

인권연동사

인권정보자료실
M1.3



故 조영래 변호사 12주기 추모
서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법센터 주최
2002년 제4차 학술세미나

형사절차에 있어서의 취약집단의 보호

일시 : 2002년 12월 10일 (화) 오후 1시 30분 - 5시 30분
장소 : 서울대학교 법과대학 근대법학교육 100주년 기념관
주최 : 서울대학교 BK 21 법학연구단 공익인권법연구센터
후원 : 조영래 변호사를 추모하는 모임



故 조영래 변호사 12주기 추모
서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법센터 주최
2002년 제4차 학술세미나

형사절차에 있어서의 취약집단의 보호

일시 : 2002년 12월 10일 (화) 오후 1시 30분 - 5시 30분
장소 : 서울대학교 법과대학 근대법학교육 100주년 기념관
주최 : 서울대학교 BK 21 법학연구단 공익인권법연구센터
후원 : 조영래 변호사를 추모하는 모임

■ 학 술 대 회 일 정 ■

13:30~15:30

제 1 부 사회: 한인섭(서울대 법대)

발표 1: 성폭력피해자: "형사절차에서 성폭력범죄 피해여성의 처
지와 보호방안" / 조국(서울대 법대)

발표 2: 정신지체자: "정신장애 — 형사절차와 인권"
/ 정규원(한양대 법대)

토 론: 이미경(한국성폭력상담소 소장) / 서보학(경희대 법대)
/ 이송덕(서울대 의대)

15:30~15:40

휴 식

15:40~17:30

제 2 부 사회: 이용식(서울대 법대)

발표 3: 아동: "형사절차에서 아동의 지위와 권익보호"
/ 최병각(동아대 법대)

발표 4: 외국인 노동자: "형사절차상 외국인노동자의 처우"
/ 김성근(변호사)

토 론: 이배근(한국어린이보호재단 회장) / 김해성(목사, 성남외
국인노동자의 집) / 원혜욱(인하대 법대)

■ 목 차 ■

故 조영래 변호사 연보

성폭력피해자: “형사절차에서 성폭력범죄 피해여성의 처지와 보호방안”
/ 조 국(서울대 법대) 1

정신지체자: “정신장애 - 형사절차와 인권”
/ 정규원(한양대 법대) 13

아동: “형사절차에서 아동의 지위와 권익보호”
/ 최병각(동아대 법대) 33

외국인 노동자: “형사절차상 외국인노동자의 처우”
/ 김성근(변호사) 59

- 1947년 3월 26일 부 趙民濟씨와 모 李南弼씨의 3남 4녀 중 장남으로 대구에서 출생.
- 1959년 3월 서울 수송국민학교 졸업.
- 1962년 3월 경기중학교 졸업
- 1964년 3월 고등학교 3학년 재학중 한일회담 반대시위 주동으로 정학처분.
- 1965년 2월 서울대학교 법과대학 입학.
재학중 한일회담 반대, 삼성재벌밀수 규탄, 6·7부정선거 규탄, 삼선개헌 반대, 교련 반대, 공명선거 쟁취 등을 위한 학생운동 주도.
- 1969년 2월 서울대학교 법과대학 졸업.
- 1969년 3월 서울대학교 대학원 입학.
- 1970년 11월 사법시험 준비중 전태일 열사의 분신사건이 발생하여 전태일 열사 정신계승 사업에 전력.
- 1971년 2월 사법시험 합격.
- 1971년 10월 사법연수원 재학중 서울대생 내란음모사건으로 구속.
위 사건으로 1년 6개월 징역형. 복역후 만기출소.
- 1973년 4월 민청학련사건 관련으로 수배. 그 후 6년 가까이 피신생활.
피신생활중 민주화운동에 주력하였고, 특히 3년여에 걸친 각고의 노력으로 『전태일 평전』(어느 청년노동자의 삶과 죽음)을 집필.
- 1975년 2월李玉卿씨와 결혼.
- 1976년 1월 장남 一平 태어남.
- 1980년 3월 수배해제 및 복권되어 사법연수원에 재입.
- 1981년 6월 차남 茂顯 태어남.
- 1982년 2월 사법연수원 수료.
- 1983년 변호사 개업.
- 1984년 10월 망원동 수재사건소송 담당.
- 1985년 대우어패럴사건 등 각종 노동사건 변론.
- 1986년 부천시 성고문사건, 이경숙사건(여성 조기정년제 철폐문제) 등 변론. 대한변협 인권보고서 집필.
- 1987년 보도지침사건 변론, 박길래사건(상봉동 진폐증 보상문제) 담당. 기타 노동·빈민·공해·학생 관련사건 등 인권변호에 전력함. 한겨레신문 논설위원, 동아일보 객원편집위원, 문화방송 방송문화진흥회 이사 역임.
- 1990년 1월~5월 미국 컬럼비아대학 인권문제연구소 국제세미나 초청 참가.
- 1990년 9월초 폐암 3기로 진단.
- 1990년 12월 12일 여의도성모병원에서 운명.

형사절차에서 성폭력범죄 피해여성의 처지와 보호방안

조 국(서울대 법대)

“강간이라고 외치는 여성은 믿음을 얻지 못한다. 강간이라고 외치지 않고 조용히 고소를 한 여성조차도 진짜 피해자처럼 행동하지 않았다는 이유로 믿음을 얻지 못한다. 강간고소를 지연한 여성은 불신 당한다. 즉각 강간고소를 행한 여성은 그녀의 악의 또는 환상이 의심받는다.” (Aviva Orenstein)

I. 들어가는 말

‘성폭력범죄’¹⁾의 다수는 목격자가 없고 피해자가 유일한 증인인 경우가 많으며, 범죄가 발생하였는가에 대한 판단은 고소인과 피고소인 간의 진술에 의존하여 이루어질 수밖에 없다. 그런데 수사기관 및 법원은 피고소인이 성폭력범죄인인지, 또는 고소인이 무고자(誣告者), 이른바 “꽃뱀”인지를 확인해야 하므로 양자의 진술의 신빙성을 철저히 검토하지 않을 수 없다. 이 과정에서 성폭력범죄 가해자의 경우 자신이 받은 사회적 비난과 중형을 회피하기 위하여 고소인이 범행을 유발하였다는 주장을 펴거나 또는 고소인의 진술이 신빙성이 없게 만드는 주장을 적극적으로 일관되게 전개하는 반면, 성폭력범죄 피해자의 경우는 이미 범죄로 인하여 정신적·신체적 피해를 입었는데, 피해자진술 과정 자체가 또 한번의 고통을 수반하는 것이기에 진술과정에 소극적 또는 일관되지 못하는 태도를 보이게 된다. 이러한 상황에서 수사기관 및 법원은 양자간의 ‘중립’을 지키면서 사실관계를 냉정히 판단한다는 입장을 취하지만, 사실 그 ‘중립’은 이미 성폭력범죄에 대한 남성중심적 지배관념에 의해 직·간접적으로 영향을 받고 있는 것이기에 실제로는 ‘중립’이 되기 힘들다는데 문제가 있다.

이 글은 우리 사회에 존재하고 있는 성폭력범죄에 대한 남성중심적 관념이 어떠한 것인지, 그리고 이러한 관념에 따라 성폭력범죄 피해여성의 경우 우리 형사절차에서 어떠한 처지에 놓이는지를 검토하고, 성폭력범죄의 피해자의 “제2차 피해자화”²⁾를 막기 위해서 우리 형사절차는 어떻게 변화해야 하는가에 대하여 살펴보기로 한다.

1) 이 글에서 ‘성폭력범죄’라는 개념은 형법 제23장의 강간 및 추행에 관한 죄 및 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제2조에 정의된 ‘성폭력범죄’를 포괄하는 광의의 개념으로 사용한다.

2) Carol Bohmer & Audrey Blumberg, “Twice Traumatized: The Rape Victim and the Court,” 58 Judicature 391 (1975).

II. 성폭력범죄에 대한 남성중심적 편견 비판

정경자가 말하였듯이 우리 사회에서 “성폭력은 유일하게 피해자가 비난받는 범죄”³⁾이며, 한인섭의 말을 빌리면 “성폭력의 경우 가해자가 오히려 큰소리치고, 피해자는 얼굴과 이름도 감추어야 하는 것이 우리 성문화의 현주소”⁴⁾이다. 사실 성폭력범죄가 발생하면 가해자 보다 피해자가 부끄러워하며, 가해자에게 못지 않은 사회적 비난과 의심이 눈길에 피해자에게 쏟아지는 것이 우리 현실이다. 돌이켜 생각하기도 끔찍한 1986년 ‘부천시 성고문사건’이 발생하였을 때 당시 김종위 의원은 다음과 같이 말한 바 있다.

“보름동안 자기가 당한 피해사실을 밝히지 않고 숨겨놓을 수 있는 여성심리와 그것을 털어놓았을 적에 하나하나 참 입에 담기가 어려운 표현으로 털어놓을 수 있는 심리상태는 여성의 경우 그것도 미혼의 여성의 경우 어떤 것이 더욱 그럴 수 있음직한 것인가? ... 상당한 정도로 지성을 갖춘 그러한 여성이 일개 순경이 성고문을 두 시간씩이나 가해 오는데도 아무런 반항을 하지 않았다 하는 것은 저는 상식적으로 납득하기 어려운 것입니다.”⁵⁾

당시가 폭압적 권위주의 체제였다는 점을 고려하더라도 위의 발언은 성폭력범죄 피해자의 고소에 대한 남성적 시각이 무엇인가를 극명하게 보여준다. ‘민주화’ 이후 이러한 발언이 국회 의정 발언으로 나온 적은 없으나, 우리 사회에서 성폭력범죄에 대한 남성중심적 관념은 여전히 강력하게 존재하고 있다.

로스가 총망라하여 제시한 강간에 대한 잘못된 17가지 관념은 우리에게도 시사하는 바가 크다. 즉, (1) 여성은 강간당하고 싶은 환상을 갖고 있다, (2) 여성이 성교에 대하여 “안돼”라고 말할 때, 그녀의 진정으로 뜻하는 것은 “좋아”이다, (3) 여성이 강간을 당할 것이라면, 그녀는 그것을 즐기는 편이 낫다, (4) 여성은 종종 성폭행과 강간을 도발·유혹한다, (5) 고상한 여성은 강간당하지 않는다, (6) 혼외 성교에 동의한 적이 있는 여성은 난잡한 사람이며, 성교를 요구하는 어떤 남성에 대해서도 동의를 할 개연성이 있다, (7) 흑인 여성은 난잡하다, (8) 여성이 진정 강간당하지 않으려고 한다면 강간을 막을 수 있다, (9) 강간당한 여성은 자연스러운 반응은 즉각 경찰에서 신고하는 것이다, (10) 강간하는 남성은 정신병이 있거나 정서적으로 질병이 있는 사람이며, 보통 남성은 강간을 하지 않는다, (11) 여성은 자신이 알지 못하는 사람에 의해서만 강간당한다, (12) 혼외 성교에 동의한 적이 있는 여성은 진실을 말할 것이라고 믿을 수 없다, (13) “악성격”(bad character)을 가진 여성은 기꺼이 무차별적 혼외 성교를 맺을 개연성이 있고, 따라서 진실을 말할 것이라고 믿을 수 없다, (14) 여성, 적어도 일정 부류의 여성은 강간당해 마땅하다, (15) 강간을 신고하는 여성은 피고인, 남성 일반, 남편 또는 과거의 연인에 대한 악의로 가득 차 있거나, 또는 자신이 성교에 동의하였기에 부모, 남편, 연인으로부터 징벌을 받는 것을 두려워하기에 종종 허위 고소를 한다, (16) 여성이 강간당하였다고 의식적으로 거짓말을 하지 않는 경우에도 강간은 그녀의 환상 속에서만 존재할 수 있다, (17) 극단의 강제력이 사용되지 않는 한 동의 없는 성교는 단지 성교행위일 뿐이다.⁶⁾ 이러한 관념은 형사절차에서 성폭력범죄 피해 고소여성에게 절대적으로 불리한 조건

3) 정경자, “성폭력 피해현황과 그 대책”, 『피해자학연구』 제2호 (1993), 72면.

4) 한인섭, “성폭력의 법적 문제와 대책”, 『인간개발연구』 제3권 제1호(1996), 191면.

5) 국회속기록 11쪽 오른편 29줄부터 35줄 및 12쪽 왼편 26줄까지 제 130회 국회법사위 김종위 의원 발언중 (1986.8.6).

을 형성한다.

수잔 브라운밀러의 말을 빌리면 이러한 관념은 “강간에 대한 참을 수 없을 정도로(deadly) 남성중심적 신화”이며 “여성의 성을 지배하는 왜곡된 격언”이다.⁷⁾ 먼저 이러한 관념은 성폭력범죄의 보호법적이 여성의 “성적 자기결정권”(right to sexual autonomy 또는 Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung)이라는 점을 철저히 무시하는데서 출발한다. 여성에게 “성적 자기결정권”이 있다는 것은 여성이 스스로 성행위를 선택하지 않는 한 그 어떠한 이유로도 성행위를 강요할 수 없다는 의미이다. 남녀관계에서 여성의 거절의사가 경우에 따라서는 승낙의사일 수도 있다는 사실이 강간에 대한 여성의 거절을 승낙으로 환치하는 근거가 될 수는 없다. 성폭력범죄는 피해자에게 육체적 고통을 주는 것 외에 이른바 “강간피해증후군”(rape trauma syndrome)이라고 불리는 증상을 가져온다. 즉, 강간피해자는 공포, 분노, 걱정 등 극도로 넓은 범위의 감정을 경험하는 “격심한 국면”(acute phase)을 겪고, 사건 이후 몇 주 동안은 공포, 모욕, 당황, 분노, 원한, 자기책망 등의 감정을 드러내며, 수개월이 흘러 표면적으로 적응하는 듯 보여도 정신적 장애는 장기적으로 지속된다.⁸⁾ 요컨대, 강간 등 성폭력범죄는 단지 열렬한 성교가 아니라 중대한 폭력이요 테러이다.

그리고 여성이 진정 저항하면 강간을 당하지 않는다는 관념은 모든 여성에게 균일한 방식으로 그리고 가부장제가 요구하는 방식으로 강간에 대응하기를 요구하는 것으로, 강간범 앞에서 피해자가 느끼는 엄청난 공포와 당혹상태를 무시하고 피해자의 곤경에 대한 이해가 완전 결여되어 있다.⁹⁾ 강력한 폭행·협박 앞에서 여성의 저항은 무력화될 수밖에 없다. 오노레 드 발작은 자신의 소설에서 “움직이는 바늘에 실을 쥘 수 없다”는 남성편향의 위트를 던졌으나,¹⁰⁾ 그는 강간은 폭행과 협박으로 ‘바늘’ 자체를 움직일 수 없도록 만드는 상황임을 숙고했어야 했다. 그리고 이러한 관념은 피해자 여성이 목숨이 겁이 나서 저항을 포기하더라도 저항을 더 했어야 한다고 비난하는 지독한 남성편향적 사고의 결과이다. 한편 수잔 에스트리치가 지적한 것처럼, 여성이 강간에 대한 환상을 갖고 있다는 주장은 남성의 창작물로, 이는 여성은 “어떤 남성으로부터라도 무시당하고 물건처럼 취급되기를 원”하는 존재로 규정하는 셈이다.¹¹⁾

또한 성폭력범죄 피해자가 과거 합의에 따른 성관계 경험이 있는가 여부로 피해자의 진술의 신빙성과 이후 피고인과의 성교에서의 동의 유무를 판단하는 것은 잘못이다. 이러한 이해방식은 여성에게만 ‘정숙’과 ‘순결’을 요구하고, 이를 어긴 여성의 강간피해 주장은 의심·배척하는 남성중심적 편견의 산물이다. 현대 사회에서 다수의 여성들이 합의에 기초하여 혼인 전에 남성과 성관계를 맺고 있고 이러한 행위는 더 이상 반윤리적 또는 ‘정숙’하지 못한 행위로 비난받을 수 없는 바, 여성의 과거 성관계 이력은 당해 강간사건에서 고소여성의 진술의 신빙성 유무나 피고인과의 성교에 동의 여부를 밝히는데 관련성이 있다고는 볼 수 없다.¹²⁾ 요컨대, 과거 피해자와 제3자와의

6) Beverly J. Ross, “Does Diversity In Legal Scholarship Make a Difference?: A Look At the Law of Rape”, 100 Dick. L. Rev. 795, 808-810 (1996).

7) Susan Brownmiller, *Against Our Will: Men, Women and Rape* 312 (1975)

8) 이에 대해서는 A. W. Burgess & L. L. Holmstrom, “Rape Trauma Syndrome”, *American Journal of Psychiatry* (1974); 조은경, “강간피해의 심리적 반응에 대한 고찰”, 『피해자학연구』 제3호 (1994), 75면 이하를 참조하라.

9) 한인섭, “형법상 폭행개념에 대한 이론(異論)”, 『형사법연구』 제10호 (1998), 124면; 박상기, 『형법총론』 (전정판, 1999), 124면.

10) Brownmiller, supra note 7, at 312.

11) Susan Estrich, *Real Rape* 5 (1987).

12) Abraham P. Ordovery, “Admissibility of Patterns of Similar Sexual Conduct: The Unlamented Death of Character for Chastity,” 63 Cornell L. Rev. 90, 96-102 (1977).

성교 동의를 이후 피고인과의 성교 동의로 연결시키는 것은 오류이다.

또한 피해자의 복장, 직업, 생활방식 등을 이유로 강간피해에 대한 피해자의 진술의 신빙성을 격하하거나 나아가 피해자의 강간 '유발'을 강조하는 것은 피해자의 프라이버시와 인격권에 대한 중대한 침해임에 틀림없다. 예컨대, 짧은 치마를 입을 것인가 말 것인가는 전적으로 피해자의 자유이며 짧은 치마를 입은 여성을 강간할 자유는 결코 용인할 수 없는 것이기에, 짧은 치마에 도발되어 그 여성을 강간하였기에 피해자도 책임이 있다는 주장은 어불성설이다. 우리 사회에서 발생하고 있는 성폭력범죄의 현실은 여성이 남성을 본능을 '도발'하여 성폭력범죄가 생기는 경우는 극히 일부분에 불과하며 대부분의 성폭력범죄는 계획적으로 이루어짐을 보여주고 있다.¹³⁾ 미국에서의 실증연구도 강간의 동기는 피해자의 외모나 행태가 아니라 강간범 자신에게 있으며,¹⁴⁾ 대다수의 강간은 계획적으로 범해지고 있음을 보여준다.¹⁵⁾

또한 성폭력범죄의 다수는 낯선 남성이나 정신이상자 등의 별종의 남성에 의해 범해지는 것이 아니라, 친족, 직장동료, 선생님, 친구, 선후배, 데이트 상대 등 평소 서로 얼굴을 아는 가까운 남성에 의해 범해지고 있다. 1990년 서울 지역 거주 2000여명의 여성에 대한 일대일 개별면접을 통해 이루어진 한국형사정책연구원의 연구에 따르면 강간의 80.1%, 강제미수의 78.1%, 어린이 성추행의 74.3%가 피해자가 아는 사람에 의해 범해지고 있다.¹⁶⁾ 1992년 한국여성개발원의 조사연구 역시 강간, 강간미수, 윤간 등이 아는 사람에 의해 범해지는 비율이 67.1%에 달하고 있음을 보여주고 있다.¹⁷⁾ 그리고 검찰이 발간한 「범죄분석」상의 통계에 기초한 1999년의 한국형사정책연구원의 연구도 1987년 성폭력의 48.4%는 서로 아는 사람 사이에서 발생하고 있음을 보여주고 있다.¹⁸⁾ 요컨대, 성폭력범죄인은 "괴물"이 아니라 통상의 남성인 것이다.¹⁹⁾

한편 성폭력범죄는 "품행"이 방정하지 않은 "난잡"한 여성에 대해서만 일어나는 것이 아니다.²⁰⁾ 형사정책연구원의 연구에 따르면, 미성년자에 대한 성폭력범죄가 여성피해자의 절반에 달하며 심지어 4세 영아에 대한 강간까지 발생하고 있다.²¹⁾ 성폭력피해여성에 대한 면접을 통한 한국여성개발원의 조사결과에 따르면 조사대상 여성이 경험한 총피해 건수 중 25.0%가 만 15세 이상 20세 미만의 연령층에서, 16.0%가 만 10세 이상 15세 미만의 연령층에서, 9.0%가 10세 미만의 아동기때 발생하였다.²²⁾ 피해자의 직업도 다양하여 특정 직업의 여성들만 범피해를 입고 있는 것이 아니며, 주부, 여대생, 그리고 생산직과 사무직에 종사하는 여성들도 마찬가지로 성폭력범

13) 정경자, 72면.

14) George Smeaton & Donn Byrne, "The Effect of R-Rated Violence and Erotica, Individual Difference, and Victim Characteristics on Acquaintance Rape Proclivity", 21 *J. Res. Personality* 171, 182 (1987).

15) Menachem Amir, *Patterns in Forcible Rape* 141-142 (1971).

16) 심영희·윤성은·김선영·박선미·강영수·조정희, 「성폭력의 실태 및 대책에 관한 연구」(한국형사정책연구원, 1990) [이하 '심영희 외'로 약칭], 95-96면.

17) 이경자·윤영숙·서명선, 「성폭력의 예방과 대책에 관한 연구」(한국여성개발원, 1992), 63면.

18) 정현미, 「성폭력범죄 형사절차상 피해자보호」(한국형사정책연구원, 1999), 29면.

19) 이러한 점은 외국의 실증연구에 의해서도 확인된다(James V.O. Check & Neil M. Malamuth, "An Empirical Assessment of Some Feminist Hypotheses About Rape", 8 *Int'l J. Women's Studies* 415 (1985)).

20) 미국 DC지역에 대한 실증연구에 따르면 강간 피해자 중 82 퍼센트는 "좋은 평판"(good reputation)을 갖고 있었다고 한다(Susan Griffin, *Rape: The Politics of Consciousness* 13 (1986)).

21) 심영희 외, 117-118면; 정현미, 27-28면.

22) 이경자·윤영숙·서명선, 54면.

죄의 피해자가 되고 있다.²³⁾ 이러한 점을 고려할 때 수잔 그리핀이 "강간 피해자는 무차별적으로 선택되는 바 강간은 집단 테러리즘(mass terrorism)의 한 형태이다"²⁴⁾라고 말한 것은 수궁이 간다.

그리고 성폭력범죄 피해고소는 무고일 가능성이 높다는 편견 역시 실증적으로 반박된다. 성폭력범죄 피해자들은 범죄발생 후 즉각 신고하지 않고 오히려 자신의 프라이버시를 지키기 위하여 또는 형사절차에서의 예상되는 수모를 생각하여 아예 법에 호소하지 않고 있다.²⁵⁾ 심영희 등의 조사연구에 나타난 성폭력범죄의 신고율을 보면, 강간미수 1.9%, 강간 1.8%, 강제추행 3.7%, 어린이 성추행 0.7%로서 매우 저조하다.²⁶⁾ 신고하지 않은 이유로는 "그 남자가 잘 아는 사람이어서", "피해사실이 알려질까 봐", "너무 당황해서 신고할 생각조차 하지 못해서" 등의 순서로 답변이 많이 제출되어 있다.²⁷⁾ 성폭력범죄의 피해자들은 "보복에 대한 두려움, 경찰, 병원 및 재판절차에 대한 공포심, 부모의 책망에 대한 두려움(특히 십대들), 특히 남들이 안 믿어줄지도 모른다는 두려움, 당혹감, 책임감, 자책감, 남자친구 혹은 남편이 그 사실을 알았을 때 자기 자신이나 상대방(강간범)을 가만두지 않을거라는 두려움, 그리고 더 나아가서는 형사사법제도 자체에 대한 불신감 등"²⁸⁾의 이유로 하여 신고를 꺼리게 되고, 다수의 성폭력범죄는 "암수"영역에 묻혀 있는 것이다. 요컨대, "강간에 대한 허위고소는 신화이며, 강간죄에 대한 극도의 불고소가 현실이다."²⁹⁾

III. 성폭력범죄 피해여성에 대한 불신과 "제2차 피해자화"

이상과 같은 왜곡된 관념이 지배하고 있는 상황에서 성폭력범죄 피해여성이 가해자의 처벌을 위해 나서기는 쉽지 않다. 이러한 현실을 딛고 서서 범죄신고를 하여도 새로운 난관이 기다리고 있다. 기존의 형사절차 역시 성폭력범죄에 대한 왜곡된 관념으로부터 자유롭지 않았던 바, 성폭력범죄 피해자는 형사절차 안에서 어떤 격려와 위로를 받기는 어려웠으며, 오히려 의심과 비난의 대상이 되어 피해자의 "제2차 피해자화"가 초래되어 온 것이다. 모리슨 토리의 말을 빌리면,

"강간은 피고인과 고소인간의 역할전도를 수반하는—그에 따라 피해자가 심판대에 올려지는—유일한 범죄이다. 여성 피해자는 자신의 무죄를 입증해야 하는 반면, 남성 피고인은 마치 자신의 명예가 훼손된 것처럼 취급된다. ... 많은 강간죄 기소에서 모든 실재적(practical) 이유 때

23) 심영희 외, 115-117면.

24) Susan Griffin, "Rape: The All-American Crime", *Forcible Rape: The Crime, the Victim, and the Offender* 47, 66 (1977).

25) 김성언, 「성폭력의 실태와 원인에 관한 연구(II)」, 한국형사정책연구원 (1998), 115-116면. 미국의 경우 강간피해 고소 중 무고율은 2% 정도이다(Patricia A. Hartwig & Georgette B. Sandler, "Rape Victims: Reasons, Responses, and Reforms," *The Rape Victim* 13 (Deanna R. Nass ed. 1977)).

26) 심영희 외, 90면. 「검찰백서」상 성폭력범죄 중 신고되는 경우는 10%에 미치지 않는다(정현미, 31면).

27) Id. 92-93면.

28) 안드류 카르멘(조병인 역), "피해자비난론 대 피해자옹호론", 「피해자학연구」 제2호 (1993), 96면.

29) Morrison Torrey, "When Will We Be Believed? Rape Myths and the Idea of a Fair Trial in Rape Prosecutions", 24 *U.C. Davis L. Rev.* 1013, 1030-1031 (1991).

문에 피해자는 의사(擬似) 피고인이 된다.”³⁰⁾

이 점에 대하여 보다 구체적으로 살펴보자면, 수사과정에서 수사기관은 피해자의 진술을 받을 때 강간이 존재하였는가와 관련성이 없는 질문, 예컨대 피고인이 사정을 하였는지, 삽입시간은 얼마나 길었는지, 삽입 동안 피해자의 느낌은 어떠하였는지, 피해자는 성경험이 있는지 등을 세세하게 질문하고, 나아가 피해자가 충분히 반항하였는지 여부를 질문함으로써 피해자에게도 죄책감을 느끼게 만들고 있다.³¹⁾

그리고 재판과정에서 이루어지는 피해자에 대한 증인신문에서 피고인의 변호인은 피해자가 밤늦게 술을 마셨다, 피해자가 ‘야한’ 복장을 하고 있었다, 피해자가 밤에 길거리를 거닐었다, 피해자가 잠옷 바람으로 문을 열어주었다, 피해자가 가출소녀이다, 피해자의 직업이 유흥업소 종사자이다, 피해자가 과거 피고인 외의 제3자와 동의에 기초한 성관계를 맺은 적이 있다 등³²⁾ 당해 사건에서 피고인이 피해자의 성적 자기결정권을 침해하였는가와는 무관한, 그리고 피고인의 자기방어를 위해서도 결정적이지 않은 사항들을 집요하게 신문하고 있다. 이러한 신문은 “피해자가 한 진술의 신뢰도에 부정적인 영향을 미치거나 (피고인이 범행을 부인하는 경우), 피고인의 양형이 유리하게 결정될 수 있도록 하기 위해서(피고인이 범행을 자백한 경우)”³³⁾ 이루어지고 있다고 보인다. 강간죄의 핵심은 피해자의 성적 자기결정권이 침해되었는가 여부이지만, 피해자의 품행, 평판 및 성관계를 문제삼아 강간죄를 둘러싼 남성중심적 편견을 작동시킴으로써 피고인에게 유리한 판결을 획득하려는 전략이 사용되고 있는 것이다. 또한 이러한 반대신문이 진행될 때 검사는 논점을 벗어난 것이라는 이의를 적극적으로 제기하지 않고 있고, 판사 역시 이러한 방식의 신문을 제지하지 않고 있는 실정이다.³⁴⁾

현행법상 강간 여부를 판단하는 핵심사안과 관계없는 강간피해자의 품행, 평판 및 성관계 이력에 대한 무차별적 침해를 통제할 수 있는 법적 근거가 없는 것은 아니다. 형사소송법 제299조는 “재판장은 소송관계인의 진술 또는 신문이 중복된 사항이거나 그 소송에 관계없는 사항인 때에는 소송관계인의 본질적 권리를 해하지 아니하는 한도에서 이를 제한할 수 있다”라고 규정하여 불필요한 변론을 제한할 수 있는 근거를 제공하고 있다. 여기서 “소송에 관계없는 사항”이란 영미 증거법에서 말하는 ‘관련성’(relevance) 없는 사항을 뜻하는 것으로 이해된다.³⁵⁾ 한편, 형사소송규칙 제74조 제2항은 “위협적이거나 모욕적인 신문”을 금지하고 있으며, 동 규칙 제77조는 증언의 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항의 신문에서 “증인의 명예를 해치는 내용의 신문”을 금지하고 있다.

그런데 이러한 규정이 적극적으로 활용되고 있지는 못하다. 오히려 강간재판에서 피해자의 품행, 평판 및 성관계 이력은 “소송에 관계없는 사항”으로 파악되기보다는 피해자 진술의 신빙성을 비판하고, 성교에 대한 피해자의 동의를 입증하기 위한 유력한 근거로 사용되고 있다. 박선미가

30) Torrey, at 1058-1059.

31) 정현미, 96-118면.

32) 박선미, “여성학적 관점에서 본 강간범죄의 재판과정,” 『형사정책』 제4호 (1989), 300-308면.

33) Id. 305면.

34) Id. 300-305, 310-312면.

35) 서일교, 형사소송법 (8개정판, 1979), 319면; 이재상, 형사소송법 (제5판, 1996), 404면; 배종대·이상돈, 형사소송법 (제4판, 2001), 445면. 미국 증거법상 “관련성있는 증거”는 “행동을 결정하는데 있어 중요한 사실이 존재하는가에 대하여, 그 증거가 없는 경우보다 있는 것이 그 개연성을 늘리거나 또는 떨어뜨리는 경향을 가진 증거”라고 정의된다(Fed. R. Evid. 401).

지적인 것처럼, “사건과 아무런 관련이 없는 피해자의 개인적 성경험에 초점을 두고 재판이 진행되는 현상은 순결하지 않은 여성의 진술보다는 피고인의 진술이 더 신뢰받을 수 있음을 역으로 나타내”는 것이라 하겠다.³⁶⁾

요컨대 기존의 성규범이나 역할모델을 따르지 않는 여성으로 낙인찍히는 피해자의 경우는, 형사절차의 전과정에서 “보호받기보다는 불신 받는 경향이 있고 이를 또한 형사사법실무자들이 수용하고 있”다고 보인다.³⁷⁾ 미국의 페미니스트 여성법학자의 다음과 같은 지적은 우리 현실을 설명하는데도 유효하다.

“강간이라고 외치는 여성은 믿음을 얻지 못한다. 강간이라고 외치지 않고 조용히 고소를 한 여성조차도 진짜 피해자처럼 행동하지 않았다는 이유로 믿음을 얻지 못한다. 강간고소를 지연한 여성은 불신 당한다. 즉각 강간고소를 행한 여성은 그녀의 악의 또는 환상이 의심받는다.”³⁸⁾

이상과 같은 상황 아래에서 강간피해자는 강간 피해가 마치 자신의 잘못인냥 자신을 비하하게 되고, 고소 자체를 후회하거나 법정증언을 꺼리게 되며, 결국 범죄인에 대한 처벌은 난관에 처할 수밖에 없다.

물론 성폭력범죄 사건에서 피해자와 피고인이 과거 합의에 따른 성관계를 계속 해왔다거나, 피해자의 몸 속에 발견된 정액은 피고인의 것이 아니라거나, 피해자가 과거 허위의 강간고소를 행한 적이 있거나 하는 사안은 피해자의 프라이버시와 연관되어 있기는 하나, 당해 사건에서 피고인의 자기방어를 위하여 필수적으로 짚고 넘어가야 할 사항이므로 이에 대한 신문은 실제진실발견을 위하여 필요할 것이다. 그러나 피해자의 품행, 평판 및 성관계 이력에 대한 무차별적 신문허용은 많은 강간피해자가 형사절차에서 예상되는 당혹과 수모 때문에 범죄인 처벌을 중도에 포기하게 만들고, 또한 당해 재판의 쟁점을 흐뜨려 놓기도 하는 것이다.³⁹⁾

IV. 현행 형사절차상의 성폭력범죄 피해자 보호조치의 의의와 한계

1. 성폭력특별법의 피해자 보호조치

성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘성폭력특별법’으로 약칭)은 1993년 8월 제정된 이후 1997년 8월 개정을 거치면서 성폭력범죄의 경우 ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’에 따른 소송절차상의 특례 외에 새로운 특례규정을 마련하였다. 즉, 형법상의 강간죄에 해당되더라도 형사소송법 제224조의 고소제한 규정에 의하여 처벌되지 못하던 자기 또는 배우자의 직계존속의 성

36) 박선미, 308면.

37) Id. 308면.

38) Aviva Orenstein, “No Bad Men!: A Feminist Analysis of Character Evidence in Rape Trial,” 49 Hastings L. J., 664, 664 (1998).

39) Clifford S. Fishman, “Consent, Credibility, and the Constitution: Evidence Relating Sex Offense Complaint’s Past Sexual Behaviors”, 44 Cath. U. L. Rev. 709, 716 (1995); Harriett R. Galvin, “Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade”, 70 Minn. L. Rev. 763, 796-798 (1986)을 참조하라.

폭력범죄를 처벌할 수 있게 하고(제18조), 성폭력피해자의 사생활을 보호하기 위하여 심리를 비공개적으로 할 수 있도록 하며(제22조), 법원이 성폭력피해자를 증인으로 신문하거나 수사기관이 피해자를 조사하는 경우 피해자의 신청이 있으면 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석할 수 있도록 하고(제22조의 2), 성폭력피해자가 공판기일에 출석하여 증언하는 것이 현저히 곤란한 사정이 있는 경우 증거보전의 청구를 할 수 있도록 하며(제22조의 4), 또한 성폭력피해상당소, 성폭력피해자 보호시설 등의 설치근거를 마련하고 있다(제23조-34조).

이상돈은 이러한 조치가 재판의 '공개주의'를 배제하여 성폭력범죄자를 확정짓는 절차의 투명성을 제거하고 있고, 피고인은 퇴정시키면서도 피해자에게는 그녀의 신뢰인을 동석하게 하여 피고인의 방어적 참여권을 박탈하고 있다고 비판하고 있다.⁴⁰⁾ 그러나 이러한 비판에는 성폭력피해자가 어떠한 심리적·육체적 고통 속에 빠지게 되는지, 그리고 형사절차의 전과정에서 얼마나 프라이버시가 침해되고 또한 소외되고 있는가에 대한 고려가 결여되어 있다고 보인다. 성폭력피해자에 대한 형사절차상의 보호조치로 형사피고인의 방어권이 일정하게 약화되는 것은 사실이지만, 그 약화의 범위와 정도는 성폭력피해자의 프라이버시 침해와 고통 등을 고려할 때 의식적으로 감수할 수 있는 것이라고 본다. 국가는 죄형법정주의를 통해 피고인의 권리를 보장해야 할 의무가 있지만, 동시에 형사절차에서 발생하는 피해자의 불이익을 최소화해야 할 의무도 있는 것이다.

성폭력특별법상의 재판의 공개주의에 대한 제한은 정당한 근거를 갖는다. 헌법 제27조 제3항은 "상당한 이유가 없는 한" 형사피고인은 공개재판을 받을 권리를 가짐을 규정하고 있고, 이는 헌법 제109조와 법원조직법 제57조에 의해 재확인되고 있다. 현재 헌법 제109조와 법원조직법 제57조는 "국가의 안전보장·안녕질서 또는 선량한 풍속을 해할 우려가 있는 때" 비공개재판을 결정할 수 있음을 규정하고 있다. 요컨대 재판의 공개주의는 민주주의 형사절차에서 핵심적 원칙이지만 이는 무조건 고수되어야 하는 절대원칙은 아니고, 헌법은 이미 그 예외를 상정하고 있다. 성폭력특별법 제22조에 의한 공개주의의 제한은 공개재판에서 야기되는 성폭력범죄 피해자의 프라이버시와 인격권 보호를 위한다는 점에서 "상당한 이유"가 있다고 할 것이다.⁴¹⁾ 독일의 경우는 1987년 개정된 법원조직법(GVG)에서 "소송당사자, 증인 또는 위법행위의 피해자의 개인적 영역에 속하는 사항이 표현되고, 그것의 공개적인 심리가 보호가치 있는 이익을 침해하는 때" 피해자의 사생활 보호와 재판공개 이익간에 이익형량을 통하여 공개주의를 제한할 수 있는 규정을 두고 있다.⁴²⁾

또한 성폭력특별법은 특수강도강간(제5조), 특수강간등(제6조), 친족관계에 의한 강간(제7조), 장애인에 대한 간음등(제8조), 13세미만의 미성년자에 대한 강간·강제추행등(제8조의 2), 강간등 상해·치상(제9조), 업무등 위력에 의한 추행(제11조) 및 이상의 조에 대한 미수범(제12조)의 경우, 성폭력범죄 피해자가 신뢰하는 자가 동석할 수 있게 하는 조치를 규정하고 있다. 이는 "강간피해 증후군"을 겪고 있는 피해자에게 정신적·심리적 안정을 줌으로써 온전한 진술을 통해 실제진실 발견에 도움을 주는 조치로서, 피해자에게 불공평한 부담을 부여하거나 방어권을 무력하게 하는 것이 아니기에 법치주의의 관점에서 허용된다 할 것이다. 독일의 경우는 1987년 형사소송법 개정을 통하여 피해자가 증인으로 신문받는 경우 피해자의 신청이 있으면 자신이 신뢰하는 1인의 참석을 허용하고 있으며,⁴³⁾ 피해자에게도 변호사의 조력을 받을 권리를 보장하고 법원과 검찰의

피해자신문시 변호사의 참석권을 인정하고 있다.⁴⁴⁾

2. 성폭력범죄 피해자 보호를 위한 제도적 개선방안

우리는 성폭력특별법에서의 피해자 보호규정은 '과잉'이 문제가 아니라 오히려 '과소'가 문제라고 본다. 1998년 한국여성단체연합이 여성폭력추방주간에 맞춰 선포한 "성폭력피해자권리헌장"은 "(1) 직업, 나이, 이전의 성경험, 피해시의 상황, 가해자와의 관계와 상관없이 피해자로 인정받고 대우받을 권리, (2) 사건과 관련된 질문만 받을 권리, (3) 이전의 성경험에 대한 질문을 받지 않을 권리, (4) 고소시 자신의 신분이 외부로 노출되지 않고 보호받을 권리, (5) 신변안전조치를 요청할 권리, (6) 수사, 재판과정에서 편안한 환경에서 진술할 수 있도록 가족, 변호사, 상담원 등과 함께 배석할 권리, (7) 사생활보호, 심리적 안정을 위해 비공개재판을 신청할 권리, (8) 가해자가 있는 자리에서 증언하기 어려울 경우 가해자의 퇴정을 신청할 권리, (9) 가해자로 인한 정신적, 신체적, 경제적 피해의 책임을 가해자에게 묻고 보상을 요구할 권리" 등을 내용으로는 하는 성폭력피해자의 수사·재판과정에서의 권리를 선언한 바 있는데, 이를 주목할 필요가 있다고 본다.

그리고 1999년 2월 검찰총장의 지시한 "성범죄수사 및 공판관여시 피해자보호에 관한 지침"은 수사절차에서 성폭력범죄 피해자보호의 필요성을 강조하면서 최초로 구체적 지침을 수립한 의미가 있다.⁴⁵⁾

성폭력특별법과 중복되지 않는 범위에서 지침내용을 살펴보면, (1) 피해자 소환절차에 대한 지침으로는 소환 자체를 최소화할 것, 피해자가 외부에 노출되지 않도록 가급적 피해자에게 직접 연락하고, 타인을 통하여 연락할 때는 피해사실이 알려지지 않도록 소환이유를 고지할지 말 것, 소환장을 발부할 때는 봉합우편을 사용할 것, 출장조사를 적극 활용할 것, 재소환에 대비하여 피해자의 비밀보호에 편리한 연락장소를 조서에 기재할 것, (2) 조사환경과 관련한 지침으로는 가급적 피해자가 원하는 시간에 공개되지 않은 장소에서 조사할 것, 조사시 참여자는 가급적 여성으로 할 것, 13세 미만의 피해자는 반드시 보호자의 참여 하에 조사할 것, (3) 조사방법에 관한 지침으로는 해당 사건과 무관한 피해자의 성경험이나 성범죄를 당할 당시의 기분, 가해자의 사정 여부 등 피해자가 모멸감이나 수치심을 느낄 수 있는 질문이나 공소유지에 필요하지 아니한 질문은 삼갈 것, 저속한 표현을 사용하거나 노골적인 호기심에서 비롯된 질문은 하지 말 것, 수사상 필요한 경우를 제외하고는 피해자가 범행의 동기를 유발했다는 식의 추궁을 자제할 것, 가해자의 신원확인이 필요한 경우 가급적 가해자와 피해자가 직접 대면하지 않는 방법을 택할 것, 대질신문은 최후의 수단이라고 인정되는 경우에만 시행할 것, 특별한 이유 없이 합의 또는 고소취소를 종용함으로써 특정 당사자를 비호한다는 의혹을 사지 않도록 할 것, (4) 공소유지상 유의사항으로는 피해자에 대한 증인신문은 공소유지에 필요한 최소한의 한도에서 신청하고, 변호인 또는 피고인이 가해자에 대한 처벌의사 등 공소유지와 직접 관련이 없는 사항을 확인하기 위하여 피해자에 대한 증인신문을 요청할 경우 적극적으로 이의를 제기할 것, 공판관여 검사는 공소유지에 필요한 최소한의 사항에 대하여만 신문할 것, 피해자에 대한 증인신문시 피해자가 수치심을 느낄 수 있는 저속한 용어를 사용하지 말 것, 변호인 또는 피고인이 특별한 필요없이 피해자의 성경험, 과거 경력 등 수치심을 야기할 수 있는 질문을 할 경우 신문방법에 대한 이의신청을 적극 활용할 것 등이다. 향후

40) 이상돈, 『형법학』 (1999), 79-80면.

41) 이 제한의 헌법적 근거는 헌법 제109조의 "선량한 풍속을 해할 우려가 있는 때"를 넓게 해석하여 해결할 수 있을 것이다.

42) 독일 법원조직법 제171조의 b. 이에 대해서는 이재상·이호중, 『형사절차상 피해자보호방안』 (한국형사정책연구원, 1993), 114-117면을 참조하라.

43) 독일 형사소송법 제406조f 제3항.

44) 독일 형사소송법 제406조f 제1, 2항.

45) 검찰총장, "성범죄 수사 및 공판관여시 피해자 보호에 관한 지침" (1999. 2.).

이러한 지침내용이 수사기관에 의해 철저히 준수되고, 성폭력상담소 등 관련 단체에도 널리 알려질 필요가 있을 것이다.

한편 우리는 2002년 전제회 의원 등 국회의원 28명이 제출한 '성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 중개정법률안'에서 수사기관이 피해자로부터 진술을 청취할 때—피해자가 명시적인 의사에 의하여 이를 원하지 아니하는 경우는 제외하고—비디오 등 영상물에 의하여 진술상황을 녹화하도록 하고(안 제21조의 2 제1항), 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있도록 함으로써(안 제21조의 2 제2항), 이후 수사과정에서 불필요한 진술반복으로 제2의 인권침해를 당하는 일이 없도록 하게 만들고, 수사기관의 조사나 법원의 증인신문 과정에서 가족 등 신뢰관계에 있는 사람이 동석시키는 것을 의무화하고(안 제22조의3 제1항), 또한 13세 미만의 미성년자 및 장애인이 피해자일 경우에도 이를 의무화하고 있으며(안 제22조의3 제3항), 또한 법원의 증인신문시 13세 미만의 미성년자이거나 장애인에 대하여는 비디오 그 밖의 중계장치에 의하여 신문할 수 있도록 하는 것(안 제22조의4) 등을 골자로 한 성폭력범죄처벌 및 피해자보호법 개정안을 국회에 제출한 것에 주목한다.⁴⁶⁾

수사기관의 수사 및 법원의 심리가 성폭력피해자의 특성을 고려하지 않음으로 발생하는 피해자의 인권침해를 방지하려는 법안의 문제의식에 우리는 공감한다. 법안의 여러 조치는 형사소송법에 규정된 증거보전제도(제184조)와 증인신문청구제도(제221조의 2)를 보완하는 의미를 갖는다. 현행 증인신문절차에 따라 증인신문이 이루어지면 그 증인신문조서는 증거능력이 인정되므로 법원에서 제시한 비디오 촬영 등이 불필요하지만,⁴⁷⁾ 제221조의 2의 요건은 “범죄의 수사에 없어서는 아니 될 사실을 안다고 명백히 인정되는 자가 출석 또는 진술을 거부한 경우”(제1항), “검사 또는 사법경찰관에게 임의의 진술을 한 자가 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니 될 것으로 인정될 경우”(제2항)에 제한되어 있기에 성폭력범죄 사건에 일반적으로 적용되기는 힘들다. 만약 형사소송법 제221조의 2이 성폭력범죄 사건에도 적용되도록 개정된다면 비디오 촬영을 도입하지 않더라도 동일한 효과를 얻을 수 있을 것이다.⁴⁸⁾

법안에 추가되어야 할 내용을 검토해보면, 형사절차에서 피해자와 신뢰관계에 있는 자의 동석 허용은 성폭력특별법 제22조의 2에 규정된 범죄에 한정되어 있는 바, 이를 그외의 성폭력범죄 및 형법상의 성범죄에까지 확대되어야 할 필요가 있다.⁴⁹⁾ 그리고 미국과 독일 등에서 사용하고 있는 성폭력범죄 피해자에 대한 비디오(CCTV) 중계를 통한 증인신문의 도입도 적극적으로 검토할 필요가 있다.⁵⁰⁾

그런데 법안 제21조의 2 제2항의 경우 영상물에 수록된 피해자의 진술부분은 형사소송법상의 전문증거(hearsay)인데 작성자의 진술만으로 증거능력을 부여받을 수 있도록 하는 것은 형사소송

법상 전문증거에 관한 규정 및 전문증거배제의 법칙에 위배되는 문제가 있다. 피해자의 진술이 수록되어 있는 영상물은 전문증거인 피해자의 진술조서와 같이 진술자의 진술에 의하여 성립의 진정이 인정된 때 한하여 증거능력이 인정되어야 할 것이다.

마지막으로 우리 형사재판에서 성폭력범죄 피고인의 변호인이 피해자의 성적 자기결정권을 침해하였는가와는 전혀 무관한 사항들을 거의 무제한적으로 반대신문과정에서 다루고 있으므로 이를 제한하는 조치가 필요하다. 독일의 경우 형사소송법 제68조의 a 제1항에서 “증인 또는 제52조의 제1항의 의미에서 증인의 근친자에게 불명예가 되거나 개인적 생활영역에 관련된 사실에 관한 질문은 불가피한 경우에만 할 수 있다”라고 규정하여, 피해자의 인격권 보호를 위한 조문을 두고 있다. 그러나 이 조문의 실제적 효과는 미미하다는 평가를 받고 있다. 왜냐하면 법문상의 “불가피한 경우”는 법원에 의해 유연하게 확장되어 이해되고 있으며, 또한 이 규정에는 불복수단이 없어 이미 허용된 질문에 대하여 증인은 부당하다는 이의제기를 할 수 없기 때문이다.⁵¹⁾

따라서 우리는 성폭력범죄 피해자의 과거 성이력(性履歷)과 성향(predisposition)이 형사재판에서 증거로 사용되는 것을 제한하도록 한 미국의 ‘강간피해자보호법’(rape shield law)에 주목한다.⁵²⁾ 1974년 미시간 주가 최초로 이러한 법률을 제정한 이후, 현재는 연방과 주 차원에서 모두에서 강간피해자의 과거 성관계 이력이 증거로 사용되는 데는 중대한 제약이 설정되어 있다. 그리고 이러한 변화는 다른 영미법권 국가에 영향을 미쳐 주요 영미법권 국가에서는 유사한 입법적 조치가 취해진 바 있다.⁵³⁾ ‘강간피해자보호법’ 중 미국의 ‘연방증거규칙’(Federal Rules of Evidence) 제412조가 취하고 있는 조치를 보면, 성범죄 피해자의 성력과 성향은, (1) 피해자에게서 채취된 정자가 피고인의 것이 아니라거나, 피해자가 입은 상처 등이 피고인에 의해 가해진 것이 아니라는 것을 입증하기 위한 경우, (2) 피고인이 피해자의 동의를 입증하기 위한 경우, (3) 피해자의 성이력과 성향 증거의 배제가 피고인의 헌법상의 권리를 침해하는 경우 이외에는 사용될 수 없도록 규정하고 있다.⁵⁴⁾

이러한 증거사용제한조치는 형사피고인의 반대신문권을 제약하는 것이 아닌가 논란이 되었으나, 미국 법원은 ‘강간피해자보호법’이 합헌임을 분명히 하였다.⁵⁵⁾ 그리고 이러한 입법은 우리 형사소송법 제308조의 ‘자유심증주의’와의 충돌을 일으킬 수 있다고 보지만, ‘자유심증주의’도 그 예외를 상정하고 있는 원칙이기에—예컨대 ‘자백의 보강법칙’(제310조)—합리적 근거를 갖는 입법

51) 이재상·이호중, 92-93면.

52) 보다 상세한 내용은 줄고, “강간피해 고소여성의 성관계 이력의 증거사용 제한—미국 “강간방지법”을 중심으로”, 한국법학원, 『저스티스』 제69호 (2002/10)을 참조하라.

53) Sexual Offences (Amendment) Act, 1976, §2 (Eng.); Criminal Code §§276-277, R.S.C. 1985, ch. C-46 (Can.); Crimes Act, 1900, §409 (Austl. N.S.W.). 프랑스의 경우는 판례를 통하여 유사한 입장을 취하고 있다[Catherine Elliott, *French Criminal Law* 176 (2001)].

54) 이에 대해서는 C.B. Mueller & L. C. Kirkpatrick, *Federal Rules of Evidence*, 98-103 (1995)을 참조하라.

55) 미국 연방대법원은 1991년의 ‘Michigan v. Lucas 판결’[500 U.S. 145 (1991)]에서 하급심 판결을 인용하면서 다음과 같이 판시하였다. “그 법률이 형사피고인이 관련성 있는 증거를 제출하지 못하게 만드는 한도 내에서 그 피고인의 반대증인을 대면하고 항변을 제출하는 권리는 경감된다. 이 점이 반드시 이 법률을 위헌으로 만드는 것은 아니다. “관련성이 있는 증거를 제출할 수 있는 권리는 무한대로 보장되는 것은 아니다. 그 권리는 ‘형사재판과정에서 다른 정당한 이익을 수용하기 위하여 양보’될 수 있다.” 판사는 “괴롭힘, 편견, 쟁점의 혼란, 증인의 안전 또는 반복적이거나 단지 주변적 관련성만이 있는 신문 등에 대한 염려에 기초하여” 형사피고인의 증인에 대한 반대신문권을 합리적으로 제한하는 “광범한 재량”을 갖는다 “[Id. at 149 (인용된 하급심 판결 생략)].

46) ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 중개정법률안’ (의안번호: 1560) (2002. 5. 3 발의).

47) 대판 1976. 9. 28, 76도2143.

48) 이재상·이호중, 102면.

49) 정현미, 138면.

50) Gail S. Goodman et. al., “Protecting the Child Witness: Hearsay Techniques and Other Innovations: Innovations for Child Witnesses: A National Survey”, 5 Psych. Pub. Pol. and L. 255 (1999); Helen L. Westcott, et. al., “Protecting the Child Witness: Hearsay Techniques and Other Innovations: Children, Hearsay, and the Courts: A Perspective From the United Kingdom”, 5 Psych. Pub. Pol. and L. 282 (1999) 등을 참조하라.

으로 통하여 제한될 수 있다고 본다.

V. 맺음말

현재 우리나라 성폭력범죄 사건에서는 피고인만이 아니라 피해자도 사실상 수사와 재판을 받고 있다. 그리고 강간죄의 보호법익이 여성의 성적 자기결정권이라는 점은 이론적으로 인지되고 있으나, 실제 수사과 재판과정에서는 이와 관계없는 사안에 초점이 맞추어지기 일쑤이다. 우리 형사절차는 피해자 여성을 품행이 방탕한 메살리나(Messalina)와 순결·정숙한 루크레티아(Lucretia)의 두 유형으로 일도양단식으로 나눈 뒤,⁵⁶⁾ 성폭력범죄 피해여성의 상당수를 전자의 유형으로 간주하여 이들을 의심하고 추궁하고 있는 것이다. 이러한 현실 앞에서 우리는 다음과 같은 안드레아 드워킨의 절절한 외침에 귀를 기울일 필요가 있다.

“여성으로서 우리는 우리를 경멸할 만한 존재로 간주하는 사회의 한 가운데 살고 있다. 우리는 하나의 성계급(gender class)으로 갈보이자 거짓말쟁이로 경멸 당한다. 우리는 우리에게 대한—우리의 몸과 전 삶에 대한—계속적인, 악의적인 그리고 인가 받은 폭력의 희생자이다. 우리는 하나의 성계급으로서 명예훼손 당하므로, 따라서 어떠한 개개 여성도 법률 앞 또는 사회 속에서 널리 신뢰를 얻지 못한다. 우리의 적들—강간범들과 그들의 변호자들—은 처벌되지 않을 뿐만 아니라 영향력 있는 도덕성의 중재인으로 남아 있으며, 또한 사회에서 존경받는 높은 지위를 차지하고 있다.”⁵⁷⁾

우리나라에서 여성주의 운동의 성장 결과 성폭력특별법이 제정되어 성폭력범죄 피해자 보호를 위한 절차규정을 신설하였으나, 메살리나로 간주되어 불신되는 강간피해 고소여성을 보호하는 형사절차 전과정에서 보호하는 조치는 여전히 부족하므로 개정·보완될 필요가 있다. 그리고 향후 수사기관은 1999년 “성범죄수사 및 공판관여시 피해자보호에 관한 지침”을 철저히 준수해야 하며, 법원은 형사소송법 제299조와 형사소송규칙 제72조 제2항, 제74조 제2항 등에 의거하여 소송과 관련성이 없는 데도 불필요하게 피해자의 품행, 평판 및 성관계 이력을 추궁하여 피해자의 명예를 훼손하는 신문에 대하여 적극적인 통제를 가해야 할 것이다. 그리고 형사소송법 증거보전제도(제184조)와 증인신문청구제도(제221조의 2) 개정 또는 성폭력특별법의 개정을 통하여 불필요하게 반복되는 신문의 고통을 줄여야 한다. 또한 미국을 비롯한 영미권 국가에서 제정된 ‘강간피해자보호법’의 내용을 참조하면서 강간피해자의 인격과 프라이버시를 보호하여 재피해자화를 막고, 재판의 초점을 피해자의 도덕성이 아니라 피고인의 유죄 문제로 맞추기 위하여 형사소송법과 형사소송규칙을 개정하는 노력도 필요하다고 본다. 그 속에서 “남성중심의 재판” 과정에서 발생하는 “여성의 고난”⁵⁸⁾은 줄어들 수 있을 것이다.

56) 이러한 구별은 'People v. Abbot 판결'[19 Wend. 192 (N.Y. 1838)]에서 제시된 바 있다.
 57) Andrea Dworkin, *Our Blood: Prophecies and Discourses on Sexual Politics* 42 (1976).
 58) Vivian Berger, "Man's Trial, Women's Tribulation: Rape Cases in the Courtroom," 77 Colum. L. Rev. 1 (1977).

정신장애 : 형사절차와 인권

정규원(한양대 법대)

I. 들어가며

정신학과 법률이 교차하는 지점을 의학에서는 법정신의학(forensic psychiatry)이라고 한다.¹⁾ 법적 논의에서 정신의학적 지식이 필요한 분야로는 형사책임능력, 증언능력, 피해자의 동의능력 등 형사법적 문제들과 유언능력, 계약능력 등 민법상 문제들 등 여러 분야가 있다. 또한 최근에는 의료과실과 의료인의 주의의무 위반에 대한 논의에서도 정신의학적 지식이 중요한 역할을 하고 있다.²⁾

그러나 일반적으로 법정에서 일어나는 일에 대하여 법관과 의사의 관계는 협조적이라기보다는 비우호적이고 적대적이라고 한다.³⁾ 그 이유는 정신과의사는 원인을 규명하고 질병의 예방 및 치료에 관심을 가지는 반면, 법관은 반사회적 행동이 타인의 안전을 해한다는 점에 초점을 맞추어 범죄의 예방 및 교정에 관심을 가지기 때문이다.⁴⁾ 이와 같은 갈등관계는 형사사법에서의 치료모델 혹은 의료적 모델 - 특별예방적 관점 - 과 법률적 모델 사이의 오랜 논쟁이기도 하다.⁵⁾ 하지만 정신학과 법률학의 관계는 서로 비우호적이거나 적대적이어서는 안 된다. 오히려 양자의 관계는 협조를 통한 범죄행위의 감소 혹은 분쟁의 해결의 관계이어야 할 것이다.

정신장애자들은 그들이 살고 있는 정신장애로 인하여 자신이 처한 상황 및 그에 대한 대처방안에 대하여 스스로 결정할 수 있는 능력이 부족한 경우가 있으며 따라서 자신에게 최선의 이익이 되는 방향으로 의사결정을 하지 못하는 경우도 있다. 이와 같은 이유로 정신장애자는 자신에게 적절한 치료를 받지 못하는 경우가 발생할 수 있으며, 나아가 일반인들이 정신장애자에 대하여 가지고 있는 편견으로 인하여 불이익을 당하기도 한다. 치료의 부적절, 일반인의 편견 등은 정신장애자가 인간으로서 누려야 할 인권을 침해하는 결과를 발생시킬 수도 있다.

인권법은 정신보건에 중요한 역할을 하는데 그것은 다음과 같은 두 가지 관점에 의하여 설명될 수 있다.⁶⁾ 첫째, 인권은 주권국가가 자신의 영토 내에서 정신보건에 대한 정책을 수립하고

1) 법정신의학에 대한 간략한 설명에 대해서는 H. I. Kaplan/B. J. Sadock/J. A. Grebb, Kaplan and Sadock's Synopsis of Psychiatry 7th ed., Williams & Wilkins, 1994, Chapter 51을 참조하기 바란다.
 2) 이외에도 특히 형사법 분야에서는 심리학적 지식도 중요한 역할을 하는바, 예를 들어 범죄수사에 있어서 범죄자의 유형 파악, 형사피의자의 행동분석 등에 심리학적 지식이 이용되고 있다.
 3) 민성길, 최신정신의학(제3개정판), 일조각, 1995, 613면.
 4) 이와 비슷한 견해로는 민성길, 전거서, 613면.
 5) 의료적 모델과 법률적 모델에 대한 간략한 설명에 대해서는 노용우, "정신질환자의 책임능력과 인신구속," 정신건강연구 제14집, 1995, 14-15면을 참조하기 바란다.
 6) L. O. Gostin, "Beyond Moral Claims : A Human Rights Approach in Mental Health," Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics 10, 2001, pp. 254-265.

그러한 정책을 시행하는 것에 대한 국제적 조사를 정당화시켜주는 유일한 법적 근거이다. 둘째, 인권은 정부의 이익에 의존하는 것이 아니고 인간이 인간이기 때문에 가지는 권리이므로, 정신장애자도 자신이 인권을 가지고 있다는 사실을 증명할 필요가 없고 단지 자신이 인간이라는 주장만 하면 된다는 점이다.

정신보건과 인권의 관계는 다음과 같은 세 가지 영역에서 검토될 수 있다.⁷⁾ 첫째, 정신보건정책은 인권에 영향을 주는데, 즉 자발성이라는 점을 고려한다고 할지라도 정신보건정책의 시행은 정부의 권력에 의하여 시행되며 그와 같은 정책에는 강제입원, 강제치료, 기본권의 침해 등이 포함될 수 있다. 둘째, 인권침해는 정신보건에 영향을 주는데, 인권에 대한 심각한 침해 - 예를 들어 고문과 같은 경우 - 는 인간의 정신건강에 지대한 영향을 줄 수 있다.⁸⁾ 셋째는 인권과 정신건강은 서로 보완적인 관계를 가지고 있다. 즉 정신건강을 적극적으로 증진시키는 것은 인권을 강화시키는 것이기도 한 것이다.

정신장애자에 대한 인권침해는 세 가지 방향에서 발생할 수 있다고 한다.⁹⁾ 첫째, 정신장애자의 가족이 정신장애자의 인권을 침해할 수 있다. 즉 정신장애자의 가족이 편견을 가지고 정신장애자의 치료를 중단하거나 그들을 요양소에 강제입원시키는 등의 상황이 발생할 수 있는 것이다. 둘째, 정신장애자를 상대로 활동하는 전문가집단에 의한 정신장애자의 인권침해도 발생할 수 있다. 예를 들어 정신의학자가 자신의 부당한 경제적 이익을 위하여 정신장애자의 인권을 침해한다든지, 혹은 정신장애자를 성적으로 부당하게 취급한다든지의 상황이 발생할 수 있다. 셋째, 국가 공권력에 의한 정신장애자의 인권침해가 발생할 수 있다. 과거 구소련에서 정치범을 정신장애자로 둔갑시켜 강제입원을 시켰다든지, 유신시절 정신과 치료를 받은 사람들을 특정한 행사를 위하여 강제로 정신병원에 입원시킨다든지의 상황이 발생하였는바,¹⁰⁾ 이와 같은 국가공권력에 의한 정신장애자의 인권침해의 소지가 상당하다고 할 것이다.¹¹⁾¹²⁾

한국은 1990년 국제인권규약에 가입하였으며 인권 문제는 국제법적으로 중요한 논의대상인바, 정신장애자의 인권 문제도 중요한 논의대상 중 하나이다. 이미 U. N.은 정신장애자의 권리에 대한 선언을 하였으며,¹³⁾ 이 선언에 의하면 인권 보호를 위하여 정신장애자의 치료는 사회 내 치료로 선호되고 있으며,¹⁴⁾ 자율성을 보존하기 위하여 보다 덜 강제적인 환경에서 치료를 하도록 하고 있다.¹⁵⁾ 또한 European Court of Human Rights도 정신장애자에 대한 규정을 두고 있다.¹⁶⁾

7) L. O. Gostin, Ibid., pp. 265-266.

8) U. N.의 고문방지협약 제7조는 중대한 정신적 해악은 고문이 될 수 있다고 규정하고 있으며, 제2조 a)는 특정 인종에 대한 중대한 정신적 해악을 야기하는 것은 인종학살이라는 범죄에 포함된다고 규정하고 있다.

9) 김이영, "정신질환자의 인권," 정신건강연구 제16집, 1997, 129-131면.

10) 이와 같은 사실에 대한 기술은 김이영, 전계논문, 127면, 128면, 130-131면을 참조하기 바란다.

11) 최근에도 정신과 치료를 받은 경력이 있는 사람에 대한 정보를 운전면허와 관련하여 사용하다가 문제가 된 경우가 있었다.

12) 김이영, 전계논문, 131면은 이외에도 정신장애자 자신에 의한 인권침해를 설명하고 있다. 즉, 정신장애자 중 일부는 자신의 병에 대한 병식이 없기 때문에 스스로 치료를 받지 아니하여 자신의 인권을 침해하고 있다는 것이다. 하지만 자신이 자신의 인권을 침해한다는 것이 성립할 수 있는가는 좀 더 검토를 요한다고 할 것이다.

13) Principles for Protection of Persons with Mental Illness and for the Improvement of Mental Health Care, G. A. Res. 119, U. N. GAOR, 46th sess., Supp. no. 49, Annex, at 188-192, U. N. Doc. A/46/49, 1991.

14) U. N. Principles for Protection of Persons with Mental Illness and for the Improvement of Mental Health Care(MI Principles) 3, 7.

이하에서는 정신장애의 의미에 대하여 살펴보고 정신장애자의 형사절차에서의 보호 규정들과 정신보건법상의 정신장애자의 보호, 특히 강제입원에 대한 내용을 살펴보기로 하겠다.

II. 정신장애의 의의

정신장애는 여타의 인간질환과 마찬가지로 의학적 치료대상임에는 분명하다. 하지만 어떤 사람이 정신장애에 이환되었다는 것이 정확히 무엇을 의미하는 것인지는 분명하게 말하기가 어렵다.¹⁷⁾ 정신장애의 개념을 어떻게 정의하는가에 따라 치료의 대상 및 방법에 차이가 있을 수 있으며, 법적 반응도 달라지게 된다. 정신질환이나 정신장애의 개념이 명확하지 않다는 성질로 인하여 경우에 따라서는 좀 기이한 행동, 기이한 신념, 반사회적 행동, 기이한 생활방식을 가진 사람들이 정신장애자로 취급받을 가능성도 있다. 또한 각각의 학문 분과들은 그 나름대로의 정신장애에 대한 개념을 가지고 있는 듯 보이기도 한다.¹⁸⁾

정신의학에서는 정신장애는 크게 정신질환(mental illness)과 정신지체(mental retardation)로 구분한다. 정신지체는 출생 시부터 또는 어린 시절에 나타난 지적 능력의 결손을 의미함에 반하여 정신질환은 과거에는 건강하였던 사람이 후천적으로 정신장애를 나타내는 경우를 말한다. 정신질환은 다시 정신신경증(psychoneurosis)¹⁹⁾과 정신병(psychosis)으로 구분되어진다. 정신병에 해당하는 질환으로는 기질성 정신장애(뇌중후군), 정신분열병, 정신분열형 장애, 분열정동장애 등이 포함된다.²⁰⁾

정신장애의 원인에 대해서는 유전적 원인, 기질적 원인, 심리적 원인, 사회문화적 원인 등 여러 가지 측면에서 현재는 생물학적 원인이 주된 것으로 생각되어지고 있으며, 정신장애에 대한 치료도 주로 생물학적 원인을 치료하는 방향으로 나아가고 있다.²¹⁾

15) MI Principles 9.

16) 정신장애자의 인권보호에 대한 국제선언 및 협약들에 대한 보다 자세한 설명은 L. O. Gostin, Ibid., pp. 266-268을 참조하기 바란다.

17) Marc Stauch/Kay Wheat/John Tingle, Sourcebook on Medical Law 2nd ed., Cavendish Publishing Limited, 2002, p. 487. 또한 Michael Davies, Textbook on Medical Law 2nd ed., Blackstone Press, 2001, p. 197도 비슷한 견해를 가지고 있다.

18) 이러한 점은 각 학문분과가 나름의 인식틀을 가지고 있다는 점에서 기인하는 것으로 생각된다. 인간의 인식이 먼저인가, 아니면 인식과 무관한 사물이 존재한다고 전제하는가에 따라 약간의 차이가 있을 수는 있겠지만, 각각의 학문분과는 고유의 인식틀을 가지고 있다고 생각되어지고 있다. 따라서 사물을 바라보는 태도는 그 인식틀에 따라 결정되어지며, 그 인식틀을 통하여 사물은 재구성되어진다. 이러한 점 때문에 각각의 학문분과는 사물의 일부만으로 전체를 구성하는 오류를 범하기도 한다.

19) 이를 신경증(nerosis) 혹은 신경증적 장애(neurotic disorders)라고도 한다. DSM-IV는 신경증이라는 개념 대신, 불안장애(anxiety disorders), 신체형장애(somatoform disorders), 인위성장애(factitious disorders), 해리성장애(dissociative disorders), 감정부전장애(dysthymic disorders), 성기능장애 등의 개념을 사용하고 있다.

20) 정신장애의 개념과 분류에 대한 보다 자세한 논의에 대해서는 민성길, 전계서, 제8장을 참조하기 바란다.

21) 정신장애의 원인에 대한 보다 자세한 논의에 대해서는 민성길, 전계서, 제6장을 참조하기 바란다. 따라서 많은 사람들이 생각하고 있는 정신분석학이나 분석심리학적 방법은 적어도 현재의 정신의학에서는 주된 치료방법이 아니다. 실제 임상에서 적용되는 정신의학 지식은 생물학에 기초한 과학

한편 임상심리학에서는 인간의 행동을 정상적 행동과 비정상적인 행동으로 구분하고 있는데, 정상적 행동과 비정상적 행동의 구분에 있어서는 주변 환경에 적절히 적응하고 대처할 수 있는 능력을 중요한 판단기준이 되어왔다. 임상심리학에서는 대개 다음과 같은 심리적 특성을 지니는 사람들은 정상적이며 정신적으로 건강한 사람이라고 파악하였다. 첫째, 자신이 처한 주변 현실을 정확히 파악하고 인식할 수 있다. 둘째, 자신의 능력과 심리적 상태를 객관적으로 자각하고 인식할 수 있다. 셋째, 자신의 행동을 스스로 조절하고 통제할 수 있다. 넷째, 있는 그대로의 자기 자신을 수용하고 존중하고 있다. 다섯째, 다른 사람들과 원만한 인간관계를 이룰 수 있다. 여섯째, 자신의 능력을 생산적이고 효율적으로 발휘할 수 있다.²²⁾ 따라서 이와 같은 요건을 충족시키지 못하는 행동은 비정상적인 행동이며 그러한 행동을 하는 자는 임상심리학적으로는 비정상적인 인간이라고 판단되어질 것이다.

이에 반하여 형법 제10조, 사회보호법 제2조 등에서는 심신장애라는 용어를 사용하고 있는데, 일반적으로 국내의 학자들은 심신장애의 의미를 정신적 장애 내지 정신기능의 장애라고 정의하고 있다.²³⁾ 그리고 그 내용은 독일형법 제20조를 참조하여, 병적 정신장애, 심한 의식장애, 정신박약, 그리고 기타 심한 정신변성이라고 하고 있다.

한편 정신질환자를 강제입원시킬 수 있도록 규정하고 있는 정신보건법 제3조 제1호는 정신질환자를 “정신병(기질적 정신병을 포함한다)·인격장애·알코올 및 약물중독 기타 비정신병적정신장애를 가진 자”라고 정의하고 있다. 우리나라의 정신보건법과 비슷한 법률인 영국의 정신보건법(Mental Health Act 1983)은 정신장애를 “정신질환, 정신의 발달정지 혹은 불완전한 발달, 정신병적 장애 그리고 여타의 모든 정신의 장애나 무능”²⁴⁾이라고 정의하고 있으며, 정신적 결함을 “지능과 사회적 기능의 심각한 결함을 포함하며, 관여자들에게 대하여 비정상적으로 공격적인 행위를 하거나 심각하게 무책임한 행위를 하는 것과 연관되어 있는, 정신의 발달 정지 혹은 불완전한 발달 상태(심한 정신적 결함에 이르지 않은)”²⁵⁾라고 정의하고, 정신병적 장애는 “관여자에게 비정상적으로 공격적인 행위를 하거나 심각하게 무책임한 행위를 하는, 정신의 지속적인 장애나 결함(심각한 지능의 결함을 포함 여부는 관계없다)”²⁶⁾라고 정의하고 있다. 또한 일탈행위 또는 기타의 반도덕적 행위, 성적 일탈, 약물의존만을 이유로 정신장애자로 취급하여서는 안 된다고 하고 있다. 한편 일본의 1988년 정신보건법 제3조는 “정신장애자란 정신병자(중독성 정신병자를 포함한다), 정

적 지식에 기반하고 있다.

- 22) 김중술/유성진, “범죄자 및 범죄행동에 대한 심리학적 평가 : 유용성, 방법 및 사례,” 2001년도 한국심리학회 춘계 심포지움, 2001, 138면.
- 23) 배종대, 형법총론(제6판), 홍문사, 2001, 368면; 손해목, 형법총론, 법문사, 1996, 602면; 오영근, 형법총론, 대명출판사, 2002, 449-451면; 이재상, 형법총론(제4판), 박영사, 2000, 296-297면; 이형국, 형법총론연구 II, 법문사, 1986, 397면; 임웅, 형법총론(개정판), 법문사, 2002, 279면; 정성근/박광민, 형법총론, 삼지사, 2001, 312-313면.
- 24) ‘mental disorder’ means mental illness, arrested or incomplete development of mind, psychopathic disorder and any other disorder or disability of mind ...
- 25) ‘mental impairment’ means a state of arrested or incomplete development of mind(not amounting to severe mental impairment) which includes significant impairment of intelligence and social functioning and is associated with abnormally aggressive or seriously irresponsible conduct on the part of the person concerned ...
- 26) ‘psychopathic disorder’ means a persistent disorder or disability of mind(whether or not including significant impairment of intelligence) which results in abnormally aggressive or seriously irresponsible conduct on the part of the person concerned ...

신박약자 및 정신질환자를 말한다”라고 규정하고 있다. 이러한 정의 규정에 대하여 여러 가지 논란이 있었으며 1993년의 정신보건법의 일부를 개정하는 법률에서는 정신장애자를 “정신분열, 중독성 정신병, 정신박약, 정신병질, 기타의 정신질환을 가진 자”라고 정의하여 그 외연을 확장하였다.

이와 같이 정신장애 혹은 정신질환의 개념은 각각의 법의 목적에 따라 그 외연에 있어서 약간의 차이를 보이고 있기는 하지만, 그 내용에 있어서는 결국 정신의학의 최신식견에 따라 정의되고 있음을 알 수 있다. 다만 각각의 법률이 규율하고자 하는 바가 무엇인가에 따라 그 대상에 차이가 있을 뿐이다.

법학은 규범의 학문이고 규범이란 옳고 그름의 판단이라는 점, 그리고 옳고 그름의 판단을 하기 위해서는 그 대상과 기준이 특정되어야 한다는 점을 고려할 때 정신질환 내지 정신장애의 개념은 정신의학적으로 정의하는 것이 타당하다고 생각된다. 당위에 대한 판단과 존재에 대한 판단이 달라진다는 점을 인정할지라도 당위적 판단은 존재와 완전히 절연된 채 이루어질 수는 없는 것이다. 당위적 판단은 언제나 존재에 근거하여 이루어지는 것이고 이러한 점을 인정한다면 사실학에 기반한 규범적 판단이 정당성을 가질 수 있을 것이다.

하지만 정신의학은 여타의 의학과는 약간 다른 특성을 가지고 있다는 점도 주목하여야 할 것이다. 의학은 과학적 판단을 기반으로 하는 학문 분과이다. 의학에서의 과학적 기반이란 대부분의 경우에 있어서는 생물학적 지식이다. 이는 서양의학이 질병의 원인과 치료방법을 설명하는 방식이 생물학적 지식에 기반하여 이루어지고 있다는 점에서도 잘 알 수 있다.²⁷⁾ 하지만 정신의학의 경우에는 사정이 좀 다르다. 최근의 정신의학은 대부분의 정신과적 질병을 생물학적 원인에 근거하여 설명하려고 하고 있으며 이에 대한 치료방법도 생물학적 지식에 기반하고 있다. 하지만 치료받아야 하는 정신질환과 치료받지 않아도 되는 기이한 행동의 구별은 무엇에 의하여 결정되는가²⁸⁾의 결정에는 사회적 요인이 작용을 하게 될 것이다. 특정 사회가 특정 행위에 대해서 관용적 태도를 취하고 있다면,²⁹⁾ 이전까지는 비정상적인 행위로 판단되어지던 행위가 사회에서 수용 가능한 행위가 될 수도 있을 것이다.³⁰⁾ 이러한 점에서 정신의학은 의학 중에서 규범적 요소를 가진 학문분과라고 생각할 수 있을 것이다.

27) 물론 생리학이나 생화학, 의공학 등에서는 생물학적 지식뿐만 아니라 물리학, 화학, 공학 등의 지식을 활용하고 있다. 그렇기 때문에 의학이 자연과학에 있어서 가장 종합적인 응용학문이라고 할 수 있는 것이다.

28) 예를 들어 동성애는 정신질환인가 아닌가? 더 나아가 어떠한 성적 행위가 정상적인 성적 행위이며 어떠한 성적 행위가 비정상적인 행위로써 정신질환에 해당하는가?

29) 이러한 태도의 변화는 그 사회의 문화적 특성, 타인의 행위에 대한 일반적인 사회의 관용도, 그 사회의 윤리성 등이 영향을 줄 것이다.

30) 어떤 것이 정상인가 비정상인가는 건강한 상태인가 병적인 상태인가와는 다른 개념이다. 정상, 비정상의 개념은 통계적 개념으로서 특정 분포 내에 속하는 집단을 정상이라고 하고 그 분포를 벗어나는 집단은 비정상이다. 예를 들어 지능검사의 평균치가 100이라고 하고 80-120사이에 분포가 표준편차 내에 속하는 것이라고 한다면 80 이하도 비정상이지만, 120 이상도 비정상인 것이다. 이러한 점에서 볼 때 정상이라는 용어는 비정상과 대립되어서만 의미를 가질 수 있는 용어이다. 정상의 개념에 대한 논의에 대해서는 M. Sabsin, “Psychiatric Perspectives on Normality,” Arch Gen Psychiat 17, 1967, pp. 258-264; A. L. Strass, “A Sociological View of Normality,” Arch Gen Psychiat 17, 1967, pp. 265-270; R. R. Grinker, “Normality Viewed as a System,” Arch Gen Psychiat 17, 1967, pp. 320-324; A. Kaplan, “A Philosophical Discussion of Normality,” Arch Gen Psychiat 17, 1967, pp. 325-330을 참조하기 바란다. 또한 정상과 병리의 개념에 대한 선구적인 저작으로 여러 학문 분야에 많은 영향을 끼친 G. Canguilhem, On the Normality and the Pathological, Reidel Publishing Co., 1978을 참조하기 바란다.

그러나 이상과 같은 정신의학의 규범적 요소로 인하여 정신의학이 실체가 없는 것이라고 반박하는 것은 타당하지 않다. 정신질환이 질병으로서의 실체를 가지지 않는다는 반정신의학자들의 주장³¹⁾은 과학의 실재성을 부정하는 입장에 서지 않는 한 전적으로 타당하다고 할 수는 없을 것이다. 분명 정신질환도 다른 의학적 질환과 마찬가지로 생물학적 질환이다. 다만 어떠한 이상이 치료를 요하는 질환인가를 정함에 있어서 약간의 사회적 영향을 받는 것이다. 하지만 그와 같은 영향도 인간 정신에 대한 지식이 증가함에 따라 감소하고 있다. 따라서 정신의학적 지식은 어느 정도 객관적이고 과학적인 지식에 근거한 지식이라고 보아도 무방할 것이다.³²⁾ 게다가 현재의 정신의학은 세계적으로 통일적 기준을 가지고 있다.³³⁾ 따라서 정신장애의 의미를 일단 정신의학적 정의에 따르도록 하되 개별 법률상황에서의 구체적인 결정은 변용가능한 것으로 설정하는 것이 타당하다고 생각된다.

III. 정신장애자와 형사절차

1. 형사책임능력의 문제

법적 판단에 있어서 정신의학과 심리학의 지식의 필요성은 여러 분야에서 요구되고 있다.³⁴⁾ 특히 형법 분야에서는 정신의학과 심리학의 지식이 중요한 역할을 하는 여러 분야가 존재하는바,³⁵⁾ 형사절차에 있어서 법률가와 정신의학자가 공동으로 작업을 하는 영역이 무엇이나는 질문에 대하여는 거의 자동적으로 책임능력 판정의 문제라는 답이 나오게 된다.³⁶⁾

31) 예를 들어 T. Szasz, *The Myth of Mental Illness*, Harper & Row, New York, 1974가 그러한 입장이다. 또한 Foucault의 견해도 그와 비슷한 입장이다. 하지만 Foucault 자신은 자신과 반정신의학자들의 연관성을 부인하고 있다. 한편 Canguilhem은 질병 전반에 대하여 반실재론적 입장을 취하고 있다.

32) 물론 이와 같은 서술이 현재의 정신의학 지식이 완벽한 것이라는 것을 의미하는 것은 아니다. 하지만 인간의 지적 능력의 불완전성으로 인한 한계는 모든 학문 분야에서 동일하게 적용되는 한계이다. 일부 법학자들이 책임능력이나 장기이식에서의 뇌사인정 여부에 대하여 의학적 판단을 믿을 수 없다고 말하는 것은 지나친 것이라고 생각된다. 자신의 분야의 전문성만큼이나 타학문 분야의 전문성도 존중받을 가치가 있다. 모든 학문적 활동은 현재 인식 가능한 지식을 바탕으로 이루어지는 것이다.

33) 가령 DSM체계나 ICD체계와 같은 통일적 진단 기준이 존재한다. 따라서 정신의학 지식이 통일되어 있지 아니하다는 법학자들의 비판도 타당성을 결여한 것이다.

34) 미국의 경우 법과 심리학이 만나는 분야는 대략 정신이상 항변(*insanity defense*), 법적 관점에서의 어린이와 청소년 - 특히 비행소년의 경우 - 의 치료와 분류, 증인에 대한 심리학적 연구, 재소자와 경찰에 대한 심리검사 - 특히 지능 검사 - 등이 있다고 한다(이에 대한 자세한 논의는 Ronald Roesch/Stephen D. Hart/James R. P. Ogaloff(ed.), *Psychology and Law - The State of the Discipline*, KA/PP, 1999, Chapter 1을 참조하기 바란다.

35) 행위(*actus reus*)와 고의·과실(*mens rea*) 등의 판단에 있어서의 심리학적 개념과 법적 개념에 대한 논의로는 Ray Bull & David Carson(ed.), *Handbook of Psychology in Legal Context*, 1995, pp. 315-328을 참조하기 바란다.

36) Franz Streng/김영환 역, "책임능력의 관점에서의 심리학자와 형사법률가 - 의사소통의 차원과 권한갈등", 법학논총 제11집(1994, 10.), 한양대학교 법학연구소, 381면. 우리나라의 경우에도 실무상 형사절차와 관련한 정신감정은 전부 형사책임능력이 있느냐 여부를 판단하기 위한 것이라고 한다(손용

형법 제10조 제1항은 "심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다"라고 하여 형사 책임무능력에 대한 규정을 두고 있으며, 제10조 제2항은 "심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다"라고 하여 한정 책임능력에 대한 규정을 두고 있다. 이와 같은 규정은 통상 혼합적 방법에 의한 규정이라고 이해되고 있다.³⁷⁾

한편 심신장애의 의미에 대하여는 통상 정신장애와 같은 의미로 파악하고 있는바, 형법학계의 일반적 해석론³⁸⁾은 독일형법 제20조를 참조하여 심신장애의 내용을 병적 정신장애, 심한 의식장애, 정신박약 그리고 기타 심한 정신변성으로 구별하고 병적 정신장애에는 내인성 정신병인 정신분열증, 조울증, 간질, 그리고 외인성 정신병인 창상성 뇌손상, 알코올 등에 의한 중독, 기타 감염성 정신장애 등을 열거하고 있다. 그리고 심한 의식장애의 예로는 췌면성 혼수상태, 심한 흥분이나 충격, 심한 과로상태, 음주에 의한 명정 등을 들고 있으며, 기타 심한 정신변성으로는 정신병질,³⁹⁾ 신한 신경쇠약,⁴⁰⁾ 충동장애 등을 열거하고 있다.

생물학적 요소를 규정하는 방법에는 열거주의와 일반조항으로 규정하는 두 가지가 있다. 즉 독일형법의 경우처럼 생물학적 요소를 "병적 정신장애", "중증의 의식장애", "정신지체", "기타 중한 정신변성"으로 구체적으로 규정하는 방법이 열거주의이고, 우리 형법의 경우처럼 "심신장애"라고 규정하여 구체적인 생물학적 요소의 내용은 해석에 맡기는 것이 일반조항이다. 독일에서는 생물학적 요소를 유형화하지 않을 경우에는 "① 질병의 진단이나 변별능력 조각 원인의 분석이 후퇴하고 ② 책임능력 판단의 분석이 감정인 측에 기울어진다."라고 하여 열거주의를 채택하고 있다고 한다.⁴¹⁾ 그러나 일본 형법과 우리 형법은 일반적으로 일반조항을 사용하고 있다. 양 방법은 각각 장·단점을 가지고 있다. 열거주의는 생물학적 요소에 대한 좀 더 구체적인 기준을 법관에게 제시할 수 있는 반면, 변화하는 질병 개념에 대응할 수 없는 단점이 있다. 반면에 일반조항은 변화하는 질병에 대응하기 쉬운 장점이 있는 반면 법적 안정성의 면에서는 문제점이 있다.⁴²⁾

근, "정신장애자와 사법절차 - 그 일반론 및 몇 가지 현실적인 문제점들," *신경정신의학* 제31권 제6호, 1992, 1049면.).

37) 책임능력에 대한 규정방법은 생물학적 방법, 심리학적 방법, 혼합적 방법으로 구분된다. 생물학적 방법은 일정한 비정상적인 생물학적 상태가 인정되면 책임무능력을 인정하는 방법으로서 1910년 프랑스 형법 제64조, 미국의 Durham Rule, 영국의 1957년 살인죄법(Homicide Act), 독일 형법 제19조, 우리나라 형법 제9조·제11조 등이 있다. 이에 반하여 심리학적 방법은 본래 책임이란 행위자가 적법하게 행위할 수 있었음에도 불구하고 범죄로 나아간데 대한 비난이므로 행위자가 어떠한 사유에 의하든 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없다면 책임무능력이라고 인정하는 방법으로서 1869년 7월 31일 북독일연방형법 제1차 초안 제46조, 이탈리아 형법 등이 그와 같은 규정 방법을 채택하고 있다. 혼합적 방법은 행위자의 비정상적인 심리상태를 책임무능력의 생물학적 요소로 규정하고 이 요소가 행위자의 변별능력이나 의사결정능력에 어떠한 능력을 미쳤는가를 심리학적 요소로 검사하는 방법으로 대부분의 입법례가 혼합적 방법을 취하고 있다.

38) 위의 각주 23)을 참조하기 바란다.

39) 정신병질이라는 용어는 1891년 Koch가 처음 명명한 것으로 범죄자 중에 정이 없고 자제심이 결여되어 있으며 윤리적 감각이 전혀 없는 사람을 지칭하는 용어였다. 최근의 정신의학적 용어에 의하면 인격장애(Personality disorder)의 일종으로 파악되고 있다.

40) 신경쇠약이라는 용어는 현재 거의 사용되고 있지 않으며 신경증이라는 용어를 사용하고 있으며 넓은 의미의 인격장애의 일종으로 파악되고 있다(이정균, *정신의학(삼정신판)*, 일조각, 1994, 262면.).

41) *Niederschriften über die Sitzung Großen Strafrechtskommission*, 4 Bd., 1958, S. 134.

42) 필자는 변화하는 정신장애의 개념들에 대응할 수 있는 일반조항에 의한 규정방법이 더 타당하지 않을까 생각한다.

어쨌든 우리 형법과 독일 형법은 책임능력에 관한 규정에 있어서 그 문언과 규정 방법이 다르므로 우리 형법을 해석하는 데에 독일 형법의 해석론이 참조가 될 수는 있겠지만 그대로 적용할 수는 없다고 생각된다. 오히려 우리 형법은 일반조항 형식으로 책임능력에 대하여 규정함으로써 새로운 정신장애 개념의 도입이 용이할 수 있는 것이고 변화하는 현실에 대처하기에도 용이한 장점이 있다.

형법의 규정에 의하면 심신장애로 “인하여” 변별능력이나 의사결정능력의 흠결이 있어야 하므로 심신장애는 변별능력과 의사결정능력의 전제가 되는 것이며, 변별능력이나 의사결정능력의 흠결이 있더라도 심신장애가 없다면 책임무능력 혹은 한정책임능력이 인정되지는 않는다는 점에서 심신장애는 독자적인 의미를 갖는 것이다. 또한 형법의 책임능력에 대한 해석상 혼합적 방법을 취하고 있다고 인정되고 있으며, 심신장애의 경우에는 심리학적⁴³⁾ 판단의 대상이 아닌 생물학적 판단의 대상이라고 하고 있으므로, 심신장애의 의미와 내용, 그리고 그에 대한 정확한 판단을 할 수 있는 사람에 의하여 판단되어야 할 것이다. 이상과 같이 볼 때 심신장애의 의미와 내용은 정신의학 내지는 심리학에서 사용하는 개념들에 의하여 파악하는 것이 타당하며,⁴⁴⁾ 그 판단도 정신의학자나 심리학자의 판단이 법관의 판단에 우선한다고 생각된다.⁴⁵⁾ 심신장애의 판단에 정신의학이나 심리학적 기준을 사용하는 데에는 다음과 같은 근거가 있다.

첫째, 형법은 책임능력의 판단기준을 제시하고 있지 않다. 따라서 심신장애를 규범적으로 판단한다고 하면서 법관이 재판정에서의 즉흥적인 인상에 따라 심신장애 여부를 자의적으로 결정할 위험이 있다. 물론 책임능력 판단에 있어서⁴⁶⁾ 정신의학이나 심리학적 기준을 형법적 판단에 그대로 사용할 수는 없는 것이다. 하지만 책임능력 중 생물학적 요소의 판단에는 정신의학이나 심리학적 성과들이 상당히 유용하고 의미 있는 기준이 될 수 있을 것으로 생각된다.

두 번째, 현행 의료법시행규칙 제12조는 “진단서의 기재사항”이라는 표제 하에 의사, 치과의사 또는 한의사가 교부하는 진단서에 대한 규정을 하고 있다. 즉 제12조 제1항은 “의사·치과의사 또는 한의사가 교부하는 진단서는 다음 각 호의 사항을 기재하고 서명날인하여야 한다”라고 규정하고 있으며, 1994년 9월 27일 개정된 동법 제12조 제3항은 “제1항의 병명기재는 통계법 제11조의 규정에 의하여 고시된 한국표준질병사인 분류에 따른다”라고 규정하고 있다. 그런데 한국표준질병사인 분류는 WHO의 ICD분류법과 동일하다. 현재 감정서에 대해서는 특별한 규정을 두고 있지 않으나 이 규정이 참고가 되고 있으며 실무에서 정신과 의사의 감정서도 ICD의 진단명을 따르고 있다고 한다.

셋째, 정신의학 내지는 심리학과 법학간의 의사소통의 문제를 들 수 있다. 법학자들이 사용하는 용어는 현재 정신의학이나 심리학에서 사용하는 용어가 아니라 과거 독일에서 사용되던 용어를 사용하고 있다. 따라서 현재의 정신의학이나 심리학의 성과물에 비추어 볼 때 타당하지 않거나 나아가 부정확한 지식을 근거로 한 환상에 불과할 수도 있다.⁴⁷⁾ 반면에 정신의학자나 심리학자들은

질병 개념으로서의 정신장애와 형법적 판단으로서의 책임능력의 구분을 정확히 이해하지 못하고 양자를 혼돈하는 오류를 범하기도 한다. 이와 같은 법학자들과 정신의학자 내지는 심리학자들의 오해를 불식시키기 위해서는 서로 다른 학문 분과간의 성과물들을 교류하고 이해하는 작업이 필요하다.

넷째, 현재 대법원의 판례는 정신의학에서 사용하는 용어들과 개념들을 사용하고 있다. 따라서 법학자들이 서술하고 있는 용어와 개념은 실무에서도 받아들여지지 않고 있는 것으로 생각된다. 이와 같은 실무와 학계의 차이는 법학자들은 종래 독일의 낡은 논의를 그대로 받아들이고 있음에 반하여, 대법원은 감정인들의 감정서를 통하여 현재 통용되고 있는 정신의학적 기준을 받아들이고 있기 때문인 것으로 생각된다.

이러한 문제점들을 고려할 때 현재 형법학자들이 사용하는 심신장애에 대한 개념과 해석은 학문적으로 실무적으로나 그 존재 근거가 상당히 약하다고 할 수 있다. 형법 제10조에서 사용하고 있는 심신장애라는 용어의 개념의 해석과 판단 기준의 정립에 있어서 생물학적 요소라는 의미에 적합하게 정신의학이나 심리학에서 사용하고 있는 개념과 해석을 고려하여야 할 것으로 생각된다.⁴⁸⁾⁴⁹⁾

2. 소송능력의 문제

소송행위의 주체가 되기 위해서는 소송능력이 있어야 한다. 소송능력이란 소송주체가 유효하게 소송행위를 할 수 있는 능력을 의미한다.⁵⁰⁾ 검사의 경우에는 법률에 의하여 그 자격과 지위가 인정되기 때문에 소송능력의 문제는 주로 피고인의 소송능력과 관련되어 발생하게 된다.⁵¹⁾ 피고인이 적절한 소송행위를 하기 위해서는 자신을 방어할 수 있는 능력을 가지고 있어야 하는바, 자신의 소송법상의 지위와 중요한 이해관계를 변별하고 이에 따른 적절한 방어행위를 할 수 있는 능력이 있어야 한다. 형사소송법은 소송능력의 본질을 의사능력으로 파악하고 있다.

소송능력은 소송행위가 가지고 있는 이해득실을 판단하고 이에 따라 행동할 능력으로 소송행위 시점에 존재하여야 하는 능력이기 때문에, 사물을 변별하고 이에 따라 의사결정을 할 수 있는 능력이 범죄실행행위시 있었는가 여부를 판단하는 형사책임능력과는 구별된다.⁵²⁾ 하지만 정신장애자의 경우에는 형사책임능력, 의사능력 및 소송능력과 모두 관련이 있기 때문에 정신장애자의 소송능력은 검토되어야 할 사항이며, 형사소송법 제26조는 형법 제10조와의 관련성을 규정하고 있다.

47) 정신의학자들이나 심리학자들이 통일된 기준을 가지고 있지 못하며 불분명한 지식에 근거하고 있다는 법학자들의 비판이 대표적이다.

48) 이와 같은 문제의식 하에 제10조의 심신장애를 해석하고 대법원 판례를 검토한 것은 정규원, 전계 논문, 102-192면. 필자는 이 논문에서 원칙적으로 DSN-IV의 개념과 기준을 사용하였다.

49) 형법상 책임능력의 판단 문제에 대한 좀 더 자세한 논의에 대해서는 정규원, 전계논문을 참조하기 바란다.

50) 신동운, 형사소송법 I(제2판), 법문사, 1997, 557면; 신양균, 형사소송법, 법문사, 2000, 369면. 이에 대하여 소송능력과 소송행위능력을 구분하는 견해도 있다(이재상, 형사소송법(제5판), 박영사, 1999, 147면). 이 견해에 의하면 소송행위능력이란 소송을 수행하면서 자신의 이익과 권리를 방어할 수 있는 사실상의 능력을 의미한다고 한다. 본 논문에서는 소송능력이라는 용어를 소송행위능력을 포함하는 의미로 사용하기로 하겠다.

51) 형사소송의 구조를 당사자주의로 이해하건 직권주의로 이해하건 소송능력은 피고인에게 불가결한 요소이다(신양균, 전계서, 369면).

52) 신동운, 전계서, 557면; 신양균, 전계서, 370면.

43) 정확한 의미로는 규범적.

44) 필자와 마찬가지로 심신장애의 개념을 정신의학에 기초를 두고 구체화하는 데에 찬성하는 견해로는 장규진·진희권, 치료감호에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994, 9면을 참조하기 바란다. 이 논문에 의하면 이와 같은 시도는 죄형법정주의와 실체적 법치국가의 이념을 구현하기 위해서라고 한다. 또한 김종률, 정신감정과 치료감호자료집, 한국형사정책연구원, 1996, 26면도 정신의학적 진단방법에 따라 형법 제10조의 심신장애를 구분하고 있다.

45) 신양균, “책임능력과 감정,” 형사판례연구 [5], 1997, 53면도 “생물학적 요소에 대해서는 감정인의 감정에 의존하는 것이 타당하다”라고 하고 있다.

46) 심신장애에 대한 판단이 아닌.

형사소송법 제26조는 “형법 제9조 내지 제11조의 적용을 받지 아니하는 범죄사건에 관하여 피고인 또는 피의자가 의사능력이 없는 때에는 그 법정대리인이 소송행위를 수행한다”라고 하고 있다. 구성요건에 해당하고 위법한 행위를 한 자가 책임능력을 결여하고 있는 경우에는 책임이 없기 때문에 경찰이나 검찰 등 수사단계에서 범죄자가 형법 제10조에 해당하는 정신장애로 밝혀지는 경우에는 죄가 안 된다는 불기소처분을 하게 될 것이다.⁵³⁾ 하지만 정신장애가 있는 경우에 언제나 변별능력과 의사결정능력이 없는 것은 아니기 때문에,⁵⁴⁾ 경우에 따라서는 정신장애가 존재함에도 불구하고 기소될 수 있다. 그리고 기소될 시에는 한정책임능력이었으나 기소 후 정신장애로 인하여 의사능력이 흠결되었다고 판단되는 경우 혹은 정상적인 소송능력이 있다고 판단하여 기소되었으나 소송절차가 진행 중 의사능력이 흠결되었다고 판단되었던 경우에도 본 규정이 적용될 수 있을 것이다. 또한 조세법치벌법 제4조, 관세법 제194조, 담배사업법 제31조에 해당하는 경우에는 책임능력이 흠결된 경우에도 형법 제10조의 적용이 배제되기 때문에 의사능력이 흠결된 상태에서 소송이 진행될 수 있을 것이다.

정신장애로 인하여 소송에서 스스로를 방어할 능력이 결여된 사람에 대하여 소송을 진행하는 것은 법적 정당성을 가지지 못한다. 따라서 소송능력이 없는 피고인이 행한 소송행위는 원칙적으로 무효라고 보아야 할 것이다. 하지만 소송능력이 소송조건은 아니므로 소송능력이 결여되어 있다고 하여 형식재판을 통하여 절차를 종결시킬 필요는 없으며 소송능력이 없는 자에 대한 소송행위가 무효로 되는 것도 아니다.⁵⁵⁾

소송능력이 없는 자에 대한 형사절차의 진행이 절차의 공정 내지 피고인의 보호라는 요청에 반한다. 따라서 형사소송법은 제306조 제1항에서 “피고인이 사물의 변별 또는 의사의 결정을 할 능력이 없는 상태에 있는 때에는 법원은 검사와 변호인의 의견을 들어서 결정으로 그 상태가 지속하는 기간 공판절차를 정지하여야 한다”라고 하여 사물변별능력 혹은 의사결정능력이 결여된 피고인을 보호하기 위한 규정을 두고 있다. 또한 형사소송법 제306조 제2항은 “피고인이 질병으로 인하여 출정할 수 없는 때에는 법원은 검사와 피고인의 의견을 들어서 결정으로 출정할 수 있을 때까지 공판절차를 정지하여야 한다”라고 규정하고 있는데, 정신질환으로 인하여 출정할 수 없는 경우에도 본 규정이 적용된다고 할 것이다. 형사소송법은 이상과 같은 이유로 공판절차를 정지함에 있어서는 의사의 의견을 듣도록 규정하고 있다(동법 제306조 제3항).

하지만 형사소송법은 피고인의 보호를 위하여 공판절차를 정지하여야 할 필요가 없거나 피고인의 소송능력 결여에도 불구하고 절차를 계속하여야 할 필요가 있는 경우에 대한 예외 규정을 두고 있다. 형사소송법 제306조 제4항은 “피고사건에 대하여 무죄, 형의 면제 또는 공소기각의 재판을 할 것으로 명백한 때에는 제1항, 제2항의 사유있는 경우에도 피고인의 출정없이 재판할 수 있다”라고 규정하고 있는데, 이와 같은 재판을 할 것으로 판단되는 경우에는 피고인에게 불리한 경우가 아니기 때문에 의사능력이 없음에도 불구하고 재판을 허용하고 있다.

미국의 경우에는 소송능력에 대한 논의가 미국 법체계에 있어서 근본적인 문제 중 하나이며,⁵⁶⁾

53) 손용근, 전계논문, 1047면.

54) 형법 제10조 제1항의 규정에 해당하기 위해서는 심신장애로 인하여 변별능력과 의사결정능력이 없어야 하는데 그와 같은 능력의 흠결은 행위시에 존재하여야 한다. 그러나 정신장애자나 언제나 변별능력 혹은 의사결정능력이 흠결되어 있는 것은 아니며 정신장애와 변별능력과 의사결정능력의 흠결 간에는 인과관계가 존재하여야 하기 때문에 정신장애가 존재함에도 형법 제10조 제1항에 해당되지 않는 경우가 존재할 수 있게 된다. 이에 대한 자세한 논의에 대해서는 정규원, 전계논문, 192-195면을 참조하기 바란다.

55) 신동운, 전계서, 558면; 신양균, 전계서, 370면.

형사감정의 주류가 재판받을 수 있는 능력에 관한 것이라고 한다.⁵⁷⁾ 또한 미국 대법원은 정신적 결함이 있는 사람을 상대로 한 소송을 금지하는 것은 미국 사법체계에 있어서 근본적인 원칙이라고 한다.⁵⁸⁾ 형사소송이 진행되기 위해서는 법원은 소송 당사자 모두가 소송에서 자신의 역할을 할 수 있는 능력을 보유하고 있다는 사실을 확신하고 있어야 한다고 한다. 미연방대법원은 Dusky v. United States 사건⁵⁹⁾에서 소송능력의 정의를 확립하였다. Dusky v. United States 사건에서 미연방대법원은 피고인이 “합리적인 정도의 이성적인 이해를 보유하고 자신의 변호인과 상담할 수 있는 충분한 현재의 능력을 가지고 있는지… 그리고 자신에 대한 소송과정에 대한 이성적 이해뿐만 아니라 기능적 이해를 가지고 있는지 여부”를 확인하기 위한 검사를 승인하였다.

미국의 경우 소송능력을 판단함에 있어서는 두 가지 측면을 고려하여야 한다고 한다.⁶⁰⁾ 첫 번째 고려사항은 피고인이 소송절차의 본질과 그 결과를 이해할 수 있는가에 대한 것이다. 두 번째 고려사항은 피고인이 방어를 위한 준비와 방어행위를 함에 있어서 자신의 변호인에게 조력할 수 있는 능력이 있는가 여부이다. 미국의 경우에는 소송능력 여부를 확인하기 위하여 법정신의학자들의 판단을 받는데, 소송능력 여부에 대한 법정신의학적 판단기준은 몇 가지가 존재한다. 대개의 경우에는 표준화된 면접과 McGarry and Lipsitt's Competency Assessment Instrument나 Competency Screening Test⁶¹⁾와 같은 평가방법을 이용한다. 가장 많이 사용되고 있는 평가방법인 McGarry 방법은 다음과 같은 13가지의 영역에 대한 기능을 평가한다.⁶²⁾

첫째, 이용 가능한 법적 방어들에 대한 평가를 할 수 있는 능력.

둘째, 제어하기 어려운 행동들의 정도.

셋째, 변호인과의 관계의 정도.

넷째, 법적 전략을 계획할 수 있는 능력.

다섯째, 소송과정에서의 다양한 참여자들의 역할을 평가할 수 있는 능력.

여섯째, 소송과정에 대한 이해.

일곱째, 기소에 대한 이해.

여덟째, 적용 가능한 형벌들의 범위와 본질에 대한 이해.

아홉째, 가능한 결과에 대한 평가능력

열째, 위법행위를 둘러싸고 있는 이용 가능한 적절한 사실들을 변호인에게 정보제공할 수 있는 능력.

열한 번째, 검사측 증인에 대한 실제적인 반론을 할 수 있는 능력.

56) D. Levinson(ed.), Encyclopedia of Crime and Punishment vol. 3, Sage Publications, 2002, p. 1292.

57) 손용근, 전계논문, 1049-1050면. 하지만 손용근, 전계논문에 의하면 우리나라의 경우에는 재판받을 능력에 대한 별도의 감정이 시행되고 있지는 않다고 한다.

58) H. I. Kaplan/B. J. Sadock/J. A. Grebb, Ibid., p. 1180.

59) Dusky v. United States(1960), 362 U. S. 402.

60) D. Levinson(ed.), Ibid., p. 1292.

61) Competency Screening Test의 판단기준에 대한 자세한 내용은 Wrightsman /Greene/Nietzel/Fortune, Psychology and the Legal System 5th ed., Wadsworth, 2002, p. 300을 참조하기 바란다.

62) H. I. Kaplan/B. J. Sadock/J. A. Grebb, Ibid., p.1180. 이에 대한 좀 더 자세한 논의에 대해서는 Wrightsman/Greene/Nietzel/Fortune, Ibid., pp. 302-303을 참조하기 바란다.

열두 번째, 적절한 증언을 할 수 있는 능력.

열세 번째, 자신에게 이익이 되는 동기와 자신에게 불리한 동기에 대한 표현.

소송능력에 대한 판단은 의학적 판단이 아닌 법적 판단이고 그 판단기준은 의학적 판단보다 더 낮은 기준을 요구한다고 할 수 있을 것이다. 따라서 정신질환이 있는 경우에도 소송능력이 인정될 수도 있다. Unabomber사건에서 T. Kaczynski는 편집형 정신분열병이라고 진단되었지만, 그가 소송과정을 이해하고 있었으며 소송과정에 대한 지식을 보유하고 있었기 때문에 소송능력이 있다고 판정되었다. 여섯 명을 살해한 혐의로 기소된 C. Ferguson은 중증의 편집증과 환각증상을 보였지만 소송능력이 있다고 판정되었으며 자신의 변호인을 해임한 후 스스로 자신을 변호하도록 법원이 결정하였다.⁶³⁾ 이 사건에서 미연방대법원은 피고인이 소송적격이 있으며, 변호인이 있는 경우의 이해득실을 이해할 수 있는 능력을 보유하고 있다면 스스로 소송을 진행할 수 있다고 판시하였다. J. W. Hinckley Jr.사건에서 나타난 바와 마찬가지로, 소송능력을 보유하고 있다는 사실이 책임능력 흠결로 인한 무죄판결을 배제하는 것은 아니다.⁶⁴⁾

소송능력 여부에 대한 판단은 일차적으로 정신의학자들에 의하여 이루어지게 되겠지만, 법원은 그 결정에 기속되지는 않는다. 형사소송법도 의사의 의견을 들어야 한다고만 하고 있을 뿐, 공판절차 정지 여부에 대한 결정은 법원이 하도록 하고 있다. 다만 정신의학자의 결정을 뒤집을 만한 특정한 사정이 없는 한 법원은 정신의학자의 결정을 존중하여야 할 것으로 생각된다.

3. 형집행의 문제

형사소송법 제469조 제1항이 “사형을 선고받은 자가 심신의 장애로 의사능력이 없는 상태에 있거나 잉태 중에 있는 여자인 때에는 법무부장관의 명령으로 집행을 정지한다”고 규정한 것과 형사소송법 제470조 제1항이 “징역, 금고 또는 구류의 선고를 받은 자가 심신의 장애로 의사능력이 없는 상태에 있는 때에는 형을 선고한 법원에 대응한 검찰청검사 또는 형의 선고를 받은 자의 현재지를 관할하는 검찰청검사의 지휘에 의하여 심신장애가 회복될 때까지 형의 집행을 정지한다”라고 규정한 것은 심신장애에 있어서의 수행능력을 고려한 규정이라고 할 것이다.

심신장애로 의사능력이 없는 상태이거나 잉태로 인하여 사형집행이 정지된 경우에는 심신장애의 회복 또는 출산 후에 법무부장관이 사형집행을 명하도록 하고 있다(동법 제469조 제2항). 자유형의 집행정지의 경우에도 집행정지사유가 없어진 이후에는 다시 자유형의 집행을 하도록 하고 있다(동법 제470조 제2항, 제3항).

미국의 경우에도 형의 집행시에 정신장애가 있는 경우에는 형을 집행하지 않는 것을 원칙으로 하고 있다.⁶⁵⁾

63) Godinez v. Moran(1993), 509 U. S. 389.

64) J. W. Hinckley Jr.사건에 대한 좀 더 자세한 논의는 Wrightsman/Greene/Nietzel/Fortune, Ibid., pp. 318-319를 참조하기 바란다.

65) 이에 대한 자세한 내용은 W. R. LaFave/A. W. Scott Jr., Substantive Criminal Law vol. 1, West Publishing Co., 1986, pp. 480-482를 참조하기 바란다.

4. 치료감호의 문제⁶⁶⁾

치료감호란 심신장애자·마약중독자 및 알코올중독자로서 죄를 범한 자로써 재범의 위험성이 있는 경우에 치료감호시설에 수용하여 치료를 위한 조치를 하는 것을 말한다(사회보호법 제2조 제2호, 제8조 제1항, 제9조 제1항 참조).

형법은 정신장애자의 범죄에 대하여는 처벌을 할 수 없거나 형을 감경하도록 하고 있다. 그러나 정신장애범죄자가 사회적으로 위험성이 있는 경우에는 무작정 그들을 사회로 복귀시킬 수는 없는 것이다. 따라서 사회보호법⁶⁷⁾ 제8조 제1항은 “보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 치료감호에 처한다”라고 규정하고 이어서 동조 동항 제1호에서는 “심신장애자로서 형법 제10조 제1항의 규정에 의하여 벌할 수 없거나 동조 제2항의 규정에 의하여 형이 감경되는 자가 금고이상의 형에 해당하는 죄를 범한 때”라고 규정하여 재범의 위험성이 있고 금고이상의 형에 해당하는 범죄를 범한 정신장애자에 한하여 치료감호에 처하도록 하고 있다.

치료감호는 전통적인 형사제재의 한계나 제약을 해결하기 위하여 행위자의 과거의 행위나 책임과는 무관하게 장래의 위험에 따라 과해지는 보안처분의 일종으로써 대인적 자유박탈적 보안처분에 속한다.⁶⁸⁾ 오늘날에는 대부분의 국가에서 치료감호제도를 채택하고 있다. 예를 들면 독일형법 제62조, 오스트리아형법 제21조, 스위스형법 제43조, 덴마크형법 제65조, 미국모범형법전 제4장 제8조, 우리나라의 사회보호법 제8조 등이 그것이다.⁶⁹⁾

치료감호제도는 심신장애범죄자에게 의료적 혜택을 부여하여 사회복귀를 용이하게 함과 동시에 재범방지에 노력하여 일반인의 안전을 확보하는 것을 그 목적으로 하고 있다. 그런데 의료행위, 특히 정신과적 의료행위는 환자와 의사간의 신뢰와 관계형성이 그 근본이다. 따라서 단순히 치료감호시설에 구금하는 것이나, 형식적으로 이루어지는 치료행위는 그 효과가 있을지 의문이라 하지 않을 수 없다.⁷⁰⁾

또한 책임무능력으로 인하여 형벌을 과하지 않는 심신장애자를 대상으로 하는 치료감호는 그 목적이 치료·개선이기 때문에 인도적이라고 생각할 수도 있지만 경우에 따라서는 오히려 형벌을 가하는 것보다 가혹할 수도 있다. 따라서 치료감호에 대하여도 법치국가적 원리에 적합하게 행하여야 한다. 일반적으로 치료감호에 요구되는 지도원리는 ① 보안처분법정주의, ② 적법절차의 원칙, ③ ‘의심스러울 때는 피고인에 유리하게(in dubio pro reo)’의 원칙, ④ 비례성의 원칙 등을 들고 있다.⁷¹⁾

사회보호법 제8조 제1항은 “보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 치료감호에 처한다”라고 규정하고 동조 동항 제1호에서는 “심신장애자로서 형법 제10조 제1항의 규정에 의하여 벌할 수 없거나 동조 제2항의 규정에 의하여 형이 감경되는 자가

66) 치료감호에 대한 보다 자세한 논의는 정규원, 전계논문, 199-222면을 참조하기 바란다.

67) 이 법은 1980년 국가보위입법회의 시절에 제정되었으며 1987년, 1989년, 1994년, 그리고 1995년에 개정되었다.

68) 장규원·진회권, 전계서, 15면.

69) 장규원·진회권, 전계서, 17면.

70) 같은 견해로 김상호, 정신장애범죄자의 처우, 동아법학 창간호(1985), 420면.

71) 장규원·진회권, 전계서, 19면. 한편 이형국 교수는 보안처분의 지도원리로 ① 비례성의 원칙, ② 사법적 통제와 인권보장을 들고 사법적 통제와 인권보장의 내용 안에 ‘의심스러울 때는 피고인에게 유리하게(in dubio pro reo)’의 원칙을 포함시키고 있다(이형국, 전계서, 806면).

금고이상의 형에 해당하는 죄를 범한 때”라고 규정하고 있다. 따라서 심신장애범죄자에 대한 사회보호법상 치료감호의 요건으로는 ① 범죄행위자가 형법 제10조 제1항에 해당하는 책임무능력자이거나 형법 제10조 제2항에 해당하는 한정책임능력자일 것, ② 금고이상의 형에 해당하는 죄를 범했을 것, ③ 재범의 위험성이 있을 것을 그 요건으로 한다.

치료감호를 선고하기 위한 책임무능력은 일시적인 정신활동의 병적 상태로 족하지 않고 장기적으로 계속된 상태이어야 한다.⁷²⁾ 한편 계속적인 상태로 인하여 책임무능력에 이르게되는 것은 실제의 경우에 있어서 정신병자에 제한되므로 사회보호법 제8조 제1항 제1호 전단의 규정에 의하여 치료감호를 받는 대상은 정신병자에 국한된다는 견해가 있다.⁷³⁾ 그러나 이 경우에 정신병자라는 것은 어느 범위까지를 포괄하는 것인지가 분명하지 않다. 주요정신병(정신분열증, 기분장애)과 그 외의 넓은 의미의 정신병이라는 개념으로 사용하고 있다면 이는 타당하다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 정신분열증이나 주요정신병만을 의미하는 좁은 의미로 사용하고 있다면 이는 지지할 수 없다. 왜냐하면 주요정신병 중에서도 단기간의 치료로 회복되는 경우가 있는 반면 충동장애, 인격장애 등이 오히려 더 장기간의 치료를 요할 수 있기 때문이다. 따라서 분명하게 정의하지 않고 정신병이라는 용어를 사용하기보다는 구체적인 경우에 정신과전문의의 자문을 얻어 결정하는 것이 타당하리라고 본다. 이에 대하여 사회보호법시행령 제10조가 “법 제8조 제1항의 규정에 의하여 치료감호를 청구함에는 정신과전문의의 진단 또는 감정이 있어야 한다”라고 하고 있는 점은 타당한 규정이라고 생각한다.

현행 사회보호법상의 치료감호는 영국이나 독일의 경우와는 달리 범죄행위의 존재를 그 요건으로 하고 있다. 비록 치료감호가 치료를 위한 보안처분이지만 신체의 자유를 제한하고 감호기간이 부정기라는 점(사회보호법 제9조 제2항)을 감안하여 치료감호를 명하는 데에 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 범했을 것을 그 요건으로 하고 있는 것이다. 따라서 단지 범죄의 위험성이 있다는 이유만으로 심신장애자를 치료감호의 명목으로 수용할 수는 없다.

구사회보호법(1980. 12. 18. 법률 제3286호) 제8조 제1항 제1호에서는 심신상실자의 경우에는 재범의 위험성이 없다는 사유로 치료감호의 청구를 기각할 수 없다고 규정하고 있었다. 이러한 입법은 정신장애의 경우 범죄를 범한 경우에는 그 정신장애로 인한 위험이 현저하다고 보아 재범의 위험성에 대한 판단이 따로 필요하지 않다는 취지인 것으로 생각된다. 구사회보호법 시대의 대법원판례⁷⁴⁾는 “심신장애자의 치료감호에 관하여는 재범의 위험성을 감호의 요건으로 규정하고 있지 않으나 이는 심신장애자는 그 심신장애상태가 계속되는 한 별도의 위험성판단을 요하지 않는다는 취지에 불과하고 재범의 위험성이 치료감호요건에서 제외된다는 의미라고 볼 수 없다”라고 판시하였다.

그러나 정신장애 그 자체를 이유로 부정기에 해당하는 치료감호를 과한다는 것은 적절하지 않다. 정신장애자는 그것이 증명되지 않는 한 그 자체가 위험하다고는 말할 수 없는 것이다. 오히려 정신장애자가 일반인에 비하여 재범의 위험성이 낮다는 보고까지 있는 점을 감안하면 정신장애범죄자의 재범의 위험성에 대한 독립적인 판단이 필요하다고 할 것이다. 따라서 현행 사회보호법은 1989. 3. 25. 에 개정하여 심신상실의 경우뿐만 아니라 심신미약의 경우에도 재범의 위험성에 대하여 독립적으로 판단할 것을 요구하고 있다.

72) 이병근, 보안처분에 관한 연구-감호처분을 중심으로, 한양대학교 대학원(박사), 1987, 176면; 이재상, 사회보호법론, 1981, 141면.

73) 이재상, 전게서, 141면; 장규원·진희권, 전게논문, 44면.

74) 대판 1982. 6. 22, 82감도142.

재범의 위험성이란 행위자의 심신장애로 인하여 중대한 위법행위를 다시 범할 개연성을 의미한다.⁷⁵⁾ 특히 심신장애의 위험성판단은 장애의 원인, 장애의 의미, 장애의 치료가능성 등에 관한 정신의학적 판단에 따른다.⁷⁶⁾ 스위스형법은 재범의 위험성을 형벌에 의하여 처벌되는 행위를 범할 위험성이라고 규정하고 있고, 독일형법은 중대한 위법행위를 행할 것으로 기대되어 일반에게 위험한 것이라고 규정하고 있다.

위험성은 범죄행위의 계기가 되어 나타날 것이 필요하다. 대법원⁷⁷⁾은 재범의 위험성에 대한 판단은 과거의 사실에 대한 판단이 아니고 미래에 대한 가정적 판단이므로 그 위험성의 유무에 관한 판단은 행위자가 아니라 치료감호 청구사건에 대한 판결시를 기준으로 하여야 한다고 판시하고 있다. 또한 개연성의 정도를 범죄의 중대성에 따라 상대적으로 정해질 수 있다는 견해⁷⁸⁾가 있다. 사회를 보호한다는 입장에서는 이러한 견해가 일견 타당해 보일 수 있다.⁷⁹⁾ 그러나 정신장애범죄자 개인의 자유를 보호한다는 입장에서는 이러한 견해에 쉽게 찬동할 수 없을 것이다. 물론 재범의 위험성을 판단함에 있어서 이미 범한 범행의 경중을 고려하지 않을 수는 없겠지만, 그것을 너무 강조할 경우에는 재범의 위험성이라는 표지의 독자성이 위협받을 수 있다. 따라서 범죄의 경중은 단지 재범의 위험성을 판단하는 많은 요소 중의 하나일 뿐이라고 보아야 할 것이다.

치료감호에 있어서의 위험성판단은 법관의 권한에 속하는 문제이다. 그러나 이것은 법관이 독자적으로 판단하기에 어려운 - 아마도 불가능한 - 문제이다. 따라서 재범의 개연성을 판단함에는 적어도 정신장애에 관한 한 전문가인 정신의학자의 정신의학적 지식의 도움을 받아야 할 것이다. 그러나 대법원⁸⁰⁾은 재범의 위험성여부에 대한 판단에 반드시 감정인을 소환하여야 하는 것은 아니라고 판시하고 있다. 현행사회보호법시행령 제10조는 “법 제8조 제1항의 규정에 의하여 치료감호를 청구함에는 정신과전문의의 진단 또는 감정이 있어야 한다”라고 규정하고 있다. 따라서 재범의 위험성이라는 표지의 판단에 있어서도 정신의학적 감정이 필요하다고 할 것이다. 감정인의 견해에 법관이 구속되는가에 대하여는 견해가 일치하지 않는다. 증거조사와 감정절차의 이원적 구조를 취하지 않는 한 법관이 법률적으로 구속된다고는 말할 수 없겠지만 사실상 구속된다고 보아야 할 것이다.⁸¹⁾

IV. 정신장애자의 강제입원

1. 정신보건법에 대한 검토

정신보건법은 정신질환자의 자의입원을 원칙으로 하고 있지만 경우에 따라서는 강제입원이 가

75) 김종률, 전게서, 41면; 장규원·진희권, 전게서, 47면.

76) 김상호, 치료감호제도에 관한 연구, 동아법학 제8호(1989), 117면.

77) 대판 1982. 6. 22, 82감도142.

78) Exner, Das System der sichernden und bessernden Maßregeln nach dem Gesetz v. 24. November 1933, ZStW 53(1934), S. 653.

79) 김상호, 정신장애범죄자의 처우, 동아법학 창간호(1985), 456면. 이 논문에 의하면 Exner의 견해가 논리적이고 또한 법원도 그와 같이 판단을 하고 있는 듯하다고 한다.

80) 대판 1982. 3. 23, 81감도164.

81) 독일의 판례는 감정인의 의견을 배척하는 것이 아니라, 그의 독자적인 입장을 받아들여야 한다고 판시하고 있다(BGHSt 7, 238; BGHSt 12, 311.).

능하도록 하고 있다. 이와 같은 정신보건법의 제정 역사는 이미 1968년 정신위생법의 제정을 위한 시안을 작성하면서부터 시작되었다. 이어 1972년에는 정신보건입법연구위원회가 구성되었으며, 1980년에는 당시의 보건사회부에서 정신보건에 대하여 관심을 가지기 시작하여 종합병원에 정신과 설치를 의무화하고 소년원과 교도소에 정신과 자문의를 의무적으로 두도록 하였다. 또한 1981년에는 사회보호법이 제정되었는데, 이 법의 제정으로 치료감호제도가 도입되었다. 1985년 보건복지부는 정신보건법을 성안하여 국회에 상정하였으며, 1988년에는 대한신경정신의학회에서도 정신보건법안을 작성하였다. 이어 1990년 보건복지부에서 정신보건법에 관한 공청회를 실시하고, 1992년 정신보건법이 국회에 상정되었으나 통과되지 못하고 있다. 1995년 12월 19일에야 정신보건법이 국회를 통과하여 1996년 12월 31일 정신보건법이 시행되게 되었다. 이어 1997년 2월 24일 정신보건법의 시행규칙이 공포됨으로써 상당한 진통을 겪었던 정신보건법이 그 효력을 발휘하기 시작하였다.⁸²⁾

정신보건법은 “정신질환이 예방과 정신질환자의 의료 및 사회복귀에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 정신건강증진에 이바지함을 목적으로”(정신보건법 제1조)하고 있다. 또한 기본이념으로는 ① 정신질환자의 인간으로서의 존엄과 가치 보장, ② 정신질환자의 치료받을 권리 보장, ③ 정신질환자에 대한 차별대우의 철폐, ④ 미성년자인 정신질환자의 치료, 보호 및 교육받을 권리 보장, ⑤ 입원치료 시 자발적 입원의 권장, ⑥ 입원 중인 정신질환자의 자유로운 환경 보장 및 자유로운 의사교환 보장 등을 규정하고 있다(동법 제2조).

이와 같은 목적 및 기본이념을 고려할 때 정신보건법은 정신질환자에 대한 복지입법으로의 성격을 가진다고 한다.⁸³⁾ 정신보건법에 의하면 국가와 지방자치단체는 정신질환자의 예방과 정신질환자의 의료 및 사회복귀를 촉진하기 위한 연구·조사 및 지도·상담 등 필요한 조치를 하여야 하며(동법 제4조), 국민은 정신질환자의 장애극복 및 사회복귀노력에 협조하여야 한다(동법 제5조). 또한 정신보건법은 정신질환자의 보호자에게 환자의 적절한 치료 및 정신질환자의 이익 보호 등의 의무를 부과하고 있으며(동법 제22조), 본인의 의사에 반하는 입원에 대한 부당 여부에 대한 심사 및 퇴원 청구 절차를 마련하고 있다(동법 제29조 내지 제39조).

하지만 정신보건법의 가장 중요한 특징은 역시 강제입원의 허용이다. 정신보건법에 의하면 정신질환자의 입원에는 자의입원, 보호의무자에 의한 입원, 시·도지사에게 의한 입원, 응급입원으로 구분할 수 있다. 자의입원이란 환자 스스로가 입원을 하는 경우를 말하며 자의입원의 경우 만약에 입원환자가 퇴원을 요구하는 경우에는 즉시 환자를 퇴원시켜야 한다(동법 제23조). 보호의무자에 의한 입원은 보호의무자가 환자를 입원을 시키는 경우로 보호의무자가 작성한 입원동의서와 정신과 전문의가 입원이 필요하다고 판단한 진단이 있는 경우에 한하여 입원을 할 수 있다. 이 경우에는 정신과전문의의 입원권고서를 첨부하여야 하며, 입원 기간은 6개월 이하로 하며 다만 계속입원이 필요한 경우에 시·도지사에게 정신과 전문의 소견으로 연장심사를 청구할 수 있다. 또한 정신의료기관의 장은 입원동의서를 제출한 보호의무자로부터 퇴원신청이 있는 경우에는 원칙적으로 지체없이 당해 환자를 퇴원시켜야 하지만 정신과전문의가 정신질환자의 위험을 고지한 경우에는 정신의료기관의 장이 퇴원중지를 할 수 있다. 퇴원중지를 한 경우에는 보호의무자가 지방정신보건심사위원회에 이의를 신청할 수 있다(동법 제24조). 또한 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위

82) 우리나라에서의 정신보건법의 입법과정에 대한 내용은 박영도/박수현, 정신보건법의 입법방향, 한국법제연구원, 1992; 장영민/박강우, 정신질환자에 대한 법정치료 및 보호에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995, 24-26면을 참조하기 바란다.

83) 이동명, “정신보건법상의 강제입원에 관한 연구,” 형사정책 제13권 제1호, 2001, 149면.

험이 있다고 의심되는 자를 발견한 정신과전문의 또는 정신보건전문요원은 시·도지사에게 진단 및 보호를 신청할 수 있는데, 이와 같은 절차를 거쳐 정신질환자를 입원시키는 경우가 시·도지사에게 의한 입원이다(동법 제25조). 응급입원은 정신질환자로 추정되는 자로써 자신 또는 타인을 해할 위험성이 큰 자를 발견하여 그 상황이 급박한 경우 경찰과 의사의 동의를 얻어 입원시키는 경우를 말한다. 응급입원의 경우 정신과 전문의 진단결과 계속입원이 필요하지 않는 경우에는 즉시 퇴원시켜야 한다(동법 제26조).

정신보건법의 제정과정에서 가장 많은 논란을 불러일으켰고 가장 중요한 부분 가운데 하나가 정신질환자의 인권보호에 관한 규정이었다. 따라서 정신보건법은 이상과 같은 입원절차를 위배한 경우에는 무거운 제재를 가하고 있다(동법 제55조, 제56조, 제59조). 이하에서는 정신장애자의 인권과 관련하여 특히 논란이 되고 있는 강제입원에 대하여 살펴보도록 하겠다.⁸⁴⁾

2. 정신장애자에 대한 강제입원

정신장애자가 범죄를 범한 경우 형법 제10조에 의하여 책임능력이 결여된 자로 판정되면 형사처벌을 받지 아니하고 사회보호법상의 치료감호 대상 여부가 문제된다. 치료감호에 처하여지기 위해서는 재범의 위험성이 있어야 한다. 그런데 1997년부터 시행되기 시작한 정신보건법에 의하면 범죄와 관련이 없는 정신장애자에 대한 강제입원을 허용하고 있다.

전통적으로 의료행위는 의사의 의학적 판단에 의하여 시혜적 행위로 시행되었다. 이와 같은 의료행위에 대한 정당화 근거를 제시하는 대표적인 문헌이 히포크라테스선서이다.⁸⁵⁾ 이와 같은 의료전통은 오랜 시간동안 지속되어왔으며, 형법이론에서도 종래에는 의료행위가 업무로 인한 행위로 위법성이 조각된다고 하는 것이 통설적 견해였다. 하지만 제2차세계대전 이후 의료행위에서의 환자의 권리가 강조되게 되었으며, 1946년 뉘른베르크강령이 환자의 동의에 대한 언급을 하고 1980년대에 이르러서는 서구의 의료윤리현장들이 환자의 자기결정권에 의료행위를 윤리적으로 정당화시키는 중심적 지위를 부여하기에 이르렀다. 우리나라의 경우에도 의료행위에서 설명의무라는 개념이 도입되어 실무에서 사용되고 있으며, 형법이론에서도 피해자의 승낙이론으로 의료행위를 정당화하려는 이론구성이 점차 지지를 얻고 있다.⁸⁶⁾

이와 같은 의료행위의 정당화이론에 따르면 정신장애자에 대한 의료행위도 환자 자신의 자기결정권에 근거하여서 정당화될 수 있다고 하여야 할 것이다.⁸⁷⁾ 정신장애자의 경우에는 이익과 해악을 비교평가할 수 없는 경우가 있으므로 그와 같은 경우에 정신장애자 자신의 이익을 위하여 정신장애자의 의사에 반하여⁸⁸⁾ 강제입원을 할 수 있다는 주장들이 제기되고 있다. 즉 위험성이 있는

84) 각국의 정신보건법 체계에 대한 비교법적 고찰에 대해서는 장영민/박강우, 전거서, 49-82면을 참조하기 바란다.

85) 하지만 히포크라테스선서는 히포크라테스의 저작이 아니다. 일반적으로 히포크라테스선서는 고대 그리스의 히포크라테스학파에 의하여 성립된 것으로 받아들여지고 있다. 이에 대한 보다 자세한 논의는 성영곤, “그리스 의료윤리의 이상과 실천,” 의사학 제4권 제2호, 1995, 123-146면; R. M. Veatch, The Basics of Bioethics, Prentice-Hall Inc., 2000, pp. 2-5를 참조하기 바란다. 또한 보다 전문적인 문헌으로는 L. Edelstein, “The Hippocratic Oath : Text, Translation and Interpretation,” in : O. Temkin/C. L. Temkin, Ancient Medicine : Selected Papers of Ludwig Edelstein, Johns Hopkins University Press, 1967, pp. 3-64를 참조하기 바란다.

86) 이에 대한 자세한 내용은 정규원, 피해자의 승낙에 대한 연구 - 의료행위를 중심으로 -, 서울대학교 대학원 법학과(박사), 1999, 98-116면을 참조하기 바란다.

87) 의료행위에서의 자율성 존중과 온정적 간섭주의에 대한 논의에 대해서는 정규원, “의료행위에서의 온정적 간섭주의와 자율성 존중,” 법철학연구 제5권 제1호, 2002, 231-254면을 참조하기 바란다.

정신장애자와 스스로를 보살필 수 없는 시민을 위해 국가가 부모 역할을 대신하여 입원시킬 수 있다는 것이다.⁸⁸⁾

정신보건법이 규정하고 있는 강제입원은 보호의무자에 의한 강제입원, 시·도지사에게 의한 강제입원, 응급입원 등이 있다. 정신의료기관의 장은 정신질환자의 보호자의 동의와 정신과전문가 입원이 필요하다고 진단한 경우에 조건복지부령이 정하는 입원동의서 및 보호의무자임을 확인할 수 있는 서류와 정신과전문의의 입원권고서를 받아서 정신질환자를 강제입원시킬 수 있도록 하고 있다(정신보건법 제24조). 이와 같은 보호의무자에 의한 강제입원은 몇 가지 점에서 문제가 있다고 할 것이다. 먼저 이와 같은 강제입원은 정신질환자 자신의 입원의사와는 무관한 보호의무자의 의사에 의한 입원이라는 점에서 정신질환자의 신체의 자유를 침해할 우려가 있다. 이러한 우려는 특히 정신질환자와 보호의무자의 이익이 충돌하는 경우에 그러하다고 할 것이다.⁹⁰⁾ 또한 입원기간을 원칙적으로는 6월로 하고 있지만, 특별한 사정이 있는 경우에는 입원계속여부에 대한 심사를 시·도지사에게 청구하여 6월씩 연장 가능하도록 하고 있는바, 이러한 입원연장의 신청도 정신과전문의의 진단과 보호의무자의 입원동의서에 의하도록 하고 있어, 동일한 위험이 발생할 여지가 있다(동법 제24조 제3항). 퇴원의 경우에도 퇴원의 결정이 보호의무자의 의사에 의하여 이루어지도록 하고 있으며 이 경우 정신과전문의의 위험성 고지로 정신의료기관의 장이 퇴원을 중지할 수 있도록 하고 있는바, 이러한 결정에도 환자 자신의 의사는 배제되어 있다(동법 제24조 제6항). 이상과 같이 강제입원의 경우에 환자 자신의 의사를 배제하는 것은 환자가 정상적인 의사결정을 할 수 있는 능력이 없다는 것을 전제로 하는 것이라고 보여지지만, 정신질환자가 언제나 의사결정능력이 없는 것은 아니라는 점에서 환자 자신의 의사를 확인할 수 있는 절차가 필요하다고 할 것이다. 또한 정신과전문의만의 결정으로 입원을 강제하는 것은 오·남용의 우려가 있기 때문에 다수의 정신과전문의가 입원 여부를 결정에 관여하도록 하거나 사법적 절차를 거치도록 하는 것이 바람직할 것이다.⁹¹⁾

시·도지사에게 의한 입원의 경우에도 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 경우에 허용되는데(동법 제25조 제1항), 자신 또는 타인을 해할 위험의 기준은 중앙정신보건심의위원회의 심의를 거쳐 보건복지부장관이 정하도록 하고 있다(동법 제25조 제4항). 또한 이 경우 진단 후 계속적인 입원의 결정 여부에는 2인 이상의 정신과전문의의 일치된 의견을 요하고 있다(동법 제25조 제6항). 이와 같은 시·도지사에게 의한 입원도 몇 가지 점에서 문제가 있다고 생각된다. 현재 자신 또는 타인을 해할 위험에 대한 기준은 보건복지부령에 규정되어 있지 아니하고 보건복지부 고시 제97-18호에 의하여 고시되고 있는바, 이러한 형태는 기본권의 제한에 대한 위임입법의 한계를 일탈하고 있다고 할 것이다.⁹²⁾ 또한 시·도지사에게 의한 입원의 경우에는 2인 이상의 정신과전

88) 정신장애자의 입원거부의사는 의사능력이 없는 상태에서 이루어지는 것이므로 유효한 의사가 아니라는 전제에서.

89) 정신장애자에 대한 강제치료의 법적 근거를 경찰사상과 국친사상으로 설명하는 견해에 대해서는 장영민/박강우, 전거서, 35-37면을 참조하기 바란다.

90) 판례에 나타난 사실관계에 의하면 정신병원에서의 퇴원 요구를 거절하여 온 환자의 배우자가 환자에게 재산이전을 요구한 경우가 있다. 대법원은 이 경우에 공갈죄를 긍정하고 있다(대판 2001. 2. 23. 2000도4415.).

91) 사법적 절차를 거치도록 하는 것은 정신과적 지식의 불신에서 비롯된 고려가 아니라 환자 자신의 인권 보호를 위하여 다단계의 절차를 거치도록 하기 위함이다. 1993년 10월 국회 정신보건법안 공청회에서 강제입원은 인신구속의 한 형태이기 때문에 사법적 심사제도가 필요하다는 의견이 제기되었다(보건사회부, 정신보건법(안), 1993. 10. 21면 이하).

92) 같은 견해로는 이동명, 전거논문, 155면. 의료관련법규에서의 위임입법의 한계의 일탈은 많은 곳에서 나타나고 있다. 이에 대한 좀 더 자세한 논의는 박형욱/정규원, "요양급여의 적정성 평가와 관련

문의의 의견의 일치를 요한다는 점에서 오·남용의 위험이 보호의무자에 의한 입원의 경우보다 줄어들었다고 할 수 있겠으나 이 역시 환자 자신의 의사에 반하는 의사결정이라는 점을 고려할 때 사법적 절차에 의하도록 하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

응급입원의 경우에는 상황의 응급성에 비추어 그 필요성이 위의 경우보다 더 크고 정당화 가능성이 더 높다고 할 것이나 이 역시 오·남용을 줄이기 위한 사후장치는 필요하다고 할 것이다.

헌법 제12조 제1항은 "모든 국민은 신체의 자유를 가진다"라고 하여 개인의 신체의 자유에 대한 규정을 두고 있다. 하지만 헌법 제37조 제2항은 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다"라고 규정하고 있는바, 신체의 자유도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있지만 제한을 하는 경우에도 법률로써 제한하여야 하며 신체의 자유와 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다.

정신장애자에 대한 강제입원은 환자가 자신에게 해를 가할 위험성이 있거나 타인에게 해를 가할 위험성이 있는 경우에 고려될 수 있을 것이다. 즉 환자 자신의 생명과 신체를 보호하기 위한 목적과 공공의 안전을 지키기 위한 목적인 경우에 강제입원이 허용될 수 있는 일차적인 근거가 마련될 수 있을 것이다. 따라서 후자 즉 공공의 안전을 위하는 경우에는 헌법 제37조의 요건을 충족하는 경우에는 강제입원이 허용될 수 있을 것이다. 하지만 자신을 해할 위험성이 있는 경우까지 강제입원을 하여야 하는지는 의문이라고 하지 않을 수 없다. 인간은 누구나 자신의 신체에 대한 결정권을 가진다는 점을 고려할 때 개인의 자율성을 침해하면서 온정적 간섭주의에 의한 개입은 최소한에 그쳐야 할 것이다. 따라서 단순히 자신의 건강이나 안전을 해할 위험이 있다는 것만으로는 강제입원이 정당화되기는 어렵다고 생각된다. 정신장애자가 언제나 의사능력이 흠결된 것은 아니며 스스로를 해할 권리도 인간에게 보장하여야 할 것이라는 점을 고려할 때, 정신장애로 인하여 자신의 생명·신체에 직접적인 위험을 야기할 구체적 사정이 있는 경우에만 예외적으로 강제입원이 허용될 수 있다고 할 것이다.

V. 결론

일반인들은 정신장애자가 위험하다거나 범죄를 일으킬 가능성이 높다는 등의 여러 가지 편견을 가지고 있으며, 정신장애자의 가족들도 자신의 가족 구성원 중 정신장애자가 있다는 사실을 숨기려 하기 때문에 정신장애자가 합리적인 이유 없이 자신의 권리를 침해당할 가능성이 상당히 크다고 할 것이다.

현행법에 의하면 정신장애자는 자신이나 타인을 해할 위험이 없는 정신장애자, 자신이나 타인을 해할 위험이 있는 정신장애자, 범죄행위를 한 정신장애자로 구분되어질 수 있다. 아무런 위험이 없는 정신장애자의 경우에는 현행법에 의하면 자의입원의 경우 이외에는 신체의 자유가 제한되는 상황이 발생하지 않을 것이다. 또한 범죄행위를 한 정신장애자의 경우에는 형법 제10조에 의하여 책임이 조각되는 경우에는 재범의 위험이 인정되면 사회보호법상의 치료감호에 처하여지게 될 것이고, 재범의 위험이 없는 경우에는 형사처벌이 되지 않는다. 하지만 재범의 위험이 없더라도 자

법령체계분석," : 약제 급여 심사평가 정책의 문제점과 개선방안, 2002, 255-333면을 참조하기 바란다.

신이나 타인을 해할 위험이 인정되면 정신보건법에 의한 강제입원의 대상이 될 수 있을 것이다. 범죄행위를 하지는 않았지만 자신이나 타인에 대한 위험을 야기할 수 있는 정신장애자는 정신보건법에 의한 강제입원의 대상이 된다. 따라서 이 경우에는 강제입원의 오·남용으로 인한 정신장애자의 자유를 침해할 위험을 배제할 절차가 필요하게 될 것이다.

현대 정신의학의 발달을 고려할 때 형사책임능력에 대한 판단에 있어서 생물학적 요인에 대한 판단은 정신의학자 내지 심리학자의 감정을 법관의 판단에 비하여 우위에 놓는 것이 합리적이라고 생각된다. 또한 변별능력과 의사결정능력의 경우에도 일반적으로 행위자가 그와 같은 능력을 보유하고 있었는가 여부에 대한 판단은 전문가의 감정이 특별한 사정이 없는 한 받아들여져야 할 것으로 생각된다. 다만 행위시에 행위자가 변별능력 내지 의사결정능력을 보유하고 있었는가 여부는 법관이 독자적으로 판단할 사안이라고 생각된다. 하지만 이 경우에도 감정인의 일반적 능력에 대한 감정 결과가 고려될 것으로 생각된다.

책임능력의 판단과 관련한 법률가와 심리학자 내지는 정신의학자간의 갈등은 오랜 역사를 가진 문제이다. 하지만 이제는 양자가 형사소송에 있어서 합리적이고 진실에 가까운 결론을 도출하기 위하여 상호 협조하고 상대를 이해시키려 노력하여야 할 것이다. 이를 위해서는 먼저 각각의 학문분과에 종사하는 학자들 간의 의사소통이 이루어져야 할 것이다. 즉 법률가와 심리학자 내지는 정신의학자들은 서로 상대방이 하는 일에 대하여 존중하고 상대 학문 분야 중 적어도 자신과 관련되는 한도 내에서는 이해하고 지식을 습득하려는 노력이 필요할 것으로 생각된다. 두 번째로 형법상 책임능력의 판단 기준을 제시하기 위해서는 상호 협력이 필요할 것으로 생각된다. 현재의 학설과 판례는 나름대로의 기준을 제시하고 있는 듯이 보이지만 실제에 있어서는 법률적 판단이라는 기준이외에는 특별히 통일된 기준을 제시하고 있지 못한 것으로 생각된다. 따라서 형법상 책임능력의 판단에 대한 합리적이고 통일된 기준을 제시하기 위하여 서로 다른 학문 분야간의 협조가 필요하다고 생각된다.

사회보호법상의 치료감호의 경우에도 몇 가지 개선점이 존재한다고 생각된다.⁹³⁾ 첫째, 치료감호 처분은 비례성의 원칙에 따라 행하여져야 한다. 둘째, 심신장애의 판단이 적절하게 이루어져야 한다. 셋째, 치료감호의 여부를 가리는 감정의 중립성을 확보하기 위하여 치료감호소 소속의 정신과 전문의가 아닌 중립적인 기관의 정신과전문의를 감정을 하여야 할 것이다. 넷째, 치료감호기간을 적정화하여야 할 것이다. 치료감호처분은 일반정신병동에의 입원에 비하여 중대한 신체상, 의사결정상의 제한을 받고 있고, 또한 부정기의 기간이 단지 사회적 위험원의 제거를 위한 목적으로 이용되어질 가능성이 크기 때문에 부정기의 치료감호기간은 심신장애자의 평생을 갈 수도 있는 것이다. 따라서 각 심신장애의 원인에 따라 일정한 기간을 규정하는 것이 필요하리라고 생각된다.

정신보건법의 경우에도 정신장애자의 인권을 보호하고자 하는 목적에 맞게 강제입원의 요건과 결정 절차를 좀 더 엄격히 하고 사법적 절차를 도입하는 방법을 고려하여야 할 것으로 생각된다. 또한 정신장애자 자신의 건강이나 안전에 대한 위협의 경우는 구체적이고 직접적인 위험이 있는 경우로 한정하여야 할 것으로 생각되며, 타인에 대한 위협의 판단도 그 기준을 법률에 명시하고 최종적 결정은 사법적 절차에 의하도록 하는 것이 타당할 것이다.

93) 이에 대한 자세한 내용은 정규원, 형법상 책임능력에 관한 연구 - 판단기준을 중심으로 -, 서울대 학교 대학원 법학과(석사), 1997, 216-222면을 참조하기 바란다.

■ 제1주제 토론 :

형사절차에서의 성폭력피해 생존자¹⁾의 권리 존중

이미경(한국성폭력상담소 소장)

E-mail: mkleesan@yahoo.co.kr

오늘은 1960년 도미니카 공화국의 세자매가 독재에 항거하다 살해당한 것을 기억하기 위해 1981년 제정된 세계성폭력추방주간이다. 우리나라에서도 여성단체를 중심으로 1991년부터 매년 11월 25일에서 12월 10일까지를 성폭력추방주간으로 선포하여 성폭력없는 사회를 만들기 위한 여러 활동들을 해오고 있다. 이런 뜻깊은 날에 또한 고 조영래 변호사의 추모의 의미를 담아 귀 대학의 공익인권법연구센터에서 형사절차에서의 성폭력 피해 생존자들이 겪는 문제의 심각성을 인식하고 그 대안을 찾고자 토론의 장을 마련한 것은 매우 의미있는 일이다.

그동안 우리사회에서 보이지 않던 문제였던 '성폭력'을 사회문제로 드러내어 '이름(naming)'을 주고, 피해자 상담과 지원, 일반인들의 인식전환을 위한 교육 등 성폭력추방운동은 1990년대 들어 본격적인 출발을 하였다. 그 이전에는 성폭력을 형법에서 "정조에 관한 죄"²⁾로 가해자 처벌을 규정하는 정도였고, 가정폭력은 우리나라 법과 제도 어디에도 그 개념조차 없었다. 1994년 <성폭력범죄의 처벌및피해자보호에관한법(이하 성폭력특별법)>이 제정되고, 전국에 100여개의 성폭력상담소와 8개의 피해자보호시설이 마련되어 우리사회에서 성폭력을 추방하기 위한 법과 제도적 장치들은 어느 정도 틀을 갖추어가고 있다. 그럼에도 아직도 한 해에 몇 건의 성폭력이 일어나고 있는지, 고소율이 어느정도 인지 등은 정확하게 파악이 안되고 있다. 한국형사정책연구원(1998)의 연구에 의하면 수 많은 성폭력 피해자중 6.1%정도만이 고소를 하는 것으로 추정되고 있다. 즉, 94%의 성폭력 피해자는 숨은 피해자로 남겨져 있는 것이 우리의 현실이다. 그런데 용기를 내서 고소를 한 피해자들이 수사과 재판과정에서 오히려 더 좌절하고 고통스러워 하는 것은 실제 상담의 현장에서 너무나 절감하는 문제이다.

- 1) 이 글에서는 성폭력 피해자라는 용어대신에 성폭력 피해 생존자(survivor)라는 용어를 사용하고자 한다. 왜냐하면 성폭력 상담 현장에서 만나는 수 많은 피해여성들은 분노와 고통, 절망에 빠져있기도 하지만 그 내면에는 이를 극복할 수 있는 강한 힘을 갖고 있음을 보아왔기 때문이다. 그리고 이들이 피해를 당한 수동적 존재가 아니라 성폭력 범죄의 피해자로서 수사, 재판, 진료, 일상생활에서의 권리를 존중받아야 함을 강조하기 위해서이다.
- 2) 형법 제32장의 제목이 "정조에 관한 죄"에서 1995년 형법 개정시"강간과 추행의 죄"로 바뀌었다.

발제자께서는 본문에서 성폭력 피해 생존자들이 겪는 남성중심적 편견을 비판하고, 이들이 수사·재판과정에서 받는 2차 피해를 설명하고 있다. 그리고 현행 형사절차상의 보호조치와 제도적 개선방안을 상세히 논의하고 있어 실제 성폭력추방운동의 활동가로서 많은 도움을 받았음을 감사드린다. 특히 처음에 문제제기 하신 수사·재판과정에서 '냉정한 판단'과 동의어로 사용되고 있는 '중립'이라는 용어가 갖는 남성중심성의 지적에 적극 동의한다. 무엇보다 이러한 "2차 피해자화"의 문제는 성폭력 피해 생존자들이 수사·재판과정에서 갖는 기본적인 권리를 침해당한 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 사회의 구성원으로서 남성이나 여성 모두 성적자기결정권을 존중받으면서 자유롭고 평등하게 살 기본적인 인권 보장차원에서 이 문제에 접근해야만 여기서 이야기되는 여러 정책이나 새로운 제도들이 피해자를 위한 시혜적인 조치들이 아니라, 그동안 우리사회가 보장해주지 못했던 피해자들의 권리를 되찾아 주는 것이기 때문이다.

본 토론문은 발제자께서 성폭력을 성적자기결정권의 침해로 규정하고 있는데 이 개념에 관한 논의와, 수사·재판과정에서의 "2차 피해자화"를 막기위한 방안들로 제시한 몇가지를 중점적으로 논평하면서 질문을 함께 드리고자 한다.

1. 성폭력의 개념 : 성적자기결정권의 침해로 규정되어야

본 발제문에는 성폭력을 어떻게 개념정의하고 있는지는 명시되어 있지 않지만 전반적으로 성적자기결정권의 침해라고 보는 입장으로 보인다. 우리나라의 법과 정책에서 공식적으로 성폭력이란 용어를 사용한 것은 성폭력 특별법이 처음이다. 그러나 이 법안에서는 성폭력을 따로 개념정의하지는 않은 채, 기존의 각 법안에서 해당하는 죄를 열거하며 이를 성폭력범죄³⁾라고 정의하고 있다. 이처럼 기존의 법조항이 규정하고 있는 구체적인 범죄행위들을 중심으로 구성된 성폭력의 개념은 성적 자기결정권에 대한 침해라는 좀 더 폭 넓은 차원에서의 접근을 시도하지 못하고 있다. 즉, 현행 법에서 규정하고 있는 성폭력의 개념은 아직도 여성의 정조보호의 측면을 벗어나고 있지 못하고 있음을 알 수 있다. 물론 그동안 비판이 대상이 되었던 형법 제32장의 제목이 "정조에 관한 죄"에서 1995년 형법 개정시 "강간과 추행의 죄"로 개칭이 되는 변화가 있었다. 그러나 이는 이름만 바뀌었을 뿐, 정조를 대신하는 어떠한 보호 법익도 제시하지 않은 채 세부 항목의 편의적 조합으로 장 제목을 삼는 식의 법 개정에 그치고 있다(신상숙, 2001:22). 왜냐하면 아직도 피해여성들은 수사·재판과정에서

3) 이를 구체적으로 살펴보면, 형법에서는 다음 4가지 유형을 "성폭력범죄"로 분류하고 있다. 첫째, 형법 제22장 성폭속에 관한 죄 중 음행매개죄, 음화 등의 반포죄, 음화 등 제조죄, 공연음란의 죄이다. 둘째, 형법 제31장 약취와 유인의 죄 중 부녀매매죄, 영리약취유인매매죄, 약취·유인·매매된 자의 수수, 은닉죄이다. 셋째, 형법 제32장 강간과 추행의 죄 중 강간죄, 강제추행죄, 준강간죄, 준강제추행죄, 강간등 상해·치상죄, 강간등살인·치사죄, 강간등살인·치사죄, 미성년자 간음죄, 업무상 위력에 의한 간음죄, 미성년자 간음·추행죄이다. 마지막으로 형법 제339조 강도강간의 죄 등이다. 성폭력특별법에서는 위의 형법에서 제시하고 있는 죄와 함께, 다음의 범죄를 성폭력범죄로 규정하고 있다. 즉, 특수강도강간죄등(제5조), 특수강간죄등(제6조), 친족관계에 의한 강간죄등(제7조), 장애인에 대한 간음죄등(제8조), 13세미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행죄(제8조의2), 강간 등 상해·치상죄(제9조), 강간 등 살인·치사죄(제10조), 업무상 위력에 의한 추행죄(제11조), 공중밀집장소에서의 추행(제13조), 통신매체이용음란(제14조), 카메라등이용촬영(제14조의2) 등이다.

서 이전 성경험 유무, 피해상황의 구체적인 묘사 등을 반복 진술해야 하기 때문이다. 물론 수사지침에는 피해자의 권리를 인정해 이러한 질문을 하지 못하도록 되어있지만, 많은 성폭력 피해 생존자들은 이와같은 질문을 실제 받고 있고, 그 곤혹스러움이 두 번 세 번 강간당하는 듯 하다고 호소하고 있다. 이와 같은 구조 안에서 성폭력은 한 남성이 소유하고 있거나 소유하게 될 여성의 정조를 침해하는 행위, 즉 남성의 '재산권'에 대한 침해로 보는 남성중심적 관점이 반영되고 있다. 따라서 피해를 당하고도 피해자 스스로가 이러한 순결 이데올로기 속에서 숨은 피해자가 된다. 그 중에 용기를 내어 고소를 결심한 극소수의 피해자들마저 경찰과 검찰, 재판부에서 제2, 제3의 피해를 당하는 현실이다. 이는 아직도 우리의 법과 사회적 인식이 성폭력을 인간의 자유와 권리를 침해하는 범죄로 보기보다는 순결상실의 문제로 보기 때문이다.

그리고 여성만을 피해자로 규정하는 강간의 개념도 문제이다. 성폭력 범죄 중 강간(형법 제297조)죄의 구성요건은 “폭행 또는 협박으로 부녀를 간음한 자”⁴⁾로 들고 있어 남성은 강간 피해자로 인정하지 않고 있다. 따라서 여성으로 성전환을 한 경우, 법적으로는 남성으로 남아있기 때문에 똑같은 강간 피해를 당했어도 성추행 피해자로 되는 것이다. 이러한 논거로 대법원 판례(김엘림, 1999:122)에서는 “피해자가 여성인 경우는 임신이란 무거운 짐을 동반할 가능성이 있는 반면에 남성은 그렇지 않기 때문”이라고 설명하고 있지만, 이러한 논의는 범행 결과의 정신적 고통의 깊이를 제외한 생물학적 영향만을 고려한 것으로 비합리적이다. 이와 함께 강간의 성립요건을 남성성기가 여성성기에 삽입하는 것으로 규정하고 있어서, 항문성교나 구강성교, 성기에 이물질의 삽입 등의 행위는 강간으로 규정되지 않는 문제도 있다.

따라서 법과 정책의 기초가 되는 개념의 규정에는 좀 더 비중있는 철학적인 고민과 합의가 따라야 할 것이다. 그러나 한편에서는 우리사회에서 성폭력을 성관계가 아닌 폭력으로, 하나의 범죄행위로 인식하기 시작한 것도 매우 일천한 역사를 갖고 있다는 점에서 더 앞선 개념을 논의하기는 시기상조라는 의견도 있다. 즉, 이제야 겨우 폭력으로 인정하고 있는 이 시점에서 여성의 성적 권리 차원에서의 논의를 전개해 가는 것은 오히려 혼란과 거부감을 줄 수 있다는 현실적인 염려이다. 그러나 좀 더 근본적인 성폭력 문제 해결을 위해서는 성폭력의 개념을 새롭게 공유하고, 구체적인 법개정 운동을 해가야 한다고 본다. 이 점에 대한 발제자의 견해를 질문드린다.

2. 성폭력범죄에 대한 남성중심적 편견과 “제2차 피해자화”의 문제

발제문에는 성폭력 범죄에 대한 잘못된 통념이 남성중심적 편견의 소산임을 비판적으로 소개하고 있고, 이를 “제2차 피해자화”의 문제와 연결지어 설명하고 있다. 이러한 발제자의 시각에 전적으로 동의한다. 그리고 성폭력 관련법에 규정되어 있음에도 불구하고 실제로는 지켜지지 않은 부분을 짚어보고자 한다. 많은 피해자들이 호소하고 있는 수사과정에서 겪는

4) 이는 남성의 물리적 우월성을 반영하는 폭력형태만을 강조하고 성차별적 사회에서 가능한 남성의 심리적, 경제적, 사회적 우월성을 반영하는 다른 형태의 폭력은 무시하는 것이다. 그리고 여기에서 여성은 목숨을 걸고 저항해야 한다는 것이 내포되어 있다.

문제 중 하나는 수사관이 상습적으로 반말을 하거나, 꽃뱀으로 의심을 하고, 어린아이처럼 대하는 관행 등으로 인해 모욕감을 느끼는 문제이다. 이 부분 또한 단순한 태도와 관행의 문제가 아닌, 피해자의 인격권 침해의 문제로 바라보아야 할 것이다. 그리고 실제 상담에서 보면 '가해자로부터의 보복의 두려움'은 고소를 저하의 큰 원인이 되고 있는데 현행 특별법상 "신변안전조치", "피해자의 신원과 사생활비밀누설금지" 조항이 있음에도 불구하고 제대로 지켜지지 않는 경우가 많이 발생하고 있다. 따라서 위반시의 처벌조항이 따로 마련되어야 한다고 보는데 이를 어떻게 보시는지 질문을 드린다.

그리고 발제자께서 소개한대로 1999년 검찰에서 발표한 "성범죄수사 및 공판관여시 피해자 보호에 관한 지침"이 있었을 뿐만 아니라, 현재 경찰청에서 방대한 분량의 <성폭력 사건 처리 경찰관용 매뉴얼>를 개발하고 있는 것으로 안다. 이러한 변화는 매우 고무적이다. 문제는 이러한 정책들이 어떻게 운용되느냐인데 좀 더 구체적으로 교육과 홍보, 실행계획 등을 장·단기 목표를 세워서 진행해야 할 것이다. 또한 통합적인 피해자 지원을 위해 경찰과 검찰, 재판부, 관련 의료진, 상담원 등과의 유기적인 협조관계를 위한 구체적 방안도 모색되어야 한다. 그리고 발제자께서는 본 발제문에는 수사지침만을 소개하고 있는데, 재판지침의 개발과 시행도 함께 진행되어야 할 것이다. 따라서 아직 우리나라에서 시도되고 있지 못하고 있는 성폭력 피해자에 대한 재판지침은 어떠한 방향으로 개발해갈 수 있을지, 외국의 사례는 어떤 것들이 있는지 등을 질문드린다. 또한 수사·재판과정의 문제는 비교적 많이 지적이 되고 있지만 의료와 보도시의 문제점들도 산적해있다. 대부분의 성폭력 피해 생존자들은 평균 2-3곳의 산부인과나 종합병원을 전전해야만 제대로된 의료적 처치와 진단서를 발급받을 수 있는 현실이다. 그리고 경찰에서 조사받는 과정에 들이닥치는 보도진들에게 거의 무방비로 노출되어 있을 뿐만 아니라, 성폭력 피해를 회화화 하거나 기존의 잘못된 성폭력에 관한 통념을 드러내는 형식의 드라마, 뉴스 등이 보도되는 실정이다. 수사·재판과정에서 겪는 부당함의 문제만큼이나 진료와 보도에서의 문제점에 관한 대응마련도 매우 중요하다.

3. 성폭력 피해 생존자의 권리를 보장하기 위한 제도적 개선방안

(1) 발제자께서는 성폭력특별법에서의 피해자 보호규정이 '과잉'의 문제가 아니라 '과소'의 문제라고 전제하고 있다. 그리고 여성단체에서 선포한 "성폭력피해자 권리헌장"을 소개하고 있는데 이러한 주장에 어떤 견해를 갖고 있는지, 법적으로 이를 보장받기 위한 방안은 무엇이라고 보는지 질문을 드린다. 또한 법정분위기를 좀 더 피해자를 고려하거나 피해여성이나 피해 아동의 육체적·정신적 상황을 고려한 증거수집방침 등을 성폭력 피해자에 한할 것이 아니라 형사소송법 전체를 개정해야한다는 주장(심희기, 2002:6)도 있는데, 본 토론자도 이러한 제안에 적극 동의한다. 왜냐하면 좀 더 근본적으로 큰 틀에서 피해자의 권리가 논의되어 진다면 다른 범죄의 피해자들에게도 확대 적용될 수 있을 뿐만 아니라, 질적인 향상의 기대도 훨씬 용이해질 수 있기 때문이다. 이에 대해 발제자의 견해를 질문드린다.

(2) 발제문에 국회에 상정되어 있는 성폭력특별법 개정안에 관한 소개와 해설을 하고 있다. 이 법안은 2002년 5월에 발의되어 지난 10월 국회 여성위원회에서 검토, 심사를 하고 그 보고서5)를 소관 위원회인 법제사법위원회에 제출한 상태이다. 이 보고서를 보면, 성폭력특별

법 개정안 원안에서의 영상물촬영이나 신뢰관계에 있는자의 동석제도에 관한 의무조항은 13 미만의 미성년자나 장애인일 경우에만 한정해 개정될 전망이다. 그러나 신뢰관계에 있는 자의 동석제도의 경우, 상담 현장에서 성폭력 피해 생존자의 법정지원을 할 때 “동석할 수 있다”가 아니라 “동석 해야한다”로 의무규정이 되어야만이 실제로 수사 재판과정에서 피해자들이 보호받을 수 있다는 점에서 이러한 흐름은 매우 아쉬운 점으로 남는다. 뿐만아니라 현행법에서 신뢰관계에 있는 자의 동석이 가능한 것은 근친피해자나 어린이 성폭력 등 몇몇 형태의 성폭력에만 한정되어 있다. 따라서 이를 전체 피해자로 넓혀가는 것이 우선이라고 보며, 이러한 법적 규정도 중요하지만 올바른 운용을 위한 체계적인 담당자 교육이 더 필요하다. 그리고 비디오중계방식에 의한 증인신문의 도입 등에 관한 발제자의 제안에 동의한다. 그런데 증인신문 특례 조항(개정안 제22조의 4)으로서의 비디오 중계방식이 굳이 13세 미만, 장애인 피해자에게 한정되어야 하는가의 문제는 남아있다.

(4) 발제자께서는 재판과정에서 피고인의 변호인에 의한 무차별한 반대신문으로부터의 보호조치가 너무 필요한 현실에서 미국의 “강간피해자보호법”의 도입을 제안하고 있는데, 본 토론자도 이에 적극 동의한다. 발제자께서도 지적하고 있듯이 이러한 입법이 형사소송법 제 308조와 충돌을 일으키고 있다는 점에서 어떻게 이를 보완할 수 있을지 구체적인 논의가 필요하다고 본다. 또한 성폭력 피해 생존자가 무고, 명예훼손 역고소로 조사를 받을 경우 대개 성폭력 피해사실 여부가 수사과정에서 중요한 조사의 대상이 되는데, 이러한 경우 실제 성폭력 사건으로 조사받음에도 불구하고 성폭력 관련법에 의거한 피해자 보호조치를 전혀 받을 수 없으며, 피해자 혹은 고소인이 아니라 피의자 신분으로 대부분 강압적인 조사를 받기 때문에, 성폭력 피해자에게는 매우 큰 고통이 가중된다. 이 부분에 대한 대책이 필요하다. 즉, 성폭력 가해자에 의한 명예훼손 역고소가 늘어나고 있는 상황에서, 성폭력 피해자가 명예훼손 피의자로 성폭력 사건에 대한 조사를 받게 될 때 발생하는 문제점을 해결하는 것이 필요하다. 명예훼손 등 가해자의 역고소 상황에서 성폭력 사건에 대해 피해자라고 주장하는 자가 수사, 재판을 받을 때 기존의 성폭력 피해자 인권보장을 위한 장치(예, 비공개재판, 신뢰관계에 있는자의 동석 등)에 의해 보호받을 수 있을지? 혹은 성폭력 피해자로서 지위와 신분을 가질 수 있을 것인지에 대해 발제자의 견해를 듣고 싶다.

4. 맺 음 말

성폭력 피해 상담의 경험으로 보면 피해자의 95%는 여성들이다. 대부분의 여성들은 성폭력

- 5) 이 보고서의 검토 의견은 다음과 같다. “첫째, 피해자 진술시 영상물촬영을 의무화하고 있는 안 제21조의2제1항에 대하여는 수사기관으로 하여금 피해자에게 비디오 테이프 등 영상물에 의하여 진술과정 녹화를 위한 신청권이 있음을 고지하는 것을 의무화하고 당사자의 신청이 있는 경우에만 녹화를 하도록 하되, 13세 미만의 미성년자 및 장애인에 대해서는 신청여부에 무관하게 영상물로 녹화하도록 의무화하는 것이 필요한 것으로 보이고, 동조 제2항에서 피해자가 동의하지 아니하는 경우에도 작성자의 진술만으로 영상물의 증거능력을 인정할 수 있도록 하는 것은 신중을 기할 필요가 있다고 보임. 둘째, 수사 및 재판과정에서 성폭력범죄 피해자의 심리적·정신적 안정을 위하여 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하도록 의무화하고 있는 안 제 22조의3제1항 및 제2항은 현행의 규정에 의하여도 검사 또는 법원의 판단 하에 신뢰관계에 있는 자의 동석을 허용할 수 있다는 점에서 현행규정 대로 유지하여도 무방한 것으로 보임”.

(자료는 <http://node2.assembly.go.kr:4000/woman/public.html>에서 참조)

의 위협에서 결코 자유롭지 못하다. 세계적으로 비엔나 선언과 행동강령 등에서 여성에 대한 폭력을 인권의 침해로 규정하는 것은 놀랄만한 일이 아니다. 우리사회에서 성폭력은 성적 욕구에서 출발했는지 혹은 고의로 폭력을 의도한 것이었는지, 나아가 이런 동기가 선명하게 구분할 수 있는 것인지 등의 여부가 지속적으로 피해를 당해온 여성이나 일반 사회의 시각으로 보았을 때 모호할 수가 있다. 이는 그동안 폭력 자체가 성적으로, 심지어 에로틱하게 비춰져 왔기 때문이기도 하다(Boston Women's Health Book Collective, 2000:159). 따라서 앞으로 새롭게 성폭력의 범주를 설정하고, "제2차 피해자화"를 막기 위한 구체적인 논의들이 좀 더 확장되고 실행되기를 기대한다.

< 참 고 자 료 >

- 김엘림 외(1999), <성폭력특별법 제정 이후 성폭력범죄에 관한 판례연구>, 대통령직속여성특별위원회.
 김일수(2000), <형법각론>, 박영사.
 민경자(2000), "성폭력추방운동", <한국여성인권 운동사>, 한국여성의전화(엮음), 한울아카데미.
 변혜정(1999), "성폭력의 의미구성과 여성의 차이", <섹슈얼리티 강의>, 한국성폭력상담소(엮음), 동녘.
 서울대 성희롱 사건 공동대책위원회(2001), <서울대 성희롱 사건 백서>.
 신상숙(2001), "성폭력의 의미구성과 '성적 자기결정권'의 딜레마", <여성과 사회>, 제13호, 창작과비평사.
 심희기(2002), "수사와 재판과정에서의 2차 피해자화의 최소화 방안", <여성폭력근절을 위한 심포지엄>, 여성부.
 엘렌 베스, 로라 데이비스, 이경미(역)(2000), <성폭력 치유를 위한 통찰과 훈련 : 아주 특별한 용기>, 동녘.
 운동사회 내 성폭력 뿌리뽑기 100인 위원회(2001), "취는 언제나 고양이를 물어서는 안된다?", <경제와 사회>, 제49호.
 여성부, 한국보건사회연구원(2002), <가정폭력·성폭력상담소 및 보호시설의 기능·역할 강화방안>, 정책보고서 2002-24.
 최희경(2000), "미국의 프라이버시권에 대한 연구", 이화여자대학교 대학원 법학과 박사학위논문(미간행).
 캐서린 매키넨, 엄용희(역)(2001), "강간: 강요와 동의에 대하여", <여성의 몸, 어떻게 읽을 것인가?>, 한울.
 한국성폭력상담소(1999), <성폭력에 관한 법률지침서>, 한국성폭력상담소.

http://node2.assembly.go.kr:4000/woman/public_html(국회 여성위원회 홈페이지)
<http://www.moge.go.kr>(여성부 홈페이지)
<http://www.sisters.or.kr>(한국성폭력상담소 홈페이지)
 Boston Women's Health Book Collective(2000), *Our Bodies, Ourselves : For The New Century*, Simon & Schuster.

형사절차에서 아동의 지위와 권익보호

최병각(동아대 법대)

I. 들어가는 말

무릇 형사절차란 국가가 형벌권을 실현하는 과정인 바, 형사절차에서 개인의 인권침해는 얼마만큼은 어찌면 피할 수 없는 것이라 할 수 있다. 그러나 형벌권의 행사가 그 자체 절대선은 아니기 때문에 형사절차와 관련하여 개인에게 일정한 권리와 이익은 반드시 보장해야 한다. 그런데 아동의 경우 성인에 비해 단지 연령이 적다는 사실뿐만 아니라 실제 여러 측면에서 차이가 난다. 때문에 형사절차에서 아동에게 성인과 구별되는 법적 지위, 권리 및 이익을 분명히 확보할 수 있도록 하는 것이 중요하다.

아동의 법적 지위는 근본적으로 아동에 관한 기본관점에 따라 달라질 수 있다. 아동은 범죄행위 또는 범죄피해를 이유로 형사절차와 관련을 맺는데, 각각의 경우에 따라 권익보호의 필요성부터 구체적인 방안까지 다양한 접근이 가능하다.

이 글에서는 현행법과 입법례의 분석을 통하여 아동의 법적 지위, 비행소년의 권익보호, 피해아동의 권익보호에 대한 고찰을 순차적으로 진행하기로 한다.

II. 아동의 법적 지위

1. 헌법과 아동

우리 헌법은 전문에서 “우리 대한국민은 …… 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서 …… 헌법을 …… 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다”고 밝히고 있다. 여기에서 ‘우리 대한국민’과 ‘우리들’ 및 ‘우리들의 자손’이 서로 어떤 관계인지 궁금해진다. 문맥에 비추어 ‘우리 대한국민’이 곧 ‘우리들’로서 1987년의 헌법개정의 주체이며, 현행 헌법을 제정한 권력자이다. 그런데 헌법제·개정의 과정에서 국회의 구성원인 국회의원의 경우 25세 이상의 국민에게만 그 피선거권이 주어졌고, 또한 20세 이상의 국민이라야 국회의원선거권과 국민투표권이 인정되었다.¹⁾ 따라서 20세 미만의 국민은 헌법제정권력자로 보기 어렵고, 적어도 헌법제정권력의 행사자는 아니다.

1) 이는 현행법에서도 동일하다. 공직선거및선거부정방지법 제15조 제1항, 제16조 제2항, 국민투표법 제7조 참조.

그러나 헌법제정이 '우리들'을 위한 것만이 아니라 '우리들의 자손'을 위한 것이기도 하며, 더욱이 우리 헌법 제10조에서 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다"고 규정하고 있음에 비추어 기본적 인권을 보유함에는 연령의 많고 적음을 가리지 않는다.²⁾ 오히려 우리 헌법은 '자녀'의 의무교육(헌법 제31조 제2항),³⁾ '연소자'의 근로보호(헌법 제32조 제5항),⁴⁾ '청소년'의 복지향상(헌법 제34조 제4항)⁵⁾ 등의 조항을 두어 일정한 연령에 달하지 못한 국민에게 특별한 우대를 예정하고 있다.

2. 아동의 연령범위와 법적 지위

무릇 사람의 생애는 통상 아동기, 청년기, 성인기 및 노년기로 나누어진다.⁶⁾ 그런데 법적인 측면에서 연령에 따른 가장 중요한 구분은 언제까지 아동(child) 또는 청소년(juvenile, young person)으로 취급하고 언제부터 성인(adult)으로 대우하는가 하는 것이다.

주지하는 바와 같이 우리 민법은 20세 미만자를 '미성년자'로 규정하여 법률행위능력을 제한하고 있고(민법 제4조 - 제8조), 공직선거및선거부정방지법(이하 '선거법')은 20세 미만자에 대하여 선거권을 인정하지 않고 있다(선거법 제15조). 한편 소년법은 20세 미만자('소년')에 대한 형사처분의 특례와 성인에게는 없는 보호처분제도를 마련하고 있으며(소년법 제1조), 행형법은 20세 미만자('소년')를 구분수용(행형법 제2조 제2항) 내지 분리수용(행형법 제3조 제4항)할 것을 규정하고 있다.

그리고 20세가 아닌 19세를 상한연령으로 하는 '청소년'을 유해한 매체물·약물·업소·행위로부터 보호·구제하기 위한 법률로 청소년보호법, 청소년의성보호에관한법률(이하 '청소년성보호법'), 식품위생법, 사행행위등규제및처벌특례법 등이 있다. 한편 청소년기본법에서는 청소년육성정책의 대상인 '청소년'을 9세 이상 24세 이하의 자로 규정하고 있다(동법 제3조 제1호).

또한 아동복지법은 보호조치의 대상이 되는 '아동'의 상한연령을 18세로 규정하고 있으며, 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률(이하 '성폭력법')이나 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법(이하 '가정폭력법')에서도 18세 미만자인 아동이 피해를 당한 사실을 알게된 일정한 관계자에게 범죄신고의무를 부여하고 있다(성폭력법 제22조의3, 가정폭력법 제4조).

이와 같이 현행 법제상 성인과 구분되는 연령집단을 일컫는 용어로 미성년자, 소년, 청소년, 아동 등이 사용되고 있고, 그 연령범위도 동일하지 않으며, 각각의 경우 규율내용도 상이하다. 이를 간략히 표로 나타내면 다음과 같다.

- 2) 개인으로서의 국민은 모두 기본권보유능력(Grundrechtsfähigkeit)을 가지지만, 기본권의 종류에 따라 법률에 의하여 기본권행사능력(Grundrechtsmündigkeit)이 제한될 수 있다. 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2002, 269면.
- 3) 의무교육은 12세 미만자에 대한 초등학교 취학과 15세 미만자에 대한 중학교 취학을 내용을 한다. (교육기본법 제8조, 초중등교육법 제13조).
- 4) 근로기준법에 따르면 15세 미만자는 원칙적으로 근로자로 사용하지 못하고(동법 제62조), 18세 미만자를 도덕상 또는 보건상 유해·위험한 사업에 사용하지 못한다(동법 제63조 제1항).
- 5) 18세 미만자의 복지를 보장하기 위하여 아동복지법을 마련하고 있다.
- 6) 인간의 전 생애에 걸쳐 신체, 운동기능, 지능, 사고, 언어, 성격, 사회성, 정서, 도덕성 등 인간의 모든 특성들이 발달적 변화과정을 겪는데, 모든 연령과 시기의 인간의 발달이 상호 밀접하게 관련되어 있다. 송명자, 발달심리학, 학지사, 2000, 13-14면.

<표 1> 연령에 따른 법적 지위

연령범위		용어	법령	특징
상한	하한			
24세	9세	청소년	청소년기본법	청소년육성
20세	0세	미성년자	민법 선거법, 국민투표법	법률행위능력 제한 선거권, 투표권 부인
	12세	소년	소년법	형사처분 특례, 보호처분
	14세		행형법	구분/분리수용
19세	0세	청소년	청소년보호법 청소년성보호법	청소년유해환경 단속 청소년성매수 등 처벌
18세	0세	아동	아동복지법, 모자복지법 가정폭력법, 성폭력법	보호조치 범죄신고의무
	15세	연소자	근로기준법	유해·위험사업 사용금지
14세	0세	형사미성년자	형법	절대적 책임무능력자

한편 어린이날⁷⁾과 어린이헌장⁸⁾에서 사용되고 있는 '어린이'라는 용어는 소파 방정환 선생이 창안해서 처음 사용한 것인 바, '어른'에 대한 대칭어로 쓰여 온 '아이'라는 말이 어린이를 비하시켜 부르는 듯한 어감이 짙게 풍기는 반면 어린이는 '젊은이', '늙은이'와 대칭되는 표현으로 '어린 사람'이라는 뜻과 함께 어린이를 독립적인 인격체로 대우하는 느낌을 준다.⁹⁾ 어린이의 연령범위는 뚜렷하지 않지만, 대체로 초등학교 취학연령인 12세 미만자를 뜻한다.

이 글에서는 아동이 미성년자, 소년, 청소년, 어린이 등과 쉽게 대체될 수 있다는 점과 권리의 행사와 권리의 향유의 측면에서 성인과 대비되는 존재를 가장 잘 표현할 수 있다는 점에서 주로 '아동'이란 용어를 사용하기로 한다.

3. 아동의 권익

아동의 권리가 국제적으로 논의되고 중요한 결의를 본 것은 제1차 세계대전이 끝난 뒤 1924년

- 7) 어린이날은 어린이의 인격을 소중히 여기고, 어린이의 행복을 도모한다는 취지로 정한 날이다. 어린이날은 3·1운동을 계기로, 어린이들에게 민족 정신을 고취하기 위하여 1922년에 시작되었다. 당시 서울 천도교의 소년회를 중심으로, 어린이 운동의 선구자인 방정환, 일본 유학생 모임인 "색동회"가 주동이 되어, 5월 1일을 어린이날로 정하고 기념 행사를 치렀다. 1927년 5월의 첫 일요일로 변경하였고, 1939년 일제의 억압으로 한동안 중단하다가, 해방후 1946년 5월 5일을 어린이날로 정하였다. 1957년에는 한국동화작가협회가 만든 어린이헌장을 바탕으로 한 "대한민국 어린이헌장"을 선포하였다. 정부는 1970년 6월 15일 "관공서의 공휴일에 관한 규정"(대통령령 5037호)을 공포하여 어린이날을 공휴일로 정하였다. 어린이날에는 고궁을 비롯한 각종 영조물 시설이 어린이들에게 무료 공개되며, 어린이를 위한 범국민적인 각종 행사를 베푼다.
- 8) 어린이헌장은 어린이의 권리와 복지, 바람직한 성장상을 제시하여 사회의 전체가 이를 지켜주고 키워가며, 또 어린이 스스로도 그렇게 힘쓰게 하기 위해 마련한 헌장이다. 최초의 헌장은 1957년 2월, 동화작가인 마해송, 강소천 등 7명이 성문화하여 발표했다. 이것을 바탕으로 하여 전문과 9개 항의 헌장을 마련하여 같은 해 5월 5일, 제35회 어린이날을 기하여 공포하였다. 그 후 주무부서인 보건복지부는 "굶주린 어린이는 먹여야 한다" 등의 피상적인 내용을 전면 개정, 이를 1988년 제66회 어린이날을 기하여 다시 공포하였다. 이 제2의 어린이 헌장은 전문과 11개 항으로 되어 있으며, 전문에 인간으로서의 존엄성을 갖는 민주사회 시민으로서의 어린이상을 구체화하였다.
- 9) 이러한 맥락에서 "아이"나 "애"가 아닌 "어린이"라고 불러야 한다. 사단법인 색동회 홈페이지 (<http://www.saekdong.or.kr/>) 참조.

아동구호기금 세계연맹의 제네바선언 5대 원칙이 국제연맹에서 채택된 데에서 비롯한다. 이후 1948년 제네바선언이 확대 강화되고, 1959년 유엔총회에서 아동의 권리선언¹⁰⁾이 만장일치로 채택되었다. 1979년 세계아동의 해가 지정되고, 십여년 동안의 준비과정을 거쳐서 1989년 11월 20일 유엔총회는 아동권리협약(Convention on the Rights of the Child)¹¹⁾을 채택하였고, 동협약은 1990년 9월 2일 발효하였다. 2002년 2월 8일 현재 191개국이 가입하고 있는바, 한국정부는 1991년 12월 20일부터 아동권리협약의 효력을 받고 있다.

아동권리협약은 전문과 3부 54조로 구성되어 있다. 협약 1조에서 아동이란 “만 18세 미만의 모든 사람을 말한다”고 정의하고 있으며, 아동의 최상의 이익, 아동의 의견 존중, 생존과 발달, 차별 금지의 원칙에 따라 아동의 권리를 경제·사회·문화적 권리와 시민·정치적 권리 차원에서 통합적으로 접근하고 있다. 협약에서 보장하고 있는 아동의 권리는 생명권, 표현의 자유, 사상·양심·종교의 자유, 결사와 평화적 집회의 자유, 사생활의 보호, 대중매체·정보에 대한 접근권, 학대와 방임으로부터의 보호, 건강권, 사회보장, 적절한 생활 수준을 누릴 권리, 교육권, 휴식·여가를 누릴 권리, 난민·장애인·소수자·선주민 아동의 보호, 성적 착취로부터의 보호 등이 있다. 또한 협약에서 보장하는 권리를 실현하기 위하여 당사국은 모든 적절한 조치를 입법, 행정, 사법적으로 취하고, 경제·사회·문화적 권리에 대해서는 필요한 경우에 가용자원의 최대한도까지 국제적 협력의 테두리 내에서 조치를 취하도록 규정하고 있다. 아동권리협약은 아동을 보는 시각을 ‘보호의 대상’에서 ‘권리의 주체’로 세웠다는 점,¹²⁾ 협약내 사회권과 자유권을 폭넓게 규정하고 있다는 점에 의의가 있다.

아동권리협약 가운데 형사절차에서 아동의 권익과 가장 밀접한 관련을 갖는 규정은 동협약 제37조와 제40조인바, 그 내용은 다음과 같다.

제37조 당사국은 다음의 사항을 보장하여야 한다.

(a) 어떠한 아동도 고문 또는 기타 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 아니한다. 사형 또는 석방의 가능성이 없는 중신형은 18세 미만의 사람이 범한 범죄에 대하여 과하여서는 아니된다.

(b) 어떠한 아동도 위법적 또는 자의적으로 자유를 박탈당하지 아니한다. 아동의 체포, 억류 또는 구금에 법률에 따라 행하여야 하며, 오직 최후의 수단으로서 또한 적절한 최단기간 동안만 사용하여야 한다.

(c) 자유를 박탈당한 모든 아동은 인도주의와 인간 고유의 존엄성에 대한 존중에 입각하여 그리고 그들의 연령상의 필요를 고려하여 처우되어야 한다. 특히 자유를 박탈당한 모든 아동은, 성인으로부터 격리되지 아니하는 것이 아동의 최상의 이익에 합치한다고 생각되는 경우를 제외하고는 성인으로부터 격리되어야 하며, 예외적인 경우를 제외하고는 서신과 방문을 통하여 자기 가족과의 접촉을 유지할 권리를 가진다.

10) 아동권리선언의 번역문(이극찬 역)은 동아일보사, 세계의 인권선언, 신동아, 1975/1, 별책부록, 94-95면 참조.

11) 아동권리협약의 번역문은 <http://members.tripod.lycos.co.kr/all9125/source13.html> 참조.

12) 그럼에도 우리 법제도는 보호객체론에 머물고 있다는 견해는 김태현, “아동권리협약”, 국제인권법, 제1호, 1996, 212면. 심지어 한국의 전통적인 가부장적 가족제도하에서 아동은 ‘가산’ 내지는 ‘부모의 소유물’로 인식되어 왔다는 지적은 어린이·청소년의 권리 연대회의, “유엔 어린이·청소년 권리조약 이행에 관한 민간단체보고서”, 아이들의 인권 세계의 약속, 내일을 여는 책, 1997(이하 ‘아이들의 인권’), 201면.

(d) 자유를 박탈당한 모든 아동은 법률적 및 기타 적절한 구조에 신속하게 접근할 권리를 가짐은 물론 법원이나 기타 권한 있고 독립적이며 공정한 당국 앞에서 자신에 대한 자유박탈의 합법성에 이의를 제기하고 이러한 소송에 대하여 신속한 결정을 받을 권리를 가진다.

제40조 1. 당사국은 형사피의자나 형사피고인 또는 유죄로 인정받은 모든 아동에 대하여, 아동의 연령 그리고 아동의 사회복귀 및 사회에서의 건설적 역할 담당을 촉진하는 것이 바람직스럽다는 점을 고려하고, 인권과 타인의 기본적 자유에 대한 아동의 존중심을 강화시키며, 존엄과 가치에 대한 아동의 지각을 촉진시키는 데 부합하도록 처우받을 권리를 가짐을 인정한다.

2. 이 목적을 위하여 그리고 국제문서의 관련 규정을 고려하며, 당사국은 특히 다음 사항을 보장하여야 한다.

(a) 모든 아동은 행위시의 국내법 또는 국제법에 의하여 금지되지 아니한 작위 또는 부작위를 이유로 하여 형사피의자가 되거나 형사기소되거나 유죄로 인정받지 아니한다.

(b) 형사피의자 또는 형사피고인인 모든 아동은 최소한 다음 사항을 보장받는다.

(i) 법률에 따라 유죄가 입증될 때까지는 무죄로 추정받는다.

(ii) 피의사실을 신속하게 그리고 직접 또는 적절한 경우, 부모나 후견인을 통하여 통지받으며, 변론의 준비 및 제출시 법률적 또는 기타 적절한 지원을 받는다.

(iii) 권한 있고 독립적이며 공평한 기관 또는 사법기관에 의하여 법률적 또는 기타 적당한 지원하에 법률에 따른 공정한 심리를 받아 지체없이 사건이 판결되어야 하며, 아동의 최상의 이익에 반한다고 판단되지 아니하는 경우, 특히 그의 연령이나 주변환경, 부모 또는 후견인 등을 고려하여야 한다.

(iv) 증언이나 유죄의 자백을 강요당하지 아니하며, 자신에게 불리한 증인을 신문하거나 또는 신문받도록 하며, 대등한 조건하에 자신을 위한 증인의 출석과 신문을 확보한다.

(v) 형법위반으로 간주되는 경우, 그 판결 및 그에 따라 부과된 여하한 조치는 법률에 따라 권한 있고 독립적이며 공정한 상급당국이나 사법기관에 의하여 심사되어야 한다.

(vi) 아동이 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 말하지 못하는 경우, 무료로 통역원의 지원을 받는다.

(vii) 사법절차의 모든 단계에서 아동의 사생활은 충분히 존중하여야 한다.

3. 당사국은 형사피의자, 형사피고인 또는 유죄로 인정받은 아동에게 특별히 적용할 수 있는 법률, 절차, 기관 및 기구의 설립을 촉진하도록 노력하며, 특히 다음 사항에 노력하여야 한다.

(a) 형법위반능력이 없다고 추정되는 최저 연령의 설정

(b) 적절하고 바람직스러운 경우, 인권과 법적 보장이 완전히 존중된다는 조건하에 이러한 아동을 사법절차에 의하지 아니하고 다루기 위한 조치

4. 아동이 그들의 복지에 적절하고 그들의 여건 및 범행에 비례하여 취급될 것을 보장하기 위하여 보호, 지도 및 감독명령, 상담, 보호관찰, 보호양육, 교육과 직업훈련계획 및 제도적 보호에 대한 그 밖의 대체방안 등 여러 가지 처분이 이용 가능하여야 한다.

우리나라의 경우 아동권리협약의 이행과 관련하여 1994년 정부와 민간단체가 각각 아동권리위원회에 보고서를 제출하였다. 유엔 아동권리위원회는 작업집단이 보고서 심사와 관련한 질문을 제기하고 이에 대한 우리 정부의 답변을 거쳐 1996년 제11차 회기에서 결론적 의견을 공표하였다. 아동권리위원회는 한국의 현행 소년사법제도가 아동권리협약 제37조, 제40조와 조화되지 못한다는

지적과 함께 1985년의 '소년사법 최소규칙(Beijing Rules)',¹³⁾ 1990년의 '소년비행예방지침(Riyadh Guidelines)'과 '수용소년 보호규칙'과 같은 소년사법분야의 유엔기준의 정신에 입각하여 소년사법 제도의 포괄적인 개혁에 착수할 것을 권고하고, 특히 자유박탈을 검토하는 것은 오로지 마지막 수단으로서만 그것도 가장 짧은 기간이라야 한다는 데 특별한 주의를 기울일 필요가 있다고 강조하였다.¹⁴⁾

아래에서는 형사절차에서 아동의 권익보호를 어떻게 달성할 것인가를 범죄행위를 이유로 형벌권의 대상이 된 경우와 범죄피해와 관련하여 형사절차에 관여하는 경우로 나누어 살펴보기로 한다.

III. 비행소년의 권익보호

1. 문제의 제기

우리 형법은 14세 미만을 일률적으로 형사미성년자로 규정하고 있다(형법 제9조). 즉, 14세 미만의 자이면 비록 형벌법령에 저촉되는 행위, 다시 말해서 범죄구성요건에 해당하는 위법한 행위를 하더라도 책임능력이 없음을 이유로 범죄의 성립이 부정되어 형사처벌의 대상에서 제외된다.¹⁵⁾ 반면, 14세 이상의 자가 범죄를 저지른 경우에는 여지없이 형벌권이 발동된다.

그런데 우리 입법자는 20세 미만을 적용대상으로 하는 소년법을 제정함으로써 일반형사사법과는 분리된 소년사법제도를 도입하고 있다. 이에 따라 범죄행위가 14세 이상 20세 미만의 자에 의하여 행해진 경우에는 형벌 및 형사절차에서 성인과는 다른 특별한 취급이 따르고, 더욱이 성인법과 달리 소년심판을 거쳐 보호처분이 내려질 수 있다. 게다가 고유한 의미의 형벌대상에서 배제되었던 12세 이상 14세 미만의 자까지 보호이념을 앞세운 소년사법의 망으로 들어오게 된다. 나아가 범죄행위가 없어도 이른바 우범사유와 우범성을 이유로 보호대상에 포함된다. 비록 소년사법이 성인에 비해 형벌의 완화를 그 핵심으로 하고 있기는 하지만, 결과적으로 형벌권의 대상을 범죄소년만이 아니라 촉범소년과 우범소년으로 확장하는 측면이 있다.

이와 같이 12세 이상 20세 미만의 비행소년에 대한 국가의 형벌권 발동은 형사절차를 통해서도 보호절차를 통해서도 이루어지고 있다. 따라서 각각의 절차에서 소년의 인권을 얼마나 어떻게 보장할 것인가가 똑같이 중요하다.¹⁶⁾ 또한 어떤 소년에게 어느 절차와 무슨 특칙이 적용되는가를 명확히 하는 것이 사건처리의 객관성을 확보하고 예측가능성을 담보하기 위한 기본적인 전제가 된다. 아래에서는 소년법의 주요 규정에 대한 해석론을 기초로 소년이 형벌권의 대상으로 된 경우 인권침해를 최소화하고 최선의 이익을 도모하기 위한 방안을 모색하기로 한다.

13) 소년사법 최소규칙의 번역문은 법원행정처, 소년보호사건의 개선을 위한 회의 결과보고서, 1997, 264-293면 참조.

14) 아이들의 인권, 263면, 266면.

15) 아동권리협약 제40조 제3항 a에서 형법위반능력이 없다고 추정되는 최저 연령의 설정을 규정하고 있는바, 입법례에 따르면 14세(독일형법 제19조, 일본형법 제41조), 13세(프랑스형법 제112-8조), 12세(캐나다) 등이 채택되고 있고, 살인 등 중죄는 14세, 일반 범죄는 16세(중국형법 제17조)로 구분되기도 한다.

16) 형사피의자·피고인에 대한 인권보장에 관하여는 박미숙, "인권과 형사법의 기능", 형사정책연구, 제10권 제4호, 1999, 259-277면 참조.

2. 행위시 기준의 소년법 적용

(1) 행위시 18세 미만자에 대한 사형·무기형 완화

우리 소년법 제59조는 "죄를 범할 때에 18세 미만인 소년에 대하여는 사형 또는 무기형으로 처할 것인 때에는 15년의 유기징역으로 한다"고 규정하고 있다. 동규정은 1988년 개정시 그 적용연령을 16세에서 18세로 상향한 것이다. 이는 국제인권규약의 사형금지연령이 18세 미만임을 고려한 것이다.¹⁷⁾ 즉, 시민적및정치적권리에관한국제규약 제6조 제5호는 "사형선고를 18세 미만의 자가 범한 범죄에 대하여 부과해서는 아니되며"라고 규정하고 있고, 아동권리협약 제37조(a)는 "사형 또는 석방의 가능성이 없는 중신형을 18세 미만의 자가 범한 범죄에 대하여 부과할 수 없다"고 규정하고 있다. 우리나라는 사형은 물론 석방가능성의 유무를 불문하고 모든 무기형까지 배제하고 있다는 점에서 아동의 권익보호에 보다 충실하다.¹⁸⁾

그런데 소년법 제59조를 적용하려면 행위시 18세 미만자여야 함은 문언상 분명하나, 이에 더하여 재판시 20세 미만자일 것을 요건으로 하는지 의문일 수 있다. 이는 동규정이 18세 미만의 '자' 아니라 '소년'이란 용어를 사용하고 있는 까닭도 있지만,¹⁹⁾ 소년법이 원칙적으로 판결선고시 소년인 피고인에게 적용되는 특별법이라는 인식에 기인한다. 또한 사형·무기형의 완화는 장래의 형집행을 염두에 둔 것으로 현재의 상태를 기준으로 그 적용여부를 판단하는 것이 보다 논리적이라는 측면도 있다. 그러나 형감면사유의 대부분은 행위시 사정에 기초하고 있다는 점과 인도주의적 요청에 따르자면 사형·무기형의 완화대상을 확대하는 것이 바람직하다는 점에 비추어 행위시 18세 미만자이면 굳이 재판시 20세 미만자가 아니더라도 동규정을 적용할 수 있다고 하겠다. 우리 재판실무에서도 행위시 18세 미만자이기만 하면 사형·무기형의 완화규정을 적용하고 있다.²⁰⁾ 한편, 일본의 경우에도 소년법 제51조에서 "죄를 범할 때에 18세 미만인 자에 대하여는 사형으로 처단할 것인 때에는 무기형을 과하고, 무기형으로 처단할 것인 때에는 10년 이상 15년 이하의 징역 또는 금고를 과한다"고 규정하고 있는데, 동규정의 적용연령인 18세는 행위시를 기준으로 하고 재판시 연령은 문제되지 않는다.²¹⁾ 동규정이 인도주의 및 교육형의 사상에서 출발하고 있을 뿐만 아니라 무엇보다도 책임감정에 근거하고 있기 때문이다.²²⁾

(2) 행위시 20세 미만자에 대한 부정기형·소년감경

우리 소년법은 제60조 제1항에서 "소년이 법정형 장기 2년 이상의 유기형에 해당하는 죄를 범한 때에는 그 형의 범위안에서 장기와 단기를 정하여 선고한다"고 규정하고 있고, 제2항에서 "소

17) 김동립, "소년법의 문제점과 입법에 관한 논의", 형사정책, 제12권 제1호, 2000, 112면; 정동기, "개정소년법의 주요내용", 법무부, 각국의 소년사법제도연구, 법무자료, 제113집, 1989, 267면.

18) 나아가 소년법의 보호주의이념을 관철하여 18세, 19세 소년에 대한 사형제도를 우선적으로 폐지해야 한다는 주장은 최종식, "소년법과 사형문제", 소년법연구, 제1호, 2002, 380면.

19) 다시 말해서 "죄를 범할 때에 18세 미만인, 소년"인지, "죄를 범할 때에, 18세 미만인 소년"인지 명확하지 않기 때문이다.

20) 대판 1991.10.8. 91도1718, 공 1991, 2753면; 대판 1986.12.23. 86도2314, 공 1987, 279면.

21) 田宮裕(編), 少年法: 條文解説, 東京: 有斐閣, 1986, 280면; 平場安治, 少年法, 東京: 有斐閣, 1986, 444면.

22) 平場安治, 少年法, 443면.

년의 특성에 비추어 상당하다고 인정되는 때에는 그 형을 감경할 수 있다"고 규정하고 있다. 이에 따라 소년에 대하여는 성인과 달리 상대적 부정기형의 선고가 가능하며,²³⁾ 작량감경(형법 제53조)과는 별도의 임의적인 법률상 형감경, 즉 소년감경이 허용된다. 여기에서 부정기형과 소년감경을 적용함에 있어서 피고인이 행위시 소년이기만 하면 가능한가(행위시설), 아니면 재판시에 소년이어야 가능한가(재판시설) 문제될 수 있다.

부정기형의 선고는 사실심 판결선고시 소년일 것을 요건으로 한다는 것이 대법원의 일관된 입장이다.²⁴⁾ 그러나 소년법 제60조 제1항은 '소년이 …… 죄를 범한 때' 부정기형을 선고할 것을 규정하고 있고, 때문에 '소년에 대하여'라는 표현을 사용하고 있는 다른 규정들과 달리 행위시 소년이면 부정기형을 선고할 수 있다고 해석할 여지가 있다. 이는 일본 소년법이 제52조에서 '소년에 대하여 …… 처단하는 때' 부정기형을 선고할 것을 규정하고 있는 것과 분명히 다르다. 반면, 독일의 경우 1941년 소년에 대한 부정기형을 도입했다가 1990년 폐지했지만, 부정기형의 적용대상은 행위시 기준 소년이었다. 또한 대부분의 국가에서 소년법의 적용대상을 행위시를 기준으로 정하고 있다.²⁵⁾ 이러한 입법례에 비추어 보면, 부정기형이 반드시 재판시에 소년일 때에만 선고하는 것은 아니라고 할 수 있다. 결국, 우리 소년법에서도 행위시 소년이면 부정기형을 선고할 수 있다고 하겠다.

소년감경을 적용함에 있어서도 피고인이 행위시 소년일뿐만 아니라 재판시에 소년이어야 한다는 것이 대법원의 입장이다.²⁶⁾ 그러나 이는 다음과 같은 불합리한 결과를 피할 수 없다. 즉, 범죄행위시 소년이어도 형사절차의 진행속도에 따라 부정기형과 소년감경의 적용여부가 달라질 수 있어 법적 안정성과 형평을 보장할 수 없다. 특히 피고인이 제1심 판결선고시 소년인 때에도 항소할 경우 항소심 판결선고시 성년이 되어 정기형이 선고되고 소년감경도 받지 못할 가능성을 배제할 수 없다. 때문에 피고인으로서 항소제기에 엄청난 부담을 갖게 되고, 이는 피고인의 상소권을 사실상 제약한다.²⁷⁾ 또한 검사가 항소한 경우 불이익변경금지의 원칙(형사소송법 제368조)도 적용되지 않는다. 이 경우 검사의 항소여부에 따라 양형범위 자체가 달라지게 되고, 이는 법원의 양형에 관한 권한을 부당하게 침해한다. 나아가 사형·무기형의 완화를 규정한 소년법 제59조와 마찬가지로 소년감경을 규정한 소년법 제60조 제2항은 연령에 따른 책임능력의 정도를 근거로 형벌범위를 변경하는 것을 인정하는 규정이라고 해석할 여지가 있다. 소년의 특성, 즉 '형성도중에 있어 개선가능성이 풍부한 인격'과 '심신의 발육에 따르는 특수한 정신적 동요상태'가 책임능력의 핵심인 '사물을 변별할 능력과 의사를 결정할 능력의 복합체'에 어떠한 영향을 미치는가가 중요한 문제이다. 소년이 심신발육에 따른 정신적 동요상태에 있다는 것은 '사리를 변별할 줄 아는 힘'인 '철'이 아직 덜 들었음을 뜻하고,²⁸⁾ 따라서 책임능력이 불완전하다. 아울러 소년의

23) 소년에 대한 정기형의 선고는 형의 집행유예·선고유예를 하는 경우(소년법 제60조 제3항)와 법정형 중에서 사형이나 무기형을 선택한 후 형을 감경하여 유기형을 선고하는 경우에 가능하다. 대판 1991.4.9. 91도357, 공 1991, 1407면.

24) 대법원은 항소심의 구조를 속심으로 파악하여 항소심 판결선고시를 기준으로 부정기형의 선고여부를 결정하고 있다. 대판 1966.3.3. 65도1229, 집 14(1), 형 23면; 대판 1971.3.9. 71도1, 판례월보 제9호.

25) 소년연령과 관련하여 미국, 영국, 캐나다, 독일은 행위시를, 일본은 재판시를 기준시점으로 삼고 있다. 상세히는 최병각, "소년보호사건의 범위와 처리에 관한 연구", 서울대 박사학위논문, 1998, 82-83면.

26) 대판 1997.12.14. 96도1241, 공 1997, 828면. 동판결에 대한 평석은 최병각, "소년감경의 적용요건과 소송법적 효과", 형사법연구, 제12호, 1999, 463-484면.

27) 상세히는 오영근/최병각, 부정기형제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 60-62면.

인격이 형성도중에 있어 개선가능성이 풍부하다는 것은 소년법의 이념, 즉 '소년의 건전한 육성'에 비추어 굳이 무겁게 처벌할 필요가 없음을 뜻한다. 이와 같이 소년의 특성은 책임능력을 제한하고 처벌필요성을 감소시키는 기능을 하기 때문에 형의 임의적 감경사유로 인정된 것이다. 결국, 소년감경규정은 행위시 소년의 특성이 존재한 경우에는 재판시 연령을 불문하고 적용할 수 있다고 하겠다.

(3) 행위시 20세 미만자에 대한 보호처분

우리 소년법에 따르면 소년심판절차에서 소년법원은 소년보호사건을 조사 또는 심리하는 중 대상자가 20세 이상인 것으로 판명되면 그 사건을 검사에게 송치(소년법 제7조 제2항)하거나 형사법원으로 이송(소년법 제51조)해야 한다. 뿐만 아니라 소년법원은 보호처분의 집행이 계속되는 중 보호처분의 결정을 할 당시 대상자가 20세 이상이었던 것이 판명된 경우에도 그 보호처분을 취소하고 사건을 검사에게 송치(소년법 제38조 제1항 제1호)하거나 형사법원으로 이송(소년법 제38조 제1항 제2호)해야 한다. 이는 소년보호사건으로 심리하여 보호처분을 부과하려면 출생 20세 미만의 소년이어야 한다는 것을 뜻한다.²⁹⁾ 다시 말해서 아무리 행위시 20세 미만의 소년이었다라도 심리중에 성인이 되어버리면 소년심판의 대상으로 할 수도 없고 이미 내려졌던 보호처분도 취소해야 한다. 이러한 맥락에서 소년심판대상의 연령상한의 기준시점은 소년법원의 종국결정시라는 것이다.

그러나 소년심판대상의 연령상한을 행위시가 아니라 종국결정시를 기준으로 함으로써 다음과 같은 문제가 발생한다. 즉, 소년심판절차에서 대상자의 연령이 20세에 근접하고 있는 경우에 사건처리에 걸리는 기간의 장단이라는 우연적 사실에 따라 최종결과가 엄청나게 달라질 수 있다.³⁰⁾ 무엇보다도 처리기간이 짧았다면 소년보호사건으로 처리되었을 사건이 처리기간이 길어져 형사사건으로 처리되는 경우가 있을 수 있는데, 이러한 경우 대상자로서는 아무런 책임도 없고 영향력도 미칠 수 없는 처리기간의 장단에 따라 보호처분의 대상에서 배제되고 형벌의 가능성이 발생하게 된다. 뿐만 아니라 보호처분의 결정에 불복하여 항고를 제기하는 경우 항고절차의 진행중에 성인이 되면 사건을 어떻게 처리할 것인가도 여러 모로 문제가 된다. 예를 들면 항고심에서 대상자가 성인으로 되었다는 사실을 처분부당의 근거로 삼아 원결정을 취소할 수 있는가 여부, 항고심이나 재항고심에서 원결정을 취소하고 사건을 소년법원에 환송 또는 이송한 경우에 소년법원이 그 사건을 검사에게 송치하거나 형사법원에 이송할 수 있는가 여부 등이 항고심의 구조 및 항고권의 보장과 관련하여 문제될 수 있다.³¹⁾ 그리고 경찰서장, 검사, 형사법원 또는 소년법원으로서 사실상 사건의 성격이나 내용이 아니라 예상되는 처리기간을 기준삼아 처리절차를 선택할 수 밖에 없다.³²⁾ 이로 말미암아 소년사건처리에 있어서 예측가능성이 떨어지고, 나아가 법적 안정성을 확보

28) 우리말의 "철이 든다"는 것은 달리 "知覺이 든다"고도 하는데, Roxin이 책임(Schuld)의 내용으로 파악하는 "규범적 지각가능성(normative Ansprechbarkeit)"과 일치하는 측면이 있다. 규범적 지각가능성에 대하여 상세히는 Roxin, ZStW, 1984, 652면 이하 참조.

29) 법원행정처, 법원실무제요: 행정·소송·비송, 1986(이하 '법원실무제요'), 243면.

30) 강완구, "우리나라 소년심판제도상의 제문제", 법원행정처, 가정법원사건의 제문제, 재판자료, 제18집, 1983, 676면; 나채규, "소년법상 보호처분 활성화방안", 법무부, 청소년범죄연구, 제8집, 1990, 175면.

31) 상세히는 최병각, "소년보호사건의 범위와 처리에 관한 연구", 224-226면.

32) 일본의 경우 소년법원은 조사 또는 심리의 결과 대상자가 20세 이상이면 사건을 검사에게 송치해

할 수 없다.

보호처분은 원래 소년의 특성을 고려한 처우수단으로서 성인에게는 부적합한 것이 사실이다. 그러나 현행 소년법에 따르면 소년에게 보호처분이 부과된 다음에 그 소년이 성인으로 되었다고 해서 보호처분의 집행이 종료하는 것은 아니라 보호처분의 기간(소년법 제33조)이 종료할 때까지는 계속하여 집행할 수 있다. 보호처분이 집행되는 중에는 보호처분의 종류를 변경(소년법 제37조)할 수도 있다. 특히 단기보호관찰 또는 보호관찰을 받고 있는 자가 보호관찰기간중 준수사항을 위반하고 그 정도가 무거워 보호관찰을 계속함이 적합하지 아니하다고 판단되는 때에는 보호관찰소장은 보호처분의 변경을 신청할 수 있고, 이 경우 신청대상자가 20세 이상인 경우에도 소년법 제2조 및 제38조 제1항의 규정에 불구하고 소년법 제2장의 규정을 적용한다(보호관찰등에관한법률 제49조). 따라서 이미 소년심판의 대상이 된 범죄소년이 종국결정시에 성인이 되었다고 하여 무조건 형사절차로 보냄으로써 아예 보호처분의 대상에서 배제하고 형벌의 대상으로 삼는 것은 필연성이 없다.

그리고 소년이 범죄행위를 하였더라도 이것이 소년이 아직 어려서 철이 없어 저지른 것으로 기대가능성과 비난가능성을 인정할 수 없다면 형벌을 부과할 수 없을 것이다. 그러나 이 경우 범죄행위에 나타난 반사회성을 제거하고 건전하게 육성하기 위하여 소년에게 보호처분을 할 필요성이 인정될 수는 있다. 범죄소년에게 보호처분을 하는 것은 소년이 철이 없어 저지른 범죄에 대하여 용보와 일반예방의 요소가 강한 형벌을 부과할 수 없다는 인식에서 비롯된 것이다. 따라서 소년심판의 대상이 된 범죄소년이 절차의 진행중에 20세 이상이 되었다고 해서 무조건 형사사건으로 처리하는 것은 소년법의 근본취지에 반한다.

또한 소년법의 소년보호이념에 비추어 범죄소년의 경우에 형벌보다는 보호처분을 우선하는 것이 바람직할 것이다. 그러나 우리 소년법이 검사선의주의를 채택·유지함에 따라 검사가 범죄소년에 대한 처리절차를 우선적으로 선택할 수 있고, 이것이 소년사법의 실무에서 소년사건을 보호사건보다는 형사사건으로 처리하는 경향을 가져오는 중요한 원인으로 지목되고 있다.³³⁾ 이에 더하여 소년심판대상의 연령상한을 소년법원의 종국결정시로 함으로써 20세에 근접하는 범죄소년은 소년법원에 송치하더라도 다시 형사사건으로 처리해야 할 가능성이 많고, 때문에 이 경우 처음부터 형사사건으로 처리할 수 밖에 없다는 것이 형벌위주의 또다른 원인이 되고 있다.

여기에서 소년심판대상의 연령상한에 대한 판단시점을 종국결정시가 아니라 행위시로 변경하는 방향으로 소년법을 개정하는 방안이 있을 수 있다. 그러나 범죄행위시 소년이라고 해서 언제든지 보호처분을 할 수 있도록 한다면, 20세 미만일 때 저지른 범죄행위를 이유로 이미 성인이 된 자를 소년심판의 대상으로 하여 보호처분을 부과할 수도 있다는 것이 새로운 문제로 나타날 것이다. 이러한 맥락에서 소년심판대상으로 심리가 개시될 때 소년이기만 하면 종국결정시 성인이 되더라도 보호처분을 부과할 수 있도록 하는 것이 타당한 해결방안이 된다.

이러한 맥락에서 범죄소년의 경우에는 ①범죄행위시 20세 미만이고 또한 ②심리개시결정시에도 20세 미만이면 ③심리개시후 20세 이상으로 되더라도, 반드시 형사사건으로 처리할 것이 아니라 보호처분을 할 수 있도록 해야 한다. 다만 ①범죄행위시 20세 미만이었다고 ②심리개시 이전에 20세 이상으로 된 경우에는, 형사사건으로 처리하도록 해야 할 것이다.³⁴⁾

야 하고(일본소년법 제19조 제2항, 제23조 제3항), 3개월내에 성인이 될 소년사건은 경찰에 의한 간이송치의 대상에서 제외된다. 關力(編), 非行少年はこう扱われる, 有信堂, 1991, 84면.

33) 법원행정처, 기타의 사법제도: 소년사건처리절차개방안, 사법정책자료, 제9집, 1992, 309-318면.

34) 구체적인 입법안은 최병각, “소년심판대상의 연령기준”, 형사정책연구소식, 2000/8, 29면 참조.

3. 범죄소년에 대한 형사절차의 축소

(1) 소년에 대한 통고처분 및 즉결심판의 배제

경찰서장은 일정한 범위의 형사사건에 대하여 독자적으로 즉결심판을 청구하거나(즉결심판에관한절차법 제3조), 범칙금의 통고처분을 할 수 있다(경범죄처벌법 제6조, 도로교통법 제118조).³⁵⁾ 하지만 범칙금 통고처분의 대상이 되는 범칙행위를 한 자가 18세 미만자인 경우에 범칙자의 범위에서 배제된다(경범죄처벌법 제5조 제3항). 여기에서 18세 미만을 통고처분이 아닌 즉결심판으로 처리하는 것은 허용되는가 문제될 수 있다. 그러나 범칙행위자가 18세 이상이면 통고처분에 따라 범칙금만 내면 일사부재리의 효력까지 인정되는 반면,³⁶⁾ 18세 미만이면 오히려 즉결심판을 거쳐 심지어 구류형까지 받을 수 있다고 한다면 형평과 상식에 심하게 어긋나는 결과가 된다. 따라서 18세 미만의 범칙행위에 대하여는 통고처분만이 아니라 즉결심판까지 배제된다고 하겠다.³⁷⁾

그런데 18세, 19세의 소년에 대하여 통고처분이나 즉결심판으로 처리하는 것은 과연 허용되는가, 아니면 신분적 특별법으로서의 소년법을 적용하여 보호사건으로만 처리해야 하는가가 또다시 문제될 수 있다. 비록 18세 이상자에 대한 통고처분과 노역장유치를 인정하는 것으로 해석될 수 있는 실정법규(경범죄처벌법 제5조 제2항 제4호, 소년법 제62조)가 존재하지만, 미국, 독일 및 일본의 경우에도 소년의 교통사건이나 경미사건에 대하여 소년법원이 재판권을 행사하고 있다는 점, 재산박탈을 내용으로 하는 제재수단은 소년에게 효과가 없거나 부작용만 생긴다는 점, 형사처벌보다 보호처분을 우선하는 것이 소년법의 취지에 부합한다는 점, 특히 소년법 제48조, 제49조 제1항 및 제50조에 비추어 20세 미만자이면 통고처분과 즉결심판의 대상에서 전면적으로 배제하는 것이 타당하다.³⁸⁾

(2) 소년에 대한 약식절차 및 벌금형의 배제

우리 소년법에 따르면 검사나 형사법원은 소년사건이 “벌금 이하의 형에 해당하는 범죄이거나 보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정한 때에는” 소년법원에 송치하여야 한다(소년법 제49조 제1항, 제50조). 여기에서 소년사건의 범죄사실이 벌금 이하의 형에 해당하는 경우 반드시 소년보호사건으로 처리해야 하는가, 다시 말해서 필요적 소년보호사건을 인정할 것인가의 문제와 벌금 이하의 형에 해당하는가를 판단하는 기준이 법정형인가, 아니면 선고형인가 하는 문제가 제기된다.

소년법의 이념에 비추어 보호처분이 형벌에 우선하기 때문에 형사소추기관인 검사의 선의권을 통제할 필요가 있다. 그리고 벌금 이하의 형에 해당하는 범죄사건을 필요적 소년보호사건으로 규

35) 최근 즉결심판대상을 죄명으로 특정하는 방안과 즉결심판제도 자체를 폐지하는 방안이 주장되고 있다. 상세히는 심희기, “경미범죄에 대한 형사정책의 실태와 시민의 반응: 범칙금 통고처분과 즉결심판실무를 중심으로”, 형사정책연구, 제11권 제4호, 2000, 105-143면. 또한 범칙금 통고처분제도가 명칭사기라는 점에서 폐지하고 질서위반법을 제정하여 비형벌적 제재수단을 부과해야 한다는 주장은 김성돈, “도로교통법상 ‘범칙금’과 명칭사기”, 비교형사법연구, 제1호, 1999, 297-316면.

36) 대판 1986.2.25. 85도2664, 공1986, 574면; 박상기/이건호, 경범죄처벌법에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1996, 129-131면.

37) 최병각, “소년보호사건으로의 처리기준”, 수운이한교수 정년기념논문집, 2000, 506-510면.

38) 최병각, “소년보호사건으로의 처리기준”, 510-513면.

정한 것은 다음과 같은 형사정책적인 필요에 근거한 것이다. 즉, 벌금 이하의 형에 해당하는 범죄 행위를 저지른 소년에게 벌금형을 부과하더라도, 현실적으로 소년이 벌금을 납부할 독자적인 경제적 능력이 없어 보호자가 벌금을 대신 납부할 가능성이 많다. 이런 경우 형벌의 일신전속성에 위배하고, 형벌에 의한 일반예방적 효과도 특별예방적 효과도 기대할 수 없다.³⁹⁾ 벌금미납을 이유로 소년을 노역장에 유치하면 사실상 단기자유형을 선고한 것과 같은 결과가 되어 소년에게 오히려 더 나쁜 영향을 미칠 수도 있다.⁴⁰⁾ 18세 미만이면 벌금을 미납하여도 노역장유치를 할 수 없어 벌금형을 부과하는 것이 무의미하다.⁴¹⁾ 또한 소년법 제50조에서 형사법원이 소년보호사건으로 처리해야 할 사건의 범위가 소년법 제49조 제1항에 의하여 검사가 소년보호사건으로 처리해야 할 사건의 범위와 동일한 것이나, 소년법 제7조 제1항과 제49조 제2항에 규정된 소년법원이 “금고 이상의 형사처분의 필요”가 있는 사건만 소년형사사건으로 처리할 수 있도록 규정한 것도 모두 동일한 형사정책적 고려가 반영된 것이다.⁴²⁾ 이와 같이 소년법 제49조 제1항을 강행규정으로 파악하고, 나아가 선고형을 기준으로 벌금 이하의 형에 해당하는 범죄사건을 필요적 소년보호사건으로 이해하면, 소년에 대한 약식절차와 벌금형은 전적으로 배제된다고 하겠다.⁴³⁾

(3) 소년에 대한 보호절차의 확대

소년사건을 통고처분, 즉결심판, 약식절차 또는 벌금형으로 처리하는 실무관행⁴⁴⁾은 현행 소년법, 특히 제49조 제1항과 제50조의 명문규정에 위반하는 것으로 마땅히 폐기되어야 할 것이다. 이를 위하여 소년법원의 인적·물적 기반을 강화하는 노력을 병행하는 것이 절실히 요구된다.

그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 소년에 대하여 경찰서장이 범칙금 통고처분도 즉결심판청구도 할 수 없다고 해석한다면, 그동안 통고처분이나 즉결심판으로 처리되었던 소년사건의 상당량이 검사에게 송치될 것이다. 게다가 필요적 소년보호사건을 인정함으로써 소년에 대하여 검사가 약식명령을 청구할 수도 없다고 해석한다면, 과연 검사가 소년사건에 대하여 주로 형사법원에 공소를 제기할 것인가, 소년법원에 송치할 것인가, 아니면 불기소(불송치)로 처리할 것인가 그 경향을 정확하게 예측하기가 어렵다. 그러나 소년사건을 통고처분, 즉결심판 또는 약식절차로 손쉽게 처리하여 마구잡이로 형사처벌의 대상으로 하는 것은 이제 억제되어야 하고, 소년사건에 대하여는 보호처분을 우선하되 보다 신중하게 처리하는 방향으로 개선되어야 할 것이다.

39) 보호처분의 내실화를 전제로 소년에 대한 재산형을 폐지해야 한다는 견해는 배종대, “형법의 목적과 소년형벌의 효율성 검토: 사형, 자유형(부정기형), 벌금형을 중심으로”, 법무부, 청소년범죄연구, 제4집, 1986, 27-28면.

40) 소년에게 적당한 환형유치방법을 강구해야 한다는 견해는 유진식, 소년법, 육법사, 1982, 289면. 나아가 소년에게 벌금형을 대신하여 사회봉사명령을 활용해야 한다는 견해는 조준현, “소년법의 이념과 사회내처우에 관한 연구”, 법무부, 청소년범죄연구, 제8집, 1990, 147-149면.

41) 공정환, “소년형벌에 대한 고찰: 그 문제점과 개선방안”, 법원행정처, 사법연구자료, 제20집, 1993, 414면.

42) 정해룡, “소년보호정책의 현안과제 및 발전방향”, 형사정책연구, 제11권 제4호, 2000, 98면.

43) 최병각, “소년보호사건으로의 처리기준”, 513-521면.

44) 2000년의 경우 검찰은 소년법 143,643명 가운데 31,697명(22%)을 구약식으로 처리하였다. 범죄백서, 2001, 375면.

4. 우범소년에 대한 보호절차의 배제

우리 소년법은 제4조 제1항 제3호에서 소년보호사건의 대상으로 “보호자의 정당한 감독에 복종하지 않는 성벽이 있는 것, 정당한 이유없이 가정에서 이탈하는 것, 범죄성이 있는 자 또는 부도덕한 자와 교제하거나 자기 또는 타인의 덕성을 해롭게 하는 성벽이 있는 것 등의 사유가 있고 성격 또는 환경에 비추어 장래 형벌법령에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 12세 이상의 소년”을 우범소년으로 규정하고 있다.

범죄소년이나 촉법소년과는 달리 우범소년은 행위요소를 전제하고 있지 않다. 우범소년은 범죄소년이나 촉법소년에 대하여 보충적 관계에 있다. 즉, 범죄행위 또는 촉법행위가 존재하는가를 먼저 검토한 다음 범죄소년이나 촉법소년로 규율할 수 없을 때에 비로소 우범사유와 우범성⁴⁵⁾을 살펴 우범소년으로 인정할 수 있다.⁴⁶⁾

우리나라는 1958년 소년법에서 단순히 “가정의 환경 또는 본인의 성벽을 참작하여 죄를 범할 염려있는 12세 이상의 소년”을 우범소년으로 규정하였다. 이후 1963년 소년법 제1차 개정에서 개별적인 우범사유를 추가적으로 명시하였다. 그럼에도 불구하고 우범소년에 관한 규정은 무엇보다도 ‘일반조항(clausula generalis)’⁴⁷⁾의 성격을 띠고 있다. 즉, 우범사유가 ‘정당한’, ‘부도덕한’, ‘덕성’과 같은 규범적 개념들로 규정되어 있고, 아울러 우범성은 ‘장래 형벌법령에 저촉되는 행위를 할 우려’라는 불확정적 개념으로 이루어져 있다.⁴⁸⁾ 이와 같은 확장적 일반조항으로 말미암아 명확성의 원칙에 어긋나는 측면이 있다.⁴⁹⁾

소년법의 이념과 소년사법의 현실을 고려할 때 소년법을 개정하여 우범소년을 소년심판의 대상에서 배제하는 것이 바람직하다. 보호처분이 사회방위를 직접적인 목적으로 한다는 것은 소년법의 이념에는 모순된다. 그리고 우범소년을 공식적으로 사법처리하면 낙인효과로 말미암아 소년의 건전한 육성에 도움이 되기보다는 오히려 더 큰 부작용만 초래할 위험성이 있다. 또한 보호자 등이 우범소년으로 통고하는 경우는 거의 없고, 경찰서장도 우범소년을 소년법원에 송치하지 않고 훈방하는 사례가 훨씬 많기 때문에 구태여 소년보호사건의 범위로 따로 규정할 실익이 거의 없다. 아울러 검사나 형사법원이 범죄사실을 부인하거나 범죄사실을 증명할 명백한 증거가 없는 소년사건을 손쉽게 처리하는 편법으로 우범소년임을 내세워 소년법원에 송치하는 통로로 잘못 이용될 수 있다.⁵⁰⁾ 나아가 우범사유 자체가 전근대적인 가부장제에 기초하여 독립된 인격체로서 소년의 헌법

45) 우범성이란 일반적인 범죄의 위험성이 아니라 구체적인 범죄의 개연성을 뜻한다. 김시수, “소년보호사건의 처리과정에 있어서의 문제점”, 법원행정처, 가정법원사건의 제문제, 재판자료, 제18집, 1983, 763면.

46) 그러나 우범소년으로 접수된 사건을 조사·심리한 결과 범죄사실이 인정되는 경우 사건의 동일성이 있으면 범죄소년으로 처리할 수 있다는 견해는 오행남, “소년법에 대한 보호처분의 연구”, 법원행정처, 가정법원사건의 제문제, 재판자료, 제18집, 1983, 802면. 또한 범죄소년, 촉법소년, 우범소년을 상호 전환함에 신중해야 한다는 견해는 강완구, “우리나라 소년심판제도상의 제문제”, 690면. 일본 소년법에서 범죄소년·촉법소년과 우범소년의 관계에 관하여 상세히는 田宮裕(編), 少年法, 47면.

47) 일반조항에 관하여 상세히는 심현섭, “형법과 일반조항”, 동산손해목박사 화갑기념논문집, 형사법학의 현대적 과제, 법문사, 1993, 579-597면.

48) 범죄예측에서 인식과 평가의 불확실성은 피할 수 없다는 견해는 김해정, “형법 및 보안처분상의 예측”, 형사정책연구, 제11권 제4호, 2000, 315면.

49) 강완구, “우리나라 소년심판제도상의 제문제”, 676면; 배종대, “형법의 목적과 소년형벌의 효율성 검토”, 13면.

상의 기본권을 제약하고 있는 측면이 강하다. 결국, 국권사상을 내세워 소년법원이 우범소년을 맡아서 처리하기보다는 적법절차의 원칙에 비추어 우범소년을 소년보호사건의 범위에서 제외하는 것이 바람직하다.⁵¹⁾

5. 소년에 대한 미결구금의 최소화

우리 소년법은 제55조 제1항에서 “소년에 대한 구속영장은 부득이한 경우가 아니면 발부하지 못한다”고 규정하고 있다. 따라서 피의자·피고인이 20세 미만자이면 구속을 자제해야 한다. 그런데 실무에서 형사소송법상 구속사유인 주거부정, 증거인멸 또는 도망염려에 해당할 가능성이 소년이 성인에 비하여 오히려 높다. 예를 들면 범죄를 저지른 소년은 보호자의 감독을 벗어나 있거나 아예 가출상태인 경우가 많아 구속하지 않고는 신병을 확보하는 것조차 어렵다.

검찰통계를 살펴보면 2001년의 경우 102,467명을 구속하여 97,181명(94.8%)을 기소하고, 3,164명(3.1%)을 소년보호사건으로 처리하였고,⁵²⁾ 소년법 138,166명에 대하여 44,578명(32.3%)을 기소하고, 21,977명(15.9%)을 소년보호사건으로 처리하였다.⁵³⁾ 여기에서 검찰이 소년보호사건으로 처리한 21,977명 가운데 3,164명(14.4%)은 구속상태에서 보호절차로 넘어갔음을 알 수 있다. 또한 2001년의 경우 전체 범죄자 중 소년범의 비율이 형법범은 6.1%, 특별법범은 5.5%인바, 주요 죄명별로 보면 절도 40.2%, 강도 32.4%, 공갈 20.7%, 장물 12.2%, 방화 6.9%, 강간 6.4%, 과실치사상 6.1%, 살인 4.4%이다.⁵⁴⁾ 2,321,580명의 범죄자 가운데 1,306,204명(56.3%)을 기소하고 21,988명(0.9%)을 소년보호사건으로 처리했는데,⁵⁵⁾ 소년범의 기소율은 32.8%로 전체 56.3%보다 낮으나, 구속기소율은 5.5%로 전체 4.0%보다 오히려 높다.⁵⁶⁾ 더욱이 검찰이 기소한 전체 범죄자 1,306,204명중 구속구공판된 인원은 93,030명(7.1%)인 반면, 기소된 소년범 42,884명중 구속구공판은 7,186명(16.8%)에 이른다. 즉, 성인은 비록 기소율은 소년보다 월등히 높아도 불구속상태에서 재판받을 가능성이 소년에 비하여 훨씬 많다.

법원통계를 살펴보면 2001년의 경우 20세 미만자에 대한 제1심 형사공판의 결과 9,483명 가운데 3,375명(35.6%)을 소년보호사건으로 처리하였고,⁵⁷⁾ 소년법원이 접수한 30,706명중 3,923명(12.8%)은 형사법원이 송치한 것으로 나타났다.⁵⁸⁾ 여기에서 형사사건에서 보호사건으로 넘어온 3,923명 가운데 548명은 항소심까지 거쳤음을 알 수 있다. 또한 2001년의 경우 소년법원은 8,195명에 대하여 가위탁결정을 내렸는데, 소년분류심사원에 7,185명, 병원 기타 요양소에 1명, 보호자 기타 시설에 1,009명을 위탁하였다.⁵⁹⁾ 여기에서 소년보호절차에서 소년분류심사원에 위탁되어 사

50) 김완섭, “소년법상의 문제점”, 사법연수원, 소년법에 관한 제문제, 법관연수자료, 1979, 517면.

51) 미국의 경우 1974년 소년사법및비행예방법(JJDP Act)의 제정에 따라 신분비행소년에 대한 시설내 처우를 배제하기 시작했고, 몇몇 주는 신분비행소년을 소년법원의 관할대상에서 아예 제외시키고 있다. Bartollas, *Juvenile Delinquency*, 2 ed., 1990, 9-10면. 1995년 제13회 한일 청소년비행 심포지움에서 荒木伸怡, 服部郎, 原田豊 등의 보고에 따르면 일본의 경우 우범소년으로 처리되는 사례가 감소하고는 있지만 우범제도를 유지해야 한다는 주장이 강하다고 한다.

52) 검찰연감, 2002, 494-495면.

53) 검찰연감, 2002, 1058-1059면.

54) 대검찰청, 범죄분석, 2002, 23면.

55) 대검찰청, 범죄분석, 2002, 22면.

56) 대검찰청, 범죄분석, 2002, 26면.

57) 사법연감, 2002, 470면.

58) 사법연감, 2002, 483면.

59) 사법연감, 2002, 838면.

실상 미결구금상태로 되는 소년이 30,706명 가운데 7,185명(23.4%)에 이르고 있음을 알 수 있다. 이는 소년형사사건의 구속구공판을 16.8%보다 더욱 높다.

이와 같이 소년사건처리의 실무에서 구속 또는 소년분류심사원위탁에 의하여 미결구금에 처해지는 소년이 결코 적지 않다는 사실이 소년의 권익보호에는 매우 치명적인 작용을 한다. 게다가 소년이 형사사건을 거쳐 보호사건으로 처리되는 경우 미결구금의 일수가 지나치게 연장되는 결과가 된다는 것이 더욱 큰 문제이다. 이에 1996년 형사소송규칙을 개정하여 소년형사사건의 경우 제1회 공판기일을 우선적으로 지정하도록 하고 있고(동규칙 제179조), 소년보호사건의 경우에도 소년분류심사원위탁 사건을 보다 신속히 처리하려는 노력이 강구되고 있다. 나아가 보다 근본적으로 검사선의주의를 법원선의주의로 대체하거나 소년절차를 일원화하는 방안의 도입이 주장되고 있다.⁶⁰⁾ 아동권리협약 제37조(b)의 취지대로 소년에 대한 미결구금을 최후수단으로 최단기간에만 사용하려면 제도개선 못지 않게 국가기관이 사건처리의 편의가 아닌 대상자인 소년의 권익을 앞세우는 자세가 요청된다고 하겠다.

우리 법제에 따르면 소년을 구속하는 경우에는 특별한 사정이 없으면 다른 피의자나 피고인과 분리하여 수용하여야 하고(소년법 제55조), 20세 미만의 수형자는 소년교도소에 수용하되(행형법 제2조 제2항), 특별한 사정을 이유로 6월 이내 교도소에 수용하는 경우에도 성년과 소년을 분리수용해야 한다(행형법 제3조 제4항). 나아가 소년원이나 소년분류심사원에서는 16세 미만의 자와 16세 이상의 자를 분리수용한다(소년원법 제8조 제2항). 이는 아동권리협약 제37조(c), 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙 제85조 제2항 등의 취지를 충실히 따른 것이다. 한편, 미국의 경우 1923년 연방정부 소년국(Children's Bureau)에서 소년을 경찰서나 구치소에 구금할 수 없다는 기준을 제정하였으나, 실제로는 소년구금시설이 부족하여 구치소에 소년을 수용하기도 하고, 경찰, 보호관찰관, 보호자에 의해 사법처리의 대안으로 자발적 위탁(voluntary commitment)에 처해진 인원도 적지 않다고 한다.⁶¹⁾ 영국의 경우 17세 미만의 소년은 지방정부의 보호시설에 위탁할 수 없을 때에만 경찰서 유치장에 구금할 수 있으며, 특히 15세와 16세의 소년은 중대한 해악으로부터 공공을 보호하기 위해서만 경찰서에 유치할 수 있다.⁶²⁾ 독일의 경우 임시적 교육명령 또는 소년보호관의 위탁으로 목적달성이 불가능한 때에만 미결구금(Untersuchungshaft)을 명할 수 있고, 특히 16세 미만의 소년에 대한 미결구금은 소년이 절차를 이미 회피했거나, 시설에서 도주했거나 정해진 주소나 거소가 없을 때 도주우려를 이유로만 허용된다(독일소년법원법 제72조).⁶³⁾ 일본의 경우 검사가 소년피의사건에 대하여 부득이한 경우가 아니면 구속청구를 할 수 없고, 형사법원 판사에게 구속청구에 대신하여 소년감별소 송치를 청구하거나 소년법원 판사에게 조사관의 관찰을 청구할 수도 있으나(일본소년법 제43조), 실제로는 구속 대신 관호조치하는 것은 8.4%에 불과하고, 구속의 제한이나 분리수용도 제대로 지켜지지 않고 있다고 한다.⁶⁴⁾

형사절차에서도 소년을 경찰서 유치장(행형법 제68조), 구치소(행형법 제2조 제3항) 또는 교도소 미결수용실(행형법 제3조)에 구금시키는 대신 소년분류심사원에 위탁(소년법 제18조 제1항)할 수 있도록 하면, 첫째, 비행소년에 대한 미결구금의 일원화가 이루어져 통일된 기준을 정립, 시행하기가 용이하고, 둘째, 소년분류심사원의 비행소년에 대한 조사역량을 강화할 수 있는 계기가 마련되

60) 민학기, “소년보호사건 심리절차의 문제점과 개선방안”, 법원행정처, 소년보호사건의 개선을 위한 회의 결과보고서, 1997, 67-69면.

61) Orlando/Crippen, “The Rights of Children and the Juvenile Court”, 91-92면.

62) Leng/Manchester, *A Guide to the Criminal Justice Act 1991*, 193-219면.

63) Schaffstein/Beulke, *Jugendstrafrecht*, 206-211면.

64) 井部文哉, “少年鑑別所におけるか收容機能について”, 刑政, 1992/4, 41면.

고, 셋째, 검사가 기소제량과 선의권을 행사할 때 소년보호이념에 충실한 보다 합리적인 판단을 내릴 가능성이 커질 것이다. 따라서 사법처리의 대상이 된 비행소년에 대한 미결구금은 검사가 신청하여 소년법원 또는 형사법원이 발부한 영장에 의해 소년분류심사원에 수용하되, 소년분류심사원 위탁기간을 현재의 구속기간보다는 길지 않도록 제도화하는 것이 바람직하다.⁶⁵⁾

6. 소년에 대한 변호인조력의 보장

우리 형사소송법은 국선변호인제도를 도입하여 체포·구속적부심사를 청구한 소년피의자나⁶⁶⁾ 공소제기된 소년피고인에게 변호인이 선임되지 않았거나 출석하지 아니한 때에는 반드시 법원이 직권으로 변호인을 선정하도록 하고 있다(형사소송법 제33조 제1호, 제214조의2 제9항, 제283조).

형사절차에서 변호인은 피의자·피고인의 방어력을 보충함으로써 검사와의 무기평등을 구현하고 이를 통한 공정한 재판을 담보하는 역할을 수행할 뿐만 아니라 검사는 물론 법원에 의한 적법절차위반을 감시하고 인권침해를 시정하는 기능을 수행한다. 더욱이 변호인은 구속 상태의 피의자·피고인에게 다음과 같은 임무를 수행해야 한다. 즉, 변호인은 접견을 통하여 구속된 피의자, 피고인의 상태를 파악하여 그에 따른 적절한 대응책을 강구하고, 피의사실이나 공소사실의 의미를 설명해 주고 그에 관한 피의자·피고인의 의견을 듣고 대책을 의논하며, 피의자나 피고인 진술의 방법, 정도, 시기, 내용 등에 대하여 변호인으로서의 의견을 말하고 지도도 하고, 진술거부권이나 서명날인거부권의 중요성과 유효적절한 행사방법을 가르치고 그것들의 유효적절한 행사에 의하여 억울한 죄를 면할 수 있다는 것을 인식시켜야 하며, 수사기관에 의한 자백강요, 사술, 유도, 고문 등이 있을 수 있다는 것을 알려 이에 대한 대응방법을 가르쳐 허위자백을 하지 않도록 권고하고, 피의자로부터 수사관의 부당한 조사(유도, 협박, 이익공여, 폭력 등) 유무를 수시로 확인해야 하며, 피의자나 피고인의 불안, 절망, 고민, 허세 등을 발견하면 그 감정의 동요에 따라 격려하여 용기를 주거나 위문하거나 충고하여야 할 것이다.⁶⁷⁾

그런데 형사절차와 달리 소년보호절차에서 소년 또는 보호자가 보조인을 선임하지 아니한 경우에 소년법원 판사가 직권으로 보조인을 선임할 것을 명문으로 규정하고 있지 아니한 것이 문제이다. 무릇 적법절차의 핵심적 요청은 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하는 것이고, 소년심판에서 변호인의 역할을 수행하는 자는 바로 보조인이다. 소년보호절차에서 국친사상에 입각하여 소년법원 판사나 조사관이 소년을 위하여 일종의 후견인의 역할을 수행하는 측면도 없지 않으나, 소년의 권리와 이익을 실질적으로 보장하는 가장 확실한 방법은 보조인의 도움을 받을 수 있도록 하는 것이다.⁶⁸⁾ 왜냐하면 소년사법, 특히 소년심판이 국친사상에 뿌리를 두고 발전한 것은 분명하나 본

질적으로 형벌권의 실현인 형사사법의 특수형태라 할 수 있기 때문이다. 뿐만 아니라 소년보호절차에서 소년분류심사원위탁이나 소년원송치가 형사절차의 구속이나 자유형에 다름없이 신체의 자유를 박탈하는 것이다. 나아가 보호사건이라 해도 얼마든지 형사사건으로 변경될 가능성이 존재한다. 더욱이 소년법원의 심리와 결정의 적정을 보장함으로써 소년심판에 대한 신뢰감을 확보하기 위하여도 국선보조인을 선정할 필요가 있다.⁶⁹⁾

소년보호사건의 경우에도 평등원칙(헌법 제11조 제1항)과 적법절차의 원칙(헌법 제12조 제1항), 변호인의 조력을 받을 권리(헌법 제12조 제4항)에 근거하여 국선보조인의 조력을 받을 권리가 인정된다. 입법론으로는 소년법에 명문의 규정을 두어 소년보호절차에서도 국선보조인제도를 도입할 필요가 있다.⁷⁰⁾ 이와 같이 소년보호절차에서 국선보조인제도를 도입할 경우 국선보조인 선정사유⁷¹⁾는 형사소송법상 필요적 변호사건에 해당하는 범죄사건인 경우와 소년분류심사원에 위탁된 경우로 할 수 있을 것이다.⁷²⁾ 그리고 소년보호절차에서 국선보조인의 자격⁷³⁾은 변호사에 한하지 않고 소년비행에 관한 지식과 소년선도에 관한 열의를 갖춘 소년문제의 전문가를 널리 활용할 수 있을 것이다.⁷⁴⁾

7. 소년보호절차에서의 증거법제

소년심판에서 비행사실의 존부와 보호처분의 필요에 대한 판단의 근거가 되는 사실의 인정은 증거에 의하여야 한다. 소년심판에서 비행사실의 존부에 관한 사실은 엄격한 증명의 대상이 되고, 보호처분의 필요에 관한 사실은 자유로운 증명으로 족하다.⁷⁵⁾

소년심판에서 소년법원 판사가 수집된 증거자료를 기초로 사실의 존부에 관한 심증을 형성함에 있어서 자유심증주의(형사소송법 제310조)가 적용된다는 데에는 아무런 반대가 없다. 그러나 사실 판단을 위한 심증형성의 정도에 관하여는 소년심판에서 비행사실의 존재에 관하여는 '합리적 의심의 여지가 없는 증명(proof beyond reasonable doubt)'의 정도에 이르는 심증형성이 있어야 한다.⁷⁶⁾ 그리고 보호처분의 필요에 관한 심증형성은 ①합리적 의심의 여지가 없는 증명이 필요하다

69) 유진식, 소년법, 177면.

70) 아이들의 인권, 223면.

71) 독일의 경우 소년법원의 재판장은 소년 피고인을 위하여 첫째, 성인이면 변호인이 선정되었을 경우, 둘째, 교육권자와 법정대리인의 권한이 박탈된 경우, 셋째, 소년의 성장상태에 대한 감정서를 준비하기 위해 시설수용이 문제되거나 18세 미만의 자로 미결구금이나 정신병원에의 임시수용이 집행된 경우 즉시 변호인을 선정하여야 한다(독일소년법원법 제68조 제1항). Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht, 170-173면.

72) 법원실무제요, 338면; 김완섭, "소년법상의 문제점", 520면; 황인행, "소년보호사건의 처리과정에서의 몇가지 문제점", 사법연수원, 소년법에 관한 제문제, 법관연수자료, 1979, 584면; 법원행정처, 기타의 사법제도, 338면.

73) 캐나다의 경우 소년을 위한 국선변호인은 반드시 변호사여야 하는 것은 아니며, 법관이 적당하다고 인정하는 성인을 변호인으로 선정할 수 있다(캐나다 소년법 제11조). Platt, Young Offenders Law in Canada, §13.13-§13.35.

74) 최병각, "소년사법과 변호인·보조인", 박재윤교수 정년기념논문집, 2002, 463-464면.

75) 유진식, 소년법, 329-330면; 유원석, "소년보호사건에 있어서 형사소송법의 준용", qjdnjs행정처, 가정법원사건의 제문제, 재판자료, 제62집, 1993, 877-878면. 그러나 일본 소년법에서 직권주의, 비공개주의, 비형식주의를 기조로 하는 소년심판에는 엄격한 증명의 법리가 준용되지 않는다는 견해는千葉裕, "保護事件における非行事實の認定", 平野龍一(編), 講座 少年保護 2: 少年法と少年審判, 東京: 大成出版社, 1985, 229면.

65) 오영근/최병각, 소년사건처리절차의 개선방안, 한국형사정책연구원, 1995, 98-99면.

66) 피의자가 체포·구속적부심사를 청구한 경우에만 국선변호인의 선정이 인정된다는 견해는 이상철/최석윤, 국선변호인제도에 관한 연구: 공공변호인제도의 도입과 관련하여, 한국형사정책연구원, 1994, 56면. 그러나 체포·구속된 피의자에게는 적부심사의 청구를 불문하고 국선변호인을 선정해야 할 것이다. 최병각, "국선변호인의 조력을 받을 권리", 형사정책소식, 제19호, 1993/9, 46-47면 참조.

67) 현재 1992.1.28. 91헌가111, 헌판집 제4권.

68) 미국의 사법행정연구원(IJA)과 변호사회(ABA)에서 공동으로 작성한 소년사법준칙에 따르면 소년심판절차에서 변호사는 법원의 협력자의 역할과 소년의 보호자(guardian) 및 옹호자(advocate)의 역할을 수행할 임무를 가진다. Bynum/Thompson, Juvenile Delinquency: A Sociological Approach, 2ed., Boston: Allyn & Bacon, 1992, 386-387면.

는 견해와 ②소명으로 충분하다는 견해가 있으나 ③'증거의 우월(preponderance of evidence)'의 정도로 충분하다.⁷⁶⁾

소년심판절차에서 헌법은 당연히 적용되는 것이고, 따라서 소년심판의 대상자인 소년이 헌법 제 12조 제7항의 '피고인'에 해당하고, 소년심판이 '정식재판'에 포함되며, 보호처분이 '처벌'이다.⁷⁸⁾ 그리고 소년사건의 처리과정, 특히 수사과정이나 조사과정에서 소년에 대하여 비행사실의 자백을 강요하거나 소년의 인권을 침해하는 사례가 적잖이 발생하고 있다.⁷⁹⁾ 또한 동일한 증거가 처리절차에 따라 증거능력이 달라지는 것은 불합리하다. 이러한 맥락에서 소년심판에서 자백배제법칙(형사소송법 제309조)을 적용해야 한다.⁸⁰⁾

대법원은 소년형사사건의 경우에 자백만으로 유죄판결을 할 수 없다고 하면서도,⁸¹⁾ 소년보호사건의 경우에는 자백 이외의 다른 증거가 없더라도 보호처분을 할 수 있다고 판시하고 있다.⁸²⁾ 그러나 소년심판의 대상자는 보호처분이라는 상당히 엄중한 제재를 받을 수 있고, 소년심판에 불복하여 형사재판을 청구할 수 있는 권리도 보장되어 있지 않기 때문에 자백보강법칙(형사소송법 제 310조)을 적용해야 한다.⁸³⁾

소년심판은 당사자가 대립하는 구조(adversary system)가 아니고, 증인에 대한 반대신문권이 소년에게 인정되는 것도 아니기 때문에 처음부터 전문법칙이 문제되지도 않는다는 견해가 있다.⁸⁴⁾ 소년법원 판사가 심리에 들어가기 전에 증거자료를 검토하기 때문에 이미 비행사실의 증명에 대한 심증을 형성한 후에 증거능력을 인정하지 않는 것은 불합리하고, 따라서 전문법칙을 적용할 실

76) 법원실무제요, 344면 ; 유진식, 소년법, 334-336면 ; 백춘기, "소년보호사건에 있어서 비행사실", 법원행정처, 가정법원사건의 제문제, 재판자료, 제62집, 1993, 859면 ; 김시수, "소년보호사건의 처리과정에 있어서의 문제점", 783면 ; 법원행정처, 기타의 사법제도, 339면 ; 田宮裕(編), 少年法, 151면 ; In re Winship, 397 US 358, 1970 ; McKeive v. Pennsylvania, 403 US 528, 1971.

77) 법원실무제요, 344면 ; 유진식, 소년법, 334-336면 ; 백춘기, "소년보호사건에 있어서의 비행사실", 859면 ; 김시수, "소년보호사건의 처리과정에 있어서의 문제점", 783면 ; 강영호, "소년심판절차상의 적법절차의 보장", 법무부, 청소년범죄연구, 제5집, 1987, 125면.

78) 유진식, 소년법, 333-334면.

79) 소년피의자를 대상으로 강압적인 추궁과 유도신문을 통하여 자백을 받은 다음 객관적인 검증절차를 밟지 아니하였고 충분한 증거자료가 수집되지 아니하였음에도 불구하고 진범으로 단정하여 수사 결과를 발표한 경우에 국가와 경찰서장 등의 손해배상책임을 인정하였다. 서울민사지법 1993.7.2. 92가합23099, 법률신문 2232호. 일본의 경우에도 변호사연합회가 조사한 결과에 따르면 경찰이 소년사건에 대한 수사과정에서 폭행, 상해, 협박, 모욕, 위계, 이익유도, 장시간 조사, 변호인선임 및 접견방해 등 소년의 인권을 침해한 사례가 변호사가 참여한 사건에서만 47건이나 된다고 하는데, 구체적인 사례와 원인에 관하여 상세히는 김승구, 외국의 소년범죄처리제도와 실태: 일본제도를 중심으로, 한국형사정책연구원, 1994, 77-84면.

80) 소년심판에서 자백배제법칙을 적용하는 법적 근거에 대하여 헌법직접적용설, 형사소송법준용설 및 종합설이 대립하고 있다. 상세히는 법원실무제요, 344면 ; 유진식, 소년법, 330-331면 ; 유원석, "소년보호사건에 있어서 형사소송법의 준용", 880-881면 ; 백춘기, "소년보호사건에 있어서의 비행사실", 859-860면 ; 강영호, "소년심판절차상의 적법절차의 보장", 125-126면.

81) 범죄단체 가입일시에 대하여 피고인신문조서의 진술이 유일한 증거인데, 자백이 임의성이 있어도 신빙성이 없다는 이유로 유죄증거로 하지 않았다. 대판 1993.6.8. 93도999, 공1993.8.15.(950), 2061면.

82) 대결 1982.10.15. 82도36, 공 1983, 120면.

83) 법원실무제요, 344면 ; 유진식, 소년법, 332-334면 ; 법원행정처, 기타의 사법제도, 340면 ; 강영호, "소년심판절차상의 적법절차의 보장", 126-127면.

84) 법원실무제요, 345면 ; 백춘기, "소년보호사건에 있어서의 비행사실", 860면 ; 법원행정처, 기타의 사법제도, 341면.

익이 없다는 견해도 있다.⁸⁵⁾ 그러나 소년 또는 보조인은 비행사실의 존재 유무를 다투기 위하여 소년에게 불리한 증인의 신문을 청구할 수 있다.⁸⁶⁾ 이 경우 형사재판에서는 전문법칙에 따라 증거능력이 부정되는 증거를 소년심판에서 비행사실을 인정하는 근거로 삼는다면, 엄격한 제한이 따라야 하는 형벌권의 발동을 용이하게 하는 통로로 소년심판이 잘못 이용될 수 있다. 이러한 맥락에서 소년심판에서 비행사실의 인정과 관련하여 전문법칙을 준용해야 한다.⁸⁷⁾

소년심판이 소년의 비행사실을 전제로 형벌권을 발동하는 것으로 보면 적법절차의 원칙이 당연히 적용되어야 하고, 비행사실의 인정과 관련하여 위법수집증거배제법칙도 인정된다. 그리고 국권사상의 관점에서 소년심판을 소년에 대한 교육·복지의 과정이라고 보는 경우에도 소년의 인권을 침해하여 위법하게 수집한 증거에 기초하여 보호처분을 행하는 것은 그 자체 모순이기 때문에 소년심판에서도 위법수집증거는 배제해야 한다.⁸⁸⁾

IV. 피해아동의 권익보호

1. 문제의 제기

범죄와 그 피해가 발생하면 국가는 범죄인의 형사처벌과 피해자의 원상회복에 나서야 한다. 그러나 피해자야말로 가해자에 대한 형사처벌과 피해회복에 남다른 이해관계를 가진다. 이러한 맥락에서 우리 입법자는 피해자에게 다음과 같이 다양한 권리를 인정하고 있다.⁸⁹⁾

피해자는 고소(형사소송법 제223조)를 통하여 수사기관으로 하여금 수사를 개시하도록 할 수 있다. 고소사건의 경우 사법경찰관은 신속히 조사하여 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부해야 하고(형사소송법 제238조), 검사는 고소를 수리한 날로부터 3월 이내에 수사를 완료하여 공소제기 여부를 결정해야 한다(형사소송법 제257조). 검사가 고소사건에 대하여 불기소처분을 한 때에는 고소인에게 그 취지를 통지해야 할 뿐만 아니라(형사소송법 제258조 제1항), 고소인의 청구가 있으면 그 이유까지 설명하여야 한다(형사소송법 제259조).

그리고 피해자는 검사의 불기소처분에 불복하여 검찰항고(검찰청법 제10조), 재정신청(형사소송법 제260조) 또는 헌법소원(헌법재판소법 제68조 제1항)의 방법으로 공소제기를 촉구할 수 있다. 피해자는 형사재판에서 진술권을 행사(형사소송법 제294조의2)하여 법원의 심리와 판결에 영향을

85) 소년심판에서 전문법칙은 적용되지 않는다고 주장하면서도 소년조사관의 조사보고서 또는 소년분류심사원의 분류심사보고서를 비행사실을 인정하는 증거자료로 사용할 수 없다는 견해는 유원석, "소년보호사건에 있어서 형사소송법의 준용", 878-879면.

86) 실무에서는 소년이 비행사실을 부인하는 경우 원진술자를 증인으로 소환하여 신문하는데, 이 경우 소년에게 반대신문의 기회를 부여하고 있다고 한다. 백춘기, "소년보호사건에 있어서의 비행사실", 860면.

87) 유진식, 소년법, 331-332면.

88) 상세히는 최병각, "소년보호사건의 범위와 처리에 관한 연구", 192-196면.

89) 독일, 일본, 미국, 프랑스의 입법례는 김용세/도중진, "형사소송절차에서의 피해자 지위강화: 일본의 개정 형사소송법(2000.5)에 대한 비교법적 검토", 비교형사법연구, 제2권 제2호, 2000, 249-276면; 안경옥, "독일 형사절차상의 증인 및 피해자보호", 형사정책, 제11호, 1999, 329-351면; 박광민, "피해자보호에 관한 외국의 입법동향", 피해자학연구, 제6호, 1998, 145-168면; 김영철, "미국의 피해자 및 증인보호제도에 관한 연구", 법무연수원 홈페이지(<http://www.lrti.go.kr/>) 참조.

미칠 수 있다. 친고죄나 반의사불벌죄의 경우 피해자는 고소취소(형사소송법 제232조)에 의해 형사절차를 종결시킬 수 있다.

또한 피해자는 배상명령을 신청(소송촉진 등에 관한 특례법 제26조)함으로써 유죄판결과 함께 가해자로부터 손해배상을 받아낼 수 있다. 뿐만 아니라 피해자는 국가를 상대로 범죄피해구조금의 지급을 신청(범죄피해자구조법 제3조)할 수 있다.

그런데 피해자가 능동적·적극적으로 형사절차를 활용할 수 있도록 하는 것도 중요하지만,⁹⁰⁾ 국가로서는 범죄의 진상을 밝혀 범죄인을 처벌하기 위하여 피해자의 협력을 끌어내는 것도 적잖이 중요하다.⁹¹⁾ 수사 및 재판절차에서 피해자는 신고인, 참고인 또는 증인으로 참여함으로써 실체적 진실발견에 필요한 자료를 제공하는 역할을 담당한다.⁹²⁾ 때문에 피해자가 형사절차에의 개입으로 인하여 보복이나 불이익을 당하지 않도록 보호함은 물론 최대한의 편의를 제공해야 할 것이다.⁹³⁾ 이러한 맥락에서 우리 입법자는 보복범죄의 가중처벌(특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의 9), 보복예방을 위한 미결구금(특정강력범죄의처벌에관한특례법 제6조), 신변안전조치(특정강력범죄의처벌에관한특례법 제7조, 특정범죄신고자등보호법 제13조), 주요변동상황통지(특정범죄신고자등보호법 제15조) 등의 제도를 도입하고 있다.

여기에서 피해자 또는 증인이 아동인 경우에도 고소 등의 권리를 인정하고 신변안전조치 등을 보장해야 하는 것은 성인과 동일하다. 그러나 형사절차에서 아동은 대체로 자신의 권리를 적절하게 행사할 수도 없고, 이른바 2차적 피해⁹⁴⁾에도 유달리 민감한 것이 사실이다. 따라서 아동의 권익을 보장함에는 특별한 규율이 필요하다.⁹⁵⁾ 아래에서는 현행 법체계와 외국의 입법례를 참고하여 아동이 범죄피해를 당하여 고소인 또는 증인으로 형사절차에 개입하는 경우 피해아동의 권익을 최대한 보장하기 위한 방안을 제시하기로 한다.

2. 아동 피해자의 권익보호

(1) 아동의 법정대리인에 의한 고소권 행사

범죄의 피해자가 아동인 경우 피해아동 본인이 고소권자가 되어 그 사건의 처리에 일정한 영향력을 행사할 수 있다는 점은 성인이 피해자인 경우와 다르지 않다. 그러나 아동이 고소권을 행사함에 있어서 사회경험과 지적 능력의 부족으로 말미암아 본인의 권익을 충분히 확보하지 못하는 것이 현실이다. 이러한 현실에 바탕하여 우리 형사소송법은 “피해자의 법정대리인은 독립하여 고소할 수 있다”(형사소송법 제225조 제1항)는 규정을 두고 있다. 따라서 피해자가 20세 미만자이면

90) 상세히는 최병각, “피해자의 형사절차 활용방안”, 피해자학연구, 제8호, 2000, 134-161면 참조.

91) 다만 형사절차에서 피해자보호는 피의자·피고인의 정당한 권익을 침해하지 않는 한도에서 논의되어야 한다는 견해는 하태훈, “증인 또는 범죄피해자 보호제도”, 피해자학연구, 제4호, 1996, 20면; 이재상, “형사절차에서의 피해자보호”, 피해자학연구, 제1호, 1992, 46면.

92) 특히 경찰의 종합적인 피해자보호대책의 마련이 중요하다는 견해는 김용세, “범죄수사와 피해자보호”, 형사정책연구, 제10권 제3호, 1999, 140면.

93) 피해자에게도 정의로운 형사사법이어야 한다는 견해는 도중진, “형사절차에서 범죄피해자에 대한 재고찰”, 피해자학연구, 제10권 제1호, 2002, 175면.

94) 구체적 사례는 정현미, “성폭력범죄 형사절차상 이차적 피해”, 피해자학연구, 제8호, 2000, 174-192면 참조.

95) 피해자가 아동인 범죄에 대하여 평가증이 필요하다는 주장은 송광섭, “형사절차에 있어서 피해자의 지위강화”, 피해자학연구, 제8호, 2000, 133면.

그 법정대리인인 친권자나 후견인이 고소권을 행사할 수 있게 된다. 여기에서 법정대리인의 고소권이 독립대리권인가, 아니면 고유권인가 문제이다.

독립대리권설의 입장에서는 피해자의 고소권이 본래 일신전속권이라는 점과 친고죄나 반의사불벌죄를 처리할 때 법률관계의 안정을 도모해야 한다는 점을 강조하고 있다.⁹⁶⁾ 그러나 고소권의 행사에 따라 사건처리의 과정에서 중요한 소송법적 결과가 좌우된다는 점과 피해자의 권익을 보호하기 위한 법정대리인제도의 취지를 형사절차에서도 존중해야 한다는 점에서 법정대리인의 고소권은 미성년자의 보호를 위하여 법정대리인에게 특별히 주어진 고유권이라 하겠다.⁹⁷⁾ 우리 대법원도 피해자가 아니라 법정대리인이 범인을 알게 된 날로부터 고소기간이 진행된다고 판시하여 고유권설을 따르고 있다.⁹⁸⁾ 동일한 맥락에서 법정대리인은 피해자 본인의 고소권 소멸과 관계없이 고소권을 행사할 수 있고, 피해자 본인이 법정대리인의 고소를 취소할 수 없다.⁹⁹⁾

(2) 아동의 직계존속에 대한 고소권 행사

피해자의 고소권은 특히 친고죄나 반의사불벌죄의 처리에 있어 최종적인 처분권으로 작용할 만큼 강대하다. 그러나 피해자라고 해서 고소권을 무한정 행사할 수 없는데, 우리 형사소송법이 “자기 또는 배우자의 직계존속을 고소하지 못한다”(형사소송법 제224조)고 규정하여 고소의 대상을 제한한 것은 그 하나이다. 이는 전통적인 가정내 위계질서를 존중·유지하기 위한 것이다.¹⁰⁰⁾ 그런데 직계존속에 의한 범죄로 피해를 당한 경우에 피해자의 친족이 독립하여 고소할 수 있지만(형사소송법 제226조), 피해자의 고유한 의사를 전혀 배제하는 것이 과연 타당한가 의문이다. 더욱이 가정이 제대로 기능을 하지 못하고 존재가치마저 찾기 어려운 경우라면 직계존속에 대한 고소제한은 그야말로 무의미할 뿐만 아니라 부적절한 규정이 될 것이다. 이러한 맥락에서 우리 입법자는 이미 성폭력범죄나 가정폭력범죄의 피해자에게 직계존속에 대한 고소를 허용하고 있다(성폭력법 제18조, 가정폭력법 제6조). 그런데 성폭력범죄도 가정폭력범죄도 아닌 다른 범죄의 피해아동에게도 직계존속에 대한 고소를 허용해야 할 필요성은 그리 많지 않다고 하겠다.

(3) 아동대상 범죄의 비친고죄화

어떤 범죄는 친고죄로 하는 것이 그 피해자에게 오히려 불리하게 작용할 수 있다. 예를 들면 가해자가 피해자의 고소권 행사를 사실상 불가능하게 만들거나 피해자로서는 고소권을 행사하기 곤란한 경우가 그러하다. 아동을 대상으로 하는 범죄가 친고죄이면 피해아동이 고소권을 행사하는데 사실상의 제약이 있음을 기화로 범죄발생이 도리어 용이해질 수 있다. 이 경우 고소권을 부여하는 것만으로는 아동의 권익보호에 충분하지 못하다. 이에 아동대상 범죄의 비친고죄화가 논의되고 있다.

현행 법제상 13세 미만자에 대한 강간·강제추행등(성폭력법 제8조의2)은 비친고죄이나(성폭력법 제12조),¹⁰¹⁾ 19세 미만의 청소년에 대한 강간·강제추행등(청소년성보호법 제10조)은 친고죄이

96) 이재상, 형사소송법, 제6판, 박영사, 2002, 188면.

97) 신동운, 형사소송법 I, 제2판, 법문사, 1997, 94면.

98) 대판 1987.6.9. 87도857, 공 1987, 1165면.

99) 신동운, 형사소송법 I, 94-95면.

100) 신동운, 형사소송법 I, 96면.

101) 1997년 성폭력법 개정에서 아동보호를 강화한다는 취지에서 의제강간·강제추행등을 비친고죄로

다.102) 강간·강제추행등의 범죄로부터 13세 미만자를 보호하기 위하여 비친고죄로 하였지만, 13세 이상 19세 미만자가 피해를 당한 경우 고소권을 인정하는 것이 적절한지, 아니면 비친고죄로 하는 것이 효과적인지 보다 실증적인 조사·연구가 있어야 할 것이다.

아울러 13세 이상 19세 미만자에게 성적 자기결정권을 인정할 것인가, 아니면 절대적 성보호의 대상을 확대할 것인가를 두고 규범적 판단을 내려야 할 사안이기도 하다. 그러나 자발적 의사에 의한 성의 거래를 굳이 국가가 형벌권을 동원하여 통제할 필요성도 정당성도 인정되기 어렵다는 점,103) 이미 청소년성보호법에 따라 19세 미만의 청소년이 지나칠 정도로 보호되고 있다는 점, 이에 더하여 최근의 성에 관한 가치관과 풍속의 변화를 고려하면 의제강간·강제추행의 대상을 확대하는 것은 적절하지 못하다고 하겠다.

(4) 피해아동의 정당방위·긴급피난·면책

우리 형법은 존속에 대한 범죄를 가중처벌하는 등 매우 엄격한 입장을 견지하고 있다. 그러나 이에 대하여 반대의 주장이 여러 갈래로 제기되고 있는 것도 사실이다. 최근 성폭력범죄나 가정폭력범죄의 피해자인 아동이 가해자에 대하여 일종의 보복범죄를 저지른 경우에 특수한 사정을 전제로 정당방위나 긴급피난을 인정하여 위법성을 조각시킬 수 있고, 적어도 면책은 가능하다는 견해가 제기되고 있다.104) 보복범죄를 저지른 피해아동을 형사처벌하지 않는 것이 아동의 피해를 사전에 예방하는 효과도 있고, 피해아동의 권익을 좀더 확실하게 보장하는 측면이 있지만, 아동의 보복행위를 범죄불성립으로 인정하는 데에는 매우 신중해야 할 것이다.

3. 아동 참고인·증인의 권익보호

(1) 아동을 위한 보좌인 허용

범죄피해를 당하거나 범죄와 관련된 사항을 알고 있는 경우에 참고인 또는 증인의 자격으로 수사 및 재판과정에 참여할 수 있다는 점은 아동과 성인이 다르지 않다. 사실 성인이라 해도 형사사건과 관련하여 국가기관과 접촉하게 되면 뭘 어찌해야 할지 몰라 곤혹스러운 것이 상례이다. 그럴 때 누가 옆에 있어 주기만 해도 불안감이 덜어지고, 상황에 보다 적절히 대처할 수 있다. 아동의 경우에는 더욱 그러하다.

우리 입법자는 형사절차에서 국민이 안심하고 자발적으로 협조할 수 있도록 한다는 취지에서

전환하였다.

102) 대판 2001.6.15. 2001도1017, 공2001.8.1.(135), 1667면.

103) 상세히는 최병각, "매춘행위와 형벌권의 한계", 비교형사법연구, 제4권 제1호, 2002, 301-324면 참조.

104) 한인섭, "가정폭력 피해자에 의한 가해자 살해: 그 정당화와 면책의 논리", 서울대, 법학, 제37권 제2호, 1996, 261면. 미국의 논의는 Bjerregaard/Blowers, "Chartering a new frontier for self-defence claims: The applicability of the battered person syndrome as a defence for parricide offenders", 33 U. of Louisville J. of Fam. L. 843(1994); Mones, "Parricide: Opening a window through the defence of teens who kill their parents", 7 Stanford Law & Policy Review 61(1995); Moreno, "Killing daddy: Developing a self-defence strategy for the abused child", 137 University of Pennsylvania Lae Review 1281(1989) 참조.

특정범죄신고자등보호법을 제정하여 범죄신고자 등에 대한 다양한 보호방안을 마련하고 있는바, 범죄신고자 등을 위한 보좌인제도가 그 하나이다. 보좌인의 역할은 당해 형사사건의 수사·공판과정에 동행하거나 조언하는 등 필요한 조력을 하는 것이며, 허위진술을 유도하는 등 진술이나 증언 등에 부당한 영향을 주는 것은 금지된다(동법 제6조 제3항, 제4항). 이러한 보좌인제도는 현재 보복의 우려가 있는 경우에만 제한적으로 운영되고 있다. 또한 성폭력범죄의 피해자를 수사 또는 증인신문하는 경우 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있고(성폭력법 제22조의2), 아동학대의 피해자를 위한 보조인의 선임과 신뢰관계에 있는 자의 동석이 허용되고 있다(아동복지법 제28조). 한편, 독일의 경우 피해자가 증인으로 신문받는 경우에 자신이 신뢰하는 자의 동석을 신청할 수 있는바(독일형사소송법 제406조f 제3항), 동규정은 수사기관에 의한 참고인조사에도 적용되며,105) 그 허용기준은 보좌인의 동석이 수사 또는 심리의 목적을 위태롭게 하는가 여부이다.106) 이와 같이 독일에서는 참고인 또는 증인이 성인이든 아동이든 가리지 않고 보좌인제도를 도입, 시행하고 있다.

이러한 맥락에서 범죄신고자 등이 20세 미만자인 경우에 범죄의 종류나 보복의 가능성을 불문하고 보좌인을 지정할 수 있도록 하는 것이 아동의 권익보호는 물론 수사 및 재판의 효율성을 도모하는 데에도 효과적인 것이다.107) 이 경우 아동의 보좌인은 무엇보다도 아동이 믿고 따를 수 있는 사람이어야 할 것임은 더 말할 나위가 없을 것이다.

(2) 아동의 증언능력 인정

우리 형사소송법은 "법원은 법률에 다른 규정이 없으면 누구든지 증인으로 신문할 수 있다"고 규정하고 있는바(형사소송법 제146조), 증인적격은 증인의 개념요소나 입법정책적 필요에 따라 제한되지만, 증인의 연령이 증인적격의 제한기준이 되는 것은 아니다. 다만 16세 미만자는 선서무능력자(형사소송법 제159조)에 해당하여 선서의 의무도 없고 선서하고 허위진술을 해도 위증죄(형법 제152조)가 성립하지 않는다. 그러나 16세 미만자라 해서 선서무능력자일 뿐 출석과 증언의 의무가 면제되는 것은 아니며, 증언능력만 있으면 그의 증언은 증거능력이 있는 증거로 된다. 다시 말해서 우리 법제는 아동의 증언능력을 제한하지도 않고 아동증언의 증거능력과 증명력을 제한하지도 않는다.108)

우리 대법원은 "증인의 증언능력은 증인 자신이 과거에 경험한 사실을 그 기억에 따라 공술할 수 있는 정신적인 능력이라 할 것이므로, 유아의 증언능력에 관해서도 그 유무는 단지 공술자의 연령만에 의할 것이 아니라 그의 지적 수준에 따라 개별적이고 구체적으로 결정되어야 함은 물론 공술의 태도 및 내용 등을 구체적으로 검토하고, 경험한 과거의 사실이 공술자의 이해력, 판단력 등에 의하여 변식될 수 있는 범위 내에 속하는가의 여부도 충분히 고려하여 판단하여야 한다"고 판시하면서, 강간치상죄의 피해자가 사건 당시 만 4세 6개월, 제1심 증언 당시

105) Roxin, Strafrechtverfahrensrecht, 462면.

106) Rieß/Hilger, NSZ, 1987, 155면.

107) 나아가 국가가 비용을 부담하는 피해자보좌인제도를 도입해야 한다는 주장은 도중진, "형사절차에서 범죄피해자에 대한 재발견", 208면.

108) 호주의 경우 일정한 연령 미만의 아동은 증언능력이 없는 것으로 추정하고 증언능력에 관한 사전 조사를 거친 다음 증언할 수 있도록 하고 있고(1991년 선서법), 아동증언에는 보강증거를 요구하거나 보강증거 없는 유죄판결의 위험성을 배심에게 경고할 것을 규정한 적이 있었다. Warner, Child Witness: Evidentiary Reform, AIC, 1988, 171면.

만 6세 11개월에 불과했음에도 그의 증언능력을 인정하고 있다.¹⁰⁹⁾

이와 같이 아동의 증언능력을 인정하는 것은 무엇보다도 성폭력 또는 가정폭력사건의 처리 과정에서 피해아동의 증언이 유일한 내지 주요한 유죄입증의 증거인 경우가 많다는 점에서 거의 불가피한 선택으로 보인다. 여기에서 단지 아동의 증언능력을 인정하는 것만으로 아동의 권익보호가 끝나는 것은 아니며, 아동으로부터 진술 내지 증언을 획득함에 있어서 수사기관과 재판기관이 아동의 최선의 이익을 배려하는 것이 매우 중요하다.

(3) 아동의 증언방식 개선

수사 및 재판과정에서 아동의 진술 내지 증언이 필요한 경우에도 출석요구(형사소송법 제221조), 소환(형사소송법 제151조) 또는 구인(형사소송법 제152조)은 자제하는 것이 아동의 권익보호에 필요하다.¹¹⁰⁾ 따라서 아동에 대하여는 임상조사(사법경찰관리집무규칙 제19조) 또는 법정외 신문(형사소송법 제165조)에 의하여 증거를 획득하는 것이 바람직할 것이다.

그리고 아동증언의 신뢰성을 높이고 반복신문 등에 의한 제2차적 피해를 최소화하기 위해 초기에 유효한 증언을 확보하도록 해야 한다.¹¹¹⁾ 이러한 취지에서 검사는 제1회 공판기일전 증인신문(형사소송법 제221조의2)이나 증거보전(형사소송법 제184조)의 방법을 활용할 수 있을 것이다.¹¹²⁾ 또한 성폭력범죄의 경우 피해자측의 요청에 의한 증거보전의 방안이 마련되어 있는데(성폭력법 제22조의4¹¹³⁾), 이를 범죄의 종류를 불문하고 모든 아동 피해자에게 활용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 이 경우 증인신문의 과정을 비디오테이프 등 영상물로 촬영할 수 있도록 하고, 이렇게 촬영한 영상물에 수록된 범죄신고자 등의 진술에 대하여 증거능력을 인정해야 할 것이다(특정범죄신고자등보호법 제10조).

또한 피해사실의 공개로 인한 아동의 명예훼손, 사생활침해 또는 가정과피 등을 방지하기 위하여 심리의 비공개(법원조직법 제57조 제1항 단서, 성폭력법 제22조 제1항, 가정폭력법 제32조 제1항)가 철저히 요청되는 경우가 적지 않을 것이다.

아울러 가해자와의 대면으로 인한 공포나 낮은 사람들에게 노출에 따른 위축으로부터 아동을 보호하려면 피고인 등의 퇴정(형사소송법 제297조, 특정범죄신고자등보호법 제11조 제5항, 제6항)이나 법정외의 장소에서의 신문(성폭력법 제22조 제3항, 가정폭력법 제32조 제2항)을 보다 적극적으로 활용하는 방안을 강구하는 것이 필요하다.

이러한 맥락에서 재판장만이 피해아동 및 보좌인과 동일한 공간에서 신문을 진행하고, 나머지 신문 참여자들은 다른 공간에서 일방통행거울(one-way mirror) 또는 비디오중계(CC-TV)를 통해

신문과정을 지켜보면서 마이크와 이어폰을 거쳐 재판장에게 질문을 전달하여 재판장이 아동에게 질문을 하도록 하는 방안의 도입이 문제된다. 독일의 경우 16세 미만의 증인에 대하여는 재판장이 단독으로 신문하는 것을 원칙으로 하고 있다(독일형사소송법 제241조a).¹¹⁴⁾ 영국의 경우 아동이 증인이 된 경우 비디오 중계에 의한 증언을 허용하고 있는데, 이 경우 아동에 대한 반대신문은 가능하되, 다만 아동학대(child abuse) 피고인이 아동 증인을 직접 반대신문하는 것은 금지하고 있다(1991년 형사사법법 제55조, 1988년 형사사법법 제32조).¹¹⁵⁾ 미국의 경우 아칸소주, 캘리포니아주, 콜로라도주, 인디애나주, 아이오와주, 뉴멕시코주 등에서 성범죄 피해아동의 진술을 비디오로 촬영한 것으로 증인신문에 대체하고 있는데, Coy v. Iowa 판결¹¹⁶⁾에서 폐쇄회로의 모니터를 통한 증인신문은 연방헌법 수정 제6조에 위반한다고 판시한 바 있으나 Maryland v. Craig 판결¹¹⁷⁾에서는 공공정책의 필요와 증인의 신뢰성이 확인되면 직접대면권을 제한하는 것도 가능하다고 판시하고 있다. 호주에서도 아동에 대하여 비디오중계에 의한 증인신문을 허용하고 있다.¹¹⁸⁾ 우리나라의 경우에도 적어도 아동에 대한 것부터 비디오중계에 의한 증인신문방식을 도입하는 것이 바람직하다.¹¹⁹⁾

(4) 아동을 위한 편의 제공

아동이 참고인 또는 증인의 자격으로 형사절차에 등장할 때 국가기관으로서 아동에게 최대의 편의를 제공함으로써 필요한 협력을 확보함과 동시에 제2차적 피해를 예방해야 할 것이다. 이러한 맥락에서 아동에 대하여 출석요구 또는 소환을 하는 경우 대기시간을 최소화하고 다른 사람들과의 접촉하지 않도록 대기실을 따로 제공하는 것이 바람직하다.¹²⁰⁾ 나아가 아동사건 관련자의 전문화와 상호협력, 아동을 위한 법정출석 예비용, 아동친화적인 법정과 심리 등에 관한 구체적이고 현실적인 방안을 마련해야 할 것이다.¹²¹⁾

V. 맺음말

우리 헌법과 법률은 물론 국제법규에서 아동의 법적 지위와 권익에 관한 매우 상세한 규정을 두고 있고, 형사절차와 관련된 규정도 적지 않다. 그런데 아동이 직접 헌법, 법률, 조약 등을 제정한다면 현재보다 더 나은 것을 산출할지는 사실 의문이다.

아동을 성인과 동등한 권리주체로 볼 것인가, 아니면 성인과는 다른 보호대상으로 볼 것인가는 굳이 어느 하나를 선택해야 할, 서로 대척점에 있는 입장은 아니다. 특히 국가와 개인의 대립이

109) 대판 1991.5.10. 91도579, 공 1991, 1680면.

110) 서보학, "형사절차상 성범죄 피해아동 보호방안", 형사정책연구, 제7권 제4호, 1996, 195면.

111) 독일의 경우 "형사절차 및 벌칙금절차에 관한 규칙(RiStBV)" 제221조 제1항에서 아동에 대한 성범죄사건의 경우 아동의 기억력이 빨리 감퇴하고 주위의 영향력을 받을 가능성이 많다는 것을 이유로 신속한 수사를 요구하고 있다.

112) 입법론으로 형사소송법 제221조의2에 '성폭력범죄 피해아동의 보호를 위하여 필요한 경우'를 요건으로 추가하자는 주장은 정현미/장규원/진수명/박철현, 성폭력범죄 형사절차상 피해자보호, 한국형사정책연구원, 1999, 150면.

113) 피해자 또는 그 법정대리인은 피해자가 공판기일에 출석하여 증언하는 것이 현저히 곤란한 사정이 있는 때에는 그 사유를 소명하여 당해 성폭력범죄를 수사하는 검사에 대하여 형사소송법 제184조 제1항의 규정에 의한 증거보전의 청구를 할 것을 요청할 수 있고, 요청을 받은 검사는 그 요청이 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 증거보전의 청구를 할 수 있다.

114) 상세히는 정용수, "독일형사소송법상 증인보호제도: 수사 및 공판절차에 비디오기술의 도입문제와 관련하여", 법무연수원 홈페이지(<http://www.lrti.go.kr/>) 참조.

115) Leng/Manchester, A Guide to the Criminal Justice Act 1991, 175-176면.

116) 108 S.Ct. 2798 (1988).

117) 47 Cr.L. 2258 (1990).

118) Bohlander, "Der Einsatz von Videotechnologie bei der Vernehmung kindlicher Zeugen im Strafverfahren", ZStW, 1995, 82-116면.

119) 서보학, "형사절차상 성범죄 피해아동 보호방안", 200면; 강은영, 아동 성학대의 실태 및 대책, 한국형사정책연구원, 2000, 242면.

120) 서보학, "형사절차상 성범죄 피해아동 보호방안", 196면.

121) 상세히는 정진수, 아동증언에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000, 115-135면 참조.

극명하게 드러나는 형사절차에서 아동이 성인이나 다른 아동에 비하여 불리한 차별을 받지 않도록 하는 것이 더욱 중요한 문제이다.

이 글에서 형사절차에서 비행소년과 피해아동이 각각 어떠한 권리와 이익을 주장할 수 있는가를 관련 법규의 해석과 입법례의 비교를 통하여 다각도로 고찰하였다. 먼저 비행소년의 권익보호와 관련하여 첫째, 행위시를 기준으로 소년법의 사형·무기형의 완화, 부정기형·소년감경, 보호처분 등의 규정을 적용하여 사건처리의 객관성과 예측성을 확보할 것, 둘째, 소년에 대한 통고처분, 즉결심판, 약식절차, 벌금형 등을 배제하고 형사사건이 아닌 보호사건으로 처리하여 소년보호이념에 충실할 것, 셋째, 우범소년을 보호대상에서 배제하여 소년사법의 무절제한 확대를 방지할 것, 넷째, 소년에 대한 구속과 소년분류심사원위탁의 활용을 최대한 자제하여 미결구금의 폐해를 최소화할 것, 다섯째, 소년보호절차에서 국선보조인제도를 도입하여 변호인의 조력을 받을 권리를 충분히 보장할 것, 여섯째, 소년보호절차에서 형사절차의 증거법제를 준용하여 적법절차원칙을 준수할 것 등이 요구된다. 또한 피해아동의 권익보호와 관련하여 첫째, 아동의 법정대리인은 고유권으로서 고소권을 행사할 수 있다는 것, 둘째, 성폭력 및 가정폭력의 피해아동은 직계존속을 고소할 수 있다는 것, 셋째, 13세 미만자에 대한 간음·추행은 친고죄인데 13세 미만자에 대한 강간·강제추행은 비친고죄로 한 것은 타당하나 의제강간·강제추행의 대상연령을 인상하는 것은 부적절하다는 것, 넷째, 피해아동의 보복범죄에 정당방위·긴급피난·면책을 인정하는 데에는 신중할 것, 다섯째, 아동을 위한 보좌인제도를 전면적으로 도입할 것, 여섯째, 아동의 증언능력이나 아동증언의 증거능력·증명력이 제한되지 않는다는 것, 일곱째, 아동의 증언에 있어 영상물촬영, 비공개, 비디오중계 등의 방식을 도입할 것, 여덟째, 아동의 출석과 증언을 위한 편의를 최대한 제공할 것 등이 요청된다.

모쪼록 형사절차에서 비행소년이든 피해아동이든 다양한 권익보호의 방안을 마련해야 하지만, 우선 적어도 불합리한 차별로 억울한 일이 발생하지 않도록 법과 제도를 운영해야 할 것이다.

형사절차상 외국인 노동자의 처우

김성근(변호사)

I. 글머리에

1. 외국인 노동자의 개념

외국인 노동자란 근로의 목적으로 국내에 체류하는 외국인을 가리킨다. 최근에는 이주노동자(Migrant Labor)로 부르기도 한다.

외국인 노동자의 개념을, 취업이 가능한 체류자격을 갖고 있는가의 여부와 노동관계법상의 노동자로 볼 수 있는가 등에 따라 구분하기도 하지만 여기서는 소수자로서의 외국인 노동자가 형사절차에서 어떻게 대우받고 있는가를 논하고자 하는 것이므로 그 범위를 좁게 한정할 필요는 없다고 생각된다.

그러므로 여기서 논하고자 하는 외국인 노동자에는 합법적인 취업비자를 받아 국내에 체류하는 외국인, 산업연수생뿐 아니라 취업이 가능한 체류자격을 갖지 못한 외국인 노동자들도 모두 포함한다. 불법체류자나 밀입국자 등도 여기에 포함시킬 수 있겠다.

2. 논의의 중점

외국인 노동자에게 발생하는 법률문제는 출입국관리법위반, 임금이나 노동조건에 분쟁, 산재사고 등 여러 가지가 있겠지만, 여기서는 범죄를 저지른 외국인 노동자가 경찰, 검찰 등 수사기관의 조사를 받고 형사법원에서 재판을 받는 일련의 형사절차에서 처우상 불이익한 경우는 없는지를 짚어보려고 한다.

형사법에서는 민사법과는 달리 상호주의가 적용되지 않고 외국인은 내국인과

동등한 지위를 가지는 것이 원칙이다. 특히 형사절차법에서는 외국인노동자를 달리 처우할 이유가 없다. 다만, 피의자나 피고인이 외국인이기 때문에 겪게 되는 문제점을 살펴보려는 것이다.

II. 사례의 소개

서울지방변호사회가 발간하는 '시민과 변호사'지에 실린 어느 변호사의 경험담을 보면 외국인 노동자의 문제가 무엇인지를 엿볼 수 있다. 편의상 내용 일부를 간추려서 실었다.

국내 모 인쇄출판업체에 '산업기술연수생'으로 온 글렌(Glen A. Descalso)은 필리핀에서 2년 과정의 공과대학을 졸업하고 돈을 벌어 가족을 부양하기 위하여 약 두 달 전 한국으로 온 24세의 청년이었다. '글렌'에게 씌워진 혐의 내용은 피고인이 그해 11월 13일 일요일 밤 12시경 다른 필리핀 청년 3명과 함께 서울 성동구 성수동 뒷골목에서 20대 초반의 한국 청년 3명과 시비하던 중 65cm짜리 각목으로 한국 청년의 얼굴을 내리쳐 전치 약 4주의 상악좌측 중절치 치관 및 치근 파절상을 입혔다는 것이었다.

글렌은 폭력행위등처벌에관한법률위반혐의로 기소되자 무죄를 주장하면서 YMCA를 통하여 주위의 도움을 호소하였고, 필자는 서울지방변호사회의 소송구조절정에 따라 문제의 필리핀 청년을 변호하게 되었다.

필자는 수사기록과 관계인들의 이야기를 종합해 본 결과 다음 사실을 확인할 수 있었다. 글렌은 사고 당일 밤 7시경 자신보다 먼저 한국에 와서 불법체류 상태에 있던 친형인 '프레디 데스칼소'를 만나 함께 지내다가 밤 11시 30분 경 공장 기숙사로 돌아왔을 뿐이고, 같은 기숙사를 사용하던 다른 필리핀 청년들과 한국청년들 사이의 싸움 현장에는 없었다. 그런데 불운하게도 글렌이 귀가한 직후 한국 청년들과 패싸움을 한 다닐로 리베라, 찰리 코로나도 등이 기숙사로 도망쳐 왔고, 뒤이어 경찰차와 피해자인 한국 청년들이 기숙사로 들이닥쳤다. 한국 경찰은 기숙사에 있던 필리핀 근로자들 7명을 밖에 일렬로 세워놓고 피해자인 한국 청년들에게 가해자를 지목하도록 하였고, 당시 술에 취해 싸움을 벌여 흥분한 상태이던 피해자들은 어두운 조명 아래에서 누가 누구인지 제대로 본감이 되지 않는 글렌 등 외국인 4명을 가해자로 지목하였다.

1심 재판 기간 동안 여섯 차례의 변론이 진행되었다. 글렌과 동료들이 외국인이었으므로 재판 과정에는 처음부터 영어 전문 통역인이 참여하여 진행되었고, 구치소 접견시에도 그 통역인이 참여하여 의사소통을 도왔다. 그러나 문제는 필자가 영어에 능통하지 못한 만큼 그들 역시 영어에 능통하지 못하다는 점에 있었다. 필리핀인은 모두 영어를 잘 하는 줄 알았는데 그것이 아니었다. 필리핀인들은 보통은 타갈로그어를 쓴다는 사실을 처음 알았다.

재판 진행 도중 글렌과 찰리, 다닐로 등은 통역의 영어 질문을 제대로 이해하지 못하는 듯했고, 통역 역시 그들의 조잡한 영어 대답을 제대로 번역하는데 상당한 어려움을 겪는 듯했다. 이런 상태로는 재판을 정상적으로 진행할 수 없다고 생각한 필자는, 재판 도중 법원에 필리핀 고유어를 구사할 수 있는 사람을 통역으로 선정해 줄 것을 부탁하였다. 필자는 재판부의 승낙을 받아 당시 한국에 파견나와 있던 필리핀인 '우진(Eugenio Eocoy)' 신부(神父)에게 통역을 부탁하였고, 그를 통하여 타갈로그어를 통역함으로써 글렌과 찰리, 다닐로 등의 진술을 제대로 들을 수 있었다.

필자는 변론을 진행하면서 먼저 글렌과 공동 피고인인 찰리, 다닐로 등은 영어에 익숙하지 않아 필리핀 고유어인 타갈로그어로 통역하여야 함에도 경찰이 수사 과정에서 그들과 뜻이 잘 통하지 않는 영어로 조사를 하고 그들이 진술하지 않은 사실들을 다수 기재하고 있는 문제를 지적하였다.

법원은 다른 형사사건보다 2-3배의 시간이 소요되고 통역을 통하지 않으면 의사소통이 되지 않는 난관이 있었음에도 인내심을 가지고 재판의 전과정을 잘 들어주었고, 또 변호인에게 입증의 기회를 주었다. 변호인의 입장에서 한국 사람들의 형사재판을 할 때에 비해 오히려 더 충분한 변론을 할 기회를 가졌다고 생각한다.

그러나 경찰 단계에서 피해자들의 진술을 과신하였기 때문이었는지, 정작 재판 결과는 실망이었다. 법원은 1995년 5월 2일 글렌의 무죄주장을 모두 배척하고, 글렌에 대하여 징역 8월에 집행유예 1년의 유죄판결을 하였다. 글렌은 서울외국인보호소에 수용되어, 사실상 구금상태로 강제출국될 날만 기다리는 신세가 되었다.

그러나 글렌은 자신의 무죄를 주장하면서 항소하여 자신의 결백을 밝히고 싶다는 뜻을 밝혔다. 글렌은 1심 재판 결과에 불복하여 항소하였다. 글렌 사건을 소개한 YMCA 측 간사와 필자는 서울외국인보호소에 각서를 제출하는 조건으로 글렌의 보호를 해제시켜 글렌이 자유의 몸으로 재판을 받을 수 있도록 배려했다. 글렌은 외국인보호소를 나온 후 친형인 프레디와 함께 기거하면서 2심 재판을 받게 되었다.

그러나 정작 2심 재판은 입증 방법의 곤란으로 인하여 난관에 봉착하였다. 사고현장에 있었던 사람으로서 진실을 밝힐 수 있는 사람들 중, 한국인 피해자들은 집을 나가 연락처를 알 수 없었고, 필리핀 청년들은 일부는 본국으로 귀국하였고 나머지 일부는 직장을 이탈하여 잠적해 버렸기 때문이었다. 사건 현장에 있던 유력한 증인인 필리핀 청년은 불법체류자 신분이라서 증인으로 나설 수 없었다. 부득이 2심 재판의 변론을 종결할 수밖에 다른 방법이 없었다.

필자와 YMCA의 간사는 2심 변론을 종결한 후 글렌에게 1999년 11월 29일 선고기일에 반드시 출석해야 한다는 것을 재삼 부탁하고 남자의 명예를 걸고 약속을 지키라는 다짐을 받았다. 글렌은 꼭 출석하겠다고 약속하였다. 그런데 1999년 11월 29일 선고기일, 문제가 생겼다. 피고인인

글렌이 출석하지 않은 것이다. 결과를 받아들이기가 무서웠기 때문일까. 피고인이 없이 재판을 진행할 수는 없는 노릇. 법원은 선고기일을 한 번 연기하였다.

필자와 YMCA 측 간사 역시 대단한 실망이었다. 서울외국인보호소의 담당자가 나서서 글렌의 소재를 찾았고, 글렌은 물론 당시 불법체류 상태에 있던 형인 프레디마저 함께 외국인보호소에 수용해 버렸다. 이미 글렌이 약속을 어기고 선고기일에 불출석하여 물의를 일으킨 상태라, 달리 보호를 해제해 달라는 부탁을 할 수도 없었다. 결국 글렌은 법원으로부터 항소기각 판결을 받고, 형인 프레디와 함께 필리핀으로 강제출국을 당하였다.

(추신 : 이 사건에서 재판 진행상으로는 글렌이 외국인이었기 때문에 더 불이익을 받은 바가 전혀 없다는 점을 분명히 밝혀둔다. 글렌은 외국인이었기 때문에 오히려 우리나라 사람보다 더 많은 변론과 입증의 기회를 가졌다고 생각한다).

III. 개별적 검토

형사절차에서 외국인 노동자가 처할 수 있는 문제로는 언어소통의 어려움, 법체계와 문화의 차이로 인한 어려움 등 몇 가지가 있다. 아래에서 두서없이 이를 간략히 짚어보기로 한다.

1. 언어소통의 어려움

(1) 수사절차

외국인 노동자의 형사절차에서의 인권보장을 기하기 위해서는 내국인과 동일한 수준의 조사를 받을 수 있도록 해야 한다. 언어소통의 어려움을 해결하려면 통역인의 확보가 필수적인데 현실적으로는 예산 등의 문제로 통역인의 확보가 안되어 있는 실정이라고 한다.

경찰에서는, 현재 통역인의 수당이 1시간에 2만원으로 책정된 예산 때문에 통역인을 구하기가 쉽지 않다고 한다. 때로는 영어, 일본어, 중국어 등은 경찰서 보안과 외사계의 직원을 지원받아 신문을 하기도 하나 그 밖의 언어권의 피의자들의 경우에는 통역인을 위촉해야 하는데 수당의 비현실성 때문에 통역인을 구하기 어렵다는 것이다.

검찰에서도 사정은 그리 나아보이지 않는다. 별도의 통역인 명부가 마련되어 있지 않아 영어의 경우에는 국가배상위원회에 소속된 영어능통자를 지원받아 통역인으로 활용하고 그 밖의 국가들의 경우에는 법원의 통역인을 데려다가 수사에 활용하고 있는 정도라고 한다.

이런 문제 외에 수사기법 상으로도 문제가 있다고 한다. 통역인을 통해서 피의자를 신문하면 이중으로 신문하는 셈이 되어 수사기술상 자백을 받기 어려운 문제점도 있다는 것이다.

(2) 재판절차

(가) 전담재판부

외국의 실무례에, 전문재판부를 두고 운영하는 나라가 있고, 특히 프랑스에서는 보트피플 등에 대한 법적 문제를 해결하기 위하여 아시아·동구담당 재판부가 구성되어 있다고 한다.

대법원은, 외국인의 권익을 보장하고, 우리나라의 사법운명을 국제적인 수준으로 끌어올림으로써 국제사회의 신뢰도를 제고하기 위한 목적으로 2000년 2월에 서울고등법원, 서울·인천·수원·부산·광주 지방법원 등 6개 법원에 외국인 형사사건 전담재판부를 설치하였다.

2002년 12월 현재 서울지방법원 본원에는, 제7형사부와 제22형사부, 제1형사단독이 외국인 전담재판부로 지정되어 있다.

외국인의 형사사건은 발생건수가 그리 많지 않다고 한다. 외국인 노동자를 포함하여 외국인이 피고인인 사건은 서울지방법원 제1형사단독의 경우, 배당된 총사건 수의 10% 밖에 안된다고 한다. 사건의 내용도 주민등록증을 만들기 위한 문서위조죄 등이 많다고 한다.

지방의 법원은 사건수가 훨씬 적다고 한다. 미군부대가 있고 국제항으로서 외

국민의 통행이 잦고, 중소기업들이 많아 외국인 노동자의 수가 적지 않은 평택 일대를 관할하는 평택지원에서도, 외국인 노동자의 사건은 그리 많지 않다고 한다. 평택지원이 취급하는 외국인 노동자의 형사사건은 현재를 기준으로 연간 2-3건에 불과하다고 한다.

(나) 영장실질심사절차

외국인에 대해서 구속영장이 청구된 경우 수사 과정에서 통역한 자를 통역인으로 선정할 수 있도록 하고 있다.

원래는 법원에서 위촉된 통역인을 선정하여 통역하게 하는 것이 바람직하나, 실무상 인적·시간적 제약으로 말미암아 대부분 수사기관이 피의자를 조사하는 과정에서 활용한 통역인을 수사기관의 협조를 얻어 심문기일에 대동하게 하여 통역인으로 선정하여 통역하게 하고 있고, 법원에서 위촉된 통역인을 선정하여 통역하게 하는 경우는 거의 없는 것으로 보인다.

구속영장의 접수단계에서부터 구속영장이 청구된 피의자가 외국인임이 판명되는 경우에는 즉시 수사기관에 연락을 하여 통역인의 대동이 가능한지 여부를 확인한 다음 심문기일을 지정한다. (이상, 1998년 발간된 법원실무제요 형사 제2판 참조)

(다) 통역인의 확보

대법원은, 양질의 법정통역을 안정적으로 확보하고, 통역인이 재판절차에 보다 충실히 조력할 수 있도록 하는 제도개선을 지속적으로 진행하고 있다. 2000. 5. '통역인의 지정 및 통역료의 산정에 관한 예규'를 개정하여 시행하고, 2000. 6. 우수 통역인 명부를 작성하여 각급 법원에 이를 송부함으로써 재판실무에 활용하도록 하고 있다.

영어능통자를 법원행정처에서 공개시험을 통하여 계약직 6급 직원으로 채용해 배치하고 나머지 언어의 경우에는 통역인 명부를 비치하여 활용하고 있다. 통역인은 각국별로 편성되어 있다. 현재 서울지방법원 본원에 비치된 통역인 명부에는

대부분 한국인으로 구성되어 있고 파키스탄과 이란어를 통역하는 사람은 외국인으로서는 한국말을 잘 하는 사람이라고 한다.

통역인은 피고인의 해당국가의 언어를 잘 알아야 하는 것은 당연하지만 법적인 지식도 갖추어야 할 것으로 생각되는데, 현재로서는 특별히 법학적 소양을 가진 사람을 선발하는 것이 아니기 때문에 이 부분이 미흡하다고 생각된다.

이런 문제점을 해결하기 위하여 일본은 각 나라별로 통역언어자료집을 만들어 이를 통역인들이 사용하도록 하고 있다고 한다. 예를 들면, 판사가 '진술거부권을 고지한다'든가, '상소기간을 고지한다'든가 할 때 법적 지식이 없는 통역인은 그 정확한 의미를 모르므로 통역에 어려움을 겪을 수가 있는데 이때 미리 그런 말을 번역한 통역언어자료집을 활용하여 이를 피고인에게 고지하는 방법으로 도움을 주고 있다고 한다.

우리나라의 경우에는 아직 위와 같은 통역언어자료집은 마련하고 있지 않다. 앞으로 이 부분에 대해서도 검토가 있어야 한다고 본다.

(라) 보석허가

외국인 노동자에게는 보석 결정에 있어서 어려움이 있을 것으로 예상할 수 있다. 불법체류를 하는 경우에는 인하여 주거가 일정하지 않은 경우가 많고 도망의 염려도 크다고 볼 수 있기 때문이다.

(마) 약식절차, 즉결절차

약식절차, 즉결절차의 경우에 정식재판의 청구에 관한 안내문에 관하여 피고인의 해당국가의 언어로 된 번역본을 교부하는 정도는 큰 노력없이 가능할 것으로 생각된다.

2. 법체계와 문화의 차이로 인한 문제

외국인 노동자의 형사사건의 수사나 재판의 관여자들은 대개 언어만 소통하면

외국인노동자의 형사재판에 관한 문제는 해결되었다고 판단하기 쉽다. 그러나 언어소통에 못지 않게 중요한 것은, 법체계나 문화의 차이로 인한 오판의 가능성이 있는지 여부를 살펴보는 자세라고 생각된다.

몇 년전 미국에서 교포 여성이 직장에 가면서 맡길 데가 없는 아이를 혼자 방안에 가두어 두고 나갔는데 그 아이가 혼자 장난을 치다가 장롱 위의 텔레비전이 떨어지면서 깔려 숨진 사건이 있었다. 귀가하여 아이가 숨진 것을 뒤늦게 발견한 그 여인은 아이를 부둥켜 안고, '내가 죽였다'며 통곡을 했는데, 이것을 미국 경찰이 자백으로 받아들였다는 사례가 있었다.

이것은 문화나 의사소통의 차이가 얼마나 형사절차에서는 위험한 요소인가를 웅변해 주는 것이다. 그 교포여성은 수 년간 미국에서 생활했기 때문에 언어소통에는 큰 문제가 없었을 것이다. 그러나 문화적인 면에서는 완전히 미국인으로 동화되지 않은 한국인의 습성을 그대로 간직하고 있었다. 우리나라에서 자식이 어떤 경우에 처하건 일단 부모의 잘못으로 생각하는 것이 정상적인 부모들의 태도인데 미국경찰과 법원이 이것을 이해하지 못하고 형사절차상의 최초의 신빙성있는 자백으로 본 것이다. 문화의 차이에 대한 이해가 조금만 있었더라면 그 교포여성이 억울한 옥살이를 하지는 않았을 것이다.

앞으로 이런 관점에서 살피볼 수 있는 세심함을 형사절차 관여자들이 갖추도록 노력한다면 더 바랄 나위가 없을 것으로 생각한다.

3. 변호인의 선임이 어려운 문제

외국인 노동자들은 우리의 형사법절차에 대해 무지한 경우가 대부분이므로 기록복사 등 사소한 것에서부터 어려움에 부딪힌다. 형사문제에 당면한 외국인 노동자에게 있어서 변호인의 선임은 통역인 못지 않게 중요한 문제이다. 특히 무죄를 다투는 경우에는 반드시 변호인의 조력이 필요하다.

그런데 대부분 경제적 후진국 출신인 외국인 노동자들은 한국에서 변호사를 선임하는 일이 매우 어려운 문제이다. 화폐가치의 차이 때문에 변호사 선임료에 대해 우리나라 사람들이 느끼는 것보다 몇 배나 더 커다란 부담감을 갖는 것 같

다.

변호인을 선임하기 어려운 외국인 노동자들이 이용할 수 있는 제도로는, 법원의 국선변호인제도와 변호사회가 자체적으로 실시하고 있는 소송구조제도가 있다.

법률구조공단에서는 민사사건의 경우에는 외국인을 구조대상으로 하고 있으나 무슨 영문인지 형사사건의 경우에는 구조대상에서 제외하고 있다. 형사사건의 경우에도 구조대상에 포함하여 변호인을 선임하기 어려운 외국인 노동자들이 이용할 수 있는 제도를 확장하는 것이 옳다고 생각된다.

4. 외모의 구분이 어려운 문제

범인으로 지목하는 방법에 있어서도 개선할 부분이 있다고 생각된다. 목격자들이 과연 제대로 범인을 지목한 것인지 의문이 드는 경우가 있다.

이런 점을 개선하자면 비슷한 사람을 놓고 가려내도록 하는 방법이 도입되어야 한다. 다만 이런 식의 방법은 아직 내국인에게도 도입되지 않은 제도이다. 실제로 내국인의 범죄의 경우에도 범인을 지목하기 위하여 경찰관이 피해자를 차에 태우고 가서 범인을 멀리서 잠깐 살펴보게 하고 진범 여부를 가리도록 하는 것이 현실이다. 범인이 피해자를 알아보면 보복을 당할까 염려되어 이를 방지하기 위하여 그런 식으로 범인을 지목하게 한다는 것이다. 그런 식으로는 진범 여부를 정확히 살펴보고 가려낼 수 없다.

외국인의 경우에는 이런 문제점이 더욱 크다고 할 것이다. 우리나라 사람이 보기에 파키스탄인끼리는 서로 구분이 안되고 아프리카 사람들끼리는 같은 사람으로 보인다. 이런 설비를 구비하여 보다 합리적인 수사를 할 필요가 있다고 생각된다.

5. 강제출국

구속된 외국인 노동자가 집행유예를 선고받는 경우는 법원이 즉시 출입국관리소에 통보하여 강제출국 절차를 밟게 된다. 실형을 선고받으면 교도소에서 형기

를 마친 후 강제출국된다.

IV. 사례

아래 사례는 필자가 경험한 것인데, 엄밀히 말하면 외국인 노동자의 것은 아니지만 동일한 문제점을 지닌 것이므로 참고로 제시해 보았다.

1. 사건을 만난 경위

필자는 1999. 5. 17. 13:00 서울지방변호사회의 외국인노동자법률상담소를 찾은 피고인의 아버지의 상담을 받게 되었다.

피고인 알리와 그 아버지인 무하마드는 파키스탄 사람이다. 피고인은 우리나라에서 신발을 구입하여 파키스탄으로 수출하려고 1998. 8. 5. 입국한 청년이고, 그 아버지는 파키스탄 국립은행의 직원인데 아들이 체포된 뒤 그 뒷바라지를 위하여 입국하였다.

대화는 외국인노동자법률상담소의 통역 자원봉사자를 통해서 영어로 하였다. 한참만에 파악한 사실은, 알리가 1심에서 2년형을 선고받았고 항소를 하여 곧 재판이 있으며, 억울한 누명을 쓴 아들을 도와달라는 것이었다.

서울지방변호사회에 소송구조제도가 있기는 하나 승소가능성이 있을 것을 요건으로 하므로 형사기록을 우선 복사하여 검토하고 나서 소송구조 여부를 결정하기로 하였다. 실제로 형사기록을 복사하는 일은 필자의 사무소의 직원을 피고인의 아버지와 법원에 동행하도록 하여 복사를 도와주기로 하였다.

5. 18. 법원에 갔더니 담당직원이, 무하마드가 피고인의 아버지인 것을 무엇으로 증명하느냐면서 기록복사를 거부하였다. 법원 직원을 믿게 할만한 서류를 현실적으로 마련할 수 없었다. 필자는 다급한 나머지 담당재판부의 재판장에게 전화를 걸어 이런 사정을 알리면서 협조를 요청하였고 재판장의 명에 의하여 겨우 복사가 가능하였다.

2. 피고인의 범죄사실

피고인은 다른 파키스탄 공범과 함께, 1998. 10. 1.부터 10. 8. 까지 사이에 남의 주민등록증과 자동차운전면허증을 절취하고, 이를 이용하여 남의 이름으로 핸드폰 가입신청서를 위조하고, 신청한 핸드폰을 무단으로 사용함으로써 통화료 1억 2,000만원 정도의 재산상 이익을 취득하였다는 것이었다.

절도, 사문서위조 및 동행사, 사기죄로 구속 기소되어 서울지방법원 서부지원에서 징역 2년의 형을 선고받고 영등포구치소에 수감중이었다.

피고인에 따르면, 1998. 10. 8. 현행범인으로 체포되던 날, 비비를 신청하려 피해자의 핸드폰 가게에 갔는데, 피해자가 핸드폰을 하나 내밀면서, '건국대학교에 다니는 당신의 사우디아라비아 친구에게 갖다주라, 돈은 다 받았으니 갖다주기만 하라'고 했다는 것이다. 피고인이, 저는 파키스탄인데 사우디아라비아 사람은 모른다고 말하자 주인이 바로 경찰에 전화하여 경찰이 와서 데리고 갔다는 것이었다.

3. 접견

필자는 1999. 5. 31. 영등포구치소에서 통역인을 데리고 가 피고인을 접견하였다. 통역인은 원심에서 통역을 했던 사람인데 사건 기록을 보고 그 전화번호로 연락하여 통역을 부탁하였더니 시간당 얼마라는 식으로 요구를 하여 대동하게 되었다. 통역인은 파키스탄인으로서 우리나라에 귀화하려고 절차를 밟고 있는 중이었던 것으로 기억한다.

영등포 구치소에 접견실로 가는 도중 통역인을 대동하는 것에 대해서 약간의 문제가 발생하였다. 구치소에서 변호인 외 통역인의 동행은 안된다는 것이었다. 겨우 설득을 하여 변호인 접견실에 통역인을 동행할 수 있었다. 접견을 하면서 기록을 넘기며 물어보았는데 통역인이 피고인과는 파키스탄 말로 대화를 하고 필자에게는 통역인이 영어로 번역하여 들려 주었다. 통역인의 한국어가 시원치 않아 영어로 필자와 대화를 나누었는데 영어에 능통하지 못한 필자로서도 대화가 제대로 될 리 없었다. 매우 힘들고 고통스러운 접견이었던 것으로 기억한다.

4. 1심 재판

1심 판결은 핸드폰가게 주인과, 피고인이 절취하였다는 자동차운전면허증의 소유자의 진술만을 근거로 피고인에게 유죄를 인정하였다.

피고인은 영어를 약간 할 수 있고 우리말은, 글을 해독하지는 못하고 말하기만 약간 할 정도이었다. 경찰과 검찰에서는 아예 통역을 붙이지 않거나 영어만 할 수 있는 통역을 통하여 조사를 하였다. 검사에게, 대사관에 연락해서 통역관을 붙여달라고 하였으나 들어주지 않았다고 한다. 1심법원에서 처음으로, 우리말을 할 수 있는 파키스탄인을 통역으로 하여 재판을 하였다.

피고인은 수사기관 이래 1심의 2회 공판까지 공소사실을 일관되게 부인하다가 제3회 공판에서 일시 공소사실을 인정하였고 그뒤 4회 공판부터는 다시 공소사실을 부인하고 있었다.

피고인에게 그 이유를 물어보니, 1심의 공판시 법정에 갈 때마다 미리 검사(또는 계장인지 분

명치 없음)가 불러서 얘기를 했고, 그때 피고인이 검사에게, '어떻게 하면 집에 갈 수 있어요?' 라고 물으니, '네가 법정에서 다 인정하면 3, 4일이면 집에 갈 수 있다고 했다'는 것이다. 피고인은 3, 4일만에 나갈 수 있을 줄 알고 공소사실을 인정하였는데 기대와 다르게 석방되지 않고 재판이 계속되자 다시 공소사실을 번복하였다는 것이다. 이런 점이 항소심 재판부에 피고인의 인상을 나쁘게 하였다.

5. 항소심 재판 과정

피고인이 구치소에서 낸 항소이유서에 항소이유가 양형부당으로 표시되어 있었는데 나중에 확인하니 이것은 대필을 해 준 같은 방의 재소자가 착오로 잘못 표시한 것이었다.

1999.6.2. 항소심 첫 공판인데 조금 늦게 도착하니 다른 재판을 진행 중이었으나 피고인 알리는 안보여서 알아보니 벌써 결심했고 6.18. 선고한다는 것이었다. 어제 선임계와 의견서를 야간 접수를 했는데 그것이 재판부에 전달되지 않은 것이었다.

나중에 조서를 열람해보니 피고인이 공소사실을 인정한 것으로 조서에 정리가 되어 있었다. 어찌된 일인가 싶어 구치소에 가서 피고인에게 물어보니 인정한 것이 아니라는 것이었다.

필자는, '전회 공판기일에 피고인이 공소사실을 인정하는 것으로 정리되었으나, 피고인은 공소사실을 인정한 것이 아니라고 하는 바, 통역과정에 착오가 있었던 것으로 보이므로 변론재개를 요청한다'는 내용으로 재개신청서를 제출하였고 7.7. 공판이 재개되었다.

그런데 재판장이 필자에게, '재판부를 곤혹스럽게 하고 있다'며 질책하는 태도를 표명하였다. 전회에 피고인이 인정한 것을 변호인이 뒤집는 것에 대해 불쾌감을 표시한 것이었다.

피고인의 무고함을 밝혀줄 증인으로 3명을 신청하였는데 다음 기일에 증인이 한 사람도 안나왔다. 재판장은 결심할 수밖에 없다고 하였다.

6. 선고

항소심에서 무죄주장이 받아들여지지는 않았으나 징역 1년 6월로 감경되었다. 죄질이 안좋고 범죄사실을 자백하지 않고 피해자와의 합의도 전혀 이루어지지 않은 상태에서 6개월을 감경한 것은 그나마 법원이 외국인의 열악한 처지를 감안한 것으로 보인다.