범죄처벌법에서 형사불법과 행정불법이 명확히 구별되어 있지 않다. 향후 경미한 범법행위를 형사절차가 아닌 행정절차에 의한 행정처분으로 대처하는 비형벌화 작업이 형사재판절차의 간이화보다 선행되어야 할 필요가 있다. 예컨대, 독일의 '질서위반법'을 참조하여 경미사건 처리에 대한 구조개혁이 필요하다고 보는 다수의 학계의 요청에 귀 기울일 필요가 있다.³⁴⁾ 경미한 불법행위 혹은 단순히 불이익이 우려되는 정도의 행위는 자율적 질서의

33) 예컨대, 인근소란죄가 인구가 밀집한 지역에서 일어나 그 폐해를 묵과할 수 없을 때 과연 경직법상 제지조치가 가능한지 아니면 불가능한지는 전적으로 경직법에 의존할 수는 없으며 실체법적 경범죄처벌법의 구성요건이 요구하는 '인근', '소란'의 해석론에 의존해야 한다고 본다. 만약 인근이 지나치게 넓고 소란의 지나치게 강한 위해를 초래하는 것까지도 포함시킨다면, 인근소란죄의 다양한 경우에 제지조치가 가능하게 되어 과잉대처가 될 가능성이 있다고 본다.

34) 그간 학계의 입법론적 구상은 경범죄처벌법, 도로교통법, 즉결심판법 등의 관련 법률을 통합하고 형사처분의 대상이 되어 있는 경미범죄를 질서위반불법행위로 재편하는 것이다. 대표적으로 조병

식이나 계몽·지도 등을 통해 규율하는 것이 타당하다.³⁵⁾ 독일에서의 ‘질서위반법’의 제정 및 개정과정에서 형사불법과 행정불법의 구별노력이 함께 이루어졌다는 점은 매우 주목할 만하다. 이하에서는 경범죄처벌법상 삭제 또는 개정되어야 할 조항과 신설되어야 할 조항을 검토하기로 한다.

1. 시대변화를 반영하지 못하거나 형법 등 다른 법률과 중복되므로 삭제되어야 할 조항

【삭 제(9)】

출판물의 부당게재등, 단체가입강청, 타인의 가축·기계등 무단조작, 굴뚝등 관리소홀, 전당품장부등 허위기재, 미신요법, 과다노출, 비밀 침교습 및 장소제공, 뱀등 진열행위

가. 출판물의 부당게재등(9호)

본 호의 행위는 ‘신문, 잡지 그 밖의 출판물에 어떤 사항을 실거나 실지 아니할 것을 약속하고 돈이나 물건을 받는 것’이다. 본 호의 입법목적은 다른 사람 또는 단체의 명예, 신용의 훼손과 실추를 방지하고 이를 진실로 믿게 되는 일반인의 불측의 손해를 끼칠 우려를 미연에 방지하려 함에 있다. 또한 본 호의 행위는 출판물을 이용한 사기죄, 공갈죄 및 배임수재죄 성립의 전단계라는 의미도 갖고 있다.³⁶⁾

선, “질서위반법과 행정형법”, □형사정책연구□ 제8호(1992), 184면 이하를 참조하라.

35) 조병인·전영실(각주 32), 167면 ; 日本東京高等法院(上告事件) 昭24. 7. 29. 高裁刑集 2卷 1号 171面에서 판시하기를 “경범죄처벌법은 그 규정의 형식에 있어서는 경찰범처벌령에 비슷한 바가 있다고 하지만 그 관료주의적인 정신을 답습한 것은 아니고, 오히려 일본국민의 사회생활을 문화적으로 향상시키기 위하여 최저한도로 요청되는 도덕률을 실체형법화한 것이다. 이것은 동법의 입법경과와 함께 전 규정의 형식 및 정신으로부터 쉽게 알 수 있다. 그러므로 여기서 논하는 일본국민의 기본적 인권을 침해한다는 것 같은 것은 본래 본법이 의도하는 바가 아니고 오히려 본법은 일본국민의 사회적 윤리를 문화적으로 향상시켜 국민으로 하여금 자유롭고 행복한 생활을 영위하도록 하는 것을 목적으로 하고 있다”고 판시하는데 비록 일본의 판례문구이지만 경범죄처벌법의 성격을 국민의 사회생활을 문화적으로 향상시키기 위한 최소한의 도덕률의 실정법화로 보고 있음은 나름 우리의 법운용 방향에 참고가 된다고 할 것이다.

36) 박상기·이건호, □경범죄처벌법에 관한 연구 - 행위유형과 제재수단을 중심으로□(한국형사정책연

본 호는 고의 이외에 ‘올바르지 못한 이익을 얻을 목적’을 주관적 요건으로 추가하고 있다. 이러한 목적은 재산죄의 ‘불법영득의사’ 또는 불법이득의사’라고 하겠다. 본 호는 올바르게 아니한 이익만을 규정하고 있지만 수수되는 객체에 물건도 규정되어 있으므로 물건을 받는 경우에는 ‘불법영득의사’를 필요로 하는 것이 된다. 그런데 ‘올바르지 못한 이익’이라는 문언은 매우 애매하고 각자의 가치판단에 따라 그 내용이 달라질 수 있는 것으로 명확성의 원칙에 위배된다.

만일 이로 인한 행위가 형법상의 협박죄(제283조)나 공갈죄(제350조)에 해당할 경우에는 이에 의거하여 처벌할 수 있다. 본 호는 협박이나 공갈행위에 이르지 못한 경우에도 처벌하겠다는 취지인데, 형법상의 협박이나 공갈죄의 협박의 범위가 결코 좁지 않아,³⁷⁾ 이에 이르지 않는 해악의 고지는 처벌하지 않겠다는 것이 입법자의 판단이라고 본다면 경범죄처벌법에서 본조를 두어 또다시 해악고지 행위를 처벌할 필요가 있는지 의문스럽다.

그리고 돈이나 물건을 주어 받은 경우라면 해악을 실현할 의사가 명백히 없는 경우가 아니기 때문에, 이 가능성도 그리 크지 않다. 이와 마찬가지로 상대방이 외포에 빠지지 않고 돈이나 물건을 주는 경우에는 본 호에 해당할 수 있다고 하나, 외포에 빠지지 않을 정도의 사실고지의 가능성을 생각하기 어려울 뿐 아니라 있다고 하여도 그 정도의 경미한 행위를 형벌로 다스린다는 것은 타당치 않다고 할 것이다. 그리고 만일 협박죄의 요건에 해당하는 정도의 협박이 있다면, 설사 행위자가 이에 의하여 외포심을 갖지 아니하더라도 협박죄의 미수(형법 제286조) 또는 공갈죄의 미수(형법 제352조) 처벌이 가능하다. 그렇다면 경범죄처벌법은 그 이외의 경우인 형법상 처벌할 수 없는 경우에만 적용될 뿐이다. 다만 행위자가 신문에 게재하거나 게재하지 않을 의사가 명백한 경우에는 협

구원, 1996) 64면. 사기죄 및 공갈죄가 상대방이 착오나 외포에 빠져서 물건을 교부한다는 요건을 필요로 하는 반면에, 본 호는 이를 요건으로 하지 않으며, 배임수재죄는 행위자가 타인의 사무를 처리하는 자이어야 하며 또한 부정한 청탁을 받는다는 요건을 필요로 하므로 기사계제 여부와 관련하여 이러한 요건을 충족시키지 못한 때에는 본 호의 행위에 해당하게 된다. 사기죄, 공갈죄 또는 배임죄와 경합하는 경우 본 호는 앞의 죄에 흡수된다.

37) 형법상 협박은 해악을 고지하여 상대방에게 공포심을 일으키는 것으로 해악의 발생이 직·간접으로 행위자에 의해 좌우될 수 있는 것이기만 하면 행위자가 이를 실현할 의사가 없어도 족하고 현실적으로 발생할 가능성이 없어도 족하다. 또 해악의 내용도 제한이 없어 해악의 대상이 생명, 신체, 자유, 명예, 재산뿐 아니라 정조, 업무, 신용 등을 포함하고 수단도 다양하게 인정된다고 한다. 공갈의 경우에도 협박죄와 협박의 내용상으로는 별 차이가 없다.

박죄가 성립하지 않기 때문에 이 경우에 본조가 성립할 수 있다.

결국 본조의 ‘약속’은 그 속에 외포심을 담은 약속이므로 협박, 공갈죄의 성립을 먼저 살펴야 하고 그에 이르지 않는 단순한 사실의 고지에 따른 당사자의 계약은 형벌로 처벌할 사항이 아니라고 보아야 한다.

나. 단체가입강청(19호)

국민 개개인은 스스로의 결정에 의해서 일정한 단체를 결성하거나 가입할 수 있는 자유를 갖고 있다. 이렇게 조직된 단체들은 사회생활에서 중요한 역할들을 수행한다. 그러나 이러한 단체의 결성이나 가입이 개인의 자유를 침해하는 때에는 형법 제324조의 단순강요죄가 성립할 수 있다. 본 호는 단체가입과 관련된 강요행위를 규제하려는 목적을 가지며 따라서 제324조의 보충규정이라고 할 수 있다.³⁸⁾

본 호의 행위는 ‘싫다고 하는데도 되풀이하여 단체가입을 억지로 청하는 것’이다. 이 규정은 사회적 접촉자체에 대한 과잉대응으로 볼 수 있다. 통상의 경우에 단체 가입의 권유는 1회적으로 종료되는 경우가 드물 것이다. 강청의 과정에서 퇴거불응행위(제319조)가 있다든가 폭행, 협박, 강요에 이르게 되면 그에 의하면 처벌하면 될 것이고, 단지 귀찮게 또는 몇 번 강력하게 요청했다고 해서 그 행위를 형벌의 대상으로 삼는 것은 부당하다. 또한 위 조항은 헌법상의 기본권인 일반적 행동자유권, 언론·출판의 자유 등에 대한 부당한 침해의 근거조항으로 될 수 있을 여지도 다분하다.

다. 타인의 가축·기계 등 무단조작(21호)

본 호는 타인의 소유권의 객체인 가축 및 기계를 정당한 권한 없이 조종하거나 조작하는 행위를 규제하려는 목적을 갖는다. 즉 타인의 소유물에 대한 무단조작은 타인의 소유권에 대한 침해를 일으킬 우려가 있을 뿐만 아니라, 가축이나 기계의 잘못된 조작은 일반 공중에 대한 피해를 야기할 수 있기 때문에 이를 방지하기 위한 것이다.³⁹⁾

동호의 규정은 형법상의 손괴죄(제366조)와 중복될 수 있다. 특히 손괴미수(제371조)

38) 박상기·이건호(각주 36), 77면.

39) Id. 76면.

가 규정되어 있기 때문에 손괴의 결과가 발생하지 않은 행위도 규제가 가능하다. 물론 미수 규정의 존재와 상관없이 손괴에 이르지 않는 경미한 경우를 규제하기 위해 본 호가 존재한다고 하지만, 오히려 경범죄처벌법의 적용을 우선시 할 경우에는 형법의 규범력을 떨어뜨리는 결과가 되어 바람직스러운 입법정책이 아니라고 할 것이다. 따라서 본 호는 손괴죄의 적용에 맡기고 폐지하는 것이 타당하다고 할 것이다.

라. 굴뚝 등 관리소홀(30호)

본 호는 원활한 교통환경 및 교통의 안전을 확보하고 굴뚝 등에 의한 위험의 발생을 규제하려는 목적을 갖는다. 본 호의 행위는 ‘관계공무원으로부터 고칠 것을 문서로 요구받고도’ 사람의 통행에 불편을 주는 굴뚝 등을 ‘고치는 등 필요한 조치를 하지 않는 것’이다.⁴⁰⁾

통행에 불편을 주는 행위를 행정형법상의 과태료 등의 대상으로 함은 별론으로 하더라도, 이를 형법상의 처벌의 대상으로 삼는 것은 적절하지 아니하다. 즉, 위 행위에 의하여 통행의 불편을 야기할 뿐이고 대인적·대물적인 손해가 발생할 가능성이 없음에도 예비행위에 불과한 동 조항에 규정된 행위를 벌금 등으로 처벌하는 것은 국민의 일반적인 법감정에 부합하지 아니한다고 할 것이다. 이는 적절한 행정조치 등을 통하여 극복되어야 할 문제에 불과하다.

또한 위 조항은 특정 위험한 물건에 대한 관리행위 위반을 처벌하는 특별법에 규정된 다른 조항들에 비추어 그 요건이 일관성이 없다는 비판을 피할 수 없다. 본 호의 경우에만 ‘문서로 요구받은 경우’만을 처벌요건으로 규정하고 있는 것은 동 조항의 남용을 피하기 위한 조치로 이해될 수 있는데 더 위험한 물건의 관리소홀에 더 엄격한 요건 하에서만 처벌된다는 처벌의 불균형을 초래하고 있을 뿐이다.

본 호의 행위와 형법상의 과실치사상죄(형법 제266조, 제267조)가 경합하는 경우 양자는 법조경합이 되어 과실치사상죄 속에 본 호는 포함될 것이다. 도로에 장애물을 쌓아놓는 등의 행위로 도로법 제47조(도로에 관한 금지행위)에 위반한 경우 제82조의 벌칙 규정이 적용되는데 두 법의 입법취지와 조항에 규정된 요건에 비추어 실체적 경합으로 볼 것이다.

40) Id. 105면.

마. 전당품장부 등 허위기재(38호)

본 호는 전당품장부기재의 정확성을 보장하는 한편 전당품과 관련되기 쉬운 장물의 거래를 차단함으로써 절도 및 강도 등에 대한 범죄수사상의 편의를 확보하려는 목적을 갖고 있다. 본 호는 전당포 영업자로 하여금 전당물주의 성명과 주소를 확인하고 이를 장부에 기재하도록 하고 있는 (구)전당포영업법 제15조, 제16조 및 별칙규정인 제33조의 보충규정으로서의 의의를 갖는다.⁴¹⁾

본 호의 행위는 ‘물건을 전당잡히는데 있어서 영업자의 장부에 성명·주민등록번호·주소·직업 등을 거짓으로 알려 써넣게 하는 것이다. 본 호의 대상은 (구)전당포영업법에 다른 경찰서장의 허가를 받은 전당포주(구)전당포영업법 제2조 및 제5조 참조), 전당포주에 대해서 행위자가 거짓으로 성명 주민등록번호 주소 직업 등을 말함으로써 이를 (구)전당포영업법에 따른 서식의 장부에 기재하게 함으로써 성립한다.

동호는 행정형법상의 제재대상으로 경미범죄를 규정한 것이다. (구)전당포영업법의 폐지이유는 행정규제기본법의 시행에 따라 전당포영업과 관련한 각종 규제를 폐지하려 함이다. 또한 장물을 장물이 아닌 것처럼 전당포영업자를 기망하여 재물을 취득하는 형법상의 사기행위에 이르지 아니한 상황에서 단지 자신의 인적사항 등을 거짓으로 알려 준 행위를 처벌하는 것은 형법의 보충성의 원칙에 비추어도 타당하지 아니하다. 즉, 구법의 폐지의 취지를 법체계 전체에서 일관성을 도모한다는 측면 및 형법의 보충성이라는 측면에 비추어 본 호는 삭제함이 옳다.

바. 미신요법(39호)

국민의 건강을 보호하고 국가의 보건 의료상의 질서를 규율하기 위한 목적에서 일정한 행위를 규율하고 있다. 과거 1950-60년대의 시대상을 반영한 조항이다. 본 호는 ‘근거 없이 신기하고 용한 약방문인 것처럼 내세우거나 그 밖의 미신의 방법으로 병을 진찰·치료·예방한다고 하여 사람들의 마음을 홀리게’ 한 사람을 처벌하는데, 진지한 형태의 의료 서비스의 제공에 이르지 않는 허황된 주장을 통해 약품·강장제등을 판매하는 행위를

41) Id. 92면.

전형적으로 규율한다.⁴²⁾

그러나 구성요건의 명확성의 측면에서 ‘신기하고 용한’, ‘사람들의 마음을 홀리게 한’의 표현은 적절하지 않다. 또한 후단부는 미신의 방법으로 병을 ‘진찰·치료·예방’ 하는 것을 규율하지 않고, ‘사람의 마음을 홀리게 한’ 행위를 처벌하고 있어 범죄행위로서 부적절하다고 할 수 있다.

형법상의 사기죄(제347조), 상해죄(제257조) 등의 행위내용 속에 본 호의 행위가 포함되기 때문에 형법범이 성립하면 본조의 적용은 없다. 나아가 실제로 치료행위 등 의료행위가 행하여진다면 의료법(제27조)이나 보건범죄단속에관한특별조치법(제5조) 등에 의하여 처벌할 수 있고 또한 의료행위가 아니라고 하면 사기죄의 미수형태와 중복되기 때문에 사기죄의 미수(제352조)가 성립하면 본 호의 적용은 없다.

사. 과다노출(41호)

본 호의 제정목적은 ‘공연음란죄’(제245조)에 이르지 않는 혐오스럽고 수치스러운 행위를 규제하여 일반인으로 하여금 불쾌한 기분을 갖지 않도록 하려는 데 있다. 과거 유신시절 사회질서 유지차원에서 미니스커트를 단속하는 조항으로 사용되었다. 본 호의 행위는 ‘여러 사람의 눈에 뜨이는 곳에서 함부로 알몸을 지나치게 내놓거나 속까지 들여다 보이는 옷을 입거나 또는 가려야 할 곳을 내어 놓아 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 주는 것’이다.

만약 이러한 행위가 형법상의 공연음란죄(제245조)에 해당하면 본 호는 흡수될 것이다.⁴³⁾ 따라서 본 호가 적용되는 영역은 형법상의 공연음란죄가 성립되지 않는 범위 내의 과다한 신체노출 행위이기 때문에 미니스커트를 너무 짧게 입는든지, 런닝 차림으로 거리를 걷는 것과 같은 행위 등이다. 그런데 본 호에 해당하는가의 판단에 있어서 어느 정도의 수위의 노출에 이르러야 하는가가 현대의 생활풍속에 비추어 모호하고, 구체적 법집행에 있어서도 불평등한 결과를 낳을 수 있다. 또한 본 호는 규정 자체가 명확성의 원칙에 반할 여지가 있으며, 본 호를 엄격하게 적용할 경우 선량한 풍속이라는 추상적인 보호법익을 통해서 자신의 생각이나 개성을 표현할 시민의 자유가 부당하게 침해될 수

42) Id. 118면.

43) Id. 93-94면.

있는 여지가 있다.

아. 비밀 춤교습 및 장소제공(46호)

동호는 ‘공연하지 아니한 곳에서 다른 사람으로부터 대가를 받고 춤을 가르치거나 그 장소를 사용하도록 한 사람’을 처벌하여 비사회적인 행위에 대한 규제를 내용으로 하고 있다. 과거 유신정권 시절 사회정화라는 명목하에 전가의 보도처럼 활용되었던 항목이지만 지금에 이르러는 실효성이 의문스러운 시대착오적 조문으로 전락하였다.⁴⁴⁾ 학원의 설립운영 및 과외교습에 관한 법률 제6조 위반죄가 성립하는 경우에는 본 호는 성립의 여지가 없다.⁴⁵⁾

자. 뱀등 진열행위(52호)

본 호는 ‘여러 사람이 보이거나 다니는 곳에서 뱀이나 파충류 등 징그럽고 끔찍한 벌레 등을 진열·판매하는 것은 타인에게 불쾌감 혐오감을 주고 통행에도 지장을 주기 때문에 이러한 행위를 규제하기 위해 만들어진 것이다.

본 호는 1960-70년대에는 1년에 수십 건이 적발되었지만, 1990년대 이후에는 적용된 예가 없다. 이러한 행위 자체를 일상생활에서 찾아보기도 어려운 실정이다. 만약 뱀이나 벌레를 늘어놓는 장소가 도로교통법의 적용을 받는 도로라면 도로법의 규정이나 도로교통법이 적용될 것이다.

2. 구성요건이 모호하거나 불명확하므로 이를 명확하게 수정·보완해야 할 조항

【수정·보완(8)】

빈집등에의 잠복, 업무방해, 광고물 무단첩부등, 오물투기, 구걸행위등, 허위 인적사항 사용, 장난전화등

44) Id. 119면.

45) 단, 박상기·이건호(각주 36)는 실체적 경합으로 본다(Id. 119면).

가. 빈집 등에서의 잠복(1호)

본 호는 다른 사람이 살고 있지 아니하고 또한 지키지 않는 집 등의 내부의 평온을 보호하고 이와 같은 장소가 범죄 등 사회적으로 바람직하지 않은 행위에 이용되는 위험을 방지하기 위한 것이다.⁴⁶⁾

본 호의 ‘집’은 넓은 의미로는 주거로 쓸 목적으로 지은 건조물 및 이에 소속되어 주로 거주자에 이용되는 구획된 장소를 말하며, 형법 제319조의 ‘주거’ 및 ‘건조물’과 거의 같은 개념이다. 사람이 실제로 일상 생활을 하기 위해 어느 정도 계속적으로 사용하는 경우는 ‘사람이 살고 있는 때’에 해당한다. 본 호의 행위는 ‘정당한 이유없이 숨어 들어가는’ 것이다. 여기서 ‘정당한 이유’란 실제로는 구체적 사안에 따라 사회통념에 비추어 정당성 여부가 결정되는데 일반적으로는 소유자의 승낙이 있거나, 긴급피난이나 수사의 목적으로 일시적으로 들어간 경우이다.⁴⁷⁾ ‘숨어 들어간다’는 것은 사람의 눈에 띄지 않게 몸을 숨기는 것을 말한다. 따라서 침입과 달리 어느 정도의 시간적 경과를 요한다.

동호는 주거침입죄의 적용범위 이외의 장소를 대상으로 하여 보호법익에 있어서 범죄 유발예방이라는 경찰행정상의 목적도 함께 보장하고 있다. 즉 ‘정당한 이유 없이’의 그 이유를 살펴보면 그것이 타 범죄의 예비, 음모에 해당하는 등의 사정을 예정으로 하고 있다고 할 수 있다. 형법 제28조에 의하면 예비·음모의 경우에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다고 규정하는바, 입법자의 취지에 비추어 특별법으로 예비·음모 행위를 처벌하기 위해서는 보다 명확하게 규정하는 것이 바람직하다.

나. 업무방해(12호)

본 호는 형법상의 업무방해죄(제314조) 및 공무집행방해죄(제136조-제144조)이 보호하는 법익인 사람의 업무를 보호하려는 목적을 갖고 있다. 따라서 본 호는 형법상의 업무방해죄 등에 대한 보충규정으로서 형법상의 범죄에 비해서 법익침해의 정도가 작은 업무방해행위들을 규제하려는 목적을 갖는다. 형법상의 업무는 업무방해죄에 의해서 보호되는 업무와 공무집행방해죄 등에 의해서 보호되는 공무원의 직무가 있지만 본 호는

46) Id. 54면.

47) 정덕장, □주해 경범죄처벌법□(법원사, 1989), 37-38면.

양자 모두를 보호하는 것으로 보아야 할 것이다.⁴⁸⁾

본 호의 행위는 ‘못된 장난 등으로’ 업무를 ‘방해하는 것’이다. 형법상 업무방해죄 및 공무집행방해죄의 행위가 허위의 사실을 유포하거나 위계 또는 위력으로 업무를 방해하는 것(제314조 제1항), 컴퓨터 등 정보처리장치 또는 자기기록 등 특수매체기록을 손괴하거나 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리에 장애를 발생하게 하는 방법에 의해서 업무를 방해하는 것(동조 제2항), 그리고 폭행 또는 협박에 의한 것(형법 제136조 제1항), 위계에 의한 것(형법 제137조)임에 비하여, 본 호는 ‘못된 장난 등’이라는 행위태양을 규정하고 있다 따라서 본 호는 형법상의 행위태양에 해당하지 않는 행위방법들을 통한 업무방해행위를 규제한다고 할 수 있다.

그러나 ‘못된 장난 등’은 형법상의 업무방해죄의 행위수단인 위계 또는 위력 기타 방법 속에 포함되는 경우가 많을 것이므로 내용의 중복을 갖게 된다. 즉 ‘위계 또는 위력으로 업무를 방해’하는 것과 ‘못된 장난으로 업무를 방해’하는 것은 공통부분이 존재한다. 또한 ‘못된’이라는 가치판단을 요하는 문구는 그 해석에 있어 사람마다 차이가 있을 것이고 그 범위가 명확하지 아니하여 죄형법정주의의 명확성 원칙에도 부합하지 않는다. 따라서 혹 경범죄로 처벌하려할 경우에도 보다 명확하고 형법전과 공통부분을 갖지 않는 범위 내의 경미한 구성요건을 정해야 할 것이다.

다. 광고물 무단첩부등(13호)

본 호는 다른 사람 또는 단체의 집이나 건조물에 대한 소유권을 침해하는 광고물 부착 행위 및 이들 타인의 표시물 및 건조물을 침해하는 행위를 규제하려는 목적을 갖는다. 이와 같은 광고물 부착행위 등은 타인의 재산권을 침해하는 행위로서 본 호의 전단 및 후단 중 표시물 또는 공작물을 함부로 더럽힌 사람을 처벌하는 부분은 형법상의 재물손괴죄(제366조)에 대한 보충규정으로서의 의미를 갖는 것이다. 본 호의 후단 중 표시물 또는 공작물을 함부로 옮기거나 해친 사람을 처벌하는 부분은 또한 형법상 경계침범죄(제370조)에 대한 보충규정이 된다.⁴⁹⁾

48) 박상기·이건호(각주 36), 66-67면.

먼저 후단 중 표시물 또는 공작물을 함부로 옮기거나 해친 사람을 처벌하는 부분은 형법상의 경계침범죄(제370조)와의 관계가 문제된다. 그러나 경계침범죄는 경계를 손괴, 이동, 제거하거나 기타 방법으로 토지의 경계를 인식불능케 하는 행위를 포괄하는 반면, 본 호는 표시물 또는 공작물을 함부로 옮기거나 해친 행위를 말하므로 행위태양상 흡수되는 관계에 해당한다.

한편 전단 및 후단의 규정 중 표시물 또는 공작물을 더럽힌 사람을 처벌하는 부분은 형법의 절도죄(제329조)나 손괴죄(제366조)와의 관계가 문제된다. 타인의 공작물 등에 함부로 광고물 등을 붙이거나 걸거나 또는 글씨나 그림을 쓰거나 그리거나 새기는 행위 및 타인의 간판 등을 옮기거나 더럽힌 행위 등은 전형적인 손괴죄로서 처벌할 수 있다. 다만 손괴죄로 벌하기에는 너무 경미한 불법행위이기 때문에 간단한 절차로 경미한 형벌을 부과하려는 것이다.

따라서 전단은 존치시키되 후단은 손괴죄에 비추어 삭제하는 방향으로 검토할 수 있다고 본다.

라. 오물방치(16호)

본 호는 국민의 건강 및 위생을 해칠 수 있는 행위유형들 특히 오물 등의 투기를 규제하려는 목적을 갖는다. 본 호의 행위는 ‘담배꽂초 껌 휴지 쓰레기 죽은 짐승 그 밖의 더러운 물건이나 못쓰게 된 물건을 함부로 아무 곳이나 버리는 것’이다.⁵⁰⁾

제17호 ‘노상방뇨등’의 행위태양 중 ‘함부로 침을 뱉거나 대소변을 보거나’ 또는 ‘개 등 짐승을 끌고 와 대변을 보게 하고 이를 수거하지 아니하는’ 것과 통합하여 규율하는 것이 타당하다고 할 수 있다. 양 호의 규정을 합하여 살펴보면 오물투기의 객체는 사실상 예시적 열거이기 때문이다. 또한 노상방뇨는 ‘부끄러운 느낌이나 불쾌감을 준’(제41호)것과는 구분되는 오물투기의 성격과 부합하기 때문이다.

나아가 각 환경행정법의 규제와 이에 대한 벌칙의 장에서 본 호의 원칙적인 범죄행위를 규정해 놓고 있다. 따라서 본 호와 같은 불법행위 중 형법에 의한 처벌이 필요한 행

49) Id. 68면.

50) Id. 71면.

위는 열거적으로 규정하여 처벌하되 나머지 경미한 행위는 범칙금 등 행정형벌로 처벌을 하거나 도덕과 윤리를 통한 자율에 맡기는 것이 타당하다.⁵¹⁾

마. 구걸부당이득(23호)

본 호의 행위는 ‘다른 사람을 구걸하게 하여 올바르게 아니한 이익을 얻는 것’이다. 구걸이란 남에게 돈이나 음식 등을 무상으로 줄 것을 청하는 행위이다. 본 호의 행위는 타인으로 하여금 이러한 구걸행위를 하도록 시키고 이를 통해서 모아진 금전 등을 구걸행위자로부터 취득하는 것이다. 구걸행위의 방법은 무엇이든 상대방으로 하여금 자의로 금전 등을 내놓게 하는 행위이면 충분하다. 따라서 절취, 강취하거나 또는 사취하는 경우에는 형법상의 절도죄, 강도죄 또는 사기죄가 성립하며 본 호에는 해당하지 않는다.

근로를 함으로써 생활을 영위하는 것이 건전한 생활자세라는 점을 강조하는 것을 본 호의 목적으로 파악할 수 있지만, 그보다는 공공의 장소에서의 구걸행위가 평온한 사회 질서를 깨뜨릴 수 있으며 또한 구걸 행위자에 대한 학대, 폭행 또는 협박 등 다른 범죄를 야기할 수 있음을 입법자가 고려했다고 보는 것이 보다 타당할 것이다. 사회생활상의 도덕을 유지하려는 목적만을 위해서 위 조항이 존재한다고 보면 형사제재 이외의 수단에 의해서 달성하는 것이 형벌권행사의 제한이라는 의미에 보다 부합한다는 관점에서 적절하지 아니하기 때문이다.⁵²⁾

구걸행위를 하도록 시킨 자는 처벌되지 않는 책임무능력자를 이용하거나 또는 벌하지 아니하는 구걸행위를 통해서 본 호를 실현시키고 있으므로 본 호는 간접정범의 형태를 실행행위로 규정하고 있다. 구걸행위를 하도록 시키는 행위에 대해서 구체적으로 규정되어 있지는 않지만, 구걸행위자에게 폭력이나 협박을 행사하는 경우와 그밖에 기망행위에 의한 경우도 본 호에 포함된다고 하겠다. 구걸행위자에 대한 폭행, 협박은 형법에 의한 폭행, 협박죄를 구성할 수 있으나 구걸행위자가 자신이 원하지 아니함에도 의무 없는 일

51) 이를테면 폐기물관리법 제63조 제3항, 제7조의 적용에 의해 시장, 군수, 구청장은 100만원 이하의 과태료를 부과할 수 있는데, 오히려 금액의 상한이 경범죄처벌법의 상한인 10만원보다 높을뿐더러, 실제로도 쓰레기무단투기 행위는 범죄의 차원이 아닌, 자치단체 차원에서 행정의 문제로 받아들여진다. 이에 대한 정비가 필요할 것이다.

52) 박상기·이건호(각주 36), 101-102면.

을 하게 된 경우 강요죄를 구성할 수도 있는바, 먼저 강요죄에 해당하는지 여부를 살펴본 후에 폭행, 협박죄의 구성여부를 살펴보아야 한다. 본 호는 이익을 얻을 것을 요건으로 규정하고 있으므로 본 호의 구결행위를 하였지만 그 배후자가 이익을 얻지 못한 경우 본 호 행위는 성립하지 아니한다. 아동에게 구결행위를 시킨 행위는 아동복지법 제29조 제8호 위반으로 제40조에 의해서 처벌된다.⁵³⁾

구결행위의 장소가 지하철 내라면 종전 도시철도법에서는 ‘역이나 지하철내에서 물품을 판매하거나, 구결 또는 기타 연설, 권유등의 행위는 ‘3월 이하의 징역이나 구류’ 또는 벌금형’에 처할 수 있었고 동 호의 행위는 도시철도법위반죄의 공범으로 처벌될 수 있었다. 그러나 철도법이 폐지되고 형벌 대신 행정상의 ‘퇴거조치’로 처벌규정을 완화한 철도안전법으로 대체입법된 이후에는 동 호의 적용가능성이 확대되었다고 할 수 있다.

한편 동 규정상의 ‘올바르지 않은 이익’의 내용이 무엇인지가 불분명하다. 형법전상의 보편적 개념인 ‘재물’ 또는 ‘재산상 이익’의 개념을 사용하여 규율하여도 충분하다고 생각된다. 또한 형법전 상의 사기죄(제347조), 공갈죄(제350조)와 중복될 수 있다. 또 아동복지법 제29조 제8호(아동에게 구결을 시키거나 아동을 이용하여 구결하는 행위)와 중복될 수 있다. 아동복지법이 적용되면 본 호는 적용의 여지가 없다.

바. 성명 등의 허위기재(37호)

본 호는 비행기나 배 등의 교통기관을 이용함에 있어서 거짓으로 성명을 기재하는 행위를 규제하고 있다. 비행기나 배의 경우 육지와 이격하여 운행하기 때문에 운행중 사고가 발생할 경우 진실한 성명이 기재된 기록이 없다면 탑승자를 확인하기 어려우며 또한 조난자의 수색에도 어려움을 겪게 될 수 있다. 경우에 따라서는 사고의 원인을 제공한 탑승자의 신원을 파악하기 어렵게 될 수도 있다. 입법자는 이러한 점을 고려하여 비행기나 배를 이용할 경우 진실한 성명을 기재할 것을 본 호의 규정을 통해서 요구하고 있는 것이다.⁵⁴⁾

본 호의 행위는 ‘성명·주민등록번호·본적·주소·직업 등을 거짓으로 꾸며대고

53) Id. 102면.

54) Id. 91면.

배나 비행기를 타는 것'이다. 거짓으로 꾸며 댄으로써 탑승상의 편의나 이익을 얻은 때에는 형법상 사기죄가 성립할 수 있으며, 이 때 본 호 행위는 사기죄와 실체적 경합관계가 된다. 주민등록을 위조 또는 변조하여 이를 사용하여 승선, 탑승할 때에는 형법 제229조(위조 등 공문서의 행사)가 성립한다.

형사법의 엄격해석원칙에 비추어 동조의 배나 비행기는 제한적 열거규정으로 파악된다. 그렇다면 동조의 보호목적에 비추어 교통수단의 열거가 지나치게 제한적이라는 것이다. 이 점은 현재의 교통수단의 발달과 사고발생시의 신원확인의 곤란성을 종합하여 개선되어야 할 것으로 본다. 나아가 모든 배를 탈 때에 신원확인의 필요성은 없는데, 배의 범위가 어느 정도의 경우인지에 대하여도 신원확인 의무를 규정하는 행정법의 규정에 비추어 명확히 규정하여야 할 필요가 있다.

사. 장난전화 등(53호)

본 호는 개인의 사생활과 사회의 평온을 유지하기 위해 타인을 괴롭히는 행위를 규제하려는 것이다. 본 호의 행위는 '정당한 이유 없이 다른 사람에게 전화 또는 편지를 여러 차례 되풀이하여 하는 것으로 전화를 걸어서 내용 없는 대화를 상대방에게 하는 행위를 계속적·반복적으로 하는 것이다. 따라서 소방서에 1, 2회 장난으로 전화를 하는 행위 또는 음란한 내용을 상대방에게 전화로 이야기함으로써 불쾌하게 하는 행위는 본 호에 해당하지 않는다.

본 호의 행위와 형법상의 협박죄 또는 공갈죄가 경합하는 때에는 본 호의 죄는 형법상의 죄에 흡수된다.⁵⁵⁾ 또한 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제14조에 따라 음란전화·우편을 송신하는 행위는 처벌되기 때문에 본 호의 적용은 배제된다.

'정당한 이유 없이' 라 함은 제1호(빈집 등에서 잠복)의 그것과 같이 위법하다는 의미

55) Id. 99면. 대법원은 피해자의 신체에 공간적으로 근접하여 고성으로 폭언이나 욕설을 하거나 동시에 손발이나 물건을 휘두르거나 던지는 행위는 직접 피해자의 신체에 접촉하지 아니하였다 하더라도 피해자에 대한 불법한 유형력의 행사로서 폭행에 해당될 수 있는 것이지만, 거리상 멀리 떨어져 있는 사람에게 전화기를 이용하여 전화하면서 고성을 내거나 그 전화 대화를 녹음 후 듣게 하는 경우에는 특수한 방법으로 수화자의 청각기관을 자극하여 그 수화자로 하여금 고통스럽게 느끼게 할 정도의 음향을 이용하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 신체에 대한 유형력의 행사를 한 것으로 보기 어렵다라고 판시한 바 있다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000도5716 판결).

이며, 행위자의 동기, 목적, 인식 등의 주관적 요소에 착안한 관념이다. 전화의 경우는 만우절의 화재신고, 범죄신고나 심야의 전화 등이 많이 문제되고, 편지는 소위 행운의 편지나 구애편지 등이 논의의 대상이 된다. 여러 차례 되풀이한다는 것은 1,2회 정도가 아니라 다른 사람을 괴롭히는데 충분한 회수를 되풀이하는 것을 말한다. 입법론상 전화나 편지 이외에 전보나 초인종 등을 이용하여 다른 사람을 괴롭히는 행위도 본 호에 해당시킴이 타당하다. 이와 같은 행위도 흔히 볼 수 있는 여러 사람을 괴롭히는 행위이기 때문이다. 지속적 괴롭힘 범죄와 명확히 구분되는 경미한 형태의 뚜렷한 행위태양을 규정하는 것도 고려되어야 할 것이다.

3. 신설해야할 유형들

【신 설(3)】

성매매 호객행위, 무단촬영, 지속적 괴롭힘

가. 성매매호객행위

1) 문제상황

2004년에 시행된 성매매특별법이 시행된 지 3년이 경과하였다.⁵⁶⁾ 그간에 성매매업소 및 집창촌은 동법의 엄중한 처벌규정의 시행을 주요한 계기로 부수적으로는 기존 집창촌 부지의 재개발사업 등을 이유로 하여 상당부분 사라졌다.⁵⁷⁾ 그러나 여전히 현저히 감소 경향을 보이기는 하지만 성매매영업을 하고 있는 업소가 존재하고 있다. 또한 티켓다방이나 출장마사지 등으로 단속을 피하는가 하면, 안마시술소, ‘대딸방’, 이미지클럽, 인터

56) 성매매 일반에 대한 정책에 대해서는 조국 편, □성매매 - 새로운 법적 대책의 모색□ (사람생각, 2004)을 참조하라.

57) 경찰청의 보도자료에 따르면 성매매 집결지 종업원수 55%가 줄었다고 한다. 2007년 9월 19일 기준 전국 성매매 집결지 업소 수는 995개, 종업원 수는 2천508명으로 집계됐다. 이는 성매매특별법이 시행에 들어간 2004년 9월 23일 당시 업소가 1천679개, 종업원이 5천567명이었던 것에 비하면 각각 41%, 55% 줄어든 것이다[한국경제(2007. 09. 24) 기사 참조].

넷화상 등을 통한 음성적인 형태로 이루어지는 각종의 성매매 및 유사성행위도 확산되고 있다.

현행법상 알선 등 행위를 포괄하는 넓은 의미의 성매매호객행위를 처벌할 법적 근거로는 ‘성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률’이다. 동법 제19조 제1항 제1호는 ‘성매매알선 등 행위를 한 자’⁵⁸⁾를 처벌하고 있으며, 그 법정형 또한 ‘3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금’으로 엄중한 형벌을 부과하고 있다. 동조 제2항에서는 ‘영업으로 성매매알선 등 행위를 한 자’를 ‘7년 이하의 징역 또는 7천만 원 이하의 벌금’에 처하고 있어 ‘영업’으로 한 행위에 대해서는 현저히 가중된 형벌로 규제하고 있다. 또한 동법 제20조 제1항 제3호에서는 ‘성을 사는 행위를 권유 또는 유인하는 광고를 한 자’에 대한 벌칙 규정을 두고 있으나 동 조의 광고는 간행물이나 유인물 등의 매체를 전제로 한 광고를 말할 뿐, 구두로서 성매매호객행위를 함에 대한 금지를 규정하는 것으로 볼 수 없어, 결국 동조 제19조의 규정으로 실무상 넓은 의미의 성매매호객행위가 규율되기에 이르렀다. 그리하여 현행 경찰실무상 노상에서 행인에게 호객행위를 한다면 성매매알선등 행위에 해당하여 입건하고 있다.⁵⁹⁾

2) ‘성매매알선등행위’와 ‘성매매호객행위’의 구별필요성

그러나 현재 성매매호객행위에 대해서 이루어지는 실무의 태도에 대해서 전적으로 긍정적 평가를 내리는 것은 조심스럽다. 성매매의 규제의 필요성을 강조하는 나머지, 사소한 호객행위마저도 ‘성매매알선등 행위’로 파악하게 되면 과잉범죄화의 결과를 낳을 수 있다. 이러한 이유에서 경찰권의 개입시기를 놓치지 않기 위한 노력은 긍정적으로 유지

58) 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제2조 제1항 제2호: “성매매알선등행위”라 함은 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 것을 말한다.

가. 성매매를 알선·권유·유인 또는 강요하는 행위

나. 성매매의 장소를 제공하는 행위

다. 성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금·토지 또는 건물을 제공하는 행위

59) 한 예로서 최근 기사를 참조하면 <제민일보> 2007. 9. 5. 일자 기사는 ‘산지천 일대에서 행인들을 상대로 성매매 호객행위를 한 여성 2명이 경찰에 붙잡혔다. 제주경찰서는 19일 오전 0시20분께 제주시 건입동 소재 노상에서 행인들에게 접근, “젊은 아가씨 있으니 놀다가라”며 성매매 호객행위를 한 박모씨(66·여)와 이모씨(49·여)를 성매매 알선 혐의로 입건했다(<http://www.jemin.com/news/articleView.html?idxno=178284>).

하면서도, 현행 실무의 과도한 적용사례를 대체할 만한 새로운 구성요건을 창설할 필요가 생긴다. 결국, 시간의 순서에 따라 실제의 성매매행위로 나아가는 초기과정에 삽입된 절연체로서-현재 과잉 적용례를 낳고 있는 ‘성매매등 알선행위’를 대신하여-소위 단순한 형태의 ‘성매매호객행위’를 입법할 필요가 있다고 본다.

성매매를 우리 법제가 모두 불법으로 한다는 점에서 성매매와 관련된 행위의 가벌성을 인정하는 것 그 자체는 별 이의가 없다고 하더라도, 성매매와 관련된 행위들이 과연 적절한 수준에서 형량하고 있는지 회의적이다. 먼저 예컨대 단순히 노상에서 행인에게 말을 건네는 행위에 불과한 행위부터 물적·인적 설비 등을 구비하여 철저히 법의 잠탈을 의도하여 성매매의 직전까지 유인하는 행위에 이르는 각종의 행위태양을 모두 일괄적으로 ‘성매매알선행위’로 파악한다면 책임주의에 반하는 결과를 초래할 가능성이 높다. 그리고 실무상 경미한 알선행위에 대하여는 입건하지 않는 경향이 나타날 가능성이 높다.

요컨대, ‘성매매알선행위’와 ‘성매매호객행위’는 구별되어야 한다. 우선 ‘알선 등 행위’의 행위태양이 갖는 본질적 요소는 성매매라는 특정의 행위를 지향하는 가운데에서 성매수인과 성매도인 기타 매개자들이 불법거래관계의 성립 및 실현으로 나아가는 일련의 교섭과정에 직간접으로 개입하여 법적으로 금지되는 성매매의 잠재성을 촉발하여 고도로 현실화시킨다는 점일 것이다. 그리고 알선 등 행위자는 이윤동기를 가지고 알선 등 행위를 하며 결국에는 성매매를 통해 얻어지는 재산상 이익의 귀속을 피하며 이를 달성하는 것이 통상이다. 이렇듯 ‘알선 등 행위’는 재산상의 이익을 목적에 두고 이를 달성하기 위해 성매매를 현실화시키기 위한 상당한 수준의 출연행위 등 고도의 노력이 투영되게 된다. 그렇다면 개념적으로 적어도 아래의 두 가지는 확실히 구비되어야 비로소 ‘알선 등 행위’라고 부를 수 있을 것이다.

첫째로 우리 법체계가 근절을 목표로 하는 성매매를 현실화에 이르게 하는 고도의 가능성이 존재하고, 두 번째로 이러한 법체계의 위반에 덧붙여 재산상 이익의 실현을 추구한다는 점이다. 불법의 양을 기준으로 파악해보면 잠재화된 성매매의 가능성을 제고시켜 실제의 성매매로 나아가게 한다는 불법 또는 성매매를 기화로 하여 재산상의 이익을 실현시킨다는 불법이 알선행위의 두 가지 특징이다. 이러한 두 가지 축에 따른 불법의 양에 비례하여 성매매등 알선행위가 중죄로 취급될 당위를 얻는다고 관념할 수 있다. 성매매알선행위의 처벌에 관한 법률 제2조 제1항 제2호 (가)목의 경우에는 전자가, (나)

(다)목의 경우에는 후자가 주로 해당할 것이다.

반면 단순한 ‘성매매고객행위’란 특별히 인적 물적 시설의 기반이 없이도 가능한 수준에서 노상 등에서 행인 등 불특정한 다수인에 대해서 단순히 관심을 유도하는 행위일 뿐이다. 이러한 행위는 일반인을 대상으로 하지만, 이 행위가 일반인을 고도의 잠재적 성매수자로 만들지도 않는다. 다시 말하면 성매매를 촉발하는 고도의 잠재성이 내재되어 있다고 볼 수 없는 행위로서 고객행위자는 특별한 노력이나 출연 없이 단순히 말을 건네는 수준으로 행위를 종료하게 된다. 성매매의 의사가 전혀 없는 상대방이나, 성매매가 이루어진다는 개연성이 지극히 낮은 상대방을 대상으로 하는 일방적인 말 건네기나 관심촉발 행위가 바로 상대방을 성매매로 연결시킨다고 보기에는 인과고리가 취약하다. 실제 고객행위를 하는 자 중 대다수는 성매매를 실제로 알선하는 자들에게 고용되어 있는 자로서, 그 행위의 불법성이 상대적으로 경미하다.

요컨대, 실무상 ‘성매매알선등행위’에 일괄적으로 포섭되는 행위는 권유의 반복성이나 권유자의 주도성(소위 단순한 빼끼인가 아니면 아가씨를 통해 수입을 얻는 자인가), 권유대상자의 의사가 실제 성매수를 위해 근방을 배회하려던 것인가 아니면 단순행인에 불과한가, 고객행위가 이루어지는 인적·물적인 여건이 구비되었는가(가령, 여관이나 안마시술소, 술집에서의 아가씨권유인가)등 제반사정을 고려해서 세분화된 판단을 해야 한다.

대법원⁶⁰⁾도 구 율락행위등방지법[2004. 3. 22. 법률 제7196호 성매매알선등행위의 처벌에관한법률 부칙 제2조로 폐지) 제25조 제2항 제3호]상의 ‘알선’의 의미를 다음과 같이 엄격하게 파악하고 하고 있었다.

“윤락행위의 알선은 윤락행위를 하려는 당사자 사이에 서서 이를 중개하거나 편의를 도모하는 것을 의미하므로, 윤락행위의 알선이 되기 위하여는 반드시 그 알선에 의하여 윤락행위를 하려는 당사자가 실제로 윤락행위를 하거나 서로 대면하는 정도에 이르러야만 하는 것은 아니나, 적어도 윤락행위를 하려는 당사자 사이에 서서 실제로 서로의 의사를 연결하여 더 이상 알선자의 개입이 없더라도 당사자 사이에 윤락행위에 이를 수 있을 정도의 주선행위는 있어야 한다.”⁶¹⁾

60) 대법원 2005. 2.17. 선고 2004도8808 판결.

61) 실제로 이 사건에서 피의자는 “이 사건에 관하여 살피건대, 검사가 제출한 증거들을 종합하면 원

위 판례가 요구하는 ‘알선’의 요건을 살펴보면, 양 당사자의 의사의 연결시키는 주선행위를 요구하고 있다. 여기서 알선등 행위자가 성매매 양당사자의 의사를 연결시킬 것을 요구함으로써 통상의 호객행위형태는 제외될 여지가 커진다. 왜냐하면 일반적으로 실무가 과잉대응하고 있는 단순한 ‘호객행위’는 속칭 ‘빠끼들’이 성매매에 관심을 유인하는 형태일지언정, 더 나아가 성매매당사자의 의사를 연결하는 주선행위라고 인정되기에는 불충분하기 때문이다. 성매매가 이루어지는 상황을 그려보면, 성매도인(통상 성매매여성)이 설사 불특정다수라도 무관하다는 의사를 알선등행위자에게 위임하였더라도 여전히 성매수인의 입장에서는 그 의사가 불분명하여 의사의 연결이라 파악하기는 어렵다. 또한 과연 성매수인으로서도 자신의 성매수의 거래조건(성매매의 상대방의 선택, 가격교섭, 불법서비스의 구체적 내용 등)의 합의 등 진전될 거래교섭과정이 여전히 남아있게 된다. 따라서 판례가 요구하는 수준으로서의 알선자의 개입이 없더라도 당사자 사이에 윤락행위에 이를 수 있을 정도까지의 주선행위는 단순한 ‘호객행위’를 넘어서서 그 이후의 시점에 가능하다고 보아야 한다.

필자는 이상과 같은 ‘알선등’의 행위에 대한 판례의 엄격해석에 동의한다. 그리고 ‘성매매 알선등 행위’에 대한 경찰실무의 모습은 성매매 근절이라는 법률제정의 취지와 실제 법률의 규정을 혼동하여 전자를 강조한 나머지, 법문언해석의 한계를 넘어서는 해석, 집행 행을 하고 있다고 생각한다. 결론적으로 ‘성매매 알선등 행위’ 그 중 특히 ‘알선’의 의미에서는 본고가 개념하고 있는 단순한 ‘성매매호객행위’는 제외된다. 이렇듯 알선행위는 성매매행위에 이를 수 있을 정도의 고도의 가능성을 현실화하도록 조장하는 행위로 볼 수 있고, 알선이 요구하는 주선행위에 완전히 이르지 못한 행위는 미수범 처벌규정으로 규율하되,⁶²⁾ 알선등 행위에 미치지 못하는 불법성이 경미한 행위(단순한 성매매호객행위)까

심이 인정한 바와 같이 피고인이 윤락행위를 하고자 하는 공소의 1 등 3명을 한 방으로 안내하여 안마사를 기다리라고 한 사실은 인정할 수 있으나, 이 사건 안마시술소가 평소 윤락행위를 하는 장소로 이용되어 그 곳에 윤락녀가 대기하고 있었다거나 그 밖에 즉시 연락 가능한 장소에 윤락녀들이 대기하고 있었다는 점 및 피고인이 그들 중 특정인을 호출하였다는 점이나 그 밖에 위 손님들과 윤락녀 사이에 의사를 연결하여 주었다는 점에 대하여는 이를 인정할 수 있는 아무런 증거가 없다. 따라서 이 사건에서는 피고인이 윤락행위를 하고자 하는 일방 당사자에 대하여 알선을 하겠다는 의사를 표시한 사실을 인정할 수 있을 뿐 그 상대방과의 의사를 연결하여 더 이상 피고인의 개입이 없더라도 당사자 사이에 윤락행위에 이를 수 있을 정도로 주선행위를 하였다고 볼 수 없어, 피고인이 윤락행위를 알선하였다고 할 수는 없다 할 것이다.”는 이유로 무죄를 선고받은 바 있다.

62) 구 윤락행위등방지법에서는 알선행위의 미수범을 처벌하는 규정이 없었으나, 현행 성매매알선등행

지 포용하는 의미로 확장되지는 않는다고 봄이 타당하다.⁶³⁾

3) '성매매호객행위'에 대한 별도의 범죄화 필요성

앞서 살펴본 바와 같이 성매매 '알선 등' 행위를 엄격하게 해석할 때 '단순한 호객행위'에 대해서는 이를 비범죄화할 것인가 아니면 경범죄처벌법상으로 규율할 것인가라는 문제가 남아 있다. 성매매호객행위에 대해서 비범죄화를 통해 행정법규의 단속규정을 동원하는 등의 방안도 강구할 수 있기 때문이다. 단순한 '성매매호객행위'라는 경미한 행위를 비범죄화할 것인가에 대해서도 찬성 또는 반대론의 입장이 다기할 수 있다. 그러나 제반 성매매특별법들의 입법에서 보이는 성매매근절이라는 사회적 합의 및 특히 청소년의 성보호를 가장 중요한 공익으로 하는 우리 사회에서 청소년이 성매매인인 경우가 전체 성매매에서 차지하는 비중이 무시할 수 없는 점 등을 감안한다고 보면, 전사회적 성매매근절의 시스템 구축을 위해서는 단순한 성매매호객행위라도 범죄화의 필요성이 있다고 본다.

'성매매호객행위'라는 행위의 태양은 호객행위를 하는 측에서는 업주인가 단순한 삐끼인가, 호객행위의 대상자로서는 일반행인인가 아니면 집창촌의 근접지점을 일부러 다니던 사람인가, 시간장소적으로 경험적상 성매매를 의도한 것인가 등의 여러 가지 제반사정을 통해서 '알선등 행위'와 구별될 수 있고, 구성요건의 명확성의 문제도 발생하지 않는다. 물론 보다 구체적인 구별기준은 실무의 축적례에 기대어 다듬어질 수 있을 것이다. 이러한 조문 신설이 경찰실무에 대해서 더 많은 부담을 주지는 않으며, 현행실무상의 노력과 거의 동일한 수사부담을 줄 뿐이다.⁶⁴⁾

나. 무단촬영

위의처벌에관한법률 제23조는 동법 제19조의 알선행위의 미수범을 처벌하는 규정을 두었다.

- 63) 청소년보호법에서는 영리를 목적으로 청소년으로 하여금 손님을 거리에서 유인하는 행위를 하게 하는 경우 3년 이하의 징역 또는 2000만원 이하의 벌금에 처한다. 주로 유흥주점, 단란주점, 호프집 등 식품접객업소에서 19세 미만 청소년에게 호객행위를 시킨 경우 처벌되는 것이다. 이 경우에 청소년이 단순한 '호객행위자'일 뿐 그가 주도적으로 재산상 이익을 도모하는 '알선행위자'로 파악하기 어려운 바, 이러한 해석은 성매매의 경우에도 동일하다고 본다.
- 64) 호객행위 시점에 경찰이 개입할 수 있다면 호객행위대상이 성매매인지 유사성교행위인지에 구애받을 필요가 없다. 성매매행위만을 수사하거나 혹은 유사성교행위만을 수사하는 것은 장소적 여건이 달라지는 등 수사기획상 차이를 가져올 수 있지만, 반면 호객행위단계를 규율하는 것은 사실상 성매매인지 유사성교행위인지 외관상 양자의 구별이 의미를 갖지 않기에 경찰로서는 사건처리가 더 용이하다.

1) 문제상황

현대사회에서의 고양된 수준의 개인 사생활보호의 필요성이 증가됨에 대응하여 신기술, 특히 최근에는 각종 핸드폰에 부가되어 카메라가 고성능기능을 구비하고 있어 소위 ‘몰래카메라’ 등 무단촬영의 위험성이 대단히 높다. 길거리의 무단 인물사진촬영의 초상권 문제라든가, 인터넷에서 떠도는 소위 ‘길패’ 들에 의한 여성의 특정부위 사진의 유포, 남의 흠피 사진 또는 허락받지 않은 다큐멘터리 사진의 게재, 누구인지 알아볼 정도의 풍경속의 사진 등의 많은 사진이미지들이 복잡한 초상권문제들을 야기하고 있다. 최근에는 몰래카메라에 의해 방송사의 취재활동⁶⁵⁾이나 보험회사의 법원에 제출할 증거자료확보용⁶⁶⁾으로도 이용되고 있다.

최근에는 일반국민의 초상권에 대한 인식도 향상되어⁶⁷⁾ 형사법적으로 대책을 구비해야 할 시점에 이르렀다고 할 수 있다. 특히 무단촬영으로 단순히 끝나는 경우 자체도 문제거리와, 그 외에도 개인정보보호의 유출이나 개인의 사생활을 상업적 목적을 위해 유포하는 등의 중대한 범죄로 나아갈 초기단계라는 점에서 예민한 대응이 필요하다.

2) 현행법상 관련 형벌규정의 검토

현행법상 무단촬영을 통해서 이루어지는 관계 형벌규정은 다음과 같다.

첫째로, 사진촬영으로 인하여 개인의 사생활이 침해되는 경우 고려할 수 있는 법률규정으로는 저작권법 제35조 제4항을 들 수 있다. 동 규정은 ‘위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 위탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다.’고 규정하고 제138조 (출처명시위반의 죄 등)은 이를 위반할 경우 500만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

둘째로, 성폭력특별조치법 제14조의 2의 의사에 반한 음란성 사진의 촬영규정을 들 수 있다. 동 규정은 카메라 기타 및 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적

65) 김경호, “몰래카메라를 이용한 취재와 인격권의 침해에 관한 연구 ; 한국과 미국의 사례 비교를 통한 상충된 법익의 균형”, □한국언론학회□ 제47권 제4호(2003년 제8월호), 한국언론학회, 2003. 8. 30. 246-273면 참조

66) 대법원 2006.10.13. 선고 2004다16280 판결.

67) 최근에는 신생아의 얼굴을 무단촬영한 모방송사에 대해서 부모가 손해배상청구를 하여 인용 받은 사건이 있다[동아일보(2007. 7. 30).자 기사 참조].

욕망 또는 수치심을 자극할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다. 여기서의 성적 욕망 및 수치심의 경우는 건전한 상식있는 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 기준으로 한다. 하지만 음란적 성격을 띠지 않는 경우의 사적 생활 영역, 예컨대 사망이나 질병 및 가족생활과 같은 고도의 사적 생활영역에는 적용될 수 없다.

셋째로, 명예훼손죄나 모욕죄를 들 수 있다. 특히 디지털 카메라와 카메라 폰의 등장으로 인터넷의 블로그 등 개인 홈페이지 등에서 사진이 업로드되어 사생활이 침해될 우려가 훨씬 커짐으로써 정보통신망법의 사이버명예훼손죄(동법 제61조 제1항, 제2항)가 중요성을 가지게 되었다. 하지만 이러한 형벌규정은 사진촬영 자체에 대해서는 적용될 수 없고, 촬영된 사진이 어떠한 형태로든 외부에 표현되어야 적용이 가능하다. 특히 사이버명예훼손죄의 경우에는 사람을 ‘비방할 목적’이라는 특수한 구성요건을 충족시켜야 한다.

그 밖에, 정보통신망법 제65조의 사이버 스토킹죄나 성폭력특별법 제14조의 통신매체이용음란죄의 경우도 고려해 볼 수 있다. 사이버 스토킹죄의 경우 정보통신망법 제65조는 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 말, 음향, 글, 화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 통신매체이용음란죄의 경우 성폭력특별법 제14조는 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터 기타 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말이나 음향, 글이나 도화, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 자는 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 촬영한 사진에 담긴 내용에 따라 두 규정이 적용될 수 있지만, 앞서 살펴본 바와 같이 사진촬영으로 인하여 침해되는 고도의 사적인 생활영역에 적용하기에는 역시 부족한 규정이다.

이렇듯이 무단촬영을 정면으로 규제하기 보다는 미흡한 산발적 규정들이 현행법상 존재하고 있음을 알 수 있다. 이하에서는 비교법적 연구를 통해 과연 무단촬영행위의 보호법익을 어떻게 바라볼 것인지, 적절한 법정형은 어느 수준인지, 개별적 행위태양은 어떻게 구성요건화되어 있는지를 살펴보도록 한다.

현행 법령	규율내용	법 정 형
성폭력특별조치법 제14조의 2	성적 내용	5년 이하의 징역 또는 1000만원 이하의 벌금
저작권법 제138조	사생활	500만원 이하의 벌금
정보통신망법 제65조	사생활	1년 이하의 징역 또는 1000만원 이하의 벌금
성폭력특별법 제14조	성적 내용	1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금
명예훼손죄	명 예	2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금

3) 비교법적 검토

가) 독일의 신설규정⁶⁸⁾

독일은 제201조a에서 고도의 사적인 생활영역의 침해죄란 새로운 형벌구성요건을 도입했다. 독일 형법 제15장은 사생활 및 비밀영역의 침해 규정을 두고 있다. 이러한 규정은 대화비밀침해죄(201조), 선서비밀침해죄(202조), 컴퓨터데이터탐지죄(202조a), 개인비밀침해죄(제203조), 타인비밀사용죄(204조) 등이다. 이번에 새로 규정된 고도의 사적인 생활영역의 침해죄는 사진촬영과 관련한 침해규정으로써 비밀대화의 녹음을 규정한 제201조의 대화비밀침해죄에 대응한 규정이라 할 수 있다. 이하에서는 독일의 신설규정에 대한 해석론을 간략히 검토한다.

신설 규정인 제201조a는 ‘사진촬영으로 인한 고도의 사적 생활영역의 침해’란 표제를 달고 있는데, 이는 고도의 사적인 생활영역을 보호하기 위한 규정이다. 이 규정에 따르면, 제1항은 “주거 또는 특별히 보호되는 공간에 있는 자를 권한 없이 사진촬영을 하거나 이를 중계(전송)하여 고도의 사적인 생활영역을 침해한 자는 1년 이하의 징역 또는 벌금형에 처한다”고 규정하고 있다. 이는 무권한 사진촬영과 이의 중계행위를 범죄로 한 것이다. 피촬영자는 주거 또는 특별히 보호되는 영역에 있는 자여야 한다.

동조 제2항의 “권한 없이 제작된 사진의 사용과 제3자에의 제공”의 행위는 제1항의 행위를 통하여 제작된 사진의 사용과 제공으로 확대한 것이다. 따라서 이 규정은 사진의 유포와 공개전시의 경우만을 처벌토록 한 독일의 미술 및 사진 저작권 법33조를 보충한

68) 이 부분은 박희영, “무권한 사진촬영에 대한 형법적 보호”, □비교형사법연구□ 제7권 제1호(2005), 253-265면을 요약·정리한 것이다.

것이다.

동조 제3항은 “정당하게 주거 또는 특히 보호되는 공간에 있는 타인을 사진촬영한 자와 알면서 권한없이 제3자가 접근할 수 있게 하여 고도의 사적 생활영역을 침해한 자는 1년 이하의 징역 또는 벌금형에 처한다”고 하고 있다.

동조 제4항은 정범 및 공범이 사용한 사진기 및 사진촬영장치 또는 다른 기술적 수단은 몰수할 수 있다고 규정하고 형법 제74조a(몰수 확장의 요건)를 준용하도록 하고 있다. 한편 제205조 제1항에서 이를 친고죄로 규정하고 있다. 그리고 이 규정은 위법범으로 보고 있다. 이는 입법자가 특별한 상황, 즉 일반적으로 피해자는 출판이 된 경우에 비로소 자기가 비밀리에 촬영되었다는 사실을 알 수 있다는 상황을 고려한 것으로 보인다.

법해석상으로 위법성조각사유로서의 ‘무권한’ 표지가 문제된다고 한다. 제1항에서 ‘권한 없이’라는 표지를 사용하고 있는데 일반적으로 이 표지는 대부분 구성요건요소가 아니라 위법성의 요소로 보고 있다. 따라서 일정한 행위는 일반적인 정당화사유, 특히 제32조 내지 제34조(정당화적 긴급피난)에 의해서 정당화될 수 있다.

한편 제3항에서도 무권한성의 표지를 사용하고 있는데, 이는 제1항과는 다른 표지를 사용하고 있다. 즉 정당하게 촬영된 타인의 사진을 ‘알면서 권한 없이’ 제3자에게 접근 제공한 경우를 규정하고 있는데 여기서의 ‘권한 없이’를 제1항과 같이 위법성조각사유로 볼 수 있는가이다. 이러한 무권한성의 표지를 행위자의 인식과 관련하여 구성요건표지로 보는 견해와 위법성조각사유로 보는 견해가 있다. 유력한 견해는 제3항의 무권한성을 제1항의 일반적인 위법성조각사유와 다르게 보고 있다. 즉 정당하게 자작된 사진을 제3자에게 접근하도록 제공하는 행위는 흔히 사회상당성의 영역에 있어서 전형적인 불법은 아니므로 행위자의 무권한 행위는 불법의 근거로 볼 수 있다는 것이다. 따라서 행위자의 무권한 행위는 구성요건요소로 볼 수 있으므로 접근제공이 피촬영자의 의사에 반해서 행해진 경우에 비로소 불법이 되는 것이라고 한다. 또한 언론과 방송에서의 정보수집은 제34조의 정당화적 긴급피난의 한계 내에서만 고려될 수 있다. 언론의 자유라고 해서 위법한 정보의 수집까지 보호하는 것이 아니다. 입법자는 형법 제201조 제2항 제3문에서 언급하고 있는 특별한 정당화사유를 형법 제201조a에서는 규정하지 않았다. 제201조 제2항 제3문은 제1문 제2호에 의한 행위는 그 공개행위가 타인의 권한 있는 이익을 침해하

기에 적합한 때에 한하여 처벌할 수 있지만 공개행위가 상위의 공익을 보호하기 위한 것인 때에는 위법하지 아니하다고 하여 특별한 위법성조각사유를 규정하고 있다. 즉 공개되지 아니한 타인의 대화를 녹음한 경우와 도청기를 사용하여 도청한 경우에 그 내용이 공익을 위한 것인 경우에는 공개할 수 있다는 것이다. 이 규정은 특히 언론사나 방송사 등이 정당한 이익을 알리기 위해서 한 행위를 특별히 정당화시켜주는 것이다.

나) 스위스 형법 제179조의 4⁶⁹⁾

스위스 형법은 제179조 이항에서 비밀 및 사적영역에 대한 가벌적 행위를 규정하고 있다. 즉 제179조는 문서비밀침해, 제179조의 2는 동의없는 타인의 비공개 대화의 도청 또는 녹음 금지, 제179조의 3은 동의없는 대화 상대방의 비공개 대화의 녹음 금지, 제179조의 4는 동의없는 촬영 장치에 의한 비밀 및 사적영역의 관찰 또는 촬영금지, 제179조의 6은 도청기, 녹음장치 또는 녹화장치의 유통 및 선전의 금지 등을 규정하고 있다.

몰래카메라의 촬영 및 유포와 관련있는 규정은 제179조의 4이다. 동 규정에 따르면 다른 사람의 비밀영역에 속하는 사실 또는 누구라도 직접 접근할 수 없는 타인의 사적 영역에 있는 사실을 본인의 동의 없이 촬영장치를 이용하여 ‘관찰’ 하거나 촬영장치에 ‘촬영’하는 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 처벌되며(제1항), 제1항의 가벌적인 행위로 획득했다는 사실을 알고 있거나 인수해야 하는 자가 그 사실을 ‘이용’하거나 제3자에게 ‘공개’하는 경우에는 제1항과 같이 처벌된다(제2항). 또한 제1항의 가벌적 행위를 통하여 제작된 촬영물을 알고 있거나 인수해야 하는 자는 그 촬영물을 ‘보관’하거나 제3자에게 ‘접근가능’토록 하게 되면 제1항과 같이 처벌되며(제3항), 동규정은 피해자의 고소를 전제로 하는 친고죄로 되어 있다.

이 규범의 목적은 비밀 및 사적영역에 있는 사람을 기계장치를 이용하여 시각적으로 훑쳐보는 행위를 규제하는데 있다. 인간은 그의 의사에 반해서 감시받거나 촬영되지 않고서 은거의 상태에서 무엇에도 얽매이지 않으며 강요도 받지 않는 사적이고 비밀스런 또는 은밀한 행위가 보장될 수 있어야 하기 때문이다.

69) 이 부분은 박희영, “소위 ”몰래카메라“ 촬영 및 유포에 대한 형법적 규제에 관한 입법론적 고찰 : 비교법적 검토를 고려하여”, □법제연구□ 통권 제31호(2006. 12), 276-280면을 요약·정리한 것이다.

다) 미국 비디오 훔쳐보기 방지법(Video Voyeurism Prevention Act of 2004)⁷⁰⁾

미국은 지난 2004년 공공장소에서 몰래 행해지는 본인의 동의 없는 사진촬영으로 침해되는 개인의 프라이버시를 보호하기 위해서 연방법률인 비디오 훔쳐보기 방지법을 제정하였다. 이 법률은 사회적 문제가 되어왔던 화상을 촬영할 수 있는 카메라가 부착된 휴대전화 등에 의해 촬영되어 온 소위 몰래 카메라 촬영 행위를 규제하기 위한 것이다.

연방의회 보고서에 따르면 입법당시 타인을 훔쳐보는 행위가 개인의 프라이버시의 침해와 관련하여 더욱 문제가 되고 있었다고 한다. 소형으로 은닉이 가능한 카메라나 핸드폰 카메라 등의 출현과 즉석에서 전송이 가능한 인터넷의 등장으로 성인이나 중고생 심지어는 아동들의 프라이버시를 위협하기에 이르렀으며, 인터넷상에서 화상이나 사진 등에 의해서 개인의 프라이버시가 침해되는 사례가 미국 전역에 걸쳐서 보고되고 있다고 한다.

미연방법률 제18편 제88장 제1801조(비디오 훔쳐보기)에 따르면 미국의 사법관할권 내에서 개인의 동의 없이 개인의 사적 영역의 이미지를 캡처할 의도로 그 개인이 프라이버시의 합리적 기대를 가지고 있는 상황에서 알면서 그렇게 하는 자는 100,000 달러의 벌금 또는 1년 이하의 자유형 또는 양자의 병과형으로 처벌된다.

라) 영국 성범죄법(Sexual Offences Act 2003)⁷¹⁾

영국은 성범죄 관련 단일 법률인 성범죄법(Sexual Offences Act 2003)을 두고 있다. 동 법률은 강간죄 등 기본적인 성범죄와 (성기)노출 및 수간 등 기타 성범죄를 제66조 내지 제71조에서 규정하고 있다.(성기노출 (제66조), 훔쳐보기(제67조, 제68조), 수간(제69조), 시간(屍姦)(제70조), 화장실에서의 성행위(제71조) 등이다.)

제67조의 훔쳐보기 금지는 새롭게 도입된 규정으로써 성적만족을 목적으로 사적행위(private act)를 하고 있는 타인을 관찰하는 자를 처벌하기 위한 것이다. 이러한 행위를 처벌하는 법규정이 창설된 것은 호텔 등에서 호텔 주인이 객실 안의 욕실 천장에 구멍을 뚫어서 카메라를 설치한 다음, 그 안에서 샤워 중인 손님들을 촬영해 온 사건에서 유래했다. 종래 이러한 사례의 경우 훔쳐본 이미지를 촬영하여 유포한 경우에 음란물죄로 처

70) Id. 280-282면.

71) Id. 282-286면.

벌하거나 촬영대상이 16세 미만의 아동인 경우 아동포르노범죄로 처벌해왔다. 그러나 커튼 등을 통해서 타인의 집안을 들여다보는 행위와 같은 전형적인 피핑 톰(peeping tom : 훔쳐보는 사람)의 행위는 처벌되지 않았다. 민법상의 프라이버시 침해가 유일한 규제 방법이었지만, 이것만으로는 한계가 있었다. 또한 종래 그러한 행위는 위협적인 행위라 아니라 단순한 행위로 보아 범죄로 규정하지 않았던 것이어서 이를 범죄화하는 데도 어려움이 있었다. 이러한 어려움 때문에 법률 초안 단계부터 많은 논란이 있었다. 하지만 강간범죄의 20퍼센트 그리고 아동성범죄자의 14퍼센트가 훔쳐보기에 관여한 사실이 한 연구보고서에 의해 발표됨에 따라 이러한 행위가 성범죄와 심각하게 관련성이 있음이 밝혀지게 되었다. 이러한 연구결과와 함께 피해자들이 그러한 훔쳐보기 행위로부터 위협을 자주 느낀다는 경험에 근거하여 이러한 행위가 일종의 침해적인 행위라는데 동의를 이끌어 내게 되었다. 이러한 이유로 훔쳐보기행위를 범죄화하는데 충분한 이유가 있다고 보았다. 동 규정은 실제로 네 개의 독자적인 범죄를 규정하고 있다. 즉 타인을 관찰하는 행위, 관찰 장비를 이용하는 행위, 사적인 행위를 하고 있는 사람을 촬영하는 행위, 장비를 설치하는 행위 등이다. 이들 범죄는 약식기소인 경우 6개월 이하의 자유형 또는 벌금형 그리고 정식기소인 경우 2년 이하의 자유형에 처한다.

제67조 제1항은 성적 만족을 목적으로 사적행위(private act)를 하는 사람을 관찰한 자를 처벌하려는 규정이다. 이 경우는 관찰대상자가 성적 만족을 위해서 자신이 관찰되고 있는 것에 동의하지 않는 것을 알면서 그러한 행위를 해야 한다. 즉 관찰자는 ‘성적 목적’이라는 목적을 가져야 하며, 관찰대상자의 동의가 없어야 한다. 제1항은 누군가가 커튼 사이의 틈을 통해서 집안을 들여다보거나 구멍을 통해서 사적행위를 하는 자를 보는 경우에 적용된다. 예컨대, 집이나 호텔 등에서 그 사람이 프라이버시가 제공되는 것이 합리적으로 기대되는 상황에 있고 그 사람의 성기, 엉덩이 또는 가슴이 노출되어 있거나 그 사람이 속옷차림으로 있는 경우, 화장실을 이용하고 있는 경우, 공중 앞에서 통상하는 것이 아닌 성적인 행위를 하는 경우에 있는 사람을 관찰하는 것을 처벌한다.

제2항은 성적 만족을 위해서 다른 사람이 사적 행위를 하고 있는 제3자를 그의 동의 없이 관찰하게 할 의도로 장비를 사용하는 자를 처벌하기 위한 규정이다. 이 규정으로 웹캠을 이용하여 인터넷상에서 다른 사람들이 이미지를 볼 수 있도록 하게 한 자를 규제할 수 있다. 여기서 중요한 것은 장비 사용자의 성적 만족이 아니라, 화상을 보는 사람들

의 성적 만족이다. 또한 관찰 장비의 사용에 관찰대상자의 동의가 없어야 한다.

제3항은 관찰대상자의 동의없이 관찰자의 성적 만족을 위해서 사적 행위를 하고 있는 사람의 이미지를 촬영하는 자를 처벌하기 위한 규정이다. 촬영자는 자신 또는 제3자의 성적 만족을 위해서 관찰대상자의 영상을 보려는 의도를 가지고 촬영하여야 하고 관찰대상자는 그러한 의도를 가지고 자신의 행위를 촬영하는데 동의를 하지 않아야 한다.

제4항은 자신 또는 타인이 제1항의 범죄를 범할 의도로 장비를 설치하거나 건조물 또는 건조물의 일부를 조립하거나 개조하는 자를 처벌하고 있다. 이것은 구멍을 뚫거나 이 중거울을 설치하는 경우 등이다. 성적 만족을 위해서 누군가를 관찰할 의도로 또는 타인을 그렇게 하게 하는 것은 이 범죄의 핵심부분이다.

마) 그 외 국가의 형벌규정⁷²⁾

프랑스 형법은 제4장 이하에서 인격권의 침해규정을 두고 있는데 그 중에서 제226-1 조는 사적 영역의 침해에 대해서 규정하고 있다. 동 조는 두 가지 행위 유형을 금지하고 있는데 하나는 사적 또는 비밀스런 타인의 대화를 동의 없이 도청, 녹음, 또는 전달하는 것이고 다른 하나는 사적인 영역에 있는 사람의 화상을 고정하거나 녹화하거나 전달하는 것이다. 이 경우 행위자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금으로 처벌된다. 이러한 행위가 당사자의 눈앞에서 인식하에 행해지고 당사자가 이에 대해서 이의를 제기할 수 있었음에도 불구하고 그렇게 하지 않은 경우에는 당사자의 동의가 있는 것으로 간주한다. 또한 전조의 행위를 통해서 획득한 녹화물 또는 자료를 보관하거나 공중 또는 제3자에게 유포하거나 그 밖의 방법으로 이용하는 경우에도 동일하게 처벌하며(제226-2조). 미수범 처벌규정(제226-5)도 두고 있다.

덴마크 형법 제264조a조는 자유롭게 접근할 수 없는 장소에서 화상을 촬영한 자는 6개월 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하며 사적 업무에 관한 정보 또는 화상의 교부에 대해서도 처벌한다.(264d조)

핀란드 형법 제24장 제6조는 사적인 공간 또는 일정한 공간에서의 사적인 상황(울타리가 쳐진 토지 포함)에서의 사진촬영에 대해서 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고 미수범의 처벌은 물론 예비행위(제7조)와 공중의 유포(제8조)도 처벌한다.

72) Id. 286-287면.

이탈리아 형법 제615조의 2는 주거 또는 다른 사적인 거주지 및 이의 부속공간 내에서의 사적 생활을 촬영한 경우 6개월 이상 4년 이하의 자유형에 처하도록 규정하고 있다.

네덜란드 형법 제139f조는 공개적으로 접근할 수 없는 장소에 있는 사람을 명백히 위법하게 촬영한 자는 6개월 이하의 자유형 또는 벌금에 처하고 이를 공포하는 경우에는 제239g조에서 처벌규정을 두고 있다.

포르투갈 형법 제192조는 사적인 생활 (특히 가족생활이나 성적인 생활)을 촬영하거나 이를 유포한 경우 1년 이하의 자유형 또는 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

스페인 형법 제197조는 공개해서는 아니되는 영역에서 촬영한 경우에는 4년 이하의 자유형으로 처벌하고 있다.

국 가	규율 내용	법 정 형
독일	사생활	1년 이하의 징역형 또는 벌금형 등
스위스	사생활	3년 이하의 자유형 또는 벌금형 등
미국	성적 영역	1년이하의 자유형 또는 10000달러 이하의 벌금
영국	성적 영역	2년이하의 자유형 등
프랑스	사생활	1년이하의 자유형 또는 벌금형
덴마크	사생활	6개월 이하의 자유형 또는 벌금형
핀란드	사생활	1년이하의 자유형 또는 벌금형
이탈리아	사생활	6월 이상 4년 이하의 자유형
네덜란드	사생활	6월 이하의 자유형 또는 벌금
포르투갈	사생활	1년 이하의 자유형 또는 벌금
스페인	사생활	4년 이하의 자유형

4) 검 토

몰래카메라 등에 의해서 촬영대상자의 동의 없이 촬영 또는 유포되는 경우에 이를 형벌로 규정하고 있는 개별 국가의 입법례를 살펴보았다. 대부분의 국가들이 우리와는 달리 사진촬영이나 유포를 형벌로 규제하고 있음을 알 수 있다.

사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징

등 특정인임을 식별할 수 있는 가시적인 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리를 가지는데 이를 초상권이라고 한다. 최근 판례⁷³⁾는 초상권을 헌법 제10조 제1문에 의하여 헌법적으로 보장되고 있는 권리이고 타인으로부터 침해되거나 함부로 공개되지 아니할 소극적인 권리는 물론 오늘날 고도로 정보화된 현대사회에서 자신에 대한 정보를 자율적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리로 보고 있다.

이러한 ‘초상권’에 대하여는 저작권법에서 초상화 등 저작물을 매개로 한 간접적 규정은 두고 있었지만 근자에 이르러서 명문으로 입법하였으며,⁷⁴⁾ 이는 사뭇 형사상으로 중대한 전환점을 안겨준다고 할 것이다. 단순히 행위객체에 머물 수 있는 초상권을 보호법익화 내지 행위객체화시킬 가능성을 열어주기 때문이다. 개별구성요건이 ‘초상권’을 명시할 수 있는 전제가 마련된 것이다. 따라서 새로운 입법은 명시적으로 ‘초상권’의 침해 및 이에 상응하는 구체적 행태로 마련될 수도 있을 것이다.

다만, 상기 판례가 초상권을 인정한 것을 경범죄처벌법상으로 수용하기 위해서는 형사법적 변용이 필요하다고 볼 수 있다. 왜냐하면 무단촬영의 대상이 초상이 아닌 신체의 일부일 수 있으며, 만약 초상권을 행위객체로 한다면 유추해석금지의 원칙상 얼굴이 드러나지 않은 신체 일부의 사진에 대해서는 죄책을 묻기 어려운 상황이 발생할 가능성이 있기 때문이다. 따라서 구성요건을 규정하는 입법에서는 보다 명확한 문언을 사용해야

73) 대법원 2006.10.13. 선고 2004다16280 판결은 “사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림, 묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리를 가지는데, 이러한 초상권은 우리 헌법 제10조 제1문에 의하여 헌법적으로도 보장되고 있는 권리이다. 또한, 헌법 제10조는 헌법 제17조와 함께 사생활의 비밀과 자유를 보장하는데, 이에 따라 개인은 사생활 활동이 타인으로부터 침해되거나 사생활이 함부로 공개되지 아니할 소극적인 권리는 물론, 오늘날 고도로 정보화된 현대사회에서 자신에 대한 정보를 자율적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리도 가진다(대법원 1998. 7. 24. 선고 96다42789 판결 참조). 그러므로 초상권 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 부당한 침해는 불법행위를 구성하는데, 위 침해는 그것이 공개된 장소에서 이루어졌다거나 민사소송의 증거를 수집할 목적으로 이루어졌다는 사유만으로는 정당화되지 아니한다.”라고 하여 독립된 권리임을 최초로 인정하였다.

74) 2005년 7월부터 시행된 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제5조 제1항은 “인격권의 보장 등”이라는 제목으로 “언론은 생명 자유 신체 건강 명예 사생활의 비밀과 자유 초상 성명 음성 대화 저작물 및 사적 문서 그밖의 인격적 가치 등에 관한 권리를 침해하여서는 아니 된다.”고 명문규정하고 있어 초상권에 관해 그 개념과 보호범위를 정할 수 있는 법률상의 기준이 생기게 되었다.

할 것이다.

무단촬영행위와 그의 유포행위를 새로운 범죄로 규정할 경우 우선 고려해야 할 것은 이러한 행위유형을 성범죄로 볼 것인가, 아니면 개인의 프라이버시의 침해행위로 볼 것인가이다.⁷⁵⁾ 이에 대해서 이러한 행위를 성범죄로 규정하고 있는 미국과 영국의 경우처럼 우리나라도 이미 유사한 규정을 두고 있고, 이러한 행위로 침해되는 범위가 성적인 부분을 넘어서고 있으므로 개인의 프라이버시 침해로 파악하는 것이 적절하다는 견해가 있다.⁷⁶⁾ 생각건대, 프라이버시권은 개인의 사생활의 영역에 대한 포괄적인 권리를 일컫는다는 점은 앞에서 본 바와 같은바 그 자체를 보호해야 하는 권리라는 속성을 가지고 있으므로 프라이버시 침해로 파악하는 것이 타당할 것이다. 일반과 개별의 원칙에 입각하여 성적인 부분은 프라이버시의 특수한 양태로 이해함이 타당할 것으로 생각된다.

다음으로 이러한 행위를 형법전과 특별법 중 어디에 규정할 것인가의 문제가 있다. 이러한 행위를 형법전에 규정하고 있는 국가들은 개인의 프라이버시 침해와 관련하여 대화비밀침해죄와 동일한 장 또는 조문에 위치시키고 있다. 이에 대하여 우리의 경우는 형법 제35장에서 비밀침해의 죄를 규정하고 있지만, 대화비밀침해죄는 특별법인 통신비밀보호법에서 규정하고 있어 입법형태를 달리하고 있다. 이에 대해 오늘날 정보화 사회에서 정보통신의 활용은 이미 일상화되어 있다는 점에 비추어 대화비밀침해죄와 몰래카메라 촬영 및 유포 행위를 형법전에 함께 규정하는 것이 타당하다는 견해⁷⁷⁾가 있다.

그러나 오히려 무단촬영의 경우에는 대화비밀침해죄나 형법상 비밀침해죄와 같이 비밀침해를 구성요건으로 하여 중대한 고려요소로 작용하는 경우와 달리, 성적 만족을 의도하거나 비밀침해가 반드시 수반되는 것이 아닌 행위가 단순히 기계조작만으로도 곧바로 범죄로 인정될 여지가 큰 점에서 일률적으로 높은 형량을 부과하는 것은 과잉형벌금지원칙에 반할 우려가 있다는 점, 무단촬영 행위 자체를 범죄화하여 그 이상의 사생활침해 및 유통, 성범죄로 나아갈 우려를 일반예방적으로 제재하는 것이 필요하다는 점에서 우선은 경범죄처벌법에 규정하는 것이 타당할 것이다. 또한 비교법적으로도 대부분의 국가는 1년 이하의 자유형으로 무단촬영행위를 규율하는데 이는 대화비밀침해죄는 10년 이

75) 박희영(각주 68), 290면.

76) Id. 290면.

77) Id. 290면.

하의 징역과 5년 이하의 자격정지로, 형법상 비밀침해죄는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처하고 있는 것보다는 경범죄처벌법상의 불법량에 더욱 가깝다는 점도 고려되어야 할 것으로 생각된다. 다만, 형법개정으로 무단촬영행태를 수용하게 될 경우 경범죄처벌법상의 규정과의 통일적 규율이 어떻게 도모되어야 하는지는 또 다른 문제로 다루어져야 할 것이다.

다. 지속적 괴롭힘(속칭 스토킹 행위)

1) 문제상황

특정인을 그의 의사에 반하여 일방적으로 접근하거나 교제를 요구하는 등의 지속적으로 괴롭힘, 이른바 스토킹이 현대사회의 새로운 범죄행태로 인식되고 있다. 스토킹이라 함은 ‘스토커 또는 스토킹 행위자라 할 수 있는 사람이 다양한 이유에 근거해서 상대방이 싫다고 하는데도 불구하고 의도적으로 그리고 계속적으로 반복해서 따라다니거나 물건을 보내거나 하는 등의 행위를 하는 것’⁷⁸⁾을 말한다. 이렇듯 추상적이고 모호하게 행위유형을 나열하는 방식으로 되는 이유는 스토킹의 행위특징에 기인한다.

스토킹의 개념규정이 어려운 또 다른 이유는 스토킹이라 일컬어지는 행위들에 특별히 난폭성이나 폭력성을 지니지 않는 행위형태들도 포함되기 때문이다. 예컨대, 꽃을 주거나 선물을 주는 행위도 그 행위형태에 포함될 수 있다. 그러나 스토킹 행위가 사회적으로 주목을 받는 이유는 그것이 이와 같이 합법적이고 정당한 행위의 모습을 갖는 경우에도 그 행위 자체가 그런 행위의 상대방에게는 커다란 부담이 되며 더 나아가서는 공포나 불안을 불러일으킨다는 점일 것이다. 스토킹은 개인적으로 피해자에게 정신적·육체적 피해를 줄 뿐만 아니라 이미 사회문제로까지 인식되고 있는 실정이다. 스토킹 행위가 법적으로 규제되어야 하는 이유는 이런 동종 또는 다양한 합법적 행위가 반복적으로 또는 누적적으로 행해짐으로써 상대방에게 불안이나 공포심을 유발함으로써 타인의 ‘사생활의 평온’을 침해한다는 점에서 찾아볼 수 있다.⁷⁹⁾ 이러한 지속적 괴롭힘은 피해자 개인에게는

78) 조국, “스토킹에 대한 형법적 대책,” □인권과 정의□ 제287호(2000. 7), 46면; 박현철·이상용·진수명, □스토킹의 실태와 대책에 관한 연구□(한국형사정책연구원, 2000), 15면; 김은경, “스토킹 피해실태와 그 쟁점들”, □형사정책연구□(2003년 가을호), 91면 이하

79) 이건호, “스토킹 행위에 대한 형사법적 대응과 그 한계”, □형사정책□ 제16권 제2호(2004), 124면.

현실세계에서의 물리적 언어적 폭력외에 정신적 폭력을 가하는 것으로 이해될 수 있으며 실제로 단순한 성가심을 넘어서 분노, 전화받기에 대한 두려움, 신변안전에 대한 위협, 무력감이나 우울증, 극단적으로는 자살충동 등의 폐해를 낳고 있다고 보고되고 있다.⁸⁰⁾

스토킹은 그 자체로 피해자에게 정신적, 유체적 피해를 반복적, 지속적으로 야기하며, 스톱킹의 초기단계에서 저지하지 않으면, 이후 폭행, 납치, 살인 등의 중한 범죄로 발전할 가능성을 가진다. 문제는 현행 법체계상으로 스톱킹 자체에 대해서는 형사처벌이 매우 어려워, 스톱킹이 중한 범죄로 발전된 경우에만 형법이 작동하게 된다는 데 있다.⁸¹⁾

2) 입법상황

스토킹을 규제할 수 있는 현행 법률로는 먼저 경범죄처벌법이 있다. 동법 제1조 제24호의 “정당한 이유없이 길을 막거나 시비를 걸거나 주위에 모여들거나 뒤따르거나 또는 몹시 거칠게 겁을 주는 말 또는 행동으로 다른 사람을 불안하게 하거나 귀찮고 불쾌하게 한 사람은 10만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 벌한다.” 규정 및 제53호의 “정당한 이유 없이 다른 사람에게 전화 또는 편지를 여러 차례 되풀이 하여 괴롭힌 사람은 10만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 벌한다.” 규정이 존재한다.

성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제14조상의 “자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화·우편·컴퓨터 기타 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말이나 음향, 글이나 도화, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 자는 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하여 이른바 ‘통신매체이용음란죄’를 규정하고 있다.⁸²⁾

이에 대해서 동 조항은 ‘자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적’을 가진 행위에 대해서만 규제를 하고 있어 사이버성희롱 일반에 적용하기 어렵다는

80) 김은경, “스토킹 피해실태와 그 쟁점들”, □형사정책연구□(2003년 가을호), 100면; 이진호·김은경·황지태, □스토킹 피해실태와 입법쟁점에 관한 연구□(2002), 128면 이하.

81) 조국(각주 78), 47면.

82) 이에 관한 판례로서 “피고인이 인터넷 채팅용 화상카메라를 이용하여 화상채팅을 하던 도중 상대방이 스스로 나체를 찍어 전송한 영상을 피고인의 컴퓨터에 저장한 행위가 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제14조의2에서 정한 촬영행위에 해당하지 않는다”고 본 사례가 있다 (대법원 2005. 10. 13. 선고 2005도5396 판결).

문제가 있다. 또 위와 같은 행위는 일본 스토키규제법상으로는 “따라다니기등” 행위 유형 중 하나로서 동법 제2조 제1항 제8호에 규정한 행위와 유사한 것인데, 일본법상으로는 위와 같은 행위가 1회적으로 이루어진 경우에는 단지 경찰관의 경고나 금지명령 등의 대상일 뿐 형사처벌 대상으로서의 ‘스토키행위’에 해당하지 않고 그와 같은 행위가 반복적으로 이루어진 경우에 한하여 법정형 징역 6월 이하인 스토키행위로 되는 것과 비교하여 보면, ‘반복성’이라는 요건을 부가하지도 아니한 채 징역 1년 이하의 형벌에 곧바로 처할 수 있도록 규정한 이 법률조항이 과도한 것은 아닌가 생각해볼 수 있다.⁸³⁾ 기타 제14조의 2 카메라등의이용촬영위반으로 규율하고 있다. 그리고 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호에 관한 법률 제15조는 친고죄규정을 두고 있다. 제15조는 친고죄 규정을 두고 있는데 성폭력범죄 일반의 입법형식을 따르고 있다.⁸⁴⁾ 그런데 ‘지속적 괴롭힘’ 관련 범죄에도 친고죄의 규정을 둘 것인가는 보다 세밀한 논의가 필요할 것이다.

가정폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법의 적용과 관련해서 문제될 수 있는 범죄는 법 제2조 제3호에 규정한 각목의 1에 해당하는 범죄들이다. 폭행죄, 협박죄, 특수협박죄, 명예훼손죄, 모욕죄, 주거·신체수색죄, 강요죄, 공갈죄, 재물손괴죄를 들 수 있다. 이러한 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 기본적으로 스토키 행위 자체를 규제하는 것이 아니라, 스토키 행위자가 형사상의 범죄인 가정폭력범죄까지 저지른 후에 사후적으로 그 범죄에 대처하는 것에 불과하므로 보다 극단적인 범죄로 나아가기 전 단계에서 스토키 행위를 방지하고자 하는 역할로서는 한계가 있다고 할 것이다.⁸⁵⁾

정보통신망이용촉진 및 정보보호등에 관한 법은 ‘사이버스토킹 내지 사이버성폭력’에 대해서 법 제65조 제1항 제3호의 규정 “정보통신망을 이용하여 공포심이나 불안감을 유발하는 말, 음향, 글, 화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 한 자에 대해서 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다는 규정을 두고 있다. 이에 대해서는 특정 피해자에게 말이나 영상 등을 전달하는 행위만을 대상으로 하고 있는 점에서는

83) 이성호, “사이버 스토키의 개념과 법적 규제,” □저스티스□ 통권 제83호(2005.2), 32면.

84) 다만 대법원은 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호에 관한 법률 제15조의 적용범위에 대하여 “성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호에 관한 법률 제15조에서 같은 법 제14조의 2의 죄를 친고죄로 규정하고 있지 아니하고, 또한 같은 법 제14조의 2를 신설하면서 그 죄를 친고죄로 하지 아니한 것이 입법의 미비라고 볼 수도 없으므로 같은 법 제14조의 2의 죄는 친고죄가 아니다.”라고 판시한 바 있다(대법원 2004. 8. 30. 선고 2004도4020 판결).

85) 이성호(각주 83), 33면.

그 규제범위가 너무 좁고 다른 한편 공포심이나 불안감의 유발이라는 요건과 관련해서는 그 판단기준이나 공포심의 정도, 상대방이 실제로 공포심을 느꼈어야 하는지에 관한 아무런 규정이 없어 범죄의 구성요건을 규정하고 있는 형사처벌법규로서는 지나치게 모호하다는 비판이 있다.⁸⁶⁾

현행 법령	규제 대상	내용
경범죄처벌법 제1조 제24호 및 제53호	말이나 행동/ 전화 또는 편지	-
성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제14조 등	각종 통신매체	-
가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제2조 3호	각종 형법상의 행위	-
정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법 제65조 1항 3호	정보통신망	사이버스토킹

3) 입법방안

1999년 스토킹처벌에 관한 법안과 2003년 스토킹방지법안은 성사되지 못하고 자동폐기되었다. 현재 국회에서도 ‘지속적 괴롭힘 행위의 처벌에 관한 특례법안’이 국회에서 논의되고 있다.

앞서 보았듯이 현재 스토킹 행위에 대한 규율이 가능한 범으로서 형법(폭행, 협박, 주거침입, 명예훼손, 모욕 등), 경범죄처벌법(불안감조성, 장난전화 등), 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률, 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정조항 등이 있으나, 스토킹의 유형 중 교제 요구하기, 글이나 사진 보내기 등의 행위에 대한 직접적인 처벌은 사실상 불가능하며, 처벌하더라도 효과적인 억제수단이 되지 못한다는 점에서 별도의 추가입법이 필요하다.⁸⁷⁾

법원은 특례법안에 대해서, 일본 입법례를 참고하여 입법 기술적으로 스토킹과 협박행위를 구별하는 기준을 ① 일반적으로 피해자가 느낄 것으로 판단되는 불안의 정도, ②

86) Id. 32면.

87) 염동연 의원 등 발의, 법사위검토보고서 http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=032873

행위의 목적 내지 고의의 내용, ③ 행위의 방법 등으로 구분하면서, 스토킹에 대하여 정의하기를, ① 피해자의 정신적 고통은 ‘현저한 불안’을 유발하는 정도에 그치고 신체의 안전이나 명예, 정조, 행동의 자유 등에 대한 ‘공포심’을 느낄 정도는 아닌 행위 ② 행위자는 피해자에게 해학을 가할 ‘가해의사’가 없어야 하고, 행위자의 ‘주관적인 목적(일방적인 연애감정 또는 호기심의 충족, 그에 대한 거절로 인한 분노의 감정을 해소하기 위한 목적 등)’을 충족시키기 위한 행위 ③ 반복되는 전화걸기, 따라다니기 등의 행위라고 규정하여, 스토킹의 구성요건을 협박죄와 구별하고, 협박죄로 처벌할 수 없는 행위에 대처하며, 일시적 또는 단순한 장난에서 비롯된 행위를 범죄나 제재처분의 영역에서 배제할 필요가 있다는 의견을 제시하였다.

사실 미국에서는 캘리포니아 주의 스토킹방지법, 플로리다주의 스토킹 방지법 등 여러 주의 스토킹 방지법이 여러 차례 위헌소송이 제기되고 있음을 유의해야 한다. 1994년에는 메사츄세츠 주의 스토킹 방지법에 대해서 위헌결정이, 1995년에는 오레건주 스토킹 방지법에 대해서, 1996년에는 캔사스 주의 스토킹 방지법에 대하여 위헌결정이 내려졌다.⁸⁸⁾ 이는 단일한 스토킹 행위를 상정하고 이를 구성요건화하여 대응함에 있어서 입법 방식에 현저한 곤란이 존재함을 보여준다고 할 것이다. 영국에서 제정된 1997년 괴롭힘 방지법에서 무엇이 스토킹행위인지, 괴롭힘(harassment)이 무엇인지를 구체적으로 설명하지 않아 결국 구체적인 판단을 법원에 기대하는 것으로 짐작된다. 일본의 스토킹방지법은 2000년 11월부터 시행되고 있는데, ‘따라다니기 등 행위’와 ‘스토키 행위’로 나누어 전자의 경우에는 보다 피해자에 대한 가벼운 침해유형으로서 따라다니기, 잠복하여 기다리기, 진로 막아서기, 전화를 반복하여 하기 등이 해당된다(동법 제2조 제1항). 이런 행위에 대해서 경찰서 등에 신고할 수 있으면 경찰본부장이 행위자에 대해서 하지 말 것을 경고할 수 있다. 이를 위반시에는 국가공안위원회의 금지명령이 발동되고, 이보다 침해가 큰 스토키행위는 형벌이 부과된다. 이러한 일본의 스토킹 방지법은 언제 수사기관이나 형사사법기관이 개입하는가에 대해서 법적 문외한인 스토킹 행위의 피해자가 신고라는 행위를 통해서 결정하도록 하는 방법을 취하고 있으며 이를 통해서 개입의 계기를 마련하여 구성요건의 명확성노력과 더불어 수사권발동의 한계를 설정한다고 볼 수도 있다고 생각된다.⁸⁹⁾

88) 이건호(각주 79), 147면.

이러한 점을 고려하자면, ‘지속적 괴롭힘’은 경범죄처벌법에 규정하는 방안을 고민할 필요가 있다.⁹⁰⁾ 외국 입법례에 비추어 적절한 법정형을 도모해볼 때 일정한 경미행위에 대해서는 경범죄로 보는 것이 온당하며, 나머지 특례법안의 통과여부의 진척에 따라서 구체적인 입법적 결단을 기다려야 할 것으로 본다. 그리고 경범죄처벌법상으로 사이버스토킹을 규정하는 것은 외관상 경미한 불법에 대해서 대응하는 구도를 가진 경범죄처벌법에 지나친 이질감을 부여하므로, 이는 추후의 관련 특례법안에서 다루어져야 할 것이다.

‘지속적 괴롭힘’을 경범죄처벌법에서 포괄할 경우 재범의 취급 문제가 중요하다. 괴롭힘의 구성요건이 ‘지속성’을 요하는 것과 가령 동일한 피해자에 대해서 ‘재범’을 일삼는 경우를 구별할 필요가 있다. ‘지속성’의 개념이 자칫 ‘계속범’과 동일선상으로 이해될 경우에는 계속범을 포괄범죄로 보는 일반적 이론에 따라 그간의 괴롭힘 행위가 모두 단순한 일죄로 처벌되어 가해자를 우대하고 피해자의 정신적 고통에 둔감한 형태로 형사실무가 운영될 가능성이 매우 높다. 반면, 일회적인 행위를 스토킹으로 규정함은 이미 정의상으로 일탈을 보인다. 따라서 “2회 이상”, “3회 이상” 등의 비교적 구체적인 행위상향을 법규정에 넣어 지속적 괴롭힘에 해당함을 밝히고 이후의 동종 유사의 괴롭힘 행위는 행위간의 시간·장소적인 간격의 현저함, 수사기관의 개입여부(예컨대, 훈방 여부), 피해자에 대한 반성의 의사의 표출 등을 고려해서 재범여부를 가림이 타당하다. 이럴 경우 재범의 경우에는 보다 가중된 처벌을 부과해야 할 것인데 이는 경범죄처벌법에 규정되기 보다는 특례법안에서 다루어져야 할 것으로 생각된다.

89) 조국(각주 77), 50~53면; 박현철 외(각주 77), 80~86면; 이성호(각주 82), 1629면 등 참조.

90) 스토킹 범죄의 보호법익이 사생활의 자유 내지 성적 자유이건 개인의 내밀영역에 속한다는 것은 분명하다. 범죄의 소송조건이 있는 범죄 즉, 친고죄나 반의사불벌죄로 규정할 것인지, 아니면 일반범죄로 할 것인지는 보다 심도있는 논의가 필요할 것이다. 개인적 수준의 높은 내밀성을 강조한다면 친고죄로, 스토킹문제를 사회문제로서 전사회적 대응을 촉구해야 함을 강조한다면 반의사불벌죄로 규정하게 될 것이다. 하지만 이는 일반적 스토킹의 문제로서 깊이 다루어져야 하고, 경범죄처벌법상의 도입에 있어서는 정형적인 행위유형을 규율하여 신속히 사건처리를 도모하고자 하는 바가 중요시 되어야 할 것인바, 개인적 법익을 보호법익으로 중점을 두고 외관상의 행위를 포착함에 중점을 두고 친고죄나 반의사불벌죄가 아닌 일반범죄로 규정하는 것이 옳다.

제4절 이원화의 단일화

1. 신속한 사건처리의 요청

이상과 같은 경범죄처벌법 개정을 전제로 ‘즉결심판 청구대상’과 ‘통고처분 대상’으로 이원화된 처벌조항을 통고처분대상으로 일원화할 필요가 있다.

경범죄위반사범에 대해서는 신속한 재판의 원칙이 강하게 요구된다. 본래 형사재판의 기본이념은 재판의 신속성과 공정성이다. 그런데 이 둘을 어떻게 조화할 것인가의 문제는 커다란 어려움을 낳는다. 대량의 사범사건의 효율적 처리라는 요청과 개별사건의 정밀한 처리의 조화의 문제인데 과중한 업무로 시달리고 있는 오늘의 형사실무에서 신속한 재판의 원칙(헌법 제27조 제3항)은 형사사범의 효율성(경제성)을 도모하는 제도로 변질되어 가고 있음을 부인하기 어렵다.⁹¹⁾

오늘날 형사사건 처리의 지연원인으로 꼽을 수 있는 것은 경미한 사건의 대량발생과 그 증가이다. 오늘날 생활관계의 복잡성으로 인해 실체형법 영역에서 고전적 범죄는 다른 형태의 사회유해적 행위에 대한 구성요건을 확대하고 동시에 가벌성을 확대하였다. 실체형법상의 구성요건의 확대 및 가벌성의 확장으로 인하여 무시할 수 없는 대량의 사건이 형사소추기관에 의해 형사절차에서 처리된다고 하는 사실은 자명하다.⁹²⁾ 경미사건의 대량의 증가는 그 처리를 위해서 일반형사사건을 제대로 처리하지 못하게 만든다. 이러한 형사사범의 비효율성은 피고인의 인권침해 및 소송경제상의 낭비를 가져오고, 결국 형법의 기능약화와 일반국민의 불신을 초래한다. 때문에 현대의 형사사범은 이러한 위기를 극복하기 위하여 경미범죄에 대한 진지한 고민으로 실체법과 절차법상의 대응책이 마련되어야 한다.⁹³⁾

이러한 배경 하에서 특히 죄증이 명백하고 사안이 단순한 사건에 대해서 특별히 간이화된 형사절차로 처리하는 것이 오늘날의 형사사범의 주된 경향이라고 하는 것은 부인하기 어렵다고 생각된다. 이렇듯 대량으로 발생하는 경미범죄를 정식의 공판절차 이외에

91) 배종대·이상돈(각주 8), 21면.

92) G.Kohlmann, Überlange Strafverfahren, 206면 이하

93) 박미숙, □형사사건의 신속처리방안에 관한 연구-경미한 죄를 중심으로□(한국형사정책연구원, 1999), 26-27면.

특별한 절차로 처리하는 것은 행위자의 차등화를 통한 최대한의 보호와 동시에 형사사법의 업무경감이라는 관점에서 중요한 의미를 갖는다. 다만 경미한 형사사건의 신속처리를 위한 특별한 간이절차는 피고인의 권리를 대가로 한 촉진절차여서는 안된다고 할 것이다. 간이화된 절차는 신속한 사건처리, 실체진실의 발견과 형사사법의 효율성 그리고 피고인의 이익이 동시에 보장되어야 한다.

2. 재정비방안

가. 범칙금통고처분의 확대문제

1) 경미범죄와 범칙금통고처분제도

오늘날 범죄사건의 많은 부분은 경미한 행정법규위반사건 또는 질서위반사건이 차지하고 있다. 이러한 경미한 사건은 고전적인 의미의 범죄관에 입각한 범죄라기보다는 현대 산업사회의 구조적 특성에 기인한다고 볼 수 있다. 대량화된 경미한 범죄처리에 있어서 반드시 엄격한 형사사법절차를 거쳐야 한다는 사고는 앞으로 지양되어야 한다.⁹⁴⁾ 이러한 문제의식과 실제상의 요구에 의해서 1980년 12월 31일 법률 제3329호로 경범죄처벌법을 개정하면서 경범죄유형 중 정형적이고 경미한 사범에 대하여 즉시 즉결심판에 회부하는 대신 통고처분⁹⁵⁾을 도입하였다.

범칙금통고제도는 위반행위자로서는 범칙금의 납부에 의해 신속·간편하게 법적 제재로의 압박으로부터 해방될 수 있고, 법집행기관으로서의 범칙금의 부과와 징수로써 범의 침해의 회복과 재발억제의 효과를 거둘 수 있다는 장점이 있다. 더 나아가 범칙금 제도는 법원·검찰·경찰등 사법기관의 과중한 업무를 경감시키는 효과가 있다.⁹⁶⁾ 특히 범칙금통고처분으로 법규의 집행을 독려하고 그 불이행에 대해 즉결심판을 청구하거나 기

94) 손동권, 「즉결심판제도의 개선방안에 관한 연구」(경찰대학 치안연구소, 2000), 55면; 이윤호, “범죄자에 대한 시설수용의 대체방안”, 「형사정책연구」 제2호(1990), 157면 이하.

95) 법원에 의하여 자유형 또는 재산형에 처하는 과벌제도에 갈음하여 행정관청이 법규위반자에게 범칙금이라는 금전적 제재를 통고하고 기간 내에 이를 이행한 경우에는 당해 위반행위에 대한 소추를 면하게 하는 것이다.

96) 조병선, 「질서위반법」(한국형사정책연구원, 1991), 276면.

타의 형사재판을 통하여 법집행의 실효성을 유력하게 뒷받침할 수도 있으며 범칙금의 부과를 통해 벌금의 부과와 거의 동일한 행정법규 준수의 강제효과를 거둘 수 있다. 이와 같이 피고인을 위한 비범죄화 정책에 기여하는 범칙금 통고처분제도는 즉결심판의 대상이 되는 경미범죄에 관한 한 지금보다 훨씬 넓게 확대되어야 한다. 특히 정상적인 일반 국민이 주로 범하는 경범죄처벌법 위반행위에 대해서는 가능한 그 모두를 범칙금통고처분대상으로 하는 것도 검토할 필요가 있다는 견해도 유력하다.⁹⁷⁾

이러한 범칙금의 기본취지는 첫째, 제재의 신속·간편한 처리라는 측면에서 제1차적으로 행정관청의 제재권한을 인정한 것이고, 둘째 사회적 비난의 강도가 낮은 경한 법규위반행위에 대해 일정한 조건하에 비범죄화 하고자 하는 것이다. 첫째의 취지는 신속한 행정절차를 통해 법익침해의 신속한 회복을 도모하고 재발을 억제하는 효율성의 측면이고, 둘째의 취지는 위반행위자의 입장에서 볼 때 당사자가 신속하게 제재의 구속으로부터 벗어날 수 있고 전과기록 등을 면제받게 되는 등의 권익보호의 측면이다.

2) 통고처분제도의 확대요청

실질적 비범죄화의 요청과 법집행의 통일성의 요청 및 위반자가 법원에 출석해야만 하는 불편을 없애야 한다는 배려의 요청 세 가지로 집약될 수 있을 것이다.

가) 실질적 비범죄화의 요청

우선 기존의 논의로서 실질적 비범죄화를 추구하기 위해 벌금형의 과태료 전환 및 통고처분 제도를 도입하자는 주장이 있다. 위 주장에 따른 여러 가지 조치로서 법제처는 1983년에 불의의 전과자 발생을 방지하고 과태료 과징업무의 능률화와 국민생활의 불편을 덜어주고자 하는 목적에서 '벌금의 과태료화 및 그 부과절차의 행정절차화'라는 제도 개선안을 제출하였다. 이에 따라 226개 법률 중 536개 항목의 벌칙조항을 과태료로 전환하였다.⁹⁸⁾

그러나 이러한 과태료 전환에 대해서는 오히려 의견상 벌금이 과태료로 전환됨으로써 비범죄화된 것 같으나, 실질적으로 국민에게 불이익을 초래할 가능성도 없지 않으므로⁹⁹⁾

97) 손동권(각주 94), 118면 ; 박상기·이건호(각주 36), 155면 이하.

98) 법제개선 자료 제4집, 371-372 참조.

고액의 벌금형을 과태료로 전환할 것이 아니라 범칙금으로 전환하고 범칙금의 부과징수 및 이의절차에 관한 단일법으로서 질서위반법을 마련해서 진정한 의미에서 비범죄화를 도모하는 것이 타당하다고 주장이 제기되기도 했다.¹⁰⁰⁾ 물론 이 경우 통고처분의 대상이 되는 행위도 범죄행위임은 틀림없으며 통고처분에 불복하는 경우 바로 소추절차로 이행된다는 점에서 통고처분은 엄밀한 의미의 비범죄화의 문제와는 구별되지만 그러한 위반 행위를 한 당사자가 통고처분에 승복하면 범칙금이라는 금전적 불이익을 당하는 것으로 당해 행위에 대한 법적 제재가 종결되며 수형인명부에 등재된다거나 전과자로서 사회활동에 제약을 받는 등 범죄행위로 인한 사후관리 대상에서 제외되기 때문에 결과적으로 비범죄화의 정신에 접근하게 된다.¹⁰¹⁾

그런데 이러한 비범죄화의 취지를 살리고자 하는 노력의 다른 한편으로는 자칫 경범죄자의 방어권보장이라는 측면에서 문제가 발생할 수 있다. 즉 형법과 형사소송법을 통해서 마련하고 있는 법치주의적 안전장치가 완비되지 아니한 통고처분절차가 실질적으로 피고인에 불이익하게 운영될 가능성도 존재한다. 이는 이미 행정법학계에서 ‘행정형벌의 질서벌화’라는 현상에 대한 우려를 통해서 논의되어 왔다. ‘행정형벌의 질서벌화’의 논의는 통고처분이 범죄행위를 대상으로 하는 특수한 절차이기에 곧바로 대입하기에는 무리가 있다고 보인다. 하지만 ‘경미범죄의 실질적 비범죄화’하라는 관점에서 건주어 받아들인다면 사고의 명료화를 꾀할 수 있으므로 양 관계의 유사성을 최대한 받아들여 간략히 살펴본다.¹⁰²⁾

종래에는 행정형벌과 행정질서벌의 구별에 대해서 수단(형벌/과태료)과 대상(행정목적 침해의 직접성/간접성)의 관점에서 검토되어왔다. 이러한 구별기준은 비례원칙에 입각한 헌법적 근거를 획득하고자 하는 것으로 여전히 중요한 기준이다. 하지만 최근의 입법을

99) 이의제기 등 통고처분에 대한 실효성 있는 구제절차가 제도적으로 구비되어 있지 않다는 것은 통고처분의 본질적 성격이 형사소송절차의 특별절차로서 처벌에 해당하고 이를 부과하는 기관도 사법기관이 아닌 행정기관임을 고려할 때 범칙자의 권리구제에 관하여 소홀히 한 측면이 있다고 할 것이다.

100) 임웅, “비범죄화론의 의의와 근본사상”, □유기천박사교회기념논문집□(1988), 221면; 임웅, “경미범죄의 비범죄화”, □형사정책연구□(1990), 제2호.

101) 조병선(각주 96), 276면.

102) 박정훈, “협의를 행정벌과 광의의 행정벌”, □행정법의 체계와 방법론(행정법연구1)□(박영사, 2005), 344-348면 참조.

감안하면 거꾸로 행정목적은 직접적으로 침해하는 행위에 대해서는 무조건 형벌이 부과되어야 한다거나 그렇게 하더라도 비례원칙상 아무런 문제가 없다고 볼 수는 없다. 행정형벌과 행정질서벌의 규율에서 규제의 대상이 중복되는 경우가 많아지고 과태료의 액수도 벌금에 상회하는 만큼 증가되었으므로 단순히 종래의 구별기준으로 일률적으로 판단하기 곤란한 지경에 이른 것이다.

행정형벌을 행정질서벌로 전환하는 것은 형벌보다 제재의 내용이 가벼운 과태료로 바뀌는 것이기 때문에 원칙적으로 헌법적 문제를 야기하지 않는다. 다만 절차적 보장의 문제를 간과해서는 안된다. ‘행정형벌의 행정질서벌화’는 독일의 질서위반법과 미국의 민사금전벌의 예에 따라 행정법류 위반행위를 탈범죄화한다는 취지로 진행되고 있는바, 독일의 질서위반법과 미국의 민사금전벌제도는 그 과형절차에 관해 상세한 규정을 마련하고 있는 등 법치주의적 안전장치가 확보되어 있는 반면, 우리나라에서는 행정청에 의한 과태료부과절차 및 비송사건절차법에 의한 법원의 재판절차는 형사소송법의 수사 및 공판절차에 관한 규정들에 비해 너무나 부족한 몇 개의 대략적 규정만 있을 뿐 국민의 방어권을 보장할 수 있는 규정이 전혀 마련되어 있지 아니하고 이에 관한 판례나 이론도 확립되어 있지 아니하다. 여기서 ‘행정형벌의 행정질서벌화’는 바람직한 방향이지만 이것이 결코 행정형벌의 ‘법치주의적 안전장치’를 회피하기 위한 방법으로 남용되어서는 아니 되고, 과태료부과 및 이의절차에 관해 법치주의적 관점에서의 제도정비가 하루빨리 이루어져야 한다는 견해는 매우 타당하다.¹⁰³⁾ 특히나 절차적 보장의 면에서 중요한 점은 행정질서벌과 달리, 행정형벌의 과벌절차에 있어서-약식절차나 통고처분절차의 경우에도 당사자가 이의를 제기하여 공판절차가 개시되는 때에는-법원이 주도적으로 사건을 심리한 후 의무위반사실과 형량에 관해 종국적으로 판단하고 법원의 유죄확정판결 후에 비로소 형집행이 이루어짐으로써 국민의 재판청구권과 무죄추정원칙이 완전하게 보장된다는 점이다.

통고처분절차의 확대는 형사법적 안전장치들은 그대로 유지한 채 절차의 신속을 도모할 수 있어야 한다는 전제위에서 있다. 통고처분절차 내에서 그 내용에 대하여 의견을 진술할 수 있는 권리 등에 관한 규정이 없는 채 불복해야만 비로소 형사법적 안전장치들이 제공된다는 것은 통고처분절차의 취지를 반감시키는 면이 없지 않다.

그런데 우리 경범죄처벌법상의 통고처분절차는 주로 통고처분의 대상자, 금전의 납부

103) Id. 347면.

방식 등을 규정하고 있으며 법 제 7조 제3항, 제8조 제3항에서 이중처벌금지원칙 내지 일사부재리효의 취지를 받아들인 규정만을 두고 있을 뿐, 통고처분대상자의 아무런 진술 절차나 의견청취절차를 마련하고 있지 아니하다. 하지만 통고처분절차의 ‘절차’도 헌법 제 12조의 ‘적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다.’고 할 때의 ‘절차’에 해당하며 헌법재판소도 헌법 제12조의 규정이 입법, 사법, 행정절차 모두에 적용되는 규정으로 파악하고 있음을 감안할 때에는 적절한 절차적 보완장치가 필요하다고 할 것이다. 다만 현재는 통고처분절차에 대한 일반법이 부재인 관계로 현재로서는 관련법령의 규정을 유추하는 등 해석론에 따를 수밖에 없을 것이다.

나) 법집행의 통일성의 요청

현행 경범죄처벌법에 규정된 처벌방식에 따르면, 즉결심판에 회부하여 10만원 이하의 벌금에 처하거나 구류 또는 과료에 처하는 방법과 경찰서장 또는 지방해양경찰관서의 장이 서면으로 범칙금을 납부할 것으로 통고하는 방법으로 나뉜다. 즉, 경범죄처벌법은 제재수단을 벌금, 구류, 과료라는 형벌과 범칙금이라는 행정형벌 내지 행정질서벌로 이원화하고 있는 것이다.

본디 이러한 이원화의 배경에는 경범죄들 중에서도 그 행위가 실제로 빈번하게 발생하고 보다 경미한 것에 대해서는 간편한 절차를 통해서 행정형벌 내지 행정질서벌¹⁰⁴⁾을 부과하는 것이 형평에 부합하는 것으로 파악하는 근거가 있었을 것으로 보인다. 다시 말하면 경범죄처벌법 위반사범은 다른 법령위반에 비교할 수 없는 압도적 다수를 차지하나 순간적인 부주의 등에 의한 것으로서 그 가벌성에 있어서는 다른 범죄의 경우에 비하여 중한 것이 아니라는 점, 유형이 정형화되었기 때문에 별다른 법률적 판단 없이 사실판단

104) 범칙금의 법적 성질에 대해서는 행정형벌인가 행정질서벌인가에 대한 복잡한 논의가 있다. 원칙적으로 현재의 실정법상으로는 벌금 또는 과료에 해당하는 범죄행위에 대해 특수절차인 통고처분에 의하는 경우를 범칙금으로 부르고 있다고 볼 때, 기본적으로는 범칙금도 형사제재의 일종으로 볼 수 있을 것이다. 범칙금이 형벌로서의 성격을 갖는 실정법상의 또하나의 근거는 범칙행위자에 대한 환형유치가 불가능하다고 하여 18세 미만자를 그 대상에서 제외한 규정(경범죄처벌법 제5조 제2항 제4호)이다. 이는 범칙금을 벌금과 동일한 법적 성격을 지닌 것으로 파악하고 있다는 증거이다. 그러나 한편 범칙금은 전형적인 형벌과는 여러 가지 면에서 다른데 그 변화의 경향은 비범죄화에 따른 ‘행정질서벌화’라고 말할 수 있다. 즉 기본적으로는 형벌로서의 성격에 바탕을 두고 있지만 행정질서벌로 이행되어가는 제도 중의 하나라는 것이다[이건중·박기석, □행정형법상의 제재수단에 관한 연구□(한국형사정책연구원, 1995), 92-94면].

으로써 그 위반을 파악할 수 있다는 점 때문에 법원이나 검찰의 업무부담과 당사자의 고통 등을 고려한 형사절차상의 배려가 불가결하다는 것이다. 이를 위해 법원조직법, 형사소송법 및 즉결심판에 관한 절차법에서 즉결심판 내지 약식명령 등 간이한 절차를 마련하고 있으나 이것만으로는 근본적인 해결이 곤란하였고 마침내 행정관청에 의한 사실상의 사법권행사라는 무리가 있음에도 불구하고 통고처분제도를 도입하지 않을 수 없었던 것으로 여겨진다.¹⁰⁵⁾

그런데 현행 경범죄처벌법은 범칙금 통고처분제도를 경범죄행위 중에 일정한 행위 유형에만 한정시키고 있다. 그러나 경미한 범죄에 대한 간편한 처리를 목적으로 하는 경범죄처벌법상의 제재 중 한 가지로서 범칙금 통고처분이 정착되도록 하는 것도 법집행의 통일성이라는 면에서 요구된다고 하겠다. 같은 법률에 규정된 행위 중 일정한 행위를 위반하였을 때에는 범칙금이 우선적으로 부과되는 데 비하여 다른 행위의 경우에는 즉결심판절차가 우선된다는 것은 자칫 법률의 집행이 통일적으로 이루어지지 않는다는 인식을 국민으로 하여금 갖도록 할 수 있으며, 실제로는 그렇지 않음에도 불구하고 법률이 자의적으로 집행된다는 인식을 갖도록 만들 수도 있다. 더욱이 구류를 경범죄처벌법의 제재수단에서 제외하고 본다면 위반행위로부터 범칙행위를 구분하는 것은 별 의미가 없다. 따라서 범칙금 통고처분을 모든 위반행위로 확대하도록 하는 것이 보다 합리적이라고 할 수 있다. 다만 범칙금의 실효성이라는 관점에서 본다면 위반행위의 유형에 따라서 범칙금액을 달리하고 그 금액을 상향조정하는 방안도 고려해볼 수 있다¹⁰⁶⁾. 이 경우에 범칙금액을 시행규칙 별표형식으로 규정하기보다는 보다 명확하게 법률로서 규정되어야 할 것으로 생각된다. 그래야만 수범자들로 하여금 규범력에 대한 명확한 인식을 갖도록 할 수 있기 때문이다.

그런데 경범죄처벌법상의 각호들 상호간의 관계를 자세히 들여다보면 경우에 따라서는 죄질이 보다 경미한 행위에 대한 제재가 그보다 중한 범죄행위에 대한 벌금액수와 비교할 때 오히려 보다 무겁게 처벌되는 경우가 있게 된다.¹⁰⁷⁾

105) 조병선(각주 96), 285면.

106) 이근호, □경범죄처벌법의 개선방향□(한국형사정책연구원, 1996), 168-169면.

107) 이는 죄질이 좀 더 경미한 행위에 대해서는 경범죄처벌법 시행령 별표에 따라 2만원부터 5만원의 범칙금으로 처벌되는 반면 그보다 더 중하기에 경범죄에 대해서는 10만원 이하의 벌금, 구류 및 과료로 처벌하도록 되어 있음에 기인한다. 실제상 1984년의 형의 실효등에 관한 법률의 개

따라서 통고처분을 통해서 확실적인 창구로 수렴시켜 국민의 신속한 권리구제를 도모함과 동시에 한정된 사법자원을 효율적으로 활용하여 중요한 사건에 더욱 충실히 매진할 수 있도록 절차의 개정이 필요하다고 본다. 물론 통고처분은 검찰의 통제에서 벗어나 경찰서장 등 행정관청이 운영하기 때문에 자의적이거나 미숙한 점을 드러낼 소지가 있다. 이러한 점을 고려하여 현행 경범죄처벌법에서는 통고처분의 요건·절차 또는 범칙금의 액수의 상향조정 등을 법령에서 상세히 규정하여, 가급적 재량의 여지를 없애고 정형화시키고 있다.

그렇다면 여기서 문제되는 점은 현행 즉결심판절차를 존치시킬 것인가가 문제되는데, 이에 대해서는 즉결심판절차는 이의신청 절차 정도로 유지하는 것도 생각해 볼 수 있다고 할 것이다.¹⁰⁸⁾

(다) 국민의 편의도모

통고처분제도는 현장에서의 발부로 인해 국민의 생활편의를 도모할 수 있다는 점이 커다란 장점이다. 형사절차의 엄격성과 복잡성을 국민에게 일관시킬 경우에는 사건의 경미성에 비해서 국민의 형사절차비용이 과도하다고 할 수 있다. 현행 법제상 간이공판절차는 증거법칙상의 고려가 중심이 되는 제도이므로 경미범죄 사건에는 관련이 없다.

또한 18세 미만자에 대한 통고처분도 가능하도록 규정해야 할 것이다. 경범죄처벌법에서는 범칙행위를 한 사람으로서 ① 상습범 ② 죄를 범한 동기나 수단 및 결과에 비추어

정도로 벌금형 수형자는 수형인명부의 등재대상에서 제외되었다. 또한 즉결심판대상자는 수사자료표의 송부대상에서 제외될 뿐만 아니라(형의 실효등에 관한 법률 제5조) 구류, 과료는 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 즉시 그 형이 실효된다(형의실효등에 관한 법률 제7조 단서) 따라서 경우에 따라서는 범칙금을 납부하지 않고 즉결심판을 받아 벌금이나 과료처분을 받는 것이 더 유리할 수도 있을 것이다[김용우, “경범죄의 범죄성과 과형에 관한 문제”, □입법조사연구□통권 제253호(1998.10)].

108) 필자의 구상과는 출발을 달리 하여 개정안이 논의된 바 있다. 종래 즉결심판절차법이 갖는 법률적 문제점과 폐단을 없애기 위해서 종국적으로 즉결심판절차를 폐지하는 방안과 즉결심판절차법의 개별적인 규정을 개정하여 부검사제도를 도입하는 방안이 논의된 바 있었다. 최근 사법개혁추진위원회의 안건으로 경죄사건의 신속처리절차 도입방안에 대해서는 비록 다른 중요사안에 비해 관심이 덜 조명되었지만 현행 즉결심판에 관한 절차법을 폐지하되, 즉시심판절차로 대체하고 청구권자를 경찰서장에서 검사로 변경하는 등 일부 조항을 수정하여 형사소송법에 흡수하는 것으로 의결, 논의한 바 있다.

신체적 제재인 구류처분으로 벌해야 할 사항 ③ 피해자가 있는 행위를 한 사람 ④ 18세 미만인 사람은 범칙자의 개념에서 제외시키고 있다. 이에 따라 상습범이나 반드시 신체 구속적 제재로 다스려야 한다고 판단하는 사람 및 18세 미만을 통고처분 대상에서 제외하고 있다. 경범죄처벌법상 18세 미만에 대한 통고처분을 하지 못하게 하는 취지는 미성년자의 보호라는 측면과 금전을 납부할 수 있는 능력이 없다는 측면을 고려한 점에 기인한다고 한다. 18세 미만에 대해서 통고처분이 불가하다면 즉결심판절차로 언뜻 처리하게 되는 것으로 보이지만, 20세 미만의 자는 소년법 제49조에 의해서 소년부에 송치되어 조사 및 심리를 거치게 되고 그에 따라서 보호조치에 처해지게 되는데 이 때 그 절차는 즉결심판절차보다 복잡하고 부담이 크다고 보아야 할 것이다. 즉 성인의 위반행위자에 비해서 20세 미만의 자가 더 부담스러운 처리절차를 거치는 것은 형평에 어긋나는 것으로 보인다.

또 18세 미만자라는 사유는 기타의 사유와 달리 신체 구속적 제재의 필요성이 높지 않으며 이질적인 사유라 할 것이다. 그 역시도 통괄적으로 통고처분 절차로 흡수하여 처리하더라도 무방할 것이며 18세미만에 대해서 커다란 불이익이 발생할 우려는 없다고 본다.

제5절 경찰관직무집행법 개정

1. 경찰관직무집행법의 문제점

경찰관직무집행법 제2조 제1호에서는 경찰관의 직무를 '범죄의 예방·진압 및 수사'로 규정하고 있는바 범죄의 진압 및 수사는 형사소송법의 영역으로 여기에서는 그에 관한 절차를 규정하지 않고 있다. 즉 범죄의 진압 및 수사와 관련된 절차는 형사소송법의 관련절차를 따르면 될 것이므로 경찰관직무집행법에서는 범죄의 예방과 관련하여 경찰상의 직접강제와 즉시강제를 규정함으로써 족하다. 동법은 경찰관의 즉시강제에 관한 일반법의 성격을 갖는 것으로 이해되고 있다.¹⁰⁹⁾

109) 김동희, □행정법 I □(2002), 416면.

다발적으로 경범죄가 발생하는 현대사회에 놓여있는 경찰로서는 그에 상응하는 대처방안으로 마련된 경직법상의 '제지' 요건을 경범죄발생상황에 대입해보면 막상 이를 충족시키는 것이 결코 용이하다고 할 수 없음은 이미 앞에서 살펴보았다. 이로 인해 자칫 범죄에 대한 공권력의 무력화가 우려된다.

물론 경찰관직무집행법 제6조의 제지요건이 엄격한 이유는 행정상의 즉시강제가 갖는 기본권제약의 과도함에 비추어 공권력의 행사를 제한하고자 하는 헌법상의 비례성의 원칙 및 경찰관직무집행법 제1조 제2항이 확인하고 있는 경찰비례의 원칙에 비추어 충분히 수용할 수 있다고 본다. 하지만 반대측면에서 법적 규율의 공백이 발생하는 것을 방지할 수는 없으므로 새로운 유형의 조치를 마련할 노력이 필요한 때이다. 또한 경범죄의 계속범에 대한 제지조치가 마련되어 있지 아니한 점은 앞에서 본 바와 같은 바 이를 해결하기 위한 방법도 같이 살펴볼 필요성이 있다.

< 경찰관직무집행법 >

현 행	개 정 안
제6조(범죄의 예방과 제지) ① (생 략) <신 설>	제6조(범죄의 예방과 제지) ① (현행과 같음) ②경찰관은 범죄행위가 지속되어 현저히 공중의 생활안정을 침해하거나 침해할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있고, 필요할 경우에는 범인을 현장에서로부터 격리시킬 수 있다.

그간 다수의 연구보고서¹¹⁰⁾에서는 경찰관직무집행법의 문제점으로 여러 가지를 들고 있었지만 본고의 문제의식과 관련하여서는 개괄적 수권조항의 존재 여부에 관한 불명확성, 개별적 수권조항의 불충분성, 행정경찰작용과 사법경찰작용의 미분리, 경찰긴급상태에 관한 규정의 결여, 표준적 직무행위와 행정강제의 미분리, 경찰상 강제수단에 관한 규

110) 장영민·박기석, □경찰관직무집행법에 관한 연구□(한국형사정책연구원, 1995), 211면 이하 및 박상희·서정범, □경찰작용법제의 개선방안□(한국법제연구원, 1996), 155면 이하를 지칭한다.

정의 불완전 등을 들 수 있다.

특히 본고의 논의와 관련해서 개괄적 수권조항의 부재¹¹¹⁾가 문제가 되는데 사회공공의 안녕 질서를 유지하기 위한 경찰의 작용유형을 입법자가 예상하여 빠짐없이 성문법으로 규율한다는 것은 사실상 불가능하므로 개괄적 수권조항의 필요성 자체를 부인하기는 어렵다. 그런데 우리의 경찰관직무집행법에서 이 같은 개괄적 수권조항이 존재한다고 파악하기 힘들다. 이와 관련하여 경찰관직무집행법 제2조 제5호를 개괄적 수권조항으로 보는 견해도 유력¹¹²⁾하지만, 경찰관직무집행법 제2조는 규정의 유형상 권한규범으로 보기 곤란한 면이 있으므로 받아들이기 곤란하다. 결국 현행 입법 하에서는 법 제3조 이하 제10조의 4에서 규정하고 있는 조치 이외의 경찰의 다른 조치들은 모두 법적 근거없이 행해지는 것으로 위법하다는 판단을 면하기 어렵게 된다는 결론에 이른다.

2. ‘현장격리조치’의 신설

그러나 비록 경한 범죄이지만 그 행위가 계속적으로 이루어지는 상황이 발생한 경우에 범죄의 진행상황에 비추어 경찰권에 신속히 대처할 수 있는 수권규정 자체가 입법적으로

111) 우리나라의 개괄적 수권조항에 대한 인식은 다양하다. 첫째로 개괄적 수권조항이라는 개념자체를 인정하지 않고 다만 개별적인 경찰법규의 개괄성의 경향에 대해서만 언급하는 경향이다. 즉 질서법규는 추상적인 수권규정만을 두어 질서권 발동의 대상, 조건, 태양 등에 관하여 광범위한 재량권을 부여하는 일이 많게 된다는 정도의 설명에 그치는 견해이다. 둘째 견해는 개괄적 수권조항의 개념과 존재를 인정하는 견해로서 독일의 이론을 주로 받아들인 우리나라의 사정상 이를 인정함이 타당하고 이 개념을 인정할 때에만 경찰권발동의 조리상 한계를 인정할 의미가 있다고 한다. 그 근거규정으로는 경찰관직무집행법 제2조 제5호의 “공공의 안녕과 질서유지”를 드는 것이 일반적이나 경찰관직무집행법 제5조 제1항을 드는 견해도 있다. 셋째 견해는 개괄적 수권조항이라는 개념은 사용하지만 이를 법치주의에 위배되는 것으로 그 타당성을 인정할 수는 없다고 보는 견해이다. 임무규정은 다른 행정청과의 직무의 한계를 설정하며 따라서 법적으로 허용되는 경찰작용의 외적 한계를 의미한다. 반면, 수권규정은 행정청에 대해 부여된 임무의 영역 내에서 개인의 자유를 침해할 수 있는 조치를 취할 수 있는 권한부여규정이다. 현행법상으로는 개괄적 수권조항을 인정하기 어렵다고 볼 것이다(장영민·박기석(각주 110), 60-61면).

112) 김남진, □행정법Ⅱ□(2000), 263면. 이 견해는 청원경찰관이 허가 없이 창고를 주택으로 개축하는 것을 단속한 것은 그들의 정당한 직무수행에 속한다고 할 것이므로 이를 폭력으로 방해한 판시 소위를 공무집행방해죄로 다스린 원심조치는 정당하다고 본 대판 1986. 1. 28. 85도2488을 경찰관직무집행법 제2조 제5호의 개괄적 수권조항성이 인정된 예로 받아들인다.

공백인 점은 경찰행정의 존재이유를 무색케 한다고 말할 수 있다. 따라서 경찰관에게 경미범죄의 상황에 부합하는 적절한 권한을 부여해야 할 필요성이 대두된다고 말할 수 있고, 그 내용으로서 ‘현장격리’조치의 도입을 피하는 것이 바람직하다고 본다.

새로운 경찰권발동의 근거조항이 요구되는 상황에서 유사한 조치를 규정한 타법률의 해석론을 참고하여 보다 구체적인 규제모습을 그려볼 수 있다.

3. ‘현장격리조치’의 구체적 모습

가. 법적 성격 - 형사소송법상 대인적 강제처분과의 구별

본고에서 논의하고자 하는 현장격리조치의 성격은 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특별법 제5조의 ‘응급조치’와 유사하다고 할 것이다. 개별 법령에 산재되어 있는 경찰권 발동 조치를 경찰관직무집행법으로 흡수하여 통일적으로 규율하는 것이 입법론적으로 바람직하다고 생각되지만, 이러한 입법의 노력과 더불어 개별법령의 조치들의 적용상의 문제점과 해석상의 한계 등을 살펴보고 일반 규정을 입법할 경우 참고하는 것은 유익할 것이다.

그런데 동법상의 ‘응급조치’의 성격에 대해서 견해의 대립이 있으므로 이를 우선적으로 살펴보도록 한다.

2002년 동법 제5조가 개정되면서 가정폭력범죄의 신고를 받은 사법경찰관리는 “행위자·피해자의 분리” 조치를 할 수 있게 되었다. 그런데 동 규정의 개정 당시 이러한 개정이 경찰에게 독자적 수사권을 주는 것이고 형사소송법 규정에 없는 인신구속을 허용하는 것일 수 있다는 비판이 있었다.¹¹³⁾ 그러나 ‘행위자와 피해자의 분리조치’는 피해자를 행위자로부터 보호하고, 수사절차의 진행을 위해 피해자의 심리적인 안정과 객관적인 진술을 확보하기 위한 것으로 사법경찰작용과 행정경찰작용으로서의 양자의 목적을 함께 가

113) 김숙자는 “이는 위헌적인 요소를 내포하고 있고 현행 형사법체계와 충돌할 뿐만 아니라 형사법의 현대적 동향에 비추어 볼 때 많은 문제점이 있다고 생각되어 이러한 규정은 두지 않았다. 경찰관에게 독자적인 수사권을 주는 것은 현행 법질서에 위배되며 응급조치권의 내용 여하에 따라서는 현행 불구속재판주의로 나아가는 동향에 역행한다는 문제점도 있기 때문”이라고 주장한 바 있다 [김숙자, “가정폭력특별법안의 방향과 내용”, 가정폭력방지법 시안공청회 자료집, (1996.10.29), 228-229면].

지고 있으나 그 주된 목적은 더 이상의 행위자의 폭력으로부터 피해자를 보호하려는 예방적인 경찰작용임이 명백하다고 할 것이고 가해자의 형사소추와 처벌을 목적으로 하는 수사작용과는 근본적으로 구분되는 별개의 경찰하명이다.¹¹⁴⁾

즉, 위의 분리조치에 수반하여 이루어지는 일시적 퇴거 또는 접근금지는 경찰행정작용의 일환으로 이루어지는 것이지 형사사법작용의 일환으로 이루어지는 것이 아니므로 ‘체포’에 해당한다고 볼 수 없고, 또한 신체 또는 거주이전의 자유를 과도하게 제한하는 것도 아니므로 헌법위반이라고는 할 수 없을 것이다.¹¹⁵⁾ 위의 개정제안의 요건상의 ‘필요한 경우’의 해석은 제6조의 ‘제지’의 요건과의 관계 등에 비추어 엄격한 해석을 통해 적절한 범위를 확정할 수 있을 것이며 이를 통해서 범죄의 중대성과 신체자유 제한의 조화를 도모할 수 있다고 하겠다. 입법론적으로 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상의 이러한 분리조치는 경직법으로 흡수되어 법령의 일원화를 도모하는 것이 타당하다는 견해도 있다.¹¹⁶⁾

나. 경찰관직무집행법상 도입시 유의점

1) 피해자의 동의와 격리조치의 대상

다만 보다 구체적으로 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제5조 제2호는 ‘피해자의 가정폭력관련 상담소 또는 보호시설 인도(피해자의 동의가 있는 경우)’, 제3호는 ‘긴급치료가 필요한 피해자의 의료기관 인도’를 규정하고 있는데, 경직법상의 문제의 해결방향이 있어서는 위의 규정을 참조하되 방향은 달리 도입하여야 할 필요가 있다.

우선 동 규정을 살펴보면 피해자의 동의를 강조함으로써 일응 피해자의 보호에 만전을

114) 이성용, “가정폭력에 대한 경찰권 발동에 관한 고찰 -한국과 독일을 중심으로-”, □형사정책연구□ 제18권 제1호(통권 제69호, 2007 봄호), 299면. 가정폭력범죄의 처벌에 관한 특례법 제5조 제1호는 그 주체를 ‘사법경찰관리로 규정하여 사법경찰행정작용으로 언뜻 생각될 수 있지만, 구체적인 권한행사유형으로 ‘폭력행위의 제지, 행위자· 피해자의 분리 및 범죄수사’로 규정하여 문리해석상 대조적으로 범죄수사는 일반형사소송절차에 의해 의율될 것이고 범죄수사에 해당하지 않은 경찰작용을 앞에 열거한 것으로 파악하는 것이 보다 합당할 것이다.

115) 한인섭, “가정폭력법의 법적 구조와 정책지향에 대한 검토”, □서울대학교 법학□ 제39권 2호(통권 107호) (1998. 8), 308면.

116) 이성용(각주 114), 304면.

기하는 듯이 보인다. 가정폭력피해자의 안위를 지키기 위한 문제에 초점을 맞추어서 행위자와 피해자의 분리를 주목적으로 하므로 위의 규정으로 동 목적이 충족되기 때문이다. 하지만 세부적으로 살펴보면 제2호가 요구하는 피해자의 동의를 보면 실제로 격리조치가 내려질 상황에서 과연 피해자가 이성적 판단을 내릴 수 있는 상황인지 의심스럽고, 격리조치발동의 근거로 독일에서와 같은 경찰권의 독립적인 판단이 아닌 피해자의 동의를 요구하는 점도 또한 의문스럽다. 또한 실제로는 행위자 · 피해자의 분리조치로 인해 불이익이 가해져야 할 행위자에 대해서는 구체적인 제재의 양태를 규정하지 않고 있어¹¹⁷⁾ 자칫 분리조치에만 초점을 맞출 경우에는 피해자의 분리만으로도 구체적 상황은 해결되므로 정작 행위자에 대해서는 아무런 조치가 내려지지 않을 수 있다. 이 경우 범죄발생 장소가 피해자의 일상적 주거공간 등일 경우에는 오히려 가해자가 계속 주거공간에 남아있고 피해자는 동의를 이유로 보호시설로 인도될 경우에도 분리조치의 요구에는 부합되는 것으로 해석될 수 있으며 따라서 일응 적법한 경찰권의 예방행정이 이루어진 것으로 파악될 수 있을 지도 모른다. 하지만 이후에 피해자가 일상으로의 복귀하려고 할 경우에 행위자가 범죄발생 장소에 여전히 남아있음을 기화로 피해자에 대한 범죄의 위협성을 우회적으로 법이 허용하는 꼴이 되어서는 안 될 것이다.

경직법 개정 제안에 있어서도 위 법률의 입법모습과 해석론은 보다 치밀하게 참조되어야 할 것이다. 우선 피해자의 동의를 경찰관직무집행법에 도입할 수도 있겠지만 합리적 판단을 가진 객관적 지위의 경찰관의 판단에 따라 발동토록 하는 것이 경직법 체계상 옳을 것이다.

보다 중요한 논의로서 현장격리조치는 가정폭력특별법상의 분리조치와 달리 행위자에 대해서 발동되는 방향으로 입안되어야 함은 개념상 당연하다. ‘분리’는 상황의 해소에 초점을 맞추는 반면, ‘격리’는 제재적 성격을 어느 정도 함유한다고 상당하기 때문이다. 또한 행위자 · 피해자 분리조치의 도입이 주장되는 문제상황은 경미범죄의 계속적 발생이 문제되는 경우이므로 문제해결을 위한 규율의 대상은 원인소거법에 기해서 행위자를 격리시켜야 함이 원칙적 모습이 되어야 한다.

117) Id. 302면 이하.

2) ‘현장격리조치’의 요건 및 한계 - 제지조치와의 균형을 중심으로

경찰행정상 조치로서 제지조치와 현장격리조치는 모두 경찰행정상의 즉시강제에 해당할 것이다. 보다 일반적 논의로서 행정상 즉시강제는 기본권의 제한이 가장 심한 공권력 행사이다. 때문에 실제적 요건으로는 일반시민의 기본권행사의 한계로서 엄격한 비례원칙이 필요하고 세부적으로는 경찰비례의 원칙이 문제된다. 절차적 보장방안으로는 영장주의의 도입여부¹¹⁸⁾로 견해가 대립하고 있다.

현장격리조치는 경찰행정 일반원리의 한계의 테두리 내에서 그리고 구체적으로는 제6조의 제지조치에 비추어 기본권제한의 정도가 적거나 최소한 동등한 조치이어야 한다. 결국 동 조치의 규율기준의 상한선으로서의 ‘제지조치’의 법적성질, 요건, 대상, 수단 등을 살펴봄이 선결적 과제라고 보이는 바 제6조의 요건을 상세하게 검토할 필요가 있다.

경찰관직무집행법상 제지조치는 경찰상 대인적 즉시강제의 성질을 가진다.¹¹⁹⁾ 그 요건으로는 첫째, 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때이다. 구성요건해당성, 위법성만 갖추면 되고, 유책성의 구비여부는 불문한다고 해석된다. ‘목전에 행하여지려는 행위’란 어떤 행위가 범죄구성요건에 해당하는 실행행위에 돌입하려는 직전을 말한다. 따라서 범죄실행에 절박해 있음이 객관적으로 명백한 경우까지 포함한다고 보아야 하므로 예비음모의 직전도 여기에 해당한다. 둘째, 목전에 행하여지려고 하는 범죄행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요할 때이다. 특히 이것이 제지의 요건이 된다. 셋째, 경고와 제지의 목적은 예방하기 위함이다. 여기서 ‘예방’이라 함은 범죄행위의 실행 그 자체를 방지함을 목적으로 하는 것뿐만 아니라 범죄로 인한 피해의 발생을 예방하는 것도 포함한다. 왜냐하면 경찰목적으로서의 범죄예방은 국민에 대한 위해를 줄이는데 그 주안을 두고 있기 때문이다.

제지의 대상은 목전의 범죄를 범하려고 하는 자 및 당해 행위자에 한정된다. 판례¹²⁰⁾

118) 이에 대해서는 필요설, 불요설, 예외적 필요설이 대립하고 있다. 판례는 “원고 이00은 구 윤락행위등 방지법 소정의 ‘요보호여자’에 해당하지도 아니하므로 위 경장 이00이 요보호여자에 해당하지도 않는 위 원고를 경찰서 보호실에 유치한 것이 영장주의의 적용이 배제되는 행정상의 즉시강제에 해당하여 적법하다는 논지는 독자적인 견해로서 채용할 수 없다.”고 한 바 있는데 명시적 견해를 밝히지 않고 있다(대판 1998. 2. 13. 96다28578)

119) 최영규, □경찰행정법□(2004), 280면.

120) 대법원 1990. 8. 14. 선고 90도870 판결.

는 집회장소의 사용승낙을 하지 않은 대학교측의 집회저지 협조요청에 따라 경찰관들이 대학교 출입문에서 집회에 참가하려는 자의 출입을 저지한 것은 경찰관직무집행법 제6조의 주거침입행위에 대한 사전 제지조치로 볼 수 있다는 판결을 한 바 있다.

제지조치는 실력에 의한 행위의 강제적 중지 또는 중지하지 않을 수 없는 상태로 만드는 것을 의미한다. 제지는 반드시 동조의 경고조치를 한 후에 경고에 불응한 경우에만 할 수 있는 것은 아니고 처음부터 행위를 제지시키거나 또는 경고를 발할 시간적 여유가 없는 때에도 가능하다.

제지의 형태에는 아무런 제한이 없다. 예컨대, 싸움이 벌어진 상황이면 달려들어 흉기를 빼앗고 당사자들의 해산을 명한다든가, 기물파괴의 행위가 시작되는 경우라면 당사자의 팔을 붙들어 파괴를 저지한다든지 하는 식으로 범죄행위의 양상에 따라 제지의 모습도 달라질 수 있다. 그러나 주의할 것은 제지는 즉시강제의 수단이기 때문에 경찰비례의 원칙이 적용되어야 한다는 점이다. 즉 비교적 중하지 않은 범죄행위에 대하여 아예 제지가 불가능하거나 설사 제지가 허용되어도 제지의 방법의 상당성이 충족되어야 한다.

위의 제지요건에 비추어 현장격리조치의 요건은 다음과 같이 형성되어야 한다고 본다. 현장격리조치도 주로 경미한 범죄를 대상으로 하여 행하여지는 경찰행정상의 즉시강제라고 할 수 있다. 그리고 행정상 즉시강제의 국민의 권리에 중대한 제약을 가져온다는 일반론으로 인해 현장격리조치에 대해서는 세부적 검토가 필요하다고 본다.

현장격리조치의 발동요건으로서 제지요건에 비추어서 첫째, ‘범죄행위가 지속되는 경우’이어야 한다. 현장격리조치의 발동상황은 제지조치와 달리 범죄가 목전에 급박한 것만으로는 충분하지 않고 이미 범죄행위가 지속될 것을 요구한다. 다만 여기서의 범죄행위는 비교적 경미한 범죄행위로서 현장격리조치의 발동으로 즉시 해소될 수 있는 수준의 범죄행위일 것이다.

둘째로, ‘현저히 공중의 생활안정을 침해하거나 침해할 우려가 있다고 인정되는 경우’이어야 한다. 현장격리조치의 발동목적은 공중의 생활안정을 보호하기 위한 것이다. ‘공중’을 전제로 하기 때문에 1인이나 지극히 소수인들의 생활안정은 제외된다. 다만 공중에 해당하지 않은 정도의 위해가 곧 다수인에게도 미칠 것이라 충분히 예견된다면 개입을 허용할 것인가 문제될 수 있지만 현장격리조치의 각종 제한원리에 비추어 부정하는 것이

움을 것이다. 공중은 어느 정도 지속성을 지니고 다수인일 것을 요구한다. 다수인일 경우 그 구성원이 유동적이어도 무관하다고 보여진다. 공중의 ‘생활안정’은 민법상의 상린관계나 공법상의 수인한도와는 독자적으로 경찰행정의 목적에서 판단이 요구된다. 경찰권의 발동 당시의 합리적 판단권을 보장하기 위함이다. 침해 또는 침해우려의 ‘현재성’은 시간의 누적성, 장소의 밀집성, 여타 피해확산의 광범성 등을 제반사정으로 참작해야 할 것이다.

셋째는, 현장격리조치의 마지막 요건으로 ‘필요할 경우’에 해당할 것이다. 이는 비례의 원칙 중 목적과 수단의 적합성과 보충성원칙의 문제로 귀결된다. 동 조의 전단부에서 ‘제지’는 경찰권이 발동되는 그 장소에서도 공공안녕상태의 회복이 가능함을 전제로 하는 반면, ‘현장격리조치’는 장소적 이동을 수반해야만 비로소 공중의 생활안정의 회복이 가능할 경우에 발동되어야 한다고 봄이 상당하다. 신체의 자유 및 거주이전의 자유에 제약을 가하는 조치이기 때문에 제지조치에 비해 보다 엄격한 비례심사가 요구된다고 할 수 있다. 다만 격리시 행위자를 조치를 장소에 대해서는 그 성질에 비추어 유치장에 두기보다는 보다 세밀한 구상이 필요하다고 본다.

현장격리조치의 한계로서 격리조치의 일시적 · 잠재적 성격을 들 수 있다. 제6조상의 제지조치는 경찰행정상의 공공질서의 회복을 직접적으로 도모하고 있으므로 제지조치는 행위자의 범죄를 사전에 차단하는 점에 그 의미가 있다. 따라서 행위자의 위태상태가 지속된다면 이에 상응하여 제지조치도 지속성을 가진다고 해석함이 타당하다. 그러나 현장격리조치는 경찰위태상태를 행위자에 대한 물리력의 행사로 해소한다는 점은 유사하지만 일단 현장에서 격리시키는 조치로 공권력의 행사가 종결된다는 개념적 한계를 갖는다고 할 수 있다. 행위자의 경찰안녕에 대한 위태가 지속될 것이라고 인정되더라도 위태발생지에서 격리되기만 하면 정당한 공권력행사로 되고 그 이상의 제지 수준까지의 조치는 불가능하다고 할 것이다.

다. 정리 - 인근소란죄를 중심으로 본 현장격리조치

위의 논의를 정리하는 측면에서 본고가 주요 대상으로 삼는 경범죄처벌법이 문제되는 경우로 가령, 인근소란죄를 상정해서 현장격리조치의 구체적 발동상황을 풀어보자. 장황할 수 있으나 위의 논의를 정리하는 측면에서 현행법체계의 미비점으로부터 현장격리조

치의 유용성 그리고 현장격리조치의 나아갈 방향을 쉽게 알 수 있으므로 검토의 필요성이 있다. 인정될 것이다.

인근소란죄의 경우에는 계속범의 성격을 가진다. 시간적 추이를 기준으로 살펴보면 경찰권 개입의 앞선 시점에서는 이미 범죄가 행해졌으나 완료되지는 아니한 경우이고, 앞으로 행해질 지속될 범죄의 속성을 고려하고 새로운 피해자의 출현을 막는다는 측면에서는 범죄예방이 필요한 경우이다. 전자의 경우에는 수사의 경우로서 형사소송법이 규율하는 영역이고, 후자의 경우에는 경찰행정이 문제되어 경찰관직무집행법이 규율하는 영역이 된다. 이러한 경우에 앞선 시점의 범죄에 대해서 ‘수사’를 통해서 계속되고 있는 범죄를 막고자 한다면 원칙적으로 영장주의의 적용 하에서 해결되어야 할 것이나, 경범죄를 영장청구를 통해서 해결한다는 것은 법원의 개입까지도 요구하고 검사의 청구를 거쳐야 하는 과도하고 비효율적인 법집행이 되어 받아들이기 어렵다. 경미범죄사건이므로 긴급체포의 실제적 요건도 충족시키지 못하고 형사소송법 제214조의 해석론에 비추어 신원이 확인되는 경우라면 현행범체포도 불가능하므로 임의동행 외에는 수사상의 방안이 마련되어 있지 아니하다. 통상의 경우 임의동행에 요구하지 않으므로 수사기관의 조치는 결국 불가능하다.

만약 ‘경찰예방작용’의 관점에서 범죄예방을 위해서 경찰권을 발동한다면 경찰관직무집행법상의 해석상 개괄적 수권조항을 인정하기 어렵다는 점에서 입법적 공백에 부딪힌다. 경찰관직무집행법은 즉시강제의 일반법으로서 즉시강제는 일반시민에 대해 의무이행을 기다리지 않고 바로 공권력 행사를 하여 공공안녕의 상태를 실현하는 것을 말하므로 기본권제한이 가장 강한 조치이다. 때문에 기본권 제한의 엄격한 요건으로 동법 제6조는 제지조치의 요건을 엄격하게 정하고 있다. 경범죄인 인근소란죄의 행위자의 행위는 ‘인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우’에 해당하지 않아 제지조치로 규율되지 않는다. 결국 인근소란자에 대해서는 결국 ‘수사’나 ‘경찰행정’ 모두가 규율을 놓고 있다.

하지만 인근소란죄와 같이 적은 양의 불법이 지속성을 갖는 경우 불법량의 총체량은 누적적으로 커지며, 제반사정을 고려할 경우에 범죄의 예방의 필요성도 제고되는 경우이다. 앞서 살폈듯이 규범력을 제고시키고자 구성요건을 다듬은 경범죄처벌법을 실제의 상황에서 강제력 발동을 통해 구현시킬 아무런 권한이 경찰에는 주어지지 않는다. 인근소

란죄와 같이 보호법익의 측면을 따져보면 개인적 법익과 사회적 법익의 교집합을 갖는 범죄에는 피해자도 발생할 수 있는데 경찰권의 개입으로도 피해를 방지할 수 없고, 공공안녕은 인근소란자의 자발적 중지에 기댈 수밖에 없는 우연적 결과에 봉착한다. 현행법의 해석에 따라 경찰권이 체포를 소란자를 체포구금한다면 불법체포감금죄가 되고 위법성조각사유로서 법령에 근거하지 아니하므로 정당행위로 인정될 여지가 거의 없게 된다.

이러한 상황에서 현장격리조치는 수사로서 발동되는 것이 아니라 예방행정작용으로서 과해진다. 소란행위자에게 가해지는 예방행정작용으로서 행정상 평온상태를 즉시 회복하게 해준다.

제6절 소 결

경범죄처벌법의 법운용의 규범력을 제고시키고 제도의 효용을 높이기 위해서는 그 전제로서 경범죄의 비범죄화의 요청 및 형법의 최후수단성에 비추어 적절한 수준의 가벌행위를 확보하기 위한 삭제, 개정 및 유사규정이 존재하는 일반형사법으로의 흡수 등 경범죄처벌법의 대폭 손질이 필요하다. 도덕률과 형법률의 혼재로 인해서 법적 규범력에 의문이 있는 현행법에 대한 기초적 손질은 당위라 할 것이다¹²¹⁾. 만일 이러한 작업이 선행되지 않는다면 경미범죄가 생활의 불가피한 일부분이 되어버려 법준수와 법집행 모두에 장애가 되는 사태가 발생할 수 있다. 이렇듯 시민생활의 원칙적인 자유우선을 위해 경범죄처벌법의 규율대상에서 단순한 무례행위를 제외하여 시민의 성숙한 생활의식과 도덕률에 일임해야 할 것이다.¹²²⁾

또한 경범죄처벌법 조항의 손질과 더불어 그 제재절차상으로의 일원화의 요청이 강조되어야 한다고 본다. 비록 불법행위로서 인정되는 각 호의 행위이지만 일반 형사범법자와는 달리 시민의 일상생활에의 조속한 복귀에 대한 배려가 필요하다.¹²³⁾

121) 경미범죄에 대해서까지 과도하게 형벌권을 행사하면 형법의 경고적 기능이 감소하고 범죄의 예외현상으로서의 성격을 잃게 된다(T.Vogler, Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, ZStW90(1978), 151면.

122) 김일수, “경범죄처벌법의 제문제”, □변협□ (1987. 9), 26면.

123) 경미범죄의 개념에 대해서는 ①단순히 범죄의 경미성, 즉 행위의 당벌성 또는 사회적 유해성이 미

그간의 대량으로 발생한 경미범죄는 과도한 형벌법규의 양산이나 처벌만능주의에 따른 것이었다. 특히 사소한 행정법규위반에 대하여도 벌금형이 널리 채택됨으로써 경미범죄의 팽창을 가속화시켰다.¹²⁴⁾ 이처럼 대량으로 발생한 경미범죄는 형사정책적으로 법원이나 검찰, 경찰에게 과중한 업무를 부담케 하는 사법경제적 문제점을 낳았다.¹²⁵⁾

통고처분 제도는 이러한 사법경제적 부담을 경감시키는 노력에 기해서 운용되는 제도인바 이를 보다 확대운영하여 원칙적 절차로 자리매김함이 온당하다고 본다. 이를 통해서 조속한 사건처리를 도모하여 국민의 자유와 사법의 효율을 동시에 달성할 수 있을 것으로 본다.

일단 이러한 전면적 손질이 가해진 이후에는 일련의 남아있는 범법행위에 대해서는 철저한 법적 강제가 요구되어야 할 것이다. 그리고 법집행의 실효성을 확보하기 위해서는 현행의 경직법상의 ‘제지’조치로서는 해소되지 않는 공백부분에 대해서 엄격한 요건 하에서 현장격리조치 등의 신설의 당위성이 부각될 수 있을 것이다. 주거가 확인되는 경범죄의 계속범에 대한 경찰권의 어떠한 유형의 조치가 이루어진다면 그 순간 바로 현행법상 불법이라고 할 수 있다. 이러한 결론은 범위반행위를 방관하는 것을 용인하는 것이 적법한 공권력의 행사라는 모순을 낳게 된다. 또한 중대한 범익침해의 상황은 아니지만 때로는 긴급성이 인정되는 상황이 얼마든지 발생할 수 있으며 이러한 경우에 일정한 조치가 필요함은 부인하기 어렵다. 만일 그 사안에 개입하는 것이 법적 근거가 없는 불법한 공무집행으로 되어버린다면, 경범죄자는 범질서 및 법집행에 대한 무시를 하게 되고, 일정한 경우에 경찰권의 발동을 촉구하는 피해자 및 기타 시민 내지 국민들의 바람을 외면하여 법집행에 대한 신뢰를 잃게 만들게 된다고 할 것이다. 따라서 현장격리조치의 법적 근거를 두어 명확한 요건 하에서 공권력의 행사를 가능케 하는 한편, 그 절차와 한계를 엄격히 하여 형사법적 인신제약의 테두리를 상한으로 최소한의 기본권제한 아래에서 경범죄자를 현장격리조치하도록 하는 것이 옳은 대응책이라고 할 수 있다.

약하다는 견해와 ②경미범죄란 단순히 특별한 대응을 필요로 하는 범죄라는 견해가 있다. 즉 보다 미약한 강도의 대응, 보다 간소화된 대응방식을 요구하고 있는 범죄가 경미범죄라는 것이다. 그밖에 ③위의 두 견해를 종합하여 경미범죄란 행위불법과 행위책임이 사소하기 때문에 전혀 제재를 필요로 하지 않거나 보다 미약한 제재를 필요로 하는 행위를 의미한다는 견해가 있다. ②설의 태도가 필자의 일원화의 구상노력에 보다 순응하는 견해라고 할 수 있다; 경미범죄의 개념에 대해 상세하게는 임웅, “경미범죄의 비범죄화”, □형사정책연구□(1990), 제2호, 193면 이하 참조.

124) Id. 189면 이하.

125) E. Dreher, “Die Behandlung der Bagatellkriminalität”, Welzel-FS, 917면.

제4장 경미사건 현행범 체포 후속조치

제1절 현행범인체포서 작성

경미사건에 대한 ‘현행범인체포서’ 작성시에는 반드시 체포사유에 해당하는 구체적 정황을 분명히 적시하도록 해야 할 것이다. 경미사건범죄자의 신병확보의 절차적 통제를 두어 남용의 위험을 경계하기 위함이다. 이러한 정황의 기재는 비단 불법체포를 미연에 방지할 제도적 장치로서 기능할 뿐 아니라 실제의 사안에서 불법체포에 해당하는지를 판단하는 정황적 증거자료가 된다는 점에서 유용할 것으로 기대된다. 뿐만 아니라 적법한 체포에 해당할 경우라도 체포서의 작성에 대해서 피의자의 서명·날인 등을 요구하는 방식으로 고안될 경우에는 의견청취나 진술기회의 부여로 기능하여 청문 등 헌법상의 적정절차원칙(제12조)에 합치되는 방향으로의 제도를 운영할 수 있다고 생각된다.

제2절 조치 후 즉시석방의 요청

경미사건 현행범 체포 후 신원 및 주거를 확인하는 등 체포사유가 소멸될 경우 통고처분 또는 즉결심판 청구(또는 형사입건) 등 필요조치 및 즉시 석방하여야 할 것이다. 이는 법집행력 확보와 인권보장과의 조화를 도모할 필요 때문이다. 특히, 도망하려거나 또는 제지에 불응하는 계속범에 해당하는 경우는 체포직후에 사유가 소멸되는 바, 필요조치 이후에 즉시 석방하는 것이 바람직할 것이다. 만일 경미범죄자에 대해서 필요조치 이후에도 계속 체포하거나 보호실유치를 한다면 불법체포·구금에 해당함이 명백하다.

제3절 체포 후 신원확인 거부시 가능한 조치—형사소송법 제216조 또는 제217조에 의한 무영장 검증의 가능 여부를 중심으로¹²⁶⁾

1. 문제상황

경미범죄의 현행법체포가 적법하다고 전제할 경우 이에 기초하여 무영장 검증을 통해 피의자의 신원확인이 현행법상 가능할 것인지 문제된다. 경미사건의 신속처리의 기초를 제공하는 피의자의 신원확보가 더 이상 미루어질 수 없는 시간적 한계에 부딪히고, 피의자의 임의의 진술에 기초하여 신원확인이 불가능한 이상 사안의 경미범죄와 동시에 경범죄처벌법 제1항 제42호(지문채취불응죄)의 현행법이 되어 이에 대해서 검증영장의 청구 절차로 나아가게 된다. 그런데 여기서 경미범죄 현행법 체포에 수반한 무영장 검증이 가능한지 여부가 점검할 필요가 있다.

2. 제216조 제1항 제2호

형사소송법 제216조 제1항 제2호는 검사 또는 사법경찰관이 체포, 긴급체포, 구속, 현행범인 체포의 경우 필요한 때에는 체포현장에서 압수, 수색, 검증을 할 수 있다고 규정하고 있다. 이하에서는 이 영장주의의 예외에 대하여 형성되어 있는 주요 쟁점을 검토하며 무영장 검증으로 지문채취가 가능한지 살펴보고자 한다.

먼저 제216조 제1항 제2호에서 체포현장에서의 대물적 강제처분에 대해 영장주의의 예외를 인정한 법적 근거에 대해서는 두 가지 입장이 나뉘어져 있다. ‘긴급행위설’은 이 예외는 피의자를 체포·구속하는 수사기관의 안전을 도모하기 위하여 흉기를 빼앗거나 피의자가 증거를 파괴, 은닉하는 것을 예방하기 위한 긴급행위로서 허용된다고 파악한다.¹²⁷⁾ 반면 ‘부수처분설’은 이 예외는 수사상 기본권 침해의 가장 강력한 형태인 신체구

126) 무영장 대물적 강제처분에 대한 일반론으로는 조국, “압수·수색의 합법성 기준 재검토”, □비교형사법연구□제5권 제2호(2003.12)를 참조하라.

127) 이재상(각주 8), 280면; 차용석, □형사소송법□ (1997), 305면.

속이 적법하게 허용되는 경우 이에 수반하는 보다 경한 비밀이나 소유권의 침해도 영장 없이 할 수 있도록 한 것-이른바 ‘대소포함명제’-이라고 본다.¹²⁸⁾

‘긴급행위설’의 입장은 “합법적 체포에 수반한 수색”(search incident to lawful arrest) 이론의 뿌리라 할 수 있는 미국 1969년 ‘Chimel v. California 판결’¹²⁹⁾을 수용한 것이다. 이 판결은 경찰관은 체포영장에 의거하여 강도 피의자를 적법하게 체포한 후 피의자의 집을 수색하여 도품을 발견하고 압수한 사건에 대한 것이다. 스투어트 대법관이 집필한 다수의견은 영장주의의 예외는 엄격하게 인정되어야 함을 강조하면서, “합법적 체포에 수반한 수색”의 예외 근거는 피의자가 체포에 저항하기 위하여 사용할지 모르는 무기를 제거하거나 또는 피의자가 증거를 은폐 또는 파괴하는 것을 막기 위한 것이라고 정식화하였다.¹³⁰⁾ 그리고 다수의견은 만약 체포에 수반된 수색이 자유롭게 제한 없이 허용된다면, 수사기관은 수색영장을 회피하는 구실로 피의자를 다른 곳이 아니라 그의 주거에서 체포하는 편법을 사용할 것이라고 염려했다.¹³¹⁾

영국 PACE의 경우도 “체포에 기초한 수색”(search upon arrest)은 체포된 자가 자기 자신 또는 타인에게 위험을 초래할 경우 가능하며, 또한 체포된 자가 합법적으로 인신구속되어 있는 타인의 도주를 돕기 위해 사용할 수 있는 물건이나 관련 범죄의 증거일 수 있는 물건에 대한 수색이 가능하다고 규정하고 있다.¹³²⁾

반면 ‘부수처분설’은 ‘Chimel 판결’ 이후 내려진 1973년 ‘United States v. Robinson 판결’¹³³⁾의 논지를 취하고 있다. 이 사건에서 경찰관은 피의자가 운전면허가 취소된 상태에서 운전을 하고 있음을 확인한 후 피의자의 차를 발견하고 차를 정지시킨 피의자를 체포하였고, 이어 피의자의 몸을 외표검사(frisk)하던 중 피의자의 상의 주머니에 부드러운 물체가 있음을 감지하고는 이를 끄집어내어 보니 구겨진 담배 껍이었는데, 이를 펼쳐보니 헤로인 가루가 있었기에 압수하였다. 렌퀴스트 대법관이 집필한 다수의견은 이 사건에서 ‘Chimel 판결’의 요건이 충족되지 않았더라도 상당한 이유에 기초한 합

128) 신동운(각주 8), 244면.

129) 395 U.S. 752 (1969).

130) Id. at 762-763.

131) Id. at 762.

132) PACE. art. 32 (1)-(2).

133) 414 U.S. 218 (1973). 이 판결의 논지는 1973년 ‘Gustafson v. Florida 판결’[414 U.S. 260 (1973)]에서 재확인된다.

법적인 인신구속적 체포가 있었다면 그 체포에 수반한 수색을 위하여 별도의 정당화가 필요하지 않다고 실시하였다.¹³⁴⁾

‘부수처분설’은 무기의 존재나 증거 인멸의 우려가 없는 경우에도 제216조 제1항 제2호의 예외가 적용할 것이나, 필자는 이에 동의하지 않는다. ‘부수처분설’의 논거인 ‘대소포함명제’의 경우 인신구속이 된 자와 압수·수색으로 프라이버시가 침해되는 자가 항상 일치하는 것은 아니라는 점,¹³⁵⁾ 인신구속에 대한 기본권 침해와 압수·수색에 의한 기본권 침해는 질적으로 다른 것이므로 어느 일방이 타방을 포함할 수 없다는 점¹³⁶⁾ 등에서 문제가 있다. 인신구속이 대물적 강제처분을 자동적으로 포함한다고 파악하면 대물적 강제처분에 대한 영장주의의 통제를 회피하기 위하여 가벼운 범죄로 피의자를 체포하는 수사기법이 조장하는 결과가 될 것이다. 특히 우리 수사현실에서 활용되고 있는 별건구속을 생각할 때 ‘부수처분설’의 결론으로는 이 편법을 방지할 수 없을 것이다.

이러한 견해 대립을 경미범죄의 현행법 체포에 적용해보자. ‘부수처분설’에 따르자면 경미범죄의 현행법 체포에 수반하는 무영장검증이 가능하다고 볼 것이지만, 필자가 동의하는 ‘긴급행위설’에 따르자면 경미범죄의 경우 피의자가 체포에 저항하기 위하여 무기를 제거하거나 또는 피의자가 증거를 은폐 또는 파괴하는 가능성이 낮을 것이므로 무영장검증은 허용되지 않는다고 볼 것이다.

한편, 제216조 제1항 제2호에서 말하는 “체포현장”의 의미를 둘러싸고, 체포와 이에 수반한 압수·수색·검증 사이에 일정한 접촉성이 있어야 함은 합의되고 있지만, 체포와 압수·수색·검증 사이의 접촉성의 정도에 관해서는 의견이 나뉜다. 특히 착수한 체포가 성공해야 하는가가 쟁점이 된다.¹³⁷⁾ 그러나 경미사건의 현행법 체포에 수반한 무영장 검

134) Id. at 235.

135) 차용석(각주 127), 305면.

136) 하태훈, “압수절차가 위법한 압수물의 증거능력”, □형사판례연구□ 제5호(1997), 254면.

137) 현재 학계에는 (i) 체포의 전후를 묻지 않고 허용되며 체포와 시간적, 장소적으로 접촉되어 있으면 무영장 압수·수색·검증이 허용된다는 견해[김기두, □형사소송법□(전정신판, 1987), 212면; 정영석/이형국, □형사소송법□(전정판, 1997), 214면], (ii) 피의자가 현실적으로 체포되는 경우에 한하여 무영장 압수·수색·검증이 가능하다는 견해[강구진, □형사소송법원론□(1982), 221면 ; 배종대/이상돈(각주 8), 304면; 신동운(각주 8), 146면], (iii) 피의자가 현장에 있고 인신구속이 착수되었다면 체포 성공에 관계없이, 그리고 체포 전이라 하더라도 무영장 압수·수색·검증이 가능하다고 보는 견해[신양균(각주 8), 216면; 이재상(각주 8), 280면; 차용석(각주 127), 306면] 등이 존재하고 있다.

증의 경우에는 지문채취를 위해서 필연적으로 현행범 체포가 성공하였을 것을 요한다. 지문채취를 위한 인신확보가 완료되어야 사실상 지문채취가 가능하다는 문제상황을 상기하여 보면 단지 피의자가 현장에 존재한다거나 현행범 체포에 실패한 경우에는 사안의 경우에 아무런 중요성을 갖지 못한다. 사안의 특유성으로 인해 위의 학설의 대립이 그다지 중요하지 않은 듯 하다.

3. 제216조 제3항 - 제216조 제1항 제2호에 대한 보충규정

형사소송법 제216조 제3항은 범행중 또는 범행직후의 범죄장소에서 긴급을 요하여 압수, 수색, 검증영장을 발부받을 여유가 없을 때에 수사기관은 영장 없이 대물적 강제처분을 할 수 있고, 이 경우 사후에 지체 없이 영장을 발부받아야 한다고 규정하고 있다. 이 예외는 현행범 체포에 실패한 경우 발생한 범죄상황에 긴급하게 대처하기 위한 것으로, 제216조 제1항 제2호에 대한 보충규정으로서의 의미를 갖는다. 지문채취를 위해서 경미범죄의 현행범이 체포되는 것을 전제로 하므로 동 조항이 적용될 여지는 없다.

4. 제217조의 제1항

2007년 개정된 형사소송법 제217조 제1항은 검사 또는 사법경찰관은 긴급체포된 자의 소유, 소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 24시간 이내에 영장없이 압수, 수색, 검증할 수 있다고 규정하고 있다. 압수를 계속할 필요가 있을 때에는 지체 없이 압수, 수색영장을 청구하여야 하며 압수, 수색영장의 청구는 체포한 때로부터 48시간 이내에 하도록 되어 있다(제217조 2항). 종전 법문에서는 “긴급체포할 수 있는 자”라고 표현하고 있기는 하지만, 제2항에서 영장없이 압수·수색할 수 있는 기간을 한정해놓았다는 점을 주목하면 이는 실제로 “긴급체포된 자”로 축소해석해야 할 것이었던 바,¹³⁸⁾ 이번 개정은 이러한 해석을 반영하였다.

138) 배종대·이상돈(각주 8), 395면; 신양균(각주 8), 217면; 이재상(각주 8), 282면.

그런데 긴급체포는 사형, 무기, 장기 3년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 자에 대해서 행해지는 것이므로, 경미사건의 피의자에 대해서는 적용의 여지가 없다.

제4절 형사소송법 제200조의 2 제5항의 영장청구시한이 경미범죄 현행범의 유치시한으로 가능한지 여부

1. 제200조의 2 제5항의 해석

동 조항은 체포의 유형을 불문하고 체포한 피의자를 구속하고자 할 때에는 체포한 때부터 48시간 이내에 제201조의 규정에 의하여 구속영장을 청구하여야 하고, 그 기간 내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다고 규정하고 있다.

1995년 개정 전 형사소송법은 긴급구속 및 현행범 체포의 경우에 대하여 48시간 이내에 영장을 발부받도록 규정하고 있었다(구법 제207조, 213조의2 참조). 그러나 새로운 체포제도 하에서는 구속영장 발부까지의 시점이 아니라 청구까지의 시점이 체포가능한 기간의 한계가 된다. 개정법이 이와 같이 구속영장청구의 시점을 시한계산의 기준으로 삼은 이유는 영장발부를 위한 충분한 수사기간을 확보함과 더불어 개정 형사소송법은 피의자에 대한 구속영장발부절차에 영장실질심사제도(법제201조의2)를 도입하고 있기 때문에 법관에게 적정한 심문기간을 확보해줌으로써 충실한 영장심사를 가능하게 하고 이를 통하여 피의자의 인권을 실질적으로 보장하려고 한 것이다.¹³⁹⁾

139) 국회 법제사법위원회, 형사소송법 중 개정법률안 심의보고서, (1995. 12.) 13면 참조. 한편, 배종대·이상돈, □형사소송법□(제6판, 2004), 258면은 이러한 체포기간의 연장을 통하여 과거 임의동행에 의한 사실상 불법체포·감금의 인권침해가 특히 '긴급체포'라는 합법적인 옷을 입고 행해질 우려가 있다고 비판한다.

2. 동 조항의 활용여부

그런데 위 조항은 다른 한편으로는 석방이 이루어지기 이전까지는 적법하게 현행범으로 체포된 피의자를 유치할 수 있는 시간적 범위로 파악될 수는 없는지 문제될 수 있다. 경미사건의 처리와 관련하여 경미범죄의 현행범으로 체포된 자가 신원확인을 지속적으로 거부할 경우에 무영장 검증을 통해서 신원을 확인하는 방법 외에도 이를 행함이 없이 즉결심판청구나 형사입건을 통해서 사건 처리가 가능한데 이에 필요한 것이 적법한 체포의 유지기간이다. 그런데 동 조항에 의해서 현행범 체포 후 최대 48시간 까지 즉결심판을 위해 피의자의 신변을 확보하는 것이 가능하지 않은가, 즉 동 조항이 경미범죄 현행범에 대한 유치기한을 부여한 규정으로서도 의미를 지닐 수 있는지 검토되어야 필요가 있다. 이에 대해서 명확한 논의는 발견되지 않지만 나름대로 가능한 설명을 세워볼 수는 있다.

만일 이를 경미범죄 현행범에 대한 유치기한으로 활용하는데 긍정한다면, 다음과 같은 논거가 가능할 것이다.

① 문언상 체포 후 48시간 내에 구속영장을 청구하기만 하면 되므로 48시간까지의 기간은 체포를 통해 법이 허용하는 기간이다. 구속영장의 청구는 검사의 권한이지 의무가 아니며 만일 48시간 동안 현행범을 수사한 후에 결국 구속영장청구를 하지 않는 것이 위법은 아니므로, 이를 통한 즉결심판법정에서의 인치는 결국 적법한 체포에 기한 인신유치라 볼 수 있다; ② 체포 후 수사도중에 경미범죄 피의자의 발언이나 외표검사가 수사의 단서가 된다면, 일견 경미범죄로 파악했던 상황이 48시간 이내에 진정인이나 고발인을 통해서 보다 중한 범죄사실로 인지되는 등 새로운 수사의 단서가 발견될 경우도 있을 수 있으며, 이러한 죄가 현행범 체포된 '경미범죄'와 상상적 경합이나 여타 포괄일죄에 해당할 여지도 있으므로, 외견상 경미범죄로 보이는 상황이라도 형사소송의 동적 발전적 성격을 감안하여 동 조항을 경미범죄 현행범에 대한 유치근거로서 활용할 수 있다; ③ 이 경우에 '경미범죄'로 체포되어 밝혀진 '보다 중한 범죄'를 이유로 구속영장이 청구된다면, 체포의 근거되는 범죄와 구속의 근거가 되는 범죄가 달리되어 애초의 '경미범죄'로 기산한 체포기간은 불법한 것이 아닌가 문제될 여지도 있으나, 이는 형사소송법 제203조의 2를 통해 구속기간은 체포된 날부터 구속기간을 기산하므로 '경미범죄'로 체포된 날로부

터 구속기간을 계산한다면 체포된 자에게 별다른 불이익은 발생하지 않는다.

반면에, 경미범죄 현행범에 대한 유치기한으로 활용함을 부정한다면, 다음과 같은 논거가 가능할 것이다.

① 동 조항은 구속영장의 청구를 전제로 하여 수사기관에게 체포제도를 통해서 최대 48시간의 수사기간을 부여하는 규정인데, 경미범죄의 경우는 통상 구속까지 나아가지 않고 대신 통고처분 등의 간이화된 절차를 두고 있어 적용상황의 구조를 달리하므로, 체포와 구속의 일련의 과정을 전제로 하여 규정된 동 조항이 경미사건 현행범의 유치기한으로 활용되어서는 안 된다; ② 현행법상 체포기간에 대한 명문이 없는 가운데 이를 사안의 유치기한의 근거조항으로 삼을 경우에는 48시간 동안 인신확보가 적법하게 되므로, 수사기관으로서 신원확인이 불가능할 경우에도 굳이 통고처분절차로 해결하기 위한 노력을 감내할 이유가 없게 되어, 결국 통고처분절차는 사문화될 여지가 높게 되며 동시에 즉결심판법정으로 인치하기 위한 관행을 합법화하는 조항으로 활용될 우려가 높다; ③ 보다 일반적으로 동 조항을 읽어내어 모든 범죄의 체포기한을 설정한다고 볼 경우에는 피의자의 신병확보시부터 최대 48시간동안은 과거의 임의동행이나 보호실 유치의 탈법적 관행과 사실상 구별할 수 없게 될 수 있으므로 체포제도를 도입한 취지가 상당부분 몰각된다.

결론적으로 필자는 경미범죄 현행범의 유치기한으로 활용하는 것에 반대한다. 동 조문은 체포를 통해서 충실한 수사를 하여 발견된 여러 혐의나 증거를 기초로 하여 보다 고양된 수사를 위해서 구속영장을 청구하라는 취지로 마련된 조항이지, 체포된 피의자에 대한 신병확보를 넘어서 이를 만연히 유지하다가 최대 48시간 이내에 개정하는 즉결심판법정에 인치함을 허용하는 규정은 아니다.

제5장 맺음말

이상으로 경미사건처리의 전반적 운영에 대해서 대안적 제시를 수행하였다. 경미사건의 특수성은 앞서 살펴본 대로 비교입법적으로 사건의 신속한 처리 및 피의자(행위자)에 대한 우대를 요구하는 실정이다. 하지만 현재로서는 경미사건의 범죄에 대해서 유연하게 대처하기에는 현행법령의 합리적 해석만으로 처리가 불완전하여 어느 정도 입법적 개선이 수반되어야 함을 확인하였다.

경미사건의 처리에서 초기단계의 신원확보책으로 경미범죄의 현행범체포와 관련된 해석론이 아직 정치하지 못하고 대법원판례도 이를 확인하지 않고 있음은 유감스러운 일이다. 하지만 ‘주거불명’의 합리적 해석을 확보하는 것이 반드시 어려운 일이라 할 수는 없으며 현행범체포는 경찰관이 상당한 노력에 비추어 신원확인이 불가능할 경우에는 주거불명에 해당한다고 볼 것이다.

경미범죄와 관련하여 주거가 확인되는 경우에는 현행범체포가 불가능하다. 이는 현행범체포 통상의 형사절차로 해결해야 할 것이다. 다만 주거가 확인되는 경미범죄의 계속범에 대한 대응은 일반형사절차 외의 별도로 경찰관직무집행법상의 수권규정을 마련함으로써 적절한 처리가 가능하다고 볼 것이다. 본고가 제안하는 현장격리조치는 공권력의 적법성을 보장하면서도 피의자(행위자)의 처우에 만전을 기할 수 있으리라고 전망한다. 또한 경범죄처벌법의 개정이라는 실체법적 노력이 병행됨으로써 법규범력이 동반상승될 것으로 생각된다. 경범죄처벌법상으로 중요한 구성요건과 적용에 의문이 있는 구성요건을 균질화시켜 모두 규범력을 확보시킨다면 형사전체의 경미범죄에 대한 처리의 강도를 높일 수 있을 것으로 기대한다.

통고처분제도의 활성화는 현행 경범죄처벌법상의 제한적 요소들을 보다 뛰어넘어 보다 일반화된 운영의 문제이다. 비범죄화의 요청에 충실하면서도 불복을 통해 일반형사절차로 나아갈 수 있는 절차상의 배려를 열어두고 있는 통고처분제도도 비교적 만족스럽지만 이를 보다 확대하는 것은 경미사건처리에 대한 형사절차의 부담을 상당부분 덜어줄 것으

로 전망된다. 현재 각국에서는 행정질서벌과 형벌의 구분이 불분명해지고 있는 논의의 중심이 피의자(행위자)의 절차상 보호를 어떻게 유사하게 마련할 수 있는가에 놓여있다. 이러한 추세에 비추어 통고처분으로의 일원화는 형사법과 행정법간의 학제간 연구가 보다 필요하겠지만 일응 바람직한 방향이라고 부를 수 있을 것이다.

마지막단계에서 경미범죄의 체포 후 조치 중에는 기본권제약의 최소한을 도모하며 이루어져야 한다. 필요한 조치 이후에는 즉시 절차에서 해방시켜 일반생활로 복귀시키는 것이 경미사건 처리가 의도하는 궁극적 목적이기 때문이다.

< 국가별 경미사건 현행법 처리현황 >

국가별	신원확인 방법	현행법 체포요건	체포후 후속조치
일 본	신원확인을 강제할 수는 없으나, 신분증 미제시시 주거불명 등으로 체포 가능	범인의 주거 혹은 성명이 분명하지 아니한 경우 또는 범인이 도망할 우려가 있는 경우에 체포 가능	체포후 48시간 이내 경찰 독자적으로 석방 여부를 판단하되, 계속 구금의 필요성이 있을 경우 검찰에 송치
미 국 (뉴욕)	신원확인 요구 거부시 Reasonable suspicion과 Probable cause 단계를 거쳐 체포 가능	Probable cause가 있는 경우 경미사건 여부와 상관없이 체포 가능	24시간내 법원으로 인치, 판사가 계속구금 여부 결정(법원이송 이전 경찰이 석방가능)
영 국	신원확인 불응하는 경우에는 체포 가능 (불심검문의 신원확인 요구에 응하지 않을 경우에도 체포 가능)	신원확인 거부, 자신이나 타인에 대한 위해를 시도 하거나 신속·효과적인 수사 필요시 또는 신병확보가 기소에 필요할 때 체포 가능	수사·체포·유치·석방 판단은 경찰 독자적으로 수행하며, 경미범죄는 경찰의 훈방권이 있음
프랑스	신원확인을 거부 또는 신원 확인 증거의 진실성이 의심될 때 신원확인을 위해 4시간 강제유치 가능	범죄의 경중에 따른 특별한 요건상 차이는 없으며, 범죄를 범하였거나 모의 하는 경우 체포 가능	검사와 상급자에게 같이 보고(팩스, 전화)하고, 석방여부는 검사가 판단
독 일	현행법 또는 구속요건과 상관없이 범죄혐의자는 신원확인 강제 가능(거부시 12시간내 일시구속 또는 감식조치 가능)	현행법의 신원을 즉시 확인할 수 없거나 도주염려가 있을 때 누구든지 체포 가능 (계속범에 대해서는 최대 익일 자정까지 보호조치 가능)	체포시 최대 익일까지 관할법원의 판사에게 인치, 판사가 석방 또는 구속여부 결정
중 국	소환장을 사용함이 원칙적 모습이나 현장적발시에는 구두소환도 가능함	-	소환 후 즉시 조사심문하여야 하며 조사심문시간은 8시간을 초과할 수 없다. 사정이 복잡하고 치안관리처벌법의 규정에 따라 행정구류처벌을 적용할 수 있는 경우에는 최대 24시간까지 심문조사 가능하다.

참 고 문 헌

I. 교과서

- 김남진, □행정법Ⅱ□(법문사, 2000)
 김동희, □행정법 I □(박영사, 2002)
 배종대·이상돈, □형사소송법□(제6판)(홍문사, 2004)
 신동운, □형사소송법□(제3판)(법문사, 2005)
 신양균, □형사소송법□(법문사, 2000)
 신현주, □형사소송법□(신정2판)(박영사, 2002)
 이재상, □형사소송법□(제6판)(박영사, 2002)
 정덕장, □주해 경범죄처벌법□(법원사, 1989)
 정응석, □형사소송법□(제2판)(대명출판사, 2005)
 차용석·최용성, □형사소송법□(제2판)(세영사, 2004)
 최영규, □경찰행정법□(법영사, 2004)
 松本時夫·土本武司, □조해 형사소송법□(제3판 증보판)(홍문당, 2006)
 Joel Samaha, Criminal Procedure, 6th edition, Thomson Wadsworth(2005)

II. 학술지

- 김경호, “몰래카메라를 이용한 취재와 인격권의 침해에 관한 연구 ; 한국과 미국의사례 비교를 통한 상충된 법익의 균형”, □한국언론학보□ 제47권 제4호(2003년 제8월호).
 김성수, “중국의 경범죄처벌법(치안관리처벌법)의 최신동향”, □경찰학연구□ 제6권 제3호(통권 제12호)
 김숙자, “가정폭력특별법안의 방향과 내용”, 가정폭력방지법 시안공청회(1996.10.29)
 김은경, “스토킹 피해실태와 그 쟁점들”, □형사정책연구□(2003년 가을호)
 김일수, “경범죄처벌법의 제문제”, □변협□ (1987. 9)

- 김형훈, “즉결심판제도의 바람직한 운용방향”, □치안정책연구□제15호(2001. 11)
- 박상기·이건호, □경범죄처벌법에 관한 연구□(한국형사정책연구원, 1996)
- 박상희·서정범, □경찰작용법제의 개선방안□(한국법제연구원, 1996)
- 박정훈, “협의의 행정벌과 광의의 행정벌”, □행정법의 체계와 방법론(행정법연구1)□(박영사)
- 박희영, “무권한 사진촬영에 대한 형법적 보호”, □비교형사법연구□제7권 제1호
- 박현철·이상용·진수명, □스토킹의 실태와 대책에 관한 연구□(한국형사정책연구원, 2000)
- 손동권, □즉결심판제도의 개선방안에 관한 연구□(경찰대학 치안연구소, 2000)
- 이건호, “스토킹 행위에 대한 형사법적 대응과 그 한계”, □형사정책□ 제16권 제2호(2004).
- 이건호·김은경·황지태, □스토킹 피해실태와 입법쟁점에 관한 연구□(여성부, 2002).
- 이기현·박기석, □형법 및 형사특별법상 유사처벌조항 정비방안□(한국형사정책연구원, 1998)
- 이성용, “가정폭력에 대한 경찰권 발동에 관한 고찰 -한국과 독일을 중심으로-”, □형사정책연구□ 제18권 제1호(통권 제69호, 2007 봄호)
- 이윤호, “범죄자에 대한 시설수용의 대체방안”, □형사정책연구□제2호(1990)
- 임 응, “비범죄화론의 의의와 근본사상”, □유기천박사교회기념논문집□(1988)
- 임 응, “경미범죄의 비범죄화”, □형사정책연구□제2호(1990)
- 장영민·박기석, □경찰관직무집행법에 관한 연구□(한국형사정책연구원, 1995)
- 정 완, “스토킹범죄의 형사입법동향”, □형사정책연구□제11권 3호(2000. 9)
- 조 국, “스토킹에 대한 형법적 대책”, □인권과 정의□제287호(2000.7)
- 조 국, “압수·수색의 합법성 기준 재검토”, □비교형사법연구□제5권 제2호(2003.12)
- 조 국 편, □성매매 - 새로운 법적 대책의 모색□ (사람생각, 2004)
- 조병선, □질서위반법□(한국형사정책연구원, 1991)
- 조병인·전영실, □서울시민의 기초질서준수에 관한 연구□(1996)
- 한국형사정책연구원, □형사사건의 신속처리방안에 관한 연구 - 경미한 죄를 중심으로□

(1999)

한국형사정책연구원, 「경범죄처벌법에 관한 연구 - 행위유형과 제재수단을 중심으로」

(1996)

한인섭, “가정폭력법의 법적 구조와 정책지향에 대한 검토”, 「서울대학교 법학」 제39권
2호(통권 107호, 1998. 8).