형사정책연구 Korean Criminological Review
제31권 제4호(통권 제124호, 2020・겨울)

독일 형사상소제도 개혁논의의 시사

김성룡*

국 | 문 | 요 | 약

대법원은 2020년 말 상고제도의 개선방안을 발표한다는 계획을 발표했다. 국정농단 사건을 계기로 잠시 주춤했던 상소심 개선 논의를 마무리하겠다는 의지를 보인 것이다. 사실 상소제도의 개혁에 관한 논의는 형사소송법의 제정 이래 지금까지 계속 되어온 것이다. 이미 모든 해법이 제시되었다고 해도 과언은 아닐 것이다. 따라서 이 글에서는 잠시나마 우리의 눈을 외부로 돌려 독일의 형사상소제도 개혁논의의 현황을 살펴보고 그 시사를 찾아보고자 하였다.

저자는 특히 다음과 같은 근본적인 해법을 제안하였다: 국가 간의 GDP, 개인의 소득격차, 인구 수 등을 감안한다고 하더라도 현재 독일의 1/7에 불과한 판사 수를 최대한 늘이고, 제1심 재판부를 실질적인 심리가 가능하도록 확충해야만 한다. 통과의례식의 항소나 상고를 줄이기 위해서는 사실심 판결문에 판결이유가 상세히 기재되어야만 한다. 충실한 한 번의 공판심리가 무용한 항소와 상고를 줄일 수 있다는 것을 직시해야만 한다. 사실심의 공판절차의 진행을 영상녹화하여 상소심에서 이를 활용할 수 있도록 하여야 한다. 상고심에 관한 어떤 개선안도 이러한 기초적이고 근본적인 문제의 해결 없이는 미봉책에 불과할 것이다.

DOI : https://doi.org/10.36889/KCR.2020.12.31.4.41

❖ 주제어 : 항소, 상고, 형사소송, 공판절차, 사실심

* 경북대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

Ⅰ. 글의 배경과 범위

대법원장은 2020년 9월 법원의 날 기념사에서 사법부의 사명은 '좋은 재판[1]'을 하는 것이고, 상고제도 개선방안 모색이나 전문법원제도 도입 검토의 이유도 바로 이런 좋은 재판을 위한 것이니 오해하지 말라는 뜻을 밝혔다. '사법농단'이라는 이름으로 아직 진행 중인 재판의 피고인이 상고법원을 정치적 거래의 대상으로 삼았다는 의심에 그 동안 움츠렸던 상고제도 개선논의를 본격적으로 재개하겠다는 것이다. 폭증하는 상고사건 속에서 상고심 기능정상화를 위해서는 상고제도 개선이 불가피하고, 국민의 공감과 지지를 받을 수 있는 가장 적절한 상고제도 개선을 더 이상 미루지 않겠다며, 지난 8월에는 전문가세미나를 온라인으로 공개하는 등[2] 이미 준비된 계획들을 차곡차곡 진행하고 있는 듯하다. 언론보도에 따르면 연초에 이미 대법원에 상고제도개선특별위원회를 설치하였고, 연말에는 개선안을 확정 발표할 계획이라고 한다.[3] 어간의 언론보도에는 "어떻게 저런 일이!"라며 놀랄 만한 수치들로 가득 채워졌다. 대법관 1인이 연간 처리한 사건 수가 3,500건에서 4,000건을 오르내린다며 업무과중을 소개하고, 그럼에도 불구하고 대법원에 계류 중인 2년 넘는 장기미제사건도 1,000건을 넘는다는 사실도 알려준다. 여러 상황을 고려할 때 결국은 대법원의 이원적 구성(대법원의 상고심을 해결할 법관을 두는 방법), 상고허가제(대법원이 다룰 상고사건의 수를 통제하는 것), 고등법원 상고부 설치(고등법원에서 대부분의 상고사건을 해결하는 것) 등 3가지 대안 중에서 하나의 최종안을 도출할 것이라는 전망도 공연히 거론되고 있다. 물론 상고사건 수나 심판범위를 줄이는 것이 능사가 아니라는 목소리도 만만치 않다. 심리불속행제도는 국민의 재판받을 권리의 침해이므로 대법관을 14명에서 48명으로 늘리고, 전체 법관수를 3,000에서 9,000명까지 늘려 사실심을 충실히 해야한다는[4] 주장이 현직 법관의 입을 통해 언론에 등장하기

1) 좋은 재판의 필수 요소인 좋은 논증이 무엇인지에 대해서는 김성룡, 좋은 법적 논증의 조건, 형사법연구 제23권 제2호(2011), 3쪽 이하 참조.

2) 연합뉴스, "'상고제도 개선'전문가 세미나 유튜브 등에 공개, 2020.8.13. 기사 (https://www.yna.co.kr/view/AKR20200813068300004?input=1195m : 2020.11.23. 최종 방문).

3) 서울경제, "대법관 한명이 연 3,500건 담당...상고제 개선 속도내나", 2020.10.7. 기사 (https://www.sedaily.com/NewsView/1Z91GNEG6S : 2020.11.23. 최종 방문).

4) news 1 뉴스, 현직판사 "상고제도 문제 본질은...대법관의 잘못된 업무 방식", 2020.8.14. 기사 (https://www.news1.kr/articles/?4027214).

도 한다. 상소제도개선은 형사소송법 제정·공포 이후 지금까지 줄곧 다루어져 온 오래된 주제인 만큼 대부분의 독자들은 이미 제안된 여러 해결방법들의 구체적 내용이 무엇인지, 그 중 하나의 선택지를 쉽게 택할 수 없는 이유를 잘 알고 있을 것이고, 향후 제도화를 위한 논의에서도 그나마 다수를 설득할 수 있는 대안이 도출될 것인지에 대해서도 회의적 입장이 적지 않을 듯하다. 합의보다는 입법자의 결단이 현실적인 해결책이라는 주장이 설득력 있는 진단이라고 할 수도 있을 것이다.

이런 사정을 배경으로 아래에서는 우리의 시선을 잠시 밖으로 돌려 상소제도의 개선을 논의하고 있는 현재 독일의 관심은 무엇인지, 그들은 어떤 해결책을 모색해왔는지를 살펴보면서(Ⅱ) 국내 상고심제도 개선·개혁논의에 참고할 만한 내용을 도출해보고자 한다(Ⅲ). 물론 독일 형사법원·재판부의 구성, 주와 연방의 분립에서 오는 특징, 상소제도의 차이점 등으로 인해 양국 제도와 그 운영을 평면적으로 비교하는 것은 어렵거니와 어리석은 일이지만, 헌법·형사소송법에서 도출되는 상소제도의 본질에 대한 양국의 공유 가능한 인식에 기초하여 달리 생각할 수 있는 것은 무엇인지 생각해보는 것은 우리의 현재 논의에 적지 않은 도움이 될 것이기 때문이다.

Ⅱ. 독일 형사상고제도 개혁논의

1. 개요

독일도 형사소송법 제정 당시부터 상소제도의 개정·개혁논의가 시작되었다고 할 만큼 상고제도 개혁논의의 오랜 역사를 가지고 있다. 현재도 형사사법의 효율성과 실무 현실을 반영한 제도·운영개선 논의가 계속되고 있고 상소제도의 개선은 그 중요한 대상이다. 특히 피고인의 절차적 권리강화, 상소심의 유형과 심급 개편 필요성, 사실심의 공판절차에서 수사상 영상녹화물의 증거사용범위 확대, 공판절차 자체(특히 증거조사) 영상녹화 및 기록물의 상소심에서의 활용제도 정착, 상소심의 파기 자판 원칙화, 반복되는 심리지양과 실체 진실발견의 가능성 고양 등이 관심사로 등장하여 꾸준히 논의되고 있을 뿐만 아니라 입법으로 반영되기도 하고 있다. 아래에서는 우리의 논의에 도움이 될 수 있

는 부분에 제한하여 살펴보기로 한다.

2. 상소제도의 기본구조

독일 형사소송절차는 우리와 다를 바 없이 통상 1심에 대한 항소(Berufung)와 상고(Revision), 그리고 항고(Beschwerde)라는 불복제도를 가지고 있다. 세부적으로 보면 1심을 담당하고 있는 Amtsgericht(구법원)와 Landesgericht(주법원)는 관할로 보자면 우리의 지방법원지원과 지방법원과 유사한 구성이고, 명예법관(Schöffen) 혹은 참심이라고 하는 비법률전문가들이 재판부에 참여하고 있으며, OLG(주고등·최고법원)와 BGH(연방대법원)는 직업법관들로만 구성되는 특징이 있다(독일법원조직법 제12조).[5)]

1) 독일 형사법원조직의 기본구조

독일에서는 연방법원을 제외한 법원의 구성과 운영은 원칙적으로 각 주들(Länder)의 관할이다(법원조직법 제13조의a). 세부적인 구성은 다음과 같다.

[독일 법원, 재판부 구성과 관할 등[6)]]

법원	재판부	보직	관할
Amts- gericht	E.R.	☻	- 법원조직법 제24조, 제25조
	Sch.G.	☺☻☺	- 법원조직법 제24조 제1항, 제28조, 제29조 (사건 규모로 보아 필요한 경우 2+2)
		☺☻☻☺	
Land- gericht	K.S./J.K.	☺☻☺	- 법원조직법 제74조 - 법원조직법 제76조
	G.S.	☺☻☻☻☺	
		☺☻☻☺	
	S.G.	☺☻☻☻☺	- 법원조직법 제76조
	S.S.	☺☻☻☻☺	- 법원조직법 제24조의a, 제120조 제1항 제1문 제1호
		☺☻☻☺	

5) 아래에서는 구법원(AG), 주법원(LG), 주최고법원(OLG), 연방대법원(BGH)으로 부르기로 한다.

6) Ostendorf, Strafprozessrecht, 3. Aufl., 2017, S. 81f. 의 서술에 더해, 2020년 11월 27일 현재 상황을 반영한 것이다.

법원	재판부	보직	관할
	W.K.	☺☻☻☻☺ ☺☻☻☺	- 법원조직법 제74조의c에 열거된 범죄
Oberlandes-gericht	S.s.	☻☻☻ ☻☻☻☻☻	- 법원조직법 제120조
Bundes-gerichtshof	S.s.	☻☻☻☻☻	- 법원조직법 제139조

범례
☻ 직업법관 ☺ 명예법관(참심: Schöffen)
E.R. = Einzelrichter (단독판사, 형사판사Strafrichter와 소년부판사Jugendrichter)
Sch.G. = Schöffengericht (참심법원)
K.S./J.K. = kleine Straf- und Jugendkammer (형사단독, 소형사부/소년부)
G.S. = Groβe Strafkammer (형사합의부 · 대형사부)
S.G. = Schwurgericht (살인죄 등에 대한 형사합의부, 배심법원)
S.S. = Staatswchutzkammer (국가보호부, 경한 국가보안사범)
W.K. = Wirtschaftsstrafkammer (경제형사부)
S.s. = Strafsenat (형사부)

법원조직법 제22조 이하에서는 구법원[7])에 대해 규정하고 있는데 형사재판부는 단독판사(Einzelrichter)를 원칙으로 하며, 판사시보도 일정 경우에 활용될 수 있다. 동법 제24조에서는 형사사건에서 구법원의 관할을 예정하고 있는데, 동법 제74조 제2항 혹은 제74조의a에 따른 주법원 관할이거나 제120조 혹은 제120조의b에 따른 주최고법원 관할이 아닌 경우(제24조 제1항 제1호), 개별 사례에서 징역 4년을 초과하는 자유형, (형벌과 병과하거나 단독의) 정신병원 수용 혹은 보호감호(Sicherungsverwahrung) 등이 예견되지 않는 경우(제2호), 검사가 피해자에 대한 특별한 보호필요성을 근거로 주법원에 기소하지 않은 경우(제3호) 등이 그 예이다. 동조 제2항은 구법원에 대해 4년을 초과하는 자유형이나 (형벌과 병과하거나 단독의) 정신병원 수용판결, 보호감호 등의 판결을 내릴 수 없도록 하고 있다. 동법 제25조에서는 구법원의 판사는 사인기소 사건의 경범죄나 2년을 초과하는 자유형이 예견되지 않는 경우라면 경범죄도 관할하도록 하고 있다.

현재 독일 전역에는 이러한 구법원이 최소 약 640개 이상의 설치되어 있다. 서독의

7) 주에 따라 차이는 있지만 대부분 주법원(Landgericht; LG)과 함께 제1심을 담당하는 법원이다. 신성로마제국당시에 다수의 지역 행정구역, 법원의 관할구역을 뜻하는 Amt에서 유래한 것으로 구법원으로 옮기는 것도 문제될 것은 없다. 하지만 국내 독자의 이해 편의를 위해서는 지방법원의 지원정도로 이해하고 독일 GVG의 관할에 대한 규정을 참고하여 세부적으로 구분하여 이해하는 것이 좋을 것이다. 그런 의미에서 구법원, 지방법원지원 등 어느 것으로 옮겨도 문제될 것은 없다.

주도였던 노르트라인베스트팔렌(NRW)주에만 총 140개의 구법원이 설치되어 있다(아래표 참조).

[독일 NRW주 주최고법원, 주법원, 구법원]

OLG (3)	LG (19)[8]	AG (140)
Düsseldorf	Düsseldorf	Düsseldorf, Langenfeld(Rhld.) 등 (4)
	Duisburg	Dinslaken, Duisburg 등 (7)
	Kleve	Emmerich am Rhein, Geldern 등 (5)
	Krefeld	Kempen, Krefeld 등 (3)
	Möchen- gladbach	Erkelenz, Grevenbroich 등 (5)
	Wuppertal	Mettmann, Remscheid 등 (5)
Hamm	Arnsberg	Arnsberg, Brilon 등 (10)
	Bielefeld	Bielefeld, Bünde 등 (10)
	Bochum	Bochum, Herne, Herne-Wanne 등 (5)
	Detmold	Blomberg, Detmold 등 (3)
	Dortmund	Castrop-Rauxel, Dortmund 등 (6)
	Essen	Bottrop, Dorsten 등 (10)
	Hagen	Altena, Hagen, Iserlohn 등 (9)
	Münster	Ahaus, Ahlen 등 (15)
	Paderborn	Brakel, Delbrück 등 (15)
	Siegen	Bad Berleburg, Lennestadt 등 (4)
Köln	Aachen	Aachen, Düren 등 (8)
	Bonn	Bonn, Euskirchen 등 (6)
	Köln	Bergheim, Bergisch Gladbach 등 (10)

인구 약 1790만의 NRW주에[9] 총 3개의 주최고법원을 두고 각 관할지역에 3개에서 10개까지의 주법원을 두고 총 140개의 구법원을 하급심 법원으로 설치·운영하고 있다.

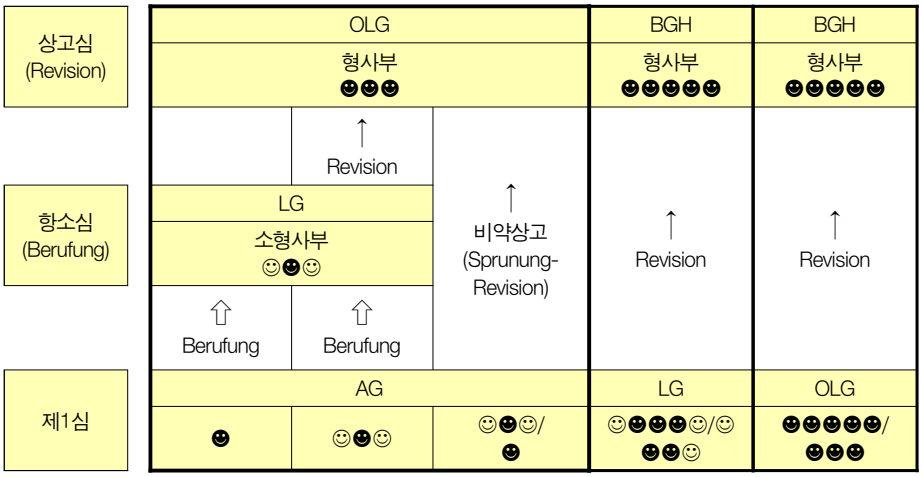
2) 항소와 상고 관할

항소(Berufung)는 단지 구법원의 판결에 대해서만 제기될 수 있다. 구법원은 예를 들

8) § 10 JustG NRW (노르트라인베스트팔렌 주사법·법무부에 관한 법률 제10조), 2020.11.20. 현재.
9) https://www.land.nrw/de/nrw-kompakt : 2020.11.29. 최종 검색

어 4년을 초과하지 않는 자유형을 선고하는 법원이고, 이러한 법원의 판결에 대한 항소는 주법원이 관할한다(법원조직법 제74조 제3항 및 제73조 제1항). 즉 제1심으로 구법원이 심판한 경우, 단독판사사건인지 참심법원사건인지를 가리지 않고 이에 대한 항소는 주법원의 소형사부(☺☻☺)가 관할한다. 주법원의 판결에 대한 상고, 구법원의 비약상고(Sprungsrevision)는 주최고법원 상고심의 소형사부(☻☻☻)가 이를 담당한다. 주법원 형사합의부·대형사부(☺☻☻☻☺/☺☻☻☺)를 1심으로 하는 사건에 대한 이의제기는 상고만이 가능하고 관할 법원은 연방대법원이다. 연방대법원 재판부는 5인의 직업법관(☻☻☻☻☻)으로 구성된다. 주최고법원이 제1심 법원인 경우, 즉 형사부(☻☻☻/☻☻☻☻☻)가 다룬 사건의 상고는 연방대법원의 5인의 직업법관(☻☻☻☻☻)으로 이루어진 형사부에서 담당한다.

[독일 성인대상 형사사건의 상소 유형 및 관할]



우리 형사소송에서는 지방법원지원이나 지방법원 단독판사의 관할사건에 대한 항소는 지방법원 합의부, 지방법원 합의부사건은 고등법원 합의부, 그리고 모든 상고사건은 대법원이 관할하는 구조와 달리, 독일은 우선 모든 사건이 3심제가 아니고, 2심 구조가 대부분임을 알 수 있다.

3. 상소제도 개혁논의의 주요 내용

1) 상소제도의 기능과 목적

판결에 대한 통상 구제절차인 상소제도(Rechtsmittel)를 활용하여 이의가 제기되면 상급법원은 해당 판결을 심사하고(Devolutiveffekt; 이심효과), 항소나 상고가 제기된 해당 판결의 형식적 기판력이 발생하지 못하도록 하는 효과(Suspensiveffekt; 중지효과)가 발생한다.[10] 이러한 상소제도는 정의(Gerechtigkeit), 사법의 형식성(Justizförmigkeit), 법적 통일성(Rechtseinheit)이라고 하는 3가지의 목적에 기여한다고 본다. 즉 정의란 법관도 사람이라서 오판할 수 있는 것이고 그렇기 때문에 실체적·법적으로 잘못된 판단을 수정할 가능성이 반드시 있어야만 한다는 요구이다. 사법의 형식성, 즉 법률이 요구하는 절차를 침해한 상태에서 도출된 판결은 유지될 수 없다는 것이다. 끝으로 통일된 하나의 법적용에서 벗어난 하급심 법원의 판결은 상급법원이 파기할 수 있음으로써 법적 통일성이 확보될 수 있다는 것이다.[11] 이러한 목적들은 법치국가원칙들의 표현이며, 따라서 상소제도의 설치·운영의 목적이라고 하지만, 과연 독일 기본법에서 이를 도출할 수 있는지부터 의문이 제기된다.[12]

2) 상소심 설치의 근거

독일의 지배적 견해는 형사소송에서 상소제도를 두어야 한다는 것은 독일 기본법에서는 명시된 바 없다고 본다.[13] 물론 이에 반해 긍정하는 입장도 있으며,[14] 국제법적 관점에서는 '시민적·정치적 권리에 관한 국제협약' 제14조 제5항이나 유럽연합의 인권협약(EMRK)에 관한 프로토콜 제7호 및 동 협약 제2조와 제13조 등이 근거로 언급되기도 한다. 한편, 상소제도를 운영한다고 해도 그 구체적 내용에 대해서는 입법자에게 광범위한 형성 재량이 있다고 본다. 달리 말해 언급한 상소의 목적 중 무엇을 우선시할 것인지

10) 여러 문헌 중 Paul, KK-StPO, vor § 296ff., Rn. 2; MüKoStPO/Allgayer StPO § 296 Rn. 3.
11) Altenhain, Aktuelle Reformbestrebungen in Deutschland: Die Rechtsmittel, S. 272 참조
12) Altenhain, aaO., S. 272.
13) Altenhain, aaO., S. 272, Fn. 6 참조.
14) Roxin/Schünemann, § 55 Rn. 12.

입법자가 법률로 결정할 수 있으며, 나아가 어떤 범위에서 상급심의 통제가 필요하다고 할 것인지, 몇 단계의 심급을 둘 것인지 여부도 형성재량(Gestaltungsspielraum)의 대상이라고 보는 것이 일반적이다.[15)]

3) 항소심 관련

독일 법 상태에 따르면 항소는 예외적인 형태이고 상고가 통상적인 상소방법이다. 상고는 모든 유형의 1심에 대해 열려 있으나, 항소는 단지 구법원에서 1심이 진행된 경우만을 대상으로 한다. 하지만 실무에서는 항소가 통상적 상소방법이다. 최근 4년간 자료를 보면 주법원에 신건으로 접수된 항소사건이 연평균 4만4천에서 4만6천여 건에 달하고, 주최고법원이나 연방대법원에 상고된 사건은 연평균 약 8천 8백건으로 나타나고 있다.

[최근 4년간(2016-2019) 법원별 심급 종류에 따른 사건 수[16)]]

법원	종류	구분	2016	2017	2018	2019
AG	1심 형사	연말계속	224,508	227,745	238,028	237,886
		신건	**670,036**	**657,774**	**659,932**	**661,044**
LG	1심	연말계속	8,154	8,544	8,858	9,253
		신건	**13,222**	**13,323**	**13,646**	**14,441**
	항소심	연말계속	19,958	20,248	19,500	20,321
		신건	**46,253**	**45,476**	**44,642**	**44,833**
OLG	1심	연말계속	54	63	54	69
		신건	**46**	**57**	**59**	**67**
	상고심	연말계속	656	673	664	667
		신건	**5,859**	**5,806**	**5,748**	**5,668**
BGH	상고심	연말계속	-	-	723	872
		신건	**-**	**-**	**3,156**	**3,133**

15) 예를 들어 Altenhain, aaO., S. 272.

16) Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.3, Rechtspflege, Strafgerichte 2019, 2020, S. 14ff. 및 BGH, Übersicht über den Geschöftsgang bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahre 2019 -Jahresstatistik- 참조.

특히 구법원의 판결에 대해서는 비약상고가 허용됨에도 불구하고 항소가 압도적 다수를 차지하는 것은 항소권자들이 비약상고보다도 항소를 선호한다는 것으로 평가된다. 왜 그런 생각을 하는지에 대해 다음의 3가지 정도의 이유가 제시 된다.[17] 첫째 항소는 기소된 범행이 사실적·법적 관점에서 새롭게 다루어진다는 것이고, 그에 반해 상고는 단지 이의가 제기된 판결이 법적 오류에 근거하고 있는지 여부만을 심사받게 되기 때문에 새로이 심사될 범위가 더 넓은 항소심이 선호된다는 것이다. 둘째로 항소가 성공률이 더 높다는 것에 이유가 있다고도 한다. 무죄로 뒤바뀌는 경우는 단지 2.8%에 불과하지만 항소사건의 약 42%에 해당하는 사건들이 원심파기, 원심변경 혹은 절차의 중지 등으로 종결되는데 반해 주최고법원에서는 상고사건의 약 19.6%에서만 모종의 효과를 본 것으로 나타나고 있기 때문이다. 결국 항소가 성공률이 높은 이의제기 수단이라는 말이다. 셋째는 우리와 달리 독일의 항소는 이유제출이 의무가 아니라는 점에서도 원인을 찾는다(형사소송법 제317조 및 제344조 참조).[18] 즉, 상고와 달리 항소는 항소이유제출이 선택(können)사항이기 때문에 쉽게 이용할 수 있다는 말이기도 하다.

(1) 항소심 폐지여부

가. 무용한 반복절차가 아닌 제대로 된 제1심 절차

이러한 항소심과 관련해서는 '항소심을 폐지하는 것'이 필요한가 하는 문제가 쟁점의 하나이다. 상소 유형 중 가장 큰 비율을 차지하는 항소를 폐지하자는 주장이[19] 나오는 것은 사실 항소가 법적·사실적 관점에서 구법원에서 사려 깊게 진행된 절차보다 실질적으로 더 옳은 판결을 내 놓을 것이라는 보장이 없다는 것이다.[20] 즉 ① 항소심의 증거조사는 구법원의 증거조사절차와 동일 규정에 따르므로 단지 반복에 불과하며, ② 기소된 범행시점으로부터 큰 시간적 간극으로 인해 증거상태의 악화가 염려되고 증인의 기억이 약해질 수 있다는 것이다. 또한 ③ 항소심이 구법원보다 더 뛰어난 역량을 가진 것도 아

17) 이러한 분석은 특히 Altenhain, aaO., S. 273~274 참조.
18) 상세는 Altenhain, aaO., S. 274.
19) 예를 들어 Kintzi, Reform der Rechtsmittel in Strafsachen, DRiZ 2000, 187; Heister-Neumann, „Große Justizreform"- Der Weg zu einer zukunftsfähigen Justiz, ZRP 2005, S. 12f., 14 등.
20) Heister-Neumann, aaO., S. 14; 상세는 Altenhain, aaO., S. 275 참조.

님을 지적한다. 구법원 1심 재판부가 직업판사 1인 혹은 직업판사 1인과 참심 2인으로 구성되고, 통상 후자의 형태로 운영되는데, 항소심인 주법원의 재판부도 소형사부(kleine Strafkammer)로 구성되면 직업법관 1인과 참심 2인으로 구성되는 것은 동일하다는 것이다. ④ 항소심을 두면 실질적으로 옳은 판결에 대한 보다 나은 기회가 보장되기는커녕 오히려 구법원의 판사들이 어차피 피고인이나 검사가 항소할 것이라는 생각으로 절차를 형식적으로 진행하도록 유혹하여 결국 실질적으로 옳은 판결이 나올 기회를 사장시키는 결과가 될 수 있다는 것이다.[21] 하지만 이러한 항소심 폐지론에 대해서는 우선 상소절차는 단지 이미 행해진 절차의 반복에 그칠 수 있다는 것이 상소제도의 가치를 부인하는 이유가 될 수는 없고 오히려 그 필요성을 말해주는 것이라는 반박이 있다.[22] 만약 제1심 법원의 진실발견가능성이 제2심 법원보다 낮다고 한다면 그것이 말이 되느냐는 반문이기도 하다. 당연히 제1심 법원의 사실발견가능성이 상대적으로 상소심보다 높아야 하는 것이 정상적이라는 말이다. 나아가 무용한 절차의 단순한 반복이 아니라는 점도 강조된다. 즉 항소심 공판은 지금까지의 절차의 결과에 대한 진술·보고와 1심 판결의 낭독으로 시작하지만, 제1심에서 신문된 증인에 대해 반복된 신문이 사안의 해명을 위해 필요하지 않다고 보이면 반복되는 신문을 하지 않을 수 있도록 하고 있는 법률과 실무가 이를 반증한다는 것이다.[23] 에쉘바흐(Eschelbach)의 표현처럼, 재판실무면에서 볼 때, 항소심에서는 비록 구법원에서보다는 적은 사건이지만 제대로 된 증거조사가 이루어지고 형식적 절차를 지킨 공판이 이루어진다는 점에서 분명한 차이가 있다는 것이다.[24] 따라서 항소심이야 말로 첫 번째로 근본적으로 작업하는 심급(die erste gründlich arbeitende Instanz)이라고 할 수 있는데, 이 절차를 없앨 수는 없다는 말이다.[25] 한해에 적어도 670,000건 이상을 처리하는 구법원과 4-5만 건을 처리하는 항소심법원 중에서 제대로

21) 이상의 논거는 Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, Reform der Rechtsmittel im Strafverfahren, 1999, S. 8; Rieß, Dreigliedriger Aufbau der Strafjustiz und Rechtsmittelreform in Strafsachen-Empfehlenswert, möglich oder abzulehnen?, JZ 2000, S. 813, 818 및 Altenhain, aaO., S. 275 참조

22) 이런 주장으로는 Altenhain, aaO., S. 275

23) 이런 입장으로는 Altenhain, aaO., S. 275.

24) Eschelbach, BeckOK StPO, 29. Ed., 1.1.2018, § 312 Rn. 11; Schünemann, FS für Geppert, 2011, S. 649 (661).

25) BeckOK StPO/Eschelbach, 38. Ed. 1.10.2020, StPO § 312 Rn. 11; Schünemann, FS für Geppert, 2011, S. 649 (661).

된 증거조사가 가능한 경우는 항소법원이라는 것이다.

나. 소송 장기화와 증거상태 악화의 해소책

어느 국가라도 상소제도가 형사절차를 장기화한다는 것은 불가피하며, 증거상태가 점점 나빠질 수 있다는 것도 배제될 수 없다. 그렇다고 해서 항소심을 폐지하자는 것은 균형 잡힌 시각이 아니라는 비판도 있다.[26] 연방통계에 따르면 구법원 1심이 약 7.5개월, 항소심 선고까지 평균 약 7.2개월이 걸린다. 총 14.7개월이다. 이것은 주법원에서 1심 사건을 처리하는 18.1개월보다 더 짧다는 것이다.[27] 즉, 항소심을 운영하는 것이 사건을 장기화한다는 것은 사실이 아니라는 것이다. 나아가 증거소실 등 증거상태의 악화를 막기 위해 현행법에서 이미 공판절차를 조서로 남기거나 녹음하여 기록하는 등의 조치를 취하고 있기 때문에 어느 정도 불필요한 반복을 피할 수 있고, 증인신문 등 인적 증거의 유지에도 신경을 쓰고 있음을 강조한다.[28] 물론 이러한 문제를 보다 근원적으로 해결하기 위해서는 공판절차를 영상녹화하는 방법이고, 종국에는 수사절차와 공판절차를 영상녹화하고 항소심에서 이를 검증하는 것을 일반화하는 방법이 필요하다는 목소리가 강하다.[29]

다. 재판부의 인적 구성 확대

구법원 재판부는 직업법관 1인 단독이거나, 직업법관 1인과 명예참심 2인으로 구성된다. 주법원의 항소심 재판부도 후자와 같다. 따라서 재판부의 구성이 제1심과 다를 바 없는 항소법원에 합의체를 활용한 통제 기능이 작동하기를 기대하기는 어렵다는 것도 항소심 폐지이유가 되고 있다.[30] 물론 이러한 문제는 재판부의 구성을 개선·확장함으로써 해결되는 문제로 그것이 항소심을 폐지할 이유는 아니라는 반론도 있다.[31]

---

26) 이에 관해서는 Altenhain, aaO., S. 276 참조.

27) Altenhain, aaO., S. 276, Fn. 20 참조.

28) Altenhain, aaO., S. 276.

29) 이미 2015년 독일연방법무·소비자보호부에 제출된 전문가위원회의 보고서에서는 향후 수사절차와 공판절차의 영상녹화(audiovisuelle Aufzeichnung)가 필요하다는 의견이 제시되었다. Altenhain, aaO., S. 277.

30) 예를 들어 Kintzi, aaO., S. 192.

한편 독일이 최근 주법원 제1심 재판부를 직업법관 2인과 참심 2인 혹은 직업법관 3인과 참심 2인 등으로 직업법관의 수를 확대하자, 이러한 주법원의 1심에 대해서는 더 이상 항소심이 필요하다는 주장도 등장하는데,[32] 이는 제1심부터 재판부의 구성을 직업법관의 수가 확장된 합의체로 하여 심리와 판결의 신뢰성·정확성을 높여 주는 것이 결국 상소심의 활용을 줄일 수 있다는 말이기도 하다.

라. 항소와 상고심의 존재가 하급심 판사에게 미치는 영향

상고를 활성화하고 항소를 폐지해야한다는 주장은 항소가 허용되는 사건의 사실심 법관은 단지 자신의 재판부는 그저 거쳐 가는 법원(Durchgangsgericht) 정도로 생각하고 절차를 소홀하게 진행할 수 있지만, 바로 상고심이 이어지는 경우에는 자신의 판결이 폐기되고 그 사안이 사실심 법원의 자신 동료에게 환송·심리되는 것(형사소송법 제354조 제2항)을 피하기 위해 신중을 기하게 된다는 주장도 있다[33]. 하지만 이러한 주장에 대해서는 우선 (2015년 기준) 항소율이 약 15.7%라는 점에서 구법원의 제1심이 단지 거쳐 가는 심급으로 보기는 어렵고, 1심 법원의 역량의 한계로 인해 충실한 심리와 공판이 되지 못하는 구조적 문제가 제거되지 않는 한 항소심 설치는 불가결한 조치라는 반론도 있다[34]. 구법원이 감당해야 하는 넘치는 사건을 해결하기 위해 주어진 시간 내에 모든 절차를 충실히 수행한다는 것은 기대하기 어렵고 특히 직권조사를 통한 사안해명(Aufklärungspflicht, § 244 Abs. 2 StPO)이라는 의무를 이행하기는 더욱 어려운 것이 현실이라는 말이다. 복잡사건의 경우에는 말할 필요도 없기 때문에 이러한 구조적 결함 상태에서 항소심은 필수적 심급이라는 말인 것이다.[35] 물론, 그렇게 본다면 제1심의 잘못을 슬며시 눈감아 준다는 것이 아닌가라는 비판이 있지만,[36] 그렇다면 항소뿐만 아니라 모든 상소제도에도 그런 문제가 공통되는 것일 것이고, 상소제도 일반을 하급심의 잘

31) Altenhain, aaO., S. 277 참조.

32) Altenhain, aaO., S. 277.

33) 예를 들어 Große Strafrchtskommission der DRB, S. 8; 이에 대해서는 Altenhain, aaO., S. 278 참조.

34) Deiters, „Große Justizreform“ - Der Weg zu einer zuknuftsfähigen Justiz, ZRP 2005, 100.

35) Altenhain, aaO., S. 278; Becker/Kinzig, Rechtsmittel im Strafprozeß, Bd. 2, 2000, S. 210.

36) 예를 들어 Schröer, Das Einheitsrechtsmittel der reformierten Revision, 2001, S. 133; 이에 대해서는 Altenhain, aaO., S. 278 참조.

못을 용서하기 위한 제도라고 할 수는 없다는 것이다.[37] 그렇다면 항소를 통한 사후 교정보다는 제1심 자체의 오류를 줄이는 방법을 직접 모색하는 것이 필요하지 않는가라는 비판도 있을 수 있으나, 독일의 경우 구법원의 1심에 대한 이의제기보다 주법원의 1심 판결에 대한 이의제기 비율이 더 높다는 점이 통계로 증명되고 있고, 설문조사 등에서도 구법원의 제1심 판결에 대한 국민의 만족도가 상당히 높다는 점에서 반론이 제기되는 것이다.[38] 이런 사정이라면 상고심 외에 항소심을 두고 있는 독일 입법자의 판단은 이유가 있는 것이고 구법원의 과다한 업무부담이 가장 근원적인 오판·오류의 원인이고 복잡사건의 경우에 그 업무부담이 더욱 심해진다면, 상소심 법원에서는 구법원의 부담을 파기환송이라는 방법으로 가중시키는 대신에 사실심으로 자판하라고 하는 것이 바람직하다는 주장도 있다.[39]

마. 1심 기록 확대, 항소심에서 활용, 구법원과 주법원의 제1심 관할 재분배

항소심 폐지가 답이 아니라면, 현재까지의 문제점으로 지적된 현상을 해소·감소하기 위해서 어떤 대책이 필요할 것인지가 관건이다. 그 대책으로 제1심 공판절차의 기록범위를 확대할 것, 그 기록을 항소심에서 활용할 것, 구법원과 주법원 간의 1심 관할분배를 개선하고 구법원의 인적 구성·배치에 대해 개선방안을 마련할 것[40] 등이 제안되고 있다. 나아가 항소심을 오히려 확대해야할 것인지도 관심의 대상이 되고 있다.

(2) 항소심 확대여부

가. 주법원 제1심에 대한 항소심 도입필요성

지금은 주장되지 않지만 약 1930년대까지 독일에서 강하게 주장되었던 개선안 중에서는 구법원 뿐만 아니라 주법원이 제1심으로 판결한 사건도 모두 항소절차를 거치게 하자는 주장이 강했다고 한다.[41] 물론 형사합의부와 같이 다수의 직업법관이 참여한 제1

37) Altenhain, aaO., S. 278.
38) Altenhain, aaO., S. 279; Becker/Kinzig, aaO., S. 59.
39) 상세는 Altenhain, aaO., S. 279 참조.
40) Altenhain, aaO., S. 279.
41) Rieß, JZ 2000, 816, Fn. 32; Altenhain, aaO., 280 참조.

심 판결까지 항소심의 대상으로 하자는 것은 아니었다. 물론 경범죄와 중간 정도의 범죄는 상대적으로 작은 규모의 재판부에서 재판하므로 항소를 허용하고, 중범죄는 상대적으로 큰 규모의 합의부에서 재판한다는 이유만으로 항소 기회를 박탈하는 것은 정의 관념에 충돌한다는 의심도[42] 제기되었다. 하지만 현재는 주법원의 재판부에 직업법관의 수가 구법원 보다 많고 참심을 포함하여 원칙적으로 보다 많은 수의 법관으로 구성된 재판부가 운영된다는 점에서 이러한 주장을 찾기 어렵다고 한다.[43]

나. 재판부의 구성과 허용되는 시간

기소된 범죄가 중한 범죄일수록, 기대되는 형벌이 높을수록 진실발견과 정의로운 형벌부과에 대한 관심과 요구가 증대할 것이고 더욱 충실한 심리와 세심한 절차진행이 필요할 것이지만, 법원이 과연 이러한 요구에 얼마나 부합할 수 있는가는 재판부가 어떻게 구성되어 있는지, 재판부의 구성원이 사안에 대해 얼마나 전문적인 식견과 경험을 가지고 있는지, 판결 선고까지 얼마나 많은 시간이 가용한 것인지가 결정적 요소가 된다는 점이 강조되고 있다.[44]

(3) 항소심 제한여부

항소심을 폐지하자는 주장 외에 항소를 쉽게 받아들이지 말고 제한하자는 제안도 있었다. 까다로운 조건을 충족하는 경우에만 허용하자는 주장도 있다[45].

가. 항소심 허가제한

항소심을 제한하는 방법은 세부적으로 다양한데, 독일에서는 결국 항소와 상고라는 상소제도를 일원화(Einheitsrechtsmittel)하는 것에 주안점이 있다고 한다.[46] 이들의 공

---

42) Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl., 2015, Rn. 1059; Schröer, Das Einheitsrechtsmittel der reformierten Revision, 2001, S. 121 f., 129, 133, 147, 196, 204; 이에 대한 상세는 Altenhain, aaO., S. 280.

43) Altenhain, aaO. S. 280.

44) BT-Drucks. 8/976, S. 66: Altenhain, aaO., S. 280 참조.

45) 상세는 Altenhain, aaO., S. 281f. 참조.

통점 중 하나는 항소심을 쉽게 받아주지 말자는 것이다. 서면의 항소이유 심사를 통해서 항소 제기된 모든 사건의 증거조사를 반복하는 것을 피할 수 있다는 생각이다. 원심에 법적 하자가 없고, 사실심리를 새로이 해야 할 이유가 없다면, 구술의 공판절차 없이 항소청구를 기각할 수 있도록 하는 권한을 항소심에 부여하자는 것이다.[47] 이러한 방법을 상고에도 동일하게 적용한다는 제안이다. 이러한 방법에 의문을 제기하는 입장에서는 만약 제1심의 사건해결 역량의 한계로 충실한 공판이 제약될 수밖에 없는데도 항소심 심리개시를 제한한다면, 설령 항소심 공판을 열어도 결국은 원심과 같은 결과에 이를 것임이 확실히 보장되어야만 한다고 비판한다. 하지만 항소법원이 그런 사안인지를 충실하게 판단하기 위해서는 원심의 조서, 판결이유, 서류의 내용만을 보는 것으로는 충분하지 않다는 것이 문제라는 것이다. 특히 증거조사가 공판조서에 충실히 기록되지 않고, 피고인이 변호인의 조력을 받지 못한 경우라면 더욱 그렇다는 말이다. 변호인이 없는 피고인에게 항소이유를 제시하라고 하는 것은 과도한 부담을 주는 것이고, 구법원의 제1심에서도 사실상 모든 증거를 제출하기도 힘이 들 것이고, 결국은 공판조서의 내용에 피고인은 어떤 영향도 미치지 못한다는 것이다. 항소심 심리를 제한하고자 하는 시도를 부정적으로 보는 입장에서는 그러한 제한이 정당하려면 구법원의 절차가 사실적·법적으로 주법원에서의 심리와 같이 근본적이고 충실하고 광범위한 증거조사를 통해 그리고 필요적 변호를 받으며 진행되었어야 한다는 것이다.[48] 물론 공판의 심리가 실질적으로 이루어져야 한다는 것은 어떤 상소제도의 개선노력인가를 불문하고 그 출발점이 되어야 한다는 것은 어디서나 부인할 수 없는 상식일 것이다.

나. 항소수리제의 확대

독일 형사소송법 제313조는 경미한 벌금형(Geldstrafe)과 과태료(Geldbuße) 처분의 경우 이른바 항소수리제(Annahmeberufung[49]))라고 불리는 제도를 규정하고 있다. 예를

46) 상세는 Altenhain, aaO., S. 281 참조.

47) 대표적으로 Große Strafrechtskommission der DRB, 1999, S. 26; Kintzi, aaO., S. 190; Altenhain, aaO., S. 281 참조.

48) 이에 대한 상세는 Altenhain, aaO., S. 281-282 참조. Große Strafrechtskommission des DRB, S. 46f.에서는 상대적으로 어려운 사실·법적 쟁점이 있는 사안에서만 변호인을 필수적으로 선임하자고 주장했다.

들어 피고인이 15일 미만의 일수벌금형을 선고받은 경우에 항소가 허용되려면 법원이 이를 받아들여야(annehmen)한다는 것이다. 항소수리여부 결정에 대해서는 불복할 수 없다. 1993년 동 제도를 도입하면서 입법자는 "경미범죄영역에서 제1심이 매우 소상하게 판결이유를 제시하고 있고, 충실하게 진행한 절차를 통해 나온 판결을 '항소가 제기되었다'는 간단한 한 문장으로 다시 심사하게 하는 것은 쉽게 납득하기 어렵다"는[50] 생각을 밝혔다. 입법자의 이른바 '항소수리제' 도입에 대해서 학계의 다수는 '도그마적 관점에서 뿐만 아니라 법정책적으로도 명백한 입법자의 오류'라고 비판하고 있고, 제도폐지를 요구하고 있다.[51] 물론 그 적용 범위를, 예를 들면 일수벌금 60일 혹은 90일까지로 오히려 확장하자는 입장도 있다.[52] 무엇보다 이러한 입장에 따르면 결국 항소를 제한하는 것과 다를 바 없고, 항소이유제시를 강제하는 결과가 된다는 점에서 비판이 되고 있다.

다. 항소 또는 상고를 선택할 권리

독일에서는 구법원의 제1심 판결에 대해서는 항소와 비약상고(Sprung-Revision)가 모두 가능하다. 즉 항소를 한다고 해서 항소심 판결에 대한 상고의 기회가 박탈되는 것은 아니다. 하지만 이 경우에는 상고를 허용하지 말자는 법안이 제출되기도 했다.[53] 즉, 구법원이 제1심 관할인 사건의 3심제를 2심제로 줄이자는 제안이다. 그 방법은 구법원의 판결에 대해 항소 또는 상고 중 하나를 선택하게 한다는 것이다. 대부분 항소하게 되면 결국 주법원의 최종심이 되는 것이고, 반대 입장에서는 이런 방법을 선택하면 결국 독일 연방 총 115개 주법원(LG)에서 상이한 법해석·적용이 존재하게 된다는 반론을 제기한다.[54] 즉, 구법원이 1심 판결한 사건에서는 상소제도를 통한 법질서의 통일을 기대

49) 국내에서 이미 사용하고 있는 번역어(김용진, 상소심 개선 방안 -독일민사소송법과의 비교를 중심으로-, 민사소송, 제13권 제1호(2009), 372쪽 이하)를 활용하기로 한다. 우리의 약식명령이나 벌금형이 선고된 경우처럼 상대적으로 경한 일정 범죄에 대해 항소수리여부를 서면심사를 통해 판단하고 항소가 받아들여진 경우만 항소심리가 가능하도록 하는 것이다.

50) BT-Drucks 12/1217, 39.

51) 예를 들어 Rieß, aaO., S. 822; Gössel, ZIS, 2009, S. 541.

52) 예를 들어 BRat, BT-Drucks, 13/4541; Altenhain, aaO., S. 282 참조.

53) BRat, BT-Drucks, 13/4541, 6, 13, 23 ff.; BRat, BT-Drucks 15/1491; 이에 대해서는 Altenhain, aaO., S. 283.

하기 어려워진다는 말이다.

4) 상고심 관련 논의방향

항소심의 개선·개혁 논의의 중점은 항소심의 1심 절차의 반복에 불과하다면, 이를 폐지하거나 제한하여야 하는 것이 아닌지가 쟁점이었다면, 상고심과 관련한 논의의 핵심은 그 반대로 상고심 절차와 상고심의 권한들이 충분하지 않다는 문제의식에 있는 것으로 보인다. 특히 상당수의 제언들은 상고의 범위를 확장해야만 한다는 것이다. 즉 항소심과 달리 상고심을 폐지하자는 주장은 보이지 않고 법질서의 통일성을 위해서도 상고심으로서 26개의 주최고법원과 1개의 연방대법원은 필요하다는 것이다. 모든 사건의 상고심이 연방대법원에 이르는 것은 아니므로 주최고법원이 최종심인 경우도 있기 때문에 당연한 요구인 셈이다. 구체적인 내용을 간략히 정리해 본다.

(1) 상고심 제한 필요성

상고심을 제한하자는 주장은 상고심 자체에 대한 비판이 아니라, 대부분의 사건은 항소심으로 충분하다는 이유를 든다. 구법원의 사건에 대한 비약상고와 주법원 혹은 주최고법원의 판결에 대한 상고 중 항소수리제도의 적용을 받은 판결에 대해서는 비약상고를 없애자는 주장과 닿아있다.[55] 물론 비약상고를 완전 폐지하자는 주장이 관철되지 못하는 것은 그 자체 사용빈도가 낮기 때문에 폐지하여도 특별한 효과를 보기 어렵다는 것이 이유로 보인다. 한편 비약상고를 폐지해 버리면 모든 사건이 항소로 몰리게 되므로 바람직하지 못하다는 분석도 있다.[56] 항소·상고권자의 입장에서는 제1심 판결의 법률위반이 명백하면 굳이 항소를 거치지 않고 바로 상고를 택할 수 있는 선택지도 남겨두어야 한다는 것이다.[57]

54) Altenhain, aaO., S. 283 참조.
55) BT-Drucks. 13/4541, S. 6; Altenhain, aaO., S. 285 참조.
56) 이러한 주장의 통계적 자료에 대해서는 Altenhain, aaO., S. 285 Rn. 70 참조.
57) 이러한 이해로 Altenhain, aaO., S. 285.

(2) 상고심 확장 필요성

사실심의 판결에 대한 충분한 통제가 결여된 현실을 개선하기 위하여 상고심 법원의 의무와 권한을 확장해야한다는 주장은 멈추지 않고 있다. 특히 주법원이 1심인 사건에 대해 상고심의 통제가 필요하다는 것이고, 그 대책으로는 공판절차의 기록(Dokumentation der Hauptverhandlung)제도를 도입하자고 한다. 상고심에서 사실심 법원의 공판심리기록을 봄으로써 절차위반이 보다 쉽게 증명될 수 있고, 사실관계 확정의 오류도 효과적으로 발견할 수 있다는 것이다.[58]

가. 확장된 상고심

법률심인 상고심에서는 기소된 범행에 대한 새로운 공판이 열리지는 않는다.[59] 상고심은 단지 소송조건이 모두 존재하는지 여부(①), 사실심 판결이 절차법을 지킨 상태에서 나온 것인지 여부(②), 그리고 판결에서 확정된 사실관계가 실체법적으로 무죄 혹은 유죄판단을 지탱할 수 있는지 여부(③)를 다룬다.[60] 마지막 물음(③)은 판결(문)에 사실관계가 실질적·법적 평가가 가능하도록 기술되어 있는지 여부, 그리고 사실심 법원이 어떻게 그 사실관계가 참이라는 확신에 이르게 되었는지를 이해할 수 있도록 기술되어있는지 여부도 포함하고 있다. 따라서 상고심은 사실관계와 확신형성에 관한 서술이 흠결이 없는지, 모순은 없는지, 이해할 수 있는지 그리고 반대주장을 견뎌낼 수 있는지, 사고법칙과 경험법칙에 반하지 않는지 여부를 심사해야만 한다는 것이다. 이러한 심사는 법률에서 언급된 것이 아니기 때문에 이를 '확장된 상고'(erweitere Revision)라고 표현한다.[61]

---

58) Altenhain, aaO., S. 286.

59) 2019년 독일 전체 주최고법원이 해결한 상고사건은 총 5,656건, 제1심 형사단독의 판결에 대한 항소에 대한 상고가 3,458건이었다. 그 중 상고기각된 사건이 5,026건, 판결을 내린 사건이 205건이었다(Statistische Bundesamt, Rechtspflege. Strafgerichte 2019, Fachserie 10 Reihe 2.3.(2020), S. 126 참고). 연방대법원의 경우 2019년 상고 접수된 3,133건과 계속 중이었던 872건 중에서 판결로 종결된 사건이 총 154건, 상고기각 등 결정으로 종결된 사건이 2,923이다. 이에 대해서는 BGH, Übersicht über den Geschäftsgang bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahre 2019 -Jahresstatistik-, S. 5 참조). 2019년 총 5개의 형사부는 최소 20건의 판결, 최대 45건(제5형사부)의 판결을 선고했다(앞의 통계, 15쪽 참조).

60) Altenhain, aaO., 286.

첫 번째(①)와 두 번째(②)심사는 사실심 법원의 심판이 절차적 요구를 준수하였는지를 감시하는 역할을 한다. 독일 상고심 법원은 소송조건이 존재하는지를 직권으로 조사하는 반면에 그 밖의 소송법의 침해는 상고인(Revisionsführer)이 '흠결이 포함된 사실'이라는 이름으로 이의를 제기하여야만 한다. 이러한 이의가 제시되면 상고심 법원은 사실주장이 진실인지(형사소송법 제344조제2항 제2문, 제352조 제1항 참조) 그리고 사실심 법원이 절차규범을 적용하지 않았거나 바르게 적용하지 않았는지 여부를 심사한다.[62] 이러한 절차규정에 충돌했다는 것을 증명하기가 상당히 어렵기 때문에 공판절차의 영상녹화가 필요하다고 하는 것이다. 확장된 상고(③)심사는 (실질적) 정의의 통제에 기여한다고 본다. 따라서 이러한 실질적 정의에 대한 충돌이라는 상고이유는 포괄적으로 '실체법을 위반하였다'는 이의제기로 충분한 것으로 보아야만 하고, 상고법원은 이에 기초하여 실질적·법적 관점에서 대상 판결을 심사하게 된다는 것이다. 즉 이러한 방식으로 상고심의 심판대상과 범위를 실질적으로 확장할 필요가 있다는 주장인 것이다.[63]

나. 절차진행을 심사하기 위한 공판심리의 영상녹화

독일에서도 상고심이 1심 혹은 항소심에서의 절차위반이 있는지를 심사하는 기본적인 방법은 공판조서(Hauptverhandlungsprotokoll)이다. 물론 공판조서로 증명할 수 있는 것은 단지 공판절차와 관련하여 규정된 중요한 형식요건이 지켜지지 않았다는 것 정도이다. 하지만 예를 들어 법률에서 요구하는 방식대로 작성되지 않았거나, 명백한 오류가 보이거나, 상고인에게 불리하게 수정되었다는 등의 사유로 공판조서의 증명력(Beweiskraft)이 흔들리거나, 절차면의 오류가 증명력이 미치지 않는 사실에 근거한 경우, 특히 조서가 그에 대해 어떤 기재도 하고 있지 않는 경우 등에서는 증명의 어려움이 발생하게 된다는 지적이 있다.[64] 즉 제344조의 상고이유제출과 관련하여 제2항 제1문에서는 판결이 절차에 관한 법규범을 침해하였다는 이유로 상고된 경우 '흠결(문제)을 포

61) 이러한 확장된 상고심리, 즉 사실오류와 법률오류에 대한 실질적 심사를 통해 상소에서 상소인이 승소한 경우가 예를 들어 2005년의 경우 18.4%였다고 한다(이에 대해서는 Altenhain, aaO., S. 286 Fn. 73 참조).

62) 독일 상고심의 심판범위 등에 대한 개괄적 내용은 Altenhain, aaO., S. 286-287 참조.

63) 대표적으로 Altenhain, aaO., S. 287 참조.

64) Altenhain, aaO., S. 287.

함하고 있는 사실'(die den Mangel enthaltenden Tatsachen)을 제시하여야만 하는데, 만약 1심 절차의 변호인, 판사 그리고 검사의 상호 모순되는 진술이 존재한다면 결국 흠결을 포함하고 있는 사실의 존부가 증명불가능(non liquet) 상태가 된다는 것이다.[65] 이러한 상황을 감안하여 공판절차를 영상녹화하자는 것이다. 상고이유에 대한 증명이 공판조서를 통해 밝혀질 수 없는 경우에 이러한 사실심의 공판심리를 기록하는 방법을 통해 신속하고 신뢰 가능한 방법으로 절차위반 여부를 밝힐 수 있다는 것이다. 그 외에도, 우리와 달리, 조서 기재 의무가 없는 상고심 절차에 대한 신뢰할 수 있는 증거방법이 만들어지는 결과가 된다는 주장도 있다.[66]

이러한 제언은 다툼이 있는 경우 공판 진행을 이해할 수 있도록 신뢰할 수 있는 증거방법(zuverlässiges Beweismittel)을 확보한다는 것을 목표로 하지만, 결국 영상녹화물이 제출되면 사실심의 공판과정에서 이루어진 모든 증거조사도 함께 기록된 증거물이 제출된다는 것이 문제인 것이다. 설령 법률에서 명확하게 그 기록을 위 목적 외에 사용하지 못하게 한다고 해도, 판결의 사실 면이 문제될 때 그것을 참고하지 않는다는 것이 과연 가능할 것인가라는 반문인 것이다.[67] 물론 이에 대해서는 재판부가 공판절차의 전체 취지, 즉 총체로부터 확신을 도출하지 않았거나 법원의 사안해명의무를 침해한 경우라면, 그것이 바로 절차적 흠결이기 때문에 그 목적에 사용한다고 해도 전혀 문제될 것이 없다는 반론도 강하다.[68]

다. 증거조사의 내용을 증명하기 위한 기록

독일 1심 법원은 종종 판결 선고 1주 후 혹은 1개월이 지난 시점에 판결근거를 작성하면서, 의식적이건 혹은 무의식적이건, 증거조사부분을 잘못 기술하거나 실제로 존재했던 모순을 기재하지 않을 수 있다는 문제도 지적된다. 이런 문제에 대응하기 위해 변호

65) Altenhain, aaO., S. 288.

66) Strafrechtsausschuss der BRAK, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafvrefarhen durch verstärken Einsatz von Bild-Ton-Technik, BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010, S. 10f., 18f.; Nack/Park/Braneisen, NStZ 2011, 310, 313.

67) Altenhain, aaO., S. 288

68) BMJV, Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 133; Altenhain, aaO., S. 288, Fn. 79.

사단체와 학계에서 주법원이나 주최고법원에서의 제1심 절차는 내용조서를 작성하거나 영상녹화물로 그 과정을 기록하라는 주장이 나오는 것이다.[69] 이렇게 되면 결국 판결문에 기술된 증거결과에 관한 내용과 증거결과 그 자체의 모순이 밝혀질 수 있다는 것이다. 물론 이러한 제언에 대해서는 상고심이 할 수 없는 일을 하게 한다는 비판이 가장 원론적인 것이다. 상고심은 사실심의 증거조사를 반복하거나 평가하는 등의 심리를 할 수 없다고 하는 이른바 재구성금지(Rekonstruktionsverbot) 원리에 충돌한다는 것이다. 상고심이 이에 개입하면 사실심 법원과 법률심의 과제분배의 원칙,[70] 즉 상고심은 유무죄판단과 형벌판단을 할 권한이 없다는 구분이 깨어진다는 말이다.[71]

(3) 소결

비교적 최근에 독일에서 상소심제도 개혁논의를 다룬 알텐하인(Altenhain)은 “형사사건에서 현재의 상소제도에 대한 어떠한 확신을 주는 대안도 존재하지 않는다.”[72]라고 한 리스(Rieß)의 말을 인용하면서, 앞으로의 토의과정에서 그러한 대안이 반드시 도출되어야만 할 것임을 강조하는 한편, 아직도 공판절차를 신뢰할 수 있도록 기록하는 방법이 없다는 것은 결국 법적·사실적으로 이미 극복된 19세기의 개념에 시대착오적으로 집착하고 있기 때문이라고 진단한다.[73] 항소심은 증거조사를 반복해야만 하고 상고심은 사실판단에는 손대지 말아야 한다는 것도 이와 다를 바 없는 낡은 생각일 뿐이라는 것이다. 시대의 변화에 맞게 공판절차를 영상녹화물을 이용해 기록하는 것은 결국 항소심과 상고심을 변화시킬 것이고, 두 개의 상소방법이 서로 접근해가는 결과를 가져올 것이라고 예상하기도 한다. 1879년 시행된 후 지금까지 상소심 개혁이라는 논의는 여전히 오래된 논쟁의 틀에서 벗어나지 못한 채 ‘심급을 어떻게 할 것인가’, ‘상소방법을 어떻게 할 것인가’에 머물러 있지만, 영상녹화와 같이 완전히 달라진 기록방법이 향후 상소제도 개혁논의의 출발점이자 해결책이 될 것이라고 진단하고 있다.[74]

---

69) DAV, Stellungnahme Nr. 43/2004, 37; Bockemühl, FS für Heintschel-Heinegg, 2015, S. 51f., 62; 이에 대해서는 Altenhain, aaO., S. 289 참조.

70) BGHSt 48, 268f., 특히 S. 273.

71) Altenhain, aaO., S. 290.

72) Rieß, FS für Paeffgen, 2015, S. 757f., 특히 S. 775.

73) Altenhain, aaO., S. 291.

Ⅲ. 국내 상고심제도 개선 논의에 대한 시사

간략히 살펴본 독일의 관련 논의에서 향후 독일 상소심 개혁논의는 이제까지와는 달리 영상녹화물의 활용범위 확장과 함께 새로운 국면을 맞게 될 것이라는 생각이 든다. 이미 2020년 1월 1일부터 수사절차에서 수사판사나 수사기관(검사나 사법경찰관)의 피고인·피의자신문과정을 영상녹화하여 피고인의 자백 증명을 위해 법정에서 상영하여 검증하는 방법을 받아들인 독일에서 향후 상소절차 개혁논의가 어떤 방향으로 진행될 것인지는 어느 정도 예상 가능해 보이기도 한다. 여하튼 아래에서는 지금까지 살펴본 독일의 논의 속에서 우리가 살펴보아야할 것들은 무엇인지에 대한 필자의 생각을 정리해 보기로 한다.

1. 판사, 법원·재판부, 법정 수 부족 해소 노력의 선행

우선 인적·조직적 규모와 양(量)에 관한 문제이다. 인구 약 8,300만 명, GDP 약 4조 6천억 달러, 1인당 약 55,000 달러의 독일과 인구 약 5,200만명, GDP 2조 2천억 달러, 1인당 약 43,212 달러의 우리나라는 사법서비스의 양과 질에서도 대략 2배 차이가 적정하다고 가정해 보자. 2016년 12월 31일 기준 독일 연방법원의 판사는 약 464명, 주의 판사는 약 20,275명이다. 총 약 20,739명의 판사가 있다.[75] 2019년 현재[76] 법관 현원 2,918명의 우리보다 약 7배가 많다. 국가의 경제규모, 인구 수, 사건 수 등을 모두 감안하더라도 법관의 수를 현재보다 대폭 증가시키는 노력 없이 법치주의니 사법서비스를 언급하는 것, 좋은 재판을 위한 상고심 개혁을 언급하는 자체가 난센스라고 하지 않을 수 없다.[77]

국내 법원은 대법원, 6개의 고등법원(특허법원 제외), 가정법원을 제외한 20개의 지방

74) Altenhain, aaO., S. 291.

75) 검사는 연방차원에 116명, 주차원에서 5,387명이다. 총 5,503명 정도이다: https://www.bmjv.de/DE/Service/Statistiken/Statistiken_node.html : 2020.11.29. 최종방문

76) https://scourt.go.kr/judiciary/member/judge/index.html : 2020.11.29. 최종검색

77) 검사의 경우 2019.12.31. 현재 총 2,292명으로 독일이 2.4배 많다: 대검찰청, 2020년 검찰연감, 34쪽 참조(https://spo.go.kr/site/spo/ex/board/View.do : 2020.11.29. 최종방문).

법원과 41개의 지원이 형사사건을 처리한다. 제1심을 담당하는 41개의 지원과 지방법원 제1심 관할재판부를 모두 합산하더라도 독일 구법원 약 640여개에 비교하기는 어려워 보인다. 구법원이라고 하여 우리의 지원정도로 생각하면 오산이다. 구법원의 재판부 규모는 우리의 지방법원과 크게 차이나지 않는다. 예를 들어 독일 NRW 주의 뮌스터(Münster) 구법원은 형사사건과 과태료 관련 재판부로만 성인피고인 담당 참심재판부 4개, 형사단독 및 질서위반사범담당부 13개, 소년부 3개 등을 두고 있다[78]. 형사합의·단독만 약 20개 재판부를 운영한다는 말이다. 양국의 경제규모, 법치주의의 실현정도, 법문화의 차이 등을 모두 감안하더라도 부족한 판사 수, 법원 수와 법정 및 재판부의 수적 차이를 도저히 합리적으로 설명하기는 어려워 보인다. 그럼에도 독일 법원과 검찰은 사건의 폭주에 힘들다고 아우성치고 있고, 영상녹화물의 활용은 핵심적인 해법의 하나로 수용되어가고 있는 상황인 것이다. 진정한 사법절차의 개선을 의욕하고 있다면 상고심의 제도개선에 앞서 이 문제부터 해결하는 노력이 선행되어야 할 것이다. 특히 대법관 수를 현재보다 두·세배 등으로 늘리자는 해법과 관련해서는, 연간 약 3,100여건의 사건이 접수되는 독일 연방대법원에서는 총 6개 형사부의 대법관이 총 48명인데, 연간 2만 건 이상이 신규 접수되는 우리나라 대법원의 대법관·판사의 적정수를 도출한 기준은 과연 무엇인지 궁금해진다. 달리 말해 어떤 상고심 심리를 우리의 상고심 절차 개선논의의 지향점으로 상정할 것인지부터 분명히 해야 한다는 말이다.

2. 제1심 절차의 실질화

독일의 제1심 절차를 담당하는 구법원과 주법원의 재판부의 수나 판사의 수를 생각하면 우리 법원의 판사들은 초능력을 가진 사람들이거나, 아니면 독일에 비해 부실한 재판

78) https://www.ag-muenster.nrw.de/aufgaben/geschaeftsverteilung/index.php : 2020.11.29. 최종방문. 독일 법원의 2019년 사건처리 현황을 보면 제1심에 접수된 신건으로 형사공판, 약식에 해당하는 수는 각각, 661,044건과 595,954건으로 총 1,256,998건이다. 우리 사법연감과의 통계방법이 완전히 일치하지 않지만 영장사건 등은 제외한 수치이다. 이에 대해서는 Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafgerichte, 2019 (2020), S. 14~15 참조. 한편 2019년 한 해 동안 국내의 형사사건 중 본안사건과 약식을 포함하면 각 343,150건과 491,690건으로 834,840건이다(법원행정처, 사법연감 2019(2020), 616쪽 참고). 사건 수와 인구수를 보면 우리 법원의 부담이 결코 독일보다 적지 않다.

을 하고 있다고 할 수밖에 없다. 그 초능력은 결국 평범한 소송당사자들에게는 이해될 수 없는 판사의 전단(專斷)으로 비칠 수 있는 것이고, 재판의 부실은 당사자로 하여금 "아직 할 말과 들어야할 말이 많이 남아있다"는 불만을 갖게 하는 것이다. 그것이 바로 항소와 상고를 필수코스로 생각하게 하는 관행을 만들어내는 것은 아닌지 논의해 볼 일이다.

경청하는 제1심이 운영되고, 충분한 사실조사가 이루어지는 제1심 법원이 정상적인 모습으로 자리 잡는다면, 항소가 없는 상고, 대법원이 아닌 고등법원이 상고심이 되는 독일 형사절차의 설계를 우리라고 활용할 수 없는 것은 아니라는 말이다. 제1심을 담당할 판사들을 대폭 증원하여 당사자로 하여금 다수의 전문법관들에게 충실한 재판을 받을 수 있는 제1심 재판부를 구성하는 것이 가장 원론적인 해결방법이라는 것은 누구나 알고 있는 것이다.

3. 사실심의 충실한 판결이유 설시

판사 혹은 재판부에 따라 차이는 있지만 여전히 사실심 판결의 대부분은 공소사실, 증거목록, 양형사유의 간략한 기재로 채워져 있는 것이 대부분이다. 업무부담, 누가 보아도 명백한 사건인데 무슨 설시가 더 필요한 것인가 반문할 수도 있을 것이나 어떤 증거의 어떤 부분이, 어떤 증인의 어떤 진술이 해당 판사로 하여금 유죄 혹은 무죄의 심증을 가지게 했는지를 파악할 수 있는 정도의 가능한 친절하고 세부적인 내용이 기재된 판결문을 작성할 필요가 있는 것이다. 우리의 판결문과 비교할 때 독일은 관련 논문과 실험결과 등 참고문헌까지 인용하며 판사의 결론을 논증하고 있는 경우가 대부분임에도 불구하고 여전히 사실심의 판결 설시가 구체적이지 못하니 개선하자고 하는 모습을 타산지석으로 삼을 필요가 있는 것이다.

4. 영상녹화제도의 활용에 대한 태도 변환

이미 국내에서도 몇 해 전 법정 공판절차의 중계방송[79] 여부가 논의되었고, 법원내

79) 염호준/표현덕/서용성, 재판 중계방송에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서 2017-13, 특히 243쪽

법정과는 다른 공간에 영상송출을 하는 방법으로 잠정적이나마 피고인의 인격권과 국민의 알권리의 접점을 찾은 것으로 보인다. 그런데 이러한 법정의 공판절차를 녹화하여 항소와 상고심에서 그 내용을 검증하는 것은 법관의 조서를 상급심이 증거로 활용하는 것과 동일한 형태로 볼 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 항소와 상고를 효율적으로 운영하기 위하여, 3심제가 아닌 2심제의 도입을 위해서도, 다양한 국가의 변화추세를 감안할 때도, 공판심리의 녹음·영상녹화는 피해갈 수 없는 흐름이라는 것을 직시할 필요가 있다. 독일과 미국은 물론 유럽연합의 가이드라인은 수사에서부터 피의자와 참고인에 대한 판사나 수사기관의 조사·신문을 영상녹화하고 이를 법정에 현출하여 검증하는 것이다. 왜 그들이 그런 선택을 하게 되었는지를 중립적으로 검토하고 우리의 논의와 실무에 적절히 반영하는 노력이 필요한 시점이다. 판사의 재판을 통제한다거나 감시한다는 논리를 내세울 것이 아니라, 제1심 재판부도 충실한 심리를 하는 동인이 되고, 당사자들에게는 항소나 상고를 남발하는 관행을 줄일 수 있는 계기가 될 것이고, 항소심이나 상고심의 경우에는 심리가 필요한 사안을 적절히 선별해내어 충실히 심리하는 이른바 선택과 집중의 가장 합리적이고 근거 있는 도구를 갖게 되는 것임을 부인할 수 없는 것이다.

5. 3심제의 근거와 합리성 검토

헌법 제27조 제1항에서는 법률에 의해 재판을 받을 권리를 인정하고 있고, 제101조 제2항에서는 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직하라고 명시하고 있다. 동조 제3항에서는 그 각급법원의 조직에 관해서는 법률에 위임하고 있는데, 법원조직법 제3조에서 대법원, 고등법원, 특허법원, 지방법원, 가정법원, 행정법원, 회생법원 총 7종의 법원을 규정하여 이를 구체화하고 있다. 현재 형사사건의 3심제의 근거로는 결국 법원조직법 제14조의 대법원의 심판권, 제28조의 고등법원의 심판권, 그리고 제32조의 지방법원 합의부의 심판권 규정과 형사소송법 제357조와 제371조의 항소심과 상고심 관할 규정을 들 수 있다. 달리말해 형사소송이 제1심, 항소심(지법, 고법), 그리고 상고심(대법원)으로 이어지는 이른바 '삼세판'으로 구성된 것은 헌법적 원리가 아니라 법률에서 결정된 사항으로, 향후에도 이런 심급제도를 유지할 것인지, 해당 심급의 관할분배도 그대로 유지할

이하 참조.

것인지에 대한 문제도 법률차원의 제도개선 논의에서 함께 검토되어야 할 것으로 보인다. 3심제가 보편적인 세계기준이 아니며, 사실심과 법률심의 2단계로 이루어진 형사절차가 오히려 다수라고 할 수 있고, 관건은 단 한번이라도 당사자들로 하여금 충실한 사실심리가 이루어졌다는 평가를 받을 수 있는 재판진행이 원론적 해법이라는 것이다. 독일의 논의에서 읽을 수 있듯이 무용한 반복은 업무부담에 시달리는 법원에게도 신속하고 정의로운 판결을 희망하는 당사자들에게도 도움이 되지 않는 허례의식에 불과하기 때문이다. 그런 사정의 변화 없이 상고를 어떤 방식으로건 줄여보겠다는 시도는 억지로 보일 수 있고, 쉽게 수용되지 못하고 효과를 기대할 수 없이 헛수고가 될 수 있는 것이다.

6. 단독판사와 합의부 심리에 대한 항소·상고율의 의미 분석과 대책마련

최근 3년간 새로이 접수된 (공판)사건을 기준으로 항소·상고율을 비교해 보면, 제1심 합의부사건에 대한 항소와 상고 비율이 단독사건의 비율보다 높다는 것을 알 수 있다.[80)]

[최근 3년간 항소·상고율 비교]

심급	재판부	2019년	비율(%)	2018년	비율(%)	2017년	비율(%)
상고심	합의	3,615	38.66	3,710	32.58	4,136	40.44
	단독	17,979	27.88	20,084	30.65	21,012	28.64
항소심	고등	9,351	52.08	9,729	49.33	10,228	52.22
	지방	64,484	28.15	65,523	29.71	73,376	30.19
제1심	합의	17,953	-	19,721	-	19,587	-
	단독	229,110	-	220,523	-	243,025	-

최근 3년간 1심 단독판사의 판결에 대한 평균 항소율이 29.35%, 1심 합의부사건에 대한 평균 항소율이 51.21%로 합의부 1심에 대한 항소율이 20% 이상 높다. 지방법원 항소부의 항소심에 대한 상고율이 29.05%, 고등법원 합의부의 항소심에 대한 상고율이

80) 사법연감 2020, 616쪽, '형사사건 접수·처리 총괄'표 참조. 당해 연도의 제1심판결 신건에 대해 그 해 바로 항소와 상고가 접수되는 것은 아니기 때문에 비율계산의 분모와 분자가 정확한 것이 아니지만 대략적인 추이를 보기 위하여 해당 년도의 신건들을 기준으로 비율을 도출한 것이다.

38.73%에 달한다. 고등법원의 항소심에 대한 불복율이 더 높고, 이것은 제1심 합의부사건에 대한 항소율이 높은 것과 무관하지 않은 것으로 보인다. 제1심 합의부가 처리하는 사건이 상대적으로 중한 범죄들이고 형벌 또한 중하다고 보면 상대적인 불복율이 높다는 것이 특별히 예견을 벗어난 것은 아니겠지만, 결국 개선노력은 제1심 합의부의 운영에서부터 시작되어야 한다는 신호이기도 하다. 또한 항소와 상고의 이유가 사실오인과 법률오인 중 어느 부분이 높은 비율을 차지하는지를 기준으로 어느 부분이 우선 보완되어야 할 것인지도 검토되어야 할 것이다. 상고 자체가 줄어들게 할 근본대책보다 고등법원 상고부제도의 도입과[81] 같이 상고 심사를 누가 할 것인지, 상고허가·수리제나 상고심사부와 같이[82] 어떤 사건만 골라 심사할 것인지를 선행 대책으로 검토하는 것은 일의 선후가 바뀐 것이다.

7. 연일개정·즉일선고의 정착, 그 토대마련

한편 독일 구법원의 1심 판결에 대한 불복율이 약 16%(15.7%[83]))라는 점에서 기본적으로 우리나라 형사소송 당사자들의 판결에 대한 불신이 높은 이유가 무엇인지에 대한 심도 있는 검토도 필요해 보인다. 여러 원인이 복합적으로 작용하고 있겠지만 필자가 보기에는 무엇보다 수차례의 공판기일을 몇 주 단위로 늘려 진행하는 관행을 없애는 것도 판결에 대한 신뢰확보의 중요한 방법의 하나임을 인식할 필요가 있다. 검사와 판사 모두 1개의 사건을 처리하고 나서 다른 사건을 처리하는 극히 이상적이고 비현실적인 모습까지는 아니더라도, 연일개정과 즉일선고라는 현행법 제267조의2와 제318조의4의 강행(!) 규정을 지킬 수 있는 방법을 모색하는 것이 상소제도 개혁을 위한 하나의 큰 기둥이 되어야 한다.[84] 이러한 대응방법이 현실화되기 위해서는 초입에서 언급한 인력과 재정의

81) 예를 들어 신동운, 상소제도의 개편에 따른 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서 06-20 (2006), 25쪽 이하 참조.

82) 중앙일보, “대법관 14명→48명 늘리자” 상고제도 개혁 총대멘 이탄희“, 2020.8.4. 기사(https://news.joins.com/article/23840326 : 2020.11.23. 최종방문). 또한 법률신문, 상고심 제도 개선 어떻게 하나, 2020.9.14. 기사(https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Legal-Info-View?serial=164256 : 2020.11.23. 최종방문)참조.

83) Altenhain, aaO., S. 278

84) 법률신문, “뿌리 못 내린 ‘연일개정’ ‘즉일선고’”, 2009.3.24. 기사(https://www.lawtimes.co.kr/

대폭 확장이라는 전제가 충족되어야 하는 것은 자명한 일이다.

Ⅳ. 맺는 말

대법원은 그간 움츠렸든 상고제도 개선 논의를 연내에 마무리하여 대안을 제시하겠다는 의지를 보였다. 상소제도의 개선논의는 제정 형사소송법이 공포된 이후부터 지금까지 끊임없이 이어졌고, 제안된 여러 해법에도 불구하고 대법원의 상고사건 처리부담은 해마다 가중되고 있을 뿐이다. 그 근원적 해결방법을 모색하는 국내의 다양한 노력에 조금이라도 신선한 바람을 불어넣기 위해서는 잠시 시선을 돌려 우리와 유사한 문제를 다루고 있는 나라 사람들의 인식과 전망을 들여다보는 것도 충분히 가치 있는 일이라는 생각에 독일의 상소제도개선·개혁논의를 소개하고 우리가 고민해 보아야할 시사를 찾아보고, 필자가 생각하는 상소제도 개선의 본령은 어디에서 찾아야 하는지를 적어 보았다. 앞서 기술한 내용의 반복을 피하는 범위에서 중요한 몇 가지만 강조하면서 글을 맺기로 한다.

근원적인 개혁을 생각한다면 심급과 재판부의 구성부터 바꿀 수 있을 것인지 논의되어야할 것이고, '삼세판'이 절대 진리·원리가 아님을 인정할 수 있는 기초를 마련하는 일에 선제적 노력이 투입되어야 할 것이다. 어정쩡한 배심재판의 의미와 위상을 명확하게 하는 일도 병행되어야 할 것이지만, 모든 개선·개혁의 첫걸음은 제1심 판사수와 재판부의 획기적인 확충에 있다는 것을 수용하고, 그에 대한 재정적·인적 자원의 확보에 총력을 쏟는 것이 출발점이 되어야 할 것이다. 한 번의 공판으로도 충분히 설득될 수 있다면, 그리하여 항소와 상소를 차례대로 거쳐야할 이유가 사라진다면, 삼세판이 꼭 유지되어야할 근본 원리는 아니라는 논리가 자연스레 받아들여 질 수 있을 것이다. 지금 우리에게는 몇 번의 재판이 능사가 아니라 한번을 하더라도 충분히 대접받았다는 느낌의 공판이 필요한 것이다.

사실인정이건, 법률해석과 적용이건, 당사자의 불복의 원인이 원심 법원의 절차진행과 내용인정에 있다면 이를 가장 정확하게 기록하여 상급법원의 판단에 제공할 수 있는 공판절차 영상녹화제도를 (부작용이 있다면 가능한 최소화의 대책을 마련하여) 도입하는

Legal-News/Legal-News-View?serial=46079 : 2020.11.30. 최종검색).

것을 적극적으로 검토할 필요가 있다. 공판절차의 영상녹화는 법원, 검사, 피고인과 변호인 모두에게 지금 눈앞에 놓인 절차에 최선을 다하게 하는 동인을 줄 수 있고, 그것이야말로 불필요한 통과의례의 상소를 근원적으로 줄일 수 있는 대책일 수 있기 때문이다.

독일 주법원의 법정은 법대, 피고인과 검찰의 좌석을 제외하고 벽면으로 줄 늘어선 20-30여개의 방청석 의자로 채워져 있고, 몇 시간을 계속하여 하나의 사건 심리가 진행된다. 판사가 화장실을 가능 동안 휴정한다. 연일개정, 즉일선고가 바람직한 제도 운영이라는 것은 현행 형사소송법에 명문의 강행규정으로 들어서 있다. 그럼에도 훈시규정으로 읽어야 한다면 법률을 바꿔야 할 일이다. 지키지 않을 상징을 세워놓는 일은 그쳐야한다. 검사나 판사가 동시에 처리해야하는 사건 수를 대폭 줄이고 심리를 충실하게하려 노력한다는 것을 당사자가 느낄 수 있는 사실심을 운영하는 것부터 시작해야한다. 예를 들어 독일의 상해 피고인이 공판정에서 몇 시간의 재판을 받는데, 그와 동일한 사건의 대한민국 피고인은 몇 시간을 판사 면전에서 자신의 사건이 다루어지는 것을 볼 수 있는지 비교해 본다면, 사실심의 실질화를 외치는 독일의 법정과 우리 공판정은 어떤 면에서 어떻게 다른 것인지 알 수 있을 것이고, 우리의 사실심을 내실 있게 하려면 무엇을 어떻게 바꾸어야 할 것인지에 대한 답을 보다 쉽게 찾을 수 있을 것으로 보인다.

참고문헌

Altenhain, Karsten, Aktuelle Reformbestrebungen in Deutschland: Die Rechtsmittel, in: Hilgendorf, Eric/Schünemann, Bernd/Schuster, Frank Peter, Verwirklichung und Bewahrung des Rechtsstaats, Tübingen, 2016.

Becker, Monika/Kinzig, Jörg, Rechtsmittel im Strafrecht, Freiburg i.B. 2000.

BMJV, Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015.

Bundesgerichtshof, Übersicht über den Geschäftsgang bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahre 2019 –Jahresstatistik- 2020.

DAV, Stellungnahme Nr. 43/2004.

Deiters, Mark, „Große Justizreform“ - Der Weg zu einer zuknuftsfähigen Justiz, ZRP 2005, 100.

Bockemühl, Jan/Gierhake, Katrin/Müller, H.E./Walter, Tonio(hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg, München, 2015.

Graf, Jürgen, BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, 38. Edition, Stand: 01.10.2020, München 2020.

Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, Reform der Rechtsmittel im Strafverfahren, 1999.

Kintzi, Heinrich, Reform der Rechtsmittel in Strafsachen, DRiZ 2000, 187ff.

Kühne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht, 9. Aufl., München, 2015.

Ostendorf, Heribert, Strafprozessrecht, 3. Aufl., Baden-Baden, 2017.

Rieß, Peter, Dreigliedriger Aufbau der Strafjustiz und Rechtsmittelreform in Strafsachen –empfehlenswert, möglich oder abzulehnen?, JZ 2000, S. 813f.

Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl., München, 2014.

Schröer, Meike, Das Einheitsrechtsmittel der reformierten Revision: Ein Beitrag zur Beschleunigung des Strafverfahrens, Diss. Baden-Baden, 2001.

Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.3, Rechtspflege, Strafgerichte 2019, 2020.

Strafrechtsausschuss der BRAK, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärken Einsatz von Bild-Ton-Technik, BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010.

Stuckenberg, C.-F./Gärditz, Strafe und Prozess im freiheitslichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, Berlin, 2015.

김성룡, 좋은 법적 논증의 조건, 형사법연구 제23권 제2호, 2011.

김용진, 상소심 개선 방안 - 독일민사소송법과의 비교를 중심으로 -, 민사소송, 제13권 제1호, 2009.

법원행정처, 2020 사법연감(2019.1-2019.12), 2020.

신동운, 상소제도의 개편에 따른 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원 연구총서 06-20, 2006.

염호준/표현덕/서용성, 재판 중계방송에 관한 연구, 사법정책연구원 연구총서 2017-13, 2017.

Implications of discussion on reform of the German Criminal Appeal System

Prof. Dr. iur. Sung-Ryong Kim*

The Supreme Court announced a plan to announce a proposal to improve the criminal appeal system at the end of 2020. They showed their willingness to end the discussion on improving the criminal appeals system, which had been slowed down by the criminal proceedings related to the former Chief Justice of the Supreme Court. Actually discussions on reform of the appeal system in criminal procedure have continued since the enactment of the Criminal Procedure Act 1954. It would be no exaggeration to say that all possible solutions have already been proposed. Therefore, in this article, we tried to turn our eyes to the outside for a moment to examine the current state of discussions on reform of the criminal appeals system in Germany, and to find out their implications for our current discussions.

In particular, the author proposed the following fundamental solutions; Even if we consider the number of populations, GDP and individual incomes of two countries, it is necessary to increase the number of judges, which is currently only 1/7 in Germany, and expand the first trial courts so that practical hearings in courts could be possible. In order to reduce appeals, the reasons for the judgment(ratio decidendi) must be detailed in the judgment of the fact-trials. It should be kept in mind that a single, faithful hearing can reduce useless appeals. The trial process for fact finding should be recorded so that it can be used in the appeal trial. Any amendment to the current appeal system will be only a (temporary) fix without solving these basic and fundamental problems.

* Kyungpook National University Law School

❖ key words: appeal, revision, criminal procedure, hearing, fact-finding proceedings

투고일 : 11월 30일 / 심사일 : 12월 21일 / 게재확정일 : 12월 21일