

연구총서 14-B-11

한국과 중국의 형사사법과 교정처우에 관한 비교연구

Comparative Study on Criminal Procedures and
Corrections of Korea and China

정진수 | 하태훈 | 최군용 | 김광호

KiC KOREAN
INSTITUTE OF
CRIMINOLOGY

발 간 사

최근 한국과 중국이 정치적으로 가까워지면서 경제교류나 민간교류가 매우 활발해 지고 있습니다. 한중 양국간의 협력과 교류는 동북아의 안정과 번영을 위해서도 필요하며 앞으로도 지속적으로 확대되어야 할 것입니다. 그러나 한중간의 교류가 활발해지면서 불행히도 마약, 조직범죄, 보이스피싱과 같은 초국가적 범죄도 증가하고 있어 이에 대한 사법공조와 공동연구의 필요성도 증대하고 있습니다. 한중 양국간의 사법공조에 있어서는 상대국가의 형사법과 형사사법체계에 대한 기초적인 이해가 필요하며 이를 바탕으로 세부적인 협력방안을 마련하고 공동연구를 수행해 나갈 수 있을 것입니다.

그동안 한국은 주로 대륙법계의 영향을 많이 받아왔고 중국은 구소련법과 사회주의 법체계의 영향을 많이 받아 왔습니다. 그리하여 양국은 지리적으로는 매우 가까우면서도 상호 형사법제와 형사사법에 대한 이해는 크게 미흡한 실정입니다.

그러나 이제 한국과 중국은 상호간의 이해를 바탕으로 하여 아시아 지역의 형사정책 발전에 기여하고 아시아의 특성에 맞는 형사정책을 함께 개발해 나가야 할 것입니다.

이번 연구를 통하여 형사소송법 분야에서는 한중 양국의 형사소송법 개정 동향과 주요 이슈를 살펴보고 나아가 강제수사절차, 증거법, 형사절차에의 국민참여 등을 살펴보았습니다. 그리고 범죄자 교정처우의 영역에서는 양국의 시설내 교정과 사회내 교정의 주요 제도에 대해 살펴보았습니다.

아무쪼록 이 연구가 한중 양국의 형사사법 제도에 대한 이해와 상호 교류를 통한 발전을 이루어 가는 데 일조할 수 있기를 기대합니다. 끝으로 이 연구에 참여하여 주신 중국 연변대학교 최군용 교수와 김광호 교수, 고려대학교 하태훈 교수와 한국형사정책연구원 정진수 선임연구위원의 노고를 치하합니다.

2014년 12월

한국형사정책연구원장 

목 차

국문요약	9
제1장 서론 (정진수)	11
제1절 연구의 목적과 의의	13
제2절 연구의 방법과 내용	14
1. 연구내용	14
2. 연구방법	16
제2장 중국의 형사사법 개요 (정진수)	17
제1절 중국의 일반 현황	19
제2절 중국의 형사사법기관	20
1. 사법기관	20
2.公安기관	20
3. 인민검찰원	22
4. 인민법원	24
제3장 중국과 한국의 형사절차에 관한 연구 (하태훈·김광호)	27
제1절 중국	29
1. 형사소송법의 제정과 개정	29
2. 형사소송법의 임무 및 목적, 기본원칙	45
3. 수사와 공소제기	51
4. 증거법	69
제2절 한국	76
1. 한국 형사소송법의 제정과 개정	76
2. 형사절차의 이념 · 목적과 기본원칙	85
3. 수사와 공소제기	89

4. 공판절차	97
5. 증거와 증거법	107
6. 재판	111
7. 상소제도와 기타 특별절차	113
8. 재판의 집행과 형사보상	116
9. 한 · 중 형사사법공조	118
제3절 형사소송법에 관한 한 · 중 비교	127
1. 서론	127
2. 제정과 개정의 특징 비교	129
3. 현행 중국 형사소송법과 한국 형사소송법과의 비교	130
4. 총평	137

제4장 한국과 중국의 범죄자 교정처우에 관한

비교연구 (정진수 · 최균용)	139
제1절 중국	141
1. 노동개조의 정의와 목적	141
2. 교정관련 법령	146
3. 교정관련 조직 · 시설 · 직원	153
4. 교정기초통계	157
5. 교정관련 이슈와 동향	158
6. 구금시설에서 범죄자 관리를 위한 제도	159
7. 중국에서 사회구역교정의 실시현황과 문제점	161
제2절 한국	166
1. 교정의 정의와 목적	166
2. 교정관련 법령	169
3. 교정관련 조직 · 시설 · 직원	172
4. 교정기초통계	178
5. 교정관련 최근 이슈	181
6. 구금시설에서 범죄자관리를 위한 제도	184
7. 사회내에서 범죄자관리를 위한 제도	188
8. 교정에 시민들이 참여하는 제도	198

제3절 범죄자 교정처우에 관한 한중 비교	202
1. 교정의 정의와 목적	202
2. 교정관련 법령	204
3. 교정관련 조직 · 시설 · 직원	206
4. 구금시설에서 범죄자 관리를 위한 제도	207
5. 사회내에서 범죄자관리를 위한 제도	208
6. 소결	210
 제5장 논의의 종합과 결론(정진수)	211
1. 중국 형사소송법의 주요 특징	213
2. 중국 교정의 주요 특징	214
 참고문헌	217
 Abstract	219

국문요약

중국은 소련의 법제를 본보기로 사회주의 법체계를 구축하여 오다가 소련 사회주의제도의 붕괴와 더불어 시장경제를 도입하면서 중국의 현실을 잘 반영한 중국 사회주의의 법체계를 구축하려는 노력을 기울였다. 이러한 노력의 결실이 형사소송법의 제정과 개정이다. 형사소송법의 지도자상으로서 마르크스레닌주의와 모택동사상 및 프롤레타리아독재를 완전히 삭제함으로써 이제 서구 민주주의 국가의 형사소송법 이념과 궤를 같이 하고 있다고 할 수 있다.

중국에서는 2012년 16년 만에 대폭적으로 형사소송법을 개정하였다. 중국 개정 형사소송법에서 나타나고 있는 중국 형사소송법의 주요 특징을 몇 가지 언급하면 1) 한국 형사소송법에는 없는 주거감시라는 강제조치를 두고 있으며, 2) 인신구속 절차에서 아직도 영장주의를 실시하지 못하고 있으며, 3) 국가안전위해범죄, 테러범죄, 조직범죄, 중대마약범죄와 같은 중대범죄사건에 대한 기술수사로서 전화감청, 비밀촬영 및 녹음, 우편물에 대한 검사, 이메일 검사 등 첨단범죄를 수사하는 근거규정을 두었고, 4) 비밀수사를 합법화하였으며, 증인보호조치를 강화하였다. 전반적으로 중국 형사소송법은 인권 존중의 방향으로 가고 있으나 아직도 실체진실의 발견과 범죄진압을 중시하고 있다고 보여진다.

중국은 개혁·개방이후 시장경제가 도입되면서 범죄가 증가하고 교정시설 수용 인원이 증가하는 등으로 범죄자관리도 새로운 국면을 맞이하고 있는데, 그 결과 사회내 교정이 도입되고 감옥체제를 개혁하는 등으로 새로운 환경에 적응해 가고 있다.

중국 교정의 몇가지 특징을 살펴보면 1) 시설에서 범죄자 관리를 하는 것을 노동개조라고 하고 사회내에서 범죄자를 관리하는 것을 ‘사회구역교정’이라고 하여 사회내에서 범죄자 관리를 하는 것에 대해 교정이라는 용어를 사용하고 있으며, 2) 자유형의 종류로는 사회내에서 집행하는 관제(管制)형을 두고 있으며, 3) 구금시설로는 감옥과 간수소가 있는데, 이 중 간수소는 미결수용자를 구금하는 곳으로公安(公安)기관에 소속되어 있고, 미결구금시에도 강제노동을 부과하고 있다는 점

이다.

이밖에 범죄자 교정처우에 있어서 1) 수용자의 의료처우를 지역사회의 의료와 거의 동등한 수준으로 실시하고 있으며, 2) 접견은 비교적 자유스럽게 허용하고 있고, 3) 교도작업의 생산성면에서 한국에 비해 높은 생산성을 보이고 있다고 한다. 이것은 교정시설을 공장화하고 수용자를 직공화시키고 있는 중국의 사회주의 특성에 기인한 결과로 볼 수 있다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제1장

서론

정진수

제1장

서론

제1절 연구의 목적과 의의

한국과 중국은 정치경제적으로 빠르게 성장하고 있고 지리적으로도 매우 가까운 상대에 대한 이해와 교류는 상대적으로 매우 미흡한 실정이다. 법률적인 측면에서만 본다면 그간 한국은 유럽과 미국의 영향을 많이 받아왔고 중국은 구소련 법과 사회주의 법체계의 영향을 많이 받았다. 그리고 무엇보다 정치적으로 냉전시대의 유물이 잔존하여 상호간의 학술적 교류도 그만큼 미진해 질 수밖에 없었다.

그러나 과거와는 달리 이제 한국과 중국은 형사정책적인 측면에서도 상호간의 교류와 공동연구가 필요한 시점이라고 생각된다. 그 이유는 대체로 다음과 같은 두가지로 요약해 볼 수 있다.

첫째는 범죄문제에 대한 사법공조의 필요성이다. 한중 양국은 지리적으로 인접하고 있고 상호 교류가 증대하면서 마약, 조직범죄, 보이스피싱 등 초국가적 범죄에 공동 대응할 필요성이 날로 커지고 있다. 이제 상호간의 긴밀한 공조가 없이는 범죄에 대한 진압 자체가 불가능한 상황이 되어가고 있다.

둘째는 서구의존적인 형사사법을 탈피하고 형사사법의 영역에서 독자성과 정체성을 확립하기 위하여 한중간의 공동연구가 필요한 시점이라고 생각된다. 그동안 한국의 형사법과 형사사법은 유럽과 미국의 영향을 받으면서 괄목할만한 발전을 이룩하여 왔다. 그럼에도 불구하고 아쉬운 점이 있다면 서구문명의 계수에 급급한 나머지 우리의 정체성과 독자성을 소홀히 한 점은 없는지 하는 의문이다. 형사법이나 형사정책에 관한 교재나 연구에서 우리의 전통적인 법사상이나 법원칙을 설명해주는 경우는 찾아보기 어렵다. 그러나 이제는 서구의존적인 형사법을 벗어나

우리의 정체성을 찾음과 동시에 중국이나 일본 등 아시아지역의 국가들과 협력하여 아시아의 특성에 맞는 형사정책을 개발하고 아시아 형사사법을 선도해 나갈 필요성이 있다고 생각된다.

이런 측면에서 최근 한국과 중국의 학술적인 교류가 점차 활발해 지고 있음은 매우 다행스러운 일이 아닐 수 없다. 법학 분야에서는 비교형사법학회와 형사소송법학회 등 학회를 중심으로 한중간의 학술행사가 이루어지고 있고, 한국형사정책연구원에서도 2013년 8월 중국 길림성에서 제1회 동북아형사정책 포럼을 개최하였고, 2014년에는 요녕대학교에서 제2회 동북아 포럼을 개최한 바 있다. 이러한 한중간의 교류는 매우 시의적절한 것이며 향후 더욱 활성화되어야 할 것이다.

이 연구에서는 한국과 중국의 형사절차와 범죄자 교정처우에 관한 비교연구를 주된 연구대상으로 선정하였다. 한중간의 사법공조와 공동연구가 활발해지기 위해서는 먼저 상대 국가의 형사사법과 법제에 대한 이해가 필수적이며 이 연구를 통하여 한중 양국이 형사사법에 대한 기초적인 지식과 정보를 공유하는데 기여하고자 하였다.

제2절 연구의 방법과 내용

1. 연구내용

한중간의 공동연구가 가능한 영역에는 제한이 없다. 실체법은 물론 절차법적 영역에서 공동연구가 가능하며 형사사법에 있어서 정체성과 독자성을 찾고 아시아의 특성에 맞는 형사사법을 마련한다는 점에서는 법제사의 영역에서도 공동연구가 필요하다. 나아가 통일문제와 관련하여 북한의 형사사법에 대한 공동연구도 가능할 것이다.

다만 본 연구에서는 주로 절차법적 영역을 중심으로 한국과 중국의 비교연구를 수행하고자 한다. 앞서 언급한 바와 같이 한중간의 교류와 공동연구에 있어서는 먼저 상대국의 형사사법체계에 대한 기초적인 이해가 필요하며 이를 위해 형사절차에 대한 연구가 우선적으로 수행되어야 한다.

이 연구는 크게 형사절차와 범죄자 교정처우의 분야에 관하여 비교연구를 수행

하였다. 그리고 각 영역별로 상호간의 차이를 판단할 수 있는 항목을 선정하여 비교 연구를 수행하였다.

먼저 형사절차에 관한 영역에 있어서는 다음과 같은 항목을 비교의 대상으로 하였다.

1) 형사절차의 연혁 · 이념 · 목적 · 특징 한국은 주로 대륙법계의 영향을 많이 받았으나 중국은 구소련법과 사회주의 법체계의 영향을 많이 받았다. 본 연구에서는 형사절차 및 형사소송과 관련하여 한국과 중국의 형사절차를 연혁 · 목적 · 이념적 측면에서의 비교를 통하여 양국 형사절차의 동질성과 이질성을 분석하였다.

2) 형사소송법 개정의 최근 동향 한국과 중국의 형사소송법 개정에서 최근 이슈가 되고 있는 사항과 최근 개정내용에 대해 소개한다.

3) 강제수사절차 체포 · 구속 등 인신구속절차와 증거의 압수 · 수색 등 강제수사절차에 대해 비교한다.

4) 증거법 증거능력과 증명력 등 증거에 관한 원칙과 법규정을 비교하고 최근 과학기술의 발달에 따른 디지털 증거, DNA 등 과학증거 관련 수사현황과 증거능력의 문제를 비교한다.

5) 형사절차에의 국민참여 수사 및 재판과정에서 배심원 등 국민참여제도의 내용과 실시현황, 논쟁점에 대해 검토한다.

다음으로 범죄자 교정처우 영역에 있어서는 다음과 같은 항목을 비교의 대상으로 하였다.

1) 교정의 이념과 현황 여기서는 교정의 정의와 목적, 교정관련 법령, 교정관련 조직 · 시설 · 직원, 교정기초통계, 교정관련 최근 이슈 등 한중 양국의 교정에 관한 기초현황에 대해 정리한다.

2) 구금시설에서 범죄자의 재범방지를 위한 제도 교도소 등 구금시설에서 범죄자처우에 관해 비교하며 특히 직업훈련과 인성교육 등 범죄자의 재범방지를 위한 주요 교정정책에 대해 비교한다.

3) 사회내에서 범죄자관리를 위한 제도 보호관찰과 갱생보호 등 지역사회에서의 범죄자 관리에 대해 검토하며 특히 최근 전 세계적으로 문제가 되고 있는 성범죄자, 강력범죄자 등 고위험범죄자에 대한 교정처우로서 전자감독 등의 제도

에 대해 비교한다.

4) 교정에 시민들이 참여하는 제도 범죄자 교화와 사회복귀는 지역사회와 시민들의 참여와 협조없이 성과를 거두기 어렵다. 본 연구에서는 교도소와 지역사회에서 시민들이 참여하는 제도와 그 성과에 대해 검토해 본다.

2. 연구방법

이 연구는 한국과 중국의 공동연구의 방법으로 수행되었다. 이 연구에서는 형사절차와 교정영역에서 각기 중국과 한국에서 공동연구진을 구성하고 비교항목에 대해 공동으로 연구하고 양국간의 공통점과 차이점이 무엇인지를 연구해 보았다. 그리고 연구과정에서 상대 국가에 대한 이해를 돕기 위하여 한중 연구진간에 상호 자료제공과 필요한 자문을 제공하였다. 이러한 한중간의 비교연구는 향후 중국과 한국에서 형사사법의 발전을 논의하는데 귀중한 정보가 될 수 있을 것으로 기대된다.

다만 양국의 연구환경에서 차이가 있어 비교에 있어서도 일정한 한계가 있으나, 이러한 문제는 지속적으로 개선해 나가야 할 것이다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제2장

중국의 형사사법 개요

정 진 수

제2장

중국의 형사사법 개요

제1 절 중국의 일반 현황

중국(중화인민공화국)은 면적이 한반도의 약 43.6배이고 인구는 약 13억이며 수도는 베이징(北京)이다.

56개 민족으로 구성되어 있으며 인구의 약 94%가 한족이다. 나머지는 좡족, 몽고족, 후이족, 먀오족, 조선족 등이고 조선족은 약 192만명이고 동북 3성인 지린성, 헤이룽장성, 랴오닝성 등에 분포해 있다. 소수민족은 민족 고유의 언어와 문자를 사용하는 등 전통을 고수해 오고 있는데 그것은 중국이 소수민족의 고유성을 인정하는 정책을 고수해 왔기 때문이다.

언어는 한족이 사용하는 언어(普通話, 한어)를 가르치고 있는데 국토가 넓어 지역별로 많은 방언이 있다. 중국의 문자인 한자는 그 수가 6만여자에 달하지만 상용한자를 3,500자 정도로 제한하여 사용하고 있으며 1964년부터는 한자를 간편하게 사용할 수 있도록 簡體字를 개발하여 사용하고 있다.

종교는 불교, 도교, 이슬람교가 있으며 그리스도교가 1세기에 들어와 전파되었다. 시골에서는 불교를 도시에서는 그리스도교를 주로 믿으며 서쪽과 서북쪽에 있는 회족과 위구르족은 이슬람교를 믿는다. 다만 중국에서 종교의 자유는 한계가 있다.¹⁾

중국은 사회주의국가로서 집권당은 공산당이다.²⁾ 국가조직으로는 최고권력기관

1) 각종 종교 신도 수는 약 2,000만 명으로, 대부분은 도교 · 불교 신자이며 나머지는 이슬람교도가 1~2%, 그리스도교도가 3% 정도를 차지한다. 두산백과

2) 중국공산당은, 2007년 말 기준으로, 약 7,000만 명의 당원을 보유하고 있다. 이는 세계 최대의 정당임과 동시에 단일조직으로도 세계최대를 기록하는 규모이다. 중국공산당은 국가의 중요한 정치 · 경

인 전국인민대표대회³⁾를 중심으로 국무원(최고 행정기관), 최고인민법원(사법재판 기관), 최고인민검찰(사법검찰기관), 중앙군사위원회가 있다.

국무원은 산하에 41개의 중앙행정부처를 거느리고 있고 각 성과 자치구에 지방 인민정부를 두고 있다.

중국의 행정단위는 성, 현, 향의 3급체제로 전국을 크게 4개의 직할시(直轄市)와 22개의 성(省), 5개의 자치구(自治區)로 구분한다. 자치구, 자치주, 자치현, 민족향은 모두 소수민족지역의 행정단위이고 향은 농촌의 말단단위이며, 진은 도시의 말단 단위이다.

제2절 중국의 형사사법기관

1. 사법기관

중국의 사법 체계는 공안기관, 국가안전기관, 인민법원, 인민검찰원, 사법행정기관으로 구성되어 있다. 공안기관은 형사사건에 대한 수사·구류·예심을 진행하고, 국가안전기관은 간첩사건에 대한 수사·구류·예심을 하며, 인민검찰원은 체포의 승인과 공소 제기·유지를 담당하고, 인민법원은 사건을 판결하며, 사법행정기관은 판결 후 처리를 담당한다. 중국공산당의 중앙정법위원회가 이들 기관을 총괄한다.

최고인민법원과 최고인민검찰원은 국무원과 대등한 관계로, 전인대의 직속기관이며, 세 기관은 상호 연계 속에서 독립된 하위조직체계를 구성하고 있다.

2. 공안기관

공안기관은 국가의 치안 유지 및 수사기관이다. 공안기관의 조직은 국무원에는

제·사회·문화 분야의 제반 기구를 장악, 이를 통해 중국을 통치하고 있으며 중요한 국가적 의결 사안 또한 직접 결정한다. 이러한 현실을 고려할 때, 전인대와 그 결정사항을 집행하는 국무원은 사실상 공산당이 내린 결정의 집행기관에 다름 아닌 것이다. 네이버 지식백과 중국의 정치제도 개요 (중국을 이해하는 9가지 관점, 2008.7.20, (주)살림출판사)

3) 당과 국무원(정부)의 결정을 추인하는 중국의 최고 국가권력기관으로 연 1회 회의가 소집된다. 시사상식사전, 박문각

공안부(公安部)가, 성급 인민정부에는 공안청(公安廳)이, 하부 행정기관에는 공안처(公安處), 공안국(公安局), 공안분국(公安分局), 공안파출소(公安派出所) 등이 설치되어 있다.

주요 기능은 반혁명 행위 및 기타 범죄 행위에 대처하고, 사회 치안 관리, 공공 질서 유지 및 국가기관·기업단체 등을 보위하며, 형사사건의 수사·구류·체포 등을 담당한다.

가. 범죄수사

공안기관은 사회에서 발생하는 절대다수의 형사사건에 대한 수사를 담당한다. 그러나 예외적으로 다른 기관에서 수사하는 경우도 있다.

- 공무원 횡령사건, 수뢰사건, 독직사건은 검찰기관이 수사를 책임진다.
- 국가안전 관련사건은 국가안전기관이 수사를 책임진다.
- 군대 내부의 형사사건에 대해서는 군사기관이 수사를 책임진다.
- 복역중인 범죄자가 감옥내에서 행한 형사사건일 경우 교도기관이 책임진다.
- 공민이 자소한 형사사건은 재판기관이 직접 처리한다.

수사는 통상 두 개 단계로 나눈다. 첫 번째는 수사부서에서 증거를 수집하고 범죄혐의자를 조사하는 활동을 하는 것이며 두 번째로는 예비재판부서가 수집한 증거나 범죄행위자를 예비재판하는 과정이다.

수사활동에는 범죄혐의자 신문, 증인신문, 검증과 검사, 수색, 감정, 압수, 지명수배 등의 절차가 포함된다.

공안기관이 수사종결한 사건은 예심을 거쳐 수사종결조건이 구비되면 아래와 같이 처리한다.

- 검찰원에 이송하여 공소토록 한다. 공안기관이 수사종결한 사건에서 범죄혐의자의 행위가 범죄를 구성할 때 법에 근거하여 형사책임을 추궁해야 한다. 이때 기소의견서를 작성하고 사건기록자료와 증거를 함께 동급의 검찰원에 이송하여 심사결정토록 한다.

• 공안기관에서 수사과정중 범죄혐의자에게 형사책임을 묻는 것이 부적당할 때 당연히 사건취소하며 피의자가 체포되었을시는 즉시 석방한다. 아울러 체포를 비준한 본안 검찰원에 통보한다.

나. 주거감시

파출소는 형사소송법상 강제조치의 일종인 주거감시(제38조)를 집행한다. 주거감시는 지정구역에서 피고인이 떠나지 않고 있는가를 감시하는 것이다. 그 목적은 피고인이 수사나 재판에서 도피하거나 또는 계속 사회에 위해를 가하는 죄를 범하는 것을 방지하는 것이다. 보통 죄상이 그렇게 무겁지 않고 피고인을 체포할 필요가 없는 경우에 행하게 된다.

또한 공안원은 민중의 자치조직인 居民委員會의 治安保衛委員과 협력하여 형집행유예자의 감시나 취직의 알선 등 석방된 범죄자의 처우에 깊이 관여한다.⁴⁾

다. 경미사건에 대한 중국처분

공안국이나 공안분국은 치안관리처벌조례에 근거하여 비교적 경미한 절도, 도박, 교통관리규칙위반 등의 범죄를 대상으로 최종처분으로서 경고, 벌금, 구류를 과한다. 또 조례위반을 반복하는 자에 대해서는 공장, 농장 등의 노동교양활동에 수용신청을 하여 강제노동에 종사하게 한다.⁵⁾

3. 인민검찰원

인민검찰원의 조직은 최고인민검찰원, 지방 각급 인민검찰원, 전문인민검찰원⁶⁾으로 구성되어 있다.

최고인민검찰원은 최고 검찰기관으로, 지방 각급 인민검찰원과 전문인민검찰원의 업무를 지도하며, 상급 인민검찰원은 하급 인민검찰원의 업무를 지도한다. 최고 인민검찰원 검찰장 및 각급 인민검찰장 임기는 전인대 및 동급 인대(人大)⁷⁾와 동

4) 정남휘(1989), 중국의 형사사법기관과 그 운용실태, 사법행정, 99면.

5) 정남휘(1989), 중국의 형사사법기관과 그 운용실태, 사법행정, 99면.

6) 전문성을 갖춘 검찰원으로 군사검찰원, 철도운송검찰원, 삼림검찰원이 있다.

7) 중국 인민대표대회는 중국의 지방의회에 해당하는 기구. 중국의 각 성·직할시·시·시관할구·현

일한 5년이고, 1회에 한해 연임이 가능하다.

지방 각급 인민검찰원은 고급인민검찰원, 중급인민검찰원, 기초인민검찰원의 3개 급으로 구분하여 설치한다.

전문인민검찰원은 군사검찰원 등으로, 관할 사건은 각 주관 조직계통의 활동과정에서 생긴 사건들이다.

인민검찰원의 기능은 법률의 규정에 따라 독립적으로 검찰권을 행사하며, 행정기관·단체·개인의 간섭을 받지 않는다. 인민검찰원의 감독기관으로, 최고인민검찰원은 전인대 및 전인대상무위에 대해 책임을 지고, 지방 각급 인민검찰원은 동급 국가권력기관 및 상급인민검찰원에 대해 책임은 진다.

인민검찰원의 활동은 최고인민검찰원 활동보고의 형태로 매년 전인대에서 보고된다. 검찰기관의 업무는 다음과 같다.

가. 구속심사비준

체포는 인민법원에서 결정한 것을 제외하고 인민검찰원의 비준을 받아야 한다. 공안기관은 인민검찰원의 구속의 기각결정에 대해 재심을 요구할 수 있다. 그러나 반드시 이미 체포한 사람은 즉시 석방하여야 한다. 그리고 집행상황을 즉시 인민검찰원에 보고하여야 한다.

나. 기소심사

검찰기관은 공안기관의 이송사건에 대해 기소 여부(공소제기와 불기소)를 결정한다.

다. 공소유지

검찰관은 공소인 신분으로 법정에 출석한다.

· 향·민족향·진에는 모두 ‘인민대표대회’와 행정기관인 ‘인민정부’가 있다. 즉, 인민대표대회는 ① 전인대(全人大) ② 성(省)·시(市)·자치구·인민해방군 인대 ③ 현(縣)·시(市) 인대 ④ 향(鄉)·진(鎮) 인대 등 4단계로 구분되어 있다. 시사상식사전, 박문각.

라. 판결과 재정에 대한 심사

아직 법률 효력이 발생하지 아니한 판결, 재정에 관계없이 또는 이미 법률효력 발생한 판결, 재정은 검찰기관에서 모두 심사 진행해야 한다. 만일 판결, 재정이 착오가 있을시 법원에 항소 제출한다.

마. 형사판결, 재정의 집행감독과 교도소 업무 감독

검찰기관 형사사건의 판결 재정의 집행과 감옥, 간수소의 활동이 합법적인지에 대하여 감독한다.

4. 인민법원

인민법원의 조직은 최고인민법원, 지방 각급 인민법원, 전문인민법원으로 구성되어 있다. 최고인민법원은 최고 심판기관으로, 지방 각급 인민법원과 전문인민법원의 재판 활동을 감독하며, 상급 인민법원은 하급 인민법원의 재판 활동을 감독한다. 최고인민법원장의 임기는 전인대와 동일하고, 1회에 한해 연임이 가능하다. 지방 각급 인민법원은 고급인민법원, 중급인민법원, 기층인민법원의 3개급으로 구분하여 설치한다.⁸⁾

전문인민법원은 군사법원 등으로 행정구획에 의해서가 아니라, 특정 조직계통에 따라 설치하고, 관할 사건은 각 주관 조직계통의 활동과정에서 생긴 사건들이다.

인민법원의 기능은 법률의 규정에 따라 독립적으로 심판권을 행사하며, 행정기관 · 단체 · 개인 등의 간섭을 받지 않는다. 인민법원의 감독기관으로, 최고인민법원은 전인대 및 전인대상무위에 대해 책임을 지고, 지방 각급 인민법원은 자신을 조직한 국가 권력기관에 대해 책임을 진다. 인민법원의 활동은 최고인민법원 활동 보고의 형태로 매년 전인대에서 보고된다.

인민법원의 운영에 대해 살펴보면 아래와 같다.

8) 기층인민법원은 형사 및 민사의 일반적 1심이 된다. 중급인민법원은 반혁명사건, 무기징역, 사형에 처하는 일반형사사건 및 외국인을 피고인 또는 피해자로 하는 사건의 1심 및 기층인민법원의 판결 및 재정에 대한 상소 및 항고사건의 재판을 한다. 고급인민법원은 전성(자치구, 직할시)적인 중대형사사건의 1심과 하급인민법원의 판결 및 재정에 대한 상소 및 항고사건 등의 재판을 한다. 최고인민법원은 스스로 재판하는 것이 상당하다고 인정하는 사건을 포함하여 전국적인 중대형사사건의 1심, 고급인민법원 또는 전문인민법원의 판결, 사형판결의 집행허가 등을 행한다.

가. 양심 중심제

양심중심제는 하나의 사건이 두단계 법원 심사를 통해 심판하여 종결하는 제도이다. 1심 사건의 판결과 재정에 대하여 피고인이 불복한다면 법률 규정의 순서에 따라 상급법원에 항소할 수 있다. 검찰원이 만약 1심의 판결, 재정에 명확한 착오가 있으면 법률규정에 따라 상급법원에 항소를 제출할 수 있다. 상급법원의 상소, 항소의 사건에 대한 판결 및 제정은 바로 종심의 판결 및 재정이 된다.

나. 공개심판제도

법원 심리사건, 법률 규정의 특별정황을 제외하고 일률적으로 공개 진행한다.

다. 합의제도

법원심리사건은 간이절차를 제외하고 모두 합의부로 진행한다.

라. 회피제도

회피제이란 검찰관, 판사, 수사관 등 본사건 혹은 본사건의 당사자와 모종의 특수관계가 있을 때 부득이 참가 처리할 수 없는 하나의 제도이다. 판사, 검찰원, 수사인원이 아래와 같은 정황이 있으면 스스로 회피하며 피고인과 변호인도 구두 또는 서면방식으로 그들을 회피 신청한다.

- 당해사건 피고인과 근친족인 경우
- 본인 또는 그 친척하고 당해사건에 이해관계가 있는 경우
- 당해사건 피고인과 기타 관계가 있어 공정한 처리에 영향을 미치는 경우
- 당해사건의 증인, 감정인, 변호인 등을 담당한 경우

중국에서는 사형재심 절차가 있다. 사형 재심사 절차는 심리 판결한 사형사건에 대해 심사 비준하는 일종의 특수한 재판절차이다. 사형은 범죄인 생명을 박탈하는 최고의 극형이다. 형법에서 사형의 적용범위를 엄격히 제한하였으며 재판절차에서도 엄격하게 통제한다.

마. 배심제와 재판위원회 제도

민사·형사·행정사안의 1심에는 인민배심원제도가 채용되어 있다. 배심제는 1심의 재판을 재판원과 선거에 의해 선출된 인민배심원과의 합의제로 행하기로 되어 있으나 법률의 소양이 있는 인민배심원의 확보가 용이하지 않고 소송지연의 요인이 되고 있어 재판원만으로 구성되는 합의제도 허용하도록 개정되었다.

중국은 헌법 및 법원조직법에 인민법원이 재판권을 독립하여 행사한다는 취지의 규정이 있으나, 실제로는 법원 내부에도 원장 등의 간부직원과 재판위원회에 의한 심사·승인 “조언”이라고 하는 제도가 있어 공산당에 의한 “지도”와 예산을 장악하고 있는 각급인민정부의 영향 하에 있어, 미국·유럽과 같은 국가의 “사법의 독립”이라는 관념과는 차이가 있다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제3장



중국과 한국의 형사절차에 관한 연구

하태훈 · 김광호

제3장

중국과 한국의 형사절차에 관한 연구

제1절 중국

1. 형사소송법의 제정과 개정

가. 형사소송법의 연혁

1) 중국 고대형사소송법

가) 중국 고대형사소송법의 기원과 발전

중국 전통적 법률의 조정범위는 광범하고 법률형식도 다양하다. 광의적 법률형식에서 볼 때 형(刑)과 예(禮)를 포함한다. 초기의 중화고대문명은 선명한 군사출전(征戰)의 성질을 갖고 있다. 중앙맹주(盟主)는 무력으로 다른 부락을 토벌하고 부락에서 부락질서를 파괴한 자에 대해서도 강력한 수단이 필요하였다. 이러한 강력한 수단이 형사법률의 최초의 형태라고 볼 수 있다.⁹⁾

나) 중국 고대형사소송법의 특징

중국고대형사소송법은 오랜 역사를 거치면서 일련의 특징을 가지게 되었다. 이러한 특징은 아래와 같은 내용을 포함한다.

(1) 사법과 행정의 미분리와 절차법과 실체법의 미분화: 중국 고대에는 독립적인 심판기관이 없이 사법기관이 행정기관이기도 하다. 형사사건의 심리기관은 일반적

9) 朱勇, 中国法制史, 中国政法大学出版社, 2008年, 第9页⁹⁾

으로 각급 아문(衙門)에서 담당하였다. 관료는 증거 수집을 책임졌을 뿐만 아니라 사건에 대한 심판도 책임졌는데 그 권리는 아주 거대하였다. 동시에 중국고대의 율령(律令)은 실체법과 절차법으로 엄격하게 구분되어 있지 않았고 소송절차는 실체법규범과 함께 법률에 규정되었다.

(2) 형사고문의 법정(法定): 예를 들면, 진나라에서 조건을 전제로 하는 형사고문 제도를 시행하였다. 즉, 부단히 진술을 바꿈으로써 죄를 승인하지 않는 자에 대하여 고문해야 할 때에는 고문해야 한다고 규정하였다.¹⁰⁾ 동시에 진나라법률은 형사고문에 대하여 상세하게 기록하도록 요구하였다.

(3) 소송감독제도의 발달: 공정한 사법을 보증하기 위하여 감독절차를 건립하였다. 사기에 기재된 내용을 보면 진나라에서는 암행어사감찰제도를 만들었는데, 암행어사부를 관서로 하고 암행어사를 관장으로 하여 지방에 감독암행어사를 파견하였다.

2) 청조말기의 형사소송법

청조말기에는 서구열강의 문호개방 압력이 있었으며 봉건적인 전통을 타파하고 중국의 법제를 근대적으로 발전시키려는 움직임이 있었다.

청조말기의 형사소송에 관한 입법으로 <형사민사소송법초안>과 <형사소송률초안>이 있다. <형사민사소송법초안>은 5장 260개의 조례로 구성되었는데 구속, 수색, 보석(取保) 등 형사소송절차를 규정하였다. 동시에 배심제도, 변호사제도도 규정하였다. 이는 중국에서 독자적으로 소송법규를 편찬하려는 시도였지만 실현되지는 못하였다. 그리고 <형사소송률초안>은 중국에서 독립적인 첫 형사소송법초안이다. 초안은 총 6편, 515개의 조례로 구성되었는데 일련의 영미법계의 소송이념을 도입하였다. 예를 들면, “자유심증”(自由心証), “구두변론”(言詞辯論) 등 원칙을 취하였고 피고인은 스스로 변호할 수 있는 동시에 변호사를 청하여 변호할 수 있다고 규정하였다. 해당 초안은 청조정부의 멸망으로 인하여 공포·실행되지는 못하였지만 그 후의 <형사소송조례>의 제정에 있어서 기초적인 역할을 하였다.

10) 睡虎地秦墓竹簡, 文物出版社, 1978年, 第246页°

3) 민국시기의 형사소송법

민국시기는 1912년 중화민국이 성립되면서부터 1949년까지의 시기를 말한다. 이 시기에 군벌이 난립하고 정세가 불안한 시기였는데 크게 세 단계로 나눌 수 있다. 즉, 남경임시정부시기, 북양정부시기, 남경국민정부시기이다.

가) 남경 임시정부시기

남경임시정부(1912) 시기에는 헌법적 성격의 <중화민국임시약법>이 공포되었다. 동 약법 제6조에서 불법적인 체포와 구속을 금지하는 원칙을 규정하였는데, 즉, 인민의 신체에 대해서는 법에 의하지 않는 체포, 구속, 심문과 처벌을 금지한다고 규정하였다. 동시에 공개심판의 원칙도 규정하여, 법원의 심판은 반드시 공개해야 하지만 질서방해자로 인정될 때에는 비밀로 할 수 있다고 규정하였다. 그 외에 기타 문건에서도 고문을 금지하는 제도, 증거를 중시하고 진술에 편중하지 않는 제도를 규정하였으며, 변호사제도도 확립하였다.

2) 북양 정부시기

북양정부시기(1912년-1928년)에는 청조말기의 <형사소송률초안>에 기초하여 <형사소송조례>가 만들어 졌는데, 이는 중국역사상 최초의 형사소송법전이다. 북양정부시기에 일반 법원은 4급 3심제를 시행하였다. 동시에 현지사가 사법심판을 한다고 규정하여 행정권과 사법권이 분리되지 못하였다.

3) 남경 국민정부시기

남경국민정부시기(1927년-1949년)에는 1928년과 1935년의 두차례에 걸쳐 형사소송법이 공포·시행되었다. 1935년의 형사소송법에서는 “보안처분”의 시행에 관한 내용이 추가되었다. 1935년의 형사소송법전은 어느 정도 서방국가의 형사소송제도와 원칙을 참고하였다. 즉, 공개심판제도, 변호사제도, 합의심판제도 등 여러 제도를 참고하였다. 그러나 1935년의 형사소송법도 결함이 있었는데 예를 들면, 검찰은 공소권과 수사지휘권을 행사하고 구속, 수색 등 강제조치를 비준하는 권리

를 행사하였는데 이는 피의자권리를 보호하는데 있어서는 매우 불리하였다. 특히 여러 가지 특별한 소송절차를 두어 공산당인사에게 이용함으로써 형벌수단의 남용을 초래하였다.

국민당정부시기의 형사소송법은 직권주의적 특징을 가지고 있었고 이는 중국의 형사소송법이 현대적으로 변화하는데 적극적인 역할을 하였다.

나. 중화인민공화국의 형사소송법의 제정과 개정

1) 신 중국 성립초기의 형사소송법

신 중국 성립초기인 1951년 9월에 중앙정부에서는 <중화인민공화국인민법원잠정조직조례>, <중앙인민정부최고인민검찰서잠정조직조례>와 <각급지방인민검찰서조직통칙>을 공포하였다. 이러한 규칙과 조례에서는 법원과 검찰서의 권한을 규정하고 공개심판, 회피, 변호 등 소송원칙과 소송제도를 확립하였다.

1954년 제1기 전국인민대표대회에서 <인민법원조직법>과 <인민검찰원조직법>을 공포하였고, 1954년 12월에는 <구속체포조례>를 공포함으로써 법원과 검찰원의 권한, 구속절차와 체포절차에 대해 명확하게 규정하였다.

1963년에는 <중화인민공화국형사소송법초안>을 완성하였지만 정식으로 통과되지는 못하였다.

2) 형사소송법의 제정

1979년 2월 전국인민대표대회상무위원회법제작업위원회의 주재 하에 1963년에 채택한 형사소송법초안을 수정하여 1979년 6월에 개정을 완성하였다. 1979년 7월 1일에 제5기 전국인민대표대회 제2차 회의에서 <형사소송법>을 통과시켰고 7월 7일에 공포하고 1980년 1월 1일부터 시행하였다. 이는 중화인민공화국의 최초의 형사소송법전이다. 형사소송법은 총칙과 각칙으로 구성되었는데 총 4편 17장 164개의 조례로 되어 있다. 형사소송법에서는 공민에게 법률을 적용함에 있어서 누구나 평등하고 피고인은 변호를 받을 권리가 있다는 소송원칙이 규정되어 있다. 동시에 2심중심, 심판감독 등 각종 형사소송제도가 규정되어 있다. 이러한 형사소송법의 규정은 강력한 국가직권주의색채를 반영하였지만 당시의 상황에서는 공민의

합법적인 권익을 보호하는데 있어서 중요한 법률적 근거를 제공하였다.

3) 형사소송법의 개정

경제사회의 부단한 발전으로 인하여 형사소송법은 점점 문제점을 나타내기 시작했고 이에 따라 1996년에는 개정작업이 이루어졌다. 1996년의 개정형사소송법은 학계의 의견이 많이 반영되었다. 개정 형사소송법은 1979년의 형사소송법에 비해 공정한 절차의식과 인권보장의 관념이 반영되었고 국제사회에서 요구되는 형사사법준칙을 참고하였다.

2000년대에 들어 전국인민대표대회대표와 유관 기관에서 형사소송법을 수정하고 개선해야 한다는 의견을 제출하기 시작하였다. 이에 따라 법제사업위원회는 형사소송법의 집행상황과 집행과정에서 나타나는 문제점에 대해 조사·연구하고 2009년부터는 형사소송법의 개정방안에 대해 연구하기 시작하였다. 초고사업은 사회주의법치이념하에서 실사구시사상을 유지하면서 사법실무경험을 고려하여 형사소송제도의 개혁을 추진하였다. 그리고 최고인민법원, 최고인민검찰원,公安부, 국가안전부, 사법부 등 기관과 연구를 하고 전국인민대표대회대표, 기층사건처리기관, 변호사와 학자들의 의견을 청취하며 형사소송법 수정안초안을 만들었다.

2011년 8월 제11기 전국인대상무위원회 제22차 회의에서 형사소송법수정안초안에 대해 심의하였고, 회의가 끝난 후에 초안을 인터넷에 공포하여 사회의 의견을 구하였다.

2011년 12월 상무위원회 제24차 회의에서 형사소송법수정안초안에 대해 다시 심의하였다. 2012년 3월 14일 제11기 전국인대 제5차 회의에서 <중화인민공화국 형사소송법의 수정에 관한 전국인민대표대회의 결정>을 통과하였는데 이번 수정과정에서 65개의 조문이 증가되어 총체 110개 조문을 구성하였다.

현행 형사소송법의 개정내용과 주요 특징은 다음과 같다.¹¹⁾

11) 형사소송법 개정 내용은 한국의 형사소송법과 비교적 관점에서 의미가 있다고 생각하는 사항을 중심으로 설명하였다.

다. 중국 형사소송법 개정의 주요 내용과 특징

1) 증거제도 개선

가) 증거유형에 전자데이터 추가

구형사소송법 제42조에서 물증, 서증, 증인증언 등 7개의 증거를 규정하였는데 형사소송에서 나타나는 새로운 상황과 수요로 인해 개정 형사소송법에서는 증거유형에 전자데이터를 추가하였다.

나) 죄의 입증정도의 구체화

구형사소송법은 수사종결, 공소제기와 유죄판결에 대해 모두 “증거가 충분하고 확실한 경우”로 추상적으로 규정하였다. 개정법은 충분하고 확실한 경우를

- (1) 유죄의 인정과 양형의 사실을 증명할 증거가 모두 있는 경우
- (2) 사건을 확정하는 증거 모두 법정절차를 거쳐 조사하여 사실임이 증명된 경우
- (3) 사건 전부의 증거를 종합하여 인정한 사실이 이미 합리적인 의심을 배제시킨 경우로 구체적으로 규정하였다(제53조).

다) 위법증거배제제도의 명문화

개정 형사소송법은 현대 법치국가 형사소송법에서 중요한 내용인 위법수집증거 배제제도를 명문화하였다. 제도적으로 고문에 의한 자백강요와 기타 불법으로 증거를 수집하는 행위를 억제하고 사법공정과 형사소송 참여자의 합법적 권리를 보호하기 위하여 형사소송법에 위법수집증거배제원칙을 규정할 필요가 있었다.

개정법은 고문에 의한 자백의 강요 등 불법적인 방법으로 수집한 피의자, 피고인의 자백 및 폭력, 위협 등 불법적인 방법으로 수집한 증인의 증언, 피해자의 진술을 배제하도록 규정하고 있으며, 법률의 규정에 위반하여 수집한 물증, 서증이 사법의 공정성에 중대한 영향을 미칠 경우에는 합리적인 해석을 해야 하며, 보정이나 합리적인 해석을 할 수 없는 경우에는 그 증거에 대해서는 배제하는 규정을 신설하였다(제54조).

개정 형사소송법은 인민법원, 인민검찰원과公安기관에서 모두 위법증거를 배제할 의무가 있다고 규정하였다. 동시에 법정심리과정에서 위법증거에 대한 조사절

차도 규정하였다. 증거수집의 합법성에 대해 법정조사를 하는 과정에서 인민검찰원은 증거수집의 합법성에 대해 증명해야 한다고 규정하였다. 인민법원은 관련 수사 인원 혹은 기타 인원으로 하여금 법정에 출석하여 상황을 설명하게 할 수 있다고 규정하였다. 수사 인원 혹은 기타 인원도 법정에 출석하여 상황을 설명하도록 요구할 수 있다고 규정하였다.

라) 증인출정제도 개선

증인이 출정하여 증명을 하는 것은 증거의 확인, 사건의 해명과 정확한 판결에 중요한 의미가 있다. 현재의 사법실무에서 증인, 감정인이 출정하지 않는 문제점이 두드러져 심판의 공정성에 영향을 미치기 때문에 개정형사소송법은 구체적인 규정을 마련하였다.

개정 형사소송법에 의하면 공소인, 당사자 혹은 변호인, 소송대리인이 증인의 증언에 대해 이의가 있거나 증인의 증언이 사건의 유죄인정과 양형에 중대한 영향을 미치거나 또는 인민법원이 증인이 법정에 출석하여 증언할 필요가 있다고 인정할 경우 증인은 반드시 법정에 나와 증언을 하여야 한다(제187조).

그리고 공소인, 당사자 혹은 변호인, 소송대리인이 감정의견에 대해 이의가 있거나 인민법원이 감정인이 법정에 나올 필요가 있다고 인정할 때 감정인은 반드시 법정에 나와 증언을 해야 한다고 규정하였다. 인민법원의 통지를 받고 감정인이 법정에 나와 증언하는 것을 거부한 경우 감정의견은 판결의 근거가 될 수 없다.

인민법원의 통지를 받고 증인이 정당한 이유없이 법정에 증언하러 오지 않는다면 인민법원은 강제적으로 증인을 법정에 나오게 할 수 있다. 다만 피고인의 배우자, 부모, 자녀인 경우에는 제외한다(제188조). 배우자, 부모, 자녀로 하여금 법정에서 증언하게 하면 가정관계의 유지가 어렵기 때문에 피고인의 배우자, 부모, 자녀는 제외한다고 규정하였다.

증인이 정당한 이유 없이 법정에 나오지 않고 도망가거나 법정에 나와서 증언을 하지 않으면 법원원장의 비준을 받고 증인에게 10일 이하의 체포를 할 수 있다고 규정하였다.

마) 증인보호제도 신설

구 형사소송법 제49조에서는 사법기관은 증인 및 그 근친족의 안전을 보장해야 한다고 규정하였다. 증인, 감정인에 대한 보호는 보복행위를 진압함으로써 실현할 수 있고, 다른 한편으로 중대한 범죄의 증인, 감정인에 대한 보호를 강화할 필요가 있다.

개정 형사소송법은 증인보호제도를 신설하였다. 즉 국가안전위해죄, 테러범죄, 조직범죄, 마약범죄 등에서 증인, 감정인, 피해자가 증언으로 인하여 본인 혹은 그 근친족의 안전에 위협이 있을 때 인민법원, 인민검찰원,公安기관에서는 아래와 같은 보호조치를 취해야 한다고 규정하였다(제62조).

- (1) 성명, 주소, 직장 등 개인정보를 공개하지 않는다.
- (2) 외모, 음성 등이 노출되지 않도록 해야 한다.
- (3) 특정인원이 증인, 감정인, 피해자 및 그 근친족과 접촉하는 것을 금지한다.
- (4) 신변과 주택에 대해 보호조치를 취해야 한다.

증인, 감정인, 피해자가 소송에서의 증언으로 인해 본인 혹은 그 근친족의 안전에 위협이 있다고 느껴질 때 인민법원, 인민검찰원, 公安기관에 보호를 청구할 수 있고, 인민법원, 인민검찰원, 公安기관은 본법에 따라 보호조치를 취해야 하며 유관단위와 개인은 협력하여야 한다.

2) 강제절차 개선

가) 구속요건의 세분화

구형사소송법 제60조에서는 범죄사실을 증거로 증명할 수 있고 징역이상의 형벌에 처할 수 있는 피의자, 피고인에 대해 보석조치, 주거감시 등의 방법으로 사회위험성의 발생을 방지할 수 없어 구속할 필요가 있을 때에는 구속해야 한다고 규정하고 있었다.

개정 형사소송법은 실무상 구속조건에 대한 이해가 불일치하는 문제점을 해결하기 위하여 “사회위험성이 발생하여 구속할 필요가 있을 때”라는 규정을 세분화하여 다음과 같은 상황에서는 구속할 필요가 있다고 규정하였다(제79조).

- (1) 새로운 범죄를 저지를 수 있는 경우

- (2) 국가안전, 공공안전 혹은 사회질서를 위태롭게 할 현실적인 위험성이 있는 경우
- (3) 증거를 인멸, 위조하고 증인의 증언을 방해할 수 있는 경우
- (4) 피해자, 고발인, 고소인에 대해 보복을 할 수 있는 경우
- (5) 자살 또는 도주할 수 있는 경우

또한 개정 형사소송법은 (1) 범죄사실을 증거로 증명할 수 있고 10년 이상의 유기징역에 해당하는 형벌에 처할 수 있거나, (2) 징역이상의 형벌에 처할 수 있고 그 전에 고의범죄를 저지른 경우 혹은 신분불명의 피의자, 피고인에 대해서는 구속해야 한다고 규정하였다.

나) 구속전피의자심문제도 등 인민검찰원의 구속비준심사절차 강화

개정 형사소송법은 구속심사절차를 개선하여 검찰기관으로 하여금 상황에 대해 이해하고 구속조치를 취할 수 있도록 하기 위하여 인민검찰원은 구속에 대해 심사 비준할 때 피의자를 심문할 수 있고, 다음과 같은 상황에서는 반드시 심문해야 한다고 규정하였다(제86조).

- (1) 구속요건에 부합되는지 여부에 대하여 의문이 존재하는 경우
- (2) 피의자가 검사를 만나 진술할 것을 요구하는 경우
- (3) 수사에 중대한 위법행위가 있을 수 있는 경우

또한 개정 형사소송법은 인민검찰원에서 구속에 대해 심사 비준할 때 증인 등 소송참여인에게 물을 수 있고, 변호사의 의견을 들을 수 있으며, 변호사가 요구를 했을 때에는 반드시 변호사의 의견을 들어야 한다고 규정하였다.

다) 주거감시제도 개선

주거감시와 보석은 모두 피의자, 피고인의 인신자유를 제한하는 강제조치로서 자유의 제한에 있어서 그 정도가 다르다. 구 형사소송법은 이 두 가지 강제조치에 대해 같은 적용요건을 규정하였는데 주거감시의 실제집행상황을 고려해 볼 때 주거감시를 구금을 줄이는 대체조치로 하면 적절할 것이다.

개정 형사소송법은 인민법원, 인민검찰원,公安기관에서 구속조건에 부합되지만 아래와 같은 상황에 처한 피의자, 피고인에 대해 주거감시조치를 할 수 있다고 규

정하였다(제72조).

- (1) 중한 질병을 가지고 있을 때
- (2) 임신 혹은 자신의 영아에게 수유중인 부녀
- (3) 생활할 능력이 없는 자의 유일한 부양인인 경우
- (4) 사건의 특수성으로 인하거나 사건의 처리에 있어서 주거감시가 더욱 적합한 경우
- (5) 구금기간이 만료되었지만 사건이 종결되지 못하여 주거감시조치를 취할 필요가 있는 경우

또한 보석요건에는 부합되지만 피의자, 피고인이 보증인을 세울 수 없고 보증금을 납부할 수 없는 경우 주거감시조치를 취할 수 있다.

개정 형사소송법은 주거감시는 피의자, 피고인의 주거지에서 집행해야 하고 일정한 주거지가 없을 때에는 지정한 장소에서 집행할 수 있다고 규정하였다(제73조). 국가안전위해죄, 테러범죄, 중대뇌물죄의 혐의가 있어 주거지에서 집행하면 수사에 방해가 될 때에는 상급 인민검찰원 혹은 공안기관의 동의를 얻어 지정한 장소에서 집행할 수 있다. 다만 구금시설이나 전문적인 사건처리 장소에서는 집행하지 못한다고 규정하였다.

거소를 지정하여 주거감시조치를 취할 때 통지할 수 없는 경우를 제외하고는 주거감시집행 후 24시간 내로 주거감시를 받은 자의 가족에게 통지해야 한다.

개정법은 집행기관이 주거감시를 받고 있는 피의자, 피고인을 전자감시, 부정기 검사 등의 방법으로 주거감시 규정을 준수하고 있는지 감시할 수 있고, 수사기간 동안 주거감시를 받고 있는 피의자의 통신을 감시할 수 있다는 규정을 신설하였다(제76조).

라) 당사자의 강제조치 변경신청권 신설

개정 형사소송법은 피의자, 피고인 및 그 법정대리인, 근친족, 변호인이 강제조치를 변경해 줄 것을 요구하는 강제조치 변경신청권을 인정하고, 인민법원, 인민검찰원, 공안기관은 3일 이내에 이에 대한 결정을 하도록 하고, 만약 그 변경에 동의하지 않는 경우 신청인에게 그 이유를 고지하는 규정(제95조)을 신설하였다.

마) 소환시간의 연장

구 형사소송법 제92조는 소환, 구인은 12시간을 초과하지 못한다고 규정하였다. 개정 형사소송법은 사건이 중대하고 복잡하여 구속, 체포 조치를 취할 필요가 있을 때에는 소환기한은 24시간을 초과하지 못한다고 규정하고 소환, 구인시에는 피의자에 대하여 식사, 휴식시간을 제공해야 한다고 규정하였다(제117조).

3) 변호제도 개선

가) 수사단계에서 변호인의 조력을 받을 권리의 보장

구법은 범죄피의자는 기소심사송치일¹²⁾로부터 변호인을 선임할 권리가 있고, 피고인은 공판단계에 한하여 변호인을 선임하여 변호를 받을 수 있다고 규정하였으나, 개정법은 피의자는 수사기관의 1차신문후 또는 강제조치가 취해진 날로부터 변호인을 선임할 권리가 있으며, 단지 수사기간내에는 변호사만을 변호인으로 선임할 수 있다고 규정(제33조)하여 수사과정에서 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하였다.

나) 변호사의 피의자 접견권 및 수사기록 열람권 등 개선

구법은 변호인은 송치 단계 이후에 인민검찰원이 사건에 대한 기소심사를 하는 날부터 범죄피의자나 피고인을 접견할 수 있었으나, 개정법은 변호사는 변호사증, 변호사 사무소증명 및 위임장 또는 법률구조 증빙서류만 제출하면 송치전에도 구금되어 있는 범죄피의자, 피고인과 접견을 할 수 있고 접견시 감청을 받지 않는다고 규정하였다. 다만 국가안전위해범죄, 테러범죄, 중대뇌물범죄 등 중대범죄의 경우 수사기관의 허가를 받아야 접견할 수 있다(제37조).

또한 변호사법의 관련 내용을 참고하여 기소심사단계 및 공판단계에서 변호사는 범죄사실에 관한 서류를 열람, 복사, 복제할 수 있다고 규정하였다(제38조).

12) 기소심사는 인민검찰원이 수사가 종결되어 공소제기가 필요한 사건에 대하여 심사하여 기소할 것인지 여부를 결정하는 소송활동이다.

4) 수사조치 개선

가) 기술수사 규정의 신설

(1) 해당 범죄 및 필요성

개정법은 시대의 흐름을 반영하여 현대의 기술수사 수단을 이용, 전화감청, 비밀촬영·녹음, 우편물에 대한 검사, 이메일 검사 등 첨단 범죄를 수사하는 근거규정을 신설하였다.

공안기관은 국가안전위해범죄, 테러범죄, 조직범죄, 중대 마약범죄 또는 기타 사회를 엄중하게 위협하는 범죄사건에 대하여 인민검찰원은 중대한 탐오뇌물죄 또는 직권을 이용하여 공민의 인신권리를 엄중하게 침범한 중대범죄사건에 대하여 각각 입안한 후 범죄수사의 필요성에 따라 기술수사 조치를 취할 수 있도록 하였다. 또한 지명수배 또는 구속을 비준 또는 결정받은 도주중인 피의자, 피고인을 추적하는 경우에도 필요한 기술수사조치를 취할 수 있도록 규정하였다(제148조).

(2) 비준결정

기술수사 조치에 대한 비준은 범죄수사의 필요에 따라 기술수사 조치의 종류와 적용대상을 명백히 확정된 후 결정하도록 하였으며, 그 결정은 발급일로부터 3개월 내까지 유효하며 계속해서 기술수사 조치를 취할 필요가 없는 경우에 대해서는 즉시 해제하도록 하였다. 다만 사건이 복잡하고 해결하기 어려워 기간이 끝난 후에도 계속해서 기술수사 조치를 취할 필요가 있는 경우에는 비준을 얻어 유효기간을 연장할 수 있으며 그 연장은 매회 3개월을 초과할 수 없도록 제한하였다(제149조).

(3) 엄격한 제한

기술수사조치는 범죄행위의 통제에 효과적인 기능이 있음에도 불구하고 이를 적절히 통제하지 않으면 남용되기 쉬워 개인의 자유를 통제하고 위협할 수 있다. 따라서 개정법은 그 집행에 있어서 엄격한 제한을 가하고 있다.

기술수사조치를 취하기 위해서는 반드시 비준한 조치 종류, 대상과 기한에 따라서 엄격히 집행하여야 한다. 수사인원은 기술수사 조치를 취하는 과정에서 알게 된 국가기밀, 상업비밀 또는 개인의 사생활에 대하여 비밀을 지켜야 한다(제150조).

기술수사 조치를 취하여 획득한 사건과 무관한 정보와 사실자료를 즉시 말소해야 한다. 기술수사 조치로 획득한 자료는 오로지 범죄의 수사, 기소, 재판에만 사용될 수 있으며 기타 용도로는 쓰일 수 없다.

공안기관이 법에 따라 기술 수사 조치를 취할 시, 관련 단위와 개인은 협조하여야 하며, 아울러 관련상황에 대하여 비밀을 지켜야 한다.

나) 비밀수사 규정의 신설

사건의 정황을 조사하여 밝히기 위하여 필요한 경우에는 공안기관 책임자의 결정을 얻어 특정인원이 비밀수사를 할 수 있다. 비밀수사를 실시할 때에 타인을 피어서 범죄를 하도록 해서는 안 되며, 공공 안전에 위해를 줄 수 있거나 중대한 인신위험이 발생할 수 있는 방법을 택하여서는 아니 된다. 마약 등 금제품 또는 재물 지급에 관련된 범죄활동에 대하여 공공기관은 범죄수사의 필요성에 따라 규정에 의하여 통제하에 회부할 수 있다(제151조).

기술수사와 비밀수사에 얻은 자료는 증거로 사용할 수 있다. 비밀수사를 실시하여 수집한 증거에 대해서는 만약 그 증거를 사용하여 특정인원의 신변안전을 위협하거나 기타 엄중한 결과가 생길 수 있는 경우에는 특정인원의 진실한 신분 등을 노출하지 않는 등의 보호조치를 취해야 하며, 필요시 재판인원이 법정외에서 증거에 대하여 사실을 확인할 수 있다(제152조).

다) 수사활동에 대한 감독 강화

개정법은 당사자 등이 사법기관의 위법한 수사활동에 대해 고발할 권리에 관한 규정을 신설하여, 당사자와 변호인, 소송대리인, 이해관계인은 아래의 사유중 하나로 인하여 자신의 합법적 권익을 침범한다고 여길 경우 사법기관에 고발할 권리를 규정하였다(제115조).

- (1) 강제조치의 법정기간이 경과하였으나 법에 의하여 석방하거나 이를 해제하거나 강제조치를 변경하지 아니한 경우
- (2) 법에 의하여 반환해야 하는 보석 보증금을 반환하지 아니한 경우
- (3) 위법적으로 수색, 봉인, 압류, 동결 등의 조치를 취한 경우
- (4) 법에 의하여 해제해야 하는 봉인, 압류, 동결을 해제하지 않은 경우

(5) 부패행위, 유용, 사적으로 처리, 교체, 규정을 위반하여 재물을 봉인, 압류 동결한 경우

5) 심판절차 개선

가) 간이절차의 적용범위 조정

사법자원의 배분을 적절히 하고 소송효율을 제고하기 위하여 간이절차의 적용범위를 조정하였다.

현행 형사소송법은 3년 유기징역 이하의 형벌에 처할 수 있는 공소 사건과 자소 사건에 대해 간이절차를 규정하고 있다. 새로운 형사소송법은 간이절차에 따라 심판하는 사건의 범위를 조정하여 기층인민법원에서 관할하는 사건은 아래와 같은 조건에 부합될 때 간이절차에 따라 심판할 수 있다고 규정하였다. 첫째, 사건사실이 명확하고 증거가 충분하다. 둘째, 피고인이 자신의 범죄행위를 인정하고 기소장에서 기소한 범죄사실에 대해 이의가 없다. 셋째, 피고인이 간이절차를 적용하는 것에 대하여 이의가 없다.

새로운 형사소송법은 또 아래와 같은 상황이 있을 때 간이절차를 적용할 수 없다고 명확히 규정하였다. 첫째, 피고인이 맹인, 농아자인 경우 혹은 언어장애자, 자기행동조절능력이 없는 정신병자인 경우 둘째, 사회에 중대한 영향이 있는 경우 셋째, 공범사건의 일부 피고인이 범죄를 인정하지 않거나 간이절차의 적용에 대해 이의가 있는 경우 넷째, 3년 이상의 유기징역에 처해질 수 있는 경우 등을 간이공판절차에서 배제하여 적절한 제한을 가하였다.

6) 형벌의 집행절차 개선

가) 감옥외집행(暂予监外执行)

개정 형사소송법은 감옥외집행의 절차 및 요건을 개정하였다. 감옥외집행은 일시적으로 감옥외에서 형벌을 집행하는 제도이다. 구법은 중대한 질병이 있거나 임신 혹은 자신의 영아에게 수유중인 부녀에 대해 감옥외집행을 실시하였다.

개정법은 이에 추가하여 생활을 스스로 할 능력이 없고 감옥외집행을 하더라도 사회에 위해를 미치지 않는 경우, 임신 또는 자신의 영아에게 수유중인 부녀가 무

기징역을 선고받은 경우를 추가하고(제254조), 감옥외집행의 결정, 비준절차를 보완하였다(제254조 내지 제256조).

감옥외집행의 요건에 부합되지 않는 범죄자가 뇌물 등 위법적인 수단을 사용하였을 때 감옥외에서 집행한 기간은 형기에 산입하지 못하고, 범죄자가 감옥외집행기간중 도주하면 도주한 기간도 집행 기간에 넣지 못한다고 규정하였다(제257조).

나) 사회구역 교정의 확대

개정 형사소송법은 관제, 선교유예, 가석방 또는 임시 감옥외집행을 받은 죄인에 대하여는 구역에서 교정하고, 구역교정기구에서 이에 대한 집행을 책임진다고 규정하였다(제258조).

7) 특별절차 규정

가) 미성년자 범죄사건에 대한 조건부기소유예 등 특별규정 신설

개정 형사소송법은 조건부 불기소제도를 설치하였는데, 미성년자가 공민의 인신에 관한 권리를 침해하거나, 재산범죄, 사회관리질서를 방해한 범죄를 범하여 1년 이하의 유기징역을 선고할 가능성이 있고 죄를 뉘우치는 경우에는 기소조건에는 부합되더라도 인민검찰원에서 조건부 불기소의 결정을 할 수 있다고 규정하였다.

조건부불기소 감독기간동안 인민검찰원에서 미성년자 범죄피의자에 대하여 감독 및 시찰할 수 있도록 하고, 미성년자 범죄피의자의 후견인에 대하여 미성년자 범죄피의자에 대하여 관리를 강화하고, 인민검찰원의 감독 업무에 적극 협조해야 하는 의무를 부과하였으며, 조건부 불기소 시찰기간은 인민검찰원에서 조건부불기소 한 날로부터 6개월 이상 1년 이하이다.

또한 개정 형사소송법은 미성년자로 하여금 쉽게 사회생활에 복귀하도록 하기 위하여 범죄기록봉존제도(犯罪记录封存制度)를 설치하였는데, 범죄 당시 18세미만으로서 5년 이하의 유기징역에 처해진 경우 범죄기록을 봉인하여 보관해 두고 아무에게나 범죄기록을 제공할 수 없도록 하였다. 다만 사법기관에서 법에 따라 조회하는 경우는 예외로 하였다(제275조).

나) 공소 사건에 대한 화해절차 규정

구법은 자소사건에 대하여 형사화해제도를 규정하고 있었다. 자소사건은 검찰관이 인민법원에 형사소송을 제기하는 공소사건과 대비되어 피해자 등이 직접 인민법원에 형사소송을 제기하는 것을 말한다. 그 대상은 (1) 고소가 있어야 비로소 처리되는 사건, (2) 피해자가 가지고 있는 증거로 증명하는 경미한 형사사건, (3) 피해자가 자기의 인신, 재산에 관한 권리를 침해하는 피고인의 행위에 대하여 형사책임을 추궁해야 함을 입증할 증거를 가지고 있으나公安기관 또는 인민검찰원이 피고인의 형사책임을 추궁하지 않는 사건이다(제204조).

개정법은 화해제도의 취지를 반영하여 일부 공소사건에 대해서도 화해 규정을 추가하였다.

즉, 민간분쟁으로 인한 인신권리 및 민주권리 침해, 재산범죄로 (1) 3년 이하의 유기징역에 처할 수 있는 고의범죄 사건, (2) 7년 이하의 유기징역에 처할 수 있는 과실범죄 사건(독직범죄 제외)을 대상으로 당사자 간 화해가 이루어진 경우 법률에 의거하여 범죄피고인을 관대히 처벌할 수 있도록 하고 다만 피의자 또는 피고인이 5년 내에 고의로 죄를 범한 적이 있는 경우에는 적용하지 않도록 제한을 두었다(제277조).

화해가 이루어진 경우 公安기관은 인민검찰원에 관대하게 처리해 줄 것을 건의할 수 있다. 인민검찰원은 인민법원에게 정상참작의 건의를 할 수 있고, 범죄의 정황이 경미하여 형벌에 처할 필요가 없는 경우에 불기소결정을 내릴 수 있다(제279조).

다) 불법소득 몰수절차 규정

개정 형사소송법은 부패뇌물죄, 테러범죄 등 중대한 범죄에서 피의자, 피고인이 도주하여 지명수배 1년 후에도 체포하지 못하였거나 피의자, 피고인이 사망하였다면 형법의 규정에 따라 반드시 불법소득 및 기타 사건에 관련되는 재산을 추납해야 하고, 인민검찰원은 인민법원에 불법소득에 대한 몰수신청을 제출할 수 있다고 규정하였다(제280조).

라) 정신병환자에 대한 강제의료 절차 규정

중국형법 제18조는 정신병환자가 자기의 행위를 식별하거나 통제할 수 없어 위

해결과를 초래하였을 때 법정절차를 통한 감정이 있으면 형사책임을 지지 않지만 반드시 가족 혹은 보호자로 하여금 치료하도록 하고, 일부 경우에는 정부에서 강제적으로 치료해 주어야 한다고 규정하였다.

개정 형사소송법은 형법의 기초위에서 폭력행위로 인하여 공공안전을 위해하거나 국민의 인신의 안전에 엄중한 위해가 되는 경우 법정절차인 감정 확인을 거친 후 형사책임이 없는 정신병자인 경우에도 계속해서 사회에 위험을 가할 가능성이 있는 경우에는 강제의료료를 해야 한다고 규정하였다(제284조). 강제의료의 절차에 대해서는 인민검찰원에서 인민법원에 강제의료조치를 신청하고, 인민법원에서 결정을 내려야 한다고 규정하였다(제285조).

2. 형사소송법의 임무 및 목적, 기본원칙

가. 형사소송법의 이념

1) 범죄에 대한 통제와 인권보장의 조화

범죄에 대한 통제는 형사소송활동을 통하여 정확하고 제때에 사건의 진상을 조사하여 범죄를 저지른 피고인에 대해 공정하게 형법을 적용하여 범죄를 억제하는 것을 말한다.

인권보장은 형사소송을 통해 범죄를 억제하는 과정에서 국민의 합법적인 권익이 침해받지 않도록 보장해 주는 것을 말한다. 구체적으로 말하면 아래와 같은 몇 가지 방안을 포함한다. 첫째, 무고한 사람이 처벌받지 않도록 한다. 둘째, 죄가 있는 자로 하여금 공정한 처벌을 받도록 한다. 셋째, 소송참여자의 권리를 보장한다. 넷째, 당사자의 인격을 존중하고 피의자, 피고인에 대해 공정한 대우를 하는 동시에 소송과정에서 피해자의 반복되는 피해를 방지하도록 한다.

범죄에 대한 통제와 인권보장은 대립되면서도 통일되는 관계에 있다. 만약 형사소송에서 헌법과 형사소송법의 권리보장에 관한 규범을 위반하여 소송참여자의 인격을 존중하지 않고, 심지어 고문을 한다면 억울하게 처벌되는 사례를 초래할 수 있다. 따라서 범죄에 대한 통제를 추구함에 있어서 절대로 인권보장을 경시해서는

안 된다.

세계의 모든 민주국가의 형사소송법에서는 인권보장에 관한 여러 가지 원칙, 제도와 절차를 규정하였는데 중국도 마찬가지였다. 중국헌법에는 “국가는 인권을 존중하고 보장한다.”고 규정하였고, 중국형사소송법은 인권존중과 보장을 형사소송법의 중요한 임무로 정하는 동시에 무죄추정원칙을 규정하였고 변호권, 소송참여자권리를 규정하였으며 기타 일련의 인권보장원칙, 제도와 절차를 규정하였다.

범죄에 대한 통제와 인권보장이 충돌하였을 때에는 반드시 이익균형원칙에 따라 선택해야 한다. 따라서 입법상 충돌을 해결하는 일반원칙과 예외상황을 규정해야 한다.

범죄에 대한 통제와 인권보장은 어느 한 방면만 강조해도 안 된다. 범죄에 대한 통제와 인권보장을 적절하게 조화시키고 유기적으로 결합시켜야 한다.

2) 실체공정과 절차공정의 중시

공정은 인류사회가 추구하는 가장 중요한 가치목표로서 소송공정은 사회의 정의를 수호하는 마지막 보루이고 사회의 정의를 나타내는 창구이며 소송의 영혼과 생명이다.

소송공정은 실체공정과 절차공정을 포함한다. 실체공정은 사건실체의 결과처리에서 나타나는 공정이다. 실체공정에 있어서 구체적인 요구는 다음과 같다. 첫째, 범죄사실의 인정에 있어서 반드시 증거가 확실하고 충분해야 한다. 둘째, 형법을 정확하게 적용하고 피의자, 피고인의 유죄여부와 죄명에 대해 정확하게 인정해야 한다. 셋째, 적절한 형벌을 가해야 한다. 넷째, 잘못 처리된 사건에 대해 구제방법을 취하여 제때에 교정하고 보완해야 한다.

절차공정은 소송절차방면에서 나타나는 공정이다. 절차공정에 있어서 구체적인 요구는 다음과 같다. 첫째, 형사소송법의 규정을 엄격히 준수해야 한다. 둘째, 당사자와 기타 소송참여자의 소송권리, 특히 피의자, 피고인과 피해자의 권리를 보장해야 한다. 셋째, 고문과 기타 위법적인 증거의 수집을 금지한다. 넷째, 사법기관의 독립적인 직권행사를 실현해야 한다. 다섯째, 소송절차의 공개성과 투명도를 보장해야 한다. 여섯째, 법정기한에 따라 사건을 처리하고 사건을 종결해야 한다.

실체공정과 절차공정은 서로 충돌이 발생하는 경우도 없지는 않다. 양자사이에 충돌이 발생했을 때에 다음과 같은 원칙은 반드시 지켜져야 한다. 첫째, 죄가 없는 자에게 누명을 씌워서는 안 된다. 둘째, 피고인에게 유리한 해석을 해야 한다. 만약 사실인정 혹은 법률적용에 잘못이 있어 죄가 없는 자에게 누명을 씌웠다는 사실이 발견되었을 때에는 반드시 구제절차를 통해 시정해야 할 뿐만 아니라 피해자로 하여금 국가배상을 받도록 해야 한다.

중국형사소송법은 실체공정과 절차공정을 모두 중시하는 이념하에서 제도적인 보장을 설계하였다. 그러나 중국의 사법에서 실체만 중시하고 절차는 경시하는 이념이 존재하였는데 반드시 철저히 시정해야 하고, 입법상에서 절차의 공정을 강화해야 하며, 절차에 관한 규정을 강화해야 한다.

3) 공정성 우선의 전제하에 효율성의 추구

세계 각국의 형사절차는 점점 소송효율에 관심을 가지기 시작하였다. 소송효율은 소송에 투여하는 사법자원(인력, 물력, 설비 등)과 사건처리수량의 비례를 말한다. 소송효율에 있어서 추구하는 것은 일정한 사법자원을 투여하여 될수록 많은 사건을 처리하는 것이다. 효율은 공정의 실천이기도 하다. 만약 소송이 지나치게 지연되어 죄가 없는 자가 제때에 석방되지 못하면 사법공정의 이미지에 영향을 끼치게 된다. 또한 소송이 지연되면 증거의 수집에도 어려움이 있어 진상을 밝히기 힘들고 사회정의를 실현하기도 힘들다. 또 범죄와 처벌사이의 연계가 긴밀할수록 범죄에 대한 억제효과가 더욱 좋다.

형사소송에서 효율성의 추구는 공정을 전제로 한다. 공정은 소송의 생명과 영혼이고, 효율은 공정의 실현을 기반으로 해야 한다. 만약 공정이 존재하지 않는다면 효율도 존재하지 않는다. 형사사법에서 반드시 사법공정을 보증하는 전제하에서 효율을 추구해야 하고 경솔하게 사건을 처리하여 실체공정과 절차공정에 손해를 주어서는 안 된다. 만약 속도만 중시하고 소송법칙을 위반한다면 비록 해결비용은 높아질 수 있지만 잘못 처리된 사건수도 증가되어 공정은 물론 효율도 진정으로 실현하기 어렵다.

4) 기소와 심판의 분리, 기소와 변호의 평등한 대항과 심판의 중립보장

가) 기소와 심판의 분리

기소와 심판의 분리는 공소기능과 심판기능사이의 관계를 조정하는 중요한 이념과 원칙이다. 공소기능과 심판기능을 분리하여 각 기능을 다른 주체에서 담당하는 것이다. 심판기관에서는 기소기관을 거치지 않았거나 개인이 기소하는 사항에 대해서 심판할 수 없고 심판기관의 심판범위는 기소의 제약을 받는다. 이러한 의미에서 기소와 심판의 분리원칙은 불고불리¹³⁾의 함의도 구현하였다.

나) 공소와 변호의 평등한 대항

공소와 변호는 쌍방의 대항국면이 형성되어야 한다. 만약 공소와 변호중 어느 한 쪽이 일방적으로 우월하면 소송절차가 행정절차로 변하게 되는 위험이 있게 되어 절차공정이 있을 수 없다.

중국의 심판절차에 있어서 형식적인 공소와 변호의 평등은 이미 확립되었지만 실질적인 면에서의 평등은 아직 형성되지 못하였다. 중국의 형사소송절차에서는 공소와 변호의 평등한 대항의 이념을 기반으로 기소전 절차와 법정심판절차를 개선해야 한다.

다) 심판중립

소송에 있어서는 심판기능이 중립성을 유지할 것이 요구된다. 법원은 중개심판자로서 반드시 중립상태를 유지하고 냉정하게 관찰하고 객관적으로 분석하며 증거와 법률에 근거하여 논쟁사항에 대해 심판을 해야 한다. 심판자의 중립은 소송공정이념과 사법독립원칙의 필연적인 요구이다.

중국에서 인민법원은 독립적으로 직권을 행사하고 심판 시에 공소와 변호의 쌍방의 적극성의 발휘를 중시하며 법관은 총체적으로 중립지위에 있다. 그러나 중국의 법정심리에서 증인이 법정에 출석하는 경우가 적고 서면심판이 아주 많아 실질적으로 보면 공소와 변호의 평등은 실현하기 어려운 상황이다. 따라서 심판전의 수사절차를 개혁하고 심판절차를 부단히 개선함으로써 법정조사의 원칙화와 심판

13) 불고불리는 기소가 없는 한 심판이 있을 수 없고, 심판단계의 소송객체의 한계를 반드시 기소가 정하여야 하며, 기소를 초월하여 설정한 객체는 위법이라는 함의를 포함한다.

중립의 실현을 확보할 필요가 있다.¹⁴⁾

나. 중국 형사소송법의 특징

1) 범죄에 대한 처벌 강화와 인권보장 중시

중국형사소송법은 형사소송에 있어서 범죄활동을 처벌하는 외에 죄가 없는 자로 하여금 형사추궁을 받지 않고, 국민의 신체의 권리, 민주권리와 기타 권리를 보호하도록 요구하고 있다. 동시에 개정 형사소송법은 인권보장을 중시하였는바, 피의자가 수사단계에서 변호사의 조력을 받을 수 있도록 하였고 기소단계에서 변호인을 선임하여 변호할 수 있도록 하였고, 피고인을 위한 인민법원의 변호인 지정 범위를 확대하였으며, 자소사건의 범위를 확대하여 피해자로 하여금 직접 기소할 수 있는 권리를 행사하도록 하였다. 또한 피해자를 당사자로 정의하여 피해자로 하여금 피고인과 기본적으로 상당한 소송권리를 부여함으로써 피해자에 대한 인권보장을 강화하였으며,公安사법기관에서 취하는 강제조치의 유형, 대상, 조건, 기간 등에 대해 명확하게 규정하였다.

2)公安, 검찰, 법원의 권한 분산과 상호 견제

중국형사소송법에서 수사는 公安기관에서 책임지고, 기소는 인민검찰원에서 책임지며, 심판은 인민법원에서 책임진다.

그리고 중국형사소송법은 세 개 기관사이의 상호배합과 상호견제를 강조하였다. 예를 들면, 公安기관에서 피의자를 구속할 때에는 반드시 인민검찰원의 허가를 받은 후에 公安기관에서 집행하고, 인민검찰원은 사건심리과정에서 법률규정에 어긋나는 인민법원의 소송절차를 발견하였을 때에는 인민법원에 대해 시정의견을 제출할 권리가 있다.

3) 중국의 국정에 부합하는 형사소송 원칙 확립

중국형사소송법의 많은 기본원칙은 중국의 국정에 부합될 뿐만 아니라 중국의

14) 赵秉志, 刑事诉讼法学, 中国人民出版社, 2012年, 第37页°

독특한 기본원칙이기도 한다. 예를 들면,公安, 검찰, 법원의 책임분배와 상호배합, 상호견제의 원칙, 군중에 의존하는 원칙, 사실을 근거로 하고 법률을 따르는 원칙, 인민검찰원에서 형사소송의 실행에 대해 법률적인 감독을 하는 원칙 등이 있다.

4) 직권주의와 당사자주의를 결합한 소송모델

개정 형사소송법은 직권주의에 관한 일부 규정을 유보하였다. 예를 들면, 수사 와 기소단계에 公安기관과 인민검찰원은 직권에 근거하여 일방적으로 수사·기소 할 수 있고, 심판단계에 법관은 피고인에게 심문하고 증인, 감정인에게 물을 수 있으며 재판과정에서 증거를 조사·확인할 권리가 있다.

동시에 당사자주의의 경험을 참고하여 피의자는 수사단계에서 변호사를 청하여 법률적인 조력을 받을 수 있고, 기소단계에서 변호인을 선임하여 변호할 수 있다. 그리고 재판과정에서 피고인에 대한 심문, 증인·감정인에 대한 질문과 물증의 제시는 주로 공소·변호 쌍방에서 진행하는데, 법관이 이러한 활동에 참여한다고 해도 단지 보충적인 역할을 하고 증거에 대해 의문이 있을 때에만 증거에 대해 조사·확인할 수 있다. 또한 공소·변호 쌍방은 상호변론을 할 수 있을 뿐만 아니라 법정 조사단계에서도 증거와 사건사실에 대해 의견을 발표하고 상호변론을 할 수 있다.

5) 인민검찰원의 형사소송에 대한 법률 감독권

서방국가와는 달리 중국의 인민검찰원은 공소활동을 책임질 뿐만 아니라 법률 감독기능도 있다. 구체적으로 말하자면, 인민검찰원은 횡령·뇌물 등 공무원이 직권을 이용한 사건에 대해 수사를 할 권리가 있을 뿐만 아니라 모든 공소 사건에 대해 심사하고 공소제기를 할 결정권이 있으며 인민법원의 심판과정에 법정예 출석하여 공소를 유지할 권리가 있다. 또한 인민검찰원은 公安기관의 수사와 인민법원의 심판 및 형벌의 집행 등 유관 활동의 합법성에 대해서도 감독권이 있다.

6) 현실에 부합하는 소송절차와 증거제도

중국형사소송법은 중국의 실제상황에 부합되는 소송절차를 규정하였다. 예를 들

면, 첫째, 국가안전에 피해를 주는 사건, 무기징역과 사형에 처할 가능성이 있는 형사사건, 외국인이 범한 형사사건에 대해서는 중급인민법원에서 제1심 심판을 한다. 둘째,公安기관이 수사과정에서 피의자를 체포할 필요가 있다고 인정될 때에는 인민검찰원의 심사비준을 받아야 하고 인민법원에서 형사사건에 대해 심판하며 2심중심제를 실행한다. 셋째, 사형에 처한 사건은 반드시 사형복핵(复核)절차¹⁵⁾를 경과해야 한다. 넷째, 재판이 법률적 효력을 발생한 후에 잘못된 판결이 발견되었을 때에는 심판감독절차를 제기하여 다시 심판할 수 있다.

3. 수사와 공소제기

가. 수사

수사는 형사사건을 처리하는 과정에서 증거를 수집하고 범죄자를 조사압수하기 위하여 진행되는 조사사업과 강제조치이다. 공소제기는 인민검찰원이 기소한 피고인의 행위에 대해 심리할 것을 인민법원에 요구함으로써 피고인의 형사책임을 확정하고 형사제재를 가하는 소송활동이다.

1) 형사강제조치

강제조치는 公安기관, 인민검찰원, 인민법원에서 형사소송활동을 진행하기 위하여 법에 따라 피의자, 피고인 혹은 현행범, 중대혐의분자에게 인신자유를 제한하거나 잠시 인신자유를 박탈하는 각종 강제적인 방법을 말한다. 중국형사소송법은 5가지 강제조치를 규정하였는데 경중의 순서로 배열하면 구인, 보석, 주거감시, 체포, 구속이다.

15) 사형복핵절차는 인민법원에서 사형에 처한 사건을 상대로 심사비준권리가 있는 인민법원에 심사비준을 요청하는 특수한 절차이다.

2) 구인(拘傳)¹⁶⁾

가) 구인의 개념과 특징

구인은 공안기관, 인민검찰원, 인민법원에서 체포, 구속되지 않은 피의자, 피고인에 대해 법에 따라 강제로 심문을 받게 하는 강제조치이다.

구인은 아래와 같은 몇 가지 특징이 있다.

구인의 대상은 구금되지 않은 피의자, 피고인이다. 이미 구속, 체포된 피의자는 구금된 상태에 있기 때문에 심문할 수 있고 구인절차를 할 필요가 없다.

구인의 목적은 피의자, 피고인으로 하여금 심문을 받게 하는 것으로서 심문 후(12시간 내) 반드시 피구인자를 돌려보내야 한다.

구인(拘傳)은 소환(傳喚)과는 다르다. 소환(傳喚)은 인민법원, 인민검찰원, 공안기관에서 소환장으로 피의자, 피고인에게 심문받아야 하는 사실을 통지하는 조치이다. 소환(傳喚)은 강제조치가 아니라 간접적 강제에 불과하다. 따라서 소환(傳喚)의 경우에 수갑을 사용할 수 없지만 구인(拘傳)의 경우에는 수갑을 사용할 수 있다. 소환(傳喚)은 피의자, 피고인에게 적용할 수 있을 뿐만 아니라 기타 당사자에게도 적용할 수 있는 반면에, 구인(拘傳)은 단지 피의자, 피고인에게밖에 적용할 수 없다.

나) 구인의 절차

구인은 반드시 아래와 같은 절차에 따라 진행해야 한다.

사건의 담당자가 구인보고서를 기입하여 신청하고 해당 기관책임자가 심사한 후 현금 이상 공안기관의 책임자, 인민검찰원검찰장, 인민법원원장의 비준을 거쳐 구인장을 서명 발급한다.

구인시 피구인자에게 구인증을 출시해야 하고 구인자로 하여금 구인증에 사인하고 무인을 찍게 해야 한다.

피구인자가 구인에 응할 때 반드시 그로 하여금 구인증에 구인 받으러 온 시간을 기입하게 한 후 심문을 진행해야 하고 심문이 끝난 후에는 반드시 그로 하여금 구인증에 심문이 끝난 시간을 기입하게 해야 한다. 피구인자가 기입을 거절한다면

16) 한국과 중국의 인신구속제도는 명칭에서 차이가 있다. 한국의 체포는 중국의 구류(拘留)에 해당하고 한국의 구속은 중국의 체포에 해당한다. 여기서는 중국의 구류를 체포로, 중국의 체포를 구속으로 번역하였다.

공안사법인원은 반드시 구인중에 주석하여 밝혀야 한다. 구인의 지속시간은 일반적으로 12시간을 초과하지 못하는바, 사건이 특별히 중대하고 복잡하여 구속 혹은 체포조치를 취할 필요가 있을 때 구인의 지속시간은 24시간을 초과하지 못한다. 그리고 연속하여 구인하는 형식으로 피의자에 대해 변형된 구금을 해서는 안 된다. 피의자를 구인할 때 반드시 피의자의 식사와 필요한 휴식시간을 보증해야 한다.

심문이 끝난 후 만약 피구인자가 기타 강제조치에 부합되면 기타 강제조치를 취해야 한다. 피의자에 대해 기타 강제조치로 변경해야 할 때에는 반드시 구인기간 내에 비준하거나 비준하지 않는 결정을 내려야 하고 구인기간이 만기가 되어서도 비준결정을 내릴 수 없을 때에는 반드시 곧 바로 구인을 종결지어야 한다. 만약 기타 강제조치를 취할 필요가 없을 때에는 반드시 피구인자를 돌려보내야 한다.

다) 수배(通緝)

수배는 공안기관에서 구속해야 하지만 현재 도망치고 있는 피의자에 대한 일종 수사 활동이다.

수배의 대상은 반드시 구속해야 하지만 도망치고 있는 피의자이다. 구체적으로 말하자면 아래와 같은 경우를 포함한다. 첫째, 구속결정을 내린 후에 도망치거나 보석조치, 주거감시기간에 도망친 피의자이다. 둘째, 체포결정을 내린 후에 도망친 중대혐의분자이다. 셋째, 구금 장소에서 도망친 피의자이다. 넷째, 심문기간 혹은 호송기간에 도망친 피의자이다.

수배와 구인의 구별을 말하자면 수배는 죄를 범하여 반드시 구속해야 하지만 도망친 피의자를 상대로 한 조치로서 구인은 할 수 없기 때문에 수배의 방식을 취할 수밖에 없다.¹⁷⁾

4) 보석

가) 보석조치의 개념과 적용조건

형사소송에서 말하는 보석조치는 공안기관, 인민검찰원, 인민법원에서 피의자, 피고인으로 하여금 보증인을 내세우거나 보증금을 납부하도록 함으로써 피의자,

17) 樊崇义, 刑事诉讼法学, 法律出版社, 2013年, 第151页°

피고인이 수사, 기소, 심판에 있어서 도피하지 않고 방해하지 않는 것을 보증하고 또 부르면 곧 와야 하는 강제조치이다.

보석조치의 적용조건에 대해 형사소송법 제65조는 “인민법원, 인민검찰원과公安기관에서는 아래와 같은 피의자, 피고인에 대해 보석조치를 취할 수 있다”고 규정하였다.

- (1) 관제, 구역(단기자유형) 또는 독립적으로 적용되는 부가형에 처해질 가능성이 있는 경우
- (2) 유기징역 이상의 형벌에 처할 가능성이 있지만 보석조치를 취하여도 사회적 위험성이 없다고 판단되는 경우
- (3) 중대한 질병에 걸리거나 생활자립이 되지 않는 자, 임신 혹은 영아에게 수유 중인 부녀에 대해 보석조치를 취하여도 사회적 위험성이 없다고 판단되는 경우
- (4) 구금기한이 만료되었지만 사건처리가 아직 끝나지 않은 경우

형사소송법 제89조의 규정에 따르면 인민검찰원은 반드시公安기관의 구속에 대한 비준요구를 접수한 7일 내에 구속에 대해 비준하거나 비준하지 않는 결정을 내려야 한다. 인민검찰원에서 구속에 대해서 비준하지 않을 때에는公安기관에서 통지를 받은 후 반드시 곧 바로 석방해야 하고 또 집행정황을 제때에 인민검찰원에 통지해야 한다. 계속 수사할 필요가 있고 보석조치와 주거감시조건에 부합되는 피의자, 피고인에 대해서는 보석조치 혹은 주거감시조치를 취할 수 있다.

또한 형사소송법 제96조의 규정에 따르면 피의자, 피고인이 구금된 사건을 형사소송법이 규정한 수사구금, 심사기소, 1심, 2심 기한 내에 처리할 수 없을 때에는 피의자, 피고인을 반드시 석방해야 한다. 계속 조사증명하거나 심리할 필요가 있을 때에는 피의자, 피고인에 대해 보석조치 혹은 주거감시조치를 취할 수 있다. 그러나 사회치안을 엄중히 위태롭게 한 피의자 내지 기타 범죄성질이 악렬하고 중대한 피의자에 대해서는 보석조치를 취할 수 없다. 구체적으로 말하자면 누범, 범죄 집단의 주범, 자상자학의 방법으로 수사를 도피하는 피의자, 국가안전을 위태롭게 하는 범죄, 폭력범죄 내지 기타 중대한 범죄에 대해 보석조치를 취할 수 없다.

나) 보석조치의 방식

형사소송법 제66조의 규정에 따르면 인민법원, 인민검찰원과 공안기관에서 피의자, 피고인에 대해 보석조치를 취할 결정을 내릴 때 반드시 피의자, 피고인으로 하여금 보증인을 내세우거나 보증금을 납부하게 해야 한다. 따라서 보석조치는 보증인보증과 보증금보증을 포함한 두 가지 방식이 있다. 그러나 동일한 피의자, 피고인의 동일한 범죄사실에 대하여 동시에 보증인보증과 보증금보증을 취할 수 없다.

다) 보석인(被取保人)의 의무

형사소송법 제69조의 규정에 따르면 보석조치를 취한 피의자, 피고인은 반드시 아래와 같은 의무를 준수해야 한다.

- (1) 집행기관의 비준이 없이 거주하고 있는 시, 현을 떠날 수 없다.
- (2) 주소, 업무단위, 연락방식이 변동이 있는 경우 24시간 내에 집행기관에 보고해야 한다.
- (3) 신문을 위하여 소환하는 경우 즉시 출두한다.
- (4) 어떠한 형식으로도 증인의 증언을 방해해서는 안 된다.
- (5) 증거를 인멸하거나 위조해서는 안 되고 허위의 진술을 해서도 안 된다.

또한 인민법원, 인민검찰원과 공안기관에서는 사건의 상황에 따라 보석조치를 취한 피의자, 피고인으로 하여금 아래와 같은 규정을 준수하게 할 수 있다.

- (1) 특정한 장소에 출입을 금한다. .
- (2) 특정한 인원과 접견하거나 통신할 수 없다.
- (3) 특정한 활동에 종사할 수 없다.
- (4) 여권, 운전면허증을 집행기관에 보관한다.

만약 보석조치를 취한 피의자, 피고인이 상술한 의무를 위반하면 아래와 같은 법률적 효과를 초래한다.

- (1) 이미 보증금을 납부한 경우에는 집행기관에서 보증금을 부분 또는 전부 몰수한다.
- (2) 상황에 따라 피의자, 피고인으로 하여금 잘못을 뉘우치는 서약서를 제출하게 하고, 다시 보증금을 납부하게 하거나 주거 보증인을 세우도록 명하거나 주거감시하거나 구속한다.

- (3) 보석조치를 취한 피의자, 피고인이 보석조치의 규정을 위반하여 보증금을 몰수당한 후公安사법기관에서 여전히 보석조치를 취할 때에는 반드시 보석조치의 기한을 연속적으로 계산해야 한다.
- (4) 피의자, 피고인이 보석기간에 아래와 같은 사유가 있을 때에는 반드시 체포해야 한다.
 - (가) 자살을 기도하고 도망치고 수사와 심사기소를 기피한다.
 - (나) 증거를 인멸하고 위조하거나 거짓의 진술을 하며 증인의 증언을 방해함으로써 수사과 심사기소가 정상적으로 진행될 수 없다.
 - (다) 허락이 없이 거주하고 있는 시, 현을 떠나 중대한 효과를 초래하였거나 허락이 없이 두 번이나 거주하고 있는 시, 현을 떠났다.
 - (라) 호출에 응하지 않아 중대한 효과를 초래하였거나 두 번이나 호출에 응하지 않았다.
 - (마) 보석조치기간에 고의범죄를 범하였다.

라) 보석의 절차

보석은 반드시 아래와 같은 절차를 준수해야 한다.

(1) 보석조치를 신청할 권리가 있는 자: 구금된 피의자, 피고인 내지 그 법정대리인, 가까운 친족, 변호인은 피의자, 피고인을 위해 보석조치를 신청할 수 있다. 결정할 권리가 있는 기관에서는 반드시 서면신청을 접수한 7일 내에 답변을 해야 한다.

(2) 결정할 권리가 있는 기관과 집행기관: 피의자, 피고인에 대해 보석조치를 할 때 公安기관, 인민검찰원과 인민법원에서 사건의 구체적인 상황에 따라 결정을 내리고 公安기관, 국가안전기관 등에서 집행한다.

(3) 보석조치의 집행절차: 公安사법기관에서 피의자, 피고인에 대해 보석을 하는 결정을 내릴 때 반드시 당사자에게 알려주어야 하고 당사자가 보석결정서에 서명해야 한다. 公安사법기관에서 피의자, 피고인에 대해 보석을 할 결정을 내릴 때 반드시 피의자가 거주한 公安기관의 파출소에 통지하여 집행시켜야 한다. 보석의 집행기관에서는 반드시 피의자, 피고인으로 하여금 관련 상황을 보고하도록 하고 또 기록해야 한다.

수사 혹은 심사기소기간에 이미 보석을 한 경우에 사건을 심사기소 혹은 심판단계에 이송하였는데 계속 보석을 할 필요가 있거나 보증방식 혹은 강제조치를 변경할 필요가 있을 때에는 사건접수기관에서 반드시 7일 내에 결정해야 한다. 사건접수기관에서 계속 보석을 할 결정을 내릴 때에는 보증금을 다시 받지 못한다. 보석의 기간은 반드시 다시 계산해야 하고 피의자, 피고인에게 알려주어야 한다.

(4) 보석조치의 해제: 보석의 기간이 만기되거나 피의자, 피고인의 형사책임을 추궁하지 말아야 하는 사실이 발견되었다면 반드시 제때에 해제하거나 취소해야 한다. 보석을 해제하는 때에는 반드시 보증금을 피의자, 피고인에게 돌려주어야 한다.

피의자, 피고인 내지 그 법정대리인, 가까운 친족, 피의자, 피고인이 위탁한 변호사와 기타 변호인이 보석조치의 법정 기한이 초과되었다고 인정하여 보석조치의 해제를 요구할 때 결정권이 있는 기관에서는 반드시 7일 내에 심사하고 결정해야 한다.

(5) 보석조치의 기간: 인민법원, 인민검찰원과公安기관에서 피의자, 피고인에 대한 보석조치는 12개월을 초과하지 못한다.

5) 주거감시

가) 주거감시의 개념과 적용조건

주거감시는公安기관, 인민검찰원과 인민법원에서 피의자, 피고인에 대해 취하는 조치로서 피의자, 피고인으로 하여금 거주지를 떠나지 못하도록 하는 동시에 피의자, 피고인에 대해 감시하고 통제하는 강제방법이다.

주거감시는 한국의 형사소송에는 찾아볼 수 없는 특이한 제도이다. 보석과 비교하면 모두 인신의 자유를 제한하는 강제조치이지만 양자의 차이는 자유를 제한하는 정도에서 차이가 있다.

1997년의 형사소송법의 규정에 따르면 주거감시와 보석의 적용범위는 같은바, 보석을 할 수 있는 경우에 주거감시도 적용할 수 있다. 일반적으로 피의자, 피고인이 보증인을 내세우지 못할 뿐만 아니라 보증금도 납부하지 못할 때 주거감시를 적용한다. 따라서 주거감시는 사실상 보석의 대체성 조치라고 볼 수 있다. 그러나 2012년 형사소송법개정에서 주거감시의 적용조건과 범위에 대해 다시 규정하였는

데 개정 후의 형사소송법 제72조와 제73조의 규정에 따르면 주거감시는 아래와 같은 두 가지 유형으로 나뉜다.

(1) 일반적인 주거감시

인민법원, 인민검찰원과公安기관에서 구속요건에 부합되고 아래에 열거한 상황의 1에 해당하는 피의자, 피고인에 대해서 주거감시를 할 수 있다.

(가) 중대한 질병이 있어 생활을 스스로 할 수 없는 경우

(나) 임신하거나 자신의 영아에게 수유중인 부녀

(다) 생활을 스스로 할 수 없는 사람의 유일한 양육자인 경우

(라) 사건의 특수상황 혹은 사건처리의 필요로 인하여 주거감시조치가 더 적절한 경우

(마) 구금기한이 종료되었지만 사건이 아직 종결되지 않아 주거감시조치를 취할 필요가 있는 경우

(2) 거소를 지정한 주거감시

형사소송법 제73조의 규정에 따르면 주거감시는 피의자, 피고인의 주거지에서 집행해야 한다. 일정한 주거가 없다면 지정한 거소에서 집행할 수도 있다. 국가안전위해죄, 테러범죄, 중대뇌물죄의 혐의를 받아 주거지에서 집행하면 수사에 방해가 될 때에는 상급인민검찰원 혹은 公安기관 的 기준을 받고 지정한 거소에서 집행할 수 있다.¹⁸⁾ 다만 구금장소, 사건처리 전용장소에서 집행해서는 안 된다.

따라서 거소를 지정한 주거감시의 요건은 반드시 형사소송법 제72조의 규정을 충족시키는 동시에 아래와 같은 세 가지 요건을 구비해야 한다. 첫째, 특정사건유형인 경우에 한한다. 즉, 국가안전위해범죄, 테러범죄, 중대뇌물죄의 혐의를 받는 경우이다. 둘째, 주거지에서 집행하면 수사에 방해가 될 수 있다. 셋째, 상급인민검찰원 혹은 公安기관 的 기준을 받아야 한다.

나) 주거감시를 받은 자의 의무

형사소송법 제75조에 의하면 주거감시를 받는 자는 아래와 같은 의무가 있다.

18) 이런 규정은 인권침해의 우려가 있어 개정 과정에서 반대의견도 적지 않았다.

- (1) 집행기관의 허가없이 주거감시 받는 장소를 떠날 수 없다. 고정적인 주거지가 있으면 주거지를 떠날 수 없고 고정적인 주거지가 없으면 지정한 거처를 떠나서는 안 된다.
- (2) 집행기관의 허가없이 다른 사람과 접견하거나 통신할 수 없다.
- (3) 신문을 위하여 소환하면 즉시 출두한다.
- (4) 어떠한 형식으로도 증인의 증언을 방해해서는 안 된다.
- (5) 증거를 인멸하고 위조하거나 허위의 진술을 해서는 안 된다.
- (6) 여권, 신분증, 면허증을 집행기관에서 보관한다.

만약 주거감시를 받은 자가 주거감시기간에 상술한 의무를 위반하면 아래와 같은 효과를 초래할 수 있다.

- (1) 규정 위반의 정도가 비교적 경미하다면 훈계하거나 반성하도록 할 수 있다.
- (2) 규정 위반의 정도가 중대한 경우에는 구속할 수 있고 필요한 경우에는 피의자, 피고인을 우선 체포할 수 있다.

다) 주거감시의 방법

주거감시의 집행기관은 주거감시를 받는 피의자, 피고인에 대하여 전자감독, 부정기적 검사 등의 감시방법으로 그의 주거감시 규정 준수 상황에 대하여 감독할 수 있다. 수사기간중에는 주거감시를 받는 피의자의 통신에 대하여 감시할 수 있다(제76조).

라) 주거감시의 절차

인민법원, 인민검찰원과公安기관에서 피의자, 피고인에 대해 주거감시조치를 취할 때 반드시 아래와 같은 절차를 준수해야 한다.

(1) 주거감시를 결정할 권리가 있는 기관과 집행기관: 형사소송법의 규정에 따르면 주거감시는 公安기관에서 집행한다. 인민법원과 인민검찰원에서 주거감시를 취할 결정을 내릴 때 인민법원과 인민검찰원에서는 반드시 주거감시결정서와 주거감시집행통지서를 公安기관에 송달해야 한다.

(2) 주거감시의 집행: 주거감시를 받은 자에게 주거감시결정서를 고지하고 본인으로 하여금 주거감시결정서에 서명하고 도장을 찍게 해야 한다. 거소를 지정한

주거감시는 통지할 수 없는 경우를 제외하고는 주거감시 집행 후 24시간 내에 주거감시를 받는 자의 가족에게 통지해야 한다.

(3) 주거감시의 해제: 주거감시의 기한이 만료되거나 피의자, 피고인의 형사책임을 추궁하지 말아야 하는 사실이 발견될 때 주거감시를 해제하거나 취소해야 한다. 피의자, 피고인 내지 그 법정대리인, 가까운 친족, 피의자, 피고인이 선임한 변호사, 기타 변호인이 주거감시의 법정 기한이 초과되었다고 인정할 때 인민법원, 인민검찰원과公安기관에 신청하여 주거감시를 해제할 권리가 있다. 심사를 통하여 사실과 일치한다면 피의자, 피고인에 대한 주거감시를 해제해야 한다.

(4) 주거감시의 기간: 피의자, 피고인에 대한 주거감시는 6개월을 초과하지 못한다.

6) 체포

가) 체포의 개념

체포는 公安기관과 인민검찰원이 수사과정에서 긴급한 상황에 현행범 혹은 중대혐의자의 인신자유를 일시적으로 박탈하는 강제조치를 말한다.

나) 체포의 절차

公安기관과 인민검찰원에서는 체포를 할 때 아래와 같은 절차를 준수해야 한다.

(1) 체포의 결정을 내릴 수 있는 기관과 집행기관

체포의 결정을 내릴 수 있는 기관은 公安기관과 인민검찰원을 포함하지만 형사소송법 제163조의 규정에 따르면 인민검찰원은 단지 아래와 같은 상황에서만 체포의 집행을 결정할 수 있다.

(가) 범죄를 저지른 후 자살을 기도하거나 도망친다.

(나) 증거를 인멸하고 위조하거나 허위의 진술을 한다.

公安기관에서 피의자를 체포할 필요가 있을 때 현금 이상의 公安기관의 책임자가 비준하고 체포증을 서명하고 발급해야 한다. 인민검찰원에서 체포의 적용을 결정한 경우에는 검찰장이 결정한다. 인민검찰원에서 체포의 집행을 결정한 사건은 公安기관에서 집행한다.

(2) 체포의 절차

공안기관에서 체포를 집행할 때 체포증을 제시해야 하고 피체포자로 하여금 체포증에 서명하고 날인을 하게 해야 한다. 서명을 거절하거나 날인을 하지 않을 때에는 집행인원이 해당 사항을 기재하여야 한다.

체포의 적용을 결정한 후 피체포자를 구금해야 하는데 24시간을 초과하지 못한다. 통지할 수 없거나 국가안전위해범죄, 테러범죄의 혐의를 받아 수사에 방해가 되는 경우를 제외하고는 체포후 24시간 내에 피체포자의 가족에게 통지해야 한다. 수사에 방해가 되는 상황이 소멸되면 즉시 피체포자의 가족에게 통지해야 한다. 수사에 방해가 되는 상황을 열거하면 아래와 같다.

(가) 공범(同案犯)이 도망치거나 공범을 은닉하고 증거를 인멸하거나 위조할 위험이 있다.

(나) 진실한 성명과 주소를 말하지 않아 신원불명이다.

(다) 기타 수사에 방해가 되거나 통지할 수 없는 경우이다.

공안기관과 인민검찰원에서 체포한 자에 대해 반드시 체포후 24시간 내에 신문을 하여야 한다. 신문과정에서 체포하지 말아야 상황을 발견하였다면 즉시 석방하고 석방증을 발급해야 한다. 체포할 필요가 있지만 증거가 충분하지 못할 때에는 보석조치 혹은 주거감시를 할 수 있다.

(3) 체포기간

형사소송법 제89조의 규정에 따르면 공안기관에서 체포된 자에 대해 구속할 필요가 있다고 인정하면 체포 후 3일 내에 인민검찰원의 비준심사를 신청해야 한다. 특별한 사정이 있는 경우에는 비준심사제청기간을 1일 내지 4일 연장할 수 있다.

떠돌아다니며 죄를 저지르고 수차에 걸쳐 죄를 저지르며 무리를 지어 범죄를 저지른 혐의가 있는 자에 대해서는 비준심사제청기간을 30일까지 연장할 수 있다.

인민검찰원은 공안기관의 구속비준신청서를 접수한 때로부터 7일 이내에 구속비준 또는 구속불비준의 결정을 내려야 한다. 인민검찰원에서 구속을 비준하지 않은 경우에 공안기관에서는 통지를 받은 즉시 석방해야 하고 집행상황을 즉시 인민검찰원에 통지해야 한다. 수사를 계속할 필요가 있고 보석이나 주거감시의 요건에 부합되면 보석이나 주거감시를 해야 한다.

형사소송법 제165조의 규정에 따르면 인민검찰원은 직접 접수한 사건 중 체포당한 자를 구속할 필요가 있을 때 14일 내에 결정해야 한다. 특별한 사정이 있는 때에는 구속의 결정을 내릴 시간을 1일 내지 3일 연장할 수 있다. 구속할 필요가 없을 때에는 즉시 석방해야 한다. 또한 계속 수사를 진행할 필요가 있고 보석이나 주거감시조치에 부합되면 보석이나 주거감시조치를 취해야 한다.¹⁹⁾

7) 구속

가) 구속의 개념과 적용조건

(1) 구속의 개념

구속이란公安기관, 인민검찰원과 인민법원에서 피의자 혹은 피고인의 수사, 기소와 심판에 대한 도피를 방지하고 형사소송을 방해하는 행위를 방지하거나 사회적 위험성의 발생을 방지하기 위하여 피의자 혹은 피고인의 인신자유를 박탈하여 구금하는 강제조치이다.

(2) 구속요건

구속은 형사소송의 강제조치에 있어서 제일 엄격한 조치로서 피의자, 피고인의 인신자유를 박탈할 뿐만 아니라 구속당한 자에 대한 구금은 일반적으로 인민법원의 판결이 효력을 발생할 때까지 지속된다. 구속은 범죄를 진압하고 사회질서를 수호하는 역할을 할 수 있고, 피의자 혹은 피고인이 허위의 진술을 하고 증거를 위조하거나 인멸하며 자살하며 도망치거나 계속 범죄를 저지르는 행위를 방지할 수 있으며, 증거의 수집과 사건의 상황을 해명하는데 유리할 뿐만 아니라 수사, 기소와 심판의 순조로운 진행을 보증할 수 있다. 따라서 구속은 수사에서 중요한 수단이다. 그러나 구속이 남용되는 경우가 발생할 수 있어 무고한 자에게 피해를 줄 수 있고 국민의 합법적인 권익을 침해할 수 있으며 사회주의법제의 존엄과 권위를 파괴할 수 있으며公安사법기관의 위신을 훼손할 수도 있다. 따라서 반드시 최소한으로 구속하고 신중하게 구속하는 정책을 견지하고 구속으로 수사를 대체하거나 임의적으로 구속하는 경우가 발생해서는 안 된다. 또한 무죄인 자에 대해 잘못 구

19) 樊崇义, 刑事诉讼法学, 法律出版社, 2013年, 第159页°

속했을 때 국가배상법의 규정에 따라 피해자에 대해 배상을 해주어야 한다.

형사소송법 제79조의 규정에 따라 구속은 법정구속과 참작(酌定)구속으로 나눌 수 있다.

(가) 법정 구속

형사소송법 제79조 제1항의 규정에 따르면 범죄사실을 증명할 증거가 있고 징역 이상의 형을 선고받을 가능성이 있는 피의자, 피고인에 대해 보석, 주거감시 등의 방법으로는 다음의 사회적 위험성의 발생을 방지하기에 부족하므로 구속해야 한다.

- ㉠ 새로운 범죄를 저지를 수 있는 경우
- ㉡ 국가안전, 공공안전 또는 사회질서를 위해 할 위험이 있는 경우
- ㉢ 증거를 인멸, 위조하며 증인의 증언을 방해할 수 있는 경우
- ㉣ 피해자, 고발인, 고소인에게 보복할 위험성이 있는 경우
- ㉤ 자살 또는 도주할 수 있는 경우.

증명할 증거가 있는 범죄사실에 대하여 10년 유기징역 이상의 형벌에 처해질 수 있거나 징역 이상의 형벌에 처해질 수 있는 경우, 고의범죄 또는 신분불명의 피의자, 피고인인 경우에는 구속하여야 한다.

(나) 참작 구속

형사소송법 제79조 제3항의 규정에 따르면 보석 혹은 주거감시조치를 받은 피의자 혹은 피고인이 보석, 주거감시조치의 규정을 위반하여 상황이 엄중한 경우에는 구속할 수 있다. 동시에 형사소송법 제69조와 제75조에서도 같은 규정을 하였다. 이 때 구속은 필요적이지 아니라 임의적이다. 즉 보석 혹은 주거감시의 관련 규정을 위반하여 상황이 엄중한 경우에도 구속할 수 있고 구속하지 않을 수도 있다.

나) 구속의 권한

중국헌법 제37조 제2항의 규정에 따르면 어떤 공민에 대해서도 인민검찰원의 비준 혹은 결정을 거치지 않거나 인민법원의 결정을 거치지 않고公安기관에서 집행하지 않으면 구속할 수 없다. 형사소송법 제78조의 규정에 따르면 피의자 혹은

피고인을 구속할 때 반드시 인민검찰원의 비준을 받거나 인민법원의 결정을 거쳐야 하고 구속은 공안기관에서 집행한다. 구체적으로 말하자면 인민검찰원은 구속을 비준하거나 결정할 권리가 있고 인민법원은 단지 결정할 권리밖에 없으며 공안기관은 결정할 권리가 없고 단지 구속의 비준과 구속의 집행을 요청할 권리밖에 없다.

주의해야 할 것은 형사소송법 제93조의 규정에 따르면 피의자 혹은 피고인이 구속된 후 인민검찰원에서는 여전히 구금의 필요성에 대해 심사해야 한다. 계속 구금할 필요가 없을 때에는 반드시 석방할 것을 건의하거나 강제조치를 변경해야 한다. 관련 기관에서는 반드시 10일 내에 처리정황을 인민검찰원에 통지해야 한다.

위에서 본 바와 같이 중국형사소송법 중 구속에 대한 비준권 혹은 결정권, 집행권 내지 감독심사권은 분리되었는데 이는 공안사법기관 사이의 상호견제와 상호감독을 실현하고 잘못된 구속과 구속의 남용 등 국민의 인신권리를 침해하는 현상을 방지하기 위한 것이다.

다) 구속의 비준절차와 결정절차

(1) 구속비준제청

공안기관이 피의자의 구속을 요구할 경우에는 구속비준제청서를 작성하여 사건 기록자료 및 증거와 함께 동급 인민검찰원에 송부하고, 비준심사를 받아야 한다. 필요한 경우에는 인민검찰원은 인원을 파견하여 공안기관의 중대사건에 관한 토론에 참가하게 할 수 있다(제85조).

(2) 피의자심문

인민검찰원이 심사하여 구속비준을 할 때 피의자를 심문할 수 있다. 아래에 열거한 상황의 1에 해당하는 경우 범죄피의자를 심문하여야 한다(제86조).

(가) 구속요건의 부합 여부에 대하여 의문이 있는 경우

(나) 범죄피의자가 검찰인원에게 면전에서 진술하기를 요구한 경우

(다) 수사활동에 중대한 위법행위가 있을 수 있는 경우.

인민검찰원이 구속을 심사비준할 때 증인 등 소송참여인을 신문할 수 있고, 변호사인 변호인이 요구한 경우 변호사인 변호인의 의견을 청취하여야 한다..

(3) 구속심사비준

(가) 인민검찰원에서의 범죄피의자에 대한 구속심사비준은 검찰원장이 결정한다. 중대사건의 경우에는 검찰위원회의 토론에 회부하여 결정하여야 한다(제87조).

(나) 인민검찰원은公安기관이 구속비준을 제청한 사건에 대하여 심사후에 상황에 따라 구속비준 또는 구속불비준의 결정을 하여야 한다. 구속비준 결정에 대하여 公安기관은 즉시 집행하여야 하고, 아울러 집행상황을 인민검찰원에 즉시 통지하여야 한다. 구속불비준에 대하여는 인민검찰원은 이유를 설명하여야 하고 보충수사가 필요한 경우에는 이와 동시에 公安기관에 통지하여야 한다(제88조).

(다) 인민검찰원은 구속심사비준을 함에 있어서 公安기관의 수사에 위법한 부분이 있음을 발견한 때에는 公安기관에 통지하여 이를 바로 잡아야 하며, 公安기관은 바로잡은 상황을 인민검찰원에 통지하여야 한다(제98조).

(라) 公安기관은 인민검찰원의 구속불비준 결정에 대하여 잘못이 있다고 인정하는 경우에는 재심의를 요구할 수 있다. 다만 피체포자를 즉시 석방하여야 한다. 만약 의견이 받아들여지지 아니할 경우에는 직근 상급인민검찰원에 다시 재심사를 제청할 수 있다. 상급 인민검찰원은 즉시 재심사를 하여 변경 여부의 결정을 하고 하급 인민검찰원 및 公安기관에 통지하여 집행하게 하여야 한다(제90조).

라) 구속의 집행

公安기관이 사람을 구속한 경우는 반드시 구속증을 제시하여야 한다. 구속후 즉시 구속한 자를 간수소에 보내어 구금하여야 한다.

통지할 방법이 없는 경우를 제외하고는 24시간 이내에 피구속자의 가족에게 통지하여야 한다(제91조).

인민법원, 인민검찰원은 각자 결정하여 구속한 자에 대하여, 公安기관은 인민검찰원의 비준을 거쳐 구속한 자에 대하여 모두 구속후 24시간 이내에 신문을 진행하여야 한다. 구속하지 않아야 하는 것을 알게 된 때에는 즉시 석방하여야 하며, 석방증명서를 발급하여야 한다(제92조).

마) 구속자 석방

인민검찰원은 피의자, 피고인이 구속된 후에도 여전히 구금의 필요성에 대해 심

사를 진행하여야 한다. 구금할 필요성이 없는 경우에는 석방 또는 강제조치 변경을 건의하여야 한다. 유관기관은 10일 이내에 처리상황을 인민검찰원에 통지하여야 한다(제93조).

인민법원, 인민검찰원과公安기관은 범죄피의자, 피고인에 대하여 취한 강제조치가 부당하다는 것을 발견한 때에는 즉시 이를 취소 또는 변경하여야 한다.公安기관이 구속된 자를 석방하거나 구속조치를 변경한 경우에는 구속을 비준한 인민검찰원에 통지하여야 한다(제94조).

범죄피의자, 피고인 및 그의 법정대리인, 근친족, 변호인은 강제조치의 변경을 신청할 권리가 있다. 인민법원, 인민검찰원과公安기관은 신청접수후 3일 이내에 결정을 내려야 한다. 강제조치 변경에 동의하지 않는 경우 신청자에게 고지하여야 하며, 또한 동의하지 않는 이유를 설명하여야 한다(제95조).

피의자, 피고인이 구금된 사건에 대하여 본법에 규정된 수사구금, 기소심사, 1심, 2심의 기간내에 종결할 수 없는 경우 범죄피의자, 피고인을 석방하여야 한다. 구속하여 증거조사, 심리를 할 필요가 있는 경우에는 범죄피의자, 피고인에 대하여 보석 또는 주거감시를 할 수 있다(제96조).

인민법원, 인민검찰원 또는公安기관은 강제조치의 법정기간이 초과된 범죄피의자, 피고인에 대하여 석방하거나 보석과 주거감시를 해제하거나 법에 의하여 강제조치를 변경하여야 한다. 피의자, 피고인 및 그의 법정대리인, 근친족 또는 변호인은 인민법원, 인민검찰원과公安기관이 취한 강제조치가 법정기간을 초과한 경우에 강제조치의 해제를 요구할 권리가 있다(제97조).

나. 공소제기

1) 공소제기의 개념

공소제기는 인민검찰원에서 기소에 대해 심사한 후 기소의 결정을 내리는 과정으로서 피의자를 인민법원에 넘겨 인민법원으로 하여금 심판을 통하여 형사책임을 추궁하도록 하는 소송활동이다. 인민검찰원에서 공소제기의 결정을 내리면 피의자의 지위는 피고인으로 전환된다.

2) 공소제기시 조사사항

인민검찰원이 사건을 심사할 때에는 다음 사항을 명백히 조사하여야 한다(제168조).

(가) 범죄사실 및 정황이 명백한지, 증거가 확실하고 충분한지, 범죄의 성질과 죄명의 인정이 정확한 지 여부

(나) 범행 및 그밖의 형사책임을 추궁하여야 할 자가 누락되었는지의 여부

(다) 형사책임을 추궁하지 않아야 할 경우에 속하는지 여부

(라) 부대민사소송의 유무

(마) 수사가 합법적이었는지 여부

3) 공소제기 기간

인민검찰원은公安기관이 기소송치한 사건에 대하여 1개월 이내에 결정하여야 하며, 중대하고 복잡한 사건은 반개월 연장할 수 있다.

인민검찰원이 기소심사한 사건의 관할이 변경되었을 경우에는 변경후의 인민검찰원이 사건을 접수한 날로부터 기소심사기간을 계산한다(제169조).

4) 피의자 신문 등

인민검찰원은 사건을 심사하면서 피의자를 신문하고 변호인, 피해자 및 그 소송대리인의 의견을 청취해야 하며, 또한 문건에 명기해야 한다(제170조). 변호인, 피해자 및 그 소송대리인이 서면 의견을 제출한 경우 반드시 첨부하여야 한다(제170조).

5) 증거제출 요구 등

인민검찰원은 사건을 심사함에 있어 公安기관에 법정재판에 반드시 필요한 증거자료의 제공을 요구할 수 있다(제171조).

위법적인 방법으로 증거를 수집한 상황이 있을 수 있다고 인정하는 경우에는 증거수집의 합법성에 대하여 설명할 것을 요구할 수 있다.

인민검찰원은 사건을 심사함에 있어서 보충수사가 필요한 경우에 대하여 公安

기관에 반려하여 보충수사를 하게 할 수도 있고 스스로 수사할 수 있다. 보충수사를 하는 사건에 대해서는 1개월 이내에 보충수사를 완료하여야 한다. 보충수사는 2차에 한하여 할 수 있다. 보충수사가 완료되어 인민검찰원에 송치된 후 인민검찰원은 새로운 기소심사기간을 계산한다.

2차보충심사를 한 사건에 대하여 인민검찰원이 여전히 증거가 부족하여 기소요건에 부합하지 않다고 인정하는 경우에는 불기소결정을 내려야 한다.

6) 기소결정

인민검찰원은 피의자의 범죄사실이 이미 분명히 조사되고 증거가 확실하고 충분하여 법에 따라 형사책임을 추궁해야 한다고 인정하는 경우에는 기소결정을 하여야 하며 재판 관할의 규정에 따라 인민법원에 공소를 제기하고 또한 문건자료와 증거를 인민법원에 송치한다(제172조).

피의자가 범죄사실이 없고 형사소송법 제15조에 규정된 사항중 하나에 해당할 때에는 인민검찰원은 불기소결정을 하여야 한다(제173조). 범죄의 정황이 경미하여 형법규정에 의하여 형벌에 처할 필요가 없거나 형벌을 면제할 경우에 대하여 인민검찰원은 불기소결정을 할 수 있다.

7) 불기소에 대한 재심과 피해자에 대한 통지

(가)公安기관이 기소송치한 사건에 대하여 인민검찰원이 불기소결정을 한 경우에 불기소결정서를公安기관에 송달하여야 한다.公安기관은 불기소결정에 잘못이 있다고 인정하는 때에는 재심의를 요구할 수 있으며, 의견이 받아들여지지 않은 때에는 직근 상급 인민검찰원에 재심사를 신청할 수 있다(제175조).

(나) 피해자가 있는 사건에 대하여 불기소결정을 한 경우에 인민검찰원은 불기소결정서를 피해자에게 송달하여야 한다. 피해자가 불복하는 경우 결정서를 받은 후 7일 이내에 직근 상급 인민검찰원에 공소제기를 청구할 수 있다. 인민검찰원은 재심사결정을 피해자에게 고지하여야 한다. 인민검찰원이 불기소결정을 유지하는 경우에 대하여 피해자는 직접 인민법원에 기소할 수 있다. 인민법원이 사건을 수리한 후에 인민검찰원은 관련사건자료를 인민법원에 이송하여야 한다(제176조).

8) 공소 사건에 있어서 간이절차적용

형사소송법 제208조의 규정에 따르면 인민검찰원에서 공소제기시에 인민법원에 간이절차의 적용에 대해 건의할 수 있다. 형사소송법 제208조의 규정에 따르면 간이절차는 아래와 같은 조건을 구비한 경우이어야 한다.

(가) 기층인민법원에서 관할하는 사건이다.

(나) 사건사실이 명확하고 증거가 충분한 경우이다.

(다) 피고인이 자신의 범죄행위를 인정하고 고소장에 적시된 범죄사실에 대해 이의가 없는 경우이다.

(라) 피고인이 간이절차의 적용에 대해 이의가 없다.

형사소송법 제209조의 규정에 따르면 아래와 같은 상황 하에서 간이절차를 적용할 수 없다.

(가) 피고인이 맹인, 농아자 혹은 언어장애자 혹은 자기행동조절능력이 없는 정신병환자이다.

(나) 사회에 중대한 영향이 있다.

(다) 공범사건의 일부 피고인이 죄를 인정하지 않거나 간이절차의 적용에 대해 이의가 있다.

(라) 기타 간이절차를 적용하지 말아야 할 사항이다.

4. 증거법

가. 증명력과 증거능력

증거가 법원에서 사건사실을 인정하는 근거로 되려면 반드시 아래와 같은 이중적인 증거자격을 동시에 구비해야 한다. 첫째, 증명력을 구비해야 한다. 둘째, 증거능력을 구비해야 한다.

증거에 대한 증명력은 법관과 배심원이 법정 심리에서 형성된 직관적인 인상에서 근거하여 경험과 이성 그리고 양심에 기초하여 자유롭게 평가하는 것이다. 그러나 예외적인 상황에서 법관과 배심원도 형사증거법에 규정된 증거의 증명력을 한정하기 위하여 확립한 규칙을 준수해야 하고 증거의 증명력에 대해 형사증거법에

부합되는 평가를 해야 한다.

그리고 증거의 증명능력에 대해서는 법률상 비교적 엄격하게 제한하고 규범화해야 한다.

증거의 증명력과 증거능력은 모두 아래와 같은 심사를 받아야 한다. 첫째, 법정 출입허가증명에 대한 심사이다. 둘째, 사건결정근거자격에 대한 심사이다. 전자는 법정 심리과정에서 법원이 신청이나 직권에 따라 증거의 증명력과 증거능력에 대해 심사를 진행하여 증명력 혹은 증거능력을 구비하지 못한 증거를 수시로 배제해야 한다. 어떤 의미에서 증거배제규칙은 증거에 있어서의 법정출입허가자격을 부정하는 증거규칙이다. 또한 위법적인 증거배제규칙은 위법적인 증거의 법정출입허가자격에 대해 부정하는 증거규칙이다.

사건결정근거자격에 대한 심사는 증거의 증명력과 증거능력에 대한 최종적인 확정이다. 법정 심리절차를 걸쳐 법관이 증거의 증명력과 증거능력에 대해 확인하였다면 해당 증거를 사건사실을 인정하는 기초로 할 수 있다. 사건결정근거자격에 대한 심사는 법정출입허가자격에 대한 심사와는 달리 법정에서 전문적으로 증거를 배제하는 재판을 할 필요가 없이 법정에서 판결서 중 재판이유의 설명을 통하여 각 항 증거의 증명력과 증거능력에 대해 종합적인 평가를 할 수 있다.

형사증거법은 각 종 증거의 증거능력을 위주로 배제적인 규칙을 확립하였을 뿐만 아니라 일련의 증거의 증명력을 제한하는 규칙도 두었다는 것을 지적할 필요가 있다. 이는 대륙법 국가의 증거이념과는 차이가 있다. 일부 증거의 증명력에 대한 제한적인 규정은 주요하게 문서기록을 위주로 하는 법정 심리 하에서 법관이 증인과 감정인을 직접 접촉할 기회가 없어 공변 쌍방이 그들에 대한 법정에서의 질문을 들을 수 없고 증인과 감정인의 표정도 살펴볼 수 없어 직관적으로 증언과 감정의견의 진위를 판단할 수 없다는 점을 고려하였다. 따라서 법관은 어쩔 수 없이 주요하게 증인의 서면증언과 감정인의 서면감정의견에 대한 심사를 통하여 증명력에 대해 심사하고 취사선택을 해야 한다. 법관의 자유재량권을 규범화하고 제약하기 위하여 형사증거법은 어쩔 수 없이 진위를 판단할 수 없는 사실에 대해 경험과 논리법칙에 근거해 증명력을 제한하는 증거규칙을 확립하였다.

따라서 중국형사증거법은 증거능력과 증명력에 대하여 제한적인 규칙을 확립하였고 그 중 증거능력을 제한하는 규칙을 <증거능력규칙>이라고 하고 증명력에 적

용되는 규칙을 <증명력규칙>이라고 한다. <증명력규칙>의 존재는 중국형사증거법으로 하여금 자유심증(自由心証)을 기초로 한 대륙법체계의 국가의 증거법과는 현저한 차이가 있다.

1) 증명력

증명력은 증명가치 혹은 증명역할이라고도 하는데 한 개의 증거가 구비한 사실의 존재여부를 증명하는 능력을 말한다. 어떠한 증거도 사건을 결정하는 근거로 되려면 반드시 증명력을 구비해야 한다. 증명력은 두 개의 측면으로 구분할 필요가 있다.

첫째, 진실성이다. 즉, 증거는 운반체의 각도에서 보거나 포함한 사실로부터 보아도 모두 진실하고 신뢰성이 있는 것이고 결코 위조하거나 변조한 것이 아니다. 진실성은 신뢰성이라고도 할 수 있다.

둘째, 관련성이다. 즉, 증거에 포함된 사실정보와 사건사실은 논리적인 연계가 있고 사건사실의 성립여부를 증명할 수 있어야 한다.

이상은 주로 적극적인 면에서 본 것으로서 소극적인 면에서 볼 때 어떠한 증거든지 진실성을 구비하지 않거나 진실성에 합리적인 의문이 존재할 때 모두 법원에서 사건을 결정하는 근거로 될 수 없다. “증거의 운반체”의 각도에서 볼 때 증거의 위조 혹은 변조의 가능성을 배제할 수 없다면 진실하지 못한 증거로 간주할 수 있다. “증거사실”의 각도에서 볼 때 증거가 증명하는 사실정보가 신뢰성이 없다면 해당 증거를 진실하지 못한 증거로 간주할 수 있다.

중국형사증거법은 특히 증거의 진실성에 대한 심사를 중요시하는 동시에 이를 증명력의 조건으로 간주한다. 중국형사증거법이 확립한 증명기준으로서 범죄사실을 인정할 때 반드시 “사실이 명확하고, 증거가 확실하고 충분”한 정도에 도달해야 한다. 그 중에서 “증거가 확실”하다는 것은 사건사실을 인정함에 있어서의 증거는 반드시 진실하고 신뢰성이 있어야 한다는 의미이다.

그리고 개정형사소송법은 증거가 확실하고 충분함은 다음의 조건을 부합하여야 한다고 규정하였다(제53조).

가) 유죄인정과 양형의 사실을 증명할 증거가 모두 있는 경우

- 나) 사건을 확정하는 증거 모두 법정절차를 거쳐 조사하여 사실임이 증명된 경우
- 다) 사건 전부의 증거를 종합하여 인정한 사실이 이미 합리적인 의심을 배제시킨 경우

2) 증거능력

증거능력을 증거의 합법성이라고도 하는데 증거가 사건을 결정하는 근거로 되는 법률적 자격을 말한다. 증거법은 주로 각종 증거의 증거능력에 대해 제한하고 규범화한 법률이다. 증거능력을 구비하지 못한 증거에 대해 증거법은 법정에 진입하는 자격을 부정하거나 이미 법정심리절차에 진입한 증거에 대해 사건을 결정하는 근거로 되는 것을 방지한다. 이러한 증거규칙을 일반적으로 증거배제규칙이라고 한다.

가) 증거수집주체의 합법성

증거수집주체의 합법성이란 고소측의 증거에 대해 증거수집과 조사를 책임진 인원은 반드시 법률이 규정한 조건과 자격에 부합되어야 함을 의미한다. 중국의 형사증거법 중에서 증거수집주체를 위하여 한정된 자격은 다음과 같은 네 가지가 있다.

- (1) 증거를 수집하는 기관은 반드시 국가수사기관이어야 한다.
- (2) 증거의 수집을 책임진 기관은 반드시 사건에 대해 관할권이 있는 수사기관이어야 한다. 예를 들면,公安기관에서 횡령수뢰사건에 대해 수집한 증거와 검찰에서 살인, 강탈 등 폭력범죄에 대해 수집한 증거는 모두 증거능력을 가지지 못한다.
- (3) 증거의 수집을 책임진 인원은 반드시 수사 인원이어야 한다.
- (4) 증거의 수집을 책임진 수사 인원은 반드시 법적인 인수를 충족시켜야 한다. 예를 들면, 피의자를 심문할 때 반드시 2인 이상의 수사 인원이 진행해야 하고 1인이 수집한 증거는 증거능력을 구비하지 않는다.

나) 증거표현형식의 합법성

증거표현형식의 합법성이란 증거의 운반체가 증거의 수집과정과 증거의 관련

상황을 기록하는 방면에서 법적인 요구에 부합됨을 의미한다. 이러한 증거의 표현 형식에 있어서의 요구는 아래와 같다.

(1) 증거수집의 시간과 지점을 명기해야 한다.

(2) 증거의 수집을 책임진 수사 인원의 서명이 있어야 한다. 예를 들면, 기록제작자, 감정인, 심문인, 수사인, 감금인의 서명이 있어야 한다.

(3) 증거의 수집에 참여한 피심문인, 피수사인, 소유자, 증인의 서명이 있어야 한다.

(4) 증거의 수집, 제작, 고정, 보존의 과정과 상황이 있어야 한다.

(5) 수집한 관련 증거의 구체적인 상황(원래방위와 특징을 포함)이 있어야 한다.

일반적으로 수사 인원이 수집한 증거가 표현형식방면에서 법률규범을 위반한 상황이 존재하여도 증거능력을 구비하지 않는 것으로 간주한다. 왜냐하면 상술한 내용에 대한 기재가 분명하지 않거나 기록에 잘못이 존재하는 증거의 운반체는 그 내원의 진실성과 보존의 타당성을 증명할 수 없기 때문이다. 물론 증거수집에 있어서의 수단의 위법성과 비교하면 표현형식상 위법성이 존재하는 증거는 모두 위법적인 증거에 속한다고는 할 수 없고 일종 하자증거에 속한다고 하면 더욱 적합할 것 같다.

다) 증거수집수단의 합법성

증거수집수단의 합법성이란 수사 인원이 증거를 수집하는 방법, 수단, 방식, 절차 등 방면에서 법적인 요구에 부합됨을 의미한다. 법적인 절차를 위반하여 수집한 고소 측의 증거를 일반적으로 위법증거라고 한다. 이러한 위법증거에 대해 형사증거법은 증거능력에 대해 부정의 태도를 취하고 또 이를 위하여 전문적인 위법증거배제규칙을 세웠다. 물론 비규범화적인 증거수집방법을 통하여 얻은 고소 측의 증거에 대해서는 형사증거법은 때로 하자증거라고도 한다. 이러한 하자증거에 대해 보충하고 개정하는 배제규칙을 적용할 수 있다.

구술증거(언사증거)의 증거능력에 있어서 형사증거법은 심문 혹은 문의과정에서의 합법성을 더욱 강조하였다. 예를 들면, 피고인의 진술과 변명에 대해서든지 아니면 피해자의 진술과 증인증언에 대해서든지 법률상 심문기록은 반드시 피심문인의 대조확인과 서명도장을 요구한다.

라) 법정조사절차의 합법성

증인증언은 반드시 법정에서 공소인, 피해자와 피고인, 변호인 쌍방의 검증을 통하여 사실임을 입증한 후 사건을 결정하는 근거로 할 수 있다. 따라서 법정에서의 증거제시와 검증 등 법정조사절차를 하지 않는다면 어떠한 증거도 사건을 결정하는 근거로 될 수 없다.

3) 위법수집증거배제제도의 명문화

중국의 개정 형사소송법은 위법수집증거배제제도를 명문화하였다. 고문에 의한 자백 강요와 기타 불법으로 증거를 수집하는 행위를 억제하고 사법공정과 형사소송참여자의 합법적 권리를 보호하기 위하여 형사소송법에 위법수집증거배제원칙을 명확히 규정할 필요가 있었다.

이에 개정법은 고문에 의한 자백의 강요 등 불법적인 방법으로 수집한 피의자, 피고인의 자백 및 폭력, 위협 등 불법적인 방법으로 수집한 증인의 증언, 피해자의 진술을 배제하도록 규정하고 있으며, 또한 법률의 규정을 위반하여 수집한 물증, 서증이 사법의 공정성에 중대한 영향을 미칠 경우에는 합리적인 해석을 해야 하며, 보정이나 합리적인 해석을 할 수 없는 경우에는 그 증거에 대하여 배제하는 규정(제54조)을 신설하였다. 그 외에도 다음과 같은 규정을 신설하였다.

가) 인민검찰원이 위법증거를 발견하면 그 사실을 조사하여 확인하고, 범죄를 구성하면 형사책임을 추궁할 수 있도록 하였다(제55조).

나) 인민법원이 법정심리과정중 위법수집증거를 발견한 경우 그 합법성 여부에 대하여 조사를 진행할 수 있도록 하였다(제56조).

다) 증거수집의 합법성이 문제되는 경우 인민검찰원이 증거수집의 합법성을 증명하도록 하였다(제57조).

나. 시청 자료와 전자증거

1) 시청자료

시청 자료는 현대기술수단을 채용하여 사건의 원시적인 소리와 형상을 재현한

녹음녹화자료와 전자계산기에 저장한 유관자료 내지 기타 과학기술설비가 제공한 정보로서 사건의 진실한 상황을 증명하는데 쓰이는 자료인바 일종 사건의 진실한 상황에 더욱 가까운 증거이다.

사법실천의 수요와 고도로 정밀화한 기술증거시대가 다가옴에 따라 중국의 3대 소송법에서는 이미 시청 자료를 독립적인 증거로 확인하였고 또한 사법실천에서 독립적인 증거로 사용하였다.

시청 자료는 일종 중요한 소송증거로서 현대의 형사소송에 있어서의 지위와 역할은 더욱더 선명한바 그 구체적인 표현은 다음과 같다.

첫째, 이러한 증거는 용량이 크고 내용이 풍부하고 직관성이 강하며 연속 반영할 수 있어 고도의 연속성을 구비하고 있다.

둘째, 이러한 증거는 기타 증거와 비교할 때 객관성이 강하기 때문에 그 정확성과 믿음성도 그만큼 크다.

셋째, 이러한 증거는 체적이 작고 가볍기 때문에 기타 증거에 비해 보존하기 쉬운 특징이 있다.

2) 전자증거

2011년에 반포한 <형사소송법수정안>은 처음으로 전자증거의 법률지위를 승인하였고 2012년 3월 14일에 통과한 <중화인민공화국형사소송법수정안>은 최종적으로 기본 법률의 형식으로 전자증거와 시청 자료를 법정 증거의 유형으로 추가하였다.

전자증거란 전자의 형식으로 존재하는 사건사실을 증명하는데 사용하는 일체 재료와 유도체이다. 전자증거는 전자형식의 데이터정보로서 데이터를 기록하는 방식일 뿐 그 내용이 아니다. 전자데이터를 기초로 하는 여러 가지 존재형식을 총칭하여 전자증거라고 할 수 있다. 구체적으로 말하자면 bbs메모, 네트워크채팅기록, edl전자메일, 소프트웨어사용인터페이스, 핸드폰메시지, 웹페이지 등은 모두 전자증거의 범주에 속한다.

제2절 한국

1. 한국 형사소송법의 제정과 개정

가. 형사소송법의 法源

국가가 형벌권을 행사함에 있어서는 필연적으로 헌법에 보장된 개인의 기본권을 침해하게 된다. 국가는 형법규범의 실현을 통하여 공공의 안전과 침해된 법질서를 회복시켜야 하는 임무를 갖고 있다. 이와 같이 국가의 임무가 공공의 이익과 개인의 자유보호라는 서로 상충되는 이익 간의 긴장관계에 놓여 있게 되는데 이를 적절히 조화시키기 위하여 헌법은 개인의 기본권을 침해하는 경우에는 반드시 법률에 의하여 정해진 절차에 따라 행하도록 요구하고 있다. 헌법 제12조 1항은 형사소송법의 기본원칙인 형사절차 법정주의를 규정하고 있다. 이는 형사절차가 법률에 의하여야 한다는 것을 의미할 뿐만 아니라 공정한 절차, 즉 적정절차(du process of law)에 의하여 형벌권이 실현되어야 함을 의미한다.

이 이외에도 헌법은 개인의 자유, 특히 형사피의자나 형사피고인의 기본권을 보장하기 위하여 형사절차적 기본권에 관한 상세한 규정을 두고 있다: 진술거부권(제12조 2항), 영장주의(제12조 3항, 제16조), 변호인의 조력을 받을 권리(제12조 4항), 구속적부심사청구권(제12조 6항), 자백배제법칙과 자백의 보강법칙(제12조 7항), 일사부재리의 원칙(제13조 1항), 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리(제27조 1항), 공개재판 및 신속한 재판을 받을 권리(제27조 3항), 무죄추정의 원칙(제27조 4항), 형사피해자의 법정진술권(제27조 5항), 형사보상청구권(제28조) 등.

이와 같이 헌법에 의하여 형사절차가 규율되는 점을 헌법적 형사소송(또는 형사소송은 구체적으로 응용된 헌법, 형사소송의 헌법화)이라고 표현한다²⁰⁾. 이는 형사절차상의 인권보장이 헌법에 규정되어 있고, 따라서 헌법이 형사소송법의 法源이고 형사소송법의 해석에 있어서 실정법체계 중에서 최고이자 기본법인 헌법의 이념에 부합되어야 한다는 의미이다.

20) 이재상, 신형사소송법(제2판 2008), 7면

헌법의 형사절차 법정주의 요청에 따라 제정된 일반법이 형사소송법이다. 1954년 9월 23일 공포된 형사소송법(형식적 의미의 형사소송법) 이외에도 실질적 내용이 형사절차를 규율하는 법률도 형사소송법의 法源이 된다. 예컨대 법원조직법, 검찰청법, 변호사법, 경찰관 직무집행법과 같이 주로 형사사법조직에 관한 법률, 국민의 형사재판 참여에 관한 법률, 소년법, 소송촉진 등에 관한 특례법, 즉결심판에 관한 절차법, 군사법원법과 같이 특별절차에 관한 법률, 그리고 형사소송비용법, 형사보상법, 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률, 형의 실효 등에 관한 법률, 범죄피해자 보호법 등과 같이 형사소송에 관한 규정이 들어 있는 법률도 실질적 의미의 형사소송법이다.

헌법 제108조의 규칙제정권에 의거한 대법원규칙과 예규도 형사절차를 규율하고 있다. 그 예로는 형사소송규칙, 법정에서의 방청 촬영 등에 관한 규칙, 법정 등의 질서유지를 위한 재판에 관한 규칙, 국선변호인의 선정에 관한 규칙 등이 있다. 법무부도 수사기관의 업무처리지침을 규율하는 각종 부령을 만들어 놓고 있다. 예컨대 검찰사건사무규칙, 검찰집행사무규칙, 검찰보고사무규칙 등이 이에 해당한다.

나. 형사소송법의 제정과 개정의 역사

1) 형사소송법 제정

한일합병 이후 1912년부터 해방(1945년)까지 독일 형사소송법의 영향을 받은 일본 형사소송법이 依用, 시행되었다. 해방 후에는 1948년 군정법령 제176호 ‘형사소송법의 개정’을 통하여 영미식의 당사자 주의적 소송구조를 도입하였고, 1954년 9월 23일에 법률 제341호로 현행 ‘형사소송법’이 공포 · 시행되었다.

2) 형사소송법 개정의 역사

가) 1995년 제8차(1995.12.29. 공포, 1997. 1. 1. 시행) 개정까지

이 법률은 1995년 12월 개정까지 모두 8차례에 걸쳐 개정되었으며, 개정의 시기는 헌법 개정과 거의 일치한다. 이는 형사소송법이 그 나라의 정치상황과 기본 질서가 그대로 투영된 법률이라는 점을 말해준다. 이를 두고 ‘헌법의 지진계로서의

형사소송법'이라고 부르기도 한다²¹⁾.

개정의 주요내용을 보면, 1차(1961년): 交互訊問制度, 전문증거의 증거능력제한, 상고심을 법률심으로 하고 상고이유를 제한, 3차(1973년): 구속적부심사제도 폐지, 긴급체포요건 완화, 검사의 불기소처분에 대한 재정신청 대상 사건의 제한, 간이공판절차의 신설, 5차(1980년): 구속적부심사제도의 제한적 부활, 피고인 무죄추정, 6차(1988년): 구속적부심사청구에 대한 제한규정삭제(제214조의 2), 형사피해자의 법정진술권(제294조의 2 제1항), 체포 또는 구속된 자가 고지 받을 사항과 그 가족 등이 통지받을 사항에 체포 또는 구속이유추가(제87조) 등이다.

8차 개정은 인신구속제도를 개선하고 형사절차의 신속한 진행과 형벌권 행사의 적절한 실현을 도모하기 위하여 이루어졌다. 그 주요내용은 ① 인신구속제도의 개선으로서 체포영장제도(제200조의2) 및 긴급체포제도(제200조의3), 구속전 피의자 심문제도(소위 영장실질심사제도) 및 피의자 구인제도의 신설(201조의2), ② 인권 보장을 위한 개정으로서 보증금납부조건부 피의자석방제도의 신설(제214조의2), 구속장소감찰강화(제198조의2), 피고인의 방어권보장을 위한 규정(제55조 1항, 제56조의2, 제292조의 2항, 제87조 1항, 제221조의2 제5항), ③ 신속한 재판의 진행을 위하여 대표변호사제도(제32조의2), 간이공판절차 심판대상의 확대(제286조의 2), 결석재판의 확대(제277조의2, 제458조 2항), 소송지연목적의 기피신청의 기각(제20조 1항), 서류작성의 간소화(제41조 3항), 抗辯審係屬의 신속화(제361조), ④ 기타 전문증거의 증거능력 예외사유의 추가(제314조, 제316조), 피해자 보호규정(제95조 6호, 제102조 1항 4호, 제214조의2 제4항 2호), 불이익변경금지원칙의 확대적용(제457조의2) 등이다.

나) 2007년 공판중심주의의 실현을 위한 제16차 개정(2007.6.1. 공포, 2008.1.1. 시행)

(1) 개정이유와 경과²²⁾

우리의 형사재판이 안고 있는 가장 큰 문제 중의 하나는 불필요한 인신구속의

21) Roxin, Strafverfahrensrecht, 24.Aufl.,(1995), S. 9

22) 이에 관해서는 하태훈, 공판중심주의 확립을 위한 형사소송법 개정방안(고려대학교 법과대학 100주년 기념논문집 발간위원회, 고대 법대 100년의 학문적 성과와 미래), 215면 이하 참조

남발이고 다른 하나는 形骸化된 공판절차다. 피의자·피고인의 방어권보장이나 공개재판주의, 직접심리주의, 구두변론주의와 같은 공판절차의 기본원칙은 헌법과 형사소송법에 기록되어 있을 뿐 규범과 실무현실은 엄연한 괴리를 보이고 있었다. 법정에서 검사와 피고인 및 그의 변호인이 실제적 진실이 무엇인가에 치열한 공방을 벌이고, 재판부는 피고인이나 증인의 진술태도와 진술내용 등 눈앞에서 생생하게 펼쳐지는 원본증거를 통해 증거의 신빙성 여부를 판단하여 유·무죄의 심증형성과 올바른 양형판단을 위해 고민하는 모습을 찾아보기가 어려웠던 것이 사실이다. 법정에서 심리절차가 열린다고 해도 사건부담 때문에 절차가 축소되거나 생략되는 것이 보통이었다.

법관은 형사소송의 중심인 공개된 법정에서의 재판과정에서 당사자들의 공격과 방어가 교차하는 공판심리를 지켜보면서 유·무죄와 형의 종류와 양을 결정하는 것이 아니라, 법관 집무실에서 검사가 제출한 수사서류를 보면서 유죄의 심증을 형성해도 상관없도록 형사소송법이 규정되어 있었기 때문이다. 대부분의 사건에서 구두변론이 상당 부분 생략된 채 증거의 제출이나 증거조사가 요식적으로 이루어지고 실제로 피고인의 유·무죄 여부와 양형에 관한 판단은 형사법정이 아닌 법관의 집무실에서 이루어지는 소위 ‘조서재판’이 통상적인 재판의 모습이 되었다. 서류증거의 증거능력을 광범위하게 인정하고 있는 개정 전 형사소송법 규정과 전문증거의 증거능력 판단에 있어서 관대한 태도를 보였던 법원의 재판 관행과 이러한 관행에 직·간접적으로 의존하여 자백 중심의 수사에 주력해 왔던 검찰(또는 사법경찰)의 실무관행 속에서 피고인은 소송 주체가 아니라 단순한 심리의 객체로 취급될 수밖에 없었다.

사법개혁위원회(2003.10.-2004.12.)는 형사사법에 대한 불신의 원인이 된 과거의 실무관행에 대한 성찰의 결과로 공판중심주의적 법정심리절차가 확립되어야 한다고 결정하였다. 사법개혁위원회의 건의문에 의하면, 현행 형사소송법상 증거에 관한 규정은 피고인의 반대신문권 보장, 직접주의, 구두주의에 충실하지 못하다는 지적이 있으므로, 이러한 문제점을 극복하여 공판중심주의를 구현하고, 국민사법참여제도를 도입하기 위해서는 증거법을 전면적으로 재검토하여야 한다. 이는 공판중심주의를 실현하고 피고인의 방어권을 보장하기 위해서 검사작성의 피의자신문조서 뿐만 아니라 진술조서에 관한 규정 등 증거법규정을 전면적으로 재검토하여

정비해야 한다는 취지이다.

이와 같은 사법개혁위원회의 건의문을 토대로 사법제도개혁추진위원회는 2005년 공판중심주의 확립을 위한 형사소송법 개정안을 의결하였고, 법무부는 이 안을 별 다른 수정 없이 국무회의에 상정하여 2005년 12월 27일 국무회의를 거쳐 국회에 제출되었고 정부안을 일부 수정한 개정안 대안이 국회를 통과하였다²³⁾.

(2) 공판중심주의 실현을 위한 개정 형사소송법의 주요 내용²⁴⁾

① 피의자·피고인의 방어권 보장

수사기관 작성 피의자신문조서의 증거능력을 부여하기 위한 전제로서 수사과정의 투명성을 제고하고, 진술거부권 및 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 보장될 수 있도록 하는 절차를 마련하였다. 조서의 작성방식을 개선하여 피의자가 피의자신문조서의 기재내용에 대한 증감·변경의 청구는 물론 기타 의견을 진술할 수 있도록 하고, 피의자가 조서의 기재내용에 대하여 증감·변경의 청구 등 이의를 제기한 경우 어떠한 부분에 이의가 있었는지를 알 수 있게 남겨두도록 하며, 피의자가 조서에 대하여 이의나 의견이 없음을 진술한 경우 그 취지를 기재하도록 하였다(제244조 2항, 3항).

피의자 조사과정에 대한 엄격한 영상녹화 기준을 마련하였다. 피의자 진술의 녹화는 피의자 또는 변호인의 동의가 있는 때에는 한하여 가능하며, 반드시 조사의 전 과정과 객관적인 정황을 모두 녹화하도록 함으로써 일방적인 편집과 왜곡을 방지하고, 피의자 또는 변호인의 요구가 있는 경우 영상녹화물을 재생하여 시청하게 하고, 그 내용에 대하여 이의를 진술하는 때에는 그 취지를 서면에 기재하게 하였다(제244조의2).

수사과정에서 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리의 고지절차를 획기적으로 강화하였다. 이는 소위 미란다 원칙을 입법화한 것으로 피의자는 일체의 진술을 하지 않거나 개개의 질문에 대하여 진술을 하지 않을 수 있으며, 진술을 하지 않더라도 불이익을 받지 않는다는 것, 피의자가 한 일체의 진술은 법정에서 유죄의 증거로 사용될 수 있다는 것을 구체적으로 설명하도록 하고, 검사 또는 사법경

23) 입법경과에 관해서는 법무부, 개정 형사소송법, 2007, 4면 이하 참조

24) 법무부, 개정 형사소송법, 2007, 11면 이하 참조

찰관은 피의자가 명시적으로 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리를 행사하지 아니할 의사를 표시한 이후에만 피의자를 조사 또는 신문할 수 있으며, 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리를 행사할 것인지 여부에 대한 피의자의 답변을 반드시 조서에 기재하도록 하였다(제244조의3).

변호인의 신문참여권을 대폭 강화하였다. 구속 여부를 불문하고 피의자에 대한 조사나 신문과 관련하여 변호인이 피의자를 접견하고 신문 등에 참여할 수 있도록 하였다. 수사기관은 피의자에 대한 조사 전후는 물론, 조사 중이라도 변호인 접견 신청을 거부할 수 없고, 또한 수사기관은 정당한 사유가 없는 한 변호인의 신문 참여를 제한할 수 없으며, 신문과 관련된 조사자에 대한 의견개진은 원칙적으로 신문 후에 하도록 하되, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여는 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인이 있는 경우에는 의견을 진술할 수 있도록 하며, 변호인의 신문 참여 및 그 제한에 관한 사항은 피의자신문조서에 기재하도록 하였다(제243조의2).

마지막으로 수사과정의 투명화를 위하여 수사과정의 기록제도를 도입하였다. 검사 또는 사법경찰관은 피의자가 조사장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각 기타 피의자의 행적을 확인하기 위해 필요한 사항을 기록하여 수사기록에 편철하도록 하여 이러한 기록이 피의자 진술의 임의성 또는 특신성 판단의 자료가 되도록 하였다(제244조의4).

② 증거법 체계 정비

증거능력 규정에 관해서는 형사소송의 목적인 실체적 진실발견과 피의자·피고인의 인권보장을 조화시키기 위하여 증거재판주의의 원칙을 강화하고 위법수집증거 배제원칙을 명문화하였다. 위에서 언급한대로 임의성과 특신성 심사를 강화하는 조건으로 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 인정하고, 전문법칙의 예외요건을 보다 엄격히 하였다.

범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증거가 있어야 함을 명문화하였고(제307조 2항), 헌법이 보장하고 있는 적법절차의 원칙인 위법수집증거의 증거능력배제원칙을 구체적으로 명시하여 증거수집절차의 적법성을 제고하도록 하였다(제308조의2).

검사 작성의 피의자신문조서는 매우 엄격한 조건을 갖춘 경우에 한하여 증거능력을 인정하기로 하였다. 즉, 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인의 진술 또는 영상녹화물 등 객관적인 방법에 의하여 진술내용과 동일하게 기재되어 있고, 특신상태에서 진술되었음이 증명된 경우에 한하여 증거로 사용할 수 있도록 하였다(제312조 1항, 2항). 여기서 적법한 절차와 방식이라 함은 형식적 진정 성립보다는 넓은 개념이고 실질적 진정 성립의 증명방법을 피고인의 진술 또는 영상녹화물 등 객관적인 방법에 한정하는 것은 조사자의 증언에 의한 증명을 허용하지 아니한다는 취지이다. 그러나 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력은 현행과 같이 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정한 경우에 한하여 증거로 사용할 수 있도록 하였다.

검사 또는 사법경찰관이 작성한 참고인진술조서는 일단 참고인이 증인으로 법정에 나와 자기가 알고 있는 바를 구체적으로 모두 증언한 후 그 내용이 과거 수사기관에서 한 진술과 같은지 여부를 따지고, 조서가 수사기관에서 진술한 대로 작성되어 있음을 인정하는 때에 한하여 증거로 사용할 수 있도록 하였고, 나아가 피고인 또는 변호인이 그 조서의 기재 내용에 관하여 참고인을 반대신문을 할 수 있었고, 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되어야 한다는 요건까지 갖추어야 하는 것으로 개정하였다(제312조 4항). 이로써 증인의 법정 증언이 조서에 증거능력을 부여하기 요식적인 절차로 전락되지 않도록 하였다. 수사과정에서 작성된 진술서도 수사기관이 작성한 조서와 동일하게 취급하기로 하였다(제312조 5항).

조사자 증언제도를 도입하여, 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사과정에 참여하였던 사법경찰관 등의 내용에 관한 증언을 증거로 사용할 수 있도록 하였다. 이로써 실체적 진실발견과 피고인의 방어권 보장 사이에 조화를 꾀하였다(제316조 1항).

피의자 진술에 관한 영상녹화물의 증거능력에 관해서는 엄격한 조건을 갖춘 경우에 한하여 보충적인 증거방법으로 인정하는 것으로 하였다. 즉 피고인이 법정에서 검사나 사법경찰관 앞에서 일정한 진술을 한 사실을 인정하지 아니하고, 조사자의 진술 등 다른 방법으로도 이를 증명하기 어려운 때에 한하여 보충적으로 증거로 할 수 있도록 하였다. 다만 진술이 변호인의 참여하에 이루어지는 등 특히

신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되는 등 엄격한 요건을 갖추어야 한다.

전문법칙의 예외사유를 축소하였다. 피고인이 자신에게 불리한 진술을 한 사람에게 대한 반대신문권을 행사할 수 있도록 전문법칙의 예외를 엄격히 제한하였는데, 공판준비 또는 공판기일에 진술을 하여야 할 자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 기타 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없을 때에는 수사기관의 조서 등을 증거로 할 수 있도록 한 것이다(제314조).

③ 공판중심주의 실현을 위한 법정심리절차

공소사실을 실질적으로 다루는 피고인은 형사절차에서 자신을 충분히 방어할 수 있어야 하는데, 피고인의 방어권을 강화하고 공판중심주의적 법정심리절차를 확립하기 위하여 피고인신문제도, 법정구조 등을 재검토해야 하고, 심판의 대상이나 사건의 쟁점을 조기에 명확히 할 수 있도록 모두절차를 강화하여야 한다.

피고인신문제도를 개선하여 증거조사 후로 위치를 변경하고 그 순서나 방식도 검사나 변호인이 법원에 신청하여 하는 것으로 하였다(제290조, 제291조의2). 피고인이 변호인의 조력을 실질적으로 받을 수 있도록 피고인석을 변호인석 옆으로 이동시켰다(제275조 3항).

진술거부권을 일체의 진술을 하지 아니하는 ‘침묵’을 포함하는 개념으로 규정하고 인정신문에 들어가기 전에 진술거부권을 고지하도록 하여 진술거부권을 강화하였다(제283조의2).

모두절차를 강화하는 방안으로 검사의 공소장 낭독을 필수적 절차로 하여 재판의 시작 단계에서 심리의 대상을 명확히 하도록 하고, 검사의 모두진술이 끝난 뒤 피고인으로 하여금 공소사실의 인정여부를 진술하도록 하여 사건의 쟁점이 조기에 부각되도록 하며, 증거조사에 들어가기에 앞서 검사, 변호인으로 하여금 공소사실 등의 증명과 관련된 주장 및 입증계획 등을 진술할 수 있도록 하였다(제285조, 제286조).

증거개시제도를 도입하여 피고인이 검사가 보관하고 있는 증거서류 등을 열람·등사할 수 있는 근거를 마련하고(제266조의3), 수사기관이 작성한 수사기록 등의 목록개시를 신청할 수 있도록 하여 피고인으로 하여금 검사가 어떠한 자료를 가지

고 있는지를 알도록 하였고(제266조의3), 피고인 측도 공판준비절차에서 현장부재, 심신상실 또는 심신미약 등의 주장을 한 때에는 검사에게 그 주장과 관련된 서류 등의 열람 · 등사를 허용하도록 하였다(제266조의11).

집중심리의 활성화를 위하여 본격적인 공판절차에 들어가기 전에 미리 쟁점정리 및 입증계획의 수립 등을 할 수 있도록 공판준비절차를 도입하였다. 공판준비기일에는 주장 및 증거 정리를 위한 각종 활동이 이루어지고(제266조의5 이하), 공판준비기일을 통하여 쟁점 및 증거관계가 정리되면 부득이한 사유가 없는 한 공판절차에서 새로운 증거를 신청할 수 없도록 하였다(제266조의13).

공판중심주의적 법정심리절차의 확립을 위하여 증거조사 등 공판심리절차를 개선하였다. 집중심리의 원칙을 강화하여 심리에 2일 이상이 필요할 경우에는 부득이한 사정이 없는 한 매일 개정하도록 하고(제267조의2), 부득이한 사정으로 매일 개정하지 못한 경우에도 단기간 내에 다음 공판기일을 지정하도록 하고, 공판조서의 정확성을 제고하기 위하여 공판조서에 대한 변경 청구나 이의 제도를 강화하였으며, 공판정에서의 심리에 대한 속기 · 녹음 · 녹화 제도(제56조의2)와 정당한 이유 없이 불출석하는 증인에 대한 감치제도(제151조)를 신설하였다.

다. 개정에 관한 총평

우리 형사소송법의 개정 역사를 보면 정권의 변동, 민주화 과정, 헌법의 개정과 밀접한 연관을 가지고 개정이 이루어져 왔음을 알 수 있다. 이는 국가의 국민에 대한 형벌권행사의 절차를 규정하는 형사소송법이 한편으로는 정권유지를 위한 수단으로 남용되어 왔음을 나타내는 것이기도 하지만, 다른 한편으로는 민주화가 진행되면서 권력이 통치자로부터 국민에게로 이동하여 온 과정의 결과가 형사소송법에 투영된 것이라고 할 수 있다.

아이러니하게도 군사정권 하에서 이루어진 1980년 개정은 구속적부심사제도를 일부 부활시키고 무죄추정의 원칙을 명문화하였으며, 민주화의 물결이 반영된 1987년 개정은 구속적부심사제도의 제한을 없애는 한편 형사피해자의 권리를 인식하기 시작하였다. 형사절차의 기본이념인 적법절차의 원칙은 1987년 헌법에서 우리 헌법에 처음으로 명시되었다. 적법절차의 원칙이 헌법상 원칙으로 명시되었

다는 것은 실체진실발견이 형사소송의 유일한 목적이 아니라 실체진실의 발견도 적정절차가 지켜지고 피의자·피고인의 인권이 보장되는 신속한 형사절차를 통해서 이루어져야 한다는 인식의 변화가 나타나기 시작했음을 알리는 것이다.

지금까지의 형사소송법 개정의 역사를 보면 법치국가이념의 실현과 형사사법의 기능적 효율성 추구라는 두 축 사이를 오갔다고 볼 수 있다²⁵⁾. 전자의 방향에서 피의자 및 피고인의 방어권보장과 인신구속제도의 개선이 이루어졌으며 후자의 관점에서 간이공판절차 전면 확대, 신속한 재판을 위한 제도, 결석재판확대 등 소송 경제를 도모하는 제도가 도입·강화되었다. 2007년 개정 형사소송법은 인신구속 제도의 개선과 공판중심주의적 법정심리절차의 강화 등 법치국가적 형사소송법 실현이 개정의 주된 방향이었다²⁶⁾.

2. 형사절차의 이념·목적과 기본원칙

가. 형사절차의 이념·목적

1) 형사소송법의 법치국가성

공적 형사사법이 확립된 오늘날의 형벌권은 피해자개인의 사적 영역이 아니라 국가에게 있기 때문에 형법규범이 침해된 경우에는 국가형벌권이 발동한다. 국가는 형벌권의 실현을 통해서 범죄로부터 국민을 보호해야 하며, 범죄를 수사하고 공판을 진행하여 형벌을 과하고 선고된 형벌을 집행함으로써 법적 평화를 회복시킬 수 있는 일정한 절차를 법적으로 규정하여야 한다.

이러한 형사소송절차를 통해서 국가형벌권이 구체화되고 실현되지만, 형사사법 정의의 실현절차는 필연적으로 개인의 기본적 인권과 자유의 침해를 수반한다. 즉 형벌권이 실현되는 절차인 형사소송에서는 범죄로 인하여 생겨난 국가와 개인(범죄자)간의 이익충돌이 가장 첨예하게 나타나게 된다.

25) 이에 대해서는 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법(2013년), 6면 이하.

26) 개정 형사소송법에 대하여 사개추위 안은 ‘피의자·피고인의 인권보장 강화를 전면에 내세우면서 수사기관의 권한에 관하여는 가능하면 기능을 축소하거나 증거능력 규정에서 보다시피 아예 무시되는 식의 극단적인 주장’을 하였으나 이 안이 국회에서 심의되면서 ‘형사사법절차의 투명성 강화로 방향이 잡히게’ 되었다는 평가도 있다(이완규, 개정 형사소송법의 쟁점과 방향, 저스티스 통권 제100호, 159면).

범죄혐의로 인하여 야기된 국가와 개인 간의 갈등상황은 한편으로는 국가형벌권의 발동 및 절차와 그 한계가 법적으로 정확하게 규정되어 있어야만, 다른 한편으로는 피의자 또는 피고인의 권리와 지위가 법적으로 보장되어야만 조화롭게 해결될 수 있다. 즉 형사절차는 법치국가이념에 충실하여야 한다. 따라서 법치국가적 이념을 표방하는 오늘날의 헌법에서는 국가 對 개인이라는 이분법적 사고의 틀 속에서 충돌상황을 규율하려하지 않고, 형사소추를 통한 질서의 확보와 개인의 자유영역의 보장이 모두 국가의 의무라는 기본이념을 출발점으로 삼는다. 우리 헌법도 인간의 존엄과 가치, 국가의 기본권 보장 의무, 무죄추정의 원칙, 적법절차의 원칙, 강제처분 법정주의 및 영장주의 등을 명시함으로써 형사소송절차에서의 피의자와 피고인의 기본권보장과 司法的 보호의 철저화를 천명하고 있다.

형사소송의 경우에는 오판의 원상회복 내지 치유가 다른 범법영과는 달리 불가능하기 때문에 형사소송의 법치국가성은 피의자 또는 피고인뿐만 아니라 시민의 자유영역보장을 위한 절대적 요청이다. 예컨대 영장 없이 구속된 피의자의 무혐의가 제1심 판결을 통해서 밝혀졌다면 그 시민(그의 가족)의 빼앗기고 침해된 자유와 명예는 형사보상법상의 금전적 보상으로는 완전히 치유될 수 없는 가치이기 때문이다. 이러한 이유로 형사소송에서의 법치국가이념과 제도는 다른 어떤 법분야에서 보다도 아무리 강조되어도 지나치지 않다.

2) 실체적 진실발견과 법적 평화의 회복

형법이 구체적으로 실현되기 위해서는 객관적 사건의 진상이 밝혀져 범죄에 대한 혐의의 眞否가 규명되어야 한다. 이를 형사소송에서의 실체적 진실주의라 한다. 이러한 의미에서 형사소송은 사법상의 분쟁에서의 대립당사자의 공격과 방어에 의한 진상규명과 법적 판단인 민사소송과 구별된다. 형사소송은 피고인과 피해자간의 법적 분쟁을 해결하기 위한 私的 관계가 아니라 국가형벌권의 범위와 한계를 확정하여 형벌권을 실현하는 절차이기 때문이다.

법원은 당사자의 주장, 사실의 인정여부, 수집·제출한 증거 등에 의존하여 범죄사실을 인정해서는 안 된다. 이러한 점에서 형사소송은 당사자주의 소송구조(당사자처분주의와 변론주의)가 아니라 직권주의 소송구조를 기본으로 한다²⁷⁾. 형사

소송법은 실제적 진실발견을 위해서 법원에 의한 직권증거조사(제295조), 증거재판주의(제307조), 자유심증주의(제308조), 자백배제법칙(제309조), 전문법칙(제310조의2), 자백보강법칙(제310조)과 상소와 재심제도(제420조 이하)를 두고 있다.

일반적으로 소송의 실체에 관하여 사안의 진상을 규명하고 객관적 진실을 발견하려는 원리인 실체진실주의가 형사소송의 지도이념 내지 최고의 목적으로 이해되고 있다. 그러나 이는 실체진실이 어떠한 방법이나 절차에 의하여 발견되어져도 된다는 것을 의미하지는 않는다. 왜냐하면 자유민주주의의 최고 가치이자 헌법적으로 보장되어 있는 인간의 존엄과 가치의 보호 내에서 형사절차가 이루어져야 하기 때문이다. 즉 실체진실은 피의자 내지 피고인의 인권을 옹호하는 법치국가원리에 입각한 적정절차에 의하여 발견되어져야 하고 또한 신속한 재판을 통해서 발견되어져야만 객관적 진실로서 정당성을 갖게 된다.

그러나 법치국가 헌법이념에 입각한 적정절차와 신속한 재판을 통하여 실체진실을 발견하는 것이 형사소송의 목적일 수는 없다. 형사소송의 궁극적 목적은 단지 진실발견을 통하여 유무죄여부를 판단하는 데 있는 것이 아니라, 더 나아가 범죄로 인한 법공동체의 동요상태와 침해된 형법규범의 효력을 회복시킴으로써 법적평화를 다시 만들어 내는데 있다. 이로써 동시에 형사소송에 의해서 형법이 실현되는 것이다.

나. 형사절차의 기본원칙

1) 적정절차의 원칙

헌법은 개인의 기본적 인권을 침해하는 경우에는 반드시 법률에 의하여 정해진 절차에 따라 행하도록 요구한다. 헌법 제12조 1항은 형사소송법의 기본원칙인 형사절차 법정주의를 규정하고 있다. 이는 형사절차가 법률에 의하여야 한다는 것을 의미할 뿐만 아니라 공정한 절차, 즉 적정절차에 의하여 형벌권이 실현되어야 함을 의미한다. 현행법상 적정절차를 실현하기 위한 소송법상 하위 원칙으로 공정한 재판의 원칙(fair trial), 비례성의 원칙과 피고인보호의 원칙이 있다.

27) 헌법재판소는 현행 형사소송법을 직권주의 요소와 당사자주의 요소가 조화를 이룬 소송구조를 취하고 있다고 본다(2012. 5. 31. 2010헌바128).

가) 공정한 재판의 원칙

헌법에 의해서 독립성이 보장된 법관에 의해서 피고인의 인간으로서의 존엄과 기본적 인권이 존중되며 司法的 正義의 이념을 실현하는 재판을 말한다. 그 예로서 ① 공평한 법원의 구성(헌법 제103조 제척, 기피, 회피제도, 형사소송법 제17조 이하), ② 피고인의 방어권보장을 위한 공소장부분을 송달받을 권리(제266조), 공판 조서 열람권(제55조), 접견교통권(제89조), 변호인 선임권(제30조), 피고인 공판정 출석권(제276조), 피고인의 진술권(제286조)과 진술거부권(제283조의2), 증거법상의 참여권(제294조 증거신청권) 및 증거보전 청구권(제184조), ③ 무기평등의 원칙으로서 변호인의 조력을 받을 권리(제30조, 제90조), 국선변호인제도(제33조), 검사의 객관주의 등이 있다.

나) 비례성의 원칙

비례성의 원칙은 국가형벌권 실현을 위한 수단으로서 강제처분이 소송목적달성에 적합하고 다른 수단에 의해서 그 목적을 달성할 수 없고 그 처분으로 받게 될 침해가 사건의 의미와 범죄혐의의 정도에 비추어 상당해야 한다는 원칙을 말한다. 과잉 금지의 원칙이라고도 하며 체포·구속 등 강제처분의 한계를 지우는 기능을 한다.

다) 피고인 보호의 원칙

피고인보호의 원칙은 사회적 약자의 보호라는 측면에서 헌법상의 사회복지국가 이념에서 도출되는 법원의 보호 의무를 말한다. 예컨대 진술거부권의 고지(제283조의2), 진술요지의 고지(제297조 2항), 구속 요지의 고지(제72조), 상소에 대한 고지(제324조) 등이 이에 속한다. 피고인뿐만 아니라 증인에 대해서도 인정되는 원칙이며, 보호의무 위반으로 피고인의 방어권이 침해되면 상고의 이유가 된다.

2) 신속한 재판의 원칙

신속한 재판의 원칙은 헌법상의 요청(제27조 3항)으로서 미결구금의 장기화로 인한 피해를 방지하고 소송지연으로 인한 피고인의 방어능력의 침해를 최소화하며 피고인의 심리적 불안과 사회적 비난을 최소화하는 등 피고인의 권리와 이익보호

에 기여하는 원칙이다. 이 원칙은 실체진실주의의 제한 원리이면서 실체적 진실을 발견하는데 기여하기도 하며 소송 경제를 도모하는 원칙이다. 과중한 사건의 부담을 안고 있는 형사실무에서 신속한 재판의 원칙이 소송경제와 효율성을 추구하는 제도로 변질되어서는 안 된다.

형사절차의 각 단계에서 실현되고 있는 신속한 재판의 원칙의 구체적인 내용을 보면 (1) 수사와 공소제기 단계에서는 ① 수사기관의 구속기간의 제한(제202조, 제203조) ② 공소시효제도(제249조) ③ 검사에게 수사권 집중(제195조) ④ 기소판의 주의(제247조 제1항)와 공소취소(제255조), (2) 공판절차에서는 ① 공판준비절차(266조의 5이하): 공소장부분송달(제266조), 공판기일의 지정과 변경(제267조, 제270조), 공판기일전 증거조사와 증거제출(제273조, 제274조) ② 缺席裁判制度(제277조, 제278조, 제306조, 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조) ③ 집중심리제도(제267조의2, 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제10조) ④ 재판장의 소송지휘권(제279조 등): 공판기일의 지정과 변경(제267조, 제270조), 증거신청에 대한 결정(제295조), 불필요한 변론의 제한(제299조), 변론의 분리와 병합(제300조), (3) 상소심 재판에서는 ① 상고심구조: 事後審(항소심 구조는 속심) ② 상소기간의 제한(제358조, 제374조) ③ 상소이유서 답변서 제출기간제한(제361조의3, 제379조), (4) 특별한 공판절차로서 ① 간이공판절차(제286조의2) ② 약식절차(제448조 이하): 서면심리원칙, 정식재판청구기간제한(제453조) ③ 즉결심판절차(즉결심판에 관한 절차법 제6조) 등이 있다.

3. 수사와 공소제기

가. 수사개시와 종결

1) 수사의 의의 및 수사개시의 원인

수사란 범죄의 혐의유무를 명백히 하여 공소제기여부(공소제기 전 수사)와 공소유지여부(공소제기 후 수사)를 결정하기 위하여 범인을 발견, 확보하고 증거를 수집 및 보존하는 수사기관의 활동을 말한다.

수사기관으로는 검사와 사법경찰관리가 있고, 양자는 상명하복관계에 있기 때문

에 사법경찰관(리)은 수사의 주재자인 검사의 지휘를 받아 수사한다(제196조). 검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다(제195조). 물론 사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다(제196조 2항).

형사절차는 수사에 의해서 개시된다. 수사는 수사기관의 주관적 혐의에 의하여 개시되는데, 수사개시의 원인을 수사의 단서라고 한다. 중요한 수사개시의 원인에는 현행범인 체포(제211조 이하), 불심검문(경찰관직무집행법 제3조)과 변사자의 검시(제222조)와 같은 수사기관 자신의 체험에 의한 경우와 고소(제223조 이하), 고발(제234조 이하) 및 자수와 같은 타인의 체험을 청취한 경우로 구별된다. 후자의 경우에는 즉시 수사가 개시되고 전자의 경우에는 수사기관이 범죄의 혐의가 있다고 판단하여야 수사가 개시된다(범죄인지, 실무상으로는 입건). 그 이전 단계를 내사단계라고 한다. 그 이외의 수사단서로는 다른 사건 중에 범죄를 발견한 경우, 세평, 기사, 풍문, 진정, 범죄신고 등이 있다.

변사자의 검시는 사람의 사망의 원인이 범죄에 의한 것인지를 판단하기 위하여 수사기관이 변사자의 상황을 조사하는 것으로서 검시의 결과 범죄의 혐의가 있다고 인정되면 수사가 개시된다. 아직 수사가 아니라 수사전의 처분이므로 범죄의 혐의가 인정되어 수사가 개시된 후 하는 수사상의 처분인 검증과 구별된다.

불심검문은 경찰관이 거동이 수상한 거동 기타 주위 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문하는 것을 말한다. 불심검문은 정지와 질문, 질문을 위한 동행요구를 내용으로 하는데, 정지에 관해서는 자동차검문, 질문에 있어서는 소지품검사의 법적 근거와 허용한계에 관해서 문제되고 있다.

고소는 범죄의 피해자 또는 그와 일정한 관계에 있는 고소권자가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 구하는 의사표시를 말한다. 현재 우리나라는 고소사건의 효율적인 처리가 형사사법의 현안이다. 2011년 고소사건은 52만 여건으로 전체 형사사건의 23%를 차지하고 있는데, 이는 일본과 비교하면 50배나 많은 사건이다. 무혐의 등의 이유로 불기소 처리되는 고소사건 비율은 무려 70%를 넘어서고 있어²⁸⁾ 수사력 낭비와 국민 불편 등 막대한 사회적 비용을 유발하고

있어 민사사건의 성격이 짙은 고소사건은 각하하거나 형사조정제도를 활성화하는 등 효과적인 다양한 방안이 마련되어 시행되어야 할 상황이다.

2) 수사방법과 피의자의 인권보장

수사는 개인의 기본권침해의 위험을 안고 있기 때문에 수사의 단서가 있다고 하더라도 언제나 수사를 개시해서는 안 된다. 일반적으로 수사의 필요성과 상당성이 인정되어야 한다. 수사는 직권수사의 원칙, 수사비례의 원칙, 임의수사의 원칙, 강제수사법정주의, 영장주의 등 수사의 일반원칙에 따라 진행되어야 한다.

수사의 방법에는 상대방의 동의나 승낙을 받아서 행하는 임의수사와 상대방의 의사에 반하여 실질적으로 그의 법익을 침해하는 처분에 의한 강제수사가 있다. 형사소송법은 강제처분은 법률에 특별한 규정이 없으면 하지 못한다고 규정하여 임의수사가 원칙임을 밝히고 있다(제199조). 이는 비례성의 원칙의 표현으로서 수사로 인한 기본권의 침해를 최소화하기 위한 원칙이다.

임의수사에는 피의자신문(제200조 1항), 참고인조사(제221조), 임의동행, 감정·통역·번역의 위촉(제221조 2항), 사실조회(제199조 2항) 등이 있다. 수사기관은 수사에 필요할 때 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있는데, 피의자를 신문할 때 진술거부권을 고지해야 하며(제244조의3) 피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다(제244조 1항). 피의자신문의 투명성과 적법절차를 보장하기 위하여 개정 형사소송법은 변호인의 피의자신문참여권을 명문화하였고(제243조의2) 피의자와 신뢰관계에 있는 자의 동석을 허용하며(제244조의5), 수사과정을 기록하고(제244조의4) 피의자진술의 영상녹화(제244조의2)가 가능하도록 규정하였다. 피의자신문조서의 증거능력을 제한함으로써(제312조) 간접적으로 투명성과 적법절차를 보장하고 있다.

강제수사는 수사의 목적을 달성하기 위한 형사사법의 불가결한 제도이지만, 이로 인한 인권침해의 위험을 방지하기 위하여 법적 규제를 받는다. 즉 강제수사의 종류, 요건 및 절차가 법률에 규정되어 있어야 한다는 강제처분 법정주의가 바로

28) 이동희, 고소제도의 운용실태와 개선방안(한국형사법학회/경찰청 공동학술세미나 '국민편익 관점에서 국가 수사시스템 설계', 자료집 2014. 7.10) 참조

그것이다. 또한 강제처분에 대한 사법적 통제로서 강제처분은 반드시 법원의 영장에 의하여야 한다는 영장주의는 수사기관의 강제처분권한을 제한하고 시민의 자유와 재산을 보장하는 기능을 담당한다. 체포 또는 구속과 같은 대인적 강제처분과 압수, 수색, 검증 등과 같은 대물적 강제처분(제106조 이하, 제219조)이 강제수사의 종류이다. 영장에 의한 체포(제200조의2)가 원칙이고, 현행범인 체포(제212조)와 중대 범죄 피의자에 대한 긴급체포(제200조의3)는 사전 영장주의의 예외로서 체포영장 없이 체포할 수 있다. 체포한 피의자를 구속하려면 48시간 이내에 구속영장을 청구하여야 하고(제201조), 그 기간 내에 구속영장을 청구하지 아니한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다(제200조의2 5항). 체포 후 피의자는 체포의 적부심사를 청구할 수 있다(제214조의2 1항).

개정 형사소송법은 불구속수사의 원칙을 천명하고 있지만(제198조 1항), 엄격한 요건 하에 법관이 발부한 영장에 의해 피의자를 구속할 수 있다. 구속의 요건은 범죄혐의의 상당성(제201조 1항), 구속사유(주거부정, 도망 또는 도망할 염려, 증거인멸의 우려), 구속의 비례성이다. 개정 형사소송법은 구속사유를 심사할 때 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 우해우려를 고려하도록 하였다(제70조 2항). 구속된 피의자는 구속적부심을 청구할 수 있다(제214조의2 1항).

수사처분에 의한 개인의 기본권침해는 그 처분이 소송의 목적을 달성하는데 적합하고, 다른 수단에 의해서는 그 목적을 달성할 수 없고 또 사건의 중요성이나 범죄의 혐의정도에 비추어 상당성이 유지되어야 허용된다는 것이 비례성의 원칙이다. 이 원칙은 강제처분의 실행여부와 기간 및 방법뿐만 아니라 임의수사의 허용범위도 제한하는 이념이다. 또한 유무죄의 재판은 수사단계의 수사 활동의 결과에 의하여 좌우될 가능성이 높다. 따라서 형사소송법은 피의자의 방어권행사를 보장하는 무기평등의 원칙을 실현하고 또 비례성의 원칙에 충실하여 피의자의 법적 지위를 강화하고 있다. 변호인 또는 가족과의 접견교통권(제89조, 제209조, 제213조의2, 제34조), 진술거부권(제200조 2항), 변호인의 조력을 받을 권리(제30조), 무죄추정의 권리, 피의자신문조서 열람 등 청구권(제244조), 증거보전청구권(제184조), 구속사유를 고지 받을 권리(제209조, 제213조의2), 체포 · 구속적부심사청구권(제214조의2) 등.

새로운 수사기술의 등장으로 임의수사와 강제수사의 한계가 문제되는 수사방법으로는 전기통신의 감청(e메일, 인스턴트 메신저, 모바일 메신저 등 디지털 기술의 발달에 따라 등장한 통신수단에 대한 감청여부도 마찬가지), 사진촬영과 거짓말탐지기 사용, 계좌추적 등이 있다.

구속된 피고인에게 보석을 청구할 권리가 있다(제94조 이하). 보석은 보증금납부와 같은 일정한 조건을 전제로 구속집행을 정지하여 구속된 피고인을 석방하는 제도이다. 구속된 피의자에 대한 석방제도인 체포·구속적부심제도와 구별되며, 구속된 피의자에 대하여 체포·구속적부심절차에서 보증금납입조건부 석방이 인정되는 피의자보석은 피의자에게 청구권이 없다는 점에서 피고인 보석제도와 구별된다.

3) 수사의 종결

수사의 종결처분은 검사의 권한이다(제246조). 따라서 사법경찰관이 범죄를 수사하였을 때에는 그 관계서류와 증거를 검사에게 송부하여야 한다. 수사는 검사의 다음과 같은 사건처리에 의하여 종결된다. 수사의 긍정적 종결처리로는 공소제기가 있다. 검사는 수사결과 범죄의 객관적 혐의가 충분하고 소송조건을 구비하여 유죄판결을 받을 수 있다고 판단되는 때에는 공소를 제기한다(제246조). 약식명령의 요건을 구비한 경우에는 공소제기와 동시에 약식명령을 청구할 수 있다(제449조). 공소를 제기하고 수행할 권한은 검사에게만 있다(국가소추주의와 기소독점주의).

수사의 부정적 종결처리로는 불기소처분이 있다. 여기에는 혐의의 불기소처분과 기소유예 및 기소중지가 있다. 혐의의 불기소처분에는 혐의 없음, 죄 안 됨, 공소권 없음이 있다. 기소유예는 공소제기의 요건을 구비하고 있지만 형법 제51조의 사유를 고려하여 공소를 제기하지 않는 처리방법이다(제247조). 검사의 이러한 재량권을 기소편의주의라고 한다. 마지막으로 피의자의 소재불명 등의 사유로 수사를 종결할 수 없는 경우에 그 사유가 해소될 때까지 기소중지처분을 할 수 있다. 이는 실질적으로는 수사중지처분이다.

검사는 사건이 소속검찰청에 대응한 법원의 관할에 속하지 아니한 때에는 사건을 서류와 증거물과 함께 관할 법원에 대응한 검찰청 검사에게 송치하여야 한다(타관송치 제256조).

공소권의 적정한 행사를 담보하기 위하여 불기소처분에 대한 불복방법으로서 항고·재항고제도(검찰청법 제10조)와 재정신청제도(제260조 이하)가 있고, 불기소처분의 취지 및 이유를 고지하는 제도(제258조 이하)와 같은 간접적 규제가 있다.

재정신청제도는 2007년 개정 형사소송법에서 대폭적으로 개정되었다. 재정신청(제260조)은 검사의 불기소 처분에 불복하는 자가 사건을 법원의 심판에 부하여 달라는 신청을 하면 법원이 그 신청이 이유 있는 때에는 공소제기를 결정하는 제도를 말한다. 이 제도의 취지는 검사의 부당한 불기소처분과 기소편의주의의 남용을 시정하여 소추권행사의 적정을 실현하기 위한 데 있다. 개정 전에는 재정신청의 대상범죄를 형법 제123조부터 제126조까지의 죄로 한정했으나, 고소인이 모든 범죄(제123조부터 제126조까지의 죄에 대하여는 고발을 한 자 포함)에 대해 재정신청을 제기할 수 있도록 개정되었고(제260조 1항), 다만 재정신청이 전면 확대됨에 따른 남용의 폐해를 막고 재정신청 제도의 효율적인 운영을 위하여 검찰항고전치주의를 채택하였다(제260조 2항). 검찰항고전치주의는 재정신청권자에게 신속한 권리구제의 기회를 제공할 뿐만 아니라 검사에게는 자체 시정의 기회를 주고 남신청의 폐해를 방지하기 위한 것이다. 법원이 재정신청이 이유 있는 때에는 사건에 대한 공소제기를 결정하고 이에 따라 검사가 공소를 제기하도록 하여(제260조 2항, 6항), 공소유지 담당변호사제도를 폐지하고 공소유지기능을 검사가 담당하는 것으로 변경하였다.

불기소처분에 대한 불복방법으로서 헌법재판소법 제68조에 의한 헌법소원제도가 있었으나, 헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에 그 절차를 모두 마친 후에 제기할 수 있고, 법원의 재판은 헌법소원의 청구대상에서 제외되는데(헌법재판소법 제68조 1항과 단서), 형사소송법의 개정에도 따라 검사의 불기소처분에 대하여 법원에 재정신청을 제기할 수 있게 되었으므로 재정신청절차를 거쳐야 하고 법원의 재정결정에 대해서는 헌법소원을 청구할 수 없게 되었다.

나. 공소제기

1) 공소제기의 기본원칙

공소제기는 법원에 대하여 특정한 형사사건의 심판을 요구하는 검사의 의사표

시이며 법률 행위적 소송행위이다. 공소제기의 주체가 국가기관인지 개인인지 여부에 따라 국가소추주의와 사인소추주의, 공소제기여부에 재량이 있는지에 따라 기소편의주의와 기소강제주의로 나뉜다. 제246조는 “공소는 검사가 제기하여 수행한다.”고 규정하고 있어 국가소추주의와 함께 기소독점주의를 취하고 있다.

기소독점주의는 공소권행사를 공익의 대표자이며 검사동일체원칙하의 검사가 담당함으로써 공평성과 획일성을 보장하고 사안에 따라 탄력적으로 기소여부를 결정함으로써 구체적 정의를 실현할 수 있다는 장점을 갖고 있는 반면 독점으로 인한 자의와 독선, 정치적 영향가능성 등 단점이 있는 제도이다. 기소독점주의의 단점은 소추권자의 재량에 따라 공소제기여부를 결정할 수 있는, 즉 불기소처분(특히 기소유예)을 할 수 있는 제도인 기소편의주의(제247조)와 결합하면 더욱 커질 염려가 있다. 독일은 범죄의 혐의가 충분하고 객관적이며 소송요건이 구비되면 공소제기를 하도록 하여 검사의 소추재량권을 인정하지 않고 자의적 공소권행사를 방지할 수 있는 기소법정주의를 취하고 있으나 예외적으로 효율성을 제고하기 위하여 일정한 요건하에 기소재량권을 인정하고 있다.

기소독점주의와 기소편의주의의 폐해를 방지하기 위한 규제 장치로서 재정신청제도(제260조 이하)가 있고, 기소독점주의의 예외로서 경찰서장이 청구하는 즉결심판절차가 있다.

2) 공소제기 방식과 절차

공소를 제기할 때에는 공소장을 관한 법원에 제출하여야 한다(제254조 1항). 법원에 대한 심판의 대상을 명백히 하고 피고인으로 하여금 공소사실을 확인하게 하여 충분한 방어준비를 할 수 있게 서면주의를 취하고 있다.

공소장에 기재할 사항은 필요적 기재사항으로 피고인의 성명, 죄명, 공소사실, 적용법조이다(제254조 3항). 공소사실은 법원에 심판을 청구한 범죄사실로서 법률적 및 사실적으로 특정된 사실이어야 한다. 범죄일시, 장소, 객체, 방법을 명시하여(제254조 4항) 다른 범죄사실과 구별될 정도로 특정되어야 한다. 공소사실의 특징은 법원의 심판대상을 명확히 하는 동시에 피고인이 충분한 방어준비를 할 수 있도록 하는데 목적이 있다.

공소장에는 수개의 범죄사실과 적용 법조를 예비적 또는 택일적으로 기재할 수 있다(제254조 5항).

검사가 공소를 제기할 때 관할법원에 제출할 서류는 공소장 하나여야 한다는 원칙이 公訴狀一本主義이다. 공소장에는 사건에 관하여 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부해서는 안 된다(형사소송규칙 제118조). 형사소송법에 명시되지 않은 형사소송의 실무관행이다. 법관으로 하여금 수사기관의 심증으로부터 차단하여 예단 없이 공판절차를 통하여 실체진실을 발견할 수 있도록 하는데 의의가 있다. 공소장일본주의는 공정한 재판의 제도적 보장이며 공판중심주의를 실현하는 원칙이다. 검사는 공소장 이외의 수사기록과 증거물(피의자신문조서, 진술조서, 검증조서 등)을 공판기일의 증거조사단계에서 제출해야 한다. 제254조 3항의 기재사항 이외의 기재사항으로서 전과사실, 피고인의 사생활, 범죄의 동기, 여죄 등도 원칙적으로 기재가 허용되지 않는다. 공소장 일본주의에 대한 위반은 공소제기에 관한 중요한 방식의 위반이므로 공소제기는 무효이고 법원은 공소기각의 판결(제327조 2호)을 내려야 한다.

3) 공소제기의 효과

공소제기로 공소시효가 정지되며(제253조 1항), 피고사건이 수소법원의 심리와 재판대상으로 되는 訴訟係屬의 효과가 발생한다. 수소법원은 공소제기가 적법한 경우 공소사실의 存否에 관하여 심판할 권리와 의무를 지게 되고, 동일사건에 대해 이중으로 공소제기 할 수 없게 된다. 不告不理의 원칙상 법원의 심판의 대상은 공소장에 기재된 피고인과 공소사실에 제한된다.

공소제기의 효력이 미치는 범위는 공소장에 기재된 피고인과 공소사실과 단일성 및 동일성이 인정되는 사실이다. 이를 공소불가분의 원칙이라고 한다(제247조 2항). 공소제기의 인적 효력범위는 검사가 피고인으로 지정한 사람이고, 물적 효력범위는 공소사실의 단일성 및 동일성이 있는 사실의 전부이다(제248조 2항). 공소제기의 효력은 공소장에 기재된 공소사실과 동일성이 인정되는 사실의 전부에 미치기 때문에 공소장에 기재된 공소사실과 동일성이 인정되는 다른 사실도 심판의 대상이 될 수 있다. 그러나 공소사실과 동일성이 인정된다고 하더라도 법원이 아

무런 절차 없이 심판대상으로 삼는 것은 피고인의 방어권행사에 현저한 불이익을 초래한다. 따라서 형사소송법은 공소장변경제도를 두어 공소장에 기재된 공소사실과 동일성이 인정되는 사실이라도 공소사실 및 적용 법조를 추가, 철회 및 변경하는 절차를 거쳐야만 법원의 심판의 대상이 될 수 있다(제298조).

4. 공판절차

가. 소송의 주체

공소가 제기되면 법원은 당해 피고사건을 심리하여야 하고 검사와 피고인은 심리에 참여하여 심판을 받을 권리와 의무가 발생한다. 따라서 공소제기에 의하여 형사절차는 비로소 법원, 검사, 피고인의 3 주체에 의하여 진행되는 형사소송의 형태를 갖게 된다. 법원은 재판권의 주체가 되고 검사와 피고인은 넓은 의미의 당사자가 된다. 변호인은 소송주체가 아니고 피의자 또는 피고인의 보조자가 된다.

소송 3 주체간의 관계와 소송의 주도적 지위가 누구냐에 따라 소송구조를 당사자주의와 직권주의로 나눌 수 있다. 전자는 검사와 피고인에게 소송의 주도적 지위를 인정하여 당사자 사이의 공격과 방어에 의하여 심리가 진행되고 법원은 제3자의 입장에서 당사자의 주장과 입증을 판단하는 소송구조이다. 변론주의, 당사자追行主義와 당사자 처분주의를 내용으로 한다.

이에 반해서 후자는 소송에서의 주도적 지위를 법원에게 인정하여 법원이 실제 진실을 발견하기 위하여 직권으로 증거를 수집, 조사하고 사건을 심리하는 소송구조이다. 직권주의의 장점은 실체적 진실발견에 효과적이고 재판의 지연을 방지하여 신속한 재판의 원칙이 실현될 수 있다는 점이다. 그러나 법원의 독단과 자의에 빠질 우려와 피고인 방어권보장에 소홀할 수 있다는 점을 들고 있다. 이에 반해서 당사자주의는 피고인의 방어권보장에 적합하고 효과적인 실체진실발견이 가능하며 재판의 공정성이 보장될 수 있다는 장점을 갖고 있다. 단점으로는 심리의 능력과 신속성이 해쳐질 우려, 당사자 사이의 타협과 거래가능성, 진실은폐 가능성, 검사와 피고인간의 실질적 평등보장이 불가능하다는 점을 들고 있다.

현행 형사소송법은 직권 주의적 요소로서 피고인신문 및 증인신문에서 재판장

의 직권적 신문(제296조의2, 제161조의2), 법원의 직권에 의한 증거조사(제295조), 공소장변경의 허가제도(제298조) 등을 들 수 있고, 당사자 주의적 요소로서는 심판 대상의 한정, 공소장일본주의, 당사자의 증거조사신청(제294조), 증거보전 청구권(제184조), 증거조사 참여권, 증거조사에 대한 이의신청권, 증인신문시의 交互詢問制度, 전문법칙의 인정 증거에 대한 당사자의 동의(제318조)등을 들 수 있다.

현행 형사소송을 양 요소가 모두 구비되어 조화된 구조라고 보는 것이 일반적이다²⁹⁾. 그러나 피고인의 방어권보장은 당사자주의적 요소가 아니라 인간의 존엄과 기본권의 보장요청과 법치국가의 요청에서 나온 것이기 때문에 어느 구조에서나 보장되고 있다³⁰⁾. 또 검사와 피고인이 현행 형사소송에서 무기 평등한 대등 당사자로서의 지위를 갖는가는 의문이고 당사자주의를 강조할 경우에는 형사소송의 민사소송화가 초래되어 실체진실발견주의에 부합하지 않을 우려가 있게 된다. 따라서 실체진실발견을 위해서는 법원의 직권개입이 형사소송의 본질적 요소가 되어야 한다는 점 등에 비추어 우리나라의 소송구조는 직권주의가 기본구조이며 당사자주의의 요소들이 가미되어 형사소송의 목적인 실체진실의 발견을 도모하고 있다고 보아야 한다. 우리나라 형사소송법은 英美의 형사소송구조인 당사자주의를 폭넓게 받아들인 점이 특색이지만, 피고인 신문이나 증인신문에서 보듯이 직권에 의한 증거조사가 인정되고 당사자주의의 특징인 소송물에 대한 당사자의 처분권을 인정하지 않고 있는 점 등에 비추어 직권주의 소송구조를 취하고 있다고 보는 것이 타당하다.

나. 공판심리의 기본원칙

공소가 제기되어 특정한 형사피고사건이 법원에 계속되어 소송절차가 종결될 때까지의 전 절차를 공판절차라 한다. 법원의 피고사건에 대한 심증형성은 공개된 법정인 공판정에서 증거조사를 통하여 이루어져야 한다. 이를 공판중심주의라고 한다.

헌법과 형사소송법은 공판절차를 진행함에 있어서 다음과 같은 몇 가지 원칙의

29) 대표적으로 이재상, 신형사소송법(제2판 2008), 43면

30) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법(2013년), 28면

준수를 요청하고 있다: 공개재판의 원칙, 신속한 재판의 원칙, 구두변론주의, 직접 심리주의, 집중심리주의 등.

1) 공개재판주의

공개재판주의는 심리와 판결을 누구나 방청할 수 있다는 의미이다. 이는 헌법상의 기본권으로서 재판의 공정성과 형사사법에 대한 국민의 신뢰를 보장하기 위한 원칙이다(헌법 제27조 3항). 국민에 의한 재판의 공정한 진행감시와 재판에 대한 국민의 신뢰를 유지할 수 있다는 데 의의가 있다. 다만 피고사건의 심리가 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있는 경우에는 법원의 결정으로 비공개할 수 있다든지(헌법 제109조), 법정 안에서의 녹화나 촬영, 중계방송은 재판장의 허가가 있어야 한다는 등의 법원조직법 등의 제한규정이 있다(법원조직법 제59조).

2) 구두변론주의

구두변론주의라 함은 법원이 공판절차에서 양 당사자의 구술에 의한 공격과 방어를 토대로 피고사건에 대한 유무죄의 실제 판단을 행한다는 구두주의와 법원 이외의 소송주체에게 공격과 방어에 주도적 지위를 부여하여 공판절차를 진행시키는 변론주의를 의미한다(제37조 1항, 제257조의3). 구두주의는 서면주의에 대한 개념으로 법관이 진술의 참 뜻을 태도와 결들여 이해할 수 있다는 점에서 장점이 있으나 정확성을 기하고 사후의 입증을 고려하여 공소제기 또는 공소장변경 등 절차형성행위는 서면주의를 가미하고 있다.

3) 직접심리주의

직접심리주의는 법원이 공판정에서 직접 심리, 조사한 증거만을 실제 판단의 기초로 삼을 수 있다는 원칙이다. 이는 구두주의와 함께 법관에게 정확한 심증을 형성시키고 피고인에게 증거에 관하여 직접 의견을 진술할 기회를 부여하여 실체진실발견에 기여하고 더 나아가 반대신문의 기회를 통하여 공정한 재판을 실현할 수

있다는데 의의가 있다. 공판개정 후에 판사의 更迭이 있는 경우에는 공판절차를 갱신하여야 한다는 형사소송법의 규정(제301조)은 직접주의의 요청이며, 수사서류의 증거능력 제한(제312조, 제313조), 전문증거 배제법칙(제310조의2), 증거조사절차에서 증거물 또는 증거서류를 당사자에게 제시하고 요지설명(제292조 1항) 등의 규정은 직접주의 원칙의 표현한 것으로 볼 수 있다.

4) 집중심리주의

집중심리주의는 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법에 표현된 원칙으로서 심리에 2일 이상을 요하는 사건은 연일 계속하여 심리하여야 함을 말한다. 이는 법관이 신선하고 확실한 심증에 의한 재판을 가능하게 하고 증인의 기억이 흐려져 진술의 부정확 가능성을 막을 수 있으며 또 신속한 재판을 실현한다는데 그 취지가 있다. 이를 실현하기 위해서는 당사자의 사전준비와 사전준비를 통한 쟁점의 정리가 전제되어야 한다. 형사소송법상 집중심리(제267조의2)와 판결의 즉일선고(제318조의4), 형사소송규칙의 판결선고기간의 제한(제146조) 등이 이를 실현하기 위한 규정이다.

다. 증거개시와 공판준비절차

증거개시란 소송 당사자가 서로 가지고 있는 증거를 공판기일 전에 공개하여 공판절차에서의 방어준비를 충실히 하고 공판절차를 효율적으로 진행하기 위한 제도이다. 2007년 개정 형사소송법은 검사와 피고인의 무기대등의 원칙을 통한 피고인의 방어권 보장과 신속한 재판을 실현하기 위하여 증거개시제도를 도입하였다(제266조의3). 이에 따라 공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류나 물건을 열람·등사할 수 있고, 검사도 피고인 또는 변호인이 보관하고 있는 서류 등 열람·등사할 수 있게 되었다.

공판의 준비를 위한 행위로서 공소장부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하는 것(제266조), 공판기일을 지정하고 통지하는 것(제267조)과 같은 절차적 행위와 공판기일 전의 증거조사와 같은 실체심리와 관련 있는 행위가 있다.

공판준비절차는 공판기일에서의 심리를 준비하기 위하여 법원이 행하는 일련의 절차이며 집중심리를 위하여 사건에 대한 쟁점을 정리하고 입증계획을 수립하는 절차를 말한다(제266조의5). 공판기일의 절차를 신속하고 능률적으로 진행하기 위하여 受訴法院에서 행해지는 준비절차가 공판준비절차이다. 재판장은 공판기일의 효율적이고 집중적인 심리를 위하여 사건을 공판준비절차에 부칠 수 있다(제266조의5 1항). 2007년 개정 형사소송법은 사건의 쟁점을 정리하고 입증계획을 수립하는 하기 위한 공판준비기일을 열 수 있는 근거규정을 두었다. 공판준비절차에서 할 수 있는 공판준비행위에는 공판준비를 위한 서면의 제출(제266조의6), 공판준비기일의 지정과 같은 공판준비기일의 공판준비(제266조의7), 공판준비기일에 검사 및 변호인 등의 출석(제266조의8), 공소장 부분 송달 받은 후 의견서 제출(제266조의2), 공소장의 보완과 변경, 증거의 신청과 같은 공판준비행위(제266조의9)가 있다.

라. 공판기일의 절차

제1심 공판절차는 크게 冒頭節次, 사실심리절차와 판결선고절차로 나뉜다. 모두 절차는 재판장의 진술거부권고지, 人定訊問, 검사의 기소요지낭독(검사의 모두진술), 피고인의 공소사실 인정여부 진술 및 이익사실 진술(피고인의 모두진술), 재판장의 쟁점정리와 검사, 변호인의 주장 및 입증계획진술로 진행된다. 사실심리절차는 증거조사, 피고인신문, 소송관계인의 의견진술(검사의 의견진술과 피고인 및 변호인의 의견진술)로 진행되며 판결선고절차가 이어진다.

1) 재판장은 인정신문을 하기 전에 피고인에게 진술하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있고, 이익되는 사실을 진술할 수 있음을 알려주어야 한다(제283조의2). 개정 형사소송법은 피고인의 진술거부권에 관한 규정을 신설하면서 인정신문에 앞서 재판장이 진술거부권을 고지하도록 하였다.

2) 재판장은 실질적인 심리에 앞서 피고인으로 출석한 자와 공소장에 기재된 피고인과 동일인인가를 확인하는 절차인 인정신문을 한다(제284조). 성명, 연령, 등록기준지, 주거지와 직업 등을 물어서 확인한다.

3) 검사는 공소장에 의하여 기소요지를 진술하여 사건의 심리에 앞서 사건개요

와 자신의 입증방침을 명백히 하여 법원의 소송지휘를 가능하게 하고 피고인에게 는 방어권행사를 준비할 수 있도록 한다. 개정 형사소송법은 공판중심주의의 요청 과 국민참여재판의 도입에 따라 검사의 공소장낭독을 필요적 사항으로 규정하였 다. 다만 재판장은 필요하다고 인정하는 때에는 검사에게 공소의 요지를 진술하게 할 수 있다(제285조).

4) 피고인이 진술거부권에도 불구하고 진술을 원하는 경우에는 피고인은 공소사 실에 대한 認否, 주장과 신청 등 진술할 기회를 갖는다(제286조 1항). 피고인 및 변 호인은 이익이 되는 사실 등을 진술할 수 있다(제286조 2항). 이 단계에서 피고인 이 공소사실에 대해서 자백하면 간이공판절차로 이행된다(제286조의2).

5) 재판장은 피고인의 모두진술이 끝나면 피고인 또는 변호인에게 쟁점의 정리를 위하여 필요한 질문을 할 수 있고(제287조 1항), 재판장은 증거조사에 앞서 검 사 및 변호인의 주장 및 입증계획 등을 진술하게 할 수 있다(제287조 2항). 증거조 사절차의 효율적 진행을 위하여 신설한 규정이다.

6) 사실심리절차는 증거조사로 시작하고 피고인신문으로 이어지며 소송관계인 의 최종변론으로 마무리된다. 개정 형사소송법은 피고인신문 위주로 진행된 과거 의 사실심리절차에서 피고인의 당사자 지위를 보장하고 공판중심주의를 확립하기 위하여 피고인신문에 앞서 증거조사를 하도록 개정하였다.

재판장의 쟁점정리와 검사 및 변호인의 증거관계 등에 관한 진술이 끝나면 증거 조사를 실시한다(제290조). 법원은 피고사건의 사실인정과 양형에 관한 심증을 얻 기 위하여 인증, 서증, 물증 등 각종의 증거방법을 조사하여 그 내용을 감지하는 절차인 증거조사절차를 진행시킨다. 당사자의 신청에 의한 증거조사와 직권에 의 한 증거조사로 구분할 수 있다. 증거조사의 방법은 서증의 경우는 요지의 고지 또 는 낭독, 증거물의 경우는 제시이며 증인의 경우는 증인신문이다.

증인신문은 증인이 체험한 사실을 내용으로 하는 진술을 얻는 증거조사방법이 다. 형사소송법이 전문법칙을 취함에 따라 직접 체험한 증인에 대한 증인신문은 아주 중요한 증거조사방법이다. 형사소송법상의 증인신문방식은 소위 交互訊問方 式이다. 즉 증인을 신청한 자가 먼저 신문하고 다른 당사자가 반대신문하며 법원 은 당사자의 신문이 끝난 후에 신문하는 방식이다.

7) 증거조사가 끝나면 피고인에 대하여 공소사실과 그 정상에 관한 필요한 사항

을 검사와 변호인이 순차로 신문하는 절차인 피고인신문이 진행된다. 법원도 검사와 변호인의 주신문에 이어 보충신문을 행할 수 있다.

8) 증거조사와 피고인신문이 끝나면 당사자의 의견진술이 진행된다. 검사는 사실과 적용법조에 관하여 진술하여야 한다. 검사의 의견진술을 논고라고 하며 특히 양형에 관한 의견을 구형이라 한다. 법원은 물론 검사의 구형에 구속되지 않는다. 피고인과 변호인도 최종의견을 진술할 기회를 갖는다. 최종의견진술을 끝으로 변론을 종결하면 판결만 남게 된다. 예외적으로 변론의 재개가 가능하다(제305조).

9) 공판절차의 최종단계는 판결 선고절차이다. 판결의 선고는 변론을 종결한 기일에 하여야 한다(즉일선고의 원칙). 판결은 공판정에서 재판서에 의하여 선고된다(제42조). 재판장은 主文을 낭독하고 이유의 요지를 설명한다(제43조). 형을 선고할 경우에는 피고인에게 상소할 기간과 법원을 고지하여야 한다(제324조). 판결 선고로써 공판절차는 그 심급에서 종료되며, 그 때부터 상소기간이 진행된다(제358조, 제74조).

마. 공판절차의 특칙

1) 간이공판절차

피고인이 공판정에서 공소사실에 대하여 자백한 때에는 법원은 그 공소사실에 한하여 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정할 수 있다(제286조의2). 공판절차의 특칙으로서 간이공판절차는 피고인이 공판정에서 자백하는 단독판사의 관할 사건에 대하여 형사소송법이 규정하는 증거조사절차를 간이화하고 증거능력의 제한을 완화하여 심리를 신속하게 진행하기 위한 공판절차이다. 이는 신속한 재판의 실현과 소송경제의 이념에 존재의의를 갖고 있다.

이 제도는 피고인이 유죄의 답변(plea of guilty)을 하면 배심원의 유죄평결과 같은 효력을 갖게 되어 증거조사를 생략하고 양형절차로 넘어가는 미국의 기소사실인부절차(arrainment)와 유사하지만 이 제도는 모든 범죄유형에 적용된다는 점(1995년 제8차 형사소송법 개정)에서는 간이공판절차와 차이가 없지만 증거조사를 위한 공판절차가 생략된다는 점에서 간이공판절차와는 구별된다. 간이공판절차에서 증거조사는 법원이 상당하다고 인정하는 방법으로 증거조사를 할 수 있다(제

297조의2). 직접심리주의와 전문법칙에 의하여 증거능력이 인정되지 않는 증거에 대하여 제318조 1항의 동의를 있는 것으로 간주된다. 단, 검사, 피고인 또는 변호인이 증거로 함에 이의가 있는 때에는 그러하지 아니하다(제318조의3). 그러나 그 이외의 공판절차에 관한 일반규정은 적용되며, 위법수집증거배제법칙이나 자백배제법칙, 자백의 보강법칙 등은 그대로 적용된다.

2) 국민참여재판(국민의 형사재판 참여에 관한 법률)

국민참여재판이란 국민의 형사재판 참여에 관한 법률(2008년 1월 시행)에 따라 형사재판에 참여하도록 선정된 사람인 배심원이 참여하는 형사재판을 말한다(제2조). 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위하여 국민이 형사재판에 참여하는 제도를 도입하였다. 이 법률은 국민의 사법참여에 따른 권한과 책임을 명확히 하고, 재판절차의 특례와 그 밖에 필요한 사항에 관하여 규정하고 있다.

민주주의를 표방하는 선진국에서 시민의 사법참여가 보장되지 않고 전문직업적 사법 관료가 형사재판을 독점하는 나라는 거의 없다. 국민참여재판제도는 그동안 우리 법조계의 문제로 지적된 재판의 민주적 정당성 결여, 국민의 약한 법의식, 만연한 법조 비리 등의 문제를 해결하기 위한 좋은 해결책으로 여겨져 왔다. 국민이 재판과정에 참여하는 제도는, 국민이 직접 사법에 참여하는 것이야말로 민주주의 원리에 부합하며 사법에 대한 민주적 견제와 감시가 가능하고, 국민의 건전한 양식과 상식에 의한 판단이 가능하여 일반인이 납득할 수 있는 재판결과로 인해 궁극적으로 사법에 대한 국민의 신뢰가 형성된다는 장점을 갖고 있다. 국민에 의해 선출되지 않은 권력이고 또 국민통제의 사각지대라고 할 수 있던 사법영역이 국민의 참여에 의해 개방되고 국민에 의해 감시되면서 사법부는 민주적 정당성을 확보하고 사법의 신뢰를 회복하는 계기를 갖게 된 것이다.

국민참여재판의 성격은 배심원의 평의과정에서 법관이 참여하여 의견을 제시하도록 한 점(제46조 2항, 3항), 배심원이 사실에 대한 평결뿐만 아니라 양형에 대한 토의에 참여할 수 있는 점(제46조 4항), 배심원의 평결이 법원을 기속하지 않는 점(제46조 5항) 등을 고려하면 영미의 배심제와 다르고 참심제적 요소가 가미된 형태라고 볼 수 있다. 국민참여재판의 대상사건은 2012년 개정으로 확대되어 법원조

직법 제32조 1항(제2호 및 제5호는 제외한다)에 따른 합의부 관할 사건과 위 사건의 미수죄 · 교사죄 · 방조죄 · 예비죄 · 음모죄에 해당하는 사건, 이상의 사건과 형사소송법에 따라 관련 사건으로서 병합하여 심리하는 사건이다. 국민참여재판에 관하여 변호인이 없는 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정해야 한다(제7조).

법원은 대상사건의 피고인에 대하여 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사를 서면 등의 방법으로 반드시 확인하여야 한다(제8조 1항). 법원은 공소제기 후부터 공판준비기일이 종결된 다음날까지 ① 배심원 · 예비배심원 · 배심원후보자 또는 그 친족의 생명 · 신체 · 재산에 대한 침해 또는 침해의 우려가 있어서 출석의 어려움이 있거나 이 법에 따른 직무를 공정하게 수행하지 못할 염려가 있다고 인정되는 경우 ② 공범 관계에 있는 피고인들 중 일부가 국민참여재판을 원하지 아니하여 국민참여재판의 진행에 어려움이 있다고 인정되는 경우 ③ 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제2조의 범죄로 인한 피해자 또는 법정대리인이 국민참여재판을 원하지 아니하는 경우 ④ 그 밖에 국민참여재판으로 진행하는 것이 적절하지 아니하다고 인정되는 경우 검사 · 피고인 또는 변호인의 의견을 듣고 나서 국민참여재판을 하지 아니하기로 하는 결정을 할 수 있다(제9조 1항). 피고인이 국민참여재판을 원하지 아니하거나 제9조 제1항에 따른 배제결정이 있는 경우는 국민참여재판을 하지 아니한다(제5조 2항).

배심원은 만 20세 이상의 대한민국 국민 중에서 무작위로 선정되며(제16조), 국민참여재판을 하는 사건에 관하여 사실의 인정, 법령의 적용 및 형의 양정에 관한 의견을 제시할 권한이 있다(제12조). 배심원의 수는 ① 법정형이 사형 · 무기징역 또는 무기금고에 해당하는 대상사건은 9인, 그 외의 대상사건은 7인이며 법원은 피고인 또는 변호인이 공판준비절차에서 공소사실의 주요내용을 인정한 때에는 5인의 배심원이 참여하게 할 수 있다(제13조).

재판장은 피고인이 국민참여재판을 원하는 의사를 표시한 경우에 사건을 공판준비절차에 부쳐야 한다(제36조). 법원은 주장과 증거를 정리하고 심리계획을 수립하기 위하여 공판준비기일을 지정하여야 한다(제37조). 공판준비기일은 공개하며, 공판준비기일에는 배심원이 참여하지 않는다. 공판정은 판사 · 배심원 · 예비배심원 · 검사 · 변호인이 출석하여 개정한다(제39조). 배심원과 예비배심원은 피고인 · 증인에 대하여 필요한 사항을 신문하여 줄 것을 재판장에게 요청하는 행위나 필요

하다고 인정되는 경우 재판장의 허가를 받아 각자 필기를 하여 이를 평의에 사용하는 행위를 할 수 있다(제41조).

국민참여재판에는 형사소송법 제286조의 2(간이공판절차)를 적용하지 아니한다(제43조). 배심원 또는 예비배심원은 법원의 증거능력에 관한 심리에 관여할 수 없다(제44조). 재판장은 변론이 종결된 후 법정에서 배심원에게 공소사실의 요지와 적용법조, 피고인과 변호인 주장의 요지, 증거능력, 그 밖에 유의할 사항에 관하여 설명하여야 한다. 이 경우 필요한 때에는 증거의 요지에 관하여 설명할 수 있고, 심리에 관여한 배심원은 재판장의 설명을 들은 후 유·무죄에 관하여 평의하고, 전원의 의견이 일치하면 그에 따라 평결한다. 다만, 배심원 과반수의 요청이 있으면 심리에 관여한 판사의 의견을 들을 수 있다. 배심원은 유·무죄에 관하여 전원의 의견이 일치하지 아니하는 때에는 평결을 하기 전에 심리에 관여한 판사의 의견을 들어야 한다. 이 경우 유·무죄의 평결은 다수결의 방법으로 한다. 심리에 관여한 판사는 평의에 참석하여 의견을 진술한 경우에도 평결에는 참여할 수 없다. 평결이 유죄인 경우 배심원은 심리에 관여한 판사와 함께 재판장의 처벌의 범위와 양형의 조건 등에 관한 설명을 듣고 양형에 관하여 토의하고 그에 관한 의견을 개진한다. 재판장은 양형에 관한 토의 전에 처벌의 범위와 양형의 조건 등을 설명하여야 한다(제46조).

그동안 실시된 국민참여재판은 신청비율과 배제비율, 사건 처리기간, 무죄율, 항소심 파기율, 평결과 판결의 일치율, 배심원의 절차 만족도 등 여러 가지 측면에서 상당한 성과를 보이고 있다. 2013년에 국민참여재판 제도의 최종적인 형태를 결정하기 위하여 대법원에 국민사법참여위원회를 설치하여 우리나라에 적합한 모델을 확정하였는데, 이에 대해서 법무부가 ‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률 개정안’을 입법예고하면서 검사의 국민참여재판 배제신청권 및 국민참여재판 대상사건 중 합의부사건의 제외 등 당초 국민사법참여위원회가 의결한 최종안과 다른 내용을 추가³¹⁾하여 국무회의를 통과한 바 있다. 국민사법참여위원회가 의결한 국민참여재판제도 최종안과 달리 법무부가 새로운 개정안을 입법예고한 것은 절차상의 하자뿐만 아니라 내용적으로도 문제가 있다는 비판³²⁾을 받고 있다. 배심원 평결의 효

31) 이에 관해서는 김병수, 국민참여재판 최종형태에 관한 비교법적 고찰, 형사법연구 제26권 제3호(2014.가을 통권 제60호), 233면 이하 참조.

력과 관련하여 개정안에서 배심원 평결의 법적 구속력을 인정한 것은 아니지만 법원의 배심원평결 존중의무를 규정하고 있고, 대법원도 배심원이 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심증에 부합하여 그대로 채택된 경우 이를 항소심에서 뒤집을 수 없다는 판결³²⁾을 내린 바 있어 사실상의 구속력을 부여받은 것이지만 국민참여재판 제도의 도입 취지와 민주적 기능에 비추어 보면 배심원의 평결에 구속적 효력을 인정해야 할 것이다.

5. 증거와 증거법

가. 증거, 증명력과 증거능력

공판기일의 절차 중 가장 중요한 사실심리절차는 국가형벌권행사의 전제가 되는 피고인과 범죄사실을 구체적으로 확정하는 절차이다. 이 때 사실관계의 확인 자료를 증거라 부른다. 증거에 의하여 사실관계가 확인되는 과정을 증명이라 한다. 이를 통하여 형벌법규적용의 전제가 되는 사실관계가 확정되는데 필요한 법규범의 총체가 증거법이다.

형사소송법은 제307조 이하에 증거능력과 증명력에 관한 규정을 두고 있다. 증거능력은 어떤 증거가 엄격한 증명의 자료로 사용될 수 있는 법률상의 자격을 말한다. 사실인정은 증거능력이 있는 증거에 의하여야 하고 법률이 정한 적법한 증거조사절차를 거친 증거에 의하여야 한다는 원칙이 증거재판주의이다(제307조 1항). 따라서 위법수집증거배제법칙(제380조의2), 자백배제법칙(제309조), 전문법칙(제310조의2)에 의하여 증거능력이 없는 증거는 사실인정의 자료로 사용될 수 없다.

증명력은 증거자료가 요증사실의 인정에 기여하는 정도, 즉 증거의 실질적 가치를 말한다. 증거능력은 미리 법률에 의하여 형식적으로 결정되어 있음에 반하여 증명력은 법관의 자유로운 판단에 달려 있다. 이를 자유심증주의라고 한다(제308조). 따라서 법관은 사실을 인정하는 데 법률적 구속을 받지 않고 구체적으로 타당

32) 참여연대 정책자료(2014.1.20), 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 개정안에 대한 의견; 김병수, 국민참여재판 최종형태에 관한 비교법적 고찰, 형사법연구 제26권 제3호(2014.가을 통권 제60호), 236면.

33) 대판 2010. 3. 25., 2009도14065; 서울고등법원 2014. 5. 23. 선고 2013노2133 판결

한 증거가치를 판단하여 사안의 진상을 파악할 수 있다. 여기서 자유로운 판단은 자유심증주의가 사실인정의 합리성을 이념으로 하는 점에 비추어 법관의 자의에 의한 것이 아니라 객관적으로 합리적인 판단이어야 한다. 자유심증주의 예외로서는 피고인의 자백이 그 피고인에게 유일한 불리한 증거일 때에는 (법관이 이 자백의 증명력을 자유판단에 의하여 인정하더라도) 증거로 할 수 없다는 자백의 보강 법칙(제310조)과 공판조서의 절대적 증명력 인정규정(제56조)이 있다.

나. 증거법의 기본원칙

1) 증거재판주의

우선 증거법의 기본원칙으로서 제307조에 “사실의 인정은 증거에 의하여야 한다.”는 증거재판주의를 명시하고 있다. 이는 공소범죄사실 등 주요사실은 증거능력이 있고 적법한 증거조사를 거친 증거에 의하여 증명되어야 한다는 것을 의미한다. 이를 엄격한 증명의 법리라고도 한다. 엄격한 증명의 대상이 되는 사실은 재판에 있어서 가장 중요한 사실인 형벌권의 存否 및 그 범위를 정하는 데 기초가 되는 사실, 즉 구성요건 해당사실, 위법성 및 책임의 기초사실과 같은 공소범죄사실을 말한다. 이를 증명하기 위해서는 증거능력이 있는 증거가 필요한데, 증거능력이란 증거가 엄격한 증명의 자료로 사용될 수 있는 법률상의 자격을 의미한다. 따라서 증거능력이 없는 증거는 사실인정의 자료가 될 수 없기 때문에 공판정에 증거로 제출하여 증거조사를 하는 것도 허용되지 않는다.

2) 증거능력 제한원칙

증거능력을 제한하는 경우로는 전문법칙, 자백배제법칙, 위법수집증거의 배제법칙이 있다. 개정 형사소송법은 증거능력 규정에 관해서 형사소송의 목적인 실체적 진실발견과 피의자·피고인의 인권보장을 조화시키기 위하여 증거재판주의의 원칙을 강화하고 위법수집증거 배제원칙을 명문화하였다. 임의성과 특신성 심사를 강화하는 조건으로 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 인정하고, 전문법칙의 예외 요건을 보다 엄격히 하였다. 범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도

의 증거가 있어야 함을 명문화하였고(제307조 2항), 헌법이 보장하고 있는 적법절차의 원칙인 위법수집증거의 증거능력배제원칙을 구체적으로 명시하여 증거수집절차의 적법성을 제고하도록 하였다(제308조의2).

개정 형사소송법은 제308조의2에 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.”고 규정하여 위법수집증거의 증거능력배제원칙을 명시적으로 선언하였다. 이 원칙은 진술증거뿐만 아니라 비진술증거에 대해서 적용되며, 자백배제법칙에 관한 별도의 규정이 있으므로 이 원칙은 자백 이외의 진술증거와 비진술증거에 주로 적용되는 것이다. 증거능력이 배제되는 증거의 범위에 대해서 입법과정에서 논란이 있었으나 적법절차라는 추상적 기준이 규정되었고, 배제되는 증거의 범위, 배제기준, 위법의 정도 등에 관해서는 해석을 통해서 구체화되도록 하였다.

대법원은 수집절차가 위법한 압수물의 증거능력을 인정한 기존의 판례를 변경하여 비진술증거도 진술증거와 마찬가지로 위법수집증거의 증거능력의 배제법칙을 확대 적용하였으나, 예외적으로 위법의 정도와 침해된 이익과 위법의 정도와의 비교교량 등을 요건으로 하여 증거능력을 인정할 수 있는 여지를 열어두었으며, 이를 2차적 증거수집에도 적용된다고 보아 2차 증거의 증거능력을 부정하는 독과수열매이론의 제한적 적용을 수용하고 있다.³⁴⁾

전문법칙이란 사실인정의 기초가 되는 경험적 사실을 경험자 자신이 직접 법원에 진술하지 않고 간접적으로 보고하는 경우의 전문증거는 증거능력이 없다는 원칙을 말한다(제310조의2). 제310조의2는 “제311조 내지 제316조에 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.”고 규정하고 있다.

전문증거는 전문증인과 전문서류로 구분되며, 후자는 경험자가 그 경험내용을 직접 기재한 진술서와 경험자의 진술내용을 타인이 서면에 기재한 진술조서와 진술녹취서 등을 말한다. 전문증거는 부정확한 전달의 위험이 있을 뿐만 아니라 반대

34) 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결

신문을 통하여 그 신용성을 확인할 수 없기 때문이다. 전문증거는 증거능력이 인정되지 않으므로 사실인정의 자료로 삼을 수 없을 뿐만 아니라 증거조사도 허용되지 않는다. 그러나 전문증거의 신용성이 정황적으로 보장되는 경우가 있고 증거로서의 필요성이 있는 경우에는 예외적으로 증거능력을 인정한다(제311조, 제316조).

① 검사 작성의 피의자신문조서는 매우 엄격한 조건을 갖춘 경우에 한하여 증거능력을 인정한다. 즉, 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인의 진술 또는 영상녹화물 등 객관적인 방법에 의하여 진술내용과 동일하게 기재되어 있고, 특신상태에서 진술되었음이 증명된 경우에 한하여 증거로 사용할 수 있도록 하였다(제312조 1항, 2항). 여기서 적법한 절차와 방식이라 함은 형식적 진정 성립보다는 넓은 개념이고 실질적 진정 성립의 증명방법을 피고인의 진술 또는 영상녹화물 등 객관적인 방법에 한정된 것은 조사자의 증언에 의한 증명을 허용하지 아니한다는 취지이다. 그러나 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력은 현행과 같이 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정한 경우에 한하여 증거로 사용할 수 있도록 하였다.

② 검사 또는 사법경찰관이 작성한 참고인진술조서는 일단 참고인이 증인으로 법정에 나와 자기가 알고 있는 바를 구체적으로 모두 증언한 후 그 내용이 과거 수사기관에서 한 진술과 같은지 여부를 따지고, 조서가 수사기관에서 진술한 대로 작성되어 있음을 인정하는 때에 한하여 증거로 사용할 수 있도록 하였고, 나아가 피고인 또는 변호인이 그 조서의 기재 내용에 관하여 참고인을 반대신문을 할 수 있었고, 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되어야 한다는 요건까지 갖추어야 하는 것으로 개정하였다(제312조 4항). 이로써 증인의 법정 증언이 조서에 증거능력을 부여하기 위한 요식적인 절차로 전락되지 않도록 하였다. 수사과정에서 작성된 진술서도 수사기관이 작성한 조서와 동일하게 취급하기로 하였다(제312조 5항).

③ 조사자 증언제도를 도입하여, 피고인을 피의자로 조사하였거나 그 조사과정에 참여하였던 사법경찰관 등의 내용에 관한 증언을 증거로 사용할 수 있도록 하였다. 이로써 실체적 진실발견과 피고인의 방어권 보장 사이에 조화를 꾀하였다(제316조 1항).

④ 피의자 진술에 관한 영상녹화물의 증거능력에 관해서는 엄격한 요건을 갖춘

경우에 한하여 보충적인 증거방법으로 인정하는 것으로 하였다. 즉 피고인이 법정에서 검사나 사법경찰관 앞에서 일정한 진술을 한 사실을 인정하지 아니하고, 조사자의 진술 등 다른 방법으로도 이를 증명하기 어려운 때에 한하여 보충적으로 증거로 할 수 있도록 하였다. 다만 진술이 변호인의 참여하에 이루어지는 등 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되는 등 엄격한 요건을 갖추어야 한다(제312조 2항, 4항).

⑤ 전문법칙의 예외사유를 축소하였다. 피고인이 자신에게 불리한 진술을 한 사람에 대한 반대신문권을 행사할 수 있도록 전문법칙의 예외를 엄격히 제한하였는데, 공판준비 또는 공판기일에 진술을 하여야 할 자가 사망, 질병, 외국거주, 소재 불명 기타 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없을 때에는 수사기관의 조서 등을 증거로 할 수 있도록 한 것이다(제314조).

자백배제법칙은 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화, 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술한 것이 아니라고 인정될 때에는 유죄의 증거로 삼을 수 없다는 법칙이다(제309조). 소위 임의성이 의심되는 자백의 증거능력을 부정한다는 것이다. 자백의 취득과정에서 적정절차를 보장하기 위하여 이를 위반하여 위법하게 수집한 자백의 증거능력을 부인한다. 적정절차의 보장과 위법수사의 억제라는 측면에서, 예컨대 진술거부권을 고지하지 않은 경우의 피의자의 자백, 접견교통권을 침해한 자백 등 위법하게 수집한 증거의 증거능력을 부정하는 위법수집증거의 배제법칙을 구체화한 규정으로 이해할 수 있다.

6. 재판

가. 재판의 의의와 종류

재판의 형식은 판결, 결정과 명령으로 구분된다.

법원 또는 법관의 법률행위적 소송행위를 의미하는 재판은 실체재판과 형식재판으로 분류된다. 전자는 사건의 실체에 대하여 구체적 형벌권의 존부를 판단하는 것으로 유·무죄에 대한 중국적 판단을 말한다. 후자는 사건의 실체에 관하

여 판단하지 않고 절차적·형식적 법률관계를 판단하는 재판으로서 공소기각, 관할위반, 면소판결 및 중간재판(중국재판 이외의 결정과 명령)등이 있다. 판결은 원칙적으로 구두변론에 의하여야 하고(제37조 1항) 이유를 명시해야 한다(제39조).

결정은 법원이 하는 중국전 재판의 원칙적 형식이다. 보석허가결정, 증거신청에 관한 결정, 공소장변경의 허가 등이 여기에 속한다. 결정을 하는 데 구두변론을 요하지 않지만(제37조 2항) 원칙적으로 이유를 명시하여야 한다(제39조). 결정에 대한 상소는 항고에 의한다(제402조).

명령은 법관이 재판장, 수명법관 또는 수탁판사로서 행하는 재판의 형식이다. 재판장의 공판기일지정(제267조)이 여기에 속한다.

재판은 主文과 이유로 구성된다. 주문은 예컨대 형을 선고하는 경우에 구체적인 선고형과 같이 재판의 대상이 된 사실에 대한 최종적 결론이다. 이유는 주문에 이르게 된 논리적 과정이다. 판결에 이유를 붙이지 않거나 이유에 모순이 있는 것은 항소 또는 상고이유가 된다(제361조의5, 제383조).

나. 재판의 확정

재판이 성립되면 예컨대 상소권의 포기, 상소기간의 도과 또는 불복신청을 기각하는 재판이 확정된 경우와 같이 통상의 불복방법에 의하여 다룰 수 없게 되어 그 내용을 변경할 수 없게 되면 재판이 확정된다. 재판의 확정에 의하여 그 본래의 효력이 발생하는데 이를 재판의 확정력이라고 한다.

여기에는 형식적 확정력과 내용적 확정력이 있다. 전자는 不可爭的 효력이며 실체재판뿐만 아니라 형식재판에 대해서도 발생한다. 유무죄의 실체재판이 확정되면 이에 따라 형벌권의 存否와 범위가 확정되는데 이를 내용적 확정력 또는 실체적 확정력이라고 한다. 이는 내부적으로는 (형의 선고의 경우에는) 집행력의 효과이고, 외부적으로는 동일 사건에 대하여 재차 심리 및 판결을 불허한다는 일사부재리의 효력, 즉 기판력을 의미한다.

7. 상소제도와 기타 특별절차

가. 상소제도

상소는 미확정판결에 대하여 상급법원에 구제를 구하는 불복신청제도이다. 형사소송의 목적인 실체적 진실을 발견하기 위해서는 오판의 경우에 시정방법이 보장되어 있어야 한다. 이는 원판결의 잘못을 시정하여 불이익을 받는 당사자를 구제하고 법령해석의 통일을 기하기 위한 제도이다.

상소는 제 1심 판결에 불복하는 상소인 항소(제357조 이하)와 항소심판결에 대한 불복방법인 상고(제371조 이하)가 있으며, 판결 이외의 결정에 대한 불복방법으로서 항고 및 재항고(제402조 이하)가 있다. 항소심은 법률문제와 사실문제를 모두 심리하는 사실심이며, 상고심은 법률문제만을 심리하는 법률심이다.

상소는 주로 당사자의 권리구제와 법령해석의 통일을 도모하기 위한 제도이므로 상소하는 자는 원심재판으로 인하여 법적으로 보호되는 이익에 대한 침해가 있어야 한다. 즉 상소이익이 있어야 상소를 제기할 수 있다. 따라서 피고인은 유죄판결에 대하여 무죄를 주장하거나 경한 형의 선고를 구하는 상소를 할 수 있다. 또한 검사는 피고인에게 불리한 상소를 할 수 있으며, 검사를 공익의 대표자로 보면 피고인의 이익을 위해서도 상소할 수 있다.

피고인이 항소 또는 상고한 사건과 피고인을 위하여 항소 또는 상고한 사건에 관하여 상소심은 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다(제368조, 제396조). 이를 불이익변경금지의 원칙(Verbot der reformatio in peius 또는 중형금지의 원칙)이라고 한다. 피고인이 중형변경의 위협 때문에 상소를 포기하는 것을 방지함으로써 피고인의 상소권을 보장하기 위한 원칙이다. 약식명령에 대하여 피고인이 정식재판을 청구한 경우에도 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다(제457조의2). 징역형을 금고형으로 변경하면서 형기를 높이는 경우, 벌금형을 자유형으로 변경하는 경우, 징역형을 줄이면서 집행유예를 박탈한 경우 등은 불이익한 변경으로서 허용되지 않는다.

나. 비상구제절차: 재심과 비상상고

확정판결에 대하여 예외적으로 불복할 수 있는 비상구제절차로서 재심과 비상상고제도가 있다.

재심제도는 유죄의 확정판결에 대하여 중대한 사실오인이나 그 오인의 의심이 있는 경우(예컨대 원판결의 증거가 허위인 경우, 또는 원판결의 사실인정을 변경해야 할 새로운 명백한 증거의 발견과 같은 형사소송법 제420조의 재심사유가 있는 경우)에 원심법원에 그 형의 선고 받은 자의 이익을 위하여 청구하는 절차이다. 원심법원이란 재심청구인이 제1심 판결을 재심청구의 대상으로 삼은 때에는 제1심 법원이, 상소기각판결을 대상으로 하는 경우에는 상소법원을 말한다. 재심청구가 이유 있어 재심개시결정을 할 때에는 결정으로 형의 집행을 정지시킨다.

비상상고제도는 모든 확정판결에 대하여 그 심판의 법령위반을 이유로 검찰총장이 대법원에 비상 상고할 수 있는 절차이다(제411조 이하). 이는 법령의 해석·적용의 통일을 목적으로 하는 제도로서 피고인의 불이익도 구제하는 기능을 담당한다.

다. 약식절차(제488조 이하)

약식절차는 지방법원의 관할사건에 대하여 검사의 청구가 있는 경우에 공판절차를 거치지 않고 검사가 제출한 자료만을 조사하여 약식명령으로 피고인에게 벌금, 과료 또는 몰수의 형을 과하는 간이한 재판절차이다(제448조 1항). 약식절차에 의해서 형을 선고하는 재판을 약식명령이라고 한다.

서면심리를 원칙으로 하는 절차이므로 간이공판절차와 구별되며, 검사의 청구에 의해서 진행된다는 점에서 경찰서장의 청구에 의해서 진행되는 즉결심판절차와 구별된다. 법원은 검사가 제출한 서류와 증거물을 기초로 약식명령의 청구에 대한 서면심사를 원칙으로 한다. 공개주의가 배제되고 엄격한 증명의 법리가 요구되지 않으며, 직접주의와 전문법칙이 적용되지 않는다.

이 제도는 경미한 사건에 대한 공판절차를 생략함으로써 소송경제와 피고인의

이익보호에 기여할 수 있는 제도지만, 헌법이 보장하고 있는 공정한 재판의 원칙과 공개재판을 받을 권리를 침해하는 것이 아닌가하는 위헌성의 문제를 안고 있다. 그러나 약식명령에 불복하는 피고인에게는 포기할 수 없는 정식재판청구권이 보장되어 있기 때문에 위헌이 아니라는 견해가 지배적이다. 약식명령에 대해 불복이 있는 검사와 피고인은 정식재판을 청구할 수 있는데, 검사와 달리 피고인은 정식재판청구권을 포기할 수 없다(제453조 1항). 검사 또는 피고인은 약식명령의 고지를 받은 날로부터 7일 이내에 약식명령을 한 법원에 서면으로 정식재판의 청구를 할 수 있다. 정식재판의 청구가 법령상의 방식에 위반하거나 청구권의 소멸 후인 것이 명백한 때에는 결정으로 기각하고, 정식재판의 청구가 적법한 때에는 공판절차에 의하여 심판하여야 한다(제455조). 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하지 못하는 불이익변경 금지원칙이 적용된다(제457조의2).

라. 즉결심판절차(즉결심판에 관한 절차법)

즉결심판절차란 지방법원, 지원 또는 시군법원의 판사가 피고인에게 20만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처할 경한 범죄에 대하여 공판절차에 의하지 아니하고 즉결하는 심판절차를 말한다(제2조). 범증이 명백하고 죄질이 경미한 범죄사건을 신속·적정한 절차로 심판하기 위한 절차이다. 즉결심판은 관할경찰서장 등 이 관할법원에 즉결심판청구서를 제출하여 청구한다(제3조).

소송 경제적 측면에서 경미한 사건의 신속한 처리를 위한 절차라는 점에서는 약식절차와 유사하지만, 청구권자가 경찰서장이라는 점, 30일 미만의 구류까지 과할 수 있다는 점과 공개된 법정에서의 절차가 진행된다는 점에서 약식절차와 구별된다. 약식절차와 같이 유죄선고를 받은 피고인은 정식재판을 청구할 수 있다(제14조).

즉결심판절차는 청구권자가 법률가가 아닌 경찰서장이라는 점에서 기소독점주의 예외이나 공소권의 남용이 우려된다는 점, 형사사법의 효율성과 소송 경제적 측면이 지나치게 강조된 절차에서 자유형을 과할 수 있다는 점과 즉결심판이 확정판결과 동일한 효력을 갖는다는 점(제16조) 등을 고려한다면 개선이 요구되는 제도이다.

다. 배상명령절차(=附帶訴訟)와 범죄피해자구조

배상명령절차는 법원이 직권 또는 피해자의 신청에 의하여 피고인에게 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 직접적인 물적 피해, 치료비 손해 및 위자료 등 손해의 배상을 명하는 절차이다(소송촉진 등에 관한 특례법 제25조). 이 제도는 범죄행위로 인하여 손해배상청구권이 발생한 경우에 형사절차에서 손해배상까지 판단함으로써 피해자가 민사소송에 의한 번잡과 위험을 부담하지 않고 신속히 피해를 변상 받게 할 수 있고 형사절차에 피해자를 참여시켜 피해자의 이익보호에 기여할 뿐만 아니라 소송 경제적 측면에서도 유리하고 판결의 모순을 피할 수 있다는 장점이 있다.

그러나 형사소송이 피해자구제를 위한 절차가 아니기 때문에 민사소송과는 이념과 절차가 다른 점, 손해의 배상판단은 형사법관에게는 부담이 되고 재판의 지연을 초래할 수 있다는 점 등에 비추어 이 제도의 실용성이 별로 없다는 사실은 실무를 통해서도 입증되고 있다.

국가는 범죄로부터 국민을 보호해야 할 의무가 있으며 범죄로 인한 피해를 구제할 의무도 있다. 헌법 제30조는 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.”고 규정하고 있다. 국가에 의한 범죄피해자구조제도의 헌법적 근거이다. 헌법상의 기본권을 구체화한 법률이 범죄피해자보호법이다. 이 법의 기본이념은 인간의 존엄성 보장, 범죄피해자의 명예와 사생활의 보호, 범죄피해자의 관련 법적 절차 참여권 보장이다. 범죄피해자보호법에 범죄피해구조의 요건, 범죄피해구조금의 종류, 범죄피해구조금의 지급 등에 관해서 규정되어 있다.

8. 재판의 집행과 형사보상

가. 재판의 집행

재판의 집행이란 재판의 의사표시내용을 국가권력에 의하여 강제적으로 실현하

는 것을 말한다. 여기에는 가장 중요한 유죄판결의 집행인 형의 집행 이외에도 추징 및 소송비용과 같은 부수처분, 과태료 및 보증금의 몰수 등 형 이외의 재판의 집행과 강제처분을 위한 영장의 집행이 포함된다. 재판은 형사소송법에 특별한 규정이 없으면 확정된 후에 집행하며(제459조), 재판의 집행은 그 재판을 한 법원에 대응한 검찰청검사가 지휘한다(제460조 1항). 구금되지 않은 피고인이 사형, 징역, 금고 또는 구류의 선고를 받은 경우에는 형의 집행을 위하여 검사는 이를 소환하여야 하며, 이에 응하지 않을 경우에는 검사는 형집행장을 발부하여 구인하여야 한다(제473조).

형의 집행에는 사형의 집행, 자유형의 집행, 자격형의 집행, 재산형의 집행이 있다. 2이상의 형의 집행은 자격상실, 자격정지, 벌금, 과료와 몰수 외에는 그 중한 형을 먼저 집행한다(제462조). 즉 형의 집행은 사형, 징역, 금고, 구류의 순서로 진행된다.

형의 집행 중 사형의 집행은 신중한 집행과 재심, 비상상고 또는 사면의 기회를 주기 위하여 법무부장관의 집행명령이 있어야 한다(제463조). 사형집행의 명령은 판결이 확정된 날로부터 6월 이내에 하여야 한다(제465조). 사형은 교도소 또는 구치소 내에서 絞首하여 집행한다(형법 제66조).

나. 형사보상

형사보상제도는 형사절차에서 무고하게 미결구금이나 형의 집행을 받은 자에 대하여 국가가 그 피해를 보상하여 주는 제도를 말한다. 이는 국가의 형사소추권과 형사재판권이 진실주의의 소극적 측면, 즉 범죄인을 놓쳐 형사처분을 면하게 하는 결과가 되더라도 무고한 사람을 처벌해서는 안 된다는 점이 강조되는 가운데 행사되어야 함을 표현하고 있다. 헌법 제28조는 “형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 상당한 보상을 청구할 수 있다.”고 규정함으로써 형사보상청구권이 헌법상의 기본권임을 밝히고 있다.

이를 구체화한 법이 형사보상법이다. 이 법은 형사보상을 받은 자가 형사보상법 뿐만 아니라 다른 법률의 규정에 의하여 손해배상을 청구하는 것을 금지하지 않는

다(형사보상법 제5조). 형사소송법에 의한 일반절차 또는 재심이나 비상상고절차에서 무죄재판을 받은 자가 미결구금을 당하였을 때에는 형사보상법에 의하여 국가에 대하여 그 구금에 관한 보상을 청구할 수 있고, 상소권회복에 의한 상소·재심 또는 비상상고의 절차에서 무죄재판을 받은 자가 원판결에 의하여 구금 또는 형의 집행을 받았을 때에는 구금 또는 형의 집행에 대한 보상을 청구할 수 있다(제1조). 구금에 대한 보상에 있어서는 그 일수에 따라 1일 5천 원 이상 대통령령이 정하는 금액 이하의 비율에 의한 보상금을 지급한다(제4조). 피의자로서 구금되었던 자중 검사로부터 공소를 제기하지 아니하는 처분을 받은 자는 국가에 대하여 그 구금에 관한 보상을 청구할 수 있다(제26조).

9. 한·중 형사사법공조

가. 형사사법공조의 중요성과 필요성

1) 서론

수사와 재판은 사법행위로서 한 국가의 고유한 영토주권에 속하는 것이므로 특히 형사사건에 관해서는 철저한 영토주권의 원칙이 지켜져 외국의 간섭이 허용되지 않으며 외국과의 협조는 그다지 중요한 것으로 인식되지 않았었다.³⁵⁾ 그러나 오늘날 국경을 초월한 범죄, 자국민의 국외 범죄와 외국인의 국내 범죄의 빈발, 국외도피사범이 증가하고 있는 현실에서 종래의 주권국가개념에 집착한 형사사법권의 국내중심주의는 더 이상 범죄의 국제화에 대한 적절하고도 효율적인 대처방안이 될 수 없게 되었다.

국가 간의 인적왕래 및 물적 교류가 활발해지고 국제사회의 상호의존성이 증대함에 따라 발생하는 범죄의 국제화, 해외도피사범, 해외체류 국민의 국외범죄 등으로 수사와 재판에 있어 이해관계국의 협력이 무엇보다 중요하게 되었고, 국제형사사법공조의 필요성과 중요성이 대두되었다.

35) 사법연수원, 국제형사법(2011), 38면

2) 외국인 체류자와 외국인 범죄의 증가

2006년 외국인 입국자 수가 532만 명을 기록한 이래 해마다 증가추세를 보여 왔으며, 국가 간 개방화로 인적교류가 활발해 지면서 2012년 외국인 입국자는 2011년에 비해 13.9% 증가한 1,112만9305명으로 나타났다. 특히 중국과 일본의 관광객이 각각 69만 명과 23만 명이 늘어났다. 외국인 관광객이 증가한 것은 비자발급 절차 간소화 등 지속적인 제도개선과 한류 열풍 등에 기인한 것으로 분석된다.

2000년대 들어 국제화 및 개방화의 물결로 전문직 종사자, 유학생, 결혼이민자, 외국적 동포 등 체류외국인 수가 급격히 증가하여 2007년에 104만 6,181명으로 100만 명을 넘어섰으며 2010년에는 126만 1천여 명,³⁶⁾ 2012년에는 144만5103명으로 우리나라 인구의 2.8%에 이르러³⁷⁾ 다인종 다문화사회가 되고 있다 이 가운데 91일 이상 장기체류하는 등록외국인은 112만599명이다. 국적별로는 중국 70만 명, 미국 13만 명, 베트남12만 명 순이다. 체류 목적별로는 방문 취업자 등 외국인 근로자 53만 명, 결혼이민자 15만 명, 유학생 8만 명 순이었다.

외국인 범죄자의 수는 2006년 11,421명, 2007년 11,816명, 2008년 19,859명, 2009년 23,418명, 2010년 19,069명, 2011년 33,722명에 이르고 있다³⁸⁾. 2010년에 다소 감소하였다가 2011년에 급격히 증가하였다. 외국인의 범죄는 외국인 인구에 비해 발생률이 높지 않다고 볼 수 있지만 2011년 살인(105명), 강도(196명), 강간(380명) 같은 강력범죄자가 696명이고 폭행(2,506명)과 상해(1,522명)와 같은 강력범죄자는 8,032명에 달해 외국인 범죄가 심각한 사회문제가 되고 있음을 알 수 있다. 재산범죄(절도, 사기 등)는 5,254명이다. 2011년 외국인 범죄자 33,722명 중 중국인은 14,957명으로 40%가 넘고, 재산범죄 1,987명, 살인강도 등 강력범죄 214명, 폭행상해 등 강력범죄 4,195명이다.

국내체류 외국인이 120만 명을 넘어섰고, 외국인이 저지르는 범죄 역시 하루 평균 70건이 넘는 정도로 가파르게 늘고 있다. 경찰 단속현황에 따르면 2005년 9,042건이었던 외국인범죄 건수는 2009년 23,344건, 2010년 22,543건, 2011년 26,915건으로 6년 사이 3배가 되었다. 이 기간 외국인이 연루된 살인사건은 42건

36) 법무연수원, 범죄백서(2011년), 138면

37) 인터넷 법률신문 2013.1.6.자

38) 대검찰청, 범죄분석(2006년-2011년)

에서 103건으로 145% 늘었고 강간사건은 5배(2005년 62건, 2011년 308건), 폭력 사건은 1,919건에서 7,830건으로 급증했다.³⁹⁾

3) 내국인 범죄자의 해외도피 급증

한국인이 한국에서 범죄를 저지르고 해외로 도피하는 사례가 급증하고 있다. 경찰청 외사국에 따르면 2012년 11월 말 현재 인터폴과 공조수사를 진행 중인 해외 도피사범은 모두 1,114명이다. 범죄 유형별로는 경제사범이 685명(61.5%)으로 가장 많고 다음으로 강력범 85명(7.6%), 마약사범 64명(5.8%) 등이 차지하고 있다. 이들 도피사범의 도피 국가별로는 미국이 312명(28%)으로 가장 많고 중국이 240명(21.5%), 필리핀이 132명(11.9%), 캐나다·홍콩이 각각 51명(4.6%)이다. 도피사범의 절반이 미국과 중국행을 택한 것이다.

법무부 국제형사과가 파악하고 있는 국외도피사범은 2006년 540명, 2007년 543명, 2008년 454명, 2009년 470명, 2010년 514명이다. 주요 도피국은 미국, 일본, 중국, 홍콩, 캐나다, 필리핀, 호주 등이다.⁴⁰⁾ 2010년 514명 중 중국으로 도피한 범죄자는 99명으로 미국(82명)보다 많다. 2010년 도피사범을 죄명별로 보면 사기(189명), 마약류 관리법(31명), 배임(19명), 절도(11명), 근로기준법(9명), 횡령(8명), 조세범처벌법(8명) 순이다. 매년 사기범이 압도적으로 많고 주로 재산범죄가 다수를 차지하고 있으며 마약사범이 2008년부터 증가하고 있다.

4) 국민의 국외범죄 증가

2010년 국민 출국자 수는 12,807,359명으로 2009년 대비 30.6%(3,002,634명) 대폭 증가 하였다. 2010년 5월 1일 기준 영주권을 취득하거나 유학 등의 목적으로 해외에 체류하는 국민은 약 279만 명에 이른다. 해외에 영주목적, 유학목적 체류하는 국민들의 수는 감소추세를 보이고 있으나 관광·방문·상용 또는 유학 등의 목적으로 해외에 체류하는 국민은 꾸준히 증가하고 있다. 해외에 체류하는 국민들을 거주 또는 체류 국별로 살펴보면 미국과 일본 등에 체류하는 국민들은 증가세

39) 경찰청 홈페이지(<http://www.police.go.kr>) 통계자료실(외사) 참고

40) 법무연수원, 범죄백서(2011년), 151면

를 보였고, 반면에 중국 및 기타 국가에 체류하는 국민들은 감소세를 보이고 있다.

국민의 국외 범죄현황을 보면 2007년(2,266명)부터 2009년(1,966명)까지는 증감을 반복하다가 2010년에는 2,413명으로 전년 대비 447명이 늘어나 22.7% 증가하였다. 범죄유형별로 살펴보면 일본의 불법체류외국인 단속 강화로 인하여 출입국 관련 사범이 2007년(441명, 2006년 97명) 다시 증가세로 전환되었으며, 2010년에는 291명으로 가장 높은 비율을 보이고 있고, 사기죄는 130명(2006년)에서 156명(2010년)으로 증감을 거듭하고 있다. 반면에 절도·강도죄는 감소세(2006년 194명, 2007년 164명)를 보이고 있다가 2010년(145명)에는 2009년(134명)에 비해 다소 증가하였다. 2010년도 국민의 국외 범죄유형별 구성비를 보면 출입국관련이 12.1%이며, 폭행·상해죄가 8.4%, 사기죄가 6.5%, 절도·강도죄가 6.0%를 차지하고 있다.

2010년도 국민의 국외 범죄 행위지를 국가별로 살펴보면, 일본이 914명으로 전체의 47.8%를 차지하고, 다음으로 중국이 365명으로 15.1%, 미국이 135명으로 5.5%를 차지하고 있다. 증가세를 보이던 국민의 중국내 범죄인원이 2007년(389명)에 이어 2008년(339명)에 전년 대비 12.9% 감소하였고, 2009년(467명)에 전년대비 37.7% 증가하였다가 2010년에는 전년 대비 21.8% 감소하였다. 일본 내 범죄인원은 2010년에는 914명으로 2009년(810명) 대비 12.8% 증가하였다.

나. 한·중 형사사법공조의 현황

1) 형사사법공조의 중요성

양국 간 경제거래 및 문화관광 등 교류강화로 인적왕래 및 물적 교류, 자본이동이 활발함에 따라 그 부정적 측면으로 경제사범, 마약사범 등 범죄가 증가하고 있다. 지리적 인접성 때문에 양국이 범인도피처로 이용되고 양국의 교정시설에 수감되어 있는 수형자도 늘어나는 추세다.

중국에 거주하는 한국인이 200만 명 규모로 늘면서 사기, 마약 혐의 등으로 형사 입건되는 경우가 많다고 한다. 법무부 통계자료에 의하면 중국에 체류하는 한국인은 369,026명(2010년 12월 1일 기준)이다.⁴¹⁾

2012년 외국인 입국자는 총 196개 국가 11,129,305명으로 전년 9,765,902명에 비해 14.0% 증가하였다. 승무원을 제외한 외국인 입국자는 10,121,950명으로 국적별로는 일본 349만 명(34.6%), 중국 273만 명(27.0%), 미국 73만 명(7.3%), 타이완 57만 명(5.6%) 순으로 나타났으며, 외국인 입국자 중 일본과 중국인 관광객이 전체 61.6%를 차지하고 있다⁴²⁾

외국인 입국자 증가에 따라 국내 체류외국인 수도 지속적으로 증가하여, 2012년 체류 외국인인 1,445,103명으로 이는 우리나라 전체 인구의 2.5%에 이르는 등 국내 정주하는 외국인 수도 크게 늘면서 우리사회도 다인종 다문화사회로 변화되고 있다.

외국인 범죄를 연도별로 살펴보면 2011년에는 33,722명으로 전년 대비 76.8% 증가하여 최근 5년 중 가장 높은 증가율을 보였고, 2012년에는 28,120명으로 전년 대비 16.6% 감소하였다⁴³⁾. 2011년 외국인 범죄자 33,722명 중 중국인은 14,957명으로 40%가 넘고, 재산범죄 1,987명, 살인강도 등 강력범죄 214명, 폭행상해 등 강력범죄 4,195명이다. 한국에서 범죄를 저지르고 외국으로 도피한 한국인 범죄자도 증가하는 추세다. 2010년 514명인데 그 중 중국으로 도피한 범죄자는 99명으로 미국(82명)보다 많다.

2010년도 국민의 국외 범죄자(2,413명)의 행위지를 국가별로 살펴보면, 일본이 914명으로 전체의 47.8%를 차지하고, 다음으로 중국이 365명으로 15.1%, 미국이 135명으로 5.5%를 차지하고 있다. 증가세를 보이던 국민의 중국내 범죄인원이 2007년(389명)에 이어 2008년(339명)에 전년 대비 12.9% 감소하였고, 2009년(467명)에 전년대비 37.7% 증가하였다가 2010년에는 전년 대비 21.8% 감소하였다.

국외도피사범 송환현황을 보면 1990년부터 2010년까지 698명, 2011년 74명, 2012년 99명, 2013년 120명으로 매년 증가하고 있다. 이 중 중국에서는 1990년부터 2010년까지 114명, 2011년 15명, 2012년 15명, 2013년 21명의 도피사범을 송환받았다.⁴⁴⁾

형사사법공조의 실태를 보면 한국이 중국에 요청한 건수는 2005년부터 2010년

41) 법무연수원, 범죄백서(2011년), 159면

42) 법무연수원, 범죄백서(2013), 139면 이하

43) 법무연수원, 범죄백서(2013), 148면

44) 경찰청 홈페이지(<http://www.police.go.kr>) 통계자료실(외사) 참고

까지 57건인데, 중국은 8건 요청하여 매우 소극적인 태도를 보이고 있다. 수형자 이송에서도 마찬가지다. 외국에서 수감생활을 하고 있는 한국인 범죄자는 2012년 초 51개국에 총 1,606명인데, 국가별로는 일본이 547명으로 가장 많고, 이어 중국 531명, 미국 253명, 필리핀 36명, 태국 35명, 인도네시아 22명 등이다⁴⁵⁾. 국내에 수감 중인 외국인 범죄자는 2012년 6월 말 현재 총 48개국에 총 1,220명이 있으며 중국이 가장 많다. 국제 수형자 이송 실적은 지난 2007년 이후 2012년 6월 말까지 국내로 39명을 이송해왔고, 8명(미국 3명, 일본, 영국, 독일, 네덜란드, 몽골에 각 1명)을 해외로 이송했다.

이와 같이 형사사법공조, 범죄인인도, 수형자이송 등 필요성이 대두되어 효율적 대응과 사법공조 차원에서 양국 간 조약을 체결하였으나 형사사법공조의 실적은 다소 저조한 것으로 보인다.

2) 조약 등 체결 현황

중국과는 형사사법공조, 범죄인인도, 수형자이송, MOU 등 모든 형사사법공조에 관한 조약을 체결하였다. 형사사법공조조약(2000년), 범죄인인도조약(2002년), 수형자이송조약(2009년)이 차례로 체결, 발효되었다.

한중형사사법공조조약에 의하면 형사사법공조의 적용범위와 관련하여 형사사법공조조약 제1조 제1항에서 “당사국은 이 조약의 규정에 의하여 형사사건에 관한 수사·기소 또는 재판절차에 있어서 가장 광범위한 공조조치를 서로 제공하여야 한다.”고 규정하고 있다. 형사사법공조조약 제1조 제3항은 구체적인 공조의 범위와 관련하여, ① 서류의 송달, ② 사람들의 진술을 포함하는 증거의 취득, ③ 정보·서류·기록 및 증거물의 제공, ④ 사람 또는 물건의 소재 또는 동일성의 확인, ⑤ 전문가 평가의 취득과 제공, ⑥ 수색 및 압수요청의 집행, ⑦ 피구금자 및 다른 사람들로 하여금 증거를 제출하게 하거나 수사에 협조하도록 하는 것, ⑧ 범죄취득물과 관련된 공조조치, ⑨ 피요청국의 법에 의하여 금지되어 있지 아니한 기타 형태의 공조 등 9가지를 규정하고 있다.

45) 중국에서의 외국인범죄의 수사와 재판절차에 관해서는 이학철, 중국의 형사소송절차 개관, 법조 2003.6(제561호) 198면 이하, 2003.7(제562호) 214면 이하 참조

형사사법공조조약은 조약에 열거된 공조사항뿐만 아니라 피요청국의 법에 의하여 금지되어 있지 아니한 기타 형태의 공조사항도 공조의 범위에 포함하고 있어 이른바 포괄적 공조사항이 규정되어 있다는 점에서 우리나라의 국제형사사법공조법에 비하여 진일보한 것이며 조약의 포괄적 공조조항에 따라 한국과 중국은 상호 광범위한 사법공조를 실시할 수 있는 기반을 마련하였다고 볼 수 있다.⁴⁶⁾

한국과 중국은 주권·평등 및 호혜에 대한 상호존중에 기초하여 범죄인인도조약을 체결하여 범죄의 예방과 억제에 있어서 양국 간의 협력을 보다 효율적으로 할 수 있게 되었다. 범죄인인도조약의 주요내용은 양국의 인도의무(제1조), 인도대상 범죄(제2조), 인도거절사유(제3조), 긴급인도구속(제9조) 등이다.

수형자이송에 관해서는 양국의 교정시설에 복역 중인 한국인과 중국인 수형자의 수가 증가하고 있으나 한국이 2005년 가입한 유럽평의회 수형자이송협약에 중국이 가입하지 아니하여 중국에 수감되어 있는 우리나라 수형자를 이송하기 위해서는 중국과 별도의 양자 간 협약 체결이 필요하였다. 그리하여 한국과 중국은 2008.5.27. 수형자이송조약을 체결하고 2009.8.5. 동조약이 발효되었다. 수형자이송조약의 주요내용은 수형자이송경로(제3조), 수형자이송 조건(제4조), 수형자의 동의 및 확인(제9조), 형의 집행(제11조), 법원 판결의 변경 및 취소(제12조), 국내이송 후 외국에 대한 통지(제14조) 등이다.

3) 검찰과 경찰의 노력

검찰은 최근 급증하고 전문화 되어가는 국제범죄에 효과적으로 대처하기 위해서 전 세계 검찰을 포함한 법집행기관이 하나가 되어 공동대처할 필요성을 인식하고 국제협력 네트워크 구축·강화 및 검찰 내 국제협력 업무의 원활화를 위하여 많은 노력을 기울여 왔다. 재외공관에 검사를 법무협력관으로 파견하고 대검찰청에 국제협력단을 신설하여 범죄의 국제화에 대비하고 있다. 검찰은 미국·일본·중국 등 세계 각국과 형사사법공조조약 및 범죄인인도 조약을 체결하였고, 국제연합(UN) 뉴욕본부 및 제네바본부, 미국, 영국, 독일, 일본, 중국 등에 검사를 파견하

46) 김경근, 중국의 형사사법공조, 범죄인인도, 수형자이송에 관한 사례 연구, 2011 국외훈련검사 연구 논문집(제26집), 480면

여 국제적인 법률문제와 재외국민 인권보호에 적극 대응해 나가고 있다.

검찰업무협력협정 등 체결현황(2012. 3. 31.자)에 의하면 중국 최고인민검찰원과 1999년 9월 6일에 상호협력에 관한 협정을 체결하였고, 중국公安部(2011년 1월 14일)와 중국 최고인민검찰원(2011년 6월 29일)과 양해각서를 체결하였다.

2011년 1월 14일 김준규 검찰총장은 중국을 방문해 최고인민검찰원 曹建明 검찰장과 맹건주公安부장을 만나 '형사법 집행협력에 관한 양해각서(MOU)'를 체결하고 한중간의 직접적이고 신속한 수사공조강화를 위한 네트워크를 구축하기로 하였다. 이번 협약체결로 한국 검찰과 중국公安部는 ① 마약, 향정신성 물질 및 마약원료 밀매, ② 국제테러, ③ 밀입국자들의 모집 및 수송, ④ 총기, 탄약, 폭발물, 핵물질 및 기타 방사성 물질의 밀매, ⑤ 사기, ⑥ 사이버범죄, ⑦ 지식재산권 침해, ⑧ 자금세탁 및 금융범죄, ⑨ 도박 및 도박으로부터 야기된 기타 범죄, ⑩ 기타 초국가적 범죄 등의 방지와 억제를 위해 상호 협력하게 된다. 또 이들 범죄에 대한 억지력을 높이기 위해 범죄인인도와 사법공조를 강화하고, 범죄인의 신원, 사건내용 및 증거 등의 제공, 범죄수익의 추적, 몰수 및 환수 등의 분야에서 긴밀히 공조하기로 합의했다.

孟建柱 중국公安부장 겸 국무위원이 한국 정부의 초청으로 2012년 7월 12일 방한하여 양국 간 인적교류 증가에 따른 영사·출입국관리, 형사사법공조는 물론 탈북자 문제에 대해서도 의견을 교환한 것으로 알려졌다.

경찰청은 2014년 32개국 총 54개 공관에 62명의 해외주재관을 파견했는데, 중국은 9개 공관에 가장 많은 인원인 12명을 파견하였다⁴⁷⁾. 해외주재관은 우리나라 국민이 범죄피해를 입었을 때 신속한 사건 해결을 위해 현지경찰에게 협조를 요청하고 때로는 범인검거에 기여하는 등 재외국민을 보호하는 임무를 수행하지만 우리나라에서 범죄를 저지르고 해외로 도피한 피의자를 국내로 송환하거나, 인터폴과 함께 국제범죄 공조업무를 수행한다. 경찰청은 1996년 중국公安部와 MOU를 체결했고, 서울지방경찰청은 북경시公安국과 1997년 MOU를 체결한 이후 2개 시公安국, 9개 성公安청과 MOU를 체결하였다.

이와 같이 양국의 검찰과 경찰은 수사단계에서 상호 협력하여 범죄정보를 공유

47) 경찰청 홈페이지(<http://www.police.go.kr>) 통계자료실(외사) 참고

하고 증거를 추적하며(수사공조), 외국에 도주한 범죄인을 인도받아 처벌하고(범죄인인도), 공판단계에서 증인소환 등을 협조하며(형사사법공조), 그리고 형집행단계에서 본국에서 수감생활을 마칠 수 있는(수형자이송), 이른바 형사사법절차 전반에 걸쳐 협력을 하는 관계로 발전하고 있다.

다. 형사사법공조의 문제점과 개선방안

한국과 중국 간 형사사법공조의 필요성과 중요성을 인식하고 양국은 형사사법공조, 범죄인인도, 수형자이송, MOU 등 모든 형사사법공조에 관한 조약을 체결하였다. 그러나 양국 간 법제도의 차이, 사법공조에 대한 인식부족, 소극적인 태도로 인해 형사사법공조가 원활하지 않은 상황이다.⁴⁸⁾

아시아 지역에 각 나라의 사법시스템을 뛰어넘는 기구나 협약을 창설하는 것이 필요하다. 예를 들자면 ‘아시아-태평양지역 형사사법공조에 관한 협약(Asia-Pacific Convention)’이다.⁴⁹⁾ 범죄인인도 등 개별조약을 공통 협약으로 체결해 직접적이고 신속한 공조를 도모하자는 내용의 협약이 체결되면 지금보다 훨씬 효과적인 형사사법공조가 가능해질 것으로 예상된다. 이 협약에 각국 검찰 등 수사당국 간의 효율적이고 신속한 공조를 위해 협약 당사국들의 공조를 의무화하고 검찰 또는 그에 상응하는 기관을 공조기구로 지정해 외교채널을 거치지 않더라도 직접 접촉할 수 있도록 하고, 공조요청은 가능한 요청국이 원하는 절차대로 진행하고 신속한 집행을 의무화 하는 한편 요청국의 진행상황 문의에 대해서는 적극적으로 답변하도록 강제하는 내용을 담아야 한다.

유럽연합이 국경을 초월한 범죄에 대처하고자 각국 검찰을 중심으로 하는 유로저스트(eurojust)를 설립하여 유럽체포영장 집행 등 다양한 형사공조 실행을 주도하고 있는 것처럼 아시아태평양지역 내 국가들 (ASEAN 10개국과 한국, 중국, 일본, 호주, 뉴질랜드) 사이에 AsiaJust(아시아저스트)를 설립하여 상호형사사법공조의 효율성을 높여야 할 것이다.

48) 한석리, 중국 관련 범죄의 현황과 효율적인 한중 형사사법공조 방안, 경희법학 제42권 제1호(2007), 52면

49) 법률신문, 2010.7.5.

형사사법 공조는 사회적으로 큰 이슈가 된 사건에만 제한적으로 활용되고 있는 현실이다. 외국과 수사시스템이 달라 번거로운 점이 많고, 절차를 밟는 데만 6개월 내지 1년이 걸려 실효성에 문제가 있기 때문이다. 인터폴(International Criminal Police Organization · ICPO)과의 업무 공조는 강제력이 없다는 점과 인터폴이 직접적으로 범죄인을 수사하거나 체포하는 것이 아니라는 취약점을 갖고 있다. 인터폴은 범죄 정보를 교환하는 창구 구실을 하면서 범인 체포 및 인도에 협력하는 정부 간 국제기구(Intergovernmental Organization)일 뿐이기 때문이다. 따라서 형사사법 공조조약을 맺거나 개정할 때 인터폴을 통한 공조수사에 법적 구속력을 부여하는 조항을 넣는 것도 검토해 보아야 한다.

검찰의 법무협력관 파견이나 연수검사파견, 경찰의 해외주재관 파견 등을 확대하여 외국 수사기관과의 인적 교류를 강화하는 것도 형사사법공조의 효율성을 높이는 방안이다.

제3절 형사소송법에 관한 한 · 중 비교

1. 서론

오늘날 국제화, 세계화 시대에는 자국법과 외국법 사이의 비교법학방법론의 중요성이 강조되고 있다⁵⁰⁾. 법체계와 법규범이 서로 다른 나라의 국민들이 경제적 및 문화적 관계를 맺고 상호 교류를 하게 되면 자연히 서로의 법률을 알아야 하고 그 법률은 비교의 대상이 되기 때문이다. 그래서 법과 법학은 더 이상 한 나라의 국경 내에만 머무를 수 없게 되었다. 비교법학은 외국 법 규정과 제도를 나열하는 진열장 역할만을 하는 것이 아니다. 자국법이 비교대상인 국가의 법과 어느 면에서 같은지, 어떤 점이 다른지, 알려지지 않은 해결방안에 관한 실마리가 있는지를 찾아내는 작업이다. 실정법규의 대비와 같은 형식적인 법비교가 아니라 현재의 법적 문제를 해결하는 방안을 찾아서 살아있는 법을 비교하기 위해서는 刑法典 이외

50) 이에 관해서는 하태훈, 한 · 중 학술교류의 회고와 전망 - 학술교류의 방법으로서 비교형법 방법론 -, 비교형사법연구 제14권 제2호(2012.12) 참조

의 다른 法源이나 법규범(관습법, 판례, 실무례, 거래관행, 법의식 등)과 법현실 및 학설 등을 종합적으로 비교해야 한다. 비교법은 법제도나 법 규정의 의미에 관하여 의문이 있을 때 그 제도나 법 규정이 제정될 때 참고했던 나라의 법제도나 규정이 어떻게 해석되고 적용되는가를 알아보는 방법으로 활용되지만, 무엇보다도 보다 나은 법과 제도를 만들기 위해서는 외국법을 직접적으로 또는 수정하여 수용하는 방법으로 외국법을 차용하거나 모방하기 위한 기능이 비교법의 주기능이라고 볼 수 있기 때문이다.

다가올 통일시대에 중국과의 접경지역의 국경이 열리면 한국과 중국 간의 교류가 더욱 활발해질 것이다. 이에 대비하기 위하여 한국과 중국 간 비교형사법의 체계적 접근이 필요하다. 형사소송법 조문비교, 조문해석에 관한 이론과 판례비교 등이 우선되어야 한다. 이러한 관점과 전망에서 동북아 형사사법 연구의 필요성이 높아지고 있다. 한국과 중국 등 동북아 지역 국가들의 급속한 발전에 맞추어 그동안 한·중 간의 형사사법에 대한 비교법적 연구가 적지 않았지만 공동이해와 공동연구의 시도는 많지 않았다. 이제 한국과 중국은 그동안의 지속적인 연구성과를 바탕으로 아시아 지역의 형사법학과 형사정책의 발전을 도모할 필요성을 인식하고, 공동연구를 통하여 아시아의 특성에 맞는 형사정책을 개발해 나가야 한다. 한·중 양국 간의 교류와 공동연구에 있어서는 우선적으로 형법 및 형사소송법과 형사사법체계에 대한 상호간의 이해가 필요하며 이를 바탕으로 세부적인 공동연구를 수행해 나갈 필요가 있다. 특히 최근 마약, 조직범죄, 보이스피싱 등 동북아지역에서 발생하고 있는 초국가적 범죄에 대한 공동연구 및 형사사법공조에 대한 연구가 매우 필요하다. 장기적으로는 북한의 형사사법에 대한 공동연구도 시도되고 진행되어야 한다.

이 연구에서는 한·중 형사소송법에 관한 공동연구의 첫 걸음을 내딛는다는 의미에서 형사절차의 연혁·이념·목적·특징, 형사소송법 개정의 최근 동향, 강제 수사절차, 증거법, 형사절차에의 국민 참여와 같은 특별절차, 한·중 형사사법공조 등을 중심으로 한·중 양국의 형사절차 전반을 개관하고 기본적인 내용에 관한 비교법적 분석과 검토를 하기로 한다.

2. 제정과 개정의 특징 비교

가. 형사소송법 제정

중국은 중화인민공화국 정부가 출범한 후에 ‘형사소송법’을 제정하지 못하고 있다가 1976년 문화혁명이 끝난 이후 법제재건의 과정을 시작하여 형사소송제도에 관해서도 새로운 법제 건립과 구성을 위한 노력을 기울였다. 1979년 비로소 형사소송법을 제정하였는데(1980년 1월 1일 시행), 구소련의 형사소송법을 본받아 실체진실발견을 강조하여 직권주의 소송모델을 확립⁵¹⁾하였다. 당시에는 경제적으로 개혁개방이 진행되지 않았고 정치적으로는 여전히 사회주의체제를 견지하고 있었기 때문에 형법이나 형사소송법 등 형사 관계법은 체제 방어적 기능을 수행하는 법역으로서 사회주의체제의 특성을 그대로 간직하고 있었다⁵²⁾. 서구의 형법과 형사소송법에 대한 비교법적 연구가 미흡하였고 입법경험이 일천하여 선진적인 형사소송법을 제정하기에 역부족이었다. 이 제정 형사소송법에는 규문주의적 소송의 잔재도 찾아볼 수 있는데, 인민법원이 증거를 수집하고 조사할 책임을 지면서 피고인에게 불리한 증거까지 적극적으로 수집하여 유죄판결을 내려야 하는 임무를 담당하여 실제 소추기능까지 수행하는 것으로 볼 수 있다는 점이다.⁵³⁾

나. 형사소송법 개정(1996년)

그 후 형사소송제도와 형사소송구조에 대한 보완과 개혁을 목적으로 개정작업을 진행하여 1996년 형사소송법을 전면적으로 개정하였다. 개정 형사소송법은 형사소송법의 목적으로 범죄의 징벌, 인민의 보호, 국가안전과 사회공공안전의 보장 및 사회주의 사회질서의 보호로 변경하였다. 형사소송법의 임무 중 하나로 공민의 인신의 권리, 재산상의 권리, 민주적 권리 및 그 밖의 권리의 보호를 규정하였고(제2조), 사법기관인 인민법원과 인민검찰원의 독립을 규정하여(제5조) 개인의 인

51) 왕건선, 중국 형사소송 개정, 법학연구 제16권 4호(연세대학교 법학연구원, 2006), 201면 이하

52) 법무부, 중국 형사소송법 해설, 법무자료 제256집(2004), 36면

53) 許身健(신우철 역), 중국 형사소송 현대화의 역사적 고찰, 법학연구 제35호, 309면 이하

권보호를 중시하는 방향으로 개정하였다. 나아가 무죄추정의 원칙을 채택하여 인민법원의 법에 따른 판결이 없으면 어느 누구에 대하여도 유죄로 인정할 수 없다고 규정하였다(제12조). 개정을 통해서 직권주의 색채를 완화하고, 피고인의 소송주체성과 변호인의 소송권리를 신설하여 피고인의 방어권을 강화하였으며, 강제조치에 관한 제도의 정비, 기소면제제도 폐지와 불기소의 범위 확대, 수사단계에서 범죄피의자의 변호인의 법률적 도움을 요청할 권리 등 형사변호제도 정비,公安(경찰), 검찰, 법원 등 3기관의 책임분담 및 상호제약의 원칙 구현, 변론원칙과 영미법계의 항변제도와 유사한 증거조사방식 도입 등을 특징으로 하고 있다.

1996년의 형사소송법은 절차의 공정성 확보, 인권보장의 이념 반영, 강제조치의 개선, 공소와 변호의 역할 강화라는 점에서 한국의 1995년 형사소송법 개정의 방향과 맥을 같이 한다.

3. 현행 중국 형사소송법과 한국 형사소송법과의 비교

가. 개정방향과 특징적 내용

중국은 경제발전과 민주화의 과정 속에서 사법개혁의 목소리가 높아져 긴 개정준비 작업을 거쳐 2012년 16년 만에 대폭적으로 형사소송법을 개정하였다. 형사소송법 개정방향은 신속하고 정확하게 진실을 밝혀 범죄의 징벌을 확보함과 동시에 국민의 합법적 권리 보호에 있다. 이에 따라 형사소송법은 중국 헌법이 확립한 인권 존중과 보장을 총칙(제2조)에 명시하고 자신의 죄를 인정하도록 강요하지 못한다는 규정이 추가되었다. 나아가 위법증거 배제제도를 완비하고 위법증거배제의 구체적인 기준을 명확히 규정하였다. 증거제도, 강제조치, 변호제도, 수사조치, 공판절차, 집행절차 등을 대폭적으로 개정하였고 특별소송절차를 신설하였다. 개정의 주요내용은 다음과 같다⁵⁴⁾.

1) 인권 존중과 보장: 2004년 중국의 헌법개정안에서 새로 규정한 기본원칙을 형사소송법에 명시, 2) 증거제도 개혁과 보완: 불법수단으로 취득한 증거에 대한

54) 2012년 개정 형사소송법에 관한 내용과 평가에 관해서는 박종근/이금일, 2012년 개정형사소송법 개정안에 관한 소고, 형사정책 제24권 2호(2012.8), 291면 이하 참조

배제, 폭행 및 협박 등에 의한 자백강요 금지와 증인에 대한 법적 보호 강화, 3) 강제조치에 대한 개정: 구속조건의 구체화 및 구속전피의자심문제도 등 심사비준 절차 개선, 주거감시조치 및 그 적용범위 명확화, 4) 변호제도 개정: 수사 단계부터 변호인 선임할 권리 규정, 변호인 접견권 및 수사기록 열람권 등 보완, 법률원조를 제공하는 단계를 수사, 공소, 공판단계로 확대, 5) 수사조치 개정: 혐의자 심문절차 및 필요한 수사절차에 대한 개선, 녹음·녹화제도, 변호인의 의견 청취, 수사조치의 규범화 및 수사에 대한 감독 강화, 6) 재판절차 개정: 간이절차 적용범위 조정, 제1심 재판절차 개선, 사형재심절차 규정, 7) 집행절차 개정, 8) 특별소송절차 추가: 미성년자의 형사사건 소송절차 추가, 특정범위 내 공소사건의 합의절차 추가, 혐의자 및 피고인이 도주 또는 사망한 사건의 불법소득 몰수절차 추가, 형사책임을 지지 않는 정신병 환자에 대한 강제치료절차 추가 등.

나. 수사와 공소제기 비교

중국 형사소송법은 수사주체와 공소주체를 분리하고 있다.

강제수사방법으로서 강제조치에는 소환(拘傳, 우리의 구인과 유사), 보석조치, 주거감시, 구류(우리의 긴급체포와 유사)와 체포(우리의 구속과 유사)가 있다.

강제조치를 하기 위해서는 적용주체의 특정성, 적용대상의 유일성, 적용목적의 특정성, 적용절차의 특정성, 적용시간의 임시성을 요건으로 하는데, 이는 우리의 강제처분 법정주의와 유사하다고 볼 수 있다.

우리와 차이는 보석을 강제조치로 보고 있다는 점과 한국 형사소송법에 없는 주거감시라는 강제조치를 두고 있는 점이다. 국가 형사사법의 효율성도 추구하면서 피의자 내지 피고인의 신체자유를 보장하려는 취지에서 구류를 대체할 수 있는 강제적 조치로 주거감시를 둔 것이다. 사실상 구류를 감소시키는 대체조치에 초점을 맞추어 그 요건을 강화하였다⁵⁵⁾. 피의자 또는 피고인의 주거공간에서 생활하면서 감시를 당하기 때문에 구류와 달리 자유제한의 정도가 완화되었다는 점이 특징이다. 집행기관의 감시는 통신 감시와 같은 전자감시 장비에 의한 감시와 부정기 검사 등의 방법으로 주거감시 규정을 준수하고 있는지 감독하는 방법으로 주거감시

55) 박양호 중국 개정 형사소송법에 대한 고찰, 2014 국외훈련검사연구논문집(III) 제29집, 548면

가 시행되고 있다.

수사과정에서 긴급한 상황에 법에 따라 일부 현행범 또는 중대혐의분자의 인신 자유를 임시로 박탈하는 구류(중국 형사소송법 제80조)의 결정을公安기관과 인민 검찰원에서 한다는 점과 체포도 피의자의 경우 검찰원이 한다는 점에서 우리나라의 영장주의와 현저히 다르게 인신구속에 관한 사법적 통제가 결여되어 있다. 영장주의를 취하고 있지 않다는 점이다. 피의자 및 피고인의 인권보장을 선언하고 있지만 실제 인권보호에 미흡한 측면을 드러내는 제도적 결함이다. 법원의 영장발부에 의하여 강제조치를 할 수 있도록 설계되어 있지 않고, 수사기관인公安과 검찰이 구류결정을 하고 구류증을 발급하여 수사기관의 강제조치에 대한 법원의 통제가 없다는 점이다. 구류의 결정은公安기관 책임자가 비준하고 구류증에 서명하고 발급한다. 인민검찰원은 범죄 후 자살기도나 도망, 증거인멸 또는 위조나 허위 진술의 경우에는 구류를 결정할 수 있다. 영장주의에 대해서는 법률감독기관인 인민검찰원이 강제조치에 대한 사법통제권한을 보유해야 한다는 견해와 인민법원에 의한 사법통제로서 서구의 영장주의를 도입해야 한다는 견해가 있다고 한다⁵⁶⁾.

구류당한 자는 24시간 내 심문을 해야 하며 구류하지 말아야 할 상황을 발견하면 즉시 석방하여야 한다. 구류당한 자에 대해서 체포의 필요성이 있다고 판단되면 3일 내에 인민검찰원의 비준을 받아야 한다. 체포는 강제조치 중 가장 엄격한 조치인데, 인민법원의 판결이 효력을 발생할 때까지 계속된다. 체포는 형사소송법 제78조에 따라 피의자 체포는公安기관 책임자의 서명을 거쳐 인민검찰원이 심사 비준하고, 피고인 체포는 인민법원이 결정한다. 우리나라 구속적부심사처럼 인민검찰원에서 체포에 대해 심사 비준할 때 체포조건의 부합여부가 의문스럽거나 피의자가 진술을 요구하거나 수사 활동에 중대한 위법행위가 있을 가능성이 있을 때에는 피의자에게 물어 보아야 한다.

국가안전위해범죄, 테러범죄, 조직범죄, 중대마약범죄와 같은 중대범죄사건에 대한 기술수사로서 전화감청, 비밀촬영 및 녹음, 우편물에 대한 검사, 이메일 검사 등 첨단범죄를 수사하는 근거규정을 두었다. 범죄통제와 수사의 효율성을 제고하

56) 박양호 중국 개정 형사소송법에 대한 고찰, 2014 국외훈련검사연구논문집(III) 제29집, 670면

기 위한 수사기법이지만 적절한 통제가 이루어지지 않으면 남용되어 개인의 자유가 침해될 위험성이 있기 때문에 비준조치의 종류, 대상과 기한, 비밀유지의무 등 집행에 대한 엄격한 제한을 두고 있다. 그러나 기술수사의 구체적인 규정을 공안기관에 포괄적으로 위임하고 있어 형사소송의 기본원칙인 적법절차의 원칙과 강제처분 법정주의가 실현되고 있다고 보기 어렵다.

중대범죄수사의 효율성을 제고하기 위한 기술수사의 도입도 특징적이지만 중대범죄에 대한 수사에 있어서 인권 보장적 측면에서 도입된 규정의 예외를 인정하고 있다는 점도 비판의 대상이 되고 있다. 체포통지의 예외, 주거감시 장소의 예외(제73조), 변호인 접견권 제한(제37조) 등이 그 예외조항이다.

비밀수사를 합법화(제151조)한 점도 특징적이다. 사건의 정황을 조사하여 밝히기 위해 필요한 경우에는 공안기관 책임자의 결정을 얻어 특정인원이 비밀수사를 할 수 있다. 비밀수사를 실시할 때에 타인을 꺾어서 범죄를 하도록 하여서는 아니 되며, 공공안전에 위해를 줄 수 있거나 중대한 인신 위험이 발생할 수 있는 방법을 택해서는 아니 된다. 마약 등 금제품 또는 재물 지급에 관련된 범죄활동에 대하여 공공기관은 범죄 수사의 필요에 따라 규정에 의하여 통제 하에 회부 할 수 있다. 이에 따라 수사조치를 취하여 수집한 자료는 형사소송 중에 증거로 사용될 수 있다(제152조). 비밀 수사를 실시하여 수집한 증거에 대하여는 만약 그 증거를 사용하여 특정인원의 신변 안전을 위협하거나 기타 엄중한 결과가 생길 수 있는 경우에는 특정인원의 진실한 신분 등을 노출하지 않는 등의 보호조치를 취하여야 하며, 필요 시 재판인원이 법정 외에서 증거에 대하여 사실을 확인할 수 있다. 특정인원에 의한 비밀수사에 의해서 수집한 증거의 증거능력을 인정할 것인지, 비밀 수사 요원의 진술(또는 진술을 기재한 서면)이 전문증거에 해당하기 때문에 증거능력을 인정할 수 있는지, 인정한다면 그 요건이 무엇인지에 관해서는 논란이 있지만 중국은 입법적으로 해결하였다.

다. 공소제기, 공판, 특별절차 등

공소제기의 요건, 절차와 형식에서는 특별히 차이나는 점은 없다. 중국 형사소

송법 제208조 제2항의 규정에 따르면 인민검찰원에서 공소제기 때 인민법원에 간이절차의 적용에 대해 건의할 수 있다. 형사소송법 제208조의 규정에 따르면 인민검찰원에서 간이절차를 적용할 것을 건의한 사건은 반드시 아래와 같은 조건을 구비해야 한다. 기층인민법원에서 관할하는 사건이어야 하고, 사건사실이 명확하고 증거가 충분하여야 하며 피고인이 자신이 범한 죄행을 승인하고 고소된 범죄사실에 대해 이의가 없고 피고인이 간이절차의 적용에 대해 이의가 없어야 한다. 이러한 점에서 우리나라의 간이공판절차와 유사하다.

라. 증거법 비교

우리나라 위법수집배제법칙과 같은 규정이 명문화되었다. 고문에 의한 자백강요 등 불법적인 방법으로 수집한 피의자 또는 피고인의 자백, 폭력이나 협박 등 불법적인 방법으로 수집한 증인의 증언과 피해자의 진술 등을 배제하는 규정을 두었으며, 법률의 규정을 위반하여 수집한 물증과 서증이 사법의 공정성에 중대한 영향을 미칠 경우 합리적인 해석을 해야 하며 합리적인 해석을 할 수 없는 때에는 그 증거를 배제하도록 하였다(제54조). 위법수집증거 배제법칙처럼 위법수집증거의 증거능력을 일률적으로 배제하는 것과 달리 사법의 공정성에 중대한 영향을 미칠 경우 합리적 해석 적용을 우선한다는 점이 특징적이다. 합리적 해석 가능성에 따라 증거배제 여부를 결정하도록 하여 위법수집증거 배제법칙의 적용범위가 제한적이라고 볼 수 있다.

증거수집주체의 합법성, 증거표현형식의 합법성(증거수집 시간과 장소기록, 증거수집 책임 수사 인원의 서명, 참여자의 서명, 증거수집 과정과 상황, 수집한 관련 증거의 구체적 상황 등), 증거수집수단의 합법성, 법정조사절차의 합법성이 구비되어야 증거능력이 인정된다.

마. 피해자 및 증인보호

증인보호조치를 강화하는 규정을 두었다(제62조). 국가안전을 위해하는 범죄, 테러범죄, 폭력조직 범죄, 마약범죄 등 사건에 증인, 감정인, 피해자가 소송 중 증언

할 때 본인 또는 근친족의 신변안전에 위험이 생길 경우 인민법원, 인민검찰원과 공안기관은 개인정보 미공개, 접근금지 등과 같은 각종 보호조치를 취하여야 하고 신변보호요청을 할 수 있도록 하였다.

우리나라도 1999년 ‘특정범죄 신고자 등 보호법’ 제정으로 특정강력범죄, 마약류거래범죄, 조직폭력범죄의 범죄신고자에 대한 구체적이고 현실적인 보호 장치를 마련하였고, 형사소송법도 피해자 법정진술권을 비롯하여 피해자의 공판기록 열람 및 등사권, 비디오 등의 증거 장치에 의한 증인신문 등에 관한 규정을 신설하여 범죄피해자 보호를 강화하는 경향을 보이고 있다. 중국에서도 피해자 내지 증인이 형사소송절차에서 관심의 대상이 아니었다가 1979년 형사소송법에서는 피해자를 단순한 일반적 소송참가자로 보고 사실진술권 외에 별다른 소송상의 권리가 인정되지 않았었다. 피해자와 피고인 간의 형사절차상의 지위에 있어서 심각한 불균형은 1996년 형사소송법 개정에서 해소되었다. 피해자에게 형사소송의 당사자지위를 인정하는 규정을 두었고 피해자 보호절차를 규정하여 우리나라의 피해자 및 증인 보호의 추세와 비슷한 경향을 보이고 있지만, 공판기일이나 피고인의 구금에 관한 정보 등 각종 통지를 받을 권리가 보장되어 있지 않은 점이나 우리나라는 형사소송법 외에도 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률, 특정범죄신고자등 보호법, 범죄피해자보호법, 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 등 특별법에 피해자 보호에 관한 구체적인 규정을 두고 시행하고 있다는 점에서 차이를 보이고 있다⁵⁷⁾.

바. 인민감독원제도와 인민배심원제도

1979년의 형사소송법에서 배심제가 하나의 사법원칙으로 자리 잡아 제1심 절차에 일반적으로 적용되다가, 1982년의 헌법은 배심제를 헌법원칙에서 배제하고 1983년의 인민법원조직법 수정 때에도 배심제는 더 이상 제1심 절차의 심리에서의 필수인 방식이 아니라 선택적 방식으로 수정되었다. 배심제의 법률적 지위가 약화되자 학계와 실무계에서는 배심제의 존폐문제가 논쟁의 대상이 되었다. 2004

57) 피해자보호에 관한 한중비교에 관해서는 유병진, 중국 형사소송법상 피해자의 지위, 2011 국외훈련 검사 연구논문집(제26집), 382면 이하.

년 8월 28일 전국인민표회 상무위원회에서 <인민배심원제도를 보완할 데 관한 결정>이 통과되어 인민배심원의 자격, 인민배심원의 선정, 배심원의 권한과 임무, 법적 책임 등에 관한 명확한 규정을 두어 인민배심제가 다시 도입되었다⁵⁸⁾.

중국에서는 민주적 개혁의 일환으로 인민감독제도와 인민배심원제도가 도입되었다. 국민이 사법사업에 참여하는 제도로서 사법민주화라는 관점에서 진보적 제도라 볼 수 있다. 인민감독원제도와 인민배심원제도가 모두 국민이 국가권력의 행사과정에 참여하여 국민의 정치적 권리와 국가권력 행사에 참여하는 헌법적 권리를 실현하는 제도이다. 이로써 사회주의 사법제도에 대한 국민의 신뢰를 확보할 수 있다. 사법제도에 참여하는 자는 일반 국민으로서 사회공평과 정의수호의 정신을 구현하며 사법의 공정성 촉진과 사회조화를 이룰 수 있는데 그 제도적 의의를 찾을 수 있다. 중국의 사법사업을 직접적으로 국민의 감독 하에 두어 사법의 공개성, 투명성, 공신력을 제고하고 사법기관의 권위성을 강화할 수 있는 제도이다.

한국도 민주주의의 사법은 당연히 주권자인 국민의 사법이어야 한다는 명제 아래 사법민주화를 위하여 국민이 사법에 직접 참여할 수 있는 제도적 장치인 국민 참여재판제도가 도입되어 사법에 대한 민주적 견제와 감시가 가능해지고, 국민의 건전한 양식과 상식에 의한 판단이 가능하여 일반인이 납득할 수 있는 재판결과로 인해 궁극적으로 사법에 대한 국민의 신뢰가 형성될 수 있는 토대가 마련되었다. 국민에 의해 선출되지 않은 권력이고 또 국민통제의 사각지대라고 할 수 있던 사법영역이 국민의 참여에 의해 개방되고 직업법관에 대한 민주적 견제와 감시가 가능해지면서 사법부는 민주적 정당성을 확보하고 사법의 신뢰를 회복하는 계기를 갖게 되었다.

나아가 사법행정예의 국민 참여를 통해서 사법에 대한 국민의 신뢰를 얻고 직업법관에 대한 민주적 견제와 감시가 가능해져 사법의 민주적 정당성과 투명성이 확보될 수 있다는 점과 검찰의 공소권 행사에 대한 시민적 통제방안에 대한 한국의 논의와 매우 유사한 제도가 현행 중국 형사소송법에 도입된 것으로 평가할 수 있다.

58) 배심제의 입법경과에 관해서는 소명월, 중국인민배심원제도의 당위성과 실태에 관한 연구, 법학논총 제28집 제2호(한양대학교 법학연구소 2011), 180면. 인민배심제도에 관한 법률규정과 실태에 관해서는 송영휘/하정, 중국에서 국민형사사법참여의 현황과 전망, 법학논총 제28집 제2호(한양대학교 법학연구소 2011), 468면 이하

4. 총평

형사소송법은 그 사회의 역사, 문화, 사회경제발전 그리고 시대상을 잘 반영하고 있는 법률이다. 중국은 소련의 법제를 본보기로 사회주의 법체계를 구축하여 오다가 소련 사회주의제도의 붕괴와 더불어 시장경제를 도입하면서 중국은 중국의 현실을 잘 반영한 중국 사회주의의 법체계를 구축하려는 노력을 기울였다. 이러한 노력의 결실이 형사소송법의 제정과 개정이다. 형사소송법의 지도자상으로서 마르크스레닌주의와 모택동사상 및 프롤레타리아독재를 완전히 삭제함으로써 이제 서구 민주주의 국가의 형사소송법 이념과 궤를 같이 하고 있다고 할 수 있다.

중국은 낙후된 제도와 규범을 통해서 국민을 통제하려는 폐쇄적 후진국에서 벗어나야 한다는 인식, 경제발전과 사회변화에 따른 국민의 민주주의와 법에 대한 의식수준 향상, 범죄의 징벌이라는 국가의 공적 임무와 인권보장을 통한 개인의 자유보호라는 서로 상충되는 이익 간의 긴장관계를 적절히 조화시키려는 노력, 정치·경제 대국으로서 세계 보편적인 형사사법적 기본권 보장과 인간의 존엄성, 적법절차와 같은 헌법적 가치의 실현을 과시해야 할 필요성 등이 현행 형사소송법에 투영되어 나타나 있다고 볼 수 있다.

이러한 점은 한국 형사소송법의 개정 역사에서 정권의 변동, 민주화 과정, 헌법의 개정과 밀접한 연관을 가지고 개정이 이루어져 왔다는 사실과 흐름을 같이 한다고 볼 수 있다. 한국도 국가의 국민에 대한 형벌권행사의 절차를 규정하는 형사소송법이 한편으로는 정권유지를 위한 수단으로 남용되어 왔음을 나타내는 것이기도 하지만, 다른 한편으로는 민주화가 진행되면서 권력이 통치자로부터 국민에게로 이동하여 온 과정의 결과가 형사소송법에 투영된 것이라고 할 수 있기 때문이다. 중국도 형사소송법 개정의 역사를 보면 법치국가이념의 실현과 형사사법의 기능적 효율성 추구라는 두 축 사이를 오갔다고 볼 수 있다. 한국은 전자의 방향에서 피의자 및 피고인의 방어권보장과 인신구속제도의 개선이 이루어졌으며 후자의 관점에서 간이공판절차 전면 확대, 신속한 재판을 위한 제도, 결석재판확대 등 소송경제를 도모하는 제도가 도입·강화되었다.

중국 형사소송법의 향후 과제⁵⁹⁾로는 법원의 공소장 변경 절차 없는 죄명변경권

59) 이에 관해서는 박종근, 중국 형사소송법의 발전과 향후 과제, 법학연구 제37집(전북대학교 법학연

과 공판기일 외 증거조사권과 같은 직권주의와 규문주의 잔재의 청산, 사법적 통제에 의한 영장주의의 도입, 형사절차에서의 피해자의 지위보장, 중국 헌법에 따라 법률의 감독기관으로서 검찰의 법원 재판권에 대한 감독권 폐지, 법원의 재판중립의 원칙 확립, 형사수사권에서 경찰을 위주로 하고 검찰을 보조로 하는 관계인 ‘警主檢輔’ 관계, 접견교통권 및 열람권 등 변호권의 실질적 보장과 변호인의 피의자 신문참여권 같은 변호권 강화 등을 들 수 있다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제4장

한국과 중국의 범죄자 교정처우에 관한 비교연구

정진수 · 최군용

제4장

한국과 중국의 범죄자 교정처우에 관한 비교연구

제1 절 중국

1. 노동개조의 정의와 목적

가. 노동개조와 사회구역교정

중국에서는 형사처분을 받은 자를 죄범이라고 하며 죄범이 형집행을 받는 과정을 노동개조를 받는다고 한다. 노동개조란 구역(拘役, 1개월이상 6개월이하의 자유형), 유기도형(6개월이상 15년이하의 자유형), 무기도형에 처해진 죄범을 간수소(看守所) 또는 감옥에서 강제노동에 종사하게 하는 형집행 방법을 말한다. 그리고 구금시설(주로 감옥을 말하지만 단기형은 미결수용시설인 간수소에서도 집행한다)에서의 형집행은 교정이라고는 하지 않고 노동개조를 한다고 한다.

중국에서 교정이란 용어는 지역사회내에서의 형집행의 의미로 사용되며 사회구역교정(社會區域矯正)이라고도 한다. 사회구역 교정이란 감옥에서의 형집행과는 구별되는 형집행방식이다. 즉 사회구역교정조건에 부합되는 범죄자들을 사회구역내에서 전문적인 국가기관의 감독관리하에서 유관사회단체와 민간조직, 자원봉사자들의 협조하에서 판결서, 재정서 혹은 결정서의 기간내에 범죄자의 범죄심리와 악습을 교정하여 그들이 순조롭게 사회로 복귀토록 하는 비감금방식의 형집행방법을 말한다.

[참고] 노동개조와 노동교양

노동교양제도는 법규를 위반하였으나 죄질이 비교적 가벼워 형사처벌하기에는 부족한 사람들을 수용하여 강제로 노동교양을 시키는 행정조치로서 그 집행기관은 노동교양관리소이고 기간은 1년 내지 3년이다.⁶⁰⁾

나. 노동개조의 역사적 변천과정

노동개조라는 용어는 사회주의 국가에서 많이 쓰고 있는 용어이다. 새 중국의 감옥사업의 이념은 구소련의 영향을 받아왔기 때문에 노동개조사업이라는 용어를 사용하고 있다.

새 중국 창건초기인 1951년 5월 베이징에서 열린 제3차 전국공안(公安)대회에서 <<전국의 죄범들을 조직하여 노동개조를 실시함에 관한 결의>>를 통과시켰다. 결의문에서는 <<유기도형 처형을 받은 수많은 범인들은 매우 방대한 노동력이다. 그들을 개조하고 감옥의 어려움을 해결하고 범인들이 공짜밥을 먹지 않도록 하기 위하여 반드시 이들을 조직하여 노동개조사업을 전개해 나가야 한다>>고 하였고 회의후 죄범들에 대한 노동개조사업이 전국적으로 시작되었다.

1952년 6월에 개최된 제1차 전국노동사업회의에서는 노동개조사업의 발전과정에서 나타난 문제들에 대해 토의하고 대책도 마련되었는데 예를 들면 개별 감옥에서 죄범들의 노동을 통하여 이윤만 추구하고 교육과 개조를 소홀히 한다든가 민영기업과 이익쟁탈을 한다든가 또는 노동항목이 국가경제건설의 수요에 부합되지 않는다는 등의 문제에 대해 회의를 통해 기본적인 해결방안이 마련되었다. 주요대책으로는 금후의 죄범노동 항목 제정에서 수리시설, 도로건설, 황무지개간, 광산자원채굴 등 국가의 기본건설항목을 위주로 노동을 하고 죄범에 대한 엄격한 관리통제와 일상적인 교육사업이 반드시 뒷받침되어야 한다는 것이다.

1954년 9월, 중화인민공화국정부무원에서 공포시행한 <<중화인민공화국노동개조조례>>의 실시와 더불어 노동개조사업은 전면적인 발전단계에 진입하였다. 또한 1962년 12월에는 위 <<조례>>에 기초하여 공안부에서 시험실시한 <<노동개조관리교육대의 사업세칙>>의 반포와 더불어 노동개조사업은 진일보 규범화되고

60) 강기천(2002), 43면.

구체화 되었다.

또한 반복해서 나타나고 있는 경제적 이익만 따지고 죄범의 사상, 악습개조와 교정과정을 소홀히 하는 문제에 대처하기 위해 1964년에 개최된 제6차 전국노동개조사업회의에서는 <<개조 제1, 생산 제2>>의 방침을 정하고 노동개조와 생산과의 모순문제를 해결하고자 하였다.

그러나 1966년에 폭발한 <<문화대혁명>>의 영향으로 말미암아 감옥교정사업은 중대한 좌절을 맞이하게 되었다. 이미 만들어진 제도들이 파괴되고 간부와 교도경찰들이 크나큰 충격을 받았다. 하지만 대다수의 간부와 교도경찰들은 최대한의 노력을 통해 감옥노동개조환경개선과 질서유지에 힘썼으며 특수한 정황속에서도 감옥의 온정을 최대한 유지하였다.

1976년 10월 문화대혁명의 종료와 더불어 사회의 생산질서가 점차 회복되면서 노동개조사업도 정상적인 궤도에 들어섰다. 1981년에 개최된 제8차 전국노동개조사업회의에서는 건국 30년 이래의 노동개조사업을 종합하고 새시대의 노동개조사업의 방향을 제시하였다.

1990년대에 들어서면서 미국을 중심으로 한 서방국가에서 인권문제를 내세워 중국노동개조사업을 비난하였다. 이에 대응하여 1994년 12월에 <<중화인민공화국감옥법>>을 반포 실시 하였다. 또한 죄범에 대한 노동개조를 죄범의 교육개조체계에 귀납시키고 법률상에서 죄범에 대한 노동개조를 통해 죄범을 교정하는 취지를 밝히도록 하였다. <<감옥법>>의 발표는 90년대 이래로 미국에서 소위 말하는 <<강제노동>>, <<인권침범>> 등을 이유로 노동개조사업, 즉 죄범교정사법에 대한 비판에 대응하여 죄범교정의 주요수단인 노동개조방식을 법률제도화한 것으로 평가된다.

중국 경제가 계획경제체제를 벗어나 시장경제체제로 전환되면서 감옥은 새로운 변화에 적응하지 못하고 여러 가지 문제에 당면하게 되었다. 형집행기관으로서 감옥 본연의 기능이 저하되고 노동생산성도 떨어져 기업으로서의 역할도 약화되었다. 그리고 감옥과 그 주변에 부조리가 만연하고 여기저기서 사범부패현상이 나타나기도 하였다.

그리하여 2003년 1월 국무원 사법부는 <감옥체제 개혁 시범실시에 관한 지도 의견>을 통하여 <개혁 16자(字)> 방침을 하달하였다. 그 내용은 ① 감옥의 모든

경비는 국가가 보장한다는 전액보장, ② 감옥직능과 기업직능을 분리한다는 감기 분리(監企分離), ③ 예산의 조달과 집행은 서로 각자 한다는 수지분개(收支分開), ④ 감옥의 국가형벌권 집행과 기업의 시장경제하에서의 운영은 독립적인 규범에 따른다는 규범운행(規範運行)이다.⁶¹⁾

2004년부터 감옥체제 개혁을 추진하여 왔는데 중국의 감옥 개혁은 크게 감옥 체제의 개혁과 감옥분포의 조정,⁶²⁾ 그리고 지역사회 교정의 실시가 세가지 축이라고 할 수 있다.

다. 노동개조의 목적

죄범노동개조의 목적은 감옥에서의 노동을 통하여 죄범에 대한 기대적 결과에 도달하려는 것이다.

노동개조의 목적을 구체적으로 설명하면 첫째, 죄범 자체의 소극적인 노동의식을 변화시키려는 것이다. 노동의식은 노동관념, 노동사상, 노동태도 등이 포함된다. 죄범중 특히 재산범들의 노동의식은 아주 소극적이다. 노동관념이 박약하고 노동에 대한 정확한 인식이 결핍되어 있기 때문에 머리속으로부터 노동을 거부하고 심지어는 노동을 멸시하면서 향락만을 탐내고 적게 노동하고 많이 얻으려 하며 심지어는 노동하지 않고 얻어 먹기만을 바란다. 이런 극히 소극적인 노동태도하에서 사기, 절도, 강도 등 범죄행위를 저지르는 것이다. 강제적인 노동개조를 통하여 죄범들의 소극적인 노동의식을 교정함으로써 그들이 노동의 가치를 인식하게 하는데 목적을 두고 있다.

둘째로는 죄범들의 불량한 노동습관을 교정하는 것이다. 불량한 노동습관은 장기적인 불량한 사상과 불량한 행위의 영향하에서 형성된것이다. 즉 노동행위의 나태성이다. 강제적인 노동개조의 교정과정을 통하여 죄범들로 하여금 양호한 노동습관 즉 근면한 노동자로 만드는 것이 교정목적이다.

셋째로 죄범들의 노동기능을 배양하는 것이다. 시장경제조건하에서는 노동기능

61) 한상돈(2008), 중국 감옥체제 개혁의 최근동향, 18면.

62) 감옥분포의 조정은 감옥의 지리적 위치의 분포를 조정하는 것이다. 즉 감옥을 어디에 건설해야 하는가 하는 문제이다.

을 갖춘 사람만이 취업경쟁에서 살아 남을수 있는만큼 죄범들로 하여금 사회에 진출한후 취업하지 못하여 재범의 길에 들어서는 것을 막기 위하여 노동개조장소(감옥)에 사회와 똑같은 노동환경, 노동설비를 설치하여 노동과정에서 기술을 배우고 익히며 또한 각종 자격증을 획득할 수 있도록 함으로써 죄범들이 형기가 만료된 후의 사회복귀에 유리하도록 노동기능을 갖추게 하는 것도 강제노동의 주요 목적이라 할 수 있다.

라. 노동개조학의 인접학문

1970년대 말부터 개혁개방의 열풍이 중국에서 불기 시작하였다. 감옥에 대한 관리와 죄범개조에서의 새로운 추세와 발전에 의해 <<감옥학>>이 하나의 학문 영역으로 탄생하였다. 그리고 <<감옥학>>을 상급학문으로 하여 여러 개의 하급 학문이 만들어졌는데 그 중의 대표적인 것의 하나가 죄범교정학 즉 <<죄범노동개조학>>이다. 또한 <<죄범노동개조학>>의 인접학문으로 <<죄범교육학>>, <<죄범개조심리학>>, <<감옥행정관리학>> 등이 있다. 죄범에 대한 가장 주요한 교정수단인 강제노동개조는 죄범에 대한 형집행과정에서 실시되며 강제노동개조를 통해 범죄인의 심리와 행위를 교정하는 것을 목적으로 하고 있다.

노동개조학은 중국감옥에서 죄범교정의 기본수단인 노동개조현상 및 규율, 그리고 노동개조의 목적을 더욱 효과적으로 실현하기위하여 연구하는 학문이다. <<죄범노동개조학>>은 감옥학과 함께 중심적인 학문이며 죄범교육학, 감옥행정관리학, 죄범개조심리학은 보조적인 역할을 한다고 볼 수있다. 그 원인은 현단계에서 죄범에 대한 교정의 가장 주요수단으로서의 노동개조는 중요한 지위와 특수한 작용을 하고 있기 때문이다. 현재 죄범교정의 비교적 유일한 수단으로써의 노동개조는 중국의 범죄자 처우에서 주요구성 부분이며 감옥학에서도 제일 주요한 내용이다. 노동의 실천을 통하여 오직 노동만이 재산을 획득하는 유일한 수단임을 인식하게 하는 것이 그 목적이라고 볼수있다. 때문에 기타 인접학문은 노동개조학의 관련 학문이지만 보조적인 역할을 한다고 보아야 할 것이다.

2. 교정관련 법령

가. 형법, 형사소송법

1) 형의 종류와 형의 집행

형법 및 형사소송법에는 형의 종류와 형의 집행에 관한 규정을 두고 있다.

형법 제3장(형벌)에서는 형벌의 종류(제1절), 관제(管制)형(제2절), 구역(拘役)형(제3절), 유기도형(有期徒刑)과 무기도형(제4절), 사형(제5절), 벌금(제6절), 정치권력박탈(제7절), 재산몰수(제8절)에 관해 규정하고 있다.

형법 제4장(형벌의 구체 운영)에서는 양형(量刑), 누범(累犯)(제2절), 자수와 입공(立功)(제3절), 수죄병과(數罪并罰)(제4절), 집행유예(제5절), 감형(제6절), 가석방(제7절)에 관하여 규정하고 있다. 형사소송법에서는 제4편에서 재판의 집행에 관해 규정하고 있다

형법에서는 형벌로서 주형(主刑)과 부가(附加)형⁶³⁾의 두가지로 나누고 있다. 주형에는 자유형과 사형에 관해 규정되어 있으며 자유형에는 관제형, 구역형, 유기도형(有期徒刑), 무기도형(无期徒刑)이 있다

관제형은 한국과는 구별되는 중국 특유의 형벌이며 관제형에 처해진 범죄자의 형집행방식은 사회구역교정을 통하여 실시한다. 관제형의 형기는 3개월이상 2년이 하이다. 판결집행전 구금상태인 경우에 구금 1일을 관제형기 2일로 계산해 준다.

구역형의 형기는 1개월이상 6개월이하이다. 구역형에 처형된 범죄자의 형집행은 공안기관에서 가까운 곳에서 집행한다.⁶⁴⁾ 구역형 판결을 받은 범죄자는 매달 1번 내지 2번 집에 갈수 있으며 노동에 참가시 노동량에 따라 일정한 노동보수를 받을 수 있다. 판결집행전 구금되었을 경우 구금 1일을 형기 1일로 계산해준다.

유기도형의 형기는 형법 제50조와 제69조의 규정을 제외한 6개월이상 15년 이하이다.

형법 제50조에 규정된 내용은 사형집행유예 2년에 처해진 범죄자가 2년이 지난

63) 부가형으로는 벌금, 정치적권리 박탈, 재산몰수가 있으나 부가형도 독립하여 적용할 수 있다. 강기천(2002)(2002),

64) 관제형도 공안에서 집행한다. 강기천(2002), 42면.

후 중대한 입공(立功)이 있을 경우 유기도형 25년으로 감형되는 경우를 말한다(일반적으로는 2년만기후 무기도형으로 감형됨).

형법 제69조에서는 수죄병과(數罪并罰)로 인해 형기의 합계가 25년 이상이 되더라도 실제 판결은 25년을 초과하지 못한다고 규정하고 있다. 즉 범죄자가 한개 죄를 범하였을 경우 유기도형은 최고로 15년을 언도할수 있고 범죄자가 두개 이상의 죄를 범하고 또 그중에 사형에 도달되는 죄는 없을 경우 죄의 형기를 합하여 25년 이상이 될 때 유기도형 형기는 25년을 초과하지 못한다는 규정이다.

감옥법 제15조에 의하면 인민법원에서 사형집행유예2년형, 무기도형, 유기도형이 선고된 죄범들의 집행통지서와 판결서를 그 죄범이 감금되어 있는 공안(경찰서)기관에 송달하여야 한다. 공안기관에서는 집행통지서, 판결서를 받는 날부터 1개월내에 죄범을 감옥에 이송하여 형벌을 집행하여야 한다.

유기도형, 무기도형에 언도된 범죄자들은 감옥 혹은 기타 집행장소에서 형집행을 한다. 노동능력이 있는 범죄자들은 모두 노동에 참가하여야 하며 교육과 개조(改造)를 받아야 한다. 유기도형도 판결전 감금되었을 경우 감금 1일을 형기 1일로 계산하여준다.

사형은 범죄자의 생명을 법적으로 박탈하는 형벌이다. 형법 제48조의 규정에 따라 사형은 죄행이 극히 중대한 범죄자에게만 적용한다. 반드시 사형에 처해야 할 범죄자에 대해 만약 즉각집행이 아닐 경우(그 필요성이 절박하지 아닐 경우), 사형판결에 처하는 동시에 완기(缓期)2년을 선고할수 있다. 다시말하면 사형에는 즉시 집행사형과 2년유예집행사형이 있다.

최고인민법원에서 판결한 즉시사형판결과 최고인민법원의 재심(복핵비준)을 거친 즉시사형은 반드시 최고인민법원 법원장이 사형집행명령을 서명하여 발부해야 한다(형사소송법 제250조). 하급법원에서는 최고인민법원의 사형집행명령을 받은 후 7일내에 집행을 하여야한다(형사소송법 제251조). 그리고 범죄당시 18세 미만인 범죄자와 심판시에 임신중인 여성에 대하여는 사형을 집행하지 않는다(형법 제49조). 심판시에 이미 만 75세되는 노인에 대하여도 사형을 집행하지 않는다. 그러나 특별히 잔인한 수단으로 사람을 죽인 경우만은 제외한다(형법 제49조). 형사소송법 제251조의 규정에 따라 집행교부시 다음과 같은 정황을 발견했을 경우 반드시 집행을 정지하고 즉각 최고인민법원에 보고하여 최고인민법원에서 재정(裁定)

토록 한다.

첫째로 집행전에 판결이 잘못된 곳이 있다는 점이 발견되었을 경우.

둘째로 사형 집행전 범죄자가 중대한 범죄사실을 적발하거나 기타 중대한 입공 표현이 있을때

셋째로 죄범이 임신중인 경우이다.

이 세가지중 한 개 경우만 있으면 사형집행 법관 또는 현장감독 검사가 집행을 정지할 수 있다. 앞에서 말한 첫째 둘째의 정지 집행원인이 소실된후 반드시 최고인민법원장께 보고함과 아울러 법원장의 재서명 발부한 사형집행명령이 내린후 다시 집행할 수 있다. 셋째 원인때문에 정지된 사형집행은 반드시 최고인민법원에 보고하여 개정판결을 하여야 한다. 사형은 총살 혹은 주사(注射)의 방식으로 집행한다(형사소송법 제252조).

[참고] 무기도형 또는 사형에 처할 가능성이 있는 범죄사건은 형사소송법의 규정에 따라 중급인민법원에서 심리재판하고 고급인민법원(즉성급)에서 상소심(혹은 항소심 즉 2심)을 담당한다. 일단 사형즉시처형판결일 경우 반드시 최고인민법원(한국의 대법원에 대응)의 사형재심절차를 거친후 2심판결이 정확하다고 판정될 때에만 사형집행을 한다.

2) 2년유예집행사형과 집행유예

2년유예집행사형은 사형판결과 동시에 유예 2년을 내린후 2년 사이에 기타 문제없이(주로 범죄를 말함) 만 2년이 지나면 사형을 취소하고 무기도형에 언도하거나 유예기간내에 특별히 큰 공을 세웠을때는 감형하여 직접 유기도형 25년에 처한다. 특별히 큰 공은 중대한 발명, 창조 또는 큰 공을 세웠을 때를 말한다.

집행유예는 3년 이하의 유기도형에 처할 경우에 범죄의 성질에 근거하여 일정기간 그 형벌의 집행을 유예하는 제도이다. 형법 제72조의 규정에 따라 구역형, 3년이하 유기도형에 처형된 범죄자에 한해서 아래와 같은 조건에 부합될때 집행유예 선고를 받을수 있으며 그중에 18세미만인 사람과 임신한 여성 그리고 만75세 되는 노인은 반드시 집행유예 선고를 해야한다.

첫째로 범죄정절이 경한 사람, 둘째로 죄를 뉘우치는 표현이 있는 사람, 셋째로

재범의 위험이 없는 경우, 넷째로 집행유예를 선고해도 범죄자의 거주구역에 중대한 불량한 영향이 없는 경우이다.

형법 제73조 규정에 따라 구역형의 집행유예 기간(고협기한)은 원판결형기이상 1년이하이다. 그러나 적어도 2개월은 되여야 한다. 유기도형의 집행유예 기간은 원판결기한이상 5년이하이다. 그러나 최저로 2년은 되여야 한다. 집행유예 기간은 판결확정일부터 계산한다.

3)가석방

가석방 제도는 형법 제7절 <<가석방>>에서 제81조로부터 제86조까지 6개조항으로 규정되어 있고 <<감옥법>> 제4절 <<감형과 가석방>>에 제32조부터 제34조에 3개조항으로 규정되어 있다.

가석방의 조건은 유기도형인 경우 원판결집행기한의 절반이상을 집행한 경우, 무기도형일경우 실제 집행기한이 13년 이상일 경우에 죄범 본인이 열심히 감옥규정을 준수하고 교육과 개조를 접수하고 확실히 후회와 개조의 표현이 있고 다시는 재범을 할 위험성이 없을 때 가석방을 할 수 있다. 그리고 누범(累犯)과 고의살인, 강간, 납치, 방화, 폭발, 위험물질(독약)투입 또는 조직폭력성범죄로 유기도형 10년 이상, 무기도형에 언도된 범죄자는 가석방을 할 수 없다고 형법에 규정되어 있다.

가석방의 제출은 죄범소재감옥에서 죄범의 조건과 표현고찰결과에 근거하여 소재지 중국인민법원에 가석방건의서를 제출하고 건의서를 접수한 법원에서 가석방건의서 접수일로부터 1개월내에 가석방에 관해 심사재정(裁定)해야 한다.

4) 정신병환자에 대한 강제의료

형사소송법 제4장에 의해 형사책임을 지지 않는 정신병환자에 대한 강제의료 절차가 규정되어 있다. 정신병환자에 대한 치료결정은 법원에서 내린다(제285조). 폭력적인 행위를 한 정신병환자에 대하여 인민법원이 강제치료결정을 하기 전에는 공안기관에서 임시적인 보호성 구속을 할수 있다(제285조 제3항). 강제치료기구에서는 정기적으로 강제치료를 받고 있는 환자에 대하여 고찰과 진단평가를 하여야 한다. 위험성이 존재하지 않는다고 판단할 때에는 강제의료 해제의견을 제출하여

인민법원의 비준을 거친후 강제의료조치를 해제할 수 있다(제288조). 강제의료조치에 관한 결정과 그 집행에 관한 감독은 검찰원에서 한다(제289조). 폭력경향이 심한 정신질환 환자에 대한 감호조치제도는 정신병환자의 사회에 대한 유해성을 미연에 방제하고 제때에 치료를 받게 함으로써 환자 본인에게도 유익한 제도라고 보아야 할 것이다. 또한 강제의료 조치대상자에 대한 더욱 엄격한 판단절차 특히 집행에서의 인권보호와 기타 민사권리의 보호면에서 더욱 세부적인 조치가 따라가고 국가의 재정 지원, 전문인원과 기구의 건립에 더욱 노력을 하여야 할 것이다.

나. 감옥법

중국에서 감옥법은 형법, 형사소송법과 함께 형사법체계의 3대 지주라고 일컬어진다. 중국 감옥법은 총칙과 각칙 그리고 부칙 모두 7장 78개 조문으로 구성되어 있다.

감옥법에는 감옥의 주관기관, 감옥의 설치와 감옥의 관리자, 감옥의 재정, 감옥 업무의 기본원칙, 형벌의 집행, 감형과 가석방, 석방과 취업, 감옥의 행정관리에 관해 규정하고 있다.

감옥법에서는 감형에 관해 규정하고 있는데, 무기징역·유기징역을 판결받은 수형자는 형기복역중 회개의 정이 현저하거나 공을 세웠을 때는 감옥의 심사결과에 따라 감형될 수 있다. 감형기간은 유기징역의 경우 원판결의 1/2이하로 낮출 수 없고 무기징역의 경우 10년 이하로 낮출 수 없다.⁶⁵⁾

다음 각호의 1에 해당하여 중대한 공을 세운 경우 감형된다.

- 가) 타인의 중대한 범죄활동을 저지한 경우
- 나) 감옥 내외의 중대 범죄활동을 신고하여 그것이 조사결과 사실인 경우
- 다) 발명, 창조, 혹은 중대한 기술혁신이 있는 경우
- 라) 일상생활에서 자기를 버리고 남을 구해준 경우

감옥법의 규정이 78개 조문에 불과하여 그 시행에서 여러 가지 문제가 나타나고 있다. 예컨대 규정이 모호하고 명확성이 떨어져서 법규범으로서의 기능을 다할 수 없는 문제가 나타나고 있다.⁶⁶⁾

65) 강기천(2002), 43면.

다. 미성년인보호법, 미성년인범죄예방법

중국에는 전문적인 소년법이 제정되어 있지 않다. 형법 제49조에 18세 미만인 범죄자에 대한 사형판결불적용(사형판결금지) 조항이 있으며 형법 제17조에 만16세부터 형사책임을 진다는 규정이 있다. 그리고 만14세이상 16세미만의 청소년범죄는 고의살인, 고의상해중상 혹은 사망, 강간, 강도, 마약판매, 방화(放火), 폭발, 독약투입죄만 형사책임을 진다고 규정하였다.

<<중화인민공화국미성년인범죄예방법(预防未成年人犯罪法)>>은 미성년인 범죄 예방에 관한 교육(제2장), 미성년인 불량행위예방(제3장), 미성년인 불량행위교정(제4장), 미성년인의 범죄에 대한 자아방범(防范)(제5장), 미성년인의 재범예방(제6장) 등의 내용으로 모두 8장 57조로 구성되어 있다.⁶⁷⁾

미성년인 범죄예방법은 미성년인에 대한 범죄예방의 시각으로부터 출발하여 교육과 보호에 그 주안점을 두고 미성년인의 불량행위에 대해 예방하고 교정하는데 취지를 두고 있다. 미성년인 보호법⁶⁸⁾에 말하는 불량행위는 제14조에서 규정하였으며 다음과 같은 행위를 말한다.

- ① 학교가지 않거나 저녁에 숙소에 돌아오지 않는 행위
- ② 비수(匕首) 등 흉기로 될 수 있는 칼을 휴대하는 행위
- ③ 싸움 또는 구타, 타인을 쌍욕하는 행위
- ④ 억지로 다른 사람의 재물을 탈취하는 행위
- ⑤ 도적질 또는 고의적으로 재물을 훼손하는 행위
- ⑥ 도박 혹은 변상적인 도박에 참가하는 행위
- ⑦ 색정적이거나 음란한 음향제품을 듣거나, 독서물을 보는 행위
- ⑧ 법률, 법규가 미성년인의 출입을 금지하는 영업성가무청 등 장소에 출입하는 행위
- ⑨ 기타 사회공중도덕을 엄중히 어기는 불량행위 등이다.

66) 한상돈(2009), 현행 중국 감옥법의 입법 및 시행에 관한 소고, 122면.

67) 미성년인범죄예방법은 1999년에 만들어졌으며 미성년자의 범죄예방과 이를 위한 다양한 프로그램을 명문화하고 있다.

68) 미성년인보호법은 1991년에 만들어졌으며 미성년범인에 대한 처리원칙을 규정하고 있다. 즉 교정의 전과정에서 교육을 위주로 하고 징벌은 부차적으로 적용한다는 것이다.

중국에서는 14세미만의 미성년인이 저지른 범죄행위에 대해 그 행위자체를 형법상 범죄의 범주에 넣지 않고 있다. 때문에 14세미만인 미성년자인 경우 아무리 큰 사회위해성이 있는 행위를 저질러도 법적으로 소년죄범(少年犯, 민간에서는 소년범이라는 개념도 쓰고 있음)은 되지 않고 있다. 불량행위소년 혹은 불량소년이라는 용어가 더욱 합당할 것으로 보인다.

미성년인범죄예방법 제34조에서 말하는 엄중불량행위는 사회에 엄중히 위해를 끼쳤으나 형사처벌에는 도달하지 않은 아래와 같은 위법행위를 말한다.

- ① 무리지어 시비를 일으키며 사회치안을 교란한 행위
- ② 관제도구(管制刀具), 즉 비수 등 흉기로 될수있는 칼을 휴대하고 다니며 여러 번 교육받았으나 고치지 않는 행위
- ③ 여러차례 다른 사람의 길을 막고 구타하거나 강제를 타인의 재물을 탈취하는 행위
- ④ 음란적인 독서물 혹은 음향제품을 전파하는 행위
- ⑤ 음란행위를 하거나 색정, 매음활동을 하는 행위
- ⑥ 여러번 도적질 하는 행위
- ⑦ 여러번 도박을 하고 교육하여도 고치지 않는 행위
- ⑧ 마약을 섭취 또는 주사하는 행위
- ⑨ 기타 사회에 중대한 위해를 끼치는 행위를 말한다.

미성년자가 상술한 행위를 했을 경우에 치안관리처벌법에 따라 처벌한다(제37조). 미성년인이 16세미만으로 형사처벌을 할수 없을 때는 그의 부모 또는 후견인이 엄히 관리감독할 것을 명령(치안경찰)하고 필요할 때는 정부에서 수용교육(收容教育)할 수 있다(제38조).

미성년인이 중대한 불량행위를 저질러 경우 부모 또는 후견인, 혹은 학교의 신청에 따라 교육행정기관의 비준을 거친후 공독학교(工读学校)에 보내여 교정치료와 교육을 진행할수 있다(제35조).

<<중화인민공화국미성년인범죄예방법(预防未成年人犯罪法)>>에서 보다시피 10세로부터 16세 사이의 미성년범죄예방에 관한 규정과 위법행위가 발생한후(범죄라는 용어를 쓰지 않음) 다시말하면 불량행위와 중대한 불량행위를 저지른 후 행위

가 치안관리처벌에 도달했을 경우에는 工读학교 또는 정부수용교양(政府收容教养)의 방식으로 범죄행위(범죄학적 광의적의미)를 교정(矫正)하고 교육한다. 하지만 대부분 조항들이 원칙적이고 구체적인 방법과 절차가 아주 미흡하다. 工读학교 같은 경우는 일반적으로 규모이상(100만이상)의 도시에만 설립되어 있고 광대한 현급시에는 설치되어 있지 않다. 그리고 중대한 불량행위를 저지른 미성년자에 대한 정부수용교양에 관한 전문적인 법률도 아직은 공백상태이다. 때문에 소년법에 대한 교정관리와 교육에 관해 권위적기관(전국인민대표대회 상무위원회)에서 반포한 소년법의 출범이 매우 필요한 상태이다.

3. 교정관련 조직 · 시설 · 직원

가. 조직과 시설

1) 사법부 감옥관리국과 성(省) 감옥관리국

감옥관리국은 사법부⁶⁹⁾에 소속되어 있다. 감옥관리국은 전국감옥행정의 최종적인 책임을 지고 있다. 감옥행정관리방면의 규정 제정, 감옥법의 실시, 각성(省), 자치구(自治区), 직할시의 감옥사업에 대한 총괄적인 행정지도와 감독이 주요 업무내용이다.

부(部) 감옥관리국과 일선 감옥사이의 중간감독기관으로 각성(省), 자치구(自治区), 직할시의 성급감옥관리국이 설립되어 있다. 성급감옥관리국은 성사법청(省司法厅)의 한 개 부서인 동시에 부(部)감옥관리국의 업무상 지도를 받고 있다. 다시 말하면 대다수의 감옥은 각 성(省)감옥관리국의 직접적인 감독을 받고 있다. 省감옥관리국의 업무는 각 성 관할하의 감옥에 대한 감옥법의 실시, 감옥일상행정관리, 죄범교정(노동개조)과 교육, 감옥공무원관리 등의 업무가 주요 내용이다.

69) 사법부는 중앙인민정부인 국무원에 소속하는 부이다. 소관업무로는 사법행정조직의 정비, 대학 법학부 · 정법학원 등의 사법교육기관의 설치관리, 법률실무가의 양성, 감옥 등 교정시설의 관리, 법령 등의 법제지식 보급을 위한 선전교육, 사법관계 출판물의 감수, 사법 각기관 간부직원의 연수 및 국제법상 사법활동에의 참가 등이다.

2) 감옥

감옥은 자유형(유기도형, 무기도형), 사형집행유예2년의 집행과 노동개조를 실시하는 장소이다.

감옥내부의 조직체계는 감옥장과 부감옥장 아래에 대체로 총무과, 옥정(獄警)과, 생산관리과, 직업훈련과, 의료과 등으로 구성되어 있다.

2012년 4월25일 신화사(新華社)의 보도에 따르면 현재전국의 감옥총수는 681개소이며 감금되어있는 죄인 총수는 164만명이다.

3) 간수소(看守所)

간수소는 범죄혐의자(체포), 피고인등 미결수용자를 판결전까지 임시적으로 감금하는 장소이다. 여기에서 설명해야 할 것은 간수소는公安(公安)기간에 소속되어 있다는 점이다. 즉 미결범(未決犯)들은 형사정찰단계, 심사기소단계, 재판단계에 걸치는 법절차를 진행하여야 하므로 판결전까지는 사건관할구역내의 각현(市) 간수소에 구금되어 있다가 종심판결(중국은 유기, 무기도형은 2심 종심제를 실행함)이 내려진 후 집행통지서, 판결서에 근거하여 사법행정기관소속인 감옥에 이송하여 형벌을 집행한다.

판결이 사형판결일 경우 상소심(즉 2심)과 사형재심(死刑复核) 단계를 거친후 2심단계의 사형유지판결이 최고인민법원의 재심을 거쳐 판결에 문제없다는 판정을 받은 후 최고인민법원 법원장의 사형집행명령에 따라 간수소로부터 사형집행장에 이송한 후 법원의 사법경찰이 주사 또는 총살로 사형을 집행한다.

중국의 교정조직 운영상의 특징은 미결구금업무를 경찰조직인公安부에서 관리하고 있고, 미결구금시에도 강제노동을 부과하고 있다는 점이다.⁷⁰⁾

또한 구금시설의 모든 활동은 반드시 인민검찰원의 법률감독을 받아야 한다는 점이며 이러한 점은 중국 교정조직의 교정행정운영에 있어서 독립성 및 자율성을 확보하는 데 부정적인 영향을 미칠 수 있다.⁷¹⁾

70) 이영근(2009), 185면.

71) 이영근(2009), 186면.

4) 사회구역교정관리국(社区矫正管理局)

사법부속인 사회구역(지역사회)교정관리국은 전국의 사회구역내교정의 행정관리 기관이다. 2012년 1월에 반포한 <<사회구역교정실시방법>>의 규정에 따라 사회구역교정인원에 대한 보호관찰(감독관리), 사회구역내 의무노동, 직업기능배양, 심리간섭 등 사업의 총괄적인 관리를 책임지고 수행한다.

5) 기층사법소(司法所)

중국에는 한국과 같은 <<보호관찰소>> 명칭의 교정업무담당기구는 없지만 기층사법소(司法所)에서 법제선전, 기층민사분규(준사법성질)조정, 사회치안종합퇴치(綜合治理), 사회구역내교정사업 등 다양한 업무중의 하나로 보호관찰을 실시하고 있다. 하지만 전문인원과 자금의 부족으로 업무수행에 많은 애로를 겪고 있다.

6) 공독학교

공독학교(工读学校)는 특수교육학교로서 완전기숙제 반군대적인 관리를 하는 미성년인 특수교정학교이다. 만14세부터 16세사이의 위법 또는 범죄행위 소년중에서 고의살인, 고의상해중상 또는 사망, 납치, 강간, 마약판매, 독약투입 등 중대한 범죄행위외의 기타 범죄소년은 공독학교에 가서 일반적인 전일제全日制)교육을 받는 동시에 일정한 자유제한을 하면서 습관, 행위, 각종 틀린 의식을 바로 잡아주는 역할을 하고 있다. 학제는 2-3년이다. 공독학교에서는 사상교육, 지식교육, 직업교육을 시킨다.⁷²⁾

현재까지 중국에는 한국과 같은 소년분류심사원과 청소년비행예방센터가 건립되어 있지 못하다. 청소년들의 非行예방은 <<중화인민공화국미성년인보호법>>과 <<중화인민공화국미성년인범죄예방법>>에 의해 종합퇴치(綜合治理)를 원칙으로 하면서 가정, 학교, 법원, 검찰원, 공안국, 사회 등 여러분야의 협동을 강조하지만 구체적인 전문적 집행기구는 법적으로 없는 상태이다.

72) 유경희, 90면.

7) 미성년범 관리교육소

미성년범 관리교육소는 범죄소년에 대하여 관리하고 교육을 실시하는 전문기관으로서 교육개조의 형식의 일종이며 형벌집행기관이기도 하여 감옥과 같은 기능을 한다. 미성년범 관리교육소는 유기도형, 무기도형의 판결을 받은 14-18세의 미성년범과 16세 미만으로 인하여 형사처벌을 받지 않은 이유로 정부에서 수양·교양해야 할 미성년범을 대상으로 한다.⁷³⁾ 관련법으로 미성년범 관교소 관리규정이 있다.⁷⁴⁾

8) 수용교양소

14-16세 소년의 범죄행위가 형사처벌 기준에 도달되지 않는 경우 지도를 받아 새출발을 하게 하는 차원에서 소년에 대하여 정부에서 강제 수용교양을 시키는 교육기관이다.⁷⁵⁾

9) 노동교양소

만 16세의 심각한 위법행위가 있지만 형사처벌 기준에 도달되지 않는 소년에 대하여 실시하는 행정성 강제교육을 실시하는 교육기관이다. 교육기간은 1-3년이며 필요시 1년 연장한다. 교육대상은 살인, 강탈, 강간, 방화, 부녀모욕, 매음, 마약 흡입, 무리싸움, 사회치안질서 문란, 노동질서 파괴, 교육연구질서 파괴, 공무방해, 타인을 교사하여 범죄행위 유도 등을 행한 자로서 형사처분의 기준에 도달하지 않은 소년을 노동교양의 대상으로 삼는다.⁷⁶⁾

나. 직원

교정공무원의 정원, 직급, 채용, 승진, 교육훈련, 근무여건 및 복지 등 방면의 전문적인 교정공무원법은 없는 상태이다.

73) 유경희, 91면.

74) 한상돈(2008), 167면.

75) 유경희, 91면.

76) 유경희, 91면.

중국에서 교정공무원은 국가공무원일 뿐만 아니라 경찰유형중의 감옥경찰부류에 속하므로 공무원법, 감옥법과 경찰법의 조정(調整)을 받는다.

교정공무원(감옥경찰)의 정원은 2012년 4월까지 모두 30만명이다(신화사2012년 4월 28일 陈菲, 崔清新的의 보도). 직급은 5등 13급으로 나눈다. 채용과 승진은 감옥경찰의 현실적 수요에 근거하여 국가급 기간공무원, 성급 및성급이하 공무원 통일시험을 통하여 채용하며 승진은 경찰법과 감옥법의 규정에 따라 현재직무, 사업경력(년한), 업적 등을 결합하여 진행한다. 교육훈련은 각성(시) 사법청(국)의 훈련센터 또는 각성, 시 행정학원에서 법률과 교정업무에 관한 정기적, 비정기적 교육을 진행한다.

4. 교정기초통계

가. 교도소등 수용시설

2012년 4월 25일 신화사(新华社)의 보도에 따르면 현재전국의 감옥총수는 681개소이며 감금되어 있는 범죄인 총수는 164만명이다.

2014년 3월 10일에 진행된 제12기 전국인민대표대회 제2차 회의 <최고인민법원사업보고>에 의하면 2013년 각급법원에서 판결한 1심형사사건 재판건수는 95.4만건이며 판결한 죄범수는 115.8만명이다. 그중 살인, 강도, 납치, 폭발, 강간, 여성과 아동유괴, 흑사회성질 조직범죄 등은 25만건이며 판결한 죄범은 32.5만명이다. 절도, 사기갈취, 강탈범죄는 30.3만건이며 판결한 죄범은 39.8만명이다. 마약범죄 사건은 9.5만건이며 판결한 죄범은 9.9만명이다.

다단계판매, 밀수, 금융사기, 상업뇌물 등 경제범죄사건은 5만건, 판결한 죄범은 6.9만명이다. 공무원의 탐오수뢰, 직권남용 등 사건은 2.9만건, 판결한 죄범은 3.1만명이다.

나. 사회구역교정

법제망(法制网) 2012년 2월 14일 보도에서 사법부 부부장(副部长) 호적용(郝赤

勇)에 의하면 2011년 12월말까지 전국사회구역교정인원수는 88만여명에 달하며 이미 교정해제인원은 48.2만명이다. 현재사회구역 교정인원수는 48.2만명으로써 재범죄률은 0.2% 좌우로 공제되고 있다

5. 교정관련 이슈와 동향

가. 수용자 인권

중국에서도 90년대부터 인권의식이 점차 형성, 발전하면서 죄범들의 법률의식도 많이 강해졌다. 특히 2000년대에 들어서면서부터 국가에서 죄범들의 신소(申诉)사건에 대한 중시정도가 현저한 개선을 가져왔다. 전형적인 예로서 赵作海的 고의살인사건, 余祥林的 고의살인사건, 聂树斌의 고의살인강간사건 등이 최종적으로 무죄선고를 받은 것들이 그 사례이다.

나. 특이한 재소자관리

주요조치로는 장애인죄범, 노인죄범에 대한 복형능력(服刑能力)을 평가한후 그들을 노인, 장애인감옥구역에 안치하여 아주 경한 노동에 종사하게 한다.

또한 전염병, 알콜중독, 마약중독, AIDS환자와 같은 특수죄범들의 관리문제에 대응하여 상대적인 격리구역을 만들어 놓고 전문의사를 배치하여 치료를 진행함과 동시에 특수죄범들에게 그에 알맞는 경한 노동을 안배하고 심리상담, 적극적인 심리간섭 등을 통하여 그들이 교정에 안심하고 정상적인 심리상태로 사회에 복귀하는데 주요목적을 두고있다. 예를들면 남경감옥에서는 AIDS환자특수감옥구역을 배치하고 전문의사의 의료방조, 감옥경찰들의 죄범과의 정상적인 상담교육과 일상생활관심 등 교정에 유익한 많은 일들을 하였다는 보도가 중국신문망(中国新闻网 2014년 7월 24일)에 소개되었다.

다. 감옥학회

중국에서 감옥 관련 연구 단체로서 중국노개법학회가 1985년 중국법학회 소속으로 발족되었다. 초기에는 노개법학의 연구를 중심으로 하다가 점차 연구영역과 대상이 넓어져 심리학, 교육학, 사회학, 경제학 등 여러 학문의 영역으로 발전하여 이제는 법학의 범위를 벗어나게 되었다.⁷⁷⁾

1993년에는 중국감옥학회를 창설하여 독립적 법인 자격을 가진 학회가 되었다. 중국감옥학회는 노개법학, 범죄자개조심리학, 사회복귀학, 노개경제관리학, 감옥역사학 등 10개 분과와 전문위원회가 설립되어 있다. 중국감옥학회의 설립에 따라 전국 각 성·시에는 감옥학회를 설립되었다. 중국감옥학회는 감옥 전현직 실무자와 대학교 교수, 전문가로 구성되어 있다.

6. 구금시설에서 범죄자 관리를 위한 제도

가. 의료처우

중국의 감옥법 제54조에 의하면 감옥은 필요한 의료시설과 제도를 갖추어야 하며 수형자들에 대한 의료보전은 감옥 소재 지역의 의료예방계획에 포함시켜야 한다고 명시하고 있다. 이 규정에 따라 중국에서는 수용자의 의료처우를 인근 사회의 의료와 거의 동등한 수준으로 실시하고 있다. 그리하여 수용자 150명당 의사 1인을 배치하도록 되어 있고 각 감옥당 준종합병원 수준의 의사와 교정직원이 배치되어 있다고 한다. 이것은 의사를 비롯한 의료인력이 공무원의 신분을 가지고 있는 중국의 사회주의 국가의 체제 특성 때문에 가능한 사항으로 보인다.⁷⁸⁾

나. 외부교통

1) 접견과 서신

중국에서는 수감기간중 그 가족 또는 후견인과 만날 수 있다고 감옥법 제48조

77) 楊世光, 中國 監獄 및 監獄學會 現況 참조.

78) 이영근(2009), 172면.

에 명시하고 있으며, 서신교환은 검열을 받고 교환할 수 있다고 규정하고 있다.

그리하여 모든 감옥들에서 죄범들의 한달에 한번씩의 <<친속회견일>>은 이미 제도화 되고 있다. 중국의 접견은 한국에 비해 자유스럽게 운영되고 있다고 하는데, 접견시 직원이 입회를 하지 않고 있으며⁷⁹⁾ 부부특별접견제도도 한국보다 훨씬 일찍 시행되고 있었다는 점은 특이할만한 사항이다.⁸⁰⁾

감옥내에서 외부와의 서신은 검열을 받지만 수형자가 상급감옥관리국, 인민법원 및 인민검찰원 등에 발송하는 서신은 검열을 받지 아니한다고 규정되어 있다(감옥법 제47조-제48조).

2) 전화사용

감옥경찰(교도관)의 허가를 받으면 지정된 전화로 외부의 친척, 친구들과 통화를 할 수 있다.

다. 직업훈련

중국은 ‘개조 제1 생산 제2’라는 이념하에 감옥을 공장화하고 수용자를 직공화하여 교도작업의 생산성이 매우 높은 것으로 알려져 있다.⁸¹⁾

전국 감옥마다 공장과 농장이 운영되고 있다. 노동개조를 하면서 이와 관련되는 직업훈련과정이 필수적이다. 예를 들면 모 감옥에서 가방을 주로 만든다면 가방제조방면의 직업훈련이 필수적인 것이다.

이밖에 출감후의 재취업을 위하여 감옥내에서 외부의 전문가를 청하여 요리사, 용접공, 건축공, 전기공, 자동차수리 등 다양한 분야의 기능양성프로그램이 실시되고 있다.

79) 감청은 하고 있다. 이영근(2008), 28면.

80) 이영근(2009), 170면.

81) 이영근(2009), 167면.

라. 교육교화

중국의 교정교육은 수형자들을 상대로 법제 · 도덕 · 시사 등 내용이 포함된 사상교육을 진행하고 있다.⁸²⁾ 수형자의 수준에 따라 문맹퇴치교육, 초등교육 및 중등전문교육 등 학과교육을 실시하며 해당시험에 합격한 자에 한하여 학력증명서를 발급하고 있다. 일반적으로 중국의 교정교육은 사회주의 국가의 특성상 이념적 · 사상적 측면을 강조하는 것이 특색이다.⁸³⁾

1) TV시청 및 라디오 청취, 신문열람

감옥내의 휴식(作息)제도는 다른 국가와 비슷하다. 하루 노동을 마친후 취침전까지 규정된 휴식시간내에 감방에서 TV신청, 라디오 청취, 신문열람은 자유이다.

2) 음악, 미술, 원예 등 문화프로그램

감옥내의 문화생활을 하기 위하여 주말, 명절날에는 음악, 미술, 원예 등 다양한 활동을 조직적으로 진행하고 있다.

3) 사회복귀지원

수형자의 사회복귀를 지원하기 위하여 앞서 언급한 직업훈련과 심리상담을 하고 있다.

7. 중국에서 사회구역교정의 실시현황과 문제점

가. 사회구역교정의 정의와 배경

사회구역교정이란 사회구역교정의 조건에 부합하는 범죄자를 지역사회에서 관리하게 하고 국가 기관이 관련 사회단체 · 조직 및 지원자의 도움으로 범죄자의 범

82) 양세광저 62면

83) 이영근(2009), 169면.

죄심리와 악습을 교정하여 순조롭게 사회에 복귀하도록 하는 비감금 형벌집행방법이다. 지역사회교정에서는 비교적 범죄행위가 가볍고 사회위해성이 크지 않은 범죄자 혹은 감옥에서 개조되어 사회위해성이 크지 않은 범죄자를 대상으로 지역사회에서 관리를 하고 교육을 하며 개조사업을 하는 것을 말한다.

중국에서는 개혁과 개방 이후 범죄와 재범률의 증가를 맞이하게 되었고 이에 따라 감옥 수감자가 해마다 늘어나게 되었다. 그리하여 1990년대부터 사회구역교정에 관한 관심을 가지고 되었고, 2002년에는 북경과 상해를 시범지역으로 지정하여 사회구역교정이 실시되었다. 2006년에는 중국공산당 중앙위원회에서 사회구역교정을 적극적으로 추진한다는 방침을 세웠고 2007년에는 전국 24개 성·시에서 사회구역교정이 실시되는 등 사회구역교정이 정착되어 가고 있다.⁸⁴⁾

사회구역교정의 근거는 최고인민법원, 최고인민검찰원,公安부, 사법부가 2003년 7월에 공동으로 마련한 <사회구역교정 시범업무 전개에 관한 통지>(이하 ‘통지’라고 한다)와 최고인민법원, 최고인민검찰원,公安부, 사법부가 2012년 1월 10일에 공동으로 마련한 <사회구역교정실시방법(社区矫正实施办法)>(이하 ‘방법’이라고 한다)인데 이하에서는 이 두가지를 중심으로 중국의 사회구역교정에 대해 살펴보고자 한다.

나. 2003년의 통지

1) 사회구역교정의 목적

통지에 의하면 사회구역교정의 목적은 ① 사회화 교육을 통하여 범죄자가 사회에 복귀하여 원만하게 적응하도록 하고 ② 지역주민의 법의식과 책임감을 높이며 ③ 범죄를 예방하여 사회안정을 유지하는데 목적이 있다.

2) 적용범위

지역사회교정의 적용범위는 관제판결을 받은 자,⁸⁵⁾ 유예선고를 받은 자, 임시감

84) 한상돈(2008), 163면.

85) 중국에는 형법 이외에도 치안관리처벌법이 있어 두 법률이 모든 범죄행위를 커버하고 있다. 형법상

외집행을 받은자,⁸⁶⁾가석방자, 정치권리를 박탈당하고 사회에서 수형중인 자 등 5가지에 한한다. 이상과 같은 5가지에 해당하는 자중에서 범죄행위가 가볍고 주관적 악성이 크지 않은 미성년자, 노약자, 장애가 있는 자여야 한다. 그리고 범행이 비교적 가벼운 초범이나 과실범에 대해서도 가급적 지역사회교정을 실시하도록 권장하고 있다.

3) 임무

통지에 의하면 사회구역교정의 임무는 3가지이다.

- ① 지역사회 수형자에 대한 관리와 감독을 강화하여 형벌의 순조로운 집행을 보장한다.
- ② 수형자에 대한 사상교육, 법제교육, 사회공중도덕 교육을 강화하려 불량한 심리와 행위를 교정하고 법을 지키는 시민이 되게 한다.
- ③ 수형자가 취업, 생활, 법률, 심리 등의 면에서 겪는 어려움과 문제를 해결해 주어 순조롭게 사회생활에 적응할 수 있도록 한다.

4) 유관기관의 업무 기제

통지에서는 각 국가기관의 역할에 대해 다음과 같이 요구하고 있다.

인민법원에서는 비감금형 조치와 감형, 가석방 등을 충분히 활용하여 범죄자가 개조될 수 있도록 한다. 비감금형, 감형, 가석방을 실시함에 있어서 지역사회 교정 관련기관의 의견을 구할 수 있다.

인민검찰원에 대해서는 법률감독과 형집행감독을 강화하여 사회구역교정이 공정하게 진행되도록 한다.

사법행정기관에서는 관련기관과 지역사회의 기층을 조직하여 사회구역교정 시범사업을 전개하고公安기관과 협력하여 지역사회수형자에 대한 감독과 관찰을 잘

범죄 성립 기준에 미달하는 경우는 치안관리처벌법을 적용해 관제형(구금하지 않고公安기관이 군중의 감독에 의지해 3개월에서 2년간 범죄자를 개조하는 형벌)에 처한다.

86) 중국형사소송법 제214조에 의하면 감외집행을 받는 경우는 ① 심각한 질병이 있어 보석치료가 필요한 자 ② 임신중이거나 혹은 자신의 아기를 수유해야 하는 여성 ③ 생활을 스스로 관리하지 못하는데 잠시 감외집행을 하여도 사회위해를 초래하지 않은 자 등 3가지가 있다.

하도록 하였다. 또한 가도, 향진 사법소는 구체적으로 지역사회교정의 일상관리업무를 담당하도록 하였다.⁸⁷⁾

감옥관리기관은 가석방 조건에 부합하는 자는 즉시 인민법원에 보고하여 가석방 판정을 받는 등 지역사회 교정업무에 적극적으로 협조하도록 하였다.

공안기관에 대해서는 사법행정기관에 협력하여 지역사회 수형자의 감독·관찰을 강화하고 감독·관찰 규정을 위반한 지역사회 수형자에 대해서는 구체적 상황을 고려하여 필요한 조치를 취하고 다시 범죄를 저지른 수형자는 즉시 법에 의해 처리되도록 하였다.

5) 성과와 실시과정에서 나타난 문제점

중국에서 사회구역교정을 실시하면서 거둔 성과는 다음과 같다.

① 사회구역교정의 시행과 관련된 법규정이 마련되었다. 각 지역에서는 시범업무를 제도화하기 위하여 지방법규 성격의 문건을 마련하였다.

② 사회구역교정을 위한 협력조직체가 구축되었다. 북경시의 경우 정법위원회, 사법국, 사법소 등 관련기관을 사회구역교정을 추진하는 협력조직체로 구성하였다. 정법위원회가 시범업무의 추진방향과 방침을 정하고 사법국은 업무를 실질적으로 담당하며, 지역내 사법소는 구체적으로 세부사항을 집행하도록 하였다.

③ 각 지역에 사법소가 설치되었고 전문교육프로그램이 개발되었다. 사법소는 사회구역교정을 위한 기본적인 조직이 되며, 직업훈련과 취업지도를 위한 프로그램과 시설이 만들어 졌다. 그리고 대상자를 위한 개별 교정관리기록과 정기상담 및 전문가의 개별상담 등이 이루어졌다.

④ 사회구역교정을 실시하는 과정에서 각 지역의 민간단체와 협조체계를 구축하였다.

그러나 이러한 성과에도 불구하고 중국에서 사회구역교정을 실시하는 과정에서 다음과 같은 문제점도 나타나고 있다.

먼저 통지에서는 사회구역교정의 실시와 절차에 관하여 구체적으로 규정하지

87) 중국에서 사법행정기관(司法行政机关)이란 법원, 검찰원 등 사법기관외에 전문적으로 법률보급선진, 기층사법분류조정, 사법고시관리, 사법감정(鉴定), 변호사와 공증사감독관리, 감옥행정관리(성급이상기관)등을 책임진 정부의 한개 직능기관을 말한다.

않아 실무자들이 무엇을 어떻게 해야 할지 모르는 경우가 많다. 사회구역교정의 방식, 내용, 절차, 추진기구, 인원편제, 재정, 대상자의 권리의무 등을 규정하는 입법이 필요하다.

그리고 사회구역교정은 법원, 검찰원,公安기관, 사법기관, 감옥 등이 협력해서 실시해나가야 하는데 각 기관의 권리의무와 관련기관간의 업무부담이 명백하지 않다. 특히 지역사회내에서 公安기관과 사법기관이 범죄자를 공동으로 관리하기 때문에 기관간의 업무충돌 현상이 생긴다. 이러한 현상을 타파하기 위하여 사법부에 전국의 사회구역교정을 총괄하는 기구를 신설하고 이러한 총괄기구가 일선기관인 사법소를 직접 관장함으로써 사회구역교정업무를 통일되고 집중적으로 전개할 수 있다.

그밖에 사회구역교정업무를 위한 인력과 예산이 부족한 것도 큰 문제점으로 지적되고 있고, 사회구역교정의 대상범위가 적은 것도 문제되고 있다.

다. 2012년 사회구역교정실시방법

2011년 2월 25일 제11기 전국인민대표대회상무위원회 제19차 회의에서 <<중화인민공화국형법수정안(8)>>이 통과되었다. 본 수정안에서 처음으로 명확히 법에 따라 사회구역교정을 실행할 것을 규정하였다. 이는 중국 사회구역교정사업에서 이정표적인 의의가 있는 사건이다.

상술한 회의정신에 따라 2012년 1월 10일 최고인민법원, 최고인민검찰원, 公安부, 사법부에서는 연합발표문의 형식으로 <<사회구역교정실시방법>>을 발표하였다.

<<사회구역교정실시방법(아래에 방법이라 약칭함)>>은 행정법규지만 그 내용은 대한민국의 보호관찰법과 유사하다. 방법은 모두 40조로 구성되었다. 그 주요 내용은 사회구역교정실시의 근거법(형법, 형사소송법), 책임실시기관, 실시절차, 미성년자사회구역교정시의 규정 등이다.

방법에 규정된 내용을 볼 때 사회구역교정인원에 대한 감독관리와 교육이 주요 내용이다. 보호관찰대상자에 대한 보고제도(제11조), 특정장소출입금지제도(제12조), 거주지제한 거주지를 잠시 떠날 때의 청가제도(제13조), 거주지변경신청비준제도(제14조)가 보호관찰조치로 있으며 매달 사회구역내에서의 최저 8시간이상

의 사회구역복무제도(16조)가 사회봉사활동에 관한 규정이며 사회구역교정인원의 개별적 심리교정교육과 직업기능에 관한 규정은 제17조와 제18조에 원칙적인 규정이 있다.

2012년 3월 1일부터 정식 실행한 본 방법은 사회구역교정사업의 법제화와 제도에 적극적인 효력을 발휘하고 있다. 하지만 사회구역교정에서 교정공무원의 인사 배치, 재정예산자금의 부족, 관리감독방식의 다양성의 부족 등이 문제점으로 두드러지게 나타나고 있다. 때문에 <<사회구역교정법>>의 제정이 필요한 상황이다.

제2절 한국

1. 교정의 정의와 목적

가. 교정의 개념

한국에서 교정(矯正, correction)이라는 용어의 정의에 대해서는 아직 합의된 상태는 아니라고 보아야 한다. 사람마다 교정을 다른 의미로 사용하여 혼란스러운 상태라고 보여진다. 과거 한국에서는 자유형의 집행을 하기 위해 범죄자를 구금하는 시설을 형무소(刑務所)나 監獄이라고 하였는데 교정주의 이념을 구현하고자 1961년 형형법 개정에서 형무소라는 명칭을 버리고 교도소(矯導所)로 부르게 했으며, 종전의 형무관이라는 명칭도 교도관으로 부르기로 하였다.

그리하여 오늘날에도 교정이라고 하면 교도소를 연상하고 구금시설에서 범죄자를 관리하는 것이 교정이라고 이해하는 경향이 강하다.⁸⁸⁾

그리고 한국에서는 종래 주로 실무상에서 ‘교정’이라는 용어와 함께 ‘보호(保護)’라는 용어도 사용하여 왔다. 원래 ‘보호’란 용어는 소년범 처우와 관련된 용어이다. 즉 ‘보호처분(保護處分)’과 같이 소년에 대해서는 형벌보다는 보호적 조치가 우선해야 한다는 점을 강조하기 위한 것이었다.

교정과 보호라는 용어 사용과 함께 시설에 수용된 범죄자를 관리하는 것을 시설

88) 교도소에서 근무하는 공무원을 교정공무원이라 하고 있다.

내 처우라고 하고 보호관찰과 같이 사회내에 있는 범죄자를 관리하는 것을 사회내 처우라고 하면서 서로 구별하는 경향이 있다.

그러나 교정과 보호, 시설내 처우와 사회내 처우와 같은 용어를 사용하여 온 것은 한국에서 법무부 조직이 오랫동안 교정국과 보호국⁸⁹⁾으로 나누어져 온 것과 관련이 있다. 즉 부서간의 업무 영역을 명확히 구분하기 위하여 이러한 용어를 만들어서 사용한 측면이 있는 것이다.

그러나 이러한 용어사용이 적절한 것인지에 대해서는 검토가 필요하다. 교정과 보호를 구분하는 것은 범죄자처우를 담당하는 기관을 기준으로 한 구분에 불과하고 그 실질적인 기준을 찾기는 어렵다.

미국 등 외국에서는 교정(correction)의 의미를 시설내 교정과 사회내 교정을 포괄하는 넓은 의미로 이해하고 있으며, 이에 따라 한국에서도 교정의 개념을 점차 확장해 나가는 추세에 있다고 생각된다.⁹⁰⁾

형벌이든 보안처분이든, 보호관찰이든간에 그 목적은 범죄자의 사회복귀와 재범 방지에 있다는 점에 있어서는 동일하고, 범죄자관리의 전과정을 연속적 · 통일적 관점에서 파악한다는 점에서 교정의 개념을 넓게 이해하는 것이 타당하다.

그리고 교정이라는 용어는 형사정책(刑事政策)이라는 용어와는 구별되어야 한다. 형사정책은 범죄의 원인과 대책에 관한 것으로 형사입법을 비롯하여 수사 · 재판 · 형집행 등 범죄방지를 목적으로 하는 국가의 모든 활동을 포함하는 것이다. 그러나 교정은 재판 이후에 형사처분의 집행을 받은 자를 대상으로 한다는 점에서 형사정책과는 차이가 있다. 즉 교정은 형사정책의 영역중에서 형사처분의 집행을 받은 자를 관리하는 문제와 관련된 영역이라고 할 수 있다.

89) 지금의 범죄예방정책국을 말한다.

90) 한국에서 교정이란 용어는 그 의미의 광협에 따라 다음과 같이 4가지로 분류하는 견해가 있다. 가장 좁은 의미(최협의)로는 자유형(징역, 금고, 구류)을 집행하는 것을 말한다. 좁은 의미(협의)의 교정은 최협의의 교정에 미결구금(未決拘禁)을 포함한다. 넓은 의미(광의)의 교정은 협의의 교정에 보호감호나 치료감호와 같은 자유박탈적(구금성) 보안처분을 포함하며, 가장 넓은 의미(최광의)의 교정은 광의의 교정에 보호관찰, 갇생보호 등 사회내 처우를 포함한다.

나. 교정의 목적

한국에서는 교정의 개념과 마찬가지로 교정의 목적에 대해서도 합의된 견해는 없다. 다만 자유형의 집행에 관한 대표적인 법률인 형집행법(형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률) 제1조에서는 「이 법은 수형자의 교정교화와 건전한 사회복귀를 도모하고, 수용자의 처우와 권리 및 교정시설의 운영에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다」고 규정하여 범죄인 교정교화와 사회복귀를 교정의 주된 목적으로 하고 있음을 명백히 하고 있다.

다. 교정학의 인접학문

교정을 연구대상으로 하는 학문을 교정학(矯正學)이라고 한다. 교정학은 범죄와 범죄인을 연구하는 경험과학(존재과학)의 성격을 가지고 있으나, 교정관계 법령과 제도를 연구하는 규범학으로서의 성격도 가지고 있다.⁹¹⁾

교정학이 생겨나기 이전에는 형의 집행을 규범적 관점에서 연구하는 행형학이 있어 왔으나,⁹²⁾ 오늘날에는 행형학 보다는 교정학이 교정에 관한 주된 학문이 되고 있는 것으로 보인다. 교정학은 법학, 사회학, 범죄학, 심리학, 사회복지학, 교육학 등 다양한 학문 영역이 관련되는 종합적인 학문이다. 그리고 교정학의 인접학문으로 교정복지학,⁹³⁾ 교정심리학, 교정교육학 등 인접학문이 나타나고 있으나,⁹⁴⁾ 경찰·검찰·법원 등 형사사법의 다른 영역과 비교할 때 교정학과 그 인접학문에 대한 연구는 아직 활성화가 부족한 상태이다.

91) 허주옥(2010), 교정보호학, 17면.

92) 독일에서는 행형학(Gefängniskunde)이 발달되어 독자적인 영역을 구축하고 있다. 허주옥, 14면.

93) 교정복지학은 개별사회사업(Casework), 집단사회사업(Group Work), 지역사회사업(Community Work), 사례관리(Case Management)와 같은 사회복지실천방법론을 활용하여 비행청소년이나 범죄자의 재활을 돕고자 하는 학문이다.

94) 교정심리학에서는 범죄심리학은 물론, 아동·청년·교육·임상·사회 등의 심리학 뿐만 아니라 정신의학·사회학 등의 학문이 이용된다.

2. 교정관련 법령

가. 형집행법

한국에서 형집행법(형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률)은 시설내 교정에 관한 가장 대표적인 법률이다. 형집행법은 수형자의 교정교화와 건전한 사회복귀를 도모하고, 수용자의 처우와 권리 및 교정시설의 운영에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하고 있다(제1조). 형집행법은 5편으로 나누어져 있으며⁹⁵⁾ 전문 133조와 부칙으로 되어 있다.

나. 형법 및 형사소송법

형법 제3장(형)에서는 형의 경중과 종류(제1절), 형의 선고유예(제3절), 형의 집행유예(제4절), 형의 집행(제5절)에 관해 규정하고 있으며, 형사소송법에서는 제5편에서 재판의 집행에 관해 규정하고 있다.

형법에서는 형벌로서 자유형과 사형에 관해 규정하고 있다. 이 중 자유형은 범인의 자유를 박탈하는 형벌이며, 징역, 금고, 구류의 세가지가 있다(제41조). 금고는 강제노동(定役)에 의무적으로 복무하지 않는 점에서 징역과 구별된다. 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 1개월 이상 30년 이하로 한다. 단, 유기 징역 또는 유기금고에 대하여 형을 가중하는 때에는 50년까지로 한다(제42조). 그리고 구류는 1일 이상 30일 미만이다(제46조).

사형은 범죄인의 생명을 박탈하여 그 사람을 사회로부터 영구히 제거시키는 형벌이다. 사형은 교도소 내에서 교수(絞首)하여 집행한다(형법 제66조).⁹⁶⁾ ⁹⁷⁾

95) 제1편 총칙, 제2편 수용자의 처우, 제3편 수용의 종료, 제4편 교정자문위원회 등, 제5편 벌칙으로 되어 있다.

96) 법무부장관은 판결이 확정된 날로부터 6월 이내에 집행의 명령을 하여야 한다(제465조). 법무부장관의 집행명령일로부터 5일 이내에 사형을 집행하여야 한다(형사소송법 제466조). 임신중인 여성(妊婦)에 대하여는 법무부장관의 명령으로 사형집행을 정지하고, 회복 또는 출산 후에 집행한다(제469조). 18세 미만인 소년에 대하여는 사형을 과하지 않는다(소년법 제59조).

97) 사형폐지를 주장하는 대표적인 단체인 국제앰네스티에서는 매년 연례보고서를 통해 사형선고와 사형집행 현황을 공표하고 있다. 한국은 1997년 이후 사형집행이 중단되어 10년 이상 사형집행이 없는 국가인 실질적 사형폐지국으로 분류되었으며, 법률적·실질적으로 사형제도를 폐지한 국가는

다. 소년법

소년법은 반사회성이 있는 소년의 환경 조정과 품행 교정을 위한 보호처분 등의 필요한 조치를 하고, 형사처분에 관한 특별조치를 함으로써 소년이 건전하게 성장하도록 돕는 것을 목적으로 하고 있다(제1조).

소년법은 정신발육이 미숙하고 성인범보다 교화 등이 용이하며, 범죄의 습성도 깊지 아니하다. 그러므로 소년사건은 보호사건과 형사사건으로 나누어 특별한 취급을 하고 있다. 소년법에서는 19세 미만의 자를 소년으로 규정하고 있다.

19세 미만의 소년은 일반형사처벌과 소년보호처분이 선택적으로 적용된다. 그러나 10세 이상 14세 미만은 형사처벌은 불가능하고 소년보호처분만이 가능하다. 소년법에서는 보호처분으로서 10가지를 규정하고 있다(제32조 1항).

1. 보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호 위탁
2. 수강명령
3. 사회봉사명령
4. 보호관찰관의 단기(6개월) 보호관찰
5. 보호관찰관의 장기(2년) 보호관찰
6. 「아동복지법」에 따른 아동복지시설이나 그 밖의 소년보호시설에 감호 위탁
7. 병원, 요양소 또는 보호소년법에 따른 소년의료보호시설에 위탁
8. 1개월 이내의 소년원 송치
9. 단기(6개월 이내) 소년원 송치
10. 장기(2년 이내) 소년원 송치

라. 보호소년법

보호소년법(보호소년 등의 처우에 관한 법률)은 보호소년 등의 처우 및 교정교육과 소년원과 소년분류심사원의 조직, 기능 및 운영에 관하여 필요한 사항을 규정하고 있다(제1조). 보호소년법은 6장으로 나누어져 있으며 전문 53조와 부칙으로 되어 있다.⁹⁸⁾

2010년 기준 139개국으로 늘어났다.

마. 치료감호법

치료감호법은 심신장애 상태, 마약류·알코올이나 그 밖의 약물중독 상태, 정신 성적 장애가 있는 상태 등에서 범죄행위를 한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 적절한 보호와 치료를 함으로써 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진하는 것을 목적으로 하고 있다(제1조). 전문 52조와 부칙으로 되어 있다.⁹⁹⁾

치료감호대상자가 치료감호를 받을 필요가 있을 경우 검사가 정신과 전문의의 진단이나 감정을 참고하여 관할 법원에 청구하고(제4조), 법원이 이를 심리하여 치료감호를 선고함으로써 행해진다(제12조). 치료감호기간은 심신장애 및 정신성적 장애의 경우에 15년, 마약, 알코올 등의 물질의 중독에 의한 경우에 2년을 초과할 수 없다(제16조). 치료감호와 형이 병과된 경우에는 치료감호를 먼저 집행하며 이 경우 치료감호의 집행기간은 형집행기간에 포함한다(제18조).

치료감호심사위원회는 피치료감호자에 대하여 치료감호 집행을 시작한 후 매 6개월마다 치료감호의 종료 또는 가종료 여부를 심사·결정하고, 가종료 또는 치료위탁된 피치료감호자에 대하여는 가종료 또는 치료위탁 후 매 6개월마다 종료 여부를 심사·결정한다(제22조).

바. 위치추적법

위치추적법(특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률)은 특정 범죄자의 위치를 확인할 수 있는 전자장치를 신체에 부착하게 하는 조치를 취함으로써 특정범죄로부터 국민을 보호함을 목적으로 하고 있다. 위치추적법은 6장으로 나누어져 있으며, 전문 39조와 부칙으로 되어 있다.¹⁰⁰⁾

동법에 규정된 전자감독제도(위치추적 전자감독제도)는 성폭력범죄자, 미성년자

98) 제1장 총칙, 제2장 수용·보호, 제3장 분류심사, 제4장 교정교육 등, 제5장 출원, 제6장 보칙으로 되어 있다.

99) 제1장 총칙, 제2장 치료감호사건의 절차 등, 제3장 치료감호의 집행, 제4장 피치료감호자의 처우와 권리, 제5장 보호관찰, 제6장 치료감호심사위원회, 제7장 보칙, 제8장 벌칙으로 구성되어 있다.

100) 제1장 총칙, 제2장 징역형 종료 이후의 전자장치 부착, 제3장 가석방 및 가종료 등과 전자장치 부착, 제4장 형의 집행유예와 부착명령, 제5장 보칙, 제6장 벌칙으로 되어 있다.

유괴범죄자, 살인범죄자, 강도범죄자 등 특정범죄자에 대한 위치추적과 보호관찰관의 밀착 지도감독에 의해 재범을 억제하기 위한 제도이다. 형기종료자, 가석방자 등에 대해 검사의 청구에 의해 법원이 선고하며, 신체에 부착된 전자 팔찌와 휴대용 추적 장치 및 가택 감독 장치 간의 통신으로 위치를 파악하고 관련 정보를 관제센터로 송신하여 위치를 알 수 있도록 한다.

3. 교정관련 조직 · 시설 · 직원

가. 조직과 시설

1) 법무부 교정본부

가) 교정본부와 지방교정청

교정본부는 법무부에 소속되어 있다. 자유형, 사형, 미결구금 등의 집행을 담당하며, 교도소와 구치소 등의 운영을 총괄한다.

법무부 장관과 차관 밑에 교정본부장이 있고, 교정본부장을 보좌하는 교정정책단장, 보안정책단장이 있으며 그 밑으로 7개과(교정기획과, 보안과, 직업훈련과, 사회복귀과, 분류심사과, 의료과, 복지과)가 있다.

교정본부장과 일선기관 사이의 중간감독기관으로 4개 지방교정청(서울지방교정청, 대구지방교정청, 대전지방교정청, 광주지방교정청)이 있다.

2013년 4월 현재 전국에는 교도소 36개, 구치소 11개, 지소 3개 등 총 50개의 교정시설이 있다.

나) 교도소

교도소는 자유형의 집행과 교정처우를 하는 시설이다. 그러나 부수적으로 미결수용자를 수용, 처우하는 경우도 있고, 사형수를 수용하고 사형을 집행하기도 한다.

교도소의 조직은 일정하지는 않으나 대체로 소장과 부소장 아래에 총무과, 보안과, 분류심사과, 직업훈련과, 사회복귀과, 복지과, 의료과로 구성되어 있다.

다) 구치소

구치소는 피의자나 피고인 등 미결수용자를 구금하여 재판이 종결되기 전까지 수용하는 시설이다. 그러나 구치소에서도 기결수가 일부 수용되어, 시설 운영에 필요한 작업을 수행하고 있다.¹⁰¹⁾

구치소는 대체로 소장과 부소장 아래에 총무과, 보안과, 분류심사과, 출정과, 수용기록과, 민원과, 사회복지과, 복지과, 의료과를 두고 있다.

2) 법무부 범죄예방정책국

가) 범죄예방정책국

범죄예방정책국은 법무부에 소속되어 있다. 보호관찰, 사회봉사명령, 수강명령, 전자감독 등의 집행을 담당하고 소년원과 치료감호소 등의 운영을 총괄하는 기관이다.

법무부장관과 차관 밑에 범죄예방정책국장이 있고 그 밑에 범죄예방기획과, 보호법제과, 소년과, 보호관찰과, 범질서선진화과의 5개과를 두고 있다.

나) 보호관찰소

보호관찰소는 보호관찰, 사회봉사, 수강명령, 갱생보호 등 사회내 교정업무를 담당하는 시설이다. 보호관찰소에서는 이밖에도 전자감독을 비롯하여 판결전 조사 등 각종 조사업무를 수행하고 있다.

2013년 4월 현재 서울, 광주, 부산, 대전, 대구 등 광역시에 17개 본소가 설치되어 있고, 그 사무 일부의 처리를 위해 서울서부지소, 정읍지소 등 40개의 지소가 설치되어 있다.

다) 소년원

소년원은 소년법 및 보호소년법에 따라서 가정법원 및 지방법원 소년부의 보호처분에 의하여 송치된 소년을 수용하는 시설이다. 교과교육, 직업능력 개발훈련,

101) 미결수용자와 수형자는 수용 목적이 다르기 때문에 각각 별개의 시설에서 수용하는 것이 바람직하다. 다만 국가의 재정형편상 전국에 걸쳐 필요한 만큼의 구치소를 설치하기가 어렵기 때문에 일부 지역에서는 교도소를 미결수용시설로 활용하고 있다.

의료·재활교육 등을 통하여 사회복귀를 지원하고 있다.¹⁰²⁾ 소년원은 원장 아래에 서무과, 교무과, 분류보호과, 의무과로 구성되어 있다.

라) 소년분류심사원

소년분류심사원은 법원(가정법원 소년부 또는 지방법원 소년부)이 위탁한 소년을 수용하여 그 자질을 분류심사하는 시설이다. 분류심사는 의학·심리학·교육학·사회학·사회사업학 등의 전문적인 지식과 기술에 근거하여 소년의 신체적·심리적·환경적 측면을 조사·판정한다. 서울소년분류심사원이 있으며, 소년분류심사원이 설치되지 아니한 지역에서는 소년원에서 소년분류심사원의 업무를 행한다(보호소년법 제52조).

마) 청소년비행예방센터(대안교육센터)

청소년비행예방센터(대안교육센터)는 법원·검찰청·보호관찰소·학교 등에서 의뢰한 위기청소년에 대한 인성교육 및 부모 등에 대한 보호자 교육, 법원 소년부 또는 검찰청으로부터 의뢰된 비행청소년에 대하여 비행원인 진단을 위한 상담조사 또는 결정전 조사, 지역사회 청소년의 각종 심리검사 또는 결정전 조사를 실시하는 시설이다. 부산, 대전, 광주 등에 6개가 설치되어 있다.

바) 치료감호소

치료감호소는 정신질환 범법자를 수용, 치료하는 정신병원의 기능을 가진 수용기관이자 법원·검찰·경찰로부터 형사피의자의 정신감정을 의뢰받아 수행하는 시설이다. ‘국립법무병원’이라는 명칭을 함께 사용한다.

치료감호소는 소장 아래에 의료부 8개과(일반정신과·사회정신과·특수치료과·감정과·신경과·일반진료과·간호과·제약과)와 약물중독재활센터 2개과(교육관리과·중독진료과), 서무과, 감호과 등을 두고 있다.

102) 소년원은 소년원법에서 규정하여 오다가 2007년 일부개정을 통해 보호소년법(보호소년 등의 처우에 관한 법률)에서 규정하고 있다.

3) 주요 위원회

교정에 관한 주요 사항을 심의하기 위하여 각종 위원회가 구성되어 있다. 가석방심사위원회는 법무부장관 소속으로서 형법 제72조에 의한 가석방의 적격여부를 심사한다.¹⁰³⁾

중앙급식관리위원회는 수용자에게 급여할 부식의 식군과 수량 및 급식기준과 열량을 결정하여 법무부장관에게 건의하기 위한 자문기관이다. 교정본부장을 위원장으로 하고 교정정책단장과 소년보호과장 등 당연직 위원이외에, 영양 및 조리에 관한 학식과 경험이 풍부한 외부인사 6명을 위원으로 위촉하여 운영하고 있다.

그리고 보호관찰심사위원회는 보호관찰에 관한 사항을 심사·결정하는 기관으로, 전국 5개 고등검찰청 소재지(서울·부산·대구·광주·대전)에 설치되어 있다. 위원회는 위원장을 포함하여 총 9명의 위원으로 구성되어 있으며, 위원장은 검사장 또는 고등검찰청 검사중에서 법무부장관이 임명한다.¹⁰⁴⁾

4) 지역사회 교정 시설·단체

가) 한국법무보호복지공단

한국법무보호복지공단은 법무부 산하 특수법인체로서 출소자와 보호관찰대상자에게 숙식제공, 주거지원, 긴급원호비 지원, 직업훈련, 취업알선 등의 원호를 하고 있다.¹⁰⁵⁾ 서울에 본부를 두고 있으며 전국적으로 14개 지부와 11개 지소를 두고 있다.¹⁰⁶⁾

나) 민간갱생보호법인

서울소재 담안선교회 등 민간에 의해 운영되는 민간 갱생보호법인은 현재 전국에 7개 있으며, 출소자와 보호관찰대상자 등에 대한 숙식보호와 경제원호 등을 하고 있다.

103) 가석방심사위원회에 관해서는 형집행법(제119조-제122조)에서 규정하고 있다.

104) 보호관찰심사위원회에 관해서는 보호관찰법(제6조)에서 규정하고 있다.

105) 1995년 6월 보호관찰법에 의해 설립된 한국갱생보호공단이 2008년 12월 보호관찰법의 개정에 의해 한국법무보호복지공단으로 명칭이 변경되었다.. www.koreha.or.kr

106) <http://koreha.or.kr/>

다) 아동복지시설과 소년보호시설

아동복지시설(아동보호치료시설)은 아동복지법에 따른 시설이며 보건복지부의 감독을 받는다. 소년보호시설은 법원이 감독하고 있으며 비인가시설로 운영되고 있다. 2005년 현재 6개 아동복지시설과 12개 소년보호시설이 운영되고 있다. 이들 시설의 특징은 민간이 주체가 되어 운영된다는 점을 들 수 있다.¹⁰⁷⁾

나. 직원

1) 교정공무원

가) 정원 및 계급

교도소와 구치소 등 교정시설에서 근무하는 직원을 교정공무원이라고 한다. 교정공무원은 담당하는 업무에 따라 일반직, 별정직, 기능직으로 구분된다. 이 중 일반직은 수형자 교정교화 및 수용관리 업무를 담당하는 교정직, 수용자 의료처우를 담당하는 의무직, 시설관리 업무를 담당하는 시설직으로 구분된다. 그리고 별정직은 수용자 직업훈련을 담당하는 직업훈련교사를 말하고, 기술직은 주로 기술적이고 기능적인 업무를 담당하는 공무원을 말한다. 2012년 3월 현재 공무원 정원은 일반직 14,837명, 별정직 120명, 기능직 565명 등 총 15,522명이며, 일반직이 대부분을 차지하고 있다(96%). 일반직중 교정직은公安직군에 해당하며, 교도관(矯導官)이라고 하기도 한다.

〈표〉 교정공무원의 구분

교정공무원	일반직	교정직(교도관)
		의무직
		시설직
		별정직(직업훈련교사)
	기능직	

나) 채용

교정직공무원의 신규채용은 공개경쟁채용과 특별채용의 방법이 있다. 신규채용

107) 최옥채(2006), 100면.

은 원칙적으로 공개경쟁채용시험에 의한다. 공개경쟁시험은 5급(교정관), 7급(교위), 9급(교도)의 채용시험이 있다.

다) 교육훈련

교정직공무원에 대한 교육훈련은 4급이상은 중앙공무원교육원에서, 5급이하의 법무부산하의 법무연수원에서 실시하고 있다. 법무연수원에서의 교육은 정신교육과 직무교육으로 나누어진다. 정신교육은 국가관과 공직자로서의 사명감을 고취하는데 역점을 두고 있으며, 직무교육은 직무수행능력을 배양하는 것을 목표로 하고 있다. 직무교육은 다시 기본교육과 전문교육으로 분류된다.

교육훈련의 기간은 7급 합격자의 경우 15주간 실시하고 있으며, 9급 합격자의 경우 4주간 실시하고 있다. 재직자에 대해서는 1주일 내지 5주일 과정으로 편성하여 직급별·분야별로 실시하고 있다.

라) 근무여건 및 복지

교정직공무원은 대부분 보안과에 배치하게 되며 그 외는 총무과, 복지과 등 행정부서에서 근무한다. 교정시설은 24시간 주·야간 근무방식을 유지해야 하는 업무 특성상 야간 교대제 근무를 하고 있다. 교정기관중 중 32개 기관은 4부제로 운영 중이고, 18개 기관은 3부제로 운영되고 있다.

교정직공무원의 보수체계는 국가공무원법 제46조, 공무원 보수규정, 공무원 수당규정에 의한다.

2) 보호직공무원

가) 정원 및 계급

보호직공무원은公安직 공무원으로 주로 보호관찰소에서 근무하고 있다. 1989년 개청 당시 전국 18개 보호관찰소에 배정된 보호직공무원은 230명이었으나,¹⁰⁸⁾ 그 후 정원이 지속적으로 증가하여, 1999년에는 335명, 2009년에는 1,169명으로 증가하였다. 보호직의 계급은 9급부터 3급까지 있다.

108) 출범당시 보호직 인력충원은 보도직, 교정직 등 법무부 소속 타 직렬 직원으로부터 전직신청을 받아 심사 및 면접을 통해 임용되었다. 한국보호관찰20년사(2009), 140면.

나) 채용

보호직공무원의 신규채용은 공개경쟁채용과 특별채용의 방법이 있다. 신규채용은 원칙적으로 공개경쟁채용시험에 의한다. 공개경쟁시험은 5급, 7급, 9급의 채용시험이 있다.

다) 교육연수

보호직공무원에 대한 교육연수는 신규채용자(7급, 9급)에 대하여는 4주 과정으로 운영되고 있다. 재직자에 대해서는 2-3주 정도 실시하고 있고, 7급 승진예정자에 대해서는 승진자과정(10일 70시간)을 운영하고 있다.

5급 이상의 상위직에 대해서는 2001년부터 관리자과정이 운영되고 있고 2007년부터는 서기관에 대하여 고위관리자과정(14시간)이 운영되고 있다.

라) 근무여건 및 복지

보호직공무원의 보수체계는 국가공무원법 제46조, 공무원 보수규정, 공무원 수당규정에 의한다. 보호직공무원에 대한 후생복지 제도는 교정직공무원의 경우와 동일하다.

4. 교정기초통계

가. 교도소 등 수용시설

1) 1일 평균 수용인원

2009년도 교정시설 1일평균 수용인원은 49,467명이다. 이중 수형자는 30,749명이고, 미결수용자는 16,288명(피의자가 1,008명, 피고인이 15,280명)이며 노역장 유치자는 2,430명이다. 전체적으로 수형자가 1일 평균수용인원의 62.2%, 미결수용자가 33.0, 노역장 유치자가 5.0%를 차지하고 있다. 교도관 1인당 수용인원은 2009년의 경우 3.4명으로 나타나고 있다.

2) 성별, 연령별 현황

수형자와 미결수용자 모두 남자가 90%를 넘는 다수를 차지하고 있다. 여자수형자는 2000년에는 총수형자의 3.5%를 차지했으나, 그후 점진적인 증가추세를 보여 2009년에는 4.8%를 차지하고 있다. 미결수용자중 여자가 차지하는 비율은 2009년의 경우 6.7%를 차지하고 있다.

수용자의 연령별 현황을 보면, 2000-2006년간에는 30대가 가장 많았으나 2007년 이후 40대가 가장 많아졌고 50대와 60대의 수형자가 증가하는 등 고령화 현상이 나타나고 있다. 2009년의 경우 10-20대가 6516명(20.1%), 30대가 8,733명(27.0%), 40대가 10,166명(31.5%), 50대가 5,387명(16.7%), 60대가 1,495명(4.6%)을 차지하고 있다.

3) 죄명별 현황

2009년도 수형자의 죄명별 현황을 보면, 절도가 18.0%로 가장 많고, 다음으로 사기·횡령(12.6%), 강도(12.1%), 살인(11.7%), 폭력행위 등 처벌법 위반(5.3%), 과실범(4.0%)의 순으로 되어 있다. 기타는 33.5%를 차지하고 있다.

4) 형명·형기별 현황

2009년도 수형자의 형명별 현황을 보면, 징역이 96%로 가장 많고, 다음으로 무기(3.7%), 사형(0.2%), 금고(0.1%)의 순으로 되어 있다.

형기별로 보면, 징역 1년-3년이 33.6%로 가장 많고, 다음으로 1년 미만이 19.8%, 3년-5년이 18.5%, 5년-10년이 12.2%로 되어 있다.

5) 입소경력별 현황

2009년의 경우 교정시설에 처음 입소한 자의 수는 47.9%를 차지하고 있고, 입소경험이 있는 자는 52.1%를 차지하고 있다. 입소경험이 있는 자중 1회 경험에 있는 자는 18.4%, 2회 경험있는 자는 9.1%, 3회 경험있는 자는 6.6%, 4회이상 경험이 있는 자는 18.0%를 차지하고 있다.

나. 보호관찰 등

1) 보호관찰 처분별 현황

보호관찰 인원은 해마다 꾸준히 증가하고 있다. 2000년부터 14만명 대에서 안정화추세를 보이다가 2008년도에는 184,813명, 2009년도에는 218,049명으로 가파른 상승세를 보이고 있다. 이러한 보호관찰의 증가추세에 비추어 우리나라의 교정은 시설내 교정에서 사회내 교정으로 중심이 이동하는 과정에 있다고 할 수 있다.

2009년도 보호관찰 대상자 처분별 분포를 보면, 집행유예자 43.9%, 소년법상 보호관찰처분자 26.0%, 성구매자에 대한 존스쿨대상자 18.2%, 가석방자 3.6%, 선도위탁 2.6%, 벌금대체 사회봉사 2.1%, 가정보호처분 2.0%, 임시퇴원자 0.8%, 가출소·가종료자 0.5%, 성매매보호처분 0.4% 등의 순으로 되어 있다.

2) 성별·연령별 현황

성별 현황을 보면, 2009년의 경우 남성이 91.5%, 여성이 8.5%를 차지하고 있다. 여성점유율은 전체적으로는 감소추세를 보이고 있으나 소년사건 여성점유율은 2007년 14.9%, 2008년 16.6%, 2009년 17.1%로 매년 증가하는 추세를 보이고 있다.

2004년도 이후 성인 보호관찰 접수사건이 소년사건을 상회하였는데 2009년도에는 성인사건이 전체사건 중 71.2%를 차지하고 있다.

3) 죄명별 현황

2009년도 죄명별 현황을 보면, 존스쿨대상자¹⁰⁹⁾의 증가로 인해 풍속사범의 점유율이 전체의 34.2%로 가장 높고, 폭력사범 15.3%, 교통사범 16.2%, 절도사범

109) 존스쿨은 성을 구매한 초범들에 대한 처벌형태로 일반화된 벌금 또는 단순 기소유예 처분보다는 성구매자의 성의식 개선 및 전문적인 교육을 통해 재범을 방지하기 위한 제도이다. '존스쿨'이란 용어는 미국에서 성을 구매한 혐의로 체포된 남성 대부분이 자신의 이름을 '존(John)'이라고 밝혔고, 이를 바탕으로 1995년 샌프란시스코의 시민단체 세이지(SAGE)가 성매매 재발 예방 프로그램을 만들어 이를 '존스쿨'로 명명한데서 되었다. 우리나라에서 존스쿨의 근거는 성매매처벌법(성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률)이 시행됨에 따라 만들어진 대검찰청의 「성구매자 재범방지를 위한 교육 실시방안 및 성매매알선 등 처리지침」에 두고 있다. 법무부, 한국보호관찰 20년사, 372면,

12.2%를 차지하고 있다.

소년 보호관찰의 죄명별 현황에서는 2009년도의 경우 절도가 35.9%로 가장 높고, 폭력이 29.7%, 교통이 11.8%로 나타났다.

4) 보호관찰 제재조치 현황

2009년도 보호관찰대상자에 대한 제재조치 현황을 보면, 구인 2,617건, 긴급구인 109건, 유치 2,609건, 집행유예취소 650건, 보호처분변경 1,703건 등으로 나타나고 있다.

5) 보호관찰 재범율 현황

보호관찰대상자 재범율을 보면, 2005년도 7.5%, 2006년도 5.8%, 2007년도 6.4%로 나타나고 있다. 성인 보다 소년이 재범율이 높으며, 성인중에서는 가출소자와 가종료자가 재범율이 높고, 소년중에서는 임시퇴원자, 장기보호관찰자가 재범율이 높은 것으로 나타나고 있다.

6) 사회봉사 · 수강명령 현황

사회봉사명령과 수강명령은 모두 증가추세를 보이고 있다. 사회봉사명령의 현황을 보면, 2007년도 42,190건, 2008년도 47,654건, 2009년도 48,902건으로 나타나고 있다. 수강명령의 경우는, 2007년도 16,293건, 2008년도 22,083건, 2009년도 25,888건으로 나타나고 있다.

5. 교정관련 최근 이슈

가. 재소자의 인권

최근 교정의 변화중 가장 중요한 것의 하나는 재소자의 인권의식이 날로 강화되고 있다는 점이다. 재소자들의 인권의식이 강화됨에 따라 재소자와 교정시설간의 분쟁이 해마다 증가하는 추세를 보이고 있다.¹¹⁰⁾ 국가인권위원회에 대한 진정이나

청원이 해마다 증가하고 있고, 직원을 대상으로 하는 고소·고발 사건도 지속적인 증가추세를 보이고 있다.¹¹¹⁾ 다만 법원에 대한 소송제기는 2007년 1,749건에서 2008년 1,660건으로 다소 감소추세를 보이고 있다.

소송을 비롯한 법적 분쟁은 시간과 비용이 많이 들기 때문에 교정시설에서는 부담이 될 수밖에 없다. 교도소와 재소자간의 법적 분쟁을 줄이기 위하여 교도관들이 재소자의 인권을 침해함이 없이 재소자에 대한 처우에서 법적 기준을 준수하는 것이 교정행정에서 중요한 문제가 되고 있다.

나. 특이한 재소자의 증가

최근 교도소에서 관리가 어려운 새로운 유형의 재소자들이 증가하고 있는 점도 교정행정에서 중요한 문제로 대두되고 있다. 특이수용자의 사례로서 노인 재소자, 장애인재소자(정신장애자, 신체장애자), 외국인재소자 등을 들 수 있다.

노인재소자들에 대해 주거에서부터 식사, 레크레이션, 사회복귀 프로그램에 이르기까지 이들의 특수한 욕구를 충족시킬 필요성이 있다. 특히 노인재소자들에게는 의료문제가 중요한 문제이다. 만성적인 노인병 재소자는 건강관리에 많은 비용이 소요된다.

장애인 재소자 처우도 중요한 문제이다. 2008년 4월에 발효된 「장애인 차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」에 따라 교도소에서도 장애인에 대한 차별이 금지되므로, 교정시설에서도 장애인 차별문제에 능동적으로 대처할 필요성이 있다.

장애인중 정신장애인 처우는 어려운 문제이다. 교정시설에는 정신장애로 고통받는 경우가 많고 대부분의 시설에서는 이들을 치료할 수 있는 인력과 시설을 갖추지 못하고 있다.

성범죄자에 대한 교정처우도 매우 어렵다. 아동에 대한 성범죄나 강간과 같은 범죄에 대해서는 날로 관심이 커지고 있으며, 성범죄자에 대한 적절한 처우가 없으면 재범가능성이 매우 큰 것으로 나타나고 있다.¹¹²⁾

110) 교정본부, 교정통계연보(2008), 233-246면 참조.

111) 2003년 310건에서 2008년 1,153건으로 증가하였다.

112) Josi 외(1998), 118면.

이밖에 알콜·약물 중독자, AIDS 환자와 같은 감염성 질환 수용자 관리 문제도 교정시설에서 중요한 문제로 대두될 가능성이 있다.

다. 범죄자관리의 연계

형사사법기관중 교도소는 범죄자들을 수용·관리하면서 재범방지를 위한 교정처우를 하고 있고, 보호관찰소는 보호관찰과 전자감독 등 사회내에서 교정의 업무를 맡고 있다. 경찰도 지역사회내에서 범죄예방과 우범자관리라는 책무를 맡고 있다. 그런데 이러한 형사사법기관들이 각기 독립적으로 운영되고 있고 기관간에 연계나 협력이 부족하다는 점이 나타나고 있다. 그 결과 재범위험성이 큰 범죄자가 교도소에서 출소하여 흉악한 범죄를 반복적으로 저지르는 등 범죄자관리의 측면에서 취약점이 노출되고 있다. 뿐 아니라 범죄자관리에 관한 정책이나 프로정책 개발이 각 기관별로 독립적으로 이루어지고 있어 정책의 일관성이 부족하고 예산 집행이 중복되는 등의 문제점을 보이고 있다.

라. 교정민영화

민영화는 민간기업이 교도소와 계약을 맺어 일정기간동안 부분적인 서비스를 제공하는 형태도 있고, 시설 전체를 민간기업이 운영하는 형태도 있다. 민간기업이 교도소에 제공하는 서비스로는 의료, 상담, 식사, 세탁, 교육, 직원연수, 직업교육, 건축 등 매우 다양하다.

교정민영화가 확대되고 있는 데에는 다양한 이유가 있지만 교정예산의 급속한 증가가 가장 중요한 요인이라 할 수 있다.¹¹³⁾ 한국에서 민영화는 아직 시작단계에 있지만, 민영화에 대한 많은 논의가 필요하다.¹¹⁴⁾ 민영교정시설의 추가 설치에 대

113) 교정민영화는 새로운 현상은 아니다. 역사적으로 영국과 미국 등 서구에서는 오래전부터 민영화가 있어 왔고, 19세기 산업혁명기에는 최고조에 달하였다. 그러나 20세기 초반에 자취를 감추게 되었다가 1980년대에 다시 나타나게 되었다. Norman A. Carlson 외(1999), *Corrections in the 21st Century*, 551면.

114) 우리나라에서 민영교도소 설립의 움직임이 처음 나타난 것은 1995년 10월경 한국기독교총연합회를 중심으로 한국기독교교도소의 설립을 추진한 것이 그 효시라고 한다. 이후 1997년 11월부터 IMF관리 체제에 들어서면서 생계형범죄의 급증으로 교정시설의 과밀화가 문제되면서 민영교도소

한 논의가 필요하며, 보호관찰 등 사회내 처우의 영역에 있어서도 민영화에 대한 논의가 필요하다. 교정서비스(의료 · 음식 · 교정프로그램)의 일부에 대한 민영화 문제도 논의되어야 한다.

마. 교정 인력과 프로그램의 전문화

앞서 언급한 바와 같은 최근의 교정환경의 변화는 교정공무원 전문화의 필요성을 증대시키고 있다. 즉 재소자 인권의식의 강화, 특이수용자 증가 등에 의해 교정 직원들은 범죄자관리에서 보다 전문적인 지식을 갖추도록 요구받고 있다. 교정 인력의 전문화와 함께 교정프로그램을 전문화하는 것도 중요한 문제이다. 1974년 Robert Martinson은 교정의 효과에 대한 의문을 제기하면서 지금까지 갇생을 위한 노력은 범죄자의 재범방지에 그다지 효과적이지 못하였다고 주장하였다. Martinson이 교정프로그램의 효과에 대해 의문을 제기한 이후 교정프로그램의 효과를 높이기 위한 많은 노력들이 이루어지고 있다. 이러한 교정프로그램의 전문화는 교정인력의 전문화와 함께 범죄자의 재범위험성을 관리한다는 측면에서 매우 중요한 문제로 인식되어야 하며, 교정프로그램을 전문화하기 위한 장치가 마련되어야 한다.

6. 구금시설에서 범죄자관리를 위한 제도

가. 직업훈련

1) 개요

직업훈련은 수용자 개개인의 적성과 취미, 연령, 학력에 적합한 기술교육을 실시하여 출소 후 사회에서 안정된 생업에 종사할 수 있도록 재활능력을 갖추는데 목적이 있다.

의 문제가 본격적으로 논의되기 시작하였다. 이에 따라 2000년 1월 민영교도소등의 설치 · 운영에 관한 법률이 제정 · 공포되었고, 동법에 따라 2010년 12월 1일에 여주에 소망교도소가 개소하여 운영중에 있다.

교정본부에서는 수용자 사회복귀와 재범방지를 위하여 직업훈련이 필수적이라고 판단하고, 취업유망직종을 중심으로 직업훈련을 실시하고 있다.

2) 훈련과정

전국 31개의 교정시설에 일반 및 공공직업훈련소를 설치하고 54개 직종에 걸쳐 직업훈련을 운영하고 있다. 공공직업훈련은 고용노동부장관이 정하는 훈련기준에 따라 실시하는 훈련이고, 일반직업훈련은 교정기관장이 각 훈련소 실정에 따라 실시하는 훈련이다.

2012년 수형자의 직업훈련 직종별 수료인원현황을 보면, 기계 577(20.5), 전기 112(4.0), 건축 852(30.3), 섬유 108(3.8), 정보처리 102(3.6), 농림 151(5.4), 공예 62(2.2), 산업응용 29(1.0), 위생 116(4.1), 안전관리 11(0.4), 통신 98(3.5), 음식료 405(14.4), 기타 190(6.8)으로 나타나고 있다.¹¹⁵⁾

3) 국가기술자격 취득 및 기능경기대회 참가

직업훈련을 수료한 수형자에게 각종 기능자격시험이나 면허시험에 응시하여 소정의 기능자격을 취득할 수 있는 기회를 부여하고 있다. 2013년에는 기능장 4명, 기사 11명, 산업기사 158명, 기능사 2,780명 등 총 2,953명의 우수 기능 인력을 배출하였다. 또한 각종 기능자격을 취득한 후 산업현장에 쉽게 적응할 수 있도록 일정기간 동안 기술숙련훈련을 실시하고 있다.

그리고 각 교정기관에서는 직업훈련을 받은 자 중 기능이 우수한 자를 선발하여 각종 기능경기대회에 참가시켜 우수한 성적을 거두고 있다. 2013년도에는 95명의 수형자가 전국 및 지방기능경기대회에서 입상하는 등 좋은 성적을 거두고 있다.

115) 법무부 교정본부 통계

나. 외부교통

1) 접견

미결수용자의 경우에는 매일 1회에 한하여 접견할 수 있으며, 수형자의 경우에는 월4회(경비처우급에 따라 증가함) 접견이 가능하다. 접견시간은 30분 이내이고, 미결수용자의 변호인접견시에는 직원이 입회하지 못한다.

2) 서신

수용자는 다른 사람과 서신을 주고받을 수 있다. 서신의 회수는 제한이 없고 친족이외의 자라도 교화상 특히 부적당한 사유가 없는 한 허가하고 있다.

3) 전화사용

수형자의 장기간 수용생활로 인한 가족으로부터의 단절감 및 소외감을 해소하고, 장거리 접견으로 인한 가족의 불편을 덜어주기 위해 모범수형자에 대하여 전화사용을 허용하고 있으며, 처우상 필요할 경우에는 허용범위를 확대하고 있다. 전화사용료는 수형자 자신이 부담한다.

다. 교육교화

1) TV 시청 및 라디오 청취, 신문 등 열람

모든 수용자 거실에 TV를 설치하여 시청할 수 있도록 하고 있다. 2008년부터는 통합교화방송센터를 개국하여 전국 교정기관에 동일한 방송을 실시하고 있고 방송 프로그램은 일반, 여성, 교육채널 등 시청수용자의 특성에 맞게 편성하여 운영하고 있다.

라디오는 매일 오전, 정오, 취침 시간대로 나뉘어 송출하고 있으며, 신문·도서·잡지 등은 본인의 영치금을 활용하여 구독할 수 있다.

2) 종교생활

수용생활 중에도 자신이 신봉하는 종교에 대한 신앙생활을 할 수 있도록 목사, 신부, 승려 등을 위촉하여 종교집회, 교리지도, 상담 등 다양한 종교행사를 실시하고 있다. 또한, 신앙생활에 필요한 종교서적이나 성물은 다른 수용자의 수용생활에 방해되지 않는 범위 내에서 소지하거나 사용할 수 있고, 원하는 경우 수용생활 및 신앙생활 태도 등을 고려하여 지정된 종교거실에서 생활할 수도 있다.

3) 음악, 미술, 원예 등 문화예술프로그램 시행

법무부와 문화체육관광부가 업무협약을 체결하고, 합창, 미술, 웃음, 원예, 요가, 연극 등 수용자들이 직접 체험할 수 있는 다양한 문화예술프로그램을 시행하고 있다.

4) 문예 · 창작 활동

수형자들의 그림, 서예, 공예 등의 문예창작활동을 장려하기 위해 매년 전국 교정작품 전시회를 개최하고 있다.

5) 교육

구금으로 인해 수용자가 학업을 포기하지 않도록 교정시설에서도 다양한 교육 기회를 제공하고 있다. 이를 위해 각 기관별로 자체 실정에 맞게 학과교육을 실시하고 있으며, 수형자의 나이, 학력정도 등을 종합적으로 고려하여 대상자를 선정하고 있다. 학과교육의 종류로는 검정고시, 방송통신고등학교,¹¹⁶⁾ 독학에 의한 학위 취득,¹¹⁷⁾ 전문대학 위탁교육, 방송통신대학교,¹¹⁸⁾ 외국어 및 컴퓨터 교육 과정¹¹⁹⁾ 등이 있다.

116) 김천소년교도소에서 운영하고 있다.

117) 1995년부터 국어국문학, 영어영문학, 법학 등 9개 전공분야의 학사 고시반을 설치하여 운영하고 있으며 매년 많은 수용자가 독학학위를 취득하고 있다.

118) 여주교도소, 전주교도소, 청주여자교도소, 포항교도소에 다양한 학과를 개설하여 운영하고 있다.

119) 의정부교도소에 영어, 일어 교육과정 및 여주교도소, 영월교도소에 중국어반을 개설하여 각 과정마다 20~30명의 교육생을 선발하고 외국어 교육을 실시하고 있다.

라. 사회복귀 지원

수형자의 성공적인 사회복귀지원은 교정행정의 성패를 가름하는 지표가 된다. 법무부는 수형자의 사회복귀 지원을 위해 다음과 같은 다양한 노력을 기울이고 있다.

- 전국 교정기관에 취업 및 창업지원 전담반 구성 및 취업 및 창업지원 협의회 설치¹²⁰⁾
- 석방예정자, 취업 및 창업지원교육 실시
- 기초생활보장 제도 주선¹²¹⁾
- 가족만남의 날과 가족만남의 집¹²²⁾
- 사회적응훈련원¹²³⁾
- 소망의 집¹²⁴⁾

7. 사회내에서 범죄자관리를 위한 제도

가. 보호관찰

1) 보호관찰제도의 의의

보호관찰(保護觀察, protective supervision)이란 죄를 범한 자에 대하여 지도·원호를 함으로써 범죄를 예방하기 위한 형사정책적인 제도를 말한다. 보호관찰은 범죄인을 교도소나 기타의 시설에 수용하지 않고 사회생활을 영위하면서 개선·갱

120) 취업 및 창업지원 전담반은 전국 54개 교정기관, 227명으로 구성되어 있어, 취업 및 창업지원 협의회는 전국 50개 교정기관에 총 984명으로 구성되어 있다.

121) 빈곤으로 인해 출소 후 재범 방지를 위해 기초생활보장제도를 적극 활용하여 사회적응을 도울 수 있는 환경을 제공 하고 있다. 보장내용은 생계급여, 교육급여, 해산급여, 장제급여, 주거보호 등이다.

122) 장기간 수용생활을 하고 있는 수형자들이 가족관계 유지를 위해 1999년부터 교정시설 인근에 침실, 부엌, 욕실 등이 갖춰진 일반가정집과 같은 시설을 제공하여 1박2일 동안 숙식을 함께하며 생활할 수 있다.

123) 2009년 천안개방교도소에 사회적응훈련원을 개원하여 중·장기수형자의 다양한 사회생활 체험 등을 실시하고 있다.

124) 2009년 안양·춘천·창원·순천·청주여자교도소에 중간처우의 집(소망의 집)을 개원하여 출소 예정자에게 일정기간 가정과 같은 시설에서 생활하며 외부공장 출·퇴근하는 등 단계별 사회적응 훈련을 실시하고 있다.

생시키는 제도이다.

1988년에 보호관찰법이 제정되어 1989년 7월 1일부터 소년법에 대한 보호관찰이 본격적으로 실시되기 시작하였고, 그 뒤 1995년 형법 개정에 의해 성인법에 대하여도 보호관찰을 실시할 수 있게 되었다.

2) 보호관찰제도의 내용

가) 보호관찰소

보호관찰, 사회봉사, 수강 및 갱생보호에 관한 사무를 관장하기 위하여 법무부장관 소속으로 보호관찰소를 둔다(보호관찰법 제14조 1항). 보호관찰소는 다음의 사무를 관장한다(보호관찰법 제15조). (1) 보호관찰, 사회봉사명령 및 수강명령의 집행 (2) 갱생보호 (3) 검사가 보호관찰관이 선도함을 조건으로 공소제기를 유예하고 위탁한 선도 업무 (4) 범죄예방자원봉사위원회에 대한 교육훈련 및 업무지도 (5) 범죄 예방활동 (6) 이 법 또는 다른 법령에서 보호관찰소의 관장 사무로 규정된 사항

보호관찰소 행정조직은 중앙감독기관인 법무부 범죄예방정책국 산하에 전국 대도시마다 보호관찰소 및 지소를 설치하여 2009년 12월 현재 보호관찰소 16개소와 지소 38개소로 총 54개소가 있다. 그리고 2008년 9월 이후 위치추적법에 따라 위치추적중앙관제센터 1개소가 설치 · 운영되고 있다.¹²⁵⁾

나) 보호관찰관

보호관찰관은 보호관찰 대상자의 재범을 방지하고 건전한 사회복귀를 촉진하기 위하여 필요한 지도 · 감독을 한다(보호관찰법 제33조 1항). 지도 · 감독 방법은 다음과 같다(2항). (1) 보호관찰 대상자와 긴밀한 접촉을 가지고 항상 그 행동 및 환경 등을 관찰하는 것 (2) 보호관찰 대상자에게 준수사항을 이행하기에 적절한 지시를 하는 것 (3) 보호관찰 대상자의 건전한 사회 복귀를 위하여 필요한 조치를 하는 것.

보호관찰관은 보호관찰 대상자의 개선과 자립을 위하여 필요하다고 인정되는 적절한 원호를 한다(보호관찰법 제34조 1항). 원호의 방법은 다음과 같다(2항). (1)

125) 보호관찰관 1인당 실시인원은 2009년 기준 210명으로 되어 있다.

숙소 및 취업의 알선 (2) 직업훈련 기회의 제공 (3) 환경의 개선 (4) 보호관찰 대상자의 건전한 사회 복귀에 필요한 원조의 제공.

보호관찰소의 장은 보호관찰 대상자에게 부상, 질병, 그 밖의 긴급한 사유가 발생한 경우에는 응급구호를 할 수 있다(보호관찰법 제35조).¹²⁶⁾

다) 보호관찰대상자

보호관찰대상자는 (1) 보호관찰을 조건으로 형의 선고유예를 받은 자, (2) 보호관찰을 조건으로 형의 집행유예를 받은 자, (3) 가석방자, (4) 치료감호 가종료자, (5) 소년법에 의해 보호관찰처분을 받은 자, (6) 가정폭력법과 성매매알선처벌법에 의하여 보호관찰처분을 받은 자 등이다.

라) 보호관찰의 준수사항

보호관찰 대상자는 다음의 사항을 지켜야 한다(보호관찰법 제32조 2항). (1) 주거지에 상주하고 생업에 종사할 것 (2) 범죄로 이어지기 쉬운 나쁜 습관을 버리고 선행을 하며 범죄를 저지를 염려가 있는 사람들과 교제하거나 어울리지 말 것 (3) 보호관찰관의 지도·감독에 따르고 방문하면 응대할 것 (4) 주거를 이전하거나 1개월 이상 국내외 여행을 할 때에는 미리 보호관찰관에게 신고할 것

법원 및 심사위원회는 위 일반적 준수사항 외에 범죄의 내용과 종류 및 본인의 특성 등을 고려하여 필요하면 특별준수사항을 부과할 수 있다(제32조 3항).

- (1) 야간 등 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 특정 시간대의 외출 제한
- (2) 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 특정 지역·장소의 출입 금지
- (3) 피해자 등 재범의 대상이 될 우려가 있는 특정인에 대한 접근 금지
- (4) 범죄행위로 인한 손해를 회복하기 위하여 노력할 것
- (5) 일정한 주거가 없는 자에 대한 거주장소 제한
- (6) 사행행위에 빠지지 아니할 것
- (7) 일정량 이상의 음주를 하지 말 것

126) 2009년도 보호관찰소의 원호현황을 보면, 경제구호 등이 가장 많고(9181), 다음으로 직업훈련(714), 복학주선(657), 문신제거(313), 숙소알선(229), 취업알선(152)의 순으로 되어 있다. 범죄백서(2010), 361면.

- (8) 마약 등 중독성 있는 물질을 사용하지 아니할 것
- (9) 「마약류관리에 관한 법률」 상의 마약류 투약, 흡연, 섭취 여부에 관한 검사에 따를 것
- (10) 그 밖에 보호관찰 대상자의 재범 방지를 위하여 필요하다고 인정되는 사항

마) 준수사항 위반에 대한 조치

(1) 경고

보호관찰소의 장은 보호관찰 대상자가 준수사항을 위반하거나 위반할 위험성이 있다고 인정할 상당한 이유가 있는 경우에는 준수사항의 이행을 촉구하고 형의 집행 등 불리한 처분을 받을 수 있음을 경고할 수 있다(보호관찰법 제38조).

(2) 구인

보호관찰소의 장은 보호관찰 대상자가 준수사항을 위반하였거나 위반하였다고 의심할 상당한 이유가 있고, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 관할 지방검찰청의 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원 판사의 구인장을 발부받아 보호관찰 대상자를 구인할 수 있다(보호관찰법 제39조 1항).

(가) 일정한 주거가 없는 경우 (나) 제37조 1항에 따른 소환에 따르지 아니한 경우 (다) 도주한 경우 또는 도주할 염려가 있는 경우. 1항의 보호관찰소의 장은 준수사항을 위반한 보호관찰 대상자가 제39조 1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우로서 긴급하여 구인장을 발부받을 수 없는 경우에는 그 사유를 알리고 구인장 없이 그 보호관찰 대상자를 구인할 수 있다.

(3) 유치

보호관찰소의 장은 다음 각 호의 신청이 필요하다고 인정되면 구인한 보호관찰 대상자를 수용기관 또는 소년분류심사원에 유치할 수 있다(보호관찰법 제42조 1항).

가) 보호관찰을 조건으로 한 형의 선고유예의 실효 및 집행유예의 취소 청구의 신청 나) 가석방 및 임시퇴원의 취소 신청 다) 보호처분의 변경 신청.

1항에 따른 유치는 보호관찰 대상자를 인치한 때부터 48시간 이내에 보호관찰소의 장이 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원 판사의 허가를 받아 한다(2항). 보호관찰소의 장은 유치 허가를 받은 때부터 24시간 이내에 1항 각 호

의 신청을 하여야 한다(3항). 검사는 보호관찰소의 장으로부터 1항 1호의 신청을 받고 그 이유가 타당하다고 인정되면 48시간 이내에 관할 지방법원에 보호관찰을 조건으로 한 형의 선고유예의 실효 또는 집행유예의 취소를 청구하여야 한다(4항).

제42조에 따른 유치의 기간은 법원의 허가를 받은 날부터 20일로 한다(제43조 1항). 법원은 제42조 1항 1호 또는 3호에 따른 신청이 있는 경우에 심리를 위하여 필요하다고 인정되면 심급마다 20일의 범위에서 한 차례만 유치기간을 연장할 수 있다(2항). 보호관찰소의 장은 제42조 1항 2호에 따른 신청이 있는 경우에 심사위원회의 심사에 필요하면 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원 판사의 허가를 받아 10일의 범위에서 한 차례만 유치기간을 연장할 수 있다(3항).

[참고] 선고유예와 집행유예

선고유예란 일정한 기간 형의 선고를 유예하고, 그 유예기간을 사고 없이 지내면 형의 선고를 면하게 하는 제도이다. 선고유예를 하려면 다음과 같은 요건이 구비되어야 한다(형법 제59조 1항). (1) 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우일 것 (2) 개전의 정이 현저할 것 (3) 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 없을 것

선고유예를 받은 날로부터 2년을 경과한 때에는 면소된 것으로 본다. 곧 유죄판결의 선고가 없었던 것과 똑같은 효력이 있다. 선고유예를 받은 자가 유예기간 중 자격정지 이상의 형에 처한 판결이 확정되거나, 자격정지 이상의 형에 처한 전과가 발견된 때에는 유예한 형을 선고한다(제61조).

집행유예는 범죄자에게 단기의 자유형을 선고할 때에 그 정상을 참작하여 일정 기간 그 형의 집행을 유예하는 제도이다.

집행유예의 요건은, (1) 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우이어야 하고, (2) 그 정상에 참작할 만한 사유가 있어야 한다. 다만, 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다(형법 제62조 1항).

집행유예의 기간은 1년 이상 5년 이하의 범위 내에서 법원이 재량으로 정한다(제62조 1항). 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃으며(제63조), 집행유예의 선고를 받은 후, 금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후 3년을 경과하지 아니한 자임이 발각된 때에는 집행유예의 선고는 취소된다(제64조). 집행유예의 선고를 받은 후 그 선고의 실효 또는 취

소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 형의 선고는 효력을 잃는다(제65조).¹²⁷⁾

[참고] 사회봉사명령과 수강명령

사회봉사명령은 경미한 범죄나 청소년 범죄인 경우 다양한 봉사활동을 무보수로 하도록 하는 제도이다. 소년법에 따라 보호관찰 결정과 함께 사회봉사명령을 내릴 수 있으며, 형법에서 집행유예를 선고할 때 사회봉사명령을 내릴 수 있도록 규정하고 있다.¹²⁸⁾

수강명령은 보호관찰소 또는 보호관찰소가 지정하는 전문기관에서 교육을 받도록 명하는 제도이다. 소년법에 따라 보호관찰 결정과 함께 사회봉사명령을 내릴 수 있으며, 형법에서 집행유예를 선고할 때 사회봉사명령을 내릴 수 있도록 규정하고 있다. 교육내용으로는 약물오·남용 방지교육, 준법운전, 알콜남용 방지교육, 정신·심리 치료교육, 성폭력 방지교육 등 다양하다.¹²⁹⁾

나. 전자감독

1) 전자감독제도의 의의

전자감독(electronic monitoring, EM)이란 대상자가 특정한 시간에 일정한 장소에 있는지 여부를 확인하기 위하여 기술적 장비를 이용하는 것을 말한다. 보통 대상자의 손목(팔찌)이나 발목(발찌) 등에 전자감응장치를 부착하여 대상자를 원격지에서 감시하고 있다.

한국의 전자감독제도는 2006년에 발생한 용산 초등학생 성폭력 살해사건을 계기로 2008년 9월 1일에 도입되었다. 처음에는 성폭력범죄자만을 대상으로 시작하였으나, 미성년자 유괴범죄, 살인범죄, 강도범죄로 적용범위를 확대하여 갔고 과거 성폭력범죄자에 대해서도 소급 적용하여 실시하고 있다. 전자감독의 대상이 되는 성폭력범죄 등을 ‘특정범죄’라고 한다(위치추적법 제2조 1호).

127) 이는 형의 선고의 법률적 효과가 없어진다는 의미이고, 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 자체까지 없어진다는 뜻은 아니다.

128) 사회봉사명령은 형법을 위반한 성인범의 경우 500시간 이내이며, 수강명령은 형법을 위반한 성인범의 경우 500시간 이내이다.

129) 네이버지식백과

2) 전자감독제도의 내용

가) 전자감독이 실시되는 경우

(1) 징역형과 함께 전자감독이 병과되는 경우

검사는 특정범죄를 범하고 재범의 위험성이 있는 경우에는 전자장치를 부착하도록 하는 명령(부착명령)을 법원에 청구할 수 있다(위치추적법 제5조 1항). 부착명령의 청구는 항소심 변론종결 시까지 하여야 한다(제5조 4항). 법원은 특정범죄사건을 심리한 결과 부착명령을 선고할 필요가 있다고 인정하는 때에는 검사에게 부착명령의 청구를 요구할 수 있다(제5조 5항).

법원은 부착명령 청구가 이유 있다고 인정하는 때에는 다음 각 호에 따른 기간의 범위 내에서 부착기간을 정하여 판결로 부착명령을 선고하여야 한다. 다만, 13세 미만의 사람에 대하여 특정범죄를 저지른 경우에는 부착기간 하한을 다음 각 호에 따른 부착기간 하한의 2배로 한다(제9조 1항).

1. 법정형의 상한이 사형 또는 무기징역인 특정범죄: 10년 이상 30년 이하
2. 법정형 중 징역형의 하한이 3년 이상의 유기징역인 특정범죄(제1호에 해당하는 특정범죄는 제외한다): 3년 이상 20년 이하
3. 법정형 중 징역형의 하한이 3년 미만의 유기징역인 특정범죄(제1호 또는 제2호에 해당하는 특정범죄는 제외한다): 1년 이상 10년 이하

여러 개의 특정범죄에 대하여 동시에 부착명령을 선고할 때에는 법정형이 가장 중한 죄의 부착기간 상한의 2분의 1까지 가중하되, 각 죄의 부착기간의 상한을 합산한 기간을 초과할 수 없다. 다만, 하나의 행위가 여러 특정범죄에 해당하는 경우에는 가장 중한 죄의 부착기간을 부착기간으로 한다(제9조 2항). 부착명령을 선고 받은 사람은 부착기간 동안 「보호관찰 등에 관한 법률」에 따른 보호관찰을 받는다(제9조 3항).

(2) 가석방 및 가중료시에 전자장치를 부착하는 경우

부착명령 판결을 선고받지 아니한 특정 범죄자로서 형의 집행 중 가석방되어 보호관찰을 받게 되는 자는 준수사항 이행 여부 확인 등을 위하여 가석방기간 동안 전자장치를 부착하여야 한다(제22조 1항).

「치료감호법」 제37조에 따른 치료감호심의위원회는 부처명령 판결을 선고받지 아니한 특정 범죄자로서 치료감호의 집행 중 가중료 또는 치료위탁되는 피치료감호자나 보호감호의 집행 중 가중소되는 피보호감호자에 대하여 「치료감호법」 또는 「사회보호법」(법률 제7656호로 폐지되기 전의 법률을 말한다)에 따른 준수사항 이행 여부 확인 등을 위하여 보호관찰기간의 범위에서 기간을 정하여 전자장치를 부착하게 할 수 있다(제23조 1항).

(3) 형의 집행을 유예하면서 전자장치를 부착하는 경우

법원은 특정범죄를 범한 자에 대하여 형의 집행을 유예하면서 보호관찰을 받을 것을 명할 때에는 보호관찰기간의 범위 내에서 기간을 정하여 준수사항의 이행여부 확인 등을 위하여 전자장치를 부착할 것을 명할 수 있다(제28조 1항).

법원은 부처명령기간 중 소재지 인근 의료기관에서의 치료, 지정 상담시설에서의 상담치료 등 대상자의 재범방지를 위하여 필요한 조치들을 과할 수 있다(제28조 2항).

3) 전자감독의 운영

전자장치는 부착장치(전자발찌), 휴대용추적장치, 재택감독장치로 구성된다.¹³⁰⁾

부착장치는 일명 ‘전자발찌’로 불리며 ‘전자감독대상자의 신체에 부착하여 휴대용추적장치와 재택감독장치에 전자파를 송신하는 장치’로 정의되고 있다. 부착장치는 전자감독을 받는 동안 24시간 내내 부착해야 한다는 점에서 전자감독을 상징하는 대표적 장치로 인식되고 있다. 휴대용 추적장치 또는 재택 감독장치와 일정 거리 이상 벗어날 경우 진동이 울리도록 설계되어 있으며 장치를 훼손할 경우에도 경보가 울리도록 되어 있다. 부착장치의 본체에는 배터리가 내장되어 있으며 1회 충전으로 약 1년 가량 기능이 유지된다.

휴대용추적장치는 전자감독 대상자의 현재지를 파악하는 장치이다. 전자감독 대상자가 거주지를 벗어나 외출을 할 경우 부착장치는 물론 휴대용추적장치의 상태도 동시에 송신하게 된다. 출입금지구역 출입이나 배터리 방전 및 전자발찌 훼손

130) 범죄백서(2010) 및 범죄예방정책국 홈페이지(www.cppb.go.kr) 참조.

시도의 경우 보호관찰관 및 위치추적관제센터와 전화통화도 할 수 있도록 개발되었다. 휴대용추적장치는 1회 충전으로 25시간 정도 기능이 유지된다.

재택감독장치는 전자감독 대상자의 재택여부를 확인하는 장치로 주거지의 경우 건물 내부 또는 지하에 위치하는 특성으로 인해 휴대용 추적장치로는 전자감독 대상자의 재택 여부를 파악하는데 있어서 신뢰도가 낮다는 기술적 한계를 극복하기 위한 장치이다. 전자감독 대상자가 주거지 밖에 있는 동안에는 휴대용추적장치가 대상의 위치와 전자장치(부착장치, 휴대용추적장치)의 상태를 위치추적관제센터로 보고하는 것과는 달리 대상자가 귀가하면 이때부터는 재택감독장치가 대상자의 재택 여부와 개별 전자장치의 상황을 보고하는 역할을 담당한다.

4) 전자감독제도의 실시현황

가) 연도별 · 처분별 집행현황

전자감독의 연도별 실시건수를 보면, 2008년에는 205건, 2009년에는 591건, 2010년에는 533건으로 해마다 증가하는 추세를 보이고 있다. 제도 도입 초기에는 성폭력범에 한정되어 실시되다가 미성년자 대상 유괴범과 살인범으로 적용범죄의 대상이 확대되었고 형기종료자에 대한 소급적용과 가출소자에 대한 부착명령이 가능해지면서 실시건수는 지속적으로 증가하는 추세에 있다.

처분별로 보면 연도의 구별없이 가석방자에 대한 전자감독이 가장 큰 비중을 차지하고 있다(2008년도 98.9%, 2009년도 94.8%). 그러나 2010년부터는 형기 종료후 부착명령을 받은 자가 증가하면서 전체 사건중 가석방자가 점유하는 비중은 급격히 감소하는 추세를 보이고 있다(67.8%).

나) 부착기간별 현황

성폭력사범과 가석방처분을 받은 대상으로 구성되었던 2008년과 2009년에는 전자장치 부착기간이 6개월 미만인 경우가 각 82.0%와 66.5%를 차지하여 비교적 단기 위주로 집행되었다.

그러나 성폭력사범에 비해 형기가 장기인 살인범의 경우 가석방 당시 잔형기가 장기이고 또한 형기종료자의 경우 평균 부착기간이 7년 이상으로 장기화됨에 따라

2010년에는 부작기간이 5년 이상인 경우가 12.9%에 이르고 있다.

다) 죄명별 집행현황

2008년과 2009년에는 성폭력 범죄에 대해서만 전자감독이 실시되었다. 2010년부터는 살인죄에 대해서도 전자감독이 실시되어 전체 접수사건의 43.7%를 차지하고 있다.

라) 연령별 · 지역별 현황

연령대별 분포에서는 30세이상 40세 미만이 2008년 이후 누적 집계에서 33.1%로 가장 높은 비중을 차지하고 있다. 그러나 살인범이 전자감독 대상으로 확대된 2010년 이후에는 40세 이상의 대상자가 급격하게 증가하고 있다.

지역별 대상자 분포는 지역별 거주인구의 분포와 크게 상반되지 않는 현상을 보이고 있다. 2008-2010년간 서울인천지역이 전체 전자감독 대상자의 25.5%, 경기지역이 18.5%를 차지하고 있다.

5) 전자감독의 시행성과와 문제점

전자감독은 성범죄 등 일부 강력범죄에 대처하기 위해 만들어진 임시적인 제도로서 그 성립과정에서 본질이나 성격에 대한 충분한 논의가 부족하였다. 전자감독을 보호관찰의 준수사항으로 부과할 수 있게 되면서 종래 원호적 조치로서 사회복귀를 목적으로 하여 왔던 보호관찰의 본질이 훼손되는 측면이 있다. 따라서 전자감독과 보호관찰의 상호관계가 명확하게 정립될 필요가 있다. 뿐 아니라 전자감독 대상자에 초범자나 정신질환자, 지능이 낮은 자 등이 다수 포함되어 있어 과학적인 대상자 선정이 필요하며 대상자에 대한 원호적 측면보다 감시적 기능에 치우치고 있다는 비판이 제기되고 있다.

8. 교정에 시민들이 참여하는 제도

가. 민간참여의 의의와 중요성

종래의 형사정책에서는 수사, 재판, 형집행을 모두 국가의 권한과 책무로 인식하였고, 이러한 형사정책하에서 범죄자를 어떻게 다루는가 하는 것은 오직 국가적 관심사이고 국가가 결정할 문제로 이해되었다.

그러나 오늘날 민주적인 교정행정에서는 교정을 국가의 독점사항으로 보지 않고 국가와 시민이 함께 협력해야 하는 문제로 본다. 교정은 범죄자 교화와 재범방지를 목적으로 하는 것으로서 근본적으로 사회복지적 성격을 포함하고 있다. 따라서 교정을 국가기관이 전담하는 것은 적절하지 않다.

교정영역에서 민간참여가 가지는 의의와 필요성은 다음과 같은 몇가지로 정리해 볼 수 있다.¹³¹⁾

1) 교정의 효율성 제고

교정에서 민간참여가 논의되는 배경에는 국가에 의한 교정이 그다지 성공적이지 못하다는 인식이 깔려 있다. 즉 범죄의 증가와 높은 재범률을 고려할 때 교정당국에만 전적으로 의존할 수 없으며 적극적인 민간참여를 허용함으로써 교정의 효율성을 높여야 한다는 것이다. 즉 지역사회내에 있는 인적, 물적 자원을 충분히 활용하는 경우에만 수요자의 구체적인 필요에 따라 보다 양질의 서비스를 제공할 수 있다는 것이다.

2) 교정비용 절감

교정에 있어서 민간참여는 교정비용을 절감하는 효과가 있을 것으로 기대되고 있는 것이다. 즉 민간 자원봉사자들과 민간단체들을 범죄인 교화사업에 활용할 경우 그 열성과 기여도에 비해 인건비 기타 비용 부담은 훨씬 줄어들 것으로 기대된다. 그리고 교정에서 민간참여가 확대되어 감에 따라 국가의 역할은 자원과 서비

131) 한인섭, 1993, 17면.

스의 직접적 제공자에서부터 지역사회의 자원과 서비스를 동원하고 그것을 효율적으로 배치하는 자원중개자의 역할로의 변화가 이루어지고 있다.

3) 교정행정에 대한 시민감시

모든 국가권력은 언제나 부패와 권한남용의 위험을 가지고 있다. 교정영역에서 민간참여는 교정당국의 자의적인 권력행사를 억제하는데에도 기여하여 수형자의 인권보장과 적법절차 준수라는 측면에서 긍정적인 효과를 가질 수 있다.

나. 민간참여의 형태

1) 교정위원

교정위원이란 법무부장관의 위촉을 받아 수용자 교화활동에 참여하는 자원봉사 제도로서 교화위원, 종교위원, 교육위원, 의료위원으로 구분된다. 2008년 기준 교정위원은 4,656명으로 되어 있다. 교정위원 관련단체로서 법무부교정위원 중앙협의회가 설치되어 있고, 각 지방교정청별로 교정연합회가 설치되어 있다. 교정위원의 주요활동은 다음과 같다.

가) 교화위원

교화위원은 지역사회에서 신망이 두텁고 학식과 경험이 풍부한 인사로서 전체 교정위원중 가장 큰 비중을 차지하고 있다. 교화위원의 직업별 인원을 보면(2009년 기준), 총 2,255명중 실업가가 1,588명으로 가장 많고, 그밖에 교육자 64명, 법조인 51명, 사회사업가 87명, 공무원 36명, 기타 429명으로 되어 있다. 교화위원은 수용자 인성교육, 학과교육, 자매결연, 도서기증, 특별활동지도(서화, 악대 등) 등의 활동을 하고 있다.¹³²⁾

나) 종교위원

목사, 승려 등 종교인은 종교위원으로서 수용자에게 신앙생활을 지도하고 그 심

132) 범죄백서(2010), 325면.

성순화에 이바지하고 있다. 종교위원의 종교별 인원을 보면(2009년 기준), 기독교가 931명(48.4%)으로 가장 많고, 다음으로 불교 638명(33.1%), 천주교 330명(17.1%), 기타 26명(1.4%)으로 되어 있다. 주요활동은 종교상담, 교리지도, 자매결연, 교화도서기증 등이다.

다) 교육위원

교육자, 학원강사, 직업훈련강사 등 수용자 교육 및 직업훈련 분야에서 지도할 수 있는 전문지식과 능력을 보유한 인사들은 교육위원으로 위촉하고 있다. 2009년 기준 241명이며, 주요활동은 직업훈련지도, 학과교육지도, 특별활동지도(서화, 악대 등), 인성교육이다.

라) 의료위원

수용자의 부족한 의료처우 문제를 개선하기 위하여 의사, 한의사, 약사 등을 의료위원으로 위촉하고 있다. 2009년 기준 153명이며, 주요활동은 의료지원, 불우수용자돕기, 자매결연 등이다.

2) 범죄예방위원

범죄예방자원봉사위원은 범죄예방활동을 하고, 보호관찰활동과 갱생보호사업을 지원하는 일을 한다.¹³³⁾ 범죄예방자원봉사위원은 지역사회에서의 범죄예방활동 전개, 보호관찰 대상자 지도, 사회봉사명령 집행감독 등 보호관찰활동 지원, 범법자에 대한 상담지도, 범법자에 대한 취업알선·재정지원 및 이와 관련 된 것으로 법무부장관이 정하는 사항이 된다. 이와 더불어 선도조건부 기소유예자 또는 출소자에 대한 상담지도, 특별지도, 학교주변 유해환경 정화, 장학사업, 우범지역 순찰과 우범소년 선도, 법교육 출장 강연, 의료시혜, 약품지원 등의 업무를 수행하고 있다.

2013년 현재 범죄예방자원봉사 조직은 전국연합회 및 58개의 지역협의회로 구성되어 있다. 범죄예방자원봉사위원의 정원은 시(구가 설치되지 아니한 시를 말한

133) 범죄예방자원봉사위원은 법무부 장관이 위촉하는데 ① 인격 및 행동에 있어 사회적으로 신망을 받으며, ② 사회봉사에 대한 열의를 가지고 있어야 하며, ③건강하고 활동력이 있고, ④국가공무원법 제33조 각호의 결격사유에 해당하지 아니하여야 한다.

다) · 군 · 구별로 그 지역의 인구 · 범죄 상황 기타 사정을 고려하여 인구 1천명당 1인의 범위내에서 법무부장관이 정한다. 2013년 4월 5일 전국의 범죄예방자원봉사위원회는 13,752명이 활동하고 있다. 남자가 10,435명(외국인 17명 포함)으로 75.9%, 여자가 3,317명(외국인 7명 포함)으로 24.1%의 비율을 이루고 있다.¹³⁴⁾

3) 한국법무보호복지공단과 민간갱생보호법인

갱생보호(after-care)는 가석방, 형기종료 등으로 출소한 자들에게 정신적 · 물리적 원조를 제공하여 건전한 사회인으로 복귀할 수 있는 자립기반을 조성하고 사회 적응을 용이하게 함으로써 범죄의 위험으로부터 사회를 보호하고 재범을 방지하기 위한 사회내의 포괄적인 보호활동을 말한다.

우리나라에서 갱생보호기구로서 대표적인 것은 국영인 한국법무보호복지공단이 있고 순수하게 민간이 운영하는 7개의 민간갱생보호법인이 있다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 우리나라에서는 교정이 국가의 독점적 영역으로 생각하는 경향이 강하여 교정시설 운영에 민간참여는 매우 부족한 실정이다.

4) 민영교도소

우리나라의 민영교도소 설립은 IMF 체제 이후 논의되기 시작하였다. 교도소의 과밀수용 및 수용환경이 문제되고 출소자 재범률이 상승하면서 법무부는 정부의 조직과 재정을 최소화하는 방안으로 민영교도소 도입 계획을 검토하였다. 이에 따라 1999년 행형법 개정에서 민영교도소에 대한 근거규정을 마련하였고 2001년에는 법무부가 민영교도소 수탁자 선정 심사위원회를 구성하고 민영교도소 설치 운영에 관한 제안요청을 일반에게 공고하였으며 이에 따라 2003년 2월 법무부장관과 재단법인 아가페간의 위탁계약이 체결되었다. 이에 따라 2010년 12월 1일 최초의 민영교도소인 소망교도소를 개소하였다.

현재 소망교도소에 대하여는 교정행정업무를 포괄적으로 위탁하고 있다. 총기사용, 보호장비 사용, 유형력 행사, 징벌처분 등 수용자의 생명과 신체의 자유 및 인

134) 정진수(2014), 재범방지를 위한 교정보호 선진화방안 연구(Ⅱ) 총괄보고서, 86면.

권과 직결되는 업무도 모두 위탁되어 있다. 귀휴실시, 가석방신청업무도 위탁되어 있다. 뿐만 아니라 재정지원도 운영경비의 약 90% 가까이에 이른다. 이러한 상황 속에서 시설의 안전과 질서를 확보하고 수용자의 인권도 보장할 뿐 만 아니라 지원된 재정의 공정하고도 투명한 집행을 감독하기 위하여 국가의 감독권행사를 다각도로 규정해 두고 있다. 그리고 감독관을 상주시켜서 소망교도소 운영의 성공적인 정착을 도모하고 있다.

제3절 범죄자 교정처우에 관한 한중 비교

1. 교정의 정의와 목적

중국에서는 시설에서 죄범이 형집행을 받는 과정을 노동개조라고 하고 사회내에서 형집행을 하는 것을 사회구역교정이라고 한다.

중래 중국의 감옥은 외국과는 좀 색다른 모습이었다. 즉 감기감옥(監企監獄)이라 하여 감옥과 기업이 한 몸통으로 결합된 그야말로 특색있는 체제였다. 이러한 감기감옥은 계획경제체제하에서 노동을 통한 죄범의 교정에도 양호한 성과가 나타나고 감옥이 기업을 경영하는 수익성도 좋아 일거양득할 수 있는 우수한 체제로 작동할 수 있었다. 그러나 중국 경제가 계획경제체제를 벗어나 시장경제체제로 전환되면서 감옥은 새로운 변화에 적응하지 못하고 여러 가지 문제에 당면하게 되었다. 형집행기관으로서 감옥 본연의 기능이 저하되고 노동생산성도 떨어져 기업으로서의 역할도 약화되었다. 그리하여 2003년 1월 국무원 사법부는 <감옥체제 개혁 시범실시에 관한 지도의견>을 통하여 <개혁 16자(字)> 방침을 하달하였다. 그 내용은 ① 감옥의 모든 경비는 국가가 보장한다는 전액보장, ② 감옥직능과 기업직능을 분리한다는 감기분리(監企分離), ③ 예산의 조달과 집행은 서로 각자 한다는 수지분개(收支分開), ④ 감옥의 국가형벌권 집행과 기업의 시장경제하에서의 운영은 독립적인 규범에 따른다는 규범운행(規範運行)이다. 그 후 감옥개혁은 지속적으로 추진하여 왔는데 중국의 감옥 개혁은 크게 감옥체제의 개혁과 감옥분포의 조정, 그리고 지역사회 교정의 실시가 세가지 축이라고 할 수 있다.

죄범에 대한 노동개조는 강제노동을 통해 범죄인의 심리와 행위를 교정하는 것이다. 구체적으로 말하면 노동개조의 목적은 죄범의 소극적인 노동의식과 불량한 노동습관을 교정하는 것이며 이와 함께 죄범들이 직업훈련을 통해 노동기능을 배양하는 것이다. 즉 죄범들로 하여금 사회에 진출한후 취업하지 못하여 재범의 길에 들어서는 것을 막기 위하여 감옥에 사회와 똑같은 노동환경, 노동설비를 설치하여 노동과정에서 기술을 배우고 익히며 또한 각종 자격증을 획득할 수 있도록 함으로써 죄범들이 형기가 만료된 후의 사회복귀에 유리하도록 노동기능을 갖추게 하는 것이다.

중국에서 감옥개혁과 죄범개조에서의 새로운 추세와 발전에 의해 <<감옥학>>이 하나의 학문 영역으로 탄생하였다. 그리고 이러한 <<감옥학>>을 상급학문으로 하여 여러 개의 하급 학문이 만들어졌는데 그 중의 대표적인 것의 <<죄범노동개조학>>이다. 또한 <<죄범노동개조학>>의 인접학문으로 <<죄범교육학>>, <<죄범개조심리학>>, <<감옥행정관리학>> 등의 학문이 정착되어 가고 있다.

한국과 중국에서 용어사용에는 차이가 있으나 범죄인의 개선을 통한 사회복귀를 형집행의 목적하고 있음은 동일해 보인다. 또한 중국에서 노동개조학과 그 인접학문이 정착해 가고 있음도 한국과 동일하다.

그러나 한국과 중국은 용어 사용에서 차이가 있다. 한국에서는 교정을 시설내 교정과 가까운 개념으로 보는 견해가 현재로서는 우세한 것으로 보인다.

그러나 한국에서는 교정의 개념을 구금시설에서의 형집행(행형)외에도 보호관찰, 갇생보호 등 사회내 처우까지 포함하는 것으로 그 개념을 점차 확장해 나가는 추세에 있다.

이러한 한국과는 달리 중국에서는 시설에서 범죄자 관리를 하는 것을 노동개조라고 하고 사회내에서 범죄자를 관리하는 것을 ‘사회구역교정’이라고 하여 사회내에서 범죄자 관리를 하는 것에 대해 교정이라는 용어를 사용하고 있다. 그리고 중국에서는 ‘노동개조’라고 하여 노동을 통한 범죄자 개조를 중요한 목적으로 하고 있음이 주목된다. 이에 비해 한국에서는 교정의 목적에 대하여 합의가 있다고 보기는 어렵고, 강화상으로는 응보와 예방으로 설명되고 있으며, 예방은 다시 일반예방, 특별예방, 사회복귀, 사회재통합 등으로 설명되고 있다.

2. 교정관련 법령

한국에서는 형법, 형사소송법, 형집행법, 보호관찰법, 소년법, 위치추적법 등의 교정에 관련된 대표적인 법률이다. 중국에서는 교정관련법령으로 형법, 형사소송법, 감옥법, 사회구역교정실시방법, 미성년인보호법, 미성년인범죄예방법 등을 들 수 있다.

중국의 형법 및 형사소송법에는 형의 종류와 형의 집행에 관한 규정을 두고 있다. 형벌의 종류로는 관제(管制)형, 구역(拘役)형, 유기도형(有期徒刑), 무기도형, 사형, 벌금, 정치권력박탈, 재산몰수가 있다.

관제형은 한국과는 구별되는 중국 특유의 형벌이며 관제형에 처해진 범죄자의 형집행방식은 사회구역교정을 통하여 실시한다. 관제형의 형기는 3개월이상 2년 이하이다. 그리고 구역형의 형기는 1개월이상 6개월이하이다. 구역형에 처형된 범죄자의 형집행은 공안기관에서 가까운 곳에서 집행한다. 유기도형의 형기는 6개월 이상 15년 이하이나 25년까지 가중할 수 있다.

자유형의 집행과 관련된 제도로써 2년유예집행사형, 집행유예, 가석방 제도가 있다.

중국 감옥법은 총칙과 각칙 그리고 부칙 모두 7장 78개 조문으로 구성되어 있다. 감옥법에는 감옥의 주관기관, 감옥의 설치와 감옥의 관리자, 감옥의 재정, 감옥 업무의 기본원칙, 형벌의 집행, 감형과 가석방, 석방과 취업, 감옥의 행정관리에 관해 규정하고 있다. 감옥법에서는 감형에 관해 규정하고 있는데, 무기징역·유기징역을 판결받은 수형자는 형기복역중 회개의 정이 현저하거나 공을 세웠을 때는 감옥의 심사결과에 따라 감형될 수 있다. 감형기간은 유기징역의 경우 원판결의 1/2 이하로 낮출 수 없고 무기징역의 경우 10년 이하로 낮출 수 없다.

중국에서 소년범죄와 관련된 법률로서 미성년인보호법과 미성년인범죄예방법이 있다. 중국에서는 만16세부터 형사책임을 진다. 그러나 만14세이상 16세미만의 소년범죄가 고의살인, 고의상해중상 혹은 사망, 강간, 강도, 마약판매, 방화(放火), 폭발, 독약투입죄에 해당하는 경우에는 형사책임을 진다.

미성년인보호법은 1991년에 만들어졌으며 미성년범인에 대한 처리원칙을 규정하고 있다. 즉 교정의 전과정에서 교육을 위주로 하고 징벌은 부차적으로 적용한

다는 것이다. 미성년인범죄예방법은 1999년에 만들어졌으며 미성년자의 범죄예방과 이를 위한 다양한 프로그램을 명문화하고 있다.

미성년인 보호법에서는 불량행위를 규정하고 있고, 미성년인범죄예방법에서는 엄중불량행위를 규정하고 있다. 미성년자가 엄중불량행위를 했을 경우에 치안관리 처벌법에 따라 처벌한다. 미성년인이 16세미만으로 형사처벌을 할수 없을 때는 그의 부모 또는 후견인이 엄히 관리감독할 것을 명령(치안경찰)하고 필요할 때는 정부에서 수용교육(收容教育)하거나 공독학교(工读学校)에 보내여 교정치료와 교육을 진행할 수 있다.

한국과 중국의 교정관계 법령을 비교할 때 다음과 같은 차이점을 지적할 수 있다.

가. 자유형과 관련하여 중국에서는 한국과는 달리 징역과 금고의 구별이 없고 단기자유형인 구역형이 6개월 이하로 되어 있어 한국의 구류(30일 미만)에 비해 그 기간이 길다. 다만 유기자유형을 가중하는 경우 한국은 50년까지로 되어 있으나 중국은 25년까지로 되어 있다. 그리고 중국에서는 사회내 자유형이라고 할 수 있는 관제형을 규정하고 있음은 주목되며 그 운영에 대해 연구할 필요가 있다고 생각된다. 또한 중국에서는 사형집행유예 제도를 두고 있음도 특이하다.

나. 형사책임연령에 대해 한국은 만14세로 되어 있으나 중국에서는 만16세로 되어 있다. 그러나 중국에서도 만14세-16세의 소년이 중대한 범죄를 범한 경우에는 형사처벌을 받을 수 있도록 하여 한국과 실제로는 큰 차이가 없을 것으로 보인다. 형사처벌을 받는 소년범죄자는 한국의 소년교도소와 유사한 시설에 수용된다. 그리고 14세-16세의 소년이 중대한 범죄 이외의 범죄를 범한 경우와 10세-16세의 소년이 미성년인범죄예방법에서 규정하고 있는 엄중불량행위를 한 경우 우리의 소년원과 유사한 공독학교에 수용되거나 그밖의 보호조치를 받을 수 있도록 되어 있다. 그러나 중국에서는 소년법이 제정되어 있지 않고 소년범 수용시설이 충분히 갖추어지지 않은 점 등은 소년범죄자 교정에서 개선이 필요해 보인다.

다. 한국과 중국은 모두 사회내 교정을 실시하고 있다. 그러나 중국에서 사회구역교정은 한국에 비하면 늦게 시작하여 정착단계에 있다. 그리고 사회내 교정에 관한 제도중 전자감독과 사회봉사명령, 수강명령도 아직 체계적으로 제도화되지 않은 것으로 보인다.

3. 교정관련 조직 · 시설 · 직원

중국에서 감옥관리를 총괄하는 기구는 사법부에 소속되어 있는 감옥관리국이다. 그리고 사법부 감옥관리국과 일선 감옥사이의 중간감독기관으로 각성(省), 자치구(自治区), 직할시의 성급감옥관리국이 설립되어 있다. 대다수의 감옥은 각 성(省)감옥관리국의 직접적인 감독을 받고 있다.

중국에서 구금시설로는 감옥과 간수소가 있다. 감옥은 자유형(유기도형, 무기도형), 사형집행유예2년의 집행과 노동개조를 실시하는 장소이다. 간수소는 범죄혐의자(체포), 피고인등 미결수용자를 판결 전까지 임시적으로 감금하는 장소이다. 간수소는公安(公安)기관에 소속되어 있고, 미결구금시에도 강제노동을 부과하고 있다.

소년시설로는 공독학교와 미성년범 관리교육소, 수양교양소, 노동교양소가 있다. 공독학교(工读学校)는 한국의 소년원과 유사한 시설로서 완전기숙제 반군대적인 관리를 하는 미성년인 특수교정학교이다.

미성년범 관리교육소는 범죄소년에 대하여 관리하고 교육을 실시하는 전문기관이지만 형벌집행기관이며 감옥과 같은 기능을 한다. 한국의 소년교도소와 유사한 시설이다.

수양교양소는 14·16세 소년의 범죄행위가 형사처벌 기준에 도달되지 않는 경우 지도를 받아 새출발을 하게 하는 차원에서 소년에 대하여 정부에서 강제 수용교양을 시키는 교육기관이다.

사회내 교정과 관련하여 사법부 소속인 사회구역교정관리국은 전국의 사회구역 교정을 총괄하는 기관이다. 중국에는 한국과 같은 <<보호관찰소>> 명칭의 교정 업무담당기구는 없지만 기층사법소(司法所)에서 법제선전, 기층민사분규(준사법성질)조정, 사회치안종합퇴치(綜合治理), 사회구역내교정사업 등 다양한 업무중의 하나로 보호관찰을 실시하고 있다. 하지만 전문인원과 자금의 부족으로 업무수행에 많은 애로를 겪고 있다.

중국에서 교정공무원은 국가공무원일 뿐만 아니라 경찰유형중의 감옥경찰부류에 속하므로 공무원법, 감옥법과 경찰법의 조정(調整)을 받는다.

교정공무원 직급은 5등 13급으로 나눈다. 중국에서 교정공무원의 정원, 직급, 채용, 승진, 교육훈련, 근무여건 및 복지 등 종합적인 교정공무원법은 없는 상태이다.

중국과 한국의 교정관련 조직·시설·직원을 비교할 때 다음과 같은 차이를 찾아 볼 수 있다.

먼저 한국에서는 교도소와 보호관찰소에 근무하는 직원이 모두 일반직 공무원으로서 신분상으로 경찰공무원과는 차이가 있다. 그러나 중국에서는 교정시설에 근무하는 직원은 공무원이지만 경찰의 한 유형인 감옥경찰로서의 신분을 가지고 있다는 점에서 차이가 있다. 그리고 미결수를 수용하는 시설인 간수소를 공안(경찰)에서 관리하고 있어 미결수용자의 권리와 인권 문제와 관련하여 논란의 소지가 있을 것으로 보인다.

소년법 교정과 관련하여 중국에서는 소년들의 非行예방은 <<미성년인보호법>>과 <<미성년인범죄예방법>>에 의해 종합퇴치(綜合治理)를 원칙으로 하면서 가정, 학교, 법원, 검찰원, 공안국, 사회 등 여러분야의 협동을 강조하고 있다. 그러나 아직도 소년법이 제정되어 있지 못하고 구체적인 전문적 집행기구도 없는 상태이다.

사회내 교정과 관련하여 중국에서는 2002년부터 사회구역교정이 실시되고 있으며 이 업무는 사법부 소속인 사회구역교정관리국의 기층사법소에서 담당하고 있으나 아직 제도의 시행 초기단계로서 인적, 물적 자원의 부족으로 애로를 겪고 있으며 한국의 보호관찰소와 같은 전담기구는 갖추지 못하고 있는 실정이다.

4. 구금시설에서 범죄자 관리를 위한 제도

가. 중국에서는 수용자의 의료처우를 인근 사회의 의료와 거의 동등한 수준으로 실시하고 있다. 그리하여 수용자 150명당 의사 1인을 배치하도록 되어 있고 각 감옥당 준종합병원 수준의 의사와 교정직원이 배치되어 있다고 한다. 이것은 의사를 비롯한 의료인력이 공무원의 신분을 가지고 있는 중국의 사회주의 국가의 체제 특성 때문에 가능한 사항으로 보인다. 한국은 의료면에서 중국보다 훨씬 떨어지는 열악한 상황에 놓여 있어 이의 시정이 절실히 요구되는 시점이다.

나. 중국에서는 수감기간중 그 가족 또는 후견인과 만날 수 있다고 감옥법 제48조에 명시하고 있으며, 서신교환은 검열을 받고 교환할 수 있다고 규정하고 있다. 중국의 접견은 한국에 비해 자유스럽게 운영되고 있다고 하는데, 접견시 직원이

입회를 하지 않고 있으며 부부특별접견제도도 한국보다 훨씬 일찍 시행되고 있었다는 점은 특이할만한 사항이다.

다. 중국은 ‘개조 제1 생산 제2’라는 이념하에 감옥을 공장화하고 수용자를 직공화하여 교도작업의 생산성이 매우 높은 것으로 알려져 있다. 전국 감옥마다 공장과 농장이 운영되고 있다. 노동개조를 하면서 이와 관련되는 직업훈련과정이 필수적이다. 출감후의 재취업을 위하여 감옥내에서 외부의 전문가를 청하여 요리사, 용접공, 건축공, 전기공, 자동차수리 등 다양한 분야의 기능양성프로그램이 실시되고 있다. 중국은 교도작업의 생산성면에서 한국에 비해 높은 생산성을 보이고 있다고 한다. 이것은 교정시설을 공장화하고 수용자를 직공화시키고 있는 중국의 사회주의 특성에 기인한 결과로 볼 수 있다. 한국은 교도작업과 직업훈련이 형식적이고 요식적으로 이루어지고 있다는 지적이 많은데 중국의 사례를 참고할만하다고 할 것이다.

라. 중국의 교정교육은 수형자의 수준에 따라 문맹퇴치교육, 학과교육을 실시하고 해당시험에 합격한 자에 한하여 학력증명서를 발급하고 있다. 그러나 일반적으로 중국의 교정교육은 사회주의 국가의 특성상 이념적·사상적 측면을 강조하고 있는 것으로 보인다.

5. 사회내에서 범죄자관리를 위한 제도

중국에서는 개혁과 개방 이후 범죄와 재범률의 증가를 맞이하게 되었고 이에 따라 감옥 수감자가 해마다 늘어나게 되었다. 그리하여 1990년대부터 사회구역교정에 관한 관심을 가지고 되었고, 2007년에는 전국 24개 성·시에서 사회구역교정이 실시되는 등 사회구역교정이 정착되어 가고 있다.

사회구역교정의 근거는 2003년 7월에 만들어진 <사회구역교정 시범업무 전개에 관한 통지>와 2012년 1월 10일에 만들어진 <사회구역교정실시방법(社区矫正实施办法)>이다.

사회구역교정은 관제판결을 받은 자, 유예선고를 받은 자, 임시감외집행을 받은 자, 가석방자, 정치권리를 박탈당하고 사회에서 수형중인 자 등 5가지에 한한다. 이상과 같은 5가지에 해당하는 자중에서 범죄행위가 가볍고 주관적 악성이 크지

않은 미성년자, 노약자, 장애가 있는 자여야 한다. 그리고 범행이 비교적 가벼운 초범이나 과실범에 대해서도 가급적 지역사회교정을 실시하도록 권장하고 있다.

중국에서 사회구역교정을 실시하면서 지역별로 사회구역교정의 시행과 관련된 법규정이 정비되고, 사회구역교정을 위한 정부기관 및 민간단체와의 협력체계가 구축되었다. 그리고 사회구역교정의 실시기관인 사법소가 설치되었고 전문교육프로그램이 개발되었다.

그러나 이러한 성과에도 불구하고 중국에서 사회구역교정을 실시하는 과정에서 문제점도 나타나고 있다. 먼저 사회구역교정의 실시와 절차에 관하여 구체적으로 규정하지 않아 실무자들이 무엇을 어떻게 해야 할지 모르는 경우가 많다. 그리고 사회구역교정은 법원, 검찰원,公安기관, 사법기관, 감옥 등이 협력해서 실시해나가야 하는데 각 기관의 권리의무와 관련기관간의 업무부담이 명백하지 않다. 그밖에 사회구역교정업무를 위한 인력과 예산이 부족한 것도 큰 문제점으로 지적되고 있고, 사회구역교정의 대상범위가 적은 것도 문제되고 있다.

2011년 2월에는 제11기 전국인민대표대회상무위원회 제19차 회의에서 <<중화인민공화국형법수정안(8)>>이 통과되었다. 본 수정안에서 처음으로 명확히 법에 따라 사회구역교정을 실행할 것을 규정하였다. 이에따라 2012년 1월 10일 최고인민법원, 최고인민검찰원,公安부, 사법부에서는 연합발표문의 형식으로 <<사회구역교정실시방법>>을 발표하였다.

<<사회구역교정실시방법>>은 행정법규지만 그 내용은 대한민국의 보호관찰법과 유사하다. 방법은 모두 40조로 구성되었다. 그 주요내용은 사회구역교정실시의 근거법(형법, 형사소송법), 책임실시기관, 실시절차, 미성년자사회구역교정시의 규정 등이다. 2012년 3월 1일부터 정식 실행한 본 방법은 사회구역교정사업의 법제화와 제도화에 적극적인 효력을 발휘하고 있다. 하지만 사회구역교정에서 교정공무원의 인사배치, 재정예산자금의 부족, 관리감독방식의 다양성의 부족 등이 문제점으로 두드러지게 나타나고 있다. 때문에 <<사회구역교정법>>의 제정이 필요한 상황이다.

6. 소결

중국과 한국은 과거 서로 정치체제를 달리하면서 범죄자 관리도 서로 상이한 모습으로 발전되어 왔다. 그러나 중국에서 개혁·개방이후 시장경제가 도입되면서 범죄가 증가하고 교정시설 수용인원이 증가하는 등으로 범죄자관리도 새로운 국면을 맞이하게 되었다. 그 결과 사회내 교정이 도입되고 감옥체제를 개혁하는 등으로 새로운 환경에 적응해 가고 있다.

그러나 아직은 사회내 교정의 경험이 짧고 시행과정에서 인력과 예산의 부족 등으로 적지 않은 문제점도 나타나고 있다. 뿐만아니라 사회전반적인 인권의식이 강해지면서 수형자와 미결수용자들의 인권문제도 중요한 이슈로 부각되어 갈 것으로 예상된다.

다만 과거와는 달리 교정의 영역에서 서로 공통되는 사항이 증가하고 있는 추세라 생각되며 이에 따라 양국의 상호 교류와 협력의 필요성이 날로 증가해 갈 것으로 예상된다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제5장

논의의 종합과 결론

정진수

제5장

논의의 종합과 결론

1. 중국 형사소송법의 주요 특징

형사소송법은 그 사회의 역사, 문화, 사회경제발전 그리고 시대상을 잘 반영하고 있는 법률이다. 중국은 소련의 법제를 본보기로 사회주의 법체계를 구축하여 오다가 소련 사회주의제도의 붕괴와 더불어 시장경제를 도입하면서 중국은 중국의 현실을 잘 반영한 중국 사회주의의 법체계를 구축하려는 노력을 기울였다. 이러한 노력의 결실이 형사소송법의 제정과 개정이다. 형사소송법의 지도자상으로서 마르크스레닌주의와 모택동사상 및 프롤레타리아독재를 완전히 삭제함으로써 이제 서구 민주주의 국가의 형사소송법 이념과 궤를 같이 하고 있다고 할 수 있다.

중국에서는 2012년 16년 만에 대폭적으로 형사소송법을 개정하였다. 형사소송법 개정방향은 신속하고 정확하게 진실을 밝혀 범죄의 징벌을 확보함과 동시에 국민의 합법적 권리의 보호에 있다. 이에 따라 형사소송법은 중국 헌법이 확립한 인권 존중과 보장을 총칙(제2조)에 명시하고 자신의 죄를 인정하도록 강요하지 못한다는 규정이 추가되었다. 나아가 위법증거 배제제도를 완비하고 위법증거배제의 구체적인 기준을 명확히 규정하였다. 증거제도, 강제조치, 변호제도, 수사조치, 공판절차, 집행절차 등을 대폭적으로 개정하였고 특별소송절차를 신설하였다.

중국 형사소송법의 주요 특징을 몇 가지 언급하면 다음과 같다.

- 중국에서는 한국 형사소송법에는 없는 주거감시라는 강제조치를 두고 있다. 피의자 또는 피고인의 주거공간에서 생활하면서 감시를 당하기 때문에 구속과 달리 자유제한의 정도가 완화되었다는 점이 특징이다. 집행기관의 감시는 통신 감시

와 같은 전자감시 장비에 의한 감시와 부정기 검사 등의 방법으로 주거감시 규정을 준수하고 있는지 감독하는 방법으로 주거감시가 시행되고 있다.

- 인신구속절차에서 영장주의가 이루어지고 있지 않다. 피의자 및 피고인의 인권보장을 선언하고 있지만 실제 인권보호에 미흡한 측면을 드러내는 부분이다.

- 국가안전위해범죄, 테러범죄, 조직범죄, 중대마약범죄와 같은 중대범죄사건에 대한 기술수사로서 전화감청, 비밀촬영 및 녹음, 우편물에 대한 검사, 이메일 검사 등 침단범죄를 수사하는 근거규정을 두었다. 범죄통제와 수사의 효율성을 제고하기 위한 수사기법이지만 적절한 통제가 이루어지지 않으면 남용되어 개인의 자유가 침해될 위험성이 있고 형사소송의 기본원칙인 적법절차의 원칙과 강제처분 법정주의가 실현되고 있다고 보기 어렵다.

- 비밀수사를 합법화(제151조)하고 있다. 즉 사건의 정황을 조사하여 밝히기 위해 필요한 경우에는 공안기관 책임자의 결정을 얻어 특정인원이 비밀수사를 할 수 있다. 비밀수사를 실시할 때에 타인을 꺾어서 범죄를 하도록 하여서는 아니 되며, 공공안전에 위해를 줄 수 있거나 중대한 인신 위험이 발생할 수 있는 방법을 택해서는 아니 된다. 마약 등 금제품 또는 재물 지급에 관련된 범죄활동에 대하여 공공기관은 범죄 수사의 필요에 따라 규정에 의하여 통제 하에 회부 할 수 있다. 이에 따라 수사조치를 취하여 수집한 자료는 형사소송 중에 증거로 사용될 수 있다(제152조).

- 증인보호조치를 강화하는 규정을 두었다(제62조). 국가안전을 위해하는 범죄, 테러범죄, 폭력조직 범죄, 마약범죄 등 사건에 증인, 감정인, 피해자가 소송 중 증언할 때 본인 또는 근친족의 신변안전에 위험이 생길 경우 인민법원, 인민검찰원과 공안기관은 개인정보 미공개, 접근금지 등과 같은 각종 보호조치를 취하여야 하고 신변보호요청을 할 수 있도록 하였다.

2. 중국 교정의 주요 특징

중국과 한국은 과거 서로 정치체제를 달리하면서 범죄자 관리도 서로 상이한 모습으로 발전되어 왔다. 그러나 중국에서 개혁·개방이후 시장경제가 도입되면서 범죄가 증가하고 교정시설 수용인원이 증가하는 등으로 범죄자관리도 새로운 국면

을 맞이하고 있다. 그 결과 사회내 교정이 도입되고 감옥체제를 개혁하는 등으로 새로운 환경에 적응해 가고 있다. 한중양국은 교정의 영역에서 서로 공통되는 사항이 증가하고 있는 추세라 생각되며 이에 따라 양국의 상호 교류와 협력의 필요성이 날로 증가해 갈 것으로 예상된다.

중국 교정의 몇가지 특징을 살펴보면 다음과 같다.

- 중국에서는 시설에서 범죄자 관리를 하는 것을 노동개조라고 하고 사회내에서 범죄자를 관리하는 것을 ‘사회구역교정’이라고 하여 사회내에서 범죄자 관리를 하는 것에 대해 교정이라는 용어를 사용하고 있다. 그리고 중국에서는 ‘노동개조’라고 하여 노동을 통한 범죄자 개조를 중요한 목적으로 하고 있음이 주목된다.

- 형벌의 종류로는 관제(管制)형, 구역(拘役)형, 유기도형(有期徒刑), 무기도형, 사형, 벌금, 정치권력박탈, 재산몰수가 있다. 관제형은 한국과는 구별되는 중국 특유의 형벌이며 관제형에 처해진 범죄자의 형집행방식은 사회구역교정을 통하여 실시한다. 관제형의 형기는 3개월이상 2년 이하이다. 그리고 구역형의 형기는 1개월이상 6개월이하이다. 구역형에 처형된 범죄자의 형집행은 공안기관에서 가까운 곳에서 집행한다. 유기도형의 형기는 6개월이상 15년 이하이나 25년까지 가중할 수 있다.

- 중국에서 감옥관리를 총괄하는 기구는 사법부에 소속되어 있는 감옥관리국이다. 그리고 사법부 감옥관리국과 일선 감옥사이의 중간감독기관으로 각성(省), 자치구(自治区), 직할시의 성급감옥관리국이 설립되어 있다. 대다수의 감옥은 각 성(省)감옥관리국의 직접적인 감독을 받고 있다. 중국에서 구금시설로는 감옥과 간수소가 있다. 감옥은 자유형(유기도형, 무기도형), 사형집행유예2년의 집행과 노동개조를 실시하는 장소이다. 간수소는 범죄혐의자(체포), 피고인등 미결수용자를 판결 전까지 임시적으로 감금하는 장소이다. 간수소는 공안(公安)기관에 소속되어 있고, 미결구금시에도 강제노동을 부과하고 있다.

- 중국에서는 수용자의 의료처우를 인근 사회의 의료와 거의 동등한 수준으로 실시하고 있다. 한국은 의료면에서 중국보다 훨씬 떨어지는 열악한 상황에 놓여 있어 이의 시정이 절실히 요구되는 시점이다. 중국 교정에서 접견은 자유스럽게 운영되고 있다고 하는데, 접견시 직원이 입회를 하지 않고 있으며 부부특별접견제도도 한국보다 훨씬 일찍 시행되고 있었다는 점은 특이할만한 사항이다.

- 중국은 교도작업의 생산성면에서 한국에 비해 높은 생산성을 보이고 있다고 한다. 이것은 교정시설을 공장화하고 수용자를 직공화시키고 있는 중국의 사회주의 특성에 기인한 결과로 볼 수 있다. 한국은 교도작업과 직업훈련이 형식적이고 요식적으로 이루어지고 있다는 지적이 많은데 중국의 사례를 참고할만하다고 할 것이다.

- 중국의 교정교육은 수형자의 수준에 따라 문맹퇴치교육, 학과교육을 실시하고 해당시험에 합격한 자에 한하여 학력증명서를 발급하고 있다. 그러나 일반적으로 중국의 교정교육은 사회주의 국가의 특성상 이념적·사상적 측면을 강조하고 있는 것으로 보인다.

참고문헌

1. 중국

가. 参考法

中華人民共和國刑法

中華人民共和國刑事訴訟法

中華人民共和國監獄法

中華人民共和國未成年人保護法

中華人民共和國預防未成年人犯罪法

社區矯正實施辦法

나. 參考文獻

《2013年度最高人民法院工作報告》(周強)(2014.3)

刑法學 蘇惠漁主編 中國政法大學出版社(2007年版)

犯罪學(第三版) 許章潤 主編 法律出版社(2007年版)

社區矯正制度研究 劉強 主編 法律出版社(2007年)

全國社區矯正案例選編 法律出版社(2012.5)

監獄矯正機能之觀察與省思 張婧 著 中國人民公安大學出版社(2010.7)

罪犯勞動改造學 賈洛川 主編 中國法制出版社(2010.5)

特殊類型罪犯矯治 嶽平 主編 中國法制出版社(2010.5)

2. 한국

이영근(2009), 한·중·일 교정제도의 문제점과 발전방향, 교정연구(제45호).

이영근(2008), 한·중 형사사법제도 비교연구, 교정연구(제39호).

왕평(2008), 한상돈 역, 현행 중국 감옥개혁의 이론과 실무, 교정연구(제39호).

- 한상돈(2008), 중국 감옥체제 개혁의 최근동향, 한국교정학회소식(제44호).
- 한상돈(2008), 중국의 '지역사회 교정'의 실태와 개선방향, 교정연구(제41호).
- 한상돈(2009), 현행 중국감옥법의 입법 및 시행에 관한 소고, 교정연구(제43호).
- 한상돈(2010), 중국 노동교양제도 타당성에 관한 법적 검토, 교정연구(제49호).
- 강기천(2002), 중국 교정시설 시찰기, 법조 제46권 제5호 통권 제313호.
- 鈴木敬夫, 최우용 역, 4가지의 기본원칙과 노동교정 -현대중국의 인권문제-, 동아법학 제33호.
- 유경희(2005), 학교폭력의 예방과 교정을 위한 안간힘, 교육개발 vol.32 no.5 통권 153호 9·10.
- 김성화(2002), 중국 미성년재소자 처우에 관한 법적 근거의 특수성, 교정연구(14호).
- 왕명유(2002), 중국감옥사업의 현황과 교정이념, 교정연구(제17호).
- 한옥승(2008), 중국의 사법제도 - 형사소송중 각 기관의 책무를 중심으로 -, 교정연구(제39호).
- 한상돈·안영일 공역(2009), 중국의 형사사법과 법률교육 형사사법 및 법교육 국제학술 회의자료집, 한국형사정책연구원.
- 박종근 외(2012), 중국 형사소송법의 발전과 향후의 과제, 전북대 법학연구소 통권 제37집.
- 박종근(2012), 2012년 중국형사소송법개정안에 관한 소고, 형사정책 제24권 제2호.
- 박양호(2014), 중국 개정형사소송법에 대한 고찰, 국외훈련검사 연구논문집 제29집.
- 이동기(2013), 중국 개정 형사소송법에서의 간이절차 연구, 원광법학 제29권 제2호.
- 蘇明月, 중국인민배심원제도의 당위성과 실태에 관한 연구, 법학논총 제28집 제2호.

Abstract



Comparative Study on Criminal Procedures of Korea and China.

Chung, Jinsoo · Ha, Taehun · Choi, Kunyoung · Kim, Kwangho

Although Korea has made efforts to understand the research results of US and Europe in the field of criminal policy and criminology, it now needs to contribute to the development of the criminal policy in Asia based on Korea's research achievement so far. In particular, Korea has to create criminal policy which is appropriate for Asia through collaborative research with Asian countries including China.

For successive collaborative research between Korea and China, mutual basic understanding of criminal justice system and criminal procedure is a top priority to be considered. Based on this basic mutual understanding, the two countries need to develop detailed subjects for the research. In this respect, this research intends to conduct a collaborative research focusing on Criminal Procedure Law.

This Research is conducted by Korean Institute of Criminology, Korea University and Yanbian University.

In 2012 Criminal Procedure of Law in China has been drastically revised in 16 years. The main features of Criminal Procedure of Law in China include: 1) enforcement measures such as residential surveillance 2) arrest and detention in warrant system 3) applicable provisions including telephone monitoring, secret photograph and recording, postal and e-mail inspections for serious crimes such as terror, organized crime and drug crimes 4) legalizing secret investigation and intensifying witness protection. Although respect for human rights in Criminal

Procedure of Law in China has been reinforced in general, finding substantial truth and suppression of crime are still emphasized.

Adopting the market economy after the economic reform in China has influenced the management of offenders in which it takes on a new aspect with increase in crime and the number of criminals in correctional facilities. As a result of this change, community-based correction has been introduced and prison regime has been reformed. In addition, it has been widely known that medical treatment, interview and prison labor of correction in China have been highly developed.

연구총서 14-B-11

한국과 중국의 형사사법과 교정처우에 관한 비교연구

발행 | 2014년 12월

발행처 | 한국형사정책연구원

발행인 | 박상옥

등록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kic.re.kr

정가 | 10,000원

인쇄 | (주)갑우문화사 (031)943-7111

I S B N | 978-89-7366-442-9 93360

연구원의 허락 없이 보고서 내용의 일부 또는 전체를 복사하거나 전재하는 행위를 금합니다.

