

인권정보자료실
G1.121

앰네스티 범률가위원회

인 권 세 미 나

제1주제: 탈북난민의 인권보호대책

제2주제: 외국인근로자의 인권보호대책

제3주제: 형사절차에서의 인권보호대책

제4주제: 행형에서의 인권보호대책

제5주제: 사형폐지의 문제

· 일 시 : 2001년 12월 8일(토) 13:00~17:30

· 장 소 : 고려대학교 법학관(신관) 101호 대회의실

앰네스티 범률가위원회

세계인권선언 제53주년기념 인권세미나

원내

G1.121

앰네스티 법률가위원회

인 권 세 미 나

제1주제: 탈북난민의 인권보호대책

제2주제: 외국인근로자의 인권보호대책

제3주제: 형사절차에서의 인권보호대책

제4주제: 행정에서의 인권보호대책

제5주제: 사형폐지의 문제

· 일 시 : 2001년 12월 8일(토) 13:00~17:30

· 장 소 : 고려대학교 법학관(신관) 101호 대회의실

앰네스티 법률가위원회

세미나 일정

등록 및 개회

1:00 ~ 1:30

등록

1:30 ~ 1:50

개회사 : 심재우 (법률가위원회 위원장)

주제 발표

1:50 ~ 2:30

· 사회 : 차병직 (변호사, 법무법인 한결)

제1주제 : 탈북난민의 인권보호대책

- 발표자 : 박기갑 (교수, 고려대 법학과)
- 토론자 : 안 식 (변호사, 법무법인 한결)
이장희 (교수, 한국외대 법학과)

2:30 ~ 3:10

제2주제 : 『移住勤勞者』의 人權保護를 위한 法政策方向

- 발표자 : 박중희 (교수, 고려대 법학과)
- 토론자 : 권두섭 (변호사, 민주노총 법규차장)
하경효 (교수, 고려대 법학과)

3:10 ~ 3:30

Coffee break

· 사회 : 조천수 (교수, 목포대 법학과)

3:30 ~ 4:10

제3주제 : 刑事節次에서의 人權保護對策

- 발표자 : 손동권 (교수, 건국대 법학과)
- 토론자 : 장유식 (변호사, 참여연대 공익법센터)
조상제 (교수, 아주대 법학과)

4:10 ~ 4:50

제4주제 : 행정에서의 인권보호대책

- 발표자 : 한영수 (교수, 경원대 법학과)
- 토론자 : 신현호 (변호사, 연세대 보건대 외래교수)
이호중 (교수, 한국외대 법학과)

4:50 ~ 5:30

제5주제 : 사형제도는 폐지되어야 한다

- 발표자 : 하태영 (교수, 경남대 법행정학부)
- 토론자 : 여영학 (변호사, 공익환경법률센터 부소장)
박강우 (교수, 충북대 법학과)

폐회 및 저녁회식

書籍刊行部

북한인민출판사
평양시 남포동 10-1번지
전화번호 22-11111
1980년 1월 1일 발행
100부 한정판
가격 100원

탈북난민의 인권보호대책

박 기 갑 (고려대 법대 교수)

탈북난민의 인권보호대책

박 기 갑
(고려대 법대 교수)

목 차

- I. 들어가는 말
- II. 현 황
- III. 이론적 측면: 해결책과 문제점
- IV. 실정법적 측면: 해결책과 문제점
- V. 결 론

I. 들어가는 말

남북관계는 90년대 이전과 이후로 나누어 볼 때, 특히 2000년 6월 15일 남북 두 정상 회담과 그 결과인 '남북공동선언' 이후 상당히 많이 달라졌다고 평가되기도 한다.¹⁾ 물론 '대립에서 평화공존으로'라는 정치적 표어에 대한민국 국민들 대다수가 공감을 표하기는 하지만 객관적인 평가는 좀더 시간을 필요로 할 것이다. 왜냐하면 북한은 아직까지도 가장 호전적이며, 폐쇄적일 뿐만 아니라 대량살상무기 특히 생화학무기가 지구상에서 가장 많이 보유하고 있는 국가이며, 핵무기개발의혹도 아직 가시지 않고 있다. 더욱이 금번 세계인권선언 53주년을 맞이하여 엠네스티 법률가위원회의 인권 세미나에서 초점을 맞추는 북한주민들의 인권문제는 이제 남북관계에 있어 우리 정부가 보다 진지하게 그리고 장기적인 관점에서 접근해야 할 문제로 남아있다. 이하 발표자는 북한주민의 인권문제 중 특히 '탈북자의 인권문제'에 관하여 과거에 본인이 유사한 주제로 발표하였던 내용을 바탕으로 그 후 변화된 사항들을 부연하여 설명한다.²⁾

우선 논의의 출발점으로서 2001년 스위스 제네바에서 열렸던 유엔인권이사회 제72차 회기 중 7월 19일-20일 이틀간 북한이 제출한 제2차 국가인권보고서에 대한 심의과정에서 나타난 탈북자문제에 대한 북한당국의 입장을 아래 언급한다.³⁾

유엔인권이사회측 질문: 다른 나라에 망명했다가 강제송환된 공민들을 법적 혹은 실제적으로

1) 통일부, "평화와 협력의 시대로"(남북정상회담 1주년 해설자료), 2001년 5월.
 2) 박기갑, "북한이탈주민(탈북자)의 법적 지위에 관한 연구", 제15회 국제인도법 세미나(대한적십자사와 대한국제법학회 공동주최) 발표문, 1996년 11월 22일.
 3) 참고로 북한은 1981년 '정치적 및 시민적 권리에 관한 1966년 인권규약(B규약)에 가입한 이래 규약 당사국 의무로 되어 있는 국가인권보고서를 1983년에 단 한차례 제출하였으며, 1987년에 제출기로 예정되었던 제2차 국가인권보고서를 계속 미루어 오다가 이번에 유엔인권이사회의 심의를 받게 된 것이다. 출처는 이원웅, "유엔인권이사회 북한 제2차 국가인권보고서 심의참관결과보고", 제18회 북한동포의 생명과 인권 학술토론회 (사단법인 북한인권시민연합 주최), 2001년 9월 28일.

어떻게 처리하는지를 설명하시오. 또 2000년 1월 중국으로부터 송환된 7명의 귀국 공민들의 현재 상황에 대해서 설명하시오.

북한 대표단측 답변: 우리는 다른 나라로 망명하려는 사람들에 대해서 법적으로나 실제적으로 개의치 않는다. 쌍방인도협정에 따라 다른 나라로부터 넘겨받은 사람들은 해당기관의 조사를 통해 밀수 등 범죄와 관련이 없는 경우에는 법적으로나 실제적으로 문제시하지 않는다. 다음 2001년 1월 중국으로부터 송환된 사람들은 7명이 아니라 6명이다. 그들의 현재 상황은 다음과 같다. 중략. (모두 교화중이라고 답변함)

위에 언급한 질의·응답을 놓고 미루어 볼 때 북한당국은 북한지역을 사전허가없이 이탈하는 주민들의 존재를 인정하고 있지만 애써 문제삼으려 하지 않으려는 기색이 역력하며 또한 북한으로 강제송환된 탈북자들의 처리문제에 대해서 명확한 답변을 피하고 있다. 그리하여 유엔인권이사회는 북한측에 대해 주요 쟁점으로서 자료와 정보의 부족문제·국제인권법의 국내적 지위·사형제도의 정치적 남용가능성우려·재판부의 독립성 유지와 판사들의 권한·강제노동의 문제·여행의 자유 및 국제기구의 모니터링·재송환자에 대한 고문의 의혹 등을 제기하였다.⁴⁾

그러면 대한민국정부의 공식문서에도 언급되고 있는⁵⁾ 탈북자(북한이탈주민)의 인권 보호대책은 과연 어떻게 모색되어야 할 것인가? 우리는 이 발표문에서 탈북자가 북한관할지역과 대한민국 영역 밖에 머물고 있는 경우와 탈북자가 대한민국 영역내로 들어온 경우 두 가지로 나누어 살펴보기로 한다. 자세한 내용에 들어가기 앞서 탈북자의 개념과 현황을 간략히 소개한다.

II. 현 황

북한이탈주민이 급증하기 시작한 것은 90년대 들어 북한이 계속 마이너스 경제성장을 기록하는 등 경제가 피폐화되고, 특히 1994년 김일성 사망과 1995년 대홍수로 인해 식량사정이 극도로 악화되면서부터이다. 국내에 이들의 존재가 알려지기 시작한 것은 94년도 러시아의 북한 벌목공의 존재와 그들의 대한민국으로의 귀순이다. 80년대에는 주로 정치적 이유로 알려지던 인원수가 한해 5-6명 수준이었던 것이 94년 5월 정부가 러시아 벌목장 출신 북한 노동자를 받아들이기 시작하면서 다양한 사회신분을 가진 자들이 여러 탈출경로를 통해 94년 52명, 95년 41명, 96년 56명, 97년 86명, 98년 71명, 99년 148명, 2000년 312명 등이 국내로 입국하였다.⁶⁾ 그리고 올해 국내에 입국한 북한

4) 이원웅, 앞의 발표문.

5) 가령 통일부가 발행하는 『월간 남북교류협력 및 인도적 사업 동향』의 '북한이탈주민 지원 총괄현황'부분 참조.

6) 90년대 이후 발생하는 북한이탈주민의 특징으로 다음과 같이 분석하는 시각도 있다.

- 사회적 신분의 다양화: 군인, 남파간첩등 특수신분 중심에서 외교관, 해외무역상사주재원, 교수, 유학생 및 일반민간인등 다양한 신분계층으로 확산되고 있다.
- 탈출동기: 공산사회주의 이념문제뿐만 아니라 북한의 경제난이나 개인적 사정등 동기 역시 다양해지고 있다.
- 탈북경로: 종전 군사분계선 중심에서 인접국가인 중국이나 러시아를 통해서도 물론 제 3국을 통해서도 이루어지고 있다.
- 숫적 증대: 과거에 비해 빈번도와 인원수에서 월등 늘어나고 있다.

이탈주민의 숫자는 400명을 넘어설 것이 거의 확실하기 때문에 현 정부 4년 동안 국내 입국 북한이탈주민의 수는 지난 50년 동안 국내에 입국한 북한이탈주민 총 인원(875명)보다 더 많을 전망이다.⁷⁾

그런데 더욱 심각한 문제는 북한을 탈출하여 중국이나 러시아등지에 머물고 있는 북한이탈주민의 숫자 및 인권상황이다. 이들의 숫자는 잠정 집계하는 기관에 따라 천차만별이다. 가령 중국정부는 비공식적으로 1만명 미만으로, 유엔난민고등판무관실(UN High Commissioner for Refugees, 이하 UNHCR)은 3만명으로 추정하며, 국내 인권관련 NGO들은 20-30만명까지 추정하고 있다. 한편 대한민국 정부는 해외공관의 보고자료를 통해 분석한 결과를 토대로 약 1-2만명 규모로 추산하고 있다.

한편 국내에서 사용되는 용어 역시 변화를 보여주고 있다. 과거에는 이들을 정치적 색채가 강한 '귀순자'라고 불렀으나, 점차 가치중립적 표현인 '북한탈출주민' 내지는 '탈북자'로 불리게 되었다. '북한탈출주민'이란 용어는 통일원이 1996년 정기국회에 제시한 법령안에 사용되었으나, 동년 국회본회의에서 일부수정통과된 법률 제 5259호의 정식 명칭은 '북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률'이기 때문에 현행법률과의 조화를 위해 이 발표문에서도 가급적 '북한이탈주민'이란 용어를 사용한다.⁸⁾ 법률과는 별도로 학술적 측면에서 북한이탈주민이라 함은 일반적으로 북한을 이탈하여 현재 제3국에 체류하거나 제3국의 협조를 받아 대한민국 영토내로 입국하는 북한주민을 일컫고 있으나,⁹⁾ 발표자는 이보다 더욱 광의의 개념을 취하여 북한이탈주민이라 함은 본인의 진정한 의도에 따라 다양한 경로를 통하여 대한민국영역내로 입국한 이들은 물론 북한의 영역을 벗어나서 제3국에 머물고 있는 자로서 대한민국으로의 이주를 원하는 자뿐만 아니라 그러한 의사를 명확히 밝히지 아니한 이들까지 포함하는 용어로 사용한다.

III. 이론적 측면: 해결책 및 문제점

북한이탈주민의 법적 지위는 여러 각도에서 다룰 수 있겠지만 국제법적 측면에서 볼 때 가장 중요한 기준은 그가 현재 소재하는 국가 및 소재지로의 유입과정 내지 절차일 것이다. 북한이탈주민의 북한영역 이탈경로는 다양하여 가령 직접 군사분계선을 건너서 대한민국 영역내로 들어오는 경우도 있지만, 러시아 또는 중국 등 제 3국을 경유하여 들어오거나 아니면 아예 제 3국에서 체류하기도 한다. 그리고 후자 유형에 대한 법적 평가를 하기 위해서는 또다시 적법체류와 불법체류의 경우로 나누어 살펴보아야 한다. 대부분의 학자들이 주장하는 것처럼 북한이탈주민을 국제법상 '難民(refugees)'으로 간주하여 그들을 법적으로 보호하려고 한다면 난민으로서의 요건을 갖추고 있는지를 검토함과 동시에 북한이탈주민이 거의 대부분 머물면서 은신처를 구하고 있는 제 3국인 러시아와 중국이 과연 '난민조약'에 가입한지의 여부를 살펴볼 필요가 있다. 또한

연하청, "방치된 귀순자들", 조선일보, 96년 2월 14일자.

7) 주간동아, 2001년 7월 12일자 15페이지에 실린 통계와 통일부의 월간 남북교류협력 및 인도적 사업동향 제122호(2001년 8월말)의 통계를 고려한 것임.

8) 관보 1997년 1월 13일자 참조. 이 법률은 총 33조와 부칙 13조로 구성되어있다. 한편 이 법률이 제정공포됨으로써 기존의 '귀순북한동포보호법'은 폐지되었다.(부칙 제 2조)

9) 이호진, "탈북자문제의 국제법적 고찰: 이상과 현실", 21세기 현대국제법질서, 박영사, 2001년 개정판, p.252.

남아있는 문제점으로서 북한이탈주민을 보호하려는 한국정부측의 가능한 대응조치이다. 다시 말해서 과연 헌법 제 3조(영토조항)에 의거하여 국적인의 권리보호를 위해 국제법상 인정되고 있는 외교보호권 행사가 북한이탈주민을 위해서 가능한가? 아울러 북한이탈주민이 대한민국 영역내로 들어온 경우 어떤 근거하에서 어떤 조치로 그들을 보호하며, 과연 그러한 조치가 실효성이 있는지의 여부 역시 검토대상이 된다. 우리는 이 발표문에서 제기되는 문제점들을 북한이탈주민이 대한민국 영역외에 있는 상황과 대한민국 영역내로 들어온 상황으로 나누어 살펴보기로 한다.

1. 북한이탈주민이 대한민국 영역밖에 있는 경우

이 경우는 관련당사자가 북한 주변국인 러시아나 중국 또는 그 외 제 3국에 체류하고 있는 경우를 가정해 볼 수 있다.

(1) 適法入國

가장 대표적인 예는 북한주민이 관련 제 3국 영역내에서 일정기간 체류허가를 받는 등 통상적인 경로를 통해 그 나라에 입국하였지만 어떠한 이유에서든 다시 북한으로 돌아가기를 원치 아니하는 경우이다. 가령 벌목공으로 러시아에 입국하였다가 북한이 아닌 제 3국이나 대한민국으로 탈출을 시도하는 경우이다. 하지만 애초 허가받았던 체류목적이나 기한을 넘어서는 경우에는 법적 문제가 발생한다. 가령 러시아정부가 94년 4월에 “러시아정부 영토내에 ‘합법적으로’ 체류하는 모든 외국인만이 자유로이 출국가능하다”라는 발표문의 ‘합법적’이란 표현은 애초 입국목적 및 체류기간을 충족시켜야 한다는 의미로 받아들여진다. 따라서 이러한 조건을 충족시키지 못하면 다음에서 논할 불법입국 내지 체류문제에 속한다.

(2) 不法入國

가장 대표적인 예는 북한주민이 관련국의 입국절차를 밟지 아니하고 몰래 그 나라의 영역으로 잠입하는 경우이다. 가령 두만강이나 압록강을 건너 중국이나 러시아로 넘어 간다든지 또는 북한항구로부터 출발하는 제3국의 선박에 숨어 해외로 탈출을 시도 성공한 경우이다.¹⁰⁾ 이러한 상황에서는 적법입국한 자보다 더욱 복잡한 문제가 야기된다.

우선 북한이탈주민이 체류하고 있는 국가가 북한과 범죄인인도조약을 체결하고 있을 때 이들의 지위는 매우 불안정하며 심지어 북한으로 강제송환될 위기에 처해진다. 즉 중국은 1960년대초 북한과 ‘밀입국자 송환협정’을 체결하였으며, 이를 발전시킨 1986년 ‘중국-북한 변경지역관리에 관한 의정서’를 체결하고 있다. 한편 러시아 역시 1957년 북한과 범죄인 인도조약 부류에 속하는 ‘민사, 가족 및 형사사건등에 대한 법률상 협력 제공에 관한 협약’을 체결하고 있다.¹¹⁾ 따라서 중국과 러시아의 입장에서 북한이탈주민

10) 가장 많이 이용되는 탈출경로는 해산과 회령이라고 알려져 있다.

11) 동 의정서 제4조는 다음과 같다.

쌍방은 주민의 불법월경방지의 의무에 관해 상호협력한다.

① 합법적인 증명을 미소지하거나 소지한 증명에 명시된 통행지점 및 검사기관을 거치지 않고 월경한 경우, 불법월경자로 처리한다.

이 ‘범죄를 범하고 도피한 자’라고 인정되면 양자조약에 의거, 이들을 북한으로 인도할 법적 의무를 지게된다. 만일 이들이 정치적 망명이 아니라 단순히 경제적 이유로 북한을 탈출한 사람들이라면 법적 보호를 받는 것이 힘들어진다.

이러한 현실을 놓고서 대다수의 국내학자들은 어떠한 연유에서든, 즉 정치적 또는 경제적 이유를 불문하고, 일단 북한영역을 탈출한 자는 본국으로 송환될 경우 가혹한 형벌을 받기 때문에 넓은 의미에서의 ‘난민’의 지위를 향유하여야 한다고 본다. 그리고 비록 북한과 관련국가간에 양자협정이 체결되었다고 난민협약에 명시된 ‘강제송환금지 원칙’(non-refoulement principle)이 국제관습법상 강행적으로 인정되고 있기 때문에 북한이탈주민의 생명에 위협을 가져다주는 일방적인 송환조치는 국제법상 문제가 된다고 본다.¹²⁾ 참고로 중국과 러시아는 1951년 ‘난민의 지위에 관한 유엔협약’과 1967년 동협약 의정서에 모두 가입하고 있다(중국 1982년, 러시아 1993년, 대한민국 1992년 가입).¹³⁾

아울러 대한민국정부가 이러한 사실을 인지한 경우 관련 정부당국에 대해 어떠한 조치를 취할 수 있는가? 과연 대한민국 헌법 제 3조(영토조항)에 의거, 그러한 북한이탈주민을 대한민국 국적인으로 간주하여 외교적 보호권을 행사할 수 있을 것인가? 이 문제는 국제법상 인적 관할권에 근거한 권한행사와 관련해서 고려되어야 할 것이다.

대한민국정부의 보호조치를 당연하다고 생각하는 입장의 논거는 다음과 같다. 헌법을 비롯하여 남북교류협력법 및 신법령에 의해 폐지된 월남귀순동포보호법등 우리 법체계는 포괄적으로 북한주민도 대한민국 국적자로 간주하고 있다. 특히 과거 월남귀순용사 특별보상법은 통일이 이루어질 때까지 ‘북한에 항거하여 귀순한 동포의 안주를 돕고 자유롭게 생업에 종사할 수 있도록 필요한 보상과 보호’를 위해 제정되어 있었다. 또 인도적 관점에서 불법체류자로 불안속에서 전전하는 이들을 방치한다는 것은 국가의 도덕성에 대한 신뢰를 떨어뜨리게 될 것이라는 점을 강조한다.¹⁴⁾ 그러나 이에 대한 반론은 국제법상 북한은 어디까지나 독립된 국가로 유엔에도 각각 가입해 있기 때문에 자칫 내정간섭으로 비쳐질 수 있다는 것이다.¹⁵⁾ 아울러 대한민국과 북한간 사실

② 불법월경인원에 대해서는 상황에 따라 그 명단 및 유관자료를 상대방에게 넘겨준다. 단, 월경 후 범죄행위가 있는 경우에는 본국의 법률에 따라 처리하되, 그 상황을 상대방에게 통보한다.

12) 김명기, “러시아와 중국의 북한이탈주민 강제송환의 위법성 근거”, 인도법논총, 제20호, 2000, pp.21-40.

13) 김찬규, “재중국 북한탈출자들의 법적 지위”, 국제법평론 4호, 1995-1, 191페이지. 러시아 벌목공에 관해서는 국제법평론, 전게서, 277페이지.

14) 김명기 교수는 북한주민의 법적 지위에 대해 일단 국제법상 북한은 대한민국과의 관계에서 국가가 아니라 ‘교전단체’에 불과하다는 점을 전제로 한 후에 “국제법상 북한 주민의 지위는 국내법인 대한민국의 헌법과 국적법으로 정해지게 된다”(p.199)면서 “..난민인 재외 북한이탈주민은 사실상 무국적자로서 북한의 외교적 보호대상에서 제외된다”(p.200) 따라서 “대한민국은 북한이탈주민을 보호해야 할 법적 의무를 부담하고 권리를 갖고 있다”(p.203)고 주장한다. 김명기, “재외 북한이탈주민에 대한 대한민국의 외교적 보호권”, 인도법논총, 제18호, 1998, pp.187-204.

15) 앞에서 언급한 이호진 “탈북자문제의 국제법적 고찰”에서는 “...국제법상으로 이들은(탈북자)은 엄연히 북한국적인이고 중국의 영토내에 체류하고 있으므로, 우리는(대한민국정부) 이들에 대해 속인주의나 속지주의 등 어떠한 국제법적 기초에 근거한 관할권도 행사할 수 없는 입장에 있다.” 앞에서 인용한 논문 참조.

상의 관할권지역을 설정한 기본합의서 내용과의 조화문제도 제기될 수 있다고 주장한다.

위 두 가지 상반된 입장에 대해 연구자의 의견은 제 3국의 영토내에서 불안한 법적 지위를 갖는 북한이탈주민에 대한 대한민국정부의 조치는 장기적인 안목에서 보다 적극적인 자세를 취함이 적절하다고 본다. 즉 북한주민이 북한영역내에 있는 경우에는 대한민국의 법률효력이 실효적으로 미치지 못하겠지만 일단 북한주민이 자신의 의사에 의해 북한영역을 탈출한 경우에는 북한의 지배권이 더 이상 미치지 못하고 그 대신 대한민국의 관할권이 그러한 공백을 메꾸기 위해 당연히 행사되어진다고 간주해야 한다. 이는 북한당국이 탈출북한주민을 박해할 의사가 있기 때문에 더욱 그러하다.

그러면 북한이탈주민은 어느 시점에서부터 대한민국 국적을 갖는다고 간주되어 져야 하나? 이 문제는 현실적으로 법적 지위가 불안정한 상태에서 외국에 거주하는 북한이탈주민이란 특수한 상황이기 때문에 대한민국정부의 보호조치행사가 필수불가결하며 따라서 국적부여문제 및 취득시점결정 등은 법정정책적으로 해결되어져야 한다. 이러한 논리는 “북한국적자는 헌법 제3조(대한민국 영토조항)의 정신에 따라 외국인이 아닌 한국인이다”라는 96년 11월 12일 대법원판결에 의해 뒷받침된다.¹⁶⁾ 북한이탈주민이 재외 대한민국공관에 망명요청을 할 경우 헌법 제 2조 2항(재외국민 보호규정)에 입각하여 재외국민 또는 이민자의 경우와 마찬가지로 대우하고 국적부여심사를 거쳐서 이들에게 여권이나 임시여행증명서를 발급하고 당해 영토국가의 양해하에 대한민국으로 귀국조치할 수 있도록 하는 것이다. 한편 북한주민의 대한민국 국적취득에 관해서는 관련법규인 국적법과 폐지된 귀순북한동포보호법(법률 4568호)에도 이에 관한 명시규정이 없으므로 이에 대한 보완책마련이 필요하다.

그런데 문제해결은 여기서 쉽게 끝나지 아니한다. 대한민국의 일방적 국적인정 및 귀국조치는 당장 북한의 ‘강제납치’라는 억울리가 분명 따를 것이며, 북한과 긴밀한 유대관계를 유지하고 있는 러시아와 중국입장에서 볼 때도 달갑지 아니한 상황이 전개될 것이다. 또 다른 문제로서 제3국에 소재하는 대한민국 공관에 북한이탈주민이 보호를 요청해올 경우 이는 국제법상 ‘외교적 망명권’과 직결된다. 즉 ‘영토적 망명권’과는 달리 대한민국정부가 일방적으로 모든 문제를 해결할 수 없고 대한민국의 공관이 소재하고 있는 제3국, 가령 중국이나 러시아정부와 일단 협의를 거쳐야 한다. 왜냐하면 이들 국가는 영토주권을 행사하기 때문에 자국내에 있는 외국인(여기서는 북한이탈주민)에 대해서도 관할권을 행사하기 때문이다. 특히 중국과 러시아는 북한과 긴밀한 관계를 유지하고 있으며 북한을 국가로 승인하고 있기 때문에 아무리 대한민국정부가 보호요청을 해오는 북한이탈주민에 대해 일방적으로 대한민국 국적으로 간주하여 귀국조치시키겠다는 결정을 내리더라도 국제법상 중국이나 러시아에 대한 대항력은 없으며, 정반대로 이들 국가는 자국의 국내법규정을 들어 외국인에 대해 출국금지조치를 취할 수도 있다.¹⁷⁾

16) 북한국민증을 소지한 이영순씨가 법무부산하 서울외국인보호소를 상대로 낸 강제퇴거명령처분무효확인등 청구소송에 대해 원고승소판결한 원심을 확정판결한 것이다. 한국일보 1996년 11월 13일자 참조.

17) 만일 대한민국 공관이 소재하고 있는 제3국의 정부가 북한과의 관계를 고려하여 북한이탈주민의 대한민국영역으로의 이송, 즉 관련인의 출국을 금지하더라도 제 3국 정부는 대한민국 공관

바로 이러한 미묘한 사태를 미연에 방지하기 위해서는 북한이탈주민의 진정한 의사를 국제사회에 알릴 수 있는 공정하고 객관성 있는 국제기구의 개입이 반드시 필요한데, 현재로서는 북한이탈주민의 인권보호를 위한 가장 적절한 국제기관은 유엔난민고등판무관제도(UHCR)이다. 그리고 바로 이러한 이유로 대한민국정부는 직접개입하기 보다는 이러한 객관적인 국제기구 내지 기관을 활용하는 방안을 지지하고 있다.¹⁸⁾

참고로 국제법상 難民보호에 관한 주요 법체제는 1920년대 국제연맹이사회에 의한 ‘난민고등판무관사무소(High Commission for Refugees)를 설치한 이래 국제연합하에서도 1949년 유엔총회 319(V)를 통해 유엔총회의 보조기관인 ‘난민고등판무관(High Commissioner for Refugees: UNHCR)를 창설하였다. 그리고 난민 관련 주요 국제문서로는 유엔인권위원회의 제안에 따라 유엔총회가 채택한 1951년 “난민의 지위에 관한 협약”(Convention relating to the Status of Refugees) 및 1967년 “난민의 지위에 관한 의정서” 그리고 지역적 차원의 1969년 “아프리카에 있어서 난민문제에 관한 아프리카연합기구협약”과 1984년 “난민에 관한 Cartagena선언” 등이 있다.¹⁹⁾ 한편 과거 난민은 1951년 난민협약에 나타난 개념정의에 상당히 좁게 해석하여,²⁰⁾ 오로지 정치적 난민만을 고려하였으나, UNHCR의 1960년대 이후 관행은 경제적 난민·환경난민·전쟁난민 등 역시 국제적으로 보호할 필요가 있는 난민으로 간주하여 대규모 구호 및 원조를 제공해 왔다. 다만 난민이 체류하고 있는 영토국가는 UNHCR의 난민지위 인정을 무조건 존중할 의무는 없으며, 난민지위의 최종판단은 각국의 국내법에 의거한다(가령 대한민국의 경우 출입국관리법 제76조 2항).²¹⁾

결론적으로 제3국에 불법입국하였거나 애당초 적법입국하였으나 체류목적은 바꾸어 대한민국영역내로 이주하려는 의사를 밝힌 북한이탈주민에 대해서는 법정정책적으로 대한민국 국적으로 간주하여 보호하되 단 제 3국의 영토주권과의 충돌을 피함과 동시에 원활한 귀국조치를 위하여 UNHCR과 같은 객관적인 국제기관의 활용이 적절하다고 본다. 다만 이러한 논리를 전개하는 경우에도 짚고 넘어가야 할 부분이 있다. 첫째, 한국으로의 입국을 희망하는 북한이탈주민이 현재 (불법)체류 중인 제3국의 정부가

내에서 보호받는 북한이탈주민을 강제로 구인하여 북한으로 송환시킬 수는 없다. 그 이유는 외교공관은 국제법상 절대적으로 보호받기 때문이다.

18) 하지만 이러한 방법론채택에 대해 비판을 하는 이도 있다. 즉 “정부가 북한이탈주민(북한탈출주민)에게 한국인의 지위를 부여하면(북한과의 국제법문제는 별론이지만) 헌법상 직접 국민의 지위로서 보호받지만, 반면에 난민의 지위를 인정하면 체류국의 국내법과 유엔의 개입에 의해 일차적인 보호를 전제로 하는 경우에 정부의 수동적인 보호만 가능할 뿐만 아니라 북한과의 마찰의 회피로 인하여 북한이탈주민들의 보호범위를 제한할 수 밖에 없다.” 정영화, “북한주민의 대량이주에 대비한 법정책론”, 통일연구논총,

19) 보다 상세한 내용은 김대순, 국제법론, 6판, pp.496 이하 참조; 장복희, “유엔난민고등판무관”, 국제인권법의 실천제도 (배재식교수 고회기념), 1998, pp.39-74; 장복희, “국제난민법과 국내입법”, 인도법논총, 제20호, 2000, pp.41-72.

20) 동 협약 제1조 a항 2호: 난민이란 “...인종, 종교, 국적, 특정사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 근거가 있는 공포로 인하여 ... 자신의 국적국의 보호를 받을 수 없거나 그런 공포로 인하여 그 국적국의 보호를 받는 것을 원하지 않는 자 ... 또는 무국적자로서 종전의 상주국으로 돌아갈 수 없는 자”

21) 참고로 중국정부는 탈북자를 식량난 등 경제적 사유에 따른 밀입국자 또는 불법체류자로 보고 있으며, 국제법상 난민으로 간주하고 있지 않다.

UNHCR의 개입에 동의해야 한다. 즉 탈북자의 국내이송에는 체류국가의 협조가 필수적이라는 사실을 이해해야 하며, 따라서 북한과의 외교적 마찰을 꺼리는 관련국가들은 가급적 '비공개적 교섭'을 원하고 있다는 점이다. 둘째, 북한이탈주민이 '難民'으로 간주되어 보호받는다든 것은 그가 아직 대한민국 국민이 아니라는 전제가 깔려있는데 이는 우리나라 대법원이 북한주민을 대한민국 국민으로 간주하는 입장과 충돌된다.(이에 따르면 북한이탈주민은 難民이 아니다) 해결책으로 한가지 제시한다면 북한이탈주민의 대한민국 국적취득시점을 대한민국영역내에 들어온 이후로 하되 아직 제3국 영토내에 있는 이들은 대한민국정부의 보호를 요하는 특수하면서도 잠정적인 법적 지위를 인정하는 방안이다.

2. 북한이탈주민이 대한민국 영역내로 유입되는 경우

(1) 입국과정의 비중요성원칙 및 그 변화

북한이탈주민이 대한민국 영역내로의 입국과정이 적법하나 불법하냐는 지금까지 국 가정책상 그리고 법률해석상 큰 문제가 야기되지 않았다. 가령 과거 '귀순북한동포보호법' 제 1조는 '...군사분계선이북지역에서 대한민국으로 귀순한 동포..'로 규정함은 대한민국 영역내로의 유입과정을 불문하고 있다고 보여졌다. 하지만 최근 증가하고 있는 중국이나 러시아로부터의 위장입국상황은 법무부 등 관련기관이 입국과정 자체를 문제시하는 추세로 돌아서고 있음을 중시하여야 한다.

(2) 국내법적 조치

북한이탈주민은 대한민국 사회에의 적응에 어려움을 겪기 때문에 여러가지 사회적 문제점을 야기시킨다. 실제로 한국노동연구원이 95년에 펴낸 '북한노동자의 적응력 실태와 인력활용방안'이란 연구보고서에 따르면 면접대상자중 43%가 대한민국 현지생활 적응에 실패하고 있음을 보여주고 있다.²²⁾ 95년말 지금까지 북한이탈주민 561명을 대상으로 직업실태를 조사한 결과에 따르면 공무원(19명), 국영기업(13명), 은행원(24명), 교사(2명), 의사(4명), 회사원(203명), 상업(44명)등의 직업을 갖고있는데 문제는 나머지 250여명은 막노동을 하거나 무직상태로 월평균 30-80만원 소득의 최저생활을 하고 있다. 또한 북한이탈주민이 가진 대북정보의 양이나 과거 직업의 높고 낮음이 대한민국 영역내에서 그들의 안정된 생활보장의 중요한 기준이 되고있는 실정이다.²³⁾ 그뿐만 아니라 북한이탈주민이 겪는 심리적 불안감은 상당하다고 알려져 있다.²⁴⁾ 따라서 북한내 신분계층이 다양했던 북한이탈주민들의 법적 지위를 충분히 보장하고 이들의 보다 진정한 사회적응을 돕기 위해서는 국내법적 내지 정책적인 보완조치가 필요함을 일깨워 준다.²⁵⁾ 현행 실정법의 자세한 검토는 장을 바꾸어 논하기로 한다.

22) 성기영, "탈북자의 적응교육 어떻게 실시하나", 월간 통일 10월호, pp.24-27.

23) 귀순북한동포보호법 제 4조 2항. 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률, 제 13조(학력인정), 14조(자격인정), 제21조(정착금등의 지급)

24) "귀순자의 내면세계", 월간중앙 95년 1월호 참고.

25) 최근 개최된 "탈북주민 체제적응 현황과 과제"란 세미나에서 주제발표한 이종훈박사는 북한 탈출주민에 대한 정책의 문제점으로서 기본원칙의 미확립, 부처별 정책의 연계성부족, 전용수용시설미비, 체계적인 직업훈련부재, 부적절한 취업알선제도, 포상위주의 정착지원등을 지적하였다. 동아일보, 96년 11월 2일자 참조.

IV. 실정법적 측면: 해결책과 문제점

북한이탈주민이 직면하는 대한민국영역내의 복잡한 현실을 반영하듯이 국내법 역시 북한이탈주민이 질적-양적으로 새로운 국면을 맞이함에 따라 많은 변화를 보이고 있다. 관련된 주된 법령이라고 볼 수 있는 '월남귀순용사 특별보상법'은 94년 폐지되면서 '귀순북한동포보호법'으로 대체되었다(93년 6월 제정, 법률 제 4568호). 하지만 이 법령 역시 96년 후반기에 통일원이 확정하여 법제처에 심사를 의뢰한 후 국회본회의에서 통과된 '북한이탈주민 보호 및 정착지원에 관한 법률안'에 의해 대체되었다.(97년 1월 공포, 법률 제 5259호) 이러한 새로운 법률의 필요성대두는 90년대 들어 연간 수십명으로 늘어난 탈북주민들의 정착지원 작업이 보다 효율적으로 이뤄질 수 있도록 하는데 목적을 둔 것이다. 아래에 주요내용을 잠시 소개한다.

- 인적 제한요소설정: 제 3조는 "이 법은 대한민국의 보호를 받고자 하는 의사를 표시한 북한이탈주민에 대하여 적용한다"라고 명시함으로써 북한을 탈출한 모든 이에게 무조건적으로 적용되지 않고 오로지 보호를 받겠다는 의사표시를 한 자에 대해서만 적용하고 있다. 따라서 가령 제3국에서 장기간 체류하면서도 대한민국 정부에 보호를 받겠다는 의사표시를 하지 않는 북한이탈주민은 이 법률의 적용대상에서 제외된다. 하지만 이러한 입장은 북한주민을 외국인으로 간주하지 않고 무차별적으로 모두 대한민국 국민적으로 보는 대법원판결과의 괴리를 느끼게 한다.

- 시간적 적용시점설정: 북한이탈주민으로서 이 법률에 의한 신변안전과 권익보호를 향유할 수 있는 자격을 갖는 시점은 당사자가 대한민국정부의 기관에 보호를 신청한 때이다.(제 7조) 새로운 법률의 임의적 적용시점설정은 수차례의 법개정에 따른 관련 당사자들의 법적 지위와 정착지원수준의 급격한 변화를 초래할 우려를 안고있다. 이러한 흠결은 일단 부칙의 경과규정에 의해 부분적으로 치유될 수는 있다고 보여진다.

- 인도주의원칙: 제 4조(기본원칙)에 의하면 피보호자는 인도주의에 입각하여 특별한 보호를 받으며 제 8조(보호결정)는 현실적 여건을 감안하여 '선별보호'의 여지를 두고 있기 때문에 '전원보호원칙'은 사실상 유보되었다. 이 문제는 뒤에 언급하기로 한다.

- 보호·지원의 기준 및 보호기간설정: 제 5조를 보면 보호기준은 연령, 세대구성, 학력, 경력, 자활능력, 건강상태와 기타 가용재산등을 고려하며(1항) 보호 및 정착지원 은 개인을 단위로 행하되 세대를 단위로 할 수 있도록 한다(2항). 그리고 피보호자에 대한 보호시설에서의 보호는 1년, 거주지에서의 보호는 2년을 원칙으로 한다(3항).

- 정착지원시설의 설치: 통일원장관은 피보호자에 대한 보호 및 정착지원을 위하여 보호시설 설치, 운영 등 필요한 조치를 할 수 있도록 한다(제 10조이하). 이 규정은 사회주의체제에 익숙한 북한이탈주민의 상당수가 자본주의사회인 대한민국의 일상생활에의 적응에 어려움을 겪는다는 문제를 해결하기 위한 제도보완책이기 때문에 시설의 규모 및 운영체제는 빨리 결정되어야 할 것이다.

- 기득권인정: 피보호자의 권익을 보호하고 생활의 안정을 위하여 기존에 취득한 일부분 학력 및 자격인정을 한다(제 13조, 학력인정; 제 14조, 자격인정). 그리고 능력과 경력에 따라 전직 군인은 국군으로, 공무원은 공무원으로 임용가능토록 하였다(제 18조).

- 사회적응교육실시: 북한이탈주민의 대한민국 사회에의 적응을 돕고 안정된 생활영위를 위해 사회적응교육(제 15조)과 직업훈련(제 16조)실시가능성을 인정한다.

- 권한의 위임: 거주지에서의 보호를 효율적으로 추진하기 위하여 통일원장관은 보호업무의 일부를 내무부장관, 지방자치단체의 장등에게 위임, 위탁할 수 있도록 하였다(제 22조 및 제 31조).

- 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 제반정책을 협의, 조정하고 주요사항을 심의, 결정하기 위하여 '북한이탈주민대책협의회'를 두며, 협의회는 통일원차관이 위원장이 되고, 20인 이내의 위원으로 구성하도록 하였다(제 6조).

< 신법과 구법의 주요내용 비교분석 >

구 분	신법률	구법률
주관부처	통일원	보건복지부
정책협의기구	북한이탈주민대책협의회	귀순북한동포보호위원회
보호시설	설치	명문규정없음
보호기간	보호시설 1년 거주지 2년	명문규정없음
학력자격인정	심사후 인정	
직업훈련	실시	
사회적응교육	실시	
정착금	월최저임금 100배 이내	월최저임금 100배 이내 ²⁶⁾
주거지원	무상-임차지원 (2년간 양도저당 금지)	무상-임차지원 ²⁷⁾

26) 94년도 북한 별목공의 대량 국내유입이후 정부는 정착금액수를 종전의 3분의 1수준을 골자로 하는 "귀순북한동포보호법"시행령을 개정하였다. 이에 따라 단신 귀순자의 경우 정착금을 노동부가 매년 고시하는 월최저임금액의 60배에서 20배로 인하하였으며, 동거가족이 1인인 경우는 80배에서 40배, 3인 이상은 1백배에서 40배로 각각 대폭 삭감하였다.

27) "귀순북한동포보호법"시행령 개정에 따르면 기존의 "전용면적 15평 이하 주택의 무상제공 또는 임대보증금전액지원"에서 "무상제공 또는 주택임대에 필요한 지원"으로 개정되어 사실상 주택자금의 융자알선이 형식적으로 이루어지고 있다.

새로운 법률의 특징을 다음과 같이 분석할 수 있다.

첫째, 북한이탈주민의 보호시설의 설치에 이번 새로운 법령초안의 핵심을 이루고 있다고 보여진다. 지금까지는 대한민국 영역내에서 공안기관에서 8개월 가량 조사를 받은 후 거주지에 정착하거나 일부 직업교육이 행하여지긴 했으나 체계적 사회적응 프로그램이 없어 대한민국 사회적응에 실패하는 사례가 적지 않았다. 이러한 부작용이 보호시설을 통해 크게 보완되리라 기대된다.

둘째, 한국 국내사회에 적응가능하도록 최소한의 직업교육을 강화시키는 방안을 강구하였다. 이는 보호시설의 운영과 직결된다. 경쟁이 전무한 사회주의체제에 익숙한 북한주민이 치열한 생존경쟁속에서 살아야 하는 자본주의체제에 쉽게 동화하기란 여간 어려운 일이 아니다. 따라서 이 규정이 얼마나 실효적으로 운용되는가의 여부가 바로 북한이탈주민의 상대적 박탈감을 줄일 수 있는 중요한 척도가 될 것이다.

셋째, 발표자가 지적한 것처럼 북한이탈주민의 다양성 특히 그들이 갖고있던 사회적 신분을 염두에 두고있다는 점이다. 특히 북한탈출자가 고급두뇌인 경우 대한민국에서 새로이 봉사할 수 있는 기회를 제공할 수 있는 제도적 장치를 마련하였다고 보여진다.

넷째, 그 동안 통일원, 안기부, 내무부, 보건복지부등 각 부처에 흩어져있던 북한이탈주민의 관리업무를 효율적으로 통합관리하기 위한 기구를 신설한 점은 적절하다고 보여진다.

하지만 이 법령이 갖는 미비점 역시 지적가능하다.

첫째, 이 새로운 법령은 대규모 탈출사태에 대비하고 있다고는 보여지지 않는다. 현재까지의 북한이탈주민에 대한 대책은 북한체제가 존속한다는 상황에서 발생하는 개별 내지 고립된 탈출자 위주이다. 하지만 북한체제가 혼란에 빠지거나 급격한 체제변화에 따른 집단적 내지 대량탈출자의 발생가능성 역시 도의시할 수 없다. 따라서 있을 수도 있는 예외적 대량유입사태를 적절히 해결할 수 있는 입법준비 및 정책수립이 필요하다.²⁸⁾

둘째, 북한이탈주민을 장기적이며 체계적으로 처우하기 위해서는 보호기금형성에 관한 법령이 반드시 필요하다. 이와 관련하여 통일대비 예산의 적절한 증액방침이 요청된다.

셋째, 선별수용을 계속 기본원칙으로 삼고 있다는 점이다. 이는 제 7조(보호신청)와 제 8조(보호결정)의 입법정신에서 엿볼 수 있다. 하지만 이러한 입법태도는 장기적 통일정책수립상 적절치 않다. 다시 말해서 특별한 제척사유가 없는 한 희망자 전원수용이 바람직하다.²⁹⁾

넷째, 보상금의 차등화문제이다. 새로운 법령 역시 기존의 법률과 마찬가지로 북한이탈주민이 가져오는 정보의 양 및 그 가치에 따라 차별화정책을 유지하고 있다.(제 21조, 정착금등의 지급) 이는 오히려 북한이탈주민의 상대적 박탈감을 증폭시킬 우려가 다분히 있으며, 보는 이에 따라서는 냉전시대의 유물로 비추어질 수가 있다.³⁰⁾

28) 혹자는 중장기적인 측면에서 난민수용법의 제정 및 남북협력기금법활용방안을 권하기도 한다. 제성호, "북한탈출동포의 법적 지위와 처리방안"; 이금순, "북한주민의 대량탈출 가능성과 대책", 신문포로포럼, 통권 35호, 1996년 8월호, 34페이지 이하 참조.

29) 이에 관해서는 96년 11월 1일, 중앙대 민족발전연구원이 주최한 '탈북주민 체제적응현황과 과제' 세미나 참조. 동아일보 96년 11월 2일자. 그리고 이종훈, "탈북주민정책과 향후과제", 한세정책, 97년 2월호, 31페이지.

30) 정영화, "북한주민의 대량이주에 대비한 법정책론", 통일연구논총, 제 4권 2호, 1995,

다섯째, 형평성원칙의 보다 적절한 수용이 필요하다는 점을 지적할 수 있다. 이러한 지적은 양면성을 띤다. 우선 북한이탈주민 상호간의 관계에서도 필요한 바, 이는 바로 위에서 지적하였다. 다음으로 개별 북한이탈주민을 대우함에 있어서는 대한민국 국민으로서 저소득층에 머물고 있는 일종의 빈민계층과의 형평성 고려 역시 요구된다. 결국 이들 모두를 종합해 볼 때 장기적이며 안정적인 이러한 점들에 대해서는 민간차원 또는 정부차원의 종합적 대책마련이 시급하다.

이상과 같은 미흡한 점을 보완하기 위한 비교법적 참고자료로서 독일의 경우를 간단히 살펴보기로 한다. 서독의 경우 1950년에 이미 동독으로부터 피난오는 사람들을 받아들이기 위한 '긴급수용법'을 만들었다. 이 법은 우리 국내법인 '특별보상법'과는 다른 제도로서 다음을 기본 골자로 이루어져 있었다.

- 피난민들이 사회적으로나 경제적으로 새로운 체제에 조속히 동화되도록 초점을 맞추고 그들에게 직업훈련을 시켜 정착할 수 있도록 함.

- 동독탈출주민을 위한 긴급수용소 설치 및 서독주민과 거의 대등한 조건의 사회보장제도혜택을 보장함.

- 1회 보조금으로 일인당 200백마르크를 주었을 뿐, 거액의 보상금을 주는 일이 없었다. 그리고 정착생활에 들어가서는 주택 마련이나 생활용품 구입을 도우는 일에서도 장기 저리융자를 원칙으로 함.

아울러 서독측은 분단직후 기본법에 '구 동독주민들도 서독주민과 같은 독일 국적소지자'임을 명시하였다.

V. 결 론

우리 민족의 수는 현재 약 7200만명으로 추산된다. 이중 60%에 해당하는 4400여만 명이 한반도의 남쪽에, 그리고 30%에 해당하는 2300여만명이 북한에, 그리고 500만명의 동족은 중국, 일본, 미국, 독립국가연합 등 여러 나라에 흩어져 살고있다. 이 가운데 북한에 거주하다가 어떤 연유에서든 북한영역을 의도적으로 탈출한 우리 민족의 적절한 보호대책강구가 이 발표논문의 주요 관심대상사였다.

우리는 이 발표문에서 다음과 같은 결론에 도달하였다.

첫째, 90년대 이후 발생한 북한이탈주민은 과거와는 달리 동기, 신분, 탈출경로 등 여러가지 측면에서 다양성을 가지고 있다.

둘째, 대한민국영역밖에 불안한 법적 지위를 갖는 북한이탈주민의 구제책으로 다음을 생각해 볼 수 있다. 첫째, 1996년 11월 12일자 대법원판례와 헌법 제 2조 2항(재외국민보호) 및 제 3조(영토조항)에 근거하여 대한민국 국적을 부여하는 적극적 정책 채택하고, 둘째, 그들의 귀환과정에서 객관성과 공정성을 확보하고 북한의 방해공작과 관련국이 당면할 지도 모르는 어려움을 피하기 위해 유엔난민고등판무관제도(UNHCR)를 적극 활용하는 방안이다. 그리고 UNHCR이 難民의 개념을 확대시켜 보호하고 있다는

점을 관계국가들에게 주지시킬 필요가 있다. 물론 이러한 작업은 당해 국가와 북한과의 관계로 이루어지기는 힘들 것으로 보인다.

셋째, 북한이탈주민 보호에 관한 이론적 해결책과 현행 실정법적 해결책간의 비교분석결과 후자는 전자에 비해 오로지 대한민국 영역내에 유입된 자에 관한 조치만을 언급하고 있기 때문에 그 적용범위가 상대적으로 좁다는 점을 지적하였다.

넷째, 대한민국영역내에 있는 북한이탈주민의 법적 지위는 대한민국사회에 빠른 시일내에 적응토록 하기위해 체계적이며 장기적인 프로그램을 개발하고 그들간에도 상대적인 박탈감을 갖지 않도록 하는 제도적 보완책마련이 필요하다.

다섯째, 새로 제정된 법률은 과거에 비해 상당히 발전된 내용이나 대량난민유입사태나 기금확보문제 역시 언급필요하기 때문에 이에 대한 또다른 법적 정치적 대비가 필요하다.

북한이탈주민은 더 이상 예외적인 사건이 아니며 대한민국 국민입장에서 볼 때는 일상생활화된 사실이다. 북한이탈주민의 법적 지위 및 보호는 현행 법률을 계속 정비하고 통일정책에 대해 확고한 의지만 있으면 가능하다. 그러나 보다 궁극적인 질문은 다음 세 가지이다. 과연 이러한 특별한 사회계층이 대한민국 사회내에 계속 증가하는 것은 바람직한 현상일까? 이들은 새로운 이산가족이 될 것이며, 이들이 겪을 고통을 인도적 차원에서 다시 한번 더 생각해 봐야한다. 둘째, 북한이탈주민의 대한민국영역내 적용이 어려워지는 이유는 혹시 우리가 갖는 물질지향주의 때문은 아닐까? 그리고 후자가 지적하듯이 대한민국 정부나 국민 모두에게 정치적, 사회적 및 재정적 부담이 된다는 것을 고려한다면 오히려 북한이탈주민이 감소될 수 있도록 체계적인 대북지원이 장기적인 통일정책상 타당하지는 않을까라는 궁극적 질문 역시 재고할 가치가 있다.³¹⁾

(2001년 12월 작성)

31) 후자는 현재상황에서 중요한 것은 탈북현상을 가급적 억제시키는 일이며, 이를 위해서 북한주민들에게 식량 및 생필품지원제공의 중요성을 강조한다. 송영대, "통일준비태세의 기본방향", 한 세정책, 97년 2월호, 13페이지.

이러한 점에서, 본 연구는 이념적 편향 없이, 객관적으로 이주노동자의 인권 보호를 위한 법정책 방향을 모색하는 데에 기여할 것으로 기대된다.

본 연구는 이주노동자의 인권 보호를 위한 법정책 방향을 모색하는 데에 기여할 것으로 기대된다. 본 연구는 이주노동자의 인권 보호를 위한 법정책 방향을 모색하는 데에 기여할 것으로 기대된다.

본 연구는 이주노동자의 인권 보호를 위한 법정책 방향을 모색하는 데에 기여할 것으로 기대된다. 본 연구는 이주노동자의 인권 보호를 위한 법정책 방향을 모색하는 데에 기여할 것으로 기대된다.

본 연구는 이주노동자의 인권 보호를 위한 법정책 방향을 모색하는 데에 기여할 것으로 기대된다. 본 연구는 이주노동자의 인권 보호를 위한 법정책 방향을 모색하는 데에 기여할 것으로 기대된다.

『移住勤勞者』의 人權保護를 위한 法政策方向

박 중 회 (고려대 법대 교수)

『移住勤勞者』의 人權保護를 위한 法政策方向

박 중 희
(고려대 법대 교수)

I. 들어가는 말

외국인 취업자의 인권문제가 사회적 문제로 된 것은 어제·오늘의 일이 아니다. 이미 1994년 1월의 네팔출신 근로자들이 농성을 하면서 그들에 대한 기본적 인권침해가 우리 사회에 널리 알려진 이래로, 근 10년이 가까운 세월이 흘렀음에도 아직도 우리 사회의 여러 곳에서는 이들에 대한 기본적인 인권이 제대로 보호되지 못하고 방치되고 있는 실정이다. 「코리안 드림」을 꿈꾸며 이 땅에 건너왔던 이들은 대부분 착취와 수모를 당하면서 그들의 꿈을 접고 원망과 원한을 안고 이 땅을 떠나기도 하였다. 왜 이들에게 이러한 일들이 발생하게 되는가 하는 그 원인을 찾는 데에는 그리 어려운 일이 아니다. 이들이 착취적인 근로조건에 억울하게 방치 당하면서 사고가 나더라도 제대로 의료혜택을 받지 못하는 인권사각지대에 놓여져 있게 되는 원인은, 단지 그들이 「합법적」인 근로자로서의 지위를 갖지 못하는 단 한가지의 이유 때문이다. 10년 이상의 세월이 흘렀지만, 국내에 들어오는 외국인 근로자의 기본적인 권익을 보호해 줄 수 있는 법적인 개선 조치는 여전히 답보상태에 머물고 있다. 물론 여기에는 중소기업의 이해관계가 얽혀 있고 국내의 노동시장 문제와 바로 연결되어 있어 어떤 한 측면만을 지나치게 강조하는 것도 바람직한 법정정책적인 해결방안이 될 수 없기도 하지만, 이들에게도 인간으로서의 존엄과 가치를 향유할 수 있도록 최소한의 기본적인 조치가 강구되어야 한다는 점은 어느 누구로부터도 부정될 수 없는 자유민주국가로서의 기본적 가치이다. 외국인 취업자의 수가 20만명을 헤아리는 현시점에서 이들의 문제를 단순한 일시적인 미봉책으로 해결하거나 혹은 그들만의 특수한 문제로만 치부할 수는 없다. 대내적으로는 그들과 관계를 맺어 온 수많은 사람들이 함께 연루된 사회문제이자, 우리가 함께 해야 하는 공동의 문제일 뿐만 아니라, 대외적으로는 세계화 또는 개방화의 흐름 속에서 앞으로 우리 사회가 더욱 직면하게 될 새로운 과정의 시작인 것이다.

외국인 근로자의 인권을 보호하기 위해서는 여러 측면에서 대안들이 제기될 수 있다. 그러나 본고에서는 문제해결을 위한 모든 가능한 방안에 대해 살펴보고자 하는 것이 아니라, 주로 법정정책적인 관점에서 모색하는 데에 주력하고자 한다. 왜 이들에게 지금과 같은 현상이 초래될 수 있었는가를 법적인 관점에서 살펴보고, 어떠한 입법정책적인 방향을 설정하는 것이 보다 합리적인 해결방안이 될 수 있는가에 대해 살펴보고자 한다. 이를 위해서는 먼저 외국인 근로자들에 관한 관련법규들의 모습들이 연혁적으로 어떻게 흘러 왔으며, 그 속에서 발견될 수 있는 제도적 모순점이 무엇이며, 그리고 문제해결을 위한 적절한 방안을 어떻게 추구해 나갈 것인지를 살펴보면서 필요한 입법정책적인 대안을 제시하고자 한다.

II. 移住勤勞者의 用例와 관련법규의 연혁적인 변천과정

1. 용어의 정리

먼저 외국인 취업자에 대한 용어의 정리가 필요하다. 통상 우리는 '외국인 근로자'라는 용어를 흔히 사용하고 있다. 이때의 외국인 근로자라 함은 국적을 중심으로 대한민국 국적을 지니지 않은 자를 총칭하는 의미로 이해될 수 있을 것이다. 이런 점에서 외국인 취업자를 '외국인 근로자'로 부를 수 있다. 그러나 국제조약이나 국제간의 관례에서는 외국인 근로자(foreign worker)라는 용어보다는 이주근로자(migrant worker)라는 용어가 주로 사용되고 있다. 국제기구에서는 한 나라를 중심으로 한 개념보다는 근로자의 국가간의 이주라는 현상에 주목하여 용례를 정하면서 이주근로자라는 용어를 사용하고 있다. 통상 이주근로자라 함은 "자영업이 아닌 기타의 형태의 고용을 목적으로 자국으로부터 타국으로 이주하는 자"¹⁾를 말하거나, 혹은 "자국의 국적이 아닌 나라에서 보수활동에 종사하는 것이 예정되어 있거나 현재 종사하고 있거나 또는 종사하여 온 자"²⁾를 일컫는다. 이러한 이주근로자의 의미에는 합법적인 이주근로자를 주로 대상으로 하지만, 그 이외에도 불법적인 이주근로자의 의미도 함께 포괄하여 사용하고 있다. 그만큼 국제화·개방화 시대에 보다 문제가 되는 것은 불법적인 이주근로자이기 때문이다.

본고에서 외국인 근로자라는 용어보다는 이주근로자라는 용어를 사용하고자 하는데, 이는 다음과 같은 이유에서이다. 첫째 외국에서 들어온 많은 이들은 '형식적'으로는 산업연수생의 지위에서 들어왔으나 후술하는 바와 같이 실질에 있어서는 교육 내지 훈련과는 전혀 상관없는 근로자로 취업활동을 하기 때문이다. 훈련 또는 교육의 목적으로 입국하는 자에 대해서는 ILO 협약에서도 이주근로자에 대한 부분적인 규정의 적용을 배제하고 있다.³⁾ 그러나 이때의 훈련 또는 교육을 목적으로 하는지의 여부는 실질적인 관점에서 판단되어야 할 문제임을 강조하기 위해서이다. 두 번째로는 실질에서는 근로자임에도 불구하고 인권의 사각지대에 놓여져 있는 것도 바로 산업연수생이라는 지위와 더불어 제한된 체류허가 때문이라는 점을 감안한다면, 국내법규의 개선이라는 목적지향점을 보다 강조하기 위해서도 이주근로자라는 용어를 사용하는 것이 보다 적절하기 때문이다.

2. 현행법상 이주근로자의 법적 지위에 관한 구분

현행법으로는 이주근로자에 대한 법적인 지위는 다음과 같은 형식에 따라 구분될 수 있다. 먼저 유효한 체류허가의 취득이라는 기준에 따르면, 합법체류(근로)자와 불법체류(근로)자로 구분할 수 있다. 전자는 다시 합법체류근로자와 산업기술연수생 그리고 정주의국인⁴⁾ 등으로 구분할 수 있는데, 합법체류근로자란 애초부터 취업을 목적으로 하는 체류자격을 받은 자를 말하며,⁵⁾ 이에 반해 산업연수생이란 고용이 목적이 아니라 산업기술연수의 명목으로 체류자격을 받은 자⁶⁾를 말한다(출입국관리법 제18조, 제19조의 2, 동법시행령 제24조의 2 내지 제24조의 4 참조).

불법체류 근로자란 체류자격을 갖지 않고서 취업활동을 하는 자로, 여기에는 '자격외 취업자',

- 1) 1975년 ILO 제143호 협약 『이주근로자의 기회 및 대우 균등 증진에 관한 협약』 제11조 제1항.
- 2) 1990년 국제연합의 『모든 이주근로자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약』 제2조 제1항.
- 3) 1975년 ILO 제143호 협약 『이주근로자의 기회 및 대우 균등증진에 관한 협약』 제11조 제2항 제4호.
- 4) 정주의국인이란 여러 대에 걸쳐 국내에 살고 있으나 혈통주의 국적법 때문에 대한민국의 국적을 취득하지 못하고, 외국인으로서 법적 규제를 받는 자를 의미하며, 국내에 장기간 거주한 화교가 이에 해당한다. 이들 정주의국인의 법적 문제에 대해서는 본고에서는 제외하기로 한다.
- 5) 이 경우 단기취업(C-4)을 제외하고는 E-1 내지 E-8의 체류자격이 부여된다. 그밖에도 거주(F-2)의 자격을 가진 자 또는 관광취업(H-1)의 자격을 가진 자의 취업활동이 또한 인정된다(출입국관리법 시행령 제23조 I, II, IV).
- 6) 이 경우에는 D-3의 체류자격이 부여된다.

'체류기간 초과취업자', 그리고 '밀입국취업자'의 세 부류로 나누어 볼 수 있다. 먼저 '자격외 취업자'는 한국에 체류할 수는 있으나 취업할 수 없는 외국인이 취업하는 경우를,⁷⁾ '체류기간초과 취업자'란 정식의 입국절차를 밟지 않고 입국하여 국내에서 취업중인 외국인을 각각 말한다. 현재 이주근로자와 관련하여 문제를 야기하는 유형은 산업연수생과 불법체류 근로자⁸⁾의 경우이다. 체류하고 있는 이주근로자의 숫자로 비교해 보면(아래 <표 1> 참조), 합법적 이주근로자보다는 산업연수생이, 산업연수생 보다는 불법체류 근로자가 더 많은 것으로 나타나고 있다.

<표 1> 국내 이주근로자 수 (2000년 7월 현재)

전체	합 법 체 류 자					미등록 근로자
	소계	등 록 근 로 자		산 업 연 수 생		
		전문기술인력	연수취업자	업종별단체 추천연수생	해외투자기 업연수생	
258,866	92,968	14,669	772	57,645	19,882	165,898
(100.0)	(35.9)	(5.6)	(2.9)	(22.3)	(7.1)	(64.1)

주: 업종별 단체는 중소기업협동조합중앙회, 수산업협동조합중앙회, 대한건설협회임.
자료: 법무부(2000)

3. 산업연수생제도 관련 법규의 연혁

이주근로자의 수가 증가하게 된 데에는 올림픽 개최를 계기로 한국 발전상의 소개, 고임금에 따른 소위 3D업종의 인력난을 주된 요인으로 들 수 있다. 이 중 제도적인 관점에서는 80년대 말부터 나타난 중소기업체의 고임금에 따른 인력부족현상을 대처하기 위하여 입안된 산업연수생⁹⁾제도가 이주근로자의 수를 증가케 하는 주도적인 역할을 담당해 온 것으로 볼 수 있다. 산업연수생 제도는 해외 현지법인이 있는 사업체가 국내 사업체로 기술연수를 보내기 위해 마련된 별도의 체류자격이었으나, 인력난을 호소하는 영세기업의 현실적인 요청과 이주근로자의 합법적인 수입으로 야기하게 될지도 모르는 부작용(사회문제와 반발)을 감안하여 절충적인 방안으로 이 제도를 활용하게 되었다. 산업연수생제도를 본격적으로 이용할 수 있게 하는 제도적 뒷받침은 1991년 10월의 법무부 훈령 제255호인 「외국인 산업기술연수사증 발급 등에 관한 업무처리지침」으로 나타나게 되었고, 이를 토대로 1992년 하반기에 상공부장관의 추천으로 3D업종에 10,000명의 연수생을 도입하는 것이 처음 결정되었다. 이후 산업연수생제도는 1994년을 기점으로 그 양상을 달리 하게 되었다. 1993년 12월 「외국인 산업기술연수 사증발급에 관한 업무지침」의 개정(법무부 훈령 제294호)을 통해 "주무부처의 장이 지정하는 산업체 유관 공공단체의 장이 추천하는 사업체"를 새로운 연수업체 대상에 포함시킴으로써 1994년부터 중소기업협동조합회(이하 중기협으로 약함)가 연수주체로 등장하게 되었으며, 나중에는 수산업협동조합중앙회¹⁰⁾와 대한건설협회¹¹⁾

- 7) 이에 관 광목적으로 입국하여 취업하는 경우가 이에 해당한다.
- 8) 산업연수생이 배정받은 사업장을 이탈하는 경우는 자격외 취업자로, 그리고 연수생이 체류기간을 초과한 경우에는 체류기간 초과취업자로 분류될 수 있다.
- 9) 초기에는 산업기술연수생이라는 명칭으로 사용되었으나, 현재에는 법령에서 산업연수생으로 표기하고 있다.
- 10) 수협중앙회가 어선에서의 외국인 선원고용을 건의하자, 1996년 8월 16일 해양수산부가 외국인 선원 1천명을 연수생 형식으로 도입하기로 결정하고, 수협은 '연근해어선의 외국인산업기술연수 협력사업운영요령'을 해양수산부로 승인받고 13개 업종에 6개월 이상 승선경험이 있는 20-35세의

가 이에 추가되었다. 이는 과거 연수제도에 대하여 지적된 문제점(부당한 수수료 징수, 출입국과 정에서의 뇌물 수수, 연수생 관리소홀 등)을 시정하고자¹²⁾ 중간알선업자를 배제하고 송출국의 인력업체와 직접 관련을 맺어 시행하도록 한다는 취지에서 입안되었으며, 연수업체의 노무관리는 노동부가 맡도록 하였다.¹³⁾ 그러나 중소기업주의 단체인 중기협이 적용하였던 연수수당은 중소기업 세사업주의 이익을 최대한 반영한 것이었다. 그 예로 1994년에는 당시 송출국의 1인당 GNP와 임금수준 등을 고려하여 최저임금액에도 미달하는 월 200-260달러으로 책정되었으며, 산업재해에 대해서도 외국인 자신들의 부담으로 상해보험을 들도록 하였다.

이와 같은 제도의 변화를 통해 많은 연수생이 들어오면서 인권침해문제·사회문제 등이 발생하였고, 드디어는 1995년 1월 네팔 연수생의 농성으로 사회이슈화 하게 되었다. 이에 따라 1995년 2월 14일 노동부는 예규 제258호 「외국인 산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침」을 제정하여 산업연수생에게 최저임금제적용 및 근로기준법의 기본적 조항이 적용되도록 하였다.¹⁴⁾ 또한 1996년 3월 1일에는 「외국인 산업기술연수사증 발급에 관한 업무처리지침」(개정)에 의해 연수업체의 도입규모가 10인 이상 300인 미만에서 5인 이상 사업장으로 확대되고, 도입규모도 당해 사업장에 고용되어 있는 상시 생산직 근로자의 10%에서 10-20%로 완화되었고, 연수기간도 1995년까지는 1년 이내로 1년의 범위 안에서 연장이 가능하였으나, 1996년부터는 2년 이내로 1년 내에서 연장 가능하도록 하여 총 3년의 연수기간을 인정하였다. 또한 1996년 9월 19일에는 중소기업청이 산업기술인력제도의 효율적인 추진을 위하여 연수생 도입, 배정 및 사후관리 등에 관한 세부내용을 규정한 「외국인산업기술연수제도 운영에 관한 지침」을 제정하여 종전에 중기협 자체가 마련하여 적용한 「외국인 산업기술연수협력사업 운영요령」을 대체하였다. 그 이후 노동부는 외국인근로자에 대한 별도의 입법 필요성을 세계화추진위원회에 역설하면서 과제로 상정하여 고용허가제를 내용으로 하는 외국인근로자 종합대책을 발표하기도 하였다.

그러나 산업연수제도를 없애고 대신 고용허가제의 도입을 주장하였던 노동부의 입장은 빛을 보지 못하고, 단지 출입국관리법을 개정하여 연수취업제라는 절충적인 방안으로 처리되었다. 이는 2년의 연수기간 이후 일정한 국가시험을 합격한 자에 한하여 1년의 취업비자를 주는 제도이다.¹⁵⁾

외국인을 우선 도입하였으며, 이때의 배정은 배 한척당 2명씩, 전체선원의 30%까지로 하였다.

11) 건설부분에서도 인천국제공항 건설 등과 관련 인력부족을 해소하기 위해 외국건설인력을 도입키로 하고 1997년 7월 2일 연수업무지침을 확정·발표하였다. 도입방식은 제조업종과는 달리 연수생을 필요로 하는 건설업체가 송출국에서 직접 선발하도록 하고 부득이한 경우 대한건설협회가 선발을 대행토록 하였다.

12) 남성일 외, 단순기능 외국인력정책 개선방안 연구, 한국경총 1996, 54면.

13) 종전의 연수생제도에서는 노동부가 담당하는 역할이 없었다(최홍엽, 외국인 근로자의 노동법상 지위와 정책과제, 54면).

14) 동 지침 제4조에서는 연수생은 출입국관리법령에 따라 연수생 신분의 체류자격을 가지되, 사실상의 노무를 제공함으로써 근로의 대상을 지급받고 있는 경우에는 이 지침이 정하는 한도 내에서 근로자로서의 권리의무를 갖는 것으로 규정하였는데, 연수생보호를 위하여 특별히 입안된 규정의 내용은 다음과 같다. 1. 폭행 및 강제근로금지, 2. 연수수당의 정기·직접·통화불 지급 및 금품청산, 3. 연수시간, 휴게·휴일, 시간외 야간 및 휴일 근로, 4. 최저임금 수준의 보장, 5. 산업안전보건의 확보, 6. 산업재해보상보험 및 의료보험의 혜택(제8조).

15) 1997년 출입국관리법의 개정(제19조의 2, 제19조의 3 신설)에 이어 1998년 4월의 동법 시행령의 개정으로 2000년 4월 1일 부터는 2년의 연수기간이 끝난 뒤 소정의 기술자격시험에 합격한 연수생에 대해서는 1년간의 취업비자를 부여하는 2 + 1의 제도이다(출입국관리법 제19조의 3 III; 동법 시행령 제24조의 5). 그러나 연수생들이 장시간노동에 시달리면서 한국어에 서툰 연수생들이 자격시험준비를 하는 것이 현실적으로 불가능하여 그 효용성은 매우 의심스럽다고 하지 않을 수 없다.

또한 노동부는 1999년 12월 1일에는 “해외합작투자회사 산업기술연수생 보호지침”을 제정·발표하여 해외합작투자 산업연수생에게 최저임금제와 산재보험을 적용키로 하였다. 이와 같은 정책으로는 이주근로자에 대한 근본적인 인권보호로는 미흡하고, 근원적인 대책강구를 촉구하는 시민단체의 모임(외국인노동자대책협의회)이 이루어지고 이들 단체에 의한 “외국인근로자보호법이라는 특별법의 안이 제안되기도 하였으나, 국회의 무관심 속에서 5년의 청원기간을 경과하게 되어 폐기되어 버렸다.

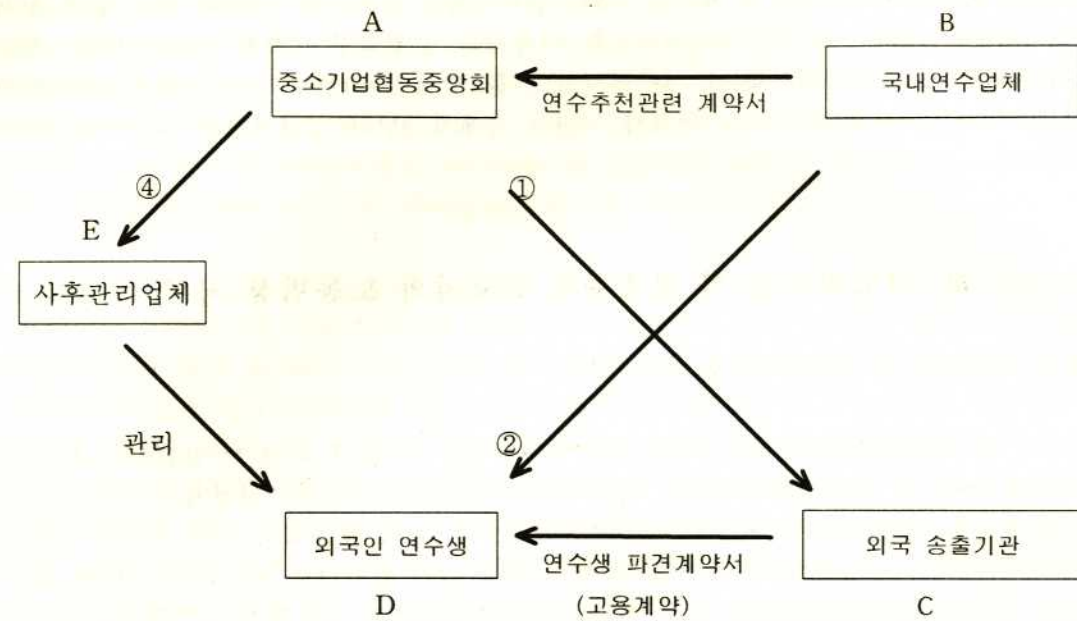
III. 산업연수생 및 불법체류 근로자의 노동법상 지위

1. 실질적 측면에서 본 산업연수생의 법적 지위

이주근로자 중 산업연수생의 체류자격은 출입국관리법상 ‘취업’이 아닌 ‘산업연수’이다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 산업연수제도는 애초에 해외 현지법인이 있는 사업체가 국내 사업체로 기술연수를 보내기 위해 마련한 별도의 체류자격이었으나, 실제 운용되고 있는 실태는 산업기술연수의 목적이 아니라 사실상 국내 중소기업체가 겪고 있는 인력난을 해소하기 위하여 값싼 해외노동력을 이용하는 것임을 분명하게 알 수 있다. 산업연수생의 수급관계는 아래의 《표 2》에서 보는 바와 같이 외국 현지의 송출기관이 연수생을 모집하여 중기협에 보내면, 중기협에서는 이를 신청한 연수업체에 이주근로자를 배정함으로써, 형식적으로는 해외 송출기관과 산업연수생간에 일종의 파견관계가 형성되는 것으로 되어 있다.¹⁶⁾ 그러므로 실제 운영주체인 중기협과 사실상 산업연수생을 사용하는 연수업체는 산업연수생과는 아무런 법률적인 관계를 형성하고 있지 않는 것으로 처리될 수 있다. 그리고 해외 송출기관도 자신이 산업연수생을 고용·사용하면서 일정기간 산업연수만을 목적으로 연수생을 파견 보내는 것이 아니라, 연수생 모집을 통한 일정 수수료 획득을 목적으로 하는 전형적인 파견업을 영위하는 사업체라 할 수 있다. 중기협은 이와 같은 해외 송출기관과 연수업체 사이에 연수추천관계업무를 대행하는 중간매개 지위만을 가지는 것으로 되어 있다. 즉 연수생파견계약서 제1조 제6항에서는 해외 송출기관과 연수생 사이에 형성된 계약상의 권리·의무의 불이행에 따라 발생하는 결과에 대하여 중기협은 아무런 관련성을 갖지 않음을 명시하고 있다.

16) 이는 연수생파견계약서라는 표준계약서에 분명하게 명시하고 있다. 즉 연수생파견계약은 해외 송출기관이 연수생 선발조건에 따라 연수생을 「채용」하여 연수생 자격으로 파견하며, 연수생이 한국내의 연수업체로 파견되는 동안 해외 송출기관이 연수생의 연수에 대한 지휘명령권을 가지는 것으로 규정되어 있다(제1조 II, III).

《표2》 산업연수생의 당사자 관계



- ① A-C : 연수협력계약서 및 연수협력개별약정서
- ② B-D : 연수계약서(연수생 사용관계)
- ③ A-E : 위탁관리계약서
- ④ D-E : 위탁관리
- ⑤ B-E : 연수생관리계약서

그러나 이와 같은 형식적인 법률관계에도 불구하고 실제 운영되는 모습을 보면, 그 실질관계는 달리 판단될 수 있다. 먼저, 연수업체와 산업연수생 간에 구체적으로 적용되는 연수내용을 살펴보면, 이는 기술 연수가 아님이 명백하다. 실증조사에서도 나타나 있듯이, 연수업체는 주로 3D업종을 영위하는 기업으로 내국인 근로자들이 기피하는 업종에 주로 연수생들을 취업시키고 있는 것이다.¹⁷⁾ 그리고 산업연수생과 해외 송출업체간에 체결되는 연수생파견계약의 내용을 볼 경우에도 연수조건으로 1일 8시간, 1주 44시간을 기본연수시간으로 정하고 있으며, 연장, 야간 및 휴일근로를 할 경우에 기본연수수당의 150%지급까지도 명시하고 있어 사실상 기술연수는 명목뿐임이 잘 드러나고 있다. 나아가 연수업체와 산업연수생 사이에 연수생 계약서라는 것이 체결되기도 하는데, D회사에서 운용하고 있는 연수생계약서의 내용¹⁸⁾을 보면 연수기간, 근무시간, 연수금액, 연수생 임금지급방법, 숙식조건 및 계약해제 등을 담고 있어 사실상 근로계약서와 다를 바가 없음을 확인할 수 있다.

다른 한편에서 중기협은 해외 송출기관의 선정, 사후관리업체의 허가 및 중소기업으로부터의 연수추천·대행을 행하면서 실제로는 산업연수생의 모든 이해관계의 한가운데에 위치하고 있다.¹⁹⁾ 실제 중기협이 수행하는 기능적인 측면에 초점을 맞춘다면, 근로자 파견업 혹은 근로자공급 사업을 행하는 것과 유사하다. 그러나 현행법상으로는 재외국의 기업이 우리 나라 기업을 상대로

17) 정주연/김균, 외국인 노동력 유입에 따른 경제·사회적 효과분석, 외국인 고용에 따른 사회·경제적 영향평가와 규율방안, 고대 노동문제연구소, 1998, 232면 참조.
 18) 외국인노동자대책협의회, 외국인산업기술연수생 인권백서, 2000, 113면 참조.
 19) 실제로 중기협은 1인당 산업연수생을 도입하면서 연수업체인 중소기업과 송출기관 그리고 연수생의 관리를 책임지는 송출기관의 서울 사무소인 사후관리회사로부터 각각 일정액의 수수료를 받고 있다.

하는 파견업은 인정되지 않으므로,²⁰⁾ 해외 송출기관이 직접적으로 국내기업을 상대로 근로자파견업을 행할 수 없다. 그런 까닭에 해외 송출기관의 현지모집과 중기협의 연수업체 신청이 맞물려서 사실상 공동으로 파견업을 행하는 것으로 볼 수 있다. 또한 직업안정법상 국내유료직업소개사업 또는 국내근로자공급사업은 노동부장관의 허가를 받은 사업자 또는 노동조합에 대해서만 인정되며, 그 소개 및 공급대상도 원칙적으로 국내근로자에 한정하여 규정되어 있다. 그러므로 해외 인력을 국내에 공급하는 근로자공급사업도 실정법 하에서는 전혀 고려되어 있지 않다. 현행 실정법 규정이 결여된 상태에서 중기협과 해외 송출기관이 공동으로 근로자공급사업을 행하는 것으로 볼 수 있다.

이처럼 현재의 산업연수생의 모집·알선·대행과 같은 유형은 현행법상 근로자파견업 내지 근로자공급사업의 규율대상에서 빠져 있었던 것이며, 그 틈새를 중기협과 해외 송출기관이 3D업종의 인력난을 해결하고자 하는 정부의 인력정책과 맞물려 현재의 모습을 띄게 되었다고 할 수 있다. 그러나 중기협은 사실상 연수생의 모집·알선 등에 있어서 주도적인 역할을 수행하면서도, 사용자의 지위뿐만 아니라 실정법상의 그 어느 책임 있는 지위를 가짐이 없이 사실상의 '특권'만을 누리고 있다고 해도 과언이 아니다. 책임 없는 권리 내지 권한이 없다는 일반적인 법원리를 원용하지 않더라도 중기협이 가지는 법적 지위에 불합리성이 내재되어 있음을 쉽게 알 수 있다.

2. 실질적 측면에서 본 불법체류 근로자의 법적 지위

현재 국내에 있는 이주근로자 중 가장 많은 수를 차지하는 것은 불법적 이주근로자이다. 이들은 위에서 언급한 바와 같이 불법적인 입국방법을 통해 국내에 들어온 자 뿐만 아니라, '자격 외 취업자' 내지 '체류기간을 초과하여 취업한 자'도 이에 해당된다. 후2자의 경우 많은 부분은 산업연수생으로 들어와 근무처를 이탈하여 취업하는 경우이다. 이들은 연수생 자격으로 합법적으로 입국한 후, 산업연수제도 자체가 지니고 있는 불합리한 점을 계기로 근무처를 이탈하고 불법적 이주근로자로 되었다는 점에서는 차별적인 요인을 가진다 할지라도, 출입국관리법상으로는 정당한 체류자격이 없다는 점에서는 '밀입국 취업자'와 다를 바가 없다. 여기서 제기되는 문제는 출입국관리법상 취업자격이 없는 상태에서 이들이 사실상 근로를 제공하는 경우 이를 법적으로 어떻게 판단할 것인가 하는 것이다. 만약 출입국관리법상 취업자격이 없는 자가 근로계약을 체결하는 것을 강행법규위반에 의한 무효인 법률행위로 볼 것인지, 아니면 출입국관리법을 단지 출입국과 관련한 단속규정으로 보아 근로계약의 체결행위 자체에는 아무런 영향을 미치지 않는 것으로 볼 것인지가 그것이다.

출입국관리법이 가지고 있는 입법목적은 외국인이 국내에 체류하여 행할 수 있는 활동이나, 체류할 수 있는 신분 또는 지위에 관한 체류자격과 그 체류기간에 관하여 규율함을 목적으로 하고 있다는 점에서는 단순한 출입국에 관한 사항을 규율대상으로 하는 것으로 볼 수 있으나, 이와 동시에 동법은 외국인에 대한 고용제한의 규율취지도 함께 지니고 있다는 점에 비추어 보면(제18조) 단순히 외국인의 불법체류만을 단속할 목적만을 가진 것으로도 보기 어렵다. 오히려 후자의 측면에서는 취업자격 없는 외국인의 유입으로 인한 국내 고용시장의 불안정을 해소하고 노동인력의 효율적 관리, 국내 근로자의 근로조건 유지 등의 목적을 효율적으로 달성하려는 목적적인 측면도 함께 지니는 것으로 보지 않을 수 없다. 이런 점에서 출입국관리법에 따른 취업자격의 제한은 불법취업자의 근로계약관계에 영향을 미친다고 보아야 한다. 그러나 이때 미치는 영향관계는 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지시키는 것일 뿐, 사실상 제공된 근로나 그에 따라 형성된 근로관계의 효력 자체에 대해서까지 금지하는 것으로 보기에 어렵다. 더욱이나 노동법상 근로계약관계에 대해서는 민법의 다른 전형 계약관계에서와는 달리 무효와 취

20) 왜냐하면 파견업을 하고자 하는 자는 일정한 요건을 갖추어 노동부장관의 허가를 받아야 하기 때문이다(파견근로자보호등에관한법률 제7조 이하).

소의 경우 특수한 청산법리가 인정하고 있다.²¹⁾ 이런 점에 비추어 보더라도 기왕에 제공된 노무 급부 및 그에 상응하는 대가의 지급관계는 그대로 용인되는 것이 타당하다.

그러므로 출입국관리법의 위반의 법률효과는 체류자격이 없는 외국인을 고용하는 행위를 금지한다는 강행법규의 의미성은 가져 근로계약의 장래 계속적 유지와 관련해서는 영향을 받지 않을 수 없을 것이나, 그렇다고 하여 기왕에 이루어진 근로계약관계에 대해서까지 효력을 부인하는 것으로 볼 수는 없을 것이다. 이에 따라 강행법규인 출입국관리법의 위반에 따른 법률효과가 현실에 미치게 되는 특수한 영향관계(?)에 주목하지 않으면 안될 것이다.

3. 판례의 입장

이주근로자의 법적 지위와 관련하여서는 다음의 두 판례가 기준적인 지위를 차지하고 있다. 그 하나는 산업연수생의 실질적인 지위에 관한 법적 지위에 관한 사안이며, 다른 하나는 불법체류 근로자의 법적 지위에 관한 사안이다.

먼저 전자의 판례는 대법원의 1995년 12월 22일 판결²²⁾이며, 그 요지는 다음과 같다:

산업기술연수사증을 발급받은 외국인이 정부가 실시하는 외국인 산업기술연수 제도의 국내 대상업체에 산업기술연수생으로 배정되어 대상업체와 사이에 상공부장관의 지침에 따른 계약서의 양식에 따라 연수계약을 체결하였다 하더라도 그 계약의 내용이 단순히 산업기술의 연수만에 그치는 것이 아니고 대상업체가 지시하는 바에 따라 소정시간 근로를 제공하고, 그 대가로 일정액의 금품을 지급받으며 더욱이 소정시간 외의 근무에 대하여는 근로기준법에 따른 시간외 근로수당을 지급받기로 하는 것이고, 이에 따라 당해 외국인이 대상업체의 사업장에서 실질적으로 대상업체의 지시·감독을 받으면서 근로를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하여 왔다면 당해 외국인도 근로기준법 제14조 소정의 근로자에 해당한다.

또 다른 판례는 불법체류 근로자의 법적 지위에 관한 것으로서, 대법원의 1995년 9월 15일의 판결²³⁾이 이에 해당한다:

구 출입국관리법(1992.12.8. 법률 제4522호로 전문 개정되기 전의 것) 제15조 제1항에서 외국인이 대한민국에서 체류하여 행할 수 있는 활동이나 대한민국에 체류할 수 있는 신분 또는 지위에 관한 체류자격과 그 체류기간에 관하여 규율하면서 아울러 같은 조 제2항에서 외국인 고용제한을 규정하고 있는바, 그 입법취지가 단순히 외국인의 불법체류만을 단속할 목적으로 한 것이라고는 할 수 없고, 위 규정들은 취업자격 없는 외국인의 유입으로 인한 국내 고용시장의 불안정을 해소하고 노동인력의 효율적 관리, 국내 근로자의 근로조건의 유지 등의 목적을 효율적으로 달성하기 위하여 외국인의 취업자격에 관하여 규율하면서 취업자격 없는 외국인의 고용을 금지시키기 위한 입법목적도 아울러 갖고 있고, 이는 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서의 근로자로서의 신분 등에 따른 노동관계법상의 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 규정으로는 보기 어렵다.

취업자격 없는 외국인이 구 출입국관리법상의 고용제한 규정을 위반하여 근로계약을 체결하였다 하더라도 그것만으로 그 근로계약이 당연히 무효라고는 할 수 없고, 취업자격은 외국인이 대한민국 내에서 법률적으로 취업활동을 가능케 하는 것이므로 이미 형성된 근로관계가 아닌 한 취업자격 없는 외국인과 근로관계는 정지되고, 당사자는 언제든지 그와 같은 취업자격이 없음을 이유로 근로계약을 해지할 수 있다.

외국인이 취업자격이 아닌 산업연수 체류자격으로 입국하여 구 산업재해 보상보험법(1994.12.22. 법률 제

21) 이는 근로계약이 사후 무효 또는 취소되더라도 기왕에 제공된 노무급부에 대한 청산의 곤란성 때문에 무효 또는 취소의 효력을 장래에 대해서만 미치게 하는 것이 적정하다는 이유에서 그러하다(김형배, 채권각론, 1997, 550면).

22) 대판 1995. 12. 22, 95누2050.

23) 대판 1995. 9. 15, 94누12067.

4826호로 전문 개정되기 전의 것)의 적용대상이 되는 사업장인 회사와 고용계약을 체결하고 근로를 제공하다가 작업 도중 부상을 입었을 경우, 비록 그 외국인이 구 출입국관리법상의 취업자격을 갖고 있지 않았다 하더라도 그 고용계약이 당연히 무효라고 할 수 없고, 위 부상 당시 그 외국인은 사용종속관계에서 근로를 제공하고 임금을 받아 온 자로서 근로기준법 소정의 근로자였다 할 것이므로 구 산업재해보상보험법의 요양급여를 받을 수 있는 대상에 해당한다.

이상의 두 판례는 이주근로자에 대한 법적 지위를 명료하게 해 주었다는 점에서 긍정적으로 평가된다. 전자의 판례는 비록 출입국관리법상 산업연수생의 자격으로 체류하는 자로서 형식적으로는 취업자격을 갖지 아니하지만, 연수관계를 실질적인 측면에서 접근하여 판단하였다는 점에서 의의가 있다. 이 판례에 따라 사실상 근로관계를 형성하고 있는 대부분의 연수생은 체류자격의 형식성에도 불구하고 근로기준법상 근로자로서의 일정한 지위를 가지는 것이다.²⁴⁾

두 번째 판례는 불법체류 근로자의 지위에 관련하여, 출입국관리법은 강행규정으로써의 성질을 지니기는 하지만, 기왕에 이루어진 근로관계에 대해서는 그 법적 효력을 인정하였다는 점에서 의의가 크다. 그러므로 불법체류 근로자라 하더라도 사실적인 근로제공관계에서 발생한 업무상 재해에 대해서는 산업재해보상을 인정함으로써 재해보상과 관련하여서는 이주근로자에 대한 실질적인 보호가 이루어지게 되었다.

이 밖에도 이주근로자와의 관계에서 상당한 의미를 갖는 또 다른 판례로는, 대법원 1995년 7월 11일의 판례²⁵⁾와 대법원 1995년 9월 29일 판례²⁶⁾를 들 수 있다. 양자의 사실관계는 서로 다르지만(전자는 피고가 유료직업소개사업허가를 받지 아니하고 외국인 근로자를 국내업체에 취업·알선을 하였으며, 후자는 피고가 국외근로자공급사업 허가 없이 국내거주 외국인을 일본에 밀항시키려는 하였다는 점에서 각각 차이가 있다), 외국인을 대상으로 하는 유료알선소개행위가 직업안정법에 위반된다는 사실을 인정하였다는 점에서 공통적이다. 양 사안에 있어 원심 모두는, 직업안정법은 내국인을 대상으로 한다는 점과, 근로기준법과는 달리 직업안정법에서는 국적을 이유로 하는 차별대우를 금지하고 있지 않다는 점을 이유로 죄형법정주의의 원칙에 따라 동법 위반에 따른 벌칙적용이 배제된다고 판시하였으나, 대법원은 직업안정법상 균등대우의 규정은 단지 예시적인 의미에 불과하며 따라서 국적을 이유로 하는 경우를 배제할 이유가 없다는 점과 직업안정법의 적용범주에 외국인을 포함하여 해석하는 것이 죄형법정주의에 어긋나는 것이 아니라는 이유 등에서 각각 직업안정법 위반에 따른 처벌을 인정하였다. 이는 직업안정법의 취지와 목적에 비추어 비록 외국인에 대해서는 명문으로 적용을 명시하고 있지 않다 않지만, 이들에 대해서까지 적용이 확대된다는 점을 적극 인정하였다는 점에서 의의가 크다.

이상의 판례의 입장을 종합하면, 이주근로자의 문제를 형식이 아닌 실질관계에 따라 판단하여 근로자로서의 법적 지위를 인정하려는 보다 적극적이며 긍정적인 태도를 취하고 있음을 확인할 수 있다.

24) 이런 취지는 고등학교 졸업예정자인 실습생의 실습기간 동안의 법적 지위와 관련한 대법원 1987년 6월 9일의 판결(86다카2920)에서도 확인할 수 있다. 이 판결에서 대법원은 비록 “피해자가 고등학교 졸업예정자인 실습생이고, 또 그 작업기간이 잠정적인 것이라 할지라도 바로 이러한 사유만으로 동인이 근로기준법의 적용을 받는 근로자가 아니라고 단정할 수 없고, 사업주와 실습생 사이의 채용에 관한 계약내용, 작업의 성질과 내용, 보수의 여부 등 그 근로의 실질관계에 의하여 근로기준법 제14조의 규정에 의한 사용종속관계가 있음이 인정되는 경우에는 그 실습생은 근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당한다”고 판시하였다.

25) 대판 1995. 7. 11, 94도1814.

26) 대판 1995. 9. 29, 95도1331.

4. 이주근로자에 대한 형식과 실질의 이원적인 취급의 한계성

이와 같은 판례의 적극적이며 긍정적인 활동에도 불구하고, 그로 말미암아 발생될 수 있는 현실적인 부정적 효과가 지적될 수 있다. 즉 현행 실정법의 규정과 판례의 입장을 결과적으로 종합하면, 이주근로자의 지위는 산업연수생이든 아니면 불법체류 근로자이든 간에 현재의 상황에서는 실질적으로 이루어진 노무제공관계에 대해서는 근로관계로 인정받게 되는 이원적인 상황이 적용된다. 이러한 법 적용(체류자격과 실제 이루어진 법률관계에 대한 판단의 이원적 취급)은, 한편에 있어서는 이주근로자에 대한 현실적인 보호가 어느 정도 이루어진다는 점에서 긍정적일 수 있으나, 이와 같은 방법은 문제발생의 여지를 최소한도로 줄이기에는 적합한 해결책이 될 수 없고, 경우에 따라서는 문제를 지속적으로 악화시키는 요인으로 작용할 가능성도 배제할 수 없다. 왜냐하면 체류자격과 사실적인 법률관계의 이원적인 판단은 이주근로자를 불법체류 근로자로 만드는 사실상의 '선의 誘惑'에 방치하는 결과를 낳을 수 있기 때문이다. 예컨대 부당한 산업연수생의 지위와 연수자격에 따른 계약이 산업연수생으로 하여금 연수업체를 이탈하여 불법체류 취업자로 만드는 원인을 이룬다. 그런데도 연수업체를 이탈한 연수생의 사실적인 취업관계를 적극 보호를 해주는 법 적용관계는, 한편에서는 이주근로자의 인권을 도모하는 바람직한 측면도 있으나, 다른 한편에서는 오히려 이들로 하여금 '탈법적'인 행위를 조장케 하는 원인으로 작용할 수 있다는 것이다. 이주근로자들의 주된 목적은 일정한 수입을 획득한 후 고향으로 돌아가 가족과 함께 보다 안락한 생활을 누리하고자 하는 데에 있는 것이므로, 보다 많은 수입을 올릴 수 있다는 점은 이들에게 더할 나위 없는 탈법적인 유혹으로 작용할 수밖에 없는 것이다.

그러므로 불법체류 이주근로자의 발생을 방지하는 방안으로 이들의 행위의 측면에 대해서는 규제를 하고 그 결과에 대해서는 보호를 해주는 이원적인 취급은, 실제로는 불법체류 근로자의 발생을 방지하는 데에 별 다른 효과가 없을 것이다. 보다 본질적인 측면에서는 한편에서는 일정한 요건과 절차 속에서 합법적인 취업관계를 형성토록 하며, 다른 한편에서는 불법취업을 조장하는 데에 직·간접적으로 영향을 미치는 관련 당사자에 대한 적절한 법적 규제를 통해 전반적인 해결방안의 모색이 필요하다고 본다.

이러한 입법정책적 방안을 모색하기 전에 현재 이주근로자들에 대해 발생하고 있는 인권침해 사례를 살펴보는 것이 필요하다고 본다. 그 이유는 이주 근로자에 대한 인권침해가 발생가능하도록 하는 원인이 어디에 있는가를 법적인 측면에서 명확하게 짚어보는 것이 문제해결방안을 강화하기 위한 첩경이 될 수 있을 것이기 때문이다. 그런 다음에 문제를 해결하기 위한 보다 적극적인 입법정책적 방안을 모색하고자 한다.

IV. 이주근로자에 대한 인권침해 사례와 그 원인

1. 이주근로자에 대한 인권침해 사례²⁷⁾

현재 이주근로자에 대해 발생하고 있는 인권 침해 사례로는 여러 가지가 있을 수 있으나, 다음과 같은 경우를 주요 사례로 들 수 있다. 이러한 사례 중에는 산업연수생 혹은 불법체류 근로자에게만 해당되는 경우도 있으나, 양자 모두에게 공히 발생되는 사례도 있다.

① **이주근로자에 대한 신분증 압류** : 많은 산업연수생의 경우 여권을 본인이 소지하고 있는 경우는 얼마 되지 않고, 대부분은 회사에서 여권을 압수하여 보관하고 있다. 그리고 연수생에 대

27) 이하의 내용은 외국인노동자대책협의회, 외국인 산업기술연수생 인권백서, 2000/3, 20~61면에서 소개된 주요 사례 내용을 기초로 재구성·정리한 것이다.

해 입국 후 90일 이내 출입국관리사무소에서 발급하는 외국인등록증도 본인에게 아예 주지를 않거나, 복사본만을 주는 경우도 상당수에 달한다고 한다. 이와 같은 실태의 주된 이유는 연수업체가 산업연수생의 이탈을 방지하기 위한 것으로 추단될 수 있다.

그러나 출입국관리법 제27조에서는 여권의 휴대를 명시하고 있을 뿐만 아니라 이를 위반한 경우 벌칙까지 규정하고 있으며(동법 제98조), 「산업기술연수생 보호 및 관리에 관한 지침」(노동부 예규 제258호)의 제7조 제5항에서도 “연수생의 여권은 연수생 본인이 소지하도록 하여야 한다”고 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 회사가 여권 및 외국인등록증을 본인에게 교부하지 않음으로 인하여 불의의 사고 등과 같은 긴급한 문제가 발생하였을 경우 신분확인이 되지 않음으로 말미암아 적절한 조치를 취하는 것을 실기하는 경우가 많다.

② **외출금지 및 인신구금** : 연수업체가 제공하는 기숙사에서 생활하는 이주근로자에 대해서는 기숙사 밖으로의 외출 등이 통제되는 경우가 종종 발생한다고 한다. 이는 한국인과의 개별적인 접촉이나 같은 나라 출신의 이주근로자들을 만나 정보교환 등으로 인한 업체이탈 가능성을 사전에 차단하거나, 혹은 상담소와 연결되어 연수업체의 문제가 불거질 우려를 미연에 차단하기 위한 것으로 볼 수 있다.

그러나 이들 산업연수생에 대한 인신의 구금 및 행동을 통제하는 것은 기본적인 행동의 자유를 침해하는 것으로써 근로기준법 제6조에서 규정하고 있는 “사용자는 폭행·협박·감금 기타 정신상 또는 신체상의 자유를 부당하게 구속하는 수단으로서 노동자의 자유의사에 반하는 노동을 강요하지 못한다”는 강행규정을 위반하는 위법한 행위인 것이다. 뿐만 아니라 기숙사를 사용하면서 외출을 통제하는 등의 행위는 근로기준법 제101조 이하의 제규정에도 위반하는 것이다.

③ **폭행(언어폭력, 성폭행, 구타)** : 이주 근로자에 대해서는 관리자 또는 다른 상급 한국인 근로자에 의한 언어상의 폭력뿐만 아니라 성희롱(내지 폭행)²⁸⁾ 나아가 신체에 대한 구타까지도 발생하는 경우가 많다.

이러한 폭행·구타행위는 가장 기본적인 인권을 침해하는 전근대적인 행위로서 근로기준법 제7조 “사용자는 사고가 나거나 어떠한 이유로도 근로자에게 폭행이나 구타행위를 할 수 없다”는 강행규정을 위반하는 경우이다. 나아가 성희롱 내지 성폭행의 경우에는 형법전의 범죄성립을 별론으로 하더라도 남녀고용평등법 및 남녀차별금지법의 규정에 반하는 위법한 행위이다. 이와 같은 폭행이 많이 발생하는 이유는 외국인에 대한 멸시와 열악한 지위를 악용하자는 심리와 언어소통상의 어려움을 이용하려는 데에 있는 것으로 보인다.

④ **강제적립금제도의 문제점** : 1996년 이후 중기협은 지침사항으로 연수생의 기본금에서 50% 이상을 은행에 강제 적립토록 하였으며, 1999년 8월 이후에는 연수수당에서 매월 10만원 이상 적립하도록 하고 있다. 이러한 강제적립제도는 연수생 파견계약서(제4조 제4항, 제5항)에서도 나타나고 있다. 그리고 적금인출방법은 적금인출사유확인서 발급신청 - 발급 - 적금인출시 은행에서 외화송금수표로 지급의 형태로 이루어지도록 하고 있으며, 인출액의 지급은 출국시 공항이나 항구에서 송출기관의 입회하에 연수업체가 연수생에게 지급하도록 되어 있다.²⁹⁾ 이와 같이 연수수당을 정기적금에 가입시키는 것은 연수수당을 안전하고 경제적으로 관리할 수 있게 하고 재산형성을 도모하고자 하는 데에 그 목적을 두고 있다.

그러나 대다수 이주근로자는 한국에 오기 위하여 상당한 금액을 송출기관에 지불하면서 빚을 지고 있는 상황에서, 적은 연수비용중 강제적립금을 제외하고 나면 본국에 송금할 수 있는 금액이 거의 없게 되어, 오히려 이주근로자에게 부당한 계약을 가하는 결과가 된다. 또한 산업연수생이 귀국하거나, 업체를 이탈하여 불법체류 근로자로서 활동하거나, 또는 그로 인하여 귀국하는 경우에는 적립금을 제대로 받지 못하는 경우가 종종 발생하고 있다. 1999년 8월말 현재 연수생 적

28) 매일노동뉴스, 2001/11/9(제2367호), 8면; 2001/12/1(제2383호), 15면 스크랩 기사 참조.

29) 출처 : 연수업체 숙지사항, 1996.5, 중기협 외국인 연수협력단.

입금의 지정은행³⁰⁾에 예치된 총 적립금은 467억원이며, 이 중 이탈 등으로 말미암아 미지급된 금액은 전체의 8.2%인 38억원에 달하고 있다.³¹⁾ 이처럼 많은 미지급 금액이 발생하는 이유는 연수업체를 이탈한 이주근로자가 적립금을 돌려 받기 위하여 연락을 하면 연수업체에서는 패심죄(?)를 적용하여 출입국관리사무소에 신고하기 때문에 찾지 못하고 방치되어 있기 때문이다.

이와 같은 강제적립금 제도는 비록 입국후 중기협에서 실시하는 교육시간에 본인의 동의를 받기는 하지만, 잘 알지 못하는 상황과 다른 선택의 여지가 없는 상황에서 이루어지는 것이어서 자유의사 결정에 반하여 이루어지는 것으로 보지 않을 수 없다. 다시 말하면 연수생이라는 형식적 지위를 악용해서 그와 같은 적립금제도를 운영하고 있다고 볼 수 있다.

그러나 위에서 본 바와 같이 연수계약의 실질적 내용은 근로계약과 다를 바가 없으며, 따라서 이들에 대해서도 근로기준법이 적용된다면 근로계약에 부수하여 강제저축 또는 저축금의 관리를 규정하는 계약을 체결하지 못한다는 제29조의 규정을 위반하는 결과가 될 뿐만 아니라,³²⁾ 동법 제42조에서 규정하고 있는 직접불 및 전액불 지급원칙에도 반하는 결과가 된다. 이는 비단 강제적립금제도에서만 아니라 임금을 압류하거나 사후 지급하는 경우에도 동일하게 판단될 수 있다.³³⁾

⑤ 사후관리업체에 대한 명확한 법적 지위의 부재 및 사후관리수당 원천징수 : IMF 이후 중소기업청에서 외국인 연수생 운영에 관한 지침을 마련하여 사후관리업체를 폐지·축소하고 중기협의 관리감독의무를 강화하는 것으로 방안을 마련하였으나, 사후관리업체와 중기협의 반발로 44개의 사후관리업체를 20개로 통폐합하는 것으로 마무리하였다. 중기협은 연수생의 관리를 해외 송출기관의 한국사무소격인 사후관리업체를 통해 연수생 관리업무를 위탁하고, 이들 사후관리업체는 산업연수생이 다시 본국으로의 출국시까지 여러 가지 문제를 해결하기 위하여 도움을 주어야 함에도 불구하고, 주된 관심사는 연수생을 관리하여 얻는 관리비 수입과 송출기관으로부터 더 많은 연수생을 받아들이는 것에 있다. 그러므로 연수생이 연수업체에 배정받은 후 발생하는 여러 가지 갈등의 문제에 대해서는 연수생의 입장에서 적극적으로 이들의 지위를 대변하여 주는 것이 아니라, 연수생의 의견을 무시하거나 잔여 연수시간의 짧음을 이유로 연수생을 억박질러 갈등을 해결하는 등 무성의와 편파적인 행태를 보여주고 있다. 뿐만 아니라 이들 사후관리업체는 연수생의 적립금을 인출하여 여기서 사후관리비용을 공제한 나머지 금액을 연수생에게 지불하는 경우도 종종 나타나고 있다.

사후관리업체가 현행 실정법률에 의거할 때 어떠한 법적 지위를 가지는가를 살펴 볼 경우, 상당히 모호하게 되어 있다. 즉 사후관리업체는 비록 해외 송출기관의 한국사무소 격이기는 하나,³⁴⁾ 형식적으로는 해외에서 연수생을 직접 모집하는 데에 관여하지 않으며, 또한 국내에 들어온 연수생을 연수업체에 배정하는 지위와 권한도 가지고 있지 않다. 다만 해외 송출기관과 중기협으로부터 국내 들어온 연수생에 대한 관리를 위탁받아 행사하는 지위에 설뿐이다.³⁵⁾

30) 1996년 시행당시에는 동남은행(우즈베키스탄, 파키스탄, 카자흐스탄), 중소기업은행(인도네시아, 중국, 방글라데시, 태국), 국민은행(베트남, 필리핀, 미얀마), 대동은행(스리랑카, 몽골, 네팔, 이란)이었다.

31) 출처: 중소기업청동중양회, '99 국정감사.

32) 다만 사용자가 근로자의 위탁으로 저축을 관리하는 경우에는 다음 각호의 사항을 준수할 경우에는 예외적으로 허용된다. 1. 저축의 종류 기간 및 금융기관을 근로자가 결정하고, 근로자 본인의 이름으로 할 것. 2. 근로자가 저축증서 등 관련자료의 열람 또는 반환을 요구할 때에는 즉시 이에 따를 것.

33) 이러한 예로서는 연수업체에서 체결하는 연수생 계약서에서 살펴 볼 수가 있는데, 이에 관해서는 외국인노동자대책협의회, 외국인 산업기술연수생 인권백서, 2000, 113면(제5조) 참조.

34) 해외 송출기관과 국내 사후관리업체와의 관련 현황에 관하여는, 외국인노동자대책협의회, 외국인 산업기술연수생 인권백서, 2000, 118~119면 참조.

35) 중소기업청고시 제1999-60호인 외국인산업연수제도 운영에 관한 지침 제34조 제4항: "중앙회 회장은 제1항에 규정된 사항 중 중앙회가 직접 수행하기 곤란한 제8호(연수생의 연수업체 근무사항 및 의료

그러나 중소기업청고시 제1999-60호 「외국인 산업연수제도 운영에 관한 지침」 제34조 규정에서는 연수업체와 연수생에 대한 관리업무를 중기협이 수행하도록 규정되어 있으며, 이에 의할 경우 결국 중기협 자신이 행해야 할 업무관장부분을 사후관리업체에 위임하는 것으로 된다. 만약 연수생에 대한 사후관리가 단순한 고용현황을 파악하는 업무에 불과하다면 노동법적인 별도의 문제를 야기함이 없을 것이나, 만약 중기협의 지위를 단순한 인력 소개업 혹은 해외 송출기관과 함께 사실상 해외인력의 파견에 해당하는 것으로 볼 경우에는 실질적인 관점에 따라 중기협의 노동법상 지위가 결정되는 것으로 볼 수 있다. 그런데 위 중소기업청 고시 제22조 및 제31조에 의한다면, 연수생의 연수수당 등 연수조건은 중기협이 연수업체와 체결하는 계약에 의하여 결정되어 있다. 이는 중기협의 역할이 단순한 인력의 소개(직업소개)에 그친다는 것이 아니라, 연수관계를 실질적인 의미에서 근로계약관계로 인정할 수 있다면 중기협은 - 실정 파견근로자보호등에 관한법률에의 해당성 여부를 별론으로 하고 - 연수생을 연수업체에 파견하는 파견사업주의 지위를 갖는 것으로 볼 수 있으며, 사후관리업체는 중기협이 지니는 파견사업주의 업무를 대행하는 보조자의 지위에 서는 것에 불과한 것으로 볼 수 있다. 이렇게 본다면 사후관리업체가 연수생에 대해 수령하는 사후관리비는 연수생과의 관계에서가 아니라 중기협과의 관계에서 비롯하는 업무위탁수행에 따른 보수의 성질을 갖는 것이며, 따라서 중기협이 지불해야 하는 비용으로 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 사후관리업체가 그 비용을 연수생으로부터 지급받는 것은 비록 그것이 연수생의 합의에 기초한다 하더라도 연수생의 열악한 지위를 이용하여 중기협이 당연 부담해야 할 업무위탁관리비용을 연수생이 대신 지급하는 것에 불과하다.

더욱이나 연수관계가 실질적인 의미에서 근로계약관계라면 연수수당은 임금으로서의 성질을 가지는 것이 되며, 이러한 임금에서 관리비용을 공제하는 것은 임금직접불 원칙에도 분명 반하는 것으로 된다.

⑥ 업무상 재해에 따른 보상관계 : 이주근로자에게 발생한 여러 사례중 가장 시급했던 인권보호 필요사례는 이들 연수생을 산재보험대상에서 배제하였다는 점이다. 연수관계가 사실상 근로계약관계 임에도 불구하고 이들에 대해서 산재법의 당연 적용을 인정하지 않는 것은 연수관계의 실질적인 의미를 도외시한 것에 불과하다. 그러나 1995년 노동부가 예규를 통하여 산업연수생에 대한 산재보험적용을 인정한 것은 그나마 다행스러운 일이라 할 수 있다.³⁶⁾

그럼에도 불구하고 이것으로 산재보험과 관련하여 발생하는 인권침해 사례가 모두 종식되는 것은 아니다. 그 예로는 다음과 같은 것이 있다. 예를 들어 산재사고가 난 경우 연수업체는 산재보험금의 인상이나 산재다발 사업장으로 지적되는 것을 염려하여 산재신청을 기피하고 연수생과의 일정한 합의를 통해 종결짓는 경우가 많다. 특히 과로사의 경우에는 부검 등을 유족들이 원하지 않는 관계로 회사측과의 합의로써 약간의 위로금을 받는 것으로 처리되는 경우도 종종 찾아 볼 수 있는데, 이 경우 연수생(또는 그 가족)은 자신의 불리한 지위 혹은 의학적 소견의 미진으로 말미암아 충분한 보호를 받지 못하고 합의로 종결하는 경우가 많다. 나아가 산재보험금이 지급되는 경우에도 회사가 보관하는 이주근로자의 명의로 된 통장에 입금되는 것을 악용하여 회사가 그 일부를 횡령하거나 미지불하는 경우도 발생하고 있다.

산업연수생이 행하는 실제 모습이 근로계약관계와 다를 바가 없다면 연수생이 업무를 수행하다가 입은 재해에 대해서는 재해보상이 당연히 인정되어야 함은 재언을 요하지 않는다. 적정한 산재보험의 지급 및 수령과 관련한 문제는, 연수관계를 실질적인 근로관계를 파악하여 연수업체가

보험, 산재보험 가입지도, 외국인등록지도), 제9호(연수생 관련 민·형사사건 사후 수습), 제10호(연수생의 질병, 부상, 이탈 등 처리), 제11호(기타 연수생관리와 관련하여 필요하다고 인정되는 사항)의 업무를 위탁할 수 있으며 세부적인 사항은 중소기업청장의 승인을 얻어 별도로 시행한다."

36) 연수생에 대한 산재보험 적용 인정의 과정도 처음에는 근로복지공단의 내부지침에 의하여 중기협에 의한 산업연수생에 대해서만 적용하였던 것을 노동부가 다시금 예규를 만들어 현행법인 연수생에게도 산재보험적용을 확대함으로써 현재 연수생에 대해서는 모두 산재보험의 적용이 인정되고 있다.

재해보상을 부담하는 것과 관계가 있는데, 현재의 접근방안보다도 중기협을 파견사업주의 지위를 갖는 것으로 설정할 수 있다면 재해보상의 책임은 파견근로자보호등에관한법률 제34조의 규정의 취지에 따라 파견사업주인 중기협이 부담해야 하는 것으로 처리하여 이와 같은 문제의 여지를 줄일 수 있을 것이다. 다시 말하면 연수생에 대한 산재가업의무를 부담하는 사용자의 지위에 연수업체가 서게 됨으로써 발생하는 산재신청을 기피문제나 산재보험금에 대한 회사의 악의적인 미지불 등은 이로써 상당 부분 해결될 수 있을 것으로 본다. 왜냐하면 연수업체보다 중기협의 직접적인 책임관계를 물을 경우 산재보험의 운영측면에서 뿐만 아니라 관리·감독측면에서도 여러 가지 불편·부당한 점이 시정될 여지가 많을 것이기 때문이다.

⑦ 송출기관 및 사후관리업체 선정과정에서의 유착과 위장현지법인의 불법적 취업매개 : 산업연수생제도의 취지는 외국에 투자한 기업이 합작회사의 직원을 국내기업으로 들여와 기술연수를 시켜 다시 현지기업에서 숙련공으로 일하는 것을 취지로 하였으나, 실제로 이에 부합하게 운영되는 경우는 거의 없고 대부분이 현지기업을 통해 값싼 인력을 국내로 들여오는 공급통로로 활용되고 있음은 이미 언급한 바와 같다. 그런데 해외송출기관의 지정은 중소기업청장이 정한 해외송출국에 중기협이 송출기관 선정을 의뢰하고 그에 따라 송출국가가 선정한 송출기관에 대해 중기협이 의뢰하는 형식을 띄게 된다. 그러나 사실상 송출기관의 선정에는 중기협이 거의 주도적인 지위를 행사하는 것으로 볼 수 있다. 그리고 송출기관의 국내 사무소격인 사후관리업체는 중기협으로부터 연수생의 사후관리를 위탁받아 업무를 수행하고 있다. 이런 관계에서 중기협과 송출기관 및 사후관리업체들과의 공공연한 유착관계가 문제의 중심에서 있으며, 연수제도가 계속 존치되는 주요 원인으로 지적되는 경우가 많다. 이 문제도 결국은 산업연수생이라는 제도에서 비롯되는 것이라 할 수 있다. 나아가 해외 인력을 국내로 유입하고자 할 경우 중기협을 통한 연수생 신청, 연수생 배정시까지의 시간, 원하는 수만큼의 배정을 받기 힘들다는 이유에서 위장현지법인을 통해 연수생을 들여오는 경우도 있다. 이와 같은 문제점들은 직·간접적으로 산업연수생 제도라는 구조적인 모순점과 연결되어 있다.

⑧ 기타 산업연수생의 경우에도 산재 및 건강보험의 적용을 받는 경우가 적게 나타나며, 더욱이 불법체류 근로자의 경우에는 거의 혜택을 받지 못하는 사각지대에 놓여져 있다는 점에서 인권적인 차원에서의 문제점으로 지적될 수 있다.³⁷⁾ 또한 문화적 차이의 무시로 말미암은 인권침해의 사례도 종종 나타난다. 예를 들면 인도네시아, 파키스탄, 방글라데시, 우즈베키스탄 등과 같이 이슬람교를 믿는 이주근로자에게 기도시간을 인정하지 않거나, 돼지피혁공장에 노역케 함으로써 발생하는 정신적 고통을 가하는 경우가 그것이다.

2. 사례를 통해 본 인권침해 발생의 주요 원인

위 사례를 통해 확인할 수 있는, 인권침해를 가능성을 높이는 그 첫 번째 원인은 실질적인 근로관계를 산업연수라는 형식으로 포장하여 제약하는 데에 있는 것이라고 할 수 있다. 이주근로자들이 연수업체를 이탈하는 주된 이유는 열악한 노동조건에서 비롯하는 바가 크며, 연수업체에서 여권 및 외국인등록증의 압류와 외출금지 및 인신구금 등은 바로 이러한 점에서 비롯되는 것으로 볼 수 있다. 나아가 이주근로자의 자유의사에 반하는 강제적립금제도와 사후관리수당의 원천징수도 연수관계를 굳이 근로관계로 보지 않으려는 점에서 비롯되는 것이라고 볼 수 있다. 만약 현재의 산업연수제도를 근로관계로 정면으로 받아들인다면, 근로기준법을 위반하는 폐단은 한껏 줄어들 것이다.

또 다른 원인으로는 현행법상 산업연수제도의 변칙적인 운용에서 비롯하는 점을 지적할 수 있다. 지금의 산업연수제도는 해외인력을 공급 내지 파견하는 의미와 전혀 다르지 않다. 그럼에도

37) 매일노동뉴스 2001. 11. 9.(제2367호), 8면.

불구하고 해외인력의 공급에 관한 명확한 실정법적 근거가 미비되어 있는 점을 기화로 실질적인 법적 책임구조와 현실적인 운영모습이 왜곡되어 나타나고 있다. 인력공급을 사실적으로 담당하는 주체인 중기협과 해외 송출기관에 대한 법적 책임관계의 미비는 산업연수생이 고스란히 부담하여야 하는 몫으로 귀결된다. 그러므로 업무상 재해보상 및 의료보험관계 등과 같은 사회보장제도의 적용상의 미비점, 연수업체의 도산 등으로 인한 연수생의 보호문제, 체불임금 및 금품청산의 미비 등에서 비롯되는 여러 가지 폐단은 중기협과 해외 송출기관에의 연대책임을 부여하는 방식 등으로 상당부분 해소될 수 있을 것이다. 연수제도라는 명분에서 중기협과 송출기관 및 사후관리업체가 제공받는 일정 수수료(그것이 어떠한 명칭이든지 간에)는 인력소개 및 파견에서 비롯하는 수수료에 다름 아니기 때문에 그에 합당한 책임관계가 설정되어야 할 것이다. 책임 없이 권리만 행사하는 경우에는 분명 그에 상응하는 부담을 타방 관계 당사자의 부담으로 돌아가지 않을 수 없는 것이다.

이와 같은 점에서 주요 원인을 찾아 볼 수 있다면 그에 대한 합리적인 법정책적인 개선방안도 이를 토대로 모색하여 볼 수 있을 것이다. 이 점에 관하여는 항을 바꾸어 설명하고자 한다.

V. 이주근로자 문제 개선을 위한 입법정책적 방향

1. 이해관계의 작종과 그에 대한 판단

이주근로자에 대한 적절한 권리보호의 핵심은 궁극적으로는 이주근로자에 대한 현행 근로기준법상 근로자의 신분을 인정하는 것에 달려 있다고 해도 과언이 아니다. 이때까지는 이 문제를 정면으로 다루지 않고 우회적인 방법을 사용하였고, 그 결과는 현실적으로 여러 폐단을 낳는 것으로 나타났다. 그러므로 이주근로자에 관한 문제 해결을 위해서는 이들의 근로자성 문제를 명확하게 해결하지 않고서는 사태해결에 대한 근본적인 개선은 기대할 수 없는 것으로 보인다.

이주근로자에 대한 근로자성의 인정은 한편에서는 합법적인 체류자격을 부여받는 것을 의미하고, 다른 한편에서는 국내노동시장원리에 따른 근로조건 형성의 의미를 의미한다. 그런데 이주근로자에 대한 합법적인 체류자격을 부여하는 것은 비단 이들 이주근로자의 권익만을 고려하여 판단·결정할 수 있는 부분만은 아니다. 오히려 출입국관리법에서 체류자격을 규제하는 것은 국내노동시장을 우선적 보호를 도모하기 위하여 외국인력의 유입을 조절하려는 정책적인 목적이 전제되어 있다. 양자의 이해관계 속에서 어느 쪽에 우선적인 비중을 부여하느냐는 전적으로 정책적인 판단에 의할 것이다. 그러나 이와 관련하여 분명 언급되어야 할 점은, 현재 산업연수생제도는 국내에 부족한 인력을 수급받기 위하여 운용되고 있다는 점이다.³⁸⁾ 즉 3D 업종에 대한 내국인의 취업기피의 결과가 외국인력의 대체로 나타났기 때문에, 이들 직종에 대한 국내인력난이 계속되는 한, 국내노동시장 보호와의 갈등은 발생할 여지가 거의 없을 것이다.³⁹⁾

38) 이와 같은 점은 산업(기술)연수제도의 전개과정 뿐만 아니라, 기존의 연구결과에서도 분명하게 나타나고 있다. 이에 관해서는 송병준, 중소기업의 인력난 해소방안 - 3D업종을 중심으로, 산업연구원, 1993; 박영범/아벨라, 기피직종과 그 일자리에 필요한 인력을 공급하는 문제, 외국인력의 활용과 정책과제, 중소기업연구원, 1994; 박동하, 외국인력 고용의 경제적 효과; 미숙련 외국인력을 중심으로, 연세대 경영대학원 경제학과 석사학위 논문, 1995; 어수봉/권혜자, 외국인노동자와 노동정책, 한국노동중앙연구원, 1997; 정주연/김균, 외국인 노동력 유입에 따른 경제·사회적 효과분석, 외국인 고용에 따른 사회·경제적 영향평가와 규율방안, 고대 노동문제연구소, 1998

39) 노동경제학적으로도 외국인력의 유입이 자국내의 노동시장을 대체하는가 아니면 상호 보완하는가에 대해서는 이론적인 논란이 있다. 대체한다는 이론은 주로 신고전파 노동경제학자들에 의해 주장되는 것으로, 제한된 수의 직장을 둘러싸고 외국인과 내국인의 경쟁은 내국인의 균형임금

이주근로자의 법적 지위에 대한 양성화는 결국 노동시장원리에 의한 적절한 근로조건의 지불을 전제로 한다. 이는 이주근로자를 사용하는 영세사업주의 입장에서 본다면, 값싼 인력을 사용할 수 있는 기회의 상실로 말미암아 노동비용의 증가를 초래하고 결국에는 사업의 존립 자체를 위태롭게 하는 갈등관계로 나아갈 수 있을 것이다. 실제 이러한 이유에서 연수생제도의 개선에 대한 반대가 이루어지기도 하였다.⁴⁰⁾ 그러나 실제 상황은 반드시 양자간의 갈등관계로 나아가지 않을 수도 있다는 분석도 가능하다. 왜냐하면 영세사업장의 3D업종에서는 내국인 근로자를 채용하고 싶어도 희망자가 없는 관계로 이주근로자를 대체 고용하였다는 점은, 비록 결과적으로 지출되는 노동비용에서는 차이가 날지언정, 영세사업장이 이주근로자들에 대하여 적절한 임금 등을 지불할 능력이 없다는 것으로 곧바로 연결되지는 않는다. 이주근로자에 대한 정상적인 근로자 지위부여에 대해 영세사업장의 저항이 있다면, 이는 값싼 노동력을 더 이상 활용할 수 없게 된다는 기회의 상실에 따른 반대의 감정의 표출로 볼 여지가 많다. 어느 쪽으로 판단하는 것이 보다 현실에 부합하는 것인가에 대해서는 이론적으로 판단할 수 있는 문제가 아니라 영세 중소기업의 실태에 기초하여 판단할 문제이다. 그러나 이와 관련하여 언급할 수 있는 바는, 이주근로자 사용에 대한 영세 중소기업의 본질적인 이해관계는 값싼 노동비용 보다는 소용에 필요한 인력을 수급받을 수 있다는 점에 있는 것으로 조사된 바가 있다는 점이다. 이와 관련한 또 다른 반증은 연수생 신분으로 들어 와서 연수업체를 이탈한 불법체류 근로자들이 수령하는 임금은 연수생들의 경우보다 훨씬 많다는 점이다.⁴¹⁾ 만약 값싼 노동비용에 영세 중소기업의 본질적인 이해관계가 있었다면 불법체류 근로자에 대한 연수비용보다 높은 임금의 성립은 가능하지 않았을 것이다.

결국 이와 같은 점을 심분 해야 할 본다면, 이주근로자에게 정상적인 근로자의 지위를 부여하는 것은 실제 우려되는 국내노동시장에 대한 보호 내지 영세 중소기업의 노동비용상승의 요소는 첨예한 대립관계를 이루지 않을 가능성이 크다는 점이 지적될 수 있다.

2. 거시적인 관점에서 이주근로자 문제에 대한 해법모색의 필요성

이주근로자의 문제는 그 수가 20만 명을 헤아리고 있고 앞으로도 그 수가 증가할 가능성이 크다. 이는 비단 우리 나라의 경제력에 비롯하는 요인도 있으나, 이에 못지 않게 개방화·세계화의 추세 속에서도 비롯하는 요인도 있다. 나아가 미래의 세계경제질서가 블록화 경제로 추진될 가능성을 배제할 수 없는 현재의 시점에서 외국인력에 대한 국내노동시장의 개방도 전향적으로 적극 검토해야 할 필요성도 있다. 그러므로 이주근로자에 대한 입법정책적인 판단문제는 단기적인 관점에서 접근·해결방안이 모색되어도 좋을 시점은 이미 지나간 것으로 볼 수 있다. 지금의 시점에서 오히려 앞으로의 국제경제질서의 흐름 속에서 최소한 유엔⁴²⁾ 및 ILO⁴³⁾ 기준에 부합하는

수준을 내리고 내국인의 고용기회를 제한하는 것으로 복소 있다. 이에 반하여 반대의 입장을 표명하는 견해는 분단 노동시장이론에 따라 노동시장은 1차 2차 노동시장으로 나뉘어지고 외국인은 주로 2차 노동시장에 위치한다는 것이다. 이들은 임금, 승진, 근로조건의 차이 때문에 계층 상호간의 경쟁은 제한되는 것으로 보는 입장이다.

40) 1997년 노동부의 고용허가제 도입과 그에 반대하는 중기협외의 저항관계에서 이를 확인할 수 있다.

41) 강수철, 외국인 근로자 고용 및 관리실태와 정책과제, 한국노동연구원, 1996, 14면, 37면.

42) 이주근로자 관련하여 UN은 제3회 총회에서 세계인권선언을 채택하였고, 1966년 국제인권장전 『경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약』(사회권 규약) 및 『시민적 및 정치적 권리에 관한 국제적 규약』(자유권 규약)을 채택하였으며, 1985 제40회 총회에서는 『체류국의 국민이 아닌 개인의 인권에 관한 선언』(외국인 인권선언)을 하였으며, 1990. 12. 18.의 제69차 총회에서는 『이주근로자권리협약』을 채택하였다. 이에 관한 자세한 내용으로는 최홍업, 외국인 근로자의 노동법상 지위와 정책과제, 한국노동연구원, 1997, 84면 이하 참조.

방향으로 입법정책방향이 모색되어야 할 것이며, 이주근로자의 문제도 이러한 변화된 시각 속에서 다루어지지 않으면 안될 것이다. 이런 관점에서 접근할 경우, 현재의 산업연수생제도를 폐지하고 체류와 취업에 대한 관리가 함께 할 수 있는 출입국관리법 및 관계 법령을 개선이 도모되어야 할 것이다. 아울러 이주근로자의 인권문제의 해결을 위해서는 현재 우리 나라에 체류중인 이주근로자에 대한 합법적인 체류자격을 부여하여 그들의 근로관계를 정상적으로 만들어 주고 체류기간 유예를 적절히 운용하여 이들이 코리안 드림을 충족되어 고국으로 돌아 갈 수 있는 합법적인 통로를 만들어 주는 것이 필요하다고 본다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾

3. 합리적인 인력수급관리측면에서 접근한 새로운 입법정책적 방안

a) 이주근로자에 대한 근로자의 지위를 정면으로 인정한다는 것은 국내노동시장을 외국인에게 아무런 통제없이 개방한다는 의미로 이어질 수는 없다. 국내노동시장의 보호의 목적인 견지에서 합리적으로 조정된 범위 내에서 외국인 노동자의 국내노동시장의 유입을 통제·관리할 필요는 있다고 본다. 그리고 이와 같은 자국내의 노동시장 보호를 위한 제한은 모든 나라에서 공통적으로 찾아볼 수 있다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾ 이처럼 자국의 노동시장의 우선적 보호의 필요성은 인정되지만, 그렇다고 하여 그의 당위성이 현재와 같은 변칙적인 산업연수생제도를 옹호하는 논거로 제시될 수 없음은 이미 언급한 바와 같다. 특히 현재 우리 나라에서와 같이 국내노동시장의 대체관계가 아닌 보완관계로 평가될 경우에는 더욱 그러하다. 그러나 외국의 경험에 비추어 볼 때, 이미 우리 나라의 외국인 인력의 유입의 현황은 1단계를 지나 2단계로 이행되고 있는 것으로 평가되고 있다.⁴⁸⁾ 더군다나

43) 이주근로자에 관한 ILO협약으로는 다음과 같은 것이 있다. 제19호 『근로자 재해보상에 대한 내외국인 근로자의 균등대우에 관한 협약』(1925), 제97호 『이주근로자에 관한 협약』(1949), 제111호 『고용 및 직업에 있어서 차별대우에 관한 협약』(1958), 제118호 『사회보장에 있어서 내외국인의 균등대우에 관한 협약』(1962년), 제143호 『이주근로자의 기회 및 대우 균등 증진에 관한 협약』(1975).

44) 불법체류 근로자의 지위를 합법화시킨다는 것은 전체 이주근로자의 관리를 정확하게 할 수 있도록 해 준다는 점에서도 바람직하다. 이러한 전체 관리 속에서 추후의 이주근로자에 대한 취업허가의 적정선을 판단하고 적절히 조절할 수 있을 것이다.

45) 노동경제학적인 연구에 의하면, 외국인 노동력의 유입의 단계를 다음의 4단계로 나누어 설명하고 있다. 1단계는 젊은 미혼의 근로자가 소수로 경제적 동기로 와서 소득의 대부분을 본국으로 송금하는 단계이며, 2단계는 1단계의 경제적 이민의 성공사례가 인력수출국에 소개되면서 결정을 망설이고 있던 기존 외국인 근로자의 이민이 늘어나는 단계이며, 3단계는 경제적으로 충분한 저축을 한 후 본국으로 돌아가겠다는 초기의 꿈이 현실과 멀어지면서 가족을 불러들여 전 가족구성원이 경제활동을 하면서 장기체류하려는 비중이 늘어나는 단계이며, 마지막으로 4번째 단계는 가족단위의 영구적인 이민의 증가에 따라 외국인 근로자의 소비재의 수요나 사회간접자본의 수요가 빠른 속도로 증가하는 단계이다. 이러한 단계별 분류에 의할 경우 우리 나라의 경우는 아직 1단계이거나 2단계로의 이행이 서서히 진행되고 있는 것으로 평가하고 있다(정주연/김균, 외국인 노동력 유입에 따른 경제·사회적 효과분석, 외국인 고용에 따른 사회·경제적 영향평가와 규율방안, 1998, 212~214면).

46) 각국의 관련제도의 개관에 대해서는, 염재호/김정렬, 외국인 고용문제에 대한 정부의 정책대응과정 분석, 외국인 고용에 따른 사회·경제적 영향평가와 규율방안, 고대 노동문제연구소, 1998, 343면 이하 참조.

47) 유럽연합의 경우 경제적 통합 나아가 사회적 통합을 목적으로 하는 유럽연합의 경우 회원국 상호간의 직업활동을 위한 이동의 자유를 보장하였고, 이 한도에서 유럽연합 회원국 상호간에는 자국 노동시장이 개방되어 있다(Freizügigkeitsverordnung, Verordnung Nr. 1612/68 des Rates vom 15. 10. 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft).

48) 각주 46) 참조.

중국과 러시아에 사는 동포들에 대하여 동포의 범위에서 제외시키고 있는 현행 제외동포법에 대하여 헌법재판소가 헌법불합치 판결을 내린 상태에서,⁴⁹⁾ 이러한 결정이 앞으로의 노동시장에 미치는 영향관계를 고려한다면 연수생제도 대신 합법적인 이주근로자의 문호를 넓히는 일은 합리적인 인력수급관리 측면에서 종합적으로 접근할 필요가 있다. 이러한 점에서 이주근로자들에 대한 총체적인 노동력수급관련정책은 경제·사회적인 관점에서 세밀하게 검토되어야 할 앞으로의 연구과제이다.

다만 위에서 살펴 본 이주근로자들에 대한 인권침해를 방지하기 위한 법제도 개선방안에 국한하여 입법정책적인 개선방안을 모색할 경우, 다음과 같은 점을 우선적으로 제안할 수 있을 것이다. 즉 현재의 중기협을 통한 인력공급창구를 유지할 것인지 아니면 다른 형태로 운영할 것인지에 대한 기본구조에 대한 검토가 필요하다고 본다. 그리고 각각의 경우에 대해서는 다음과 같은 법정정책 개선방안이 제시될 수 있을 것이다.

먼저 현재 중기협 등을 통해 이루어지는 인력공급의 형태를 계속 유지할 경우에는 관련법(파견근로자보호등에관한법률)의 개정을 통하여 중기협에게 해외인력을 모집하여 국내 기업에 제공하는 특별파견사업주의 지위를 부여함으로써⁵⁰⁾ 일정한 책임을 부담하도록 하는 것이 필요하다. 지금의 산업연수생제도는 연수생 명목으로 이주근로자들이 정당한 대우를 받지 못하는 원인이 되고 있으며, 또한 중기협은 인력공급의 독점적 지위에도 불구하고 그에 상응하는 법적 지위 내지 책임을 부담하고 있지 않다. 그러므로 중기협에 대해 사실적인 지위에 상응하는 법적 책임과 당사자 지위를 분명하게 부여함으로써 사후관리업체와 해외송출기관과 관련하여 발생하는 여러 가지 폐단의 고리를 사실상 차단할 수 있을 것이다. 또한 중기협에게 해외 인력의 파견사업주의 지위를 부여할 경우 현재의 산업연수생에게 합법적인 근로자의 지위를 부여할 수 있는 제도적 토대가 마련될 것이며, 나아가 국내 노동시장과 상호보완적인 관계의 지속적 유지도 가능한 것으로 볼 수 있다. 이에 따라 이주근로자의 근로조건도 산업연수생의 지위에서가 아니라 근로자의 지위에서 결정되어야 할 것이다.⁵¹⁾

이와 달리 중기협 중심의 산업연수생 제도에서 중기협을 배제한 다른 형태로의 모색은 다음의 두 가지가 고려될 수 있을 것이다. 그 하나는 중기협의 독점적 지위를 폐지하고, 직업안정법상 해외인력의 국내공급사업에 관한 세부적인 규정을 두어 노동부의 허가를 받은 업체만이 노동부의 관리·통제하에서 인력공급사업을 행하도록 하되, 이주근로자에 관한 특수한 인력공급사업인 점을 심분 감안하여 이들 공급업체로 하여금 이주근로자에 대한 사후관리업무를 파견사업주에 준하는 지위에서 행하도록 강제하는 입법적 방안이 될 것이다. 다른 하나는 전면적인 고용허가제도를 도입하는 방안이다. 고용허가제도는 사업주에 대한 외국인 근로자의 고용을 허가하는 제도를 의미한다는 점에서, 이주근로자에 대해 인정하는 취업(고용)허가와 구별된다. 고용허가제는 사업주에 대한 자격심사 등을 통하여 외국인력의 유입을 관리하는 시스템이다. 이 제도가 지니는 장점은 신청사업주에 대하여 외국인 근로자를 고용할 수 있는 필요성과 실질능력의 구비여부를 국내노동시장을 감안하여 판단할 수 있다는 점이다.⁵²⁾ 나아가 외국인력의 활용정책의 기본방향을

49) 이 결정으로 인하여 한편에서는 국내에 불법으로 체류하는 중국 출신 동포의 문제는 긍정적으로 해결될 수 있는 전기가 마련되었다고 볼 수 있다.

50) 이와 더불어 이주근로자들이 파견되어 취업할 수 있는 직종에 대해서도 현행법 규정에 대한 예외가 설정되어야 할 것이다.

51) 이는 이주근로자에 대한 차별금지와 맞물려 있는 것이지만, 그렇다고 하여 이주근로자에 대한 근로조건이 국내근로자와 동등하게 형성되어야 하는 것은 아니다. 합리적인 이유에 의한 차별은 이에 해당하지 않기 때문에, 언어소통상의 문제, 회사에 대한 귀속감의 정도, 단기취업을 전제로 하는 관계로 사실상 승진의 제한 등에서 비롯하는 합리적 차별을 감안한다면 이들의 근로조건은 내국인의 그것과 비교하여 일정부분의 차등은 용인될 수 있을 것이다.

인력난을 겪고 있는 업종(주로 3D업종이 될 것임)에 '단기취업 후 귀국'이라는 도식 위에서 계속 유지할 경우에는 고용허가제가 유용하다. 이에 반해 노동허가제는 허가받는 외국인 근로자에 대한 심사를 전제로 취업허가를 내려주는 제도로서 당해 근로자의 주관적 사정이 충분히 고려될 수 있다는 장점을 지닌다. 그러나 이는 개별 외국인 근로자의 인간다운 삶의 보장이란 측면에서는 가장 바람직하지만, 인력이 부족한 업종에 대한 해외인력의 활용이라는 기본 정책과는 맞지 않을 뿐만 아니라, 현재 단기취업 후 귀국이라는 외국인 근로자에 대한 고용기본정책과도 부합하지 않는다는 점이 지적될 수 있다. 노동허가제는 장기체류를 유발할 가능성이 크고, 이 경우 그에 수반하는 사회간접시설의 확충문제(가족 초청, 자녀 교육, 주거문제 등)도 충분히 고려되어야 한다는 점이 수반되게 된다. 그러므로 지금과 같이 국내 노동시장의 사정을 감안하여 인력난을 겪고 있는 업종에 대한 외국인력을 활용을 도모하고자 한다면, 고용허가제가 바람직하다고 판단된다.

b) 그리고 산업연수생제도 대신 해외인력파견업 혹은 고용허가제로의 제도개선과 병행하여 기존 불법체류 근로자에 대한 경과조치가 내려질 필요가 있다고 본다. 왜냐하면 이들 불법체류 근로자의 경우 부당한 산업연수제도에 직·간접적인 관련성을 가지는 바가 많으며, 불법체류자가 귀국하고자 하여도 부담해야 할 벌금 때문에 귀국을 하지 못하는 경우가 있기 때문이다. 따라서 이들에 대해서는 넉넉한(?) 기한을 설정하여 출국하도록 허용하며 아울러 사업주 및 불법체류 근로자에 대한 벌금을 면제해 주는 일종의 사면적 조치가 행해질 필요가 있다. 이와 같은 조치는 이미 1992년부터 1994년까지 시행된 적이 있으며, 2001년 6월 11일부터 7월 31일까지 자진출국시기를 설정한 바도 있어 그다지 문제되지 않을 것이다.

VI. 맺음말

현재 우리 사회에서 발생하고 있는 이주근로자들의 인권침해문제는 불합리한 제도운영에서 비롯되는 점들이 지적될 수 있다. 실질과는 다른 산업연수제도의 형식을 굳이 유지하기 때문에 발생하는 여러 문제점은 필요한 관계제도의 개선으로 충분히 개선될 수 있을 것으로 본다. 이주근로자들이 현재 요구하고 있는 바⁵³⁾는 우리 나라의 인력수급정책의 기본방향을 바꾸어야 달성할 수 있는 것이 아니다. 그들은 자신의 지위에 상응하는 최소한의 권리와 인권을 찾고자 하는 것뿐이다. 그에 대한 개선의 핵심은 변칙적인 산업연수제도의 개선에 있는 것이며, 이는 산업연수제도의 폐지 반대론자가 내세우는 국내노동시장의 교란과도 거리가 멀다. 이제 이주근로자의 문제는 일시적으로 발생하고 마는 지엽적인 현상이 아니라, 앞으로는 우리가 적극적으로 대처해야 중요한 정책적인 문제이다. 이러한 관점에서 이주근로자의 인권문제도 함께 접근하여 다루는 것이 필요하며, 더 이상 늦기 전에 지금이라도 개선되어야 할 문제인 것이다.

52) 예컨대 대만의 경우에는 외국인 근로자의 고용을 희망하는 사업주로 하여금 3일간 연속 구인광고를 내었음에도 불구하고 국내근로자를 채용할 수 없음을 외국인 근로자의 고용허가신청요건으로 삼고 있다(김소영, 외국인력 관련법제 및 정책의 국제비교, 한국노동연구원, 1996, 48~52면 참조).

53) 이주근로자 인권선언(2000년 6월) 중 요구사항은 다음과 같다.

- 하나, 기만적인 연수생제도를 폐지하고 근로자의 권리 보장하라.
- 하나, 고용허가와 노동허가를 인정하여 당당하게 일할 수 있는 권리를 보장하라.
- 하나, 한국 정부가 의도적으로 양성한 불법체류 미등록 근로자에게 노동허가를 보장하라.
- 하나, 이주근로자 수탈하는 브로커 비리채출하고 투명하게 도입하라.
- 하나, 노동3권을 비롯한 근로자의 권리를 보장하라.
- 하나, 떳떳하게 살아 갈 수 있도록 기본적 사회보장과 생활의 안정을 보장하라.

刑罰執行에 관한 법률 제정
형사소송법 제정
형사집행법 제정
형사집행규칙 제정
형사집행규칙 시행령 제정
형사집행규칙 시행규칙 제정
형사집행규칙 시행규칙 제정
형사집행규칙 시행규칙 제정
형사집행규칙 시행규칙 제정
형사집행규칙 시행규칙 제정

刑事節次에서의 人權保護對策

손 동 권 (건국대 법대 교수)

刑事節次에서의 人權保護對策

손 동 권
(건국대 법대 교수)

I. 序

형사절차에서의 인권보호, 특히 피의자·피고인에 대한 인권보호는 그 나라의 인권수준을 파악할 수 있는 중요한 척도가 된다. 이러한 인식에 기초하여, 국제사면위원회(Amnesty International)는 1998년에 공정한 재판의 교범(Fair Trials Manual)을 발간하여 각 나라가 적어도 형사절차에서 갖추어야 할 인권기준을 제시하고 있다. 우리 나라도 여기에 제시된 인권기준을 충족하고 있는지 살펴 볼 필요가 있다. 그런데 우리 나라는 인권수준과 다소 연관성이 있는 것으로 판단되는 범죄검거율에 있어서 획기적인 통계자료를 제시하고 있다. 즉, 독일 및 일본의 경우 검거율이 40-50%에 불과한 반면에,¹⁾ 우리나라의 검거율은 범죄유형마다 약간의 차이가 있으나 이를 전체적으로 볼 때 1966년 71.1%에서 1995년 90.7%, 1996년 90.9%, 1997년 91.4%, 1998년 92.5%, 1999년 95.3%로서 매년 상당히 증가하였으며, 특히 1991년 이후 90% 이상(특히 1999년의 경우 무려 95.3%)을 유지하고 있는 것으로 나타났다(법무연수원, 범죄백서, 2000년). 이 통계가 피의자의 충실한 인권보호에 바탕을 두고서 이루어진 것이라면 우리 나라 수사기관의 검거력은 획기적인 업적으로 평가받을 수 있을 것이다. 그러나 아무리 범죄검거율이 높더라도 그것이 인권침해의 바탕위에서 이루어진 것이라면 결코 자랑거리가 될 수 없다. 따라서 우리나라의 수사활동이 다른 선진국과 같이 인권을 보호하면서 이루어지는지에 대해 한 번쯤 검증해 볼 필요가 있다. 그런데 인권보호적 수사활동에 관한 한 우리나라의 과거 모습은 매우 부정적이었다. 이것은 우리 나라 헌법이 다소 과도할 정도로 피의자 피고인의 인권보호를 위해 자세한 형사절차조항을 규정한 것으로도 어느 정도 증명된다. 예컨대 헌법 제12조[신체의 자유]에서 자백의 임의성법칙, 자백의 보강법칙, 변호인의 조력을 받을 권리, 체포구속적부심사청구권 등과 같은 구체적인 형사소송제도가 최고의 실정법으로 고양되어 규정된 것은 과거 우리 나라가 인권침해국가이었고 이를 극복하기 위한 헌법적 조치이었음을 간접적으로 암시하는 것이다. 다행히 우리 나라도 이제 외형적으로는 인권국가의 모습을 갖추고 있다. 특히 모든 형사사법이 憲法의 틀내에서 이루어지고 있다. 즉 헌법재판 내지 헌법소원의 제도가 선진국에서와 같이 이제 우리 나라에서도 활성화되고 있다. 형사사법과 관련된 대표적인 실례를 들면, 사법기관의 공권력행사에 대한 기본권침해를 이유로 하는 헌법소원은 그 동안 검사의 불기소처분에 대해서 헌법이 보장한 재판절차에서의 피해자진술권을 근거로 많이 제기되었고,²⁾ 형사법률이 헌법에 위반하

1) 예컨대 독일의 경우 1996년의 범죄해결율(Aufklärungsquote)은 49%에 불과하지만, 이것은 1969년 이래로 최대치를 기록한 것이라고 한다(독일신문 "Die Welt" 1997.6.12. 기사).

2) 초창기에는(1988.9. 헌법재판소의 개소에서 1993.12.31까지) 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원이 같은 기간 전체 헌법소원사건의 54.3%를 차지하였다고 한다(이석연, 검사의 불기소처분에 대

는 여부를 구체적 사건과 관련하여 판단하는 위헌법률심사는 국가보안법상의 구속기간연장조항이나 불명확구성요건조항, 도로교통법상의 불리진술강제조항, 진술번복을 이유로 하거나 피의자(피고인)측 반대신문권의 보장없이 행하여지는 형소법 제221조의 2의 증인신문규정 등에 관하여 다루어진 적이 있다. 최근에는 '법원의 재판'에 대한 헌법소원제도도 앞으로 피해국민을 위해 보장되어야 한다는 당위론과 입법론이 대두되고 있다. 그리고 최근에는 국민을 위한 기본권보장의 장전인 인신보호법이 제정되어 드디어 시행되었다(2001.11.25.부터 시행). 그 제정이유는 인권침해 행위 및 평등권 침해의 차별행위에 대한 조사·구제를 비롯하여 인권교육의 업무등을 수행하는 국가인권위원회를 설치하여 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 기여하려는 것에 있다. 이와 같이 전체적인 외형면에서는 우리나라가 인권국가로서의 모습을 갖추어 가고 있지만, 그러나 구체적 세부적인 면에 있어서는 아직도 개선하여야 할 부분이 적지 않다. 이에 대해서 국제인권기준과 비교하면서 아래에서 검토해 보기로 한다. 다만 피의자 피고인의 인권보호 이외에 피해자·증인의 인권보호 및 우리나라 형사제도의 문제까지 아울러 살펴보기로 한다.

II. 搜查節次에서의 被疑者 人權保護

1. 국제인권기준

국제사면위원회(Amnesty International)가 1998년에 처음으로 발간한 공정한 재판의 교범(Fair Trials Manual)에 나타난 수사절차에서의 국제인권기준을 소개하면 다음과 같다.

(1) 자유권(The right to liberty)

모든 사람은 개인적 자유권을 가진다(Universal Declaration 제3조, ICCPR 제9조). 이것은 기본적인 인권에 해당한다. 체포와 구금은 법이 정한 이유와 절차에 의해서만 가능하다(ICCPR 제9조). 그것은 자의로 집행되어서 안되고 권한있는 기관에 의해서만 집행되어야 한다. 범죄혐의자는 조사받는 동안에는 구금되지 않는 것이 원칙이다. 인권위원회의 결정에 의하면, 예비구금은 예외적으로만 허용될 뿐이고 그 기간은 가능한 한 짧게 이루어져야 한다

(2) 피구금자의 정보권(The right of people to information)

체포 구금된 모든 사람은 즉시 체포 구금의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리 및 기타의 권리들에 대해 고지받을 권리를 가진다. 그리고 모든 사람은 체포 구금시에 그에 대한 범죄혐의를 고지받을 권리를 가진다. 이것은 체포구금의 적부심청구와 방어권행사에 필수적인 권리에 해당한다.

한 헌법소원의 형사사법적 평가, 1994년 2월 한국형사정책학회 학술회의 원고, 1면).

(3) 기소전 변호인상담권(The right to legal counsel before trial)

국제인권규정들에는 기소후의 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리를 가지는 것은 명백하게 규정되어 있다. 그러나 기소전 변호인상담권에 대해서는 명백히 규정하지 않은 것들이 있다. 그러나 인권위원회는 구금된 모든 사람은 즉시의 변호인의뢰권을 가진다고 선언하였다. 그리고 범미국위원회도 구금의 초기에 변호인과의 접견권을 보장하지 않은 것은 심각한 피의자방어권의 침해가 된다고 선언하였다. 그리고 유럽재판소는 체포 후 48시간 동안 변호인접견권을 보장하지 않은 것은 유럽조약 제6조에 위반한다고 선언하였다. 피의자는 스스로 자기비용으로 선임하는 사선변호인을 둘 수 있다. 사선변호인을 선임하지 않은 체포 구금된(또는 기소된) 자는 정당한 이익이 있는 경우에 국가가 비용을 제공하는 국선변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 이 경우 정당한 이익의 여부는 범행의 정도와 예상되는 형벌의 강도에 의해 결정된다. 피의자의 변호인상담권은 경험과 능력이 검증된 변호인의 조력을 받을 권리, 변호인과의 접견권 및 변호인과의 교통권을 포함한다. 대부분의 국제인권규정들은 접견의 경우에는 체포 후 지체없이 접견권을 보장하여야 하고, 교통의 경우에는 서로 신뢰하고 방해받지 않는 교통권을 보장하여야 함을 선언하고 있다.

(4) 외부와의 접견교통권(The right of detainees to have access to the outside world)

구금피의자는 가족, 변호인, 의사, 사법관, 외국인의 경우에는 자국영사관 내지 국제관할관과의 신속한 접근권을 가지고 있다. 이 권리는 실종, 고문 또는 학대와 같은 인권침해를 방지하는 필수적 방지책이자 공정재판을 위한 기초가 된다. UN인권위원회는 1997년 4월에 "장기간 외부와 차단된 구금은 고문을 촉진시키고 그 자체로서 잔인하고 비인도적이며 명예훼손적인 처우형식에 해당한다"고 선언하였다. 이것은 가족과 친구에게 체포 구금 그 자체는 물론 그 장소에 대해 통지할 권리를 포함한다. 구금장소가 변경되는 경우에는 이에 대해 다시 통지되어야 한다. 이 통지는 즉시(표준최저규칙 제92 규칙) 또는 지체없이 이루어져야 한다. 의사와의 접견은 신속히 그리고 정기적으로 이루어져야 한다(인권위원회).

(5) 신속히 사법판에게 이전될 권리(The right to be brought promptly before a judge or other judicial officer)

체포 구금된 모든 자는 신속히(promptly) 사법판에게 인치되어 사법심판을 받을 권리를 가진다. 이것은 체포를 위한 충분한 사유가 존재하는가에 대한 접근, 기소전 구금이 필요한지에 대한 접근, 피구금자의 처우에 대한 보장, 피구금자의 기본권침해의 예방에 목적이 있다.

(6) 구금적부심청구권(The right to challenge the lawfulness of detention)

체포 구금된 피의자는 그 적부심을 법원에 청구할 수 있는 권리를 가진다. 이 권리는 앞의 법판에게 인치될 권리가 직권으로 이루어지는 것에 비하여 피구금자와 그 보호자의

청구에 의해 이루어지는 점에서 다르다.

(7) 합리적 기간내에 재판을 받거나 그렇지 않으면 구금으로부터 석방될 권리(The right to trial within a reasonable time or to release from detention)

구금된 자가 합리적 기간 이내에 재판청구되지 않으면 심리 중에도 석방될 권리를 가진다. 다만 석방은 재판출석이 보증되는 자에게 인정된다. 이러한 권리는 ICCPR 제9조, 원칙안 제38원칙, 미국협약 제7조, 유럽협약 제5조 등에 규정되어 있다.

(8) 방어준비를 위한 충분한 시간과 장치를 향유할 권리(The right to adequate time and facilities to prepare a defence)

이 권리는 피의자는 물론이고 피의자를 보호하는 변호인에게도 보장되어야 한다. 그리고 검사와 대등한 수준의 방어준비권을 보장하는 무기평등이 실현되어야 한다. (특히 체포 구속된) 피의자에게는 변호인과의 접견권이 보장되어야 한다. 그리고 피의자와 보호자는 필요한 정보에 접근할 수 있는 권리를 가져야 한다. 특히 수사서류와 공소서류에 대한 열람등사권이 최대한 보장되어야 한다. 그런데 유럽위원회는 공소서류에 대한 접근권을 보안의 이유에서 변호인에게만 부여하는 제한을 허용하고 있다. 그리고 피의자는 신속하게 피의사실을 통고받을 권리를 가진다.

(9) 조사받는 동안의 권리(Rights during interrogation)

조사받는 동안에 피의자에게는 무죄추정, 고문과 잔인·비인간적·비명예적 처우의 금지, 자백 및 불리진술의 강요금지, 묵비권, 상담권이 보장되어야 한다. 추가적으로 변호인에게 신문참여권이 보장되어야 한다(presence of a lawyer during interrogation). 수사기관은 신문과정을 기록하여야 한다. 고문 및 부당한 처우로 인해 얻은 진술은 증거로서 배척된다.

(10) 인도적 구금상태와 고문받지 않을 권리(The right to humane condition of detention and freedom from torture)

1966년 유엔총회에서 채택되어 1976년에 발효되었고 1998년 현재 140개국에 가입된 시민과 정치적 권리에 관한 국제협약, ICCPR 제10(1)은 “자유를 박탈당한 모든 사람은 인간적이고 인간존엄성이 존중되게 처우되어야 한다”고 규정하고 있다. 구체적으로 피구금자에게는 외부와의 접견교통 보장과 관련하여 공인된 장소에 구금될 권리·적절한 의료 조치를 받을 권리, 기결수와 차별적인 처우를 받을 권리(예컨대 분리수용, 개인비용에 의한 개인의사방문의 제한적 허용, 수형자와는 다른 의복을 입고 특히 법정출석시 개인의 복을 입는 것 등), 여성구금자의 경우 분리수용과 여성에 의해 감독받을 권리 등이 보장되어야 하고, 수사기관에게는 구금일지를 작성하여 이해관계 있는 법원·변호인·가족 등이 이용할 수 있도록 하는 의무가 부과되어야 한다. 그리고 신체수색의 경우에는 동성에게 의해 인간의 존엄성이 보장되는 방법으로 시행되어야 한다.

2. 우리 나라의 實態推移

수사절차에서 인권보장의 수준은 피의자에 대한 人身處分制度에서 가장 잘 파악될 수 있다. 따라서 이에 대한 그 동안의 발전추이와 현황을 살펴볼 필요가 있다. 우선 경찰관 직무집행법에 의한 불심검문(직무질문)은 그 대상자가 제한됨에도 불구하고 종래 불특정 다수인에 대한 무차별 검문이 관행적으로 이루어졌었다. 즉 불심검문이 범죄예방과 수사 단서의 확보라는 본래취지를 벗어나 집회예상지역, 학교부근, 도심 곳곳에서 무차별하게 행하여져 남용되었다. 이러한 무차별적 불심검문은 그 법적 정당성이 의심됨에도 불구하고 아직도 관행화 되어 있는 것 같다. 또한 종래 실무에서는 경찰관직무집행법에 따라 거동불심자를 임의동행한 이후 범죄혐의가 밝혀지면 수사경찰이 그를 보호실에 유치시키고 구속영장을 청구하는 실례도 많았다. 이 경우에는 경찰관직무집행법이 정한 6시간의 경찰서체류상한선은 넘어서게 된다. 그리고 기소중지자에 대해서는 불심검문을 통하거나 특별검거령에 의하여 차별 없이 강제연행되는 것도 종래 실무의 관행이었다. 그러나 긴급체포의 요건에 해당하지 아니하는 장기 3년미만에 해당하는 기소중지자의 영장에 의하지 않는 강제연행은 위법이다.³⁾ 그리고 종래에는 사법경찰이 아예 피의자를 임의동행의 형식을 빌어 강제연행하는 것도 널리 관행화되어 있었다. 특히 강제연행시에 범죄사실, 변호인선임권의 고지, 변명의 기회부여와 같은 피의자를 위한 최소보호절차도 전혀 이루어지지 않았다. 그런데 법원의 사전영장 없는 피의자(현행범 아닌 자)의 강제연행은 형소법의 긴급체포에 의해서만 정당화된다. 따라서 임의동행의 형식을 빌은 강제연행은 영장주의를 회피하는 것으로서 그 자체가 불법이다. 그런데 경찰의 이러한 종래 관행은 그 사이 긴급체포에서의 장기 3년이상 자유형요건이나 미란다고지절차규정(형소법 제72조, 제109조)의 준수 등을 엄격히 요구하는 법원의 재판을 통하여 거의 현실적으로 제거되었다. 그리고 영장에 의한 인신처분을 원칙으로 하기 위해 통상의 체포(영장)제도가 형소법에 도입되었다. 이러한 변화를 통해 피의자에 대한 불법연행의 과거 잘못된 관행은 거의 불식되어 가는 것으로 보인다. 그리고 종래 일반의 居住피의자가 임의동행의 형식을 빌은 강제연행이나 소환에 따른 출석에 의하여 경찰로부터 신문을 받은 후 범죄혐의가 밝혀지면 사법경찰은 그를 경찰서보호실에 유치시킨 후 구속영장을 청구(의뢰)하는 것도 수사관행이었다. 그러나 일반 피의자를 경찰관직무집행법의 보호실에 유치시키는 것이 불법임을 이미 법원은 재판을 통하여 선언하였다(특히 대판 1994.3.11, 93도958). 그리고 과거에는 영장청구기간(48시간) 내지 구속기간을 교묘하게 면탈하는 것도 수사관행이었다. 예컨대 수사장소를 호텔과 같은 곳에서 하고, 그 기간은 강제수사의 기간에 산입하지 않았다. 특히 인신처분의 개시후 48시간 이내에 구속영장을 발부받아야 함에도 불구하고 외부와의 접촉을 차단한 채 불법감금한 상태에서 수사가 종결될 때까지 원하는 방향으로 수사를 계속하였다. 또한 구속기간의 기산점을 체포시가 아니라 구속영장이 발부된 때부터 계산함으로써 영장 없는 사전적 억류기간은 구속일수에서 제외되었다. 이러한 영장청구기간 내지 구속일수를 면탈하는 관행에 제동을 건 판례가 수 차례 있었고, 형소법은 체포기간의 구속일수산입을 명문화하였다.

그리고 종래 법원에 의한 영장발부는 단지 형식적 서류심사에 의하였고 그 때문에 법원은 검찰의 영장담당부서라고 할 정도로 영장발부가 남발되었다. 특히 과거 공안정국에서 시국관련 사건에 대한 법원의 영장발부는 거의 자동적으로 이루어졌다. 이 현상은 이

3) 拙稿, '피의자연행과 보호실유치', 형사판례연구 제3집, 364면 이하

론적으로 인정되는 '不拘束 搜查 및 裁判의 原則'이 형사실무에서는 정반대로 운영되었다는 것을 의미한다. 이에 대한 통계분석도 이를 증명하고 있다. 1990년대의 구속영장 및 발부현황을 살펴보면 다음의 <표>와 같다. 이에 따르면 구속영장의 청구인원은 매년 15만명 전후를 유지하고 있다. 그리고 구속영장의 청구에 따른 발부율은 구속영장실질심사제가 도입된 1997년 이전까지는 매년 92%선을 넘었다(따라서 구속인원은 매년 11만명을 넘어서고 있다). 즉 구속영장의 청구에 대한 기각율은 겨우 6.2%-7.4%에 머물렀다.

<표> 구속영장 청구 및 발부현황(1991년 - 1999년) (단위: 명)

연도	청구합계	請求		發付	棄却率 (%)
		檢事直接	司警申請		
1991	143,349	7,342	136,007	132,686	7.4
1992	138,748	7,261	129,487	127,822	6.5
1993	160,087	8,057	152,030	150,220	6.2
1994	146,407	8,189	138,218	136,029	7.1
1995	154,807	9,802	145,005	144,314	6.8
1996	152,828	11,134	141,694	141,540	7.4
1997	143,591	10,690	132,901	117,729	17.9
1998	161,572	13,862	147,705	138,646	14.2
1999	128,141	11,825	116,316	110,764	13.6

이러한 과잉구속의 실무현상은 1997년 1월 1일부터 형사소송법에 도입 시행된 구속영장실질심사제도(구속전 피의자신문제)에 의하여 크게 제동이 걸렸다. 그 당시 실질심사요구권을 가진 법원은 이 제도를 거의 필요적으로 운용하면서 불구속 수사 및 재판의 원칙을 내세워 대폭적으로 구속영장을 기각하였다. 즉 그 이전 6-7%에 머물렀던 기각율이 구속영장실질심사제가 도입된 1997년에는 17.9%로 대폭 상승되었다. 그리고 수사기관은 법원에 의한 영장기각을 우려하여 아예 구속영장의 청구를 自制하였다. 이러한 영장실질심사제도는 불구속 수사의 원칙을 실현해 가는 긍정적인 면이 있는 반면에, 수사기관이 피의자의 호송과 구인에 있어 인력과 장비를 빼앗기게 됨에 따라 고유한 수사업무는 많은 지장을 받게 되었고, 이에 따라 법원에 의한 필요적 영장심사의 운용형태는 법원과 검찰의 침해한 대립으로 비화되었다. 급기야는 시행된지 채 1년도 되지 않아 영장실질심사를 요구하는 주체를 종래 법원에서 피의자측으로 바꾸는 개정법률안이 국회에서 통과되었다. 이에 따라 구속영장의 기각율도 1997년의 17.9%에서 법개정 이후 1998년에는 14.2%, 1999년에는 13.6%로 계속 떨어지고 있다.

그리고 과거에는 피의자에 대한 고문 및 가혹행위도 수사실무에서 종종 자행되었다. 1986년 부천시 성고문사건과 1987년 1월 박종철군 고문치사사건이 이를 실증하는 대표적인 예이다. 특히 과거 공안정국 시절에 정치적 행위로 인한 피의자(또는 무고한 자)가 신분을 알 수 없는 자에 의하여 은밀한 장소로 끌려가서 고문을 당하는 搜查'테러'도 있었다. 이러한 관행은 그 동안 법원(변호인)의 재판을 통한 노력, 정치의 민주화, 인권의식의 강화, 형소법개정 등을 통하여 거의 제거되었다고 볼 수 있다. 특히 고문범죄를 객체로 하는 재정신청의 기각결정에 대해 고소·고발인이 대법원에 再抗告할 수 있다는 판례가 등

장하였고,⁴⁾ 반인륜범죄에 대해 공소시효제도를 폐지하는 특별법이 제정되는 등의 발전도 있었다. 더 나아가 90년대 들어서 변호권을 보장하지 않고 얻은 진술은 증거능력이 없다는 미국의 Escobedo판결, 진술거부권을 고지하지 않고 얻은 진술은 증거능력이 없다는 미국의 Miranda판결과 같이 피의자보호의 '節次自體'를 중시하는 대법원판례가 우리나라에서도 내려져 있다.⁵⁾

이상과 같이 피의자에 대한 인신처분제도는 상당한 발전의 과정을 걸어온 것으로 평가될 수 있다. 그러나 인신처분제도에서 아직도 개선하여야 할 부분도 적지 않다. 그리고 피의자에 대한 인신처분제도 이외에도 수사절차와 관련하여 많은 문제점이 지적되고 있다. 예컨대, 검찰처리사건 중 "혐의 없음"과 "죄가 안됨"의 불기소처분건수가 10% 이상의 수치를 보이는 것은 犯罪認知權의 남용이고(참고로 범죄백서에 따르면 1995년에 양자의 합은 11.2%임, 1996년에 12%, 1997년에 11.1%),⁶⁾ 1983년 무죄율 0.5%, 선고유예율 0.9%, 집행유예율 62.0%로 높게 나타난 것은 공소권의 남용이며(참고로 범죄백서에 따르면 무죄율은 1995년에 0.4% 1996년에 0.4% 1997년에 0.5%, 집행유예율은 1995년에 66.4% 1996년에 67%, 1997년에 63.2%로 나타났다), 수사기관의 압수 수색영장청구에 대한 영장발부율이 거의 100%에 가깝다는 사실은 중대한 문제점이 되어야 한다는 등이 지적되고 있다.⁷⁾

3. 개선요구사항

(1) 체포제도의 개선사항

1) 非令狀逮捕(긴급체포, 현행범체포)에 있어서

선진외국의 입법례는 수사기관으로 하여금 비교적 광범위하게 피의자를 영장 없이 체포(강제연행)할 수 있게 하면서, 그 이후의 구금조사에 관한 한 법관의 명령 또는 사후영장에 의해서 가능하게 하고 있다. 이 경우 사후영장의 청구시기는 대개 체포후 즉시이고 -따라서 체포를 전담하는 경찰도 영장청구를 할 수 있다- 영장청구시에 피의자를 법관에게 인치하게 되어 있다. 그럼으로써 선진외국에서는 소위 영장실질심사제도가 피의자의 신체가 제한되는 초기단계에서 자연스럽게 이루어지고 있다. 이러한 선진외국의 입법이 수사의 효율성을 담보하면서 피의자의 인권도 확실하게 보장하는 제도이다. 그런데 우리 나라 형소법은 이러한 요구를 전혀 충족시키지 못하고 있다. 물론 선진외국의 제도를 도입하기 위해서는 긴급체포하는 단위수사기관(보통은 사법경찰)에 인접하여 영장을 발부해 주는 법관(소위 區法官의 제도)이 상주하여야 하고, 체포경찰이 직접 법관에게 피의자를 인치하여 영장을 발부받을 수도 있어야 한다. 예컨대 일본의 경우에는 그 설립 당초부터 영장재판소로서의 성격을 띠면서 신속하고 적절한 영장사무를 행하고

4) 이에 대한 소개로는 손동권, 법원에 의한 수사통제의 최근경향, 치안논총 제10집(1993년), 171면 이하

5) 전자의 대표적 판례로는 '대판 1990.8.24, 90도1285'가 있고, 후자로는 '대판 1992.6.23, 92도682'가 있다.

6) 그리고 1997년의 경우 '공소권없음'의 불기소처분은 12.6%, '기소유예처분'은 10%, 기소중지는 9.9%로서 전체 불기소처분은 무려 45%에 이르고 있다.

7) 백형구, '형사사법의 현실과 대책, 사법행정 1984년 10월, 24면 이하

자 경찰서를 기준하여 작은 지방을 단위로 간이재판소가 다수 설치되어 있으며,⁸⁾ 일정한 사법경찰관도 직접 체포영장을 청구할 수 있도록 되어있다. 그러나 우리 나라에서 전자는 법관인력의 대폭적인 확대에 따른 예산 등의 문제 때문에, 후자는 영장청구권을 검사에 한하여 부여하는 헌법 제12조 3항의 규정 때문에 이것이 실현되기에는 현실적인 장애가 크게 나타나고 있다. 다만 우리 나라에서도 시행중인 시·군법원의 판사를 활용하면 전자의 문제는 어느 정도 해결될 수 있겠으나, 시·군법원에 대응한 검찰청이 아직 없고 영장청구권을 검사가 독점하는 법제로 인하여 후자의 문제는 여전히 해결되기 어렵게 되어 있다.⁹⁾ 여하튼, 우리 나라 인신구속제도를 선진국의 수준에 상응하게 개선하기 위해서는 이러한 문제가 장기적인 관점에서 해결되어야 한다.

당장 선진국의 수준에 상응하는 개정이 이러한 이유로 어렵다면, 적어도 그 차선책으로 법관의 통제 없이 수사기관이 피의자를 체포하여 구금조사할 수 있는 긴급체포의 기간을 가능한 최대로 단축할 것이 요청된다. 그런데 형소법은 48시간 플러스 알파의 無令狀 신병확보제도를 유지하고 있다. 이에 의하면 수사기관이 범죄혐의자를 긴급체포하여 조사한 후 범죄혐의가 확인되지 않더라도 체포후 48시간 이내에 석방해 버리면 아무런 문제가 생기지 않는다. 즉 범죄혐의를 받고 있는 일반국민은 항상 수사기관에 의하여 긴급체포되어 48시간 이상 동안 법관의 통제 없이 고립무원의 상태에서 감금수사당할 수 있고, 사후에 그 부당함이 밝혀지더라도 국가기관에 그 책임을 묻기가 어렵게 된다. 이러한 현재의 48시간 無令狀 수사의 폐해는 가능한 그 기간을 최대로 단축함으로써 제거되어야 한다. 이를 위해서는 수사기관이 긴급체포의 다음 단계로서 지체없이 체포영장의 청구를 의무화하는 일본과 같은 체포전치주의를 입법론으로서 고려할 수 있다. 왜냐하면 체포영장의 발부에는 엄격한 요건이 필요치 않기 때문에 긴급체포 이후에 수사기관(특히 사법경찰)으로 하여금 '지체없이' 체포영장을 청구하게 하여도 별 무리가 없기 때문이다.¹⁰⁾ 다만 현재의 긴급체포-구속영장청구의 절차를 긴급체포-체포영장청구-구속영장청구의 절차로 바꾸는 내용의 체포영장전치주의가 다소 불필요한 이중절차를 도입하는 것이라면 현재의 체제를 유지하되 적어도 긴급체포 이후에 48시간을 초과하지 않는 범위내에서 '지체없이' 구속영장을 청구하여야 하는 것으로 변경하여야 할 것이다. 그리고 긴급체포 후 구속영장의 청구 없이 무혐의 석방처리된 경우에는 형사피의자보상제도에 준하여 보상하는 제도가 도입되어야 한다.

2) 체포영장제도에 있어서

초동수사를 담당하는 사법경찰에게 住居피의자에 대한 신병확보의 어려움을 들어주자는 취지에서 형소법에 도입된 체포(영장)제도는 그 목적에 상응한 이용은 아직 활성화되지 못하고 있다. 오히려 체포영장제도는 종래 無令狀 강제연행의 대상이 되었던 기소중지자의 검거에 주로 활용되고 있다. 이 경우에 체포영장의 유효기간은 비교적 長期로 발부되고 있다. 이미 도주한 기소중지자에 대해 체포영장을 발부받아 검거하는 그 자체는 이론상 문제점이 없다. 그러나 현재 실무운동에 있어서는 善意의 기소중지자에게도

8) 이를 소개한 법원행정처(편), 새로운 인신구속제도 연구, 1996년, 583면

9) 이에 대해서는 법원행정처(편), 새로운 인신구속제도 연구, 1996년, 152면

10) 명확한 시간적 한계를 정한다면 24시간 이내로 단축하여야 한다(손동권, 피의자연행과 보호실유치, 378면).

체포영장이 남발된다는 문제점이 대두되고 있다. 예컨대 자기도 모르는 사이에 고소·고발된 피의자가 단순히 주민등록지를 떠나 있는 이유 때문에 그의 검거를 목적으로 하는 체포영장이 발부되기도 한다. 즉 체포영장은 피의자에 대한 송달불능 내지 연락두절이라는 이유만으로 남발되고 있다. 만약 그러한 피의자가 체포영장에 의해 검거·연행되면 수사기관은 48시간까지 그를 구금수사할 수 있다. 즉 그는 부당한 신체침해를 당하게 된다. 앞으로 악의적 도주자에게는 체포영장이 쉽게 발부되어야 하겠지만, 악의 없는 단순 송달불능자 또는 연락두절자에 대한 체포영장의 발부는 엄격히 통제되어야 할 것이다.

(2) 필요적 구속영장실질심사제도로의 전환

인신구속은 영장주의를 내용으로 하는 적법절차의 원칙, 무죄추정의 원칙 및 불구속수사 재판의 원칙 등에 입각하여 신중하고도 엄정하게 이루어져야 한다. 그런데 구속영장의 발부를 결정하는 영장재판은 헌법상 보장된 신체의 자유를 제한하는 재판의 일종이다. 이러한 재판은 당사자주의의 원칙상 피의자가 법관을 대면하여 진술할 기회가 보장된 것이어야 한다. 그런데 피의자가 수사기관에 비해 열등한 지위에 놓여 있는 현실에서 피의자측의 청구가 있어야만 피의자를 심문할 수 있도록 한 현행 제도는 이러한 피의자의 법적 청문권을 침해할 우려가 있다. 이를 극복하기 위해서는 우리 나라도 국제인권규약의 규정에 따라서 구속영장실질심사제도를 필요적 심문제도로 전환하여야 한다. 따라서 구속영장실질심사는 "피의자측의 청구 또는 법관의 직권에 의해" 발동될 수 있도록 다시 법률을 개정하여야 할 것이다(그리고 필요적 심문제도에 따른 이미 경험한 문제점은 다른 방법으로 해결되어야 할 것이다).

(3) 구속영장실질심사를 위한 被疑者拘引制度의 폐지

형소법상 수사기관은 피의자에 대해 막바로 구속영장을 법원에 청구할 수 있다. 이 경우에 법원이 구속영장실질심사를 위하여 피의자를 강제구인하는 제도가 형소법에 마련되어 있다. 그러나 이러한 강제적 구인제도는 이론적으로 보아 문제점을 지니고 있다. 왜냐하면 법원이 구속(즉 강제구금) 여부를 심문을 통해 실질적으로 심사하기 위하여 미리부터 피의자를 강제로 연행하는 것은 이론적으로 모순되기 때문이다. 그리고 법원에 임의출석의 용의가 있는 피의자까지 무작정 강제연행하는 것은 커다란 인권침해이기도 하다. 따라서 강제구인보다 임의출석의 형식을 거쳐서 심사하는 것이 타당하다. 다만 피의자가 실질심사를 위한 출석요구에 불응하거나 불응할 우려가 있는 경우에는 수사기관은 막바로 구속영장을 청구할 것이 아니라 체포영장을 청구하여야 할 것이다. 이 경우 체포영장의 발부에는 서류심사(형식심사)가 이루어지므로, 구속영장실질심사(피의자심문)와 이를 위한 피의자의 강제구인은 필요가 없게 된다. 우리 나라에도 체포영장제도가 도입된 이상, 구속영장실질심사를 위한 피의자의 강제적 구인제도는 폐지되어야 한다.

(3) 기소전보석제도의 개선

보석제도는 비록 피의자·피고인을 체포 구속하는 것이 적법하더라도 불구속수사및재판

의 원칙에 따라 그의 방어권을 충실히 보장하기 위하여 보증금을 영치하고 석방하는 제도이다. 따라서 보석제도는 체포구속적부심의 제도와는 관계를 맺을 필요가 없다. 그런데 현재 피의자를 위한 보석제도는 구속적부심과 연관되어 있다. 이러한 연관을 폐지하고, 오히려 구속영장실질심사제도와 피의자보석제도를 연계시키는 것이 더 바람직하다. 즉 법원은 구속영장실질심사를 통해 구속영장을 발부해 주거나, 구속영장의 발부를 기각하면서 보증금납입을 조건으로 보석을 허가해 주는 구조를 갖추게 하는 것이다. 그 이 경우 현재 피의자를 위한 임의적·재량적·직권적 보석제도는 피고인에서와 같이 청구보석, 권리보석 및 필요적 보석의 방향으로 발전되어야 한다(그리고 현행제도 하에서는 검사가 구속을 취소하는 경우에 검사가 직권으로 행사하는 보석제도를 도입할 필요가 있으나, 상기와 같이 이미 구속영장발부시에 보석제도가 도입된다면 이러한 검사의 직권보석제도는 불필요할 것이다).

(4) 구속기간의 축소

헌법상 무죄추정의 원칙에 비추어 범죄혐의자의 미결구금일수는 필요한 최소한도에 그쳐야 하므로 피의자의 구속기간은 최대한 축소될 필요가 있다. 특히 경찰에 의한 초동수사목적의 피의자구속 기간은 가능한 짧게 하고 피의자구속기간을 최대한 검사에 의한 공소준비기간으로 활용하는 것이 바람직하다. 이를 위해서는 현재 경찰의 피의자구속기간 10일을 5일로 단축하는 것을 원칙으로 하여야 한다. 다만 경찰에 의한 추가수사가 불가피한 경우에는 검사의 허가를 받아 1회에 한하여 연장할 수 있도록 하고 연장된 기간만큼 검사의 구속기간을 줄여서 전체적으로 수사기관의 구속기간을 5일간 단축하여야 한다.

(5) 기소전 국선변호제도의 도입

변호인의 조력을 받을 권리는 누구에게나 보장되어야 한다. 특히 장기간의 신체자유의 박탈을 의미하는 구속의 경우에 피의자가 변호인의 도움을 받을 필요성은 매우 크다. 따라서 적어도 구속을 위한 영장심사단계에서 변호인을 선임하지 못하는 피의자를 위해 국선변호인을 선임할 수 있는 제도의 도입이 필요하다. 만약 영장심사단계에서 기소전 국선변호인제도가 도입되면 자연히 피의자신문시 변호인참여권이 보장되는 바람직한 형태가 될 수 있다.

(6) 피의자를 위한 변호인 권리의 확대(수사서류열람등사권과 피의자신문참여권)

현행법상 변호인은 소송계속중의 관계서류 또는 증거물의 열람 또는 등사할 수 있다(제35조). 이에 의하면 변호인은 법원에 제출되어 있는 서류를 열람등사할 수 있는 것은 명백하다. 그러나 이 규정에 의해 공소제기 후의 수사기록에 대한 열람권이 변호인에게 인정된다는 견해가 유력설에 해당한다. 우리 나라 헌법재판소도 피고인에 대한 수사가 종결되고 공소가 제기된 이후라면 수사기관소지의 서류에 대해서도 원칙상 변호인의 열람등사권은 미치는 것으로 본다. 다만 참고인 진술조서와 같이 협박용으로 사용될 우려가 있는 것, 수사기관 내부의 문건은 제외되어야 하는 것으로 본다(헌재 1997.11.27, 94헌마60 결정). 더 나아가 입법론으로서 공소제

기전 수사기관에 있는 수사기록이나 증거물에 대해서도 변호인에게 일정한 조건하에 열람권을 인정하는 방향으로 발전되어야 할 것이다.

그리고 변호인에게는 인신구속된 피의자·피고인과의 접견교통권이 보장되고 공판정에서는 피고인신문시에 피고인 보호를 위해 적극적으로 개입할 수 있는 신문참여권을 가진다. 그러나 수사기관에 의한 피의자신문시에는 그러한 참여권이 없다. 그런데 피의자의 방어권을 충실히 보장하기 위해서는 변호인에게 피의자신문참여권을 보장하는 것이 타당하다. 다만 이 경우 수사방해 수사기밀누설 등의 문제가 발생하지 않도록 보완장치가 있어야 할 것이다.

III. 裁判節次에서의 被告人 人權保護

1. 국제인권기준과 우리나라의 경우

(1) 국제인권기준

과거 규문주의 소송구조에서 피고인은 규문판사의 조사의 객체에 불과하였다. 그러나 탄핵주의 소송구조는 피고인에게 인권과 방어권이 보장되는 적극적 지위를 부여하였다. 다만 탄핵주의 소송구조에서도 당사자주의는 피고인에게 당사자로서의 지위를 부여하고 있다. 반면에 직권주의 소송구조에서 피고인은 소송의 주체는 되지만 당사자로서의 지위는 부여되지 않는다. 즉 직권주의에서의 피고인의 지위는 적극적 소송주체로서의 지위와 소극적 소송주체로서의 지위로 나누어질 뿐이다. 그런데 각국의 소송구조가 그 어떠한 것이든지 국제사면위원회(Amnesty International)가 1998년에 처음으로 발간한 공정한 재판의 교범(Fair Trials Manual)에 나타난 공판절차에서 피고인에게 보장되어야 할 국제인권기준을 소개하면 다음과 같다.

- ㉠ 법 및 재판법원 앞에서의 평등권(The right equality before the law and courts): 모든 국민은 법 앞에 평등하고 법원에 대해 평등하게 접근할 수 있고 법원에 의해 평등하게 처우되어야 한다.
- ㉡ 법률에 따라 관할권 있고 독립적이며 중립적인 법원에 의해서 심리받을 권한(The right to trial by a competent, independent and impartial tribunal established by law).
- ㉢ 공정한 심문권(The right to a fair hearing): 무기평등권의 실현
- ㉣ 공개심문권(The right to a public hearing): 공개재판과 구술변론의 보장
- ㉤ 무죄추정(The presumption of innocence)
- ㉥ 증언 또는 유죄자백을 강요받지 않을 권리(The right not to be compelled to testify or confess guilt)
- ㉦ 고문 기타 강요행위에 의해 획득한 증거의 배척(Exclusion of evidence elicited as a result of torture or other compulsion)
- ㉧ 형법의 소급적용과 이중처벌의 금지(The prohibition of retroactive application of criminal laws and of double jeopardy)
- ㉨ 불합리한 지체 없는 재판받을 권리(The right to be tried without undue delay)

- ① 스스로 또는 상담자를 통한 방어권(The right to be defend oneself in person or through counsel): 피고인에게는 공판정출석권이 보장되어야 한다. 피고인은 변호인의 도움을 받을 것인지 여부를 스스로 결정할 수 있고 법원은 변호인선임권을 그에게 고지해야 한다. 피고인은 사선변호인을 선임할 수 있고 경우에 따라서는 국선변호인이 그를 위해 선임되어야 한다. 더 나아가 변호인과의 접견교통에는 비밀이 보장되어야 한다.
- ② 공판정출석권(The right to be present at trial and appeal)
- ③ 증인신문을 요청하고 행하는 권리(The right to call and examine witnesses): 특히 피고인에게 불리한 증언을 하는 증인에 대해서는 반대신문권이 보장되어야 한다.
- ④ 번역통역권(The right to an interpreter and to translation)
- ⑤ 재판(Judgment): 재판선고는 원칙상 공개되어야 하고, 피고인의 상소를 위해서 그 이유가 실시되어야 하고, 심리를 담당할 법관에 의해 이루어져야 한다.
- ⑥ 처벌(Punishments): 공정한 재판을 통해 유죄판결을 받은 자에게만 형사처벌이 가능하고, 그 형사처벌은 죄와 균형되어야 하며 국제기준을 위반해서는 안된다. 그리고 신체형은 금지된다.
- ⑦ 상소권(The right to appeal)

(2) 우리 나라의 경우

우리 나라는 상기한 국제인권기준에 상응하는 입법조치를 취하고 있다. 특히 법 앞의 평등(헌법 제11조), 죄형법정주의(헌법 제12조 1항), 소급금지과 이중처벌금지(헌법 제13조 1항), 공개재판청구권(헌법 제27조 3항), 무죄추정의 원칙(헌법 제27조 3항) 등은 헌법에 고양되어 보장되고 있다. 그리고 우리 나라 형사소송법은 공판절차에 관한 한 당사자주의가 강화된 절충적 소송구조를 취하고 있다. 따라서 우리 형소법은 피고인에게 검사와 대등한 입장에서 공판절차를 이끌어가는 당사자의 지위를 인정하는 것을 원칙으로 하고 있다. 피고인은 검사와 대등한 지위에서 소송절차에 참여하고 검사의 공격에 대하여 자기를 방어할 수 있는 수동적 당사자이다. 이러한 의미에서 검사를 공소권의 주체로 한다면, 피고인은 방어권의 주체라고 할 수 있다. 따라서 다음과 같은 방어권이 피고인에게 보장되고 있다.

- ① 방어준비를 위한 권리로서 공소장부분을 송달받을 권리(제266조), 제1회 공판기일의 유예기간에 대한 이의신청권(제269조), 공판기일변경신청권(제270조), 공판조서 열람등사권(제55조) 등이 있고, 이와 관련하여 심판범위를 한정하는 공소장 기재사항의 법정(제298조), 공소장변경제도 등이 규정되어 있다.
- ② 피고인의 방어능력을 보충하기 위하여 변호인선임권(제30조, 제90조), 접견교통권(제34조, 제89조) 등이 피고인에게 부여되고, 이와 관련하여 국선변호제도(제33조), 필요적 변호제도(제282조, 제283조)가 규정되어 있다.
- ③ 진술에 있어서는 진술거부권(제289조), 이익되는 사실의 진술권(제286조), 최후진술권(제303조) 등이 보장되어 있다.
- ④ 증거조사에 있어서는 증거신청권(제294조), 의견진술권(제293조), 이의신청권(제296조), 증인신문권(제161조의 2) 등이 보장되어 있다.
- ⑤ 재판에 있어서는 상소권(제338조), 상소의 포기 취하권(제349조), 약식명령에 대한 정식재판의 청구권(제453조), 재판장의 소송지휘에 대한 이의신청권(제304조) 등이

보장되어 있다.

그리고 피고인은 검사와 대등할 정도의 소송절차참여권도 다음과 같이 보장받는다.

- ① 법원구성에 관여할 권리로서 피고인은 기피신청권(제18조), 관할이전신청권(제15조), 관련 사건에 대한 병합심리신청권(제6조), 변론의 분리·병합·재개신청권(제300조, 제306조)를 가진다.
- ② 공판절차의 진행에 관여할 권리로서 공판정출석권(제276조)을 가진다. 따라서 피고인의 출석이 없으면 공판개정은 원칙적으로 할 수 없고, 피고인이 정당한 사유 없이 출석하지 않으면 법원은 구속영장을 발부하여 그를 인치할 수 있다.
- ③ 증거조사와 강제처분절차에의 참여권으로서 증인신문·검증·감정 등에의 참여권을 가지고(제145조, 제163조, 제176조, 제183조, 제121조, 제338조, 제349조, 제453조), 준비절차에서의 증거조사(제273조), 증거보전절차에서의 증거조사(제184조)에 대해서도 참여권을 가진다.

국제인권기준에 상응하는 이상과 같은 원칙적 모습과는 달리 우리 나라는 개별적인 면에서는 아직도 문제되는 부분이 없지 않다. 이에 대해서 아래에서 살펴보기로 한다.

2. 개별적 문제점과 개선책

(1) 공판심리절차의 개선

공판심리절차에서의 현재적 문제점으로는 다음과 같은 것들이 지적되고 있다:11) ㉠ 공판정의 좌석에 있어서 검사와 피고인 사이에 차등을 두고 있는 것은 당사자대등주의에 배치된다. 그리고 피고인의 좌석과 변호인의 좌석을 격리시키는 것은 변호의 부실을 초래한다. ㉡ 검사가 공소사실을 부인하는 피고인을 향하여 호통을 치거나 재판장의 피고인신문도 위압적 유도적인 경우가 허다하다. 이러한 것들은 입의의 진술을 구하는 피고인신문절차가 그 본질에 있어서 훼손되는 것이다. ㉢ 변호인 없이 재판받은 피고인을 위한 법원의 실질적 변호가 전혀 이루어지지 않고 있다.

공판심리절차와 관련된 개선요구사항으로는 우선 상기에서 지적된 사항이 개선되어야 할 것이다. 그리고 당사자가 제1회 공판기일의 통지를 요구하는 경우에는 예상기일을 즉시 알려주는 제도를 마련하여야 한다. 현재 실무에서 구속사건의 경우는 기소와 동시에 기일을 지정하되 가능한 한 2주일 이내에 제1회 기일을 지정하도록 운용하고 있으나(대법원 예규 '바람직한 재판운영방안'), 불구속사건의 경우는 이러한 운용방안 조차도 없는 실정이다.

그리고 형소법 제48조 3항이 규정하고 있는 공판조서의 기재사항에 대해 원진술자에게 읽어주거나 열람하게 하여 정확성을 확인시키는 제도는 실무에서는 거의 무용화되고 있다. 그 이유는 조서 작성작업이 마무리되어야 비로소 원진술자에 의한 확인절차가 개

11) 백형구, 앞의 글, 29면 이하

시될 수 있기 때문이다. 따라서 법원은 조서의 신빙성을 높이고 증언내용을 그대로 보존하여 위증을 방지하기 위하여 가급적 직권으로 속기와 녹음을 하고 그 속기록과 녹음대를 상당기간 보존하여야 한다(그런데 형소법 제56조의 2는 피고인측과 검사의 신청에 의해 이루어지는 진술내용의 속기·녹취제도를 규정할 뿐이다. 이 경우 속기·녹취는 공판조서의 일부로서 보존되지만, 법원이 직권으로 한 것은 조서작성 후 폐기되는 것이 현재의 실무이다).

(2) 보석허가율의 제고

불구속재판의 원칙이 실현되는 지수를 측정할 수 있는 보석제도의 운용은 다음과 같다.¹²⁾ 1986년에서 1994년까지 구속기소인원중에서 보석을 신청한 인원의 비율, 즉 '保釋申請率'은 1986년 14.1%, 87년 17.5%, 88년 21.8%, 89년 29.6%, 90년 34.9%, 91년 39.0%, 92년 38.8%, 93년 36.8%, 94년 36.9%, 95년 41.6%로 90년대 들어 30%를 넘어선 것이 특징이고, 전체 구속기소된 자 중 보석이 허가된 인원의 비율 즉 '保釋率'은 1986년 6.9%, 87년 9.5%, 88년 11.9%, 89년 17.0%, 90년 20.3%, 91년 22.7%, 92년 22.0%, 93년 19.8%, 94년 20.2%, 95년 22.8%로 매년 높아지는 추세에 있다. 그러나 보석신청인원에 대한 보석허가인원의 비율, 즉 '保釋許可率'은 1986년 49.2%, 87년 54.2%, 88년 54.5%, 89년 57.4%, 90년 58.2%, 91년 58.2%, 92년 56.8%, 93년 53.8%, 94년 54.9%, 95년 54.7%로서 거의 변화 없이 50% 내외에 머물고 있다.

보석은 필요적 보석이 원칙이기 때문에 보석허가율은 최대한 높여야 한다. 이를 위해서는 우선 필요적 보석의 예외사유를 이론에 맞게 축소하여야 한다. 즉 형사소송법 제95조의 필요적 보석의 예외사유 중에서 적어도 제1호의 '피고인이 사형 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 때'를 '피고인이 사형 무기 또는 단기 1년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 때'로 바꾸고, 제4호의 '도망하거나 도망할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있을 때'와 제5호의 '피고인의 주거가 분명하지 아니한 때'는 바로 구속사유이므로 구속사유가 있을 때에 보석에서 제외하는 것은 이론적으로 모순이기 때문에 이 예외사유를 가능한 폐지하거나 엄격한 요건을 추가하여야 한다. 그리고 보석을 확대하더라도 무자력자 또는 소년범 등의 경우에는 보증금 마련이 곤란하여 보석제도를 활용하기 어렵다. 이를 극복하기 위해서는 보증금 이외에 신뢰할 수 있는 자에 의한 출석보증 등의 다양한 보석조건이 제도화되어야 할 것이다. 그리고 상기한 통계에서 보는 바와 같이 보석허가율이 계속 50% 내외의 상태에 머무는 것은 우리 나라가 法典上으로는 필요적 보석이 원칙임에 반하여 실제로는 재량보석으로 운용되고 있음을 반영한다. 물론 이러한 현상은 法典上에 다양한 보석허가예외사유가 있는 데에 원인이 있을 수 있겠지만, 불구속재판의 원칙에 대한 법관의식이 아직 성숙되지 못한 데에도 원인이 있는 것으로 사료된다. 따라서 보석제도에 관한 법관의 의식변화도 요구된다.

(3) 오판의 경감

법원에 의한 誤判의 指數를 측정할 수 있는 항소심 공판사건의 선고내용을 보면 다음

12) 아래의 보석통계는 법무연수원, '범죄백서', 1996년, 168면에 따른 것이다.

과 같다. 법무연수원의 '범죄백서'에 따르면, 1995년 원심판결이 항소심에서 파기된 비율, 즉 원심파기율은 63.1%, 1997년의 경우는 58.7%를 기록하고 있다. 특히 항소심법원이 무죄를 선고한 인원은 1994년 항소인원 38,950명중에서 무려 579명, 1995년 40,652명 중에서 423명, 1997년 352명에 이른다. 재판부가 국민으로부터 신뢰를 얻고, 반대로 국민은 재판부로부터 부당한 사법피해를 당하지 않게 하기 위해서, 법원당국이 제1심 법원에 의한 오판비율을 줄이도록 노력하여야 한다.

(4) 양형의 합리화

법원의 재판과 관련하여 오늘날 무엇보다 많이 지적되는 것은 법관의 양형문제이다(최근에는 구속영장실질심사제도의 도입과 관련하여 법관에 의한 영장발부의 기준도 통일되어 있지 않다는 지적도 많다). 즉 법관의 양형이 지역마다 다르고 법관개인마다 다르다는 것이다.¹³⁾ 양형의 실태가 이러하다면 재판부 자체에 대한 국민의 신뢰가 무너지는 것은 물론이고, 국민은 사법에 대해 불평등감을 느낄 것이며 그렇게 되면 법에 대한 신뢰도 무너져 종국적으로 형법을 통한 (적극적) 일반예방의 효과는 기대할 수 없게 될 것이다. 이를 방지하기 위해서 앞으로 양형을 합리화하는 제도적 장치가 당연히 강구되어야 한다. 양형을 합리화하기 위하여 영미의 소송절차이분제도를 도입하여 제도구조를 완전히 바꾸는 것도 생각해 볼 수 있겠지만, 우선적으로는 우리 나라의 기존제도의 틀 속에서 개선책을 찾는 것이 바람직할 것이다. 그 개선책으로는 우리 나라의 입법에 고정된 法定量刑目錄 중에서 잘못된 것을 찾아서 우선 바로 잡아야 한다. 특히 피고인에게 불리한 가중처벌규정은 행위책임의 원칙에 상응하는 것인가를 다시 한 번 심사해 볼 필요가 있다.¹⁴⁾ 먼저, 총칙상 장기의 2배까지 가능한 누범가중규정은 행위책임의 원칙(Tatschuldprinzip)에 상응하지 아니하는 과잉형벌로서 폐지하든가, 아니면 단기를 한정하는 정도로 조정되어야 한다. 왜냐하면 누범은 과거행위에 대해서는 이미 죄값을 치루었기 때문이다. 그리고 각칙상의 상습범가중규정은 수 개의 동종범행을 실무상 포괄일죄로 다루는 범위에서는 타당성이 있지만, 이미 형집행받은 상습범의 새로운 행위에 대해서 또다시 '상습성'이라는 습벽에 근거하여 장기의 1/2까지 가중처벌하는 것은 역시 행위책임의 원칙에 반한다(즉 그 상습성은 사회보호법의 보호감호처분의 대상이 되는 것으로 족하다). 다음으로, 절차법에 있어서도 양형의 합리화를 위한 작업이 필요하다. 이에 우선 항소심과 상고심에 의한 양형통제는 물론이고 판례평석을 통한 양형개선을 위해서도 유죄판결에 명시될 이유(형소법 제323조에 의하면 현재 범죄사실, 증거요지, 적용법령, 법정형의 가감 및 조각사유)에는 양형사유가 포함되어야 한다.¹⁵⁾ 그리고 양형부당에 대한 상고이유를 규정한 형소법 제383조 제4호가 "사형·무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건"으로 엄격히 제한한 것을 가능한 완화시키는 것도 바람직할 것이다(예컨대 5년 이상의 자유형 선고사건으로). 더 나아가, 법관을 대상으로 하는 양형교육

13) 이러한 양형편차의 실무조사 내지 설문조사를 상세히 소개한 것으로는 형사정책연구원, 양형의 합리화에 관한 연구, 1993년, 8면 주) 4; 이에 의하면 양형편차의 문제는 심각한 것으로 드러났다.

14) 아래와 같이 상습범과 누범에 대한 형벌가중의 문제점을 판례평석과 더불어 상세히 논한 본인의 글로는 '상습범 및 누범에 대한 형벌가중의 문제점', 형사판례연구 제4집(1996년), 105면 이하

15) 형사정책연구원, 전거서, 96면

프로그램의 개발, 양형정보제공전산시스템의 구축, 미국에서와 같은 참고적 양형지침서의 작성 및 활용,16) 성인에 대한 판결전조사제도 및 양형위원회제도의 도입 등도 앞으로 양형문제를 개선하는 데 실무상 도움이 되는 제도적 장치가 될 것이다. 그리고 피고인측도 범행동기나 범행후의 정황, 가족사항, 경력 등을 적어 재판부에 제출할 수 있도록 하여, 법원이 이를 양형의 참고자료로 활용하는 방안을 강구하여야 한다.

(5) 증거법의 개선

우리 나라의 증거제도에서 특히 문제되는 것은 전문증거에 해당하는 수사서류의 증거능력을 매우 광범위하게 인정한 것에 있다. 선진국에서 전문법칙의 예외가 인정되는事由는 대체로 우리 나라 刑事訴訟法 제318조(당사자의 동의)와 제314조(필요성과 신용성)의 要件을 충족하는 경우이다. 특히 독일 형소법은 '被疑者'진술이 기재된 수사서류에 대해서는 이 예외도 인정하지 아니한다. 이에 비하여 우리 刑事訴訟法은 제312조와 제313조에서 搜查書類의 -被疑者 신문조서까지도- 證據能力을 크게 완화하여 인정하고 있다. 그런데 검사가 작성한 피의자신문조서가 원진술자의 진정성립만으로 증거능력을 인정하는 것은 타당하지 않다. 이것은 전문법칙의 취지에 반하고 바람직한 탄핵증거제도가 거의 사문화시키며, 그 여파로 탄핵증거로서의 가치가 큰 사법경찰작성 피의자신문조서가 증거법상 거의 휴지화되고 있다. 그리고 광범위한 전문법칙의 예외인정은 그동안 수사기관이 객관적 물증을 확보하려는 과학수사의 노력대신에 손쉬운 피의자 내지 참고인의 진술만을 받아 내려는 바람직하지 못한 수사관행의 정착에 기여하였다. 이러한 수사관행을 불식시키기 위해서도 입법자는 진술이 기재된 수사서류에 대해 유죄사실을 인정하는 증거자료로서의 자격을 엄격히 제한하고 그 보완책으로 탄핵증거제도를 활성화시키는 방향으로 개정하여야 한다. 그리고 위법한 절차에 의하여 수집된 '물적 증거'의 증거능력을 둘러싸고 이를 여전히 인정하는 대법원판례와 이를 원칙적으로 부정하는 학계 사이의 대립은 앞으로 후자의 태도가 수용되는 방향으로 발전되어야 한다.

IV. 刑事節次上 被害者 내지 證人(參考人)의 人權保護

1. 피해자·증인보호제도

형사절차상 피의자·피고인의 인권이 보장되어야 하는 것과 마찬가지로 범죄피해자 또는 증인도 피의자·피고인의 인권침해로부터 보호되어야 한다. 예컨대, 조직범죄의 경우 고소·고발·증언한 자가 피의자·피고인측으로부터 보복을 당하는 것이 비일비재하다. 따라서 범죄신고자 내지 증언자를 보호하는 조치가 필수적으로 요구된다. 미국, 독일 등의 선진국가들의 경우 이에 대한 입법조치가 일찍부터 철저하게 이루어져 있다. 우리 나라의 경우는 과거에는 전혀 피해자의 인권보호에 대해서는 관심을 두지 않다가 증인 등이 실제로 보복피해를 입는 사건을 겪고 나서 최근에는 선진국에 버금가는 입법 조치를 취하였다. 우선 형사소송법은 피의자가 피해자, 증인 또는 그 친족에게 해를 가하거나 가할 염려가 있는 경우를 보증금납입조건부 석방의 예외사유(제214조의 2 제4항 2호)로 규정하여 범죄피해자보호를 도모하고 있다. 그리고 피고인이 피해자, 증인 또는

16) 이에 대한 자세한 소개로는 형사정책연구원, 전게서, 100면 이하

그 친족에게 해를 가하거나 가할 염려가 있는 경우를 필요적 보석의 예외사유(제95조 6호), 보석취소사유 및 구속집행정지의 취소사유(제102조 1항 4호)로 규정하였다. 그리고 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법은 특정강력범죄사건의 피고인이 피해자 또는 그 친족의 생명 신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을만한 충분한 이유가 있는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 보석 또는 구속의 집행정지를 취소할 수 있도록 하고(제6조), 증인에 대한 신변안전조치를 검사가 관할경찰서장에게 요청할 수 있도록 하고(제7조), 특정강력범죄로 수사 또는 심리중인 사건의 피해자에 대하여는 성명, 연령, 주소, 직업, 용모 등에 의하여 피해자임을 미루어 알 수 있을 정도의 사실이나 사진을 신문지 기타 출판물에 게재하거나 방송 또는 유선방송하지 못하도록 규정하고 있다(제8조). 이렇게 산발적으로 규정되던 것을 비교적 종합적으로 규정한 것이 최근에 제정된 '특정범죄신고자등보호법'이다. 동법은 특정범죄에 관한 형사절차에서 국민이 안심하고 자발적으로 협조할 수 있도록 그 범죄신고자와 친족 등을 범죄자의 보복으로부터 보호함으로써 범죄로부터 사회를 방위하는 것을 목적으로 한다(제1조, 제3조). 특히 동법률 제6조는 司法警察官·檢事 또는 法院이 報復을 당할 우려가 있는 경우에 직권 또는 신청에 의하여 수사 및 공판과정에서 필요한 협력을 할 수 있는 補佐人을 지정할 수 있음을, 제7조는 조서등에 인적 사항의 기재생략을, 제8조는 범죄신고자 인적 사항의 공개금지를, 제10조는 형사소송법 제184조 또는 제221조의 2에 의한 證人訊問을 하는 경우 판사가 직권 또는 검사의 신청에 의하여 그 과정을 비디오테이프등 映像物로 촬영할 것을 명할 수 있음을, 제11조는 조서에 인적 사항을 기재하지 아니한 犯罪申告者을 증인으로 소환할 때에 검사에게 소환장을 송달하고(제1항), 公判調書에 당해 증인의 인적 사항의 전부 또는 일부를 기재하지 아니하게 할 수 있으며(제2항), 宣誓書에 假名으로 署名·捺印하게 할 수 있고(제4항), 法院에 被告人이나 傍聽人을 退廷시키거나 公開法廷외의 장소에서 證人訊問을 할 것을 申請할 수 있음을(제5항), 제13조는 신고자를 위한 身邊安全措置를 각각 규정하고 있다. 그리고 최근에 제정된 '부패방지법(2002.1.25. 시행)' 제32조는 공무원부패를 방지하기 위하여 내부고발자를 특별히 보호하는 규정을 도입하였다.

이상과 같은 기존의 피해자보호입법은 매우 발전적인 것이다. 그러나 앞으로는 수사와 재판절차에서 피해자에게 수사 재판의 진행상황을 통지하고, 검사의 불기소처분시 변호인이 이에 불복하려는 피해자를 위해 수사기록을 열람할 수 있도록 하며, 피해자가 수사기관에서 진술하거나 법정에서 증언시 변호인의 조력을 받을 수 있도록 더욱 발전시켜 나가야 할 것이다.

2. 피해자구조제도의 활성화

우리 나라 헌법 제30조는 "타인의 범죄행위로 인하여 생명 신체에 대한 피해를 입은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다"는 내용을 선언하고, 이에 근거하여 "범죄피해자구조법"이 1988년 7월 1일부터 시행되고 있다. 우리 나라 실정법이 규정하고 있는 범죄피해자구조의 요건은 생명 또는 신체를 해하는 타인의 범죄행위로 인해 피해가 발생한 경우에 한한다. 1988년 피해자구조제도가 실시된 이후 1991년부터 1995년에 이르는 통계에 따르면 그 사이 범죄피해자구조의 신청건수는 매년 100건에도 못미치는 것으로 나타나고 있다. 더욱이 그 신청에 대한 지급건수는 49건에서 79건 사이에 머물고 있을 뿐이다. 그 사이에 생명 또는 신체를 해하는 범죄건수가 매우 많

은 것을 감안한다면 범죄피해자구조제도가 상대적으로 활성화되지 못한 것으로 쉽게 추측할 수 있다. 앞으로 범죄피해자구조제도가 활성화되기 위해서는 무엇보다도 동 제도를 일반인에게 널리 홍보하는 것과 충분한 범죄피해구조예산을 확보하는 것이다. 그리고 입법적으로는 여건이 갖추어지는 대로 엄격한 적용요건과 광범위한 구조금 지급결격사유 등의 현행규정이 개정되어야 할 것이다.

3. 재정신청제도의 청구대상범죄의 범위확대

현재의 재정신청제도는 그 대상범죄를 형법 제123조 내지 제125조가 규정하는 공무원의 직권남용죄와 헌정질서파괴범죄공소시효등에관한법률, 5·18민주화운동등에관한특별법, 공직선거및선거부정방지법에 의해 한정되어서 검찰의 기소재량에 대한 사법적 통제장치가 매우 제한되어있다(헌법소원제도는 보충성의 제한과 직접 기소를 명할 수 없는 그 효과상의 제한성에서 문제가 있으며, 검찰청법상의 항고 재항고제도는 사법심사가 아닐 뿐만 아니라 인용가능성을 기대하기 어렵다). 그리고 관할법원을 고등법원으로 하여서 고등법원 소재지에 거주하지 않는 재정신청인에게 불편을 주고 있다. 이를 극복하기 위해서는 우선적으로 재정신청의 대상범죄를 모든 범죄로 확대하거나,¹⁷⁾ 적어도 공무원의 직무에 관한 범죄 전반과 일정 범위의 공직자가 범한 모든 범죄까지 확대하여야 한다. 이 경우 일정 범위의 공직자에는 수사 및 재판기관 종사자와 차관급 이상의 고위 공직자, 국회의원 지방자치단체의 장 등 일정 범위의 선출직 공무원으로서의 전현직을 포함하여야 할 것이다. 그리고 가능한 관할법원도 지방법원으로 바꾸는 것이 타당할 것이다.

V. 기타 刑事節次의 改善必要性

1. 특히 告訴濫用의 現狀과 對策에 대해

(1) 고소남용의 현황¹⁸⁾ 및 문제점

우리 나라에서 피고소인원은 95년을 기준으로 할 때 일본 피고소인원의 44.5배, 인구 10만명당 피고소인원은 우리 나라가 1,057.6명으로 일본 8.5명의 124배에 이르고 있는 실정이다. 그리고 그 동안 사기, 횡령, 배임 등 지능적 재산범죄에 고소사건은 피고소인원을 기준으로 66.9%, 사건수를 기준으로 69.3%를 점유한다. 일본의 경우에는 지능적 재산범죄에 대한 고소비율은 1995년도에 18.3%에 불과하다. 한편 검찰에서 처리된 고소사건의 기소율은 1994년도부터 20%이하로 떨어졌다. 그 반면에 기소중지율은 1991년 23.4%에서 1995년 34.3%로 급격히 증가하였다. 특히 지능범에 대한 기소율은 1993년의 15.9%에서 1995년의 13.6%로 감소하여 형법범 전체의 기소율 1993년 34.6%, 1995년 27.1%보

17) 이 경우 청구남발에 따라 법원업무폭주를 걱정하기도 하는데, 이 문제는 아래에서 소개할 독일식의 기소법정주의를 도입하거나 청구기각될 경우 소송비용을 청구자에게 부담시키는 제도를 도입한다면 해결될 수 있을 것이다.

18) 아래의 현황은 서울고등검찰청, '검찰항고·고소제도 개선 및 사건처리절차 합리화방안 연구', 1997년, 172면 이하에서 추출된 것이다.

다 현저히 낮은데다 감소추세마저 보이고 있다. 더 나아가 고소사건에 대한 수사종결현황 중에서 "무혐의"불기소처분을 보면, 1991년 52,868건(31.5%), 1992년 62,657건(31.3%), 1993년 87,457건(33.0%), 1994년 95,191건(32.4%), 1995년 118,779건(33.0%)에 이르고 있다.

이상과 같은 우리 나라의 過多한 刑事告訴(告發)의 현상은 형사정책적인 관점에서 장려되어야 할 점도 있지만¹⁹⁾ 많은 문제점을 동시에 던져주고 있다. 우선 우리 나라에서 고소사건이 재산범죄에 많다는 것은 우리 국민에게 민사적으로 해결하여야 할 돈문제를 형사고소를 통해 손쉽게 해결하려는 경향이 있기 때문일 것이다. 즉 민사적인 권리구제수단의 불비와 비용과다, 해결지연 등 요인으로 단순한 민사사건을 형사고소하는 濫告訴 경향이 재산범죄에 관련된 고소폭증의 주요요인이 되고 있다. 이러한 고소폭증은 수사업무 폭주의 주원인이 되고(1995년도 기준으로 검사의 1인당 월처리인원은 370명임), 수사력이 분산, 낭비되어 진정으로 억울한 범죄피해자의 구제에 수사력을 집중할 수 없게됨에 따라 결국 국민의 수사기관에 대한 불신을 초래하는 상황까지 이르고 있다. 뿐만 아니라, 민사사건의 형사화 경향은 피고소인으로 하여금 혐의유무를 불문하고 범죄피의자로 입건되는 불명예를 감수하도록 하고 있다. 특히 고소사건에 있어 '낮은 기소율과 높은 무혐의 불기소처분율'을 특징으로 하는 우리 나라의 현상은 그 고소내용이 진실이 아니고 誣告에 가깝다는 것을 실증하는 것이다. 그리고 고소사건에 대한 기소중지율이 증가한다는 것은 피의자가 은신중이거나 중요한 증거가 확보되지 않아 미해결되는 고소사건이 많아진다는 것을 나타낸다. 이러한 남고소의 폐단은 검찰항고제도와 결합하여 倍加되고 있다. 오늘날 항고제도의 운용실태를 보면, 피해자가 자신의 정당한 권리를 보호받기 위하여 항고하는 경우보다는, 무고한 피고소인에게 심리적 압박을 가하거나, 민사재판에 제출할 증거를 수집하는 수단으로 악용되는 경우가 더 많은 실정이다. 이로 인하여 국민의 정당한 권리구제에 투입되어야 할 수사력이 낭비되고 있으며, 이는 항고사건에 대한 최종시정율이 약 6%에 불과한 사실에 비추어 짐작할 수 있다. 여하튼 우리 나라의 남고소 현상을 억제하기 위한 바람직한 개선대책이 앞으로 세워져야 할 것이다.

(2) 개선대책

현행 형소법은 濫告訴를 억제시키려는 목적으로 피고인이 무죄 또는 면소의 판결을 받고 이에 대해 고의 또는 중대한 과실이 있을 때 고소인에게 소송비용의 전부 또는 일부를 부담시키는 규정을 두고 있다(제188조). 이것을 적극적으로 활용하면 남고소의 현상은 어느 정도 방지될 수 있을 것이다. 그리고 수사기관이 고소사건을 수사함에 있어 고소인에 대한 誣告혐의에 관해서도 동시에 수사하여 誣告의 혐의가 인정되는 경우 무고죄로 입건하여 소추 처벌하는 것도 하나의 대책이 될 수 있다. 특히 피고소인에 대해서는 고소인을 조사한 결과 범죄의 혐의가 없다고 인정되는 경우에 그를(피고소인을) 조사할 필요 없이 수사를 종결하고 피의사건에 대하여 신속히 불기소처분을 하여야 한다.²⁰⁾ 그리고 정규검사의 업무량 자체를 경감시켜주는 조치가 있어야 한다. 이를 위해서는 무엇보다

19) 피해자의 고소나 목격자의 고발 없이는 범인검거 및 범죄해명은 이루어 질 수 없고, 범인검거 및 범죄해명없이 형사정책의 목적인 범죄의 예방과 진압은 불가능하게 된다. 따라서 고소 내지 고발은 그것이 남용되지 않는다면 형사정책적 관점에서는 장려되어야 할 사항이기도 하다.

20) 以上은 백형구, 앞의 글, 25면

다도 重罪와 대다수범죄를 구성하는 輕罪의 사건처리절차를 이원화하는 선진국과 같은 제도의 설정이 앞으로 나아가야 할 방향인 것으로 생각된다. 이 경우에 경미사건은 區檢察廳의 관할사항으로 하면서 정규검사 아닌 副檢察나 검사직무대리로 하여금 처리하게 하고(즉 일본과 독일의 區검찰청제도²¹⁾ 및 副검사제도를 도입하거나, 현행 법제하에서도 가능한 검사직무대리제도를 활성화하자는 案이다. 일본에서는 형사사건의 70%이상, 특히 많이 발생하는 교통사건 모두를, 독일에서는 형사사건의 45% 이상을 이들이 처리한다고 한다²²⁾, 지방검찰청 및 지부의 정규검사는 중요한 사건의 처리에 전담하게 하여야 한다. 그리고 절도와 (점유이탈물)횡령과 같은²³⁾ 경미한 성인형법범을 경찰에서 微罪처분으로 종결하는²⁴⁾ 소위 일본의 微罪處分制度를 도입하는 것도 검토되어야 한다.²⁵⁾ 더 나아가 미국에서 수사초동단계에서의 유죄담변협상(Pea-Bargaining), 재판초기단계에서의 기소 사실인부절차(Arraignment)에 의해 90% 이상을 사건을 간이·신속하게 처리하거나, 독일에서 민사사건의 형사화를 방지하기 위해 민사선결문제의 해결시까지 소추절차를 중지하는 것(독일 형소법 제154조의 d)과 같은 제도는 수사부담을 간접적으로 경감시켜주는 제도가 될 수 있을 것이다.

2. 기소법정주의 도입

우리 나라는 기소편의주의를 취하는데 반하여, 독일은 기소법정주의를 원칙으로 하고 있는 나라이다. 기소법정주의는 공소권행사에 있어서 법 앞의 평등을 실현하고 공소권의 행사에 대한 정치적 영향을 배제할 수 있는 장점이 있는 반면에, 단점으로는 초범자와 같이 개선의 여지가 큰 범죄자를 모두 형사처벌하여 전과자를 양산시키고 무의미한 공소제기와 무용한 심리, 재판 및 집행으로 인하여 소송경제에 반하는 단점이 있다고 한다. 그러나 이러한 단점은 적어도 독일식의 기소법정주의에 관한 한 나타나지 않는다. 독일 기소법정주의는 검찰에게 원칙적으로 유죄자에 대한 기소만을 일단 강제할 뿐이고, 검사가 기소하였다고 해서 법원이 소송경제에 반하거나 전과자를 양산하기 위하여 반드시 심리 재판하는 것은 아니다. 예컨대 ① 경미한 범죄(Vergehen)의 경우(제153조, 제153a조), ② 법원이 형면제판결을 할 수 있는 경우(제153b조), ③ 국외범죄의 경우(제153c조), ④ 정치적 범죄의 경우(제153d조)에는 소송절차를 계속하지 않고 조기에 그 절차가 중지될 수 있다. 단 ①이나 ②와 같이 전형적으로 기소유예처분이 필요한 경우에도 검사가 단독으로 이를 결정할 수는 없으며 본안심리의 개시여부를 결정하는 법원의 동의를 받아야 가능한 것으로 되어 있다. 즉 법원의 통제하에 기소편의주의가 이루어지고 있는 형태이

21) 우리나라에서는 이미 설치 운영중인 시·군 법원(1997.2.3. 현재 104개 지역설치)을 활용하여 시·군 간이검찰청을 운영하면 될 것이라는 견해가 있으나(서울고등검찰청, 전계서, 287면 이하), 우리나라 시·군 법원은 재판지역의 분할 내지 확대의 개념이지 중죄와 경죄를 나누어 관할을 정하는 개념이 아니다. 따라서 이에 대응되는 시·군 간이검찰청은 일본의 구검찰청과는 다른 성질의 것이 될 수밖에 없다.

22) 영미에서는 治安判事가 형사사건의 90% 이상을 처리하는데, 이 치안판사는 대개 정규의 판검사가 아닌 자로 임명된다.

23) 일본에서는 양죄가 미죄처분대상의 대부분을 차지하고 기타 사기, 폭행, 도박 등도 일부 있다.

24) 일본에서 미죄처분된 사건은 사후에 일괄하여 월보로 검사에게 보고되며, 1988년에 성인범죄의 43.8%가 미죄처분으로 경찰에서 종결되었다. 이에 대한 소개로는 서울고등검찰청, 전계서, 214면

25) 서울고등검찰청, 전계서, 270면

다. 더 나아가 독일에서는 검사가 기소한 경우에도 법원이 역으로 검사의 동의를 얻어 절차를 조기에 중지할 수도 있다. 이것은 검사가 기소하고 공소취소를 하지 않는 이상 법원이 공판절차를 계속 밟아야 하는 우리 나라의 제도보다는 훨씬 피고인에게도 유리한 내용이 된다. 검찰의 단독적 기소유예처분을 인정하는 우리 나라 법제와 공평한 사법기관인 법원의 동의를 얻어서 조기에 절차를 중지하는 독일의 법제 사이에는 오히려 후자가 정의의 관점에 상응하면서 구체적 타당성의 관점에서 더욱 합당한 것으로 사료된다. 따라서 독일식의 起訴法定主義에 대해서는 앞으로 입법론에서 적극적으로 평가할 필요가 있는 것으로 생각한다.

3. 즉결심판제도의 개선

우리 나라에서 매년 즉결심판을 받는 자가 100만명에 이르고 있을 정도로 즉결심판제도는 우리 나라 국민에게 아주 밀접하고 중요한 제도로써 자리매김하고 있다. 물론 이 제도는 경미범죄자를 신속히 형사소송절차에서 벗어나게 해 주자는 피의자·피고인 보호의 목적과 검사의 과도한 수사소추업무 및 법원의 과도한 심리재판업무를 다소나마 경감해주자는 목적에서 시작되었다. 그러나 즉결심판제도에 대해서는 그 동안 제도 그 자체 및 운용과정에 있어서 많은 문제점이 아울러 지적되었다. 즉결심판제도는 신속한 재판과 소송경제를 강조한 나머지 개인에 대한 인권보장과 실체적 진실발견을 소홀히 한 측면이 많았다는 것이다. 특히 이 제도가 검찰의 통제 없이 범죄자에 대한 조사와 즉결심판의 개시여부를 전적으로 경찰이 결정하도록 함으로써 그들에 의해 그 동안 많이 남용되었다는 것이다. 그런데 이러한 문제점은 그 동안 6차례 법개정과 실무개선의 과정을 통하여 많이 해결되기도 하였다. 그러나 더 근본적인 개선을 위해서는 현재 즉결심판의 대상으로 되어 있는 행위들 중에서 순수한 질서위반행위로서의 성질이 강한 것들에 대해서는 대폭 비범죄화하여 과태료의 대상으로 전환하여야 한다. 그리고 검찰청에서 인적 여유가 있다면 즉결사건에 대해서도 일본의 3자즉결처리제도와 같은 방법으로 검찰의 개입하여 처벌하는 것이 바람직 할 것이다. 그리고 즉결사건에 대한 구류의 선고는 최대한 회피되어야 한다. 더 나아가 구류를 대체할 만한 사회내 처우의 제재(보호관찰, 사회봉사명령, 수강명령)가 즉결심판법에 도입된다면, 구류제도는 폐지되어도 무방할 것이다.

VI. 맺는 말

현재 우리 나라의 형사절차에서 고문·폭행 등과 같은 후진국형 인권침해사례는 거의 자취를 감춘 것으로 판단된다. 그러나 가진 자와 가지지 못한 자(예컨대 사선변호인이 있는 자와 없는 자)의 사이, 권력자와 비권력자(정치권력의 비호를 받는 자와 단순한 시민)의 사이에는 형식상 위법은 아니지만 형사절차에서 실질적인 불평등처우가 이루어지고 있다. 형사절차에서의 이러한 상대적 불평등처우도 일종의 인권침해로서 이해되어야 한다. 따라서 우리 나라는 앞으로 이의 개선을 위해 더 많은 노력을 기울여야 할 것이다.

그리고 그 동안 우리 나라 형사사법은 정치권력 내지 정치논리에 의하여 많이 지배당하여 왔다. 즉 정치가 형사사법 위에서 군림하였던 것이다. 이러한 형사사법의 정치오염화는 현재 어느 정도 정치가 민주화됨에 따라 점차 거두어지는 추세에 있는 것으로 생각

한다. 앞으로도 이 추세가 계속되어 사법경찰, 검찰, 법원과 같은 형사사법기관이 순수한 자신의 사법기능만을 충실히 다할 수 있는 날이 도달하여야 하겠다. 이 때에만 형사절차에서 모든 국민의 인권이 진정하게 보호될 수 있을 것이다.

행형에서의 인권보호대책

한 영 수 (경원대 법학과 교수)

행형에서의 인권보호대책

한 영 수

(경원대 법학과 교수)

I. 들어가는 글

재소자(在所者)란 감옥에 갇힌 자를 의미한다. 우리 나라에서 재소자는 크게 세 가지 유형으로 분류될 수 있다. 첫째는 미결수용자로서 수사와 재판을 받기 위해 체포·구속된 형사피의자·피고인들로 대개 구치소에 수감되어 있는 유형이다. 둘째는 수형자로서 징역이나 금고 등 유죄판결이 확정되어 형 복역 중이거나 벌금미납으로 노역장유치를 받는 자로 대개 교도소에 수감되어 있는 유형이다. 셋째는 보안처분대상자로서 보호감호처분으로 (청송)보호감호소에 수감되어 있거나 치료감호처분으로 (공주)치료감호소에 수감되어 있는 유형이다. 행형에서의 인권 보호는 바로 이와 같은 재소자의 인권을 보호해야 한다는 것을 의미한다.

그러나 “죄를 짓고 감옥에 갇힌 자의 인권도 존중해야 하는가?”라는 질문이 제기되곤 한다. 이 질문은 단순하면서 조금 유치하게 보이지만, 재소자의 인권에 대해 논의하기에 앞서 한 번 짚고 넘어가야 할 문제다. 일반시민의 입장에서 재소자는 곧 범죄자로 각인(刻印)되어 있으며, 범죄자에 대한 나쁜 인상은 재소자의 인권문제를 애써 외면하도록 만들고 있다. 죄를 범하여 그 대가(代價)로 감옥에 갇힌 이상 자유로운 일상생활에서 누렸던 자유와 권리를 향유할 수 없음은 너무나 당연하다는 것이다. 더욱이 교도소 안에 각종 편의시설이 갖추어져 재소자들이 생활하는데 전혀 불편함을 못 느낀다면, 그 교도소는 더 이상 감옥이 아니며 일종의 호텔일 뿐이라는 비판(이른바 ‘호텔’행형)도 있다. 특히 피해자의 입장에서는 만일 가해자가 호텔과 같은 교도소에서 편하게 생활하고 있는 것을 알게 된다면 몹시 분개할 것이다.

그러나 재소자의 인권을 보호해야 한다는 것이 교도소를 호텔과 유사하게 만들자는 주장은 결코 아니다. 감옥에 갇힌 자에게도 기본적인 인권, 즉 최소한 인간의 존엄과 가치를 유지할 수 있는 권리는 보장해 주어야 한다는 데 그 주안점이 있다. 시설(감옥)에 수용된 자에게 인도적인 숙식을 제공하기 시작하면서 비로소 근대적 의미의 자유형제도가 성립되었다는 사실을 염두에 둘 필요가 있다.¹⁾ 즉, 근대적 자유형은 형벌해악(刑罰害惡)을 자유박탈(제한)에 한정하고 있다. 따라서 자유박탈(제한) 이외에 신체적 고통을 추가하는 등의 해악을 가하는 것은 자유형제도의 본질에 어긋난다. 인도적인 숙식이 제공되고 정상적인 생활이 가능한 구금시설에 수용하지 않고, 예컨대 무더운 여름에 수십 명을 한 방에 기거하게 한다든지 추운 겨울에 입산부를 난방시설도 안된 곳에 머물게 한다든지 온 몸을 사슬로 묶어 독방(징벌실)에 하루종일 가둔 채 대소변도 그 자리에서 보게 하는 등 신체적 고통과 정신적 학대를 가하는 것은 마치 중세유럽에서 죄수를 토굴이나 종탑 속에 가두어 놓는 것과 큰 차이가 없다. 이처럼 열악한 수용시설에 가두

1) 근대적인 자유형의 성립은 16세기 후반부터 19세기에 이르기까지 끊임없이 지속되었던 ‘행형의 인도화와 합리화’를 위한 투쟁의 산물이다. ‘근대적 자유형’의 특징은 ① 자유박탈 그 자체에 형벌해악의 중심점이 놓여지고, ② 재소자에게 인도적인 숙식을 제공하며, ③ 행형의 목표를 수형자의 교정과 개선으로 삼았다는 점을 들 수 있다. 이점에 대해서는 한영수, 행형과 형사사법, 2000, 22쪽을 참조.

어 자유박탈 이외에 신체적·정신적 고통을 추가하는 것은 일종의 '변형된 신체형'에 해당할 뿐, 진정한 의미의 자유형이라고 할 수 없다. 감옥에 갇힌 자도 인간이기에 인간으로서의 존엄과 가치가 존중되어야 한다는 것이 근대국가 성립이후 지속되어 온 '감옥개량운동'의 기본취지이다. 즉, 재소자도 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 존재라는 인식이 바로 재소자의 인권을 보호해야 한다는 주장의 준거점이다.

헌법 제10조는 국가가 재소자를 포함한 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 잃지 않고 행복을 추구할 수 있도록 해야 할 의무를 인정하고 있으며, 제37조 제2항은 적법한 절차에 따라 수용된 재소자라 할지라도 국가가 그의 기본권을 제한하는데는 내재적인 한계가 있음을 천명하고 있다. 국제법적인 관점에서 보더라도 모든 국가는 재소자의 인권을 보장해야 할 의무가 있음을 알 수 있다.²⁾ 특히 국제연합(UN)은 1955년 '피구금자처우최저기준규칙'을 결의한 바 있는데, 총 95조로 되어 있는 이 규칙은 수용시설, 위생, 급식, 의료, 징벌, 접견 등 재소자의 처우에 관한 기본조건을 제시하고 있는 국제적인 기준이 되어 왔다. 최근 개정된 행형법은 제1조의 3을 신설하여 "이 법을 집행함에 있어서 수형자 또는 미결수용자의 기본적 인권은 최대한으로 존중되어야" 한다고 명문화하였다. 이 신설규정은 재소자의 인권을 보장해야 한다는 헌법과 국제법상의 요청을 수용한 것으로서, 형을 집행하는 과정에서 재소자의 인권을 최대한 존중해야 할 의무가 국가에게 있음을 분명히 밝히고 있다. 따라서 재소자의 인권을 보호하자는 것은 단지 몇몇 인권단체의 주장에 불과한 것이 아니라 행형(교정)당국을 구속하는 법률적 근거를 지닌 과제이다.

교정당국의 말을 빌린다면, 국민의 정부가 들어서면서 행형(교정)만큼 크게 변화되고 있는 분야도 찾아보기 어렵다고 한다. 과거 어느 정권보다 재소자의 인권신장을 위해 노력했다는 것이다. 그 예로 면회예약제도의 실시, 화상면회제도의 시행, 2급 이상의 모범수형자에게 전화통화 허용, 수용거실에 TV 수상기 설치, 모든 수형자에게 신문열람 허용, 미결수용자 외출시 사복착용 가능, 부부 만남의 집 설치, 수형자 자치제 일부 실시, 외부통근 모범수형자에게 자율출퇴근 허용, 수형자의 두발은 10cm까지 기를 수 있도록 함, 수용거실마다 식탁·책상 겸용 탁자 지급 등을 들고 있다.³⁾ 이러한 새로운 제도의 시행과 재소자를 위한 편의도모가 재소자의 인권보호에 기여하고 있고, 과거의 폐쇄적이고 권위적인 행형(교정행정)이 조금씩 변모하고 있음을 보여주고 있는 것은 사실이다.

그러나 아직도 우리 나라의 재소자 인권이 충분히 보호받고 있다고 보이지는 않는다. 행형(교정행정)과정에서 재소자의 인권이 침해되고 있다는 출소자의 증언과 인권단체의 보고서가 나오고 있다. 예를 들어 의료, 작업, 위생, 수용환경(난방), 접견, 면회, 집필, 독서, 급식, 징벌, 권리구제 등 여러 면에서 재소자의 인권침해의혹이 제기되고 있다. 이 중에서 재소자에 대한 인권침해의 가능성이 높고, 그에 대한 법적 보호대책의 수립이 시급한 4개를 든다면, 다음과 같다: 첫째, 과밀수용(열악한 수용환경)으로 인한 재소자의 인권침해를 방지할 대책을 수립하여야 한다. 둘째, 재소자에 대한 의료처우 개선대책이 마련되어야 한다. 셋째, 금치(독방구금)로 인한 인권침해를 방지할 대책을 강구하여야 한다. 넷째, 교도관의 불법적 행위나 교정당국의 부당한 처우에 대한 권리구제가 가능하도록 법률적·제도적 장치가 정비되어야 한다.

II. 과밀수용의 방지와 수용환경의 개선을 위한 대책

- 2) 재소자의 인권을 보장하기 위한 주요 국제선언과 규약에 대한 간략한 설명으로는 박찬운, 국제인권법으로 본 한국 행형제도의 문제점, 경원대학교 법학논총 제2호(1995), 264쪽 이하.
3) 법무부 교정국, 교도소가 이렇게 달라졌습니다(홍보용 소책자), 2001.

1. 과밀수용으로 인하여 더욱 열악해진 수용환경

2001년 7월말 현재 전국 44개 교정시설에 수용된 재소자는 총 62,724명으로 수용정원 58,000명을 초과한 상태이다.⁴⁾ 특히 대전교도소는 수용정원(2,940명)보다 무려 1천 여명이 더 많은 3,983명이 수용되어 있었으며, 영등포구치소의 수용정원이 1,780명임에도 2,373명을 수용하고 있다고 한다. 이처럼 수용정원을 초과한 과밀수용상태는 지난 10여 년간 끊임없이 지속되어 왔다.⁵⁾ 각 수용시설은 수용자의 원활한 전/출/입소를 위해서 어느 정도 유동성을 확보해야 하기 때문에 일반적으로 정원대비 수용인원의 비율이 85~90%가 되면 벌써 과밀상태에 도달하였다고 말할 수 있다. 그런데 우리의 수용시설은 계속해서 정원의 100%이상을 수용하여 왔다.

과밀수용은 필연적으로 공간부족을 야기한다. 수용정원을 기준으로 하더라도 재소자 1인에게 평균적으로 할당된 수용시설의 단순면적은 약 0.5坪에 불과하다고 보아야 한다. 2~3坪의 좁은 거실에 보통 4~5명이 수용되어 있다고 보아야 한다. 그런데 정원보다 더 많은 인원이 수용되면 재소자 각 개인에게 할당되는 수용시설의 단순면적은 더욱 협소해질 수밖에 없다. 또한 대전교도소의 예와 같이 정원보다 지나치게 많은 인원을 수용하는 경우에는 거실이 부족하게 되므로 기다란 복도를 개조해 거실로 만들고 그곳에 수십 명을 한꺼번에 수용하는 등 공동시설을 거실로 전환하여 사용하게 된다. 이처럼 복도를 거실로 개조하여 잠을 자게 하면, 추운 겨울에는 난방 및 단열이 제대로 되지 않아 재소자들은 큰 고통을 겪게 된다. 또한 거실을 작업장으로 사용하기도 한다.⁶⁾ 과밀수용으로 인하여 각 재소자에게 개별적으로 또는 공동으로 할당되는 공간의 축소는 신체적 자유의 보다 강도 높은 제한을 의미한다. 왜냐하면 수용인원이 적정규모일 때에는 보다 넓은 공간의 향유가 가능하지만, 과밀수용이 이루어지면 시설 내에서의 최소한의 자유공간마저 박탈되기 때문이다.

거실 안에 수용인원이 많으면 많을수록 재소자 상호간에 갈등도 많게 된다. 즉, 과밀수용의 스트레스는 재소자의 공격성을 증가시키는 것으로 알려져 있다. 외국의 한 연구조사에 의하면, 교도소가 적정 수용인원을 초과하여 과밀한 상태가 될 때 각 재소자는 협소해진 활동공간에 빈번하게 교체되어 들어오는 동료죄수들과의 심리적 갈등과 물리적 충돌로 인하여 질병에 걸릴 위험이 높아진다고 한다.⁷⁾ 특히 무더운 여름 좁은 공간에 수십 명이 함께 거하는 경우 재소자간의 신체적 밀착으로 인한 스트레스가 쌓이게 되고, 사소한 문제에도 짜증을 내게 되며, 이로 인해 재소자간의 물리적 충돌이 빈번하게 발생한다.

또한 과밀수용은 교도관에게 과중한 업무부담을 안겨준다. 수용인원이 정원을 초과하면 각 교정직원이 담당해야 할 평균수용인원이 증가하게 되고, 그에게 예정되어 있던 업무량 이상을 감당하여야 하기 때문이다. 교도관들의 업무량이 많아지고 업무부담이 커지면, 육체적·정신적 스트레스가 커지게 된다. 교정직원들은 일반사회와는 전혀 다른 폐쇄적인 감옥사회에서 생활하고 있고, 항상 재소자와 갈등상황이 빚어질 가능성이 높기 때문에 수용인원이 적정수준일 때와 같이 정상적인 경우라 하더라도 그들의 직업생활에서 받는 육체적·정신적 스트레스는 일반인의 그것에 비하여 상대적으로 크다고 말할 수 있다. 그런데 과밀수용으로 말미암아 이러한 스트레스가 더욱 증폭된다는 것이다.

4) 교정국 통계

5) 구체적인 통계자료는 한영수, 행형과 형사사법, 2000, 70쪽 이하를 참조할 것.

6) 2000년 3월 28일자로 개정된 행형법시행령 제35조는 "혼거실은 부득이한 사유가 있는 경우를 제외하고는 작업장으로 사용하지 못한다"로 규정함으로써 이와 같은 거실의 작업장 전용을 가능한 한 방지하고자 하고 있다.

7) Mechler, Psychiatrie des Strafvollzugs, 1981, S. 3f.

2. 인권보호대책

과밀수용은 가뜰이나 좋지 못한 수용환경을 더욱 열악하게 만들어 재소자의 인권에 대한 침해가능성을 높여주고 있다. 따라서 과밀수용의 방지와 수용환경의 개선은 재소자의 인권을 보호하기 위한 가장 기본적 과제에 속한다.

(1) 수용시설의 신축·확장

과밀수용의 문제를 해결하기 위하여 교도소(구치소)유입인원을 줄이거나 수용시설을 대폭 확장하는 방법이 있다. 불구속수사·재판의 원칙을 보다 철저히 하고, 징역이나 금고의 선고를 가능한 한 회피하여 수용인원을 줄이는 것이 전자(前者)의 방법이라면, 후자(後者)는 교정시설을 신축·증축하고 교정직원을 증원하여 전체 수용정원을 크게 늘리는 방법이다. 법무부는 2007년 까지 교도소와 구치소 17곳을 신·개축하는 계획을 갖고 있다. 이 계획은 수용정원을 대폭 확장하여 현재의 과밀수용의 문제를 해결하겠다는 의지의 표현이다. 물론 이러한 법무부의 계획이 실현되려면 충분한 예산확보와 부처간의 협의가 있어야 할 것으로 보인다. 예를 들어 2001년 7월에 수원교도소가 여주교도소로 신축 이전하면서 시설을 확장하여 수용정원을 1,070명에서 2,200명으로 만들었고, 같은 해 11월에는 350명 정원의 서산구치소를 개소하였지만, 아직까지 이에 필요한 교정직원의 증원은 공무원 총정원 억제정책으로 인해 차질을 빚고 있다. 현재 이전신축중이거나 신설중인 교정시설은 2002년 준공예정인 청주여자교도소, 2003년 준공예정인 순천교도소·충주구치소·통영구치소, 2005년 준공예정인 포항교도소 등이 있다. 시설확충은 당면한 과밀수용의 문제를 일시적으로 해소하여 줄 수는 있지만, 오히려 형사사법'망의 확대효과'(net-widening-effect)로 이어져서 장기적으로 볼 때는 근본적인 해결책이 될 수는 없다.⁸⁾

(2) 소장에게 정원초과인원의 수용거절권한을 부여함

앞에서 대전교도소의 예를 들었지만, 수용정원보다 1,000여 명이나 많은 인원을 수용한다는 것은 누가 보더라도 납득하기 어려운 부당한 처분이라고 할 수 있다. 그러나 현행법상 교정시설의 장(長)은 정원초과인원의 수용을 거절할 수 없다. 우리 행형법이 소장(所長)에게 수용거절권한을 부여하고 있는 경우는 신입자(新入者)가 전염병에 걸린 때로 한정하고 있다.⁹⁾ 따라서 각 교정시설의 장은 그 수용시설의 정원을 크게 초과한 상태에서도 형(刑)집행기관의 지휘에 따라 입소한 자의 수용을 거절할 권한이 전혀 없다.

현재의 과밀수용이 전국적인 현상이지만, 일부 교도소(구치소)의 경우 그 정도가 유독 심하다는 사실을 염두에 둔다면, 각 교정시설의 장에게 수용정원초과를 이유로 신입자의 수용을 거절할 수 있는 권한을 부여하는 것이 바람직하다고 생각한다. 지나친 과밀수용이 재소자에게 여러 가지 고통을 주는 것은 물론 교정직원에게도 큰 업무부담을 안겨준다는 점에서도 수용정원 대비 수용인원의 상한선을 각 교정시설별로 일정하게 지켜주는 것이 좋기 때문이다.

구체적인 입법방안으로 행형법 제9조의2(또는 제8조 ⑤항)를 신설하여 "소장은 수용정원을 상당히 초과하게 되는 경우 신입자의 수용을 거절할 수 있다"고 규정하는 방법이 있다. 그리고 행형법시행령에는 "소장은 법 제9조의2(또는 제8조 ⑤항)의 규정에 의하여 정원초과사유로 수

8) 자세한 내용은 한영수, 행형과 형사사법, 2000, 110쪽 이하 참조.

9) 행형법 제9조: "소장은 다른 사람에게 전염의 염려가 있는 질병에 걸린 자의 수용을 거절할 수 있다." 이처럼 전염병에 걸린 자의 수용을 거절한 때에는 소장은 지체없이 그 사유를 수용을 지휘한 기관과 당해 교도소 등의 소재지를 관할하는 보건소장에게 통보하고 법무부장관에게 보고하여야 한다(행형법시행령 제16조).

용을 거절한 때에는 지체없이 그 사유를 수용을 지휘한 기관에 통보하고 법무부장관에게 보고하여야 한다"는 규정을 신설하면 된다. 이처럼 각 교정시설의 장에게 수용거절권한을 부여한다는 것은 이에 따른 직무책임도 함께 지도록 하는 것을 의미한다. 즉, 수용능력에 비하여 지나치게 많은 인원을 수용한 소장에게는 원칙적으로 행정상의 직무책임도 따른다는 것이다. 또한 재소자의 입장에서 보면 과밀수용을 이유로 소장을 상대로 행정소송을 제기할 수 있는 근거가 될 수 있다.

그러나 교정시설의 수용능력이 부족하여 수용거절사태가 전국적으로 발생한다면 큰 사회적 문제가 야기될 수 있다. 수용대기자가 발생하는 초유의 사태가 야기될지도 모른다. 실제로 1980년대 중반 독일의 노트라인-베스트팔렌(Nordrhein-Westfalen)주(州)에서는 과밀수용으로 수용거절사태가 발생하여 큰 사회적 이슈가 된 적이 있었다. 네덜란드나 스위스 등 몇몇 국가에서는 법원에서 단기자 유형이 선고된 자의 경우 수용정원초과로 인해 짧게는 1~2개월, 길게는 1~2년 동안 대기하였다고 수용되기도 한다. 그러나 이처럼 교정시설의 수용능력부족으로 인해 수용대기자가 생기게 되면, 일반인들에게도 과밀수용의 문제가 심각하게 느껴지게 되어 오히려 행형과 전체 형사사법시스템에 대한 강한 개혁압력으로 분출한다. 독일의 경우도 1980년대 중반 과밀수용의 문제가 수용거절의 극한 상태로 치닫자 행형의 개혁이 대대적으로 이루어졌다. 따라서 수용대기자의 발생이 당장은 사회적으로 큰 파문을 일으키겠지만, 과밀수용을 해소하려는 '거국적인' 노력을 유도하여 장기적으로 볼 때 행형을 포함 전(全) 형사사법시스템을 개혁하는데 긍정적인 기여를 할 것이다.

(3) 혼거실의 정원초과수용금지

행형법 제11조 ①항은 "수용자는 독거수용한다. 다만, 필요한 경우에는 혼거수용할 수 있다"고 규정함으로써 독거수용을 원칙으로 하면서 필요한 경우에 한하여 혼거수용을 인정하고 있다. 행형법시행령 제31조 5호에 의하여 "기타 수용인원의 과다, 독거실의 부족"을 혼거수용이 필요한 예로 예시하고 있다. 그러므로 과밀수용상황은 혼거수용이 필요한 경우에 해당한다. 현재 전국적으로 과밀수용상황이므로 대부분의 재소자들이 혼거수용되어 있다고 보아도 무방할 것이다.

문제는 이처럼 부득이하게 혼거수용을 해야 할 때 한 거실에 과연 몇 명까지 수용할 수 있는가에 대한 명확한 기준이 없다는 점이다. 다만, 행형법시행령 제33조는 "혼거실에는 3인 이상의 자를 수용한다"고 되어 있고, 제37조는 "혼거실에는 그 면적·정원 및 현재인원을 기재한 수용표를 붙여야 한다"고 규정하고 있을 뿐이다. 혼거실에는 3명 이상을 수용한다고 되어 있으므로 수용정원을 초과하여 수십 명을 함께 수용하더라도 크게 문제가 되지 않는다. 그래서 교정시설에 따라서는 과밀수용상태가 되면 한 거실에 수십 명을 한꺼번에 수용하기까지 한다. 결과적으로 재소자들이 다리를 제대로 뻗고 잘 공간마저 부족한 상황에 이르게 되기도 한다. 좁은 공간에서 수십 명이 숙식은 물론 대소변도 함께 해결해야 한다면, 이것이야말로 비인도적인 처우에 해당하지 않을 수 없다. 따라서 혼거실의 단위면적을 기준으로 수용정원을 정하고, 이를 초과하여 수용하지 못하도록 함으로써 과밀수용으로 인한 인권침해를 방지해야 한다.

이와 관련하여 재소자 1인당 수용거실의 평면적 6~7㎡(공간면적 15~20㎡)를 용인할 수 있는 최저수준으로 상정하고 있는 독일판례가 시사하는 바가 크다.¹⁰⁾ 독일 행형법-택일초안(§10 Abs. 3 AE)은 재소자 1인당 수용거실의 최소허용면적을 10㎡를 규정하였으나, 입법과정에서 채택되지 않았는데, 그 이유는 일정한 기준을 법률로 명시할 것이 아니라 법원의 판단에 맡기는 것이 더 낫다고 보았기 때문이다. 이에 따라 재소자 1인당 수용거실의 최소허용면적과 관련해

10) Kaiser/Kerner/Schöch, Strafvollzug, 4. Aufl., 1992, S. 194.

여 여러 판례가 나왔다. 1990년 Celle주(州)최고법원(OLG)은 2명의 수용자를 13.5㎡의 거실에 수용한 것은 용인할 수 있는 수준이라고 판결하였고, 반면 Hamm주(州)최고법원과 Frankfurt주(州)최고법원은 각각 3명을 11.54㎡의 거실에 수용한 것에 대하여, 그리고 Braunschweig주(州)법원(LG)은 2명을 7.98㎡의 거실에 수용한 것에 대하여 위법이라고 판결하였다.¹¹⁾ 현재 독일에서는 새로 신축하는 교정시설의 경우 재소자 1인당 수용거실의 단위면적을 대략 10㎡를 기준으로 삼고 있다고 한다.

물론 이와 같이 '용인할 수 있는 수용밀도'를 단순히 독일의 그것에 준하여 정할 수는 없을 것이다. 양국간의 인구밀도와 일반인들의 주거환경을 비교하여 본다면, 우리의 경우 현재 용인할 수 있는 재소자 1인당 수용거실의 면적은 독일의 그것보다는 작을 것이기 때문이다. 교정당국에서는 재소자 1인당 수용거실면적을 대략 0.5평(1.65㎡)이상으로 잡고 있고, 2~3명의 거실에 4~6명을 수용정원으로 삼고 있는 듯 하다.¹²⁾ 이 기준은 독일의 기준에 훨씬 못 미치는 기준임에도 불구하고 수용인원이 과다할 때는 이 기준마저 초과하여 수용되는 경우도 적지 않다는 것이 문제다. 따라서 행형법시행령 제33조를 "혼거실에는 3인 이상의 자를 수용하되, 거실의 수용정원을 초과해서 수용하여서는 아니된다"로 개정할 필요가 있다.

(4) 공동시설의 거실전환금지와 거실의 작업장전용금지

과밀수용으로 거실과 작업장이 부족하면, 복도를 개조하거나 면회실 등 공동시설을 축소하여 거실로 변경하고 거실을 작업장으로 전용하는 경우가 있다. 즉, 수용능력도 없으면서 수용정원을 인위적으로 늘리는 시도이다. 만일 이와 같이 편법으로 수용정원을 늘린다면, 정원초과인원의 입소거절이나 거실의 정원초과 수용금지가 무색해질 수 있다. 따라서 이를 방지하기 위해서는 공동시설의 거실전환을 금지해야 한다. 물론 필요 없는 공간을 개조하여 거실이나 작업장을 만들 수는 있다. 그러나 공동시설의 거실전환이 건물의 일반적인 용도에 크게 어긋난다면, 그로 말미암아 재소자의 기본적 인권이 침해될 소지가 크다. 그러므로 행형법시행령에 "건물의 용도에 반하는 거실전환은 금지한다"는 규정을 신설할 필요가 있다.

최근 개정된 행형법시행령 제35조는 작업장과 거실의 혼용을 "부득이한 사유가 있는 경우를 제외하고는" 금지하고 있다. 그러나 수용인원이 과다한 경우를 '부득이한 사유'로 보아 거실의 작업장전용을 용인하는 방향으로 해석할 여지는 충분히 있다. 따라서 '수용인원의 과다'는 여기서 말하는 '부득이한 사유'에 해당하지 않는 것으로 해석하는 것이 정책적으로 바람직하다. 수용정원은 각 교정시설의 거실과 작업장 등 모든 개별·공동시설의 수용능력을 기준으로 정해져야 하기 때문이다.

III. 재소자에 대한 의료처우 개선대책

1. 재소자의 의료 및 보건 현황

2001년 5월 1일 현재 전국 교정시설에는 의사·약사·간호사 및 의료기술직 공무원 등 총 143명(정원 기준)의 의료진이 배치되어 재소자의 진료업무를 담당하고 있다. 143명 가운데 의무직 공무원은 64명, 약무직 공무원은 3명, 간호직 공무원은 66명, 의료기술직 공무원은 10명으로 각각 그 정원이 책정되어 있다. 의사 64명을 포함한 143명의 의료진이 전국 44개 교정시설에

11) OLG Celle, VollzD 1990,2,21; OLG Hamm, NJW 1967, 2024; OLG Frankfurt, NStZ 1985, 572; LG Braunschweig, NStZ 1984, 286.

12) 필자는 재소자 1인당 수용거실면적이 최소한 1평(3.30㎡)은 되어야 한다고 생각한다.

수용된 62,700명(수용정원 58,000명)이 넘는 재소자의 진료와 보건을 책임지고 있는 것이다. 이처럼 소수의 의료진이 수많은 재소자를 담당해야 한다는 것은 쉬운 일이 아니다. 자연히 의사의 업무량이 많고, 이로 인해 재소자의 입장에서는 의사의 진료를 충분히 받을 수 없는 상황이다. 특히 재소자들은 구급상태로 인한 스트레스로 위(胃)와 장(腸)이 좋지 못하거나 입소 이전에 술이나 마약에 빠져 지낸 관계로 간(肝)에 이상이 있는 경우가 많으며, 장기수용에는 정신병리학적 문제도 드물지 않게 나타나고 있다.¹³⁾ 뿐만 아니라 대부분의 재소자들은 치과질환을 앓고 있다. 이처럼 재소자들은 일반인에 비해서 발병률이 높고, 지속적인 질환을 앓고 있는 경우가 상대적으로 많다. 반면, 이들을 돌볼 의사(의료진)가 너무 적은 것이 우리의 교정현실이다.

일반의사에 비해 교정시설 의사의 근무여건은 매우 열악하다. 일반사회와 달리 교정시설의 환자들은 재소자이며, 이들은 자발적으로 의사를 찾아온 고객이 아니라, 일방적으로 국가에 의해 맡겨진 환자일 뿐이다. 재소자와 의사의 관계는 일반사회에서 환자와 의사의 관계와는 성격이 같지 않다. 재소자들의 태도는 행형성적을 좌우하는 교도관을 대할 때와 이른바 '민간인 냄새'가 나는 의사(의무관)를 대할 때가 다른 경우가 많다고 한다. 의사들에게 쉽게 역정을 내기도 하고, 무리한 요구를 하기도 한다. 경우에 따라서는 작업출력을 면하려고 피병을 부리기도 한다. 따라서 의사들에게 있어서 교정시설은 인기 있는 직장이 아니다. 이러한 상황에서 유능한 의료진을 구하기란 매우 어렵다고 보인다. 더욱이 1~2명의 의사가 경우에 따라서는 수천 명이나 되는 교정시설의 재소자를 상대로 진료업무를 보아야 하므로 '만병'치료를 해야 할 판이다. 질병의 종류와 경중(輕重)이 다름에도 불구하고 소내(所內) 모든 재소자의 질병을 치료해주어야 하는 '만능의사'의 역할을 수행해야 하는 것이다. 당연히 진료와 치료가 부실해지기 쉽다.

현재 우리 나라의 교정시설에서는 의료인력이 부족할 뿐만 아니라, 재소자에 대한 의료예산도 턱없이 적은 편이다. 교정관계자에 의하면, 종전까지 재소자 1인당 연평균 의료비는 37,000원에 불과하였으나, 이제는 48,000원으로 인상하였다고 한다. 의료보장(건강보험)이 되어 있는 일반사회의 시민 1인당 연간 의료비지출과 비교하여 너무 적은 액수라고 생각한다. 재소자에 대한 충분한 의료예산의 확보가 시급하다. 또한 전국민의 건강보험의무가입이 이루어졌지만, 재소자는 의료보험에 가입되어 있지 않은 관계로 자비(自費)로 외부에서 질병치료를 받으려 할 때 과다한 치료비부담이 문제가 되고 있다. 특히 치과질환으로 인해 발치(拔齒)나 임플란트를 해야 할 때 그 비용을 누가 지불해야 하는가 하는 문제가 발생한다.

2. 인권보호대책

재소자의 건강보호는 근대적 자유형제도가 성립하면서 시작된 감옥개량운동의 주요내용이기도 하다. 감옥의 불결한 위생환경으로 인해 질병으로 죽는 인원이 너무 많다는 점을 인식하고 감옥개량운동이 시작된 것이다. 유엔의 '피구금자처우최저기준규칙'도 '의료'부분에 대한 상세한 규정을 두고 있다. 우리 행형법도 제23조에서 제30조까지 '의료'와 '위생'에 관한 일반규정을 두고 있다. 재소자의 건강을 실질적으로 보호하기 위해서는 보다 세밀한 법적 장치를 마련해야 함은 물론 모든 재소자가 의료혜택을 충분히 받을 수 있도록 현실적 제도개선과 정책적 뒷받침이 있어야 한다.

(1) 재소자의 건강보호와 질병치료에 대한 국가의 의무

행형법 제26조는 "소장은 질병에 걸린 수용자에 대하여 병실수용 기타 적당한 치료를 하여야 한다"고 규정하여 질병에 걸린 재소자에 대한 치료의무가 교정당국(국가)에게 전적으로 있음을 천명하고 있다. 그러나 제28조는 "수용자가 자비(自費)로써 치료를 원하는 때에는 필요에 의하

13) 구체적인 참고자료는 Walter, Strafvollzug, 2. Aufl. 1999, S. 239을 참조.

여 해당소장은 이를 허가할 수 있다"고 되어 있다. 제26조와 제28조는 서로 상반되는 규정으로서 원칙과 예외의 관계에 놓여 있다. 즉, 원칙적으로 재소자의 건강보호와 질병치료에 대한 의무가 국가(교정당국)에게 있으나, 예외적으로 재소자가 자비(自費)치료를 원하는 경우에는 이를 허가할 수 있다는 것이다.

재소자가 자비부담치료를 원하는 이유는 근본적으로 국가부담치료에 대한 회의(懷疑)를 가지고 있기 때문이다. 교정시설(또는 지정병원)보다는 재소자 개인이 아는 의사에게 사적(私的)으로 치료를 받는 것이 더 좋다고 보는 것이다. 국가로서는 의료비용절감이라는 측면에서 볼 때 자비부담치료를 반대할 이유가 없다. 그러나 이처럼 자비부담치료를 인정한다는 것은 돈이 있는 재소자에게는 좋겠지만, 돈이 없는 대부분의 재소자들에게는 형평성의 문제를 야기한다. 특히 재소자의 경우 건강보험급여정지대상자이기 때문에¹⁴⁾ 일반의사들에게 사적 치료를 받는 경우 보험혜택을 받을 수 없어서 엄청난 치료비를 부담해야 한다. 따라서 돈이 없는 재소자들에게는 자비부담치료를 신청하고 싶어도 할 수 없는 상황이다. 재소자의 건강보호와 질병치료가 기본적으로 국가에게 있음에도 불구하고 자비부담치료를 인정하는 것은 결국 국가의 책무를 회피하려는 발상이 담겨 있다고 보인다. 뿐만 아니라 소장이 자비부담치료여부를 결정해야 하는데, 그 기준도 애매하다는 문제를 안고 있다.

독일정부도 재소자의 자비부담치료를 인정하는 방향으로 행형법개정안(§§53 Abs. 2, 54 Abs. 3 RE)을 제출한 바 있으나, 입법과정에서 채택되지 않았다.¹⁵⁾ 그 이유는 재소자들이 시설의사(Anstaltsarzt)보다는 일반의사들로부터 출력불가(노동력상실)증명을 쉽게 얻을 수 있고 원하는 약품도 쉽게 구할 수 있기 때문에 외부치료를 선호하리라고 예상되었기 때문이다. 독일에서는 다만 예외적으로 소장이 필요하다고 인정되는 경우에는 재소자들이 자비(自費)로 일반의사로부터 외부'진찰'만 받을 수 있게 하고 있으며, 이때에도 (질병)치료비는 국가가 전적으로 부담하도록 되어 있다. 진찰료는 자비로 부담하되, 치료비는 국가가 부담하는 것이다.

우리도 행형법 제28조의 '자비부담치료'규정을 삭제하고, 독일과 같이 외부진찰은 자비부담으로 받을 수 있도록 예외적으로 허용하되 질병에 대한 치료비는 국가가 전적으로 책임지도록 법을 개정할 필요가 있다. 또한 행형법 제29조 제1항에 의하여 소장은 재소자를 적당한 치료를 위해 교정시설 밖의 외부병원으로 이송할 수 있도록 되어 있으므로, 교정시설에서 치료할 수 없는 경우에는 이 규정에 따라 일반종합(전문)병원에서 치료를 받도록 하고 그 비용은 국가가 부담하도록 하면 된다. 재소자의 건강보호와 질병치료는 국가에게 전적으로 있다는 원칙을 고수해야 한다는 것이다.

(2) 의료환경의 개선과 의료교도소의 설립

우리의 경우 교정시설의 의료환경이 열악하고 의료예산이 적다는 점이 실제적으로는 큰 문제라 할 수 있다. 앞서서도 이미 언급한 바 있듯이 교도소(구치소)에서 재소자를 상대로 일을 하려는 의사(의료진)가 그렇게 많지 않다는 점을 고려할 때, 의료자원의 충원과 확보가 큰 과제가 아닐 수 없다. 지방교정청별로 일반병원의 전문의를 초빙하여 매 분기 순회진료를 실시하고 있다고는 하나, 임시적인 해결책에 불과할 뿐이다. 필자의 생각으로는 다음과 같은 종합적인 대책이 필요하다고 본다.

첫째, 의료교도소(교도소병원)의 설립이다. 중소규모의 종합병원으로 의료교도소를 설립하여 전국의 재소자를 상대로 진료활동을 하도록 하는 것이다. 종합병원수준의 의료교도소가 있다면,

14) 국민건강보험법 제49조 제4호.

15) Kaiser/Kerner/Schöch, Strafvollzug, 4. Aufl. 1992, S. 225.

내과, 외과, 산부인과, 치과 등 각 전공별로 전문의를 둘 수 있고, 재소자 중에 중환자를 이곳에서 치료받게 하여야 한다. 수요가 많다면, 각 지역마다 의료교도소를 설립할 수도 있을 것이다.

둘째, 각 교정시설마다 일반의사와 치과의사 등 충분한 의료인력이 있어야 한다. 현재 전국적으로 교정시설 의사정원이 총 64명에 불과하다는 것은 수용인원의 과다함을 생각할 때 턱없이 부족한 숫자이다. 따라서 의무직 공무원의 정원을 증원하여야 한다. 수용정원 500명을 기준으로 최소한 일반의사와 치과의사 각 1명씩은 있어야 한다.

셋째는 공중보건의사를 적극 활용할 필요가 있다. 현행 '농어촌등보건의료를위한특별조치법시행령' 제2조 제2항 제4호는 "기타 교정시설내의 의료시설 등 보건복지부장관이 국민보건의료를 위하여 공중보건의사의 배치가 특히 필요하다고 인정하는 보건의료시설"에서 공중보건업무를 수행할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 각 교정시설마다 임상경험이 풍부한 의사(의무관)를 확보하지 못할 경우 공중보건의사로 하여금 재소자를 진료하도록 해야 할 것이다.

IV. 금지(禁置)처분을 받은 자의 인권보호방안

1. 금지의 집행에 있어서의 인권침해가능성

교정시설의 안전과 질서를 유지하기 위하여 재소자의 규율위반행위에 대해서는 징벌을 부과할 수 있다.¹⁶⁾ 징벌의 종류로는 ① 경고, ② 1월 이내의 신문 및 도서열람의 제한, ③ 2월 이내의 신청에 의한 작업의 정지, ④ 작업상여금의 전부 또는 일부의 삭감, ⑤ 2월 이내의 금지(禁置)가 있다. 행형법이 인정하고 있는 앞의 5가지 징벌 중에서 인권침해의 소지가 높은 것은 바로 최대 2개월 동안 독방(징벌실)에 가둘 수 있는 '금지'다.

행형법은 징벌의 일종으로 '금지'를 인정하고 그 기간을 최대한 2개월 이내로 제한하고 있을 뿐, 그 구체적인 집행방법에 대해서는 아무런 언급이 없다. 반면, 행형법시행령은 제145조 제2항 본문에 "금지의 처분을 받은 자는 징벌실에 수용하고 그 기간 중 접견, 서신수발, 전화통화, 집필, 작업, 운동, 신문·도서열람, 라디오청취, 텔레비전 시청 및 자비부담물품의 사용을 금지한다"는 내용의 구체적인 집행규정을 두고 있다. 그런데 시행령상의 이 규정은 모법(母法)인 행형법상의 '금지'의 의미를 '독방(징벌실)구금'으로 국한하여 해석하지 않고, 외부교통은 물론 교정시설 내에서 이루어지는 거의 모든 일상적인 활동조차 금지하는 징벌로 이해하고 있다. 즉, 접견과 서신교환, 전화통화 등 일체의 외부와의 교통을 불허하고, 신문이나 도서의 열람, 라디오청취, TV시청 등 모든 정보접근기회를 차단하고, 작업과 집필 및 운동까지 금지하고 있다.

금지의 처분을 받은 자는 외부세계와의 교통이 단절된 상태에서 길게는 2개월 동안 1평도 채 안 되는 좁은 독방(징벌실)에 갇혀 지내야 한다. 작은 창문만이 있을 뿐인 징벌실은 보통 환기가 잘 안되고 채광이 좋지 못하여 누구라도 이곳에서 아무 활동도 하지 않고 오래 있게 되면 건강을 해칠 위험성이 상당히 높다. 그래서 행형법시행령 제145조 제3항은 "금지의 처분을 받은 자는 의무관이 그의 건강을 진단한 후 그 건강에 해가 없다고 인정하는 경우가 아니면 이를 집행하지 못한다"고 규정하고 있을 뿐만 아니라, 제146조는 "금지의 집행 중에 있는 자는 의무관으로 하여금 수시로 그 건강상태를 진단하게" 하고 있고, 제148조는 "금치를 받은 자가 징벌의 집행을 종료한 때에는 지체없이 의무관으로 하여금 그의 건강을 진단하게" 하고 있다. 이 규정들은 금지의 처분을 받은 자의 건강보호를 염두에 두고 있음에는 틀림이 없다. 그러나 달리 생각해본다면, 입법자 스스로 금지의 처분이 재소자의 건강을 해칠 위험성이 상당히 높은

16) 행형법 제46조.

징벌임을 알고 있었음을 반증해주는 셈이다.

금치의 처분이 내려져 독방에 가둘 때(또는 징벌협의를 조사하기 위해 조사실에 수용할 때)는 계구(포승, 수갑, 사슬 또는 안면 보호구)를 사용하는 경우가 많다. 교도행정의 관행에 따라 담당 교도관이 계구(戒具)사용을 해제하지 않는 한, 다른 교도관이 그 계구를 풀어줄 수 없다. 따라서 담당 교도관이 풀어주지 않으면, 계속 그 상태로 독방에 갇혀 지내게 된다. 대개 교도관은 3교대 근무를 하고 있으므로 3일째가 되어야 그 담당자가 다시 근무하게 되어 당일 풀어주지 않는 이상 최소한 3일 동안은 계속 묶여 있어야 한다. 이처럼 수갑이나 사슬로 몸을 완전히 제어 당한 채 숙식은 물론 대소변까지 보아야 한다는 것은 참을 수 없는 육체적 고통과 인간으로서의 모든 자존심을 잃게 하는 심리적 좌절을 안겨 준다. 헌법상 보장되어 있는 인간의 존엄과 가치에 대한 심대한 타격이 아닐 수 없다.

금치가 처분대상자의 건강과 인권을 침해할 가능성이 높은 징벌임에도 불구하고, 징벌집행단계에서 외부와의 교통을 완전히 차단하여 고립무원의 상태로 만든다는 점이 더욱 큰 문제이다. 예를 들어 징벌집행과정(또는 조사과정)에서 교도관에 의해 부당한 처우나 가혹행위를 당하더라도 금치처분을 받아 징벌실에 수용된 자로서는 어느 누구에게도 자신의 억울함을 하소연할 수 없으며, 징벌실에서 나오기 전까지는 그야말로 속수무책일 수밖에 없다. 폭행을 당해 외상(外傷)을 입었더라도 징벌실에 수용되어 1-2개월 지내는 동안 상처가 아물고 나면, 증거자체가 사라지고 만다. 이처럼 징벌실에 수용된 자를 외부세계와 완벽하게 격리시켜 버린다는 것은 인권침해의 가능성과 함께 그러한 범법(인권침해)행위를 은폐할 수 있는 기회까지 제공한다는 점에서 비판을 받지 않을 수 없다. 외부와의 일체의 접견과 서신교환의 금지는 그러한 징벌처분을 받은 자에게 있어서는 자신의 권리구제가능성마저 일정기간 박탈당하는 셈이다.

2. 인권보호대책

징벌은 재소자의 안전과 교정시설 내의 질서유지를 위해 규율위반행위에 대하여 징계하는 수단이다. 그러나 징벌의 목적은 형벌의 목적과 마찬가지로 과거의 규율위반행위에 대한 응징과 보복이 아니라, 앞으로 발생할 규율위반행위를 예방하는 데 더 주안점이 있어야 한다. 즉, 규율위반에 대하여 징계를 함으로써 일반예방과 특별예방의 효과를 거두어야 한다. 우리 행형법이 인정하고 있는 징벌수단인 '금치'는 여러 징벌수단 중에 가장 중한 징벌로서 최후수단으로서의 성격을 지니고 있다. 그러나 그 집행과정에서 처분대상자의 건강과 인권을 침해할 가능성이 높고, 일체의 권리구제 가능성도 배제되어 있다면, 징벌로서의 의미를 상실하고 만다. 이렇게 된다면, 금치는 오로지 과거의 규율위반행위에 대한 응징과 보복을 위한 '변형된 형태의 신체형'이 되어 합리적인 징벌수단으로서 기능하지 못하게 된다. 그러므로 '금치'의 집행이 처분대상자의 건강을 위해(危害)할 수 없도록 하고, 처분대상자에게 지나친 고통과 치욕 및 고립무원의 감정을 심어주지 않도록 할 필요가 있다.

(1) 금치의 처분을 받은 자의 건강보호

① 의사의 건강진단

행형법시행령은 앞에서 이미 언급한 바 있듯이 금치의 집행이전, 집행도중, 집행종료 시점에 의무관으로 하여금 각각 처분대상자의 건강진단을 하도록 되어 있다(제145조 제3항, 제146조, 제148조). 이 규정은 유엔의 '피구금자처우최저기준규칙' 제32조의 내용과 비슷하나, 약간 다른 점이 있다.

'피구금자처우최저기준규칙' 제32조 제1항에 의하면, 독방구금(금치)은 그 집행 전에 처분대상자가 그러한 징벌(독방구금)도 견딜 수 있다는 의사의 '서면증명'이 있어야 가능하다. 의사의 '서면증명'을 요건으로 하고 있는 것은 그만큼 의사의 책임을 높이고 의사의 건강진단 없이 행해지는 불법적인 독방구금을 방지하기 위함이다. 그러나 우리 나라에서는 건강진단만을 하게 하고 있을 뿐, '서면'으로 된 증명서를 요구하고 있지는 않다. 당연히 의사의 건강진단이 단지 요식행위에 그칠 가능성이 높다. 따라서 재소자의 건강보호를 위해서는 의사가 서면으로 작성한 건강증명서를 징벌(금치)집행의 전제조건으로 삼아야 한다.

또한 '피구금자처우최저기준규칙'은 제32조 제3항에서 의사는 이러한 징벌을 받고 있는 피구금자를 "매일" 진찰하도록 되어 있으나, 우리 나라에서는 금치의 집행 중에 의무관이 "수시로" 피처분자의 건강상태를 진단하도록 되어 있다. '수시로'라는 단어의 의미가 다분히 상대적이라서 해석하는 사람에 따라 '1시간마다'로 이해할 수도 있고, '하루마다'로 볼 수도 있고, '일주일마다'로 간주할 수도 있다. 의무인력이 상당히 부족한 우리 나라 교정현실에서 '수시로'라는 상대적인 표현은 '시간이 나는 경우'로 해석될 여지가 다분히 있다. 따라서 이와 같이 상대적인 언어를 사용하지 말고, '피구금자처우최저기준규칙'에 명시되어 있듯이 "매일" 건강진단을 하도록 함으로써 의사가 1일에 최소한 1번 이상 피처분자의 건강상태를 확인할 의무를 부담하도록 하는 것이 좋다.

② 금치기간의 단축

금치가 최대 2개월 동안 지속되면, 피처분자의 육체적 건강은 물론 정신적 건강에도 해(害)를 끼칠 가능성이 높다. 즉, 장기간의 독방구금은 심리적으로 큰 충격을 주기 쉽고, 대인기피증과 같은 후유증이 징벌집행종료 후에 나타나기도 한다. 이러한 정신적 질병은 의무관이 아무리 수시로 건강진단을 한다고 하더라도 즉각 발견하기 어려운 것이 사실이다. 따라서 피처분자의 건강보호를 위해 금치기간은 최대 4주 이내로 하여야 한다.¹⁷⁾

징벌(금치)의 구체적인 양정(量定)기준은 법무부령인 '수용자규율및징벌에관한규칙' 제4조에 규정되어 있는데, 규율위반의 경중(輕重)에 따라 '2월의 금치, 1월 이상 2월 이내의 금치, 1월 이내의 금치, 20일 이내의 금치'로 각각 나누어 놓고 있다. 금치기간을 최대 4주 이내로 한다면, 위의 규정을 각각 '4주 이내의 금치, 3주 이내의 금치, 2주 이내의 금치, 1주 이내의 금치'로 개정하면 된다.

(2) 징벌(금치)기간동안 포괄제한조치의 폐지

금치의 집행 중에는 접견, 서신수발, 전화통화, 집필, 작업, 운동, 신문·도서열람, 라디오청취, 텔레비전 시청, 자비부담물품의 사용 등 일체의 활동을 포괄적으로 금지하고 있는 행형법시행령 제145조 제2항은 폐지되어야 한다.¹⁸⁾ 이 규정은 모법(母法)인 행형법에 저촉되고 있다고 보인다. 행형법 제46조는 단지 5가지 징벌을 두고 있으며, 그 중에 '2월 이내의 금치'를 규정하고 있을 뿐, 금치의 집행 중에 위와 같은 일체의 활동을 포괄적으로 금지하라는 내용은 전혀 없다. 금치가 징벌실수용(독방구금)을 의미하고 있는 것은 분명하지만, 징벌실수용 이외에 추가적으로 수용자의 일체의 모든 권리를 제한한다는 뜻은 아니다. 또한 금치의 집행 중에 접견, 서신수발,

17) 독일 행형법도 금치기간을 4주까지만 인정하고 있다(§ 103 Abs. 1 Nr. 9 StVollzG).

18) 행형법시행령 제145조 제2항의 단서규정에는 "다만, 미결수용자의 소송서류작성, 변호인과의 접견 및 서신수발은 예외로 하며, 소장이 교화 또는 처우상 특히 필요하다고 인정하는 때에는 접견·서신수발 또는 도서열람을 허가할 수 있다"고 규정하여 미결수용자에 대한 특례를 인정하고 있을 뿐만 아니라, 소장의 재량도 어느 정도 인정하고 있다.

집필, 도서열람 등을 포함한 모든 활동을 '일괄적으로' 그리고 '포괄적으로' 금지하는 조치는 헌법상의 과잉금지원칙에도 위배될 소지가 다분히 있다. 징벌의 목적에 비추어 그 징벌수단은 필요최소한도에 그쳐야 하기 때문이다.

여기서 징벌수단으로 4주 이내의 금지(Arrest)를 규정하고 있는 독일 행형법상 그 집행규정 (§104 Abs. 5 StVollzG)을 살펴보면, 금지의 집행 중에는 개인사물의 비치·사복착용·자비구매(自費購買)·작업·신문구독·라디오청취·TV시청·취미활동으로 생긴 물품의 비치·수강(受講)은 허가를 받지 않는 이상 금지되나, 그 밖의 모든 권리는 제한을 받지 않는다.¹⁹⁾ 집필이나 서신수발은 아무런 제한을 받지 않는다는 것이다. 독일에서도 과거에는 '중(重)금지'(der verschärfte Arrest)라는 징벌이 별도로 규정되어 있었으며, 이 처분을 받은 자에게는 정상침대를 빼앗고 감식(減食)조치를 취하도록 했다. 그러나 이런 류(類)의 징벌수단이 더 이상 필요하지 않다고 판단하여 이미 오래 전에 징벌의 목록에서 삭제하였다.²⁰⁾ 이와 같은 독일 행형법상의 '금지'집행규정과 비교하여 볼 때 우리의 행형법시행령 제145조 제2항의 포괄제한조치는 너무 지나친 기본권제한조치임을 알 수 있다. 만일 금지의 처분을 받은 자에게 행형법 제46조가 규정하고 있는 징벌 이외에 추가적으로 제한조치를 해야 할 필요가 있다면, 징벌(금지)의 집행규정을 별도로 신설하여(예컨대 제46조의2) 구체적인 요건과 절차를 규율하여야 한다.

(3) 계구(戒具)오용의 금지

우리 행형법 제14조 제3항은 "계구는 징벌의 수단으로 사용하여서는 아니된다"고 규정하고 있다. 계구는 재소자의 도주·폭행·소요·자살 등을 방지하기 위하여 사용되어야 하며, 결코 징계수단으로 사용되어서는 안 된다.²¹⁾ 따라서 징벌실(또는 조사실)에 갇힌 재소자에게 징계의 의도로 장기간 계구(포승, 수갑, 사슬, 안면 보호구)를 사용하는 것은 법에 저촉되는 행위이다.

그런데 금지처분을 받는 재소자들은 대개 난동을 피우거나 폭력을 행사하는 경우가 많기 때문에 재소자와 교도관의 안전과 소내(所內) 질서유지를 위해 계구사용이 현실적으로 불가피할 때가 많은 것이 사실이다. 그러나 다른 한편으로는 이처럼 사고를 치는 자에게는 '괘씸죄'가 더 하여져 수갑만 채워도 충분히 제어될 수 있음에도 불구하고 사슬로 팔과 다리를 꽂꽂 묶어 '응징'하는 경우도 더러 있다. 그리고 흥분된 감정이 가라앉을 정도의 시간만큼 계구를 사용해야 함에도 불구하고 '본때'를 보여주려는 의도에서 필요이상으로 장시간 계구를 사용하는 경우도 없지 않다. 또한 3교대 근무제라는 교도행정상의 이유로 3일 이상 계속해서 계구를 해제하지 않은 채 독방에 구금시켜 놓기도 한다.

이와 같이 계구사용이 금지의 처분을 받은 자에게 징계수단으로 악용될 여지를 줄이기 위한 대책이 필요하다. 계구사용의 오·남용에 대한 철저한 징계조치가 있어야 하는 것은 당연하다. 그리고 교도관이 금지처분을 받은 자(또는 징벌혐의자)에게 계구를 사용한 경우 그 일시(日時)와 사유(事由)를 상세히 서면으로 작성하고, 매시간 계구사용의 계속여부를 심사하여 그 결과를 역시 서면으로 작성하도록 해야 한다. 이렇게 함으로써 계구사용의 오용을 제한하고, 근무교대 시에도 후임자에게 그 내용이 확실히 인수인계가 되도록 함으로써 필요이상으로 장기간 계구사용이 이루어지지 않도록 해야 할 것이다.

19) Calliess/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 8. Aufl. 2000, § 104 Rn. 2.

20) Kaiser/Kerner/Schöch, Strafvollzug, 4. Aufl. 1992, S. 245.

21) 유엔의 '피구금자처우최저기준규칙' 제33조도 "계구는 징벌의 수단으로 사용되어서는 결코 안 된다"고 규정하고 있다.

V. 사법적(司法的) 권리구제의 실효성 제고방안

1. 권리구제의 방법과 구체적 현황

(1) 권리구제의 종류

현재 재소자들에게 인정되고 있는 권리구제의 방법을 그 종류별로 나열하면 다음과 같다: 첫째, 비(非)사법적 권리구제방법으로 ① 소장과의 면담(행형법시행령 제9조), ② 법무부장관 또는 순회점검공무원에게 청원(행형법 제6조), ③ 국가인권위원회에 진정(국가인권위원회법 제31조)이 있다. 둘째, 사법적 권리구제방법으로 ④ 행정소송(행정심판 포함)과 ⑤ 헌법소원이 있다. 물론 형사상의 책임을 묻기 위해 고소·고발을 하는 경우도 있지만, 고소·고발인은 형사재판의 당사자(소송주체)가 아니고 권리구제의 성격도 없으므로 권리구제방법이라고 말할 수는 없다.

지금까지의 관례로 보아 소장면담(①)이나 청원(②)이 재소자들에게 실효성 있는 권리구제방법으로 간주되고 있지는 않다. 국가인권위원회는 최근예야 비로소 발족된 상황이므로 진정(③)이 재소자들의 권리구제방법으로서 어떤 긍정적 기능을 할지 아직까지는 말하기 곤란하다. 소장이나 법무부장관(또는 그 소속공무원)과 달리 국가인권위원회 위원들은 교정당국과 같은 지휘계통에 서 있는 사람들이 아니므로 중립적인 지위에서 사안을 판단할 것이기 때문에 소장면담이나 청원보다 국가인권위원회에 진정하는 것이 아무래도 재소자들에게 더 유리하게 느껴지기 쉬울 것이다. 따라서 국가인권위원회에의 진정이 재소자들에게는 비사법적 권리구제방법 중에서 가장 선호되리라고 생각한다.

이러한 면담이나 청원, 그리고 진정과 달리 행정소송(④)이나 헌법소원(⑤)은 사법적 권리구제방법이라는 점에서 그 중요성을 더한다. 사법적 권리구제방법은 소장이나 법무부장관 또는 인권위원회에 자신의 억울함을 하소연하고 그 시정(是正)을 '애원'하는 것이 아니라, 국가를 상대로 대등한 입장에서 법원이나 헌법재판소의 공정한 재판을 '요구'하는 것이라는 점에서도 큰 차이가 있다. 즉, 자신의 권리를 당당하게 '주장'하는 것이라는 점에서 비사법적 권리구제방법과 다르다. 이러한 사법적 권리구제의 가능성이 모든 재소자에게 활짝 열려져 있어야 한다. 무죄추정원칙이 적용되는 미결수용자는 물론, 수형자(受刑者)와 피감호자도 언제든지 사법부의 공정한 재판을 받을 수 있어야 한다.

(2) 수형자에게 있어서 사법적 권리구제의 어려움

최근에는 재소자들의 인권의식이 강하여져 교정당국의 부당한 처우나 교도관의 가혹행위에 대해서 고소·고발은 물론 행정소송이나 헌법소원을 제기하는 예가 늘어나고 있다고 한다. 재소자가 국가를 상대로 소(訴)를 제기한다는 것은 과거의 권위주의적 정권시절에는 감히 상상할 수도 없던 일이었음을 생각해보면 시대가 많이 바뀌었다고 교도관들은 자주 말한다. 그러나 아직도 행형(교정)관련 쟁송(爭訟)이 실제로 그렇게 많이 이루어지고 있는 것은 아니다. 재소기간 중에 소송을 제기하거나 헌법소원을 청구하기가 실제로는 매우 어렵기 때문이다. 재소자가 소송을 제기하고자 하면, 그때부터 교도관으로부터 온갖 회유(?)와 협박(?)을 받게 된다는 이야기를 하는 출소자들이 많다.

특히 수형자(受刑者)는 정식으로 소장(訴狀)을 제출하게 될 경우 자신의 행형성적에 큰 불이익이 돌아올 것이라는 두려움이 크다. 그래서 대개 출소한 이후에 비로소 사법적 권리구제방법을 찾게 되고, 석방된 다음에야 뒤늦게 헌법소원을 제기하는 예가 많다. 이렇듯 출소 후에 소(소원)를 제기하게 되는 것은 재소기간 중에는 집필과 접견 및 서신교환에 있어서 교도관의 상

당한 감시를 받는다는 점도 그 이유 중의 하나이다. 그러나 석방된 후에는 행정소송을 제기할 실익이 없어지게 되고, 헌법재판소에 심판청구를 하면 헌법소원제기기간이 이미 경과하여 부칙법 각하되거나 사전구제(행정소송)절차를 밟지 않았기 때문에 보충성의 원칙에 위배되어 각하되기 쉽다.²²⁾

미결수용자는 변호인과의 접견과 서신교환의 자유가 전적으로 보장되어 있다는 점에서²³⁾ 수형자에 비하여 사법적 권리구제의 가능성이 조금 더 나은 편이다. 반면, 수형자는 미결수용자와 달리 헌법상의 '변호인의 조력을 받을 권리'의 향유주체가 아니라는 이유에서 수형자와 변호사간의 서신에 대한 교도소장의 검열행위가 위헌이 아니라는 헌법재판소의 결정²⁴⁾이 있는 후, 교정당국은 종전까지 수형자가 변호사와 접견할 때에는 미결수용자와 마찬가지로 교도관이 입회하지 않던 관행을 바꿔 이제는 교도관의 입회한 상태에서 접견을 하도록 하고 있다. 결과적으로 수형자들은 교도소의 부당한 처우나 교도관의 가혹행위 등에 대해서 변호사에게 자유롭게 설명할 수 없게 되었으며, 자연히 변호사로부터 충분한 법률적 자문을 받을 수 없게 되었다. 사법적 권리구제의 길이 더욱 어렵게 되었음을 의미한다. 그러나 사법적 권리구제는 오히려 수형자들에게 더 절실한 편이다. 수형자는 미결수용자와 달리 형이 선고되어 집행 중에 있는 자로서 신체구금 이외에도 많은 권리의 제한을 받고 있으며, 장기간 교도소에 수감되어 있어야 하는 경우도 있기 때문이다. 매일 접견이 허용되고 있는 구치소(미결수용실)보다 접견의 횟수가 엄격히 제한되고 있는 교도소에서 인권침해의 가능성이 상대적으로 더 높을 수 있다는 점을 고려하면, 수형자(피감호자 포함)에 대한 사법적 권리구제의 필요성이 크다.

2. 인권보호대책

(1) 재소자의 권리구제에 관한 종합적인 절차규정의 마련

현행 행형법은 재소자의 권리구제와 관련하여 제6조에 '청원'에 대해서만 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 일반 재소자들로서는 인권침해를 당한 경우 어떠한 권리구제방법이 있으며, 구체적으로 어떤 절차를 밟아야 하는지 잘 알 수 없다. 자연히 고소·고발과 같은 형사책임을 묻는 방식을 택하고, 정작 필요한 행정소송 등은 제때에 소(訴)를 제기하지 못하여 사법적 권리구제를 받지 못하는 경우가 많다. 그러므로 다른 나라의 입법례에서 볼 수 있듯이²⁵⁾ 재소자들의 권리구제를 위한 종합적인 절차규정을 행형법에 별도의 장(章)으로 묶어 규정할 필요가 있다. 소장면담에 의한 이의제기, 법무부장관 등에게 청원, 국가인권위원회에 진정 등 비사법적 권리구제방법과 그 절차에 대한 자세한 내용을 행형법에 규정해야 한다. 또한 행정소송(행정심판)의 요건과 절차에 대해서도 상세히 규정하여 흔히 문제가 될 수 있는 교정당국의 행정처분이나 권력적 사실행위가 사법심사의 대상이 될 수 있는지 쉽게 알 수 있도록 해야 한다.

(2) 청원서, 진정서, 소송서류 작성의 자유보장과 기회제공

재소자에 대한 인권침해는 외부세계와 격리된 교정시설이라는 매우 은밀한 곳에서 발생하고 있기 때문에 잘 인지되지 않으며, 설사 외부에 알려진다고 하더라도 정확한 실상이 명확히 밝

22) 그 동안 헌법재판소에서 본안심사에 들어갔던 행형관련 결정들을 분석해보면, 주로 미결수용자의 기본권침해여부가 심판대상이었으며 수형자의 기본권침해문제를 다룬 결정은 단 한 가지 사례뿐이었다. 이에 대한 자세한 내용은 한영수, 행형과 형사사법, 2000, 257-298쪽을 참조.

23) 행형법 제66조 참조.

24) 1998.8.27. 선고, 96헌마398 결정.

25) 독일 행형법(Strafvollzugsgesetz)은 '권리구제'의 장(章)을 별도로 두고 제108조에서 121조까지 상세하게 규정하고 있다.

혀지기 어렵다는 특성을 지니고 있다. 따라서 재소자에 대한 인권침해가 교도관에 의해 자행되든지 재소자 상호간에 발생되든지 상관없이 권리구제가 신속히, 정확히, 그리고 투명하게 이루어질 수 있도록 하는 제도적 장치를 마련해야 한다. 이를 위해서는 무엇보다 외부와의 교통이 가능해야 한다.

청원제도와 진정제도가 권리구제방법으로 실효(實效)를 거두기 위해서도 재소자가 자신의 인권침해상황을 외부세계에 알릴 수 있어야 한다. 이를 위해 행형법 제6조는 "소장은 수용자의 청원을 저지하거나 청원을 하였다든 이유로 불이익한 처우를 하여서는 아니 된다"고 규정하고 있으며(제5항), 청원내용의 비밀을 보장하기 위해서 소장(所長)이 청원서를 개봉하지 못하도록 하고 순회점검공무원이 구술에 의한 청원을 청취할 때에는 교도관이 입회하지 못하도록 하고 있다. 또한 국가인권위원회법도 제31조에 시설수용자의 진정권을 보장하는 규정을 두고 있으며, 동조 제1항은 "시설수용자가 위원회에 진정하고자 하는 경우 그 시설에 소속된 공무원 또는 직원은 그 사람에게 즉시 진정서를 작성하는데 필요한 시간과 장소 및 편의를 제공하여야 한다"고 규정하고 있다. 청원서 또는 진정서 '작성의 자유'와 '제출의 자유'는 물론 그 내용의 비밀이 보장되도록 규정하고 있음을 알 수 있다.²⁶⁾

사법부의 재판에 의한 권리구제방법이 실효를 거두기 위해서도 소장(訴狀)의 '작성과 제출의 자유'가 전제되어야 함은 물론이다. 만일 소장의 작성을 못하게 한다거나 제출을 못하게 하면, 사법적 권리구제는 유명무실해질 수밖에 없다. 출소자들 중에는 교도관이 자신의 소장작성을 방해하려는 의도에서 금치의 처분을 계속 받게 하여 아예 집필조차 못하게 하였다고 하소연하는 경우도 있다. 이에 따라 최근 개정된 행형법은 제33조의3을 신설하여 재소자는 소장의 허가를 받아 집필할 수 있도록 하고 있다. 반면, "교도소 등의 안전과 질서를 해칠 우려가 있는 경우나 기타 교화상 부적당한 경우"는 집필의 불허사유가 된다. 그러나 이 정도의 집필의 자유는 사실상 큰 의미가 없다. '소장(訴狀)을 쓰려하는 행위'를 교정시설의 안전과 질서를 해칠 우려가 있는 경우 아니면 기타 교화상 부적당한 경우로 보아 집필자체를 불허할 소지가 있기 때문이다. 따라서 행형법 제33조의3에 제3항을 신설하여 "수용자가 청원서나 진정서, 또는 소송서류를 작성하려고 할 때에는 소장(所長)은 즉시 집필에 필요한 시간과 장소 및 편의를 제공해야 한다"고 규정하는 것이 필요하다고 생각한다.

(3) 변호사의 조력을 받을 권리와 공정한 재판을 받을 권리의 보장

사법적 권리구제의 실효성을 높이기 위해서는 재소자에게 단순히 소장(訴狀)작성의 자유를 인정하는 정도로는 부족하고, 재소자가 법률전문가의 도움을 받을 수 있어야 한다. 법률지식이 부족한 재소자로서는 문제되고 있는 사안(事案)이 법적 쟁송(爭訟)의 대상이 되는지 여부와 승소(勝訴)할 수 있는지 여부 등에 대한 변호사의 조언이 필요할 뿐만 아니라, 소송이 진행되는 동안 증거수집과 변론을 위해서도 변호사의 도움이 절대적으로 필요하다. 재소자는 신체구금의 상태에 있기 때문에 변호사의 도움 없이는 자유롭게 증거수집활동을 할 수 없기 때문이다.

앞에서 이미 언급한 바 있듯이 헌법재판소는 헌법 제12조 제4항의 '변호인의 조력을 받을 권리'의 향유주체를 미결수용자로 국한함으로써 미결수용자와 변호인간의 접견·서신교환의 자유와 비밀은 절대적으로 보호되지만, 수형자와 변호사간의 서신교환에 대해서는 일반서신과 마찬가지로 검열할 수 있다고 하였다.²⁷⁾ 미결수용자와 수형자, 변호인과 변호사는 그 신분에서 구별되는 것은 사실이다. 그러나 수형자가 교도소 내의 부당한 처우나 교도관의 불법(가혹)행위

26) 청원이나 진정은 서면제출은 물론 면담에 의한 구술로도 접수가 가능하도록 함으로써 글을 모르거나 글로 표현하기 어려운 사람들의 청원권과 진정권을 보장하고 있다.

27) 1998.8.27. 선고, 96헌마398 결정.

를 이유로 국가를 상대로 행정소송을 제기할 때 구금상태라는 제약과 자신의 직속 통제기관과 쟁송(爭訟)해야 한다는 점에서 소송상대방과 대등한 지위에 설 수 없음은 분명하다. 수형자의 이러한 조건은 형사절차상 검사와 법적 논쟁을 벌여야 하는 구속피고인의 불리한 지위와 크게 다를 바 없다. 따라서 수형자가 변호사의 도움을 받는데 여러 가지 제약이 따른다면, 헌법 제27조 제1항의 '재판을 받을 권리'가 침해된다. '공정한' 재판을 받기 위해서는 국가(교도소)를 상대로 쟁송하려 하는 수형자에게 법률전문가인 변호사의 도움이 필요하기 때문이다. 그러므로 수형자가 공정한 재판을 받기 위해서는 변호사와의 접견의 자유가 보장되어야 한다. 즉, 수형자와 변호사간의 접견은 언제나 허용되어야 하며, 변호사가 교도관의 입회 없이 수형자와의 접견을 요구하는 경우에는 특별한 사유가 없는 한 교도소장은 이를 허가해주도록 행형법을 개정해야 한다. 물론 피감호자에게도 수형자에 준하여 변호사의 도움을 받을 수 있도록 해야 함은 당연하다.

(4) 교정시설에 상근(常勤)하는 공익변호사제도의 도입

재소자들이야말로 무료법률구조가 필요한 사람이다. 아무리 변호사의 도움을 받을 권리가 있다고 해도, 실제로 변호사의 도움을 받을 수 없는 상황이라면, 사법적 권리구제란 사실상 몇몇 의식이 깨어 있는 재소자에게만 해당될 뿐, 대부분의 재소자들에게는 '그림의 떡'에 불과하다. 그러므로 각 교정시설에 상근(常勤)하는 공익변호사를 두어 재소자라면 누구라도 쉽게 변호사의 조력을 받을 수 있도록 할 필요가 있다.

구체적인 방안으로는 사법연수원을 졸업하고 군에 입대하는 자 가운데 일부를 선발하여(또는 자원을 받아 선정하여) 소정의 군(軍)훈련을 마친 후 교정시설에 근무하도록 하는 것이다. 현재 전국적으로 44개 교정시설이 있으므로 그렇게 많은 인력이 필요한 것은 아니다. 또한 사법연수원생으로 하여금 교정시설에 일정기간 의무적으로 근무(실습)하도록 하는 방안도 고려해 볼 수 있다. 이외에도 변호사협회가 소속 변호사로 하여금 순번을 정하여 주1회 정도 각 교정시설에 1일 무료법률구조활동을 하도록 의무화하는 방안도 있다. 이렇게 각 교정시설에 재소자를 위한 법률전문가가 활동하게 되면, 교정시설이 '인권의 사각지대'라는 오명은 어느 정도 벗겨질 것이라고 판단된다.

Ⅵ. 나오는 글

재소자의 인권문제는 한 나라의 인권상황을 가늠할 수 있는 기준이 되고 있다. 그러므로 행형에 있어서의 인권보호대책은 바로 우리 나라의 인권수준을 한 단계 더 높이기 위한 방안이라고 생각한다. 그러나 여기서 제시되고 있는 인권보호대책은 재소자의 인권보장을 위한 모든 방안을 담고 있지는 않다. 특히 보호감호제도는 이중처벌의 혐의를 받고 있으며, 수용시설(청송보호감호소)내에서 유난히 교도관에 의한 인권침해의혹이 자주 제기되고 있다는 점에서 그 대책 마련이 시급하다. 이외에도 작업상여금, 난방, 행형성적의 평가제도, 급식, 장기수, 노역수(勞役囚) 등 여러 문제가 있으며, 이에 대한 충분한 인권보호대책이 마련되어야 한다. 또한 과중한 업무부담에 시달리고 있는 교정직원의 확충, 근무여건개선, 복지 등에 대한 정책적 배려가 있어야 한다. 교정직원의 업무과중은 곧 재소자의 인권침해로 이어질 가능성이 높기 때문이다.

사형제도는 폐지되어야 한다

하 태 영 (경남대 법정대학 교수)

사형제도는 폐지되어야 한다

하 태 영
(경남대 법정대학 교수)

목 차	
I. 다시 사형제도를 생각하면서	IV. 한국 대법원과 헌법재판소의 사형제도에 대한 입장(사법)
II. 현행법상의 사형범죄(입법)	V. 사형폐지의 필요성과 시급성
III. 한국 법학계의 사형제도에 대한 논쟁사(법학계)	[부록] 부산/경남 대학생 설문조사

I. 다시 사형제도를 생각하면서

“화형대에는 잔 다르크가, 고문대에는 캄파넬라가, 단두대에는 토머스 모어가, 약사발에는 소크라테스가, 십자가에는 예수 그리스도의 이름이 그리고 교수대에는 보잘 것 없이 소중한 안타까운 이름들이.”¹⁾

1) 안경환, 법과 문학사이, 까치, 1995, 174면: 19세기의 가장 위대한 소설가 중의 한 사람, 프랑스의 빅토르 위고(Victor Marie Hugo)가 인간성과 제도에 관련하여 깊이 고심한 문제는 사형제도이다. 「사형제도란 고문이나 마찬가지로 인간성 그 자체에 대한 모독이며 도덕성이 상실된 결정적인 증거」라는 것이 위고의 주장이다. 위고는 시론 「사회제도에 대하여」에서 「모든 사형대에는 무고한 사람들의 이름이 새겨져 있다」면서 세계사를 회고한다; 조선일보, [프랑스] 사형제도 폐지 촉구 국제회의 열려, 2001년 6월 22일자, 국제면: 1999년 국제인권위원회 통계에 따르면, 중국이 1263명으로 최대 사형 국가의 위치를 차지했고, 이란(165명), 사우디 아라비아(126명), 콩고(100명), 미국(98명)이 그 뒤를 잇고 있다. 2000년에는 28개국에서 1457명의 죄수에게 사형이 집행됐다고 밝혔다; 조선일보, [국제사면위] 1996년 한해 4,000여명 사형당해, 1997년 4월 6일자, 국제면: 한국의 통계자료에 관해서는 이상혁, 사형폐지의 전략과 전망, 법정신문 1994년 10월 24일 8면: 일반법원에서도 최근에는 매년 평균 20건 정도의 사형이 선고되고 있다; 허일태, 한국에서의 사형제도의 존치에 대한 정당성의 문제, 법철학의 기본문제, 세종출판사, 1998, 358면-386면(358면): 일반법원의 사형선고의 경우(군사법원제외) 1960년에는 38명에 대해 사형을 선고했고, 1971년에는 45명에 대해 사형을 선고했다. 1962년의 7명과 1986년의 8명을 제외하고는 매년 13명에서 45명까지 사형을 선고했다. 1997년 12월에는 32명에게 사형이 집행되었다; 박홍규, 사형폐지의 법학적 논리, 사형제도의 이론과 실제, 국제사면위원회 한국연락위원회편, 까치, 1989, 88면-127면(102면-105면); 한국의 사형선고와 집행현황에 관해서는 團藤重光(단도 시케미츠/김희진 역), 사형폐지론, [부록] 한국사형폐지운동협의회 관련자료, 한국사형폐지운동협의회, 2001, 412면-416면; 1970년부터 1999년까지 353명에게 사형이 집행되었다. 살인(82명), 강도살인(113명), 존속살인(11명), 유괴살해(14명), 간첩 등(67명) 순이다. 1970년에서 1990년 사이 20년간의 통계를 보면 사형원심 판결에 대한 변경은 4.4%에 불과해 사형판결에 대한 상고심의 변경은 많지 않음을 알 수 있다.

1764년 체자레 베카리아(Cesare Beccaria 1738-1794)가 그의 저서 「범죄와 형벌」에서 사형제도의 폐지를 주장한²⁾지도 벌써 238년이 되어간다. 사형제도를 폐지한 국가도 많이 생겼으나, 아직도 사형제도를 유지한 국가가 남아 있다. 한국도 그 중의 하나이다. 사형(死刑, Todesstrafe, death penalty)³⁾은 형법이 규정하고 있는 국가형벌 중 극형이며, 범죄인의 생명을 박탈하여 그를 사회로부터 영구히 제거시키는 형벌이다.

여기서 내가 진부(?)하지만 여전히 심각한 주제인 사형제도를 또 다시 생각하게된 동기는 세 가지이다. 하나는 1996년 11월 서울고등법원 형사1부(재판장 권성 부장판사)에서 열렸던 전두환·노태우 전직대통령(12·12와 5·18 및 비자금 사건)에 대한 항소심이였다. 다른 하나는 독일이 통일이후 사법부를 통해서 단행한 「국가에 의하여 자행된 불법에 대한 형법적 청산(Die strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht in Deutschland)」을 지켜보면서, 사형제도를 폐지한 서독의 법제도가 독일통일이후 법·사회통합에 상당한 기여를 하였다는 점에 깊은 시사를 받았다. 마지막으로 나는 전국이후 지난 53년(1948-2001)동안 한국 법학계와 법조계에서 전개한 사형제도에 대한 논쟁과 그 논쟁과정에서 부각된 민주·자유·인도적 형법관(Die Entwicklung der Diskussion der Todesstrafe in Südkorea und der damit verbundene Wandel des Rechtsgedankens -Die Wieder- einföhrung und Erneuerung der Auffassung des demokratischen-liberalen-humanen Strafrechts in Korea)의 발전과정을 주목하게 되었다.

주지하다시피 전국이후 지난 53년(1948-2001)간의 한국 형법사를 살펴보면, 최대의 형사사건은 아마도 전두환·노태우 전직대통령(12·12와 5·18 및 비자금 사건)의 형사재판이 될 것이다. 당시 1심 법원은 두 피고인에게 모두 사형을 선고하였고, 때문에 2심 법원의 형량은 당시에 국내외적으로 여론의 주목을 받았다. 1996년 12월 17일 서울고등법원 형사1부는 이 사건의 항소심 선고공판에서 비자금사건과 병합된 전두환 피고인에 대해 「군형법상 반란 및 내란수괴, 내란목적살인, 상관살해미수, 특가법(뇌물)」을 적용하여 무기징역을 선고하였고, 노태우 피고인에게는 「반란 및 내란중요임무종사, 상관살해미수, 특가법(뇌물)」을 적용, 징역 17년을 선고하였다.⁴⁾ 이에 검찰측은 상고하였고, 1997년 4월 17일 대법원전원합의체는 원심을 확정하였다.⁵⁾ 만약 항소법원이 두 피고인에게 1심과 같이 사형을 선고하였다면, 당시의 국내상황은 국가적·사회적·정치적으로 큰 파장을 몰고 올 수도 있는 상황이었다. 항소심에서 선고된 형량은 여론의 비판을 받기도 하였지만, 「국회의 노동법 날치기통과와 한보비리정국」에 묻혀 우려(?)하였던 만큼 정치적으로 확대되지 않았다. 국론분열의 긴장속에서 1년 4개월을 끌어온 불법과거사에 대한 역사재판은 사법적 판단을 통해 어렵게 전환된 것이다.

그러나 지난 1년 4개월의 과정은 한국 형법사에 중요한 교훈을 제시하고 있는데, 그것은 바로 사형제도이다. 우리가 주목해야할 부분은 통일이후⁶⁾의 「독재체제하에서 자행된 불법의 청산과 극복」의 문제이다. 왜

2) Beccaria, Cesare, Dei Delitti e delle Pene, 1764: 이수성·한인섭 공역, 범죄와 형벌, 길안사, 1995, 85면-95면(제16장 사형).
 3) 사형제도의 생성과정과 비판적 변천에 관해서는: 허일태, 한국에서의 사형제도의 존치에 대한 정당성의 문제, 법철학의 기본문제, 세종출판사, 1998, 358면-386면(364면-366면) 참조.
 4) 조선일보, [항소심] 전씨 무기징역, 노씨 17년 선고, 1997년 12월 18일자, 정치면.
 5) 대판 1997.4.17, 96도3376; 법률신문, 12·12 군사반란과 5·18내란사건 판결, 1997년 4월 21일자, 1면, 3면, 6면, 8-12면 참조.
 6) 윤대규·하태영, 서독과 나토(NATO)회원국에 적대적인 스파이행위를 한 구동독국가공안부와 동독인민군 정보요원의 처벌문제, 경남법학 제15집, 경남대학교 법학연구소, 2000, 93면-128면: 최근 한반도의 국내외적 정치환경을 살펴보면, 한반도 통일은 서서히 진행되고 있다. 장기적 전망으로 남북이 어떠한 과정을 거쳐, 어떠한 시기에 「통일과 통합」이라는 결론에 이르느냐

나하면 남북통일과 관련한 형법특수문제, 특히 남북통일이후 불가피한 「국가에 의하여 자행된 불법의 형법적 청산」에서도 사형제도에 대한 논란과 사형선고에 대한 갈등은 재현될 가능성이 있기 때문이다. 예를 들어 한국 현대사에서 주목을 받고 있는 민간인 피해사건으로 「여수·순천반란사건」, 「6·25 전범처리」, 「아웅산 폭파·테러사건」, 「KAL기 폭발사건 -소위 김현희 사건」, 「1996년 강릉무장공비침투사건」, 그리고 「반인륜적 범죄행위: 특히 민간인 납치사건」 등을 들 수 있을 것이다.

남북통일이후 예상되는 「언론의 자극적 보도와 보도내용에 흥분한 국민의 법감정 그리고 사형선고의 함수관계」속에서 사회전반에 새로운 긴장이 조성될 수 있다. 여기에 피해가족들은 사건의 법적 해결, 국가는 분단시대의 불법과거사청산 그리고 사회는 새로운 통합의 시대를 요구하는 상황에서 삼각충돌을 생각할 수 있다. 따라서 남북통일과 남북통합을 준비하는 분야 중에서 「국가형벌제도」, 특히 「극형인 사형제도」는 가장 시급히 연구되어야 할 과제로 보인다.

우선 나는 본 논문의 제II장에서 현행 형법과 특별형법에 사형을 법정형으로 규정하고 있는 법률조항들을 분류해 보고자 한다(입법). 제III장에서는 전국이후 지난 53년 동안 한국 법학계에서 전개된 사형제도에 대한 논쟁사를 고찰하고자 한다(법학계). 제IV장에서는 한국 대법원과 헌법재판소의 사형제도에 대한 입장과 주요 논거를 분석하고자 한다(사법). 제V장에서는 결론으로 사형폐지의 필요성과 시급성을 다루고자 한다.

II. 현행법상의 사형범죄

1996년 헌법재판소에서 분석한 자료에 의하면, 현행법상의 사형범죄는 89개 조항에 규정되어 있다.⁷⁾ 그나마 지난 1995년 12월 개정되어, 시행되고 있는 형법에서 강도치사 등 8개 범죄에 대해 사형을 제외한 결과이다.⁸⁾ 형법 제41조, 제66조, 형소법 제463조, 제469조와 행형법 제57조⁹⁾는 교수형을 규정하고 있고, 군형법 제3조는 총살형을 채택하고 있다.

1. 일반형사법

가 우리 민족의 중요한 역사적 과제로 서 있지만, 분명한 사실은 이러한 해빙의 물결과 함께 가까운 장래에 「지구상에 남은 마지막 냉전의 박물관」이 허물어지고, 남북통일이 될 날이 다가올 것이라는 점이다. 그렇다면 한국 형사법학계는 이제 거시적으로 세계화와 21세기의 통일 시대에서 「남북통일과 형사법의 특수문제」를 체계적으로 검토하고, 대비해야 할 것으로 보인다.

7) 형법 제250조 등 위헌소원: 1996. 11. 28. 95헌바1 전원재판부; 헌법재판소판례집 제8권2집(1996), 헌법재판소, 587면-572면(568면-572면) 반대의견의 <별지3>; 최근의 입법현황에 관해서는 團藤重光(단도 시케미츠/김회진 역), 사형폐지론, [부록] 한국사형폐지운동협의회 관련자료, 한국사형폐지운동협의회, 2001, 407면-411면: 소년에 대한 형(특정강력범죄처벌에 관한 법률 제4조), 대통령경호실법 제9조, 상훈치탈(상훈법 제8조), 은행권 등의 강취(한국조폐공사법 제19조), 원자로 파괴(원자력법 제114조), 화학무기 사용 사상 등(화학무기금지를 위한 특정 화학물질의 제조, 수입 규제에 관한 법률 제25조), 항공기 납치, 치사상죄(항공기 운항법 제9조), 항공 중 항공기 위험 발생의 죄(항공법 제157조), 동 치사상죄(항공법 제158조), 장기이식등치사죄(장기등이식에 관한 법률 제39조), 뇌사신고 허위작성 치사죄(장기등이식에 관한 법률 제41조).
 8) 사형제도의 폐지죄목: 형법 제250조 등 위헌소원: 1996. 11. 28. 95헌바1 전원재판부; 헌법재판소판례집 제8권2집(1996), 헌법재판소, 587면-572면(567면) 반대의견의 <별지2>에서 재인용.
 1. 특정범죄가중처벌등에관한법률(1996.2.23. 법률 제1744호로 제정)

- (1) 살인죄(형법 제250조). 단순살인(제1항)·존속살해(제2항) (2) 위계등에의한촉탁살인등(형법 제253조) (3) 강간등살인(형법 제301조의2 전문) (4) 인질살해(형법 제324조의4 전문) (5) 강도살인(형법 제338조 전문) (6) 해상강도살인. 치사. 강간죄(형법 제340조 제3항) (7) 폭발물사용죄(형법 제119조) (8) 현주건조물등방화치사죄(형법 제164조 제2항 후문) (9) 현주건조물등일수치사죄(형법 제177조 제2항 후문, 1995. 12. 29 사형삭제) (10) 음용수혼독치사죄(형법 제194조 후문, 1995. 12. 29 사형삭제)

2. 특정범죄¹⁰⁾

- (11) 특정재산범죄가중처벌(특정경제범죄가중처벌법 제3조 제1항의1) (12) 재산국의도피죄(특정경제범죄가중처벌법 제4조 제2항의1) (13) 수재등의죄(특정경제범죄가중처벌법 제5조 제4항의1) (14) 살해목적 미성년자 약취·유인죄의 가중처벌(특가법 제5조의2 제1항 제2호) (15) 약취·유인 미성년자 살해·치사죄의 가중처벌(특가법 제5조의2 제2항 제2호 및 제4호) (16) 업무상과실치사범이 피해자를 사고장소에서 옮겨·유기하고 도주한 행위의 가중처벌(특가법 제5조의3 제2항 제1호) (17) 강도 등의 상습범·누범에 대한 가중처벌(특가법 제5조의4 제3항·제5항) (18) 강도살해·강도강간범·그 미수범의 누범에 대한 가중처벌(특가법 제5조의5) (19) 절도목적의 단체 또는 집단구성죄의 수괴에 대한 가중처벌(특가법 제5조의8 제1호) (20) 살인범이 보복범죄에 대한 가중처벌(특가법 제5조의9 제1항) (21) 관세법위반사범의 상습범·집단범에 대한 가중처벌(특가법 제6조 제7항) (22) 통화위조범의 가중처벌(특가법 제10조 제1항) (23) 마약법 제60조 위반의 가중처벌(특가법 제11조 제1항·제2항·제3항) (24) 상해폭력을 목적으로 한 단체 또는 집단구성

사형폐지 범죄	폐지연도	비 고
수괴액 5천만원 이상의 뇌물수수 (제2조 제1항 제1호)	1990. 12. 31 (법률 제4291호)	
물품원가 2억원 이상 무면허 수출입죄 (제6조 제1항 제1호)	1990. 12. 31 (법률 제4291호)	
포탈액 1억원 이상 관세포탈죄 (제6조 제2항 제1호)	1990. 12. 31 (법률 제4291호)	
5억원 이상 국고손실의 회계관리직원 횡령·배임죄(제5조 제1호)	1990. 12. 31 (법률 제4291호)	
임산물원산지가액 1천만원 이상의 산림 절도 및 5만평방미터 이상 산림훼손죄 (제9조 제1항 제1호)	1990. 12. 31 (법률 제4291호)	
사고운전자가 치사한 피해자를 사고장소로부터 옮겨 유기하고 도주하거나, 위 도주후 피해자가 사망한 경우	1992. 4. 28 헌법 재판소가 90헌바 24호로 위헌결정을 하여 효력상실	

2. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 (1983.12.31. 법률 제3693호로 제정)

사형폐지 범죄	폐지연도	비 고
취득액 50억원 이상의 사기·공갈·횡령·배임죄(제3조 제1항 제1호)	1990. 12. 31 (법률 제4292)	
국의도피액 50억원 이상의 재산국의도피법 (제4조 제2항 제1호)	1990. 12. 31 (법률 제4292호)	
수수액 5천만원 이상 금융기관 임직원의 금품수수(제5조 제4항 제1호)	1990. 12. 31 (법률 제4292호)	

- 9) 행형법(1950.3.2. 법률 제105호 제정; 1961.12.23. 법률 제858호 전문 개정, 1995.1.5. 법률 제4936호 최종 개정) 제57조(사형의 집행) ① 사형은 교도소내의 사형장에서 집행한다.
10) 정치적 변혁시마다 법제정·개정으로 특정범죄에 대하여 사형을 추가한 경우이다(이하 '특정범죄가중처벌등에관한법률'을 '특가법'으로, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률은 '특정경제범죄가중처벌법'으로, 보건범죄단속에관한특별조치법은 '보건범죄특조법'으로 약칭한다).

- 수괴에 대한 가중처벌(폭력행위등처벌에관한법률 제4조) (25) 부정식품제조 등의 처벌(보건범죄특조법 제2조 제3항) (26) 부정의약품 등의 처벌(보건범죄특조법 제3조 제3항) (27) 보건범죄 재범자의 특수가중(보건범죄특조법 제3조의2) (28) 문화재사범가중죄(문화재보호법 제83조 제2항)

3. 정치범

- (29) 내란수괴·중요임무중사죄(형법 제87조) (30) 내란목적살인죄(형법 제88조) (31) 정권탈취목적의 반란수괴·중요임무중사(군형법 제5조 제1호, 제2호)

4. 공안사범

- (32) 외환유치죄(형법 제92조) (33) 여적죄(형법 제93조) (34) 모병이적죄(형법 제94조) (35) 시설제공 이적죄(형법 제95조) (36) 시설과괴 이적죄(형법 제96조) (37) 간첩죄(형법 제98조) (38) 반국가단체 구성의 수괴·중요임무중사죄(국가보안법 제3조) (39) 반국가단체의 구성원 등에 의한 소요죄 등에 대한 가중처벌(국가보안법 제4조)

형법에 사형규정이 없는, 소요(형법 제115조), 도주원조(제147조), 간수자의 도주원조(제148조), 방화(제164~69조), 현주건조물 등 일수(제177~180조), 음용수의 사용방해 등(제192~195조), 통화위조등(제207~208조, 210조), 촉탁·승락에 의한 살인(제252조), 강도·특수강도·준강도·인질강도·강도상해치사·강도강간·해상강도·해상강도상해치사(제333~337조, 339~340조 1항·2항)을 범한 경우, 교통·통신·국가 또는 공공단체가 사용하는 건조물 기타 중요시설을 파괴하거나 함선·항공기·자동차·무기 기타 물건을 이동, 취거한 때, 위의 각 미수범·형법 제92조 내지 제99조, 제119조 제1항, 제250조, 제253조, 제338조, 제340조 제3항은 사형을 규정하고 있으므로 여기서는 이중기재를 피함.

- (40) 반국가단체의 구성원 등이 반국가단체의 지배하의 지역으로부터의 잠입 또는 그 지역에서의 탈출(국가보안법 제6조 제2항) (41) 특수가중(국가보안법 제13조)

국가보안법, 군형법 제13조·제15조, 형법 제2편 제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄를 범하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행을 종료하지 아니한 자 또는 그 집행을 종료하거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 경과되지 아니한 자가 반국가단체의 구성원(국가보안법 제3조 제1항 3호와 제2항-제5항, 제4조 제1항 제1호 중 반국가단체구성 수괴·중요임무중사자를 제외한 자)이 되거나 기타 사형에 해당되지 않는 죄를 범한 자에 대한 특수가중(국가보안법 제13조) [개별적으로 보면 위 가중법의 수는 30여개를 넘는다].

5. 군사범죄

- (42) 정권탈취 목적이 없는 반란수괴·중요임무중사(군형법 제5조 제1호, 제2호) (43) 반란수괴·중요임무중사자의 반란목적의 군용물 탈취(군형법 제6조) (44) 군대 및 군용시설제공(군형법 제11조) (45) 군용시설 등 파괴(군형법 제12조) (46) 간첩(군형법 제13조) (47) 일반이적(군형법 제14조) (48) 불법전투개시(군형법 제18조) (49) 불법전투계속(군형법 제19조) (50) 불법진퇴(군형법 제20조) (51) 항복(군형법 제22조) (52) 솔대도피(군형법 제23조) (53) 지휘관의 적전 직무유기(군형법 제24조 제1호) (54) 지휘관의 수so이탈(군형법 제27조 제1호·제2호) (55) 초병의 수so이탈(군형법 제28조 제1호) (56) 적전 군무이탈(군형법 제30조 제1항 제1호, 제2항) (57) 특수군무이탈(군형법 제31조) (58) 적진에의 도주(군형법 제33조) (59) 위 각 미수범(군형법 제7.15.21.25.29.34조) (60) 전시·사변·계엄지역에서의 위계로 인한 군함·군비행기의 항행에의 위협발생범(군형법 제37조 제1호) (61) 적진에서의 허위의 명령, 통보, 보고(군형법 제38조 제1호) (62) 적진에서의 명령 등의 허위전달(군형법 제39조) (63) 적진에서의 초령위반 등(군형법 제40조 제1항 제1호, 제2항) (64) 적진에서의 군무태만 목적의 사술(군형법 제41조 제1항 제1호)

(65) 유해음식물공급치사 등(군형법 제42조 제2항, 제4항) (66) 적전 항명(군형법 제44조 제1호) (67) 적전 상관특수폭행, 협박(군형법 제50조 제1호) (68) 적전 상관집단특수폭행, 협박의 수괴(군형법 제51조 제1호 전문) (69) 적전 상관폭행치사상(군형법 제52조 제1항 제1호, 제2항 제1호) (70) 적전 상관중상해(군형법 제52조의3 제1호) (71) 적전 상관상해치사(군형법 제52조의4 제1호) (72) 상관살해(군형법 제53조 제1항) (73) 적전 초병특수폭행, 협박(군형법 제56조 제1호) (74) 적전 초병집단특수폭행, 협박의 수괴(군형법 제57조 제1호 전문) (75) 초병폭행치사상(군형법 제58조 제1항) (76) 초병상해치사(군형법 제58조의4) (77) 초병살해(군형법 제59조 제1항) (78) 상관·초병이외의 직무수행자에 대한 폭행치사(군형법 제60조 제3항) (79) 상관·초병이외의 직무수행자에 대한 상해치사(군형법 제60조의4) (80) 위 적전 상관살해·초병특수폭행·협박, 초병집단 특수폭행·협박, 초병폭행치사상, 초병상해치사, 초병살해의 각 미수범(군형법 제63조) (81) 군용시설의 방화 및 현존군용물건저장창고 소훼(군형법 제66조 제1항, 제2항 제1호) (82) 전시·사변·계엄지역에서의 노적군용물의 방화(군형법 제67조 제1호) (83) 폭발물파열(군형법 제68조) (84) 취역중의 선박, 항공기의 복물, 파괴 등 그 치사상(군형법 제71조) (85) 위 군용물시설등 방화, 전시 등 노적군용물방화, 폭발물파열, 취역중의 선박·항공기 복물·파괴의 각 미수범(군형법 제72조) (86) 총포·탄약·폭발물범죄에 대한 가중처벌(군형법 제75조 제1호) (87) 약탈로 인한 살해 및 치사상(군형법 제83조 제1호) (88) 전지강간(군형법 제84조) (89) 위 약탈로 인한 살해 및 치사상, 전지강간의 각 미수범(군형법 제85조)

III. 한국 형사법학계의 사형제도에 대한 논쟁사

건국이후 지난 53년(1948-2001)동안 한국 법학계는 사형제도에 대해 지속적으로 논쟁을 펼쳐 왔다. 이 논쟁은 사형존치론과 사형폐지론으로 첨예하게 대립되어 있다.¹¹⁾ 사형존치와 사형폐지에 대하여 주장하는 학자들의 관점도 다양하다. 첫째 헌법적 관점, 둘째 종교적·법철학적·법인간학적 관점, 셋째 형법 및 형사정책적 관점, 넷째 범죄통계학적 관점, 다섯 번째 법사회학적 관점 등으로 분류할 수 있다. 제III장에서는 건국이후 지난 53년 동안 전개된 한국 법학자들의 사형제도에 대한 주장들을 문헌을 통해 고찰하고자 한다. 고찰방법은 사형존치론과 사형폐지론의 입장을 각 관점별로 대비시킬 것이다.

1. 헌법적 관점

헌법적 관점에서 사형제도의 합헌(合憲)을 주장하는 학자는 황산덕교수, 이재상교수이다. 이에 반하여 사형제도의 위헌(違憲)을 주장하는 학자는 김일수교수, 심재우교수, 이정원교수이다.

(1) 합헌(合憲)

황산덕교수는 「사형제도가 합헌」이라고 주장한다. 그 근거로 1963년 2월 28일의 대법원판결을 제시하고 있다. 황교수의 견해에 따르면 "사형제도의 존폐는 그 나라의 정치적·사회적 조건과 결부되어 있는 문제이다. 따라서 이 문제는 간단히 결정지을 수는 없다. 판례는 사형제도가 헌법에 위반되지 않는다(대판 1963. 2. 28. 62도 241)"¹²⁾는 입장이다.

11) 사형존폐에 관련한 주요논문은 관해서는 일반학술논문이 50여종, 박사학위논문이 20여종이 된다. 국제사면위원회 한국연락위원회편, 사형제도의 이론과 실제, 까치, 1989, 322면-324면(부록 2 참고문헌) 참조; 정봉취, 사형존폐론의 이론사적 계보, 동산손해목박사화갑기념논문집, 형사법학의 현대적 과제, 동산손해목박사화갑기념논문집간행위원회, 1993, 495면-508면(506면-508면) 참조.

12) 황산덕, 형법총론, 방문사, 1986, 307면; 대판 1963. 2. 28. 62도 241; 헌법은... 절서유지와 공공복리를 위하여 법으로써 자유와 권리를 제한할 수 있음을 헌법이 허용하였는 바 현재 우리나라의

이재상교수도 「사형제도의 헌법적 정당성」을 주장하고 있다. 이교수의 견해에 따르면 "범죄와의 관계에서 피해자(被害者)의 생명(生命)의 가치(價値)도 고려해야 한다. 사형자체가 인간의 존엄과 가치를 부정하는 형벌이라고 단정하는 것은 타당치 않다. 헌법재판소는 사형을 위헌이라고 볼 수 없다고 결정하였으며, 대법원도 같은 태도를 유지하고 있다. 사형에 위하력이 있음을 부정할 수 없다. 따라서 피해자의 생명권(生命權)을 침해한 극악한 범죄에 대한 사형은 책임주의와 일치하는 범위에서 유지되어야 한다"¹³⁾는 입장이다.

(2) 위헌(違憲)

김일수교수는 「사형제도의 위헌」을 주장하고 있다. 김교수의 견해에 따르면 "사형은 헌법상 보장된 기본권인 인간의 존엄과 가치의 존중 및 생명권(生命權)을 박탈하는 야만적이고 잔혹한 형벌수단이기 때문에 헌법에 반할 뿐만 아니라 인도주의에도 반한다"고 주장한다.¹⁴⁾

심재우교수도 「사형제도의 위헌」을 주장하고 있다. 심교수의 견해에 따르면 "국가권력이 다른 폭력과 구별되는 것은 그 도덕성의 우위 때문이다. 그러면 국가권력에 의한 사형의 집행은 도덕적으로 정당한가? 인간은 목적 자체로서 실존하는 존재로서 결코 국가목적에 위한 단순한 수단으로 취급되어서는 안 된다는 것이 도덕성의 요구이다. 왜냐하면 인간은 인격의 소유자로서 자기목적적 존재이기 때문이다. 우리는 동물이나 물건을 우리의 목적을 위한 일방적 수단으로 사용할 수는 있지만, 인간을 단순한 수단으로 사용하는 것은 허용되지 않는다. 그래서 칸트는 다음과 같은 정언명령을 내린다: 「너는 인간의 인격성을, 그것이 너 자신의 것이건 타인의 것이건, 항상 동시에 목적으로서 존중할 것이며, 결코 단순히 수단으로 사용하지 말라. 왜냐하면 인간에게는 그의 존엄(인격)이 깃들어 있기 때문이다. 사형은 인간을 국가 목적을 위한 단순한 수단으로 사용하는 경우에 해당한다. 다시 말하면, 사회방위를 위하여 인간을 일방적인 수단으로 희생시키는 제도가 사형제도이다. 따라서 사형은 인간의 존엄을 침해하는 형벌이다. 바로 이 점에서 사형은 우리 헌법 제10조에 반하는 위헌이다. 사형의 위헌성 여부는 곧 국가권력의 도덕성 여부에 달려 있음을 우리는 명백히 인식해야 할 것이다. 즉, 사형제도는 도덕적으로 정당화될 수 없을 뿐만 아니라 법적으로도 정당화될 수 없는 원시형벌의 야만적인 잔재로서 남아 있을 뿐이다. 문명국가에서 사형폐지의 당위성과 필연성은 바로 여기에 있다고 본다.»¹⁵⁾

심재우교수는 특히 사형은 인간의 생명권을 침해하는 형벌로서 헌법 제12조에 반한다고 주장한다. 심재우교수의 견해에 따르면 "생명권은 기본권중의 기본권이라 할 것이다. 그것 없이는 모든 기본권이 그 토대를 상실하기 때문이다. 생명은 인간의 존재근거로서 실존의 바탕을 이루는 전제라 하겠다. 우리 대법원 판례에서도 "생명권은 한번 잃으면 영원히 회복할 수 없고 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 절대적 존재이며, 한 사람의 생명은 지구보다 무겁고 또 귀중하고도 엄숙한 것이며, 존엄한 인간존재의 권원인 것이다" (대판 1963.3.28. 62도 241)라고 말하고 있다. 한 사람의 생명은 지구보다 무겁다고 하면서도 그 한사람의 생명을 박탈하는 것은 비례성의 원칙에 맞다고 하면서 합헌이라고 말한다. 이해할 수 없는 논거들이다."¹⁶⁾

실정과 국민의 도덕적 감정 등을 고려하여 국가의 형사상 정책으로 절서유지와 공공복리를 위하여 형법, 군형법 등에 사형이라는 처벌의 종류를 규정하였다 하여도 이것을 헌법에 위반된 條文이라 할 수 없으므로..." 라 하여 사형은 합헌이다.

13) 이재상, 형법총론(제4판), 박영사, 2000, 532면-533면.

14) 김일수, 사형은 폐지되어야 한다, 법·인간·인권(법의 인간화를 위한 변론), 박영사, 1992, 421면-433면(433면); 김일수, 새로쓴 형법총론(제8판), 박영사, 2000, 710면.

15) 심재우, 사형은 형사정책적으로 의미있는 형벌인가? 형사정책연구소식 통권 제29호 1995년 5·6월호, 한국형사정책연구원, 1995, 2면-3면(3면); 심재우, 인간의 존엄과 사형폐지론, 법학논집 제34집, 고려대학교 법과대학 법학연구소, 1998, 451면-466면(459-461면).

이정원교수는 「사형을 인정하는 법률과 사형의 선고 및 사형의 집행은 헌법 제37조 2항의 후단의 규정에 배치된다」고 주장한다. 이교수의 견해에 따르면 “생명의 침해는 한 번의 침해로 영구히 회복불가능하기 때문에 국가 공권력에 의한 생명의 침해는 항상 헌법 제37조 2항의 후단의 규정에 배치된다”¹⁷⁾는 것이다.

2. 종교적·법철학적·법인간학적 관점

종교적·법철학적·법인간학적 관점에서 사형제도의 필요성을 주장하는 학자는 이재상교수이다. 이교수는 「사형제도는 정의관념에 부합한다」고 한다. 이에 반하여 사형제도의 폐지를 주장하는 학자는 신진규교수, 정봉휘교수, 심재우교수이다. 이들 학자들은 「인간의 생명은 무한대의 가치를 지니며, 국가는 사람에게 교수할 권리를 갖지 못한다. 정의(正義)는 오직 신(神)만이 알 수 있다. 사형제도는 문명국가의 수치일 뿐만 아니라 국가의 도덕성의 기초와 배치된다」고 한다.

(1) 정의관념에 부합

이재상교수는 「사형제도는 정의관념(正義觀念)에 부합한다」고 주장한다. 이교수에 따르면 “형벌의 본질이 **옹보인 이상 반사회적 범죄에 대해 가해지는 사회의 도덕적 반응의 표현이다. 사형은 사회안정에 기여할 수 있다.**”¹⁸⁾

(2) 인간생명의 무한대의 가치와 오판의 가능성

신진규교수는 「종교적 입장」에서 출발한다. 신교수의 견해에 따르면 “중대하고 악한 범죄인에 대하여 사형제도라는 미명하에 생명을 박탈하는 것이 정당하다고 할 수 있을 것인가. 인간의 생명은 무한대의 가치를 가진다. 따라서 **인간의 집단인 국가가 생명을 빼앗는다는 것은 부당하며 비인간적이다**”¹⁹⁾고 주장한다.

정봉휘교수는 “**형사재판에서 오판의 가능성이 존재하는 한 현행의 형법규정에서 「사형」이라는 두 글자가 삭제되어야 한다**”²⁰⁾고 주장한다.

심재우교수도 「문명국가의 도덕성」에 근거하여 사형제도의 폐지를 주장하고 있다. 심교수에 따르면 “**원시형벌의 역사적 잔재로서 남아 있는 그러한 무의미한 사형제도를 오늘날의 현대사회가 아직도 유지하고 있는 것은 문명국가의 수치일 뿐만 아니라 국가의 도덕성의 기초를 의심스럽게 한다.** 칸트(I. Kant)는 이런 말을 한 적이 있다: 「우리는 예술과 학술을 통하여 고도하게 「문화화」되어 있다. 우리는 모든 사교적 예법에 있어서 귀찮을 정도로 「문명화」되어 있다. 그러나 우리가 이미 「도덕화(道德化)」되어 있다고 생각하기에는 아직도 너무나 먼 거리에 있다. 왜냐하면 도덕성의 이념은 아직도 개발단계에 놓여 있기 때문이다. 도덕성의 이념은 국가권력에 관해서 인간을 존엄한 존재로 취급해야 한다는 데 있다.”²¹⁾

16) 심재우, 인간의 존엄과 사형폐지론(고려대학교 법과대학 고별강연), 법학논집 제34집, 고려대학교 법과대학 법학연구소, 1998, 451면-466면(461면).

17) 이정원, 형법총론, 법지사, 2001, 519면.

18) 이재상, 형법총론(제4판), 박영사, 2000, 532면-533면.

19) 신진규, 사형, 형사법강좌 II, 박영사, 1984, 821면.

20) 정봉휘, 사형존폐론의 이론사적 계보, 동산순해목박사화갑기념논문집, 형사법학의 현대적 과제, 동산순해목박사화갑기념논문집간행위원회, 1993, 495면-508면(506면-508면).

21) 심재우, 사형은 형사정책적으로 의미있는 형벌인가?, 형사정책연구소식 통권 제29호 1995년 5·6월호, 한국형사정책연구원, 1995, 3면; 심재우, 인간의 존엄과 사형폐지론(고려대학교 법과대학 고별강연), 법학논집 제34집, 고려대학교 법과대학 법학연구소, 1998, 451면-466면(460면).

3. 형법과 형사정책적 관점

형법과 형사정책적 관점에서 사형제도의 필요성을 주장하는 학자는 김기춘 전법무부장관, 이재상교수, 박상기교수이다. 이들 학자들은 「사형제도는 국가·사회존립 및 유지와 범죄예방에 있어서 특별한 위하력이 있다」고 주장하고 있다. 이에 반하여 사형제도의 폐지를 주장하는 학자는 이진호교수, 강구진교수, 유병렬교수, 진계호교수, 김일수교수, 심재우교수, 허일태교수이다. 이들 학자들은 「사형은 형벌목적과 배치되며, 범죄예방 및 억제효과가 없다. 단지 응보적·미신적 사고의 잔재일 뿐이다」고 주장한다.

(1) 특별한 위하력

김기춘 전법무부장관도 1984년 「형법개정시론」에서 「사형의 위하력」을 긍정하고 있다. 그에 의하면 “**사형에 관한 부정적 논의에도 불구하고, 국민일반의 법의식, 법감정, 법적 확신 등이 여전히 사형의 위하력을 긍정하고 있다. 사형존치를 주장하고 있는 법적·사회적 여건하에서 일거에 사형을 폐지하는 것은 급진적 형사정책을 취하는 것이다. 따라서 사형폐지는 효과적인 범죄투쟁수단이 될 수 없다. 그러므로 사형 적용의 대상범죄의 범위를 점진적으로 축소하고, 그 집행방법을 개선함으로써 사형제도가 갖고 있는 문제점을 극소화하는 노력이 필요하다**”²²⁾고 주장하고 있다.

이재상교수와 박상기교수도 「형법총론」 교과서에서 「사형에 위하력이 있음을 부정할 수 없다」²³⁾고 주장하고 있다.

박상기교수의 견해에 따르면 “사형제도가 갖는 범죄억지력의 문제에 대해서 찬반양론은 상반된 주장을 한다. 그러나 이것은 검증될 수 없는 논쟁이다. **형벌제도가 범죄억지력을 갖는다는 것은 명백하다. 형벌없는 세상을 상상하면 쉽게 이해가 간다. 그러나 구체적으로 특정 형벌제도가 어떠한 정도의 범죄억지력을 갖는가를 평가한다는 것은 거의 불가능하다.**”²⁴⁾

(2) 형벌목적과 배치, 위하력 없고, 단지 응보적·미신적 사고의 잔재일 뿐

이진호교수는 「형벌의 특별예방적 측면」을 강조하고 있다. 이교수에 따르면 “단순한 응보관념에서 본다면 대체로 사형존치론을 주장하지 않을 수 없다. 그러나 **형벌의 대상을 행위자에게 두고 또 그 목적을 교육에 의한 사회복귀에 두고 있는 이상 사형은 폐지되어야 한다.** 범인을 영원히 사회로부터 격리시킬 필요가 있는 경우에는 사형 대신 무기징역만으로도 소기의 목적을 달성할 수 있다”²⁵⁾는 입장이다.

강구진교수는 「사형은 하등의 위하력이 없다」고 주장한다. 강교수는 “**확신범들은 사형을 영광으로 자처하며 사전에 이미 사형을 각오하고 범행에 돌진하는 것이다. 이러한 자에 대하여서는 사형은 하등의 위하력이 없다**”²⁶⁾는 입장이다.

유병렬교수는 「문명국가의 형사정책론」을 제시하고 있다. 유교수는 “오늘날 문명국가들은 국민의 생활보장을 이념으로 하고 있다. 문명국가들은 사형에만 집착하지 말고, 사형이 주변환경에 미치는 영향을 생각해야 한다. **사형제도를 폐지하고, 무기금제를 채택하여 피해자뿐만 아니라, 범죄인 가족의 생활을 조금이라도 도우는 것이 형사정책적으로 의미가 더 크다고 할 수 있다**”²⁷⁾고 주장한다.

22) 김기춘, 형법개정시론, 삼영사, 1984, 395면.

23) 이재상, 형법총론(제4판), 박영사, 2000, 532면-533면; 박상기, 형법총론(全訂版), 박영사, 1999, 511면.

24) 박상기, 형법총론(全訂版), 박영사, 1999, 466면-467면.

25) 이진호, 형법학개론, 고대출판부, 1977, 227면.

26) 강구진, 사형폐지의 이론과 실제, 고시계, 1980년 4월호(상), 5월호(하), 90면.

27) 유병렬, 「사형제도는 폐지되어야 한다」, 중대법정논총 통권 제22호, 중앙대학교, 1983, 122면.

진계호교수는 「형벌의 인도화와 교정주의사상」을 강조하고 있다. 진교수의 견해에 따르면 “사형은 사실상 보수와 응보적 감정을 기초로 하는바, 사형의 사상적 배후에는 인간의 생명을 부인하고, 국가권력의 절대성을 옹호하고 지지하는 권위주의적인 사상이 내재되어 있다. 사형은 인도적 견지에서 용납될 수 없다.²⁸⁾ 또한 사형의 존치는 민주국가의 형정(刑政)에 배치된다. 형벌이 범죄에 대한 응보적 보복이 아니라, 범인의 재사회화 즉, 교화·개선의 교정형주의(Rehabilitative Ideal)에 그 목적을 두고 있다면, 사형은 무의미하고 무가치하다. 사형의 존치론자들은 사형의 위하력을 강조하나, 사형에는 범죄예방의 효과가 없다는 것이 폐지국가에서의 통계이다. 사형에 처한 범죄는 자유형으로 대체하고 무기형이 아니면 부정기형으로 충분하다”는 입장이다.²⁹⁾

김일수교수는 「사형제도는 자유적·합리적·인도적 형사정책의 노력을 포기하는 미신적 사고의 잔재」라고 주장한다. 김교수에 따르면 “사형제도는 명백히 인간의 존엄성 보장요구에 반할 뿐만 아니라, 형사정책적으로도 무의미한 응보사고(應報思考)의 잔재에 불과하다. 사형으로 범죄진압을 꾀할 수 있다는 생각은 오늘날의 민주헌법질서의 이념과 일치할 수 없는 독선적인 사고(思考)로서 자유적·합리적·인도적 형사정책의 노력을 선불리 포기하려는 미신적 사고의 잔재라고 할 수 있다. 따라서 사형제도는 마땅히 폐지되어야 한다”³⁰⁾고 주장한다.

심재우교수는 1995년 「사형은 형사정책적으로 의미있는 형벌인가?」라는 논단과 1998년 정년퇴임 고별강연에서 사형에 범죄억제의 효과가 있다는 가정과 그 가정에 근거한 믿음에 대한 허구를 지적하고 있다. 심교수의 주장에 따르면 “사형을 존치한 나라들과 사형을 폐지한 나라들에서 겪었던 경험을 비교해 볼 때, 베카리아가 그의 범죄와 형벌에서 「가장 가혹한 형벌을 고수한 나라들과 시대는 또한 가장 잔인하고 가장 비인도적인 범죄를 목격하지 않을 수 없었다」는 말이 현실로서 증명되었던 것이다. 이제 우리는 사형에 범죄억제의 효과가 있다는 가정과 그 가정에 근거한 믿음의 허구성으로부터 깨어나야 할 것이다. 뿐만 아니라 사형의 일반예방적 효과는 현실적으로 범행을 결의한 자에게는 아무런 위협도 되지 않는다. 왜냐하면 그들은 「잡히지 않는다」는 전제로부터 범행을 하기 때문이다. 이와 같이 사형의 일반예방적 효과에 관한 믿음이 사실이 아니라면 사형의 남아 있는 형벌기능은 응보밖에 없다. 이 응보개념은 오늘날까지 일반국민의 의식을 지배하고 있는 것 같다. 즉 「그러한 흉악범은 마땅히 그 죄값을 치루기 위하여 사형에 처해야 한다」는 의식이 그것이다. 그러나 응보는 원시시대의 탈리오의 신앙에 근거하는 맹목적, 본능적 보복작용에 지나지 않는 것이며, 결코 질서유지를 위한 합리적, 합목적적 반작용은 아니다. 오늘날 국가가 형벌권을 독점하는 것은 법질서유지의 책임 때문이다. 따라서 현대형벌의 본질과 목적은 이러한 국가의 법질서유지기능으로부터 이해되어야 한다. 형벌의 질서유지적 기능에는 일반예방과 특별예방이 있을 뿐이다. 응보는 국가의 질서유지의 기능과는 아무런 상관도 없으며, 따라서 현대국가의 형벌목적에 속할 수 없다. 사형은 원시형벌의 응보형으로서만 타당할 수 있을 뿐이며, 현대의 예방형벌과는 거리가 멀다. 결론적으로 말하면, 응보형은 오늘날 형벌이 아니다. 응보형으로서의 사형은 형벌목적(특별예방과 일반예방)의 그 어느 것에도 충족시켜주지 못하는 형벌 아닌 형벌로서, 단순히 과거의 역사적 잔재로서 남아 있는 것일뿐이다. 따라서 사형은 오늘날 형사정책적으로 무의미한 형벌이다.”³¹⁾

허일태교수는 「사형집행이 있으면 범죄억지력이 지속적으로 있는 것이 아니라, 그 효력은 기껏해야

28) 진계호, 신고 형법총론(개정증보판), 대왕사, 1986, 441면.

29) 진계호, 신고 형법총론(개정증보판), 대왕사, 1986, 525면.

30) 김일수, 새로쓴 형법총론(제8판), 박영사, 2000, 711면.

31) 심재우, 사형은 형사정책적으로 의미있는 형벌인가? 형사정책연구소식 통권 제29호 1995년 5·6월호, 한국형사정책연구원, 1995, 3면; 심재우, 인간의 존엄과 사형폐지론(고려대학교 법과대학 고별강연), 법학논집 제34집, 고려대학교 법과대학 법학연구소, 1998, 451면-466면(460면).

한 두 달을 넘기지 못한다”고 주장한다. 허교수는 “사형이 거의 없었던 1974년부터 1976년 11월까지의 사형선고를 받은 중범죄자는 해마다 약 30여명 내외였는데 반해, 오히려 사형집행이 있었던 1974년 이전 4년간에는 해마다 38여명 내의 사형수가 발생했다. 이는 사형의 집행유예가 곧바로 사형을 받을 만한 중범죄의 폭증을 가져다 줄 수 있다는 생각이 전혀 맞지 않는다는 실증적 증거이기도 하다”³²⁾고 주장한다.

4. 범죄통계적 관점

범죄통계적 관점에서 보면, 사형제도의 필요성을 주장하는 학자는 이재상교수이다. 이교수는 「우리 나라의 일반적 국민의식은 사형제도를 지지하는 것」으로 보고 있고, 그 근거를 국민여론조사에서 찾고 있다. 이에 반하여 사형제도의 폐지를 주장하는 학자는 신진규교수, 심재우교수이다. 이들 교수는 「사형폐지국과 존치국의 살인사건발생율을 비교해 보라」고 주장한다.

(1) 국민여론조사

이재상교수는 「사형에 위하력이 있음을 부정할 수 없다」는 근거로 1984년 1월 한국갤럽연구소에서 실시한 「사형에 대한 한국인의 태도에 대한 여론조사」를 인용하고 있다. 이 조사에 의하면 77.1%가 사형의 존속을 찬성하고 있다.³³⁾

(2) 사형폐지국과 사형존치국의 살인사건발생율

신진규교수에 따르면 “사형폐지문제는 사형의 가치와 기능에 관한 정확한 실증적 연구를 기초로 판단할 성질의 것이다. 이에는 ① 사형폐지국과 존치국의 살인사건발생율을 비교할 것 ② 동일국가에서 사형을 폐지하기 전과 후의 살인사건발생율을 비교할 것 ③ 사형을 집행할 사실을 공표한 후와 전의 범죄발생율을 비교할 것. 이러한 방법을 통하여 볼 때, 사형의 위하력은 범죄억제력에 도움이 되지 못한다”³⁴⁾고 한다.

또한 심재우교수는 1995년 「사형은 형사정책적으로 의미있는 형벌인가?」라는 논단에서 유럽의 범죄통계자료를 제시하고, 사형제도의 일반예방의 효과를 부정하고 있다. 그의 주장에 따르면 “사형이 실제로 일반예방적 효과를 가지느냐에 대해서는 회의적이다. 왜냐하면 실제로 사형을 폐지한 나라의 통계를 보면 그렇지 않기 때문이다. 유럽의 여러 나라에서는 이미 오래 전에 사형이 폐지³⁵⁾되었지만 살인범의 수는 줄고 있다. 오히려 옛날부터 사형으로써 특히 가혹하게 다스렸던 나라인 영국에서는 그 반대의 결과를 가

32) 허일태, 한국에서의 사형제도의 존치에 대한 정당성의 문제, 법철학의 기본문제, 세종출판사, 1998, 358면-386면(369면-370면).

33) 이재상, 형법총론(제4판), 박영사, 2000, 533면 각주 3; 세계일보, 1992년 5월 18일, 사회면: 1992년 5월 18일자 세계일보는 한국여론조사연구소에 의해 실시된 사형에 관한 통계분석을 게재했다. “사형을 존속시켜야 한다”는 답변이 66.5%로 압도적이었으며, “사형을 폐지해야 한다”는 답변은 불과 20.2%에 지나지 않았다. 또한 사형을 존속시켜야 한다는 응답자 중 78.1%는 “날로 늘어나는 흉악범죄에 효과적으로 대처하기 위해서”라는 이유를 들었으며, 사형을 폐지해야 한다는 응답자 중 46.3%는 “너무 가혹하고 비인도적 형벌이다”라는 이유를 들었다. 또한 사형의 범죄억제적 효과에 대해서는 66.1%가 “이 제도가 범죄를 줄이는데 효과가 있다”고 응답했으며, “효과가 없다”는 응답은 20.1%에 지나지 않았다. 이것으로써 일반국민이 사형에 대하여 가지고 있는 의식이 어떠한지가 밝혀져 있는 셈이다. 한마디로 말하여, 사형제도를 존치시킬 것을 바라고 있으며, 또한 사형에 일반예방적 효과가 있다는 믿음이다.

34) 신진규, 사형, 형사법강좌 II, 박영사, 1984, 821면.

35) 심재우, 사형은 형사정책적으로 의미있는 형벌인가?, 형사정책연구소식 통권 제29호 1995년 5·6월호, 한국형사정책연구원 1995, 2면-3면; 포르투갈은 이미 1867년에, 이탈리아는 1890년에, 노르웨이는 1905년에, 독일은 1949년에, 오스트리아는 1950년에 각각 사형을 폐지하였다.

저왔다. 우리는 이것을 통계에서 확인할 수 있다. 영국에서는 1921년에 사형선고를 내린 것이 13건이었으나, 1948년에는 38건으로 늘어났다. 같은 기간 동안 살인은 1921년 133건에서 1948년 171건으로 늘어났다.³⁶⁾

5. 법사회학적 관점

법사회학적 관점에서 보면, 사형제도의 필요성을 주장하는 학자는 정영석교수, 손해목교수, 허주욱교수이다. 이들 교수는 「시기상조」를 주장하고 있다. 이에 반하여 사형제도의 점차적 폐지를 주장하는 학자는 박정근교수, 김기두교수, 남홍우교수, 유기천교수, 정성근교수, 안동준교수, 임웅교수이며, 조속한 폐지를 주장하는 학자는 이수성교수, 이형국교수, 배종대교수이다. 이들 교수는 국가의 정치·경제·문화수준에 따른 점차적 결단 또는 조속한 정치적 결단을 주장한다.

(1) 시기상조

정영석교수는 「현재의 국민감정과 사회적 발전단계로 보아 아직은 폐지가 곤란하다」는 입장이다. 정교수에 따르면 “우리나라는 정치·경제·문화·사회의 모든 면에 있어서 아직 후진성을 지니고 있다. 범죄의 흉악성이 날로 급증하고 있는 현상에서, 만약 사형폐지의 입법을 한다면, 어떠한 흉악범 또는 정치범도 그 생명만은 절대적으로 보장한다는 법률을 공포하는 결과가 될 것이다. 지금의 상황에서는 사형의 존속을 긍정하지 않을 수 없다. 다만 사형의 존속을 긍정하더라도 그 적용에 있어서는 신중을 기해야 할 것임은 두말할 나위도 없다.³⁷⁾ 또한 아르투어 카우프만(Arthur Kaufmann)이 적절히 지적한 바와 같이 「형벌인도화의 역사는 원래 시대정신에 반항하면서, 희망을 가지고 인내로써 미래의 성숙을 기대한 인간의 역사」라고 할 수 있다. 사형의 완화 내지 폐지는 인류문화의 향상발전에 따르는 당연한 추세라고 할 수 있지만, **현단계 여건하에서는 국민감정과 사회적 발전단계로 보아 폐지는 곤란하다**³⁸⁾는 주장이다.

손해목교수도 「현재로서는 사형이 존속되어야 한다」는 입장이다. 손교수는 “**흉악범이 날로 증가하고 있는 오늘날의 실정상 사형을 폐지한다면, 어떠한 경우에도 최소한 생명만은 절대적으로 보장된다는 결과가 된다. 따라서 현재로서는 사형의 존속을 긍정하지 않을 수 없다.** 다만 사형이 비인도적이며, 그의 폐지가 이상적임에는 틀림이 없는 것이나, 이의 적용에는 신중을 기해야 한다.”³⁹⁾ “**사형은 가능한 한 법관의 전원일치된 의견에 의해 인도되도록 노력하여야 한다.**”⁴⁰⁾

허주욱교수도 「**사형제를 폐기할 성숙된 국민 법감정과 심리적 준비의 미비**」를 들고 있다. “첫째로 범죄 발생의 사회적·경제적·정치적 제도의 결함을 제거하지 못하고 사형을 폐지함은 부당하다. 둘째로 사형존폐의 문제는 **순연한 이론의 문제가 아니고 정세·시대·환경에 관계있는 사회문제이다.** 셋째로 일반공중이 문화적으로 성숙하여 사형을 폐기할 심리적 준비가 될 때에는 자연 그 유용성이 감소된다.”⁴¹⁾

(2) 국가의 정치·경제·문화수준에 따른 점차적인 결단

박정근교수는 중도론을 취하고 있다. 박교수는 “**사형존폐의 기준은 오직 특정 국가의 문화수준에 있다.**”

36) 심재우, 사형은 형사정책적으로 의미있는 형벌인가? 형사정책연구소식 통권 제29호 1995년 5·6월호, 한국형사정책연구원, 1995, 2면; 심재우, 인간의 존엄과 사형폐지론(고려대학교 법과대학 고별강연), 법학논집 제34집, 고려대학교 법과대학 법학연구소, 1998, 451면-466면(456면).

37) 정영석, 형법총론, 법문사, 1984, 302면.

38) 정영석, 형법총론, 법문사, 1984, 244면.

39) 손해목, 형법총론8인공저, 1988, 521면.

40) 손해목, 형법총론, 법문사, 1996, 1179면 이하.

41) 허주욱, 형형학, 박영사, 1987, 423면.

문화의 발전은 사회의 각 제도 및 인간생활현상에 있어서 **완력적 요소가 감소되고 비완력적 요소가 증가함을** 말하는데, 이러한 문화의 발전된 상황에서 사형은 폐지된다⁴²⁾고 주장한다.

김기두교수는 「조건부 사형폐지론」의 입장이다. 김교수는 “사형이 폐지되어야 한다는 데는 오늘날 최소한 이론상에 있어서는 반대론자는 거의 차취를 감추어 가고 있으나, **실제상 아직도 사형제도를 두고 있는 것은 그 나라의 정치상 사회적으로 안정과 평온이 성취되어 사형이 폐지되기를 내면적으로 고려하고 있**다⁴³⁾고 주장한다.

남홍우교수도 「조건부 사형폐지론」을 주장하고 있다. 남교수는 “적어도 인도주의적 입장에서 보더라도 사형은 폐지되어야 한다. 다만 **실제에 있어서 그 폐지의 시기는 그 나라의 정치적·사회적 조건과 더불어 결정될 것이다**”⁴⁴⁾고 한다.

유기천교수도 「조건부 사형폐지론」의 입장이다. 유교수는 “사형은 이성적인 국가제도로서 이를 존속시킬 하등의 근거가 없으며, 좀 더 철학적으로는 톨스토이(Leon Tolstoi)가 이미 지적한 바와 같이 인간은 인간을 사형에 처할 근거를 가지고 있지 않은 것이다. 또한 사형은 우리의 「자유사회의 이념」과 모순된다 하지 않을 수 없다. 그러나 한국 국민이 어느 정도에 가서 이것을 수용할 것이냐 하는 문제는 별개의 문제이다. 우리의 문화가 속히 향상되어 일반이 사형을 폐지하는 것이 옳다고 생각하게 되는 날이 속히 오기를 기다릴 뿐이다.”⁴⁵⁾

정성근교수도 「조건부 사형폐지론과 사형제도의 점진적 개혁」의 입장이다. 정교수는 “사형존폐의 문제는 당해 국가의 현실적인 정치적·문화적·사회적 기반과 관련하여 상대적으로 논의되어야 하며, 대법원도 현재 우리나라의 실정과 국민도덕적 감정을 고려하여 사형을 합헌이라고 한다. 다만 과도기적 제도로서 최근 영국에서 실시한 바와 같이 몇 년간은 시험적으로 사형을 선고하지 아니하는 기간을 설정하고, 그 후에 폐지하는 방법이나, 또는 중국의 「사형의 집행유예제도」를 도입하여 일정한 집행유예 취소사유(예컨대 도주, 교도소내에서의 살인·상해 등)가 없을 때에는 유예기간 종료시에 법원의 선고에 의하여 무기징역으로 전환하는 방법을 고려할 필요가 있다”⁴⁶⁾고 주장한다.

안동준교수와 김성천교수 그리고 김형준교수도 「점진적 사형폐지론」의 입장이다. 안교수는 “사형존치론이 여전히 설득력을 갖는 이유는 사형이 갖는 긍정적 효과에 대한 믿음과 사형제도를 일거에 폐지했을 때 생겨날 공백에 대한 두려움이 바탕에 깔려 있기 때문이다. 따라서 이러한 지적을 유념하면서 **사형폐지의 조심스럽게 접근해 가야 할 것이다. 사형을 규정한 범죄의 범위를 대폭 축소한다거나 사형규정이 있는 경우에도 그 실행요건을 엄격하게 하는 등의 방법도 하나의 방안이 될 수 있다**”⁴⁷⁾고 생각한다.

임웅교수도 「점진적 사형폐지론」의 입장이다. 임교수는 “사형제도는 폐지함이 타당하다. 사형제도의 폐지여부는 몇년간의 시험기간을 거쳐 최종결정을 내릴 수도 있으며, 사형제도의 개선방안으로 우선 사형집행유예제도를 도입한다든가, 사형의 대상범죄를 축소하는 등, 점진적으로나마 사형폐지로 나아가는 노력이 있어야 할 것으로 보인다”⁴⁸⁾고 주장한다.

(3) 조속한 정치적 결단

42) 박정근, 사형의 사적(史的) 경향과 그 장래, 중대법정논총 제8집, 중앙대학교, 1959년 6월호, 78면.

43) 김기두, 사형제도, 법정 1965년 10월호, 349면.

44) 남홍우, 형법강의(총론), 1969, 292면.

45) 유기천, 형법학(총론강의), 개정23판, 일조각, 1983, 349면.

46) 정성근, 형법총론, 법지사, 1987, 654면; 정성근·박광민, 형법총론, 삼지원, 2001, 645면.

47) 안동준, 형법총론, 학현사, 1998, 331면; 김성천·김형준, 형법총론, 동원출판사, 1998, 593면.

48) 임웅, 형법총론, 법문사, 1999, 525면-526면.

이수성교수는 「사형폐지」를 강력히 주장한다. 이교수에 따르면 “사형에 대신하여 보안처분·무기구금·노역처분이나 사형집행유예제도·부정기형 등의 과감한 채택은 바로 시민이 국가에 대하여 요구하는 바”⁴⁹⁾라고 한다.

이형국교수도 「사형폐지를 위한 7가지의 논거를 역설하면서, 조속한 여건조성과 가능한 시일내에 사형이 폐지될 수 있도록 노력해야 한다」고 주장하고 있다. 이교수는 “사형은 ① 야만적이고 잔혹하며 비인도적이다 ② 일반인이 기대하는 것보다 위하력이 적다 ③ 국가가 살인행위를 비난해하면서 국가자신이 사람의 생명을 박탈하는 것은 옹보이다 ④ 사형은 개선적기능이나 교육적기능이 없다 ⑤ 오관의 가능성이 있다 ⑥ 범인의 생명박탈에 중점이 있고 피해자의 구제는 없다”라는 일반적인 논거를 제시하고 있다. 이형국교수는 특히 “⑦ 범죄의 원인에는 범죄인의 악성뿐만 아니라 환경적 요인이 차지하는 비중이 적지 아니하다. 그러나 사형은 범죄원인을 모두 범인에게만 책임지우고 있는 형벌이다”⁵⁰⁾고 밝히고 있다.

배종대교수도 「정치적 결단에 의한 사형폐지」를 주장하고 있다. 배교수에 따르면 “법이론적으로 보면 사형 제도는 정당화될 수 있는 길이 없다. 백 번 잘못된 제도이고 당연히 폐지해야 마땅한 형벌이다. ... 그러나 법은 정치에 종속하므로 정치가 사형제도를 원치 않는 한, 그 길은 요원하다. ... 그러므로 우리나라에서 사형폐지의 운명은 정치수단 또는 정치무기로 이용되는 사형의 연결고리를 어떻게 끊을 수 있는가에 달려 있다고 할 수 있다. 결국 사형을 정치수단으로 삼지 않아도 되는 좋은 정치상황이 되었을 때 사형은 폐지될 수 있을 것이다. 이에 대해서는 두 가지 방법이 있을 수 있다. 첫째 좋은 정치상황이 될 때까지 기다리든가 아니면, 둘째 좋은 정치상황은 아니더라도 정치 스스로 계몽되어 자발적으로 이 연결고리를 끊는 방법이 있다. 전자보다는 후자가 타당하고 희망적이다. 사형제도를 점진적으로 개혁하는 방법으로는 사형범죄의 축소, 사형선고의 제한, 사형집행의 유보 등이 있다. 이런 방법이 사형폐지의 징검다리 역할을 할 수도 있겠지만, 그렇다고 해서 사형폐지의 종국적 대안이 되기는 어렵다”는 입장이다.⁵¹⁾

6. 중간결론

건국 후 53년 동안(1948-2001) 지속되어온 한국의 사형존치론자와 사형폐지론자의 논쟁은 아직도 계속되고 있다. 사형존치론의 근거는 (1) 국가정책적 관점(국가사회존립) (2) 법철학적 관점(정의회복) (3) 단기적 형사정책적 관점(범죄예방효과) (4) 법사회학적 관점(현재의 국민 법감정)에서 주장되고 있고, 사형폐지론의 근거는 (1) 헌법적 관점(인간존엄에 반함) (2) 법철학적 관점(정의는 오직 신 만이) (3) 형법적·형사정책적 관점(형벌목적과 배치) (4) 법사회학적 관점(사형에 범죄억제의 효과가 있다는 가정과 그 가정에 근거한 믿음의 허구) (5) 법인간학적 관점(누가 너에게 교수할 권리를 주었는가? 사형집행관의 인격고려)에서 주장되고 있다.

한국 법학계의 사형제도에 대한 논쟁과정을 정리해 보면, 사형폐지론을 주장하는 견해(無順 이수성·이진호·심재우·정봉휘·강구진·유병렬·이형국·김일수·진계호·신진규·배종대·정영일·한인섭·이정원·허일태)와 사형존치론을 주장하는 견해(사형집행유예제도의 도입을 주장하는 견해: 정성근, 사형제도의 신중 및 축소를 주장하는 견해: 손해목·이재상·박상기, 안동준, 임웅)등으로 나눌 수 있다.⁵²⁾ 그러나 논쟁의 방향을 분석해 보면, 한국 법학계의 절대다수의 학자들은 사형제도의 폐지를 궁극적 목표로 하고 있음을 확인할 수 있다. 궁극적으로는 한국 학자들 모두가 폐지론자이다.

49) 이수성, 「사형폐지소고」, 서울대 법학 제13권 2호, 서울대학교 법학연구소, 1972, 76면.

50) 이형국, 형법총론, 법문사, 1997, 443면-444면.

51) 배종대, 형법총론(제6판), 홍문사, 2001, 688면; 배종대, 형사정책(제4판), 홍문사, 2001, 337면-338면.

52) 손해목, 형법총론, 법문사, 1996, 1178면.

논쟁의 흐름을 살펴보면, 「사형존폐의 당위성(當爲性)」에서, 최근에는 「사형제도가 초래하는 심각한 문제점의 제거방안」에 논의가 집중되어 있는 것을 확인할 수 있다.⁵³⁾ 구체적으로 (1)입법적으로 사형규정의 대폭 축소에 대한 논의, (2)사형제도를 규정하되 현실적인 시행은 억제하는 방법에 대한 논의(벨기에모델), (3)일정기간 사형의 집행을 유보한 뒤 그 기간이 지나면 무기형으로 전환하는 등 사형집행을 제한하는 방법에 관한 논의(중국모델), (4)사형선고에 법관의 전원일치를 요구하는 등 사형선고를 제한하는 방법에 관한 논의(스위스모델), (5)사법적으로 오관가능성의 방지에 대한 논의, (6)정치적 탄압의 도구로 악용방지에 대한 논의 등에서 찾을 수 있다.

사형제도에 대한 한국 법학계의 53년의 논쟁사는 근본적으로 헌법적 딜레마(자충수)를 안고 출발하였다. 한국은 해방이후 입법과정에서 일본제국주의시대(1910년부터 1945년까지)가 남긴 잔혹한 응보와 위하적 형벌(일반예방사상)을 제도적으로(법을 통해) 극복하지 못하고, 사형제도를 한국 헌법과 형법속에 잔존시키고 말았다. 이 때문에 한국 형사법학계는 지난 53년을 사형제도의 헌법상 정당성의 문제로 힘을 소진하였고, 그리고 위하적 일반예방사상의 극복의 문제로 나머지 힘을 소진하고 말았다.

이에 반하여 우리와 유사하게 전쟁과 분단을 겪은 독일은 「사형제도와 관련한 헌법적 정당성의 문제」를 1949년에 입법으로 해결하였다.⁵⁴⁾ 독일은 법률가들의 처절한 반성속에서 나치히틀러시대(1933-1945)가 남겨놓은 잔재를 극복하고자, 1949년 본(Bonn)기본법 제102조를 통하여 사형제도를 폐지하였다. 전쟁과 분단으로 우리와 유사한 정치환경을 가졌던 서독일은 나치히틀러시대의 잔혹한 위하적 형벌·형벌에 대해서도 형법적 청산을 시도하고, 정치형벌의 상징으로 나치의 정치이데올로기를 부양한 위하적 일반예방사상(Die negative Generalprävention)을 안락사(安樂死)시켜 버렸다. 어떠한 정치가에 의해서도 다시는 「위하적 일반예방사상을 정권유지에 남용하는 것을 방지하겠다」는 입법적 결단이었다. 이로써 사형존폐의 논쟁은 독일 기본법(GG)과 독일 형법(StGB)의 관계에서 명백하게 정리되었다.

1950년대 후반부터 독일의 형사법학계는 위하적 일반예방사상의 극복의 문제를 보다 확대하여 양형(量刑, Strafzumessung)분야까지 논의를 확대하였다. 이것이 소위 「위하적 일반예방사상에 뿌리를 둔 형벌강화(Strafverschärfung)와 인간존엄사상에 뿌리를 둔 책임(Schuld)과의 논쟁」이다. 독일 형사법학계는 이 논쟁에서 위하적 일반예방사상을 원천적으로 거부하고, 헌법적 정당성을 가진 책임원칙(Schuldprinzip)을 고수하였다. 당시 독일 형사법학계의 지배적 견해는 「책임은 바로 헌법상 보장된 인간존엄의 형법적 구현」이라는 인식이었다. 이러한 흐름은 1945년 이후 1960년대 초반까지 지속되었고, 독일의 형법개정안에도 반영되었다.⁵⁵⁾ 독일에서의 사형제도의 폐지는 전후 독일 형법사의 발전에

53) 대표적으로 김기춘, 형법개정시론, 삼영사, 1984, 395면: “사형적용의 대상범죄의 범위를 점진적으로 축소하고, 그 집행방법을 개선함으로써 사형제도가 갖고 있는 문제점을 극소화하는 노력이 필요하다”; 정성근, 형법총론, 법지사, 1991, 654면; 정성근·박광민, 형법총론, 삼지원, 2001, 645면; 손해목, 형법총론, 법문사, 1996, 1178면; 안동준, 형법총론, 학현사, 1998, 331면; 박상기, 형법총론(全訂版), 박영사, 1999, 467면-468면; 임웅, 형법총론, 법문사, 1999, 525면-526면.

54) 독일기본법(Grundgesetz) 제1조 1문의 「인간존엄과 일반예방의 논쟁」에 관한 주요문헌으로는: Badura, Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964, S. 337 ff. (344); Naucke, Generalprävention und Grundrechte der Person, in: Hassemer, Winfried-/Lüderssen, Klaus/Naucke, Wolfgang: Hauptproblem der Generalprävention, Frankfurt am Main 1979, S. 11 mit FN. 7; Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S. 377 ff.(379).

55) 1962년 독일 정부초안에 관해서는: Berg., in: BT-Dr. 5/3250, S. 98; 독일의 주요참고문헌은 Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil. Bd. 1: Grundlagen-Der Aufbau der Ver- brechenslehre,

있어서 엄청난 축진제가 되었다.

그러나 건국이후 지난 53년(1949-2001)동안 한국 형사법학계에서 전개된 사형제도에 대한 논쟁은 1948년 7월 17일 제헌헌법에서 사형폐지를 입법적으로 관철시키지 못한 원죄(原罪)와 반자유형법시대(Der Antiliberalismus des Strafrechts in Südkorea)의 열악한 환경속에서 전개되었고, 청산되어야 할 잔악한 응보사상과 위하적 일반예방사상은 독재정권의 권력유지를 위한 형법·형사정책의 이데올로기로 변형되었다.

그렇지만 우리가 평가에 인색하지 말아야 하는 것은 사형제도에 대한 논쟁과정에서 나타난 민주·자유·인도적 형법관(Die Entwicklung der Diskussion der Todesstrafe in Südkorea und der damit verbundene Wandel des Rechtsgedankens-Die Wiedereinführung und Erneuerung der Auffassung des demokratischen-liberalen-humanen Strafrechts in Korea)의 전개·확산과정이다. 나는 이러한 전개과정을 한국 땅에 민주·자유·인도적 형법관을 세우기 위하여 투쟁한 우리 법학자들의 53년간의 노력의 결과물이라고 평가한다. 헌법적·종교적·법철학적·법인간학적·형법적·형사정책적·범죄통계학적·법사회학적 투쟁은 「사형제도의 폐지환경과 폐지시기」를 촉구하기 위한 한국 법학계의 처절한 노력이었다. 이러한 노력들은 한국 법제사(法制史)에 남겨진 유물이며, 아직까지 그 생명력을 지니고 있다고 본다.

IV. 대법원과 헌법재판소의 사형제도에 대한 입장

건국이후 53년(1948-2001)동안 한국 대법원의 사형제도에 대한 입장은 확고하다. 대법원은 여전히 사형제도의 필요성을 인정하고 있다. 여기에는 헌법적·형사정책적·법사회학적 근거들이 제시되고 있다. 헌법재판소 전원재판부도 1996년 11월 28일 살인 및 특수강간혐의로 무기징역형이 확정된 정00가 「(1) 사형제도가 헌법에 위반되는지 여부 (2) 살인죄에 대하여 사형에 처할 수 있도록 규정한 형법 제250조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부에 대한 헌법소원에 대해 형법 제41조 제1호와 제250조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다」며 합헌결정⁵⁶⁾을 선고했다. 제IV장에서는 1980년 이후 사형제도와 관련하여 대법원에서 판시한 중요한 판결과 1996년 11월 28일에 선고한 헌법재판소 전원재판부의 사형제도 합헌 결정문을 분석해 보고자 한다.

1. 대법원의 입장

1980년 이후에 선고된 대법원 주요판결을 살펴보면, 대법원은 여전히 사형제도의 필요성을 인정하고 있다. 대법원은 사안에 따라 헌법적·형사정책적·법사회학적 근거들을 제시하고, 아직도 사형제도를 강력한 범죄투쟁수단(사형의 일반예방적 효과)으로 옹호하고 있다. 여기서는 사형제도와 관련하여 대법원에서

3. Aufl., München 1997, §4 VI Rdnr. 18; Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch, 8. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe 1992, 1, §6 II Rdnr. 38; Schönke-Schröder-Eser, Strafgesetzbuch. Kommentar, Einführung, 24. Aufl., München 1991, Rdnr. 2; Rüping, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl., München 1991, S. 115; Jescheck-Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, §11 IV 2.
56) 합헌을 주장한 헌법재판관은 7명이다: 재판장 재판관 김용준, 주심 재판관 김문희, 재판관 황도연, 재판관 이재화, 재판관 정경식, 재판관 고중석, 재판관 신창언 그러나 위헌을 주장한 헌법재판관은 2명이다: 재판관 김진우, 재판관 조승형.

판시한 중요한 판결 중 7개를 선정하여, 사실관계, (사형선고 및 원심파기에 대한) 판결요지를 중심으로 간략히 살펴보고자 한다.

(1) 부산 미국 문화원 방화사건 (대판 1983.3.8. 82도3248):
국가보안법위반, 현지건조물방화치상, 현주건조물방화예비, 계엄법위반, 집회및시위에 관한법을 위반, 특수공무집행방해, 범인은익, 범인도피

[공소사실] 1982년 3월 18일 14:00 정각 김00과 이00 등이 부산 미국문화원 정면 출입구에 들어서면서 물통의 휘발유를 현관에 쏟아, 최00와 김00은 미리 준비한 점화봉에 불을 붙여 집어던져 방00외 20여명의 사람이 현존하는 위 건물에 방화하고, 이 시각에 때 맞추어 류00은 유나백화점 4층과 박00, 최00은 국도극장 3층에서 발화시점과 함께 반미 배라를 살포하였다. 이 화재로 대학생 1명이 사망하였다.

1983년 3월 8일 대법원 형사제1부는 「부산 미국 문화원 방화사건」의 상고심에서 「사형제도의 존치이유와 형법 제164조 방화치사상죄에 있어서 사형을 존치할 이유」에 관하여 「사형제도의 합헌을 결정하고, 사형의 일반예방적 효과」를 간접적으로 인정하였다. 대법원 형사제1부의 「사형제도의 존치이유」에 대한 판결요지는 세 가지 관점으로 요약된다. 첫째 헌법적 관점(피해자의 생명의 가치), 둘째 형사정책적 관점(사회공공의 안녕과 질서유지), 셋째 법사회학적 관점(실정법에 나타난 국민적 총의)이다. 판결요지는 다음과 같다.

“인도적 또는 종교적 견지에서 존귀한 생명을 빼앗아 가는 사형은 피해야 할 것임에는 이론이 있을 수 없다. 그러나 한편으로는 범죄로 인하여 침해되는 또 다른 존귀한 생명을 외면할 수 없고 또 사회공공의 안녕과 질서를 위하여 생명형의 존치를 이해하지 못 할바가 아니다. 이것은 바로 그 나라의 실정법에 나타나는 국민적 총의라고 파악될 것이다”.

“방화죄가 불특정다수인의 생명, 신체, 재산에 대하여 위험을 발생시키고 공공의 평온을 해하는 공공위험죄인 까닭에 그 형이 특히 무겁고 역사적으로는 나라마다 방화죄에 극형을 부과하였음이 일반이었음에 비추어 보고 형법 제164조가 생명형을 규정한 취의로 보아 사형이 반드시 피해야 할 형이라고만 할 이유도 없다”.

“이 사건 방화의 태양이 방화와 동시에 살포된 배라에 표상된 바와 같이 공격범적이고 폭력범적인 것일 때 소론이 내세우는 사유는 원심의 형의 선택을 비의하는 논거로서는 너무나 박약하다고 하지 않을 수 없다”.

(2) 살인, 살인미수(대판 1985.6.11. 85도926)
피고인이 사소한 지비 끝에 이00(당시 19세)을 비롯한 3명의 피해자를 칼로 여러 번씩 찔러 그 중 2명을 살해하고, 1명을 미수에 그치게 하였다. 1심법원과 2심법원은 모두 피고인에게 사형을 선고하였다.

1985년 6월 11일 대법원 형사제2부는 이 사건의 상고심에서도 사형제도의 필요성을 긍정하고 있으며, 다만 사형을 선택할 경우에는 일반예방적 견지에서 불가피한 경우에만 허용된다고 밝히고, 원심의 양형은 심히 부당하다고 인정하고 있다. 대법원이 선고한 판결의 의미는 형사정책적 관점(사형선고의 신중한 선택)을 강조하고 있다는 점이다. 판결요지는 다음과 같다.

“이 사건 범행의 수단, 방법, 결과, 동기등에 비추어 제1심이 피고인에 대하여 선고한 사형이 결코 무겁다고 인정되지 않는다고 판단하고 있다. 그러나 사형은 인간존재의 근원이 되는 생명자체를 영원히 박탈해 버리는 극형으로서 그 생명을 존치시킬 수 없는 부득이한 경우에 한하여 적용돼야 할 궁극의 형벌이므로 사형을 선택함에 있어서는 범행의 동기, 태양, 죄질, 살해의 수단, 방법의 집요성, 잔악성, 결과의 중대성, 피해자의 수, 피해감점, 범인의 연령, 전과, 범행후의 정황, 범인의 환경, 교육정도등 제반사정을 참작하여 죄책이 심히 중대하고 죄형의 균형이나 범죄의 일반적 예방의 견지에서 극형이 불가피하다고 인정되는 경우에 사형의 선택도 허용된다고 보아야 할 것이다.”⁵⁷⁾

“그러나 이 사건 범행동기에는 피해자들의 모독적 언행도 이를 자극하였다고 보여지고, 이 사건 범행의 방법이 계획된 의도에서 이루어진 것이 아니고 술에 다소 취한 흥분한 상태에서 일어난 우발적인 일회적인 것이고 위에 나타난 피고인의 환경, 생육과정과 이 사건 범행후 피고인은 전비를 깊이 뉘우치며 피해자의 명복을 빌고 있는 점등 제반의 사정을 참작하여 보면 범행의 결과는 중하다 하더라도, 다른 유사사건의 일반적 양형에 비추어 죄형의 균형의 면에서 피고인의 이 사건 범행이 사형을 선택하지 아니하면 아니될 불가피한 경우라도 잘라 말하기는 어렵다 할 것이다. 따라서 원심의 양형은 심히 부당하다고 인정할 중대한 사유가 있는 경우라 할 것이므로 이를 지적하는 논지는 이유있다. 따라서 원심판결을 파기하고, 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.”⁵⁷⁾

(3) 강도치사사건(대 판 1987.9.8. 87도1458):

특정범죄가중처벌등에관한법을 위반(강도), 강도치사, 강도강간, 강도상해, 특수절도

1987년 9월 8일 대법원 형사제3부는 「강도치사사건」의 상고심에서도 사형제도의 합헌(필요성)을 유지하고 있다. 대법원 형사제3부는 「(1) 강도치사죄의 성립에 살인의 고의를 요하는지 여부와 (2) 사형의 위헌여부」에 대하여 판결하였는데, 특히 사형의 위헌여부에 대한 판결요지는 두 가지 관점으로 요약된다. 첫째 헌법적 관점(피해자의 생명의 가치), 둘째 형사정책적 관점(사회공공의 안녕과 질서유지)이다. 판결요지는 다음과 같다.

“강도치사죄는 이른바 결과적 가중범으로서 살인의 고의까지 요하는 것이 아니므로 피고인이 강도의 기회에 사람을 죽음에 이르게 한 이상 강도치사죄의 죄책을 면할 수 없다.”⁵⁹⁾

“인도적 또는 종교적 견지에서 존귀한 생명을 빼앗기는 사형제도는 모름지기 피해야 할 일이겠지만 한편으로는 범죄로 인하여 침해되는 또 다른 귀중한 생명을 외면할 수 없고 사회공공의 안녕과 질서를 위하여 국가의 형사정책상 사형제도를 존치하는 것도 정당하게 승인할 수 밖에 없는 것이므로 형법 제338조가 그 법정형으로 사형을 규정하였다 하더라도 이를 헌법에 위반되는 조문이라고 할 수 없다.”⁶⁰⁾

“이 사건 피고인의 성장과정이나 가정환경 그리고 연령 등에 미루어 동정할 점이 없지 아니하나 피고인의 이 사건 범

57) 대 판 1985.6.11. 85도926; 서울고등법원 1985.4.3. 선고, 85노219 판결.

58) 대 판 1985.6.11. 85도926: 법원공보 제757호, 1985년 8월 1일자: “그의 아들인 이○○이 나와 어른과 싸운다고 피고인을 때리며 “술 처먹으려면 잘 먹으라”며 돌아가 방에 다시 들어 오니 위 권○○이 방문을 두드리며 “이 새끼야 나와”하며 소리를 지르므로 자기집도 아닌데 무슨 간섭이냐고 욕설을 하면서 나가니 다시 위 윤 옥분이 “나가라”고 소리치자 “나가도 밝은 날 나가야지 밤중에 어디로 가란 말이나”고 하며 방에 들어가자 위 양인은 다시 “이 새끼야 나가, 이방에서 잘 수 없다. 때려 죽인다.”고 아우성을 쳐 방문을 나오는데 마침 부엌에 과도가 눈에 띄어 뒷주머니에 칼을 넣고 대문가에 가서 칼을 내보이며 “죽여버릴테니 이리저들 말라”고 하니 모였던 사람이 물러나는데 위 권○○이 “이 새끼 죽여 봐라”하며 먹살을 잡고 대들어 피고인은 “이 쌍년 이거봐”하는데 위 이○○이 달려들으므로 모두 죽여버리겠다고 마구 찢러 이 사건의 결과를 야기한 사실이 인정되어 그 동기가 피고인으로서도 처도 도망하고 있는데 남의 일에 참견하며 집을 나가라고 업신여기고 동네에 친척도 없이 어렵게 산다고 너무 무시하는 것 같고 야밤에 나가라하여 순간적으로 죽어야겠다는 생각으로 칼을 내보이는데 피해자등이 먹살을 잡는등 달려드는 데 자극을 받아 범행이 촉진하게 한 점이 보이고 피고인은 평소 성질이 급하고 인내심이 없는 편이며 술을 마시면 주정하는 습성은 있으나 평소 피해자나 동리사람들과 원한이나 별 감정 또는 불만은 서로 없었다는 것이고 싸우는 일도 없었는데 당일 마음이 좋지 않아 마신 술의 작용과 성질이 급한 나머지 범행을 하게 된 것임을 알 수 있다”; 서울고등법원 1985.4.3. 선고, 85노219 판결.

59) 대 판 1987.9.8. 87도1458: 법원공보 제811호, 1987년 11월 1일자; 서울고등법원 1987.6.12. 선고, 87노871 판결.

60) 대 판 1987.9.8. 87도1458.

행동기와 범행의 회수, 수단방법 및 이 사건으로 두 사람이나 생명을 잃게 되는 등의 범행의 결과 그리고 범행후의 정황 등 모든 양형의 조건을 살펴볼 때 피고인에게 사형을 선고한 제1심판결을 그대로 유지한 원심의 조치는 옳게 수긍이 가고 그 형의 양형이 심히 부당하다고 인정할 만한 현저한 사유를 발견할 수 없다. 주장들은 모두 이유없다. 그러므로 상고를 기각하기로 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.”⁶¹⁾

그러나 이 판결은 학자들에 의해 「사형선고에 대한 판단기준의 일관성 결여」라는 측면에서 비판을 받았다.⁶²⁾

(4) 강도살인사건(대 판 1990.4.24. 90도319):

강도살인, 강도강간, 강도강간미수, 강도상해, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(강도), 폭력행위등처벌에관한법을 위반

1990년 4월 24일 대법원 형사제1부는 「강도살인사건」의 상고심에서도 사형제도의 합헌(필요성)을 유지하고 있다. 대법원 형사제1부는 「사형제도의 존치이유」에 대한 판시사항에서 두 가지의 관점을 제시하고, 사형제도의 존치이유를 밝히고 있다. 첫째는 형사정책적 관점(국가의 형사정책으로 질서유지)이며, 두 번째는 헌법적 관점(공공복리)이다. 판결요지는 다음과 같다.

“국가의 형사정책으로 질서유지와 공공복리를 위하여 형법에 사형이라는 형벌을 규정하였다 하여 이를 헌법에 위배된 것이라 할 수 없다 할 것이므로(당원 1967.9.19. 선고, 67도988 판결 참조) 피고인을 사형에 처한 제 1심판결을 시인한 원심판결에 소론 헌법의 각 규정에 위반된 잘못이 있다는 논지는 이유없고, 기록에 의하여 피고인의 연령, 성행, 지능, 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단, 결과 및 범행후의 정황등 양형의 조건이 되는 여러가지 사정을 살펴보면 피고인에 대한 제1심의 형량은 수긍이 가고 무거워 부당하다고는 인정되지 않으므로 이를 유지한 원심의 조처에 소론과 같은 위법이 없다. 이에 상고를 기각하기로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.”⁶³⁾

(5) 살인, 살인미수(대 판 1991.2.26. 90도2906):

살인, 살인미수, 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(강도, 강도강간, 강도강제추행), 강도상해, 특수절도, 절도, 폭력행위등처벌에관한법을 위반, 공문서변조

1991년 2월 26일 대법원 형사제2부는 「살인사건」의 상고심에서도 사형제도의 합헌을 견지하고 있다. 대법원 형사제2부는 「사형제도의 존치이유」에 대한 판시사항에서 두가지의 관점을 제시하고, 사형제도의 존치이유를 밝히고 있다. 첫째는 형사정책적 관점(국가의 형사정책으로 질서유지)이며, 두 번째는 헌법적 관점(공공복리)이다. 판결요지는 다음과 같다.

“헌법 제12조 제1항에 의하면 형사처벌에 관한 규정이 법률에 위임되어 있을 뿐 그 처벌의 종류를 제한하지 않고 있으며, 현재 우리나라의 실정과 국민의 도덕적 감정 등을 고려하여 국가의 형사정책으로 질서유지와 공공복리를 위하여 형법 등에 사형이라는 처벌의 종류를 규정하였다 하여 이것이 헌법에 위반된다고 할 수 없다(당원 1963.2.28. 선고, 62도241 판결; 1967.9.19. 선고, 67도988 판결 등 참조).”⁶⁴⁾

“피고인들에 대한 소론의 정상을 참작한다 하더라도 이 사건 피고인들의 범행동기, 범행방법의 잔혹성, 다수의 강도 및 강간 피해 이외에 피살자만도 5명에 이르는 피해결과, 범행 전후의 정황 등 기록에 나타난 양형조건에 관한 여러 사정을

61) 대 판 1987.9.8. 87도1458.

62) 비판적 판결평석에 관해서는 한인섭, 사형제도의 문제와 개선방안, 형사정책학회발표, 1991, 19면; 정봉휘, 사형존폐론의 이론사적 계보, 동산손해목박사화갑기념논문집, 형사법학의 현대적 과제, 동산손해목박사화갑기념논문집간행위원회, 1993, 495면-508면(499면-500면) 참조.

63) 대 판 1990.4.24. 90도319: 법원공보 제874호, 1990년 6월 15일자.

64) 대 판 1991.2.26. 90도2909, 법원공보 제894호, 1991년 4월 15일자; 서울고등법원 1990.11.22. 선고, 90노2771 판결.

모아볼 때 피고인들에 대한 원심의 양형(각 사형)이 부당하다고 여겨지지 아니한다.”⁶⁵⁾

(6) 강도살인, 일반자동차 방화, 특수절도(1992.8.14. 제3부 판결 92도1086)

피고인(강도살인의 범행 당시 21세 6개월)은 술에 취하여 흥분한 상태로 승용차를 강취하는 과정에서 살인하였다. 강도살인을 한 후 죄증을 인멸하기 위해 강취한 차량에 방화하였다. 1심 법원과 2심 법원은 “피고인은 수 차례의 범죄전력이 있는 자인데다가 이 사건 범행내용이 대담하고 잔인하며 강도살인을 한 후 죄증을 인멸하기 위해 강취차량에 불을 지르는 등 포악한 성격을 드러내었고, 이 사건 범행이 신문에 크게 보도된 것을 보고도 바로 또 다른 범죄행각을 벌이고 다녔을 뿐만 아니라, 이 사건으로 수사기관에서 조사를 받고 재판을 받는 과정에서도 진실의 은폐를 기도하고 있는 점 등을 참작할 때, 사회를 방위함이 마땅하다 하여 사형을 선택한다”고 판시하였다.

1992년 8월 14일 대법원 형사제3부는 「강도살인사건」의 상고심에서 「사형제도의 존치이유」에 대하여 「사형제도의 합헌을 결정하고, 사형의 일반예방적 효과」는 인정하였다. 다만 사형을 선택할 경우에는 일반예방적 견지에서 불가피한 경우에만 허용된다고 밝히고, 원심의 양형은 심히 부당하다고 밝히고 있다. 대법원 형사제3부가 선고한 판결의 의미는 형사정책적 관점(사형선고의 신중한 선택)을 강조하고 있다는 점이다. 판결요지는 다음과 같다.

“사형은 인간의 생명자체를 영원히 박탈하는 냉엄한 극형으로서 그 생명을 존치시킬 수 없는 부득이 한 경우에 한하여 적용되어야 할 궁극의 형벌이므로, 사형을 선택함에 있어서는 범행의 동기, 태양, 죄질, 범행의 수단, 잔악성, 결과의 중대성, 피해자의 수, 피해감정, 범인의 연령, 전과, 범행 후의 정황, 범인의 환경, 교육 및 생육과정 등 여러 사정을 참작하여 죄책이 심히 중대하고 죄형의 균형이나 범죄의 일반예방적 견지에서 극형이 불가피하다고 인정되는 경우에 한하여 허용될 수 있는 것이다(당원 1985.6.11. 선고, 85도926 판결; 1987. 10.13. 선고, 87도1240 판결 각 참조).”⁶⁶⁾

“이 사건의 기록에 의하면 피고인 박00은 1967.4.24.생으로서 원심에서 사형이 선택된 이 사건 강도살인의 범행 당시 21세 6개월의 젊은나이였고, 1986.9.과 1988.3.에 폭력행위로 각각 벌금형을 선고받은 이외에 이 사건 일련의 범행 이전에 별다른 형사처벌을 받은 사실은 없는 자로서 현재 부모와 동거하는 여인 및 어린 딸을 두고 있으며, 한편 피해자를 살해하게 된 것도 처음부터 계획하고 의도한 것이라기보다 술에 취하여 흥분한 상태로 승용차를 강취하는 과정에서 우발적으로 저질러진 것으로 보이고, 이 사건으로 수사 및 재판을 받는 과정에서 공소사실 중 살인의 범의를 제외한 사실 자체는 대체로 시인하는 취지이고, 피해자의 유족과 원만히 합의하여 그들도 위 피고인의 처벌을 원하지 않는다는 의사를 표명하고 있음을 알 수 있는바, 여기에 피고인의 환경, 교육 및 생육과정 등을 아울러 고려하면 비록 원심이 실시하고 있는 바와 같이 이 사건 강도살인범행의 수단이나 결과가 중하고, 또한 위 피고인이 그 범행 후에도 다시 특수절도 등의 범행을 저지른 점 등 중한 형으로 처단하여야 할 사정이 있음은 충분히 인정되지만, 앞에 실시한 사형의 선택기준이나 다른 유사사건과의 일반적 양형의 균형면에 비추어 볼 때 원심이 위 피고인을 극형인 사형으로 처단한 것은 그 형이 심히 무겁다고 인정할 현저한 사유가 있는 때에 해당한다고 인정되므로 이를 지적하는 논지는 이유 있다.”⁶⁷⁾

(7) 살인, 강간, 사체유기(1995.1.13. 제2부 판결 94도2662)

피고인은 평소 피고인을 믿고 따르던 처제를 강간하고, 망치 등으로 두부를 4회나 강타하여 살해한 후 범행을 은폐하기 위하여 피해자의 사체를 유기하였다. 1심 법원과 2심 법원은 모두 피고인에게 사형을 선고하였다. 1995년 1월 13일 대법원 형사제2부는 피고인 및 국선변호인이 제기한 상고심(1. 채증법칙을 위반한 사실오인의 점에 대하여 2. 양형부당의 점에 대하여)에서 다음과 같이 판결하였다.

“피고인이 이 사건 피해자를 강간하고 살해한 다음 그 사체를 유기한 각 범행을 저질렀다고 인정한 원심의 판단은 정

65) 대판 1991.2.26. 90도2909.

66) 대판 1991.2.26. 90도2909.

67) 대판 1991.2.26. 90도2909, 법원공보 제929호, 1992년 10월 1일자; 서울고등법원 1992.4. 21. 선고, 92노412, 92노1346 판결.

당한 것으로 수궁이 가고, 거기에 소론과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유 없다.”⁶⁸⁾

“사형은 인간의 생명 자체를 영원히 박탈하는 냉엄한 극형으로서 그 생명을 존치시킬 수 없는 부득이한 경우에 한하여 적용되어야 할 궁극의 형벌이므로, 형벌을 선택함에 있어서는 범행의 동기, 태양, 죄질, 범행의 수단, 잔악성, 결과의 중대성, 피해자의 수, 피해감정, 범인의 연령, 전과, 범행 후의 정황, 범인의 환경, 교육 및 생육과정 등 여러 사정을 참작하여 죄책이 심히 중대하고 죄형이 불가피하다고 인정되는 경우에 한하여 허용될 수 있다.”⁶⁹⁾

“처제를 강간, 살해하고 이를 은폐하기 위하여 사체를 유기하는 등 때로는 순간적인 감정을 주체하지 못하거나 격정적인 상태에서 흔히 저질러지기 쉬운 강간 및 살인을 그 주된 내용으로 하는 일련의 범행이 문제된 경우, 사전에 모든 범행이 치밀하게 계획되어 이루어진 경우와 단순히 우발적이고 순간적인 감정으로 인하여 이루어진 경우, 그리고 최초 범행은 사건 계획하에 실행에 옮겨졌으나 그에 잇따른 범행은 당초 범행을 은폐하거나 또는 흥분된 상태에서 순간적으로 범의가 일어나 우발적으로 저질러진 경우에 있어서 각 그 양형조건을 달리 한다고 할 것이므로, 이 사건에 있어서도 과연 피고인이 피해자를 강간한 다음 살해할 것을 사전에 치밀하게 계획하고 범행한 것인지, 아니면 강간만 할 생각으로 범행하였는데 순간적인 상황의 변화로 살인의 범행에까지 이어졌던 것인지 여부가 면밀히 심리·확정(確定)된 다음에 그 양형을 정하여야 옳다”⁷⁰⁾는 이유로, 피고인을 사형에 처한 원심판결을 파기하고, 사건을 대전고등법원에 환송하였다.

2. 헌법재판소의 입장

사형제도가 위헌인지 여부를 가리는 “사형제도의 헌법소원”은 1993년 11월 25일과 1996년 11월 28일에 헌법재판소 전원재판부에 의해 결정되었다. 그러나 사형제도에 의한 생명권 침해에 대한 헌법소원(1993. 11. 25. 89헌마 36 전원재판부) 심판청구는 법조들의 위헌성 여부에 관한 본안문제에 나아가지도 못하고 부적법하여 각하되었고, 1996년 11월 28일 살인 및 특수강간혐의로 무기징역형이 확정된 정모씨가 헌법소원심판청구(형법 제250조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부)에 대해 헌법재판소 전원재판부는 「형법 제41조 제1호와 제250조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다」며 7대2로 합헌결정을 선고했다. 사실관계와 판결요지를 간략히 살펴보고자 한다.

(1) 사형제도에 의한 생명권 침해에 대한 헌법소원(헌재 1993. 11. 25. 89헌마 36 전원재판부)

청구인은 채소수집 중개상인바, 사업 중 알게 된 피해자 김00을 1986년 10월 8일 17:00경 서울 동대문구 청량리 소재 맘모스호텔 커피숍에서 만나 춘천내면에 더덕밭이 있으니 같이 가서 매수하여 판매하자고 유인하여 위 더덕밭에서 쇠스랑으로 살인하고, 살인 후 피해자 품속에 있는 금 700,000원을 취득하였다고 하여 1987년 1월 8일 춘천지검에서 강도살인죄로 기소되었으며, 1987년 3월 12일 춘천지방법원 87고합4 판결로써 사형선고를 받고 항소하여 같은 해 8월 6일 서울고등법원 87노996 판결에서 항소기각이 되었고, 이어 상고하였으나 같은 해 10월 26일 대법원 87도1390 판결로써 상고기각이 되어 판결이 확정되게 되었다. 이에 청구인은 위 사형판결의 근거가 되는 형법 제338조(강도살인, 치사)와 형법 제57조 제1항(사형의 집행)은 각 헌법 제10조, 제12조, 제37조의 각 규정을 위반하여 청구인의 헌법상의 기본권을 침해하고 있다고 주장하면서 1989년 2월 28일 이 사건 헌법소원심판청구를 하기에 이르렀다. 헌법재판소는 다음과 같이 결정하였다.

“이 사건으로 돌아가 보면, 기록상 청구인은 이 사건 심판대상법률의 각 시행일 이후인 1986년 10월 초순경 청구의 김00을 강도살인하였다는 이유로 앞서 살핀 것처럼 1, 2심을 각 거쳐 1987년 10월 26일 대법원에서 사형의 확정판결을 받은 것인바, 그렇다면 청구인의 기본권인 생명권침해의 자기관련성이 생김 형법

68) 대판 1995.1.13. 94도2662.

69) 대판 1995.1.13. 94도2662.

70) 대판 1995.1.13. 94도2662; 법원공보 제986호, 1995년 2월 15일자; 대전고등법원 1994.9. 16. 선고, 94노333 판결.

제338조의 존재는 적어도 검사가 이를 적용법조로 하여 공소를 제기하고 그 공소장부분이 청구인측에 통지될 시점인 1987년 1월경에는 이미 알았다고 볼 것이고, 청구인의 생명권침해의 구체적 집행규정인 행형법 제57조 제1항의 존재도 적어도 위 대법원의 사형확정판결이 선고되고 사형집행을 전제로 한 수감상태에 들어가기 시작한 1987년 10월 26일경에는 알았다고 봄이 상당하다고 할 것이다. 그런데 이 사건과 같이 당재판소가 발족하기 이전에 있었던 공권력에 의한 기본권침해에 대한 헌법소원심판청구기간의 기산점에 관하여 당재판소가 구성된 1988.9.19.부터라고 한다면(당재판소 1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정; 1991.9.16. 선고, 89헌마151 결정; 1992.4.14. 선고, 89헌마136 결정; 1993.7.29. 선고, 90헌마197 결정 등), 위 기산일 이전에 이미 위 공권력의 침해사실을 알고 있었다고 보여지는 청구인으로서 적어도 위 기산일인 1988년 9월 19일부터 60일 이내인 같은 해 11월 18일까지 이 사건 심판청구를 제기하였어야 그 제소기간을 준수한 것이라고 할 수 있을 것이다. 이 사건 헌법소원 심판청구는 위 법조들의 위헌성 여부에 관한 본안문제에 나아갈 필요도 없이 부적법하여 각하하기로 하고, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.”⁷¹⁾

(2) 형법 제250조 등 헌법소원(헌재 1996. 11. 28. 95헌바1 전원재판부)

사건의 개요를 보면, 청구인은 살인과 특수강간 등의 혐의로 기소되어 제1심 및 항소심에서 사형을 선고받고 대법원에 상고를 함과 동시에 살인죄에 대한 법정형의 하나로서 사형을 규정한 형법 제250조 제1항, 사형을 형의 종류의 하나로서 규정한 같은 법 제41조 제1호, 사형집행의 방법을 규정한 같은 법 제66조, 사형집행의 장소를 규정한 행형법 제57조 제1항에 대한 위헌여부심판의 제청을 하였으나 대법원은 1994년 12월 19일 청구인이 위 신청을 기각⁷²⁾하였다. 이에 청구인은 1995년 1월 3일 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구⁷³⁾하였다. 헌법재판소 전원재판부는 1996년 11월 28일 살인 및 특수강간혐의로 무기징역형이 확정된 정모씨가 「(1) 사형제도가 헌법에 위반되는지 여부 (2) 살인죄에 대하여 사형에 처할 수 있도록 규정한 형법 제250조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부에 대한 헌법소원에 대해 형법 제41조 제1호와 제250조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다」며 7대2로 합헌결정을 선고했다.⁷⁴⁾ 재판부의 결정요지는 다음과 같다.

(가) 합헌론

헌법재판소 전원재판부는 「청구인의 이 사건 청구 중 형법 제66조 및 행형법 제57조 제1항에 대한 부분은 부적법하고, 형법 제41조 제1호 및 제250조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다」고 결정한다. 이 결정은

71) 사형제도에 의한 생명권 침해에 대한 헌법소원, 1993. 11. 25. 89헌마 36 전원재판부; 헌법재판소공보 제4호; 헌법재판소판례집 제5권 2집, 1993, 418면 이하.

72) 위헌제청신청(1994.12.19. 제3부 결정 94초123): 법원공보 제985호, 1995년 2월 1일자: 1994년 12월 19일 대법원 형사제3부는 「사형을 규정한 형법 규정 및 사형집행을 인정하는 형법 제66조, 행형법 제57조 제1항의 위헌 여부」에 대해 헌법에 위배되는 것이라고 볼 수 없다는 태도를 취하고 있다. “형법 제250조, 제41조 등 사형이라는 형벌을 규정한 형법 규정이 헌법위반의 법률이라고 할 수 없고, 사형의 집행을 인어하는 형법 제66조, 행형법 제57조 제1항이 헌법에 위배되는 것이라고는 볼 수 없다”.

73) 이 사건 심판의 대상은 형법 제250조 제1항, 제41조 제1호, 제66조 및 행형법 제57조 제1항이다. 위 각 법률조항의 규정내용은 다음과 같다. 형법(1953.9.18. 법률 제293호 제정, 1995.12.29. 법률 제5057호 최종 개정); 제250조(살인, 존속살해) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다; 제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다. 1. 사형; 제66조(사형) 사형은 형무소내에서 교수하여 집행한다; 행형법(1950.3.2. 법률 제105호 제정; 1961.12.23. 법률 제858호 전문 개정, 1995.1.5. 법률 제4936호 최종 개정); 제57조(사형의 집행) ① 사형은 교도소내의 사형장에서 집행한다.

74) 형법 제250조 등 위헌소원: 1996. 11. 28. 95헌바1 전원재판부; 헌법재판소공보 제19호; 헌법재판소판례집 제8권 2집 537면-572면.

재판장 김용준재판관, 주심 김문희재판관, 황도연재판관, 이재화재판관, 정경식재판관, 고중석재판관, 신창언재판관이 찬성하였다.

① 헌법 제37조 제2항의 생명권의 제한

“인간의 생명에 대하여는 함부로 사회과학적 혹은 법적인 평가가 행하여져서는 안될 것이지만, 비록 생명에 대한 권리라고 하더라도 그것이 헌법상의 기본권으로서 법률상의 의미가 조영되어야 할 때에는 그 자체로서 모든 규범을 초월하여 영구히 타당한 권리로서 남아 있어야 하는 것이라고 볼 수는 없다. ... 비록 생명이 이념적으로 절대적 가치를 지닌 것이라 하더라도 생명에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있다고 할 것이므로, 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없다 할 것이다.”⁷⁵⁾

“생명권(生命權) 역시 헌법(憲法) 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없는 것이나, 생명권(生命權)에 대한 제한은 곧 생명권(生命權)의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 사형(死刑)이 비례(比例)의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 공공(公共)의 이익(利益)을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌(刑罰)이라 하더라도 헌법(憲法) 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다.”⁷⁶⁾

② 사형은 헌법상의 비례의 원칙에 반하지 아니한다.

“사형은, 이를 형벌의 한 종류로 규정함으로써, 국민일반에 대한 심리적 위하를 통하여 범죄의 발생을 예방하고, 이를 집행함으로써 특수한 사회악의 근원을 영구히 제거하여 사회를 방어한다는 공익상의 목적을 가진 형벌이다.”⁷⁷⁾

“모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 생명의 침해에 못지 아니한 중대한 공익을 침해하는 등의 경우에는 국민의 생명·재산 등을 보호할 책임이 있는 국가는 어떠한 생명 또는 법익이 보호되어야 할 것인지 그 기준을 제시할 수 있는 것이다. 인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 “필요악”으로서 불가피하게 선택된 것이며 지금도 여전히 제기능을 하고 있다는 점에서 정당화될 수 있다. 따라서 사형은 이러한 측면에서 헌법상의 비례의 원칙에 반하지 아니한다 할 것이고, 적어도 우리의 현행 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 한 종류이기도 하므로 아직은 우리의 헌법질서에 반하는 것으로 판단되지 아니한다.”⁷⁸⁾

③ 사형이 가진 위하에 의한 범죄예방의 필요성이 거의 없게 된다면 국민들의 법감정이 그렇다고 인식하는 시기에 이르게 되면 사형은 곧바로 폐지

“우리는 위헌·합헌의 논의를 떠나 사형을 형벌로서 계속 존치시키는 것이 반드시 필요하고 바람직한 것인가에 대한 진지한 찬반의 논의도 계속되어야 할 것이고, 한 나라의 문화가 고도로 발전하고 인지가 발달하여 평화롭고 안정된 사회가 실현되는 등 시대상황이 바뀌어 생명을 빼앗는 사형이 가진 위하에 의한 범죄예방의 필요성이 거의 없게 된다면 국민들의 법감정이 그렇다고 인식하는 시기에 이르게 되면 사형은 곧바로 폐지되어야 하며, 그럼에도 불구하고 형벌로서 사형이 그대로 남아 있다면 당연히 헌법에도 위반되는 것으로 보아야 한다는 의견이다.”⁷⁹⁾

75) 헌재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 545면.

76) 헌재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 537면.

77) 헌재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 546면.

78) 헌재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 547면-548면.

79) 헌재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 548면.

④ 사형을 합헌이라고 보는 한 형법 제250조 제1항이 규정은 그 비례의 원칙에 반하지 아니한다.

“형법 제250조 제1항이 규정하고 있는 살인의 죄는 인간생명을 부정하는 범죄행위의 전형이고, 이러한 범죄에는 그 행위의 태양이나 결과의 중대성으로 미루어 보아 반인륜적 범죄라고 규정지워질 수 있는 극악한 유형의 것들도 포함되어 있을 수 있는 것이다. 따라서 사형을 형벌의 한 종류로서 합헌이라고 보는 한 그와 같이 타인의 생명을 부정하는 범죄행위에 대하여 행위자의 생명을 부정하는 사형을 그 불법효과의 하나로서 규정한 것은 행위자의 생명과 그 가치가 동일한 하나의 혹은 다수의 생명을 보호하기 위한 불가피한 수단의 선택이라고 볼 수밖에 없으므로 이를 가리켜 비례의 원칙에 반한다고 할 수 없어 헌법에 위반되는 것이 아니다.”⁸⁰⁾

(나) 위헌론

사형제도가 합헌이라는 다수의견에 대하여 김진우재판관과 조승형재판관은 반대의견을 개진하였다.

① 헌법 제10조(인간의 존엄과 가치)는 헌법의 최고의 가치

“헌법은 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.” 고 규정하여 모든 국민이 이 세상 무엇보다도 바꿀 수 없는 인간으로서의 존엄과 가치를 갖는 존재임을 명확히 확인하고 있다. 헌법 제10조에서 이와 같이 확인된 인간의 존엄과 가치는 헌법개정에도 의해서도 삭제되거나 제한되어서는 아니 되는 것이고, 헌법의 다른 규정들에 의하여도 제한되어서는 아니되는 헌법의 최고의 가치이며, 위와 같은 확인은 가장 중요한 가치결단인 것이다. 다른 기본권들은 이와 같이 최고의 의미를 갖는 인간의 존엄과 가치를 각 생활영역에서 구체화하고 있는 것이며, 따라서 인간의 존엄과 가치는 다른 기본권규정들에 대한 해석의 지침인 동시에 다른 기본권의 제한에 있어서의 절대적 한계를 이룬다. 뿐만 아니라 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치는 기본권보장규범들 이외의 다른 규정들에 대한 해석의 지침으로 작용한다”⁸¹⁾(재판관 김진우의 반대의견).

② 헌법 제10조는 형사입법, 형사법의 적용과 집행의 지도적 원리

“헌법 제10조에 규정된 인간의 존엄성에 대한 존중과 보호의 요청은 형사입법, 형사법의 적용과 집행의 모든 영역에서 지도적 원리로서 작용한다. 그러므로 형사법의 영역에서 입법자가 인간의 존엄성을 유린하는 악법의 제정을 통하여 국민의 생명과 자유를 박탈 내지 제한하는 것이나 잔인하고 비인간적인 형벌제도를 채택하는 것은 헌법 제10조에 반한다. 사형제도는 나아가 양심에 반하여 법규정에 의하여 사형을 언도해야 하는 법관은 물론, 또 그 양심에 반하여 직무상 어쩔 수 없이 사형의 집행에 관여하는 자들의 양심의 자유와 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 비인간적인 형벌제도이기도 하다”⁸²⁾(재판관 김진우의 반대의견).

③ 사형제도를 규정하고 있는 법률규정은 과잉금지 원칙에 위반

“아무리 훌륭한 법관이라 하더라도 인간이 하는 재판인 한 오판이 있을 수 있고 그 경우 집행을 마친 후에 있어서는 어떠한 방법으로도 원상회복이 절대적으로 불가능한 사형제도에 의하여 달성하려는 목적인 범인의 영구적 격리나 범죄의 일반예방이라는 공익은 무기징역에 의하여도 달성될 수 있는 것인데도 국민의 기본권 중에서 가장 기본적인 의미를 갖는 기본권인 생명권(인간의 생명은 그 개개인에 있어서는 하나의 우주이고, 지구보다 무거운 것이다)을 완전히 최종적으로 박탈하는 사형제도를 규정하고 있는 법률규정은 피해의 최소성원칙에 반하여 기본권제한에 있어서의 과잉금지의 원칙에 위반되고, 위와 같은 가장 중요한 기본권인 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이어서 헌법 제37조 제2항에 반할 뿐만 아니라, 헌법 제10조에서 보장된 인간의 존엄과 가치도 침해하는 것이다. 따라서 형벌제도로써의 사형제도는 아무런 정

80) 헌재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 549면.

81) 헌재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 550면.

82) 헌재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 550면-551면.

당성도 합리성도 없는 것이어서 사형제도 및 이를 규정한 법률규정은 적법절차에 반하는 형벌 및 법률규정이 라고 할 것이다. 따라서 헌법 제12조 제1항이 사형제도의 합헌론의 근거가 된다고 볼 수는 없다”⁸³⁾(재판관 김진우의 반대의견).

④ 헌법 제10조는 헌법 제110조 제4항 단서조항보다 상위의 헌법규범이다.

“헌법 제110조 제4항 단서가 비록 헌법적 지위를 갖는 법규범이라 하더라도, 동 규정이 국가가 사형제도를 통하여 인간의 생명을 제도적으로 박탈함으로써 사형수는 물론 사형집행에 관련된 자들의 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 용인하는 한, 그 규정 중 사형제도의 인정은 헌법의 근본가치를 규정하고 있는 상위의 헌법규범인 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에 위반된다고 보아야 한다. 따라서 헌법재판소로서는 헌법 제110조 제4항 단서 중 사형제도를 인정하는 부분은 적극적인 의미를 부여할 만한 가치를 갖고 있지 아니하는 것으로 보아 이 사건에 관한 법리구성을 하여야 하며, 다수의견과 같이, 이 규정에 적극적인 의미를 부여하면서 사형제도의 합헌성을 뒷받침하는 논거로 인용하는 것은 타당하지 아니하다고 본다”⁸⁴⁾(재판관 김진우의 반대의견).

⑤ 사람의 생명은 창조주 이외의 어떠한 권위로서도 사람이 이를 박탈할 수는 없다.

“사람은 창조주에 의하여 피조된 신비스러운 존재이며 사람의 생명은 창조주 다음으로 가장 고귀하고 신성한 것이므로, 사람의 생명을 박탈하는 일은 창조주만이 가능할 뿐 창조주가 아닌 사람은, 그 어떠한 권위를 가지고서도, 사람이 만든 어떠한 법과 제도를 통하여서도, 불가능하다고 할 것이다. 만약 이것이 가능하다면 이는 창조주의 권위보다 더 큰 권위를 찬탈하는 것이되며 창조주의 구원(救援)을 거부하는 것이 되기 때문이다. 따라서 사람의 생명에 대하여서는 부정적인 어떠한 사회과학적 평가나 법적인 평가도 허용되어서는 안 된다고 할 것이며, 이와 같은 평가로 세워진 사형제도는 허용될 수 없다고 할 것이다”⁸⁵⁾(재판관 조승형의 반대의견).

⑥ 인간의 생명권은 선형적이고 자연법적인 권리로서 이를 박탈할 수는 없다.

“사람의 생명에 대하여도 부정적으로 사회과학적·법적인 평가가 가능하다고 하여, 헌법상 기본권인 인간의 생명권으로서 법률상의 의미를 조영한다고 하더라도, 인간의 생명권은 사람의 생존본능과 존재목적 그리고 고유한 존재가치에 바탕을 두고 있으므로 이는 선형적이고 자연법적인 권리일 수밖에 없다. 또한 이는 모든 기본권이 생명이 있음을 전제로 하여 비로소 의미를 가지는 것으로서 모든 기본권의 근원이 되는 최고의 기본권이기에 때문에, 어떠한 법률이나 제도에 의하여서도 박탈될 수 없다고 할 것이다”⁸⁶⁾(재판관 조승형의 반대의견).

⑦ 사형제도는 생명권의 본질적 내용을 침해하는 생명권의 제한이므로 헌법 제37조 제2항 단서에 위반

“사형제도는 생명권의 본질적 내용을 침해하는 생명권의 제한이므로 헌법 제37조 제2항 단서에 위반된다. 가사 헌법 제37조 제2항 단서상의 생명권의 본질적 내용이 침해된 것으로 볼 수 없다고 가정하더라도, 형벌의 목적은 응보·범죄의 일반예방·범죄인의 개선에 있음에도 불구하고 형벌로서의 사형은 이와 같은 목적달성에 필요한 정도를 넘어 생명권을 제한하는 것으로 목적의 정당성, 그 수단으로서의 적정성·피해의 최소성 등 제원칙에 반한다”⁸⁷⁾(재판관 조승형의 반대의견).

83) 헌재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 552면.

84) 헌재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 554면.

85) 헌재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 556면: “사형제도의 존치론자 중 혹자들은 성경 창세기 9장 6절, 출애굽기 21장 24~25절의 성구를 인용하고 있으나, 이 성구들은 보복의 관념을 어느 경우라도 정당화한 것이 아니라 신체에 한하여 보복이 가능함을 말하는 보복의 한계를 정한 것이라 보이며 생명에 대한 보복이 가능함을 정한 성구라고는 이해되지 아니하므로 그들의 인용은 일고의 가치도 없다”.

86) 헌재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 557면.

⑧ 사형은 형벌목적달성에 필요한 정도를 넘어, 생명권을 제한하는 목적의 정당성, 그 수단으로서의 적정성·피해의 최소성 등 제원칙에 반한다.

“국가는 모든 범죄인에 대한 개선 가능성을 긍정적으로 받아들여야 할 것이며, 범죄의 책임이 범죄인 개인만이 아니라 그가 속하여 있는 사회에도 있다고 보아야 한다면, 범죄인에 대한 개선이라는 형벌의 한 목적을 결코 포기할 수는 없다고 할 것이다. 이와 같은 형벌의 목적달성의 길이 있음에도 불구하고 사형제도를 존치함은 그 길을 포기하는 것으로써 사형제도의 정당성은 인정될 수 없다”⁸⁸⁾(재판관 조승형의 반대의견).

⑨ 후일에 오판임이 판명되더라도 인간의 생명을 원상으로 복원시킬 수는 없다.

“재판은 인간이 하는 심판이므로 오판을 절대적으로 배제할 수는 없고 오판이 시정되기 이전에 사형이 집행되었을 경우에는 비록 후일에 오판임이 판명되더라도 인간의 생명을 원상으로 복원시킬 수는 없는 것이므로 사형제도는 어떠한 이유로도 그 정당성을 설명할 수는 없다고 할 것이다”⁸⁹⁾(재판관 조승형의 반대의견).

⑩ 모든 국민에게 필요한 정보를 완전하게 전달한 후가 아니면, 여론조사를 국민 일반의 법감정으로 정당화시킬 수는 없다

“여론조사는 알 기회를 전혀 갖지 못한 대다수 국민의 평범한 생각으로, 알 기회를 가져서 알고 있는 일부 국민의 생각을 비판하려는 의도로 행하여지는 경우가 허다하다. 예를 들면 “살인죄에 대한 사형은 당연하다”는 생각은 국민 대다수의 소박하고 평범한 서민감각이며 국민대다수는 이와 같은 서민감각을 쉽게 버릴 수 없을 것이므로 그들의 생각이 여론조사에 그대로 반영될 것은 뻔한 노릇이며, 이와 같은 여론조사 결과는, 모든 국민에게 필요한 정보를 완전하게 전달한 후가 아니면, 사형폐지론을 비판하는데에 남용되는 의도적인 산물에 불과할 뿐 국민 일반의 법감정으로 정당화시킬 수는 없다. 또한 생명은 평범이상의 신비스런 외경의 존재이므로 이와 같은 평범한 서민감각을 일반의 경우와 동일하게 국민 일반의 법감정으로 승화하거나 정당화시킬 수는 없다. 따라서 다수의견이 내세우는 위 근거는 적어도 사형제도의 존치에 관한 설득력이 전혀 없다고 할 것이다”⁹⁰⁾(재판관 조승형의 반대의견).

⑪ 무기징역형 제도를 통하여 형벌의 목적을 충분히 달성할 수 있다.

“사형제도를 통하지 아니하더라도 이를 대체하여 무기징역형 제도를 통하여 형벌의 목적을 충분히 달성할 수 있다고 할 것이다. 따라서 인간의 생명박탈이라는 가장 큰 피해를 입혀 생명권을 제한함은 피해의 최소성의 원칙에 반한다고 할 것이다”⁹¹⁾(재판관 조승형의 반대의견).

⑫ 사형제도는 시대의 변화(정치·사회·문화·국제사회 등 제분야에 있어서의 변천)에 순응하여 폐지되어야 한다.

“정치·사회·문화적 여건으로 보아 사형폐지는 시기상조라고 하거나 단계적인 폐지를 주장하는 경우가 많으나 대부분의 학자들이 사형폐지의 당위성만은 인정하고 있다. 그러나 우리나라는 이제 독재와 독선으로 일관하였던 현정사를 마감하고 이른바 문민정치의 시대를 열어가고 있으며, 남녀고용평등, 노사공존, 각종 복지제도를 과감하게 실시하여 적절한 소득의 재분배, 빈부격차와 계층간 위화의 해소 등 국민총화를 이루어가고 있으며 각 종교와 자선단체의 노력으로 생명에 대한 외경심을 높이고 있을 뿐만 아니라, 사형수의 사면을 원하는 등 가해자를 용서하는 피해자들이 점차 증가하고 있는 등 가해자를 용서하는 피해자들이 점

87) 현재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 539면, 558면-560면.

88) 현재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 560면.

89) 현재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 561면.

90) 현재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 561면-562면.

91) 현재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 562면.

차 증가하고 있는 등 귀감이 되어 국민 의식이 크게 변화하고 있으며, 국제적으로는 시민적·정치적 권리에 관한 국제협약(제6조 참조), 유럽인권협정인 인권 및 기본적자유보장을위한협정(제1조 참조)에서 사형제도의 폐지를 강조하고 있으며 이들 협정에 가입한 국가들이 점차 증가하고 있는 추세이다. 이와 같은 시대의 변화를 외면하고 아직도 존치론이나 시기상조론 및 단계적 폐지론을 고집할 수는 없다고 할 것이므로, 우리 헌법재판관은 시대의 변화에 순응하여 과감하게 사형제도가 위헌임을 선언함으로써 사회개혁에 선도적 역할을 다하여야 할 것으로 믿는다”⁹²⁾(재판관 조승형의 반대의견).

3. 중간결론

1980년 이후에 선고된 대법원의 주요판결을 살펴보면, 대법원은 여전히 사형제도의 필요성을 긍정하고 있다. 대법원은 피해자의 생명의 가치, 사회공공의 안녕과 질서유지 그리고 실정법에 나타난 국민적 총의) 근거들을 제시하고 있다. 대법원은 아직도 사형제도를 강력한 범죄투쟁수단으로 옹호하고 있다.

그렇지만 1980년 이후에 선고된 대법원의 판결의 전체적인 흐름은 사형선고의 신중한 선택쪽으로 자리를 잡아가고 있음을 확인할 수 있다. 사형을 선택할 경우에는 일반예방적 견지에서 불가피한 경우에만 허용된다 고 밝히고 있으며, 사형선고의 신중한 선택을 강조하고 있다.

“사형을 선택함에 있어서는 범행의 동기, 태양, 죄질, 살해의 수단, 방법의 집요성, 잔악성, 결과의 중대성, 피해자의 수, 범인의 연령, 전과, 범행후의 정황, 범인의 환경, 교육정도 등 제반사정을 참작하여 죄책이 심히 중대하고 죄형의 균형이나 범죄의 일반적 예방의 견지에서도 극형이 불가피하다고 인정되는 경우에 사형의 선택도 허용된다 고 보아야 할 것이다.”⁹³⁾

그러나 1987년 9월 8일 대법원 형사제3부가 판결한 「강도치사사건(대판 1987.9.8. 87도1458)」의 경우에는 「사형선고에 대한 판단기준」이 흔들리고 있음을 확인할 수 있다.

“강도치사죄는 이른바 결과적 가중범으로서 살인의 고의까지 요하는 것이 아니므로 피고인이 강도의 기회에 사람을 죽음에 이르게 한 이상 강도치사죄의 죄책을 면할 수 없다. ... 이 사건 피고인의 성장과정이나 가정환경 그리고 연령 등에 미루어 동정할 점이 없지 아니하나 피고인의 이 사건 범행동기와 범행의 회수, 수단방법 및 이 사건으로 두 사람이나 생명을 잃게 되는 등의 범행의 결과 그리고 범행후의 정황 등 모든 양형의 조건을 살펴볼 때 피고인에게 사형을 선고한 제1심 판결을 그대로 유지한 원심의 조치는 옳게 수긍이 가고 그 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 만한 현저한 사유를 발견할 수 없다. 상고를 기각하기로 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.”⁹⁴⁾

대판 1987.9.8. 87도1458이후 대법원은 「사형선고에 대한 판단기준의 객관성」을 유지하기 위해 노력하고 있다 점을 확인할 수 있다. 대판 2000.7.6. 2000도1507은 사형선고는 신중에 신중을 기하라고 밝히고 있다.

그러나 문제는 대법원의 판단기준이 검찰과 하급법원에 제대로 반영되지 않고 있다는 점이다. 바로 이것이 현재 한국의 사형제도가 안고 있는 사각지대라고 생각한다.

V. 사형폐지의 필요성과 시급성

92) 현재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 564면.

93) 대판 1985.6.11. 85도926.

94) 대판 1987.9.8. 87도1458.

「헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 헌법 제12조의 신체의 자유, 헌법 제37조 제1항의 헌법에 열거되지 아니한 권리 및 동조 제2항의 기본권제한의 한계규정에 각 위배된다」는 사형제도의 위헌소원⁹⁵⁾도 합헌으로 결정되었다. 입법부의 결단을 제외하고는 현실적으로 한국 형법전에서 사형폐지는 불가능하다. 제V장에서는 사형폐지의 필요성과 시급성을 언급하고자 한다.

1. 사형폐지는 전세계적인 추세이다.

오늘날 사형폐지운동은 전세계적으로 확산⁹⁶⁾되고 있다. 국제사면위원회의 2001년 6월 1일의 발표에 따르면 현재 사형제도가 있는 나라는 미국, 중국, 일본, 한국, 사우디아라비아 등 80여개, 사형제도가 없거나 사실상 폐지된 국가는 1백여개로 알려져 있다. 해마다 평균 3개국씩 사형제를 폐지하고 있으며, 사형 폐지론의 확산이 세계의 전반적인 흐름이다.⁹⁷⁾ 특히 유럽연합이나 유럽회의는 사형제도 폐지가 가입 요건이다. 유엔도 인권위원회를 중심으로 지속적으로 사형제도 폐지운동을 펴고 있으며, 1998년

95) 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 헌법재판소판례집 제8권 2집 541면-542면; 헌법재판소결정에 대한 비판으로 심재우, 인간의 존엄과 사형폐지론(고려대학교 법과대학 고별강연), 법학논집 제34집, 고려대학교 법과대학 법학연구소, 1998. 451면-466면; 허일태, 한국의 사형제도의 위헌성, 한국형사법학회 2001년 국제학술대회 발표논문, 2001. 1면-17면.

96) 1995년 남아프리카공화국(인종차별을 극복하고 있는)과 헝가리(사회주의체제에서 시장경제체제로)가 헌법재판소의 위헌결정으로 사형제도를 폐지했다. 1998년 캐나다, 홍콩 등 30개국이 사형을 폐지했다. 2001년 칠레와 아일랜드가 사형제도를 폐지했다. 유럽연합(15개국)이나 유럽회의(41개국)는 사형제도 폐지가 가입 요건이다. 전세계 1백여 국가에서 법률상으로는 사실상 모든 사형이 폐지된 상태여서 사형폐지가 세계적인 추세임을 확인할 수 있다. 사형을 집행하지 않아 오늘날 사실상 사형을 폐지한 국가가 늘고 있다.

97) 2001년 6월에 발표된 국제사면위원회(Amnesty International)의 통계에 따르면 89개국이, 그 중에서도 75개국이 전면적으로 사형을 폐지하였다. 나머지 14개국은 단지 예외적인 구성요건들(전쟁시 군범죄)에 대해서만 사형을 규정해 두고 있다. 여기에 20개국은 사실상 사형을 폐지한 국가인데, 이들 국가에서는 거의 10년 이상 사형이 한 건도 집행되지 않았다. 그럼에도 86개국이 아직도 군범죄가 아닌 경우임에도 여전히 사형을 법정형으로 규정하고 있다. 그러나 전반적인 추세는 오랜 세월을 거치는 동안 감소하고 있다: 사형제도를 유지하고 있는 국가의 숫자가 15년 동안 4분의 1이 줄었다(1985년의 통계를 보면, 사형제도를 가진 나라는 120개국이었다: vgl. United Nations Economic and Social Control E/1985/43, S. 31 f.). 사형제도를 폐지한 국가의 숫자는 지난 35년 동안 3배로 증가하였다. 1965년부터 1988까지 매년 평균 1개국에서, 그 다음 년도부터는 매년 평균 3개국으로 증가하고 있다. 이러한 증가는 구 동유럽 국가들이 민주와 자유를 회복하고, 서서히 사형제도를 폐지한 것과 새로운 형법을 도입함으로써 이루어진 것이다(예를 들면 1996년 폴란드, 1998년 불가리아, 마지막으로 1999년 러시아). 2000년에 라틴아메리카지역의 국가에서 계속해서 사형제도를 폐지한 것과 여기에 병행해서 점진적이지만, 민주적인 법규정들이 꾸준히 부활된 것도 중요한 요인이다(2001년 12월까지 사형을 폐지한 마지막 국가는 칠레이다. 칠레는 2001년 6월 5일 법률 19734/2001로 전통적인 구성요건에서 사형을 폐지하였다). 그럼에도 다른 한편으로 사형폐지의 상황을 현실적으로 파악해 보면, 아프리카, 아시아 그리고 중동에 있는 많은 국가들이 오늘날에도 여전히 사형제도를 유지하고 있음을 확인할 수 있다. 독자적인 정치시스템과 사형제도 사이의 상호관계는 어떤 경우이든 절대적 불가분 관계이다; 사형제도는 민주적인 체제에서도 존재하고 있으며, 이들 국가에서 다시 도입되고 있다. 대표적으로 미국의 다수 주(州), 한국, 일본 그리고 인도를 들 수 있다. 세계의 인구와 관련해서 본다면, 사형폐지국가의 숫자가 증가하고, 그 숫자가 세계 전체인구의 약 4분의 1에 해당하며, 이들이 사형폐지를 지지하는 것으로 잘못 생각할 수가 있다. 세계에서 인구밀도가 높은 국가의 80%가 사형제도를 유지하고 있을 뿐만 아니라, 이들 국가들은 빈번하게 구체적인 사안에서 사형을 선고하고 있다.

4월 3일 유엔인권위원회는 사형의 완전 폐지 결의안을 채택하였다.⁹⁸⁾ 2000년 6월 25일 유럽의회(Parlamentsversammlung des Europarats)는 일본과 미국에서 사형집행을 즉각적으로 유예할 것을 촉구하는 결의안을 통과시켰다. 그리고 유럽연합(Europäischen Union)이 주도한 유엔인권위원회(Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen)는 모든 사형선고의 중단을 촉구하는 결의안을 채택했다.

한국에서도 사형폐지운동이 활발히 전개되고 있다. 특히 1989년에는 종교·법조·언론계 인사들을 중심으로 「사형폐지운동협의회」가 발족되었다. 이 단체는 사형폐지의 필요성을 적극 홍보하면서, 헌법재판소에 사형수들의 헌법소원을 내었고, 1993년초에는 사형폐지를 건의하기도 하였다.⁹⁹⁾ 김수환 추기경 등 종교계는 1992년 사형폐지 서명운동을 벌여 8만 6천 5백 9명의 서명을 받아 사형제도 폐지를 촉구하는 탄원서를 헌법재판소에 제출하기도 하였다.

최근 들어 사형제도 폐지의 문제는 새로운 국면을 맞고 있다. 2001년 10월 30일 여야 국회의원 1백55명이 사형제도 폐지를 골자로 한 특별법안을 국회에 제출하였고, 법안에 의원정수(2백73명)의 절반을 훨씬 넘는 의원들이 서명함으로써 연내 법 통과가능성에도 비상한 관심이 쏠리고 있다.¹⁰⁰⁾ 이번에 제출된 사형폐지특별법안은 (1)현재 사형을 형벌의 종류로 명기하고

98) 조선일보, [유엔인권위] 사형 완전 폐지 결의안 채택, 1998년 4월 4일자, 국제면: “유엔인권위원회는 1998년 4월 3일 사형제도의 완전 폐지를 촉구하는 결의안을 채택하고 미국, 중국, 이란 등 사형제도를 유지하고 있는 국가들에게 “사형제도를 완전 폐지하기 위해 사형집행의 일시 연기조치를 취할 것”을 요청했다. 유엔인권위는 또 국제적으로 인권신장을 위해 노력하는 개인 및 단체의 권리에 대한 새로운 인권선언을 채택하도록 유엔총회에 촉구하는 결의안을 만장일치로 채택했다. 사형 반대 결의안은 아직 사형제도를 유지하고 있는 국가들에 대해 사형을 선고할 수 있는 범죄의 수를 전향적으로 제한하고 18세 미만 미성년자나 임산부에 대해서는 사형선고를 금지하라고 촉구했다. “이탈리아가 상정한 결의안은 인권위의 53개 회원국 중 26개국이 찬성했으며 미국 등 13개국은 반대했고, 12개국은 기권, 나머지 2개국은 투표에 불참했다. 결의안은 사형제도 유지 국가들을 법적으로 구속하지는 못하지만 정치적, 윤리적으로 비난하는 입장을 취하고 있다. 한편 왈리 바크레 은다에 유엔인권조사관은 인권위에 제출한 보고서에서 18세 미만 범죄자도 사형이 가능한 미국의 사형제도는 국제법 위반이라고 주장했다. 그는 미국에서는 인종, 경제적 지위 등이 사형 여부 결정에 주요 고려사항이 된다면서 사형집행이 정치, 특히 선거운동에 영향을 받을 가능성이 많다고 지적했다. 지난 1990년 이후 미국을 비롯, 이란, 나이지리아, 파키스탄, 사우디아라비아, 예멘 등 6개국이 18세 미만의 청소년들에 대해서도 사형을 선고할 수 있도록 규정하고 있으며 실제로 사형선고가 내려지면 집행되고 있다. 이에 대해 조지 무스 제네바 주재 미국대사는 미국은 50개주 가운데 38개주가 사형제도를 유지하고 있기 때문에 유엔의 결의안을 지지할 수 없다고 밝혔다”.

99) 사형폐지운동협의회 연혁과 활동일지에 관해서는 團藤重光(단도 시케미츠/김희진 역), 사형폐지론, [부록] 한국사형폐지운동협의회 관련자료, 한국사형폐지운동협의회, 2001, 423면-432면.

100) 중앙일보, [사형제도 폐지 찬반 논란] 여야 ‘폐지 특별법’ 제출, 2001년 10월 30일자 9면: 법률신문, [법조포커스] 사형제도 존폐 논쟁 다시 가열, 2001년 11월 5일자: 법안 제출 및 제안이유: 민주당 정대철 의원과 한나라당 이부영 의원 등 국회의원 1백55명이 서명, 제출한 ‘사형폐지에관한특별법안’에서 의원들은 법안 제안이유를 “헌법이 보장하는 인간의 존엄과 가치의 존중이라는 헌법적 요청에 부응하고 형벌이라는 미명하에 행해지는 ‘또 하나의 살인’을 막기 위해 사형제도를 폐지하고자 한다”고 밝히고 “사형제도의 목적인 일반예방의 효과 즉 위력력은 이미 사형을 폐지한 국가들의 경험과 사례에 비추어 거의 없다는 사실이 입증됐다”고 지적했다.

있는 형법과 그밖에 모든 법률에서 법정형으로 규정하고 있는 사형을 일체 폐지(안 제2조)하며, (2)법원이 무기징역 또는 무기금고를 선고할 경우, 범죄의 종류·죄질·정상여하에 따라 판결을 확정하고 그 복역을 개시한 후 15년이 경과하지 아니하면 형법에 의한 가석방이나 사면법에 의한 일반사면·특별사면 또는 감형을 할 수 없다는 취지의 선고를 함께 할 수 있는 것(안 제3조) 등을 주요 내용으로 하고 있다. 이러한 정치권의 사형폐지 입법 움직임에는 종교계의 역할이 컸다. 천주교가 주도적으로 나섰으며, 현재 대부분의 종교가 폐지운동에 참여하고 있다. 2001년 10월 26일 김수환 추기경도 서울구치소를 방문해 사형수들을 만나 위로하며 “사형제도를 없애야 한다”고 밝혀¹⁰¹⁾ 사형제도 폐지론이 힘을 얻고 있다.¹⁰²⁾

이러한 국내외적 사형폐지운동에도 불구하고, 사형제도 존치론자와 단계적 사형폐지론자들은 「지금 당장 사형을 폐지하자는 주장은 시기상조(時機尙早)」라고 주장하고 있다: (1)감상적 사고에 기초한 소박한 억지이다. (2)범죄는 흉포화의 추세이다. (3)흉악범은 한국민의 정서상 극형에 처해야 한다. (4)흉악범죄를 억제하는 효과가 있다. (5)피해자의 인권보호와 응보를 위해 사형제도는 반드시 필요하다」는 것을 그 논거로 제시하고 있다.¹⁰³⁾

그러나 이러한 주장은 아직도 「우리의 법문화의 미계몽성, 미개성, 야만성 그리고 폐쇄성을 고수」하는 것이라고 할 수밖에 없다.¹⁰⁴⁾ 사형은 한 나라의 형사사법과 법문화의 수준을 가름하는 잣대이다. 전 세계적인 추세에 보조를 맞추어, 사형은 시급히 폐지되어야 한다.

2. 「북한의 공개처형」에 관한 특별보고서와 「사형조항의 폐지를 위한 한반도 인권선언」

1997년 2월 7일자 조선일보에 보도된 「국제사면위원회(앰네스티 인터내셔널)의 「북한의 공개처형」에 관한 특별보고서」의 내용이다.

“북한은 1970년 이후 최소한 23명을 공개처형하였으며 그 대상에는 정치범은 물론 쌀을 훔치거나 공금을 횡령한 경제사범도 포함됐다고 국제사면위원회가 밝혔다. 국제사면위가 1997년 1월 말 발표한 「북한의 공개처형」에 관한 특별보고서는 북한을 탈출, 제3국에 체류중인 북한인들의 목격담을 인용해 「1970년부터 1992년 사이에 1명의 여성을 포함, 최소한 23명이 공개처형되었으며, 처형자중에는 살인 등 중범죄자 외에 정치범이나 횡령등 가벼운 범죄를 저지른 사람도 포함돼 있다」고 말했다. 이 보고서는 구체적인 예로 ▲1982년 함흥시에서 열차내에서 쌀을 훔친형제 ▲1970-1975년 사이에 청진시에서 도둑질을 한 4명 ▲1980

101) 중앙일보, 김수환 추기경 “사형제도 폐지해야”, 2001년 10월 27일자, 30면.

102) 중앙일보, [교계 소식] 사형제 폐지 촉구 성명 외, 2001년 6월 15일자, 17면; 중앙일보, [사설] 사형제 폐지 검토할 때 됐다, 2001년 6월 19일자 21면.

103) 중앙일보, JP, 사형 폐지 반대 의사 밝혀, 2001년 10월 2일자, 4면: 자민련 김종필 총재는 2001년 11월 1일 국회에 제출된 사형폐지법에 대해 “서푼짜리 인권주의자들, 사이비 인본주의자들 때문에 질서가 붕괴하고 있다”면서 반대 의사를 밝혔다. 그는 “자고로 살인자는 사(死)다”며 “망나니의 살인행각에 비명에 간 사자(死者)들의 인권과 영혼은 누가 달래주느냐. 우리 당은 사형제도 폐지에 대한 반대 입장을 분명히 밝혀야 한다”; 이진우, 김수환 추기경의 사형제도관에 대하여, 법률신문, 2001년 11월 15일자, 법조광장: 김추기경이 사형폐지론을 주장하는 것은 자신의 자유에 속한다. 그것은 그의 사상과 신념의 문제라고 봐야 하기 때문이다. 그러나 그가 제시하는 사형폐지의 이유만은 합리적이고 사회상규에 일치하는 것이어야 한다. 그것은 결코 그의 배타적인 신념과 사상의 영역에 머물러 있을 수 없는 것이다.

104) 김일수, 사형은 폐지되어야 한다, 법·인간·인권(법의 인간화를 위한 변론), 박영사, 1992, 421-433면(433면).

년 평양 오봉산지구에서 젊은 여인수명을 강간한 2명 ▲1988년 평양 삼아 동에서 횡령혐의로 구속된 여인들이 처형됐다고 밝혔다. 그 동안 북한에서 공개처형이 실시되고 있다는 주장은 계속 제기되어 왔지만, 독립적인 국제기구에 의해 구체적인 수치와 사례까지 제시된 것은 이번이 처음이다. 이 보고서는 「대부분의 증인들이 최소한 1건 이상의 공개처형을 목격했다는 진술로 미뤄 볼때 이제까지 드러난 것은 전체의 일부에 불과하다」면서 「또 공개처형이 원산 청진 함흥 신의주 평산등 다양한 지역에서 발생한 점으로 미뤄 현재까지도 계속되고 있을 가능성이 높다」고 지적했다. 이 보고서는 또 「일부 죄수들은 구속돼 있는 동안 구타와 고문을 당한 흔적이 보였으며 공개처형에 앞서 실시되는 재판이 요식행위로 진행되어 재판의 공정성이 우려된다」고 덧붙였다. 이 보고서는 이어 「공개처형은 어린아이들까지 포함해 수 만명에서 수 천명의 군중이 운집한 가운데 실시됐으며 도시교외나 강둑, 운동장, 체육관등에서 실시됐다」고 밝혔다. 국제사면위는 ▲공개처형의 즉각 중지 ▲1970년 이후 처형된 인사들의 전명단 공개 ▲공개처형과 관련된 관련 법령 및 규정 및 서류의 공개 ▲공개처형제와 사형제도의 폐지 ▲시민적·정치적 권리에 관한 국제협약 및 고문방지협약의 비준등을 북한측에 촉구했다.¹⁰⁵⁾

한반도에서 무고한 인권이 탄압되는 것이 방지되어서는 안 된다. 건국 제53주년이며, 세계인권선언 제 53주년인 2001년에 정부는 남북한 형법전에 규정된 「사형조항의 폐지를 위한 한반도 인권선언」에 관심을 가져야 한다. 북한의 인권을 지적하기 위해서는 먼저 남한에서 「인권이 보장된 민주주의」가 실시되어야 한다. 그 첫걸음이 남한 형법전에 규정된 사형조항의 폐지이다.

상당히 역설적인 주장이지만, 「남한 형법에서 사형규정이 폐지되어야, 이러한 형법하에서 남북통일 후 사회혼란을 줄일 수 있다」고 나는 생각한다. 남북통일후 불법과거사 청산문제는 반드시 거쳐야 하는 과정이라면, 그것은 세계의 언론과 인권단체 그리고 선진형사법학계의 주목대상이 된다는 점을 명심해야 한다. 이 대목은 독일의 통일과정과 통합과정에서 충분히 확인할 수 있다. 남북통일이 오기 전에 사형폐지는 시급하다.

3. 2001년을 「한반도 인권선언」의 원년(元年)으로 삼아야 한다.

2001년 10월 30일 법무부는 ‘사형제도 폐지에 대한 법무부의 입장’이라는 보도자료를 내놓고 “형사정책적 측면에서 사형은 흉악범죄를 억제하는 강력한 기능을 하고 있으며 국민의 생명과 신체를 보호할 책임이 있는 정부는 사형제 폐지에 극히 신중해야 한다”며 반대 입장을 분명히 하고 있다.¹⁰⁶⁾

그러나 노벨평화상을 수상한 김대중 대통령과 2001년 10월 30일의 법무부 입장은 너무도 상충되어 대단히 이해하기가 어렵다. 주지하다시피 행정부의 수반인 김대중 대통령은 직접 사형제도의 희생자이다. 김대통령은 1970-1980년대 군부독재¹⁰⁷⁾하에서 정치범으로서 시련을 겪어오면서 사형선고¹⁰⁸⁾까지 받았다. 김대중 대통령은 누구보다도 「사형수의 심정」을 잘 알 것이다. 한국 국민들에게 사형제도의 폐해, 폐지 그리고 대안을 설득할 수 있는 사람은 한국에서 지금 현재 김대중 대통령이 적격자로 본다.

사형폐지의 문제는 김대통령이 어느 정도 인도적·민주적·자유적 형법관과 형법관을 가지고 있는냐의 결단에 달려 있다. 21세기의 통일한국에 대비하는 신형사정책적 결단이 필요하다. 김대중 국민정부

105) 조선일보, [북한] 최소 23명 주민 공개처형...국제사면위, 1997년 2월 6일 7면(국제면).

106) 법률신문, [법조포커스] 사형제도 존폐 논쟁 다시 가열, 2001년 11월 5일자, 법무부의 입장

107) 조선일보, [월간조선] 전서 “김대중씨 사면 내가 결정”, 1996년 12월 20일자, 정치면.

108) 조선일보, 김당선자 80년 구명운동 비화...NYT 기고문 전문, 1997년 12월 26일자, 정치면.

는 2001년을 「한반도 인권선언」의 원년(元年)으로 새겨야 한다. 독일의 1949년 건국과정과 입법과정을 보면, 사형제도 폐지의 파생효과는 무한하며, 한국 형사법의 발전에 획기적인 전기가 될 수 있다. 사형제도는 폐지되어야 한다. 그의 임기가 가기 전에.

1764년 「범죄와 형벌」에서 사형제도 폐지를 주장한 베카리아(C. Beccaria)는 한국 국민들에게 다음과 같이 조언하고 있다(109):

“계몽에 힘입은 모든 시민들은 열심히 기도해야 한다. 훌륭한 군주(국회의원)들의 권위가 더욱 커져서, 그들이 이 혐오할 법률을 개정할 수 있을 만큼 충분한 힘을 갖도록(95면).”

Beccaria, Cesare, Dei Delitti e delle Pene, 1764: 이수성·한인섭 공역, 범죄와 형벌, 길안사, 1995, 85면-95면(제16장 사형, 95면): 도대체 누가 인간에게 동포를 학살하는 권리를 부여 할 수 있었을까?(85면). 사형은 그 어떠한 권리에도 의거하지 않는다(86면). 모든 시대의 역사는 경험으로 증명하고 있다. 사형이 악인들의 사회 침해를 저지하지 못했다는 것을(87면). 인간의 정신에 가장 큰 효과(위하력)를 주는 것은 형벌의 강도(強度)가 아니고, 그 지속성(持續性)이다. 이러한 섭리에서 볼 때, 범죄의 길을 걸으려는 자를 저지하는 장애물로서 사형은 강렬한 인상을 주지 못한다. 자유를 구속당한 범죄인이 가축(家畜)으로 전락하여, 과거에 사회에 끼친 불이익을 몸으로써 속죄하는 모습이야 말로, 강하고 지속적인 인상을 준다. 사형의 효과는 일시적이다(88면). 사형이 규정되어 있는 국가에서는 본보기로 징계하는 것을 보여주고자 할 때마다 하나의 새로운 범죄가 요구된다. 그에 반해 종신 노역형은 단 하나의 범죄자만 있어도 그를 통해 언제라도 지속적인 본보기를 제공할 수 있다(90면). 사형이란 형벌은 사형에 해당하는 범죄가 자주 행해 질 것을 필요로 한다. 사형이 필요하다고 생각될 때 사형은 무용하게 된다(90면). 공공의 의사의 표현인 법률은 살인을 증오하고 살인행위를 처벌한다. 이러한 법률이 스스로 살인을 범하고, 시민들의 살인행위를 예방하기 위해서 공공연한 살인을 명령하는 것은 얼마나 불합리한 것인가? 정당하고 유용한 법률이란 어떤 법률인가? 격렬한 정감은 우르르 덮치지만, 그 효과는 오래가지 못한다(92면). “계몽에 힘입은 모든 시민들은 열심히 기도해야 한다. 훌륭한 군주(국회의원)들의 권위가 더욱 커져서, 그들이 이 혐오할 법률을 개정할 수 있을 만큼 충분한 힘을 갖도록(95면).”

4. 다시 한번 입법적 결단을 촉구하면서

사형이라는 극형에는 일반적으로 형벌이 내포하고 있는 최소한의 윤리적 요소도 찾아볼 수 없다. 단지 야만적이고 잔인할 뿐이다. 사형은 법을 통한 국가의 제도적 복수이며, 제도적 살인에 불과하다. 사형집행의 효력은 기껏해야 몇 일이다. 사형은 범죄억지효과를 얻지 못하고 있다. 사형에 범죄억지의 효과가 있다는 가정과 그 가정에 근거한 신뢰의 허구성에서 우리는 이제 깨어나야 한다.

「지존파」와 「막가파」 등 강력사건이 발생할 때마다, 일반국민을 향하여 위하차원에서 사형을 집행해 왔다. 그럼에도 불구하고 강력사건은 줄어들고 있는가? 사형으로 잠재적 범죄자를 위하하는 것보다는, 오히려 강력범죄에 대하여 신속하고 철저한 수사로 범죄자를 조속히 검거해야 된다. 탈옥범 신창원을 보면

109) Beccaria, Cesare, Dei Delitti e delle Pene, 1764: 이수성·한인섭 공역, 범죄와 형벌, 길안사, 1995, 85면-95면(제16장 사형, 95면).

알 수 있다. 위하사상은 독재시대의 산물이지, 민주시대의 형사정책이 될 수 없다. 사형제도는 위하적 일방사상의 전형이다. 그저 사형은 「무익한 형사정책」일 뿐이다. 「사형제도의 존치로 흉악범을 억제할 수 있다」는 발상은 「형사정책의 포기라고 볼 수밖에 없다」.

잔악한 범죄행위에 대한 국가의 형사정책은 이제 더 이상 「사형제도」만으로 방치될 수 없다. 사형은 현대 형사정책의 만병통치약이 아니다. 「범죄인이 스스로 인간이기를 포기한 야수」라고 할지라도 「사회는 그를 인간으로 복귀」시켜야 한다. 그것이 국가의 의무이다. 범죄의 원인에는 범죄인의 악성뿐만 아니라 환경적 요인이 차지하는 비중이 적지 아니하다. 사형은 범죄원인을 모두 범인에게만 책임지우고 있을 뿐이다.

사형제도를 유지하고 있는 것은 문명국의 수치이며, 인간의 존엄을 존중하고 보호하는 법치국가의 헌법정신을 모독하는 것이다. 인간의 존엄을 보장하는 헌법은 이제 스스로를 방어해야 한다.

참고문헌

교과서, 논문, 단행권, 신문기사를 연도순으로 정리하였다.

[교과서]

남홍우, 형법강의(총론), 박영사, 1969.
 이진호, 형법학개론, 고대출판부, 1977.
 박동희, 형법학총론, 법문사, 1977.
 8인공저, 신고 형법총론, 사법행정, 1978.
 황산덕, 형법총론(제7전정판), 방문사, 1986.
 남홍우, 형법총론, 박영사, 1983.
 유기천, 형법학(총론강의), 개정24판, 일조각, 1983.
 신진규, 사형, 형사법강좌 II, 박영사, 1984.
 김기춘, 형법개정시론, 삼영사, 1984.
 진계호, 신고 형법총론(개정증보판), 대왕사, 1986.
 정영석, 형법총론(제5전정판), 법문사, 1984.
 정성근, 형법총론, 법지사, 1987.
 허주욱, 행형학, 박영사, 1987.
 손해목, 형법총론8인공저, 법문사, 1988.
 차용석, 형법총론강의 I, 고시연구사, 1988.
 정성근, 형법총론(제4수정증보판), 법지사, 1991.
 이형국, 형법총론, 법문사, 1991.
 김일수, 형법총론(전정판), 박영사, 1992.
 ———, 한국형법 I·II, 박영사, 1992.
 손해목, 형법총론, 법문사, 1996.
 이형국, 형법총론, 법문사, 1997.
 안동준, 형법총론, 학현사, 1998.
 임웅, 형법총론, 법문사, 1999.
 김성천·김형준, 형법총론, 동현출판사, 1998, 593면.
 박상기, 형법총론(全訂版), 법문사, 1999.
 김일수, 새로 쓴 형법총론(제8판), 박영사, 2000.
 이재상, 형법총론(제4판), 박영사, 2000.
 배중대, 형법각론(제6판), 홍문사, 2001.
 ———, 형사정책(제4판), 홍문사, 2001.
 이정원, 형법총론, 법지사, 2001.
 정성근·박광민, 형법총론, 삼지원, 2001.

[논문]

박정근, 사형의 사적(史的) 경향과 그 장래, 중대법정논총 제8집, 1959년 6월호, 78면.
 김기두, 사형제도, 법정 1965년 10월호, 349면.
 이수성, 「사형폐지소고」, 서울대 법학 제13권 2호(통권 제28호), 서울대학교 법학연구소, 1972년 12월, 76면.
 유병렬, 「사형제도는 폐지되어야 한다」, 중대법정논총 통권 제22호, 중앙대학교, 1983, 122면.
 차용석, 흉악범과 극형, 신동아, 1983년 7월호, 동아일보사, 116면-127면.
 강구진, 사형폐지의 이론과 실제, 고시계, 1980년 4월호(상), 41면-52면.

———, 사형폐지의 이론과 실제, 고시계, 1980년 5월호(하), 87면-94면.
 박홍규, 사형폐지의 법학적 논리, 사형제도의 이론과 실제, 국제사면위원회 한국연락위원회편, 가치, 1989, 88면-127면.
 정규만, 사형제도에 대한 고찰, 입법조사월보 182, 1989년 9월호, 48면-72면.
 한인섭, 사형제도의 문제와 개선방안, 형사정책 5, 한국형사정책연구원, 1990, 23면-50면: 형사정책학회발표, 1991, 19면.
 김일수, 사형은 폐지되어야 한다, 법·인간·인권(법의 인간화를 위한 변론), 박영사, 1992, 421-433면.
 정봉휘, 사형존폐론의 이론사적 계보, 동산손해목박사화갑기념논문집, 형사법학의 현대적 과제, 동산손해목박사화갑기념논문집간행위원회, 1993, 495면-508면.
 심재우, 사형은 형사정책적으로 의미있는 형벌인가?, 형사정책연구소식 통권 제29호 1995년 5·6월호, 한국형사정책연구원 1995, 2면-3면.
 구모영, 사형제도는 필요한가?, 법과 인간, 개정2판, 전망, 1998, 323면-334면.
 허일태, 한국에서 사형제도의 존치에 대한 정당성의 문제, 법철학의 기본문제, 세종출판사 1998, 358면-386면.
 심재우, 인간의 존엄과 사형폐지론(고려대학교 법과대학 고별강연), 법학논집 제34집, 고려대학교 법과대학 법학연구소, 1998, 451면-466면.
 윤대규·하태영, 서독과 나토(NATO)회원국에 적대적인 스파이행위를 한 구동독국가공안부와 동독인민군 정보요원의 처벌문제, 경남법학 제15집, 경남대학교 법학연구소, 2000, 93면-128면.
 허일태, 사형폐지를 위한 우리의 임무, 비교형사법연구 제2호, 한국비교형사법학회, 2000, 161면-169면.
 허일태, 한국의 사형제도의 위헌성, 한국형사법학회 2001년 국제학술대회 발표논문, 2001, 1면-17면.
 박상기, 한국에서의 사형제도 비극과 현실, Todesstrafe in der Republik Korea, die Tragödie und die Realität, 한국형사법학회 2001년 국제학술대회 발표논문, 2001, 1면-8면.

[단행권]

국제사면위원회 한국연락위원회편, 사형제도의 이론과 실제, 가치, 1989.
 안경환, 법과 문학사이, 가치, 1995.
 카를 브루노 레더(이상혁 옮김), 세계사형백과-사형의 기원과 역사, 그 희생자들, 하서, 1991.
 베카리아(이수성·한인섭 공역), 범죄와 형벌, 길안사, 1995.
 團藤重光(단도 시케미츠/김희진 역), 사형폐지론, [부록] 한국사형폐지운동협의회 관련자료, 한국사형폐지운동협의회, 2001.

[신문]

조선일보, [월간조선] 전씨 “김대중씨 사면 내가 결정”, 1996년 12월 20일자, 정치면.
 조선일보, [북한] 최소 23명 주민 공개처형...국제사면위, 1997년 2월 6일자, 국제면.
 조선일보, [국제사면위] 작년 4,000여명 사형당해, 1997년 4월 6일자, 국제면.
 조선일보, 김당선자 80년 구명운동 비화...NYT 기고문 전문, 1997년 12월 26일자, 정치면.
 조선일보, [항소심] 전씨 무기징역, 노씨 17년 선고, 1997년 12월 18일자, 정치면.
 조선일보, [유엔인권위] 사형 완전 폐지 결의안 채택, 1998년 4월 4일자, 국제면.
 중앙일보, [교계 소식] 사형제 폐지 촉구 성명 외, 2001년 6월 15일자, 17면.
 중앙일보, [사설] 사형제 폐지 검토할 때 됐다, 2001년 6월 19일자, 21면.
 중앙일보, 김수환 추기경 “사형제도 폐지해야”, 2001년 10월 27일자, 30면.
 중앙일보, [사형제도 폐지 찬반 논란] 여야 ‘폐지 특별법’ 제출, 2001년 10월 30일자, 9면.
 중앙일보, JP, 사형 폐지 반대 의사 밝혀, 2001년 11월 2일자, 4면.
 법률신문, [법조포커스] 사형제도 존폐 논쟁 다시 가열, 2001년 11월 5일자.

[독일 문헌]

- Badura, Peter: Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964, S. 337 ff.
- Naucke, Wolfgang: Generalprävention und Grundrechte der Person, in: Hassemer, Winfried/Lüderssen, Klaus/Naucke, Wolfgang: Hauptproblem der Generalprävention, Frankfurt am Main 1979, S. 12 ff.
- Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch, 8. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe 1992.
- Jescheck, Has-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.
- Roxin, Claus: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S. 377 ff.(379).
1962년 독일 정부초안에 관해서는: Berg., in: BT-Dr. 5/3250, S. 98.
- Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen -Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Aufl., München 1997.
- Rüping, Hinrich: Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 2. Aufl., München 1991.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, Kommentar, Bearbeitet von Lenckner, Theoder/Cramer, Peter/Eser, Albin/Stree, Walter, 24. Aufl., München 1991.

[설문조사]

사형제도에 대한 부산·경남지역 대학생 법의식과 법감정 설문조사

설문조사자: 하태영(경남대 법대)

「부산·경남지역 대학생의 사형제도에 대한 법의식과 법감정」을 설문조사방법을 통해 분석하였다. 설문조사는 1996년 11월부터 1998년 6월까지 1년 7개월동안 부산 동아대학교와 마산 경남대학교에서 대상학년을 1학년·2학년·3학년·4학년으로 구분하여 총5회에 걸쳐 실시되었다. 전체 설문대상인원은 총428명(남학생 264명, 여학생 154명)이며, 그 중에서 동아대 181명(남학생 101명, 여학생 80명)과 경남대 246명(남학생 166명, 여학생 80명)이다.

제1회 설문조사는 1996년 11월 30일에 부산 동아대학교 자연과학대학 3학년(수학·물리·화학·의예) 「법학개론」 수강자를 대상으로 실시하였으며, 설문대상인원은 총181명(남학생 101명, 여학생 80명)이었다. 설문시점은 전두환·노태우 전직대통령(12·12와 5·18 및 비자금 사건)에 대한 항소심의 결심공판을 앞 두고 있었다.

제2회 설문조사는 1997년 6월 18일에 경남대학교 법학과 1학년(타과수강생 일부포함) 「법학개론」 수강자를 대상으로 실시하였으며, 설문대상인원은 총71명(남학생 45명, 여학생 26명)이었다.

제3회 설문조사는 1997년 6월 18일에 경남대학교 법학과 4학년 「형사정책」 수강자를 대상으로 실시하였으며, 설문대상인원은 총47명(남학생 34명, 여학생 13명)이었다. 설문시점은 「한보비리정국」이었다. 제2회와 제3회 설문시점은 「한보비리정국」에서 실시되었다.

제4회 설문조사는 1997년 9월 10일에 경남대에서 실시하였으며, 설문대상자는 무작위로 추출된 2학년 재학생을 대상으로 하였다. 설문대상인원은 총62명(남학생 34명, 여학생 29명)이었다. 설문시점은 「박초롱 초롱빛나리 유괴용의자」의 검거시점이었다.

제5회 설문조사는 1998년 6월 18일에 경남대학교 법학과 4학년 「형사정책」 수강자를 대상으로 실시하였으며, 설문대상인원은 총57명(남학생 51명, 여학생 6명)이었다. 설문시점은 「IMF(국제통화관리기금제)정국」이었다. 설문시점을 달리한 하나의 실증적 자료분석¹³⁷⁾을 토대로 부산·경남지역 대학생들은 「사형제도」를 어떻게 생각하고 있는지 고찰해 보고자 한다.

1. 설문조사방법

설문조사는 「법학개론·형사정책」 강좌의 학기말고사시간에 실시되었다. 설문제시방법은 각 강좌의 학기말 시험 1번 문항이었다. 설문내용은 다음과 같다.

[문제 1] 헌법재판소 전원재판부는 1996년 11월 28일 살인 및 특수강간혐의로 무기징역형이 확정된 정모씨가 「형법 제250조의 사형제도 등은 위헌이라며 낸 헌법소원에 대해 형법 제41조 제1호와 제250조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다」며 합헌결정을 선고했다. 재판부는 결정문에서 「인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적인 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 필요악으로서 불가피하게

137) 설문분석에 경남대 법학과 4학년 김규태학생의 보조가 있었다. 김군의 도움에 감사한다.

선택된 것이며 지금도 여전히 기능하고 있다는 점에서 정당화될 수 있다. 따라서 사형은 이러한 측면에서 헌법상의 비례의 원칙에 반하지 아니한다 할 것이며 아직은 우리의 헌법질서에 반하는 것이라고 판단되지 아니한다」고 밝혔다. 여러분은 사형제도가 정말 필요하다고 생각하는가? 사형존치론¹³⁸⁾과 사형폐지론¹³⁹⁾의 입장중에서 하나를 택하여 그 이유를 약술하시오.

2. 설문분석

1996년 11월 30일의 제1회 설문조사에서 1998년 6월 16일의 제5회 설문조사까지 설문분석방법은 사형존치론과 사형폐지론의 입장을 각 관점(첫째 헌법적 관점, 둘째 종교적·법철학적·법인간학적 관점, 셋째 형법 및 형사정책적 관점, 넷째 범죄통계학적 관점, 다섯 번째 법사회학적 관점)별로 분류하여 정리하였다.

(1) 1996년 11월 30일에 동아대학교 자연과학대학 3학년(수학·물리·화학·의예) 「법학개론」 수강자를 대상으로 한 설문조사

1996년 11월 30일에 실시한 동아대의 설문조사를 분석해 보면, 사형제도의 폐지를 지지하는 학생들의 비율이 압도적으로 높다. 사형제도의 존치를 지지하는 학생은 181명중 겨우 49명(27%)명인데 반하여,¹⁴⁰⁾ 사형제도의 폐지를 지지하는 학생은 132명(설문응답자의 73%)이었다. 132명중에서 남학생이 70명(51%), 여학생이 62명(49%)으로 나타났다.

1996년 11월 30일 동아대 설문조사대상자: 181명

구분	존치론(49명, 27%)		폐지론(132명, 73%)	
	남성(31명)	여성(18명)	남성(70명)	여성(62명)
헌법적 관점			31명	33명
종교적·법철학적·인간적 관점			32명	13명
형법·형사정책적 관점	17명	10명	6명	11명
범죄통계학적 관점				1명
법사회학적 관점	14명	8명	1명	4명

사형제도의 폐지를 지지하는 학생들의 주요 이유는 첫째 「사형은 인간의 존엄과 가치를 인정하지 않는 불합리한 제도」라는 헌법적 관점이 64명(48%)으로 가장 많았다. 둘째 「국가는 개인의 생명권을 해칠 권리가 없다」는 종교적·법철학적·법인간적 관점이 45명(34%)이었다. 셋째 「사형은 옹보로 밖에 볼 수 없다. 사형은 무기징역보다 위하력이 크다고 할 수 없다」는 형법·형사정책적 관점이 17명

138) [사형존치의 근거] (1) 헌법적 관점(합헌), 둘째 종교적·법철학적·법인간학적 관점(정의회복), 셋째 형법 및 형사정책적 관점(특별한 위하력, 국가사회존립), 넷째 범죄통계학적 관점(범죄예방효과, 국민의 여론조사), 다섯 번째 법사회학적 관점(시기상조, 현재의 국민 법감정, 국가의 정치·경제·문화수준에 따른 점차적인 결단).

139) [사형폐지의 근거] (1) 헌법적 관점(위헌, 인간존엄과 생명권에 반함), 둘째 종교적·법철학적·법인간학적 관점(인간생명의 무한대의 가치와 오관의 가능성, 정의는 오직 신만이, 누가 너에게 교수할 권리를 주었는가?, 사형집행관의 인격고려), 셋째 형법 및 형사정책적 관점(위하력 없고, 단지 옹보적 미신적 사고의 잔재일 뿐, 형벌목적과 배치), 넷째 범죄통계학적 관점(사형폐지국과 존치국의 살인사건발생율), 다섯 번째 법사회학적 관점(조속한 정치적 결단).

140) 사형제도의 존치를 지지하는 학생은 49명중에서 남학생이 31명(63%), 여학생이 18명(37%)로 나타났다. 사형존치의 주요 이유는 첫째 「흉악범에게는 사형을 선고하여 죄에 상응하는 벌을 받게해야 한다」는 옹보형에 입각한 형법·형사정책적 관점이 27명(55%)이었고, 「사형이 아직까지는 우리 사회에 필요하다」는 시기상조에 입각한 법사회학적 관점이 22명(45%)이었다.

(13%)이었다. 넷째 「현재 우리나라 실정에 비추어 이제는 사형을 폐지해야 한다」는 법사회학적 관점이 5명(3.8%)이었다. 다섯 번째 「범죄통계학적(중범죄 발생빈도)으로 볼 때, 사형제도의 존치가 강력범죄를 줄인다는 가설은 허구이기에 사형제도는 폐지되어야 한다」는 입장이 1명이었다. 「인간의 존엄과 가치는 누구든지 절대적인 보호를 받아야 하고, 오관의 가능성이 존재하는 한 사형제도는 절대 정당화될 수 없다」는 점이 82%를 차지하고 있다.

전두환·노태우 전직대통령(12·12와 5·18 및 비자금 사건)에 대한 항소심의 결심공판과 관련하여 정치적으로 민감한 사안과 시점이었음에도 불구하고, 동아대 자연과학대 3학년 학생(설문응답자의 73%)들은 사형제도를 폐지해야 한다고 주장하고 있다.

(2) 1997년 6월에 18일에 경남대학교 「법학개론」 수강자 대상으로 설문조사

1996년 6월 18일에 실시한 경남대 법학과 1학년(타과수강자포함)의 설문조사를 분석해 보면, 사형제도의 폐지를 지지하는 학생들의 비율이 압도적으로 높다. 사형제도의 존치를 지지하는 학생은 71명중 단지 18명(25%)명¹⁴¹⁾인데 반하여, 사형제도의 폐지를 지지하는 학생은 53명(설문응답자의 75%)이었다. 53명중에서 남학생이 35명(66%), 여학생이 18명(34%)으로 나타났다.

1997년 6월 18일 경남대 설문조사대상자: 71명

분류	존치론(18명, 25%)		폐지론(53명, 75%)	
	남성(10명)	여성(8명)	남성(35명)	여성(18명)
헌법적 관점			27명	14명
종교적·법철학적·법인간적 관점			5명	1명
형법·형사정책적 관점	9명	7명	1명	2명
범죄통계학적 관점			2명	1명
법사회학적 관점	1명	1명		

사형제도의 폐지를 지지하는 학생들의 주요 이유는 「사형제도는 인간의 존엄과 가치를 인정하지 않는 불합리한 제도」라는 헌법적 관점이 41명(48%)으로 가장 많았다. 둘째 「오관가능성은 존재한다」는 종교적·법철학적·법인간적 관점이 6명이었다. 셋째 「형법은 범인의 재사회화를 위한 교화·개선이라고 보는 교정형주의에 입각할 때 사형은 무의미·무가치하다. 사형에 처한 범죄는 무기형으로 대체할 수 있다」는 형법·형사정책적 관점이 3명이었다. 넷째 「사형은 범죄 예방력이 없다」는 입장이 3명이었다.

한보정국비리와 관련하여 사회적으로 민감한 사안과 시점이었음에도 불구하고, 경남대 법학과 1학년 학생(설문응답자의 75%)들은 사형제도를 폐지해야 한다고 주장하고 있다.

(3) 1997년 6월 18일 경남대학교 「형사정책」 수강자 대상으로 설문조사

1996년 6월 18일에 실시한 경남대 법학과 4학년 학생들의 설문조사를 분석해 보면, 사형제도의 폐지를 지지하는 학생들의 비율이 압도적으로 높다. 사형제도의 존치를 지지하는 학생은 47명중 15명(32%)명¹⁴²⁾

141) 사형제도의 존치를 지지하는 학생은 18명중에서 남학생이 10명(56%), 여학생이 8명(44%)으로 나타났다. 사형존치의 이유는 「범죄자에게는 그에 대한 응보가 있어야 한다」는 옹보형에 입각한 형법·형사정책적 관점이 16명(89%)이었고, 「사형제도를 통해 사회질서를 유지할 수 있다」는 법사회학적 관점이 2명(11%)이었다.

142) 사형제도의 존치를 지지하는 학생은 15명중에서 남학생이 10명(67%), 여학생이 5명(33%)으로 나타났다. 사형존치의 주요이유는 「흉악범이 증가하고 있는 현 사회의 실정에서는 사형제도가 필요악이다. 현 실정에서 사형을 폐지하는 것은 시기상조이다」는 법사회학적 관점이 10명이었다. 다음으로 「범죄자에게는 범죄에 상응하는 대가가 있어야 한다. 사형제도는 위하

인데 반하여, 사형제도의 폐지를 지지하는 학생은 32명(69%)이었다. 32명(설문응답자의 69%) 중에서 남학생이 24명(66%), 여학생이 8명(34%)으로 나타났다.

1997년 6월 18일 경남대 설문조사대상자: 47명

근거	분류	존치론(15명, 32%)		폐지론(32명, 69%)	
		남성(10명)	여성(5명)	남성(24명)	여성(8명)
헌법적 관점				15명	7명
종교적·법철학적·법인간적 관점				4명	
형법·형사정책적 관점		4명	1명	1명	
범죄통계학적 관점				1명	
법사회학적 관점		6명	4명	3명	1명

사형제도의 폐지를 지지하는 학생들의 주요 이유는 첫째 「인간의 생명은 무한대의 가치를 지닌 존엄한 것으로 절대적으로 보호해야 한다. 헌법에 반하고 인도주의에 반한다」라는 헌법적 관점이 22명(69%)으로 가장 많았다. 둘째 「국가의 정치·경제·문화수준에 따른 점차적 폐지와 서양의 경우처럼 사형을 선고하지 아니하는 기간을 설정하고, 그 후에 폐지하는 방법이나 사형의 집행유예제도의 도입」 등 법사회학적 관점이 4명이었다. 종교적·법철학적·법인간적 관점에서 4명, 형법·형사정책적 관점이 1명, 범죄통계적 관점이 1명이었다.

한보정국비리와 관련하여 사회적으로 민감한 사안과 시점이었음에도 불구하고, 경남대 법학과 4학년 학생(설문응답자의 69%)들은 사형제도를 폐지해야 한다고 주장하고 있다.

(4) 1997년 9월 10일 경남대학교 재학생(2학년)을 대상으로 설문조사(무작위추출)

1997년 9월 10일 실시한 경남대 2학년 재학생(무작위 추출)의 설문 결과는 제3회에 걸쳐 실시한 동아대와 경남대의 설문결과와는 전혀 다른 결론이 나왔다. 경남대 2학년 재학생(무작위 추출)의 설문조사를 분석해 보면, 사형제도의 존치를 지지하는 학생들의 비율이 압도적으로 높다. 설문대상 총63명중에서 사형제도의 존치를 지지하는 학생은 49명(설문응답자의 79%)명이었고, 49명중에서 남학생이 29명(59%), 여학생이 20명(41%)으로 나타났다. 사형제도의 폐지를 지지하는 학생은 겨우 13명(21%)에 불과하였다.¹⁴³⁾

1997년 9월 10일 경남대 설문조사대상자: 62명

력이 있다」는 형법·형사정책적 관점이 5명이었다.

143) 사형제도의 폐지를 지지하는 학생은 13명중에서 남학생이 4명(31%), 여학생이 9명(69%)로 나타났다. 사형폐지의 이유는 첫째 「오판가능성이 존재하고, 오판으로 사형이 집행될 경우 이는 그 무엇으로도 보상할 수 없다」라는 종교적·법철학적·법인간적 관점이 8명으로 가장 많았다. 둘째 「형을 폐지하고 무기징역을 통해 형벌의 목적을 달성할 수 있다」는 형법·형사정책적 관점이 2명이었다. 셋째 「사형제도는 일반예방의 효과가 없다」라는 범죄통계학적 관점이 2명이었다. 넷째 「인간의 존엄과 가치를 중시하여 사형제도를 폐지하여야 한다」는 헌법적 관점이 1명이었다.

근거	분류	존치론(49명, 79%)		폐지론(13명, 21%)	
		남성(29명, 59%)	여성(20명, 41%)	남성(4명, 17%)	여성(9명, 83%)
헌법적 관점				1명	
종교적·법철학적·법인간적 관점				1명	7명
형법·형사정책적 관점		20명	20명	1명	1명
범죄통계학적 관점				1명	1명
법사회학적 관점		9명			

사형제도의 존치를 지지하는 학생들의 주요 이유는 「흉악범이 날로 증가하고 있는 상황속에서 사회 질서 유지를 위해 사형제도는 필요하다」는 형법·형사정책적 관점이 40명(82%)이었고, 「사형폐지는 아직까지 시기상조이다」는 법사회학적 관점이 22명(45%)이었다.

「박초롱초롱빛나리 유괴용의자」의 검거시점과 관련하여 실시된 설문조사에서 따르면 경남대 법학과 2학년 학생(설문응답자의 79%)들은 사형제도의 필요성을 압도적으로 지지하고 있다. 이러한 결과는 유괴사건의 특수성, 유괴범 수배과정, 돈과 생명의 협상, 학부모의 분노, 언론의 자극적 보도내용등이 학생들의 법감정에 복합적으로 반영되어 나타났다고 보여진다. 이러한 현상들은 남북통일과 관련한 형법특수문제, 특히 남북통일이후 불가피한 「국가에 의하여 자행된 불법에 대한 형법적 청산(Die strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht in Korea)」에서도 사형제도(死刑制度)에 대한 논란과 사형선고(死刑宣告)에 대한 갈등은 재현될 가능성이 있기 때문이다. 예를 들어 한국 현대사에서 주목을 받고 있는 민간인 피해사건으로 「여수·순천반란사건」, 「6·25 전범처리」, 「아웅산 폭파·테러사건」, 「KAL기 폭발사건 -소위 김현희 사건」, 「1996년 강릉무장공비침투사건」, 그리고 「반인륜적 범죄행위: 민간인 납치사건」 등을 들 수 있다. 남북통일이후 예상되는 「언론의 자극적 보도와 보도내용에 흥분한 국민의 법감정 그리고 사형선고의 함수관계」 속에서 사회전반에 새로운 긴장(피해가족들은 사건의 법적해결, 국가는 분단시대의 불법과거사청산, 사회는 새로운 통합의 시대를 요구)이 조성될 수 있음을 예측할 수 있다.

(5) 1998년 6월 16일에 경남대학교 「형사정책」 수강자를 대상으로 한 설문조사

1998년 6월 16일에 실시한 경남대 법학과 4학년 학생(형사정책강좌 수강생)들의 설문조사를 분석해 보면, 사형제도의 폐지를 지지하는 학생들의 비율이 비교적 높다. 사형제도의 존치를 지지하는 학생은 57명중 25명(설문응답자의 44%)명¹⁴⁴⁾인데 반하여, 사형제도의 폐지를 지지하는 학생은 32명(설문응답자의 56%)이었다. 32명중에서 남학생이 29명(91%), 여학생이 3명(8%)으로 나타났다.

1998년 6월 16일 경남대 설문조사대상자: 57명

144) 사형제도의 존치를 지지하는 학생은 25명중에서 남학생이 22명(88%), 여학생이 3명(12%)으로 나타났다. 사형존치의 이유는 「범죄가 흉폭화 되어가는 현실에서 사형제도는 범죄를 예방할 수 있으며, 범죄자에 대한 응보·대가로 존치하여야 한다」는 형법·형사정책적 관점이 20명이었다. 「지금 현 시점에서 사형제도 폐지는 시기상조이다」는 법사회학적 관점이 5명이었다.

분류 근거	존치론(25명, 44%)		폐지론(32명, 56%)	
	남성(22명)	여성(3명)	남성(29명)	여성(3명)
헌법적 관점			24명	3명
종교적·법철학적 ·법인간적 관점				
형법·형사정책적 관점	17명	3명	1명	
범죄통계학적 관점			4명	
법사회학적 관점	5명			

사형제도의 폐지를 지지하는 학생들의 주요 이유는 「인간의 생명은 존엄하고 존중되어야 하며 그 누구도 생명을 박탈할 수 없다」라는 헌법적 관점이 27명(84%)으로 가장 많았다. 둘째 「사형제도는 위하력이 없어 범죄 예방의 효과가 없다」는 범죄통계적 관점이 4명이었다. 셋째 「교화목적에 위배된다」는 형법·형사정책적 관점이 1명이었다.

IMF(국제통화기금관리체제)정국과 관련한 경제적으로 어려운 시점에서 실시된 설문조사이었음에도 불구하고, 경남대 법학과 4학년 학생(설문응답자의 56%)들은 사형제도를 폐지해야 한다고 주장하고 있다. 사형제도의 필요성에 대해 신중한 판단을 하고 있음을 확인할 수 있다.

3. 설문종합

1996년 11월 30일의 제1회 설문조사에서 1998년 6월 16일의 제5회 설문조사까지 총 5회에 걸쳐서 실시한 설문조사를 사형존치론과 사형폐지론의 입장을 각 관점(첫째 헌법적 관점, 둘째 종교적·법철학적·법인간적 관점, 셋째 형법 및 형사정책적 관점, 넷째 범죄통계학적 관점, 다섯 번째 법사회학적 관점)별로 종합하여 분석하면 다음과 같다.

전체설문대상인원: 총428명(남학생 264명, 여학생 154명)

분류 근거	존치론(156명, 36%)		폐지론(262명, 64%)	
	남성(102명)	여성(54명)	남성(162명)	여성(100명)
헌법적 관점			98명	57명
종교적·법철학적 ·법인간적 관점			42명	21명
형법·형사정책적 관점	67명	41명	10명	14명
범죄통계학적 관점			8명	3명
법사회학적 관점	35명	13명	4명	5명

1996년 11월부터 1998년 6월까지 2년 6개월동안 동아대학교와 경남대학교에서 총5회에 걸쳐 실시한 사형제도에 대한 설문조사를 종합하면, 부산·경남지역 대학생들은 「사형제도」의 폐지를 지지하고 있는 것으로 나타났다. 전체설문대상인원인 총428명(남학생 164명, 여학생 154명)의 전체설문응답자의 64%에 해당하는 262명(남학생이 162명·62%, 여학생이 100명·65%)이 사형폐지를 지지하고 있다.

사형제도의 폐지를 지지하는 주요 이유는 첫째 「인간의 생명은 존엄하고 존중되어야 하며 그 누구도 생명을 박탈할 수 없다. 사형제도는 인간의 존엄과 가치를 인정하지 않는 불합리한 제도이다. 따라서 사형은 우리 헌법 제10조에 반하는 위헌이다」는 헌법적 관점이다. 헌법적 관점은 155명(59%)으로 압도적으로 많았다. 둘째 「인간의 생명은 무한대의 가치를 지니며, 국가는 사람에게 교수할 권리를 갖지 못한다. 정의(正義)는 오직 신(神)만이 알수 있다. 사형제도는 문명국가의 수치일 뿐만 아니라 국가의 도덕성의 기초와 배치된다」는 종교적·법철학적·법인간적 관점이 63명(24%)이었다. 셋째 「사

형은 위하력이 없고, 단지 응보적·미신적 사고의 잔재일 뿐이다. 형벌목적에 위배된다」는 형법·형사정책적 관점이 24명(9.1%)이었다. 넷째 「범죄통계학적(중범죄 발생빈도)으로 볼 때, 사형제도의 존치가 강력범죄를 줄인다는 가설은 허구이기에 사형제도는 폐지되어야 한다」는 입장이 11명(4%)이었다. 다섯 번째 「현재 우리나라 실정에 비추어 이제는 사형을 폐지해야 한다」는 법사회학적 관점이 9명(3%)이었다.

이러한 설문결과는 한국 형사법학계의 다수(多數)입장, 사형제도의 폐지를 주장하는 입장(無順 이수성·이건호·심재우·정봉휘·강구진·유병렬·이형국·김일수·진계호·신진규·배종대·정영일·한인섭·이정원·허일태)을 실증적으로 뒷받침해주고 있다. 또한 사형제도가 합헌이라는 법무부의 입장¹⁴⁵⁾과 대법원의 입장 그리고 헌법재판소전원합의부의 다수의견과는 정반대의 설문결과이다. 오히려 사형제도의 폐지를 지지하는 소수의견(김진우재판관과 조승형재판관)이 부산·경남지역 대학생들에게는 전체 설문응답자의 비율에서 28%(64%대 36%)나 더 높은 지지를 받고 있다.¹⁴⁶⁾

사형제도의 폐지를 지지하는 부산·경남지역 대학생들의 개별주장은 다음과 같다.

- (1) 사형이라는 극형속에는 일반적으로 형벌이 내포하고 있는 최소한의 윤리적 요소도 찾아볼 수 없다. 단지 야만적이고 잔인할 뿐이다.
- (2) 사형은 법을 통한 국가의 제도적 복수(復讐)이다. 사형은 하나의 제도적 살인에 불과하다.
- (3) 「지존파」와 「막가파」 사건이 발생할 때마다, 일반국민을 향하여 위하차원에서 사형을 집행해 왔다. 그럼에도 불구하고 강력사건은 줄어들고 있는가?
- (4) 사형으로 잠재적 범죄자를 위하하는 것보다는, 오히려 강력범죄에 대하여 신속하고 철저한 수사로 범죄자를 위협해야 된다. 탈옥범 신창원을 보라.
- (5) 사형제도는 위하적 일반방사상의 전형이다. 위하사상은 독재시대의 산물이지, 민주시대의 형사정책이 될 수 없다.
- (6) 사형은 범죄억지효과를 얻지 못하고 있다. 사형집행의 효력은 기껏해야 몇 일이다. 사형에 범죄억지의 효과가 있다는 가정과 그 가정에 근거한 신뢰의 허구성에서 우리는 이제 깨어나야 한다.
- (7) 그저 사형은 「무익한 형사정책」일 뿐이다. 「사형제도의 존치로 흉악범을 억제할 수 있다」는 발상은 「형사정책의 포기라고 볼 수밖에 없다」.
- (8) 잔악한 범죄행위에 대한 국가의 형사정책은 이제 더 이상 「사형제도」만으로 방지될 수 없다. 사형은 현

145) 형법 제250조 등 헌법소원: 1996. 11. 28. 95헌바1 전원재판부; 헌법재판소공보 제19호; 헌법재판소판례집 제8권 2집 537면 이하(543면). 법무부장관 및 서울지방검찰청 남부지청장의 의견요지: (1) 사형제도의 존폐는 그 나라의 정치적·사회적 조건 및 역사적·문화적 환경과 깊이 결부되어 있는 문제라 할 것이므로 이상적이고도 가치지향적인 결론만을 좇아 사형제도의 폐지를 운위하는 것은 온당치 아니하다. 우리 국민의 법감정도 소위 가정과괴사범, 폐강도 등의 치안문제가 중요시되는 현시점에서는 사형이 가지는 강한 위하력에 의한 범죄방지효과라는 관점에서의 존치론이 압도적이라 여겨진다. (2) 인간의 존엄성 수호를 최고가치로 하는 우리 헌법의 자유민주적 이념상 인간의 생명에 대한 권리는 그 규정의 흠결에도 불구하고 하나의 자연권적 기본권으로서 부정될 수 없다고는 하겠으나, 생명권이라고 하여 그 자체로서 무한정하게 인정되어야 하는 속성을 가졌다고는 볼 수 없으므로 그 생명권이 다른 생명권을 불법하게 침해할 경우에는 사회규범적 가치판단이 개입하게 되는 제약을 면하지 못한다. 따라서 이러한 관점에서 사형제도는 바로 우리 헌법에서 예상하고 있는 형벌의 한 종류로서 헌법질서에 반하지 아니한다.

146) 그러나 「박초롱초롱빛나리 유괴용의자」의 검거시점에 실시된 제4회 설문조사결과와 같이 여전히 「반인륜적범죄: 어린이유괴범죄, 가정과괴범」에서는 대학생들의 법의식과 법감정은 단호함을 확인할 수 있다.

대 형사정책의 만병통치약이 아니다.

- (9) 설사 「범죄인이 스스로 인간이기를 포기한 야수」라고 할지라도 「사회는 그를 인간으로 복귀」 시켜야 한다. 그것이 국가의 의무가 아닌가. 범죄의 원인에는 범죄인의 악성뿐만 아니라 환경적 요인이 차지하는 비중이 적지 아니하다. 그러나 사형은 범죄원인을 모두 범인에게만 책임지우고 있다.
- (10) 사형제도를 유지하고 있는 것은 문명국의 수치이며, 인간의 존엄을 존중하고 보호하는 법치국가의 헌법정신을 모독하는 것이다. 인간의 존엄을 보장하는 헌법은 스스로를 방어해야 한다.

설문조사를 한 시기가 부산·경남지역 대학생들에게 법의식과 법감정에 영향을 미칠 수 있는 정치적·사회적·경제적 특수상황을 고려한다면, 이상의 설문결과는 「또 다시 사형제도를 생각하기에 충분한 이유가 될 수 있다」고 생각된다.