

韓國社會의 變化와 刑事法學의 課題

申 東 雲*

I. 社會發展과 刑事法體系의 變化

우리 社會는 解放 이후 급속한 變化를 겪어 왔다. 특별히 통계수치를 열거하지 않더라도⁽¹⁾ 이는 刑事法體系의 변모를 살펴보면 잘 알 수 있다. 건국과 6·25의 混亂期를 겪은 직후 제정된 刑法典(1953년 제정)과 刑事訴訟法典(1954년 제정)을 근간으로 하는 우리 刑事法體系는 그 동안 우리 社會의 變化에 발맞추기 위하여 각종 特別法에 의하여 修正·補完되어 왔다.⁽²⁾ 예를 들면 實體刑法의 분야에서는 國家保安法(1948년 제정, 1980년 전면개정), 輕犯罪處罰法(1954년 제정, 1983년 전면개정), 暴力行爲 등 處罰에 關한 法律(1961년 제정), 食品衛生法(1962년 제정), 保健犯罪團束에 關한 特別措置法(1969년 제정), 特定犯罪加重處罰 등에 關한 法律(1966년 제정), 社會安全法(1975년 제정), 社會保護法(1980년 제정), 特定經濟犯罪加重處罰 등에 關한 法律(1983년 제정) 등의 立法은 國家安保·社會的 治安秩序·經濟秩序 등의 분야에 있어서 우리 社會의 變化를 그대로 반영하는 것이라고 할 수 있다.⁽³⁾ 뿐만 아니라 현재 진행중인 刑法改正作業도 우리 社會의 變化를 보여주는 좋은 예라고 할 수 있다. 落胎罪의 존폐문제, 姦通罪의 폐지여부, 公害犯罪의 규제, 컴퓨터 犯罪을 위시한 각종 新種 犯罪의 규제방안 등은 刑法改正作業에 있어서 중요한 테마가 되고 있다.⁽⁴⁾

刑事節次法의 영역에서도 우리 社會는 많은 變化를 가져왔다. 먼저, 8차에 걸친 憲法改

서울大學校 法科大學 助教授

- (1) 刑事統計資料로서는 法院行政處 編, 司法年鑑 1986, 法務研修院 編, 犯罪白書 1984 등 참조. 또 統計分析을 시도한 문헌으로는, 金箕斗, 沈憲燮, 高度經濟成長에 따른 犯罪現象變化의 分析과 그 對策, 서울대학교 法學 20권 2호(1980년), 25-67참조.
- (2) 刑事法體系의 變化에 關하여는, 孫海睦, 韓國刑事法 40年, 東國校 開校80주년 기념 학술 심포지움 韓國法制40年, 1986년, 29-36면; 金炳華, 韓國司法史(現世編), 一潮閣 1980년, 288면 이하 참조.
- (3) 또 사회변동이 大法院全員合意體 判決에 반영된 몇 가지 예로서, 複寫器의 普及과 文書偽造 및 同行使罪의 성립범위에 關한 논쟁(78.4.11. 77도4068 大法院判決集 26권 1집 형74면), 株式會社의 株式이 사실상 1인 株主에 귀속하는 소위 1人 會社의 경우에 대한 背任罪成立範圍의 확장(83.12.13. 83도2330 大法院判決集 31권 6집 형105면) 및 讓渡擔保權者의 精算義務不履行에 대한 背任罪의 不認定에 關한 논쟁(85.11.26. 85도1493 법원공보768호 170면) 등을 들 수 있다.
- (4) 刑事法改正特別審議委員會 編, 刑法改定の 基本方向과 問題點, 1985년; Park, Chul Un, Reformtendenzen im Koreanischen Strafrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 97 (1985), S. 454-464.

正은 국민의 基本의 人權의 보장을 위한 조문의 정비와 확충을 보게 하여, 憲法改正이 논의될 때마다 基本權條項의 정비는 별문제점이 없다는 말까지 심지어 나올 정도에 이르고 있다. 이러한 憲法的 次元의 조문변화는 憲法의 실천도장이라고 할 수 있는 刑事訴訟法의 분야에 있어서 증대한 변화를 요구하지 않을 수 없다.

다음으로, 刑事司法組織과 관련하여⁽⁵⁾, 法院組織法(1949년 제정, 19차 개정), 即決審判節次法(1957년 제정), 刑事訴訟에 關한 特別措置法(1973년 제정, 1981년 폐지), 訴訟促進 等에 關한 特例法(1981년 제정), 交通事故處理特例法(1981년 제정), 警察官職務執行法(1953년 제정, 1981년 전면개정), 輕犯罪處罰法(1954년 제정, 1983년 전면개정)등의 입법도 우리 사회의 경제 적, 사회적 여건의 변화를 나타내고 있다. 격동하는 사회변화 속에서 보다 수준높은 충실한 司法的 救濟를 받고자 하는 國民의 司法需要急增은 당연히 刑事司法機關의 업무량폭주를 의미하게 된다. 國家機關의 인적 물적 制約條件과 刑事司法에서의 國民의 基本的 人權의 保障이 서로 충돌하고 있는 우리의 현재 社會實情은 이들 立法이 잘 보여주고 있다.

II. 刑事法學의 現位置點檢

앞에서 살펴 본 바와 같이, 刑事法의 規律對象으로서의 우리 사회는 급격한 변화를 보여 왔다. 그러나 이러한 변화상은 刑事法學에 아직 그다지 크게 반영되고 있지 못한 실정이라 할 수 있다. 그 이유로서 먼저 생각할 수 있는 것은, 刑事法學이 여전히 刑事基本法典만을 주된 인식대상으로 삼고 있는 점이다. 實體刑法의 경우를 보면, 1953년 刑法典이 제정된 이래 1975년 동법 제104조의 2 國家冒濫罪의 1개 조문이 新設됨에 그치고 있다. 때문에 刑事實體法의 領域에서는 刑法典만을 研究하다 보면 우리 사회의 변화는 전혀 이를 인식할 수 없게 될 우려가 있다.

유사한 현상은 刑事訴訟法의 분야에서도 찾아볼 수 있다. 刑事訴訟法은 刑法에 비하여 잦은 개정을 보았으나 이는 지역적 사항의 변화로만 취급되고 있다. 刑事訴訟法學의 인식대상은 여전히 刑事訴訟法典에 국한되고 있다. 기본적 인권의 보장을 위한 憲法條文의 확충은 刑事訴訟法學에 있어서는 별개 차원의 문제로 여겨지고 있다. 또 刑事訴訟法認識의 제약조건이라고 할 수 있는 刑事司法組織에 관한 여러 변화도 아직 刑事訴訟法學의 본격적인 관심대상으로 등장하지 못하고 있다.

刑事法學의 인식대상이 이와 같이 刑法典 또는 刑事訴訟法典이라는 基本法典에 국한되는 현상은 현재의 法學教育의 목적과도 관계를 맺고 있다. 지금까지 刑事法學의 주된 관심사는 司法試驗을 준비하는 受験生들을 대상으로 하여 刑事法學의 基本的 法理를 소개, 전달하는데 있어 왔다. 그러나 이렇게 되면 基本概念의 정리와 體系的 이해에 중점을 두지 않을 수 없게 되며, 결국은 刑事法學의 인식대상의 바탕을 이루는 우리 사회의 변화를 민감하게

(5) 金炳華(주 2), 299면 이하 참조.

파악하기가 困難하게 된다.

韓國刑事法學이 우리 사회의 변화를 예민하게 포착하지 못하게 되는 또 하나의 이유는 그 研究方法論에서 찾아볼 수 있다. 앞서서도 말한 바와 같이, 그 동안 刑事法學의 관심사는 기본적 법리의 개발과 체계화에 있었다. 그리고 그 방법으로는 외국의 발전된 법리학계에 소개하는 比較法學의 方法이 使用되어 왔다. 이론전개의 소재로는 주로 外國의 實定法條文과 外國判例 그리고 외국의 저명학자의 學說이 援用되었다. 이러한 현상은, 때로는 刑事法論文의 서술은 國內實定法條文, 國內判例 또는 國內學者의 學說紹介가 전혀 없어도 가능하게 되는 일종의 奇現象마저도 招來하고 있다. 이것은 그 동안 刑事法學의 관심사가 比較法學의 方法을 동원한 抽象的 理論의 開發에 집중되었던 까닭이 아닌가 생각된다.

Ⅲ. 刑事法學의 課題

1. 特別法研究의 必要性

우리 사회가 급속히 변화됨에 따라서 立法者는 刑事特別法을 制定하여 이에 대처하고 있다. 그러나 刑事法學界에서는 여전히 刑法典 또는 刑事訴訟法典의 基本法理의 해석에 치중하고 있다. 만일 이와같은 상황이 계속된다면 刑事法學의 인식대상과 현실사회의 刑事法的 問題狀況은 점점 더 큰 격차가 발생할 것이다. 그렇게 되면 大學에서의 法理開發은 결국 象牙塔속의 논의로 묻혀버릴 위험마저 있다. 여기에서 刑事法學의 관심을 보다 現實問題領域으로 근접시킬 方案을 모색하여야 할 필요성을 절감하게 된다.

먼저 생각할 것은 刑事特別法에 대한 研究를 확충하는 일이다. 현재 진행중인 刑法改正 作業에서 각종 刑事特別法을 刑法典에 흡수하는 것을 주요 과제의 하나로 삼고 있는 것은 매우 바람직한 현상이다.⁽⁶⁾ 그러나 그 범위에는 한계가 있으므로 刑事特別法研究의 필요성은 여전히 남게 된다. 특히 전체 刑事法體系內에서 刑事基本法典의 위치를 끊임없이 점검하고 그 기능과 대원칙을 재확인하기 위해서도 刑事特別法の 보다 충실한 研究가 필요하다.

2. 判例研究의 必要性

변화하는 사회현실에서 刑事法學은 살아있는 法을 찾아 연구하여야 한다. 基礎法理와 강학상 논점들에 대하여 研究分析하는 것도 중요하지만, 실제 刑事司法의 현장에서 問題되고 다투어지는 논점들을 대학에서 예의 주시하고 적절히 분석하여 代案을 제시하는 作業은 더욱 의미가 있고 필요한 일이다. 이것은 또한 장래의 實務家들인 학생들에게 法學에 대한 구체적 問題意識을 불러 일으키고 一般法理의 실제적 의미를 깨닫게 할 수 있는 점에서도 또한 중요하다. 이를 위한 방법은 무엇보다도 判例의 지속적인 분석이라 하겠다. 刑事法學의 과제로서, 적어도 大法院의 全員合議體判決과 각종 리딩 케이스들을 빠짐없이 分析하고

(6) 刑法改定の 基本方向과 問題點 (주 4), 84면 이하 참조.

새로운 判例의 動向을 예민하게 파악하여 강의와 연구에 반영하지 않으면 안된다고 생각된다.

이와 관련하여 言及하고 싶은 것은 새로운 刑事判例教材의 開發이다. 이미 서울대학교 法學研究所에서 여러 가지 判例教材가 출간되었으나, 아직 몇 가지 보완이 필요하다고 생각한다. 현재 사용되고 있는 判例教材들을 보면, 혹은 判決要旨만을 간추려 놓고 있거나 혹은 약간의 체계적 관점하에 大法院判決文을 聚合해 놓고 있는 형식을 취하고 있다. 그러나 判例教材를 이용하는 학생의 입장에서 보면, 判決要旨만을 소개하는 것은 具體的 法律問題를 把握하는데 도움을 주지 못하며, 또 判決文全文을 轉載한 것은 난해한 訴訟法的 知識을 어느 정도 습득한 이후가 아니면 그 이해가 곤란하다. 여기에서 學部基礎過程에서 抽象的 法理에 얽매이지 않고 具體的 法律現象을 이해하도록 計劃된 判例教材가 대학졸업반이나 되어야 이용가능하게 되는 기이한 결론이 나오게 된다.

이러한 현상은 그러므로 다음과 같은 方法에 의하여 改善되어야 할 것이다. 먼저 학생들에게 교재용으로 필요한 判例를 엄선하여 소개할 필요가 있다. 多多益善이 아니라 關聯法理論을 이해함에 있어서 法學的 分析能力을 啓發할 수 있는 좋은 判例를 선별하여야 할 것이다. 다음으로 이 判例들은 단순한 判決文의 전제가 아니라, 事實關係와 法律論點 그리고 判決內容이 학생들에게 이해될 수 있도록 잘 정리 소개되어야 한다. 初學者들이 使用할 수 있는 좋은 判例教材의 개발은 刑事法學界가 풀어야 할 하나의 중요한 과제이며 이는 학계의 꾸준한 判例研究를 통하여 가능하게 될 것이다.⁽⁷⁾

3. 새로운 研究方法論의 開發

변화하는 한국사회에 발맞추기 위해서는 刑事法學의 연구방법에도 새로운 檢討가 행하여져야 한다. 抽象的 普遍的 法理論의 구성과 발전은 그 이론의 具體的 適用方案과 함께 대학의 研究活動이 동시에 충족시켜야 할 과제이다. 그런데 앞서서도 지적한 바와 같이, 우리 刑事法學界의 그 동안의 관심은 전자에 집중되고 있었던 느낌이 있다.

그러나 이는 자칫하면 外國의 精緻한 理論의 소개에만 열중한 나머지 우리 社會에서 그 具體的 適用問題를 소홀히 할 염려가 있다. 여기에서 그 동안 使用되었던 比較法의 方法論에 대한 재평가가 필요하게 된다. 外國法의 研究는 어디까지나 우리 社會의 法律現象을 적절히 해결하기 위한 하나의 이론적 모델을 얻기 위한 것이며 그 구체적 적용은 우리의 批判的 檢討下에 비로소 가능하게 된다. 比較法學의 限界를 명확하게 인식하고 우리 社會現實에 적응한 적절한 法理의 개발이 요구되는 것이 오늘의 時點이라 할 수 있다.⁽⁸⁾

(7) 이러한 방향으로의 예를 들면, 金鍾壽, 刑事法研究 上, 下, 法典出版社, 1978년; 白亨球, 刑事訴訟法練習, 博英社 1984년이 있다.

(8) 比較法의 方法論의 意義와 限界에 관하여는, Jescheck, Hans-Heinrich, Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozeßreform, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 86 (1974), S. 761-782; Kaiser, Günther, Strafrechtsvergleichung und vergleichende

이와 관련하여 언급할 것은 法制史的 연구의 필요성이다. 刑法典 및 刑事訴訟法典이 制定될 때 立法者가 前提하였던 당시 社會狀況을 점검하고 구체적 立法趣旨을 음미하며 外國 法制의 영향을 명확하게 인식해내는 일은 우리 사회의 변화를 가능할 수 있게 해주는 기본적인 尺度가 될 것이다. 이러한 法制史的 내지 歷史的 視角을 보완할 때 비로소 比較法學의 방법을 통한 새로운 이론구성도 그 한계가 분명하게 될 것이며 나아가 그 이론이 刑事實務에 구체적으로 영향을 미칠 수 있는 길도 더 넓어질 것이다.⁽⁹⁾

이러한 法制史的 問題意識을 가진 研究들은 刑事法學 이외의 분야에서도 활발하게 진행되고 있다. 그러나 刑事法學에 있어서의 法制史的 研究는 刑事法體系가 日帝治下의 植民統治의 수단으로 악용되었던 순길 수 없는 우리의 역사적 체험과, 해방과 6·25동란의 혼란기를 거치면서 깊은 이론적 檢討를 거칠 時間的·學問的 與件이 제대로 성숙되기 전에 刑法典 및 刑事訴訟法典이 制定된 立法經緯 등에 비추어 더욱 더 그 필요성이 크다고 하겠다.⁽¹⁰⁾

4. 刑事訴訟法學 研究의 중요성인식

끝으로, 刑事法學에 있어서 訴訟法學의 발전에 힘을 필요가 있음을 지적한다. 종래 刑事法學界의 관심은 주로 실체형법의 抽象的, 一般的 理論의 개발에 기울어져 왔다. 이는 실체법이론의 普遍性과 學問性에 기인한 바가 크다고 여겨진다. 그러나 이러한 실체법상의 이론이 刑事實際에 적용되기 위하여는 정밀한 訴訟法學의 성과가 전제되지 않으면 안되는 것은 당연한 事理이다.

그 뿐만 아니라 刑事訴訟法은 憲法上의 基本的人權을 구체적으로 확인하고 실현하는 과정이다. 우리 사회의 높아진 人權意識과 관련하여 刑事訴訟法의 비중은 그 동안 그만큼 커졌다고 말할 수 있다.

실체형법의 구체적 실현과 基本的人權의 保障을 위한 憲法精神의 구현요청은 刑事事件의 폭주라는 구체적이고 현실적인 제약때문에 상호 갈등하지 않을 수 없게 된다. 이러한 問題狀況을 해결하기 위하여는 그 동안 사용되어온 각종의 裁判請求權의 충실성, 법원의

Kriminologie, in: Kaiser, G.—Vogler, T. (Hrsg.), *Kolloquium—Strafrecht und Strafrechtsvergleichung*, Freiburg. i. Br. 1975, S. 79-91.

(9) 이러한 문제점에 대하여 申東賢, 日帝下의 豫審制度에 관하여, 서울대학교 法學 27권 1호(1986년) 149면 참조.

(10) 그러나 判例는 刑事節次的 實際狀況보다는 規範的 解釋에 집착하고 있는 듯하다. 예를 들면(83. 3. 8. 82도3248 大法院判決集 31권 1집 형314면, 특히 형 326면 참조),……(전략) 그러나 진술의 임의성이라는 것은 앞에 쓴 헌법이나 형사소송법의 명문과 같이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타 진술의 임의성을 잃게 하는 사정이 있다는 것 즉 증거의 수집과정에 위법성이 없다는 것이므로 진술의 임의성을 잃게 하는 위와 같은 사정이 있다는 것은 헌법이나 형사소송법 등의 규정에 비추어 특히 이해에 속하는 것이므로 진술의 임의성은 추정된다고 풀이하여야 할 것이다. 따라서 진술의 임의성에 관하여는 당해 조서의 형식, 내용(진술거부권을 고지하고 진술을 촉구하고 작성완료후 그 내용을 읽어 주어 진술자가 오기나 증감 변경할 것이 없다는 확인을 한 다음 서명날인하는 등), 진술자의 신분, 사회적 지위, 학력, 지능정도 진술자가 피고인이 아닌 경우에는 그 관제 그밖의 여러가지 사정을 참작하여 법원이 자유롭게 판정하던 되고……(후략)”라는 태도를 취함으로써 형사소송법상의 적법절차의 확보에 있어서 매우 형식적 심사에 머무르고 있는 인상을 주고 있다(방점은 필자에 의함).

裁判形式의 치밀성 그리고 上訴制度의 확대가능성을 엄밀히 검토하지 않으면 안된다. 동시에 刑事司法機關의 收容能力을 실증적으로 分析하여 變化하는 사회에 대처하기 위한 새로운 노력도 기울이지 않으면 안된다. 우리 사회의 변화는 刑事訴訟法學이 이러한 난제에 대하여 적절한 解決案을 제시하도록 요구하고 있다고 말할 수 있다.

이와 관련하여 특히 지적할 것은, 人身拘束에 관한 새로운 법리를 刑事訴訟法學이 발전시켜야 한다는 점이다. 基本的人權의 증대한 제약인 人身拘束은 그 裁判의 形式과 不服方法에 있어서 국민의 信賴를 獲得할 수 있도록 정밀한 法理에 의하여 지배되지 않으면 안된다. 그러나 그 동안 刑事實務의 현실은 人身拘束의 問題는 實體裁判에 附隨하는 제 2차적 의미밖에 부여하지 아니하고 단순한 訴訟經濟的인 시각에서만 이를 다루어 오고 있다. 이는 그 동안 높이 伸張된 우리 사회의 인권의식의 변화를 정확하게 반영하지 못하는 태도라고 하지 않을 수 없다.⁽¹¹⁾ 刑事訴訟法學의 과제로서 拘束法理의 再構成은 극히 시급한 일이라 하겠다.

IV. 맺는 말

韓國社會의 變化는 解釋法學의 관점에 매이기 쉬운 刑事法學界에는 쉽사리 보이지 아니한다. 그러나 전체 刑事法體系는 우리 社會의 變化를 소리없이 나타내고 있다. 刑事法學은 이러한 變化를 민감하게 포착하고 또 豫見하여 基本的人權의 確保를 위한 정밀한 刑事法理論을 樹立하여야 한다. 동시에 그 理論은 구체적인 刑事實際에 채택되고 반영되지 않으면 안될 것이다. 刑事法學이 당면하고 있는 이러한 課題는 바로 우리 社會에서 살아 있는 刑事法을 正確히 인식하고 主體的인 研究方法를 開發할 수 있는가에 그 成功與否가 달려 있다고 생각한다.

(11) 이 점과 관련하여 다음에 소개하는 대법원판례는 인신구속과 관련한 法院의 實務實行을 잘 나타내 보이고 있다. (1985. 7. 23 85도12 대법원판례집 33권 2집 형578면 참조.)

“형사소송법 제39조는 상소를 불허하는 결정 또는 명령을 제외하고는 재판에 이유를 명시하도록 규정하고 있으나, 그 이유기제의 정도에 관하여는 형사소송법 제323조가 유죄판결에 명시할 이유에 관하여 규정할 뿐 다른 규정은 없으므로 어느 재판에 어느 정도의 이유기제를 요하는지는 그 재판의 성격에 따라 결정할 수 밖에 없다 할 것인바, 구속의 취소 및 집행정지와 보석등의 결정에는 재판의 간결성의 요청에 따라 그 구체적 사유에 대한 설명을 생략하고, 다만 청구의 이유가 있다 또는 그 이유가 없다고 밝히면 된다고 보는 것이 일반적인 견해이고 그와 같이 처리하는 것이 우리 법원의 오랜 관행이기도 하다. 따라서 원심이 이 사건 구속취소청구 기각결정을 함에 있어 “신청인의 이 사건 청구는 그 이유없으므로 주문과 같이 결정한다”라고 이유를 기재하였음은 상당하고 거기에 소론과 같은 형사소송법 위배의 위법이 있다 할 수 없으므로 논지 이유없다.”