

형사정책연구

제16권 제1호(통권 제61호, 2005 · 봄 호)

■ 논문

- 이완규 / 피의자 신문제도와 인신구속제도의 관련성 5
- 윤영철 / 피의자신문에 대한 변호인의 참여권에 관한 소고
- 변호인의 피의자신문참여권의 정당성과 법무부의
형사소송법개정안의 문제점을 중심으로 - 55
- 정승환 / 행형법에서 계호의 체계적 지위와 계구사용의 요건 93
- 정 완 / 사이버상의 불법정보 유통에 대한 OSP의 책임 127
- 이민식 / 성과 양형: 마약류사범을 중심으로 155
- 김혜정 / 인격(성격)장애로 인한 상습범죄자의 처우에 관한 검토 .. 197
- 박철현 · 서영조 / 긍정적 자아개념과 청소년 비행:
레크리스의 봉쇄이론의 검증 225

■ 자료

- 최석운 / 미국의 재판전서비스제도 255

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 16. NO. 1 (Spring, 2005)

■ Articles

- Das Verhältnis zwischen der Vernehmung des
Beschuldigten und dem System der
Freiheitsentziehungsmassnahmen. Lee, Wan-Kyu 5
- Betrachtungen über das Anwesenheitsrecht des Verteidigers
bei der Vernehmung des Beschuldigten - Schwerpunkt auf
dessen Legitimation und Probleme des Änderungsentwurfes
des Justizministeriums - Yoon, Young-Cheol 55
- Systematische Stellung der Sicherungsmassnahmen im
Strafvollzug und die Bedingungen der Anordnung der
Fesselung Jung, Seung-Hwan 93
- Online Service Provider's Liability of Illegal Informations
on Cyberspace Choung, Wan 127
- Gender Differences in Sentencing of Drug
Criminals Lee, Min-Sik 155
- Anwendbarkeit der Sozialtherapie für Gewohnheitsstraftäter
wegen der Persönlichkeitsstörung Kim, Hye-Jeong 197
- Positive Self-Concept and Juvenile Delinquency:
The Test of Reckless's Containment
Theory Cheol-Hyun Park/Seo, Young-Jo 225

■ Information

- A Study on Pretrial Services System in United States
of America Choi Suk-Yoon 255

피의자 신문제도와 인신구속제도의 관련성

이 완 규*

I. 서

1. 신문제도의 의의

가. 신문과 진술청취

사실관계의 확인을 위하여 당사자 또는 관계자에게 확인하는 것은 매우 중요하며 이러한 확인이 없이는 범죄에 대한 사실관계의 규명은 불가능하다고 할 수 있다. 예컨대 뇌물범죄에 있어 혐의자의 계좌를 추적하여 그 계좌의 금전거래를 확인하였어도 그것이 뇌물인지를 확인하려면 돈을 보낸 사람 또는 돈을 받은 당사자에게 확인하는 것이 필요하다. 그런데 그 반면에 특히 혐의자에 대하여 그의 범죄혐의 사실에 대하여 확인하는 것은 자기부죄거부특권이나 진술거부권과 관련하여 문제가 있으므로 이에 관하여 엄격한 규제가 필요하다. 이와 같이 사실관계의 확인과 피의자의 인권보장이라는 두 가지 양면을 어떻게 조화할 것인가가 중요한바 그러한 의미에서도 신문의 의의를 파악하는 것이 의미가 있다.

당사자에게 확인함에 있어 그 진술을 하게 하는 것에는 몇 가지 분류가

* 대검찰청 검찰연구관, 법학박사

가능하다. 먼저 누가 말을 하게 하느냐라는 주도성의 측면에서 ① 진술자가 주도적으로 말을 하고 조사자는 그 진술을 듣는 형식인데 이에 진술자의 진술에 명확하지 않은 점이 있을 때 이를 보충하거나 명확히 하기 위하여 질문을 하는 것이 포함되는바 영미법계에서는 interview라고 하고,¹⁾ 프랑스에서는 entendre라고 하며²⁾ 한국 형사소송법 제200조 제1항의 조사방식이 이에 해당한다고 할 수 있고, ② 조사자가 주도적으로 질문을 하며 사실과 다르다고 생각될 때는 사실이 이것이 아니냐는 식으로 혐의사실에 대하여 묻는 것으로 일정한 지향성을 가지고 확인하고자 하는 것인바 (gezielte Befragung)³⁾ 영미법계에서는 interrogation,⁴⁾ 프랑스에서는 interrogatoire라고 하고 독일은 Vernehmung이라고 하며, 한국 형사소송법상 피고인 신문 또는 피의자신문 등에 있어서의 신문이 이에 해당한다.

둘째는 조사자가 자신의 공적 기능을 수행하면서 공적 성격을 상대방이 아는 상태에서의 질문하는 것을 신문이라고 하는 것으로 이렇게 구별하는 것은 조사자가 공적 기능하에서 피조사자를 대하게 되므로 피조사자로서는 진술의 의무가 있는 것으로 오해할 수 있어 반드시 진술거부권을 고지하여야 한다는 의미에서 진술거부권을 고지하여야 하는 신문과 고지할 필요가 없는 질문과를 구별하기 위한 징표이다.⁵⁾ 그런데 영미법계에서는 interrogation을 설명하면서 사인에 의한 신문(interrogation by private

1) Inbau/Reid/Buckley/Jayne, *Criminal Interrogation and Confessions*, 4.Ed., Ashgate, 2001, 5-7면; Ferdico, Jhonson N. *Criminal Procedure*, 8. Ed, Worthworth, 2002, 480면.

2) 프랑스 형사소송법 제62조 제1문: 사법경찰관은 범죄사실 또는 압수된 물건 및 문서에 관한 정보를 제공할 수 있다고 인정되는 모든 자를 소환하여 그 진술을 들을 수 있다.(L'officier de police judiciaire peut appeler et entendre toutes les personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis).

3) Kramer Bernhard, *Grundbegriffe des Strafverfahrens*, 4. Aufl. Kohlhammer, 1999, Rn. 28a.

4) Inbau/Reid/Buckley/Jayne, 앞의 책(주1), 7-9면.

5) Eisenberg, Ulrich, *Beweisrecht der StPO*, 3. Aufl., C.H.Beck, 1999, Rn. 510.

citizens)라는 용어도 나오는데 이는 interrogation을 질문의 방식의 기준으로 파악하는 것이라 할 것이나 요점인 진술거부권과 관련하여 문제되는 신문에는 이러한 사인의 신문을 제외된다고 하므로⁶⁾ 큰 차이는 없다.

나. 신문의 강제처분성(수인의무)과 인권보장

조사방법으로서 신문과 진술청취를 구별하고자 하는 것은 강제성이 있는 조사방법과 강제성이 없는 조사방법을 엄격히 구분하고 강제성이 있는 조사방법에 있어 인권보장 장치를 확고히 하고자 하는데 의미가 있다. 여기서 말하는 강제성이란 신문에 대한 수인의무를 말하고 수인의무는 소환에 응하여 출석이 강제되는 것과 신문장소에서 퇴거할 수 없고 머물러 있어야 하는 것의 두 가지를 들 수 있다.

먼저 소환에 응할 의무인데 이 의무가 인정되면 피신문자가 신문자의 신문을 위한 소환에 응하지 않으면 강제로 신문자 앞에 데려올 수 있는바 즉 구인이 가능하다.⁷⁾ 신문자가 소환에 응하지 않으면 구인할 수 있다는 것은 신문에 응할 의무를 전제하는 것이다.

둘째로 체류의무인데 신문의 단계에서는 신문자가 신문을 종료할 때까지 피신문자는 신문 자체를 거부하고 떠날 수가 없다는 것이다.⁸⁾ 즉 진술거부권에 의하여 질문에 대한 대답을 거부할 수는 있으나 신문장소 자체를 임의로 벗어날 수가 없다는 것이다.

그런데 신문에 이와 같은 강제처분성이 인정되면 인권을 침해할 위험을 내포하게 된다. 즉 신문은 당사자가 임의로 주도성을 가지고 자발적으로

6) Ferdico, 앞의 책(주1), 486-487면

7) 물론 구인의 방법은 신문자의 직권으로 구인할 수 있는 방법(독일과 프랑스의 검사의 구인권)과 법관의 구인영장을 받는 방법(한국 형사소송법 제209조, 제71조)이 있을 수 있다.

8) 형사소송법 제281조제1항의 제정의무, 즉 ‘피고인은 재판장의 허가없이 퇴정하지 못한다’는 규정을 참조하면 이해할 수 있을 것이다.

진술하는 것을 넘어 신문자가 자신이 가지고 있는 자료를 바탕으로 또는 자신의 생각에 따라 피신문자에게 ‘진실’을 말하라고 추궁하는 것이기 때문에 이 추궁을 함에 있어 신문자의 예단이 전제된다든가 또는 정치적인 사건에 있어 정치적인 의도가 들어가는 경우 등에는 반복되는 질문 등으로 인한 피로감의 부여 나아가 정신적, 육체적 가해 등이 가해질 가능성이 있기 때문이다. 그러므로 신문에 수인의무를 인정할 것인가, 인정하면 어느 정도로 인정할 것인가, 그리고 인정할 경우 발생할 수 있는 인권침해 가능성을 어떻게 예방할 것인가 등이 중요한 문제가 된다.

2. 신문제도와 인신구속제도의 관련성

그런데 신문제도는 위와 같이 구인제도에 의하여 뒷받침되고, 나아가 신문에 있어서 체류의무는 구인과 체포 또는 구속이라는 인신구속상태에서의 신문에 있어서 중요한 문제가 되므로 인신구속제도와 밀접한 관련성을 가진다. 그러므로 신문제도는 인신구속제도와 관련성하에서 파악할 필요가 있는바 각국의 입법례와 한국의 피의자신문제도의 연혁을 살펴본 후 적절한 해석론과 입법론을 전개하여 보기로 한다.

II. 비교법적 검토

1. 직권주의의 접근방법

대륙법계의 직권주의적 형사사법체계에서는 원래 법원이 직접 스스로 진실을 규명하기 위하여 증거를 수집하였으므로 진실 규명방법으로서의

신문은 자연스럽게 인정되었고 특히 피고인에 대한 신문제도도 일찍이 인정되었으며 나아가 공판정에서의 조사활동을 준비하는 공판전 조사절차에서도 규문판사 또는 예심판사에 의한 신문을 일찍이 인정하였다. 그러나 피신문자에게 신문에 대한 수인의무를 부과한다는 의미에서 강제처분성이 있는 신문은 남용의 가능성이 높다는 점에서 원칙적으로 수인의무가 있는 신문의 권한은 판사의 권한으로 유지하려 하였는데 프랑스와 독일의 발전 방향에 차이가 있다.

가. 프랑스의 접근방법

프랑스는 규문시대로부터 수인의무가 부과되는 신문(*interrogatoire*)과 진술청취형 조사를 구분하였고 신문은 일반규문단계에서 일정한 정도의 범죄혐의와 피의자의 특징을 전제로 하여 특별규문단계에서 강제력을 배경으로 하여 판사에 의해 행해졌다. 즉 규문판사는 신문을 위하여 소환을 하고 소환에 응하지 않으면 구인하였는바 이에 따라 피신문자는 소환에 응할 의무와 신문시 퇴거하지 못하고 응할 의무가 부과되었던 것이다. 이러한 강제처분성이 있는 신문의 개념은 치죄법에서도 진술청취 및 일반적 조사(*l'audition*)와 신문(*interrogatoire*)을 구별하고 신문은 판사의 권한으로 유지되었고⁹⁾, 프랑스의 현행법상으로도 진술청취(*entendre*)¹⁰⁾와 수인의무 있는 신문(*interrogatoire*)은 구분되고 있다.

이렇게 신문은 강제처분성이 있으므로 원칙적으로 예심판사의 권한이며

9) Sättler, Alfons, *Die Entwicklung der französischen Staatsanwaltschaft*, Dissertation Universität Mainz, 1956, 193-194면.

10) 프랑스 형사소송법 제62조 제1문: 사법경찰관은 범죄사실 또는 압수된 물건 및 문서에 관한 정보를 제공할 수 있다고 인정되는 모든 자를 소환하여 그 진술을 들을 수 있다.(*L'officier de police judiciaire peut appeler et entendre toutes les personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis*).

예심판사는 소환에 응하지 않는 사람을 구인할 수 있다.¹¹⁾ 반면에 현행범 및 준현행범 사건에 있어서는 검사도 예심전에 수사할 수 있는바 이 때는 검사도 구인권이 있으며 이에 따라 구인된 사람에 대한 조사를 위해 신문을 할 수 있다.¹²⁾ 한편 사법경찰관의 경우는 현행범 및 준현행범 사건에 있어 소환은 할 수 있으나 그 소환에 응하지 않아도 사법경찰관이 강제할 수는 없고 공화국 검사에 보고하여 공화국 검사가 출석을 강제할 수 있는바¹³⁾ 일단 이와 같은 임의성을 전제로 한 소환에 의한 조사의 경우는 진술청취형 조사로서 *entendre*라는 용어를 사용하고 있다.¹⁴⁾ 그러나 사법경찰관은 범죄 혐의자를 보호유치할 수 있는데¹⁵⁾ 이와 같이 보호유치된 상태에서의 조사에 대하여는 신문(*interrogatoire*)이라는 용어를 사용하는바 이는 보호유치라는 구금상황하에서 신문에 대한 수인의무가 부과되기 때문인 것이다.¹⁶⁾

즉 원칙적으로 구인권이 있는 예심판사의 경우는 구금 상태 여부를 불문하고 신문이라는 용어를 사용하고, 예외적으로 구인권이 있는 경우의 검

11) 신문에 관한 예심판사의 절차인 프랑스 형사소송법 제114조-121조, 소환, 구인 등에 관한 제122조 등 참조.

12) 프랑스 형사소송법 제70조 : 중죄의 현행범사건에서 예심판사가 아직 사건을 수리하고 있지 아니한 때에는 공화국 검사는 범죄혐의 있는 모든 사람에 대하여 구인장을 발부할 수 있다. 공화국 검사는 위 영장에 의해 인치된 자를 즉시 그곳에서 신문한다.(En cas de crime flagrant et si le juge d'instruction n'est pas encore saisi, le procureur de la Republique peut decerner mandat d'amener contre toute personne soupconnee d'avoir participe a l'infraction. Le procureur de la Republique **interroge** sur-le-champ la personne ainsi conduite devant lui.

13) 프랑스 형사소송법 제62조 제2문.

14) 프랑스 형사소송법 제62조 제1문.

15) 한국의 긴급체포와 유사하며, 그 기간은 24시간이며, 검사의 서면허가를 받아 24시간 연장할 수 있는 것이 원칙이다. 프랑스 형사소송법 제63조.

16) 프랑스 형사소송법 제64조 제1문 : 모든 사법경찰관은 보호유치된 모든 사람의 진술을 기재한 조서에 신문을 하였던 시간, 신문사이에 휴식을 주었던 시간, 보호유치의 개시 일시, 석방일시 또는 담당 사법관에게 인계한 시간을 기재하여야 한다(Tout officier de police judiciaire doit mentionner sur le proces-verbal d'audition de toute personne gardée a vue la duree des **interrogatoires** auxquels elle a ete soumise et des repos qui ont separe ces interrogatoires, ...)

사의 신문, 보호유치로서 피의자를 구금한 상태하에서의 사법경찰의 조사를 신문이라고 하고 있는바 결국 출석의무 또는 신문장소 체류의무라는 형태로 수인의무가 부과되는 경우를 신문(interrogatoire)이라고 하고 있고 이 신문에는 진술거부권이 고지되어야 하며¹⁷⁾, 보호유치 상태하에서는 변호인 접견이 보장되고 있고¹⁸⁾, 예심판사의 신문에는 변호인이 참여할 수 있다.¹⁹⁾

나. 독일의 접근방법

독일은 진술청취형 조사는 따로 규율하는 규정을 두고 있지 않고 있으나 이는 당연히 할 수 있는 수사활동임이 전제되어 있고,²⁰⁾ 형사소송법상의 규정은 신문(Vernehmung)을 중심으로 규율하고 있다. 그런데 독일에서의 신문에 대한 접근방법은 수인의무를 중심으로 하여 조사와 신문을 제도적으로 구별하는 프랑스와 달리 신문이라는 용어는 수인의무가 없는 경찰의 신문과 수인의무가 있는 검사 또는 판사의 신문에 구별없이 사용하고 있고 다만 그 중에서 누구의 신문에 수인의무를 부여할 것인가를 소환권, 구인권 등을 별도 규정으로 부여하여 규율하고 있는 것이다.

즉 예심이 폐지된 이후에 독일은 수사판사, 검사의 신문에 대하여 소환 및 구인권을 부여하여 출석의무와 체류의무를 부과하고 있고²¹⁾, 경찰의 신문에 대하여는 이러한 수인의무가 없으므로 따라서 피의자는 경찰의 소환에는 응하지 않아도 되는바²²⁾ 독일법상 신문은 수인의무가 있는수사판

17) 프랑스 형사소송법 제63-1조.

18) 프랑스 형사소송법 제63-4조.

19) 프랑스 형사소송법 제114조.

20) Kramer, 앞의 책(주 3), Rn. 28a; Wache, *StPO-Karlsruher Kommentar*, 4.Aufl. C.H. Beck, 1999, §163a, Rn. 24.

21) 독일 형사소송법 제163조의a 제3항에 의하여 검사의 신문에 판사의 신문에 관한 제133조-136조를 준용함으로써 검사의 신문에 대하여도 수인의무가 부여되었다.

사, 검사의 신문과 수인의무가 없는 사법경찰관의 신문으로 구별된다.

다. 직권주의하에서 피의자신문 수인의무의 근거

이러한 신문에 대한 수인의무는 재판을 위한 법원의 권한으로부터 나온다. 즉 재판을 위하여는 피고인이든 증인이든 법원의 소환에 응하여야 하며, 재판이 진행되는 동안 그 진행을 수인하여야 하고 임의로 퇴거할 수 없다. 그러므로 이에 불응하면 법원은 구인할 수 있다. 즉 피고인은 재판을 거부할 수는 없는바 이는 재판이라는 국가기능을 유지하기 위하여는 당연한 것이다.²³⁾ 최근에 살인 혐의자 유영철에 대한 재판에서 피고인이 재판을 거부하고 퇴정하려 하자 법원이 진술을 거부할 수는 있으나 재판을 거부할 수는 없으므로 퇴정할 수 없다고 말하였다는 언론보도를 본 일이 있는데 바로 이러한 수인의무에 기인한 것이다.

대륙법계에서의 신문의 강제처분성도 이러한 재판진행을 위한 법원의 권한으로부터 나온다. 그런데 직권주의하에서 법원은 실체적 진실발견을 위하여 스스로 증거를 수집할 수 있는 기관이고 이에 따라 피고인을 신문할 수 있으며 이 신문에 피고인은 수인할 의무가 있다.²⁴⁾ 그런데 공판정에서 모든 증거수집과 신문을 최초의 혐의단계부터 진행할 수는 없으므로 공판정에서의 신문을 위하여 공판전에 그 신문자료를 준비하여줄 절차가 필요하고 이에 따라 공판전 조사절차에서도 신문규정을 두게 된다. 그리고 그 신문은 원칙적으로 판사가 하는 예심절차에서 하게 되고 따라서 예심판사의 신문에도 수인의무가 부과되는 것이다.

22) Eisenberg, 앞의 책, (주 5), Rn. 512.

23) 법원의 피고인 소환, 구인권 및 형사소송법 제281조의 피고인의 재정의무 규정이 바로 이러한 이유로 인정되는 것이다.

24) 그러므로 피고인은 법원의 신문에 대하여 진술거부권을 행사할 수는 있으나 신문 그 자체를 거부하면서 퇴정할 수는 없는 것이다.

그러면 이러한 판사 이외의 수사기관의 신문에도 이러한 수인의무를 부여할 것인가가 문제인데 그렇게 하면 수사의 초동단계에서 강제처분성으로 인하여 효율적으로 증거를 수집할 수 있는 장점이 있는 반면에 수사의 밀행성으로 인하여 판사가 아닌 사람에 의한 신문에 강제처분성을 부여하면 인권침해의 위험이 있기 때문이다.

그런데 예심절차를 두어 판사가 신문을 할 수 있는 경우는 문제가 덜하나 예심제도가 없게 되면 또한 문제가 된다. 만약 공판청구전의 조사절차에 전혀 강제처분성을 부여하지 않으면 범죄혐의에 대하여 공판을 개시할 정도의 충분한 혐의가 있는지에 대하여 충실한 조사가 될 수 없으므로 부실한 조사상태에서 공판청구가 되어 무죄율이 상승할 것이다. 이것은 피고인의 입장에서 보면 무고하게 공판정에 서게 되는 불이익이 있는 것이고 나아가 공판의 비용성을 생각하면 많은 비용을 들이게 되는 것이다. 나아가 조사가 부실하여짐에 따라 실제로는 죄가 있음에도 불구하고 사실을 밝히지 못하여 공판청구를 하지 못하는 결과도 초래될 수 있고 이는 정의관념에 반하는 것이다.

따라서 여기서도 인권보장과 실체적 진실발견이라는 이념이 충돌하여 조화를 필요로 하는 것이고 원칙적으로 사법관으로서의 예심판사 또는 검사에게만 수인의무있는 신문의 권한을 인정하게 되는 것이다.

2. 당사자주의적 접근방법

가. 법원 또는 판사의 신문제도 부인

영미법계의 당사자주의적 형사사법체계는 법정에서 소추측과 피소추측이 당사자로서 공방을 하면서 당사자가 증거자료를 수집하여 제시하면서

진행되므로 법원 또는 판사는 진실발견을 위한 증거수집자가 아니며 따라서 법원 또는 판사의 신문제도는 인정되지 않았다.

먼저 피고인에 대한 신문에 관하여 보면, 물론 18세기 이전의 영국의 법원에서는 소추측의 주장에 대하여 피고인이 직접 답변을 하는 방식으로 진행되었고 그러다보니 판사가 진술을 명확히 하거나 정리하기 위하여 피고인에게 직접 질문을 하는 방식이 이용되기는 하였으나 그 질문도 앞에서 본 진술청취형 즉, 진술자에게 소추측 주장이 이러하니 이에 대해 답변하여 보라고 하고 그 답변이 명확하지 않다든가 보충할 필요가 있을 때 보충하여 질문을 하는 방식이었을 뿐 이를 대륙법계에서 하는 방식의 신문이라고 할 수는 없었다. 그리고 그나마 이러한 판사의 질문방식도 18세기 이후 피고인이 직접 말하는 방식이 사라지고 변호인이 대신 말하는 방식이 정착되면서 이와 같은 질문방식 조차도 사라지게 되었다.²⁵⁾

나. 당사자의 신문권 부인

재판을 하려면 사실관계를 확정하여야 하고 이를 위하여는 증거자료가 수집되어야 할 것인바 영미법적인 방법은 법원이 증거수집에 나서지 않는다는 것일 뿐이고 증거수집은 당사자에게 맡겨진다. 그렇지만 당사자는 상대방과의 관계에서는 대등하고 권력적 기관일 수 없으므로 먼저 강제처분으로서의 신문권한은 부여받을 수가 없다. 그러므로 당사자는 법정에서도 강제적으로(즉 상대방이 원하여 증인으로 나서지 않는 한) 상대방을 신문할 수 없으며 법원 앞에서 하는 상대방의 진술 또는 답변을 듣는 것으로 한정될 뿐이다.

또한 공판전 단계에서도 상대방을 조사하기 위하여 자신에게 오라고 소

25) Langbein, John H., *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford University Press, 2003, 253-276면.

환할 수도 없으며 오지 않는다고 하여 이를 강제할 수도 없다. 그리고 자신에게 진실을 말하라고 의무지울 수도 없다. 따라서 당사자의 조사활동은 먼저 진술을 듣고 싶으면 진술을 해줄 것을 바라는 사람을 직접 찾아다니는 방식으로 할 수 밖에 없고, 또한 진술을 듣는 방식도 진술청취형일 수 밖에 없다.

다. 경찰제도의 도입과 경찰 신문의 실무형성 및 이에 대한 규제

그런데 농경사회와 같이 인구도 얼마 안되고 주민들이 대부분 서로 알고 있는 그런 사회에서는 ‘신문’을 하지 않거나 법정 절차 이외에서 범죄 혐의자를 조사하지 않고 오로지 법정에서 주로 사실관계 규명이 이루어지는 방식이 운영될 수 있었겠지만 도시화가 촉진되고 상업적 거래 등으로 사람들의 교류가 많아져 범죄자의 익명성이 발생하며, 나아가 범죄사건도 폭증하여 처리하여야 할 사건이 많아지면 이러한 방식은 유지될 수 없다.

따라서 영미법계의 국가에서도 범죄의 예방과 범죄의 확인 및 그에 대한 형사절차의 개시를 오로지 사적인 임무로만 할 수는 없고 이에 따라 이러한 임무를 맡게 될 공적인 기구로서의 경찰제도가 도입된다. 그렇게 되자 경찰이 이제는 법원의 절차 이전에서 증거를 수집하는 일을 맡게 되는데 초기에는 경찰도 사적 당사자와 같은 지위에서 증거를 수집하므로 원래의 형태인 진술청취형 조사만을 할 수 있는 것이었다. 한편 피의자의 경우는 일정한 경우 체포를 할 수 있었으나 이는 법원에 데려가기 위한 것이지 피의자를 조사하기 위한 것은 아니었으므로 원래는 체포후 구금상태에서 피의자에게 질문하는 것은 금지되어 있었다.²⁶⁾

그런데 개념상으로는 진술청취형 조사와 신문이 구별되지만 현실에 있어 질문을 하는 상황에서는 이것을 구별하기 어렵다. 즉 그 강제처분성으

26) Uglow, Steve, *Criminal Justice*, Sweet&Maxwell, 1995, 71면.

로서의 수인의무와 구인가능성을 제외하면 질문의 내용과 방식에 있어서는 진술청취형과 신문의 경계를 구별하기 쉽지 않고 따라서 현실에 있어서 진술청취형 조사의 권한은 쉽게 신문 방식의 질문으로 나아가고 이를 막기가 어렵다는 것이다. 따라서 질문의 방식과 내용에 있어서는 원래 진술청취형의 조사(interview) 권한만 있었던 영미법계의 경찰의 조사에서도 쉽게 추궁하는 형태의 신문의 방식(interrogation)으로 확대되어 가는 것이고 미국에서는 식민지 개척시대에 범죄에 대해 대처함에 있어 지역 단위로 형성되는 기구들에서 현실의 필요에 따라 실무가 행해지고 정착되면서 일찍이 경찰의 피의자에 대한 신문방식의 조사가 행해지게 되었다.

특히 체포시에 경찰서에 구금되어 있는 상태하에서 신문이 행해지면 피의자가 경찰서에서 퇴거할 수 없으므로 수인의무의 한 내용인 체류의무가 부과되는 것과 마찬가지로 효과가 발휘된다. 그리하여 영국에서도 이러한 경향에 따라 경찰의 피의자에 대한 신문방식의 조사가 행해지고 특히 체포후 구금 상태에서의 신문방식의 조사가 행해졌는데 이에 대한 적법성 논쟁과 그렇게 신문한 결과 피의자가 한 진술에 대한 논란이 있어왔고 일부 판사는 이러한 진술의 증거능력을 인정하지 않았으나 일부 판사는 상황에 따라 증거능력을 인정하기도 하고 인정하지 않기도 하는 등 실무가 의견이 분분하였으며 이에 대한 규율의 필요성이 제기되었다.

즉, 체포의 본래의 목적은 범죄자를 법원에 데려가는 것이었고 신문(interrogation)하기 위한 것이 아니었으며 이와 같이 피체포자를 신문하는 것은 경찰의 기능이 아니었고 따라서 보통법은 질문을 위한 구금(detention for questining)의 권한을 인정하지 않았으나²⁷⁾ 그럼에도 불구하고 영국의 실무에서는 경찰이 피체포자를 장악한 채로 수사와 신문을 해나가는 수단으로 체포를 이용하게 되었는데 이러한 실무가 Mohammed-Holgate 사건에서 대법원(House of Lords)에 의해서도 인정되었다.²⁸⁾이

27) Uglow, 앞의 책, 71면.

후 이에 대한 규제의 필요성으로 판사들은 '법관규칙(Judge's Rules)'을 제정하여 규제하려 하였으나 그럼에도 불구하고 구금상태에서의 경찰의 질문권이 인정되어 갔고, 이에 따른 폐해가 나타나자 경찰및형사증거법(Police and Criminal Evidence Act 1984, PACE)가 입법되어 법적으로 단기간의 체포후 구금상태에서의 신문권한을 부여하고 그 신문과정을 규제하는 장치들을 두게 되었다.

결국 영국에서 선택한 방법은 참고인에 대하여는 아직 법정외에서의 수사기관에 의한 신문은 채택하지 않았으나, 피의자에 대하여는 단기간의 체포와 이 기간동안의 질문권을 통하여 경찰에 피의자에 대한 신문권을 부여한 셈이 되었다. 즉 경찰의 체포에 의한 질문은 체포 후의 구금권한으로 인하여 체포된 피의자가 신문을 거부하고 그 장소를 임의로 떠날 수 없게 하였고 그런 한도에서 수인의무가 부여된 것과 같은 효과가 있게 된 것으로 이러한 경향은 형사소송의 실제의 운영에 있어 증가하는 범죄의 수에 대하여 경제성과 효율성이 있는 제도가 필요하다는 점을 생각하면 이해할 수 있다.

경찰이 입건을 함에 있어 피의자에게 질문할 수 없다면 피의자의 변명을 듣지 않은 채로 고발인이나 신고자의 일방적 진술만 듣고 입건을 하게 되고 나중에 법정에서 상대방인 피의자의 답변을 듣고 나면 혐의가 인정되지 않는 사건이 많을 것이다. 만약 이런 사건에 대하여 입건 결정전에 먼저 상대방인 피의자의 진술을 들을 수 있다면 경찰 단계에서도 이미 혐의가 인정되지 않는다는 것이 확인되어 입건하지 않을 것이고 그렇게 되었다면 피의자는 법정에 서지도 않을 것이다. 그러므로 무고한 사람이 법정에 가서 불필요하게 법정의 절차를 이행한다는 것보다는 미리 그런 무고한 사람이 법정에 서지 않도록 하는 것이 오히려 인권보장에 적절하지 않는가 하는 관점을 영국 사람들도 생각하게 된 것이다.²⁹⁾

28) Uglow, 앞의 책, 71면.

그러나 법원의 신문이라는 것을 생각하지 않고 판사에게 직권적 조사의 기능을 부여하는 것에 깊은 거부감을 가지고 있는 영국인들의 입장에서는 대륙법계와 같이 예심판사 또는 사법관으로서의 검사와 같은 경찰의 입건 이후의 직권조사기구를 도입하는 방법을 택하지 않고, 경찰에게 그 권한을 부여하되 단기간의 구금과 신문절차에 대한 철저한 통제규정으로 이를 해결하려 하였던 것이다.

영국에서 1984년 PACE라는 입법을 통하여 선택한 방향을 미국에서는 연방대법원의 판례로서 이미 선택하였는바 경찰이 체포한 후 입건할 때까지의 단기간의 구금상태 하에서의 신문은 인정하되 이러한 구금상태 하에서의 신문에 대해 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리를 엄격히 요구함으로써 규제하게 된 것으로 보이는데 그것이 Miranda 판결을 중심으로 한 판례원칙의 발전이라고 할 수 있다.

III. 한국의 피의자신문제도

1. 현행법상 신문규정의 특징

현행 형사소송법은 피고인, 피의자에 대하여 전형적인 대륙법계의 신문 제도를 채택하고 있다. 다만 대륙법계의 프랑스나 독일과 달리 현행법은 사법경찰관에게도 피의자신문의 권한을 인정하고 있는 점에서 크게 다른 데 일제 시대에 너무 많이 나아간 것을 아직 다시 되돌리지 못한 것이다.

한편, 피의자의 조사방식으로 신문 이외에 피의자 조사라는 방식도 규정함으로써 두 가지 조사방식의 관련성이 문제된다. 즉, 현행법은 피의자에 대한 조사방식으로 형사소송법 제200조 제1항의 진술청취형 조사방식

29) Uglow, 앞의 책, 114-118면.

과 형사소송법 제241조의 신문방식을 규정하고 있다. 형사소송법 제241조부터 제245조까지의 피의자신문에 관한 규정은 구일본형사소송법 제133조부터 제139조까지의 피고인신문 규정을 모델로 한 것으로 보인다.³⁰⁾ 제정 형사소송법에서는 수사단계의 피의자신문 규정과 공판단계에서의 피고인신문규정으로 나뉘어 규정되게 되었는데 일본의 구형사소송법상의 이러한 개념 구분은 또한 신문과 진술청취형 조사를 구분하는 프랑스의 영향을 받은 것으로 보인다.³¹⁾

이러한 개념구분은 진술청취형 조사는 임의 조사 방식이며, 신문형 조사방식은 수인의무가 부여된 강제처분성을 갖는 조사방식이라는 점에서 의미가 있다.³²⁾ 진술청취형의 단계에서는 피의자는 수인의무가 없으므로 출두를 거부할 수도 있고 언제든지 퇴거할 수 있다. 반면에 강제처분성이 있는 신문형 조사방식은 피의자가 출두를 거부할 수 없고 신문중에서 임의로 퇴거할 수 없는 것이다. 한국에서 이 신문규정을 어떻게 이해할 것인가에 대하여는 연혁적 검토부터 필요하다.

2. 한국의 피의자신문제도의 연혁

가. 일본 형사소송법상의 신문제도의 변천

한국은 일본을 통하여 대륙법계의 형사사법체계를 도입하였으며 신문제

30) 일본 구형사소송법의 이 피고인신문 관련조항은 제139조에 의하여 피의자신문에 준용되었으며 제139조에는 사법경찰관이 피의자를 신문하는 경우는 사법경찰리로 하여금 입회하여야 한다고 규정하고 있었다.

31) 예심제도를 두고 있던 일본의 구형사소송법상 신문의 권한은 프랑스와 같이 법원 또는 예심판사에게만 유보되어 있고, 검사나 사법경찰관은 원칙적으로 진술청취형의 취조만 할 수 있었을 뿐이며 신문을 위하여는 검사가 예심판사나 구재판소 판사에게 청구하여 하게 하였다(일본 구형사소송법 제255조 제1항 참조)

32) 그러므로 일본 구형사소송법 제255조 제1항은 「검사가…강제처분을 필요로 하는 때에는…피의자 신문…을 예심판사…에게 청구할 수 있다」고 하고 있었던 것이다.

도도 일본을 통하여 도입된 제도이다. 그러므로 먼저 일본에서의 신문제도의 변천을 살펴볼 필요가 있다.

일본은 明治시대에 대륙의 근대적 제도를 도입하였는바 특히 프랑스의 영향을 받았고 파리대학 교수인 브와소나드를 초빙하여 형법과 치죄법(治罪法)³³⁾을 기초하게 하여 1880년(明治 13년) 치죄법이 공포되고 1882년부터 시행되었는데 이 치죄법은 당시의 프랑스의 치죄법(Code d'instruction, criminelle)와 유사하였다.³⁴⁾

이 치죄법에서의 조사방식도 프랑스의 예에 따라 예심판사는 피고인을 신문할 수 있었으며³⁵⁾ 신문을 위하여 피고인을 소환하고³⁶⁾ 이 소환에 응하지 않으면 구인할 수 있었고³⁷⁾ 구인된 피고인은 48시간내에 신문을 하고 48시간이 경과하는 경우는 구류장³⁸⁾을 발부하지 않으면 석방하여야 하

33) 형사소송법에 해당한다.

34) 법원을 위경재판소, 경죄재판소, 중죄재판소, 경죄재판에 대한 항소재판소, 대심원, 고등법원 등으로 구성하고, 예심을 두며, 민사원고인의 기소제도, 검찰관의 직무를 범죄의 수사, 범죄에 대한 취조의 처분과 법률의 적용을 재판관에게 청구하고, 재판소의 명령과 연도의 집행을 지휘하고 재판소에 있어 공익을 보호하는 것으로 한 것, 동경경시본부장, 도현장관등도 사법경찰관으로 하여 사법경찰관으로서는 검찰관과 동일한 권한을 갖는 것으로 하고, 검찰관을 보좌하는 사법경찰관으로서 警視警部, 구장·면장, 치안판사, 경부가 없는 지역은 戸長 등으로 하여 사법경찰관을 구분하는 방식 등 매우 유사하다.

35) 일본 치죄법 제149조-155조; 한편 이 때는 「피의자」라는 개념이 없었고, 고소나 고발을 받거나 현행범으로 체포되면 바로 「피고인」이라고 개념하였는바, 검사의 기소는 중죄의 경우는 예심청구, 경죄의 경우는 바로 경죄재판소에의 기소였고, 예심의 전단계를 「수사」로 개념하였으므로 수사의 범위는 고소·고발의 접수(사법경찰관은 고소·고발을 접수한 때는 즉시 검사에게 이를 송치하여야 하였음, 일본 치죄법 제93조 제3항)와 고소·고발인의 진술청취, 현행범 체포 및 이에 부수하는 조사(신문, 검증 등 처분 가능, 일본 치죄법 제104조) 등에 한하였다.

36) 일본 치죄법 제118조.

37) 일본 치죄법 제120조, 한편 주거부정, 증거인멸의 우려가 있는 때 등 소정의 사유가 있으면 소환없이 구인장을 발부할 수도 있었다.(일본 치죄법 제121조).

38) 일본의 치죄법은 소환 이외에 인신에 관한 영장을 구인장(拘引狀), 구류장(拘留狀), 수감장(收監狀)으로 구분하고 있었는데 프랑스 치죄법상의 mandat de comparution(소환), mandat d'amener(구인장), mandat d'arrêt(체포구금장, 逮捕拘禁狀), mandat d'arrêt(구금장)의 4가지로 분류한 것에 대응한 것으로 보이나 프랑스의 치죄법상의 영장의 mandat d'arrêt와 mandat d'arrêt 구별과 일본 치죄법상의 구류장, 수감장의

였는바 신문은 원칙적으로 예심판사가 하는 것이었다. 검사는 예심판사보다 먼저 중죄와 경죄의 현행범이 있음을 안 때에는 예심판사를 기다리지 않고 현장에 임하여 예심판사에 속한 처분을 할 수 있었으므로³⁹⁾ 이때는 신문을 할 수 있었고, 또한 사법경찰관으로부터 체포한 현행범을 인치받은 때에는 24시간 내에 신문하고 조서를 작성한 후 청구서와 함께 예심판사에 송치하여야 하였다.⁴⁰⁾ 한편, 사법경찰관은 현행범(준현행범)의 체포의 경우 예외적으로 임시로(仮に)신문을 할 수 있었고,⁴¹⁾ 검사의 현행범에 대한 수사는 사법경찰관에게 임시로 하게 할 수 있었으므로⁴²⁾ 이와 같이 검사의 지휘를 받는 한에서 현행범의 경우에만 허용되는 것이었다.

이러한 일본 치죄법상의 신문에 대한 구조는 1890년(明治 23년)에 시행된 明治 刑事訴訟法에서도 유지되어 피고인 신문⁴³⁾은 예심판사의 권한이

구별은 개념상 차이를 보인다. 즉 일본 치죄법의 경우 구류장과 수감장의 구별은 구류기간이 10일을 초과할 경우는 수감장을 발부하게 되어 있어(일본 치죄법 제127조 제1항) 구류장은 단기의 구금, 수감장은 장기의 구금으로 구별하고 있으나, 프랑스의 mandat d'arrêt와 mandat d'écrou는 피의자가 현재 법원에 장악되고 있는가에 차이가 있어 mandat d'arrêt는 피의자가 현재 도주한 경우(주거 부정으로 소환불가능한 경우 포함)에 발부하는 영장으로 피의자를 체포하여 온 후 예심판사의 신문을 거쳐 계속 구금여부를 결정하는 방식으로 집행되는데(이 때 계속 구금여부의 결정을 할 뿐 별도의 영장을 발부하지 않는다) 반하여 mandat d'écrou는 소환을 받고 출석하여 있는자, 구인영장에 의해 구인된 자, 현행범으로 체포되어 있는 자 등과 같이 현재 법원의 장악하에 있는 자에 대하여 구금을 명하는 영장인바, 구인장이 발부되어 구인된 경우는 새로 구금장이 발부되어 대체된다. 그런데 프랑스에서도 실무에서는 체포구금장의 조건인 도주여부에 대하여 다툼의 소지가 있어 구인->구금의 방식이 주로 선호되고 있다고 하는바, 일본에서 치죄법을 제정할 때에는 아예 구금에 관한 프랑스의 mandat d'arrêt와 mandat d'écrou의 구별을 포기하고 구인->구류로 통일하고 다만 구류 이후의 기간에 따라 장기를 요하는 수감장을 더 둔 것으로 보인다. 프랑스에서의 치죄법상의 영장구분은 현재에도 유지되고 있다.(프랑스의 인신관련 영장에 대하여는 Sättler, 앞의 책(주 9), 209-211면; Grebing, Gerhardt, Die Untersuchungshaft in Frankreich, Ludwig Röhrscheid, 1974, 54-70, 95-110면 참조).

39) 일본 치죄법 제203조 제1항.

40) 일본 치죄법 제206조 제1항.

41) 일본 치죄법 제104조.

42) 일본 치죄법 제205조 제1항.

43) 구일본(明治) 형사소송법에서도 피의자 개념이 나타나지 않는다.

며⁴⁴⁾ 현행범의 경우만 제한적으로 검사에게 인정되고 사법경찰관에게는 임시적으로 인정된다.⁴⁵⁾ 다만 신문과 관련하여 인신에 대한 영장의 종류가 치죄법에서는 소환, 구인장, 구류장, 수감장의 4단계였는데 수감장이 없어지고, 소환, 구인, 구류장의 3단계로 줄어든다.⁴⁶⁾

그런데 1922년에 제정된 大正 刑事訴訟法에서는 신문과 관련하여 검사와 사법경찰관의 권한이 확대되었다. 즉 종래의 현행범 이외에 요급사건이라는 개념이 추가되어 급속을 요하여 판사의 구인장을 받는 것이 불가능할 때에는 검찰관이 구인장을 발하거나 사법경찰관에게 구인을 명할 수 있게 하였고⁴⁷⁾ 이에 따라 구인되는 경우는 사법경찰관은 즉시 신문하고 48시간내에 서류 및 증거물과 함께 구인된 피의자를 검찰관에게 송치한다고 하여 피의자 개념이 사용되며,⁴⁸⁾ 검찰관은 지체없이 24시간내에 신문하고 예심판사에게 구류장을 청구하거나 급속한 경우는 직접 구류장을 발부할 수 있었는바⁴⁹⁾ 요급사건의 범위를 감안하면⁵⁰⁾ 검사의 신문권한이 크게 확대된 것이었다.⁵¹⁾ 그러나 이러한 예외적인 경우를 제외하면 원칙적으로 신문은 여전히 예심판사의 권한이었고, 검사는 필요하다고 인정될 때

44) 구일본(明治) 형사소송법 제93조-제101조.

45) 구일본(明治) 형사소송법 제144조, 제147조; 한편 검사의 지휘를 받는 사법경찰관으로는 경찰에서는 경시경부장, 경부, 경부보로 확대되고, 헌병장교와 하사, 島司, 郡長, 林務官, 市町村長 등이 규정된다. 구일본(明治) 형사소송법 제제46조 제2항.

46) 구일본(明治) 형사소송법 제69조-86조.

47) 구일본(大正) 형사소송법 제제123조.

48) 구일본(大正) 형사소송법 제127조.

49) 구일본(大正) 형사소송법 제129조.

50) ① 피의자가 정해진 주거를 갖지 않은 때, ② 현행범인이 그 장소에 있지 않을 때, ③ 현행범인의 취조로 인하여 그 사건의 공범을 발견한 때, ④ 기결의 수인(囚人) 또는 본법에 의하여 구금된 자가 도망한 때, ⑤ 사체의 검증으로 인하여 범인을 발견한 때, ⑥ 피의자가 상습으로 강도 또는 절도의 죄를 범한 것일 때 등이 요급사건으로 되어 있었다.(구일본(大正) 형사소송법 제123조).

51) 인신에 관하여는 소환, 구인장, 구류장의 3단계는 변화하지 않았으나 위와 같이 요급사건에 구인장 제도가 사용됨으로써 소환이 불가능한 자에 대하여도 구인장을 사용할 수 있게 되어 프랑스법상의 체포구금장(mandat d'arrêt) 제도를 채택하지 않게 됨으로써 오는 공백이 보완되게 되었다고 할 수 있다.

에는 지방재판소의 예심판사나 구재판소의 판사에게 청구하여 이를 행할 수 있었다.⁵²⁾ 한편, 大正 형사소송법은 제254조 제1항에 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 취조를 할 수 있다고 하여 임의수사와 강제수사를 포함하는 조사방법의 총체로서의 취조라는 개념을 사용하고 있었는데 그 단서에서 다만 강제처분은 별단의 규정이 있는 경우가 아니면 이를 할 수 없다고 하였다. 즉, 제255조 제1항은 강제처분은 공소제기 전에도 판사에게 청구하여 할 수 있다고 하고 있는바 이 강제처분 가운데에 피의자신문이 명문으로 포함되어 있어 피의자신문의 강제처분성⁵³⁾을 명확히 하고 있었다.

제2차세계대전에 패전한 후 일본은 미군정하에서 미군정의 영향력 아래 미국식의 제도를 많이 도입하여 영미법적인 구조와 대륙법적인 구조가 혼합되게 되었는데 예심제도를 폐지하고 신문제도도 폐지하는 큰 변화를 가져왔다. 그리하여 공판단계에서의 피고인신문도 폐지하고 공판전 단계의 수사절차에서의 피의자신문제도도 폐지되었으며 수사절차에서의 피의자 조사방법으로는 피의자취조만을 규정하게 되었다.⁵⁴⁾ 그리하여 구(大正)형사소송법하에서 예외적으로 인정되던 검사와 사법경찰관의 신문의 권한이 없어졌는데 이는 종래 강제처분으로서의 신문, 즉 수인의무가 부과되는 조사방법의 폐지라는 의미를 가지며 그러한 한에서는 영미법적인 구조로의 전환을 의미하였다.

그러나 그럼에도 불구하고 일본형사소송법 제198조 제1항은 「검찰관, 검찰사무관 또는 사법경찰직원은 범죄의 수사를 함에 관하여 필요가 있을 때에는 피의자의 출두를 구하고 그를 취조할 수 있다. 다만, 피의자는 체포 또는 구류되어 있는 경우를 제외하고는 출두를 거부하거나 또는 출두

52) 구일본(大正) 형사소송법 제255조 제1항.

53) 신문에 있어서의 강제처분성은 수인의무 즉, 구인장에 의해 뒷받침되는바 출석의무와 신문중 체류의무를 말한다.

54) 일본 형사소송법 제198조.

후 언제라도 퇴거할 수 있다」고 규정하여 용어로는 취조라고 하면서도 단서에서 체포 또는 구류된 경우 종래의 신문과 같이 출석과 체류의 의무를 부과하여 실질상 신문을 인정한 것과 다름없는 규정을 두고 있다.⁵⁵⁾ 이는 또한 겉으로는 영미법적인 구조전환을 한 것처럼 보이면서도 실상은 대륙법적 구조를 유지하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

즉, 일본이 형사소송법에서 예심제도를 폐지하였으므로 공판전 단계에서 누군가가 피의자 등을 미리 조사하여 줄 필요를 해결하여야 하였을 것인바 일단 외면적으로는 영미법계와 같이 진술청취형 조사방식을 취하여 피의자 조사의 임의수사성이 전면으로 나오게 되었으나⁵⁶⁾ 그렇다고 하여 이러한 철저한 임의수사성을 유지하는 것으로는 형사사법체계가 운영될 수 없었을 것으로 보이고 따라서 일본도 체포 또는 구류된 때에는 출두를

55) 일본 현행법은 종래의 구(大正)형사소송법의 소환, 구인, 구류의 3단계 체제를 공판정에서의 법원에 대하여는 그대로 유지하였으나(일본 형사소송법 제58조-87조) 공판 전 단계의 수사절차에 있어서는 소환, 구인제도를 없애고 체포와 구류의 2단계 체제로 변경하였다.(구류는 종전에는 구인과 현행법체포로 이미 신체가 확보된 사람에 대하여 계속 유치의 결정을 하는 것이었는바 이제는 일반 규정으로서의 체포로 신체가 확보된 사람에 대하여 계속 유치의 결정을 하는 것으로 되었다) 수사절차에 있어 소환과 구인제도를 없앴으로써 체포나 구류상태에 있지 않은 사람에 대하여는 수사기관에 출석할 의무나 체류의무가 없게 되었다는 점에서 임의수사를 확대한 것처럼 보이지만 종래에 인정되던 현행법체포 이외에 범죄혐의가 있다는 것을 요건으로 한 일반규정으로서의 체포제도가 도입됨으로써(체포요건으로서의 범죄혐의를 어느 정도의 단계로 인정하여 체포를 허용할 것인가에 따라) 오히려 수사기관의 강제수사의 가능성이 더 넓어졌다고 할 수 있으며 나아가 단서에서 체포, 구류상태의 수인의무를 인정함으로 인하여 검사나 사법경찰관의 피의자에 대한 강제수사가가능성은 예심이 존재하던 구(大正)형사소송법보다 확대되었다고 평가할 수 있다고 본다. 이와 같이 일반규정으로 체포제도가 도입될 때 단순히 범죄혐의가 있다는 것을 요건으로 하여 체포를 허용하는 경우 체포제도가 오히려 남용될 수 있다는 점에 대한 우려는 한국에서 1995. 12.의 형사소송법 개정 논의시 체포제도와 관련하여 범죄혐의만을 요건으로 한 정부안에 대한 비판에서도 나타나 있다.(이와 관련하여서는 1995.11.1.자 국회 법제사법위원회 회의실에서 개최된 형사소송법중개정법률안 공청회에서 백형구 변호사의 발언 참조; 국회법제사법위원회, 『177회 국회 법제사법위원회회의록 제7호』, 9-10면).

56) 田宮 裕는 일본 형사소송법 제198조의 취조규정이 취조도 종래에는 예심판사의 권한이고 검사나 사법경찰관에는 원칙적으로는 금지되어 있었으나 차차 「임의의 청취」라는 이유로 판례상 허용되는 것으로 되었던 것인데 이를 명문으로 허용하는 것으로 된 점에 의미가 있다고 한다. 田宮 裕(1990), 『刑事手続とその運用』, 有斐閣, 408면.

거부하거나 퇴거할 수 없도록 하여 강제처분성을 부여하여 실무상의 문제점을 해결하려 하였던 것으로 보인다. 외형상으로는 영미법적인 접근방식을 따르면서도 공판전에 검사가 피의자를 조사하는 대륙식 체제를 유지한 일본으로서 영미법의 접근방식보다는 검사의 구류기간이 포함되므로 좀 더 장기간의 수인의무를 부여한 것이라고 할 수 있는데 이는 대륙법적 접근방법을 따른 것이다

일본의 전통적 견해나 실무에서는 단서 규정을 이렇게 수인의무를 부여한 것으로 해석하고 운영하고 있으나⁵⁷⁾ 이러한 해석에 반대하여 수인의무를 부정하는 학설도 있다. 즉 이 단서의 규정에 대하여 ① 출두거부, 퇴거를 인정하는 것이 체포·구속의 효력자체를 부인하는 것인 아니라는 취지를 주의적으로 규정한 것에 그친다는 해석⁵⁸⁾ ② 이 규정이 체포·구속된 경우의 수인의무에 대하여 명문을 두지 않고 해석에 위임하고 있고 체포·구속은 취조를 목적으로 하는 것이 아니므로 체포·구속중의 피의자에 대하여도 특별한 취급을 할 필요가 없다는 해석⁵⁹⁾ ③ 제198조는 재택(在宅)피의자, 즉 불구속 피의자에 대한 것이므로 신병구금자에 대한 출두요구는 문제가 될 수 없다는 해석⁶⁰⁾ 등으로 체포·구속된 경우에도 취조실에서의 출두 및 체류의무가 없다는 견해가 주장되고 있고 나아가 ④ 아예 법에 체포·구류된 경우를 제외하고 있는 것은 구금 중의 피의자에 대한 취조를 일체 인정하지 않는 입장을 취하였기 때문이라는 견해 등이다.⁶¹⁾

57) 高田卓爾, 『刑事訴訟法(二訂版)』, 青林書院, 1984, 335면; 三井誠, “被疑者の取調べとその規制”, 刑法雑誌 第27巻第1號(1986), 178면; 法務省 刑事局 刑事訴訟法研究會, 『實務刑事訴訟法』, 立花書房, 1994, 179-180면; 한편 団藤重光, 『형사소송법』, 青林書院新社, 1963, 118-119면은 체포, 구류된 상태에서의 출석 및 체류의무를 긍정하고 있는바 이에 따라 피의자의 취조를 「강제처분」의 장에서 논하고 있음이 주목되는데 다만 団藤重光은 이 의무는 체포와 구류라는 처분의 작용중에 포함된 것으로 보며 취조 자체에 수인의무가 부과되는 것은 아니라고 해석하는바 신문제도를 폐지한 일본법의 해석으로서서는 어쩔 수 없는 해석론이라고 할 것이다.

58) 鈴木茂嗣, 『刑事訴訟法』, 青林書院, 1990, 83면.

59) 平野龍一, 『형사소송법』, 有斐閣, 1958, 106면.

60) 田宮 裕, “被疑者の取調べ”, 法學教室 第78号(1987), 40면.

그러나 이러한 수인의무부정설은 아직 일부 학설에 그칠 뿐 실무는 의연히 수인의무를 인정하고 운영되고 있으며 이때의 수인의무는 체포 또는 구류된 그 사건에 한하지 않고 별건의 조사에도 인정된다고 하고 있는 실정이다.⁶²⁾

이러한 견해의 대립⁶³⁾도 결국 수사절차에 있어서의 피의자조사를 어떻게 볼 것인가의 문제와 관련이 있고 궁극적으로는 수사구조론 나아가 형사사법체계의 구조론으로 연결되는 것으로 볼 수 있다.⁶⁴⁾

나. 한국 형사소송법상 신문제도의 연혁

1) 일제시대의 신문제도

한국에는 일제에 의한 강점기를 거치면서 대륙식의 신문제도가 도입되게 되었는데 문제는 신문의 권한을 판사의 권한으로 유지하고 있던 프랑스나 독일과 달리 한국에서는 도입초기부터 신문의 권한이 사법경찰관에게까지 내려가게 된 점에 있다. 즉, 한국을 강제로 합병한 일본이 한국에 대한 식민 통치를 위하여서는 지역 곳곳에 배치되어 있는 경찰인력에 강한 권한을 주는 것이 적절하였으므로 이러한 식민통치의 일환으로 판사의 권한으로 제한되고 있던 신문의 권한, 즉 강제처분성이 있는 신문의 권한을 사법경찰관에게까지 부여한 것이다.

61) 澤登佳人, “逮捕または拘留中の被疑者取調べは許されない”, 法政理論, 第22巻 第2号 (1979), 1면

62) 法務省 刑事局 刑事訴訟法研究會, 『實務刑事訴訟法』, 1994, 186면

63) 일본에서의 취조와 수인의무에 관련된 논의의 소개로는 이동희, “피의자신문의 현황과 문제점”, 형사법연구 제20호(2003), 225-226면; 이은모, “피의자 인신구속제도 정비방안”, 형사법연구 제19호(2003), 125-127면 참조

64) 일본의 형사사법체계를 당사자주의적 형사사법체제로 보고 당사자주의적 관점을 관철하려는 사람은 수인의무 부정설을 취하는 것이 일관된 논리가 될 것이다. 그러나 영미법계 체포시의 실질적인 수인의무 부과를 감안하여야 할 것이다.

1912년 총독부가 조선형사령을 입안하면서 근대 형사소송법의 대원칙을 배제하는 독소조항을 삽입하였는데 그 중 제12조와 제13조에서 검사와 사법경찰관, 특히 사법경찰관에게 독자적인 강제수사권을 부여한 것을 들 수 있다. 즉, 1912년의 조선형사령 제12조는 「① 검사는 현행범이 아닌 사건이라 하더라도 수사의 결과 급속한 처분을 요한다고 사료하는 때에는 공소제기 전에 한하여 영장을 발하여 검중, 수색, 물건 차압을 하거나, 피고인⁶⁵⁾, 증인을 신문하거나 또는 감정을 명할 수 있다. 다만, 벌금, 과료 또는 비용배상의 언도를 하거나 선서를 시킬 수는 없다 ② 전항의 규정에 의하여 검사에게 허용한 직무는 사법경찰관도 역시 임의로 이를 할 수 있다. 다만, 구류장을 발할 수는 없다.」고 하고 있고 제13조는 「① 사법경찰관이 전조 제2항의 규정에 의하여 피고인을 신문한 후 금고이상의 형에 해당한다고 사료하는 때에는 14일을 초과하지 않는 기간에 유치할 수 있다. ② 사법경찰관은 전항의 유치기간내에 증빙서류 및 의견서와 함께 피고인을 관할 재판소의 검사에게 송치하여야 한다.」고 하였다.

그런데 앞에서 본 바와 같이 정작 일본 본토에서는 치죄법과 明治형사소송법에서는 현행범인 경우를 제외하고는 신문의 권한이 판사에게만 인정되고 있었고, 大正형사소송법에 의해서 현행범이 아닌 경우에도 검사에게 요급사건의 경우 신문의 권한을 하였으나 그 기간은 사법경찰관 48시간, 검사 24시간의 한도가 있었던 것이고⁶⁶⁾ 원칙적으로는 이 신문의 권한은 판사의 권한으로 유지하여 검사가 공소제기전에 필요하다고 인정하는 때에는 판사에게 청구하여 하도록 하는 체제를 유지하고 있었다.⁶⁷⁾

한국에서의 이러한 실정은 일본에서의 大正형사소송법의 시행에 맞추어

65) 「피고인」이라는 용어를 사용한 점에 대하여는 이 당시는 일본이 明治刑事訴訟法 시대로 明治刑事訴訟法하에서는 피의자라는 개념이 없었고 고소·고발되거나, 현행범체포된 사람은 바로 피고인으로 불렸던 점을 감안하면 이해될 수 있을 것이다.

66) 구일본(大正)형사소송법 제127조, 제129조.

67) 구일본(大正)형사소송법 제255조.

개정된 조선형사령에서도 이러한 상황은 변경되지 않았다. 즉, 1922년 개정되어 1924년 시행된 조선형사령 제12조는 「① 검사는 형사소송법에 규정한 경우 외에 사건이 금고이상의 형에 해당하고 급속한 처분을 요한다고 사료하는 때에는 공소의 제기전에 한하여 압수, 수색, 검증 및 피의자의 구인⁶⁸⁾, 피의자 또는 증인의 신문, 감정, 통역 또는 번역의 처분을 할 수 있다, ② 전항의 규정에 의하여 검사에게 허용한 처분은 사법경찰관이 이를 행할 수 있다」고 규정하고, 제13조는 「① 사법경찰관은 전조 제2항의 규정에 의하여 피의자를 신문한 후 형사소송법 제87조 제1항 각호에 규정한 사유가 있다고 사료하는 때에는 10일을 초과하지 않는 기간에 피의자를 유치할 수 있다. ② 사법경찰관은 전항의 유치기간내에 서류 및 증거물과 함께 피의자를 관할 재판소의 검사 또는 그에 상당하는 관서에 송치하는 수속을 하여야 한다」고 하고 있는데 사법경찰관의 영장없는 유치기간이 14일에서 10일로 줄어든 것 이외에는 이전과 별 변화가 없다.⁶⁹⁾

즉 구인이라고 하는 강제처분에 의해 뒷받침되는 출석의무와 수인의무가 인정되는 강제처분으로서의 신문권한을 검사와 사법경찰관이 행사하게 되었고 특히 사법경찰관의 영장없는 유치기간 10일 동안 이러한 강제처분으로서의 신문을 수인하여야 하는 상황에 처하게 되었다.⁷⁰⁾

68) 개정된 조선형사령에서는 구인이라는 용어가 추가되어 구인->신문으로 이어지는 강제 처분성이 더 명확히 되고 있다.

69) 이와 같은 사법경찰관의 영장없는 10일의 유치기간이 해방 후에는 영장만 받도록 하고 기간은 그대로 유지되면서 세계에서 유래가 없는 사법경찰관의 구속기간이라는 제도와 10일의 구속기간이라는 현행법상 규정이 생긴 것으로 아직까지 남아 있는 형사소송법상의 개선되어야 할 일제잔재이다.

70) 이에 더하여 그 신문의 결과인 조서에 절대적 증거능력을 인정함으로써 조선형사령 체계는 광범위한 경찰사범의 체제를 바탕으로 하고 그 위에 다시 검찰의 막강한 수사권력과 소추권력을 토대로 형사절차를 지배하게 하는 체제로서 식민지 형벌권의 실현을 도구에 불과하다고 할 것이었다. 같은 취지 신동운, “일제하의 형사절차에 관한 연구”, 『한국법사학 논총(II)』 (박병호교수 환갑기념), 박영사, 1991, 141면

2) 제정형사소송법상의 신문제도

제2차 대전 후 일본의 형사소송법이 구(大正)형사소송법에 규정되어 있던 예심제도 및 강제처분으로서의 신문제도를 폐지한 것에 반하여 한국의 제정형사소송법은 예심제도를 폐지하면서도 수사단계에서의 검사와 사법경찰관의 피의자신문제도는 유지하는 선택을 하였는데 그러한 선택을 함에 있어서도 피의자신문에 관한 한 조선형사령체제가 거의 유지되어 문제의 소지를 가지고 있었다. 즉 제정형사소송법은 검사와 사법경찰관에게 일반적으로 피의자신문을 할 수 있도록 규정하게 되었는바 다만, 조선형사령에서는 검사와 사법경찰관이 피의자를 구인할 수 있었고, 사법경찰관은 이와 같이 구인하여 신문한 후 10일간 영장없이 유치할 수도 있었는데 이 구인과 10일간의 유치에 관한 한은 판사의 영장을 필요로 하는 것으로 개선되었을 뿐이다.

이 점과 관련하여서는 인신에 관한 영장의 변화도 같이 살펴볼 필요가 있는데 종전의 구인, 유치, 구류 등에 대체하는 포괄개념으로서 구속이라는 용어를 사용하는 점에 주목할 필요가 있다. 일본의 大正 刑事訴訟法은 구인은 법관의 영장없이 검사가 발부할 수 있었지만⁷¹⁾ 구류는 판사의 권한으로 유보되어 있었다.⁷²⁾ 그러나 조선형사령하에서는 사법경찰관은 판사의 영장없이 구인과 10일간의 유치를 할 수 있었고, 검사는 판사의 영장없이 구인하고, 10일간 구류할 수 있었으며⁷³⁾ 또한 영장없이 구류한 때에

71) 사법경찰관은 검사의 명령에 의하여 구인장을 발부할 수 있었다. 구일본(大正)刑事訴訟法 제123조, 제128조.

72) 예외적으로 급속을 요하여 판사의 구류장을 구할 수 없는 경우는 검사가 구류장을 발부할 수 있으나 이때는 즉시 공소를 제기하여야 하는 등의 제한이 있었다. 구일본(大正)刑事訴訟法 제129조 제1항.

73) 조선형사령 제15조 제1항, 제2항(제1항은 검사가 처음부터 피의자를 신문하여 바로 구류하는 경우이고, 제2항은 사법경찰관이 유치한 피의자를 인치받은 후 신문하고 구류하는 경우이다).

는 계속구금을 위하여 판사에게 구류장을 청구할 수도 있었다.⁷⁴⁾

그런데 이와 같은 영장없는 구금기간이 사법경찰관 10일, 검사 10일이거나 되는 장기였으므로 그 폐해가 극심하였을 것임은 쉽게 생각할 수 있으며 이러한 폐해를 시정하기 위하여 판사의 영장제도를 관철하려는 시도가 행해지는 바 그것이 1948.3.20.자 형사소송법의 개정과 관련한 미군정법령 제176호와 1948.3.31.자로 발해진 미군정법령 제180호이다.⁷⁵⁾ 이 법령에서 주목하여야 할 것은 종래의 구인, 유치, 체포, 구류 등으로 구분하였던 인신에 대한 강제처분을 「구속」이라는 개념으로 통일하고 있는 점이다. 즉 미군정법령 제176호 제2조의 가항은 「구속이라고 하는 것은 구인, 구류, 유치, 체포 또는 검속 등 어떠한 명칭이든지 신체를 구속하는 모든 경우를 말한다」고 하고 있는바 이는 종래의 계속구금의 의미에서의 구류뿐 아니라 구인이든 유치든 명칭 여하를 불문하고 인신을 제한하는 강제처분에 대하여 판사의 영장을 필요로 하는 것으로 전환하는 것을 의미하였다.⁷⁶⁾ 그 후 이러한 전환은 제정형사소송법에서도 이어져 법전편찬위원회에서 마련된 제정형사소송법 정부초안 제70조는 「법원은 … 피고인을 구속(구인·구금)할 수 있다…」라고 하고 있었고 제정형사소송법은 제69조 구속의 정의에서 「본법에서 구속이라 함은 구인과 구금을 포함한다」고 규정하게 되었다.

이러한 인신구속제도의 변화는 피의자신문의 수인의무와 관련된 강제처분성과 밀접한 관련이 있는바 피의자신문의 수인의무는 출석의무와 체류의

74) 조선형사령 제15조 제3항.

75) 두 법령 모두 1948.4.1.자로 시행되었다.

76) 이러한 영장의 일원화가 영미법계에서 arrest로 일원화되어 있는 것(arrest후의 계속구금인 detention은 판사가 보석을 허가하지 않으면 이어지는 것으로 따로 detention을 위하여 영장을 필요로 하는 것은 아님)에 따라 인신구속에 관한 다양한 영장을 단순화하려는 것이었는지, 아니면 구인 등 명칭 여하를 불문하고 모든 인신구속에 판사의 영장을 받도록 하고자 하는 의지의 표현이었는지는 확실하지 않으나 결과적으로는 후자와 같이 모든 인신구속에 원칙적으로 판사의 영장을 요구하는 것으로 된 점은 부인할 수 없다.

무를 의미하므로 출석의무에 대응한 구인제도를 필요로 하기 때문이다. 그런데 제정형사소송법 제209조는 피의자의 구속과 관련하여 제71조의 구인의 효력 조항을 준용하고 있어 수사단계에 있어서도 이러한 구인제도를 규정하고 있었는바 다만 판사의 영장을 필요로 하는 제도로 전환하고 있다.⁷⁷⁾ 즉 검사와 사법경찰관은 제200조의 규정에 의하여 수사에 필요한 경우는 피의자를 소환하여 진술을 들을 수 있으나, 구인할 필요가 있는 경우는 구인을 위한 구속영장을 발부받아 피의자를 구인할 수 있는 것이며 이렇게 구인한 경우는 신문을 하고 구금할 필요가 있으면 24시간내에 다시 구금을 위한 구속영장을 발부받아 구금하며, 계속 구금할 필요가 없으면 석방하여야 하는 것이었다.⁷⁸⁾ 그리하여 제241조 이하의 피의자신문은 소환에 응한 피의자에 대한 임의수사로도 가능하지만 구인되거나, 체포되거나 구금된 피의자에 대하여는 특별한 의미를 갖는 것으로 이러한 인신구속 상태에서는 신문을 위한 출석과 체류가 강제되는 조사방식이었던 것이다. 이러한 효력은 결과적으로 보면 신문제도를 규정하지 않고 취조만을 규정하면서 체포와 구류중인 피의자에 대하여 예외규정을 둔 일본과 유사한바 한국의 경우는 신문제도에 당연히 이러한 강제처분성이 내포되어 있으므로 일본과 같이 수인의무를 인정하는 별도의 규정을 둘 필요가 없는 것이다.

77) 이 준용규정은 법전편찬위원회의 정부초안 제201조에도 있었으며(제71조 준용), 현행 형사소송법 제209조에도 그대로 유지되고 있다.

78) 그런데 이와 같이 구인을 위한 구속영장과 구금을 위한 구속영장의 구별은 실무에서 사용되지 않았고 오히려 1995년도의 형사소송법개정으로 피의자에 대한 구속전심문 제도가 도입되면서 심문을 위한 구인이 필요하게 되자 비로소 구인을 위한 구속영장과 구금을 위한 구속영장을 구별하게 된다. 수사기관에서 구인을 위한 구속영장을 이용하지 않은 것은 절차의 2중성으로 인하여 번잡한 점, 즉 구인을 위하여 영장을 발부받아 조사한 후 다시 24시간내에 구금을 위한 구속영장을 다시 발부받아야 한다는 점과 당시로서는 굳이 출석을 위하여 구인장을 발부받지 않아도 임의동행 등 여러 가지 방법으로 출석을 강제할 수 있었기 때문으로 보이며 이렇게 출석이 확보된 상태에서 신문 후에 구속영장을 발부받아 아예 구금단계로 이행하는 것이 편리하였기 때문이었을 것으로 생각되고 나아가 영장없이 할 수 있는 긴급구속의 경우는 48시간내에 구속영장을 발부받으면 되므로 구인영장을 받는 경우보다 편리하다는 점 등 때문으로 보인다.

이러한 피의자신문의 강제처분성은 형사소송법 제정당시의 입법 논의에서도 잘 나타나는데 당시 검사 및 사법경찰관리의 피의자신문제도 및 피의자신문조서 작성 규정을 둔 형사소송법 정부초안에 대한 공청회에서 이수옥(당시 서울고등법원 부장판사)은 「초안에 의할 것 같으면 법관에 신청해서 수사기관은 10일 동안은 피의자를 조사할 수 있는데 거기다가 피의자신문에 있어서 강제처분을 하도록 되어 있는데 현행법 제255조⁷⁹⁾에는 여하한 경우라도 수사기관은 강제처분권이 없습니다. 현하 민주주의를 지향하고 있는 오늘날 수사기관에다가 강제처분권을 주는 시대에 역행하는 비민주적인 법규를 만들 수는 없을 줄 압니다. 만약 이 초안대로 할 것 같으면 자백강요나 긴급구속의 남용이 생길 줄 압니다. 그러기 때문에 원칙으로 돌아가서 현행법과 같이 수사기관에 강제처분권을 안주는 것이 좋다…」고 발언하고 있는바⁸⁰⁾ 이는 수사기관이 10일 동안 구속할 수 있는 상황에서 수인의무가 있는 피의자신문의 권한을 부여하면 자백강요와 긴급구속의 남용 등 폐해가 생길 수 있으므로 피의자신문 권한을 부여하는 것에 반대하는 것이었다.

그러나 이에 대해 김병로가 「강제처분권을 전적으로 없애버리고 공판유일주의로 나가는 것도 이론상으로는 좋은데 사실상 지금 우리 현실에 있어서 수사기관을 전연 무시하고 기소장 하나만 보아서 공판에 나가서 공판에서 비로소 개시를 해가지고 한다면 사실상 우리가 오늘날 가지고 있는 우리 법관의 기능능률문제나 인원과 예산문제 이것 가지고는 도저히 이 사건은 완전히 처리될 수 없다고 생각한다」⁸¹⁾고 말하는데 이는 수사단계에서 피의자신문을 할 수 없게 하면 결국 영미법계와 같이 법원의 절

79) 구일본(大正)刑事訴訟法 제255조에 의하면 검사가 수사에 필요한 경우 원칙적으로 판사에게 청구하여 강제처분을 할 수 있도록 되어 있으며 이에 는 피의자신문도 포함되어 있는 것을 말하는 것으로 보인다.

80) 대검찰청, 『형사소송법 제정·개정 자료집』, 1997, 335면(밑줄 부분은 필자가 함).

81) 대검찰청, 앞의 책, 335-336면.

차에서 다투게 되는 방식으로 가게 될 것인데 그러한 공판유일주의식 제도는 이론상으로는 좋으나 현실성이 없다는 말을 하고 있는 것이다.

그러자 엄상섭 의원이 「이 강제수사권을 주는데 있어서 물건을 압수한 다든지 하는 방향에 있어서는 폐단이 적으나 제일 문제되는 것은 인신을 구속한다든지 하는 방향에서 제일 문제이고 구속되어 가지고 있는 동안에 조사된 것 이것이 아무런 제한없이 증거로 채택될 때에 이 문제가 심각하게 되는 것입니다. 그래서 증거력을 제한하는 방안을 생각하자고 할 것입니다. 인적·물적면에서는 강제수사권을 주고 증거면에 있어서는 좀더 강한 면을 깎아 볼까 하는 생각을 가지고 있습니다.」라고 언급하는바⁸²⁾ 수사기관이 피의자를 구속한 상태에서 조사하는 것 즉 강제처분으로서의 피의자신문의 권한은 유지하되 그 조사결과인 조서에 대한 증거능력을 제한하고자 하는 구상을 하고 있는 것이다. 그리하여 결과적으로 수사기관의 피의자신문제도는 그대로 입법화되었고 다만 엄상섭 의원의 구상대로 사법경찰관의 피의자신문조서에 대한 증거능력 제한 규정이 나중에 삽입되어 제정형사소송법에 입법화된다.

3) 현행법상의 특성

그리하여 형사소송법에는 피의자에 대한 조사방식으로는 순수한 임의수사방식으로서 진술청취형 조사인 제200조의 조사방식과 수인의무가 있는 조사방식인 제241조 이하의 피의자신문의 2가지 방식이 존재하게 되었는데 이 중 구인영장제도를 이용할 필요를 느끼지 못하던 실무의 관행으로 제209조에 의한 구인영장의 준용규정의 존재는 아예 잊혀져갔고, 나아가 일본형사소송법상 취조를 임의수사로 해석하는 일본 형사소송법이론의 무비판적인 도입으로 인하여 문제점이 생기게 되었다.

82) 대검찰청, 앞의 책, 336-337면.

즉 영장을 받아 구인을 하는 것이 원칙임에도 이 제도를 이용하지 않고 임의동행이라는 형식으로 실질상 강제구인이 행하여졌고 이에 대한 비판이 일게 되어 임의동행을 사용할 수 없는 상황이 되자 조사를 위하여 피의자를 출석에 응하게 할 강제수단의 필요를 느끼게 되었고 이에 따라 임의동행에 대체하여 적법한 절차를 마련하고자 1995년 형사소송법 개정시에 체포영장제도가 도입되게 되었다.⁸³⁾ 그런데 이 때 체포의 사유에 「정당한 이유없이 제200조 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때」라는 규정이 들어감으로써 체포영장이 구인영장의 역할을 하게 되는 한국의 독특한 상황이 발생하게 되었다.⁸⁴⁾

그러나 이와 같이 체포영장제도 도입시에 체포의 요건으로 출석요구의 불응을 규정하여 체포영장이 구인영장을 대체하게 된 상황은 적절하지 않은 것으로 보인다. 구인영장에 의하면 구인하는 경우 즉시 신문을 하여야 하고 신문이 종료되면 계속 구금할 필요가 없는 한 즉시 석방하여야 하며, 그 최장기간도 24시간으로서 엄격한 사법적 통제를 받을 것임에도 불구하고

83) 임의동행의 문제점과 체포제도 도입의 경위에 대하여는 차용석, “개정형사소송법의 내용”, 형사법연구 제9호(1999), 67-68면; 정동기, “체포영장제도 도입에 관하여”, 법조 1994.9., 13-16면; 국회 법제사법위원회, 『제177회 국회 법제사법위원회 회의록 제7호』, 1995, 3면 등 참조

84) 1995.11.1. 개최된 177회 국회 법제사법위원회 회의록에 보면 원래 정부의 개정안에는 체포의 요건으로 범죄의 혐의만 규정하고 출석 요구에 불응하는 등의 요건은 없었고 단서로서 경미사건에 대하여만 이 요건을 두고 있었는데 이 점에 대하여 백형구 변호사가 출석요구에 불응한 경우를 체포사유로 하고 있는지가 애매하지만 이를 규정하는 것으로 해석된다고 하면서 수사기관의 출석요구에 대하여 피의자는 출석의무가 없다는 것이 통설임에 비추어 부당하고 다만 수사기관의 출석요구에 정당한 이유없이 불응하는 피의자를 강제 연행하는 제도의 채택은 수사의 목적달성을 위하여 필요하다는 의견을 진술하였고 이러한 지적이 수용되어 법사위 수정안에 이 요건이 들어가 개정법률로 통과되게 되었다.(국회법제사법위원회, 『177회 국회 법제사법위원회 회의록 제7호』, 1995, 9-10면) 그런데 필자가 보기에는 출석의무를 부정하려고 하는 백형구 변호사의 지적과 정당한 이유없이 출석 요구에 불응하는 경우 강제 연행하는 수단을 부여하는 것이 적절하다는 의견은 상호 모순된다고 본다. 출석의무를 인정하더라도 이에 불응하는 것이 정당한 사유에 의한 것이라면 당연히 강제 연행할 수 없는 것인바 어떠한 출석요구에 불응한다는 이유로 강제 연행할 수 있다는 것은 출석의무를 전제하는 것으로 보아야 한다고 본다.

고 체포영장이 이에 대체됨으로써 세부적 통제 규정없이 수사기관에 48시간의 구금기간이 주어지게 되었는바 체포영장의 발부요건인 범죄의 혐의의 입증정도가 낮은 점을 감안하면 체포영장을 아주 쉽게 발부받을 수 있을 것이므로 「영장을 받았다」는 것은 남용되는 체포의 정당화의 수단이 될 가능성도 있기 때문이다.⁸⁵⁾

또한 이러한 체포제도의 도입은 수사상 구인제도를 완전히 망각하게 하고, 한국에서의 인신구속제도를 일본형사소송법상의 체포와 구류에 대응하여 유사한 체제로 만듦으로써 일본 형사소송법상의 이론을 적용하려는 경향을 강화시켰고 이에 따라 한국 형사소송법상 피의자신문제도가 갖는 특성을 간과하고 일본의 이론이 무비판적으로 도입되어 실무상 공백을 초래할 가능성을 발생하게 하였다.

따라서 사건으로는 1995년도 개정시에 오히려 제209조에서 준용되는 제71조의 구인제도를 더 보완하여 주거가 일정하고 소환이 가능한 자에 대하여는 구인제도를 전면에 나오게 하고, 체포제도는 수사를 진행하여야 할 상당한 범죄의 혐의⁸⁶⁾가 있음에도 주거가 부정하거나 도주하여 소환이 불가능한 자에 대한 제도로 도입하는 것이 적절하였다고 본다.⁸⁷⁾

85) 같은 취지에서 손동권, “구속영장실질심사제의 운영상 문제점과 그 개선책”, 법정고시, 1997. 12. 29-30면은 “형소법상의 체포제도는 이전의 형소법 제69조, 제71조 및 제209조의 해석상 인정되는 수사기관의 신문을 위한 피의자 구인제도를 대체하거나 수사기관의 구속사유 없는 피의자까지도 소환불응의 우려라는 명목으로 48시간 동안은 법원의 어떠한 절차나 검증도 거치지 않은 상태에서 피의자를 구금할 수 있는 권한(긴급체포제도)을 부여함으로써 지금까지 도주 및 증거인멸의 우려가 없는 피의자에 대하여 우리 형소법이 고수하는 임의수사원칙을 편리한 강제수사원칙으로 바꾼 것이고 개정전의 형소법상 24시간의 구인기간(개정전 형소법 제71조 및 제209조)을 피의자에게 불리하게 48시간 이상의 체포기간으로 확대하는 것은 수사편의적 발상일 뿐이다”라고 비판한 일이 있다.

86) 계속 구금을 할 요건으로서의 범죄의 혐의보다는 낮은 단계이다.

87) 그런 의미에서 현행법상의 체포제도가 형사소송법이 취하고 있는 신문을 중심으로 하는 직권주의체제에 적절하지 않다는 이러한 문제점은 그대로 둔 채로 신문제도가 없는 영미법계의 체포나 일본법상의 체포제도를 모델로 하여 체포의 요건에서 출석요구불응이나 불응의 우려라는 요건을 삭제하여 완화함으로써 초동단계의 신병확보를 용이하게 하여야 한다는 견해도 있으나 이는 적절하지 않다고 본다. 김종덕, “현행 형사소송법상

3. 현행법상 피의자신문의 수인의무

가. 수인의무 긍정설

현행법상의 피의자신문의 강제처분성 즉, 수인의무에 대하여는 앞에서 본 바와 같이 형사소송법제정 당시에는 이에 대한 인식이 있었고 형사소송법 제정무렵의 문헌에서는 그 강제처분성을 논하고 있었다. 즉 최대교는 강제처분을 수사기관이 직권으로 하는 경우와 판사의 영장에 의한 경우로 구분하고 피의자의 소환 및 피의자신문을 전자의 강제처분으로 언급하고 있었으며⁸⁸⁾ 또한 권오병은 제200조의 조사와 제241조 이하의 신문을 명확히 구별하면서 「구속기간 중의 피의자신문에 관하여는 특별한 규정이 있으며 검사 또는 사법경찰관은 각기 전술한 구속기간 중에는 그 회수에 제한없이 수사진행의 형편에 따라서 피의자에 대하여 범죄사실과 정상에 관한 필요한 사항을 신문하여야 한다」고 하면서 나아가 제243조의 피의자신문시 참여규정에 관하여는 「구속중에 있는 피의자에 대한 신문의 조서 작성과 관련하여 신문내용의 정확성과 정황적 신빙성을 담보하려는데 그 의미가 있다」고 설명하였으며 한옥신도 같은 취지였다.⁸⁹⁾

그런데 이러한 형사소송법 제정무렵의 실무가들의 견해가 뒤에서 보이는바와 같이 일본이론의 도입과 지배에 따라 끊어지게 되었는데 최근에 김종률 검사가 다시 수인의무 긍정설을 주장하고 있고 허일태 교수가 이에 찬성하고 있다.⁹⁰⁾

체포제도의 문제점과 개선방향”, 법학연구 제8집(2002), 한국법학회, 463면(이 글에서는 이러한 주장을 하면서 영미나 일본 등 선진 국가에서는 범죄혐의의 상당성만 있으면 체포할 수 있는데 우리나라에서는 이에 추가하여 출석불응 또는 출석불응의 우려까지 요구하고 있는 것이 부적절하다는 식으로 주장한다).

88) 최대교, 『개정형사소송법강의』, 박영사, 1955. 139-144면.

89) 권오병, 『형사소송법요론』, 미국의 소리사 출판국, 1959, 228면; 한옥신외, 『주석형사소송법』, 한국사법행정학회, 1976, 228-230면, 284면도 같은 취지.

나. 수인의무 부정설

수인의무 부정설은 형사소송법 제200조의 조사와 제241조 이하의 신문의 구별을 조사방식의 구별로 보지 않고 제241조이하의 신문이 제200조의 조사의 방법을 규정한 것으로 보는 관점에서 출발한다.

1957년의 서일교의 형사소송법강의에서는 「수사단계에서도 당사자주의적 소송구조를 구현시키기 위하여 임의적 조사에 의함을 원칙으로 하고 강제처분은 형사소송법에 특별한 규정이 없으면 하지 못한다」는 관점에서 피의자에 대한 임의출석의 요구·조사는 항목에 제200조의 조사를 설명하고 별다른 추가 설명없이 바로 피의자신문관련 조항을 열거하여 피의자신문이 제200조의 조사의 방식인 것처럼 되고 있는데⁹¹⁾ 이러한 방식을 김기두,⁹²⁾ 정영석⁹³⁾교수 등도 취하고 있었다.

그러다가 1982년 백형구 변호사가 아예 「피의자에 대한 임의수사(피의자신문)」이라는 제목하에 피의자신문의 의의에 관하여 설명하면서 「검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다」고 제200조 제1항을 설명하고 나서 「이와 같이 수사기관이 피의사건에 관하여 진술을 듣는 절차를 피의자신문」이라고 설명하여 버리고⁹⁴⁾, 이러한 설명방식을 이재상,⁹⁵⁾ 신동운⁹⁶⁾ 등 학자들이 계

90) 김종률, “현행 형사소송법상 피의자신문”, 법률신문, 2004.2.19., 13면; 김종률, “피의자신문은 아직은 강제처분이다”, 법률신문, 2004.4.1., 15면; 허일태, “피의자 비디오 진술녹화와 인권과의 관계”, 수사연구, 2004. 4. 31면.

91) 서일교, 『형사소송법강의』, 제일문화사, 1957, 206-208면.

92) 김기두, 『형사소송법』, 법문사, 1959, 215-216면.

93) 정영석, 『형사소송법』, 법문사, 1966, 301-302면.

94) 백형구, 『형사소송법』, 한국사법행정학회, 1982, 360면; 이러한 설명방식은 백형구, 『주해형사소송법』, 사법행정학회, 1984, 262면, 백형구, 『형사소송법강의』, 1985, 338면 등에 이어진다.

95) 이재상, 『형사소송법』, 박영사, 1987, 218-220면.

96) 신동운, 『형사소송법』, 법문사, 1993, 90-93면.

속 취하면서 현재에는 강제처분성을 부인하는 것이 통설이고 되었으며 제 200조 제1항의 조사를 설명하면서 별다른 구분없이 그 조사방법으로서 피의자신문을 논하는 방식의 설명이 주류를 이루게 되었다.⁹⁷⁾

다. 검토

1) 이론적 검토

먼저 수인의무부정설이 제200조의 조사와 제241조 이하의 신문을 구별하지 않고 제241조이하의 신문을 제200조의 조사의 방법으로 설명하면서 수인의무를 부정하는 것은 일본형사소송법 제198조와 한국 형사소송법 제200조를 비교하여 일본 형사소송법이론상 이 취조의 성격에 대하여 임의수사로 설명하면서 출석 및 체류의무를 부정하는 이론에 영향을 받은 것으로 보인다. 그러나 한국법은 일본법과 달리 제200조의 피의자조사와 명백히 구분되는 피의자신문을 규정하고 있으며 이 피의자신문은 입법경위에서도 보듯이 대륙법계의 피의자신문제도이며 이는 수인의무가 부과된 강제처분성을 가지는 것이라는 점⁹⁸⁾에서 피의자신문을 제200조의 조사의 절차로 설명하는 수인의무부정설의 관점은 제도의 연혁과 의미에 대한 깊은 검토가 결여되어 있다고 할 것이다.

이러한 연혁적 근거에 대하여 심희기 교수는 일응 인정을 하면서도 다만 1954년의 제정형사소송법에서는 제200조에 「소환」이라는 용어를 사

97) 강구진, 『형사소송법원론』, 학연사, 1982, 184-186면; 배종대/이상돈, 『형사소송법』, 법문사, 2002, 202-207면; 신양균, 『형사소송법』, 법문사, 2000, 123-128면; 신현주, 『형사소송법』, 박영사, 2002, 233면; 진계호, 『형사소송법』, 형설출판사, 2000, 246면; 차용석, 『형사소송법』, 세영사, 1998, 177면; 권창국, “피의자신문과 피의자의 신문수인의무”, 법률신문, 2004.4.12. 13면; 백형구, “피의자신문의 이론과 실무”, 법률신문, 2004.3.25. 14면; 심희기, “피의자신문이 강제처분인가”, 법률신문, 2004.3.18. 15면

98) 같은 취지, 김종률, 법률신문, 2004.2.19., 13면

용하고 있었으나 1961년도의 개정시에 소환을 「출석요구」라는 용어로 변경하였는바 이는 검사와 사법경찰관이 법관의 영장없이 피의자 참고인을 강제로 소환할 수 없다는 발상에서 종래의 소환개념을 출석요구로 바꾼 것이고 이에 따라 임의수사임이 분명하게 되었다고 주장한다.⁹⁹⁾ 그러나 먼저 소환 자체는 아직 강제수단이 아니므로 이를 소환이라는 용어를 사용하든 출석요구라는 용어를 사용하든 큰 의미가 있는 것은 아니다. 이 용어에 큰 의미를 두는 것은 일본 형사소송법 제198조가 출두요구라는 용어를 사용하고 있고 일본에서 제198조를 임의수사방법으로 해석하는 것을 감안한 것으로 보인다. 그러나 오히려 중요한 것은 소환이든 출석요구든 이에 응하지 않았을 때 그 이유만으로 출석이 강제될 수 있는가에 있는바 앞에서 본 바와 같이 법 제209조에 의하여 준용되는 제71조에 의하여 의연히 구인이라는 수단이 수사기관에 부여되어 있는 것이고 이와 같이 구인이라는 강제수단이 동원된 상태 또는 피의자의 신체의 자유가 제한된 상태에서의 조사가능성을 말하는 것이 바로 신문에 있어서의 수인의무의 문제이므로 논점이 정확히 제시되었다고 보기 어렵다. 또한 현행법의 구인은 프랑스나 독일과 달리 법관의 영장을 받도록 되어 있으므로 심회기 교수가 우려하는 바와 같이 검사나 사법경찰관이 법관의 영장없이 강제로 연행¹⁰⁰⁾하는 우려는 없는 것이다. 나아가 피의자신문의 수인의무긍정설도 제200조의 조사는 피의자신문과 구별되는 조사로서 임의수사라는데 이견이 없으므로 이에 소환이라는 용어를 사용하든 출석요구를 사용하든 큰 의미가 없는 것으로 1961년 개정당시 소환이라는 어감이 강한 용어를 출석요구라는 부드러운 용어로 대체한 것일 뿐으로 보면 될 것으로 본다.¹⁰¹⁾

99) 심회기, 앞의 글(주 97), 15면

100) 심회기 교수는 '강제 소환'이라는 말을 하고 있으나 이는 소환에 이은 강제구인을 염두에 둔 것으로 보인다.

101) 같은 취지, 김종률, 앞의 글(주 90, 법률신문, 2004. 4. 1.), 15면; 그리고 이 개정당시에 과연 이전에는 수인의무가 긍정되었으나 출석요구로 용어를 변경함으로써 수인의무가

다음으로 수인의무부정설에서 그 근거로 드는 중요한 것이 진술거부권과 임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하고 있다는 점인바 이에 대해 살펴본다. 즉 피의자신문의 경우에는 진술거부권이 보장되어 있으므로 피의자는 진술의무가 없으며 수사기관이 피의자에게 진술을 강요하는 것은 허용되지 않으므로 수사기관의 피의자신문은 강제수사가 아니라 임의수사에 해당한다는 것이고 임의성 없는 자백의 증거능력을 제한하는 것도 이를 뒷받침한다는 것이다.¹⁰²⁾ 이러한 설명방법은 일본에서 체포, 구류상태에서의 취조수인의무를 부정하는 논자들이 수인의무 부정의 근거로 드는 것과 유사하다. 즉, 일본에서도 수인의무를 긍정하면 이것이 공술의 의무는 아니라고 하여도 실질적으로 공술을 강요하는 것과 다름이 없기 때문에 묵비권을 침해하는 것으로 된다는 점, 자백에 대한 규제적 태도도 배경이 된다는 점 등이 들어지고 있는데¹⁰³⁾ 그 영향을 받은 것으로 보이고 나아가 한국법의 해석논의를 함에 있어 아예 이러한 일본에서의 수인의무긍정론과 부정론을 소개하면서 논의를 전개하는 경우도 있다.¹⁰⁴⁾

그러나 진술거부권과 신문에서의 수인의무는 별개의 문제라는 점에서 이러한 주장은 타당하지 않으며 나아가 앞에서 본 바와 같이 일본과 한국의 형사소송법은 피의자신문에 있어서 전혀 제도를 달리하고 있는바 일본의 이론을 이런 식으로 무비판적으로 도입하여 한국법의 해석에 적용하려는 것은 적절하지 않다고 본다. 앞에서 독일과 프랑스의 예에서도 보았듯이 신문의 수인의무를 인정하고 있는 독일과 프랑스에서도 신문에 있어 진술

없는 것으로 한다는 식의 문제의식이 있었는지조차 의문이다.

102) 강구진, 『형사소송법원론』, 1982, 185-186면; 배종대/이상돈, 『형사소송법』, 207면; 백형구, 『형사소송법』, 1982, 360-361면; 백형구, 『주해형사소송법』, 1984, 263-264면; 백형구, 『형사소송법강의』, 1985, 338면; 백형구, 앞의 글(주 97), 14면; 신양균, 『형사소송법』, 2000, 85-86면; 이재상, 『형사소송법』, 1987, 218-220면; 차용석, 『형사소송법』, 1998, 273-274면; 이동희, 앞의 글(주 63), 223-224면.

103) 平野龍一, 『刑事訴訟法』, 有斐閣, 1958, 106면; 田宮 裕, 『형사소송とその運用』, 有斐閣, 1990, 127면.

104) 이은모, 앞의 글(주 63), 125-127면; 권창국, 앞의 글(주 97), 13면.

거부권은 보장되고 있는바 신문의 수인의무와 진술거부권이 양립할 수 없는 것이 아니며 공판전 조사단계를 두는 직권주의 체제에서 공판전 조사의 운영을 위하여는 피의자의 출석이 필요할 수밖에 없고 따라서 피의자의 출석은 강제하지만 그렇게 출석한 상황에서 진술을 거부하면 이는 존중되는 것이다.¹⁰⁵⁾ 실질적으로 진술을 강요하는 결과가 될 것이라는 일본의 수인의무부정론의 주장은 먼저 이미 수인의무를 전제로 하는 신문이라는 제도를 두고 있는 한국법의 해석에 그대로 적용할 수도 없을 뿐 아니라 바로 그러한 이유 때문에 수인의무를 부과하는 신문에 있어서 진술이 강요되지 않도록 각종의 규제장치와 신문과정의 투명성을 보장하고자 하는 제도들이 마련되고 도입되는 점을 감안하면 당위론적으로도 이 이유만으로 수인의무를 부정하는 것이 타당하다고만 할 수는 없는 것이다. 즉 이러한 인권론의 차원을 떠나 수인의무있는 신문을 인정할 것인가는 입법정책적으로 형사사법체계의 구조의 선택의 문제이므로 차원을 달리하여 논하여야 할 것이다.

다음으로 수인의무부정설은 한국 형사소송법은 일본 형사소송법 제198조 단서와 같은 규정이 없기 때문에 신문의 수인의무를 인정할 법적 근거가 없다고 한다.¹⁰⁶⁾ 그러나 피의자신문에 관한 연혁적 검토에서도 보았듯이 피의자신문이라는 제도 자체가 피의자가 구금된 상태에서 이루어지는 신문을 중요대상으로 하는바 수인의무를 포함하는 제도이므로 일본과 같이 출석과 체류의무를 부과하는 별도로 규정을 둘 필요가 없는 것이며¹⁰⁷⁾

105) 団藤重光이 일본법상의 취조의 수인의무는 인정하지 않으면서도 체포, 구류된 상태에서의 출석, 체류의무는 인정하면서 이때에 진술거부권을 행사할 수 있음을 언급하는 것도 출석, 체류의무와 진술거부권의 행사는 차원이 다른 문제임을 보여주는 것이다. 団藤重光, 『刑事訴訟法』, 1963, 119면.

106) 백형구, 『형사소송법』, 1982, 361면; 백형구, 『주해형사소송법』, 1984, 264면 264면; 심희기, 앞의 글(주 97), 15면; 한편, 이은모, 앞의 글(주 97), 127면은 명문규정이 없기 때문에 현행법상은 수인의무가 부정되어야 하며 나아가 아예 부정하는 취지의 명문규정을 두는 것이 바람직하다고까지 주장한다.

107) 같은 취지, 김종률, 앞의 글(주 90, 법률신문, 2004.4.1.), 15면; 따라서 일본 형사소송법

나아가 신문의 수인의무를 뒷받침하는 제도가 구인인데 한국 형사소송법은 제209조에 구인에 관한 제71조를 준용하여 명백히 구인제도를 인정하고 있는바 이는 대륙법상의 수인의무있는 신문과 구인의 제도가 일본 구형사소송법을 통하여 들어와 있는 것으로 수인의무를 인정할 법적 근거로 충분하다 할 것이다.

한편, 앞에서 본 바와 같이 현행법에 신문을 위하여 출석을 강제하는 방법으로 구인제도가 있음에도 이것이 이용되지 않고 망각되어 1995년 체포제도가 도입되면서 체포사유에 출석불응(또는 출석불응의 우려)가 들어감으로써 결과적으로 체포제도가 구인의 역할을 하게 되는 상황이 되었는데 이와 같이 체포의 사유로 출석불응이 들어간 것을 어떻게 해석할 것인가도 문제가 된다. 이는 체포제도 도입시의 입법과정에서 본 바와 같이 현행법상의 체포제도 자체가 수사기관의 출석요구에 불응하는 피의자를 강제 연행하는 수단을 부여하고자 한 것이고 체포를 가능한 한 제한하기 위하여 「정당한 이유없이」출석요구에 불응하는 것이 요건으로 규정되게 된 것이나¹⁰⁸⁾ 어떻든 결과적으로는 출석요구에 불응한다는 이유로 강제 연행할 수 있게 된 것이다. 바로 이러한 결과 때문에 이것이 출석의무를 전제하는 것이 아닌가 하는 의문이 생긴다. 이에 대하여 수사기관의 출석

제198조 단서의 해석을 둘러싼 일본에서의 수인의무긍정설과 부정설의 논의는 한국 형사소송법 해석에 있어서는 그대로 적용하여서는 안 될 것이다.

- 108) 1995.11.1. 개최된 공청회에서 백형구 변호사가 출석요구에 불응한 경우를 체포사유로 하고 있는지가 애매하지만 이를 규정하는 것으로 해석된다고 하면서 수사기관의 출석요구에 대하여 피의자는 출석의무가 없다는 것이 통설임에 비추어 부당하고 다만 수사기관의 출석요구에 정당한 이유없이 불응하는 피의자를 강제 연행하는 제도의 채택은 수사의 목적달성을 위하여 필요하다는 의견을 진술하였고 이러한 지적이 수용되어 법사위 수정안에 이 요건이 들어가 개정법률로 통과되게 되었다.(국회법제사법위원회, 『177회 국회 법제사법위원회 회의록 제7호』, 1995, 9-10면); 이러한 의미에서 이재상, 『형사소송법』, 박영사, 2002, 218면은 이 요건을 체포를 가능한 한 제한하려는 취지로 보고 타당성을 긍정하는 반면, 이은모, 앞의 글(주 97), 111면은 오히려 초기수사단계에서의 피의자의 신병확보수단인 체포의 실효성확보를 위하여서는 이 요건을 삭제하는 것이(좀더 체포를 쉽게 한하는 의미로 보임) 바람직하다는 견해를 주장하고 있다.

요구는 임의수사로서 이를 거부할 수 있으며 일단 출석하였다가도 자유롭게 퇴거할 수 있다고 하면서도 초동수사단계에서의 합목적적인 수사진행을 위하여 국민들에게 출석협조의 의무를 부과한 것이 체포제도의 핵심이라고 하고 다만 의무부과의 필요성을 수사기관이 스스로 판단하지 않고 영장주의의 요청에 따라 법관의 사법심사에 맡긴 점에 특색이 있다고 하여 출석의무를 인정하는 견해,¹⁰⁹⁾ 출석의무에 대하여 직접 언급하지는 않으면서도 실질적으로 인정하는 것과 마찬가지로의 결과에 대하여 언급하면서 이러한 입법방식이 마치 피의자신문을 확보하기 위한 수단으로서 체포제도가 존재하는 듯한 인상을 준다는 이유로 바람직하지 않은 입법방식이라고 지적하는 견해,¹¹⁰⁾ 출석불응 등은 체포의 필요성을 징표하는 하나의 기준에 불과한 것으로 보자는 견해,¹¹¹⁾ 체포제도의 도입취지가 임의수사인 피의자신문이 갖는 한계를 극복하고 필요 최소한의 강제적 출석확보를 가능하게 하려는 것에 있다고 하면서 이점을 고려하여 체포된 피의자에 대한 출석·조사수인의무는 긍정하여야 한다는 견해¹¹²⁾ 등이 제시되고 있다.

사건으로는 1995년 도입된 체포제도는 신문제도를 두지 않고 있는 일본에서의 체포→구류(즉 구금)의 경로를 무비판적으로 도입한 것으로 문제점을 가지고 있으며 이에 따라 해석상의 혼란을 유발하고 있다고 본다. 즉 수인의무있는 신문제도가 있는 나라에서는 소환→구인→구금의 경로와 소환이 불가능하거나 부적절한 경우의 체포→구금의 경로로 나누어 규율하고 있는 점¹¹³⁾을 간과한 것으로 신문을 위한 출석강제로서는 24시간의 제한이 있는 구인을 이용하면 되고, 소환할 수 없는 경우의 체포를 위한 규

109) 신동운, 『형사소송법』, 법문사, 1997, 167면.

110) 신양균, 『형사소송법』, 2000, 141-142면; 이은모, 앞의 글(주 97), 111면.

111) 이동희, 앞의 글(주 63), 224면; 조상제, “현행 형사소송법상 체포제도의 문제점”, 계명법학, 제3집(1998), 13면.

112) 서보학, “피의자신문에 있어서의 인권보장 및 방어권 강화방안”형사법연구 제20호(2003), 258-259면.

113) 프랑스와 독일의 입법례가 이러하다.

정만 두면 되었을 것인데 현존하고 있는 구인제도를 보지 못하고 일본의 체포제도를 모델로 하여 영미법적인 체포제도를 도입함으로써 이 체포가 신문을 위한 출석 강제수단인지 영미법계와 같은 초기수사단계에서의 신병 확보수단인지 해석상의 혼란이 발생한 것이다. 이에 더하여 체포된 경우에도 수인의무가 있느니 없느니 하는 일본식 논의가 가세하여 혼란을 가중시키고 있다. 입법론적으로는 이와 같은 문제가 있지만 일단 해석론으로서는 이 제도의 도입취지가 불법적인 임의동행 관행을 없애고 적법한 절차에 의한 강제연행을 가능하게 하기 위하여 도입되었다는 점, 그리고 종래 임의동행은 신문을 위한 구인제도를 이용하지 않는 상황에서 신문을 위한 출석강제의 방법으로 사용되어 왔던 점에서 현행법상 체포제도는 결국 신문을 위한 출석강제의 수단으로서 중요한 의미를 가진다는 점, 그리고 이러한 출석강제는 결국 출석의무를 전제하여야 한다는 점에서 현행법상 체포요건으로서의 출석불응 등 규정도 출석의무의 근거가 되고 있다고 본다.¹¹⁴⁾

2) 실무적 필요성에 대한 검토

끝으로 당위론의 관점에서 형사소송법의 이론은 실무를 떠나 생각하는 것은 적절하지 아니하므로 실무가의 입장에서 한국법에서 통설과 같이 임의수사설을 관철하고 피의자신문에 대하여 출석의무와 체류의무를 부인할 때 어떤 문제가 발생하는지 그리고 그것이 타당한지를 살펴보기로 한다.

먼저 불구속 사건에서 피의자의 출석의무를 부정하면 대표적으로 고소 사건 수사는 불가능해진다. 고소사건은 고소인의 고소장 제출로 수사가 시작되는데 고소인의 진술을 들은 후에 피고소인을 소환하였을 때 피고소인

114) 체포의 요건일 뿐이지 출석의무를 부과하는 것은 아니라는 주장이 있을 수 있으나 출석의무가 전제되지 않는다면 왜 출석요구에 불응하였다고 하여 강제로 출석하게 하는 처분이 가능한지 의문이다. 또한 출석의무를 인정하든 않든 결과적으로 출석요구에 불응할 때 출석을 강제할 수 있다는 점은 변함이 없다.

이 출석에 불응하는 경우는 수인의무를 부정하면 이를 강제할 방법이 없다. 현행법은 체포사유에 출석불응이 규정되어 있어 출석이 강제되고 있기 때문에 피고소인들이 출석에 응하여 조사가 진행될 수 있는 것인바 임의 수사설을 관철하여 아예 체포에서 이 사유를 제외하여 버리면 피고소인의 출석을 강제할 수 없게 된다. 그러면 피고소인에 대한 조사는 피소소인이 임의로 출석해주면 모를까 피고소인이 출석에 응하지 않으면 불가능하며 이런 법리를 아는 사람들은 필시 출석하지 않을 것이다.¹¹⁵⁾

그러면 이 고소사건을 어떻게 처리하여야 할까. 검사로서는 첫 번째 방법은 유죄판결을 받을 만한 입증이 되지 않으니 증거불충분으로 불기소처분을 내리든가 아니면 피고소인을 출석시킬 수 있는 권한은 법원에만 있어 그 상태, 즉 고소장과 고소인 진술만을 들은 상태에서 법정에서 시시비비를 가릴 수밖에 없다고 보고 기소하여 공판정에서 혐의를 가리는 방향으로 가야 할 것이다.¹¹⁶⁾ 첫째 방법은 실제로 범죄의 피해를 입은 고소인이라면 그 피해에 대하여 국가가 구제하여 주지 않는 것이므로 국가소추주의의 존재의의를 상실하게 될 것이고, 둘째 방법은 공판정에서 모든 시시비비를 가려야 할 것이니 그 비용과 효율성이 문제될 것인바 현재 고소사건이 전체형사사건의 약 25%정도를 차지하고 고발사건까지 합하면 33%가 넘는

115) 나아가 체포시에도 수인의무를 부인하면 체포하는 경우에도 신문이 불가능할 것이다. 최근에는 임의수사설이 퍼져서인지 구속피의자마저도 검사의 소환에 응하지 않고 출석을 거부하고 있는 사례가 발생하여 이제 한국에서도 구속된 경우의 수인의무를 명확히 할 필요가 있다.

116) 이 방법이 영미법적인 방법이며 이 방법을 취하기 위하여서는 영미법계와 같은 치안판사법원을 만들어 치안판사의 예비심문절차 등과 같은 법원절차로서의 공판전 조사절차를 만들어야 할 것이고 이와 같은 법원의 절차로서의 공판전 조사절차로 고소사건을 처리하기 위하여서는 현재의 검사의 수와 경찰에서 고소사건 수사를 담당하는 사법경찰관리의 수만큼의 판사가 필요할 것이다. 참고로 영국의 치안법원에서 일하는 치안판사는 민간인 치안판사 약 30,000명, 치안판사로 근무하는 정규직의 지방법원판사가 약 105명, 이를 보조하는 부판사가 약 150명이라고 하는바 인력구조와 운영을 위한 체제가 전혀 다른 점을 감안하여야 할 것이다. Sprack, John, *Criminal Procedure*, Oxford University Press, 2002, 77-79면.

실정에서¹¹⁷⁾ 한국의 형사사법체계가 이를 감당할 수 없을 것이다.¹¹⁸⁾

나아가 구속피의자에 대한 조사수인의무를 부정하면 어떻게 되는가. 구속된 피의자가 검사의 소환요구에 응하지 않으면 검사는 구치소에 있는 피의자를 조사할 수 없을 것이다. 최근에 실무에서 구속된 피의자가 검사의 신문을 위한 출두 요구를 거부하는 사례가 실제로 발생하고 있고 이 문제를 어떻게 해결할 것인가가 문제되고 있다. 이러 경우에 판사에게서 구인영장을 받아야 한다고 생각할 수도 있겠으나 만약 수인의무를 부정한다면 구인영장을 받을 수도 없는 것이므로 조사는 불가능하다. 극단적으로 말하면 공판전 조사를 체포시까지만 인정하고 구속되면 조사를 허용하지 않는 것으로 영미법계의 구조와 같아지는 것인데 체포된 피의자에 대하여는 출석 및 조사수인의무를 인정하되 구속 피의자에 대하여는 수인의무를 부정하는 서보학 교수의 견해¹¹⁹⁾나 구속피의자에 대하여는 검사가 검찰청으로 피의자를 소환하여 조사하지 말고 검사가 직접 구치소로 가서 조사하여야 한다는 식의 주장¹²⁰⁾도 이런 구상을 염두에 두고 있는 것으로 보인다.

117) 고소사건은 2003년도 24.1%, 2004년도 상반기 24.6%를 차지하였고 고발사건은 2003년도에 9.6%였다.(대검찰청, 『2003년도 종합심사분석』, 2004, 13, 67면; 대검찰청, 『2004년도 상반기 종합심사분석』, 2004, 13면; 관련자료는 대검찰청 홈페이지(www.sppo.go.kr)의 검찰자료실에서도 볼 수 있다); 이에 반해 일본의 경우는 1998년 고소·고발사건의 합계가 전체 형사사건의 0.4%라고 한다(三井誠외1, 신동운역, 『입문 형사수속법(入門 刑事手續法)』, 법문사, 2003, 13면).

118) 고소·고발사건은 도로교통법위반사건이나 간단한 현행범사건 등과 달리 사건 경위를 상세히 들여보아야 하며 사실관계나 법률문제가 복잡한 경우가 많아 조사에 상당한 시간이 필요한 경우가 많은바 이런 사건들을 모두 법정절차로 처리하는 것은 불가능할 것이다. 이와 관련하여 Burnham이 미국에서 공판을 하지 않고 사건처리를 하는 제도(공소협상제도 등)를 설명하면서 피고인의 3분지 1 이상이 공판으로 심리할 것을 요구하면 시스템이 붕괴될 것이라고 언급한 점이 참조될 만하다. Burnham, William, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 2003, 276면.

119) 서보학, 앞의 글(주 111), 258-259면.

120) 박찬운, “변호사가 보는 바람직한 형사사법의 모색”, 『바람직한 형사사법시스템의 모색 자료집 III』(2004), 대법원, 154면; 정미화, “형사절차에 있어서 실질적 변론의 제공과 인신구속절차의 개선에 관하여”, 『형사사법제도와 피의자, 피고인의 인권』(제17회 국회인권포럼 정기심포지엄 자료집, 2004), 국회인권포럼, 5면.

그렇기 때문에 이 문제도 결국 형사사법체계를 어떻게 구성할 것인지에 대한 입법정책의 문제로 돌아간다. 즉 영미법계와 같이 공판전의 조사를 체포할 정도의 범죄혐의만 조사하게 하고 그 정도의 혐의만 가지고 법정 절차로 이전하게 하여 공판을 하는 방식을 취하여 피의자의 인권보장을 강화하되 무죄율 증가나 혐의를 밝히지 못하여 불기소하는율이 증가하여도 이를 감수할 것인지, 아니면 대륙법계와 같이 공판전 조사를 좀 더 충실하게 하여 혐의를 가능한 한 밝혀 죄 있는 자가 불기소되는 일이 없게 하고, 나아가 죄 없는 자가 공판청구되는 비율을 낮추어 무죄율이 낮은 체제로 갈 것인지를 선택하는 것이다.¹²¹⁾

사건으로는 이 문제도 공판전 조사를 충분히 하게 하는 방식으로 해결하여야 할 것이며 그렇다면 어떠한 방식으로든지 공판전의 피의자신문에 있어 수인의무를 부과하는 단계를 만들어야 할 것으로 본다.

이 점에 대하여 피의자신문제도의 강제처분성, 즉 수인의무를 인정하는 사건에 의하면 피의자는 수사기관의 출석요구에 정당한 이유가 없는 한 응하여야 하며 이에 응하지 않으면 구인영장 또는 체포영장에 의해 출석이 강제되고, 구인, 체포, 또는 구속된 경우는 신문제도에 내재된 강제처분성으로 인하여 다시 출석 및 체류의무가 부과되는 것이다. 결과적으로 볼 때 통설과 비교하면 불구속 상태에서의 수사에 있어서는 임의로 출석한

121) 한국의 2003년도 1심 무죄율은 0.16%(1,325,549명 중 2,057명, 대검찰청, 『2003년도 종합심사분석』, 2004, 215면), 일본의 2001년 1심 무죄율은 0.04%(991,980명 중 42명, 일본 法務綜合研究所(2002), 『犯罪白書』, 64-66면), 독일의 1998년 1심 무죄율은 3.08%(828,913명 중 25,556명, Statistisches Bundesamt, *Rechtspflege(Fachserie 10) Reihe 3. Strafverfolgung 1998*, 2000, 42-43면)인데 반하여 1998년 영국의 치안판사법원의 재판결과는 무죄 및 절차불속행(acquitted or not proceeded)이 22%(2,133,700명 중 470,800명)이며 그 이외에 선고유예에 해당한다고 할 수 있는 discharge인원이 129,600명(약 6%), Ashworth외6인, *Criminal Litigation & Sentencing*, Blackstone Press, 2001, 40면)라고 한다. 즉, 대륙법계 국가의 무죄율과 영미법계 국가의 무죄율의 차이는 사법체계 구조와 관련된 것이며 따라서 결국 어떤 형사사법체계를 선택하는가의 문제이지 사안의 심리를 법정 절차로 하는 것이 반드시 옳이라고는 할 수는 없는 것이다.

피의자는 언제든지 퇴거할 수 있는 점, 다만 출석에 불응하거나 임의로 출석한 경우에도 범죄혐의가 인정되는 등 신체구금의 필요가 있는데 퇴거하려 하는 경우는 구인, 체포 또는 긴급체포 등으로 출석과 체류를 강제할 수 있는 점 등에서는 다른 점이 없다. 다만 이미 체포되어 구금장소에 유치되었거나, 구속된 피의자의 경우 다시 신문을 위하여 출석요구를 하거나 출석한 후에 체류의무를 인정할 수 있을 것인가에 있어 이를 부인하는 통설과 이를 인정하는 사건과 차이가 있는바 앞에서 본 바와 같이 현행법의 해석상으로뿐 아니라 한국의 형사사법체계상 공판전 조사의 필요성을 감안하면 당위론으로서도 이를 인정하는 것이 타당하다고 본다.¹²²⁾

다만 한국은 대륙법계 형사사법체계에서도 프랑스나 독일 그리고 일본의 구형사소송법 등 피의자신문에 관한 입법례에 비추어 볼 때 사법경찰관의 신문에까지 수인의무를 부과하게 된다는 점에서 예외적인 것인데 이것이 일제잔재를 아직 청산하지 못한 형사소송법의 모습이며 이는 형사소송법 제정당시의 논의에서도 당시의 입법자들이 인식하고 있었던 것으로 보이고 이러한 문제점을 피의자신문조서의 증거능력면에서 사법경찰관의 피의자신문조서의 증거능력을 제한함으로써 보완하려 하였던 것으로 보인다.¹²³⁾

IV. 입법론

그런데 이와 같이 피의자 신문을 둘러싼 현행법의 규정은 규정의 명확성이나 인신구속절차와의 관련성의 혼란 등 문제가 있으므로 차후에 입법

122) 취조의 임의수사성을 강조하는 일본에서도 체포·구류된 피의자에 대하여 법으로 출석의무와 체류의무를 인정하고 있는 것도 이러한 필요성 때문이며, 비록 일부 학자들이 이러한 수인의무를 부인하고 있기는 하지만 실무는 의연히 이를 인정하고 운영되고 있는 점과 그 이유를 깊이 고려할 필요가 있다.

123) 같은 취지, 김종율, 앞의 글(주 90, 법률신문, 2004. 2. 19), 13면

적으로 해결을 하여야 한다고 본다.

먼저 입법론적인 방향에서 공판전의 수사기관의 신문에 있어 수인의무를 인정할 것인가의 선택에 있어 앞에서 본 바와 같이 공판청구전의 충분한 조사가 가지는 장점을 감안하면 이를 인정하는 방향으로 가는 것이 적절할 것이다. 다만 이렇게 수인의무를 부과하는 신문제도를 유지함에 있어 현행법상 개선되어할 점을 지적하여 보면 다음과 같다.

먼저 수인의무있는 신문제도를 두는 경우는 출석강제 및 구금으로 이어지는 인신구속의 경로는 ① 소환이 가능한 경우(또는 소환은 가능하나 소환에 불응할 우려 있는 경우 포함)의 소환→구인→구금과 ② 소환이 불가능한 경우(즉, 도주하였거나, 소재불명인 경우)의 체포→구금의 경로로 이원화는 것이 적절하다. 이런 관점에서 보면 현행법상 체포→구금의 경로는 신문을 위한 출석강제와 그이외의 경우의 신병확보를 혼합하여 규정하고 있는 것이고 이는 신문을 위한 출석강제라는 관념이 없는 영미법계의 제도로서 구인(24시간)보다 더 장기간의 구금상황을 초래하는 체포(48시간)를 불필요하게 광범위하게 인정하게 되어 적절하지 않다. 따라서 현행법상 체포의 요건에서 「출석요구에 불응하거나 불응할 우려가 있는 때」는 삭제하고, 체포는 주거가 부정하거나 도주하여 소환이 불가능할 경우만 할 수 있도록 변경하는 것이 적절할 것이다.

다음으로 제209조에 의해 준용되는 제71조에 의한 구인영장제도를 좀 더 구체적으로 규정하여 활성화하도록 하여 구인의 전제로서의 소환의 방식을 정하여 독일의 예와 같이 서면에 의한 소환장 송달을 필요로 하게 하고,¹²⁴⁾ 구인 후 즉시 신문하고, 신문 후 계속 구금의 필요가 없는 때에는 신문즉시 석방하되, 계속구금을 위하여서는 24시간내에 구금을 위한 구속영장을 청구하도록¹²⁵⁾ 수사상 구인의 효력을 좀 더 명확하게 규정하는 것

124) 독일형사소송법 제163조의a 제3항, 제133조 제1항

125) 독일형사소송법 제163조의a 제3항, 제135조 참조

이 바람직하다고 본다.¹²⁶⁾

한편, 이와 같은 강제처분성이 있는 피의자신문의 권한을 현행법과 같이 사법경찰관에게도 인정하는 것은 비교법적으로 볼 때 타당하지 않으므로¹²⁷⁾ 이 부분도 시정되어야 할 것으로 본다. 사법경찰관도 수사초기단계에서 수인의무가 부과되는 신문을 할 필요가 있다는 점은 현실적으로 인정할 수 있겠으나 그 기간은 영미법계도 체포라는 짧은 시간에만 인정하고, 프랑스에서도 단기간의 보호유치 기간에만 허용하며, 일본의 경우도 사법경찰관은 체포와 관련된 권한만 있는 점 등을 고려하면 단기간에 그치는 것으로 하는 것이 타당하다. 따라서 사법경찰관의 피의자신문제도는 유지하되, 사법경찰관의 구속기간¹²⁸⁾을 폐지하여 사법경찰관의 신문은 구인¹²⁹⁾ 또는 체포시에만 가능하도록 하고 구속되면 즉시 검사의 실질적 장악하에 놓이게 하고 구속후의 피의자신문은 검사만 할 수 있도록 하는 것이 적절할 것이다.¹³⁰⁾

나아가 긴급체포제도를 폐지하고 긴급한 경우의 구인, 유치 등을 위하여 구인, 유치 등의 개념을 포괄하는 구속개념의 원래의 의미를 되살리면

126) 한편 구인권은 어떻게 인정할 것인가가 문제인데 검사가 직접 구인장을 발부하여 구인을 하게 하는 독일의 방식도 있으나(독일형사소송법 제163조의a 제3항, 제133조, 제134조, 독일에서는 구인은 독일 기본법상의 판사의 영장을 요하는 신체자유의 박탈처분(Freiheitentziehung)이 아니라고 해석한다. Jarass/Pieroth, GG, C.H.Beck, 2004, Art 104. Rn.10), 현행법은 구인을 구속에 포함시키고 있으며 제헌헌법에서는 판사의 영장을 받아야 하는 경우가 체포와 구금이었으나 현행 헌법은 「체포와 구속」으로 규정하고 있고 한편 한국에서 구속이라는 개념을 사용하게 된 경위가 앞에서 본 바와 같이 구인, 유치, 체포, 구금, 행정검속 등 용어 여하를 불문하고 인신을 구속하는 처분을 모두 포괄하고자 한 경위(미군정법령 제176호 참조)를 감안하면 적어도 인신구속에 관한 처분은 원칙적으로 법관의 영장을 필요로 한다는 것은 한국에서는 아직은 헌법적 결단의 수준인 것으로 보인다.

127) 이러한 방식이 일제시대의 조선형사령체제에서 유래하는 기형적 제도인 점은 앞에서 보았다.

128) 현행법상의 10일의 사법경찰관 구속기간도 조선형사령체제에서 유래하는바 비교법적으로 유례가 없는 제도임도 앞에서 보았다.

129) 현행법 제209조에 의해 준용되는 제71조에 의한 구인영장제도를 활용하는 경우이다.

130) 물론 검사는 구체적 지시를 통해 사법경찰관으로 하여금 하게 할 수도 있을 것이다.

서 긴급구속제도로 다시 전환하는 것이 타당하다고 본다, 그렇게 하여 이 긴급구속에 구인의 효력과 관련된 법제71조를 준용하게 하면, ① 임의출석 하여 조사중에 범죄혐의가 인정되어 퇴거를 저지하고자 할 경우에는 긴급 유치 또는 긴급구금의 의미를 갖는 긴급구속을 하게하고(이때는 이미 피의자가 신문자 앞에 있으므로 인치된 것과 다름이 없으므로), 신문종료 후 즉시(최장 24시간 이내에) 구속영장(구금영장의 의미)을 발부받도록 하며, ② 주거부정이거나 도주한 자에 대하여 체포영장이 발부되지 않은 상황에서 우연히 발견하는 등 긴급한 상황하에서는 긴급구인의 의미를 갖는 긴급구속을 하되, 계속 구금을 위하여서는 신문후 즉시(최장 인치후 24시간 이내에) 구금을 위한 구속영장을 발부받아야 하는 것이 될 것인데 이렇게 하면 긴급처분에 따른 사후영장문제라는 영장주의에 대한 논의도 자연스럽게 해결될 것이다.

주제어 : 피의자신문, 진술청취, 신문의 수인의무, 소환, 구인

52 형사정책연구 제16권 제1호(통권 제61호, 2005 · 봄호)

Das Verhältnis zwischen der Vernehmung des Beschuldigten und dem System der Freiheitsentziehungsmassnahmen.

Lee, Wan-Kyu*

Im Strafverfahren zur Feststellung der Sachverhältnissen, ist es notwendig, die Personen zu befragen, die in die Sache hineingezogen werden, besonders die Beschuldigten.

Es gibt zwei Gesichtspunkte zur Klassifikation der Befragungsmethoden. Erstens, von Gesichtspunkt der Initiative zur Mitteilung aus, kann man die gezielte Befragung von der Spontanäusserung unterscheiden. Zweitens, von Gesichtspunkt der Verpflichtung aus, kann man die Befragung mit der Verpflichtung zu erscheinen und bleiben von die Befragung ohne der Verpflichtung. Im Praxis, ist der Gesichtspunkt der Verpflichtung bedeutend, weil die Verpflichtung sich auf die Zwangsmethode, d.h. Freiheitsentziehung bezieht.

Auf rechtsvergleichende Weise betrachtet, unterscheidet die französischen StPO die Terminus für die Befragung mit Verpflichtung, "interrogatoire" von die ohne Verpflichtung, "entendre". Und die deutschen StPO gebraucht ein Terminus "Vernehmung" für offizielle gezielte Befragung, aber unterscheidet richterliche und staatsanwaltliche Vernehmung mit Verpflichtung von polizeiliche Vernehmung ohne Verpflichtung.

Obgleich die französischen StPO und die deutschen andere Weise

* Senior Prosecutor, Supreme Prosecutors' Office of the Republic of Korea, Ph.D. in Law

benutzen, sind sie gleich darin, dass der Inhalt der Verpflichtung gemeinsam die Pflicht zu erscheinen und bleiben bei der Vernehmung ist.

In anglo-amerikanischen System gibt es nicht die Pflicht zu erscheinen und bleiben bei der Vernehmung, aber das Problem des Befragung mit der Pflicht würde die Befragung bei der Festnahme ausgemacht.

Wegen dieses Unterschied, gibt es in das französischen und auch deutschen System die Ladung, Vorführung und die Untersuchungshaft im Ermittlungsverfahren, aber, im anglo-amerikanischen System die vorläufigen Festnahme und die Untersuchungshaft.

In koreanischen StPO wurde das französischen Beschuldigtenvernehmung eingeführt, deswegen gibt es die Spontanäußerung und Anhörung nach §200 Abs.1. und die Vernehmung als gezielte Befragung mit Verpflichtung nach §241 ~ §244.

Zur Zeit, aber, nach herrschenden Meinung, wird erklärt, dass die Vernehmung nach §241 ~ §244 in koreanischen StPO ohne Verpflichtung sei. Aber, von rechtshistorischen Gesichtspunkte aus betrachtet und wenn die Ladung und die Vorführung im Ermittlungsverfahren nach § 209, §70 in koreanischen StPO in Betracht gezogen würden, sollte die Vernehmung in §241 ~ §244 als gezielte Befragung mit Verpflichtung versteht werden.

Deswegen in der Zukunft, zur Pflicht zu erscheinen, sollte die Vorführungsbefehl benutzt werden und nicht die Festnahme.

Stichwörter : Beschuldigtenvernehmung, Anhörung, die Pflicht zu erscheinen und bleiben bei der Vernehmung, Ladung, Vorführung.

피의자신문에 대한 변호인의 참여권에 관한 소고

- 변호인의 피의자신문참여권의 정당성과 법무부의 형사소송법 개정안의 문제점을 중심으로 -

윤 영 철*

I. 들어가는 말

일반적으로 형사소송의 기본이념을 ‘적정절차의 원칙’이라고 말한다. 형사절차의 내용은 실질적 법치국가의 원리에 따라 적정하게 구성되고 운용되어야 한다. 이러한 의미에서 적정절차의 원칙이 실현되어 피의자·피고인의 기본적 인권이 보장될 필요가 절실하다고 하겠다. 적정절차의 원칙에 따른 피의자·피고인의 보호는 자유민주주의의 요청으로서 무조건적이고 무제한적인 실체적 진실주의에 대한 한계로 작용한다고 할 것이다. 적정절차의 원칙에 의한 피의자의 인권보장은 형사절차의 첫 단계인 수사절차에서 특히 중요하다고 할 것이다. 왜냐하면 수사의 밀행성과 합목적성으로 인하여 수사기관의 수사활동 - 예컨대 피의자의 구속, 압수, 수색, 검증, 피의자신문 등 - 이 위법 또는 부당하게 행해질 위험이 다른 어느 단계보다도 크기 때문이다. 수사단계에서의 피의자의 기본적 인권은 변호인의 충분한 조력에 의해 비로소 보장될 수 있으며, 피의자에게 변호인의 조력을 충분히 보장하기 위해서는 원칙적으로 체포된 때부터 수사의 모든 단계에

※ 이 논문은 2004년도 한남대학교 교비연구비 지원에 의하여 작성된 것임.

* 한남대학교 법과대학 법학부 조교수, 법학박사.

걸쳐 변호인이 참여할 수 있어야 한다는 것은 무죄의 추정을 받는 피의자의 지위라는 관점에서 볼 때 당연하다고 할 것이다.

그러나 현행 형사소송법에는 피의자의 신문에 대한 변호인의 참여권을 인정하는 명문의 규정이 없다. 이러한 이유로 변호인의 피의자신문참여권의 인정여부에 관한 논의가 1980년대 중반 이래 지속적으로 진행되어 오다가 2003년 송두율 교수사건에 직면하면서 가속화의 계기가 되었다고 할 수 있다. 더욱이 대법원은 이 사건에서 변호인의 피의자신문참여권을 헌법상의 변호인의 조력을 받을 권리의 내용이라고 판시¹⁾하였다. 이는 대법원이 형사소송법 개정이 이루어지지 않은 상태에서 “헌법적 형사소송”(verfassungsrechtliches Strafprozeß)²⁾의 관점에서 변호인의 피의자신문참여권을 헌법상의 권리로 인정한 것이라고 하겠다. 이에 이어 최근(2004년 8월 30일)에는 법무부가 변호인의 피의자신문참여권을 인정하는 규정을 포함하는 형사소송법 개정안을 발표하기에 이르렀다.

이러한 상황에서 변호인의 피의자신문참여권의 인정여부와 관련하여 현재까지 진행되어온 논의의 현황을 살펴보고, 이를 실제로 특히 입법론적으로 인정할 필요성이 있는지를 분석해보는 것은 중요한 의미를 가진다고 생각된다. 그리고 이 권리가 인정될 필요성이 있다고 할 경우 이를 인정할 수 있는 법적·논리적 정당성은 어디에서 찾아질 수 있는 것인가 역시 간과되어질 수 없는 문제라고 할 것이다. 뿐만 아니라 최근에 입법예고된 법무부의 형사소송법개정안의 변호인의 피의자신문참여권과 관련된 의의와 문제점들을 자세히 살펴보고 이에 대한 입법론을 제시하는 것도 나름대로의 의미가 있다고 하겠다.

1) 대결 2003. 11. 11, 2003도402.

2) 여기서 의미하는 헌법적 형사소송의 개념은, 헌법규정은 형사소송의 재판규범을 형성한다는 점과 형사소송법률의 내용이 공정한 재판 또는 적정절차의 이념에 일치해야 한다는 점을 모두 형사소송 안으로 끌어 들이기 위한 ‘언어의 전략’이라고 할 수 있다. 배중대/이상돈, 형사소송법, 제5판, 홍문사, 2004, 5면 이하.

II. 변호인의 피의자신문참여권의 인정여부

수사기관에 의해 진행되는 피의자의 신문은 한편으로는 피의자의 진술에 의존하여 증거를 획득·수집한다는 점에서 실체적 진실의 발견에 기여하고, 피의자신문을 통하여 피의사건을 명확하게 밝히고 새로운 사실을 조사·평가함으로써 수사기관의 수사활동을 보다 효율적으로 행할 수 있게 한다는 점에서 기능적인 형사사법의 보장을 그 목적으로 한다고 할 수 있다.³⁾ 피의자신문은 다른 한편 구속된 피의자가 자신에게 유리한 사실을 주장할 수 있는 기회를 제공함으로써 피의자의 인권보호에 이바지한다는 의미를 가지기도 한다.⁴⁾ 이러한 의미에서 볼 때 수사절차에서의 피의자신문은 사회를 지키고 일반인의 법익을 보호하기 위한 보호목적과 피의자의 구체적인 기본권을 보장하기 위한 법치국가적 보장목적이라는 과제가 첨예하게 대립하는 영역이라고 할 수 있다.⁵⁾

일반적으로 수사기관의 피의자신문에 의하여 수사의 방향이 결정되고, 피의자의 신문에 의해 획득된 자백이나 진술은 공판절차에서의 중요한 증거자료로 사용되기도 한다.⁶⁾ 이러한 의미에서 수사절차에서 수사기관에 의해 행해지는 피의자에 대한 신문은 공판절차에서 피고인의 유·무죄를 결정하는 데 매우 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다. 사실상 피의자신문은 수사기관에 의하여 자백을 얻기 위한 중요한 수단으로 이용되고 있다는 점에서 피의자의 신문과정은 피의자의 인권을 침해할 가능성이 가장

3) C. Winter, Die Reform der Informationsrechte des Strafverteidigers im Ermittlungsverfahren, Frankfurt a.M. u.a. 1991, S. 77 f.

4) 박미숙, “변호인의 피의자신문참여권”, 「형사정책연구」 제6권 제3호(1995년 가을호), 한국형사정책연구원, 173면 참조.

5) 신현진, 구속된 형사피의자의 인권보장, 고려대학교 석사학위논문, 2001.6., 104면.

6) D. Krause, Einzelfragen zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Strafverfahren, StV 1984, S. 174 f.; J. Welp, Anwesenheitsrechte und Benachrichtigungspflichten, JZ 1980, S. 136 f.

크다고 할 수 있으므로,⁷⁾ 피의자신문에서의 기본적인 과제는 피의자의 자백을 획득하기 위한 자백의 강요로 인한 인권침해의 방지 - 즉, 진술의 임의성에 관한 실질적인 보장 - 라고 할 수 있다.⁸⁾ 따라서 수사기관에 의한 피의자신문이 적법성 및 정당성을 확보하기 위해서는 피의자의 신문시에 피의자가 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리를 실질적으로 인정해야 하지 않을까 하는 문제가 제기된다고 하겠다.

그러나 우리나라의 현행 형사소송법은 제287조 제1항에서 공판절차에서 변호인이 피의자의 신문에 참여하는 권리를 절대적으로 인정하고 있는 반면, 수사절차에서 변호인의 피의자신문참여권을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 이로 인해 이를 해석상 인정할 수 있는지가 문제된다고 할 것이다. 따라서 변호인의 피의자신문참여권의 인정여부에 관한 문제는 현행법의 해석론적 측면과 입법론적 측면에서 각각 고찰해볼 필요가 있다고 하겠다.

1. 우리나라 현행법의 해석론적 측면

가. 변호인의 피의자신문참여권을 인정하는 견해

우리나라의 현행법이 변호인의 피의자신문참여권에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않음에도 불구하고 해석상 이를 긍정할 수 있다는 견해가 있는데, 그 논거를 보면 다음과 같다.

첫째, 우리나라 형사소송법은 제48조 제5항에서 피의자신문조서의 기재의 정확성에 대한 이의신청권을 인정하고 있는데, 바로 이를 근거로 피의자의 신문에 대한 변호인의 참여권을 해석상 인정할 수 있다.⁹⁾

7) 이재상, 형사소송법, 제6판, 박영사, 2003, 211면.

8) 박미숙, 앞의 글, 173면 이하.

둘째, 형사소송법 제34조는 구속피의자에 대한 변호인의 접견교통권을 규정하고 있는데, 이러한 권리가 실질적으로 보장되기 위해서는 원칙적으로 피의자나 변호인이 원하는 경우에는 언제든지 신문중임을 불문하고 변호인의 접견이 이루어질 수 있어야 하고 신문도중이라는 이유로 변호인의 접견을 지연하는 것을 변호인의 접견에 대한 침해로 해석하는 경우에는 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 변호인의 접견교통권의 일부로 인정할 수 있다.¹⁰⁾

셋째, 헌법의 해석에서 볼 때 동법 제12조 제4항에는 변호인의 조력을 받을 권리 그리고 동법 동조 제5항에는 이러한 권리를 고지 받을 권리가 규정되어 있는 점으로 보아 체포·구속된 피의자에게 가장 중요한 시기라고 볼 수 있는 수사기관에 의한 피의자신문시에 변호인의 참여가 인정되지 않는다면 위의 헌법규정은 그의 실질적인 의미를 상실하게 된다.¹¹⁾

나. 변호인의 피의자신문참여권을 부정하는 견해

현행법상 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 인정할 수 없다는 견해 더 있는데, 그 논거는 다음과 같다.

첫째, 헌법상 포괄적이고 추상적인 의미를 지닌 권리는 하위법률의 입법에 의해 비로소 구체적으로 현실화된다고 할 수 있다. 따라서 헌법 제12조 제4항만을 근거로 형사소송법상 아무런 명문의 규정도 없는 변호인의 피의자신문참여권을 인정하는 것은 입법권이 없는 사법기관이 새로운 권리를 창설하는 구체적인 입법행위를 한 것이라고 할 수 있으므로 헌법상

9) 신동운, 형사소송법 I, 개정판, 법문사, 1996, 386면.

10) 주명수, “변호인접견교통권”, 「인권보고서」 제4집, 대한변호사협회, 1990, 328면, 338면.

11) 신성철, “피고인의 방어권행사에 있어서의 절차상 문제점”, 「형사법에 관한 제문제(상)」(법원행정처 재판자료 제49집), 법원행정처, 1990, 195면.

인정되고 있는 삼권분립의 정신과 충돌한다고 할 수 있다.¹²⁾

둘째, 현행법상 구속기간이 경찰구속 10일, 검찰구속 10일 내지 20일로 제한되어 있는 상황에서 볼 때 변호인이 구속기간동안 계속 입회하는 것은 현실적으로 매우 곤란하다.¹³⁾

셋째, 현행법의 규정으로 미루어 보아 수사비밀을 유지할 필요가 있다는 점과 형사소송법 제243조가 피의자신문시 참여할 수 있는 자로 변호인을 포함시키지 않고 있다는 점으로 볼 때 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 인정할 수 없다.¹⁴⁾

넷째, 형사소송법 제312조가 수사기관에 의해 작성된 피의자신문조서에 대하여 증거능력이나 증명력을 제한하는 것은 법원이나 법관의 면전조서와는 달리 제3자의 입장에서 작성된 것이 아니라는 이유로 신용성이 결여될 가능성이 있음을 고려한 것이다. 따라서 형사소송법상 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 절대적 증거능력을 인정하지 아니하고 신용성을 보장할 만한 일정한 요건 하에서만 증거능력을 인정한 것 자체가 피의자신문시 변호인의 참여권이 인정되지 않는다는 전제 하에 도입된 증거법의 원리라고 할 수 있다.¹⁵⁾ 이에 의하면 만일 수사기관이 피의자를 신문할

12) 이에 대해서는 오세인, “변호인의 피의자신문참여 문제에 대한 고찰”, 「형평과 정의」, 대구지방법변호사회, 1999.12, 82면 참조. 그러나 기본권에 대한 현대적 해석론에 따르면 자유권적 기본권의 하나인 변호인의 조력을 받을 권리 및 접견교통권은 구체적인 입법이 없이도 개인이 자신을 위하여 국가의 일정한 행위나 부작위를 요구할 수 있는 현실적 권리로서 모든 국가권력을 직접 구속하는 주관적 공권이다(권영성, 헌법학원론, 법문사, 2000, 273면 참조). 이에 따르면 헌법 제12조 제4항에서도 피의자신문에 대한 변호인의 참여권은 얼마든지 도출될 수 있다고 하겠다.

13) 이에 대해서는 신현진, 앞의 논문, 115면 참조.

14) 이에 대해서는 이재상/박미숙, 수사절차상 피의자의 변호권에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994, 107면 참조.

15) 이에 대해서는 오세인, 앞의 글, 84면 참조. 그러나 수사기관의 피의자신문에 대한 변호인의 참여권이 인정된 상태에서의 변호인의 접견교통권은 법원으로서도 신용성의 정황적 보장을 자유심증에 의해 폭넓게 인정할 여지가 있으므로 오히려 내용만 부인하면 증거능력이 부정되는 경찰단계의 피의자신문조서에 대해서도 그 증거능력을 인정하는 것은 그리 어렵지 않을 것이다. 왜냐하면 만일 변호인이 피의자신문에 참여한 상태에서 조서가 작성되었다면, 법정에서 그 서명날인이나 내용을 부인하는 경우는 거의 발

때 변호인의 참여를 전면적이고 무제한적으로 인정한다면 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 신용성이 결여될 가능성이 없으므로 이 조서의 증거능력을 제한할 필요 없이 이를 절대적으로 인정하는 것이 논리적이다.

다. 판례의 입장

2003년 언론매체에 의해 일반인의 시각이 집중되었던 송두율 교수의 국가보안법 위반사건에서 구속된 송두율 교수의 변호인단은 서울지방법원에 변호인의 참여를 허용하지 아니한 검찰의 처분을 취소해달라는 준항고를 청구하였다. 서울지법 형사32단독의 전우진 판사는 2003년 10월 31일 이에 대하여 피고인의 신문과정에 변호인이 참여하는 권리는 헌법상 규정된 변호인의 조력을 받을 권리에 포함되며, 변호인의 피의자신문참여권의 여부에 관한 법률이 없는 상태에서 이 권리를 제한하는 것은 위법하다고 결정하였다.¹⁶⁾ 검찰은 대법원에 서울지방법원의 이러한 결정에 대한 즉시항고를 청구하였다. 그러나 대법원은 2003년 11월 11일 피의자신문시 변호인의 참여권을 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용이라고 판시하여 검찰의 즉시항고를 기각하는 결정을 내림으로써 이 권리를 “헌법적 형사소송”의 관점에서 헌법상의 권리로 인정하였다.¹⁷⁾

송두율 교수사건과 관련된 대법원 결정문의 해당부분을 자세히 보면 다음과 같다.

“헌행법상 신체구속을 당한 사람과 변호인 사이의 접견교통권을 제한하는 규정은 마련되어 있지 아니하므로 신체구속을 당한 사람은 수사기관으로부터 피의자신문을 받는 도중에라도 언제든지 변호인과 접견교통하는

생하지 않을 것이기 때문이다(황윤상, 형사소송법상 변호인의 접견교통권에 대한 연구, 성균관대학교 석사학위논문, 2001.10., 92면 각주 175) 참조).

16) 서울지방법원결정 2003.10.31, 2003초기2787.

17) 대결 2003.11.11, 2003로402.

것이 보장되고 허용되어야 할 것이고, 이를 제한하거나 거부하는 것은 신체구속을 당한 사람의 변호인과의 접견교통권을 제한하는 것으로서 위법임을 면치 못한다고 할 것이다. 형사소송법이 아직은 구금된 피의자의 피의자신문에 변호인이 참여할 수 있다는 명문규정을 두고 있지는 아니하지만, 위와 같은 내용의 접견교통권이 헌법과 법률에 의하여 보장되고 있을 뿐 아니라 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법규정에 비추어, 구금된 피의자는 형사소송법의 위 규정을 유추·적용하여 피의자신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 하고, 이렇게 해석하는 것은 인신구속과 처벌에 관하여 ‘적법절차주의’를 선언한 헌법정신에도 부합한다고 할 것이다.”¹⁸⁾

대법원의 이러한 결정은 변호인의 피의자신문참여권이 헌법에 보장되어 있는 변호인의 조력을 받을 권리의 내용에 포함된다는 “헌법적 형사소송”적 해석론의 모범을 보여주었다는 점에서 획기적인 의미를 가진다고 할 수 있다. 이 결정은 법률의 미비에도 불구하고 형사절차는 헌법정신을 충실히 구현하는 방향으로 해석·운영되어야 한다는 것을 분명하게 밝혔고, 기본권의 보장을 위하여 법해석의 철학적 기초를 “인간과 시민의 제 권리에 대한 선언” 제5조(“법에 의하여 금지되지 않은 것은 어떤 일이라도 방해되지 않는다”)의 정신에 두었다고 할 수 있다.¹⁹⁾ 그밖에도 대법원의 이러한 결정은 피의자의 변호인참여에 대한 요청이 거부된 상태에서 획득한 자백의 증거능력을 부정할 수 있는 중요한 근거를 제공하였다고 할 것이다. 따라서 대법원의 이번 결정은 피의자신문시 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않은 상태에서 얻은 자백의 증거능력을 부정한다고 판시한 대법원의 1992년 6월 23일 판결²⁰⁾과 더불어 미국연방대법원에 의해 확립된

18) 대결 2003.11.11, 2003도402.

19) 조국, “피의자신문시 변호인참여권 소고”, 「형사정책연구」 제14권 제4호(2003년 겨울호), 한국형사정책연구원, 188면 이하.

“Miranda법칙”²¹⁾을 도입한 것이라고 평가할 수 있다.

2. 입법론적 측면

현행법의 해석과는 별개로 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 입법론적으로 도입할 필요성이 있는지에 대해서는 견해가 대립하고 있다.

가. 입법론²²⁾으로서 변호인의 피의자신문참여권을 인정하자는 견해

변호인의 피의자신문참여권을 입법론적인 측면에서 인정할 필요가 있다고 주장하는 견해가 제시하는 논거들은 다음과 같다.

첫째, 수사기관에서 작성한 피의자신문조서의 기재내용은 그 이후의 형사절차의 진행에 대하여 실질적으로 중요한 영향을 미친다는 점에 비추어 볼 때 이에 대한 변호인의 도움을 부정할 이유가 없으므로 수사기관의 피의자신문에 대하여 변호인의 참여권을 인정하는 것은 피의자의 인권보장과 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 신빙성을 담보하는 보장책이라고 할 수 있다.²³⁾ 따라서 수사기관에 의해 진행되는 피의자신문절차의 공정성과 피의자가 한 진술의 임의성을 보장하기 위해서는 변호인의 피의자신문참여권을 인정하는 것이 입법론적으로 타당하다고 할 것이다.²⁴⁾

20) 대판 1992.6.23, 92도682.

21) 이 법칙은 개인이 구금되거나 어떤 중요한 방법으로 국가기관에 의해 자유가 박탈되어 신문을 받는 경우에는 미국연방헌법 수정 제5조의 ‘자기부죄거부특권’이 침해된 것이고, 구금중 신문동안에 피의자가 변호인의 도움을 받지 못하는 경우에는 경찰의 신문중에 내재하는 강요를 일소하는 데 적절한 보호장치가 사용되었다고 보기 어려우므로 경찰의 구금중 피의자신문에 의해 획득된 모든 자백의 사용을 금지한다고 판시한 미국연방대법원의 1966년 *Miranda v. Arizona* 판결(384 U.S. 694(1966))에 의해 확립된 이론이다.

22) 변호인의 피의자신문참여권을 입법화해야 하는 이유에 대한 자세한 내용은 신현진, 앞의 논문, 116면 이하 참조.

23) 백형구, “피의자신문과 변호인의 참여권”, 「사법행정」, 1986.2., 7면 참조.

둘째, 수사기관의 신문은 법정에서의 신문에 못지않게 형사재판에 중대한 영향을 미치기 때문에 피의자가 수사기관의 신문시에 변호인의 도움을 받지 못한다면 사실상 변호인의 도움이 없는 것과 같으므로 입법론상 변호인의 피의자신문참여권을 인정하는 것이 필요하다.²⁵⁾

셋째, 수사기관에 의한 피의자신문에 변호인의 참여권을 인정할 경우 헌법상 보장되어 있는 피의자의 방어권이 실질적으로 보장될 수 있고, 궁극적으로 형사소송의 이념인 적정절차의 원칙에 충실한 절차가 이루어질 수 있으며, 헌법 제12조 제7항에 따라 피의자의 자백이 불법한 수사기관의 수사활동에 의해 획득될 수 있는 기회를 차단할 수 있게 될 것이므로 입법론상 이를 인정할 필요가 있다.²⁶⁾

넷째, 변호인의 피의자신문참여권은 피의자가 수사절차에서 단순한 객체가 되어서는 안 되며, 오히려 무기평등의 원칙에 따른 피의자의 소송상의 주체로서의 지위를 보장하기 위한 중요한 권리로 피의자의 보호를 위해서 중요한 의미를 가지므로 입법론적인 측면에서 이를 인정하는 것은 타당하다.²⁷⁾

다섯째, 비공개적인 수사절차는 피의자의 인권을 침해할 가능성이 높기 때문에 변호인의 입장에서 볼 때 변호인이 수사기관의 수사행위에 참여할 수 있게 된다면 이로 인해 변호인은 수사기관의 수사권남용 여부에 대한 직접적인 통제가 가능하다고 할 수 있다는 점에서 변호인의 피의자신문참여권의 인정은 입법론상 의미가 있다고 하겠다.²⁸⁾

여섯째, 현행법상 장기간의 구속기간으로 미루어 보아 수사기관에 의하여 구속중인 피의자에게 변호권을 보장하는 것은 피의자에 대한 인권침해

24) 이재상/박미숙, 앞의 책, 108면 참조.

25) 이재상, 앞의 책, 137면 이하.

26) C. Winter, a.a.O., S. 76 참조.

27) J. Welp, a.a.O., S. 136.

28) M. Weihrauch, Verteidiger im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl., 1985, S. 103 참조.

의 가능성을 미연에 방지할 수 있을 뿐만 아니라 오히려 실체적 진실의 발견에 도움이 된다고 할 수 있으므로, 변호인의 피의자신문참여권의 인정은 수사절차에서 피의자의 인권을 근본적으로 보장할 수 있는 가장 현실적인 방법으로서 입법론상 타당하다고 할 것이다.²⁹⁾

나. 변호인의 피의자신문참여권의 입법론적 도입을 부정하는 견해와 이에 대한 비판

피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 입법론적으로 인정하려는 견해와는 달리 이에 반대하는 견해의 논거는 다음과 같다.

첫째, 수사단계에서의 피의자의 신문에 변호인의 참여권을 보장하게 되면 수사의 기밀은 도저히 유지될 수 없고 사건관계인들의 명예·사생활의 비밀 등도 보장될 수 없을 것이다. 왜냐하면 수사기관의 피의자신문에 참여한 변호인을 통해 수사내용이나 증거수집경위 또는 그 내용 등의 수사 기밀이 외부로 유출되어 공범자나 기타 사건관계인들이 피해자나 참고인에 대하여 허위진술의 유도, 증거조작과 은닉 등의 행위를 할 수 있을 뿐만 아니라 변호인이 피의자나 사건관계인들의 진술내용을 유출하여 보도하게 함으로써 수사나 재판에 부당한 영향을 미쳐 실체적 진실을 호도할 수 있는 가능성이 있기 때문이다.³⁰⁾ 특히 조직폭력·뇌물·마약·공안사건 등과 같이 공범자가 여러 명이거나 수사의 기밀이 요구되는 사안에서는 수사내용이나 수집된 증거 등이 노출되어 공범의 검거를 어렵게 하거나 사건 전체의 실체적 진실의 발견을 곤란하게 할 것이다.³¹⁾

29) 이에 대해서는 박미숙, 앞의 글, 197면 참조.

30) 예컨대 성범죄나 명예훼손사건, 개인의 인격이나 명예와 관련된 사건에서는 수사내용이 노출되어 사건관계인들의 사생활의 비밀이나 명예 등이 침해될 가능성이 매우 높다고 할 것이다. 오세인, 앞의 글, 88면.

31) 이에 대해서는 국회사무처 예산정책국, 2002년도 국정감사자료집(Ⅱ), 2002, 249면; 오세인, 앞의 글, 88면 참조.

둘째, 만일 변호인의 피의자신문참여권이 보장된다는 전제 하에서 피의자가 변호인의 참여 하에 수사기관의 신문을 받으려면 사선변호인을 선임할 수밖에 없는데, 이는 변호인의 피의자신문참여권이 사선변호인을 선임할 능력이 없는 자의 경우에는 변호인의 참여 하에 신문을 받을 길이 없게 되어 매우 불공평하고 법의 정의관념에도 반하게 될 것이다. 따라서 이러한 상황에서의 변호인의 피의자신문참여권의 보장은 형사사법의 형평성에 대한 이의를 야기시켜 결국 형사사법 전반에 대한 불신을 초래할 위험성이 매우 높다고 할 것이다.³²⁾

셋째, 변호인의 피의자신문참여권을 보장하게 되면 수사기관의 입장에서 제한된 구속기간 내에 피의자의 자백을 받아 내거나 수사를 종료하기가 어려워지기 때문에³³⁾ 피의자 또는 변호인 측이 신문지연전술을 사용하거나 신문중에 수사기관과 피의자 또는 변호인이 사사건건 충돌하여 신문이 원만히 진행되지 않을 경우 수사기관이 위의 제한된 구속기간 내에 수사를 종료하여 기소 또는 석방여부를 결정하는 것은 매우 어려워질 것이다. 이로 인해 결국 수사기관의 수사활동의 합목적성이 침해될 수 있으므로 변호인의 피의자신문참여권의 보장은 부정되어야 할 것이다.³⁴⁾

그러나 이러한 논거들은 설득력을 얻기 어렵다고 생각된다. 먼저 첫 번째의 논거에서 변호인의 피의자신문참여권의 인정으로 인한 수사기밀유지의 곤란은 당사자간의 실질적인 무기평등을 위해 어느 정도 감수되어야 하는 것이고, 현행 헌법이 변호인의 접견교통권을 절대적으로 인정하고 있어 변호인이 피의자의 신문에 참여하지 않았다고 하더라도 즉시 피의자와의 접견에 의해 피의자신문의 과정과 결과를 충분히 알 수 있게 되므로³⁵⁾

32) 이에 대해서는 오세인, 앞의 글, 86면 참조.

33) P. G. Krattinger, Die Strafverteidigung im Vorverfahren im deutschen, französischen und englischen Strafprozeß und ihre Reform, 1964, S. 316 f. 참조.

34) 이에 대해서는 박미숙, 앞의 글, 197면 이하 참조.

35) 국회사무처 예산정책국, 앞의 책, 249면 참조.

변호인의 피의자신문참여권을 부정하는 이유로는 부적절하다고 하겠다. 또한 변호인의 피의자신문참여권을 인정하자는 것은 피의자신문시에 한정되는 것이고 수사기록 전부를 사전에 열람하거나 등사하자는 것이 아니므로 기밀누설의 방지를 이유로 변호인의 피의자신문참여권을 부정하려는 견해는 설득력이 약하다고 할 것이다. 그리고 보호자의 지위를 가지는 변호인의 피의자에 대한 비밀유지의무를 인정하고 있다는 점에서 변호인이 피의자의 신문에 참여하는 것으로 인해 피의자에 대한 명예훼손이나 사생활의 침해가 야기될 소지는 또한 적다고 할 수 있다.³⁶⁾ 더욱이 수사기관은 오히려 강압적인 수사에 의해 피의자의 거짓자백을 받아내는 경우가 비일비재하므로 피의자신문에 대한 변호인의 참여가 실체적 진실의 발견에 도움이 된다고 하겠다.³⁷⁾ 부연하자면, 수사기밀누설은 기본권침해의 논란이 있는 변호인의 피의자신문참여권의 부인에 의해서가 아니라, 오히려 수사 방해나 수사기밀누설 등의 문제가 발생하지 않도록 하는 법적·제도적 보완 장치의 마련에 의해서 효과적으로 방지될 수 있는 것이다.

두 번째의 논거에 대해서는 현재 피고인과 구속적부심사를 청구한 피의자에 대해서만 인정되고 있는 국선변호제도를 수사초기단계에 있는 피의자에게까지 확대하고, 더 나아가 무자력 피의자를 위한 ‘형사법률구조’체제를 확립하는 방안³⁸⁾으로 충분히 반박할 수 있다. 국선변호제도가 피의자에게까지 대폭 확대되고 무자력 피의자를 위한 형사법률구조체제가 확립되면 무자력 피의자의 경우에도 국선변호를 신청할 수 있게 될 뿐만 아니라 공설변호인의 변호를 받을 수 있게 되어 변호인의 피의자신문참여권을 인정할 경우 경제적 능력이 있는 자만이 이 권리를 향유할 수 있다는 사법의 형평성문제는 해결될 수 있다고 할 것이다.³⁹⁾

36) 황윤상, 앞의 논문, 92면.

37) 신현진, 앞의 논문, 116면 이하 참조.

38) 조국, 앞의 글, 196면 이하.

39) 황윤상, 앞의 논문, 93면 참조.

마지막으로 세 번째의 주장에 대해서는, 변호인측이 신문지연전술을 구사하는 것은 변호권의 남용이자 한계에 속하는 사항으로서 엄격한 법적 규제를 통해 해결될 수 있으며, 이 경우에도 공판정에서 사실상 중요한 증거로 사용되는 피의자신문조서를 작성하는 때만이라도 변호인의 참여를 인정해야 할 것이다.⁴⁰⁾

3. 소 결

이미 언급한 바와 같이 수사기관에 의한 피의자신문은 사실상 수사절차의 초기단계로서 이를 통해 피의자의 자백을 획득하거나 다른 다양한 수사의 목적을 달성하는 데 유용한 수단이 된다고 하겠다. 피의자신문에 의해 획득된 피의자의 자백이나 진술은 범죄해명 및 피의자의 유죄를 입증하는데 결정적인 의미를 가지므로 형사절차 중 수사기관의 피의자신문절차만큼 논쟁이 심한 절차가 없다고 할 정도로 수사기관의 피의자신문단계는 오늘날의 헌법과 형사소송에서 매우 중요한 의미를 가진다고 할 것이다.

이렇게 볼 때 현행법상 변호인의 피의자신문참여권에 관한 명문의 규정이 없다고 할지라도 형사소송법 제48조 제5항에 의거하여 이를 인정하지 못할 바는 아니지만, 이는 변호인의 조서기재의 정확성에 대한 이의제기권과 피의자신문참여권의 구별을 고의적으로 간과하는 해석이라는 비판을 면키 어렵다고 할 것이다. 뿐만 아니라 이러한 해석론적 해결은 변호인의 피의자신문참여권의 인정여부에 관한 논쟁을 불식시킬 수 없는 미봉책에 불과하다고 할 것이다. 따라서 증거확보를 위한 피의자신문절차의 중요성을 감안하여 수사기관에 의한 피의자신문단계에서 공정한 절차를 보장하기 위한 법률적·제도적 장치를 마련하는 것이 매우 시급한 과제라고 할 수 있다. 이러한 관점에서 수사기관의 피의자신문에 대하여 변호인의 참여

40) 황윤상, 앞의 논문, 92면.

권을 명문으로 입법화하여 해석상 논란의 여지를 없애는 것이 가장 바람직하다고 할 것이다.⁴¹⁾

입법론적 측면에서도 변호인의 피의자신문참여권의 도입을 반대하는 견해가 있는데, 이러한 견해의 핵심은 변호인의 이러한 권리를 인정하게 되면 피의자신문절차가 복잡해지고 피의자로부터 자백을 얻어내기가 어려워질 것이라는 데 있다. 그러나 이는 수사기관의 이익을 피의자의 보호보다 우월하게 이해하는 수사편의주의적인 주장에 불과하다고 할 것이다. 따라서 피의자의 인권을 보장하고, 피의자신문조서의 내용의 진정성립과 자백의 신빙성을 담보하기 위해서는 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리와 변호인의 접견교통권에 근거하고 있는 수사기관의 피의자신문에 대한 변호인의 참여권이 입법적으로 인정되어야 할 것이다. 이러한 점에서 볼 때 비록 수사기관의 피의자신문에 변호인의 참여권을 인정함으로써 수사에 지장을 초래한다고 하더라도, 이는 수사의 민주화·피의자신문에서의 형사소송의 이념인 적정절차의 보장을 위해서는 기꺼이 감수되어야 하는 것이라고 생각된다.⁴²⁾

III. 변호인의 피의자신문참여권의 인정필요성

변호인의 피의자신문참여권은 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받

41) 김일수, “헌행변호인제도의 문제점”, 「대한변호사협회지」(1985.11/12), 대한변호사협회, 37면; 박미숙, 앞의 글, 196면; 신현진, 앞의 논문, 104면, 117면; 이재상, 앞의 책, 138면; 이재상/박미숙, 앞의 책, 108면; 황윤상, 앞의 논문, 93면.

42) 박미숙, 앞의 글, 199면; 신현진, 앞의 논문, 119면; 이재상/박미숙, 앞의 책, 109면. 수사기관의 피의자신문에 대하여 변호인의 참여권을 인정하는 경우에도 여기에는 시간적·재정적 문제점들이 없지 않기 때문에 변호인은 개별적인 사건에 따라 절차의 중요성과 구체적인 조사결과에 기초하여 그 참여여부를 결정할 수도 있을 것이다. M. Weihrauch, a.a.O., S. 105 참조.

을 권리, 구체적으로는 변호인의 접견교통권의 절대적 보장에서 도출될 수 있는 접견교통권의 일부로서 인정될 수 있다. 이처럼 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 인정할 수 있다면, 실제로도 이를 인정할 필요성이 존재하는가를 살펴보는 것 역시 중요하다고 할 것이다.

변호인의 피의자신문참여권이 인정되는 경우 한편으로는 수사과정에서 빈번하게 발생하고 있는 가혹행위·자백유도 등과 같은 불법·부당한 행위를 원천적으로 방지할 수 있고, 다른 한편으로는 무기평등의 원칙에 따른 피의자의 소송상의 지위를 실질적으로 보장할 수 있게 되어⁴³⁾ 피의자의 방어능력을 획기적으로 향상시킬 수 있는 장점이 있다.⁴⁴⁾

변호인이 수사기관의 피의자신문시에 참여할 수 있다면, 변호인은 수사기관이 피의자신문과 관련하여 적정절차를 준수하는지를 감시할 수 있게 되고,⁴⁵⁾ 더 나아가 피의자의 답변을 보충하여 줌으로써 피의자의 실질적인 방어권 행사를 가능하게 할 수 있을 것이다.

특히 현행 형사소송법은 제312조 제1항에서 검사가 작성한 피의자신문조서에 증거능력을 매우 크게 인정하고 있는 실정이다. 따라서 피의자신문조서가 변호인의 조력이 없이 검사의 위압적인 분위기에서 제대로 진술하지 못한 채 작성되었다고 하더라도 그 증거능력이 그대로 인정받게 되고, 추후에 공판정에서 진실을 밝히더라도 번복되기 어렵기 때문에 피의자의 인권보호차원에서 변호인의 피의자신문참여권이 인정될 필요가 있는 것이다.⁴⁶⁾ 뿐만 아니라 이를 통해 고문·강압 등에 의한 수사기관의 불법수사를 근절할 수 있는 효과가 발생하는 장점이 있다.

결국 크게 보아 형사소송의 이념이라고 할 수 있는 헌법상 인정되어 있는 ‘적정절차의 원칙’과 피의자의 인권을 보호하는 수사활동의 민주화를

43) 황윤상, 앞의 논문, 116면; J. Welp, a.a.O., S. 136.

44) 국회사무처 예산정책국, 앞의 책, 248면 참조.

45) 박미숙, 앞의 글, 196면, 198면 참조.

46) 국회사무처 예산정책국, 앞의 책, 248면 이하 참조.

위해서 변호인이 수사기관의 피의자신문에 참여하는 권리를 인정할 필요가 있다고 하겠다.

IV. 변호인의 피의자신문참여권의 정당성

수사기관의 피의자신문에 변호인이 참여할 권리는 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리와 구체적으로는 변호인의 접견교통권의 무제한의 보장에서 그 입법의 정당성을 얻는다고 하겠다.

1. 헌법상의 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리

수사기관에 의한 피의자의 신체구속은 피의자에게 심리적 공허상태를 초래하고, 수사기관은 이를 이용하여 피의자의 자백을 유도하기 위해 노력하게 된다. 여기에서 자유민주주의의 요청인 동시에 실질적 법치주의의 근간인 우리나라 헌법의 요청이기도 한 “적정절차의 원칙”(헌법 제12조 제1항)에 의한 피의자의 기본적 인권의 보장⁴⁷⁾이 필요하게 된다. 적정절차의 원칙의 보장이라는 헌법의 이념에서 피의자의 인권보장과 관련하여 가장 중요한 논점이 되는 것이 바로 “변호인의 조력을 받을 권리”이다. 이에 따라 우리나라 헌법은 제12조 제4항과 제5항에서 “변호인의 조력을 받을 권리”⁴⁸⁾와 이를 “고지 받을 권리”를 규정하고 있다.

47) 이는 형사절차에서의 무제한적인 실체적 진실발견에 대한 한계라고 할 수 있다. 따라서 피의자·피고인의 기본권보장을 형사절차상의 최우선과제로 설정할 경우 적정절차의 원칙과 실체적 진실발견이 서로 대립하면 전자를 우선시켜야 한다. 이상욱, 피의자의 인권보장에 관한 연구, 경기대학교 통일안보전문대학원 석사학위논문, 2001.12., 14면 이하 참조.

48) 이 권리는 “시민적·정치적 권리에 대한 국제규약”(International Covenant on Civil and Political Rights) 제14조에도 매우 상세히 규정되어 있다.

공정한 재판의 원칙, 비례성의 원칙과 피의자·피고인보호의 원칙을 내용으로 하는 적정절차의 원칙은 피의자·피고인의 방어권이 보장되고, 무기평등(Waffen-gleichheit)의 원칙과 무죄추정(Unschuldzumutung)의 원칙이 실현될 것을 요구한다. 피의자의 방어권을 실질적으로 보장하기 위한 전제가 되는 것이 무기평등의 원칙이다. 실제로 대부분의 경우 법률문외한인 피의자는 수사기관이나 법원에 비하여 그의 지위가 열등하기 때문에 상대적으로 우월한 지위에 있는 수사기관은 실체적 진실의 발견을 위하여 종종 피의자의 거짓자백의 위험성을 증가시키는 불법적 수사활동을 하게 된다. 무기평등의 원칙이 그의 형사절차상의 주체적 지위의 보장을 위한 기본원칙으로서 중요한 의미를 가지는 이유가 바로 여기에 있다고 할 것이다. 실질적 무기평등의 의미에서 피의자에게 형사절차에 참여할 수 있는 동등한 지위를 부여하는 것이 변호인의 조력을 받을 권리이다. 이러한 변호인의 조력을 받을 권리는 수사기관에 대하여 피의자에게 독립한 주체적 지위를 보장해줄 뿐만 아니라 효과적인 변호권을 보장해줌으로써 형사절차의 진행과 결과에 영향을 미치게 한다.⁴⁹⁾

우리나라 헌법 제27조 제4항과 형사소송법 제275조의 2는 “무죄추정의 원칙”을 명문으로 규정하고 있다. 무죄추정의 원칙은 언제나 불리한 위치에 놓여 인권이 침해되기 쉬운 피의자·피고인의 지위를 옹호하여 형사절차에서 그들의 불이익을 필요최소한도에 그치게 하자는 것으로서 인간의 존엄과 가치를 궁극적인 목표로 하고 있는 헌법의 법치국가이념에 근거하고 있다.⁵⁰⁾ 무죄추정의 원칙을 보장받는 피의자는 그 스스로 증거를 수집

49) 황윤상, 앞의 논문, 14면.

50) 무죄추정의 원칙은 구체적으로 다음과 같은 내용을 가진다. ① 법원은 이 원칙에 따라 증거에 의하여 합리적 의심이 없을 정도로 강하게 피고인의 범죄사실에 대한 심증을 형성하여야 하며, 의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게 판결을 하여야 하고, 이 때 피고인은 자신의 무죄를 적극적으로 주장·입증할 필요가 없으므로 침묵하여도 문제되지 않는다. ② 법원과 검사는 유죄의 판결이 확정될 때까지는 피의자·피고인을 범인으로 예단하거나 불이익하게 처우해서는 안 되며, 가능한 한 일반인과 동등하게 인간

하거나 변호할 능력이 없는 자들이다. 이러한 피의자를 변호하기 위해서 변호인에게는 가능한 한 형사절차의 초기단계에서부터 변호의 기회가 주어져야 할 것이다. 무죄추정의 원칙과 관련하여 변호인의 역할은 수사기관의 압력을 배제하여 피의자에 대한 충격을 약화시킴으로써 신체구속 등에서 오는 피의자의 심리상태를 안정시키고 피의자의 제 권리행사를 실효화시켜야 하며, 다른 한편으로는 밀행적 수사활동에서 발생하기 쉬운 위법한 수사활동을 감시하고 후일 그 위법을 다룰 수 있도록 준비하는 데 중요한 의미를 가진다고 할 것이다.⁵¹⁾ 이를 위하여 변호인은 피의자의 무죄를 위한 증거 또는 피의자의 석방을 위한 증거를 제출할 수 있도록 해야 하며, 동시에 변호인에게는 피의자가 확정판결을 받기까지 무죄로 취급되는지의 여부에 대하여 형사절차를 감시할 의무가 있다. 이러한 무죄추정의 원칙은 수사기관에 의한 피의자신문에서부터 법원에 의한 판결이전까지 지속적으로 보장되어야 할 것이다. 이처럼 무죄추정을 받고 있는 피의자에 대하여 신체구속의 상황에서 발생하는 여러 가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되지 않도록 보장하기 위하여 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있는 것이다.⁵²⁾

2. 변호인의 접견교통권

위에서 언급한 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적인 내용을 이루는 것이 변호인의 접견교통권이다.

의 존엄과 가치를 보장하도록 해야 한다. ③ 피고인이 유죄판결이 확정되기 전까지는 유죄판결에 수반되는 사회적·윤리적 비난을 피고인에게 가할 수 없다. ④ 소송경제적인 측면에서 볼 때 한편으로는 피고인을 공판단계에서 무죄 석방하는 데 소요되는 절차의 비용뿐만 아니라 다른 한편으로는 피고인의 변호를 위한 필요부담을 감소시킨다.

51) 우상욱, 앞의 논문, 25면.

52) 헌재결 1992.1.28, 91헌마111; 황윤상, 앞의 논문, 14면 이하.

접견교통권은 구속된 피의자·피고인의 소송법상의 권리인 동시에 변호인의 소송법상의 권리라는 쌍면적인 권리인 점에 특색이 있다고 할 것이다. 신체구속으로 인하여 신체활동의 자유가 제한당한 피의자·피고인은 변호인 등과의 접견교통을 통해 수사절차 또는 공판절차에서 방어준비를 할 수 있으므로 이들의 방어준비를 위한 필수적 요청이라고 할 수 있다. 또한 접견교통권은 피의자·피고인의 구속으로 인한 정신적·육체적 고통을 최소한도로 감소시키는 역할을 한다. 다시 말해서 변호인은 접견을 통하여 구속된 피의자·피고인의 상태를 파악하여 그에 따른 적절한 대응책을 강구하고, 피의사실이나 공소사실의 의미를 설명해주고 그에 관한 피의자·피고인의 의견을 듣고 대책을 의논하며, 그들의 진술방법·정도·시기·내용 등에 대하여 변호인으로서의 의견을 말하고 지도도 하고, 진술거부권이나 서명날인거부권의 중요성과 유효적절한 행사방법을 가르치고 그것들의 유효적절한 행사에 의하여 억울한 죄를 면할 수 있다는 것을 인식시켜야 한다.⁵³⁾ 이러한 점에서 접견교통권은 구속된 피의자·피고인을 위한 인권보장적 제도로써 특히 방어권의 보장을 위한 권리라고 할 수 있다. 누구든지 체포·구금을 당할 때에는 변호인의 조력을 받을 권리가 헌법에 의해 보장되어 있으므로 이의 핵심적인 내용을 형성하는 접견교통권 역시 헌법상의 기본권이라고 할 수 있다. 이러한 접견교통권 또한 무죄추정의 원칙에 근거를 두고 있다고 할 것이다.

그리고 구속된 피의자·피고인의 변호인과의 접견교통권은 문자 그대로 “절대적으로” 그리고 “충분히” 보장되므로⁵⁴⁾ 이를 제한하는 어떠한 법률규정도 없으며, 이 권리는 법원의 결정에 의해서도 제한될 수 없다고 하겠다.⁵⁵⁾ 변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 자에게 보장된 변호

53) 헌재결 1992.1.28, 91헌마111.

54) 헌재결 1992.1.28, 91헌마111; 1995.7.21, 92헌마144.

55) 대결 1990.2.13, 89모37; 1991.3.28, 91모24.

인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이어서 국가안전보장·질서유지·공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 없는 것이다. 이처럼 변호인의 접견교통권을 절대적으로 보장하고 있는 우리나라의 판례는 계속적으로 견지되어야 한다. 왜냐하면 우리사회에서 변호인과의 접견교통권에 대한 침해관행이 여전히 존재하고 있으며, 현행 형사소송법이 피의자에 대한 국선변호권·증거개시권·신문참여권 등을 보장하고 있지 않은 상황이 계속되고 있기 때문이다.⁵⁶⁾

그러나 이처럼 선구적인 우리나라 판례의 태도와는 달리 수사실무에서는 여전히 여러 가지 방식으로 변호인의 접견교통권을 침해하고 있는 실정이다. 예컨대 구속피의자·피고인을 구금장소로부터 계속 소환하여 접견교통을 방해하거나 접견신청이 있었으나 행정적 이유로 거부하거나 피의자가 변호인의 접견을 신청하였으나 변호인을 만나지 말 것을 종용하거나 수사상의 이유로 접견의 시간과 장소를 지정하거나 구금장소를 임의적으로 변경하거나 접견장소로 비밀보장이 되지 않는 장소를 제공하는 것 등이다. 이러한 침해행위는 피의자·피고인의 헌법상의 권리를 행해화하는 중대한 불법행위로 이를 통해 획득한 자백은 그 증거능력이 반드시 부정되어야 한다. 즉, 검사에 의하여 피의자에 대한 변호인의 접견이 부당하게 제한되고 있는 동안에 검사가 작성한 피의자신문조서는 그 증거능력이 없다고 하여야 한다.⁵⁷⁾ 왜냐하면 변호인의 접견교통권의 침해는 바로 피의자·피고인의 방어권에 대한 중대한 침해이고 민주주의 형사사법체계 자체의 근간을 흔드는 것이기 때문이다.⁵⁸⁾

56) 조국, 앞의 글, 185면.

57) 대판 1990.8.24. 90도1285.

58) 조국, 앞의 글, 187면.

V. 변호인의 피의자신문참여권의 보장에 수반되는 개선사항

1. 변호인의 피의자신문 참여하에 작성된 피의자신문조서의 신용성 강화 또는 증거능력 인정

피의자신문에 대한 변호인의 참여권이 거의 전면적으로 보장될 경우 균형의 원리에 부합하기 위해서는 현행 형사소송법 제312조가 변호인의 참여가 보장된 상태에서 작성된 피의자신문조서에 대해 그 증거능력이나 신용성이 강화되는 방향으로 개정되어야 하는 것은 바람직하며, 당연한 논리일 것이다.

만일 변호인의 피의자신문참여권이 거의 전면적으로 보장됨에도 불구하고 변호인의 참여가 보장된 상태에서 작성된 피의자신문조서의 증거능력이나 신용성을 인정하거나 강화하지 않을 경우 이는 다시 거꾸로 피의자신문에 대한 변호인의 참여권이 밀실수사의 관행을 근절하고 수사과정의 객관화와 투명화에 기여할 수 있다는 것을 부인하는 결과를 낳게 될 것이다. 이는 결국 피의자신문에 변호인이 참여하는 경우와 그렇지 않은 경우에 있어서 피의자신문조서의 신용성이나 증거능력에 별 차이가 없게 되어 수사기관들이 가능한 한 번거로운 변호인의 참여를 제한하거나 배제하려는 경향을 낳게 될 것이다. 이로써 변호인의 피의자신문참여권의 실질적 보장은 적지 않은 타격을 받게 될 것으로 예상된다고 하겠다.

이러한 의미에서 변호인의 피의자신문 참여하에 작성된 피의자신문조서의 경우 작성주체가 검사이든 사법경찰관이든 불문하고 그의 신용성을 강화하거나 증거능력을 인정하는 규정을 두는 것이 균형 잡힌 조치라고 할 것이다.

2. 경제력이 없는 피의자를 위한 국선변호인제도의 확충

만일 변호인의 피의자신문참여권이 인정된다고 하더라도 피의자가 변호인의 참여 하에 수사기관의 신문을 받으려면 사선변호인을 선임할 수밖에 없는데, 이는 사선변호인을 선임할 수 있는 경제적 능력이 없는 자의 경우에 변호인의 참여 하에 신문을 받을 길이 없어서 형사사범의 형평성문제를 초래할 수 있다.⁵⁹⁾ 왜냐하면 현행 형사소송법에 의하면 국선변호인제도는 원칙적으로 피고인에게만 인정되고, 피의자의 경우에는 예외적으로 구속적부심사의 청구를 한 때에만 인정되기 때문이다.⁶⁰⁾ 따라서 변호인의 피의자신문참여권을 인정하는 경우에는 모든 피의자가 이를 차별 없이 활용할 수 있도록 하기 위해서 경제력이 없는 피의자를 위한 국선변호인제도의 확대가 필수적이라고 할 것이다.

미국연방대법원은 *Argersinger v. Hamlin*판결⁶¹⁾과 *Scott v. Illinois*판결⁶²⁾에서 피의자가 범한 죄가 중죄인 경우 또는 경죄이지만 징역형에 처해질 수 있는 경우에는 국선변호인의 조력을 받을 권리를 인정하였다. 그리고 미국의 경우 ‘계약변호인제도’와 ‘공설변호인제도’⁶³⁾가 시행되고 있다. 전자는 국가가 개인변호사, 법률회사 등과 일정한 기간과 일정한 금액으로 계약을 체결하여 경제력이 없는 자를 위한 형사변호를 제공하는 제도이고, 후자는 국가에 의해 전업적으로 고용된 변호사가 경제력이 없는 자의 형사변호를 담당하는 제도이다.

국선변호인제도의 확대는 국가예산의 확보와 직결되는 문제로서 인적·

59) 이에 대해서는 황윤상, 앞의 논문, 84면 참조.

60) 현행 국선변호인제도의 문제점에 대한 자세한 내용은 이상철/최석윤, 국선변호인제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994 참조.

61) 407 U.S. 25(1972).

62) 440 U.S. 367(1979).

63) 이에 대한 자세한 내용은 홍석조, “변호인의 조력을 받을 권리”, 「해외파견검사연구논문집」 제6집(1987), 186면 이하 참조.

물적 자원을 확보하여 경제적 능력이 없는 피의자를 위한 ‘형사법률구조체제’(Kriminales Rechtshilfesystem)를 확립하는 것이 요구된다고 하겠다. 이를 위해 위에서 언급한 미국의 제도들을 도입하는 것이 필요하다고 생각된다. 먼저 계약변호인제도는 우리나라의 형사사법체계의 커다란 변경 없이도 실현될 수 있으므로 단기적 차원에서 이 제도의 도입이 추진될 필요가 있다고 할 것이다.⁶⁴⁾ 그러나 공설변호인제도는 한편으로는 경제력이 없는 피의자의 변호를 위한 인력의 확보라는 측면에서 볼 때 형사법률구조를 가장 확실하게 실현할 수 있는 방법이기도 하지만, 다른 한편으로는 국가기구의 개편과 막대한 예산의 확보를 수반해야 하는 문제이므로 중장기적 차원에서 이 제도를 도입하는 것이 바람직하다고 하겠다.⁶⁵⁾ 뿐만 아니라 이를 위해 현재 실시되고 있는 법률구조공단의 형사법률구조를 활성화하는 방안도 필요하다고 할 것이다. 현재 실시되고 있는 형사법률구조는 주로 공익법무관에 의해 행해지고 있는데, 법학전문대학원제도의 시행이 확정된 것과 더불어 그 입학정원과 변호사자격시험합격자의 수를 현실적인 수준으로 늘려 군미필의 다수의 변호사자격시험합격자를 공익법무관으로 편입함으로써 이들이 피의자의 신문시 그의 변호인으로 참여하도록 한다면 경제적 능력이 없는 피의자의 변호인참여권의 보장문제는 상당부분 해결될 수 있을 것으로 전망된다고 하겠다.

이렇게 될 경우 변호인의 피의자신문참여권의 인정에 대해 제기될 수 있는 비판인 “유전무죄, 무전유죄”라고 하는 형사사법의 형평성문제가 비로소 해결될 수 있을 것이다.

64) 조국, 앞의 글, 196면.

65) 조국, 앞의 글, 197면.

VI. 변호인의 피의자신문참여권과 관련된 법무부의 형사소송법개정안⁶⁶⁾의 문제점

법무부는 2004년 8월 30일에 그동안 논의되었던 각계의 다양한 의견을 수렴하여 형사소송법 개정안을 마련하여 발표하였고, 2004년 12월 15일에는 이를 입법예고하였다.

특히 변호인의 피의자신문참여권과 관련하여 이번 형사소송법개정안은 피의자신문에 변호인의 참여를 허용(개정안 제243조의 2 제1항)하고, 참여한 변호인은 신문 후 또는 신문도중 의견을 진술(개정안 동조 제3항)할 수 있도록 하는 등 변호인의 활동을 넓게 보장하고 있다. 그리고 변호인참여에 대한 신청권자에 피의자 외에도 변호인, 일정 범위의 친족 등도 포함(개정안 동조 제2항)시키고 있다. 이로 인해 변호인의 참여 없이 피의자를 신문하여 획득한 자백이나 진술은 유죄의 증거로 할 수 없는 근거가 제공되었다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 신문 전에 변호인의 참여권을 피의자에게 사전에 고지(개정안 제200조 제2항)하도록 함으로써 변호인의 피의자신문참여가 실질적으로 보장되도록 규정하고 있다. 이로써 피의자신문 전에 참여권을 고지하지 않았거나 부당하게 참여를 제한한 상태에서 작성된 피의자신문조서는 증거로 사용할 수 없는 근거가 마련되었다고 할 수 있다. 이러한 의미에서 이번 형사소송법 개정안에 의하면 변호인의 피의자신문참여제도가 법률에 의해 명문화되어 비로소 피의자의 권리로 격상됨으로써 그동안 문제가 되어왔던 ‘무리한 밀실수사’ 등의 논쟁이 종식되어 수사과정의 객관화·투명화에 크게 이바지하게 된다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 이번 형사소송법개정안이 변호인의 피의자신문참여권과 관련하여 약간의 문제점을 안고 있음을 지적하지 않을 수 없다.

66) 이에 대한 자세한 내용은 법무부, 2004.12.15. 입법예고자료 참조.

1. 변호인의 피의자신문참여의 제한

개정안 제243조의 2 제1항, 제4항과 제5항⁶⁷⁾에서는 증거인멸·공범도주·피해자위해의 염려·신문방해가 발생하는 경우에 변호인의 참여를 제한할 수 있도록 규정하고 있다.

헌법상 보장된 다른 기본권과의 조화라는 측면에서 볼 때 구금된 피의자에 대한 신문시 변호인의 참여를 무제한적으로 허용하는 것 또한 헌법이 선언한 적정절차의 원칙에 부합하지 않으므로 변호인의 참여로 인해 형사사법의 정의가 중대하게 훼손될 수 있는 경우에 한하여 변호인의 참여가 예외적으로 제한되는 것은 당연하다고 할 수 있을 것이다.⁶⁸⁾ 이러한 의미에서 개정안 동조 제1항 단서는 크게 문제되지 않는다고 할 수 있다. 문제는 동조 제4항에 예시되어 있는 변호인의 신문방해행위 중 “신문의 부당한 제지나 중단”이라고 할 수 있다. 변호인의 신문제지나 중단은 예컨대 수사기관은 모욕적이거나 인권침해적 신문이나 유도신문 등과 같은 위법·부당한 신문의 경우 인정될 필요가 있다. 그러나 동조 제5항과의 관계

67) 개정안 제243조의 2(피의자신문과 변호인의 참여) ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자나 변호인의 신청이 있는 경우 피의자의 신문에 변호인의 참여를 허용하여야 한다. 다만, 변호인의 참여로 인하여 다음 각호의 q에 해당하는 결과가 발생할 것이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다

1. 죄증의 인멸, 은닉, 조작 또는 조작된 증거의 사용

2. 공범의 도주

3. 피해자, 당해 사건의 수사 또는 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 대한 위해

④ 신문에 참여한 변호인은 신문에 부당한 제지나 중단, 피의자의 특정한 답변이나 진술 반복의 유도, 신문 내용의 촬영·녹음 등 신문을 방해하는 행위를 하여서는 아니된다.

⑤ 검사 또는 사법경찰관은 변호인의 신문 참여로 인하여 제1항 단서 또는 제4항에 해당하는 사유가 발생한 경우 변호인에게 퇴거를 요구하고 변호인의 참여없이 신문할 수 있다. 변호인이 상당한 시간내에 출석하지 아니하거나, 출석할 수 없는 경우에도 변호인의 참여없이 피의자를 신문할 수 있다.

68) 대결 2003.11.11, 2003모402. 이와 유사한 입장은 박미숙, 앞의 글, 199면; 신현진, 앞의 논문, 119면; 이재상/박미숙, 앞의 책, 109면 참조.

에서 볼 때 이러한 경우의 변호인의 신문제지나 중단이 수사기관에 의해 신문방해행위로 해석되어 변호인의 퇴거가 요구됨으로써 수사기관의 위법·부당한 신문에 대한 변호인의 즉각적인 신문제지나 중단을 차단하는 수단으로 남용될 여지가 있다. 더 나아가 이는 변호인의 피의자신문참여에 대한 부당한 제한으로 연결된다고 하겠다. 비록 개정안이 변호인에 대한 피의자신문 참여 불허 또는 퇴거처분에 대하여 준항고라는 불복방법(개정안 제417조)을 마련하고는 있지만, 실제로 수사기관이 이를 이유로 변호인의 피의자신문참여를 부당하게 제한할 여지가 남아있다고 할 것이다.

영국실무규정은 변호인이 피의자신문을 “방해하거나 비합리적으로 차단하는 경우” 참여를 거절할 수 있다고 규정하고, 그 예로 변호인이 피의자를 대신하여 답변하거나 피의자가 신문시 활용하도록 답변서를 제공하는 행위가 발생하는 경우를 예시하고 있다.⁶⁹⁾

따라서 개정안 동조 제4항에서 “신문의 부당한 제지나 중단”이 삭제되어야 하고, 그곳에 예시되지 않은 신문방해행위에 대해서는 변호인의 피의자신문참여권의 실질적인 보장이라는 측면에서 매우 제한적으로 해석하는 것이 바람직할 것이다.

2. 피의자신문중 변호인의 의견진술의 제한

형사소송법개정안은 제243조의 2 제3항⁷⁰⁾에서 신문에 참여한 변호인의 피의자신문시 의견진술을 일정한 범위에서 할 수 있도록 제한하고 있다. 여기서의 일정한 범위란 “필요한 때”에 수사기관의 “승인을 받아”를 말하는 것으로써 그 기준의 불명확성으로 인해 참여한 변호인의 피의자에 대

69) Interrogation Code, Note 6D.

70) 형사소송법개정안 제243조의 2 ③ 신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. 다만, 신문중이라도 필요한 때에는 검사 또는 사법경찰관의 승인을 받아 의견을 진술할 수 있다.

한 조언이나 수사기관의 수사방식에 대한 이의제기는 수사기관의 재량에 좌우될 우려가 높다고 할 것이다.

수사실무에서는 피의자의 자백을 얻어내기 위해 수사기관에 의한 부당한 질문이나 신문방식이 이루어질 수 있음에도 불구하고 변호인의 피의자신문 시 의견진술을 수사기관의 재량에 좌우되도록 규정한 개정안 제243조의 2 제3항은 변호인의 피의자신문참여권을 형식적인 권리로 전락시킬 우려가 높다고 할 것이다. 왜냐하면 피의자의 신문에 참여한 변호인이 수사기관에 의해 행해지는 부당한 질문이나 신문방식에 대하여 이의를 제기하거나 진술거부권 등 피의자의 중요한 권리에 대하여 조언을 하거나 수사기관의 신문을 제지 또는 중단시키지 못한다면, 변호인의 피의자신문참여권은 공허한 구호에 불과하여 그 의미가 유명무실해질 것이 자명하기 때문이다.

변호인은 피의자에게 수사기관의 신문에 준비하고 대비하기 위해 고용된 도구이다. 그런데 피의자가 이러한 도구를 자신이 가장 불리한 시기(피의자신문 도중)에 사용할 수 없다고 한다면, 이것은 “당사자대등의 원칙”, 즉 “무기평등의 원칙”에 부합하지 못한다고 할 것이다. 변호인이 피의자의 신문장소에 단순히 배석하는 것만으로도 수사기관의 불법적인 수사활동을 감시하고 방지하는 효과가 전혀 없는 것은 아니지만, 수사기관의 불법·부당한 유도질문이나 신문에 대하여 즉시 항의하지 못하고 피의자에게 자신의 헌법상의 권리를 행사하라고 조언하지 못할 경우 변호인의 피의자신문참여권을 보장하는 의미 역시 반감된다는 것을 부인할 수 없을 것이다.⁷¹⁾ 왜냐하면 피의자의 신문에 대한 변호인의 참여는 변호인이 수사기관의 피의자신문에 단순한 바람막이의 역할에 그치는 것이 아니라 피의자를 보호하기 위한 적극적인 도구로서의 역할을 해야 하기 때문이다.

영국의 실무규정 역시 변호인은 수사기관의 부적절한 질문과 질문방식에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 피의자에게 수사기관의 특정질문에 대

71) 조국, 앞의 글, 193면.

하여 답변하지 말 것을 조언할 수 있다⁷²⁾고 명문으로 규정하고 있다. 따라서 피의자의 실질적인 보호를 위해서는 변호인의 피의자신문참여권에 피의자신문 도중에 행해지는 수사기관의 불법·부당한 신문방식에 대한 즉각적인 이의제기와 이와 관련된 적절한 권리를 행사하도록 조언하거나 더 나아가 수사기관의 부당한 피의자신문을 즉시 제지 또는 중단시킬 수 있는 내용이 포함되는 것이 바람직할 것이다.

따라서 개정안 제243조의 2 제3항은 “신문에 참여한 변호인은 신문중 또는 신문 후 의견을 진술할 수 있고, 수사기관의 위법·부당한 신문에 대해서는 제지 또는 중단을 요구할 수 있다”로 수정되는 것이 바람직하다.

3. 피의자의 변호인 참여요청에 따른 피의자신문 중단규정의 불비

변호인의 피의자신문참여권은 피의자의 자기방어를 위해 매우 중요한 의미를 가지는 권리라는 점을 감안할 때 피의자가 변호인의 참여를 요청하였지만 수사기관이 피의자신문을 중단하지 않고 변호인이 도착하기 전까지 신문을 계속하여 자백을 얻어낸다면, 이는 변호인의 피의자신문참여권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 볼 수 있을 것이다. 이러한 의미에서 피의자가 변호인의 참여를 요청한 경우에는 위에서 언급한 폐단을 방지하기 위해 곧바로 수사기관에 의한 피의자신문이 중단되는 조치를 취할 필요가 있을 것이다.

이에 따라 변호인의 피의자신문참여권의 중요한 근원이 되는 “Miranda 법칙”은 피의자가 신문도중 수사기관에 진술거부권을 행사하겠다는 의사를 표시하거나 변호인의 접견을 요구하는 경우에는 그 즉시 모든 신문은 중단되어야 한다는 것을 그 주요내용으로 하고 있다.⁷³⁾ 이러한 내용은 그 후

72) Interrogation Code, Note 6D.

73) 384 U.S. 444-445(1966).

미국연방대법원의 *Arizona v. Roberson* 판결⁷⁴⁾과 *Minnick v. Mississippi* 판결⁷⁵⁾에 의해 재확인되었다. 영국의 실무규정 역시 피의자가 변호인접견권을 포기하도록 설득하는 행위는 금지되고, 변호인이 피의자를 접견하기 위해 출발한다고 말할 경우에는 그의 도착 이전에 신문을 개시하는 것은 부적절하다는 것을 명문으로 규정하고 있다.⁷⁶⁾ 그리고 변호인의 피의자신문참여권에 관하여 수사기관에게 변호인에 대한 통지의무를 인정하는 것은 수사의 신속한 진행을 방해할 우려가 있으므로 타당하지 않다는 것을 이유로 변호인의 피의자신문참여권과 관련하여 수사기관의 신문기일 통지의무를 인정하는 대신 피의자의 변호인 참여요청에 따른 신문중단을 인정하는 것이 더 타당하다는 견해⁷⁷⁾도 있다. 이 견해 역시 피의자가 변호인의 조력을 요청하면 수사기관은 피의자에 대한 신문을 계속해서는 안 된다는 것이 변호인의 피의자신문참여권의 중요한 내용이 됨을 의미한다고 하겠다.

그러나 이번 개정안은 이에 관한 규정을 두고 있지 않은데, 이는 중요한 입법의 불비라고 하지 않을 수 없다. 따라서 개정안 동조 제1항에 “특히 피의자의 변호인 참여신청이 있는 경우에 검사나 사법경찰관은 변호인이 참여할 때까지 피의자신문을 즉시 중단하여야 한다”는 문구가 추가되는 것이 변호인의 피의자신문참여권을 실질적으로 보장하는 데 기여한다고 하겠다.

74) 486 U.S. 675(1988). *Arizona v. Roberson* 판결은 외관상 자발적인 진술이라고 할지라도 그 진술이 구급중 강요된 신문에 의하여 행해질 위험성이 있음을 인정하고, 이러한 위험을 방지하기 위해서 피의자에 의한 변호인의 도움 요청을 신문계속여부의 판단기준으로 판시하였다.

75) 498 U.S. 146(1990). *Minnick v. Mississippi* 판결은 일단 피의자가 변호인을 요청한 이후에는 피의자는 변호인의 조력을 받기까지는 이후의 경찰의 신문에 응할 필요가 없다고 판시하였다.

76) Interrogation Code, para. 6.4., 6A.

77) 박미숙, 앞의 글, 202면 이하; 이재상/박미숙, 앞의 책, 112면.

4. 변호인의 피의자신문참여권 침해와 증거능력에 관한 규정의 불비

위에서 언급한 피의자의 변호인 참여요청에 따른 피의자신문의 중단과 관련하여 중요한 것은 피의자가 변호인의 참여를 요청했음에도 불구하고 피의자신문에 대한 변호인의 참여가 배제된 경우에 그 구제방법이 무엇인가라는 문제이다. 헌법에 의해 피의자·피고인에게 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하는 것은 피의자·피고인에게 유리하고 효과적인 변호권이 보장되어야 한다는 것을 의미한다. 이러한 의미에서 볼 때 유리하고 효과적인 변호권을 침해하여 획득한 증거가 다시 공판절차에서 실체적 진실을 위한 자료로 사용될 경우 헌법상의 변호인의 조력을 받을 권리와 이를 구체화하는 변호인의 피의자신문참여권은 새로이 침해되는 결과가 될 것이다.⁷⁸⁾

미국연방대법원도 1964년의 *Escobedo v. Illinois*판결에서 경찰의 구금 및 신체의 자유가 박탈된 상태에서 변호인의 피의자신문에의 참여 없이 피의자신문을 통해 얻어낸 진술에 대하여 그의 증거능력을 부정하였다. 이는 수사절차단계에서 변호권이 침해된 상태에서 얻은 증거는 공판절차에서 더 이상 보호될 수 없다는 것을 근거로 한 것이다.⁷⁹⁾ 독일의 경우에도 법관의 피의자신문기일의 통지의무를 위반하여 얻은 증거결과는 그 증거능력이 부정되어야 한다고 해석한다. 다시 말해서 피의자신문기일에 대한 통지의 해태는 피의자신문조서의 본질적인 결함을 초래하고, 이러한 피의자신문조서는 공판절차에서 증거로 사용되어서는 안 되며,⁸⁰⁾ 위법한 증거에 의한 판결은 상고의 대상이 된다고 해석한다.

이미 언급한 바와 같이 수사기관의 피의자신문에 대한 변호인의 참여권

78) Strate/Ventzke, Unbeachtlichkeit einer Verletzung des §137 Abs. 1 S. 1 StPO im Ermittlungsverfahren, StV 1986, S. 33 참조.

79) 378 U.S. 478, 488(1964).

80) Strate/Ventzke, a.a.O., S. 33 참조.

은 접견교통권과 함께 헌법상의 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심내용으로서 그의 인권보장을 위한 중요한 권리라고 할 수 있다. 이러한 관점에서 변호인의 피의자신문참여권이 침해된 경우 - 변호인의 참여요청을 거절한 경우, 변호인의 피의자신문참여권을 사전에 고지하지 않은 경우, 변호인참여의 요청이 있는 후 변호인이 도착하기 전에 피의자를 신문하는 경우 등 - 이러한 상태에서 작성된 피의자의 자백이나 진술 또는 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하지 못하도록 하는 규정을 별도로 두는 것이 논란의 여지를 제거한다는 점에서 바람직하다고 하겠다. 따라서 입법론으로서 피의자가 변호인의 참여를 요청했음에도 불구하고 피의자신문에 대한 변호인의 참여가 배제된 채 획득한 피의자의 진술은 공판절차에서 그 증거능력을 배제하는 것이 필요할 것이다.⁸¹⁾

따라서 개정안 동조 제1항에는 “그리고 변호인의 피의자신문참여권이 침해된 상태에서 획득된 피의자의 진술 등은 유죄의 증거로 할 수 없다”라는 문구 역시 추가되는 것이 바람직할 것이다.

VII. 나가는 말

위에서 자세히 살펴본 바와 같이 피의자의 인권을 보장하고 피의자신문조서의 내용의 진정성립과 자백의 신빙성을 담보하기 위해서는 초동수사 단계에서부터 변호인의 피의자신문참여권을 구속영장의 발부 전후를 불문하고 명문으로 인정하여야 한다는 것은 이제 돌이킬 수 없는 길이다. 이러한 기대에 부응하여 변호인의 피의자신문참여권을 대대적으로 허용하고 있는 최근 입법예고된 법무부의 형사소송법개정안은 누가 뭐라 해도 현대

81) 박미숙, 앞의 글, 203면 이하.

적 민주주의국가의 형사사법에 걸 맞는 매우 바람직하고 획기적인 조치라고 하지 않을 수 없을 것이다.

그러나 이미 위에서 아쉬움으로 언급되었던 변호인의 참여 하에서 작성된 피의자신문조서의 증거능력이나 신용성이 인정되거나 강화되는 내용, 변호인의 피의자신문참여권의 침해 하에서 얻어낸 피의자의 자백이나 진술 또는 피의자신문조서의 증거능력을 부정하는 내용, 변호인의 피의자신문참여의 제한을 축소하는 내용, 피의자신문중 변호인의 의견진술을 폭 넓게 인정하는 내용 및 피의자의 변호인 참여요청이 있을 때 피의자의 신문을 즉시 중단하도록 하는 내용 등이 앞으로의 논의과정에서 추가되기를 간절히 기대해본다. 뿐만 아니라 변호인의 피의자신문참여권이 보장된다 하더라도 변호인을 선임할 경제적 능력이 없는 피의자를 위하여 국선변호제도의 대폭적인 확대와 더불어 이를 실질적으로 뒷받침해줄 수 있는 각종 형사법률구조제도 - 예컨대 계약변호인제도, 공설변호인제도 등 - 의 확보가 매우 중요하다는 것을 거듭 강조하는 바이다. 이렇게 될 때 변호인의 피의자신문참여권의 인정으로 제기될 수 있는 형사사법의 형평성문제 - ‘유전무죄, 무전유죄’ - 가 비로소 해결될 수 있을 것이라고 생각된다.

주제어: 변호인의 피의자신문참여권, 변호인의 조력을 받을 권리, 변호인의 접견 교통권, 국선변호제도의 확대, 법무부의 형사소송법 개정안의 문제점

참고문헌

[국내문헌]

- 국회사무처 예산정책국, 2002년도 국정감사자료집(Ⅱ), 2002.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2000.
- 김일수, “헌행변호인제도의 문제점”, 「대한변호사협회지」, 대한변호사협회, 1986. 11/12.
- 박미숙, “변호인의 피의자신문참여권”, 「형사정책연구」 제6권 제3호(1995년 가을호), 한국형사정책연구원.
- 배종대/이상돈, 형사소송법, 제5판, 홍문사, 2004.
- 백형구, “피의자신문과 변호인의 참여권”, 「사법행정」, 1986.2.
- 신동운, 형사소송법 I, 개정판, 법문사, 1996.
- 신성철, “피고인의 방어권행사에 있어서의 절차상 문제점”, 「형사법에 관한 제문제(상)」(법원행정처 재판자료 제49집), 법원행정처, 1990.
- 신현진, 구속된 형사피의자의 인권보장, 고려대학교 석사학위논문, 2001.6.
- 오세인, “변호인의 피의자신문참여 문제에 대한 고찰”, 「형평과 정의」, 대구지방변호사회, 1999.12.
- 우상욱, 피의자의 인권보장에 대한 연구, 경기대학교 통일안보전문대학원 석사학위논문, 2001.12.
- 이상철/최석윤, 국선변호인제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994.
- 이재상, 형사소송법, 제6판, 박영사, 2003.
- 이재상/박미숙, 수사절차상 피의자의 변호권에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994.
- 조 국, “피의자신문시 변호인참여권 소고”, 「형사정책연구」 제14권 제4

호(2003년 겨울호), 한국형사정책연구원.

주명수, “변호인접견교통권”, 「인권보고서」 제4집, 대한변호사협회, 1990.

홍석조, “변호인의 조력을 받을 권리”, 「해외파견검사연구논문집」 제6집, 1987.

황윤상, 형사소송법상 변호인의 접견교통권에 대한 연구, 성균관대학교 석사학위논문, 2001.10.

[국외문헌]

Krattinger, P. G., Die Strafverteidigung im Vorverfahren im deutschen, französischen und englischen Strafprozeß und ihre Reform, 1964.

Krause, D., Einzelfragen zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Strafverfahren, StV 1984.

Strate/Ventzke, Unbeachtlichkeit einer Verletzung des §137 Abs. 1 S. 1 StPO im Ermittlungsverfahren, StV 1986.

Weihrauch, M., Verteidiger im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl., 1985.

Welp, J., Anwesenheitsrechte und Benachrichtigungspflichten, JZ 1980.

Winter, C., Die Reform der Informationsrechte des Strafverteidigers im Ermittlungsverfahren, Frankfurt a.M. u.a. 1991.

90 형사정책연구 제16권 제1호(통권 제61호, 2005 · 봄호)

Betrachtungen über das Anwesenheitsrecht des Verteidigers
bei der Vernehmung des Beschuldigten - Schwerpunkt auf
dessen Legitimation und Probleme des Änderungsentwurfes
des Justizministeriums -

Yoon, Young-Cheol*

Es ist sehr logisch, dass de lege ferenda ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Vernehmung des Beschuldigten gerade ab Ermittlungsverfahren anerkannt werden sollte, damit Menschenrechte des Beschuldigten sowie die inhaltliche Echtheit von Beschuldigtenvernehmungsprotokolle und die Zuverlässigkeit von Beschuldigtengeständnisse sichergestellt werden. Unter diesem Gesichtspunkt ist das am 30. 8. 2004 vom Justizministerium vorgeschlagene kStPO-ÄG(Änderungsgesetz über die koreanische Straf- prozessordnung), das entsprechend der bereits oben erwähnten Erwartung das Recht zur Teilnahme an Beschuldigtenvernehmungen erlaubt, sehr rational und bahnbrechend.

Aber etwa bedauerlich ist, dass in ihm noch die Verstärkung der Beweisbarkeit oder Zuverlässigkeit von Beschuldigtenvernehmungsprotokolle bei der Anwesenheit des Verteidigers, die Ausschließung der Beweisbarkeit von Beschuldigtengeständnisse oder -aussagen usw. für die Verletzung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei der Vernehmung des Beschuldigten, die Anerkennung des umfassenden Anwesenheitsrechts

* Associate Professor, Department of Law, Hannam University, Ph.D. in Law.

des Verteidigers und dessen freien Meinungsäußerung bei der Vernehmung des Beschuldigten sowie die Unterbrechung der Vernehmung des Beschuldigten bei dessen Anspruch auf die Anwesenheit des Verteidigers usw. ausfallen. Sehr bedeutsam ist abgesehen davon auch die Errichtung des kriminalen Rechtshilfesystems für vermögenslose Beschuldigte samt der Ausweitung des Pflichtverteidigungssystems, um das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Vernehmung des Beschuldigten wesentlich sicherzustellen. Wenn dies ferner hinlänglich in Erfüllung ginge, dann müsste die Frage nach der Gleichheit des Justizsystems, die gerade als eine Kritik an seinem Anerkennung gestellt wird, erst abhandeln kommen.

Schlüsselwörter : das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Vernehmung des Beschuldigten, das Recht auf Interview und Kommunikation des Verteidigers, der Anspruch auf Beistand des Verteidigers, Ausweitung des Pflichtverteidigungssystems, Probleme des Änderungsentwurfes des Justizministeriums

행형법에서 계호의 체계적 지위와 계구사용의 요건

정 승 환*

I. 『계구의 규격과 사용방법 등에 관한 규칙』 제정의 의미와 한계

1. 계구의 사용으로 인한 인권침해의 상황

2004년 6월 법무부는 부령으로 『계구의 규격과 사용방법 등에 관한 규칙』(이하에서는 ‘계구규칙’으로 약칭)을 제정하였다.¹⁾ 계구사용으로 인한 인권침해의 논란은 현재 행형 분야에서 제기되는 중요한 문제들 중의 하나이다.²⁾ 행형관계법령에서 계구사용의 목적과 요건을 명확하게 규정하지 않고 있기 때문에 한편으로 남용의 위험을 낳고, 다른 한편으로 당사자 사이에 분쟁의 원인이 되고 있어 이러한 논란이 끊이지 않았다. 계구의 사용으로 인한 인권침해로 국가인권위원회에 진정이 접수된 사례들을 보면 목적이 부당한 경우와 수단이 가혹한 경우로 그 유형을 나뉘 볼 수 있다. 목적이 부당한 경우로는 고통의 부과나 보복, 징벌을 목적으로 계구를 사용

* 한경대학교 법학부 교수, 법학박사

1) 2004.6.29, 부령 제556호

2) 이호중/한영수/한상훈, 구금시설 내 인권침해의 유형분석 및 지침개발(안), 국가인권위원회 2003년도 인권실태조사 연구용역 보고서, 45면 이하에서는 구금시설 내의 인권침해 유형 중 대표적이면서 가장 빈번한 사례로 계구를 사용하는 등의 유형력 행사를 들고 있다.

하거나 재소자의 여러 가지 요구를 억압하기 위한 목적으로 계구를 사용한 사례들이 있다. 그리고 수단이 가혹하여 문제가 된 사례들을 보면 수갑을 너무 강하게 채워 손목뼈에 금이 간다든지, 수갑과 사슬 등을 동시에 사용하여 정상적으로 식사를 하거나 용변을 볼 수 없게 한 경우가 있으며, 계구를 너무 장시간 사용하여 문제된 경우도 많았다.³⁾

이와 같이 계구의 사용으로 인한 인권침해 사례가 빈번하였기 때문에 그리 많지 않은 행정관련 판례에서도 계구의 문제는 자주 지적되었다. 예컨대 1998년 대법원은 교도소장이 교도관의 먹살을 잡는 등 소란행위를 하고 있는 수감자에 대하여 수갑과 포승 등 계구를 사용한 조치는 적법하나, 수감자가 소란행위를 종료하고 독거실에 수용된 이후 별다른 소란행위 없이 단식하고 있는 상태에서 수감자에 대하여 계속하여 계구를 사용한 것은 위법한 행위라고 판시하였으며,⁴⁾ 교도관이 소년인 미결수용자에 대하여 27시간 동안 수갑과 포승의 계구를 사용하여 독거실에 격리 수용하였는데 이 소년이 포승을 이용하여 자살한 사례에 대해 이러한 계구 사용이 위법하다는 이유로 국가배상책임을 인정하였다.⁵⁾ 또한 헌법재판소는 도주 및 자해의 위험이 있다는 이유로 466일 동안 가축수갑 및 수갑을 착용당한 수용자가 제기한 헌법소원에 대해 이는 청구인의 신체의 자유와 인간의 존엄성을 침해한 행위로서 위헌임을 확인하였다.⁶⁾ 더 나아가 국가인권위원회는 2002년 1월부터 7월까지 권모씨(33세) 등 5명이 “구금시설 수용 중 장기간 사슬 및 금속수갑 등으로 시정당하여 신체의 자유 등 기

3) 자세한 사례들은 이호중/한영수/한상훈, 위의 보고서 45면 이하 참조.

4) 대법원 1998.1.20, 96다18922 판결.

5) 대법원 1998.11.27, 98다17374 판결.

6) 헌법재판소 2003.12.18, 2001헌마163 결정: 재판부는 “계구사용행위는 기본권 제한을 최소화하면서도 도주, 자살 또는 자해의 방지 등과 같은 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 헌법에서 정해진 기본권제한의 한계를 넘어 필요 이상으로 장기간, 그리고 과도하게 청구인의 신체거동의 자유를 제한하고 최소한의 인간적인 생활을 불가능하게 하여 청구인의 신체의 자유를 침해하고 나아가 인간의 존엄성을 침해”했다고 결정하였다.

본권을 침해당했다”며 진정한 사건에 대해 법무부장관에게 1) 계구의 사용요건을 명확히 할 것, 2) 계구사용요건의 한계인 보충성과 비례성원칙을 명시할 것, 2) 계구의 종류 중 사슬과 가죽수갑을 폐지할 것을 권고하였으며,⁷⁾ 2004년 6월에는 박모씨(31)가 “포승을 사용하면서 다리를 뒤로 접어 묶고 이를 허리의 포승과 연결해 움직이지 못하도록 했다”며 대전교도소의 교도관을 상대로 제기한 진정에 대해 1) 피진정인에게 주의 조치할 것과 2) 전국 교정시설에 정해진 방법 외의 계구사용을 금하도록 하는 지침을 시달할 것을 법무부장관에게 권고하였다.⁸⁾

2. 『규칙』의 한계

이러한 상황에서 「계구규칙」이 마련되어 이전까지 훈령으로 되어 있는 규칙을 부령으로 제정하고, 이를 통해 계구사용의 요건과 절차를 명확하게 하려는 것은 일단 환영할 만한 일이다. 그러나 계구사용으로 인한 인권침해의 문제를 이러한 규칙을 제정함으로써 해결하려는 시도는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다. 즉, 상위법인 행형법과 행형법시행령을 그대로 둔 채 규칙을 통해 계구사용의 근본적 문제를 해결할 수는 없다는 것이다. 행형법 제14조 제4항은 법무부장관이 규칙을 통해 규정할 수 있는 내용을 “계구의 모양·규격 및 사용방법 등에 관한 사항”으로 한정하고 있고 계구규칙 제1조에서도 이와 같은 사항에 대해 규정하는 것이 규칙의 목적임을 밝히고 있다. 하지만 이러한 사항은 계구사용에서 지극히 일부이며 매우 지엽적인 내용에 불과하다.

현재 문제가 되고 있는 것은 계구사용의 목적과 요건, 계구의 종류, 계

7) 국가인권위원회 보도자료 2003.7.22; 자세한 내용은 인권운동사랑방 감옥인권팀 편, 감옥관련 판례자료집, 인권운동사랑방 2004, 351면 이하 참조.

8) 국가인권위원회 보도자료 2004.6.3.

구사용의 절차 등과 관련하여 일어나는 인권침해의 논란이다. 그런데 행형법 제14조에 의하면 제1항에서 계구사용의 목적을 규정하고 있고, 제4항에서 계구의 사용요건 및 사용절차에 관한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있다. 따라서 계구사용으로 인한 인권침해의 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 행형법과 행형법시행령을 정비할 필요가 있다. 법무부령인 규칙을 통해 계구사용의 목적과 요건을 규정하는 것은 상위법에 어긋날 뿐만 아니라 체계적으로도 본말이 전도되어 실효성을 거둘 수 없을 것이다. 그러므로 이번 계구규칙의 제정이 가져오는 일정한 성과에도 불구하고, 그보다는 행형법이나 특히 행형법시행령을 정비가 매우 시급하다. 그래서 이 글에서는 새로이 제정된 계구규칙의 한계와 문제점을 지적하고 향후 계구사용의 목적과 요건 등에 관한 행형법의 규정을 정비하기 위한 방향을 논의하고자 한다.

II. 행형에서 계호의 체계적 지위

논의의 전제로서 짚고 넘어가야 할 것은 계구의 사용이 행형의 체계 내에서 어떤 위치에 있는가 하는 문제이다. 계구사용의 목적과 요건을 정하는 데에는 계구사용이 행형에서 어떤 역할을 담당하는지에 대한 논의가 먼저 선행되어야 한다는 것이다. 모두 알고 있는 바와 같이 계구의 사용은 계호의 방법 중의 하나이며, 계호는 행형에서 시설 내외의 안전을 확보하기 위한 활동이다. 이러한 활동을 일반적으로 ‘보안’이라 지칭하므로 결국 계구의 사용은 ‘보안’의 목적을 위한 한 수단이 된다. 이를 상술하면 다음과 같다.

1. ‘보안’을 위한 수단으로서의 계구 사용

가. 계호의 의의와 종류

모든 조직적·집단적 생활은 일정한 질서와 규율을 필요로 한다. 이는 행형에서도 마찬가지이다. 다만 행형의 질서·규율은 수형자들의 공동생활이 그들의 자발적 의사에 의한 것이 아니라 형벌의 명령, 즉 강제적 명령에서 비롯된 것이기 때문에 일반적 의미의 질서·규율과 차이가 있다. 수용자는 교도소 등의 안전과 질서를 유지하기 위하여 법무부장관이 정하는 규율을 준수하여야 하며, 소장이 정하는 일과시간표를 준수하고 교도관의 직무상의 지시에 복종해야 한다(행형법 제45조). 이와 같이 교도소의 질서와 규율을 유지하기 위한 행형법상 규정이 바로 계호이다. 따라서 계호는 행형시설의 안전과 구금생활의 질서를 유지하기 위하여 행사되는 일체의 강제력을 의미한다.⁹⁾ 행형법 제3장과 행형법시행령 제3장은 계호에 관한 전반적 규정을 담고 있다.

戒護¹⁰⁾는 두 가지 측면을 포함하는데, 警戒와 保護가 바로 그것이다. 경계는 구금확보에 장애가 되는 요소를 예방하고 배제하는 작용인 반면, 보호는 수형자나 제3자의 생명·신체·재산에 대한 장애나 위험을 예방하거나 배제함으로써 수형자를 구제하는 작용을 말한다.¹¹⁾ 계호의 종류는 계

9) 김용준/이순길, 교정학, 국시원 1999, 322면; 이윤호/공정식, 21세기 교정학, 법률행정연구원 1998, 221면; 정갑섭, 최신 교정학, 경기도서 1997, 293면.

10) ‘계호’라는 용어는 일본식 한자어로 일반에게는 그 의미가 쉽게 다가오지 않는다. 교도소 등의 시설에서 안전을 확보하기 위한 제반 조치이므로 ‘안전조치’, ‘안전처분’으로 그 용어를 고치는 것이 타당할 것이다. 더불어 ‘계구’라는 표현도 ‘결박수단’, ‘결박기구’ 등으로 고치는 방안을 검토해 볼 필요가 있다. 이렇게 함으로써 계구의 사용이 ‘안전 확보’를 위한 수단임을 쉽게 인식하도록 할 수 있을 것이다. 다만 이 글에서는 현행법의 용어에 따라 ‘계호’ 및 ‘계구’의 표현을 그대로 사용한다. 그러므로 아래에서 독일행형법상의 ‘Sicherungsmaßnahmen’은 ‘계호’, ‘Fesselung’은 ‘계구사용’으로 각각 번역하여 사용한다.

호대상을 기준으로 對人的 戒護¹²⁾와 對物的 戒護¹³⁾로 구별되며, 계호수단을 기준으로 人的 戒護¹⁴⁾와 物的 戒護¹⁵⁾로 나뉜다. 이러한 구별에 의하면 계구를 사용하는 것은 대인적, 물적 계호의 한 방법으로 분류된다.¹⁶⁾

나. 특별계호의 하나로서의 계구사용

그러나 이러한 분류보다 의미 있는 것은 계호를 일반계호와 특별계호로 구별하는 것이다. 입법례를 보면 독일행형법에서는 일반계호와 특별계호를 명확히 구별하여 그 요건과 방법을 규정하고 있다. 독일행형법은 제84조에서 제87조까지 ‘일반계호(allgemeinen Sicherungsmaßnahmen)’를, 제88조부터 제92조까지는 ‘특별계호(besonderen Sicherungsmaßnahmen)’를 각각 규정하고 있다. 일반계호는 구체적 위험의 존재와 상관없이 일반적으로 이루어지는 안전을 위한 조치들인데,¹⁷⁾ 여기에는 채소자의 몸이나 거실, 소지품에 대한 검색(Durchsuchung, 제84조)과 안전한 시설로의 이송(제85조), 지문채취와 사진촬영 등의 신원확인을 위한 조치들(erkennungsdienstliche Maßnahmen, 제86조), 도주하거나 소환에 응하지 않는 수형자의 체포(제87조) 등이 있다.¹⁸⁾ 특별계호는 구체적 위험이 있어 특별한 권리의 제한이

11) 정갑섭, 앞의 책(주 9), 297면; 정진연, 행형의 재사회화목적과 보안과제, 교정연구 제13호(2001), 174면.

12) 신체검사, 계구나 무기의 사용 등과 같이 수용자와 제3자의 신체에 직접 행사되는 계호를 의미한다.

13) 차입물품검사, 소지품검사와 같은 각종 검사 등 물건에 대하여 행하여지는 계호이다.

14) 계호권자의 육체적·정신적 기능을 통한 계호를 말하며, 직접 인적계호(사방, 공장, 운동, 목욕시 계호근무)와 간접 인적계호(출입구경계나 순찰경비근무 등)로 다시 나뉜다.

15) 시설물을 이용한 계호를 말하며 건조물 및 부속설비, 계구, 무기의 사용 등에 의한 계호이다. 예컨대 교도소건물, 외벽, 문, 감시초소, 인터폰, 조명시설, 포승, 수갑, 사슬, 안면보호구 등이 여기에 속한다.

16) 자세한 것은 김용준/이순길, 앞의 책(주 9), 331면 이하; 이윤호/공정식, 앞의 책(주 9), 224면 이하; 정갑섭, 앞의 책(주 9), 306면 이하 참조.

17) Müller-Dietz, Strafvollzugsrecht, Berlin/New York 1978, 195면.

18) 자세한 것은 Calliess/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 8. Aufl., München 2000, 481

필요한 경우에 취해지는 조치들로서,¹⁹⁾ 독일 행형법 제88조에서 한정적으로 규정하고 있는데, 이에는 1) 위험한 대상물의 압수 또는 박탈, 2) 야간의 감시²⁰⁾, 3) 최장 24시간 이내의 격리, 4) 실외활동의 박탈 또는 제한, 5) 일시적인 안정실(Beruhigungszelle) 수용, 6) 결박(Fesselung, 즉, 계구의 사용)이 해당한다.²¹⁾

이렇게 구별해 보면 계구의 사용은 구금시설의 안전을 확보하기 위한 여러 조치들 중에서 특별한 위험이 존재할 때 이행되는 특별계호의 한 방법이라는 것을 확인할 수 있다. 그런데 현행 행형법은 제3장의 계호에서 이러한 체계적 구별 없이 곧바로 제14조에 ‘계구’, 제14조의2에 ‘강제력의 행사’, 제15조에 ‘무기의 사용’에 대해 각각 규정하고 있어 계구 등의 사용이 계호의 일반적 수단인 것처럼 잘못 인식될 여지를 마련하고 있다. 오히려 일반적 계호 수단인 수형자의 긴급이송이나 도주자 체포, 신체검사 등에 대해서는 제16조부터 제18조까지 규정하고 있어 앞뒤가 바뀐 양상이다. 그러므로 우리의 행형법에서도 계호활동을 일반계호와 특별계호로 구별하여 그 체계에 따라 구체적 요건과 방법을 명확하게 규정하는 방향으로 법개정이 이루어져야 한다.

면 이하; Feest(Hrsg.), Kommentar zum Strafvollzugsgesetz, 4. Aufl., Neuwied 2000, 545면 이하; Kaiser/Schöch, Strafvollzug, 5. Aufl., Heidelberg 2002, 351면 이하; Laubenthal, Strafvollzug, 3. Aufl., Berlin u. a. 2003, 335면 이하 참조.

19) Laubenthal, 앞의 책(주 18), 335면.

20) 주간에는 수형자들의 생활공간에 대한 일반적 감시가 가능하나 야간의 수용자 거실은 사적 공간으로 보아 감시를 하지 않는 것이 원칙이다. 최근 국내에서도 구금시설에 폐쇄회로TV를 설치할 수 있는지, 있다면 어디까지 가능한지에 대한 문제제기가 있는데, 이러한 입법례가 하나의 참고가 될 것이다. 즉, 총체적 감시기구인 구금시설이라 할지라도 재소자의 최소한의 사적공간을 설정하고 이러한 공간에 대한 감시는 특별계호의 일종을 그 요건을 법에 명시하여야 할 것이다.

21) 자세한 것은 Calliess/Müller-Dietz, 앞의 책(주 18), 490면 이하; Feest(Hrsg.), 앞의 책(주 18), 558면 이하; Kaiser/Schöch, 앞의 책(주 18), 352면; Laubenthal, 앞의 책(주 18), 338면 이하 참조.

요컨대 계구의 사용은 계호활동의 하나이며, 그중에서도 구체적 위험이 존재할 때 제한적으로 투입되는 특별계호의 한 수단이 된다. 그리고 계구 사용을 포함한 모든 계호활동은 구금시설의 안전 확보를 위한 활동인 이른바 ‘보안’의 목적에 봉사한다. 그런데 ‘보안’의 목적 또는 과제는 행형목적의 하나이다. 또 다른 행형의 목적은 행형법 제1조가 규정하는 ‘수형자의 사회복귀’, 즉 재사회화인데, 문제는 계구의 사용을 통해 궁극적으로 얻고자 하는 시설의 ‘보안’과 행형의 일반적 목적이라 인정되는 ‘재사회화’의 관계를 어떻게 보아야 하느냐는 것이다.

2. 행형목적으로서의 보안과 재사회화

가. 행형법 제1조의 해석

행형법 제1조는 “이 법은 수형자를 격리하여 교정·교화하며 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 하며 아울러 미결수용자의 수용에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 여기서 행형의 목적으로 설정할 수 있는 것은 “격리”와 “사회에 복귀”의 두 측면이다. “미결수용자의 수용에 관한 사항을 규정”하는 것은 행형법의 목적일 뿐 행형의 목적은 아니다.²²⁾

22) 행형법 제1조는 「목적」이라는 표제를 달고 있지만 그것이 행형의 목적인지 행형법의 목적인지 분명하지 않다. 제1조의 앞부분에서는 행형의 목적을 언급하면서 후반에서는 행형법에 미결수용자에 대한 사항을 규정한다는 행형법의 규정목적(행형법 제1조)을 언급하고 있기 때문이다. 문맥상으로도 연결이 되지 않는 문장이다. 앞부분의 문장을 보면 “이 법은 수형자를 ... 복귀하게 하며...”라고 되어 있는데, 수형자를 교정·교화하여 사회에 복귀하게 하는 주체가 (행형)법으로 되어 있어 문맥이 자연스럽지 못하다. 물론 돌려서 해석하면 행형법의 규정을 통하여 수형자를 사회에 복귀하게 하는 것으로 이해될 수 있지만 건강부회의 측면이 없지 않다. 행형법 제1조를 행형법의 적용범위와 행형의 목적으로 분리하여 다시 제정하는 것이 타당할 것이다.

1) “격리”의 개념 - 보안의 과제

우선 행형법이 규정하는 “격리”는 소극적 특별예방의 의미로 이해될 수 있다. 즉 수형자가 주어진 형벌기간 동안 더 이상의 범죄행위를 하지 못하도록 하는 데 “격리”의 의미가 있다. 형벌기간 이후 장래의 범죄를 방지하는 것은 재사회화의 개념에 포함된다.²³⁾ 또 “격리”는 “행형시설 내 안전”, 즉 시설내의 질서와 평온의 유지와도 구별되는 개념이다. 그러므로 행형법이 “격리”를 규정한 것은 범죄자의 또 다른 범죄로부터 사회를 보호하려는 ‘보안’의 목표를 설정한 것으로 해석된다.²⁴⁾

2) “사회에 복귀”의 개념 - 재사회화의 목적

행형법 제1조가 규정하는 “사회에 복귀하게”의 의미는 형집행 종료 후 단순한 ‘석방’과 같은 소극적 의미를 지니는 것이 아니라 사회에 복귀하여 정상적 사회생활을 영위할 수 있도록 한다는 의미의 적극적 개념으로 해석된다. 즉 행형법이 직접적 표현을 하지 않았지만 이는 근대적 행형의 이념인 “재사회화”를 행형의 목적으로 규정한 것으로 보아야 한다.²⁵⁾

나. ‘보안’과 ‘재사회화’의 관계

1) ‘보안’의 의미

보안이란 “구금의 확보”를 의미한다. 형법 제67조와 제68조에 의하면 자

23) 정진연, 앞의 글(주 11), 179면; 참고로 Laubenthal, 앞의 책(주 18), 66면.

24) 이호중, 수형자의 법적 지위의 이론적 논증, 경원대학교 법학연구소 법학논총 제2호 (1995), 227면 이하 참조.

25) 양화식, 행형에 있어서 재사회화목적(상), 교정 1992, 10월호, 25면 이하; 이호중, 앞의 글(주 24), 227면; 정진연, 앞의 글(주 11), 164면 이하; 한영수, 행형과 형사사법, 세창출판사 2000, 34면 이하 참조.

유형의 집행은 ‘형무소에 구치’하는 것을 전제하므로, 재사회화의 목적도 수형자에 대한 안전한 구금이 확보된 이후에 비로소 가능하다. 그리고 이러한 보안의 과제를 구체화하기 위해 행형기관은 교도소의 안전과 질서를 유지해야 하는 과제를 갖는다. 이를 통해 수형자의 刑期에 상응하는 구금의 기간 동안 사회의 안전을 보호할 수 있기 때문이다.²⁶⁾

2) ‘재사회화’의 의미

20세기 중반 이후 서구에서 행형의 지배이념으로 자리잡은 ‘재사회화’의 개념은 ‘범죄자의 사회화에 대한 결손을 메우고, 사회화에 대한 학습기회와 도움을 제공함으로써 출소 후에 범행하지 않고 정상적 삶을 영위할 수 있도록 하는 것’이라고 정리할 수 있다.²⁷⁾ 그리고 재사회화 이념은 범죄학적으로 결정론적 인간관을 가지고 있고, 범죄원인을 개인적 원인에서 찾으며, 사회국가적 원칙을 표현한다는 특징을 지닌다.

이러한 재사회화의 목적은 규범적으로 볼 때 수형자를 가두어 두고 자유를 박탈한 채 자유를 교육한다는 모순과 범죄자를 강제로 ‘개선’한다는 것이 헌법적 정당성을 가질 수 있는지의 문제를 안고 있다. 더불어 재사회화이념은 수형자가 개인적으로 인격적 결함이 있다는 것을 전제하기 때문에 인도적 문제점이 있으며, 개인의 사회화를 국가가 대리 수행한다는 점에서 개인의 생활영역에 국가가 개입하는 이른바 ‘생활세계의 식민지화’라는 문제가 발생한다. 무엇보다 재사회화의 목적은 그동안 경험적 성과를 거두지 못했다는 결정적 결함이 있다.²⁸⁾ 그렇기 때문에 오늘날 재사회화는 ‘소극적 의미의 재사회화’로 이해되어야 한다는 요청이 커지고 있으며,

26) 이호중, 앞의 글(주 24), 228면; 정진연, 앞의 글(주 11), 174면.

27) 배종대/정승환, 행형학, 홍문사 2002, 55면; 이호중, 앞의 글(주 24), 229면 이하 참조.

28) 재사회화 이념의 특징과 문제점에 대한 자세한 내용은 배종대/정승환, 위의 책 55면 이하; 이호중, 앞의 글 233면 이하 참조.

그에 따라 수형자가 사회와 격리되어 구금됨으로써 발생하는 자유박탈의 해악을 최소화하는 기능으로 재사회화의 개념을 축소 해석할 것을 요구한다. 그리고 이러한 의미의 재사회화 목적을 구체화하기 위한 실천원칙으로 구금시설의 환경을 가능한 한 사회와 유사하게 조성해 주어야 한다는 유사성의 원칙, 구금으로 인한 폐해를 최소화하도록 노력해야 한다는 해악상쇄의 원칙, 재소자가 수용되는 순간부터 사회에 재통합될 것을 지향하여야 한다는 통합의 원칙이 논의되고 있다. 무엇보다 행형에서의 처우를 사회화, 개방화하여 수형자와 사회와의 접촉과 교제의 가능성을 확대해야 할 필요성이 제기된다.²⁹⁾

3) 목적갈등의 문제

그런데 행형법 제1조가 규정하는 ‘보안’의 목표와 ‘재사회화’의 목적은 서로 갈등하는 관계에 놓여 있다. ‘보안’이든 ‘재사회화’든 궁극적으로는 범죄로부터 사회를 보호하려는 것이라는 점에서 서로 일치하는 부분이 없지 않지만 이는 장기적 측면에서 본 것이고, 단기적 측면인 행형의 단계에서 보면 두 목표는 서로 갈등하는 긴장관계에 있는 것이다. 왜냐 하면 재사회화를 위해서 요청되는 개방처우나 행형의 완화조치가 공공의 안전에 대한 직접적이고 현실적인 위협이 될 수 있기 때문이다.³⁰⁾ 즉, 개방행형 등의 적극적인 재사회화 조치들은 수형자의 확대된 자유가 행형시설은 물론 공공의 안전을 위협할 염려가 있을 때 한계에 부딪치게 되며, 거꾸로 행형시설이나 공공의 안전에 대한 요청은 재사회화를 위한 조치들을 제약하는 요소가 되기 때문에 ‘보안’과 ‘재사회화’는 쉽사리 조화될 수 없는 두 마리 토끼이다.

29) 배중대/정승환, 위의 책, 76면 이하; 정진연, 앞의 글(주 11), 167면 이하 참조.

30) 양화식, 행형에 있어서 재사회화목적(하), 교정 1992, 11월호, 43면 이하 참조.

이러한 두 마리 토끼 사이의 갈등은 행형의 구체적 현실과 관련한 결정에서 매우 어려운 문제를 야기한다. 행형의 목표를 어떻게 설정하느냐에 따라 행형의 현실에서 개별적 결정들에 대한 지향점과 척도가 달라지기 때문이다. 즉 행형의 목적설정은 수형자의 법적 지위를 결정하는 준거가 될 뿐 아니라 행형시설의 조직, 인적 구성, 공간 배치 등에도 영향을 미치며, 행형공무원의 재량권행사와 이에 대한 법원의 통제의 기준이 되는 등 행형의 전 분야에 대한 방향설정이 되는 것이다. 계구의 사용요건을 결정할 때에도 이러한 방향설정에 따라야 함은 물론이다. 그러므로 ‘보안’과 ‘재사회화’의 두 목표 가운데 어느 것이 우선되어야 할지에 대한 결정이 있어야만 하는데, 이는 형사정책과 法文의 해석규칙에 따라 내려져야 한다.

4) 재사회화목적의 우위

우선 형사정책적 측면에서 문제되는 것은 “격리” 또는 ‘보안’이 행형의 독자적 목적이 되는가에 있다. 범죄자를 사회로부터 격리하여 더 이상의 범죄로부터 사회를 보호하는 것은 행형이 갖는 본질적 기능이다.³¹⁾ 그러나 ‘기능’과 ‘목적’이 혼동되어서는 안 된다. 단지 수형자를 격리하는 것이 미래지향적 개념인 ‘목적’으로 이해될 수는 없다. 이는 형벌이론과 밀접한 관련을 맺는다. 즉, 형벌의 본질을 응보로 이해하는 입장에서는 어떤 목적도 추구하지 않고 발생한 범죄에 대해 형벌로써 응징하는 그 자체가 목적이 되므로 행형의 본질적 목적은 자유박탈 그 자체에 있다. 그러나 형벌로써 일정한 목적을 달성하려고 하는 目的刑主義의 입장에서는 자유형은 범죄인의 격리를 통한 사회방위와 함께 범죄인의 보호 및 개선을 목적으로 하며, 행형에서도 이러한 목적을 추구한다. 오늘날 응보를 형벌의 유일한 목적으로 선택하는 형벌이론은 없으며, 근대적 의미의 행형이 단순한 구금

31) 이호중, 앞의 글(주 24), 227면; 정진연, 앞의 글(주 11), 174면 참조.

행형을 넘어 교육, 또는 개선 등의 일정한 목적을 지향한다는 것은 행형의 역사와 오늘날의 행형이론에서 일반적으로 승인되는 내용이다. 따라서 범죄인의 자유를 박탈하여 사회로부터 격리하는 것은 교육 또는 개선, 나아가 재사회화를 위한 수단으로 이해되어야 한다.³²⁾

또한 法文의 문리적 해석에 의해서도 ‘격리’는 독자적 목적이 아닌 ‘기능’ 또는 ‘수단’으로 이해된다. 즉 행형법 제1조의 법문은 “수형자를 격리하여 교정교화하며... 사회에 복귀하게 하며...”라고 하였으므로 ‘격리’는 ‘사회복귀’나 사회복귀를 위해 이루어지는 ‘교정교화’ 등을 위한 수단으로 이해되어야 한다. 요약하자면 행형법 제1조에 규정하는 행형의 궁극적 목적은 수형자의 사회복귀, 즉 재사회화에 있으며 ‘격리’를 통한 보안의 목표는 행형의 최소목표 또는 재사회화를 위한 수단으로서의 의미를 지닌다.³³⁾

다. 행형의 현실과 행형목적

이와 같이 형사정책적으로, 그리고 법문의 의미에 따라 재사회화목적의 우위가 인정되지만, 현실은 ‘보안’의 목적이 압도적으로 지배하고 있다. 재사회화의 목적과 보안의 목적이 충돌할 때 현실은 언제나 보안이 우선되는 것이다. ‘보안’ 때문에 재소자들은 하루 종일 비좁은 거실에서 생활하면서 그 안에서 식사해야 하고 좁고 비위생적인 화장실에서 식기세척과 세면, 빨래를 해야만 한다.³⁴⁾ ‘보안’ 때문에 하루에 한 번뿐인 운동시간도 불

32) 송광섭, 범죄학과 형사정책, 유스티니아누스 1998, 432면; 정영석/신양균, 형사정책, 1997, 494면; 이윤호, 형사정책, 박영사 1996, 532면; 이수성/조준현, 형사정책, 방송대출판부 1998, 346면; 허주욱, 교정학, 일조각 1998, 102면.

33) 양화식, 앞의 글(주 25), 28면 참조. 참고로 독일의 경우 독일행형법 제2조에 대한 해석론에서 지배적인 견해는 ‘보안’을 ‘행형의 과제(Vollzugsaufgabe)’로, ‘재사회화’를 보안의 과제에 우선하는 행형의 ‘목적(Vollzugsziel)’으로 보고 있다: 대표적으로 Kaiser/Schöch, 앞의 책(주 18), 147면 참조.

34) 교정시설을 보면 하나의 ‘舍棟’에 여러 거실이 있고, 사동의 입구에는 세면과 세탁을 위한 시설이 있지만 지금은 거의 사용하지 않고 있다. 거실에서 세탁실까지의 거리는

과 30분에 불과하고, ‘보안’ 때문에 보통의 수형자에게 외부병원에서의 치료는 그림의 떡에 불과하다.³⁵⁾ ‘보안’ 때문에 수형자들은 교도소 외부로의 외출과 휴가를 꿈도 꾸지 말아야 한다.³⁶⁾ 구금시설 내의 교정공무원 구성에서도 ‘보안’ 관련 직원의 비율이 절대 다수이며, 서열과 승진에서도 언제나 ‘보안’ 계통의 교정공무원이 우선이다. 수형자의 교정교화를 위한 교회직, 분류직의 직원은 그 수도 턱없이 부족하고 소관업무를 수행할 때에도 ‘보안’의 문제를 먼저 생각해야 한다. 교회직 직원이 수용자를 상담하고자 할 때에도 먼저 보안과의 허락을 받아야만 하는 것이다.

이와 같은 보안일변도의 이른바 ‘보안행형’에서 수형자의 재사회화라는 행형의 목적은 발불일 곳이 없다. 그렇기 때문에 출소자의 재범률은 낮아지지 않고 있으며, 과도한 보안 위주의 행형은 계구의 빈번한 사용과 그로 인한 인권침해의 문제를 야기하고 있다. 그러나 이제는 이러한 ‘보안행형’에서 벗어나 ‘재사회화행형’으로 나아가야 하고, 계구를 사용할 때에도 보안의 목적과 더불어 재사회화의 목적을 고려하여야만 한다.

불과 수 미터에서 이십여 미터에 불과하고 사동의 출입구는 언제나 굳게 닫혀 있지만 ‘보안’의 문제 때문에 이러한 시설을 사용하지 않고 수용자의 거실에서 모든 것을 해결하게 하는 것이다. 또한 최근에 건립된 수용시설에는 사동입구에 공동샤워실과 간이식당이 있지만 샤워실은 폐쇄하여 사용하지 않고 있고, 간이식당은 작업 나가는 수용자들만 아침과 저녁에 이용하고 있다. 작업이 없는 수용자들은 여전히 거실에 앉아 식사하고 화장실에서 식기를 닦아야만 한다. 간이식당의 바깥쪽으로 철문이 굳게 잠겨 있지만 ‘보안’의 문제 때문에 거실에서 나와 식당을 이용할 수가 없는 것이다.

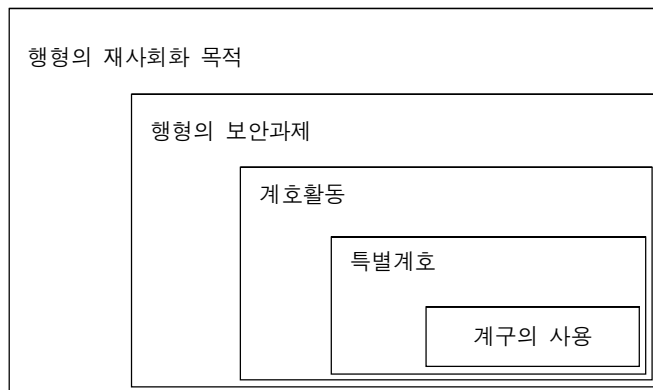
35) 외부병원에서 치료받기 위해 이송하기 위해서는 재소자 1인당 교도관 한 두 명이 동행해야 하고, 재소자는 계구에 묶인 채 병원의 대기실에서 기다려야 하며, 입원하더라도 침대에 발목을 계구에 묶어 두어야 한다. 이러한 문제 때문에 구금시설도, 병원도 수용자의 외부치료를 기피하고 있다.

36) 1991년부터 2002년까지 전체 수형자와 귀휴실시 인원을 대비해 보면 1991년 30,049/456명, 1992년 31,169/245명, 1993년 32,054/352명, 1994년 33,207/307명, 1995년 32,895/157명, 1996년 32,848/175명, 1997년 33,123/206명, 1998년 35,125/330명, 1999년 38,364/483명, 2000년 37,120/555명, 2001년 37,036/828, 2002년 37,111/932명이다. 그 비율은 가장 낮을 때가 1995년의 0.4%이며, 가장 높은 때라 하더라도 2.5%에 불과하다. 그나마 각종 경진대회나 검정고시 등의 응시를 위해 외출할 때에도 ‘귀휴’에 해당하는 경우로 통계에 반영되기 때문에 순수한 의미의 ‘휴가’를 받는 수형자는 거의 없다고 보아도 과언이 아니다: 법무원수원, 범죄백서 2003, 254면 표 III-1; 271면 표 III-14 참조.

3. 중간결론

계구의 사용은 계호활동의 일부이며, 그중에서도 특별한 위험이 존재할 때 비로소 투입되는 비상수단의 하나이다. 그리고 계호활동은 구금시설에서 구금을 확보하기 위해 이루어지는 ‘보안’을 위한 작용 중 일부이다. 보안의 목적은 재사회화목적과 함께 행형목적의 일부를 구성하며, 보안의 목적과 재사회화목적이 갈등할 때에는 재사회화목적이 우선되어야 한다. 이러한 내용을 도식화하면 아래와 같다:

<표 1> 행형에서 계구사용의 체계적 위치



행형에서 계구의 사용이 차지하는 이러한 위치에서 우리는 계구의 사용이 행형의 수많은 내용 중에서 극히 일부를 구성하며, 계구의 남용과 같은 지나친 계호활동은 보안목적에 충실한 것일지는 몰라도 재사회화목적에 장애가 된다는 점을 확인할 수 있다. 계구사용의 요건이나 그 목적을 검토할 때에는 이러한 내용이 전제가 되어야 한다. 아래에서는 이러한 전제에 비추어 새로이 제정된 「계구규칙」을 검토해 보고자 한다.

Ⅲ. 「계구규칙」의 검토

1. 계구사용의 목적과 비례성원칙

가. 계구사용의 목적

먼저 계구규칙의 검토를 위해서는 계구사용의 목적을 분명히 해야 한다. 계구사용의 요건과 방법 등의 정당성은 이러한 목적에 비추어 판단해야만 하기 때문이다. 행형법 제14조 1항은 계구사용의 목적을 “수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 위하여”라고 표현하고 있다. 그렇지만 이러한 표현은 모호하고 매우 광범하여 계구사용의 요건과 방법을 결정하는 기준이 되지 못한다. 특히 “기타 교도소등의 안전과 질서유지를 위하여”라는 표현은 사실상 계구사용의 목적을 무제한적으로 확장하는 매우 불명확한 표현이다. 이와 같이 목적이 불명확한 상황에서는 계구사용의 요건과 방법을 결정하는 일 또한 자의적인 결정이 될 수 있다. 그렇기 때문에 계구사용과 관련한 수용자들의 진정에서 고통을 주기 위한 목적이나 징벌의 목적으로 계구를 사용한다는 문제제기가 계속되고 있는 것이다. 1999년 12월의 행형법 개정을 통해 제14조 3항에서 징벌의 수단으로 계구를 사용하는 것을 금지하였지만, 이는 소극적 규정일 뿐 적극적으로 계구사용의 목적을 명확히 한 것은 아니다.

따라서 계구사용의 목적을 분명히 할 필요가 있는데, 계구의 사용은 이송 중의 도주방지와 행형시설 내의 안전확보를 위한 일시적 결박을 위한 목적에 한정해야 한다고 생각한다. 여기서 강조하고자 하는 것은 특히 수용시설 내의 안전확보를 위한 계구사용은 위험한 상황을 제압하기 위한 긴급수단으로 제한하여야 한다는 것이다. 즉, 긴급한 상황이 종료된 경우

에는 계구사용의 목적도 소멸되는 것으로 보아야 한다는 것이다.

나. 계구의 사용과 비례성원칙

계호행위에서 중요한 문제는 계호목적과 이를 위하여 수형자에게 부과되는 의무와 제한의 정도이다. 이때에는 비례성원칙이 기준이 된다.³⁷⁾ 즉 구금시설의 안전과 질서를 유지하기 위해 수형자에게 부과되는 의무와 제한은, 그것이 목적과 상당한 관계가 있고 필요정도 이상으로 또는 필요기간 이상으로 수형자를 침해하지 않도록 선택되어야 한다는 것이 그 내용이다.³⁸⁾ 계구의 사용과 관련하여 비례성원칙을 적용하면 계구의 사용은 가능한 여러 가지 계호행위 가운데에서 적합한 수단이면서 침해를 최소화하는 수단이어야 하고, 예상되는 침해와 기대되는 효과가 균형을 이룰 때에 비로소 정당화될 수 있다.³⁹⁾

먼저 생각해야 할 것은 계구사용의 단편성과 비례성이다. 위에서 살펴본 바와 같이 계구를 사용하는 것은 계호활동 중에서도 특별한 경우이며, 계호활동은 행형에서 보안을 위한 여러 작용 중 일부에 불과하다. 즉, 도주방지 또는 안전확보 등의 목적을 위한 수단에는 계구 이외에 다른 많은 수단이 있으며, 이것이 계구사용의 단편성을 의미한다. 계호의 다른 수단으로는 행형시설 내에서 이루어지는 여러 가지 보안조치와 행형법 제14조가 규정하는 강제력행사 등이 있다. 따라서 계구사용의 요건과 방법을 고

37) 비례성원칙에 관한 내용으로 배종대, 형사정책 제5판, 홍문사 2003, 123면 이하 참조.

38) 이와 관련하여 독일행형법 제81조 ②항은 “행형시설의 안전 또는 질서를 유지하기 위해 수형자에게 의무를 부과하거나 권리를 제한할 때에는 그 목적에 비례하며 필요한 것보다 더하거나 더 길게 수형자의 권리를 침해하지 않는 방법이 선택되어야 한다”고 규정하고 있다.

39) 역시 참고적으로 독일 행형법 제96조는 직접강제에서의 비례성원칙을 규정하면서 제1항은 “직접강제의 여러 가지 가능하고 적당한 처분들 중에서 개인이나 일반을 가장 적게 침해하는 처분이 선택되어야 한다”고 선언하고 있으며, 제2항에서는 “직접강제에 의해 야기될 침해가 그것을 통해 달성하려는 목적과 비례관계에 있지 않음이 명백할 때에는 직접강제를 사용하지 못한다”고 명시하고 있다.

려할 때는 이러한 수단들과의 관계를 함께 고려해야 한다. 오로지 계구라는 수단 하나만으로 이러한 목적을 달성하려는 관점에서 요건과 방법을 고려해서는 안 된다는 것이다. 실제로 행형법 제14조의 계구사용의 목적과 행형법 제14조의2 제1항 제1호 내지 제4호가 규정하는 강제력 행사의 요건은 자살 및 자해 방지, 타인에 대한 위해, 도주, 기타 수용질서 침해 등으로 거의 동일하다. 따라서 계구는 이러한 다른 수단들과 함께 고려하여 가장 필요하고도 대상자에 대한 기본권침해가 가장 적은 방법이 선택되어야 한다. 이것이 계구사용의 보충성이 갖는 의미이다. 나아가 최후수단으로서의 필요한 최소한에 그쳐야 한다. 즉 긴급한 상황을 제압할 만한 다른 수단이 없을 때에 한하여 상황의 통제를 위한 필요에 비례하여 최소한의 범위 내에서 계구를 사용하여야 한다는 것이다.

이러한 비례성의 원칙이 계구사용의 기본원칙이 되도록 하기 위해서는 행형법에 이를 명확하게 규정할 필요가 있다. 현행법 제14조 1항은 “필요한 경우에”라고 규정하고 있지만 이것이 비례성원칙을 명시한 것이라고는 할 수 없다. 이와 비교해 보면 1999년 12월의 행형법개정을 통해 신설된 강제력행사에 관한 행형법 제14조의2에서는 제1항 제2문에 “강제력의 행사는 필요한 최소한도에 그쳐야 한다”라고 규정하여 비례성원칙을 보다 구체화하고 있다. 이와 유사한, 또는 이보다 더 구체적인 비례성원칙의 규정이 계구사용에 대해서도 명시되어야 할 필요가 있다. 대법원 판결에서도 “계구의 사용은 사용 목적과 필요성, 그 사용으로 인한 기본권의 침해 정도, 목적 달성을 위한 다른 방법의 유무 등 제반 사정에 비추어 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서만 허용된다”라고 판시하여 계구사용에서의 비례성원칙을 인정하고 있다.⁴⁰⁾ 계구규칙 제14조 제2항은 이와 같은 비례성원칙의 내용을 담고 있다. 이는 매우 긍정적으로 평가되지만 더 바람직한 것은 상위법인 행형법에 이를

40) 위의 주 4, 주 5에서의 판결 참조.

명시하는 것이다.

2. 계구사용의 요건 (계구규칙 제4조)

행형법이 규칙에 위임하고 있는 사항이 아니지만 계구규칙 제4조는 계구사용의 방법으로서 소장의 계구사용 명령을 규정하고 (이는 행형법시행령 제46조에 의한 것이다), 다시 그 명령의 요건을 규정하는 형태로 계구사용의 요건을 정해놓고 있다. 상위법과의 관계에서 모순이 있긴 하지만 계구규칙에서는 계구사용의 요건을 구체적인 몇 가지로 한정함으로써 상위법이 정하는 계구사용 목적의 불명확성을 어느 정도 보충하였다는 장점이 있다. 하지만 계구사용의 목적을 이송중의 도주방지와 시설내의 안전확보를 위한 일시적 사용으로 한정한다면 계구규칙에서의 계구사용의 요건도 그 범위가 지나치게 넓다고 생각한다.

가. 도주의 우려 (제2호)

우선 계구규칙 제4조 제1항 제2호의 “도주의 우려가 현저한 때”는 계구사용의 요건으로 적당하지 않다. 수용자가 도주할 우려가 있어 계구를 사용하는 것은 이송 등의 사유로 수용자가 교정시설 외의 장소로 나갈 때에 한정해야 한다. 수용시설에 수감된 수용자들에 대해서는 수용시설 자체가 이중 삼중으로 보안조치를 취하고 있으므로 도주의 우려가 있다고 해서 계구를 사용하는 것은 필요한 최소한의 조치라 할 수 없다. 즉 비례성에 어긋나는 것이다.

실제로 지난 2003년 12월 18일 헌법재판소는 구속 재판 중 법정에서 도주하였다가 체포되었고 그 후 징벌실에 수감되었던 정모씨가 광주교도소

를 상대로 낸 헌법소원에서 재판관 전원일치로 위헌 결정을 내렸다.⁴¹⁾ 이 사건에서 계구가 사용된 이유는 도주의 우려가 현저했기 때문이었을 것이다. 그 이전에 법정에서 도주했다 재수감되었기 때문에 도주의 우려에 대한 근거는 충분한 셈이다. 그리고 징벌결정 이후의 징벌과정에서 병행된 계구의 사용 또한 도주의 우려 외에는 다른 요건을 찾기 힘들다. 하지만 설사 그러한 우려가 근거 있는 것이라 해도 이미 징벌실에 수용되어 이중 삼중의 감시를 받는 사람에 대해 계구를 사용한 것이 도주방지를 위한 “필요한 최소한의 조치”였는지는 지극히 의문이다. 실제로는 이 경우 계구의 사용은 도주한 데 대한 응보이며 고통을 주기 위한 목적에서 이루어진 것으로 보아야 할 것이다.

그렇기 때문에 이번 개정안에서 시설 내에서의 도주의 우려를 계구사용의 요건으로 규정한 것은 이와 같은 다른 목적에서의 계구사용을 은폐하는 계기가 될 수 있다. 현실적으로 보아도 교정사고 가운데 도주의 경우는 전체 행형시설에서 매년 한두 건에 불과한 정도이고 1998, 1999, 2001년에는 단 한건의 도주사고도 발생하지 않았다.⁴²⁾ 이처럼 극소수의 경우에 대비해서 계구사용을 허용하는 것은 분명 필요성의 원칙에 어긋나며 남용의

41) 위의 주 6 참조. 사건의 내용을 보면 1999.11.5. 향정신성의약품관리법 위반혐의로 구속되어 같은 해 11.8. 광주교도소에 입소하였으며, 같은 해 12.28.에 특수강도죄로 추가 기소되어 재판을 받는 도중 2000. 2.24. 광주지방법원 201호 법정에서 공범들과 광주교도소에서 미리 준비한 흉기로 법정계호 근무 중인 교도관을 찔러 상해를 입히고 도주하였다가, 같은 해 3.7. 서울에서 체포되어 광주교도소에 재수감되면서 바로 조사실에 수용되어 금속수갑 2개(이중 금속수갑)가 채워지고, 3.11.부터는 가죽수갑 1개가 추가로 채워졌으며, 같은 해 3.21. 징벌위원회가 개최되어 청구인에게 금치 2월의 징벌이 결정되었다. 정보씨에게는 2000.3.7.부터 계구가 사용되었는데, 광주교도소에서는 금속수갑 2개(이중 금속수갑)를 2000.3.7.부터 2001.4.2.까지, 그리고 가죽수갑은 2000.3.11.부터 2001.4.2.까지 사용되었고, 목포교도소로 이감된 후에도 2001.4.2.부터 6.18.까지 청구인은 모두 466일 동안 계구를 사용한 채(이중 가죽수갑은 462일 동안 시승) 수용생활을 하였다. 특히 광주교도소에서 작성한 ‘동태(시찰)상황’ 및 계구사용감독부 등의 기록에 의하면, 최초 계구가 사용된 2000.3.7.이후 초기 26일 동안은 단 한차례도 계구를 해제하지 않았으며, 이후에는 목욕 등을 위해 짧으면 3일에 1회, 길면 1주일에 1회 정도 계구를 해제하였고, 해제시간도 1시간여에 지나지 않았다.

42) 법무연수원, 범죄백서 2003, 285면, 표 III-27.

원인이 되고 있을 뿐이다.

따라서 도주의 우려 때문에 계구를 착용하는 것은 “이송 중의 도주방지”를 위한 것으로 제한할 필요가 있다. 이렇게 함으로써 행형법의 모호한 부분을 보완하는 것이다. 물론 장기적으로는 행형법의 조문 자체가 보다 명확하게 개정되어야 할 것이다. 요약하자면 계구규칙 제4조의 제2호를 삭제하고, 이를 제1호와 통합하여 “이송, 출정, 그 밖의 교정시설 외의 장소로 수용자를 호송함에 있어 도주의 우려가 현저한 때”로 규정하는 것이 바람직할 것이다. 시설 내에서의 도주를 방지하기 위한 계구의 사용이 꼭 필요하다면 그 요건은 “도주하거나 도주하려 하는 때”로 규정함으로써 객관적 명확성을 갖추도록 해야 한다.

나. 자살·자해 및 폭행·손괴의 우려 (제3호-제5호)

제3호의 자살 또는 자해의 우려가 현저한 때, 제4호의 다른 사람을 폭행할 우려가 현저한 때, 제5호의 교도소 등의 시설 또는 물건을 손괴할 우려가 현저한 때 등의 요건도 보다 구체화할 필요가 있다. “우려가 현저한 때”라는 표현은 자의적 해석과 남용의 여지가 있기 때문이다. 자살이라는 충동적 행위에 대해 그 우려가 현저한지를 판단하는 기준은 무엇인지 의문이며, 자해·폭행·손괴의 경우에도 그 우려가 현저한지를 판단하는 기준이 모호하다. 앞서 언급했듯이 계구사용은 긴급한 상황에 대처하기 위한 일시적 수단이 되어야 하므로 그 요건을 행형법 제14조의2 제1항을 참조하여 구체화할 필요가 있다. 즉 행형법 제14조의2 제1항의 강제력행상의 요건에서는 “1. 자살을 하려고 하거나 또는 자해행위를 하거나 하려고 하는 때, 2. 다른 사람에게에 피해를 가하거나 가하려고 하는 때”라고 규정하고 있는데, 이처럼 “...하거나 하려고 하는 때”라는 표현이 계구사용의 긴

급성을 고려하면 훨씬 더 명확하고 구체적인 규정이 될 것이다. 주요 국가의 계구사용의 요건을 보아도 계구사용의 요건으로 ‘…의 우려’를 규정한 예는 거의 없으며, 명확하고 구체적인 사유를 요건으로 하고 있다. 자세한 내용은 아래의 <표 2>와 같다.⁴³⁾

<표 2> 각국의 계구 사용요건

국가별	계구 사용 요건
일 본	1. 도주 2. 자기 또는 타인에게 위해를 가하는 것 3. 구금시설 등의 설비, 기구, 기타 물건을 손상하는 것
미 국 (연방)	1. 타인에 대한 폭행 2. 정부재산 파괴 3. 자살시도 4. 자해 5. 폭력적이 되거나 급박한 폭력징후가 보일 때
미 국 텍사스주	1. 수용자를 교정시설 밖으로 이송하는 경우 2. 교정시설 등의 질서를 유지하는 데 계구사용 외 다른 통제방법이 없을 때 3. 물건을 던지거나 기물을 파손하는 등 난동을 일으킬 때 4. 의료적 이유나 의사의 지시에 의해 자해를 방지하기 위해 5. 사형수를 호송하는 경우 6. 물리적 충돌이 발생한 직후 또는 수용자가 폭력적이 된 때
캐나다 (연방)	수용자에 대한 위험평가 후 다음과 같은 상황에서 직원, 수용자 및 공공을 보호하기 위하여 사용 1. 시설 내에서 수용자 이동(격리실 수용을 위한 이동, 격리실 밖으로의 이동, 위험성이 높은 수용자의 이동, 특별사동 내부에서의 이동) 2. 도주를 방지하기 위한 사전수단 또는 작업 외 다른 목적으로 시설 외로 호송하는 수용자를 통제하기 위해 3. 자해, 타인에 대한 상해, 재산 손괴를 예방하기 위해 계구사용 외의 다른 통제방법이 없거나 계구사용이 가장 안전하고 합리적인 방법일 경우,
영 국	1. 자해, 타인에 대한 상해, 재산손괴 및 소란방지를 위해 2. 이송 또는 의학적인 이유로 필요한 때
싱가포르	1. 지속적으로 폭력적, 반항적, 분열적 행동을 보이는 수용자 2. 정신질환 처방 중인 수용자 3. 우울증에 빠졌거나 그 증상을 보이는 수용자 4. 도주를 시도하는 수용자
독 일	1. 수행자의 행동이나 그의 정신 상태에 근거한 고도의 도주위험, 타인에 대한 폭력행위나 손괴의 위험, 자살 또는 자해의 위험 2. 이송 중의 도주 위험

43) 이경식, 계구 관련 법령 개정 방향: 법무부, 징벌 및 계구제도 개선을 위한 공청회 (2003. 12. 23) 자료, 88면의 도표 참조.

3. 계구의 종류 (계구규칙 제2조)

계구의 종류는 행형법 제14조 제2항에서 규정하고 있으며 규칙에서는 그 모양·규격 및 사용방법만을 규정하도록 위임되어 있다. 따라서 계구의 종류 자체를 논하는 것은 계구규칙에 대한 검토의 범위를 넘어서는 것이다. 장기적으로 이는 행형법의 개정을 통해 해결해야 할 문제이다. 그럼에도 불구하고 규칙에서 몇몇 계구의 사용을 최소화함으로써 단기적으로 문제해결에 기여할 수 있을 것이다.

계구규칙 제2조에서는 이전의 계구사용규칙(법무부 훈령) 제2조에서 수갑 중의 가죽수갑을 폐지하고 벨트수갑과 플라스틱수갑을 도입하고 있으며 기타의 경우에는 현행과 변함이 없다. 이 가운데 문제가 되는 계구로는 사슬과 안면보호구가 있다.

가. 사 슬

계구로써의 사슬의 사용은 금지되어야 한다. 유엔의 최저기준규칙 제33조는 “수갑(handcuffs), 사슬(chains), 차꼬(irons) 및 구속복(strait-jacket) 등 계구는 결코 징벌의 수단으로 사용해서는 안 된다. 특히 사슬이나 차꼬는 계구로서 사용되어서는 안 된다”고 규정하고 있다. 또 이미 언급했듯이⁴⁴⁾ 국가인권위원회도 계구의 종류 중 사슬과 가죽수갑을 폐지할 것을 법무부장관에게 권고하였다. 사슬의 사용은 긴급한 상황에서의 일시적 제압이라는 계구사용의 목적을 고려하면 비례성원칙을 침해하는 것일 뿐 아니라 기본적 인권의 존중을 규정한 헌법 및 행형법 제1조의3의 규정에 어긋나는 것이다.

44) 2003.7.14. 02진인126, 329 / 02진인76, 100, 1245. 위의 주 7 참조.

실제로 계구규칙이 규정하고 있는 사슬의 사용방법을 보더라도 그 필요성은 근거가 빈약하다. 계구별 사용방법을 규정하고 있는 계구규칙 제5조 중에서 제3항에 의하면 짧은 사슬은 외부병원에 입원중인 수용자의 도주방지를 위해 필요한 경우에 수용자의 발목을 병원 등의 침대에 결박하는 방법으로 사용하도록 되어 있다. 입원치료 중인 수용자를 이런 식으로 결박하는 것이, 설혹 도주의 위험이 있다 하더라도, 환자치료라는 인도적 관점이나 인권존중이라는 헌법적 관점에서 허용될 수 있는지 의문이 아닐 수 없다. 입원실의 출입문과 창문 등을 통제하는 방법으로 도주방지의 목적은 달성될 수 있을 것이며, 그렇다면 사슬로 환자인 수용자의 발목을 침상에 묶는 것은 필요 이상의 지나친 수단일 것이다.

나아가 긴 사슬의 경우에는 포승을 사용하면 자살·자해의 수단이 될 염려가 있고, 다른 방법으로 자살·자해를 방지할 수단이 없을 때 사용하도록 되어 있다. 이 또한 그 목적과 수단의 비례관계와 필요성이 매우 의심스러운 규정이다. 포승이 자살·자해의 수단이 된다면 ‘긴’ 사슬 또한 그러한 수단이 되질 않으리란 보장이 없다. 또 자살·자해를 방지하기 위해서는 계구를 계속적으로 사용하여 수용자의 신체를 결박할 것이 아니라 자살·자해를 방지할 수 있는 별도의 수용실에 수용하는 방법을 강구해야 할 것이다. 독일의 경우 이른바 “안정실(Beruhigungszelle)”을 설치하여 자살·자해의 위험이 있는 수용자를 격리수용하고 있다. 그러므로 근본적으로는 행형법을 개정하여 계구의 종류에서 사슬을 삭제해야 하고, 그 이전의 경과조치로서는 계구규칙에서 사슬의 사용을 제한하여야 할 것이다. 상위법에 없는 기본권 침해 근거를 새로 마련하는 것은 위법이겠지만, 상위법의 기본권침해근거를 제약하여 당사자에게 이익이 된다면 이는 위법한 입법은 아닐 것이다.

나. 안면보호구

계구규칙 제2조 제1항 제4호는 머리보호형 안면보호구를 계구의 한 종류로 규정하고 있다. 그리고 제5조 제4항은 수용자가 벽이나 철격자 등에 자신의 머리 또는 안면을 자해할 우려가 있는 때에 안면보호구를 사용하도록 규정하고 있다. 계구규칙의 제정안에서는 소란방지형의 안면보호구를 별도로 규정하고 고성을 발하는 수용자에게 이를 사용하도록 하였으나, 공청회 등을 거치면서 소란방지형 안면보호구에 대한 규정은 삭제되었다. 고성을 발한다 해서 입에 재갈을 물리는 것과 같은 안면보호구를 착용하는 것은 그 수단이 지나치게 가혹한 것으로 비례성원칙에 어긋나며, 기본권침해가 덜한 다른 수단, 예컨대 방음시설이 된 수용실에 수용하는 등의 수단을 강구하는 것이 바람직할 것이다. 그러므로 소란방지형 안면보호구를 폐지한 것은 매우 다행한 일이다.

그러나 머리보호형 안면보호구의 사용도 여전히 문제가 된다. 머리보호형 안면보호구의 경우 2cm이상 두께의 솜을 누빈 재료를 사용해서 머리 전체를 둘러싸도록 되어 있는데, 이 정도의 재료로 단단한 벽이나 철격자 등에 머리를 부딪쳤을 때 머리가 ‘보호’될지 의문이 아닐 수 없다. 그보다는 이러한 계구로 속박되었을 때 수용자가 겪는 신체적·정신적 고통이 매우 클 것으로 사료된다. 즉, 목적에 비해 수단이 비례하지 않는 것이다.

따라서 이러한 계구의 사용보다는 앞서 언급한 독일의 “안정실” 등의 시설을 갖추는 것이 보다 합리적인 수단이 될 것이라 생각한다. 독일의 교정시설 내에 설치된 “안정실”은 사방의 벽면과 바닥이 고무재질로 포장되어 있어 자해를 방지할 수 있을 뿐만 아니라 내부에 아무런 집기가 없고 방음시설이 되어 있어 소란행위를 방지할 수 있다. 또한 출입구 상단에 강화유리로 된 창문이 있어 내부를 관찰하면서 만약의 사태에 대비할 수 있

다. 나아가 여기에 감시카메라를 설치해서 상황을 녹화한다면 자해행위 등에 대한 교도관의 책임소재 등의 시비를 가리는데 도움이 될 것이다. 이와 같은 시설을 마련하는 방법으로 문제를 해결하는 것이 타당할 것이며 안면보호구 등의 방법은 그 수단이 가혹하고 인권침해의 여지가 매우 크다.

<표 3> 각 국가별 계구의 종류

국가별	계구 종류
일 본	수갑(금속수갑), 제2종 수갑(혁수정을 개량한 신종수갑), 포승, 방성구, 진정의
미 국 (연방)	- 輕戒具: 비닐이나 가죽끈으로 된 수갑, 포승 - 重戒具: 금속으로 된 허리고정 계구, 금속 허리사슬, 족쇄, 2point 신체구속대, 4point 신체구속대
미 국 텍사스주	- 일반계구: 금속수갑, 족쇄, 발목체인 또는 구속벨트, 플라스틱수갑, 안면보호구 - 정신과용 계구: soft ties, 장갑, 구속대, 구속복, 고무 또는 가죽 벨트 및 수갑, 팔목토시와 구속복 - 특수 호송용 계구: 발목 꺾쇠(Leg Braces), 발목 튜브, L자형 고정쇠(L-clips)
캐나다 (연방)	- 輕戒具: 가죽벨트, 가죽끈, 구속복, 구속의자 등 - 신체구속구(4-point restraint): 수용자를 침대에 억제하기 위해 벨트와 가죽끈을 결합한 장비 - 重戒具: 수갑, 족쇄, 신체구속벨트와 사슬 등
영 국	수갑, 신체구속벨트(body belt: 가죽수갑과 유사), 가죽족쇄
싱가포르	- 일반적 계구: 수갑, 족쇄 등 - 의료적 계구: 사슬, 족쇄, 구속복, 수갑
독 일	결박도구(Fesselung): 수갑 등

요약컨대 사슬과 안면보호구에 대해서는 그 종류나 사용방법의 규정이 필요치 않다고 생각한다. 상위법에서 해결해야 할 문제이지만 장기적으로 이를 폐지하는 방향으로 나아가야 할 것이다. 주요 국가 중에서 사슬을 계구로 규정한 국가는 미국과 싱가포르, 캐나다뿐이지만 대개 重戒具로 제한

적으로만 사용하고 있다. 일본, 영국, 독일 등 대부분의 국가에서 사슬은 계구로서 인정되지 않는다. 또 안면보호구도 일본과 미국을 제외하고는 거의 대부분의 국가에서 계구로 규정하지 않고 있다. 각 국가별 계구의 종류를 보다 구체적으로 보면 <표 3>과 같다.⁴⁵⁾

4. 계구사용의 방법과 절차

가. 계구의 중복사용

계구규칙 제5조 제5항은 하나의 계구로 계구사용의 목적을 달성할 수 없는 경우 복수의 계구를 사용할 수 있도록 하고 있다. 다만 포승과 사슬의 중복사용을 금지하고 있을 뿐이다. 그러나 수갑 또는 포승과 안면보호구를 함께 사용하는 것도 되어야 한다. 수형자의 신체에 대한 고통이 지나치게 크기 때문이다. 결국 계구의 중복사용은 수갑과 포승의 중복사용에 한정해야 한다. 그런데 이는 앞서 언급한 대로 사슬과 안면보호구의 사용을 폐지한다면 자연스레 해결될 문제이다.

나. 계구의 계속사용

계구의 계속사용은 원칙적으로 금지되어야 한다. 계구는 긴급한 상황을 제압하기 위한 일시적 사용에 그 목적이 한정되어야 하기 때문이다. ‘원칙적으로’ 금지한다는 것은 ‘일시적 사용’의 시간적 길이가 특정될 수 없기 때문일 뿐이며 계구사용의 필요성이 사라졌을 때에는 계구를 즉시 해제하여야 한다. 계구를 사용하여 긴급한 상황을 제압한 후 일정한 격리공간에 구금했으면 계구를 계속 사용할 필요가 없는 것이다. 그러므로 계속사용은

45) 이경식, 앞의 글(주 43), 87면의 도표 참조.

일정한 격리공간에 구금할 때까지만 가능한 것으로 보아야 한다.

계구사용으로 인한 인권침해의 논란이 일어나는 것은 거의 대부분 계구를 오랜 시간동안 계속적으로 사용하는 데 그 원인이 있다. 대법원의 96다18922 판결의 경우를 보면 “교도소장이 교도관의 먹살을 잡는 등 소란행위를 하고 있는 수용자에 대하여 수갑과 포승 등 계구를 사용한 조치는 적법하나, 수용자가 소란행위를 종료하고 독거실에 수용된 이후 별다른 소란행위 없이 단식하고 있는 상태에서 수용자에 대하여 더 이상 계구를 사용할 필요는 없는 것이고, 그럼에도 불구하고 수용자에 대하여 9일 동안이나 계속하여 계구를 사용한 것은 위법한 행위이다”라고 판시하고 있다. 또한 대법원의 98다17374 판결에서도 “설사 위 미결수용자가 다른 재소자와 재차 싸움을 벌일 염려가 있고 규율 위반으로 장차 징벌에 처할 필요가 있었다고 하더라도, 이러한 목적을 달성하기 위하여서는 그들을 서로 격리수용하거나 독거수감하는 것만으로 족하고, 소년수인 위 미결수용자에 대하여 반드시 계구를 사용하였어야 할 필요성이 있었다고 보기 어렵다 할 것임에도 불구하고 교도관이 위 미결수용자를 포승으로 묶고 수갑을 채운 상태로 독거수감하였을 뿐 아니라, 그 이후 위 미결수용자가 별다른 소란행위 없이 싸운 경위의 조사에 응하고 식사를 하는 등의 상태에서는 더 이상 계구를 사용할 필요가 없다고 할 것임에도 그가 자살한 상태로 발견되기까지 무려 27시간 동안이나 계속하여 계구를 사용한 것은 그 목적 달성에 필요한 한도를 넘은 것으로서 위법한 조치에 해당한다”고 판시하고 있다.

계구규칙 제11조 제1항은 “계구사용 사유가 소멸한 때에는 소장의 허가를 받아 지체 없이 사용 중인 계구의 해제를 명하여야 한다”고 규정하여 계구의 계속사용을 제한할 수 있는 근거를 두고 있지만 “계구사용의 사유”가 불명확한 탓에 이를 통해 계구의 계속사용이 제한될 수 있을지 의

문이다. 다만 안면보호구에 대해서는 계구의 계속사용을 제한하는 명문의 규정이 있다. 즉 행정법시행령 제46조 제3항에서 “안면보호구는 6시간이상을 계속하여 사용하지 못한다. 다만, 특히 계속하여 사용할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 3시간을 연장 사용할 수 있다.”고 규정하여 안면보호구의 계속사용을 금지하고 있을 뿐이다.

그러나 나머지 계구규칙의 대부분은 계구의 계속사용을 전제로 하고 있다. 제7조 계구사용의 기록, 제8조 의무관의 건강점검, 제9조 계구사용의 감독, 제10조 계구의 계속사용 심사, 제12조 계구사용 수용자의 거실지정, 제13조 지방교정청의 감독 등 거의 모두가 그러하다. 따라서 이러한 규정들은 계구의 계속사용은 원칙적으로 금지되며, 계구는 다만 긴급한 상황이 제압되고 수용자가 별도의 격리공간에 수용될 때까지만 일시적으로 사용되어야 한다는 관점에서 재검토되어야 한다.

다. 계구사용의 절차

이번 계구규칙의 특징은 계구사용의 절차에 관한 규정을 확충하였다는 점이다. 그 가운데 제6조는 “계구를 사용할 때 사전에 수용자에게 그 이유를 고지하여야 한다”고 규정하고 있다. 그러나 긴급한 상황에 대처하기 위해 사용하는 것이 계구의 본질이라면 이러한 규정이 지켜질 수 있을지 의문이다. 호송을 위한 계구사용 이외에는 이 또한 계속적 사용을 전제로 한 규정이라 할 수 있다. 그리고 제7조 내지 제13조에 이르는 규정들은 앞서 언급한 대로 계구의 계속사용을 전제로 한 것이므로 절차적 명확성을 확보한다는 나름의 취지에도 불구하고 이러한 규정들이 꼭 필요한지 재검토해보아야 할 것이다.

IV. 결 론

계구규칙은 계구사용의 요건과 방법, 절차를 명확히 법률화하려는 긍정적 취지에도 불구하고 상위법의 문제를 극복할 수 없는 한계 때문에 여러 가지 문제를 안고 있다. 그러므로 계구규칙만을 놓고 옳고 그름을 논하는 것 자체가 모순일 수도 있다. 계구규칙의 제정을 통해 이루려는 목적을 고려한다면 규칙보다 상위에 있는 법령의 정비를 시도하는 것이 더 시급하고 필요한 과제일 것이다.

이를 위해서는 행형에서 계구의 사용이 차지하는 체계적 지위에 대한 검토가 필요하다. 계구의 사용은 행형시설의 안전과 질서를 유지하기 위한 보안활동의 일부로서의 계호를 위한 수단 중의 하나이다. 계호 중에서도 계구의 사용은 특별한 계호수단으로 그 본질상 긴급한 상황에 대처하기 위해 일시적으로 사용되는 수단이다. 그리고 행형에서는 보안의 목적 이외에 재사회화의 목적이 추구되어야 하며, 보안의 목적과 재사회화의 목적이 충돌할 때 재사회화의 목적이 우선되어야 한다는 것이 오늘날의 일반적 합의사항이자 행형법의 규정취지이다. 그러므로 이러한 계구사용의 체계적 지위와 관련하여 계구사용의 요건이 결정되어야 한다.

무엇보다 계구사용의 목적과 관련하여 계구는 시설 내의 안전과 질서를 확보하기 위해 필요한 범위에서 일시적으로 사용되어야 하며 어떠한 경우에도 징벌의 목적으로 사용되어서는 안 된다. 계구는 징벌의 수단일 수 없다는 행형법의 규정에도 불구하고 계구의 종류와 사용방법 등을 보면 징벌적 성격이 강하다. 특히 계구를 계속적으로 사용할 경우에는 징벌의 수단이 될 우려가 많다. 징벌방에 감금 중인 수용자에 대해 계구를 사용하는 것이 부당함은 더 말할 나위도 없다. 더불어 계구를 사용할 때에는 비례성 원칙이 준수되어야 한다. 즉, 계구는 시설의 안전과 질서가 위협될 때 계

구 이외의 다른 방법으로는 이를 극복할 방법이 없는 상황에서만 사용되어야 하며, 계구의 사용은 필요한 최소한의 범위로 제한되어야 한다. 행형법의 개정을 통해 이러한 비례성원칙을 보다 명확히 규정할 필요가 있다.

나아가 구체적 개선방안으로는 우선 계구의 종류 중에서 국제인권규칙이 금지하고 있는 사슬의 사용을 폐지하여야 하며, 안면보호구 또한 계호의 목적에 비해 그 수단이 지나치게 가혹하므로 다른 수단으로 대체되어야 한다. 그리고 계구의 사용요건은 추상적 위험이 아니라 구체적 위험의 존재로 보다 엄격하게 규정되어야 하며, 계구사용의 방법에서는 중복사용을 가능한 한 지양하고 계속사용은 금지되어야 한다.

주제어 : 계구, 계호, 보안목적, 재사회화목적, 비례성원칙

124 형사정책연구 제16권 제1호(통권 제61호, 2005 · 봄호)

Systematische Stellung der Sicherungsmassnahmen im Strafvollzug und die Bedingungen der Anordnung der Fesselung

Jung, Seung-Hwan*

Im Juni 2004 ist “Die Ordnung über Norm und Gebrauchsanweisung der Fesselungsmittel” aufgestellt bei Ministerium für Justiz. Dennoch hat diese neue Regelung wesentliche Grenze, weil das Strafvollzugsgesetz, in dem die Arten und Gebrauchsbedingungen der Fesselungsmittel vorgeschrieben sind, gar nicht geändert ist. Durch Überprüfung des Inhaltes der neuen Ordnung und Überlegung der Bedingungen von Anordnung der Fesselung versucht dieser Artikel eine Richtung für die Reform des Strafvollzugsgesetzes zu zeigen.

Für die konkrete Diskussion ist die systematische Stellung der Fesselung im Strafvollzug von Bedeutung. Unter dem Gesichtspunkt, dass die Fesselung ein Teil der besonderen Sicherungsmaßnahmen ist, und dass die Sicherungsmaßnahmen der Sicherungsaufgabe des Strafvollzugs dienen, muß die Bedingungen des Gebrauchs der Fesselungsmittel überlegt werden. Das heißt, dass die Fesselung nur bei einer erheblichen Störung der Anstaltsordnung vom Inhaftierten als ultima ratio angeordnet werden soll. Da die besonderen Sicherungsmaßnahmen gravierende Beeinträchtigungen für die Grundrechte des Strafgefangenen bedeuten, dürfen sie ausschließlich zur Bewältigung

* Professor, Department of Law, Hankyong National University, Ph.D. in Law

zeitlich begrenzter und akuter Gefahrensituationen eingesetzt werden.

Damit verlangt dieser Artikel zunächst, als Prinzip der Einsetzung von Fesselungsmitteln den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eindeutig im Strafvollzugsgesetz zu bestimmen. Außerdem sollte die Kette als ein Fesselungsmittel nicht eingesetzt werden. Die Voraussetzungen der Fesselungsanordnung sind noch konkreter zu bestimmen, und die wiederholte Einsetzung der Fesselungsmittel ist zu verbieten.

Stichwort: Fesselung, Sicherungsmassnahmen, Sicherungsaufgabe, Resozialisierung, Verhältnismäßigkeitsprinzip

사이버상의 불법정보 유통에 대한 OSP의 책임

정 완*

I. 서 언

오늘날 인터넷의 발달에 의한 사이버공간의 출현은 사이버쇼핑몰의 활성화 등 우리에게 필요한 순기능을 제공해주기도 하지만, 그 역기능으로 사이버공간에는 불법복제소프트웨어, 사이버음란물, 명예훼손성 게시물 등 우리에게 백해무익한 불법정보들로 넘쳐나고 있다. 이러한 불법유해 정보는 그것을 사이버공간에 올린 게시자에게 일차적으로 법적 책임이 인정되었지만, 그러한 게시판을 관리하는 OSP에게도 책임을 부담시킬 수 있는가 하는 문제가 제기되고 있다.

불법정보의 한 예로 타인의 저작물인 소프트웨어를 불법복제하여 이를 사이버공간에서 유통시키는 경우를 상정해 보자. 이것은 침해자의 불법행위에 의한 저작권침해에 해당하므로 우선 침해자에게 민사상 손해배상책임이 인정된다. 또한 침해자가 컴퓨터프로그램보호법이 규정하고 있는 저작권보호규정을 위반한 경우에는 형사책임으로서 3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금이라는 중한 형사처벌이 부과된다.

그런데 인터넷의 발달과 함께 익명성 및 전파성이라는 사이버공간의 특성으로 인하여 저작권침해자의 확정이 곤란해졌다는 점이 문제점으로 등

* 경희대학교 법과대학 조교수, 법학박사

장하였다. 즉, 저작권자가 사이버공간에서 그 침해자를 찾아내어 일일이 손해배상청구권을 행사하거나 형사고소 한다는 것은 거의 불가능에 가까운 것이 현실이다.

이에 따라 불법복제물이 게시되는 사이트의 운영자나 인터넷서비스제공자 등 OSP에게 그 관리책임을 물어 직접 침해자와 함께 공동불법행위책임을 묻는다면 혹은 형사적으로 그 방조범으로서의 책임을 물을 수 있는가 하는 것이 최근의 주요 논란거리이다. 이하에서는 OSP의 개념에 대하여 간단히 살펴보고, OSP의 책임이 문제되는 사이버범죄유형에 대하여 살펴본 후, 그 민사책임과 형사책임에 대하여 살펴보기로 한다.

II. 온라인서비스제공자(OSP)의 개념

종래 온라인서비스제공자와 유사한 개념으로 사용되어 온 용례로서는 온라인서비스사업자, 온라인사업자, 온라인정보제공자, 네트워크서비스제공자, 네트워크서비스사업자, 네트워크정보제공자, 네트워크정보중개자, 인터넷서비스제공자, 인터넷서비스사업자, 인터넷정보제공자, 서비스제공자, 전자게시판운영자, 시스템운영자, 서버관리자, 인터넷접속업자, 통신망사업자, 정보통신망관리자, IP업자, 정보제공자, 정보통신서비스제공자 등이 있다.¹⁾

이 가운데 우리에게서 인터넷서비스제공자(ISP)라는 용어가 매우 친숙하다. 인터넷서비스제공자가 제공하는 인터넷서비스에는 종래 전자게시판서비스, 인터넷접속서비스, 온라인정보제공서비스 등이 포함되어 있고,²⁾

1) 김영철, “인터넷서비스제공자의 저작권침해에 대한 민사책임에 관한 연구”(동의대 박사논문, 2000.12), 47-48쪽 참조.

2) 미국에서도 초창기에 인터넷사업자는 이러한 세 가지 유형의 서비스를 제공하는 사업자로 거론되었다. 강기중, “인터넷과 관련한 미국 저작권법상의 제문제”, 재판자료 제88집, 132쪽-133쪽 참조.

그러한 서비스를 제공하는 자를 인터넷서비스제공자라고 불려왔다.

그런데 지난 1998년 10월 제정된 미국의 디지털밀레니엄저작권법(DMCA)에서 이 법의 책임제한 규정의 혜택을 받을 당사자인 ‘서비스제공자(service provider)’에 대하여 “서비스이용자의 선택에 따라 송수신되는 자료나 정보에 대하여 아무런 수정도 가하지 아니하고 전송, 라우팅의 서비스를 제공하거나 디지털 온라인통신을 위한 접속을 제공하는 당사자”로 정의하고 있고, 그 밖의 책임제한 규정을 적용함에 있어서는 서비스제공자를 ‘온라인서비스 또는 네트워크접속 제공자 또는 그것을 위한 시설제공자’로 넓게 정의³⁾함에 따라 최근에는 온라인서비스제공자라는 명칭이 널리 사용되고 있는 상황이다.⁴⁾

우리나라도 이러한 흐름을 반영하여 2003년 5월 27일 개정된 저작권법이 제2조 제22호에서 온라인서비스제공자란 “다른 사람들이 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스를 정보통신망(정보통신망이용촉진및 정보보호에 관한 법률 제2조제2항제1호의 정보통신망을 말한다)을 통하여 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자를 말한다”라고 규정하고 그 제5장의2에 ‘온라인서비스제공자의 책임제한’이라는 타이틀로 별도의 장을 신설하였다. 또한 컴퓨터프로그램보호법도 제2조 제11호에서 온라인서비스제공자라 함은 다른 사람이 정보통신망을 통하여 프로그램을 복제하거나 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자를 말한다고 규정하고, 그 제34조의2에서 온라인서비스제공자의 의무를, 제34조의3에서 온라인서비스제공자의 책임감면에 대하여 규정하고 있다.

미국의 디지털밀레니엄저작권법상의 서비스제공자의 정의규정과 우리나라 저작권법 및 컴퓨터프로그램보호법 상의 온라인서비스제공자의 정의규

3) 17 U.S.C. § 512. Limitations on liability relating to material online. 참조.

4) DMCA상의 온라인서비스제공자의 저작권침해책임에 대한 일반적인 내용은 Graham J H Smith, Internet Law and Regulation (3rd Ed.) (London: Sweet & Maxwell, 2002), "2.7 Liability of hosts and access providers for third party material" 42-49쪽 참조.

정은 종래의 인터넷서비스사업자를 포괄하는 것은 물론, 야후, 라이코스 등과 같은 검색서비스제공자를 비롯하여 앞으로 나타날 새로운 유형의 인터넷사업자에게도 적용될 수 있는 가능성이 높다.⁵⁾

여기서 주의해야 할 사항은 미국과 우리나라에서 온라인서비스제공자의 개념을 명문으로 규정한 입법취지는 이것을 책임부과의 요건으로 삼으려는 것이 아니라 책임면제의 요건으로 삼으려는데 있다는 점이다.⁶⁾ 예컨대 저작권자가 온라인상에서 벌어진 저작권침해와 관련하여 온라인서비스제공자를 상대로 소송을 제기한 경우에 온라인서비스제공자는 자신이 DMCA 내지 저작권법 소정의 온라인서비스제공자에 해당되고 법이 정한 면책요건을 구비하였다는 취지의 항변 및 입증을 함으로써 면책될 수는 있지만, 반면에 자신이 DMCA 내지 저작권법 소정의 온라인서비스사업자에 해당되지 않기 때문에 책임부과의 요건사실이 결여되었다는 주장은 할 수 없는 것이다.⁷⁾

III. OSP의 책임이 문제되는 주요 사이버범죄

원래 인터넷을 중개하는 서비스를 제공하는 사업자는 크게 두 종류로 나눌 수 있는데, 대규모의 컴퓨터 및 네트워크를 설치하고 그 컴퓨터에서 제공하는 e-mail이나 전자게시판 등을 비롯한 각종의 서비스를 제공하는 컴퓨터통신형 서비스 제공자(internet service provider)와 인터넷과의 접속

5) 김동진, “온라인서비스제공자의 책임” 재판자료 제99집 13-14쪽 참조.

6) 강기중, “인터넷과 관련한 미국 저작권법상의 제문제”, 재판자료 제88집, 153쪽 참조.

7) 즉, 인터넷사업자가 DMCA 내지 저작권법 소정의 온라인서비스제공자에 해당되는지의 여부 또는 면책요건의 입증에 성공하였는지의 여부는 저작권자가 침해금지소송 내지 손해배상소송에서 주장, 입증하고자 하는 직접책임, 기여책임, 대위책임의 요건사실이 충족되었는지의 여부와는 직접적인 관계가 없는 것이다. 김동진, 앞의 글, 14쪽 참조.

창구(gateway)만을 제공할 뿐인 접속제공자(internet access provider)가 그것이다.⁸⁾ 특히 이 중에 전자의 사업자가 개인 사용자를 위하여 제공하는 여러 가지 서비스 중에서 문제되는 것은 전자게시판(BBS), 이메일, 채팅, 월드와이드 웹 등의 서비스라고 할 수 있다.

사이버범죄의 특성과 관련하여 사업자(OSP)가 위와 같은 서비스를 제공하는 것을 개인사용자(정보제공자인 IP)가 이용하여 손쉽게 가벌적 행위로 나아갈 수 있게 되며 또 그러한 가능성이 현실로 나타나고 있다. 이는 특히 인터넷이라는 매체를 이용하여 기존의 매체에 있어서는 정보의 수신자에 불과하였던 일반 대중이 정보의 발신자가 될 수 있다는 점, 인터넷상에서는 다양한 형태의 정보교환이 가능해진다는 점, 인터넷상에서는 정보내용의 복제가 용이하게 행해지고 디지털화된 정보를 복제하고 배포하는데 비용은 매우 적게 소요된다는 점, 그리고 정보발신자의 익명성이 확보될 수 있다는 점에 기인한다고 볼 수 있다.⁹⁾

결과적으로 이러한 범죄가 가능하게끔 기회를 제공하게 된 OSP의 형사책임이 최근 문제시되고 있다. 즉, 분권화된 인터넷시스템에서 인터넷서비스 제공자들이 그들이 제공하는 접속을 받는 이용자들의 온라인공간상의 불법행위에 대하여 해당 서비스의 제공자 내지 시스템 운영자로 하여금 책임을 지게 할 수 있는가의 문제가 등장하고 있는 것이다. 특히 최근에 이러한 ISP의 형사책임과 관련되는 중요하게 논의되는 범죄의 유형은 인터넷을 이용한 명예훼손, 음란물유포 그리고 저작권침해 등에 집중되고 있다.¹⁰⁾

8) 황찬현(서울지법 북부지원 부장판사), “사이버 스페이스에서의 명예훼손과 인권보장”, 법무부·한국법학원 주최 심포지엄 ‘정보화 사회의 인권보장’(2000.12.4) 발표논문, 10쪽 참조.

9) 황찬현, 위 글, 12쪽 참조.

10) 미국에서의 논의를 보면 주거나 환율 표시의 오류 등 부정확한 정보의 제공이라거나 접속장애에 따른 OSP의 책임도 다루고 있다. 그러나 우리나라에서는 보통 약관에 규정을 두어 이를 해결하고 있으므로 이에 대한 법적 책임의 문제는 어느 정도 해결되어

1. 사이버 명예훼손

사이버공간을 이용하여 타인의 명예를 훼손하는 정보를 제공하여 유포시킨 자에 대하여는 민법상 일반적인 불법행위와 같은 민사책임과 형법 제307조 이하의 명예훼손의 죄와 정보통신망법 제61조의 소위 사이버 명예훼손죄 등의 형사책임을 지을 수 있다.

민법 제751조 제1항에 의하면 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 손해를 배상할 책임이 있다. 그리고 형법 제307조에 의할 때 공연히 사실 또는 허위사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 경우 형사처벌을 받게 되며 동법 제309조에 의하면 신문·잡지·라디오 기타 출판물에 의하여 제307조의 행위를 한 자는 가중처벌을 받게 된다. 최근 사이버공간을 이용한 명예훼손행위가 급증하면서 이를 규율하기 위하여 마련된 정보통신망법에서는 “사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연히 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만원 이하의 벌금”에 처하고 있다(동법 제61조 제1항). 허위의 사실일 경우에는 “7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금”에 처한다(동조 제2항). 본죄는 반의사불벌죄이다(동조 제3항). 이는 소위 ‘사이버 명예훼손죄’라고 불리고 있으며 본죄는 형법상 출판물에 의한 명예훼손죄(제309조)에 상응하는 규정이다. 소추조건과 관련하여 반의사불벌죄로 취급하는 것도 형법과 동일하다. 이러한 점에서 국내에서는 명예훼손죄에 관한 오프라인 출판물을 이용한 명예훼손행위는 형법이, 온라인을 이용한 명예훼손행위는 정보통신망법이 대응하는 법제가 이루어진 것으로 평가된다.

한편 사이버공간을 이용한 명예훼손행위와는 별도로 ‘사이버공간을 이용한 모욕행위’도 발생할 소지가 높다는 점에서 이에 대한 입법적 대응이

있는 것으로 보인다.

필요하다고 생각된다. 그러나 소위 ‘사이버모욕’은 형법상으로도 출판물에 의한 모욕행위에 대한 가중처벌규정이 없을 뿐만 아니라 개정 정보통신망법에서도 별도의 처벌규정을 두고 있지 않다는 점에서 형법상 모욕죄(제311조)에 의하여 처벌될 수 있을 뿐이다. 이러한 처벌의 공백에 대하여는 정보통신망법에 사이버 명예훼손죄를 둔 것을 고려할 때 입법론적으로 동법에서라도 사이버모욕에 대한 가중처벌규정을 마련하는 것이 타당하다고 생각한다.¹¹⁾

2. 사이버음란물 유통

사이버공간을 이용하여 음란물을 유통시키는 인터넷서비스 이용자는 현행법상 충분히 처벌되며 그 행위는 다음과 같은 유형으로 나누어 볼 수 있다고 생각한다. 즉, 포르노배우 등이 출연하는 음란물을 사이버공간상에서 공연히 전시하거나 유통시키는 행위, 몰래카메라를 이용하여 성적 부분을 촬영하고 이를 인터넷공간을 통하여 유통시키는 행위, 그리고 자신의 행위를 촬영하는 데 대한 동의능력이 없는 아동이 출연하는 아동포르노그래피나 이러한 동의능력이 부족하다고 볼 수 있는 청소년을 이용한 음란물을 제작하여 이를 유통시키는 행위가 포함된다.

이들 유형 중에서 첫째 유형은 사이버성폭력이라고 볼 수 있는 부분과 보기 힘든 부분이 혼재되어 있다. 예를 들어, 포르노배우들이 출연하는 포르노물을 이를 원하지 않는 인터넷이용자가 보는 사이버공간에 공연히 전시하는 행위를 하는 것은 사이버성폭력에 해당될 수 있지만, 이러한 포르노물을 모아놓은 인터넷사이트 등을 개설하여 놓고 광고문구등을 보고 찾아오는 사람에게 이를 보거나 다운받을 수 있도록 반포 내지 판매한 행위

11) 백광훈, 사이버범죄에 대한 ISP의 형사책임에 관한 연구(한국형사정책연구원, 2003), 57쪽 참조.

는 사이버성폭력이라고 보기 어려울 것이다. 반면, 둘째와 셋째 유형은 명백히 사이버성폭력의 유형으로 포섭할 수 있다. 왜냐하면, 이러한 행위는 피촬영자들의 의사에 반하여 그의 성적 사생활 내지 비밀스러운 영역이 공개된다거나, 피촬영자들이 인격적 성숙도가 미약하여 성행위 자체에 대하여 동의능력이 없는 아동 내지 동의능력이 미약한 청소년이라는 점에서 위 첫째 유형의 음란물유포행위보다 더욱 불법의 정도가 중하며, 무엇보다도 피해자들의 성적 자기결정권 내지 성적 영역의 평화를 해쳤다고 볼 수 있기 때문이다.

가. 사이버음란물 전시 및 유통

음란물을 사이버공간상에서 반포하는 등의 행위를 하거나 음란물을 모아놓은 인터넷사이트를 개설하고 음란물을 유상·무상으로 제공하는 행위 등이 형법상 음화반포죄(제243조)에 해당되는가에 대하여는 大法院은 소극적인 입장을 보이고 있다. 즉 컴퓨터프로그램파일은 동죄의 음란한 物件으로 볼 수 없다는 것이다(대법원 1999.2.24, 98도3140).¹²⁾¹³⁾

12) 위 판례의 내용은 다음과 같다 : “원심이 적용한 법률에 관하여 직권으로 판단한다. 원심판결은, 피고인들이 컴퓨터통신정보제공자로 일하고 있는 공소의 김○○과 공모하여, 1997. 4.경부터 같은 해 12.경까지 컴퓨터정보통신회사인 주식회사 큰날개를 설립하여 ‘BIG’이라는 사설게시판을 개설하여 수수료를 받고서 음란한 영상화면을 수록한 컴퓨터 프로그램파일 73개를 컴퓨터 통신망을 통하여 전송하는 방법으로 판매하였다는 공소사실에 대하여 형법 제243조, 제30조를 적용하여 유죄로 판결하였다. 그러나 형법 제243조는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자에 대한 처벌 규정으로서 피고인들이 판매하였다는 컴퓨터 프로그램파일은 위 규정에서 규정하고 있는 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당한다고 할 수 없으므로 피고인들의 위와 같은 행위에 대하여 전기통신기본법 제48조의2의 규정을 적용할 수 있음은 별론으로 하고 원심이 형법 제243조의 규정을 적용하여 유죄의 판결을 한 데에는 위 형법 제243조의 음화판매죄의 법리를 오해한 위법이 있다고 하지 않을 수 없다. 그러므로 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다(대법원 1999.2.24, 98도3140).

다만, ‘物件’ 또는 ‘物’에 관한 이러한 해석은 청소년보호법상 ‘청소년유해매체물’의 해석에 있어서는 유지될 수 없을 것이다. 즉, 청소년보호법 제50조 제1호에서는 “영리를 목적으로 제17조 제1항, 제23조의2의 규정을 위반한 자는 3년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있고, 동법 제17조 제1항에서는 “청소년유해매체물은 이를 청소년을 대상으로 판매, 대여, 배포하거나 시청·관람·이용에 제공하여서는 아니된다”고 규정하고 있고 동법 제23조의2에서는 “누구든지 영리를 목적으로 외국에서 제작·발생된 매체물로서 청소년에게 음란성, 포악성 또는 잔인성을 조장할 우려가 있거나 기타 청소년으로 하여금 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 하는 매체물을 청소년에게 유통(번역, 번안, 편집, 자막삽입 등의 방법으로 유통시키는 경우 포함)시키거나 이와 같은 목적으로 소지하여서는 아니된다”고 규정하고 있다. 위와 같은 청소년보호법상 형사처벌의 대상이 되는 청소년유해매체물의 ‘매체물’에는 “전기통신사업법 및 전기통신기본법의 규정에 의한 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보”가 포함되고 있다(동법 제7조 제4호 및 제2조 제2호). 따라서 청소년보호법의 청소년유해매체물에는 인터넷공간상에서 유포되는 컴퓨터프로그램 파일도 포함될 수 있게 된다.

판례에 의하면, 사이버음란물제공행위에 대하여 형법이 적용될 수는 없으나 위 판례가 내려지던 당시에도 전기통신기본법에서는 전기통신이용음란물반포죄(제48조의2)¹⁴⁾를 두고 있으므로 동조가 적용될 수 있었으며, 동

13) 형법 제243조의 음란물이 ‘物件性’을 기반으로 하기 때문에 사이버상의 기술적 기반인 디지털 전송방식을 포괄하지 못하므로 전기통신기본법상 전기통신역무이용음란죄가 적용될 수 있다는 점은 정 완 등 4인, “사이버범죄에 관한 연구”, 한국형사정책연구원(1999), 156쪽 참조.

14) 전기통신기본법 제48조의2의 죄명을 전기통신역무이용음란물반포등죄로 하였는데, 동조의 행위객체인 ‘부호, 문언, 음향, 영상’은 전기통신의 내용(contents)이므로 ‘음란물’이라는 것은 용어보다는 ‘음란한 내용’이라고 부르는 것이 옳바르다는 지적에 대하여는 정 완 등 4인, 위 논문, 157쪽 참조.

규정은 현행 정보통신망법 부칙 제5조 제1항에 의하여 삭제되어 이제는 위와 같은 행위에는 동법상 ‘정보통신망이용 음란부호등 배포등 죄’(동법 제65조 제1항 제2호)가 적용되게 되었다. 동죄의 구성요건은 다음과 같다 : “정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.”

또한 정보통신망법에 의하면 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자(정보제공자) 중 청소년보호법 제7조 제4호15)의 규정에 의한 매체물로서 동법 제2조 제3호16)의 규정에 의한 청소년유해매체물을 제공하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 표시방법에 따라 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하여야 한다(정보통신망법 제42조). 만일 청소년유해매체물임을 표시하지 아니하고 사이버공간상에서 영리를 목적으로 일정한 정보를 제공하였다면 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처할 수 있게 된다(동법 제64조).

또한 청소년보호위원회는 전기통신기본법 등 국내법에 저촉되는 사이버 포르노물에 대해 청소년유해물매체결정을 하기 전에 정보통신부장관이 ISP등의 전기통신사업자에 대하여 음란물취급거부명령 등의 행정처분을 내리도록 요청할 수 있다(동법 제8조 4항).¹⁷⁾ 요청을 받은 정보통신부장관

15) 청소년보호법 제7조 제4호 : 전기통신사업법 및 전기통신기본법의 규정에 의한 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보.

16) 청소년보호법 제2조 제3호 : “청소년유해매체물”이라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 것을 말한다. 가. 제8조 및 제12조의 규정에 의하여 청소년보호위원회가 청소년에게 유해한 것으로 결정하거나 확인하여 고시한 매체물, 나. 제8조제1항 단서의 규정에 의한 각 심의기관이 청소년에게 유해한 것으로 의결 또는 결정(이하 “결정”이라 한다)하여 청소년보호위원회가 고시하거나 제12조의 규정에 의하여 청소년에게 유해한 것으로 확인하여 청소년보호위원회가 고시한 매체물.

17) 동법 제8조 제4항 : 청소년보호위원회 또는 각 심의기관은 매체물 심의결과 그 매체물의 내용이 형법 등 다른 법령에 의하여 유통이 금지되는 내용이라고 판단되는 경우에는 그 매체물에 대한 청소년유해매체물 결정을 하기 전에 관계기관에 형사처벌 또는 행정처분을 요청하여야 한다. 다만, 각 심의기관별로 해당법령에서 별도의 절차가 있는

은 당해 ISP에게 음란물취급거부명령을 내릴 수 있다(전기통신사업법 제 53조 제3항).

이러한 조항은 인터넷서비스 제공자에 대하여 적용되는 규정이라고 할 수 있다. 그러나 위와 같은 법적 대응방안이 강력하기는 하나 행정기관이 표현의 자유를 과도하게 침해할 수 있다는 측면에서 위헌의 소지는 남아 있다. 또한 기술적인 문제나 단속상의 어려움 때문에 위와 같은 방안은 실효성을 거두기 어렵다는 비판도 제기되고 있다.¹⁸⁾

나. 몰래카메라 촬영 및 유포

몰래카메라¹⁹⁾를 이용한 촬영행위에 대하여는 성폭력특별법이 적용될 수 있다. 동법에 의하면 “카메라 기타 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다”(동법 제14조의2). 따라서 촬영시 본인 스스로의 동의가 있었다면 본죄의 구성요건에 해당되지 않게 된다. 다만 피촬영자의 동의가 있는 경우 본죄는 성립하지 않지만, 이 때 당해 필름의 이용자가 애초의 동의의 범위를 일탈하여 해당 사진 등을 이용할 경우에는 초상권 침해로 인한 불법행위책임이 발생되어 피촬영자는 손해배상청구권을 행사할 수 있게 된다.

본죄는 동법 제14조의 통신매체이용음란죄와는 달리 親告罪가 아니다.

경우에는 그 절차에 의한다. 동법 제8조 제5항 : 청소년보호위원회 또는 각 심의기관은 제작·발행의 목적 등에 비추어 청소년이 아닌 자를 상대로 제작·발행되거나, 매체물 각각에 대하여 청소년유해매체물로 결정하여서는 당해 매체물이 청소년에게 유통되는 것을 차단할 수 없는 매체물에 대하여는 신청 또는 직권에 의하여 매체물의 종류, 제목, 내용 등을 특정하여 청소년유해매체물로 결정할 수 있다.

18) 정 완 등 4인, 위 논문, 167~168쪽 참조.

19) 여기서 ‘몰래카메라’라 함은 피촬영자의 의사에 반한 카메라를 이용한 촬영 또는 해당 촬영에 사용된 카메라를 의미하는 개념이다.

그러므로 피해자의 고소가 없더라도 검사가 공소를 제기할 수 있다. 이는 몰래카메라의 촬영행위가 여관이나 화장실 혹은 목욕탕 등에서 불특정 또는 다수인을 상대로 촬영하는 것이므로 피해자를 특정하기 어렵다는 현실적인 이유를 고려한 것이라고 할 수 있다.

나아가 몰래카메라를 이용하여 타인이 성관계를 가지는 장면 등을 촬영하여 이를 인터넷에서 판매하는 행위를 한 경우에는 기술한 정보통신망법상 정보통신망이용음란부호등 배포죄에 해당될 수 있다.

또한 형사정책적으로 몰래카메라 장치의 제조행위 및 판매행위에 대한 단속이 필요하다. 현재 통신비밀보호법에 의하여 감청설비에 대하여는 인가를 받은 자만이 이를 취급할 수 있고 이를 위반하여 인가를 받지 아니하고 감청설비를 제조·수입·판매·배포·소지·사용하거나 이를 위한 광고를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금으로 처벌하고 있다(동법 제17조 제2호).²⁰⁾ 그러므로 음성인식기능이 있는 몰래카메라에 대하여는 이를 취급하는 행위를 처벌할 수 있는 여지가 있으며 실무상 적극적인 법적용이 요구된다고 생각한다. 다만, 음성인식기능이 없는 몰래카메라의 유통에 대하여는 대응할 수 없는 처벌상의 공백이 있다는 점에서 입법상 조치가 필요하다고 생각된다.

20) 통신비밀보호법 제10조 (감청설비에 대한 인가기관과 인가절차) ① 감청설비를 제조·수입·판매·배포·소지·사용하거나 이를 위한 광고를 하고자 하는 자는 정보통신부장관의 인가를 받아야 한다. 다만, 국가기관의 경우에는 그러하지 아니하다.
 ② 정보통신부장관이 제1항의 인가를 하는 경우에는 국무총리의 승인을 얻어야 한다.
 ③ 정보통신부장관은 제1항의 인가를 하는 경우에는 인가신청자, 인가연월일, 인가된 감청설비의 종류와 수량 등 필요한 사항을 대장에 기재하여 비치하여야 한다.
 ④ 제1항의 인가를 받아 감청설비를 제조·수입·판매·배포·소지 또는 사용하는 자는 인가연월일, 인가된 감청설비의 종류와 수량, 비치장소 등 필요한 사항을 대장에 기재하여 비치하여야 한다. 다만, 지방자치단체의 비품으로서 그 직무수행에 제공되는 감청설비는 해당기관의 비품대장에 기재한다.
 ⑤ 제1항의 인가에 관하여 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

다. 아동포르노 및 청소년이용 음란물 유통

아동포르노(child pornography)의 문제도 오늘날 대두되는 범죄현상이다. 인터넷이 그 많은 순기능에도 불구하고 兒童에 대한 異常性慾(pedophilia)을 북돋울 수 있다는 불운한 사실이 인식되고 있는 것이다. 익명성을 제공해줌과 동시에 인터넷은 아동포르노그래피 제공자들로 하여금 보다 손쉽게 그들의 자료를 제공할 수 있는 기회를 만들어주었으며 이는 아동이상성욕자로 하여금 아동을 유인하여 성욕의 제물로 삼을 수 있는 동기를 제공해주었다.

아동포르노그래피의 문제는 아동에 대한 성적 건전성을 파괴하는 중대한 범죄라는 점에서 이미 국제적인 공감대가 형성되어 왔다. 여기서 외국 선진각국의 입법례를 간단히 소개해보자면, 미국의 경우에는 강력한 연방 법률을 두고 이에 위반할 경우 단호히 기소하는 정책을 집행하고 있다. 아동포르노그래피 범죄자들에 대하여는 미 연방법 제18장 제2251조가 적용된다. 위 규정에 의하면 18세미만의 미성년자가 명시적인 성적 행위를 하는 장면이 표현된 시각적 묘사물(visual depiction²¹⁾)의 제작, 운반, 취득, 분배하는 것을 금하고 있다. 이 경우 당해 묘사물은 州間의 거래에서 운반되었거나 될 경우이거나 또는 州間 거래를 통하여 전달된 카메라 또는 이와 유사한 기기를 사용하여 제작된 것이다. 컴퓨터 화상(computer graphic images) 등도 여기의 시각적 묘사물에 포함된다.²²⁾²³⁾

위 규정들에 덧붙여 동법 제2425조에서는 온라인상에서의 아동을 보호하기 위한 부가적 규정을 두고 있다. 위 규정에 의하면 성범죄의 목적으로

21) 18 U.S.C. §2256(5) 참조.

22) The Electronic Frontier: The Challenge of Unlawful Conduct involving the Use of the Internet, A Report of the President's Working Group on Unlawful Conduct on the Internet, March 9, 2000 중 Appendix C.

23) 아동에 대한 성적 착취행위에 대하여는 18 U.S.C. §2421~2423.

16세 미만의 미성년자에 대한 정보를 인터넷과 연결된 컴퓨터와 같은 州間 거래의 수단으로 전송하는 행위가 처벌되고 있다.

미 의회는 인터넷의 유해정보로부터 보호하기 위한 또 다른 입법을 행하였는데, 이것이 아동온라인보호법(Child Online Protection Act : COPA)이다. 동법은 월드와이드웹상의 음란한 자료나 미성년자에게 유해한 자료의 유포행위를 규제하고 있다.²⁴⁾ 이 법에 의하여 온라인아동보호위원회(Commission on Online Child Protection)가 설립되어 부적절한 온라인상의 콘텐츠로부터 아동을 효과적으로 보호하기 위한 기술적 조치들을 조사하고 있다. 또한 1996년 제정된 아동포르노그래피예방법(Child Pornography Prevention Act : CPPA)는 기존의 아동포르노의 개념을 수정하면서 아동포르노는 실제의 청소년이 성행위에 관여하는 실제로 묘사하는 것뿐만 아니라 더 나아가서 성행위에 관여하는 미성년자를 묘사한 것으로 보이는 것 내지 성행위에 관여하는 미성년자에 관한 내용을 담고 있다는 인상을 주는 것까지 포함시켰다.²⁵⁾ 즉, 미국에서는 아동포르노그래피에 대하여 연방차원의 강력한 대응법률이 기능하고 있는 것이다. 다만,

24) 47 U.S.C. §231 참조.

25) 1996년 CPPA의 해당조문의 원문내용은 다음과 같다.

18 U.S.C. § 2256 (8) : "child pornography" means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, of sexually explicit conduct, where--

- (A) the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct;
- (B) such visual depiction is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct;
- (C) such visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct; or
- (D) such visual depiction is advertised, promoted, presented, described, or distributed in such a manner that conveys the impression that the material is or contains a visual depiction of a minor engaging in sexually explicit conduct."

연방대법원은 2002년 4월 16일 위 규정 중 (B)와 (D)가 그 적용범위의 광범위성과 모호성으로 인하여 표현의 자유를 침해할 우려가 높다는 점에서 위헌이라고 결정하였다(Ashcroft v. Free Speech Coalition).²⁶⁾

아동포르노그래피와 관련하여 日本은 1999년 5월 26일 ‘아동매춘, 아동포르노에 관련된 행위 등의 처벌 및 아동의 보호 등에 관한 법률’을 제정하여 동년 11월 11일부터 시행하고 있다. 이 법은 18세 미만의 아동에 대하여 일정한 대가를 지불하는 성교 등을 ‘아동매춘’으로 처벌함과 동시에, 아동포르노(child pornography)를 형법상의 음란물과 다른 관점에서 규제한다는 특색을 가지고 있다.²⁷⁾ 그리고 이 법은 아동포르노의 정의를 하고 있는데, 아동포르노라 함은 ‘아동을 상대방으로 하거나 또는 아동에 의한 성교 또는 성교유사행위에 관련된 아동의 자태를 시각에 의하여 인식할 수 있는 방법에 의해 묘사하거나(제2조 제1항), 타인이 아동의 성기 등을 만지는 행위 또는 아동이 타인의 성기 등을 만지는 행위에 관련된 아동의 자태로 성욕을 흥분시키거나 자극하는 것을 시각에 의하여 인식할 수 있는 방법으로 묘사하거나(동조 제2항), 의복을 전부 또는 일부 입지 않은 아동의 자태로 성욕을 흥분시키거나 자극하는 것을 시각에 의하여 인식할 수 있는 방법으로 묘사한(동조 제3항) 사진, 비디오테이프 기타 물건이라

26) 이에 동법은 2003.4.30. 다음과 같은 내용으로 개정되었다.

(8) "child pornography" means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, of sexually explicit conduct, where--

(A) the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct;

(B) such visual depiction is a digital image, computer image, or computer-generated image that is, or is indistinguishable from, that of a minor engaging in sexually explicit conduct; or

(C) such visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct.

27) 이경재, “일본법상 아동매춘등죄와 아동포르노반포등죄에 관한 고찰”, 「형사정책연구」 (2000/가을), 228쪽 참조.

고 규정하고 있다(제2조). 또한 위 법 제7조의 아동포르노반포등죄에서는 '아동포르노를 반포, 판매, 업으로서 대여 또는 공연히 진열한 자는 3년 이하의 징역 또는 300만엔 이하의 벌금에 처한다'는 규정을 두고, 동조 제2항에서는 제1항의 목적으로 아동포르노를 제조, 소지, 운반, 수입 또는 수출한 자를 벌하고 있으며, 동조 제3항에서는 제1항의 행위를 목적으로 아동포르노를 외국에서 수입 또는 외국으로부터 수출한 일본국민을 벌하고 있다. 아동포르노반포죄의 행위객체가 '사진, 비디오테이프 기타 物件'이라고 규정되어 있기 때문에 전자적 기법에 의한 畫像을 인터넷에 올린 경우를 본죄에 해당할 것인가의 여부는 사이버포르노(cyberporno)의 문제와도 맥락을 같이하고 있다.²⁸⁾

위와 같은 국제적인 공감대에도 불구하고, 국내에는 이에 대한 대응규정이 별도로 존재하지 않고 있다가 최근 청소년의 성보호에 관한 법률에서 이를 범죄화하여 형사법적으로 대응하고 있다.

청소년성보호법에서는 19세미만의 남녀 청소년이 등장하여 동법 제2조 제2호 각목의 1²⁹⁾에 해당하는 행위를 하거나, 청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것을 '청소년이용음란물'이라고 정의하고(동법 제2조 제3호), 이러한 청소년이용음란물을 제작·수입·수출한 자는 5년 이상의 유기징역에 처하며(동법 제8조 제1항 : 청소년이용음란물 제작·배포죄), 영리를 목적으로 청소년이용음란물을 판매·대여·배포하거나, 이를 목적으로 소지·운반하거나, 공연히 전시 또는 상영한 자는 7년 이하의 징역에 처하고(동조 제2항), 나아가 청소년을 청소년이용음란물의 제작자에

28) 기타 본죄에 대한 일본학계와 판례의 해석론은 이경재, 앞의 논문, 238쪽 이하 참조.

29) 청소년과의 성교행위, 청소년과의 구강·항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사 성교행위

게 알선한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역으로 처벌하고 있다(동조 제3항). 또한 동조 제1항의 미수범을 처벌하는 규정도 두고 있다(동조 제4항).

그리고 “청소년매매죄”의 유형으로서 청소년이용음란물을 제작하는 행위의 대상이 될 것을 알면서 청소년을 매매한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하며(동법 제9조 제1항), 청소년이용음란물을 제작하는 행위의 대상이 될 것을 알면서 청소년을 국외에 매매 또는 이송하거나 국외에 거주하는 청소년을 국내에 매매 또는 이송한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 하고 있다(동조 제2항). 역시 위와 같은 행위의 미수범 또한 처벌할 수 있다(동조 제3항).

3. 사이버상의 저작권침해

인터넷상의 저작권침해행위의 주요한 유형으로는 컴퓨터프로그램의 불법적 복제 등의 행위와 데이터베이스의 무단추출 및 재이용행위가 있다. 그런데 刑法에서는 이러한 저작권 침해행위를 처벌하는 직접적 규정은 없다.³⁰⁾ 인터넷상 저작권침해행위에 대하여 적용되는 주요한 현행법규는 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법을 들 수 있다. 또한 정보통신망이용촉진법이나 특허법, 의장법, 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률 등이 적용될 수 있다.

디지털시대의 효율적인 저작권 보호와 현행 저작권법의 미비점을 보완하기 위하여 개정, 보완된 저작권법의 주요내용은 다음과 같다. ① 傳送權이 신설되었고(제2조 제9호의2), ② 複製權의 범위가 확대되었으며(제2조 제14호), ③ 사적 복제의 허용요건을 축소하였고(제27조), ④ 전자도서관에서의 복제를 허용하였다(제28조).³¹⁾

30) 이는 美國의 연방법이 전자절도방지법을 두어 이를 일종의 竊盜(theft)로 보는 것과는 다른 입법태도라고 보여진다.

傳送權의 保護 및 制限과 관련하여, 전송권이라 함은 일반 공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법으로 송신하거나 이용에 제공하는 것으로 오늘날의 디지털시대에는 책 등 유형물에 의한 배포 외에 정보통신망으로 전송·배포하는 경우가 보편화되고 있는 바, 출판사에서 저작자와 출판계약을 체결할 경우 종전과 같이 복제·배포할 권리만을 허락받는다면 종이류 출판에 한정될 수밖에 없으므로 인터넷 홈페이지에 출판물을 올려 서비스하고자 할 경우에는 반드시 저작자로부터 전송권을 포함해야 한다. 컴퓨터 프로그램보호법에서도 전송권이 신설되었듯이 개정저작권법에서도 유사한 권리가 신설되었다. 개정저작권법상 전송이라 함은 ‘일반 공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선통신의 방법에 의하여 송신하거나 이용에 제공하는 것’을 말한다(제2조 제9호의2).

프로그램보호법이 전송권제한에 관한 규정을 두고 있지 않은 것과는 달리 著作權法은 저작재산권의 제한이라고 하여 13개 조에 걸쳐 복제·공연·방송 등에 대한 권리의 제한을 인정하고 이에 대한 구체적 요건을 적시하고 있지만 傳送權과 관련해서는 3개 조문에 그치고 있다. 하나는 시사보도를 위한 이용이고(제24조), 다른 하나는 도서관 등에서의 복제이다(제28조).³²⁾

31) 다만, 다음의 경우에는 저작권이 제한된다: 시사보도를 위한 이용(동법 제24조), 공표된 저작물의 인용(제25조), 비영리목적의 공연, 방송(제26조 1항, 동법 시행령 제2조), 도서관진흥법에 의한 도서관등에서의 복제(제28조, 동법 시행령 제3조), 시험문제출제를 위한 비영리목적의 복제(제29조), 맹인 및 심신장애자복지법에 의한 심신장애자시설과 특수학교에서의 이용을 위한 점자에 의한 복제(제30조), 번역 및 개작이 일정한 사유가 있는 경우(제33조).

32) 제28조 (도서관등에서의 복제등) ① 도서관및독서진흥법에 의한 도서관과 도서·문서·기록 그밖의 자료(이하 "도서등"이라 한다)를 공중의 이용에 제공하는 시설 중 대통령령이 정하는 시설(당해 시설의 장을 포함하며, 이하 "도서관등"이라 한다)은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 도서관등에 보관된 도서등(제1호의 경우에는 제3항의 규

다음, 복제권의 범위 확대와 관련하여, 저작권법 제2조 제14호에 의하면 복제라 함은 “인쇄·사진·복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물로 다시 제작하는 것을 말하며, 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을, 각본·악보 그 밖의 이와 유사한 저작물의 경우에는 그 저작물의 공연·방송 또는 실연을 녹음하거나 녹화하는 것을 포함”한다. 종전의 복제개념은 인쇄·복사·녹음·녹화 등의 방법으로 유형물로 다시 제작하는 것을 말했으나 2000년 개정법에서는 복제를 유형물로 다시 제작하거나 유형물에 고정하는 것으로 규정함에 따라 컴퓨터 기억장치나 CD롬 등 전자기록매체에 고정할 경우도 복제에 해당된다고 하여 전자출판의 법적 보호를 가능하게 하였다.³³⁾

정에 의하여 당해 도서관등이 복제·전송받은 도서 등을 포함한다)을 사용하여 저작물을 복제할 수 있다. 다만, 제1호 및 제3호의 경우에는 디지털 형태로 복제할 수 없다.

1. 조사·연구를 목적으로 하는 이용자의 요구에 따라 공표된 도서 등의 일부분의 복제물을 1인 1부에 한하여 제공하는 경우
2. 도서 등의 자체보존을 위하여 필요한 경우
3. 다른 도서관등의 요구에 따라 절판 그밖에 이에 준하는 사유로 구하기 어려운 도서 등의 복제물을 보존용으로 제공하는 경우

② 도서관 등은 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치(이하 “컴퓨터 등”이라 한다)를 이용하여 이용자가 그 도서관등의 안에서 열람할 수 있도록 보관된 도서 등을 복제하거나 전송할 수 있다. 이 경우 동시에 열람할 수 있는 이용자의 수는 그 도서관등에서 보관하고 있거나 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리를 가진 자로부터 이용허락을 받은 그 도서 등의 부수를 초과할 수 없다.

③ 도서관 등은 컴퓨터 등을 이용하여 이용자가 다른 도서관등의 안에서 열람할 수 있도록 보관된 도서 등을 복제하거나 전송할 수 있다. 다만, 그 전부 또는 일부가 판매용으로 발행된 도서 등은 그 발행일로부터 5년이 경과하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

- 33) 그리고, 私的 複製의 許容要件 縮小와 관련해서, 저작권법 제27조에 의하면 공표된 저작물을 영리를 목적으로 하지 아니하고 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위 안에서 이용하는 경우에는 그 이용자는 이를 복제할 수 있지만, 일반 공중의 사용에 제공하기 위하여 설치된 복구기기에 의한 복제는 허용되지 않는다는 규정을 두고 있다. 종전의 저작권법 제23조는 개인적으로 이용하거나 가정 등 한정된 범위 안에서 이용하는 경우 복제할 수 있다는 포괄적인 규정으로 인해 단속에 한계가 있어 무단복사로 인한 총 손실액이 1,500억에 달했지만(전자신문해설 2000.4.14.), 개정 법률에서는 사적복제와 관련하여 단서규정을 만들어 ‘일반 공중이 이용하는 복사기기’에서의 복제는 사적 복제라 해도 저작권 침해로 분류함에 따라 반드시 가정 또는 이에 준

IV. OSP의 민사책임

온라인서비스제공자에게 민사상의 공동불법행위책임을 지우기 위해서는 공동불법행위에 관한 민법 제760조 제1항의 규정에 의한 성립요건을 충족하여야 한다. 공동불법행위가 성립하기 위하여서는 첫째, 가담자의 각자 행위가 독립하여 일반불법행위의 요건인 고의 또는 과실, 책임능력, 인과관계, 위법성, 손해의 발생을 충족하여야 하며, 둘째, 각 행위 간에 행위의 관련공동성이 존재하여야 하는바, 온라인서비스제공자의 경우 그 과실 여부가 주로 문제될 것이고, 따라서 주의의무위반이 존재하는지 또는 작위의 무가 존재하는지가 그 쟁점이 될 것이다.

온라인서비스제공자는 정보통신망이용촉진법 제3조(정보통신서비스제공자 및 이용자의 책무) 제1항에서 “정보통신서비스제공자는 이용자의 개인 정보를 보호하고 건전하고 안전한 정보통신서비스를 제공함으로써 이용자의 권익보호와 정보이용능력의 향상에 이바지하여야 한다”고 규정하고, 전기통신사업법 제36조의3(금지행위) 제1항 제4호에서 “전기통신사업자는 이용약관과 다르게 전기통신역무를 제공하거나 전기통신이용자의 이익을 현저히 저해하는 방식으로 전기통신역무를 제공하는 행위를 해서는 안 된다”고 규정하며, 동법 제53조(불법통신의 금지 등) 제1항 제9호는 “전기통

하는 한정된 장소에서 이용자가 복제해야 하며 시중의 공중용 복제점에서 복제하면 관련단체와 권리자는 저작권 침해로 규제대상이 된다. 또한 이상에서 검토한 컴퓨터프로그램보호법 및 저작권법 이외에도 특허법에 의하면 컴퓨터를 구성하는 하드웨어나 주변장치들이 특허의 대상이 되는 경우에는 특허법의 보호를 받을 수 있으며, 의장법에 의할 경우 컴퓨터의 하드웨어나 주변장치 또는 컴퓨터프로그램이 일정한 형식을 통하여 미적 표현을 하는 경우 의장법에 의하여 보호될 수 있다. 또한 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률에 의하면 배치설계권 설정등록을 한 자 및 그로부터 권리를 승계한 자(배치설계권자)는 등록된 배치설계를 영리를 목적으로 이용하는 권리를 독점하게 된다. 다만 역공정에 의한 제작 등 합목적적으로 독립하여 창작된 배치설계, 적법하게 인도받은 자가 양도행위 등을 하는 경우, 선의 무과실로 인도받은 자에게는 배치설계권의 예외가 인정된다.

신이이용자에 대하여 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 전기통신을 하여서는 안 된다”고 규정하고 있고 동조 제2항에서는 “이러한 행위를 하는 이용자에 대하여 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부, 정지 또는 제한하도록 정보통신부장관이 명할 수 있다”고 규정하고 있으므로 이러한 범위 내에서 일반적인 주의의무를 부담한다고 할 수 있다.

따라서 온라인사업자의 주의의무 위반여부를 판단하기 위해서는 예컨대 저작권침해의 경우 그 침해행위가 일어난 가상공간의 통제·관여 가능성, 저작권침해행위의 인식 또는 인식 가능성, 저작권침해행위를 인식하고 취한 조치의 내용, 직접침해자와의 사이의 계약내용, 온라인서비스제공자 상업성 여부 등의 요소들을 종합적으로 참작하여 사안별로 판단하여야 할 것이다.

통상적으로 전자게시판, 공개자료실 등과 같이 감독이 쉽고 삭제·편집권을 행사할 수 있는 영역에서는 주의의무의 내용도 평상시 저작권침해행위 방지 및 침해인식을 위한 합리적인 범위의 노력과 인식 이후 삭제 등의 적극적 조치를 요하는 내용이 될 것이나, 온라인서비스제공자가 단지 형식적으로만 매개하는 이용자 간의 자료전송이나 감독 및 개입이 곤란한 기업·개인의 홈페이지 영역에서는 그 주의의무의 내용도 침해의 고지를 받은 경우에 합리적 조치를 취할 것 등의 소극적 수준에 그치게 될 것이다.

한편 온라인서비스제공자에게 제3자의 저작권침해에 의한 복제 및 전송을 중단 또는 방지하는 등 피해를 확대시키지 않기 위한 적절한 조치를 취할 작위의무가 존재하는지에 대하여도 검토하여야 한다. 왜냐하면 부작위가 불법행위로 되는 것은 작위의무 있는 자의 부작위에 한하고, 작위의무 없는 자의 부작위는 위법성이 없기 때문이다.

온라인서비스제공자의 작위의무는 다음과 같은 이유로 인정될 수 있다. 첫째, 온라인서비스제공자는 자신의 서비스를 통한 이용자의 저작권침해행위에 의해 순식간에 광범위한 피해를 낼 수 있는 위험을 만들었고 둘째,

통상 이용자의 활동으로 직간접적인 경제적 이익을 얻으며, 셋째, 많은 경우 정보의 유통에 대한 모니터링이 가능하고, 특정인에 대한 접근거부나 특정 정보의 삭제 등이 가능하므로 이러한 피해를 방지하거나 중단시킬 수 있는 책임자로서 이용자의 침해행위에 대하여 이를 중단시키는 등의 적절한 조치를 취할 작위의무가 있다고 할 것이다.³⁴⁾

작위의무의 내용으로는 감시의무와 중단의무를 들 수 있다. 감시의무란 이용자의 게시물 등이 저작권을 침해한 것인지의 여부를 모니터링할 의무를 말한다. 중단의무란 침해행위가 발생한 경우 침해를 중단하기 위한 침해저작물의 삭제 또는 침해행위자의 접근금지, 게시판 폐쇄 등 침해를 더 이상 확대시키지 않기 위한 적절한 조치를 취할 의무를 말한다.

감시의무라 하더라도 모든 게시물에 대하여 이를 감시하는 것은 물리적으로나 경제적으로 이를 기대하기 어렵기 때문에 저작권침해행위를 알 수 있는 사정이 있는 경우 예컨대 이러한 행위가 반복적으로 이루어지거나 또는 권리자 등으로부터의 통지가 있는 등의 사정이 있거나 아니면 침해공간의 특성상 이러한 침해행위가 발생하기 쉬운 특별한 이유가 있는 경우 등에 구체적인 감시의무가 발생한다고 할 것이다. 또한 중단의무는 온라인서비스제공자가 감시의 결과 등에 의하여 자신의 서비스공간 내에서의 저작권침해행위를 알게 된 경우에 구체적으로 발생한다고 할 것이다.

OSP에게 불법정보 유통에 대한 공동불법행위책임을 묻는 것은 OSP의 활동영역의 제한을 가져와 결과적으로 사이버공간의 발달을 저해하게 된다는 우려도 있으나, 불법정보의 유통을 방지할 수 있는 실질적 감독권한을 갖고 있는 자는 OSP뿐이므로 그에게 불법정보의 존재를 인식하거나 인식하였어야 하는 경우에 그 공동불법행위의 책임을 묻는 것은 타당하다고 보아야 한다. 이러한 OSP의 책임은 불법복제소프트웨어나 명예훼손성

34) 권영준, “저작권침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임” 서울대 석사논문(2000), 87쪽 참조.

게시물 등의 경우에 인정된다. 미국의 디지털밀레니엄저작권법(DMCA)이나 우리 저작권법은 OSP의 저작권침해에 대한 직접적 규정 대신 OSP의 책임한정조항, 즉 면책조항만을 둬으로써 그 규정된 책임의 내용은 여전히 명확하지 않지만, 판례에 의하여 그 불법행위책임을 점차 넓혀가고 있는 추세이다.³⁵⁾

V. OSP의 형사책임

사이버상의 불법정보에 대한 OSP의 형사책임을 인정할 수 있는가도 논란이 되고 있다. 관련법령의 직접위반자와 함께 게시관관리자 또는 온라인 서비스제공자에게도 최소한 방조범으로서의 형사책임을 물을 수 있어야만 그 자율규제를 초래하여 사이버공간의 건전한 문화를 조성할 수 있다는 필요성이 제기되고 있으나 민사책임과 달리 형사책임을 경우에는 직접 위반의 고의를 전제로 하기 때문에 이론적으로 그 적용이 쉽지 않은 상황이다.

유해정보의 유통과 관련하여 OSP의 형사책임을 불법정보에의 접속을 차단하지 않았다는 측면에서 부작위에 의한 방조의 책임으로 다루어질 수 있다. 그 형사책임을 긍정하기 위해서는 우선 OSP에게 보증인의 지위와 보증인의 의무가 인정되어야 하는데, 이 보증인의 의무는 불법정보에 대한 관리의무라는 형태로 등장할 수 있다. 그러한 점에서 일단 다른 서버에 저장된 불법정보를 매개해 주는 OSP의 서비스에 대해서는 그 정보에 대한 통제가능성의 결여로 인하여 보증인의 의무를 갖지 않는다고 해야 한다. OSP의 보증인의 의무는 OSP가 자신의 서버에 불법정보를 저장하여 관리하고 있는 경우에 그리고 그 불법정보의 존재를 인식한 경우에 문제될 수

35) OSP의 민사책임에 대한 상세한 내용은 정 완, “온라인상 저작권침해에 대한 OSP의 민사책임” 인터넷법률 제20호(2003.11) 참조.

있다. 그러나 그러한 보증인의 의무가 인정되더라도 실제 OSP가 인터넷상의 불법정보의 유포결과와 관련하여 부작위범의 성립이 인정되는 경우는 매우 한정적일 수밖에 없다. 즉, OSP가 최종적으로 불법정보의 유통에 대한 형사책임을 지게 되는 경우는 OSP가 불법정보에 대한 기술적 차단가능성을 가지고 있고 또 범공동체로부터 그러한 정보차단이 합리적으로 기대될 수 있어야 한다는 요건을 충족시킬 때뿐인데, 대부분의 OSP는 이러한 요건을 충족시키지 못하기 때문이다.³⁶⁾

그러나 최근 음란사이트를 링크한 인터넷서비스제공자에 대하여 그 형사책임을 인정한 대법원의 판결이 주목되고 있다.³⁷⁾ 이 판결에 대하여 학자들은 방조범으로서의 책임이라면 몰라도 정범으로서의 책임은 인정하기 곤란하다는 의견을 제시하거나,³⁸⁾ 입법을 통하지 않은 이러한 해석은 지나치고 무리한 해석이므로 반드시 입법을 통하여 해결해야 한다는 의견을 제시하고 있다. 그 의견을 아래에 소개한다.

“음란범죄는 특별히 다른 사람에게 해를 끼치는 것이 아니므로 그에 관한 규정은 엄격하게 해석, 적용해야 하고 특히 전시행위는 더욱 엄격하게 해석, 적용해야 한다. 음란물이나 음란정보를 전시하는 행위를 처벌하는 규정의 보호법익은 선량한 성풍속과 청소년의 보호라고 할 수 있다. 즉, 청소년의 건전육성을 위해 음란물을 규제하는 것이고, 성인의 경우에는 ‘자신의 의사에 반하여 음란정보에 노출되지 않도록’하기 위해 음란물을 규제하는 것이다. 그런데 인터넷의 경우 일반 사이트에서 링크된 경우뿐 아니라 음란정보 사이트에서라도 음란정보에 접근하기 위해서는 자신의 의사에 따른 클릭을 해야 하고 그것도 대부분 여러 번 해야 한다. 이런 점

36) OSP의 형사책임에 관한 상세한 내용은 이호중, “위험정보의 유통과 ISP에 대한 형법적 규제” 비교형사법학회 2003년도 하계국제학술대회 발표문(2003.8.21) 참조.

37) 대법원 2003.7.8 선고2001도1335 판결 참조.

38) 예컨대 서보학, “유해정보사이트에 링크해 놓은 경우의 형사책임”, 법률신문 제3205호 판례평석 참조.

에서 보면 인터넷에서 ‘자신의 의사에 반하여 음란정보에 노출되는 경우’란 그리 많지 않고, 특히 다른 사이트의 초기화면을 링크시킨 경우에는 더욱 그러하다. 따라서 초기화면에 링크시킨 행위를 처벌해야 할 것인가는 법관이 결정할 수 있는 문제가 아니라 국민들이 국회를 통하여 결정할 문제이다. 따라서 이러한 행위를 처벌하더라도 전시행위에 대한 해석을 통해서가 아니라, 당해 법률에 ‘전시’ 이외에 ‘링크’라는 행위유형을 추가하여 입법을 통해 해결해야 할 것이다. 나아가 이러한 행위를 처벌할 것인가를 결정할 때에는 ‘정보의 바다’라고 불리는 따라서 음란정보에 관한 한 ‘음란정보의 바다’라고 불리는 인터넷의 특성에 따른 대책을 세워야 할 것이다. ‘음란정보의 연못’ 정도에서 사용하던 방법은 ‘음란정보의 바다’에서는 적절하지 않을 가능성이 많기 때문이다.”³⁹⁾

이와 같이 학자들의 견해는 비판적이지만, 현재의 상황은 어떠한 형태로든 OSP의 형사책임을 인정하는 추세로 가고 있음을 확인할 수 있다고 하겠다.

VI. 결 어

사이버음란물이나 불법복제 소프트웨어 등 사이버공간에는 불법정보들로 가득 차 있다. 이러한 불법정보가 우리의 청소년들에게 심각한 영향을 주고 있음은 분명하며, 따라서 이를 근절할 수 있는 현실적, 법제도적 대책이 시급하다. 그러한 대책의 하나로 사이버공간을 관리하고 있는 온라인 서비스제공자에게 법적으로 민형사상 일정한 책임을 부여하는 것을 생각할 수 있다.

39) 오영근, “인터넷상 음란정보 전시의 개념” 법률신문 제3213호(2003.10.23) 판례평석, 13쪽 참조.

생각건대, 전 국민의 64%⁴⁰⁾가 사이버공간을 즐기는 네티즌인 현 상황에서 불법정보의 사이버공간 유통을 방지하기 위해서는 OSP의 역할을 중시하지 않을 수 없으며 네트워크의 감독자적 지위에 있는 OSP가 그 고의 또는 과실에 의하여 불법정보의 유통에 일조하는 경우에는 민사적으로는 그 공동불법행위책임을, 형사적으로는 그 방조의 책임을 묻지 않을 수 없는 것이다.⁴¹⁾

보다 구체적으로는 사이버공간에서 OSP가 따라야 할 일반적 행동기준을 입법하고 그 위반에 대하여는 OSP에 대하여 법적 책임을 부과하고, 이를 성실히 따른 OSP에게는 폭넓은 면책을 부여할 수 있는 법률을 제정할 필요가 있다. OSP의 책임에 관하여는 완전면책정책을 취하기보다는 일정한 책임을 지는 사이버공간을 조성하는 것이 적절하다고 생각한다. 먼저, OSP가 직접 올린 불법정보 내용에 대하여는 직접 책임을 지게 해야 하며 이는 일반법상의 책임과 같은 것이다. 그리고 OSP가 단순한 접속매개자에 불과한 때에는 제3자가 올린 불법정보 내용에 대하여 책임을 지지 않도록 한다. 마지막으로 OSP가 자신의 정보통신망에 대하여 편집·수정·삭제권을 가지고 이를 행사하고 있는 경우, 제3자가 올린 불법정보의 내용에 대하여 이를 ‘알고 있고’, 기술적으로 해당 불법정보의 유통을 방지할 수 있음이 합리적으로 기대될 수 있음에도 불구하고 이를 방치하여 그것이 유통되게 한 경우에는 책임을 지도록 해야 할 필요가 있다.

주제어 : 사이버공간, 불법정보, 사이버음란물, 온라인서비스사업자, 인터넷사업자, 민사책임, 형사책임

40) 2004년 6월 현재 국내의 인터넷 사용인구는 3,067만명(68.2%)을 넘어섰다. 한국인터넷진흥원, 2004년 상반기 정보화실태조사(2004.8). <http://isis.nic.or.kr> 참조.

41) 정 완, “소프트웨어 불법복제와 저작권보호” 법률신문 2003년 11월 20일자 연구논문 참조.

Online Service Provider's Liability of Illegal Informations on Cyberspace

Choung, Wan*

With the continuing growth of literally thousands of adult-oriented sexually explicit Web sites, concern and controversy have arisen regarding censorship and the legal issues surrounding it. Some of the statistics demonstrate just how enormous this market has become.

The nations of the world have each formulated laws governing forms of speech usually reflective of what they deem to be in the best interest of its culture and society. As is the case in the Korea, in foreign countries the standards for obscenity vary, making it virtually impossible to establish predictability as to whether online material will be allowed or prohibited. Such issues surround the importation and exportation of pornography and attempts to regulate it.

I think we have to keep in mind the following factors that affect and determine the ability or inability to achieve a worldwide agreement on prohibiting obscene materials. Firstly, there is no body of international law governing the transmission or receipt of obscene material, nor any universal definition or set of standards regarding it. Secondly, cultural, moral, and legal characteristics usually form the basis of a country's views on obscene and other forms of speech.

* Professor of the Law Department, Kyung Hee University

Thirdly, it is virtually impossible for one country to impose or enforce its laws on another country. Fourth, a provider in a country with strict obscenity standards may transmit materials to a country with more liberal standards, and from there it is accessible worldwide by a simple click.

In this article, I just tried to research for the online service provider's liabilities of illegal informations, like as obscene materials, on cyberspace.

Keywords : Illegal Information, Cyberpornography, Online Service Provider, Civil Liability, Criminal Liability, Cyberspace

성과 양형: 마약류사범을 중심으로

이 민 식*

I. 들어가는 말

최근 범죄학에서 보이는 한 가지 중요한 특징은 성갈등이론(Gender Conflict Theories) 또는 페미니스트 범죄학(Feminist Criminology)의 눈부신 발전이다. 페미니스트 범죄학자들은 기존의 범죄학이 남성에게 의해 주도됨으로써 남성의 관점에 의해서 심각하게 왜곡되어 있다고 비판하고, 그러한 왜곡현상에 반대하여 성간의 관계와 성적 요인이 범죄와 형사사법에 미치는 영향에 대해 새롭게 깊이 있게 이해하려고 한다. 페미니스트 범죄학의 발전은 형사사법기관의 작동에 관한 중요한 쟁점들을 만들어냈다. 그 중 하나로, 일반적으로 여성이 남성에 비해서 형사사법의 여러 단계에서 더 우대받는 경향이 있다는 일반적 기대와는 달리, 페미니스트 범죄학자들은 여성들이 동일한 불법행위를 행한 남성들에 비해 더 강한 도덕적 비난을 받으며, 따라서 보다 엄한 처벌을 받는 경향이 있다고 주장해왔다.

그러나 범죄자의 성에 따른 법적 처분상의 불균형은 단순히 남성 또는 여성이 다른 성에 비해 더 관대한 또는 더 엄격한 처벌을 받는다고 하는 식으로 간단히 결론내릴 수 없는 상당히 복잡하며 논쟁적인 현상이다. 그것은 형사사법기관의 범죄자에 대한 처우가 당해 범죄행위의 유형과 심각

※ 본 연구는 2003학년도 경기대학교 학술연구비 지원에 의하여 수행되었음.

* 경기대학교 사회과학부 교수, 사회학박사

성, 범죄경력 등 소위 법적 변수¹⁾ 외에, 수사 및 재판관련 사항, 형사사법관료들의 특성, 그리고 범죄자 개인의 성, 연령, 직업, 가족상황 등 다양한 법률외적 요인들의 영향도 함께 받는 고도로 복합적이며 역동적인 의사결정의 산물이기 때문이다.

본 연구는 최근 우리 사회에서 급속하게 증가하고 있는 마약류사범들을 대상으로 한 경험적 연구를 통해서 이와 같은 성차에 따른 형사처분, 즉 양형(量刑, sentencing)의 불균형이 어떠한 모습으로 나타나는지 또한 그 원인은 어디에 있는지 등을 검토해 보고자 한다. 양형은 검찰, 법원 등 형사사법기관들의 활동 중에서도 핵심이 되는 중요한 단계로서 만약 범죄자에 대한 형사사법기관들의 처분이 법률외적 요인들에 의해 일정부분 영향을 받는다면 이는 실무적·학문적으로 중요한 관심사가 아닐 수 없다.

양형에 있어서 성차의 문제를 다룬 지금까지의 연구들은 서로 상반된 결과들을 보고하였으며, 그러한 차이는 사회에 따라서 그리고 구체적인 범죄유형에 따라서 달리 나타났다. 그러므로 우리사회에서 상대적으로 연구가 되지 않은 범죄유형인 마약류사범을 대상으로 성에 따른 양형의 편차 문제를 살펴보는 것은 이론적으로 첨예한 쟁점을 다루는 것임과 동시에 실무적으로도 중요한 의의를 갖는 것이라고 생각한다.

양형의 본래 의미는 “법관이 개개의 구성요건에 규정되어 있는 형벌의 종류와 범위 내에서 구체적으로 행위자에 대한 형벌을 정하는 것”을 말하지만(이영란 1996:17), 범죄자에 대한 형사처분 또는 양형에 있어서의 불균형 문제를 다루는 기존의 연구들은 재판의 前단계(예컨대, 체포, 수사, 기소의 단계)에서부터 시작하여 유죄인정협상(plea bargaining) 단계, 그리고 유죄평결이나 형의 선고단계 등 형사소송의 全단계에서 처분상의 편차에 대해 논의한다. 따라서 본 연구에서는 연령에 따른 양형의 불균형 문제를

1) 법적 변수들(legal variables)이란 인습적으로 당해 범죄의 심각성과 피고인의 범죄경력으로 정의된다(Hagan 1974).

판사의 선고 및 실행선고여부 뿐만 아니라 검사의 구속수사여부 및 구형 까지도 포함하여 포괄적으로 살펴보고자 한다.²⁾

II. 선행연구의 검토

공식통계에 의하면, 우리사회에서 여성들은 남성들에 비해 훨씬 덜 범죄적이다. 예컨대, 2003년에 전국에서 검거된 범죄자의 단지 14.4%만이 여성들이었다(대검찰청, 2004). 또한 여성범죄자들은 남성범죄자들에 비해 형사처분단계에서도 유리한 것 같다. 2001년 현재 전국의 교정기관에 기결 수용된 모든 범죄자의 단 3.5%만이 여성이다.³⁾ 이러한 현상은 비단 우리 사회만의 것은 아니다. 대부분의 국가가 이와 유사한 현상을 보여주고 있다. 그러나 이러한 공식통계의 결과만을 가지고서 여성이 형사처분과정에서 남성에 비해 유리한 처우를 받는다고 판단하는 것은 현상을 지나치게 단순하게 보는 것이다.

범죄자에 대한 법적 처분에 있어서 성별의 효과에 대해서는 전통적으로 두 가지 이론이 대립해 왔다. 그 하나는 소위 “기사도”이론(Chivalry Theory)이라는 것이고, 다른 하나는 “악녀”이론(Evil Women Theory)이라는 것이다. 전자는 형사사법 관료들의 기사적인 또는 온정적인(paternalistic)⁴⁾ 성향으로 인해 여성들이 관대한 처분을 받는 경향이 있다는 것이고, 후자는 법을 위반한 여성은 단순히 법만 위반한 것이 아니라, 여성으로서 해야 할 적절하고 바람직한 행위에 대한 사회적 기대를 저버린 것이기 때문에 더 가혹하게 처벌받는 경향이 있다는 것이다(Farrington

2) 이는 성별의 효과가 형사처분의 제 단계에서 일관되게 나타나는지를 보기 위한 것이다.

3) <http://www.moj.go.kr/corrections/data/data03.php>

4) 기사도이론과 온정주의를 구분하는 학자들도 있다. Moulds(1980)를 보라.

& Morris 1983; Nagel and Hagan 1983).

실제로 형사처분에 대한 성별의 영향을 검증한 연구들의 결과도 상반되게 나타났다. 많은 연구들이 여성범죄자들은 남성범죄자들에 비해 관대한 처분을 받는 경향이 있음을 발견하였으며, 그러한 결과는 형사사법당국의 온정적인 혹은 기사도적인 성향에 기인한다고 주장하였다(Bickle and Peterson 1991; Crew 1991; Curran 1983; Daly 1987, 1994; Frazier et al. 1983; Gruhl et al. 1984; Johnston et al. 1987; Miethe and Moore 1986; Myers and Talarico 1987; Spohn and Spears 1997; Spohn et al. 1987; Steffensmeier et al. 1993).⁵⁾ 예컨대, Simon과 Landis(1991)는 미국에서 여성이 남성보다 유죄를 선고받을 가능성이 더 낮으며, 유죄를 선고받더라도 남성들보다 더 가벼운 형을 선고받는 경향이 있음을 발견하였다. Mann(1996)은 특히 살인사건들을 조사하였는데, 그의 연구에서는 살인으로 체포된 여성들의 절반이하만이 구금형을 선고받았으며, 구금형을 선고받더라도 같은 범죄로 구속된 남성들에 비해 평균적으로 6.5년이나 짧은 형을 선고받는 것으로 나타났다.

그러나 기사도이론과는 달리 악녀이론을 지지하는 연구결과는 상대적으로 많지 않은 편이었다. 이러한 연구들은 여성들, 특히 남성적인 폭력범죄를 저지른 여성들은 그러한 범죄를 저지른 남성들과 다르지 않거나 오히려 더 엄격하게 다루어진다는 것을 발견하였다(Farnworth and Horan 1980; Figuera-McDonough 1985; Nagel and Hagan 1983; Rasche 1975). 문헌에서 악녀이론은 “전형성”(typicality) 이론과도 관련된다. 전형성이론이란 형사소송과정에서 여성범죄자들이 우호적으로 다루어지지만, 그것은 그들의 죄가 여성에 대한 고정관념과 일치할 경우에만 그러하다는 것이다.

5) 전형적으로 여성범죄자들을 남성범죄자들보다 덜 공격적이고, 형벌을 견디기 어렵고, 더 공손하고, 처벌에 잘 순응하고, 상대적으로 책임이 작은 것으로 보는 사회의 다소 보호적인 이미지가 남성 형사사법 관료들로부터 상대적으로 관대한 처분을 유도하는 것으로 믿어진다(Farnworth and Teske 1995).

다시 말해서, 폭력범죄로 기소된 여성들은 보통의 여성들에게 기대되는 성역할 고정관념을 위반한 것이기 때문에 기사도적인 반응과는 반대의 중한 처벌을 유발할 수 있다는 것이다(Bernstein et al. 1977; Farnworth and Teske 1995; Spohn 1999). 전형성 가설의 주요 증거로서, Bernstein과 그의 동료들(1977)의 연구에서 여성범죄자들에 대한 관대한 처분은 재산범죄로 기소된 경우에만 한정되었다. 폭력범죄로 기소된 여성들은 남성보다 더 중한 처벌을 받았다. 또한, Heilbrun(1982)은 동일한 범죄를 저지른 남여의 평균구금기간을 검토하였는데, 이 연구에서 강도, 절도, 위조범죄의 경우 여성의 평균구금기간이 남성보다 짧았으나 살인, 폭행, 약물범죄의 경우는 성차가 구금기간에 의미 있는 영향을 미치지 못하였다.⁶⁾

그러나 이상과 같은 이론들은 형사사법 관료들의 양형결정과정을 지나치게 단순화하고, 양형의 불균형을 초래하는 성별외의 다른 요인들의 작용을 무시하는 것이라고 비판받기도 한다. 일례로, Farrington과 Morris(1983)는 1981년에 영국 캠브릿지 법원에서 절도죄로 기소되어 재판받은 408명의 범죄자를 대상으로 피고인의 성별이 유죄판결 및 양형에 미치는 영향을 분석하였는데, 단순상관관계분석에서는 여성이 남성에 비해 관대한 처분을 받은 것으로 나타났으나, 그러한 효과는 법률적 요인인 범죄의 심

6) 물론 여기에도 상반된 연구결과들이 존재한다. 예컨대, Spohn과 Spears(1997)는 미국 디트로이트시에서 폭력범죄로 고소된 피고인들에 관한 자료를 사용하여 기소, 유죄입증, 양형 등 일련의 형사소송과정에서 성의 효과를 검토하였다. 이들은 폭력범죄를 저지름으로써 성역할 고정관념을 위반하는 여성에게는 소위 '기사도 정신'이 발휘되지 않을 것이라는 가정 하에, 폭력범죄로 고소된 피고인들의 경우 성별에 따른 법적처분 상에 유의미한 차이가 없을 것이라는 가설을 설정하였다. 그러나 그들은 기대와는 달리, 여성들이 남성들에 비해 기소여부, 실형선고여부 및 형기의 제 측면에서 더 많은 혜택을 받는다는 사실을 발견하였다. 또한, Steffensmeier와 그의 동료들(1993)은 펜실바니아주의 양형자료를 사용하여 성별이 범죄유형과 상호작용한다는 사실을 발견하였는데, 여기서 여성들은 심각한 중범죄로 기소된 경우에는 남성에 비해 약간 단기의 형을 선고 받았고, 덜 심각하거나 경미한 범죄로 기소된 경우에는 남성에 비해 약간 장기의 형을 선고받았다. 한편, Bishop과 Frazier(1984)는 폭력범죄, 재산범죄, 그리고 공공질서 위반범죄의 세 가지로 범죄유형을 구분하여 성의 효과를 분석하였으나, 범죄유형과 관계없이 양형에 있어서 어떠한 유의미한 성차도 발견하지 못하였다.

각성 정도와 범죄경력을 통제했을 때 사라지거나 심각성 및 범죄경력을 통한 간접적인 것으로 드러났다.

나아가, 성과 양형의 관계를 다룬 최근의 몇몇 연구들(Daly and Bordt 1995; Daly and Tonry 1997; Steffensmeier et al. 1993)은 기존의 연구에서 발견된 결과들의 불일치가 선행연구들이 갖는 개념적·방법론적 한계에 기인한다고 주장하였다. 먼저, 개념적 한계로서, 기존의 연구들은 남여간의 차별적 처우에 대한 모호하고 부적절하게 표현된 설명에 의존한다는 비판을 받았다. 예컨대, Daly와 Tonry(1997)는 기사도, 온정주의, 악녀와 같은 개념들이 경험적 준거와 분석적 통렬함을 결여한다고 비판하였다. 그들은 유사한 상황에 처한 남성범죄자들에 비해 여성범죄자들을 더 관대하게 처분하는 판사들은 온정주의나 성적으로 적절한 행위에 대한 고정관념에 의해서보다는, 죄의 경중에 관한 판단과 여성의 구금이 초래할 사회적 비용에 대한 관심에 의해서 더 동기화되었을지 모른다고 주장하였다.

Daly의 이러한 판단은 자신의 과거 일련의 연구들에 근거한 것이다. Daly의 과거 연구(1987, 1989)들은 판사의 재판전 석방여부와 양형의 결정이 피고인이 처한 가족상황에 의해서도 영향 받을 수 있다는 것을 보여주었다. 예컨대, 가족이 있는 피고인(즉, 결혼하여 배우자나 자녀와 살거나 부모나 다른 친척과 함께 사는 사람들)은 그렇지 않은 피고인에 비해 관대한 처분을 받는 경향이 있었다. Daly는 가족이 있는 피고인들에 대한 보다 관대한 처분은 그러한 범죄자들의 경우 일상생활 속에서 더 많은 비공식적 사회통제를 받으며, 가정을 유지하고 죄 없는 아이들을 보호하는 것 또한 범죄자를 엄격히 처벌하는 것만큼이나 중요하다고 판사들이 판단하기 때문인 것으로 설명하였다. 나아가 Daly는 가족상황이 처벌을 경감시키는 효과는 남성피고인에서 보다는 여성피고인에서 더 크다는 것을 보여주었는데, 그녀는 이것을 판사들이 ‘좋은’ 아버지 보다는 ‘좋은’ 엄마의

중요성을 더 크게 보며, (전형적으로 여성들에 의해서 이루어지는) 자녀양육을 (전형적으로 남성들에 의해서 이루어지는) 경제적 부양보다 가족의 유지에 더 본질적인 것으로 보는 경향이 있기 때문으로 이해하였다. Daly(1994)는 또한 판사들이 “성관련 특성들에 의거한 판단”을 한다고 주장하였다. 여성들은 그들이 갖는 더 큰 인습성과 상대적으로 적은 범죄경력 덕에 남성들보다 개선가능성이 더 높은 것으로 평가되며, 자신들의 과거 피해경력과 현재의 범죄성간의 경계가 모호하기 때문에 남성에 비해 과오가 적은 것으로 인식된다. 그래서 판사들의 양형결정은 여성을 보호하려는 의도에 의해서가 아니라(즉, 단순한 기사도정신의 발휘가 아니라), 가정의 파괴를 막으려는 바램에 의해 동기화된다는 것이다. Daly는 이러한 동기를 “가족온정주의”(familial paternalism)라고 불렀다(Daly 1987:268). 요컨대, Daly와 Tonry(1997)는 학자들이 성과 양형의 관계를 다룸에 있어서는 자녀부양의무, 개선가능성 등과 같은 “성관련 기준들”이 양형의 결정에 개입되는지 여부와 그러한 기준들이 근거가 있는 것인지 그렇지 않은 것인지 등을 신중히 검토할 것을 제안하였다.⁷⁾

선행연구들의 방법론적 한계 또한 주목되어왔다. 예컨대, Steffensmeier와 그의 동료들(1993)은 선행연구들의 방법론적 문제점을 부각시킴으로써 “여성범죄자들이 남성에 비해 관대한 처우를 받는다”고 하는 일반적인 인식에 의문을 제기하였다. 그들은 선행연구들이 범죄의 심각성, 전과와 같은 중요한 법적 변수들과 가족상태, 임신여부와 같은 성관련 변수들을 포함하는 다변량분석을 행하지 못하였고, 종속변인(즉, 양형변인)들의 개념화

7) 유사하게, Edwards(1984)도 여성범죄자들이 남성범죄자들에 비해 관대한 처분을 받는 경향은 형사사법공무원들의 기사도성향뿐만 아니라, 모성에 대한 동정, 가족부양에 대한 여성의 책임, 남성들보다 개선가능성이 더 높은 점 등에 의해서도 설명가능하다고 하였다. 또한, Gelacek과 그의 동료들(1996)은 1991년과 1992년에 미국의 30개 지방법정에서 판사들의 양형결정이 연방 양형가이드라인으로부터 얼마나 이탈하는지를 검토하였는데, 일부 법정에서 성관련 사유(예컨대, 임신여부나 홀로 자녀를 부양해야 할 의무 등)로 인해 여성에 대한 하향이탈이 있음을 발견하였다.

와 조작화도 엄밀하지 못하였다고 비판하였다.

선행연구들이 갖는 개념적·방법론적 한계에 관한 이상의 논의들은 우리가 양형에 대한 성별의 효과를 다룰 때에는 범죄의 유형 및 심각성, 범죄경력과 같은 전통적으로 중시되는 법적 변수들 외에 그러한 성차에 영향을 미칠 수 있는 가족상황 또는 가족유대, 부양가족, 혼인상태 등과 같은 성 및 가족 관련 요인들도 함께 다루어야 할 필요가 있음을 시사하는 것이라 하겠다.

성별에 따른 양형의 불균형 현상을 다룸에 있어서 우리가 검토해야할 또한 가지 논점은 앞서 서두에서 언급하였듯이, 그러한 편차가 형사처분의 제 단계 - 즉 검찰의 수사, 기소 및 구형, 재판부의 선고 - 에서 일관되게 나타나는가 하는 것이다. 문헌에서는 이 문제를 소위, “차별적 재량”(differential discretion)이라는 가설로서 다룬다. 차별적 재량가설은 재량과 그로인한 양형의 불균형이 마지막 선고단계의 공식적 결정들에서 보다는 기소여부와 같은 초기의 비공식적 결정들에서 발생할 가능성이 더 클 것이라고 제안한다(Hagan 1974; Miethe and Moore (1986). 그것은 최종선고를 둘러싼 공식성, 가시성과 법적 강제들이 양형에 있어서의 과도한 불균형을 어렵게 할 것으로 기대되기 때문이다(Farnworth and Teske 1995).

Spohn과 그의 동료들(1987)은 중범죄자들을 대상으로 연구하여, 여성피고인들이 남성피고인들에 비해 형사소송의 초기단계에서 검사로부터 불기소나 기소유예를 받을 가능성이 더 크다는 것을 발견하였다. Bernstein과 그의 동료들(1977)도 비록 범죄유형에 따라 다소의 차이가 있었지만 형사소송 초기의 검찰재량행사에 있어서 성적불균형을 발견하였다. 그러나 실제 연구의 결과들이 이러한 논리와 반드시 일치하는 것은 아니다. 예컨대, Curran(1983)은 최종선고단계에서는 성차를 발견하였지만, 기소를 포함한 형사소송 초기단계의 결정에서는 오히려 어떠한 불균형도 발견하지 못하

였다. Spohn과 그의 동료들(1987)도 형사처우에 있어서의 성적 편차가 재판이전 단계에서 보다는 유죄선고 및 구금결정 단계에서 더 큰 것을 발견하였다. Musolino(1988)는 일반적인 연구방법과는 달리 판사들을 인터뷰하였으며, 유무죄 결정에서는 성차를 발견하지 못하였으나, 양형의 최종결정 단계에서 여성들이 우호적인 처분을 받는 경향이 있음을 발견하였다(Williams 1999에서 재인용).⁸⁾

성별과 약물범죄 양형 서구에서도 약물범죄의 양형문제를 다룬 연구는 상대적으로 드물다.⁹⁾ 특히 약물범죄의 양형에 있어서 성별의 효과를 중점적으로 다룬 연구는 극히 제한적이고, 대개는 하나의 통제변인으로서 성별의 효과를 검토하였다. 아래에서는 약물범죄 양형에 있어서 성별의 효과를 직접·간접적으로 분석한 몇 가지 연구를 소개하기로 한다.

Peterson과 Hagan(1984)과 Myers(1989)는 약물범죄자를 대상으로 한 연구에서 양형에 대한 성별의 효과를 통제하였는데, 그들은 남성약물사범들이 여성약물사범들에 비해 구금형에 처해질 가능성이 더 높은 것을 발견하였다. 특히 Peterson과 Hagan(1984)의 뉴욕시 자료에서는 남성범죄자들이 대체로 여성범죄자들에 비해 더 장기의 구금형을 선고받는 것으로 나타났다. 요컨대 이들의 연구에 의하면, 형사사법 관료들의 온정주의가 여성 약물범죄자에게도 적용될 수 있을 것 같다. 그러나 이 두 연구는 미국에서 이른바 ‘마약과의 전쟁’(War on Drugs)이 수행되기 이전에 수집된 자료를 사용하였기 때문에 그 이후에 상황과는 다를 수 있다고 하겠다.

8) Bickle과 Peterson(1991)은 사기사건들에 대한 연방법원의 결정(최종심)을 연구하여 여성이 남성에 비해 구금형에 처해질 가능성이 더 낮은 것을 발견하였다. 한편, Ghali와 Chesney-Lind(1986)는 성별의 법적 처분에 대한 효과가 형사사법 단계별로 일관적이지 않음을 약간 다른 측면에서 검토하였다. 그들은 하와이 호놀룰루의 성인법들을 조사하였는데, 지방법원 수준에서는 성별이 구금, 벌금, 보호관찰의 결정에 유의미한 영향을 미치지 않았으나, 순회법원 수준에서는 성별이 보호관찰에 처해질 가능성에 유의미한 영향을 미쳤다(여성들이 남성들에 비해 보호관찰에 처해질 가능성이 더 높았음).

9) 약물범죄의 양형문제를 다룬 대부분의 연구는 양형에 대한 인종의 효과를 검토한 것이다.

미국에서 약물범죄로 주 및 연방 교도소에 수감된 여성범죄자의 수는 1985년에 23,000여명이었으나 10년 뒤인 1995년에는 75,000여명으로 크게 증가하였다(Bureau of Justice Statistics, 1997). 이러한 증가에 근거하여 Chesney-Lind(1997)는 레이건 행정부의 “마약과의 전쟁”이 ‘여성에 대한 전쟁’으로 변질되었으며, 형사사법체계가 소위 ‘형사사법에 있어서의 남녀 평등’을 이유로 이제는 여성을 보다 적극적으로 구금하게 되었다”라고 주장하였다. 유사하게, Durham(1994)도 “여성구금인구의 증가는 상당부분 마약과의 전쟁과 마약 소지·판매 행위에 대한 처벌강화에 기인하며, 이전에는 여성들이 보다 관대한 처분을 받았으나 이제는 남자들과 마찬가지로 또는 경우에 따라서는 더 엄한 처분을 받게 되었다”라고 주장하였다.

그러나 이러한 주장들과는 달리, 일부 학자들은 미국에서 여성약물사범에 대한 최근의 엄벌화 경향이 소위 ‘기사도 정신의 쇠퇴’를 의미하는 것은 아니고, 범죄자의 성별과는 무관하게 마약범죄 자체를 심각한 범죄로 인식하는 최근의 사회적 추세를 반영한 것으로 분석하였다(Belenko, 1990).¹⁰⁾ 예컨대, Steffensmeier와 그의 동료들(1993)과 Daly(1994)의 연구는 성별이 약물사범의 양형에는 중요한 영향을 미치지 않을 것이라는 주장을 지지하는 증거를 제공해 주었다. 이 두 연구는 약물범죄만을 중점적으로 다룬 것은 아니지만, 그러한 범죄유형들을 별도로 검토하였다. Steffensmeier와 그의 동료들(1993)은 약물사범의 경우 여성들이 남성들에 비해 오히려 약간 더 장기의 형(3~8.75개월)을 선고받았음을 발견하였다. 그들이 인터뷰한 판사들은 구금형에 해당하는 여성 약물사범들의 경우 대부분이 남성 마약상용자들과 마찬가지로 재범의 가능성이 매우 높아서 약물사용을 중단키 어려운 것으로 판단하였다. Daly(1994)도 약물사범의 양형에 있어서는 성별이 중요한 역할을 하지 못한다는 것을 발견하였다. 오히려 판사들의 양형

10) Tonry(1995)도 마약과의 전쟁이 성별과 관계없이 약물범죄자 일반에 대한 보다 강력한 처벌을 가져왔다고 주장하였다.

결정은 법원이 보호관찰이나 약물치료와 같은 가벼운 처분을 할 경우에 발생할 수 있는 불법약물거래의 증가가 초래할 해악에 대한 우려에 의해서 더 큰 영향을 받는 것으로 나타났다. Daly는 또한 보호관찰과 치료처분을 받은 후에도 약물을 계속 사용하거나 판매한 약물사범들은 그들의 성별과 무관하게 구금형에 처해질 가능성이 더 높다는 사실도 보여주었다.

그러나 최근에 Spohn(1999)은 마약과의 전쟁이 여성에 대한 전쟁으로 변질되었다는 Chesney-Lind(1997)의 주장과 양형에 있어서 기사도 정신은 단지 과거의 일일뿐이라는 Durham(1994)의 주장을 다변량분석을 통해 직접적으로 검증하려고 하였다. Spohn은 시카고 쿡카운티 순회법원에서 약물 범죄로 재판받은 범죄자들에 관한 자료를 사용하여 성별에 따른 구금확률을 비교하였다. 분석결과 여성은 남성에 비해 구금형에 처해질 가능성이 유의미하게 낮았다. 그래서 그녀는 기사도정신이 적어도 쿡카운티에서는 죽지 않았다고 결론지었다. 이처럼 약물범죄의 양형에 있어서도 성별의 효과는 일정치 않으며, 사회의 범죄통제정책에 따라 유동적인 것으로 보인다.

연구문제 이상의 문헌분석은 성에 따른 양형의 불균형 문제와 관련하여 다음과 같은 몇 가지 상호 관련된 쟁점들이 있음을 알려준다. 첫째는 ‘기사도가설’ 대 ‘악녀가설’이다. 이는 성별이 양형에 미치는 영향은 어떠한 것인가? 여성범죄자들은 남성범죄자들에 비해 사법당국으로부터 보다 관대한 처분을 받는 경향이 있는가, 아니면 남성범죄자들과 비슷하거나 오히려 더 엄한 처분을 받는 경향이 있는가? 하는 의문들과 관련된다. 둘째는 ‘차별적 재량가설’인데, 이는 성에 따른 양형의 편차가 형사처분의 제 단계에 따라 달라지는가 하는 문제(즉, 성과 형사처분단계의 상호작용문제)이다. 셋째는 ‘전형성가설’이다. 이는 성별이 양형에 미치는 효과가 범죄의 유형 또는 범죄의 심각성 정도에 따라 다른가 하는 문제(즉, 성과 범죄유형간의 상호작용문제)를 제기한다. 본 연구는 바로 이러한 세 가지 쟁점들

을 우리사회의 마약류사범들을 대상으로 중점적으로 검토해 보고자 한다.¹¹⁾ 그러나 한 가지 문제는 전형성가설에 관한 것이다. 앞에서 언급한 바와 같이 전형성이론은 형사처분과정에서 여성범죄자들이 우호적으로 다루어지는 경향이 있지만, 그것은 어디까지나 그들의 죄가 여성에 대한 고정관념과 일치할 경우, 즉 비폭력성범죄이거나 범죄의 심각성이 약한 경우에만 그러하다는 것이다. 본 연구는 마약류사범들만을 대상으로 하기 때문에 원래 형태의 전형성가설을 검증할 수는 없다. 다만, 마약류범죄도 범죄의 유형(유통범죄 대 남용범죄)에 따라서, 마약류의 종류(마약, 향정, 대마)에 따라서 그 심각성의 정도가 다른 것으로 인식되기 때문에[실제로, 공식통계(대검찰청 2003)에 의하면 1심 재판결과를 기준으로 할 때, 유통사범이 남용사범에 비해서, 그리고 향정사범이 대마사범이나 마약사범에 비해서 더 엄한 처벌을 받는 경향이 있다], 본 연구에서는 마약류범죄의 행위 유형과 마약류의 종류에 따른 양형의 성별 편차를 대신 검토하기로 한다.

Ⅲ. 자료 및 방법

1. 자 료

본 연구는 마약류사범에 대한 수사 및 재판기록의 통계적 분석을 통해 이루어진다. 이를 위해 모집단의 일정 부분을 확률표집한 후 구조화된 조

11) 물론, 문헌에는 이러한 세 가지 쟁점 외에 선택적 기사도가설(selective chivalry hypothesis)이라는 것도 등장한다. 선택적 기사도가설이란 형사사법 관료들이 소수인종 여성들보다는 백인여성들에게 더 많은 기사도를 발휘하는 경향이 있다는 것이다. 예컨대, Steffensmeier와 그의 동료들(1993)은 대부분의 양형결정이 백인 중류층 판사와 변호사에 의해서 이루어지기 때문에 기사도 정신이 발휘된다면 그것은 아마도 백인여성 피고인에게 선택적으로 작용할 것이라고 주장하였다. 이는 곧 성과 인종의 상호작용효과를 의미하나, 한국의 자료를 검토하는 본 연구에서는 다룰 수 없는 주제이다.

사표를 이용하여 수사 및 재판기록에 대한 조사를 실시하였다.

본 연구에서는 지난 5년(1997-2001) 동안에 전국의 6개 지방검찰청과 4개 지청(총 10개 기관) - 서울지검(본청 및 남부·북부·서부지청), 인천지검(본청 및 부천지청), 부산지검, 대전지검, 춘천지검, 전주지검 - 에서 처리한 약 32,000명의 마약류사범들 중에서 1심에서 유죄가 확정된(전체 마약류사범의 약 97%가 유죄 확정되었음) 마약류사범을 모집단으로 하였다. 기관의 선정은 마약류사범의 처리건수와 마약류범죄의 지역적 특성을 감안하여 이루어졌다. 선정된 10개 기관은 우리나라 전체 마약류사범의 약 70%를 처리하는 것으로 나타났다(2000, 2001년 기준). 기록조사의 연한을 과거 5년으로 한정된 것은 마약류사범의 경우 기록의 보존기간이 대부분 5년이기 때문이다.

표본은 먼저 연도별, 마약류별(마약, 대마, 향정), 지역별(또는 지방검찰청별)로 비례할당한 후에 계통적으로 표집하였다. 이러한 과정을 거쳐 수집된 총 사례의 수는 2,485건이었으나 자료누락이 많은 29건은 제외하여 본 연구에서는 총 2,456건이 최종 분석되었다. 조사에는 항소심과 상고심 결과까지 포함하였으나 본 연구에서는 분석을 1심의 결과에만 한정한다.¹²⁾

2. 변인과 측정

종속변인 종속변인은 양형 즉, 일련의 법적처분 과정에 관한 변인들이다. 앞서 언급한 대로 본 연구에서는 양형의 개념을 포괄적으로 규정하여 판사의 선고 및 실형선고여부 뿐만 아니라 검찰의 구속수사여부 및 구형까지도 포함한다. 여기서 검찰의 구속수사여부와 재판부의 실형선고여부는 이분법적(binary) 변인으로서, 구체적으로 구속수사여부는 구속수사 對 불

12) 조사를 실시한 결과 마약류사범의 경우 항소율이 매우 낮아서 분석은 1심결과에 한정하였다.

구속수사로, 실형여부는 실형 對 집행유예로 구분된다. 반면에 검찰의 구형량과 판사의 선고형량은 월단위로 환산된 연속적 변인이다. 그러나 이 또한 교차분석에서는 몇 개의 급간들로 나누어 분석될 것이다.

독립변인 및 통제변인 독립변인인 성별은 다변량분석에서는 ‘여성’이란 모조변인(dummy variable)으로 바꾸어 사용한다. 또한 성별의 효과는 남녀 하위집단별로 양형인자들을 비교하는 과정에서도 평가될 것이다. 서두에서 언급한 바와 같이, 범죄자에 대한 형사사법기관의 처우는 당해 범죄행위의 유형과 심각성, 범죄경력 등 법적 변수 외에, 수사 및 재판관련 사항, 범죄자 개인의 인적 사항 등 다양한 법률외적 요인들의 영향도 함께 받는다. 본 연구는 양형에 대한 성별의 효과에 집중하는 것이지만, 성별의 독립적 효과와 더불어 그러한 효과가 다변량분석에서 다른 주요 요인들의 영향력을 통제했을 경우에도 안정적인지 여부를 파악하기 위해서는 양형연구에서 전통적으로 중요하게 다뤄져온 요인들을 통제해 볼 필요가 있는 것이다.

통제변인으로서 가장 직접적이며 우선적으로 고려되어야 할 것은 당해 범죄행위의 유형과 그것의 심각성 정도 그리고 범죄경력 관련 요인들이다.¹³⁾ 본 연구에서는 마약류범죄의 유형을 그 약물의 종류에 따라 마약범죄, 향정범죄, 대마범죄의 셋으로¹⁴⁾ 그리고 행위유형에 따라 유통범죄와 남용범죄의 둘로 구분하고, 이들 각각을 모조변인으로 만들어 사용한다. 당해 범죄행위의 심각성은 범죄의 유형(즉, 유통·남용범죄, 마약·향정·대마범죄) 그 자체로써 어느 정도 파악이 가능하나, 유통범죄와 남용범죄가 갖는 뚜렷한 차이로 인해 과학적인 심각성 점수를 산출하기가 용이치 않으므로, 차선택으로 공소장에 나타난 기록을 토대로 ‘범행의 계속성여부’와 ‘전체 범행기간’을 체크하여 이들을 심각성 정도를 대신하는 것으로 사

13) 미국에서도 양형 가이드라인은 대개 당해범죄행위의 심각성과 범죄경력을 양축으로 하는 매트릭스의 형태를 띤다(Stith and Cabranes 1998; Ulmer 1997을 보라).

14) 우리나라의 대표적인 마약류 규제법규인 「마약류관리에관한법률」 제2조에 의하면, 마약류는 그 제조원에 따라 마약, 대마, 향정신성의약품의 세 가지로 분류된다.

용하기로 하였다. 예컨대 범행이 일회적이기 보다 계속적인 경우에 그리고 전체 범행기간이 길수록 더 심각한 범죄로 인식될 것이다. 그러나 마약류 범죄의 경우 범행횟수나 기간에 관한 정보가 주로 피의자의 자백에 의존하기 때문에 자료의 신뢰성은 다소 문제가 될 수 있다. 범행의 계속성여부는 계속적인 경우와 일회적인 경우로 구분되는 불연속적 변인인데 반해 전체 범행기간은 월단위로 환산된 연속적 변인이다. 다음으로 범죄경력 관련 요인으로는 동종전과(마약류범죄)범수¹⁵⁾와 이종전과범수, 누범전과유무의 세 가지 변인을 사용한다. 누범전과는 금고이상의 형을 받아 그 집행을 종료한 후 3년 이내에 금고이상에 해당하는 죄를 다시 범한 경우로¹⁶⁾ 양형에 있어서 중요한 고려 대상이다. 또한 본 연구는 전술한 법적 통제변인들 외에 수사 및 재판과정에 관련된 변인들과 성별외의 범죄자 인적 사항에 관한 변인들을 추가로 통제한다. 수사 및 재판관련 변인들로는 자수여부, 구속수사여부, 수사時 시인정도, 재판時 시인정도가 있다. 전자의 둘은 이분법적 변인인데 비해, 수사 및 재판時 시인정도는 시인, 일부시인, 부인의 세 가지 응답범주로 측정하였다. 일반적으로 수사 및 재판과정에서 자신의 범행을 시인하는 것은 양형을 경감하는 요인으로 작용하기 쉽다. 끝으로 범죄자 인적 사항에 관한 변인으로는 연령, 학력, 생활정도(상, 중, 하로 구분), 그리고 혼인상태와 부양가족수가 포함된다. 특히 혼인상태(기혼동거여부)와 부양가족수는 성 및 가족상황 관련 요인들로서 앞의 이론적 논의들을 통해서 그 중요성이 지적된 변인들이다.

3. 분석방법

자료분석은 다음과 같이 세 단계를 거쳐 이루어진다. 먼저 분석에 포함

15) 동종범죄경력에는 마약류의 세 가지 종류별 범죄뿐만 아니라 「유해화학물질관리법」 위반의 경우도 포함한다.

16) 본 건은 제외하였다.

된 마약류사범의 일반적 특성(인적 사항, 당해 범죄행위, 범죄경력, 수사 및 재판관련 사항 등)을 기술통계치(최대값, 최소값, 평균 등)를 중심으로 살펴본다. 다음으로 성과 양형변인들 간의 직접적 관계와 분포특성을 교차분석을 토대로 검토한다. 마지막으로 성별에 따른 양형의 편차가 주요 통제변인들을 고려한 연후에는 어떻게 변하는지, 또한 선행연구들을 통해서 제안된 성과 가족상황 및 범죄유형 변인들 간의 상호작용 효과들은 어떠한지를 검토하기 위해 다변량분석(multivariate analysis)을 실시한다. 다변량분석은 종속변인의 측정수준에 따라 두 가지로 나누어지는데, 우선 검찰의 구속수사여부와 재판부의 실형선고여부는 이분법적 변인이기 때문에 로짓회귀분석(logistic regression)을 사용하고, 검찰의 구형량과 판사의 선고형량은 월단위로 환산된 연속적 변인이기 때문에 일반선형회귀분석(OLS regression)을 사용하였다. 모든 자료분석은 SPSSPC 통계프로그램을 사용하여 이루어졌다.

IV. 결 과

1. 조사대상자의 일반적 특성

최종분석에 포함된 마약류사범 2,456명의 성별은 남성이 82.4%(2,023명)로서 대부분이고 여성은 17.6%(430명)이다. 이들의 연령은 최소 15세에서 최대 85세 사이에 분포되어 있으며 평균 연령은 34세인 것으로 나타났다. 전체 조사대상자의 85%가 고졸이하의 학력수준을 보였다. 경제적 생활정도는 약 66%가 '하'로 분류되었다. 이는 수사기록이 갖는 특성상 정확한 평가가 어려운 이유로 범죄자의 직업과 직업의 안정성을 함께 고려하여

평가한 것이다. 또한 이들의 40.2%는 기혼자로서 배우자와 동거 중이었으며, 31.8%는 부양가족이 있는 것으로 나타났다.

당해 범죄의 유형을 약물의 종류별로 보면 마약사범이 전체의 4.7%, 향정사범이 56.1%, 대마사범이 38.7%이다. 또한 이를 행위유형별로 분류해 보면 유통사범이 약 18%이고 남용사범이 약 82%이다. 전체 마약류사범의 약 53%는 그들의 범행이 계속적이었고 남용사범들 중 상당수는 중독성이 있는 것으로 평가되었다. 평균범행기간은 5.5개월로 나타났다. 조사대상자의 범죄경력을 보면 아무런 전과가 없는 경우는 21.5%에 불과하였다. 전과가 있는 사람들 중에서는 동종전과자가 23.3%, 이종전과자가 75.1%이고, 동종전과와 이종전과가 모두 있는 경우도 약 21%에 달하였다. 범죄경력자들 중에서 누범전과가 있는 경우는 약 38%였다.

전체 조사대상자 중에서 자신의 범행을 자수한 경우는 2.3%에 불과하였다. 검찰 수사과정에서 자신의 범행을 시인한 사람은 81.6%였으나 나머지는 부분적으로 또는 전적으로 범행을 부정하였다. 재판과정에서 범행을 시인한 비율은 이 보다 다소 높아서 90%였다. 조사된 마약류사범의 대부분인 85.3%가 구속상태에서 수사받은 것으로 나타났다. 그들에 대한 검찰의 구형은 6개월에서 10년 사이에서 이루어졌으며 평균 구형량은 23.2개월이었다. 이에 비해 재판부의 선고는 2개월에서 7년 사이에서 이루어졌으며 평균 선고형량은 11.7개월인 것으로 나타났다. 형을 선고받은 사람들 중에서 약 71%는 집행을 유예받았으며, 실제 형을 산 사람은 29%에 불과하였다.

2. 성과 양형의 독립적 관계

먼저, 이 절에서는 성과 양형의 독립적 관계를 교차분석을 통해 살펴보기로 한다.

<표 1> 성과 양형의 독립적 관계: 교차분석(괄호 안은 백분율)

종속변인	구 분	남	여	계	$X^2/df/p$
구속수사 여부	불구속	226 (11.2)	135 (31.4)	361 (14.7)	$X^2=115.563$ df=1 p<.001
	구속	1,797 (88.8)	295 (68.6)	2,092 (85.3)	
	계	2,023 (100.0)	430 (100.0)	2,453 (100.0)	
구형량	1년 또는 1년 미만	322 (17.5)	84 (25.4)	406 (18.7)	$X^2=14.315$ df=3 p<.01
	2년 미만	582 (31.7)	108 (32.6)	690 (31.9)	
	2년	531 (28.9)	85 (25.7)	616 (28.4)	
	2년 이상	400 (21.8)	54 (16.3)	454 (21.0)	
	계	1835 (100.0)	331 (100.0)	2166 (100.0)	
선고형량	8개월 이하	478 (26.5)	120 (37.2)	598 (28.1)	$X^2=25.887$ df=3 p<.001
	9 - 10개월	533 (29.5)	89 (27.6)	622 (29.2)	
	11 - 12개월	492 (27.3)	89 (27.6)	581 (27.3)	
	1년 이상	302 (16.7)	25 (7.7)	327 (15.4)	
	계	1805 (100.0)	323 (100.0)	2128 (100.0)	
실행여부	집행유예	1249 (69.2)	258 (79.9)	1,507 (70.8)	$X^2=15.120$ df=1 p<.001
	실행	556 (30.8)	65 (20.1)	621 (29.2)	
	계	1,805 (100.0)	323 (100.0)	2,128 (100.0)	

<표 1>에서 먼저 마약류범죄자의 성별과 구속수사여부의 관계를 보면, 전반적으로 구속수사비율(85.3%)이 여타의 범죄유형에 비해 크게 높은 가운데¹⁷⁾, 남성이 구속상태에서 수사받은 비율(88.8%)이 여성(68.6%)에 비해 훨씬 높으며 그러한 차이는 통계적으로 크게 유의미한 것으로 나타났다. 둘째로 성별과 구형량의 관계를 보면, 2년 미만의 구형은 여성(58.0%)이 남성(49.2%)에 비해 더 많고, 2년 이상의 구형은 남성(50.7%)이 여성(42.0%)에 비해 더 많다. 또한 그러한 차이는 여타의 양형결정에 비해서는 작지만 여전히 유의미하다. 다음으로 성별에 따른 선고형량의 차이를 보

17) 일반형법범의 구속수사비율은 6%미만이다(대검찰청, 2004).

면, 10개월 이하의 선고는 여성(64.8%)이 남성(56.0%)에 비해 더 많지만, 11개월 이상의 선고는 남성(44.0%)이 여성(35.2%)에 비해 더 많으며, 그러한 차이는 유의미하다.¹⁸⁾ 마지막으로, 성별과 실형선고여부의 관계를 보면, 남성의 실형비율(30.8%)이 여성(20.1%)에 비해 절반 정도 더 높으며 그러한 차이는 통계적으로 유의미한 것으로 나타났다.

이처럼 범죄자에 대한 법적 처분에 있어서 여성이 남성에 비해 상대적으로 유리한 처우를 받는 경향이 있다는 기사도적 가설은 마약류사범들을 대상으로 한 본 연구에서 적어도 독립적 관계의 분석상으로는 사실인 것 같다. 그러면 다음에서는 이러한 성적 불균형의 양상이 양형에 영향을 미치는 다른 중요한 변인들을 통제한 상태에서도 지속되는지 살펴볼 필요가 있다.

3. 성과 양형: 다변량분석

성별 양형편차에 대한 다변량분석의 결과는 본 연구가 다루는 세 가지 쟁점별로 - 기사도가설 대 악녀가설, 차별적 재량가설, 전형성가설 - 구분하여 논의하기로 한다.

가. ‘기사도’ 대 ‘악녀’

첫 번째 쟁점은 기사도가설 대 악녀가설의 문제이다. 이는 성별이 양형에 미치는 영향이 어떠한 것인가, 달리말해, 여성범죄자들은 남성범죄자들에 비해 사법당국으로부터 보다 관대한 처분을 받는 경향이 있는가, 아니

18) 참고로, 성별에 따른 평균 구형량의 차이를 보면, 남성이 여성에 비해 평균 2.77개월을 더 구형받았으며 그러한 차이는 유의미하였다($F = 15.754 / P < .001$). 또한 성별에 따른 평균 선고형량의 차이를 보면, 남성이 여성에 비해 평균 1.6개월을 더 선고받았으며 그러한 차이도 유의미하였다($F = 18.817 / P < .001$).

면 남성범죄자들과 비슷하거나 오히려 더 엄한 처분을 받는 경향이 있는
가 하는 의문들이다. 이러한 질문들에 대한 답은 <표 2>에서 제시된다.

<표 2> 성과 양형: 다변량분석

설명변인		구속수사여부		구형량		선고형량		실행여부	
		B1)	Odds Ratio	B2)	T-값	B	T-값	B	Odds Ratio
성별 및 범죄자 인적 사항	성별(여성)	-.998***	.369	-2.326	-3.015**	-1.103	-2.625**	-.351	.704
	연령	-.046***	.955	-.052	-1.454	-.019	-.999	-.029**	.972
	학력	-.091*	.913	.042	.442	.094	1.816	-.046	.955
	생활정도	-.674***	.509	.340	.731	-.295	-1.163	-.038	.963
	혼인상태(기혼동거)	.109	1.115	-.163	-.268	.029	.089	-.081	.922
	부양가족수	.123	1.131	.115	.629	.092	.932	-.023	.977
범죄 경력	동종전과범수	.050	1.051	1.297	3.936***	.848	4.745***	.687***	1.989
	이종전과범수	.061	1.062	-.026	-.340	.017	.396	.067**	1.069
	누범전과유무	-.120	.887	.647	.993	.324	.917	1.028***	2.796
범죄 유형과 심각성	향정여부	.785	2.193	7.614	7.979***	2.811	5.414***	.952***	2.591
	대마여부	.219	1.245	3.330	3.459***	1.104	2.102*	.024	1.024
	유통범죄여부	-1.577***	.207	15.767	12.614***	8.588	12.925***	1.248***	3.484
	계속성여부	.801***	2.229	2.395	4.774***	1.236	4.528***	.337*	1.401
	범행기간	.007	1.007	.052	1.564	.005	.257	.013	1.013
수사 및 재판 관련 사항	자수여부	-1.687***	.185	-2.244	-1.454	-.095	-.114	-.657	.518
	구속수사여부			3.323	2.907**	1.712	2.692**	.793	2.210
	수사시지인정도			-.932	-2.070*	.296	.969	.437*	1.548
	재판시지인정도					-1.741	-3.912***	-1.180***	.307
상수(intercept)		4.613		13.737		10.355		-.074	
-2Log Likelihood		717.508						1225.894	
모델x2 / df		134.069 / 15***						338.609 / 18***	
결정계수 / 사례수		1533		.229 / 1432		.225 / 1379		1379	
F				24.724***		21.913***			

1) 로짓 회귀계수
2) 최소자승법(OLS) 회귀계수
* p < .05; ** p < .01; *** p < .001

<표 2>의 첫 번째 란은 구속수사여부에 대한 성별 및 다른 주요 통제변인들의 효과를 보여준다. 여기서 성별의 효과(-.998)는 부정적이며 크게 유의미하다. 이는 곧 여성범죄자들이 남성들에 비해 구속상태에서 수사받을 가능성이 더 낮다는 것을 말해준다. 구체적으로 성별(여성)의 승산비(odds ratio) .369는 여성범죄자의 경우 남성에 비해 구속수사에 처해질 가능성이 평균적으로 63.1%나 낮다는 것을 의미한다. 구속수사여부 모델에서 통제변인들 중에서는 연령, 학력, 생활정도, 유통범죄여부, 자수여부의 부적 효과와 범행의 계속성 여부의 정적 효과가 유의미하다. 이는 나이가 많을수록, 학력수준이 높을수록, 생활정도가 양호할수록, 유통사범일 때, 범행을 자수한 경우, 그리고 범행이 단발적인 경우 구속수사에 처해질 가능성이 그렇지 않은 경우에 비해 더 낮아진다는 것이다. 그러나 일반적으로 남용사범에 비해 더 엄격히 처벌받는 경향이 있는 유통범죄가 더 낮은 구속수사율을 보이는 것은 다소 의외의 결과이며(예컨대, 이후의 구형량, 선고형량, 실행여부 모델에서는 유통범죄여부의 효과가 지속적으로 정적이며 유의미하다), 추가적인 분석이 필요해 보인다.¹⁹⁾ 이 모델의 전반적인 적합도를 나타내는 모델카이자승 통계치는 134.069이며, 이는 자유도 15에서 통계적으로 유의미하다.

두 번째 란은 구형량 모델의 결과를 보여준다. 이 모델에서도 성별의 효과는 부정적이며 유의미하다. 그래서 여성범죄자들은 검찰의 구형단계에서도 남성에 비해 우호적인 처분을 받는 경향이 있음을 알 수 있다. 통제변인들 중에서는 동종전과범수, 향정사범, 대마사범, 유통사범여부, 범행의 계속성여부, 구속수사여부의 정적 효과와 수사시 시인정도의 부적 효과가

19) 이것은 일단 두 가지 측면에서 그 원인을 찾아볼 수 있을 것 같다. 하나는 본 연구가 표본의 특성상 1심에서 유죄가 확정된 사람들만을 대상으로 한다는 것이고, 다른 하나는 마약류사범에 대한 정부의 엄벌주의 정책에 일정부분 기인할 수 있다는 것이다. 예컨대, 일반 형법범(5-6%)과는 달리 마약류사범의 경우 그 행위유형과 무관하게 구속수사비율이 매우 높아서 2003년도의 경우 34%를 상회하였다(대검찰청, 2004).

유의미한 것으로 나타났다. 이는 동종전과(마약류범죄)가 있을수록, 향정, 대마, 유통사범인 경우, 범행이 계속적인 경우, 구속상태에서 수사받은 경우, 그리고 수사과정에서 범행을 시인하지 않았을수록 그렇지 않은 경우에 비해 검찰로부터 더 높은 구형을 받는 경향이 있음을 의미한다. 이 모델의 결정계수는 .229인데, 이는 구형량의 전체분산 중 약 23%가 현재의 모델에 의해서 설명되었다는 것을 나타낸다.

세 번째 란은 선고형량 모델의 결과를 보여준다. 성별의 효과는 여전히 유의미하며 부적이다. 이는 여성사범들의 경우 남성들에 비해 법원으로부터도 보다 관대히 처분받는 경향이 있음을 의미한다. 흥미롭게도 선고형량 모델의 경우 통제변인들의 효과는 구형량 모델에서와 매우 유사하다. 다만 이 모델에서는 구형량 모델과는 달리 수사시 시인정도 대신에 재판시 시인정도의 부적 효과가 유의미한 것으로 나타났으며, 이는 재판과정에서 자신의 범행을 순순히 시인한 경우 그렇지 않은 경우에 비해 법원으로부터 보다 관대한 처분을 받는 경향이 있다는 것을 의미한다. 모델의 결정계수도 구형량 모델에서와 거의 동일하다(.229). <표 2>의 마지막 란은 실행여부 모델의 결과를 보고한다. 앞에서 성과 양형의 독립적 관계에 대한 분석에서는 성별의 효과가 유의미하였으나(<표 1> 참조), 여기서 다른 양형인자들을 통제한 상태에서는 그 효과가 더 이상 유의미하지 않은 것으로 드러났다. 다만 그 효과는 여전히 부적이다. 통제변인들 중에서는 범죄경력 변수들과 향정여부, 유통범죄여부, 범행의 계속성 및 수사시 시인정도의 정적 효과와 연령 및 재판시 시인정도의 부적 효과가 유의미하다. 이는 동종이나 이종 또는 누범전과가 있을수록, 향정사범이거나 유통사범인 경우, 범행이 계속적일수록, 수사시 범행을 시인한 경우, 그리고 나이가 젊거나 재판시 범행을 시인하지 않은 경우에 실행을 선고받을 가능성이 더 커진다는 것을 의미한다. 다만 수사시 시인정도의 정적 효과는 강하지는 않지

만 일견 우리의 직관과도, 그리고 검찰의 구형행태와도 일치하지 않는다. 그러나 이는 어쩌면 검찰과 재판부의 입장 차이를 반영한 결과일지 모른다. 예컨대 검찰 수사에 대한 협조와 시인하는 태도는 검찰의 관대한 반응을 유도해 낼 수 있으나, 재판부의 입장에서는 이미 검찰수사에서 범행을 시인한 사안이므로 재량권을 제한하는 요인으로 작용할 수도 있을 것이다. 또한 이러한 결과는 소위 ‘차별적 재량가설’과도 일맥상통한다. 말하자면, 검찰단계에서 사실관계가 어느 정도 확인된 사안에 대해서는 재판부가 폭넓은 재량을 발휘하기 어려워질 수 있다는 것이다. 이 문제는 법정에서 자신의 범행을 시인하고 협조하는 것의 실행선고에 대한 부적 효과와는 당연히 별개의 문제이다. 이 모델의 적합도 통계치인 모델카이자승은 338.609이며, 이는 자유도 18에서 통계적으로 유의미하다.

종합하여, 다양한 법적 처분과정에 대한 성별(여성)의 효과는 실행여부 모델을 제외하고는 전반적으로 강하게 나타났다. 구속수사여부, 구형량, 선고형량 모델 모두에서 성별의 영향력은 유의미하며 부적이다. 이는 곧 여성마약류사범의 경우 남성에 비해 형사사범 당국으로부터 상당히 우호적으로 다루어지고 있으며, 따라서 적어도 현재의 자료에서는 양형에 영향을 미칠 수 있는 다른 주요한 요인들을 통제한 상태에서도 기사도 가설을 지지해 주는 것으로 이해할 수 있을 것이다.

한편, 양형과정에 대한 성별의 효과는 다른 방식으로도 평가될 수 있다. 그것은 연구대상을 남녀하위집단별로 구분하여 주요 양형인자들의 작용을 비교하는 방식이 될 수 있을 것이다. <표 3>이 남녀하위집단별 양형모델들을 보여주는데, 이 자료에서는 남녀표본의 수에 상당한 차이가 있으며, 여성표본의 수가 설명변인들의 수에 비해 넉넉지 못한 관계로 참고자료로만 활용되기를 바란다.

<표 3> 성과 양형: 남녀집단별 모델(유의미한 효과)

설명변인		구속수사여부(OR1)		구형량(T-값)		선고형량(T-값)		실행여부(OR)	
		남	여	남	여	남	여	남	여
범죄자 인적 사항	연령	.955***	.947*	-2.357*				.967***	
	학력	.884***	.825**			2.478*			
	생활정도	.469*	.403*					.757*	
	부양가족수		1.451*						
범죄 경력	동종전과범수		4.561*	5.235***		6.390***		1.982***	6.023***
	이종전과범수	1.084*					2.784**	1.058**	1.344**
	누범전과유무							2.844***	8.580***
범죄 유형과 심각성	향정여부	1.582*	3.256*	8.255***		8.190***	-2.413*	2.396***	
	대마여부			2.886**	2.692**				
	유통범죄여부	.126***	.099***	12.832***	3.479***	12.808***	5.587***	2.645***	
	계속성여부	2.364***	2.791*	7.009***		6.688***		1.658***	
	범행기간				4.673***		4.053***		
	자수여부	.124***	.185*						
수사 및 재판 관련 사항	구속수사여부			4.342***	4.761***	4.970***	4.649***		
	수사시시인정도			-3.478***				1.426*	
	재판시시인정도					-4.419***		.300***	
	-2Log Likelihood	778.282	193.001					1300.579	216.306
모델 ² / df		441.981 / 8***	213.692 / 9***					364.190 / 10***	107.609 / 3***
결정계수 / 사례수		1611	324	.224 / 1576	.173 / 265	.224 / 1490	.230 / 256	1425	322
F				56.670***	13.603***	61.285***	14.937***		

1) Odds Ratio

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

<표 3>에서 구속수사여부 모델의 경우, 남성은 연령, 학력, 생활정도, 유통범죄여부, 자수여부의 부적 효과와 이종전과범수, 향정여부, 계속성여부의 정적 효과가 통계적으로 유의미하나, 여성의 경우는 연령, 학력, 생활정도, 유통범죄여부, 자수여부의 부적 효과와 부양가족수,²⁰⁾ 동종전과범수,

20) 부양가족수의 정적 효과는 우리의 직관과는 달리, 여성의 경우 부양가족이 많을수록 오히려 구속수사에 처해질 가능성이 더 높다는 것을 의미하므로, 남녀별로 가족상황 및 구체적인 범죄의 내용에 대한 보다 깊이 있는 탐색이 필요한 부분이라 하겠다.

향정여부, 계속성여부의 정적 효과가 유의미함으로써 양성 간에 어느 정도 균형이 이루어지고 있다. 그러나 이러한 유사성은 구속수사여부에만 한정된다. 예컨대, 구형량 모델에서는 연령, 동종전과범수, 향정여부, 계속성여부, 범행기간, 수사시 시인정도의 효과가, 그리고 선고형량 모델에서는 학력²¹⁾, 동종전과범수, 이종전과범수, 계속성여부, 범행기간, 재판시 시인정도의 효과가, 또한 실형여부 모델에서는 연령, 생활정도, 향정여부, 유통범죄여부, 계속성여부, 수사 및 재판시 시인정도의 효과가 남녀간에 서로 다르게 작용하고 있음을 알 수 있다.

상호작용모델 앞의 이론적 논의에서는 양형과정에 대한 성별과 다른 요인들 간의 상호작용효과의 가능성이 언급되었다. 예컨대, Daly(1987, 1989)의 연구는 “가족상황이 처벌을 경감시키는 효과는 남성피고인들에서 보다는 여성피고인들에서 더 크다”라고 하였는데 이는 곧 성별과 가족상황 간의 상호작용의 가능성을 시사하는 것이다. 그래서 본 연구에서는 성별의 양형에 대한 효과가 가족상황을 나타내는 변인들인 혼인상태(기혼동거) 및 부양가족수에 따라 유의미하게 변화하는지를 체크하였다. 그 결과가 <표 4>에서 제시되었으나, 이 자료에 의하면 성별과 혼인상태의 그리고 성별과 부양가족수의 상호작용 모두가 어떠한 양형과정에 대해서도 유의미한 영향력을 행사하지 못하는 것으로 나타났다. 사실, 몇몇 학자들의 논의에서 성과 관련하여 잠재적으로 중요한 요인으로 인식되었던 가족상황 변인들은 본 연구에서는 그 직접적 효과 또한 신통치 않았다. 앞의 <표 2>에서 두 변인의 양형과정들에 대한 직접효과는 모두 유의미하지 않았다. 한편 <표 4>에서는 성과 범죄유형 변인들 간의 상호작용효과들(성별*향정, 성별*유통)도 분석되었으나, 이에 대한 논의는 전형성가설을 검증하는 부분에서 하기로 한다.

21) 남성의 경우 학력수준이 높을수록 선고형량이 다소 높게 나타났는데, 이는 세칭 ‘유전 무죄’라는 현상과 상반될 수 있는 것으로서 흥미롭다고 할 것이다.

<표 4> 성과 양형: 상호작용모델

설명변인		구속수사여부		구형량		선고형량		실행여부	
		B1)	Odds Ratio	B2)	T-값	B	T-값	B	Odds Ratio
성별 및 범죄자 인적 사항	성별(여성)	-1.859**	.156	3.672	1.445	2.386	1.673	-19.261	.999
	연령	-.048***	.953	-.049	-1.375	-.018	-.926	-.029**	.971
	학력	-.084*	.920	.041	.431	.089	1.715	-.043	.957
	생활정도	-.689***	.502	.383	.827	-.303	-1.196	-.046	.955
	혼인상태(기혼동거)	.364	1.439	.275	.431	.150	.431	-.106	.899
	부양가족수	.044	1.044	-.061	-.310	.043	.405	-.030	.970
범죄 경력	동종전과범수	.042	1.043	1.257	3.842***	.838	4.701***	.687***	1.988
	이종전과범수	.059	1.061	-.016	-.208	.020	.476	.068**	1.070
	누범전과유무	-.093	.912	.589	.909	.303	.858	1.023***	2.781
범죄 유형과 심각성	향정여부	.651	1.917	8.076	8.446***	3.036	5.807***	.920***	2.509
	대미여부	.147	1.158	3.679	3.840***	1.237	2.354*	.003	1.003
	유통범죄여부	-1.698***	.183	18.370	13.030***	9.315	12.532***	1.165**	3.207
	계속성여부	.815***	2.258	2.161	4.322***	1.155	4.228***	.347*	1.415
수사 및 재판 관련 사항	범행기간	.005	1.005	.063	1.899	.008	.451	.013	1.013
	자수여부	-1.698***	.183	-2.373	-1.546	-.212	-.257	-.649	.523
	구속수사여부			3.047	2.660**	1.616	2.523*	.854	2.349
	수사시시인정도			-.947	-2.119*	.294	.965	.437*	1.548
	재판시시인정도					-1.715	-3.864***	-1.193***	.303
상호 작용	성별*혼인상태	-1.078	.340	-2.744	-1.404	-.754	-.703	.638	1.894
	성별*부양가족수	.403	1.496	.874	1.692	.193	.678	.122	1.130
	성별*향정	.830	2.294	-6.172	-2.453*	-3.613	-2.575*	18.718	1.001
	성별*유통	.425	1.530	-11.614	-3.908***	-3.755	-2.307*	.329	1.389
상수(intercept)		4.812		13.561		10.216		-.032	
-2Log Likelihood		711.006						1222.039	
모델x2 / df		140.571 / 19***						342.464 / 22***	
결정계수 / 사례수		1533		.243 / 1432		.232 / 1379		1379	
F				21.568***		18.624***			

1) 로짓회귀계수

2) 최소자승법(OLS) 회귀계수

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

나. 차별적 재량

본 연구가 다룰 두 번째 쟁점은 차별적 재량가설이다. 이는 성에 따른 양형의 편차가 형사처분의 제 단계에 따라 달라지는가 하는 것이다. 특히 이 문제와 관련하여, 학자들(Farnworth and Teske 1995; Hagan 1974; Miethe and Moore 1986)은 형의 최종선고를 둘러싼 공식성, 가시성과 법적 강제들이 양형에 있어서의 과도한 불균형을 어렵게 할 것으로 보아, 재량과 그로인한 양형편차가 마지막 선고단계의 공식적 결정들에서 보다는 기소여부와 같은 초기의 비공식적 결정들에서 발생할 가능성이 더 클 것이라고 제안하였다. 이러한 주장은 마약류사범을 대상으로 한 본 연구에서도 비교적 명백히 입증되었다. 예컨대, 앞의 <표 2>의 자료에서, 비록 양형변인들의 측정수준과 사례수가 달라서 부분회귀계수들을 직접적으로 비교할 수는 없지만, 초기의 법적처분단계라고 할 수 있는 구속수사여부에 대한 성별(여성)의 부적 효과가 가장 통계적으로 유의미($p < .001$)하였고, 그 다음은 구형량($p = .003$), 선고형량($p = .009$)의 순이었다. 또한 이러한 순서는 상호작용효과들을 통제한 <표 4>에서도 그대로 유지되었었다.

다. 전형성: 성과 범죄유형의 상호작용

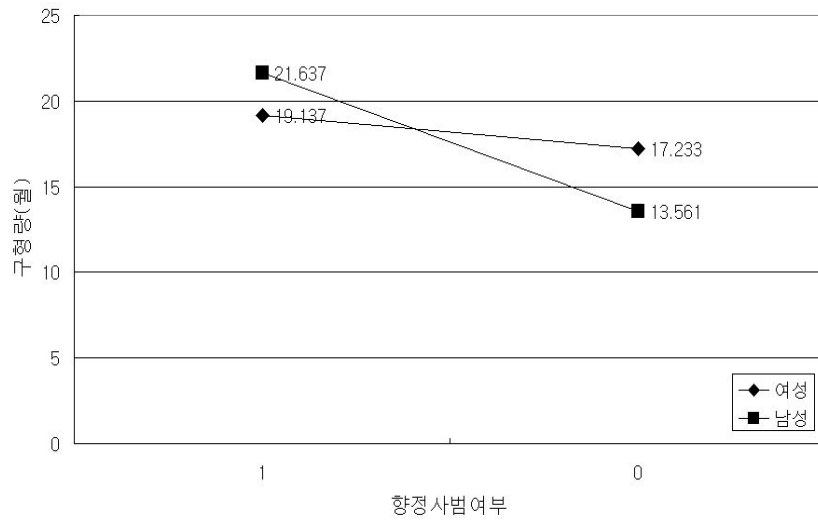
본 연구가 다룰 마지막 쟁점은 전형성가설이다. 이는 성별이 양형에 미치는 효과가 범죄의 유형에 따라 달라진다는 것 즉, 성과 범죄유형간의 상호작용의 문제이다. 구체적으로, 법적 처분과정에서 여성범죄자들이 우호적으로 처우되는 경향이 있지만, 그것은 그들의 죄가 여성에 대한 고정관념과 일치하는 비폭력성범죄이거나 덜 심각한 범죄인 경우에만 그러하다는 것이다. 바꾸어 말하면, 폭력범죄나 보다 심각한 범죄를 행한 여성의

경우 유사한 범죄를 행한 남성에 비해 그 처벌의 정도가 유사하거나 경우에 따라서는 더 엄할 수도 있다는 것이다. 앞서 언급한 바대로, 본 연구는 마약류사범들만을 대상으로 하기 때문에 다소 변형된 형태의 전형성가설을 검증하기로 하였다(제II장의 연구문제 참조).

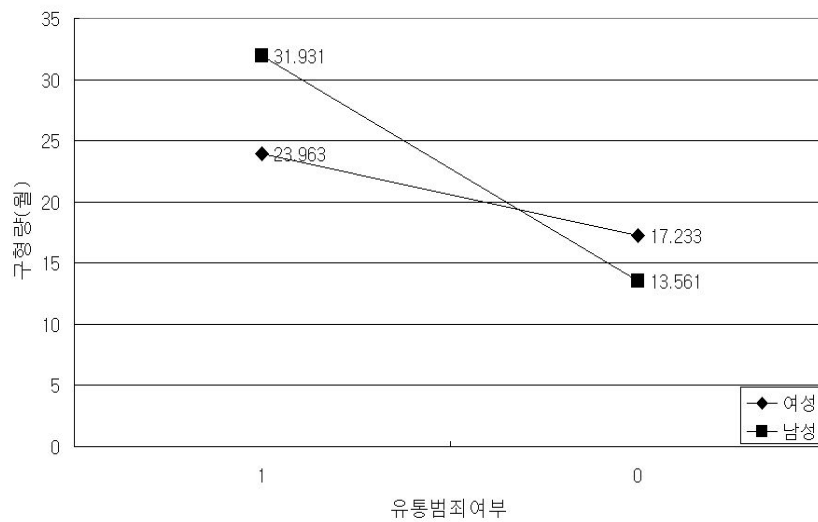
앞의 <표 4>의 다변량분석에서 우리는 성과 마약류범죄의 유형변인들 간의 상호작용(성별*향정, 성별*유통) 효과들을 통제한 바 있다. 이 자료에서 두 상호작용항의 효과는 구형량 모델과 선고형량 모델에서 통계적으로 유의미하였다. 그 상호작용효과들의 구체적인 의미는 아래의 그림들을 통해 명확해질 것이다.

<그림 1>, <그림 2>와 <그림 4>는 구형량 또는 선고형량에 대한 성별과 향정사범여부 또는 성별과 유통범죄여부의 상호작용효과들을 도식화한 것이다. 여기서 향정사범과 유통범죄는 1로, 비향정사범과 비유통범죄는 0으로 부호화되었다. 이들 그림은 첫째, 향정사범이나 유통사범의 경우 비향정사범이나 비유통사범에 비해 대체로 높은 형량을 구형 또는 선고받는다는 사실과, 둘째, 향정사범들이나 유통사범들 가운데서는 남성이 여성에 비해 다소 높은 형을 구형 또는 선고받으나, 비향정사범들이나 비유통사범들 가운데서는 역으로 여성이 남성에 비해 더 높은 형을 구형 또는 선고받는 경향이 있다는 것을 보여준다. 요컨대 <그림 1>, <그림 2>, <그림 4>에서 상호작용 패턴은 미세한 차이만 있을 뿐, 거의 동일하다고 하겠다. 선고형량에 대한 성별과 향정사범여부의 상호작용효과(<그림 3>) 역시 앞의 세 가지의 경우와 크게 다르지는 않으나, 한 가지 차이점은 여성의 경우 비향정사범이 향정사범에 비해 약간 높은 형을 선고받는 경향이 있다는 것이다.

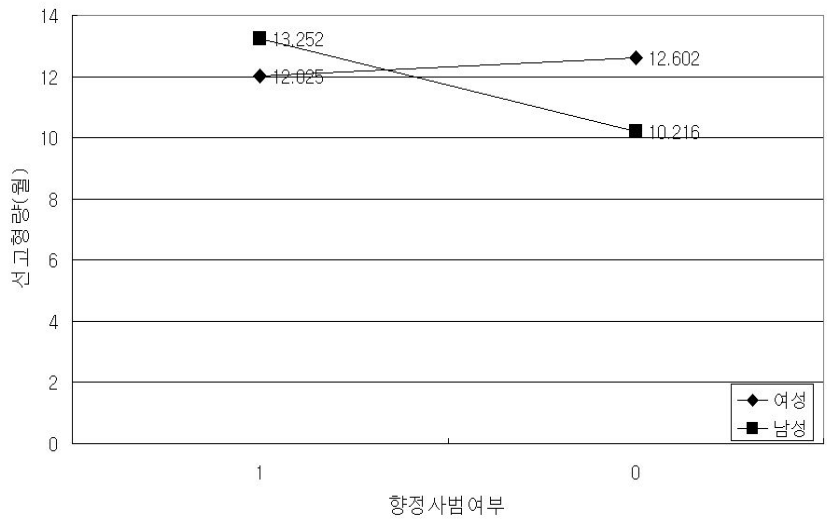
〈그림1〉 구형량에 대한 성별과 항정사범여부의 상호작용효과



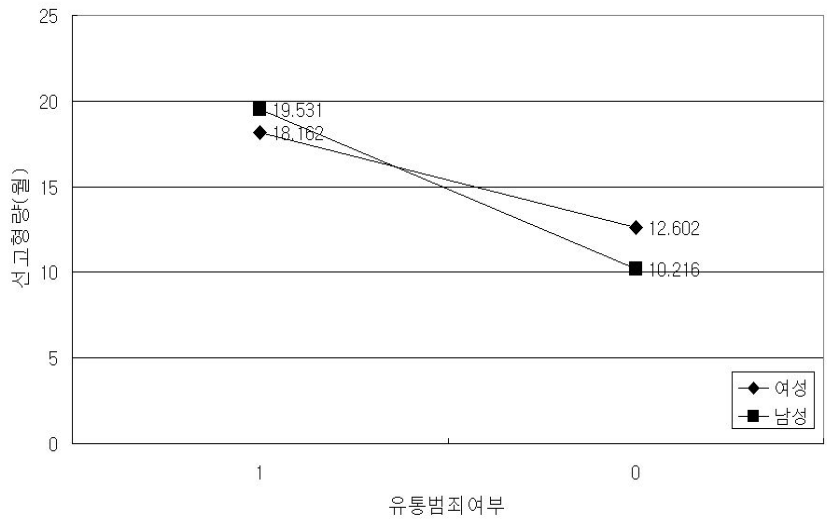
〈그림2〉 구형량에 대한 성별과 유통범죄여부의 상호작용효과



<그림3> 선고형량에 대한 성별과 향정사범여부의 상호작용효과



<그림4> 선고형량에 대한 성별과 유동범죄여부의 상호작용효과



종합해보면, 마약류범죄 유형들 간의 성별 양형편차를 다룬 본 연구에서는 전형성가설이 제대로 적용되지 않는 것 같다. 다만 흥미로운 발견사실은 상대적으로 경미한 범죄유형들(비향정사범 및 비유통사범)에서는 오히려 여성들이 남성들에 비해 약간 더 엄한 처벌을 받는 경향이 있다는 점과 여성들의 경우 범죄유형에 따른 양형편차가 남성들에 비해 상대적으로 적다는 것이라 하겠다.

V. 나오는 말

본 연구는 우리사회의 마약류범죄자들을 대상으로 성별에 따른 양형의 불균형 문제를 중점적으로 다루었다. 구체적으로 본 연구는 선행연구들이 제기해온 세 가지 쟁점에 대해 답하고자 하는 목적을 가지고 시작하였다. 그 첫째는 범죄자의 성별에 따른 양형편차가 어떠한 모습으로 나타나는가 하는 것(‘기사도’ 대 ‘악녀’)이고, 둘째는 성별에 따른 양형편차가 형사처분의 제 단계에 따라 달라지는가 하는 것(차별적 재량)이며, 셋째는 성별에 따른 양형편차가 범죄의 유형에 따라 다른가 하는 것(전형성)이었다. 이 끝맺는 글에서는 이러한 쟁점들에 대해 본 연구를 통해 발견한 사실들을 정리하고 그러한 발견사실들이 갖는 함의를 되새겨보는 기회를 갖고자 한다.

먼저, 성별에 따른 형사처분의 불균형이 실제로 발견되는지, 그렇다면 그것은 어떠한 모습인지를 파악하기 위해 우리는 교차분석과 다변량분석을 실시하였다. 두 가지 분석결과 성별(여성)은 형사처분 수준과 부적인 관계를 가지며 그 효과도 비교적 강력한 것으로 나타났다. 이러한 결과는 여성범죄자들이 남성범죄자들에 비해 형사사법당국으로부터 상대적으로 관대한 처우를 받는 경향이 있음을 의미한다. 따라서 우리는 본 연구의 첫

번째 쟁점인 기사도가설이 우리사회의 마약류사범에 대해서도 잘 적용될 수 있는 것으로 결론지었다. 한편, 이 첫 번째 쟁점을 다루는 과정에서, 우리는 여러 학자들(Daly 1987, 1989; Daly and Tonry 1997; Edwards 1984; Gelacek et al. 1996; Steffensmeier et al. 1993 등)의 선행연구들을 통해 직·간접적으로 그 중요성이 지적되어온 성 및 가족상황 관련 변수들(혼인상태, 부양가족수)의 직접효과와 그것들의 성별과의 상호작용효과들도 함께 검토하였으나, 그러한 변수들의 직접적 효과는 물론이고 상호작용효과들도 본 연구에서는 유의미하지 않은 것으로 드러났다.

다음으로 본 연구의 두 번째 쟁점인 성별에 따른 양형편차가 형사처분의 제 단계에 따라 달라지는지, 그렇다면 구체적으로 어떠한 단계에서 그러한지를 검토하기 위해 일련의 형사처분 과정에 대한 다변량분석을 행하였다. 분석결과, 성별에 따른 양형편차는 초기의 법적처분단계라고 할 수 있는 구속수사여부에서 가장 컸고, 그 다음은 구형량, 선고형량의 순으로 나타났으며, 따라서 이러한 결과는 차별적 재량가설이 마약류사범에 대한 본 연구를 통해서도 비교적 명백히 입증될 수 있음을 보여주었다.

마지막으로, 본 연구의 세 번째 쟁점인 성별에 따른 양형편차가 범죄의 유형에 따라 달라지는지 여부를 평가하기 위해 우리는 다변량분석 과정에서 성별과 마약사범 유형변수들 간의 상호작용효과들을 통제해 보았다. 그 결과 상호작용항들의 효과는 구형량 모델과 선고형량 모델에서 통계적으로 유의미하였다. 그러나 그것들이 의미하는 바는 전형성가설의 원형²²⁾과는 다소 상반되는 양상들을 보였는데, 상대적으로 중한 범죄로 인식되는 향정사범들이나 유통사범들 가운데서는 남성이 여성에 비해 다소 높은 형을 구형 또는 선고받았으나, 상대적으로 경미한 범죄로 인식되는 비향정사

22) 법적 처분과정에서 여성범죄자들이 우호적으로 처우되는 경향이 있지만, 그것은 그들의 죄가 여성에 대한 고정관념과 일치하는 비폭력성범죄이거나 덜 심각한 범죄인 경우에만 그러하고, 폭력성범죄나 보다 심각한 범죄를 저지른 경우는 유사한 범죄를 행한 남성에 비해 그 처벌의 정도가 비슷하거나 경우에 따라서는 더 엄할 수도 있다는 것.

범들이나 비유통사범들 가운데서는 역으로 여성이 남성에 비해 더 높은 형을 구형 또는 선고받은 것으로 나타났다. 이러한 결과는 사실, 이론적 논의에서 검토한 바 있는 Steffensmeier와 그의 동료들(1993)의 연구결과와 상당히 유사한 것이다. 물론 그들의 연구가 마약류범죄에 한정된 것은 아니지만, 그들의 연구에서도 여성들은 심각한 중범죄로 기소된 경우에는 남성에 비해 약간 단기의 형을 선고 받았으나, 덜 심각하거나 경미한 범죄로 기소된 경우에는 남성에 비해 약간 장기의 형을 선고받은 것으로 나타났다. 하여간, 이러한 상반된 결과의 일차적 원인은 본 연구에서 분류한 범죄유형들(즉, 향정사범 대 비향정사범, 유통사범 대 비유통사범)이 원래의 전형성이론이 의도한 것처럼 폭력성 여부로 구분할 수 있거나, 또는 성역할에의 일치여부로 구분할 수 있는 것이 아니기 때문일지 모른다. 다시 말해서, 향정범죄와 유통범죄에 비향정범죄나 비유통범죄에는 존재하지 않는 폭력이 개입되어 있다거나, 향정 및 유통범죄(또는 비향정 및 비유통범죄)가 여성에 대한 성역할 고정관념과 일치하는 것인지 그렇지 않은 것인지를 따질 수는 없을 것이다.

종합하면, 마약류사범을 대상으로 한 본 연구의 결과는 선행연구들로부터 제안된 세 가지 이론적 쟁점 중 전형성가설은 입증해 주지 못하였지만 기사도가설과 차별적 재량가설은 비교적 훌륭히 입증해 주었다고 결론지을 수 있을 것이다. 그러나 이렇게 결론지음에 있어서도 여전히 한 가지 의문은 남는다. 그것은 여성범죄자들이 남성범죄자들에 비해 형사사법 당국으로부터 보다 관대한 처분을 받는 경향이 있음을 인정한다면, 그 원인의 실체가 무엇인가 하는 것이다. 일부 선행연구들은 그러한 원인을 단순히 형사사법 관료들의 기사도정신 또는 여성에 대한 온정주의에 있는 것으로 치부해버린다. 그렇다면, 그러한 기사도정신 또는 온정주의는 또 어떻게 설명될 수 있을 것인가? 이와 관련해서는 다음 두 가지 인용문구가

흥미롭다.²³⁾

“흔히 젊은, 소수인종, 남성피고인들에게 불리하게 작용하는 부정적 고정관념이 있듯이 여성피고인들에게 기사도적 반응을 보이게 하는 긍정적 고정관념도 존재할 것이다. 전형적인 여성범죄자들을 남성범죄자들보다 덜 공격적이고, 형벌을 건디기 어렵고, 더 공손하고, 처벌에 잘 순응하고, 상대적으로 책임이 작은 것으로 보는 사회의 다소 보호적인 이미지가 남성판검사들로부터 상대적으로 관대한 처분을 유도하는 것으로 믿어진다”(Hagan and O'Donnell 1978: 310).

“여성에 대한 긍정적 고정관념에 대해서는 여러 가지 추론이 가능하다. 그중 한 가지는 판사와 변호사들이 여성피고인들을 자신들의 부인, 어머니, 여동생, 딸과 연상시켜서, 자신들이 사랑하는 사람들에 대해서 느끼는 보호적 온정주의를 여성피고인에까지 연장하는 경향이 있다는 것이다”(Bishop et al. 1983).

그러나 이와 같은 70-80년대의 인용문구는 형사사법 관료들의 대부분이 다소 “비합리적인” 남성임을 전제로 하는 듯해, 여성 및 시민의 사법참여가 극대화되고, 사법결정의 합리성을 제고하기 위한 양형가이드라인의 사용이 보편화된 서구의 현시대적 상황과는 다소 거리가 있는 설명인 것 같다.²⁴⁾ 이 점에서 Steffensmeier와 그의 동료들(1993)의 다음 글은 시사하는 바가 크다고 할 것이다:

“양형에 있어서의 성차는 가정을 유지하고 여성의 가족부양역할에 주어진 높은 가치를 유지하려는 관심을 반영한 것일지 모르며, 또한 범죄에 관여한 정도에 있어서나 사회에 얼마나 위협이 되는가 하는 점에 있어서, 그리

23) Farnworth와 Teske(1995)에서 재인용.

24) 최근에 우리사회에서도 여성법조인의 수가 크게 증가하고 있으며, 시민의 사법참여권을 보장하기 위한 제도적 장치를 강구하고 있으며, 양형의 합리화를 위해 일선 법원에서는 형량기준표를 만들어 사용하고 있다.

고 건강상의 문제나 정신장애의 정도에 있어서 남녀 간에 “실재하는” 차이를 반영하는 것일지도 모른다”(Steffensmeier et al. 1993).

결론적으로, 본 연구는 우리사회의 마약류사범들을 대상으로 성별에 따른 법적 처분상의 불균형이 존재하는지, 그렇다면 그 모습은 어떠한 것이며, 그 경험적·통계학적 원인은 무엇인지를 규명하는 작업을 주된 목적으로 하였다. 그러므로 형사사법당국의 기사도정신 내지 온정주의의 실제적 원인을 파악하는 일은 본 연구의 범위를 넘어선 것이다. 그와 같은 의문에 대한 보다 정확한 원인의 제시는 우리사회의 문화와 형사사법제도의 독특성, 그리고 무엇보다 의사결정 주체자인 형사사법관료들의 의식과 행태를 직접 심층적으로 연구함으로써만이 가능할 것이기에, 단순히 공식기록 조사자료에 기초하고 있는 본 연구로서는 한계를 갖지 않을 수 없을 것이다.

주제어 : 성별차이, 양형의 불균형, 약물범죄, 약물범죄자

참고문헌

- 대검찰청. 2004. 범죄백서.
- 대검찰청. 2003. 마약류범죄백서.
- 신의기 외. 2002. 마약류사범 처리실태. 한국형사정책연구원.
- 이영란. 1996. 한국양형론: 양형실태에 대한 경험적 연구. 나남출판.
- Belenko, S. 1990. "The Impact of Drug Offenders on the Criminal Justice System." In R. A. Weishert (ed.), *Drug, Crime, and the Criminal Justice System*. Cincinnati: Anderson.
- Bernstein, I. N. et al. 1977. "Charge Reduction: An Intermediary Stage in the Process of Labeling Criminal Defendants." *Social Forces* 56:362-384.
- Bickle, G. S. and R. D. Peterson. 1991. "The Impact of Gender-Based Family Roles on Criminal Sentencing." *Social Problems* 38:372-394.
- Bishop, D. M. and C. E. Frazier. 1984. "The Effects of Gender on Charge Reduction." *Sociological Quarterly* 25:358-396.
- Bureau of Justice Statistics. 1997. *Prisoners in 1996*. Washington, D. C.: U. S. Department of Justice.
- Chesney-Lind, M. 1997. *The Female Offender*. Thousand Oaks, CA: Sage.
- Crew, B. K. 1991. Sex Differences in Criminal Sentencing: Chivalry or Patriarchy? *Justice Quarterly* 8:59-83.
- Curran, D. A. 1983. Judicial Discretion and Defendant's Sex. *Criminology* 21:41-58.

- Daly, K. 1994. *Gender, Crime, and Punishment*. New Haven: Yale Univ. Press.
- Daly, K. 1989. "Neither Conflict Nor Labeling Nor Paternalism Will Suffice." *Crime and Delinquency* 35:136-168.
- Daly, K. 1987. "Structure and Practice of Familial-Based Justice in a Criminal Court." *Law and Society Review* 21:267-90.
- Daly, K. and M. Tonry. 1997. "Gender, Race, and Sentencing." *Crime and Justice* 22:201-252.
- Daly, K. and R. L. Bordt. 1995. "Sex Effects and Sentencing: An Analysis of the Statistical Literature." *Justice Quarterly* 12:141-175.
- Durham, A. M. 1994. *Crisis and Reform: Current Issues in American Punishment*. Boston: Little Brown.
- Edwards, S. 1984. *Women on Trial*. Manchester, England: Manchester Univ. Press.
- Farnworth, M. and P. M. Horan. 1980. "Separate Justice: An Analysis of Race Differences in Court Processes." *Social Science Research* 9:381-99.
- Farnworth, M. and R. H. C. Teske, Jr. 1995. "Gender Differences in Felony Court Processing: Three Hypotheses of Disparity." *Women and Criminal Justice* 6:23-45.
- Farrington, D. P. and A. M. Morris. 1983. "Sex, Sentencing and Reconviction." *British Journal of Sociology* 23:229-248.
- Figueira-McDonough, J. 1985. "Gender Differences in Informal Processing: A Look at Charge Bargaining and Sentence

- Reduction in Washington, D. C.” *Journal of Research in Crime and Delinquency* 22:101-133.
- Frazier, C. E. et al. 1983. “The Role of Probation Officers in Determining Gender Differences in Sentencing Severity.” *The Sociological Quarterly* 24:305-318.
- Ghali, M. and M. Chesney-Lind. 1986. “Gender Bias and the Criminal Justice System: An Empirical Investigation.” *Sociology and Social Research* 70:164-171.
- Gelacek, M. et al. 1996. “Departures under the Federal Sentencing Guideline.” *Minnesota Law Review* 81:299-366.
- Gruhl, J. et al. 1984. “Women as Criminal Defendants: A Test for Paternalism.” *Western Political Quarterly* 37:456-67.
- Hagan, J. 1974. “Extra-Legal Attributes and Criminal Sentencing: An Assessment of a Sociological Viewpoint.” *Law and Society Review* 8:357-83.
- Heilbrun, A. 1982. “Female Criminals: Behavior and Treatment within the Criminal Justice System.” *Criminal Justice and Behavior* 9:341-351.
- Johnston, J. B. et al. 1987. “Gender Differences in the Sentencing of Felony Offenders.” *Federal Probation* 51:49-55.
- Mann, C. R. 1996. *When Women Kill*. Albany, NY: SUNY Press.
- Miethe, T. D. and C. A. Moore. 1986. “Racial Differences in Criminal Processing.” *Sociological Quarterly* 27:217-37.
- Moulds, E. 1980. “Chivalry and Paternalism” In S. Datesman and F. Scarpitti (eds.), *Women, Crime, and Justice*. NY: Oxford Univ.

Press.

- Myers, M. A. 1989. "Symbolic Policy and the Sentencing of Drug Offenders." *Law and Society Review* 23:295-315.
- Myers, M. A. and S. M. Talarico. 1987. *The Social Contexts of Criminal Sentencing*. New York: Springer-Verlag.
- Nagel, I. H. and J. Hagan. 1983. "Gender and Crime: Offense Patterns and Criminal Court Sanctions" In M. Tonry and N. Morris (eds.), *Crime and Justice: An Annual Review of Research* Vol. 4. Chicago: University of Chicago Press.
- Peterson, R. D. and J. Hagan. 1984. "Changing Conceptions of Race: Towards an Account of Anomalous Findings of Sentencing Research." *American Sociological Review* 49:56-70.
- Rasche, C. 1975. "The Female Offender as an Object of Criminal Research." In A. Brodsky (ed.), *The Female Offender*. Beverly Hills, CA: Sage.
- Simon, R. and J. Landis. 1991. *The Crimes Women Commit, the Punishment They Receive*. Lexington, MA: Lexington Books.
- Spohn, C. 1999. "Gender and Sentencing of Drug Offenders: Is Chivalry Dead?" *Criminal Justice Policy Review* 9:365-399.
- Spohn, C. and J. W. Spears. 1997. Gender and Case Processing Decisions." *Women and Criminal Justice* 8:29-59.
- Spohn, C. et al. 1987. "The Impact of the Ethnicity and Gender of Defendants on the Decision to Reject or Dismiss Felony Charges." *Criminology* 25:171-195.
- Steffensmeier, D. et al. 1993. "Gender and Imprisonment Decisions."

Criminology 31:411-446.

Stith, K. and J. A. Cabranes. 1998. *Fear of Judging: Sentencing Guidelines in the Federal Courts*. Chicago: The University of Chicago Press.

Tonry, M. 1995. *Malign Neglect: Race, Crime, and Punishment in America*. NY: Oxford Univ. Press.

Ulmer, Jeffery T. 1997. *Social Worlds of Sentencing: Court Communities under Sentencing Guidelines*. Albany, N.Y.: SUNY Press.

Williams, Marian R. 1999. Gender and Sentencing: An Analysis of Indicators." *Criminal Justice Policy Review* 10:471-490.

Gender Differences in Sentencing of Drug Criminals

Lee, Min-Sik*

This study addresses on the gender differences in sentencing of drug criminals in Korea. Especially, this study tries to testify the three hypotheses related to the gender effects on sentencing. The data for this study come from the survey on the official records of investigations and trials which were filed by the police, prosecutor, and court. The universe of official records is composed of drug crime cases disposed by ten district public prosecutor's offices in six large cities during the 1997-2001 period. The sample consists of 2,456 criminals and they were selected through systematic sampling. The findings from univariate and multivariate analyses indicated that the effects of gender on legal disposition and sentencing processes were negative and highly significant, but gradually decreased at the later stages of sentencing. Therefore, the chivalry and differential discretion hypotheses were well illustrated through this study. However, the typicality hypothesis was rejected since the interaction effects between gender and crime-type variables had some reversed shapes different from the original shape of the hypothesis, even though the interaction effects were significant on the prosecutor's demand and court's

* Professor, Kyonggi University, Ph.D. in Sociology

196 형사정책연구 제16권 제1호(통권 제61호, 2005 · 봄호)

sentencing.

**Keywords: Gender Differences, Sentencing Disparity, Drug Crime,
Drug Criminals**

인격(성격)장애로 인한 상습범죄자의 처우에 관한 검토

김 혜 정*

I. 들어가는 말

우리 형법은 책임주의원칙을 따르고 있다. 따라서 형벌을 부과하기 위해서는 반드시 책임이 전제되고 또 책임의 양을 넘어서 형벌을 부과할 수 없다. 그러나 응보적 책임형벌만으로는 사회의 변화에 따른 범죄의 다양화 내지 누범과 상습범의 격증에 대한 대처에 한계가 있다는 현실적인 문제가 발생한다. 이러한 현실적인 상황에 근거하여 상습범에 대한 적절한 대응이 필요하다는 부분에는 대부분이 공감하고 있는 것으로 안다. 이에 각국의 형사제도에 따라 차이는 있어도, 많은 나라에서 나름대로의 방식으로 상습범에 대한 대응방안을 모색하고 있다고 할 것이다.

일반적으로 상습범에 대한 대응방식으로는 형벌을 가중하는 방안, 부정기형을 부과하는 방안 그리고 보안처분(특히 보호감호)을 부과하는 방안 등 크게 세 가지로 나뉘어 있다. 이에 우리의 형법체계는 누범에 대하여서는 형법 제35조에 누범가중의 일반규정을 두고 있고 그와 함께 상습범에 대하여는 개별 범죄와 관련하여 형법각론 내지 특별법에 가중규정을 두고 있다. 특히 상습범에 대하여는 형벌가중과 함께 사회보호법 제5조에 의거하여 보호감호를 부과함으로써 (재범)위험성 요소를 이중 평가하는 문제점

* 영남대학교 법학부 교수, 법학박사

이 있다는 비판을 받아 왔다. 그러나 이러한 상습범에게 단순히 형벌을 가중하는 것도 행위책임을 원칙으로 하는 우리 형법의 원칙에 부합하지 않는 면이 있다는 비판에서 자유로울 수 없다.²⁾ 이러한 이유에서 상습범에 대하여 적절히 대처할 수 있는 다른 대응방안으로 어떤 것이 가능할 수 있을 것인지 그 논의가 제기되기도 한다.

상습범의 경우, 장래 사회에 대하여 가할 수 있는 해악을 예방하기 위한 목적에서 적절한 대처방안이 필요하다는 점에 이견이 없을 것으로 본다. 그런데 상습범죄자들에게서 나타나는 상습성은 소위 ‘인격장애 내지 성격장애’에서 비롯하는 경우가 많다고 한다. 이런 관점에서 선진국을 비롯한 여러 나라에서는 상습적인 범죄자들에 대한 교육과 치료프로그램의 중요성을 인식하고 여러 가지 노력들을 기울이고 있다.

이에 본 논문에서는 우선 외국에서는 상습범죄자에 대하여 어떤 대응방식을 취하고 있는지에 대하여 살펴본 후, 과연 상습범죄자와 인격(성격)장애와의 연관성을 인정할 수 있을 것인지, 만약 그렇다면 인격(성격)장애로 인한 상습범죄자 대한 처우로 어떤 것을 생각할 수 있을 것인지에 대하여 검토해 보도록 한다.

II. 상습범죄자에 대한 외국의 대응태도³⁾

상습범죄자들에 대하여 지금까지 일반적으로 적용되어 온 세 가지의 대

2) 이에 상습범에 대하여 그 대응방안으로 형벌가중보다는 보안처분으로 해결하여야 한다는 견해(원형식, “상습범과 누범의 가중처벌의 문제”, 형사법연구 제22호 특집호, 566면 이하; 김해정, “보안처분의 개선방안”, 형사법연구 제22호 특집호, 474면 이하 등)가 있으나, 이미 국회에 ‘사회보호법폐지법안’이 상정되는 등 폐지가 잠정 결정되어 있어, 본 논문에서 보호감호에 관한 내용은 생략한다.

3) 이하에서 언급되는 독일, 스위스, 오스트리아, 영국, 미국 등의 내용은 Kinzig, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, S. 489ff.을 참조하였다.

응방안과 관련하여 다른 나라에서는 상습범죄들에 대하여 어떤 제재수단을 채택하고 있는지를 살펴보도록 한다.

우선 독일의 경우, 상습범에 대한 대응방안으로 지금까지 우리와 가장 유사한 보안처분제도를 유지하고 있다. 무엇보다도 독일도 우리의 경우와 같이 보안감호(Sicherungsverwahrung) 시행초기에는 지나친 선고요건의 완화 등과 같은 많은 문제점과 비판이 제기되었으나, 1969년 상습범 가중 처벌규정의 폐지 및 1986년 누범가중처벌 규정을 폐지함으로써 형벌은 책임원칙에 입각하여 그리고 보안처분은 위험성에 근거하여 제재를 부과하는 이원주의를 취하는 모습으로 자리를 잡고 있다. 물론 이러한 독일에서도 ‘보안감호 폐지주장’⁴⁾이 없는 것은 아니지만, 아직까지는 보안감호제도를 포기하기보다는 그 요건을 강화하는 방법 등을 통하여 그 적용을 제한하면서 상습범에 대한 대응방안으로 보안감호제도를 유지해오고 있다고 할 수 있다.

스위스의 경우도 독일과 같이 보안처분을 통해 상습범에 대처하고 있다. 다만 스위스의 경우 처음부터 형벌집행과 보안처분집행이 실질적인 대체주의원칙에 입각하고 있다는 점에서 우리와 독일의 보안처분제도와 차이가 있다. 이러한 스위스에서도 보안감호의 집행초기에는 그 부과요건이 지나치게 확장되어 있어서, 대상자 중의 상당수가 중범죄자이기 보다 오히려 경미한 범죄자들로 이루어져 많은 비판이 제기되었다. 결국 1971년 형법개정을 통해 그 요건을 강화하게 되었고, 무엇보다도 개정형법 제68조 1항에 감호처분을 위한 새로운 전제조건으로 ‘중한 인격장애(tiefgreifende Persönlichkeitsstörung)’를 규정하고 있어, 그 결과 감호선고 건수는 상당히 줄어들어 1993년에는 9명에 불과하게 되었지만, 아직까지 상습범에 대한 대응방안으로 유지되고 있다.

1975년에 보안처분제도를 도입한 오스트리아의 상황도 위에서 언급한

4) Kinzig, 앞의 책, 597면 이하 참조.

스위스 내지 독일과 크게 다르지 않다. 오스트리아에서도 보안처분의 도입 초기에 보안감호 선고를 위한 형식적 요건이 지나치게 넓게 규정되어 있어, 법관의 재량범위가 매우 크고 동시에 비례성의 원칙에 반한다는 비판을 받아 1987년 개정형법에서 보안감호 선고요건을 강화한 결과, 그 이후 선고건수가 급격하게 줄어들어 1990년 이후에는 해마다 단지 3명 정도만이 보안감호에 선고되어 사실상 폐지상태가 되었다는 것을 알 수 있지만, 역시 보안감호를 통해 상습범에 대처하고 있는 상황이다.⁵⁾

영국의 상습범에 대한 대응방안으로는, 우선 1908년에서 1948년 사이에는 자유형과 함께 보안처분이 부가적으로 선고됨으로써 이원주의 입장을 취하여 오다가, 1948년에서 1965년 사이에는 자유형에 대신하여 보안처분이 부과되면서 독자적인 보안처분만의 선고는 폐지되기에 이르렀는데, 그러한 변화의 이유는 다른 나라에서와 같이 감호대상자의 범위를 법률적으로 지나치게 광범위하게 규정지음으로써 감호대상범위가 명백하지 않고, 그 결과 많은 경우에 제재의 본래적 취지에 부합하는 진정으로 위험한 범죄자를 포함하기보다는 오히려 경미한 범죄자를 포함하게 되었다는 것에 많은 문제제기가 있었기 때문이다. 이에 점차 법관들이 보안처분을 적용하지 않게 되었고, 결국 오늘날 영국에서는 장기자유형과 무기자유형으로 보안감호의 기능을 대체하게 되었다. 이러한 장기자유형 내지 무기자유형을 부과하는데 있어서 중요한 판단기준은 무엇보다도 폭력범죄 혹은 성범죄자들을 대상으로 하여 그들에 의한 중한 법익침해로부터 공공의 안전을 보호할 필요성이 있는가에 따라 그 여부가 결정된다고 할 수 있을 것이다. 문제는 이러한 행위자의 위험성이 단지 무기자유형의 선고와 집행이 고려될

5) 상습범죄자에 대한 제재와는 별개로 현행 스위스 형법 제67조49(Art. 6749)와 오스트리아 형법 제39조에 누범가중처벌을 아직도 규정하고 있다는 점에서 우리와 유사한 구조를 가지고 있다고 할 수 있다. 그러나 양국에서 점차 누범가중 처벌조항의 폐지를 진지하게 논의하고 있다고 한다(조준현, “누범가중처벌조항의 형사정책적 의의와 개정방향에 관한 소고”, 교정, 1991/5, 31면 참조).

수 있는 중범죄에서만 고려되는 것이 아니고 통상적인 자유형을 부과할 수 있는 중하지 않은 범죄에 대한 양형에서도 고려되고 있다는 데에 있다.

미국은 위험한 상습범죄자들에 대하여 형벌의 장기화라는 형벌강화의 방법을 채택하고 있다는 점에 보안처분을 채택하고 있는 나라들과 근본적인 차이가 있다. 특히 이러한 강성대응의 한 표현으로 지난 1994년에는 ‘폭력범죄통제에 관한 법률(Violence Crime Control and Law)’의 제정을 통해 소위 “3진아웃제도(Three strikes and you are Out)”를 시행하게 된 것이다. 3진아웃제도란 주지하는 바와 같이, 범죄자가 세 번째 폭력범죄를 저지르게 되면 자동으로 가석방을 허용하지 않는 무기자유형을 선고받게 되는 것이다. 문제는 이러한 형벌가중이 특히 위험한 상습범죄자들뿐만 아니라 모든 유형의 상습범죄자들, 심지어 경미한 범죄를 저지른 자들에게까지도 적용되고 있다는 것이다. 이는 캘리포니아에서 두 번의 중범죄로 처벌을 받은 자가 피자를 훔친 세 번째 범죄로 인해 무기자유형을 선고받은 예에서도 발견할 수 있다.

위에서 살펴본 바와 같이, 소위 공공의 안전이라는 관점에서 위험한 상습범죄자들에 대한 대처의 필요성은 부인할 수 없어, 유럽의 일부 국가에서는 상습범에 대한 제재로 보안감호제도를 두고 있으면서 그 적용을 최소화하거나 엄격화하는 입장을 취하고 있고 또 일부 국가에서는 기존의 보안감호가 담당하던 기능을 형벌강화를 통해 해결하는 경향을 보이고 있다. 특히 일부 국가들에서는 형벌을 강화하거나 부정기형을 부과하는 것에서 한 걸음 더 나아가, 무기자유형을 부과하는 방법으로 대처하는 경향을 발견할 수 있다.⁶⁾

6) 결국 형벌론과 관련하여 많은 국가에서 형벌일원주의를 택하고 있는 모습을 발견할 수 있다. 그런데 문제는 이러한 형벌일원주의를 취하게 되는 경우 형법에서의 책임주의 원칙이 형해화될 수 있는 위험을 배제하기 어렵다는 것이다. 물론 전통적인 책임원칙에 대한 패러다임의 변화로 차츰 형벌을 책임원칙이 아닌 예방이론을 바탕으로 하는 책임원칙의 제한, 더 나아가서는 책임원칙을 포기하고 비례성의 원칙에 입각하여 해결하려

그러나 이러한 상습범죄자들에 대하여 단순히 형벌을 장기화하는 것이 효과가 있을 것인가에 대하여는 의문이 제기된다. 이는 상습범죄자와 인격(성격)장애와의 관계에서 그 이유를 찾아볼 수 있을 것이다.

Ⅲ. 인격(성격)장애로 인한 상습범죄자의 처우

위에서 살펴본 많은 나라들에서 (위험한) 상습범죄자에 대한 형사제재는 폭력범죄 내지 성폭력범죄에 그 초점이 맞추어져 있다.⁷⁾ 그런데 이러한 폭력범죄 내지 성폭력범죄를 저지르는 상습범 가운데 상당히 많은 경우, 의지가 박약한 정신질환자로서 범죄를 통제할 의지가 없거나 미약하다고 한다. 이는 지난 2004년 청송보호감호소에 수용되어 있는 피보호감호자 중 162명을 대상으로 설문조사와 심층면접을 한 결과에서 많은 대상자가 알코올 등과 같은 물질관련장애 내지 반사회적 성격장애를 가진 것으로 나타난 결과를 통해서도 이해될 수 있는 부분이다.⁸⁾ 따라서 이러한 연구결과에 근거한다면, 상습범죄자들에게 단순히 형벌의 기간을 늘리는 것만으로 처벌의 실효성을 얻을 수 있을 것인지에 대하여 의문이 들 수밖에 없다.

1. 인격(성격)장애와 범죄와의 관계

현재까지 알려진 바에 따르면 범죄와 가장 연관성이 있는 정신과적 문제는 ‘반사회적 성격장애(antisocial personality)’라고 한다. 이에 시설에 수

는 움직임도 있다. 그러나 예방이론만을 추구하게 되는 경우 자칫 국가형벌권의 남용에 구실을 주는 위험이 발생할 수 있기 때문에 책임원칙을 발전적으로 구체화하면서 예방적 고려를 특별히 가미한 책임개념을 정착시키는 것이 필요하다고 본다.

7) Kinzig, 앞의 책, 489면 이하 참조.

8) 신영철/김혜정/정재열/신우승/이영찬, 성격장애로 인한 상습범죄자의 행동교정프로그램 개발을 위한 연구, 법무부 보고서, 2004, 55면 이하 참조.

용된 범죄자들을 대상으로 한 외국의 연구결과에서도 50% 이상이 반사회적 성격장애를 가진 것으로 조사되었다고 한다. 성격이란 어떤 개인이 가지는 지속적이며 변화하지 않는 일정한 사고 내지 감정과 행동의 유형을 의미한다고 한다. 이러한 성격은 타인과의 관계를 맺는데 중요한 요소로 작용하며 어떤 행동을 결정하는데 중요한 역할을 한다고 한다. 성격장애 또는 인격장애란 성격적 문제로 인해 사회적 내지 직업적 수행에 심각한 어려움을 초래하는 부적응 상태를 말하며, 이러한 성격의 형성은 생물학적·유전적 요인과 같이 처음부터 타고나는 부분도 있으나 일정부분은 환경적 요인의 영향을 받는다고 한다. 정신과적 관점에서 보면 성격장애는 다양한 형태로 분류할 수 있지만 이들 중 반사회적 성격장애가 범죄와 밀접한 연관이 있는 것으로 알려져 있다.⁹⁾

전통적인 정신과 영역에서는 반사회적 성격장애자들을 정신병질자, 사회병질자 또는 성격장애자라는 이름을 붙여 치료의 대상이 되지 않는 어려운 질환으로 여기고 있다. 이와 함께 일부 정신과 학자들은 이들이 범죄자이므로 정신의학적 접근의 대상이 될 수 없다는 주장을 제기하기도 한다. 임상적으로 보면, 이들은 정신과적 치료만으로 회복이 어려운 것이 사실이지만 치료의 가능성이 극히 적은 사람으로부터 적절한 치료프로그램을 통해 회복에 이르는 사람에까지 다양한 영역에 걸쳐 분포되어 있으며, 지금까지의 보고들에 의하면, 특히 만성적·상습적 범죄자들은 반사회적 성격장애를 가지고 있는 경우가 많고, 충동적 성향이 높고, 책임감이 없으며, 후회나 죄책감이 결여된 경우가 많다고 한다.¹⁰⁾

오늘날 사회가 복잡해지면서 범죄의 종류나 양상이 다양해지고 복잡한 형태로 나타날 뿐만 아니라, 더불어 상습범의 격증도 심각한 문제로 등장하고 있다. 따라서 현재와 같은 여러 유형의 (상습)범죄자들을 같은 방식

9) 신영철 외, 앞의 보고서, 1면 참조.

10) 신영철 외, 앞의 보고서, 64면 이하 참조.

으로 단순 구금하는 것은 형벌을 통해 범죄를 예방하고자 하는 형사정책적 목적을 달성하는 측면에서 큰 실효성을 담보하기 어려운 점이 있다. 상습적 내지 만성적인 범죄자들의 재범을 줄이고 사회에 성공적으로 복귀시키기 위해서는 적절한 치료·재활프로그램이 필요하다는 것이 이러한 관점에서 제기되는 문제라고 할 것이며, 다음에서 언급하는 조사결과는 이러한 논의의 단초를 제공할 수 있을 것이라고 본다.

2. 상습범죄자와 인격(성격)장애의 연관성에 관한 조사

2004년 7월부터 11월에 걸쳐 청송보호감호소에 있는 피보호감호자 중 162명을 대상으로 설문조사와 심층면접을 실시하였다.¹¹⁾ 먼저 1차 검사에서는 설문을 통하여 충동성, 분노와 심리장애 상태를 알아보았고, 2차 검사에서는 전두엽¹²⁾관리기능, 지능, DSM-IV(미국 정신과 진단편람)에 의한 성격장애들에 대해서 알아보았고, 3차 검사에서는 DSM-IV 1축 장애¹³⁾의 존재 여부와 심층면접을 통한 환자의 개인력을 알아보았다.

우선 정신과적 진단기준을 적용하여 1축 질환을 조사한 결과, 총 대상자 37명 중에서 17명(45.9%)에게서 알코올 중독 등 물질관련장애의 비율이 높게 나타났다. 물질관련장애는 반사회성 병리, 즉 충동성·공격성 및 반사회적 성격장애와 밀접한 연관이 있기 때문에 중독을 극복하기 위한

11) 조사와 관련된 구체적인 내용은 신영철 외, 앞의 보고서, 3면 이하 내지 55면 이하 참조. 본 조사는 중간에 조사대상이 가출소되는 등 조사인원의 확보에 어려움이 있었다. 그 결과, 표본수(총 162명)가 조사결과를 객관화하기에는 많이 부족한 관계로 나타난 결과의 신뢰성을 담보하기 어려운 부분이 있지만, 처음 시도된 조사로써 향후 상습범죄자들에 대한 처우와 관련하여 연구의 기초 자료가 될 수 있다고 보아 간략하게 언급한다.

12) 전두엽은 대뇌반구의 일부로 중심구(中心溝)보다 전방에 있는 부분으로 기억력·사고력 등의 고등행동을 관장한다.

13) DSM-IV(미국 정신과 진단편람)에 의한 1축 장애는 정신과적 장애유무를 보는 것이고 진단편람에 의한 2축 장애는 성격장애 유무를 보는 것이다(신영철 외, 앞의 보고서, 56면 이하 참조).

프로그램의 필요성이 제기될 수 있다.¹⁴⁾ 또한 우울증과 불안장애로 진단되는 사람들도 있었다. 이들의 경우 정신과적 면담과 약물치료 등을 통해 회복이 가능한 경우가 많다고 한다.

반사회적 성격장애에 관한 진단에서는 59명의 검사 대상자중 18명(30.5%)에게서 반사회적 성격장애가 나타났다.¹⁵⁾ 반사회적 성격장애 자체는 정신과적 치료의 대상이 되지 않는 경우가 많지만 이들도 다양한 유형으로 분류될 수 있고 특수한 치료환경이 도움이 된다는 보고도 있기 때문에 적절한 환경과 프로그램을 통해서 개선이 가능하다고 보고 있다.

물론 치료가 필요하고 또 치료가 가능한 성격장애자를 규명하기 위해서는 이들에 대한 평가 작업이 선행되어야 하는 어려움이 있다. 일반적으로 반사회적 성격장애의 경우, 치료적 접근이 어려운 경우가 많지만 일부 개인 역동정신치료의 대상이 되는 경우도 있는데, 특히 이들 중 불안이 있거나 1축 질환이 공존하는 경우는 치료의 대상이 될 수 있다고 한다.

총 162명을 대상으로 자기보고형 설문지를 이용하여 충동성, 상태분노, 특성분노, 분노표현 및 분노조절의 정도를 조사한 결과, 무엇보다도 충동성 척도의 점수가 높은 피보호감호자들에게서 상황분노점수와 특성분노 그리고 분노표현과 억압이 높은 것으로 나타난 반면, 분노조절은 잘 못하는 것으로 나타났다. 이런 경우 폭력적인 범죄를 범할 가능성이 높아지는 것은 물론, 시설 내에서도 적응이 어려울 것으로 예상된다고 한다. 따라서 충동성을 줄여주고 분노를 조절하는 프로그램이 이들에게 도움이 될 수 있다고 한다.¹⁶⁾

14) 물질남용이 회복되었다고 반사회적 성격자체가 교정된다는 연구는 아직 부족하지만, 약물남용 프로그램에 참가한 집단이 참가하지 않은 집단에 비하여 재범이 줄어든 - 비록 유의미한 통계는 아니지만 - 조사결과가 있다고 한다(신영철 외, 앞의 보고서, 64면 참조).

15) 외국의 연구결과에서도 반사회적 성격장애의 비율이 높게 나타난다고 한다(신영철 외, 앞의 보고서, 65면).

16) 재소자들을 대상으로 한 분노조절 프로그램의 효과에 대한 한 조사에서 비참가집단에

위스콘신 카드분류 검사¹⁷⁾와 지능검사 등을 통한 전두엽기능검사에서 대상자들은 정상기준에 비해 현저히 낮은 점수를 얻은 것으로 나타나고 있다. 이는 고차원적 기능을 담당하는 전두엽기능의 저하를 의미하는 것이며, 특히 폭력적 범죄 집단(강도, 강간, 성폭력, 폭력)의 경우, 비폭력적 범죄집단(절도, 사기, 약취유인)보다 기능저하가 현저한 것으로 나타나고 있다.¹⁸⁾

이상의 결과를 바탕으로 많은 경우 상습범죄자에게서 인격(성격)장애의 문제를 발견할 수 있다고 본다면, 현재와 같은 단순 수용적 접근을 통해서 는 소위 재범위험성(상습성)을 제거하여 향후 범죄예방에 대한 목적을 달성하기 어렵다고 본다. 따라서 상습범죄자, 특히 인격(성격)장애로 인한 상습범죄자들의 재범예방에 긍정적인 효과를 기대할 수 있는 적절한 치우프 프로그램이 필요하다는 결론이 도출된다고 본다.

이와 관련하여 살펴볼 수 있는 것이 소위 ‘사회치료’라는 개념이다. 현재 독일에서는 성범죄자에 대하여 독일 행형법 제9조에 근거하여 필요적으로 형벌집행과정에서 사회치료를 병행하고 있는데, 이에 대하여 살펴봄으로써 소위 인격(성격)장애로 인한 상습범죄자들에 대한 사회치료가능성을 검토해 볼 수 있을 것이다.

IV. 독일의 사회치료처우

현행 독일 행형법 제9조 제1항에는 “수형자는 독일 형법 제174조 내지

비해 프로그램 참가집단에게서 재범률이 현저히 낮게 나타난다고 한다(조성희/김보경/김종률, 피보호감호자의 사회적응증진과 재범방지를 위한 교정치우프프로그램에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1997, 57면 참조).

17) 본 검사는 사고의 융통성과 추상적 논리를 측정하기 위해 사용되는 검사이다.

18) 최근 정신의학에서는 생물학적 접근법의 발달로 인간의 행동을 뇌 기능과 연관시켜 이해하는 많은 연구를 통해 충동적 공격성과 폭력적 행위가 뇌의 전두엽 기능저하와 연관이 있는 것으로 보고 있다(신영철 외, 앞의 보고서, 72면).

제180조 및 제182조에 해당하는 범죄를 범하여 2년 이상의 자유형을 선고 받고 독일 행형법 제6조 제2항 2문 혹은 동법 제7조 제4항에 의거한 사회치료시설에서 치료받는 것이 적절한 경우에 사회치료시설로 이송된다. 만약 수형자가 개인적인 이유에서 치료의 목적을 충족할 수 없다고 판단되는 경우에는 다시 본래의 수용시설로 이송된다”라고 규정하고, 제9조 제2항에는 “다른 수형자들은 특별한 치료적 방법과 시설의 사회적 도움이 그들의 재사회화에 적절하다고 보이고, 수형자의 동의가 있는 경우에 사회치료시설에 이송한다. 이 경우 사회치료시설장의 동의를 필요로 한다”라고 규정하여, 형벌집행의 과정 안에서 사회치료처우의 가능성을 인정하고 있다. 특히 개정전의 행형법 제9조에 의하면 모든 사회치료수용 대상자들의 동의와 함께 시설에 수용하도록 되어 있었으나, 1998년 소위 “성범죄 및 위험한 범죄와의 투쟁에 관한 법률(Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten)”을 계기로 행형법 제9조에 독일 형법 제174조 내지 제180조 그리고 제182조와 관련된 성폭력범죄자의 경우는 필요적으로 사회치료처우를 받게 되는 대상으로 규정¹⁹⁾하고, 그 밖의 범죄와 관련한 수형자들은 본인의 동의와 사회치료시설 장의 동의가 있는 때로 제한하고 있다. 여기에는 피해자의 보호뿐만 아니라 사회치료를 통해 재범가능성을 해소하겠다는 입법자의 목적이 담겨있다.²⁰⁾ 이러한 사회치료시설로 이송하기 위한 전제조건은 치료필요성(Behandlungsbedürftigkeit)과 치료가능성(Behandlungsfähigkeit)이다.²¹⁾ 즉 다시 말하면 수형자가 이러한 특별한 치료유형에 적절해야 한다는 것이다.

독일에서 이러한 사회치료처우는 처음에 보안처분과 관련하여 상습범에

19) 이러한 사회치료시설에서 특히 성범죄자들에게 “성범죄자치료프로그램(Behandlungsprogramm für Sexualstraftäter: BPS)”을 적용하고 있다. 이는 주로 심리적 행동양식에 중점을 둔 프로그램으로 미국과 영국에서 사용되는 모델을 인용한 것이라고 한다.

20) Expertenkolloquium “Sozialtherapeutische Behandlung von Sexualstraftätern”, S. 10.

21) Kaiser/Schöch, Strafvollzug, 2002, S. 415.

대한 대처방안으로 논의되었다.

1. 상습범죄자에 대한 처우의 변화

독일에서는, 주지하는 바와 같이, 상습범죄자에 대한 대처방안으로 1933년 ‘상습범에 관한 법률’을 통하여 소위 보안처분 특히 상습범에 대한 보안감호제도를 도입하였다.²²⁾ 그 후 1969년 형법개정이 있기까지 보안감호는 그 내용의 변화 없이 독일 구형법 제42의e조에 규정되어 있었다. 이러한 보안감호처분이 부과되기 위해서 역시 ‘상습범에 관한 법률’에 의해 독일 구형법 제20의a조에 규정된 상습범가중처벌규정과 연계하여 법원이 공공의 안전을 위해 위험한 상습범으로 유죄판결을 선고할 때에 형벌과 함께 보안감호를 병과 할 수 있도록 규정하고 있었다.

그러나 상습범에 대하여 형벌가중과 보안감호를 병과하는 것은 행위책임주의에 반한다는 점에서 많은 비판이 제기되었다. 즉 독일 구형법 제20의a조에 의한 형벌가중의 근거는 ‘책임’이 아니라 ‘위험성’에 근거하여 형벌가중을 받게 되는 것인데, 이러한 ‘위험성’이 형벌의 근거가 될 수 없기 때문에, 결국 동 규정에 의한 형벌가중의 정당성을 상실한다는 비판이 제기되었고, 이에 독일은 1969년 제1차 형법개정법률(Strafrechtsreformgesetz)에서 구형법에 규정되어 있던 상습범 가중처벌조항을 삭제하기에 이르렀다.

또한 독일에서는 1986년 제23차 형법개정에서 삭제되기 이전에 형법 제48조에 현재 우리 형법과 같이, 누범가중조항을 규정하고 있었다.²³⁾ 그런

22) 이러한 보안감호의 도입은 1913년의 형법초안 이래 형법개정운동의 중요한 목표로 보안처분제도의 도입여부가 제안된 이후로 오랜 논쟁 끝에 이루어진 것이라 할 수 있다.

23) 독일 형법 제48조는 이미 2회 이상 형법의 적용범위 내에서 고의의 범죄행위로 인하여 형의 선고를 받은 자가 그 범죄의 1개 또는 수개로 인하여 3월 이상의 자유형의 집행을 마친 후 다시금 고의의 범죄행위를 행한 자로서 이전의 형의 선고를 경고로 여기지 아니하였음이 비난의 대상이 되는 때, 이를 누범으로 규정하면서, 누범의 형은 그 범죄에 대하여 보다 높은 하한이 정하여 있지 아니한 경우에 형의 하한은 6월의 자유형으

데 누범의 많은 경우가 의지박약, 인격적 결함 또는 사회원조의 결핍 등으로 인한 것이라고 할 수 있는데, 이미 형벌에 의해 주어진 경고기능의 위반이 과연 책임을 가중시킬 수 있는가에 대해서 의문이 제기되었다.²⁴⁾ 이러한 이유에서 1984년에 형법 제48조의 누범가중처벌조항은 폐지되고 형법 제46조 제2항의 일반적인 양형의 원칙에 따라 누범을 양형의 요소로써 파악하게 되었다. 아울러 그 처우에 있어서는 보안처분의 하나로써 독일 형법 제66조에 규정된 ‘보안감호시설에의 수용(Unterbringung in der Sicherungsverwahrung)’으로 넘어가게 되었다.

이처럼 현재 독일형법에는 누범가중처벌조항이나 상습범가중처벌조항은 존재하지 않고, 상습범죄자에 대하여 보안감호를 통해서 대응하고 있다. 독일에서 이러한 상습범죄자에 대한 대응방안과 관련하여 특이한 점은 1984년에 폐지되기 전까지 보안처분의 하나로 독일 형법 제65조에 규정되어 있던 사회치료(Sozialtherapie)에 관한 내용이라고 할 것이다.

2. 사회치료처우의 도입과 변화

사회치료(Sozialtherapie)라는 용어는 형법, 형사정책 분야에서는 비교적 새로운 개념이다. 그러나 이러한 개념은 1947년에 Viktor von Weizsäcker에 의해 논의되기 시작하였다. 그는 이 개념을 환자의 사회환경을 바꾸는데 도움이 되는 정신요법적 방법으로 이해하였다.²⁵⁾ 그러나 당시에는 ‘사회치료’를 이용하여 범죄자를 처우한다는 발상에는 이르지 못하고, 1966년 형

로 하고 있다. 이 경우에 정하여진 자유형의 상한은 영향을 받지 아니한다(장규원, 교정처우 모델에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2003, 46면 참조).

24) 독일에서는 Hanack와 Baumann 등 독일 선택초안의 제창자들에 의하여 책임주의의 원칙과 일치할 수 없다는 이유에서 누범에 대한 형의 가중이 강력히 부정되어, 결국 1984년에 누범가중을 폐지하였다(Hillenkamp, “Zur materiellen Rückfallklausel des § 17 StGB”, GA, 1974, S. 214).

25) Steller, Sozialtherapie statt Strafvollzug, 1977, S. 11.

법개정대안 제69조에 ‘사회치료시설에의 수용(Die Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt)’이 새로운 보안처분의 하나로 제안된 이래 형사법 영역의 용어로서 사용되었다.²⁶⁾

독일에서는 1960년대 형법개정과정 중에 소위 대안파 교수들에 의하여 제안된 ‘사회치료시설에의 수용’이라는 새로운 제도를 1969년 제1차 형법개정법(Strafrechtsreformgesetz)을 통해 형법 제65조에 신설함으로써 상습범죄자나 처우가 곤란한 자에 대하여 대처하고자 하였다. 그러나 시설정비 및 확보에 따른 시간문제 등을 이유로 1974년 제2차 형법개정법에서 제65조에 대하여 그 시행이 연기되다가 1984년에 삭제되고 말았다.²⁷⁾

독일 형법 제65조의 사회치료시설수용처분에 관한 규정이 삭제되었다고 하여 ‘사회치료처우’에 관한 논의 자체가 없어진 것은 아니다. 비록 보안처분에서 사회치료시설수용처분은 삭제가 되었지만 독일 행형법 제9조에 이미 형벌집행 영역에서 사회치료처우의 존속이 인정되고 있다는 점과 또 독일 행형법 제130조에 동법 제9조와 연계하여 보안감호대상자의 경우에도 사회치료시설에 수용될 수 있다는 규정을 두고 있다는 점에서 (위험한) 상습범에 대한 대처방안으로 여전히 그 의미를 가지고 있다.

처음에 독일 형법 제65조에 근거한 사회치료시설 수용처분은 동법 제63조의 정신병원에서의 수용, 제64조의 금단시설에서의 수용, 제66조의 보안감호시설에서의 수용과 함께 자유박탈적 보안처분의 하나로서 구상되었다. 그 대상자는 ① 중대한 인격장애(schwere Persönlichkeitsstörung)에 따른 상습범죄자, ② 위험한 성적 충동범, ③ 재범의 위험성이 있는 미성년 범죄자,

26) 장규원, 앞의 보고서, 55면 참조.

27) 독일에서는 사회치료시설에서의 수용처분의 완전 실시를 둘러싸고 오랫동안 여러 분야의 전문가들 사이에 격심한 논쟁이 있었다. 그 중 하나로 1984년 9월 15일에 독일연방 법무위원회 주최로 ‘사회치료처분규정 삭제와 관련법규의 개정’의 공청회가 개최되었다. 이 공청회 내용에 대하여서는 장규원, “독일형법 제65조(사회치료시설에서의 수용)의 삭제와 상습범자의 대책 - 독일연방법무위원회 주최 공청회의 토론을 중심으로”, 형사정책연구소식 통권 제16호, 1993, 참조.

④ 정신장애범죄자의 4가지 행위자 유형을 열거하고 있었다. 사회치료시설에의 수용내용은 의료적 성격과 보안적 성격의 양면을 가지고 있었다. 사회치료처분은 ‘개선·사회복귀’를 목적으로 하고 있었기 때문에 집행순서, 수용기간 등에 있어서 제63조의 치료적 처우에 가까운 형식적 요건을 갖추고 있었는데, 예를 들면 제65조에 수용기간은 최장 5년으로 규정하면서, 제65조 제3항(정신장애 범죄자에 대한 사회치료처분)의 경우에는 제63조와 같이 기간에 제한이 없었으며, 집행방법에 있어서는 처분우선집행주의와 필요적 대체주의를 취하고 있었다.

이러한 사회치료처우의 실시는 형법 제65조의 삭제에 의해 소위 ‘보안처분에 의한 해결(Maßregellösung)’을 포기하고 행형법 제9조에 의한 이른바 형의 ‘집행에 의한 해결(Vollzugslösung)’에 의하게 되었다.²⁸⁾ 즉 현행 독일 행형법 제9조 제1항과 제2항에 의하여, 형법 제65조의 삭제와는 관계없이 형벌집행 범위 안에서의 사회치료처우의 가능성을 인정하고 있다. 특히 위에서 언급한 바와 같이, 개정전의 행형법 제9조에 의하면 모든 사회치료수용 대상자들의 동의와 함께 시설에 수용하도록 되어 있었으나, 1998년 소위 “성범죄 및 위험한 범죄와의 투쟁에 관한 법률(Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten)”을 계기로 성폭력범죄자의 경우는 필요적으로 사회치료처우를 받게 되는 대상으로 규정하고, 그 밖의 범죄와 관련한 수형자들은 본인의 동의와 사회치료시설 장의 동의가 있는 때로 제한하고 있다는 것이다.

3. 사회치료현황

독일에서는 1970년경부터 各州에서 사회치료시설을 갖추기 시작한 이후로 2004년 3월 31일 현재 총 43개의 사회치료시설(아래 <표 3> 참조)을

28) 장규원, 앞의 보고서, 56면 참조.

두고 약 1,700여명 정도를 수용할 수 있도록 하고 있다(아래의 <표 1> 참조). 이러한 사회치료시설로 이송하기 위한 전제조건은 치료필요성(Behandlungsbedürftigkeit)과 치료가능성(Behandlungsfähigkeit)이라는 것은 이미 언급한 바와 같다.²⁹⁾ 사회치료의 유형과 내용은 각각의 사회치료 시설마다 상당한 차이를 보여주고 있는데, 이는 사회치료가 무엇을 의미하는지에 대하여 법률상 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문이다.³⁰⁾

<표 1> 1997-2004년 사회치료시설의 인원

매해 3월 31일 현재	사회치료시설수	수용가능인원	수용된 인원	수용비율(%)
1997	20	888	825	92.9
1998	22	917	850	92.7
1999	23	982	929	94.6
2000	27	1,055	1,053	99.8
2001	28	1,086	1,086	100
2002	31	1,201	1,160	96.6
2003	38	1,509	1,335	88.5
2004	43	1,742	1,571	90.2

자료 : <http://www.krimz.de/forschung/sozialtherapie.html>

독일에서 실질적으로 독일 형법 제9조에 근거한 일반 수형자 및 동법 제130조에 근거한 보안감호대상자들이 어느 정도 사회치료시설 내에서 처우를 받고 있는지 그 실태를 통하여 상습범죄자들에 대한 사회치료상황을 파악하기 위하여 독일의 16개 州를 조사한 결과, 다음과 같은 내용을 파악할 수 있었다.³¹⁾

29) Kaiser/Schöch, 앞의 책, 415면.

30) Kaiser/Schöch, 앞의 책, 416면.

31) 이하에서 언급하는 내용은 독일의 16개 州중에서 Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen,

우선 과거 구동독지역에 속해 있었던 Sachsen州, Sachsen-Anhalt州, Thüringen州 등에는 보안감호대상자가 없을 뿐만 아니라 그러한 대상자들에게 대한 사회치료도 실시되지 않고 있다고 한다. 그러나 최근에 들어서는 아래의 <표 3>에서 볼 수 있는 바와 같이, 사회치료시설을 설립하는 것을 알 수 있다.

역시 구동독지역의 Brandenburt州에서는 2건의 보안감호사례가 있는 정도에 불과하여 독자적인 보안감호 담당부서조차 존재하지 않고, 따라서 보안감호 사례가 발생하면 베를린으로 이송시킨다고 한다.³²⁾ 그와 함께 아직 보안감호 대상자 중에 사회치료대상자도 없는 것으로 파악된다. 그러나 사회치료처우와 관련하여서는 담당부서를 두고 캐나다와 영국의 모델을 바탕으로 한 “성범죄자 치료프로그램(Sex Offender Treatment Program)”을 대상자에게 적용하고 있다고 한다. 이러한 프로그램은 다소 변형하여 폭력범죄들에 대한 치료프로그램으로도 사용하고 있다고 한다. 이와 관련하여 소위 인격장애(Persönlichkeitsstörung)에 대한 치료프로그램은 별도로 마련되어 있지 않지만 사회치료시설 자체가 환경치료에 적절하도록 친사회적으로 만들어서 사회치료대상 수형자들의 인격구조에 도움이 되도록 하고 있다고 한다.

구서독지역에 속하는 Baden-Württemberg州 법무부의 자료에 의하면, 현재 5명의 보안감호대상자가 사회치료를 받고 있다고 한다. 대상자 선정은 독일 행형법 제9조 및 1998년 9월 10일자 내규(Runderlass)의 규정에 따르고 있다. 동내규에 따르면, 사회치료시설로 이송하기 위해서 성범죄 관련 범죄자의 경우에는 본인의 동의를 요하지 않으나, 그 밖의 범죄와 관련된 경우 본인의 동의를 요한다는 것은 공통된 사항으로 요구되고 있다고

Sachsen-Anhalt, Thüringen 등 10개 州法務部에서 제공한 사회치료관련자료를 정리한 것이다.

32) 대체적으로 과거 구동독지역에서는 상습범죄자들에 대하여 구서독과 같이 보안감호를 적용하기보다는 형벌가중을 통하여 상습범에 대응했던 것으로 보인다.

한다. 그와 함께 소위 치료필요성(Therapiebedürftigkeit)과 치료능력(Therapiefähigkeit)이 요구되는데, 특히 치료능력과 관련하여서는 우선 치료과정을 이해할 수 있는 정도의 지적 능력과 함께 언어능력이 있어야 하고, 원칙적으로 40세가 넘는 자는 대상에서 제외하고 있으며, 약물중독이 있는 경우도 제외하고 있다. 또 정신병을 가지고 있지 않고, 치료와 관련하여 직장연결이 가능하도록 하기 위해 결합능력(Bindungsfähigkeit)과 반사능력(Reflexionsvermögen)이 인정되어야 한다는 것 등이 요구된다. 특히 수형자 중에 치료에 적절한 경우에만 받아들여지기 때문에 극단적인 인격장애가 있거나 조직범죄자들의 경우에는 대상에서 제외된다고 한다.³³⁾

Rheinland-Pfalz州에서는 약 4,000명의 수형자들 중에 사회치료시설에서 약 70명 정도의 대상자를 수용하고 있으며, 위험한 상습범죄자를 대상으로 하고 있는 보안감호대상자 중에는 사회치료대상이 한 명도 없다고 한다.

Berlin州에는 현재 사회치료시설에 13명의 대상자가 수용되어 있으며, 그 중에 보안감호처분을 받고 온 대상자는 1명 있다고 한다. 사회치료 대상자의 요건에는 당연히 독일 행형법 제9조의 요건과 같이 치료필요성과 치료능력이 요구되고 있다. 베를린에 있는 사회치료시설에서 사용하고 있는 치료프로그램에는 5가지의 중점과제를 두고 있는데,

- 성범죄자에 대한 심리적 행동양식 적응을 위한 집단프로그램
- 심층심리에 바탕을 둔 중점과제(개별상담 및 집단치료)
- 행동치료적 중점과제(집단치료 및 개별상담)
- 환경치료적 중점과제(사회배우기)
- 반폭력성 훈련 등이 그것이다.

그러나 지금까지 사회치료시설에 수용되어 있는 보안감호대상자만을 위한 특별한 치료방법은 없었고, 일반적으로 보안감호대상자들의 경우 인격장애(Persönlichkeitsstörung)의 경우가 심각하기 때문에 심층심리

33) 4428-IV/17, Runderlass vom 10. 09. 1998, VVV.

(tiefenpsychologisch) 특히 행동치료(verhaltenstherapeutisch)에 중점을 두고 치료하였다고 한다.

Hessen州에는 카셀지역에 유일한 사회치료시설을 두고 있다. 독일 행형법 제9조에 근거한 ‘헤센 시행규칙(Hessischen Ausführungsbestimmungen: HAB)’에 규정된 전제조건을 충족한 대상자들은 이곳에 수용되어 처우를 받게 된다. 즉 독일 행형법 제9조 제1항 1문의 조건을 충족하는 모든 성인 수형자들은 원칙적으로 대상이 될 수 있다. 그와 함께 독일 행형법 제6조 제2항에 규정되어 있는 것과 같이 치료요구(Therapiebedürftigkeit), 치료능력(Therapiefähigkeit), 치료필요성(Therapienotwendigkeit), 치료동기(Therapiemotivation) 등이 함께 고려된다.

2004년 3월 31일 현재 Hessen州 카셀에 있는 사회치료시설에는 140명의 대상자가 수용되어 처우를 받고 있으며, 그 중에 4명이 독일 형법 제66조에 의하여 보안감호를 부과 받은 대상자들이다. 사회치료시설에서 처우받기 위해서는 일반수형자이든 보안감호대상자이든 기본적으로 행형법 제9조의 조건을 충족하여야 한다. 그와 함께 보안감호대상자의 경우 특별한 조건을 전제하고 있는데, 머지않은 장래에 가출소될 수 있는 조건이 충족될 수 있을 것이라고 예상되는 대상자의 경우에 한하여 받아들여지고 있다고 한다.³⁴⁾ 이는 아마도 치료의 종료와 함께 가출소가 이루어지지 않는 경우 다시 보안감호시설에 구금되어 치료효과를 상실할 수 있는 위험을 제거하기 위한 조치라고 보여진다. 이러한 사회치료시설에서 보안감호대상자만을 위한 별도의 프로그램을 운영하고 있지는 않다. 왜냐하면 사회치료시설에 수용된 일반수형자의 경우에도 치료대상이 되는 장애 면에서 큰 차이를 인정할 수 없기 때문이다. 그러나 카셀 사회치료시설에서는 무엇보다도 환경치료(Milieuthérapie)에 중점을 두고 있다고 한다. 특히 이러한 치료방법은 인격장애를 가진 수형자들을 위하여 가장 적절한 치료프로그램

34) Abs. 1.2 der HAB zu § 9 StVollzG.

램으로 보고 있다. 물론 그와 함께 인격장애를 가지고 있는 수형자들에 대하여 개별 심리치료도 병행하고 있다.

Niedersachsen州에 2004년 8월 말 현재 성인수형자와 관련하여 5개의 사회치료시설(Lingen, Uelzen, Hannover, Meppen, Vechta)이 존재하고 총 221명이 사회치료시설에 수용되어 있으며, 그 중에서 154명이 성인이라고 한다. 이러한 성인수형자 154명중에 3명이 성범죄자로 보안감호처분을 받은 대상자로서 사회치료를 받고 있으며, 3명이 대기자 명단에 올라 있다고 한다. Niedersachsen州에서 보안감호대상자가 사회치료시설에 수용되기 위해서는 일반적으로 치료의 필요성에 대한 검사를 거쳐야 하는데, 그러한 방법으로는 성폭력위험(Sexual Violence Risk(SVR-20)), 성범죄자의 경우에는 재범위험(Rückfallrisiko bei Sexualstraftätern(RRS)), 정신병체크리스트(Psychophaty-Checklist(Screening-Version: PCL: SV)) 등이 있다. 성범죄 외의 범죄와 관련하여 사회치료처우를 받고자 하는 경우에는 SVR-20 대신에 HCR-20을 사용하여 치료동기를 검사하도록 하고 있다. 이러한 사회치료시설에서 특히 성범죄자들에게는 “성범죄자치료프로그램(Behandlungsprogramm für Sexualstraftäter: BPS)”을 적용하고 있다. 이는 주로 심리적 행동양식에 중점을 둔 프로그램으로 미국과 영국에서 사용되는 모델을 인용한 것이라고 한다. 그밖에도 Niedersachsen州에서 자체 개발한 사회적응훈련프로그램 등을 사용하고 있다고 한다. 이러한 프로그램은 보안감호대상자에게도 그대로 적용하고 있으며, 보안감호대상자만을 위한 특별한 프로그램을 두고 있지는 않다.

Niedersachsen州의 사회치료시설에서는 최근에 소위 “인격장애(Persönlichkeitsstörung)”와 관련한 프로그램 개발을 위하여 많은 논의를 하고 있다고 한다. 부분적으로는 인격 장애치료에 중점을 둔 처우가 시도되기도 하지만, 아직까지 보다 많은 논의를 요하는 부분이라고 한다. 더불어 현재

Niedersachsen州에서 보안감호처분 중에 있는 대상자는 23명이고 그 중에서 13명이 성범죄자라고 한다. 또한 보안감호처분을 받고 현재 형벌집행중인 수형자가 41명이 있으며, 그 중에서 18명이 성범죄자로 판결을 받은 사람들이다.

4. ‘빌레펠트 사회치료모델’안

이처럼 위험한 재범자 내지 상습범죄자들에 대하여는 - 형벌을 부과 받은 경우이든 보안감호를 부과 받은 경우이든 - 사회치료를 통하여 그 범죄요소를 제거하여 사회적 위험의 감소에 노력하고 있는 것으로 보인다.

사회치료처우의 모델과 관련하여서는 독일의 ‘빌레펠트 모델’안을 살펴볼 수 있다.³⁵⁾ 이는 주로 폭력성 내지 상습범죄자에 대한 형벌집행방법의 하나로 구상된 것이다. 동 모델의 특색은 이른바 사회치료법을 이용해서 중한 폭력성 재범자에 대하여 가능한 짧은 기간 동안에 폐쇄시설 내에서의 처우를 회피하면서 개방적인 분위기 속에서 지역사회의 협력아래 일반 사회의 각종 시설이나 기관을 활용하여 사회복귀의 추진을 목표로 하는 것이다. 이에 개개의 대상자가 사회생활 집단에서 타인과 관계하면서 그 사람에 대한 문제점이나 결함을 스스로 자각하여 서서히 자력으로 생활을 극복할 수 있도록 하는 생활극복기술을 습득시켜 건전한 생활을 유지할 수 있도록 도와주며 인도하는 것이라고 한다. 사회치료의 방법에는 정신분석치료, 정신요법, 진단요법, 행동요법, 접촉요법, 작업요법, 약물요법, 음악요법 등을 들 수 있다.

특히 각각의 州마다 차이는 있지만 1998년 “성범죄 및 위험한 범죄와의 투쟁에 관한 법률(Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten)”을 통해 성폭력범죄를 범한 경우 적극적

35) 동 모델의 구체적인 내용은 장규원, 앞의 보고서, 57면 이하 참조.

으로 사회치료시설에 보내서 치료처우를 받도록 유도하고 있는 추세를 발견할 수 있다(아래의 <표 2> 참조). 이는 성폭력범죄와 관련하여 보안감호를 부과 받은 대상자의 경우도 또한 같다.

<표 2> 사회치료수용자의 범죄유형

매해 3월 31일 현재	성범죄(%)	살인범죄(%)	재산범죄(%)	기타 범죄(%)	계
1997	191(23.2)	181(21.9)	367(44.5)	86(10.4)	825
1998	224(26.4)	196(23.1)	339(39.9)	91(10.7)	850
1999	315(33.9)	187(20.1)	326(35.1)	101(10.9)	929
2000	388(36.8)	219(20.8)	305(29.0)	141(13.4)	1,053
2001	437(40.1)	214(19.7)	286(26.3)	152(14.0)	1,089
2002	526(45.4)	221(19.1)	260(22.4)	152(13.1)	1,159
2003	685(51.3)	249(18.7)	245(18.4)	156(11.7)	1,335
2004	870(55.4)	298(19.0)	244(15.5)	159(10.1)	1,571

자료 : <http://www.krimz.de/forschung/sozialtherapie.html>

현재의 독일 사회치료처우는, 처음에 상습범죄자들에 대한 대응방안으로 보안처분의 한 종류로써 출발한 것과 달리, 모든 범죄자들을 대상으로 그 처우가 가능하도록 하고 있다. 무엇보다도 이러한 사회치료는 성폭력범죄를 비롯한 폭력범죄에 중점을 두고 있다. 이는 아마도 이러한 범죄에 의해 발생하는 법익침해가 상당히 중할 뿐만 아니라 그 회복이 불가능하거나 어렵기 때문에 중점적으로 처우할 필요가 있기 때문이라고 생각한다. 그렇다면 최근 우리나라에서 성폭력범죄 등 폭력범죄가 급격하게 증가하고 있는 상황에서 이러한 사회치료처우가 범죄예방에 어떤 실효성을 가지고 있는지 한번쯤 검토해볼 필요성은 있다고 본다.

<표 3> 독일 사회치료시설(2004년 3월 31일 현재)

시설명	開 所	州	대 상
Adelsheim	1997	Baden-Württemberg	소년
Asperg	1976	Baden-Württemberg	성인남성
Crailsheim	1982	Baden-Württemberg	소년
Amberg	2001	Bayern	성인남성
Bayreuth	2001	Bayern	성인남성
Erlangen	1972	Bayern	성인남성
Kaisheim	2003	Bayern	성인남성
München	1972	Bayern	성인남성
Würzburg	1997	Bayern	성인남성
Berlin-Neukölln	1988	Berlin	성인여성
Berlin-Tegel	1970	Berlin	성인남성
Brandenburg	1999	Brandenburg	성인남성
Hamburg Altengamme	1984	Hamburg	성인남성 및 여성
Hamburg Bergedorf	1969	Hamburg	성인남성
Hamburt Hahnöfersand	1998	Hamburg	소년
Hamburg Fuhlsbüttel	2000	Hamburg	성인남성
Kassel	1980	Hessen	성인남성
Alfeld	1993	Niedersachsen	성인여성
Bad Gandersheim	1973	Niedersachsen	성인남성
Hameln	1980	Niedersachsen	소년
Hannover	1994	Niedersachsen	성인남성
Lingen	1994	Niedersachsen	성인남성
Meppen	2003	Niedersachsen	성인남성
Uelzen	2003	Niedersachsen	성인남성
Vechta	2003	Niedersachsen	젊은 범죄자
Aachen	1996	Nordrhein-Westfalen	성인남성
Bochum	2004	Nordrhein-Westfalen	성인남성
Detmold	2003	Nordrhein-Westfalen	성인남성
Euskirchen	1996	Nordrhein-Westfalen	성인남성
Gelsenkirchen	1975	Nordrhein-Westfalen	성인남성

시설명	開 所	州	대상
Schwerte	2004	Nordrhein-Westfalen	성인남성
Siegburg	1979	Nordrhein-Westfalen	소년
Willich	2003	Nordrhein-Westfalen	성인남성
Diez	2003	Rheinland-Pfalz	성인남성
Ludwigshafen	1972	Rheinland-Pfalz	성인남성
Saarbrücken	2003	Saarland	성인남성
Bautzen	2003	Sachsen	성인남성
Dresden	2004	Sachsen	성인여성
Waldheim	1995	Sachsen	성인남성
Zeithain	1999	Sachsen	소년
Halle	2001	Sachsen-Anhalt	성인남성
Lübeck	2003	Schleswig-Holstein	성인남성
Tonna	2002	Thüringen	성인남성

자료 : <http://www.krimz.de/forschung/sozialtherapie.html>

V. 맺음말

지금까지 우리 형사제재는 상습범에 대하여 형벌가중과 함께 보호감호를 부과하여 왔다. 그러나 이제 보호감호제도는 폐지되었다고 보아야 할 것이다. 결국 상습범에 대하여 형벌가중만이 남은 셈이다. 그런데 외국의 조사결과뿐만 아니라 위에서 언급한 청송보호감호소에서 피보호감호대상자들에 대하여 조사한 결과에서도, 상습범죄자들에게 상당부분 성격장애와 관련한 문제가 있음을 발견할 수 있었다. 즉 알콜중독 등 물질관련장애가 나타난다거나 반사회적 성격장애가 나타나는 것을 알 수 있었다. 그렇다면

이러한 상습범죄자들에 대하여 단순히 형벌기간을 늘리는 것이 적절한 대응방안이라고 볼 수 있는가?

이에 독일의 사회치료처우의 모델을 우리나라의 형벌집행과정에서 특히 인격(성격)장애적 성향을 가지고 있는 - 최소한 성폭력범죄자 및 특히 폭력성이 강한 강력범죄자 정도만이라도 - 상습범죄자에 대한 처우의 한 가지 방법으로 적용해 보는 것은 어떨 것인지, 이러한 처우를 통해 소위 위험한 상습범죄자로부터 사회보호와 재범예방이라는 긍정적인 효과를 기대할 수 있을 것인지에 대하여 한번쯤 검토해보는 것은 나쁘지 않다고 본다.

물론 이러한 사회치료처우를 적용하는 것이 용이한 문제는 아니라고 본다. 무엇보다도 이러한 사회치료처우를 위해서는 인력충원 및 예산지원 등과 같은 인적·물적 자원의 준비라는 어려운 과제가 선결되어야 하기 때문이다. 그러나 인력과 예산부족만을 이유로 형벌의 중요한 목적의 하나인 교정처우에 관한 논의조차 포기하는 것은 바람직하지 않다고 본다. 특히 성폭력범죄의 경우 사회적으로 나타나는 법익침해가 상당히 중할 뿐만 아니라 성폭력범죄의 특성상 인격장애 내지 기질적 장애로 인하여 그 상습성이 나타나는 경우가 많다고 할 수 있으므로 이러한 치료를 통해 장래 범죄예방에 효과적일 수 있다고 본다면, 형벌집행과정에서 그에 대한 적절한 치료를 병행하는 것도 적극적으로 검토해 볼 수 있다고 본다.

이러한 프로그램으로 예컨대 위에서 언급한 독일의 베를린 사회치료시설에서 실시하고 있는 치료프로그램의 5가지 중점과제인 ① 성범죄자에 대한 심리적 행동양식 적응을 위한 집단프로그램, ② 심층심리에 바탕을 둔 중점과제(개별상담 및 집단치료), ③ 행동치료적 중점과제(집단치료 및 개별상담), ④ 환경치료적 중점과제(사회배우기), ⑤ 반폭력성 훈련 등을 참고한다거나, 폭력성 내지 상습범죄자에 대한 형벌집행방법의 하나로 구상된 독일의 '빌레펠트 모델'안에서 제시하고 있는 행동요법, 접촉요법, 작

업요법, 약물요법, 음악요법 등과 같은 사회치료 방법을 살펴볼 수 있을 것이다.

이를 위해서 예컨대 각 광역자치단체 별로 교도소를 지정하여 시범적으로 행동교정 프로그램을 시도할 수 있도록 정신과 전문가와 임상심리학자 등 전문 인력을 배치하는 것을 생각해 볼 수 있다. 이러한 인력은 우선 공중보건의제도를 활용해 볼 수도 있을 것이다. 특히 상습범의 많은 경우 술을 비롯한 물질중독이 범죄와 연관성이 있는 것으로 나타난 결과를 바탕으로 이들을 위한 한국적 인지행동치료 프로그램을 개발하여 그에 대한 적절한 사회치료를 병행함으로써 재범위험성을 제거할 수 있다면, 궁극적으로 범죄예방 및 피해자보호에도 도움이 될 것이라고 본다. 또한 이러한 프로그램을 성공적으로 끝마치면 가석방에 유리하게 작용할 수 있도록 심사과정에 반영하는 것도 함께 검토해 볼 수 있을 것이다.

주제어 : 인격장애, 상습범, 사회치료, 보호감호

Anwendbarkeit der Sozialtherapie für Gewohnheitsstraftäter wegen der Persönlichkeitsstörung

Kim, Hye-Jeong*

Alle Länder der Erde scheint das Problem zu beschäftigen, daß es eine - wenn auch zahlenmäßig kleine - Gruppe von Menschen gibt, die, ohne schuldunfähig zu sein, immer wieder im Bereich schwerster Kriminalität rückfällig wird. Diese Menschen empfindet die Allgemeinheit als ein erhebliches Gefährdungspotential. Dementsprechend bemüht man sich allerorts, strafrechtliche Regelungen zu finden, die dem Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft Rechnung tragen.

Unter unserem Sanktionssystem wurden gefährliche Rückfalltäter bzw. Gewohnheitsstraftäter durch Strafe und Sicherungsverwahrung behandelt. Aber die Sicherungsverwahrung wird bald abgeschafft. So die Aufgabe, die bis jetzt die Sicherungsverwahrung wahrnimmt, muß die Strafe durch die Erweiterung der Rahmen völlig übernehmen.

Aber die Erweiterung der Strafrahmen gegen Gewohnheitsstraftäter kann man unter dem Schuldprinzip nicht richtig nennen. Außerdem ist es fraglich, ob sie eine gewünschte Wirkung ausüben kann. Vielmehr lenkt die Problematik den Blick auf die Frage, wie im Sanktionsbereich mit den Gewohnheitsstraftätern umgehen.

Dafür kann man untersuchen, ob die deutsche sozialtherapeutische Modelle für Gewohnheitsstraftäter besonders wegen der Persönlichkeits-

224 형사정책연구 제16권 제1호(통권 제61호, 2005 · 봄호)

törung angemessen ist. Es wird nach §9 deutsches StvollzG Abs. 1 ermöglicht, einen im Strafvollzug befindlichen Verurteilten in eine sozialtherapeutische Anstalt zu verlegen, wenn diese besondere Behandlung angezeigt ist.

Stichwörter : Persönlichkeitsstörung, Gewohnheitsstraftäter, Sozialtherapie, Sicherungsverwahrung

긍정적 자아개념과 청소년 비행: 레크리스의 붕쇄이론의 검증

박 철 현*

서 영 조*

I. 서 론

현재 우리나라에는 보호관찰이 활성화되면서, 비행청소년에 대한 다양한 지역사회프로그램들이 시행되고 있다. 이러한 프로그램들은 지나치게 일관되게 몇몇 단골프로그램들을 갖고 있다. 그 중에서도 가장 자주 등장하는 메뉴 중의 하나는 바로 자아존중감 향상프로그램이라고 할 수 있다. 그러나 현재 우리나라에서 흡연청소년이나, 성폭력청소년, 성매매청소년 등 가릴 것 없이 적용되고 있는 이 프로그램에 대한 이론적 근거는 그리 튼튼하지 못한 것이 사실이다. 특히 전통적인 범죄학의 이론적 체계에서 이 자아존중감에 대한 논의를 찾기는 그리 쉽지 않다.

레크리스(Reckless)와 그의 동료들의 이론은 이러한 자아존중감에 대해 핵심적으로 논의하는 많지 않은 이론 중의 하나이다. 레크리스는 통제이론의 입장에서 기존에 제기되어 왔던 많은 유발요인과 통제요인들을 통합한 바 있다. 그의 붕쇄이론(containment theory) 또는 자아개념이론(self-concept theory)은 이러한 요인들 중에서도 그동안 중요하게 논의되

* 동의대학교 법정대학 법경찰학부 조교수

** 동의대학교 법정대학 사회과학부 부교수

어 온 긍정적 자아개념 또는 자아존중감에 대해 주목한다. 그는 이러한 긍정적 자아개념으로 하층계급 거주지역에 사는 청소년이라도 비행을 하지 않는 청소년들을 설명한다. 다시 말해서 자신에 대해 긍정적인 자아개념을 갖고 있는 청소년들은 근처에 여러 가지 유발요인들이 존재한다고 하더라도 비행을 하지 않을 수 있다고 한다.

이 연구는 레크리스와 그의 동료들에 의해 발전된 이론을 토대로 하여 긍정적인 자아개념을 가진다는 것이 어떻게 비행을 억제할 수 있는지에 대해 검증한다. 이를 위해 이 연구는 2003년 조사된 3,449명의 중학교 2학년들을 대상으로 이들의 비행에 대해 설명한다. 이 자료가 비록 중학교 2학년에 한정된 사례연구이기는 하지만, 이 시기는 비행에 대한 첫 참여가 활발히 이루어지는 시기로서 범죄학적으로 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있다. 특히 이 연구의 자료는 기존의 비행이론에서 중요한 요인으로 지적되어 온 많은 변수들을 포함하고 있다.

II. 이론 및 가설

비행에 대한 이론은 크게 실증주의 이론과 고전주의 이론으로 나뉘어진다. 실증주의는 비행을 하게 만드는 특별한 원인을 찾아내고 이를 중심으로 비행을 설명하는 이론이라고 할 수 있으며, 여기에는 차별접촉이론, 하위문화이론, 긴장이론 등이 포함된다. 반면 고전주의 이론은 비행을 하지 않게 만드는 요인에 주목하고, 이를 중심으로 비행을 설명하는 이론으로서, 여기에는 억제이론, 통제이론, 합리적 선택이론 등이 포함된다.

특히 실증주의 이론들은 하층계급의 자녀들이 높은 비행율을 나타낸다는 점에 주목하고, 그 원인을 밝히고자 하였다. 대표적으로 코헨(Cohen,

1955)의 하위문화이론은 하층계급이 공립학교에 진학하여 경험하는 좌절에 대한 반발로서 비행을 설명한다. 그에 의하면, 하층계급 청소년들이 공립학교에 진학하게 되면, 중산계급 출신의 교사가 중산계급의 가치를 가르치고 이것을 강요하게 되는데, 하층계급의 자녀들은 이러한 새로운 기준에서 인정받기가 어렵기 때문에, 이로 인해 낮아진 자아정체성을 회복하기 위한 자구책으로서 자신들만의 독특한 반항적 문화(counter-culture)를 형성하게 되고 이것이 비행에 우호적인 하위문화를 갖게 되는 원인이라고 한다. 이와 유사한 논리는 코헨 외에도 밀러에게도 유사하게 발견된다.

서덜랜드(Sutherland, 1947)는 이러한 하위문화가 어떻게 청소년들 사이에 공유되는지를 밝힌다. 그에 의하면, 비행에 우호적인 정의와 비우호적인 정의는 모두 친밀한 사적 집단 안에서의 상호작용에 의해 학습되는데, 이미 비행에 우호적인 생각을 가진 비행친구를 많이 사귀게 됨으로써 비행에 우호적인 정의를 많이 학습하게 되는 경우 비행청소년이 된다고 설명한다. 그의 차별접촉이론(differential association theory)은 아직도 비행을 설명하는 중요한 이론이며, 많은 파생이론을 낳기도 하였다.

반면 뒤르켐(Durkheim)에게까지 거슬러 올라갈 수 있는 긴장에 주목하는 이론들은, 비행을 청소년들이 경험하는 다양한 긴장에서 기인한다고 설명한다. 예를 들어 머튼(Merton, 1938)은 부자가 되어야 된다는 성공가치에 대해 강조하는 미국사회에서 부자가 될 수 있는 합법적으로 용인된 수단은 매우 제한되어 있고, 이것은 하층계급의 청소년들에게 더욱 제한되어 있기 때문에, 여기서 느껴지는 긴장이 비행의 원인이 된다고 설명한다.

이상에서 살펴본 다양한 실증주의 이론들의 공통점은 하층계급 청소년들이 처한 불리한 상황들이 그들을 범죄나 비행으로 이끌고 있다는 데 동의하고 있다는 점이다. 반면 고전주의 이론은 이렇게 비행을 하게 만드는 요인보다는 비행을 하지 않도록 만드는 요인에 주목한다. 억제이론

(deterrence theory)은 국가기관에 의한 공식적인 처벌에 주목하는 반면, 일반적인 통제이론들은 이보다는 오히려 비공식적인 통제에 주목한다.

그 대표적인 것인 리스와 나이의 이론(Reiss, 1951; Nye, 1958)으로서, 이들은 비행이 개인적, 사회적 통제의 실패 때문에 발생한다고 지적한다. 그들에 의하면, 국가와 형사사법기관에서 담당하는 공식적인 처벌도 중요하기는 하지만, 더욱 중요한 것은 가정과 학교에서의 통제, 그리고 규범의 내면화를 통한 통제라고 한다. 따라서 비행을 줄이기 위해서는 가정, 학교와 같은 비공식적 사회화기관의 역할이 매우 중요하다고 한다.

레크리스와 디니츠 등(Reckless, 1967; 1961; Reckless et al., 1957; 1956)은 통제이론의 입장에서 실증주의 이론의 비행유발요인과 고전주의 이론의 비행통제요인을 함께 통합한다. 그들에 의하면, 누구나 비행을 하게 만드는 유발요인과 하지 않도록 하는 통제요인을 느끼게 되는데, 이러한 두 가지 힘의 균형이 어떻게 이루어지는지에 따라서 범죄를 할 가능성은 달라지게 된다고 한다. 그들은 기존에 주장되어왔던 여러 가지 유발인들을 크게 압력요인(pressure), 유인요인(pull), 배출요인(push)의 세 가지로 나누고 이것이 강할수록 비행이나 범죄를 할 가능성이 높다고 한다.

여기서 압력요인은 사람들을 불만족한 상태로 만드는 요인으로서, 열악한 생활조건, 가족갈등, 열등한 신분지위, 성공기회의 박탈 등 주로 하위문화이론이나 긴장이론에서 지적되는 요인들이라고 할 수 있다. 반면 유인요인은 정상적인 생활로부터 이탈하도록 유인하는 요소들로서 비행친구, 비행하위문화, 갱조직, 불건전한 대중매체 등의 차별접촉이론이나 하위문화이론, 학습이론 등에서 지적되는 요인이라고 할 수 있다. 그리고 배출요인이란 불안감, 불안감, 내적 긴장, 증오심, 공격성, 즉흥성 등과 같은 개인의 생물학적 심리적 요소들을 지칭한다(박상기 외, 2001:166-168; 이윤호, 2002:257-259 참조).

이 연구는 여기에서 몇 가지 중요한 가설을 도출한다. 열악한 생활조건을 가진 하층계급의 청소년들, 비행친구와 잦은 접촉을 가진 청소년들은 비행을 많이 할 것이다. 따라서 이 연구에서 선택한 가설은 다음의 세 가지이다.

[가설1] 가구소득이 낮을수록 비행을 많이 할 것이다.

[가설2] 자신의 집이 자가소유가 아닌 청소년일수록 비행을 많이 할 것이다.

[가설3] 비행친구가 많을수록 비행을 많이 할 것이다.

반면 통제요인은 크게 내적 봉쇄요인과 외적 봉쇄요인으로 나뉘어 지는데, 외적 봉쇄요인(external containment)은 가족이나 주위사람들과 같이 외부적으로 범죄를 차단하는 요인들로서 교육, 감독과 훈육, 소속감과 일체감 등을 말한다. 이러한 요인들은 후에 허쉬(Hirschi, 1969)에 의해 크게 주목되었는데, 그는 그 중에서도 가족이나 선생님, 학교 등에 대한 애착(attachment)과 전통적인 활동에 대한 관여(committment)와 참여(involvement) 등의 외적인 통제요인이 청소년의 비행을 막는 역할을 한다고 주장했다.

반면 내적 봉쇄요인(inner containment)은 사회규범을 내면화함으로서 개인 내부에 형성된 통제력으로서 자기통제력, 인내심, 책임감, 목표지향성 등을 말하는데, 이것은 개인이 긍정적인 자아개념(self-concept)을 가지고 있을 때 적절히 형성된다고 한다. 다시 말해서 스스로 ‘올바른’ 소년이라고 자신을 생각할 때, 범죄를 유발하는 요인들이 주변에 많이 존재한다고 하더라도 내적 봉쇄요인을 잘 발달시킬 수 있기 때문에 범죄나 비행을 하지 않을 수 있다고 한다. 반면에 자신을 긍정적으로 생각하지 않는 경우

이러한 유혹들을 막을 수 없다고 한다(박상기 외, 2001:166-168; 이윤호, 2002:257-259 참조).

그러나 이 긍정적인 자아개념, 즉 자아존중감(self-esteem)이라고도 표현되는 이 개념과 비행과의 관계를 지적한 것은 그 이전에 이미 리스(Reiss, 1951)에 의해 지적된 바 있으며, 몇몇 학자들에 의해 그 이후에도 지적되어 왔다. 그런데 이런 자아개념과 비행과의 관계에 대해서는 모두 의견이 일치하는 것은 아니다.

예를 들어 레머트(Lemert, 1951)나 베커(Becker, 1963)는 낙인이론의 입장에서 공식적인 처벌로 인한 자아존중감의 하락에 대해 주목한다. 그들에 의하면, 1차적 범 죄를 하고 난 후 공식적인 처벌을 받은 사람들은 주위 청중들의 부정적인 반응에 직면하며, 이들은 결국 부정적인 자아이미지로 살아가는 것이 더 편하게 되기 때문에 자신에 대한 부정적인 자아이미지를 받아들이게 된다는 것이다. 이런 논리에서 자아개념은 오히려 비행을 가져오는 것이 아니라 비행의 결과로 인식된다.

또한 최근에 낙인이론을 새롭게 해석한 브레스웨이트도 이와 유사한 설명을 하는데, 그에 의하면 해체적으로 수치를 부여하는 사회에서는 자아존중감을 가질 기회가 없는 반면에, 대안적인 공동체주의적인 문화(communitarian culture)에서는 범 죄나 비행을 한 사람들의 긍정적인 자아개념을 유지시켜줄 수 있기 때문에, 재범을 하지 않을 수 있다고 한다(Braithwaite, 1989:102). 이러한 과정이 가능한 것은 자아를 비난받을만한 부분과 용서하고 재통합되어야 할 부분의 두 부분으로 분할함으로써 가능해 진다고 한다. 이렇게 함으로써 범 죄나 비행을 한 사람들을 엄격히 비난하면서도 지역사회의 일원으로 다시 받아들일 수 있다는 것이다(Braithwaite, 1989:75).

그러나 자아개념과 비행과의 관계에 대한 전혀 다른 해석도 존재한다.

케플런(Kaplan, 1978, 그 외에 Kaplan, 1977; 1980)에 의하면, 부정적인 자아개념을 가진 청소년들은 비행을 많이 하는 경향이 있으며, 이들이 하는 비행은 자아존중감을 높이기 위한 수단으로 선택된다고 한다. 예를 들어 학교에서 문제를 가진 청소년들은 선생님의 부정적인 평가를 피하기 위해, 학교를 그만두고 속이고 싸우는 능력을 높이 평가하는 갱집단에 합류함으로써 자신의 자아존중감을 높일 수 있다는 것이다(Siegel, 1992:232의 리뷰를 볼 것).

이렇게 많은 다양한 설명에도 불구하고 대체로 낮은 자아존중감, 즉 부정적인 자아개념은 비행과 밀접한 관련이 있다는 점에 대해서는 대부분의 이론과 경험적 연구결과들이 동의하고 있다. 이것은 이론적으로 레크리스의 봉쇄이론, 케플런과 그의 동료들에 의해 발전된 자아증진이론(self enhancement theory, Kaplan et. al, 1986; 1987; 1988)에서도 부인되지 않으며, 낙인이론에 있어서도 대체로 동일하다. 그리고 비행소년과 일반소년들의 자아존중감 차이를 경험적으로 검증한 많은 연구들(Levy, 2001; 1997a; 1997b; Marshall et. al., 1997)도 비행청소년들이 일반청소년들에 비해 부정적인 자아개념을 갖고 있다고 보고한다. 또한 갠프레더슨과 허쉬(Gottfredson and Hirschi, 1990)가 주장하는 낮은 자기통제력을 측정하는 문항들의 상당수는 이 낮은 자아존중감을 나타내는 지표와 매우 유사하기도 하다. 따라서 낮은 자기통제력이 비행과 밀접한 관련이 있다는 결과는 결국 낮은 자아존중감이 비행과 밀접한 관계가 있다는 것을 말해준다.

이와 같이 낮은 자아존중감과 비행의 관계에 대해 많은 이론과 연구들은 거의 의견일치를 보이고 있지만, 자아존중감과 비행의 인과관계에 대해서는 서로 의견을 달리한다. 레크리스나 브레스웨이트, 갠프레더슨과 허쉬 등은 낮은 자아존중감이 비행의 원인이라고 주장하는 반면, 케플런과 그의 동료들은 자아존중감이 낮은 청소년들이 비행을 하지만, 이들이 비행을 한

후에는 자아존중감이 높아진다고 주장한다. 또한 낙인이론가들도 비행은 청소년에게 낙인을 부여하고, 이러한 주위의 반응은 다시 청소년들의 낮은 자아존중감을 가져올 수 있고, 이것은 다시 비행이나 범죄를 낳는다고 한다. 다시 말해서 기존의 이론체계에서 자아존중감은 비행의 원인이기도 하고 결과이기도 한 것이다.

이 연구는 횡단적 자료를 이용하기 때문에 이러한 쟁점을 검증하는 것은 거의 불가능하다. 그러나 이후의 여러 경험적 연구들에 기초하여 적절한 가설을 수립하는 것은 그리 어렵지 않다. 일찍이 로젠버그와 그의 동료들(Rosenberg et. al., 1989)이 청소년의 자아존중감과 문제행동이 상호적으로 영향을 줄 수 있다는 점을 두 시점에서 조사한 패널자료를 통해 밝혀내어 케플런의 이론과 어느 정도 부합하는 결과를 제시한 바 있다. 그러나 보다 최근에 장성준과 손베리(Jang and Thornbery, 1998)는 세 시점에서 조사된 패널자료에 기초하여 비행친구와의 차별적인 접촉은 이후의 자아존중감을 높이지만 비행은 이후의 자아존중감에 거의 영향을 미치지 않았다고 한다.

국내에서 자아존중감에 대한 연구들은 대부분 자아존중감을 종속변수로 한 연구들이다. 따라서 이런 연구들은 대부분 긍정적 또는 부정적 자아개념이 어떤 요인들을 통해서 형성되는지를 밝히려고 한다. 반면 자아존중감을 독립변수로 하여 비행이나 문제행동과의 관계를 밝히려는 연구는 그렇게 많지 않다.

그 중 이경님(2002)의 연구는 자아존중감과 충동통제가 비행에 미치는 영향에 대해 보여준다. 그는 부산시의 중고생 624명에 대한 집단면접조사 자료에 근거하여, 자아존중감이 비행에 미치는 효과가 남학생과 여학생에 따라 다를 수 있다는 것을 보여준다. 그에 의하면, 남학생의 경우 자아존중감이 낮은 경우 충동통제력이 낮고 따라서 비행을 많이 하는 반면에, 여학

생의 경우는 자아존중감이 비행에 유의미한 영향을 미치지 않았다고 한다.

이동원(2004)은 비행청소년을 대상으로 자아존중감이 지각된 재범가능성에 미치는 영향에 대해 검토한다. 그는 자아존중감을 도덕적 자아, 성격적 자아, 사회적 자아, 능력적 자아, 가정적 자아의 5가지로 나누고 이들이 지각된 재범가능성에 미치는 영향에 대해 살펴본다. 그에 의하면, 모든 자아개념들이 다양한 비행들에 모두 유의미한 효과를 갖는 것이 아니라 이중 도덕적 자아와 가정적 자아가 전체 재범가능성에 영향을 미친다고 한다. 다시 말해서 자신이 정직하고 올바른 사람이라고 생각할수록, 자신이 가정적으로 행복하거나 화목하다고 생각할수록 지각된 재범가능성을 낮게 보았다고 한다. 그러나 불행히도 비행에 관련하여 자아존중감의 중요한 척도 중의 하나인 능력적 자아는 별다른 영향을 미치지 않았다.

그리고 자아존중감과 비행과의 관계에 대한 연구는 아니지만, 임진영과 장재숙(2003)의 연구는 3단계의 패널자료를 통하여 자아존중감과 아동의 대인관계와의 관계를 보여준다. 그들에 의하면, 여아의 경우 긍정적인 자아개념은 주로 부모의 양육태도에 의해 결정되었으며, 이것은 다시 아동의 대인관계를 긍정적으로 만든다고 한다. 그 외의 다른 연구들(예를 들어 김은경·유가효, 2002)도 이러한 아동의 낮은 자아존중감이 문제행동을 만들어내는 원인이 된다고 한다.

이러한 결과를 참고하면 자아존중감과 비행은 상호 영향을 줄 수 있다고 생각되지만, 비행이 자아존중감에 영향을 미치는 것에 비해 자아존중감이 비행에 영향을 미치는 부분이 훨씬 더 크다고 추정된다. 따라서 이 연구에서는 자아존중감이 비행의 한 원인이라고 보는 레크리스와 디니츠 등의 논의에 주로 기초하여 또한 몇 가지 가설을 도출한다. 다시 말해서 긍정적 자아개념을 가진 청소년, 목표지향적 성향을 가진 청소년, 부모에 대한 애착이 강한 청소년, 부모의 통제가 강한 청소년, 주변사람들의 통제가

강한 청소년일수록 비행을 적게 할 것이라는 점을 예측할 수 있다.

[가설4] 긍정적 자아개념을 가질수록 비행을 적게 할 것이다.

[가설5] 목표지향적 성향을 가질수록 비행을 적게 할 것이다.

[가설6] 부모에 대한 애착이 강할수록 비행을 적게 할 것이다.

[가설7] 지각된 부모의 통제가 강할수록 비행을 적게 할 것이다.

[가설8] 지각된 주변사람들의 통제가 강할수록 비행을 적게 할 것이다.

III. 자 료

1. 표 본

이 연구에서 사용된 자료는 한국청소년개발원에서 2003년 처음 시작된 패널조사 중에서 첫 해에 해당하는 중학교 2학년 학생 3,449명에 대한 설문지를 사용한 면접조사 자료이다. 이 조사는 집락표집에 기초한 규모비례 확률표집(PPS)에 의해 수집되었으며, 선정된 학교에서 무작위로 한개 학급을 전수 조사하는 방식을 취하고 있다. 만약 표본으로 선정된 학교에 대한 조사가 불가능하면, 같은 방법으로 대체 학교를 뽑는 방식이 이용되었다.

조사는 2003년 10월에서 12월에 걸쳐 이루어졌으며, 최초로 표집된 표본에 대한 조사 성공률이 66.3%로 비교적 높다고 하겠다. 조사방법은 면접원이 학급에 방문하여 설문지를 나누어 주고 집단 면접하는 방식이 이용되었으며, 가구에 관한 사항을 보다 정확하게 질문하기 위하여 가구별로 전화를 걸어 부모와의 전화면접조사가 함께 병행되었다.

2. 변인의 조작화

이 연구의 설명모델에 포함된 독립변수는 크게 네 가지, 즉 비행에 대한 외적 압력, 비행에 대한 외적 유인, 비행에 대한 내적 통제, 그리고 비행에 대한 외적 통제로 나뉘어 진다. 먼저 비행에 대한 외적 압력은 빈곤이나 실업 등의 환경적인 스트레스 요인을 나타내는 것으로 이 연구에서는 가구소득과 살고 있는 주택의 자가소유여부를 사용하였다. 가구소득은 원자료가 그대로 사용되었으며, 주택소유는 자가주택이 0, 그렇지 않은 여러 경우(전세, 월세, 무상, 사택, 임대, 복지시설)가 1의 값을 가지는 가변인으로 코딩되었다.

다음으로 비행에 대한 외적 유인은 비행친구나 유해환경 등의 비행을 하도록 유혹하는 요인으로서, 이 연구에서는 비행친구가 얼마나 많은지를 통해 측정하였다. 다시 말해서 술 마시기, 담배피우기, 무단결석, 다른 사람을 심하게 때리기, 남의 돈이나 물건을 빼앗기, 남의 돈이나 물건을 훔치기의 6가지 유형을 제시하고, 이런 행동을 한 친구가 친한 친구들 중에 각각 몇 명이나 되는지를 질문하는 문항 6개를 합산하여 ‘비행친구’를 나타내는 지표로 사용하였다(Cronbach's Alpha=.790).

이러한 비행의 유발요인 외에 크게 두 가지의 통제요인들이 도입되었는데, 먼저 내적 통제를 나타내는 것으로 긍정적 자아개념, 목표지향성향이 사용되었다. 긍정적 자아개념은 “나는 나 자신이 좋은 성품을 가진 사람이라고 생각한다”, “나는 나 자신이 능력이 있는 사람이라고 생각한다”, “나는 나 자신이 가치있는 사람이라고 생각한다”, “나는 때때로 쓸모없는 사람이라고 생각한다”, “나는 때때로 내가 나쁜 사람이라고 생각한다”, “나는 대체로 내가 실패한 사람이라는 느낌을 갖는 편이다”라는 진술에 대한 동의의 정도를 리커트식의 5점 척도로 측정한 다음 이들을 모두 합산하여

측정되었다. 이 과정에서 반대로 진술된 후자의 3문항은 거꾸로 배열한 다음 합산되었다(Cronbach's Alpha=.734).

다음으로 목표지향성항은 “자기개발을 하기 위해서는 상급학교 진학이 필수적이다”, “좋은 직업을 얻기 위해서는 상급학교 진학이 필수적이다”, “좋은 배우자를 만나기 위해서는 상급학교 진학이 필수적이다”, “상급학교 진학은 좋은 친구들을 얻기 위한 좋은 기회이다”, “학력이 높을수록 사회적으로 대우를 받는다”의 5문항에 대한 동의의 정도를 측정하여 모두 합산하였다(Cronbach's Alpha=.783).

비행에 대한 외적 통제는 비공식적 통제를 말하는데, 이 연구에서는 부모에 대한 청소년의 애착, 지각된 부모의 통제, 지각된 주변 사람들의 통제가 사용되었다. 먼저 부모에 대한 청소년의 애착은 “부모님과 나는 많은 시간을 함께 보내려고 노력하는 편이다”, “부모님은 나에게 늘 사랑과 애정을 보이신다”, “부모님과 나는 서로를 잘 이해하는 편이다”, “부모님과 나는 무엇이든 허물없이 이야기하는 편이다”, “나는 내 생각이나 밖에서 있었던 일들을 부모님께 자주 이야기하는 편이다”, “부모님과 나는 대화를 자주 나누는 편이다”의 6문항을 합산하여 측정되었다(Cronbach's Alpha=.857).

다음으로 지각된 부모의 통제는 “내가 외출했을 때 부모님은 내가 어디에 있는지 대부분 알고 계신다”, “내가 외출했을 때 부모님은 내가 누구와 함께 있는지 대부분 알고 계신다”, “내가 외출했을 때 부모님은 내가 무엇을 하고 있는지 대부분 알고 계신다”, “내가 외출했을 때 부모님은 내가 언제 돌아올지를 대부분 알고 계신다”의 네 문항으로 질문하고 이것을 모두 합산하였다(Cronbach's Alpha=.849). 마지막으로 지각된 주변사람들의 통제는 “내가 만약 나쁜 일을 하면, 주위 사람들이 나를 몹시 비난하게 될 것이다”, “내가 만약 나쁜 일을 하면, 주위 사람들로부터 창피함을 당할 것이다”의 두 문항에 대한 동의의 정도를 표시하게 하고, 이를 모두 합산

하였다(Cronbach's Alpha=.835).

그리고 종속변수로 사용된 자기보고된 청소년 비행은 “지난 1년 동안 아래와 같은 일들을 해 본 적이 있습니까?”라고 질문하고 담배피우기, 술 마시기, 무단결석, 가출, 성관계, 다른 사람을 심하게 때리기, 패싸움, 남의 돈이나 물건을 뺏기, 남의 돈이나 물건을 훔치기, 원조교제, 남을 심하게 노릴거나 조롱하기, 남을 협박하기, 다른 친구를 집단따돌림(왕따)시키기, 성폭행이나 성희롱하기의 총 14가지 비행을 나열하고 여기에 답하도록 하였다. 이 연구에서는 지난 1년 동안 각 비행유형을 한 적이 없는 경우 0, 있는 경우 1로 리코드하여 이들을 모두 합산하여 자기보고된 청소년비행을 나타내는 지표로 사용하였다.¹⁾ 또한 비행여부가 종속변수인 경우는 이것을 다시 비행을 한 경우와 전혀 하지 않은 경우의 이항변수로 재코딩하여 사용하였다.

IV. 분석결과

1. 조사대상자들의 일반적 특성

우선 본격적인 분석에 앞서, 표본의 특성을 살펴보기 위해 조사대상자들의 사회인구학적 특성을 살펴보고자 한다. 이 연구의 조사대상자는 모두 전국의 중학교 2학년에 재학하고 있는 학생들이므로, 이들의 연령이나 학

1) 다른 방법으로, 세부 비행유형별 건수를 모두 합산하여 청소년비행의 지표로 사용하는 것도 생각해 볼 수 있겠으나, 이 자료에서 비행으로 집계된 대다수의 비행이 음주, 흡연 등과 같이 경미한 비행이 대다수를 차지하고 있기 때문에 단순히 이들 모든 비행을 합산하는 것은 오히려 청소년비행을 제대로 나타내지 못한다는 문제점이 있다. 다시 말해서 이런 방법을 사용하면 흡연이나 음주를 많이 하는 청소년의 경우 폭행이나 절도, 갈취, 패싸움, 원조교제 등의 보다 중한 비행을 하는 청소년들에 비해서 비행을 더 많이 하는 것으로 나타날 것이다.

력 등은 의미가 없으므로, 나머지 배경요인이 될 만한 것들을 중심으로 이들의 분포를 살펴보고자 한다.

우선 사회경제적 지위를 나타내는 요인들을 중심으로 조사대상자들의 특성을 살펴보는 것이 필요할 것이다. 먼저 아버지의 학력별 분포를 살펴보면, 고졸이 가장 많은 1,491명으로 전체의 약 44%를 차지했다. 그 다음으로 4년제 대학졸이 30.11%였고, 중졸이 8.14%, 전문대졸이 6.96%, 대학원 석사가 5.57%, 초졸이 3.60%, 대학원 박사가 1.39%, 그리고 무학도 0.27%가 있었다.

다음으로 자가소유의 집에 사는지에 대해 살펴보면, 전체의 69.40%가 자기소유의 집에 살고 있었고, 나머지 30.60%는 세를 살거나 사택, 복지시설 등에 사는 것으로 나타났다. 가구소득별로 분포를 살펴보면, 100만원 이하가 9.5%가 있었고, 100만원 초과에서 200만원 이하가 전체의 32.15%로 가장 많았다. 그리고 200만원 초과 300만원 이하가 28.85%, 300만원 초과에서 400만원 이하가 14.01%, 그리고 400만원을 초과하는 경우도 15.49%로 나타났다. 이 연구의 조사대상자들의 “월평균 가구소득은 2,909,200원으로 2004년도 2분기 도시근로자 월평균 가계소득 2,970,948원과 거의 같은 수준이다”(이미리, 2004).

다음으로 조사대상자들의 거주지역별 분포를 살펴보면, 인천/경기가 1,003명으로 가장 많은 29.08%였고, 그 다음으로 부산/울산/경남이 19.16%, 서울이 17.48%, 대구/경북이 9.22%, 광주/전남이 7.42%, 대전/충남이 6.67%, 전북이 3.62%, 그리고 강원도가 3.57%로 나타났다. 그리고 조사대상자들 중에서 결혼가정 출신이 얼마나 되는지를 살펴보면, 전체의 6.58%가 양 친부모와 함께 살고 있지 않았으며, 나머지 93.4%는 양 친부모와 함께 살고 있는 것으로 나타났다.

<표 1> 조사대상자들의 사회인구학적 특성

변 수	구 분	빈 도	백분율
부 학력	무학	9	0.27
	초졸	122	3.60
	중졸	276	8.14
	고졸	1,491	43.97
	전문대졸	236	6.96
	4년제 대학졸	1,021	30.11
	대학원 석사	189	5.57
	대학원 박사	47	1.39
자가소유여부	자가소유	2,356	69.40
	비자가소유	1,039	30.60
가구소득	100만원 이하	308	9.50
	100만원 초과 200만원 이하	1,042	32.15
	200만원 초과 300만원 이하	935	28.85
	300만원 초과 400만원 이하	454	14.01
	400만원 초과	502	15.49
거주지역	서울	603	17.48
	강원도	123	3.57
	대전/충남	230	6.67
	충북	130	3.77
	인천/경기	1,003	29.08
	광주/전남	256	7.42
	전북	125	3.62
	부산/울산/경남	661	19.16
	대구/경북	318	9.22
결혼가정여부	정상가정	3,222	93.42
	결혼가정	227	6.58

이러한 조사대상자들의 특성은 이 자료가 비록 중학교 2학년에 한정된 자료이기는 하지만, 비교적 대표성이 높은 자료라는 것을 보여준다. 일단 표본이 전국적으로 매우 고르게 분포되어 있으며, 기존의 서울지역에 한정된 조사들에 비해 부의 학력이나 가구소득이 지나치게 높지 않으며, 매우 대표본이라는 점은 이 자료의 대표성을 충분히 보장해준다고 할 수 있을 것이다.

2. 긍정적 자아개념과 청소년비행: 회귀모델

여기에서는 다변량 회귀분석을 통해 청소년비행에 대해 각각의 변수들이 미치는 영향에 대해 살펴보고자 한다. 먼저 독립변수들 간의 지나치게 높은 상관관계가 있는지를 검토하기 위해 변수들 간의 영차상관관계를 살펴 본 결과, 부모통제와 부모애착이 .511로 다소 높은 편이었고 대부분이 비교적 낮은 상관관계를 나타내었다. 더욱이 상관계수가 변수들간의 다중공선성이 우려될만한 수준에 미치는 경우는 없었으므로, 모든 변수들이 모델에 투입되었다.

<표 2> 모델에 포함된 독립변수들 간의 영차상관행렬

변 인	비자가 소유	비행친구	긍정적 자아	목표지향	부모애착	부모통제	주변통제	여 자
가구소득	-.038*	.040*	-.002	.004	.005	.010	-.011	.055
비자가소유		.030	-.069***	-.097***	-.040*	-.036*	-.028	.023
비행친구			-.064***	-.017	-.081***	-.091***	.014	.000
긍정적자아				.076***	.309***	.244***	-.104***	-.062***
목표지향					.085***	.097***	.113***	-.063***
부모애착						.511***	.013	.083***
부모통제							.051**	.122***
주변통제								.059***

* P<.05 ** P<.01 *** P<.001

다음의 표는 청소년비행을 종속변수로 하여 각각의 변수들이 미치는 영향을 알아보기 위하여 다변량 회귀분석을 한 결과이다. 우선 모델1은 비행유발요인들이 청소년 비행에 어떤 영향을 미치는지에 대해서 회귀분석한 결과로서, 가구소득은 유의미한 영향을 미치지 않았지만, 자가소유가 아닌

집에 살고 있을수록, 그리고 비행친구가 많을수록 비행을 많이 하는 것으로 나타났다.

모델2는 이러한 유발요인에 더하여 외적 통제요인들을 투입하여 그 변화를 살펴 본 모델로서, 모델1과 마찬가지로 비행친구의 영향력이 압도적으로 크게 나타나지만 외적 통제요인들이 모두 유의미하게 나타났다. 다시 말해서 부모에 대한 애착이 강할수록, 지각된 부모의 통제가 강할수록 비행을 적게 하는 것으로 나타났지만, 반면 지각된 주변의 통제가 강할수록 비행을 많이 하는 것으로 나타나 예측과는 다른 결과를 보여주었다. 이 결과는 외적 통제요인들을 투입함으로써 유발요인들의 효과가 조금 줄어들기는 했지만, 큰 영향을 끼치지 않는다는 것을 보여준다.

다음의 모델3은 이러한 유발요인과 외적 통제요인에 더하여 내적 통제요인들을 투입한 것이다. 그 결과 다시 유발요인들과 외적 통제요인들의 효과는 조금 더 줄어들었으나, 여전히 중요한 영향력을 미치고 있었고, 내적 통제요인들 중 목표지향성향은 별다른 유의미한 효과가 없었으나, 긍정적 자아개념이 강한 청소년일수록 비행을 적게 하는 것으로 나타났다. 이 결과는 유발요인이 있더라도 긍정적 자아개념이 이러한 유발요인들의 영향력을 감소시키는 역할을 하고 있다는 것을 보여준다.

모델4는 모델3에 성별변수를 통제한 것으로, 그 결과 비행친구가 미치는 영향력은 그대로 유지되었지만, 비자가소유, 긍정적 자아개념의 효과가 감소되었다. 반면 외적 통제요인들 중 부모에 대한 애착과 지각된 부모의 통제는 오히려 그 영향력이 증가하였다. 이것은 성별에 따라서 외적 통제가 매우 상이하게 작용하고 있다는 점을 추정하게 하며, 남녀에 따라서 청소년 비행의 인과과정이 사뭇 다를 수 있다는 예상을 가능하게 한다. 표 3은 이러한 가능성을 탐색한다.

<표 3> 청소년비행을 종속변수로 한 위계적 회귀분석(OLS)

독립변수	표준화 회귀계수			
	모델1	모델2	모델3	모델4
가구소득	.019N.S.	.021N.S.	.021N.S.	.021N.S.
비자가소유(D)	.057***	.050**	.045**	.044**
비행친구	.510***	.497***	.493***	.493***
긍정적 자아	-	-	-.076***	-.071***
목표지향	-	-	-.006N.S.	-.002N.S.
부모애착	-	-.089***	-.071***	-.074***
부모통제	-	-.069***	-.060**	-.066***
주변통제	-	.049**	.042**	.040*
여학생(D)	-	-	-	.049**
모델 F검증	341.01***	189.01***	145.19***	130.46***
결정계수	.266	.287	.292	.295
사례수	2,820	2,820	2,820	2,820

N.S. not significant * P<.05 ** P<.01 *** P<.001

다음의 <표 3>은 성별에 따라서 표본을 나누어 다변량 회귀분석을 해 본 결과이다. 이 표에서 남자청소년과 여자청소년 모두 비행친구의 영향력이 강하게 나타나며, 또한 둘 다 긍정적 자아개념을 가질수록 비행을 적게 하는 것으로 나타난다. 반면 남자청소년의 경우 지각된 주변통제가 강할수록 비행을 많이 하는 것으로 나타나며, 여자청소년의 경우 지각된 부모의 통제가 강할수록 비행을 적게 하는 것으로 나타나고 있다.

남자청소년의 경우, 비행을 할 때 다른 사람들이 나를 어떻게 볼까하는 수치심, 걱정의 의미로 측정된 지각된 주변의 통제가 강할수록 비행을 많이 한다는 것은 오히려 비행을 많이 하는 남자청소년들이 주변에서 나를 어떻게 볼까하는 수치심이나 근심에 시달리고 있다는 것을 보여주는 결과라고 할 수 있을 것 같다. 그리고 여자청소년의 경우 부모에 의한 직접적인 통제와 관심이 여자청소년의 비행을 억제하는 데 중요한 역할을 할 수 있다는 것을 보여주지만, 남자청소년에 대한 부모의 통제는 비행을 억제하

는데 한계가 있다는 것을 보여준다. 특히 이러한 남녀에 따른 부모통제의 차별적인 효과는 헤이건(Hagan, 1989)의 권력통제이론의 예측과 매우 잘 맞아떨어지는 결과라고 할 수 있다.

<표 4> 성별로 나누어 본 다변량 회귀분석(OLS)

독립변수	남자청소년		여자청소년	
	b	β	b	β
상수	1.676	-	1.748	-
가구소득	0.000	0.025N.S.	0.000	0.003N.S.
비자가소유(D)	0.030	0.011N.S.	0.193	0.060N.S.
비행친구	0.069	0.352***	0.104	0.453***
긍정적 자아	-0.030	-0.083**	-0.031	-0.077**
목표지향	-0.009	-0.028N.S.	0.013	0.033N.S.
부모애착	-0.014	-0.046N.S.	-0.012	-0.038N.S.
부모통제	-0.016	-0.041N.S.	-0.041	-0.094***
주변통제	0.036	0.060*	0.018	0.024N.S.
모델 F검증	30.25***		57.26***	
결정계수	.153		.253	
사례수	1,343		1,364	

N.S. not significant * P<.05 ** P<.01 *** P<.001

다음으로 청소년비행 참여여부를 종속변수로 하여 이들 변수들의 영향력을 살펴보면, 유발요인들만을 투입한 모델1에서 비행친구가 많을수록, 자가소유의 집에 살지 않을수록, 가구소득이 낮을수록 비행을 많이 하는 것으로 나타났다. 그 중에서도 비행친구의 영향력은 단연 크게 나타났다. 모델2는 모델1에 포함된 유발요인에 부모애착, 부모통제, 주변통제와 같은 비공식적인 통제요인들을 투입한 것이다. 이렇게 새롭게 통제요인들을 통제 한 후에는 가구소득의 영향력은 사라졌고, 비자가소유의 영향력이 줄어든 반면, 비행친구의 영향력은 오히려 증가하였다. 또한 새롭게 투입된 통제요인들의 영향력이 모두 유의미한 것으로 나타났다. 다시 말해서 부모에

대한 애착이 강할수록 비행을 적게 하였고, 부모의 자녀에 대한 통제가 강할수록 자녀는 청소년비행을 적게 하는 것으로 나타났다. 그러나 전반적으로 볼 때, 비행친구와 같은 유발요인의 영향력에 비해 통제요인의 영향력은 상대적으로 적게 나타났다.

한편으로 주변의 통제가 강할수록 비행을 오히려 많이 하는 것으로 나타났다. 이것은 앞의 다변량 회귀분석에서도 동일하게 나타난 것이다. 이 변수가 비행을 했을 때 자신에 대해 가해지는 비난이나 수치심을 얼마나 두려워하는지를 측정한 변수라는 점을 감안할 때, 이렇게 예측된 방향과 영향력이 거꾸로 나타나는 것은 이 변수가 주변의 비공식적인 통제를 측정하기보다는 오히려 주변의 낙인을 측정하는 것이라는 것을 보여준다. 다시 말해서 이미 비행을 많이 해서 비행청소년으로 주변에서 인식된 경우 자신이 비행을 했을 때 나타날 수 있는 주위의 시선에 대해 별로 부담을 느끼지 않는다는 것을 알 수 있다.

모델3은 유발요인과 외적인 통제요인에 더해 내적인 통제요인들을 도입한 것이다. 이 모델에서 큰 변화는 없지만, 부모에 대한 애착요인의 영향력이 사라졌다는 점이 특이하며, 대신 새롭게 도입된 긍정적인 자아개념과 목표지향성향의 영향력이 유의미하게 나타났다. 다시 말해서 긍정적인 자아개념을 가지고 있는 청소년일수록 비행을 적게 하는 것으로 나타났으며, 목표지향적인 성향을 갖고 있을수록 비행을 많이 하는 것으로 나타났다. 이처럼 긍정적인 자아개념은 예측된 데로 영향을 미치고 있었지만, 목표지향적인 성향은 미약하기는 하지만 의외로 예측된 것과는 반대의 영향을 미치고 있었다.²⁾ 어쨌든 이 모델에서도 비행친구의 강한 영향력은 여전히 더 강해졌으며, 부모의 통제와 같은 외적 통제변수도 영향력이 약화되기는 했지만 계속 유의미한 효과를 나타냈다. 한편 이 모델에서 긍정적 자아개

2) 이것은 특히 앞의 개입된 비행의 수에 대해서는 유의미하지 않았고 여기에서도 크게 유의미하지는 않은 것으로 보아, 독립변수들 간의 간섭효과로 추정된다.

념이 통제되면서 부모에 대한 애착의 효과가 사라졌다는 점은 이 자아개념이 부모에 대한 애착에 의해 강한 영향을 받고 있다는 증거로 생각된다.

모델3에 성별변수를 투입한 모델4의 경우 새롭게 투입된 성별변수가 앞의 회귀분석 결과와는 다르게 별다른 영향력을 미치지 않는 것으로 나타났다. 그 외 다른 변수들의 효과도 별다른 변화를 나타내지 않았다. 이 결과는 성별이 많은 유형의 비행에 개입하게 하는 요인이지만, 비행에의 참여여부를 결정하는 요인은 아니라는 것을 보여준다.

<표 5> 비행여부를 종속변수로 한 로지스틱 회귀분석

독립변수	표준화 회귀계수			
	모델1	모델2	모델3	모델4
가구소득	-.058**	.011N.S.	.007N.S.	.007N.S.
비자가소유(D)	-.074***	.042*	.046*	.045*
비행친구	.999***	1.255***	1.393***	1.384***
긍정적 자아	-	-	-.080***	-.079***
목표지향	-	-	.054*	.055*
부모애착	-	-.063**	-.023N.S.	-.025N.S.
부모통제	-	-.090***	-.074**	-.078**
주변통제	-	.104***	.081***	.079***
여학생(D)	-	-	-	.026N.S.
모델 χ^2 검증	471.13***	658.65***	606.77***	608.00***
-2 Log L				
intercept only	4541.5	4541.5	3910.7	3910.7
with covariates	4070.4	3882.9	3304.0	3302.7
사례수	3,276	3,276	2,821	2,821

N.S. not significant * P<.05 ** P<.01 *** P<.001

V. 결론 및 논의

지금까지 이 연구는 긍정적 자아개념이 어떻게 청소년 비행을 억제할 수 있는지에 대해 여러 다른 유발 및 통제요인들과 함께 살펴보고자 하였다. 일반적으로 비행을 유발하는 요인들은 하층계급이 거주하는 지역에서 비행하위문화나, 이런 지역에서 청소년들이 상대적으로 많은 차별적인 비행친구들과의 접촉, 또는 사회적 불평등이나 열악한 생활조건에서 발생하는 긴장이 지적되어 왔다. 다른 한편으로 비행을 억제하는 요인으로는 부모나 주위 사람들에 의한 통제나 부모나 주위 사람 또는 조직에 대한 애착과 같은 외적 요인들과 긍정적인 자아개념이나 목표지향 성향 등이 중요한 것으로 지적되어 왔다.

이 연구는 이러한 여러 요인들을 레크리스의 통합적 설명도식에서 설명하고자 하였다. 레크리스는 하층계급 거주지역에서 열악한 생활조건에서 생기는 여러 가지 긴장과 유발적 비행친구관계에도 불구하고, 그곳에 거주하는 모든 청소년들이 비행을 하는 것은 아니라고 지적한다. 그에 의하면, 이렇게 비행을 하지 않는 청소년들은 자신에 대해 긍정적으로 생각하는, 다시 말해서 자아존중감이 높은 청소년들로서 이것은 여러 가지 유발요인들로부터 청소년들을 막아주는 절연체(insulator) 역할을 하기 때문에, 이들은 비행의 유혹에 빠지지 않을 수 있다고 한다.

이 연구의 분석결과는 대체로 이러한 레크리스의 설명에 잘 부합한다. 이 연구의 분석결과는 크게 다음의 몇 가지로 요약될 수 있다.

첫째, 자가소유가 아닌 불완전한 주거형태에서 살고 있는 청소년들은 비행의 압력에 시달리고 있다. 이것은 불완전한 주거환경에 노출된 청소년들이 느끼는 경제적인 긴장이 청소년들의 비행을 유발할 수 있다는 것을 보여준다.

둘째, 친한 친구들 중에 비행친구가 많은 청소년들은 지속적으로 매우 강한 비행의 압력을 받고 있다. 친밀한 사적 집단 내에서의 비행친구의 존재는 비행에 대한 긍정적인 정의를 학습하게 하여 청소년들을 비행으로 유인하는 매우 중요한 역할을 한다. 특히 여러 가지 유발요인들 중에서도 이 비행친구는 청소년 비행에 매우 큰 영향력을 미치고 있었다.

셋째, 외적, 내적 통제가 강한 청소년들의 경우 이러한 비행의 유발요인들의 유혹으로부터 비교적 다소나마 자유로울 수 있다. 특히 부모에 의한 통제는 청소년들의 비행을 억제하는 외적 통제요인이었다. 다시 말해서 부모가 자녀들의 행동을 많이 통제할수록 청소년들의 비행은 적은 것으로 나타났다. 그 외 부모에 대한 청소년들의 애착은 비행여부에 있어서는 부분적으로 비행을 억제하는 것으로 나타났으며, 개입된 비행의 수에 있어서는 지속적으로 비행을 억제하는 중요한 요인이었다. 그러나 이러한 외적인 통제요인 외에도 더욱 주목해 보아야 하는 것은 내적인 통제요인의 효과였다. 특히 청소년들의 긍정적 자아개념은 개입된 비행의 수나 비행여부의 모든 모델에서 비행을 억제하는 중요한 요인이었다. 다시 말해서 이 결과는 긍정적인 자아개념을 가진 청소년들은 여러 유발요인들의 존재에도 불구하고 비행에 참여하지 않을 수 있다는 것을 보여준다.

넷째, 여자청소년들과 남자청소년들의 비행에는 다소 다른 인과관계가 놓여있는 것으로 보인다. 비행여부에 대해서 성별은 중요한 요인이 아니었지만, 개입된 비행의 수에 있어서 성별은 유의미하게 중요한 요인이었다. 특히 여자청소년들의 경우, 부모의 직접적인 통제가 다양한 비행유발요인들의 영향을 억제하는데 중요한 역할을 하는 반면, 남자청소년들의 경우는 부모의 통제는 별 효과가 없었다. 또한 남자청소년의 경우 이전의 비행으로 불량청소년의 이미지를 갖고 있는 경우에는 주변의 통제가 눈길도 아무런 영향을 미치지 못하는 것으로 나타났다. 그럼에도 불구하고 남자청소년

년이나 여자청소년 모두에게 비행친구라는 유인요인은 매우 중요한 비행의 유발요인이었고, 또한 긍정적인 자아개념을 가진 청소년이라면 이런 유발요인으로부터 자신을 절연할 수 있는 것으로 나타났다.

결론적으로 레크리스와 그의 동료들의 이론을 “비행친구나, 열악한 환경과 같은 유발요인들에 비해 긍정적인 자아개념과 같은 통제요인이 더 중요하다”는 것을 주장하는 것이 아니라, 그러한 “유발요인에 의해 대부분의 청소년 비행이 설명되지만, 긍정적인 자아개념을 가진다면 이러한 유발요인들의 효과는 봉쇄될 수도 있다”는 의미로 받아들이는 것이 타당하다고 생각되며, 그렇다면 이 연구의 결과는 레크리스의 이론을 매우 적절히 지지한다고 할 수 있다. 이것은 비행친구라는 요인이 지속적으로 가장 중요한 비행의 유발요인이었으며, 또한 이보다 상대적으로 그 효과는 미약하지만, 긍정적인 자아개념이 지속적으로 비행에 매우 유의미한 억제력을 보여준다는 점에서 잘 알 수 있다.

이와 같이 이 연구의 분석결과는 레크리스와 그의 동료들의 봉쇄이론(containment theory) 또는 자아개념이론(self-concept theory)이 비교적 청소년비행을 설명하는데 잘 들어맞는다는 것을 보여준다. 그럼에도 불구하고 이 연구는 이들의 이론이 잘 설명하지 못하는 간극 또한 존재한다는 것을 보여준다. 이러한 간극은 권력통제이론이나 낙인이론과 같은 또 다른 다양한 설명에 의해 보충되어야 할 것이다.

나아가 이 연구의 분석결과는 초기의 자아개념이론에 대한 검증이 ‘긍정적 자아개념’을 동어반복적으로 측정한다는 비판을 극복한다. 이 연구는 긍정적인 자아개념을 동어반복의 소지가 거의 없는 ‘나 자신에 대한 성품이나 능력에 대한 평가’, 다시 말해서 자아존중감으로 측정하였음에도 불구하고, 긍정적인 자아개념의 비행에 대한 지속적이고 일관적인 영향력을 검증해 내었다는 중요한 가치를 지닌다. 그럼에도 불구하고 이 연구는 자

기보고식 조사가 가지는 일반적인 한계 외에도, 횡단적인 자료로 인해 보다 다양한 자아존중감과 관련한 인과관계를 적극적으로 검증하지 못했다는 한계를 갖는다. 이러한 한계는 청소년패널조사 자료가 차곡차곡 쌓이면 자연스럽게 해결될 수 있으리라 기대된다.

주제어: 레크리스, 붕쇄이론, 자아개념, 자아존중감

참고문헌

- 김은경·유가호. 2002. “아버지 양육태도와 아동의 자아존중감, 문제행동 간의 관계.” 『놀이치료연구』 (5):33-43
- 박상기·손동권·이순래. 2001. 『형사정책』. 한국형사정책연구원
- 이경남. 2002. “청소년의 애착, 자아존중감 및 충동통제가 비행에 미치는 영향.” 『대한가정학회지』 (40):191-206
- 이동원. 2004. “비행청소년의 자아개념과 재범가능성.” 『교정연구』 (24)39-68
- 이미리. 2004. “청소년 초기 자아존중감 발달과 가족, 친구, 학업, 여가, 직업 맥락 변인들의 관계: 긍정적 자아 평가와 부정적 자아 평가를 중심으로.” 한국청소년개발원. 『제1회 한국청소년패널 학술대회 자료집』:189-216
- 이운호. 2002. 『범죄학개론』. 박영사
- 임진영·장재숙. 2003. “어머니의 양육태도와 아동의 자아개념이 아동의 대인관계에 주는 영향: 종단적 분석.” 『초등교육연구』 (16): 379-399

- Becker, Howard S.. 1963. *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, MacMillan Publishing Co., Inc
- Braithwaite, John. 1989. *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press
- Cohen, Albert. 1955. *Delinquent Boys*. New York: Free Press
- Gottfredson, Michael, and Travis Hirschi. 1990. *A General Theory of Crime*, Stanford University Press
- Hagan, J.. 1989. *Structural Criminology*. New Brunswick: Rutgers University Press
- Hirschi, Travis. 1969. *Causes of Delinquency*, University of California Press
- Jang, Sung Joon and Terence P. Thornberry. 1998. "Self-Esteem, Delinquent Peers, and Delinquency: A Test of the Self-Enhancement Thesis." *American Sociological Review*(63): 586-98
- Kaplan, H. B., R. J. Johnson, and C. A. Bailey. 1986. "Self-Rejection and the Explanation of Deviance: Refinement and Elaboration of a Latent Structure." *Social Psychology Quarterly*(46):110-28
- Kaplan, H. B., R. J. Johnson, and C. A. Bailey. 1987. *Deviant Peers and Behavior: Further Elaboration of a Model*." *Social Psychology Quarterly*(50):277-84
- Kaplan, H. B., R. J. Johnson, and C. A. Bailey. 1988. "Explaining adolescent Drug Use: An Elaboration Strategy for Structural Equations Modeling." *Psychiatry*(51):142-61
- Kaplan, Howard B. 1977. "Increase in Self Rejection and

- Continuing/Discontinued Deviant Responses." *Journal of Youth and Adolescence*(6):77-88
- Kaplan, Howard B. 1978. "Deviant Behavior and Self-Enhancement in Adolescence." *Journal of Youth and Adolescence*(7):253-277
- Kaplan, Howard B. 1980. *Deviant Behavior in Defense of Self*. New York: Academic Press
- Lemert, Edwin M. 1951. "Primary and Secondary Deviation", in Stuart H. Traub and Craig B. Little(eds.). 1994. *Theories of Deviance*, 4th Edition,, F. E. Peacock Publishers, Inc.
- Levy, Kenneth St. C.. 1997a. "The Contribution of Self-Concept in the Etiology of Adolescent Delinquency." *Adolescence*(32):671-86
- Levy, Kenneth St. C.. 1997b. "Multifactorial Self-Concept and Delinquency in Australian Adolescents." *The Journal of Social Psychology*(137):277-83
- Levy, Kenneth St. C.. 2001. "The Relationship Between Adolescent Attitudes towards Authority, Self-Concept, and Delinquency." *Adolescence*(36):333-46
- Marshall, W. L., Frances Champagne, Christine Brown, and Sarah Miller. 1997. "Empathy, Intimacy, Loneliness, and Self-Esteem in Nonfamilial Child Molesters: A Brief Report." *Journal of Child Sexual Abuse*(6):87-98
- Merton, Robert. 1938. "Social Structure and 'Anomie'." *American Sociological Review*(3):672-682
- Nye, F. Ivan. 1958. *Family Relationships and Delinquent Behavior*. New York: Wiley

- Reckless, Walter, Simon Dinitz, and Ellen Murray. 1956. "Self-Concept as an Insulator against Delinquency." *American Sociological Review*(21):744-46
- Reckless, Walter, Simon Dinitz, and Ellen Murray. 1957. "The Good Boy in a High Delinquency Area: Four Years Later." *American Sociological Review*(23):555-58
- Reckless, Walter. 1961. "A New Theory of Delinquency and Crime." *Federal Probation*(25):42-46
- Reckless, Walter. 1967. *The Crime Problem*. New York: Appleton-Century-Crofts.
- Reiss, Albert J.. 1951. "Delinquency as the Failure of Personal and Social Controls." *American Sociological Review*(16):196-207
- Rosenberg, Morris, Carmi Schooler, and Carrie Schoenbach. 1989. "Self-Esteem and Adolescent Problems: Modeling Reciprocal Effects." *American Sociological Review*(54):1004-18
- Sutherland, Edwin H. 1947. *Principles of Criminology*. Philadelphia: Lippincott

Positive Self-Concept and Juvenile Delinquency: The Test of Reckless's Containment Theory

Park, Cheol-Hyun*
Seo, Young-Jo**

This study is a test on Reckless's containment theory. Recently, his concept of positive self-concept has tested through the concept of self-esteem, in order to escape from the problem of tautological problem. So, this study tests on effects of self-esteem on juvenile delinquencies in the sample of middle-school students(N=3,449), controlling the various variables; i.e. the provocative factor such as a poor income, a strain from poor resident environment, and a differential association with delinquent peer, the control variables such as a attachment on parents, a goal-attainment propensity, a parental control on juvenile, and a neighborhood control.

The results of the analysis on this data show that the positive self-concepts of juveniles have a persistent significant effects on juvenile delinquency, with the significant effects of various covariates such as the number of delinquent peer, the non-own house, the parental controls, and etc. Finally, this study finds full empirical support for Reckless and his associates' containment theory.

Keywords: Reckless, Containment Theory, Self-Concept, Self-Esteem

* Associate Professor, Department. of Police Science, Dongeui University

** Associate Professor, College of Law & Political Sciences, Dongeui University

미국의 재판전서비스제도

최 석 윤*

I. 시작하는 말

보호관찰제도는 비행소년이나 유죄가 인정된 범죄인에 대하여 소년원이나 교도소 등 보호시설 또는 교정시설에 수용·처우하는 대신 일정한 기간을 정하여 사회 내에서 자유롭게 정상적인 사회활동을 할 수 있게 허용한 상태에서 전문지식과 소양을 갖춘 보호관찰관의 지도·감독과 원호를 받게 하여 건전한 사회복귀를 도와줌으로써 재범의 방지와 아울러 범죄로부터 사회를 방위하고자 하는 사회내처우의 수단을 말한다. 이와 같은 보호관찰제도는 1963년 개정 소년법에 의해 우리나라에서 처음으로 법제화되었다. 그러나 이것은 보호관찰제도를 전담하는 기구나 프로그램이 없는 상태에서 법률규정만 마련한 것이었기 때문에 형식적 규정에 불과하였다. 그 이후 1988년 보호관찰법의 제정으로 전체적인 체계가 확립되고 1989년 7월부터 시행됨으로써 우리나라에 보호관찰제도가 실질적으로 도입되었다. 그리고 1995년 개정 형법에 의해 1997년부터 성인범죄인에 대해서도 보호관찰제도가 전면적인 실시가 이루어짐으로써 폭발적으로 수요가 늘기 시작하였다. 오늘날 우리나라에서 보호관찰제도는 그 일천한 역사에도 불구하고 많은 비용을 들이지 않으면서도 범죄인의 재사회화와 재범방지효과

* 한국해양대학교 해양경찰학과 교수, 법학박사

가 매우 높을 뿐만 아니라 인권친화적인 사회내처우로서 그 중요성이 명확하게 인식되고 있는 실정이다.

그럼에도 불구하고 우리나라에서 보호관찰제도는 아직 인적·물적 인프라의 측면에서 폭증하는 수요를 따라가지 못하고 있을 뿐만 아니라 다이버전이념에 부합하는 제도정비의 측면에서도 불완전한 상태에 있기 때문에 국가의 더 많은 지원과 사회·학계의 꾸준한 관심이 요구되고 있는 상황이다. 특히 범죄인의 재사회화를 통한 재범방지와 사회방위를 추구하는 우리나라의 형사사법 시스템 내에서 아직 처벌과 수용위주의 전통적인 교정관이 뿌리 깊게 자리매김하고 있기 때문에 경제적이면서도 재사회화의 효과가 높을 뿐만 아니라 인권친화적인 보호관찰제도의 장점을 충분히 활용할 수 있는 시스템을 확립하지 못하고 있는 실정이다. 그에 반해서 미국의 경우를 예로 들자면, 재판단계에서 판결전조사와 재판이후의 보호관찰을 적극적으로 활용하고 있을 뿐만 아니라 형사절차의 초기단계에 해당하는 재판이전단계에서부터 다이버전이념을 실현하기 위해 재판전서비스제도를 적극적으로 활용하고 있다. 미국에서 운영되고 있는 재판전서비스제도의 핵심은 법원의 재판전석방여부에 대한 결정을 위한 ‘재판전서비스조사’와 재판전석방이후의 ‘보호관찰 내지 감독’이라는 두 가지 기능이다. 이것은 마치 법원의 양형을 위한 ‘판결전조사’와 판결이후의 ‘보호관찰 내지 감독’이라는 두 가지 기능이 보호관찰제도의 핵심인 것과 마찬가지로이다. 따라서 광의의 보호관찰제도는 재판전서비스제도를 포함하며, 다이버전이념과 보호관찰제도의 취지를 온전하게 살리기 위해서는 협의의 보호관찰제도뿐만 아니라 형사절차의 초기단계에서 활용할 수 있는 재판전서비스제도도 필요불가결하다고 할 수 있다.

앞에서 살펴본 바와 같이 보호관찰제도의 핵심은 법관의 양형을 위한 ‘판결전조사’와 판결이후의 ‘보호관찰 내지 감독’이라는 두 가지 기능이다.

그런데 우리나라에서 보호관찰제도의 운영현실과 관련된 인적·물적 인프라의 측면을 도외시하고 제도적인 측면에서만 보더라도 ‘보호관찰 내지 감독’의 기능은 어느 정도 정비가 되어 있다고 할 수 있지만, ‘판결전조사’의 기능은 제대로 정비되어 있지 않은 실정이다. 즉 판결전조사제도는 소년형사범뿐만 아니라 성인형사범에 대해서도 적용되고 사회내처우의 적격성판단뿐만 아니라 양형일반을 위해 적용될 때 완전한 기능을 다한다고 할 수 있다. 우리나라에서는 판결전조사제도가 소년형사범에 대해서 그것도 사회내처우의 적격성판단에만 적용되고 있을 뿐이기 때문에 전체 기능의 25%밖에 발휘하지 못하고 있다고 할 수 있다.¹⁾ 더 나아가 다이버전이념을 실현하기 위한 광의의 보호관찰제도는 미국에서 운용되고 있는 재판전서비스제도도 포함한다고 볼 수 있다. 그런데 우리나라에서는 재판이전단계에서 재판전석방여부에 대한 결정을 위한 ‘조사’와 재판전석방이후의 ‘보호관찰 내지 감독’에 관한 제도가 전혀 마련되어 있지 않은 상황이다. 다이버전이념을 실현하기 위한 광의의 보호관찰제도를 전제로 한다면, 우리나라의 보호관찰제도는 전체기능의 40%에도 미치지 못하는 것이라고 할 수 있다.

따라서 다이버전이념을 실현하기 위한 제도정비라는 관점에서 본다면, 판결전후의 보호관찰제도뿐만 아니라 재판이전단계에서부터 조사와 보호관찰을 활용할 수 있는 재판전서비스제도가 마련될 경우에 비로소 보호관찰제도가 완전히 제 모습을 갖추게 된다고 볼 수 있을 것이다. 이하에서는 바로 이와 같은 맥락에서 미국의 형사절차에서 재판단계뿐만 아니라 재판이전단계부터 조사와 보호관찰을 적극적으로 활용하고 있는 재판전서비스

1) 물론 최근에는 법원이 20세 이상의 성인에 대하여 판결전조사를 의뢰한 건수가 전체의 약 19% 정도에 이르고 있기 때문에 이미 재판실무에서 성인에 대한 판결전조사제도가 활용되고 있는 실정이다. 그러나 이것은 어디까지나 법원의 임의적인 판단에 의한 것이고 법적 근거에 의해 뒷받침이 되는 것은 아니다. 따라서 성인에 대해서도 사회내처우의 적격성판단뿐만 아니라 양형일반을 위해서 판결전조사제도를 활용할 수 있도록 관련 법규를 정비하여야 한다.

제도의 의의와 연혁(Ⅱ), 재판전서비스제도의 내용(Ⅲ), 재판전서비스제도의 운영실태(Ⅳ)에 대해 살펴보고, 결론(Ⅴ)에서는 우리나라에 재판전서비스제도를 도입해야 할 필요성을 강조하면서 그것의 도입방안을 개략적으로 제시하고자 한다.

Ⅱ. 재판전서비스제도의 의의와 연혁

1. 재판전서비스제도의 의의

미국에서는 매년 천만명이 넘는 사람들이 범죄행위로 인해 체포되고 있으며, 이들에 대해 법원은 재판이전에 석방할 것인가 아니면 구금할 것인가를 먼저 결정하여야 한다. 피의자 내지 피고인에 대한 불필요한 구금은 과도한 인권침해와 불필요한 형사사법비용을 초래할 뿐만 아니라 구치소의 과밀수용문제를 초래하게 된다. 그에 반해 피의자 내지 피고인에 대한 부적절한 석방은 사회일반의 안전에 심각한 위험을 초래하게 된다. 바로 이와 같은 맥락에서 불필요한 미결구금을 최소화하기 위한 수단인 동시에 재판이전에 석방된 사람이 저지르는 재판전범죄를 최소화하기 위한 수단이라는 두 가지 의미를 가지고 탄생한 것이 미국의 재판전서비스제도이다.²⁾ 그러므로 재판전서비스제도의 목표는 정해진 기일에 대상자의 법정 출석을 보장하고 사회일반에 대한 위험을 최소화할 수 있는 범위 내에서 가능한 한 많은 사람을 재판이전에 석방하는 것이라고 할 수 있다.³⁾

2) John Clark/D. Alan Henry, Pretrial Services Programming at the Start of the 21st Century, Bureau of Justice Assistance, 2003, 49면.

3) Goldkamp, J.S., "Judicial Responsibility for Pretrial Release Decision Making and the Information Role of Pretrial Services," Federal Probation, 1993, 31면.

이와 같은 재판전서비스제도에서 재판전서비스관(Pretrial Services Officer)은 ‘피의자 내지 피고인의 재판전석방권’과 ‘그들의 출석과 일반인의 안전에 대한 법원의 염려’를 고려하여 양자 사이에 균형을 유지하면서 법원에 대해 ‘조사’와 ‘감독’이라는 두 가지 중요한 서비스를 제공하고 있다. 이처럼 재판전서비스관은 법관이 재판전석방여부에 대해 적절한 결정을 내릴 수 있도록 피의자와 감독조건에 관한 정보를 제공하고 석방결정 이후에는 그들을 감독하는 역할을 담당함으로써 미국의 형사사법절차에서 핵심적인 역할을 수행하고 있다. 이와 같은 두 가지 기능이 제대로 수행된다면, ① 불필요한 재판전구금의 최소화, ② 구치소과밀수용문제의 완화와 구치소신축에 따르는 비용절감, ③ 사회일반의 안전증대, ④ 재판전절차에서 공정성과 정의의 실현 등의 성과를 달성할 수 있다.⁴⁾ 미국의 재판전서비스제도에서 재판전서비스관이 담당하는 역할을 좀 더 자세히 살펴보자면 다음과 같다.

첫째, 재판전서비스관은 형사사법절차의 출발점에 해당하는 초기단계에서부터 활동을 개시한다. 실제로 재판전서비스관은 피의자들이 체포된 이후에 마주치는 첫 번째의 법원대리인이 되는 경우가 허다하다. 일반적으로 말하자면, 재판전서비스관의 임무는 범죄의 혐의를 받고 있는 피의자들을 조사하는 것, 피의자를 석방할 것인지 아니면 구금할 것인지에 대해 보고서를 통해 법원에 권고하는 것, 그리고 재판기일을 기다리는 기간동안 지역사회에 석방된 피의자들을 감독하는 것이다.

둘째, 재판전서비스관은 일상적인 업무활동에서 무죄추정이라는 형사법의 신성한 원칙을 항상 염두에 두어야 한다. 재판전서비스관은 피의자가 재판이전에 구금되지 않을 경우 도망하거나 타인을 위태롭게 할 수 있다

4) Barry Mahoney/Bruce D. Beaudin/John A. Carver III/Daniel B. Ryan/Richard B. Hoffman, Pretrial Services Programs: Responsibilities and Potential, National Institute of Justice, 2001, 3면 이하 참조.

는 현실과 무죄추정 사이에서 균형을 유지해야만 한다. 피의자 내지 피고인은 언제든지 피해자 또는 증인과 같은 사람이나 지역사회에 위해를 가할 수 있다. 즉 피의자 내지 피고인은 언제든지 범죄행위를 저지를 수 있다. 따라서 재판전서비스관은 석방될 경우 재판정에 출석하지 않거나 새로운 범죄로 인하여 체포될 가능성이 큰 사람을 구별해 내야하고, 그러한 피의자 내지 피고인에 대해서는 출석을 담보하고 재판전범죄를 방지할 수 있는 엄격한 조건을 권고해야하며, 그와 같은 조건이 통하지 않을 경우 구금을 권고해야한다. 피의자 내지 피고인에게 그러한 위험이 없을 경우 재판전서비스관은 피의자 내지 피고인이 법정에서 출석하고 위험을 야기하지 않도록 보장할 수 있는 가장 덜 엄격한 조건을 권고해야한다.

셋째, 재판전서비스관은 법원, 지역사회, 그리고 피의자 내지 피고인에게 유익한 서비스를 제공하기 위해 법관, 순회법관, 기타 법원직원들뿐만 아니라 검사, 변호인, 주나 지방의 법집행관 및 처우제공자와도 협력관계를 유지해야 한다. 즉 재판전서비스관은 법원, 경찰, 검찰, 교정보호기관 등의 형사사법기관과 지역사회와의 협력을 전제로 할 때에 비로소 감독대상자의 불출석과 재판전범죄를 최소화할 수 있다.⁵⁾

2. 재판전서비스제도의 연혁

미국의 재판전서비스제도는 1960년대와 1970년대의 보석개혁운동에서 비롯되었으며, 50여년 가까이 보호관찰제도⁶⁾와 함께 시행되어 왔다. 미국

5) Barry Mahoney/Bruce D. Beaudin/John A. Carver III/Daniel B. Ryan/Richard B. Hoffman, 앞의 보고서, 9면 이하 참조.

6) 미국의 보호관찰제도에 관해서는 예컨대 광병선, “미국에 있어서 구금형의 대체수단으로서의 중간처우”, 형사정책, 제11호, 1999; 박상기, “미국에서의 Probation과 Parole에 관한 소고”, 형사정책연구, 통권 제7호, 1991, 221면 이하; 장규원, “보호관찰의 이념과 모델에 관한 연구”, 형사정책연구, 통권 제31호, 1997, 169면 이하 참조.

에서 형사사법의 심장부에는 ‘기본적 공정성’과 ‘평등한 정의’의 관념이 자리매김하고 있다. 즉 전통적인 보석제도는 보석보증금을 지불할 수 있는 사람과 그렇지 못한 사람을 차별하는 결과를 초래하기 때문에 공정성과 정의의 이념에 반한다.⁷⁾ 따라서 1960년대와 1970년대에 이러한 모순을 줄이기 위한 보석개혁운동을 통해 재판전서비스제도가 발전하게 되었으며, 1980년대에는 범죄로 인해 체포된 사람의 인원수가 급증함으로써 구치소의 과밀수용문제를 해결하기 위한 수단으로 재판전서비스제도가 한층 더 발전하게 되었다.⁸⁾

1961년 뉴욕시에서 최초의 재판전서비스프로그램이 수립된 이래⁹⁾ ‘1982년 재판전서비스법’¹⁰⁾에 의해 미국전역에 걸쳐 재판전서비스를 시행할 수 있는 법적 근거가 마련되었으며, 현재 94개의 모든 연방법원관할지구와 300개 이상의 지역에서 재판전서비스프로그램이 운영되고 있다. 재판전서비스프로그램이 운영되기 시작한 초기단계에서는 각 지역마다 서로 다른 목적을 추구하였다. 즉 어떤 지역에서는 단순히 구치소수용인원을 줄이기 위한 목적에서 재판전서비스프로그램을 운영하였던 반면, 어떤 지역에서는 법원에 의해 석방되어 재판을 기다리는 사람들에게 지도와 감독을 제공하기 위해 재판전서비스프로그램을 운영하였다. 그리고 어떤 지역에서는 특

7) 오늘날 미국에서 여전히 보석보증금에 의한 보석이 중요한 재판전석방의 조건으로 이용되고 있지만, 재판전서비스제도의 발전에 의해 재판전서비스프로그램이 재판전의 석방여부를 결정하는 법관에게 보석 이외의 결정적인 대안을 제시하고 있다. 자세한 내용은 Barry Mahoney/Bruce D. Beaudin/John A. Carver III/Daniel B. Ryan/Richard B. Hoffman, 앞의 보고서, 63면 이하 참조.

8) Barry Mahoney/Bruce D. Beaudin/John A. Carver III/Daniel B. Ryan/Richard B. Hoffman, 앞의 보고서, 7면 이하 참조.

9) 이 프로그램의 명칭은 ‘맨하탄보석프로젝트’였으며, 법관이 경제적 수단에 의한 석방에 덜 의존하면서도 좀 더 일관된 석방결정을 내릴 수 있도록 도와주는 것이 그 목적이었다. 자세한 내용은 Ares, C.E./A. Rankin/H. Sturz, “The Manhattan Bail Project: An Interim Report on the Use of Pretrial Parole,” New York University Law Review, 1963, 67면; John Clark/D. Alan Henry, 앞의 보고서, 1면 참조.

10) 이 법은 현재 18 U.S.C § 3141로 규정되어 있으며, 그 내용은 재판전석방 또는 재판전구금과 판결전석방 또는 판결전구금에 관한 것이다.

정한 피의자집단 내지 피고인집단을 겨냥하였던 반면, 다른 어떤 지역에서는 체포된 모든 사람을 겨냥하여 재판전서비스프로그램을 운영하였다. 그러나 미국변호사협회가 1968년에 ‘재판전석방기준’ 제1판¹¹⁾과 1985년에 제2판 및 2002년에 제3판을 발간하고, 국립재판전서비스기관협회가 1978년에 ‘재판전석방의 기준과 목표’¹²⁾를 발간한 이래 대부분의 재판전서비스프로그램들이 그러한 전국적 기준에 따라 운영되고 있다. 그리고 1979년에 재판전서비스자원센타가 재판전서비스프로그램의 운영실태에 관한 최초의 조사연구를 수행한 이래,¹³⁾ 1989년¹⁴⁾과 2001년¹⁵⁾에도 법무부 사법지원국의 지원에 의한 조사연구가 수행되었다. 이와 같은 재판전서비스프로그램의 운영실태에 관한 연구는 전국적으로 통일된 기준을 마련하고 합리적인 프로그램을 개발하는 데 기여하고 있다.

물론 재판전서비스프로그램이 성공하기 위해서는 적어도 잘 훈련된 재판전서비스관의 확보, 올바른 목표와 방향설정, 전국적 기준에 부합하는 운영매뉴얼의 확보 등이 전제되어야 한다. 재판전서비스프로그램의 운영실태에 대한 최근의 조사연구에 따르면,¹⁶⁾ 아직 법집행권한의 강화, 숙련된

11) Standards Relating to Pretrial Release, New York, N.Y.: American Bar Association, 1968.

12) Standards and Goals for Pretrial Release, Washington, D.C.: National Association of Pretrial Services Agencies, 1978.

13) 1979년의 조사연구결과는 1982년에 보고서로 발간되었다. Donald E. Pryor, Practices of Pretrial Release Programs: Review and Analysis of the Data, Washington, D.C.: Pretrial Services Resource Center, 1982.

14) 1989년의 조사연구결과는 1991년에 보고서로 발간되었다. Kristen L. Segebarth, Pretrial Services and Practices in the 1990s: Findings From the Enhanced Pretrial Services Project, Washington, D.C.: National Association of Pretrial Services Agencies, 1991.

15) 2001년의 조사연구결과는 2003년에 보고서로 발간되었다. John Clark/D. Alan Henry, Pretrial Services Programming at the Start of the 21st Century, Bureau of Justice Assistance, 2003.

16) 202개의 조사대상프로그램 가운데 6%는 1960년대, 23%는 1970년대, 24%는 1980년대, 43%는 1990년대, 그리고 4%는 2000년대에 시작된 것으로 나타난다. 자세한 내용은 John Clark/D. Alan Henry, 앞의 보고서, 6면 참조.

직원의 확보, 전국적 기준에 부합하는 운영매뉴얼의 마련, 피의자 내지 피고인에 대한 위험성평가기준의 객관성과 타당성, 정보수집능력의 제고 등의 측면에서 개선의 여지가 있지만,¹⁷⁾ 전반적으로 긍정적인 발전이 이루어지고 있는 것으로 나타나고 있다.¹⁸⁾ 그리고 오늘날 미국의 재판전서비스제도는 형사절차의 초기단계에서 활용되고 있기 때문에 형사사법제도를 획기적으로 개선할 수 있는 중요한 자원으로 평가받고 있다.¹⁹⁾

Ⅲ. 재판전서비스제도의 내용

여기서는 재판전서비스관의 임무와 역할을 중심으로 미국의 재판전서비스제도의 내용을 간략히 소개하고자 한다. 앞에서 살펴본 바와 같이 재판전서비스관의 임무는 재판전서비스조사, 재판전서비스보고서, 피의자 내지 피고인의 감독 및 재판전다이버전프로그램과 관련된 것이다.

1. 재판전서비스조사

재판전서비스관은 피의자 내지 피고인과 그의 재판전석방적격성에 관한 중요한 정보를 수집하고 검증하는 방식으로 재판전서비스조사를 수행하며, 재판전서비스조사보고서를 작성하여 법원에 제출한다. 새로 체포된 피의

17) 앞으로 개선해야 할 사항으로 특히 자동지문인식시스템, 휴대용컴퓨터, 비디오, 자동응답전화기, 전자감시, GPS 등 첨단기술이나 장비의 활용도를 높이는 것, 재판전서비스관에 대한 신입교육과 재교육을 강화하는 것, 법원이 재판전석방권한을 경찰, 검찰, 재판전서비스관 등에게 위임하는 것 등이 논의되고 있다. 자세한 내용은 Barry Mahoney/Bruce D. Beaudin/John A. Carver III/Daniel B. Ryan/Richard B. Hoffman, 앞의 보고서, 57면 이하 참조.

18) John Clark/D. Alan Henry, 앞의 보고서, 50면.

19) Barry Mahoney/Bruce D. Beaudin/John A. Carver III/Daniel B. Ryan/Richard B. Hoffman, 앞의 보고서, 3면 이하 참조.

자²⁰⁾와 적절한 감독조건에 관한 정보를 수집·검증·분석하는 것이 재판 전서비스제도의 핵심에 해당한다.²¹⁾ 재판전서비스조사를 위해 재판전서비스관은 피의자 내지 피고인과 면담하고 그가 제공한 정보의 진위를 다른 통로를 통해 검증한다. 재판전서비스관이 피의자가 체포되었다는 정보를 처음으로 접하는 순간에 재판전서비스조사가 시작된다. 체포담당자 또는 사건담당자는 재판전서비스사무소에 연락하여 피의자의 성명, 생일, 사회보안번호(Social Security Number), 죄명, 체포상황, 면담이 가능한 장소 등과 같은 피의자에 관한 정보를 알려준다.²²⁾ 피의자와 면담하기 전에 재판전서비스관은 전과기록을 점검하고, 가능한 경우에는 피의자, 죄명, 석방여부에 대한 정부의 입장 등에 관해서 검사보와 대화를 한다. 면담의 목적은 피의자가 어떻게 살아왔고, 어디에서 살고 있으며, 어떤 일을 하며 살아왔는지를 확인하는 것이다.

재판전서비스관은 다른 사람이나 서류 또는 인터넷검색 등과 같은 다른 통로를 통해 얻은 정보를 가지고 피의자가 제공한 정보의 진위를 검증할 수 있을 뿐만 아니라 피의자가 제공한 것보다 더 많은 것을 확인할 수 있다. 예컨대 재판전서비스관은 배경정보를 확인하기 위해 피의자의 가족과 친지를 만나고, 고용관계를 확인하기 위해 고용주를 만나고, 전과기록을 점검하기 위해 경찰관을 만나고, 은행잔고와 신용카드의 상태를 확인하기

20) 미국에서는 경죄(misdemeanor)의 피의자뿐만 아니라 중죄(Felony)의 피의자도 재판전에 석방되고 있는데, 중죄피의자의 재판전석방비율은 사법관할구역에 따라 18%에서 88%에 이르기까지 매우 다양하다. 자세한 내용은 예컨대 Clark, J./D.A. Henry, "The Pretrial Decision," Judicature, 1997, 76면 이하 참조.

21) Barry Mahoney/Bruce D. Beaudin/John A. Carver III/Daniel B. Ryan/Richard B. Hoffman, 앞의 보고서, 21면 이하 참조.

22) 최근 미국에서는 재판전서비스사무소, 구치소, 법원, 보호관찰소, 경찰, 검찰, 교정기관 등의 형사사법기관이 피의자 내지 피고인과 범죄인에 관한 정보를 공동으로 활용할 수 있는 통합사법정보시스템을 구축하려고 시도하고 있는데, 이것의 장점을 들자면 신속하게 정보에 접근할 수 있고 불필요한 중복조사를 피할 수 있을 뿐만 아니라 정보의 신뢰성을 높일 수 있다는 것이다. 자세한 내용은 Barry Mahoney/Bruce D. Beaudin/John A. Carver III/Daniel B. Ryan/Richard B. Hoffman, 앞의 보고서, 55면 이하 참조.

위해 금융기관을 방문하고, 피의자의 운전면허와 자동차등록 상황을 확인하기 위해 자동차등록사무소를 방문한다.

그런데 현실적으로 피의자가 법원에 최초로 출석하는 시간에 맞추어 재판전서비스조사를 수행하는 것은 쉽지 않은 일이다. 때때로 재판전서비스관은 체포기관이 피의자의 신병을 확보할 때까지 기다려야 하거나 피의자의 신병처리를 끝낼 때까지 기다려야 한다. 어떤 때에는 변호인이 피의자 내지 피고인을 면담하고 있거나 피의자에게 재판전서비스관의 질문에 대답하지 말라고 이야기한다. 어떤 때에는 재판전서비스관이 통역인을 기다려야 하거나 면담장소가 빌 때까지 기다려야 한다. 어떤 때에는 피의자가 거짓정보를 제공하거나 그 정보를 검증할 수 있는 사람을 찾을 수가 없기 때문에 정보를 검증하기 어려운 경우도 있다.

면담은 대체로 경찰서, 지방구치소, 또는 재판전서비스사무소 등에서 이루어진다. 면담을 하는 동안 재판전서비스관은 가능한 한 피의자와 비밀리 대화를 하고, 피의자와 상호작용을 하는 동안 객관적인 입장을 견지하고, 피의자가 제공한 정보는 석방여부를 결정하는 데 사용될 것이라는 사실을 알려 준다. 그러나 재판전서비스관은 혐의를 받고 있는 범죄에 관해서나 피의자의 유무죄에 관해서는 논의를 하지 않고, 피의자에게 법적 조언을 하거나 변호인을 추천하지도 않는다.²³⁾

2. 재판전서비스보고서

재판전서비스관이 준비하여 제출한 재판전서비스조사보고서는 법원이 재판전의 석방여부를 결정할 때 사용된다. 따라서 법원의 양형을 위한 것이 판결전조사보고서(Presentence Investigation Report)라면, 법원의 재판

23) 이와 같은 재판전서비스관의 태도는 효과적인 면담수행을 위해 대부분의 재판전서비스 프로그램의 운영매뉴얼에서 권장되고 있는 내용이다. Barry Mahoney/Bruce D. Beaudin/John A. Carver III/Daniel B. Ryan/Richard B. Hoffman, 앞의 보고서, 29면.

전석방여부에 대한 결정을 위한 것이 바로 재판전서비스보고서(Pretrial Services Report)이다.

이와 같은 재판전서비스보고서를 작성할 때 재판전서비스관은 피의자 내지 피고인이 법정에 출석할 것인지 여부와 재판전범죄와 같은 문제를 일으키지 않을 것인지 여부에 관한 두 가지 기본적 질문을 염두에 두고 있다. 만약 법정에 출석할 개연성이 높지 않고 문제를 일으킬 개연성이 있으면, 어떠한 조건을 붙여서 법정에 출석할 개연성을 높이고 문제를 일으킬 소지를 줄일 수 있을 것인가에 대해 고민을 한다.²⁴⁾ 재판전서비스관은 법원에 대해 피의자의 석방여부에 대해 권고하기 전에 위험성과 불출석이라는 두 가지 요소 모두에 대해 심사숙고한다. 예컨대 피의자가 혐의를 받고 있는 범죄와 피의자의 약물남용경력은 위험성과 불출석의 개연성을 판단하는 데에서 불리하게 작용할 것이다. 이전의 체포경력, 유죄판결, 또는 폭행경력 등의 요소는 위험성에 대한 우려를 가중시킬 것이다. 피의자의 이주경력과 가족 및 지역사회와의 결속정도 등과 같은 요소는 출석여부에 대한 판단에 중대한 영향을 미친다. 따라서 재판전서비스보고서는 최소한 ① 성명, 생년월일, 성별 등을 포함하는 당사자의 인적 사항, ② 주거, 고용, 가족관계, 친지관계, 피해자와의 관계 등을 포함하여 지역사회의 결속정도를 판단할 수 있는 사항, ③ 알코올남용, 마약남용 등을 포함하는 육체적·정신적 상태, ④ 청소년비행기록 등을 포함하는 전과기록, ⑤ 이전에 재판전서비스프로그램에 의해 감독을 받았던 기록 등을 그 내용으로 하고 있다.²⁵⁾

만약 위험요소가 없는 것이 분명하면 재판전서비스관은 보증인의 서약

24) 미국에서 재판전서비스프로그램에 의해 재판전서비스관의 감독을 받고 있는 감독대상자가 정해진 기일에 법정에 출석하지 않은 경우에도 통상적으로 재판전서비스관이 찾아가서 만난 다음에는 대부분 법정에 출석하고 있다. 그러나 불출석은 법원의 재판일정에 지장을 초래하고, 피해자와 그 밖의 증인들에게 불편을 야기하고, 사건처리를 지연시키는 결과를 초래한다.

25) Barry Mahoney/Bruce D. Beaudin/John A. Carver III/Daniel B. Ryan/Richard B. Hoffman, 앞의 보고서, 22면 이하 참조.

에 기초한 석방을 권고한다.²⁶⁾ 만약 위험요소가 존재하면 재판전서비스관은 조건부석방을 권고하거나 구금을 권고한다. 석방조건은 피의자마다 다르지만, 석방기간동안 피의자나 피고인이 연방범죄, 주범죄, 지방범죄를 저지르지 말아야 한다는 공통적인 조건을 항상 포함하고 있다. 출석확보와 일반인의 안전확보라는 목적을 달성하기 위해 재판전서비스관은 다양한 석방조건들을 권고하고 이에 대해 법원이 결정을 내린다. 예컨대 무기소지를 금지하는 것, 피해자와 접촉을 금지하는 것, 알코올남용 또는 마약남용을 금지하는 것, 피의자 내지 피고인의 활동의 자유를 제한²⁷⁾하거나 친지와 교제를 제한하는 것, 피의자 내지 피고인에게 직업을 찾고 고용상태를 유지하도록 요구하는 것, 교육 또는 훈련을 받도록 요구하는 것, 여권 제출을 요구하는 것 등을 그러한 조건의 예로 들 수 있다.²⁸⁾ 피의자 내지 피고인이 출석하지 않을 개연성이 있으면, 재판전서비스관은 보석보증금을 권고하기도 하는데, 이러한 보증금은 피의자 내지 피고인이 지시대로 법정에 출석하지 않을 경우 몰수된다.

3. 피의자 내지 피고인의 감독

재판전서비스관은 피의자 내지 피고인이 법원이 명령한 석방조건을 준

26) 재판전석방여부의 결정은 대상자가 정해진 기일에 법정에 출석하지 않을 위험성과 재판전범죄를 범할 위험성에 대한 판단에 달려 있다. Barry Mahoney/Bruce D. Beaudin/John A. Carver III/Daniel B. Ryan/Richard B. Hoffman, 앞의 보고서, 37면 이하 참조.

27) 활동제한의 수단으로 예컨대 야간통행금지, 피해자나 참고인과의 접촉금지, 가택구금, 전자감시, GPS 등의 수단이 동원되고, 특정부류의 피의자 내지 피고인에 대해서는 '집중적인' 감시와 감독이 이루어진다.

28) 재판전에 석방된 사람이 나중에 재판에서 결국 유죄답변을 하거나 유죄판결을 받더라도 직업을 새로 얻거나 직업활동을 유지하는 경우, 원만한 가족관계를 유지하거나 회복하는 경우, 또는 석방조건을 잘 준수한 기록이 있는 경우에는 양형단계에서 형벌이 완화될 수 있다. 자세한 내용은 예컨대 Freed, D./P. Wald, *Bail in the United States*: 1964, Washington, D.C.: U.S. Department of Justice and Vera Foundation, 1964, 45면 이하 참조.

수하도록 지역사회 내에서 그들을 감독한다.²⁹⁾ 즉 재판전서비스관은 지역사회에 석방된 피의자 내지 피고인이 선고형을 복역하기 시작하거나 고소 또는 공소가 기각되거나 무죄방면될 때까지 그들을 감독한다. 일반적으로 말하자면 감독과 관련된 재판전서비스관의 임무는 ① 피의자 내지 피고인이 석방조건을 준수하는지 여부를 관찰하는 것, ② 위험을 관리하는 것, ③ 마약처우와 같이 법원이 명령한 필요한 서비스를 제공하는 것, 그리고 ④ 만약 피의자 내지 피고인이 조건을 위반할 경우 법원과 검사에게 통지하는 것이다.³⁰⁾

재판전서비스관이 감독을 위한 사건을 맡은 때에는 피의자 내지 피고인이 노출할 수 있는 잠재적 위험을 평가하고 석방조건을 준수할 그들의 능력에 영향을 줄 수 있는 감시문제를 평가하면서 피의자 내지 피고인에 관한 정보를 검토한다. 재판전서비스관은 적절한 감독전략을 선택하고 감시계획을 수립하는데, 만약 피의자 내지 피고인의 상황이 바뀌면 감독계획을 수정하게 된다. 재판전서비스관은 <표 1>에서 볼 수 있는 바와 같이 피의자 내지 피고인이 석방조건을 준수하도록 도와주기 위하여 위험관리활동을 수행한다.³¹⁾

29) 미국에서 전통적으로 재판전에 석방되었던 사람보다 구금되었던 사람이 더 많이 유죄 답변을 하고 더 많이 유죄판결을 받았으며, 더 많이 구금형을 선고 받았다. 자세한 내용은 예컨대 Foote, C., "Compelling Appearance in Court - Administration of Bail in Philadelphia," University of Pennsylvania Law Review, 1954, 1031면 이하; Rankin, A., "The Effect of Pretrial Detention," New York University Law Review, 1964, 641면 이하; Clarke, S.H./S.T. Kurt, "The Importance of Interim Decision to Felony Trial Court Dispositions," Journal of Criminal Law and Criminology, 1983; Gottfredson, M.R./D.M. Gottfredson, Decision Making in Criminal Justice: Toward a Rational Exercise of Discretion, 1988 참조.

30) 최근 미국에서 마약중독자나 알코올중독자를 포함한 정신질환자의 범죄, 청소년범죄, 가정폭력범죄 및 여성범죄가 급증함에 따라 특별히 이러한 범죄에 대처하기 위한 재판전서비스프로그램이 운영되고 있다. 자세한 내용은 John Clark/D. Alan Henry, 앞의 보고서, 31면 이하 참조.

31) Office of Probation and Pretrial Services, Pretrial Services Officers, Administrative Office of the U.S. Courts, 2003.

<표 1> 재판전서비스관

석방조건	위험관리활동
교육프로그램의 유지 또는 착수	• 등록담당자를 통해 참석여부 확인 • 등록양식, 출석표, 성적표 등의 사본 입수 • 학교에서 피의자 내지 피고인과 접촉을 통해 참석 확인
개인적 교제에 대한 특별한 제한	• 불시에 피의자 내지 피고인의 집, 직장, 또 는 학교 방문 • 공동피의자 내지 피고인을 감시하는 재판전서비스관과 교류하면서 그들 사이에 접촉이 없다는 것을 확인 • 경찰관, 검사, 피의자 내지 피고인의 가족과 접촉하면서 조건준수여부 관찰
마약남용의 금지	• 불시의 주기적 마약테스트 • 테스트결과가 양성으로 나타나고 마약처우 가석방조건이 아닌 경우에는 법원에 대해 마약처우를 요구하도록 석방조건수정요구 • 마약남용의 신체적 특징을 점검 • 가족, 고용주, 경찰관 등과 접촉하면서 조건준수여부 확인

재판전서비스관의 일상적인 감독활동의 예로 피의자 내지 피고인을 직접 접촉하고 피의자 내지 피고인 및 가족, 고용주, 처우제공자와 같은 다른 사람과 전화통화를 함으로써 피의자 내지 피고인을 관찰하는 것, 재판전서비스사무소와 피의자 내지 피고인의 집과 직장에서 피의자 내지 피고인을 만나는 것, 피의자 내지 피고인이 직장을 구할 수 있도록 도와주는 것, 피의자 내지 피고인이 의료서비스, 법률서비스, 또는 사회적 서비스를 받도록 도와주는 것 등을 들 수 있다.³²⁾ 재판전서비스관은 예컨대 마약처우와 알코올처우 또는 가택구금 등과 같이 특별한 기술과 경험을 필요로 하는 전문가로서 특수한 감독임무를 수행하기도 한다. 마약테스트, 알코올테스트, 전자감시, GPS(Global Positioning System)와 같은 기술적 수단들도 피의자 내지 피고인을 감독하기 위해 사용된다.³³⁾ 특히 첨단기술과 장

32) 연방의 관찰구역에 따라 사정이 다르지만, 대부분의 관찰구역에서 보호관찰관과 재판전서비스관은 임무수행 중 권총 등 화기를 휴대할 수 있다. 그러나 캘리포니아, 코네티컷의 일부지역, 매사추세츠, 테네시, 버진 아일랜드의 일부지역, 위스콘신의 일부지역 등에서는 화기소지가 금지되어 있다. Bureau of Justice Statistics (Bulletin), Federal Law Enforcement Officers, 2002 참조.

33) 예컨대 재판전서비스프로그램의 운영실태에 관한 최근의 조사연구에 따르면 202개의

비의 활용도를 높일 경우 앞으로는 불출석과 재판전범죄에 대한 고도의 위험성을 가진 피의자 내지 피고인에 대해서도 재판전석방과 감독이 가능하다는 의견도 있다.³⁴⁾

석방조건이 불필요하게 되면, 재판전서비스관은 법원에 대해 그러한 조건을 철회하도록 문의한다. 피의자 내지 피고인이 석방조건을 위반하면, 재판전서비스관은 법원과 검사에게 통지한다. 물론 재판전서비스관이 감독 대상자의 석방조건위반에 대해 대응하는 구체적 방법은 상황에 따라 매우 다양하다. 즉 아주 경미한 위반에 대해서는 법원에 보고하지 않고 처리하기도 하고, 중대한 위반에 대해서는 법원에 보고서를 제출할 뿐만 아니라 당사자와 당사자의 변호인 및 검사에게도 문서로 통지한다.³⁵⁾ 상황에 따라서는 재판전서비스관은 석방조건을 변경할 것인지, 피의자 내지 피고인의 보석을 취소할 것인지, 체포영장을 발부할 것인지, 아니면 피의자 내지 피고인에 대해 구금명령을 내릴 것인지에 대해 결정하기 위한 심문을 하도록 법원에 권고할 수 있다.³⁶⁾

4. 재판전다이버전 프로그램

재판전서비스관은 검사의 요청에 따라 피의자를 재판전다이버전 프로그램에 맡기는 것이 적절한지 여부에 대해 조사한다. 재판전다이버전은 기소의 대안으로서 피의자를 기소하지 않고 그 대신에 재판전서비스관에 의해

전체프로그램 가운데 54%가 전자감시를 이용하고 있고, 6%는 GPS를 이용하고 있는 것으로 나타난다. 자세한 내용은 John Clark/D. Alan Henry, 앞의 보고서, 41면 참조.

34) Barry Mahoney/Bruce D. Beaudin/John A. Carver III/Daniel B. Ryan/Richard B. Hoffman, 앞의 보고서, 69면.

35) 자세한 내용은 Kennedy, S./D.A. Henry/J. Clark/J. Juskiewicz, Pretrial Issues: Pretrial Release and Supervision Program Training Supplement, Washington, D.C.: Pretrial Services Resource Center, 1996, 49면 참조.

36) 자세한 내용은 Barry Mahoney/Bruce D. Beaudin/John A. Carver III/Daniel B. Ryan/Richard B. Hoffman, 앞의 보고서, 44면 이하 참조.

운영되는 감독프로그램에 맡기는 것이다. 검사는 범죄성향이 강하지 않고 재판전다이버전 프로그램을 성공적으로 완수할 수 있는 지원자를 선별하여 재판전서비스관에게 조사를 요청한다.³⁷⁾ 재판전서비스관은 대상자들을 조사하여 적격여부에 대해 의견을 보내주고 감독기간과 특별한 감독조건들을 권고한다. 다이버전은 피의자의 자율적 판단에 맡겨져 있기 때문에 피의자는 다이버전을 거부하고 재판을 받을 수 있다. 피의자는 다이버전 프로그램을 수용할 경우 재판전서비스관의 감독을 받게 된다. 피의자가 재판전서비스관의 감독을 받으면서 프로그램을 성공적으로 마칠 경우, 검사는 기소를 포기하고 체포기록을 삭제한다.

IV. 운영실태

1. 조직과 운영

미국전역에는 94개의 미국연방지구법원이 있으며, 이 가운데 93개 지구에 보호관찰소와 재판전서비스사무소가 설치되어 있다. 북매리애나제도 지구에서만 독자적인 보호관찰소와 재판전서비스사무소가 설치되어 있지 않는데, 이 지구는 괌 지구에 설치된 보호관찰소와 재판전서비스사무소가 담당한다. 37개 지구에서는 보호관찰소뿐만 아니라 재판전서비스사무소가 별도로 설치되어 있고, 55개 지구에서는 보호관찰과 재판전서비스가 결합되

37) 미국의 형사사법절차에서 범죄혐의자의 체포 이후 형사재판의 개시까지의 매우 다양한 재판 전 절차를 거치게 된다. 즉 체포 이후에 보석절차, 구속절차, 대배심절차, 예비심문절차, 기소인부절차, 유죄담변협상절차, 재판 전 다이버전절차 등을 거치게 되는데, 실제로 대부분의 형사사건이 이와 같은 재판전 절차를 통해 비공식적으로 처리되고 형사재판에 회부되는 사건은 극소수에 불과하다. 자세한 내용은 Joseph J. Senna/Larry J. Siegel, *Criminal Justice*, 1990, 384면 이하 참조.

어 보호관찰소장에 의해 운영되는 하나의 사무소가 설치되어 있으며, 유일하게 콜럼비아 지구에서는 보호관찰소만 설치되어 있다. 그리고 미국에서는 연방의 보호관찰소와 재판전서비스사무소뿐만 아니라 각 주와 지역마다 별도의 보호관찰소와 재판전서비스사무소가 설치되어 운영되고 있다.³⁸⁾

연방의 보호관찰제도와 재판전서비스제도를 예로 들자면, 미국전역에 걸쳐 500개 이상의 보호관찰소와 재판전서비스사무소가 설치되어 있으며, 8,100명 이상의 보호관찰관과 재판전서비스관이 활동하고 있다. 그리고 이러한 보호관찰관과 재판전서비스관을 보조하기 위하여 오토메이션, 인사, 예산, 물품조달, 사무 등의 업무를 담당하는 보조원들이 고용되어 있다. 매년 의회에서 연방사법부의 예산을 책정하는데, 이 제도를 위한 예산도 연방사법부의 예산에 포함되어 있다. 이러한 예산은 직원들의 보수지급과 피의자 내지 피고인과 범죄인을 위한 다양한 프로그램을 운용하는 데 사용된다. 예컨대 마약이나 알코올 등의 약물남용테스트와 처우, 정신건강처우, 전자감시에 의한 가택구금 등이 그러한 프로그램에 해당한다. 연방의 다른 기관들과 달리 보호관찰제도와 재판전서비스제도는 중앙집중식으로 운영되지 않는다. 즉 각 지구의 보호관찰소와 재판전서비스사무소는 보호관찰소장과 재판전서비스사무소장에 의해 운영되는데, 이들은 이들이 봉사하는 법원에 대해 직접적으로 책임을 지고 직원들을 직접 고용하고 예산을 직접 관리할 뿐만 아니라 사무소운영의 측면에서 상당한 자율성을 가지고 있다. 그리고 미국연방사법위원회와 미국연방법원행정처라는 두개의 국가 기구가 연방의 보호관찰제도와 재판전서비스제도를 감독하고 지원한다. 미

38) 예컨대 캔터키주에는 60개의 재판전서비스사무소가 설치되어 있는데, 220명의 직원이 매년 체포된 전체인원의 약 84%에 해당하는 약 180,000명의 피의자와 면담을 하고 있으며, 재판전서비스관의 감독을 받은 전체인원의 8%만이 정해진 기일에 법정에 출석하지 않거나 재판전범죄를 범하였다고 한다. 콜럼비아지구에서는 1998년 한 해 동안 170명의 직원이 22,000건 이상의 면담과 조사를 하였다고 한다. 자세한 내용은 Barry Mahoney/Bruce D. Beaudin/John A. Carver III/Daniel B. Ryan/Richard B. Hoffman, 앞의 보고서, 11면 이하 참조.

국연방사법위원회의 소위원회인 형법위원회는 특히 보호관찰과 재판전서비스와 관련된 문제에 관심의 초점을 두고 있다. 연방법원행정처는 연방사법위원회의 정책을 실행하고, 법원에 대해 광범위한 행정, 운영 및 프로그램 지원을 제공한다. 법원행정처에 소속된 보호관찰 및 재판전서비스 담당 부서는 보호관찰소와 재판전서비스사무소의 업무를 검토하고, 관련정책을 개발하고 관련프로그램을 지원한다. 2002년 1월 1일부터 9월 30일까지의 연방보호관찰제도와 재판전서비스제도에 관한 통계자료를 살펴보면 다음의 <표 2> 내지 <표 7>과 같다.³⁹⁾

<표 2> 지역사회에서 감독을 받은 사람의 인원수

유죄판결을 받은 범죄인	108,792명
재판전 피의자 내지 피고인	26,282명
총 계	135,074명

<표 3> 감독유형(판결이후)

감독부석방 인원수	73,189명
보호관찰	31,272명
가석방	3,014명

<표 4> 가택구금/전자감시

유죄판결을 받은 범죄인	2,623명
재판전 피의자 내지 피고인	1,933명

39) Office of Probation and Pretrial Services, The U.S. Probation and Pretrial Services System, Administrative Office of the U.S. Courts, 2003.

<표 5> 약물남용처우

유죄판결을 받은 범죄인	35,763명
재판전 피의자 내지 피고인	8,009명

<표 6> 정신건강처우

유죄판결을 받은 범죄인	12,339명
재판전 피의자 내지 피고인	2,222명

<표 7> 조사

판결전조사	63,256명
재판전서비스조사	91,314명

2. 지역적 특성

미국에서 보호관찰제도와 재판전서비스제도는 하나의 실체로서 다양한 방법으로 동일한 임무와 기능을 분담하고 있지만, 그 특성은 지역에 따라 매우 다양하다. 예컨대 다음과 같은 측면들에서 지역마다 차이가 있다.

가. 인원수

각 지역의 업무량에 따라 각 지역의 보호관찰관과 재판전서비스관의 인원수가 다르다. 어떤 지역에서는 10명 이하의 보호관찰관과 재판전서비스관이 활동하는 반면, 다른 지역에서는 200명 이상의 보호관찰관과 재판전서비스관이 활동하고 있다. 그렇다고 해서 이러한 지역의 지리적 규모가 크기 때문에 더 많은 보호관찰관과 재판전서비스관이 필요하다는 의미는 아니다. 예컨대 알래스카 지역은 568,000 평방마일을 담당하는 반면에 로

드아일랜드 지역은 1,200 평방마일을 담당하는 데도 불구하고 양 지역의 보호관찰관과 재판전서비스관의 인원수가 같다. 요컨대 인원수의 차이는 지역의 지리적 규모가 아니라 업무량에 따라 달라진다.

나. 업무량

지역마다 보호관찰관과 재판전서비스관의 업무량이 다르다. 예컨대 마약사범과 불법이민사범을 특별 단속하는 경우와 같이 때때로 법집행기관의 노력에 의해 체포된 사람의 인원수가 급증하기도 한다. 특정지역에서 그러한 체포활동은 법관뿐만 아니라 보호관찰관과 재판전서비스관의 업무량을 급증시키는 결과를 초래한다.

2002년의 경우 미국전역에서 연방보호관찰관과 재판전서비스관들이 거의 186,000명의 피의자 내지 피고인과 범죄인들을 감독하였고, 156,000건 이상의 재판전조사와 판결전조사를 실시하였다.

다. 시골지역과 도시지역의 차이

대도시에서 보호관찰관 또는 재판전서비스관으로 활동하는 것은 시골이나 인구밀도가 낮은 도시에서 같은 일에 종사하는 사람들이 활동하는 것과 상당한 차이가 있다. 인구밀도가 낮은 지역에서 활동하는 보호관찰관과 재판전서비스관은 그들의 감독임무를 완수하기 위해 먼 거리를 이동해야만 한다. 시골이나 인구밀도가 낮은 지역에서 활동하는 보호관찰관과 재판전서비스관은 도시지역에서 활동하는 보호관찰관과 재판전서비스관에 비해 자원지원의 측면에서 열악한 상황에 처해 있는데, 특히 약물남용처우 또는 정신건강처우와 고용지원의 측면에서 그러하다. 그에 반해 대도시지

역에서 활동하는 보호관찰관과 재판전서비스관은 흔히 범죄율이 높은 지역에서 그들의 감독임무를 수행해야만 한다.

V. 맺는 말

지금까지 검토한 내용에 따르면 세부적인 차이점을 제외하면 미국의 보호관찰제도와 재판전서비스제도는 유사한 제도이고 보호관찰관과 재판전서비스관의 역할과 임무도 대동소이하다는 것을 알 수 있다. 즉 보호관찰관의 임무는 판결전조사를 수행하여 판결전조사보고서를 법원에 제출하고 범죄인을 감독하는 것인 반면, 재판전서비스관의 임무는 재판전서비스조사를 수행하여 재판전서비스조사보고서를 법원에 제출하고 피의자 내지 피고인을 감독하는 것이다. 따라서 대상자가 범죄인인가 아니면 피의자 내지 피고인인가의 차이와 형사절차의 어느 단계에 관여하는가하는 점에서 차이가 있지만, ‘조사’와 ‘감독’이라는 임무의 본질적인 내용에서는 차이가 없다.

한편, 미국의 보호관찰제도와 우리나라의 보호관찰제도도 구체적인 점에서는 차이가 있겠지만, 본질적인 내용과 보호관찰관의 임무의 측면에서는 대동소이하다고 할 수 있다. 왜냐하면 판결전조사와 감독 내지 보호관찰이라는 임무의 본질적인 내용에서 특별한 차이가 없기 때문이다. 다만 미국에서는 판결전조사가 소년형사범뿐만 아니라 성인형사범에 대해서도 이루어지고 있고 사회내처우의 적격성을 심사하려는 용도뿐만 아니라 양형일반을 위한 용도로도 활용되고 있는 반면, 우리나라에서는 판결전조사가 소년형사범에 국한되어 있을 뿐만 아니라 그 범위도 사회봉사명령 또는 수강명령이라는 사회내처우의 적격성을 심사하려는 용도에 한정되어 있다. 미국에서도 원래 판결전조사제도는 보호관찰제도의 발전과 함께 보

호관찰관의 피고인에 대한 과학적 조사를 신뢰하여 이를 기초로 법관이 보호관찰의 적격성을 판단한 데에서 유래하였으며, 그 후 양형일반을 위한 조사라는 방향으로 기능이 확대된 것이다.⁴⁰⁾ 따라서 우리나라에서도 판결 전조사제도의 취지를 살리고 사회내처우의 실효성을 거두기 위해서는 성인형사범도 조사대상자에 포함되어야 하고 사회내처우의 적격성뿐만 아니라 양형일반을 위한 것으로 기능이 확대되어야 할 것이다.⁴¹⁾

다른 한편, 미국의 재판전서비스제도는 보호관찰제도와 마찬가지로 다이버전이념⁴²⁾에서 나온 것으로서 광의의 보호관찰제도에 속한다고 할 수 있다. 즉 앞에서 언급한 바와 같이 미국의 보호관찰관과 재판전서비스관은 ‘조사’와 ‘감독’이라는 본질적으로 동일한 역할과 임무를 수행하고 있다. 따라서 다이버전이념을 실현하고 보호관찰제도의 근본적인 취지를 온전하게 살리기 위해서는 미국의 재판전서비스제도처럼 형사절차의 초기단계에서 피의자 내지 피고인에 대해 조사와 감독을 할 수 있는 제도적 장치가 필요한 것으로 보인다. 앞에서 살펴본 바와 같이 재판전서비스제도를 도입한다면 형사사법절차의 획기적인 발전을 가져오고⁴³⁾ 피의자 내지 피고인과 법원에게 유익할 뿐만 아니라 경찰과 검찰 및 사회일반에게도 유익할 것으로 보인다. 미국의 재판전서비스제도를 우리나라에 도입할 경우, 역할과 임무는 그대로 도입하더라도 현행의 보호관찰제도와 유사하기 때문에 특별한 문제가 없을 것으로 보이지만, 조직과 규모의 측면에서는 우리나라의

40) Howard Abadinsky, “Probation and Parole”, Theory and Practice, 1987, 17면 참조.

41) 예컨대 최석운, “판결전조사제도”, 형사정책, 제12권 제2호, 2000년 참조.

42) 다이버전이념은 공식적인 형사절차를 거치는 과정에서 행위자가 악영향을 받는 것을 최소화함으로써 ‘처벌의 낙인효과’ 내지 ‘행위자의 탈사회화’를 방지하고자 하는 것이다. 따라서 가능한 한 형사절차의 초기단계에서부터 사회내처우를 시도하는 것이 다이버전이념에 부합한다고 할 수 있다.

43) 왜냐하면 불필요한 재판전구금은 구치소 등 구금시설의 불필요한 과다경비를 초래할 뿐만 아니라 피의자의 자유를 과도하게 박탈하게 되는데, 재판전서비스프로그램을 형사절차의 초기단계에서 활용함으로써 예산절감의 효과뿐만 아니라 인권보장의 효과도 가져오기 때문이다.

실정에 맞게 취사선택하여 도입하여야 할 것이다. 미국의 경우에도 재판전 서비스사무소를 보호관찰소와는 별도로 설치하거나 보호관찰소에 함께 설치하는 등 지역마다 차이가 있다. 우리나라의 현재 여건을 감안한다면, 법무부 보호국 산하의 기관으로 되어 있는 보호관찰소에 소속시키되 별도의 부서를 두고 재판전서비스에 대한 수요와 지역의 사정에 따라 적정규모의 인원을 배치하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

결론적으로 우리나라의 보호관찰제도가 다이버전이념을 온전하게 실현하기 위해서는 우선 제도적인 측면에서 첫째, 소년형사범뿐만 아니라 성인형사범에 대해서도 판결전조사를 할 수 있게 법적 근거를 마련하고 그것도 사회내처우의 적격성을 판단하기 위한 것에 그칠 것이 아니라 양형일반을 위한 것으로 해야 하며, 둘째, 형사절차의 초기단계에서도 조사와 보호관찰을 활용할 수 있는 재판전서비스제도를 도입하여야 할 것이다. 더 나아가 인적·물적 인프라의 측면에서 그동안 지적되어온 기존보호관찰제도의 문제점들에 대한 개선노력도 지속적으로 이루어져야 할 것이다. 물론 판결전조사제도를 확대하고 재판전서비스제도를 도입하여 보호관찰제도를 완전한 형태로 정비할 경우, 기존의 불완전한 보호관찰제도도 인적·물적 인프라의 측면에서 폭증하는 수요에 따라가지 못하고 있는 실정이기 때문에 이러한 문제가 한층 더 심각하게 될 것이다. 그러나 이러한 문제점은 인권친화적이고 선진화된 형사사법제도를 추구하는 마당에서 관련형사사법기관은 물론 국가와 지역사회 및 모든 국민이 힘을 모아 극복해야만 하는 과제라고 할 수 있을 것이다.

주제어 : 재판전서비스제도, 재판전서비스관, 재판전다이버전, 재판전석방, 미결구금, 보호관찰, 판결전조사

A Study on Pretrial Services System in United States of America

Choi, Suk-Yoon*

This study is to introduce pretrial services system in U.S.A. and suggest an outline for the introduction of the system. Pretrial services system can be valuable resource for making significant improvements in the criminal justice system because it is used in the early stages of the criminal case process. Unnecessary detention before trial not only results in unnecessary jail costs, it also deprives defendants of their liberty. Therefore decisions about detaining or releasing defendants should balance the benefits of release and the risk of flight or threat to public safety.

In 1961, the first pretrial services program in U.S.A., the Manhattan Bail Project, was established in New York City. Its purpose was to assist judges in making release decisions that were more consistent and less dependent on release through financial means. In subsequent years, hundreds of pretrial services programs have been established in rural, suburban, and urban jurisdictions, finding homes in probation departments, court offices, and local jails and as independent county contractors. All 94 districts in the Federal court system and more than 300 localities now operate pretrial services programs, which use a

* Professor, Ph.D. in Law, Korea Maritime University, Department of Maritime Police

variety of mechanisms, including bail, to help the court decide whether to release or detain defendants pending further legal proceedings.

Pretrial services officers in U.S.A. are situated at a crucial place in the federal criminal justice process - the very start. In fact, officers often are the first court representatives defendants encounter after their arrest. In general, officers' mission is to investigate defendants charged with a federal crime, recommend in a report to the court whether to release or detain the defendants, and supervise the defendants who are released to the community while they await their day in court.

At the core of the day-to-day work of officers is the hallowed principle of criminal law that the defendant is presumed innocent until proven guilty. Officers must balance this presumption with the reality that some persons - if not detained before their trial - are likely to flee or to threaten others. Defendant may pose danger to a person, such as a victim or a witness, or to the community - that is, a threat that the defendant may engage in criminal activity. The officer's job is to identify persons who are likely to fail to appear or be arrested if released, to recommend restrictive conditions that would reasonably assure the defendant's appearance in court and the safety of community, and to recommend detention when no such conditions exist. If the person does not pose such risk, the officer's mandate is to recommend to the court the least restrictive conditions that will reasonably assure that the person appears in court and poses no danger.

Pretrial services officers in U.S.A. deliver services that benefit the court, the community, and the defendant. Their responsibilities require them to work not only with judges, magistrate judges, and other court professionals, but with U.S.A. attorneys, defence attorneys, state and local law enforcement agents, and treatment providers.

In order to realize the idea of diversion and the object of probation completely, it is inevitable to introduce pretrial services system into korean criminal justice system.

Keywords: pretrial services program, probation, supervision

■ 논 문

이완규 / 피의자 신문제도와 인신구속제도의 관련성

윤영철 / 피의자신문에 대한 변호인의 참여권에 관한 소고 -
변호인의 피의자신문참여권의 정당성과 법무부의
형사소송법개정안의 문제점을 중심으로 -

정승환 / 행형법에서 계호의 체계적 지위와 계구사용의 요건

정 완 / 사이버상의 불법정보 유통에 대한 OSP의 책임

이미식 / 성과 양형: 마약류사범을 중심으로

김혜정 / 인격(성격)장애로 인한 상습범죄자의 처우에 관한
검토

박철현 / 서영조 / 긍정적 자아개념과 청소년 비행:
레크리스의 봉쇄이론의 검증

■ 자 료

최석윤 / 미국의 재판전서비스제도

刊行物出版委員會

委員長：趙 炳 仁 (韓國刑事政策研究院 研究・經營局長)

委 員：吳 英 根 (漢陽大學校 法學科 教授)

李 淳 來 (圓光大學校 警察行政學科 教授)

鄭 賢 美 (梨花女子大學校 法學科 教授)

金 成 彥 (慶南大學校 法行政學部 教授)

張 竣 午 (韓國刑事政策研究院 國際犯罪動向研究室長)

鄭 晋 秀 (韓國刑事政策研究院 刑事司法研究Center長)

延 聖 眞 (韓國刑事政策研究院 Cyber犯罪研究室長)

幹 事：金 能 謙 (韓國刑事政策研究院 出版擔當)

형사정책연구

刑事政策研究는 刑事政策分野에 관한 論文, 書評, 翻譯 등을 수록하는 研究 學術誌입니다.

本誌의 발간목적은 學界와 實務界에서 이 분야에 관심을 가지고 계시는 분들에게 자유로운 發表의 紙面을 提供함으로써 研究意慾을 북돋우고 刑事政策分野의 學問的 發展을 圖謀하는데 있습니다.

本誌에 收錄된 논문의 意見은 韓國刑事政策研究院의 公式見解가 아니고 筆者 個人的 意見입니다. 本誌의 내용은 出處 및 執筆者를 명시하는 한 자유로이 引用할 수 있습니다.

형사정책연구

제16권 제1호(통권 제61호, 2005 · 봄호)

발행인 : 이 태 훈
발행처 : 한국형사정책연구원
 서울시 서초구 우면동 142
 전화 (02) 575-5282-9
등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360
발행일 : 2005년 3월 31일
인 쇄 : 화신문화(주) (02) 2277-0624

본 학술지 내용의 무단전재를 금함
구독문의 : 출판실(02-571-0363)

판매처 : 교보문고, 영풍문고

[정가 : 7,000원]

학술지 [형사정책연구] 투고안내

학술연구지 [형사정책연구]는 학술진흥재단의 등재지로서 제16권 제2호 (통권 제62호, 2005·여름호)에 게재할 학술논문을 아래와 같이 모집합니다.

1. 제출 및 게재

- 1) 형사정책 관련분야의 학술적 독창성이 있어야 하며 발표되지 않은 것이어야 한다.
- 2) 제출된 원고는 관련규정에 따라 심사를 하여 게재여부를 결정하며, 원고 내용의 수정요청이 있을 경우 필자는 이에 응하거나 거부할 수 있다.
- 3) 원고 투고자의 자격은 학계의 대학교수, 실무계의 변호사, 판사, 검사 등 형사정책 관련분야의 박사학위 취득자 및 연구경력자로 한다.
- 4) 채택된 원고는 연구원 관련 규정에 따라 소정의 원고료를 지급한다.

2. 논문작성 요령

- 1) 한자의 혼용여부 : 국·한문 혼용원칙으로 하되 필요한 경우 영문 또는 독문도 괄호 안에 넣을 수 있다.
- 2) 주 처리방법 : 각주는 논문 하단에 위치하되 일련번호를 명시한다.
- 3) 단위의 표기 : I., 1., 가., 1), 가) 순으로 구성하며. 제목 위, 아래 한행씩을 띠어준다.
- 4) 표와 그림은 구분하여 일련번호를 명시한다. 표의 제목은 표의 상단 좌측부터 시작하고, 그림제목은 하단의 중앙에 반드시 위치하도록 한다.
- 5) 참고문헌 : 국내, 구미, 일본의 순으로 저자별 가나다 및 알파벳순으로 하되 단행본, 논문의 순으로 정리, 단 구미문헌의 경우에는 저자의 성을 먼저 기록한 후 이름을 기록하고 책명, 발행년도 순으로 구성한다.
- 6) 요약 및 주제어 : 영문(독문)으로 요약, 논문제목, 성명, 소속 및 직책을 반드시 작성을 해야 하며, 본문 맨 뒤에 국·영문 주제어를 표기한다.

3. 원고분량 : A4용지 80컬럼(한글 신명조 11포인트) 27행(행간 180%)의 20매 내외(원고분량이 25매 이상은 접수를 하지 않습니다)

4. 투고기간 : 2005년 5월 30일(월)까지(6월말 발간예정)

5. 보내실 곳 : 137-715 서울시 서초구 우면동 142

한국형사정책연구원 출판실(담당 : 김능검)

전화 : 02-571-0363, 3460-5153, 팩스 : 02-571-7488

e-mail : kneky@kic.re.kr, kneky@hanmail.net

형사정책분야 학술논문 현상공모

1. 논문공모 범위

- 보험, 증권, 경제, 환경, 마약범죄 등 각종 신종범죄에 대한 형사정책적 대책
- 인터넷범죄를 위시하여 사이버공간을 이용한 각종 범죄에 대한 형사정책적 대책
- 형사사법분야의 발전을 도모할 수 있는 제도 및 정책적 대안
- 형사정책의 수립 및 집행을 위한 새로운 제도의 도입을 위한 논의 및 제안 등

2. 응모자격

- 관련분야(형사법학, 범죄학, 교정학 등) 석사학위 이상 소지자
- 관련분야 학계 및 연구기관 종사자
- 판사, 검사, 변호사 및 교정보호 등 형사사법분야 실무종사자

3. 논문분량

- A4용지 40자 28행 100매 내외

4. 시 상

- 최우수작 1편 상금 300만원 및 상패
- 우수작 1편 상금 200만원 및 상패

5. 심사방법 및 발표

- 심사위원회의 심사를 거쳐 당선결과를 10월중 인터넷 홈페이지에 발표하고, 개별통지함

6. 접수기간 및 제출방법

- 2005년 9월 30일(금)까지 한국형사정책연구원 연구·경영국(담당 김능겸)으로 제본된 원고 4부와 원고파일 제출(원고파일은 e-mail 또는 디스켓 첨부)

7. 선정자 특전

- 당선된 논문은 단행본 출판 또는 「형사정책연구」 지 게재
- 선정자는 연구원 연구직 채용시 우선 고려

※ 선정된 논문에 대한 출판권한은 한국형사정책연구원에 귀속되며, 제출된 논문은 반환하지 않음

문의처 : 한국형사정책연구원 연구·경영국 (담당 : 김능겸)

137-715 서울시 서초구 우면동 142

전 화 : 02-571-0363, 3460-5153 팩 스 : 02-571-7488

e-mail : kneky@kic.re.kr