

刑事法制的 變遷

- 그 評價와 展望 -

韓寅燮*

차 례

I. 서 론

II. 한국형사법의 역사적 전개

1. 형사기본법의 제정과 그 특징
2. 형사실체법의 제정과 개정
3. 형사소송 관련법의 제정과 개정

III. 형사법의 제정·적용·집행과정을 통해서 본 문제점

IV. 형사법제의 전망과 과제

1. 형사법에서 헌법지배원칙의 실현
2. 형사법의 원리·이론과 조화된 형사법
3. 형사정책의 기본원칙과 조화된 형사제재
4. 사회변화에 대응하는 형사법
5. 형법과 특별법의 관계 재조정

V. 결 론

* 서울대학교 法大 教授

I. 서론

1948년 정부가 수립되고 기본법전인 형법(1953년) 및 형사소송법(1954년)이 제정되면서 우리의 刑事法¹⁾을 비로소 갖게 되었다. 그 이전까지는 식민지에 이식된 일본의 형사법이 朝鮮刑事令에 의해 依用되는 형식을 지녔다. 이 식민지 형사법은 1945년 해방직후에도 ‘조선인민에게 차별 및 억압을 가하는’ 일부 법령을 제외하고는 그대로 존속하였다. 이러한 상태는 적어도 ‘왜놈이 만든 법제’를 ‘조선말로 된 법전’으로 한시바삐 바꾸어야 한다는 것, 심지어 실질적으로 ‘일본법전의 번역법전’이라 할지라도 ‘우리 법전’을 가져야 한다는 당위성을 도출하였다. 형사법의 제정작업은 6·25전시하에서도 이어졌고, 그 결과 형법과 형사소송법이 제정되기에 이른 것이다.

형법의 초안자들은 그 법률의 불완전성을 자인하고 있었다. 즉 ‘우선의 免濶之用에 供하기 위해’ 제정했음을 공언했고, ‘완전무결한 우리 형법법전의 완성’은 금후의 과제로 남겼다. 그로부터 45년이 지난 지금 형법을 포함한 형사법은 ‘완전무결’이라 자평할 수 있을까. 그러한 자평은 커녕, 우리 형사법은 반세기의 변화 가운데 만신창이와 누더기가 된 느낌을 지우기 어렵다.

근대법으로서의 한국 형사법은 법치주의와 민주주의를 근간으로 구성되어야 할 것이다. 우리 형사법의 주요 원리와 기준은 단지 형사법을 넘어 헌법의 수준으로, 그것도 매우 상세한 헌법조문 속에 자리잡고 있다. 우리의 法史의 경험에 비추어, 여기서는 법치주의의 알맹이로 ▲정치와 법의 분리 ▲법원의 독자성과 우위성 ▲법률과 사법관행에 대한 헌법의 지배 ▲법주체로서의 국민의 참여 등을 지적하고 싶다. 우리 형사법이 법치주의를 실현하고, 법치주의와 조화된 민주주의 실현에 얼마나 기여했는가 하는 점이 평가의 기준으로 제시될 수 있다.

형사법적 통제는 가장 강력하고 최후의 수단이라고 한다. 그러나 권위주의 정권은 형사법을 최후수단이 아니라 최우선의 수단으로 활용해왔고, 그로 인한 수많은 폐해와 부작용을 낳았다. 형사법의 전개에서 가장 두드러졌던 현상은 權力意志의 지속적 관철의 모습이다. 정치권력이 국민의 힘을 압도했던 상

1) 여기서 刑事法은 형사관련 법률 전반을 가리키며 여기에는 실체법과 절차법, 행정관계법을 두루 지칭하겠다. 刑法은 실체법으로서의 형법전을 가리킨다. 형사관련 특별법은 特別刑法, 特別刑訴法 등의 이름으로 부를 것이다.

황은 형사법의 정치성의 모습으로 가시화된다.

또 하나의 중요한 측면은 형사법의 실현을 담당할 刑事司法機關의 성격이다. 민사법적 영역에서는 사적 자치의 원칙이 통용되지만, 형사법의 경우 반드시 형사사법기관의 활동을 통해, 법적 절차를 거쳐 현실화되어진다. 때문에 형사법의 운용에 관여하는 여러 기관(경찰, 검찰, 법원, 교정기관 등)의 성격과 활동방식은 우리 형사법의 특성을 결정짓는 요소이다.

형사법의 민주성과 법치성을 재는 하나의 잣대는 형사법에 대한 憲法的 統制의 측면이다. 헌법의 제정·개정주체는 국민이기에 형사법에 대한 헌법적 통제가 강화될수록 국민주권의 이념이 더욱 반영되는 셈이다. 1987년 헌법이후 형사법에 대한 헌법적 통제는 그런 점에서 국민주권과 민주주의를 실현하는 한 방식으로서의 의미를 갖는다. 물론 형사법적 문제에 대해 보다 직접적인 國民參與의 길은 아직까지 봉쇄되어 있다. 이러한 점들은 앞으로 형사법에 대한 평가적 전망에 상당부분 반영되지 않으면 안될 것이다. 때문에 반세기의 형사법의 전개를 법률과 제도를 중심으로 살펴보는 이 작업도 단순한 업적회고에 머물 수 없고, 장래의 과제도출을 위한 준비작업으로서의 성격을 동시에 띠지 않을 수 없는 것이다.

II. 한국형사법의 역사적 전개

1. 형사기본법의 제정과 그 특징

1876년 개항 이후 20년이 지난 갑오개혁을 맞아 형법 근대화의 단초가 열렸다. 1894년부터 1905년에 이르는 기간은 형사법의 근대화를 위한 단계를 하나하나 추진해 가는 과정이었다. 물론 당시의 정치정세에 따라 그 단계는 한결같이 진행되지는 못하였지만²⁾, 적어도 형벌 근대화로의 분명한 방향성은 있었다.³⁾ 그것은 사형과 신체형 중심에서 자유형으로의 변화였고, 형벌완화의 방향이었다.⁴⁾ 이러한 작업은 1905년 大韓帝國 刑法大全에서 일단락된다. 이 형법대전은 아직 大明律의 형식을 그대로 빌리긴 했고, 때문에 범죄론의 구조는 변화가 없었지만, 형벌 부분에서는 그간의 변화를 집약하고 정리하였

2) 신용하, 『독립협회연구: 독립신문·독립협회·만민공동회의 사상과 운동』, 일조각, 1994.

3) 도면희, “1894~1905년간 형사재판제도 연구”, 서울대 문학박사학위논문, 1998.2.

4) 한인섭, 『한국형사법과 법의 지배』, 한울아카데미, 1998, 21~22쪽.

다.⁵⁾

이러한 형사법의 점진적 진전은 일제의 침략이 노골화되면서 더 이상의 진전을 방해받았다. 일본제국주의는 자국의 형사법령의 이식 및 식민지 탄압법령의 제정·확충의 길로 나아가게 된다. 일제는 朝鮮刑事令을 통해 일제의 형법 및 형사소송법을 依用이란 형식으로 적용하였다. 그러나 일제 법령을 적용하면서도 일본의 헌법과 인신보호규정은 적용되지 않았고, 또 일제법령을 식민지배의 목적으로 쓰게 됨으로써 그 폭력성이 두드러지게 표출되었다. 형사사법에서 결정적인 것은 국민소외의 관료사법, 권력사법의 모습이었다.⁶⁾

해방 후 일제법령과의 단절은, 조선인에게 차별과 억압을 가하는 일부 법령을 제외하고는, 이루어지지 않았다. 이러한 취지는 1948년 제헌헌법 부칙⁷⁾을 통해서 거듭 확인되었다. 그러나 ‘조선말로 된 법전’에 대한 국민적 염원은 기본법전의 편찬에 역점을 쏟도록 했고, 형사법 분야에서는 형법과 형사소송법, 행형법의 제정을 통해 나타냈다.

형법의 경우 그 시간적 급박성으로 인해 일제법률과 질적 단절을 이룩하지 못했다고 평가된다. 1953년 형법에서 일본의 구형법(1907년) 및 개정형법가안(1941년)이 크게 참고되었다는 사실이 그것을 입증한다. 또한 전시적 분위기는 국가·사회적 법익을 강조하여, 국가방위 사회방위를 강조하는 입법적 특색을 보여준다. 개인적 법익 관련 범죄에서 가장 두드러진 것은 가족의 요소가 매우 강조되어 있다는 점이다. 존속살인죄 등 존속범죄의 가중처벌, 존속의 비속에 대한 범죄의 감경처벌, 간통죄의 처벌 등이 그 예이다. 이러한 예는 형사소송법에서 직계존속에 대한 고소제한규정(제224조)에서도 찾아볼 수 있다. 이는 우리 형법이 국가주의 및 가부장제의 영향으로부터 자유롭지 못함을 의미하며, 보장적 기능보다 사회방위적 기능이 우월하게 작용하고 있음을 의미한다.

형사소송법의 경우는 그와는 달랐다. 미군정이 들어선 이래 미국법의 영향은 형사소송법에서 크게 나타났다. 그것은 미국식 적법절차의 원리, 인신구속의 원리를 도입한 ‘형사소송법의 개정’(1948년)에서 그 기본골격이 형성되었다. 영장제도의 전면적 도입, 변호인선임권과 접견교통권의 보장, 구속적부심

5) 문준영, “대한제국기 《형법대전》 제정에 관한 연구”, 서울대 법학석사학위논문, 1998.2.

6) 한인섭, 앞의 책, 27~57쪽 참조.

7) 1948년 헌법 부칙 제100조 “현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다.”

사제도 및 보석제도의 도입, 검사에 의한 유치장감찰제, 불법구속에 대한 손해배상 등 획기적 조치를 입법화한 것이다.⁸⁾

그 규정의 대강은 1954년 형사소송법에도 반영되었다. 구속적부심, 보석제도 등이 그 대표적인 예이다.⁹⁾ 또 하나 형사소송법 제정에서 두드러진 것은 검찰권의 정치적 남용을 억제하기 위해, 법원에 의한 검찰통제 및 법원우위의 제도적 장치를 만들어낸 것이다. 영장발부에서 법관의 우월성을 보장한 점, 검사의 불기소처분에 대한 재정신청을 인정한 점, 공판정 좌석배치에서 법원의 우위를 제도화한 점 등 여러 측면에서 法院司法을 제도화하려 한 노력을 볼 수 있다.¹⁰⁾

한편 경찰과 검사의 관계에 대하여는, 경찰의 인권남용을 우려하여 검사에게 경찰에 대한 수사지휘권을 인정하고, 피의자신문조서의 증거능력에 차별을 두는 등의 조치를 강구하였다. 이와 같이 형사소송법은 일본식 형사소송법과 단절된, 미국을 비롯한 선진국의 법제를 참고하여 비교적 진전된 법률을 만들어냈다고 할 수 있다.

2. 형사실체법의 제정과 개정

형법은 그 뒤 두번 개정되었다. 한번은 1975년 유신독재정권의 강화의 한 포석으로 국가모독죄 조항을 포함시켰다가, 민주화의 진전과 함께 1988년 그 조항을 삭제한 것이다. 이 조항은 제정시 날치기로 통과되었고, 거의 적용되지도 못했으며, 그나마 적용될 때에도 많은 논란을 불러일으켰다가, 결국 폐지되기에 이른 것이다.

형법에 대한 전반적 개정의 움직임은 1985년부터 시작되었고 그 일부가 1995년에 결실을 거두게 되었다. 이 개정작업은 법무부의 주도하에 학계와 실무계 인사들이 두루 참여한 <형사법개정특별위원회>에서 준비되었다. 이 위원회에서는 1992년 공청회 등을 거치면서 총론과 각론의 거의 전 부분을 손

8) 신동운, “미국법이 한국형사법에 미친 영향”, 『미국학』 제16집, 서울대 미국학연구소, 1993, 34쪽 이하. 이 군정법령 제176호의 제정과정을 추적한 것으로 심희기, “미군정법령 제176호 형사소송법의 개정”, 『법사학연구』, 제16호, 1995, 117~166쪽 참조.

9) 그 뒤 1961년 개정을 통해 미국식 교호신문제도, 전문증거는 증거능력을 인정하지 못한다는 傳聞法則이 도입되었다. 그러나 미국식 조문이 도입되었더라도, 그 운영이 매우 직권주의적으로 운용되었고, 검찰사법의 압도적 영향으로 당사자주의의 기본원칙이 제대로 실현되지 못함으로 인해 미국식 형사소송법의 실질적 도입은 여전히 문제점을 안고 있다.

10) 한인섭, 앞의 책, 80~86쪽.

질하는 개정안을 제안하였다.¹¹⁾ 그러나 1995년 국회를 통과한 개정내용에서는 시간의 급박성 등의 이유로 전면 개정이 아닌, ‘꼭 필요한 부분’에 대한 소폭개정에 머물렀다. 개정의 주요 내용은 총칙편에 있어서는 ‘보호관찰, 사회봉사명령, 수감명령’이 포함된 것이며, 각칙편에서는 새로운 범죄유형을 신설하거나 수정한 부분이 대부분이다. 그러나 사회여건의 변화에 부응한 비범죄화 작업은 이루어지지 않았다. 따라서 이 법률의 개정으로 우리 형법이 질적으로 달라졌다고 보다는, 형벌론 및 각론상의 <추가작업>에 그친 아쉬움이 있다. 따라서 1953년 형법의 문제점은 1995년의 개정법에도 잔존하고 있다.

그러면 형사실체법의 변화는 그 동안 없었는가. 실상은 전혀 그렇지 않음을 유의해야 할 것이다. 형사실체법상의 변화는 형법개정의 방법이라는 원칙론을 우회하여, 형사특별법의 제정·개정의 방법으로 표출되었기 때문이다.

내용상으로 볼 때 형사특별법은 다음과 같이 분류될 수 있다.

1. 공안형법: 국가보안법, 비상사태하의범죄처벌에관한특별조치령, 반공법, 사회안전법, 보안관찰법, 군사기밀보호법, 국가안전기획부법
2. 정치형법: 위 공안형법 및 계엄령, 긴급조치, 집회및시위에관한법률, 반국가행위자의처벌에관한특별조치법
3. 폭력법, 상습법 등에 대한 가중처벌법: 폭력행위등처벌에관한법률, 특정범죄가중처벌등에관한법률, 사회보호법, 특정강력범죄의처벌에관한특례법
4. 경제·환경·보건범죄 특별법: 보건범죄단속에관한특별조치법, 환경범죄의처벌에관한특별조치법, 부정수표단속법, 특정경제범죄가중처벌법 등

이런 특별형법들은 대개 다음과 같은 특색을 공유하고 있다.

첫째, 제정과 개정과정이 모두 비상시에 이루어진 <위기입법>의 모습을 띠고 있으며, 제정(개정)주체가 국회가 아닌 비상입법기구였다는 점이다. 또한 국회에서 제정·개정되었다 하더라도, 여야의 합의가 제대로 이루어지지 않은 채 ‘날치기’로 통과되었거나, 졸속입법의 오명을 쓰게 된 경우가 적지 않다. 이런 입법일수록 제정·개정과정에서 국민적 의사가 들어갈 여지도 봉쇄되어 있었던 점도 지적되어지지 않으면 안된다.

둘째, 구성요건의 확장과 형량의 강화를 위한 입법들이라는 점이다. 군사정권은 사회문제에 대하여 억압적 조치, 그것도 형벌강화를 통한 대응에 익숙했다. 일반 형사법보다 법정형을 인상한다던가, 최고형을 사형 혹은 무기형으로

11) 법무부, 『형법개정법률안 제안이유서』, 1992.10. 참조.

인상한 법률이 허다히 발견된다. 사형 혹은 무기형을 받는 것은 폭력범·상습범 뿐 아니라, 경제범이나 뺑소니 운전자가 유기치사한 경우와 같이 과실적 요소가 내포된 범죄까지 포함되었다. 이같은 형량 인플레이션, 형법상 설정된 범죄와 형벌 사이의 비례성을 근본적으로 깨어버린 결과를 낳았다. 또한 특별형법은 그 범죄에 대한 사회적 여론이 매우 나빠졌을 때 제정되었으나, 여론이 가라앉은 뒤에도 그대로 유지되어 우리 형사법 전체를 기형화하고 있는 실정이다.

셋째, 형벌과 함께 보안처분의 확장이 두드러진다. 원래 형법 제정시에 보안처분은 미래에 제도완비를 기다린다는 이유로 유보되었으나, 군사정권은 사법적 처분을 일일이 기다리지 않고, 혹은 사법처분의 형식만 빌어 보안처분을 마음껏 할 수 있도록 보안처분을 법률로 수용하였다. 사회안전법상의 보안감호처분, 사회보호법상의 보호감호처분 등이 그 대표적인 예이다. 심지어 군사정권은 법률의 이름을 빌리지 않고, 계엄포고령 등의 형식으로 국민들의 신체의 자유를 박탈하고 강제노역을 시키기도 했다. 이러한 역사적 경험을 통해 볼 때 우리의 자유박탈형 보안처분은 근본적으로 반인권적인 제도로서, 심각히 개폐가 고려되어야 할 것이다.

3. 형사소송 관련법의 제정과 개정

형사소송법의 개정은 정권이 교체될 때마다, 헌법이 바뀔 때마다 그와 동시에 이루어졌다. 형사소송법은 정치관계법 등과 함께 개폐되어야 할 법률의 묶음 속에 들어있었던 것이다. 그것은 형사소송법이 국가와 국민의 관계의 바로미터이고, 또한 권력정치에 의한 국민지배는 국민의 신체의 자유 제한이라는 구체적 강권력을 매개로 이루어지기 때문이다.

1962년의 형사소송법상으로는 영미법상의 교호신문의 도입, 전문증거의 증거능력 제한 등의 변화가 있었으나 이전의 형소법과 질적 변화가 발생한 것은 아니었다. 그러다 1972년 유신헌법이 선포되면서 그와 함께 밀실에서 준비된 형사소송법이 1973년에 비상국무회의라는 불법적 입법기구에서 통과되었다. 이 개정 형소법은 입법과정에서 정상적 입법기구를 배제하였고, 절차에서 어떤 공청회 및 의견수렴절차도 거치지 않았다. 거기서 관철된 것은 法院司法으로부터 檢察司法으로의 변화였다. 동법에 의하면 구속적부심이 폐지되어 피의자에 대한 구속영장심사에서 당사자의 주장이 반영될 여지가 완전히 차단되었

다. 또한 법원의 보석허가의 경우 검사의 즉시항고권을 보장하여 법원을 심리적으로 위축시켰으며, 기소의 경우에는 법원의 재정신청에 의한 준기소절차의 인정범위를 대폭 축소함으로써 검사의 기소재량에 대한 사법심사가 사실상 봉쇄되었다. 다른 한편으로 간이공판절차를 도입하여 소송경제의 명목으로 줄속 처리를 가능케 하는 길을 열었다.

이후 형사소송법 개정작업은 1973년의 개악내용을 개폐하는 데 초점을 둔 것이었다. 구속적부심의 경우 1980년에 제한적으로 부활되었고 이어 1987년에 완전한 부활이 이루어졌다. 형사소송법상의 독소조항의 제거작업은 헌법재판소에서의 일련의 위헌결정을 통해 보완되었다. 헌법재판소는 변호인접견권의 최대한 보장, 보석허가결정에 대한 검사의 즉시항고권 배제, 항소시 소송기록의 검찰송부에 대한 위헌선언 등의 결정을 통해 검찰사법으로 일방 편향된 것을 일부 법원사법으로 원상회복하는 데 실질적 기여를 하였다.¹²⁾ 한편 검사의 기소재량의 통제에 대하여는 헌법재판소는 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원을 인정함으로써,¹³⁾ 불기소처분에 대한 외부통제의 가능성을 열었고, 그것은 다시 내부통제(검찰항고 등)의 활성화에 영향을 미치도록 하였다. 그러나 헌법재판소는 재정신청의 범위 축소에 대하여는 합헌으로 결정함으로써, 검사의 기소재량의 남용에 대한 중요한 통제장치의 부활가능성을 막았다.¹⁴⁾

헌법재판소의 위헌결정의 취지 및 위헌논란이 야기된 조문 중 일부는 1995년 형사소송법 개정에 반영되었다.¹⁵⁾ 그러나 무엇보다 1995년 형소법에서 가장 주목할 만한 것은 인신구속제도의 변화였다. 체포제도가 도입되었고, 긴급구속 대신 긴급체포제도가 도입된 것이다. 그보다 더 중요한 것은 구속영장

12) 형사소송법에 대하여 헌법재판소에서 완전위헌이 선언된 규정은 다음과 같다. 제331조(무죄 등 선고와 구속영장의 효력) 단서규정에 대한 위헌(헌재결 1992.12.24. 92헌가8), 제97조제3항에서 보석·구속의 취소에서 검사의 의견을 구하도록 한 부분에 대한 위헌(헌재결 1993.12.23. 93헌가2), 소송기록 송부지연에 대한 제361조제1·2항의 위헌(헌재결 1995.11.30. 94헌바1).

13) 헌재결 1989.4.17. 88헌마3. 그러나 현재는 후속결정에서 현재의 인용결정은 검찰에 기소의무를 부과하는 것이 아니라 단지 재기수사를 명하는 데 있다고 그 효력을 제한하였다. 헌재결 1991.11.25. 90헌마124 참조.

14) 헌재결 1997.8.21. 94헌바2.

15) 위헌조항으로 선언되어 수정된 것은 형사소송법 제97조제3항에서 보석허가결정에 대하여 검사의 즉시항고를 인정한 규정의 삭제, 제221조의2제5항에서 공판기일전 증인신문에서 피고인측의 증인신문을 제한한 규정의 개정, 무죄가 선고되어도 10년이상 구형시 구속영장의 효력을 유지하도록 하는 제331조 단서의 삭제, 항소 및 상고시 소송기록의 검찰경유를 인정한 제361조 및 제377조의 규정에서 검찰경유제도를 폐지한 점 등이 있다.

발부 여부를 심리할 때 피의자의 출석을 요하는 구속실질심사제를 도입한 것이다. ‘구속의 사유를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피의자를 법관의 면전에 출석시켜 심문’(제201조의2)하도록 한 것은 법관에 의한 영장심사를 실질적으로 보장하는 획기적 의미를 띤 것이었다. 그 가시적 결과는 검사의 영장청구건수의 감소 및 법원의 영장기각율의 현저한 증가였다. 그러나 이렇게 사실상 검찰영장처럼 운용되어온 관행이 명실공히 법원영장으로 정상화되는 데 대하여 검찰측은 수사상의 애로, 실무상의 애로를 들어 격렬한 반박을 폈다. 1997년 검찰측은 다시 피의자의 신청이 있는 경우에 비로소 영장실질심사를 하는 방식으로의 개정을 추진하여 성공을 거두었다. 즉 영장실질심사의 내용이 직권심사에서 청구심사로 바뀐 것이다. 그 결과 다시 영장기각율이 다소 낮아지는 경향을 보인다.¹⁶⁾ 이와 같이 영장발부 및 형사적 재량권의 주도권을 놓고 검찰과 법원은 매우 대립적 경향을 보였다. 이 현상은 아직 우리의 법치주의, 즉 헌법과 법률에 의한 법관에 의한 재판받을 권리가 그 실제적 적용과정에서 왜곡되는 상황을 보여준다 할 것이다.¹⁷⁾

형사소송 관련 특별법의 분야에서 정상적 법치주의의 왜곡현상은 더욱 심각하게 나타났다.

특히 긴급한 경우를 제외하고는 법관의 영장에 의해서만 구속될 수 있음은 헌법과 법률의 기본취지에 비추어 너무나 당연한 것이다. 그런데 지난 반세기동안 영장주의 원칙 자체에 대한 침해가 자주 이루어졌다. 그 침해는 물론 초헌법적=불법적 권력기관이 지배하는 시대에 뚜렷이 표출되었다. 헌법상 비상계엄이 선포된 때에는 영장제도에 대한 특별한 조치를 할 수 있다. 유신

16) 영장실질심사제가 실시된 첫 해인 1997년과 그 전해인 1996년을 비교해보면 영장실질심사의 효용을 알 수 있다. 즉 1996년 1년간 영장청구건수는 총 152,828건이며 그 가운데 141,540건에 대해 영장이 발부되어 발부율이 92.6%에 달했다. 그에 대해 1997년 1년간 영장청구건수는 143,591건(이 건수는 1996년의 92.6%에 해당한다)이며 그 가운데 117,729건에 대해 영장이 발부되어 발부율은 82.0%로 나타났다. 1년 사이에 영장청구건수가 7.4% 감소했고, 발부율이 10%이상 하락했고, 총 건수상으로는 17%나 줄어든 것이다(대검찰청, 『1997년도 종합심사분석』, 1998, 166쪽 참조). 그러나 이런 비율은 1998년부터 청구에 의한 실질심사제로 바뀌면서 다시 실질심사의 비율은 감소하고 영장발부율은 높아지고 있다.

17) 1997년 개정이 영장실질심사의 요체인 법관 앞에서의 피의자의 자유로운 진술기회를 형해화시키고 있으며, 체포된 피의자와 그렇지 않은 피의자 간의 형평성의 상실도 문제라는 지적은 신동운, “인신구속제도를 둘러싼 법적용의 왜곡과 그 해결방안”, 서울대 『법학』 제29권 1호, 1998, 33~35쪽 참조.

헌법의 경우 ‘국민의 자유와 권리를 잠정적으로 정지하는 긴급조치’를 할 수 있고, 그 긴급조치는 사법심사의 대상에서 제외되었다(1972년 헌법 제53조). 비상체제를 구축한 독재정권 하에서는 영장주의 자체가 제한되거나 유린되는 사태가 종종 있어왔던 것이다.

형사절차에서 인신구속과 관련하여 특기할 사항의 하나는 구속기간의 연장을 위한 법적 조치이다. 임시적인 것이긴 했지만 1960년 <민주반역자에대한 형사사건임시처리법>은 부정선거 관련자, 정치적 폭력배, 모해행위 등의 민족반역자를 처벌하기 위하여 ‘형사소송법 제92조제1항 후단의 구속갱신 회수제한의 규정을 적용하지 아니한다’는 규정을 두어 4·19의 혁명적 요구를 해결하려 했다.

이러한 임시조치적 성격을 띤 제한 이외의 구속기간 연장을 위한 특례는 국가보안법에서 드러난다. 1958년 개정된 국가보안법은 제19조 위반의 사건(왕래·잠입·은거 등) 위반 피의자에 대하여 사법경찰관의 구속기간을 1차에 한하여, 10일 이내의 기간동안 연장할 수 있도록 하는 특례(제36조)를 제정하였다. 이 규정은 1960년 국가보안법 개정시에도 바뀌지 않고, 오히려 적용대상사건의 범위가 불고지죄 등을 제외한 모든 국가보안법 위반사건에 대하여 확대되었다. 그러다 1980년 개정에서는, 불고지죄를 포함한 대부분의 국가보안법 위반사건에 대하여 사법경찰관 단계에서 1차, 검사단계에서 2차의 구속기간 연장을 할 수 있게 바뀌었다. 형사소송법상의 피의자구속의 기한보다 2차, 즉 20일 이내의 기간동안 구속을 연장할 수 있게 된 것이다. 바로 이 구속기간 연장은 곧 특수기관에 의한 피의자의 인권침해, 고문을 통한 사건조작을 용이하도록 만들었고, 그 때문에 다수의 국가보안법 위반사건들이 고문과 용공조작의 시비 속에 놓이게 되었다. 이러한 구속기간연장에 관련하여 헌법재판소는 적어도 제7조(찬양·고무) 및 제10조(불고지)의 죄에 대하여 적용할 경우 그것은 위헌임을 선언하였다.¹⁸⁾ 헌법재판소에 따르면, 찬양·고무죄 및 불고지의 죄는 ‘구성요건이 특별히 복잡한 것도 아니고 사건의 성질상 증거수집이 더욱 어려운 것도 아님에도 불구하고 이러한 조항에까지 형사소송법상의 피의자 구속기간 30일보다 20일이나 많은 50일을 인정한 것은 국가형벌권과 국민의 기본권과의 상충관계 衡量을 잘못하여 불필요한 장기구속을 허용하는 것이어서 결국 과잉금지의 원칙을 현저하게 위배하여 피의자의 신체의

18) 헌재결 1992.4.14. 90헌마82 참조.

자유, 무죄추정의 원칙 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해한 것'이라 판시한 것이다.¹⁹⁾

재판과정에서 적법절차의 기본요청이 전적으로 무시된 경우가 있었다. 가장 악명높은 것은 1977년 제정된 반국가행위자처벌에 관한 특별법이었다. 이 법률은 '반국가행위를 한 자로서 외국에 도피중인 자'에 대하여 형사소송법상의 절차로 처벌할 수 없으므로 이들을 궤석재판절차로 처벌할 수 있게 하였다. 또 검사의 소환에 불응한 경우 재산몰수형도 병과할 수 있도록 하고, 궤석재판의 경우 변호인을 두지 못하도록 하고 상소도 불가능케 하였다. 가히 악법 중의 악법이었다. 이 법률의 적용대상자도 한 사람밖에 없었고, 때문에 특정인의 처벌을 위한 처분적 법률이었다. 결국 이 법률은 헌법재판소의 결정에 의하여 법 전체에 대하여 위헌을 선언받은 초유의 법률이었다. 공정한 재판을 받을 권리, 적법절차의 원칙, 재판청구권, 형벌체계의 정당성과 균형성을 벗어나고 과잉금지 원칙에 어긋나므로 법전체가 존재의미를 상실한 것으로 본 것이다.²⁰⁾

한편 심급제 및 관할권에 관련된 문제도 적지 않게 제기되었다.

원칙론적으로 소송사건의 합리적 분배와 관련하여 모든 사건을 3심제로 하는 것을 필수적이라고 볼 수는 없을 것이다. 그러나 심급제의 기본취지, 즉 신중한 재판의 보장의 원칙이 전적으로 무시되거나 붕괴된 경우라면 전혀 달리 평가되어야 할 것이다.

그 대표적인 예는 6·25남침과 함께 발생한 비상사태하에서의 긴급한 법적 처리를 위해 급조된 '비상사태하의범죄처벌에관한특별조치령'²¹⁾이다. 이 법에서는 비상사태에 편승하여 저질러진 살인·방화·강간·손괴 등의 죄를 범한 자를 사형에 처하도록 하고, 타인의 재물을 강취·질취한 자에 대하여 사형·무기 또는 10년 이상의 유기징역에 처하도록 하였다. 그리고 이 법의 심판은

19) 이 취지의 결정은 물론 타당하다. 다만 국가보안법 제7조 및 제10조의 규정은 반국가 단체를 겨냥한 것이 아니라, 시민적 자유를 직접 침해하고 공적 의무를 강요하는 등 양심의 자유를 침해하기 때문에 그 자체가 위헌일 수 있다. 그런데 헌법재판소는 동법 제7조는 '한정합헌'의 결정(헌재결 1990.4.2. 89헌가113)을 내렸고, 제10조에 대하여는 합헌결정(헌재결 1998.7.16. 96헌바35)을 내렸다. 이 조항 위반에 대한 구속기간연장을 위헌결정한 것은 필요하지만, 헌법재판소의 큰 용기의 희생 위에 얻어진 작은 성과에 불과한 것이다.

20) 헌재결 1996.1.25. 95헌가5.

21) 이 법은 1950.6.25. 대통령 긴급명령 제1호로 공포되었다.

단심으로 하고, 단독판사의 관할사항으로 하였으며, 40일 이내에 판결을 선고할 것을 요구하였다. 증거설명을 생략할 수 있도록 하는 것도 포함되었다. 이 같은 규정은 아무리 전시하라고 해도 인간의 생명과 신체를 근본적으로 침해하며 적법절차와 증거재판주의를 전적으로 무시하였던 것이다. 이 법의 적용은 수많은 재판관들을 고민 속에 빠뜨렸으며²²⁾, 몇 차례의 사면 등의 조치, 몇차례의 법률개정으로 그 무리한 점을 치유해가지 않으면 안되었다. 그 중의 하나는 1952년 당시의 헌법위원회에서 단심제 조항이 위헌으로 선언된 사실이다.²³⁾

또한 비상계엄하 군법회의 단심제도 문제가 아직도 잔존하고 있다. 비상계엄하의 군사재판은 ‘군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와, 초병·초소·유해음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률에 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다’(헌법 제110조제4항)의 규정이 그것이다. 이 규정은 군사정권 하에서 이루어진 1962년 헌법개정에서 처음 포함되었다가(당시 헌법 제106조제3항) 이후 지속되어 왔다. 1987년에 새로이 추가된 것은 동조제4항 단서, 즉 ‘다만 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다’는 것이다.²⁴⁾ 그러나 계엄하라고 해도 재판받을 권리의 핵심은 철저히 보장되어야 할 것이기 때문에, 이러한 단심제 조항은 비록 헌법에 포함되어 있다 할지라도 큰 문제가 아닐 수 없다. 군사재판은 군사법원에서 이루어지기 때문에 비군사법원인 최고법원에 의해 최종심리를 받게 하는 것이 마땅하다. 형사사건의 단심화는 권력의지가 그대로 반영될 가능성이 적지 않기 때문에 법치주의의 견지에서 수정되어야 할 것이다.

III. 형사법의 제정·적용·집행과정을 통해서 본 문제점

우리 형사법의 역사는 정상적인 법치주의의 전개라는 모습을 제대로 보여주지 못했다. 종종 형사법은 국민의 인권장전이 아니라 국가권력이 국민에게 부

22) 유병진, 『재판관의 고민』, 서울고시학회, 1957 참조.

23) 제1공화국 헌법위원회 결정 4285.9.9, 4285헌위2. ‘국민의 최고법원인 대법원의 심판을 받을 헌법상 기본권이 박탈된 것이므로 헌법 제22조와 제76조의 정신에 위반됨이 명백하다’는 결정이었다. 법원행정처, 『법원사』, 1995, 256~257쪽 참조.

24) 이 추가내용은 김재규 등 재판에서 박홍주 대령이 현역군인의 신분으로서 관련재판이 상소심에 계류중인데도 사형이 확정되어 형집행이 이루어진 전례가 다시 생겨서는 안된다는 반성에서 포함된 것으로 보인다.

과하는 권력의지의 발현이었다. 그것은 형사법이 제정되고, 적용되며, 집행되는 전과정(criminal justice process)을 종합적으로 볼 때 더욱 두드러진다.

먼저 제정과 개정이 국가위기 상황하에서, 혹은 위기상황임을 내세우면서 이루어졌다는 특징을 갖고 있다. 제정과 개정이 비상입법기구에 의해 만들어진 경우가 다수이며, 그렇지 않은 경우에도 ‘波動’, ‘날치기’와 같은 오명으로 지칭되는 바, 입법과정상의 중대한 결함을 지니고 있다. 국민의 자유와 권리를 강력하게 제한하는 악법일수록 그 결함이 심각하며 입법형성의 자유가 원천적으로 존재하지 않았던 법률이 적지 않다. 그런데 한번 개악되기는 쉬워도, 그 개악된 법률을 시정하는 작업은 쿠데타적 방법으로 할 수 없기 때문이다. 정상적 상태로의 복원에만도 오랜 시간이 소요되며, 이미 개악된 제도하에서 이해관계가 축적되면 본래수준으로의 개정작업도 쉽지 않은 측면이 있다.

이러한 ‘형량 인플레이의 홍수’ 속에 살아가다 보면 형벌의 억제효과는 감퇴되는 대신 오히려 형벌에 대한 면역효과가 생겨나며, 그 면역효과에 대한 새로운 처방책은 더욱 강한 형벌로 나타날 수밖에 없다. 이러한 악순환과정에서 우리 형벌은 범죄와 형벌간의 균형성·비례성을 상실하고, 대책없는 극단적 처방책만 난무하게 되었다. 각종 특별법과 특례법들의 양산에서 볼 수 있는 것은, 이러한 과잉범죄화와 과잉형벌화를 통해, 국민의 인신이 정책집행을 위한 도구로 전락되어 있는 현실이다.

형사법의 적용과 실현은 형사사법에 종사하는 기관 및 개인을 통해 종합적으로 이루어진다. 형사법의 실현을 하나의 과정 내지 시스템으로 이해할 때, 그 과정에서 누가 어떤 역할을 하는지를 면밀히 따져보아야 할 것이다. 법적으로 볼 때 재판의 주체는 법원이며, 인신구속의 여부를 결정하는 것도 법관이다. 법관과 법원의 독립성은 헌법사항으로 인정될만큼 중요한 것이다. 그것이 법치주의를 담보하는 핵심이기 때문이다. 그러나 형사재판에서 법관의 중심성 및 우위성의 원칙은 그 동안 검찰 및 특수공안기관에 의해 압도당하고 위축되었다. 구체적으로는 구속(영장발부)의 실질적 주도권을 둘러싸고, 양형재량권의 행사를 둘러싸고 논쟁이 전개되었고, 그 결과는 대체로 권력기관에 속한 검찰 측에 유리한 방향으로 귀결되었다. 또한 특수수사기관은 때로는 법위에, 때로는 법 밖에 군림하였고 또 때로는 법을 편의적으로 남용하였다.

법집행에 있어서 법원은 배제되었고, 그 자리에 법무부 측이 전적인 결정권을 쥐고 있었다. 예컨대 가석방 허용 여부, 치료감호의 계속 여부, 보호관찰

의 방법과 지속여부 등은 법원의 권한 밖에 위치되도록 되어 있었다. 법원의 재판결과는 사후에 단축·수정될 수 있었던 것이다. 이러한 상황을 더욱 악화시킨 것은 대통령의 잦은 사면권 행사였다. 건국 이후 지금까지 81차례나 되는 사면조치를 통해, 대통령은 사법권의 존재를 때로는 무력하게 만들어버렸던 것이다.

결국 형사입법과 형사사법, 행형의 전과정에서 법원과 법관의 주도성은 형식화하고, 그 위에 검찰의 의지 및 권력층의 의지가 전과정을 사실상 주도해가는 특징이 발견되어진다. 이러한 현상은 법치주의의 근본적 왜곡이며, 그 왜곡을 시정하지 않고서 법의 공정성과 형평성에 대한 믿음이 생겨날 수 없는 것은 당연하다.

IV. 형사법제의 전망과 과제

형사법의 전망과 과제를 위한 지침의 정립을 위해 우선 1984년부터 10년 가까이 학계와 실무계가 공동으로 참여한 형법개정특별위원회가 내세운 기준을 참고해볼 필요가 있겠다. 이 위원회에서는 <형법개정의 기본방향>으로 다음을 명시적으로 설정하였다.²⁵⁾

1. 헌법정신을 반영한다.
2. 형법이론에 비추어 범죄론 규정을 재검토한다.
3. 가치관·윤리관의 변화에 따른 비범죄화를 고려한다.
4. 사회정세의 변화에 따른 범죄화를 고려한다.
5. 형사정책적 요청에 따라 형벌제도를 개선한다.
6. 형법과 특별법의 관계를 재조정한다.
7. 형법체계와 용어를 개선·정비한다.

이러한 방향설정은 한국의 형사법 연구자로부터 충분한 공감을 얻을 수 있는 것이라 생각된다. 이를 다시 형사법 일반에 걸친 내용으로 재정리해본다면 ▲형사법에서 헌법의 지배 ▲법이론·법원리와 조화된 형사법 ▲형벌과 양형 등 형사제재의 합리화와 현대화 ▲사회변화에 대응하는 형사법 ▲형사법의 기본원칙과 조화된 특별형사법의 정비 등을 지적할 수 있을 것이다.

이러한 부분은 당연히 실현되어야 한다. 그러나 이 원칙들의 현실화만으로

25) 법무부, 앞의 책(1992.10), 9쪽.

충족되지 않는 중요한 부분이 남아있다. 그것은 ▲국민을 위한 형사법이라는 대전제에 관한 부분이다. 국민을 위한 형사법은 단지 어려운 법률용어를 가능한 일상용어로 대치하는 정도로 충족될 수 없다. 관료사법이 아닌 시민사법으로의 근본적인 방향전환이 필요하며, 형사법이 권력의 도구가 아닌 국민의 바람직한 생활규범으로 정착할 수 있도록 하는 부단한 노력이 필요한 것이다. 따라서 이 문제를 장래의 과제로서 본격적으로 검토되지 않으면 안될 것이다.

1. 형사법에서 헌법지배원칙의 실현

1987년 이전까지 형사법의 제정과 개정은 헌법적 평가를 거의 고려하지 않고 이루어졌다. 헌법재판기관이 활성화되지도 않았을 뿐 아니라, 헌법재판기관에 의해 위헌이 선언된 조문도 극히 드물었기 때문이다.²⁶⁾ 이렇게 헌법은 명목 내지 장식용에 불과했고 법률의 상위에서 법률의 평가기준으로서의 실질적 규범력을 갖지 못했던 것이다.

헌법과 형사법의 관련성은 이론적으로는 당연히 긍정되었다. 죄형법정주의와 관련하여 법정될 근거는 합헌적 법률이어야 한다는 점은 실질적 의미의 죄형법정주의의 요청으로 수용되었다. 특히 형사소송법의 분야에서는 <헌법의 구체화로서의 형사소송법> 혹은 <헌법적 형사소송법>(constitutional criminal procedure)이 미국법학의 영향하에 주로 논의되었고, 그 논의는 미국법에서의 적법절차론을 한국적인 형태로 수용하는 방식으로 이루어졌다.

그러나 1988년 이후 형사법은 활발한 헌법재판을 통해 헌법적 평가를 받게 되었다. 헌법재판소에 계류된 사건 중 80% 가까이 형사관련 쟁점이며, 상당한 수의 조문들이 헌법적 심사의 도마위에 오르게 되었다. 특히 형사소송법의 많은 규정 중 일부가 위헌결정되었다.²⁷⁾ 그리고 행형법 중 일부가 위헌결정되었다. 즉 미결수용자에 대한 변호인접견권의 제한규정 및 미결수용자에게 수형자에 관한 규정을 준용하도록 한 규정(행형법 제62조)이 위헌선언²⁸⁾되었고, 그 결과 행형법의 체제와 내용상 큰 변화를 초래하였다. 형법 규정중에서

26) 그 대표적인 예가 최종심을 고등법원으로 규정하고 있는 농지개혁법 제24조와 제18조제1항 및 비상사태하의범죄처벌에관한특별조치령 제9조에 대한 1952년 헌법위원회에 의한 위헌결정이다(헌법위원회결정 42852.9.9, 4285헌위1,2).

27) 위헌으로 결정된 형소법 조문들은 제331조 단서(헌재결 1992.12.24. 92헌가8), 제97조제3항중 일부(헌재결 1993.12.23. 93헌가2), 제361조(헌재결 1995.11.30. 92헌마44) 등.

28) 헌재결 1992.1.28. 91헌마111, 헌재결 1995.11.30. 92헌마44.

위헌으로 결정된 사안이 없는 데 반해, 특별형법의 경우는 매우 많은 조항이 위헌의 도마 위에 올랐다. 특가법상 도주차량 운전자에 대한 지나친 가중처벌이 과잉금지의 원칙에 저촉된다고 하여 위헌결정²⁹⁾이 내려졌고, 뇌물죄 적용대상에 대한 확대조항이 위헌이라는 결정³⁰⁾이 내려졌다. 구 사회보호법상 필요적 보호감호조항이 법관의 재량권을 배제한다고 하여 위헌결정이 내려졌다.³¹⁾

가장 쟁점이 되었던 것은 공안형사법 분야인데, 헌법재판소는 국가보안법에 대하여는 대개 한정합헌의 태도를 취하였다.³²⁾ 군사기밀보호법상 군사기밀의 범위에 대한 한정합헌 결정도 있다³³⁾. 반국가행위자의처벌에관한특별조치법은 몇 차례 헌법재판소에서 다루어진 끝에 결국 법률 전체가 위헌을 선언받았다.³⁴⁾ 반면 위헌가능성이 극히 높다고 할 사회안전법 및 보안관찰법의 경우 위헌결정이 내려진 적이 없다.³⁵⁾

이러한 판례를 종합해보면, 헌법재판소는 일련의 위헌가능성있는 형사법률 중에서 사회적 지위에 따라, 이데올로기적 입장에 따라 평가의 기준을 달리했다고 비판받을 수 있다. 즉 사회적 지위가 있거나 이데올로기적으로 우파적인 입장에 관련된 사안에서는 쉽게 위헌결정에 도달한 반면, 사회적 지위가 낮을 수록, 이데올로기적으로 현체제와 거리가 멀수록 합헌에 도달하고, 중간지대에는 한정합헌을 선언하는 경향이 있다는 것이다. 이같은 태도는 헌법가치를 법앞의 평등의 원칙에 따라 균등하게 배분하는 것이 아니라는 비판을 받을 수 있으며, 사상과 양심, 표현의 자유에 있어 자유보장이 더욱 요청된다는 현대 헌법의 기본원칙과도 상반되는 것이다.³⁶⁾

형법의 경우 헌법재판소에서 위헌심판의 대상이 된 조문은 간통죄,³⁷⁾ 사형제도,³⁸⁾ 결과적 가중범과 고의범간의 법정형의 동일화(살인죄보다 법정형의

29) 헌재결 1992.4.28. 90헌바24.

30) 헌재결 1995.9.28. 93헌바50.

31) 헌재결 1989.7.14. 88헌가5,8, 89헌가44(병합).

32) 국가보안법 제7조에 대한 한정합헌(헌재결 1990.4.2. 89헌가113, 헌재결 1990.6.25. 90헌가11), 제19조에 대한 일부위헌(헌재결 1992.4.14. 90헌마82) 등.

33) 헌재결 1992.2.25. 89헌가104.

34) 헌재결 1996.1.25. 95헌가5.

35) 헌재결 1989.10.27. 89헌마105; 헌재결 1997.11.27. 92헌바28.

36) 이러한 헌법재판소 경향에 대한 본격적인 분석은 한인섭, “헌법과 형사법 - 권력정치, 집단갈등과 헌법의 지배”, 서울대 『법학』, 제39권 3호, 1998.11. 참조.

37) 헌재결 1990.9.10. 89헌마82.

38) 헌재결 1994.12.29. 90헌바13.

하한을 높게 규정한 강도상해죄)³⁹⁾ 등이었다. 그와 함께 이론적으로 위헌가능성이 높다고 평가된 것은 존속살인죄 등 존속범죄에 대한 가중처벌조항을 들 수 있다.⁴⁰⁾ 그 중 1995년 형법개정을 통해 존속범죄에 대한 지나친 가중처벌규정은 완화되었으며,⁴¹⁾ 결과적 가중범과 고의범 간의 법정형의 구분이 이루어졌다.⁴²⁾ 간통죄의 경우 헌법재판소에서 합헌론과 위헌론이 예리하게 대립되었고, 형법개정 공청회에서도 그 존폐를 둘러싸고 크게 논란되었으나, 결국 이전과 다름없이 존치되는 방향으로 결론이 내려졌다. 이를 우리 형법상의 각종 가족관련 조항과 더불어 생각해보면, 우리 형법의 기본적 지향점은 개인중심주의에 뿌리박고 있다기보다는 가족적 요소, 사회공동체의 규범의식, 그리고 국가적 가치를 함께 강조하고 있음을 알 수 있다. 개인으로서의 인간의 존엄과 가치에서 출발하는 헌법적 가치는 형사법의 영역에서 가족·사회·국가를 상당히 강조하는 쪽으로 수정되는 셈이다. 이는 판례와 실무, 양형 등에서 더욱 증폭되어 나타난다고 볼 수 있다.

2. 형사법의 원리·이론과 조화된 형사법

우리 형사법은 실체법의 경우 죄형법정주의, 절차법의 경우 적법절차를 기본원리로 하여 구성되어 있다고 할 수 있다.

범죄와 형벌은 사전에 제정된 법률에 의한다는 의미의 죄형법정주의는 성문법률주의, 소급형벌의 금지, 명확성의 원칙, 유추금지의 원칙, 적정성의 원칙 등의 내용을 갖고 있다. 이 중에서 역사적 경과에 따라 대개 확고한 원칙으로 정착되어 있는 경우도 있고, 그 내용을 구체화해가고 있는 원칙도 있다. 예컨대 오늘날 성문법률주의는 이의없이 관철되고 있다. 성문법률주의의 원칙 자체에 대한 논란은 더 이상 없으며, 오직 법률의 包攝範圍에 대한 解釋만 남을 뿐이다. 이것은 해석의 한계와 유추금지의 원칙과 관련되어 논의되는 것이기

39) 헌재결 1997.8.21. 93헌바60.

40) 일본에서는 존속살인죄를 사형 또는 무기징역에 처한다는 규정이 법률상 감경 및 작량감경을 해도 집행유예가 불가능하여 합리적 차별의 정도를 넘어선다고 하여 위헌으로 선언한 바 있다. 日最判 1973.4.4.(刑集 27-3, 265) 참조. 그 뒤 일본에서는 형법개정을 통해 존속에 대한 범죄의 가중처벌규정을 모두 삭제하였다.

41) 법정형이 사형 또는 무기징역에서 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역으로 바뀌었다.

42) 예컨대 강도치상·강도상해의 구별(제337조), 강도치사·강도살인의 구별(제338조), 강간치상·강간상해의 구별(301조), 강간살인·강간치사의 구별(제301조의2) 등을 들 수 있다.

도 하다.

역사적 부침을 많이 겪은 것은 소급형법 금지의 원칙에 대한 것이었다. 1948년 헌법의 제정과 함께 그 부칙 제101조에 ‘이 헌법을 제정한 국회는 단기 4278년 8월 15일 이전의 악질적인 반민족행위를 처벌하는 특별법을 제정할 수 있다’는 규정을 두었다. 그에 근거하여 반민족행위자의 처벌에 관한 법률이 공포되었다. 이 법률에 대하여 소급형법이라는 이유로 어떤 위헌론도 개진되지 않았다. 그것은 이 법률이 일제와의 단절, 일제하에서 저질러진 친일적 범죄행위에 대한 단죄이며, 그 단죄에 대하여는 국민적 공감대를 갖고 있었기 때문이다. 우리의 해방을 일제와 혁명적 단절로 본다면, 국민총의에 따른 법률의 제정은 소급형법을 정당화할 수 있으며, 더욱이 제헌헌법 이전에는 소급형법 금지의 원칙이 법원칙으로 정착되지 않았기 때문이다. 헌법적으로는 부칙에 이미 법적 근거가 주어진 데다 헌법상 소급형법 금지의 원칙에 관한 규정이 아직 도입되지 않았던 이유도 있다.⁴³⁾

이후 소급형법금지의 원칙은 정치적 격변기에 자주 쟁점화되었다. 4·19혁명 이후 반민주행위자의 처벌에 관한 법원의 미온적 판결에 대한 국민의 불만은 혁명입법 제정으로 귀결되었다. 반민주행위자처벌법, 반민주행위자공민권제한법, 특별재판소설치법, 부정축재자처리법 등이 제정되었다. 이 때는 아무리 취지가 좋다해도 ‘우리 헌법 前文과 세계인권선언, 민주국가에 있어서 형사입법의 기본원칙을 무시한다’는 비판이 제기되었고, 그에 대한 법적 논란이 있었다.⁴⁴⁾

5·16직후의 소급처벌규정은 집권의 기반을 닦기 위한 조치였고, 어떤 명

43) 헌법상 소급형법 금지의 원칙이 명시적으로 포함된 것은 1962년 헌법에 와서이다. 동 헌법 제11조는 ‘모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며 ……’(제1항), ‘모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한 또는 재산권의 박탈을 받지 아니한다’(제2항)고 규정하고 있다. 이 규정은 이후 변화되지 않고 남아있다.

44) 정구영 변호사 등 19명의 재야법조인들은 이른바 ‘호헌선언’을 발표하였다. 그들은 기본적 인권과 자유, 평등의 원칙은 민주주의의 기본원칙으로서 헌법개정에 의해 좌우될 수 없는 것이라 주장하면서, 특별입법으로써 현정부와 국회는 ‘영원히 위헌자라는 낙인’을 받게 될 것이라 비판하였다. 하지만 서울변호사협회는 그러한 호헌선언에 대해 반대 의사를 밝혔다. 또한 특별검찰부장으로 선임된 오완수 씨는 ‘법률을 배운 사람으로서 소급법을 적용해서 재판할 수 없다’고 하여 취임을 거부하였고, 특별검재판소장으로 선임된 문기선 변호사는 ‘법조인은 만들어진 법을 바르게 해석하고 운용하면 된다’는 소신을 밝혔다(이종전, 『법이 바로서야 세상이 바로 선다』, 고려원, 1997, 48~52.).

분으로도 정당화되기 어려운 것이었다.

1996년 들어 헌법재판소는, 5·17내란사범에 대한 특별법 제정은 부진정 소급효에 해당하여 헌법상 소급처벌금지의 원칙에 저촉되지 않는다고 판시했다. 그리고 만약 이 사건이 진정소급에 해당한다고 하더라도, “기존의 법을 변경하여야 할 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 그 법적 지위에 대한 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 상대적으로 적어 개인의 신뢰이익을 관철하는 것이 객관적으로 정당화될 수 없는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다”는 입장을 폈다.⁴⁵⁾ 이러한 추이를 볼 때, 소급처벌금지의 원칙은 최근에 올수록 확고한 원칙으로 정착되었음을 알 수 있다.

한편 명확성의 원칙은 시간이 갈수록 논란을 더해가는 측면이 있다. 법률이 명확할수록 법적용자의 자의적 해석을 통한 국민의 피해가 줄어들고, 국민은 법률을 예측가능한 행위지침으로 수용하게 된다. 법률이 명확할수록 국민주권의 원칙에 더 다가가는 일면이 있는 것이다. 그러나 다른 한편으로 법률이 언어로 이루어지고, 언어의 속성상 불확실한 부분을 포함할 수밖에 없는 사정도 있다. 또한 현실사회의 변화로 인해 범문언의 명확성을 기하기 어려운 경우가 적지 않다. 더하여 입법자의 불확정개념의 남발, 법집행자에 의한 불확정개념의 남용이 자주 나타났으며, 그 때문에 법의 명확성의 요구가 자주 나타났다. 그 동안 행정법규상의 불확정개념에 더하여, 형법상으로 불명확개념을 통한 권력남용의 사례는, 특히 국가적 범익에 관한 사항에서 두드러진다. 군사기밀보호법, 국가보안법상의 기밀 내지 비밀개념, 국가보안법상의 고무찬양 조항 등이 그 예이다. 이러한 규정은 법치주의의 확산과 더불어 고쳐져야 할 조항으로 인식되었으며, 헌법재판소에서도 빈번히 문제시되었다. 앞으로 불명확개념의 정비와 함께, 국민주권과 국민의 법앞의 예측가능성을 신장시키기 위한 명확성의 원칙은 입법과 해석의 지도원리로서 더욱 강조되어야 한다.

형사소송에 있어서는 적법절차의 보장을 중심축으로 한다. 적법절차는 형사소송절차가 단순히 법적 절차에 따르기를 요청하는 데 그치는 것이 아니다. 소송당사자에 대한 인권존중의 요청, 실제적 진실의 발견에 대등한 주체로서의 참여, 결정에 대한 정당한 불복기회의 제공 등이 아울러 요청된다. 그러나 아직도 우리 법제상 적법절차의 요청이 충족되지 못하고 있는 경우가 한둘이 아니다. 검사우위, 피의자(피고인) 열위의 상태가 잔존하고 있다. 구속영장의

45) 헌재결 1996.2.16. 96헌가2 등.

심사에 있어 피의자의 인권옹호보다 수사의 필요성이 더욱 증시되고 있는 느낌이 있다. 당사자 대등주의를 실현시키기 위한 전제가 되는 변호인의 실질적 조력을 받을 권리는, 변호인강제주의의 뒷받침을 얻지 못하고 국선변호인이 미비한 등의 문제를 안고 있다. 검사신문시 변호인참여권이 법적 보장을 얻지 못하고 있다. 증거법에서 검사작성의 피의자신문조서에 ‘특신상태’를 전제로 증거능력을 인정하고 있고, 실제로 유죄인정시 가장 중요한 근거가 되고 있어 구두변론주의, 변론주의, 집중심리주의가 실제로 왜곡되고 있다.

이상에서 죄형법정주의, 적법절차를 중심으로 형사법의 원리·이론과 형사법률 및 법제도, 법실행의 조화관계를 달성하기 위한 조건을 살펴보았지만, ‘헌법적 형사법’의 실현이 강조되고 있는 오늘날 이 점은 더욱 주목을 요하는 것이다.

3. 형사정책의 기본원칙과 조화된 형사제재

그 동안 형사제재는 사형과 신체형으로부터 자유형으로, 자유형중심에서 벌금형 및 사회내처우로 그 중점이 이동되어 왔다. 그러나 우리의 경우 기존의 형사제재를 그대로 유지하면서, 거기에 새로운 제재형태를 추가하는 방식을 취함으로써 전체적으로 형사사법의 부담이 줄어드는 것이 아니라 오히려 확장되어왔다. 때문에 시민적 자유에 대한 제한이 줄어드는 것이 아니라 오히려 늘어나는 문제점을 보이고 있는 형편이다.

오늘날 형사제재는 보다 효율적, 합리적이고 인도적일 것을 요한다. 각국의 형법개정 및 형사정책의 방향도 이 점에 초점을 맞추고 진행되어 왔다.

중대한 형사제재의 완화는 인도주의 요청의 가장 기본적 표현이다. 먼저 사형의 축소 내지 제한의 요청이 있다. 그 동안 사형은 범죄억제효과 면에서나 인도주의적 측면에서 그 문제점이 거론되어 왔고, 법적 차원에서는 위헌론의 형태로 다루어져 왔다. 그런데 우리의 경우 법원의 판결에서는 사형의 문제점을 거론하면서도 위헌의 여지를 인정하지 않았으며, 헌법재판소의 결정을 통해 위헌의견이 소수의견으로 제기되었을 뿐이다.⁴⁶⁾ 이러한 상황은 사형폐지의 세계적 추세와 전혀 어울리지 않는다.⁴⁷⁾ 더욱이 사형이 엄존하고 있는

46) 헌재결 1996.11.28. 95헌바1.

47) 1997년 현재 모든 범죄에 대해 사형을 폐지한 국가는 57개국이며, 군사범죄를 제외한 일반범죄에 대해 사형을 폐지한 국가는 15개국이다. 법률상 사형규정을 두고

상태에서 (독일에서처럼) 무기자유형(금고·징역)의 위헌성이 다투어질 여지⁴⁸⁾가 없는 것이며, 실제로 무기형으로 복역하고 있는 재소자의 수가 적지 않은 형편이다.⁴⁹⁾ 장기형의 경우도 마찬가지이다.

자유형의 전체적 숫자가 줄어들지 않고 있으며, 최근 경제사정의 악화에 따라 자유형의 수용자수가 격증하고 있다. 자유형과 대비하여 벌금형은 매우 늘어나고 있는 추세이나, 그것은 전체적 범죄의 증가의 결과이지, 자유형에 대한 반성적 고려에서 자유형에 대한 대체방안을 추구하는 쪽으로 이행한 결과라고 보기는 어렵다.

형벌 이외에 보안처분의 확장은 1970년대 이후 한국 刑罰史의 큰 특징을 이룬다. 사회안전법, 사회보호법에서 실체화된 보안처분, 특히 拘禁型 保安處分은 그 시행주체의 측면에서나, 그 실현프로그램의 내용의 측면에서나, 그 효과의 측면에서 자유형과 다를 바 없으며, 그 명목(label)상의 별칭에 불과한 것으로 비판받을 수 있다. 따라서 구금형 보안처분은 전체적으로 구금의 확장에 기여할 따름이다. 특히 우리의 구금형 보안처분은, 독재정권하에서 그 민주적 정당성이 의심스러운 형태로 실시되었으며, 일반 형벌에 비해 적법절차를 위한 보장도 매우 취약하였기 때문에 권력남용의 비판을 더욱 많이 받을 수 있는 것이다.

量刑의 문제에 있어서 그 동안 무전유죄란 말로 상징되는 형평성의 문제에 크게 시달려왔다. 또한 법관의 양형행사를 음양으로 제약하는 요소도 없지 않았다. 이제 양형의 주도권은 명실공히 법관의 손에 맡겨져 있고, 그럴 때 법관은 양형에서 형평성과 합리성의 요구를 충족시킬 의무감이 더욱 증대하게 되었다. 최근 법관들 사이에서 양형의 적정성을 둘러싼 논의가 활발해지고 양형 데이터 베이스를 구축하려는 노력이 진행되는 것은 그러한 의무감을 표현한 것이다.⁵⁰⁾ 하지만 객관적, 합리적, 인도적 양형에 대한 이론·조사 면에서

있더라도 사형선고를 전혀 않는 국가가 26개국이다. 이렇게 법률상 혹은 사실상 사형 폐지국의 총수는 98개국에 달한다. 한국의 사형집행건수는 1948년부터 1997년까지 총 902명으로 연평균 18명이며, 최근 5년('93~'97)에는 총 57명으로 연평균 11.4명이다. 이 정도의 건수는 세계 13위권에 해당한다고 한다.

(<http://www.amnesty.org/ailib/intcam/dp/dpfacts.htm> 참조)

48) BVerfGE 45, 187.

49) 무기징역형을 선고받아 수용되어 있는 재소자의 수는 1997년 현재 1,204명이다. 법무부, 『법무연감』, 1998, 323쪽 참조.

50) 법원행정처, “양형의 실태에 관한 분석보고”, 『전국법원장회의자료』, 1994.10.17; 법

의 뒷받침이 부족하여 현재의 양형론이 법관들 사이에 양형불균등을 해소하는 방향으로 논의가 제한되는 경향이 있다. 이는 그 동안의 양형을 보다 객관화·과학화하는 작업의 필요성을 증대시킨다.⁵¹⁾

현대적 제재의 형태로서 주목할 것은 보호관찰, 사회봉사명령, 수강명령 등의 확대경향이다. 이러한 현대형 제재는 1989년부터 소년법에서 도입되었다가, 1997년 개정형법의 시행과 함께 모든 범죄자에 대한 일반적 제재로 확대되었다. 그에 따라 보호관찰, 사회봉사명령은 가장 중요한 형사제재의 하나로 급속히 자리잡아가고 있으며, 수강명령도 점차 확대되는 추세를 보인다.

다만 사회내 제재(community punishment)는 지역사회 내의 자원을 활용하여, 상담과 원호를 위주로 하여 진행되어야 할 것이다. 그러나 아직은 이러한 사회내 제재 역시 국가가 주도하는 형태로 진행되고 있고, 기존의 시설내 형벌(institutional punishment)을 대체하기보다는 보완하는 방향으로 진행되고 있어, 사회내 제재의 장점이라 지칭되는 경제성, 효율성, 인도성의 요구를 충족시키지 못하고 있다. 또한 사회내 제재를 한꺼번에 시행하는 데서 생기는 처우 프로그램의 미비 문제, 인력문제, 국가와 사회간의 바람직한 관계형성 등을 미해결의 문제로 남기고 있는 상태이다. 앞으로 사회내 제재가 활성화되면서, 기존의 시설내 제재의 비중을 줄이고, 행형에서도 民間參與를 강조하는 방향으로 이행되어야 할 것이다. 교정의 경우에도, 기존의 획일성을 벗어나 다양화, 사회화, 자치화, 민영화의 요구를 충족시킬 방안을 진지하게 검토할 필요가 있다.

4. 사회변화에 대응하는 형사법

우리 형법이 제정된 1953년의 상황은 농업사회이며, 가족이 중시되고 가부장적 전통이 그대로 남아있는 사회였다. 또한 전시 분위기로 인해 형사범죄에 대해 강력한 대응이 주문되고 있는 상태였다. 형법 제정이후 우리 사회는 급격하게 변모되었고, 그러한 규범현실의 변화에 맞추어 형법상의 구성요건 및 형벌의 재조정이 강력하게 요청되었다. 그것은 형법개정논쟁에서 비범죄화(decriminalization) 및 신범죄화(criminalization)의 요구로 압축되어 나타났다. 그러나 1995년 형법 개정이 소폭으로 귀결되었기 때문에, 전면 개정

원행정처, 『양형적정화 방안모색을 위한 토론회 결과보고서』, 1995 등 참조.
51) 그러한 분석의 한 예로는 이영란, 『한국양형론』, 나남출판사, 1996.

의 필요는 여전히 잔존하고 있는 상태라 할 수 있다.

1995년 형법을 통해 신범죄화가 이루어진 대표적인 유형은 컴퓨터 관련 범죄의 신설이다. 컴퓨터등 정보처리장치를 이용한 사기(제347조의2), 컴퓨터 업무방해(제314조제2항), 비밀침해(제316조제2항), 공·사전자기록의 위작·변작 및 동행사(제227조의2) 등의 규정이 신설되었다. 또한 재물손괴죄 등에 전자기록 등 특수매체기록을 행사의 객체로 추가하였다. 두번째는 민생치안 관련 범죄의 신설인데, 인질강요죄(제324조의2)의 신설과 인질강도죄(제336조)의 정비를 들 수 있으며, 특히 인질을 안전하게 풀어준 경우에 형을 감경하도록 하는 특칙(제295조의2, 제324조의6)을 둔 것도 주목된다. 그리고 그동안 형사상의 처벌이 쉽지 않았거나 논란이 되어온 조항을 정비하였다. 예컨대 자동차 등 불법사용죄(제332조의2), 자동판매기 등 편의시설 부정이용죄(제348조의2)의 처벌조항을 신설하였고, 복사문서의 문서성을 인정하는 특별규정(제237조의2)을 신설하였다.

형법개정에서 존폐론의 핵심이 된 것은 낙태죄와 간통죄였다. 낙태죄의 경우 그 제재의 실효성 때문에, 간통죄의 경우 사생활침해와 가족보호, 여성의 지위 보호라는 상반된 주장 때문에 큰 논란의 대상이 되었다. 결국 그 논란은 의견일치를 이루지 못한 채 존치되게 되었다. 그 밖에 성범죄와 관련된 논란이 제기되었으나, 일부 자구의 수정에 그친 채, 그 논란의 상당부분을 특별법 제정으로 정리하였다.

기본법의 경우 빈번한 개정은 국민의 법생활에 혼란을 줄 수 있다. 그렇다고 사회변화와 법감정의 변화를 특별법에 담으려 할 경우, 법이 국민의 규범의식의 정착에 기여하기보다는 당시의 법감정에 지나치게 좌우되는 결과를 빚을 수 있다. 하지만 오늘날 사회변화가 급격한 데, 그것을 무시한 채 기본법을 운용하려 하는 것은 잘못이다. 때문에 기본법의 경우, 한꺼번에 일괄적으로 바꾸려 하지 말고, 분야별로 나누어 바꾸는 단계론적 접근이 유용하리라 생각된다. 가령 이번 개정에서는 범죄론을, 다음 단계에서는 형벌론을, 그 다음에는 개인적 범익에 관한 사항 등으로 하는 방법이 지속적인 변화를 담아내면서도, 일괄개정에 따른 무리점을 시정할 수 있는 것이다.

5. 형법과 특별법의 관계 재조정

우리 형사법이 특별법 남용으로 인해 일반법의 규범적 효과가 매우 감소되

어 있음은 이미 살펴본 대로이다. 때문에 형법개정논의에서는 적어도 폭력행위등처벌에관한법률의 대부분 조항과 특정범죄가중처벌등에관한법률·특정경제범죄가중처벌등에관한법률·특정강력범죄의처벌에관한특례법 등의 관련조항을 폐지하고, 특수강간·특수공갈·사고차량 등 운전자도주죄, 항공기납치죄 등 특별법의 규정을 형법에 편입하여 형법이 형사기본법으로서의 역할을 다하게 하려고 하였다.⁵²⁾ 그러나 형법개정이 소폭에 그침으로써 위의 내용은 전혀 반영되지 못하였다.

그러나 특별형법의 과잉현상은 법의 복잡성·형의 가중·범죄의 확장·법의식의 혼란 등의 문제점을 초래해 왔고, 그러한 상황이 바람직한 법치주의 실현이란 견지에서 더 이상 방치되어선 안된다. 앞으로는 즉흥적 여론을 그대로 반영하는 입법을 만들 것이 아니라 법제정에 신중을 기해야 할 것이다. 또한 비상입법기구에 의해 제정·개정되었거나 날치기로 통과된 법률은 과감히 위헌선언되어야 한다. 충분한 여론 검토 없이 졸속통과된 법률을 쉽게 정당화해서는 안된다. 입법심사가 단지 국회를 통과했는가에 그칠 것이 아니라, 적법한 절차를 거쳐 통과되었는가에 대한 實質評價가 필요한 것이다.

법이 제정되고 난 뒤도 특별법의 필요성·효율성·타당성에 대한 검토작업을 지속적인 과제로 하여 다루어야 할 것이다. 더 이상 존속 필요성이 없게 된 법률은 폐쇄하고, 지속적 필요가 인정된 법률은 일반형사법으로 통합시켜야 할 것이다. 그 한 방법으로 특별법을 제정할 때 시한(時限)을 명기하거나 또는 시한이 지난 후 특별한 사정이 없으면 자동 폐기되는 일종의 일몰제적 입법(sunset law)방식을 도입할 필요가 있다. 과잉화된 특별법의 정비는 국민 법생활의 안정을 위해서도 매우 필요한 일이다.

V. 결 론

우리 형사법은 그 입법·적용·집행의 모든 단계에서 국민이 주인으로 참여하고 있다고 보기 어려운 측면을 갖고 있다. 앞으로 입법단계에서 국민의 의사가 충분히 반영되며, 법적용단계에서 관료사법의 폐쇄구조를 지속할 것이 아니라 시민사법으로 이행이 필요하다. 형사사법기관 내의 역학관계에서도 헌법과 법치의 기본원칙에 충실한 내용으로 다듬어져야 한다. 과거 식민지시기,

52) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 『형사법개정자료(XIV)』, 1992.10, 10~11쪽.

독재정권 시기에 왜곡된 형사사법의 상은 국민주권의 원칙에 비추어 수정되고 바로잡혀야 할 것이다.

형사법이 '사법관료의 것'이 아닌 '시민의 것'으로 만들기 위해 시민이 형사사법의 주체로서 참여하고, 형사사법의 과정과 결과를 감시하는 것이 필요하다. 모든 법률선진국은 각종 市民參與 형태를 제도화하고 있다. 그것은 시민을 법률의 객체가 아니라 주체로 변화시키는 것이다. 시민이 법률의 주체가 되지 않고서는 법의 생활화를 실현할 수 없다.⁵³⁾ 법률생활이 우리가 일상생활에서 공기와 물처럼 여겨지지 않으면 진정한 의미의 법치의 실현을 이루었다고 볼 수 없는 것이다.

형사법은 시민의 자유를 보호하면서 시민의 자유를 제한해야 하는 모순된 측면을 내재하고 있다. 형사법은 자기확장의 욕구를 갖지만, 그 욕구를 억제하여야 한다는 강한 내적 구속성을 갖는다. 그 구속성은 인간의 자율성, 인간의 존엄과 가치에 대한 신념에서 나오는 것이며, 그것은 본질적으로 자유주의적 원리에 터잡고 있다. 형사법의 자기억제성·겸약성의 요청은 우리 형사법의 이론에서 늘 언급되기는 하나, 제대로 실천되지 않은 것이기도 하다. 제도의 권력의지가 인간존엄성의 요구에 순치되고, 형사법이 억압의 규범이 아니라 공동체의 기초질서로 여겨질 수 있도록 열정어린 관심을 모아가야 할 것이다.

53) 사법분야에서 다양한 시민참여의 가능성에 대한 본격적인 언급은 참여연대 사법감시센터, 『국민을 위한 사법개혁』, 박영물출판사, 1996; 박홍규, 『사법의 민주화』, 역사비평사, 1996 참조.