회복적 사법 원리에 대한 이해

김 은 경

(한국형사정책연구원
연구위원, 사회학박사)

1. 회복적 사법의 개념

많은 사람들에게 있어서 회복적 사법(restorative justice: 이하 RJ)은 상대적으로 새로운 개념이다. 더욱이 구체적 실천 과정에서도 상당한 혼돈과 모호성이 존재한다. 사실상 회복적 사법(RJ)은 실체적 개념이라기보다는 전통적인 "처벌모델로부터의 사고전환"을 의미하는 포괄적 개념(umbrella concept)이다. 따라서 회복적 사법에 대한 명확한 개념을 포착하는 것은 상당히 어렵다. 일반적으로 회복적 사법은 흔히 전통적 처벌모델과는 구별되는 "공식 및 비공식적 개입의 폭넓고 다양한 범위"를 언급하는 데 쓰여 진다. 즉 형사절차의 여러 다른 단계에서 일어나는 매우 다양한 실천들, 가령 ① 기소에 대한 전환(diversion) 또는 대안적(alternative) 제재, ② 법원결정에 병행한 부가조치(additional measure), ③ 특정 단계에서 피해자와 가해자의 만남(meeting)을 의미하기도 한다.

회복적 사법을 주창하는 옹호자들도 각자의 철학적·실천적 배경에 따라 개념적 이해를 달리 한다. 더욱이 형사정책적 맥락과 관련하여 '좀더 그럴듯한 개념규정'은 아직 없다. 패러다임의 정확한 형태는 이론적으로나 실천적으로 분명하지 않으며, 전반적인 논쟁은 여전히 용어적 및 개념적 혼란에서 비롯되고 있다. 현재 전통적 처벌모델로부터의 새로운 전환모델을 묘사하기 위해 사용되는 용어의 다양성은 그것을 회화적으로 반영한다. 가령 "Communitarian Justice", "Community Justice" "Making Amends", "Peacemaking", "Redress", "Reconciliation", "Relational Justice", "Reparative Justice", "Restitution", "Youth Justice Conferencing", "Re-integrative Shaming" 등 여러 명칭 하에 수행되기도 하며, 최근 기존용어에 대한 비판과 함께 "Transforming Relationship through Participatory Justice" 또는 "Restorative Health"라는 개념으로 새롭게 진화를 거듭하고 있다.

이처럼 무엇이 "회복적 사법"인지에 관하여 아직 통일적인 합의는 드러나 있지 않다. 회복적 사법에 대한 개념적 장치들은 실천적 경험을 통해 어느 정도 수정되는 경향이 있고, 다시금 개념 틀은 구체적인 실천을 형태지우고, 잘 자료화된 실천은 다시금 개념 틀을 정교하게 다듬는 과정 중이다. 회복적 사법(RJ)에 대한

가장 대중적인 정의(definition)는 “범죄에 이해관계를 가진 사람들이 해악을 치유할 목적으로 함께 모여 논의하는 것”이다. 다른 주장에 따르면, 가해자가 붙잡히지 않았을 때조차, 범죄 피해자에게 가해진 해악을 보상하려는 활동을 포함할 수 있다고 한다. 일반적으로 회복적 사법 접근모델은 전통적인 소송중심모델과는 다른 세 가지 주요한 특징을 가지고 있다. ① 피해자의 역할과 경험에 대한 더 많은 강조(피해자 중심성), ② 의사결정 권한을 가진 비전문적 및 법률적 활동가의 참여, ③ 모든 당사자들 사이에 많은 상호작용과 토론이 존재하는 상황 등으로 요약된다.

2. 이념적 토대

회복적 사법(RJ)이 고대적 개념[1]임에도 불구하고(Zehr, 1990), 회복적 관점은 1970년대 및 80년대의 [범죄피해자권리운동]으로부터, 그리고 [지역사회사법(Community Justice)] 및 [대안적 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution)] 프로그램의 성장[2]으로부터 추동력을 얻었다(OJJDP, 1999).

1970년대부터 시작된 본격적 의미의 ‘범죄피해자 권리운동’은 피해자에 대한 신중한 배려와 형사절차에서의 피해자 지위강화, 피해회복 기회부여 등을 강조하는 새로운 형사정책의 흐름을 만들어 내었다. 최근까지 각국에서 이루어진 다수의 형사사법시스템의 혁신, 특히 피해자 보상기금을 통한 원상회복제도의 마련, 회복적 성격을 지닌 사법적 제재수단의 도입, 형사절차에의 피해자 참여확대 및 피해자 권리강화 등의 실질적인 변화를 가져왔다(법무부, 2002: 30-42; 김용세, 2003: 349-350). 이와 같은 범죄피해자의 재발견, 형사절차에서의 피해자 역할증대는 회복적 사법철학의 토대이자 그 결과로서 새로운 패러다임 전환을 이끌어 내고 있다.

한편, “지역사회사법(Community Justice)”은 회복적 사법과 함께 21세기 범죄대응정책에 대한 새로운 패러다임 또는 사유방식을 대표하고 있다. 이 개념은 회복적 사법보다도 더 불투명하고 모호하다. 지역사회 사법이 최근 새삼스럽게 관심의 초점이 되는 이유는 “회복적 사법” 운동이 범죄대응에 있어서 국가독점적 Agenda로부터 풀뿌리중심적 Agenda로 중심축 이동을 주장하고 있기 때문이다. “지역사회사법”규정을 위해 가장 흔하게 인용되는 기

1) 회복적 사법은 현행의 응보적·적대적인 형사사법보다 훨씬 고대의 것이다. 근대적 형사사법체계 이전에는 피해자들이 기소의 부담과 비용을 맡아야만 했다. 따라서 많은 범죄들은 국가사법체계에 의해서보다는 공동체에 의해서 다루어졌다. 과거 원주민공동체 사법(Community Justice)은 피해자, 가해자, 그들의 가족 및 친구들, 공동체의 다른 구성원들이 함께 모여 개인간의 잘못된 행동에 의해 영향을 받은 사람들에게 평화를 회복하는 방식으로 갈등을 조정, 중재, 해결하는 실천방법을 사용하였다.

2) 최근 몇 년간 영미권 및 유럽각국에서는 민사 및 형사분쟁에 대한 전통적 재판상 해결에 대한 대안으로서 ADR(가령, 조정, 화해, 중재 등)절차를 제공하는 센터의 설립법안 또는 ADR서비스제공 기관에 대한 공기금 지원법률안 등을 마련하고 있다. ADR서비스의 필요성은 기존 소송중심방법의 한계, 절차의 지연, 높은 비용, 시민의 불만족, 특정유형에 있어서의 대립적 소송절차의 부적합성 등에 기인한다. 법원이나 검사, 경찰, 사기관(학교, 기업 등) 모두 사건을 지역분쟁해결센터에 보낼 수 있다.

준은 “문제해결중심”과 “지역사회 권한강화(empowerment)"이다. 흔히 문제해결(problem solving)은 넓게 이해되는데, 첫째, 형사사법과 다른 기관들, 그리고 정부기관과 근린지역간의 파트너쉽의 형성, 두 번째로는 범죄에 깔려 있는 복합적 사회문제들을 다루려는 시도로서 이해된다. 이미 잘 알려있는 지역사회경찰활동(community-policing)은 사실상 Community Justice의 한 구성요소가 된다. ‘지역사회 사법’ 옹호자들은 형사사법기관은 시민들과의 기존 상호작용 방식을 변화시켜야 하고, 시민의 소리를 듣는 법을 배워야 하며, 범죄를 예방하고, 범죄관련 문제를 해결하기 위하여 지역민들과 함께 작업해야 한다고 주장한다. 이들은 공공안전을 극대화하고, 범죄 예방을 적정화하기 위해서는, 지역주민대표가 정부 및 지역관리들과 동등한 기초 속에서 일을 해야 한다고 주장한다(Kurki, 1999). 지역사회 사법과 회복적 사법은 모두 공통적 전제(common premise), 즉 지역주민이 범죄대응에 참여하게 되면 지역사회가 보다 강해진다는 데 근거하며, 두 개념 모두 피해자, 지역사회 및 가해자의 선호와 필요(요구)에 맞추어진 대응방법을 그리고 있다. 하지만, 지역사회 사법과 국가 형사사법체계와의 관계는 아직 명확하지 않으며, 지역사회의 참여는 흔히 법집행을 보조하는 수준에 제한되고 있다. 다만, 시민의 참여, 개선된 공공서비스, 지역사회기반 처우, 혹은 지역사회와의 관계를 세우는 방법 등을 통한 전환처우적 경찰활동 등을 강조한다. 현재 지역사회사법실무의 대부분은 지역사회 경찰활동(community policing)의 맥락에서 이루어지지만, 검사, 판사, 교정공무원들 역시 점차로 자신의 역할과 목표에 대해 재고하기 시작하였다. 미국의 경우, 뉴욕 시에 최초로 Midtown Community Court가 설립된 이래로, 점차 지역사회 법원이 각주에 확산되어 가는 추세이고, 회복적 사법철학과 실천을 지역사회 사법에 결합시키려는 노력이 나타나고 있다.[3)]

3. 회복적(Restorative) 사법 대 응보적(Retributive) 사법

회복적 사법의 패러다임을 이해하기 위해서, 보다 친숙한 응보적 사법과 비교해 보는 것이 유용하다. 회복적 사법이론의 대표적 학자인 Howard Zehr(1990)에 따르면, 회복적 사법은 범죄문제를 보는 시각에서 매우 다른 렌즈를 제공하고, 범죄로 인한 피해(해악) 대응에 있어서도 기존 응보적 사법과는 전혀 다른 새로운 관점을 제시한다. 다음 <표 1>는 양자의 패러

3) 미국의 경우 최초의 community court는 뉴욕시의 midtown community court이며, 이것은 이웃과의 partnership에 근거하고, 삶의 질 범죄(quality of life crime)에 초점을 두었다. 법원(community court)은 교육과 직업훈련을 조직하고, 지역차원의 갈등에 대한 조정서비스(ADR)를 유지하며, 상담실과 지역사회봉사를 수행하기 위한 장소를 제공한다. 이후 Manhattan Court가 1993년에 개최되었고, 1998년 오레곤 Portland 지역사회 법원이 개시되었으며, 최근 Baltimore, Hartford, Hempstead, Indianapolis, Minneapolis, St. Louis 등에서도 구축 중이다. 오레곤 Deschutes County는 교정 패러다임을 전환하여, 회복적 사법철학과 실천을 지역사회 사법에 결합시키려는 포괄적 노력을 시도하고, Department of Community Justice을 새롭게 조직하였다(Kurki, 1999 참조).

다임 차이를 요약적으로 정리한 것이다.

응보적 사법모델은 범죄란 국가에 대한 침해라는 전제에서 출발하는 반면, 회복적 사법은 범죄란 사람들 및 관계에 대한 침해라고 본다. 따라서 응보적 사법모델에서 정의과정(process of justice)은 일련의 규칙시스템에 의해 조율되는 국가와 범죄자간의 상쟁, 비난(blame)의 결정 및 형벌의 시행을 포함하며, 주로 피해자를 증언자의 지위로, 그리고 범죄자를 관객의 지위로 축약시킨다. 이에 비해 회복적 사법모델에서의 개입목적은 즉 범죄에 대한 개입의 목적은 당사자들 사이의 평화를 조성하고, 손해를 회복하는 데 있다(Hudson & Galaway, 1996). 회복적 사법과정은 피해회복(repair), 화해(reconciliation), 안심(reassurance)을 증진하는 해결책을 찾는 과정에서 피해자, 범죄자 및 지역사회의 적극적 참여를 포함한다.

회복적 사법의 핵심적 특성은 피해자 중심성에 있다. 응보의 적대적 시스템에서 피해자 역할은 필수적으로 축소되어 있고, 국가가 법률위반의 법적 피해자로서 전제된다. 지난 몇년동안 형사사법 시스템 내에서 피해자가 무시된 상황을 개선하기 위한 시도들이 있었지만, 피해자에게 소송에 관한 정보공유, 선고 및 가석방 결정에 대한 정보제공 기회를 가지는 것 외에는 좀더 적극적인 권리가 제공되고 있지는 않다. 기존 형사체계는 범죄가 저질러졌는지 여부, 만일 그러하다면, 누가 그러했고 어떻게 그들 처벌해야만 하는지를 결정하는 것에만 연관된다. 즉 응보적 및 대립적 시스템의 초점은 범죄자에게 있다. 범죄자가 형사소송절차과정에 핵심부분인 한편, 그들이 피해자에게 직접적으로 자신의 잘못된 행동에 대한 책임을 져야 할 필요는 없다. 책임(accountability)의 문제는 국가관리에 기초한 양형기간으로 대체된다. 반면, 회복적 사법은 가해자로 하여금 피해자와 지역사회에 대해 책임지도록 한다.

<표 1> 응보적 및 회복적 사법의 기본 가정

응보적(Retributive) 사법	회복적(Restorative) 사법
범죄는 국가에 대한 침해행위이고 법위반행위이다	범죄는 특정인 또는 지역사회에 대한 침해행위이다
형사사법체계는 범죄를 통제한다	범죄통제는 일차적으로 지역사회에 달려있다
범죄는 개인적 책임을 수반한 개별적 행위이다.	범죄는 개인의 책임과 사회의 책임을 모두 가지고 있다.
범죄자의 의무는 처벌을 받아야 하는 것이다	의무는 책임을 지고 손해를 보상하는 활동을 취하 것이다.
처벌을 효과적이다. 1. 처벌위협이 범죄를 억제한다. 2. 처벌은 행동을 변화시킨다	처벌만으로는 행동을 변화시킬 수 없으며, 지역사회의 조화와 좋은 관계들을 파괴시킬 수 있다.
피해자는 과정의 주변에 존재한다	피해자는 범죄 해결과정의 중심에 있다.
범죄자는 결함(장애)이 있는 존재로 간주된다.	범죄자는 손해회복을 할 능력이 있는 존재로 간주된다.
비난, 죄, 과거(행해진 것)에 초점	문제해결, 책무/준수, 미래(행해져야 하는 것)에 초점
대립적 관계 강조	대화와 타협을 강조
처벌과 예방을 위한 고통부과	양 당사자를 회복하기 위한 수단으로서 손해배상(restitution): 화해/회복 목표
지역사회는 방관자로서 국가에 의해 추상적으로만 재현됨	지역사회는 원상회복 과정의 촉진자
범죄자 과거행위에 초점을 둔 대응	가해자 행위에 의한 손해결과 및 향후 영향에 초점을 대응
전문적 대리인(proxy professionals)에 대한 의존성	참여자들에 의한 직접관여(involvement)

◇ 자료출처 : Zehr(1990)로부터 정리(OJJDP, 1999:7)

두 패러다임의 핵심적 차이는, 범죄제재의 이념적 핵심이 공동체와 범죄자가 피해자를 위해 무언가를 하는 과정을 통해서인가, 아니면 국가가 범죄자에 대해 무언가를 하는 과정을 통해서 구성되어야 하는 것인가에 있다. 요컨대, 응보적 사법은 대립적 과정을 통한 공공의 복수, 제재, 처벌에 초점을 두는 반면, 회복적 사법은 타협, 조정, 피해자 권한강화(empowerment), 피해회복(reparation)을 통한 피해자 및 지역사회에 행해진 해악을 회복·개선하는 데 관심을 둔다. 범죄자에게 제한된 서비스를 제시하는 데 중점을 둔 개별적 처우의 접근과는 달리, 회복적 사법은 범죄자, 피해자, 지역사회간의 폭넓은 관계에 중점을 둔다.

4. 회복적 사법의 가치와 원칙

회복적 사법은 기본적으로 다음과 같은 가치와 가정에 근거한다.

- 범죄대응에 있어서 모든 당사자들 - 피해자, 범죄자, 지역사회 - 이 포함되어야 한다.
- 정부 및 지역사회는 범죄대응에 있어서 보충적 역할을 수행해야 한다.
- 책임성(accountability)이란 가해자가 자신의 범죄로 인해 야기된 해악을 이해하고, 그 책임을 수용, 개선 및 보상하는 것을 의미한다.

새로운 철학과 사법패러다임으로서, 회복적 사법은 가해자가 피해자 및 지역사회에 대해 개선활동을 확증하기 위하여 사법실무 담당자들이 적절하고 공정한 제재를 활용하도록 독려한다. 즉 회복적 사법은 손해배상(restitution)이나 지역사회 봉사와 같은 제재에 새로운 의미를 부여한다. 즉 회복적 사법의 가치와 원칙에 근거한 새로운 비전 속에서 손해배상, 피해자 봉사, 지역사회 봉사, 피해자-가해자 조정 및 대안적 분쟁해결(ADR)과 같은 여러 이질적 실천과 프로그램들은 회복적 실천계획의 한 부분으로서 효과적으로 연결될 수 있다.

하지만, 회복적 사법철학에 대한 이해가 없다면, 이러한 제재 역시 본질적으로 관료제적인 것에 머물며, 처벌적(punitive) 목적을 위해 사용될 수도 있다. 근본적으로 사법기관이 자신의 임무에 대한 총체적인 사유체계의 변화가 없다면, 회복적 사법 프로그램을 자칫 유행적인 것으로 드러내거나 일부 문제에만 국한시킬 수 있다. "문제는 유행 프로그램을 단순히 다르게 작업하는 것이 아니라, 어떻게 새롭게 사유하는 법에 초점을 둘 것인가 하는 점에 있다." 회복적 사법은 특정 프로그램 유형이라기보다는 범죄에 대한 새로운 사유방식이자 지향(orientation)을 의미한다. 회복적 사법은 정의(Justice)가 무엇인가에 관한 일련의 가치 및 신념이며, 범죄에 대한 대응 원칙을 지적하는 것이다.

회복적 사법원칙이란 다음과 같다(Sharp, 1998).

① 충분한 참여와 합의의 독려(invite)
② 깨어진 것의 치유(heal)
③ 충분하고 직접적인 책임(accountability)의 추구
④ 분리된 것의 재결합
⑤ 지역사회의 강화와 미래범죄의 예방

회복적 사법에는 규정된 지침(prescribed protocol)은 없다. 각종 프로그램들은 이와 같은 다섯 가지 원칙을 수행하기 위한 다양한 방법들을 발전시키고 있으며, 많은 요소들이 구체적 실행방법에 영향을 미친다. 하지만, 회복적 사법원칙을 실행함에 있어서 일정한 유사성이 있다. 회복적 사법원칙의 수행이란 "특정한 사람들이 함께 모여서, 함께 의사결정의 합의를 이루도록 독려하며, 그들의 상호작용이 특정한 요소를 구성한다는 것"을 의미한다. "과연 무엇이 회복적 사법의 실천(practices)인가"에 관해, 영국의 Restorative Justice Consortium을 이끄는 Tony Marschall은 회복적 사법에 대한 매우 유용한 작업규정(working definition)을 제공한다. "회복적 사법은 특정한 범죄에 연루된 모든 당사자들이 함께 모여 범죄의 영향과 미래결과에 대한 함의를 어떻게 다룰 것인지 공동으로 해결하기 위한 과정이다(Marshall, 1990; McCord, 1996)." Marshall의 "과정"규정은 필수적인 것이지만, 회복적 사법에 대한 충분한 이론적 규정을 제공하고 있지 않다. 최소한 조건으로서, 회복적 프로그램은 다음과 같은 내용을 포함하고 있어야 한다. ① 피해자와 가해자가 직면 대면하는 회합(face to face meeting)에서, ② 직접 합의결과를 도출한다. 이와 같은 개념규정하에 오직 세 가지 모델만이 그 요구조건을 충족하고 있다. 조정(Mediation), 회합(Conference) 및 써클(Circles)이 그것이다. 전세계적으로 회복적 소년사법의 정책모델로서 실행되고 있는 주요 프로그램들을 요약적으로 정리하면 다음과 같다(McCold, 2003).

1. 조정 모델(mediation model)
   - ● 지역사회 조정(community mediation: CM)
   - ● 피해자-가해자 화해프로그램(victim offender reconciliation program:VORP)
   - ● 피해자-가해자 조정(victim offender mediation: VOM)
   - ○ 피해자-가해자 회합(victim offender conferencing: VOC)
2. 지역사회 사법회의 모델(community justice conferencing models)
   - ● 뉴질랜드 소년사법회의(youth justice conference:YJC 또는 JFGC)
   - ● 호주의 Waaga Waaga 경찰회합
   - ● 캔버라의 피해자없는 회합(victimless conferences)
   - ● Real Justice의 지역사회 사법회의

   복지적 회합 모델(Welfare conferencing model)
   - ● 사회복지가족집단회합(social welfare family group conferences: WFGC)
   - ● 가족집단의사결정(family group decision-making:FGDM)
3. 써클 모델(circle models)
   - ● 중재써클(peace circles)
   - ● 양형써클(sentencing circles)
   - ● 치유써클(healing circles)

5. 회복적 사법 실천을 둘러싼 쟁점들

사람들이 상호 존중과 온전성을 가지고 행위하는 이상적인 사회에서, 잘못이 발생하였을 때, 이상적인 상호작용은 오직 피해자와 가해자만 관련된 모델이 다음의 <그림 1>처럼 예시될 수 있다. 당사자들이 'right relationship'을 세우고 책임지는 관계가 되기를 원하는 한, 제3자의 개입은 필요 없다. 과정은 4 단계를 거친다.

1. 잘못에 대한 인정 (Acknowledgment of the wrong)

2. 해악의 결과에 대한 공유와 이해(sharing and understanding of the harmful effects)

3. 손해배상의 관점에서 합의(Agreement

on terms of reparation)

4. 향후 행위에 대한 이해에 도달(Reaching as understanding about future behavior

<그림 1> 순수한 회복적 사법의 핵심모델

문제는 "가해자가 책임을 지지 않고, 피해자가 두려워하거나 혹은 화가 났을 경우 관계를 어떻게 회복시키는가?"이다. 모든 순수한 회복적 사법모델은 피해자와 가해자가 이러한 4 단계를 경험하도록 시도하고 있지만, 각 구체적인 실천 모델들은 과정을 작동시키기 위해 사용하는 구조면에서 다르다. 즉 누가 촉진자(facilitator) 또는 과정진행자인가, 어떻게 참여가 독려되는가, 누가 과정에 포함되는가, 그리고 다루는 문제의 범위가 무엇인가 등에서 차이가 있다.

회복적 사법모델의 세 가지 주요한 흐름, 즉 ① 피해자-가해자 조정모델, ② 지역사회 회합모델(또는 지역사회사법회의), ③ 써클모델 등은 과거 25년 전부터 북미에서 출현하였다. 세 가지 모델 모두는 지역사회가 사법문제에 보다 가담할수록 더 잘 알려지게 되었다. 세 가지 모델은 서로 상이한 성격과 구성 및 접근방법에서 차이가 있지만, 목표(goals), 실행기준(criteria) 및 극복과제와 관련해서는 공통점을 가지고 있다.

1) 목표(Goals)

세 가지 실천방안들이 공통적으로 지향하는 목표는 ① 핵심결정권을 범죄에 의해 가장 영향을 받은 사람에게 귀속하는 것, ② 사법(Justice)을 보다 치유적인 과정, 변화를 이끄는 과정(transformative process)으로 만드는 것, ③ 향후 재범가능성을 예방하는 것, ④ 피해자·가해자 모두 종결감(a sense of closure)을 얻으며, 모두 지역사회로 재통합되는 것이다.

2) 회복적 사법실천을 위한 최소한의 전제조건

다양한 프로그램들은 주요초점 및 입법적 위치와 성격에 따라 각기 적절성 기준(eligibility criteria)을 가지고 있다. 하지만 회복적 사법이 실제 작동되기 위하여, 최소한 세 가지 기준은 가지고 있어야 한다(Sharp, 1998).

① 확인가능한 피해자가 있어야만 한다. 회복적 사법은 제도(기관)가 아니라 '사람'을 포함한다. 가령, 전국소매 체인점은 상점 절도자와의 대화 테이블에 나올 수 없지만, 그 체인을 위해 일하는 관리자 및 종사원이 그들이 개인적으로 사건으로부터 어떻게 영향을 받았는지에 중점을 둔다면 매우 효과적으로 진행할 수 있다. 가령 그들은 상점절도가 자신들의 작업환경, 책임성, 고객과의 관계 등등에 어떠한 영향을 미치는지를 이야기할 수 있다.

② 피해자의 참여는 자발적이어야만 한다. 피해자가 과정에 참여하는 결정은 전적으로 자발적이어야 한다. 피해자를 참여하도록 강요하는 것은 범죄행위로부터 이미 받은 해악을 악화시킬 수 있다. 어떤 이를 어렵고 잠재적으로 고통스러운 것에 직면하도록 강제하는 것은 사법이 피해자 치유를 도와야 한다는 원칙에 배치된다. 범죄에 의해 피해를 입은 사람이 자신에게 피해를 준 사람에게 자유롭게 말할 수 있도록 하기 위해서, 그들은 가해자에게 전혀 말하지 않아도 되는 자유를 느껴야만 하고, 심지어 그곳에 있지 않아도 되는 자유를 느껴야만 한다.

③ 가해자는 범죄행위에 대한 책임(responsibility)을 인정해야만 한다. 회복적 사법과정은 피해자와 가해자간의 연결(connection)을 다루는 것이다. 그 작업은 가해자가 그 역할을 인정할 때 비로소 개시된다. 이 전제조건은 시민권 보호의 중요성과 부분적으로 연관되어 있다. 형사기소에 직면한 사람은 공식적인 법원 재판을 받을 권리가 있으며, 개인이 자발적으로 그것을 보류하지 않은 한 유지되어야 한다. 세 번째 기준은 실제 자신이 범하지 않는 범죄로 기소되는 사람을 보호하는데 유용할 수 있다. 책임을 인정하지 않는 것은 사건이 재판과정으로 진행되는 것을 의미한다. 회복적 사법과정이 개시되기에 앞서, 가해자의 책임수용을 요구하는 것은 피해자를 위하여 중요하다. 피해자는 자신을 해친 사람들과 직면하고, 개선하려는 노력을 위해 필요한 것을 명확하게 하기 위해 참여한다. 만일 가해자가 책임을 부정한다면, 이러한 목표는 좌절될 것이기 때문이다.

3) 극복해야 할 문제들

회복적 사법실천은 여러 가지 극복해야 할 과제에 직면해 있다. ① 압력을 만들지 않고서도 피해자 및 가해자 참여를 독려하는 것, ② 특정 사건이 회복적 사법과정으로 진행되어야 하는지 여부 및 적절한 시점을 아는 것, ③ 과정의 효과성과 참여자 인원 간의 균형, ④ 모든 이해 당사자에게 균형과 공정성(balance and fairness)의 확보해주는 것 등이 그것이다. 피해자나 가해자에게 자신이 불공정하다고 느끼는 산출결과에 대해 동의하도록 결코 압력을 가하지 않는 것은 중요하다. 그렇게 하는 것은 회복적 사법의 전제(premise)를 배신하는 것이다. 합의가 불공정하다고 느끼는 가해자는 그것을 덜 존중하는 경향이 있다. 존중되지 않는 합의는 피해자에게 분노감과 재-피해자화를 남길 수 있다. 만일 가해자가 자신들의 합의를 모욕한다면, 피해자는 재피해자화된 것으로 느낄 것이고, 지역사회의 안전감도 부식될 것이기 때문에 회복적 결과를 도출한 것이

아니다. 만일 피해자, 가해자, 지역사회 모두가 만족하지 못한다면, 정의(justice)를 제시하는 프로그램은 신뢰성을 잃을 것이다. 그런 일이 발생하지 않도록 하는 것은 아마도 회복적 사법을 촉진하는 실천방안에 있어서 근본적인 목표이자 과제가 될 것이다.

<참고문헌>

김용세 (2003), '한국의 형사사법체제와 회복적 사법', 형사법연구 제20호, 347-373.

법무부 (2002), 형사법상 범죄피해자의 원상회복제도 - 미국·프랑스를 중심으로 - 발간등록번호 11-1270000-000328-14.

Hudson, J et al. (1996), Family Group Conferences: Perpectives on Policy and Practice, Monsey, N.Y.: Criminal Justice Press.

Kurki, Leena (1999), 'Incorporating Restorative and Community Justice into American Sentencing and Corrections', Sentencing and Corrections 1999 No.3, National Institute of Justice, U.S. Department of Justice.(OJJDP, 1999).

Marshall, T. (1990), "Results of Research from British Experiments in Restorative Justice", In B. Galaway and J. Hudson (eds.), Criminal Justice, Restitution and Reconciliation, London: Sage ; 83-107.

McCold, P. (1996),"Restorative Justice and the Role of Community", in B. Galaway & Hudson (eds.) Restorative Justice: International Perspectives, Monsey, N.Y.: Criminal Justice Press.

McCold, P. (2003), 'Restorative Justice Practice - The state of the field 1999', International Institute for Restorative Practices(IIRP)'s 4th"Building a Global Alliance" Conference, held August 2003, in Veldhoven, Netherlands.

OJJDP (1999), 'Balanced and Restorative Justice Program Summary', Office of Justice Programs, U.S. Department of Justice.

Sharp, Susan (1998), Restorative Justice : A vision for healing and change,Mediation and Restorative Justice Center, Edmonton, Alberta, Canada (Publication funded by the Alberta Law Foundation).OJJDP (1993)

Zehr, H. (1990), Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice, Scottsdale, PN: Herald Press.

인터넷상 음악파일 불법복제의 심각성과 그 대처방안

정 완

(한국형사정책연구원 연구위원, 법학박사)

1. 문제의 제기

오늘날 컴퓨터와 인터넷의 급격한 발달은 사람들에게 매우 편리한 생활환경을 제공하고 있지만 수많은 역기능을 초래하고 있기도 하다. 그 중 한 가지로 컴퓨터에 의한 음악파일의 생성 및 복제유통의 피해를 들 수 있다.

LP나 CD에 담겨져 있는 음악을 컴퓨터를 이용하여 음악파일[1]로 생성할 수 있게 된 것은 벌써 오래 전 일이다. 초기에는 누구나 이용할 수 있게 된 컴퓨터 음악의 신기함에 파묻혀 음악저작권 소유자도 별다른 이의를 제기하지 않았으나 이러한 컴퓨터에 의한 음악파일의 생성과 그 복제유통이 양적 면에서 점차 심각해지고 음반판매량이 계속 줄어들자 이제는 가수, 음반판매회사, 관련 협회 등이 한 목소리로 음악저작권의 침해를 주장하고 있고, 이와 반대로 이러한 음악파일복제에 의한 음악을 즐기는 이용자들 또한 한 목소리로 음악파일의 자유이용 권리를 주장하고 있어 양자간 법익이 충돌되고 있는 상황이다.

복제된 음악파일의 유통은 다른 불법복제소프트웨어[2] 혹은 사이버 음란물의 유통[3]과 마찬가지로 P2P 방식에 의하여 광범위하게 유통되고 있고, 그러한 음악파일 P2P 서비스로 유명한 회사가 바로 '소리바다'였고 검찰에 의하여 기소되었던 사실을 우리는 잘 기억하고 있다.

문제는 이러한 음악파일 복제유통 이용자가 한두 명이 아니라 수백만 명에 이르고 있고 따라서 저작권보호에만 주력할 경우 결국 수백만에 이르는 일반 이용자 전체를 저작권법 위반의 범법자로 몰고 가게 된다는 데 있는 것이다.[4]

이하에서는 이러한 음악파일의 불법복제 유통 실태와 그에 대한 법제도적 규제의 한계를

1) 주로 mp3라고 불리우는 형식의 음악파일이 주종을 이룬다.
2) 불법복제소프트웨어의 실태와 법제도적 문제점 및 개선방안에 대하여는 정 완, 불법복제 소프트웨어의 실태와 법제도적 개선방안, 형사정책연구원 연구보고서(2003) 참조.
3) 사이버 음란물유통의 규제에 대하여는 정 완, "사이버음란물의 유통과 규제" 형사정책연구 2000년 봄호 참조.
4) 이러한 지적은 이동연, "소리바다사건을 통해 본 디지털 음악저작권의 쟁점", 민주사회를 위한 변론 제43호(2001/12), 28쪽 참조.

살펴보고 그 개선방안에 대하여 검토해 보고자 한다.

2. 음악파일의 복제유통 실태

1) 음악파일 복제유통에 이용되는 P2P 서비스의 유형

현재 인터넷을 통하여 유통되고 있는 음악파일의 대부분은 P2P 서비스에 의하여 행해지고 있다.

P2P라는 용어를 새삼 설명하면 'peer to peer'의 약자로서 말 그대로 중앙 서버에 담겨져 있는 파일을 주고받는 것이 아니라 클라이언트 컴퓨터, 즉 각 개인이 사용하는 PC에 들어 있는 파일을 검색하고 이러한 PC 상호간에 파일교환이 이루어지는 형태를 말한다.[5]

이러한 P2P 서비스의 방식도 중앙서버가 필요했던 과거의 방식에서 중앙서버가 필요하지 않은 순수한 P2P 서비스 방식으로 변화되었다가 최근에는 분산다중방식의 P2P 서비스가 이용되기 시작하였다고 한다.[6]

중앙서버에 의하여 관리되던 초기방식의 P2P 서비스로 유명했던 회사가 미국의 '냅스터'(Napster)와 한국의 '소리바다'였다. 이러한 방식에서는 각 PC에 저장되어 있는 음악파일의 목록관리 등 중앙서버가 일정한 역할을 담당하는 것으로 대부분의 작업이 중앙서버에 의하여 이루어지게 된다.

그 후 중앙서버의 역할이 제외되고 순수하게 클라이언트 PC들 간의 자료공유가 이루어지게 된 P2P 서비스로 유명한 것이 우리가 가끔 사용해 본 적이 있는 누텔라(Gnutella), 구루구루(Guruguru) 등이다. 그리고 소리바다가 검찰에 의하여 기소된 후 저작권 문제점을 해결하였다고 주장하며 새로이 채택한 시스템이 바로 이 순수한 P2P 방식에 의한 소리바다2였던 것이다.

마지막으로 최근에는 1대1 방식의 네트워크가 아닌 1대 다중 방식의 P2P 서비스가 등장하였는데 그 예로는 e동키(당나귀), 고부기(GoBoogy) 등을 들 수 있다. 이 서비스는 중앙서버를 거치지 않고 사용자끼리 직접 파일을 주고받게 하는 것인데, 특정파일을 다운로드하면서 또 다른 접속자에게 동시에 업로드할 수 있어 파일공유의 호환성이 매우 높은 장점이 있다.

2) 음악파일의 불법복제이용 실태

우리나라의 대표적인 P2P 서비스는 '소리바다'인데 회원수만 450만명을 넘고 있고, 하루 평균 접속자가 30만명을 넘으며 또한 동시 접속자만 해도 최소 5천명 이상이라고 한다.

또한 당나귀 등의 무료 파일공유서비스를 이용하는 국내서버의 동시접속자수도 20만명을 넘고 있고 심지어 유료 파일공유 서비스업체의 접속자도 만오천명을 넘는 등 사실상 국

5) P2P 서비스의 개념에 대한 상세는 박익환, "P2P 서비스와 저작권문제", 한국디지털재산법학회 학술세미나 자료집(2001.11.23), 2쪽 이하 참조.

6) 구태언, "P2P 서비스의 현황과 형사책임", 정보법학 제7권 제2호, 124쪽 참조.

내에서 각종 방식의 서비스를 통하여 음악파일을 불법복제하는 사람의 수는 100만명 이상으로 추산하고 있다.

2004년 문화관광부의 자료에 의하면 오프라인 음반시장의 규모는 지속적으로 감소하고 있는 반면 온라인 음반복제시장의 규모는 커지고 있는바, 지난 2000년에 450억원에 불과하던 온라인 음반시장이 2004년에는 2천5백억 원으로 성장할 것임(추정)에 반하여 오프라인 음반시장은 2000년에 4천억 원이던 것이 2004년에는 1천억 원 수준으로 급감할 것으로 예상되고 있다.[7)]

3. 음악저작권 침해여부

음악파일의 불법복제 이용에 대한 법적 평가는 지난 2003년 2월 수원지방법원 성남지원에서 내려진 소리바다 사건에 대한 다음 판결[8)]을 보면 참고가 될 수 있을 것이다.

먼저 저작권 보호의 범위에 대하여 법원은,

첫째, 2000.1.12 개정된 저작권법은 저작권자에게 기존의 복제권·배포권 외에 전송권을 새로이 인정하고 있으면서도 저작인접권자에게는 전송권을 따로 인정하고 있지 않으나, 저작인접권자의 복제권·배포권이 전송의 방법에 의해 침해될 수 있다는 것까지 부정되는 것은 아니므로, 침해행위가 전송의 범주에 속한다고 하더라도 이를 복제·배포행위로 볼 수 있는 한, 저작인접권자의 복제권·배포권이 침해된 것으로 보아야 한다.

둘째, 소리바다 이용자가 음반제작자의 동의없이, 음반 CD에 고정된 음원으로부터 mp3 파일을 추출하여 하드디스크에 저장하는 행위나, 소리바다를 통해 타인의 mp3 파일을 다운받아 저장하는 행위는 유형물에 음을 고정하는 것에 관한 배타적 권리인 음반제작자의 복제권을 침해하는 것이다.

셋째, 소리바다 이용자가 mp3 파일을 다른 이용자들이 자동으로 다운로드받을 수 있는 상태에 놓아두는 행위는 그것을 다운로드하는 일련의 타인의 행위과정과 결합하여 결과적으로 음을 유형물에 고정하여 양도하는 결과가 되어, 음반제작권자의 배포권을 침해하는 것이다.

다음으로 이용자가 아닌 운영자의 법적 책임 여부에 대하여 법원은,

첫째, 그 음반 복제권·배포권의 직접침해 행위에 관하여, 음반의 무단 복제·배포를 목적으로 소리바다 프로그램을 개발하여 운영하고 있음을 인정할 증거가 없고, 피고들은 mp3 파일교환에는 전혀 관여하지 않았기 때문에 파일교환시스템 운영자에게는 복제권이나 배포권에 대한 직접적인 침해행위가 인정되지 않는다.

둘째, 공동불법책임의 인정여부에 대하여는, 소리바다 측에 직접적인 책임이 없다 하더라도 직접 침해자와 공동불법행위자로 인정될 경우(민법 제760조 제3항) 연대하여 책임을 져야 하는바(민법 제760조 제1항), 피고들은 이용자들의 침해행위를 알면서 프로그램 공급과 서버운영을 통하여 그와 같은 침해행위가 가

7) 문화관광부, 2004년 국정감사 요구자료 참조.
8) 수원지법 성남지원 2003.2.14 선고 2002카합284 참조.

능하도록 계속적으로 관여하였고, 피고들의 관리 하에서 그와 같은 침해행위가 이루어지고 있으며, 또한 그 같은 침해행위를 이용하여 이익을 얻고 있다고 할 것이고, 나아가 그 규모와 기간에 비추어 이용자들의 침해행위는 피고들에 의하여 야기되고 유인되었다고 할 것이므로, 피고들은 소리바다 이용자들과 일체가 되어 원고들의 복제권·배포권(전송권)의 침해행위를 하고 있는 것으로 평가할 수 있다는 판단 하에 소리바다 운영자측에 이용자들과의 공동불법행위책임을 인정하였다.

한편 P2P 방식이 아닌 스트리밍 방식 음악서비스의 저작권 침해여부에 관한 벅스뮤직 사건 판결[9]도 참고할 만한 사건이다. 벅스뮤직은 스트리밍 방식의 온라인 음악서비스제공업체로서, 스트리밍이란 웹상에서 음성이나 동영상, 그리고 음악 등을 실시간으로 받아볼 수 있도록 구현하는 인터넷 기술을 말하는바, 이 방식은 음악파일을 유형물에 저장하는 P2P 방식과 달리 온라인상태에서만 실시간 청취가 가능하도록 한 것이다.

이러한 스트리밍 방식도 특정음반을 mp3파일 또는 리얼오디오파일로 만드는 과정을 거치기 때문에 당연히 저작권자 및 저작인접권자의 복제권이 문제되었고, 이용자에게 인터넷상에서 온라인으로 접속하여 언제나 실시간으로 음악을 들을 수 있도록 제공하였으므로 저작권법상의 '전송권' 침해가 문제된 것이다.

이에 대하여 법원은 원고측의 음반복제금지가처분 신청을 받아들여, 저작인접권인 복제권에 있어서 복제란 "음반 자체를 리프레스하여 다시 제작하는 경우 뿐 아니라 음반을 재생하여 수록된 음을 다시 녹음하거나 음반을 방송하여 방송된 음을 테이프에 녹음하는 행위 및 음을 컴퓨터칩에 입력하는 행위도 포함한다"고 하여 저작인접권인 복제권이 침해된다는 사실을 인정하고, 벅스뮤직사는 음반에 수록된 각 곡에 대한 각 음원을 컴퓨터압축파일의 형태로 복제, 배포하거나 이를 이용하여 서비스하여서는 아니 된다고 판시하였다.

4. 현행법상 문제점과 개선방안

현행 저작권법상 그 침해행위는 친고죄로 되어 있으므로 종래 P2P 방식을 이용하고 있는 수백만 명의 이용자들을 형사처벌한다는 것은 현실적으로 불가능하다. 일부 이용자들을 대상으로 선별적인 기소가 행해진 바는 있으나 이러한 부분적 기소는 절대다수의 P2P 이용자들에게 위협적인 수단이 되지 못하고 따라서 합리적이지 못하다는 지적을 받고 있다.

또한 P2P 이용자들은 이러한 파일공유에 대하여 위법하다는 생각을 하지 않고 있을 뿐 아니라 법원의 판결이 나왔음에도 불구하고 이러한 법원의 판단이 인터넷시대의 정보기술에 대한 불충분한 이해에서 비롯된 것이라는 이용자들의 인식이 지배적이어서 저작권보호에 그다지 효과적이라고 할 수 없는 상황이다.

그리고 소리바다의 판결을 보더라도 이는 중앙서버운영자에 대한 공동불법행위 책임을 인정해야 한다는 법리로 보이는데 앞으로 유행할 것으로 보이는 중앙서버의 개입이 필요 없

9) 수원지법 성남지원 2002카합280 참조.

는 새로운 P2P 방식에 대하여는 이러한 법리를 적용할 수 없을 것이므로 지속적으로 발전해가는 인터넷기술에 대한 개별적 불법성 판단보다는 이용자들에 대한 음악파일복제의 불법성 홍보와 이를 통한 자율적 규제에 호소하는 것이 훨씬 바람직할 것으로 보인다.

P2P 방식이든 스트리밍 방식이든 음악파일 다운로드나 복제에는 이용요금을 지불케 하고 이렇게 징수된 이용요금으로 저작권료에 충당케 하는 방식을 제도화함으로써 음악파일 복제이용에 대한 저작권자의 불만을 해소하고 이러한 제도적 이용을 벗어난 불법복제행위에 대하여는 법적으로 불법복제의 책임을 묻는 것이 바람직할 것이다.

이러한 생각을 바탕으로 음악파일 불법복제 유통의 문제점 해결을 위하여 다음과 같은 조치를 제안하고자 한다.

첫째, 어떠한 방식으로든 음악파일을 공유하여 사업을 행하는 인터넷사업자에 대하여 이용자의 음악파일 다운로드에 요금을 징수하는 시스템 설치를 의무화하도록 하고 이를 위반하는 인터넷사업자에 대하여는 무거운 형사처벌을 부과하는 등 그 불법성에 대한 책임을 강화하여야 할 것이다.

둘째, mp3 음악파일의 불법복제가 불가능하도록 기술적 조치를 강화할 필요가 있다. 언론에 보도되는 최근의 기술동향을 고려할 때 CD 등 음반의 불법복제가 불가능하게 만드는 기술적 조치는 충분히 가능하다고 보며, 미개발이라면 그 개발을 서둘러야 할 것이다.

셋째, 법률상 친고죄로 되어 있는 저작권침해죄에 대하여 이를 개정할 필요가 있다. 이에 대하여 단순히 친고죄를 폐지하는 견해, 반의사불벌죄로 하자는 견해, 친고죄를 존치하자는 견해 등 다양한 의견이 있으나 일반 반의사불벌죄로 변경하여 저작권자의 의사를 고려할 수 있는 여지를 두는 방안이 바람직하다고 생각한다.

넷째, mp3 등 음악파일 불법복제의 불법성에 대하여 지속적이고 대대적인 홍보가 필요하다. 음악파일 좀 복사하는 것이 무슨 문제냐는 일반 이용자의 인식을 바꾸어 음악파일복사는 불법이며 추방되어야 할 인터넷문화의 하나라는 점을 각인시킨다면 문제는 상당히 해소될 수 있을 것이다.

다섯째, 불법복제의 자율규제문화를 확산시켜야 한다. 법으로 규제하는 것은 전술한 바와 같이 한계를 가지고 있으므로 민간이용자 단체를 중심으로 스스로 불법복제이용을 금지하는 캠페인 등을 벌이게 함으로써 자율규제의 문화를 성숙시킬 필요가 있는 것이다.

여섯째, 복제보상금제도의 도입을 고려할 필요가 있다.[10] 이 제도는 복제의 확률이 큰 복제매체를 구입한 사람에게 일정액을 추가로 부담시키고 이 금액을 저작권자에게 보상금 명목으로 지급케 하는 제도이다. 물론 이러한 제도는 저작권자측이나 이용자측 모두에게 경제적 손실을 안겨줄 뿐 아니라 그들이 원하는 수입보다 훨씬 적은 수입을 얻는데 그칠 수 있다. 그러나 복제보상금을 이들 이용자 외에

10) 복제보상금제도에 대한 상세는 황적인, "복제보상금제의 긍정론", 한국저작권논문선집(II), 저작권심의조정위원회, 1995 참조.

온라인 음악서비스제공업체에게도 부담시키게 되면 저작권자 측에게도 어느 정도 타당한 경제적 타협점을 찾을 수 있을 것이다.

5. 결 어

이상 음악파일 불법복제의 문제점과 개선방안에 대하여 살펴보았다.

앞에서도 서술한 바와 같이 절대다수의 이용자를 갖고 있는 음악파일 불법복제 유통의 문제는 법적인 개선방안만으로는 이를 근본적으로 해결하기 힘들다. 따라서 이용자 중심으로 음악파일 복제이용의 불법성 홍보를 확산하고 민간단체를 중심으로 자율규제를 강화하는 등 법외적인 해결방안이 강구되어야 한다.

나아가 이러한 조치들과 함께 인터넷상 음악파일 복제로 인하여 피해를 입고 있는 저작자에 대하여 보상차원에서 저작권료 문제를 국가가 기금마련을 통해 해결해주는 것도 하나의 방안이 될 수 있을 것이다. 기금 마련을 위해서는 문화진흥기금 등 일부 국가예산으로 보조하고 나머지는 인터넷을 이용한 모금 등의 수단을 통하여 재원을 조달할 수 있을 것이다. 물론 이 경우 전술한 대책 중 복제보상금 제도를 함께 도입하여 이용하면 더욱 효과적일 수 있을 것이다.

[한국형사정책연구원 도서회원제] 안내

저희 연구원에서는 법학, 사회학, 범죄심리학 등 형사정책과 관련된 분야의 학계와 실무계의 전문가들이 연구한 연구보고서 및 학술연구지를 발간하고 있으며, 이러한 연구성과를 폭넓게 보급하기 위하여 도서회원제를 운영하고 있습니다. 관심있는 분들의 많은 참여를 바랍니다.

1. 회원구분 및 연회비
- 일반 : 40,000원(2004년 연구보고서 중 10종)
- 기관 : 70,000원(2004년 연구보고서 중 20종)

2.. 가입방법 및 회비납부
- 가입신청서 및 회비를 은행에 납부
- 국민은행 814-25-0002-582(형사정책연구원)

3.. 회원에 대한 특전
- 형사정책연구, 형사정책연구소식 1년간 우송
- 연구원 도서실의 자료열람 이용
- 세미나 초청(참석시 자료집 제공)
- 기발행된 보고서 10부 이상 구입시 30% 할인

4.. 가입문의
137-715 서울시 서초구 우면동 142
한국형사정책연구원 출판실
전화 02-3460-5154
팩스 02-571-7488
e-mail : sanggook@kic.re.kr

부부 강간죄 도입 논의에 따른 법적 문제점의 소고

조 광 훈

(서울북부지방검찰청 조사계장)

1. 머리말

우리 형법은 강간죄를 규정하고 있으나 남편을 처에 대한 강간죄로 처벌한 예를 찾아 볼 수 없다. 판례는 비록 남편이 처에게 폭력을 행사하여 강제로 간음하였더라도 강간죄의 성립을 부정해 왔으며 마찬가지로 학설도 부부관계의 특수성을 고려하여 강간죄의 성립을 부정하는 것이 다수설이다. 그러나 여성의 사회적 지위와 인권의 향상과 전통적인 가부장적 가족제도의 탈피와 맞물려 여성 단체를 중심으로 부부 강간죄를 인정해야 한다는 목소리가 끊임없이 나오고 있으며, 불과 몇 개월 전에는 서울중앙지방법원에서 제한적으로나마 성관계를 거부하는 처를 강제 추행한 남편에게 강제추행치상죄를 적용하여 유죄를 선고한 것을 계기로 그 요구가 한층 높아지고 있다. 부부 강간죄의 도입 논의는 여성의 권리 신장과 더불어 양성의 평등이라는 측면에서 적극적으로 검토하는 것이 바람직하다고 볼 수 있다. 다만, 어느 한 쪽에 편향되지 않은 균형감각으로 사회 구성원들의 충분한 논의를 거쳐 도입에 따른 역기능을 최소화함으로써 양성 대립이나 갈등으로 비화되는 것을 방지해야 한다. 이에 필자는 부부 강간죄 도입 논의에 따른 법적 문제점에 관하여 검토할 필요성이 있어 이하에서는 강간죄의 일반론, 민사법적 및 형사법적으로 발생할 수 있는 법적 문제점에 관하여 언급하고자 한다.[1)]

2. 강간죄의 일반론

가. 강간죄

우리 형법 제297조에서는 "폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의 유기 징역에 처한다." 고 규정하고 있다. 강간죄의 본질은 개인의 성적자유 내지 애정의 자유를 침해하는 범죄로써 부녀의 성적 자기 결정권을 보호법익으로 하며 친고죄(형법상)로 규정하고 있다. 주체는 주로 남자에 한하지만 自手犯이 아니므로 여자도 남자와 공동정범이 될 수 있다. 그리고 주체에 제한이 없으므로 남편도 그 주체에 해당되며, 객체는 부녀이므로 법률상 처도 포함된다고 해석할 수 있다. 그러나 처가 부녀에 포함되는지 여부에 관하여 다수설과

1) 본고에서 법률상 남편이 처의 의사에 반하여 성적교섭행위를 하였을 경우 남편을 부부 강간죄(배우자 강간, 아내강간)죄로 처벌할 경우 발생할 수 있는 민·형사법적 문제점을 논의 대상으로 삼았으므로 이와 밀접한 관련 있는 가정 폭력의 원인, 발생, 실태 등은 논외로 하였음을 미리 밝혀 둔다.

판례는 처는 강간죄의 객체가 될 수 없다고 한다.[2] 강간행위라 함은 부녀에 대한 폭행 또는 협박을 가하여 남자의 성기를 여자의 성기 속에 몰입케 하는 것으로 폭행 또는 협박의 정도는 상대방의 반항을 불가능하게 하는 경우뿐만 아니라 반항을 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행을 가할 것을 요한다.

나. 부부 강간죄

부부 강간죄는 "법률상 남편이 처에 대하여 폭력 또는 협박 기타 반항을 억압하거나 심히 곤란할 정도의 유형력을 행사하여 처의 의사에 반하여 행하는 성적교섭행위"를 말한다.[3] 주체는 남편이고 객체는 처에 해당될 것이고, 보호법익은 일반 강간죄와 마찬가지로 처의 성적자기결정권으로 보아야 한다.[4] 남편의 처에 대한 성적교섭행위가 범죄로 성립하기 위해서는 남편으로부터 폭행을 당한 이후 또는 별거를 하는 경우 등에서 강압적으로 성적 관계를 맺는 경우, 이에 저항하는 물적, 정황적 증거가 있는 경우이어야 한다. 그러나 부부 강간죄는 부부의 동거의무에서 비롯되는 성적교섭관계와 구분이 명확하지 않을 우려가 있어 부부간의 성관계를 범죄로 구성해야 하는지 여부도 법해석의 문제보다는 사회 구성원의 공통된 문제 의식과 입법 정책적인 문제로 해결하는 것이 바람직 할 수도 있다. 사회에서 남편은 자신의 처와 언제든지 아무런 제약 없이 성관계를 할 수 있는 권리가 있다고 믿었고 최근까지도 이러한 논리가 이어져 왔다.[5] 우리 형법으로도 일반 강간죄의 객체를 부녀

2) 이재상,『형법각론(제4판)』, 박영사, (2004), 155면; 김일수・서보학 共著,『형법각론(제6판)』, 박영사, (2004), 158면; 임웅,『형법각론(개정판)』, 법문사, (2003), 162면; 배종대,『형법각론(제4판)』, 법문사, (2001), 225면; 진계호,『형법각론(제4판)』, 대왕사, (2000), 194면; 정영일,『형법개론(개정판)』, 박영사, (2004), 436면; 정웅석,『형법강의』, 대왕출판사, (2004), 786면; 대판 1970.3.10선고70도29호는 남편의 처에 대한 강간죄 성립을 부정하고 있고, 특별법인 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법 제2조 제3호에서는 가정폭력의 정의에서 형법 제297조 강간죄를 제외하고 있으며, 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제7조 제4항에서는 친족의 범위는 4촌 이내의 혈족과 2촌 이내의 인척으로 제한하여 배우자를 강간죄의 객체에 포함시키지 않고 있다.

3) 부부 강간죄의 도입을 주장하는 단체들은 남편의 처에 대한 성폭력은 대부분 가정폭력으로부터 발생되므로 폭력 후의 강제적인 성관계뿐만 아니라 그 외 가정폭력도 넓은 의미의 성폭력(gender violence)이므로 처가 성교를 거부함에도 성교를 강요하거나 폭력을 행사하면서 성관계를 요구하는 행위, 폭력 후의 성관계, 폭력과 상관없이 남편이 원할 때 성관계를 강요, 가학적 또는 변태적 성관계의 요구하는 행위 등을 모두 성폭력으로 규정하여 처벌해야 한다고 한다. 또한 남편의 처에 대한 성적 학대 중에서 가장 많은 비율을 차지하는 것은 처가 명시적으로 성교를 거부함에도 일방적인 성교 또는 폭력 후 원하지 않은 성관계가 많다고 한다. 한편, 그로스와 번바움(Groth and Birnbaum)은 남편의 처에 대한 강간의 유형을 강압적 강간(forced only rape), 구타를 동반한 강간(battering rape), 가학적 강간(sadistic rape) 등 세가지 유형으로 구분하고 있다.

4) 부부 강간죄를 도입하자는 단체들은 강간죄의 보호법익이 남편이 가진 처의 정조에 대한 권리를 보호하는 것이 아니라 처의 성적 자기 결정권을 보호하기 위한 것이 명백한 이상 처의 성적 자기 결정권은 남편으로부터도 보호받아야 함은 당연하다고 한다. 또한 처에 대한 강간이 실제적인 법적처리가 없는 것은 친고죄로 규정되어 있어 처가 남편의 강간행위를 고소하지 않기 때문에 형사적인 절차로 드러나지 않는 것 뿐이고 남편이라도 처에게 폭력으로 성관계를 맺을 의무가 없고 과거 외국의 입법례에서 배우자 강간면제조항은 가부장적 관습을 잘못 승인한 것이라고 한다.

에 한정하고 있으며, 해석상으로는 남편의 처에 대한 강간도 처벌이 가능하다. 학설 중 소수설은 다소 견해의 차이는 있을지라도 부부강간죄를 인정하자는 견해들도 있다.[6] 부부강간죄도 일반 강간죄와 다름없으므로 성폭력에 포함시켜야 한다는 여성단체[7]는 성폭력은 강간, 윤간, 강도강간 뿐만 아니라 성추행, 언어적 희롱, 음란전화, 성기노출, 어린이 성추행, 아내강간 등 처의 의사에 반하여 가하는 모든 신체적, 언어적, 정신적 폭력을 포괄하는 개념으로 상대방으로 하여금 성폭력에 대한 막연한 불안감이나 공포감을 조성하는 행위뿐만 아니라 그것으로 인한 행동제약을 유발시키는 행위도 모두 간접적인 성폭력 범죄로 처벌해야 한다고 주장하면서 남편의 처에 대한 성폭력도 마찬가지라고 한다. 그러나 부부 간의 성적 교섭행위는 성관계와 성폭력에 대한 명확한 구분이 쉽지 않을 뿐만 아니라 그 발생원인도 대부분 가정폭력으로부터 기인하고 다양하므로 이와 같은 모든 요소를 포함한 행위를 모두 구성요건에 포함시킬 경우 구성요건의 명확성의 취지에 반할 우려가 있고, 더욱이 부부 강간죄의 구성요건을 일반 강간죄의 구성요건과 동일하게 규정하는 것도 문제가 있다고 본다. 대부분 남편의 처에 대한 강제적인 성적 교섭행위는 가정 파탄이나 가정폭력과 함께 나타나는 것이 대부분이므로 만일 부부강간죄를 도입한다면 처가 남편으로부터 폭행을 당한 이후 또는 별거를 하는 중에 강압적으로 성관계를 맺는 경우나 처가 저항하는 물적, 정황적 증거가 있는 경우 등의 제한적으로 논의를 해야 할 것이다.

3. 부부강간죄도입 논의에 따른 법적 문제점

가. 민사법적 문제점

1) 부부의 동거의무

민법 제826조는 “부부는 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 한다.” 라고 규정하고 있다. 이는 부부는 정신적・육체적・경제적인 종생에 걸친 협동체라는 것을 인격적인 측면에서 부부의 주거의 동일성을 요구한 것이고, 경제적 측면에서의 부양의무(공동생활비용의 부

5) 남편의 처에 대한 강제적인 성교가 강간죄가 아니라는 법적 논리를 전개한 사람은 17세 영국의 법학자이자 1671-1675년 까지 왕립재판소의 최고재판관을 지낸 매튜 헤일(Matthew Hale)이었으며 영국의 법학자 Blackston도 여성의 법적 존재는 결혼기간 동안 존재가 유예되거나 남편의 존재와 별개로 주장될 수 없고 오직 남편의 존재에 통합될 뿐이라는 논리를 전개하여 18세기 영국에서는 남편은 처를 강간하였을 지라도 죄가 되지 않아 처를 자신의 성적 도구로 여기는 소위 ‘처에 대한 정절(fidelity)권’ 을 가진다고 믿어 남편의 처에 대한 강간 행위에 면책 특권을 주어 오랜 세월 그 특권을 누려 왔다. 그러나 1970년대 활발한 여성운동으로 남편의 처에 대한 강간행위를 범죄로 규정하는 법률들이 생겨났으며 그 후 영국, 이탈리아, 독일, 미국 등에서 남편의 처에 대한 강간을 범죄로 인정하기에 이르렀고 미국에서는 1984년 People v. Liberta 판결에서 남편은 자신의 프라이버시로 처를 강간하는 것은 정당화 될 수가 없다고 판시하기도 하였다.

6) 백형구, 『형법각론』, 청림출판, (1999), 313면; 박상기, 『형법각론(제5판)』, 박영사(2004), 148-149면; 曺國 “아내강간의 성부와 강간죄에서의 폭행・협박의 정도에 대한 재검토,” 『형사정책 (제13권 제1호)』, (2001. 6), 18면.

7) 한국여성개발원, 한국여성의 전화연합, 한국가정법률상담소, 한국성폭력상담소 … 등

담의무)를 규정한 것이다. 부부의 동거의무는 기본적으로 인간의 종족본능으로부터 비롯되는 남·녀의 결합관계를 최소단위로 하여 윤리적인 규범으로부터 도출되는 개념이다. 이러한 동거의무는 부모와 자녀의 혈연관계 형성을 위한 혼인의 본질이 요청되는 바로써 민법 제826조 제1항은 이를 선언한 것이므로 시사하는 바가 크다. 동거의무는 기본적으로 부부가 거소를 단순히 같이 하는 장소를 뜻하는 것이 아니라 관념상 동거를 뜻하므로 반드시 장소의 개념과 일치하는 것은 아니다. 따라서 정당한 사유로 일시적으로 동거하지 않는 경우에는 서로 용인하여야 한다.[8] 동거는 부부의 자율성으로 이루어지는 것이지만 동거의무 속에는 부부간의 성적교섭행위도 당연히 포함되어 있는 것으로 보아야 한다.[9] 그러나 부부의 성적교섭의무를 법으로 강제할 수 없으므로 부부 스스로의 윤리적인 가치판단에 따라야 한다. 부부는 남편이든 처든 배우자에 대하여 성적교섭을 요구할 수 있는 권리가 있고 배우자는 이에 응할 기본적인 윤리적 의무와 법적 의무가 있다고 본다.[10] 이는 정당한 이유 없이 성적교섭을 거부하는 행위는 민법 제840조 제2호 또는 동조 제6호에 의하여 재판상 이혼사유에 해당된다는 판례를 보면 잘 알 수 있다.[11] 한편, 부부라도 배우자에 대하여 항상 성적 교섭을 요구할 수 있는가? 이 역시 타율적인 법으로 강제할 수 없는 한계 때문에 윤리적인 문제로 해결하는 것이 합리적일 수도 있다. 일방이 배우자에 대하여 동거의무에 기한 성적교섭을 요구하는 권리는 넓은 의미에서 보면 요구하는 자의 성적자기결정권 및 행복추구권과 배우자의 성적자기결정권 및 행복추구권의 기본권이 충돌되는 현상으로 나타난다고도 할 수 있기 때문이다. 물론 남편의 처에 대한 폭력 또는 협박이 있을 경우는 남편의 기본권보다는 처의 성적자기결정권 및 행복추구권이 우선한다고 봄이 타당하다. 그러

8) 김주수, 『친족·상속법(제6전정판)』, 법문사, (2003), 138면; 이경희, 『가족법(개정판)』, 법원사, (2001), 67면.

9) 임웅, 『형법각론(개정판)』, 법문사, (2003), 162면에서는 부부는 동거의무가 있으므로 성생활을 내포하는 것이며, 성생활의 결함은 이혼사유에 해당하므로 강간죄에 해당하지 않으며 부부간의 성생활은 법률상 의무가 없는 행위가 아니므로 강요죄도 성립하지 않는다고 한다.

10) 그러나 남편은 처를 자신의 전유물로 여기는 전 근대적인 사고방식으로 여성의 성적 자기 결정권을 침해하는 폭력적인 행위는 어떠한 이유로도 용납되어서는 안되는 것은 분명하다. 그러므로 민법상 동거의무가 있다고 하더라도 무한정 남편의 성적교섭 요구에 의무적으로 응해야 한다는 주장은 매우 그릇된 주장인 것은 분명해 보인다. 이와 관련하여 사단법인) 한국 여성의 전화 연합(http://www.hotline.or.kr)에 "아내 강간 불인정은 남성 편향의 과소 범죄화" 라는 제목으로 글을 기고한 曺國(서울대 법대 교수)은 "강간이라는 행위는 부녀의 성적자기결정권을 중대하게 침해하는 범죄행위임이 분명하다. 남편의 처에 대한 강간죄를 인정해야 한다는 견해들은 민법상 비록 동거의무가 있더라도 강간을 해도 좋다는 의무가 내포된다고 볼 수 없고 강간에 동의하였다고 볼 수 없으므로 남편은 처의 강간해도 좋다는 치외 법권자가 아니다." 라고 주장한다.

11) 민법 제840조 제6호의 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유에 해당하는 사례로는 서울 가심 1965.3.30. 65드12호, 대판 2002.3.29선고2002므74호에서는 '배우자의 정당한 이유 없는 성교의 거부' 를, 대판 1966.1.31. 65므65호, 1994.5.13.93므1020호에서는 '배우자의 성교불능' 을 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유로 보아 재판상 이혼 사유로 보고 있다.

나 문제는 그리 간단하지 않다. 그것은 우리 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄의 가치 및 행복추구권을 규정한 헌법 이념과 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활의 성립 유지라는 헌법 제36조 제1항을 어떻게 조화롭게 해결하느냐는 문제와도 직결될 수 있기 때문이다. 따라서 부부 강간죄를 도입할 경우 이에 대한 충분하고 합리적인 검토 없이 도입하면 또 다른 가정 및 사회적인 갈등을 야기 시킬 수 있다. 강간죄의 법익이 부녀의 성적 자기 결정권을 보호하는 것이 본질인데 부부 사이에도 남편의 처에 대한 성적 교섭 요구를 처가 자신의 행복추구권과 성적 자기결정권의 권리를 내세워 이에 응하지 않았다면 처가 동거의무와 별개의 권리로 성적 교섭을 거부할 수 있는 권리가 우선하는 것인지, 남편이 동거의무에 기인한 성적 교섭할 권리를 정당하게 요구할 수 있는 권리가 우선하는 것인지 선뜻 결론을 내리기 힘든 가정상황이다. 이는 바로 부부 사이의 은밀한 부분을 법으로 모두 통제할 수 없다는 것이며 법과 윤리의 접경부분에 있다는 사실을 현실적으로 인정할 수밖에 없다는 것을 말해 주는 것이다. 후술하는 바와 같이 반대로 처가 남편에게 폭력을 행사하거나 또는 남편의 저항에도 불구하고 성적교섭을 요구하였으나 남편이 거절하였다면 처를 어떤 범죄로 처벌할 것인가? 강요죄나 협박죄로 처벌할 것인가? 아니면 강제추행죄를 처벌할 것인가? 이 또한 법적 공백으로 나타날 우려가 있다는 점에서 부부간의 성적교섭관계를 타율적인 법의 잣대로 규율한다는 것을 신중히 논의하지 않으면 안되는 이유라고 하겠다. 부부 일방이 동거의무에 불이행이 있더라도 대체집행이나 강제집행이 불가능하지만 동거청구에 관한 조정은 신청할 수 있다.[12] 그러나 이는 별로 실효성이 없을 것이 자명하다. 동거의무가 반드시 성적교섭 의무와 동일한 개념은 아니지만, 동거의무는 원만한 혼인을 유지하고 부부 공동생활을 유지·향상시키기 위해서는 필수적인 요소이므로 동거 의무 속에는 부부의 자율적인 성적교섭이 차지하는 비중이 크지 않다고 할 수 없다. 이처럼 동거의무는 보통의 채무불이행과는 달리 어떤 권리를 정형화시켜 보장할 수 없는 자연 생래적인 것을 관습화한 것이라고 볼 수 있어 이로부터 파생되는 성적교섭의무를 법으로 규제하는 것은 한계가 있을 수 밖에 없다. 처의 남편에 대한 강간죄의 고소는 동거의무를 포기하고 부부사이의 이혼을 전제로 하는 경우가 많을 것이므로 간통죄와 같이 성적자기결정권의 근거로 비범죄화를 주장하는 것과 마찬가지로 이혼이 날로 급증하여 각종 사회문제를 발생시키고 있는 가운데 부부의 은밀한 윤리영역까지 법에 편입시켜 전부 간섭하는 것이 과연 바람직한 것인지에 대한 심도 있는 논의가 선행되어야 한다.

2) 이혼 사유 만들기를 위한 고소권 남용

현재 우리나라의 남고소·고발로 인하여 민사사건의 형사사건화의 문제점이 심각하게 대두되어 형사사법의 근본까지도 위협하고 있는 실정에서 부부 강간죄를 도입할 경우 부부 일

12) 가사소송법 제2조 제1항 마류 사건 1호·50조

방 배우자의 이혼 사유 만들기를 위한 고소권이 남용될 소지가 있다. 협의이혼이 아닌 재판상 이혼은 원칙적으로 유책 배우자의 이혼청구권을 부정[13]하고 있으나 부부 강간죄가 도입될 경우 처는 형사고소와 함께 이혼을 고려할 것이 대부분일 것이므로 이혼을 더욱 조장하고 가정 보호를 위한 제도가 오히려 가정해체를 위한 수단으로 전락될 우려가 있다는 점도 경계하지 않으면 안된다. 더욱이 이혼시 부부가 혼인 생활 중에 이룩했던 공동재산을 재산분할청구권을 통하여 청산하는데 처가 남편의 강간행위를 빙자로 재산분할청구권, 위자료, 손해배상청구권의 행사를 위한 수단으로 남용할 소지가 있다면 이를 방지하기 위한 충분한 논의도 있어야 한다.[14] 가정폭력이 날로 심각해지는 상황에서 남편과의 감정불화로 인한 단순폭행을 남편의 폭행 또는 협박으로 강간당하는 과정에서 상해가 발생하였다고 하면서 상해진단서를 발급 받아 특수강간죄로 고소할 경우 발생할 부작용은 더욱 심각해 질 우려가 있다.[15] 더욱이 이혼시 재산분할이나 위자료를 산정함에 있어 유책한 행동을 한 남편에게 불리하게 작용될 수도 있으므로 부부 강간죄의 도입은 이혼을 위한 수단으로 남용되어 이혼을 더욱 부추겨 사회 일탈을 방지하는 것이 아니라 오히려 이를 방조하는 현상으로 이어져 결국에는 형사정책으로나 사회학적으로 많은 문제점을 발생시킬 우려도 있는 만큼 부부 강간죄의 도입을 신중히 논의해야 한다.

3) 채무 면탈을 위한 가장이혼 조장 우려

부부 강간죄를 도입할 경우 발생할 수 있는 또 하나의 민사법적인 문제는 남편의 제3자에 대한 채무면탈을 위한 假裝離婚이 발생할 우려도 있다는 점이다. 예를 들면, 甲은 남편이고 乙은 처로 법률상 부부사이인 자들인 바, 甲이 제3자 丙에게 2억원의 채무를 부담하고 있던 중, 甲과 乙이 통모하여 채무를 면탈할 목적으로 甲이 乙을 강간한 것으로 가장하여 乙이 甲을 강간죄로 고소하고 甲은 乙에 대한 강간행위를 허위로 자백하여 형사처벌 받고 乙은 甲에 대하여 협의 또는 재판상 이혼(가장이혼)하여 乙이 甲에 대하여 재산분할청구권을 행사하여 甲의 재산을 증여 또는 양도받는 방법으로 채무를 면탈하기 위한 수단으로 고소권을 남용한 경우를 들어 본다. 물론 사례의 경우 민사법적으로는 판례와 같이 甲

13) 대판 1969.12.9.선고69므31호; 대판 1970.1.13.선고69므32·33호.

14) 예를 들면, 가정주부인 甲과 의사인 乙은 부부사인 자들인 바, 甲이 은밀하게 제3자 丙과 내연관계를 맺어오다가 乙과 이혼하고 거액의 재산분할청구권을 행사할 목적으로 乙과의 성적교섭을 지속적으로 거부해 오던 중, 乙이 甲에게 정상적인 부부생활에 기한 성적교섭을 하였으나 乙이 甲으로부터 폭행·협박을 수단으로 강간당했다고 고소할 경우를 가정해 보면, 이때 乙은 甲과 이혼 후 丙과의 혼인을 위하여 甲으로부터 강간당했다고 거짓 고소하였고 이혼시 거액의 재산분할을 차지하려고 이혼 사유 만들기를 위한 고소권을 남용한 것으로 볼 수 있다.

15) 남편의 처에 대한 강간죄를 도입해야 한다는 주장은 이혼소송에서 유리한 입지를 차지하기 위하여 허위 고소가 늘어날 것에 대하여 허위로 고소할 것을 이유로 모든 피해자에 대한 보호가 거부될 수는 없고 형법의 임무를 형사소송의 임무와 혼동하고 있다고 비판한다.

과 乙의 통모행위는 제3자인 丙의 채권을 해한 것이므로 丙은 채권자취소권을 행사하여 사해행위취소청구소송을 제기할 수 있다.[16] 그리고 형사법적으로도 강제집행면탈죄가 문제가 될 수도 있겠으나 혐의를 입증하기란 그리 쉬운 일이 아닐 것이다. 물론 위 사례가 매우 극단적인 사례가 될 수도 있겠으나 부부강간죄의 도입이 그리 간단한 문제가 아님을 알 수 있다. 결국은 형법적인 가치질서의 혼란을 가져올 수 있으며 사권의 권리남용을 위한 수단으로 남용 되는 것으로 형법이 추구하는 보호적·보장적·규범적 기능을 위축시키거나 훼손시킬 역기능을 우려하지 않을 수 없다.

4) 사실혼 부부관계의 적용 공백성

부부가 사실상 혼인 생활을 원만히 지속하고 있으면서 혼인신고가 되어 있지 않은 사실혼 관계에 있는 남편의 처에 대한 강간시에도 남편을 강간죄의 주체에 포함시켜야 하는지, 아니면 일반 강간죄의 주체에 포함시켜야 하는지도 논란이 될 수 있다. 사실혼 관계는 민법상 準婚으로 혼인의 신분적인 효과인 동거·부양·협조·정조의무가 발생하지만 혼인신고를 전제로 한 중혼의 효과, 호적의 변동이 발생하지 않는다고 보는 것이 일반적이다. 그리고 미성년자는 혼인으로 성년의제의 효과도 폭넓게 발생한다. 다만, 사실혼 관계에서 출생한 자는 혼인 외의 자로 취급되어 상속자에 포함되지는 않지만 실질적으로 거의 법률혼에 준하는 법적 지위를 가질 수 있다.[17] 이처럼 사실혼 관계에 있는 부부간의 민사법적으로는 거의 법률혼과 거의 다름없는 효과가 있음에도 불구하고 형사법적으로도 법률혼과 같이 남편을 부부 강간죄의 죄책을 물을 수 있을까? 우리 민법이 법률혼주의를 취하고 있는 이상 사실혼 관계에 있는 남편이 폭행·협박으로 처를 강간하였더라도 부부 강간죄가 아닌 일반 강간죄로 처벌할 수 밖에 없어 법률혼과 사실혼 관계에 있는 부부는 민사법적으로 효과가 거의 동일함에도 형사법적으로는 일반 강간죄로 처벌해야 하는 문제가 발생할 수 있다는 점도 언급하지 않을 수 없다.[18]

다. 형사법적 문제점

1) 강간죄의 과범죄화

부부 강간죄의 도입 논의시 고려해야 할 형사법적 문제점은 바로 강간죄의 과범죄화(overcriminalization)를 우려해야 한다는 점이다. 앞서 언급한 바와 같이 이혼사유 만들기를 위한 고소권을 남용하거나 재산분할청구권의 행사시 유리한 사유를 만들기를 위한 남용뿐만 아니라 형법적으로나 형사정책적으로 이 부분을 또한 우려하지 않을 수 없다. 어떤 일

16) 대판 1990.11.23선고90다카24762호.
17) 김주수, 『친족·상속법(제6전정판)』, 법문사, (2003), 239-240면.
18) 그 외에도 남편이 혼인 중 중혼으로 인한 前婚과 後婚의 처를 강간하였을 경우의 적용 문제, 혼인 무효 또는 취소의 사유의 발생으로 인한 법적 문제, 사실혼관계존부확인청구소송 중의 처에 대한 강간시 법적 문제 등 다양한 민사법적 문제가 발생할 수 있다.

정한 행위를 범죄로 규정하려면 합리적인 근거가 있어야 하며 사회에 해로운 행위로서 다른 법적 제재로는 규율하기가 불가능하거나 심히 곤란할 정도의 행위이어야 한다.

따라서 단순히 윤리적으로 도덕적인 규범을 위반하였을 뿐 직접적으로 타인에게 피해를 주지 않고 간접적으로만 피해를 주는 행위를 범죄로 규정해서는 안되는 형법의 탈윤리화(demoralization, Entmoralisierung)가 요청된다.[19] 이는 형벌도 범죄와 상응하는 형벌을 규정해야지 과도한 형벌을 규정해서는 안된다는 것을 뜻하며 더욱이 범죄와 형벌의 범위가 넓어진다는 것은 그만큼 국민의 기본권을 제약하는 일이 되므로 이를 신중히 하지 않으면 안된다는 의미이다. 형벌의 명확성·보충석의 원칙도 충족되어야 하는데 그러한 구성요건을 충족시킬지도 의문이다. 부부의 은밀한 부분을 법이 간섭하여 모두 규율한다면 형법의 비례성의 원칙에 어긋날 수가 있으며 형벌은 보충성이 아니라 그 제재가 최후 수단성이 적용되어야 한다는 원칙을 놓고 보면 강간죄의 과잉 범죄화를 우려하지 않을 수 없다.[20] 사회가 점차 현대화 사회를 지나 정보화 사회로 진행하고 사회의 가치관이 매우 다양하게 변하고 있음에 따라 윤락행위등방지법, 간통죄, 도박죄, 약물범죄 등 소위 피해자 없는 범죄에 대하여 비범죄화로 하자는 논의가 끊이지 않고 있는 가운데 오히려 부부 강간죄의 도입이 무고한 피의자를 양산하거나 본말이 전도되어 강간죄의 과잉화를 부추기는 시발점이 되어서는 안된다.[21]

2) 처의 남편에 대한 강제 추행죄 논의

강간죄의 주체는 제한이 없으나 실무에서는 남자와 여자가 공범으로 되는 경우는 드물고 대부분 남자가 단독주체가 되는 경우가 많다. 그리고 강간죄의 객체는 부녀만 해당되므로 남녀의 생리적·육체적 차이에 의하여 합리적으로 규율하여 남자는 객체가 되지 않는다는 것이 일반적인 견해이다.[22] 그러나 현대 사회

19) 오영근, 『형법총론』, 대명출판사, (2002), 70면.

20) 처에 대한 성폭력의 문제화, 법제화는 사적 영역이라고 간주되는 곳에서 일어나는 범죄를 공적 영역(법)으로 어떻게 다룰 것인가의 문제이고 이를 어떻게 증명할 것인지도 역시 까다로운 문제 중 하나이다. 남편의 처에 대한 성폭력은 暗數가 높고 비가시화된 영역이 지배하는 관계로 일반적인 통계 방법을 적용하기 어려운 것이 사실이므로 이점에 대해서도 심도 있는 논의가 있어야 한다. 이에 대하여 부부강간죄의 도입을 주장하는 견해들은 실제로 부부 강간은 부부관계가 파탄 난 상태에서 처에 대한 폭력과 학대의 연장 선상에서 이루어지고 있어 강간이라는 범죄가 형법의 보충성의 원칙이 작동할 대상이 아니라고 주장한다.

21) 부부 강간죄를 도입해야 한다는 견해에 의하면, 1993년도 유엔 총회에서 결의한 여성에 대한 폭력의 근절을 위한 선언(Declaration on the Elimination of Violence against Women) 제2조(a)는 아내 강간을 여성에 대한 폭력의 예로 명기하고 있다는 점을 강조하면서 1999년 유엔인권위원회(UN Human Rights Committee)가 한국 정부의 자유권 조약 2차 보고서에 대한 심사결과를 발표하면서 처의 강간이 범죄로 성립되지 않는 점에 대하여 깊은 우려를 표시한 사실을 인용하면서 부부 강간죄의 불인정은 오히려 남성편향의 과소 범죄화이며 이를 인정하는 것이 형사 정책적인 측면에서도 필요한 정당한 입법으로 현행법의 해석으로도 해석론으로도 아무런 장애가 없다고 하며 처의 강간에 대한 부정은 처를 남편의 소유물로 보는 남성중심주의적 사고의 산물로 폐기되어야 한다고 주장한다(曺國 교수)

는 전통적으로 부부의 역할이 명확히 구분되어 있는 것도 아니고 가치관도 획일적으로 규율할 수 없듯이 다양한 가치관 속에서 남편의 처에 대한 강간죄의 도입 논의가 있다면 처의 남편에 대한 강제 추행죄 또는 강요죄도 함께 논의해야 한다는 목소리도 있을 수 있다. 부부간의 성적 교섭은 대부분 남편의 적극성에 의하여 이루어지는 경향이 많지만 부부간의 모든 성적교섭행위가 남편의 적극적인 행동으로 이루어진다고는 볼 수 없다. 오히려 처가 남편에 대하여 적극적인 성적교섭을 요구할 수 있는 여지도 충분히 있다는 점에서 처의 남편에 대한 성적교섭을 요구하는 과정에서 남편에게 폭력·협박을 가하였다면 이를 강제 추행죄를 적용할 것인지에 대한 논의도 함께 이루어져야 한다.[23] 그러나 현행법으로 아내가 남편을 강제로 간음한 경우 강제 추행죄 또는 강요죄로 처벌하기는 쉽지 않을 것으로 보인다.[24]

3) 거증 책임의 곤란성

어떤 일정한 범죄에 대한 구성요건의 해당성, 위법성, 책임성에 대한 거증책임은 원칙적으로 검사에게 있으며 그 외에도 처벌조건인 사실이나 소송법적인 사실 등도 모두 검사가 진다. 다만, 상해죄의 동시범의 특례(형법 제19조), 명예훼손죄의 위법성조각사유(형법 제310조) 등의 거증책임은 예외적으로 피고인이 진다. 그런데 부부사이의 성적교섭은 특성상 은밀히 이루어지는데 남편이 처를 강제로 간음하였다는 사실을 어떻게 입증하는 것인지도 관건이다. 일반 강간죄도 제3자의 목격자가 없는 경우에 모든 것을 종합적으로 판단하여 혐의 유·무를 판단하기가 쉽지 않는데 부부 사이에 은밀히 이루어지는 강간행위를 양자의 진술에 의존할 수밖에 없을 경우가 많을 것이므로 결국은 실체적 진실을 발견하기란 공허한 목소리로 전락될 우려가 있다는 점이다. 처가 남편을 강간죄로 고소한 경우는 이혼을 고려하지 않은 경우는 거의 생각할 여지가 없으므로 가족들이 목격할 수는 있을 수도 있겠으나 경우에 따라서 어느 배우자 일방의 편을 들어 한쪽에게 유리하도록 왜곡하여 진술할 우려가 있으므로 가족들의 목격을 통하여 실체적 진실에 접근한다는 것도 한계가 있을 것이다.[25] 한마디로 부부 사이의 남편의 처에

22) 대판 1967.2.28선고67도1호; 이재상,『형법각론(제4판)』, 박영사, (2004), 154면.

23) 독일 형법은 1997.7.1. 개정시 제177-178조에서 부부 강간죄의 성립을 인정과 더불어 성적강요죄와 강간죄를 통합하였으며 범죄의 객체를 여성뿐만 아니라 남성도 포함시키면서 특이한 점은 남성 간에도 강간죄의 성립을 처벌하고 있도록 개정하였다는 점을 들 수 있다.

24) 이재상,『형법각론(제4판)』, 박영사, (2004), 159면에서는 법률상의 처도 강요죄로 처벌이 가능하다는 견해가 있다.

25) 부부 강간죄를 도입하고자 하는 단체들은 입증의 곤란이 행위의 범죄성립을 부정하는 논거로 사용될 수는 없다고 하면서 부부관계의 특수성이나 강제로 처를 간음하였다고 하더라도 부부관계의 특수성이나 상대적 경미성, 증거확보의 어려움이 있는 것도 사실이지만, 판례가 적극적인 법해석을 하지 않는 점을 지적한다. 또한 남편의 처에 대한 강간을 일반 강간죄와 동일한 기준을 적용하더라도 그것은 폭력적인 남편을 처벌하기 위한 것이 아니라 사람들의 행동의 지침으로서 혼인의

대한 강간행위를 입증한다는 것은 거의 불가능하다는 점을 지적하지 않을 수 없고 그렇다고 기존의 일반 강간죄보다 구성요건을 완화할 수는 없는 것이며 단순한 가정폭력을 남편의 처에 대한 강간을 위한 수단으로 가한 폭행 또는 협박이라는 인과관계를 남편에게 객관적으로 귀속시킬 수 있는 비율도 매우 희박해 보인다.[26]

4) 미성년남편의 구성요건해당성 충족 여부

민법 제826조의 2에는 미성년자가 혼인을 한 때에는 성년자로 본다고 규정하고 있다. 그리고 동법 제807조에서는 혼인의 최저 적령기를 남자 만18세 여자 만16세로 규정하고 있다. 물론 민법상의 미성년자는 형사미성년자와는 달리 20세 미만의 者를 말한다. 일반적으로는 미성년자가 혼인하면 성년의제 효과로 인하여 자신의 子에 대한 친권을 행사할 수 있다. 다만, 성년의제는 재산거래나 신분법상의 성년자로 취급되는 것에 그친다는 점에서 각종 선거법, 청소년의성보호등에관한법률, 성범죄 관련 법률에서는 미성년으로 취급되는데 이런 특별법과 상충되거나 저촉되는 문제를 어떻게 합리적으로 규정할지도 의문이다. 예를 들어, 민법상 미성년자인 만18세의 남편이 만16세의 처를 강간하였다면 부부 강간죄로 처벌해야 할지, 미성년자 강간죄로 처벌해야 할지, 아니면 또 다른 구성요건을 만들어 처벌해야 할지 이에 대한 충분한 검토도 있어야 한다.

5) 형사 정책적 효과의 미지수

성폭력은 분명한 범죄행위이지만 성폭력의 심각성은 한 개인의 권리에 대한 침해이자 파괴적 행동으로 이어져 일상적인 관계성을 기반으로 자연스럽게 사회 구성원들 사이에서 용인되고 있다는 사실이다. 어떤 행위를 범죄로 규정하기 위해서는 그 행위를 규정함으로써 형법에서 추구하는 최후 수단성, 비례성 원칙이 달성될 수 있도록 해야 하며 그것이 충족되지 못할 경우에는 범죄의 예방을 궁극적인 목표로 하는 형사 정책적인 효과와도 상충되는 결과를 가져오기 쉽다. 강간죄의 과잉범죄화가 이루어진다면 형법이 추구하는 법익 보호 효과의 극대화는 형식적으로는 달성될 수 있을지는 몰라도 실질적인 법익 보호 효과는 오히려 저해될 수 있기 때문이다. 물론, 부부 사이라고 하더라도 상호간의 폭력과 인격권을 침해하는 행위는 탈법행위이며 윤리적으로도 용인될 수 없는 비난의 대상이 되는 행위임은 분명하다. 그러나 형법의 규범적 목적이 아무리 정당한 가치라고 할지라도 부부관계의 특성상 이를 법규범으로 완벽하게 통제

성에 관한 규범을 명확히 하여 가정에서 폭력과 학대를 감소시켜 나가야 한다고 주장한다.

26) 피의자(피고인)는 법원에서 유죄로 확정될 때 까지는 한마디로 의심을 받는 자에 불과하다. 무죄추정의 원칙이 형사소송의 최고의 원칙으로 자리 잡고 있는 가운데 이 원칙이 성폭력 범죄에도 적용되어야 함은 물론이므로 성폭력 범죄의 특성상 균형된 감각을 상실하면 피해자의 주장이 오로지 진실이라고 편견에 사로 잡혀 인권침해의 소지가 클 수 있으므로 피의자(피고인)의 반대 신문권도 충분히 보장해야 하는 것을 잊지 말아야 한다.

한다는 것은 사실상 불가능하기에 논의에 앞서 발생할 수 있는 순기능과 역기능을 충분히 고려한 합리적인 토론과 대안이 모색되어야 한다. 실질적인 범죄의 측면에서 본다면 형벌의 일반 예방기능 및 특별 예방적 효과가 얼마나 있을지 의문이다.[27] 이보다 우선되어야 할 것은 전통적인 가정의 공동체 의식의 해체로 인한 비공식적인 사회의 통제기능이 약화되어 있으므로 부도덕한 가정이나 갈등가정으로부터 건전한 가정을 이룰 수 있도록 사회 구성원들에 대한 지속적인 계몽활동이 최우선되어야 하며 그럴 때 범죄의 예방이라는 형사정책의 궁극적인 목표가 달성될 수 있을 것이 아니겠는가?

4. 맺음말

이상 검토한 바와 같이 부부 강간죄의 도입시 발생할 수 있는 가능한 법적 문제점과 역기능을 최소화하기 위하여 여성 편향적인 가치관에 치우치지 않은 충분한 토론이 있어야 함을 알 수 있다. 그리고 이를 토대로 합리적인 대안도 마련되어야 함을 알 수 있다. 사랑과 신뢰의 세포로 이루어진 부부관계를 획일적이고 일률적인 법으로 모두 규율하고자 한다면 또 다른 사회 구성원 사이에 원치 않는 갈등의 불씨를 잉태할 수 있다는 점을 알아야 한다. 남편은 처를 자신의 소유물로 여겨 폭력을 정당화하는 저급하고 퇴폐적인 문화를 과감히 버려야 하며 이를 바탕으로 처에 대한 강간은 분명히 법적으로 규제하는 것이 마땅하지만 우선 무엇보다도 남편의 처에 대한 강제적인 성적교섭 행위가 범죄라는 공통된 인식을 사회 구성원들 모두가 가지는 것이 선행되어야 한다. 또한 부부 강간죄의 도입을 구체적으로 논의하기에 앞서 현재 우리 사회에서 남편의 처에 대한 성폭력 실태와 원인을 분석하고 그에 대한 적절한 정책 수립이 우선 시행되어야 한다. 한편 오랫동안 가정에서 부부간의 성폭력이 개인적인 문제로 간주되어 사회문제 영역 밖으로 내 몰린 측면이 있으므로 이를 제도권 안으로 끌어들여 공론의 장을 만들어 가는 절차도 있어야 한다. 남편들은 처는 남편이 요구하면 언제든지 성교에 응할 의무가 있다는 그릇된 성문화의 틀을 과감히 버리고 부부 강간죄에 대한 논의를 회피하지 말고 다같이 공통된 문제의식을 가지고 근본적인 문제 해결을 위하여 적극적으로 노력해야 한다. 그럴 때 부부는 진정한 의미의 '一心同體'를 이루어 부부의 파멸과 가정의 붕괴를 초래하는 부부 강간죄를 논할 필요가 없는 행복한 가정과 건전한 사회가 이룩될 것이라고 본다.

27) 한편으로는 부부간의 성폭력에 대해 사회적 개입과 통제가 어려운 것은 우리 사회의 많은 가족문제가 아직도 가족 구성원의 프라이버시란 논리로 공권력의 개입을 바람직하지 않은 것으로 여기고 풍조가 강하여 벽에 부딪치는 측면에 있으며 이에 대한 처리가 적극적인 법률해석보다는 다수설과 판례에 따르는 것은 어쩔 수 없는 현상이라고 보여 진다. 또한 가해자나 피해자 자신조차도 부부간 성폭력의 문제가 사회적 차원의 문제라는 인식보다는 개인적인 문제로 취급하려는 데에서 사회적인 통제와 개입을 어렵게 만드는 측면이 있는 것도 사실이다.

형사증거개시제도에 관한 연구

탁 희 성

(한국형사정책연구원
부연구위원, 법학박사)

1. 연구의 목적

형사증거개시란 특정한 형사사건에 대하여 검사의 수중에 있는 증거, 즉 피고인이나 제3자로부터 압수 또는 임의로 제출시켜 영치한 증거물 혹은 피고인이나 참고인을 신문하여 작성한 진술조서를 피고인측이 자기의 변호에 이용하기 위하여 그것을 열람·등사할 수 있는 것을 말한다.

이러한 형사증거개시제도는 피고인의 실질적 방어권의 보장이라는 이념과 수사기관에 의한 국가형벌권의 효율적인 행사라는 공익적 이념이 현실적인 이해관계 속에서 첨예하게 충돌하는 문제라고 할 수 있다. 즉 피고인측은 증거개시에 의하여 우월한 증거수집능력과 수사기술을 보유한 검사의 수중에 사실상 독점되어 있는 소송서류나 증거물에 대한 열람·등사를 행함으로써 구체적이고 효율적인 방어전략을 수립할 수 있다는 점에서 무기대등을 실현할 수 있는 방어권 행사의 전제조건을 충족할 수 있게 된다. 그러나 피해자나 제보자·목격자 그리고 증인 등의 사건관계인으로부터 최대한 협력을 얻어 범죄정보와 증거를 확보함으로써 범죄자를 검거·처벌하는 것을 공적 책무로 하는 수사기관의 경우 만약 그 비밀을 유지하지 못하고 공개해야 한다면 사건관계인의 신뢰와 이에 기초한 협력은 더 이상 기대할 수 없게 되고, 결국 실체적 진실발견이라는 형사소송법상의 원칙이 훼손될 우려가 있기 때문에 증거개시에 부정적인 입장을 취할 수밖에 없다.

이와 같이 상충되는 이해관계 속에서 피고인의 방어권 보장을 통한 실질적 당사자 대등의 요구를 충족함과 동시에 실체적 진실발견을 통한 형사사법의 정의를 구현하고자 하는 취지에서 마련된 것이 현행 형사소송법 제35조의 변호인의 열람·등사권에 관한 규정이다. 그러나 동조항은 그 내용이 너무 간결하고 추상적으로 규정되어 있어서 해석상 논란의 여지가 있고, 따라서 형사소송실무상 구체적인 지침으로서 운영하기 어려운 현실적인 문제점을 안고 있다. 즉, 구체적으로 소송계속 발생 이후 변호인이 어느 단계부터 동사건의 관계서류 또는 증거물을 열람·등사할 수 있는지 여부(증거개시의 단계), 어떤 종류의 서류 또는 증거물에 대하여 열람·등사할 수 있는지 여부

(증거개시대상의 범위), 변호인측에서 수용하기 어려운 이유로 열람·등사청구가 거부된 경우에 어떠한 절차에 따라 권리구제를 주장할 수 있는지 여부(증거개시거부에 대한 불복절차) 등이 불분명하다. 따라서 아직까지 형사사건 기록 열람·등사권의 법적 성질, 허용범위와 공개절차, 거부처분에 대한 불복방법 등의 해석과 관련하여 학계와 실무계가 첨예한 입장 차이를 나타내고 있는 실정이다.

따라서 본 연구는 현행법상 변호인의 열람·등사권의 법적 의미를 재조명해 봄에 있어서 보다 현실적인 실효성을 확보할 수 있는 방안으로서 형사증거개시제도를 검토하는데 연구의 목적을 두고 있다. 다만 기록의 열람·등사를 비롯한 증거개시의 문제는 형사소송의 여러 이념과 이익이 충돌하는 문제이므로 우리 형사소송이념에 가장 적합한 증거개시의 이념과 내용이 무엇인가를 염두에 두고 논문을 전개해 나가고자 하였다.

2. 형사증거개시의 이론적 근거 및 그 폐해에 관한 비판적 검토

형사증거개시제도는 소송구조의 변화, 실질적 당사자주의, 신속한 재판의 실현에있어서 그 필요성이 존재한다. 즉 첫째, 소송구조의 변화에 따른 증거개시의 필요성은 직권주의 소송구조가 당사자주의 소송구조로 전환되면서 야기되었다. 즉 직권주의 소송구조하에서는 수집된 증거가 모두 일건기록으로 법원에 넘겨지고, 변호인은 법원에 제출된 증거를 열람·등사할 수 있었던데 비해, 당사자주의 소송구조로의 전환과 공소장 일본주의의 채용으로 인해 소송사건에 관한 모든 자료가 검사의 수중에 남겨지게 됨으로써 피고인측은 그 자료를 열람할 수 없게 된데서 비롯된 것이다. 이와 같은 소송구조의 변화로 피고인측으로서는 변론준비를 위해서 검사가 소지한 증거를 사전에 아는 것이 불가능하게 되어버린 것이다. 그러나 입증단계에서 당사자주의가 기대하는 효과를 올리기 위해서는 피고인측이 입증준비를 위해서 검사가 소지하고 있는 어느 정도의 관계서류 및 증거물의 개시를 요구하지 않을 수 없는 바, 바로 여기에서 형사증거개시의 필요성이 생겨난다. 둘째, 실질적 당사자주의의 필요성이란 실질적 무기평등의 원칙의 실현에서 비롯되는 것이다. 즉 당사자주의는 당사자 쌍방의 무기평등을 전제로 하여 비로소 생각할 수 있는 형사소송법상 중요한 원리인데, 형사소송에 있어서 당사자 일방은 수사단계에서부터 강력한 권한을 갖는 검사임에 비하여 타방 당사자는 변호인에 의해 조력을 받는다고는 해도 아무런 강제권이 주어지지 않는 한 개인에 불과하기 때문에 실질적 힘의 균형이 무너지게 되고 따라서 무기평등의 원칙도 단지 형식적인 이념에 불과한 것으로 전락하게 된다. 따라서 검사의 압도적인 증거수집능력에 대하여 피고인측에 힘의 균형을 실어주기 위해서는 검사소지의 증거자료를 피고인측에게 개시하게 해야 한다는 필요성이 야기되는 것이다. 셋째, 신속한 재판을 위한 필요성은 피고인측이 검사의 수중에 있는 증거를 사전에 열람할 수 없으면 공판에서의 불의의 기습, 공판준비의 부족, 쟁점의 혼란 등에 의해 소송이 지연되고, 실체적 진실의

발견의 저해를 초래할 것이라는 우려에서 비롯되는 것이다.

이와 같이 실체적 진실발견과 피고인의 인권보호에 있어서 형사증거개시제도가 필요불가결한 제도임에도 불구하고 형사상 증거개시가 위증이나 증거인멸 등의 폐해를 초래할 수 있다는 점이 오랫동안 형사증거개시 반대론자들의 논거를 제공하여 왔다. 실제로 검사나 법관들은 증거개시에 의한 증인협박이나 위증교사에 대한 우려를 심각하게 받아들이고 있으며, 증거물의 파괴 및 멸실 등의 증거훼손의 우려도 제기되고 있다. 그러나 증거개시의 폐해라고 하는 것은 결국 검찰측의 입장에서 수사의 완결성 내지 성공적인 소추를 해할 수 있는 부분들만을 언급한 것이지 피고인에 대한 변호권강화를 위한 배려에서 나온 것은 전혀 없다. 또한 이러한 폐해들은 단지 우려일 뿐이지 이제까지 경험적으로 입증되었거나 현실적인 문제로서 불거져 나왔다고 보기 어렵기 때문에 그 타당성을 인정하기 곤란하다. 다만 이러한 우려나 위험들이 사법제도의 운영자체를 해하여서는 곤란하므로 입법정책적으로 제도가 필연적으로 수반할 수 밖에 없는 폐해들을 최소화하면서 본래의 취지를 실현할 수 있는 방향에서 논의가 전개되는 것이 바람직하다고 할 것이다.

3. 증거개시에 관한 비교법적 고찰

가. 미국의 형사증거개시

미국은 공판전 증거개시에 관해서는 연방형사소송규칙 제16조, 공판후의 증거개시에 관해서는 연방형사소송법 제3500조가 규정하고 있다. 이 외에 1970년 미국 법조협회가 간행한 ABA Standards(증거개시와 공판전의 절차에 관한 기준)가 증거개시를 검사와 피고인 당사자간의 권리의무관계로서 구성하는 법기술을 채택하였는데, 이것이 바로 1975년 연방형사소송규칙개정에 많은 영향을 미쳤다.

미국에 있어서 증거개시의 대상은 검사측이 가지고 있는 증거뿐 아니라 경우에 따라서는 피의자, 피고인측의 증거도 포함된다. 즉 검사 및 피의자, 피고인의 증거개시가 서로 상호적이기 때문에 증거개시청구도 당사자 사이에서 이루어지는데, 다만 검사의 증거개시의무 불준수시에 피고인측이 법원에 증거개시명령을 신청하여 법원에서 이를 심사한 후 명령을 발하는 형태이지 처음부터 법원의 명령에 의해서 이루어지는 것은 아니다.

미국은 당사자 개시의무와 법원의 개시명령의 실효성을 보장하기 위하여 개시제한명령과 개시의무위반에 대한 제재수단을 두고 있다. 증거개시제한명령이란 증인 기타 제3자에 대한 협박, 위증교사 등의 우려, 혹은 수사활동에 지장을 초래하는 정보누설, 증거인멸의 우려 등이 있다는 검사의 청구에 대하여 법원은 이러한 폐해의 우려가 개시의 이익을 초과한다고 판단하는 경우에는 열람을 금지·제한·연기하는 등의 명령을 내리는 것이다. 그리고 증거개시의무위반에 대한 제재수단으로서는 그 당사자가 개시하지 않은 증거를 공판에 제출하지 못하도록 하는 명령을 발할 수 있고, 그 외에 공판절차의 무효선언, 개시의무위반을

한 당사자에 대한 법원모독죄 인정, 공소기각, 해당증거의 증거능력배제 등을 인정하고 있다.

이에 비추어 볼 때 미국은 사법정의의 구현에 장애가 되는 요소에 대해 강력한 견제장치를 두어 사법질서의 유지와 피고인의 인권보장사이에 균형을 도모하고 있는 것으로 보인다. 즉 미국에서의 증거개시제도는 적법절차원리 실현의 한 일환으로 재판의 공정성과 피고인의 방어권보장을 위해 인정되어지는 것으로서 당사자주의 요청에 의해 상호개시가 이루어지는 것이 가장 특색이라고 할 수 있다. 또한 적법절차의 요청에 따라 검사는 피고인에게 유리한 증거를 개시할 헌법상 의무가 있음을 선언하고 이를 위반하면 헌법위반이라는 판례법이 형성되어 있다.

나. 독일의 변호인 기록열람

독일 형사소송법 제147조는 '변호인의 기록열람'이라는 표제하에 형사증거개시에 관한 상세한 내용을 규정하고 있다. 즉 독일은 변호인으로 하여금 수사종결 후 공소제기전에 모든 증거를 알 수 있는 기회를 제공함으로써 변호인측의 준비수단을 대폭 확충하고 있다. 다만 수사종결전에 수사내용을 위태롭게 만들 우려가 있는 경우에는 변호인의 열람을 제한할 수 있도록 하였다. 이러한 기록열람권은 변호인의 고유권한이며, 열람권의 대상은 법원에 있는 기록, 공소제기시 법원에 제출될 예정인 기록, 직무상 보관되고 있는 증거물 전부이다. 즉 피고인에게 유리하든 불리하든 해당 범죄에 대해서 수사단계에서 얻어진 자료의 정부를 검사가 법원에 제출하고, 변호인은 그중 어느 것이 변호에 도움이 될지를 독자적으로 검토하기 위해서 전부를 열람할 수 있도록 되어 있다. 기록은 그것이 수사기관에 의해 작성된 업무문서인가의 여부를 불문하고 죄책 내지 법률효과 문제와 관련이 있다면 전부 열람권의 대상이 된다. 이러한 변호인에 대한 정보개시가 개별적으로 제한되는 형태를 보면, 법원에서의 변호인의 기록열람단계에서의 정보유보, 검사에게서 법원으로의 기록송부단계에서의 정보유보, 기록을 보유한 공기관에서 수사기관으로의 제출단계에서의 정보 유보 등이 있다. 그리고 해당 사건에 관련성있는 자료는 변호인에게 개시되는 것이 원칙이지만 예외적으로 증거인멸의 방지, 증인의 보호, 수사상 비밀의 보호, 공익의 보호를 이유로 하는 정보개시제한이 있을 수 있다.

다. 일본의 변호인 열람·등사권

일본은 우리와 마찬가지로 당사자주의 소송구조하에서 공소장일본주의를 채택함으로써 검사의 수중에 있는 증거를 피고인측이 사전에 열람할 기회가 현저히 제약을 받게 되었다. 다만 일본 형사소송법은 제299조에서 당사자가 증거조사를 청구함에 있어서 만일 그것이 증인 등이면 상대방에게 그 성명, 주거를 알 기회를 주고, 또한 그것이 증거서류, 증거물인 경우에는 상대방에게 이것을 열람시켜야 한다는 취지를 규정함으로써 소위 증거의 개시를 요구하고 있다. 또한 일본 형사소송법 제321조 제1항 1호, 2호 후단의 서면 등의 조사청구에 대하여

서는 최소한 당해 증인의 신문종료전에 이것을 상대방에게 개시하여 반대신문의 기회를 주어야 한다고 해석됨으로 인하여 피고인측은 공판에서 제출되는 자기에게 불리한 증거에 의하여 불의의 기습을 받지 않게 된다는 최저한도의 보장을 받게 되었다. 그러나 검사소지의 자료중 피고인에게 유리한 것이 그대로 검사의 수중에 남겨져 있음에 따라서 공정한 재판의 실현이 저해될 우려가 있다는 점은 여전히 문제로 남게 되었다. 이 문제와 관련하여 일본 형사소송법 제300조는 피고인에게 유리한 증거의 조사청구의무를 검사에게 부담시킴으로써 약간의 배려를 하고 있지만, 그 대상이 동법 제321조 제1항 2호 후단의 검사면전조서로 한정되어 있을 뿐만 아니라 본래 피고인에게 유리하게 이용될 수 있는 증거의 제출권이 검사에게 주어짐으로써 사실상 시혜적인 성격을 갖고 있기 때문에 검사로부터 반드시 공판정에 제출할 것이 예정되어 있지 않은 증거의 개시의 필요성의 문제는 여전히 남게 되었다.

이와 관련하여 일본 최고재판소는 1969년 4월 25일 선고한 판결에서부터 법원의 소송지휘권에 기하여 검사의 수중에 있는 수사기록에 대하여 개시명령을 할 수 있다고 인정하기에 이르렀다. 즉 일본 판례는 피고인측의 반대신문 등의 준비와 반증준비를 위한 증거개시요청에 대하여 수소법원이 소송지휘권을 활용하여 첫째 증거개시가 필요하다고 인정되고, 둘째, 당해증거가 피고인의 방어를 위해 특히 중요하고, 셋째, 증거개시로 인한 폐해발생의 우려가 존재하지 않는다는 요건이 충족될 때에는 개개의 사안을 검토하여 개별적으로 증거개시를 허용함으로써 개별적 증거개시설의 입장을 취하고 있다. 그러나 증거개시가 소송지휘권에 근거를 두는 이상 제1회 공판기일 이전의 단계에서는 사실상 그 기능을 발휘할 수 없다는 한계가 있는 바, 현재 일본에서도 근본적인 문제해결을 위해서는 입법적 조치를 강구할 수 밖에 없다는 방향으로 견해가 모아지고 있다.

4. 현행 형사소송법 제35조 변호인의 열람·등사권의 내용 및 문제점

영미의 형사증거개시제도와 유사한 기능을 하고 있는 것이 현행 형사소송법 제35조의 변호인의 열람·등사권이다. 이는 형사소송절차에서 언제나 불리한 지위에 놓여 있고, 인권이 유리되기 쉬운 피고인의 지위를 보장하기 위하여 사법절차에 있어서의 피고인의 권리를 헌법상의 권리로서 보장하는 변호인의 조력을 받을 권리, 신속·공정한 재판을 받을 권리에서 도출되는 기본권이라고 할 수 있다.

현행 형사소송법 제35조의 규정에 의하면 수사기록에 대한 열람과 등사의 허용은 소송계속중의 관계서류 또는 증거물에 한정되므로 수사기관에서 수사중인 수사서류와 증거물에 대해서는 변호인에게 열람·등사권이 허용되지 않는다고 보아야 한다. 다만 소송계속중의 관계서류안에 공소장일본주의로 말미암아 공소제기후 검사가 보관하고 있는 수사서류가 포함될 수 있는가의 여부와 관련하여 변호인의 열람·등사권의 허용범위가 논란의 대상이 되고 있다.

공소장일본주의가 당사자주의를 강화하고

피고인의 무죄추정을 제도적으로 보장하기 위해 도입한 원칙임에도 불구하고, 오히려 이로 인하여 공소제기후 법원에 제출되지 않은 수사기록 등에 대한 열람·등사권을 부정하여 피고인의 방어권에 지장을 초래하는 것은 피고인과 변호인의 변론준비를 보장하기위해 규정된 동조항의 취지를 무의미하게 하는 일이 된다. 따라서 현행 형사소송법 제35조의 공소제기로 인한 소송계속중이라는 기본요건이 충족되는 한 검사가 법원에 제출하지 아니한 수사기록이나 증거물도 법원에 제출된 것과 마찬가지로 변호인의 열람·등사의 대상이 된다고 보아야 한다.

한편 현행 형사소송법 제35조는 열람·등사의 대상으로서 '관계서류 또는 증거물'이라고 규정하고 있을 뿐 구체적인 열람·등사의 대상에 대하여는 아무런 언급이 없지만 모든 수사기록이나 증거물이 그 대상이 된다고 보기는 어렵다. 즉 수사기록의 경우에는 기밀이나 보안유지의 필요성이 있는 부분이 존재할 수 있기 때문에 이러한 수사서류는 열람·등사의 대상에서 제외하는 것이 바람직하고, 다만 피고인의 공격과 방어에 필수적이고 증거인멸의 위험이 적은 증거물, 실황조사서, 피의자신문조서, 감정서 등은 제한없이 열람·등사가 허용되어야 한다.

변호인의 열람·등사권과 관련한 헌법재판소의 판례경향을 살펴보면 변호인의 열람·등사권의 문제를 재판전 혹은 재판진행중에 필요한 기록의 열람·등사와 재판이 완전히 종결되고 확정된 후 보관중인 기록의 열람·등사로 구분하여 후자에 대해서는 알권리를 근거로, 전자에 대해서는 알권리와 함께 신속한 재판을 받을 권리를 근거로 하여 열람·등사권이 헌법에서 당연히 도출되는 권리로 이해한다. 그러나 수사기록에 대한 열람·등사신청 거부처분과 관련하여 헌법재판소는 일관하여 기본권침해라는 논리를 제시하고 있지는 않으며, 거부처분의 위헌성을 확인하는 경우에 있어서 조차 열람·등사권의 제한사유를 광범위하게 인정하여 본질적으로 열람·등사권의 허용범위를 소극적으로 인정하고 있는 것은 바람직하지 못하다고 본다.

이와 같이 변호인의 열람·등사권이 헌법에서 도출되는 권리임에도 그 구체적인 규율의 근거가 법률이 아닌 대검예규로 되어 있다는 점은 결코 그 정당성을 인정하기 어려운 문제라고 할 것이다. 또한 열람·등사 불허가처분에 대한 구제절차가 미비되어 있어서 권리구제의 가능성이 희박할 뿐만 아니라 허가권자가 소송의 일방당사자인 검사로 되어 있어서 열람여부 판단에 공정성을 확보하기 어렵다는 문제점도 지적될 수 있다.

5. 입법론적 제언 및 결론

현행법상 검사가 보관 내지 소지하는 자료를 어떠한 범위내에서 어떠한 형태로 개시하는 것이 당사자소송에 있어서 실질적 당사자대등의 실현을 가능케하는 것이고, 검사의 공익의 대표자로서의 지위에도 부합하는 것인가를 구체적으로 고려해 볼 때, 현행 형사소송법 제35조에 대한 입법론적 논의가 불가피하다. 따라서 현행 변호인의 열람·등사권에 대한

입법론적 제언으로서 다음 몇가지를 제시하고자 한다.

첫째, 공소제기전 수사중인 관계서류 및 증거물에 대한 열람·등사를 허용하되 수사의 목적이 위태롭게 되는 경우에는 거부가 가능하도록 하는 단서조항을 두어 수사상 공익유지와 피의자의 방어권보호가 서로 균형을 이룰 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

둘째, 열람·등사권을 보다 실효성 있게 보장하기 위해서는 지금과 같이 법무부령이나 예규에 의해 규정되어 있는 열람·등사의 제한사유들을 가능한 한 축소하여 형사소송법의 열람·등사권에 관한 규정안에 직접적으로 명문화함이 바람직하다.

셋째, 법원의 증거개시명령에 대한 입법을 도모하여 향후 검사가 증거개시를 거부한 경우에 그 거부된 자료를 증거로 사용하지 못하게 하거나 그 거부로 인한 위법이 중한 경우에 공소기각과 같은 제재를 가할 수 있도록 피의자, 피고인의 증거개시청구권 및 법원의 증거개시명령의 실효성을 도모하는 것이 바람직하다.

넷째, 형사기록의 열람·등사에 관한 불복방법을 명문화하여 권리구제의 실효성을 도모할 필요가 있다.

그리고 이러한 불복장치는 당해 피고사건의 절차 내에서 활용될 수 있어야 하므로 검사의 수사기록의 열람·등사거부처분을 형사소송법 제147조의 준항고 대상에 추가할 필요가 있다고 생각한다.

함께 풀어봅시다 통권 제85호(2004년 9/10월호) 정답 및 당첨자

총 33통의 응모엽서 중 정답은 19통으로 정답자 가운데 엄정한 추첨을 거쳐 4명의 당첨자를 선정하였습니다.

[당첨자]

- 진주시 문산읍 삼곡리 195 삼성병원 문종현
- 진주시 망경동 88-12 바다약국 장혜영
- 부산시 서구 동대신동 3가 32-6 신태규
- 성남시 중원구 성남동 2868 박금수

당첨자에게는 소정의 상품(도서생활권 또는 문화상품권)을 우송하여 드리겠습니다.

단	풍	놀	이		우	연		목
열		음		사		산	림	욕
재	생		수	양	대	군		재
	존	경	심		사		사	계
인	권		가	훈		부	계	
산		유		장	물		절	도
인	지	상	정		물	가		지
해		증		절	교		명	사
	대	자	보		환	절	기	

형사절차와 협상

윤 동 호

(한국형사정책연구원
전문연구원)

1. 문제제기

피의자쪽과 형사사법기관 사이의 협상이 명시적으로 인정되기도 하는데, 대표적인 형태가 바로 영미법계의 'Plea Bargaining(답변협상)'이다. 대륙법계국가에 속하면서 검찰이 강한 기소법정주의에 구속되어있는 스페인과 이탈리아도 답변협상과 비슷한 판결협상을 인정함으로써 답변협상이 영미법계의 전형적인 현상이 아니게 되었으며, 기본적으로 직권주의 소송구조를 택하고 있는 독일도 판례를 통해 판결협상의 합법화 가능성을 인정하였다.

그러나 형사절차의 이념과 구조, 협상의 제도화여부에도 불구하고, 당사자의 의사를 입법에 반영하고 있고 형사사법기관의 '재량(裁量)'이 폭넓게 행사될 수 있는 절차와 소송구조에서는 협상은 등장할 수 있다. 한마디로 형사사법기관의 '재량'과 피의자의 '의사'가 교차하는 지점에서 협상은 언제든지 성립될 수 있다.

우리나라의 현행 형사절차에서도 협상의 통로가 발견될 수 있으며, 그 가능성이 있는가. 협상에 대해 우리의 형사절차는 어떻게 반응해야 하는가. 우리의 형사사법기관은 형사절차상 중요한 의미를 갖는 '자백'이 '협상'에 의해 얻어진 것이라면, 이에 대해 어떠한 평가를 내려야 하는가. 판결에 결정적인 영향을 미칠 수 있는 영미법계의 답변협상에 대해서 우리는 어떠한 반응을 보여야 하는가. 21세기 형사절차의 보편적 현상으로 자리를 잡아가면서 전세계적으로 팽창되고 확산되고 있는 협상현상에 국가형벌권은 굴복해야만 하는가.

2. 협상의 개념과 형태

'협상'이라는 개념은 넓게 보면 형사절차의 진행이나 형사처벌의 강약에 영향을 미칠 것이라는 기대 아래 형사절차관련자들 사이에서 이루어지는 합의, 약정, 거래 등을 말한다고 이해될 수 있다.

피의자쪽과 형사사법기관 사이의 협상의 형태는 그 기준에 따라 다양하게 분류할 수 있는데, 그 가운데 협상현상의 파악과 문제해결에 가장 의미있는 것은 대상에 따른 구별이다. 다시 말해 협상을 절차의 진행을 대상으로 하는 '절차협상'과 판결의 선고를 직접적이고

명시적인 대상으로 하는 '판결협상'으로 나눌 수 있다. '절차협상'은 다시 수사기관에서의 절차종료를 목적으로 하는 경우와 간이한 절차로의 이행을 목적으로 하는 경우로 나눌 수 있다. 불기소나 조건부기소중지(유예) 등이 전자(前者)의 예이다. 즉결심판절차·약식절차·간이공판절차 등이 후자의 예이다. 이러한 간이한 절차는 일반적으로 가벼운 형벌의 선고를 의미한다는 점에서 묵시적 판결협상으로 이해할 수도 있다. 해당국가가 마련한 정식의 공판절차로 진행되기 전에 사건을 종결한다는 점에서 이러한 협상도 '절차협상'에 포함시킬 수 있다.

3. 외국의 형사절차와 협상

유죄판결에 이르는 절차는 형사사법체계와 구조에 따라 매우 다양한데, 절차협상의 가능성은 적어도 실무에서는 전세계적으로 공통적인 현상이며 많은 국가가 이를 명시적으로 인정하고 있다. 이와 달리 대륙법계 국가인 스페인과 이탈리아도 판결협상을 1989년부터 시행하고 있지만, 판결협상은 여전히 영미법계 형사절차에서 중심적인 형상이며 영미법계의 많은 국가가 이를 인정하고 있다.

직권주의 소송구조를 기본적 입장으로 하고 있는 대륙법계는 협상에 대해 부정적인 시각을 견지하면서도 제도상으로는 협상이 자리할 수 있는 통로를 마련함으로써 묵시적으로는 협상의 가능성을 인정하고 있다. 절차의 간소화를 통해 묵시적인 판결협상을 인정하고 있다고도 할 수 있다. 절차가 간소화되면 간소화될수록 예상되는 형벌은 점점 낮아지는 것이 세계 각국의 공통적인 원칙인데, 대륙법계 형사사법체계에는 간소화된 절차가 다양하게 마련되어있기 때문이다. 또한 영미법계와 달리 대체로 협상이 비밀에 부쳐지고 있다. 대륙법계는 협상을 애써 외면하려고 하고 있다는 표현이 매우 적절할 것 같다. 다만 독일, 이탈리아, 스페인 등은 이러한 표현으로부터 다소 벗어나 있다. 독일의 판례는 모든 형사절차관련자들이 참여한 가운데 이루어진 협상은 허용되며, 법원은 협상에 구속되지는 않지만 협상의 결과를 존중해야 한다고 하였다. 이탈리아와 스페인은 영미법계의 답변협상과 비슷한 판결협상을 명시적으로 도입하였는데, 이탈리아는 피의자와 검사가 합의된 형량을 공동으로 신청할 수 있도록 하였다. 그리고 스페인은 피의자가 예심판사 앞에서 고백한 경우 사건이 신속하게 처리되고 동시에 고백 전에 이루어진 형량에 관한 사전접촉 내지 합의 내용이 공소장에 기재될 수 있도록 하였다.

절차협상의 가능성은 세계적으로 예외보다는 일반적인 것에 가깝다. 이는 수사기관이 법적으로든 실제로든 재량의 영역을 가지는 곳에서는 어디서나 유효하다. 프랑스와 네덜란드에서 활용되고 있는 재정적 기여를 통한 절차중지는 협상의 관점이 제도화된 것으로 이해할 수 있다. 공소제기와 관련한 자유재량이 존재하지 않거나 그러한 자유재량이 절차의 중지를 위해서 사용될 수 없다고 하더라도, 형사절차가 약식절차, 간이절차 등이 마련하고 있다면 협상의 여지는 여전히 남는다. 이것은 많은 형사소송법에서 심지어 법률적으로 고정되

어 있는 하나의 규칙으로 보여 진다.

판결협상의 형태와 종류는 다양하지만, 이는 피의자가 유죄라는 것을 인정하는 데에서 출발하고, 협상의 대상은 전적으로 형량이며, 거의 대부분 유죄인정에 대해 형량감면이 베풀어지거나 어쨌든 예상된다.

판결협상은 적극적으로 법관이 참여하는 경우를 제외하면 수사기관이 절차의 주도적인 역할을 하며, 재량권을 통해서 협상의 출발점을 결정한다. 피의자는 일반적으로 자신의 변호사를 통해서 판결협상에 참여한다. 기소권자는 실제로 법관의 역할을 전용하며, 법관은 대부분 관련된 협상을 승인하는 데에 만족한다. 변호인은 이중의 역할을 맡는다. 판결협상에서 피의자의 이익을 대변하면서도, 동시에 수사기관이 제시하는 유리한 조건을 경솔하게 잃지 않아야 한다.

판결협상에서 법관의 참작은 호주·캐나다·스코틀랜드 등에서는 금지되어 있고, 영국에서는 그러한 고려가 간접적인 형태로만 이루어지며, 미국에서는 법관과의 공개적인 선고협상은 많은 법원에서 관례적이다. 캐나다에서는 미국에서와는 달리 법관이 일반적으로 유죄답변의 자발성은 물론 사실적 기초도 심리하지 않으며, 당사자는 협상에서 이루어진 형벌이 법원에서 선고되었더라도 이에 대해 항소할 수 있다. 미국이나 캐나다에서와는 달리 영국의 기소권자는 형량에 입장을 표명하지 않는데, 따라서 구형량에 대한 협상은 아무런 필요가 없다. 그러나 유죄답변에 대해 형벌감경을 보장하는 법관의 실무가 협상의 유인으로 작용한다. 영국에서 형량감경의 근거는 어쨌든 '뉘우침'에 기인하며, 따라서 정식의 재판이 거의 끝나갈 무렵의 유죄답변에 대해서는 형벌감경이 이루어지지 않는다.

판결협상의 폐지를 위한 시도들이 이제까지는 철저하게 실패했다. 오히려 확산되고 있다. 미국에서는 답변협상을 음지에서 양지로 끌어내서 법적인 최소한의 규정에 통제를 받도록 하는 시도가 이루어졌다.

4. 한국의 형사절차와 협상

대륙법계에 속하는 우리나라의 형사절차에서도 절차협상의 통로는 열려 있으며, 판결협상의 가능성도 완전히 배제될 수 없다. 자수와 신고, 증거동의, 자백과 간이공판절차, 범칙금 통고처분과 즉결심판절차, 검사의 기소재량과 약식명령청구권 등이 협상의 통로로 이해될 수 있으며, 95%에 가까운 형사사건이 정식의 공판절차가 아닌 신속하고 간소화된 절차를 통해 처리되고 있는 것은 협상의 가능성을 강하게 추측하게 한다.

답변협상 내지 협상에 대해서는 찬·반론이 매우 치열하며, 이론적인 차원에서 그 논의가 완전히 종결되기는 어려울 것으로 생각된다. 그러나 형법이 국가형법이고 형벌권의 실현이 국가의 책무이며 동시에 그 실현에 있어 엄숙성과 신중함이 추구되어야하는 한, 형사사법체계는 이에 대해 부정적인 반응을 보여야 하며, 이 점이 정책적 선택의 중심에 놓여야 한다. 이러한 점에서 한국의 형사절차에서는 수사기관의 재량권의 축소화와 절차의 통합을 통해 절차협상의 가능성은 극소화되어야하며,

판결협상은 극히 예외적으로 허용되어야 한다. 판결협상의 제도화는 결코 타당하지 않다.

절차협상의 극소화 방안으로는 수사기관의 재량 자체의 축소 그리고/또는 통제, 증거동의 제도의 대상축소, 간이공판절차의 축소 내지 폐지 등이 고려될 수 있으며, 장기적으로는 절차의 통합이 요구된다. 수사기관의 재량 축소 내지 통제와 관련해서 먼저 즉결심판 청구대상의 축소를 통해 경찰의 재량을 축소할 필요가 있다. 이는 즉결심판절차도 일종의 심급관할에 준하는 성질을 가진다는 점에서, 범죄의 경중을 기준으로 심급관할을 정하는 경우에 법원조직법 제32조 1항이 법정형을 기준으로 하는 것과 비교해서도 입법론적 보완이 필요하다는 견해에 찬성하며, 입법론적으로 개선되기 전까지는 즉결심판절차법 제2조의 '처할'의 의미를 정책적으로 선고형이 아니라 법정형으로 해석할 필요가 있다. 다음으로 검사의 재량에 대한 통제는 약식절차와 관련해서는 벌금, 과료, 몰수 등의 법정형이 단독으로 규정되어 있는 경우에만 가능하도록 하는 것이다. 또한 피의자와 법관의 절차참여를 통해서도 검찰에 대한 통제가 이루어질 수 있다. 예를 들면 독일 형사소송법 제153조a의 조건부 기소중지결정에 관할법원과 피의자의 동의를 얻을 것을 요구하는 것처럼 우리나라 보호관찰부 기소유예의 경우에도 이를 요구하는 것이다.

그리고 간이공판절차와 관련해서는 그 대상범죄가 축소가 되어야 한다. 장기적으로는 보다 정확한 실태파악을 통해 간이공판절차의 폐지가능성도 면밀히 검토되어야하며, 동시에 다양하게 마련된 간소화된 절차들을 '단순하게' 통합하는 작업이 요구된다. 그 예로 즉결심판절차와 약식절차를 통합하여 하나의 절차, 예를 들면 경죄사건처리절차를 마련하고 나머지 사건은 모두 정식의 공판절차에서 처리하는 방안도 진지하게 모색될 필요가 있다.

판결협상에서의 자백 또는 유죄시인을 피의자·피고인은 언제든지 철회할 수 있다고 보아야 할 것이다. 형사절차에서 그리고 협상절차에서 피의자·피고인의 지위는 형사사법기관에 비해 절대적으로 열악하여, 수사기관과 대등한 정도로 사건에 대한 진실파악을 피의자·피고인에게 기대하는 것은 무리이기 때문이다. 수사기관에 의해 부풀려진 '과도한 입건(overcharging)'을 토대로 자백이 이루어질 가능성을 배제할 수 없다. 적극적이고 진지한 변호인의 도움으로 이러한 문제가 어느 정도 해소될 수 있다. 그러나 '약속은 지켜져야 한다(pacta sund servand)'는 법원칙에 피의자·피고인이 전적으로 구속될 정도로, 협상절차에서 수사기관과 피의자쪽 사이에 완전히 대등한 관계가 이루어질 수는 없다.

따라서 피의자·피고인이 협상에 의한 자백을 번복하여 발생하는 위험은 모두 형사사법기관이 부담해야 한다고 보아야 한다. 파기된 협상에 의한 자백은 현행 형사소송법 제309조 '기타의 방법'에 해당하는 것으로 보아, 그 자백의 증거능력을 부정하는 것이 타당하다. 위 사례들에 있어서 얻어진 자백의 증거능력은 모두 부정된다고 보아야 한다.

판결협상이 피고인에게 변호인이 있고 피고인, 검찰, 법원 등의 형사절차관련자들이 참여한 상태에서 이루어진 것이라면, 그 협상의

효력을 인정함이 타당할 것이다. 그러나 이는 협상에 참여한 피고인의 신뢰이익을 공정한 적정절차원칙에 의해 보호한 간접적인 결과이다. '약속은 지켜져야 한다'는 법원칙은 형사사법기관에만 구속력이 있으며, 따라서 협상의 파기에서 발생하는 위험은 전적으로 형사사법기관, 특히 법관이 부담한다. 법관이 판결선고에 대해 최종적인 책임을 갖기 때문이다. 이를 통해 피고인은 반사적 이익을 얻을 뿐이다. 이처럼 극히 예외적인 경우에만 불가피하게 판결협상의 합법화를 인정해야할 것이며, 제도화는 더더욱 안 될 말이다. 답변협상의 제도화에 선행하는 기소사실인부절차의 도입은 현행 형사실무에 도움이 되지도 않는다.

5. 결 론

형법이 국가형법을 유지하는 한, 그리고 형벌권의 행사권한이 국가에 있는 한, 협상과 같은 형사사건의 민사적인 종결은 허용하기 곤란하며, 그 가능성은 극소화되어야 한다.

세계 여러 나라의 공통적인 현상인, 형사사법기관의 사건처리의 부담은 협상과 같은 우회적이고 비정상적인 방식이 아니라 직접적인 방식으로 해소되어야한다. 처리해야하는 사건의 절대적인 숫자를 줄여야한다. 형법이론에서 가장 기본적이고 중요한 원칙인 '보충성원칙(Subsidiaritätsprinzip)'에 따라 정치(精緻)하면서도 강력한 비범죄화정책(Entkriminalisierungspolitik)이 끊임없이 추진되어야한다. 아울러 넘쳐만 가는 사건을 충실히 처리하기에 턱없이 모자라는 현재의 형사사법기관의 물적·인적 자원을 확대해야한다. 특히 판사의 정원을 대폭적으로 늘려야한다는 요청은 당장에 직면한 절대적인 기본과제이다. 이를 통해 형사사법기관이 협상의 유혹으로부터 벗어날 수 있도록 해야한다. 그래야 국가형벌권의 엄격성과 순수성도 회복될 수 있다.

경찰학개론(개정판) 이황우/조병인/최응렬 공저

장래 유능한 경찰관을 꿈꾸며 전국 대학의 경찰관련 학과에서 경찰학을 전공하는 학도들을 위해 우리 한국형사정책연구원이 [경찰학개론]을 출간하였다. 세 분의 학자가 공동 저술한 이 책은 체제와 내용을 경찰조직의 작동원리와 경찰의 발전방향 및 현대경찰의 변화방향에 맞추어 경찰시험을 준비하는 수험생과 현직 경찰관들의 필독서로도 활용될 전망이다.

책은 총론 편에서는 학습의 기초, 경찰의 조직, 경찰의 인사, 경찰의 활동, 경찰통제 등을 다룸으로써 '자율과 책임' 및 '견제와 균형'의 원리에 따라 작동되는 경찰조직의 역학관계를 터득하도록 유도한다. 각론 편에서는 경찰의 범죄대응체계를 비롯하여 선진경찰의 필수요건으로 논의되는 지역사회 경찰활동(Community Policing) 및 경찰의 공공질서 관리와 정보화시대의 새로운 경찰과제인 가상공간의 질서관리(Cyber Policing)를 다룸으로써 현대경찰의 변화방향을 깨닫도록 유도하고 있다. <46배판, 542면, 정가 23,000원>

이탈리아에 있어서 공범증인면책에 관한 소고

탁 희 성
(한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사)

1. 들어가는 말

오늘날 조직적으로 수행되고 있는 범죄행위는 불법행위를 통한 재산적 이익의 최대화를 목적[1]으로 국제적인 교통망과 금융시스템 및 정보통신기술을 이용하여 국내 및 국제적인 연계를 강화하고 있어 국내외적으로 해결되어야 할 중요한 범죄현상으로 인식되고 있다.

조직범죄는 그 특성상 내부적으로 강력한 통제장치를 두어 범죄의 계획·조정·실행 등 각 영역별로 철저히 분리함으로써 조직발각의 위험을 전체적으로 최소화하고 있을 뿐만 아니라, 불법적인 활동과 합법적인 활동을 접합함으로써 범죄 증거를 위장·은폐하고 있기 때문에 조직범죄에 대한 소추의 문제가 여전히 미해결 과제로 남아 있다. 이와 같이 조직범죄에 대한 물적 증거뿐만 아니라 증인마저 존재하지 않는 경우에는 범죄에 대한 형사소추 자체가 불가능한 위기상황이 초래될 우려가 있다.[2]

조직범죄는 기본적으로 범죄집단의 개별구성원들이 범죄조직의 수뇌부 또는 범죄의 전체적인 내용에 대해 알 수 없도록 정보를 차단하기 때문에, 비록 개별 범죄자들이 체포된다고 할지라도 그들이 다른 공범자나 조직의 내부적 구조와 관련하여 형사소추에 도움을 줄 수 있는 어떠한 진술을 할 수 있을 것을 기대하기는 어렵다. 그럼에도 공범에 의한 범죄사실의 공개가 범죄입증의 유일한 수단일 경우에는 공범증인의 확보에 주력하지 않을 수 없다. 왜냐하면 증거방법의 선택과 평가라는 맥락에서 공범증인은 매우 중요한 입증의 여지를 제공해 줄 수 있기 때문이다.

그러나 범죄조직의 구성원인 자가 당해 범죄에 대한 자신의 인지사실을 수사기관에 제공한다는 것은 자신의 안전을 담보로 하는 일이기 때문에 수사의 목적상 진술을 확보하는 일이 결코 용이하지 않다. 따라서 공범증인이 될 자에게 일정한 형사절차상의 혜택을 부여하는 방식으로 증인의 진술을 확보하는 방안으로서 논의되는 것이 바로 공범증인면책제도이다.

공범증인면책제도는 공범증인에 대한 형면책 - 형감경 내지 형면제 - 을 통하여 범죄입

1) Ulrich Sieber, “Logistik der Organisierten Kriminalität in der Bundesrepublik Deutschland”, JZ 1995, S. 758ff.
2) 이재상, “미국 형사소송법상 공범증인면책규정의 제도적 특성”, 형사정책연구 제8권 제4호, 1997, 239면.

증을 위한 증인진술을 확보함으로써 범죄조직의 핵심구성원을 처벌하고, 이에 의해 범죄조직 자체를 와해시키는 것을 목적으로 하는 범죄수사수단이다. 즉 작은 범죄를 저지른 자를 용서하는 대신에 사회적 피해가 큰 자를 제거하기 위해 만들어진 형사절차상 타협의 산물인 것이다. 따라서 이러한 공범증인면책제도는 그 성격상 일반범죄에 대한 수사기법이라기 보다는 테러범죄나 조직범죄와 같은 특수한 범죄영역에 적합한 것이라고 할 수 있다. 이러한 법적 장치는 전통적으로 반국가단체나 테러집단에 대한 주요한 형사정책적 프로그램의 일환이었으며, 최근에는 복잡한 인적 구성으로 이루어진 것이 특징인 조직범죄나 기업범죄 및 그 배후에 숨어있는 뇌물죄 등 공직관련범죄의 퇴치를 위한 효과적인 수단으로 인식되고 있다.[3)]

조직범죄가 야기하는 문제들로 말미암아 공범증인면책제도를 입법화하거나 실무상 활용하고 있는 나라들이 많이 있지만, 공범증인면책제도가 갖는 기능적 유용성과 효율성의 이면에 존재하는 법이론 내지 형사정책적인 문제가 그다지 적지 않은 비중으로 제기됨으로 인해 이를 한시법으로 규정하거나 그 활용에 있어서 적극적이지 않다. 그러나 마피아로 대표되는 범죄조직의 본거지라 할 수 있는 이탈리아에서는 공범증인면책제도가 어느 나라보다도 활발하게 활용되고 있다고 보여진다. 즉 이탈리아는 공범증인규정의 메카로 간주할 수 있는데, 그곳에서는 소위 정보원의 투입이 시칠리아 마피아의 구조를 밝혀내는데 결정적으로 기여한 바 있다.[4)]

따라서 본 논문에서는 공범증인면책제도가 어떠한 역사적 배경으로 나타난 제도이며, 그것이 이탈리아에서 어떻게 정착되고 활용되고 있는지에 관하여 간략히 검토해 보고자 한다.

2. 공범증인면책제도의 개념 및 연혁

행위자의 범죄를 밝혀내기 위해 공범자를 이용하고, 그에게 그에 대한 이익을 약속하는 실무는 약 200년 전부터 이미 영미 형사절차에서 활용되어 왔고, 오늘날에도 여전히 형사절차의 확고한 구성요소로서 존재하고 있다. 이러한 공범증인의 활용은 영국의 오래된 제도이자 18세기 보통법의 일부였던 Approvement에 그 기원을 두고 있다. Approvement는 공판중인 범죄에 대해서 뿐 아니라 다른 범죄에 대해서 자백을 행하는 것, 공범자의 이름을 명명하는 것, 그리고 그의 책임을 입증하는 것이 행위자에 대해서 허용된다는 것을 의미한다. 법원은 이와 같이 자백의 의사가 있는 행위자가 제공한 정보를 받아들일 수도, 거부할 수도 있었다. 이러한 방식으로 피고인이 나중에 무죄가 되면 approver는 사형을 선고받았으며, 반대로 피고인이 유죄판결을 받은 경우 approver는 왕의 은사를 받았다. 이와 같이 성문화되지 않은 공범증인의 실무와 함께 영국에서는 17-18세기 일련의 법률상의 조항들도 몇몇 있었는데 그 조항에는 은사가 요청되어질 수 있는 몇몇 요건들이 포함되어 있다.[5)]

3) 이재상, 앞의 논문, 240면.
4) Walter Gropp/Barbara Huber, Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität, 2001, S.981.

18-19세기 영국의 공범증인의 활용실무에 대하여 서술한 '영국 형사법의 역사와 1750년 대부터의 형사법의 집행'에 따르면 "법원은 항상 그의 공범자에게 죄책을 부담시키려는 경향이 있는 피고인을 찾고자 노력하며, 가장 최소한의 행위기여를 행했을 가능성이 있는 자를 선정하여 그로 하여금 자백을 하도록 부추겼다. 그리고 그에 대하여 왕의 은사를 약속했다. 그 당시에는 자백사건에 대한 은사의 약속이 형사정책적으로 유효하다고 믿었으며 실무에서도 대단한 신뢰를 받았다"고 기술되어 있다.

일반적으로 공범증인이라고 번역되는 독일법상의 'Kronzeugen'은 원래 영국법상 개념인 'Kings Evidence'를 독일어로 번역한 것이다. 즉 국가의 원수로서 군주가 존재하는 영국에서 공소의 제기와 증거의 제출은 국왕이나 여왕의 이름으로 국가를 통하여 이루어진다는 데서 유래된 이름인 것이다. 따라서 국가를 위하여 진술하는 공소인측 증인은 왕권의 이름으로 증언을 하는 것이 되고, 'Kronzeugen'은 바로 이러한 공소인측 증인을 뜻한다고 할 수 있다.[6] 또한 'Kronzeugen'이 반드시 재판정에서 증인으로 출석해야만 하는 것은 아니기 때문에, 범죄의 형사소추를 돕는 자라는 뜻의 'Aufklärungsgehilfe'로 쓰이기도 한다.[7]

이러한 공범증인의 개념은 시대에 따라 변화되어 왔다. 즉 원래는 영국의 어원에 상응하여 공범증인을 형벌을 면제받기 위하여 자신의 공동피고인에 대하여 진술을 하는 자로 이해하였다.[8] 그러나 오늘날에 있어서 공범증인은 그 자신은 처벌되지는 않으면서도 핵심적인 부담을 지는 증인으로서 진술을 하는, 가장 중요하고도 결정적인 증인을 의미하고 있다. 하지만 무엇보다도 공범증인을 다른 증인과 구분 짓는 특징은 그 자신에게 불리한 형사절차가 계류 중에 있다는 점에 그 본질이 있다. 따라서 그는 증인이 될 뿐 아니라 피고인도 되는 자인 것이다. 즉 그의 범죄와의 연관으로 말미암아 범죄의 해명시 뿐 아니라 다른 범죄자의 체포시 형사소추기관에 협조를 제공하는 것이 가능하게 되는 것이다. 그러므로 공범증인은 정보의 제공을 통해서 형사소추기관을 원조하고, 그 대가로 자신의 형사절차와 관련하여 이득을 얻는 자인 것이다.

3. 이탈리아에 있어서 공범증인면책제도

가. 역사적 발전 배경

다른 나라들과 마찬가지로 이탈리아에 있어

5) 행위자의 자백으로 인하여 둘 또는 그 이상 공범자에 대한 유죄판결이 가능한 경우에만 은사가 가능하도록 되어 있거나 또는 일정한 중요성을 가진 범죄에 대해서만 은사가 가능하도록 되어 있는 조항도 있었다: Wolf Middendorff, "Der Kronzeuge-Historisch-kriminologisches Gutachten", ZStW, 1973, S. 1111.

6) Heinrich D. Marquardsen, W.M. Best's Grundzüge des englischen Beweisrechts, 1851, S.88 Fn.1.; Michael Jager, Der Kronzeugen unter besonderer Berücksichtigung von §31 BtMG, 1986, S.1.

7) Dirk Lammer, "Terrobekämpfung durch Kronzeugen", ZRP, 1989, S.249.

8) Heinrich D. Marquardsen, a.a.O., S. 120; Stefanie Mehrens, Die Kronzeugenregelung als Instrument zur Bekämpfung organisierter Kriminalität, 2001, S. 19.

서도 공범증인면책제도는 가장 먼저 테러에 의해서 비로소 그 중요성을 부여받게 되었다. 즉 이탈리아는 1969년부터 1980년대까지 좌익 테러집단인 Brigate Rosse에 의해 심각한 위협을 받았다. 그러한 위협이 정점을 이루었던 것이 1978-79년 사이였으며, 그 당시 정치인이었던 Aldo Mora의 납치살인이 행해지는 등 테러리스트들에 의해 행해진 범행이 1979년 한해 만해도 2,513건에 이르렀다.[9] 이때까지만 해도 이탈리아는 테러를 목적으로 사람을 납치하는 범행에 관한 적극적인 회오의 규정(Art.189-bis Abs.4 c.p.)만 있었을 뿐 공범증인에 관한 규정은 존재하지 않았다.

결국 1979년 'collaborazione processual'이라고 불리워진 공범증인제도가 도입되게 되었다. 즉 Art.4 des L.6 febbraio 1980, n.15는 일반적인 테러범행에 대한 공범증인조항을 규정하였으며, 이 조항은 민주질서의 전복 또는 테러목표의 실행을 목적으로 하는 모든 범행에 적용되었다. 다만 위에서 언급했던 범주의 범행 가운데 무기징역형이 규정된 범행에 대해서는 명시적으로 공범증인조항의 적용이 배제되었다. 또한 이 법률의 Art.5에 의해 미수범에 대한 회오에 관한 규정이 "자발적으로 결과발생을 저지하거나 자세한 범죄해명과 공범자의 신원확인에 결정적인 증거자료를 제공한 자는 형이 면제된다"고 수정되었다. 이와 함께 1980년대에 자금세탁범죄와 관련하여서도 공범증인규정이 형법전안에 도입되었는 바, Art. 630 Abs.5 c.p.가 그것이었으며, 2년 후 이 규정이 보안되고 확대된 것이 das Gesetz L.29 maggio 1982, n.304였다. 이 법률들은 위에서 언급했던 L.6 febbraio 1980, n.15와 적용범위가 동일했으며, 다수의 공범증인 관련규정들을 포함하고 있었다.

그러나 결정적으로 이탈리아에 있어서 공범증인에 대한 첫 번째 중요한 경험을 제공했던 사건은 1980년 중반의 Cosa nostra 사건이었다. 이 사건에서 Pentiti[10]의 적극적인 협조로 범죄집단인 Cosa nostra의 내부구조와 중앙핵심구조가 파악되었을 뿐 아니라 마피아 구성원 개개인의 형법상의 죄책을 조사하는 것이 가능하게 되어 범죄조직 전체가 엄격하게 소추되는 성과를 올렸다. 그러나 이 당시만 해도 테러를 제외한 조직범죄에 있어서 Pentiti를 위한 특수한 형법상의 규정이나 공식적인 법률상의 개념이 존재하지 않았으며, 1990년대에 들어서 비로소 마피아범죄에 대한 효율적인 형사소추와 예방을 가능하도록 하기 위한 규정과 개념이 도입되었다. 즉 1990년대 들어 마약범죄에 관한 두개의 공범증인규정이 효력이 발생되었는 바, 허용되지 않은 마약의 경작·수출·수입·판매·정제 등에 관한 범죄에 적용되었으며, 마약관련범죄의 실행을 목적으로 하는 조직범죄에 대해서도 적용 가능한 공범증인조항이 마련되었다.[11] 이후 1991년에 Art.

9) Giorgio Bocca, Il terrorismo italiano 1970-78, 1978, S. 129-148.
10) 이탈리아어로 pentito의 개념은 회오자(Der Reuige)를 의미한다고 알려져 있으며, 테러영역에 있어서 최초의 공범증인이 pentiti로 명명되었다.
11) Art.73 Abs,7 und Art.74 Abs.7 D.P.R. 9 ottobre 1990, n.309.

8 L.12 luglio 1991. n.203 조항이 발효되었는데, 이 조항은 마피아조직의 구성 및 촉진 관련범죄 및 그 범죄의 실행시 행위자가 그 범죄정황에 기여했거나 동 조항에 언급된 조직활동을 원조하고자 하는 목적을 위해 행했던 행위에 대해 공범증인의 적용을 가능하게 한 규정이었다. 즉 마피아에 대한 형사절차에 있어서는 - 절차의 개시에 있어서 뿐만 아니라 절차의 효과적인 종결에 있어서도 - 공범증인의 진술이 매우 결정적인 중요성을 갖는다고 보게된 것이다. 이탈리아에 있어서도 공범증인 규정은 위에서 본 바와 같이 특정한 범죄영역에 대해서만 적용되는 것이지, 모든 유형의 범죄에 대한 일반적인 공범증인규정이란 존재할 수 없는 것으로 보았다.

나. 이탈리아에 있어서 공범증인의 개념

이탈리아에 있어서도 공범증인개념은 형법상의 적극적인 회오와는 구분되어지는 바, 그 결정적인 차이점은 적극적인 회오의 경우 법익침해의 영역에서 행해지는데 비해 공범증인은 침해된 보호법익과 전혀 연관성이 없으며 다만 절차적인 측면에서만 행해지는데 있다고 한다. 즉 적극적인 회오는 결과발생의 회피, 범죄행위에 의해 야기된 결과의 경감에 그 본질이 있는 반면에 공범증인은 형사소추기관을 위한 원조에 그 본질이 있다는 것이다.[12]

현재 이탈리아 법률용어에 있어서 공범증인에 대한 공식적인 개념으로서는 'collaboratore della giustizia'가 사용되고 있다. 이는 '사법기관에 협조한 자' 라고 번역될 수 있다. 이러한 표현은 넓은 의미로 이해될 수 있는 여지가 있어서 어떠한 방식으로든 실체진실의 발견에 기여한 자로 이해되었다.[13] 따라서 범죄적인 상황에서 비롯되지 않은 단순 증인도 그에 포함된다고 보는 견해도 있다. 하지만 일반적으로 'collaboratori'는 유책증인으로서 소추에 협조하고, 그에 대해 일정한 은사가 부여되는 공동피고인 또 공동정범을 의미하는 것으로 이해된다.

이러한 'collaboratore della giustizia'란 개념이 이탈리아 법률에 최초로 도입된 것은 1991년 Art.58-ter. ord. pen.에 의해서였다.[14] 이에 의하면 가벌적 행위 그 이상의 결과를 저지하거나 또는 범죄해명을 위한 결정적인 증거 수집시 형사소추기관에 도움이 되거나 범죄자의 체포 또는 신원확인에 구체적인 도움을 주고자 한 자를 'collaboratore'로 명명하고 있다. 다만 동 조항은 공범증인에 관한 정의만을 두고 있을 뿐이었으며, 그러한 공범증인의 형감경에 대한 구체적인 내용은 규정하고 있지 않았다. 공범증인에 대한 정의와 함께 그에 대한 형사면책의 구체적 내용은 Art. 8 L.12 Luglio 1991, n.203에 의해 규정되었다. 이 법률은 한편으로는 마피아 조직의 구성과 촉진과 관련된 범죄에 적용되었으며, 다른 한

12) Francesco C. Palazzo, Consumo e traffico degli stupefacenti, 2. Aufl., 1994, S. 187.
13) Oliviero Mazza, Pubblicita e collaboratori della giustizia, Riv. ital. dir. proc. pen.1994, S. 1521.
14) Carlo Ruga Riva, "Il premio per la collaborazione processuale come strumento di politica criminale", Tesi di dottorato, 1999, S. 190.

편으로는 Art.416-bis c.p.안에 규정된 정황에 기여하는 범죄의 실행 또는 동일조항 안에 언급된 조직의 활동을 원조하고자 하는 목적으로 행해진 범죄에도 적용되었다. 즉 이 법률은 그 적용범위를 규정함에 있어서 행위방식과 목적설정을 모두 고려한 것이라고 할 수 있다.

다. 공범증인면책의 요건과 효과

이탈리아법상 공범증인에 대한 면책이 부여되기 위해서는 몇 가지 요건이 충족되어야 한다. 먼저 공범증인은 범죄적 행위의 그 이상의 결과를 저지하고자 노력할 것을 요한다. 이 경우 결과저지의 노력이 다른 방식으로도 행해질 수 있지만 실무상 형사소추기관에 정보를 제공하는 방식 외에 마피아 조직을 일망타진하거나 무력화시키는데 적합한 대체수단은 생각할 여지가 없다고 한다. 이와 관련한 법원의 여러 판결에 있어서도 공범증인에게 요구되는 노력의 유형은 항상 정보공개의 방식으로 행해진다고 보고 있다.[15] 한편 이러한 공범증인에 의한 공개의 대상은 미수범, 계속범, 결과적 가중범이며, 따라서 그 이상의 결과의 저지는 개시되지 않은 결과적 가중의 저지 또는 미수범행의 완성을 저지하는 데에 그 본질이 있다. 또한 공범증인은 자신의 행위로 조직범죄의 그 이상의 계속 또는 조직의 계획에 해당하는 행위의 실현을 저지하고자 노력해야 한다.

다음으로 공범증인면책에 필요한 요건은 수사시 범죄해명, 범죄자의 신원확인 또는 체포시 결정적인 조언에 의한 구체적인 원조를 제공해야 한다는 것이다. 이탈리아 문헌과 판례들은 그 원조행위가 공범증인에 대해 진행된 절차의 대상이 되는 행위 및 행위자에 대한 공개와 연관성이 있어야 한다고 본다. 법원은 그러한 연관성이 기소의 시점에 존재하는가에 따라 공개행위를 평가하며[16] 또한 공범증인의 협조로 수집되어지는 증거가 수사의 결과에 있어서 중요한 것이어야만 한다고 본다.

마지막으로 요구되는 공범증인면책의 요건은 다른 범죄자로부터의 이탈이다. 이러한 이탈이 받아들여질 수 있는가를 판단함에 있어서는 공식적인 해명이나 특정한 이데올로기의 부인이 요구되지는 않는다고 한다. 다만 그 조직으로부터 최종적으로 이탈할 생각이었다는 것이 적절한 행위에 의해 입증되는 것으로 족하며, 이탈의 동기도 중요하지 않다고 한다.[17] 문제는 이탈이라고 하는 구성요건요소를 충족하기 위해 행위자가 어떻게 구체적인 행위를 해야만 하는가라는 점에 있는데, 입법자가 그러한 경우에 공범증인에게 요구하는 것이 무엇인가가 명확하지 않으며 판례도 아직까지 이러한 문제를 다루지 않고 있다고 한다.

공범증인의 형사면책에 관하여 규정하고 있는 이탈리아 법률 Art. 8 L.12 luglio 1991, n.203 에 의하면 범죄조직과 관계를 끊고 형

15) Stefanie Mehrens, Die Kronzeugenregelung als Instrument zur Bekämpfung organisierter Kriminalität, 2001, S.208.
16) Carlo Ruga Riva, a.a.O., S.48.
17) Giuseppe Spagnolo, L'associazione di tipo mafioso, 1997, S. 128.

사소추기관에 범행을 저지하거나 소추하는데 충분히 적합한 결정적인 증거를 제공한 공동피고인에 대해서는 형의 감경이 보장된다. 즉 무기자유형의 경우에는 12년에서 20년까지로 감형될 수 있으며, 유기자유형의 경우에는 최소 형량의 1/3, 최대 절반까지도 감형될 수 있다. 다만 법원이 Art.8을 적용하여 그 형을 감경해야 하는 전제조건이 존재하는 경우에 어느 정도 형은 감경되지만 구속력있는 척도 없이 법원의 재량에 의해 결정이 행해지기 때문에 어떠한 기준에서 그러한 재량을 행사하느냐 하는데 대한 문제가 남아 있다고 한다.[18]

Art.8 Abs.3은 공범증인의 진술이 진실에 반하거나 결함이 있는 경우에 대해서도 규정하고 있는 바, 그러한 경우 절차의 취소가 허용될 수 있도록 하고 있다. 즉 공범증인에 대한 판결을 선고했던 관할내의 항소법원에 일반검찰이 취소신청을 할 수 있으며, 그 취소신청이 허용되면 법원은 그 판결을 변경하고 새로운 양형을 개시해야 한다.

또 공범증인이 허위진술에 의하여 Art.368 c.p.의 구성요건을 충족하는 경우에는 최대 1/3까지 형가중이 초래된다.[19] 더욱이 그가 허위의 무고에 의해 Art.8에 의한 혜택을 향유했을 경우에는 형가중이 1/2까지 행해질 수 있다. 한편 공범증인은 특별한 보호프로그램에 참여할 수도 있으며 심지어는 형벌이 구금시설 밖에서 집행되어질 수도 있도록 되어 있다.

미국, 독일에서 일반적인 공범증인에 대한 형사소추의 면제가 보장될 수 있는 절차상의 해결방법이 이탈리아에서는 존재하지 않다.

라. 공범증인면책의 사용현황과 문제점

이탈리아에서 이러한 방식의 공동피고인에 대한 약속이 효과를 나타내면서 1991년 이래 특별히 보호되는 공범증인의 숫자가 끊임없이 증가하였으며, 1998년 초기에는 1200명에 이르렀다. 여기에는 공범증인으로 인하여 생명의 위협을 받는, 따라서 특별한 보호를 요하는 약 4000여명의 공범증인의 근친자들이 합산되어야 한다고 보면 그 수는 결코 무시할 수 없는 정도로 증가되었다고 할 수 있다.

하지만 이러한 보호프로그램의 비용·유형·방식은 항상 정치적인 논쟁을 야기했으며, 특히 이미 중범죄를 이유로 유죄판결을 받은 행위자가 공범증인으로서 형벌을 자유로운 상태에서 마치고 심지어는 국가로부터 돈까지 받는다는 것에 대해서는 비판이 가해져왔다. 더욱이 1997년 몇몇 마피아단원들이 적대적인 마피아조직과의 싸움을 계속하기 위해 공범증인으로 나와서 증인보호프로그램과 연계된 자유를 활용하여 중한 범죄 심지어는 살인까지 범한 것으로 나타나면서 마피아 대처를 위한 수단으로서 공범증인제도에 회의를 가진 자들에게 상당한 근거를 제공하게 되었다. 결국 공범증인규정을 옹호하는 자들도 pentiti에 의한 악용 - 진실의 일부를 제공함으로써 형사소추

18) Stefanie Mehrens, Die Kronzeugenregelung als Instrument zur Bekämpfung organisierter Kriminalität, 2001, S.177.

19) 이탈리아 형법 제368조(Art.368 c.p.)는 독일 형법 제164조의 허위의 무고와 동일한 구성요건을 두고 있다.

기관을 자신의 범죄목적에 사용하는 - 을 효과적으로 저지하기 위한 보호프로그램을 보다 낫게 규정하고 시행해야 한다고 주장함에 따라 정부는 공범증인에 관한 특별한 형집행과 보호프로그램에 관한 법률의 개정하기에 이르렀다.[20]

이에 따라 이탈리아 행형법 Art.4 bis ord. pem은 조직의 활동을 조장하기 위해 행했던 범행을 이유로 구금된 수형자에 대하여 조기석방의 예외가 행해질 수 있는가 하는 기준과 관련한 특정한 전제요건을 제시하고 있으며, 동법 Art.58-ter ord. pem은 그러한 은사가 주어질 수 있는 요건을 규정하고 있다. 이와 함께 매우 중요한 조항은 Art.13-ter, L.12 luglio 1991, n.203인데, 이는 증인보호에 관한 규정으로서 특별한 증인보호프로그램에 참여한 자에 대해서 적용된다고 한다.

4. 맺음말

조직범죄의 대처수단의 하나로서 공범증인면책제도는 여러 나라에서 언급되고 있을 뿐 아니라 실제로 법제화되어 있거나 실무상 활용되고 있는 제도이다. 그러나 이탈리아와 미국을 제외하고는 조직적으로 행해지는 범죄에 대처하기 위한 영역에 있어서 공범증인의 도입이 사실상 그다지 중요한 역할을 하지 못하고 있는 것으로 나타나고 있다.[21] 이는 조직범죄문제가 국가에 대한 심각한 위협으로 다가오지 않는 한 공범증인규정이 그다지 효율적이지 못하다는 것을 반증하는 것이라고 보여 진다. 즉 조직범죄가 국가를 위태롭게 할 정도에 이른 경우에야 비로소 공범증인규정이 형사소추기관들로 하여금 조직범죄를 파악하게 하는데 적합한 도구로서 사용되고 있다는 것이다.

이와 같이 공범증인규정의 효율성에 대해 제기되는 의문들과 공범증인면책이 초래하는 헌법상의 평등원칙과 형사소송법상의 무기평등원칙의 침해에 대한 이론적인 비판에도 불구하고, 공범증인면책제도는 사회에 심각한 피해를 유발하는 조직범죄에 대한 대처수단의 하나로서 포기할 수 없는 이점을 가지고 있는 것도 사실이다. 즉 피해자 없는 범죄의 입증이라는 소추상의 난점을 해결해 줄 수 있는 돌파구가 될 수 있기 때문이다.

국가가 범죄인과 거래 내지 타협을 한다는 것은 바람직하지 못하다. 그러나 형사사법의 공정성과 신뢰성을 바탕으로 합리적인 범위내에서 거래와 타협을 행함으로써 보다 큰 실체적 진실의 발견이라고 하는 형사소송법상의 최고이념을 확보할 수 있다면 어느 정도 국가형벌권의 포기도 용인되어질 수 있으리라는 점에서 공범증인면책제도에 관한 논의를 시작할 수 있을 것이다.

---

20) http://www.giustizia.it/ministro.

21) Walter Gropp/Barbara Huber, Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität, 2001, S.982.

한국형사정책연구원 소식

ISPAC 회의 참석

연구원 이태훈 원장은 12월 1일(목) 7일간의 일정으로 이탈리아 꾸르마이어에서 개최된 ISPAC(International Scientific and Professional Advisory Council) 회의 참석하였다.

이번 ISPAC 회의 참석에서는 우리 연구원이 UNODC 가입 연구기관으로서 형사사법개혁과 관련하여 유엔과의 협력을 강화하고, 외국 형사사법 연구기관과의 협력네트워크 구축을 위하여 ISPAC 및 UNPNI 관계자들과의 연쇄접촉을 가지며 상호협력 방안을 논의하였다. 또한 내년 4월에 태국 방콕에서 개최될 예정인 제11차 UN범죄방지회의의 컴퓨터범죄 관련 워크샵을 위한 사전준비회의가 각국의 대표단들이 참석하에 2005년 1월 14일-15일 이틀간의 일정으로 우리 연구원에서 주관하여 서울에서 개최하기로 합의하였다.

이번 회의 참석에는 장준오 기획조정실장과 김한균 박사가 수행하였다.

연구원 발전을 위한 워크샵 개최

연구원은 12월 16일(목)-17일(금) 이틀간의 일정으로 경기도 양평 용문산 국민관광지에서 창립 15주년을 맞이하여 자유로운 토론을 통하여 연구원 발전방안을 모색하고, 직원들 상호간의 친목과 단합을 도모하기 위하여 전직원이 참석한 가운데 워크샵을 가졌다.

이번 워크샵의 일정으로는 용문산 산행, 체육활동, 각 분임토의반별 발표 및 토론, 비디오 상영(신화창조의 비밀), 직원들 상호간 화합의 장 마련 등으로 진행되었다.

이날 워크샵 분임토의 결과에서 도출된 의견들은 연구원 중장기발전계획, 제도 및 규정 정비에 적극 반영할 계획이며, 또한 최우수 분임반을 선정하여 연말 종무식에서 포상을 할 예정이다.

형사정책연구자문회의 개최

12월 15일(수) 연구원 12층 회의실에서 고려대학교 사회학과 김준호 교수 외 자문위원 20여명이 참석한 가운데 중장기 발전방향 및 연구사업 수행을 위한 형사정책연구자문회의를 개최되었다.

이번 회의는 기획조정실장의 개요 설명에 이어서 난상토론으로 진행되었으며, 이날의 자문위원들의 의견들은 2005년도 연구사업 등 기타 연구관련 사업에 반영될 계획이다.

2004년 추계 학술회의 개최

연구원은 12월 2일(목) 한국교원단체총연합회관 2층 대회의실에서 한림대학교 법학연구소와 공동으로 “동북아시아 마약문제의 실태와 해결방안”이란 대주제로 추계 학술회의를 개최하였다.

이번 학술회의에서는 각 주제발표자로 대검찰청 정대표 마약과장, 중국 인민대학교 王作富 教授, 日本 宇都宮少年鑑別所 小柳武 所長, 한림대학교 법학부 이건호 교수, 한국형사정책연구원 마약조직범죄연구센터 신의기 소장 등이 각각 주제발표를 하였다.

새로 들어 온 책

자료문의: 02-575-5284
http://www.kic.re.kr

[정기간행물]

- 警察學論集 v. 57 no. 11
- 犯罪社會學硏究 v. 29
- 犯罪學雜誌 v. 70 no. 5
- 法律時報 v. 76 no. 11
- 中國 刑事法 72期
- Jurist 2004 10/15
- 判例時報 11/21
- American Criminal Law Review v. 41 no. 3
- American Journal of Drug & Alcohol Abuse v. 30 no. 4
- American Sociological Review v. 69 no. 4
- Annhual Review of Sociology v. 30
- Computer und Recht 11/2004
- Criminal Justice and Behavior v. 31 no. 6
- Deutsche Richterzeitung(DRiZ) 10/2004
- Deviant Behavior v. 25 no. 6
- Goltdammer's Archiv für Strafrecht(GA) 9/2004
- International Journal of Offender Theraphy and comparative Criminology v. 48 no. 6
- Journal of Criminal Justice v. 32 no. 6
- Journal of Interpersonal Violence v. 19 no. 12
- Juristenzeitung(JZ) 22/2004
- Juristische Ausbildung(JURA) 12/2004
- Juristische Rundschau 8/2004
- Karlsruher Juristische Bibliographie(KJB) 10/2004
- Kriminalistik 10/2004
- Medizinrecht 10/2004
- Monatsschrift für Deutsches Recht(MDR) 22/2004
- Neue Juristische Wochenschrift(NJW) 49/2004
- Neue Zeitschrift für Strafrecht(NStZ) 11/2004
- NstZ-RR 11/2004
- Österreichische Juristenzeitung(ÖJZ) 22/2004
- Recht und Politik 3/2004
- Social Forces v. 83 no. 1
- Social Problems v. 51 no. 4
- Sociological Quarterly v. 45 no. 3
- Strafverteidiger(StV) 10/2004
- Theoretical Criminology V. 8 no. 4
- Wistra 10/2004
- Zeitschrift für die Gesamte Strafrecht swissenschaft(ZstW) 3/2004
- Zentralblatt für Jugendrecht 10/2004

[단행본]

- Criminology:theories, patterns, and typolog ies/Siegel, Larry J.-Belmont: Wadsworth, 2004.
- Crime and criminology/Reid, Sue Titus-Boston: McGraw-Hill, 2003.

- Criminology: using microcase explorit/ Messner, Steven F.-Belmont: Wadsworth, 2004.
- Corrections in the United States/ Champion, Dean J.-New Jersey: Pearson Education, Inc, 2005.
- Introduction to criminal justice/Bohm, Robert M.-New York:The McGraw-Hill Companies, Inc, 2005.
- Crime and justice in America/Territo, Leonard-New Jersey: Pearson Educa tion, Inc., 2004.
- Corrections/Reichel, Philip L.-Boston: Allyn and Bacon, 2001.
- Juvenile delinquency/Bartollas, Clemens-Boston:Pearson Education, Inc, 2003.
- Corrections in America/Allen, Harry E.-New Jersey:Pearson Education, Inc., 2004.
- Classics of criminology/Jacoby, Joseph E.- Illinois: Wavelan Press, Inc., 2004.
- Juvenile justice in the Making/Tanenhaus, David S.-New York: Oxford University Press, Inc., 2004.
- Criminal justice:concepts and issues/ Eskridge, Chris W.-California:Roxbury publishing Company, 2004.
- Crime and employment:critical issues in crime reduction for corrections/Krienert, Jessis L.-California:AltaMira Press, 2004.
- Sexually coercive behavior:understanding and management/Prentky, Robert A.-New York:(the) New York Academy of Sciences, 2003.
- Cyberstalking:harassment in the internet age and how to protect your family / Bocij, Paul-Connecticut:Praeger Puvlishers, 2004.
- Juvenile delinquency:(A) sociological approach/Bynum, Jack E.-Boston:Allyn and Bacon, 2005.
- (The) psychology of interrogations and confessions:(a) handbook/Gudjonsson, Gisli H.-West Sussex: Wiley&Sons, Ltd, 2003.
- Criminal justice:(an) introduction to philosophies, theories and practice/Marsh, Lan-London; New York: Routledge, 2004.
- When prisoners come home:parole and prisoner reentry/Petersilia, Joan-New York: Oxford University Press, Inc., 2003.
- International crime and punishment/Yee Sienho-Lanham: University Press of America, Inc., 2003.
- Criminal investigation/Palmiotto, Michael J.-New York:University Press of America, 2004.
- (The) politics of community policing:(the) case of seattle/Reed, Wilson Edward-New York:Garland Publishing, Inc., 1999.
- Drugs, crime & justice/Gaines, Larry K.-illinois: Waveland Press, Inc., 2003.
- Ethics in an aging society/Moody, Harry R.-Baltimore; London: (The) Johns

Hopkins University press, 1992.
- Hard cop, soft cop:Dilemmas and debates in contemporary policing/Burke, Roger Hopkins-Devon:Willan Publishing, 2004.
- Crime control as industry:towards Gulags, western style/Christie, Nils-London;New York: Routledge, 2000.
- Community relations concepts/Pace, Denny F.-california:Wadsworth, a division of Thomson Learning, Inc., 2003.
- Drugs and crime/Bean, Philip-Devon: Willan Publishing, 2004.
- Crime and punishment:(a) history of the criminal justice system/Roth, Mitchel P.-California:Thomson Wadsworth, 2005.
- 犯罪人引渡法の研究, 삼하충, 成文堂, 2004.
- ケイスメソッド刑法各論, 선산태범, 不磨書房, 2003.
- 法學部生のための法醫學と醫事刑法, 전중규이, 成文堂, 2003.
- (新版)犯罪報道の犯罪, 천야건일, 新風舍, 2004.
- インタ-ネット犯罪大全, 기등정수, インフォバ-ン, 2004.
- ケイスメソッド刑法總論, 선산태범, 不磨書房, 2003.
- ケ-ススタディ刑法, 정전 량, 日本評論社, 2004.
- 刑法の基本思考, 중촌 면, 北樹出版, 2003.
- 犯罪學原論, 등본철야, 日本加除出版, 2003.
- (新版)圖解 刑法, 토본무사, 立花書房, 2003.
- 安樂死と刑法, 갑비극칙, 成文堂, 2003.
- 刑事訴訟法, 사기가박, 有斐閣アルマ, 2002.
- ロクシン刑法總論:第1卷 基礎·犯罪論の構造, 평야용일, 信山社, 200
- クロ-ズアップ刑法總論, 산구 후, 成文堂, 2003.
- ロ-スク-ル刑法總論, 정야삭, 信山社, 2004.
- ロ-スク-ル刑法(上) 刑法總論, 정상영치, 辰已法律研究所, 2004.
- マス·メディアの犯罪: 日本の惡口, 不安をあおる反日メディア斬る, 무전용부, 日新報道, 2003.
- スト-カ-犯罪:被害者が語る實態と對策, 추강사, 青木書店, 2003.
- 國際犯罪と國際刑法, 산안수, 早稻田出版, 2003.
- アメリカの國家犯罪全書, ブルム, ウィリアム, 作品社, 2004.
- クレジットカ-ド犯罪トラブル對處法:カ-ドの基礎知識から現下の諸課題, 말등고의, 民事法研究會, 2004.
- 形法學者 牧野英一の民法論/백우우삼-東京: 中央大學出版部, 2003.
- 犯罪被害者支援とは何か:附屬池田小事件の遺族と支援者による共同發信, 주정조혜, ミネルヴァ書房, 2004.
- ロ-スク-ル刑法(下) 刑法總論, 정상영치, 辰已法律研究所, 2004.
- 各國의 國家訟務制度 (Ⅱ), 법무부, 2004.

함께 풀어봅시다

1		2			3	4		5
				6		7		
8	9		10		11			
	12						13	
14			15	16		17		
		18		19	20		21	22
23					24			
				25			26	
	27				28			

[가로열쇠]

1. 북한이 핵무기를 못 만들게 하려고 미국 등 6자회담이 계속 추진 중이죠.
3. 이양이면 ○○○○
5. 야채반찬 중에 ○○소배기
7. 가내공업의 형태로 손으로 기구를 사용하는 소규모의 공업
8. 3~12세 정도의 어린이를 지칭하는 말
9. 유난히 큰사람(자이언트)
10. 우리나라 제주감귤과 비슷한 과일
14. 한적한 길을 운전하며 경치를 즐김
17. 그 애비의 그 자식
20. 시력이 안 좋아서 유행하는 최근의 안구수술로 외래어
21. ○○와 성자와 성신의 이름으로
22. 가볍게 걷는 것을 지칭하는 말로 구보의 반대
24. 사법○○, 외무○○, 행정○○ 등 시험
25. 상품 카다로그나 팜프렛 말고 기업을 홍보하기 위하여 만드는 책자
27. 여러 사람들 가운데서 뛰어남
28. 부처님의 큰 자비(○○대비)

[세로열쇠]

2. 주인 없는 산이란 뜻의 사자성어
3. 심순애가 이것 때문에 이수일을 배신?
4. 경찰은 국가와 사회질서를 위해 ○○유지
6. 사람이 살지 않는 섬
11. [π]는 그리스어의 열여섯째 자모(애플○○)
12. 윗사람에게 잘 보이기 위해 하는 행동
13. 어떠한 종교를 신앙하는 사람
15. 제2의 밥으로 자리 잡은 꼬불꼬불 한 면
16. 잘한다, 신난다 등에 쓰는 감탄 외래어
18. 비빔밥의 본고장
19. 최고의 시절(영자의 ○○○○)
22. 불이 나면 울리는 기기(화재○○○)
23. 아침에 해가 뜨는 모습
26. 알맞게 조절함.

응모요령 : 풀이난의 빈칸을 채운 다음 관제엽서에 붙여 우송하여 주시는 분 중에서 정답자 4명을 추첨하여 소정의 상품을 드리겠습니다.
마 감 : 2005년 2월 12일(토)까지
보내실 곳 : 137-715 서울시 서초구 우면동 142 한국형사정책연구원 출판실

한국형사정책연구원 발간

[개정판]

경 찰 학 개 론

이 황 우 (동국대 경찰행정학과 교수)
조 병 인 (한국형사정책연구원 연구실장)
최 응 렬 (계명대 경찰행정학과 교수)

장래 유능한 경찰관을 꿈꾸며 전국 대학의 경찰관련 학과에서 경찰학을 전공하는 학도들을 위해 우리 한국형사정책연구원이 [경찰학개론]을 출간하였다. 우리 연구원의 조병인 연구실장(동국대학교 경찰행정학과 졸업)과 동국대학교 경찰행정학과의 이황우 교수(초대 경찰학회장) 그리고 계명대학교 경찰행정학부의 최응렬 교수(동국대학교 경찰행정학과 졸업)가 공동 저술한 이 책은 체제와 내용을 경찰조직의 작동원리와 경찰의 발전방향 및 현대경찰의 변화방향에 맞추어 경찰시험을 준비하는 수험생과 현직 경찰관들의 필독서로도 활용될 전망이다.

책은 총론 6개의 장과 각론 4개의 장을 합하여 모두 10개의 장으로 구성되어 있다. 총론 편에서는 학습의 기초, 경찰의 조직, 경찰의 인사, 경찰의 활동, 경찰통제 등을 다룸으로써 '자율과 책임' 및 '견제와 균형'의 원리에 따라 작동되는 경찰조직의 역학관계를 터득하도록 유도한다. 각론 편에서는 경찰의 범죄대응체계를 비롯하여 선진경찰의 필수요건으로 논의되는 지역사회 경찰활동(Community Policing) 및 경찰의 공공질서 관리와 정보화시대의 새로운 경찰과제인 가상공간의 질서관리(Cyber Policing)를 다룸으로써 현대경찰의 변화방향을 깨닫도록 유도하고 있다.

한국형사정책연구원
137-715 서울시 서초구 우면동 142
TEL 571-0363, FAX 571-7488

형사정책학에 관한 본격적 교과서 등장
사법시험 고득점에 든든한 길잡이
국내외의 최신 이론과 자료를 망라한 역작
국책 형사정책 전문연구기관의 연구성과 축약

韓國刑事政策硏究院 刊

[제7판]

刑 事 政 策

박 상 기(연세대 교수)
손 동 권(건국대 교수)
이 순 래(원광대 교수)

최근 형사정책학의 비중과 이에 대한 관심이 고조되고 있다. 본서는 형사정책을 공부하는 학생에게 학업과 수험준비를 위한 길잡이가 되고 범죄문제를 다루는 실무가들이 형사정책학을 쉽게 이해하고 실무에 활용할 수 있도록 할 목적으로 저술하였다.

본서의 특징은 세 사람의 저자가 전공분야별로 가장 최신의 이론과 자료를 활용하여 집필함으로써 완성도를 높이고자 노력하였으며, 형사정책에 관한 전문·국책연구기관인 한국형사정책연구원이 그동안 연구한 600여건의 연구보고서의 내용을 빠짐없이 반영하여 우리 형사정책학의 현주소를 밝혀주고 있다는 데에 있다. 아울러 외국의 최신자료까지 최근의 세계적인 형사정책 연구결과를 소개하는 데도 관심을 기울였다.

한국형사정책연구원
137-715 서울시 서초구 우면동 142
TEL 571-0363, FAX 571-7488

학술연구지 [형사정책연구] 투고 안내

학술연구지 **[형사정책연구] 제16권 제1호(통권 제61호, 2005 · 봄호)**에 게재할 논문을 아래와 같이 모집합니다.

1. 제출 및 게재

가. 한국형사정책연구원에서 발간하는 학술지 **[형사정책연구]**에 게재되는 논문은 형사정책관련 분야의 학술적 독창성이 있어야 하며, 발표되지 않은 것이어야 한다.

나. 제출된 원고는 당 연구원 관련규정에 따라 간행물출판위원회에서 심사위원을 선정, 심사를 하여 게재여부를 결정하며, 원고 내용의 수정요청이 있을 경우 필자는 이에 응하거나 거부할 수 있다.

다. 원고 집필자의 자격은 학계의 대학교수, 실무계의 변호사, 판사, 검사 등 형사정책관련 분야의 박사학위 취득자 및 연구경력자로 한다.

라. 당 연구원 간행물출판위원회에서 심사결과 채택된 원고는 매호 발간 후 연구원 관련 규정에 따라 소정의 원고료를 지급한다.

2. 원고 집필요령

가. 논문의 구성

1) 제목(국·영문 혹은 국·독문)
2) 본문(각주 포함)
3) 참고문헌
4) 국 · 영문초록(영문 또는 독문) : A4용지 single space 1-2매 정도 분량(제목, 필자명, 소속 및 직책표기)
5) 주제어 표기(국·영문)

나. 논문작성 요령

1) 한자의 혼용여부 : 국·한문 혼용원칙으로 하되 필요한 경우 영문 또는 독문도 괄호안에 넣을 수 있다.
2) 주 처리방법 : 각주는 논문 하단에 위치하되 일련번호를 명시한다.
3) 단위의 표기 : Ⅰ., 1., 가., 1), 가) 순으로 구성하며. 반드시 제목 위, 아래 한 행씩을 띠어준다.
4) 참고문헌 : 국내문헌, 일본문헌, 구미문헌의 순으로 저자별 가나다 및 알파벳순으로 하되 단행본, 논문의 순으로 정리, 단 일본문헌의 순서는 우리식의 한자발음에 의하여 가나다 순으로 정리하고, 영미문헌의 경우에는 저자의 성을 먼저 기록한 후 이름을 기록하고 책명, 발행년도 순으로 구성한다.
5) 표와 그림은 구분하여 일련번호를 명시한다. 본문에 표와 그림이 들어갈 자리를 명시하며, 표의 제목은 표의 상단 우측부터 시작하고, 그림은 하단의 중앙에 반드시 위치하도록 한다.
6) 주제어는 본문 맨 뒤에 국 · 영문으로 반드시 표기하여야 한다.

3. 원고분량 : 원고 집필은 아래아한글 워드프로세스를 사용하여 A4용지에 80컬럼 27행으로 15-20매 내외로 하며, 글자는 11포인트 크기로 한다.

4. 투고기간 : 2005년 2월 28일(월)까지
(3월말 발간 예정)

5. 보내실 곳 : 137-715 서울시 서초구 우면동 142
한국형사정책연구원 출판실
(담당 : 김능겸)
전화 : 02-571-0363, 3460-5153
팩스 : 02-571-7488
e-mail : kneky@kic.re.kr