

刑事法研究

제23권 제3호 (2011 가을 · 통권 제48호)

韓國刑事法學會

이 학술지는 2010년도 정부재원(교육과학기술부)으로
한국연구재단의 지원을 받아 출판되었음.

< 題字 : 南 興 祐 >

차 례

【특 집】

형법이론학의 기능과 과제 찾기	김성돈 (3)
한국형법학의 독자성 찾기	오영근 (35)
형사소송법학의 중심 잡기	천진호 (61)

【논 문】

양해·승낙의 구분에 따른 구체적 법 효과 차이의 문제	손동권 (89)
형법 제33조의 단서에 대한 해석론과 보정적 입법론	임광주 (117)
권리행사방해죄의 문제점과 개선방안	임석원 (147)
내사의 개념과 허용범위	신양균·조기영 (181)
형사소송법상 긴급체포제도에 관한 재검토	김준성 (207)
자백의 증명력 판단에 관한 실질적 기준의 정립	하태인 (231)
강벌주의 형사제재에 대한 비판적 고찰 - 성범죄 처벌과 재범방지정책을 중심으로 -	이덕인 (261)
군형법상 명령위반죄의 문제점과 개선방안	박찬걸 (285)
공정거래위원회의 전속고발권 존폐론의 검토	최정학 (311)
일본의 검찰심사회제도를 통해 본 또 하나의 시민의 사법참여	오정용 (337)
소비자불매운동의 법적 지위와 형사처벌의 당부	조 국 (369)
로스쿨의 형사법교육과 변호사시험 소고	윤동호 (393)

【자 료】

변호사시험 형사법 선택형 시험의 출제방향	원혜욱 (413)
변호사시험 형사법 사례형 시험의 출제방향	김재봉 (429)
변호사시험 형사법 기록형 시험의 출제방향	노수환, 정한중, 이호중 (453)

【학회저널】

한국형사법학회 회칙	(479)
한국형사법학회 연구윤리규정	(483)
한국형사법학회 편집위원회의 구성과 운영에 관한 규정	(487)
형사법연구 투고지침	(489)
형사법연구 심사지침	(494)
定庵 형사법 학술상 수여에 관한 규정	(497)
2011년도 한국형사법학회 임원	(498)
한국형사법학회 활동(2011.7.~2011.9.)	(500)

【편집후기】

CONTENTS

【Articles】

Kim, Seong-Don	Funktion und Aufgabe der Strafrechtsdogmatik	3
Oh, Young-Keun	A Desirable Way to Study Korean Criminal Law	35
Chun, Jin-Ho	Discussion about ideas and values of the Criminal Procedure Code	61
Son, Dong-Kwun	Das Problem der konkreten Rechtsfolgenunterschiede aus der Differenzierung von Einverständnis und Einwilligung	89
Rim, Kwang-Joo	Die Auslegung von §33 Satz 2 und der gesetzgeberische Vorschlag	117
Lim, Seok-Won	Ein Vorschlag über die Lösungsmethode der Pfandkehr	147
Shin, Yang-Kyun	Der Begriff und der zulässige Umfang der Vorermittlungen	181
Cho, Gi-Young		
Kim, Jun-Sung	Reviewing on urgent arrest in the Criminal Procedure	207
Ha, Tae-In	Actual Criterion To Judge Probative Force Of Confession	231
Lee, Deok-In	A Study on Punitivism of the Penalty and Security-Measure - Focus on the Punishment and Second Offense Prevention policy of Sex Offenders -	261
Park, Chan-Keol	The Problem and Improvement of Violation of an Order in Military Criminal Act	285
Choi, Cheong-Hak	A Review of the Exclusive Right of Complaint of the Fair Trade Commission	311
Oh, Jung-Yong	Das zusätzliche Bürgerengagement auf den Justizprozeß durch die Fälle von der japanischen Kommission für die Untersuchung der Anklage	337
Cho, Kuk	Should "Secondary Boycott" by Consumers Be Criminalized?	369
Yun, Dong-Ho	Criminal Law Education in School of Law and Bar Examination	393
【Information】	479

[특 집]

형사소송법학의 중심 잡기*

천진호**

차 례	
I. 왜곡된 형사소송법학의 모습	IV. 법무부가 입법예고한 「형사소송법 일부개정법률(안)」과 「형법 일부개정법률(안)」의 내용
II. 제17차 형사소송법 개정 이후 개정 규정과 관련된 주요 판례	V. 국회 사법제도개혁특별위원회의 활동과 사법제도 관련 법률(안)
III. 제17차 형사소송법 개정 이후 학술 활동과 연구 동향	VI. 형사소송법학의 중심 잡기

I. 왜곡된 형사소송법학의 모습

사법개혁이라는 기치를 내걸고 형사소송법을 개정하려는 시도는 정권 교체와 맞물리면서 1990년 이후 수차례 걸쳐 있어 왔는데, 2005.1. 사법제도개혁추진위원회가 구성되어 학계와 실무계의 치열한 논쟁과 국회에서의 심의과정을 거치면서 비록 부분적으로 미흡하고¹⁾ 왜곡된 점은 있으나²⁾ 제17차 형사소송법 개정이라는 결과물을

* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음.

이 논문은 한국형사법학회 2011년 하계학술회의(2011.6.17. 서울시립대학교)에서 발표한 내용을 수정·보완한 것임.

** 동아대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

1) 예를 들어 고등법원의 상고심 처리절차 및 신속처리절차제도는 여전히 향후 개정에 도입되어야 할 부분으로 남아 있다.

2) 공판중심주의에 충실한 법정심리절차를 확립한다고 하였으나 검사작성 피의자신문조서의 실질적 진정성립을 입증하는 자료로서 영상녹화물의 사용과 조사자증언제도 등은 국회의 논의과정에서

도출하였다. 이후 제17차 개정 형사소송법이 시행된 지 2년 밖에 지나지 않았음에도 2010.12.20. 법무부는 과거에 주장해 왔던 내용들을 다시 성안하여, 중요참고인 출석의무제 도입과 피의자 및 참고인의 영상녹화조사 신청권 신설, 사법협조자 소추면제제도 도입, 피해자 참가제 도입, 영상녹화물의 독자적인 증거능력 인정을 주요내용으로 하는 「형사소송법 일부개정법률(안)」과, 이에 맞추어 사법협조자 형벌감면제와 사법방해죄 도입을 주요내용으로 하는 「형법 일부개정법률(안)」을 입법예고하였다.

한편 2010.2.18. 제287회 국회 본회의에서 채택된 「사법제도개혁특별위원회 구성결의안」에 의해 발족된 국회 사법제도개혁특별위원회는 경찰 수사개시권 명문화, 영장항고제 도입, 검찰시민위원회 설치, 법관인사제도 개편, 양형기준법 제정, 전관예우 방지 등의 사법개혁안에 합의하였으나, 여전히 대검찰청 중앙수사부 폐지와 특별수사청 신설, 대법관 증원 및 법무부 직위개방화 등에 대해서는 합의에 이르지 못하였다. 그런데 사법제도개혁특별위원회의 논의과정에서 여야의 정치적인 이해관계의 대립과 권력기관 간의 Power 게임이 맞물리면서 검경 수사권 조정 문제와 대검찰청의 중앙수사부 폐지가 마치 사법개혁의 최대 현안인 양 떠올랐다. 사법제도개혁특별위원회의 지난 1년 4개월간의 활동을 보면 출범 당시의 사법개혁에 대한 방향과 내용과는 달리 이른바 ‘전관예우금지법’에 해당하는 「변호사법 일부개정법률안」(2011.5.17. 법률 제 10627호로 공포·시행)과, 정보저장매체등에 관한 압수의 범위와 방법 및 사법경찰관의 수사개시권과 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘권을 명시하면서 재정신청의 대상을 형법 제126조의 죄에 대한 고발사건까지 확대하는 것을 내용으로 하는 「형사소송법 일부개정법률안」(2011.7.18. 법률 제10864호로 공포, 2012.1.1. 시행) 및 법조일원화와 재판연구원(로클릭)제도를 도입하는 「법원조직법 일부개정법률안」(2011.7.18. 법률 제10861호로 공포, 2012.1.1. 시행)의 성안 정도에 그쳤다.³⁾

이와 같이 현재 진행되고 있는 형사소송법 개정과정과 그 논의를 보면 형사소송법 학자들과 학회는 제외된 채 정쟁의 블랙홀에 빠져 들고 있으며, 형사소송법학의 근간을 흔들 정도로 기본적인 틀이 요동치고 있는 듯하다. 특히 위에서 언급한 바와 같이

전혀 다른 모습의 내용으로 형사소송법에 들어 왔다고 할 수 있다.

3) 「형사소송법 일부개정법률안」에 대한 국회 본회의 토론 내용은 제301회 국회임시회 본회의회의록 제8호 12면 내지 16면 참조.

최근 들어 형사사법의 각 기관들이 각자의 이해관계를 가지고 형사소송법학에 적극적으로 개입함으로써 형사소송법학이 기관학문으로 흐른다는 우려가 현실로 나타나고 있다. 즉 형사소송법의 해석과 논증을 통해 입법과 실무의 방향을 제시하는 이론법학은 제외된 채 입법기관과 실무계를 중심으로 형사소송법 개정이 논의됨으로써 의사소통의 부재와 왜곡이 심각한 상태에 이르고 있으며, 학자들과 학회는 공론의 장에서 배제된 변방의 주변인(Outsider)으로 전락하고 있다.

본 발표는 이러한 문제의식에서 형사소송법학이 기관학문으로 전락하지 않고 나름의 중심을 잡기 위해서는 어떻게 해야 하는지, 그리고 향후 형사소송법 개정에 대한 논의가 어느 방향으로 나아가야 하며, 어떤 내용을 담아야 할지에 대한 고민을 통해 왜곡되어 가는 형사소송법학의 중심잡기를 모색해 보고자 한다. 아래에서는 논의의 전제로 제17차 형사소송법 개정 이후 개정 규정과 관련된 주요 판례들(Ⅱ)과 제17차 형사소송법 개정 이후 학술 활동과 연구 동향(Ⅲ)을 간략하게 살펴본 다음, 법무부가 입법예고한 「형사소송법 일부개정법률(안)」과 「형법 일부개정법률(안)」의 내용(Ⅳ)과 현재 진행 중인 국회 사법제도개혁특별위원회의 활동과 사법제도 관련 법률(안)들을 개괄해 봄으로써 형사소송법의 개정방향과 개정에서 담아야 할 내용을 올바른 모습으로 바로 세우기 위해 학자들과 학회가 어떻게 해야 하는지에 대한 나름의 견해를 제시해 보고자 한다.

Ⅱ. 제17차 형사소송법 개정 이후 개정 규정과 관련된 주요 판례⁴⁾

제17차 형사소송법 개정 이후에 개정 규정과 관련하여 판시된 주요 판례들을 살펴보면 주로 위법한 수사절차에 의해 수집된 증거에 대하여 제308조의2를 적용한 판례들이 주목을 끌고 있다.

위법수집증거의 증거능력을 배제하는 제308조의2의 적용과 관련하여 먼저 수사기관이 진술증거를 수집하면서 진술부권을 고지하지 않은 상태에서 임의로 이루어진

4) 본 논문에서 인용하는 대법원 판결의 구체적인 사실관계에 대해서는 한국형사법학회 2011년 하계 학술회의 발표자료집 52면-56면의 각주 19) 이하 참조.

피의자의 진술 또는 자백의 증거능력과, 이에 터잡아 수집된 2차적 증거의 증거능력에 대해 대법원 2009.3.12. 선고 2008도11437 판결과⁵⁾ 2009.4.23. 선고 2009도526 판결, 그리고 2009.8.20. 선고 2008도8213 판결 및 2011.3.10. 선고 2010도9127 판결은 수사기관이 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 물론, 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 역시 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없는 것이 원칙임을 확인하고 있다. 다만 판례는 진술증거의 경우 1차적 증거에 대해서는 예외 없이 위법수집증거배제법칙을 적용하면서도 2차적 증거에 대해서는 '수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다. 따라서 법원이 2차적 증거의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는 먼저 절차에 따르지 아니한 1차적 증거 수집과 관련된 모든 사정들, 즉 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 살펴야 한다. 나아가 1차적 증거를 기초로 하여 다시 2차적 증거를 수집하는 과정에서 추가로 발생한 모든 사정들까지 구체적인 사안에 따라 주로 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로 전체적·종합적으로 고려하여야 한다'라고 하여 증거능력이 인정되는 예외적인 길을 열어 놓고 있다.

그리고 비진술증거의 수집절차와 관련하여 위법한 대물적 강제처분절차에 의해 수집된 증거와 이에 터잡아 수집된 2차적 증거의 증거능력에 대해 판례는 제114조와 제129조를 준용하는 제219조를 위반하여 영장에 기재되지 아니한 물건에 대한 압수와 압수목록의 교부를 지체한 이른바 '제주도지사실 압수수색사건'의 환송판결인 대법원 2007.11.15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결과 환송파기 후 상고심판결인 대법원

5) 2008도11437 판결에 대한 평석으로 박용철, "진술거부권 불고지에 대한 소송법적 문제", 형사법연구 제22권 제1호, 한국형사법학회, 2010.9. 97면-124면 ; 서보학, "위법수집증거의 쟁점", 형사정책연구 제20권 제3호, 한국형사정책연구원, 2009.9. 31면-59면.

2009.3.12. 선고 2008도763 판결 및 2009.5.14. 선고 2008도10914 판결, 2011.4.28. 선고 2009도2109 판결, 2011.4.28. 선고 2009도10412 판결, 2011.5.13. 선고 2009도10871 판결에서 진술증거의 증거능력에 대한 판단과 마찬가지로 ‘헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다. 수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다’라고 하여 원칙적으로 1차적 증거 뿐만 아니라 2차적 증거의 증거능력을 부정하였다.

그리고 개정 형사소송법 제217조 제2항과 제3항과 관련하여 대법원 2009.12.24. 선고 2009도11401 판결도 ‘형사소송법 제217조 제2항, 제3항에 위반하여 압수수색영장을 청구하여 이를 발부받지 아니하고도 즉시 반환하지 아니한 압수물은 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 것이고, 헌법과 형사소송법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다’라고 하여 위법수집증거배제법칙을 확인하고 있다. 또한 대법원 2010.1.28. 선고 2009도10092 판결은 형사소송법 제218조를 위반하여 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 자로부터 제출받은 물건을 영장없이 압수한 경우, 그 ‘압수물’ 및 ‘압수물을 찍은 사진’의 증거능력에 대해서도 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없을 뿐 아니라 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 증거능력이 부정된다고 판시하였다.

특히 강제채혈 또는 강제채뇨의 증거수집과 그 증거능력에 대해서는 그 동안 이론적으로 논란이 있었는데, 대법원 2011.4.28. 선고 2009도2109 판결과 2011.5.13. 선고 2009도10871 판결은 음주운전을 입증하기 위해 피고인의 동의 또는 영장 없이 채취한 혈액을 이용한 감정결과 등의 증거능력과 관련하여 ‘형사소송법 제215조 제2항, 제216조 제3항 및 제221조, 제221조의4, 제173조 제1항의 규정에 위반하여 수사기관이 법원으로부터 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피의자의 동의 없이 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하고 더구나 사후적으로도 지체없이 이에 대한 영장을 발부받지도 아니하고서 그 강제채혈한 피의자의 혈액 중 알콜농도에 관한 감정이 이

투어졌다면, 피고인의 혈증알콜농도에 대한 국립과학수사연구소 감정서 및 이에 기초한 주취운전자적발보고서는 형사소송법상 영장주의 원칙을 위반하여 수집되거나 그에 기초한 증거로서 그 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 정도에 해당하고, 이러한 증거는 피고인이나 변호인의 증거동의가 있다고 하더라도 유죄의 증거로 사용할 수 없다'라고 증거능력을 부정하였다.

그리고 검사가 공소제기 후 형사소송법 제215조에 의해 수소법원 외 법관으로부터 발부받은 압수·수색영장에 의해 수집한 증거의 증거능력에 대해서도 대법원 2011.4.28. 선고 2009도10412 판결은 '형사소송법이 제215조에서 검사가 압수·수색영장을 청구할 수 있는 시기를 공소제기 전으로 명시적으로 한정하고 있지는 아니하나, 헌법상 보장된 적법절차의 원칙과 재판받을 권리, 공판중심주의·당사자주의·직접주의를 지향하는 현행형사소송법의 소송구조, 관련 법규의 체계, 문언 형식, 내용 등을 종합하여 보면, 일단 공소가 제기된 후에는 그 피고 사건에 관하여 검사로서는 형사소송법 제215조에 의하여 압수·수색을 할 수 없다고 보아야 하며, 그럼에도 검사가 공소제기 후 형사소송법 제215조에 따라 수소법원 이외의 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수·수색을 하였다면, 그와 같이 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다'라고 제308조의2를 적용하고 있다.

Ⅲ. 제17차 형사소송법 개정 이후 학술 활동과 연구 동향⁶⁾

아래에서는 제17차 형사소송법 개정 이후 개정 형사소송법의 적용과 해석에서 나타난 미비점과 문제점, 그리고 보완해야 할 점들을 중심으로 학회와 학자들이 관심을 가져온 논제들이 무엇인지를 알아보기 위해 학회 및 연구기관의 학술 활동과 학자들과 실무자들의 연구 동향을 간략하게 살펴보기로 한다.⁷⁾

6) 본 논문에서 서술하는 연구논제를 다룬 구체적인 학술활동과 학술논문에 대해서는 한국형사법학회 2011년 하계학술회의 발표자료집 56면-61면의 각주 30) 이하 참조.

7) 법원행정처는 제17차 형사소송법 개정에 의해 새롭게 도입된 증거개시제도와 공판준비절차, 증거조사 방식, 조사자 증언제도, 영상녹화물의 활용, 수사과정에서의 변호인 참여권 보장, 재정신청제도, 그리고 개정된 인신구속 및 압수수색제도와 관련하여 법관과 검사 및 변호사들을 상대로 설문

1. 학회 및 연구기관의 학술 활동

먼저 한국형사법학회는 형사소송법과 관련된 입법 활동으로 2007년 제1차 상임이사회에서 10명의 형사법학자들을 위촉하여 형사소송법개정특별위원회(위원장 신양균 교수)를 구성하였는데, 위원회는 2월부터 8개월 동안 아홉 번의 회의를 거치면서 형사소송법 전체의 체계개편에 대한 내용을 포함하여, 제17차 형사소송법 개정 당시 사개추위와 정부의 개정안에 포함되어 있었지만 법률에 반영되지 않았던 부분, 입법과정에서 비록 반영은 되었으나 부족했던 부분 그리고 이미 시행되고 있는 제도들에 부작용에 대한 검토와 함께 앞으로 형사소송법 발전을 위하여 도입이 필요한 제도들을 대상으로 심도있는 논의를 거쳐 형사소송법 개정시안을 성안하는 작업을 수행하였으며, 위원회의 연구결과와 개정시안은⁸⁾ ‘형사소송법 개정연구’라는 연구보고서로 발간되었다. 위원회의 연구결과는 형사소송법 개정방향과 체계정비, 그리고 수사분야와 공판분야 및 증거분야의 개정방안 등 네 분야로 나누어져 있으며, 이를 구체적으로 보면 먼저 수사분야의 개정방안으로 내사, 지명수배, 검시제도, 출국금지 등에 대한 수사론 일반에 대한 검토와 개정안 제시, 긴급체포와 현행법체포, 구속제도 등 대인적 강제처분에 대한 현행 규정의 검토와 개정안 제시, 디지털 증거의 압수수색과 긴급압수수색 검증의 제한에 대한 검토와 개정안을 제시하였다. 공판분야의 개정방안에서는 재정신청과 기소강제절차에 대한 검토와 개정안 제시, 증거개시제도에 대한 현행 규정의 검토와 개정안 제시, 피해자 보호 및 피해자참가제도에 대한 현행 규정의 검토와 개정안 제시, 양형자료와 양형심리에 대한 검토와 개정안 제시, 상소제기 후 피고인 구속과 보석취소 및 국민참여재판과 검사의 항소 제한, 그리고 재심개시절차에 대한 검토와 개정안을 제시하였다. 증거분야에서는 위법수집증거배제법칙, 검사 작성 피의자신문조서와 제313조 진술서 그리고 조사자증언제도 등 조서 및 영상녹화물의 증거능력과 관련하여 현행 규정의 검토와 개정안 제시, 그리고 공판중심주의를 실질적으로 실현하기위한 방안들을 제시하였다.

조사한 내용을 통계자료로 발간하였다(법원행정처, 개정 형사소송법 성과분석, 2011.1).

8) 현행 형사소송법 규정과 형사소송법개정특별위원회가 성안한 개정시안의 조문 대비표는 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2009, 347면-370면 참조.

학술 활동으로는 2007.6.22. 한국형사법학회 창립 50주년 기념학술대회를 개최하였는데, 형사사법의 개혁과 형사법을 주제로 한 제2분과에서 형사소송법 개정의 역사와 전망, 형사절차상 피의자·피고인의 권리의 회고 및 전망, 형사소송법상 증거법의 연혁과 미래 등 3편의 연구논문이 발표되었다. 그리고 2007.10.20. 「개정형사소송법의 제문제 - 개정형사소송법과 수사절차, 재판절차」를 주제로 열린 2007년 추계학술회의에서는 개정 형사소송법상 인신구속제도와 재정신청제도, 그리고 증거조사, 위법수집 증거배제법칙과 전문법칙, 수임판사의 재판에 대한 불복 등 6편의 연구가 발표되었다.

「형사소송법과 경찰법의 개정에 관한 제문제」을 주제로 2009.6.20. 개최된 2009년 하계학술회의에서는 플리바게닝(Plea Bargaining)제도와 약식절차, 그리고 참고인 강제구인제도 및 구속영장재판에 대한 불복 등 4편의 논문이 발표되었다. 그리고 2009.12.19. 열린 2009년 동계학술회의에서는 「형사법의 쟁점과 판례 - 형사판례의 최근 동향을 중심으로 -」을 주제로, 형사소송법 판례에 대해서는 공동피고인에 대한 경찰작성 신문조서의 증거능력과 진술거부권 불고지에 대한 소송법적 문제 등 2편의 연구논문이 발표되었다.

한국비교형사법학회도 2007.11.9. 개최된 2007년 추계학술대회에서 「개정형사소송법과 국민참여재판의 주요 쟁점」을 주제로 조서와 영상녹화, 증거개시제도, 재정신청제도 등 3편이 연구논문이 발표되었다. 그리고 형사법의 최신 쟁점을 주제로 2010.1.14. 열린 2009년 동계학술회의에서는 경미사건처리절차와 관련된 영구논문이 발표되었으며, 2010.11.6. 개최된 2010년 추계학술회의에서는 「형사소송법의 최신 쟁점」을 주제로 공판준비절차, 피해자참가제도, 유죄협상 등 3편의 연구논문이 발표되었다.

2. 학자들과 실무자들의 연구 동향

제17차 형사소송법 개정 이후 학자들과 실무자들이 개정 규정에 대한 해석과 입법방안에 대해 관심을 가지고 연구한 논문들, 특히 향후 형사소송법의 개정에 있어 그 방향을 어떻게 잡을 것이며, 어떠한 내용을 담을 것인가에 대한 논의에 학술자료로 활용될 수 있는 문헌들을 개략적으로 살펴보면 검경 수사권 조정과 이와 관련된 검사의 기능과 지위에 관한 연구, 검찰권 행사에 대한 통제방안으로 고위공직자비리수사

처 신설과 검찰시민위원회의 설치에 관한 연구, 재정신청제도의 문제점과 개선방안과 관련된 연구, 법무부가 입법예고한 개정안을 둘러싸고 논쟁이 치열하게 전개되고 있는 유죄협상제도 도입 논의,⁹⁾ 참고인 강제구인제도와¹⁰⁾ 사법방해죄의¹¹⁾ 도입 논의, 긴급체포와 구속제도의 문제점에 대한 연구 및 최근 이론적 뿐만 아니라 입법적으로 활발하게 논의되고 있는 디지털 증거에 대한 압수수색과 독립적 압수수색제도 도입 등 대물적 강제처분 분야에 대한 연구, 공판준비절차 및 공판중심주의와 관련된 연구, 범죄피해자참가와 관련된 개정 및 새로운 제도의 도입에 대한 연구, 증거재시제도의 문제점과 개선방안과 관련된 연구,¹²⁾ 과학적 증거의 증거 허용성 논의와 관련하여 디지털 증거 내지 법과학 증거의 증거능력과 증명력 판단에 관한 연구, 그리고 학계와 실무계가 첨예하게 대립하고 있는 영상녹화물의 증거 사용과 관련된 해석학적·입법적 논의 등을 들 수 있다.

IV. 법무부가 입법예고한 「형사소송법 일부개정법률(안)」과 「형법 일부개정법률(안)」의 내용

법무부는 변화된 시대 상황과 국민의식에 부합하고 신종범죄에 효율적으로 대처할 수 있도록 형사법 관련 규정을 개선하고, 글로벌스탠더드에 걸맞는 선진 형사사법시스

-
- 9) 학계의 연구논문으로는 박노섭, “유죄협상제도 도입 가능성에 대한 연구”, 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008.3, 115면-135면 ; 변종필, “간이절차와 유죄협상”, 비교형사법연구 제12권 제2호, 한국비교형사법학회, 2010.12, 183면-216면 ; 윤동호, “형사절차에서 협상의 법제화 비판, 비교형사법연구 제11권 제2호, 한국비교형사법학회, 2009.12, 213-234면.
- 10) 서보학, “참고인 강제구인제도에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 제21권 제3호, 한국형사법학회, 2009.9, 57면-80면.
- 11) 김석우, “사법정의방해죄에 대한 고찰”, 형사법의 신동향 제19호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2009.4, 1면-61면 ; 도중진, “사법방해죄의 입법화 방안”, 형사정책 제20권 제2호, 한국형사정책학회, 2008.12, 175면-199면.
- 12) 심희기, “개정형사소송법의 증거개시 조항에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 제20권 제4호, 한국형사법학회, 2008.12, 311면-334면 ; 이호중, “검사의 증거개시의무와 수사기록 열람·등사의 거부에 대한 규제방안”, 형사법연구 제21권 제2호, 한국형사법학회, 2009.6, 195면-226면 ; 조기영, “피의자의 열람·등사권”, 형사법연구 제20권 제3호, 한국형사법학회, 2008.9, 149면-166면 ; 한상훈, “형사소송의 구조와 검사, 피고인의 지위 - 당사자주의와 증거개시제도를 중심으로”, 형사법연구 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009.12, 397면-428면.

템을 구축하기 위하여 2009년 3월 법무부장관의 자문기구로 형사소송법 개정특별분과 위원회를 발족하고 이 위원회에서 선진 형사사법제도 도입에 대한 논의와 2010.10.5. 형사소송법학회와 공동 개최한 공청회를 거쳐 2010.12.20. 중요참고인 출석의무제 도입과 피의자 및 참고인의 영상녹화조사 신청권 신설, 사법협조자 소추면제제도 도입, 피해자 참가제 도입, 영상녹화물의 독자적인 증거능력 인정을 주요내용으로 하는 「형사소송법 일부개정법률(안)」과, 이에 맞추어 사법협조자 형벌감면제와 사법방해죄 도입을 주요내용으로 하는 「형법 일부개정법률(안)」을 입법예고하였다.¹³⁾

「형사소송법 일부개정법률(안)」의 구체적인 내용을 보면, 먼저 현행법상 참고인은 수사기관에 출석하거나 진술해야 할 어떤 법적 의무도 존재하지 아니하여 참고인들이 불출석하는 사례가 점차 증가하고 있고, 이러한 참고인들의 비협조로 인해 증거 불충분으로 풀려난 범죄자들이 자유롭게 제2, 제3의 범죄를 저지르는 현상이 만연하고 있으므로 법원의 영장을 받아 중요참고인을 강제로 소환하여 진술을 청취할 수 있도록 함으로써 이러한 문제를 해결하고자 취지에서 중요참고인 출석의무제를 도입하고 있다(안 제221조제2항 내지 제5항).¹⁴⁾

다음으로, 피의자 및 참고인은 영상녹화 조사를 신청할 수 있고, 이 경우 정당한 사유가 없으면 영상녹화조사를 실시하도록 하는 피의자 및 참고인의 영상녹화조사 신청권을 신설하였다(안 제244조의2제4항·제5항).

그리고 조직범죄·부패범죄·구조적 범죄는 은밀하게 이루어져 가담자 외에는 범죄의 직접적인 증거를 제공해 주지 못하는 경우가 대부분인데, 이러한 내부가담자 등의 진술을 이끌어내기 위해서 제도적으로 형사처벌상 혜택을 부여하는 사법협조자 소추면제제도를 도입할 필요가 있다는 취지에서 사법협조자 소추면제제도를 도입하고 있다(안 제247조의2제1항 내지 제3항). 나아가 과학기술의 발전에 따라 새로운 증거 수단으로 등장한 영상녹화물의 증거능력을 인정하여 조사절차의 투명성·신뢰성·임의성을 확보한다는 취지에서 영상녹화물의 증거능력을 인정하는 규정들(안 제312조 제

13) 「형사소송법 일부개정법률(안)」과 「형법 일부개정법률(안)」은 2011.5.3. 국무회의에서 심의안건으로 상정되었으나 심의가 보류되었으나, 7.12. 국무회의 심의를 통과하여 7.14. 국회에 정부안(의안번호 18126337)으로 제출되었으며 현재 국회 법제사법위원회에 계류 중에 있다.

14) 종래 참고인 강제구인제도가 부정적인 이미지를 고려하여 중요참고인 출석의무제로 용어를 바꾼 것으로 짐작된다.

7항, 제318조의2 제1항)을 신설하고 있다. 즉 검사 또는 사법경찰관이 작성한 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물도 조서에 준하여 증거능력을 인정하도록 하며(안 제312조 제7항),¹⁵⁾ 영상녹화물도 탄핵증거로 사용 가능하도록 하였다(안 제318조의2 제1항).

위의 「형사소송법 일부개정법률(안)」의 내용에 맞추어 「형법 일부개정법률(안)」은 조직범죄·부패범죄·구조적 범죄는 은밀하게 이루어져 가담자 외에는 범죄의 직접적인 증거를 제공해 주지 못하는 경우가 대부분이므로 이러한 내부가담자 등의 진술을 이끌어내기 위해서 제도적으로 형사처벌상 혜택을 부여하는 사법협조자 형벌감면제도를 도입한다는 취지에서 수인이 관련된 죄의 수사절차나 재판절차에서 그 죄에 대하여 진술함으로써 범죄 규명, 결과발생의 방지, 범인의 검거에 기여한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 하는 사법협조자 형벌감면제를 도입하고 있다(안 제52조의2). 그리고 현행법상 참고인은 수사기관에 진실을 말할 의무가 없어 참고인의 허위진술로 인해 수사절차의 지연, 수사인력, 비용 낭비 등이 심각하게 발생하고 있으므로 이러한 참고인의 허위진술을 처벌하는 사법방해죄를 신설하여 그 진술의 진실성을 담보하여 실제적 진실발견을 위한 수사권 행사가 왜곡되는 일이 없도록 하고, 수사기관에서 참고인 등을 동원한 거짓말을 통해 처벌을 회피하려는 자들을 엄중히 처벌하여 사법불신을 해소하려는 취지에서 사법방해죄를 형법에 도입하고 있다(안 제152조 내지 제155조의2). 구체적인 내용을 보면 수사기관에서 선서없이 허위진술을 한 자를 처벌하는 허위진술죄 신설에 맞추어 법정에서 선서하지 아니한 증인의 허위진술을 처벌하고, 선서한 증인의 허위진술은 가중처벌토록 하고(안 제152조), 타인으로 하여금 형사처분을 받게 하거나 면하게 할 목적으로 수사하는 공무원에게 범죄를 구성하는 사실에 관하여 허위의 진술을 한 자를 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하였다(안 제152조의2). 그리고 형사사건에 관하여 타인의 증언 또는 진술을 방해하거나 허위증언 또는 허위진술을 하게 할 목적으로 타인을 폭행·협박하거나 타인에게 금품 기타 재산상 이익을 약속·공여·공여의 의사표시를 한 자는 7년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처하도록 하였다(안 제155조의2).

15) 개정법률(안)에 의하면 검사는 공판에서 피고인의 유죄를 입증하는 증거로 검사작성의 피의자신문조서(제312조 제1항·제2항)과 조사자증언(제316조 제1항)과 더불어 영상녹화물 등 3가지 증거자료를 사용할 수 있게 된다.

법무부가 입법예고한 「형사소송법 일부개정법률(안)」 중 중요참고인 출석의무제와 관련하여 법무부는 이미 2003년에 성안한 형사소송법 개정안에서 ‘참고인 구인제도’(안 형사소송법 제221조 제2항)의 형태로 도입하였으며, 한국형사법학회와 한국형사정책학회는 공동으로 “참고인 구인을 구실로 하여 실제로 피의자에 대한 수사를 진행시키는 방향으로 운용될 소지가 크며, 시민의 사법협력의무는 국가의 강제력행사 위협을 동원하여 강요할 성질이 아닐 뿐 아니라, 서울지검의 고문치사사건을 계기로 형사소송법을 개정하면서 참고인이었던 박종철씨 고문치사사건의 역사적 교훈을 거슬리는 것은 국민적 공감대를 얻지 못한다는 점을 들어 이에 대한 반대의견을 표명하였다.¹⁶⁾ 그리고 법무부가 입법예고한 「형법 일부개정법률(안)」 중 안 제152조의2와 관련하여 마찬가지로 법무부가 이미 2003년에 성안한 형법 개정안에서 ‘허위진술 등에 의한 공무집행방해죄’(안 형법 제137조의2)의 형태로 도입한 바 있는데, 한국형사법학회와 한국형사정책학회는 공동으로 이에 대한 반대의견을 표명한 바 있다.¹⁷⁾

또한 「형사소송법 일부개정법률(안)」 중 검사 또는 사법경찰관이 작성한 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 영상녹화물도 조서에 준하여 증거능력을 인정하는 안에 대해서도 이미 한국형사법학회는 “수사절차에서 신문과정을 영상으로 녹화하는 것은 수사의 투명성을 제고한다는 점에서 조서작성에 따른 문제를 극복하는 데 필요한 조치라고 생각합니다. 다만 이러한 영상녹화물이 증거로 사용되어야 하는가는 별개의 판단을 요하는 문제입니다.”라고 하여 반대 입장을 분명히 하였다.¹⁸⁾ 마찬가지로 한국형사법학회와 한국형사정책학회도 2006년 형사소송법 개정정부안(의안번호제1703759호)에 대해 “개정안 제312조의2는 영상녹화물에 조서와는 구별된 독자적인 증거가치를 부여하고 있는데, 이는 수사의 투명성과 수사과정에서의 피의자의 인권보장을 확인하는 수단으로 사용되어야 할 영상녹화물을 수사기관이 피의자의 유죄를 입증하는 무기로 변질시킨 오류를 범한 입법”라는 반대의견을 표명하였다.¹⁹⁾

16) 법무부 형법·형사소송법 개정안에 대한 한국형사법학회와 한국형사정책학회의 공동의견, 형사법연구 제19호, 한국형사법학회, 2003.6, 421면.

17) 법무부 형법·형사소송법 개정안에 대한 한국형사법학회와 한국형사정책학회의 공동의견, 형사법연구 제19호, 한국형사법학회, 2003.6, 419면.

18) 사법제도개혁추진위원회의 형사소송법 개정안에 대한 형사법 관련 3개 학회의 공동의견서, 형사법연구 제24호, 한국형사법학회, 2005.12, 387면.

19) 형사소송법 개정안에 대한 의견, 형사법연구 제25호, 한국형사법학회 2006.6, 415면 ; 형사소송법

V. 국회 사법제도개혁특별위원회의 활동과 사법제도 관련 법률(안)²⁰⁾

1. 사법제도개혁특별위원회 전체회의

사법제도개혁특별위원회는 2010.4.6. 제3차 회의에서 사법제도개혁특별위원회에 계류 중인 24개 법안을²¹⁾ 상정하여 각 법률안들을 소관 소위원회에 회부하였다. 그리고 변호사간계법에 관한 공청회를 열었다. 4.13. 제4차 회의에서는 검찰관계법에 관한 공청회를 열었으며, 4.20. 제5차 회의는 법원관계법에 관한 공청회로 진행되었다. 6.24. 제6차 회의에서는 「고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안」에 대해 공청회를 열었으며, 9.29. 제7차 회의에서는 디지털 증거 압수수색 실무 및 쟁점에 대한 설명을 들은 후 디지털 증거 수집의 문제점과 개선방안에 관한 공청회가 열렸다. 10.27. 제8차 회의는 상고심제도 및 법관인사제도의 개편방안에 관한 공청회를 가졌으며, 12.7. 제10차 회의에서는 위원장과 소위원회 위원장, 그리고 민주당 간사와 비교섭단체 소속의원 1인 등으로 6인 특별소위원회를 구성하였다. 2011.3.11. 제11차 회의에서는 6인 특별소위원회의 합의사항에 대한 보고가 있었으며,²²⁾ 4.20. 제14차 회의에서는 특별소위원회의 합의사항에 대한 소위원회 심사 상황의 보고가 있었으며, 4.25. 제15차 회의에서는 변호사관계법심사소위원회가 합의하여 전체회의에 회부한 전관예우를 금지하는 「변호사법 일부개정법률안」을 위원장 수정안으로 채택하였다.

일부개정법률안에 대한 의견서, 형사정책 제18권 제1호, 한국형사정책학회, 2006.6. 472면. 국가인권위원회의 의견 내용은 국가인권위원회 홈페이지 위원회소식/보도자료 1669면 참조.

20) 사법제도개혁특별위원회 전체회의의 회의내용과, 검찰관계법심사소위원회 회의내용, 법원관계법심사소위원회 회의내용, 변호사관계법심사소위원회 회의내용은 본 논문에서 인용하는 대법원 판결의 구체적인 사실관계에 대해서는 한국형사법학회 2011년 하계학술회의 발표자료집 67면-78면의 각주 77) 이하 : 국회의회의록시스템(<http://likms.assembly.go.kr/record/index.html>) 참조.

21) 2010.11.24. 기준으로는 사법제도개혁특별위원회에 75건의 법률안이 계류 중이었으며, 이 중 67%인 50건이 검찰관계법심사소위원회에 회부되었다.

22) 6인 특별소위원회의 합의사항에 대해서는 제298회 국회 사법제도개혁특별위원회회의록 제11호, 1면-9면.

2. 검찰관계법심사소위원회

검찰관계법심사소위원회는 2010.5.19. 제1차 회의에서 고위공직자비리수사처 내지는 조사처 설치에 대한 법무부 입장을 듣고, 고위공직자비리수사처 설치와 재정신청사건의 확대, 피의사실 공표 억제, 영장항고제 도입, 신문조서의 증거능력 배제, 피의자 진술의 영상녹화, 증거개시제도 개선, 법무부 문민화, 검찰인사제도 개선, 검사 제척·기피제도 도입, 대검 중수부 폐지, 검경 수사권 조정 및 경찰 수사권 독립, 형사보상 강화, 감찰·징계제도 개선, 체포 및 압수수색제도 개선, 형집행정지 및 가석방제도의 개선, 사면제도의 개선 등 17개의 의제와, 기타 의제로 법무부장관의 지휘권 폐지, 검사동일체 원칙 수정 또는 폐지, 면책조건부 진술제 도입, 참고인 강제구인제도 도입, 국민참여재판 확대, 정치적 외압 등 특수직권남용죄 신설, 반복 소환 금지, 사범방해죄 도입, 검찰총장 출석 의무화 등 9가지 원포인트 부분 등 총 26개의 의제를 검찰개혁 과제로 채택하였다.²³⁾

2010.6.15. 제3차 회의에서 소위는 고위공직자비리조사처 또는 수사처 설치와 관련된 법안으로 양승조 의원과 이정희 의원이 각각 대표발의한 「고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안」(의안번호 제1808137호, 제1808490호)과, 중앙수사부 폐지와 관련된 법안으로 박영선 의원이 대표발의한 「검찰청법 일부개정법률안」(의안번호 제1808235호), 그리고 특수직권남용죄 신설과 관련된 법안으로 박주선 의원이 대표발의한 「형법 일부개정법률안」(의안번호 제1808435호)에 대한 심의를 포함하여 공수처 문제를 논의하였다. 그리고 6.22. 제4차 회의와 6.29. 제5차 회의에서는 검사 인사 관련으로 양승조 의원과 박영선 의원이 대표발의한 「검사징계법 일부개정법률안」(의안번호 제1808070호, 제1808236호)과, 이한성 의원과 양승조 의원, 박영선 의원, 박주선 의원이 각각 대표발의한 「검찰청법 일부개정법률안」(의안번호 제1807962호, 제1808065호, 제1808235호, 제1808434호), 양승조 의원이 대표발의한 「형사소송법 일부개정법률안」(의안번호 제1808304호)을 심의하였다.

고발사건까지 재정신청 대상을 확대하고, 공소유지담당 변호사제도를 도입하며, 검찰 재항고제를 폐지하는 것을 내용하는 재정신청과 관련하여 2010.6.29. 제5차 회의에

23) 제290회 국회 사법제도개혁특별위원회회의록(검찰관계법심사소위원회 제1차 회의) 제1호, 10면.

서 소위는 검찰재항고제 폐지를 내용으로 박영선 의원이 대표발의한 「검찰청법 일부개정법률안」(의안번호 제1805996호)과, 재정신청 대상을 모든 고발사건에까지 확대하고 재정결정 사건의 공소유지를 검사가 수행하던 것을 제17차 형사소송법 개정 이전과 같이 변호사 중에서 지정하여 수행하도록 하는 것 등을 내용으로 박영선 의원이 대표발의한 「형사소송법 일부개정법률안」(의안번호 제1805992호), 그리고 공소의 유지를 담당할 자로 지정받은 변호사의 보수 등에 관한 사항 등을 내용으로 박영선 의원이 대표발의한 「공소유지담당변호사 보수에 관한 법률안」(의안번호 제1805993호)을 다루었다. 7.6. 제6차 회의부터 9.1. 제7차 회의와 9.7. 제8차 회의까지 긴급체포의 요건과 체포영장 발부 요건을 강화하고, 위법하게 수집된 증거에 대한 규정을 명확히 하며 증거 동의 과정에서의 고지 의무를 강화하고 기소된 사건의 경우 증거기록 및 수사기록까지 열람 또는 등사할 수 있는 조항을 신설하여 피의자가 공정하게 재판받을 권리를 보호하려는 취지에 서청원 의원이 대표발의한 「형사소송법 일부개정법률안」(의안번호 제1800524호), 디지털 증거의 압수 절차를 강화하는 것을 내용으로 이주영 의원과 이종걸 의원, 박선영 의원, 조영택 의원이 각각 대표발의한 「형사소송법 일부개정법률안」(의안번호 제1804366호, 제1804839호, 제1805246호, 제1806880호), 체포 및 압수수색 제도 개선을 내용으로 이한성 의원과 박선영 의원이 각각 대표발의한 「형사소송법 일부개정법률안」(의안번호 제1807960호, 제1808131호), 검사의 수사서류 목록 작성 의무 부여 등과 증거개시제도 개선을 내용으로 이정희 의원과 박영선 의원이 각각 대표발의한 「형사소송법 일부개정법률안」(의안번호 제1804938호, 제1808111호), 피의자 진술의 영상녹화와 신문조서의 증거능력 배제를 내용으로 김동철 의원과 서갑원 의원, 박영선 의원이 각각 대표발의한 「형사소송법 일부개정법률안」(의안번호 1808044호, 제1808201호, 제1808111호), 영장항고제 도입을 내용으로 여상규 의원이 대표발의한 「형사소송법 일부개정법률안」(의안번호 제1807952호), 출국금지 영장제 도입 등을 내용으로 박지원 의원이 대표발의한 「형사소송법 일부개정법률안」(의안번호 제1805995호) 등 13개 「형사소송법 일부개정법률안」을 다루었다.

2010.11.2. 제10차 회의에서는 지금까지 소위에서 논의한 내용 중 중요한 부분인 공수처 관련, 중앙수사부 폐지 관련, 피의사실 공표 관련 사항 등 세 부분을 압축하여 논의하였다.²⁴⁾ 이 회의에서는 김동철 의원 등 국회의원 10인이 입법발의한 「고위공직

24) 이외에 검사 인사 관련과 재정신청 관련 사항은 추후에 논의하는 것으로 하였으나, 이 사항들에

자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안」(의안번호 제1809842호)이 심의안건에 추가되었다. 그리고 2011.4.7. 제11차 회의는 6인 특별소위원회 합의사항과 관련된 법제화 내용 중 대검찰청 중앙수사부 폐지(정확하게는 중앙수사부의 수사기능을 폐지하고 중앙수사부에 일선청 지휘감독기능만 둔다는 것임)와 관련하여 검찰청법 제16조 제2항의 신설, 특별수사청 설치와 수사 대상(국회의원은 제외되었음)과 수사범죄의 범위, 경찰의 수사개시권 명문화와 경찰의 복종의무 및 사법경찰관리 교체임용의 요구 삭제를 내용하는 검경 수사권 분리 문제를 다루었다.

2011.4.11. 제12차 회의에서는 제11차 회의에서와 마찬가지로 6인 특별소위원회 합의사항과 관련된 법제화 내용으로 피의사실공표죄 적용대상 확대, 재정신청대상 확대,²⁵⁾ 검찰인사제도, 기소검사실명제 수용, 출국금지 영장주의, 영장준항고제도를 포함하여 디지털 증거에 대한 압수 등 영장제도 및 압수수색제도 개선, 현재 일변에서 시행하고 있는 검찰시민위원회 설치 등 일곱 가지 안건을 논의하였다. 4.12. 제13차 회의에서는 제11차 회의에서 논의되었던 중앙수사부 폐지가 입법사항인지에 대해 논란이 있었으며, 경찰의 수사개시권 명문화와 경찰의 복종의무 삭제, 그리고 피의사실공표죄 적용대상에 변호사를 포함할 것인지 여부, 검찰인사제도와 관련하여 검찰총장 후보추천위원회를 구성하는 검찰청법 제27조 제2항의 신설 및 검찰인사위원회의 심의기관 법제화, 기소검사실명제, 출국금지 영장주의 등을 다루었다. 4.14. 제14차 회의에서는 특별수사청 신설, 압수수색제도 개선,²⁶⁾ 영장항고제도와 조건부 석방제, 검찰시민위원회 설치, 검찰인사위원회 등에 대해 논의하였으며, 4.18. 제15차 회의에서는 4.20. 08:00에 개최되는 사법제도개혁특별위원회 전체회의에서 심의할 검찰개혁 안건의 제출과 관련하여 그 동안 소위에서 논의되어 온 특별수사청 설치, 검찰시민위원회 설치, 대검찰청 중앙수사부 폐지, 경찰 수사권,²⁷⁾ 압수수색제도 개선, 영장항고제

대한 논의는 이후 이루어지지 않았다.

25) 6인 소위의 합의사항은 현행 직권남용, 불법체포·감금, 폭행·가혹행위 고발사건에 대한 재정신청 대상을 형법 제126조 피의사실공표죄를 추가하는 내용이다.

26) 디지털 증거에 대한 압수수색의 요건과 방법, 압수대상 전신 범위의 구체화, 우체물 또는 전신에 대한 압수 요건의 강화, 무형의 전자적 기록 정보보전 및 제출명령 절차 보완, 전자우편 등에 대한 압수수색 영장발부 요건 강화, 정보압수물 출력·복제방식 법정화, 압수와 수색의 적부심사 등의 법제화에 대해서는 소위에서 대체로 의견의 일치를 보았다[논의 내용에 대해서는 제299회 국회 사법제도개혁특별위원회회의록(검찰관계법심사소위원회 제14차 회의) 제14호, 9면-16면].

27) 제196조(사법경찰관리) ① 수사관, 경무관, 총경, 경정, 경감 및 경위는 사법경찰관으로서 범죄의

도와 조건부 석방제도, 피의사실공표죄의 적용대상 확대, 재정신청대상 확대, 검찰인사제도(검찰청법 제34조의2, 제35조), 기소검사실명제, 출국금지 영장주의와 긴급출국금지제도의 도입 등 11개항에 대해 법원과 법무부, 그리고 경찰청 등 관계기관의 의견을 들은 후 법안 작성을 정리하였다.

2011.5.3. 제16차 회의에서는 9개 합의사항 중 조문화 작업과 관련하여 추가 논의가 필요한 안건으로 피의사실공표죄 고발사건을 포함하는 재정신청대상 확대와 관련된 형사소송법 제260조 개정과, 기소검사실명제와 관련된 형사소송법 제40조 개정에 대하여 의결하였다. 5.16. 제17차 회의에서는 사면심사위원회와 가석방심사위원회의 개선과 관련하여 회의록의 공개시기를 5년으로 합의하였으며, 수사기록 작성의무를 규정한 형사소송법 제198조 제3항의 신설에 합의하였다.²⁸⁾ 그리고 검경 수사권 조정과 관련하여 경찰의 복종의무를 규정한 검찰청법 제53조를 삭제하는데는 합의를 하였으나 경찰의 수사개시권 명문화에 대해서는 다음 회의에서 논의하기로 하였다.

2011.6.3. 제19차 회의에서는 국무총리실에서 조정을 지시한 경찰수사개시권 등 검경수사권 조정에 대해서는 더 기다려 보기로 하고,²⁹⁾ 압수수색적부심사를 제외한 압수수색제도 개선에 대해서는 합의하였으며, 영장항고제와 조건부 석방제에 대해서도 반대의견을 부기하는 것으로 해서 합의하였다. 그리고 긴급출국금지제도에 대해서는 합의하였으나 출국금지 영장주의에 대해서는 다음 회의에서 개정안을 다시 논의하기로 하였다. 대검찰청 중앙수사부 폐지와 관련된 1안과 2안의 선택에 대해서는 검찰청법 8조와 제12조의 개정 등에 대하여 합의가 이루어지지 않아 다음 회의에서 2안과 손범규 위원이 낸 3안 둘 중에 하나를 선택하는 것으로 하였다. 6.8. 제20차 회의에서는 검찰인사제도, 검찰심사시민위원회 그리고 검찰총장 후보추천위원회 등의 문제를 논의하였는데, 국민적 관심을 모으는 사건을 검찰이 불기소처분했을 때 검찰시민위원

협이가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.

제196조의2(사법경찰관리에 대한 수사지휘) ① 사법경찰관은 수사에 대한 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다.

28) “검찰, 사법경찰관리와 그밖에 직무상 수사에 관계있는 자는 수사 과정에서 수사와 관련되어 작성하거나 취득한 서류 또는 물건에 대한 목록을 빠짐없이 작성하여야 한다.”

29) 검경 수사권 조정 문제는 검찰과 경찰 사이에 협의가 있어야 한다는 이유로 국무총리실로 넘겨졌고, 이에 따라 국무총리실 주재로 검찰과 경찰의 수사권 조정 문제를 논의하기 위한 검경 관계자들의 간담회가 6.2.과 6. 그리고 8. 3차례 열렸다.

회가 그 적정성을 따지고 경우에 따라 재수사나 강제기소를 의결할 수 있도록 하는데 합의하였다. 이에 따라 검사의 불기소처분에 불복하는 사건 당사자는 고등법원에 기소를 요구하는 재정신청제도나 검찰심사시민위원회의 심사 중 하나를 선택할 수 있도록 하였다. 6.9. 제20차 회의에서는 검경 수사권 부분과 특별수사청 신설, 법무부 문민화 등을 논의하기로 하였다.

3. 법원관계법심사소위원회

법원관계법심사소위원회는 2010.4.29. 제1차 회의에서 동 위원회에 회부된 13건의 법률안, 즉 고등법원에 상고부를 설치하는 것을 내용으로 하는 「법원조직법 일부개정 법률안」(의안번호 제1805257호), 대법관의 수를 24명으로 증원하고 대법원에 대법관추천위원회를 두고 또 법관인사위원회를 현재의 자문기구에서 심의기구로 전환하며 판사 임용자격을 10년 이상 경력자로 강화하는 등의 내용인 「법원조직법 일부개정 법률안」(의안번호 제1807953호), 그리고 노동 관련 사건을 전속관할로 하는 노동법원을 설치하는 것을 내용으로 하는 「노동법원법안」(의안번호 제1808173호)와 노동법원 설치와 관련된 「각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률 일부개정 법률안」(의안번호 제1808174호) 및 「법원조직법 일부개정 법률안」(의안번호 제1808175호), 전문 법률 분야 연구를 위한 비판연구회를 설립할 수 있는 근거를 마련하는 내용으로 되어 있는 「법원조직법 일부개정 법률안」(의안번호 제1807486호), 징계혐의자인 법관의 퇴직을 제한하는 내용인 「법원조직법 일부개정 법률안」(의안번호 제1808069호), 그리고 전직 대법원장과 대법관 등에게 연금을 지급하도록 하는 내용인 「전직대법원장등의 공익활동 지원에 관한 법률안」(의안번호 제1808244호), 전직 대법원장 등이 민사조정위원이 되도록 하는 등 그 활동 의무를 정하는 「민사조정법 일부개정 법률안」(의안번호 제1808242호), 양형 관련법안인 「양형기준법안」(의안번호 제1808019호)과, 형사소송 관련 법안으로 피의자라 할지라도 일정한 요건을 갖추면 국선변호인의 조력을 받을 수 있도록 하여 피의자의 소송법상의 지위를 강화할 필요가 있다는 점에서 국선변호인을 선임해야 하는 경우를 피고인뿐만 아니라 피의자로 확대하고, 피고인 또는 피의자가 시각장애인인 경우에도 법원이 국선변호인을 선정하도록 하는 「형사소송법 일부개정 법률안」(의안번호 제1808074호) 및 범죄피해자의 권리보호를 위한 법적 지원이 필요하

다고 인정하는 때 법원이 국선변호인을 선정할 수 있도록 하는 「형사소송법 일부개정법률안」(의안번호 제1808176호)을 심의하기로 하였다.

2010.11.11. 제11차 회의에서는 양형기준법 제정과 관련하여 전문가들로부터 진술을 듣는 간담회를 가졌으며, 2011.4.5. 제12차 회의에서는 6인 특별소위원회의 합의사항을 법제화하는 방안으로 법조 일원화와 그 시행시기, 로클렉제도에 관한 사항, 상고심제도 개편 및 시행시기, 법관인사제도의 개편과 관련하여 대법관추천위원회의 법제화와 법관평정제도 개선, 그리고 양형기준법 도입, 판결서 전문 인터넷 게시 부분, 법원 작성 증거목록 공개, 영장항고제도 및 조건부 석방제도 도입 방안들을 논의하였다.

2011.6.3. 제16차 회의에서는 상고심제도 개편과 관련하여 대법원의 법률심 기능을 강화하는 안과 상고심을 이원화해서 대법원에 대법관 아닌 판사를 두는 안에 대하여 대법원의 의견을 들었으며, 법조 일원화 방안 등 잠정적으로 합의한 6개 안건에 대해 논의하였다. 6.7. 제17차 회의에서는 법조일원화와 법관인사제도 개편, 양형기준법안, 상고심제도 개편 문제에 대해 논의하였으며, 6.9. 제18차 회의에서 상고심제도 개편 문제에 대해 한번 더 논의하고, 양형기준을 국회 동의를 받게 할 것이냐 안 할 것이냐와 영장항고제도 조건부 석방제도를 도입하느냐 안 하느냐에 대해 결론을 내기로 하였다.

4. 변호사관계법심사소위원회

변호사관계법심사소위원회는 2010.6.30. 제1차 회의에서 법률구조공단으로 하여금 법률사무에 필요한 비용을 보상하기 위한 공제사업을 수행하도록 하여 일반 국민의 법률 서비스에 대한 접근을 용이하게 하려는 내용으로 의원입법으로 발의되어 있던 「법률구조법 일부개정법률안」(의안번호 제1807943호)과 변호사 보수의 기준을 마련하기 위한 「변호사 보수 등의 기준에 관한 법률안」(의안번호 제1808229호), 그리고 3건의 「변호사법 일부개정법률안」(의안번호 제1800037호,³⁰⁾ 제1807945호, 제1808071호³¹⁾)에 대

30) 법조비리를 근절시키고 법률소비자를 보호하기 위하여 변호사의 수입로 상한을 제한하고 성공보수를 금지시키며, 판사 또는 검사가 퇴직 후 최종 근무지에서 변호사로 개업할 경우 발생할 수 있는 전관예우를 근본적으로 차단하기 위해 일정기간동안 형사사건의 수입을 제한하고, 변호사의 수입계약에 대한 기준이 없어 각종 불공정계약에 따른 법률소비자 피해 및 과세회피의 가능성이 있기 때문에 표준계약서에 의한 서면계약을 의무화하는 것을 내용으로 하고 있다.

31) 징계처분을 받고 퇴직한 법관 또는 검사는 징계의 종류에 따라 일정기간 변호사로 활동할 수 없도

하여 심의하였다. 2011.4.8. 제4차 회의에서는 6인 특별소위 합의를사항을 토대로 법제화한 내용인 법학전문대학원 졸업생의 실무수습기간, 전관 변호사 수임제한, 법무법인 설립요건 완화, 대법관과 헌법재판관 그리고 검찰총장 등 장관급 범조인 변호사 개업 제한 권고규정 등에 대하여 논의하였으며, 2011.4.13. 제5차 회의에서는 홍준표 의원이 대표발의한 「변호사법 일부개정법률안」(의안번호 제1811293호)을 추가로 심의 대상에 포함하여 변호사의 사건 수임을 제한하는 등의 변호사법 개정을 심의하였다.

2011.4.22. 제6차 회의에서는 그 동안 심의한 7개 법안에 대해 최종안을 도출하였으며, 이 최종안은 사법제도개혁특별위원장이 「변호사법 일부개정법률안(대안)」(의안번호 제1811659호)으로 제안하여 2011.4.29. 제299회 국회 본회의에 상정되었으며, 국회 본회의 논의과정에서 홍준표 의원 외 33인이 발의한 이른바 ‘전관예우금지법’에 해당하는 「변호사법 일부개정법률안(대안)에 대한 수정안」이 가결되었다.

VI. 형사소송법학의 중심 잡기

앞서 언급한대로 국회와 법무부의 형사소송법 개정작업에서 형사사법의 각 기관들이 각자의 이해관계를 가지고 형사소송법학에 적극적으로 개입함으로써 형사소송법학이 기관학문으로 흐른다는 우려가 현실로 나타나고 있다. 형사소송법의 해석과 논증을 통해 입법과 실무의 방향을 제시하는 이론법학은 제외된 채 학자들과 학회는 공론의 장에서 배제된 주변인으로 전락하고 있다.

형사소송절차에서 수사와 공판이라는 축을 담당하고 있는 수사기관과 법원의 입장에서 형사소송법의 입법개정 뿐만 아니라 해석학을 바라보게 되면 어떻게 해석하고 입법하느냐에 따라 기관의 위상과 더불어 소송절차를 진행하는 편리함은 달라질 수 있을 것이다. 형사소송법이 그 특성상 정치적 색채를 떨 수 밖에 없다 하더라도, 그렇다고 해서 형사소송법학의 실천적 지향점인 형사피의자·피고인의 인권 보장을 통한 민주적 이념과 가치의 실현 그리고 사법정의를 실현은 도외시된 채 정쟁의 대상이 되어서는 안된다는 점은 분명하다. 그럼에도 불구하고 사법개혁 또는 선진형사사법시스템의 도입이라는 명분으로 현재 진행되고 있는 형사소송법의 개정과정과 그 논의 내

록 하는 내용이다.

용을 보면 과연 형사법학자들이 지금까지 추구해 온 가치와 이념이 녹아 든 방향으로 가고 있는지 의문을 가질 수 밖에 없다. 형사소송절차에 관여한 기관들이 자칫 권력 간 힘의 이동에 따른 그 힘의 행사 범위와 정도에 몰입되어 형사소송법 개정을 통해 그 힘을 더 가지려고 하거나 가지고 있는 힘을 놓아주지 않으려는 행태를 취한다면 형사소송법학은 더 이상 이론법학이 아닌 기관학문으로 전락하게 밖에 없으며, 보기에 따라서는 이러한 우려가 최근 현실로 나타나고 있다고 할 수 있다.

역사를 되돌아보면 권력은 그 정당성을 확보하기 위하여 이념(Ideology)을 창출해 내고, 그 이념을 창출하는데 있어 학문이나 이론을 종속시킨 예들을 볼 수 있다. 마찬가지로 형사소송법의 개정을 통해 가질 수 있는 권력의 힘에 빠져 걸으려는 국민과 우리의 미래를 위한 사법개혁이라는 거창한 이념을 내세우지만 그 정당성을 확보하기 위해 온갖 이론들을 끌어들이는 역사는 퇴보할 수 밖에 없다. 유신헌법까지 언급하지 않더라도 모든 고소·고발사건에 대해 재정신청을 할 수 있었던 제정 형사소송법의 규정이 1973년 제3차 개정에 의해 3개 고소사건으로 제한되었고, 제17차 형사소송법 개정을 통해 그나마 모든 고소사건과 3개 고발사건으로 되돌려 놓는데 30년이 걸렸다는 점을 인식한다면 힘의 논리로 진행되고 있는 형사소송법 개정을 경계하지 않을 수 없다.

학자들은 학문적인 연구만이 아니라 다양한 형태로 사회참여를 하면서 현실을 긍정적으로 변화시켜 왔다. 그리고 학문적 주관에 따라 독자적인 목소리를 연구물에 담아내고, 이러한 과정을 통해 사회와 학문은 발전해 왔다. 그럼에도 이론을 통한 현실 참여가 권력감정과 실현만족에 머문다면 정치철새교수(Polifessor) 내지 기회형교수(Snoopyfessor)로 전락할 위험성은 항상 내재되어 있다고 본다. 그리고 학회도 형사법의 중심을 잡기 위해서는 제 목소리를 내야 하며, 지금의 논의를 학회로 가져 와야 할 것이다. 비록 법무부의 형사소송법 개정안이 국회에 제출되면 학회의 의견을 제시한다 하더라도 2010.10. 법무부가 입법예고한 형법개정안에 대해 학회의 의견을 표명했듯이 국회와 법무부가 주도하고 있는 형사소송법의 방향에 대해서는 의견을 나타내는 것이 바람직하다고 본다. 또한 형사소송법과 형법 등 형사법 개정의 논의를 학회로 가져 와 학회가 주도하는 논의를 통해 입법방향과 내용이 정해질 수 있도록 해야 할 것이다.

끝으로 이 발표가 학자적 양심으로 형사법의 개정 작업에 참여하고 있는 교수님들께 누가 되는 비난적 반사광으로 비추어지지 않았으면 하는 바램이다.

* 주제어 : 사법개혁, 형사소송법, 사법제도개혁특별위원회, 제17차 개정 형사소송법, 형법 개정

* 논문접수 : 2011.8.30. * 심사개시 : 2011.9.4. * 게재확정 : 2011.9.17.

[참고문헌]

- 강동범, “구속영장재판에 대한 불복 가부”, 형사법연구 제21권 제3호, 한국형사법학회, 2009.9.
- 김봉수, “피고인의 공소사실과 관련한 공동피고인에 대한 경찰작성 신문조서의 증거능력 - 왜 제312조 ‘제4항’이 아니라 ‘제3항’을 적용하는가? -”, 형사법연구 제22권 제1호, 한국형사법학회, 2010.6.
- 김재봉, “개정 형사소송법과 수임판사의 재판에 대한 불복”, 형사법연구 제19권 제4호, 2007.12.
- 김태명, “다시 개정되어야 할 재정신청제도”, 형사정책연구 제21권 제2호, 한국형사정책연구원, 2010.6.
- 박노섭, “유죄협상제도 도입 가능성에 대한 연구”, 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008.3.
- 박용철, “진술거부권 불고지에 대한 소송법적 문제”, 형사법연구 제22권 제1호, 한국형사법학회, 2010.9.
- 변종필, “간이절차와 유죄협상”, 비교형사법연구 제12권 제1호, 한국비교형사법학회, 2010.12.
- 서보학, “참고인 강제구인제도에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 제21권 제3호, 한국형사법학회, 2009.9.
- 서보학, “검사독점적 영장청구제도에 대한 비판과 입법론적 대안”, 비교형사법연구 제12권 제1호, 한국비교형사법학회, 2010.7.
- 윤동호, “플리바게닝(Plea Bargaining) 도입론 비판”, 형사법연구 제21권 제3호, 한국형사법학회, 2009.9.
- 윤종행, “적법절차를 따르지 아니하고 수집한 압수물의 증거능력”, 형사법연구 제19권 제4호, 한국형사법학회, 2007.12.
- 이승호, “개정 형사소송법상 전문증거(傳聞證據)의 증거가치에 대한 검토”, 형사법연구 제19권 제4호, 한국형사법학회, 2007.12.
- 이완규, “개정 형사소송법상 조서와 영상녹화물”, 비교형사법연구 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007.12.
- 이호중, “공판 분야의 개정방안”, 한국형사법학회/한국형사정책연구원, 형사소송법 개정의 쟁점과 검토, 2010년 공동학술회의 발표자료집, 2010.9.30.

- 조기영, “재정신청절차의 해석론적 쟁점”, 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008.3.
- 차정인, “개정 형사소송법상의 증거조사”, 형사법연구 제19권 제4호, 한국형사법학회, 2007.12.
- 천진호, “수사과정에서의 영상녹화제도의 합리적 운용방향”, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법학회, 2009.7.
- 최석윤, “법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 압수물의 증거능력”, 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008.3.
- 하태인, “수사상 긴급체포 요건과 운용”, 형사법연구 제23권 제1호, 한국형사법학회, 2011.3.
- 하태훈, “한국형사법학회 형사소송법 개정안에 대한 논평 - 수사 일반과 강제처분 부분 -”, 형사법연구 제23권 제1호, 한국형사법학회, 2011.3.
- 한상훈, “형사소송의 구조와 검사, 피고인의 지위 - 당사자주의와 증거개시제도를 중심으로”, 형사법연구 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009.12.
- 황태정, “개정 형사소송법상 공판준비절차”, 비교형사법연구 제12권 제1호, 한국비교형사법학회, 2010.12.

[Abstract]

Discussion about ideas and values of the Criminal Procedure Code

Chun, Jin-Ho*

In recent years, National Assembly and the Ministry of Justice has been working on the revision of the Criminal Procedure Code. Relations agencies in favor of their own to the revision are actively involved. Study of the Criminal Procedure Code so that these institutions are involved in the study concerns the flows are becoming a reality. Theory of the Criminal Procedure Law and the interpretation of the legislation and practices through demonstration is to show the direction of. Amendments to the Criminal Procedure Code in such a teaching and research groups are excluded while the Outsider is like.

Law enforcement agencies and courts in criminal investigations and court proceedings, is nestled into a great pillar. So how to interpret the Criminal Procedure Code and the legislative organs, depending on the course of the proceedings of the phase and convenience will be different.

Criminal Procedure Code had to take the castle that is not political in nature. Nevertheless, the human rights of criminals over the realization of democratic ideas and values, and the realization of justice should not be ignored, the point is clear. Nevertheless, judicial reform or the introduction of advanced criminal justice system as a justification for the ongoing revision process of the Criminal Procedure Code and look at the contents of the discussion, really criminal law had been sought by scholars until now have been reflected in values and ideology is suspect.

* Professor, Dong-A University Law School, Ph.D. in Law

Through the revision of the Criminal Procedure Act, each institution that they have more power or strength and I are trying to do, if not free, no longer a theoretical study of the Criminal Procedure Code can not be considered as law.

Not only academic research scientists in various forms of social engagement have changed in a positive and realistic. According to subjective and academic research results to them in their own voice, pay, through this process has been developed for social and academic. Nevertheless, through the theory and implementation realities involved to satisfy the emotional staying power, the Polifessor type or Snoopyfessor to see that there is always the risk of falling.

Institute of Criminal Law and also gets us to the center to pay their own voices, and the Society now brought into the discussion will be followed. Although the Ministry of Justice's Criminal Procedure Code amendments are submitted to the National Society's opinion, even if presented in the National Assembly, led by the Ministry of Justice and the Criminal Procedure Code that indicates the direction of the comments about the look is desirable. In addition, the Criminal Procedure Code and the Criminal Justice Institute, and the discussion of amendments to the Criminal Law Association takes over the discussion, led by the direction and content of legislation to do so will be identified.

* Key words : Judicial Reform, Criminal Procedure Law, Committee on Judicial System Reform, 17th Revision of Criminal Procedure Law, Revision of Criminal Law

◆ 편집위원회 ◆

위원장 문 채 규 (부산대 교수)
위원 김 성 돈 (성균관대 교수)
김 성 룡 (경북대 교수)
김 재 봉 (한양대 교수)
류 전 철 (전남대 교수)
서 보 학 (경희대 교수)
심 희 기 (연세대 교수)
원 혜 욱 (인하대 교수)
이 경 재 (충북대 교수)
이 인 영 (홍익대 교수)
간 사 조 기 영 (전북대 교수)

刑事法研究 제23권 제3호 (2011년 가을·통권 제48호)

2011년 9월 27일 인쇄

2011년 9월 30일 발행

발행인 신 양 균

발행처 韓國刑事法學會

제작처 圖書出版 法元社

서울시 성동구 성수동2가 277-43

한신아크밸리 1305호

Tel : 544-8086 Fax : 544-1733

등록 : 1976. 11. 8. 제2010-000034호

홈페이지 <http://www.bubwonsa.com>

정가 15,000원