형사소송에서 법관의 지위와 역할
- 지위론, 구조론 및 목적론의 연계구조와 관련하여 -

변 종 필*

Ⅰ. 들어가는 말

영화 속에서 바라본 역동적인 형사법정의 모습을 염두에 두고 이를 현실의 재판에서 확인하려고 생각하거나 적어도 그와 유사한 광경을 목도하기 위해 법정을 찾았을 때 이내 우리에게 돌아오는 것은 깊은 실망감이나 좌절감이라는 것을 법원의 재판과정을 한두 번 참관해 본 사람이라면 누구나 경험하는 일이다. 현실의 법정은 영화 속의 그것처럼 그리 다이내믹한 것이 아니라 대개는 썰렁하고 무미건조하며 판에 박힌 일상과 같기 때문이다. 더욱이 피고인에게 이런저런 권리가 있다는 점을 익히 들어 알고 있는 사람에게는 실제의 형사재판은 더더욱 낯선 모습으로 다가오기 십상이다. 방청객이 참관하는 법정에서 검사가 피고인을 꾸짖거나 혹은 법관이 피고인을 다그치는 광경을 드물지 않게 볼 수 있기 때문이다.

물론 강단에서 부르짖듯 하는 이론의 강력함을 곧바로 재판현실에서 확인할 수는 없을 것이다. 이론이 지나치게 이상적이어서 그럴 수도 있겠고, 때로는 현실이 너무나도 멀리 궤적을 이탈한 탓에 그럴 수도 있을 것이다. 하지만 이론과 현실 또는 이론과 실무간의 괴리를 저울질하는 그 순간에

* 인제대 법학과 교수, 법학박사

도 현실의 형사재판이 사건의 당사자들에게는 삶을 건 일회적 모험이요 격렬한 투쟁의 시간이 되고 있음은 어제나 오늘이나 한결같다. 그럼에도 현 사회체계를 유지하는 하위체계로서의 법원 또는 법관이 이러한 재판광경을 그저 일상의 루틴한 일이자 늘상 보고 겪는 또 하나의 무감각한 사건으로 치부해 버린다면,[1] 이는 분명 우리를 슬프게 하는 일일 것이다.

이러한 사정에 직면할 때, 오늘의 형사재판 또는 이를 주재하는 오늘의 형사법관의 모습은 과연 바람직한 것인가, 나아가 이러한 법정과 법관의 모습이 이들의 행위의 근간을 이루는 민주적 법치국가의 진정한 법원의 모습이요 법관상이라고 할 수 있을 것인가 하는 의구심이 드는 것은 어쩌면 당연하다고 할 것이다. 민주적 법치국가의 형사재판은 헌법과 법률의 규율에 따라, 그리고 검사와 피고인을 비롯한 소송참여자들의 절차참여를 보장한 가운데서 심판권의 주체인 법관이 법규에 따라 짜여질 수 있는 일정한 틀 안에서 사건의 진상을 규명해 나가는 동적인 활동이다. 그런데 이러한 틀은 고정된 것이 아니라 탄력적인 것이며 열려 있는 것이다. 다시 말하자면 헌법과 관련법률(특히 형사소송법)이 규율하는 범위 내에서 새롭게 또는 기존의 것과는 달리 규정될 수 있는 부분이다. 그리고 필자가 보기에 이러한 틀은 전체적으로는 형사소송이 지향하는 이념이나 목적과 밀접한 관련을 맺고 있으며, 세부적으로는 법관을 비롯한 검사, 피고인 및 나머지 절차참여자들의 위상과 역할에 직 · 간접의 영향력을 미치는 것으로 판단된다. 이러한 전제하에서 아래에서는 먼저 이러한 판단이 단순한 추측이 아니라 실제로 그와 같은 연관성을 유지하고 있음을 문헌을 통해 분석해 보고, 그에 기초하여 기존의 틀이 형사재판에서 갖는 의미나 유용성을 비판적으로 진단함으로써 보다 바람직한 틀을 모색해 보고자 한다. 그리고 이

1) 바서만은 이러한 생각을 법관의 전문성에서 비롯되는 권력우위의 한 측면으로 보며, 이러한 전문성의 우위가 크면 클수록 법은 더 과학적이고 더 복잡해지는 반면 절차는 그만큼 덜 투명해진다고 한다(Rudolf Wassermann, Die richterliche Gewalt: Macht und Verantwortung des Richters in der modernen Gesellschaft, 1985, S.192).

러한 새로운 틀에 비추어 형사법관의 지위와 역할을 언급할 것이다. 하지만 이러한 언급이 현행법과 관련된 극히 미세하고 구체적인 부분에까지 미치지는 않을 것이며 개략적이고 방향제시적인 측면에 그칠 것이다.

Ⅱ. 법관의 지위·역할에 관한 현행법상의 논의

1. 논의의 현황

가. 법관의 지위

1) 헌법상의 지위

형사법관은 개별적인 형사사건에서 심리와 재판을 담당하는 자이다. 이러한 직무를 수행하는 법관은 법률이 정한 각개 법원에 소속되어 있고 이러한 법원들의 상징적 연합이 사법권을 행사하는 국가기관, 즉 사법부이다. 이러한 사법부는 이념적으로 삼권분립의 원칙에 따라 입법권·행정권의 주체인 입법부·행정부로부터 독립하여 있는바(이른바 사법권의 독립), 우리 헌법은 이를 "사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다"(제101조 제1항)라고 표현하고 있다. 따라서 사법권을 행사하는 사법부의 구성원으로서 '작은 사법부'(독립된 관청)라 지칭할 수 있는 개개의 법관은 실제 사건에서 사법권을 실행하는 개별주체인 셈이다. 따라서 법관은 그 신분 및 직무와 관련하여 엄격한 보호를 받고 있다. 즉 법관의 자격과 임기 등은 헌법과 법률로 정하며(헌법 제101조 제3항, 제105조, 제106조), 어떠한 내적·외적 간섭이나 통제를 받지 않고 오로지 헌법과 법률에 의하여 그 양심에

따라 재판한다(헌법 제103조). 따라서 형사법관의 고유한 직무활동, 즉 형사사건에 대한 심리와 재판을 행하는 법관의 소송활동은 다만 헌법과 법률 및 양심에만 기속(羈束)된다.[2)]

그런데 이와 같은 사법권의 독립, 그 중에서도 특히 법관의 재판상의 독립(또는 법원의 기능상의 독립)은 객관적으로 합리적인 사법제도를 통해서 실현될 수 있겠지만, 이와 더불어 주관적으로 법관의 투철한 직업윤리가 함께 수반되어야 한다.[3)] 이러한 직업윤리는 재판절차에서도 제도적으로 보장된 법관의 지위 외에 재판의 공정성과 신뢰성 및 합리성을 뒷받침해주는 대단히 중요한 요소이다. 또한 이 요소는 법관의 양심에의 기속[4)]과도 밀접하게 연계되어 있다. 그리고 법관의 양심에의 기속은 - 나중에 다시 언급하겠지만 - 형사소송에서 절차참여자들의 의사소통을 활성화해야 한다는 측면에서 대단히 중요한 작용을 담당한다.

2) 형사소송법상의 지위

법관의 형사소송법상의 지위에 관해서는 법관을 대체로 '소송주체'로 표현하고 있다. 소송주체란 형사소송을 성립시키고 발전시키는 데 필요한 최

2) 이런 점에서 최상위규범인 헌법의 관점에서 볼 때 헌법과 법률의 수호자로서 사법부의 일원을 이루고 있는 법관의 역할은 국민, 특히 (형사절차의 경우) 피고인의 기본권보장에 그 중점이 놓여져 있다고 할 수 있다.

3) 같은 취지: 허영, 한국헌법론[신정14판], 박영사, 2000, 972쪽.

4) 이와 관련하여 일각에서는 한국인의 양심은 유교적 교양 하에 형성된 인격의 발현이라고 보고 서양인의 양심은 한층 더 인간적이고 영적인 측면에 기울어져 있다고 봄으로써 법관의 양심성 또는 양심세계에 있어 한국과 서구간에 차이가 있다고 보는 관점도 있으나(남흥우, 법원의 독립, 대한변호사협회지 54, 1980 · 2, 11쪽), 이는 여기서 말하는 양심의 개념을 지나치게 확장시킨 것이 아닌가 한다. 여기서의 양심이란 인간이면 누구나 가지는 양심 또는 인간으로서의 일반적인 양심을 일컫는 것이 아니라 법관이 재판을 함에 있어 기속되는 양심, 즉 법관이라는 직업이 요구하는 직업수행상의 양심을 뜻하며, 이 때문에 특별히 공정성과 합리성이 요구되는 법관으로서의 양심을 말한다(허영, 앞의 책, 977쪽)고 봄이 타당할 것이다. 하지만 이러한 양심개념도 소송절차에서 요구되는 법관의 특별한 직업윤리를 고려하여 구체화될 필요가 있다고 본다.

소한의 단위로서 소송법상 독자적인 권한을 가지고서 소송법적 권리·의무의 주체가 되는 자를 말한다. 이런 점에서 소송의 주체는 소송의 인적 구성요소임과 동시에 소송법률관계를 형성하는 주체를 의미한다고 할 수 있다.[5] 하지만 소송주체로서의 이러한 법관의 지위를, 다른 주된 절차참여자인 검사 및 피고인의 소송법상의 지위와 관련시켜 살펴본다면 다소 미묘한 차이를 보이는 몇 가지 관점들이 대립하고 있음을 확인할 수 있다.

첫째, 법관의 지위를 검사·피고인의 지위와 동일하게 소송주체라고 보는 견해가 있다. 이 견해는 현행 형사소송법상의 형사소송 또는 공판절차의 구조를 직권주의로 파악하거나 또는 직권주의를 기반으로 한 당사자주의의 보충형태로 파악하는 관점이다. 그러므로 이러한 관점 하에서 검사와 피고인의 소송법상의 지위를 당사자 또는 대립당사자라고 표현하는 것은 허용되지 않는다. 당사자라는 표현은 실체적 진실에 입각한 국가형벌권의 실현이라는 목표를 추구하는 형사소송의 본질에는 친하지 않기 때문에 법관의 소송법상의 지위와 마찬가지로 소송주체라고 표현하는 것이 타당하다고 한다.[6] 물론 이 경우에도 법관, 검사, 피고인을 공히 소송주체로 파악하되, 심판을 하는 주체인 법원에 대해 심판을 받는 주체인 검사와 피고인을 (소송)당사자라고 표현하는 견해도 있다. 하지만 이 경우에도 직권주의적 소송구조를 취하는 입장에서는 검사와 피고인을 당사자라고 부를 수 없다고 보고 있어[7] 이러한 범주에서 벗어난 것은 아니다.

둘째, 기본적으로 법관을 검사·피고인과 더불어 형사소송의 주체로 파악하면서도 순수한 당사자주의의 관점에 서서 검사와 피고인을 대립당사자로, 법관을 제3의 중립적인 판단자로 파악하는 견해가 있다.[8] 따라서 이

5) 이재상, 형사소송법[제6판], 박영사, 2002, 57쪽.
6) 신동운, 형사소송법, 법문사, 1993, 311-312쪽; 임동규, 형사소송법, 법문사, 2000, 68쪽.
7) 이재상, 앞의 책, 57쪽. 물론 모든 소송법 학자들이 실제로 이러한 태도를 분명히 하고 있는 것은 아니다.
8) 차용석, 형사소송법, 세영사, 1997, 113쪽; 신현주, 형사소송법[신정2판], 박영사, 2002, 74

러한 관점에서는 검사와 피고인의 지위를 어떻게 대등하게 할 것인가, 법원의 제3자(소극적 관찰자)로서의 중립성을 어떻게 확보하여야 할 것인가 하는 점이 주된 관심사로 떠오른다. 아울러 법원의 직권적 역할이나 검사의 객관의무를 통해 피고인의 지위를 강화하거나 보호할 수 있다는 사고는 국가주의사상을 밑바탕에 깔고 있기 때문에 피고인의 자유를 위축시켜 결국 피고인의 주체성 · 당사자성을 약화시킨다고 본다.[9]

셋째, 법관과 검사 · 피고인을 소송주체로 파악하면서 검사와 피고인에 대해서는 이를 넓은 의미의 당사자라고 칭하는 견해가 있다.[10] 현행 형사소송법에서 피고인은 변론주의와 처분권주의의 지배하에 있는 소송구조의 당사자가 아니라 소송주체일 뿐인데, 다만 피고인을 당사자라고 칭하는 것이 소송주체로서 피고인의 참여권을 철저하게 보장해야 한다는 점을 강조하기 위한 것이라면, 즉 대립당사자가 아니라 소송주체로서의 피고인의 적극적인 지위를 강조하기 위한 편의적 방편이라면 '당사자'라는 표현을 사용해도 무방하다는 태도이다.[11]

나. 법관의 역할

이와 같이 법관의 형사소송법상의 지위를 고립적으로 파악하지 않고 검사 · 피고인의 지위와 연계시켜 고찰할 때 비로소, 형사법관은 소송주체로서의 지위를 가진다고 하는 언명 속에 담긴 뉘앙스와 그로 인한 실제 재

쪽. 이러한 관점에 의하더라도 형사소송은 소송주체와 기타 소송관계인들의 권한행사와 의무이행을 통해 이루어지는 법률관계로 파악된다는 점에서는 근본적으로 차이가 없지만, 소송주체 가운데 검사 · 피고인을 당사자라고 지칭하고 소송에서의 이들의 대립적 구도를 강조하는 데 그 특징이 있다.

9) 차용석, 앞의 책, 113쪽.

10) 배종대 · 이상돈, 형사소송법[제4판], 홍문사, 2001, 39쪽.

11) 배종대 · 이상돈, 앞의 책, 96쪽. 임동규, 앞의 책, 68쪽에서도 당사자개념을 사용하는 것이 피고인의 방어권 보장을 강조한다는 의미에서라면 허용될 수 있다고 한다.

판에서의 법관의 역할의 차이를 제대로 파악할 수 있을 것이다. 즉 직권주의적 소송구조와 당사자주의적 소송구조라는 통상적인 구분방법을 빌어 표현하자면, 어느 쪽을 선택하든 간에 법관의 소송법상의 지위를 소송주체라고 보는 외관상의 표현방식에는 별다른 차이를 보이고 있지 않지만, 전자의 관점 또는 전자를 근간으로 하는 관점에서 파악하는 견해와 후자의 관점 또는 후자를 근간으로 하는 관점에서 파악하는 견해 사이에는 형사소송에서의 법관의 역할에 관한 현저한 인식의 차이가 있다는 것이다. 직권주의를 전제로 하는 견해는 당연히 형사소송에서 법관에게 주도적 지위를 인정하며, 이로써 사건의 진상을 파악함에 있어서도 으레 법관의 적극적인 개입을 허용·권장하거나 더 나아가 그러한 개입을 법관의 의무라고까지 말하고 있지만, 당사자주의를 전제로 하는 견해는 법관은 제3자로서 중립적인 판단자에 머무는 것이 바람직하며, 이로써 형사소송에서 법관의 개입은 최소화되어야 하는 반면 당사자인 검사와 피고인의 역할은 훨씬 더 강화되어야 하는 것이 마땅하다고 한다. 그렇다면 형사소송에서 법관의 지위를 단순히 소송주체로 파악하는 외견상의 표현은 그다지 큰 의미가 없다고 할 것이고, 오히려 다른 소송참여자들, 특히 검사 및 피고인의 지위와 관련해서 파악할 때에만 그 진정한 모습이 드러난다고 하겠다.

2. 요약 : 지위론, 구조론 및 목적론의 연계

가. 소송구조론과의 연계

이상에서 간략히 살펴본 바와 같이 형사법관(검사나 피고인의 경우도 마찬가지임)의 소송법상의 지위(이른바 지위론)는 그 자체만으로 고립적으로 파악될 수 있는 것이 아니라 형사소송구조에 관한 논의(이른바 소송구조론)와 밀접하게 연관되어 있는 문제임을 알 수 있다.[12] 이는 이미 탄핵

주의라는 상위개념을 기준으로 하여 통상적으로 행해지고 있는 그 하위개념으로서의 직권주의와 당사자주의의 구분을 통해 익히 잘 알려져 있는 내용이기도 하다. 나아가 형사소송의 구조론은 또한 형사소송의 목적론과 상호 밀접하게 연관되어 있다.

나. 소송목적론과의 연계

현행 형사소송의 목적과 관련해서는 크게 실체적 진실발견을 그 이념으

12) 현행 형사소송의 구조에 관해서는 다음과 같은 견해들이 대립하고 있다. 첫째, 순수한 직권주의라고 보는 관점이다. 해방 이후 70년대의 소송법 학자들에 의해 주장되었으나, 그 동안의 법변화와 더불어 현재 이 견해를 취하는 사람은 거의 없다. 둘째, 순수한 당사자주의라고 보는 관점이다. 현행 형사소송법이 대륙법계의 형사소송과 영미법계의 형사소송을 혼합·절충했다는 점을 인정하면서도, 헌법적 형사소송의 전제하에 현행 헌법은 법의 적정절차 등 피고인의 소송의 주체성·당사자성을 강조하고 또한 피고인·피의자의 인권보장을 지향하고 있는바, 이런 점에서 현행 형사소송법의 구조는 당사자주의이며, 직권주의적 요소라는 것도 당사자평등을 위한 후견적인 직권행사에 지나지 않는다고 한다(차용석, 앞의 책, 87쪽). 셋째, 절충설(혼합설)의 관점이다. 이는 현행 형사소송법의 구조가 당사자주의와 직권주의를 조화·배합한 절충적 구조라고 보는 견해이다. 이 견해는 다시 직권주의를 기본으로 하면서 당사자주의적 요소를 가미하고 있다고 보는 견해와 당사자주의를 기본으로 하면서 직권주의적 요소를 가미하고 있다고 보는 견해로 구분된다. 전자는 우리 형사소송법이 외형상 당사자주의적 요소를 대폭 도입하였으나 배심제를 택하지 않은 점, 공판절차에서 피고인신문을 행하는 점, 실체적 진실발견을 위한 법원의 광범위한 개입을 인정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때 직권주의를 원칙으로 하면서 당사자주의를 보충적으로 가미하고 있다고 본다(신동운, 앞의 책, 13쪽; 이재상, 앞의 책, 46쪽; 임동규, 앞의 책, 17쪽; 진계호, 형사소송법, 형설출판사, 2000, 32쪽). 후자는 현행 형사소송법은 공판심리의 핵심절차인 피고인신문과 증인신문에 관해 당사자에게 주도적 지위를 인정한 반면, 법원에게는 보충신문권만을 인정하고 있는 점, 당사자의 신청에 의한 증거조사를 원칙으로 하고 법원의 직권증거조사는 보충적으로 허용하고 있는 점, 공소장일본주의와 공소장변경제도를 채택하고 있는 점 등에 비추어 당사자주의의 큰 골격을 토대로 하여 일부 직권주의적 요소를 가미하고 있다고 한다(백형구, 알기쉬운 형사소송법, 박영사, 2002, 18쪽; 신현주, 앞의 책, 44쪽). 신 교수는 당사자주의에 대립되는 것은 규문주의이고 이른바 직권주의란 당사자주의에 의해 수정된 '변형된 규문주의'인바, 규문주의적 잔재를 직권주의적 요소라 칭하는 것은 기본개념에 대한 이해부족의 소치라고 한다. 또한 우리 헌법과 형사소송법은 이미 당사자주의가 지배적인데, 그렇지 않게 비치는 것은 규문주의적 색채가 지배하고 있는 형사소송의 실무(법조계 전반과 수사기관에 뿌리 깊게 남아 있는 규문주의적 관행과 의식구조) 탓이라고 한다.

로 보는 관점과 법의 적정절차를 그 이념으로 보는 견해가 대립하고 있는 실정이다. 전자는 실체진실주의가 형사소송의 지도이념이라고 전제하면서, 형사소송의 이념은 실체진실주의를 배제한 적정절차의 보장이 아니라 적정절차에 의하여 실체진실을 발견하는 것이므로, 형사소송에서 법원의 직권개입은 형사소송의 본질에 속하는 문제이며, 당사자주의의 주장과 같이 법관의 역할을 피고인에 대한 후견자에 국한시키는 것은 적절하지 않다고 한다.[13] 또한 당사자(대등)주의는 당사자, 즉 검사와 피고인의 소송에서의 실질적 평등을 요구하나(이른바 무기평등의 원칙), 이는 어떤 노력에도 불구하고 현실적으로는 실현될 수 없는바, 이를 전제로 하여 당사자주의가 실체진실의 발견에 보다 적합하다고 주장하는 것은 타당하지 않다고 한다.[14]

다음으로 후자는 헌법상에 보장된 적정절차의 이념을 형사소송의 주된 목적이자 이념으로 전제하면서, 처벌위주의 실체진실주의는 적정절차의 보장이라는 기본이념 하에서 추구되어야 할 하위목적이지 주된 목적이 될 수 없다고 한다. 그리고 이러한 적정절차의 이념은 피고인측의 방어활동을 강화하여 검사측의 모순을 철저히 밝히고 법원에 대해서는 절차의 공정성을 보장케 하여 유죄방향으로의 진실(이른바 적극적 진실) 탐구를 억제하도록 함으로써 당사자주의 소송구조와 밀착해 있다고 한다.[15] 다시 말해 적정절차의 이념은 개인의 존엄성 또는 인권 보장을 근간으로 삼는 것으로서 개인, 즉 피의자·피고인의 주체성과 권리보장을 중시하는 소송구조인 당사자주의와 결부되어 있다고 한다.

요컨대, 형사소송의 기본구조를 당사자주의로 파악하는 견해는 적정절차 및 인권보장의 이념에 기초하고 있는 반면, 직권주의를 기본구조로 파악하는 견해는 실체진실주의 또는 실체적 진실발견의 이념에 그 바탕을

13) 이재상, 앞의 책, 44쪽.
14) 이재상, 앞의 책, 45쪽.
15) 차용석, 앞의 책, 42쪽.

두고 있다.

3. 비판적 검토

이상으로 법관의 지위와 역할에 대한 규정은 형사소송의 구조에 관한 논의와 연계되어 있고, 이 논의는 다시 형사소송의 이념 또는 목적에 관한 논의와 밀접하게 연계되어 있음을 보았다. 직권주의는 법원의 적극적이고 광범위한 개입을 통한 실체진실의 발견을 강조하고, 당사자주의는 당사자 주체성을 토대로 한 적정절차의 이념을 강조하면서 법원의 소송개입을 최소한에 국한시키려고 한다. 하지만 이러한 연계는 과연 논리필연적인 것인가? 직권주의가 주장하듯 법원이 재판과정에 적극적이고 광범위하게 개입해야만 이른바 진실이 제대로 규명되는 것인가, 또한 당사자주의가 주장하듯 당사자주체성에 기초한 당사자주의에 따라야만 피고인의 인권이 제대로 보장되고 헌법의 정신이나 이념이 제대로 구현될 수 있는 것인가?

가. 직권주의의 연계구조에 대한 비판

직권주의의 중요한 이론적 근거는 법원이 형사소송에서 주도적으로 활동함으로써 이른바 실체진실의 발견이 가능하다는 데 있다. 이런 점에서 직권주의는 실체진실주의의 당연한 요청이라고 한다.[16] 따라서 직권주의라는 형사소송구조의 이면에는 실체진실주의라는 형사소송의 이념이 자리하고 있는 셈이다. 하지만 이러한 논리는 다음과 같은 몇 가지 점에서 수긍하기 어렵다.

첫째, 실체적 진실발견의 이념은 형사소송의 목적으로 자리잡기 어렵다.

16) 이재상, 앞의 책, 40쪽.

인식론적 측면에서 볼 때 형사소송에서 진실은 '발견'되는 것이 아니라 '구성'된다. 즉 형사소송에서의 진실규명 또는 사실확정은 객관세계에 존재하는 실체에 대한 인식의 과정이 아니라 정형화된 절차 내에서 무수히 많은 정보들을 토대로 과거의 사건을 재구성하는 작업이다.[17] 또한 직권주의의 이념적 토대인 실체진실주의는 형사소송의 최종적 결과에 대해 그것이 실체진실에 합치되는 것임을 보장해주지 못한다. 쉽게 말해, 실체진실을 추구하여 절차를 좇아갔지만 최종적으로 도출된 결과(법관의 판결)에 대해 "그래, 바로 이게 실체진실이야"라고 단언하지 못한다는 것이다. 물론 이 경우 혹자는 실체진실이라고 단언할 수는 없더라도 실체진실에 '근접'한 것이라고 주장할 수도 있겠지만, 그것 역시 주관적인 추정이나 확신에 지나지 않을 뿐이다.

둘째, 우리 형사소송법의 구조를 직권주의로 보는 견해에 의하면 현행 형사소송법 제295조(증거신청에 대한 결정)를 직권주의적 요소의 대표적 예로 들고 있다. 그러나 이 규정을 반드시 직권주의를 대변하는 규정으로 보아야 할 이유는 없다고 본다. 즉 이 규정은 법관에게 직권으로 증거조사를 할 수 있게 함으로써 진실규명을 위한 법관의 의무를 규정함과 동시에 검사·피고인이 증거조사를 통해 법관의 심증형성에 함께 관여할 수 있도록 검사·피고인의 참여권을 보장하고 있는 규정이라고 볼 수도 있기 때문이다.[18]

셋째, 더욱이 진실규명의 측면에서 보더라도 사실심리에서 법원이 주도권을 장악하게 될 경우 반드시 소송에 유익한 기능만 초래되는 것은 아니다. 오히려 대화나 의사소통을 통한 이른바 당사자 및 소송참여자들의 접근가능성을 차단함으로써 형사소송은 독백적·권위주의적 소송구조로 전락할

17) 변종필, 형사소송의 진실개념, 세종출판사, 1999, 202쪽.

18) 배종대·이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2001, 454쪽. 여기서는 형사소송법 제295조의 입법취지가 형사사건에 관해 더 자세하고 직접적인 정보를 가진 당사자들의 증거수집역량을 최대한 활용함으로써 법원에 의한 증거수집의 독단성과 비능률성을 극복하고 사실인정의 합리성을 도모하려는 데 있다고 본다.

가능성이 농후하다. 이렇게 될 경우 당해 법관은 이른바 인식론적 오만에 근거한 신성한 고독 속에서 사실을 확정하거나 판결을 내릴 개연성이 있고, 이로써 사건의 진상을 규명하는 데 오히려 역기능이 초래될 수도 있다.

넷째, 나아가 피고인 및 그 권리의 보호라는 측면에서 볼 때 직권주의가 반드시 피고인에게 유리하게 작용하는 것도 아니다. 형사소송에서 피고인의 보호는 직권주의라는 소송구조의 본질적 기능이라기보다 오히려 당해 법관의 절차운영의 차이에 따라 초래된 결과일 따름이다. 따라서 「직권주의 = 실체진실주의 이념의 충실한 구현 또는 피고인 권리보호에의 충실」이라는 등식은 성립될 수 없다. 오히려 소송지휘권에 근거한 절차의 주재자로서 법관이 얼마나 자신의 직업윤리에 충실을 기하는가 하는 점이 중요한 요소로 작용한다고 할 것이다.

나. 당사자주의의 연계구조에 대한 비판

당사자주의의 중요한 이론적 근거는 이 소송구조에 따를 경우 피고인에게 검사와 대등한 당사자지위가 인정됨으로써 피고인의 자유와 권리가 - 직권주의에 비해 - 보다 더 잘 보호될 수 있다는 데 있다. 이 소송구조의 이면에는 적정절차의 보장이라는 형사소송의 이념이 놓여 있다. 일단 이 소송구조가 형사소송에서 적법절차의 원칙 또는 적정절차의 보장이라는 이념에 기대고 있음은 바람직하다고 볼 수 있다. 하지만 이 소송구조 역시 다음 몇 가지 점에서 중요한 문제점을 드러내고 있다.

첫째, 피고인이 검사와 대등한 지위에 있는 당사자인가 하는 점이다.[19] 대등한 당사자라 함은 무기평등을 전제로 한다. 설령 형사소송에서 피고인

19) 피고인을 당사자로 볼 수 없는 이유에 관해서는 배종대 · 이상돈, 앞의 책, 96쪽 참조. 여기서는 역사적 · 이론적 · 실정법적 · 정책적 이유를 들어 피고인의 당사자지위를 부정하고 있다.

에게 당사자지위를 인정한다 하더라도 여전히 검사의 강력한 공격에 대응할 수 있을 정도의 충분하고도 대등한 무기를 갖고 있지 못하며, 이로써 방어에 중대한 애로를 겪고 있음은 주지의 사실이다. 또한 당사자 지위론에 의하면 피고인의 소송법상의 지위를 ㉠ 당사자의 지위, ㉡ 증거방법의 지위, ㉢ 절차대상의 지위로 구분하고 있는데, ㉠과 ㉡㉢의 지위가 모순관계에 놓여 있음도 근본적인 문제점이다.[20]

둘째, 이러한 근본적 난점에도 불구하고 현행 형사소송법의 구조를 당사자주의로 파악하려는 시도에는 어떤 특별한 의미가 들어 있는가? 이에 대해서는 먼저 형사소송에서의 당사자주의가 본래적 의미의 당사자주의인 당사자처분주의를 일컫는 것인지를 검토해 보는 것이 필요하다. 당사자처분주의란 소송의 개시, 소송물의 특정(심판대상의 결정), 소송의 종료 등에 대해 당사자가 처분권을 가지고 자유로이 결정할 수 있는 소송구조를 말하며, 민사소송이 그 전형적 예에 속한다. 형사소송은 - 검사의 소송법상의 지위를 당사자로 파악하게 되면 적어도 용어상으로는 - 소의 제기나 소송물의 결정을 당사자가 행한다는 점에서 민사소송과 공통된다. 하지만 형사소송에 있어서는 i) 이른바 당사자가 수집·제출한 증거자료 외에 법원이 직권으로 증거조사를 하고 그로부터 획득된 자료에 기초하여 진실을 규명해야 한다는 점, 이런 점에서 형사소송의 진실은 적어도 당사자가 제출하거나 주장한 사실만을 기초로 하여 파악되는 형식적 진실은 아니라는 점, ii) 소의 종료와 관련해서는 당사자의 처분이 원천적으로 불가능하다는 점 등이 그 특징을 이룬다. 이에 따라 형사소송은 민사소송과 결정적으로 구분되며, 아울러 형사소송에서 논의되는 당사자주의 역시 본래적 의미의

20) 이런 점에서 당사자지위론을 취하는 입장에서는 검사의 지위를 능동적 당사자, 이에 반해 피고인의 지위를 수동적 당사자라고 지칭하고, 또 지위간의 상호 모순을 해결하기 위해 ㉠을 기본적 지위, ㉡㉢을 - 기본적 지위에 지장을 주지 않는 범위에서 인정되는 - 보충적 지위라고 파악하기도 한다. 하지만 이러한 언어사용례 속에 이미 피고인이 검사와 대등한 대립당사자가 아님이 은연중 전제되어 있음을 엿볼 수 있다.

당사자주의가 될 수 없음을 알 수 있다. 그렇다면 형사소송법 학자들이 당사자주의라 일컬을 때 그것이 함의하는 바는 무엇인가? 그것은 처분권주의나 변론주의에서 비롯되는 당사자처분주의가 아니라 미국법의 영향 아래 들어온 각종 인권보장규정과 증거법 및 방어적 참여권의 확대를 꾀하는 제도를 지칭하는 것에 다름 아니다. 즉 당사자주의는 공정한 재판의 이념을 실현하기 위한 제도들의 규합개념인 것이다.[21] 이런 점에서 당사자주의는 그 본래적 의미가 변형되어 사용되고 있는 셈이다.

셋째, 이로써 당사자주의가 직권주의에 비해 피고인의 권리보호에 더 적합한 소송구조인가에 대해서도 의문을 품지 않을 수 없다. 왜냐하면 당사자주의가 들고 있는 인권보장 및 공정한 재판의 이념을 실현하기 위한 장치들은 헌법이나 형사소송법 등 다양한 규범들에서 비롯되는 법치국가적 요청일 뿐이지, 당사자주의라는 소송구조에서 비롯되는 본질은 아니기 때문이다.[22] 또한 직권주의라 하여 피고인의 권리보호에 소홀하거나 불리하게 작용하는 것만도 아니다. 그렇다면 「당사자주의 = 피고인의 인권보호」라는 등식 역시 성립되지 않는 셈이다.

다. 소 결

1) 논의의 실익

소송구조론을 중심으로 하고 이를 주된 소송참여자들의 소송지위론 및 소송목적론과 연계시켜 형사소송을 파악하려는 논리는 형사소송 및 이를

---

21) 배종대 · 이상돈, 앞의 책, 25, 26쪽

22) 예컨대 최근 대한변호사협회가 들고 나온 형사법정의 구조개선문제와 관련해서 보더라도, 법관 맞은 편에 검사와 피고인(변호인 동석)을 나란히 앉게 하는 법정구조가 반드시 당사자(대등)주의의 필연적 귀결은 아니다. 영미의 법정구조와 외관상 동일한 법정구조의 요청은 헌법이념의 구체적 실현이자 동시에 피고인의 소송주체성을 인정하는 다른 소송모델(예컨대 의사소통적 소송모델)로부터도 얼마든지 도출될 수 있다.

뒷받침하는 소송법해석을 좌우하는 소송법학자들의 선이해라고 할 수 있다.[23] 이는 사유의 전제로서 형사소송이라는 절차인식에 대단히 중요한 역할과 기능을 수행하고 있다. 하지만 이상에서 본 바와 같이, 직권주의든 당사자주의든 그것이 헌법이나 형사소송법상의 적법절차 내지 인권보장의 이념을 구체적 소송현실에서 다른 소송구조에 비해 더 잘 실현할 수 있다거나 간접적으로 그러한 실현을 매개해 주는 촉매역할을 수행한다고 보기는 어렵다. 따라서 우리 형사소송법상의 소송구조가 직권주의냐 아니면 당사자주의냐 하는 식의 논의는 그다지 실익 있는 논쟁은 아닌 듯하다.

2) 새로운 구도

이와 같이 형사소송구조에 관한 기존의 논의가 의미 없는 것이라면 이제 형사소송은 헌법과 형사소송법 및 관련 법률들에 기초하여 전개되어야 한다는 이른바 '법치국가적 형사소송'이라는 포괄적인 범주만이 남게 된다. 또한 법관을 비롯한 주된 소송참여자들의 지위와 역할 역시 이러한 법규들에 근거하여 규정되어야 할 것이다. 이는 법치국가적 정형화의 요청상 당연한 귀결이라 하겠다. 그런데 형사소송이 법적으로 규정된 과정이고 그것에 근거를 두고 있기는 하지만 전적으로 법적으로만 수행되는 것은 아니다. 왜냐하면 입법자가 제정한 절차규범은 소송참여자들의 행위를 완벽하게 규정하지는 못하고 그 테두리만을 설정함으로써 그들의 순수한 인격적 행위, 표현 및 평가 등을 통한 일정한 충전을 필요로 하며, 이로써 이러한 여지를 통해 여러 모로 자신을 드러내고 타인의 행위방식에 영향을 미치는 등 나름대로 절차를 형성할 수 있는 여분의 공간이 소송참여자들에게 남아 있기 때문이다.[24] 바로 이점에서 형사소송이라는 절차가 어떻

23) 배종대・이상돈, 앞의 책, 24쪽.
24) 같은 취지로는 Wassermann, a.a.O., S.190.

게 형성되어야 할 것인지에 관해 일정한 방향을 설정하는 것은 매우 중요하며 또 필요하다고 생각된다. 이에 아래에서는 법치국가적 형사소송의 이념 하에서 이러한 방향설정에 도움을 제공할 수 있는 새로운 구도를 그려보고(필자는 이를 '의사소통적 소송모델'이라 칭할 것이다), 그에 따른 법관의 지위와 역할을 고찰해보기로 한다.

Ⅲ. 의사소통적 소송모델과 형사소송

1. 의사소통적 소송모델의 의의

의사소통적 소송모델은 형사소송을, 범죄와 형벌의 귀속에 관한 소송주체 및 관련자들의 참여적 대화와 의사소통을 통해 변증론적으로 진실을 규명하려는 절차로 이해한다.[25] 여기서는 범죄행위와 형벌은 처음부터 확정되어 있는 것이 아니라 오히려 절차참여자들의 대화를 통한 상호적인 의사소통절차 내에서 비로소 확정될 수 있다는 점이 중요하다. 현실적으로 '누군가의 행위'는 수사절차로부터 시작하여 공판절차에 이르기까지 점차 더 높은 정형화를 갖춘 단계적 절차에 따라 '범죄자의 범죄행위'로 확정되기 때문이다. 이런 점에서 형사소송은 법관의 독백적 절차도 아니며, 우월적 힘을 가진 검사에 의해 주도되는 검찰사법도 아니다. 즉 형사소송은 피

25) 김일수, 피고인의 소송법상의 지위, 고시연구, 1984 · 7, 147쪽; 법원의 소송법상의 지위, 고시연구, 1986 · 2, 155쪽. 하지만 김 교수의 이러한 소송구조관은 자유적 · 사회적 · 민주적 법치국가의 헌법질서를 원용하고 있다는 점에서 절차주의적 이론에 근거하고 있는 필자의 입장과는 다르다. 즉 필자는 실체적 진실발견이라는 기존의 소송이념을 인정하고 그에 이르는 과정으로서 대화와 의사소통의 필요성을 중시하는 입장과는 달리, 애당초 실체적 진실발견을 불가능한 것으로 본다(자세한 것은 변종필, 앞의 책, 181쪽 이하 참조). 이러한 법적 의사소통의 문제점들을 지적하고 있는 것으로는 Felix Weyreuther, Probleme juristischer Kommunikation, DÖV 1997(Heft 5), S.177ff. 참조.

고인을 공적인 독백에 마치 벙어리처럼 복종하도록 하려는 지배절차가 아니라, 고유한 자기정체성을 유지하는 주체들 간의 상호승인이라는 토대 위에서 수행되는 대화적·의사소통적 절차이다.[26]

2. 출발점

가. 진실개념에 관한 인식론적 접근

기존의 논의에 따르면 형사소송의 이념 또는 목적은 실체적 진실발견, 적정절차의 원칙 및 신속한 재판의 원칙으로 요약된다. 그리고 소송법 학자들의 개별적 인식관심에 따라 어떤 이는 실체적 진실발견을, 또 다른 이는 적정절차의 원칙을 형사소송의 이념으로 꼽고 있다. 그런데 실체적 진실이란 언어 이전에 객관세계에 존재하는 실체를 뜻하는바, 이른바 실체적 진실주의는 형사소송에서 이러한 실체적 진실의 발견을 소송목적으로 삼는다. 하지만 - 앞서 언급했듯이 - 형사소송의 진실은 '인식'되는 것이 아니라 '구성'된다.[27] 즉 형사소송의 진실은 정형화된 절차에 따른 구성물이며, 이런 점에서 그것은 실체적 진실이 아니라 절차적 또는 재판상의 진실이다. 이런 점에서 의사소통적 소송모델의 절차이해는 적정절차의 원칙을

---

26) Calliess, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974, S.101.

27) 이에 관해서는 변종필, 앞의 책, 189, 190쪽; 배종대·이상돈, 앞의 책, 15쪽. 이런 점에서 형사소송에서의 진실규명은 법관의 창조적 행위이다(Hassemer, Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, KritV 1990, S.270; Grasnick, Wahres über die Wahrheit - auch im Strafprozeß, in: Wolter(Hrsg.), 140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht - Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz, 1993, S.74f.; Paulus, Prozessuale Wahrheit und Revision, in: FS Spendel, 1992, S.687, 697). 이에 반해 진리대응이론의 관점에서 이러한 사고를 반박하는 최근의 문헌으로 참고할 만한 것으로는 K. H. Gössel, Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozeß?, 2000(Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 165), S.5-20.

형사소송의 이념으로 파악하는 견해와 외견상 그 궤를 같이 하는 것으로 볼 수 있다. 적정절차를 강조하는 견해 역시 절차는 실체에 우선하며, 이로써 실체적 진실은 절차에 앞서 존재하는 개념이 아니라 적정절차를 실현함으로써 형사소송에서 결과로 얻어지는 창조물로 보기 때문이다. 그런데 의사소통적 소송모델의 진실이해가 인식론적 숙고에서 비롯되었다는 점을 감안한다면, 적정절차의 원칙(또는 이에 바탕을 둔 당사자주의)으로부터 비롯되는 진실이해와 완전히 일치하는 것은 아니다. 의사소통적 소송모델은 형사소송에서 범죄사실에 대한 인정(사실인정), 즉 진실의 인식은 각 소송참여자들의 의사소통이 최적의 상태로 보장된 합리적인 절차 안에서 이루어져야 한다는 점을 강조한다.

나. 법적 근거 : 무죄추정의 원칙

무죄추정의 원칙이란 형사절차에서 피고인(피의자 포함)은 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다는 원칙을 말한다. 이것은 피고인의 주관적 권리(무죄추정권)일 뿐만 아니라, 형사절차 전반을 지배하는 일반적인 실천적 법원칙으로서 객관적 절차규범으로서의 성격도 지니고 있다.[28] 우리 헌법(제27조 제4항)과 형사소송법(제275조의2) 역시 명문으로 이를 보장하고 있다. 이 원칙은 공개주의, 구두변론주의, 직접주의 등 다른 소송원칙들과 마찬가지로 형사소송의 중요한 기본원칙 중의 하나이지만, 이들 원칙과 상호 병렬적인 관계를 맺고 있는 것이 아니라 그 근저에서 이들 원칙이 실질적으로 기능할 수 있도록 해준다는 점에서 이들이 갖는 절차적 위상과는 구분된다. 이런 측면에서 무죄추정의 원칙은 형사소송을 지배하는 대전제인 셈이다.

---

28) 변종필, 앞의 책, 291쪽.

이와 같이 본다면 무죄추정의 원칙은 의사소통적 소송모델을 활성화할 것을 요청하는 확실한 법적 근거가 될 수 있다고 본다. 왜냐하면 의사소통적 소송모델은 형사소송을 의사소통으로 파악하며,[29] 범죄행위와 형벌을 처음부터 확정되어 있는 적나라한 사실이 아니라 참여자들의 대화를 통한 상호적인 의사소통절차 내에서 비로소 확정될 수 있는 그 무엇으로 보기 때문이다. 이런 점에서 무죄추정의 원칙은 법관의 사실인정과 관련하여 형사소송의 의사소통적 활성화를 촉구하는 법치국가적 형사소송의 대원칙이라고 규정할 수 있을 것이며, 아울러 의사소통적 소송모델은 법치국가적 형사소송이 무죄추정원칙을 통해 지향하고자 하는 이념에 대단히 충실한 소송모델이라고 규정할 수 있을 것이다.[30]

3. 의사소통적 소송모델과 법관의 지위

의사소통적 소송모델은 법관, 검사, 피고인을 비롯하여 기타의 소송참여자들이 관여하여 진행되는 형사소송을 일종의 제한된 의사소통공동체로 이해하고, 이런 점에서 형사소송에서의 대화상황을 '제도적 대화상황'이라고 본다.[31] 그리고 이러한 대화상황에서 모든 소송참여자는 자기 주장과 방어를 위한 적극적인 의사소통의 자유를 가진다. 즉 소송참여자들은 자의적으로 조종 가능한 대상으로서가 아니라 자신의 행위에 대한 귀속능력을 갖고 있으며 자신의 행위에 관한 질문에 적절히 해명할 수 있는 상호작용의 주체로 파악된다. 따라서 이들에 대한 일방적인 지배나 강요는 배제된다. 따라서 이러한 전제하에서 형사소송의 진실을 절차참여자들 사이의 대화와 의사소통을 통해 확정하려는 이 소송모델에 의하면 주된 절차참여자

29) Calliess, a.a.O., S.97.
30) 이와 유사한 측면에서 당사자주의는 당사자주의야말로 무죄추정원칙을 구체화・실효화할 수 있는 소송구조라고 주장한다(차용석, 앞의 책, 51쪽).
31) 이 점에 관한 자세한 논의는 변종필, 앞의 책, 237쪽 이하 참조.

의 지위는 당연히 '소송주체'로 파악된다. 이는 이 소송모델이 지향하는 이념이나 성격에 비추어 볼 때 지극히 당연한 귀결이라고 할 것이다. 피고인이라 하여 예외는 아니며, 피고인도 법원이나 검사와 마찬가지로 하나의 소송주체이다. 비록 피고인이 형사소송에서 심판의 대상이라는 특수한 지위에 서 있기는 하지만, 헌법과 형사소송법이 보장하고 있는 무죄추정의 원칙을 전제로 한다면, 그러한 사회적 · 제도적 신분차이가 피고인의 소송주체성을 부정해야 할 합리적 근거는 되지 못한다. 나아가 이 모델에 의하면 이들 각 소송주체의 지위를 통일적으로 파악할 수 있는 장점이 있다. 피고인의 소송법상의 지위 역시 당사자주의의 예에서와 같이 상호 모순되는 세 가지 지위로 파악되지 않고, 법원이나 검사의 지위와 마찬가지로 적극적 소송주체로서의 지위(권리의 측면)와 소극적 소송주체로서의 지위(의무의 측면)라는 두 가지 측면에서 파악될 수 있다.[32]

4. 의사소통적 소송모델과 법관의 역할

의사소통적 소송모델은 모든 소송주체 및 절차참여자들이 관련법규에 근거하여 자기주장과 자기방어의 주체로서 자유롭게 대화와 의사소통을 전개하도록 하면서 형사법관으로 하여금 최종적으로 재판상의 진실을 규명할 것을 요구한다. 따라서 소송주체로서의 법관은 형사소송에서 이러한 의사소통을 방해하거나 왜곡시키는 외적 구조나 행태를 배제하고(구조개선의 문제,[33]) 자기 스스로도 가급적 자유로운 의사소통상황을 보장 · 유지

32) 김일수, 앞의 논문, 155쪽 이하; 배종대 · 이상돈, 앞의 책, 97쪽.

33) 사회제도의 하나인 절차(형사소송)는 전체문화의 분화현상으로서의 정치문화에 의존하고 있다. 따라서 어떤 정치체계가 인권이나 기본권의 실현을 그 기본적인 정치적 요청으로 제시하고 있음에도, 절차라는 제도가 그와 무관하게 남아 있다면, 이는 그 체계의 영향력과 통합이 결여되어 있음을 보여주는 징표일 것이다(Wassermann, a.a.O., S.195). 우리 사회 역시 이와 같은 상황에 처해 있는 것이 아닌가 한다. 또한 의사소통적 소송모델이 지향하는 이념 또는 이상이 현실에 완전히 뿌리내리기 위해서는 형사소

하기 위해 노력하여야 한다(직업윤리의 문제). 이러한 측면에서 형사법관의 임무와 역할에 관해 대략적으로 몇 가지 언급해보면 다음과 같다.

가. 구조개선의 문제

1) 독백적 소송모델과 권위적 심리방식의 지양

형사소송에서 법관의 권력은 형사소송법을 통해 규정되고 보장되는 소송구조에서 비롯된다.[34] 우리 실무의 현실을 볼 때 소송참여자들, 특히 소송주체들의 역할이 대칭적이라고 볼 수는 없으며 명백한 비대칭이 존재하고 있는 실정이다. 그런데 의사소통적 소송모델에 의하면 법관의 지배로 대표되는 현재의 권위적이고 독백적인 소송의 지도형상 및 구조는 소송주체를 비롯한 절차참여자들의 상호 이해와 협력이라는 지도형상 및 구조로 전환될 것을 요청한다. 이에 따라 법관은 절차참여자들을 진실규명을 위한 파트너로 인정하는 의사소통을 발전시키고 자신의 책임 하에서 현실적인 권력의 격차로 인한 다른 절차참여자들(특히 피고인)의 불이익을 해소하도록 해야 한다. 즉 형사소송에서 법관의 지배권을 철회함으로써 다른 절차참여자들의 참여를 증대시켜야 하며, 절차와 심리를 합리적으로 조정함으

송에서 법관의 지배 메카니즘을 축소시킴으로써 법관의 우월적 지배를 폐지하거나 약화시키는 법적·제도적 개선이 마련되어야 할 것이다. 이런 점에서 이 소송모델 또는 이것의 전제가 되는 '지배로부터 자유로운 대화상황'은 현실의 형사재판에 대한 지도적·비판적 기준이 되는 '규제적 모델'(regulatives Modell)이라고 할 수 있을 것이다. 나아가 이러한 모델의 점진적 실현을 위해서는 현실적으로 형사소송에서 가장 열악한 지위에 놓여 있는 피고인의 방어기회를 증대시키기 위한 절차권력을 새롭게 분배하는 개선책도 강구되어야 할 것이다. 이런 점에서 구조개선의 문제는 사회정치적인·재판구조적인 개선을 동시에 수반하는 쟁점이라고 하겠다. 하지만 이러한 문제는 새로운 입법이나 제도개선을 통해서 해결될 수 있는 문제이므로, 여기서는 현행법규 내에서 법관의 인식이나 행위양식의 변화를 통해 초래될 수 있는 영역에 한해서만 몇 가지 짚어보기로 한다.

34) Wassermann, a.a.O., S.190.

로써 상대적으로 권력이 적거나 없는 절차참여자들에게 불리하게 작용하는 왜곡된 의사소통상황을 회피 또는 제거하도록 해야 한다. 이와 같이 다른 절차참여자들과의 상호협력을 중시한다면, 법관은 그들에게 가급적 많은 참여의 기회를 제공함으로써 검사, 피고인, 증인 및 감정인의 공동 협력과 참여 하에서 판결에 필요한 정보나 증거를 얻어내야 한다.

2) 의사소통의 최적화

나아가 의사소통적 소송모델에 의하면 법관은 형사소송에서 단순히 자신의 과도한 권위를 철회해야 하는 과제뿐만 아니라 적극적으로 의사소통을 최적화해야 할 과제도 안고 있다. 따라서 법관에게는 의사소통상황을 준비하고 형성하며 이해를 도모하고 형성해야 할 의사소통책임이 있다고 할 수 있다. 그는 전문가답게 재판진행의 과정과 일정한 거리를 유지하면서 절차 참여자들 간의 논쟁을 불가피한 것으로 받아들이고 이를 절차의 궁극적 목적(판결)에 활용해야 한다. 따라서 그는 인간성, 유연성 및 분명한 질문방식 등을 통해 피고인과 변호인이 그들의 정보와 평가를 절차에 끌어들일 수 있도록 신뢰적 분위기를 창출하고, 법원이 최선을 다해 올바른 결정을 추구한다는 인상을 심어줄 수 있어야 한다. 이와 같이 함으로써 피고인을 희생자의 역할에서 벗어나게 하고, 피고인이나 증인에게 재판절차 그 자체보다 더 큰 부담을 주는 사회적인 품위손상이나 낙인을 피하게 하며, 특히 피고인으로 하여금 절차에 적극적으로 참여할 수 있는 실제적인 기회가 열려 있다는 기대를 갖도록 할 수 있을 것이다.[35] 이를 넘어 의사소통의 과정에서 학습절차가 성공적으로 이루어짐으로써 부수적으로 일정한 예방적 효과도 거둘 수 있을 것이다.

35) Wassermann, a.a.O., S.200.

나. 직업윤리의 문제

1) 권위주의적 소송지휘의 배제

법관(재판장)은 법률의 규정에 의해 소송지휘권을 행사할 수 있다. 하지만 의사소통적 소송모델은 법관의 이러한 소송지휘권이 권위적인 방식이 아닌 합리적인 방식으로 행사될 것을 요구한다. 법관은 심리과정에서 구조적인 조종계기를 활용함으로써 뿐만 아니라 다른 절차참여자들의 진술을 방해·제한하거나 그들의 행위에 대해 비판하거나 또는 제안적인 질문이나 '예,' '아니오'라는 식의 대답을 구하는 폐쇄적인 질문을 함으로써도 권력을 행사한다. 하지만 캐묻기 식의 질문 및 자신은 말을 많이 하려 하면서도 절차참여자들은 거의 말을 하지 못하도록 하려는 경향은 이들의 참여기회를 극도로 축소시키며, 심리에서의 정보적 수확을 감소시킨다. 모욕적 표현, 쌀쌀맞을 정도의 거리감, 완고함, 선입견 등은 권위주의적 법관상의 대표적 특징들이다.[36] 하지만 의사소통적 소송모델은 신문과정에서도 개방적인 질문방법과 대화양식이 지배할 것을 요청한다. 따라서 재판장은 완고하지 않고 유연하며 절차참여자들을 평가절하하지 않고 그들로 하여금 그들의 정보와 평가를 절차 안에 끌어들일 수 있도록 최대한의 기회를 제공함으로써 그들이 적극적으로 행위할 수 있도록 해야 한다. 이와 같이 함으로써 절차 내에서 법관의 권력은 상대적으로 약화되겠지만 진실규명 및 판결에 대한 법관의 부담은 오히려 완화될 수 있을 것이며, 이를 통해 종국적으로 재판의 결과에 대한 절차참여자들과 피고인의 신뢰는 훨씬 더 증대될 수 있을 것이다.

---

36) 예컨대 재판장이 피고인에게 "무슨 말이 그리 많으냐"고 공개적으로 면박을 주거나 사실을 부인하는 피고인에게 "만약 증인을 불러 물어보고 거짓임이 밝혀지면 용서하지 않겠다"고 공공연히 협박 투로 진술하는 것을 우리 실무에서도 간혹 볼 수 있다.

2) 관료주의적인 법률적 직무언어 사용의 지양

법률언어 및 법관의 언어는 대체로 사회중류층이 사용하는 다소 우아한 코드이다.[37] 나아가 법관은 과학적이고 전문적인 법률언어로 표현하는 법을 훈련받았을 뿐만 아니라 짧든 길든 간에 관료화의 경험을 지니고 있는 법조인이다. 따라서 이들 상호간에는 상호이해의 문제가 거의 발생하지 않는다. 반면 법관이 하류층의 피고인이나 증인과 관계할 경우에는 상호이해의 문제가 심각한 쟁점으로 부각될 수 있다. 계층의 차이, 이로써 발신자와 수신자의 언어지평과 인식지평의 차이로 인해 낮은 계층의 피고인이나 증인이 법관의 언어행위를 제대로 수령하지 못하기 때문이다. 또한 재판에서 수행되는 이들의 지각능력 역시 대부분 법률상 중요한 사실이나 관점에 지향되어 있는 것이 아니어서 제대로 이해되지 못한 내용도 언어적으로 확정해버릴 위험성이 뒤따른다.[38] 형사소송에서 이러한 언어적 의사소통의 장애는 심리과정 및 재판의 결과에도 영향을 미칠 수 있다는 점에서 그 심각성이 크다. 이러한 문제가 얼마나 극복될 수 있는지에 관해서는 자신 있게 언급할 수 없으나, 의사소통적 소송모델에 의할 경우 법관은 이러한 장애요소를 해결하기 위해 상대적으로 쉬운 언어로의 대체가능성 및 자신의 언어행위에 대한 끊임없는 자기성찰을 해야 할 의사소통적 책임을 지고 있다고 할 것이다. 이 또한 재판의 공정성과 신뢰성을 확보하기 위해 소홀히 할 수 없는 부분이다.

---

37) Wassermann, a.a.O., S.194.

38) 이러한 언어문제는 비단 하류계층 사람들과의 관계에서만 나타나는 것은 아니다. 일반시민의 사법에 대한 소원감도 만만치 않아 비법률가인 중류층의 교양 있는 사람들마저 기껏해야 법관의 언어행위에 대해 어느 정도의 감만을 잡는 것으로 만족해야 할 경우도 드물지 않다.

3) 결정권력의 합리적 행사

의사소통적 소송모델은 형사소송상의 각종 결정에 있어 법관이 합리적으로 권력을 행사할 것을 요구한다. 이것은 원칙상 명문으로 규정되어 있지 않은 권력이지만, 실제로는 재판상황에 대한 절차법적 결정보다 훨씬 더 강력한 것으로 나타날 수 있다. 절차참여자들, 특히 피고인은 법관을 자신의 행·불행을 좌우하는 권력으로 생각하며, 법관이 절차에서 자신의 행위를 해석하는 방법이 혹시 판결에 어떠한 영향을 미치지나 않을까 하는 조바심을 가지며, 이로써 법관의 비위를 맞추려는 비합리적인 태도를 취하게 된다. 그리고 이러한 불확실성이 크면 클수록, 법관은 법에 근거한 결정을 내리는 데 그 만큼 더 소홀하게 될 것이다. 물론 법관으로서는 자신의 결정권한에서 연유하는 압력, 즉 다른 소송참여자들로 하여금 자신의 그와 같은 결정에 적응할 것을 암암리에 요청하는 압력을 의식하지 못할 수도 있다. 그럼에도 불구하고 변호인의 경우 피고인을 위해 당당한 변론을 하지 못하고 당해 법관의 선처를 호소하는 데 급급해 한다는 것은 주지의 사실이다. 바서만은 이러한 상황을 의사소통학적 관점에서 소송행위가 지향하는 내용영역이 권력관계의 불균형을 특징으로 삼는 관계영역으로 옮겨지는 전도현상이라고 본다.[39] 이러한 재판상황에서 의사소통적 소송모델은 법관에 대해 결정권력의 합리적인 행사를 요청하며, 이를 법관의 의사소통책임의 일부로 파악한다.

4) 양심에의 구속과 직업윤리

법관은 재판에 있어 양심에 구속된다(헌법 제103조). 그리고 이러한 양심은 법관의 자유영역이자 동시에 독립적인 판결을 위한 전제이다. 그런데

39) Wassermann, a.a.O., S.191.

의사소통적 소송모델의 관점에 의할 경우 이러한 양심이란 법관 자신의 경험세계에 터잡은 주관적인 평가나 자의적인 확신을 지칭하는 것이 아니라, 절차규범에 근거하여 이루어지는 의사소통이 일정한 절차윤리에 구속받도록 보장함으로써 결과적으로 획득되는, 상호이해 및 합의에의 자율적인 자기구속을 의미한다. 이런 점에서 법관의 양심은 형사소송에서 핵심적인 위상을 가지며, 판결에 있어 직업윤리의 중요성도 바로 이점에 있다고 할 것이다.[40] 따라서 법관은 형사소송에서 사회적인 지배적인 도덕이나 고매한 덕성으로 무장된 자신의 내면에 기초하기보다는 가급적 자유로운 의사소통절차를 통해 형성된 이러한 양심에 구속되도록 부단한 자기성찰을 수행해야 한다.

Ⅳ. 맺음말

위에서 언급하였듯이 형사소송에서 법관의 지위와 역할은 형사소송의 구조에 관한 논의와, 그리고 이 논의는 다시금 형사소송의 목적 또는 이념과 더불어 형사소송의 진실개념과 밀접하게 연결되는 구조를 가지고 있다. 법원의 주도적인 개입을 인정하는 직권주의라는 형태는 현실적으로 법원이나 법관의 우월적인 소송권력 하에서 권위주의적 또는 독백적 소송구조의 모습을 취하게 됨을, 반면 이른바 당사자에게 형사소송의 주도권을 맡기는 당사자주의라는 형태는 엄격한 의미에서 잘못 사용되고 있는 언어관용으로서 소송실무에서 법치국가적 형사소송을 구현해야 한다는 헌법과 절차규범의 이념에 다름 아니라는 것을 보았다. 이와 관련하여 필자는 형사소송에서 형사사건에 대한 최종적인 결정권한을 지니고 있는 법관의 절

40) 이런 점에서 "소송은 인격성의 작품"(Karl Peters, Die ethischen Grundlagen des Strafprozesses, 1977, S.81)이라고 할 수 있다.

차에 대한 인식과 이해의 관점에서 절차운영 및 소송개입의 방법에 주안점을 두어 직권주의와 당사자주의의 문제점을 지양함으로써 형사소송의 인간화·합리화를 도모할 수 있는 새로운 구상으로서 '의사소통적 소송모델'을 제시하였다. 이 모델 역시 당사자주의와 같이 법관은 형사소송에서 공정하고 중립적인 제3자여야 한다는 점을 인정하며, 또한 직권주의와 마찬가지로 현행법 하에서 볼 때 법관은 형사소송에서 주도적인 관여자로서의 지위를 갖고 있다고 본다. 하지만 공정하고 중립적인 제3자라는 지위가 주도적인 관여자로서의 지위와 모순·충돌되는 것은 아니라고 생각한다. 여기서 '주도적인 관여'라는 것은 여러 측면에서 드러나는 우월한 절차권력을 자신의 극히 주관적인 판단에 따라 자의적으로 행사해도 좋다고 하는 법관의 권위주의적인 지배권을 말하는 것이 아니라 진실규명을 위한 대화의 장에서 왜곡된 의사소통상황을 배제하고 각 소송주체 및 소송참여자들의 가급적 자유로운 의사소통을 진작시키기 위해 상호간의 의사소통을 최적화하여야 한다는 의사소통책임과 관련된 성찰적 개입을 의미하기 때문이다.

과거의 특정한 시간과 특정한 장소에서 일어난 사태 또는 사건의 진상을 현재의 법정에서 더듬어 밝혀내려고 하는 작업은 '새로운 구성'의 작업이며, 이런 측면에서 본다면 절차(형사소송)는 - 물론 일정한 제약을 받기는 하지만 - 독백이 아니라 대화이자 의사소통이다. 따라서 법관은 사건의 진상을 파악함에 있어서는 물론 해당 법률을 해석하여 적용함에 있어서도 가급적 최적의 대화상황에서 가급적 최대한의 정보를 획득할 수 있도록 하기 위해 각 소송주체 및 소송참여자들의 자유로운 의사소통을 보장하는 방향으로 자신에게 주어진 권한을 행사하여야 할 것이다. 이와 같이 할 때 법관의 판결의 공정성에 대한 모든 절차참여자 및 일반의 신뢰는 충분히 제고될 수 있을 것이다. 오늘 우리의 형사법정에서 이와 같이

"지적으로 용기 있고 정신적으로 독립적이며 내적으로 자유로운 법관"[41]을 찾으려 한다면 너무 지나친 기대일까?

41) Wassermann, a.a.O., S.204. 이러한 법관상이 단지 법관 개인의 투철한 직업윤리만으로 구현될 수 없음은 물론이다. 먼저 법관 개개인의 기존의 절차에 대한 철저한 자기반성적 인식을 전환점으로 하여 (의사소통적 소송모델을 강화시켜 주는 외적 · 제도적 요인인) 사법제도의 개혁(예컨대 과도한 업무량의 차단 및 이를 위한 우수한 법관인력의 증원 등)이 동시에 이루어져야 할 것이다.

Stellung und Rolle des Strafrichters im Strafprozeß

Byun, Jong-Pil*

Dieses Thema steht beziehungsweise mit der Struktur und dem Zweck des Strafprozesses(sog. Beziehungsthese). Den hauptsächlichen Gegenstand dieser Arbeit bildet die Kritik an die bestehende Diskussion um die Beziehungsthese. In ihr vorschlagt sich als der andere Ansatz das Modell, das sich als das dialog-kommunikative bezeichnet. Der Strafprozeß ist demzufolge Dialog und Kommunikation. Diesem Modell gemäß hat der Strafrichter die Stellung als Verfahrenssubjekt im Strafprozeß ebenso wie Staatsanwalt und Angeklagte. Es verpflichtet sich ihm, die Optimierung der Kommunikation auf dem Wege der Beseitigung der verdrehte Kommunikationsstruktur und der Bildung der möglichst freien Kommunikationssituationen usw. zu schaffen, und dadurch offene Debatte zwischen Verfahrensbeteiligten zu fördern, und schließlich auf Grund dieser allen Umstände die prozessuale oder forensische Wahrheit zu forschen.

* Professor, Department of Law, Inje University, Ph.D. in Law

참고인의 출석·진술강제와 수사상 증인신문청구제도

박 미 숙*

Ⅰ. 시작하는 말

형사절차의 궁극적 목적이 정당한 판결의 확보에 있고 따라서 이를 위하여 적정한 절차에 의하여 사안규명이 행해져야 함은 형식적 정당성이 아닌 실질적 정당성을 그 본질적 내용으로 하는 법치국가의 원칙상 당연하다. 단지 수사의 목적이나 편의를 위하여 헌법상의 형사절차상 기본권이 제한되어서는 안 된다. 수사의 목적을 위한 기본권 제한은 극히 예외적인 경우에 한하여 엄격한 절차에 따라서 행해져야 한다. 단지 수사편의를 목적으로 한 가혹행위 등은 정당화될 수 없다. 현행법이 수사의 방법을 원칙적으로 임의수사에 의하도록 하고, 강제처분은 특히 형사소송법에 규정이 있는 경우에 한하여만 예외적으로 허용하고 있음은(형사소송법 제199조 단서) 이러한 기본원칙을 구체화한 것이다. 그리고 이러한 기본원칙은 피의자 이외에 참고인에게도 적용하도록 되어 있는바, 즉 범죄의 증명을 위하여 필요한 증거가 제3자의 진술에 의존할 경우에는 원칙적으로 수사기관은 참고인에 대하여 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있도록 하는 임의적 수사방법으로 하고 있는 것(제221조)도 이 때문이다.

---

* 한국형사정책연구원 특수범죄연구실장(연구위원)

그런데 특히 참고인조사와 관련하여 실무상으로는 임의수사로 인한 참고인의 비협조와 피의자에 대한 인권보호규정 때문에 수사가 제대로 이루어지지 않아 소위 실체진실의 발견이라는 형사절차의 기본목적을 달성하는데 어려움이 많다는 문제제기가 있어 왔다. 그리하여 실무계를 중심으로 하여 참고인조사에 대한 전면적인 개혁논의가 있어 왔는데, 참고인구인제도가 그것이다.

문제는 첫째 현행법상 참고인에 대한 보호조치가 미흡한 상태에서 이처럼 참고인으로부터의 협조를 강제하는 것이 타당한가 하는 점이다. 즉 참고인구인제도를 도입하려고 하는 것이 단지 수사효율성만을 고려한 것은 아닌가 하는 의문이다. 둘째 참고인구인제도 등을 피의자신문시 변호인참여를 인정하는 대가로 논의하는 것은 아닌가 하는 점이다. 이에 대한 상세한 논의내용은 찾아보기는 어렵지만, 다만 최근의 보도자료[1]에 의하면 실무에서는 피의자신문시 변호인 참여가 성공적으로 정착되기 위하여는 이에 대응하여 참고인 허위진술죄, 참고인 구인제도의 도입이 필요하다는 방향으로 논의를 전개하고 있음을 볼 수 있다.

이러한 논의를 보면서 드는 의문은 우선 과연 현행법상으로 참고인의 협조를 구할 수 있는 제도적 장치가 없는가 하는 점이다. 그 다음으로는 그 제도가 실무상으로 활용되고 있는지, 활용되지 않는다면 그 이유는 무엇인지 하는 점이다. 마지막으로 이들 현행법상의 제도를 활용할 가능성은 없는가, 있다면 구체적으로 그 전제요건으로서 개선되어야 할 점은 무엇인가 하는 점이다.

이 글은 기본적으로 이러한 문제인식을 바탕으로 하여 현행법상의 참고인 조사제도와 그 문제점, 그리고 출석 및 진술을 강제할 수 있는 제도를 살펴보고, 한편으로는 피의자 · 피고인의 방어권보장의 의의와 내용을 재검

1) 법무부, 보도자료, 2002.11.15. 참조.

토하면서 이것과의 관계성 속에서 현행법상 참고인의 출석 및 진술을 강제할 수 있는 제도의 활용가능성과 그 이유를 살펴봄으로써 현행제도 운용의 개선방안을 제시해보기로 한다.

Ⅱ. 사안규명과 참고인조사

1. 참고인의 법적 지위

참고인이라 함은 수사단계에서 수사기관에게 피의사건에 관하여 진술을 하는 자로서 피의자 아닌 자를 말한다. 범죄의 피해자도 수사상 참고인이 될 수 있다.

현행 형사소송법상 참고인에 대한 출석과 진술의 강제를 명문으로 규정하고 있지 않다. 기본적으로 참고인은 피의자 아닌 제3자로서 소송당사자가 아닌 소송관여자에 불과하다. 따라서 참고인은 수사의 협조자로서 소송에 대한 적극적인 형성력은 없으며, 강제로 소환당하거나 신문당하지 아니한다. 검사 또는 사법경찰관이 수사에 필요한 때에는 이들의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있을 뿐이다(형사소송법 제221조). 따라서 현행법상으로 참고인의 출석과 진술을 강제하는 것은 헌법상 누구든지 강제처분은 법률에 의해야 하고(헌법 제12조 제1항), 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하도록 한 규정(동조 제3항)에 위반된다. 다른 한편으로 이처럼 참고인에 대하여는 임의수사를 원칙으로 하는 현행법하에서는 사실상 참고인은 증거방법에 지나지 않기 때문에 이들에 대한 형사절차에서의 지위보장도 매우 미흡하다.

2. 참고인조사의 필요성

그럼에도 불구하고 많은 형사사건에 있어서 참고인·증인 이외에 다른 증거방법이 없는 경우가 많기 때문에 참고인은 형사절차에 있어서 사안규명을 위하여 결정적인 역할을 하는 경우가 많다. 특히 강력범죄나 성폭력범죄 내지 가정폭력범죄 등의 특정범죄의 수사에 있어서는 참고인 또는 증인은 매우 중요한 의미를 갖는다.[2] 즉 피의사건에 관한 참고인의 진술은 피의사건의 진상파악을 위한 중요한 증거이고 기소·불기소의 결정을 위한 중요한 자료이며 유죄·무죄의 증거가 될 수 있다. 따라서 수사기관의 참고인조사는 사실상 수사의 핵심절차이기도 하다.

이처럼 참고인·증인은 사안규명을 위하여 증거방법으로서 매우 중요함에도 불구하고 조직폭력범죄의 피해자나 목격자의 경우에서 보는 바와 같이 증인이 피고인 또는 폭력조직 관련자들로부터의 보복을 두려워하거나, 그들로부터 생명 및 신체에 대하여 위협을 받거나, 일반인들에 노출된다는 두려움이나 법정에서의 피고인과 대면해야 하는 부담 때문에 소송절차에 관여 내지 협조하는데 주저하거나 거부하는게 보통이다.

이상으로 살펴보는 바와 같이 형사절차에 있어서 참고인은 심정적으로 출석 및 진술에 부담을 갖고 있고, 법률상으로도 이들에 대한 조사는 임의수사의 방법으로만 가능하도록 되어 있기 때문에 사실상 참고인조사가 제대로 이루어지지 않고 있다는 실무상의 어려움은 이해된다. 또한 현행법상 참고인의 법적 지위나 태도 때문에 수사에 지장이 많아 사안을 규명하여 적정한 판결을 확보하고자 하는 형사절차의 기본이념이 제대로 실현되는데 장애가 되고

2) 오병두, 증거보전을 위한 증인신문의 청구, 서울대 석사학위논문, 1995 참조.

있는 것도 사실이다.

이런 이유로 수사실무상으로 참고인에 대한 구인제도를 도입할 필요가 크고 참고인의 불성실이나 거짓에 대하여는 법이 단호하게 대응해야 한다는 입장에 서 있다. 이 입장은 전통적인 피의자 중심의 수사로부터 참고인 중심의 수사로 전환해야 한다는 의미로서, 그 이유를 지금까지의 피의자중심의 수사에서 참고인중심의 수사로 패러다임이 변화했다는데서 찾기도 한다.[3] 즉 수사기관의 입장으로서는 피의자인권을 침해하면서 사안규명을 할 생각은 없으며, 만일 이로 인하여 문제가 생길 경우에 수사기관이나 수사기관 종사자의 입장으로서는 그 불이익이 매우 크다는 것이다. 따라서 수사기관의 입장에서는 피의자가 아닌 참고인의 진술을 수단으로 하여 사안규명에 접근할 수밖에 없다고 한다.[4] 물론 오늘날 범죄의 특성과 피해자관점의 도입 때문에 이러한 측면이 있음은 부정하기는 어렵다.

3. 참고인중심 수사의 문제점

문제는 사안규명을 위하여 참고인에 대한 출석 및 진술강제라는 방향으로 기본입장을 선회하는 것은 결국 피의자에 대한 인권보장이 문제되자 참고인에 대한 강제구인이나 강제적인 진술확보를 통하여 증거를 확보하고자 하는 수사편의적 입장에 서 있다는 비난을 면하기 어렵다는 점이다. 즉 이러한 문제해결방식은 결과적으로는 지금까지의 자백이나 진술 중심의 수사관행에서 한발짝도 벗어나지 못하고 있음을 - 또는 벗어나기 어려움을 - 보여주는데 불과하다. 피의자의 자백 또는 진술이 아니라, 참고인의 진술에 의한 절차확보로 무게중심을 이동한 것일 뿐이다.

무엇보다 이러한 접근방법은 본질적인 문제를 간과하고 있다는 문제점

3) 조동석, 허위진술죄의 도입제안, 법조, 2001.6, 154-160면 참조.
4) 조동석, 154-160면 참조.

이 있다. 즉 피고인의 방어권 확보와 증인보호 내지 증인으로부터의 적극적인 절차관여 확보라는 딜레마를 어떻게 조화할 것인가 하는 점이다. 참고인에 대한 강제구인제도 등은 이러한 방향으로의 조화를 모색하기보다는 양자를 대립구도로 파악하고 있는 것은 아닌가 하는 의문이 들기도 한다. 피의자의 인권을 제한하지 않으면서 참고인의 보호 내지 참고인등으로부터 적극적인 절차관여를 이끌어낸다고 하는 과제를 어떻게 조화시킬 것인가, 내지는 이러한 과제를 어떻게 형사사법체계속에 녹아들게 할 것인가 등에 대한 진지한 검토와 입법적 정비가 뒤따르지 않으면 안 된다.

비교법적으로도 살펴보면 소위 중요참고인 출석 및 진술확보제도를 두고 있는 미국의 경우에도 연방법상 중요참고인에 대한 체포제도를 인정함과 동시에 중요참고인의 권리보호를 위한 조치 등을 엄격히 규정해두고 있다.[5] 다시 말하면 미국의 경우에도 중요참고인에 대한 체포가 일정한 경우 소위 수사의 필요나 사안규명을 위해서 인정되지만, 가능한 한 중요참고인에 대한 보호에도 중점을 두고 있다는 것이다. 피해자 및 증인보호법상으로 소환된 증인에 대한 연방정부 또는 주정부의 보호의무에 관하여 이를 소홀히 하는 것이 정부측의 국가배상책임이 인정된다.

그리하여 미국의 경우에도 피해자 및 증인보호법상으로도 증인에 대한 본안전 구금에 대한 감독책임을 법원에 있고, 구금되어 있는 증인의 신병상태에 대한 검사의 보고의무 등에 관한 규정을 두고 있다. 중요참고인의 권리보호와 관련하여 중요한 점은 첫째, 법관이 체포된 중요참고인의 석방여부 및 석방조건을 결정함에 있어서 그 조건은 같은 참고인의 출석 및 증언을 합리적으로 담보하는 수단으로서 최소한으로 강제적이어야 하며, 둘째, 참고인의 석방에 붙이는 조건을 정함에 있어 심문을 거쳐야 하고, 위 참고인에게는 국선변호인으로부터 변호를 받을 권리를 포함한 변호인

5) 안태근, 미국 형사소송법상 중요참고인 체포제도, 해외연수검사연구논문집 제15집, 1999, 98-99면 참조.

선임권이 보장되어야 한다'고 하여 연방 헌법 수정 제5조의 적법절차조항이 증인에 대하여도 적용되어야 한다는 점이다.

독일 형사소송법 제161조의a는 참고인에게 검사에 대한 출석과 진술의무를 규정해두고 있다.[6] 그리고 독일의 경우에도 정당한 사유없이 진술을 거부하는 예외적인 경우에 검사가 사안에 따라서 수사판사앞에서의 증인신문(독일 형사소송법 제162조)을 청구하여 법원에서 증인을 신문하거나 직접 소환하여 조사하게 된다. 이는 우리나라의 수사상 증인신문청구제도에 해당하는 것이다.

독일의 경우에 검사에 대한 참고인의 출석과 진술의무를 둔 입법취지는 기본적으로 수사처분을 검사에게 집중함으로써 처벌과 절차의 신속성을 도모하고 이로써 사안규명을 최대한 가능하도록 하는데 있다.[7] 이를 위하여 동시에 검사는 그에게 주어진 권한을 행사해야 할 의무도 있다. 이처럼 참고인·증인구인제도는 사실상 검사의 지위 강화에 기여한다는 목적으로 인정되고 있기는 하지만, 이로써 피의자의 권리 내지 지위가 약화되거나 침해되어서는 안 된다는 기본적인 한계도 동시에 갖는다. 참고인의 출석시에 변호인의 동석이 허용되며, 다만 사안규명이 어렵다고 인정되는 극히 예외적인 경우에는 그 동석이 제한될 수 있는 것으로 이해된다. 그리고 당사자 즉 피의자와 그 변호인의 참여권은 인정되지 않는다. 정당한 이유 없이 불출석하거나 출석거부에 대하여는 일정한 제재가 가해진다.

그리고 참고인·증인의 불출석에 대하여는 증인의 강제구인(zwangsweise Vorführung des Zeugen)이 가능하다(독일 형사소송법 제51조). 이 구인은 24시간이내에 한한다. 증언을 강제하기 위한 구속도 명할 수 있다(제70조). 다만 이 처분권한은 판사에게 있다.

---

6) 다만 독일 형사소송법상으로도 경찰의 소환에 대하여 참고인은 응하여야 할 의무가 없고, 동시에 사실관계에 대하여 진술할 의무는 없다.

7) Wache, Strafprozeßordnung, 제161조의 a, 1999, Rn.2.

이상으로 살펴본 바와 같이 미국과 독일의 경우에는 참고인 · 증인의 경우에 출석 및 진술의무를 부담시키는 한편으로 참고인 · 증인이 진술 내지 증언의무를 부과함으로써 위험에 처하여질 우려가 있는 경우에는 그 증인을 보호하는 조치를 두고 있는 것이다.

생각건대 현행 헌법상의 피해자의 재판절차진술권(헌법 제27조 제5항)이라는 기본권의 구체화인 형사소송법상의 피해자의 재판절차진술권도 그 내용과 범위 그리고 요건 등에 대하여 애매모호하고 제한사유가 광범위하다는 점에서 비판이 제기되고 있고, 그 외에 피해자 등에 대한 보호가 거의 없는 실정에서, 참고인을 오로지 사안규명의 대상으로만 파악하는 것은 - 수사의 패러다임의 전환을 수긍한다 하더라도 - 실질적인 증인 내지 피해자보호책은 고려하지 않은 채 여전히 수사의 편의만 고려한다는 비판을 면하기 어려울 것이다. 이제는 참고인 · 증인을 강제하는 것이 아니라 보호의 관점도 오히려 사안규명에 더욱 도움이 될 수 있다는 인식의 전환이 요구된다. 참고인이나 증인을 중심으로 한 사안규명을 목적으로 한다면 동시에 이들에 대한 보호책에 대하여도 진지한 고민과 검토가 뒤따라야 할 것이다.

Ⅲ. 현행법상 참고인의 출석 · 진술확보제도와 참고인 · 증인보호

1. 증인신문청구제도와 증거보전

형사소송법은 체포 · 구속 · 압수 · 수색 또는 심문을 법률에 의하도록 하면서(헌법 제12조 제1항), 동시에 형사소송법에서 강제처분을 이 법률에 특별한 규정이 없으면 하지 못한다고 규정(형사소송법 제199조 단서)하고

있다. 이로써 형사절차상 강제처분은 형사소송법에 근거해서만 가능하다.

다만 수사상 참고인이 출석 또는 진술을 거부하는 경우에 이를 강제할 수 있는데, 바로 현행법상의 증인신문청구제도와 증거보전제도이다. 증인신문청구와 증거보전은 제1회 공판기일 전에 한하여 허용된다(제184조, 제221조의2). 형사소송법상의 증거보전제도(제184조)와 증인신문청구제도(제221조의2)는 공판정에서의 정상적인 증거조사가 있을 때까지 기다려서는 증거방법의 사용이 불가능하거나 곤란한 경우 또는 참고인이 출석이나 진술을 거부하는 경우에 수사절차에서도 법원의 힘을 빌려 증거조사나 증인신문을 하게 함으로써 증거를 보전할 수 있게 하는 제도이다.

증인신문청구의 경우에 그 증인신문에 관하여 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있으며(제221조의2 제4항), 마찬가지로 증거보전의 경우에도 판사는 그 처분에 관하여 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있고, 두 제도 모두 공판정에서의 증인신문에 관한 규정이 준용되기 때문에 증인의 출석과 진술의무를 부과하는 형태로(제221조의2 제4항, 법 152조, 제161조) 출석 및 진술을 강제하는 등 참고인의 출석과 진술을 강제하는 기능을 갖는다. 또한 두 제도는 사실상 참고인조사에 있어서 검사의 강제처분권을 보강하기 위한 데 그 입법취지가 있다[8]는 점에서 공통점을 갖는다.

다만 증거보전제도는 형사소송법 제정당시부터 도입되어 있었고, 1973년 형사소송법 개정에 의하여 증인신문청구제도가 도입되기 전에는 증거보전제도가 사실상 참고인의 출석 및 진술을 강제하는 제도로서 기능을 해왔다. 그럼에도 불구하고 증거보전절차는 한편으로는 피의자·피고인에게 유리한 증거를 수집·보전하기 위한 강제처분으로서의 성격을 갖고 있어서 원칙적으로 당사자의 참여권이 인정된다.[9] 즉 증거보전절차에서는

8) 이는 이미 증거보전청구에 대한 입법취지에서 잘 나타나 있다. 형사소송법제정자료집, 한국형사정책연구원, 1991, 367면 참조.
9) 대법원 1965.12.10. 선고 65도826 판결.

원칙적으로 피의자 · 피고인의 참여권이 제한되지 않는다. 또한 당사자인 검사 · 피의자 · 피고인 · 변호인 모두 서류와 증거물에 대한 열람 또는 등사권을 갖는다. 물론 형사소송법 제정당시에 증거보전절차에 대하여도 효율적인 수사기능을 담보하기 위해서는 판사가 증거보전청구에 대한 처분을 한 경우에 그 서류 및 증거물을 신속히 검사에게 송부해야 한다는 견해도 있었지만,[10] 검사의 강제처분권 보강에 대응하여 피의자 · 피고인측의 방어권행사 보장 또한 중요한 입법취지로서 이를 그대로 살려 기록의 열람 · 등사권을 인정하는 규정을 둠으로써(제185조), 두 가지 측면에서의 입법취지를 조화한 것으로 볼 수 있다.

한편 형사소송법 이외에 특별히 참고인에 대한 강제구인을 허용하는 경우가 있는데, 국가보안법상의 참고인 구인 · 유치제도가 그것이다. 즉 국가보안법 제18조 제1항에서는 검사 또는 사법경찰관으로부터 국가보안법에 해당하는 피의사건의 참고인으로서 출석의 요구를 받은 자가 정당한 이유없이 2회 이상 출석요구에 불응한 때에는 관할법원판사의 구속영장을 발부받아 구인 · 유치할 수 있다. 사실상 국가보안법상 참고인 구인 · 유치제도는 특정범죄의 형사소추의 효율성을 위한 기능에 충실한 제도로서 이해된다. 그러나 국가보안법상의 참고인 구인 · 유치제도는 첫째 위에서 본바와 같이 헌법상 적법절차원칙과, 형사소송법상 강제처분의 근거법률을 형사소송법에 한하도록 하고 있는 점에서 근본적인 문제점을 갖는다. 둘째 현행법상 참고인은 피의자도 아닌 제3자인데도 이들에 대하여 구속영장을 발부하여 참고인을 구인할 수 있도록 한 것은 사실상 과잉형사입법이라는 비난을 면치 못한다.[11] 셋째 더욱이 개정 형사소송법이 체포영장제도를 도입해 두고 있는 상황에서 피의자도 아닌 참고인에게 구속영장을 발부 · 집행한다는 것은 설사 그 필요성을 인정한다고 하더라도 부당함은 물론이다.[12]

---

10) 형사소송법제정자료집, 367면.
11) 오병두, 23면 이하.

이하에서는 절을 바꾸어 특히 수사상 증인신문청구제도의 기능을 살펴보고, 특히 증인보호의 관점에서 동 제도의 기능을 재검토해보고자 한다.

2. 수사상 증인신문청구제도와 참고인·증인보호

가. 수사상 증인신문청구제도의 기능

수사상 증인신문청구절차는 사실상 참고인을 증인으로 신문함으로써 증인으로서의 출석과 증언의 의무를 발생하게 한다는 점에서 참고인의 출석과 진술을 강제하기 위한 제도로서, 참고인의 출석불응 또는 진술거부의 경우에 한하여 허용되는 증거보전 장치이다.

이러한 수사상 증인신문청구제도는 1973.1.25 형사소송법 개정에 의하여 신설된 조항으로서, 이는 특히 내부자의 증언이 유죄인정의 결정적 자료가 되는 조직범죄나 뇌물범죄 등의 효율적 형사소추를 위하여 마련된 것으로서,[13] 이로써 증인신문청구는 수사기밀을 유지하는 기능을 갖는다.[14] 반면 이 때문에 형사소송법 개정당시 증인신문청구제도에 있어서는 피고인측의 참여권이 제한된다는 문제점을 갖는다. 즉 '수사에 지장이 있다고 인정되는 경우'에 판사는 피의자·피고인 및 변호인의 참여권을 제한할 수 있다. 그 다음으로 이들 증인신문청구절차에서 확보된 증인신문조서는 검사에 송부되어(제221조의2 제6항), 변호인에 의한 기록열람·등사의 대상이 되지 않고, 또한 공판절차에서의 법관의 증거조사에서와 달리 상호신문도 예외적으로 배제될 수 있다는 문제점이 있다. 그리고 수사상 증인신문청구에 있어서 검사의 강제처분권의 보강이라는 측면에 중점을 둠으로써 사실상 피의자·피고인의 방어권보장이라는 측면에서는 미흡하다는 문제점이 있다.

---

12) 같은 취지: 오병두, 24면.
13) 신동운, 형사소송법1, 278면.
14) 배종대/이상돈, 형사소송법, 2002, 318면 ; 신동운, 형사소송법 1, 280면.

이상과 같은 문제점 때문에 증인신문청구제도에 대하여는 피의자 · 피고인의 방어권보장이라는 적법절차와의 관계하에서 사실상 '법원의 힘을 빌린 수사기관의 강제처분'이라는 특성이 강조된다.[15]

한편 수사상 증인신문청구제도는 증인보호의 기능도 아울러 가진 것으로도 이해된다. 물론 애초에 수사상 증인신문청구제도가 증인보호목적으로 들어온 것은 아니다. 증인신문청구제도가 도입될 당시 형사소송법 개정은 유신헌법 하에서 사실 비상국무회의에서 통과된 것이고, 이는 당시 개정된 규정들이 대부분 피의자 · 피고인에 대한 적법절차보호규정이었다는 점에서도 잘 드러나 있다. 다만 수사상 증인신문청구제도는 증인신문청구절차에 의하여 증인신문조서를 확보하게 되면 공개절차에서 재신문받지 않을 수 있다는 점에서 공개주의에서 파생하는 증인에 대한 피해를 줄일 수 있고, 또한 형사소송법 제221조의2 제5항에 의하여 피의자측의 참여권을 배제한 경우에는 피의자 · 피고인측으로부터의 보복의 우려나 증인의 수치심 유발 등의 문제를 극복할 수 있다는 점에서 증인보호기능을 갖고 있다고도 할 수 있다.

생각건대 수사상 증인신문청구절차에서도 증거보전절차와의 관계에 비추어 당사자의 참여권과 참고인 · 증인보호책에 대하여 관심을 기울일 필요가 있다고 하겠다.

나. 참고인 · 증인보호와 수사상 증인신문청구제도

사실 현행법상으로 참고인 · 증인보호는 매우 미흡하다. 다만 1995년 형사소송법 개정을 통해 신설된 체포 · 구속된 피의자의 보석(형사소송법 제214조의2 제4항)시에 피해자보호를 위하여 일정한 경우에 보석을 취소할 수 있도록 규정하고 있다. 즉 '피해자 기타 사건의 재판에 필요한 사실을

15) 배종대/이상돈, 319면.

알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명· 신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있을 때'에는 보석을 취소할 수 있도록 하고 있고 있다(제102조 제1항 제4호). 이 규정에 대하여는 피해자 및 참고인의 보호를 위한 제한사유로 이해된다.

그 다음으로 특정범죄신고자등보호법에서 특정범죄에 관한 범죄신고자등이나 그 친족등이 보복을 당할 우려가 있는 경우에 한하여 형사절차에서의 범죄신고자등을 보호하기 위하여 신변안전조치, 기타 비공개증인신문 등을 규정하고 있다. 특히 동법은 범죄신고자등에 대하여 형사소송법 제184조(증거보전의 청구와 그 절차) 또는 제221조의2(증인신문의 청구)에 의한 증인신문을 하는 경우 판사는 직권 또는 검사의 신청에 의하여 그 과정을 비디오테이프등 영상물로 촬영할 것을 명할 수 있다(제10조 제1항). 그리고 이 영상물에 수록된 범죄신고자등의 진술은 이를 증거로 할 수 있다(제3항). 또한 이 경우에 증인신문시에는 증인으로 소환받은 범죄신고자등이나 그 친족 등이 보복을 당할 우려가 있는 경우에는 검사·범죄신고자등 또는 그 법정대리인은 법원에 피고인이나 방청인을 퇴정시키거나 공개법정 외의 장소에서 증인신문을 할 것을 신청할 수 있으며(제11조 제5항), 판사는 직권 또는 신청이 상당한 이유가 있다고 인정되는 때에는 피고인이나 방청인을 퇴정시키거나 공개법정 외의 장소에서 증인신문 등을 행할 수 있으며, 이 경우 변호인이 없는 때에는 국선변호인을 선임하여야 한다(제11조 제6항).

이러한 맥락에서 형사소송법상 수사상 증인신문청구제도에 있어서 다음과 같은 점이 고려되어야 할 것이다.

우선 이러한 특정범죄신고자등보호법과 관련하여 보면 현행법상 증인신문청구제도가 사실상 조직범죄 등의 특정범죄의 효과적인 형사소추를 위한 데 그 기본취지가 있고 따라서 특정범죄신고자등보호법상의 증인신문

과 관련된 규정은 형사소송법상 증인신문에도 적용될 여지가 있다. 이런 점에서 검사가 증인신문청구시에 그 전과정을 영상물로 촬영할 것을 법원에 청구할 수 있도록 한 것은 참고인보호라는 측면에서도 형사소송법의 수사상 증인신문청구절차에도 적용하여야 할 것이다. 다만 이와 같은 피해자보호조치는 공판절차의 원칙과 피고인의 방어권에 영향이 없는 범위 내에서 피해자에게 반복진술의 부담과 고통을 덜어주기 위한 것으로서 정당화된다.[16] 따라서 이들 영상물 촬영은 판사 앞에서, 그리고 이들 피고인 및 그 변호인이 신문절차에 참여할 경우에만 허용된다고 보아야 한다.

그 다음으로 특정범죄신고자등보호법에 의하면 증인신문시에 증인에게 국선변호인을 선정해주어야 한다고 규정하고 있는 바, 생각건대 수사상 증인신문청구절차에 대하여는 법정에서의 증인신문절차가 준용되므로, 이 경우 증인에게 국선변호인을 선정해주도록 함이 타당하다.

이상으로 현행법상 참고인 증인보호와 관련하여 특정범죄자신고자등보호법상의 조치를 살펴보았는데, 마찬가지로 증인신문청구제도에 있어서도 기본적으로 사안규명을 위한 증인보호라는 관점에서 접근할 필요도 있다. 이런 점에서 증인신문청구제도의 활용가능성이 없다고 할 수 없고, 그 방향으로 증인신문제도를 재구성할 여지는 있다.

다. 수사상 증인신문청구절차에서의 증인 구인의 허용여부

현행 형사소송법은 당사자의 증인신문에의 참여를 원칙적으로 보장하고 있고, 또한 증인신문에 관하여는 법원 또는 재판장이 하는 증인신문에 관한 규정이 준용되므로(제221조의2 제4항 참조), 이 경우에 참여한 당사자는 법원의 증인신문에서와 마찬가지로 반대신문권을 갖고 있다고 보아야

16) 이재상/이호중, 형사절차상 피해자보호방안, 형사정책연구(가을호), 한국형사정책연구원, 1992, 76면.

한다.

먼저 증인신문청구절차에서의 증인에게는 법정에서의 증인의 권리와 의무가 적용된다. 이와 관련하여 다음과 같은 몇 가지 사항을 검토할 필요가 있다.

첫째, 법정에서 증인은 출석의무를 진다. 증인의 출석을 위하여 법원은 증인을 소환하여야 한다. 이 경우에 원칙적으로 소환장이 발부·송달된다. 만일 증인이 그 출석의무에 위반한 경우에는 구인 등의 제재가 가해진다. 즉 증인이 정당한 사유 없이 법원의 소환에 응하지 아니하거나(제152조), 동행을 거부하는 경우(제166조 제2항) 등이다. 문제는 바로 이와 관련하여 수사상 증인신문시에도 원칙적으로 증인의 출석을 위하여 구인이 가능한가 하는 점이다. 생각건대 수사상 증인신문청구절차에서도 기본적으로 증인의 권리 의무가 준용되기 때문에 이런 이유 점에서 수사상 증인신문청구절차에서도 증인이 소환에 응하지 않는 경우나 동행을 거부하는 경우 등을 사유로 하여 구인이 가능하다고 해석해야 한다. 다만 구인할 경우에는 피고인의 구인에 관한 규정이 적용되고, 따라서 이 경우에도 증인소환을 위하여 구속영장이 발부·집행된다(제155조 참조).

둘째 수사상 증인신문청구절차상으로도 증인에게 증언거부권(제148조)이 인정되는가 하는 점이다. 마찬가지로 출석·진술이 강제된 참고인에게는 증인과 동일한 권리·의무가 발생하고 따라서 당연히 수사상 증인신문청구절차에서도 증언거부권이 인정된다. 따라서 수사상 증인신문청구절차에서도 판사 또는 재판장은 신문 전에 증인에게 증언을 거부할 수 있음을 설명하여야 한다(제160조). 다만 이는 증인 자신이 형사소추를 당하게 될 사항, 증인과 일정한 관계에 있는 자가 형사소추를 당할 염려가 있는 사항, 일정한 업무자가 그 업무수행과 관련하여 알게 된 타인의 비밀에 관한 사항 등에 한한다.

마지막으로 예컨대 증인신문의 전제가 되는 구인과 소환, 그리고 이를 보장하기 위한 벌칙에 관한 규정도 준용되는가 하는 점이다. 기본적으로 판사는 신문기일을 정하여 증인을 소환하고 검사에게는 신문기일과 장소를 통지하며 신문절차를 주재한다. 증인의 소환을 위하여는 소환장이 발부되고 이에는 정당한 이유 없이 출석하지 아니할 때에는 구인할 수 있음을 기재한다(제74조, 153조). 구인은 사실상 증인의 출석의무위반에 대한 제재로서 기능한다. 따라서 현행법상으로 수사절차상 증인신문시에 증인의 출석의무위반에 대하여 구인이 가능하다.

이상과 같이 수사절차상 증인신문청구제도에 대하여는 기본적으로 법정에서의 증인신문절차에 관한 규정이 준용되고 있고, 출석불응시 구인이 가능하므로, 오히려 이 경우에 기본권보장의 필요성은 매우 크다고 하겠다.

Ⅳ. 피의자 · 피고인의 방어권보장과 참고인 · 증인보호의 한계

1. 피의자신문에의 변호인의 참여권 보장

피고인에 대한 방어권보장은 형사절차에 있어서 적법절차의 핵심내용이다. 피고인에 대한 방어권보장을 위해서 가장 중요한 원칙이 무기대등의 원칙이다. 무기대등의 원칙은 현행 형사소송법이 특히 공판절차에서의 당사자주의를 천명한 이상 사실상 필수불가결한 원칙이다.

같은 맥락에서 수사절차 단계에서도 -일정한 제한가능사유가 있을 수는 있지만 - 이러한 기본원칙이 가능한 한 관철되어야 한다. 그 이유는 특히 우리 현행 형사소송법상 피의자신문의 관행이나 소송절차에서 피의자신문조서에 대한 고도의 증거능력을 인정하거나, 경우에 따라서는 증명력까지

도 인정되는 관행 때문이다. 적어도 피의자신문시 당사자 사이에 대등한 지위를 가능한 보장해주어야 한다. 이를 위하여는 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 보장되어야 한다.

변호인의 조력을 받을 권리는 특히 수사절차에 있어서 피의자에게 적어도 국가기관인 수사기관에 대하여 당사자에 준하는 지위를 부여해줄 수 있고, 나아가 수사절차에서의 적법절차보장을 위하여 핵심적인 기본권이다.

헌법상으로도 누구든지 체포·구속된 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 규정하고 있지만(헌법 제12조 제4항), 형사소송법상 피고인에게만(구속적부심사청구 피의자만 예외적으로 인정) 국선변호인이 선정되고 있을 뿐이고, 수사기록열람·등사도 형사소송법상 규정이 소송계속중의 서류 및 증거물이라고 하여 수사기록에 대한 열람·등사를 인정하지 않고 있으며, 실무상으로도 검찰사건사무규칙등을 이유로 하여 사실상 불허해온 것이 사실이다(물론 대법원 1999.09.21. 98두3426 판결에서는 수사기록에 대한 열람·등사를 정보공개청구권에 근거하여 그 공개가능성을 인정하고 있다).

더 나아가 피의자신문시에 변호인의 참여권 보장은 당사자소송구조에 있어서 필수불가결한 요청인데도 불구하고, 그리고 헌법상 누구든지 체포 구속된 대에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 규정하고 있음에도 불구하고 형사소송법상 피의자가 수사기관의 조사를 받을 때 변호인의 참여를 요청하거나 변호사가 스스로 참여할 것을 수사기관에 요청할 수 있는 권리에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 변호인의 참여가 배제됨으로써 수사기관에서 획득한 증거의 증거능력이 빈번히 문제되고 적법절차 시비가 끊이질 않은 실정에서 현재 수사 실무상으로는 내부적으로 피의자가 변호인의 참여를 요청하면 대부분 이루어지고 있다고 한다. 그러나 이러한 내부수사지침만으로는 피의자의 수사과정에서의 인권이 철

저히 보장되고 있다고 보기 어렵다.

이미 알고 있는 것처럼, 법원이 소위 조서재판의 관행에서 쉽게 벗어나고 있지 못하고, 이 때문에 수사기관에서는 가능한 한 피의자신문을 통해서 자백 내지 유죄의 증거를 확보하려고 하는 상황에서 피의자신문조서 작성시에 변호인의 참여는 매우 중요한 의미를 갖는다. 수사기관입장으로서도 변호인의 참여를 원칙으로 함으로써 수사기관에서의 위법수사 시비를 원천적으로 봉쇄할 수 있어 수사과정에 신뢰를 확보하여 수사의 공정성과 적정성을 담보할 수 있는 보장책이 되어 결과적으로 수사활동에 대한 불신 내지 괜한 오해를 살 여지를 불식시키는 효과도 가져온다.

입법론으로는 헌법상의 모든 국민의 변호인의 조력을 받을 권리를 보다 실질적으로 구현하기 위해서는 형사절차의 전단계에서 국선변호인의 선정을 가능하도록 해야 하며, 수사절차에서의 적법절차보장과 피의자인권보장을 위해 수사절차에서 변호인의 참여권을 명문화하고, 또한 수사기록에 대한 열람 · 등사를 허용하도록 해야 한다.

그리고 이들 변호인의 조력을 받을 권리는 적법절차의 당연한 요청이고 이로써 피의자의 방어권보장의 핵심적인 내용이므로, 변호인의 참여를 제한하거나 기록열람 · 등사를 거부할 경우에는 그 사유가 명백해야 한다. 변호인의 참여를 제한하는 경우란 위 증인신문청구제도에서 보는 것처럼 '특별히 수사에 지장이 있다고 인정하는 경우' 등에 가능하다고 해야 한다. 그리고 특별히 수사에 지장이 있다고 인정하는 경우를 가능한 한 엄격하게 해석 운용하지 않으면 안 된다. 예컨대 위에서 본 대법원 판례도 적어도 정보공개청구권에 기한 기록열람 · 등사청구가 일정한 경우에 타인의 법익과 상호 충돌할 수 있음이 인정되지만, 이 경우에도 그 공개를 거부하기 위해서는 그 대상기록의 내용을 구체적으로 확인 · 검토하여 그 어느 부분이 어떠한 법익 또는 기본권과 충돌되는지를 주장 입증해야 하고, 그

에 이르지 아니한 채 수사기록 전부에 대하여 개괄적인 사유만을 들어 그 공개를 거부하는 것은 허용되지 아니한다고 판시하고 있는 것도 이런 의미라고 하겠다.

2. 수사상 증인신문절차시 원칙적 당사자의 참여권보장

가. 수사상 증인신문절차와 당사자의 참여권

증인신문청구에 대한 현행 형사소송법 제221조의2 제5항은 종전에는 '판사는 수사에 지장이 없다고 인정할 때에는 피고인·피의자 또는 변호인을… 증인신문에 참여하게 할 수 있다'고 규정되어 있었다. 위에서 이미 말한 바와 같이 1973년 형사소송법 개정당시 도입된 증인신문청구제도는 사실상 조직범죄 등의 특정범죄의 척결에 치중한 나머지 증인신문시에 피의자·피고인 내지 변호인 등 당사자의 참여권이 원칙적으로 배제되었고, 이에 따라서 사실상 반대신문권이 원천적으로 봉쇄되어, 피의자·피고인의 방어권을 지나치게 제한하는 것은 아닌가 하는 비난이 있어왔다.[17] 그리하여 1995년 형사소송법 개정을 통하여 '판사는 특별히 수사에 지장이 있다고 인정하는 경우를 제외하고는 피고인·피의자 또는 변호인을 … 증인신문에 참여하게 하여야 한다'는 것으로 개정되었다.

개정전 형사소송법상으로 이 규정에 대하여 당사자의 참여권이 원칙이냐 아니면 예외적으로 인정[18]되는 것이냐를 놓고 학설상 대립이 있었고, 학설상으로는 법문의 의미상 원칙적으로 당사자의 참여권을 인정한 것은 아니라는 것이 통설의 입장이었다. 대법원의 입장에 대하여도 원칙적 인

17) 신동운, 형사소송법1, 278면.
18) 이재상, 형사소송법, 2002, 299-300면; 신동운, 형사소송법, 1994, 161면; 이재홍, 제1회 공판기일전의 증인신문, 형사판례연구 [2] , 297면.

정[19]이냐 예외적 인정[20]이냐에 대하여 의견이 나뉘어져 있다. 대법원의 입장에 대하여도 견해가 대립하는 것은 대법원이 증인신문시에 수사에 특별한 지장이 있다고 인정되는 경우가 아니면 피고인 피의자나 변호인에게 참여의 기회를 주는 것이 옳다고 하면서도, 실제로 이 경우의 증인신문절차에 있어서 피고인 피의자나 변호인의 참여는 필요적 요건이 아니므로 그들에게 참여의 기회가 부여되지 아니하였다 하여 이것만 가지고 위법이라고 할 수 없다고 판시하였기 때문이다. 당시 실무에서는 이 규정에 근거한 증인신문이 행해지는 경우에 피의자 · 피고인이나 변호인의 참여가 인정되는 경우가 흔치 않았고,[21] 이러한 점에 비추어보아도 대법원의 입장을 증인신문절차시에 당사자의 참여를 인정하도록 권고하는 것으로 보아야 하고, 이를 직접 당사자에 대하여 원칙적 참여를 인정한 것으로 해석하기는 무리이다. 이러한 문제점 때문에 논의 끝에 현행 형사소송법에 수사절차에서의 증인신문청구시에 당사자의 참여권이 원칙적으로 보장되도록 개정되기에 이르렀다.

한편 현행법상 증인신문청구시에 작성된 조서도 법관의 면전조서로서 당연히 증거능력이 인정되도록 되어 있는데(제311조), 이는 사실상 이 증인신문조서에 대하여 현실적으로 신빙성을 강하게 추정하게 한다.[22] 그렇다면 특히 증인신문청구절차에서 당사자의 참여권을 보장함으로써 증인신문조서가 적법한 절차에 따라 작성되었음을 뒷받침해줄 필요는 더욱 크다. 즉 증인신문시 당사자의 참여권은 증인신문조서의 증거능력인정에 비추어보아도 당연히 인정되어야 한다.

---

19) 이재홍, 301면.
20) 이재상, 300면.
21) 이재홍, 302면.
22) 김희옥, 검사작성의 참고인진술조서, 법과 인간의 존엄:청암 정경식박사화갑기념논문집, 1997, 462면 이하 참조.

나. 수사상 증인신문절차시 작성된 참고인진술조서(증인신문조서)의 증거능력

대법원은 수사상 증인신문절차시 작성된 참고인진술조서의 증거능력에 대하여 기본적으로 이들 절차에서 당사자의 참여권을 보장함으로써 증인신문조서의 적법성을 뒷받침해주어야 한다는 입장에 서 있는 것으로 이해된다. 즉 형사소송법 제184조에 의한 증거보전절차에서 그 증인신문시 그 일시와 장소를 피의자 및 변호인에게 미리 통지하지 아니하여 증인신문에 참여할 기회를 주지 아니한 경우에는 증거능력이 없다고 한다. 따라서 증거보전절차에서 피의자측의 참여기회 자체가 결여된 경우에 작성된 증인신문조서는 이후 증인이 법정에서 그 조서의 진정성립을 인정한다고 하더라도 증거능력이 인정되는 것은 아니다. 예컨대 증거보전절차에 의한 증인신문을 하면서 증인신문의 일시와 장소를 피의자 및 변호인에게 미리 통지하지 아니하여 증인신문에 참여할 수 있는 기회를 주지 아니하였고, 또 변호인이 제1심 공판기일에 위 증인신문조서의 증거조사에 관하여 이의신청을 한 경우에, 그 증인신문조서의 증거능력이 없다고 판시하였으며, 또 그 증인이 후에 법정에서 그 조서의 진정성립을 인정한다 하여 그 증거능력을 취득한다고 볼 수도 없다고 판시한 바 있다.[23] 이와 달리 참여의 기회를 주지 아니한 경우라도 피고인과 변호인이 증인신문조서를 증거로 할 수 있음에 동의하여 별다른 이의 없이 적법하게 증거조사를 거친 경우에는 위 증인신문조서는 증인신문절차가 위법하였는지 여부와 관계없이 증거능력이 부여된다[24]고 한다. 그러나 이 경우에는 당사자에게 참여의 기회를 주지 않은 경우에 작성된 증인신문조서는 위법절차에 의하여 수집된 증거로서 당사자의 증거동의의 대상이 되지 않는다고 보아야 한다.

---

23) 대법원 1992.2.28.선고, 91도2337 판결.
24) 대법원 1988.11.8. 선고, 86도1646 판결.

한편 이상에서의 논의와는 좀 구분되는 것으로서, 공판준비 또는 공판기일에 증언을 마친 증인을 검사가 참고인으로 소환하여 증인의 공판정에서의 진술을 번복시켜 작성한 진술조서(소위 번복진술조서)의 증거능력 문제가 있다. 원칙적으로 공판정에서 피고인에게 유리한 증언을 한 증인을 검사가 법정 외에서 추궁하여 법정에서의 증언을 번복하게 하는 것은 공정한 수사방법이라 할 수 없다.[25] 따라서 그 참고인진술조서에 기재된 진술의 신빙성을 부정하여야 한다.

대법원은 종전에는 참고인이 증인으로 소환된 경우 이미 공판준비 또는 공판기일에서 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 증언내용을 추궁하여 이를 일방적으로 번복시키는 방식으로 작성한 진술조서라도 피고인측에 반대신문의 기회가 부여되었다면 그 진술조서도 증거능력이 있다고 보았으며,[26] 마찬가지로 공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인이 그 후의 공판기일에서 다시 증언을 함에 있어서 피고인측에 반대신문의 기회가 부여되었다면 그 진술조서를 유죄의 증거로 할 수 있다고 한 바 있지만,[27] 최근 그 입장을 바꾸었음을 보여주고 있다. 대법원은 기본적으로 이 경우에 검사의 번복진술조서 작성행위는 검사가 참고인이 증인으로 소환되어 이미 공판준비 또는 공판기일에 증언을 마친 증인을 소환하여 다시 신문하여 진술조서를 작성한 행위는 사실상 증인의 종전 증언을 탄핵할 목적으로 행한 임의적인 재신문의 성격을 갖는다고 한다.[28] 나아가 대법원은 '참고인이 증인으로 소환되어 법관의 면전에서 자기가 경험한 사실을 직접 진술한 바 있고 그 후에도 재차 증언

25) 심희기, 법정증언을 번복하는 내용의 검사작성의 참고인진술조서의 증거능력, 고시연구, 2000.8, 125면 이하.
26) 대법원 1983.8.23.선고, 83도1632결정; 1984.11.27.선고, 84도1376 판결; 1993.4.27.선고, 92도2171 판결.
27) 대법원 1992.8.18.선고, 92도1555 판결.
28) 대법원 2000.6.15.선고, 99도1108 판결.

이 가능한 경우 수소법원으로서는 그 증인의 종전 증언 내용에 의문이 있다고 판단되면 직권이나 당사자의 신청에 의하여 그를 다시 소환하여 증언을 직접 들으면 되고 또한 그것으로 충분하다. 그럼에도 불구하고 이들 증언을 마친 증인을 검사가 소환하여 피고인에게 유리한 증언내용을 추궁하여 이를 일방적으로 번복시키는 방식으로 작성한 진술조서를 유죄의 증거로 삼는 것은 당사자주의, 공판중심주의, 직접주의를 지향하는 형사소송법의 기본구조에 어긋 난다'[29]고 판시하고 있다.

다. '특별히 수사에 지장이 있다고 인정하는 경우'의 엄격해석

다만 현행 형사소송법상으로도 여전히 해석상 내지 실무상으로 문제될 수 있는 것은 당사자 참여권의 배제사유인 소위 '특별히 수사에 지장이 있다고 인정하는 경우'를 어떻게 해석할 것인가 하는 점이다.

이와 관련하여 문제될 수 있는 것이 증인신문청구제도를 증인보호기능도 동시에 갖고 있다고 보아, 특히 피해자가 피고인 피의자 또는 변호인의 참여를 배제하도록 청구할 수 있느냐 하는 점이다. 이 문제는 증인신문청구시에 특히 피해자 내지 증인보호를 위하여 피의자측의 참여권을 배제할 수 있는가 하는 점이다. 예컨대 피의자·피고인 등의 참여하에 증인신문이 이루어지면 피의자나 피고인측의 협박이나 회유 등에 의하여 그 증인이 진실에 어긋나는 진술을 할 가능성이 커서 사안규명이 곤란하게 되는 경우가 있기 때문이다. 이러한 경우에는 피의자·피고인측의 참여를 배제하게 되면 피해자 등이 마음을 열고 신문에 응함으로써 자연스럽게 진술을 확보할 수 있게 되고, 이는 종국적으로 사안규명에 매우 큰 도움이 될 수 있을 것이다.

---

29) 대법원 2000.6.15.선고, 99도1108 결정.

사실 수사에 꼭 필요한 피해자 증인 등의 진술을 확보하기 위해서는 일정한 경우에 피의자측의 참여를 배제할 필요성은 인정된다. 특히 조직범죄 등의 경우에 이러한 필요성은 매우 크다. 증인신문청구제도를 증인보호수단으로 이해하는 한, 그리고 증인에 대한 보복의 우려 등도 사안규명에 장애사유가 될 수 있다는 점에서 수사에 지장을 초래하는 중대한 사유에 해당한다고 볼 수도 있다.

따라서 일정한 경우에 증인보호를 위해서 피의자 · 피고인측의 참여권배제는 가능하다. 이 경우에 피해자 등은 검사에게 그러한 사유가 있음을 소명하고 검사가 이를 청구하도록 하면 될 것이다. 다만 이 경우에도 유의할 것은 피해자 내지 증인보호를 위하여 피의자측의 참여를 배제하는 것은 어디까지나 예외적인 경우이고, 이러한 예외는 특별한 피해자의 보호를 위해서만 가능하다고 보아야 한다. 따라서 '특별히'라는 요건을 극히 예외적으로 엄격하게 해석해야 한다.

그리고 단지 수사의 편의를 이유로 하여 당사자의 참여권을 배제하는 것 또한 위법하다고 보아야 한다. 따라서 획득한 증인신문조서 등에 대하여는 그 증거능력을 배제하도록 해야 한다.

V. 맺는 말

현행법상 증인신문청구제도에 있어서 - 개정전과 달리 당사자의 참여권이 인정되기는 하지만 - 검사의 참고인신문에 판사가 입회하여 그 절차의 진술내용의 진정성을 담보하는 역할을 하는데 그치는 것으로서, 여전히 사실상 '법원의 힘을 빌린 수사기관의 강제처분'이라는 비난이 가능하다[30]는

30) 이재홍, 302면 참조.

점을 감안한다면 오히려 거꾸로 문제될 여지가 큰 참고인 강제구인제도를 도입하기 보다는 현행 증인신문청구제도의 본래취지를 살리는 방향으로 개선이 이루어져야 할 것이다.

다만 이 경우에는 참고인의 출석거부 또는 진술거부의 경우에 한하여만 인정되어야 한다. 진술번복의 우려가 있는 경우(형사소송법 제221조의2 제2항)는 실제 뇌물사건 등 관련자의 진술번복의 우려가 많은 경우에 실무상 많이 이용되어 왔다고 한다.[31] 그러나 이에 대하여 헌법재판소는 '참고인에 대한 제1회 공판기일전 증인신문제도는 범인필벌의 요구만을 앞세워 과잉된 입법수단으로 증거수집과 증거조사를 허용함으로써 법관의 합리적이고 공정한 자유심증을 방해하며, 헌법상 보장된 법관의 독립성을 침해할 우려가 있고, 결과적으로 적법절차의 원칙 및 공정한 재판을 받을 권리에 위배되는 것이다'라고 하여, 진술번복의 우려가 있는 경우를 증인신문청구의 대상이 아니라고 하여 한다.[32] 이로써 형사소송법 제221조의2 제2항 및 제5항중 같은조 제2항에 관한 부분은 헌법재판소의 위헌결정으로 효력이 상실되었으며, 사실상 증인신문청구제도는 출석거부 또는 진술거부 등에 그 적용범위가 제한되었다고 하겠다.

앞으로 증인신문청구제도를 활용함에 있어서도 수사기관의 수사활동에 강제력을 부여함으로써 수사활동을 원활하게 하기 위한, 사실상 검사의 사전 증거확보수단으로서 변칙적으로 남용될 가능성은 경계해야 한다. 이러한 증인신문을 허용하는 것은 공판기일에서 법관의 면전에서 자유스럽게 진술하는 것을 제약함과 동시에 법관이 공판기일에 법정에서 직접 조사한 증거에 의하여 심증을 형성하는 것을 제약하여 결국 법관이 직접 조사하지 아니한 상태에서 행하여진 증인신문조서의 기재에 의하여 바로 심증을

31) 정철우, 미국의 검찰벌칙부 소환영장, 해외연수검사연구논문집 제15집, 법무연수원, 1999, 82면.
32) 헌법재판소 1996.12.26. 선고, 94헌바1 결정.

형성하게 함으로써 단지 수사활동의 원활을 목적으로 한 기본권제한이고, 이는 과잉입법으로서 보아야 한다. 수사실무상으로도 증인신문을 행하는 판사와 수소법원의 판사가 다른 경우에는 판사는 증인의 진술하는 태도 등에 의한 진실한 심증형성을 기대하기 어렵고, 특히 직접 그 사건을 수사한 바 없는 판사로서는 직접 그 사건을 수사하였거나 수사지휘 등을 한 검사의 의견을 무시하기 어렵기 때문이다.

그 다음으로 현행법이 증인신문청구절차 이후 판사는 지체없이 이에 관한 서류를 검사에게 송부하여야 하도록 규정하고 있으면서도(동조 제6항), 다른 한편으로 현행법상 공소제기후 검사가 보관하고 있는 서류에 대하여 변호인에게 열람·등사권이 허용되는가에 대하여 견해가 대립하고 있는 상황에서(제35조 참조), 더욱이 실무상으로는 검사 보관중인 수사기록에 대한 열람·등사를 허용하지 않으려는 관행에 비추어 본다면 변호인이 증인신문청구절차에 참여한 경우에도 사실상 효과적인 반대신문이 어렵다는 점에 대하여도 앞으로도 보다 그 활용가능성을 염두에 둔 개선책이 제시되어야 할 것이다.

그리고 순수하게 수사의 편의나 공소유지를 위한 진술을 확보하는 등 수사목적을 위해서만 증인신문청구제도를 활용하는 형태는 바람직하지 않다. 필요한 경우 성폭력범죄 피해자 등 증인보호를 위해서도 이 증인신문청구제도를 활용할 수도 있다. 한편으로는 위에서는 보는 바와 같이 피고인의 방어권을 조화하기 위하여 일정한 경우 즉 조직범죄 등의 대응이나 성범죄 등 증인보호를 위한 특수한 경우 등에 그 적용범위를 제한함이 타당하다.

The Attendance and Testimony Compulsion of the Witness and Application for Witness Examination in the Investigative Stage

Park, Mi-Suk*

The application for witness examination in the investigative stage has the function as attendance and testimony compulsion of the witness. And partly it functions as the witness protection by way of limiting the defendant's right of presence.

But this provision use little in presence since introduction 1973. In Practice is hotly debated about compelling the witness to attend and testify on the grounds of realization of principles in criminal procedure.

This article deals with how this regulations will be applied to practical uses, how it will function for witness protection, and how it shall be improved for the principle of due process.

* Senior Researcher of K.I.C., Ph.D. in Law

수사상 지문채취의 법적 근거와 문제점

문 성 도*

I. 서 론

최근 경범죄처벌법상 지문채취불응죄 규정의 위헌 여부가 문제되고 있다. 2002년 3월 8일 유모씨(32세)는 지문채취를 강제하고 있는 경범죄처벌법 제1조 제42호[1]에 대한 위헌법률심판제청신청을 서울지방법원 서부지원에 냈다.[2] 유씨는 신청서에서 “신분확인을 위한 지문채취를 강제하고 있는 경범죄처벌법 제1조 제42항은 신체의 자유와 프라이버시권을 중대하게 제한하고 있다”며 “영장없이 지문날인을 강제하는 것은 법률집행의 절차와 영장주의를 규정하고 있는 헌법 제12조 제1항 후단과 같은 조 제3항에 위배된다”고 주장했다.[3]

2002년 9월 11일 서울지방법원 북부지원 형사2단독 박범석 판사는 경찰수사과정에서 지문날인을 거부해 경범죄처벌법 위반 혐의로 구류 3일을

* 경찰대학 법학과 교수, 법학박사

1) 경범죄처벌법 제1조 (경범죄의 종류) 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 10만원 이하의 벌금, 구류, 또는 과료의 형으로 벌한다. ……중략……42. (지문채취 불응) 범죄의 피의자로 입건된 사람에 대하여 경찰공무원이나 검사가 지문조사외의 다른 방법으로 그 신원을 확인할 수 없어 지문을 채취하려고 할 때 정당한 이유 없이 이를 거부한 사람.

2) 유모씨는 2001년 6월 용산 미군기지 앞에서 불법 시위를 벌인 혐의로 경찰에 연행되어 조사를 받던 중 경찰의 지문날인 요구에 불응, 경범죄처벌법 위반으로 즉결심판에 회부된 상태이었다.

3) 법률신문 2002.3.9(http://www.lawtimes.co.kr/news/news.asp?Serial=7184&Kind=N)

선고받은 유영재(40세, 민족화해자주통일협의회 사무처장)씨가 낸 위헌법률심판 제청 신청을 받아들여 헌법재판소에 위헌심판을 제청했다. 재판부는 결정문에서 "수사기관이 지문날인을 거부하는 피의자에게 벌금 · 구류 등 경제 · 신체적 불이익을 주는 것은 '신체의 자유를 제약하는 강제처분은 법관이 발부한 영장에 의한다'는 헌법상 영장주의 원칙에 위배된다"고 밝혔다. 재판부는 또 "수사기관이 긴급체포, 구속 등 강제처분에 의해 피의자의 신원확인이 가능함에도 수사 편의적 측면에서 지문 채취에 불응하는 피의자를 처벌하는 것은 헌법상 보장된 적법절차의 원칙에도 어긋난다"고 덧붙였다.[4]

요약하자면, 지문채취는 신체의 자유와 프라이버시권을 침해하는 강제처분이므로 법관이 발부하는 영장에 의하여야 함에도 불구하고 이러한 요건이 충족되지 않은 수사기관의 지문 채취 요구에 불응하였다고 하여 형사처벌하는 것은 헌법상 보장된 영장주의와 적법절차원칙에 위반된다는 것이라고 할 것이다.

이 글에서는 우선 지문채취에 대하여 이러한 비판이 있어 왔고,[5] 또한 근래에는 자기정보결정권에 대한 침해라고 하는 비판[6]까지 있음에도 불구하고 수사기관이 지문을 채취해야만 하는 필요성을 최근 언론에 보도된 사례를 중심으로 살펴보고자 한다. 다음으로 현행법에 대한 해석론으로 지문채취의 법적 근거가 있다고 할 것인지를 고찰하고 그에 대한 문제점을 지적하고자 한다. 끝으로 입법론으로서 지문채취에 대한 입법례를 고찰하고 어떻게 법을 개정하는 것이 바람직한지 고찰하고자 한다.

---

4) 중앙일보 2002.9.12 (http://www.joins.com/society/200209/11/200209111835015401140014401441.html)

5) 백형구, "지문채취", 사법행정, 1985/10(통권298호), p.5.

6) 이인호, "주민등록번호 · 지문날인과 개인정보자기결정권", 인터넷법률 제8호(2001.9), pp.64-66.

Ⅱ. 지문 채취의 필요성

1. 지문의 특성

지문이라 함은 손가락 끝마디 안쪽에 피부가 융기한 선 또는 점(이하 '융선'이라 함)으로 형성된 각종 문형 및 그 인상을 말한다(경찰청훈령 제301호 지문규칙 제2조 제1호).[7] 융선은 둥근 것, 곧은 것, 긴 것, 짧은 것 등이 있고, 나뉘고 절단되고 합쳐져서 문형을 이루게 된다.

이러한 문형은 사람의 육체가 형성되는 시기에 융선의 배치에 의하여 결정되어 일생동안 변하지 않는다. 물론 지문은 직업적인 원인에 의하여 마멸되거나 창상 등에 의하여 일시적으로 손상될 수 있고 극심한 창상 등으로 피부 하부 조직까지 손상된 경우에는 융선이 파괴되어 이전과는 다른 문형의 지문이 새로이 생기기도 하지만, 통상 동일한 문형을 가진 지문이 재현된다.

이 문형은 개인별로 고유한 특징을 가지고 있어서 부모형제와는 물론이고 일란성 쌍둥이와도 상이하다.

2. 지문의 일반적 활용

이러한 만인부동(萬人不同)의 특성에 의해 사람마다 구별되어 있는 지문은 종생불변(終生不變)의 특성에 의하여 항상 일정한 개인을 표시하고 있으므로 개인을 특정하고 식별하는데 매우 유용하다 할 것이다. 개인의 특정은 통상적으로 사회적 기호인 성명에 의해서 행해지지만 자기의 이익

---

7) 지문의 개념에 대해 상세한 것은 박경식 편저, 범죄수사론, 경찰대학, 2000, p.346; 김성환, "지문채취", 과학수사, 경찰수사연수소, 1997, pp.695-740 참조.

을 위하여 이름을 밝히지 않거나 허위로 밝히는 경우도 있으므로 그것만으로는 사람을 충분히 식별할 수 없다. 실질적인 신원 확인수단으로 얼굴 사진을 촬영하여 등록해 두는 방법이 있겠으나 얼굴은 성장노화에 따라 변화하고, 시간 및 장소와 사진촬영 방법에 따라 얼굴 사진이 다르고, 성형수술을 할 수 있다는 점 등을 생각하면 완벽하다고 할 수 없다. 최근 유전자감식이나 법치의학적 방법에 의한 특정 등이 논의되고 있지만 전문적인 지식과 기술이 요구되기 때문에 일반적으로 이용되기에는 한계가 있을 밖에 없다. 경제적이고 간편하면서도 확실히 신원 확인을 가능하게 하는 것이 지문이라 할 것이다.

지문은 원래 범죄경력의 확인을 위하여 사용하기 시작하였고 경찰에서도 주로 범죄자의 개인 식별을 위하여 활용되었기 때문에 지문 채취에 대해 부정적으로 생각하기 쉽다. 하지만, 지문은 신분증명 · 계약 · 임차 · 기타 각종 개인의 권리의무의 관한 사항에 관하여 개인의 동일성을 확인할 수 있도록 하는 데 널리 사용되고 있다. 지문이 실생활의 편익을 위해 활용되는 사례들은 흔히 볼 수 있다. 특히 최근 과학기술의 발달에 따라 그 쓰임새가 폭넓게 증가하고 있다.

우선 지문은 상대방이 권리의무자 본인 여부를 확인하고 자동으로 서비스를 제공하는 무인자동지급기에 활용되고 있다. 가령 지문 인식 시스템을 이용해 본인 여부를 확인할 수 있는 '무인 민원서류 발급기'가 등장하여 기존의 무인발급기에서는 본인 확인이 안 되어서 발급할 수 없었던 주민등록등 · 초본, 자동차 등록원부, 재산세 등 세금완납증명서 등을 발급할 수 있게 되었다.[8] 이 발급기는 주민등록등 · 초본 등을 교부할 때 신청인의 지문과 주민등록증에 수록된 지문을 전산프로그램에 의해 대조 · 확인하도록 되어 있다. 2001년 6월 12일 서울시는 고지서가 없더라도 인터넷을

8) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=54690&serv=local&sec=1510

통해 사전에 등록된 지문 정보 등을 입력하면 납부할 세금내역을 확인한 뒤 곧바로 각종 지방세를 납부할 수 있는 사이버 세무행정 시스템을 갖추었다.[9] 우리은행은 2002년 9월 9일 이후 현금자동지급기(CD)와 현금자동입출금기(ATM)에 지문인식장치를 부착하여 지문을 이용해 각종 은행 업무를 처리할 수 있는 '지문인식 자동화기기'를 설치 운영하고 있다.[10]

미아, 가출인의 신원확인을 통하여 가족에게 돌아갈 수 있도록 하는 데에도 지문이 활용된다. 2001년 10월 경찰은 해남에서 기억상실증에 걸려 자신의 집과 가족들을 전혀 기억하지 못하는 가출인(39세, 남)을 지문을 채취해 신원을 확인하고 경찰청에 접수된 가출인 조회를 통해 16년만에 대전에 살고 있던 누나와 만나게 해주었다.[11] 한 해 평균 5000여건에 이르는 미아를 나중에라도 쉽게 찾을 수 있도록 어린 자녀의 지문을 찍어 보관해 두자는 의견도 주장되고 있다.[12] 2002년 7월 3일 LG텔레콤은 지문인식 전문업체인 씨크롭사와 공동으로 지문인식 기능을 내장한 개인휴대단말기(PDA)를 개발, 무선통신망을 활용해 미아찾기 등의 서비스를 제공할 예정이라고 발표하였다.[13]

일상적인 편의시설 이외에도 병원 등 직장에서도 직무 감독이나 업무의 효율성을 높이기 위하여 지문을 활용한 시스템이 구축되고 있다. 2002년 11월 11일 엘리베이터에 지문인식장치를 부착하여 위급한 환자가 발생했을 때 의사나 간호사 등이 엘리베이터에 지문을 인식시키면 외부에서 등록된 나머지 호출버튼은 일시적으로 효력이 정지돼 엘리베이터가 이들이 지정한 층으로 곧바로 이동하게 되는 지문인식 엘리베이터시스템이 개발되었다.[14]. 공무원들의 시간외 근무수당 지급을 위하여 초과근무 시간을

9) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=112219&serv=society&sec=1450
10) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=1796903&serv=money&sec=3600
11) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=191673&serv=society&sec=1460
12) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=1735113&serv=society&sec=1450
13) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=1764122&serv=society&sec=1450

정확하게 체크하는 근태관리전산시스템에도 지문이 활용되고 있다.[15]

지문은 테러, 불법입국 등을 저지하기 위해서 활용되고 있다. 2002년 6월 5일 미국은 북한, 이라크, 이란, 리비아 등 이른바 '테러지원국'과 연계된 외국인 방문객에 대한 지문채취 및 사진 촬영을 의무화하고 외국인 방문객의 출입국 규제를 대폭 강화하는 내용의 '국가안보 출입국 등록제'를 발표했다.[16] 2002년 10월 30일 밝혀진 바에 의하면 미국의 군부 및 정보당국은 아프간 전쟁 포로 등 테러 용의자의 입국 저지 및 동태 파악을 위해 이들의 지문, 얼굴, 안구 홍채, 목소리 등의 데이터를 모아 정보 처리해 놓는 바이오메트릭시스템(BAT)를 구축해 왔다.[17] 또한 미국, 영국. 일본, 캐나다, 호주, 뉴질랜드 등 6개국은 2002년 11월 19~20일 일본 도쿄에서 테러, 불법입국 등 범죄를 예방하기 위한 여권대책 실무자협의를 갖고 지문, 홍채, 얼굴형태 등 신체 일부의 특징을 이용해 본인을 확인하는 '바이오 여권'을 개발하기로 했다.[18]

정보관리 등 보안의 중요성이 높아짐에 따라 지문을 활용한 개인신원확인장치가 개발되어 실용화되고 있다. 컴퓨터데이터를 보호하기 위하여 지문인식기능이 도입된 노트북 컴퓨터[19][20]가 등장하고 있다. 2001년 8월 10일부터 국방부는 군내 전자정보 유출 방지 대책 중 하나로 문서 작성자 또는 관리자의 패스워드를 생체인식 지문 마우스로 대체하였다.[21] 2002년 8월 29일 니혼게이자이(日本經濟)신문에 따르면 지문이나 목소리, 홍체, 얼

---

14) http://www.joins.com/society/200211/11/200211111114837510214001461.html
15) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=211029&serv=local&sec=1510; http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=97587&serv=local&sec=1520
16) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=1748765&serv=internatio&sec=1610
17) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=1823105&serv=internatio&sec=1610
18) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=1834662&serv=internatio&sec=1620
19) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=139515&serv=money&sec=3100
20) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=1834474&serv=it&sec=5100
21) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=88598&serv=society&sec=1450

굴 등 신체적 특징을 이용한 개인신원확인장치의 세계시장 규모는 2001년에 약 300억엔이었으며 정보관리 등 보안의 중요성이 높아짐에 따라 앞으로 시장 규모가 급속히 커질 것으로 예상된다고 한다.[22]

3. 수사상 지문채취의 필요성

가. 피의자의 신원 및 범죄경력의 확인

수사상 피의자 신원을 확인하기 위해 지문을 채취할 필요가 있다. 피의자의 신원 확인은 피의자를 특정하고 피의자의 범죄경력을 조회하기 위하여 필요하다. 피의자의 특정은 수사절차 뿐만 아니라 이후 형사절차의 진행과 형집행의 과정에서 피의자·피고인·수형자를 혼동하지 않고 원활하게 진행하기 위하여 필요하다. 범죄경력의 유무는 구속·불구속, 기소·불기소, 실형·집행유예 또는 누범 가중 처벌 여부를 결정하는 중요한 기준이 되기 때문에 범죄경력을 확인할 필요가 있다. 우리 형사소송법은 이러한 의미에서 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 신문함에는 먼저 그 성명, 연령, 주거와 직업 등을 물어 피의자임에 틀림없음을 확인하도록 하고 있고(제241조), 공판절차에서도 이러한 인정신문을 먼저 하도록 하고 있다(제284조).

피의자가 적극적으로 기망수단을 쓰거나 소극적으로 묵비권을 행사하여 자신의 인적 사항을 밝히지 않는 경우 수사기관은 피의자의 신원을 확인하기 위하여 지문을 채취하게 된다. 특히 타인의 인적 사항을 도용하는 경우에 정확히 피의자의 신원을 확인하기 위해 지문채취가 필요하다.[23] 최

---

22) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=1791247&serv=it&sec=5100

23) 타인의 인적 사항 도용하다 지문 대조에 의하여 발각된 건수는 경찰청 실무자에 의하면 1999년 1,184건, 2000년 1,785건, 2001년 1,973건이라고 한다. 하지만, 검문소나 경찰

근 범인이 자신의 인적 사항을 도용하는 바람에 교도소 근처에도 간 일이 없는 한 시민에게 서류상으로는 강도상해죄로 구속 수감되어 11년간 옥살이를 한 뒤 출소한다는 통보를 하여 놀라게 한 사건이 발생하였다.[24] 경북 포항시에 사는 박모씨(33세)는 2002년 8월 말 경남 진주교도소로부터 날아온 한 장의 석방통지서를 받고 경찰과 교도소측에 경위 확인을 요청했다. 자신이 전과가 없고 교도소에도 간 일이 없는데도 '강도상해죄로 수감되어 있다가 8월26일 만기 출소한다'는 석방통지서가 집으로 날아왔기 때문이었다. 경찰 조사 결과 사건의 발단은 1991년 강도상해혐의로 전북 익산경찰서에 붙잡힌 변모씨(28세 · 주거부정)가 경찰 조사 과정에서 자신의 이름을 '박○○'으로 거짓 진술하면서 비롯됐다. 당시 경찰은 변씨 말만 믿고 박씨 이름으로 검찰에 사건을 송치했으며 징역 12년을 선고받은 변씨는 교도소 안에서 박씨의 이름으로 수형 생활을 하다가 2002년 8월말 출소한 것으로 알려졌다.

이와 같이 반드시 전과가 있거나 수배 중인 중범죄자가 누범 가중처벌을 회피하거나 검거를 면할 목적으로 이와 같이 타인의 인적 사항을 도용하는 것만은 아니다. 오히려 경미하고 단순한 사건에서도 타인의 인적 사항을 도용하는 사건은 흔치 않게 발생하고 있다. 다음은 중앙일보에 보도된 사례 중 하나이다.

> "2001년 7월 12일 새벽 명문 사립대에 다니는 A씨(21세)는 학교 부근에서 친구들과 어울려 술을 마신 뒤 오토바이를 타고 귀가하다 음주단속 중이던 경찰에 적발되자 과 동료 B씨(20세)의 운전면허증을 제시했다. 평소 오토바이로 통학을 하면서 무면허라는 사실이 못내 찜찜했던 A씨는 닷새 전 학회실에 나뒹굴고 있던 B씨의 운전면허증을 발견하자 만일의 사태에 대비하기

서에서 타인의 인적 사항을 도용하다 지문대조에 의하여 적발되는 경우가 많음에도 불구하고 이 통계에는 이 경우가 포함되지 않은 것이라고 한다.

24) 동아일보 2002.9.12.

위해 슬쩍 해두었던 것이다. 경찰서로 연행된 A씨는 조사과정에서 완벽하게 B씨로 위장, 정체가 드러나지 않은 채 조사를 마쳤고 2001년 8월 16일 검찰은 벌금 100만원에 A씨가 아닌 B씨를 약식기소했다. 난데없이 벌금통보를 받은 B씨가 "난 그런 사실이 없다"며 펄쩍 뛰자 이를 수상하게 여긴 검찰이 적발 당시 오토바이 번호와 지문을 조회한 끝에 범인이 뒤바뀐 사실을 알아내었다. 검찰은 즉각 이 사실을 법원에 통보했고 이 사건을 담당한 서울지법 형사15 단독 오재성 판사는 2001년 9월 10일 B씨의 이름으로 된 약식기소장을 변경, A씨를 음주운전 혐의로 정식재판에 회부했다."[25]

나. 변사체 등 피해자의 신원 확인

자연적으로 또는 통상의 병에 의하여 사망한 것이 아닌 경우를 변사라고 한다. 변사사건이 발생한 경우에 변사의 원인이 범죄에 의한 것인지 아닌지를 판단하기 위하여 변사체검시를 하게 된다. 이를 판단하기 위한 검시처분으로서 하는 것 중에 하나가 변사자의 신원을 확인하는 것이다. 범죄로 인한 변사체의 경우에는 그 신원 확인은 수사상 가장 중요한 사항이라고 할 수 있다. 또한 그것이 범죄로 인한 것이 아니라 할지라도 변사자 또는 유족을 위해서라도 신원이 밝혀져야 한다.[26] 변사자의 신원은 그의 소지품이나 휴대품을 조사하여 밝혀지지 않을 경우 유전자감식, 법치의학적 방법 등 다른 방법에 의해서도 밝혀낼 수 있지만, 비교적 간편하면서도 확실한 방법이 바로 지문감식에 의하는 것이다. 변사자의 지문을 채취하여 주민등록법에 의하여 주민등록증 발급시 작성된 주민원지, 수사자료표상의 일지원지, 십지지문원지, 또는 출입국관리법에 의한 외국인지문원지에 채

25) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=76877&serv=society&sec=1460
26) 2002년 11월 2일 대전의 한 병원에서는 치료 도중 숨진 노숙자를 사망처리하는 과정에서 병원측이 살아 있는 다른 노숙자의 이름으로 사망진단서를 발급, 유족들이 엉뚱한 시신을 장례까지 치른 일이 일어났다(http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=1836292&serv=local&sec=1510).

취된 지문에 대조해 봄으로써 변사자의 신원을 확인할 수 있다.

다. 현장 유류지문에 의한 범인 검거

범인이 범죄 현장에 유류한 지문을 현장 감식에 의하여 발견하고 채취하여 피의자나 관계인의 지문과 대조함으로써 범인을 검거할 수 있다. 범행 현장에 있는 지문은 십지지문 전부가 채취되는 경우는 드물다 하더라도 한 개 또는 몇 개의 손가락 지문만으로도 충분히 개인을 식별할 수 있다. 일반의 수사방법으로는 매우 해결하기 곤란해 보이던 사건이 현장지문을 채취함으로써 진범인을 발견하고 극적으로 해결을 보게 된 사례는 허다하다. 예컨대, 2001년 7월 9일 대전 북부경찰서는 자신이 낳은 아이를 몰래 버린 혐의(영아유기)로 김 모씨(20세, 여, 대학생)를 입건해 조사하였는데, 김씨가 경찰에 검거된 것은 아이와 같이 버린 젖병에 묻은 지문을 감식, 추적한 결과이었다.[27] 2001년 3월과 5월 서울 성수동과 용두동에서 발생한 강도사건의 범인을 잡는데 성공한 것도 피해자를 결박하는 데 사용된 청테이프 접착면에서 지문을 채취하였기 때문이었다.[28]

이와 같이 수사상 지문채취는 범죄현장 유류지문에 의하여 범인을 검거하는 적극적인 효과가 있을 뿐만 아니라, 수사선상에 떠오른 피의자의 지문이 현장 유류지문에 일치하지 않을 경우 일단 수사대상에서 제외되는 소극적 효과도 있다.

---

27) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=99709&serv=society&sec=1450
28) http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=48238&serv=society&sec=1410

Ⅲ. 지문채취의 법적 근거와 문제점

1. 행형법상 지문채취

경찰은 경찰관직무집행법 제9조와 행형법 제68조 및 제10조에 근거하여 지문을 채취할 수 있다. 즉, 미결수용자로서 미결수용실에 신입하는 자에 대하여 구치소장 등은 다른 사람과의 식별을 위하여 필요한 한도 안에서 지문채취를 하여야 한다(행형법 제10조 제 1항).[29] 수용중인 자도 필요한 경우에는 수용자의 지문을 채취할 수 있다(행형법 제10조 제2항). 경찰서에는 법률이 정한 절차에 따라 체포·구속된 자를 수용하기 위하여 유치장를 두고 있고(경찰관직무집행법 제9조),[30] 유치장에 수용된 자의 처우에 대해서는 미결수용실에 수용된 미결수에 준하게 된다(행형법 제68조).[31] 따라서 경찰은 경찰서 유치장에 수용하기 이전에 또는 수용 도중에 체포·구속된 피의자의 지문을 채취할 수 있다 할 것이다. 이러한 점은 대법원 2001.10.26 선고, 2001다51466 판결(이른바 '성남중부경찰서 알몸수색사건')[32]에서 확인되었다.

---

29) 행형법 제10조 (신체검사등) ① 소장은 신입자(제8조 제1항에 의하면 '수용자로서 교도소 등에 신입하는 자'를 말함.)에 대하여 다른 사람과의 식별을 위하여 필요한 한도 안에서 사진촬영·지문채취·수용자번호지정 기타 대통령령이 정하는 조치를 하여야 한다.
② 수용중인 자에 대하여도 소장이 필요하다고 인정할 경우에는 제1항의 규정에 의한 조치를 할 수 있다.
행형법 제1조의2 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1. "수형자"라 함은 징역형·금고형 또는 구류형을 선고받아 그 형이 확정된 자와 벌금을 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 자를 말한다.
2. "미결수용자"라 함은 형사피의자 또는 형사피고인으로서 구속영장의 집행을 받은 자를 말한다.
3. "수용자"라 함은 수형자와 미결수용자를 말한다.

30) 경찰관직무집행법 제9조 (유치장)경찰서 및 지방해양경찰관서에 법률이 정한 절차에 따라 체포·구속되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 수용하기 위하여 유치장를 둔다.

31) 행형법 제68조 (유치장) 경찰관서에 설치된 유치장은 미결수용실에 준한다.

"이 사건 신체검사 당시 시행되던 구 행형법(1999.12.28. 법률 제6038호로 개정되기 전의 것)은 수용자로서 교도소 등에 신입하는 자에 대하여는 신체 · 의류를 검사하고 지문을 채취하며 사진을 촬영하여야 하고(제10조 제1항), 수용중의 자에 대하여도 당해 소장이 필요하다고 인정할 경우에는 신체, 의류를 검사하고 지문을 채취하며 사진을 촬영할 수 있으며(같은 조 제2항), 여자인 수용자의 신체 및 의류에 대한 검사는 여자인 교도관이 하여야 하고(같은 조 제3항), '경찰관서에 설치된 유치장은 미결수용실에 준한다(제68조)'고 규정하고, 경찰관직무집행법은 '경찰서 및 지방해양경찰관서에 법률이 정한 절차에 따라 체포 · 구속되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용하기 위하여 유치장을 둔다(제9조)'고 규정하고 있는 바, 이 사건 신체검사는 증거수집을 목적으로 하는 수사의 강제처분인 수색 내지 검색의 일종으로서 행하여진 것이 아니라 현행범으로 체포되어 유치장에 수용중인 원고들에 대하여 위 행형법 등에 근거하여 행하여진 것이고, 이 사건 신체검사 당시 유치장관리책임자인 수사1계장 정○천 경위가 원고들에 대한 신체검사가 필요하다고 인정한 사실은 앞에서 본 바와 같으므로, 이 사건 신체검사가 법적인 근거 없이 행하여진 것이라는 원고들의 주장을 배척한 원심의 조치는 결론에 있어서 수긍이 가고, 거기에 주장과 같은 판결에 영향을 미친 법리오해의 위법이 없다."[33]

하지만, 행형법에 근거한 지문채취는 수사상 목적으로 이루어지는 것이 아니라, 단지 행형상 다른 사람과의 식별을 하기 위하여 이루어지는 것이다. 전술한 판례에서도 증거수집을 목적으로 하는 수사상 강제처분인 신체검사와 현행범으로 체포되어 유치장에 수용 중인 자에 대하여 행형법 등에 근거하여 이루어진 신체검사를 구분하고 문제된 신체검사가 후자이었

32) 2000년 3월 20일 성남시 중원구 성남동 소재 주택가 도로에서 '민주노총은 금년도 실시되는 국회의원 선거에서 성남시 중원구에서 출마하는 민주노동당 후보를 지지하기로 했다'는 내용의 인쇄물을 일반인을 상대로 배포한 혐의로 '공직선거 및 선거부정방지법' 위반 현행범으로 체포되어 성남남부경찰서에서 피의자로서 조사를 받던 중, 유치장에 유치 또는 재수용하기 위하여 경찰서에 내에 있는 신체검사실에서 속옷과 상의를 겨드랑이까지 올리고 하의를 무릎까지 내린 상태에서 앉았다 일어서기를 3회 가량 실시하는 방법으로 이루어진 신체검사에 대한 국가배상청구소송사건이다.

33) 대법원 2001.10.26, 2001다51466, 공2001.12.15.[144],2553.

기 때문에 법적 근거 없이 행하여진 것은 아니라고 판단하고 있다.

2. 형의 실효 등에 관한 법률

'형의 실효 등에 관한 법률'(이하에서는 '형실효법'이라고 함)에 의하면 사법경찰관은 일정한 범죄 피의자의 지문을 채취할 의무를 지고 있다. 사법경찰관은 원칙적으로 즉결심판대상자 또는 불기소처분사유에 해당하는 고소고발사건 피의자를 제외하고 피의자의 수사자료표를 작성하여야 한다(동법 제5조).[34] 수사자료표는 피의자의 지문을 채취하고 필요한 사항을 기재한 표로서 경찰청에서 관리하는 것을 말한다(동법 제2조 제4호). 따라서 사법경찰관은 즉결심판대상자 또는 불기소처분사유에 해당하는 고소고발사건 피의자를 제외하고 모든 범죄 피의자의 지문을 채취하여야 한다고 볼 수 있다. 사법경찰관이 지문을 채취하는 피의자의 범위는 '지문을 채취할 피의자의 범위에 관한 규칙'(이하에서는 '지문채취범위규칙'이라고 함)[35]에 의하여 더욱 제한되고 있다. 경찰은 이 규칙에 규정된 피의자에

---

34) 형실효법 제5조 (수사자료표) ① 사법경찰관은 피의자에 대한 수사자료표를 작성하여 경찰청에 송부하여야 한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 즉결심판대상자
2. 사법경찰관이 수리한 고소 또는 고발사건중 불기소처분사유에 해당하는 사건의 피의자
② 수사자료표를 작성할 사법경찰관의 범위는 대통령령으로 정한다.
형실효법시행령 제2조 (수사자료표) ① 법 제2조제4호에서 "수사자료표"라 함은 피의자의 신원 및 범죄경력 기타 수사상 필요한 사항을 기재한 표(피의자의 지문을 채취하는 경우에는 지문원지를 포함한다. 이하 같다)를 말한다.
② 수사자료표를 작성함에 있어서 지문을 채취할 피의자의 범위 기타 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.
형실효법시행령 제6조 (수사자료표를 작성할 사법경찰관) 법 제5조 제2항의 규정에 의하여 수사자료표를 작성할 사법경찰관은 형사소송법 제196조 제1항의 사법경찰관, 군사법원법 제43조의 군사법경찰관 및 다른 법률의 규정에 의하여 사법경찰관의 직무를 행하는 자로 한다.

35) 지문채취범위규칙 제2조 (지문을 채취할 피의자의 범위) ① 영 제2조 제2항의 규정에 의하여 수사자료표를 작성함에 있어서 지문을 채취할 피의자의 범위는 다음 각호와 같다.

대해서만 지문을 채취하고 그 이외의 경우에는 지문을 채취하지 않고 주민등록증의 지문을 복사하여 수사자료표를 작성하고 있다(지문규칙 제3조 제2항). 지문을 채취하는 경우 수사자료표와 별개의 지문원지에 채취하게 되는데, 여기에서 작성된 지문원지를 포함하여 수사자료표라고 한다(동법 시행령 제2조 제1항).[36] 결국 사법경찰관은 수사자료표 본문에 오른손 무지 지문을 채취하고, 별첨 지문원지에 십지지문 또는 일지지문을 채취한다

---

1. 형법위반피의자
2. 별표에 정하여진 법률위반피의자('영해 및 접속수역법', 국민투표법, '공직선거 및 선거부정방지법, 변호사법, 출입국관리법, 여권법, '집회 및 시위에 관한 법률', 총포 · 도검 · 화약류등단속법, 밀항단속법, 항공기운항안전법, 국가보안법, '반국가행위자의 처벌에 관한 특별조치법', 국내재산도피방지법, 사회보호법, 보안관찰법, '보건범죄단속에 관한 특별조치법', '폭력행위 등 처벌에 관한 법률', '특정범죄가중처벌 등에 관한 법률', '특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률', 외국환거래법, '방위산업에 관한 특별조치법', 군사시설보호법, 해군기지법, 방어해면법, 군용항공기지법, 군용전기통신법, 군사기밀보호법, '군용물 등 범죄에 관한 특별조치법', 군형법, 계엄법, 문화재보호법, 의료법, 약사법, 마약법, 향정신성의약품관리법, 대마관리법, 산림법, '노동조합 및 노동관계조정법', 전파법, 조세범처벌법, 관세법)

② 피의자가 제1항 각호의 1에 해당하지 아니하는 경우에도 피의자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 당해 피의자의 지문을 채취한다.

1. 피의자가 그 신원을 증명하는 자료를 제시하지 아니하거나 제시하지 못하는 때
2. 피의자가 제시한 자료에 의하여 피의자의 신원을 확인하기 어려운 때
3. 피의자를 구속하는 때
4. 수사상 특히 필요하다고 인정하여 피의자의 동의를 얻은 때

③ 제1항의 규정에 불구하고 고소 또는 고발사건 중 다음 각호의 1의 불기소처분사유에 해당하는 피의자에 대하여는 수사자료표 작성과 지문채취를 하지 아니한다. 다만, 피의자가 제2항 제1호 · 제2호 또는 제4호의 1에 해당하는 때에는 그러하지 아니하다. <신설 1993.12.31, 1995.6.24, 1999.3.30>

1. 혐의 없음
2. 공소권 없음
3. 죄가 안됨
4. 각하
5. 참고인중지

36) 형실효법시행령 제2조 (수사자료표) ① 법 제2조 제4호에서 "수사자료표"라 함은 피의자의 신원 및 범죄경력 기타 수사상 필요한 사항을 기재한 표(피의자의 지문을 채취하는 경우에는 지문원지를 포함한다. 이하 같다)를 말한다.

② 수사자료표를 작성함에 있어서 지문을 채취할 피의자의 범위 기타 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

고 할 것이다.

형실효법에 의하여 지문을 채취하여야 하는 자는 원칙적으로 사법경찰관에 제한된다. 사법경찰리는 사법경찰관의 구체적인 직무명령에 따라 지문을 채취하게 된다.

그러나 형실효법은 지문채취 일반에 대한 법적 근거가 될 수 없다 할 것이다. 형실효법상 수사자료표의 작성 대상은 범죄수사절차에서 형사입건된 피의자이기 때문이다. 이 법은 범죄수사절차가 아니라 범죄예방 또는 진압 등 기타 경찰 직무수행과정에서 지문을 채취할 법적 근거는 되지 못한다고 할 것이다.

나아가 이 법률은 범죄수사절차라고 하더라도 수사상 필요한 모든 지문채취에 대한 법적 근거라고 할 수 없다 할 것이다. 이 법에 의하면 불기소처분사유에 해당하는 고소고발사건의 경우에는 수사자료표 작성 대상이 아니기 때문이다. 고소고발사건의 불기소처분사유 해당여부는 통상 그에 대한 수사를 하고 난 후에야 결정될 것이고, 수사 초기 단계에서 피의자의 신원을 확인할 수 없는 경우에는 수사 진행이 곤란하게 될 것이다.

이러한 점을 고려한 듯이 법무부령인 지문채취범위규칙은 피의자가 그 신원을 증명하는 자료를 제시하지 아니하거나 제시하지 못하는 때 또는 피의자가 제시한 자료에 의하여 피의자의 신원을 확인하기 어려운 때에는 불기소처분사유에 해당하는 때에는 지문채취를 할 수 있는 예외를 인정하고 있다(동규칙 제2조 제3항 단서). 하지만, 지문채취범위규칙의 이러한 태도가 적절하다고 할 수 없다. 왜냐하면 지문채취범위규칙은 형실효법과 동법시행령에 따라 수사자료표를 작성할 때 지문을 채취할 피의자의 범위를 규정한 것이고, 그 모법인 형실효법이 수사자료표 작성 대상에서 불기소처분사유에 해당하는 고소고발사건 피의자를 제외하고 있기 때문이다(동법 제5조 제2항 단서). 경찰 실무에서도 불기소처분사유에 해당하는 고소고발

사건 피의자에 대해서는 수사자료표를 작성하지 않도록 하고 있다(경찰청 훈령 제64호 지문규칙 제3조).[37]

또한 즉결심판대상자라 하더라도 피의자의 신원을 확인할 수 없는 경우에는 지문채취를 할 필요가 있는데, 이에 대해서는 형실효법은 수사자료표 작성 대상이 아니라고 보고 있기 때문에 이 법률에 근거하여 지문을 채취하기는 곤란하다고 할 것이다.

지문채취에 대한 법적 근거로서 형실효법의 근본적인 문제는 이 조항이 사법경찰관의 지문채취권한을 규정한 것이라고 볼 수 있는가 하는 점이다. 단지 사법경찰관의 수사자료표 작성의무를 규정한 것일 뿐이라고 생각될 수 있다. 특히 이 조항을 근거로 하여 직접적인 물리력을 행사하여 지문을 채취할 수 있는가 하는 점에 의문이 있다. 전술한 행형법 제10조 제1항은 '…전략…지문채취…를 하여야 한다'고 하여 수권조항 여부가 불분명하다고 할 수 있다. 하지만, 같은 조 제2항에서 '수용 중인 자에 대하여도 소장이 필요하다고 인정할 경우에는 제1항의 규정에 의한 조치를 할 수 있다'고 규정하여 지문채취 등 신체검사에 대한 권한을 부여하고 있다는 것이 명백하다고 할 것이다. 이에 대하여 형실효법 제5조는 사법경찰관의 수사자료표의 작성과 송부의무를 규정하고 있을 뿐 지문채취에 대한 내용은 없다. 같은 법 제2조 제4호가 수사자료의 개념을 정의하면서 수사자료표의 기재사항으로 지문채취를 언급하고 있을 뿐이다. 이러한 법규정에 의하여

---

37) 지문규칙(수사자료표 작성 송부) ① 피의자를 입건하였을 때에는 별지 제1호 서식에 의한수사자료표 1매를 작성하며 주민등록증 미발급자나 미소지자에 대하여는 별지 제1호 식에 의한 수사자료표와 제2호 서식에 의한 십지지문원지를 작성하여야 한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 즉결심판대상자
2. 사법경찰관이 수리한 고소 또는 고발사건에 대하여 혐의없음, 공소권없음, 죄안됨, 각하, 참고인중지의 불기소 의견으로 송치하는 사건의 피의자
② 수사자료표 작성시는 지문을 채취할 형사피의자의범위에관한규칙(법무부령 제417호 1999.3.30) 제2조에 규정한 피의자에 대하여만 지문을 채취하고 그 이외의 법률위반 피의자는 주민등록증의 지문을 복사, 첨부한다.

과연 사법경찰관에게 지문채취권한까지 인정된다고 할 것인지는 의문이다.

3. 형사소송법

피의자의 지문채취와 관련하여 피의자가 순순히 응하는 경우에는 별 문제가 없다고 할 것이다.[38] 피의자의 승낙에 의한 지문채취는 임의수사이며 임의수사에 관해서는 법원의 영장이 없거나 법률상 특별규정이 없더라도 가능하기 때문이다(형사소송법 제199조 제1항).

피의자가 지문 채취에 응하지 않는 경우 수사기관이 강제적으로 영장없이 피의자의 지문을 채취할 수 있겠는가 하는 점이 문제된다. 이에 대해서는 먼저 강제적 지문채취는 강제수사이며 영장주의의 예외를 인정하는 명문규정도 없으므로 허용될 수 없다고 하는 견해가 있다(제1설).[39] 피의자의 의사에 반해서 영장없이 피의자를 경찰서 보호실에 억류하는 것이 불법감금인 것과 마찬가지로 피의자의 의사에 반해서 영장없이 피의자의 지문을 채취하는 것은 불법압수에 해당한다는 것이다. 물론, 이 견해도 강제적 지문채취의 필요성은 인정하고 시급한 입법적 해결을 요구하고 있다.

둘째로 피의자의 의사에 반하여 영장없이 피의자의 지문을 채취할 수 있다고 보는 견해도 있다(제2설).[40] 그 근거에 대해서는 견해가 나뉜다고 할 수 있다. 우선 지문채취의 성격을 검증에 해당한다고 보고 구속 또는 체포현장이나 범행현장에서 또는 긴급체포대상자에 대하여 지문채취가 가능하다고 보는 견해가 있다.[41] 이 견해는 법적 근거로 제216조 제1항 제2

---

38) 백형구, 전게논문, p.5.
39) 백형구, 전게논문, p.5.
40) 이재상, 형사소송법, 제6판, 박영사, 2002, 287면; 배종대・이상돈, 형사소송법, 제4판, 홍문사, 2001, 308면; 신동운, 형사소송법I, 제2판, 법문사, 1997, 264면; 신양균, 형사소송법, 법문사, 2000, 210면.
41) 이재상, 전게서, 287면; 배종대・이상돈, 전게서, 308면; 신동운, 전게서, 264면; 신양균, 전게서, 210면.

호와 제2항, 제3항, 또는 제217조를 들고 있다. 이 설에 의하면 지문의 채취는 검증의 성격을 가진 신체검사에 해당하고, 따라서 체포 또는 구속현장에서 영장 없이 체포 구속된 피의자의 지문 또는 족형을 채취하고, 신장과 체중 등 신체상의 특징을 측정하는 등 신체검사를 할 수 있다고 한다(검증설).[42]

또한 지문채취는 피의자의 특정을 위한 것으로 신체를 구속하는 처분에 실질적으로 포함되기 때문에 가능하다는 견해도 있다(신체구속포함설).[43] 즉, 체포 또는 구속된 피의자의 신원을 확인하기 위해서나 사실을 해명하기 위하여 필요한 경우에 그의 지문이나 족형을 채취하거나 신장 · 체중 또는 흉위를 측정하는 등의 감식업무는 피의자의 동의가 없더라도 피의자의 옷을 완전히 벗기는 경우가 아니면 영장 없이 가능하다고 한다. 그 논거로 일본형사소송법 제218조 제2항을 참조하도록 하고 있다.

다음으로 감정인의 감정처분으로서 지문채취를 할 수 있다는 견해가 있다(감정처분설).[44] 법원의 허가를 받아서 감정인이 할 수 있는 감정처분 중에 중요한 것으로 신체검사가 있는데, 이러한 신체검사에는 지문채취가 포함된다는 것이다.

끝으로 형사소송법 제222조의 변사체검시를 위해 필요한 처분으로서 지문채취를 할 수 있다는 견해가 있다(변사체검시처분설).[45] 이 설에 의하면 변사체검시를 위해서 사체의 해부, 사체 일부의 절단과 같은 처분은 할 수 없지만, 변사체가 있는 주거 등에 들어가고 변사체 자체에 대하여 검사를 행하며 사진촬영, 지문의 채취, 필요한 최소한도의 의류 손괴, 소지품 · 유

---

42) 배종대 · 이상돈, 전게서, 308면; 신동운, 전게서, 264면.
43) 이재상, 전게서 287면; 신양균, 전게서, 210면.
44) 김희옥, "제13장 감정", 백형구 · 차용석, 주석 형사소송법(I), 제3판, 한국사법행정학회, 1998, 549면.
45) 주광일, "제1장 수사", 백형구 · 차용석, 주석 형사소송법(II), 제3판, 한국사법행정학회, 1998, 250면.

류품의 조사 등과 같은 처분은 할 수 있다고 한다.

생각건대, 검증설은 법적 근거가 명확하고, 또한 지문채취에 대한 권한을 부여하고 있다는 점에서 훌륭하다고 할 것이다. 다만, 이 설은 체포 또는 구속과 관련되어 있거나 또는 현행범 상황하에서 긴급히 행해져야 한다는 점에 문제가 있다. 실제 현행범 상황하에서 피의자가 도주한 경우가 대부분이기 때문에 형사소송법 제216조 제3항에 의하여 지문을 채취할 수 없고, 형사소송법 제217조의 경우에도 긴급체포대상자의 소유 등의 물건 등에 대한 검증을 규정한 것으로서 그것이 과연 피의자 신체도 포함되는가에 대해서는 의문이 있다. 결국 형사소송법 제216조 제1항 제2호와 제2항에 의하여 체포 또는 구속현장에서 피의자의 지문을 채취하여야 하는데, 미리 지문을 채취하기 위하여 준비하여 가지 않는 한 그것은 곤란하고, 준비해서 간다 하더라도 실제로 체포 또는 구속현장에서 지문을 채취하기는 어렵다고 할 것이다.[46]

감정이라는 것이 원래 법원이나 수사기관에 의하여 사물의 성질이나 형상을 확인하여야 할 것을 전문적인 지식이나 경험을 필요로 하여 제3자에 의하여 이루어지는 것인 만큼 법원 또는 판사의 허가를 받아 이루어지는 감정처분에 지문채취가 포함되는 것은 당연하다 할 것이다. 또한 변사체검시는 사망이 범죄로 인한 것인가를 판단하기 위하여 사체의 상황을 오관의 작용에 의하여 검사하는 처분이므로 이러한 검시의 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한도내에서의 처분으로써 변사체 자체에 대한 검사, 지문채취, 사진촬영 등이 필요한 것이다.[47] 이와 관련하여 사법경찰관리집무

46) 2001년 7월 충남의 모 경찰서장이 음주 및 무면허 운전 피의자들이 경찰서로 다시 들어오는 불편을 덜어줄 수 있도록 조서를 현장에서 작성하라고 지시를 하였는데, 이에 대해 “확인서, 정황보고서, 정지 및 취소진술서, 임시운전증면서, 적발보고서, 피의자주거진술서, 십지지문 및 수사자료표 등 복잡한 서류작성을 순찰차 안 희미한 등불 아래서 하라니 어처구니 없다”는 등 일부 부하직원들이 반발하고 나서는 등 물의가 빚어진 적이 있다. http://service.joins.com/asp/search_article.asp?aid=103323&serv=society&sec=1410

규칙(법무부령)은 검시를 함에 있어서 잠재지문 및 변사자지문 채취에 유의하도록 규정하고 있다(동규칙 제34조 제3항).[48] 하지만, 감정처분설이나 변사체검시처분설은 그 범위가 매우 제한되어 있다는 점에서 지문 채취 일반에 대한 법적 근거 문제를 해결하기에는 미흡하다고 할 것이다.

현실적으로 타당한 이론은 신체구속포함설이라고 할 것이다. 신체구속된 피의자의 신원을 확인할 필요성이 중대한 데 비하여 지문채취에 의하여 침해되는 인권이 비교적 경미하다고 할 것이고, 또한 이미 신체구속이라고 하는 강제처분을 받고 있는 이상 이 정도의 처분은 신체구속에 부수하여 실질적으로 포함된 것으로서 별개의 영장을 필요로 하지 않는다고 할 것이다. 일본의 경우에도 압수·수색·검증은 법관이 발부한 영장에 의하도록 하고 있지만, 다른 적법한 강제처분에 실질적으로 포함되어 그에 부수하는 것으로서 새로이 법익을 침해한다고 할 수 없는 처분은 새로운 영장 없이도 할 수 있다고 새기고 있다.[49] 이러한 관점에서 일본형사소송법은 명문으로 신체구속을 당하고 있는 피의자에 대해서 벌거벗기지 않는 한 영장 없이 지문 또는 족형의 채취, 신장 또는 체중의 측정, 또는 사진의 촬영을 할 수 있도록 하고 있다(일본형사소송법 제218조 제2항). 일본최고재판소는 강제채뇨에 대한 압수수색영장에 의하여 피의자를 그 의사에 반하여 채뇨

---

47) 다만, 검시의 목적으로 타인의 주거에 상대방의 의사에 반하여 들어가는 경우 영장이 필요한가에 대해서는 견해가 대립되고 있다.

48) 사법경찰관리집무규칙 제34조 (검시의 주의사항) ① 사법경찰관리는 검시에 착수하기 전에 변사자의 위치·상태 등이 변하지 아니하도록 현장을 보존하여야 한다.
② 변사자의 소지품이나 기타에 유류한 물건으로서 수사에 필요가 있다고 인정할 때는 이를 보존하는데 유의하여야 한다.
③ 검시를 할 때에는 잠재지문 및 변사자 지문 채취에 유의하고 의사로 하여금 사체검안서를 작성하게 하여야 한다.

49) 平場安治·高田卓爾·中武靖夫·鈴木茂嗣, 注解刑事訴訟法(中), 全訂新版, 青林書院, 1982, 133面; 青柳文雄·伊藤榮樹·柏木千秋·佐佐木史朗·西原春夫, 註釋 刑事訴訟法, 第2卷, 立花書房, 1979, 191面; 池上政幸, "第218條 令狀による差押·捜索·檢證", 藤永幸治·河上和雄·中山善房 編, 「大コメンタル刑事訴訟法 第3卷 [第189條~第246條]」, 青林書院, 1995, 536面.

장소까지 연행하는 것도 적법한 강제처분에 포함되는 부수적인 처분으로 보고 있다.[50]

하지만, 과연 신체구속에 지문채취 등 피의자의 신원을 확인하기 위한 감식조치가 포함되어 있다고 새기는 것이 명확한 지는 의문이다. 또한 이를 인정하는 경우에도 신체구속하는 피의자에 대해서만 지문을 채취할 수 있다는 점에서 수사상 지문채취 행위 일반에 대하여 적용될 수 없는 한계가 있다고 할 것이다.

Ⅳ. 지문채취에 대한 입법론적 개선방안

1. 입법례

가. 일 본

일본 형사소송법과 감옥법은 지문채취에 대한 명문의 규정을 두고 있다. 우선 일본 형사소송법은 검찰관, 검찰사무관, 또는 사법경찰원이 신체구속을 당하고 있는 피의자에 대해서 벌거벗기지 않는 한 영장 없이 지문 또는 족형의 채취, 신장 또는 체중의 측정, 또는 사진의 촬영을 할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제218조 제2항).[51]

---

50) 日本最高裁判所決定 1994.9.16, 最高裁判所刑事判例集 第48卷 第6號 420面.

51) 일본형사소송법 제218조[영장에 의한 차압·수색·검증] ① 검찰관, 검찰사무관 또는 사법경찰직원은 범죄 수사와 관련하여 필요한 때에는 재판관의 발부한 영장에 의하여 차압, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에 신체검사는 신체검사영장에 의하여야 한다.
② 신체구속을 당하고 있는 피의자의 지문 또는 족형을 채취하고, 신장 또는 체중을 측정하고, 또는 사진을 촬영하는 데에는 피의자를 벌거벗기지 않는 한 전항의 영장에 의할 것을 요하지 않는다. (1949년 법116호 본항 추가)

일본형사소송법은 전후 개정된 1948년 형사소송법에는 지문채취에 대한 제2항 규정이 없었다. 현행 제3항의 모두의 문언이 '전항의 영장은'이라고 규정되어 있었다. 그 당시에도 신체구속을 당하고 있는 자에 대해서는 신체구속의 당연한 효과로서 현재 제2항이 규정하는 지문채취등의 처분이 가능하다고 해석되었지만, 의문의 여지가 있다고 하여 1949년 법률 제116호 '형사소송법의 일부를 개정하는 법률'에 의하여 본 조에 현재의 제2항이 추가되었고 그 때까지의 제2항 이하가 순차적으로 내려가게 되면서 제3항 모두의 문언이 현행 '제1항의 영장은'으로 개정된 것이라고 한다.[52] 지문채취 등의 처분은 신체구속에 수반하지만 강제처분이기 때문에 그 처분을 실시할 때에는 팔을 잡아 고정하는 등의 유형력의 행사도 인정된다고 한다.[53]

그 외에도 일본 감옥법과 동시행규칙은 행형상 목적으로 지문을 채취할 수 있도록 허용하고 있다. 즉, 감옥소장은 필요한 때에는 신입자와 재소자에 대해 지문을 채취하게 되어 있다.[54]

---

③ 제1항의 영장은 검찰관, 검찰사무관 또는 사법경찰원의 청구에 의하여 발부한다.
④ 검찰관, 검찰사무관 또는 사법경찰원은 신체검사영장의 청구시에 신체검사를 필요하는 이유 및 신체검사를 받는 자의 성별, 건강상태 기타 재판소의 규칙으로 정한 사항을 제시하여야 한다.
⑤ 재판관은 신체검사에 관하여 적당하다고 인정되는 조건을 부가할 수 있다.

52) 野木新一, "刑事訴訟法の一部を改正する法律等の解說", 警察研究, 第20卷 第6號, 16面; 青柳文雄 · 伊藤榮樹 · 柏木千秋 · 佐佐木史朗 · 西原春夫, 전게서, 192面; 池上政幸, 전게서, 538面.

53) 伊藤榮樹 · 青柳文雄 · 柏木千秋 · 佐佐木史朗 · 西原春夫, 전게서, 199面; 池上政幸, 전게서, 552面.

54) 일본감옥법 제14조(신체 · 의류의 검사) 새로 입감하는 자가 있는 때에는 그 신체 및 의류를 검사하여야 한다. 재감 중의 장에 대해 필요하다고 인정되는 때에도 또한 같다.
일본감옥법시행규칙 제20조(촬영 · 지문채취) 소장이 필요하다고 인정하는 때에는 입감자의 촬영 및 지문의 채취를 하여야 한다. 재감 중의 자에 대해서도 또한 마찬가지이다.

나. 독 일

독일의 경우에도 지문채취에 대한 명문 규정을 두어 해결하고 있다. 독일형사소송법은 형사절차 수행을 위하여 또는 감식목적으로 필요한 경우에 피의자의 의사에 반하여 그의 지문을 채취하는 처분을 하는 것을 허용하고 있다(동법 제81조의b).[55] 이러한 지문채취 권한은 수사기관이 범죄를 인지하여 입건한 경우에 인정된다. 피의자에 대한 강제적인 지문 채취는 이미 존재하는 범죄혐의에 기초하여 구체적인 형사절차의 진행을 위하거나 또는 다른 범죄 또는 차후의 범죄에 대한 수사를 대비하여 인정되는 것이다. 공소제기 전 이러한 처분권한은 검사와 사법경찰관이 가지고 있다.[56] 공소제기 후에는 법원이 독일형사소송법 제81조의b에 의거한 이러한 조치권한을 가진다. 이러한 조치를 위한 직접 강제력의 행사도 이 조항에 의거하여 가능하다.[57]

독일에서는 수사기관이 범죄를 인지하여 입건하기 이전이라도 범죄혐의를 받고 있는 자에 대해서는 독일형사소송법 제163조의b에 의하여 검사와 경찰공무원이 신원을 확인하기 위한 조치를 취할 수 있다. 신원확인조치란 용의자(Der Verdächtige)의 신체와 그가 소지한 물건을 수색하거나 신분증 제시를 요구하는 등의 조사행위를 말한다(독일형사소송법 제163조의b 제1항). 만일 이러한 조사행위에 의하여 혐의자의 신원을 확인할 수 없거나 현저히 곤란한 사정이 있는 경우에는 용의자를 12시간까지도 구금될 수 있도록 되어 있다(독일형사소송법 제163조의c 제3항).

---

55) 독일형사소송법 제81조의b 형사절차 수행을 위하여 또는 감식목적으로 필요한 경우에 한하여 피의자의 사진이나 지문을 그의 의사에 반하여 수집하는 것과 신체치수를 측정하거나 이와 유사한 처분을 하는 것이 허용된다.

56) Rudolf Wassermann, Kommentar zur Strafprozeßordnung, Band 1, Luchterhand, 1988, S.308; Ranft, Strafprozeßrecht,2.Aufl., Richard Boorberg Verlag, 1995, S.209.

57) Gehard Fezer, Strafprozeßrecht I,Juristischer Studienkurs, 1986, Rn 54,55; Ranft, 전게서, Rn 889.

2. 지문채취의 법적 근거에 대한 종래 해결방법의 의미

현행법상 수사기관이 수사목적으로 영장 없이 직접 강제력을 행사하여 일반적으로 피의자의 지문을 채취할 수 있는 것은 원칙적으로 피의자를 신체구속한 경우로 제한되어 있다고 할 것이다.[58] 신체구속을 받지 않는 피의자가 신원확인을 거부하는 경우 그에 대해 경범죄처벌법상 지문채취 불응죄로 형사처벌할 수 있도록 함으로써 지문 채취에 응할 것을 간접적으로 강제하고 있다고 할 것이다. 현행법은 원칙적으로 신체구속된 피의자와 형사입건은 되었으나 아직 신체구속되지 않은 피의자를 구별하는 이원적 해결방법을 취하고 있다고 볼 수 있다. 수사기관은 전자에 대해서는 지문채취를 영장 없이 직접적으로 강제할 수 있고, 후자에 대해서는 지문채취를 직접 강제할 수는 없고 단지 지문채취에 응할 것을 요구하도록 하고 이에 불응할 경우 형사처벌하는 방식으로 간접적으로 강제할 수 있다고 할 것이다.

여기서 제기할 수 있는 문제는 피의자가 지문채취에 불응할 경우 수사기관이 경범죄처벌법위반으로 입건하는 것 이외에 법관의 검증영장을 발부받아서 강제로 피의자의 지문을 채취할 수 있는가 하는 점이다. 이에 대해서는 부정하는 견해가 있을 수 있다. 피의자가 신체 구속되지 않은 것으로 보아 수사사건이 비교적 경미한 것이라고 보아야 하고, 피의자가 지문채취에 불응한다고 하여 검증영장을 발부받아 지문채취를 강제하기 위해 신체의 자유를 제한하는 것은 불구속수사원칙에 위배될 위험이 있을 뿐만 아니라 지나치게 비효율적이라는 것이다. 또한 피의자의 자기정보결정권 등에 비추어 형사처벌을 받으면서라도 지문채취에 불응할 권리를 인정하는 것이 타당하지 않은가 생각할 수 있다. 이 논리는 음주측정과 관련하여

58) 변사체검시와 감정처분허가장에 의한 지문채취는 그 범위가 매우 제한되어 있다는 점은 앞서 지적하였다.

스스로 형사죄책을 부담하면서까지 채혈을 거부하는 사람의 의사를 존중해야 할 뿐만 아니라 혈액채취시 상대방의 동의를 얻도록 하고 있는 현행 도로교통법의 해석상 음주측정불응자에 대한 강제채혈을 소극적으로 보아야 한다는 이론[59]과 유사한 것이라고 할 수 있다.

생각건대, 별도의 검증영장에 의한 지문채취를 인정하는 것이 보다 타당하다고 할 것이다. 그 논거로서는 우선 신체구속이 안 된 사건이라 하더라도 반드시 지문을 채취해야 할 경우가 있다는 점이다. 음주측정불응죄는 음주운전죄와 같이 처벌하여 중하게 처벌되고 있지만, 지문채취불응죄는 10만원 이하의 벌금, 구류, 또는 과료로 처벌될 뿐이다. 또한 강제채혈의 경우에 비추어 지문채취의 강제에 의한 신체적 침해 정도가 경미하다는 점을 고려하여야 할 것이다. 수사기관이 법관의 검증영장을 발부받아 강제로 지문을 채취하는 것이 일반적으로 비효율적일 것임에도 불구하고 그렇게 하는 것은 그 필요성을 인정하였다는 것이고, 더욱이 영장발부시에 법관은 그러한 필요성도 아울러 판단할 것이라는 점이다.

3. 지문채취에 대한 입법론

입법론으로는 독일과 같이 신체구속여부와 상관없이 형사입건된 피의자의 지문을 수사기관이 채취할 수 있도록 명문으로 규정하는 일원적 해결방법이 있을 것이다. 그리고 종래의 이원적 해결방법을 유지하되 현행법상 불명확하거나 미흡한 점을 개정하는 방식이 있을 수 있다.

일원적 해결방법은 구속되지 않은 피의자에 대해서도 결국 검증영장에 의하여 강제적으로 지문을 채취할 수 있다고 한다면 차라리 형사입건된 피의자에 대해서는 신체구속과 상관없이 지문 채취를 직접 강제할 수 있

59) 문성도, "음주측정불응죄 규정의 진술거부권 침해 여부", 경찰대논문집, 제16집 (1996. 10), pp.180-181.

도록 하자는 것이라고 할 것이다. 하지만, 이러한 경우 신체구속이 안 된 피의자에 대한 지문채취에 대해서는 사법적 통제가 이루어지지 않는다는 점은 검토될 필요가 있을 것이다.

지문채취에 대한 종래의 해결방법을 유지하면서 개선하는 방향으로 개정한다고 할 경우, 우선 신체구속된 피의자에 대한 지문채취는 별도의 영장없이도 강제로 할 수 있느냐 하는 부분에 대한 의문이 있을 수 있으므로, 일본형사소송법과 같이 이에 대한 명문 조항을 두어야 할 것이다. 또한 신체구속에 이르지 않는 피의자의 지문채취와 관련하여 지문채취요구에 대한 법적 근거를 두어야 할 것이다. 신체구속이 안 된 피의자에 대한 지문채취에 대한 법적 근거라고 할 수 있는 형실효법이 사법경찰관의 수사자료표작성의무를 규정한 것일 뿐 지문채취권한을 규정한 것이라고 보기에는 곤란한 점이 있으므로, '사법경찰관은 피의자에게 지문채취에 응할 것을 요구할 수 있다'라는 조항을 두는 것이 바람직할 것이다.

생각건대, 입법론으로서는 지문채취에 대한 일원적 해결방법이 보다 타당하다고 할 것이다. 왜냐하면, 지문채취는 피의자나 피해자의 신원을 확인하고 지문 대조를 통하여 범인을 검거하기 위하여 수사상 반드시 필요한 경우가 많고, 지문채취와 관련하여 침해된 피의자의 권리는 다른 강제처분과 비교할 때 매우 경미하다고 할 수 있고, 그만큼 지문채취에 대한 사법적 통제의 필요성은 크지 않고 법정주의에 의한 통제로 충분하다고 할 것이기 때문이다. 따라서 구속여부와는 상관없이 수사기관이 피의자에 대한 범죄혐의를 인정하고 입건한 경우에는 지문을 채취할 수 있도록 형사소송법을 개정하는 것이 타당할 것이다. 아울러 지문을 채취당한 시민의 자기정보결정권을 보호하기 위하여 채취된 지문의 사용범위와 한계, 그리고 그 보관방법과 폐기의무를 명확히 규정할 필요가 있다 할 것이다.

V. 결 론

피의자의 신원과 범죄경력을 확인하고 변사자의 신원을 확인하고 범죄현장에 유류된 지문에 의하여 범인을 검거하기 위하여 지문을 채취할 필요가 있다. 이러한 지문채취에 대한 법적 근거로서는 형실효법, 행형법, 형사소송법 등이 제시되고 있지만, 수사기관이 수사목적으로 영장 없이 지문채취를 강제할 수 있는 법적 근거는 형사소송법 규정이라고 할 것이다. 현행 형사소송법은 원칙적으로 신체구속된 피의자에 대해서는 지문채취를 영장 없이 직접 강제할 수 있지만, 그렇지 않은 피의자에 대해서는 지문채취를 요구할 수는 있어도 법관의 검증영장 없이는 직접 강제할 수 없다는 태도를 보이고 있다. 다만, 경범죄처벌법상 수사기관이 지문조사 이외의 다른 방법으로 그 신원을 확인할 수 없어 지문을 채취하려고 할 때 정당한 이유 없이 이를 거부한 사람을 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 처벌함으로써 지문채취요구에 응할 것을 간접적으로 강제하고 있다고 할 것이다.

입법론으로 간접적인 강제와 사법적 통제라는 이중적인 방법을 채택하고 있는 현행 이원적 해결방법을 계속 유지한다고 한다면 현행법상 신체구속된 피의자에 대한 지문채취는 별도의 영장 없이도 강제로 할 수 있느냐 하는 부분에 대한 의문이 있을 수 있으므로, 일본형사소송법과 같이 이에 대한 명문 조항을 두는 것이 좋을 것이다. 또한 일반적인 형사입건 피의자에 대한 지문채취에 대한 법적 근거라고 할 수 있는 형실효법이 사법경찰관의 수사자료표 작성의무를 규정한 것일 뿐 지문채취권한을 규정한 것이라고 보기에는 곤란한 점이 있으므로, '사법경찰관이 피의자에게 지문채취에 응할 것을 요구할 수 있다'라는 조항을 두어야 할 것 것이다.

하지만, 지문채취가 수사상 필요하다는 점과 지문채취에 따른 침해가

상대적으로 경미하다는 점을 고려해 볼 때 독일과 같이 범죄혐의가 인정되어 형사입건된 피의자에 대해서는 신체구속과 상관없이 수사기관이 지문을 채취할 수 있도록 하는 일원적 해결방법이 입법론적으로 보다 타당하다고 할 것이다. 물론 지문을 채취당한 자의 자기정보결정권을 보호한다는 차원에서 채취된 지문의 사용 범위와 한계를 명확히 할 필요가 있을 것이다.

참고문헌

김성환, “지문채취”, 과학수사, 경찰수사연수소, 1997, pp.695-740.

김원숙, “출입국관리법상의 외국인지문찍기제도”, 법조, 1995/4(통권 제463호), pp.182-196.

김일두, “지문감식활용방안”, 검찰 1970/8(통권28호), pp.30-42

문성도, “음주측정불응죄 규정의 진술거부권 침해 여부”, 경찰대논문집, 제16집 (1996.10), pp.153-181.

박경식 편저, 범죄수사론, 경찰대학, 2000.

박주선, “수사자료표(전과통보서) 이용상의 몇 가지 문제점”, 검찰, 1981년 제3집(통권83호), pp.110-128.

배종대・이상돈, 형사소송법, 제4판, 홍문사, 2001.

백형구, “지문채취”, 사법행정, 1985/10(통권298호), pp.4-5.

백형구・차용석, 주석 형사소송법(I), 제3판, 한국사법행정학회, 1998.

백형구・차용석, 주석 형사소송법(II), 제3판, 한국사법행정학회, 1998.

신동운, 형사소송법I, 제2판, 법문사, 1997.

신양균, 형사소송법, 법문사, 2000.

오진선, “타인의 인명남용 방지를 위한 십지지문제도의 효율적 활용방안”, 경찰대학 제4기 경찰고위정책과정 논문집, 대광인쇄, 2001.12, pp.441-476.

이인호, “주민등록번호・지문날인과 개인정보자기결정권”, 인터넷법률 제8호(2001.9), pp.50-67.

이재상, 형사소송법, 제6판, 박영사, 2002.

조문원, “지문대조에 의한 犯罪經歷照覆에 있어서의 문제점”, 검찰, 1981년 제1집(통권81호), pp.203-212.

Fezer, Gehard, *Strafprozeßrecht I,* Juristischer Studienkurs, 1986.

Kleinknecht/Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung,* 44.Aufl., 1999.

Peters, Karl, *Strafprozeß*, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1985.

Ranft, *Strafprozeßrecht,* 2.Aufl., Richard Boorberg Verlag, 1995.

Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 25.Aufl., 1998.

Wagner, Heinz, *Kommentar zum Polizeigesetz von Nordrhein-Westfalen und zum Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder*, Luchterhad, 1987.

Wassermann, Rudolf, *Kommentar zur Strafprozeßordnung, Band 1,* Luchterhand, 1988.

團藤重光, 新刑事訴訟法綱要, 第7訂版, 創文社, 1973.

法務總合研究所 編, 刑事法セミナーIV(刑事訴訟法(上)[捜査]), 信山社, 1992.

三井誠 · 酒卷匡(2001), 入門刑事手續法, 第3版, 有斐閣.

石川才顯, 「通說 刑事訴訟法」, 三省堂, 1992.

鈴木茂嗣, 刑事訴訟法, 靑林書院新社, 1990.

熊谷弘 · 浦辺衛 · 松尾浩也 · 田宮裕 編, 捜査法大系 II, 日本評論社, 1983.

池上政幸, “第218條 令狀による差押 · 捜索 · 檢證”, 藤永幸治 · 河上和雄 · 中山善房 編, 「大コメンタル刑事訴訟法 第3卷 [第189條～第246條]」, 靑林書院, 1996, pp.533-552.

靑柳文雄 · 伊藤榮樹 · 柏木千秋 · 佐佐木史朗 · 西原春夫, 註釋 刑事訴訟法, 第2卷, 立花書房, 1979.

平場安治 · 高田卓爾 · 中武靖夫 · 鈴木茂嗣, 注解刑事訴訟法(中), 全訂新版, 靑林書院, 1982.

The Legal Ground and Problem of the Fingerprinting in the Criminal Investigation

Moon, Seong-Do*

Two months ago I was asked by a police officer in my lecture on criminal procedure on what code a policeman could fingerprint a suspect in the criminal investigation. Recently the problem of the fingerprinting in the criminal investigation evokes the passionate debate about the balance prerogatives of the government and the liberty of the individual in Korea.

This study reviews the legal ground and problems of the fingerprinting in the criminal investigation, and suggests improvement proposals on the regulation of the fingerprinting.

In the second chapter the reason of the fingerprinting in the criminal investigation is explained. In the third chapter the legal ground and problems of the fingerprinting in the criminal investigation is examined. In the fourth chapter the japanese and the german criminal procedure code regarding the fingerprinting are introduced and improvement proposals on the regulation of the fingerprinting in the criminal investigation are suggested.

* Assistant Professor, Korea National Police University

독일 '증거금지'론의 이론구조에 대한 소고

조 국*

I. 들어가는 말

미국 연방대법원이 '형사절차혁명'(criminal procedure revolution)의 과정에서 압수·수색 및 경찰신문과정에서 위법하게 수집한 증거물 및 자백의 배제법칙을 확립한 이후[1] 이 법칙은 나라마다의 변형을 거쳐 세계화되고 있다. 예컨대 영국의 경우 미국식의 의무적 위법수집증거배제를 채택하지는 않았으나 1984년의 새로운 입법을 통하여 위법수집증거배제법칙의 근거가 마련된 이후 법원의 위법수집증거배제를 위한 재량행사가 활발해지고 있으며,[2] 이 법칙의 수용을 완강히 거부했던 일본 최고재판소도 1978년의 '오사카 텐노사(天王寺) 각성제 사건' 판결[3]에 이르러 과거의 이른바 "성질·형상 불변론"[4]을 버리고 미국식 위법수집증거배제법칙을 원칙적으로 수용한 바 있다.[5]

---

* 서울대학교 법과대학 조교수

1) 이에 대해서는 졸고, "미란다 규칙의 실천적 함의에 대한 소고 - 미국 연방대법원의 입장변화를 중심으로," 『형사법연구』 제10호 (1998); "미국 위법수집증거배제법칙에 관한 일고," 『형사정책연구』 제9권 제4호 (1998년 겨울) 등을 참조하라.

2) 이에 대해서는 졸고, "영국 코먼 로 형사절차의 전면적 혁신과 그 함의 - 1984년 "경찰 및 형사증거법"과 1994년 "형사사법과 공공질서법"을 중심으로 -," 『형사정책』 제10호 (1998), 351-56면을 참조하라.

3) 最高裁 1978.9.7. 刑集 32卷 6号, 1672면. 이 판결에 대한 평석으로는 三井誠, "所持品檢査の限界と違法收集證據の排除"(下), 『ジュリスト』 No. 680 (1978.12.15)을 참조하라.

4) 日本 最高裁 1949.12.1. 裁判集 15号, 349면.

독일의 경우도 이론적 근거와 대상범위는 다르지만 위법수집증거배제의 필요성을 오래 전부터 인식하기 시작하였다. 1960년대의 유명한 두 개의 독일 연방대법원 판결이 중요한 계기이다.[6] 1960년의 '녹음테이프 판결'[7](Tonbandentscheidung)은 "형사소송에서 어떠한 희생을 치르더라도 진실을 구명되어야 한다는 원칙은 존재하지 않는다"[8]라고 선언하며, 사인에 의해 비밀녹음된 대화내용의 증거사용은 피고인의 인격권을 침해하는 것으로 금지되어야 한다고 판시하였다. 그리고 1964년의 '일기장 판결'[9](Tagebuchentscheidung)에서 법원은 사인에 의해 획득된 일기장의 증거사용을 금지하며 그 근거를 헌법상의 보장된 기본권에서 찾는다. 법원의 말을 빌자면, "기본법에서 인간의 존엄 및 인격의 발전을 목적으로 하는 권리의 특별한 중요성은, 사용금지가 인정되지 않으면 기본권의 보장이 저해되어 기본권과 다른 보호되어야 할 이익 사이에 필요한 균형이 확보될 수 없는 경우에 실정법상 이미 사용금지가 성립되었다는 결과를 끌어낼 수 있다는 점이다. 기본법의 당해 조항은 실정법의 영역에서 수정작용(korrigierende Wirkung)을 일으키며, 이는 형사소송법에서 **응용된 헌법**(angewandtes Verfassungsrecht)으로 이해된다."[10]

사실의 판단자인 배심원에게 제시될 수 있는 증거의 자격에 대하여 세세한 부분까지 많은 논의가 축적되어 있는 영미 증거법에 비하여, 법관의 자유심증주의가 확립되어 있는 독일 등의 대륙법계 나라의 경우는 증거배제에 대한 논의와 사례가 부족한 것은 사실이다. 그리고 영미에 비하여 대

---

5) 이에 대해서는 졸고, "지양되어야 할 모델로서의 일본 형사절차", 『박재윤 교수 정년기념논문집』(2002)를 참조하라.
6) 이에 대해서는 원형식, "형사소송상의 증거사용금지에 관한 연구 - 독일 연방대법원의 판례를 중심으로", 『형사정책연구』 제9권 제1호 (1998 봄), 217-227면을 참조하라.
7) 14 BGHSt 358ff (1960).
8) Id. S. 364-65.
9) 19 BGHSt 325 (1964).
10) Id. S. 330 (강조는 인용자).

륙법계 형사사법이 ‘절차적 정의’보다는 ‘실체적 정의’에 대하여 많은 강조점을 두고 있음도 사실이다. 그러나 실체적 진실발견도 일정한 한도 내에서 이루어져야 한다는 사상은 법계를 막론하고 외면될 수 없는 관념이었기에, 영미의 위법수집증거배제법칙과 일응 비견될만한 내용을 가진 ‘증거금지’(Beweisverbote)의 이론이 구축되었던 것이다.

이 글은 독일 판례를 중심으로 증거금지의 이론의 발전을 살펴보면서 그 문제의식의 고유성이 어디에 있는지, 그리고 증거금지의 이론의 체계와 특징은 무엇인지를 소략하게 검토하는 것을 목적으로 한다.[11]

II. 증거금지론의 이론구조 - 판례를 중심으로

증거금지에 대한 독일 법원의 입장을 통일적으로 규격화하기는 어렵다. 그러나 독일 연방대법원(BGH)과 연방헌법재판소(BverfG)가 1970년대 이후 내려 온 판결을 기초로 분석해보면 크게 몇 가지 접근방식이 드러난다.

이러한 판례의 태도를 검토하기 이전에 간략하게나마 증거 금지를 둘러싼 용어정리를 할 필요가 있다. 증거금지에 대한 용어는 현재 독일 학계에서 통일되어 있지 않지만, 앞에서도 간략하게 언급하였듯이 현재 공유되고 있는 것은 ‘증거수집금지’(Beweiserhebungsverbot)와 ‘증거사용금지’(Beweisverwertungsverbot)의 구별이다. 전자는 증거를 수집함에 있어서 일정한 수단과 방법은 금지된다는 것인데, 이는 독일 형사소송법 제 136의 a조의 신문방법의 금지, 불법도청의 금지, 마취분석이나 거짓말탐지기의 사용금지, 진술거부권을 행사한 자의 증인채택 등이 그 예이다. 후자는 이러한

11) 이 글의 기본적 생각은 Kuk Cho, “Procedural Weakness" of German Criminal Justice and Its Unique Exclusionary Rules Based on the Right of Personality”, 15 *Temple Int'l & Comp. L. J.* 1 (2001)에서 개진된 바 있다.

증거수집금지를 위반하여 획득한 증거의 사용을 금지한다는 것으로, 우리가 통상 말하는 위법수집증거배제법칙에 해당하는 용어이다. 동법 제 136의 a조처럼 실정법이 증거수집금지와 증거사용금지를 동시에 규정하고 있다면 문제가 없으나, 많은 경우 증거수집금지를 요구하는 규정은 있으면서도 이를 위반한 경우 증거사용금지에 대해서는 분명한 태도를 밝히지 않고 있으므로 논의의 초점은 바로 증거사용금지에 맞추어 질 수밖에 없다.

1. 독일 형사소송법 제136의 a조 위반 또는 불법도청 - 엄격한 증거사용금지

독일 형사소송법 제 136의 a조는 피의자 · 피고인의 의사결과 활동의 자유에 영향을 미치는 신문방법을 열거하며 이러한 방법이 금지됨을 규정함과 동시에, 이를 위반하여 획득한 증거의 사용은 피의자 · 피고인이 동의한다 할지라도 금지됨을 분명히 하고 있다. 동조 위반의 경우는 자동적 · 의무적 증거사용금지를 동반하게 된다.

예컨대, 연방대법원은 새벽 5시에 체포되어 30시간 동안 잠을 자지 못한 채 신문받은 후 획득한 자백,[12] 피고인의 피해자, 즉 세 살 난 아들의 시체를 직면케 하고 획득한 자백[13] 등의 증거사용을 금지하였다. 최근의 1990년 5월 31일 연방대법원의 판결을 보자면,[14] 이 사건에서 경찰관이 실종자의 사체를 발견하고 살인에 대한 수사를 진행하면서도 피고인에게는 실종자를 찾고 있는 중이라고 통지하였고 이후 피고인은 자백하였는데, 법원은 형사소송법 제 136의 a조에 기초하여 피고인의 자백을 증거로 사용할 수 없음을 판시하였다.

단, 독일 법원은 이 조항을 형사소송법 제136조 1항에 규정된 미란다

12) 13 BGHSt 60 (1959).
13) 15 BGHSt 187 (1965).
14) 4 BGHSt 112 (1990).

유형의 경고고지를 실시하지 않은 경우에는 적용하지 않았다. 1968년 4월 30일의 판결[15]에서 연방대법원은, 입법부는 형사소송법 제136의 a조 1항의 엄격한 증거금지가 제136조 1항의 위반에까지 적용하려는 의도를 갖고 있지는 않았다는 이유로, 미란다 유형의 고지 없이 행해진 경찰신문의 결과 획득된 피고인의 자백의 사용금지는 인정되지 않는다고 판시하였다.[16]

한편 독일 법원은 불법도청으로 획득한 증거에 대해서도 엄격하게 증거사용금지를 적용하고 있다. 독일에서 감청문제는 형사소송법 제100a-101조와 이른바 ‘G-10 법’[17]에 의해 규율되고 있는데, 특히 ‘G-10 법’은 감청을 통해 얻은 증거는 감청대상범죄 외의 수사와 기소를 위해서는 사용할 수 없다는 증거사용금지 규정을 두고 있다.[18] 현재 독일 법원은 법규의 요청을 정확히 지켰다 할지라도 만약 이를 통해 획득한 증거가 원래 감청대상범죄 목록에 속하지 않은 경우라면 증거사용을 금지하고 있으며, 제1차 위법수집증거에서 파생한 제2차 위법수집증거의 배제, 즉 “파급효”(Fernwirkung)까지 인정하고 있다.

예컨대 1978년 2월 22일 연방대법원 판결의 경우,[19] 합법적 감청이 행해졌으나 실상 이를 통하여 드러난 것은 감청대상목록에 없던 범죄였고, 체포된 피고인에게 이 테이프를 들려주자 피고인은 자백하였다. 피고인은 판사 앞에서 한번 더 자백하였고 자신의 자백시에 어떠한 압력도 행해지

15) 22 BGHSt 129 (1968).
16) Id. S. 174-75. 단, 이후 동법원은 공판개시 후 법정 내에서 법관이 피고인에게 증언거부권(형사소송법 제243조 4항)을 고지하지 않은 경우는 상고이유가 된다고 판시하였다 [25 BGHSt 325 (1974)]. 그리고 법원은 이 경우 입증책임의 부담을 피고인에게 부여하였다 (Id. S. 331-32). 요컨대 독일 법원은 공판 전과 공판 후를 엄격히 구분하여 피의자·피고인의 묵비권 등에 대한 권리인정에 차이를 두고 있는 것이다.
17) Gesetz zur Beschräkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimniβes (Gesetz zur Artikel 10 Grundgesetz). 독일 내의 도청규제에 대해서는 James G. Carr, “Wiretapping in West Germany”, 29 Am. J. Com. L. 607 (1981)을 참조하라.
18) G-10 Law, 7(3).
19) 27 BGHSt 355 (1978).

지 않았음을 인정하였다.[20] 그런데 연방대법원은 문제의 녹음테이프는 물론이고 2회의 자백 모두를 사용금지하였다. 이러한 입장은 1980년 4월 18일 연방대법원의 판결에서도 관철되었다.[21] 이 사건에서 슈피겔지(Der Spiegel)는 연방헌법수호청에 의해 감시를 받고 있던 핵물리학자의 글을 수록하였는데, 이 글은 유출된 정부문서에 기초하여 작성된 것이었고, 전직 연방헌법수호청 요원 출신 언론인 F에게 문서유출의 혐의가 두어졌다. 'G-10법'에 따른 합법적 감청의 결과 수사기관은 F가 자신의 누이 집에 문제의 서류를 은닉하고 있다고 믿고 수색영장에 기초하여 그녀의 집을 수색하여 문제의 서류를 발견하였다. 그러나 이 서류는 'G-10법'에서 허용되지 않는 경한 범죄에 대하여 F의 관련을 입증해줄 뿐이었다.[22] 이에 연방대법원은 이 서류의 사용을 금지하였다.

2. '종속적 증거사용금지' - '비례성의 원칙'(Verhältnismaβigkeit)에 따른 이익형량

증거수집금지와 동시에 증거사용금지를 모두 규정하고 있는 독일 형사소송법 제136의 a조 위반 외의 경우에, 독일 법원은 '비례성의 원칙'(Verhältnismaβigkeit)을 증거사용금지 판단에 중요한 기준으로 사용하고 있다. 즉, 범죄해명, 범죄인의 소추 · 처벌이라는 공적 이익과 국민의 기본법상 보호되어야 하는 인간의 존엄과 권리이나 인격권 등의 기본권 보호 사이의 형량이 필요하다는 원칙이다. 따라서 증거금지는 일반원리에 따라 획일적으로 이루어지는 것이 아니라 개별적 사안마다 침해된 법익의 보호필요성, 침해된 법익의 경중 등을 고려하여 개별적으로 이루어지는 것이다. 이러한 판례의 입장은 학계에서는 '이익형량론'(Abwägunglehre)이라는 이

20) Id. at 356.
21) 29 BGHSt 244 (1980).
22) Id. at 249-50.

름으로 표현된다.[23] 그리고 후술할 ‘헌법상 증거사용금지’와는 달리 ‘비례성의 원칙’이 적용되는 사안은 증거수집에서의 위법성에 따라 증거사용금지 여부가 결정되므로 ‘종속적(unselbständig) 증거사용금지’라고 부른다.

몇 가지 지도적 판결을 보자면, 1963년 연방헌법재판소는 피의자의 정신이상 여부를 판단하기 위하여 의사가 척수용액을 추출하는 것은 형사소송법 제 81조의 a에 의하여 일반적으로 허용된 것이라 하더라도 경한 범죄를 범한 피의자에 대하여 사용되었다는 것은 균형을 잃은 것이라고 판단하면서, 수사기관이 모든 법규를 다 준수하였다 할지라도 피고인의 프라이버시 보호가 효율적 수사활동의 이익 보다 우위에 설 경우 증거는 배제되어야 한다고 판시하였다.[24] 뒤이은 1966년의 판결에서 연방헌법재판소는 언론사의 방에 대한 수색은 일반 주거에 대한 수색 보다 높은 기준을 요구한다고 판단하면서, ‘비례성의 원칙’을 적용하는데 있어서 ‘최소침해의 원칙’이 관철되어야 한다고 강조하였다. 즉, 보다 적은 침해를 야기하는 조치가 가능하다면, 보다 큰 침해를 야기하는 조치는 허용되지 않는다는 것이다.[25]

한편 1971년 연방대법원은 자동차 사고환자의 음주 여부를 측정하기 위하여 경찰관이 정식의사가 아닌 인턴에게 명하여 혈액채취를 하게 한 사건에 대하여, 혈액검사가 형사소송법 제 81조의 a에 위반하여 정식의사가 아닌 자에 의하여 행해지기는 하였으나 이 경우는 신체의 불가침성의 요청은 범죄해명의 이익에 양보해야 한다고 판시하였다.[26]

---

23) K. Rogall, Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß, NStZ 1988, S. 391ff; K. Rogal. Gegenwärtiger atand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten. ZStW, 1979, S. 5ff; Fezer, Grundfälle zum Verlassungs- und Verwertungsverbote, JuS 1978, S. 325.

24) 16 BVerfGE 194 (1963).

25) 20 BVerfGE 162 (1966).

26) 24 BGHSt 130ff (1971).

3. '헌법상 증거사용금지' - '삼단계론'(Dreistufentheorie)

한편 연방헌법재판소는 '헌법상의 증거금지' 또는 '독립적(selbständig) 증거사용금지'에 대하여 이른바 '삼단계설'이라고 하는 독특한 해결방식을 제시했다. '헌법상 증거금지'란 헌법상의 기본권 침해를 이유로 증거사용이 금지되는 경우를 말하는데, 이는 증거수집과정에서의 수사기관의 위법 여부와 상관없이 증거사용이 금지되는 것이기에 '독립적 증거사용금지'라고도 명명된다.

이 이론을 최초로 제출한 것은 1973년의 1월 31일의 연방헌법재판소의 결정이다.[27] 이 사건에서 피고인은 실제 가격 보다 낮게 부동산 가격을 계약서에 적어 탈세를 하였다는 점과 이 가격의 차액을 부동산 소유자로부터 받아내려 했다는 점을 이유로 기소되었다. 부동사 소유자는 비밀리에 탈세와 관한 자신과 피고인과의 대화를 녹음하였고, 이 녹음 테이프를 자발적으로 수사기관에 제출하였다. 연방헌법재판소는 개인의 프라이버시에 대한 침해단계를 세 가지로 나누는 이론구성을 기초로 하여 하급심판결을 파기하였다.

연방헌법재판소는 첫째로 국가의 개입이 절대로 허용되지 않는 불가침의 사적 영역은 독일 기본법 제2조 1항과 제11조(인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄)가 절대적으로 보장하고 있는 "핵심영역"(Kernbereich)이므로, 이 영역에 대한 침해는 절대 금지되며 이를 위반하여 획득한 증거의 사용은 절대 금지된다고 파악한다. 이 "핵심영역"에 대한 침해는 공공의 이익이 아무리 중대하고 우월해도 허용되지 않는다.[28] 둘째 이 "핵심영역" 바깥에 있는 "사적 영역"(Privatbereich)으로 이는 다른 사회구성원과의 관련

---

27) 34 BVerfGE 238 (1973). 이 판결에 대해서는 신동운, "위법수집증거배제법칙과 나체사진의 증거능력", 『서울대학교 법학』, 제40권 제2호 (1999), 363-367면을 참조하라.
28) Id. S. 245.

속에서 존재하므로 절대적으로 보호되지는 않으며, “비례성의 원칙”에 따라 사생활상의 권리 보다 우월한 공공의 이익이 있는 경우에는 침해될 수 있다고 파악하였다.[29] 예컨대 사람의 생명 또는 신체와 관련된 중한 범죄 또는 자유민주적 기본질서(freiheitliche-demokratische Grundordnung)에 위협이 되는 범죄 등의 경우에는 공공의 이익이 우월한다고 보았다.[30] 마지막으로 이상의 두 영역 바깥에 있는 일상생활의 영역의 경우에는 증거사용이 허용된다고 규정하였다.

이러한 이론에 기초하여 법원은 당해 사건에서 녹음테이프는 “핵심영역”은 아니라 두 번째의 “사적 영역”에 속하며, 탈세는 피고인의 “사적 영역”에서의 프라이버시에 우월하는 공적 이익이 아니라는 이유로 증거사용을 금지하였던 것이다.[31] 이러한 이론구성은 개인의 주체성과 인격에 초점을 맞추는 독일 철학의 특징을 반영한 것으로 수사기관의 위법활동에 대한 억지에 초점을 맞추는 미국의 위법수집증거배제법칙의 근거와 일정한 차이를 보여준다.

이러한 ‘삼단계론’에 “핵심영역”과 “사적 영역” 사이의 구별이 쉽지 않으며 “사적 영역”의 경우 이익형량의 기준이 무엇인가가 분명하지 않다는 비판이 있으나,[32] ‘삼단계론’은 이후 계속된 연방헌법재판소의 결정에 따라 안정화되었다.

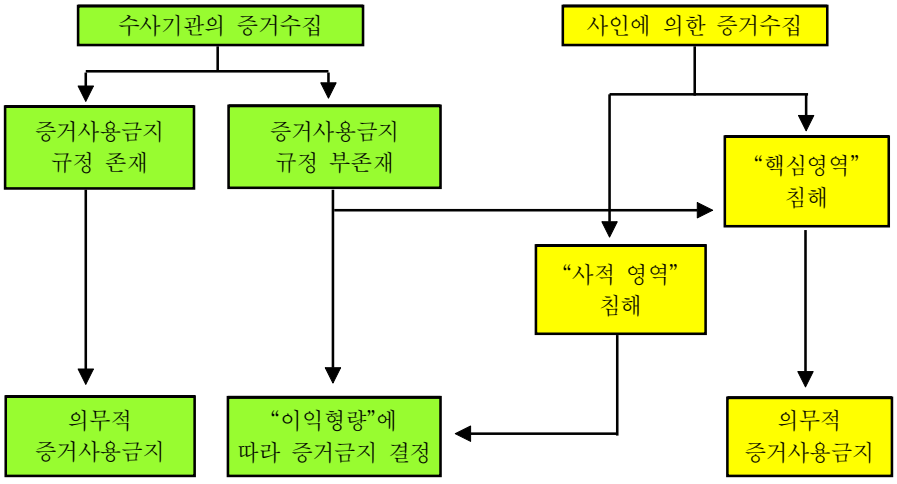
첫째 1977년 5월 24일의 결정[33]이 있는데, 이 사건은 마약중독자 치료소에 있는 상담원이 불법마약을 판매하고 있다고 의심한 경찰관이 수색의 대상이 정해있지 않은 수색명령으로 마약치료소를 수색하여 치료소의 의

29) Id. S. 246.
30) Id. S. 249.
31) Id. S. 249-50.
32) 한영수, “위법수집증거(물)의 배제 또는 사용에 관한 체계적인 이론의 형성 - 독일의 증거금지이론에 입각하여 -”, 『형사법연구』 제11호, 418면 (1999).
33) 44 BVerfGE 353 (1977).

료기록을 압수하였는데, 이 기록 중에는 상담원의 개인적 기록이 포함되어 있었다. 법원은 의료기록은 상술한 두 번째의 "사적 영역"에 속하며, 이러한 영역의 보호는 마약중독에 대한 의학적 치료를 권장한다는 공적 이익 때문에 강하게 보호되어야 한다고 판단하면서 의료기록의 사용금지를 결정하였다.[34] 보다 최근 결정으로는 1983년 3월 15일 결정이 있다.[35] 이 사건에서 경찰관은 합법적 감청 도중 우연히 결혼한 부부가 방안에서 행한 대화(Raumgespräch)를 녹음하게 되었는데, 법원은 이 대화를 불가침의 "핵심영역"으로 파악하고 녹음테이프의 증거로서의 사용을 금지하였다.[36]

4. 소 결

이상의 세 가지 증거사용금지 기준을 종합하여 도해화하면 다음과 같다.



34) Id. S. 373-75. 단 법원은 중범죄에 대한 수사의 경우 또는 특정한 마약범죄를 위하여 적정하게 제한된 수색의 경우라면 의료기록의 압수와 증거사용은 허용된다고 보았다(Id.).
35) 31 BGHSt 296 (1983).
36) Id. S. 304.

이 외에도 독일 연방대법원은 과거 이른바 ‘권리영역이론’ (Rechtskreistheorie)에 따라 증거금지를 판단하기도 하였다. 연방대법원은 일정한 규범위반을 이유로 한 상고의 가부를 판단하는데 있어서 그 규범위반이 상고제기자의 권리영역을 본질적으로 침해하였는가를 기준으로 삼았다.[37] 특히 ‘증거수집금지’ 규정의 위반이 상소이유가 되는가의 문제로 집약되는데, 이는 실제로 ‘증거사용금지’ 여부와 직결되는 사안이었다.

이 이론은 모든 형사절차의 규정이 피고인의 권리영역에 동일한 영향을 미치는 것은 아니므로, 각 규정에 대하여 그 위반으로 인하여 피고인의 권리영역이 본질적으로 침해되었는가 여부, 즉 증거수집위반이 피고인의 권리영역과 무관하거나 중요한 의미를 갖지 않는가에 대하여 개별적으로 심사해야 한다는 것이었다. 그러나 학계에서는 피고인의 권리영역은 어떠한 절차규정위반으로도 침해되는 것이라는 비판이 제기되었고, 현재에는 독일 법원도 이 이론을 더 이상 사용하지 않고 있다.[38]

한편 학계에서는 상술한 ‘이익형량론’에 반대하여 ‘보호목적론’(Schutzzwecktheorie)에 따라 증거금지를 판단하자는 입장이 유력하다. ‘보호목적론’은 입법자가 증거수집절차에 관한 규정을 만들 때 이미 범죄인의 소추·처벌이라는 공적 이익과 국민의 기본권 보호를 형량하였는데, 이후 수사기관이 사안에 따라 이익형량을 다시 하도록 허용할 수는 없다고 주장한다.[39] 그리하여 이 학설은 증거수집금지 규범 각각의 보호목적 또는 그 근거에 의존하여 사용금지를 인정해야 한다고 주장하는 바, ‘이익형량론’과 달리 사안별 접근이 아니라 모든 사안에 적용될 수 있는 이론틀을 구하려 함을 알 수 있다. 대표적인 논자의 주장을 간략히 살펴보면, 루돌피는 증

37) 11 BGHSt 214 (1958).
38) Rogall (1979), S. 26; 한영수, 415면.
39) Schröder, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozeß, 1992, 51f; Strate, Rechthistorische Fragen der Beweisverbote, JZ 1989, S. 179.

거사용금지는 침해된 증거수집금지 규정의 목적이 특정 증거가 판결에 영향을 미치는 것을 저지하는데 있는 경우 인정된다고 보며,[40] 괴쎌은 형사정책적 관점에서 침해된 증거수집금지규정의 보호목적이 위법수집증거를 사실인정의 기초로 삼지 못하도록 하는데 있는 경우 증거사용금지가 인정된다고 보았다.[41]

특히 주목되는 것은 그륀발트의 이론인데, 그는 당해 증거수집금지 규정침해가 피고인의 기본권에 대한 침해를 초래하면 당연히 증거사용금지가 인정되고, 증거수집금지 규정위반이 증거조사 내지 판결의 기초로서 사용되는 등 규정위반이 확대되는 경우에는 장래의 금지위반을 저지한다는 "일반예방적 기능"(generalpröventive Funktion)의 관점으로부터 증거사용금지를 인정해야 한다고 주장하였다.[42] 후술하듯이 독일의 경우 증거금지를 논하면서도 영미와는 달리 이를 '억지'(deterrence)이론 위에 근거지우지 않고 있는데, 그륀발트는 이를 수용한 것이다.

Ⅲ. 증거금지론의 특징 - 미국 위법수집증거배제법칙과의 차이

일정한 원칙에 따라 위법하게 수집한 증거의 증거능력을 배제하고 배제여부를 결정할 때 이익형량이 행해진다는 점등은 독일의 증거금지론과 미국의 위법수집증거배제법칙이 공통점을 갖고 있는 부분이지만, 양이론의 초점과 포괄범위는 서로 매우 상이하다.

---

40) H. Rudolphi, Die Revisibilität von Verfahrensmängeln in Straprozeβ M.D.R., 1970, S. 97ff.

41) Gössel, Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverboten im Strafverfahren, NJW 1981, S. 97ff.

42) G. Gründwald, Beweisverbote im Strafprozeß, NJW, 1966, S. 493-97.

독일의 증거금지론의 경우 시민의 인격권 침해에 초점을 맞춘다면, 미국 위법수집증거배제법칙은 위법한 수사기관의 활동의 ‘억지’에 초점이 맞추어지고 있다. 그리하여 독일 증거금지론의 경우 시민의 인격권의 “핵심영역”이 침해된 경우, 수사기관의 증거수집이 형사소송법 제136의 a조, ‘G-10 법’을 위반한 경우에 한정하여 증거사용금지가 의무적으로 작동되지만, 미국 위법수집증거배제법칙은 수정헌법 제4, 5, 6조를 위반한 광범한 범위의 수사기관의 불법행위에 대하여 - 여러 예외규칙과 결합되어 있지만[43] - 원칙적으로 증거능력배제를 요구한다.

이 점에서 독일의 증거금지론의 외연은 미국의 위법수집증거배제법칙의 그것보다 분명히 협소하다. 독일의 경우 기본법상의 인격권과의 관련이 직접적이지 않은 주거의 보호와 신체의 보호 등의 영역에서는 증거사용금지가 거의 이루어지지 않는다. 예컨대 독일 형사소송법 제136조 제1항의 미란다 유형의 고지 위반이나 압수·수색의 요건 위반은 그 자체로는 증거사용금지로 직결되지 않기 때문이다. 예컨대 하자있는 수색영장에 의해 획득한 총기의 경우 독일에서는 총기는 피고인의 인격권과 무관한 것이므로 증거사용이 금지되지 않을 것이나, 미국의 경우는 경찰관의 불법행위가 관련되었기에 증거능력이 배제되는 것이다.[44] (단, 상술한 ‘녹음테이프 판결’이나 ‘일기장 사건’의 경우 독일에서는 증거금지의 결론이 났으나, 미국의 경우는 문제의 녹음테이프나 일기는 경찰관의 불법행위와 무관하게 사인(私人)에 의하여 수집되었기 때문에 증거능력이 배제되지 않을 것이고,[45]

---

43) 이에 대해서는 졸고, “*미란다* 규칙의 실천적 함의에 대한 소고 - 미국 연방대법원의 입장변화를 중심으로,” 『형사법연구』 제10호 (1998), 419-422면; “미국 위법수집증거배제법칙에 관한 일고”, 『형사정책연구』 제9권 제4호 (1998년 겨울), 152-154면을 참조하라.

44) 예를 들어 Whiteley v. Warden, 401 U.S. 560, 568-69 (1971)을 보라.

45) 예를 들어 Burdeau v. McDowell, 256 U.S. 465, 476 (1921)을 보라. “[수정헌법 제4조의] 보호는 정부의 행위에 적용된다. 그 조항의 기원과 역사는 그 조항이 국가기구의 활동에 대한 제약으로 설정된 것이며, 정부기관이 아닌 사람들에 대한 제한으로 서정되지 않았음을 선명히 보여 준다”(Id. at 475).

이 점에 한해서는 독일 증거금지론의 포괄범위가 넓다고 하겠다.) 이러한 차이를 도해화하면 다음과 같다.

구 분	독일 증거금지론	미국 위법수집증거배제법칙
증거능력 배제의 근거	'인격권' 침해 여부	수사기관의 불법행위 '억지' 여부
사인의 불법적 '핵심영역' 침해	증거배제	증거불배제
수사기관의 불법적'핵심영역' 침해	증거배제	원칙적 증거배제
사인의 불법적 비(非)'핵심영역' 침해	이익형량→주로 증거불배제	증거불배제
수사기관의 불법적 비(非) '핵심영역' 침해	이익형량→주로 증거불배제	원칙적 증거배제

이러한 관점 차이는 거짓말탐지기를 사용한 결과로 얻어진 자백의 증거능력의 배제문제에서도 드러난다.[46] 1954년 독일 연방대법원은 거짓말탐지기를 통하여 인간의 의사활동을 기계적으로 포착하려는 것은 의사결정과 의사활동의 자유를 침해하는 것으로 형사소송법 제136조의 a에 따라 허용되지 않는다는 "금지된 신문방법"에 해당되며, 인간의 존엄성의 불가침성을 규정한 기본법 제1조 제1항에 반하므로 피의자의 동의유무와 관계없이 허용되지 않는다라고 판시하였고,[47] 1981년 연방헌법재판소는 거짓말탐지기의 사용은 인격을 투시하고 인간을 부속물로 전락시키는 것으로, 이는 인간의 존엄을 규정한 기본법 제1조 제1항 및 인격의 자유로운 발현을 규정한 제2조 제1항에 반하므로 피검사자가 동의를 하였더라도 허용되

46) 거짓말탐지에 대한 독일에서의 논의에 대해서는 하태훈, "형사소송절차에 있어서의 거짓말탐지기", 『홍익대학교 논문집, 인문사회과학편』 제23집 (1991), 6-9면; 신동운, "자백의 신빙성과 거짓말탐지기 검사결과의 증거능력", 경사 이회창선생 화갑기념논문집, 『법과 정의』 (1995), 239-240면 등을 참조하라.

47) BGHSt 5, 332.

지 않는다고 판시하였다.[48] 요컨대 독일 법원은 거짓말탐지기의 사용을 위헌으로 보며 증거능력 단계에서 원천봉쇄하는 입장을 취하고 있다.

반면 미국의 경우 거짓말탐지의 허용여부를 인격권 침해와 관련시켜 판단하지 않고 거짓말탐지기가 실제 과학적 근거를 갖고 있는 것인가에 따라 판단하고 있다. 이와 관련한 선구적 판결이었던 1923년 ‘Frye v. United States 판결’[49]은 과학적 증거의 증거능력은 그 증거가 과학계에서 일반적으로 승인되었는가 여부에 따라 판단해야 한다는 입장 - “일반적 승인”(general acceptance) 기준 - 에서, 거짓말탐지기의 검사결과의 증거능력을 배척하였다. 이후 1993년 ‘Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 판결’[50]은 ‘Frye 판결’의 “일반적 승인” 기준을 폐기하면서, 과학적 증거의 허용 여부를 결정하기 위한 보다 상세한, 그리고 보다 허용범위를 넓히는 기준을 제시하고는 거짓말탐지기 검사결과의 증거능력을 인정한다.[51] 그런데 최근 1998년의 ‘United States v. Scheffer 판결’[52]은 군사재판에서 거짓말탐지의 절대적 증거배제를 규정한 군사증거법이 위헌은 아니라고 판시하여 반대의 경향을 드러낸 바 있다. 이러한 혼재된 경향 속에서도 독일식으로 ‘인격권’ 침해 여부를 고려하는 견해는 찾아 볼 수 없다.

그렇다면 독일 증거금지론에서 ‘억지’의 관점의 부재는 무슨 이유 때문일까? 첫째로 독일의 형사사법체제에서 수사권의 보유자인 검사는 피고인의 대립당사자로서 만이 아니라 국가의 “중립적” 대표기관 또는 “세상에서 가장 객관적인 공무원”으로 관념되고 있다는 점을 들 수 있다.[53] 그러

48) BVerfG, NStZ, 1981, 446.
49) 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).
50) 509 U.S. 579 (1993).
51) Id. at 593-594. 그 기준은 (1) 과학적 증거를 뒷받침하는 이론이나 기술이 검증될 수 있는지 여부, (2) 그 이론이나 기술이 과학계의 심사를 받았는지 그리고 발표되었는지 여부, (3) 알려진 또는 잠재적 오류의 비율이 있는지 여부, (4)그 이론이나 기술이 일반적 인정을 받았는지 여부 등이다(Id.).
52) 523 U.S. 303 (1998).

나 랑바인이 지적한 것처럼, 이러한 피고인의 권리의 보호자로 관료적 독일 검사를 상정하는 "가부장주의적 관념"(paternalistic notion)은 권위주의 또는 규문주의의 유산일 수 있다.[54] "준(準)사법기관"인 검사가 경찰을 지휘하며 수사를 진행하고 있음을 과도하게 강조하면 경찰수사에 대한 사법적 통제가 필요하지 않다 또는 덜 필요하다는 결론으로 귀결될 수밖에 없을 것이다. 검사에 대한 이러한 관념이 검사의 이른바 '객관의무'를 강조하는 측면으로 사용된다면 문제가 없겠으나, 만약 형사사법현실에 실재하는 국가와 시민간의 대립을 무화(無化)하고 수사기관의 불법행위에 대한 사법적 통제를 회피하는 논변을 위해 사용된다면 곤란할 것이다.

둘째, 미국과 달리 독일의 경우 경찰조직의 위계질서가 분명히 서있고 경찰조직이 각 주 정부에 의해 잘 감독되고 있으며, 또한 경찰 내부의 규율체계가 정교하게 만들어져 있어 경찰관에게 일정한 행위규범을 준수하도록 만드는 것은 어려운 일이 아니므로 따라서 위법수집증거배제를 통한 '억지'는 필요하지 않다는 주장이 있다.[55] 한 논자의 말을 빌자면 대륙법계 경찰은 경찰조직 내부의 규율을 준수하며 자신에게 주어진 일을 수행할 뿐만 아니라 "스스로를 국가기구의 대표로 생각하며 [경찰 내부] 규율을 내화(內化)"하고 있다고 주장하고 있기도 하다.[56] 독일의 경우 미국과 같이 경찰관의 불법행위가 심각한 사회적 문제로 떠오른 적은 많지 않다고는 하나, 위의 논자와는 달리 바이겐트는 독일 경찰관도 미국 경찰관과

---

53) Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht* 50 (24th ed. 1995).

54) John B. Langbein, "Controlling Prosecutorial Discretion in Germany", 41 U. Chi. L. Rev. 439, 466 (1974).

55) John H. Langbein, *Comparative Criminal Procedure: Germany* 69 (1977); John H. Langbein & Lloyd L. Weinreb, "Continental Criminal Procedure: Myth and Reality", 87 Yale L. J. 1549, 1560-61 (1978); Langbein, supra note 54, at 447-48; Barry F. Shanks, Comment, "Comparative Analysis of the Exclusionary Rule and Its Alternative", 57 Tul. L. Rev. 648, 668 (1983) 등을 보라.

56) Thomas Volkmann-Schluck, "Continental European Criminal Procedures: True or Illusive Model?", 9 *Am. J. Crim. L.* 1, 17 (1981).

마찬가지로 자신의 임무를 수행하는데 있어 필요하면 법과 규칙을 기꺼이 위배하고 있다고 평가도 역시 존재한다.[57]

Ⅳ. 맺음말 - ‘억지’이론의 수용?

이상에서 보았듯이 독일의 증거금지론은 수사기관의 불법행위에 대한 억지에서가 아니라 시민의 인격권 보호라는 문제의식에 출발하여 독특한 이론체계를 구축해왔다. 이는 사실 양국의 형사사법체계가 근저에 깔고 있는 정의관(正義觀)의 차이이기도 할 것이다. 그런데 최근 들어 독일 법원은 증거금지론의 이론틀을 유지하면서도 증거사용금지의 폭을 조금씩 넓히고 있음을 보여준다. 이하에서 몇 가지 주요한 판결을 개괄하고 그 함의를 정리하기로 한다.

먼저 대상 범죄를 상세히 명기하지 않는 수색영장을 사용하는 경찰관행에 제동을 건 1991년 9월 31일 독일 연방헌법재판소의 결정을 보자.[58] 이 사건에서 수색영장에는 대상 범죄가 구체적으로 명시되어 있지 않고 단지 경찰이 피의자에게 살인의 의심이 있어 피의자의 가택을 수색하기를 원한다고만 서술되어 있었다. 사실 이러한 영장기재는 이전까지는 전형적인 것이었다. 법원은 이전까지 주거에 대한 불법적 수색에 대하여 증거금지를 소극적으로 적용하던 입장에서 벗어나, 당해 영장은 대상 범죄를 상세하게 명기하지 않았고,[59] 수색대상과장소를 측정하지 않았으므로 이 영장은 기본법상 인격권과 주거의 자유를 침해한 것이므로 이 영장을 통해 획득한

57) Thomas Weigend, “Continental Cure for American Ailments: European Criminal Procedure as a Model for Law Reform”, in 2 *Crime and Justice: An Annual Review of Research* 398 (1980).

58) 1992 BVerfGE 60.

59) 이 사건에서 경찰은 이민법 위반을 수사하고 있었다.

증거의 사용금지를 명하였다.[60]

둘째로 자백의 사용금지와 관련하여 주목할만한 판결이 있다. 1992년 2월 27일의 연방대법원의 판결이 있다.[61] 이 사건에서 경찰은 차량에 대한 통제를 잃고 운전하다가 사고를 내는 장면을 목격하고 현장에서 운전면허증을 발견한 경찰관이 혐의가 있는 피고인을 정지시켜 질문을 하였다. 이때 경찰관은 형사소송법 제136조의 고지를 행하지 아니 하였다. 경찰관의 질문에 피고인은 자신의 주거에 대하여 거짓정보를 주었다가 이후 문제의 운전면허증이 자신의 것임을 인정하였다. 그런데 이후 피고인은 차량을 운전한 자는 자신이 아니었고, 자신은 그 사고 이후 맥주를 마셨을 뿐이라고 주장하였다.[62] 하급심은 피고인의 음주운전에 대하여 유죄로 판결하였으나, 연방대법원은 미국의 미란다 규칙을 인용하고 영국, 프랑스, 덴마크, 이탈리아, 네덜란드에서도 미란다 고지 위반은 의무적 증거배제로 이어진다는 점을 지적하면서 피고인의 자백의 증거사용금지를 명하였다.[63]

또한 피고인의 변호인접견 요청을 무시하고 획득한 자백의 사용금지를 명한 1993년 10월 29일의 연방대법원의 판결을 보자.[64] 이 사건에서 피고인은 형사소송법 제136조의 고지를 받고 강간과 살인혐의로 신문을 받았다. 피고인이 변호인접견을 요청하였으나 경찰관은 이를 거부하면서 피고인에게 답변을 할 것인가 여부는 피고인 스스로 알아야만 하며 피고인은 사안이 명확해질 때까지(bis Klarheit herrsche)[65] 계속 신문받을 것이라고 말하였다. 이에 피고인은 변호인접견요청을 포기하고 자백하였다. 연방대법원은 하급심을 파기하면서 피고인이 변호인접견을 요청하면 진행 중이

60) Id. S. 61.
61) 38 BGHSt 214 (1992).
62) Id. S. 215-16.
63) Id. S. 217.
64) 38 BGHSt 372 (1992).
65) Id. S. 372.

던 경찰신문은 즉각 중지되어야 한다고 판시하였다.

이상과 같은 최근의 독일 법원의 판례경향은 독일 법원이 경찰관의 불법행위에 대한 전통적인 조직 내부로부터의 통제방식만으로는 충분하지 않다는 인식, 그리고 증거사용금지를 통하여 법원이 사법적 통제를 행사하여야 한다는 인식을 갖기 시작했음을 보여준다. 이상의 세 가지 판결만을 놓고 보자면 미국의 ‘Mapp 원칙’, ‘Massiah 원칙’ 그리고 ‘Miranda 원칙’을 독일 형사사법체제가 도입한 것처럼 보인다. 그러나 이러한 최근 판례의 경향이 독일 형사사법체제가 미국식 위법수집증거배제법칙을 완전히 수용했다고 결론짓는 것은 성급하다. 브래들리가 지적하였듯이, 이러한 새로운 판례도 아직은 여전히 소수이어서 경찰관의 행위에 영향을 거의 주지 못하고 있으며, 판례의 입장 전체를 두고 보자면 ‘억지’이론은 증거사용금지의 기초로 작동하지 못하고 있는 듯하다.[66] 이제 독일 증거금지론의 과제는 기존의 인격권에 기초한 증거금지의 이론을 경찰관의 위법행위에 대한 억지의 필요성과 어떻게 결합시킬 것인가에 있는 것으로 보인다.

---

66) Craig M Bradley, "The Emerging International Consensus as to Criminal Procedure Rules", 14 *Mich. J. Int'l L.* 171, 214 (1993).

The German Theory of “Evidence Use Prohibition” Based on the Right of Personality

Cho, Kuk *

This Article inquires into the unique theoretical system of the German theory of Evidence Use Prohibition(*Beweisverwertungsverbote*) and its development, focusing on the German courts' main decisions. BGH and BVerfG have not explicitly issued a generally valid theory of exclusion. Since 1970s, however, the German courts have sought to develop their own unique exclusionary system.

First, The German courts have firmly excluded confession obtained from violation of Section 136a of StPO. BGH has shown judicial firmness to exclude confession obtained by a violation of the provision by StPO §100a-101 and ‘G-10 Law.’

Second, by a series of decisions in the 1970s following the 'Recording Tape Case' and the ‘Diary Case’, the German courts have established their own unique exclusionary rule in the field of “constitutional use prohibition.” The theory is established on the right to the free development of personality in Article 2(1) of the Basic Law. It is called “three-step theory”(*Dreistufentheorie*) because it excludes illegally obtained evidence, depending on which sphere of privacy rights of the defendant

* Assistant Professor of Law, Seoul National University College of Law.

has been violated.

Third, in non-Section 136a of StPO cases and non-constitutional use prohibition cases, the German courts exercise their discretion based on a constitutional principle of proportionality(*Verhältnissmaßigkeit*).

The deterrence rationale, which is the core rationale of the U.S. exclusionary rule, cannot be found in the above German exclusionary rule. Although recent cases show that German courts have just begun to recognize that the traditional method of regulating police misconduct is not enough, and that deterrence of police misconduct by exclusionary rule is necessary, it would be a hasty conclusion to say that the scope of the German exclusionary rule will expand up to its American counterpart.

범죄자 프로파일링 증거(criminal profiling evidence)의 활용과 문제점에 관한 검토

권 창 국*

Ⅰ. 서 론

범죄사건을 인지한 수사기관은 먼저 범행현장 등에서 확보된 각종 지문, 족적, 범행도구 등 유형적 자료 외에 피해자 또는 피해대상 특성, 범행수법과 같은 무형적 자료를 종합하여 범행동기, 용의사항·대상 등을 추출, 다양한 각도의 수사선(搜査線)을 정하여 범죄수사를 진행한다. 그러나 이러한 일반적 수사기법·절차의 활용이 기대되기 어려운 유형의 범죄유형으로, 특징적 동기 없이 또는 그 확인이 어려운 범죄, 피해자 등 범죄피해 대상이 특정적이지 않고, 범행대상 선정이 무차별적인 유형의 범죄 등을 생각할 수 있다. 특히, 이러한 범죄행위가 연쇄적으로 발생한 경우에, 그 사회적 파장과 공포감은 대단히 파괴적이라고 할 수 있고, 그러한 연유로 이러한 유형의 범죄사건들은 미 헐리우드 영화 '양들의 침묵'(the silence of lambs), '본콜렉터'(bone collector) 등과 같이, 종종 범죄수사·추리물의 단골 소재가 되기도 한다.

빈번하게 관찰할 수 있는 것은 아니지만, 한국에서도 다양한 사례가 있다. 예를 들어, 1999년에서 2000년에 이르는 10여 개월의 기간동안 부산일

* 서남대학교 사회과학부 경찰행정학과 전임강사

대에서 총 9명을 살해, 8명에게 중상을 입히는 등, 연속적으로 강도살인을 행한 정두영 사건, 1986년부터 1991년 4월에 이르기까지 10여 차례에 걸쳐 대상자가 특정되지 않는 14~71세에 이르는 부녀자를 강간살인한 소위 화성연쇄살인사건, 1975년 총 18명을 망치, 칼 등으로 잔인하게 살해한 김대두 사건 등은 좋은 예가 될 수 있다. 미국 등의 경우 우리보다 더욱 많은 사례군을 확인할 수 있는데, 가장 최근 사례로 미국 워싱턴시 및 메릴랜드 · 버지니아주에서 2002년 10월 2~4일 사이에 발생한 연속 총기저격살인사건으로 한인여성 및 FBI요원을 포함하여 총 10명이 사망, 3명이 부상당한 소위 연쇄저격 사건은[1] 좋은 예이다. 1800년대부터 1960년대를 대상으로 연쇄살인사건사례 조사에 따르면, 인구변동에 연동한 완만한 증가추세를 보이는 것으로 파악된 바 있으나, 1970년대 이후에는 급격한 사례증가를 보고한 연구사례가 있다. 또 미 FBI의 Uniform Crime Report에 의하면, 피해자와의 인적 관련성이 없는 범죄자(by stranger or unidentified to victim)에 의한 살인사건사례가 1964년 전체 살인사건에서 차지하는 비중이 대략 20%정도임에 비하여 1994년에는 50%정도로 증대되었음을 밝힌 바 있으며, 대체로, 미국의 수사전문가 등은 피해대상과의 특별한 관련성이 없거나, 기타 동기 없는 범죄로서 살인, 연쇄살인, 강간 등의 범죄유형의 지속적 증가현상을 긍정하고 있다.[2]

프로파일링 증거 또는 수사기법이란, 바로 위와 같은 특별한 범행동기 등의 확보가 곤란한 경우, 수사선 설정 및 용의사항 · 대상자 확정이 어려운 유형의 범죄사건이나 연쇄범죄(serial crime)사건에서 활용될 수 있는 수사기법 또는 범행패턴의 유사성을 확인하여 이를 개인 동일성식별(personal identification)증거 또는 동일범에 의한 범행을 입증하기 위한 증거(crime

1) 관련 보도내용으로, 조선일보 2002년 11월 12일자 국제면기사 참조.
2) James A. Fox & Jack levin, "Multiple Homicide: Patterns of Serial and Mass Murder", Crime & Justce 23. 407, University of Chicago, 1998, pp. 7-8.

linking evidence)등을 위한 정황증거로 활용하는 경우를 의미한다.

이 글에서는 프로파일링 증거·수사기법과 관련하여, 개념과 활용배경 및 방법, 기능과 함께, 단순히 범인의 인구사회학적 특성을 확인하여 용의자를 축소, 선별하는 수사기법으로의 활용을 넘어서 형사재판에서 증거로 활용될 경우의 문제점과 대안을 검토하고자 한다.

Ⅱ. 프로파일링 증거의 개념과 원리·구체적 활용기법

1. 프로파일링 증거의 개념과 원리

프로파일링 증거 또는 수사기법(criminal profiling, offender profiling, criminal psychological profiling, crime scene analysis)이란, 범인의 범행현장행동 분석을 통해 범죄자의 성격, 행동패턴, 직업, 학력, 거주지 등 범인과 일정한 관련성 있는 각종 인구사회학적(demographic) 특정요소를 추출, 수사기관에게 제공함으로서 용의대상 및 용의자 선정 등에 활용할 수 있는 수사기법 또는 이 자체가 하나의 증거로서, 범인과 피고인의 개인 동일성식별(personal identification evidence), 동일범에 의한 범행입증(crime linking evidence) 등을 위한 정황적 증거로 활용되는 것을 의미한다.[3] 견해에 따라서는, '범죄행동의 분석을 통해 행위자 개인의 특성과 인격적 특징을 확정하는 기법'[4], '범죄행위자의 개인적 특성을, 유사한 범죄행위를

3) Laurence Alison, Craig Bennell & Andreas Mokros, "The personality paradox in offender profiling: A Theoretical Review of the Processes Involved in Deriving Background Characteristics from Crime Scene Actions", Psychology, Public and Law 8. 115, American Psychology Association, 2002.3., p. 3.

4) J. E. Douglas, R. K. Resler, A. W. Burgess & C. R. Hartman, "Criminal profiling form crime scene analysis", Behavioral Science and the Law 4, 1986. p. 405.

행한 다른 범죄자의 특성과 비교하여 확정하는 수사기법'[5], '범죄행위자의 개별적 특성 · 인성(distinctive personality characteristics)을 추론하는 과정'[6] 등으로 정의되는데, 범행현장의 각종 증거 등을 분석을 통해 당해 범죄행위자의 성격 및 인구사회적 특성을 확인하는 과정 또는 기법으로서, 인간 행동유형은 행위자의 인격적 특성의 반영으로, 일정한 행동 시, 외부적 환경의 변화에도 불구하고 기본적 인격 및 행동유형은 일정한 유형성을 갖게되어, 이를 몇 가지 유형별로 정리, 파악할 수 있다는 논리를 전제로 하고 있다는 점에서 개별 정의 및 용어사용상의 차이에도 불구하고 대체로 유사한 내용을 의미하고 있다.

프로파일링의 기원은 다양하게 설명되는데, Sir Arthur Conan Doyle이나 Agatha Christie 등의 추리소설작품 속의 주인공들이 범죄현장에서의 주도면밀한 관찰과 분석을 통해 범행의 개연성이 높은 용의자를 확인해 나가는 과정을 실제 수사기관도 모방 · 활용함에서 출발점을 찾는 견해도 있지만,[7] C. Lombroso 등 실증주의 범죄학자들의 범죄인 분류에서 기원을 찾는 것이 보편적으로,[8] 범죄행위를 유발하는 요인을 갖춘 일정한 유형의 인간형을 상정하거나, E. Kretschmer 등과 같이 일정한 체격형과 성격형을 대비하여 상정될 수 있는 범죄유형을 연계하여 설명한 경우 등은 그 전형을 보여준다. 그 후 법과학(forensic science)의 발전을 통해 범죄현장, 관련 증거 등의 분석기술 향상이 이루어지고, 1960년대에 들어서게 되면서 정신의학, 심리학의 진보에 따라 프로파일링은 기존의 범죄학이론

5) A. J. Pinizzotto & N. J. Finkel, "Criminal Personality Profiling: An outcome and process study" Law and Human Behaviour 14, 1990. p. 216.
6) B. Turvey, Criminal Profiling: an introduction to behavioral evidence analysis(San Diego : Academic Press, 1999), p. 1.
7) Scott Ingram, "If the Profile fit: Admitting Crimianl Psychological Profiles into Evidence in Criminal Trials", Washinton University journal of Urban and Contemporary law 54. 239., 1998 Summer, p. 4.
8) John E. Douglas · Ann W. Burgess · Allen G Burgess · Robert K. Ressler, Crime Classification Manual(Jossey-Bass : San Francisco, CA, 1997), pp. 3-5.

및 정신의학 및 심리학, 법과학적 발전에 토대를 둔 증거분석력 강화를 통한 새로운 수사기법 및 증거로서, 학제간 기원을 갖는 형태로 그 기원이 구체화된다.[9)]

그러나 학제간 근거에 바탕하더라도, 그 중심은 (성격)심리학에 바탕한 것으로 이해된다. 심리학에서 통상 성격(personality or characteristic)이란, '개인이 환경에 따라 반응하는 특징적 양식으로서, 타인과 구별되게 하는 독특하고 일관성 있는 사고, 감정 및 행동방식의 총체'[10)] 또는 '환경에 대한 개인의 독특한 적응을 결정하는 정신·신체적 체계의 역동적 조직체'라고 정의되는데, 정확히는 선천적·생득적으로 획득되는 부분으로서 환경 등에 의하여 변화하지 않는 부분으로서의 '기질(trait)'과 후천적으로 획득되고 환경 등의 영향에 따라 변화하는 '성격(personality)'으로 구별할 수 있지만 통상, 성격(personality)이라 하면, 위 두 가지를 모두 종합한 개념으로, '주어진 환경에 대한 개인의 독자적 행동양식'으로 이해된다.[11)] 결국, 성격은 ① 개인을 식별할 수 있는 특정성(elements for identification), ② 단순한 관찰을 통해 파악되는 것이 아닌 관찰된 행동, 사고방식을 통해 추론되는 경향성(tendency), ③ 상황, 시간 등의 변화에도 불구하고 비교적 안정적인 행동양식, 사고를 보이는 점에서 일관성(stability)을 요소로 한다.

이러한 성격에 대한 체계적 설명시도가 바로 성격이론이라 할 수 있는데, 파블로프식 단순 자극조건부터 고도의 사회적 학습에 의하여 성격형성과 구조 등을 설명하는 학습이론 및 행동주의, 무의식하의 정신적 갈등을 중심으로 성격형성·구조를 설명하는 S. Frued 등의 정신분석이론, Frued 이론에 바탕하지만, 무의식보다는 의식을 강조하면서 전 생애를 통한 성격의 발달을 강조하는 Erickson의 성격발달이론 등의 Post-Fruedian이론, 성

9) B. Turvey, op. cit. pp. 2-10.
10) 김현택 외 8인공저, 심리학(서울 : 학지사, 2002), 217면.
11) 辻村英夫, 心理學の世界(東京 : 學文社, 2001), 116頁.

과 공격본능을 강조한 Frued나 단순한 하등동물에서도 관찰될 수 있는 학습과정에 초점을 맞추는 학습 및 행동주의의 비관적 인간관에 대한 비판으로, 개인의 주관적 견해와 경험, 감정을 중시하는 C. Rogers의 내담자중심이론이나 완전성과 창조성을 추구하려는 인간의 자기실현 동기를 강조하는 A. Maslow와 같은 인본주의적 · 실존적 성격이론 등 다양한 견해가 전개되고 있다. 이 가운데, 개인적 특징성, 일관성을 보다 강조하는 Frued의 정신분석이론 등의 초기 성격이론[12] 및 전통적인 이론범죄학자들에 의하여 꾸준히 시도되어 온 것으로 범죄인의 신체적, 성격적 특성 등을 기준으로 유형화한 범죄인분류체계가 바로 프로파일링의 이론적 중심배경이라 하겠다.

따라서, 인간은 각기 독특한 성격을 갖고, 그에 따라 행동양식도 개인별로 독특한 다양성을 띄게 된다. 범죄행동도 결국 사회적 의미를 갖는 인간의 행동이라면, 행위자의 성격과 그 반영인 일정한 행동패턴을 갖게 됨을 생각할 수 있다. 따라서, 동어반복적이긴 하지만, 역으로, 개별 범죄행동패턴을 면밀히 분석한다면 행위자의 성격(personality)을 비롯하여 기타 교육정도, 경제적 상태, 사회성, 가족구성, 주거지역의 특성, 취미 등 인구사회학적 특성도 파악할 수 있다는 결론에 도달한다.[13] 프로파일링은 이러한 이론적 전제에서 출발한다.

여기에 법의학 등 법과학 분야의 발전에 따라 증거의 수집 및 분석능력의 증대 및 통계학 등의 발전에 따른 자료수집, 보관, 비교해석 능력의 강화 등으로 범행시의 범인의 행동을 정밀하게 재현할 수 있게 되고, 범죄자의 성격유형과 행동패턴에 관한 다양한 data를 수집, 비교분석하여 정리할

12) Laurence Alison, Craig Bennell & Andreas Mokros, op. cit., p. 4.

13) 즉, 행위자(Who)는 일정한 동기(Why)하에 범행을 수행하고, 그 결과 범행현장 등 일정한 결과(What)를 남기게 된다. 따라서, 이를 역으로 분석하는 기법(What-Why-Who의 순)이 바로 프로파일링의 기본구조가 된다. ibid., p. 9.

수 있게 된 점도 프로파일링의 배경으로서 간과할 수 없음은 물론이다.

미국에서 프로파일링이 주목받게된 실질적 계기는, 1940~50년대 사이에 New York에서 역, 극장 등 공중밀집장소에서 폭발물을 설치하여 많은 사상자를 유발시킨 'Mad Bomber'사건 및 1962~64년 사이에 13명을 강간살해한 'Boston Strangler'사건 등을 들 수 있다. 범행동기나 피해대상과의 연관성 등을 확인하기 어려워 기존의 수사방법의 적용으로는 문제 해결이 어려웠던, 양 사건에서 범행현장 등에서 확보된 각종 증거의 분석 및 유사한 기존 범죄자의 성격 및 인구사회학적 특성의 비교를 통해 확보한 용의자의 성격, 기타 인구사회학적 특성(즉, 프로파일링)을 통해 용의자를 특정, 검거하였는데, 사후 검증을 통하여 범죄자에 대한 프로파일링 자료의 상당한 정확성을 확인, 유효한 수사기법으로 부각되었다. 그 뒤, 1970년대 들어서면서 프로파일링 기법의 도입과 활용은 미 연방수사국(FBI)에 의하여 주도되는데,[14] 1972년 Virginia주 Quantico에 위치한 FBI academy내에 BSU(Behaviour Science Unit)라는 프로파일링 전담부서를 설치, 프로파일링 전문가의 양성, 교육, FBI 및 기타 연방 및 주 수사기관에의 도입을 주도하게 되고, 1990년대에 들어서 폭력범죄분석센터(NCAVC, National Center for the Analysis of Violent Crime)내에서 범죄수사분석프로그램(CIAP), 방화·폭파사건수사서비스(ABIS), 폭력범죄자 체포프로그램(VICAP)의 세부 부서를 갖는 프로파일링·행동평가과(PBAU)로 조직개편과정 등을 거쳐 현재까지 활동을 계속하고 있고,[15] 현재는 FBI 외에도 기타 연방 및 각 주의 수사기관에도 독자적인 프로파일링 전문가(profiler)를 양성, 보유하는 경우가 증가하고 있다.

---

14) Janet L. Jackson & Debra A. Bekerian, Offender Profiling - Theory, Research and Practice -(John Wiley & Sons : West Sussex, England, 1997), pp. 3-5.

15) http://www.fbi.gov/hq/td/academy/bsu/bsu.htm 및 高村茂·桐生正幸, プロファイリングとは何か(立花書房 : 東京, 2002), 74-76頁.

2. 프로파일링의 구체적 활용기법 : 프로파일링의 분류, 활용 상 문제점

가. 프로파일링의 분류

구체적 활용기법에 앞서 프로파일링의 활용목적을 살펴보면, 통상 다음 3 가지로 설명된다. 첫 번째, 범죄자에 대한 사회심리학적 평가, 두 번째, 용의대상자에게서 확보된 제반 사항의 평가, 세 번째, 수사기관에게 수사선의 확보, 용의대상자의 압축, 면접기법 등과 관련한 각종 수사상 조언(advice, strategy)의 제공이다. 그러나 주의할 점은 범죄행위자를 특정하는 것(not identify)이 아니라, 그러한 범죄를 행할 고도의 개연성이 있는 특정 대상자의 유형(the type of person most likely to have committed the offense)을 묘사, 설정하는 것이 목적이라는 점이다.[16]

프로파일링 기법은 그 논리전개방식에 따라 구별하는데, 통상, 논리학에서 논리적 사고유형으로서 귀납법과 연역법을 들 수 있는데, 사전적 정의에 의하면, 귀납법(inductive method)이란, '개개의 구체적 사실로부터 일반적 명제 · 법칙을 도출하는 것'으로, 반면, 연역법(deductive method)이란, '전제의 명제로부터 경험적 사실에 구속되지 않고, 논리규칙에 따라 필연적 결론을 도출하는 것'이라 한다. 이에 따라, 구체적인 범죄자에 대한 프로파일링 작성방법은 크게, 귀납적 방식과 연역적 방식의 두 가지 형태로 구별된다.[17]

---

16) Scott Ingram, op. cit., pp. 4-5.

17) 프로파일링의 유형을 러버풀(リバプール)방식 또는 통계학적 접근법(statistical method)와 FBI방식 또는 임상사례분석적 접근법(clinical method)으로 분류하기도 한다. 전자는 범죄자 및 범행과 관련한 각종 인구사회학적 자료를 DB화하여 이를 바탕으로 다변량분석 등의 통계적 기법에 의하여 프로파일링자료를 확보하는 방법으로 영국 리버풀 대학의 David Canter 교수 등에 의하여 시도되어 리버풀방식이라 칭하기도 한다. 반면, 후자는 Ressler, Douglas, Buegess 등 FBI수사관으로 실제 연속범죄 등의 수사를 담당하던 수사관의 개별 경험에 바탕한 자료수집, 분석 및 수사관 자신의 경험적 요소에 바탕하여 프로파일링을 제시하는 방법이다. 리버풀방식은 대체로 귀납적 프로

1) 귀납적 프로파일링(inductive criminal profiling)

귀납적 프로파일링이란, 이미 확인된 유사 유형의 범죄를 행한 다른 범죄자의 특성과 연계하여, 평행하게 경험적이고 유형론적 추론에 의하여 범인의 성격, 기타 제반 인구사회학적 특성을 파악, 프로파일링 자료를 확보하는 방식을 말한다.[18] 따라서, 과거사례, 범죄통계자료 및 교육수준, 직업, 가족구성, 거주지역 등 인구사회적 각종 지표에 대한 통계자료, 심리학적 성격유형자료 등에 바탕하여, 범죄원인 및 범죄행태에 관한 연구와 수사관의 경험적 요소를 고려, 일정한 범죄자에게 연계될 수 있는 범행방식, 성격 등을 유형화하여 확보한 기준에 비교하여 프로파일링 자료를 창출한다. 즉, '특정 조건 하에서 발생하기 쉬운 행동, 감정의 특징적 패턴과 행동지표에 관한 자료를 축적한 것'으로서 프로파일링을 정의하게 된다.

이러한 귀납적 기법은 프로파일링 외에도 예를 들어, 외상성장애증후군(post-traumatic stress disorder)나 매맞는 아내 증후군(battered wife syndrome)과 같은 각종 심리학적 증후군(syndrome)이나 정신의학에서 진단용 manual로 개발한 DSM-IV(diagnostic and statistical manual of mental disorder-IV)에서도 활용 예를 찾아볼 수 있다.

이러한 귀납적 프로파일링은 1980년대 미 FBI에서 심리학, 법과학 등의 전문가가 아닌 일반 수사관들을 대상으로 프로파일링 기법을 교육시킬 목적으로 개발되었는데, 프로파일링에 대한 연방 및 각 주 등 수사기관의 관심증대 및 보급 필요성에 따라 다양한 형태로 발전하게 되었다.[19] 가령,

---

파일링과 유사한 성격을 갖게되는데, 한국의 경우 리버풀 방식보다는 FBI방식이 보다 널리 소개되어져 일반적으로 프로파일링이라 하면 FBI방식에 의한 것으로 이해하는 경향이 있는 것 같다. 양자의 장단점 및 특성, 방식상의 차이에 관한 자세한 사항은 高村茂・桐生正辛, プロファイリングとは何か(立花書房 : 東京, 2002), 60-62頁 및 細江達郎, 犯罪心理學(東京 : ナシメ社, 2001), 174頁 등 참조하기 바란다.

18) B. Turvey, op. cit., p. 16.

19) ibid., pp. 145-146, 169-170.

범행현장의 유형을 organized(psychopathic) 또는 disorganized(psychotic)의 유형으로 구분, 각각의 특징적 구분요소를 예시한 뒤, 이 구별에 바탕하여, 범인의 성격유형을 구분, 대비시키는 방식[20], 강간범을 범행동기를 기준으로 power reassurance, power assertive, anger retaliatory, anger excitation, profit 등의 유형으로 각각 성격, 기타 행동 유형상의 특성을 연결 · 설명하는 방식,[21] 또는 컴퓨터 프로그램을 통해, 범행유형을 예상되는 범인의 거주지역, 범행지 선택특성 등과 같은 지역정보와 연계하여, 범인의 거주가능성이 있는 지역을 우선순위별 등고선 형태로 제시하는 소위 '지리 프로파일링'으로서 criminal geographical targeting(CGT)[22] 등은 그 예가 될 수 있다.

이러한 귀납적 프로파일링 기법의 활용에는 몇 가지 전제조건이 요구된다. 첫 번째, 과거에 발행한 범죄와 관련한 제 특성은 현재 발생한 범죄 및 미지의 범인에게도 그대로 타당하여야 한다. 두 번째, 비교대상의 과거에 발생한 범죄의 범인과 현재의 범인은 동일한 환경조건의 영향 하에 있어야 한다. 세 번째, 인간의 행동에는 일정한 법칙성이 있고, 이를 통계적

---

20) Burgess 등이 강간살인의 범행패턴과 동기유형을 구분하면서 설정한 개념이다. 가령, organized형의 경우, 범행현장은 범행도구, 기타 증거가 현장에서 발견되지 않거나 은폐되어 있고, 범행이 계획적으로 이루어지고 피해대상자가 범인과 특별한 인적관계를 갖지 않으며, 피해자나 그 사체 등이 이동되는 경우가 많은 점, 전체적으로 범행현장이 범인에 의하여 완벽하게 통제되고, 살해전에 공격적 가해행위가 선행되는 특징 등을 보인다. 이에 따라, 성격형은 평균 이상의 지능, 원만한 사회적 유대관계, 경제적 사정, 가족구성관계 등이 안정적이고, 차량 등의 이동능력의 보유, 결혼 등 가족과 함께 주거하는 형태, 범죄사건 보도 등에 따라 반응, 장남 등 가족구성원 중 상위서열에 속하는 점 등의 특성을 갖는다. 반면, disorganized형은 이 역으로 판단하면 된다. 자세한 내용은 ibid., p, 147. 참조.

21) ibid., pp. 171-180.; Laurence Alison et. al., op. cit., p. 5.

22) 1995년 밴쿠버 경찰국의 Kim Rossmo가 자신의 박사학위논문형식으로 소개하였는데, 범죄지, 도로망, 근린지역의 인구사회학적 특성, 피해자의 일상활동형태, 물리적 또는 심리적 지역경계구별 등 각종 범죄현장의 지역정보를 컴퓨터를 통해 비교분석하여, 범인의 거주가능지역을 추출하는 software로 Rossmo에 의해 개발되었다. B. Turvey, op.cit., pp. 262-263.

인 방법 등에 의하여 추측할 수 있어야 한다. 네 번째, 동일한 범인의 연속범죄의 경우에, 범인의 동기, 행동패턴 등에는 변화가 없어야 한다. 그렇다면, 이러한 전제조건의 확보가 과연 가능할 것인가?

이에 대하여, ① 특정 성격 및 범행패턴구분을 할 정도로 많은 표본이 조사된 것은 아니라는 점, 또한, ② 유형을 설정하는데 사용된 data가 근본적으로 과거의 것이라는 점, ③ 인간의 성격은 안정적인 측면도 있지만, 각종 환경과 주위 상황에 따라 가변적·발전적 측면도 포함하고 있는 점,[23] ④ 지나치게 범행패턴파악에 있어서 고정적 modus operandi(수법)에만 치중하여, 프로파일링의 핵심인 범인의 성격, 인구사회학적 특성을 추출하기 위한 범행동기 등의 설명은 도외시하고 있다는 점, ⑤ 범행현장 증거 등의 분석을 통한 범행패턴의 파악은 법과학(forensic science)의 제 분야에 걸친 전문지식을 요구하는 작업임에도 현장 수사요원에 의한 지표(index)적 범행현장특성 조사만으로 프로파일링을 유도함은 신뢰도상에도 문제가 있는 점, ⑥ 귀납적 방식은 원래 정신의학, 임상심리학 분야 등에서 치료 및 진단 manual의 목적으로 고안된 것으로, 범죄수사와 관련하여 수사선의 설정, 용의 대상자의 확보 및 범위축소, 나아가 공판단계에서 범인의 특정 등에 관련한 정황증거로서의 활용가능성을 염두에 둔다면, 과연 증거로서 관련성(relevancy)을 확보할 수 있을 정도의 신뢰성획득에는 문제가 있는 점, ⑦ 극단적 유형의 구분에 속하지 않는 범행패턴을 갖는 범죄사건이 오히려 대다수를 차지하는 점[24] 등 여러 비판이 제기되고,[25] 이로 인하여 프로파일링 기법의 교육 및 관련지식 획득의 용의성, 신속한 프로파일링 자료제공능력 등의 장점에도 불구하고, 귀납적 프로파일링 증

23) Laurence Alison, et. al., op. cit., pp. 10-12.
24) A. Burgess, A. Burgess, J. Douglas, R. Ressler, Crime classification Manual(San francisco : Jossey-bass Inc., 1997), p. 9.
25) B, Turvey, op. cit., pp. 148-149.

거 · 수사기법은 신뢰성을 인정할 수 없다고 이해된다.

2) 연역적 프로파일링(deductive criminal profiling)

연역적 프로파일링이란, 일정한 범죄사건 또는 일련의 범죄사건들과 관련한 각종 물적 증거 또는 범인의 행태적 증거를 분석하여 범인의 성격 등 제반 특성을 추출하는 과정 및 기법을 의미한다. 귀납적 기법과 달리 일정한 범행패턴과 성격유형 등을 설정하지 않고, 개별 사건별로 파악되는 객관적 자료(즉, 증거)를 분석 · 조합함으로서, 구체적인 프로파일링을 확보한다는 점에서 결정적 차이를 갖는다. 따라서 연역적 프로파일링은 범행현장분석(crime scene analysis)을 핵심으로, 법과학적 · 행태적 증거에 바탕한 범행재구성자료, 피해대상 및 피해자의 성격, 일상활동형태, 범행 시 활동내용 등 피해자학적 자료 등의 분석을 통해 프로파일링 자료를 확보한다.

연역적 프로파일링 방식에 의한 프로파일링 자료 작성과정을 살펴보면 다음과 같다.[26] 첫 번째, 자료의 수집 및 평가단계(collect and assess data)로, 프로파일링 전문가(profiler)는 범행현장증거, 피해자관련 자료, 법과학적 분석자료, 수사기관의 각종 보고서, 사진 등의 영상 이미지(image) 자료 등을 수집하고 평가하게 된다. 두 번째로, 수집 및 평가가 종료된 자료를 바탕으로 소위 의사결정단계(decision process model stage) 및 범죄평가단계(crime assessment stage)로, 범행상황을 재현(reconstruct the situation)하게 된다. 이 단계에서 profiler는 첫 단계에서 확보한 각종 자료를 의미 있는 순서로 배열, 조직화하여, 범행유형, 범인의 일차적 의도, 피해자의 위험요소 및 정도, 범인의 위험감수의도, 범행시간, 장소선정의 이유 등 범행과 관련된 제 요소의 형태와 그 이유를 합리적으로 설명하기

26) A. J. Pinizzotto & N. J. Finkel, "Criminal Personality Profiling: An out come and prcess study", Law and Human Behavior 14. p. 216.

위해 노력하게 된다. 세 번째로, 가설설정(formulate hypothesis)과정으로서, 위 3번째 단계를 통해 확보된 자료를 바탕으로 구체적인 프로파일링 자료를 작성하게 된다(profile stage). 이러한 프로파일 자료에는 범인의 성격 이외에도 교육수준, 지능 기타 정신적 기능, 범죄경력, 군복무 경력, 가족구성관계 등의 가족력, 습관과 사회적 관심대상과 방향, 범행현장과 연계하여 주거지 및 그 환경, 차량 등 이동수단의 보유여부, 타인과의 사회적 관계와 그 형태 등 인구사회학적 평가자료 및 신문 등 면접기법(technique for interviewing) 기타 수사상 유의점 등에 대한 조언 등이 포함된다.[27] 그러나, 프로파일링 과정은 여기서 종료하는 것이 아니라, 네 번째로, 작성된 프로파일 내용을 객관적 자료와 비교하여 재검토하는(test it against known information), feedback과정을 거쳐, 최종적으로 일선 수사기관에 배포되고(report the results),[28] profiler는 수사진행과정에서 확보되는 추가자료 등을 고려하여 항시 프로파일자료의 불일치성을 해소하기 위하여 점검(recheck)하게 된다.

연역적 프로파일링의 전제로, 크게 두 가지가 제시된다. 첫 번째로는, 인간의 성격(personality)은 발전적·동적 성격을 갖음과 동시에 개인의 특성을 규정짓는 항상적(恒常的)·정적 부분도 있으며, 이것이 범죄행위에 있어서도 범행환경과 연관하여 범행의 편의성 등에 따라 변화할 수 있는 M.O. 즉, modus operandi와는 달리, signature, personation[29] 등으로 표현되는

27) Janet L. Jackson & Debora A. Bekerian, op. cit., p. 5.

28) Scott Ingram, op. cit., pp. 5-6.

29) modus operandi(M.O.)란, 범인이 범죄행위를 수행하는 방식으로서 환경 등 외부적 상황에 연관하여 반응하면서, 동시에 학습을 통해 체득, 표현되는 행동패턴을 의미한다. 따라서, M.O.의 경우, 동일범죄인이라도 환경적 변화에 따라 다양한 형태로 표현되어, 일관성을 상실할 수도 있는 것이다. 반면, signature는 범죄행위의 수행에 의하여 범인이 필요한 만족을 확보하기 위해 반드시 이루어져야 하는 것(특정행동)을 의미하며, personation이란 제 범행패턴 중에서도 범인의 소망(fantasies)의 표현으로서, 범인의 인식·심리상태의 내면을 관찰할 수 있게끔 하는 요소를 말한다. Scott Ingram, op. cit., footnote 55~57, pp. 26-27; Turvey에 의하면, signature의 개념은 1980년대 FBI의

행동패턴에 반영되고, 두 번째, 이러한 행동패턴의 분석을 통해서 역으로 성격 등 범인의 개별적 특성을 확인할 수 있는 것이다. 즉, M.O.는 범인이 범행에 더욱 익숙해지고 환경적 변화에 따라 적응하는 형태로 변화할 수 있지만, personation, signature는 항상적(恒常的) 요소라는 점이다.

따라서 프로파일링 자료는 단순히 유사범행, 범인에 관한 유형적 분류를 통해서 파악될 수는 없고, 개별 범행현장증거 등의 주도면밀한 분석 및 성격 및 심리상태의 분석을 위한 심리학적 지식과 범죄행위의 사회적 의미(social context)를 파악하기 위한 범죄학 · 피해자학 · 사회학적 지식, 법과학 등 범죄수사기법에 관한 능숙한 profiler의 개인적 역량과 철저한 검증을 통해서 위에서 지적한 범인의 개인적 특성으로서 항상적(恒常的) 요소 파악이 가능할 때 확보될 수 있다.

분명히, 연역적 프로파일링은 귀납적 프로파일링에서 제기된 문제점을 해소하는 방법이 될 수 있다. 그러나 여기서도 몇 가지 문제점이 제기될 수 있는데, ① 범행현장증거 등의 분석 및 프로파일작성과정에서 profiler의 개인적인 역량에 지나치게 의존하게 됨으로서, 과연 객관적 기준에 따른 판단결과라는 점에 대한 검증이 어렵다. ② 또한, 전문가인 profiler의 양성에 너무 많은 시간과 비용의 투여, 프로파일작성 과정에 많은 시간과 검토과정이 적용되어 작업량이 비대화되어 적시 적절한 자료제공이 어려워, 효율적 수사기법이라 하기에는 문제가 있고, ③ 연역적 프로파일링에 한정한 비판은 아니지만, 프로파일링의 유효성을 긍정하는 견해나 연구결과는 대체로 일선 수사기관의 경험적 판단에서 근거를 찾고 있어, 객관적인 유효성검증 및 긍정자료가 부족한 점,[30] ④ 모든 범죄유형에 signature,

---

BSU에서 활동한 John Douglas에 의하여 최초 고안된 개념으로, signature는 M.O.에 비하여 안정적 특성을 가지만, 이 경우도 범행환경 등의 영향 하에 변화할 수 있음도 동시에 지적하고 있다. B. Turvey, op. cit., pp. 159-164.

30) Laurence Alison, et. al., op. cit., pp. 3-4.

personation 등을 확인할 수는 없어, 프로파일링 기법은 제한된 사용례에 한정될 수밖에 없는 점 등이 제기될 수 있다.[31]

나. 프로파일링 활용 상 문제점

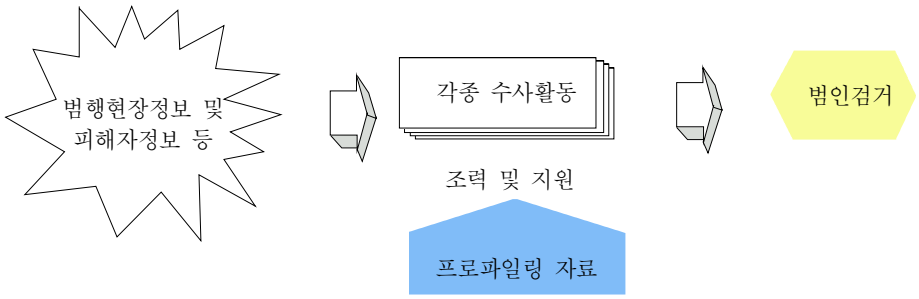
프로파일링 기법·증거의 활용관한 문제점으로는 이론적 배경 및 실제 활용사례와 관련하여 그 유효성에 관한 검증이 부족 또는 어렵다는 점에 집약된다. 기본적인 배경이론이 자연과학이 아닌 사회학, 심리학, 정신의학 등 사회과학의 제 분야에 두고 있다는 점에서 자연과학적 검증방식의 적용이 곤란하다는 점은 결국 프로파일링의 신뢰성에 커다란 의문을 제기하게 된다.

그러나 이러한 논란의 근본적 원인은 프로파일링의 개념과 기능에 관한 잘못된 이해에서 출발한 것이라고 생각한다. 이는 대체로 모든 profiler들이 지적하는 바와 같은데, 프로파일링은 '특정범인을 인식 색출하기 위한 기법 내지는 증거는 아니라는 점'이다. 즉, 프로파일링은 마치 무속인의 직관적인 능력에 의하여 동일성 식별을 하는 것이 아니라, 범행현장 및 제 상황을 주도면밀하게 관찰한 결과를 토대로 이를 해석하여 범인으로 추정되는 인물의 심리적, 사회적 배경을 제시함으로서, 수사과정에 확보되는 무수히 많은 수사자료를 선별·정리하여 일관되고 논리적인 수사선을 설정할 수 있도록 조언을 제공하고, 용의대상자의 선별, 신문방식, 공판수행 전략 등에 대한 가용한 정보를 제공하거나, 경우에 따라서는 강력한 정황증거로 활용될 수 있는 과학적 추론기법이라는 점을 분명히 인식하여함을 지적한다(아래 그림 참조).

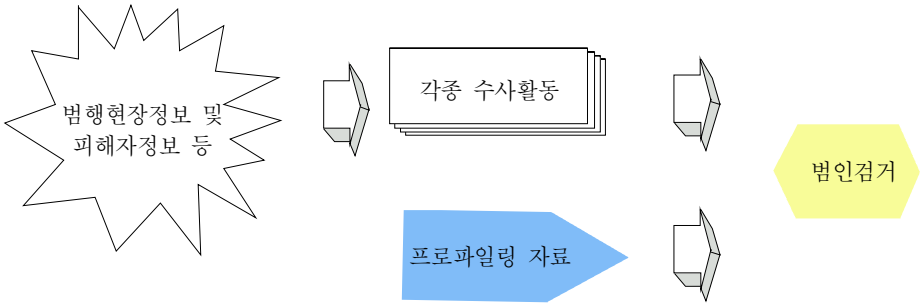
---

31) R. A. Prenky & A. W. Burgess, Forensic Management of Sexual Offenders(N.Y. : Kluwer Academic/plenum), p. 194.

[올바른 프로파일링의 이해]



[잘못된 프로파일링의 이해]



프로파일링에서 야기될 수 있는 위험성은 바로 프로파일링 자료에 대한 잘못된 인식에 바탕하여 이를 활용하게되는 수사책임자에 의하여 발생할 수 있는 것이지, 프로파일링 자체의 난점에서 기인하는 것으로 이해되어서는 곤란하다는 것이다.[32]

실제 범죄수사에서 수사관들도 자신의 경험, 양성 및 교육기관에서의 교육내용, 다른 수사관의 참고사례 등에 바탕하여 일정한 범인상(犯人像)을 추정하고, 수사선의 확정 및 수정 또는 수사진행과정에 반영시키는 것으로 확인된다. 그렇다면, 이러한 개별적 수사관의 경험적 요소에 바탕한 추론을 보다 검증가능하고 과학적인 방법에 의하여 창출할 수 있도록 조

32) 高村茂 · 桐生正幸, 前揭書, 20-27頁.

력하는 것이 프로파일링이 아닐까?[33]

그렇다면, 프로파일링 자체의 신뢰성에 의문을 갖기보다는 구체적인 프로파일링 작성방식과 활용과정에 대한 다양한 검증과 보완을 통해 신뢰도를 높이는 것이 프로파일링에서 야기될 수 있는 취약성에 대한 보다 올바른 접근방식이라고 생각한다.

Ⅲ. 프로파일링 증거에 관한 미 판례사안의 검토

1. 미국의 프로파일링 관련 개별 판례사안의 소개

대체로, 프로파일링 증거에 관한 미국 판례는 증거능력(영미법의 허용성, admissibility)을 부정하고 있다.[34] 그렇다면, 프로파일링 증거의 증거능력을 부정하는 편이 주류적 견해라 할 수 있는가? 그렇다면, 그 근거는 무엇인가 ? 이 질문에 대한 답변에 앞서 몇 가지 판례사안을 증거능력(허용성)을 부정한 경우와 긍정한 경우로 나누어 검토해 보겠다.

가. 증거능력을 부정한 사례

프로파일링 증거의 허용성을 부정하는 판례들의 주된 이유는 원칙적으로 증거활용이 금지된 성격증거(character evidence) 내지 유사사실증거(similar fact evidence)에 해당하는 점, 그리고 과학적 증거로서도 프로파

33) 수사관의 경험에 바탕한 범인상 추정의 형태와 전문적 profiler의 프로파일링자료의 작성과정, 내용상의 차이점에 관한 자세한 사항은, 상게서, 35-36頁, 또는 Janet L. Jackson et al., op. cit. pp. 109-118. 참조.

34) Paul C. Giannelli & Edward J. Imwinkelried, Scientific Evidence I [3rd edt.] (Charlottesville, VA : Lexis law Publishing, 1999), p. 479.

일링 증거의 신뢰성을 긍정하는 과학적 지지기반이 부족하다는 점에 있다. 살인의 경우에 있어서, 대표적인 두 가지 관련 사례를 소개한다.

첫 번째는, State of Ohio v. Richard Haynes(1988)사건으로, 먼저 사실관계를 살펴보면, 피고인은 취업지원서를 제출하기 위해 피해자의 아파트를 방문하여 피해자가 권한 술과 약 등을 함께 마신 후, 취하여 그대로 피해자의 집에서 잠들었다. 다음날 아침 눈을 떴을 때, 피해자가 피고인에 대하여 fellatio(oral-sex)를 하고 있음을 발견하고 이를 뿌린 친 후, 화장실에서 찬물로 세수하여 자신을 진정시키고, 다시 침실로 나와 피해자에게 벗어 놓은 옷가지 등을 던지면서 입으라고 한 뒤, 자신의 취업지원서 등을 찾기 위해 방안을 뒤지고 있을 때, 피해자가 갑자기 과도를 꺼내들고 피고인에게 다가오자, 이후 두 명은 서로 칼을 들고 다투게 되고, 그 과정에서 피고인은 피해자의 휘두른 과도에 손목 등을 베었고, 피고인은 칼을 빼앗아 피고인의 가슴을 수 회 찌르자, 피해자가 뒤로 쓰러지게 되었다. 이 후, 피고인은 부엌으로 황급히 가서 자신을 방어하기 위해 다른 칼을 가져왔으나, 이미 피해자는 사망하여, 피고인은 경찰에 연락 후 경찰의 출동을 기다렸으나 출동하지 않자, 그대로 피해자의 차를 훔쳐 도주하였는데, 이후 버지니아 주에서 다른 사안으로 검거되어, 경찰의 여죄수사 끝에 위 범죄사실이 확인, 살인죄(murder)로 기소된 사안이다.

1심 진행과정에서 피고인은 정당방위를 주장하나, 1심은 이를 부정하고, 단지 살인행위시 피고인에게 의도성이 있었는가의 여부(의도성 유무에 따라서, 중한 murder 또는 그보다 경한 manslaughter의 구별이 이루어진다)를 살피는 과정에서, 검찰 측의 프로파일링 증거에[35] 따라 의도성을 긍정

35) 당해 사안의 profiler는 살인의 유형을 homophobic murder와 anger-retaliatory murder로 구분한 뒤, 범행현장 증거 등을 통한 범행재구성 과정을 거쳐, 동성애행위시 바로 살해행위가 이어지지 않은 점, 9회 이상 피고인을 칼로 가격한 범행방법, 살해 후 경찰에 신고가 있기까지의 시간경과와 피고인의 행동 등을 고려할 때, 후자의 유형으로 판단되어, 갑작스런 동성애자의 접촉에 기인한 우발적 행위가 아닌 의도성이 포함된 보

하여 피고인을 유죄로 인정 15년의 징역형을 선고하게 되자, 피고인은 첫 번째, 정당방위를 부정한 점과 두 번째, 원심이 활용한 프로파일링 증거는 과학적 신뢰성 내지 일반적 승인을 얻지 못하여 설명적 가치보다는 부당한 편견 등을 유발할 수 있는 효과가 보다 큰 관련성 없는 증거를 허용한 위법이 있음을 이유로 항소하게 되었다. 항소심은 원심의 위법을 인정, 파기환송하였는데, ① 과학적 증거의 신뢰성은 당해 전문가의 충분한 관련 전문지식의 보유라는 요소 외에도 당해 증거에 원용된 과학적 원리의 신뢰성도 긍정되어야 하는데 프로파일링의 신뢰성이 긍정되기에는 미흡한 점이 있고, 이는 감정인(expert witness)으로 진술한 수사기법으로서의 프로파일링의 신뢰성에 대하여 긍정하였을 뿐, 법정증거로의 활용에 대해서는 언급이 없는 사실 등에서도 확인될 수 있다는 점, ② 프로파일링 증거는 본질적으로 성격증거로서, 성격증거는 피고인이 자신에게 유리한 성격증거(good character evidence)를 제출한 경우를 이를 반증하기 위하는 등 극히, 예외적으로 검찰 측이 활용할 수 있음에도, 피고인의 자신에게 유리한 성격증거의 주장, 제출이 없음에도 이를 활용한 점, ③ 원칙적으로 증인은 자신이 체험한 사실(first-hand knowledge)만을 보고할 뿐 의견(opinion)을 진술할 수 없으나(opinion rule), 예외적으로 감정인(expert witness)의 경우, 사실판단주체의 판단에 도움이 될 수 있는 범위에서 의견을 진술할 수 있는데, 피고인의 살해행위시 의도성 유무 판단과 관련한, 동성애 행위 후 바로 가해행위 없이, 시간이 지체된 후에 피고인의 가해행위가 있었던 사실에 바탕한 감정인의 의견진술은 배심 등 사실판단주체의 독자적 판단이 가능한 영역으로서, 감정인의 의견은 오히려 부당한 편견을 야기할 우려가 더욱 큰다고 판단되는 점 등을 그 이유로 제시하고 있다.

위와 같은 판례의 태도는 State of Ohio v. Poquemore(1993)사건에서도

복적 살인행위로 판단하였다. 전형적인 연역적 프로파일링 기법(inductive criminal profiling)이라 하겠다.

유사하게 관찰된다. 동 사안은, 피고인은 동거 중인 여자 피해자와 함께 자신의 친구 집을 방문, 음주 등으로 시간을 보낸 후, 야간에 피해자와 함께 귀가하였는데, 동거녀인 피해자와 말다툼으로 피해자의 기분이 나빠져서, 이를 해소하려 하였다. 이후 잠자리에 함께 들면서, 성관계를 갖는 과정에서, 서로 옷을 찢는 등 가학적인 성행위를 하게 되었는데, 갑자기 피해자가 심장발작이 발생, 사망하게 된 사안으로, 검시관(coroner)은 과격하고 강제적인 성행위로 인한 외상이 있고, 이러한 성행위 등에 인한 것으로 추정되는 흥분, 분노 등에 기인한 심장마비로 사망한 것으로 사인을 확인, 보고하였다. 이후 피고인은 강간 · 살인죄로 기소, 원심절차에서 가학적 성행위 등 범행현장 등 관련 증거의 분석을 바탕으로 한 profiler의 피고인의 폭력적 성격, 가학적 성학대경향 등을 긍정한 프로파일링 증거 등에 바탕하여 유죄를 인정하게 되었다. 이에 피고인은 당해 프로파일링 증거를 위법하게 허용하였음을 이유로 항소하였다. 항소심은 위의 Haynes사건을 인용하면서, ① 피고인이 먼저 원용하지 않았음에도 불구하고 활용된 위법한 성격증거로서의 성격, ② 찢겨진 옷 등 가학적 성행위가 있었던 것으로 추정되는 현장증거가 확인되면 행위자의 성격이 폭력적이고 가학적 성학대경향이 있다고 피고인의 성격을 단순 유형적으로 분류한 프로파일링 증거는 설명적 가치보다는 사실판단주체에게 부당한 편견을 야기할 우려가 더욱 높은 점등을 이유로 원심을 파기하였다.

가장 최근의 판례로는 New Jersey v. Fortin(2000)로, 사안은 1건의 살인 및 1건의 살인미수로 기소된 피고사안에 대하여 각 사실간의 유사성을 긍정한 프로파일링 증거에 대하여, 법원이 유사성을 부정함으로서 배척한 사례로, 프로파일링 증거를 유사사실증거(similar fact evidence)로 활용한 특징이 있다.

살인 등의 경우 외에도, 아동학대사례(battered child profile cases),[36]

성범죄 또는 성적 학대와 관련된 사례(sex offender profile cases)[37]의 대다수 경우에도, 허용될 수 없는 성격증거 내지는 관련성의 부족 등을 이유로 증거허용이 부정되었다.

나. 증거능력을 긍정한 사례

반면, 증거로서 허용성을 긍정한 판례도 상당수 있다. 앞서 언급한 사례들과 유사한 살인사건 등을 예로 들면, Delaware v. Pennell(1991)사건에서,[38] 3건의 살인혐의로 기소된 피고사건에 대하여 1심은 각 사건간의 범행방법 등에 관한 각종 정황증거, 기타 물적 증거 및 동 증거의 분석에 바탕한 동일인의 범행임을 진술한 FBI소속 profiler의 진술을 종합하여 피고인의 유죄를 긍정한 바 있는데, 특이한 점은 본 판례의 항소심에서 피고인은 프로파일링 증거는 과학적 증거로서 Frye Test에 의한 일반적 승인을 받지 못한 점을 들어, 증거허용성의 부정을 주장하였으나, 항소심은 프로파일링은 profiler의 개인적 경험과 지식에 바탕한 것으로 과학적 증거로서의 속성을 갖지 못한다고 보아 Frye Test의 적용을 부정, 원심판단을 그대로 긍정하였다. 또한, Louisiana v. Code(1993)사건에서, 피고인은 총 8

---

36) Sanders v. Sate 251 Ga.7076,303 S.E. 2d 13, 18(1983), State v. Durfee 322 N.W. 2d 778, 785(Minn. 1982), State v. Loebach 310 N.W. 2d 58, 64(Minn. 1981).

37) Unite States v. Gillspie 852 F.2d 475(9th Cir. 1988), Hall v. State 15 Ark. App. 309,316-17,692 S.W.2d 769, 773(1985), State v. Pulizzano, 155 Wis. 2d 633, 657, 456 N.W.2d 325, 355(1990); 특히, State v. Cavaliere 140 N.H. 108, 663 A.2d 96(1995), Sate v. Hulbert 481, N.W. 2d 329, 332(Iowa. 1992), United States v. St. Pierire 812 F.2d 417, 420(8th Cir, 1987), State v. Hardwick 905 P.2d 1384, 1388(Ariz. App. 1995), State v. Tucker 165 Ariz. 340, 346, 798 p.2d 1349. 1353-55(App. 1990) 사안의 경우는 피고인이 자신에게 유리한 프로파일링 증거를 원용한 경우에 이를 과학적 유효성의 부족, 허용도지 않는 성격증거, 관련성의 부족 등을 이유로 증거능력을 부정한 사례라는 점에 주목된다.

38) 동 사안은 프로파일링 증거가 영장없이 이루어진 압수·수색의 '상당한 이유'(probable cause)를 긍정하기위한 자료로 활용, 긍정되었다는 점에서 특이성이 있다.

건의 살인혐의로 기소되었는데, 1심은 8건의 사건의 범행패턴의 유사성이 있고, 모두 동일인의 범행임을 긍정한 FBI profiler의 진술 등에 바탕하여, 피고인의 유죄를 긍정하였고, 항소심 역시 원심의 판단을 긍정하였다. 그리고 Regina v. Stagg(1994)사건에서는, 프로파일링 증거를 과학적 증거로 파악하면서 동시에 daubert standard에 바탕하여, 증거의 허용성을 긍정한 바도 있다.

최근 판례로는 North Carolina v. Wallace(2000)사건을 들 수 있는데, 사안은 9개의 범죄사실로 기소된 피고사건에 대하여, FBI의 profiler가 범행패턴 등을 각기 분석, 범죄유형을 organized characteristics로 파악하였는데, 이러한 profiler의 진술을 바탕하여, 책임능력조각(insanity defense)을 주장한 피고인의 논지를 부정, 결국 유죄를 긍정한 사례이다. 기타 아동학대사례[39] 및 성범죄 · 성학대 관련사례[40]에서 증거능력이 긍정된 경우도 있다.

2. 미국 판례사안에 대한 분석

대체로, 프로파일링 증거에 관한 미국판례의 태도를 정리하면, 크게 2가지 각도에서 증거능력(증거 허용성) 문제에 접근하고 있는 것으로 판단된다. 첫 번째는 영미 증거법에 있어서 관련성 없는 증거로서 원칙적으로 허용 금지된 성격증거(character evidence) 및 유사사실증거(similar fact

39) State v. Conlogue 474 A.2d 167(Me. 1984), 사안은 자신의 아이를 구타, 상해한 피고인(부)가 자신의 행위가 아닌 모에 의한 상해임을 입증하기 위하여, 구타행위를 최초 인정하였으나, 공판심리도중 태도를 부인한 모(피고인의 아내)의 진술(검찰측 증인)증거에 대한 반증으로 모에 관한 아동학대 프로파일링 증거를 제출하였다. 하급심에서는 증거능력이 부정되었으나, Maine주 대법원은 당해 프로파일증거의 관련성을 긍정, 증거로서 허용한 사례이다.

40) People v. Stroll 49 Cal. 3d 1136, 1152-53, 783 P.2d 698, 707-08, 265 Cal. Rptr. 111, 120-21(1989).

evidence)라는 시각에서 프로파일링 증거의 증거능력을 검토하는 입장, 두 번째로는 성격 및 유사사실증거로서 특성 외에도 사회과학적 지식이 활용된 과학적 증거(scientific evidence)라는 시각에서 검토하는 입장이다. 따라서 각각의 시각에 따른 개별적 검토가 필요할 것이다.

가. 성격 또는 유사사실증거로서 프로파일링 증거

전통적으로 영미증거법은 증거를 요증사실에 대한 입증형태를 기준으로 direct evidence(직접증거), indirect evidence(circumstantial evidence, 간접증거 또는 정황증거)로 분류하는데, 후자는 소위 입증과정에서 추론과정(reasoning process)을 요함으로 인하여, 요증사실에 대한 직접적 설명력을 제공하는 직접증거에 비하여 구조적 취약성을 갖는 것으로 파악한다.

자백에 우월적 가치를 인정한 근대 이전의 형사소송과 달리, 근대 이후 형사소송은 자유심증주의에 바탕한 증거가치평가(증명력 평가, weight)가 이루어져, 간접(정황)증거만에 의하여도 충분히 입증에 성공할 수 있다. 그러나 입증구조상의 취약성으로 인하여 간접증거에는 관련성(relevacy)에 의한 증거허용성(admissibility, 증거능력) 제한을 가하게 되고,[41] 그 대표적인 예가 바로 성격 및 유사사실증거이다. 따라서 원칙적으로 성격 및 유사사실증거는 증거로서 허용되지 않는다. 그러나 일률적인 것은 아닌데, 성격증거의 경우,[42] ① 성격증거가 요증사실의 본질적 사항(character as essential element in issue)의 입증자료 해당하는 경우로, 예를 들면, 증인의 신뢰성을 공격하기 위하여 증인의 가식적 성격과 관련된 증거를 제시하는 경우 등, ② 요증사실의 객관적 부분이 아닌 고의·과실, 행위동기,

41) Federal Regulation of Evidence 401. 402. 403. 참조.

42) 보다 자세한 사항은 권창국, "간접증거(정황증거)에 의한 사실인정", Jurist 2002. 11, 92-97aus 참고하기 바란다.

목표, 계획, 인식여부 및 상습성 등의 입증(circumstantially some element of the facts charged)을 위해 전과, 비행사실증거 등을 활용하는 경우, 또는 피고인이 범인과의 동일성을 부정하는 가운데, 피고인의 다른 범죄경력에 의하여 피고인과 당해 범죄의 범인과의 동일성을 긍정하기 위한 경우(identification of criminals), ③ 피고인이 오히려 자신의 선량한 성격을 입증하는 경우로 선량한 성격에 관한 평판, 의견 등을 제시하는 경우(good character of defendant), ④ 피해자의 폭력적 성격 등을 입증하기 위하여 피해자의 악성격에 관한 평판, 의견증거를 피고인이 제시하는 경우(bad character of victim) 등의 사안에서 예외적으로 증거로서 허용될 수 있다. 또한, 유사사실증거의 경우, 과거의 발생사실과 현재 입증대상 사실간에는 실질적 유사성(substantial similarity. 영국에서는 이를 striking similarity로 표현한다)이 긍정되는 경우에는 역시 예외적으로 증거로서 허용될 수 있다고 판단된다.[43]

따라서 프로파일링 증거를 성격 및 유사사실증거로 파악하더라도, 위와 같이 예외적으로 허용될 수 있는 사안에 따라서는 증거능력이 긍정될 수 있다.

나. 과학적 증거로서 프로파일링 증거

그러나 프로파일링 증거를 성격 및 유사사실증거만으로 파악할 수 있을 것인가? 위에서 살펴보았듯이 프로파일링 자료에는 단순히 성격, 범행수법(소위 M.O.)외에도 다양한 인구사회학적 요소(demographic element)들도

43) Federal Regulation of Evidence 404. ~ 415. 참조; J.W.Strong et al, McCormick On Evidence(St. Paul. MN. : 1999), p. 281-296; Christopher Allen et al., Evidence (Hampshire U.K. : blackstonepress Ltd., 2001), pp. 90-129; 白取佑司, 刑事訴訟法(東京 : 日本評論社, 2000), 293-294頁; 岡田雄一, 同種前科による事實認定, 刑事訴訟法 判例百選[第7版] 別冊ズュリスト, 有斐閣, 1998, 136頁.

언급되어 있다. 또한, 프로파일링은 심리학, 사회학 등 사회과학적 성과와 함께 법과학 등 자연과학적 분석기법 역시 활용되고 있는 점을 고려한다면, 그 신뢰성 판단을 별론으로, 과학적 증거로서의 성격도 무시할 수 없다. 문제는 과학적 증거로서의 신뢰성이다. 신뢰성이 없다면 그것은 소위 사이비 과학적 증거(junk scientific evidence)에 불과하기 때문이다. 과학적 증거의 허용성도 기본적으로 간접(정황)정황증거로서의 관련성 유무 판단의 문제에 출발한다. 그러나 일반인이 이해하기 어려운 과학적 원리, 기술의 적용과 관련한 신뢰성 판단의 특수성과 보편타당성 추구, 경험적 판단 등 그 방법론상 특수성에 기인한 높은 신뢰성 추정에 기인한 편견유발의 문제 등에서 일반적인 관련성 판단과는 다른 좀더 강화된 요건하의 증거능력(허용성) 판단을 요한다.

과학적 증거로서, 증거허용성이 긍정되기 위해서는 ① 적용된 과학적 원리의 유효성, ② 적용기술 또는 방법의 유효성, ③ 특정한 사례에의 동 기술의 적정한 적용여부에 대한 입증이 요구된다. 이러한 요소에 대한 입증방법으로는 통상, 공지의 사실로서 판단(judicial notice), 당사자간의 약정(stipulation), 입법적 규제에 의한 방법(legislative recognition), 감정인(expert witness)에 의하는 4가지가 제시되는데, 프로파일링 증거에 대하여는 마지막 감정인(즉, profiler)에 의하는 경우가 일반적이다. 그렇다면 profiler의 전문적 진술에 대한 구체적인 허용성 평가기준은 어떠한가? 통상 3 가지 정도로 정리될 수 있는 판단기준이 미국 판례를 통해 소개되고 있다.[44]

먼저, ① 당해 증거의 배경원리, 적용기술에 관한 과학계의 일반적 승인(general acceptance)을 요건으로 하는 'Frye Test'로, 1923년 거짓말탐지기 검사결과에 관하여 미연방 콜롬비아특별지구 항소법원판결을 통해 제시, 이

44) 이하의 서술에 관한 자세한 내용은 Paul C. Giannelli & Edward J. Imwinkelried, op. cit., pp. 10-48 참조.

후 후술하는 1993년 Daubert Standard 제시 전까지, 연방 및 각 주의 주류적 입장이 되었는데, 과학적 원리, 기술 등의 타당성은 일반인 보다는 해당 분야의 전문가집단에 의하여만 정확히 평가될 수 있다는 점에 그 근거를 두고 있다. 다음, ② Relevancy Approach로, 요증사실에 대한 당해 증거의 설명적 가치(논리적 관련성)와 그러한 증거를 허용함으로서 파생될 수 있는 쟁점혼란, 소송지연, 피고인에 대한 부당한 편견 등의 요소(법률적 관련성)를 비교형량, 전자가 우월한 경우 증거허용을 한다는 것으로 전통적 견해라 하겠다. 마지막으로, ③ 과학적 유효성(scientific validity, reliability)을, 검사기법의 신뢰도(reliably tested), 관련 학계의 평가(subjected to peer review & publication)) 및 승인여부(generally accepted), 오류율(error rate), 검사절차의 적절성(professional standard controlling its operation), 증거산출의 목적(purpose other than merely to produce evidence for the present litigation) 등을 중심으로 판단, 증거허용을 결정하는 입장으로, 1993년 Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.판례를 통해 제시, 이후 미 연방법원의 견해로 확립되고, 대다수 주법원에도 적용되기 시작한 Daubert Standard가 있다.[45]

Frye Test의 경우, 가장 안정적이고 객관적인 신뢰도 판단이 가능하다는 장점이 있지만, 충분한 타당성을 갖고 있음에도 새로이 개발된 과학기술이 적용된 증거는 일반적 승인을 받을 수 없다는 점 등 사실상 과학적 증거를 활용함으로 획득할 수 있는 입증과정의 합리화, 과학화, 수사의 객관화(탈자백화) 등을 외면한 논리라는 점에서 많은 비난을 받아 왔다. 또한 전통적인 Relevancy Approach도, 과학적 증거가 가진 특수성에 기인한 강력한 편견유발, 피고인의 열악학 입증능력을 악화시킬 수 있는 측면 등을 도외시하고 증거의 설명적 가치와 소송지연, 편견발생, 쟁점혼란 등의

45) Steve Emanuel, crunchtime Evidence(N.Y. : Emanuel publishing Co., 2000), p. 121-122.

불이익적 요소간의 이익형량이란 불분명한 기준에 의하여 판단함으로서 역시 문제가 있다는 점에 따라, 현재 Dahbert Standard가 다수적 위치를 차지하게 되었다. 그러나 Daubert Standard의 경우도, 먼저, 당사자간의 충분하고 평등한 공격·방어기회 및 방법의 보장 즉, 피고인도 과학적 증거에 대한 활용기회, 반론제기 가능성의 균형적 보장을 전제로 그 타당성을 인정할 수 있음을 인식하여야 한다. 피고인에 대한 광범위한 증거개시권(discovery)의 부여, 등은 그 예가 될 수 있다. 바로 이러한 전제 하에 과학적 증거가 가진 부정적 요소(피고인에게 부담될 수 있는 과다한 소송비용, 과학적 증거에 대한 강력한 신뢰에 비롯된 편견, 쟁점혼란 및 이로 인한 소송지연현상 등)를 극복하고, 적절한 선에서 과학적 증거의 유효성(reliability or validity)이 긍정될 수 있는 것이다.

그렇다면 프로파일링 증거는 어떻게 판단될 수 있을까? Delaware v. Pennell(1991)사건과 같이 과학적 증거성을 부정하여, Frye Test의 적용을 부정한 사례도 있지만, 이후, Regina v. Stagg(1994)사건에서는 Daubert Standard의 적용 하에, 과학적 증거로서의 성격을 긍정 받고 있다고 판단된다. 또한, Daubert Standard가 자연과학적 증거뿐만 아니라, 프로파일링 외의 다른 사회과학적 증거에도 적용범위 확대가 긍정되고,[46] 더 나아가, 과학적 증거 외에도 기타의 경험적, 기술적 증거(technical expert evidence)에도 적용이 확대되고 있음에서[47] 이러한 논리를 확인할 수 있다고 생각한다. 결국, ① 프로파일링 증거의 경우도 사후적 검증, 확인이 전혀 불가능하지 않다는 점, ② 동시에 심리학자, 사회학자, 범죄학자, 법과학 제 분야의 연

46) Paul C. Giannelli & Edward J. Imwinkelried, op. cit., pp. 54-56.

47) Kumho Tire Co. v. Carmichael 119 S. Ct. 1167(1999), 차량의 고속주행 중 타이어결함으로 인한 교통사고에 관련한 손해배상사건으로, Fderal regulation of evidence 702의 해석과 관련하여, FRE 702의 명문규정이 적용범위가 과학적 증거에 한정하고 있지 않다는 점, Daubert Standard에 근거된 과학적 증거의 유효성 판단기준은 기술적 증거(technical evidence)에도 타당할 수 있다는 점에서 과학적 증거가 아닌 경험적·기술적 증거에의 적용을 긍정하였다.

구자들에 의하여 지속적인 검토와 연구를 통해 상당수 긍정적 견해를 확보하고 있기도 한 점, ③ 그동안의 연구성과를 토대로 거의 표준화된 protocol이 완성되었다고 볼 수 있는 점, ④ 다만, 오류율에 대한 실증적 검토가 부족한 편이나, 이점은 과학적 증거의 유효성 판단에 한 요소일 뿐 유일요소는 아니며, 프로파일링 증거 외의 다른 증거의 부족으로 무죄로 인정되더라도 그것이 바로 프로파일링 증거의 오류성을 나타내는 지표가 될 수 없다는 점을 고려한다면,[48] 과학적 증거로서 프로파일링 증거의 신뢰성 내지 유효성을 긍정할 수 있지 않을까? 이는 형사소송의 실질적 당사자주의화를 전제로, 입증과정의 합리화, 수사, 공판절차의 객관화로의 지향과도 일치하는 방향이 아닐까?

Ⅳ. 결 론

프로파일링 증거의 허용성을 부정하는 견해의 논거는 첫 번째, 성격 및 유사사실증거에 의한 입증과 본질적으로 같은 궤도상에 있음으로서, 편견유발 등 사실판단과정의 오류를 야기할 위험이 대단히 높은 점과, 두 번째, 프로파일링 증거의 타당성과 신뢰성을 긍정하는 실증적 연구결과도 있지만, 대체로 그러한 연구결과는 주로 제한된 숫자의 수사관의 경험적 사례에 바탕하여 이루어진 것이 대다수라는 점에서 신뢰성이 없다는 것, 그리고 세 번째, 과학적 증거로서 허용성이 긍정되기 위한 신뢰성 판단요소 중, profiler의 전문성과 역량도 중요한 고려요소인데, 대체로 profiler의 전문성이라는 것이 한정된 프로파일링 작성실무종사 경력에서 추론된 것에 불과하다는 점, 네 번째, 기본적으로 프로파일링은 지금에 와서는 타당성

48) Scott Ingram, op. cit., pp. 16-17.

을 긍정받기 힘든 성격을 고정적인 개념으로 이해하는 초기 성격심리학이론에 바탕한 개념으로 배경이 된 심리학 등 사회과학적 지식의 과학적 타당성 역시 수긍하기 어려운 점 등을 제시한다. 그러나 한편, 부정적 견해라 하더라도, 법정에서 증거로 활용하는 경우가 아닌 수사기법으로서 타당성은 또 역시 대체로 긍정한다.

요컨대, 프로파일링 증거 또는 수사기법을 둘러싼 이와 같은 논의의 발단은 자연과학이 아닌 사회과학적 배경원리의 적용으로 인한 상대적인 검증의 난이성 등에 기인한 과학적 신뢰도에 대한 회의, 성격 및 유사사실에 대하여 원칙적으로 부정적 시각을 갖는 영미 증거법상의 태도에서 기인한 결과라고 판단된다.

구조적으로 프로파일링 증거, 수사기법의 위험성은 사실 부인할 수 없다. 실제, 지난 미 Atlanta Olympic경기 폭탄테러 사건에서 영국의 한 심리학자가 설정한 프로파일링 자료에 바탕하여 올림픽 시설물 보안요원 중 1명을 오인, 체포한 사례가 있다. 그러나 분명히, 연쇄범죄, 동기없는 범죄 등의 기존의 수사기법으로 대처하기 어려운 유형의 범죄의 수사 및 입증과 관련하여서는 하나의 돌파구가 될 수 있는 훌륭한 방법일 수도 있다. 결국, 위에서 설명한 엄격한 제한조건 하에서라면, 즉, 성격 및 유사사실증거에 준하여, 그 예외적 활용이 허용되는 상황을 전제로, 과학적 증거로서의 유효성을 검사기법의 신뢰도(reliably tested), 관련 학계의 평가(subjected to peer review & publication)) 및 승인여부(generally accepted), 오류율(error rate), 검사절차의 적절성(professional standard controlling its operation), 증거산출의 목적(purpose other than merely to produce evidence for the present litigation) 등을 기준으로 합리적으로 판단한다면, 수사기법 외에도 형사재판에서의 증거활용 가능성도 긍정할 수 있고, 그것이 보다 현실적이라고 생각한다.

우리보다 앞서 프로파일링 기법과 증거활용에 관한 많은 사례와 연구를 축적한 미국의 논의는 이러한 판단과 한국적 상황에서의 적용에도 좋은 시준점을 제공할 수 있을 것으로 사료된다.

참고문헌

[단행본]

김현택 외 8인공저, 심리학(서울 : 학지사, 2002), 217면.

A. Burgess, A. Burgess, J. Douglas, R. Ressler, Crime classification Manual, San francisco : Jossey-bass Inc., 1997.

B. Turvey, Criminal Profiling: an introduction to behavioral evidence analysis, San Diego : Academic Press, 1999.

Christopher Allen et al.,Evidence, Hampshire U.K. : blackstonepress Ltd., 2001.

J. W. Strong et al, McCormick On Evidence, St. Paul. MN. : 1999.

Janet L. Jackson & Debra A. Bekerian, Offender Profiling - Theory, Research and Practice -, John Wiley & Sons : West Sussex, England, 1997.

Paul C. Giannelli & Edward J. Imwinkelried, Scientific Evidence I [3rd edt.] Charlottesville, VA : Lexis law Publishing, 1999.

R. A. Prenky & A. W. Burgess, Forensic Management of Sexual Offenders, N.Y. : Kluwer Academic/plenum, 2000.

Steve Emanuel, crunchtime Evidence, N.Y. : Emanuel publishing Co., 2000.

高村茂・桐生正幸, プロファイリングとは何か, 立花書房 : 東京, 2002.

白取佑司, 刑事訴訟法, 東京 : 日本評論社, 2000.

辻村英夫, 心理學の世界, 東京 : 學文社, 2001.

細江達郎, 犯罪心理學, 東京 : ナシメ社, 2001.

[논 문]

권창국, 간접증거(정황증거)에 의한 사실인정 - 성격 및 전과 등 유사사실 증거에 의한 범죄사실 입증 가능성 -, Jurist Vol. 386, 2002. 11

A. J. Pinizzotto & N. J. Finkel, "Criminal Personality Profiling: An outcome and process study" Law and Human Behaviour 14, 1990.

James A. Fox & Jack levin, "Multiple Homicide: Patterns of Serial and Mass Murder", Crime & Justce 23. 407, University of Chicago, 1998.

J. E. Douglas, R. K. Resler, A. W. Burgess & C. R. Hartman, "Criminal profiling form crime scene analysis", Behavioral Science and the Law 4, 1986.

Laurence Alison, Craig Bennell & Andreas Mokros, "The personality paradox in offender profiling: A Theoretical Review of the Processes Involved in Deriving Background Characteristics from Crime Scene Actions", Psychology, Public and Law 8. 115, American Psychology Association, 2002. 3.

Scott Ingram, "If the Profile fit: Admitting Crimianl Psychological Profiles into Evidence in Criminal Trials", Washinton University journal of Urban and Contemporary law 54. 239., 1998 Summer.

岡田雄一, 同種前科による事實認定, 刑事訴訟法 判例百選[第7版] 別冊ズュリスト, 有斐閣, 1998, 136頁.

[기 타]

미 연방 및 주법원 판례, http://www.Lexis.com, http://www.findlaw.com

http://www.fbi.gov, http://www.chosun.com

The Practical Use and Problems of Criminal Profiling Evidence

Kwon, Chang-Kook*

Usually, The notion of criminal profiling(or criminal psychological profiling, offender profiling) evidence / criminal investigative method is explained like that; "some materials for use of criminal investigator or facts trier of criminal court that pertain many kins of information about an offender based on an examination of crime scene, etc."

A profiling has three basic goals: (1) social and psychological assessment of the offender, (2) the evaluation of belongings found in the suspected offender's possession, and (3) suggesting strategies for interviewing the suspected offender upon apprehension. And mainly, this technique(evidence) is used for the specific crimes such as motiveless or serial crime(for example, murder, rape and sexual assault and hate crime). The origin or background of profiling has been found in; First, criminals classification of criminologists who were in positive school. Second, progress of forensic science and crime scene analysis technique. Third, progress of psychology, statistics(especially social science about human behavior; Human Behavior Science) by many scholars.

---

* Written by Full-Time Lecturer, Department of Police Administration, Seonam University

So, there are two method in the technique of profiling; inductive criminal profiling and deductive criminal profiling. Inductive criminal profiling is made by analysis of many similar cases and statistics, and so on. And so, with information that are obtained like this materials, character type-matching process is performed by comparing with type-matching standard that has been made previously. this is a method for training of investigators, law enforcementors who are novices in profiling. On the other hand, deductive criminal profiling is made by evidence and crime scene analysis, victimology, and so on, with strict and positive confirming process. And this method is not perform on type-matching process and is a very confused mechanism that can be performed by experts(profilers).

In United States, generally, the admissibility of profiling evidence is not affirmed in criminal trials. But most Exceptionally, according to this condition.; (1) in the condition that reliability as scientific evidence can be affirmed by Daubert Standard(cf. Federal Regulation of Evidence 702), (2) in exceptional condition of character evidence or similar fact evidence(cf. Federal Regulation of Evidence 401~414), profiling evidence can be affirmed in trials. And, many kind of cases of federal courts and states of U.S. prove above condition of admissibility for profiling evidence.

성착취와 성착취형 인신매매에 대한 형사법적 대응과 개선방안

천 진 호*

Ⅰ. 들어가며

1980년대 이후 개방화·민주화과정을 겪으면서 사회 각 분야에서 인권의식이 고양되고, 과거 군사독재하에서 공권력으로부터 억압받고 유린당했던 인권을 제자리매김하기 위한 노력으로 각종 법령의 제·개정과 더불어 헌법에 보장된 국민의 권리와 자유를 실질적으로 보장하는 인권보호장치를 마련해 왔다. 그럼에도 불구하고 인권의식에 대한 자각과 제도적 정비는 주로 모든 성별과 연령에 공통되는 보편적 인권 특히 신체의 자유에 중점을 두어 왔으며, 따라서 상대적으로 여성, 아동, 장애인, 노인, 외국인 노동자, 동성연애자 등 구체적이고 개별적 영역에서의 인권에 대해서는 특정계층의 문제로 인식되어 주로 인권단체나 시민단체 등을 중심으로 문제가 제기되어 왔다고 보여진다.

현재 우리 사회는 전통적 유교 문화의 바탕 위에 급격한 산업화를 겪으면서 이중적 성문화가 만연된 상태로, 남성에게 관대한 성 풍조와 함께 왜곡된 성문화가 사회 깊숙히 뿌리박고 있다.[1] 잘못된 관습에 대한 사회적

* 경북대학교 법과대학 법학부 교수, 법학박사

1) 여성부가 2001년에 제주도를 제외한 전국의 20세 이상 일반인 1208명의 성인남녀(5월

무감각은 인터넷 등 통신·정보매체의 발달과 함께 성착취형 성매매가 일반에게 빠르게 확산되는 것을 부추기고 있고, 사이버공간에서의 음란·퇴폐적인 성문화의 확산과 이에 대한 접근이 무차별적으로 제공되면서 인간을 성적 서비스를 위한 도구로 이용하려는 사회병리현상은 시민사회의 도덕성을 뿌리째 흔들 정도로 심각한 양상을 띠고 있다. 그럼에도 불구하고 현재 우리 사회는 이러한 악질적 범죄행위로부터 사회를 방어할 수 있는 충분한 수단을 가지고 있지 못한 상태이며, 사회 구성원 각자가 이러한 범죄의 위협으로부터 해방되어 있지 못한 상황이다.

특히 최근에는 인터넷의 대중화와 정보통신기술의 발달로 인터넷이나 정보통신을 이용한 성매매 내지 성매매알선인 사이버 성매매가 심각한 사회문제로 대두되고 있는데, 커뮤니티 사이트, 음성 및 화상채팅, 메신저 프로그램, 모바일(휴대폰), 전자우편 등을 이용한 개인간의 성매매나 조직적인 성매매알선 등 그 유형과 방법은 매우 다양하게 이루어지고 있는 실정이다. 이러한 새로운 형태의 성착취형 성매매가 불특정 다수인을 상대로 급속하고 광범위하게 퍼지고 있다.

지난 2000.9. 발생한 군산시 대명동 윤락가(속칭 '쉬파리골목') 화재사건[2]과 2002.1. 14명이 사망한 군산시 개복동 대가유흥주점 화재사건에서

28일부터 6월 1일까지 조사)와 법조계와 학계 등 6개 집단 전문가 320명(6월 1일부터 6월 11일까지 조사)을 대상으로 실시한 의식조사에서도 현재 윤락행위가 법으로 금지되어 있음에도 불구하고 우리 사회에서 윤락행위가 근절되지 않는 이유에 대하여 일반인 25.9%/전문가 51.9%가 윤락행위를 당연시하는 남성중심의 문화 때문이라고 응답했다. 윤락행위의 처벌이나 단속이 엄격히 지켜지지 않기 때문이라는 의견은 일반인 36.5%/전문가 21.9%, 윤락여성에 대한 정부의 사회복지대책 미흡이라는 의견이 일반인 21.9%/전문가 10.0%, 여성이 취업할 수 있는 기회가 제한되어 있기 때문이라는 의견이 일반인 11.4%/전문가 9.7%였다(여성부, 성매매 관련 국민의식 조사, 2001.6, 6면, 14면, 35면 내지 37면 ; 성매매 관련 전문가의식 조사, 2001.6, 5면, 6면, 15면, 16면, 47면). 조사자료는 여성부 인터넷 홈페이지(http://www.moge.go.kr) 자료실/공개자료실, 14번 참조.

2) 2001.2.7. 제1심인 전주지방법원 군산지원은 윤락업주들 2명에 대해서는 중과실치사, 윤락행위등방지법위반, 감금, 부당이득 등의 범죄사실로 징역 3년과 4년을 선고, 피해여성들을 윤락업소에 팔아넘긴 3명에 대해서는 윤락행위등방지법위반과 방조혐의로 각

성매매알선업주들에게 감금당한 채 잔혹하게 성적 착취를 당해 오던 피해 여성들의 죽음, 그리고 최근에 보도된 기지촌주변 외국인여성들의 성적 착취를 위한 인신매매는[3] 성적 착취행위가 이제 더 이상 여성이나 성도덕의 문제가 아니라 인간으로서의 존엄성과 가치를 침해하는 중대한 범죄행위임을 깨닫게 해주고 있다.[4]

본 논문는 성적 착취행위와 성착취형 인신매매의 문제를 性別(Gender) 또는 性(Sexuality), 성도덕(Sexual Morality)의 관점이 아닌 인권(Human Right)의 시각에서 그 예방과 통제를 위하여 그 동안 행해져 온 정책적 노력들을 살펴본 후(Ⅱ), 이에 대한 현행 형사사법적 대응실태와 그 문제점들을 검토해 봄으로써(Ⅲ) 효과적(Effectiveness)이고 효율적인(Efficiency) 형사사법적 개선방안을 모색하고자 한다(Ⅳ).

각 징역 8월에서 1년 6월 및 집행유예 2년을 선고했다. 특히 화재로 사망한 5명 중 3명의 유족들이 원고가 되어 포주들과 함께 직무를 유기한 경찰과 공무원들이 책임을 물어 대한민국 및 군산시를 공동불법행위자로 피고로 하여 2000.10.26. 서울지방법원에 9억원의 손해배상청구소송을 제기하였으며, 법원은 2002.7.4. 선고 2000 가합 79417 판결에서 최초로 성적 착취행위의 대상인 된 여성들의 인권보호를 외면한 경찰의 직무유기에 대해 국가배상책임을 인정하였다. 국가배상책임의 범위는 사망전의 감금과 성적 착취행위의 강요 부분에 대한 국가의 직무유기를 인정하여 피해자 1인당 2200만원에서 2300만원 정도의 위자료 책임을 인정하고 사망에 대해서는 상당인과관계가 없다고 하여 이를 인정하지 않았다. 이 소송은 현재 원고와 피고 쌍방이 항소하여 항소심에 계류 중에 있다. 이 사건 손해배상청구소송에 대한 자세한 내용은 배금자, "대명동 손배소송 판결로 본 성매매에 대한 국가책임 및 과제", 한국여성단체연합 긴급토론회(「한국 정부의 성매매방지대책 어디까지 왔나」, 2002.7.15) 자료집, 1면 내지 39면 참조.

3) 기지촌으로 인신매매된 외국인여성의 실태에 대해서는 김현선, "미군 기지촌의 국가간 인신매매와 성매매의 실태", 미군 기지촌 성매매 실태와 성적 인신매매 근절을 위한 원탁토론회(2002.8.29) 자료집, 3면 내지 13면 ; 이금연, "외국인 여성의 인신매매의 실태와 해결방안", 같은 자료집, 25면 내지 28면.

4) "인신매매금지 및 타인의 매춘행위에 의한 착취금지에 관한 협약"(Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others)도 그 전문(Preamble)에서 "매춘행위와 매춘을 목적으로 하는 인신매매에 수반하는 해독은 인간의 존엄성과 가치(the dignity and worth of the human person)에 부합하지 않으며 또한 개인과 가정 및 공동사회의 복지를 위태롭게 한다"라고 선언하고 있다.

Ⅱ. 성적 착취행위 및 성착취형 인신매매에 대한 정책적 노력

1. 성적 착취행위의 개념 정의

성적 착취행위가 어느 정도로 광범위하게 행해지고 있으며, 이에 대한 예방과 통제 및 피해자보호를 위한 법적·정책적인 대안이 무엇인가를 논의하기 위한 전제로 경제적 이익을 목적으로 인간의 성이 상품화되어 성적 서비스의 도구로 자행되는 형태를 어떻게 개념정의하고 어느 범주까지 포섭할 것인가에 대한 논의가 선행되어야 한다고 본다.

현행 윤락행위등방지법에서 규정하고 있는 윤락행위의 개념을 살펴보면 제1조는 “이 법은 선량한 풍속을 해치는 윤락행위를 방지하고 윤락행위를 하거나 할 우려가 있는 자를 선도함을 목적으로 한다”고 하고, 제2조 제1호에서 “윤락행위라 함은 불특정인을 상대로 하여 금품 기타 재산상의 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 성행위를 하는 것을 말한다”라고 규정하고 있는 바, 여기서의 윤락행위란 “불특정인을 상대로 하여 금품 기타 재산상의 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 성행위를 함으로써 선량한 풍속을 해치는 행위”라고 개념지울 수 있다. 그러나 이 용어 또한 지극히 성도덕적인 개념으로, 인간의 권리로 이 문제를 바라보기에는 적절하지 못한 것 같다. 이와는 달리 성매매알선등행위의 처벌을 강화하고 성매매피해자의 사회복귀를 지원하기 위하여 2002.9.11. 86인의 국회의원이 발의한 「성매매알선등행위의처벌및방지에관한법률안」(이하 “성매매방지법안”이라 한다)[5] 제2조 제1호는 “성매매행위라 함은 금품 그 밖의 재산상의 이익을

5) 2001.11.26. 한국여성단체연합이 “성매매알선등범죄의처벌및방지에관한법률안”을 입법청원하였고, 이를 기초로 2002.7.25. 74인의 국회의원이 “성매매알선등행위의처벌및방지에관한법률안”을 의원입법으로 발의하였으나, 이를 철회하고 처벌과 피해자보호를 분리하여 9.11. 의안번호 1729호로 “성매매방지및피해자보호등에관한법률안”을, 의안번호

주거나 받거나 이를 약속하고 성교행위 또는 구강·항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위를 하는 것을 말한다"라고 규정하면서, 같은 조 제2호에서 "성매매알선등행위라 함은 성매매행위를 알선·권유·유인하는 행위, 성매매행위의 장소를 제공하는 행위, 성매매행위에 제공되는 사실을 알면서 자금, 토지, 건물을 제공하는 행위 또는 성을 파는 행위를 하게 할 목적으로 성을 파는 행위를 하려는 자를 고용 또는 관리하는 행위, 성매매 행위자에게 금품 그 밖의 재산상의 이익을 요구하거나 받거나 또는 받을 것을 약속하는 행위를 하는 것을 말한다"고 규정하고 있다. 이와 같이 성매매방지법안에서는 성매매행위와 성매매알선등행위를 포괄하는 용어는 사용하지 않고 있다.

이와는 달리 2002.9. 청소년보호위원회가 입법예고한 「청소년의성보호에관한법률개정법률안」(이하 "청소년성보호법안"이라 한다)[6] 제1조는 "이 법은 청소년의 성을 사거나 이를 알선하는 행위, 청소년을 이용하여 음란물을 제작·배포하는 행위 및 청소년에 대한 성폭력행위 등 청소년에 대한 성적 착취·학대행위로부터 청소년을 보호·구제하여 이들의 인권을 보장하고 건전한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 한다"라고 하여 성을 사거나 이를 알선하는 행위, 청소년을 이용하여 음란물을 제작·배포하는 행위 및 성폭력행위 등을 성적 착취·학대행위로 규정하고 있다.

개념의 포괄범위 뿐만 아니라 법령상 용어의 통일이라는 점에서 청소년성보호법안에서 규정하는 성적 착취행위(sexual exploitation)라는 용어가 적절하다고 보여지며,[7] 이러한 성적 착취행위를 목적으로 인신을 매매하

제1730호로 "성매매알선등행위의처벌및방지에관한법률안"을 의원입법으로 발의하여 전자는 여성위원회에 회부되어 10.24. 상정되었고, 후자는 법제사법위원회에 회부되어 있는 상태다. 양 법안의 내용과 검토보고서는 국회 인터넷 홈페이지 의안정보(http://search.assembly.go.kr/bill) 최근접수의안 161729, 161730 참조.

6) 청소년보호위원회 인터넷 홈페이지 새소식 117번(http://www.youth.go.kr/main_board/news_detail.asp?id=177) 참조.

7) "Victims of Trafficking and Violence Protection Act 2000"으로 불리워지는 미국의

는 행위를 성착취형 인신매매라고 하는 것이 바람직하지 않나 싶다. 특히 성매매방지법안에서 사용하고 있는 "성을 파는 행위"라는 용어에는 자발성의 의미가 들어 있을 뿐 아니라, 성적 서비스의 도구로 성을 상품화하는 듯한 인식을 줄 수 있다는 점에서 여기에 대해서는 성매매방지법안의 검토과정에서 충분한 논의가 있어야 될 것으로 본다.[8)]

성적 착취행위는 그 현실형태에 따라 알선이나 장소제공 등과 같이 제3자가 개입하는 형태(개입형 성적 착취행위)와 성을 사는 자와 성을 사는 행위의 상대방이 되는 자간의 성적 착취행위(비개입형 성적 착취행위)로 나누어 볼 수 있으며, 형식적인 면에서 볼 때 자발적으로 성을 사는 행위의 상대방이 되는 경우와 강요나 기망 또는 위협 등으로 인하여[9)] 비자발

「Public law 106-386」의 Sec.102 (b)(2)와 「인신매매금지 및 타인의 매춘행위에 의한 착취금지에 관한 협약」(Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others) 표제와 제1조 2. 및 「여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약」(Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women) 제6조, 그리고 「아동의 권리에 관한 협약」(Convention on the Rights of the Child) 제34조에서도 성착취 또는 매춘착취(exploition of the prostitution)라는 개념을 사용하고 있다. 다만 성적 착취행위유형 중 성폭력범죄에 대해서는 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률에서 규정하고 있는 바(제2조 제1항), 여기서의 성적 착취행위는 성폭력범죄를 제외한 형태를 의미한다. 그러나 사회적 현상이나 행위를 잘 표현할 수 있고 청소년의성보호에관한법률과 마찬가지로 성교행위 뿐만 아니라 유사성교행위도 처벌의 범위에 포함하려면 "성매매"라는 용어를 사용하는 것이 바람직하다는 견해로 법무부/여성부, 성매매방지대책연구[법무부 인터넷 홈페이지(http://www.moj.go.kr) 여성포럼/여성관련자료, 21번], 2001.11, 39면. 성매매의 용어가 가지는 함의에 대해서는 이호중, "성매매방지법안에 대한 비판적 고찰", 2002년도 한국형사정책학회 추계학술대회 발표문, 2002.9.28, 5면.

8) 성매매방지법안의 '법안의 제명'과 '성매매 관련 용어의 정의'에 대한 검토는 박숙자, "성매매방지및피해자보호등에관한법률안, 성매매알선등행위의처벌및방지에관한법률안에 대한 검토보고서", 13면 내지 15면.

9) "Victims of Trafficking and Violence Protection Act 2000" Sec.103 (8)은 "인신매매의 가혹한 형태의 유형"을 "(a) 폭력, 기망, 강요에 의한 상업적 성행위(commercial sex act) 또는 상업적 성행위를 하도록 권유받은 자가 18세 미만인 경우의 성매매(sex trafficking), (b) 비자발적인 예속상태(involuntary servitude), 빚을 갚기 위한 노역 제공, 채무 예속 또는 노예상태로 예속시킬 목적으로 폭력, 사기, 강박을 사용하여 취업, 은닉, 이송, 일자리 제공을 하는 경우를 말한다"라고 규정하면서, Sec.103 (2) 내지 (9)에 "인신매매의 가혹한 형태의 유형"에서 사용되는 용어를 상세하게 정의하고 있다.

적으로 성을 사는 행위의 상대방이 되는 경우로 나누어 볼 수 있을 것이다. 이렇게 나누어 보는 것은 '자발적'이라는 의미를 어떻게 해석하느냐, 즉 '임의적이고 자유로운 상태에서 본인의 의사결정에 따른 선택과 포기'라고 해석하는데도 이견이 있을 수 있으나[10] 성적 착취행위의 형태 중 어디까지 처벌할 것인가와 관련된다. 다시 말하면 처벌의 범주와 관련하여 모든 성적 착취행위형태를 처벌하는 전면금지주의를 취할 것이지 아니면 비자발적 개입형에 대해서만 처벌함으로써 기본적으로 당사자간의 자발적 성매매에 대해서는 처벌의 범주에서 제외하는 제한적인 규제주의를 취할 것인지와 같은 민감한 논의의 대상이 되기 때문이다.

2. 성적 착취행위의 예방과 통제를 위한 정책적 노력

성적 착취행위 중 당사자간의 형태인 자발적 비개입형은 길거리에서 뿐만 아니라 주로 사이버공간에서 약속이 이루어지기 때문에 그 실태를 파악할 수 없으나, 제3자에 의한 성적 착취행위의 알선과 더불어 장소가 제공되는 형태로 Red Zone, 퇴폐 이발소나 여관,[11] 퇴폐 안마시술소,[12] 스포

---

10) "자발성에 대해서 이야기하려면 우선 여성이 다양한 대안과 적절한 정보를 가진 상태에서 한 선택인지, 여성이 성적 착취 상황에서 자신을 통제할 수 있는지, 혹은 자발적으로 선택했다면 포기도 자발적으로 할 수 있는지에 대해 신중히 검토해야 한다. 성매매를 부추키는 사회에서 함께 사는 이들의 공평한 부담이라는 사회적 의무를 담당하여 성매매 현장여상의 탈출과 사회참여, 그리고 평등한 삶을 사회공동의 책임으로 확보해야한다는 발상의 전환이 있어야 자발성을 이야기할 수 있다. ~ 자발적인 선택이라고 보여지는 유입경로도 사회가 그들을 거리로 내몰았고 도처에 유혹의 손길이 도사리고 있다는 점에서 유도된 자발성으로 이해해야 하고, ~ 노예화하는데 자발적인 동의란 있을 수 없다"(김미령, "성적 착취고리 안에 있는 여성들의 삶과 꿈", 기독교사상 2001년 5월호, 64면, 72면). 마찬가지로 상품에 불과한 성매매 여성에 대해서는 자발성이 인정되지 않는다는 견해로, 조영희, "상품에 불과한 성매매 여성에 웬 자발성", 월간 말 통권 제193호, 102면 이하.

11) 공중위생관리법 제2조, 제3조 및 풍속영업의규제에관한법률 제2조 제2호에 의하여 행하는 영업을 말한다.

12) 의료법 제61조와 안마사에관한규칙에 의하여 행하는 영업을 말한다.

츠 마사지 또는 이미지클럽이란 이름의 간판을 내건 일부 스포츠 마사지 업소[13] 등을 들 수 있다. 제3자에 의한 성적 착취행위의 알선 형태로는 주로 룸싸롱이나 가요주점·단란주점 등의 유흥주점[14], 티켓다방,[15] 보도방, 전화방,[16] 화상대화방,[17] 노래방·비디오방·PC방,[18] 성매매알선이벤트사, 폰팅 등을 통해 이루어진다.[19]

성매매방지법안의 검토보고서에 의하면 전국 140여군데 윤락지역에 67만여명의 윤락여성이 있고, 40만개소의 유흥업소에 150만여명의 종사자가 있는 것으로 추정되고 있으며,[20] 2001년 이후 윤락행위등방지법위반사범

13) 관할 세무서에 사업자 등록만 하면 허가나 신고절차를 밟지 않고 아무 곳에서나 영업이 가능해 주택가나 학교 부근까지 진출해도 막을 수 없는 실정이며, 현재 정확한 업소현황조차 파악되지 않고 있다.

14) 식품위생법 제22조 제1항과 같은 법 시행령 제9조 제3호 및 풍속영업의규제에관한법률 제2조 제1호에 의하여 허가를 받아야 하는 영업으로, 식품위생법 제21조 제1항 제3호, 제2항과 같은 법 시행령 제7조 제8호(식품접객업) 다목과 라목에 해당하는 것을 말한다.

15) 식품위생법 제22조 제5항과 같은 법 시행령 제13조 제1항 제7호에 의하여 신고를 하여야 하는 영업으로, 같은 법 제21조 제1항 제3호, 제2항과 같은 법 시행령 제7조 제8호(식품접객업) 가목에 해당하는 것을 말한다. 청소년보호위원회의 조사결과를 보면 2002.9. 신상공개된 청소년대상 성범죄자 가운데 티겟다방 업주(37명, 33.3%)가 윤락업소 업주(12명, 12.6%)보다 더 많은 것으로 나타났고, 2002.7. 서울지검의 단속결과 티켓다방 종업원들 가운데 청소년이 70%를 차지하고 있을 정도로 티켓다방이 청소년의 성을 사는 행위의 범죄온상이 되고 있다.

16) 전기통신사업법 제2조, 제4조, 제21조에 의하여 행하는 영업을 말한다.

17) 전기통신기본법 제2조 제5호와 제20조 제4항 및 같은 법 시행규칙 제6조에 의하여 행하는 것으로, 전화회선을 사용하는 전화방과는 달리 자체 오디오시스템을 사용하여 영업하는 것을 말한다. 노래방, 비디오방, 전화방 등에 이어 화상미팅방, TV대화방, TV화상데이트 등의 간판을 내걸고 새로운 성매매와 성매매알선의 공간으로 급속히 확산되고 있는 신종 영업이다. 성을 사는 행위의 상대방인 여성들의 경우 업소에 상주하는 경우도 있으나 대부분 아르바이트 형식으로 일하고 있다고 한다. 단속기관의 입장에서는 신고대상업종이 아니기 때문에 단속할 법적 근거도 없을 뿐 아니라, 성매매의 현장을 적발하기가 어려워 업소관계자를 처벌하지 못하는 실정이라고 한다.

18) 음반·비디오물및게임물에관한법률 제2조, 제26조, 제27조 및 풍속영업의규제에관한법률 제2조 제4호에 의하여 행하는 영업을 말한다.

19) 1999년부터 2002년 7월까지의 윤락행위등방지법위반사범 현황에 대해서는 성매매방지법안 검토보고서 10면.

20) 처음으로 인신매매의 실태를 체계적으로 조사한 것으로 차종천/김억기/김은경/진수명, 인신매매의 실태에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993. 그리고 최근의 실태조사로는

이 급증하고 있고, 일부 미군 기지촌의 향락업소에서 필리핀이나 러시아 등 외국인 여성을 고용하여 성매매하고 있다는 사실이 사회문제가 되고 있는 현실을 볼 때 성매매관련법률의 재정비가 시급하다고 제시하고 있다.

2002년 경찰백서에 의하면 우리 나라의 2001년도 성폭력범죄 및 청소년에 대한 성적 착취·학대행위는 12,062건으로 전년 대비 11.4% 증가하였으며, 2000년 7월부터 청소년의성보호에관한법률이 시행되면서 2001년 6월까지 1년간 동 법률 위반사범이 2,815건이나 단속된 것으로 나타나고 있다.[21]

특히 미국 국무부는 2000.10.28. 제정된 이른바 "Victims of Trafficking and Violence Protection Act 2000"[22] Sec.104(22 U.S.C. 2151n)에 의거하여 2001.7. 작성한 "Trafficking in Presons Report"(인신매매 보고서)[23]에서 우리 나라를 최하등급인 3등급으로 평가하였다.[24] 그러나 2002.6. 작성된 "Trafficking in Presons Report"는[25] "~ 2001년 12월에 구성된 인신

새움터의 지원하에 성매매피해여성 100명에 대한 면접조사로 이루어진 전국 성매매피해여성 실태조사. 지역적인 실태조사로는 새움터, 경기도지역 성매매 실태조사 및 정책대안 연구, 2001.12 ; 대구여성회, "대구지역 성매매 실태조사", 성매매피해여성의 인권보호방안 마련을 위한 토론회(2002.10.25) 자료집, 1면 내지 78면.

21) 2002경찰백서, 경찰청, 2002.5, 96면.

22) 규정의 정식명칭은 「Public Law 106-386」로, 이 규정은 인신매매(trafficking in persons), 특히 성매매(sex trade), 노예(slavery), 비자발적 예속(involuntary servitude) 등을 척결하고 피해여성들과 아동들을 보호하며, 인신매매범들에 대한 적절하고 효과적인 처벌을 강구하고 여성에 대한 폭력을 예방하기 위한 연방 프로그램들을 위하여 제정된 것으로, "Division A-Trafficking Victims Protection Act of 2000"(22 U.S.C. 7101에서 22 U.S.C. 7110), "Division B-Violence Against Women Act of 2000", "Division C - Miscellaneous Provisions" 등 세 부분으로 구성되어 있다.

23) 이 보고서는 매년 작성하여 의회에 제출하는 것으로 PL Sec.108(22 USC 7106)에서 규정하고 있는 매매근절을 위한 최소한의 기준(minimum standards for the elimination of trafficking)인 4가지(a항)와 각 정부가 매매근절을 위해 심각하고도 지속적인 노력의 근거로 반드시 고려해야 할 7가지 영역(b항)을 기준으로 평가하여 작성된다. 2001년 보고서는 83개국을 대상으로 것으로, 캐나다와 독일 등 12개국이 1등급(Tier 1), 프랑스와 브라질 등 47개국이 2등급, 그리스와 알바니아, 터키 등 24개국이 3등급으로 분류되었다(보고서 12면). 보고서 전문은 미국 국무부 인터넷 홈페이지(http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2001) 참조.

24) Trafficking in Presons Report, July 2001, p.96.

25) 2002년 보고서는 90개국을 대상으로 것으로, 캐나다와 프랑스 및 독일 등 18개국이 1등

매매에 관한 관계대책반(The Joint Task Force on Trafficking in Persons)은 인신매매에 개입된 범죄집단이나 밀접한 활동들을 수사하는 검사들로 구성되어 있다. 운송과정과 국경이동에서 법망을 빠져나가는 도주로를 차단하기 위한 노력이 주도적으로 이루어졌다. 정부는 피해자보호 및 피해자보호를 지원하는 프로그램을 적극적으로 수행하였다. 또한 정부는 인신매매 피해자를 위한 보호시설들을 운영하는 자국의 비정부기구들을 위하여 재원을 제공해 왔다. 출입국관리국은 외국인 노동자들을 위한 지역센터들을 운영하고 있다 ; 이러한 센터들은 상담이나 의료지원 및 임금과 근로조건에 관한 분쟁에 대하여 지원하고 있다. 정부는 피해자들로 하여금 수사기관이 인신매매범들을 기소하는데 협조할 수 있도록 하였다 ; 정부는 피해자들의 프라이버시를 보호해 주며 인신매매범들의 보복으로부터 보호한다. ~"라고 하여 1년만에 우리 나라를 1등급으로 평가하였다.[26]

우리 정부는 위에서 본바와 같이 2001.7. 미국 국무부가 인신매매 보고서를 통해 우리 나라를 최하등급인 3등급 국가로 분류하자 같은 해 7월 법무부·여성부·문화관광부·노동부·외교통상부·대검창철·경찰청·출입국관리소 등 관계자들로 구성된 범정부 차원의 인신매매 대책위원회를 구성하였으며, 2002.6.25. 성매매예방을 위한 교육·홍보, 성매매단속 및 처벌의 실효성 확보, 탈매매여성 사회복귀지원 등의 내용을 담은 성매매방지 종합대책[27]을 발표한 바 있다. 또 17세에서 26세의 필리핀여성 11명이 2002.3.부

급(Tier 1), 브라질과 중국 등 53개국이 2등급, 그리스와 수단, 터키 등 19개국이 3등급으로 분류되었다(보고서 17면). 보고서 전문은 미국 국무부 인터넷 홈페이지(http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2002) 참조.

26) Trafficking in Presons Report, June 2002, p.86. 이러한 평가에 대해 일부 여성단체에서는 보고서의 내용이 사실과 다르다고 문제를 제기했고, 미 의회도 우리 여성계 관계자에게 청문회에 출석을 요청해 놓은 상태라고 한다. 한국 정부의 보고서 제출내용 및 미국 국무부의 검토과정에 있어서의 문제에 대해서는 정미례, "인신매매 방지와 피해자 보호를 위한 한국 정부의 대책에 대하여 - 미국무부 인신매매 보고서에 대한 비판적 검토", 미군 기지촌 성매매 실태와 성적 인신매매 근절을 위한 원탁토론회(2002.8.29) 자료집, 19면 내지 23면.

터 3개월간 경기도 동두천 미군기지 인근의 유흥업소에서 여권을 빼앗긴 채 감금상태에서 성매매 강요 및 착취당한 사건과 관련하여 주한 필리핀 대사관이 2002.10.16. 자국여성 11명을 대신해 업주들을 상대로 손해배상 소송을 제기하겠다고 밝힌 것을 계기로[28] 2002.1022. 기지촌 주변 등 유흥업소에서 감금된 채 성매매를 강요당한 피해여성 등이 체불임금 해결 및 민·형사소송 등 구제절차를 밟는데 필요한 체류기간 연장 등[29] 국제인신매매를 근절하기 위한 대책을 내놓은 바 있다.

법무부도 2002.1017. 연예흥행(E-6) 비자 발급심사를 강화는 내용을 골자로 하는 새비자발급 지침을 각급 해외공관에 하달하여 시행하고 있는 바, 이 지침에 따르면 연예인 자격을 갖고 한국 취업을 목적으로 E-6 비자를 신청한 외국 여성들은 반드시 자국 소재 한국 공관에서 인터뷰를 받도록 의무화하였다.[30]

---

27) 자세한 내용은 여성부 인터넷 홈페이지 홍보마당/보도자료 401번 참조. 성매매방지 종합대책에 대한 검토 및 제언에 대해서는 이강실, "한국 정부의 성매매 방지정책에 대한 검토 및 제언", 한국여성단체연합 긴급토론회(「한국 정부의 성매매방지대책 어디까지 왔나」, 2002.7.15) 자료집, 67면-77면.

28) 손해배상 청구액은 1인당 2000만원씩 2억 2000만원이며, 필리핀 정부가 변호사비용과 인지대 등 소송비용을 지원하기로 했다고 한다.

29) 성적 착취행위를 당하는 외국인여성들의 대부분이 불법으로 입국하거나 체류하는 경우로 업주들은 이를 악용하여 신고해서 추방시키겠다는 등의 협박을 가하면서 약속한 임금도 지불하지 않고 성적 착취행위를 일삼는 것을 근절하기 위한 방안의 하나다. 이와 관련하여 미국의 경우 "Victims of Trafficking and Violence Protection Act 2000" Sec.107(22 U.S.C. 7105) (d)(4)는 이민법[The Immigration and Nationality Act (8 U.S.C. 1101)] Sec.101 수정조항으로 이른바 "T" 비자와 관련한 법무장관의 책무를 규정하고 있는데, T 비자란 인신매매범들이 매춘과 강제노동을 당한 외국인 여성들이나 아동들에 대하여 불법으로 입국했다는 이유로 추방하는 등의 보복을 할 수 없도록 하며 피해자가 미국내에서 소송을 할 수 있도록 마련된 반영주권에 해당하는 것이다. T 비자와 관련하여 애쉬크로프트 법무장관은 올해 1월 24일 인신매매 피해 외국인에 대하여 미국 입국을 허용하는 비자를 발급하는 한편 3년 동안 미국에 체류할 수 있도록 허용하고 그 후 영주권 신청과 함께 합법적인 구직이 가능하도록 하는 새로운 비자발급계획을 발표한 바 있는데, 앞으로 성적 착취를 당했거나 성착취로 인신매매된 외국인여성들에 대한 보호방안을 수립하는데 참고가 될 수 있을 것이다.

30) 필리핀여성 11명도 자국에서 연예자격을 갖고 출국하기 어렵게되자 2002.3. 전후로 태국 방콕으로 건너가 현지 우리 공관에서 E-6 비자를 발급받아 입국한 것으로 드러났으

또한 실태에 대한 정확한 조사를 기초로 효과적인 방지대책을 수립하기 위하여 정부차원에서는 처음으로 여성부가 2001.11. 보건사회연구원에 용역을 맡겨 서울·부산·대구·인천·광주·대전 등 6대 도시의 매춘여성 1655명을 대상으로 성매매 실태에 대한 조사를 벌였다. 2002년에는 산업형 성매매를 중심으로 성산업 규모 및 성매매실태에 관한 전국조사를 실시하고 있으며,[31] 2003년에 국제인권기구인 국제이주기구(IOM) 한국사무소와 공동으로 국내 외국인 성매매여성의 규모와 분포 및 유입경로와 인권실태 등 국내 외국인 여성 성매매에 대한 실태조사를 벌일 것이라고 한다.[32] 그리고 성폭력 등을 상담·신고하는 여성 긴급전화인 1366과 성매매 현장 상담소(서울, 경기, 전북에 각 1개소) 및 외국인 여성보호시설(서울, 경기 지역에 각 1개소)에 2002.11.부터 영어와 러시아어 동시통역시스템을 도입·운영하기로 했다.[33] 나아가 여성부는 제2차 여성정책기본계획시안에서 2003년~2007년 정부가 추진할 여성정책의 추진방향과 정책과제 중의 하나로 성매매의 위해성에 대한 교육·홍보를 통한 인식제고, 성매매업소에서 벗어난 여성들의 사회복귀지원강화, 성매매범죄의 단속 및 처벌의 강화, 성매매 관련법·제도의 정비를 통한 효과적인 성매매방지대책의 추진을 제

며, 국제이주기구 한국사무소도 2002.9. 제네바 본부에 보고한 필리핀여성 11명에 대한 조사보고서에서 "국제인신매매 조직들이 필리핀과 러시아여성 등을 일단 태국으로 데리고 나가 현지 한국 공관에서 손쉽게 비자를 받아 한국으로 보내고 있다"고 지적한 바 있다. 이 보고서에는 윤락 없이 엔터테이너로 일하며 월 480달러를 벌 수 있다는 불법 송출업자의 말에 속아 입국한 피해여성이 2002.3.30.부터 6.17.까지 쓴 일기가 참고자료로 수록되어 있는데, 일기에는 업소에서 당한 감금·윤락강요 등의 실상이 생생하게 담겨 있다.

31) 여성부는 성산업 규모 및 성매매의 실태에 대한 전국조사를 수행할 연구기관으로 한국형사정책연구원을 선정하고 2002.4.부터 성매매실태에 대한 전국조사에 들어갔다. 이 실태조사는 성매매방지 종합대책수립 일환으로 추진되는 것으로, 이번 조사를 통해 성매매 관련 산업의 내용과 범위, 규모에 대한 기초적인 자료를 구축하고, 성매매시장에 대한 구조분석 및 대응정책을 개발하며, 특히 이후 주기적인 성산업 및 성매매 역학조사를 위해 조사방법론과 추정모델 및 지표를 개발하는데 역점을 둘 것이라고 한다(여성부 인터넷 홈페이지 홍보마당/보도자료 351번 참조).

32) 여성부 인터넷 홈페이지 공지사항 152번 참조.

33) 여성부 인터넷 홈페이지 홍보마당/보도자료 447번 참조.

시하고 있다.[34]

Ⅲ. 성적 착취행위 및 성착취형 인신매매에 대한 형사법적 대응실태

성적 착취행위 및 성착취형 인신매매를 근절하고 피해자를 보호하기 위한 형사사법적 대응은 크게 입법적 대응과 법집행상의 대응으로 나누어 볼 수 있다. 아래에서는 먼저 입법적 대응으로 현행 관련법규정들의 내용을 살펴본 다음, 법집행상의 대응과 관련하여 수사와 재판과정에서의 대응실태와 이에 대한 개선방안을 함께 제시해보고자 한다.

1. 입법적 대응실태

현행 법체계상 성매매와 관련된 법률은 1961년 제정된 윤락행위등방지법과 청소년의 성매매와 관련한 청소년의성보호에관한법률을 중심으로 성매매여성의 보호 및 성매매업소에 대한 단속 등과 관련한 풍속영업 단속관련법규, 여성취업관련법규, 사회복지관련법규로 이루어져 있다. 이러한 법체계하에서 성을 사는 자와 성을 사는 행위의 상대방이 된 자 및 이를 알선한 자 모두를 처벌함으로써 성매매에 대한 전면적 금지주의를 채택하고 있다.[35]

---

34) 자세한 내용은 제2차 여성정책기본계획시안(여성부 인터넷 홈페이지 홍보마당/보도자료, 434번 참조), 109면 내지 111면.

35) 성적 착위행위와 성착취형 인신매매를 척결하기 위한 국제협약으로는 “인신매매금지 및 타인의 매춘행위에 의한 착취금지를 위한 협약”과 “여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약”이 있다. 그리고 국가간 조직범죄에 대한 UN협약을 보충하는, 2000.11. 에 UN 사무총장에 의해 채택된 인신매매, 특히 여성과 아동매매에 대한 예방, 금지, 처벌에 관한 UN 의정서(The UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Tra-

아래에서는 성적 착취행위를 처벌하고 통제하는 규정과, 성적 착취행위 단속기관을 통제하는 규정으로 나누어 성적 착취행위에 대한 현행 형사사법적 대응을 살펴보기로 한다.

가. 성적 착취행위 처벌과 통제에 관한 규정

1) 성폭력을 처벌하는 규정

먼저 성적 착취행위의 가장 중한 형태인 성적 의사결정의 자유를 침해하는 성폭력행위를 처벌하는 규정으로 형법 제297조의 강간죄, 제298조의 강제추행죄, 제302조의 미성년자등에 대한 간음죄, 제303조의 업무상위력 등에 의한 간음죄 등과, 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제5조의 특수강도강간등죄, 제6조의 특수강간등죄, 제8조의2의 13세미만의 미성년자에 대한 강간·강제추행등죄, 제11조의 업무상 위력등에 의한 추행죄, 제13조의 공중밀집장소에서의 추행죄, 제14조의 통신매체이용음란죄, 제14조의2의 카메라등 이용촬영죄 등 및 청소년의성보호에관한법률 제10조의 청소년에 대한 강간·강제추행죄에 대한 처벌규정을 두고 있다.

2) 성매매 자체를 처벌하는 규정

윤락행위등방지법 제4조 제1호 및 제26조 제3항은 성을 사는 행위의 상대방이 되는 것이 자발적이건 비개입적이건 성을 사는 행위와 성을 사는 행위의 상대방이 되는 행위 모두를 금지하면서 이들 행위자 쌍방을 1년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처하고 있다. 이

---

fficking in Persons, Especially Women and Children)는 국제적 협력을 증진하는 새로운 수단이다. 이 의정서에 서명·비준하는 국가는 매매를 범죄로 규정하고 피해자를 보호하며 앞으로의 매매를 예방하는데 노력해야만 한다. 2002.6. 현재 미국을 포함한 105개국이 의정서에 서명한 상태다.

규정에 의하여 우리나라는 성적 착취행위에 대해서는 전면적 금지주의를 표방하고 있다 할 것이다.

참고로 이와 같이 윤락행위등방지법상 윤락행위가 전면적으로 금지되어 있을 뿐 아니라 성을 사는 행위를 한 자와 그 상대방이 된 자 쌍방 모두를 처벌하고 있다는 사실을 일반인이 제대로 인지하고 있느냐와 관련하여 여성부가 2001년에 실시한 국민/전문가의식 조사내용을 보면 일반인 응답자 중 58.7%가 성매매 금지주의를 인지하고 있었다. 쌍방처벌에 대해서는 일반인 응답자 중 71.2%가, 전문가 응답자 중 72.5%가 제대로 인지하고 있는 것으로 나타났다. 그리고 지금과 같이 윤락행위의 상대남성을 처벌하는 것이 윤락행위 감소에 도움이 된다는 일반인의 의견이 70.1%, 윤락여성을 처벌하는 것이 윤락행위 감소에 도움이 된다는 의견이 65.8%로 조사되었다. 윤락행위등방지법에 대한 개정방향과 관련해서는 성매매를 지금처럼 전면적으로 금지해야 한다는 의견이 일반인 56.5%/전문가 48.4%, 부분적으로만 금지해야 한다는 의견이 일반인 36.6%/전문가 40.6%, 금지하지 않는다는 의견은 일반인 5.9%/전문가 10.0%였다. 성매매 감소를 위한 효과적인 처벌 방안과 관련하여 윤락행위를 한 상대남성과 윤락여성 중 누구에 대한 처벌을 보다 강화해야 한다고 생각하느냐의 질문에 대해서는 쌍방 모두 동일하게 처벌해야 한다는 의견이 일반인 66.6%/전문가 68.1%, 윤락행위를 한 상대남성에 대한 처벌 강화가 일반인 25.9%/전문가 26.7%, 윤락여성에 대한 처벌 강화가 일반인 7.1%/전문가 3.5%로 나타났다.[36]

3) 성적 착취행위를 위해 인신매매하는 행위를 처벌하는 규정

이에 대한 규정으로는 형법 제288조 제1항의 영리등을 위한 약취·유인

36) 여성부, 성매매 관련 국민의식 조사, 5면 내지 9면, 13면 내지 21면, 29면 내지 48면 ; 성매매 관련 전문가의식 조사, 5면 내지 8면, 13면 내지 26면, 46면 내지 52면.

죄, 같은 조 제2항의 추업에 사용할 목적으로 부녀를 매매한 자에 대한 부녀매매죄, 제289조의 국외이송을 위한 약취·유인·매매죄, 제292조 제1항의 약취·유인·매매된 자의 수수·은닉죄가 있으며, 대상이 청소년인 경우에는 청소년의성보호에관한법률 제9조에 의한 처벌규정을 두고 있다.

특히 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의2 제4항은 형법 제288조·제289조 또는 제292조 제1항의 죄를 범한 자를 무기 또는 5년 이상으로 가중처벌하고 있다. 따라서 성착취형 인신매매에 가담하여[37] 성적 착취행위의 알선업주에게 소개료 명목 등의 돈을 받고 넘겨주는 직업소개업자 또는 중간매개자와 이를 넘겨받는 성적 착취행위의 알선업주 모두 특정범죄가중처벌등에관한법률 5조의2 제4항 위반으로 처벌된다. 이와 같이 성착취형 인신매매에 대해서는 성적 착취행위의 알선이나 장소제공 등과는 달리 현행법상으로도 무기 또는 5년이상으로 처벌할 수 있기 때문에 처벌이 약해서 근절되지 않는 것은 아니다.

그리고 직업안정법 제46조는 폭행이나 협박 등 불법한 수단으로 직업소개 등을 한 자와 공중위생 또는 공중도덕상 유해한 업무에 취직하게 할 목적으로 직업소개・근로자모집 또는 근로자공급을 한 자에 대한 처벌규정을 두고 있다.

4) 성적 착취행위를 강요하는 행위를 처벌하는 규정

성적 착취행위를 강요함으로써 성을 사는 행위의 상대방이 되게 하는 행위를 규율하는 규정으로는 형법 제257조의 상해죄, 제258조의 중상해죄, 제260조의 폭행죄, 제261조의 특수폭행죄, 제276조 제1항의 체포·감금죄,

37) 가담하는 형태는 대부분 형법 제288조 제1항에서 열거하고 있는 영리의 목적으로 약취 또는 유인하는 것으로, 이것만으로 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의 제4항 위반으로 무기 또는 5년 이상에 처해질 수 있다.

제277조 제1항의 중체포·감금죄, 제278조의 특수체포·감금죄, 제283조 제1항의 협박죄, 제284조의 특수협박죄, 제324조의 강요죄, 제326조의 중권리행사방해죄 등이 있고, 윤락행위등방지법 제4조 제3호 및 제24조의 윤락행위강요등죄와, 청소년의성보호에관한법률 제6조 제1항 제1호 내지 제3호에 의한 처벌 및 폭력행위등처벌에관한법률 제2조·제3조의 폭행등죄를 두고 있다.

5) 성매매를 알선하거나 장소를 제공하는 행위를 처벌하는 규정

성적 착취행위알선행위에 대한 처벌규정으로 형법 제242조의 음행매개죄, 윤락행위등방지법 제4조 제3호·제4호 및 제25조의 윤락행위알선·장소제공등죄, 풍속영업의규제에관한법률 제3조 제1호와 10조에 의한 처벌, 음반·비디오물및게임물에관한법률 제32조 제7호 및 제50조에 의한 처벌, 청소년의성보호에관한법률 제6조 제1항 제4호 및 제7조에 의한 처벌 등이 있다.

6) 성매매를 알선하는 행위를 통제하는 규정

성적 착취행위를 알선하는 행위를 처벌하면서 동시에 이를 예방하기 위한 통제방안으로 윤락행위등방지법 제20조의 불법원인으로 인한 채권무효, 제4조 제5호 및 제24조 제2항에 의한 대가처벌, 청소년의성보호에관한법률 제6조 제2항에 의한 대가처벌, 직업안정법 제34조 제1항 및 제47조 제5호의 허위구인광고등죄, 여신전문금융업법 제19조 제4항 제3호와 제70조 제2항 제4호에 의한 처벌규정 등을 두고 있다. 특히 윤락행위등방지법 제20조에 의하여 성적 착취행위의 상대방이 된 자가 알선행위자 등에게 진 채무

에 대해서는 사안에 따라 사기죄가 성립하지 않는다.[38]

7) 성매매 알선으로 인하여 취득한 금전 등에 대한 규제규정

성매매 알선으로 인하여 취득한 금전 등에 대한 규제를 통하여 알선행위를 근절하기 위한규정으로 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률 제2조 제2호 내지 제4호[39] 및 제4조에 의한 범죄수익등수수죄와, 제8조에 의한 범죄수익등의 몰수 및 제10조에 추징, 제11조의 국제공조에 관한 규정을 두고 있고, 일반적으로 행해지고 있는 바와 같이 알선행위자가 성매매된 자와 사이에 성매매된 자가 받은 금원을 알선행위자가 보관하였다가 분배하기로 약정하고도 보관중인 금원을 임의로 소비하거나 반환을 거부한 경우에 판례는 횡령죄로 규율하고 있다.[40]

---

38) 피고인(37세, 주부)이 사실은 선불금을 받고도 주점 종업원으로 일할 의사나 능력이 없음에도 불구하고, A 직업소개소에서 피해자에게 자신이 전에 일하던 B 레스토랑 주점의 업주에게 진 선불금 채무를 대신 갚아주면 피해자가 경영하는 주점에서 3개월간 일하여 주겠다고 거짓말하여, 이에 속은 피해자로 하여금 위 B 레스토랑 주점의 업주에게 선불금 명목으로 1,610만원을 위 직업소개소를 통하여 교부하게 하여 이를 편취하였다는 공소사실에 대하여 제1심인 서울지방법원 서부지원이 사기죄가 성립한다고 하여 피고인에게 징역 6월에 집행유예 2년을 선고하였고(2001.6.13. 선고 99고단457 판결), 이에 피고인이 항소하여 항소심인 서울지방법원에서 무죄가 선고되자(2002.1.16. 선고 2001노5491 판결) 검사가 상고한 사안에서, 대법원은 민법 제103조와 윤락행위등방지법 제20조에 의한 불법채권무효의 법리를 적용하지는 않았으나 "피고인이 피해자 운영의 주점으로 일터를 옮기게 된 경위는 피고인의 의사가 배제된 가운데 유흥업소 주인들 사이의 협의에 의하여 임의로 정해진 것이고, 당시 피고인으로서는 그와 같은 방식에 의해 일터를 옮기는 것을 거절할 수 있는 지위나 형편에 있지도 않았다고 보여지므로 이러한 사정 아래에서 피고인이 피해자를 기망하여 금원을 편취하였다고 보기 어렵고, 달리 이 사건 공소사실을 인정할 만한 충분한 증거가 없다"는 이유로 상고를 기각하였다(2002.5.31. 선고 2002도491 판결).

39) 2002.10.30. 28명의 국회의원이 발의하여 법제사법위원회에 계류중인 개정법률안(의안번호 1922호)에 의하면 자금세탁의 전제가 되는 특정범죄의 범위를 확대하여 형법상 뇌물공여죄(제133조), 사기죄(제347조 내지 제348조의2), 사기·공갈의 상습범(제351조), 횡령·배임죄(제355조 내지 제357조 및 제359조) 등을 추가하였다.

40) 대법원 1999.9.17. 선고 98도2036 판결.

8) 성을 매수하는 자에 대한 통제

성을 매수하는 자, 즉 성매매의 수요를 차단하기 위한 방안으로 윤락행위등방지법 제4조 제2호 및 제26조 제3항에 의한 처벌과 청소년의성보호에관한법률 제5조에 의한 처벌규정을 두고 있으며, 성을 매수하는 자가 성을 매수하는 조건으로 지급하기로 한 금원을 지급하지 않은 경우에 대법원은 이를 형법 제347조 사기죄로 규율하고 있다.[41] 따라서 이 판례에 의하면 비록 사기죄의 성립 여부와 민사상의 청구권이 별개로 검토되어야 하지만, 독일의 매춘법(Prostitutionsgesetz)[42] 제1조 제1항과 같이 성을 매수한 자가 사전에 약속하고도 지급하지 아니한 금원에 대하여 민사상 청구할 수 있느냐가 논의될 수 있을 것이다.

9) 선량한 성풍속(성도덕) 관련규정

현행법상으로는 성적 착취행위와는 직접적 관련은 없으나 여성이나 인간의 권리가 아닌 선량한 성도덕을 보호하기 위한 것으로 형법 제241조의 간통죄, 제243조의 음화반포등죄, 제244조의 음화제조등죄, 제245조의 공연음란죄, 정보통신망이용촉진및정보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호에 의한 음란화상등을 처벌하는 규정을 두고 있다. 그러나 성적 착취행위에 청소년성보호법개정안 제2조 제2조와 같이 “자위행위” 또는 “성기 등 신체의 전부 또는 일부의 노출행위”를 추가하여 비접촉성행위까지를 포괄하게 되면 이러한 행위들 중 일부가 성적 착취행위로 규율할 수 있을 것이다.

---

41) 대법원 2001.10.23. 선고 2001도2991 판결.

42) Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostitution(매춘의 법률관계 규율에 관한 법률, 2002.1.1. 시행). 입법이유와 내용에 대해서는 http://www.lustgarten.de/hydra/recht/gesetz.htm.

나. 성매매 단속기관에 대한 통제규정

성적 착취행위의 근절과 예방을 위해 이러한 행위를 단속하고 소추하는 권한을 가진 수사기관이 적극적인 수사의지를 가지고 이에 대응하게끔 형법 제122조의 직무유기죄, 제129조의 수뢰죄, 제131조의 수뢰후 부정처사죄, 제133조의 뇌물공여등죄의 처벌규정과, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제2조에 의한 뇌물죄의 가중처벌규정을 두고 있다. 그리고 윤락행위등방지법 제5조에서 규정하고 있는 윤락행위의 방지를 위한 국가등의 책임을 근거로 국가배상책임이 적극적으로 인정되어야 한다.

2. 수사와 재판과정상의 대응실태와 개선방안

가. 먼저 현행 윤락행위등방지법은 “윤락행위”, 즉 불특정인을 상대로 하여 금품 기타 재산상의 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 “성행위를 하는” 것을 전제로 성을 사는 행위의 상대방이 된 자 또는 이를 알선하거나 장소를 제공한 자 등을 처벌하고 있다. 따라서 수사실무에서 성적 착취행위를 단속을 함에 있어 가장 어려운 점은 윤락행위 현장을 적발하거나 성매매된 자의 고소나 신고 등 진술에 의존할 수밖에 없다는 점이다. 따라서 수사기관은 소극적으로 실태파악 정도의 관리가 아니라 수시단속을 위주로 하면서, 비자발적 개입형으로 성매매된 자의 신고나 고소를 유도할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 할 것이다.

나. 그리고 무엇보다도 성을 사는 행위의 상대방인 여성이 성매매알선업주로부터 벗어나지 못하는 가장 큰 이유는 취업조건인 소개비 등의 명목과 선불금으로 받은 것으로 작성한 현대판 노예문서인 차용증 또는 지

불각서와 더불어 아무리 노력해도 이를 갚을 수 없을 정도로 빚이 불어나는 성매매알선업주들의 구조적 착취에 있다. 즉 식비, 선불금, 숙박비, 의상비, 지각비, 벌금 등 각종 명목의 채무에 발목이 잡혀 성매매알선업주의 손아귀에서 벗어나지 못하는 악순환이 계속될 수밖에 없고, 만일 비자발적 개입형으로 성을 사는 행위의 상대방이 된 자가 수입분배에 대해 다툼이 있어 채무변제를 이행하지 않는 경우, 심지어 성적 착취행위 상태를 벗어나고자 탈출하는 경우에도 성적 착취행위의 범죄자인 성매매알선업자가 오히려 차용증을 증거로 하여 사기죄로 고소하는 실정이다. 이 경우 수사기관은 채무의 원인을 조사하여 윤락행위방지법 제20조에 따라 무혐의처리하지 않고, 채무를 변제하지 않았다는 사실만으로 성적 착취행위의 대상이 된 자를 전국에 지명수배하거나 사기죄로 기소하고 처벌해 온 것이 지금까지 수사기관과 법원의 실상이다. 이렇게 되면 성적 착취행위와 이에 대한 알선 등을 금지하고 법과는 달리 형사사법기관이 무효채권의 회수를 도와줄 뿐 아니라 성매매알선업주들의 행위를 합법적 영업으로 인정해주는 셈이 된다.[43] 또한 민사법적인 측면에서도 업주 등이 차용증에 기하여 피해여성을 상대로 제기한 대여금청구소송에서 승소하는 경우도 흔히 볼 수 있다.

민법 제103조에 의하면 '선량한 풍속 기타 사회질서를 위반한 법률행위는 무효로 한다'고 규정하고 있고, 윤락행위등방지법 제20조도 '영리를 목적으로 제4조 제3호 내지 제5호의 행위를 하는 자 또는 이에 협력하는 자가 영업상 관계있는 윤락행위를 하는 자에 대하여 가지는 채권은 그 계약의 형식에 관계없이 이를 무효로 한다'라고 규정하고 있으나 성매매와 관련하여 이들 법을 적용한 사례는 거의 없으며, 성매매된 여성이 사기죄로 처벌받는 것이 관례화되어 있었던 점을 감안할 때, 성매매 피해여성의 사

43) 배금자, 앞의 논문, 27면, 35면.

회복귀를 위해서는 채권의 무효화가 무엇보다 우선적인 수단이라 할 것이다.[44] 따라서 성매매알선업주가 사기죄로 고소하면 성적 착취행위의 대상이 된 자가 부담하고 있는 채무는 무효라는 법리를 적용하여 사기죄의 구성요건요소가 구비되어 있는가의 판단에 따라 무혐의처리하고, 선불금 등과 같은 채무를 근거로 성적 착취행위를 한 성매매알선업주와 성착취형 인신매매를 한 소개업자 등을 직업안정법위반으로 기소해 처벌해야 한다.[45]

다. 또한 성매매를 알선하거나 장소를 제공하는 성매매알선업주들의 경우 대부분 신용카드 단말기를 무단으로 설치한 업소를 운영하거나 매출이상으로 거래하고 있는 바, 수사기관과 법원은 성매매알선행위를 근절하기 위하여 여신전문금융업법위반으로 처벌해야 한다.[46]

---

44) 이와 관련하여 여성부는 법무부등 관계부처와 함께 동 조항에 대한 홍보를 지속해 나가는 한편, 선불금 등 부당한 빚으로 인해 성매매를 강요당한 여성들의 피해를 구제하기 위해 2003년부터 대한법률구조공단과 함께 이들 여성에 대한 무료법률구조를 지원할 계획이라고 한다[제234회 국회(정기회) 여성위원회 국정감사(10.5) 서면답변자료(여성부 인터넷 홈페이지 알림마당/국회질의답변자료, 5번 참조), 172면].

45) 2002.5. 대구지검 상주지청은 윤락업주가 1500만원에서 1600만원의 채무를 진 성매매 피해여성 두 명에 대해 차용증을 근거로 사기죄로 고소한 사건에서 성매매 피해여성들에게 무혐의결정을 하면서 윤락업주를 폭력행위등처벌에관한법률위반(감금)과 직업안정법위반 등으로 기소하여 법원에서 징역 10월의 실형이 선고된 것은 성매매 피해여성들에 대한 법적 보호 필요성을 사회 전체에 인식시켜 준 의미있는 결정이라고 본다. 대검찰청도 2002.7. 성매매 사범 수사과정에서 성매매 종사자들이 윤락업주에 진 채무가 무효라는 사실을 쌍방에게 반드시 고지하는 등 윤락여성 보호대책을 강화한 '성매매 사범 수사 및 공판시 유의사항'이라는 지침을 검찰과 경찰 등 수사기관에 하달하였다. 대검은 이 지침을 통해 청소년성매매, 인신매매, 감금·협박 및 성매매 종사자의 채무를 이용한 윤락강요행위에 대한 엄벌을 지시하고, 단속현장에서 윤락업주와 성매매 종사자간 채권·채무관계 증서 존재 여부까지 확인토록 했다. 특히 성매매를 강요한 윤락업주와 직업소개업자 등은 끝까지 추적, 검거하는 한편 윤락행위등방지법 뿐만 아니라 감금 및 부녀매매 혐의까지 적용, 구속수사를 원칙으로 하고 공판과정에서도 최고형량을 구형하도록 유도키로 했다.

46) 2002.11.5. 서울지검 강력부는 2002.7.부터 3개월여 동안 파주시 파주읍 속칭 '용주골'에서 신용카드단말기를 무단으로 설치한 윤락업소를 운영하면서 650여차례에 걸쳐 화대를 포함해 4억8천만원 가량의 매출수익을 올린 윤락업주를 여신전문금융업법위반 등의 혐의로 구속하였다.

나아가 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률 제2조가 윤락행위등방지법상의 성적 착취행위로 인한 자금 또는 재산을 범죄수익으로 규정하고 있고, 제8조에서 이러한 범죄수익과 범죄수익에서 유래한 재산 등을 몰수할 수 있게끔 규정하고 있음에도 불구하고 검찰과 법원은 성적 착취행위로 인한 수익몰수에 대하여 미온적 태도를 취해 왔다. 비록 임의적 몰수규정이라 하더라도 성적 착취행위를 근절할 수 있는 효과적인 방법의 하나인 만큼 범죄수익을 적극적으로 몰수해야 할 것이다.

라. 현재 윤락행위등방지법위반 또는 부녀매매죄, 폭력행위등처벌에관한법률위반의 경합범으로 기소되더라도 피고인에 대하여 대부분 집행유예를 선고하면서 보호관찰·사회봉사·수강명령과 같은 보호처분을 병과하지 않고 있다.[47] 포주로 지칭되는 성적 착취행위를 알선하거나 장소를 제공하는 자와 직업소개소 등을 운영하면서 성착취형 인신매매를 일삼는 자들을 근절하기 위해서는 윤락행위등방지법위반 또는 폭력행위등처벌에관한법률위반이나 직업안정법위반 등으로 처벌할 것이 아니라, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의2 제4항을 적용하여 강력하게 처벌해야 하며, 재범방지라는 측면에서 집행유예선고시 보호처분 병과를 적극 활용할 필요가 있다.[48]

마. 왜 성적 착취행위와 성착취형 인신매매가 근절되지 않고 오히려 확

47) 1999년과 2000년의 윤락행위등방지법위반에 대한 제1심판결 현황에 대해서는 법무부/여성부, 성매매방지대책 연구, 32면.

48) 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의2 제4항의 영리약취·유인이나 부부매매에 대해서는 집행유예선고시 대부분 사회봉사를 명하고 있다{서울지방법원 2000.9.19. 선고 2000고합762 판결[특정범죄가중처벌등에관한법률위반(영리약취・유인등), 폭력행위등처벌에관한법률위반, 윤락행위등방지법위반, 도로교통법위반]; 서울지방법원 2001.2.15. 선고 2000고합1408 판결[특정범죄가중처벌등에관한법률위반(영리약취·유인등), 윤락행위등방지법위반, 사문서위조]; 서울지방법원 2002.5.31. 선고 2001고합1388, 2002고합468(병합) 판결[특정범죄가중처벌등에관한법률위반(영리약취·유인등), 폭력행위등처벌에관한법률위반, 직업안정법위반, 윤락행위등방지법위반, 부동의낙태, 감금] 등}.

산되고 있느냐에 대해서 여성부가 실시한 성매매 관련 국민/전문가의식 조사에서도 나타나듯이[49] 대다수 사람들은 법적인 문제점 뿐 아니라 우리의 성문화 · 성의식 내지 사회구조적 모순도 지적하지만, 아무리 가중처벌하는 법을 제정 · 개정하더라도 이러한 인권침해를 척결하겠다는 형사사법기관의 의지가 없거나 약하다면 이 문제는 해결할 수 없다고 보고 있다. 수사기관 나름대로 여러 가지 어려움을 토로할 수는 있고 일면 법적·제도적 장치의 미비가 문제라는 것도 수긍은 가지만 수사기관이 범죄자 내지 범죄자집단을 묵인 내지 관리해주는 시스템과 알선업주들과 수사기관의 유착비리를 없애야만 이 문제는 해결될 수 있을 것이다. 수사기관을 일방적으로 질타하고 매도하는 것으로만 받아들이기보다는 예를 들어 인권단체나 다른 기관과의 협력체계 구성이나 감찰기능의 강화 및 소방법위반 등의 적용을 통해 형사사법기관 스스로 척결의지를 확실하게 보여주는 방안들을 개발하고 시행해야 한다. 그리고 수사단계에서 알선업주들이 성적 착취행위를 하여 경제적 이익을 취했다는 사실이 확인되면 형사사법적 대응은 아니지만 범죄행위로 인한 위법소득이라 하더라도 소득세부과 대상이 되므로,[50] 관할 세무서에 통지하여 과거년도 소득분에 대하여 소득세를 부과하게끔 해야 한다.

---

49) 각주 1) 참조.

50) 과세소득은 이를 경제적 측면에서 보아 현실로 이득을 지배관리하면서 이를 향수하고 있어서 담세력이 있는 것으로 판단되면 족하고 그 소득을 얻게 된 원인관계에 대한 법률적 평가가 반드시 적법하고 유효한 것이어야 하는 것은 아니라 할 것이므로 범죄행위로 인한 위법소득이더라도 귀속자에게 환원조치가 취해지지 않은 한 이는 과세소득에 해당된다(대법원 1983.10.25. 선고 81누136 판결).

Ⅳ. 입법적 개선방안의 모색

성적 착취행위 및 성착취형 인신매매를 근절하고 피해자를 보호하기 위한 형사사법적 개선방안 중 법집행상의 문제점과 이에 대한 개선방안에 대해서는 앞에서 검토했으므로 여기서는 효과적이고 효율적인 입법적 개선방안을 제시해 보기로 한다. 다만 현재 입법적 대응의 개선방안의 하나로 성매매방지법안이 마련되어 국회에 계류 중에 있기 때문에 아래에서는 먼저 성적 착취행위의 여러 유형 중 어디까지를 처벌할 것인가에 대한 논의를 제기한 다음, 성매매방지법안의 내용과 관련하여 처벌과 보호를 분리하는 것이 바람직한 것인지, 어떻게, 어느 정도 처벌할 것인지를 중심으로 보완이나 수정할 필요가 있다고 보여지는 점들에 대하여 검토하기로 한다.

1. 어디까지 처벌할 것인가? (처벌의 범주)

가. 현재 성적 착취행위를 근절하고 예방하기 위한 법적 장치의 하나로 성적 착취행위를 어디까지 처벌할 것인가라는 처벌의 범주와 관련해서 일반적으로 우리나라와 중국 또는 태국과 같이 모든 종류의 성적 착취행위를 금지하면서 이에 대한 처벌규정을 두는 금지주의,[51] 성매매행이 자체를 허용하거나 금지하지는 않지만 특정지역이나 특정시간 내지 호객행위나 광고 등과 같은 특정유형에 대해서만 금지하는 비범죄주의,[52] 그리고

51) 여기에도 성을 사는 행위만 금지하거나 성을 사는 행위의 상대방이 되는 행위만을 금지하는 부분적 금지주의도 있고, 현재 우리나라처럼 양자 모두를 금지·처벌하는 전면적 금지주의도 있다.

52) 여성부가 2001년에 실시한 성매매 관련 국민/전문가의식 조사에 의하면 윤락행위를 줄이기 위한 가장 효과적인 방법으로 지금보다 처벌을 더 강화해야 한다는 의견이 일반인 37.2%/전문가 37.5%, 무조건 처벌할 것이 아니라 적극적으로 호객행위를 한 윤락여성과 상습적인 윤락행위를 한 남성, 폭력을 사용해 윤락행위를 한 남성 등과 같이 특정행위에 대해서만 처벌해야 한다는 의견이 일반인 34.6%/전문가 33.7%로 비슷하게

독일과 같이 자발적이거나 개입형이더라도 일정한 형태의 성매매에 대해서는 세금을 부과하거나 사회보장을 해 줌으로써 합법적으로 인정해 주면서[53] 특정지역이나 특정시간 또는 강요에 의한 성적 착취행위와 같은 유형에 대해서만 규제하는 합법적(제한적) 규제주의로 나누고 있다.[54]

엄격한 또는 전면적 전면금지주의가 성적 착취행위에 대한 효과적인 입법정책인가에 대해서는 법이론적으로도 논란이 될 수 있지만, 무엇보다도 중요한 것은 법이 사회현상을 대상으로 하기 때문에 법이론도 사회현상속에서 규명되어야 한다는 것이다. 즉 법의 내용이 그 시대 공동체구성원들의 보편적 가치관을 담고[55] 우리 사회가 지향해야 방향을 제시함으로써 구성원의 가치관을 긍정적으로 변화시킬 수 있는 모습이 되기 위해서는 다양한 논의와 더불어 함의를 도출할 수 있는 장치가 있어야 할 것이다.

나. 현재 국회 법제사법위원회에 계류 중인 성매매방지법안은 제6조에서 현행 윤락행위등방지법과 동일하게 성매매행위를 한 자를 1년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처하도록 규정하고 있다. 그러나 성을 사는 행위의 상대방이 된 자가 제2조 제3호에서 규정하고

나타났으며, 처벌대신 교육상담을 제공해야 한다는 의견이 일반인 27.6%/전문가 28.4%였다(여성부, 성매매 관련 국민의식조사, 8면, 19면, 44면 내지 46면 ; 성매매 관련 전문가의식 조사, 6면, 19면, 49면). 비범죄주의를 취하고 있는 프랑스의 경우 성매매여성들에게 세금을 부과하고 호객행위를 불법화하려는 법안이 현재 상원에서 심의중에 있다.

53) 여성부가 2001년에 실시한 성매매 관련 국민의식/전문가의식 조사에 의하면 일반인 39.5%/전문가 50.9%가 성을 사는 행위의 상대방이 되는 행위를 직업으로 인정하는데 찬성했으며, 일반인 58%/전문가 47.8%가 직업으로 인정하는데 반대한 것으로 제시되고 있다(여성부, 성매매 관련 국민의식 조사, 10면, 24면, 25면, 54면 내지 59면 ; 성매매 관련 전문가의식 조사, 11면, 41면, 42면, 60면 내지 62면).

54) 각국의 성매매 정책 현황과 성매매 산업 억제 및 예방을 위한 국외 사례에 대해서는 여성부, 성매매 방지를 위한 국외 대안 사례 연구(여성부 인터넷 홈페이지 자료실/공개자료실, 15번 참조), 2002, 23면 내지 170면.

55) 보편적 가치관을 검증하는 것 또한 매우 어려운 일이지만 일반적으로 사용되는 사회과학방법론에 따라 다양한 계층을 상대로 하는 수차례의 의식조사 등이 하나의 방법은 되리라 본다.

있는 성매매된 자인 경우에는 성매매된 자를 피해자로 보아 성매매방지및피해자보호등에관한법률안(이하 “성매매피해자보호법안”이라 한다)에서 이에 대한 지원과 사회복귀를 꾀하고 있을 뿐 아니라, 제9조에서 성을 사는 행위의 상대방이 된 자가 수사 및 재판에서 성매매된 자임을 주장하는 경우에 성매매된 자로 법률상 추정하고 있다. 나아가 비록 성을 사는 행위의 상대방이 되었더라도 제21조 제1항에서 규정하고 있는 요건들을 고려하여 형사사건이 아닌 보호사건으로 처리될 수 있는 길을 열어 놓고 있으며, 제16조에서는 자수자나 신고자에 대하여 일정한 요건하에 그 형을 반드시 면제하거나 감면할 수 있게끔 규정하고 있다. 성매매방지법안의 이러한 규정들은 극히 부분적이나마 비자발적 개입형태로 성적 착취행위의 대상이 된 자의 성매매행위를 비범죄화하는 것으로, 바람직한 방향으로 생각한다.

다. 성적 착취행위가 인권침해라는 점과 이렇게 방치해서는 안되는 심각한 사회문제라는 인식이 공감을 이루면서 성적 착취행위를 강요하거나 알선 또는 장소를 제공하는 행위에 대해서는 지금보다 더 강력하게 처벌하자는 데에는 어느 정도 사회적 합의가 이루어진 것으로 보인다.[56] 다만 자발적 비개입형태의 성을 사는 행위와 이의 상대방이 된 자의 행위를 처벌의 대상으로 할 것인가에 대한 논의의 연장에서 성적 착취행위의 대상이 된 자들의 인권보호와 사회 전체에 만연한 성매매를 최소화, 나아가 자발적이냐 비개입형이냐를 불문하고 모든 형태의 성적 착취행위를 법적으로 규제한다는 것이 불가능하다는 점에서 성적 착취행위에 대한 효율적인 규제와 통제를 위해서는 성매매를 위한 지역을 특정하고 그 지역 이외에

56) 여성부가 2001년 실시한 성매매 관련 전문가의식 조사에서도 응답자의 92.5%(여성 97.9%, 남성 90.2%)가 최근 들어 PC방이나 단란주점 또는 유흥주점 등으로 연결되어 윤락행위를 하는 경우가 급증하고 있다는 점에서 이처럼 윤락행위를 매개로 하는 업소에 대해 규제가 필요하다고 응답하였다(여성부, 성매매 관련 전문가의식 조사, 10면, 11면, 35면, 57면).

는 어떠한 형태의 성매매행위도 금지하자는 의견까지 제시된 바 있다.[57]

여기에 대해서는 다양한 논의들이 있겠지만, 비자발적 개입형 성적 착취행위나 성착취형 인신매매에 대해서는 투쟁적 형사사법으로 나가야 하며, 청소년을 제외하고 자발적 비개입형으로 성을 사는 행위와 이의 상대방이 되는 행위에 대해서는 독일의 Prostitutionsgesetz(ProstG)와 같이 민사적인 방법으로 이를 통제하는 방안도 검토해 볼 필요가 있다고 본다.[58]

2. 처벌과 보호의 분리

현행 윤락행위등방지법은 윤락행위에 대한 처벌과 성을 사는 행위의 상대방이 된 자에 대한 선도보호조치(제9조)를 함께 규정하고 있다.[59] 이는 윤락행위등방지법이 윤락행위를 한 쌍방당사자를 처벌하는 것을 기본으로 하면서 윤락여성에 대하여는 직접적인 처벌 대신에 선도보호를 하고 있는 데에 따른 것이다.[60]

이에 반해 성매매방지법안과 성매매피해자보호법안은 처벌과 보호를 분리하여 성매매된 자에 대한 사회복귀를 돕기 위한 각종 지원시설 및 상담소의 설치·운영 등을 자세하게 규정해 두고 있다. 가정폭력방지및피해자보호등에관한법률을 입법모델로 한 것으로, 보호의 내실화를 위해서는 재정의 확보만이 아니라 법적·제도적 뒷받침을 통해 민간이 운영할 수 있는 형태로 가는 것이 바람직하다고 본다.[61]

---

57) 최근의 조사결과에 의하면 성적 착취행위의 대상인 피해여성들도 공창제도를 반대하는 것으로 나타나고 있다(김현선/김애란/정신묵, 성매매방지특별법 제정을 위한 국제심포지움 자료집, 2001, 새움터, 80면).

58) 형법이론적 측면에서 성매매행위의 비범죄화에 대한 설득력있는 견해로 오영근, "성매매방지법률안 토론", '성매매방지법' 제정을 위한 토론회(2001.10.23) 자료집, 59면 내지 62면. 성매매 비범죄화 논의에 대한 비판으로는 이호중, 앞의 논문, 10면 내지 11면.

59) 2001.12. 현재 선도보호시설은 서울 8개소 등 전국에 23개소가 있다(여성부 홈페이지 공개자료실 12번 자료 및 여성폭력방지 종합정보/주요사업안내/성매매 참조).

60) 성매매방지법안 검토보고서, 12면.

특히 피해자보호와 관련하여 피해자에 대한 지원방안들을 상세하게 규정하고 있는 “Victims of Trafficking and Violence Protection Act 2000” Divion B Title Ⅱ(Strengthening Services to Victims of Violence) Sec.1201에서 Sec.1209의 내용들을 참고하여 성매매피해자보호법안의 내용을 보완했으면 한다.

3. 어떻게 처벌할 것인가? (형벌과 보안처분의 이원화)

가. 현행 윤락행위등방지법은 윤락행위를 한 20세 미만의 자에 대하여 소년부판사가 선도보호시설에 위탁하는 보호처분만을 규정해 놓고 있다. 그러나 성매매방지법안은 제21조 이하에서 현행 소년법상의 소년형사사건과 소년보호사건의 분리, 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법상의 가정형사사건과 가정보호사건의 분리와 마찬가지로 성매매행위를 한 자에 대한 사법처리절차를 성매매형사사건과 성매매보호사건으로 이원화하고 있다.

즉 사안이 경미하거나 단순한 호기심과 같은 동기나 결과에 참작할 만한 사유가 있는 경우 등을 참작하여 재범예방과 재교육 등을 위한 조치로 검사가 형사법원에 기소하지 않고 보호사건으로 가정법원이나 지방법원에 송치할 수 있는 재량을 주고 있는데, 대부분의 자발적 비개입형 성매매가 호기심이나 충동에 의해 이루어지고, 경우에 따라서는 성매매된 자를 포함하여 필요적 공범인 상대방의 적극적인 권유 등에 의하는 경우가 있을 수 있다는 점에서 바람직하다고 보여진다.[62]

---

61) 여성부가 2001년 실시한 성매매 관련 국민/전문가의식 조사에서도 윤락여성들의 윤락행위를 줄이기 위해 처벌 대신 가장 좋은 방법으로 일반인 47.3%/전문가 30.9%가 보호시설의 제공을, 일반인 35.1%/전문가 49.4%가 다른 직업을 갖기 위한 직업훈련이라고 응답했다(여성부, 성매매 관련 국민의식 조사, 9면, 23면, 51면 내지 53면 ; 성매매 관련 전문가의식 조사, 9면, 29면, 30면, 54면).

62) 성매매방지법안이 보호처분우선주의를 채택하고 있다는 입장에서 이에 대한 비판으로 이호중, 앞의 논문, 14면.

나. 다만 이에 대한 문제점으로는 먼저 성매매방지법안은 소년보호사건과 마찬가지로 성매매형사사건화 할 것인지 성매매보호사건으로 할 것인지를 검사가 기소단계에서 결정하는 檢事先議主義를 취하고 있는데, 재판을 받을 권리와 관련하여 검사는 모든 사건을 기소하고 수소법원이 이를 결정하는 法院先議主義가 타당하다고 본다. 예를 들어 검사선의주의를 취하면 피의자가 무죄를 주장함에도 불구하고 검사가 보호사건으로 송치해 버리면 특별한 경우가 아닌 한 무죄를 주장할 수 없게 된다.

다. 그리고 성매매보호사건의 관할을 소년보호사건 및 가정보호사건과 마찬가지로 가정법원이나 지방법원으로 하고 있는데, 사건의 성질이 형사법적 문제일 뿐 아니라 가정법원이 없는 지역을 고려하여 지방법원에 전담재판부를 두는 것이 바람직하다고 본다.

또 성매매방지법안 제23조 제1항은 5가지 형태의 보호처분을 규정하고 있는데,[63] 그 중 제1호 처분에 대해서는 과연 처분의 실효성을 담보할 수 있을 지 의문이다. 5가지 처분을 병과할 수 있기 때문에 보호관찰 등과 연계하여 이를 행할 수 있을지는 몰라도 음성자동감독시스템과 같은 제도적 장치들이 아직 충분하게 마련되어 있지 않은 상태에서 그 실효성을 확보하기 위해서는 좀 더 검토가 있어야 할 것이다.[64]

---

63) 제23조 (보호처분의 결정 등) ① 판사는 심리의 결과 보호처분이 필요하다고 인정한 때에는 결정으로 다음 각호의 1에 해당하는 처분을 할 수 있다.
1. 제4조 내지 제6조에서 규정한 행위가 발생하는 장소에의 성매매행위자의 출입 및 연락금지
2. 보호관찰등에관한법률 제3조제2항에 의한 사회봉사(성을 사는 행위를 한 자에 한한다) · 수강명령
3. 보호관찰등에관한법률 제3조제1항에 의한 보호관찰
4. 성매매방지및피해자보호등에관한법률 제5조에서 규정한 지원시설에의 교육 · 상담위탁
5. 의료기관에의 치료위탁

64) 이와 관련하여 법무부는 2002.9.24. 성매매 및 상습도박, 폭행 등의 사범 중 야간통행금지명령을 받은 보호관찰 대상자를 상대로 심야시간대에 자동전화로 주거 여부를 확인

라. 또한 성적 착취행위의 알선업주나 장소제공자 등에 대하여 사안에 따라 집행유예를 선고하는 경우에는 다른 범죄와는 달리 재범의 가능성이 매우 높다는 점에서 집행유예선고시 사회봉사·수강명령과 같은 보호처분 병과를 적극 활용할 필요가 있으며, 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제16조 제1항 단서와 같이 성매매를 한 자가 청소년인 경우에는 반드시 보호관찰을 명하도록 하는 것도 검토되어야 한다.

특히 성을 매수한 자에 대해서는 현재 윤락행위등방지법 제26조가 1년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처한다고 규정하고는 있지만 거의 처벌이 되지 않지 않거나 벌금형에 그칠 뿐 아니라, 다른 행위와는 달리 성중독자의 경우처럼 상습성이 대단히 강하기 때문에 형벌의 일반예방효과나 특별예방효과가 없다고 볼 수 있다. 따라서 성을 매수한 자의 재범을 방지하기 위한 효과적이고 효율적인 제재방안의 하나로 독립된 제재로서의 성교육프로그램 수강명령제도나,[65] 성을 사는 행위를 한 자들로 하여금 자기가 경험한 유입동기나 생활방식 등을 서로 이야기함으로써 스스로 그 원인을 찾아내고 성을 사는 행위가 인권침해라는 점에 대한 인식과 더불어 성을 사는 행위의 상대방이 된 자와 공동체에 책임을 느끼게 하는 집단적 자기보고 캠프 등을 도입하는 것도 고려해 볼 만하다.

하는 음성자동감독시스템을 도입하여 10.1.부터 시범운영에 들어간다고 밝힌 바 있다.

65) 여성부가 2001년 실시한 성매매 관련 국민/전문가의식 조사결과에 의하면 남성들의 윤락행위를 줄이기 위해 처벌 대신 가장 좋은 방법으로 일반인 37.1%/전문가 42.0%가 사회봉사, 일반인 34.6%/전문가 34.6%가 의식교육, 일반인 18.3%/전문가 16.0%가 심리상담이라고 답했으며, 신상공개 등 기타의견이 일반인 6.6%/전문가 3.7%였다(여성부, 성매매 관련 국민의식 조사, 9면, 22면, 49면, 50면 ; 성매매 관련 전문가의식 조사, 9면, 27면, 28면, 53면).

4. 어느 정도 처벌할 것인가?

가. 대부분의 성적 착취행위는 대부분 제3자가 이를 매개하고 그 대가로 이익을 분배하거나 선불금 등을 미끼로 성적 착취행위를 강요하거나 성착취형 인신매매가 조직적으로 이루어지면서 산업형 성적 착취행위유형들이 경제적 호황을 누리고 있다고 해도 과언이 아니다. 따라서 단순한 자발적 비개입형 성매매 보다는 성적 착취행위를 강요하거나 알선하고 그에 기생하는 자들을 강력하게 처벌하고 통제함으로써 적어도 산업형 성적 착취행위형태나 성착취형 인신매매는 근절시켜야만 한다. 그럼에도 현행 윤락행위등방지법 등은 가장 악질적인 성적 착취행위의 강요와 이를 통한 수익을 받는 자를 7년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금으로 처벌하고 있을 뿐이다. 처벌의 가중이 반드시 범죄예방효과를 가져오는 것은 아니지만 처벌의 위약 또한 범죄예방과 통제에 기여하지 못할 뿐 아니라, 제3자와의 매개고리를 끊어야만 노예와 다름없는 성적 착취행위의 악순환을 막을 수 있다. 따라서 성매매방지법안이 성매매행위의 공급자와 중간 매개체를 차단하기 위하여 성매매의 강요·알선 등 행위에 대한 형량을 형태별로 3년 이상 또는 5년 이상으로 강화하고, 성매매의 강요·알선 등 행위로 인하여 얻은 금품 및 재산상의 이익은 몰수·추징하며(제19조), 성매매의 강요·알선 등 행위자가 성을 파는 자에 대하여 가지는 일체의 채권을 무효로 함으로써(제14조) 성매매의 강요·알선 등 행위로 인한 이윤동기가 실현되지 않도록 한 것은 대단히 바람직한 입법이라고 여겨진다.

나. 그러나 화상대화방에서 문제되는 성매매행태 등을 규제하기 위해서는 삽입행위를 중심으로 규정되어 있는 성매매방지법안 제2조 제1호의 “성매매행위”에 청소년성보보법개정안 제2조 제2조와 같이 “자위행위” 또

는 “성기 등 신체의 전부 또는 일부의 노출행위”를 추가하여 비접촉성행위를 하는 경우에도 성매매행위로 규정하는 것이 바람직하다고 본다.

다. 그리고 무엇보다도 검토되어야 할 것은 성매매방지법안이 성적 착취행위의 연결고리를 끊기 위해 중벌주의를 취하다보니 청소년의 성을 사는 행위와 이에 대한 알선이나 장소제공 등 청소년에 대한 성적 착취행위를 규율하고 있는 청소년의성보호에관한법률의 형량과 비교해 볼 때 동일 행위형태에 대한 성매매방지법안의 형량이 더 높게 규정되어 있다는 점이다.

예를 들어 성매매방지법안 제2조 제3호는 성매매된 자의 개념정의에 성을 파는 행위를 한 자와 청소년의성보호에관한법률 제2조 제1호에서 정한 청소년으로 성을 파는 행위를 한 자를 동일하게 규정하면서, 제4조 제3항 제1호는 성적 인신매매를 한 자에 대하여 무기 또는 7년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있다. 그러나 청소년의성보호에관한법률 제9조 제1항은 청소년을 대상으로 하는 성적 인신매매에 대하여 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있다. 청소년의성보호에관한법률 제9조 제1항이 성착취형 인신매매의 대상이 된 자 중에서도 특별히 청소년을 보호하기 위한 규정이라는 점에서 검토가 필요하다.

라. 나아가 성매매방지법안은 성적 착취행위와 성착취형 인신매매에 대하여 청소년의성보호에관한법률에서 규정하고 있는 유형을 대부분 포괄하면서 더 상세하게 나누고 있을 뿐 아니라, 예를 들어 성적 착취행위의 강요, 영업으로 성매매를 알선하거나 성매매행위의 장소를 제공하는 자 등에 대한 처벌 등에 있어서 그 객체를 달리할 뿐 동일한 범죄형태와 형량으로 규정하고 있기 때문에 입법적 중복을 초래하게 된다.

제29조에서 ‘이 법에서 규정한 사항에 관하여 청소년의성보호에관한법

률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다’라고 규정하고 있으나 양 법률을 하나로 편제하여 성매매방지법안을 기본으로 하면서 청소년대상 성적 착취행위나 성착취형 인신매매를 가중처벌하는 입법방식을 취하면서, 사법처리절차의 특례가 필요하다면 같은 법률에 장을 달리하여 특례절차규정을 두는 것이 타당하지 않을까 생각한다.

마. 그리고 성매매방지법안 검토보고서에서도 지적된 바와 같이 성매매방지법안의 형량이 지나치게 높은 점도 검토될 필요가 있는데, 성착취형 인신매매(제4조 제3항)의 경우 무기 또는 7년 이상의 징역에 처하는 것은 살인죄의 경우가 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역인 점과 비교하여 볼 때 지나친 것이라는 지적도 있다.[66]

또한 현재 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의2 제4항은 형법 제288조·제289조 또는 제292조 제1항의 죄를 범한 자를 무기 또는 5년 이상으로 가중처벌하고 있다. 따라서 성착취형 인신매매에 가담하여 성적 착취행위의 알선업주에게 소개료 명목 등의 돈을 받고 넘겨주는 직업소개업자 또는 중간매개자와 이를 넘겨받는 성적 착취행위의 알선업주 모두 특정범죄가중처벌등에관한법률 5조의2 제4항 위반으로 처벌된다.

따라서 이 문제는 법 자체의 문제가 아닌 실천의지의 문제다. 즉 처벌의 가중을 통해서 해결하고자 할 것이 아니라 엄격하고 예외 없는 법집행과 처벌을 통해 무엇이 법이고 정의인가를 인신매매범들과 일반인들에게 확실하게 보여주는, 이른바 적극적 일반예방을 실현하는 것으로 충분히 해결할 수 있다고 보여진다. 성착취형 인신매매를 척결하기 위하여 굳이 성매매방지법안 제4조 제3항을 둘 필요가 있다면 부칙에 “특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의2 제4항을 폐지한다”는 규정을 두어야 할 것이다.

---

66) 성매매방지법안 검토보고서, 30면; 오영근, 앞의 토론, 66면.

바. 성매매방지법안 제5조는 영업으로 성매매알선 등 행위를 하는 자나 성매매행위의 장소를 제공하는 자 등에 대하여 이러한 행위로 인하여 성매매가 발생하였는지 여부를 불문하고 5년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있다. 이는 앞에서도 언급한 바와 같이 현행 윤락행위등방지법과 같이 수사기관이 이러한 행위를 단속하면서 성매매 현장을 적발해야 한다는 채증의 어려움 때문에 실효가 없다는 점을 반영한 것으로 보인다.

그러나 이와 같이 결과발생을 차단하기 위한 刑罰前置主義가 비록 그 행위태양에 대한 비난이 높고 양형과정에서 고려될 수 있다고는 하지만 자칫 과잉처벌이라는 문제를 야기할 수도 있을 뿐 아니라, 처벌의 범위를 확정함에 있어서도 불명확할 수 있다는 우려가 있을 수 있다. 따라서 성매매 행위의 현실적인 발생 여부에 따라 가중 또는 감경하는 방법을 취하는 것이 처벌의 실효성을 확보하는데 더 바람직하지 않을까 생각한다.

사. 성적 착취행위 또는 성착취형 인신매매로 인하여 얻은 금품이나 재산상의 이익에 대한 몰수·추징에 있어서도 제19조는 제1항은 이를 필요적 몰수로 규정하고 있다. 현행 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률 제8조 제1항이 임의적 몰수규정으로 되어 있는 점과 비교해 볼 때 성매매방지법안이 먹이사슬을 끊기 위한 강력한 제재수단이 되기 위해서는 필요적 몰수로 하는 것이 타당하다고 보여진다. 다만 부칙 제4조 제1항과 같이 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률 별표 제13호를 개정한다면 성매매알선 등 행위의 수익 범위를 어떻게 정하느냐가 문제는 될 수 있겠으나 굳이 제19조의 규정을 별도로 둘 필요가 있을까 하는 의문이 든다. 제19조가 없더라도 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률 별표 제13호를 개정하고 단서조항으로 필요적 몰수를 규정하는 입법방법도 검토되었으면 한다.

아. 그리고 제5조 제5항에서 “성을 파는 행위를 하는 자의 수입이나 성을 파는 행위에 종사할 것을 전제로 하여 지불받는 선불금, 계약금, 대여금 그 밖에 명목 여하을 불문하고 성을 파는 행위를 하는 자가 받거나 받을 금품 또는 이를 원인으로 조성된 자산을 받아 생활하는 자는 3년 이하의 징역에 처한다”라고 규정하고 있는데, 입법취지는 성적 착취행위에 기생하여 이를 생활수단으로 성을 파는 행위를 하는 자들의 피를 빨아먹으면서 호화생활을 누리고 그들을 이 구렁텅이에서 벗어나지 못하게 하는 구조적 모순을 척결하려는 것으로 보인다. 그러나 막연히 “~ 받아 생활하는 자”로 규정하면 그 범위가 지나치게 넓게 해석될 여지가 있다는 점에서 ‘그 정을 알면서’라는 知情罪의 형태로 하거나 처벌범위를 더 명확하게 기술할 필요가 있다고 보여진다.

Ⅴ. 마치며

우리 사회가 얼마나 건강한 사회인가를 가늠하는 척도 중의 하나는 보편적 인권이 누구에게나 보장되어 있고 이에 대한 침해를 구제받을 수 있는 제도적 장치가 갖추어져 있는가와 더불어, 나의 인권만이 아니라 타인의 인권, 특히 소수자에 대한 인권 배려가 어느 정도 실현되고 있으며 그러한 노력이 지속적으로 이루어지고 있는가에 대한 평가일 것이다. 비록 인권을 제자리로 되찾은 역사가 짧은 기간에 불과하고 그에 대한 부작용으로 ‘내 식대로’라는 병리현상이 나타났다 하더라도, 그 동안 우리 사회는 각 분야에서 인간으로서 누리고 보호받아야 할 기본적 권리와 가치를 확인하고 신장시켜 오고 있다. 그러나 우리 사회는 아직까지 여성에 대한 성적 착취행위와 성착취형 인신매매에 대해서 사회구조적 모순이 잉태한 결

과로 치부하거나 성도덕적 관점에서 바라보는 시각이 없지 않으며, 심지어 성적 착취행위를 사회유지에 있어서의 필요악으로 이야기하고, 그 대상이 되는 자들에 대하여 단지 그 외형적 생활만으로 자발성 때문에 그들의 인권은 보호할 가치가 없으며 우리 사회의 한 쪽에 자리잡고 있는 어두운 구석(Outside)이라고 생각하기도 한다.

특히 강력한 단속의지와 법집행으로 한 인간의 권리만이 아니라 공동체의 도덕적 타락을 막아야 할 법집행기관도 어디에서부터 손을 써야 할지, 과연 손을 대는 것이 바람직한 것인지에 대한 판단을 불분명하게 하고 있는 측면도 있다.

모든 개인적인 비행과 사회병리현상을 법으로 규제하고 통제할 수는 없다. 더욱이 일부 집단윤락가에 대한 단속에서 나타났듯이 규제와 병행하는 제도적 구제장치가 없다면 '풍선효과'라고 표현되듯이 도리어 확산을 가져올 수 있다는 점을 입법과 법집행에서 신중하게 고려해야만 한다.[67]

성적 착취행위와 성착취형 인신매매를 근절하기 위해서는 그 동안 시민단체와 여성단체가 주장해 바와 같이 연결고리를 단절시킴으로써 지속적이고 구조적으로 인권을 유린당하는 사람들을 그 족쇄로부터 해방시켜야만 한다는 점에서 볼 때 비자발적 개입형 성적 착취행위와 성착취형 인신매매에 처벌의 중점을 두면서 처벌과 통제를 강화하고자 하는 성매매방지법안은 입법방향을 제대로 설정한 것으로 보인다. 다만 성적 착취행위의 처벌 범주를 어디까지 설정할 것이냐에 대해서는 앞으로 발전적 논의가

67) 경찰청 김강자 여성청소년과장도 2002.7.8. 열린 세계여성경찰대회에서 주제발표를 통해 서울의 대표적 사창가인 천호동 텍사스가 2001년부터 경찰의 집중단속으로 사실상 폐쇄상태이지만 이곳의 매춘여성들이 다른 사창가나 주택가로 진출해버리는 풍선효과의 부작용이 나타났다고 밝혔으며, 최근에는 경기도 파주시 이른바 '용주골'에 사창가의 건축붐이 불면서 500여명의 여성들이 이 곳에 거주하는 것으로 보도된 바 있다. 특히 단속위주의 법집행과 관련하여 전형적인 사창가는 사양화되면서 온 길거리에 성을 사는 행위와 그 대상이 되는 행위는 왜 호황을 누리고 있는지, 특히 성을 사는 행위의 대상이 되는 것을 직업화하는 청소년이 왜 이렇게 확산되었는지를 생각해 볼 필요가 있다.

있어야 하며, 앞서 문제점이 제기된 부분에 대해서도 충분한 검토가 있어야 할 것이다. 특히 효과적이고 효율적인 정책을 수립하기 위해서 성적 착취행위와 성착취형 인신매매와 관련된 여러 사항들에 대하여 신뢰할만한 실태조사가 광범위하고 정확하게 이루어져야 하며, 우리 모두가 성적 착취행위의 대상이 된 자들의 삶을 공유할 수는 없다 하더라도 그들의 삶의 과정과 모습에 우리의 책임을 공유한다면 그들에 대한 법적인 규제와 통제 이전에 그들의 삶이 성적 착취행위로 유입되고 침전화되는 경로와 요소들을[68] 차단하고 제거할 수 있는 다양한 사회적 · 문화적 정책들을 반드시 선행 내지 병용해 나가야 할 것이다.

68) 특히 청소년의 성매매 산업으로의 유입과정에 대해서는 대통령직속 여성특별위원회, 십대여성의 향락산업 유입 실태 및 방지대책 연구(정책자료 99-7. 여성부 인터넷 홈페이지 자료실/공개자료실, 53번 참조), 1999.11; 한국청소년개발원, 성매매 청소년문제 실태와 해결방안에 관한 연구, 2000.

Problems and Reform of the Criminal Legal Approach concerning the Sexual Exploitation and Trafficking in Persons for Sexual Purposes

Chun, Jin-Ho*

The sex culture, which is very generous for men, and insensibility on distorted sexuality, with internet and information-media developing, tend to stimulate people to contact prostitution more easily. With obscene contents provided indiscriminately and easily accessed, the social pathology seems to be serious enough to collapse ethical standards.

For instance, a big fire which took place in Gunsan's red-zone in September 2000, Gunsan, and another conflagration at a brothel in Gunsan in January 2002, where 14 young women were died while under confinement showed that the young women had been mistreated by owners of brothels. Besides prostitution for foreign women is not only a problem of women's distorted sex trade but also a serious crime which could possibly infringe on humanity and worth as human beings. Therefore sex trade and such types of problems should be treated in terms of human right, not just gender, sexuality, or sexual morality.

Now that sex exploitation is being carried out quite extensively,

* Professor of Kyungpook National University, Ph.D. in Law

non-voluntary type of sex exploitation or sex exploitation type of sex trade should be dealt with combative criminal law and the control with a method of civic case on non-voluntary types of sex trade except for minors is also worth being considered.

The two bills on prohibiton of prostitution, which are put forward and likely to pass in the National Assembly of the Republic of Korea, have the specified articles which separate punishment from protection in order to help the victim of sex trade to return to society. It is desirable that they apply separately two different judicial procedures on criminal cases and protection case on sex trade.

Yet they could be completed if supports of victims in detail are regulated after taking a good look at foreign examples and introducing sex education program or collective self-report program for separate system.

In order to break between the brokers and sex suppliers according to the bill on prohibition of prostitution, the sentence on forced sex trade and sex mediating is 3 to 5 years in prison and the profit from forcing sex trade and sex brokery should be confiscated and debt of sex sellers, if it is forced, is nullified and motive to make profit with sex trade by force or mediating doesn't work.

But it is unlikely to regulate and control all the delinquency and social problems. We should be very careful when making and enforcing laws because as in some brothels cases, without any specific saving system, it could increase the number of the prostitution, which is like "effect of balloon". So as to establish effective and efficient

policies we need to find how sexual exploitation is being practiced thorough survey.

We all can't know mental or physical anguish of people who have suffered from forced sex trade, but if we try to understand them and share the responsibility, beyond the law and system, we should try to block any route or possibility for sex crime while making various social and cultural policies.

가족살해에 있어서 가해자-피해자의 갈등구조 분석

박 순 진*

Ⅰ. 머리말

최근 범죄의 발생추세를 검토해보면 그 동안 상대적으로 안정된 발생양상을 보이던 살인범죄가 빠르게 증가하는 현상이 두드러진다. 대검찰청에서 발간한 「범죄분석」에 따르면 우리나라의 연간 살인범죄 발생건수는 1990년대 이전, 또는 1990년대 중반까지 적게는 600건, 많게는 800건 정도로 연도별로 다소의 증감은 있으나 다른 범죄에 비하여 상대적으로 안정적인 변화추세를 나타내고 있었는데, 최근 몇 년 사이 연간 900건을 넘어 거의 1,000건에 육박할 정도로 발생하는 것으로 집계되어 가히 폭발적으로 증가하고 있는 것으로 평가된다(범죄분석, 2002). 이와 같이 살인범죄가 전에 없이 크게 증가하고 있을 뿐만 아니라 그런 추세가 몇 년간 지속되는 현상은 살인범죄에 대해 체계적인 분석이 필요하다는 것을 나타낸다.

범죄발생이 크게 증가하고 있는 현상과 아울러 주목해야 할 점은 살인범죄의 경우에는 유난히 가정문제로 인한 사건이 많이 발생하고 있다는 것이다. 살인에 대한 연구에서는 가해자와 피해자가 서로 알고 지낸 사이에서 일어난 사건의 비율이 그렇지 않은 경우에 비하여 많다는 사실과 특히 배

* 대구대학교 경찰행정학과 교수, 사회학박사

우자와 같은 친밀한 관계에서 일어난 사건이 전체 사건에서 상대적으로 적지 않은 부분을 차지하고 있다는 점 등이 오래 전부터 지적되어 왔다(Wolfgang, 1958; Goode, 1969; Wallace, 1986; Daly & Wilson, 1988 등). 집계하는 사람에 따라 차이가 있지만 대체로 보아 살인범죄 가운데 가족 구성원 사이에서 일어난 사건이 전체 사건의 1/3 내지 1/4에 해당하는 것으로 나타난다. 살인과 같은 극단적 형태를 넘어서 좀 더 폭을 넓혀 보면 가족관계는 다른 인간관계의 유형에 비하여 여러 형태의 폭력에 보다 많이 노출되는 경향이 있다고 지적되기도 한다(Straus, Gelles, & Steinmetz, 1980; 한국형사정책연구원, 1992a).

이 글의 목적은 가족 구성원 사이에서 일어난 살인사건에 있어서 가해자와 피해자의 갈등구조가 어떤 특징을 가지는지 살펴보고자 하는 것이다. 친밀한 정서적 유대를 바탕으로 이루어진 가족 관계에서 살인과 같은 극단적인 형태의 폭력이 발생한 사실은 그 자체로 아주 특별한 관심의 대상이 될 뿐만 아니라 학문적으로도 주목할만한 연구주제라고 할 수 있다. 이 글은 (1) 가족 살해의 원인과 동기에 대한 몇 가지 관련된 논의를 검토하고, (2) 실제 사건 자료를 이용하여 가족살해의 사례를 당사자의 형식적 관계에 따라 몇 가지로 나누어 분석하며, 이를 바탕으로 (3) 가족 구성원 사이의 살인에 있어서 가해자와 피해자의 관계를 보다 넓은 범위의 갈등이라는 맥락에서 해석해보는 등의 순서로 진행하고자 한다.

가족 구성원 사이에 일어난 살인은 가족 구성원 사이에 물리적 폭력이 행사되어 구체적인 피해가 발생하였다는 점에서 가정폭력의 한 형태로 간주할 수 있다. 가정폭력의 가장 극단적인 결과는 피해자가 사망에 이른 사건이다. 물론 보기에 따라서는 심한 정신적, 신체적 장애를 유발하는 심각한 폭력이 피해자에게 보다 잔혹하고 장기적인 결과를 초래하기도 하지만, 일반적으로 살인은 가장 극단적인 형태의 폭력이라고 간주된다. 이하의 분

석에서 우리는 가정에서 일어난 극단적 형태의 폭력을 당사자 사이의 갈등관계라는 관점에서 좀더 깊이 있게 이해하고자 하는데, 이러한 논의는 살인범죄 전반에 대해 보다 체계적으로 이해하고 최근의 폭발적인 증가현상을 분석하는데 중요한 시사점을 제공해줄 것으로 기대할 수 있을 것이다.

이 글에서 논의하고자 하는 것은 가족살해이다. 가족살해는 살인사건의 당사자인 가해자와 피해자가 가족관계인 경우를 말하는데, 정상적인 배우자와 혈연으로 맺어진 가족관계를 비롯하여 동거 등으로 사실혼 관계에 있는 경우와 이혼 등으로 가족관계가 해소되었으나 가족관계였던 경우 등도 모두 포함하였다. 이 글에서 사용한 자료는 검찰청에서 보관 중인 수사 및 재판기록을 열람하여 수집되었다. 열람한 자료는 서울 소재 5개 검찰청에 보관 중인 1995년부터 1997년까지 3년 동안 처분이 종결된 살인사건 가운데 법원에서 실형을 선고받은 기록들이다(한국형사정책연구원, 1999). 이 글에서는 특히 범죄자와 피해자의 관계가 가족인 104건을 분석하였다. 분석된 사건은 단독범에 의한 사건이 97건, 2명 이상에 의한 사건이 7건이며 관련 범죄자 수는 모두 117명이다. 사건으로 인한 피해자는 한 명인 경우가 92건, 2명 이상인 경우가 12건으로 모두 116명이다.

Ⅱ. 가족살해의 원인과 동기

가족관계는 정서적 유대와 전인격적인 몰입 등을 바탕으로 하여 이루어진 인간관계이다. 가족이 이러한 특징을 가지고 있기 때문에 가족 구성원 사이의 살인은 사회적으로 비난의 정도가 심한 비윤리적인 것으로 이해되는 경우가 많다. 사건의 결과만을 보자면 가족살해는 살인 중에서도 가장

비난 가능성이 클 뿐만 아니라 아주 심각한 형태라는 사실을 쉽게 부인하기 어렵다. 우리가 이하에서 살펴볼 실제 사건 사례에서도 그렇지만, 일반적으로 가족 관계에서 일어난 사건은 다른 사건들에 비하여 가해의 양상이나 정도가 훨씬 심각한 경우가 많다. 이것은 흔히 '과잉살상(overkill)'이라고 부르기도 하는데, 특히 배우자 관계와 같이 정서적으로 친밀한 사이일수록 그런 경향이 두드러진다(Wolfgang, 1958: 455; Browne, Williams, & Dutton, 1999: 161). 실제 사건에서 관찰되는 이런 현상, 즉 가족이 가진 친밀성의 이미지에 반하는 반인륜적 현상을 어떻게 이해할 수 있을 것인가.

이에 대해서 가족이 같은 공간에서 더 많은 시간을 보내기 때문에 그 만큼 갈등이 일어나기도 쉽고 폭력에 노출될 가능성도 크다는 Goode(1969: 941)의 지적은 주목할 만하다. 그에 따르면 가족은 우리에게 기쁨의 원천이 되기도 하지만 동시에 좌절과 상처를 초래하기도 한다. 이런 지적은 아주 단순해 보이지만 실제로 많은 것을 함축한다. 사람들은 다른 어떤 관계에 비해 가족 내에서 더 많은 시간을 보내고 더 많은 관계를 맺으면서 살아가기 때문에 갈등과 분쟁의 가능성이 상존하고 있을 뿐만 아니라, 가족에 대하여 그 만큼 쉽게 화내고 갈등하게 된다. 가해자와 피해자가 쉽게 접촉할 수 있거나 일상적 상호작용을 지속하고 있을 경우 갈등이 유발될 가능성은 그만큼 커진다. 아울러 당사자 사이의 갈등은 아니라고 하더라도 여러 가지 이유로 분노나 좌절을 경험하는 경우 사람들은 그것을 공간적으로 근접해있고 심리적으로 가깝다고 느끼는 대상에게 보다 쉽게 표출하는 경향을 가지고 있다.

가족관계가 아니더라도 사람들은 살아가면서 다양한 분쟁상황에 노출된다. 그러나 대부분의 분쟁이나 위협상황이 반드시 폭력적으로 전개되는 것은 아니다(Kleck & McElrath, 1991). 분쟁이 폭력적이 되는 것은 당사자 사이의 상호작용이 경우에 따라 갈등을 상승시키기 때문이다(Luckenbill,

1977; Felson & Steadman, 1983). 이와 관련하여 우리는 특히 살인과 같은 치명적 결과가 초래된 사건에서는 가해자와 피해자가 상호작용을 하면서 상대방의 행동을 이끌어 낸다는 사실과 그 과정에서 상대방의 행동이나 제스처를 위협적이거나 폭력적이라고 해석하는 등 행위자의 행위지향이 변화한다는 사실을 주목할 필요가 있다. 여기서 가해자의 공격적 행위를 유발하는 결정적인 요인은 상대방으로부터 공격받았다는 것에 대한 인식이다. 이때 사건의 상승을 초래하는 것은 상호 보복적 공격이라고 할 수 있다. 가해자와 피해자의 관계는 갈등이 상승적으로 전개되는 과정에서 상대방의 행위에 대한 해석과 그에 대한 반응을 결정하는데 중요하게 작용한다.

살인 사건을 살펴보면 갈등상황이 발생하기 전까지는 전혀 살해의도를 가지지 않은 경우가 의외로 많다(Block, 1977; 한국형사정책연구원, 1992b) 아울러 가해자의 상당수는 사건이 종결된 이후 자신이 잘못했다는 사실을 인정하고 자신이 저지른 행위에 대해서 후회하는 것이 관찰된다. 그러면 왜 사건이 진행되는 동안 상대방에 대한 공격을 멈추지 못하는 것일까. 이에 대한 해답은 분쟁 현장에서 사람들이 주고받는 행동이 의미를 포함하고 있기 때문이며, 당사자 사이의 자존심이 문제되기 때문이라는 관점에서 찾아질 수 있다(Felson, 1978; Polk, 1994). 많은 상황에서 분쟁의 당사자가 욕설, 모욕, 위협을 하는 것은 반드시 직접적인 공격의 개시를 암시하는 것이라고 보기 어렵다. 이러한 행동은 행위자가 처한 곤궁한 상황에서 체면을 지키거나 이미 손상된 자아정체성을 지키기 위한 행위일 수 있으며, 때로는 집단 또는 조직의 규범을 수호하거나 더 높은 가치를 지키기 위한 행위일 수도 있다. 이와 관련하여 Polk(1994)는 특히 남자가 가해자인 살인 사건을 남성성(masculinity)과 관련된 것으로 설명하였다. 그에 따르면 남자들은 여러 상황에서 남성다움을 손상당할 경우 자신의 캐릭터를 지키기 위하여 치명적인 폭력을 행사하게 되는 것으로 설명되고 있다. 그러나

경우에 따라 폭력행동은 의도적으로 일어나기도 하는데, 이때 의도는 기대와 가치를 포함한다(Felson & Messner, 1996). 폭력행동은 의도적인 행동의 하나로 영향력의 행사 또는 상대방에 대한 통제를 달성하고자 하는 직접적인 의도를 가지기도 한다.

배우자 관계에서 일어나는 다양한 분쟁 역시 다른 경우와 마찬가지로 항상 폭력적이지는 않다. 그런데 왜 폭력이 발생하며 나아가 폭력이 상승하여 극단적인 결과를 초래하는가. Jacobson 등(1994)은 분쟁 상황에서 갈등이 폭력적으로 상승하는데 있어 성별 차이가 있다는 점을 지적하고 있다. 분쟁상황에서 남자와 여자 모두 욕설이나 협박을 하며, 때로는 분쟁이 폭력의 행사로 이어지기도 한다. 이때 여자의 가해행동은 상대방의 폭력에 대한 대응으로 행사되는 경우가 일반적이지만 남자의 폭력은 자가-상승하는 경향을 나타내는 경우가 흔하다. Wilson 등(1995)은 여자가 헤어지거나 떠나겠다고 위협하거나 직접 관계를 해소하려는 행동을 할 때 남성들이 그것을 받아들이지 못하고 상대방에 대해 집착하거나 통제하려고 하는 경우가 있는데, 이때 특히 위험한 상황이 초래될 수 있다고 지적하였다.

폭력의 극단적 결과로써 살인이 일어나는 경우 여자의 가해행동은 남성의 경우와 다르다는 점이 연구자들에 의해 지적되어 왔다. 남자의 경우에 비하여 여자는 상대방의 폭력 또는 위협 상황이 가해행동의 직접적인 계기가 되는 경우가 많다. 가족 관계에서 일어난 사건을 보면 배우자 관계에서 여자의 비율이 다른 일반적인 사건에 비해 다소 높게 나타난다. 이런 형태의 살인은 가정폭력과 관련이 있는 경우가 흔하며 이때 여자의 가해행동은 남편의 폭력에 대한 아내의 방어행동인 경우가 많다는 점이 지적되어왔다(Saunders, 1986; Dobash, Dobash, Dobash, Daly & Daly, 1992; 한인섭, 1996). 배우자 관계에서 아내가 남편을 살해하는 그런 극단적인 폭력을 행사하는 경우는 본인 또는 자녀가 장기간의 폭력에 노출되거나

또는 그런 위험이 현저하여 임박하였을 때가 많다(Browne, 1987).

폭력을 행사하는데 있어 남녀 사이의 이러한 차이에 대하여 Browne (1987: 75 이하)는 자녀 양육에서의 남녀의 경험이 다르고 결과적으로 남자와 여자가 서로 다른 자아(self) 특성을 가지게 된다는 점을 주목하고 있다. 어머니가 자녀양육을 주로 담당하는 상황에서 남자아이는 어머니와의 애착으로부터 벗어나 '남성성'을 확보해야 하는데 비하여 여자아이는 동성인 어머니와의 애착을 유지하고 동일시할 수 있다는 점에서 차이가 있다. 이에 따라 남자아이는 성장하면서 어머니와의 친밀한 정서적 관계에서 벗어나 성취지향적으로 되어 가고 바깥 세상에서의 활동에 경도되게 된다. 이에 비하여 여자아이는 어머니와의 친밀성을 계속 유지하게 되고 성장한 이후에도 배우자를 비롯한 가족과의 친밀성을 지속하고자 하는 경향을 강하게 나타내는 '관계적 자아'를 형성하게 된다. 결과적으로 가족관계에서 남자는 친밀성 자체의 유지보다는 통제적 관심을 강하게 가지는데 비하여 여자는 가족 관계에서 친밀성과 관계 유지에 보다 많은 관심을 가지게 된다. 그리고 남자는 권리와 독자성에 많은 가치를 두는데 비하여 여자는 헌신과 돌봄에 보다 많은 관심을 가지게 된다.

남자의 통제에 대한 관심은 특히 이들이 사회적으로 실패할 때 위험하게 작용할 수 있다. 가정에서 폭력을 행사하는 남자들은 아주 다양하지만 일반적으로 낮은 자아존중감을 가지고 있거나 어린 시절 가정폭력의 경험하거나 목격한 경우가 많다. 아울러 이들은 자신의 삶에 대하여 어찌할 수 있는 힘이나 통제력이 없다는 무력감을 느끼는 경우가 많다. 가정은 이들에게 있어서 지배적이고 통제할 수 있는 거의 유일한 영역인데, 이들은 가정에서 자신의 힘을 보여주어야만 한다는 조바심을 가지기도 한다(Ewing, 1997: 23). 가족 이외의 관계에서 자신의 삶을 자기가 통제할 수 없는 남자들은 가족 안에서 통제력을 행사하려고 하는 경향을 보일 수 있다. 이런

경우 통제의 대상이 되고 특히 문제가 되는 사람이 바로 배우자이다. 이런 상황에서 배우자가 벗어나려고 하는 경우 폭력이 행사될 수 있고 때로는 살해행동이 일어나기도 한다(Holmes & Holmes, 2001; 107).

가족관계에서 일어난 치명적인 폭력의 일부는 가해자의 정신장애와 관련된 것으로 알려져 있다(Holmes & Holmes, 2001: 10-13). 물론 모든 정신장애가 폭력과 연결되는 것은 아니다. 특히 심각한 정신장애는 오히려 사회적 비활동성과 관련되어 있고 주위 사람들도 충분히 주의하므로 전혀 폭력적이지 않기도 하다. 그런데 우리나라와 같이 정신장애자에 대한 적절한 처우가 이루어지지 않고 순전히 개별 가족의 문제로 다뤄지는 경우 정신장애를 가진 사람들은 가정에서 방치된 상태로 생활하게 된다는 것이 문제가 될 수 있다. 이때 이들과 일상적으로 같은 공간에서 생활하는 가족들은 경우에 따라 전혀 안전하지 못하다고 할 수 있다. 이와 관련하여 발작을 수반하는 정신병의 경우뿐만 아니라 정서장애나 우울증과 같은 비교적 약한 증상을 보이는 경우에도 충분히 주의하여야 한다.

Ⅲ. 사례의 분석

그러면 사례를 통하여 가족살해를 보다 실제적으로 이해해보자. 살인범죄는 일반적으로 가해자와 피해자의 관계에 따라 서로 다른 양상을 띤다(Wolfgang, 1958; Goode, 1969; Messner & Tardiff, 1985; Silverman & Kennedy, 1987; Daly & Wilson, 1988; Maxfield, 1989). 이 글에서는 가족관계에서 일어난 사건에 대해 분석하고 있는데, 가족 관계에서는 특히 배우자 관계와 다른 가족 관계에서 일어난 사건은 차이가 있는 것으로 알려져 있다. 배우자를 비롯한 친밀한 사이에서 일어난 사건의 경우에도 가해자가 남

자인지 여자인지에 따라 사건의 동기와 양상은 차이가 있다(Ewing, 1997; Browne, Williams, & Dutton, 1999). 이런 점을 감안하여 이하에서는 실제 사건들은 크게 남편에 의한 배우자 살해, 아내에 의한 배우자 살해, 존속살해, 아동이 피해자인 경우 등으로 나누어서 살펴보기로 한다. 이런 구분에 있어서는 관련 연구에서의 구분과 아울러 존속살해가 우리나라에서는 형법상, 그리고 실무적으로 보통살인과 구별하여 다루어지는 점을 감안하였다.

1. 남편에 의한 아내살해

남편에 의한 아내살해는 모두 42건 조사되었는데, 이는 전체 분석대상의 40%이고 배우자 사이의 사건의 79%에 해당한다. 남자에 의한 배우자 살해는 이 글에서 살펴보고 있는 사건의 형태 가운데 가장 많을 뿐만 아니라, 특히 배우자 사이에서 일어난 사건의 다수를 차지하고 있다. 가해자 연령은 29세 이하가 4명으로 적고 30-44세 22명, 45세 이상 16건 등으로 집계되었다. 배우자 살해는 이하에서 살펴보는 바와 같이 당사자 사이의 갈등이 사건에 선행하는 경우가 많기 때문에 상대적으로 나이가 어느 정도 되는 가해자가 많다고 추정할 수 있다.

<표 1> 아내살해의 가해자(N=42)

구 분		N
연 령	29세 이하	4
	30-44세	22
	45세 이상	16
정신질환 유무	있 음	5
	없 음	37
사건당시 음주여부	음주 상태	20
	음주 않음	22

아내를 살해하는 가해자 가운데 정신질환을 가진 사람은 5명이다. 이 수치는 아내 살해 사례 가운데에서는 상대적으로 많지 않은 듯하지만, 일반인 가운데 정신질환자의 비율 2.7%에 비해 보면 아주 높은 수치이다(김영화 외, 2001; 496). 정신질환을 가진 사람은 사회적 활동을 못 하거나 안 하는 경우가 많고 가족들은 쉬쉬하고 숨기려는 경향이 있기 때문에 이들이 발작하는 경우에는 가족 가운데 누군가 피해를 당할 위험이 커질 수 있다는 것을 주의하여야 한다. 다만, 여기서 집계된 것은 정신질환을 가진 남자들의 경우인데 여자의 경우에는 주로 아동을 가해하는 경향을 보이는 것과 대비된다(아래 <표 8>을 참고).

남편의 가해행위는 음주상태에서 일어난 사건이 20건으로 거의 절반에 해당한다. 배우자 관계는 상대방과 한 쌍을 이룬 상호의존적 관계인데, 이런 관계에서 가해자는 피해자를 가해하고 싶은 충동이나 심리를 가질 수 있으나 동시에 배우자라는 관계의 특성 자체가 가해행동을 쉽게 선택할 수 없도록 가로막는 것이 아닌가 추론해볼 수 있다. 즉, 가해자와 피해자의 친밀성이 갈등의 원인이 되기도 하지만 갈등이 폭력적이 되는 것을 방지하는 역할을 할 수도 있다는 것이다. 그런데 음주상태에서 사람들의 판단은 보다 단순해지거나 다양한 요인을 충분히 고려하지 않는 경향이 있기 때문에 가해에 대한 심리적 부담을 벗어날 수 있을 것이다.

<표 2>는 사건이 일어나기 전에 가해자와 피해자의 관계를 살펴본 것이다. 표를 보면 가해자와 피해자의 관계의 성격을 보면 상호 대등한 관계라고 판단할 수 있는 경우가 29건이고 다음으로 가해자가 주도적인 경우 9건, 피해자가 주도적인 경우 4건 등으로 집계되었다. 여기서 우리는 배우자를 살해하는 사건 가운데 당사자 관계가 상호 대등한 것으로 판단할 수 있는 상태에서 일어나는 경우가 생각보다는 많다는 사실을 주목할 수 있다. 그러나 사건이 발생하기 전에 피해자에 대한 가해자의 감정을 알아보면 피

해자에 대해 좋지 않은 감정을 가진 경우가 33건으로 다수를 이룬다. 아울러 사건이 일어나기 전에 당사자 사이에 갈등이 있었던 경우가 38건으로 다수를 차지하고 있다. 이런 점들을 종합적으로 고려하면 아내살해가 발생한 경우에 두 사람은 서로 감정적으로 좋지 않은 상황에 처해있지만 상호작용에서 어느 한 편이 두 사람 사이의 관계를 주도하지도 못한 것으로 판단할 수 있다. 가해자에 의한 피해자 폭행이나 학대의 경험이 있는지 살펴보면 사건이 일어나기 전에 이미 16건 정도의 사례에서 살해행위에 비해서는 다소 덜 치명적이지만 가해 행동이 관찰되는 경우가 많은 것으로 조사되었다. 이러한 결과는 치명적인 가해행동이 발생한 가해자와 피해자 관계에는 사건 이전에 상당한 기간의 갈등의 역사가 존재하고 있을 뿐만 아니라 폭력적 갈등도 드물지 않게 관찰된다는 것을 보여주는 것이다. 이때 가해자인 남편은 배우자에 대한 일방적인 통제력을 가진 경우가 드물다.

<표 2> 아내살해 사건에서 가해자-피해자 관계의 특성(N=42)

구 분		N
사건 전 당사자 관계의 성격	가해자가 주도적	9
	상호 대등한 관계	29
	피해자가 주도적	4
사건 전 피해자에 대한 감정	좋은 편	4
	보 통	4
	나쁜 편	33
	미 상	2
사건 전 갈등의 존재 여부	갈등이 있었음	38
	갈등이 없었음	4
가해자에 의한 피해자 폭행, 학대	있었음	16
	없었음	26

<표 3>은 아내살해 사건의 특성을 요약한 것이다. 먼저 범행의 직접적 동기를 보면 애정이나 치정문제 22건, 정서적 갈등 13건 등이 비교적 많은

빈도를 나타낸 반면 경제적 갈등 3건, 사소한 말다툼, 음주나 발작 2건 등으로 상대적으로 드물다. 범행의 직접적 동기 가운데 가장 높은 빈도를 보이는 애정·치정문제는 배우자 사이에서 일반적으로 기대되는 역할기대를 위반하는 행위라고 판단할 수 있다. 배우자는 서로에 대해서 정서적 몰입을 하는 대신 상대방이 일정한 헌신과 역할기대를 충족시켜 줄 것을 기대하는 관계라고 할 수 있다. 배우자 관계에서 이런 측면은 상대방과의 관계에서 형성되는 자아정체성에 대한 심각한 도전이자 훼손이라고 해석할 수 있을 것이다. 다음으로 높은 빈도를 보이는 정서적 갈등은 배우자에 대한 일상적인 통제권을 행사하려는 동기가 작용한 것으로 해석할 수 있다.

<표 3> 아내살해 사건의 특성(N=42)

구 분		N
범행의 직접적 동기	애정 · 치정문제	22
	정서적 갈등	13
	경제적 갈등	3
	말다툼	2
	음주, 발작 등	2
피해자 유발의 정도	유발 없음	20
	다툼 확대	15
	유발 있음	7
흉기, 도구의 사용	흉기 사용	31
	도구 사용	9
	도구 없음	2

다음으로 피해자 유발의 정도를 살펴보기로 하자.[1] 아내살해 사례 가운데 사건 현장에서 피해자의 적극적인 가해행동이 없는 유발 없음이 20건으로 가장 많지만, 15건은 가해자뿐만 아니라 피해자도 일정한 반응과 행

1) 피해자 유발에 의한 살인사건에 대한 상세한 논의와 우리나라의 자료를 통한 실증적 고찰에 대해서는 박순진(2000a)을 참고하기 바란다.

동을 하는 행위자인 것으로 집계되었으며, 7건의 사건에서는 피해자가 오히려 더 능동적이고 공격적인 행동을 한 것으로 조사된 것은 주목할 필요가 있다. 배우자 사이에서 남자가 가해자인 경우에 일방적인 가해행동이 가장 흔하게 일어나고 있다. 그런데 사건에 따라서는 가해행동이 일방적인 방식으로 진행되지 않고 어떤 식이든 피해자에 의한 기여 행위가 존재하는 경우도 있는데, 이런 경우에는 치명적인 가해행위가 계획적으로 이루어진 것이 아니라 배우자 사이에 존재하던 상호작용의 연장선에서 주도권 다툼의 성격을 내포하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

아내를 살해하는 가해자가 가장 흔히 선택하는 도구는 칼을 비롯한 흉기로 조사되었다. 이것은 공식통계로 확인되는 흉기 사용 비율에 비하여 높은 수치이라는 점을 주목할 필요가 있다.[2] 흉기는 몸을 사용한 가해에 비해서 가해하기 용이하고 가해자가 의도한 것보다 훨씬 심한 피해를 초래한다. 물론 생각하기에 따라서는 흉기를 사용하는 가해자는 그렇지 않은 가해자에 비하여 상대방의 신체에 더 심한 손상을 기대하는 것으로 생각할 수 있다(박순진, 2000b). 그러나 어떤 경우이든 배우자 사이의 관계에서 가해도구로 우리 사회에서 가장 치명적인 칼이 사용되는 것은 충분히 주의하여야 한다. 이것은 가해자가 사건 현장에서 상당히 고양된 상태의 감정을 경험하는 것과 관련이 있다. 이를 보면 배우자 사이에서는 다른 관계에 비해 그 특성상 감정이입이 심한 것으로 판단할 수 있다.

<표 4>는 앞에서 본 <표 3>을 사건 이전 당사자 관계를 누가 주도하였는지에 따라 집계해본 것이다. 먼저, 공격 개시자가 누구인지 살펴보면 일반적으로 가해자가 공격을 개시하는 경우가 더 많지만 상호 대등한 관계나 피해자가 주도한 관계에서는 피해자가 먼저 공격하는 경우가 상대적으로 많은 것으로 집계된다. 아울러 흉기를 사용하는 빈도도 사건 이전에

2) 범죄분석(2002)에 의하면 2001년에 검거된 살인범죄의 범행도구 가운데 흉기(총기, 칼, 도끼, 낫 등)의 비율은 45.3%로 집계되고 있다.

상호 대등한 경우에 압도적으로 많다. 이것은 사건 범위 내에서의 행동이 사건 이전의 당사자 관계의 특성과 관련이 있다는 추론을 가능하게 한다. 이를 보면 사건 진행 과정에서 가해자와 피해자의 행동을 이해하기 위해서는 당사자 사이의 상호작용의 형태, 특히 사건 이전의 갈등과 폭력의 역사를 비롯하여 사건 당사자들이 사건 이전부터 형성하고 있던 관계 맺기의 형태와 행위의 교환의 양상을 이해할 필요가 있다. 즉, 배우자 살해 행동을 이해하기 위해서는 사건현장에 대한 분석뿐만 아니라 사건 현장을 넘어서는 장기적인 상호작용의 맥락에서 사건 당사자들의 행위를 연구하여야 한다.

<표 4> 사건 전 관계의 성격에 따른 사건 진행과정(N=42)

구 분	가해자 주도	상호 대등	피해자 주도
공격 개시자			
가해자	7	20	1
피해자	2	9	3
흉기, 도구의 사용			
흉기 사용	4	25	2
도구 사용	4	3	2
도구 없음	1	1	-
피해자 유발의 정도			
유발 없음	6	14	-
다툼 확대	2	10	3
유발 있음	1	5	1

남편과 아내 관계는 일상적으로 친밀한 상호작용을 지속하는 관계로서 끊임없이 형성, 변화, 해체되는 과정을 겪는다. 이들 사이에서 일어나는 갈등과 폭력 역시 마찬가지이다. 이처럼 친밀한 대면접촉을 지속하던 상황에서 벌어지는 대인간 폭력은 상당한 기간 동안 전개된 관계의 연속선상에서, 특히 이미 존재하던 갈등적 관계가 발전하는 경우가 많다. 폭력은 비

교적 가벼운 혹은 때로는 심한 주도권 다툼처럼 가해자와 피해자가 일상적 영역에서 새로운 관계를 맺어나가는 방식의 하나로 발생하는 경우에서부터 이미 상당한 시일동안 지속되어 오면서 당사자 사이의 역할관계가 어느 정도 고착되고 갈등이 현저하게 된 장기간의 갈등적 상호작용이 진전된 결과로서 발생하는 경우에 이르기까지 다양한 모습을 띤다.

2. 아내에 의한 남편살해

분석 중인 사건 가운데 아내가 남편을 살해한 경우는 모두 11건이다. 이것은 가족 관계에서 일어난 사건의 11%, 배우자 사이에 일어난 사건의 21%에 해당한다. 범죄자의 연령은 29세 이하 4명, 30-44세 7명이며, 피해자의 연령은 29세 이하 3명, 30-44세 7명, 45세 이상 1명이다. 그러면 이 사건들에 대해 살펴보자.

<표 5> 남편살해 사건에서 가해자-피해자 관계의 특성

구 분		N
사건 전에 배우자 사이의 갈등 유무(N=11)	있 음	10
	없 음	1
갈등 있는 경우 갈등 원인 제공자(N=10)	남 편	5
	쌍 방	4
	아 내	1
남편에 의한 아내 학대 여부(N=10)	있 음	8
	없 음	2
그 학대 행위의 사건 관련 여부(N=8)	있 음	5
	없 음	3

<표 5>는 아내에 의한 남편 살해 사례에 대하여 사건이 일어나기 전 가해자와 피해자의 관계의 성격을 알아본 것이다. 표를 보면 11건 가운데

10건에서 사건이 발생하기 전에 남편과 아내 사이에 갈등이 존재한 것으로 나타났다. 갈등이 없는 사례 1건은 정신질환을 앓고 있던 아내가 자신의 처지를 비관하여 자신에게 헌신하는 남편을 먼저 살해하고 자신도 자살하려고 했던 경우이다. 갈등의 원인을 보면 남편이 원인을 제공한 경우가 5건으로 다수를 차지하며 아내가 갈등의 일차적인 원인을 제공한 경우는 1건, 함께 사건을 초래한 경우가 4건으로 집계되었다.

남편에 의한 아내 학대(폭언, 구타 등)를 보면 사건 전부터 갈등이 존재한 10건 중 8건에서 상당한 기간(6개월 이상) 학대행위가 있었던 것으로 조사되었다. 남편의 학대 행위는 갈등의 원인이 남편인 경우는 물론 쌍방이거나 아내인 경우 모두에서 관찰된다. 학대와 사건이 직접적인 관련이 있는지 살펴본 결과 남편의 학대행위가 존재한 8건 가운데 5건에서 아내에 의한 남편 살해가 사건 현장에서의 학대행위와 직접 관련되어 있는 것으로 조사되었다. 5건의 사건 내용을 보면 2건은 남편의 구타 또는 행패가 일단 끝난 상태에서 아내의 가해 행동이 일어났으며, 2건에서는 남편의 구타 또는 행패가 진행되는 과정에서 아내의 가해 행동이 일어났고, 1건은 청부살인인 것으로 조사되었다. 이런 결과는 여성에 의한 배우자 살해가 가정폭력과 높은 관련성이 있다는 주장이 상당한 타당성을 가진다는 점을 뒷받침한다.

배우자 관계에서 여성은 때로 직접 가해 행동을 하지 않고 '청부살인'을 하는 경우가 있는 것으로 나타난다. 배우자 관계에서 일어난 사건 가운데 '청부살인'은 일반 살인 사건에 비하여 독특한 특성을 가지고 있다. '청부살인'은 사건이 발생하기 전에 존재한 갈등의 당사자와 직접적·육체적 가해의 당사자가 일치하지 않는다. 이런 형태의 사건은 당사자 사이의 존재하는 심각한 갈등이 존재하는 경우 돈을 매개로 하는 '범죄적 형태의 계약'을 통하여 갈등의 상대방을 제거하는 것이다. 이런 사건에서 범죄자와 피해자의 관계를 분석할 때는 다른 사건에 비해 주의하여야 한다. 가족 구

성원 사이의 살인 사건에서는 모두 4건의 청부살인이 조사되었는데, 이들은 모두 배우자 관계에서 일어난 것이다. 배우자 사이의 청부살인은 아내가 범죄자인 경우가 3건이고 남편이 청부자인 경우가 1건이 조사되었다. 이 가운데 아내가 범죄자인 3건 사례는 상습적인 성폭력과 구타를 일삼는 남편의 살해를 청부한 경우, 남편의 성적인 학대에 불만을 품은 아내가 보험금을 타내기 위하여 정부에게 남편을 살해하게 한 경우, 불륜 사실이 드러나 구타를 당하는 등 시달리게 되자 정부와 공모하여 남편의 살해를 청부한 경우 등이 조사되었다.

이들 사례를 보면 청부 살인은 배우자 사이에 심한 갈등이 상당한 기간 동안 지속되어왔고 회복하기 어려울 정도로 관계가 악화된 경우에 일어나는 것으로 판단할 수 있다. 이런 경우 갈등의 당사자가 직접 가해 행동을 하지 않고 청부를 하게 되는 동기는 크게 두 가지로 구분할 수 있다. 아내가 범죄자인 사례를 보면 청부자인 아내는 사건이 발생하기 전에 피해자인 남편의 직접적인 폭력에 장기간 노출되어온 것으로 나타난다. 이런 경우 청부를 하는 행동은 상대에 대해 직접 가해 행동을 하기에 힘이 부족하지만 위험 상태를 벗어나고자 하는 동기가 작용하는 것으로 판단할 수 있다. 이런 동기는 경우에 따라 남편 이외의 사람과의 애정이나 보험금과 같은 요인에 의하여 강화되기도 한다. 이에 비하여 남편이 범죄자인 경우에는 청부자의 사회적 지위 때문에 심각한 갈등 상태에 있는 상대방에 대해 직접적인 가해 행동을 하기보다 다른 사람에게 가해 행동을 청부하는 것으로 판단된다.

3. 존속살해의 경우

존속살해 사건은 모두 13건 조사되었다. 이는 분석 중인 가족 구성원

사이에 일어난 사건의 13%에 해당한다. 존속살해범의 성별은 모두 남자인 경우만 조사에 포함되었다.[3] 사건의 수가 적어서 그런 것이기도 하지만, 대체로 보아 존속살해는 남자에 의해 일어나는 경우가 보다 일반적이라고 판단할 수 있다.

<표 6> 존속살해의 사건의 가해자(N=14)

구 분		N
성 별	남 자	14
연 령	29세 이하	7
	30-44세	7
정신질환 유무	있 음	3
	없 음	11
사건당시 음주여부	음주 상태	7
	음주 않음	7

존속범죄의 가해자 가운데 정신질환을 가진 사람이 3명이고 그렇지 않은 사람이 11명으로 집계되었다. 참고로 정신질환에 의한 사례의 내용을 구체적으로 보면, 1) 23세의 직업이 없는 남자가 86세의 친할머니와 의사소통이 잘 안되어서 평소 갈등이 심하던 피해자를 가해한 경우, 2) 35세의 직업이 없는 남자가 자신을 정신병원에 입원시키려 하는 66세의 어머니를 가해한 경우, 3) 36세의 직업이 없는 남자가 평소 자신을 때리고 나무라던 64세의 아버지를 가해한 경우 등이다. 이를 보면 정신질환자들은 생활 주변에서 생활을 같이 하면서 간섭하는 피해자, 그것도 상대적으로 나이가 많은 존속을 가해하는 것을 발견할 수 있다.

3) 존속살해와 관련해서는 한국형사정책연구원(1996)에서 살인과 상해를 포함하여 존속범죄에 대해 전반적인 실태를 조사·분석한 적이 있다. 이에 따르면 존속살해의 주요 유형은 ① 정신이상자에 의한 존속살해, ② 피해자의 학대로 인한 존속살해, ③ 폭력 등 반사회적 성격에 의한 존속살해, ④ 배우자와의 가정불화로 인한 배우자의 존속살해 등인 것으로 제시되었다.

존속을 가해하는 범죄자 가운데 절반 정도가 음주상태에서 가해행동을 하였다. 전체적으로 볼 때 30세 미만의 상대적으로 젊은 가해자는 음주 상태에서 가해하는 경우가 드문데 비해 그 이상의 연령에 해당하는 가해자는 정신질환과 무관한 경우에는 모두 음주상태에서 가해행동을 한 것으로 조사된 점이 눈에 띈다.

<표 7> 존속살해의 사건의 피해자(N=13)

구 분		N
연 령	30-44세	2
	45세 이상	11
가해자와의 관계	아버지	7
	어머니	3
	할머니	1
	배우자의 어머니	2

* 존속살해와 관련된 피해자는 모두 14명이나 1명은 가해자의 배우자임.

<표 7>은 존속살해 피해자에 대해서 알아본 것이다. 피해자에 따라 어떤 사람이 가해를 했는지 살펴보면 존속살해의 전체적 모습을 이해하는데 도움이 될 것이다. 먼저 아버지가 피해자인 경우를 보면, 1) 15세의 아들이 평소 상습적인 가정폭력을 행사하던 45세의 아버지가 가족들을 폭행하는 것을 말리다 가해한 사례, 2) 32세의 막노동에 종사하는 아들이 평소 자신을 무시하던 63세의 아버지를 음주상태에서 가해한 사례, 3) 42세의 막노동에 종사하던 아들이 자신을 꾸짖는 아버지를 다른 사람으로 오해하여 78세의 아버지를 음주상태에서 가해한 사례, 4) 26세의 직업이 없는 아들이 평소 불만을 가지고 있던 아버지의 여자관계를 의심하여 73세의 아버지를 가해한 사례, 5) 23세의 근로자가 평소 상습폭행을 일삼던 46세의 아버지에

대해서 폭행을 말리다 순간적으로 흥분하여 가해한 사례, 6) 19세의 직업이 없는 아들이 평소 자주 나무라고 자신을 경제적으로 부양하지 않는 52세의 아버지를 음주상태에서 가해한 사례, 7) 정신질환과 관련된 1 사례 등이다.

어머니가 피해자인 사례는 1) 30세의 직업이 없는 남자가 평소 신세를 자주 한탄하던 61세의 어머니가 자신을 나무라자 음주상태에서 격분하여 가해한 경우, 2)14세의 학생이 평소 자주 꾸지람하던 어머니를 우발적으로 가해한 경우, 3) 정신질환과 관련된 1사례 등이다. 피해자가 할머니인 사례는 앞서 살펴본 정신질환에 의한 경우이다. 피해자가 장모인 경우가 두 사례 있는데, 1) 35세의 행상을 하는 남자가 별거 중인 아내와의 결합을 반대하는 59세의 장모와 32세의 아내를 음주상태에서 찾아가 동시에 가해한 사례, 2) 23세의 작은 회사의 종업원인 남자가 평소 안 좋은 감정을 가지고 있던 배우자의 계모에 대해서 음주상태에서 찾아가서 가해한 사례 등이다.

30세 미만의 가해자 가운데 상습적으로 가정폭력을 행사하던 피해자를 가해한 경우가 눈에 띈다. 전반적으로 보아 여기서 분석하고 있는 존속살해의 사례들은 가해자가 사회경제적으로 상대적으로 열악한 상태에 있는 경우가 많다는 것도 주목할 만하다. 배우자의 가족을 살해하는 경우에는 배우자와의 갈등이 있는 경우와 배우자와는 갈등이 없지만 처가 식구와 갈등이 있는 사례가 조사되었다. 앞서 제시한 사례들의 내용을 보면 존속살해의 갈등구조는 한국형사정책연구원(1996)에서 제시한 네 가지 형태에서 크게 벗어나지 않는다.

존속살해에서 특이한 점은 다른 사건에 비하여 흉기가 사용되는 경우가 흔하다는 것이다. 13건의 사건 가운데 가해 도구로 칼을 사용한 경우가 11건이며, 나머지 사례는 야구방망이와 문진이 각각 사용되었다. 존속살해는 다른 형태의 살인에 비하여 일반적으로 가해의 정도가 심한 경우가 많다. 이 점이 가해자에 대한 비난의 정도를 높여주는 것이기도 하다. 그런데 이

것은 가해수단과 관련이 있는데, 가해자들이 흉기를 사용하는 빈도가 높은 이유는 사건이 일어나는 장소에서 쉽게 발견되는 도구가 칼이라는 점, 그리고 칼이 일반적으로 가해의 가장 효과적인 수단이라는 점을 반영한다. 아울러 이러한 흉기 사용행위는 가해자가 피해자에 대해서 가지고 있는 감정 대립의 정도와 관련이 있는 것으로 판단된다.

4. 아동이 피해자인 경우

가족 관계에서 일어난 사건 가운데 아동이 피해자인 사건은 피해자의 행위 능력이 제한되거나 존재하지 않는다는 점에서 위에서 살펴본 다른 사건(배우자 사이의 살인, 존속 살해 등)과 구별된다. 분석 중인 자료 가운데 14세 미만의 아동이 피해자인 사건은 모두 24건이고 관련된 범죄자는 25명이다. 이 수치는 분석 중인 가족 구성원 사이에서 일어난 사건의 23%에 해당한다.[4)]

<표 8> 아동이 피해자인 사건의 가해자(N=25)

구 분		N
성 별	남 자	10
	여 자	15
연 령	29세 이하	13
	30-44세	11
	45세 이상	1
정신질환	있 음	12
	없 음	13

4) 여기서 논의하는 사건은 아동에 대한 가해가 해당 아동의 사망을 초래한 사건이다. 따라서 일반적으로 '아동 학대'에 대한 논의(한국형사정책연구원, 1992c; Gelles, 1997)에서 탐구되는 사건들과는 질적으로 분명히 구별되는 특성을 가지고 있다는 사실에 주의할 필요가 있다.

<표 8>은 아동이 피해자인 사건의 범죄자 특성을 정리한 것이다. 범죄자의 성별은 여자 비율이 특히 높다. 사건을 보면 아버지가 가해자인 경우 9건, 어머니가 가해자인 경우 13건이며, 아버지와 어머니가 함께 가해한 경우 1건, 기타 이모가 가해한 경우 1건 등으로 집계되었다. 아동이 피해자인 사건은 아동과 같이 살고 있거나 친권관계에 있는 부모가 가해자인 경우가 대부분이기 때문에 가해자의 연령분포 역시 이 점을 반영하고 있다. 아동이 피해자인 사건에서 여성의 비율이 남성보다 높게 나타난 것은 아동과 더 많은 시간을 보내는 사람, 또는 아동과 일상적인 상호작용을 하는 사람이 주로 어머니라는 사실과 관계가 있다.

범죄자의 특성 가운데 특히 눈에 띠는 것은 정신질환이 있는 경우가 많다는 사실이다. 25명의 범죄자 가운데 정신질환 경력이 있는 경우가 12명으로 다른 어떤 형태의 사건보다 높은 비율을 나타낸다. 즉, 아동을 살해하는 사람들은 정신질환을 가진 경우가 많은데, 이들의 가해 행위는 정신질환으로 인한 우울증이나 발작과 높은 관련성을 가지고 있다. 아울러 다른 사건들에 비하여 여자에 의해 저질러지는 사건이 많은 것은 배우자와의 관계에서 생긴 갈등과 문제로 인해 스스로 비관하여 아동에게 가해하는 경우가 많기 때문인 것으로 조사되었다.

<표 9>는 피해 아동의 성별과 연령을 나타낸 것이다. 피해자는 신생아(출산 후 1일 이내)가 6명이고, 1살 이하 5명, 2살 7명, 3살 이상 10명 등으로 조사되었다. 피해 아동의 성별은 남아가 12명, 여아가 10명으로 피해아동의 성별에서 특별한 선택성이 발견되지 않는다. 이는 아동 살해의 동기가 아동에 있는 것이 아니라는 것과 관련이 있다. 아동 살해는 피해자인 아동보다 가해자인 성인에게 문제가 있기 때문에 일어나는 것으로 판단할 수 있다. 아동이 피해자인 사례 가운데 피해자가 신생아인 경우가 6사례 조사된 점이 특이하다.

<표 9> 아동이 피해자인 사건의 피해자 특성

구 분			N
신생아(출산 1일 이내)			6
아 동	성 별	남 자	12
		여 자	10
	연 령	1살 이하	5
		2살	7
		3살 이상	10
합 계			28

<표 10>은 가해자의 성별 가해의 동기 및 가해 행동 이후 가해자의 자살 시도에 대해서 알아본 것이다. 아동을 살해하는 동기는 정신질환이나 우울증에 의해 심리적으로 불안정한 상태, 또는 배우자와 갈등으로 인해 심리적으로 불안정한 상태에 있는 가해자가 자신의 감정을 아동에게 이전시키는 경우 등이 대부분이다. 즉, 아동 역시 자신의 좋지 않은 상태를 공유하는 것으로 해석하고 자신이 경험하는 불안정한 상태가 아동에게 이전되지 않도록 하려는 심리가 작용하는 것이다. 이와 함께 실직 상태에 있거나 경제적으로 어려운 처지에 있는 가해자가 아동을 정상적으로 돌보지 못하는 자신의 처지를 비관하여 가해 행동을 하는 경우도 있다.

피해자가 신생아인 경우 사건의 동기는 아동이 피해자인 경우에 비하여 다소 특이하다. 먼저 어머니가 아이를 살해한 사건은 신생아가 피해자인 사례는 미혼 또는 혼외 출산으로 인한 수치심 때문에 산모가 아이를 유기·살해한 경우, 강간 피해로 인한 임신 사실을 숨기기 위하여 산모가 아이를 유기·살해한 경우 등이다. 다음으로 아버지가 아이를 살해한 사건은 청소년인 남학생이 양육 능력이 없고 부모에게 말하기가 겁나서 애인이 낳은 아이를 유기·살해한 경우, 경제적 어려움으로 인하여 아이를 제대로 키우지 못할 것 같아 아버지가 아이를 살해한 경우, 아이가 자꾸 보채고

귀찮게 하자 아버지가 아이를 던져 사망하게 한 경우 등이다.

<표 10> 가해 동기별 가해자의 성별과 자살시도 단위 : N

가해의 동기	가해자 성별		자살시도, 자해	
	남자	여자	남자	여자
신생아 살해	3	3	-	-
부부 불화, 가출, 갈등	2	2	-	2
정신질환, 우울증, 발작	1	5	-	4
경제적인 곤궁	1	-	-	-
곤궁 + 우울증, 발작	-	1	-	-
가출, 갈등 + 우울증, 발작	-	1	-	-
가출, 갈등 + 곤궁	2	2	2	2
기 타	1	1	-	-
합 계	10	15	2	8

아동을 살해하는 행동은 가해자의 자살 또는 자해 행동과 관련되는 경우가 많은 점을 주목할 필요가 있다. 아동을 살해한 사건 가운데 7건(8명)은 가해자가 자신의 처지를 비관하여 자살하고자 하면서 자식인 아동을 자살을 시도하기 전에 살해한 경우이다. 가해자가 어머니인 경우가 5건, 아버지인 경우가 1건, 아버지와 어머니가 함께인 경우 1건 등으로 가해자가 자살을 시도하기에 앞서 아동을 살해하는 사례는 여성에 의해 저질러지는 경우가 보다 일반적이다. 이와 함께 가해자가 어머니인 사례 가운데 정신질환 경력이 있는 가해자가 갑자기 발작하여 자해하는 과정에서 아동을 살해한 사례가 2건 조사되었다.

가해자가 자살을 하기에 앞서 아동을 살해하는 동기로는 여성의 경우에는 배우자와의 갈등적 관계에 따른 정서적 불안정이 크게 작용하는 반면 남성의 경우에는 배우자와의 갈등과 같은 요인이 경제적인 어려움과 중첩

되어 나타나는 것이 중요한 것으로 나타났다. 이것은 살인과 함께 자살을 기도하는 사람들은 친밀한 관계에서의 문제로부터 비롯되는 좌절을 경험하거나, 정서적으로 불안정한 상태에서 가해 행동을 하는 경우가 많다는 것을 나타낸다(Stack, 1997).

피해자가 아동인 사건은 1건을 제외한 23건에서 피해자가 사망한 것으로 나타났다. 사례 가운데 미수에 그친 사건은 한 사례 조사되었는데, 이 경우는 사건이 발생한 장소가 공동주택의 복도여서 이웃 사람들이 가해자인 아버지를 말려 피해자가 생존하게 된 경우이다. 이를 보면 아동이 피해자인 경우에는 사건이 공개된 장소가 아닌 밀폐된 공간에서 일어나는 경우가 대부분이기 때문에 피해자가 가해자에 대하여 대항할 능력이 현저하게 떨어지거나 없는 아동이라는 특성으로 인하여 피해를 모면하거나 줄이는 것이 아동의 힘으로는 불가능하다는 사실을 보여준다. 이와 반대로 아동이 피해를 당하는 순간에 제3자가 개입하는 행위는 아동의 피해를 줄이는데 큰 도움이 될 수 있다는 것을 의미한다.

Ⅳ. 맺음 말

가족관계는 친밀한 대면접촉을 특징으로 하는 원초적 관계를 특징으로 한다. 전통적으로 가정은 친밀한 상호작용을 바탕으로 정서적인 안정과 유대를 제공하는 것으로 간주되어 왔다. 가족은 개인의 일상생활의 영역이자 개인을 사회적으로 나타내주는 근거가 된다. 개인은 가족을 통하여 자신의 정체성을 형성하고 사회적 신분과 존재를 드러낸다. 그런데 이와 같은 가정의 이미지는 가족 구성원 사이에 일어나는 가정폭력이라는 현상에 직면하면 상당히 달라질 수밖에 없다. 특히 살인사건이 가장 많이 일어나는 관

계가 배우자 관계라는 점을 감안하면 상황은 더욱 심각하게 인식된다. 이 글에서 살펴본 가족살해 현상을 생각하면 안식처로서의 가정은 존재하지 않는다는 느낌을 갖게 된다.

이상에서 살펴본 실제 사건 사례들에 따르면 가족 구성원 사이의 치명적인 갈등은 일상적인 관계에서 일어나는 상호작용의 양상과 관련이 있으나, 특히 문제가 되는 갈등의 가장 주된 방향은 배우자 사이에서 발생하는 것으로 생각할 수 있다. 여기서 우선적으로 문제가 되는 것은 당사자인 남편과 아내이며, 이들이 가장 높은 위험에 노출되어 있다. 하지만 이들의 갈등은 배우자 관계를 넘어 가족 전체에게 영향을 미칠 수 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 우리가 살펴본 사건 사례들을 보면 아동이 피해자인 사건이나 존속살인에서도 배우자에 대한 지속적인 학대와 폭력이 문제되는 경우가 드물지 않다. 말하자면 치명적 결과를 초래하는 갈등은 가해자와 피해자 사이에 발생하는 것이 보다 일반적이지만 사건 발생과 관련된 갈등이 반드시 가해자와 피해자에 국한되어 일어나는 것은 아니라는 것이다.

이 글에서 살펴본 가족 구성원에 대한 살해에서 특히 주목할 점은 가해행위가 일회적인 에피소드가 아니라 보다 장기적인 맥락의 가능성을 내포한다는 점이다. 즉, 가족 구성원에 대한 살해행위는 이들 사이에 관찰되는 다른 행위들과 마찬가지로 상호작용의 한 방식으로 일어나는 것으로 파악할 수 있다. 가족 구성원을 살해하는 행위는 그것이 이미 존재하던 갈등의 연장선에서 일어난 경우이거나 그렇지 않고 다소 우발적으로 일어난 경우라도 왜 그 장면에서 살해행위라는 극단적 선택이 이루어졌는가 하는 점이 진지하게 검토되어야 한다. 이를 이해함에 있어서 가족 관계의 특징이라 할 수 있는 일상적 대면접촉, 상호의존적 관계, 친밀한 정서적 유대의 존재가 당사자 사이에 존재한 갈등의 역사 못지 않게 사건 현장에서 전개되는 행위의 양상을 결정하는데 중요하게 작용하고 있다는 점이 고려되어야 한다.

가족 구성원에 대한 살해는 일차적으로 가해자의 행위에 의해서 성립한다. 그러나 피해자도 정도의 차이는 있으나 일정한 행위를 하는 행위자로 파악할 수 있다. 잘 아는 사람 사이의 가해 행위는 행위의 교환이라는 관점에서 접근할 때 보다 잘 이해될 수 있다. 이것은 친밀한 대면접촉 상황에서 일어나는 가족 구성원 사이의 사건에서 특히 중요하다. 행위는 상호의존적 맥락에서 일어나며, 상대방과 교환되는 것으로 볼 수 있는데 이때 교환되는 것은 직접적인 폭력, 언어적 폭력뿐만 아니라 이들에 의해 매개되는 상징, 의미 등을 모두 포괄한다. 여기서 전달되는 상징과 의미는 기존에 존재하는 누적된 관계의 연장선에서 발해지고 받아들여진다. 폭력적인 제스쳐, 언어사용, 실제적 폭력이 행사될 경우에는 과거의 경험이 행위의 선택에 중요한 준거가 된다. 성공한 전략과 실패한 전략은 상황의 급속한 전개, 완만한 전개에 따라 다르게 채택된다. 이런 과정에는 두 사람의 관계의 강도, 지속기간, 안정성 등이 영향을 미친다. 만약 기존에 참조할만한 지식이 부족한 경우에는 서로 공유되지 않은 각자의 경험으로부터 추론되어진다.

친밀한 대면접촉을 하던 사람들 사이에서 가해행위가 일어나는 경우에 그것은 당사자 사이에 존재하던 상호작용의 누적적 결과와 직접적으로 연결된다. 이것은 살해행위의 동기가 형성되는 과정을 살펴보면 잘 드러난다. 가해의 동기는 '움직이는' 것으로 개념을 확장할 때 보다 잘 이해될 수 있다. 동기는 구체적인 가해행위를 설명해주는 것이다. 그런데 가족살해에는 동기로 파악할 수 없는, 혹은 직접적 가해동기를 넘어서는 사건의 국면이 존재한다. 이것은 가해자의 행위가 이미 사건 당사자들 사이의 상호작용의 누적된 결과를 반영하기 때문이기도 하고, 혹은 사건에 따라서는 피해자도 가해자 못지않은 행위능력을 가지고 능동적으로 행위 할 수 있는 행위자이기 때문이다. 이런 측면은 피해자 유발에 의한 살인, 또는 가정폭력 피해자에 의한 가해자 살해(배우자, 자녀에 의한 사건) 이르면 아주 분명하게 드

러난다. 가족 구성원에 대한 살해를 파악하는데 있어 가해행위를 일방적이거나 우발적인 것으로 이해하는 것은 부적절한 것이며 가해행위가 장기간의 상호작용이라는 맥락에서 발생한다는 점이 중요하게 고려되어야 한다.

가족 구성원을 살해한 가해자에 대해서 가족의 다른 구성원이나 주변 사람들이 탄원서를 제출하는 경우가 드물지 않다. 이것은 가정폭력 피해자에 의한 가해자 살해의 경우, 정신질환에 의해 사건이 일어난 경우, 피해자가 평소 가해자에 대해서 못된 짓을 한 경우 등에서 흔히 관찰된다. 이런 것들은 가족 구성원에 대한 살인은 경우에 따라 현장이라는 좁은 범위를 벗어나야만 잘 이해된다는 것을 나타낸다. 사건은 피해자가 피살되는 공간과 시간에 한정해서는 이해하기 곤란하다. 좀더 장기적인 맥락에서 볼 때 사건의 진행양상이 좀 더 완전하게 파악될 수 있다.

참고문헌

김영화 외. 2001.「사회문제론」. 대학출판사.

대검찰청. 2002. 범죄분석.

박순진. 2000a. “피해자 유발에 의한 살인의 개념과 실제.”「피해자학연구」 제8호: 325-356.

_____. 2000b. “폭력범죄에 있어서 흉기의 사용에 대한 고찰.”「형사정책연구」 2000년 봄호(통권 제41호): 141-168.

한국형사정책연구원. 1992a.「가정폭력의 실태와 대책에 관한 연구」. 연구보고서.

_____. 1992b.「살인범죄의 실태에 관한 연구」. 연구보고서.

_____. 1992c.「아동학대의 실태 및 영향」. 한국형사정책연구원.

_____. 1996.「존속범죄의 실태에 관한 연구」. 연구보고서.

_____. 1999.「범죄자와 피해자의 상호작용에 관한 연구」. 연구보고서.

한인섭. 1996. “가정폭력 피해자에 의한 가해자 살해: 그 정당화와 면책의 논리.”「서울대학교 법학」 37(2): 261-312.

Block, R. 1977. *Violent crime*. Mass.: Lexington Books.

Browne, A. 1987. *When battered women kill*. New York: The Free Press.

Browne. A., K.R. Williams, & D.G. Dutton. 1999. "Homicide between intimate partners." in *Homicide: a sourcebook of social research*, edited by M.D. Smith & M.A. Zahn. Sage.

Daly, M. & M. Wilson. 1988. *Homicide*. New York: Aldine de Gruyter.

Dobash, R. P., E. R. Dobash, W. Dobash, M. Daly and M. Daly. 1992.

"The myth of sexual symmetry in marital violence." *Social Problems* 39: 71-91.

Ewing, C.P. 1997. *Fatal families: the dynamics of intrafamilial homicide*. Sage.

Felson, R. B. 1978. "Aggression as impression management." *Social Psychology* 41: 205-213.

Felson, R. B. and H. J. Steadman. 1983. "Situational factors in disputes leading to criminal violence." *Criminology* 21(1): 59-74.

Felson, R. B. and S. F. Messner. 1996. "To kill or not to kill?: lethal outcomes in injurious attacks." *Criminology* 34: 519-545.

Gelles, R. J. 1997. *Intimate violence in families*. Sage.

Goode, W. J. 1969. "Violence among intimate." in *Crimes of Violence, report to the National Commission on the causes and prevention of violence* edited by D. J. Mulvihill & M. M. Tumin.

Holmes, R.M. & S.T. Holmes. 2001. *Murder in America*. Sage.

Jacobson, N.S., J.M. Gottman, J. Waltz, R. Rushe, J. Babcock, & A. Holtzworth-Munroe. 1994. "Affect, verbal content and psychophysiology in the arguments of couples with a violent husband." *Journal of Consulting and Clinical Psychology* 62: 982-988.

Kleck, G. and K. McElrath. 1991. "The effect of weaponry on human violence." *Social Forces* 69(3): 669-692.

Luckenbill, D. F. 1977. "Criminal homicide as a situated transaction." *Social Problems* 25: 176-186.

Maxfield, M. G. 1989. "Circumstances in supplementary homicide reports: variety and validity." *Criminology* 27(4): 671-695.

Messenr, S. F. and K. Tardiff. 1985. "The social ecology of urban homicide: an application of the 'routine activities' approach." *Criminology* 23: 241-267.

Polk, K. 1994. *When men kill: scenarios masculine violence*. Cambridge University Press.

Saunders, D. G. 1986. "When battered women use violence: husband-abuse or self-defense?" *Victim and Violence* 1: 47-60.

Silverman, R. A. and L. W. Kennedy. 1987. "Relational distance and homicide: the role of stranger." *Journal Criminal Law and Criminology* 78: 272-308.

Stack, S. 1997. "Homicide followed by suicide: an analysis of Chicago data." *Criminology* 35(3): 435-453.

Straus, M., R. J. Gelles, and S. Steinmetz. 1980. *Behind closed doors: violence in the American family*. New York: Doubleday.

Wallace, A. 1986. *Homicide: the social reality*. Sydney, Australia: New South Wales Bereau of Crime and Statistics.

Wilson, M., H. Johnson, & M. Daly. 1995. "Lethal and non-lethal violence against wives." *Canadian Journal of Criminology* 37: 331-361.

Wolfgang, M. 1958. *Patterns in criminal homicide*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

The Conflict Structure in Intra-familial Homicide

Park, Soon-Jin*

It can be easily found in the intra-familial homicide that the offender and his victim have histories of conflict before the occurring of the crime. While the offender is more active person in the criminal scene, who uses various struggle tactics including aggressive act and lethal instrument, the lethal outcome of a violent crime in the family can be best understood as an outcome of dynamic exchange of struggle tactics between the offender and his victim in the context of their interaction process and conflict structure existed before the crime.

It analyses the police and court records of criminal homicide between family members for three years from 1995 to 1997 in Seoul. It examines 104 cases including 117 criminals and 116 victims. Four major types of offending are classified and examined from the cases; (1) partner homicide by man, (2) partner homicide by woman, (3) parricide, and (4) murder of children by their parents. Major risk factors and motives of offending are discussed for each types of intra-familial homicide.

Most frequent motives of killing family members are control motive, self-defense, combinations of stress and alcohol, and mental illness.

* Professor, Department of Police Administration, Daegu University

Homicide between intimate family members are often extreme cases of family violence. Some of the cases are well understood as deadly outcomes of continued exercise of violence by the perpetrator, and others as killing their abuser by victims of family violence. Parents who kill their young children had usually been experiencing deteriorated conditions of life before the crime.

불능범의 새로운 이해

이 정 원*

Ⅰ. 서 론

형법 제27조는 불능범에 대하여 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다”고 규정하고 있다. 이러한 불능범 규정에 대해서는 우선 그 용어의 사용에서부터 논란이 되고 있다.[1] 우리 학계에서는 제27조를 불능범이 아니라 불능미수에 관한 규정으로 해석한다. 형법의 해석상 불능범은 일반적으로 위험성이 없기 때문에 미수범으로 처벌되지 않고, 예외적으로 위험성이 있을 때에만 불능미수범으로 처벌된다는 것이다.[2] 즉, 위험성이 없어 처벌되지 않는 불능범과 위험성이 있어 처벌되는 불능미수로 구별하고 있다. 이에 반하여 불가벌적 불능범이라는 불필요한 용어를 사용할 필요가 없으므로, 제27조의 불능범이라는 용어의 사용에는 문제가 없다는 견해[3]도 있다. 그

* 경남대학교 법행정학부 교수, 법학박사

1) 이에 관하여는 천진호, 불능범의 위험성 판단 - 해석상의 오류를 중심으로, 비교형사법연구 제1권 1호, 1999, 70면 이하.
2) 김일수, 한국형법 Ⅱ, 개정판, 1997, 177면 이하; 김종원, 형사법강좌 Ⅱ, 1984, 619면; 박상기, 형법총론, 제5판, 2002, 362면; 손해목, 형법총론, 1996, 898면; 안동준, 형법총론, 1998, 198면; 이재상, 형법총론, 제4판, 1999, 377면; 임웅, 형법총론, 1999, 327면; 정성근, 형법총론, 전정판, 1996, 507면; 진계호, 형법총론, 전정판, 1993, 724면.
3) 천진호, 불능미수범의 위험성 판단, 비교형사법연구 제1권 1호, 73면; 同趣旨, 오영근, 형법총론, 2002, 581면.

러나 현재 우리나라에서는 어느 견해에 의해서도 제27조의 불능범 내지 불능미수의 개념을 위험성 여부에 의해서 동일하게 이해하고 있다.[4]

불능미수에서 용어사용에 관한 형식적인 논란 이외에 "주체의 착오로 결과의 발생이 불가능한 경우가 형법 제27조의 불능범 내지 불능미수에 해당할 수 있는지"의 문제는 실질적·내용적 논란에 해당한다. 이 문제는 우리 형법 제27조의 법문이 불능범을 '실행의 수단 또는 대상의 착오'의 경우로 한정하기 때문에 특히 의미가 있다.[5] 그러나 이 문제는 본고의 논술과 직접적인 관계가 없으므로 논의의 대상에서 제외하기로 한다. 무엇보다도 불능(미수)범 규정이 명문으로 표시하고 있는 '위험성'에 대해서는 그 판단기준에 대해서 뿐 아니라 그 자체의 존재의미에 대해서도 심각하고 복잡한 논란을 보이고 있다. 그밖에 불능범 규정과 관련하여 논란의 범주에서 조금 벗어난 듯 보이는 것으로는 불능범(불능미수)과 장애미수의 구별문제이다. 실질적으로 제25조에 비하여 제27조의 경우는 형의 면제가 가능하기 때문에 불능범(불능미수)과 장애미수의 구별문제는 특히 중요한 의미를 가진다. 본고에서는 불능미수에 관한 이러한 실질적·내용적 논란을 올바르게 정립함으로써 불능미수의 본질을 명백하게 규명하고자 한다.

Ⅱ. 불능미수와 임의적 형 감면

형법 제27조에서는 불능범에 대해서 "실행의 수단 또는 대상의 착오로

4) 중지범과 중지미수를 동의어로 이해하면서, 불능범과 불능미수를 명백하게 구별하는 학계의 용어사용이 적절하지는 않다. 다만 제27조의 표제인 불능범을, 처벌되지 않는 협의의 불능범과 처벌되는 불능미수를 포함하는 광의의 불능범으로 이해하는 것은 가능할 것이다. 이정원, 형법총론, 제2판, 2001, 298면 각주 49) 참조; 同旨, 배종대, 형법총론, 제6판, 2001, 453면; 신동운, 형법총론, 2001, 480면.

5) 독일 형법 제23조 3항에서도 불능미수에서 주체의 착오를 명시적으로 규정하고 있지는 않다.

인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다"고 규정하였다. 이 규정과 관련하여 "위험성이 있는 불능미수 중에서 어느 경우에는 형의 감경이 가능하고, 어는 경우에는 형의 면제가 가능한가"라는 문제는 학설에서 크게 주목받지 못하고 있다. 학설에서는 이 문제를 특히 거론하고 있지는 않지만, 불능미수에 대해서 형의 감경과 형의 면제의 선택을 법관의 단순한 양형판단의 문제로 보는 것이 아닌가 생각된다.[6] 그러나 형 면제와 형 감경의 선택문제를 법관의 자유로운 양형판단에 맡기는 것은 죄형법정주의의 관점에서 의문시된다.

우리 형법은 불능범에 대해서 "위험성이 있는 때에는 처벌하며, 다만 그 형을 임의적으로 감면할 수 있다"고 규정함으로써, 임의적 형 감경이나 형 면제의 대상이 되는 행위를 위험성이 있는 불능미수행위로 확대하였다. 따라서 통설의 개념사용에 따른다면, 위험성이 있는 불능미수는 임의적 형 감경이나 형 면제의 대상이 되고, 위험성이 없는 불능범은 형법 제27조의 적용대상도 되지 않는다. 이러한 관점에서는 주술로서 사람을 살해하려고 시도하는 경우와 같은 미신범도 위험성이 없어 처벌되지 않는 불능범의 범주에 들어가게 된다.

그러나 위험성이 있는 불능범을 (장애)미수범과 동일하게 임의적 형 감경의 대상으로 하고, 위험성이 없는 불능범을 형 면제의 대상으로 형법 제27조의 규정을 해석할 여지는 없는지 생각해 볼 필요가 있다. 합리적으로 판단한다면, 불능범에서 위험성의 표지는 불능미수에 대한 형 감경과 형 면제를 구별하는 기준으로 보는 것이 옳다.[7] 이러한 관점에서는 불능범에 관한 용어의 정립도 간결하게 될 것이다. 즉, 형법 제27조의 불능범을 형 감경의 대상이 되는 위험성이 있는 불능(미수)범[8]과 형 면제의 대상이 되는 위험

6) 불능미수에 대해서 형 감경과 형 면제의 구별을 시도하지 않는다는 것 자체가 결국 이 문제를 법관의 양형판단에 맡긴다는 것을 의미한다.
7) 同趣旨, 배종대, 형법총론, 457면 이하.

성이 없는 불능범으로 해석하면 충분할 것이다. 또한 실현불가능한 비과학적 미신수단의 행사는 구성요건적 행위로 평가될 수 없기 때문에 미신범은 형법 제27조의 불능범의 범주에 들어올 여지도 없게 된다.[9] 이러한 입장에서는 미신범과 불능범을 개념적으로도 명확하게 구획할 수 있게 된다.

이러한 기본적 착상을 전제로 불능범에 관한 문제점들을 규명해 보기로 한다.

Ⅲ. 불능미수와 장애미수의 구별

1. 우리 형법에서의 불능미수와 장애미수의 구별

불능범은 결과발생이 불가능해야 하며, '결과발생의 불가능'은 장애미수와 불능미수를 구별하는 기준이 된다. 결과발생이 가능한 경우는 결과가 발생하지 않아도 장애미수가 되기 때문이다. 다만 불능범은 결과범 뿐 아니라 형식범에서도 인정되기 때문에 형법 제27조의 '결과발생의 불가능'은 범죄기수의 불가능으로 해석되어야 한다.[10]

불능범에서 '범죄기수의 불가능'을 어떠한 기준으로 판단해야 하는지 문제된다. 그러나 이에 관하여는 학설에서 거의 다루어지고 있지 않다. 일부의 견해[11]는 자연과학적 · 사실적 법칙에 따른 판단을 주장한다. 여기서 상식적 판단과 전문가의 판단이 모순될 때에는 전문가의 판단이 우선해야

8) 또는 이를 불능미수라고 표현해도 문제가 없다. 불능범이라는 개념 자체가 범죄의 완성은 불가능하기 때문에 불능범=불능미수가 된다.
9) 김일수, 한국형법, 176면 이하에서는 위험성이 없는 불능범을 형법상 의미가 없는 행위라고 설명하고 있다. 그러나 미신범은 형법상 의미 없는 행위이지만, 그 밖의 '위험성이 없는 불능범'을 형법상 의미 없는 행위라고 할 수는 없다.
10) 이정원, 형법총론, 301면 이하; 同旨, 오영근, 형법총론, 585면.
11) 오영근, 형법총론, 585면; 이재상, 형법총론, 380면.

한다고 한다. 이러한 점에서 결과발생 가능성 여부의 판단은 규범적 판단인 위험성판단과 구별된다고 한다. 그러나 범죄기수의 불가능에 관한 판단을 왜 자연과학적·사실적 법칙에 따라야 하는지 의문이 제기된다. 또한 자연과학적·사실적 법칙에 따른 판단이 특히 실패한 장애미수와 불능미수를 어떻게 구획할 수 있는지 의문이다. 예컨대 절도의 고의로 비어 있는 금고를 여는 행위, 소매치기가 승객의 빈 호주머니에 손을 찔러 넣는 행위, 살인의 고의로 장전되지 아니하였거나 불량한 총이나 총탄으로 저격하는 행위 및 agent provocateur에 의한 범행시도 등 수많은 사실상 범죄기수가 불가능한 경우에 대해서 타당한 결론을 도출할 수 있는지 의문이다.

또한 '결과발생의 불가능'은 "법관의 객관적·사후적 판단에 의하여야 한다"는 견해[12]가 있다. 이 경우 일단 실행행위가 있은 이후에 밝혀진 여러 가지 사정들을 모두 고려하여 객관적으로 "결과발생이 애당초 불가능하였다"고 판단될 때 불능범의 성립이 가능하다고 한다. 그러나 이 견해에 대해서는 "왜 결과발생 불가능을 행위 이전의 행위자의 위치에 있는 신중한 사람의 판단이 아니라 법관의 객관적·사후적 판단에 따라야만 하는지" 의문이 제기된다. 또한 실행 이후에 밝혀진 여러 가지 사정을 모두 고려한다면 실패한 범죄의 거의 모든 경우가 범죄기수의 불가능(불능미수)으로 판단되는 불합리한 결과를 초래하게 된다.

2. 독일 형법에서의 불능미수와 장애미수의 구별

우리의 형법과는 달리 독일의 형법에서는 범죄기수의 불가능을 기준으로 불능미수와 장애미수를 구별하는 것이 아니라 "행위자가 범죄실현의 완전한 불가능성을 '중대한 무지(aus grobem Unverstand)'로 오인했는가"를 기준으로 구별하고 있다. 물론 구체적으로 위험한 범행의 시도는 불능

12) 신동운, 형법총론, 479면.

범의 범주에서 제외되게 된다. 행위 이전의 행위자의 위치에 있는 신중한 인간의 판단에 따라 범죄실현의 가능성이 인정된다면 “범죄의 실현이 전혀 불가능하다(überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte)”고 말할 수는 없기 때문이다.[13] 일단 행위 이전의 행위자의 위치에 있는(즉, 행위자의 범행계획을 알고 있는) 신중한 인간의 판단에 따라 구체적으로 위험하지 않은 범행의 시도라면(즉, 그 행위가 범죄기수에 이르는 행위라고 진지하게 받아들일 수 없는 경우라면) 범죄기수의 완전한 불가능은 인정되며, 그 다음은 범죄기수의 불가능을 가능하다고 인식한 행위자의 개인적 사정(중대한 무지: aus grobem Unverstand)에 따라 불능미수와 장애미수가 구별된다. 따라서 독일 형법에서는 범죄기수가 완전히 불가능한 경우라도, 행위자의 중대한 무지로 이를 오인한 경우라 아니라면 불능범이 아니라 장애미수가 된다. 이 때 행위자의 ‘중대한 무지’는 ‘정상적인 사람이라면 즉시 범죄실현의 불가능을 인식할 수 있는 것을 행위자의 특별한 어리석음으로 인하여 인식하지 못한 경우’에 인정된다.[14]

3. 우리 형법과 독일 형법의 차이 및 소결

장애미수와 불능미수의 구별에 관한 우리 형법과 독일 형법을 비교하면 다음과 같은 차이점이 발견된다. 우선 독일 형법의 불능범의 요건으로는 ‘범죄 기수의 완전한 불가능’이 요구되며, ‘범죄기수의 완전한 불가능’을 해석함에 있어서도 독일의 학계[15]에서는 ‘행위 이전의 행위자의 위치에 있는

---

13) Vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch AT, 5. Aufl., 1996, § 50 I 5 b) aa); Rudolphi, SK StGB, 6. Aufl., 1995, § 23 Rdnr. 7.

14) Vgl. Rudolphi, SK StGB, § 23 Rdnr. 7; Vogler, LK StGB, 10. Aufl., 1985, § 23 Rdnr. 35; Jescheck/Weigend, Lehrbuch AT, § 50 I 5b; Stratenwerth, Lehrbuch AT, 3. Aufl., 1981, Rdnr. 695; BGE 70 IV, 50.

15) Vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch AT, 5. Aufl., 1996, § 50 I 5 b) aa); Maurach/Gössel/Zipf, Lehrbuch AT-II, 7. Aufl., 1989, § 40 Rdnr. 191; Rudolphi, SK

신중한 인간의 판단'을 기준으로 한다. 또한 독일 형법에서는 단순히 범죄기수의 불가능만으로 장애미수와 불능범을 구별할 수 없다. 즉, 독일 형법의 불능범은 '범죄기수의 불가능' 이외에 행위자의 '중대한 무지'라는 요건을 필요로 한다. 따라서 범죄기수가 불가능한 경우에도 이에 대한 오인이 행위자의 '중대한 무지'로 인한 경우가 아니라면 장애미수가 된다. 여기서 행위자의 무지의 중대성은 순수한 사실판단이 아니라 규범적 평가를 필요로 한다. 결국 독일 형법에서의 불능미수와 장매미수의 구별은 순수한 사실판단의 문제가 아니라 규범적 가치판단의 문제가 된다는 점을 알 수 있다. 그밖에 독일 형법이 우리 형법과 달리 불능미수에서 위험성을 요구하고 있지 않다는 점은 장애미수와 불능미수의 구별에 관해서 아무런 역할을 하지 못한다. 장애미수는 당연히 구체적으로 위험한 범행의 시도이기 때문이다.

이에 반하여 우리 형법에서는 불능범에 대해서 '범죄기수의 완전한 불가능이 아니라, 단순히 '결과발생의 불가능'만을 요구하고 있다. 더욱이 '결과발생의 불가능'을 해석함에 있어서도 우리 학계[16]에서는 '자연과학적·사실적 법칙에 따른 객관적·사후적 판단'을 기준으로 한다. 그러나 범죄기수의 불가능을 사후적 판단에 의할 경우 불능범의 범위가 너무나 넓어지기 때문에 장애미수와 불능범의 구별이 불가능해 진다.[17] 또한 실질적·사실적으로 범죄기수가 불가능한 경우에도 장애미수의 성립을 인정해야 할 경우를 배제할 수 없다. 예컨대 빈 금고를 여는 행위와 같이 실패한 장애미수의 경우에도 실질적·사실적으로 범죄기수는 불가능하기 때문이다. 따라서 범죄기수의 불가능을 실질적·사실적인 기준으로 판단해서는 불능미

StGB, 6. Aufl., 1995, § 23 Rdnr. 7; Dreher/Tröndle, StGB, 47. Aufl., 1995, § 23 Rdnr. 6; Vogler, LK StGB, 10. Aufl., § 23 Rdnr. 33.

16) 신동운, 형법총론, 479면; 오영근, 형법총론, 585면; 이재상, 형법총론, 380면.

17) 불능범은 이론적 논의에 비해 실질적인 적용범위는 아주 좁다고 한다. Vgl. Roxin, Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, S. 331; Vogler, LK StGB, 10. Aufl., § 23 Rdnr. 29. 따라서 이러한 불능범의 범위를 넓히는 관점은 그 자체로 부당하다.

수와 장애미수를 구별할 수 없으며, 어떠한 불가능 내지 어느 정도의 불가능이라는 평가적·규범적 기준을 필요로 한다. 이러한 점에서 자연과학적·사실적 법칙에 따라 범죄기수의 불가능을 판단함으로써 불능미수와 장애미수를 구별하려는 이론[18]에는 찬성할 수 없게 된다.

이상에서 살펴보았듯이, 장애미수와 불능미수를 사실상 범죄기수의 불가능으로 구별하는 것은 곤란한 것으로 보여진다. 다만, 우리 형법규정의 문언은 결과발생의 불가능을 장애미수와 불능미수의 구별기준으로 정하고 있다. 따라서 여기서의 결과발생의 불가능은 사실적 기준에 의한 범죄기수의 불가능이 아니라 규범적 기준에 의한 범죄기수의 불가능으로 이해해야 할 것으로 판단된다. 이러한 점에서 범죄기수가 불가능한 경우 중에서 행위자의 중대한 무지라는 규범적 기준으로 장애미수와 불능미수를 구별하는 독일 형법의 태도는 일단 이들의 구별을 위한 일정한 기준을 제시하고 있다.[19] 독일 형법과 같이 규범적 기준을 정하고 있지 않은 우리 형법의 해석에서는 불능미수와 장애미수의 구별을 위해서 범죄기수의 불가능을 규범적으로 이해하는 것이 유일한 길이라 판단된다. 즉, "범죄기수의 불가능이 그 자체로 순수한 불가능으로 판단될 수 있는지" 또는 "불가능의 원인이 일정한 장애에 의한 것인지"를 구별하는 방법이다. 이러한 관점에서는 불능범에서 범죄기수의 불가능을 개념적으로 불가능한 경우(아무런 장애 없이 원천적으로 불가능한 경우)로 이해하는 것이 가능하게 된다.[20] 이러한 판단에 의해서 사체에 대한 살인행위, 상상임신의 부녀가 낙태하는 행위, 장전되지 아니한 총으로 저격하는 행위 또는 함정수사에 의하여 범

18) 오영근, 형법총론, 585면; 이재상, 형법총론, 380면; 법관의 객관적·사후적 판단을 기준으로 하는 신동운, 형법총론, 479면도 사실적 기준을 의미하는 것으로 보여진다.

19) 물론 독일 형법의 불능범에서 '행위자의 중대한 무지'라는 요건에 대해서는 학설에서도 너무 애매하고 초점을 잃은 기준이라는 비판이 제기되고 있다. Vgl. Vogler, LK StGB, 10. Aufl., § 23 Rdnr. 34; Dreher/Tröndle, StGB, § 23 Rdnr. 6; Roxin, JuS 1973, S. 331; Gössel, Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. StrRG, GA 1971, S. 227 ff.

20) 이에 관하여는 이정원, 형법총론, 301면 이하 참조.

행을 시도하는 행위[21] 등이 범죄기수가 불가능한 경우에 해당한다. 그러나 개념적으로 범죄의 기수가 가능한 경우는 현실적으로 범죄의 기수가 불가능했어도 그것은 일정한 장애에 의한 것이기 때문에 불능미수가 아니라 장애미수라고 보아야 한다. 예컨대 금고를 열었으나 비어 있는 경우나 소매치기가 무일푼인 승객의 호주머니에 손을 찔러 넣은 경우가 여기에 해당한다. 이러한 경우를 특히 실패한 미수인 장애미수라고 할 수 있다. 이는 '행위자가 피해자를 저격하였으나 제3자가 이미 범인의 총에서 총탄을 제거하였기 때문에 살해행위가 실패한 경우' 또는 '총이나 총탄이 불량했기 때문에 살해행위가 실패한 경우'에도 동일하다. 총으로 사람을 저격하여 살해하는 것은 개념적으로 얼마든지 가능하지만, 단지 제3자의 총탄 제거행위에 의하여 또는 총이나 총탄의 불량이라는 외부적 장애로 인하여 범죄의 기수가 현실적으로 불가능했던 경우이기 때문이다.

Ⅳ. 불능범에서의 위험성

제27조에 따라 범죄의 기수가 개념적으로 불가능한 경우라도 위험성이 있는 경우는 불능범(불능미수)으로 처벌된다. 이 규정에 의하여 형법의 불능범의 해석에서는 "위험성을 어떻게 파악해야 하는가"에 대해서 논의가 집중되고 있다. 이에 반하여 "위험성이라는 표지가 불능미수범의 가벌성을 근거지우는 핵심적 표지이거나 또는 다른 미수범의 형태와 구별지우는 가

21) 예컨대 구매자를 가장한 수사관에게 마약밀매를 시도하는 경우가 여기에 해당한다. 이러한 경우는 범죄의 기수가 현실적으로 불가능할 뿐 아니라 개념적으로도 불가능한 경우이다. 따라서 장애미수는 될 수 없다. 이 경우 행위자가 인식한 사실이나 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 기초로 일반인의 관점에서 판단하면 충분한 위험성이 인정되므로 불능미수가 된다(대구고법, 1985.2.26, 84노1615 참조). 그러나 함정수사의 경우에도 범죄의 기수가 개념적으로 가능한 때에는 장애미수라고 보아야 한다. 예컨대 전문절도단들을 일망타진하기 위해서 정보원을 이용하여 절도의 기회를 주는 경우가 그러하다.

능성을 가진 표지인가"라는 점에 대해서 강한 의문을 제기하는 견해[22]가 있다. 그렇다면 "위험성이라는 표지가 불능미수에서 의미를 가질 수 있는가"에 대해서 먼저 규명해 보아야 한다.

1. 불능범과 위험성 표지

천진호[23] 교수는 불능범에서의 위험성이 불능범을 특징지우는 독자적인 표지가 아니라고 본다. 형법이 규율하고 있는 범죄유형은 그것이 형법상의 행위로 인한 현실적인 법익침해나 위태화라는 결과발생 또는 법익침해나 위태화의 실현가능성이라는 '위험'을 내포하고 있으며, 불능범에서의 위험성도 이를 입법자가 측량하여 법정형의 차이(형의 임의적 감면)를 인정하고 있다는 것이다. 따라서 위험성을 특별하게 논증하지 않아도 불능범의 성립이나 해석에서 아무런 문제가 발생하지 않는다는 것이다. 이러한 입장은 일단 "위험성 판단 이전에 이미 불능범의 구성요건이 모두 충족되었다"는 것을 의미한다. 즉, 제27조에 따라 '실행의 수단 또는 대상의 착오'와 '결과발생의 불가능' 만으로 불능범이 완전하게 특정된다는 것이다. 또한 이렇게 특정된 불능범은 당연히 위험성이 인정되며, 위험성이 전혀 인정되지 않는 경우는 형법에서 논의의 필요성조차 없다는 것이다. 예컨대 미신범과 같이 비현실적 수단이나 비현실적 영향력을 금지된 행위의 수단으로 사용하는 것은 위험성이 없는 경우이며, 형법상의 행위로서의 정형성이 인정되지 않는다고 한다.[24]

천교수의 논지와 같이 일단 형법에서 규정된 범죄유형은, 정도의 차이

---

22) 천진호, 전게논문, 비교형사법연구 제1호, 83면 이하; 허일태, 불능미수범에 있어서 위험성의 의미, 형사법연구 제13호, 2000, 114면 이하; 이형국, 형법총론연구 II, 1990, 554면.
23) 천진호, 상게논문, 85면 이하, 91면 이하; 허일태, 전게논문, 114면 이하.
24) 천진호, 상게논문, 89면; 이에 관한 한 동일한 입장으로는 김일수, 한국형법 II, 174면; 정성근, 형법총론, 511면.

는 별론으로 하고, 어떠한 형태이든 위험성이 부정되는 경우가 없을 것이다. 따라서 위험성이라는 특별한 표지를 추가하지 않더라도 당해 범죄유형을 충분히 특정할 수 있다면 그러한 추가표지를 정할 이유는 없다. 반면에 일정한 범죄유형의 특정을 위해서 위험성의 표지가 법문에서 사용되고 있다면 그 위험성의 표지는 특별한 의미를 가지는 것으로 보아야 한다. 즉, 당해 범죄의 특정을 위한 특별한 위험성을 의미하게 된다는 것이다. 이러한 관점에서는 우선 "제27조에서 사용하고 있는 위험성이 불능범의 특정을 위해서 특별한 의미를 가질 수 있는가"를 검토해야 한다. 이는 "형법 제27조의 불능범이 '실행의 수단 또는 대상의 착오'와 '결과발생의 불가능'만으로 충분하게 독자적인 범죄유형으로서의 특성을 모두 구비하고 있는가"를 판단함으로써 결정될 수 있다.

上記 'Ⅲ. 불능미수와 장애미수의 구별'에서 살펴 본 바와 같이, 사실상의 범죄기수의 불가능만으로 불능범이 특정 지워질 수는 없었다. 범죄기수의 불가능을 이와 같이 사실상의 불가능으로 이해한다면, 형법 제27조에서 위험성이라는 추가표지는 불능범의 특정을 위해서 특별한 의미를 가지게 된다.[25] 이러한 관점에서는 천교수의 논지를 따를 수 없게 된다.

이에 반하여 범죄기수의 불가능을 규범적으로 이해한다면, 즉 범죄기수의 불가능이 "일정한 장애로부터 유래하는가" 또는 "개념적으로 본래 불가능했는가"를 기준으로 판단한다면, 위험성이라는 추가표지 없이도 불능범의 특정은 가능할 수 있었다. 이 때 '실행의 수단 또는 대상의 착오'는 불능범의 특정을 위해서 아무런 작용을 할 수 없다. 왜냐하면 범죄기수가 불가능한 경우라도 행위자는 범죄의 기수가 가능하다고 판단하였기 때문에 실행의 착수로 나아간 것이며, 이러한 판단의 착오는 실행의 수단이나 대상 또는 주체의 착오에 연유한 것이기 때문이다. 이러한 관점에서는 이

25) 이 때의 위험성의 정도는 장애미수에서 실행의 착수를 통해서 인정되는 위험성보다 약화된 위험성이어야 할 것이다.

한도에서 천교수의 논지가 타당하다고 볼 수 있다.

그러나 형법 제27조에서는 불능범에 대해서 형의 감경 뿐 아니라 면제도 가능하도록 규정하고 있다. 따라서 기왕에 형법 제27조가 규정한 '위험성'이라는 추가표지를 형의 감경과 면제를 결정하는 기준으로 해석하는 것을 고려해 보아야 한다. 上記 'Ⅱ. 불능미수와 임의적 형 감면'에서 논술한 바와 같이, 형 면제와 형 감경의 문제를 법관의 자유로운 양형판단에 맡기는 것은 죄형법정주의의 관점에서 의문이 제기된다. 물론 우리 형법[26]은 많은 조문에서 형의 감경과 형 면제의 판단을 법관의 자유로운 양형판단에 맡기고 있다. 그러나 대부분의 경우 이러한 판단을 위한 조건(예컨대 제7조의 외국에서 받은 형의 집행 등)들이 당해 법규정의 목적론적 의미로부터 도출될 수 있다. 또한 특별한 조건이 추출될 수 없는 경우(예컨대 제52조의 자수 · 자복 등)에는 당해 범죄와 관련된 특별한 '위험성'을 형 감경과 형 면제 사이의 결정을 위한 조건이라고 보아야 한다. 이러한 '위험성'을 형법 제27조는 가벌적인 불능범의 조건으로 명시하고 있다고 해석하는 것이 가능하며 합리적이라고 생각된다.[27] 또는 "제27조에서 위험성의 추가표지를 삭제하더라도 불능범의 해석에서 아무런 차이를 가져오지 않는다"는 천교수[28]의 입장에서 이해하더라도, 결국 구체적인 형 감경과 형 면제 사이의 선택기준은 '위험성'이라 아니할 수 없다. 즉, '위험성'이라는 추가표지를 불능범의 규정에서 삭제하더라도 바로 그 '위험성'을 기준으로 형의 감경 또는 형 면제를 결정해야 한다는 것이다.

---

26) 예컨대 형법 제7조(외국에서 받은 형의 집행), 제21조 2항(과잉방위), 제22조 3항(과잉긴급피난), 제23조 2항(과잉자구행위), 제26조(중지범), 제52조(자수·자복) 및 형법 각칙상에서의 자수(제90조: 내란의 죄, 제101조: 외환의 죄, 제120조: 폭발물에 관한 죄, 제175조: 방화의 죄, 제213조: 통화에 관한 죄)와 자백·자수(제153조: 위증의 죄, 제154조: 허위감정 등의 죄, 제157조: 무고의 죄) 등.

27) 同趣旨, 배종대, 형법총론, 457면 이하.

28) 천진호, 전게논문, 87면; 同趣旨, 이형국, 형법총론연구 Ⅱ, 554면; 박상기, 형법개정법률안 및 제안이유서에 대한 비판과 대안, 1992년 한국형사법학회 춘계학술회의 심의자료에서도 같은 관점의 견해를 피력하고 있다.

이상에서 검토한 바와 같이 필자의 입장에서도 제27조의 위험성이 불능범의 특정을 위한 추가표지는 아니라는 결론이 나온다. 이 한도에서 천교수의 주장은 의미가 있으며 타당하다. 다만 형의 감경과 형 면제의 대상이 되는 불능범을 구별하기 위한 기준으로 형법 제27조가 규정한 '위험성'의 표지를 의미 있게 해석할 수 있다. 물론 새로운 입법을 통해서 형법 제27조에서 '위험성'이라는 표지를 삭제하더라도[29] 형의 감경과 형 면제의 대상이 되는 불능범을 구별하기 위해서 '위험성'이라는 기준은 포기될 수 없다. 다만 여기서의 위험성은 특정한 위험성이어야 한다. 즉, 형 면제의 대상이 되는 불능범의 경우 "모든 위험성이 전혀 없다"는 의미로 이해할 수는 없으며, "특정한 위험성이 없다"는 의미로 이해해야 할 것이다. 따라서 '위험성'의 판단기준이 논의되어야 한다.

2. 불능범에서 위험성의 판단기준

필자의 입장에 의한다면, 제27조의 불능범은 특정한 '위험성'의 존재 여부에 따라 형의 임의적 감경의 대상이 되는 불능범과 형 면제의 대상이 되는 불능범으로 구별된다. 가벌적인 불능미수와 불가벌인 불능범으로 구별하는 통설[30]의 입장에 의한다면 특정한 위험성이 존재하는 경우에 임의적 형의 감경 또는 면제의 대상이 되는 불능미수의 성립이 가능하게 된다. 이러한 입장에서는 그 위험성의 대소에 의해서 기수범과 동일한 형이나 형의 감경 또는 형의 면제가 결정된다.[31] 어느 견해에 의하든 불능범에서

29) 박상기, 형법개정법률안 및 제안이유서에 대한 비판과 대안, 1992년 한국형사법학회 춘계학술회의 심의자료에서 이러한 입장을 피력하고 있다.

30) 김일수, 한국형법 II, 191면 이하; 김종원, 형사법강좌 II, 625면; 박상기, 형법총론, 368면; 배종대, 형법총론, 461면 이하; 손동권, 형법총칙론, 379면; 손해목, 형법총론, 916면; 안동준, 형법총론, 204면; 오영근, 형법총론, 587면; 이재상, 형법총론, 387면; 임웅, 형법총론, 335면; 정성근, 형법총론, 529면; 진계호, 형법총론, 724면; 명칭에는 차이가 있으나 동일한 입장으로는 신동운, 형법총론, 481면.

위험성의 판단기준이 필요하게 된다.

가. 위험성 판단기준에 관한 학설의 입장

현재 우리나라에서는 위험성의 판단기준에 관하여 절충설인 추상적 위험설과 인상설, 신객관설인 구체적 위험설이 주장되고 있다. 이에 반하여 순수한 주관설을 지지하는 견해는 없다.

불능미수의 성립에 특별히 위험성을 요구하지 않는 독일 형법의 해석에서도 독일의 통설[32]은 질적인 관점에서 위험성을 요구하고 있으며, 이러한 위험성을 미수범의 시작인 실행의 착수를 결정하는 주관적 객관설의 입장과 동일한 관점에서 파악하고 있다. 즉, 주관적 객관설은 일반 미수범의 위험성을 판단하는 기준이므로, 장애미수뿐 아니라 불능미수에서도 주관적 객관설이 위험성을 판단하는 기준이 된다는 것이다. 이러한 절충설은 추상적 위험설과 인상설로 세분되고 있다.

추상적 위험설[33]은 행위자가 인식한 사실을 기초로 일반인의 관점에서 법질서에 대한 위험성을 판단한다.[34] 법질서에 대한 위험이 바로 추상적

---

31) 그러나 통설의 견해에 따라 위험성이 있는 불능미수를 구획해 놓고, 그 중에서 또 다시 형 면제의 대상이 되는 불능미수를 인정할 수 있는지 실천적 관점에서의 의문이 제기된다. 실무에서도 위험성이 부정되었으면 불가벌이고, 위험성이 인정되면 처벌로 이어졌다. 즉, 위험성을 인정하면서 형을 면제한 판결은 발견되지 않는다.

32) Vgl. Eser, S-S StGB, 25. Aufl., 1996, Vorbem. § 22 Rdnr. 22 mwN.

33) 대판, 1978.3.28, 77도4099; 김성천/김형준, 형법총론, 465면; 임웅, 형법총론, 333면 이하; 정성근, 형법총론, 521면; 진계호, 형법총론, 730면 이하; 정영일, 불능미수, 고시연구 1998.5, 62면; 형면제의 불능미수에 대해서만 추상적 위험설을 인정하는 견해로는 손동권, 형법총칙론, 379면.

34) 판례는 대부분 절대적·상대적 불능설(구객관설 내지 형식적 객관설)의 입장에서 불능미수의 위험성을 판단하고 있으나, 대판, 1978.3.28, 77도4099은 "불능범의 판단기준으로서 위험성 판단은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 이것이 객관적으로 일반인의 판단으로 보아 결과발생의 가능성이 있느냐를 따져야 하므로 히로뽕제조를 위하여 에페트린에 빙초산을 혼합한 행위가 불능범이 아니라고 인정하려면 위와 같은 사정을 놓고 객관적으로 제약방법을 아는 과학적 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가

위험이며, 이 추상적 위험을 주관적 객관설의 입장에서 판단하는 것이다. 추상적 위험설과 차이를 강조하는 주관적 위험설[35]도 행위자가 인식한 위험을 일반인의 관점에서 파악한다면, 결국 추상적 위험설과 본질적인 차이가 없는 주관적 객관설이 된다.

인상설은 행위자의 법 적대적 의사가 일반인에게 법질서를 침해하는 인상을 줄 경우에 위험성을 인정한다.[36] 이 인상설은 독일의 통설이 장애미수의 위험성을 판단하는 기준이며, 동시에 질적 관점에서 불능미수의 성립범위를 제한하는 기준으로 사용하고 있다.[37]

신객관설인 구체적 위험설[38]은 불능미수에서의 위험성을 구체적 위험으로 보며, 구체적 위험을 일반 경험법칙의 객관적·사후적 예후에 의한 범죄발생의 개연성으로 이해한다. 즉, 행위자가 인식한 사실과 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 기초로, 통찰력 있는 일반인의 일반 경험법칙에 의한 사후적 판단에 의하여 결과발생의 개연성을 인정할 수 있는 경우에 구체적 위험이 인정된다고 한다.

나. 위험성의 판단기준에 관한 대법원의 입장

대법원은 '물에 탄 농약(스미치온)은 악취가 심하고 빛이 혼탁하여 강제로 먹이지 않는 한 사람이 스스로 마실 수 없기 때문에, 농약(스미치온)으

능성이 있어야 한다"고 하여 추상적 위험설을 취하고 있다.

35) 김성천/김형준, 형법총론, 465면; 정성근, 형법총론, 521면; 진계호, 형법총론, 730면 이하.

36) 김일수, 한국형법 II, 190면 이하; 손해목, 형법총론, 913면 이하; 이형국, 형법총론연구 II, 496면 이하, 554면; 신양균, 불능미수의 법적 성격, 김종원교수화갑기념논문집, 425면; 이명복, 불능미수범의 연구, 사법행정 1991.3, 41면 이하.

37) vgl. Eser, S-S StGB, Vorbem. § 22 Rdnr. 22, § 23 Rdnr. 15 mwN.

38) 이정원, 형법총론, 308면; 박상기, 형법총론, 368면; 배종대, 형법총론, 459면 이하; 신동운, 형법총론, 485면; 안동준, 형법총론, 204면; 이재상, 형법총론, 385면; 제한적 입장으로는 오영근, 형법총론, 595면; 형감경의 불능미수에 대해서만 구체적 위험설을 인정하는 견해로는 손동권, 형법총칙론, 379면.

로 살인을 기도하는 행위는 위험성이 없는 불능범'[39]이라고 판시한 반면에 '행위자의 능력으로는 약품배합이 미숙하여 히로뽕의 완제품의 제조가 불가능한 경우는 절대적으로 불가능한 경우가 아니기 때문에 위험성이 있는 불능미수'[40]라고 판단하고 있다. 이는 원칙적으로 절대적 또는 상대적 불가능에 의해서 위험성을 인정하는 형식적 객관설의 입장이다.[41] 이러한 형식적 객관설의 입장에 있는 대법원의 판례에서는 구체적인 사안에서 결과발생이 절대적으로 불가능한 경우가 아니라면, 즉 결과발생의 가능성을 배제할 수 없는 경우라면 위험성을 인정하고 있다.[42] 그렇지 않으면 불능범에서 위험성을 인정할 수 있는 경우가 거의 없게 될 것이기 때문이다. 그러나 이러한 태도는 형법에서의 대원칙인 in-dubio-pro-reo의 원칙을 정면으로 배격하는 것이다. 오히려 형법적 판단에 있어서는 결과 불발생의 가능성을 배제할 수 없는 경우라면 위험성을 부정해야 했을 것이다.

대판, 1978.3.28, 77도4099은 "불능범의 판단기준으로서 위험성 판단은

---

39) 대판, 1973.4.30, 73도354; 대전지방법원 제1형사부판결, 1996.4.26, 95고합428도 쥐약(쿠마테트라릴)은 殺鼠劑로서 사람을 살해할 수 없으므로, 쥐약으로 사람을 살해하려 한 행위는 위험성이 없는 불능범에 불과하다고 한다. 이에 반하여 대판, 1954.12.21, 4287형상190은 '쥐약이 쥐 뿐만 아니라 사람도 살해할 효능이 있음은 실험상 인정되는 공지의 사실'이라고 하여 살인미수죄의 성립을 인정하였다. 이는 "1950년대의 쥐약이 사람까지 살해할 정도의 독성이 있었음에 반하여, 현대의 쥐약은 殺鼠劑로서 사람을 살해할 수 없도록 제조된다"는 차이에 의한 것으로 생각된다.

40) 대판, 1985.3.26, 85도206.

41) 대판, 1954.1.30, 4286형상103(권총의 탄자가 불량하여 불발된 경우라도 권총의 탄자에 총탄을 충전하여 발사하는 행위는 결과발생의 위험을 내포하고 있다); 대판, 1984.2.28, 83도3331(농약의 치사추정량이 쥐에 대한 것을 인체에 대하여 추정하는 극히 일반적 추상적인 것이어서 마시는 사람의 년령, 체질, 영양 기타의 신체의 상황여하에 따라 상당한 차이가 있을 수 있는 것이라면 피고인이 요구르트 한병마다 섞은 농약 1.6씨씨가 그 치사량에 약간 미달한다 하더라도 이를 마시는 경우 사망의 결과발생 가능성을 배제할 수는 없다)도 형식적 객관설의 입장에서 위험성을 인정하고 있다.

42) 대판, 1984.2.28, 83도3331은 "농약의 치사추정량이 쥐에 대한 것을 인체에 대하여 추정하는 극히 일반적 추상적인 것이어서 마시는 사람의 년령, 체질, 영양 기타의 신체의 상황여하에 따라 상당한 차이가 있을 수 있는 것이라면 피고인이 요구르트 한병마다 섞은 농약 1.6씨씨가 그 치사량에 약간 미달한다 하더라도 이를 마시는 경우 사망의 결과발생 가능성을 배제할 수는 없다)고 판시하고 있다.

피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 이것이 객관적으로 일반인의 판단으로 보아 결과발생의 가능성이 있느냐를 따져야 하므로 히로뽕 제조를 위하여 에페드린에 빙초산을 혼합한 행위가 불능범이 아니라고 인정하려면 위와 같은 사정을 놓고 객관적으로 제약방법을 아는 과학적 일반인의 판단으로 보아 결과발생의 가능성이 있어야 한다"고 판시하였다. 이 판례에서는 다른 판례에서와는 달리 불능미수에서의 위험성을 추상적 위험설의 입장에서 판단하고 있다.[43]

다. 학설과 판례의 입장에 대한 판단

현재 우리의 학설과 판례는 위험성의 판단문제를 불능미수의 성립요건의 관점에서 접근하고 있다. 그러나 이러한 불능미수의 요건인 위험성은 보호법익의 구체적인 객체에 대한 위험성을 의미하는 것은 아닐 것이다. 왜냐하면 범죄의 기수가 처음부터 불가능한 불능미수는 개념적으로 보호법익의 구체적인 객체에 대한 위험성은 존재할 수 없거나 또는 아주 경미할 것이기 때문이다.[44] 따라서 여기서의 위험성은 미수범 규정의 유효성에 대한 공격이라는 보호법익 자체에 대한 위험성 내지 규범파괴의 위험성을 의미하게 될 것이다.[45] 이러한 위험성을 절충설의 입장(추상적 위험설이나 인상설)의 입장에서 판단한다면 어떻게 미신범 이외에 불가벌인 불능범을 가벌적인 불능미수로부터 구별할 수 있는지 의문이 제기된다. 즉, 미신범의 경우를 제외하고 결과발생이 불가능한 모든 경우에 행위자가 인식한 사실을 기초로 하는 추상적 위험설이나 행위자의 법적대적 의사를

---

43) 이정원, 형법총론, 307면; 오영근, 형법총론, 590면.

44) Eser, S-S StGB, § 22 Rdnr. 65; Sax, Tatbestand und Rechtsgutsverletzung, JZ 76, S. 432 f.

45) Vgl. Eser, S-S StGB, Vorbem. § 22 Rdnr. 22; Jescheck/Weigend, Lehrbuch AT, § 50 I 4; Sax, JZ 76, S. 432 f.; Jakobs, Lehrbuch AT, 2. Aufl., 1991, S. 712 ff; Vogler, LK StGB, 10. Aufl., Vorbem. § 22 Rdnr. 53 f.

전제로 하는 인상설의 입장에서 위험성을 부정할 수 있는 경우를 찾을 수가 없다는 것이다. 그렇다면 추상적 위험설이나 인상설은 불가벌적 불능범과 가벌적 불능미수를 구별할 수 없는 이론이 된다.

따라서 제27조의 위험성은 형감경의 불능범과 형면제의 불능범을 구별하는 기준으로 이해하는 동시에, 그 위험성을 구체적 위험으로 이해되어야 할 것으로 생각된다. 즉, 형 감경의 불능범이나 형 면제의 불능범 모두가 미수범의 처벌근거인 절충설의 입장에서 위험성이 인정된다. 따라서 이러한 위험성이라면 제27조가 굳이 명문으로 규정할 필요는 없다. 이러한 관점에서 천진호 교수[46]의 제27조의 위험성에 대한 의문과 그 논지는 타당하다고 생각된다. 결국 제27조가 명문으로 규정한 위험성은 다른 판단을 위한 다른 의미로 이해되어야 한다. 예컨대 일반인의 입장에서는 사체인지 살아 있는 사람인지 금방 알 수 있었던 경우에 행위자가 사체를 살아 있는 사람으로 오인하고 살인행위에 나아갔을 때 행위자가 인식한 사실을 기초로 하는 추상적 위험설이나 행위자의 법적대적 의사를 전제로 하는 인상설의 입장에서는 위험성을 부정할 수 없게 된다. 그러나 행위자가 인식한 사실과 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 기초로 하는 구체적 위험설의 입장에서는 위험성을 부정할 수 있게 된다. 다만 이러한 구체적 위험설에 따라 위험성이 부정되는 경우를 불가벌인 불능범으로 이해한다면 위험성이 인정되는 가벌적인 불능미수 중에서 형 면제의 불능미수를 구획하는 것이 불가능하게 된다. 따라서 구체적 위험설에 의한 위험성은 형 감경과 형 면제를 구획하는 기준으로 사용되어야 한다.

손동권 교수[47]는 형 면제의 불능미수에 대해서는 추상적 위험설을 취하고, 형 감경의 불능미수에 대해서는 구체적 위험설을 인정함으로써 필자와

---

46) 천진호, 상게논문, 85면 이하, 91면 이하; 허일태, 전게논문, 114면 이하; 同趣旨, 배종대, 형법총론, 457면 이하.

47) 손동권, 형법총칙론, 379면.

동일한 결론을 도출하고 있다. 그러나 손교수의 이론에서는 추상적 위험성마저 부정되는 불가벌인 불능범의 실체가 무엇인지 불확실하다. 또한 본질적으로 제27조의 위험성을 2원적으로 해석하는 것이 가능한지, 그리고 2원적으로 해석하는 근거와 이유는 무엇인지 불분명하다.

Ⅴ. 결 론

형법은 제27조에서 불능범이라는 표제로 위험성이 있는 불능범을 임의적 형 감면사유로 규정하고 있다. 여기서 위험성 있는 가벌적 불능미수와 위험성이 없는 불가벌적 불능범으로 구별하는 통설의 용어사용의 문제는 주변문제로 보여진다.

형법 제27조의 문리적 의미는 가벌적 불능범에 대해서 형의 임의적 감경이나 면제가 가능하도록 하였으며, 형의 감경과 면제의 선택을 법관의 임의적 판단에 맡겨 놓았다. 그러나 아무런 판단의 기준을 제시하지 않고 형 감경과 형 면제의 선택을 법관에게 일임하는 것은 죄형법정주의의 관점에서 의문이 제기된다. 다만, 제27조의 위험성을 형 감경과 형 면제의 대상인 불능범으로 해석하는 것은 가능하며 합리적이라고 판단된다.

현재 우리 학설의 입장에서는 불능범의 해석에서 위험성의 판단이 가장 중요한 쟁점이 되고 있다. 이에 반하여 장애미수와 불능범의 구별문제는 학설에서 거의 다루어지고 있지 않다. 그러나 장애미수와 불능범의 구별문제는 중요하며, 제27조의 법문만으로는 장애미수와 불능범의 구획이 불가능하다. 외부적 장애에 의해서 범죄기수가 불가능한 경우는 불능범이 아니라 실패한 미수인 장애미수가 되어야 하기 때문이다. 이 문제는 제27조의 '결과발생(범죄기수)의 불가능'을 사실판단의 문제가 아니라 규범적 판단의

문제로 이해함으로써 해결될 수 있었다.[48]

형법 제27조의 해석에서 위험성의 요건은 불능범을 특징지우는 독자적인 표지가 아니라는 천진호 교수의 견해는 타당하였다.[49] 다만 'Ⅱ. 불능미수와 임의적 형 감면', 'Ⅲ. 불능미수와 장애미수의 구별'에서 도출된 결과를 종합하면, 제27조의 위험성을 형 감경과 형 면제의 대상이 되는 불능범의 구별기준으로 사용하는 것이 가능하고 합리적라고 판단된다.

불능범의 구조상 제27조의 위험성은 보호법익의 구체적인 객체에 대한 위험성이 아니라, 미수범 규정의 유효성에 대한 공격이라는 보호법익 자체에 대한 위험성 내지 규범파괴의 위험성으로 이해되었다. 행위자의 의사나 행위자가 인식한 사실을 기초로 판단하는 절충설(추상적 위험설 내지 인상설)에 의한다면 이러한 위험성은 통설의 용어사용에 의한 불가벌적 불능범의 경우에도 부정될 수 없었다. 따라서 제27조에서의 위험성은 행위자가 인식한 사실과 일반인이 인식할 수 있었던 사실을 기초로 판단하는 구체적 위험설의 입장에서만 가벌적 불능범을 구획할 수 있었다. 다만 구체적 위험이 부정되는 불능범의 경우에도 미수범의 처벌근거인 추상적 위험이 인정되는 경우를 불능범의 개념에서 배제할 수는 없으므로, 이를 형 면제의 대상인 불능범으로 이해하는 것이 타당하였다. 이러한 관점에서 "제27조의 위험성을 형 감경과 형 면제의 대상이 되는 불능범을 구별하는 기준으로 보아야 한다"는 결론을 추출할 수 있었다.

---

48) 上記 'Ⅲ. 불능미수와 장애미수의 구별'의 '3. 우리 형법과 독일 형법의 차이 및 소결' 참조.

49) 上記 'Ⅳ. 불능범에서의 위험성'의 '1. 불능범과 위험성 표지' 참조.

참고문헌

[국내문헌 단행본]

김성천/김형준, 형법총론, 동현출판사, 1998.

김일수, 한국형법 Ⅱ, 박영사, 개정판, 1997.

김종원, 형사법강좌 Ⅱ, 한국사법행정학회, 1984.

박상기, 형법총론, 박영사, 제5판, 2002.

배종대, 형법총론, 홍문사, 제6판, 2001.

손해목, 형법총론, 법문사, 1996.

신동운, 형법총론, 법문사, 2001.

안동준, 형법총론, 법문사, 1998.

오영근, 형법총론, 대명출판사, 2002.

이재상, 형법총론, 박영사, 제4판, 1999.

이정원, 형법총론, 법지사, 제2판, 2001,

이형국, 형법총론연구 Ⅱ, 법문사, 1990.

임웅, 형법총론, 법문사, 1999.

정성근, 형법총론, 법지사, 전정판, 1996.

진계호, 형법총론, 대왕사, 전정판, 1993.

[국내문헌 논문]

박상기, 형법개정법률안 및 제안이유서에 대한 비판과 대안, 1992년 한국형사법학회 춘계학술회의 심의자료.

신양균, 불능미수의 법적 성격, 김종원교수화갑기념논문집.

이명복, 불능미수범의 연구, 사법행정 1991.3.

정영일, 불능미수, 고시연구 1998.5.

천진호, 불능범의 위험성 판단 - 해석상의 오류를 중심으로, 비교형사법연구 제1권 1호, 1999.

허일태, 불능미수범에 있어서 위험성의 의미, 형사법연구 제13호, 2000.

[외국문헌]

Dreher, Eduard/Tröndle, Hubert, Strafgesetz und Nebengesetze, 47. Aufl., 1995.

Gössel, Karl-Heinz, Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. StrRG, GA 1971, S. 227 ff.

Jakobs, Günter, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., 1991.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.

Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 10. Aufl., 1985.

Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 11. Aufl., 1993.

Maurach, Reinhard/Gössel, Karl-Heinz/Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband-II, Ein Lehrbuch, 7. Aufl., 1989.

Roxin, Claus, Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, S. 331 ff.

Sax, Walter, Tatbestand und Rechtsgutsverletzung, JZ 76, S. 432 ff.

Schönke-Schröder Kommentar, Strafgesetzbuch, 25. Aufl., 1996.

Stratenwerth, Günter, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 3. Aufl., 1981.

Systematische Kommentar, Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 1995.

Das neue Verständnis über den untauglichen Versuch

Lee, Jeong-Weon*

Die Strafe des untauglichen Versuchs wird nach dem § 27 StGB gemildert oder abgesehen, wenn er gefährlich ist. Danach unterscheidet die herrschende Lehre die Untauglichendelikt zwischen dem gefährlichen untauglichen Versuch und dem ungefährlichen Untauglichendelikt. Aber wäre die Problematik über die Fachwortsanwendung nicht so wichtig.

Nach dem Wortlaut des § 27 liegt der Wahl zwischen der Milderung und dem Absehen von Strafe unter der beliebigen Richtersentscheidung. Es ist vomGesichtspunkt der Gesetzlichkeitsprinzip sehr zweifelhaft. Und hat Prof. Chun sehr richtige Konzeption, daß die Gefählichkeit des § 27 StGBs für den untauglichen Versuch kein selbständiger Merkmal und deshlab für die Auslegung des untauglichen Versuchs entbehrlich sei. Dennoch ist es möglich und vernünftig, wenn man die Gefährlichkeit des § 27 StGBs als ein Maßstab zur Unterscheidung zwischen der Milderung und dem Absehen von Strafe verwenden würde.

Nach der begrifflichen Struktur des untauglichen Versuchs sollte die Gefährlichkeit des § 27 StGBs nicht eine Gefährdung des konkreten Rechtsgutsobjekts, sondern eine Gefährdung des Rechtsguts als solche dadurch, daß ein gesützte Rechtsgut durch den im Versuch manifestierten

* Prof. Dr. Jur. an der Universität Kyunganm

Geltungsangriff gefährdet wird, oder ein expressives und tatbestandnahes Normbruch gemeint sein. Bei der gemischten Theorie(Theorie der abstrakten Gefährdung oder Eindruckstheorie), die vom Willen des Handelnden oder von der Tatsache, die der Handelnde erkannt, zugrunde liegt, konnte es nicht verneint werden, daß auch das nicht bestrafende Untauglichendelikt im Sinne der herrschenden Meinung diese Gefährlichkeit inne haben soll. Nur wenn man die Gefährlichkeit des § 27 StGBs nach der Theorie der konkreten Gefährdung verstehen würde, konnte man ein bestrafendes Untauglichendelikte von einem nicht bestrafenden abgrenzen. Dennoch könnte auch bei diesem nicht bestrafenden Untauglichendelikten eine abstrakte Gefährdung nicht verneit werden. Danach kann man dieses nicht bestrafende Untauglichendelikte vom Untauglichendelikten im Sinne des § 27 StGBs ausschließen, vielmehr muß man es als ein von der Strafe abgesehendes Untauglichendelikt verstehen. In dieser Hinsicht sollte die Gefährlichkeit des § 27 StGBs als ein Maßstab zur Unterscheidung zwischen der Milderung und dem Absehen von Strafe beim untauglichen Versuch(bzw. beim Untauglichendelikten) verwendet werden.

북한형법과 인권

최 석 윤*

Ⅰ. 시작하는 말

주지하다시피 북한은 사회주의국가이고 남한은 자본주의국가이다. 그런데 여기서 다루고자 하는 주제는 북한형법에 관한 것이다. 따라서 북한형법과 인권에 관한 내용을 검토하기 전에 먼저 그것을 바라보는 관점을 밝혀야 할 필요가 있을 것으로 본다. 왜냐하면 자본주의체제를 기반으로 하는 자유민주주의적 법치국가의 관점에서 바라보는 법과 인권은 사회주의국가에서 바라보는 그것과는 의미가 다르기 때문이다. 사회주의국가에서 "법은 계급사회의 산물로서 지구상에서 제국주의가 청산되고 사회주의혁명이 완성되어 공산주의사회가 실현되면 국가와 함께 고사하지만, 사회주의혁명이 완성될 때까지의 과도기에는 여전히 법이 필요하고 이 시기의 법은 프로레타리아독재의 무기 내지 사회주의혁명의 수단이다"는 것이다. 그러므로 사회주의국가에서는 법을 '계급투쟁의 무기 내지 사회주의혁명의 수단'으로 파악하는 반면, 자본주의국가에서는 법을 법치국가원칙을 통하여 '시민의 자유와 인권을 보장하기 위한 수단'으로 파악한다. 물론 사회주의국가에서는 자본주의국가의 법을 지주와 자본가들의 계급적 이익을 옹호하고 무산자계급을 지배·착취하기 위한 도구로 이해한다.

* 한국해양대학교 해양경찰학과 조교수, 법학박사

이와 같이 이념과 체제를 달리하는 남북은 분단이후 반세기가 넘는 세월이 흐르는 동안 수많은 갈등과 분쟁을 겪어 왔고 심지어 동족간의 전쟁까지 경험하였을 뿐만 아니라 양쪽 진영의 독재체제에 의해 극단적 이데올로기대립을 거쳐왔기 때문에 적대적 관계가 고착화되고 이질성이 강화되어 왔다. 그러나 남북은 단일민족으로 구성되어 있기 때문에 이념과 체제를 넘어 하나로 통일되어야 한다는 염원이 항상 존재하여 왔으며, 특히 1980년대의 냉전종식과 1990년대의 공산권몰락으로 통일의 분위기가 한층 더 고조되었다. 이와 같은 시대적 조류에 따라 1980년대 말 정부에서도 냉전시대를 지배해왔던 종래의 급진적 흡수통일방안을 포기하고 수많은 국민의견수렴과 국회공청회 등을 통해 '민족공동체 통일방안'이라는 점진적 평화통일방안을 마련하였다. 현 정부도 '화해협력→남북연합→통일국가'라는 단계적 평화통일방안을 계승하여 남북정상회담과 남북장관급회담 및 남북경제협력추진위원회와 같은 정치・경제분야의 교류협력을 추진하였을 뿐만 아니라 언론・방송, 문화・예술, 체육, 민간단체 등 다양한 분야에서 민간차원의 교류협력도 적극적으로 지원하고 있다. 따라서 지금은 그 어느 때보다 통일의 분위기가 고조되어 있는 시기라고 볼 수 있다. 우리 정부의 통일방안은 남북간 체제의 차이와 이질성을 감안하여 '남북연합'이라는 과도적 중간과정을 상정하여 남북간의 평화공존을 전제로 우선 교류와 협력을 통하여 동질성을 회복함으로써 사실상의 통일상황을 실현한 후에 남북한 주민들의 정치적 합의에 따라 법적・제도적 통일을 실현한다는 것이다. 그런데 우리 정부가 지향하는 통일국가는 궁극적으로 자유민주주의와 시장경제체제에 기반을 둔 복지국가이다. 이미 세계사의 흐름에서 자유민주주의와 시장경제체제의 우월성이 확인되었기 때문에 공산주의의 이념과 체제는 존립가치를 상실했으며, 자유민주주의와 시장경제를 벗어난 통일방안은 있을 수 없다는 것이다. 요컨대 우선은 남북간의 상호체제를 인정하지만, 평화공존을 전제

로 교류와 협력을 통해 북한의 변화를 유도하고 궁극적으로는 자유민주주의와 시장경제체제에 기초한 복지국가형태의 통일국가를 달성하겠다는 것이다. 형사법을 연구하는 학자로서 그와 같은 통일국가의 법과 제도를 마련하는 과정에 기여하자면, 북한형법과 인권에 관한 문제도 자유민주주의적 법치국가의 관점에서 검토할 수밖에 없고 또한 그렇게 하는 것이 바람직하다고 본다. 왜냐하면 사회주의국가의 관점이나 가치중립적 관점에서 북한형법에 대해 검토한다면 북한형법에 대한 선전이나 객관적 서술에 그칠 수밖에 없으며 비판적 검토는 애당초 불가능할 것이기 때문이다.

그렇다고 해서 법치국가의 관점은 결코 북한에 대한 종래의 적대적 관점이나 반공이데올로기를 지지하는 것은 아니다. 오히려 인권을 존중하고 보호하기 위한 법적 상태를 형성하고 유지해야 하는 것이 실질적 법치국가의 과제이며,[1] 이와 같은 과제를 수행해야 하는 실질적 법치국가의 관점은 사회주의국가의 법뿐만 아니라 자본주의국가의 법에 대해서도 지속적으로 비판적 성찰과 그에 따른 개선을 요구한다. 따라서 이하에서는 실질적 법치국가의 관점에 입각하여 우선 북한형법의 연혁(Ⅱ)에 대해 간략히 살펴보고, 북한의 현행형법 가운데 인권침해의 위험성이 있는 내용들(Ⅲ)에 대해 검토하고자 한다.

Ⅱ. 북한형법의 연혁

1. 개 요

북한형법은 1950년 3월 3일에 제정된 이후 1974년 12월 19일과 1987년

1) 자세한 내용은 심재우, "인간의 존엄과 법질서", 고려대 법률행정논집 제12집, 1974, 103면 이하; Werner Maihofer(심재우 역), 법치국가와 인간의 존엄, 1994, 55면 이하 참조.

2월 5일에 대폭 개정이 이루어졌고,[2] 1995년 3월 15일과 1999년 8월 11일에 일부 개정이 이루어졌다. 1995년 제3차 개정형법에 관한 자료가 공개되지 않았기 때문에 그 내용을 알 수 없는 상황이다. 그러나 1999년 제4차 개정형법의 내용이 영문으로 공개되었는데 1987년 제2차 개정형법과 비교해볼 때 16개 조문의 적용범위를 수정하거나 법정형을 조정한 것에 불과하기 때문에 1987년 형법의 근간이 그대로 유지되고 있다.[3]

북한형법 제정이전의 시기는 항일혁명투쟁시기와 반제반봉건민주주의혁명기로 나누어 볼 수 있다.[4] 우선 항일혁명투쟁시기는 유격근거지에서 일제의 식민지통치를 배제하고 해방지역을 건설하기 위한 혁명과 투쟁이 중심이 되었기 때문에 정강과 그것을 실시하기 위한 결정, 지시, 명령, 선언, 포고 등의 규범형식이 주류였다. 이와 같은 항일혁명투쟁을 위해 엄격한 형사제재가 필요했기 때문에 법규가 없을 때에도 군중심판을 통하여 형사제재를 가하였는데, 이로부터 북한형법이 주체사상과 유일사상에 접목됨으로써 다른 사회주의형법과도 거리를 둔 독자적인 이데올로기법으로 발전하게 된 이유와 북한형법이 제정된 이후에도 지속적으로 유추적용을 필요로 하게 된 이유를 파악할 수 있다. 그리고 해방 이후 반제반봉건민주주의혁명기에 북한은 일반 형법전의 제정에 앞서 일제잔재를 숙청하고 봉건적 관계를 청산하기 위한 개별 형사법규를 제정하였는데, 이것은 인민민주주의독재정권을 확립하기 위해 인민대중의 계급적 이익을 반영한 것이었으며 처벌법규의 남발로 인하여 형사법규의 비대화를 초래하였다. 이로부터

---

2) 1950년 제정형법, 1974년 제1차 개정형법 및 1987년 제2차 개정형법에 내용과 특색에 관해서는 김일수, "구소련 형법이 북한형법의 변화에 미친 영향," 고려대 북한법률행정논총 제9집, 1992, 260면 이하 참조.

3) 1999년 제5차 개정형법에 대해서는 이백규, "북한의 1999년 형법 개정의 의미와 평가," 2002년 11월 27일 북한법연구회 발표논문(인권과 정의, 변협, 2003년 2월호 게재예정), 5면 이하 참조.

4) 자세한 내용은 김일수, "북한형법 40년," 고려대 북한법률행정논총 제8집, 1990, 60면 이하 참조.

1950년에 제정된 북한형법의 특성을 파악할 수 있다. 즉 제정형법에서 범죄분류가 체계적이지 못한 점, 행정범의 형사범화현상, 백지형법규정의 산재 등은 바로 반제반봉건민주주의혁명기에 제정된 각종 특별형사법령들이 그대로 형법전에 수용되었다는 것을 의미한다.

익히 알려진 바와 같이 북한에서 모든 법은 사회주의혁명의 완성과 소위 주체사상의 실현을 그 목적으로 하고 있으며, 특히 형법은 북한정권을 유지하고 반대세력을 탄압하기 위한 수단으로 사용되고 있다. 이러한 북한형법의 계급적 특성은 "형법은 반혁명범죄자들과 일반범죄자들을 법적으로 진압·제재하여 사회주의의 완전한 승리와 주체사상화를 다그쳐 혁명위업을 완성하는 목적을 가진 프로레타리아 독재의 무기이다"라는 북한형법교과서의 설명에서 명확히 드러나고 있다.[5] 이와 같은 북한형법의 계급적 특성 내지 정치적 도구성은 현행형법에 이르기까지 비록 순화된 형태이기는 하지만 여전히 유지되고 있다.

2. 1950년 제정형법

1948년 9월 7일에 북한헌법이 제정됨으로써 북한정권이 수립되었으며, 1950년 3월 3일 최고인민회의 제5차 회의에서 '조선민주주의인민공화국형법'이 최초로 채택되어 그 해 4월 1일부터 시행되었다. 이 시기는 인민민주주의독재정권을 프로레타리아독재정권으로 강화하고 조선민주주의인민공화국을 창건하던 때에 해당한다.[6] 따라서 북한의 제정형법은 해방 후 반제반봉건민주주의혁명시기에 제정하여 실시해왔던 개별적인 형사법규들을 집대성하여 체계화한 것일 뿐만 아니라 프로레타리아독재권력을 강화하여 사회주의로 진입하려는 정치적 고려에 의해 새로운 규범들이 보충된

5) 김근식, 형법학 1, 1986, 5면 이하.
6) 김일수, 앞의 논문(주 2), 260면.

것이다. 북한의 제정형법은 12개장으로 구성된 총칙과 11개장으로 구성된 각칙으로 대별되며, 총 2편 23개장 301개 조문으로 구성되어 있다. 이러한 북한의 제정형법은 구소련의 1926년 러시아공화국 형법전을 모델로 하여 그 영향을 많이 받은 것으로 평가되지만,[7] 독자적인 내용도 가미한 것이라고 볼 수 있다.[8]

총칙은 형법의 과업·목적 등에 관한 일반규정과 함께 범죄의 성립요건, 형벌의 근거, 행위시법주의와 형벌불소급의 원칙, 공소시효, 사면 및 전과의 소멸 등에 관한 규정들로 구성되어 있다.[9] 형법의 과업과 목적에 관하여 "형법은 … 조선민주주의 인민공화국 및 그에 수립된 법률질서를 범죄행위로부터 보위하는 것을 과업으로 한다"고 규정하고 있는 제1조에서 북한 제정형법의 정치형법적 성격을 파악할 수 있으며, 행위시법주의(제5조)와 행위자에게 유리한 소급적용(제6조)의 규정으로부터 그 한에서 북한형법도 죄형법정주의의 기본원칙에 입각하고 있음을 알 수 있다.

북한의 제정형법 총칙에서 가장 특징적인 것은 제2장 형사정책의 일반원칙에 관한 것이데, 이 가운데서도 특히 주목받는 것은 '행위의 사회적 위험성'을 실질적 범죄개념으로 하고 있는 제7조와 제8조이다.[10] 이와 같

7) 김천일, 북한형법에 관한 연구, 동국대 박사학위논문, 1985, 39면; 한인섭, "북한형법 반세기," 북한법 50년, 그 동향과 전망, 아·사·연 법·언론 연구총서 제8권, 1999, 89면 이하 참조.

8) 강구진, 북한법의 연구, 1975, 173면 이하; 오경식, "북한 형사법에 대한 일고찰," 통일문제연구 제15집, 강릉대 통일문제연구소, 1999, 55면 이하 참조.

9) 제1편 총칙은 제1장 일반적 규정(제1조-제6조), 제2장 형사정책의 일반원칙(제7조-제17조), 제3장 예비와 미수(제18조-제21조), 제4장 공범(제22조-제26조), 제5장 형벌(제27조-제45조), 제6장 형벌의 적용절차(제46조-제49조), 제7장 범죄의 병합(제50조-제52조), 제8장 집행유예(제53조-제55조), 제9장 만기전 석방(제56조-제58조), 제10장 형사소추의 시효(제59조-제60조), 제11장 사면(제61조), 제12장 전과의 소멸(제62조-제63조)로 구성되어 있다.

10) 제7조는 "죄라 함은 조선민주주의 인민공화국 및 그에 수립된 법률질서를 침해할 사회적 위험성이 있는 고의 또는 과실로 인한 일체의 가벌적 행위이다"라고 규정하고, 제8조는 "본법의 각칙에 규정한 요건을 형식적으로 구비하더라도 그 행위가 명백히 경미하고 해로운 결과를 발생하지 않았기 때문에 사회적 위험성이 없는 경우에는 죄가 성립되지 않는다"고 규정하고 있다.

이 행위의 사회적 위험성을 실질적 범죄개념의 기준으로 삼는 것은 구소련을 비롯한 사회주의국가형법의 공통된 특징에 해당한다.[11] 사회적 위험성이 비범죄화기능을 수행할 수 있도록 되어 있는 제8조는 매우 긍적적인 평가를 받고 있다.[12] 그러나 사회적 위험성이 제9조의 유추적용과 결합됨으로써 형법이 '정치적 투쟁의 도구'로 전락하여 가벌성을 과도하게 확장시키고 형법의 인권보장적 임무를 약화시키는 반면에 사회보호적 임무만 극대화할 위험성을 내포하고 있다는 점에서 제7조는 많은 비판을 받고 있다.[13] 즉 사회적 위험성은 유추적용과 결합하여 사회주의혁명의 완성이라는 궁극목표를 달성하기 위하여 사회를 혁명화·노동계급화하고 투쟁·계몽·교육을 통해 인민을 사회주의적 인간으로 개조하는 이데올로기적 기능을 수행한다는 것이다. 이러한 관점에서 볼 때 북한에서 형법은 사회정책과 형사정책의 최후수단이 아니라 최우선수단으로 작용하고 있다고 볼 수 있다. 그리고 유추적용을 일반적으로 허용하고 있는 제9조도[14] 죄형법정주의를 부정한다는 점에서 북한형법의 전근대성과 반법치국가성을 드러내는 대명사로 지적됨으로써 많은 비판을 받았다.[15] 실재로 북한에서는 6.25 전쟁시기에 미국공군기의 공중폭격시 공민의 재산을 훔친 자들을 절도가 아니라 강도로 처벌하고, 일시적 후퇴시기 남한의 군인에게 점령당한

11) 이에 관해 자세한 내용은 배종대, "통일과 북한형법의 이해," 고려대 북한법률행정논총 제7집, 1989, 51면 이하 참조.

12) 예컨대 김일수, 앞의 논문(주 2), 262면; 배종대, 앞의 논문, 73면.

13) 강구진, 앞의 책, 188면 이하; 김일수, 앞의 논문(주 2), 263면; 박광섭, "북한형법에 관한 고찰," 북한의 법과 법이론, 북한연구시리즈 ⑩, 경남대학교 극동문제연구소, 1988, 212면; 배종대, 앞의 논문, 56면; 염정철, "북한형법의 구조와 문제점," 형법연구 제1권, 1980, 76면; 이한교, "북한형법에 있어서 범죄론의 기본문제," 강원대학교 논문집 제21집, 1985, 113면 이하 참조.

14) 제9조는 "범죄적 행위로써 그에 직접 해당하는 규정이 본법에 없는 것에 대하여는 본법 중 그 중요성과 종류에 있어서 가장 비슷한 죄에 관한 조항에 준거하여 그 책임의 기초와 범죄 및 형벌을 정한다"고 규정하고 있다.

15) 예컨대 강구진, 앞의 책, 182면 이하; 박광섭, 앞의 논문, 211면 이하; 박동희, "북한형법" - 특히 인권침해규정을 중심으로 -, 고려대 북한법률행정논총 제4집, 1980, 63면 이하; 이한교, 앞의 논문, 11면 이하 참조.

지역에서 농민들에게 소작료를 요구한 청산당한 지주들에게 민족반역죄를 유추적용한 사례가 있다.[16] 그밖에도 총칙가운데 미수와 예비를 원칙적으로 기수와 동일하게 처벌할 수 있도록 규정한 제20조, 과실범을 가혹하게 처벌할 소지가 있는 제11조, 교사범과 방조범을 원칙적으로 정범과 동일하게 처벌할 수 있도록 규정한 제22조 등도 무차별적인 인권침해의 소지가 있다는 비판을 받는다.[17]

북한 제정형법의 각칙은 주로 반혁명분자의 처벌 및 사회주의질서를 침해하는 범죄의 처벌에 관한 규정들 위주로 되어 있고, 우리의 군형법에 해당하는 군사상 범죄에 관한 규정도 포함되어 있다.[18] 북한의 제정형법에서 각칙의 가장 큰 특색은 권위주의적 색채가 매우 강하다는 점이다. 왜냐하면 대부분의 범죄구성요건이 직접 또는 간접적으로 국가권력에 대한 침해로 간주되고 그것은 바로 사회주의혁명에 대한 적대행위로 취급되기 때문이다. 그리고 취업거부죄(제174조), 생산노동거부죄(제197조), 미성년자부랑타락죄(제246조), 결혼조건예물제공죄(제253조), 축첩죄(제256조) 등 범익침해성이 없거나 미약하여 비범죄화하여도 좋을 범죄구성요건들이 사회보호라는 관점에서 범죄화되어 형법의 비대화 경향을 띠고 있다.[19] 더 나아가 탈주한 군무자의 가족 중 그 외의 동거성년가족에 대해서는 선거권을 박탈하고 5년간 원격지로 추방하도록 규정한 제70조의 이른바 숙청조항은

16) 박동희, 앞의 논문, 64면 이하 참조.
17) 예컨대 박동희 앞의 논문, 60면 이하 참조.
18) 각칙은 제13장 국가주권적대에 관한 죄(제64조-제81조), 제14장 국가관리침해에 대한 죄(제82조-102조), 제15장 국가소유·사회 및 협동단체소유침해에 관한 죄(제103조-제111조), 제16장 인신침해에 관한 죄(제112조-제146조), 제17장 공민의 재산침해에 관한 죄(제147조-제167조), 제18장 노동법령위반에 관한 죄(제168조-제177조), 제19장 공무상범죄(제178조-제193조), 제20장 경죄에 관한 죄(제194조-제217조), 제21장 관리질서침해에 관한 죄(제218조-제258조), 제22장 사회적 안전 및 인민보건 침해에 관한 죄(제259조-제264조), 제23장 군사상 범죄(제265조-제301조)로 구성되어 있다.
19) 김일수, 앞의 논문(주 2), 264면; 김태석, 북한형법에 관한 연구, 청주대학교 박사학위 논문, 1999, 56면; 이백규, 앞의 논문, 3면.

연대책임을 물어 인권을 침해하고 있기 때문에 실질적 법치국가원칙에 비추어 볼 때 비판의 대상이 되고 있다.[20]

3. 1974년 제1차 개정형법

북한은 1972년 12월 27일 헌법을 개정하여 김일성 유일체제와 조선노동당의 독재를 헌법적으로 보장하게 되었고, 이러한 헌법개정에 즈음하여 형법의 전면적 개정작업이 이루어졌다. 1974년 12월 19일 최고인민회의 상설회의에서 채택되어 1975년 2월 1일부터 시행된 북한의 제1차 개정형법은 총 5개편, 17개장, 215개 조문으로 구성되어 있으며, 1950년 제정형법에 비해 편별 구분은 늘어났으나 장별 구분 및 총 조문 수는 많이 줄어들었다. 북한에서 제1차 형법개정 전후의 시기는 소위 사회주의의 완전승리를 앞당기기 위한 투쟁시기로서 한편으로는 착취계급잔여분자들을 진압하여 근로자들 속에 남아 있는 낡은 사상잔재를 뿌리 뽑기 위한 투쟁이 강조되고, 다른 한편으로는 여전히 프로레타리아독재를 강화하여 반혁명분자들을 철저히 진압하는 지속적이고 심화된 계급투쟁이 강조되고 있었다. 따라서 1974년 북한의 제1차 개정형법에서 형사정책의 기본원칙은 반혁명범죄에 대해서는 사형이나 징역형 등과 같은 엄중한 형벌로 무자비하고 철저하게 진압하는 반면, 일반범죄에 대해서는 사회적 교양과 가벼운 법적 제재를 통하여 관대하게 대응한다는 것이다.[21]

총칙은 “조선민주주의인민공화국 형사정책의 기본”과 “범죄 및 형벌에 관한 일반원칙”이라는 2개편으로 구성되어 있는데, 형법전에 형사정책에 관한 기본원칙편을 두고 있는 것이 제1차 개정형법의 특징 가운데 하나이

---

20) 예컨대 박동희, 앞의 논문, 73면 이하.

21) 자세한 내용은 박광섭, “북한형법상의 형사정책(1975년 형법),” 김종원교수화갑기념논문집, 1991, 903면 이하 참조.

다. 이것은 제4조에서 확인할 수 있는 바와 같이[22] 김일성과 노동당이 형사정책편을 통하여 형법의 역할을 결정함으로써 북한형법상의 형사정책은 계급투쟁적 배경과 정치무기적 배경을 가질 수밖에 없다는 것을 의미한다. 이와 같이 프로레타리아독재의 예리한 무기로 사용되는 북한형법의 계급적 본질은 개정 전후를 불문하고 변함이 없다.[23] 그리고 제1차 개정형법 제15조는 여전히 유추제도를 인정하고 있다. 여기서 유추는 형법에 직접 해당하는 조항이 없는 행위에 대해 그 종류와 사회적 위험성으로 보아 가장 비슷한 행위를 규정한 조항에 따라 그 책임의 기초와 범위를 확정하고 형벌을 정하는 것을 말한다. 북한의 형법학자에 따르면 북한형법에서 유추는 "범죄로 보지 않던 행위를 범죄로 볼 수 있게 하거나 형사법에서 그러한 행위에 대하여 비슷하게라도 규정한 것이 전혀 없는 새로운 행위들을 범죄로 규정할 수 있도록 사법일군들에게 입법적 권한을 주는 제도가 아니며, 바로 이 점에서 부르조아 파쇼국가형법에 있던 유추와 그 계급적 성격, 법률구조에서 다르다"고 한다. 이것은 1935년 나치독일형법 제2조[24]와 북한형법의 유추규정이 구별된다는 것을 염두에 둔 것으로 볼 수 있다. 그러나 북한 형법이론상의 엄격한 제한 노력에도 불구하고 유추적용은 가벌성을 확장하거나 가중처벌의 결과를 가져올 위험성이 매우 크기 때문에 실질적 법치국가의 인권보장이념에 반한다. 특히 유추적용이 사회적 위험

22) 북한의 제1차 개정형법 제4조는 "조선민주주의 인민공화국 형법의 임무는 조선민주주의 인민공화국 주석을 보위하고, 공화국정부의 노선과 정책을 옹호 관철하며, 모든 범죄적 침해로부터 노동자, 농민의 주권과 사회주의제도와 혁명의 획득물을 지키며, 인민의 헌법적 권리와 생명, 재산을 보호하며, 국가생활의 모든 분야에서 혁명적 제도와 질서를 세워 전사회를 주체사상으로 일색화하는 역사적 위업에 기여함에 있다"고 규정함으로써 주체사상은 북한형법학에서도 유일한 지도사상으로 학문이론 및 방법론의 기초가 되고 있다(김근식, 앞의 책, 3면).

23) 자세한 내용은 김일수, 앞의 논문(주 2), 268면 이하; 박광섭, 앞의 논문(주 21), 904면 이하 참조.

24) 나치독일형법 제2조는 "법률상 그 가벌성이 확정되었거나 형법의 기본이념 또는 건전한 국민감정에 비추어 처벌을 받아 마땅하다고 여겨지는 행위를 한 자는 처벌한다"고 규정하고 있다.

성이라는 실질적 범죄개념과 결합될 경우에는 이미 앞에서 검토한 바와 같이 문제가 한층 더 심각하게 된다.

각칙은 반혁명범죄, 일반범죄, 군사상범죄의 3개편으로 구성되어 있다.[25] 1974년 제1차 개정형법은 각칙편의 범죄를 크게 반혁명범죄와 일반범죄로 구분하여 반혁명범죄의 경우 그 구성요건을 추상화하여 처벌범위를 확대하고, 법정형을 높이는 등 엄격한 처벌을 위주로 한 반면, 일반범죄는 그 조문 수를 대폭 축소하고, 법정형도 완화하여 사회적 교양을 위주로 하여 여기에 형법적 제재를 가미하는 것을 원칙으로 하였다. 북한형법에서 반혁명범죄는 노동자·농민의 혁명정권과 사회주의제도를 전복하고 잃어버렸던 착취계급의 지위를 되찾으려는 목적에서 사회주의경제제도를 교활하고 악랄한 방법으로 파괴하며, 정치적 주위환경이나 사회정치생활경위가 복잡한 사람들과 사상의식수준이 낮은 사람들을 위협, 공갈, 회유, 기만, 매수, 등의 방법으로 이 범죄에 끌어들이거나 부패한 부르조아 반동사상을 유포시킴으로써 사회주의적 근로자들이 나라의 체제를 침해하는 범죄행위를 감행하도록 책동하는 행위이기 때문에 사회적 위험성이 가장 크고 극악한 범죄로 취급된다. 따라서 반혁명적 범죄자에 대해서는 준엄한 형벌로써 무자비하게 진압하고, 극히 사소한 행위나 예비 또는 미수의 경우에도 예외 없이 단호하게 처벌해야 한다는 것이다.[26] 그에 반해 일반범죄는 개인주의와 이기주의를 비롯한 낡은 사상의 잔재가 발현되어 일으키는 범죄이기 때문에 범행이 엄중한 범죄자, 상습범, 낡은 사상잔재에 깊이

25) 1974년 제1차 개정형법은 그 전문이 공개되지 않고 각칙 중 일부인 제51조 내지 제180조의 규정만 공개되어 있다. 반혁명범죄에 해당하는 것으로 ① 국가주권과 사회주의제도를 반대하는 반혁명범죄(제51조-제62조), ② 조선민족해방투쟁을 반대하는 반혁명범죄(제63조-제64조) 및 ③ 반혁명죄와의 투쟁을 방해하는 범죄(제65조-제66조)가 있고, 일반범죄에 해당하는 것으로 ① 사회주의경제를 침해하는 범죄(제67조-제110조), ② 사회주의 문화를 침해하는 범죄(제111조-제117조), ③ 국가의 행정질서를 침해하는 범죄(제118조-제148조), ④ 사회주의적 공동생활질서를 침해하는 범죄(제149조-제159조) 및 ⑤ 공민의 생명·재산을 침해하는 범죄(제160조-제180조)가 있다.

26) 김근식, 앞의 책, 38면.

물젖은 자 및 범죄를 조종하며 추동하는 일반범죄자에 대해서는 법적 제재를 가하고 그 밖의 일반범죄자에 대해서는 사회적 교양처분으로 대처한다는 것이다.

1950년 제정형법은 ① 사형, ② 징역, ③ 敎化勞動, ④ 벌금, ⑤ 일정한 권리의 박탈, ⑥ 일정한 직업 또는 영업의 금지, ⑦ 일부 또는 전부의 재산몰수 등 7가지 형벌종류를 규정하였던 반면, 1974년 제1차 개정형법은 ① 사형, ② 징역형, ③ 교화로동형, ④ 선거권박탈형, ⑤ 재산몰수형의 5가지를 규정함으로써 형벌종류를 단순화하였다. 사형은 주로 반혁명범죄에 대해 부과되고 일반범죄 중에서는 극히 엄중한 살인이나 강도 등에 한하여 인정되며, 징역형은 주로 엄중한 일반범죄자에 대해 적용하지만 비교적 단기간으로 되어 있다. 교화로동형은 일반범죄자에게만 적용되고 선거권박탈형은 일반범죄자들에게 적용되지 않으며, 재산몰수형은 원칙적으로 반혁명범죄자에게만 적용된다.[27] 북한형법에서 특이한 형벌은 교화로동형인데, 이것은 6개월부터 3년까지의 한도내에서 재판소가 지정한 중노동직장에서 노동을 시키며 월수입의 30%를 넘지 않는 범위내에서 노동보수의 일부를 국가에 의무적으로 바치게 하는 형벌로서 주로 사회주의적 공동생활을 침해하는 범죄에 대해 적용된다.

4. 1987년 2차 개정형법

북한의 1974년 제1차 개정형법이 반혁명범죄에 대해 무자비하게 진압하도록 규정함으로써 국제사회로부터 호된 비판을 받게 되자 1987년 2월 5일 최고인민회의 상설회의 결정 제2호로 채택한 것이 바로 북한의 제2차

27) 1974년 북한의 제1차 개정형법에 규정된 형벌의 종류와 형벌의 계급적 본질에 관해 자세한 내용은 오도기, "북한형법의 형벌고," 김종원교수화갑기념논문집, 1991, 655면 이하 참조.

개정형법이다.[28] 1987년 제2차 개정형법은 편별 구분 없이 총 8개장 161개 조문으로 구성되어 있는데, 조문의 수가 대폭 감소되었고 사형을 선고할 수 있는 범죄가 종래의 33개에서 반국가범죄 가운데 국가주권전복죄(제44조), 테로죄(제45조), 조국반역죄(제47조), 민족반역죄(제52조) 및 일반범죄 가운데 고의적 중살인죄(제141조) 5개로 줄어드는 등 법정형도 상당히 완화되었다.[29] 제1장 형법의 기본과 제2장 범죄 및 형벌에 관한 일반규정이 총칙에 해당하는 부분이다. 그리고 제3장 반국가범죄, 제4장 사회주의경제를 침해하는 범죄, 제5장 사회주의문화를 침해하는 범죄, 제6장 국가의 일반행정질서를 침해하는 범죄, 제7장 사회주의적 공동생활질서를 침해하는 범죄 및 제8장 공민의 생명·재산을 침해하는 범죄는 각칙에 해당하는 부분이다.[30] 북한의 1987년 제2차 개정형법은 그 이전의 형법에 비해 상당한 정도 진보한 것이며, 자유주의국가의 형법과 상당히 근접한 내용이라는 평가를 받는다.[31]

제2차 개정형법의 총칙에서 주목할 만한 개정내용으로 1974년 제1차 개

---

28) 1987년 북한형법의 개정사실은 1991년 국제사면위원회를 통해 알려진 뒤 일본학자를 통해 그 전문이 국내에 소개되었다. 1987년 제2차 형법개정의 정치적 배경에 관해서는 김일수, 앞의 논문(주 2), 278면 이하 참조.

29) 이백규, 앞의 논문, 4면.

30) 좀 더 자세히 보자면 각칙은 제3장 반국가범죄 : ① 국가주권을 반대하는 범죄(제44조-제51조), ② 민족해방투쟁을 반대하는 범죄(제52조-제53조) 및 ③ 반국가범죄에 대한 은닉 및 불신고죄(제54조-제55조), 제4장 사회주의경제를 침해하는 범죄 : ① 사회주의적 소유를 침해하는 범죄(제56조-제65조), ② 사회주의경제관리질서를 침해하는 범죄(제66조-제83조), ③ 국토관리질서를 침해하는 범죄(제84조-제91조) 및 ④ 사회주의노동행정질서를 침해하는 범죄(제92조-제96조), 제5장 사회주의문화를 침해하는 범죄(제97조-제102조), 제6장 국가의 일반행정질서를 침해하는 범죄 : ① 일반행정질서를 침해하는 범죄(제103조-제123조)와 ② 관리일군의 직무상 범죄(제124조-제130조), 제7장 사회주의적공동생활을 침해하는 범죄(제131조-제140조), 제8장 공민의 생명·재산을 침해하는 범죄 : ① 공민의 생명·건강·인격을 침해하는 범죄(제141조-제154조)와 ② 공민의 개인소유를 침해하는 범죄(제155조-제161조)로 구성되어 있다.

31) 예컨대 오경식, 앞의 논문, 57면. 그러나 오경식 교수는 같은 논문 67면에서 "북한의 1987년 개정형법은 국제사회에서 외교적 고립을 타파하기 위한 대외선전용이며, 실제로 시행되고 있지는 않는 것같다"고 본다.

정형법에서 중요한 위치를 차지했던 “조선민주주의 인민공화국 형사정책의 기본”에 관한 편을 삭제하는 대신 사회적 교양을 위주로 하면서 법적 제재를 배합한다는 형사정책의 기본원칙을 규정한 것(제2조), 정치적 이데올로기 성격이 강했던 제1차 개정형법 제4조의 임무조항이 순화된 형태로 변형되었다는 것(제1조), 종전과 마찬가지로 유추적용을 일반적으로 허용하면서도 그 적용한계에 관한 규정을 단서에 추가한 것(제10조), 제1차 개정형법에서 삭제되었던 행위시법주의와 소급효금지의 원칙을 다시 도입한 것(제8조), 형벌의 종류로 교화로동형을 폐지하고 징역형을 로동교화형으로 명칭을 변경하는 한편, 자격박탈 · 자격정지형을 신설한 것(제21조) 등을 들 수 있다.[32]

각칙에서는 제1차 개정형법이 철저한 진압의 대상으로 삼았던 ‘반혁명범죄’가 ‘반국가적 범죄’로 명칭이 변경되고 조문수도 16개에서 12개로 감소됨으로써 정치적 이데올로기의 성격을 벗고 국가적 법익을 보호하기 위한 형법규범으로 순화되었다. 그리고 모든 반국가적 범죄에 대하여 로동교화형을 규정함으로써 반혁명범죄에 대해 무자비한 진압원칙을 고수하던 기존의 형사정책은 사라지고 일반범죄와의 투쟁에서 견지했던 사회교양위주와 법적 제재의 배합원칙이 형사정책의 기본으로서 비중을 차지하게 되었다. 즉 모든 반국가적 범죄에 대하여 로동교화형을 규정함으로써 사형 일변도이던 제1차 개정형법에 비해 법정형이 크게 완화된 것이다. 이것은 종전의 규정들이 반혁명범죄에 대하여 일률적으로 사형 및 전재산 몰수형만을 법정형으로 규정하여 인권을 탄압한다는 거센 비판을 받았던 것을 시정한 것으로서 인권보호의 관점에서 볼 때 매우 고무적인 현상이라고 할 수 있다.[33]

---

32) 자세한 내용으로는 김일수, 앞의 논문(주 2), 282면 이하; 이백규, 앞의 논문, 6면 이하 참조.

33) 이백규, 앞의 논문, 5면.

북한의 1975년 제1차 개정형법에 규정된 형벌의 종류는 ① 사형, ② 징역형, ③ 교화로동형, ④ 선거권박탈형 및 ⑤ 재산몰수형이었던 반면, 1987년 제2차 개정형법에 규정된 형벌의 종류는 ① 사형, ② 로동교화형, ③ 선거권박탈형, ④ 재산몰수형 및 ⑤ 자격박탈·자격정지형으로 변경되었다(제21조). 따라서 종전 형법에서 사회적 교양위주의 형벌제도로서 사회주의형법에서만 발견할 수 있는 독특한 형벌이라고 하였던 교화로동형은 폐지되고 징역형이 로동교화형으로 명칭만 변경된 반면, 대신 자격박탈 및 자격정지형이 신설된 것이다. 제1차 개정형법에서 징역형은 1년부터 20년까지의 기간이었고 교화로동형은 6개월부터 3년까지의 기간이었던 반면, 제2차 개정형법에서는 징역형에 상응하는 로동교화형이 6개월부터 15년까지로 축소되었다(제24조). 선거권박탈형과 마찬가지로 재산몰수형도 반국가범죄에만 국한하여 적용됨으로써(제27조), 종전에는 정상이 중한 강도와 강도살인과 같은 극단의 이기적인 범죄에 대해서도 재산몰수형이 과하여졌으나(제1차 개정형법 제179조 3항) 제2차 개정형법에는 8년 이하의 노동교화형, 중한 경우는 6년 이상이 로동교화형만을 과하도록 하여 처벌을 완화하였다.

5. 1995년 제3차 개정형법과 1999년 제4차 개정형법

북한은 2000년 7월 제67차 유엔인권이사회(Human Rights Committee)에 "시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(국제인권규약 B규약)" 실천에 대한 2차 정기보고서를 제출하면서[34] 형법을 1995년에 개정하였다고 밝힌

34) 북한은 1981년 9월에 국제인권규약 A규약과 B규약에 가입하였다. A규약(경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약)에 대해서는 1984년 12월, 1986년 7월 및 1989년 1월에 걸쳐 3차례의 보고서를 제출하여 심사를 받고 있다. 그런데 B규약(시민적·정치적 권리에 관한 국제규약)에 대해서는 1983년 10월에 1차 정기보고서, 1984년 4월에 추가보고서를 제출한 뒤 2차 정기보고서의 제출을 미루어오다가 16년만인 2000년 7월

바 있으나, 그 동안 구체적인 개정내용이 알려지지 않았다. 그러던 중 2002년 11월 3일 연합뉴스는 북한의 최근 개정형법을 입수하였다고 보도하였다. 연합뉴스가 입수한 북한의 개정형법은 영문으로 작성된 것으로서 표지에 '평양, 코리아(Pyongyang, Korea)', 마지막 31면에 '조선민주주의인민공화국에서 인쇄(Printed in the Democratic People's Republic of Korea)'라고 표기되어 있다. 그리고 마찬가지로 표지에 조선민주주의인민공화국 형법은 1987년 2월 5일 최고인민회의 상설회의 결정 제2호에 의해 채택되고 1995년 3월 15일 최고인민회의 상설회의 결정 제54호와 1999년 8월 11일 최고인민회의 상임위원회 정령 제953호에 의해 개정되었다고 기재되어 있다.

이와 같은 사정에 비추어볼 때 북한의 1987년 형법은 두 차례(1995년과 1999년)에 걸쳐 개정되었다는 것은 분명한 사실이지만, 1995년의 개정형법은 공개되지 않았기 때문에 그 내용을 알 수 없을 뿐만 아니라 그러한 개정이 이루어진 정치적 배경도 분명하지 않다. 다만 북한이 2000년 유엔인권이사회에 제출한 2차 정기보고서에 의해 형법과 형사소송법이 개정된 사실이 알려진 것으로 미루어보아 북한은 최근 경제난의 악화로 국제사회의 지원이 절실한 상황에서 국제사회의 여론에 밀려 국제적 인권기준에 부합하는 방향으로 형법을 개정할 수밖에 없었을 것으로 추정할 수 있다. 이러한 추정은 다음과 같은 사실에 의해서도 뒷받침된다. 즉 그동안 북한이 B규약의 실천에 대한 보고서를 제출하고 심사를 받는 과정에서 국제인권규약에 기초한 보편적 인권기준을 개인주의에 기초한 '서방식 인권기준'이라고 몰아붙이는 반면에 주체사상과 집단주의에 기초한 '우리식 인권기준'을 강변해왔다.[35] 그리고 1997년 8월 21일 유엔인권소위원회에서 여행

에 2차 정기보고서를 제출하였다. 김수암, 국제인권규범에 대한 북한의 인식 및 대응연구, 통일부, 2002, 21면 이하 참조.

35) 김수암, 앞의 논문, 27면 이하 참조.

의 자유보장 등 B규약 관련사안을 주요 내용으로 하는 대북인권결의안을 채택하였는데,[36] 북한은 결의안이 채택되기 직전인 8월 18일 제네바주재 북한대표를 통하여 결의안이 채택될 경우 탈퇴하겠다고 선언한 바가 있다. 이와 같이 소극적 태도를 보이던 북한이 B규약 탈퇴선언에 대한 국제사회의 비난여론이 점차 높아가고 북한의 경제난이 지속적으로 악화되는 상황에서 1999년에 접어들어 적극적 자세로 태도를 전환하여 B규약에 대한 2차 정기보고서를 제출하겠다고 표명하였으며, 마침내 2000년 7월에 보고서를 제출하였던 것이다. 이와 같은 일련의 상황으로부터 북한은 악화된 경제난을 국제사회의 지원을 통해 해결할 수밖에 없는 처지에서 국제사회의 여론에 밀려 국제적 인권기준에 부합하는 방향으로 형법을 개정한 것으로 추정할 수 있다. 자의든 타의든 북한형법이 국제적 인권기준에 부합하는 방향으로 개정된 것은 매우 고무적이고 바람직한 현상이라고 할 수 있다.

북한의 1999년 제4차 개정형법은 1987년 형법의 근간을 그대로 유지하면서 16개 조문을 수정·보완한 것으로서 전반적으로 규정내용이 정교해지고 법정형이 정비된 것으로 평가된다.[37] 총칙에서 개정된 내용을 살펴보면 다음과 같다.[38] ① 종래 17세 미만의 미성년자에 대해서만 적용되었던 교양처분을 17세 이상의 성인범에 대해서도 적용할 수 있도록 하였다(제11조).[39] ② 종래와 달리 범죄의 준비는 미수보다 가볍게 처벌하고 미수는 기수보다 가볍게 처벌하며, 위험성이 없다고 인정되는 경우에는 범죄의 준비 또는 미수를 처벌하지 않도록 명시하였다(제15조). ③ 사형을 선고할 수 있는 연령을 상향조정하여 18세 이상의 사람에 한하여 사형을 선

36) 1998년 8월 19일에도 유엔인권소위원회는 대북인권결의안을 채택하였다. 이에 관해 자세한 내용은 제성호, 유엔인권소위원회의 북한인권 결의안 채택 : 평가와 전망, 민족통일연구원, 1998 참조.
37) 이백규, 앞의 논문, 22면.
38) 1999년 형법의 개정조문에 대해 자세한 내용은 이백규, 앞의 논문, 10면 이하 참조.
39) 북한에서 성인연령은 17세이며(북한형법 제11조, 북한민법 제20조), 북한형법의 교양처분은 우리나라 소년법의 보호처분에 해당한다고 볼 수 있다.

고할 수 있도록 제한하였다(제23조).[40] ④ 반국가범죄에 대해서만 적용될 수 있는 선거권박탈형의 상한을 4년에서 5년으로 연장하였다(제26조). ⑤ 종래 반국가범죄에 대해서만 적용되었던 재산몰수형의 적용범위를 일반범죄에까지 확대하였다(제27조). ⑥ 종래와 마찬가지로 특별한 사정이 있는 경우 재판소는 판결서에 이유를 기재하고 법정형보다 낮은 형벌을 선고할 수 있을 뿐만 아니라 이제 종래와 달리 형의 종류까지 변경할 수 있게 되었다(제34조). ⑦ 종래에 특사는 주석이, 대사는 중앙인민위원회가 실시하도록 되어 있었는데, 특사와 대사 모두 최고인민위원회 상임위원회가 실시하도록 하였다(제39조).[41] 이와 같은 총칙상 7개 조문의 개정내용 가운데 선거권박탈형의 상한을 연장한 것과 재산몰수형을 일반범죄에까지 확대한 것만 제외한다면 대부분 인권보장의 관점과 형법이론 내지 형사정책적 관점에서 볼 때 바람직한 방향의 개정이라고 할 수 있다.

각칙에서 개정된 내용을 살펴보면 반국가범죄인 ① 테로죄(제45조), ② 조국반역죄(제47조), ③ 파괴암해죄(제50조)의 법정형을 정비하거나 단계를 나누어 법정형을 규정함으로써 결과적으로 처벌 정도를 완화한 반면, 일반범죄인 ④ 상업질서위반죄(제82조), ⑤ 산림란도벌죄(제87조), ⑥ 공해현상방지법규위반죄(제89조), ⑦ 폭행죄(149조)의 법정형은 상향조정한 점이 주목된다. 이것은 그 동안 처벌이 너무 가혹하다고 비난받아 왔던 반국가범죄에 대한 처벌은 다소 완화하고, 전체 인민의 생활질서를 침해하는 중요범죄에 대한 처벌은 강화한 것으로서 바람직한 입법방향이라고 할 수 있다. 특히 조국반역죄를 단순한 고의범에서 목적범으로 개정하여 그 적용범

40) 북한의 1950년 제정형법은 사형을 선고할 수 있는 연령을 범죄행위 당시를 기준으로 18세 이상으로 규정하였다. 이것을 1974년과 1987년 형법은 17세 이상으로 하향조정하였는데, 1999년 형법이 다시 상향조정한 것이다.

41) 특사와 대사는 형벌의 집행 중에 있는 자의 남은 형기를 면제하거나 삭감하는 행위를 말하는 것으로서, 특사는 개별적 범죄자들에 대하여 적용되는 것이고, 대사는 일정한 범위의 범죄자 일반에게 적용되는 것을 말한다(김근식, 앞의 책, 181면).

위를 축소한 점은 인권보장의 관점에서 매우 환영할 만한 것이며, 구형법의 허위풍설날조유포죄를 폐지하고 그 대신 ⑧ 인장위조사용죄(제105조)를 신설한 점도 인권보장의 관점에서 긍적적으로 평가할 수 있다. 그밖에 특별한 의미가 없는 것으로 보이는 개정조항으로 ⑨ 집단적 소동죄(제103조)를 들 수 있는데, 범죄구성요건 가운데 종래 '무기 또는 흉기를 리용하여'로 되어 있던 법문을 '무기를 리용하여'로 개정하였다.

Ⅲ. 북한의 현행형법과 인권

앞에서 살펴본 바와 같이 북한형법은 1950년 3월 3일에 제정된 이후 1974년 12월 19일과 1987년 2월 5일에 대폭 개정되었고, 1995년 3월 15일과 1999년 8월 11일에 부분적으로 개정되었다. 따라서 북한의 현행형법은 1987년 형법을 1995년과 1999년에 걸쳐 부분적으로 수정·보완한 것으로서 1987년 형법의 근간을 그대로 유지하고 있다고 할 수 있다. 이와 같은 북한형법의 연혁에 대해 검토한 결과를 간략히 요약하자면, 북한형법은 사회주의국가의 형법이기 때문에 계급적 특성과 정치적 도구성을 완전히 버리지는 못하였지만 자의든 타의든 최근의 개정내용은 점차적으로 순화되어 법치국가형법에 근접해오고 있다고 볼 수 있다. 이것은 한편으로 보편적인 인권이나 민족적인 통일의 관점에서 매우 고무적이고 긍정적인 현상이라고 할 수 있지만, 다른 한편으로 북한의 현행형법은 아직도 법치국가적 인권보호의 관점에서 적지 않은 문제점을 내포하고 있다는 것을 의미한다. 따라서 여기서는 북한의 현행형법 가운데 법치국가적 인권보호의 관점에서 아직도 문제가 될 수 있는 내용들에 대해 검토하고자 한다.

1. 형법의 기본

제1장은 '형법의 기본'으로서 북한형법의 계급적 본질과 사명 및 과업에 관해 규정한 것이며, 8개 조문으로 구성되어 있다. 이 가운데 법치국가적 인권보호의 관점에서 여전히 문제가 될 수 있는 것은 형법의 임무를 규정하고 있는 제1조이다. 북한의 현행형법 제1조는 "조선민주주의 인민공화국 형법은 범죄와의 투쟁을 통하여 국가주권과 사회주의제도를 보위하며 인민들의 자주적이며 창조적인 생활을 보장한다"고 규정하고 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 제1차 개정형법 제4조가 '공화국 주석보위', '전 사회를 주체사상으로 일색화하는 것' 등을 형법의 임무로 규정함으로써 형법의 정치적 도구성 내지 이데올로기적 특성을 노골적으로 표명한 것에 비교하면 현행형법 제1조의 내용은 훨씬 더 순화된 것이라고 할 수 있다.[42]

그러나 현행형법 제1조의 내용도 사회주의형법의 계급적 특성과 정치적 도구성을 유지하고 있을 뿐만 아니라 인민의 권리보장보다 집단주의적 국가주권사상을 우위에 둠으로써 인민을 국가와 사회주의제도를 위한 수단으로 전락시킬 위험성을 내포하고 있다. 오늘날의 실질적 법치국가에서는 국가와 국민의 관계에서 국민을 목적으로 보고 국가는 국민을 위한 수단으로 파악하기 때문에 국가가 국민을 위해 존재하는 것이지 국민이 국가를 위해 존재하는 것이 아니다. 따라서 북한의 현행형법 제1조는 여전히 인민을 국가를 위한 수단으로 전락시킴으로써 인민의 인권을 침해할 소지가 있다.

2. 범죄와 형벌에 관한 일반규정

북한의 현행형법 제2장은 '범죄 및 형벌에 관한 일반규정'으로서 범죄에 관한 12개 조문(제9조-제20조)과 형벌에 관한 23개 조문(제21조-제43조)으

42) 김일수, 앞의 논문, 282면.

로 구성되어 있다. 우선 범죄에 관한 규정 가운데 법치국가적 인권보호의 관점에서 문제될 수 있는 것으로 제9조와 제10조를 지적할 수 있다.

첫째, 북한의 현행형법 제9조는 “범죄는 국가주권과 법질서를 고의 또는 과실로 침해하는 형벌을 줄 정도의 위험한 행위이다”라고 규정하고 있다. 따라서 북한의 현행형법에서 범죄행위의 본질적인 요소는 위법성과 위험성이며, 위법한 행위로서 사회적 위험성이 있는 행위만 범죄가 된다. 위법한 행위가 되기 위해서는 ① 범죄에 의해 침해된 사회관계를 특징짓는 표징, ② 범죄적 행위 및 결과를 특징짓는 객관적 표징, ③ 범죄적 고의 또는 과실을 특징짓는 주관적 표징 및 ④ 범죄자로 되는데 필요한 조건을 특징짓는 표징이라는 네 가지의 범죄구성요건을 충족하여야 하고,[43] 이러한 행위가 형벌을 줄 정도로 위험한 행위여야 범죄가 성립한다. 이와 같이 북한형법에서 사회적 위험성이라는 실질적 범죄개념은 형식적인 측면에서 형벌법규에 저촉되는 경우에도 실질적으로 사회적 위험성이 없는 경우에는 범죄의 성립을 부정함으로써 비범죄화할 수 있는 긍정적인 측면이 있다. 이것은 우리 나라에서 사회적 상당성에 관한 이론이나 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’ 등과 유사한 기능을 하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 실질적 범죄개념은 형식적 범죄개념 내지 법률주의(Gesetzlichkeitsprinzip)와 결합하여 상호 보완될 때에만 법치국가적 인권보호에 기여할 수 있다. 즉 “사회적 위험성이 있는 행위라고 하더라도 형식적인 형벌법규가 없을 때에는 범죄가 성립하지 않으며, 형식적으로 형벌법규에 저촉되더라도 실질적으로 사회적 위험성이 없는 경우에는 범죄가 성립하지 않는다”고 보는 것이 실질적 법치국가의 인권보호관점과 부합한다. 그런데 북한 형법 제9조는 형법을 정치적 수단으로 삼고있는 제1조 및 유추적용을 허용하고 있는 제10조와 결합하여 가벌성을 확장하고 정치적 탄압

43) 김근식, 앞의 책, 85면.

을 위한 수단으로 전락되어 인권을 침해할 위험성을 내포하고 있다.

둘째, 북한의 현행형법 제10조는 "범죄행위를 한 경우 형사법에 그와 꼭 같은 행위를 규정한 조항이 없을 때에는 이 법가운데서 그 종류와 위험성으로 보아 가장 비슷한 행위를 규정한 조항에 따라 형사책임을 지운다. 그러나 범죄의 종류와 위험성으로 보아 그와 류사한 행위를 규정한 조항이 없는 경우에는 형사책임을 지울 수 없으며 해당 조항에서 규정한 침해대상과 사회관계, 주관적 표징과 범인의 표징의 한계를 넘어 류추할 수 없다"고 규정하고 있다. 따라서 북한형법은 비록 제10조에 유추적용을 제한하기 위한 단서를 두고 있기는 하지만 제정형법에서부터 현행형법에 이르기까지 줄곧 유추적용을 허용함으로써 죄형법정주의를 받아들이지 않고 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 북한형법은 구소련형법을 계수하여 제정되었지만, 구소련을 비롯한 대부분의 사회주의국가에서 1950년대와 1960년대에 유추적용을 배제하고 법률주의를 채택하였다.[44] 그럼에도 불구하고 북한형법은 다른 사회주의국가의 형법과 달리 끝까지 유추적용을 고수하고 있는데, 이로부터 북한의 고립된 입법정책을 엿볼 수 있다.[45] 북한의 현행형법 제10조는 그 이전 북한형법학의 논의를 그대로 법전에 옮겨 놓은 것으로 보인다.[46] 즉 북한의 현행형법 제10조와 같이 개정되기 전에도 북한의 형법이론은 유추적용의 조건으로 ① 형사법에서 규정한 범죄의 일반적 표징을 갖춘 사회적으로 위험한 범죄행위가 있어야 할 것, ② 형사법에 직접 그 행위에 해당하는 조항이 없을 것, ③ 형사법에 그 종류와 사회적 위험성으로 보아 비슷한 행위를 규정한 조항이 있을 것, ④ 법조문에서 예견하고 있는 사회관계의 표징, 범죄자로 되는 표징, 범죄의 주관적 표징의 한계를 넘어서는 안 되고 범죄의 객관적 표징인 범죄적 행위만을 유추적

44) 배종대, 앞의 논문, 52면.
45) 오경식, 앞의 논문, 61면.
46) 김일수, 앞의 논문(주 2), 286면.

용할 것 등이 지적되었다.[47] 그러나 북한형법 제10조는 유추적용을 제한하기 위한 세밀한 단서를 두고 있음에도 불구하고 유추적용을 허용함으로써 죄형법정주의를 정면으로 부인한 것이며, 형법을 정치적 수단으로 삼고 있는 제1조 및 사회적 위험성을 실질적 범죄개념으로 하고 있는 제9조와 결합하여 가벌성을 확장하고 인권을 침해할 위험성이 매우 크다.

그밖에 북한형법은 위법성조각사유로 정당방위[48]와 긴급피난[49]을 규정하고 있을 뿐, 우리나라 형법에 규정되어 있는 피해자의 승낙, 정당행위, 자구행위 등에 관한 규정은 없다. 이와 같이 위법성조각사유가 제한되어 있다는 것은 범죄의 성립범위가 그만큼 확장된다는 것을 의미하고, 법치국가적 인권보호의 관점에서 볼 때 범죄의 성립범위가 확장되는 한에서 인권침해의 소지가 있다고 할 수 있다.

한편 북한에서 형벌은 반국가범죄자들을 비롯한 모든 범죄자들에 대하여 형사재판절차를 통해 적용되는 사회주의국가의 폭력적인 제재수단이며 징벌수단이다.[50] 북한형법이 인정하고 있는 형벌의 종류(제21조)에는 사형, 로동교화형, 선거권박탈형, 재산몰수형, 자격박탈 및 자격정지형의 다섯 가지가 있다. 이 가운데 사형과 로동교화형이 주형이고 나머지는 부가형이다(제22조). 과거에는 북한형법의 형벌에 대해 잔혹성이 문제점으로 지적되었지만,[51] 형벌의 잔혹성에 관한 한 현재로는 북한형법보다 우리나라의 형법이 더 문제인 것으로 보인다. 앞에서 살펴본 바와 같이 북한형법

---

47) 김근식, 앞의 책, 114면 이하.

48) 북한 형법 제13조는 "형사법에 죄로 규정된 행위를 한 경우라 하더라도 국가 및 사회적 리익이나 다른 사람 또는 자기 자신의 리익을 해치려는 위급한 범죄행위를 막기 위한 것으로서 그것이 방위의 정도를 지나치게 넘지 않았다면 범죄로 되지 않는다"고 규정하고 있다.

49) 북한 형법 제14조 "형사법에 죄로 규정된 행위를 한 경우라 하더라도 위급한 사태를 긴급히 피하는 데 그 길밖에 없었으며 그렇게 한 결과 일어난 손실이 구원한 리익보다 적을 때에는 범죄로 되지 않는다"고 규정하고 있다.

50) 법무부, 북한법의 체계적 고찰(Ⅱ), 1993, 334면 이하.

51) 예컨대 염정철, 앞의 논문, 194면.

에서 사형을 선고할 수 있는 범죄는 5개에 불과한 반면, 우리나라의 경우 일반 형법에만 15개가 있고 특별형법을 포함할 경우에는 놀랄 지경에 이른다. 그야말로 부끄러운 일이다. 사형은 인간의 존엄성에 반하는 야만적인 형벌일 뿐만 아니라 어떠한 관점에서도 정당화되기 어려운 것이기 때문에 북한형법뿐만 아니라 우리나라형법에서도 하루빨리 폐지되어야 할 것이다. 로동교화형은 우리나라의 징역형에 해당하는데, 그 형기를 비교해 볼 때 북한형법보다 우리나라형법이 더 인권침해의 소지가 높은 것으로 보인다. 비교법적으로 볼 때 지나친 법정형은 그 한에서 인권침해의 소지가 있기 때문에 우리나라형법의 법정형도 상한을 적절한 정도로 하향조정할 필요가 있으며 이때에는 북한형법이 오히려 참고가 될 수 있을 것으로 본다. 다만 사형에 관한 한 우리나라형법뿐만 아니라 북한형법에서도 조속히 폐지되어야 한다고 지적할 수 있으며, 재산몰수형은 범죄인의 전 재산을 몰수하는 것이기 때문에 법치국가적 인권보호의 관점에서 지나친 형벌이라고 지적할 수 있다. 물론 북한에서는 모든 생산수단이 국가소유로 되어 있고, 재산을 몰수할 때 가족의 최저생활에 필요한 부분은 몰수대상에서 제외되기[52] 때문에 일반적으로 생각할 수 있는 정도보다는 심각하지 않을 것이다.

3. 반국가범죄

북한형법에서 반국가범죄는 북한정권의 전복 또는 약화를 목적으로 한 중대한 범죄를 말한다.[53] 반국가범죄에는 침해되는 사회관계의 내용에 따라 ① 국가주권을 반대하는 반국가범죄(제44조 내지 제51조의 국가주권전

52) 북한형법 제27조는 "재산몰수형은 유죄판결을 받은 자의 재산을 전부 국가에 넘기는 방법으로 집행한다. 이 경우 유죄판결을 받은 자의 가족이 최저생활을 하는 데 필요한 일용필수품과 돈을 남겨놓아야 한다"고 규정하고 있다.

53) 법무부, 앞의 책, 388면.

복음모죄, 테로죄, 반동선전죄, 조국반역죄, 간첩죄, 무장간섭 및 대외관계 단절사촉죄, 파괴암해죄, 외국인에 대한 적대행위죄), ② 민족해방투쟁을 반대하는 반국가범죄(제52조의 민족반역죄와 제53조의 외국인에 의한 조선민족해방운동 및 해외조선동포 탄압죄), ③ 반국가범죄에 대한 은닉 및 불신고죄(제54조 및 제55조)가 있다. 이러한 반국가범죄에 대해서는 사형 등 높은 법정형이 규정되어 있고, 공소시효의 적용이 배제된다(제42조).

북한의 현행형법에 규정된 반국가범죄는 과거의 반혁명죄와 명칭만 바꾼 것이 아니라 가능한 한 국가체제의 내적·외적 안전을 보호하기 위한 법익에 국한시켜 범죄구성요건을 최소화하였으며, 법정형도 민족반역죄(제52조)를 제외하고는 과거에 비해 상당히 완화하였다.[54] 그러므로 이제 북한형법은 반혁명적대분자들을 무자비하게 진압하기 위한 적나라한 정치적 도구라는 비난으로부터 벗어날 수 있게 되었다. 그런데 민족해방투쟁을 반대하는 반국가범죄에 해당하는 민족반역죄[55]의 경우는 원칙적으로 사형과 재산몰수형을 병과하도록 되어 있기 때문에 여전히 이데올로기적 색체에서 벗어나지 못하고 있다. 따라서 그 한에서 인권침해의 소지가 있으며, 종래의 비판도 그대로 타당하다고 볼 수 있다.

4. 일반범죄

과거와 달리 북한의 현행형법은 일반범죄라는 용어를 사용하지 않지만, 개념상으로는 여전히 반국가범죄와 일반범죄를 구분할 수 있다.[56] 북한형

54) 김일수, 앞의 논문(주 2), 291면.
55) 북한 형법 제52조는 "조선민족으로서 제국주의의 지배 밑에서 그와 야합하여 우리 인민의 민족해방운동과 조국의 통일독립을 위한 혁명투쟁을 탄압, 박해하였거나 제국주의자들에게 조선민족의 리익을 팔아먹은 것과 같은 민족반역행위를 한 자는 사형 및 전부의 재산몰수형에 처한다. 정상이 가벼운 경우에는 10년 이상의 로동교화형 및 전부의 재산몰수형에 처한다"고 규정하고 있다.
56) 이백규, 앞의 논문, 9면.

법 각칙 중 제3장이 반국가범죄에 관한 것이고, 제4장부터 제8장이 일반범죄에 관한 것으로 볼 수 있다. 일반범죄에는 사회주의경제를 침해하는 범죄, 사회주의문화를 침해하는 범죄, 국가의 일반행정질서를 침해하는 범죄, 사회주의적 공동생활질서를 침해하는 범죄, 공민의 생명재산을 침해하는 범죄가 있고, 고의적인 중살인죄(제141조) 외에는 사형을 적용하지 않고 로동교화형을 적용하며, 그 형기도 반국가범죄보다 짧은 편이다.

전통적으로 북한에서 일반범죄는 개인주의와 이기주의를 비롯한 낡은 사상의 잔재가 발현되어 저지르는 것이기 때문에 일반범죄자에 대해서는 가급적 가볍게 처벌하는 것이 바람직하고, 주로 사회적 교양처분을 통하여 사상을 개조함으로써 혁명대오에 다시 들어서게 하는 것이 필요하다고 보았다.[57] 북한의 현행형법 가운데 일반범죄에 관한 규정에서도 죄형법정주의의 명확성원칙과 관련하여 문제가 될만한 규정들이 보이는데, 특히 '파렴치한 불량자적 행위'를 한 자를 처벌하도록 하고 있는 제131조[58]를 그 대표적인 예로 들 수 있다. 이러한 규정은 명확성원칙에 반하는 일반조항으로서 '이현령 비현령'식으로 적용됨으로써 인권침해의 위험성이 매우 크다고 할 수 있다.

Ⅳ. 맺는 말

지금까지 실질적 법치국가의 인권보호라는 관점에서 북한형법의 연혁을 살펴보고 북한의 현행형법 가운데 특별히 인권침해의 위험성이 있는 규정들에 대해 검토하였다. 아쉬운 점은 북한형법의 운영실태에 관한 자료가

57) 김근식, 형법학 2, 1987, 51면 이하.
58) 북한형법 제131조 "파렴치한 불량자적 행위를 한 자는 2년 이하의 로동교화형에 처한다"고 규정하고 있다.

부족하여 북한형사사법의 실상을 모른 채 법률에 대한 검토에 그칠 수밖에 없다는 것이다. 아무튼 앞에서 살펴본 내용을 간략히 정리하면서 결론을 맺자면 다음과 같다.

우선 북한형법은 1950년에 제정되어 1974년과 1987년에 대폭적으로 개정되었고, 1995년과 1999년에 부분적으로 개정되었다. 북한형법은 사회주의형법이기 때문에 계급적 특성과 정치적 도구성을 완전히 버릴 수는 없지만, 최근의 개정에 이르기까지 형법의 임무를 순화한 점, 반국가범죄에 대한 범죄구성요건을 축소하고 법정형을 완화한 점, 사형대상범죄를 대폭 축소한 점, 범죄에 대해 사회적 교양처분을 위주로 하면서 법적 제재를 배합하는 것을 형사정책의 기본원칙으로 채택한 점, 유추적용을 제한하려고 시도한 점 등에서 점차적으로 법치국가형법에 근접해오고 있다고 할 수 있다. 이러한 현상은 인권이라는 보편적 관점뿐만 아니라 통일이라는 민족적 관점에서도 매우 고무적이고 환영할 만한 일이라고 할 수 있다.

그러나 북한의 현행형법도 사회주의형법으로서 근본적으로 계급적 특성과 정치적 도구성이라는 이데올로기적 특성에서 벗어날 수 없기 때문에 국제적 인권기준에 부합하는 방향의 개정노력에도 불구하고 여전히 인권을 침해할 수 있는 요소들을 내포하고 있다. 법치국가적 인권보호의 관점에서 심각한 문제점을 안고 있는 규정으로 북한형법 제1조, 제9조 그리고 제10조를 들 수 있다. 첫째, 북한형법 제1조는 여전히 계급적 특성과 정치적 도구성을 유지하고 있을 뿐만 아니라 집단주의적 국가주권사상을 우위에 둠으로써 인민을 국가와 사회주의제도를 위한 수단으로 전락시키고 인권을 침해할 소지가 있다. 둘째, 사회적 위험성을 실질적 범죄개념으로 하고 있는 북한형법 제9조는 비범죄화 기능이라는 긍정적 측면을 가지고 있음에도 불구하고 유추적용을 허용하는 제10조와 결합하여 가벌성을 확장하고 인권을 침해할 소지가 크다. 셋째, 북한형법 제10조는 유추적용을 제

한하기 위한 치밀한 단서를 두고 있음에도 불구하고 “형법은 시민과 범죄인의 자유를 위한 마그나카르타가 되어야 한다”는 죄형법정주의를 정면으로 부인한 것이며, 제1조 및 제9조와 결합하여 가벌성을 확장하고 정치적 도구로 전락함으로써 인권을 침해할 소지가 매우 크다. 그밖에 위법성조각사유를 정당방위와 긴급피난에 국한시킨 것, 범죄인의 전 재산을 몰수하는 형벌의 종류를 둔 것, 민족반역죄의 경우 여전히 이데올로기적 색채를 띠고 있는 것, ‘파렴치한 불량자적 행위’와 같이 불명확한 범죄구성요건을 두고 있는 것 등도 다소간 인권침해의 소지가 있다.

결론을 대신해서 한 가지 덧붙이고 싶은 말은 “형사법을 연구하는 학자들도 감성적으로 고조된 통일분위기를 이성적 담론을 통하여 한층 더 성숙된 통일분위기로 고양시키는 역할을 분담하고 통일국가를 위한 인도적이고 합리적인 법적 제도를 마련하는 작업에 지속적으로 동참함으로써 반드시 민족의 염원인 통일국가를 이룰 수 있도록 기여해야 한다”는 것이다. 이와 같은 참여방식은 북한의 형사법에 대한 일방적 비판에 그치는 것이 아니라 “인권을 존중하고 보호하기 위한 법적 상태를 형성하고 유지해야 한다”는 실질적 법치국가의 관점에서 북한형법뿐만 아니라 우리나라형법에 대해서도 지속적으로 비판적 성찰을 통해 개선을 요구하는 것이어야 한다.

The Criminal Law of the Democratic People's Republic of Korea and Human Rights

Choi, Seog-Youn*

The criminal law of the Democratic People's Republic of Korea(PRK) was adopted by the Supreme People's Assembly in 1950, 1974 and 1987, amended and supplemented by the Decision No. 54 of the Standing Committee of the Supreme People's Assembly on March 15, 1995 and amended by the Decree No. 953 of the Presidium of the Supreme People's Assembly on August 11, 1999.

The criminal law of PRK is one of marxism so that can not be deprived completely class distinctions and political materialism, although, it can be said that it approaches a law-abiding society at the latest in factor of being refined the purpose of criminal law, reduction of crime constituent and weighing of offense about the anti-nation crime, decreasing the subject of capital punishment, adopting the principle of criminal policy for social enlightenment and restriction of analogical interpretation and so on. This case is welcomed not only in view of human rights but also in respect of reunification.

However, the criminal law of PRK involves some elements of anti-human rights because it is originated on socialist system as class distinctions and political materialism, even if it tries to meet

* Professor, Department of Maritime Police, Korea Maritime University, Ph.D. in Law

international standard. First, the criminal law of PRK still has basically policy of enduring class distinctions and political materialism and taking preference of collective nationalism, so human rights can be invaded, in statement of article 1. Second, Article 9 of the criminal law of PRK, which is based on real crime conception of social dangerousness, has positive aspects of decriminalization function, but is blended article 10 which permits analogical interpretation to enlarge penalty and offense human rights. Third, although article 10 of the criminal law of PRK has important clause of analogical interpretation, it may invade human rights because it opposes the principle of legality like "nulla poena sine lege," and enlarges punishment as blending article 1 and 9.

Otherwise, there are a little terms of invasion of human rights in the criminal law of PRK, because it limits the exceptions of law violent, forfeits all of the property, is still punishable dangerous acts which violate the power of the state and state law, whether intentionally or unintentionally and has undefined clause.