

刑事法制的 爭點과 展望

李 鎮 局*

차 례

- I. 서 설
- II. 형사실체법의 제정과 발전과정
 - 1. 형법의 제정과 그 기본사상
 - 2. 형법개정에 대한 논의
 - 3. 형사특별법의 지속적 양산
- III. 형사소송법의 제정과 발전과정
 - 1. 형사소송법의 제정과 그 성격
 - 2. 형사소송법의 개악
 - 3. 형사소송법의 발전
- IV. 형사사법개혁의 과정과 성과

* 아주대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 서 설

정부수립 60주년을 맞이하는 올해는 형법이 제정된 지 55년, 형사소송법이 제정된 지 54년째 되는 해이다. 주권국가의 본질적 요소로 간주되는 독점적 형벌권으로서 한국 형사법은 그 동안 짧은 역사에도 불구하고 사회의 질서를 유지하는 데 중요한 역할을 담당해왔다. 그러나 그 동안 한국사회에서는 형사법의 역기능도 적지 않게 나타났다. 한국 사회는 군사독재와 권위주의 정권에서 해방된 1980년대 중반 이후로 산업화의 영향으로 경제적 번영을 가져왔으며 이에 따라 국민의 인권의식도 지속적으로 높아진 반면 실체형법은 여전히 윤리적 색채와 옹보적 중형주의가 지배되고 있고 형법규범의 홍수로 인하여 과잉범죄화의 부정적 현상까지 나타나고 있다. 이는 결과적으로 형사사법의 비효율을 낳고 있다. 또한 형사사법제도와 법률시스템의 운용은 과거 효율성을 강조한 나머지 개인의 인권을 경시했을 뿐만 아니라 재판의 공정성과 정확성 그리고 분쟁당사자에 대해 재판이 가지는 정당성을 확보하는 데에는 취약한 결과를 가져 왔다. 결국 변화된 사회에 조응하지 못한 형사법으로 인하여 사법제도 전반에 대한 국민의 불신은 광범위하게 확산되었다. 이 때문에 1990년대 이후로 정권이 바뀔 때마다 형사법과 형사실무는 개혁의 핵심 대상으로 취급되었다.

형사법을 변화된 시대상황에 부응시키고 국민의 인권을 실효적으로 보장하기 위하여 한국에서는 1990년대 중반 이후부터 주로 정권교체기를 중심으로 형사사법의 개혁을 시도한 바 있다. 그러나 형사사법기관의 개혁에 대한 의지의 부족과 입법자의 정책적 실천의지의 결여로 인하여 그 당시의 형사사법에 대한 개혁은 미봉책으로 끝이 났다. 그러던 중 참여정부 초기에 출범한 사법개혁위원회와 사법제도개혁추진위원회는 형사사법을 포함하는 사법의 전반에 대한 광범위한 개혁프로그램을 마련하여 제 17대 국회 회기 내에 형사사법 관련 법률안을 통과시킴으로써 그 동안 제대로 추진되지 못했던 형사사법의 개혁을 성공적으로 이끌었다.

그러나 비록 참여정부가 형사사법에 관한 광범위하고 다양한 법안을 마련하고 제17대 국회가 이를 법제화했음에도 불구하고 여전히 개혁의 흠결은 남아있다. 형사실체법의 영역에서는 과잉범죄화, 특별형법의 양산

등으로 인한 기본법으로서의 형법의 규범력 약화 문제가 여전히 해결되지 않은 채로 남아있으며, 참여정부 시기 동안에 개혁된 형사사법 관련 법률 조차도 부분적으로 그 내용적인 면에서 다양한 문제점을 안고 있다. 이러한 배경 하에서 건국 60주년을 맞이하는 현 시점에서 대한민국의 형사법이 어떠한 구상 하에 제정되었고 발전되어 왔는가와(II와 III), 특히 2003년부터 2007년까지 추진되어 온 형사사법개혁의 주요내용을 검토해볼 것이다(IV). 그리고 이러한 검토를 통하여 우리나라 형사사법에서 여전히 남아있는 개혁과제를 제시할 것이다(V). 다만 형사법제는 다양한 법률을 포괄하는 개념이지만 이 글에서는 지면상의 한계와 쟁점 형성의 문제로 인하여 형법과 형사소송법을 주된 논의대상으로 한다.

II. 형사실체법의 제정과 발전과정

대한민국의 형법은 1953년 9월 18일에 공포되어 같은 해 10월 3일에 시행되었다. 그러나 형법이 제정된 이후 사회상황과 형사정책적 환경의 변화에 따른 적절한 개정이 이루어지지 못하였고 기본법인 형법을 대신한 형량가중적 형사특별법이 득세하게 되었다.

1. 형법의 제정과 그 기본사상

현행 형법이 제정되기 이전인 일제 식민지 시대에는 1911년의 朝鮮總督府 制令 第1號인 朝鮮刑事令을 통하여 일본형법이 의용되었다. 일제시대에 한반도에서 적용되었던 형사법은 식민지에서의 민족적 저항을 예방하고 척결하기 위한 여러 가지 예외를 두었을 뿐만 아니라 치안유지법 등 각종 특별법을 제정하여 인권을 탄압하였다.¹⁾ 이러한 배경 하에서 1945년 해방을 맞이하게 되자 하루빨리 우리 형법을 제정하여 일제 식민지 형사사법의 유산을 청산하고 극복해야 할 필요성이 대두되게 되었다. 해방 이후 미군정기에 발족한 법제편찬위원회의 형법분과위원회는

1) 한인섭, 『한국형사법과 법의 지배』, 한울, 1998, 55면 이하에서는 일제의 식민지 형사사법의 특징으로 형벌법규의 비대화현상, 통제법령의 극단적인 팽창과 심정형법의 전면적 도입, 식민지 사법기관에 의한 법집행의 자의성과 조작, 차별성을 지적하고 있다.

형법요강 기초작업을 진행(1947~1948)하였으며 1948년 대한민국이 수립된 이후에는 형법전의 제정작업이 법전편찬위원회로 승계되었다. 법전편찬위원회는 1949년 11월에 형법초안을 완성하여 형법초안이유설명서와 함께 정부에 제출하였고 정부는 형법초안에 일부 수정을 가한 정부초안을 작성하여 1951년 4월 13일 국회에 제출하였다. 이 정부초안은 국회 법제사법위원회의 수정을 거친 후 본회의에 상정하여 심의 한 후 1953년 9월 18일에 법률 제293호로 공포되어 같은 해 10월 31일부터 시행되었다.²⁾

1953년 제정형법의 근본정신은 그 역사적 모태가 되는 1948년 법제편찬위원회 형법분과위원회의 형법요강³⁾과 1949년 법전편찬위원회의 형법초안이유설명서에서 확인할 수 있다. 그 당시 법전편찬위원회가 정부에 제출한 형법초안이유설명서에 기재되어 있는 형법입안의 근본원칙⁴⁾에 따르면, ① 세계 각국의 형사법제를 참조하였고, ② 독재적인 정치요소의 배격과 국민의 기본권 옹호 및 자유와 평화를 실현하는 세계적 추세에 따랐으며, ③ 신생국가로서의 국풍과 그러한 국민으로서의 창의력과 진취성을 풍부하게 하였고, ④ 민족적 분열에서 통일에의 추진방도에 있어서 유념됨이 없도록 노력하였고, ⑤ 미풍양속 유지향상에 유의하였으며, ⑥ 약자보호를 의도하였고, ⑦ 형법학설의 편파성에서 탈피하여 건전중립을 택하여 현실에 적합하도록 하였으며, ⑧ 가능한 한 용어를 평이하게 하였다.

제정형법은 해방과 더불어 좌우익간의 극한 대립과 6.25 사변이라는 극심한 사회혼란기에 탄생되었음에도 불구하고 제헌헌법의 정신을 구현하고자 노력하였고 식민지시대의 인권탄압의 수단이 되었던 일본형법의 색채로부터 탈피하고자 노력하였다. 그러나 제정형법에 대해서는 일본형법의 잔재를 완전히 청산하지 못했다는 점, 형법사상이 지나치게 윤리적이었다는 점, 특별법을 형법에 편입시키지 못했다는 점 등 한계가 지적되고 있다.⁵⁾

2) 제정형법의 성립경위에 관한 상세한 연구로는 신동운, “제정형법의 성립경위”, 『형사법연구』 제20호, 한국형사법학회, 2003, 9-52면 참조; 또한 신동운, 『형사법령제정자료집(1) - 형법』, 한국형사정책연구원, 1990 참조.

3) 상세한 내용은 신동운, 전계논문, 15-19면 참조; 허일태, “제정형법의 기본사상과 기초이론”, 『형사법연구』 제20호, 한국형사법학회, 2003, 68-77면 참조.

4) 신동운, 전계서, 86-87면.

5) 허일태, 전계논문, 83-86면.

2. 형법개정에 대한 논의

형법은 그 제정 이후 1975년에 국가모독죄(제104조의2)를 신설하였다가 1988년에 이를 다시 삭제하였을 뿐 그동안 경제발전과 사회문화의 발전 및 이에 따른 국민의식과 새로운 형사정책적 환경이 적지 않게 변화되었지만 형법의 개정이 시의적절하게 이루어지지 못하여 형법규정이 현실과 부합하지 못한다는 문제가 지적되었다. 이에 따라 법무부는 형법의 전면적 개정 필요성을 인식하여 1985년 6월 21일에 ‘형사법개정특별심의회위원회’를 발족시켰다. 그 당시 형사법개정특별심의회위원회는 시대상황을 고려한 ‘형법의 기본방향’을 설정하였는데, 그 주요내용으로는 ① 헌법정신의 반영, ② 형법이론을 고려한 범죄론 규정의 재검토, ③ 가치관·윤리관의 변화에 따른 비범죄화의 고려, ④ 사회정세의 변화에 따른 범죄화의 고려, ⑤ 형사정책적 요청에 따른 형벌제도의 개선, ⑥ 형법과 특별법의 관계 재조명, ⑦ 형법체계와 용어의 재정리 등이었다.⁶⁾ 이후 형사법개정특별심의회위원회는 형법개정요강(1986-1988)과 형법개정시안(1989-1991)을 작성한 다음 1992년 5월 27일에 전문 405조의 형법개정안을 최종적으로 확정하였고, 이 형법개정안은 1992년 7월 6일에 정부의 형법개정법률안으로 국회에 제출되었다.⁷⁾ 그러나 국회법제사법위원회는 14대 국회만료가 임박한 1995년 12월 1일에 정부의 형법개정법률안에서 시급히 필요한 부분만을 발췌·정리한 형법중개정법률안을 법제사법위원회안(대안)으로 채택하였고, 이 안은 그 다음날인 12월 2일에 새 형법으로 확정되었다.

1995년의 개정형법의 주요내용은 ① 성인범에 대한 보호관찰제도, 사회봉사명령제도, 수강명령제도의 도입, ② 컴퓨터관련범죄, 인질관련범죄, 편의시설부정이용죄 등 신종범죄의 신설, ③ 사형의 삭제·추가, 징역형의 조정, 선택형으로서 벌금형의 추가, 재산형의 현실화 등 각칙상의 법정형

6) 법무부, 『형법개정법률안 제안이유서』, 형사법개정자료(XIV), 1992, 9면 참조.

7) 1985년 이후의 형법의 전면개정작업의 진행과정에 관한 상세한 내용은, 김종원, “한국 형법의 과제와 전망”, 『형사법연구』 6호, 한국형사법학회, 1993, 87-88면 참조.

조정, ④ 과실범의 처벌규정의 신설 등이었다. 1995년의 개정형법은 정부의 형법개정법률안의 내용에 훨씬 못 미치는 부분개정에 머물렀다. 형법 각칙 부분에서는 상당한 정도의 개정이 이루어졌지만 형법의 기초라 할 수 있는 총칙부분에서는 형벌론 영역에서 성인범에 대한 보호관찰제도, 사회봉사명령제도, 수강명령제도가 도입되는데 그쳤다. 특히 범죄론 분야에서서의 개정은 전혀 이루어지지 않았고 형법개정을 통하여 형법과 특별법의 관계를 재조정 하려던 형법개정의 기본방향도 달성되지 못했다.

1985년부터 시작된 형법개정작업이 전면개정에 실패한 이후 지금까지 형법전은 3차례의 간헐적인 개정이 이루어졌을 뿐이다.⁸⁾

3. 형사특별법의 지속적 양산

한국의 입법자는 형법 제정 이후 경제적 발전에 따른 국민의식과 형사정책적 환경의 변화에 대한 형사실체법적인 대응을 기본법인 형법에 의하기 보다는 형사특별법의 제정이나 개정을 통하여 해결해왔다.⁹⁾ 그 결과 현재 한국에서 발효 중인 주요 형사특별법으로는 국가보안법(1948), 범죄처벌법(1954), 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(1961), 특정범죄 가중처

8) 2001년 12월 29일자로 공포된 개정형법은 형법 제347조의2(컴퓨터등 사용사기죄)에 ‘권한없이 정보를 입력·변경하여 정보처리를 하게 하는 행위’를 구성요건으로 추가하였다. 또한 2004년 1월 20일자로 공포된 개정형법은 형법 제37조 후단의 경합범 요건 중 ‘판결이 확정된 죄’를 ‘금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄’로 개정하여 경합범의 범위를 축소시켰다. 마지막으로 2005년 7월 29일자로 공포된 개정형법은 제39조를 개정하여 경합범중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고하되 그 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 하였으며, 형법 제62조 1항 단서를 개정하여 금고 이상의 형이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에는 형의 집행을 유예할 수 없도록 하였으며, 제63조의 집행유예 실효사유로서 개정 전의 ‘금고이상의 형의 선고를 받아’ 부분을 ‘고의로 범한 죄로 금고이상의 실형을 선고받아’로 개정하였다.

9) 우리나라에서 형사특별법이 지속적으로 양산된 원인에 대하여 신동운, “향후 형사법 개정의 방향”, 『서울대학교 法學』, 제46권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2005, 103면에서는 멀게는 일제 이래 내려오고 있는 “기본법령은 함부로 손대면 안된다”는 사고방식이, 현실적으로는 정부 각 부처가 경쟁적으로 법률을 제정하려 한 결과가 특별법 난립의 토대를 만들었다고 이해한다. 이와 유사하게 허일태, “한국 형법의 개혁과 발전”, 『동아법학』 제39호, 동아대학교 법학연구소, 2007, 109면에 의하면, 일제의 식민지 형사사법의 전형을 한국 형사실무계가 극복하지 못했던 결과라고 평가하고 있다.

벌 등에 관한 법률(1966), 보건범죄단속에 관한 특별조치법(1969), 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(1983), 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법(1990), 환경범죄의 단속에 관한 특별조치법(1991), 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(1994) 등 20여개가 넘으며, 일반 법률의 벌칙부분에서 형벌로 위협하고 있는 형사특별법까지 포함하면 거의 대부분의 법률이 형사특별법이라고 해도 과언이 아닐 정도가 되었다.

원래 형사특별법은 제정형법의 입법과정에서 형법으로 편입시키기로 예정되어 있었고 1985년부터 시작된 헌법개정 논의에서도 주요 형량가중적 형사특별법의 형법으로의 편입을 형법의 개정의 기본방향으로 정하고 있었다. 그러나 정부수립 이후 이승만 독재정권과 군사정권을 거치는 동안 정권유지를 위한 엄벌위주의 형사특별법이 다수 제정되었으며 민주화가 어느 정도 진행된 현 시점에서도 이러한 경향은 유지되고 있다.¹⁰⁾ 그 결과 법률 적용이 더 복잡하게 되었으며 형법의 규범력이 담보되지 못하고 형법이 오히려 부차적인 기능을 수행하는 역전현상이 초래되고 말았다. 이 점에서 형사특별법을 기본법인 형법속으로 편입시키는 작업이야말로 지금의 현실에서 가장 절실하게 요구되는 형사사법개혁의 주제라 할 것이다.

III. 형사소송법의 제정과 발전과정

형사소송법은 항상 정치적 산물의 성격을 가지고 있다. 시대상황이 변화하면서 가장 민감하게 반응하는 것이 바로 형사소송법이라고 할 수 있기 때문이다. 대한민국에서는 형법이 제정된 지 다음 해인 1954년에 민주적인 형사소송법이 제정되었지만 1980년대까지 비민주적·인권비친화적 형사소송법으로 운용되어 오다가 1980년대부터 구 시대의 잔재를 청산하는 작업이 진행되어 최근에는 실질적인 전면적 개혁이 이루어졌다.

10) 문채규, “제정형법의 오늘”, 『형사법연구』 제20호, 한국형사법학회, 2003, 93면; 한인섭, 『권위주의 형사법을 넘어서』, 동성사, 2000, 308면 이하에서는 특별형법의 특색에 관하여 제정과 개정과정이 모두 비상시에 이루어진 위기입법의 모습을 띠고 있고, 구성요건의 확장과 형량강화를 위한 입법들이며, 형벌과 보안처분의 확장이 두드러지게 나타난다고 비판적으로 평가하고 있다.

1. 형사소송법의 제정과 그 성격

1954년 형사소송법이 제정되기 이전에는 일제의 朝鮮刑事令에 의한 일본의 明治형사소송법과 大正형사소송법이 대한민국에 적용되었다. 1945년 대한민국이 탄생하면서 출범한 법전편찬위원회는 의용형사소송법을 참고로 하여 민주주의적 형사재판제도를 제정하고 인권보장을 위한 미군정 법령 제176호(형사소송법의 개정)를 제정형사소송법에 적당히 편입할 것을 결정하였다.¹¹⁾ 대한민국의 입법자가 형사소송법을 제정함에 있어 의용형사소송법에 의존할 수밖에 없었던 이유는 무엇보다도 그 당시 사회상황에서 독자적인 형사소송법의 제정이 불가능했기 때문이었다. 해방이후의 이념갈등과 그에 이은 6.25 사변은 사회의 혼란을 야기하기에 충분했고 이러한 상황에서 대한민국의 입법자는 형사소송법을 그 당시의 형사사법실무를 존중하여 만들지 않을 수 없었다.¹²⁾ 제정형사소송법은 그 당시의 사회상황에 비추어 불가피하게 일본의 大正형사소송법을 주로 참고하여 만들어져 법전의 편제가 유사하지만 그 내용면에서는 일본의 그것과 매우 달리 규정되어 있는 것으로 평가받고 있다.¹³⁾ 이와 관련하여 신동운 교수는 제정형사소송법이 그 당시의 독재권력인 이승만 정권이 형사재판을 이용하여 정적을 제거하려는 것을 방지하기 위하여 사법경찰관리 작성의 피의자신문조서에 대한 증거능력을 제한하고 검사의 불기소처분에 대한 재정신청을 전면적으로 인정하는 등 인권보장적 규정을 다수 담고 있었다는 점에서 제정형사소송법의 민주적 정당성을 매우 긍정적으로 평가하고 있다.¹⁴⁾

2. 형사소송법의 개악

형사소송법은 제정 이후 지금까지 총 18차에 걸쳐 개정이 이루어졌다. 제1차 개정형사소송법(1961. 9. 1)은 교호신문제도를 채택하고 상소제

11) 형사소송법의 제정경위에 관한 방대하고 상세한 설명으로는 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, 『형사법연구』 제22호, 한국형사법학회, 2004, 159-220면 참조.

12) 신동운, “향후 형사법 개정의 방향”, 『서울대학교 法學』 제46권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2005, 114면.

13) 신동운, 전계논문, 114-120면.

14) 신동운, 전계논문, 120면.

도를 대폭 개정하여 사실심은 하급심에 맡기고 헌법 및 법률심은 상급심에서 하도록 하고 종래 복심의 성격을 가졌던 항소심에 사후심의 성격을 가미하며 상고이유를 제한하였다. 또한 제2차 개정(1963. 12. 13)을 통하여 항소 및 상고이유가 조정되고 종전의 미비점이 보완되었다. 이 점에서 제1차 및 제2차 형사소송법 개정은 영미 형사소송법상의 당사자주의적 요소를 강화하고 인권보장을 철저히 한 것으로 평가할 수 있다.

그러나 제3차 형사소송법 개정(1973. 1. 25)은 비상국무회의라는 불법적 입법기구에서 통과되었다는 정당성의 흠결문제 이외에도 내용적으로 제정형사소송법을 개악하는 것이었다. 보석결정·구속취소결정 및 구속의 집행정지결정에 대한 검사의 즉시항고권의 신설, 구속적부심사의 폐지, 긴급구속의 요건을 ‘금고이상의 죄를 범한 자’로 완화, 재정신청 대상범죄의 대폭 축소, 간이공판절차의 신설 등을 내용으로 하는 형사소송법을 개정함으로써 결과적으로 피의자·피고인의 인권보장을 약화시켰다. 3차 개정 이후의 형사소송법 개정논의는 주로 3차 개정시 인권침해적 규정들을 제정형사소송법의 원래 모습대로 돌려놓기 위한 노력이었다고 해도 과언이 아니다.¹⁵⁾

3. 형사소송법의 발전

제3차 형사소송법 개정이 이루어진 이후부터 제7차 형사소송법 개정(1994. 12. 22)까지는 주로 헌법 개정에 따른 형사소송법의 정비에 개정의 초점이 맞추어져 있었다. 제5차 개정형사소송법(1980. 12. 18)은 제3차 개정시 폐지되었던 구속적부심사제도가 헌법에서 부활됨에 따라 형사소송법에 그에 관한 규정을 신설하였으며, 헌법에 무죄추정원칙이 신설됨에 따라 형사소송법에도 명문화되었다. 또한 제6차 형사소송법 개정(1987. 11. 28)을 통하여 구속적부심사청구에 대한 제한규정의 삭제 등 구속제도를 일부 개정하였고, 범죄피해자의 공판정진술권이 신설되었다.

한국의 형사소송법 개정사에서 중요한 의미를 가지는 것은 무엇보다도 1995년 12월 29일에 공포되고 1997년 1월 1일자로 시행된 제8차 개정형사소송법이었다.¹⁶⁾ 이를 통하여 그때까지의 1원적 인신구속제도는 체

15) 한인섭, 『권위주의 형사법을 넘어서』, 동성사, 2000, 310면.

16) 제8차 개정형사소송법의 개관에 관해서는 신동운, 『신형사소송법』, 법문사, 2008,

포와 구속이라는 2원적 체계로 변화되었으며, 구속전 피의자신문제도의 신설, 보증금납입조건부 피의자석방제도 신설, 검사의 구속장소감찰 강화, 피고인에게 소송계속인 증거서류 등에 대한 열람·등사청구권의 인정 등 피의자·피고인의 인권을 실질적으로 보장하기 위한 다양한 규정이 신설되거나 개정되었다. 특히 구속전 피의자신문제도는 그 도입 이전부터 검찰과 법원간의 논쟁이 격렬하게 전개되기도 하였고 형사소송법 제201조의2가 신설된 이후에도 이 제도의 운용을 둘러싼 논쟁은 계속 이어졌다. 특히 제8차 개정형사소송법을 통하여 개선된 인신구속제도는 구속전 피의자신문을 법관의 '재량'에 맡겨두고 있었는데, 이에 대해서는 국제적 수준에 미치지 못하는 개정이라는 비판이 있었다. 더구나 제9차 형사소송법개정(1997. 12. 13.)에서는 기존의 법관의 재량에 의한 구속전 피의자신문에 더하여 피의자 또는 변호인 등의 '신청'이 있는 때에만 피의자를 심문할 수 있도록 형사소송법 제201조의2를 개정하여 피의자의 인권보장을 후퇴시켰고 영장주의원칙을 훼손시켰다. 결국 구속전 피의자신문제도를 둘러싼 논쟁은 2007년 6월 1일자 제17차 형사소송법을 통하여 필요적 구속전 피의자신문을 실시하도록 개정되기에 이르렀다.

1995년 이후 형사소송법은 헌법 정신을 구체화하고 형사절차에서 침해될 수 있는 피의자와 피고인의 기본권을 최대한 보장하는 방향으로 개정되어 왔다. 2004년 10월 16일의 제13차 개정을 통하여 헌법재판소에서 헌법불합치결정이 내려진 구속적부심¹⁷⁾과 미결구금통산¹⁸⁾에 관한 규정들을 헌법재판소의 결정취지에 맞게 고쳤으며 2006년 7월 19일 개정에서는 구속전 피의자신문을 받는 피의자 또는 구속 피고인에 대하여도 필요적으로 국선변호인을 선정하도록 국선변호인제도를 손질하였다. 그러나 이와 같은 간헐적인 형사소송법 개정 이외에 2003년 참여정부가 출범한 이후에는 총체적인 사법개혁이 논의되기에 이르렀고 그 결과로 2007년 6월 1일 제17차 형사소송법 개정법률이 탄생하게 되었다. 제17차 개정형사소송법은 196개의 조문에 이르는 사실상 전면개정이자 신형사소송법이라 불릴만한 정도의 대규모 개혁이었다. 제17차 형사소송법

23-24면; 이재상, 『신형사소송법』, 2판, 박영사, 2008, 17-18면 참조.

17) 헌법재판소 2004. 3. 25. 선고 2002헌바104 결정.

18) 헌법재판소 2000. 7. 20. 선고 99헌가7 결정.

개정은 참여정부의 사법개혁논의와 직접적인 관련을 가지고 있다는 점에서 다음 장(아래의 IV)에서 논의를 전개하기로 한다.

IV. 형사사법개혁의 과정과 성과

1. 사법개혁의 논의과정

1990년대 이후부터 한국 사회에서는 정권이 교체될 때 마다 사법개혁에 대한 논의가 진행되었다. 1993년의 사법제도발전위원회, 1995년의 세계화추진위원회 및 1999년의 사법제도개혁추진위원회가 사법개혁을 주도적으로 논의한 바 있다. 그러나 1993년의 사법제도발전위원회에서의 논의는 주로 사법부 내부의 문제점 해결에 그 초점이 맞추어져 있었고 원래의 논의대상에 포함되었던 피의자심문제도와 기소전 보석제도 등 형사사법개혁은 성과를 내놓지 못했다.¹⁹⁾ 1995년의 세계화추진위원회에 의하여 추진된 사법개혁은 주로 법조인양성제도의 개편(즉, 미국식 로스쿨제도의 도입)을 대상으로 하였지만 사법시험 합격자 수의 증가라는 현실적 타협에만 머물고 말았다. 1999년의 사법제도개혁추진위원회는 그 당시의 대형법조비리사건을 계기로 발족한 후 총 33개의 주제에 대하여 논의를 진행하였고, 논의된 주제 중에는 형사사법에 관한 쟁점이 많이 포함되어 있었으나 개혁방안을 구체적으로 실행할 후속추진기구가 설치되지 않고 관련 정부부처에 맡김으로써 법제화에 실패하고 말았다. 한국에서 다양한 분야에서 광범위한 사법개혁은 참여정부 시기에 출범한 사법개혁위원회(2003~2004)와 사법제도개혁추진위원회(2005~2006)에 의하여 추진되었다.

2003년 8월 22일 대법원장과 노무현 대통령이 공동으로 사법개혁을 추진하기로 합의한 데 기초하여 2003년 10월 28일에 21명의 위원으로 구성하여 출범한 사법개혁위원회는 국민을 위한 사법개혁이 이루어져야 한다는 원칙하에 과거에 다루어졌지만 법제화에 성공하지 못한 사법개혁의

19) 상세한 내용은 심희기, “1990년대 한국의 형사사법 개혁운동의 성과와 전망 -권위주의의 해체와 시민참여운동의 태동-”, 『형사정책』 제13권 제1호, 한국형사정책학회, 2001, 359면 참조.

논의주제와 새롭게 제기된 논의주제들을 한층 더 심층적으로 접근하였다.²⁰⁾ 사법개혁위원회는 1년이 넘는 논의 끝에 2004년 12월 ‘사법개혁을 위한 건의문’을 작성하여 대법원장에게 건의하였다. 이 건의문의 내용 중 형사사법분야에 해당하는 쟁점으로는 ① 배심제와 참심제가 혼합된 형사재판의 시범 도입을 내용으로 하는 국민사법참여제도의 도입, ② 신속처리절차의 신설, ③ 인신구속제도의 개선, ④ 국선변호제도의 개선, ⑤ 공판중심주의적 법정심리절차의 확립을 위한 증거개시제도, 공판준비절차, 집중증거조사제도의 도입과 형사증거법의 재검토, 피고인 방어권 강화, ⑥ 형벌체계의 합리적 재정비, ⑦ 양형제도의 개선, ⑧ 범죄피해자의 보호제도의 개선, ⑨ 군사법제도의 개혁 등이었다.²¹⁾ 또한 사법개혁위원회의 건의문에 담겨있는 개혁 프로그램을 구체적·체계적으로 추진하기 위하여 2005년 1월에 대통령산하 자문기구로 사법개혁추진위원회가 출범하게 되었다. 사법제도개혁추진위원회는 1년간 관련부처와 협의하는 등 법률안 성안작업을 진행하면서 총 13개의 개혁프로그램, 25개의 제·개정 법률안에 대한 의결을 거쳐 국회에 제출하였다.²²⁾ 사법제도개혁추진위원회가 성안하여 국회에 제출한 법률안은 다시금 국회 법제사법위원회의 논의를 거쳐 수정된 형식으로 관련 법률이 제정되거나 개정되었다.

2. 참여정부 하에서의 형사사법개혁의 성과

참여정부 하에서 추진된 형사사법개혁의 성과는 매우 다양하다. 여기서는 지면관계상 형사소송법의 개정과 국민참여재판제도의 도입에 관하여 간략하게 서술할 것이다.

사법개혁위원회의 형사사법개혁에 관한 논의는 2007년 6월 1일에 공포되어 2008년 1월 1일부터 시행된 제17차 개정형사소송법을 통하여 구체적 결실로 나타났다. 제17차 형사소송법 개정법률안은 개정 조문수가 총

20) 사법개혁위원회의 설치과정에 관해서는, 사법개혁위원회, 『사법개혁위원회 자료집(I)』, 2004. 5, 3면 이하 참조.

21) 사법개혁위원회 건의문에 담겨있는 이들 쟁점의 구체적 개선방안에 관해서는 사법개혁위원회, 『사법개혁을 위한 건의문』, 2004. 12. 31. 참조.

22) 사법제도개혁추진위원회의 성과에 관해서는 사법제도개혁추진위원회, 『사법제도개혁추진위원회 의결현황』, 2005. 12. 참조.

196개에 이르는 등 사실상 형사소송법 전면 개정이었으며, 개정된 내용도 한국 형사절차의 구조를 바꿀 정도의 획기적인 변경을 담고 있다.²³⁾ 그 주요내용을 보면 다음과 같다.

첫째, 피의자의 방어권을 보장하기 위하여 변호인의 피의자신문 참여(제243조의2), 피의자 진술거부권 등의 고지(제244조의3), 수사과정 기록제도(제244조의4) 등을 신설하였다.

둘째, 구속사유 심사시 고려사항 신설(제70조, 제201조), 구인 후 유치제도 신설(제71조의2), 긴급체포 제도의 개선(제200조의4), 보석 조건의 다양화(제99조), 구속전 피의자신문 제도 개선(제201조의2), 체포·구속적부심사 제도 개선(제214조의2), 긴급압수·수색·검증제도 개선(제217조) 등 인신구속제도를 개선하였다.

셋째, 공판중심주의적 법정심리절차를 확립하기 위하여 공판준비절차의 도입(제266조의5), 증거개시제도 도입(제266조의3, 11), 집중심리 및 즉일선고 원칙 천명(제267조의2, 318조의4), 공판정의 좌석구조 변경(제275조), 구두 변론주의 천명(제275조의3), 피고인신문 순서 변경(제296조의2), 불출석 증인에 대한 제재(제151조) 등 제도를 개선하였다.

넷째, 증거재판주의 천명(제307조), 위법수집증거 배제원칙 명문화(제308조의2), 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건 개선(제312조 제1, 2항), 참고인 진술조서의 증거능력 인정요건 개선(제312조 제4항), 증거능력에 대한 예외 사유의 제한(제314조), 조사자 증언제도 도입(제316조), 영상녹화제도 도입(제244조의2, 제221조, 제318조의2) 등 증거법 체계를 정비하였다.

다섯째, 재정신청 대상범죄를 모든 범죄로 확대하되 고소사건으로 제한하고 그 신청절차와 심판절차를 개선하였다(제260조 내지 제262조, 제262조의 2, 3, 제265조).

여섯째, 범죄피해자를 보호하기 위하여, 신뢰관계자의 동석(제163조의2, 제221조), 비디오 중계방식에 의한 신문(제165조의2), 공판진행 상황의 통지(제259조의2), 피해자 법정진술권의 강화(제294조의2), 피해자 진술의 비공개(제294조의3) 등 관련제도를 개선하였다.

23) 제17차 형사소송법 개정의 과정에 관한 간략한 서술로는, 법무부, 『개정 형사소송법』, 2007, 4-8면 참조.

일곱째, 재판확정기록의 열람·등사(제59조의 2), 피해자 등의 공판기록 열람·등사(제294조의4) 등 재판기록의 공개를 가능하게 하였다. 마지막으로 압수물의 사전폐기 확대(제130조, 제219조), 압수물의 환가보관의 확대(제132조, 제486조), 경미사건 등과 피고인의 불출석(제277조), 상소권 회복 청구시 임의적 집행정지(제348조), 상고심에서의 참고인 진술(제390조), 재산형 집행의 효율성 제고(제477조) 등 형사절차의 효율성을 제고하기 위한 관련제도를 개선하였다.

17차 개정 형사소송법은 그 동안 한국사회에서 지속적으로 요구되었던 인권친화적이고 시민중심적인 형사소송구조의 개편²⁴⁾에 관한 중요한 내용을 담고 있다는 점에서 그 실제적 가치는 매우 크다.

참여정부 하에서는 형사소송법의 대규모 개정 이외에도 국민참여재판 제도가 도입되었다. 해방 이후 미군정기에 사법의 민주화를 위한 배심제의 도입이 법원과 검찰의 주요 의제로 긍정적으로 검토되었지만 배심제 도입을 위한 추진세력의 부재, 그 당시의 좌우갈등 및 사회혼란으로 인하여 결국 배심제는 도입되지 못하고 그 때 이후로 직업법관에 의한 재판이 행해지게 되었으며 배심제를 포함한 국민의 사법참여는 정치권의 논의대상이 되지 못했다.²⁵⁾ 그러나 1990년대에 접어들면서 법조비리가 사회문제로 등장하고 시민사회의 목소리가 커지게 되면서 처음에는 입법 과정에 국민이 참여해야 한다는 목소리가 나오다가 점차 사법과정에도 시민참여가 보장되어야 한다는 요구가 등장하게 되었다. 1999년의 사법제도개혁추진위원회는 배심제 도입문제를 공식적인 논의 주제로 선정하여 논의를 진행한 결과 배심제 등 국민의 사법참여방안은 당장 도입하기는 어렵지만 사법의 민주화를 고양하는 방안으로서 바람직한 것이므로 중장기적으로는 긍정적으로 연구 검토할 과제라는 결론을 내렸다.²⁶⁾

24) 상세한 내용은 신동운, “향후 형사법 개정의 방향”, 『서울대학교 法學』, 제46권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2005, 127-132면 참조.

25) 해방 이후의 배심제 등 국민사법참여에 관한 논의에 관해서는 문준영, “해방공간, 사법민주화논의의 전개와 좌절 : 배심제와 고위 법관선출제를 중심으로”, 『민주법학』 통권 21호, 민주법학회, 2002, 141-172면 참조.

26) 사법개혁추진위원회, 『사법개혁 종합보고서(요약본)』, 1999. 12, 110면.

그 이후 2003년의 사법개혁위원회는 국민사법참여방안을 공식주제로 논의한 결과 2007년부터 2012년까지 5년 동안 1단계 제도를 시행하여 관련 소송제도를 정비한 후 2012년에 완성된 국민사법참여제도를 시행할 것을 건의²⁷⁾하였다. 이에 따라 2005년의 사법제도개혁추진위원회는 총 98개 조문에 이르는 국민의 형사재판참여에 관한 법률을 성안하여 2005년 12월 6일에 국회에 제출하였고 국회의 심의과정에서 일부 조항의 삭제와 수정을 거친 후 총 60개 조문으로 구성된 법률이 2007년 6월 1일에 국회를 통과하여 2007년 6월 1일에 공포되고 금년 1월 1일자로 시행되었다. 이로써 직업법관제로 일관된 한국의 사법사상 최초로 국민형사재판 참여 제도가 탄생하게 된 것이다.

현행 국민참여재판의 특징은 영미식 배심제와 대륙식 참심제의 성격을 혼합·수정한 제도로 알려져 있는데, 그 특징은 주로 배심원의 평의, 평결, 토의에서 나타난다. 구체적으로 보면, 첫째 배심원은 원칙적으로 만장일치로 평결에 이르러야 한다는 점에서 배심제적 요소를 받아들이고 있지만(국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제46조 제2항 본문), 만장일치 평결에 이르지 못한 경우 법관의 의견을 들은 후 다수결로 평결할 수 있다는 점은 참심제의 성격을 띠고 있다(같은 법 제46조 제2항 단서). 둘째, 배심원은 심리에 관여한 판사와 함께 양형에 관하여 토의한다는 점에서 참심제적 성격을 가지고 있지만(같은 법 제46조 제3항), 표결을 통하여 양형 결정에 참여하는 것이 아니라 양형에 관한 의견만을 개진할 수 있다는 점에서는 배심제의 영향을 받은 것이다(같은 법 제46조 제3항). 셋째, 배심원의 평결은 법원을 기속하지 않고 권고적 효력을 가지도록 하여 영미식 배심제에 수정을 가하여 받아들이고 있다(같은 법 제46조 제5항).

참여정부에서의 (형사)사법개혁은 1990년대 이후부터 등장한 사법개혁에 대한 요구를 체계적이고 구체적으로 완성했다는 실천적 의미를 지니고 있다. 법제의 측면에서 보면 참여정부 하의 형사사법개혁에 관한 논의는 양적인 면에서 방대했을 뿐만 아니라 질적인 면에서는 국민 참여재판 제도의 도입 등 한국의 형사사법구조를 획기적으로 변화시켰다. 또한 참

27) 사법개혁위원회, 『사법개혁을 위한 건의문』, 2004. 12. 31, 27-33면.

여정부의 시기의 형사사법 개혁은 주로 ‘사법개혁’이라는 공식적 논의를 통하여 이루어지기도 하였지만 법무부도 자체적으로 다양한 분야에서 형사사법 관련 제정법률안이나 개정법률안을 제출하여 그것이 법제화되었으며 형사법 분야에서 의원발의 입법안이 대폭 증가되었다는 특징도 가지고 있다. 참여정부하의 형사사법개혁을 두고 한마디로 전방위적 개혁이라고 특징지을 수도 있을 것이다. 형사사법개혁의 추진체계 면에서 보면 사법개혁위원회가 사법개혁의 프로그램을 구상하고 뒤 이어 출범한 사법제도개혁추진위원회는 사법개혁위원회의 정책프로그램의 법제화를 추구하고함으로써 체계적 사법개혁이 가능하게 되었다는 점도 의미가 있다. 그러나 사법개혁위원회가 대법원산하에 설치되어 사법개혁이 추진되었다는 점은 삼권분립의 원칙에 반한다는 비판이 제기될 수 있다. 사법개혁은 필연적으로 법률의 제정과 개정 또는 폐지를 수반한다는 점에서 입법발의 권을 가진 행정부와 입법부가 공동으로 추진하는 것이 보다 체계적이었을 것이다. 또한 사법개혁의 구체적 방안을 마련하고 이를 입법화하는 과정에서 깊은 논의를 진행하지 못하고 졸속으로 처리되었다는 점도 비판의 대상이 될 수 있다.²⁸⁾ 나아가 내용적인 측면에서 보면 사법개혁위원회가 원래 구상한 내용이 사법제도개혁추진위원회의 법안마련 과정에서 형사사법기관의 이해관계에 따라 변경되기도 하였다. 또한 사법제도개혁추진위원회가 마련한 구체적 정책프로그램이 법안의 형식으로 국회에 회부되었지만 아예 통과되지 못한 법안도 있고 국회에서 통과된 법률 조차도 심의과정에서 적지 않게 수정되거나 삭제되기도 하였다. 이로써 사법개혁의 바람이 거세게 몰아쳤던 지난 4~5년이 경과한 지금에도 정당한 법과 정당한 형사사법을 구하기 위한 논의는 계속 필요하게 되었다.

V. 형사법의 지속적 발전을 위한 과제

참여정부 시기에 광범위하고 획기적인 형사사법개혁의 성과가 도출되었음에도 불구하고 현재의 형사법이 21세기를 살아가는 한국의 사회환경

28) 예컨대 이완규, 『개정 형사소송법 논의과정의 쟁점과 방향』, 법학논집 제12권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2007, 52-54면 참조.

에 적합하게 구성되어 있다고 평가할 수는 없다. 형사실체법 영역에서는 아직 분명한 개혁의 성과가 나오지 못하고 있으며 형사소송법은 최근의 대대적인 개혁에서 불구하고 그 성과가 만족스럽지 못하다는 문제를 안고 있다. 이 점에서 21세기형 형사법제를 구체화하기 위하여 어떠한 주제가 개혁의 대상이 되어야 하고, 이를 어떠한 방향으로 추진해 나가야 할 것인지 논의를 해 보아야 한다.

1. 실체형법의 정비

형사실체법 분야에서는 형법의 범죄론 및 각칙의 정비, 형사제재체계의 정비, 형사특별법의 정비가 문제로 된다.

대한민국의 형법은 1953년에 제정된 이후 1970년대 후반부터 사회의 발전과 국민의식의 변화 등 형사정책적 환경변화에 따른 그 개정의 필요성이 제기되었으나 지금까지 몇몇의 산발적인 개정을 제외하면 내용적으로 크게 바뀐 것이 없다. 형법제정 이후 사실상 최초의 형법개정이라고 할 수 있는 1995년 12월 2일자 형법개정은 그 모태가 되는 법무부 형사법개정특별심의위원회가 기초하여 정부안으로 국회에 제출한 형법개정법률안 보다 크게 축소된 내용을 담고 있었다. 그러는 사이에 한국사회에서는 무수한 형사특별법이 양산되어 기본법으로서의 형법의 지위를 형해화시켜 버리고 말았다. 그러나 현시점의 한국사회의 제반환경은 형법이 제정되던 1950년대의 그것과 너무나도 많이 달라져있다. 이제 한국형법도 해방 이후로 한국사회에서 나타난 사회의 복잡성, 사회적 유대관계의 변화, 국민의 규범의식의 변화, 기술과 경제의 발전 및 그에 따른 역기능적 현상의 출현, 범죄에 관한 경험연구의 발전 및 형법이론의 발전 등에 부합하도록 총칙분야를 개선하고 범죄구성요건의 신설이나 폐지(즉, 범죄화와 비범죄화), 법정형의 조정 등 각칙분야도 시의적절하게 개정을 해야 할 것이다.

범죄론 뿐만 아니라 형사제재체계의 정비도 실체형법에서 현실적이고 중요한 의미를 지니고 있다. 행위자의 재사회화에 이바지하는 재재운용을 가능하게 하기 위해서는 일차적으로 법원이 활용할 수 있는 제재수단이

다양하고 의미 있게 구성되어 있어야 한다. 이러한 중요성을 인식하여 2003년의 사법개혁위원회는 개혁프로그램 중의 하나로 ‘형벌체계의 합리적 재정립’²⁹⁾을 확정하여 대법원장에게 건의한 바 있다. 그 주요내용으로는, ① 형법 제37조 후단 경합범 규정 폐지 여부 검토, ② 누범 규정의 폐지 여부 검토, ③ 벌금형 제도의 정비, ④ 집행유예 제도의 정비, ⑤ 선고유예 제도의 정비, ⑥ 징역형 제도의 정비, ⑦ 명예형의 폐지 여부 검토, ⑧ 사회내 처우제도의 정비 등이다. 이들 쟁점사항은 다시금 다양하고 복잡한 세부사항에 관한 논의를 포함하고 있다.

형법의 개정과 함께 반드시 검토되어야 할 부분이 바로 형사특별법을 형법전에 통합시키는 것이다. 이는 대한민국의 형법제정에 관여했던 전문가들이 의도한 것일 뿐만 아니라 1985년부터 활동을 시작한 법무부 산하 형사법개정특별위원회의 형법개정에 대한 기본방향이기도 하였다. 현행 형사특별법들은 다분히 정치적·사회적 필요에 의해 임시방편적으로 제정되었고 법정형도 지나치게 무거우며 형법의 최후수단성이라는 대원칙을 무너트려 근대형법의 이상과 부합되기 어려운 면이 있다. 한국에서 형사특별법은 濫立法의 단계에 와 있으며 이는 한국 실체형법의 후진성을 그대로 보여주는 것이다.³⁰⁾ 형사실체법 규범은 기본법인 형법을 통해서 규율해야 하는 것이 원칙이다. 이 점에서 형법상의 구성요건에 대하여 형량을 가중하거나 형법상 구성요건에 대한 특별규정을 만들어서 형량을 가중하는 형사특별법은 하루 빨리 형법 속으로 통합시켜 형법이 기본형법으로서 제 기능을 발휘할 수 있도록 해야 한다. 이 경우 온건한 관점에서 형사특별법의 정비방안을 제시하면, 하나의 법률에 형법규범과 형사소송법규범 및 이에 부수하는 행정규범이 모두 포함되어 있는 형사특별법은 존치시키고, 형량가중적 형사특별법은 형법 속으로 편입시키되 형량을 가중할 필요가 있는 경우에는 형법전 속에서 독립적인 가중구성요건으로 신설하는 방안을 생각해볼 수 있다.³¹⁾

29) 사법개혁위원회, 『사법개혁을 위한 건의문』, 2004. 12. 31, 46-50면 참조.

30) 허일태, “한국 형법의 개혁과 발전”, 『동아법학』 제39호, 동아대학교 법학연구소, 2007, 115면.

31) 형량가중적 형법특별법 규정을 형법에 편입시키는 방법과 관련하여 독일 형법상 활용되고 있는 예시방법(Regelbeispielsmethode) 내지 예시기술(Regelbeispielstechnik)을 도입하

사법개혁위원회가 1994년 12월에 형사제재와 형사특별법을 포함한 형벌체계의 재정립을 대법원장에게 건의하였지만, 그 구체적인 후속조치는 법무부에 위임하였다.³²⁾ 이에 따라 법무부는 현재 특별위원회를 설치하여 형사법 개정작업을 진행 중인 것으로 알려져 있다. 형벌체계에 대한 합리적 대안이 나오기를 기대한다.

2. 개정형사소송법의 재검토

한국의 형사소송법은 2007년 제17차 개정을 통하여 광범위하게 수정되었다. 그러나 제17차 형사소송법 개정을 위한 심의과정에서 입법으로 구체화되지 못한 정책프로그램이 있고 다른 한편으로 개정된 내용이 개선이 아니라 개악되었다고 비판되는 부분도 있다.

국회 심의과정에서 입법화되지 못한 정책프로그램으로는 고등법원 상고부 도입방안, 경죄사건 신속처리절차 도입방안을 들 수 있다. 고등법원 상고부 설치의 대법원의 새로운 역할과 기능을 모색하는 과정에서 나온 대안이다. 고등법원에 상고부를 설치하여 대부분의 상고사건을 처리하도록 하고 제2심 선고사건 중 일정 訴價 이상 또는 일정 선고형 이상 등 일정 기준에 따른 중요사건은 대법원에 바로 상고할 수 있도록 하여 대법원의 기능을 강화시키고자 하는 것이 고등법원 상고부 도입방안의 주요 골자였다.³³⁾ 또한 경죄사건 신속처리절차는 한정된 사법자원의 현실 속에서 중요한 사건에 대한 심리를 더욱 충실히 하고 경미한 사건은 충실하고도 신속하게 처리하게 하기 위하여 출석신속절차, 사면신속절차, 현행 즉결심판에 관한 절차법을 대체하는 즉시심판절차의 도입을 골자로 하고 있었다. 그러나 고등법원 상고부 설치방안과 경죄사건 신속처리절차의 도입방안은 국회의 형사소송법 심의과정에서 법제화되지 못했다.

는 방안을 제안하는 견해가 있다. 함석재, “형사특별법의 현황, 문제점 및 정비방향”, 『국회보』 제379호, 국회사무처, 1998, 31면. 그러나 독일 형법상 예시방법 내지 예시기술은 그 내용이 모호하고 정확한 법적용을 어렵게 한다는 비판이 제기될 수 있다는 점에서 우리나라 형법에 도입하는 경우에도 신중을 기해야 할 것이다.

32) 사법개혁위원회, 전거서, 47면.

33) 사법개혁위원회, 『사법개혁을 위한 건의문』, 2004. 12. 31, 5면 이하 참조.

다시금 논의되어야 할 부분이라고 생각한다.

한편 2007년 6월 1일에 공포된 제17차 개정형사소송법의 내용 중 그 이전의 규정운용보다 더 후퇴한 입법이 있다는 비판도 있다. 이는 특히 공판중심주의적 법정심리절차와 관련한 증거법 개정내용 중 형사소송법 제312조에서 나타난다. 원래 사법제도개혁추진위원회는 사법경찰관 뿐만 아니라 검사작성의 피의자신문조서에 대해서도 피고인이 그 내용을 부인하는 경우에는 증거능력을 부정하도록 형사소송법 제312조를 개정하여 조서재판의 폐해를 제거하고 공판중심주의를 확립하고자 하였다. 그리고 사법개혁이 한창 논의되던 2004년에 대법원 전원합의체는 종래 형식적 진정성립이 인정되면 실질적 진정성립도 추정된다는 판례³⁴⁾를 변경하여 형식적 진정성립 뿐만 아니라 실질적 진정성립도 원진술자의 진술에 의하여 인정되어야 검사작성의 피의자신문조서를 증거로 할 수 있다고 판시³⁵⁾하여 공판중심주의적 재판실무를 한층 더 강화시켰다. 2004년의 대법원 전원합의체 판결을 통하여 피고인이 공판정에서 실질적 진정성립을 부인하는 진술만으로 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력을 부정할 수 있는 길이 열려있었기 때문이다. 그러나 제17차 형사소송법 개정을 통하여 개정된 형사소송법 제312조는 피고인이 실질적 진정성립을 부정하는 경우에 대비하여 검사가 신문과정의 영상녹화를 통하여 실질적 진정성립을 입증할 수 있도록 변경되고 말았다(제312조 제2항 참조). 이러한 개정내용은 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위한 요건을 대폭 완화시켜버리는 결과를 초래하였고³⁶⁾, 제17차 형사소송법 개정 이전인 2004년의 대법원 판례보다 더 후퇴되었다는 비판³⁷⁾을 불러일으키게 한다. 형사증거법의 개혁문제는 공판중심주의적 형사사법의 운용을 위한 전제조건에 해당한다는 점을 고려해볼 때 향후 형사증거법에 대한 재검토가 요구된다고 할 것이다.

34) 대법원 2000. 7. 23. 선고 2000도2617 판결.

35) 대법원 2004. 12. 26 선고 2002도537 판결(전원합의체).

36) 이재상, “공판중심주의적 법정심리절차의 확립방안”, 『법학논집』 제12권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2007, 33면.

37) 손동권, “공판중심주의 도입과 수사절차 개선방안”, 한국공안행정학회 제28회 학술회의: 사법행정의 패러다임 변화에 따른 형사사법기관의 발전방향, 한국공안행정학회, 2007.6.9, 30면.

3. 형사법 정비의 기본방향

이상에서 형사실체법의 개혁과 형사소송법의 재정비가 요구되는 쟁점 영역을 검토해 보았다. 그러면 어떠한 방향과 철학에 기초하여 형사실체법이나 형사소송법을 지속적으로 정비해 나갈 것인가? 형사법은 다른 법규범과 달리 형벌이라는 강력한 제재와 개인의 기본권을 합법적으로 침습하는 강제권으로 무장하고 있다는 점에서 형사법을 정비함에 있어서는 분명한 이념이나 방향이 설정되어 있어야 한다. 이와 관련하여 여기서는 형사법의 정비를 위한 내용적 지침과 절차적 지침에 관하여 간단하게 언급할 것이다.

형사법을 정비하기 위한 내용적 지침은 일차적으로 헌법의 가치판단 내지 헌법정신에서 찾아야 할 것이다. 다시 말해서 헌법에서 승인되고 있는 죄형법정주의, 비례원칙 및 그 밖의 법치국가적 제약원리 등과 같은 헌법적 가치판단이 존중되어야 한다. 형사소송법의 영역에서는 이미 헌법에 법치국가적 형사절차를 구성하는 제반원리가 명시되어 있고 헌법재판소도 1988년 출범이후 형사절차적 기본권의 영역에서 획기적인 결정례를 선고하여 법치국가적 형사소송법을 구성하게 하는 원동력이 되었다. 그러나 헌법의 가치판단 내지 헌법정신이란 매우 추상적이고 막연하여 헌법의 가치판단 그 자체만을 형사법 개혁의 구체적인 방향추로 설정하기에는 부족하다. 이러한 문제점은 특히 실체형법의 제·개정에서 나타난다. 헌법적 관점에서 특정한 행위를 형법으로 규율할 것인지의 여부는 일차적으로 입법자의 광범위한 재량에 달려있기 때문에 헌법질서 그 자체만으로는 예컨대 현대사회에서 특징으로 알려져 있는 위험형법과 이와 결부된 가벌성의 전단계화의 문제가 해결되지 않는다. 이 점에서 형사실체법의 개혁에 관해서는 형법의 내재적인 지침이라고 할 수 있는 법익보호원리가 형사입법의 제한원리로 작용되어야 한다. 입법자가 법익을 고려함이 없이 추상적인 헌법규범에만 의존하여 형법규정을 제정하거나 개정하는 경우에는 법률의 홍수와 이로 인한 과잉규제, 사태의 임시방편적인 해결만 가져와서 결과적으로 국민의 법에 대한 신뢰를 떨어뜨리는 결과를

초래한다.

한편 앞에서 언급한 형사입법의 내용적 지침은 ‘과학적으로 뒷받침된 형사정책’³⁸⁾이라는 절차적 지침을 통하여 구체화되어야 한다. 여기서 ‘과학적으로 뒷받침된 형사정책’이란 최적의 형사입법을 가능하게 하기 위하여 입법의 사전단계에서 학계나 전문가의 과학적인 정책자문을 거치게 하는 전략을 말한다. 특정한 형벌법규를 제정하거나 폐지하는 작업은 매우 많은 고려가 필요하기 때문에 학문에 의하여 일방적으로 해결될 수 없을 뿐만 아니라 정치권이 정치적 이해관계에 따라서 해결해서도 안된다. 오히려 정치와 학문 간에 적합한 역할분담을 통하여 형벌법규의 내용을 합리적으로 구성하는 것이 중요하다. 여기서 ‘과학적으로 뒷받침된 형사정책’은, ① 형사법은 합리적으로 근거 지워져야 하고 그 근거는 합리적으로 심사할 수 있어야 하며, ② 합리적이고 이성적인 기준에 따라서 형사입법안을 규범적으로 검증해야 하고(예: 법익보호원칙, 형법개입의 최후수단성 충족여부), ③ 제정이나 개정이 필요한 형법규정이 어느 정도로 체계적·이론적인 조화를 가져오며 어느 정도로 정합적으로 현행 형법의 체계에 편입시킬 수 있는지를 평가할 수 있어야 한다는 것을 본질적인 내용으로 한다.

VI. 결 어

한국의 형사법은 해방이후 정치적 혼란기와 6.25 사변을 겪는 과정에서 준비되어 만들어졌다. 그 이후 한국의 강산은 6번 이상이나 바뀌었다. 산업경제적인 면에서는 지속적인 성장의 길을 걸어왔고 사회구조도 핵가족화·개인주의화 되었으며 교육의 저변확대와 인권탄압의 부정적 역사적 경험로 인하여 국민의 인권의식도 많이 성장하게 되었다. 과거 수직적인 정치질서도 많은 부분 수평적인 질서로 바뀌게 되었다. 그 결과 한국사회의 지속적인 발전에 따라 2003년 이후에는 형사사법개혁이 추진력을 갖추고 실천되었다. 그러나 형사실체법의 개혁은 아직도 분명한 성과를 내놓지 못하고 있다. 현재 법무부에서 논의 중에 있는 형사특별법의 기본형

38) 상세한 내용은 이진국, 『형사입법자의 형벌법규 제정권한의 한계에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2003, 161-180면 참조.

법속으로 편입문제, 시대상황에 적합한 범죄화와 비범죄화 및 형사제재체계의 정비 등의 과제는 머지않은 장래에 구체적인 정책성과를 가져와야 할 것이다. 또한 2007년에 개정된 형사소송법은 수사절차상 피의자의 인권보장과 공판중심주의를 실천하기 위한 방대한 개혁을 가져왔지만 사법개혁 논의과정에서 제시된 정책프로그램이 국회의 심의과정에서 법제화되지 않은 사례도 있고 개정된 조문들도 법치국가적 형사소송의 관점에서 볼 때 다시금 검토가 필요한 흠이 발견된다. 이 점에서 형사사법의 개혁은 참여정부 시기의 사법개혁으로 종결된 것이 아니라 여전히 지속되어야 할 국가적 과제라 할 것이다.

주제어 형사법제, 형사입법, 사법개혁, 형사사법, 형법개정, 형사소송법개정, 형사특별법

參考文獻

- 김중원, “한국형법의 과제와 전망”, 『형사법연구』 6호, 한국형사법학회, 1993.
- 문준영, “해방공간, 사법민주화논의의 전개와 좌절 : 배심제와 고위 법관선출제를 중심으로”, 『민주법학』 통권 21호, 민주법학회, 2002.
- 문채규, “제정형법의 오늘”, 『형사법연구』 제20호, 한국형사법학회, 2003.
- 법무부, 『개정 형사소송법』, 2007.
- _____, 『형법개정법률안 제안이유서』, 형사법개정자료(XIV), 법무부, 1992.
- 사법개혁위원회, 『사법개혁을 위한 건의문』, 2004. 12. 31.
- _____, 『사법개혁위원회 자료집(I)』, 2004. 5.
- 사법개혁추진위원회, 『사법개혁 종합보고서(요약본)』, 1999. 12.
- 사법제도개혁추진위원회, 『사법제도개혁추진위원회 의결현황』, 2005. 12.
- 손동권, “공판중심주의 도입과 수사절차 개선방안”, 한국공안행정학회 제28회 학술회의: 사법행정의 패러다임 변화에 따른 형사사법기관의 발전방향, 한국공안행정학회, 2007.6.9.
- 신동운, 『신형사소송법』, 법문사, 2008.
- _____, “향후 형사법개정의 방향”, 『서울대학교 法學』 제46권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2005.
- _____, “제정형사소송법의 성립경위”, 『형사법연구』 제22호, 한국형사법학회, 2004.
- _____, “제정형법의 성립경위”, 『형사법연구』 제20호, 한국형사법학회, 2003.
- _____, 『형사법령제정자료집(1) - 형법』, 한국형사정책연구원, 1990.
- 심희기, “1990년대 한국의 형사사법 개혁운동의 성과와 전망 -권위주의의 해체와 시민참여운동의 태동-”, 『형사정책』 제13권 제1호, 한국형사정책학회, 2001.

- 이완규, “개정 형사소송법 논의과정의 쟁점과 방향”, 『법학논집』 제12권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2007.
- 이재상, 『신형사소송법』, 2판, 박영사, 2008.
- _____, “공판중심주의적 법정심리절차의 확립방안”, 『법학논집』 제12권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2007.
- 이진국, 『형사입법자의 형벌법규 제정권한의 한계에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2003.
- 한인섭, 『권위주의 형사법을 넘어서』, 동성사, 2000.
- _____, 『한국형사법과 법의 지배』, 한울, 1998.
- 함석재, “형사특별법의 현황, 문제점 및 정비방향”, 『국회보』 379호, 국회의원사무처, 1998.
- 허일태, “한국 형법의 개혁과 발전”, 『동아법학』 제39호, 동아대학교 법학연구소, 2007.
- _____, “제정형법의 기본사상과 기초이론”, 『형사법연구』 제20호, 한국형사법학회, 2003.

Schwerpunkte und Perspektive der Strafgesetzgebung in Korea

Lee, Jin-Kuk*

Die koreanischen Strafgesetze wurden im Laufe der politischen Verwirrungen nach der Emanzipation seit Mitte der 40er Jahren vorbereitet und in der 50er Jahren geschafft. Inzwischen hat sich die koreanische Gesellschaft jedoch mehr und mehr als damals geändert: aus den wirtschaftlichen und industriellen Perspektiven ist die koreanische Gesellschaft die Hochkonjunktur erlebt worden, die soziale Struktur ist individualisiert und das Menschenrechtsbewusstsein der Bürger ist auch hoch angestiegen. Aus dieser Veränderung der sozialen Lagen kann man sich nicht wundern, dass die Stimme der Justizreform in der 1990er Jahren heftig hervorgerufen und dass die Diskussion um Justizreform in der Zeit von 2003 bis 2007 umfassende Erfolge gebracht worden ist.

Trotz der umfassenden Reform der Strafjustiz ist das materielle Strafrecht bisher noch keinen konkreten Reformserfolg geleistet worden. Der Reformsgegenstand des geltenden Strafgesetzbuches, das Justizministerium zur Zeit dessen Änderung vorbereitet, umfasst die Integration der strafrahmenerhöhenden Nebenstrafgesetze in das Kernstrafrecht, zeitgemässe Kriminalisierung und Entkriminalisierung sowie Reform des Sanktionensystems. Ferner finden sich in der durch 17. Änderungsgesetz reformierten Strafprozessordnung trotz ihrer menschenrechtsnahen und eine Hauptverhandlung orientierten Neugestaltung teilweise einige Unzulänglichkeiten, die in absehbarer Zeit noch geprüft werden sollten. In diesem Sinne ist die Reform der Strafjustiz in Korea noch nicht abgeschlossen.

KEY WORDS Strafgesetze, Strafgesetzgebung, Justizreform, Strafjustiz, Änderung des Strafgesetzbuchs, Änderung der Strafprozessordnung, strafrechtliche Nebengesetze

* Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Ajou, Suwon/Korea. Dr. iur.