

민주화 이후 형사법의 동향과 과제

김 영 철*

목 차

- | | |
|----------------------------|--------------------|
| I. 서 론 | IV. 형사소송법의 변화 |
| II. 우리나라의 민주화와 형사법에 미치는 영향 | 1. 통상의 절차에 의한 법 개정 |
| III. 형법의 변화 | 2. 헌법재판소의 위헌 결정 |
| 1. 통상의 절차에 의한 개정 | V. 행형법의 개정 |
| 2. 헌법재판소의 위헌 결정 | 1. 통상의 절차에 의한 개정 |
| | 2. 헌법재판소의 위헌 결정 |
| | VI. 결 론 |

I. 서 론

형사법은 그것이 터 잡은 사회의 기본적 가치를 투영하는 그 시대의 거울이라고 할 수 있다. 형사법이라 하면 통상적으로 범죄와 그에 대한 형사적 제재를 규정한 실체법인 「형법」, 「형법」을 적용하기 위한 절차를 정한 「형사소송법」, 재판의 결과에 따라 수형인(受刑人)이나 피구금자(被拘禁者)를 시설 내에서 집행하는 절차를 정한 「행형법」을 통칭하는 것으로 이해할 수 있다.

각각의 시대 상황을 염두에 두면서 우선 민주화 이전에 우리나라 형사법이 걸어온 발자취를 살펴보면, 고조선시대부터 조선시대까지는 인접국인 중국의 영향을 받으며 동양적인 체계에서 형사법이 운영되었다고 볼 수 있다. 고조선시대에는 「8조 법금」(法禁)이라 하여 살인죄는 사형,

* 건국대학교 법과대학 교수

상해죄는 곡물(穀物) 배상, 절도죄는 죄인을 노비로 삼는 것을 그 내용으로 한 것으로 전해진다. 삼국시대에는 모반죄, 살인죄, 절도죄, 성범죄에 관한 규정이 있었다. 고려시대에는 당나라의 「당률(唐律)」을 참작하여 제정한 「고려률(高麗律)」이 있었다. 고려률에는 태(조그마한 곤장으로 때리는 형벌), 장(커다란 곤장으로 때리는 형벌), 도(중노동형), 유(귀양), 사형의 5가지 형벌이 있었다. 조선시대에는 명나라의 「대명률(大明律)」을 의용(依用)하는 「경국대전(經國大典)」이 형사법 역할을 하였다. 「경국대전」은 형법뿐만 아니라 「형사소송법」, 「행형법(行刑法)」의 성격을 두루 갖춘 법전이다. 또한 「경국대전」은 신분·연령에 따라 범죄와 형벌 및 형사절차가 달라지는 등 사회적 계급에 따라 차별대우를 인정하는 것이 특징이다. 1894년 갑오경장 이후 우리나라에서도 형법대전 등 새로운 형법전이 만들어졌으나 기존의 것과 다르지 않았다. 우리나라에 서양식 근대 형법이 도입된 것은 한일합방 이후인 1911년 「조선형사령(朝鮮刑事令)」에 의해 일본 형법이 우리나라에 의용(依用)되면서부터이다. 1945년 일본으로부터의 독립 이후에도 계속 일본 형법이 의용되어 오다가 1953년 9월 18일 법률 제293호로 현행 「형법」을 제정하게 되었다.¹⁾ 독립

1) 제정 형법의 탄생은 미군정시대에 발족한 ‘법제편찬위원회’의 형법분과위원회에서 비롯되었다. 동 위원회에서 작성한 “형법기초요강(안)”은 정부수립 후 새롭게 구성된 ‘법전편찬위원회’에 넘겨졌고, 그 후 “법전편찬위원회 형법초안”이 만들어졌다. 이 형법초안은 정부법안으로 국회에 제출되어 국회 법제사법위원회에서 1년여에 걸쳐 신중히 검토되었고, 1953년 국회 본회의에 상정되어 많은 논의 끝에 법사위 수정안이 국회에서 통과를 본 것이다. 1949년에 확정된 “법전편찬위원회 형법초안 입안의 기본원칙”은 다음과 같다(서일교 편, 신형법<부 참고자료>, 1953, 75면).

1. 세계 각국의 현행법·형법개정 초안, 특히 독일 형법 및 독일 1930년 형법 초안을 많이 참고하였고, 제정 역사가 짧고 국정이 우리나라와 유사한 중국 형법을 참작하였다.
2. 모든 독재적인 정치요소를 배격하고 국민의 기본권을 옹호하여 자유와 평화의 완전실현을 지향하는 세계적 추세에 적응케 하였다.
3. 신생국가 국민으로서의 창의력과 진취성을 풍부케 함에 적당하도록 하였다.
4. 우리가 당면하고 있는 위기의 극복, 즉 민족적 분열에서 통일에의 추진에 유감됨이 없도록 하기에 노력하였다.
5. 우리 민족 고유의 미풍양속의 유지·향상에 유의하였다 등이다.

국의 형법으로서 “세계 각국의 형법 및 형법초안을 광범위하게 참고하고 국민의 기본권을 옹호하여 자유와 평화의 완전실현을 지향하는 세계적 추세에 적응케 하였다.”고 표방하였지만 해방 후의 혼란기에 시작되어 남북한 간의 6·25전쟁의 와중에 급히 형법을 제정하여야 하였으므로²⁾ 결국 일본이 1940년에 마련한 일본개정형법가안(日本改正刑法假案)을 상당부분 그대로 옮겨 온 불완전한 형법이 되고 말았다.³⁾

「형사소송법」은 1948년에 제정된 대한민국 「헌법」, 일본의 「의용형사소송법」, 미군정 법령의 영향하에 1954년 9월 24일 법률 제341호로 제정되었다. 이 법은 수사절차에서 임의수사를 원칙으로 하고 강제수사는 예외적으로 인정하였으며, 일제 치하의 악명 높았던 예심제도를 폐지하고, 공판중심주의 재판을 할 수 있도록 함으로써 일제 강점기의 「형사소송법」보다 국민의 기본권을 보장하는 방향으로 제정되었다고 할 수 있다.⁴⁾

그런데 「형법」은 1950년에 일본의 「감옥법(監獄法)」을 그대로 옮겨 놓다시피 하여 제정되었다. 제2차 세계대전 이후 세계는 극단적인 파시즘의 이념으로부터 자유주의·민주주의로 이데올로기가 대전환되는

2) 김종원, “한국형법개정의 기본방향과 문제점”, 『성균관법학』, 1987, 90면.

3) 그러나 우리 형법의 제정에 중요한 역할을 한 엄상섭(嚴詳燮) 의원은 그의 논문 “우리 형법전에 나타난 민주화의 조향”, 한국형사정책연구원, 『형법제정자료집』, 1991, 545-557면에서 형법전 중 민주화가 기도된 조향으로서, 형법 총칙 편에서는 제12조(강요된 행위), 제16조(법률의 착오), 제21조 제3항(과잉방위), 제58조 제2항(판결의 공시), 제3절(형의 선고유예 관련 조항), 제81조(형의 실효), 제82조(복권), 형법 각칙 편에서는 제91조(내란죄의 구성요건 중 ‘국헌문란’의 정의를 둔 것), 제135조(공무원의 직무상 범죄에 대한 형의 가중), 제139조(인권옹호직무방해죄), 제241조 제1항(간통죄 처벌에 있어서의 남녀평등주의 채택), 여성보호 조항(제251조의 영아살해죄, 제272조의 영아유기죄, 제269조 이하의 낙태죄 관련 조항, 제303조 및 제304조의 부녀자 간음 조항 등), 제310조(명예훼손죄의 위법성 조각) 등을 들면서 “우리 신행법은 종전에 실시하고 있던 형법에 비하여 전반적으로 민주화를 했을 것이다. 그러나 제반 악조건 때문에 도저히 역행된 점이 不少하다. 장래에 있어서의 해석론의 발전과 운용의 민주화에 의하여 점차 완벽에 가까워질 것이다.”고 자평하고 있다.

4) 허일태, “형사소송법 개정안에 대한 비판적 고찰”, 『동아법학』, 2004, 15-16면.

추세였으므로, 우리나라는 신생독립국가로서 이러한 시대조류에 부합되고 자유민주주의 체제를 뒷받침하는 제도로서의 형사법 제정이 절실히 요청되었고, 형사법의 기초자들도 이 점을 인식하지 못한 바는 아니었으나, 결과적으로 파시즘의 절정기인 1940년에 제정된 일본 「형법」 개정가안을 모델로 형법 제정을 마무리하였고, 1907년의 명치(明治)시대의 「감옥법(監獄法)」을 그대로 「행형법」에서 이어받아 입법이 이루어진 것은 참으로 안타까운 일이라 아니할 수 없다. 당시 법전 편찬위원들이 해당 법 분야의 전문가가 아니었고, 일본 법학에 익숙했기 때문인 것도 한 이유였다고 생각된다.⁵⁾ 이후부터 민주화가 시작된 1980년대 중반까지는 그때그때 특별법을 제정하여 대처하거나 해당 기초법을 부분적으로 개정하여 왔다. 이때까지의 이러한 형사법의 변천은 기본적인 성격이 변동되지 않는 수준에 그쳤다고 할 수 있다.

II. 우리나라의 민주화와 형사법에 미치는 영향

해방 후 1980년대 중반까지는 초대 대통령의 장기집권을 위한 불법 개헌 시비 및 군 출신 인사들의 연이은 집권으로 군사독재 문제가 나라와 사회를 혼란에 빠뜨렸고 「헌법」을 비롯한 각종 법률들이 규범력을 제대로 발휘하지 못한 시기였다고 할 수 있다.

해방 후 우리 법체계상 최고의 법인 제1공화국 헌법은 그 내용 면에서 자유민주주의 헌법이 갖추어야 할 사항을 그런대로 모두 갖추었다고 할 수 있었다. 국민의 기본권을 폭넓게 보장하고, 삼권분립을 통해서 권력집중을 막고 권력 간의 견제와 균형을 꾀했다. 정부 형태는 대통령제를 채택하면서 임기 4년의 대통령은 한 번에 한해서 중임을 허용하였다.

5) 차용석, “한국형사법의 현황과 과제”, 『아태공법연구』, 1994, 244면.

그러나 제헌헌법은 시행 초기부터 정치생활의 큰 흐름을 규범적으로 주도하지 못하고 오히려 정치세력에 의해서 무시 내지 농락당하였다. 제1공화국의 헌정은 1인 장기집권을 꾀하는 집권세력에 의해 ‘발췌개헌’이니, ‘사사오입개헌’ 등의 불법 개헌과 ‘3·15 부정선거’ 등으로 인해 헌법의 규범적 효력이 완전히 무시되고 우리의 헌법은 하나의 명목적이고 장식적인 구실밖에 하지 못하였다.⁶⁾ 자유당 정권의 3·15 부정선거로 인해 촉발된 4·19 학생시위가 국민적 저항으로 확산되어 결국 자유당 정권이 붕괴되고 그 수습을 위하여 출범한 의원내각제의 제2공화국도 극심한 혼란의 와중에서 1년도 되지 않아 5·16 군사쿠데타에 의하여 무너졌다. 그 이후 군 출신 인사들이 제3공화국, 제4공화국, 제5공화국에서 연속 집권하면서 장기집권을 위한 ‘3선개헌’, ‘유신헌법 제정’ 등 위헌적 헌법 개정 사태가 이어졌고, 이에 대항한 시민들의 인권탄압 시비 및 민주화의 요구가 그치지 않았다. 이 시기는 집권세력과 그 반대편에 선 시민 간에 갈등이 많았던 시기였다. 박정희 대통령 시해 사건 이후만 하더라도 1979년 부마민주항쟁, 1980년 광주민주화운동, 1987년의 6월 민주항쟁 등 민주발전의 분수령이 되는 일련의 사건이 잇달아 발생하였다. 이 기간 동안에는 법치주의가 푸대접을 받고 국가의 형벌권 행사라는 명목으로 수많은 민주인사들이 감옥에 갇히는 일이 잦았다.

일반적으로 우리나라의 역사에서 민주화의 분기점은 1987년 즈음으로 보아 무리가 없을 것이다. 1987년 6월 항쟁은 대통령을 국민의 손으로 직접 선출하는 계기가 되었고, 이를 전후하여 우리 사회의 여러 영역들에서 민주주의가 강화되기 시작했던 것이다.

이러한 정치적 민주화의 흐름이 형사법에 반영되어 수차례의 개정이 이루어졌다. 형사법은 그 지배권력이 반민주적 독재체제인가, 인권보장을 근간으로 하는 민주체제인가에 따라 그 내용이나 운영이 판이하게

6) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 1991, 106면 이하.

달라진다. 형사법에는 정치적 환경에 민감하고 그 운영에 있어서도 정치적 색채가 강하게 나타나는 특징이 있다. 형사 제재는 필연적으로 범죄인의 생명·자유·재산·명예 등 인권을 침해하는 내용을 담고 있다. 따라서 형벌권이 남용되는 경우 국민의 인권을 부당하게 침해하게 되는데, 근대의 법치주의적 형사법은 억울하게 국민의 인권을 침해하지 않는 방법으로 형벌권이 행사되도록 하는 데에 목적이 있다.⁷⁾

우리 형사법 체계도 점진적으로 이러한 세계적 추세에 발맞추어 발전해 나갔다. 특히 민주화 이후에는 개혁의 속도가 빨라져 최근에는 국민의 기본권 보호의 수준을 UN 등 국제기구의 인권기준에 부합하는 수준까지 끌어올리는 단계라고 평가할 수 있다.

우리 「헌법」 제12조 제1항은 “누구든지 법률에 의하지 않고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 당하지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 이 조항은 법률 없으면 범죄 없고 형벌 없다는 의미에서의 형법의 지배원리인 죄형법정주의(罪刑法定主義)뿐만 아니라 동시에 형벌권을 실현하는 절차는 국회에서 통과한 법률에 의하여야 한다는 의미의 「형사소송법」의 지배원리인 형사절차법정주의(刑事節次

7) 법치국가적 형사법의 기능을 규정하기 위해서는 오늘날 자유주의 형사법의 모체가 되는 역사적 맥락을 짚어 보지 않을 수 없다. 서구 유럽의 경우, 중세에 보편화되었던 사적 보복과 결투는 16세기와 17세기에 걸친 종교전쟁이 마무리되면서 거의 자취를 감추었다. 사인사법(私人司法)이 금지됨에 따라 국가가 형벌권을 독점하게 되는 반면에 국가는 시민을 보호해야 할 의무가 생겼다. 국가는 실체형법을 침해한 범법자에게 형사절차에 따라 제재를 가해야 하고, 이를 통하여 교란된 법적 평화를 회복해야 한다. 반대 측면에서 볼 때, 국가는 형벌권을 남용할 위험이 있음을 의미한다. 역사적으로는 ‘마녀사냥’, 과도한 고문의 자행 등 절대주의하의 규문 절차에서 현실로 드러났다. 형사법의 운용을 통하여 국가가 형벌권을 독점하게 됨에 따라 국가권력의 남용을 방지하고 국가의 부당한 침해로부터 개개인을 보호해야 할 필요성도 증대하게 되는 것이다. 수세기에 걸쳐 쟁취해 온 자유주의의 토대 위에서 법치주의적 형사법이 도출되는 것이다. 조성용, “독일형사소송법의 변천과 기능변화 — 1974년 이후 독일형사소송법의 변천과정에 대한 실증적 분석을 토대로”, 『단국대 법학논총』, 293-294면.

法定主義)라는 보편적 법치국가 원리를 선언한 것이라고 해석할 수 있다.⁸⁾ 수형자를 주로 규율하는 「형형법」은 국가와 수형자의 관계를 설정함에 있어서 ‘특수한 생활관계’로 말미암아 일반국민보다는 강화된 명령 복종관계에 서야 하지만, 이 또한 법치주의의 통제를 받아야 한다.⁹⁾

1988년 9월 헌법재판소가 출범한 것도 민주화의 중대한 징표이다. 국회에서 다수파에 의하여 제정된 법률이나 법률조항도 헌법재판소의 위헌 결정으로 그 효력을 상실하게 된다. 우리 헌법재판소는 민주화의 진전과 실질적 법치주의의 정착에 많은 공헌을 하였다. 헌법재판소의 왕성한 위헌법률심판 결과도 별도로 살펴볼 필요가 있다. 「형법」, 「형사소송법」, 「형형법」 분야로 나누어서 차례로 살펴보기로 한다.

III. 형법의 변화

이른바 민주화가 시작된 1980년대 중반 이후에 「형법」 개정이 이루어진 것은 1988년 12월 31일 법률 제4040호이다. 그 이후 2005년 7월 29일까지 모두 7회에 걸쳐 부분개정이 있었다. 개정 내용 중 인권보장과 관련이 있는 부분을 중점적으로 검토하여 보기로 한다.

1. 통상의 절차에 의한 개정

가. 국가모독죄 조항 폐지(1988. 12. 31. 개정)¹⁰⁾

이 조항은 독재문제가 사회의 큰 이슈였던 1975년 3월 5일 국가모독 등 사대행위(事大行爲)를 차단함으로써 일부 고질적 사대풍조를 뿌리

8) 이재상, 「형사소송법」, 박영사, 2003, 4면.

9) 허주옥, 「교정학」, 법문사, 2002, 96면.

10) 법제처 종합법령정보센터, 형법 일부개정 1988. 12. 31 법률 제4040호.

뽑고 자주독립국가 국민으로서의 자각과 긍지를 드높여 국가의 안전과 이익 그리고 위신을 보전한다는 명목으로 내국인이 국외에서 대한민국 또는 대한민국의 헌법상의 기관을 모욕·비방하는 행위 등을 처벌하는 조항을 「형법」 개정을 통하여 신설하였는데(제104조의2),¹¹⁾ 실제로는 유신체제하에서 내국인이 외국에 대하여 국내의 인권 침해 실태 등을 폭로하는 행위 등을 억제하고자 하는 독소조항이라는 비판을 받아 온 조문이었다.

1988년 12월 31일 군사정권이 쇠퇴함에 따라 위 국가모독죄 조항은 국가발전을 위한 건전한 비판의 자유를 부당하게 침해할 우려가 있다는 이유로 이를 삭제하였다.¹²⁾ 국민의 숨통을 풀어 주는 조치였다.

나. 사형 조항 일부 삭제 등 법정형 완화(1995. 12. 29. 개정)¹³⁾

종래 우리 「형법」에는 형법전과 특별형법을 망라하여 지나치게 과도한 형벌이라 할 수 있는 사형 조항이 너무 많아 인권침해의 우려가 많다는 지적을 받아왔다. 그리고 최근에는 사형제도 자체를 폐지하려는 움직임이 그 세를 불려가고 있다. 이러한 추세를 반영하여 사형 조항 일부를 폐지하였다. 구체적으로 살펴보면, 교통방해치사상 등 일부 범죄에 규정되어 있던 사형 조항을 폐지하고, 존속살인죄에서는 종전 사형, 무기징역의 형만 있었는데, “7년 이상의 징역형”을 추가하여 선택형의 범위를 넓힘으로써 정상에 따라 형을 유기징역형으로 감량할 수 있고, 형을 감경할 경우에는 집행유예까지도 선고할 수 있도록 하였다.¹⁴⁾

11) 형법일부개정 1975. 3. 25 법률 제2745호.

12) 오영근, 「형법총론」, 박영사, 2005, 42면.

13) 형법일부개정 1995. 12. 29 법률 제5057호.

14) 「형법」 제62조는 “3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있을 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다.”고 했는데, 유기징역을 감경할 경우에는 그 형기의 2분의 1로 한다. 가령 아버지의 학대를 이기지 못하고 순간적으로 감정이 격하여 부친을 살해한 소년이 범행 후 자수하였다면, 이 소년에 대하여는 자수감경(제52조,

다. 선택형으로 벌금형 추가(1995. 12. 29. 개정)

종전 징역형밖에 없던 관계로 비교적 경미한 범죄임에도 유죄의 선고를 받을 경우 공무원 신분을 잃는 등 너무 가혹하다는 비판을 받아 온 직권남용죄, 공무집행방해죄 등에 기존의 징역형 외에 벌금형도 선택형으로 추가하여 형을 완화하였다.

라. 신종범죄의 신설(1995. 12. 29. 개정)

컴퓨터 관련 범죄 등 우리 사회의 산업화, 정보화의 추세에 따라 새롭게 발생하는 법익침해행위에 대처하고자 새로운 범죄 유형을 형법에 신설하여 법규범과 현실의 괴리현상을 해소하고자 하였다. 사무처리를 그르치게 할 목적으로 공무원 또는 공무소의 전자기록 등 특수매체기록을 위작(僞作) 또는 변작(變作)하는 것을 내용으로 하는 공전자기록위작·변작죄(제227조의 2), 부정한 방법으로 대가를 지급하지 아니하고 자동판매기, 공중전화 기타 유료 자동설비를 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득하는 것을 내용으로 하는 편의시설부정이용죄(제348조의 2)의 신설 등이 그 예이다.

2. 헌법재판소의 위헌 결정

헌법재판소에 의하여 위헌 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 특히 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급(溯及)하여 그 효력을 상실한다(헌법재판소법 제47조 제2항). 헌법재판소에서 어떠한 법률 또는 법률 조항에 대하여 위헌이라는 선고를 할 경우에 그 효력을 상실시키는 점은 국회에서 입법으로 특정

유기징역형 선택 감경: 3년 6월)과 작량감경(범행동기 및 소년이라는 점 등: 1년 9월) 2회에 걸친 감경을 할 수 있고, 그 후 집행유예의 형을 선고할 수 있는 것이다.

법률이나 법률조항을 폐지하는 것과 같은 입법 작용으로 볼 수 있다. 이렇게 헌법재판소의 위헌 결정에 의하여 법률조항을 무효화시키는 기능은 국회의 개정절차를 통하여 기존의 조항을 폐지하는 것과 실질적으로 동일하므로, 이를 일종의 ‘개정’으로 보아 여기에서 같이 논하고자 한다. 이하 다른 항에서도 같은 시각이다.

그동안 우리 헌법재판소는 「형법」 제241조(간통),¹⁵⁾ 제123조(직권남용죄),¹⁶⁾ 제122조(직무유기죄),¹⁷⁾ 제347조(사기죄)¹⁸⁾ 등에 대하여 위헌

15) 헌법재판소 1990. 9. 10. 89헌마82, 간통죄 조항이 위헌인지 여부에 관한 결정이다. 결정요지는 다음과 같다. “선량한 성도덕과 일부일처주의·혼인제도의 유지 및 가족생활의 보장을 위하여서나 부부간의 성적 성실의무의 수호를 위하여, 그리고 간통으로 인하여 야기되는 사회적 해악의 사전예방을 위하여, 간통행위를 규제하고 처벌하는 것은 성적 자기결정권의 본질적 내용을 침해하여 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 부당하게 침해하거나 「헌법」 제36조 제1항의 규정에 반하는 것이 아니다.”

16) 헌법재판소 2006. 7. 27. 자 2004헌바46; 「형법」(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제123조 중 “직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나” 부분(이하 ‘이 사건 법률 조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되는지 여부에 관한 결정이다. 결정요지는 다음과 같다. “‘직권’이란 직무상 권한을, ‘남용’이란 함부로 쓰거나 본래의 목적으로부터 벗어나 부당하게 사용하는 것을 의미하는 것으로 문언상 이해되는데, 직권의 내용과 범위가 포괄적이고 광범위한 경우에도 그것이 곧바로 ‘직권’의 의미 자체의 불명확성을 뜻하는 것은 아니고, 법원은 직권남용의 의미에 대해 문언적 의미를 기초로 한 해석기준을 확립하고 있으며 여러 법률에서 이 사건 법률조항에서와 같은 의미로 ‘직권 남용’ 또는 ‘권한 남용’과 같은 구성요건을 사용한 처벌규정을 두고 있을 뿐 아니라, 공무원이 직권을 남용하는 유형과 태양을 미리 구체적으로 규정하는 것은 입법기술상으로도 곤란하다. 또한 법률이 보호하고자 하는 것은 개인의 내면적, 심리적 차원에서의 자유가 아니라 법적인 의미에서의 자유이므로 이 사건 법률 조항이 의미하는 ‘의무 없는 일’이란 ‘법규범이 의무로 규정하고 있지 않은 일’을 의미하는 것임은 문언 그 자체로 명백하다.”

17) 헌법재판소 2005. 9. 29. 선고 2003헌바52; 「형법」 제122조 중 ‘직무’, ‘유기’ 등의 용어들이 불명확한 개념으로서 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되는지 여부에 관한 것이다. 결정요지는 다음과 같다. “「형법」 제122조 중 ‘직무’ 또는 ‘유기’의 의미가 무엇인지, 그에 해당하는 범위가 어디까지인지는 다소 불분명한 점이 있으나, 직무유기죄의 입법 취지 및 보호법익, 그 적용대상의 특수성 등을 고려할 때, ‘직무’란 공무원이 법령의 근거 또는 특별한 지시, 명령에 의하여 맡은 일을 제 때에 집행하지 아니함으로써 그 집행의 실효를 저할 수 없게 될 가능성이 있는 때의 구체적인 업무를 말한다 할 것이고, ‘유기’는 직무의 의식적 방임 내지 포기로서 단순한 태만,

여부에 관한 심판이 있었으나, 위에 거시한 죄에 대하여는 모두 합헌이라고 선고하였다.

그러나 특별형법 분야에서는 위헌 선고가 되어 해당 조항을 무효화시킨 사례가 몇 건 있었다. “야간에 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 『형법』 제283조 제1항(협박)의 죄를 범한 자를 5년 이상의 유기징역에 처하도록 규정한 『폭력행위 등 처벌에 관한 법률』 제3조 제2항 부분이 형벌과 책임 간의 비례성 원칙에 위반된다.”¹⁹⁾고 결정하여 위 법률 조항을 무효로 한 경우, “『특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률』(1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7311호로 개정되기 전의 것) 제5조 제4항 중 제1호 및 제2호 부분이 책임과 형벌 간의 비례성 원칙에 위반된다.”²⁰⁾고 선고한 것 등이 그 예이다.

분방, 착각 등으로 인하여 직무를 성실히 수행하지 아니한 경우나 형식적으로 또는 소홀히 직무를 수행하였기 때문에 성실한 직무수행을 못한 것에 불과한 경우는 제외된다고 해석할 수 있는바, 이 사건 법률 조항이 지닌 약간의 불명확성은 법관의 통상적인 해석 작용에 의하여 충분히 보완될 수 있고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인 및 이 사건 법률 조항의 피적용자인 공무원이라면 금지되는 행위가 무엇인지 예측할 수 있다고 할 것이므로 이 사건 법률 조항은 죄형법정주의에서 요구되는 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다.”

18) 헌법재판소 2006. 11. 30. 자 2006헌바53; 『형법』 제347조 제1항 중 “기망하여” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부에 관한 결정이다. 결정요지는 다음과 같다. “‘기망’은 사전적 의미로 ‘남을 그럴 듯하게 속임’을 의미하고 대법원의 판례도 사기죄의 요건으로서의 기망은 ‘넌리 재산상의 거래행위에 있어서 서로 지겨야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 및 소극적 행위’로서 ‘상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것’이라고 판시하고 있어 객관적 해석기준을 마련하고 있다. 결국 기망행위의 해당 여부는 법원이 구체적 사정을 고려하여 일반인을 기준으로 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 판단할 수 있는 것이고, 이러한 통상의 합리적인 해석기준에 의하여 기망의 내용이 무엇인지 파악할 수 있어 자의적인 법해석이나 법집행을 배제할 수 있으므로, 이 사건 법률 조항은 명확성의 원칙에 위배되지 않는다.”

19) 헌법재판소 2004. 12. 16. 2003헌가12.

20) 헌법재판소 2006. 4. 27. 2006헌가5.

IV. 형사소송법의 변화

형사법 중에서도 「형사소송법」은 그 시대의 문화와 사회질서의 단면을 가장 잘 나타낸다. 형사절차의 개혁은 그 시대의 정치적·사회적 상황과 밀접한 관계가 있기 때문이다.²¹⁾ 「형사소송법」은 민주화가 진행 중인 1987년 11월 28일 법률 제3955호로 개정된 이후 2007년 4월 30일까지 모두 11차례나 개정됨으로써 사회 변화에 가장 민감하게 작용하였음을 보여주고 있다.

1. 통상의 절차에 의한 법 개정

가. 구속적부심사청구에 대한 제한 규정 삭제(1987. 11. 28. 개정)²²⁾

구속적부심제도는 수사기관에 의하여 구속된 피의자에 대하여 법원이 이 구속의 적법 여부와 그 필요성을 심사하여 구속이 부적법·부당한 경우에 피의자를 석방시키는 제도를 말한다.

이 제도는 「형사소송법」 제정 당시부터 규정되고 있었으나, 1973년 2월 1일부터 시행된 「형사소송법」에서 삭제되었다가 1980년 12월 18일자로 개정된 「형사소송법」에서 이 제도가 제한적으로 부활되었다. 이 법률에서는 법률 위반 또는 중대한 사정 변경이 있는 때에만 구속적부심사를 청구할 수 있도록 제한하여 많은 비판을 받아 왔다. 1987년 11월 28일자로 개정된 「형사소송법」은 구속적부심사청구에 있어서 법률 위반 또는 중대한 사정변경을 청구사유로 제한한 규정과 검사인지 사건

21) 엄상섭 의원은 “형사법 관계에 있어서 실질적인 민주화의 효율을 나타내는 것은 형사소송법이지, 형법 자체는 간접적 위치에 놓여 있다고 봐야 한다. 실체법을 아무리 잘 제정하더라도 절차법이 비민주적인 때에는 수사와 재판의 절차에 있어서 그 민주성은 말살되고 만다는 것은 너무나도 명백한 일이다.”라고 하며, 형사소송법의 민주화에 있어서의 민감성을 강조하고 있다. 형사정책연구원, “우리형법전에 나타난 형법민주화의 조향”, 형법제정자료집, 1991, 545면.

22) 형소법 일부 개정 1987. 11. 28. 법률 제3955호.

등을 청구대상에서 제외하는 규정을 삭제하여 광범위하게 구속적부심사청구를 할 수 있도록 함으로써(제214조의2) 인권보장에 한층 진전이 있었다고 평가할 수 있다.

나. 구속전피의자심문제도 신설(1995. 12. 29. 개정)²³⁾

구속전피의자심문제도는 구속영장을 심사하는 판사에게 피의자를 데려오도록 하여 판사가 피의자를 직접 심문하여 구속 여부를 결정하는 제도를 말한다. 종전에는 판사가 피의자를 직접 신문하지 않고 수사기관이 제출한 조서 등 수사서류로만 구속 여부를 결정하였는데, 영미에서 체포된 피의자를 치안판사에 인치하여 피의자를 심문하도록 하는 제도와 유사하게 이 제도를 신설한 것이다(제201조의2 신설). 민주화의 진전에 따른 기본권 보장의 강화요청에 의하여 구속을 더욱 신중히 하고자 하는 취지에서이다.

다. 국선변호인제도의 확대 시행(2006. 7. 19. 개정)²⁴⁾

법원에 의하여 선정된 변호인을 국선변호인이라 한다. 종전에는 구속되어 재판받는 피고인에게만 인정하는 것이 원칙이었다. 헌법상의 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리를 실질화하기 위해서는 경제적 빈곤 등으로 사선변호인을 선임할 수 없는 경우에도 국가가 비용을 부담하는 국선변호인제도를 확대하여 피의자·피고인의 변호권을 강화할 필요가 있는 것이다. 개정 『형사소송법』은 구속 전 피의자 심문절차에 있는 피의자에게도 국선변호인을 선임할 수 있게 하고, 나아가 사선변호인이 없는 피고인의 경우에 명시적 의사에 반하지 않는 한 국선변호인을 선정할 수 있도록 개정하여 국선변호인 선임의 범위를 확대하였다(제33조).

23) 형소법 일부 개정 1995. 12. 29. 법률 제5054호.

24) 형소법 일부 개정 2006. 7. 19. 법률 제7965호.

라. 검사의 불기소처분에 대한 법원통제의 확대(2007. 4. 30. 개정, 시행일 2008. 1. 1.)

종래 법원은 검사의 불기소처분에 대하여 「형법」 제123조, 제124조, 제125조에 해당하는 범죄에 대하여만 검사의 불기소처분에 대하여 재정 신청 절차를 통한 불기소처분의 당부를 판단할 수 있었으나, 개정 「형사소송법」은 모든 형사상의 범죄에 대하여 재정신청이 가능하도록 그 범위를 확대하였다(제260조 이하). 혹시 있을지도 모르는 검사의 무원칙한 불기소처분에 대하여 외부기관인 법원이 그 당부를 심판할 수 있도록 함으로써 업무의 신뢰도를 높이고 피해자인 고소인의 권리를 더 한층 보호하고자 하는 것이다.

마. 수사기관의 피의자 신문시 변호인 참여제도 명문화(2007. 4. 30. 개정)

헌법상의 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 경찰, 검찰 등 수사기관에서 피의자를 신문할 경우, 피의자의 권익보호를 위하여 변호인이 참여할 수 있는 법적 근거를 명문화하였다(제243조의2 신설).

종전에는 형사소송법상 명문의 규정이 없어 많은 논란 끝에, 최근에 들어서 헌법재판소의 결정²⁵⁾과 대법원 판결²⁶⁾에 의거하여 피의자 신문

25) 헌법재판소 2004. 9. 23. 2000헌마138. (구속 피의자는 물론이고) 불구속 피의자가 피의자 신문을 받을 때 변호인의 참여를 요구할 권리가 있는지 여부 및 그 법적 근거에 관한 결정이다.

결정요지는 다음과 같다. “우리 헌법은 변호인의 조력을 받을 권리가 불구속 피의자·피고인 모두에게 포괄적으로 인정되는지 여부에 관하여 명시적으로 규율하고 있지는 않지만, 불구속 피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리는 우리 헌법에 나타난 법치국가 원리, 적법절차 원칙에서 인정되는 당연한 내용이고, 「헌법」 제12조 제4항도 이를 전제로 특히 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성을 강조하기 위하여 별도로 명시하고 있다. 피의자·피고인의 구속 여부를 불문하고 조언과 상담을 통하여 이루어지는 변호인의 조력자로서의 역할은

시 변호인의 참여권을 인정하여 왔다.

바. 공판중심주의의 강화(2007. 4. 30. 개정)

수사기관이 작성한 조서(調書)에 중점을 두는 것이 아니라 공개된 법정에서의 진술이 중심이 되어 재판을 이끌어 나가자는 공판중심주의가 최근의 이슈이다. 『형사소송법』은 이를 뒷받침하는 제도를 개정 법률을 통해 반영하였다.

피고인 또는 변호인이 공소 제기된 사건에 대한 서류 또는 물건의 열람·등사를 신청할 수 있도록 하는 증거개시제도를 도입하고, 이에

변호인 선임권과 마찬가지로 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 가장 핵심적인 것이고, 변호인과 상담하고 조언을 구할 권리는 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 구체적인 입법 형성이 필요한 다른 절차적 권리의 필수적인 전제요건으로서 변호인의 조력을 받을 권리 그 자체에서 곧바로 도출되는 것이다.

불구속 피의자나 피고인의 경우 형사소송법상 특별한 명문의 규정이 없더라도 스스로 선임한 변호인의 조력을 받기 위하여 변호인을 옆에 두고 조언과 상담을 구하는 것은 수사절차의 개시에서부터 재판절차의 종료에 이르기까지 언제나 가능하다. 따라서 불구속 피의자가 피의자 신문시 변호인을 대동하여 신문과정에서 조언과 상담을 구하는 것은 신문과정에서 필요할 때마다 퇴거하여 변호인으로부터 조언과 상담을 구하는 번거로움을 피하기 위한 것으로서 불구속 피의자가 피의자 신문장소를 이탈하여 변호인의 조언과 상담을 구하는 것과 본질적으로 아무런 차이가 없다. 『형사소송법』 제243조는 피의자 신문시 의무적으로 참여하여야 하는 자를 규정하고 있을 뿐 적극적으로 위 조항에서 규정한 자 이외의 자의 참여나 입회를 배제하고 있는 것은 아니다. 따라서 불구속 피의자가 피의자 신문시 변호인의 조언과 상담을 원한다면, 위법한 조력의 우려가 있어 이를 제한하는 다른 규정이 있고 그가 이에 해당한다고 하지 않는 한 수사기관은 피의자의 위 요구를 거절할 수 없다.”

- 26) 대법원 2003. 11. 11. 2003모402. 구금된 피의자에 대한 피의자 신문시 변호인의 참여를 요구할 권리가 있는지 여부에 관한 결정이다. 결정요지는 다음과 같다. “형사소송법이 아직은 구금된 피의자의 피의자 신문에 변호인이 참여할 수 있다는 명문 규정을 두고 있지는 아니하지만, 신체를 구속당한 사람의 변호인과의 접견교통권이 헌법과 법률에 의하여 보장되고 있을 뿐 아니라 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법 규정에 비추어, 구금된 피의자는 형사소송법의 위 규정을 유추·적용하여 피의자 신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 하고, 이렇게 해석하는 것은 인신구속과 처벌에 관하여 ‘적법절차주의’를 선언한 헌법의 정신에도 부합한다 할 것이다.”

상응하여 검사도 피고인 또는 변호인에게 증거개시를 요구할 수 있도록 하였다(제266조의3 및 제266조의4 신설). 또한 공판기일 전에 쟁점 정리 및 입증계획의 수립을 위하여 공판준비절차제도를 도입함으로써 심리를 효율적으로 운영할 수 있도록 하고, 심리에 2일 이상 필요한 경우에는 부득이한 사정이 없는 한 매일 계속하여 공판정을 개정하도록 함으로써 집중심리가 가능하도록 하였다(제266조의5~제266조의16 신설 등). 이러한 조항들은 공판중심주의적 법정심리절차를 위해 마련된 것으로서 피고인의 인권보장에 진일보한 제도라 할 수 있다.

아. 배심제의 도입(2007. 4. 30. 제정)

사법(司法)의 민주적 정당성을 강화하고 투명성을 제고함으로써 국민으로부터 신뢰받는 사법제도의 확립을 위하여 국민이 형사재판에 참여하는 국민사법참여제도(일명 배심제)를 도입하였다.²⁷⁾

법정형이 중한 사형 등의 경우에는 9인의 배심원이 참여하도록 하고, 그 밖의 사건은 7인으로 하되, 피고인이 공소사실을 인정한 경우에는 5인이 참여하도록 하였다(위 법률 제13조, 제14조). 배심원이 유죄의 평결을 한 경우에는 심리에 참여한 판사와 함께 양형에 관하여 토의하고 그의 의견을 개진할 수 있도록 한다(제75조). 다만, 배심원의 평결과 양형에 관한 의견은 법원을 기속하지 아니하고 참고하도록 하되, 평결 결과와 의견을 집계한 서면은 소송기록에 편철하도록 한다.

2. 헌법재판소의 위헌 결정

『형사소송법』 분야에서는 헌법재판소가 비교적 활발한 위헌 결정이 내려져 해당 법률 조항을 무효화시켰다.

27) 근거법인 “국민의 형사재판 참여에 관한 법률”은 2007년 4월 30일 국회에서 통과, 제정되었고 2008년 1월 1일부터 시행될 예정이다.

대표적인 것은 ① 구속적부심사의 청구인 적격을 피의자 등으로 한정
한 「형사소송법」 제214조의2 제1항은 피의자가 적부심사의 청구를 하더라도
검사가 법원의 결정을 기다리지 않고 전격적으로 기소하는 경우
피의자의 신분이 피고인으로 바뀌어 법원으로서의 청구를 기각할 수밖에
에 없는데, 실질적으로 피의자는 구속적부심사청구를 박탈당하는 결과가
되어 헌법에 불합치된다는 결정,²⁸⁾ ② 상소기간 중의 판결 확정 전
구금일수가 본형에 산입되지 않도록 되어 있는 제482조 제1항은 헌법불
합치라는 결정,²⁹⁾ ③ 무죄가 되어도 10년 이상 구형시 구속영장의 효력을
유지하도록 규정된 제331조 단서에 대한 헌법재판소의 위헌 결정,³⁰⁾
④ 보석허가 결정에 대하여 검사의 즉시항고를 인정하는 제97조 제3항에
대한 헌법재판소의 위헌 결정³¹⁾ 등이다.

28) 헌법재판소 2004. 3. 25. 2002헌바104.

29) 헌법재판소 2000. 7. 20. 99헌가7.

30) 헌법재판소 1992. 12. 24. 92헌가8. 좀 더 자세한 결정요지는 다음과 같다. “헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리(適法節次原理)의 일반조항(一般條項)에 해당하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실제적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시하고 있는 것이므로 「헌법」 제12조 제3항에 규정된 영장주의(令狀主義)는 구속의 개시시점에 한하지 않고 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 취소 또는 실효시킬 것인지의 여부도 사법권 독립의 원칙에 의하여 신분이 보장되고 있는 법관의 판단에 의하여 결정되어야 한다는 것을 의미하고, 따라서 「형사소송법」 제331조 단서 규정과 같이 구속영장의 실효 여부를 검사의 의견에 좌우되도록 하는 것은 헌법상의 적법절차의 원칙에 위배된다.”

31) 헌법재판소 1993. 12. 23. 93헌가2. 좀 더 자세한 결정요지는 다음과 같다. “보석허가 결정(保釋許可決定)에 대하여 검사의 즉시항고를 허용하여 그 즉시항고에 대한 항고심의 재판이 확정될 때까지 그 집행이 정지되도록 한 「형사소송법」 제97조 제3항의 규정은 당해 피고인에 대한 보석허가 결정이 부당하다는 검사의 불복을 그 피고인에 대한 구속집행을 계속할 필요가 없다는 법원의 판단보다 우선시킨 것이어서 구속의 여부와 구속을 계속시키는 여부에 대한 판단을 사법권의 독립이 보장된 법관의 결정에만 맡기려는 영장주의(令狀主義)에 위반되고, 그 내용에 있어 합리성과 정당성이 없으면서 피고인의 신체의 자유를 제한하는 것이므로 적법절차의 원칙에 반하며, 기본권 제한 입법의 기본원칙인 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 갖추지 못하여 과잉금지 원칙에도 위반된다.”

V. 행형법의 개정

우리의 『행형법』은 1950년에 제정된 법률로서 그 모태는 1907년의 일본 『감옥법』이다. 우리의 『행형법』은 수형자를 시설에 구금함으로써 그 자유를 최대한으로 제한하여 시설 측에서의 필요와 편의에 따라 은혜로서의 부분적 자유를 피구금자에게 허용하는 태도를 취하고 있었다. 수형자에게 헌법상의 적법절차의 보장을 배제하고 있고, 유엔의 최저기준 규칙에도 부합되지 않는다는 비판을 받아 왔다.³²⁾ 『행형법』 또한 민주화 이후 수차례 개정이 이루어져 많이 개선되는 과정에 있다.

1. 통상의 절차에 의한 개정

가. 접견·서신수발 제한의 대폭 완화 등(1995. 1. 5. 개정)³³⁾

친족이 아닌 자와의 접견 또는 서신교환을 원칙적으로 허용하고(제18조), 수형자·무죄추정을 받는 미결수용자 처우 규정의 개별규정화(제3조), 미결수용자와 변호인과의 접견시 비밀보장 규정(제66조) 등을 신설하여 수용자의 인권보장을 강화하였다.

나. 차별금지 등 조항 신설(1999. 12. 28. 개정)³⁴⁾

수용자의 인권은 최대한 존중되어야 하며, 국적·성별·종교 또는 사회적 신분 등에 의하여 차별받지 아니함을 선언하고(제1조의3), 수용자에게 접견·징벌 및 청원 등에 관한 사항을 고지하도록 하는 조항 신설(제8조의2), 계구(戒具) 사용의 남용을 방지하는 규정(제14조), 수용자의 외부전화 허용(제18조의3), 수용자에게 문서 작성이나 문학·학술

32) 차용석(1994), 앞의 논문, 265면.

33) 행형법 일부 개정 1995. 1. 5. 법률 제4936호.

34) 행형법 일부 개정 1999. 12. 28. 법률 제6038호.

등에 관한 집필활동을 허용하는 등(제33조의3) 피구금자에 대한 획기적인 인권신장을 도모하는 조항 등이 신설되었다.

다. 치료감호제도의 개선(2005. 8. 4. 개정)³⁵⁾

심신장애 또는 마약류 중독 상태에서 범죄행위를 한 자로서 재범의 위험이 있는 치료감호 대상자를 보호토록 하는 치료감호제도를 보완 개선하는 것을 내용으로 하고 있다. 그 주요한 내용은 약물중독범을 치료감호시설에 수용하는 때에는 2년을 초과할 수 없도록 하고, 원칙적으로 피치료감호자의 접견, 서신의 수신과 발신, 전화 통화 등을 허용토록 하는 조항을 두었다.

2. 헌법재판소의 위헌 결정

대표적인 위헌 결정 사례는 다음과 같다.

① 「행형법(行刑法)」 제62조는 형이 확정된 수형자에 대하여 서신검열을 규정한 같은 법 제18조 제3항 및 「시행령」 제62조를 미결수형자에 대하여도 준용하도록 규정하고 있고, 피청구인의 위 검열행위도 위 규정에 따른 것이므로, 위 검열행위가 위헌임을 확인함에 있어서, 「행형법」 제62조의 규정 중 앞서 본 변호인과의 서신검열이 허용되는 조건을 갖추지 아니한 경우에도 검열을 할 수 있도록 준용하는 부분에 대하여는 「헌법재판소법」 제75조 제5항에 따라 위헌을 선언한 사례,³⁶⁾

② 「행형법」 제145조 제2항은 규율 위반자에 대해 불이익을 가한다는 면만을 강조하여 금치처분을 받은 자에 대하여 집필의 목적과 내용 등을 묻지 않고, 또 대상자에 대한 교화 또는 처우상 필요한 경우까지도 예외 없이 일체의 집필행위를 금지하고 있음은 입법목적 달성을 위한

35) 행형법 일부 개정 2005. 8. 4. 법률 제7655호.

36) 헌법재판소 1995. 7. 21. 92헌마144.

필요최소한의 제한이라는 한계를 벗어난 것으로서 과잉금지의 원칙에 위반된다고 선고한 사례,³⁷⁾

③ 검사실에서의 계구 사용을 원칙으로 하면서 심지어는 검사의 계구 해제 요청이 있더라도 이를 거절하도록 규정한 법무부 훈령인 「계호근무 준칙」 제298조 제1호·제2호는 원칙과 예외를 전도한 것으로서 신체의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다고 선고한 사례³⁸⁾ 등이 있다.

VI. 결 론

우리나라는 해방 후 60여 년 동안에 서양이 200여 년에 걸쳐 이룩해 놓은 법치주의적 형사법제를 빠른 속도로 흡수하고 적응해 가고 있다. 최근에는 국민이 직접 참여하는 재판제도인 배심제 재판제도도 도입하였다. 「형법」이나 「형사소송법」, 「행형법」 등 형사법 분야는 그동안 여러 차례의 개정과 보완 작업을 통하여 제정 당시보다 훨씬 현대화되고, 인권보장의 측면에서도 괄목할 만큼의 발전이 있었다. UN 등 국제기구의 기준에도 어느 정도 맞추었다고 본다.

그러나 형사법은 아무리 현대화된 외국의 제도를 도입하더라도 하루 아침에 우리가 바라는 만큼 만족스럽게 뿌리내리기는 힘들다. 형사법은 그 나라·사회의 시대상과 문화를 투영한 것이기 때문에 그 시대 국민이나 법운영자의 수준을 뛰어넘을 수는 없는 것이다. 많은 시행착오와 낡은 관행을 극복해야 하고, 국민의 의식수준도 더욱 성장해야 한다.

예컨대, 영미에서 성공적으로 운영되는 배심제 재판만 하더라도 배심원들이 주변의 유혹이나 협박에 굴하지 않고 오로지 정의구현을 위해 양심대로 재판에 응하겠다는 확고한 의지가 없는 한 성공이 낙관적이지

37) 헌법재판소 2005. 2. 24. 2003헌마289.

38) 헌법재판소 2005. 5. 26. 2004헌마49.

않다. 우리나라가 이웃나라 일본에 비해 법정에서 증인이 거짓말하는 위증사례, 수사기관에 거짓 고소하는 무고사례가 유난히 많은 현상³⁹⁾을 보면서 한편으론 걱정이 앞서는 것도 그 이유이다.

(투고일 2007년 7월 12일, 심사일 2007년 7월 22일, 게재확정일 2007년 8월 1일)

주제어 : 형법, 형사소송법, 행형법, 규범력, 민주화, 인권기준

39) 위증죄의 경우 2000년도 기준 한국 1,198명, 일본 5명이 기소되었다는 통계가 있다.
김종구, 『형사사법개론』, 법문사, 2002, 584-585면.

[Abstract]

Trend and Assignment of Criminal Law after Democratization

Young-Cheol Kim*

Looking back at the criminal law of Korea, from the kingdom of ancient Joseon to the Chosun Dynasty, we find that criminal laws were operated with Oriental system, affected by neighboring country, China. Western modern criminal laws were first introduced to Korea in 1911 after the Japanese annexation of Korea by operating Chosun Criminal Order, applying Japan Criminal Act. It was not until 1945, liberation from Japanese occupation, that we Korea had our own criminal laws. The National Assembly enacted Criminal Act by Act No. 239 Sep. 18, 1953, and Criminal Procedure Act by Act No. 341 Sep. 24, 1954. Criminal Administration Act was enacted in 1950, too. As an independent nation, Criminal Act, with reference to Criminal Code and Criminal Act Draft all over the world, was enacted to follow the global current which was to protect the national human rights and to entirely realize freedom and peace.

However, until the political democratization of 1987 after liberation from Japanese occupation of 1945, dictators ran laws and decrees arbitrarily, so there were a lot of cases of losing legal force of laws and decrees and it seemed that laws and decrees were decorative. People who were eager for

* Professor, College of Law, Konkuk University

democratization resisted the military dictatorship and finally attained their goals with the pro-democracy movement of 1987. Reflecting their claims, the National Assembly revised several articles, criticized as the poisonous articles, of criminal law in accordance with international human rights standards. Today, owing to endeavoring to operate laws and decrees democratically, we have better the positive law system and ideal law operating system than any other country.

Korea has absorbed and adapted fast as much law system and operating system of the rule of law for about 60 years as the west has achieved for about 200 years. The jury system which people take part in will be introduced on Jan. 1, 2008.

In the field of criminal laws, such as Criminal Act, Criminal Procedure Act, Criminal Administration Act and so forth, it's hard to have roots completely in short period, however modernized foreign system we introduce. Because criminal laws are the mirror of the time and the culture of the society or the country, it's impossible for criminal law to surpass the level of people or law operators of the time. To advance and establish firmly these law systems, we have to overcome a lot of trial and error and outdated practices, and to enhance the level of acceptance by locals.

Key Words : Criminal Act, Criminal Procedure Act, Criminal Administration Act, legal force, democratization, standard of human rights