스토킹행위·스토킹범죄 구성요건 연구

- 독일형법 제238조와의 비교를 중심으로 -

고 명 수 (Myoung-su Ko)
고려대학교 법학전문대학원 연구교수, 법학박사

논문접수 : 2022. 02. 11. 심사개시 : 2022. 02. 15. 게재확정 : 2022. 03. 04.

목 차

Ⅰ. 서

Ⅱ. 스토킹행위 구성요건
1. 스토킹개념의 모호함
2. 상대방의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 한 행위
3. 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 행위

Ⅲ. 스토킹범죄 구성요건
1. 지속적·반복적인 스토킹행위
2. 점진범(Das sukzessive Delikt)
3. 적성범(Eignungsdelikt)

Ⅳ. 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건 개선방안
1. 범죄유형 변경
2. 보호조치별 스토킹행위 구성요건 차별화
3. 포괄구성요건 신설

Ⅴ. 결

국문초록

우여곡절 끝에 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률」(이하 스토킹처벌법)이 2021년 4월 20일 제정, 10월 21일부터 시행 중이다. 지금까지 스토킹범죄연구는 스토킹처벌법 도입 여부 및 방식에 초점이 맞춰져 있었다. 스토킹처벌법이 제정되었기 때문에 이제는 스토킹행위·스토킹범죄에 대한 보다 효과적인 규율방안, 내용적 개선을 연구할 때이다. 스토킹범죄 구성요건에 대한 실체법적 분석, 적용 법리 개발, 형법 기본이론에 대한 정합성 강화가 요구된다. 독일은 우리보다 앞서 스토킹범죄 구성요건을 제정하였고 적용과정에서 여러 시행착오를 겪고 있다. 독일의 스토킹처벌규정(독일형법 제238조) 제·개정과정과 축적된 스토킹범죄 법리를 분석하여 시사점을 얻고자 한다.

이에 본고는 우선 스토킹행위(Ⅱ.) 및 스토킹범죄 구성요건의 특성(Ⅲ.)을 면밀히 분석한다. 스토킹을 규율할 때 스토킹개념이 모호하고, 스토킹행위를 사회적으로 용인된 행위와 구분하는 것이 쉽지 않는 점을 항상 염두에 두어야 한다. '상대방의 의사에 반하여' '정당한 이유 없이' 한 행위, '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것' 표지의 의미를 분석한다. 상대방의 의사에 반한 것인지 여부는 피해자의 실제 주관적 의사를 기준으로 판단하고, 피해자의 불안감 또는 공포심이 유발한 것인지 여부는 객관적으로 알려진 모든 정황에 기초하여 사전적 관점에서 사회 일반인을 기준으로 판단하여야 함을 구체적으로 논증한다. 그리고 스토킹범죄 구성요건과 관련하여, 스토킹행위의 지속성·반복성 표지의 구체적 의미를 분석하고, '점진범', '적성범'연구를 통해 스토킹범죄유형을 심층 연구한다.

위의 논의를 바탕으로 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건 개선방안을 제시한다. 피해자 보호의 정도에 따라 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건유형을 5단계로 나눠볼 수 있는데, ③ 유형을 지시하는 '일으키는 것' 문구를 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키기에 적합한(또는 충분한) 행위'(② 유형)로 개정하여야 함을 구체적으로 논증한다. 그리고 스토킹처벌법 제2조 제1호 가목 내지 마목 행위가 진행 중인 경우, 신고를 받아 출동한 사법경찰관리가 응급조치(제3조) 중 제2호를 제외한 조치는 피해자에 대한 불안감 또는 공포심 유발 여부와 무관하게 할 수 있도록 하는 방안을 제안한다. 스토킹행위는 매우 다양한 형태로 나타날 수 있다. 행위자가 구체적으로 규정된 구성요건적 행위가 아닌 방식으로 스토킹을 하는 창의성을 얼마든지 발휘할 수 있다. 이로 인해 발생하는 처벌의 공백을 막기 위해 포괄구성요건을 둘 것을 제안한다.

※ 주제어: 스토킹, 스토킹처벌법, 점진범, 적성범, 포괄구성요건, 보호조치, 스토킹피해자 보호

I. 서

오랜 진통 끝에 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률」(이하 스토킹처벌법)이 2021년 4월 20일 제정, 10월 21일부터 시행 중이다. 1999년 5월 24일 스토킹처벌에 관한 특례법안(김병태의원 등 13인 외 21인, 의안번호 151966) 발의 이후 22건의 의원안, 1건의 정부안이 제출되었다.[1] 제21대 국회는 10건의 스토킹 관련 법률안을 통합·조정해 위원회 대안을 만들고 법제사법위원회를 거쳐 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률안(법제사법위원장, 의안번호 2109075)을 재석 238인 중 찬성 235인(기권 3인)으로 가결하였다.

스토킹처벌법이 이처럼 우여곡절 끝에 제정된 것은 스토킹 개념의 모호함, 사회적으로 용인되는 행위와 스토킹행위 간 구분의 어려움 때문이었다. 대표적인 스토킹행위인 접근하거나 진로를 막아서는 행위(스토킹처벌법 제2조 제1호 가목), 편지, 선물을 주는 행위(동호 라목)는 일상다반사이고, 호감표시이거나 이성 간 애정문제로 인한 행위일 수 있다는 인식이 팽배했다. 그래서 형법 투입을 최대한 자제하고 사회 내 자율적 수단으로 통제하는 것이 바람직하다고 보았다. 스토킹범죄 처벌규정을 만들더라도 상징형법에 그칠 수 있다는 우려도 제기되었다.[2] 이런 이유로 2012년 경범죄처벌법으로 '지속적 괴롭힘'(제3조 제41호)[3]을 규율하는 정도의 대응에 그쳤다.[4] 그 사이 스토킹이 강력 범죄로 이어지는 안타까운 사건들이 지속적으로 발생하였고,[5] 국가가 스토킹을 엄벌하고 스토킹피해자를 보다 적극적으로 보호하여야 한다는 공감대가 형성되었다. 이에 발맞춰 스토킹처벌법 제정을 위한 연구가 계속되었다. 독일, 미국, 일본 등 외국의 입법례 분석을 비롯하여 스토킹범죄의 특성

1) 일련의 입법안 스토킹범죄구성요건 분석은, 한민경, "법정에 선 스토킹 : 판결문에 나타난 스토킹 행위의 유형과 처벌을 중심으로", 「원광법학」제37권 제1호, 73-74쪽 참고.

2) 이승준, "독일의 스토킹 처벌 규정의 개정과 그 시사점", 「형사정책」제29권 제2호, 126쪽: 법집행기관의 집행력 부족으로 인한 전체 법질서 균열을 경계한다.

3) 상대방의 명시적 의사에 반하여 지속적으로 접근을 시도하여 면회 또는 교제를 요구하거나 지켜보기, 따라다니기, 잠복하여 기다리기 등의 행위를 반복하여 하는 사람'을 10만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 처벌한다.(경범죄처벌법 제3조 제1항) 스토킹관련 규정은 이외에도 제19호(불안감 조성, '정당한 이유 없이 길을 막거나 모여들거나 뒤따르거나 겁을 주어 불안하게 하거나 귀찮고 불쾌하게 한 경우', 제40호(장난전화, '정당한 이유 없이 다른 사람에게 전화·문자메시지·편지·전자우편·전자문서 등을 여러 차례 되풀이하여 괴롭힌 경우')가 있다.

4) 이 규율의 한계에 대해서는, 정도희, "스토킹의 개념과 처벌에 관한 몇 가지 제언", 「법과 정책연구」제17권 제3호, 42쪽 참고: 상대방의 명시적 거절의사표시를 요한다는 점, 일정 행위가 반복되어야만 국가 개입이 가능하다는 한계를 지적한다.

5) 최근 사건으로는 2016년 4월 헤어진 연인을 스토킹하다 흉기로 수차례 찔러 살해한 가락동 스토킹 살인사건(한겨레, "죽겠다" 협박하던 그놈만 살았다, 가락동 스토킹살인 2년, 2018년 4월 19일, 최종검색일: 2022년 2월 10일; 〈https://www.hani.co.kr/arti/society/women/841206.html〉); 2021년 3월 스토킹 피해자를 포함하여 그 가족까지도 살해한 노원 세 모녀 살인사건(국민일보, 노원구 아파트서 세모녀 피살…20대 용의자 자해, 2021년 3월 26일, 최종검색일: 2022년 2월 10일; 〈http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0015674112&code=61121211&cp=nv〉).

이 심층 연구되었다. 폭행, 협박에는 이르지 않은 스토킹의 불법성 근거, 기존 범죄[6](특히 협박죄)와 비교할 때 스토킹범죄의 적정한 처벌 정도를 논의하였다. 이러한 노력이 결실을 맺어 스토킹처벌법이 제정되었다.

스토킹처벌법은 '상대방의 의사에 반하여' '정당한 이유 없이' 상대방 또는 그의 동거인, 가족에 대하여 일정 행위[7]를 하여 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'을 스토킹행위로 규정하고 있다.(제2조 제1호) 이러한 '스토킹행위를 지속적 또는 반복적으로 하는 것'을 스토킹범죄로 정의한다.(동조 제2호) 대부분의 입법안과는 달리, 제정법은 스토킹행위와 스토킹범죄를 이원화하였다. 스토킹행위태양을 세분화·단계화하여 형벌의 대상을 제한하여야 한다는 연구[8]가 반영된 것으로 보인다. 이로써 스토킹범죄 전 단계에도 응급조치(제3조), 긴급응급조치(제4조), 잠정조치(제9조)를 통해 스토킹피해자를 보호할 수 있는 법적 근거가 마련되었다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다.[9] 아래 Ⅱ, Ⅲ.에서는 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건의 특성을 면밀히 분석한다.

스토킹범죄 연구는 지금까지는 스토킹처벌법 도입 여부 및 방식에 초점이 맞춰져 있었다. 스토킹처벌법이 제정되었기 때문에 이제는 스토킹행위·스토킹범죄에 대한 보다 효과적인 규율방안, 내용적 개선을 연구할 때이다. 법 제정 이후 벌써 9건의 개정안이 발의되었다. 대부분 절차적 측면에서, 스토킹처벌법 제정 목적인 피해자 보호(제1조 참고)를 강화하기 위한 제안이다.[10] 이 방안들은 주로 스토킹행위자가 피해자에게 접근하는 것을 적시에

6) 형법상 폭행죄, 협박죄, 강요죄, 주거침입죄, 명예훼손죄, 모욕죄, 업무방해죄, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조(통신매체를 이용한 음란행위), 제14조(카메라 등을 이용한 촬영), 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7 제1항 제3호(정보통신망을 통하여, 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보를 유통한 경우), 제70조(명예훼손), 채권의 공정한 추심에 관한 법률 제9조(폭행·협박 등의 금지) 제2호 및 제3호, 위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률 제15조 제1항(위치정보의 수집 등의 금지)을 들 수 있다.(정현미, "스토킹범죄 규제를 위한 입법방향", 「이화젠더법학」제12권 제3호, 239쪽)

7) 가. 접근하거나 따라다니거나 진로를 막아서는 행위, 나. 주거, 직장, 학교, 그 밖에 일상적으로 생활하는 장소 또는 그 부근에서 기다리거나 지켜보는 행위, 다. 우편·전화·팩스 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망을 이용하여 물건이나 글·말·부호·음향·그림·영상·화상을 도달하게 하는 행위, 라. 직접 또는 제3자를 통하여 물건등을 도달하게 하거나 주거등 또는 그 부근에 물건등을 두는 행위, 마. 주거등 또는 그 부근에 놓여져 있는 물건등을 훼손하는 행위

8) 이건호, "스토킹 행위에 대한 규제와 피해자화 방지전략에 대한 고찰", 「형사정책연구」제71권, 1485쪽; 박찬걸, "스토킹의 개념 정립 및 피해자 보호방안에 관한 연구: 지속적 괴롭힘죄의 신설에 즈음하여", 「가천법학」 제5권 제2호, 339-340쪽; 정도희(주 4), 50쪽.

9) 동일한 관점으로는, 박찬걸, "최근 제정된 스토킹처벌법의 개정에 대한 소고", 「형사법연구」 제33권 제3호, 269-270쪽: 스토킹처벌법을 사전 예방기능에 초점을 맞춘 법으로 분석하면서, 획기적 진일보로 평가한다.; 이건호, "스토킹 행위에 대한 형사법적 대응과 그 한계 - 스토킹 행위의 유형화와 법률적 대응방법의 다양화를 중심으로 -", 「형사정책」 제16권 제2호, 156쪽.

10) 반의사불벌죄 조항 삭제, 피해자에 대한 불이익처분 금지 신설, 피해자보호명령 및 신변안전조치 도입(남인순의원안, 의안번호 2110747), 긴급응급조치를 취소 또는 변경한 경우에도 스토킹행위의 상대방이나 그 법정대리인에게 통지하여야 하는 규정 신설(양정숙의원안, 의안번호 2111777), 「범죄신고자법」 준용을 통한 신변안전조치 명확화(정청래의원안, 의안번호 2112435), 법률조력에 대한 특례조항 신설(김미애의원안, 의안번호 2113395), 긴급응급조치 위반 시 과태료가 아니라, 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하는 개정(이영의원안, 의안번호 2113929), 피해자보호명령, 신변안전조치, 피해자의 신원과 사생활 비밀 누설 금지 규정(태영

효과적으로 막기 위한 것이다. 스토킹은 주로 아는 사람에 의해 이뤄지기 때문이다.[11] 그런데 스토킹처벌법의 내용도 개선이 필요하다. 사이버스토킹행위를 규정하자는 제안(김상희 의원안, 의안번호 2111800), 피해자가 미성년자인 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금으로 가중처벌하자는 제안(민형배의원안, 의안번호 2114454)이 그 일환이다. 이외에도 스토킹범죄 구성요건에 대한 실체법적 분석, 적용 법리 개발, 형법 기본이론에 대한 정합성 강화가 요구된다. 그리고 점진범, 적성범 연구(아래 Ⅲ-2, 3.)를 통해 스토킹범죄유형을 심층 연구하고자 한다. 독일은 우리보다 앞서 2007년 3월 31일 독일형법 제238조에 스토킹범죄를 규정하였고 적용과정에서 여러 시행착오를 겪고 있다. 2017년 3월 10일 결과범이자 침해범으로 제정한 스토킹범죄를 적성범으로 개정한 것도 그 중 하나이다. 독일형법 제238조 제·개정과정과 축적된 스토킹범죄 법리를 분석하여 시사점을 얻고자 한다. 이에 기초하여 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건 개선방안을 제시한다.(Ⅳ.)

Ⅱ. 스토킹행위 구성요건

1. 스토킹개념의 모호함

일상에서 스토킹행위는 매우 다양한 형태로 나타날 수 있다. 행위유형마다 피해자에게 미치는 영향의 정도도 다양하다.[12] 스토킹행위를 거쳐 기존 범죄(주 6 참고)로 나아가거나 기존 범죄와 일부 중복되는 행위구조를 가지고 있다.[13] 그래서 스토킹범죄의 보호법익 확정도 쉽지 않다. 독일은 스토킹범죄(제238조)를 독일형법 내 개인의 자유에 대한 죄에 규정하였다. 그리고 스토킹범죄의 보호법익을 일반적으로 개인 생활형성에 관한, 행동의 자유 및 의사결정의 자유로 포괄적으로 이해한다.[14] 우리나라도 보호법익을 동일하게 본

호의원안, 의안번호 2113986), 피해자의 신원과 사생활 비밀 누설 금지, 피해자에 대한 변호사 선임의 특례 규정(전주혜의원안, 의안번호 2114172)을 제안한 바 있다.

11) 송란희, 현장 사례를 통해 본 스토킹범죄 처벌법 입법방향, 제21차 젠더와 입법포럼, '스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률' 제정안 "이의 있습니다", 2018. 7. 3., 5쪽.

12) 이원상, "스토킹 처벌규정 도입에 대한 고찰", 「형사정책연구」제94권, 152쪽; 송란희(주 11), 5-7쪽.

13) 김성룡, "독일의 '스토킹행위의 처벌에 관한 법률'의 고찰", 「형사정책연구」 제18권 제4호, 139쪽.

14) 독일에서의 논의는, Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 4; Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (194); BT-Drs. 15/5410, S. 6; BT-Drs. 16/1030, S. 14 참고: 보호법익으로 개인의 법적 평온, 개인적 삶의 영역, 공포로부터의 자유를 제시하는 견해도 있다.; 제238조 제2항은 신체의 완전성, 생명, 제3항은 생명을 보호법익으로 한다.

다.[15] 그러나 스토킹범죄를 형법이 아닌 특별법에 규정하면서 보호법익에 대한 논의를 비중 있게 다루고 있지는 않다. 게다가 스토킹처벌법은 피해자 보호 및 건강한 사회질서 확립을 목적으로 내세워(제1조), 스토킹범죄의 보호법익을 개인적 법익을 넘어 사회적 법익 차원까지 확장하고 있다.

이러한 스토킹행위특성으로 인해, 스토킹을 보호법익을 중심으로 모든 사태를 포괄하기 위한 추상화 작업 후 재차 구체적인 구성요건을 만드는 방식(이른바 판덱텐 방식[16])으로 규율하기 어렵다.[17] 그래서 우리나라를 비롯하여 대부분의 국가에서 구체적인 스토킹행위 유형을 나열하는 사안 중심적 방식으로 스토킹을 구성하고 있다. 이렇게 스토킹을 구성하면 새로운 유형의 스토킹행위에 대응하지 못하는 단점이 있다. 독일형법 제238조는 사안 중심적 방식을 취하되, 그 단점을 보완하기 위해 포괄구성요건(제1항 제8호)을 두고 있다. 포괄구성요건에 대해서는 아래 Ⅳ-3.에서 자세히 검토한다.

2. 상대방의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 한 행위

스토킹행위는 '상대방의 의사에 반하여' '정당한 이유 없이' 일정 행위를 하여 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'이다.(스토킹처벌법 제2조 제1호 참고) 위 요소들은 대부분의 국가에서 요구하는 스토킹의 기본 전제조건이다. 독일형법 제238조 제1항도 일정 행위를 하여 '타인의 생활형성을 중대하게 침해하기에 적합한 방식으로' 타인을 '권한 없이' 스토킹한 자를 처벌한다. '권한 없이'요건이 위 '상대방의 의사에 반하여' '정당한 이유 없이'요건에 해당한다.

이성 간 애정표현과 스토킹행위를 구분하는 핵심적인 기준은, 특정 행위가 상대방의 의사에 반하는지 여부이다.[18] 그래서 스토킹처벌법은 스토킹행위가 되려면 상대방의 의사에 반할 것을 요구한다. 이때 상대방의 의사는, 경범죄처벌법 제3조 제1항 제41호가 상대방의 '명시적' 의사에 반할 것을 요구하는 것과 비교하면, 명시적·묵시적 의사를 불문한다.

이 요건을 '상대방의 동의 없이'로 개정할 필요가 있다는 견해가 있다.[19] 상대방의 의사

15) 특히 김성룡(주 13), 151-152쪽: 자유에 대한 포괄적 법익으로 이해한다.
16) 판덱텐 시스템과 사안 중심적 입법형식에 대해서는, 이원상(주 12), 174-175쪽, 179쪽 참고.
17) 판덱텐 시스템에 따른 구성을 시도하는 견해는, 이원상(주 12), 176쪽: "사람을 괴롭힐 목적으로 그 주변에서 지속적인 의사표현을 통하여 그 사람 또는 그와 친밀한 사람에게 불안감이나 공포감을 조성한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다."
18) 같은 견해로는 박찬걸(주 8), 334쪽; 정도희(주 4), 34쪽.
19) 김정혜, 스토킹처벌 법안의 주요 내용 및 쟁점, 제21차 젠더와 입법포럼, '스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률' 제정안 "이의 있습니다",

에 반할 것을 요구하면 피해자의 의사가 쟁점이 되어 피해자에게 부담이 될 수 있으므로, 상대방의 동의를 얻어 행한 것인지를 검토하는 방식이 타당하다고 한다. 그런데 거부의사가 아닌 동의 유무를 기준으로 하면 스토킹행위에 포섭되는 행위범위가 너무 넓어진다. 스토킹행위는 사회적으로 용인되는 행위와의 구분이 다소 모호하다. 스토킹행위유형인, 접근하거나 따라다니거나 진로를 막아서는 행위, 일상적으로 생활하는 장소 또는 그 부근에서 기다리는 행위, 편지, 선물을 주는 행위는 일상다반사이다. 물론 스토킹행위가 되려면 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'이어야 한다는 추가적인 요건도 충족되어야 한다. 그러나 이 요건은 객관적으로 알려진 모든 정황에 기초하여 사전적 관점에서 사회 일반인을 기준으로 충족 여부를 판단하여야 하기 때문에(아래 Ⅱ-3. 참고) 피해자의 거부의사가 아닌 동의 유무를 기준으로 하면 보다 용이하게 충족된다. 그리고 이 요건에 대한 행위자 고의인정도 용이해져,(아래 Ⅳ-1. 참고) 스토킹행위 성립범위가 넓어진다. 반대로 스토킹범죄 성립범위가 지나치게 확대되는 것을 막기 위해 상대방의 명시적 의사에 반한 경우로 제한할 것을 요구하는 견해가 있다.[20] 그런데 스토킹행위자는 피해자를 잘 아는 경우가 대부분이다. 스토킹행위자와 피해자 간 관계를 고려할 때, 스토킹행위를 피해자가 명시적으로 거부의사를 표하는 경우로만 한정하면 피해자 보호에 취약하다. 게다가 스토킹행위 특성상 피해자의 명시적 의사표명이 오히려 스토킹행위자를 자극할 수 있다. 따라서 상대방의 (명시적·묵시적) 의사에 반할 것을 요건으로 하는 것이 타당하다.

상대방의 의사에 반한 것인지는 피해자의 주관적 의사를 기준으로 판단하여야 한다. 이에 반해 사회평균인을 기준으로 하여 객관적으로 평가하여야 한다는 견해가 있다.[21] 극단적인 남성기피증이 있는 여성을 예로 들어 설명한다. 남성기피증이 있는 여성에게 어떤 남성이 통상적인 데이트 신청을 두 번 하여 그 여성이 극도의 불안감을 느낀 경우는, 피해자의 심리적 고통이 객관적 합리성을 잃은 것이어서 스토킹에 해당하지 않는다고 한다. 이 견해는 '상대방의 의사에 반할 것'과 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'을 하나로 묶어 판단한 것으로 보인다. 그런데 양 구성요건요소는 스토킹행위 성립을 각각 제한하기 때문에, 양 요소를 하나의 요건으로 판단하는 것은 바람직하지 않다. 스토킹범죄를 개인적 법익에 대한 죄로 보는 이상, 피해자의 주관적 의사에 반하지 않은 행위에 국가가 개입

2018. 7. 3., 20쪽.

20) 김잔디, "스토킹죄의 실행행위 구조에 관하여", 「비교형사법연구」제21권 제2호, 90쪽.

21) 박찬걸(주 8), 334쪽.

할 명분도 부족하다.[22] 따라서 피해자의 주관적 의사에 실제로 반한 것인지를 확인하여야 한다. 그에 반해 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으킨 것인지는 사회일반인을 기준으로 하여 객관적으로 판단하는 것이 타당하다. 범죄성립 여부가 피해자의 심리상태에 의해 좌우되는 것은 일종의 우연책임이기 때문이다. 이에 대해서는 아래 Ⅱ-3., Ⅳ-1.에서 자세히 검토한다. 위 사례에서 남성의 데이트신청이 스토킹이 아닌 이유는, 피해자의 주관적 의사에 반하기는 하였으나 사회일반인의 기준에서 볼 때 피해자가 불안감을 느낀 것이 과도하기 때문이다.

다음으로 '정당한 이유 없이' 요건을 검토한다. 정당한 이유로 한 행위는 위법성 단계(형법 제20조 내지 제24조)에서 평가할 수 있음에도 불구하고 구성요건해당성마저 부정함으로써, 그러한 행위는 사회적으로 용인되는 행위임을 명시한 것이다.[23]

특히 피해자의 승낙(형법 제24조)에 의해 정당한 이유가 인정되는 경우를 논의해볼 필요가 있다. 기존 범죄(주 6 참고) 중 피해자 승낙이 있는 폭행, 모욕, 명예훼손행위는 위법성이 조각되는데, 이 요건으로 인해 스토킹행위 자체를 구성하지 않는다.[24] 피해자는 행위자의 특정 행위유형[25]에 대해 승낙해야 한다. 스토킹범죄에 대한 승낙이 되려면, 특정 스토킹행위유형에 대한 승낙 외에도 일련의 스토킹행위를 지속·반복적으로 하는 것에 대해서도 피해자의 승낙이 있어야 한다.[26]

3. 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 행위

스토킹처벌법은 스토킹행위 성립요건으로 피해자의 불안감 또는 공포심을 일으키는 행위일 것을 요구한다.[27] 그에 반해 독일형법 제238조는 피해자의 생활형성에 대한 중대한 침해에 대한 적합성을 요건으로 하여, 피해자의 심리상태를 구성요건에 명시하지 않는다. 그러나 스토킹으로 인해 생활형성의 자유가 침해되는 과정에서 피해자가 불안감 또는 공포

22) 김성돈, 「형법총론(제7판)」, 성균관대학교 출판부, 2021, 329쪽: 법익주체의 자율적 처분권에만 맡겨져 있는 법익을 다루는 범죄에 대해 피해자의 승낙이 있으면, 처음부터 해당 법익을 보호할 이익이 없기 때문에 구성요건도 충족시키지 못한다.

23) 같은 이해는, Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 26.

24) 그에 반해 피해자의 양해에 해당하는 주거침입, 강요행위는 이 요건과 무관하게 애초에 구성요건해당성이 부정된다.(김성돈(주 22), 331쪽, 335쪽 참고); 피해자의 승낙과 양해를 구분하지 않는 견해는 배종대, 「형법총론 (제15판)」, 홍문사, 2021, 80/1 이하.

25) Valerius, Beck-OK, § 238, Rn. 15.

26) Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 33.

27) 미국도 안전에 대한 두려움, 정신적인 고통을 구성요건요소로 한다.(이성기, "스토킹 행위에 관한 형사법적 연구", 「법학논문집」제42권 제1호, 291-292쪽)

심을 느끼는 것은 당연한 것으로 이해한다.[28] 그래서 스토킹으로 인해 피해자가 불안감 또는 공포심을 느끼지 않았음에도 이사 또는 이직한 경우는 독일형법 제238조의 보호대상으로 삼지 않는다.

이를 고려할 때, 피해자의 행동의 자유 및 의사결정의 자유에 대한 보호 정도와 관련하여 스토킹행위 요건을 다음의 단계로 도식화할 수 있겠다.

① 스토킹처벌법에 규정된 일정 행위를 한 경우(입법자가 이러한 행위는 피해자의 불안감 또는 공포심 유발에 대한 일반적·추상적 위험성이 있다고 보고 스토킹처벌법에 규정한 것이다.) -〉 ② 피해자의 불안감 또는 공포심을 유발하기에 적합한 일정 행위를 한 경우 -〉 ③ 피해자의 불안감 또는 공포심을 유발한 일정 행위를 한 경우 -〉 ④ 피해자의 불안감 또는 공포심을 유발하고 그로 인해 피해자의 생활형성을 침해하기에 적합한 일정 행위를 한 경우 -〉 ⑤ 피해자의 불안감 또는 공포심을 유발하고 그로 인해 피해자의 생활형성을 침해하는 일정 행위를 한 경우.[29]

유형 ①은 추상적 위험범, 유형 ②·④는 추상적 위험범의 하위개념으로서 적성범, 유형 ③·⑤는 침해범이다.

2009년 1월 9일 김재윤의원 등 10인이 발의한 '스토킹 처벌 및 방지에 관한 법률안'(의안번호 제3469호)은 스토킹범죄를 ① 유형으로 제안한 바 있다. 스토킹행위·스토킹범죄를 위험범으로 규율하여야 한다는 견해는, 스토킹 초기단계 행위는 그 자체로 위험성이 있을뿐더러 중범죄로 발전될 가능성이 크다는 점을 근거로 제시한다.[30] 현행 스토킹처벌법은 상대방에게 불안감 또는 공포심을 '일으키는 것'이라 하여 침해범으로 구성하고 있다. 그러나 이를 추상적 위험범으로 해석할 수 있다고 보는 견해가 있다. 판례가 협박죄, 명예훼손죄도 추상적 위험범으로 해석하는데다, 원래 스토킹범죄는 ① 유형인데 그 성립범위를 축소하기 위해 피해자에 대한 불안감 또는 공포심 유발을 추가로 요구하는 것이어서 추상

28) 같은 관점으로는 Kühl, ZIS 7/2016, 450 (451); 이원상, "스토킹처벌법의 문제점에 대한 고찰", 「비교형사법연구」제23권 제4호, 208쪽; 김성룡(주 13), 151쪽 이하, 이성기(주 27), 291쪽.

29) 적성범과 침해범 사이에 구체적 위험범(스토킹처벌법에 규정된 일정 행위로 인해 피해자의 불안감 또는 공포심에 대한 구체적 위험이 발생한 경우(② 유형과 ③ 유형 사이) 또는 스토킹처벌법에 규정된 일정 행위로 인해, 피해자의 불안감 또는 공포심이 유발되고 그로 인해 피해자의 생활형성 침해에 대한 구체적 위험이 발생한 경우(④ 유형과 ⑤ 유형 사이))이 있을 수 있는데, 구체적 위험성은 '제3자의 관점에서 가까스로 면한 사고', 즉 법익의 안전이 심각하게 손상되어 손해가 발생하는 것을 더 이상 방지할 수 없었는데 손해가 우연히 발생하지 않은 것으로 이해한다. 객관적으로 알려진 모든 정황에 기초하여 사전적 관점에서 위험성을 판단한다.(고명수, "자동차 불법경주 규율 개선에 관한 연구 – 독일 형법 제315조d와의 비교를 중심으로 –", 「형사법의 신동향」 제72호, 269-270쪽 참고) 따라서 구체적 위험범 법리와 스토킹행위-스토킹피해 간 관계를 고려할 때 구체적 위험범으로 구성하기는 어려워 보인다.

30) 정현미(주 6), 246-247쪽; 이승준(주 2), 131쪽; 김잔디(주 20), 97쪽; 박찬걸(주 9), 275-276쪽.

적 위험범으로 해석하는 데 문제가 없다고 설명한다.[31] 실무의 태도를 반영한 현실적인 분석이기는 하나, 이 해석에 따르면 협박죄를 추상적 위험범으로 해석할 때의 문제점, 즉 형사책임이 지나치게 전치화되고 범죄 성립이 판사의 자의에 의해 결정될 수 있다는 문제점이 스토킹행위·스토킹범죄에도 그대로 적용된다.[32] 게다가 협박죄는 '협박한 자'를 대상으로 하고 있어 협박 개념구성에 따라[33] 추상적 위험범으로 이해할 수 있는 일말의 여지가 있다할지라도, 불안감 또는 공포심을 '일으키는 것'을 추상적 위험범으로 구성하는 것은 문리해석의 한계를 벗어난다.[34] 그리고 스토킹행위와 사회적으로 용인되는 행위 간 구분이 다소 모호한 점도 고려하여야 한다. 무엇보다 스토킹범죄를 개인적 법익에 대한 죄로 이해한다면, 추상적 위험범으로 해석하는 것은 지양하여야 한다.[35] 또한, 행위책임원칙상 범죄를 추상적 위험범으로 규율하려면, 객관적인 구성요건적 행위 자체가 보호법익에 대해 일반적인 침해위험성을 제시하여야 한다. 위험범은 침해범과 비교할 때 보다 적은 객관적 불법을 실현하기 때문에 그 처벌도 침해범보다 경해야 한다.[36] 이러한 형법의 기본원칙을 무시한 채 판례의 누적을 통해 보호의 정도를 구체화시키는 방법을 취한다면 형법의 근간이 흔들릴 수 있다. 따라서 스토킹행위·스토킹범죄를 ① 유형으로 구성하는 것에 반대한다. 다만, 스토킹'행위'는 ① 유형 행위만으로도 스토킹처벌법상 일정 보호조치를 취할 수 있는 방안을 생각해볼 수 있다. 이에 대해서는 아래 Ⅳ-2.에서 검토한다.

스토킹처벌을 위한 입법안 대부분은 제정법과 같이 ③ 유형을 제안하였다. 대표적으로 서범수의원안(의안번호 2104200, 2020.9.24.) 제2조 제1호 및 제2호[37]를 들 수 있다.[38]

---

31) 박찬걸(주 9), 275-276쪽.

32) 이에 대한 비판은 대표적으로, 배종대(주 24), 31/9 이하.

33) 협박을 타인에게 공포심을 불러일으킬 수 있는 모든 해악고지에 해당하는 것으로 보는 광의의 협박개념에 따르면 협박죄를 위험범으로 구성하게 된다.(배종대(주 24), 31/5 이하 참고)

34) '일으키는 것' 문구를 침해범으로 해석해야 하는 것에는 동의하나, 스토킹범죄를 추상적 위험범으로 보아야 한다는 견해는, 박찬걸(주 9), 275-276쪽.

35) 김혜경, "개인적 법익의 추상적 위험범적 해석의 타당성", 「형사정책」 제22권 제2호, 248쪽: 그 근거로 형법의 보충성, 그리고 개인적 법익에 대한 죄는 법익 귀속자가 명백하고 법익침해 여부 증명이 보편적 법익에 대한 죄의 경우보다 수월하다는 차이가 있다는 점을 든다.; 장응혁, "스토킹범죄의 정의에 관한 연구 – 독일과 일본의 논의를 중심으로 –", 「법학연구」 제27권 제1호, 191쪽: 개인적 법익을 보호하는 범죄를 추상적 위험범으로 해석하는 것을 경계하여야 한다는 문제의식 하에서 스토킹범죄도 침해범으로 구성하여야 한다고 본다. 다만 이 견해는 피해자 보호 측면에서 위험범으로 구성하는 것이 부득이 하다고 보고, 이 문제를 구성요건의 엄격화로 해결할 것을 제안한다.; Kühl, ZIS 7/2016, 450 (450).

36) 고명수, "형사입법에 대한 사전적 법적 심사기준 개선연구 – 합헌성 및 체계정합성 심사를 중심으로 –", 「법학연구」 제24권 제3호, 201-202쪽: 이 외에도 위험개념이 모호하기 때문에 불법결정이 자의적일 수 있고, 처벌에 대한 정당성이 충분히 확보되지 않는다는 점을 지적한다.; 같은 입장으로는 장응혁(주 35), 186쪽.

37) 제2호에서 스토킹범죄를 '지속적 또는 반복적으로 스토킹행위('피해자의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 피해자에게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위', 제1호)를 하여 피해자에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'이라고 정의하였다.

38) 이 외에도 김병태의원안(의안번호 151966, 1999.5.24.): '심각한 공포심이나 불안감을 유발하는 행위', 이강래의원안(의안번호

염동연의원안(의안번호 172815, 2005.9.27.) 제2조[39], 이낙연의원안(의안번호 1901321, 2012.8.27.) 제2조 제1호[40]는 ④ 유형을 제안하였다. ⑤ 유형을 제안한 입법안으로는 정춘숙 의원안(의안번호 2100036, 2020.6.1.) 제2조 제1호[41]가 있다. ② 유형과 ⑤ 유형을 혼합한 형태도 있다.[42]

스토킹행위·스토킹범죄를 적성범과 침해범 중 어느 유형으로 하는 것이 타당한지는 아래 Ⅳ-1.에서 살펴보고, 여기에서는 피해자의 불안감 또는 공포심 유발에 대한 판단기준을 검토한다.

이와 관련하여 피해자의 주관적 심리를 강조하는 입장은 사회 일반인을 기준으로 해당 요건 충족 여부를 판단하면 스토킹 성립이 제한되는 경우가 있다고 지적한다.[43] 다만 이 입장도 피해자의 주관적 심리상태는 부차적인 고려 대상이고, 사회 일반인을 주된 기준으로 하여야 한다고 한다.[44] 이를 보다 구체화할 필요가 있다. 위 Ⅱ-2.에서 피해자의 의사에 반하는지와 피해자의 불안감 또는 공포심을 유발하는지를 하나로 묶어 판단하는 것에 반대한 바 있다.[45] 피해자의 의사에 반하는지 여부는 피해자의 실제 주관적 의사를 기준으로 판단하는 것이 타당하다고 하였다. 즉 피해자의 거부의사표시가 없더라도 해당 요건은 충족될 수 있다. 다만 피해자의 명시적·묵시적 거부의사가 행위자에게 표현되면 '피해자의 의사에

162733, 2003.10.13.): '공포감이나 불안감을 유발하거나 정신적, 신체적으로 고통을 주는 것'을 들 수 있다.

39) "이 법에서 "스토킹 등 대인공포유발행위"라 함은 특정인에게 정당한 이유 없이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 시도하여 당사자 또는 당사자와 신뢰관계가 있는 자에게 불안•공포 또는 재산상의 손해를 유발시킬 수 있는 행위를 말한다." (이하 생략)

40) "스토킹이란 당사자의 의사에 반하고, 피해자나 그 가족이 생명, 신체의 안전에 위협을 느낄만한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 것을 말한다."(이하 생략)

41) "스토킹범죄"란 상대방의 동의 없이 반복적으로 다음 각 목의 행위를 하여 자유로운 생활형성을 침해하는 일련의 행위를 말한다. (이하 생략); 이승준(주 2), 140쪽도 이 유형을 제안한다.

42) 남인순의원안(의안번호 2000102(2016.6.3.)) 제2조 제1호는 스토킹을 "당사자의 동의 없이 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 것"이라고 정의하면서(② 유형), 바목은 "그 밖에 피해자, 피해자의 동거인, 피해자의 친족, 피해자의 직장동료 등 피해자와 가까운 관계에 있는 사람이 생명, 신체의 안전에 위협을 느낄만한 공포나 두려움을 주는 등 자유로운 생활형성을 침해하는 행위"(⑤ 유형)로 구성한 바 있다.

43) 이원상(주 12), 177쪽; 정도희(주 4), 49쪽; 다른 근거로는, 박찬걸(주 9), 275쪽: 이 견해는 스토킹행위구성에 피해자의 주관적 심리가 중요하게 고려되어야 한다는 입장이다. 원래 스토킹행위는 ① 유형으로 구성가능하나 피해자의 주관적 심리를 추가적인 구성요건으로 제시한 것으로 보기 때문이다. 다만, 앞으로 실무에서 사회 일반인을 기준으로 두려움 또는 공포감을 느끼게 할 수 있는 행위로 해석하는 식으로 구체적인 판단기준이 세워질 것으로 예상한다.

44) 이원상(주 12), 177쪽; 이 제안에 대해 다소 오해가 있어 보인다. 호감형의 사람이 스토킹 고의로 행위 하였음에도 피해자는 스토킹으로 받아들이지 않을 수 있고, 그와 반대로 불호감형의 사람이 순수하게 친절을 베풀었음에도 피해자는 스토킹으로 받아들일 수 있다는 이원상 교수의 견해에 대해 정도희 교수는 객관적 기준에 따라 판단하여야 한다는 입장에서 다소 공감하기 어렵다고 지적한다.(정도희(주 4), 49쪽) 그런데 이원상 교수는 이 예시를 스토킹 행위개념의 복잡성을 설명하기 위해 제시한 것이고 피해자의 의사 내지 심리적 감정이 사회 일반인을 기준으로 한 판단에 영향을 미칠 수 있음을 보여주기 위해 제시한 것으로 보인다.

45) 정도희(주 4), 49쪽도 양 요건을 하나로 묶어 판단하는 것으로 보인다. 스토킹행위 판단기준을 피해자가 원하지 않았음에도 일련의 객관적 행위를 했다는 데서 찾는다. 피해자 관점에서 피해자의 주관적 심리를 고려하되, 스토킹 여부는 피해자의 심리상태에 좌우되지는 않는다고 한다.

반하는 행위를 한다는 것', 그리고 '피해자에게 불안감 또는 공포심을 유발하기에 적합한 행위를 한다는 것'(아래 Ⅳ-1. 참고)에 대한 행위자 고의 인정이 보다 용이하다. 그에 반해 피해자의 불안감 또는 공포심 유발에 대한 판단은 행위가 이루어진 구체적 상황, 피해자의 거부의사 표시 여부[46] 등 객관적으로 알려진 모든 정황에 기초하여 사전적 관점에서 사회 일반인을 기준으로 하여야 한다. 범죄성립이 피해자의 주관적 심리상태에 따라 좌우되는 것은 일종의 우연책임이 될 수 있기 때문이다. 그리고 피해자의 주관적 심리상태를 기준으로 하면 국가가 자유로운 생활 영위를 위한 행위자의 기본권에 지나치게 개입하는 것이다.[47] 위 Ⅱ-2.에서 살펴 본 극단적인 남성기피증이 있는 여성 사례가 이에 해당할 수 있겠다.

Ⅲ. 스토킹범죄 구성요건

1. 지속적·반복적인 스토킹행위

스토킹범죄는 지속성·반복성을 특징으로 한다. 스토킹처벌법도 스토킹범죄를 지속적 또는 반복적으로 스토킹행위를 하는 것(제2조 제2호)으로 규정하여 이를 명확히 하고 있다. 피해자의 의사에 반한 일정 행위를 지속·반복적으로 하면, 폭행, 협박 등을 동반하지 않더라도, 스토킹피해자에게 장기간에 걸쳐 심리적·신체적 영향을 준다.[48] 스토킹행위의 위험성은 행위의 반복 중에 '나선형태의 상승곡선'을 따라 증가한다.[49] 그래서 경한 스토킹행위가 살인에 이르기도 한다. 따라서 스토킹행위의 지속성 또는 반복성에서, 개별 행위의 합을 넘어선 스토킹범죄의 고유의 불법내용을 찾을 수 있다.[50] 이를 근거로 스토킹범죄 구성요건이 만들어졌고, 스토킹행위가 기존 범죄를 추가적으로 실현하지 않더라도 스토킹범죄로 규율할 수 있게 되었다.[51] 그리고 기존 범죄를 추가적으로 실현하여 스토킹범죄가 해당 범죄와 상상적 경합이 되더라도, 양형 과정에서 스토킹행위의 지속성·반복성이 반영될 수 있

46) 문제는 피해자의 거부의사가 행위자에게 제대로 전달되지 않은 경우일 것인데, 이때에도 피해자의 의사에 반한 행위인 것은 맞으나, 스토킹행위가 되려면 행위자에게 피해자의 의사에 반하는 행위를 한다는 것, 그리고 그로 인해 피해자가 불안감 또는 공포감을 느낀다는 것에 대한 고의가 있어야 하므로, 행위자가 그러한 사실조차 인식하지 못했다면 스토킹행위를 구성하지 않는다.
47) 이러한 지적으로는, 이건호(주 9), 154쪽.
48) 이원상(주 12), 152쪽; 박찬걸(주 8), 331-332쪽; 김잔디(주 20), 94쪽; 이건호(주 9), 124-125쪽.
49) 김성룡(주 13), 141쪽; 김학태, "독일과 한국에서의 스토킹 규제에 관한 비교법적 고찰", 「EU연구」제28호, 193쪽.
50) Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (757); 김학태(주 49), 196-197쪽.
51) 정도희(주 4), 48쪽; 이원상(주 12), 151쪽.

게 되었다.[52]

이하에서는 스토킹행위의 지속성·반복성 표지와 관련하여, 지속성과 반복성 간 관계, 반복성 표지의 구체적 의미를 검토한다.

먼저 지속성과 반복성 간 관계를 따져보면, 지속성이 있으면 반복성을 갖지만 반대로 반복성은 지속성을 항상 갖지는 않기 때문에 반복성이 보다 큰 개념이다. 그래서 반복성만 요구하고 지속성은 삭제하여야 한다는 주장이 있다.[53] 독일형법 제238조 제1항도 2021년 10월, '끈질기게 하여'(beharrlich)를 '반복적으로 하여'(wiederholt)로 개정되었다.

다음으로 지속성·반복성 표지의 구체적 의미를 살펴본다. 독일 연방대법원은 객관적 요소(반복된 행위)와 주관적 요소(법률에서 요구하는 피해자에 반하는 행위 금지에 대한 무시)로 설명한다. 피해자 의사에 대한 무시 또는 피해자의 바람에 대한 무관심에서 비롯된 행위를 장래에도 반복하여 행하려는 의도로 반복할 것을 요구한다.[54] 그리고 개별 스토킹행위는 서로 충분한 시·공간적 연관성이 있을 것, 행위자의 의지가 지속적으로 일관될 것을 요구한다.[55] 후자의 요구를, 상대방에 대한 통제력 획득·표출이라는 일정 목표 하에 개별 스토킹행위가 내적으로 연결되어야 한다고 구체화할 수 있다.[56] 따라서 행위자가 개별 스토킹행위 당시에 지속·반복적으로 스토킹행위를 할 고의가 없다면, 행위자가 그동안 했던 스토킹행위의 빈도와 지속기간을 추후에 인지하더라도, 스토킹범죄 고의는 인정되지 않는다.[57] 다만 행위자의 고의는 개별적인 스토킹행위를 연결하는 차원으로 족하고 행위자가 장래의 모든 스토킹행위방식을 구체적으로 구상하지 않아도 된다.[58] 개별 스토킹행위들이 내적으로 연결되었다면, 각 행위 사이에 시간적 간격이 크더라도 스토킹범죄성립을 위한 하나의 행위단일체(Handlungseinheit)를 구성할 수 있다.[59] 이때 개별 스토킹행위 모두 스토킹처벌법 제2조 제1호 각 목상 동일한 스토킹행위양태일 필요는 없고, 각기 다른 행위양태여도 지속·반복적으로 이루어지면 된다.[60] 그런데 개별 스토킹행위 사이에 행위

52) 스토킹처벌법 제정 전에는 일련의 스토킹행위를 잘게 나눠 기존 형법 구성요건에 해당하는 행위만을 처벌할 수 있었음을 지적한 견해는, 한민경, (주 1), 86쪽.
53) 이러한 분석으로는, 김잔디(주 20), 92쪽; 정현미(주 6), 260쪽.
54) BGH NStZ 2010, 277 (278).
55) BGH NStZ 2010, 277 (280).
56) 이러한 이해는, Meyer, ZStW 115 (2003), 249 (252); Hochmayr, ZStW 122 (2010). 757 (770 f.).
57) Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (761).
58) Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (763 f.); 지속·반복적으로 스토킹행위를 한다는 고의 판단기준이 모호하고 그 입증이 쉽지 않다는 지적은, Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 24.
59) BGH NStZ 2010, 277 (280).
60) Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 39; Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (770 f.).

자와 피해자 간 합의된 접촉이 있으면 지속성·반복성은 부정된다.[61] 다양한 스토킹행위들을 전체적으로 평가하여야 하는데, 개별 스토킹행위 간 내부적 연결 외에도 각 행위 간 시간적 간격도 중요한 판단요소라고 한다.[62] 그러면서 스토킹행위 발생일이 총 5일이었고 발생일 간에 최대 6주 간격이 있었던 사건에서, 일련의 스토킹행위들이 3개월 이상의 장기간에 걸쳐 이뤄졌다는 사실에도 주목하였다.[63] 스토킹행위가 지속되는 기간이 길어질수록 가해자의 행위가 더 과격해진다는 스토킹범죄의 특성을 반영한 것으로 보인다. 스토킹행위 지속기간의 중요성은 독일형법 제238조 2021년 10월 개정에도 반영되었다. 동조 제2항은, 제1항 제1호 내지 제7호상 행위를 특히 중하게 한 경우 3월 이상 5년 이하의 자유형으로 가중 처벌하는데, 그러한 경우 중 하나(제3호)로 '다수의 행위를 통해 최소 6개월 이상의 기간 동안 피해자를 스토킹한 경우'를 규정하였다. 이 외에도 지속성·반복성이 인정되기 위한 최소한의 개별 스토킹행위 수가 논의된 바 있다. 독일형법 제238조 제정과정에서 5개 이상의 행위가 있을 것이 거론된 바 있었으나,[64] 연방대법원은 개별 스토킹행위가 특히 심각한 경우라면 한 번의 반복만으로도 이 요건을 충족시킨다고 보았다.[65]

이상의 논의를 통해 지속성 또는 반복성 표지를 다음과 같이 구체화할 수 있겠다. 해당 표지는 내적으로 연결된 스토킹행위(질적 요소)를 일정 기간 동안(시간적 요소), 여러 차례 반복하여(양적 요소) 행할 것을 요구한다. 스토킹범죄 성립에 각 요소 간 관계도 중요하다.[66] 개별 스토킹행위가 심각하면, 스토킹행위 지속기간이 짧더라도 스토킹범죄가 성립할 수 있다. 그에 반해 개별 스토킹행위가 경한 경우에는 보다 긴 지속기간동안 일정 횟수 이상 반복되어야 할 것이다.

2. 점진범(Das sukzessive Delikt)

스토킹범죄구조는, 내적으로 연결된 개별 스토킹행위가 일정 기간 반복된다는 점에서 계속범(Dauerdelikt)과 유사한 특성을 갖는다. 그래서 일반적으로 점진범을 계속범의 하위개념으로 이해하면서 양자를 엄격하게 구분하지는 않는다. 계속범은 범죄의 기수 이후 법

61) BGH NStZ 2016, 724 (725).
62) BGH NStZ 2010, 277 (278).
63) BGH NStZ 2010, 277 (279).
64) BR-Drs. 551/04, S. 7.
65) BGH NStZ 2010, 277 (279).
66) Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (760).

익침해상태가 일정 시간 경과할 것을 요하는 범죄로, 구성요건적 행위에 의해 야기된 위법상태를 유지하기 위한 행위가 수 개 존재한다. 각 행위는 구성요건을 독자적으로 충족하지만, 전부를 포괄하여 일죄가 된다.[67] 그러나 스토킹범죄는 개별 스토킹행위 사이에 시간적 중단이 있다는 점에서, 범죄구성요건이 연속적으로 실현되는 계속범과 다르다. 그리고 스토킹범죄는 개별 스토킹행위만으로는 스토킹범죄 구성요건의 모든 요소를 충족하지 못한다. 그러한 행위를 반복해야만 스토킹범죄가 성립한다. 이를 반영하여 독일에서는 스토킹범죄를 '점진범'[68](Das sukzessive Delikt)으로 구분한다.[69] 점진범에 대한 연구는 많지 않다. 그러나 스토킹범죄를 제대로 규율하기 위해서는, 계속범과의 차이를 중심으로 점진범 법리를 연구하고 스토킹범죄구조를 보다 명확히 이해할 필요가 있다.

우선 스토킹범죄와 다른 기존 범죄(주 6 참고) 간 경합문제를 생각해본다. 점진범에서는 내적으로 연결된 각 부분행위들이 하나의 행위단일체로 묶이는 효과가 발생한다. 따라서 스토킹범죄와 같은 법정형(징역 기준)의 범죄(협박죄) 또는 보다 낮은 법정형의 범죄(폭행죄)를 추가적으로 실현한 경우에도 하나의 행위단일체로 묶여 스토킹범죄 단일형을 구성한다.[70] 그에 반해 스토킹범죄보다 중한 범죄를 추가적으로 실현한 경우에는 양 죄는 경합관계에 놓인다. 추가적으로 실현된 범죄의 성격에 따라 상상적 경합(대표적으로 강요죄), 실체적 경합(대표적으로 살인죄, 상해죄)이 될 것이다.

다음으로 실행의 착수 시기 문제이다. 스토킹범죄 실행의 착수시기를 첫 번째 개별 스토킹행위를 한 때로 보아야 하는지, 아니면 스토킹범죄에 결정적인 영향을 미치는 개별 스토킹행위를 한 때로 보아야 하는지를 검토한다. 물론 스토킹범죄는 미수범 처벌규정이 없기 때문에 실행의 착수시기 논의는 실익이 그다지 크지는 않다. 실행의 착수시기와 관련하여 통설은 행위자의 범행계획에 비추어 볼 때 구성요건실현을 위한 직접적 개시행위로 본다.[71] 구성요건실현을 위한 직접적 개시행위인지 여부는 행위자의 범행계획을 객관적으로

67) 김성돈(주 22), 739쪽.

68) 이러한 용어사용은, 김잔디(주 20), 100쪽, 각주 42번: 일본에서는 점차범이라는 용어를 사용하는데, '점차'(시간이나 차례에 따라 조금씩)와 '점진'(조금씩 앞으로 나아감)의 어의를 고려하여 점진범 용어를 사용할 것을 제안한다. 점진범을 '일정한 목표를 향한 동종의 행위를 반복하여 실행하는 것을 전제로 복수의 행위를 실행함으로써 차츰 달성하고자 하는 결과에 근접하게 되는 범죄유형'으로 정의한다. 이에 동의하여 본고도 점진범으로 기술한다.

69) BGH NStZ 2010, 277 (280): 'Die sukzessive Tatbegehung'; Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 39.

70) Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (780 f.).

71) 배종대(주 24), 109/7 이하; 임웅, 「형법총론 (제12정판)」, 법문사, 2021, 384쪽; 이재상/장영민/강동범, 「형법총론 (제10판)」, 박영사, 2019, 27/29 이하; 김성돈(주 22), 449-451쪽; 실행의 착수시기와 관련하여 구성요건에 해당하는 실행행위를 기준으로 하는 객관설, 행위자 의사를 기준으로 하는 주관설, 양자를 결합하는 절충설(주관적 객관설, 개별적 객관설)이 대립한다. 판례는 개별 범죄종류마다 다른 기준을 제시한다.

분석하여 해당 행위와 이후 구성요건실현행위 사이에 중간행위가 있는지에 따라 판단한다.(중간행위개입시설)[72] 스토킹범죄는 지속·반복적으로 스토킹행위를 하여야만 구성요건이 실현된다. 개별 스토킹행위가 상호 간에 내적으로 연결되어야 하고 그에 대한 행위자의 고의가 인정되어야 한다. 이때 개별 스토킹행위의 강도, 내적으로 연결된 스토킹행위가 지속·반복된 전체 기간, 발생빈도 등을 종합적으로 판단할 필요가 있다.(위 Ⅲ-1. 참고)

정당방위 성립과 관련하여서는 다음과 같은 논점이 있을 수 있다. 정당방위 성립요건 중 부당한 침해는 법질서전체를 기준으로 하여 그 침해의 위법성을 판단한다.[73] 따라서 최초의 개별 스토킹행위에 대해서도 피해자 측은 정당방위를 할 수 있다. 정당방위 성립요건 중 침해의 현재성은, 법익침해가 급박한 상태에 있거나 바로 발생하였거나 아직 계속되고 있어야 함을 요구한다. 즉 정당방위는 범죄종료 시까지 할 수 있다. 그래서 계속범에 대한 정당방위는 그 범죄가 언제 종료되었는지가 논점이 된다. 그러나 점진범에서는, 개별 부분행위(스토킹행위)가 완전히 종료된 후에 다음 개별 부분행위(스토킹행위)가 있기 전에 이뤄진 정당방위의 성립 여부가 논점이 될 수 있다.[74] 이 경우 예방적 정당방위가 되므로 정당방위가 인정되지 않을 것이다.[75] 독일 연방대법원도 동일한 결론을 내린 바 있다. 7번째 스토킹행위를 하고 난 후 도주하던 스토킹행위자에게 피해자가 총상을 입힌 사건에서 피해자의 정당방위를 인정하지 않았다.[76] 침입자가 다른 날 밤에 갑자기 다시 침입해 올 수 있다는 불안감만으로 침해의 현재성을 인정할 수 없다고 보았다.[77] 그런데 스토킹행위는 다양한 형태로 나타난다. 상대방 또는 그의 동거인, 가족의 신변(생명, 신체의 완전성, 자유)을 침해하겠다는 협박을 동반하는 스토킹행위가 반복적으로 이뤄질 수 있다. 이 협박은 피해자에게 계속 영향을 준다.[78] 따라서 개별 스토킹행위가 종료된 후 다음 개별 스토킹행위 전에도 의사결정·의사활동의 자유에 대한 공격의 현재성이 인정될 수 있어야 한다.[79]

---

72) 김성돈(주 22), 450-451쪽.
73) 배종대(주 24), 63/9; 임웅(주 71), 252쪽; 이재상/장영민/강동범(주 71), 17/7; 김성돈(주 22), 297쪽.
74) 이러한 문제제기는, Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (778 f.).
75) 예방적 정당방위에 대해서는, 배종대(주 24), 63/7; 이재상/장영민/강동범(주 71), 17/12; 김성돈(주 22), 295쪽 참고.
76) BGH NJW 1979, 2053 (2053): 스토킹행위자는 밤에 피해자 부부의 정원과 아파트에 7회, 그 중 2회는 침실에까지 침입했다. 피해자는 집에 경보 시스템까지 설치하였다.
77) BGH NJW 1979, 2053 (2053 f.); 다만 언제든지 피해를 입을 수 있는 지속적인 현재의 위험이 있기 때문에 긴급피난을 인정하였다.
78) 이러한 관점은, Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (778 f.); Roxin/Greco, AT, 15/29: 공갈죄에서 의사결정·의사활동의 자유를 침해하는 수단인 협박이 종료하였다는 이유로 정당방위의 현재성을 부정하는 것은 타당하지 않다고 지적한다. 피해자 머릿속에 남아 있는 협박을 '다모클레스의 칼'(환락 중에서도 늘 존재하는 위험)에 비유한다.
79) 개별 스토킹행위 유형과 상관없이 개별 스토킹행위가 종료되었더라도 스토킹은 지속 중인 것으로 보아야 한다는 견해는, 김정혜(주 19), 23-24쪽.

마지막으로 스토킹범죄에 대한 방조범 성립문제를 검토한다. 방조자가 피방조자의 전체 스토킹범죄에 가담하면 스토킹범죄 방조범이 된다. 그런데 휴대폰을 제공해 스토킹행위자가 상대방에게 전화를 한 번 할 수 있게 해 준 경우 또는 스토킹행위자가 정보통신망을 이용하여 상대방에게 보내는 파일(글, 말, 부호, 음향, 그림, 영상, 화상; 스토킹처벌법 제2조 제1호 다목)을 편집·제작해 준 경우처럼 특정 개별 스토킹행위에만 가담한 경우에도, 피방조자의 전체 스토킹범죄 방조범이 될 수 있을지의 문제이다.[80] 방조행위는 피방조자의 실행착수 전후 어느 때라도 가능하다. 피방조자가 실행에 착수한 후 기수에 이르기 전에도 가능하며, 기수에 이른 후에도 범죄행위가 종료되기 전이라면 가능하다.[81] 따라서 방조행위의 시기는 문제되지 않는다. 그러나 다음의 추가적인 요건이 확인되어야 할 것이다. 피방조자가 문제되는 개별 스토킹행위에 이어 내적으로 연결된 스토킹행위들을 반복할 것이라는 사실, 또는 그 행위에 앞서 피방조자가 이미 스토킹행위들을 한 바 있고 그 행위가 이전 행위들과 내적으로 연결되어 있다는 사실, 또는 피방조자가 이미 일련의 스토킹행위를 반복하여 스토킹범죄기수에 이르렀다는 사실을 알면서도, 문제되는 개별 스토킹행위를 방조하였을 것이 요구된다.

3. 적성범(Eignungsdelikt)

위 Ⅱ-3.에서 언급하였던 적성범 법리를 살펴본다. 적성범은 우리에게는 다소 생소한 개념인데, 독일은 적성범을 침해범, 추상적 위험범, 구체적 위험범과 구분되는 실체적 개념으로 활용하고 있다.[82] 적성범은 결과발생 또는 구체적인 위태화를 전제하지는 않지만 규범 내부적으로 피해자관련성을 완전히 배제하지는 않는다. 충분한 가상적-추상적인 피해자관련성이 있을 것을 요구한다.[83] 그래서 잠재적 위험범(potenzielles Gefährdungsdelikt)이라고도 한다. 그리고 구체적 위험은 발생하지 않더라도 행위가 그러한 구체적 위험을 야기하기에 적절해야 한다는 점에서 추상적-구체적 위험범(abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt)이라고도 한다.[84] 대표적인 적성범 규정으로는 독일형법 제130조(국민선

80) 이러한 문제제기는, Hochmayr, ZStW 122 (2010), 757 (776 ff.).
81) 통설, 판례의 입장이다.; 배종대(주 24), 146/5; 김성돈(주 22), 701-702쪽.
82) 적성범을 추상적 위험범의 하위개념으로 보는 견해는, Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 45.
83) Hoyer, Die Eignungsdelikte, Duncker & Humblot, 1987, S. 201.
84) Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 45; Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 1; Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (195); 잠재적 위험범 용어에 반대하는 견해는, Kriminologische Zentralstelle, Stellungnahme zu dem Referentenentwurf

동) 제1항 (‘공공의 평온을 교란하기에 적합한(geeignet) 방법으로’), 제325조(대기오염) 제1항 (‘그 시설이 있는 영역 외에서 타인의 건강, 동물, 식물, 기타 상당한 가치가 있는 타인의 물건을 해하기에 적합한(geeignet) 대기의 변화를 야기한 자’)이 있다. 따라서 적합성(Geeignetheit) 개념 이해가 중요하다.

Hoyer은 행위자가 위험에 처하게 될 법익의 대상과 관련하여 위험의 효과가 발생하지 않게 충분히 안전조치하지 않은 상태에서 행위를 하여 침해를 야기하기에 충분한 위험원을 (공동)생성한 경우에 적합성이 있다고 설명한다. 행위자가 충분한 안전조치를 취하지 않은 것은 과실조정능력(Fahrlässigkeitsvermittlungsfähigkeit)이 있음에도 그 능력을 투입하지 않은 것이고, 따라서 그 행위는 허용되지 않은 침해과실(Verletzungsfahrläassigkeit)이 있다고 한다.[85] 이 법리를 권총발사에 비유하여 설명한다.[86] 권총을 발사하여 사람을 살해하거나 생명을 위험에 빠뜨리면, 살인에 적합한 물건을 사용한 것이다. 그런데 행위자가 객관적으로 또는 적어도 주변상황에 대한 자신의 인식에 기초할 때 권총의 (실제) 사격범위에 위험에 처할 대상이 없음을 확신할 수 없는 상태에서 권총을 발사하였으나 위험의 효과가 발생하지 않았다면, 그것은 권총이라는 수단의 특성이 아니라 피해자영역의 특성에서 비롯된 것이다. 그러면 살인에 대한 적합성이 인정된다고 한다. 행위자가 적절한 안전예방조치(피해자영역의 특성에 대한 충분한 통제)를 하여 실제 구체적인 피해자관련성(사격범위에 실제 사람이 없었다는 사실)이 없도록 기여한 경우에만 살인에 대한 적합성이 부정될 수 있다고 한다.[87]

독일은 2007년 형법 제238조를 신설하면서, 명확성원칙을 이유로 스토킹범죄를 ⑤ 유형(침해범이자 결과범; 타인의 생활형성을 중대하게 침해한 자; 위 Ⅱ-3. 참고)으로 하였다.[88] 그러나 스토킹범죄 신고에 비해 유죄 선고가 극히 저조하였다.[89] 피해자가 불안감 또는 공포심을 느꼈음에도 자신의 생활방식을 변경하지 않으면 구성요건을 충족하지 못하기 때문이다. 게다가 독일 연방대법원은 생활형성에 대한 침해 개념을 매우 좁게 보았다. 스토킹으로 인해 피해자가 하지 않았을 행동이 대외적으로 드러나야 비로소 피해자의 생활

eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen, Stand: 21. April 2016, S. 2: 도그마틱차원에서 잠재적 위험범과 적성범은 구분되기 때문에, 적성범 개념을 사용해야 한다는 입장이다.

85) Hoyer(주 83), S. 197 f., S. 200.

86) Hoyer(주 83), S. 109 f.

87) Hoyer(주 83), S. 201.

88) BT-Drs. 16/3641, S. 13.

89) Schöch, NStZ 2013, 221 (222): 신고 대비 유죄선고 비율이 다른 범죄에 비해 지나치게 낮다고 지적한다. 2010년 21,698명의 피의자 중에서 3.4%인 748명이 기소되었고, 1.9%인 414명만이 유죄 선고받았다.

방식이 침해된 것으로 보았다.[90] 즉 스토킹행위의 불법내용보다 피해자의 반응이 스토킹 범죄성립에 더 결정적인 기준으로 작용하였다.[91] 생활형성에 중대한 침해결과를 야기했다는 인과관계 입증도 범죄성립에 걸림돌로 작용하였다.[92] 이 문제를 해결하고자 2012년 독일 바이에른주(州)는 오스트리아 형법 제107조a를 참고하여 독일형법 제238조 제1항을 적성범으로 개정할 것을 요구하였다.[93] 이후 2017년 3월 형법 제238조를 ⑤ 유형(피해자의 생활형성을 중대하게 침해하는 일정 행위를 한 경우)에서 ④ 유형(그러한 침해를 유발하기에 객관적으로 적합한 행위를 한 경우)으로 개정하였다.

이 개정에 대해 우선 형사책임의 전치화라는 비판이 제기되었다. 법익보호 목적에 보다 효과적이라는 이유로 형사책임을 전치화하는 것은 정당화될 수 없고, 스토킹범죄는 사회적으로 용인되는 행위 간의 구분이 모호하다는 특성이 있다는 점을 고려할 때 시민사회에 대한 지나친 개입이 될 수 있음을 경계한다.[94] 그리고 '피해자의 생활형성에 대한 중대한 침해'개념 자체가 불명확한데,[95] 이 개념을 그대로 활용하면서 '피해자의 생활형성에 대한 중대한 침해에 적합한 행위'를 요구하는 것에 반대한다. 게다가 적성범으로 변경하면 행위가 침해결과에 미치는 영향으로 범죄성립 여부를 판단하는데, 이때 판사의 자의가 개입될 수 있다고 비판한다.[96] 적합성은 직접 관찰할 수 있는 사실문제가 아니기 때문이다. 적합성 여부 판단기준이 결과발생에 대한 개연성인지, 가능성인지도 분명하지 않다고 지적한다. 적성범은 일반적으로 보편적 법익에 대한 범죄유형임을 강조하며, 개인적 법익에 대한 죄를 적성범으로 처벌하는 것은 정당화될 수 없다는 견해도 있다.[97] 개인적 법익에 대한 죄임에도 예외적으로 적성범으로 구성한 경우(비방죄(독일형법 제186조)[98])도 있지만, 비방죄 구조는 대중과 관련성이 있다는 점에서 스토킹범죄와는 차이가 있다고 항변한다. 그리고 이 개정으로 유죄판결 건수가 증가할 것으로 기대할 수 없다는 지적도 있다.[99] 스토킹범죄

90) BGH NStZ 2010, 277 (279); Kuhlen, ZIS 3/2018, 89 (93).
91) Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (196); Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 29; Gericke, MüKo-StGB, § 238, Rn. 2.
92) Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 29.
93) Schöch, NStZ 2013, 221 (224).
94) Kühl, ZIS 7/2016, 450 (450 f.).
95) 이러한 지적은 특히, Kinzig/Zander JA 7/2007, 481 (484); Kühl, ZIS 7/2016, 450 (451).
96) Kühl, ZIS 7/2016, 450 (451): 독일형법 제126조(범죄위협에 의한 공공평온교란)에서도 공공평온을 교란하기에 적합한 방법이 되려면, 공공평온 교란이 구체적이어야 하는지, 추상적-일반적이어야 하는지, 아니면 공개적 장소에서 관련 발언을 하는 것만으로 충분한지 해석의 문제가 있다고 지적한다.
97) Kühl, ZIS 7/2016, 450 (450).
98) '타인에 대한 관계에서 그 자를 경멸하거나 세평을 저하시키기에 적합한 사실을 주장하거나 유포한 자'
99) Kriminologische Zentralstelle(주 84), S. 5.

구성요건 유형을 명문으로 개정하는 것보다 스토킹범죄를 실무에서 어떻게 다루는지가 더 중요하다는 것이다.[100] 독일형법은 스토킹행위로 피해자, 그의 친족 또는 그와 친밀한 관계에 있는 자에 대해 사망 또는 중대한 건강손상의 위험을 야기한 경우(구체적 위험범; 2021년 개정 전 제238조 제2항, 개정 후 동항 제2호)를 기본 스토킹범죄보다 중하게 처벌하는데, 연방대법원은 구체적인 증상발현이 입증되어야 중대한 건강손상의 위험 야기를 인정할 수 있다는 입장이다.[101] 이에 비추어 볼 때, 피해자에게 눈에 띌 만한 피해가 발생하지 않은 스토킹행위는 법원이 심각하게 받아들일만한 위험원이 아니라고 볼 것이라고 예상한다.

개정에 찬성하는 측은, 우선 생활형성에 대한 중대한 침해를 요구함으로써 범죄성립 여부를 피해자의 반응에 따라 결정하는 것은 부당하다고 비판한다.[102] 대다수의 스토킹피해자들은 불안감 또는 공포심을 느끼더라도 사회적·경제적으로 불안정한 상황 속에서 이사나 이직을 감당하기 어렵다. 그런데도 피해자가 이사·이직할 것을 요구하는 것은 극히 비현실적인 대응이라고 지적한다. 적성범으로 규율하면 스토킹범죄성립이 피해자의 스토킹에 대한 반응 여부 및 방식에 좌우되지 않고, 사법기관이 스토킹의 심각성을 직접 평가할 수 있게 된다.[103] 이 개정이 명확성원칙에 반한다는 지적에 대해서는, '피해자의 생활형성에 대한 중대한 침해'개념이 이미 어느 정도 구체화되었고[104] 개정 후에도 동일 개념을 그대로 사용하기 때문에, 처벌 대상이 되는 행위에 대한 예측가능성이 훼손되지 않는다고 반박한다.[105] 적합성은 스토킹행위가 피해자의 심리에 미치는 영향의 정도를 기준으로 판단하면 된다고 한다. 이때 스토킹행위의 빈도, 연속성, 강도, 지속기간, 그리고 피해자의 변화된 생활방식, 심리적·신체적 피해 등을 고려한다.[106] 특별예방효과에서 이 개정의 정당성

100) Kriminologische Zentralstelle(주 84), S. 9.

101) BGH, Beschluss des 5. Strafsenats vom 22.7.2010 – 5 StR 256/10 –, Rn. 10.: 우울한 탈진상태를 동반하는 심신증이 입증되지 않은 경우였다.

102) Kuhlen, ZIS 3/2018, 89 (94 f.).

103) Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (195 f.).

104) BGH NStZ 2010, 277 (279); BGH NStZ-RR 2013, 145 (146); BT-Drs. 16/575, S. 8 참고: 생활형성에 대한 중대한 침해가 인정되는 경우로, 피해자가 전혀 외출하지 못한 경우, 제3자와의 동행 없이 혼자서는 외출하지 못한 경우, 자신의 주거지나 근무지를 변경한 경우, 이민 간 경우를 든다. 이 외에도 피해자가 치료가 필요한 경우, 여가활동 및 의사소통방식이 현저히 변화한 경우, 이름을 변경한 경우가 해당할 수 있다고 본다.; 생활형성에 대한 중대한 침해가 부정되는 경우는, 이메일 주소를 변경한 경우, 전화를 받지 않거나 전화기에 자동응답기를 설치한 경우, 증거획득 목적으로 발신자 추적 장치를 설치한 경우를 든다. 이 외에도 전화번호를 변경한 경우, 경보시스템을 설치한 경우, 휴대전화를 잠시 끄는 경우, 별장으로 일주일 간 피신한 경우, 창문과 문을 잠그는 것과 같이 일상적인 보호조치를 취한 경우, 계속된 전화로 불안하고 불면증이 생겼으나 생활형성에 영향을 미칠 정도는 아니었던 경우가 해당된다.(Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 32)

105) Spohn, Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz: Ein Resümee mit Blick auf die Reform durch das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen, Nomos, 2017, S. 197 f.; Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 30.

을 찾는 견해도 있다.[107] 스토킹행위자는 대부분 비합리적으로 행동하고 병리학적으로 문제가 있는데, 이러한 자로부터 피해자의 자유를 보호해 주어야 한다고 주장한다.

Ⅳ. 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건 개선방안

1. 범죄유형 변경

위 Ⅱ-3.에서 스토킹행위·스토킹범죄 요건을 피해자의 행동의 자유 및 의사결정의 자유에 대한 보호정도 단계별로 유형 ①~⑤을 제시하였다. 그리고 유형 ①은 타당하지 않음을 논증하였다. 여기에서는 적성범으로 구성할 것인지, 침해범으로 구성할 것인지를 검토한다. 피해자의 불안감 또는 공포심 유발(유형②·③)단계를 규율대상으로 할지, 그로 인한 피해자의 생활형성에 대한 침해(유형 ④·⑤)단계를 규율대상으로 할지는 각국의 상황에 따라 입법 정책적으로 결정할 사항이다. 현재 우리나라는 피해자의 불안감 또는 공포심 유발단계를 규율하고자 한다. 따라서 스토킹행위·스토킹범죄를 유형 ②(적성범)와 유형 ③(침해범) 중 어느 것으로 규율하는 것이 타당한지를 검토한다.

스토킹처벌법 입법 과정에서 스토킹행위·스토킹범죄 유형에 대해서는 크게 관심을 두지 않았다. 죄형법정주의는 어떠한 행위가 범죄를 구성하는지를 명확하게 제시할 것을 요청한다. 이에 따라 입법자는 범죄유형도 구성요건에 명시해야 한다. 스토킹범죄 보호정도를 적성범으로 할 것인지 침해범으로 할 것인지를 먼저 정하고, 그에 따라 구성요건을 구성하여야 한다. 우리 입법자는 스토킹행위를 상대방에게 불안감 또는 공포심을 '일으키는 것'(제2조)으로 규정하여 침해범임을 명시하였다. '일으키는 것'을 문리해석하면 스토킹범죄는 침해범이다. 그런데도 많은 견해가 스토킹규율 목적인 스토킹피해자 보호를 감안하면, 스토킹범죄는 위험범(내지 적성범)으로 규율하는 것이 타당하다고 본다. 그렇다면 '일으키는 것'문구를 개정하여야 한다. 개정하지 않고 목적론적 해석을 통해 스토킹행위·스토킹범죄를 위험범(내지 적성범)으로 규율할 것을 기대해서는 안 된다.

106) Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (195 f.); Kühl, ZIS 7/2016, 450 (451); Eisele, Sch/Schr-StGB, § 238, Rn. 31.; 보다 구체적으로, 협박죄를 기준으로 하여 적합성 여부를 판단하면 된다고 보는 견해는, Valerius, JuS 2007, 319 (323).
107) Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (197 f.).

스토킹행위자의 고의와 관련하여서도 '일으키는 것' 문구의 개정이 요구된다. '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'에 대한 고의가 있어야 스토킹행위가 성립한다. 위 Ⅱ-3.에서 불안감 또는 공포감 유발 여부는 사회 일반인의 객관적 기준으로 판단하여야 한다고 논증하였다. 극단적인 남성기피증을 가진 여성 사례(Ⅱ-2.)를 제시했던 견해는 반대 사례도 제시하였는데, 상대방의 거부에도 불구하고 내심의 의사는 다를 것이라고 생각하며 수십 차례 일방적으로 꽃을 배달하거나 편지를 보낸 경우에도 '합리적인 사람을 기준으로 하여 상대방이 심리적 고통을 겪으리라는 것을 알 수 있었다면' 스토킹에 해당한다고 본다.[108] 고의는 행위자 주관적 요소이고, 따라서 그 판단은 구체적, 개별적이어야 한다. 현행 '일으키는 것'문구에 따르면 행위자는 자신이 상대방에게 불안감 또는 공포심을 유발한다는 고의를 가진 채 일정 행위를 해야 한다. 이 사례에서 행위자에게 그러한 고의는 없다. 게다가 정신의학적으로 볼 때 대부분의 스토킹행위자는 피해자도 자신에게 호감이 있을 것이라고 착각한 채 스토킹행위를 한다고 한다.[109] 고의가 없기 때문에 스토킹행위·스토킹범죄가 성립하지 않는다. 이러한 스토킹규율의 공백을 방지하기 위해서는 '일으키기에 충분한' 또는 '일으키기에 적합한' 형태로 구성요건을 변경하여야 한다. 그래야 해당 구성요건 충족 여부를 객관적 기준에 의해 판단함을 명시할 수 있고, 행위자의 고의대상도 불안감 또는 공포심 유발에 적합한 행위를 한다는 것이 된다.

따라서 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'에서 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키기에 적합한(또는 충분한) 것'(적성범)으로 개정하여야 한다. 이 방안은 스토킹피해자 보호라는 입법자의 의도에도 부합한다. 그리고 피해자의 불안감 또는 공포심 유발 여부는 사회 일반인을 기준으로 객관적으로 판단하여야 한다는 당위(위 Ⅱ-3. 참고)를 명확히 제시하기 위한 것이어서 형사책임을 ③ 유형에 비해 실질적으로 전치화하는 것도 아니다.

2. 보호조치별 스토킹행위 구성요건 차별화

스토킹처벌법은 스토킹행위(제2조 제1호)와 스토킹범죄(동조 제2호, 지속적 또는 반복적으로 스토킹행위를 하는 것)를 구분하는 이원적 구조로 제정되었다. 아직 스토킹범죄에

108) 박찬걸(주 8), 334쪽.
109) 정도희(주 4), 33쪽; 이기헌, "스토킹의 형법적 규제에 관한 비교법적 고찰", 「비교형사법연구」제4권 제2호, 333쪽.

이르지는 않은 스토킹행위에 대해서도 응급조치(제3조), 긴급응급조치(제4조), 잠정조치(제9조)를 통해 국가가 스토킹피해자를 보호할 수 있게 한 것이다. 스토킹행위를 행정적 예방조치로 다뤄 죄형법정주의의 엄격한 적용에서 벗어날 수 있고, 탄력적이고 신속한 운용이 가능하다는 점에서 바람직한 조치이다.[110] 특히 스토킹규율에 대한 양 관점, 즉 스토킹 개념의 모호함으로 인해 스토킹'범죄'성립을 엄격히 제한할 필요가 있다는 점과 국가가 스토킹피해자를 적시에 보호해 주어야 한다는 점을 조화롭게 반영할 수 있다. 이 관점에서 현행 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건을 검토해본다.

스토킹범죄 구성요건과 스토킹행위 구성요건 간에 지속성·반복성 요소 차이만 둔 것은, 개별 스토킹행위에 대해 국가가 보호조치를 취하는 것에 대한 정당성을 확보하기 위한 것으로 보인다. 스토킹행위가 반복되면 형벌부과가 정당화되는 구조에서 개별 행위의 위험성이 충분히 확보되기 때문이다. 그러나 스토킹행위 성립이 어려워 국가의 개입시점이 다소 늦어진다는 단점이 있다. 이를 보완하기 위해 스토킹행위 구성요건을 완화하는 방안을 생각해볼 수 있다.

스토킹행위를 ① 유형(추상적 위험범, 상대방의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 상대방 또는 그의 동거인, 가족에 대하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우)으로 구성하는 방안을 들 수 있다. 서범수의원안(의안번호 2104200, 2020.9.24.) 제2조 제1호 및 제2호[111]는 스토킹행위에 대해서는 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으킬 것을 요구하지 않았다.[112] 그러나 스토킹 개념이 모호하고 사회적으로 용인되는 행위와의 구분이 쉽지 않다는 점을 감안할 때 스토킹행위를 '일괄적으로' ① 유형으로 변경하는 것은 타당하지 않다. 스토킹행위에 대한 보호조치 중 스토킹행위자와 피해자등의 분리 및 범죄수사(스토킹처벌법 제3조(응급조치) 제2호), 스토킹행위의 상대방이나 그 주거 등으로부터 100미터 이내의 접근 금지(제4조(긴급응급조치) 제1호)는 스토킹행위자의 기본권을 상당히 제한한다.

이를 고려하여, '진행 중인 스토킹행위'[113]에 대해 사법경찰관리가 할 수 있는 응급조치(제3조) 중 제2호를 제외한 조치(스토킹행위의 제지, 향후 스토킹행위의 중단 통보 및 스토

110) 주 9 참고.
111) 주 37 참고.
112) 유사한 제안으로는, 이건호(주 9), 153쪽.
113) 스토킹행위 중 신고가 어려울 수 있고, 정보통신망을 이용하는 경우 전송과 동시에 피해자에게 도달되므로 진행 중 신고가 불가능함을 지적하는 견해로는, 김정혜(주 19), 23-24쪽.

킹행위를 지속적 또는 반복적으로 할 경우 처벌 경고(제1호), 피해자등에 대한 긴급응급조치 및 잠정조치 요청의 절차 등 안내(제3호), 스토킹 피해 관련 상담소 또는 보호시설로의 피해자등 인도(피해자등이 동의한 경우만 해당한다)(제4호))는 ① 유형에 대해서도 할 수 있도록 하는 방안을 제안한다. 스토킹피해를 이유로 경찰에 신고하였으나 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키기에 적합한 행위인지 판단이 모호하여 경찰이 아무런 조치를 할 수 없어 발걸음을 돌리면 스토킹피해자는 국가의 보호를 받지 못한다는 느낌을 강하게 받을 것이고, 반대로 스토킹행위자는 자신의 행위가 아무런 문제가 없다고 생각할 것이다. 상대방의 주관적 의사에 반하는 행위는 제아무리 호감표현이라 해도 일정 정도 제한되어야 한다. 따라서 신고를 받아 출동한 사법경찰관리는, 상대방의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 상대방 또는 그의 동거인, 가족에 대하여 스토킹처벌법 제2조 제1호 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위가 진행 중인 경우, 응급조치(제3조) 중 제2호를 제외한 조치를 할 수 있다고 개정할 것을 제안한다.

3. 포괄구성요건 신설

독일은 2007년 스토킹범죄를 신설하면서 '기타 이와 유사한 행위'(제238조 제1항 제5호)라는 포괄구성요건을 두었다. 이 포괄구성요건이 명확성원칙을 위반한다는 지적이 많았다.[114] 이 외에도 포괄구성요건은 법치국가적 정형성을 벗어나 처벌범위를 지나치게 넓힐 수 있다는 문제가 있다.[115] 제238조 제1항을 개정하는 과정에서, 연방정부는 적성범으로 개정하면 형사책임이 확장된다는 점을 고려하여 포괄구성요건을 삭제하는 법률안을 발의하였다.[116] 제1호 내지 제4호 구성요건을 통해 제5호를 해석하기에는 각 구성요건의 성격이 이질적이어서 제5호는 충분히 명확하지 않다는 점을 근거로 제시하였다. 그러나 연방의회에서 포괄구성요건 삭제에 반대하였고, 제5호는 2017년 개정형법에 존치되었다.[117] 이후 2021년 10월 제238조를 개정하면서 현재 제5호 규정은 제8호로 이동하고 '기타 제1호 내지 제7호와 유사한 행위'로 문구를 변경하였다.

포괄구성요건 삭제에 반대하는 입장은, 스토킹행위의 다양성과 입법자의 입법재량을 내

114) BGH NStZ 2010, 277 (278); Neubacher, ZStW 118 (2006), 855 (869); Kinzig/Zander, JA 2007, 481 (486).
115) 이러한 지적은, 이원상(주 28), 218쪽.
116) BT-Drs. 18/9946, S. 14.
117) BT-Drs. 18/10654, S. 3 f.

세운다.[118] 제1호 내지 제4호 구성요건이 서로 이질적인 것은, 오히려 스토킹행위의 다양성을 보여주는 것이다. 스토킹행위자는 구체적으로 규정된 구성요건적 행위가 아닌 방식으로 스토킹 하는 창의성을 얼마든지 발휘할 수 있고, 그러면 규율의 공백이 발생한다고 지적한다.[119] 그리고 입법자는 다양한 행위양태를 포섭하기 위해, 해석이 필요한 불확정적 법적 개념을 사용할 수 있는 입법재량이 있음을 강조한다. 명확성원칙과 관련하여 구성요건이 수범자에게 방향을 제시할 수 있을 정도면 족하고, 포괄구성요건은 구체적으로 제시된 다른 구성요건에 준하는 행위이고 스토킹 피해발생에 적합한 위험성을 내재한 행위를 다룬다고 목적론적 제한 해석할 수 있다는 입장이다.[120] 이러한 해석은 위험범(적성범)에 대해서도 가능하므로, 제238조를 적성범으로 개정하였기 때문에 포괄구성요건을 삭제하자는 주장은 설득력이 없다고 반박한다.[121]

판단건대, 스토킹행위는 다양하게 나타날 수 있다. 입법자는 새로운 유형의 스토킹행위를 현행 스토킹처벌법 제2조 제1호 바목 이하에 구체적으로 추가하여야 한다. 추가하기 전에는 스토킹규율의 공백을 감수할 수밖에 없다. 구체적으로 규정된 행위유형 외에 다른 방식으로 행한 스토킹에 노출된 스토킹피해자를 제대로 보호해줄 수 없는 것이다.[122] 포괄구성요건을 두더라도 현행 스토킹처벌법 제2조 제1호 가목 내지 마목 구성요건을 통해 규율대상이 되는 스토킹행위를 충분히 예견할 수 있다. 따라서 독일형법 제238조 제1항 제8호와 같이 스토킹처벌법 제2조 제1호 바목에 '이와 비교할 수 있는 그 밖의 다른 행위'[123] 구성요건을 둘 것을 제안한다.

118) Kuhlen, ZIS 3/2018, 89 (95); Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (196).

119) Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (196): 독일형법 제177조가 규정하고 있지 않은 성희롱, 자살 위협, 오물, 동물의 사체 또는 기타 쓰레기 등을 버리는 경우를 예로 든다.

120) Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (196 f.); Kuhlen, ZIS 3/2018, 89 (92).

121) Kubiciel/Borutta, KriPoZ 3/2016, 194 (198).

122) 이를 근거로 포괄구성요건을 찬성하는 견해는, 정현미(주 6), 249쪽; 이승준(주 2), 140쪽(포괄구성요건을 구체적으로 제시된 다른 구성요건과 유사한 행위로 규정하는 독일방식을 제안한다.); 이성기(주 27), 297쪽(포괄구성요건을 추상적으로 구성하는 미국 방식을 제안한다. 상대방의 의사에 반한 지속적 또는 반복적인 행위로 '피해자, 피해자의 가족 또는 친밀한 관계에 있는 사람으로 하여금 생명, 신체, 생활의 안전에 위협을 느끼게 하거나 상당한 정신적 고통을 주는 행위'로 규정할 것을 제안한다.); 그에 반해 장응혁 교수는, 스토킹범죄를 침해범으로 구성한다 할지라도 판례가 이를 위험범으로 해석할 가능성이 높다는 점을 감안하여, 구성요건을 엄격하게 제한하여 스토킹범죄성립을 제한하고자 한다. 그래서 포괄구성요건에 반대한다.(장응혁(주 35), 192쪽)

123) 정춘숙 의원안(의안번호 2100036, 2020.6.1.) 제2조 제1호 참고.

Ⅴ. 결

이상의 논의를 통해 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건을 분석하고 개선방안을 제시하였다. 이를 간략히 정리하면 다음과 같다. 스토킹을 규율할 때 항상 염두에 두어야 하는 점은, 스토킹개념이 모호하고, 스토킹행위가 사회적으로 용인된 행위와 구분이 쉽지 않는 것이다. 스토킹행위가 성립하려면 '상대방의 의사에 반하여' '정당한 이유 없이' 상대방 또는 그의 동거인, 가족에 대하여 일정 행위를 하여 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것' 요건을 충족시켜야 한다. 이때 '상대방의 의사에 반할 것'과 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'을 하나로 묶어 판단하지 않고, 각각의 구체적인 의미를 새겨 스토킹행위·스토킹범죄 성립 제한요소로서 각기 기능할 수 있게 하여야 한다. 스토킹범죄를 개인적 법익에 대한 죄로 보는 이상, 피해자의 주관적 의사에 반하지 않은 행위에 국가가 개입할 명분이 부족하기 때문에 상대방의 의사에 반한 것인지 판단은 피해자의 실제 주관적 의사를 기준으로 하여야 한다. 따라서 피해자의 거부의사표시가 없더라도 해당 요건은 충족될 수 있다. 다만 피해자의 명시적·묵시적 거부의사가 행위자에게 표현되면 '피해자의 의사에 반하는 행위를 한다는 것', 그리고 '피해자에게 불안감 또는 공포심을 유발하기에 적합한 행위를 한다는 것'에 대한 행위자 고의 인정이 보다 용이하다. 그에 반해 피해자의 불안감 또는 공포심 유발에 대한 판단은 객관적으로 알려진 모든 정황에 기초하여 사전적 관점에서 사회 일반인을 기준으로 하여야 한다. 피해자의 주관적 심리상태를 기준으로 하면, 스토킹행위의 불법내용보다 피해자의 반응이 스토킹행위·스토킹범죄 성립에 더 결정적인 기준이 되어 일종의 우연책임이 될 수 있기 때문이다. 이 판단기준을 명확히 하기 위해서는 '상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것'(침해범)에서 '일으키기에 적합한(또는 충분한) 것'(적성범)으로 개정하여야 한다. 입법자는 죄형법정주의 요청에 따라 범죄유형도 구성요건에 명시해야 한다. 해석론으로 위험범(내지 적성범)으로 보고 스토킹행위·스토킹범죄 성립을 객관적 기준에 따라 결정하면 된다고 무리하게 해석하는 것보다 구성요건에서 이를 명확하게 통제하는 것이 바람직하다. 이때 적합성은 스토킹행위의 빈도, 연속성, 강도, 지속기간 등을 고려하여 스토킹행위가 피해자의 심리에 미치는 영향의 정도로 이해할 수 있겠다.

스토킹범죄는 개별 스토킹행위만으로는 성립하지 않고, 개별 스토킹행위가 지속·반복되어야만 성립한다. 즉 스토킹범죄의 고유의 불법내용은 스토킹행위의 지속성·반복성에서

찾을 수 있다. 지속성·반복성 표지는, 내적으로 연결된 스토킹행위(질적 요소)를 일정 기간 동안(시간적 요소), 여러 차례 반복하여(양적 요소) 행할 것을 요구한다. 스토킹범죄 성립에 각 요소 간 관계도 중요하다. 개별 스토킹행위가 심각하면, 스토킹행위 지속기간이 짧더라도 스토킹범죄가 성립할 수 있다. 그에 반해 개별 스토킹행위가 경한 경우에는 보다 긴 지속기간동안 일정 횟수 이상 반복되어야 할 것이다. 예를 들어 심각한 스토킹행위는 한 달 동안 2-3차례 반복되면 족하지만, 경한 스토킹행위는 3-4개월에 거쳐 5회 이상 행해져야 스토킹범죄가 성립할 수 있을 것이다. 이러한 스토킹범죄 구조를 보면, 범죄구성요건이 연속적으로 실현되는 계속범과는 달리 개별 스토킹행위 사이에 시간적 중단이 있다. 이 특성을 중심으로 점진범의 법리를 분석하여 스토킹범죄 구조를 보다 명확히 이해하고자 하였다. 이 분석에 기초하여 스토킹범죄를 중심으로 점진범 연구가 축적되는 계기가 되기를 기대한다.

이 외에도 스토킹처벌법이 상징형법으로만 기능하지 않도록, 스토킹처벌법 제2조 제1호 가목 내지 마목 행위가 진행 중인 경우 신고를 받아 출동한 사법경찰관리가 응급조치(제3조) 중 제2호를 제외한 조치는 피해자에 대한 불안감 또는 공포심 유발 여부와 무관하게 할 수 있다고 개정할 것, 그리고 스토킹처벌법 제2조 제1호 바목에 '이와 비교할 수 있는 그 밖의 다른 행위'라는 포괄구성요건을 둘 것을 제안한다. 포괄구성요건을 두는 것은 스토킹규율의 공백을 막기 위한 것이다. 입법자는 새로운 유형의 스토킹행위를 구체적으로 추가하는 개정 노력을 게을리 해서는 안 된다. 독일형법 제238조도 2021년 10월 개정을 통해 기본 스토킹범죄(제238조 제1항) 및 가중 처벌되는 중한 스토킹범죄(제2항) 행위유형을 추가하였다.[124] 그리고 스토킹행위의 위험성을 고려할 때, 스토킹범죄를 기본범죄로 하여 상해, 사망의 결과를 발생시킨 경우 결과적 가중범으로 규율할 필요가 있다. 독일형법은 제

124) 제238조 제1항 제5호부터 제8호까지 신설: 5. 타인, 그의 친족 또는 그와 친밀한 관계에 있는 자를 대상으로 형법 제202조a, 제202조b 또는 제202조c의 행위를 하거나, 6. 타인, 그의 친족 또는 그와 친밀한 관계에 있는 자의 이미지를 유포 또는 공개하거나, 7. 타인을 경멸하거나 세평을 저하시키기에 적합한 내용(형법 제11조 제3항)을, 그 자가 작성한 것처럼 가장하여 유포 또는 공개하거나, 8. 기타 제1호 내지 제7호와 유사한 행위
제238조 제2항 제1호, 제3호부터 제7호 신설, 기존 제2항 규정(스토킹행위로 피해자, 그의 친족 또는 그와 친밀한 관계에 있는 자를 사망 또는 중대한 건강손상의 위험을 야기한 경우)은 제2호에 위치시킴: ② 특히 중하게 제1항 제1호 내지 제7호상 스토킹행위를 한 경우 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 일반적으로 특히 중한 스토킹행위로 인정되는 경우는, 행위자가 1. 스토킹행위로 피해자, 그의 친족 또는 그와 친밀한 관계에 있는 자의 건강손상을 야기한 경우, 2. 스토킹행위로 피해자, 그의 친족 또는 그와 친밀한 관계에 있는 자를 사망 또는 중대한 건강손상의 위험을 야기한 경우, 3. 다수의 행위를 통해 최소 6개월 이상의 기간 동안 피해자를 스토킹한 경우, 4. 제1항 제5호상 행위를 하면서 타인을 디지털 방식으로 염탐하기 위한 목적의 컴퓨터프로그램을 이용한 경우, 5. 제1항 제5호상 행위로 얻은 이미지를 제1항 제6호의 행위를 하면서 사용한 경우, 6. 제1항 제5호 행위로 얻은 내용(형법 제11조 제3항)을 제1항 제7호 행위를 하면서 사용한 경우, 7. 행위자가 21세 이상인데 피해자는 16세 미만인 경우이다.
그리고 제238조 제4항(상대적 친고죄 규정)을 삭제하였다.

238조는, 건강손상을 야기하거나(제2항 제1호) 사망 또는 중대한 건강손상이라는 '구체적 위험'을 발생시킨 경우(제2호)를 특히 중한 스토킹행위로 3월 이상 5년 이하의 자유형으로 가중 처벌하고, 사망의 결과를 야기한 경우(제3항)[125]에는 1년 이상 10년 이하의 자유형으로 가중 처벌한다. 결과적 가중범을 규율함으로써 스토킹범죄의 심각성을 보다 명확하게 제시할 수 있고, 그로 인해 발생한 상해, 사망의 결과와 관련하여 불법성을 제대로 평가할 수 있기 때문이다.

구슬이 서 말이라도 꿰어야 보배다. 스토킹행위·스토킹범죄 구성요건을 잘 갖추어놓아도 이를 제대로 활용하지 못하면 스토킹피해자를 보호할 수 없다. 독일의 실무 경험을 살펴보면, 스토킹범죄 법정형이 3년 이하의 징역이어서 집행유예 선고가 많았는데, 이후 스토킹피해자에 대한 보호에 소홀한 측면이 있었다고 한다. 이때 스토킹행위자는 보다 심각한 형태의 스토킹으로 나아가는 경우가 많다고 한다.[126] 그리고 검찰에서 스토킹범죄에 대한 경각심 부족 현상이 확인되었다. 스토킹범죄가 스토킹범죄보다 중한 범죄를 추가적으로 실현하면 양 죄는 경합관계에 놓인다.(위 Ⅲ-2. 참고) 그런데 상해죄가 성립하면 스토킹범죄에 대해서는 검찰이 관심을 두지 않는 경향이 있다고 한다. 스토킹범죄가 협박죄도 추가적으로 실현하면 스토킹범죄로 입건된 사건을 검찰이 협박죄로만 기소할 가능성이 크다는 지적도 있다.[127] 이러한 실무태도는 스토킹범죄의 심각성 인식을 저해할 수 있다. 독일의 사례를 반면교사 삼아, 스토킹규율에 대한 양 관점, 즉 스토킹 개념의 모호함으로 인해 스토킹범죄성립을 엄격히 제한할 필요가 있다는 점과 국가가 스토킹피해자를 적시에 보호해 주어야 한다는 점을 조화롭게 추구하는 운용의 묘를 기대한다.

125) 피해자나 그와 가까운 사람이 가해자를 피해 도망치다 사망하거나, 피해자가 자살하게 된 경우가 이에 해당한다.(BT-Drs. 16/3641 S. 14)
126) 이러한 지적으로는, Kriminologische Zentralstelle(주 84), S. 6.
127) Kriminologische Zentralstelle(주 84), S. 7.

[참고문헌]

[국내문헌]

김성돈, 「형법총론(제7판)」, 성균관대학교 출판부, 2021.

배종대, 「형법총론 (제15판)」, 홍문사, 2021.

임웅, 「형법총론 (제12정판)」, 법문사, 2021.

이재상/장영민/강동범, 「형법총론 (제10판)」, 박영사, 2019.

고명수, "형사입법에 대한 사전적 법적 심사기준 개선연구 – 합헌성 및 체계정합성 심사를 중심으로 –", 「법학연구」 제24권 제3호, 2021.

고명수, "자동차 불법경주 규율 개선에 관한 연구 – 독일 형법 제315조d와의 비교를 중심으로 –", 「형사법의 신동향」 제72호, 2021.

김성룡, "독일의 '스토킹행위의 처벌에 관한 법률'의 고찰", 「형사정책연구」 제18권 제4호, 2007.

김잔디, "스토킹죄의 실행행위 구조에 관하여", 「비교형사법연구」 제21권 제2호, 2019.

정현미, "스토킹범죄 규제를 위한 입법방향", 「이화젠더법학」 제12권 제3호, 2020.

김정혜, "스토킹처벌 법안의 주요 내용 및 쟁점", 제21차 젠더와 입법포럼, '스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률' 제정안 "이의 있습니다", 2018. 7. 3.

김학태, "독일과 한국에서의 스토킹 규제에 관한 비교법적 고찰", 「EU연구」 제28호, 2011.

김혜경, "개인적 법익의 추상적 위험범적 해석의 타당성", 「형사정책」 제22권 제2호, 2010.

박찬걸, "최근 제정된 스토킹처벌법의 개정에 대한 소고", 「형사법연구」 제33권 제3호, 2021.

박찬걸, "스토킹의 개념 정립 및 피해자 보호방안에 관한 연구: 지속적 괴롭힘죄의 신설에 즈음하여", 「가천법학」 제5권 제2호, 2012.

송란희, "현장 사례를 통해 본 스토킹범죄 처벌법 입법방향", 제21차 젠더와 입법포럼, '스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률' 제정안 "이의 있습니다", 2018. 7. 3.

이건호, "스토킹 행위에 대한 형사법적 대응과 그 한계 – 스토킹 행위의 유형화와 법률적 대응방법의 다양화를 중심으로 –", 「형사정책」 제16권 제2호, 2004.

이건호, "스토킹 행위에 대한 규제와 피해자화 방지전략에 대한 고찰", 「형사정책연구」 제71권, 2007.

이기헌, "스토킹의 형법적 규제에 관한 비교법적 고찰", 「비교형사법연구」 제4권 제2호, 2002.

이성기, "스토킹 행위에 관한 형사법적 연구", 「법학논문집」 제42권 제1호, 2018.

이승준, "독일의 스토킹 처벌 규정의 개정과 그 시사점", 「형사정책」 제29권 제2호, 2017.

이원상, "스토킹 처벌규정 도입에 대한 고찰", 「형사정책연구」 제94권, 2013.

이원상, “스토킹처벌법의 문제점에 대한 고찰”, 「비교형사법연구」 제23권 제4호, 2022.

장응혁, “스토킹범죄의 정의에 관한 연구 – 독일과 일본의 논의를 중심으로 –”, 「법학연구」 제27권 제1호, 2017.

정도희, “스토킹의 개념과 처벌에 관한 몇 가지 제언”, 「법과 정책연구」 제17권 제3호, 2017.

정현미, “스토킹범죄 규제를 위한 입법방향”, 「이화젠더법학」 제12권 제3호, 2020.

한민경, “법정에 선 스토킹 : 판결문에 나타난 스토킹 행위의 유형과 처벌을 중심으로”, 「원광법학」 제37권 제1호, 2021.

[외국문헌]

Eisele, Jörg, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch,* 30. Aufl., C.H.BECK, 2019.

Gericke, Jan, *Münchener Kommentar zum StGB,* 4. Aufl., C.H.BECK, 2021.

Hoyer, Andreas, *Die Eignungsdelikte,* Duncker & Humblot, 1987.

Roxin, Claus/Greco, Luís, *Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 5. Aufl., C.H.Beck, 2020.

Spohn, Viola, *Zehn Jahre Anti-Stalking-Gesetz: Ein Resümee mit Blick auf die Reform durch das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen*, Nomos, 2017.

Valerius, Brian, *Beck'scher Online-Kommentar StGB,* 50. Edition, C.H.BECK, 2021.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, *Straftecht Allgemeiner Teil*, 49. Aufl., C.F.Müller, 2019.

Hochmayr, Gudrun, "Das sukzessive Delikt –ein neuer Deliktstypus. Zugleich ein Beitrag zur Anwendung der Strafvorschriften gegen Stalking", *ZStW* 122, 2010.

Kinzig, Jörg/Zander, Sebastian, "Der neue Tatbestand der Nachstellung(§ 238 StGB)", *JA* 7/2007, 2007.

Kubiciel, Michael/Borutta, Nadine, "Strafgrund und Ausgestaltung des Tatbestandes der Nachstellung(§ 238 StGB)", *KriPoZ* 3/2016, 2016.

Kühl, Kristian, "Stalking als Eignungsdelikt", *ZIS* 7/2016, 2016.

Kuhlen, Lothar, "Stalking als kriminalpolitisches Problem", *ZIS* 3/2018, 2018.

Meyer, Frank, "Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von “Stalking” im deutschen Recht", *ZStW* 115, 2003.

Schöch, Heinz, "Zielkonflikte beim Stalking-Tatbestand", *NStZ* 2013, 2013.

Valerius, Brian, "Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB", *JuS* 2007, 2007.

Abstract

Eine Studie über die Voraussetzungen der Stalking-Handlung und den Stalking-Straftatbestand - im Vergleich mit § 238 des deutschen Strafgesetzbuches -

Myoung-su Ko

Research Professor, Korea University Law School, Dr. jur.

Nach langem Bedenken ist mit dem「Anti-Stalking-Gesetz」am 21.10.2021. der Straftatbestand des Stalkings in Kraft getreten. Das Gesetz unterscheidet zwischen der Stalking-Handlung(§ 2 Nr. 1) und dem Stalking-Straftatbestand(§ 2 Nr. 2). Zum Schutz vor Stalking-Handlung können polizeiliche und gerichtliche Maßnahmen ergriffen werden.(Vgl. § 3, § 4 und § 9「Anti-Stalking-Gesetz」) Wiederholen sich die Handlungen, wird der Stalking-Straftatbestand verwirklicht, wird dann mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.(§ 18 Abs. 1「Anti-Stalking-Gesetz」)

In diesem Beitrag werden die Eigenschaften und Elemente von jedem von ihnen analysiert. Ausgehend von dieser Analyse wird nach Möglichkeiten gesucht, den Opferschutz in Bezug auf die Stalking-Kontrolle zu stärken und die Form des Straftatbestandes des Stalkings zu verbessern, um dem Gesetzlichkeitsprinzip gerecht zu werden.: Hier wird vorgeschlagen, den Straftatbestand des Stalkings in ein Eignungsdelikt umzuwandeln, den Auffangstatbestand in § 2 Abs. 1「Anti-Stalking-Gesetz」unter Bezugnahme auf

§ 238 Abs. 1 Nr. 8 des deutschen Strafgesetzbuches einzuführen und die Polizei schnell geeignete Maßnahmen zum Schutz der Opfer von Stalking einleiten zu lassen. Außerdem wird vorgeschlagen, die Voraussetzungen für Stalking je nach Eingriffsintensität der polizeilichen Maßnahmen bei Stalking zu variieren.

Auch eine materiell-rechtliche Analyse der Straftatbestandsmerkmale des Stalkings und deren Dogmatik wird unter Bezugnahme auf die Diskussion in Deutschland untersucht. Dabei geht es insbesondere um die Analyse von sukzessiven Delikten und Eignungsdelikten.

Key Words : Stalking, Anti-Stalking-Gesetz, Das sukzessive Delikt, Eignungsdelikt, Auffangstatbestand, polizeiliche und gerichtliche Maßnahmen zum Schutz vor Stalking-Handlung, Schutz von Stalking-Opfern