

[특 집]

## 약식절차 개선방안에 관한 연구\*

김재봉\*\*, 한영수\*\*\*, 조기영\*\*\*\*

차 례	
I. 서론	V. 약식절차의 개선방안
II. 약식절차의 본질과 기능	VI. 정식재판 청구사건의 상고제한 검토
III. 약식절차의 현황과 문제점	VII. 결 론
IV. 외국의 약식절차	

### I. 서론

오늘날 대부분 국가에서 단순·경미한 형사사건에 대하여 간이하고 신속하게 처리할 수 있는 절차를 마련해 놓고 있다. 즉 중한 죄와 경한 죄에 있어서 그 처리절차와 원리를 달리하는 이원적 체계를 유지하면서, 중한 죄에서 적법절차의 보장과 신중한 처리를 보장하는 반면 경한 죄에서는 효율적인 사건처리에 비중을 둠으로써 소위 '선택과 집중'의 원리에 따른 규율을 하고 있다. 이러한 구조를 어떻게 적절히 설계하느냐는 전체적인 형사사법 체계의 성공적인 운영에 있어서 중요한 관건이 된다고 할 수 있다. 특히 약식절차는 단순·경미한 사건의 간이·신속한 처리를 위한 핵심적인 제도로써 자리잡고 있다. 이는 공판절차 없이 서면심사를 통하여 사건을 신속하게 해결함으로써, 법원·검찰 등 형사사법기관의 업무부담을 덜어주

\* 이 논문은 2008년 대법원이 한국형사법학회에 연구용역을 의뢰함에 따라 필자들이 이를 수행한 결과를 요약하여 게재한 것이다.

\*\* 한양대학교 법학전문대학원 교수

\*\*\* 아주대학교 법학전문대학원 교수

\*\*\*\* 전북대학교 사범대학 전임강사

고, 피고인의 입장에서라도 외부에 노출됨이 없이 사건의 부담에서 신속하게 벗어날 수 있는 등의 장점을 갖는 제도로써 그 가치를 인정받고 있다.

이처럼 여러 장점과 가치를 인정받는 약식절차가 현재 우리나라에서 그 본래의 기능을 충실히 수행하기 위한 제도적 여건을 구비하지 못하여 여러 문제점을 노출시키고 있다. 검찰 기소사건의 90% 가까운 사건이 약식명령 청구사건임에도 불구하고 불구하고도 불구하고 현행 약식절차는 처리기간의 장기화, 정식재판청구의 남발, 기판력 제도의 오용 등 절차의 신속이나 소송경제에 부합되지 못하게 운영되고 있다. 또한 최근 약식명령에 대한 정식재판청구 사건에 대한 항소 및 상고의 급증에 따라 신속한 재판의 이념 실현 및 사법자원의 적정 배분에 장애요인이 되고 있다. 이러한 문제상황을 계속 방치함으로써 약식절차의 기능이 약화될 경우 약식절차 그 자체는 물론 중대한 사건의 적정한 처리에도 지장을 초래하여 전체 형사사법 구조를 왜곡시키게 될 것이다. 이는 형사사법기관과 피의자·피고인 모두에게 피해로 돌아가게 될 것이며 사법불신의 원인으로 작용할 수 있다.

약식절차가 직면한 이러한 여러 문제점에 대한 인식을 바탕으로 하여 아래에서는 현행 약식절차의 바람직한 개선방안에 대하여 논의해 보고자 한다. 먼저 약식절차의 본질과 기능에 대하여 살펴보고, 현행 약식절차의 현황 및 문제점을 검토한 후, 독일, 일본 등 외국의 제도를 참고로 하여 그 개선방안을 여러 각도에서 도출해 보고자 한다. 약식명령에 대한 정식재판청구사건의 상고제한 문제는 별도로 장을 나누어 검토해 보기로 한다.

## II. 약식절차의 본질과 기능

약식절차는 법원이 공판절차를 거치지 않고 검사의 수사기록을 근거로 약식명령을 발부한다는 점에서 증거조사와 피고인신문에 의해 절차를 진행하는 통상절차와 구별된다. 독일에서는 약식절차의 이와 같은 특성과 관련하여 독일제국형 사소송법에 과형명령절차가 도입된 초기부터 약식절차에 대한 '본질론'이 전개되어 왔다.

약식절차의 본질에 관한 이론은 크게 포기이론(Unterwerfungstheorien)과 확신이론

(Überzeugungstheorien)으로 나눌 수 있다<sup>1)</sup>. 전자는 약식절차의 본질은 피고인이 자신에게 가해지는 형사책임에 대한 포기에 있다는 이론이며, 후자는 약식명령의 발부는 법원이 충분한 혐의에 대한 확신에 의한 것이며 약식절차는 구두로 진행되는 통상절차와 달리 검사의 서류를 바탕으로 법관의 확신이 이루어진다는 점에서 차이가 있을 뿐이라는 입장이다. 확신이론은 결국 약식절차의 본질을 소송경제를 위한 신속한 사건처리에서 구하게 된다.

포기이론은 다시 의제설(Fiktionstheorie)과 계약설(Vertragstheorie)로 구분할 수 있다. 의제설은 민사소송에서의 독촉절차(Mahnverfahren)와 마찬가지로 피고인이 과형명령에 대하여 이의를 제기하지 않음으로써, 즉 정식재판청구를 하지 않음으로써 피고인의 책임이 의제된다는 견해이다. 계약설도 책임에 대한 처분관념을 인정하는 학설의 일종으로서, 법관이 신속한 절차종결을 제안하고 피고인은 정식재판청구를 하지 않음으로써 이러한 제안을 받아들이는 데에 약식절차의 본질이 있는 것으로 이해한다. 이러한 입장에서 약식절차는 쌍무적 법률행위적 계약으로 이해된다. 따라서 과형명령은 '충분한 혐의'만으로 부과할 수 있다는 것이다.

이에 대하여 확신이론은 서면심리에 의해 약식명령을 부과하기 위해서는 통상절차와 마찬가지로 법관의 확신이 필요하다고 주장한다<sup>2)</sup>. 약식절차에서도 법관은 유죄에 대한 확신을 가질 수 있어야 하며, 다만 판단의 자료가 공판절차에 비해 완화되어 있을 뿐이라는 것이다.<sup>3)</sup> 확신이론에 따르면 법원은 약식명령을 부과하기 위해서는 피고인의 책임과 부과되는 형벌에 대해 확신을 가져야만 한다. 즉, 약식절차에서 법관의 확신이 통상절차에서의 그것과 질적으로 구분되는 것은 아니다. 입법자가 약식절차를 둔 것은 소송경제를 이유로 경미하고 사실관계와 법률적 쟁점이 간단한 범죄에 대한 신속한 책임입증을 허용한 것이지, 책임입증을 전체적으로 포기하고자 하는 것은 아니다.<sup>4)</sup>

1) Löwe-Rosenberg-Gössel, StPO, 25Auf(2001), vor §407 Rn. 24ff.

2) Löwe-Rosenberg-Gössel, StPO, vor §407 Rn. 25.

3) 확신이론은 포기이론이 약식명령을 발부하기 위해서는 '충분한 혐의'만의 심사로 충분하다는 포기이론의 관점에 대하여 약식명령을 부과하기 위해서는 행위자의 책임과 형벌의 적정성에 대한 법관의 확신이 요구된다고 비판한다. Ebert, Der Tatverdacht im Strafverfahren unter spezieller Berücksichtigung des Tatnachweises im Strafbefehlsverfahren, 1999, S. 196ff., 219ff; Fezer, Vereinfachte Verfahren im Strafprozeß ZStW 106(1994), S. 20ff; Rieß/Hilger, Das neue Strafverfahrensrecht, NStZ 1987, S. 204.

4) Vivell, Das Strafbefehlsverfahrens nach Eröffnung des Hauptverfahrens (§408a StPO), 2006, S. 54

포기이론은 2차 대전 후에도 유지되고 있으며, 여전히 포기사상은 형사절차에서 협상이 활용되게 됨에 따라 실무에서 중요한 의미를 가지는 것으로 지적되고 있다.<sup>5)</sup> 그러나 포기이론에 대하여는 형사책임은 민법상의 청구권과는 달리 처분할 수 있는 것이 아니라는 비판을 가할 수 있다. 민법상 청구권은 의제될 수 있지만 형법상 책임은 의제될 수 있는 성질의 것이 아니다. 포기이론의 책임의제라는 기본 출발점은 약식절차에도 적용되는 무죄추정의 원칙과 조화될 수 없다. 책임의 문제는 당사자의 처분에 맡겨져 있지 않으며, 형사소송의 과제는 어떤 절차에 의할지라도 무죄추정을 심사하는 것이며, 형사소송의 목적까지 변경하면서 약식절차를 설명하는 것은 타당하지 않다.

통상절차나 약식절차 모두 법관의 범죄협의에 대한 확신이 필요하다는 점에서 동일한 것으로 이해하여야 할 것이다(확신이론). 약식절차나 통상절차에서의 법관의 확신은 동일하므로 약식절차의 본질은 약식절차의 목적과 기능 측면에서 찾을 수밖에 없으며, 그것은 다름 아닌 '소송경제의 요청'인 것이다.<sup>6)</sup> 즉, 약식절차란 소송경제를 위해 공판절차 없는 서면절차에 의한 형의 부과를 허용하는 절차인 것이다.<sup>7)</sup>

### III. 약식절차의 현황과 문제점

#### 1. 약식절차의 현황

5) Ebert, aaO, S. 210.

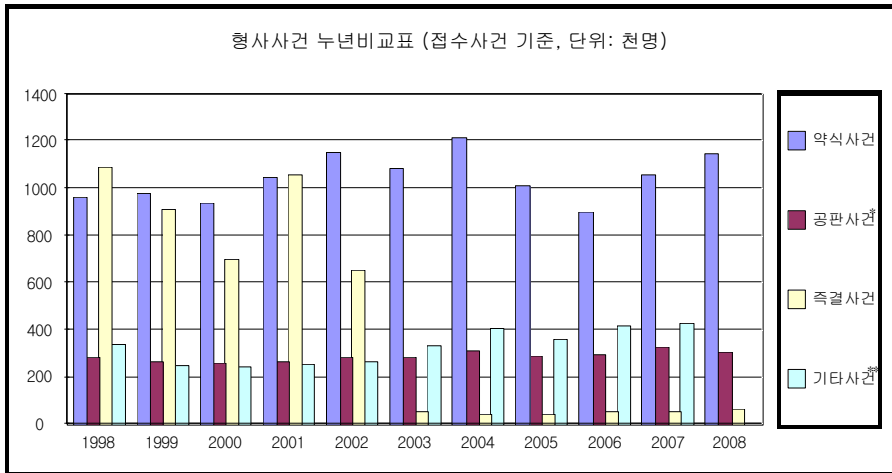
6) 약식절차는 형사절차의 신속화라기보다는 오히려 '신속한 절차종결'에 대한 희망이 이 제도를 창설하고 강화하는 원동력이 되었다는 지적이 있다. 독일제국형사소송법의 약식절차의 모델이 된 프로이센의 독촉절차는 경미사건의 신속한 종결을 위한 모델이었으며, 나치시대와 독일통일 이후 법관의 부족으로 약식절차가 확대되었다는 것이다. Ebert, aaO, S. 49, 203, 205.

7) 확신이론에 대하여는 형사절차를 간략화 하는 것과 관련하여 피고인의 지위가 약화되고 방어권을 원활하게 행사할 수 없으며, 업무부담 경감을 위해 사건을 처리함으로써 형사사법의 중요성을 위협할 수 있으며 이와 관련하여 형사절차에서 협상실무가 증가할 우려가 있다는 비판이 제기되고 있다(Löwe-Rosenberg-Gössel, StPO, vor §407 Rn. 26). 독일에서 유력한 견해는 이러한 비판의 정당성을 완전히 부인할 수는 없지만, 그럼에도 불구하고 약식절차는 독일 형사절차에서 불가피하다고 주장한다. 수많은 경미범죄를 공판절차에 의해 처리하는 것을 독일 형사사법이 감당할 수 없다는 것을 이유로 한다. 복잡하고 중대한 범죄를 신중하게 해명하기 위해서는 어쩔 수 없다는 것이다. 따라서 독일에서 약식절차를 포기할 수는 없다는 것이다(Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 513).

가. 약식사건의 비중

전체 형사사건을 공판사건, 약식사건, 즉결사건, 기타사건으로 구분할 때 약식사건이 차지하는 비중은 상당히 높은 편이다. 그림 1에 잘 나타나 있듯이 약식사건은 거의 매년 100만 건 이상 법원에 접수되고 있다. 반면, 즉결사건의 수는 2000년대 들어서서 급격히 감소하여 2001년 1,054,744건을 기록했다가 2008년 62,487건을 기록했다. 즉결사건의 급격한 감소에 따라 전체 형사사건 가운데 약식사건이 차지하는 비중은 더욱 높아졌다. 2008년 전체 공판사건은 1심 단독사건이 216,754건, 1심 합의부사건이 14,634건, 항소심사건이 56,112건, 상고심사건이 14,701건, 치료감호사건이 313건 등 모두 302,514건이었던데 비하여, 약식사건은 1,145,754건이었다. 약식절차에 의하여 해결되는 형사사건의 수는 1심 공판사건에 비하여 약 5배나 된다.

【그림1】 형사사건누년비교표(출처:사법연감)



\* 공판사건: 1심, 항소심, 상고심 및 치료감호사건 포함  
 \*\* 기타사건: 형사신청, 항고, 재항고, 영장 및 감치파태료사건

나. 검찰의 사건처리 현황

검찰의 피의사건 처리내용은 크게 기소, 불기소, 법원송치로 구분할 수 있다. 2007년도 전체 검찰처리인원은 총 1,989,862명이었으며, 검찰은 그 중 52.4%에 해당하는 1,042,473명에 대하여 기소하였다. 기소인원의 11.2%에 해당하는 116,829명에 대하여 구공판, 기소인원의 88.8%에 해당하는 925,644명에 대하여 구약식으로 처리

하였다. 전체 기소사건 중의 절대다수가 약식명령사건임을 알 수 있다. 특히 특별 범위반사건의 경우 구약식 비율이 기소인원의 93.1%(전체 사건처리인원의 62.3%)에 달하고 있으며, 구공판 비율은 기소인원의 6.9%(전체 사건처리인원의 4.6%)에 불과하다. 반면, 형법범의 경우 구약식 비율은 기소인원의 76.4%에 그쳤다. 특별범위반의 구약식인원은 719,818명으로 형법범의 구약식인원 205,826명의 3.5배나 되었다. 특별 범위반사범의 구약식인원이 많은 이유는 특별범위반사범 중에는 도로교통범위반이나 교통사고처리특례법적용사범 등의 교통사범이 절대적 비중을 차지하고 있고, 이들 대부분이 구약식의 방식으로 기소되고 있는 점에 기인하고 있다. 표 1은 2007년 검찰의 사건처리결과를 범죄유형별로 세분한 통계자료다.

【표 1】 범죄유형별 검찰의 사건처리결과 (출처, 범죄분석)

2007년 범죄자 유형별 검찰처분			형법범							특별범 위반	
			재산 범죄	강력 범죄 (홍약)	강력 범죄 (폭력)	위조 범죄	공무원 범죄	풍속 범죄	과실 범죄		기타 형법범
기 소	구공판	구속	12,448	3,203	2,938	954	195	526	33	1,664	11,671
			3.4%	21.7%	0.9%	3.3%	8.5%	1.3%	0.6%	2.6%	1.0%
	불구속	구약식	21,012	1,277	7,156	3,832	298	2,166	270	5,723	41,463
			5.7%	8.7%	2.3%	13.2%	13.0%	5.5%	5.2%	9.0%	3.6%
	구약식		64,196	2,045	93,341	4,762	73	13,995	2,007	25,407	719,818
		17.5%	13.9%	30.0%	16.5%	3.2%	35.3%	38.7%	39.9%	62.3%	
송 치	소년보호송치		9,064	884	7,006	165	-	2	9	138	4,486
			2.5%	6.0%	2.2%	0.6%	0.0%	0.0%	0.2	0.2%	0.4%
	가정보호송치		151	8	3,614	-	-	-	-	11	61
			0.0%	0.1%	1.2%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
성매매보호송치			-	-	-	-	-	-	-	329	
			0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	
불 기 소	기소유예		53,197	856	86,536	5,736	113	15,116	1,072	6,587	84,402
			14.5%	5.8%	27.8%	19.8%	4.9%	38.1%	20.5%	10.3%	7.3%
	혐의 없음		115,539	2,054	19,343	7,731	1,517	2,846	1,082	17,648	57,293
		31.4%	13.9%	6.2%	26.7%	66.3%	7.2%	20.7%	27.7%	5.0%	
최 가 안 됨	최가 안됨		217	24	569	12	10	111	13	435	271
			0.1%	0.2%	0.2%	0.0%	0.4%	0.3%	0.2%	0.7%	0.0%
	공소권 없음		8,114	3,739	86,386	936	46	3,538	583	3,895	166,442
			2.2%	25.4%	27.7%	3.2%	2.0%	8.9%	11.1%	6.1%	14.4%

기소증지	70,045	545	4,058	3,691	17	1,077	155	1,758	64,420
	19.0%	3.7%	27.7%	12.8%	0.7%	2.7%	3.0%	2.8%	5.6%
참고인증지	13,775	92	577	1,118	18	272	12	423	5,398
	3.7%	0.6%	0.2%	3.9%	0.8%	0.7%	0.2%	0.7%	0.5%
공소보류	-	-	-	-	-	-	-	-	1
	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%

다. 법원의 약식사건처리 현황

2008년 한 해 동안 법원이 약식사건을 처리한 결과를 보면 총 처리인원 1,143,037명 중에서 약식명령을 선고한 인원은 1,002,175명이며, 공판에 회부한 인원은 8,574명이고, 검사나 피고인이 판결에 불복하여 정식재판을 청구한 인원은 85,148명이었다. 또한 약식명령의 처리기간이 1월 이내로

【그림 2】 약식명령 처리기간 (출처: 사법연감)

비교적 짧은 경우가 전체 약식명령사건 중에서 65.7%로 750,432건, 2월 이내가 24%로 274,670건, 3월 이내가 7.4%로 84,541건이었다. 심지어 처리기간이 3월을 초과한 경우도 2.9%로 33,394건이나 되었다.



라. 정식재판청구사건

약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 사건의 비중이 매년 증가하고 있다. 표 2를 보면, 정식재판청구사건은 1999년 24,098건에 불과하였지만, 2008년에는 86,276건으로 크게 증가하였다. ‘약식명령사건 대비 정식재판청구사건의 비율’<sup>8)</sup>도 1999년 2.5%에서 2008년 7.5%로 3배나 증가하였다. 또한 ‘제1심 공판사건 접수인원 대비 정식재판청구사건의 비율’도 1999년 12.3%에서 2008년 31.4%로 급증하였다. 1심 공판사건 중에서 단독사건만을 기준으로 한다면, 그 비율은 훨씬 더 높아진다.

8) 여기서는 약식명령사건의 접수인원을 분모로 했기 때문에 실제 발부된 약식명령 대비 정식재판청구사건의 비율은 조금씩 높을 수 있다. 예를 들어 법원통계자료에 의하면 2008년 약식명령 대비 정식재판청구사건의 비율이 7.8%로 나온다.

【표 2】 정식재판신청구사건의 비율 누년통계 (출처: 사법연감)

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
정식재판 청구	24,098	27,937	34,294	30,319	40,069	43,655	65,058	66,376	75,768	86,276
약식명령 사건*	978,128	935,992	1,042,611	1,153,413	1,086,343	1,212,324	1,012,480	900,170	1,056,908	1,145,782
약식명령 대비	2.5%	3.0%	3.3%	2.6%	3.7%	3.6%	6.4%	7.4%	7.2%	7.5%
1심 공판사건**	195,374	256,026	198,506	208,506	283,358	238,358	216,460	227,696	250,172	274,955
공판사건 대비	12.3%	10.9%	17.3%	14.5%	14.1%	18.3%	30.1%	29.2%	30.1%	31.4%

\* 약식명령사건 접수인원

\*\* 1심 공판사건 접수인원

정식재판청구사건의 재판결과를 보면, 거의 대부분의 사건이 약식명령으로 부과된 재산형이 그대로 유지되고 있다. 기존의 약식절차에 의하여 선고된 재산형이 그대로 유지된다는 것은 정식재판청구사건의 상당수가 불필요하게 제기되었음을 의미하기도 한다. 또한 정식재판청구사건의 1심 처리기간도 꾸준히 증가하고 있다. 연도별 평균 처리기간이 2003년 55.7일에서 2008년 105일로 거의 2배 정도 증가하였다.<sup>9)</sup>

정식재판청구사건의 증가는 상고심에도 이어지고 있음이 표 3에 잘 나타나 있다. 2008년 정식재판청구사건의 상고심 비율이 전체 상고본안사건 대비 19.3%, 형사본안사건 대비 36.9%에 이르고 있다.

【표 3】 정식재판청구사건이 상고사건 중에서 차지하고 있는 비율

	2004	2005	2006	2007	2008
상고본안사건* (전체)	20,432	22,587	22,946	26,392	28,048
형사본안사건* (인원수)	10,827	12,332	11,243	13,546	14,704
정식재판청구사건** (인원수)	1,264	3,219	3,770	4,685	5,421
비율1 (정재/상고본안)	6.2%	14.3%	16.4%	17.8%	19.3%
비율2 (정재/형사본안)	11.7%	26.1%	33.5%	34.6%	36.9%

\* 사법연감

\*\* 법원통계자료

9) 법원통계자료(고정사건-1심 처리기간)

## 2. 약식절차의 문제점

### 가. 약식사건의 처리지연

약식명령제도는 피고인의 공판정 출석 없이 서면심리만으로 재판을 진행함으로 신속한 재판과 소송경제의 이념을 달성하고자 하는데 그 입법취지가 있다. 그러나 약식명령사건의 처리가 실제로는 “장기간” 소요된다는 것이 큰 문제다.<sup>10)</sup>

경찰의 입건단계부터 검찰의 약식명령 청구시점까지 평균적으로 얼마나 걸리는지 조사한 통계자료는 정확히 알 수 없다. 다만, 형사사법통합정보체계추진단이 서울서부지방법검찰청에서 입수한 무면허운전사건 9건, 음주운전사건 6건, 단순폭력사건 8건 등 총 23건의 약식사건 완결기록을 분석하여 약식사건의 각 진행단계에 따라 과연 얼마나 걸리는지 조사한 통계가 있다.<sup>11)</sup> 이에 따르면, 경찰단계의 입건에서 검찰 송치까지 29일, 검찰 송치 후 검찰단계에서 기소(약식명령 청구)시점까지 17일이 걸렸다고 한다.<sup>12)</sup> 분석대상 23건의 약식사건의 형사소추기간(수사기관 체류기간)이 평균적으로 약 1.5개월(46일)이 소요되었음을 알 수 있다.

검찰의 약식명령 청구 후 법원단계에서의 서면심리기간은 ‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 제22조(형사소송규칙 제171조)에 따라 법원이 공판에 회부하지 않는 이상 “그 청구가 있는 날로부터 14일 이내에 하여야” 하도록 되어 있음에도 불구하고,<sup>13)</sup> 앞에서 이미

10) 광규홍, 경미사건의 효율적 처리방안, 형사정책 제15권 제2호(2003), 63면; 박미숙, 형사사건의 신속처리방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1998년 보고서, 11면; 서보학, 경죄사건의 신속처리절차를 위한 형사소송법 개정안, 사법제도개혁추진위원회 ‘경죄사건의 신속처리절차’ 공청회(2005.8.25.)자료, 15면; 송광섭, 경미사건의 효율적 처리방안, 형사법연구 제19호(2003-여름), 72면; 신동운, 경미범죄의 효율적 처리방안, 형사정책 제15권 제2호(2003), 25면; 장윤석, 이른바 재청약식 시범 시행기, 법조 제497호(1998), 163면; 조광환, 가납판결 집행에 관한 연구, 법조 제600호(2006년 9월), 305면; 차경환, 경미사건 신속처리절차 신설방안에 관한 연구, 검찰미래기획단, 신속처리절차에 관한 연구(2006), 33면.

11) 정웅석, ‘약식절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률’ 제정 의의, 법무부 형사사법절차 전자화입법 공청회(2009년 3월 26일)자료, 38면 각주 18에서 재인용.

12) 형사사법통합정보체계추진단, 약식사건의 처리방식 개선 VI, 228면. 이에 따르면, 기소 후 법원단계에서 판사의 명령 발부시점까지 47일, 판사의 명령 발부 후 명령서 발송시점까지 22일, 명령문 우편발송 후 피고인이 명령서를 수령 또는 반송하는데 14일, 피고인이 명령서를 수령 또는 반송함으로써 확정하는데 공시 송달된 사건을 평균하여 9일이 소요되어 입건부터 사건 확정시점까지 평균 139일이 소요되었다.(정웅석, 앞의 글에서 재인용)

13) 실무에서는 이 규정을 이른바 ‘훈시규정’으로 보고 있다.

살펴본 바와 같이 전체 약식사건의 3분의 1 이상이 약식명령의 청구가 있는 날로부터 1개월을 초과하여 처리되고 있다(그림 2를 참조). 약식명령의 청구가 있는 날로부터 2개월을 초과하는 경우도 전체 약식사건의 10%를 넘고 있으며, 심지어 3개월을 초과하는 경우도 3만 건을 훨씬 상회하고 있다. 2008년 1심 공판-단독사건의 처리기간이 평균 103.1일이 소요된 것<sup>14)</sup>과 비교하면, 3개월을 초과하여 처리된 약식사건은 1심 공판-단독사건의 평균 처리기간보다 더 오래 걸렸다는 것을 의미한다.

약식명령 청구가 매년 100만 건을 상회하기 때문에 그 수가 워낙 많아서 법원이 모든 약식사건을 그 청구가 있는 날로부터 2주일 이내에 심리하기가 쉽지 않다고 말하는 것은 단지 구차한 변명에 불과하며, 약식사건에 대한 법원의 업무분장이 효율적이지 않고 약식사건을 신속건을처리해야 한다는 약식절차의 입법취지를 법원이 너무 간과하고 있다는 비판을 면할 수 없다. 무엇보다 약식사건을 전담하여 처리할 재판부가 구성되어 있지 않아서 형사부 배석판사들이 사건을 분담하여 일괄 처리하는 실정이기 때문에 업무가중으로 사건의 신속처리 목표를 달성하지 못하고 있다는 비판을 받고 있다.<sup>15)</sup> 즉, 형사부 배석판사들이 사건을 분담하여 처리하여야 하므로 일과 중 남는 시간을 이용해 한 번에 많은 사건을 심리해서 약식사건을 처리하고 있기 때문에 오히려 업무 부담이 가중된다는 것이다.<sup>16)</sup> 또한 “약식사건을 전담하여 처리하는 재판부가 없기 때문에 부실한 서면심리에 의한 줄속심리의 우려가 상존하고 있다”는 비판도 있다.<sup>17)</sup>

비교적 경미한 사건으로서 간이하고 신속하게 처리되어야 하는 약식사건이 이와 같이 장시간이 소요된다는 것은 벌금형의 집행을 어렵게 만드는 주요 원인일 뿐만 아니라, 시민들의 일상생활에 불필요한 불편을 초래할 수 있다.<sup>18)</sup>

#### 나. 약식절차에 의한 심판대상의 협소

약식절차에서 가능한 재판의 범위는 벌금, 과료, 몰수 등의 재산형을 부과하는 것에 국한되어 있다. 이에 따라 약식절차에서 공소기각, 면소, 형의 면제, 무죄의

14) 대법원 홈페이지 사법통계자료 2008년 12월 공판-제1심 단독-처리상세.

15) 송광섭, 경미사건의 효율적 처리방안, 형사법연구 제19호(2003·여름), 71면.

16) 박미숙, 형사사건의 신속처리방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1998년 보고서, 115면.

17) 차경환, 경미사건 신속처리절차 신설방안에 관한 연구, 검찰미래기획단, 신속처리절차에 관한 연구(2006), 32면.

18) 박규홍, 경미사건의 효율적 처리방안, 형사정책 제15권 제2호(2003), 63면.

사유가 기록상 명백함에도 불구하고 당해 사건을 공판절차에 회부하여 정식재판을 받게 할 수밖에 없다. 이것은 피고인의 이익 및 소송경제에 반한다고 볼 수 있다.

#### 다. 약식명령청구방식의 불명확성 (통지절차규정의 불비)

검사가 약식명령을 청구함에 있어서 당사자인 피의자의 동의를 받거나, 아니면 최소한 그에게 약식명령이 청구되었다는 사실을 통지해주어야 할 의무조차 없는 것도 문제점이다. 사건이 경미한 경우 검사가 피의자신문을 할 필요도 느끼지 않으므로 약식사건의 경우 대부분 경찰송치기록만 검토하여 약식명령을 청구하고, 법관도 약식절차의 속성상 기록만으로 재판을 하는 실정이다. 그래서 피고인은 법원으로부터 약식명령을 고지된 때에 비로소 자신의 사건이 검찰과 법원에서 어떻게 처리되었는지 사후적으로 알 수 있을 뿐이다.<sup>19)</sup> 검찰이 약식명령을 청구함에 있어서 피의자의 동의를 받지 않아도 되고, 피의자에게 그 사실을 통지할 의무도 없다는 사실은 약식절차의 경우 공정한 재판을 받을 권리가 침해될 소지가 있다는 점에서 제기되고 있는 위헌주장<sup>20)</sup>과 맞물려 심각한 문제점을 야기할 수 있다.<sup>21)</sup> 이러한 문제점을 해소하기 위하여 실무상 사건처분 결과통지에 갈음한 '약식명령청구통지서'를 송부하고, 통지서에는 벌과금 납부방법, 주소변경신고절차 등을 명시하여 안내하고 있다.

#### 라. 정식재판절차규정의 문제점

##### (1) 불이익변경금지원칙의 적용의 부작용

불이익변경금지원칙은 본래 심급을 달리하는 재판에 적용되는 원리다. 그러나 약식명령사건과 정식재판청구사건은 모두 1심에 해당하며, 심급을 달리하지 않는다. 그럼에도 불구하고 이러한 불이익변경금지원칙을 피고인이 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 사건에도 적용함으로써 공판심리보다 서면심리를 더 우선하는 결과를 초래하였다. 피고인에게는 중형변경금지의 보장책이 있으므로 정식재판청구에 따른 불이익의 가능성이 전혀 없기 때문에 불필요한 정식재판청구를 하여 사법기관의 업무 부담을 가중시키는 부작용을 낳고 있다.<sup>22)</sup> 예를 들어 정식재판을 청구

19) 장운석, 이른바 재청약식 시범 시행기, 법조 제497호(1998), 161면.

20) 박미숙, 형사사건의 신속처리방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1998년 보고서, 110면.

21) 피고인이 약식명령에 불복하는 경우 정식재판청구권을 행사할 수 있으므로 법관대면권이 침해되는 것은 아니라는 점에서 약식절차의 위헌주장은 설득력이 떨어진다.

22) 서보학, 경죄사건의 신속처리절차를 위한 형사소송법 개정안, 사법제도개혁추진위원회 '경죄사건

하여 판결이 변경될 가능성이 전혀 없음에도 불구하고 확정판결의 지연에 따른 영업정지 등의 행정처분을 지연시키고, 형사판결의 기판력이 적용되는 시기를 확대할 의도로 약식명령에 대하여 정식재판을 청구하는 경우가 많다는 것이 실무현실이다.

### (2) 정식재판청구사건의 처리지연

정식재판청구사건의 비율이 높아짐에 따라 법원의 업무부담의 증가로 인하여 매년 정식재판청구사건의 처리기간도 장기화되고 있다. 현행 형사소송법은 정식재판청구 사건도 일반 공판사건과 동일한 절차와 방법에 따르도록 함으로써 의도적인 절차지연의 문제를 해결하기 어렵게 하고 있다. 예를 들어 정식재판청구에 의한 공판절차에서 소환장의 송달 이외에 전화, 전자우편, 모사전송기, 휴대전화 문자전송 등의 방법 등을 활용할 수 없게 함으로써 이러한 방법에 의한 기일통지가 가능한 피고인들이 실제로 출석을 하지 않을 경우 기일연기가 불가피하고, 이로 인해 무용한 절차를 반복하는 문제점을 안고 있다. 또한 약식명령의 정식재판청구에 의한 공판절차에서 무죄 또는 형 면제의 재판을 할 것이 명백한 경우임에도 불구하고 피고인의 출석을 요하고 있다. 약식명령에 대한 정식재판청구사건의 대부분이 벌금사건에 관한 것이고, 벌금형의 다과만을 다루는 사건이 많은데도 합의부사건 등 중한 사건과 동일한 증거조사방식을 채택하고 있는 것도 절차지연의 문제점으로 이어질 수 있다.

### (3) 정식재판사건의 상고심 증가현상

상고심은 법령의 최종적 해석을 통하여 법해석의 기준을 제시하는 심급으로서 중요한 법률적 쟁점이 있는 사건에 상고심의 역량을 집중하는 것이 좋다. 단순하고 경미한 사안의 경우 중요한 법률적 쟁점이 없는 한, 상고심에서 다룰 필요는 없다. 그러나 우리나라의 경우 2008년 기준으로 상고심의 형사본안사건 대비 정식재판청구사건의 비율이 36.9%를 차지하고 있다(표3 참조). 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 사건의 대부분이 단순하고 경미한 범법사실을 다루고 있는 점에 비추어 볼 때, 이러한 정재사건의 상고심 비율은 비정상적인 현상이 아닐 수 없다.

의 신속처리절차' 공청회(2005.8.25.)자료, 17면.

## IV. 외국의 약식절차

공판절차를 거치지 않고 서면에 의하여 일정한 형사처분을 부과하는 간이한 절차인 약식절차를 시행하는 대표적인 국가로 독일과 일본을 들 수 있다. 두나라 모두 오랜 약식절차 운용의 역사를 가지고 있고 현재도 이를 매우 활발하게 이용하고 있다는 점에서 우리에게 여러 시사점을 줄 수 있다고 생각한다.

### 1. 독일의 약식절차

#### 가. 약식절차의 내용과 특징

독일의 약식절차는 과형절차 또는 형벌명령절차(Strafbefehlsverfahren)로 불리며, 1846년 프로이센 법률에 그 기원을 두고 있다.<sup>23)</sup> 현재 독일에서 약식절차는 매우 활발히 이용되고 있다. 약식절차사건은 공소제기를 포함한 전체 형사처분 신청사건의 절반 이상, 형사단독판사 사건의 3/4 이상을 차지하고 있다. 그리고 약식신청사건의 약 99% 에서 검사가 신청한 대로 형사제재가 선고되고, 2/3 이상이 이의신청 없이 확정되고 있다.<sup>24)</sup> 약식절차에서는 주로 벌금형을 부과하며 약식절차에 의한 처분 중 80% 내외를 차지하고 있다.

독일의 경우 형사소송법 제407조 이하에서 이를 규정하고 있으며, 우리나라와 비교할 때 여러 상이점이 있다. 즉 약식절차에서 부과될 수 있는 법률효과(형사처분)가 다양하여, 벌금형, 선고유예, 운전금지, 추징, 몰수, 폐기처분, 유죄판결의 공시, 법인에 대한 질서위반금, 운전면허정지, 형면제, 집행유예하는 1년 이하의 자유형을 부과할 수 있다(독일 형소법 제407조 제1항).<sup>25)</sup> 공판절차 진행중에도 약식명령

23) Oehler, Zur Entstehung des strafrechtlichen Inquisitionsprozesses, in GS für Hilde Kaufmann, 1986, S. 847ff.

24) Fischer, Karlsruher Kommentar, vor §407, Rn.1. 1997년을 예로 들면 약식사건은 전체 형사처분 신청사건의 53.8%를 차지하였다(Heinz, Der Strafbefehl in der Rechtswirklichkeit, ZStW 111, 1999, 461ff.).

25) 독일에서 약식절차에서 부과할 수 형벌로 처음에는 벌금형에 국한되어 있다가 이후 단기의 자유형(6주, 3개월, 6개월)까지 부과할 수 있도록 변경되었고, 1993년 사법업무경감법(Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11. 1. 93)에 의하여 집행유예부 1년 이하의 자유형까지 포함하게 되었

을 청구할 수 있고 이 경우에는 구두청구도 가능하다(독일 형소법 제408조a). 판사가 약식명령을 발부하는 경우에 검사의 청구내용에 기속되며, 검사와의 합의 하에 청구내용과 다른 형사처분을 할 수 있고, 합의가 되지 않는 경우에는 공판절차에 회부하여 처리하도록 하고 있다(독일 형소법 제408조 제3항). 한편 절차적 요건이 구비되지 않았거나 충분한 혐의가 인정되지 않는 경우 약식명령청구를 기각하는 재판이 인정되며 이에 대한 즉시항고도 가능하다(독일 형소법 제408조 제2항).<sup>26)</sup> 약식명령에 대한 이의신청(정식재판청구) 기간은 2주로 되어 있고, 구두에 의한 이의신청과 조서 기재라는 간이한 방법도 인정된다(독일 형소법 제410조 제1항). 이의신청에 따른 정식재판절차에서는 일반 공판절차와는 다른 특칙이 인정된다. 즉 간이한 증거조사가 허용되고, 피고인 출석의 예외가 인정된다(독일 형소법 제411조). 정식재판절차는 약식명령에 대한 상소가 아니라 특별한 구제절차로 파악하여 불이익변경금지의 원칙이 적용되지 않는다고 보는 것이 일반적이다.<sup>27)</sup> 한편 경미한 사건을 담당하는 조직인 구법원(Amtsgericht)과 지방검찰청·구검찰 소속의 구검사(Amtsanwalt)에 의하여 약식절차가 처리된다는 점도 우리와 차이가 있다.

#### 나. 약식절차의 문제점과 개선방안에 대한 논의

독일에서 약식절차의 필요성과 정당성에 대하여는 대체로 긍정하고 있지만, 기존 제도의 문제점과 그 개선에 대하여는 다양한 의견이 제시되고 있다. 우선 공판절차에 대한 예외로서 약식절차가 보다 정당한 절차로서 평가받기 위하여 그에 대한 피고인의 의견이 반영되는 장치가 필요하다고 하면서 다양한 의견이 제시되고 있다. 우선 약식절차 진행에 대하여 피의자·피고인의 동의를 받도록 하여 피의자·피고인에게 약식절차를 수용 또는 거부할 권리를 부여해야 한다는 주장이 있다.<sup>28)</sup> 또한 판사에 의한 약식명령의 발부 또는 검사에 의한 약식명령청구 이전에 피의자·피고인에게 의견진술(법적 청문, 심문)의 기회를 제공하여야 한다는 주장도 있다. 피의자·

다(Fischer, aaO, vor § 407, Rn 2).

26) Fischer, aaO, § 408a Rn. 13.

27) Meyer · Goßner, Strafprozessordnung, 2007, § 408 Rn. 19.

28) Müller, Das Strafbefehlsverfahren[§§ 407 ff. StPO], 1993, 140 f. 그러나 이에 대하여는 약식절차가 결과적으로 피고인에게 유리한 경우가 있을 수 있고, 서면절차에 대한 동의는 사전에 이루어져야만 하는 것은 아니고 사후적으로 이의신청 기회를 보장하는 것으로 족하다고 하면서 반대하는 견해도 있다(Fezer, aaO, 41).

피고인의 약식명령에 대한 이의신청이 비교적 많이 이루어지고 있는 이유는 약식절차에서 이루어지지 않은 의견진술의 기회를 사후적으로 얻기 위한 것이기 때문이며, 따라서 약식명령발부 또는 약식명령청구 이전에 의견진술의 기회를 부여하면 약식명령에 대한 신뢰성을 높이고 불필요한 이의신청을 줄일 수 있다고 한다.<sup>29)</sup>

한편 약식절차 적용범위에 대하여도 다양한 논의가 이루어지고 있다. 먼저 현행 약식절차의 대상이 너무 넓기 때문에 이를 제한하여야 한다는 주장이 있다. 우선 약식절차에서 자유형을 부과할 수 있도록 한 것에 대한 비판이 제기된다. 즉 구두신문과 직접신문 없이 서면절차에 의하여 자유형과 같은 가혹한 형벌을 부과하는 것은 적합하지 않다고 하며, 이는 그 집행을 유예하는 경우에도 마찬가지라고 한다. 벌금형의 경우에도 액수의 제한없이 부과할 수 있도록 한 것에 대하여도 비판이 제기된다. 액수의 제한이 없기 때문에 360일수 벌금(병합형의 경우 720일수 벌금)까지 부과할 수 있고, 대체자유형의 경우 1년(병합형의 경우 2년)까지 부과할 수 있도록 한 것은 지나친 부담을 가하는 것이라고 한다.<sup>30)</sup> 한편 약식절차에서 부과할 수 있는 형사제재 확대를 주장하는 견해도 있다. 즉 검사의 조건부 기소유예시 부과하는 부담(Auflageen)과 지시(Weisungen) 그리고 범죄자와 피해자 간의 화해(Täter-Opfer Ausgleich)를 약식절차에서 받아들여야 한다거나,<sup>31)</sup> 사회봉사명령을 약식절차에서 인정하여야 한다<sup>32)</sup>는 등의 주장이 그것이다.<sup>33)</sup> 또한 현행처럼 약식절차를 구법원 그리고 제1심외의 절차에만 한정시킬 것이 아니라 지방법원(Landesgericht) 또는 주상급법원(Oberlandesgericht)에서도 인정하고, 항소심절차에서도 약식명령을 부과할 수 있도록 하여야 한다는 등의 주장도 제기되고 있다.<sup>34)</sup>

## 2. 일본의 약식절차

### 가. 약식절차의 내용과 특징

29) § 408 Abs. 4 AE-NÖV : Wolter, GA 1989, 413.

30) Fezer, Vereinfachte Verfahren im Strafprozeß, ZStW 106, 1994, Heft 1, 41 f. 결국 자유형이나 제한 없는 벌금형을 부과하도록 한 것은 간이절차에서의 침해제한원칙(Prinzip der Schadensbegrenzung)의 원칙에 반하는 것이라고 한다.

31) § 408 Abs. 3 AE-NÖV : Meyer · Goßner, ZRP 1982, 242 f.

32) Entwurf eines Gesetzes zur Einführung gemeinnütziger Arbeit(BT-Drs. 13/10485).

33) 이에 반대하는 견해로 Fezer, aaO, 42 f.

34) Entwurf eines 2. Rechtspflegeentlastungsgesetz(BT-Drs. 13/4541).

일본의 약식절차는 독일의 과형명령절차에서 유래하는 것이며, 1912년 형사약식절차법(大正 2년 4월 8일 법률 20호)에 의하여 도입되었다.<sup>35)</sup> 1922년 형사소송법(大正 11년 법률 75호)의 개정으로 약식절차는 형사소송법에 규정되었고, 1943년의 '전시 형사특별법의 일부를 개정하는 법률'은 1년 이하의 징역형까지 부과할 수 있도록 하였으나(전시강절도의 경우 3년 이하의 징역까지 가능), 이 특별법은 1945년에 폐지되면서 약식절차를 포함한 형사소송법의 전면개편작업이 진행되었고 이 때 약식절차의 존재가 문제되었지만 1948년에 제정되어 1949년 1월 1일부터 시행된 현행형사소송법은 합헌을 전제로 약식절차를 제6편에 규정하였고 다만 위헌론을 의식하여 약식명령에 의한 벌금형의 한도를 정하고, 약식명령청구시 피의자에 대한 고지 및 이의신청제도를 두었다. 또한 1953년 개정형사소송법에서는 약식명령 청구시 피의자의 동의를 첨부하도록 함으로써 위헌논의를 약화시킬 수 있었다.<sup>36)</sup> 현재 일본에서 약식절차는 매우 활발하게 이용되고 있다. 약식명령청구사건은 공판청구를 포함한 전체 기소사건의 80% 이상을 차지하고 있다. 도로교통법위반위반사건과 업무상과실치사상 사건이 대부분을 차지하고 있으며,<sup>37)</sup> 약식명령에 의하여 부과되는 형벌로는 벌금형이 99% 이상을 차지하고 있다.

일본의 약식절차는 형사소송법 제461조 이하에서 규정하고 있으며 우리나라와 다음과 같은 차이점이 있다. 100만엔 이하의 벌금형의 선고를 상한으로 하고,<sup>38)</sup> 이에 대한 집행유예가 가능하며(일본 형소법 제461조), 정식재판청구시 불이익변경금지가 적용되지 않고, 약식명령 청구 후 4개월 이내에 약식명령이 피고인에게 고지되지 않으면 공소제기는 소급하여 무효가 되며(일본 형소법 제463조의2), 약식명령을 청구하기 위하여는 검사가 피의자로부터 이의가 없다는 취지의 서면을 받아야 하고(일본 형소법 제461조의2), 약식명령에 대한 불복기간이 약식명령의 고지를 받은 날로부터 14일이라는 점(일본 형소법 제462조) 등이다. 이밖에 실무상 '재청약식' 또는 '교통약

35) 당시 국가행정의 효율성을 높이기 위한 방안으로서, 2백여명의 판사가 휴직하고 128개의 구재판소가 폐지되었으며, 아울러 경미사건의 효율적 처리 필요성에 약식절차가 도입되었다(荒木伸怡, 略式節次, 現代刑罰法大系 6 - 刑事手續 II, 1982, 311면).

36) 安富潔, 大コンメンタル刑事訴訟法, 제7권, 2000, 227-228면. 이밖에 이의신청을 위한 유예기간을 폐지하고 재청약식의 시행여지를 마련하였으며, 정식재판의 청구기간을 14일로 연장하였다.

37) 도로교통법위반 사건이 80% 내외를 차지하고, 업무상과실치사상 사건이 10% 내외를 차지하고 있다.

38) 2006년 일본 형소법 개정으로 약식절차에 의한 벌금형의 상한이 종래 50만엔에서 100만엔으로 인상되었다.

식3자즉일처리제도'가 시행되어 보다 신속한 사건처리를 도모하고 있는 점이 우리와 다르다. 그리고 경미한 사건을 전달하는 간이재판소와 구검찰청이 설치되어 약식사건을 담당하는 점도 차이가 있다.

#### 나. 약식절차의 문제점과 개선방안에 대한 논의

일본에서도 약식절차의 필요성과 정당성에 대하여 대다수가 인정하면서도, 그에 대한 비판 또는 문제점을 지적하는 다양한 견해가 제시되고 있다. 우선 약식절차의 합헌성과 관련하여 공평한 법원에 의한 신속한 공개재판을 받을 권리(일본헌법 제37조 제1항), 증인신문권의 보장(일본 헌법 제37조 제2항), 자백의 보장법칙(일본 헌법 제38조 제3항), 공개재판주의(일본 헌법 제38조)의 관점에서 문제를 제기하는 견해가 주장되어 왔으나 최고재판소<sup>39)</sup>와 대다수 학설은 합헌론을 따르고 있다.<sup>40)</sup> 그러나 이러한 합헌론의 입장에 서면서도 여전히 비판적인 시각에서 문제제기가 이루어지고 있다. 먼저 약식절차에 이의가 없다는 확인을 검사가 하는 것에 대하여 비판이 가해진다. 대립당사자인 검사에 대한 의사표시는 적당하지 않으며 또한 이의가 없다는 의사표시는 검사의 피의자에 대한 조사에 이어서 행하여지는데 이러한 상황하에서는 완전히 자유로운 의사표시가 곤란하다는 점을 지적한다.<sup>41)</sup> 다음으로 피고인에게 진술의 기회가 보장되지 않는 문제점이 지적된다. 약식절차에서는 검찰의 자료만이 법원에 제출되고 피고인은 자신에게 유리한 자료를 제출할 수 있는 방법이 없어, 범죄사실 인정, 양형, 절차상의 하자를 판단하는데 불리할 수 있다고 한다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위하여 서면에 의한 진술의 기회를 보장할 필요가 있다고 한다.<sup>42)</sup> 이밖에 약식절차를 보다 간이신속하게 진행시키기 위한 방법으로 피의자·피고인의 출석없이 완전히 서면심리만으로 진행하는 절차를 제안하는 견해도 있다. 즉

39) 최고재판소결정, 1948.7.29, 형집 2권 9호, 1115면. 동지, 최고재판소결정 1949.7.13, 형집 3권 8호, 1290면.

40) 荒木伸怡, 略式節次, *ジュリスト増刊 刑事訴訟法の争点* 제3판, 2002, 206면.

41) 대안으로 법원에 대한 의사표시를 제안하는 견해로, 佐藤文哉, 簡易公判節次の簡易化と略式節次の改善, *刑事裁判の課題*, 中野次雄判事還曆祝賀論文集, 1982, 269-270면.

42) 이러한 절차의 마련이 간이신속한 사건처리라는 약식절차의 취지에 반하는 것이고 약식명령에 불만이 있으면 정식재판을 청구하면 족하다는 반론도 있지만, 일단 약식명령이 부과되면 정식재판에 소요되는 시간이나 비용 등을 고려하여 불만이 있더라도 그대로 감수하는 경우가 많기 때문에, 약식절차의 취지를 크게 훼손하지 않으면서 처음부터 가능한한 적정절차를 보장할 필요가 있다고 한다(佐藤文哉, 앞의 논문, 270면 이하).

영미의 우편에 의한 유죄답변제도처럼 서면에 의한 유죄진술과 검사가 제출한 최소한의 보장증거만으로 약식명령을 부과하는 방안을 검토할 필요가 있다고 한다.<sup>43)</sup>

## V. 약식절차의 개선방안

### 1. 신속한 재판을 위한 개선방안

#### 가. 수사기관의 형사소추기간 단축방안

경찰에서 사건을 조사한 후 관련 서류를 출력하여 사건기록을 작성하고 이것을 검찰청에 송치하기까지 불필요한 시간누수를 없애고, 검찰에서 사건기록을 어느 정도 모았다가 일괄적으로 처리하는 과정에서 발생하는 대기시간을 줄인다면 경찰조사 이후 검찰의 약식명령 청구시점까지의 시간을 단축할 수 있다. 따라서 약식명령에 해당하는 사건의 신속한 처리를 위한 경찰과 검찰의 업무협조 매뉴얼이 작성되어야 한다. 또한 검찰에서의 사건체류기간을 감축하기 위해서는 현재 검찰에서 시행하고 있는 ‘약식전결검사’제도의 적극적이고 능동적인 활용이 필수적이다. 즉, 단순하고 경미한 사건의 “신속한” 해결이라는 목적으로 전결제도를 잘 운용할 필요가 있다. 뿐만 아니라, 경찰에서 사건기록을 전자문서로 작성하여 검찰로 송치하고 약식전결검사가 이 기록을 온라인상으로 실시간 검토하여 전자결재방식으로 법원에 약식명령을 청구한다면 경찰조사 후 검찰의 약식명령 청구시점까지의 불필요한 시간누수를 방지하고, 사건처리시간을 대폭 단축시킬 수 있다고 생각한다.<sup>44)</sup>

43) 佐藤文哉, 앞의 논문, 272면 이하.

44) 법무부는 2009년 3월 16일 ‘형사사법절차 전자화 촉진법’과 ‘약식절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률’ 제정안을 각각 입법예고한 바 있다. 이 법률 제정안에 따르면, 음주운전이나 무면허운전에 대한 약식기소 사건부터 형사절차 전자화를 시행하는 것으로 되어 있다. 법무부의 설명에 의하면, 사건기록 작성부터 기소, 판결 및 결과 송달 등의 전 과정이 형사사법 포털 사이트(www.kics.or.kr), 즉 온라인상에서 전자결재 방식으로 이루어지고, 피의자나 피고인 등 당사자는 휴대폰 문자메시지나 이메일로 실시간으로 약식명령 청구 및 발부 내용을 송달 받게 되어 기존의 서면과 우편 등을 활용하는 사건처리기간이 15일 이내로 최대 10배가량 단축된다는 것이다. 이에 관한 자세한 설명은 정웅석, ‘약식절차에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률’ 제정 의의, 법무부 형사사법절차 전자화 입법 공청회(2009년 3월 26일)자료 참조.

### 나. 법원의 서면심리기간 단축방안

법원의 서면심리기간을 단축하기 위해서는 약식명령전담재판부를 각 지방법원에 구성하여 검찰로부터 사건이 넘어오면 즉시 심리할 수 있도록 해야 한다. 일반적으로 법관이 약식사건의 기록을 검토하는 시간 자체는 그렇게 오래 걸리지 않는다. 문제는 법원에 약식전담재판부가 없기 때문에 형사부 배석판사들이 사건을 분담하여 일과시간 중 남는 시간을 이용하여 한 번에 수십 건 또는 100여건 이상씩 일괄적으로 처리하다보니 약식명령을 발부하는데 장시간이 소요되는 것이다.<sup>45)</sup> 즉, 약식사건은 법관의 과의업무로 취급되는 경향이 있다. 그래서 약식명령의 청구가 있는 이후 사건기록을 검토하기까지 장기간 적체되었다가 일괄적으로 처리되곤 한다. 그러므로 법원의 서면심리기간을 단축하기 위해서는 약식명령전담재판부를 각 지방법원에 구성하여 검찰로부터 사건이 넘어오면 즉시 심리할 수 있도록 해야 한다.

약식재판절차에 전자문서를 이용한다면 법관의 서면심리를 위한 준비기간을 상당히 단축할 수 있는 장점이 있다. 기존의 종이문서를 작성하고 출력하는데 소요되는 시간을 대폭 줄일 수 있기 때문이다. 사실관계가 단순하고, 정량적인 평가척도(예: 혈중알코올농도)가 제시되어 있는 무면허운전이나 음주운전 등의 간단한 사건에 대해서 일단 시범적으로 전자문서에 의한 서면심리를 약식명령의 발부여부를 결정할 수 있게 할 필요가 있다.

### 다. 약식명령의 송달방법 개선을 통한 약식명령 집행기간의 단축방안

약식명령의 신속·정확한 송달 가능성을 지금보다 높인다면, 약식사건의 처리기간도 훨씬 단축될 수 있다. 그러므로 수사단계에서 피의자에 대한 주소확인이 형식적으로 이루어지지 않도록 수사단계에서 경찰이나 검사가 피의자에게 재판서를 송달받을 장소를 미리 지정하게 함으로써 약식명령이 발부되었을 때 재판서의 송달이 제대로 이루어져 절차지연의 문제가 발생하지 않도록 할 필요가 있다. 수사기관이 미리 피의자로 하여금 재판서를 송달받을 장소를 지정하도록 하고, 그 지정된 장소로 약식명령등본의 송달이 이루어지지 못할 경우 '공시송달'할 수 있도록 형사소송법 제452조에 명시할 필요가 있다. 또한

45) 박미숙, 형사사건의 신속처리방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1998년 연구보고서, 115면; 송광섭, 경미사건의 효율적 처리방안, 형사법연구 제19호(2003·여름), 71면; 황태정, 간이형사재판제도의 효율화 방안, 한국형사정책연구원 2004년 연구보고서, 66면.

약식 기소된 피고인이 스스로 원하는 경우에 한하여 공인인증서를 발급받은 뒤 법원 사이트에 접속하여 전자문서 송달을 신청하게 할 필요가 있다.

## 2. 약식절차의 합리화 방안

### 가. 약식명령의 심판대상의 조정

#### (1) 약식명령 대상의 확대

검찰의 약식명령 청구 이후에 공소기각, 면소, 형의 면제, 무죄의 사유가 명백히 발생한 경우에도 법원은 무조건 정식재판에 회부할 수밖에 없는 것은 문제가 있다. 그러므로 약식명령으로 할 수 있는 사건의 범위를 벌금, 구류, 몰수의 재산형을 선고하는 유죄판결 이외에 공소기각, 면소, 형의 면제 및 무죄의 재판을 할 수 있도록 할 필요가 있다. 이렇게 하더라도 검사가 이에 불복할 경우 얼마든지 정식재판을 청구하여 공판절차에서 다룰 수 있기 때문에 큰 문제는 없다고 생각한다.

#### (2) 약식절차에 의한 벌금형의 상한 제한

일본의 경우 약식절차의 위헌론이 제기되었을 때 벌금형의 한도를 50만 엔으로 제한하는 등의 법 개정을 통하여 위헌논의를 비켜갈 수 있었다.<sup>46)</sup> 경제의 양적·질적 발전이나 자본주의의 고도화에 따라 재산적 이익의 박탈은 개인에게 자유형 못지않은 불이익을 초래할 수 있다. 벌금형의 액수가 커지면 이는 결코 경미사건이 될 수 없으며 피고인에게 충분한 방어의 기회를 보장하는 것이 바람직하다는 점에서 약식대상사건에서 벌금형의 상한을 제한하는 것을 긍정적으로 검토할 필요가 있다.

### 나. 약식명령 청구방식의 명확화

검사의 양형의견을 기재하는 실무관행과 약식기소의 때에는 수사서류와 증거물을 법원에 제출하도록 하고 있는 형사소송규칙상의 내용을 형사소송법에 명문화하는 것이 바람직하다.

### 다. 공판회부절차규정의 정비

법원이 약식사건을 직권으로 공판절차에 회부하는 결정을 하여 정식으로 공판절

46) 2006년 형사소송법 개정으로 현재는 100만엔 이하로 제한되어 있다.

차가 개시된다면, 공소장일본주의가 적용되어야 한다. 공판절차에서는 법원이 증거 조사 이전에 당해 수사서류와 증거물에 노출되어 예단을 갖지 않도록 해야 하기 때문이다. 그러므로 법원이 약식사건을 공판절차에 회부하는 결정을 한 경우 이미 제출받은 수사서류와 증거물은 검사에게 반환해야 한다는 규정을 형사소송법에 명시할 필요가 있다.

#### 라. 소위 '재청약식' 제도의 도입 고려

피의자조사, 약식기소, 약식명령, 벌금납부가 당일에 이루어지는 일본의 재청약식제도의 도입도 고려할 필요가 있다. 재청약식제도는 사건의 신속처리, 송달 및 벌금납부의 확실성, 피의자의 시간비용절약 등의 이점 때문에 일본에서 많이 활용되고 있다. 재청약식이 활용되지 않으면 벌금납부를 위하여 다시 출석해야 하는 번거로움이 있어서 이러한 제도의 효용성이 높지만, 우리의 경우 사전 동의제도가 없고 한번 출석으로 족하기 때문에 이 제도가 도입되지 않더라도 큰 불편이 없거나 벌금형집행의 편의를 위한 발상이라는 등의 이유로 도입에 부정적인 입장이 있을 수 있다. 그러나 이 제도가 갖는 장점은 1회 출석의 이점만이 아니다. 현재는 사건의 조사부터 벌금납부까지 상당한 시간이 지나야 하지만, 이 제도에 의하면 당일 2-3시간 내에 사건이 처리될 수 있기 때문에 사건의 부담으로부터 신속히 해방될 수 있다. 또한 송달 및 집행의 효율성을 획기적으로 개선할 수 있게 될 것인데 이는 법질서확립의 관점에 권장되어야 할 것이지 비판의 대상이 될 수 없다.<sup>47)</sup> 다만 이 제도가 도입되기 위해서는 경찰, 검찰, 법원이 같은 건물 또는 근거리에 위치하여야 하고, 전담인력이 배치되어야 하는 등 인적·물적 인프라의 확보가 선결과제가 될 것이다.

#### 마. 약식명령청구 전 동의제도의 도입 여부

검사가 약식절차로 사건을 처리하기 위하여 사전에 피의자의 동의를 받는 것이 피의자의 방어권보장을 위하여 바람직하다는 주장이 있을 수 있다. 일본의 경우 약식절차에 대한 위헌주장이 있었을 때 사전동의제도를 신설하는 등의 법 개정이 있었고, 독일의 경우도 사전동의제도의 도입을 입법론적으로 주장하는 견해가 있다는

47) 재청약식제도의 장점과 문제점에 대하여 보다 자세한 내용은, 장윤석, 이른바 재청약식 시범 시행기, 법조 497, 1998.2, 155면 이하.

점은 전술한 바와 같다. 그러나 사전동의제도를 도입할 경우 피의자가 동의를 위하여 수사기관에 출석해야 하는 불편이 있고, 수사기관의 입장에서 번잡한 절차가 추가되는 것을 의미한다. 공판절차의 예외로서 서면절차인 약식절차에 대한 동의는 반드시 사전에 이루어져야 하는 것은 아니고 사후적으로 정식재판청구를 통하여 공판절차를 받을 것인지를 선택할 수 있기 때문에 사전동의제도의 도입은 불필요하다고 생각한다.

### 3. 정식재판청구절차규정의 개선방안

#### 가. 불이익변경금지원칙의 적용배제

피고인이 약식명령에 대하여 불복하여 정식재판을 청구한 사건은 처음부터 공판절차가 개시된 것이므로 불이익변경금지원칙을 적용해서는 안 된다.<sup>48)</sup> 만일 피고인이 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구하였다면, 그 스스로 약식절차의 이점을 포기하고 공판절차로 사실관계나 법적 쟁점을 다투기 원하는 것이므로 정식재판사건의 재판부는 다른 법관이 이미 행한 서면심리결과(약식명령)에 기속될 필요 없이 실제적 진실을 발견하고, 그에 따라 유무죄 판단과 양형을 독립적으로 하는 것이 바람직하다. 따라서 형사소송법 제457조의2는 삭제해야 한다. 독일과 일본의 경우도 불이익변경을 인정하고 있는 점은 앞에서 살펴본 바와 같다.

#### 나. 정식재판을 청구한 피고인의 불출석에 의한 재판지연의 방지

정식재판청구의 남용을 방지하고 신속하게 재판을 확정하기 위하여 검사 또는 피고인이 정식재판을 청구한 후 직접 소환장을 송달받고도 2회 이상 공판기일에 출석하지 아니한 경우 구두변론 없이 결정으로 정식재판 청구를 기각할 수 있도록 형사소송법 제455조를 개정할 필요가 있다. 또한 정식재판청구사건의 경우 피고인에게 유리한 무죄 또는 형 면제의 재판을 할 것이 명백한 경우에도 피고인의 출석 없이 판결을 선고할 수 있도록 함으로써 형사소송법 제277조의 적용범위를 넓힐 필요가 있다.

48) 송광섭, 경미사건의 효율적 처리방안, 형사법연구 제19호(2003·여름), 71면; 신동운, 경미범죄의 효율적 처리방안, 형사정책 제15권 제2호(2003), 26면; 오종근, 영업범과 약식명령의 불이익변경금지, 비교형사법연구 제3권 제1호, 409면 이하 참조.

## 다. 정식재판청구 피고인 소환의 특례규정 도입

약식명령에 대하여 불복하여 정식재판을 청구한 피고인에 대해서는 소환장의 송달 이외에 전화, 전자우편, 팩스, 휴대전화 문자전송 등의 방법으로 공판기일의 신속한 통지가 가능하도록 할 필요가 있다. 휴대전화의 보편화에 따라 휴대전화를 통한 공판기일의 지정을 위한 법원과 검사 및 피고인과의 사전협의를 할 수 있게 할 필요도 있다.

## 라. 정식재판청구사건의 재판절차의 간이화

### (1) 증거조사방식의 특례

약식명령에 대한 정식재판청구사건과 같이 상대적으로 경미한 사건에 관하여 엄격한 증거조사방식에 의하지 않고 신속하게 재판을 진행할 수 있는 근거규정을 마련할 필요가 있다. 즉, 약식명령에 대한 정식재판청구에 의한 공판절차에서는 형사소송법 제286조의2의 규정에 의한 간이공판절차의 결정이 없는 경우에도 피고인 또는 변호인의 동의가 있을 때에는 상당하다고 인정하는 방법으로 증거조사를 할 수 있도록 함으로써 재판이 신속하게 진행되게 할 필요가 있다.

### (2) 판결서작성의 간소화

아주 단순하고 정형적이며 경미한 정식재판청구사건에 대해서는 판결서 작성업무를 간이하게 하는 것이 좋다. 다수의 경미한 자백사건에서 증거의 요지를 모두 판결서에 기재하는 것은 비효율적이기 때문이다. 그러므로 유죄판결의 이유에는 범죄사실과 이에 대한 해당법조만을 기재할 수 있도록 판결서작성의 특례를 인정할 필요가 있다.<sup>49)</sup> 즉, 선고내용을 공판조서에 기재하게 하여 판결서 작성에 갈음할 수 있도록 하되, 적법한 항소의 제기가 있는 경우와 판결확정 전에 판결서 등본의 교부 청구가 있는 경우에만 판결서작성을 하도록 함으로써 정식재판청구사건의 신속한 재판이 가능하도록 해야 한다.

## 마. 정식재판청구사건의 상고 제한 문제

49) 비슷한 취지에서 신동운, 경미범죄의 효율적 처리방안, 형사정책 제15권 제2호(2003), 41면 이하; 차경환, 경미사건 신속처리절차 신설 방안에 관한 연구, 검찰미래기획단, 신속처리절차에 관한 연구, 65면 참조.

상고심의 기능과 역할을 잘 수행하도록 하기 위해서는 단순하고 경미한 사건의 상고심 유입의 제한이 논의된다. 특히 약식명령에 대한 정식재판청구사건의 상고심 유입을 제한을 우선적으로 검토할 필요가 있으며, 이에 대해서는 장을 바꾸어 서술하고자 한다.

## VI. 정식재판청구사건의 상고 제한 검토

### 1. 정식재판청구사건에 대한 상고심 현황 및 문제점

약식절차의 문제점과 개선방안에 대하여는 그 동안 여러 측면에서 논의가 이루어져 왔는데, 최근에는 상고심의 기능약화와 관련하여 정식재판청구사건에 대한 상고증가가 새로운 문제로 대두되고 있다.<sup>50)</sup> 위의 표 3에서 확인할 수 있듯이 정식재판청구사건에 대한 상고현황은 급격하게 증가하고 있다. 2004년 전체 상고본안사건의 6.2%, 형사본안사건의 11.7%를 차지했던 정식재판청구사건에 대한 상고제기는 2008년의 경우 정재청구사건에 대한 상고사건은 5,421건으로 전체 상고본안사건의 19.3%, 형사본안사건 36.9%에 달하고 있다.

정식재판청구사건은 경미사안의 신속한 처리를 목적으로 하는 약식절차에 대한 불복을 의미한다. 이러한 경미사안에 대한 상고사건이 급증하고 있는 것은 2가지 측면에서 문제가 될 수 있다. 하나는 경미사건의 신속처리를 목적으로 하는 약식절차의 기능이 제대로 발휘되지 못하고 있다는 점과 다른 하는 법률심·사후심으로서 법질서의 통일성 유지를 주된 임무로 하는 상고심의 운영에 적지 않은 부담을 줄 수 있다는 점이다.

### 2. 우리나라 상고심의 구조와 운영 현황

#### 가. 상고심의 구조와 운영상의 특성

50) 법원행정처, 정식재판청구사건의 효율적 관리방식에 관한 검토자료, 2003년(미발간), 5쪽.

상고심은 제한적인 상소제도이다. 상고심은 사후심이므로 판결의 기초가 되는 사실관계는 확정된 것으로 취급하며 오로지 법령위반이 있는지 여부를 심사한다.<sup>51)</sup> 이는 상고심이 법질서의 통일성을 유지하고 구체적 사건에서의 정의를 실현하는 기능을 가지기 때문이다.<sup>52)</sup> 무엇보다 법질서의 통일성 유지라는 상고심의 과제를 수행하기 위해서는 상고심은 경솔한 상고제기로부터 보호될 수 있어야 한다.<sup>53)</sup>

그러나 우리나라 상고심은 해방 이후 제정형사소송법 이래 사건적체로 인한 과중한 업무부담이라는 문제에 직면해 오고 있다. 그 근본적인 원인은 모든 형사사건에 대한 상고가 전국에 하나밖에 없는 대법원에 집중되는 심급구조에서 찾을 수 있을 것이다. 연방국가인 독일의 경우 주차원에서 상고심의 역할을 수행하는 주상급법원이 존재함으로써 연방전체의 법해석의 통일성을 유지하는 연방대법원과 기능을 분담하고 있다.<sup>54)</sup> 미국의 경우도 연방차원의 상소제도는 연방항소법원이 '최종심'의 역할을 하는 실질적인 2심급 구조를 취하고 있으며, 연방대법원은 법령해석의 통일을 위하여 특별히 의미가 있다고 생각되는 사건을 선별하여 사건이송명령(writ of certiorari)을 내리는 재량적 상소수리제도를 설계함으로써 상고심의 법률심으로서의 성격을 유지시키고 있다.<sup>55)</sup>

우리나라 상고심의 업무부담 가중의 또 다른 이유로는 상고제기의 방식이 엄격하지 못하다는 점을 들 수 있다. 우리나라의 경우 상고대상 사건에 제한이 거의 없고 상고이유가 법률위반 등으로 제한되어 있으나 대법원에서는 사실문제에 대한 심리가 관행화되어 대법원에 접수된 본안사건은 꾸준히 증가해오고 있다.<sup>56)</sup> 단일국가인 일본의 경우 2차 대전 패전 후 영미식의 상소제도를 도입하여 상고심을 순수한 법률심으로 순화함으로써 상고심의 법해석의 통일성 유지기능을 강화시키고 있는 모습과 비교된다.<sup>57)</sup>

51) Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, S. 439.

52) Löwe-Rosenberg-Hanack, StPO, 25. Aufl.(2003), vor §333 Rn. 7.

53) Krause, Die Revision im Strafverfahren, 5. Aufl. 2001, S. 5.

54) 독일은 경미사건과 중대사건을 구분하여, 경미사건은 구법원 → 지방법원 → 주상급법원의 3심급제를 취하고, 중대사건은 지방법원 → 연방대법원의 2심급체계를 취하고 있다. 다만, 주상급법원이 상고심으로 재판하는 경우 다른 주상급법원이나 연방대법원의 기존 판례와 다른 판단을 내리고자 하는 경우에는 사건은 연방대법원에 이송하도록 하여 연방차원에서의 전체적인 법해석의 통일성을 유지한다. 독일의 상소제도에 대한 상세한 내용은, 신동운, 상소제도의 개편에 따른 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원, 2006, 43쪽 이하를 참조.

55) 미국의 상소제도에 관하여 상세한 내용은, 신동운, 위의 책, 31쪽 이하 참조.

56) 법원조직법 일부개정법률안에 대한 법사위 검토보고서(2006.4), 9-10쪽.

57) 일본 형소법상 상고이유는 헌법위반과 판례위반으로 제한하고 있다(일본형소법 제405조). 상고이유가 없는 경우 재량으로 상고를 수리하는 상고수리제도(동법 제406조)를 두고 있으나, 실제 상고수

### 나. 상고심의 운영 현황

우리 대법원은 최근 6년간 연간 11,500여건 이상의 형사 상고사건을 처리해야 하는 상황에 처해있다. 그리고 형사상고사건은 지속적으로 증가하는 추세에 있다(표 4 참조). 이러한 사정은 대륙법계에 속하는 독일연방대법원이 약 2,800여건(독일주상급법원은 5,600여건), 일본의 최고재판소가 3,900여건을 처리하는 상황에 비하여 상당히 부담스러운 상황이다(표 5, 6, 7 참조). 또한 이미 기술한 바와 같이 이러한 사건의 약 39.6%가 약식명령에 대한 정재청구사건의 상고심이라는 점은 상고심의 기능 유지라는 문제와 함께 경미사건의 신속한 처리라는 약식절차의 본질과 기능의 장애라는 2중적 문제 상황을 노출시키고 있다고 할 수 있다.

【표 4】 대법원 형사사건 처리현황<sup>58)</sup>

구분	접수건수	처리건수					
		계	파기 자판	파기 환송·이송	상고 기각	상고 취하	기타
2002년	9,013	8,625	36	386	7,265	425	513
2003년	9,903	9,428	6	381	7,906	502	633
2004년	10,827	10,574	44	419	8,778	572	761
2005년	11,243	11,401	125	427	9,470	444	935
2006년	13,546	13,694	21	393	11,814	490	976
2007년	14,704	14,876	11	567	12,791	521	986

【표 5】 독일 연방대법원의 형사사건 처리현황<sup>59)</sup>

구분	접수건수	처리건수			
		계	판결	상고기각결정 (\$349 2항, 4항)	기타 결정 또는 취하
2002년	2,682	2,613	165	2,317	131
2003년	2,775	2,692	158	2,424	113
2004년	2,790	2,777	173	2,489	115
2005년	2,844	2,906	172	2,608	126
2006년	2,860	2,935	172	2,624	139
2007년	3,102	2,987	141	2,713	133

리신청 자체가 매우 적다.

58) 대법원 사법통계(<http://www.scourt.go.kr/justicesta/>)

59) 독일연방통계청 사법통계(<http://www.destatis.de/>)

【표 6】 독일 주상급법원의 형사사건 처리건수<sup>60)</sup>

구분	연방전체	주요 주 <sup>61)</sup>				
		바덴-뷔템베르크	바이에른	니더작센	노르트라인-베스트팔렌	라인란트-팔츠
2002년	5,191	628	850	497	1,032	228
2003년	5,402	598	865	507	1,079	284
2004년	5,628	655	894	541	1,126	271
2005년	5,641	605	876	562	1,104	262
2006년	5,855	674	1,025	499	1,245	263
2007년	6,045	689	877	526	1,346	317

【표 7】 일본 최고재판소의 형사사건 처리현황<sup>62)</sup>

구분	접수건수	처리건수					
		계	파기자판	파기환송·이송	상고기각	취하	기타
2002년	3,363	2,495	1	1	1,790	694	9
2003년	3,629	2,783	5	1	2,159	609	9
2004년	3,175	2,965	1	4	2,239	710	11
2005년	3,493	2,828	0	0	2,185	637	6
2006년	3,405	2,779	2	1	2,136	634	6
2007년	3,177	2,542	0	3	2,016	518	5

### 3. 상고심 개선방안

#### 가. 논의 배경과 방향

제정형사소송법 이후 상고심에 관한 개혁논의의 주종을 이룬 것은 상고심의 업무 부담 경감 문제였다.<sup>63)</sup> 1959년의 법원조직법 개정,<sup>64)</sup> 1961년의 고등법원 상고부제 도입과 상고이유 개편은 상고심의 부담경감을 목적으로 한 것이었다. 1963년 개정시

60) 독일연방통계청 사법통계 (<http://www.destatis.de/>)

61) 2개 이상의 주상급법원이 있거나 사건이 상대적으로 많은 주를 대상으로 하였다.

62) 일본재판소 사법통계 (<http://www.courts.go.jp/>)

63) 우리나라 상소제도의 전개와 업무부담 경감을 위한 개정작업에 관하여는, 신동운, 앞의 책, 87쪽 이하를 참조.

64) 대법원을 대법관과 대법원판사의 이원적 구조로 재편하여 재판부를 증설하도록 한 것이다.

1961년에 도입되었던 고등법원 상고부가 폐지되고 상고이유서 제도가 정립되지 아니한 상황에서 대법원은 더 이상 상고심으로서의 기능을 유지하기 위해 경솔한 상고제기에 대한 차단장치를 보유하지 못하게 되었다. 2003년 이후 사법개혁 과정에서 대법원의 위상과 기능이 주요 의제로 선정되면서 고등법원 상고부제가 개정법률안으로 성안되었으나,<sup>65)</sup> 입법화 되지 못함으로써 현행법의 상고제도는 1963년 이후의 그것과 동일한 모습을 유지하고 있다. 최근에는 약식명령사건에 대한 불이익변경금지원칙의 적용을 배제하는 개정법률안이 제안되어 국회에 상정되어 있는 상태이다.<sup>66)</sup>

상고심으로서의 기능과 위상을 회복하기 위해서 대법원의 업무부담을 경감시켜야 한다는 점에 대하여는 법원은 물론 국회<sup>67)</sup>와 학계<sup>68)</sup>에서도 공감대가 형성되어 있다고 할 수 있다. 다만, 그 방안에 관하여는 견해의 차이가 있을 뿐이다. 17대 국회의 법사위는 고등법원 상고부제 대신에 대법관의 증원 방안을 제안한 바 있다.<sup>69)</sup> 그러나 장관급의 대법관을 대폭적으로 증원하는 방안은 그 자체가 현실적으로 어려울 뿐만 아니라 현재와 같이 폭주하는 상고사건에 대법관의 증원만으로 대처하는 데에는 한계가 있다.<sup>70)</sup>

이하에서는 상고심의 기능회복을 위해서는 상고심에 대한 구조적 변경이 불가피하다는 입장에서 고등법원 상고부제의 도입 필요성을 논하고 아울러 경미사건에 대한 상고증가 현상에 직면하여 국민의 재판청구권을 지나치게 제한하지 않으면서 경미사건의 신속한 처리라는 약식절차의 본질과 법질서의 통일성 유지라는 상고심의 기능을 유지할 수 있는 정식재판청구사건에 대한 상고심 합리화 방안을 언급하고자 한다.

65) 2003년 말 출범한 사법개혁위원회는 고등법원 상고부 설치를 다수의견으로, 대법관의 증원을 소수의견으로 하는 건의문을 채택한 바 있으며(사법제도개혁추진위원회, 사법 선진화를 위한 개혁, 사법제도개혁추진위원회 백서(상), 146쪽), 사법개혁추진위원회는 고등법원 상고부제도의 실시를 위하여 법원조직법, 민사소송법, 형사소송법 등의 관련법률에 대한 개정안을 성안하여 정부에 제출하였으며 사가추위가 마련한 개정법률안들은 정부 내의 법률안 제안절차를 거쳐서 정부안으로 국회에 제출되었으나, 국회에서 강력한 반대에 부딪혀 입법화되지 못했다.

66) 2009. 2. 17. 형사소송법 일부개정법률안(이한성의원 대표발의), 의안번호 : 3868. 이 법안은 정식재판청구사건에 대한 불이익변경금지의 배제를 내용으로 하고 있지만, 정식재판청구사건에 대한 상고제한의 문제와도 간접적으로 관련된다.

67) 제268회 제8차 법제사법위원회(2007.8.8) 회의록, 61쪽 이하; 제269회 제9차 법제사법위원회(2007.11.10) 회의록, 35쪽 이하.

68) 천진호, 상소제도론의 발전과 전망, 형사법연구 제22권(2004. 12), 331쪽 이하.

69) 주 21) 참조.

70) 신동운, 신형사소송법, 1321쪽.

## 나. 고등법원 상고부제도 도입

고등법원 상고부제 도입을 내용으로 하는 2005년 법원조직법 개정안에 대하여 당시 법사위 위원들은 거의 일치된 의견으로 부정적 의견을 표명하였는데, 그 주된 논거는 국민들의 대법원의 재판을 받을 권리를 제한할 수 없다는 것이었다. 그러나 헌법이 대법원을 최고법원으로 규정하였다고 하여 대법원이 모든 사건을 상고심으로서 관할하여야 한다는 것은 아니며, 국민의 재판받을 권리가 사건의 경중을 가리지 않고 모든 사건에 대하여 대법원을 구성하는 법관에 의한 재판을 받을 권리나 상고심 재판을 받을 권리를 의미하는 것은 아니다.<sup>71)</sup> 대법원의 재판을 받을 권리는 현행의 상고심 제도가 50년 이상 유지되어 오면서 국민들의 의식에 자연스러운 것으로 자리 잡고 있는 것이라고 볼 수 있다. 그러나 이른바 ‘삼세번 재판론’의 명분론에 집착한다면 오히려 국민들에게 고통이 발생할 수 있다. 직업법률가들은 대법원내의 상고를 통하여 보다 많은 액수의 보수를 확보할 수 있다. 하지만 피고인의 입장에서는 거의 무의미한 수년간의 대기기간,<sup>72)</sup> 상고심의 졸속 판단, 거액의 변호사 보수지급이라는 삼중고를 겪어야 하는 것이다.<sup>73)</sup>

고등법원 상고부제에 대하여는 법령해석의 통일이라는 관점에서 우려가 제기되기도 한다. 이러한 우려는 1960년부터 1963년까지 시행된 고등법원 상고부제에는 어느 정도 타당한 측면이 있다. 당시 고등법원 상고부제는 법령해석의 통일을 위한 장치를 마련하지 않았으며, 이는 단기간에 개정법률안을 마련하는 과정에서 발생한 미비점이라고 할 수 있다.<sup>74)</sup> 반면 2005년 법원조직법 개정안은 사건이송과 특별상고 제도를 마련하여 법령해석의 통일성 확보 문제에 대해 대비하고 있었다. 오늘날에는 법조 인력이 전국적으로 저변을 넓혀가고 있어 사법의 지방분권화를 위한 토대가 마련되고 있으며, 전국적 판례전산망이 완비되어 판례의 통일을 기할 수 있는 장치가 구비되어 있다는 점에서 국민의 상소권을 제한하지 않으면서도 대법원이 정책법원으로 자리 잡을 수 있는 여건이 조성되었다고 할 수 있다.<sup>75)</sup> 법령해석의 통일성 문제는 고등법원 상고부제의 반대이유로는 적절하지 않다고 생각한다.

71) 헌법재판소 1995. 1. 20.자 90헌바1 결정 등.

72) 실제로 정재청구사건에 대한 상고사건의 기간률은 95.7%에 달한다.

73) 신동운, 앞의 책, 143쪽.

74) 신동운, 앞의 책, 131쪽.

75) 신동운, 2006년 형사소송법 개정안에 대한 검토의견, 형사정책 제18권 제2호(2006), 345쪽.

상소제도는 관료조직이 정비되면서 생긴 제도로서 관료조직의 상하관계와 밀접한 관련이 있고, 법원의 심급체계에서 최고법원이 담당하는 것이 타당하다는 입장에서 고등법원 상고부제는 상소제도의 조직체계와 어울리지 않다는 지적이 있다.<sup>76)</sup> 그러나 바람직한 상고심의 설계 문제는 기본적으로 관료조직의 상하관계의 유지와는 무관하다고 할 수 있다. 2005년 법원조직법 개정안은 고등법원 상고부를 구성하는 법관의 경력과 관계의 면에서 이러한 상하관계의 심급체계도 반영한 법률안이기도 하다.

#### 다. 정식재판청구사건에 대한 상고 합리화 방안

##### (1) 항소심의 상고기각제도 도입방안

독일형소법 제313조는 일정한 경미사건에 대해서는 항소법원이 항소를 수리해야 항소심리가 가능한 제도를 항소수리제도(Annahmeberufung)를 인정하고 있다.<sup>77)</sup> 항소가 이유없음이 명백한 때(offensichtlicher Unbegündetheit)에는 항소는 인용되지 않으며, 따라서 항소는 부적법한 것으로 기각된다. 이 제도는 소송경제를 목적으로 도입된 것으로서, “직접적으로 체감할 수 있고 즉시 효과가 있는 지방법원의 부담 경감”을 달성하기 위한 것으로 이해되고 있다.<sup>78)</sup>

항소수리제도에 대하여는 하나의 새로운 공판절차를 진행하는 항소심의 본질과 조화할 수 없는 제도이며,<sup>79)</sup> 항소심의 개혁 노력이라는 역사적 맥락에서 벗어나 있다는 비판이 이루어지고 있다.<sup>80)</sup> 또한 ‘명백히 이유없음’이라는 상고심의 개념에 의존하고 있으며, ‘이유 없음’을 ‘적법요건’으로 전환시킨 것에 대하여 이론적인 비판이 제기되고 있으며, 서류심사를 바탕으로 예후를 하고 있다는 점과 새로운 절차인 항소심을 부정하고 있는 것 등에 대한 비판도 제기되고 있다.<sup>81)</sup> 소송경제를 위

76) 호문혁, 상고제도의 목적과 상고심 부담 경감 제도, 민사소송, 한국민사소송법학회, 2005, 13쪽.

77) 항소수리제도의 대상은 15일 이하의 일수벌금형이 내려진 벌금형 또는 과태료, 15일 이하의 일수 벌금형이 유예된 선고유예 및 무죄판결과 공판절차가 중지된 경우이며, 검사가 30일 이하의 일수 벌금형을 구형한 경우에도 적용된다.

78) BTDrucks 12 1217 S. 38. 개정 이전의 독일형소법 제313조는 위경죄를 이유로 벌금형을 받은 사건에 대한 상고를 제한하는 것이었는데, 1974년 형법시행법에 의해 (제21조 82호) 위경죄가 폐지됨에 따라 이 규정의 대상이 없게 되자 1993년 사법부담경감법에 의해 새로운 내용의 조문으로 항소수리제도를 도입한 것이다. Löwe-Rosenberg-Gössel, StPO, §333.

79) Fezer, Zum Verständnis der sog. Annahmeberufung(§313 StPO), NStZ 1995, S. 266.

80) Fezer, aaO.

81) Löwe-Rosenberg-Gössel, StPO, §333 Rn 2.

한 입법자의 의도에도 불구하고 실제 항소불인용제도의 활용도는 항소사건의 약 2% 미만에 불과하다고 한다.<sup>82)</sup>

독일의 항소수리제도는 ‘사안의 경미성’과 ‘항소심의 부담완화’라는 2가지의 사상이 결합된 것이라고 할 수 있지만, 독일의 경우처럼 단지 사안이 경미하다는 이유로 한 번의 재판으로 절차를 종결시키는 것은 피고인의 재판청구권을 지나치게 제한하는 것이다. 그러나 일정한 경미사건에 대한 상소수리제도는 항소심이 아닌 상고심을 대상으로 하는 경우에는 충분히 검토해 볼 만한 가치가 있다. 여기에는 ‘사안의 경미성’과 ‘절차의 신속화’ 외에 ‘상고심의 기능 회복’이라는 또 하나의 정책적 목표가 반영될 수 있기 때문이다. 약식명령에 의해 재산형이 부과된 사건에 대하여는 제1심의 심판과 항소심의 심판을 거쳤다면 항소심 판결에 대한 불복을 항소심이 일정한 예후를 바탕으로 기각하더라도 피고인의 재판청구권을 지나치게 제한하는 것은 아니라고 볼 수 있다. 이것은 현행법상 통상의 3심제도를 벗어나는 것이지만,<sup>83)</sup> 현행법상 약식명령으로 부과되는 형벌이 벌금형 등 재산형에 제한된다는 점에서 통상절차로부터 벗어나는 것에 대한 최소한의 안전장치는 갖추어진 것으로 볼 수 있다.

## (2) 정재청구사건의 상고이유 제한 방안

약식명령에 대한 정식재판의 청구사건에 관한 판결 등에 대하여는 법률·명령·규칙 또는 처분의 헌법위반여부와 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대한 판단이 부당한 경우와 대법원의 관례에 상반되는 판단을 한 경우에 한하여 상고이유를 인정하는 방안을 검토할 필요가 있다.

상고제기의 엄격한 형식성은 상고심의 본래적 기능을 유지하기 위한 필수적인 요건이라고 할 수 있는데, 현행법상 상고이유는 엄격한 방식성을 갖추고 있지 못하다. 현행법상 상고이유는 항소심 판결에 불복이 있으니 다시 심리해 달라는 주장 이외에 아무것도 아니다.<sup>84)</sup> 예를 들면, 현행법상 중대한 사실오인이나 양형부당 사

82) 이 2%에는 항소인용된 사건도 포함되어 있다. Löwe-Rosenberg-Gössel, StPO, §333 Rn 3.

83) 정식재판청구사건에 대해 불이익변경금지의 원칙을 배제하지 않는 현행법하에서는 약식명령에 대한 정식재판청구사건은 약식명령 → 제1심 → 제2심 → 제3심이라는 4심급을 거치는 것으로 이해하는 것도 불가능한 것은 아니다.

84) 신동운, 앞의 책, 122쪽.

유는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 한하여 상고이유가 될 수 있음에도 불구하고(형소법 제383조 제4호), 벌금형이 부과된 약식명령사건에 대한 상고이유로 '원심의 형이 너무 무거워서 부당하다거나 선처해 달라는 등'의 사유를 상고이유로 한 상고제기가 이루어지고 있는 실정이다.<sup>85)</sup>

모든 형사사건이 동일한 심급구조에 따라 처리되어야 하는 것은 아니다. 독일의 경우 사안의 경중에 따라 형사절차의 심급구조를 달리하고 있다는 것은 이미 언급한 바와 같다. 약식명령의 경우 소추기관이 부적절하게 피고인이 유죄라고 판단하였고 법원이 이를 받아들였다더라도 제1심 법원과 항소심을 통해 시정의 기회가 보장된다. 약식절차의 대상은 경미한 사안이라는 점을 고려하면 이러한 사후심사의 기회는 어느 정도 안전장치를 제공하고 있다고 볼 수 있다. 이러한 안전장치의 확보를 담보로 상고심의 기능을 강화하고 보다 중요·복잡한 사건에 대한 심리를 충실히 할 수 있는 사법역량을 확보하는 정책적 목표는 정당화될 수 있을 것이다.<sup>86)</sup>

\* 주제어 : 약식절차, 불이익변경금지, 경미사건의 상고제한, summary procedure, prohibition against a change to the disadvantage of the accused, limiting causes of reappeal in minor cases

\* 논문접수: 2009. 8. 31. \* 심사개시: 2009. 9. 1. \* 게재확정: 2009. 9. 11.

85) 2008년 1월 전주지방법원의 정재청구사건에 대한 유죄판결 총 96건에 대하여 상고제기된 사건은 총 6건(6.2%)인데, 이 6건 중 5건은 상고이유가 될 수 없는 채증법칙위반(사실오인)과 양형부당을 상고이유로 주장하고 있으며, 6건 모두 무변론 상고기각 판결이 내려졌다.

86) 일본의 경우 2차 대전이후 영미법계 상고구조로 전환하여 상고이유를 헌법위반과 판례위반 2가지로 한정하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

[Abstract]

## A Study on Improvements in Summary Procedure

Kim, Jae-Bong\*

Han, Young-Soo\*\*

Jo, Ki-Young\*\*\*

The merit of summary procedure lies in the fact that it is conducted not by public trial but by documentary examination thus enabling minor and simple criminal cases to be processed quickly. But it is pointed that in real, summary procedures take too much time. The range of subjects competent for summary procedure is narrow, the formality in demanding summary orders is unclear, and regulations concerning forwarding cases to procedures in public trial by authority need reforms. Also, unreasonable results brought by applying the principle of 'prohibition against a change to the disadvantage of the accused, process delays in public trial demanded cases, sudden increases of appeals of public trial demanded cases are pointed out as the problems of current public trial demand procedure provisions. In order to solve these problems, improvements such as the followings are required.

First, improvements for speeding up the process of summary cases.

- 1) Shortening terms of criminal indictments by, creating manuals for cooperation between the police and the prosecutors office, making summary indictments utilizing electronic documents.
- 2) Shortening terms of document examinations by assigning summary orders to

---

\* Professor, Hanyang University

\*\* Professor, Ajou University

\*\*\* Full Time Lecturer, Chonbuk University

exclusive courts.

3) Shortening terms of executions of summary orders by. assigning conveyance locations, clarifying provisions stipulating conveyance by public announcement, conveying orders by electronic documents.

Second, rationalizing summary procedure

- 1) Adjusting subjects of summary procedure
- 2) Clarifying forms of demanding summary orders
- 3) Improving provisions stipulating public trial submissions by authority

Third, suggestions on improving public trial procedure provisions

- 1) Excluding application of the principle of 'prohibition against a change to the disadvantage of the accused'.
- 2) Introduction of dismissal without of oral proceedings and expanding the range of trials by default
- 3) Introduction of special provisions regarding summoning the accused demanding public trial.
- 4) Simplifying the procedure of public trial demands

Fourth, suggestions on restraining public trial demanded cases entering the Supreme Court

- 1) Introducing appeal courts in High Courts
- 2) Limiting causes of appeal in minor cases such as summary cases

If the above suggested improvements come true, the summary procedure will make much more contribution not only to efficient case handling of the criminal judiciary agencies or organizations, but to speedy release of defendants from the burden of the procedure.