

개정 형사소송법상 재정신청제도의 효율적 운용방향

박 미 숙*

국문요약

재정신청제도는 수사의 주재자로서 사실상 검찰권을 독점적으로 재량에 의하여 행사하고 있는 검찰에 대한 매우 중요한 통제장치이다. 개정 형사소송법상 재정신청제도의 대상범죄의 전면확대는 대상범죄가 공무원의 직권범죄 등에 제한되어 있어 사실상 제도적 취지를 살리지 못하고 있고, 검찰권행사의 통제를 위한 헌법소원이나 검찰항고 등이 제대로 기능하지 못하고 있다는 문제의식에서 출발하고 있다. 이는 사법개혁의 매우 주요한 성과라고 평가될 수 있다. 한편으로 재정신청제도의 전면확대라는 방향으로의 논의 속에는 그리 간단치 않은 문제점이 있음도 사실이다. 재정신청제도의 전면확대에 따른 사법기관의 업무부담과 비용부담 측면이나, 피해자의 보호 등에 대하여 충분한 논의가 있었는가 하는 점에 대하여는 문제제기가 끊이지 않고 있다. 재정신청제도가 그 의미를 잃지 않고 정착될 수 있도록 그 효율적 운용을 위한 이론적·실무적 문제점에 대한 지속적인 논의가 필요하다. 이 연구는 이러한 인식하에 재정신청제도의 과거와 현재를 검토해보므로써 향후 미래의 방향을 제시해보기로 하였다.

재정신청제도의 전면확대는 검사의 불기소처분에 대한 통제와 범죄피해자보호가 철저히 사법통제의 측면에서 이루어졌을 뿐, 현재 사법예의 국민참여라고 하는 관점을 반영하지 못하고 있다는 점에 대하여는 검찰의 공소권 행사에 대한 시민의 참여라는 차원에서 검찰심사회의 도입 여부에 대한 논의도 끊이지 않을 것으로 예상된다.

* 한국형사정책연구원 연구위원, 법학박사

I. 들어가는 말

피의자 및 피고인의 인권보장과 적정한 검찰권 행사의 보장이라는 명제 하에 형사소송법 개정의 추진이 이루어진 결과 2007년 사실상 전면적인 형사소송법 개정이 이루어졌으며, 재정신청제도의 전면확대가 이루어지게 되었다. 재정신청제도의 전면확대는 수사의 주재자로서 사실상 검찰권을 독점적으로 재량에 의하여 행사하고 있는 검찰에 대한 매우 중요한 통제장치로 오랫동안 논의되어 왔다. 개정 형사소송법이 이러한 국민의 바람을 담아내고 있다는 점에서 재정신청제도의 전면확대는 사법개혁의 주요성과라고 평가될 수 있다.

개정전 형사소송법상 재정신청은 고소 또는 고발한 사건에 대하여 검사가 결정한 불기소처분에 불복할 경우, 고소인 또는 고발인이 정한 기일 안에 고등법원에 그 당부를 묻는 제도로서, 그 범위는 형법 제123조(직권남용), 제124조(불법체포·감금), 제125조(폭행·가혹행위) 등의 공무원의 직권범죄로 한정하고 있었다. 이에 대하여 검찰의 기소독점·기소편의주의의 폐해가 반드시 정치적 사건에만 한정되는 것이 아니고, 실질적인 피해자들은 현재 재정신청의 대상범죄가 되는 사건 외의 범죄들에서도 나온다고 하는 점에서 그 확대의 필요성 논의는 꾸준히 제기되어 왔다.

역사적으로도 형사소송법상 재정신청제도는 원래 그 대상을 제한하지 않고 전면적으로 허용되었다는 점도 재정신청제도의 전면확대에 중요한 근거로 작용하였다. 재정신청대상 범죄가 1972년 제8차 헌법개정에서 대상범죄가 극히 제한된 것이기 때문에 그 대상을 전면적으로 확대하여도 아무런 문제가 없다¹⁾는 논의는 이런 배경을 근거로 하고 있다.

그러나 사실 재정신청제도의 전면확대라는 방향으로의 논의 속에는 그리 간단치 않은 문제점이 내포있음을 간과하여 온 것 또한 사실이다. 국가의 비용부담이나, 피해자의 실질적인 구제라는 등의 측면에 대한 검토가 충분치 않아 재정신청제도의 전면확대가 가져올 파급효과 및 영향에 대하여는 구체적이고도 실질적인 분석은 거의 없었다고까지 말할 수 있다. 재정신청제도의 개선을 둘러싼 논의과정에서 재정신청대상 범죄의 제

1) 인권실천시민연대, 오창익의 인권이야기, 2004년 4월 7일.

한규정의 위헌여부 등에 대하여 논의가 전개²⁾되어 온 만큼 앞으로의 운용에도 많은 과제가 남겨져 있다.

이제 오랫동안 논의되어 온 형사소송법 개정작업은 끝났다. 그렇다고 하여 그 제도의 안정적인 정착까지 낙관할 수는 없다. 재정신청제도가 그 의미를 잃지 않고 정착될 수 있도록 그 효율적 운용을 위한 이론적·실무적 문제점에 대한 지속적인 논의가 필요할 것이다.

이 글은 이러한 인식하에 재정신청제도의 과거와 현재를 검토해봄으로써 향후 미래의 방향을 제시해보고자 한다.

II. 재정신청제도의 전면확대의 의의와 문제점

1. 재정신청제도의 전면확대의 의의

기소독점주의와 기소편의주의를 채택하고 있는 형사소송법 체계에 대하여 국가소추주의와 공소기관 일원화로 국가의 공소권행사의 통일성과 합리성을 도모할 수 있다는 장점을 갖고 있는 있다. 한편으로는 검사의 불기소처분이 불공정·불합리할 경우 범죄피해자의 보호나 검찰권 행사의 통제 등이 미흡할 우려가 크다는 문제점도 계속 지적되어 왔다.³⁾

재정신청제도의 전면확대에 까지 이르게 된 입법배경에는 1954년 제정 형사소송법 당시 재정신청제도를 검찰의 기소재량에 대한 통제를 위한 주요제도로 도입하고자 하는 입법자의 의도에 부합한다는 측면이 강하게 작용한 것이다.⁴⁾ 제정 형사소송법 당시 입법자는 검찰권행사에 대한 재량을 기본적으로 전제로 하면서, 이에 대한 통제를 제도적으로 보장해야 한다는 점에 주안을 두었다. 즉 범죄의 증거가 분명함에도 정치적인 이유로 기소를 하지 않은 것은 문제라는 인식하에 모든 범죄에 대하여 법원

2) 최병각, 재정신청제도에 관한 연구, 1999, 121면 이하 참조.

3) 형사소송법상 재정신청제도와는 달리 군사법원법에 의해서는 재정신청제도의 대상에 제한이 없다. 박정남, 군사법원법상 재정신청제도에 대한 몇가지 고찰, 공군법률논집 제18집, 2004, 164면.

4) 형사소송법 제정자료집, 한국형사정책연구원, 1990, 참조.

에 재정신청을 하도록 한 것이다.⁵⁾ 이러한 재정신청제도는 이후 1973년 비상국무회의에서 개정된 형사소송법에 의하여 재정신청 대상범죄를 공무원의 직권남용죄 등으로 제한하기 전까지는 검찰권행사에 대한 주요 통제장치로서 기능하여 왔다.

또한 현행 검찰권행사에 대한 통제장치인 검찰항고와 헌법소원이 각각 그 기능을 제대로 하지 못하고 있다는 점도 중요 이유이다.⁶⁾ 현행법상 검사의 불기소처분에 대한 통제 내지 불복방법으로서는 검찰항고(검찰청법 제10조), 재정신청(형사소송법 제260조), 헌법소원(헌법재판소법 제68조 제1항) 등이 있다. 검찰항고는 검사동일체의 원칙이 적용되는 검찰 조직 내부의 자기통제장치이므로 검사의 공소권행사의 적정성을 보장하기에 적절하지 않다는 점에서, 헌법소원은 헌법재판소의 인용결정이 있다 하더라도 이 결정이 반드시 공소제기를 강제하는 것은 아니라는 점에서 실질적인 통제장치로서의 기능이 의문시되어 왔다. 헌법소원의 경우에는 검사의 불기소처분 취소사건이 대부분을 차지함으로써 검찰의 불기소처분이 신중해지고,⁷⁾ 또 헌법소원의 인용결정으로 간접적으로나마 검찰에 대하여 적극적인 추가수사를 촉구할 수 있다는 등의 긍정적인 효과⁸⁾를 갖는다. 그러나 이로 인하여 헌법재판소의 기능에 부담이 된다는 점도 문제이다. 이런 점에서 재정신청제도의 확대를 통한 검사의 불기소처분에 대한 통제는 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원의 대상으로부터 형사법원의 심판대상으로의 방향 전환이라는 점에서도 그 의의가 크다고 하지 않을 수 없다.

실무운용상으로도 재정신청제도는 그 제도적 의의를 다하기에 미흡한 수준이었다. 개정전 재정신청제도는 사실상 일본의 재정신청제도를 모델로 한 것으로서, 재정신청대상 범죄는 검찰권행사의 공정성에 우려가 있는 제한된 공직범죄(형법 제123조 내지 125조의 공무원 직권남용죄 등)만을 대상으로 하는 예외적 제도로서 기능해왔다. 이처럼 재정신청의 대상

5) 신동운, 형사재판의 민주화 - 신형소법의 입법경위와 관련하여, 효당 업상집 형사소송법 논집, 112-113면 참조. 이들 논의의 정리는 국민의 고소사건 재정심사 참여에 관한 법률안 검토보고, 법제사법위원회, 2007.2. 참조.

6) 이러한 논의에 대하여는 이재상/박미숙, 검사의 기소재량에 관한 연구, 1993 ; 박미숙, 재정신청제도의 전면확대에 따른 정책검토, 2006, 50면 이하 참조.

7) 신동운, 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원, 판례월보 제233호, 1990.2, 43면 ; 국회법제사법위원회, 검찰기소권에 대한 통제방안 모색, 2004 정기국회 정책자료집, 15면.

8) 사법개혁추진위원회, 민주사회를 위한 사법개혁, 대통령자문위원회 보고서, 2000, 91면.

범죄를 형법상 직권남용죄에 제한하는데 대하여 다른 일반범죄의 권리구제 사이에 불균형을 초래한다는 문제점이 제기되었다.⁹⁾ 뿐만 아니라 재정신청제도의 취지라는 측면에서 즉 재정심리 법원이 적극적인 증거조사를 할 수 있고, 또한 법원의 부심판결정으로 공소제기가 의제되며, 공소유지 등에서 검사를 배제함으로써 검찰권행사에 대한 통제를 도모하고자 하였지만, 지금까지 재정신청제도가 활용된 사례를 보면 재정신청제도가 갖는 제도적 의의에 크게 못 미치고 있는 것으로 드러났다. 재정신청의 대상범죄를 축소 내지 제한함으로써 재정신청제도가 담당해야 할 기소독점주의와 기소편의주의에 대한 규제기능은 무의미하게 되고, 따라서 검사의 독선과 자의를 방지함으로써 기소독점주의와 기소편의주의에 대한 결함을 시정한다는 점에서 재정신청제도의 전면확대는 그 의의가 크다.

2. 재정신청제도 전면확대의 문제점

한편 재정신청제도의 개선을 위한 논의과정에서 드러난 것은 사법체계와의 부합성 여부와 재정신청제도의 전면확대가 가져올 영향 내지 현실적인 문제이다.

우선 재정신청제도의 전면확대가 현행 형사절차의 기본골격에 부합하는가 하는 점에 대하여 재정신청제도를 전면확대하면서 개정전 재정신청절차를 유지할 경우 모든 범죄에 대하여 법원이 수사하면서 수사판사화될 우려가 있고, 법원이 공소제기하며 법원이 지정한 변호사가 공소유지하고 법원이 재판하는 것이 원칙이 되어 실질적으로 규문주의에 해당하게 되어 현행 소송구조와 법원의 기능에 반한다는 문제점도 제기되어 왔다.¹⁰⁾

그 다음으로 재정신청제도의 전면확대에 있어서 실무상으로 우려되는 점은 남신청의 문제와 이로 인한 법원의 업무부담의 증가이다.¹¹⁾ 개정법률에서도 재정신청제도의 효율성을 도모하고, 신청남발에 따른 폐해를 줄이기 위한 방안을 계속 논의한 것은 이 때문이다. 즉 재정신청 전에 검찰

9) 정웅석, 헌법소원과 관련된 재정신청제도의 확대에 다른 문제점, 고시연구, 2000.7, 212면.

10) 이재상, 형사소송법 일부개정법률안에 관하여, 바람직한 형사사법절차에 관한 공청회 자료집, 국회 법제사법위원회, 2006.9., 67-68면.

11) 이재상, 보완되어야 할 '재정신청 확대', 중앙일보 2007.4.22. ;박상기, 한국검찰, 무엇이 문제인가? - 제도적·정치적·인간적 측면, 연세법학연구 제54호, 2003, 61면.

항고를 거치도록 하는 항고전치주의를 채택하고, 재정신청을 기각하는 경우 법원은 신청절차에서 비용의 전부 또는 일부를 재정신청인이 부담하게 하는 결정을 내릴 수 있도록 하는 등의 남신청방지책을 두고 있다.

피고소인의 입장에서조차 재정심리법원의 부심판결정이 사실심 법원의 판결에도 영향을 미쳐 피고소인 등을 사실상 유죄추정의 상황에 놓이게 하고, 피고소인의 지위를 장기간 불안정하게 함으로써 피고소인 등의 인권을 침해할 우려가 크다는 점도 문제점으로 지적되고 있다.¹²⁾

III. 개정법률상 재정신청제도의 내용 검토

1. 재정신청의 신청권자

정부안에서는 고소인뿐만 아니라 고발인에 대하여도 재정신청을 전면 확대하였으나, 법사위 논의과정에서 고발인은 검사의 불기소처분에 의한 피해자라고 할 수 없고, 고발인에게까지 재정신청을 허용하게 되면 재정신청의 남발을 초래할 우려가 크다는 점에서 고발인이 삭제되고 고소인으로 한정하기에 이르렀다.¹³⁾

개정전 형사소송법이 재정신청권을 고소인에 대해서뿐만 아니라 고발인에 대해서도 부여한 것은 재정신청제도가 단지 범죄피해자의 기본권을 보장하는데 그치는 것이 아니라, 일반국민의 감시를 통해 형사사법의 공정성을 담보하고 형사사법에 대한 신뢰를 확보하는 역할을 수행할 수 있도록 하기 위해서이다. 즉 형사소송법 입법자들은 범죄피해자인 고소인에 대해서만 아니라 제3자인 국민에 대해서도 재정신청권을 부여함으로써 재정신청제도가 검찰의 공소권 남용을 막고자 한 것으로 보인다.

생각건대 고발인은 검사의 불기소처분에 의한 피해자라고 할 수 없고, 또 고발인에게 헌법소권이 허용되지 않는다는 점에서 재정신청권자를 피해자에게 제한할 필요가 있다.¹⁴⁾ 재정신청의 전면확대에 따라 불필요한

12) 이재상, 보완되어야 할 ‘재정신청 확대’, 중앙일보 2007.4.22.

13) 형사소송법 개정법률 해설, 법원행정처, 2007, 58면.

14) 이재상, 바람직한 형사사법제도에 관한 공청회, 국회법제사법위원회, 2006.9.25.

재정신청을 방지하고 소송경제적 측면에서의 업무부담을 최소화할수 있는 방안으로서 현행법상 고발인을 제외한 것은 타당하다.

2. 항고전치주의

재정신청의 전면확대는 사실 남신청의 문제점을 안고 있다. 이 문제는 재정신청제도의 전면확대시 가장 큰 걸림돌로 작용해온 것도 사실이다. 그리하여 개정법에서는 재정신청을 전면확대하면서 동시에 문제되는 남신청의 폐해를 가능하면 줄이고 재정신청제도의 제도적 의의를 도모하기 위하여 검찰항고를 거치는 검찰항고전치주의를 채택하고 있다(개정 형사소송법 제260조 제2항).

물론 이 경우에도 항고전치주의의 예외가 인정된다. 즉 재정신청인이 불기소처분에 대하여 항고를 제기하였고, 그 이후 재기수사가 이루어진 다음 다시 불기소처분이 있는 때(제260조 제2항 제1호), 항고신청 후 항고에 대한 처분이 행하여지지 아니하고 3개월이 경과한 경우(제260조 제2항 제2호), 검사가 공소시효 만료인 30일전까지 공소를 제기하지 아니하는 경우(제260조 제2항 제3호) 등에는 항고전치주의의 예외를 인정하여 곧바로 재정신청을 할 수 있도록 하고 있다.

3. 관할법원

개정법률상 재정신청제도에 있어서 신청이 있는 경우 그 관할법원은 고등법원으로 하고 있다(형사소송법 제260조 제1항). 즉 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다.

재정신청에 대한 관할법원의 문제는 실무상으로 비용 및 업무부담 등과 맞물려 있는 문제이기도 하다. 재정신청의 전면확대에 따라서 재정신청의 관할법원을 개정전과 마찬가지로 고등법원으로 할 것인가 지방법원 합의부로 할 것인가 하는 점에 대하여 다툼이 있어 왔다.

재정신청이 전면확대로 인한 사건수의 급증은 어느 정도 예상되고 따라

서 심리시간의 증가, 재판부의 증설문제 등과 맞물려 사건지체가 우려된다. 또한 재정신청이 고등검찰청의 항고결정에 대한 불복이라는 점과 법원의 재정결정에 대한 불복을 제한할 필요가 있다는 점 등을 이유로 고등법원 관할을 유지함이 타당하다는 견해가 제기된 바 있다.¹⁵⁾ 이에 대하여 재정신청사건의 관할법원을 고등법원으로 하는 경우 일부 고등법원을 제외하고는 대개 고등법원 형사부가 1개 있는데, 당해 고등법원은 부심판결정된 사건의 항소심을 담당하게 되므로, 전심관여의 문제가 발생할 우려가 있을 뿐만 아니라, 재정신청인의 고등법원내의 접근편의성, 고등법원이 부심판결정을 한 경우 제1심 형사단독판사가 본안형사사건을 처리함에 있어 상당한 영향을 줄 우려 등 여러 사정을 감안하여 지방법원 본원 합의부가 관할하는 것이 타당하다는 견해가 대립하였다. 고등검찰청의 항고까지 마친 재정신청사건을 지방법원에서 관할하는 것은 부적절하다는 견해가 제시되었고, 결국 재정신청사건의 관할법원은 고등법원으로 확정되기에 이르렀다.

다만 개정법률은 고등법원의 관할을 그대로 유지하면서 재정신청 처리기간 즉 심리기간을 그대로 유지하는 경우에는 사건의 증대 등으로 졸속심리, 부실심리의 우려가 있어 재정신청제도의 전면확대의 입법취지를 달성하기 어렵다는 등을 이유로 심리기간을 개정전 20일에서 3개월로 규정하고 있다. 재정신청사건의 관할법원은 고등법원으로 그대로 확정됨으로써 현재에도 부족한 고등법원의 형사부 증설이 불가피하다¹⁶⁾는 과제를 남겨두고 있다.

4. 법원의 처분의 범위

개정법률에 의하면 “법원은 재정신청서를 송부받은 날로부터 3개월 이내에 항고의 절차에 준하여 …결정한다, 이 경우에 필요한 때에는 증거를 조사할 수 있다”(법 제262조 제2항). 이는 개정전 형사소송법 제262조 제1항의 규정을 그대로 유지한 것으로서(심리기간을 제외하고), 법원의 처분의 범위가 어디까지인가 하는 점에 대하여는 명시적 규정을 두고 있지 않다.

문제는 재정법원이 강제처분까지 할 수 있는가 하는 점이다. 학설상으로는 개정전에도 재정법원은 심리의 방법으로 구속, 압수·수색 등 강제

15) 김선수, 사법개혁리포트- 범죄피해자보호방안, 2006.2.21.

16) 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 59면.

처분의 행사도 가능한 것으로 보는 입장이었고, 실무상으로도 필요한 경우 검증, 감정 또는 참고인에 대한 증인신문을 하고 있는 실정이었다. 이에 대하여 재정법원이 강제처분까지 할 수 있다고 보는 것은 수사기관의 역할과 법원의 역할을 혼동한 것이고, 법원의 수사기관화를 인정하는 것으로서 부당하다는 입장이 제기되어 왔다.¹⁷⁾

독일 형사소송법상 기소강제절차에 의하면 법원은 재정결정을 위하여 필요한 수사를 명할 수 있다(제173조 제3항). 기본적으로 독일의 기소강제절차에는 법원의 청구가 있는 경우에는 검사는 그때까지 그가 작성한 수사기록을 법원에 제출하여야 한다(제173조 제1항). 실무관행상으로는 재정신청이 부적법 각하되지 않는 한 항상 수사기록의 검토가 필요하므로 검사는 법원의 요구가 없어도 명시적인 반대 의사가 없는 한 항상 의견서와 함께 수사기록을 법원에 제출하고 있다.¹⁸⁾

한편 독일의 통설은 법원은 재정결정을 함에 있어서 검사의 수사기록 제출 없이 신청을 부적법 각하하는 경우에도 항상 검사의 의견을 들어야 한다. 독일 형사소송법 제33조 제2항이 “공판절차 외에서 행해지는 재판은 검사의 서면 또는 구두의 의견진술을 들은 후에 이를 행한다”고 하는 규정을 근거로 한다.

5. 재정신청사건 기록의 열람·등사 제한(개정법률 제262조의2)

개정 형사소송법은 피해자에 대한 공판기록 열람·등사제도를 도입하고 있다(제294조의4). 즉 소송계속중인 사건의 피해자(피해자가 사망하거나 그 심신에 중대한 장애가 있는 경우에는 그 배우자·직계친족 및 형제자매를 포함한다), 피해자 본인의 법정대리인 또는 이들로부터 위임을 받은 피해자 본인의 배우자·직계친족·형제자매·변호사는 소송기록의 열람·등사를 재판장에게 신청할 수 있으며(제294조의4 제1항), 재판장은 그 신청이 필요하다고 인정되거나 기타 정당한 이유가 있는 경우에 이를 허가할 수 있다(동조 제3항). 아직 정식으로 기소되지 않은 사안의 수사기록에 대하여 피의자나 고소인 등 이해관계인이 무분별하게 기록을 열람 등

17) 김선수, 사법개혁리포트- 범죄피해자보호방안, 2006.2.21.

18) LR-StPO, 2004, §173, Rn.3.

사하는 경우 수사의 비밀을 해칠 우려가 있을 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 수사기록의 열람·등사를 위해 무분별하게 재정신청을 남발할 우려도 있다¹⁹⁾는 점에서 재정신청사건의 심리 중에는 관련서류 및 증거물을 열람 또는 등사할 수 없다고 규정하고 있다.

지금까지 형사소송법상 재판기록 열람 등사권의 보장은 원칙적으로 피고인과 변호인에 한하여 형사소송 진행 중의 재판기록에 대하여 인정되어 왔을 뿐이다. 범죄피해자에 대하여 기록의 열람·등사가 인정되는 것은 소송촉진등에관한특례법에 의해서만 가능하다. 즉 범죄피해자가 법원에 배상명령을 신청할 경우에 한하여 소송지연의 우려가 없는 요건 하에서 재판장의 허가를 받아 기록을 열람·등사할 수 있다.

수사기록에 대한 열람·등사는 피해자의 권리구제를 위하여 중요하지만 기소되지 않은 사건에 대하여 피해자 및 고소인 등이 기록을 열람·등사하는 경우 수사의 비밀을 침해하거나 나아가 이를 다른 민사분쟁사건의 해결을 위하여 이용하는 등의 문제가 있으므로 수사의 목적 및 형사구제를 위해서는 일정한 제한을 허용하는 것은 타당하다.

6. 공소유지변호사제도의 폐지

위에서 살펴본 바와 같이 기소강제절차와 개정전 재정신청제도의 차이 중의 하나가 공소유지변호사의 지정이다. 즉 독일의 기소강제절차에서는 공소유지변호사 대신 검사가 공소를 유지하도록 하고 있다(독일 형사소송법 제175조). 반면 재정신청제도에서는 공소유지변호사의 지정에 의해 공소를 제기·유지하도록 하고 있다. 공소유지변호사제도는 사실 재정신청제도의 운용에 있어서 긍정적인 측면이 있기는 하지만, 효율성 측면에서는 부정적인 측면도 적지 않았다. 왜냐하면 공소유지변호사의 업무는 재판장이 인정한 사항에 한하여 사법경찰관을 지휘할 수 있을 뿐이어서 재정신청제도가 활발히 운용되기에는 한계가 있었기 때문이다.²⁰⁾

검사에 의한 기소독점 및 기소재량권 보장이라는 체계 하에서 보면 이러한 공소유지변호사의 지정제도는 공소제기의 기본원칙에 반한다는 비판

19) 형사소송법 개정법률 해설, 2007, 66면.

20) 최보현, 재정신청에 관한 시비, 법조 6권 11·12호, 1957.12, 10면 이하.

을 불러일으킬 우려가 있는 것은 사실이다. 재정신청이 전면확대됨과 아울러 공소유지번호인제도를 그대로 유지하게 되면 사실상 수사 및 공소제기·유지 등이 모두 법원에 의해 행해진다는 문제점이 더욱 드러나게 될 것이고 법원에 의한 규문주의적 형사절차로의 환원이라는 비판도 면하기 어렵다. 개정 형사소송법상 재정신청제도가 모든 범죄를 대상으로 한 범죄피해자의 구제 및 검찰권행사에 대한 사법통제를 그 입법취지로 하는 이상 검사로 하여금 공소제기 및 유지를 하도록 하는 것이 타당하다. 그리하여 개정법은 재정결정에 따른 재정결정서를 송부받은 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장은 지체 없이 담당검사를 지정하고 지정받은 검사는 공소를 제기하여야 한다(법 제262조 제6항)는 규정을 신설하고 있다. 문제는 검사에게 공소유지를 맡김으로써 공정하게 공소유지를 할 것인가 하는 점에 대하여는 의문이라는 견해도 있다. 사실 이는 검찰항고제도가 검찰 자체 의한 시정책이라는 점에서 검찰권행사에 대한 통제장치로서 기능을 다하지 못하고 있는 맥락에서 본다면, 개정법률상 재정신청제도에 있어서도 마찬가지로 문제가 발생할 것으로 예상된다. 당초 불기소처분을 한 검찰이 법원의 공소제기결정에 대하여 어느 정도 성실·공정하게 공소유지활동을 할 것인가 하는 점이 향후 재정신청제도의 효과를 달성하는데 결정적인 변수가 될 것으로 보인다.²¹⁾

7. 유책고소인에 대한 절차비용부담제도

재정신청이 전면확대됨에 따라서 가장 우려되는 부분이 재정신청의 남용이다. 그리하여 재정신청의 전면확대와 동시에 이 제도의 남용을 억제할 수 있는 제도의 도입이 함께 검토되었다. 이 과정에서 유책고소인에 대하여 절차비용의 비용을 부담하게 함으로써 신중한 고소 및 남고소 억제 등을 기대하는 방안의 도입이 검토되었다.

고소·고발이 많은 우리나라의 경우에 재정신청 범위의 확대로 인한 재정신청의 남발이 예상되고 이로 인하여 국가형벌권행사의 낭비와 피고소인의 인권침해도 문제되지 않을 수 없다. 현행 제도 하에서는 허위사실을 고소하든 중대과실로 인하여 고소하든 고소인은 비용부담 없이 고소를

21) 형사소송법 개정법률 해설, 71면.

할 수 있어, 피고소인은 변호사비용 등의 비용을 부담하는 등의 불균형이 생기게 된다는 문제가 있는 실정이다.

개정법률에서는 재정신청의 전면확대로 남신청 가능성이 증가하고 이에 따른 피의자의 인권침해의 우려를 방지하는 등의 적정한 절차운영을 위하여 외국 입법례를 참조하여 비용부담 등의 규정을 신설하고 있다. 즉 법원은 재정신청기각결정(제262조 제1항 제1호), 재정신청의 취소(제264조 제2항)가 있는 경우에는 재정신청인에게 신청절차에 의하여 생긴 비용의 전부 또는 일부를 부담하게 할 수 있고(제262조의3 제1항), 또 법원은 직권 또는 피의자의 신청에 따라 재정신청인에게 피의자가 재정신청절차에서 부담하였거나 부담할 변호인선임료 등 비용의 전부 또는 일부의 지급을 명할 수 있다(동조 제2항). 이는 재정신청인의 절차이용 비용부담 결정을 임의적 제도로 도입한 것이다.

독일의 경우에는 기소강제절차에 의하여 발생한 비용은 신청이 이유 없는 것으로 기각되거나(독일 형사소송법 제174조 제1항), 또는 신청인의 담보불제공으로 인하여 취하간주 선언된 때에는 (제176조 제2항) 신청인에게 부담시켜야 한다(제177조). 따라서 신청인이 그 요건을 갖추지 못하여 부적법한 것으로 각하된 경우에는 신청인에게 그 비용을 부담시킬 수 없게 된다. 왜냐하면 이 경우는 비용부담을 위한 법적 요건이 결여되었기 때문이다.²²⁾ 신청의 부적법을 이유로 한 각하 여부는 대부분 형식요건의 심사단계에서 판명되기 때문에 피의자 심문이 거의 필요하지 않으며 따라서 국고나 피의자에게 비용발생의 여지가 별로 없기 때문에 신청인에게 비용을 부담시킬 수 없다고 본다.

다만 독일 형사소송법상 이 경우에도 전혀 비용을 부담시키지 않는 것은 아니다. 즉 소송비용에 대한 일반규정인 독일 형사소송법 제469조에 의하여 신청이 부적법 각하된 경우 등에도 신청인에게 소송비용을 부담하게 할 수 있기 때문이다.²³⁾ 소송비용부담 재판에 대하여는 불복을 신청하지 못한다(제304조 제4항). 독일 형사소송법상 비용부담은 국고비용 뿐만 아니라 피의자 비용까지 부담시킬 수 있도록 규정하고 있다는 점에 특색이 있다.

22) LR-StPO, §177, Rn.3

23) 이영규, 독일의 기소강제절차에 관한 연구, 해외연수검사연구논문집 13집 2호, 1997, 519면 참조.

일본은 우리나라와 달리 재정신청인에 대한 비용부담규정은 두고 있지만, 유책고소인·고발인에 대한 비용부담규정은 두고 있지 않았다. 일본에서 재정신청인에 대한 비용부담규정은 독일에서의 기소강제절차를 도입하면서 이에 따른 비용부담 규정도 함께 도입한 것으로 보인다. 즉 재정신청인에게 법원은 재정신청의 기각결정을 한 경우 또는 청구의 취하가 있는 경우에는 결정으로 청구자에게 그의 청구에 관한 절차로 인하여 생긴 비용의 전부 또는 일부의 배상을 명할 수 있다고 규정하고 있다(일본 형사소송법 제269조). 다만 일본에 있어서 재정신청인의 비용부담의 경우에 재정신청인의 유책여하를 묻지 않는다. 일본의 경우에 재정신청대상범죄가 공무원의 직권남용범죄에 제한되어 있는데도 불구하고 재정신청인에게 소송비용의 부담을 지우게 하는 것은 남신청에 대한 우려 때문이라고 한다.²⁴⁾ 이는 고소인등의 소송비용부담에 관한 제183조의 규정과 같은 취지이다. 유책고소인·고발인에 대한 비용부담은 2004년 형사소송법 개정을 통하여(평성 16년) 도입되었다. 즉 고소·고발사건에 대하여 공소가 제기되지 않은 경우에 고소·고발인에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 때에는 소송비용을 부담시킬 수 있다고 규정(일본 형사소송법 제183조 제2항)함으로써 사실상 유책고소인에 대한 절차비용의 비용을 부담지우고 있다. 다만 고소·고발은 공소제기 사이에 인과관계가 있어야 한다. 즉 고소 등의 존재 또는 내용이 검사의 기소에 중대한 영향을 미칠 것이 필요하다. 이 규정의 도입은 남고소 등의 억지를 위한데 그 취지가 있다.

생각건대 형사고소의 경우 고소인에게 비용부담의 불이익이 없어 고소가 남용되는 경향이 있으므로 이를 방지하기 위해서 유책고소인에 대한 절차비용의 비용을 부담하도록 할 필요는 있다. 다만 고소권자인 고소인에게 절차비용에 대한 비용을 부담하게 하는 것은 남고소에 대한 억제책으로서 정당한지 그리고 효과를 가져올 것인지 하는 점이 문제된다. 현행 형사소송법에 의하면 형의 선고를 하는 때에는 피고인에게 소송비용의 전부 또는 일부를 부담하게 하여야 하고, 다만, 피고인의 경제적 사정으로 소송비용을 납부할 수 없는 때에는 그러하지 아니한다(법 제186조 제1항)고 하고, 또 피고인에게 책임지울 사유로 발생된 비용은 형의 선고를 하지 아니하는 경우에도 피고인에게 부담하게 할 수 있다(제2항)는 규정을

24) 條解 刑事訴訟法, 2006, 497면.

두고 있다. 또한 고소 또는 고발에 의하여 공소를 제기한 사건에 관하여 피고인이 무죄 또는 면소의 판결을 받은 경우에 고소인 또는 고발인에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 때에는 그 자에게 소송비용의 전부 또는 일부를 부담하게 할 수 있다(법 제188조)고 규정하고 있다. 그러나 실무상 유책한 고소인 또는 고발인에게 소송비용의 전부 또는 일부를 부담하게 하는 경우는 거의 없다고 한다.²⁵⁾ 이러한 상황에서 재정신청인에게도 고소·고발인에 대한 것과 마찬가지로 절차비용의 비용부담이 부당한 재정신청의 남발을 제한할 수 있을 것인가에 대하여는 회의적일 수 있다. 따라서 실무상으로 유책고소인·고발인에 대한 비용부담규정을 올바르게 적용할 것이 요청된다. 그리고 변호사비용을 부담하게 하는 경우 ‘변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙’과 같은 규칙제정이 필요할 것이다.

VI. 재정신청의 전면확대에 대한 평가

개정 형사소송법상 재정신청의 대상범죄에 제한 없이 모든 고소인이 재정신청을 할 수 있도록 하여 그 대상범죄가 전면확대되었다. 재정신청 제도가 재량적 검찰권행사에 대하여 어떤 의미를 갖는지, 즉 검찰권행사의 통제를 위하여 재정신청제도의 전면확대가 정책적으로 불가피한 귀결인지 하는 점에 대하여는 검토가 필요할 것으로 보인다.

1. 대법원 및 헌법재판소의 입장을 통해 본 재정신청제도의 전면확대의 필요성

먼저 헌법재판소²⁶⁾는 재정신청의 대상범죄를 제한한 형사소송법 제260조 제1항의 위헌심사에서 검사의 불기소처분에 대한 법원에 의한 사법적 통제가 헌법상 반드시 요구되는 것인지에 대하여 소극적인 입장을 취하고 있다. 즉 헌법재판소는 “우리 헌법은 공소제기의 주체, 방법, 절차나 사후통제에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 아니하다. 따라서 검사의

25) 형사소송법 개정법률 해설, 67면.

26) 헌법재판소 1997.8.21. 선고 94헌바2 결정.

불기소처분에 대한 법원에 의한 사법적 통제가 헌법상 반드시 요구되는 것은 아니므로 검사의 불기소처분에 대하여 재정신청제도를 둘 것인지, 재정신청제도를 둘 경우 그 신청대상범죄를 어느 범위로 정할 것인지 등의 문제는 입법자의 입법정책에 속하는 사항이다”고 한다. 더 나아가 재정신청대상범죄를 제한한 개정전 형사소송법 제260조 제1항이 평등의 원칙에 반하거나 재판청구권, 재판절차진술권을 침해하는지 여부에 대하여도 소극적인 입장을 취하였다. 즉 헌법재판소는 “형사소송법 제260조 제1항이 재정신청의 대상을 공무원의 직무에 관한 죄 중에서 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 등에 의하여 발생하는 인권침해 유형의 범죄에 한정하고 있는 것은 합리적 근거가 있는 차별이라 할 것이므로, 재정신청의 대상이 아닌 범죄에 대한 고소·고발인이 검사의 기소편의주의의 남용에 따른 사법적 통제를 받을 수 있는 길이 막혀 있다 하더라도 입법재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없어 재판청구권에 대한 헌법상의 평등의 원칙에 위배되는 것이 아니라고 한다”고 한다.

이에 대하여 당시 헌법재판소의 전원합의체 결정에 있어서 반대의견이 제기된 바 있다.²⁷⁾ 즉 반대의견에서는 “범죄피해자가 가해자의 범행을 처벌해 줄 것을 법원에 청구하는 것은 권리로서, 이를 보장한 재정신청제도는 국민의 헌법상 기본권인 재판청구권을 형사절차법상 보장하기 위하여 마련된 제도로 볼 수 있다. 그리고 우리 형사소송법이 국가소추주의와 기소편의주의를 채택함에 따라 이에 대한 보완장치로서 마련된 재정신청제도는 자의적인 불기소처분에 대한 구제장치를 충분히 보장하여야 했음에도 불구하고, 형사소송법 제260조 제1항은 일부 범죄의 피해자 및 고발인에게만 재정신청을 허용함으로써 고소·고발인의 재판청구권을 자의적으로 차별하고 있으며, 헌법상 보장된 형사피해자의 재판절차진술권도 과도하게 제한하고 있다”²⁸⁾고 하였다.

이러한 헌법재판소의 두 입장은 사실 동일한 관점을 말하고 있는 것은 아니다. 우선 헌법재판소의 전원합의체 결정에 의하면 검사의 불기소처분에 대한 법원에 의한 사법적 통제는 단지 입법정책의 문제일 뿐이라는데 반하

27) 위 헌법재판소 반대의견.

28) 심희기, 형사소송판례, 2003, 220면 ; 조국, ‘강조되어야 할 예외’로서의 재정신청제도, 형사판례연구(8), 2001, 555면 이하는 이런 관점에서 대법원의 판례에 대하여 의문을 제기하고 있다.

여, 반대견해는 재정신청제도를 헌법적 권리보장장치로 이해하고 있다. 이러한 헌법재판소내에서의 의견대립은 재정신청제도를 검사의 기소편의주의와의 관련성 속에서 재량에 대한 적절한 구제를 위한 정책적 수단으로 볼 것인가, 헌법적 권리실현 장치로서 필요불가결한 제도인가 하는 점에서 큰 차이를 보이고 있는 것으로 이해할 수 있다. 이처럼 재정신청제도의 성격에 관한 입장 차이는 재정신청제도를 검사의 기소재량에 대한 통제방안의 하나로만 볼 것인가, 아니면 이와 더불어 범죄피해자의 형사소추의 이익보장을 위한 헌법적 장치로 볼 것인가 하는 점 등의 차이로까지 나아간다.

한편 대법원도 마찬가지로 대상범죄를 제한한 재정신청제도는 국가소추주의에 대한 예외규정에 불과하므로 헌법 제26조 제1항의 재판청구권 보장에 위반된다 할 수 없다²⁹⁾고 한다. 대법원은 재정신청제도를 검찰의 기소권통제를 위한 정책적 수단으로 이해한 것으로 보인다. 다만 대법원에서도 바람직한 형사사법시스템의 모색을 위한 토론회를 통하여 재정신청제도의 대상범죄를 제한함으로써 인권보장제도로서는 본질적인 한계가 있다는 문제제기가 있었다.³⁰⁾ 즉 검찰의 기소편의주의를 적절히 통제하기 위해서는 현재의 제한적 재정신청제도를 탈피하여 모든 범죄에 그 대상범위를 확대함으로써 이들 범죄의 불기소처분에 대하여 다룰 수 있도록 해야 한다는 점에서 재정신청제도의 전면확대의 필요성을 인정하고 있다.

2. 재정신청의 전면확대의 체계부합성

재정신청제도의 전면확대에 대한 문제제기 가운데 특히 재정신청제도의 전면확대가 현행 법체계에 맞지 않고, 또한 재정신청제도는 독일의 기소강제절차에서 유래하지만, 양자는 서로 그 취지를 달리하는 제도로서 기소강제절차는 기소법정주의의 보장장치로서 모든 범죄에 적용되지만, 이와 달리 재정신청제도는 기소편의주의하의 기소재량권에 대한 통제장치이므로 모든 범죄에 기소를 강제할 근거는 없다고 보아³¹⁾ 모든 범죄를 그 대상으로 하는 것은 적절하지 않다는 비판이 강하게 제기되고 있다. 우리나라와

29) 대법원 1983.7.14. 선고 83모23 결정.

30) 대법원, 바람직한 형사사법시스템의 모색자료집(Ⅲ), 2004, 166면.

31) 이재상, 보완되어야 할 '재정신청 확대', 중앙일보 2007.4.22.

같이 기소편의주의를 채택하고 있는 일본의 경우에도 재정신청제도를 공무원의 직권남용죄 등에 제한하고 있는 점도 주요한 논거로 제시되고 있다.

사실 재정신청제도는 독일의 기소강제절차에서 유래하지만³²⁾ 기본적으로 양자는 다른 체계하에서 독자적으로 자리잡은 제도이다. 여기서 기소강제절차에서는 기소법정주의하에서 모든 범죄를 대상으로 하고, 재정신청제도는 기소독점주의에 대한 예외로서 대상범죄 제한 가능이라는 형식의 등식이 필연적으로 성립하는지 하는 점, 말하자면 대상범죄의 전면확대의 체계부합성 여부에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

가. 재정신청제도와 독일의 기소강제절차와의 비교 분석에 따른 재정신청의 전면확대의 정당성

재정신청제도는 고소·고발사건에 대하여 검사가 불기소처분을 한 경우 고소·고발인이 취할 수 있는 법적 구제절차의 하나로 법원에 대하여 가해자를 기소하도록 강제하는 결정을 구하는 절차라는 점에서 독일의 기소강제절차와 유사하다. 독일의 기소강제절차는 독일의 형사소송법 체계하에서는 기소법정주의를 택하면서 이를 담보하기 위한 장치이다(독일 형사소송법 제172조 이하). 기소강제절차란 검사의 불기소처분에 대하여 불복이 있는 피해자인 고소인은 고등법원에 그 당부를 구하여 재정신청을 제기하고, 법원은 그 신청에 이유 있다고 판단하면 검사에게 기소의무를 지우는 것을 말한다. 따라서 독일의 기소법정주의 및 기소강제절차 하에서는 수사결과 공소를 제기하기에 충분한 근거가 있는 경우에 검사는 법원에 공소를 제기하지 않으면 안 된다.

그러나 개정 전 재정신청제도는 독일의 기소강제절차와는 많은 점에서 차이가 있는데, 이는 이들이 근간하고 있는 시스템 자체가 다른 데서 비롯되는 측면이 있다. 즉 독일의 기소강제절차는 기소법정주의를 근간으로 하는 독일 형사소송법 체계 하에서 수사결과 범죄혐의가 인정되고 소송조건이 구비될 경우에 검사는 반드시 공소를 제기해야 한다는 데에서 나온 원칙적인 입장이다. 즉 독일 형사소송법상 검사는 사실에 관한 증거가 충

32) 이재상, 형사소송법, 2004, 323면 ; 신동운, 형사소송법 I, 1997, 313면,

분히 존재하는 때에는 법률에 달리 규정되어 있지 아니하는 한 소추할 수 있는 모든 범죄행위에 대하여 공소를 제기할 의무가 있다(독일 형사소송법 제152조 제2항). 반면 검사가 기소를 함에 있어서 재량에 따라서 그 기소여부를 결정하도록 하는 체계 하에서 검사에게 반드시 기소해야 할 의무가 없고, 또한 법원이 모든 사건에 대하여 기소를 강제할 근거도 없다.³³⁾ 이런 점에서 재정신청제도는 일차적으로 검사의 기소재량권에 대한 통제장치로서 중요한 의미를 갖는다.

반면 독일의 기소강제절차는 예외 없는 공소권 행사를 위한 검사에 대한 법원의 통제로서 기소법정주의의 보호책임과 동시에 범죄피해자의 정당한 형사소추의 이익을 보호한다. 우리나라에 있어서 재정신청제도는 입법당시에는 검찰권행사의 사법적 통제로서 그 의의가 부각되었고, 범죄피해자의 이익보호라는 관점은 전혀 고려되지 않았다고도 할 수 있다.³⁴⁾

그밖에도 독일의 기소강제절차와 개정전 재정신청제도는 몇 가지 점에서 차이가 있다. 즉 독일의 기소강제절차에서는 고소인이 동시에 피해자인 경우에 한하여 인정되고, 사인소추에 따른 소추가 가능한 경우와 예외적으로 인정되는 기소편의주의 원칙에 따라 기소유예처분을 한 경우를 제외하고는 원칙적으로 모든 종류의 범죄에 대한 불기소처분에 대하여 신청이 가능하다(독일 형사소송법 제172조 제2항). 다만 독일의 기소강제절차에서는 그 신청을 하기 전에 사전에 반드시 검찰항고를 거쳐야만 하는 항고전치주의를 채택하고 있다. 그리고 기소강제절차의 소송상 목적은 종국적으로는 검사의 의무인 공소제기여부에 대한 법원의 결정을 얻는 것이다. 기소강제절차에 있어서 법원의 공소제기여부에 대한 결정은 검사를 구속하지만 이로써 직접 공소제기의 효과가 생기는 것이 아니라 공소제기의 의무가 생길 뿐이며, 검사가 공소제기를 거절할 경우에 한하여 예외적으로 검사는 수사를 행할 의무를 부담한다(제175조). 또한 독일의 기소강제절차에서는 법원에 의해 별도로 지정된 지정변호사가 공소유지업무를 부담하는 것이 아니라, 일반사건과 마찬가지로 검사가 공소유지를 담당한다(제175조). 더 나아가 독일의 기소강제절차에서는 신청인의 신청을 이유 없는

33) 이재상, 보완되어야 할 ‘재정신청 확대’, 중앙일보 2007.4.22.

34) 이는 이미 위에서 살펴본 바와 같이 헌법재판소의 개정전 형사소송법 제260조 제1항의 위헌결정에서도 잘 나타나있다.

것으로 기각하는 경우에는 국고 또는 피의자에게 발생한 소송비용을 신청인에게 부담시키고 있으며, 이 비용의 부담을 위하여 법원은 미리 신청인에게 담보제공명령을 내릴 수 있고, 신청인이 기간 내에 담보를 제공하지 않으면 절차에 들어가지 아니하고 신청이 취하된 것으로 간주한다(제176조).³⁵⁾ 독일의 기소강제절차는 피해자의 형사소추의 이익보장과 검사의 기소의무 강제를 위해 엄격한 규제를 하는 한편으로, 피해자의 권리남용에 대하여는 엄격한 규제를 한다는 점에 그 특색이 있음을 알 수 있다.

한편 독일의 법원 실무상으로 기소강제절차는 거의 행해지지 않으며, 그 인용율 또한 미약하다고 한다. 그 이유로서는 기소강제절차에서는 신청인에게 담보제공의 의무를 부담시키고 또 소송비용을 부담시키고 있기 때문이다.³⁶⁾ 그럼에도 불구하고 기소강제절차는 피해자의 권리보호를 위해서는 매우 중요한 법치국가적 보장책으로서 기능하고 있는 것으로 평가된다. 왜냐하면 기소강제절차는 절차강제를 통한 검사에 대한 훈육적 효과를 가지며 이는 과소평가되어서는 안 되기 때문이다.³⁷⁾

재정신청제도는 독일의 기소강제절차와 서로 다른 체계에 토대하는 제도로서 이러한 차이는 체계적 차이에서 비롯되는 당연한 것으로서 이해되어 왔다. 그러나 기소강제절차와의 비교를 통하여 확인할 수 있는 것은 검사에게 기소에 대한 재량을 인정하든 기소법정주의하에 기소가 강제되든 어떤 경우에도 검사의 기소에 대한 통제는 필요하다는 점이다. 기소법정주의하에서도 일정한 요건하에 기소편의주의적 요소를 가미하고 있다. 다만 기소법정주의를 취하는 경우에 예외적 기소편의주의적 요건에 대하여는 기소강제절차가 적용되지 않는다. 이 경우에도 기소법정주의하의 기소편의주의적 요소가 법원의 동의(독일 형사소송법 제153조) 내지 일정한 구체적 가이드라인을 제시하고 법원과 피의자의 동의(독일 형사소송법 제153조의 a) 등을 근거로 하여 인정된다. 다만 독일에서는 기소여부에 대한 재량이 양형재량에서처럼 검사의 단독판단에 의해 이루어지는 것이 아니라 엄격한 법적 요건 하에서(제153조의b, 제153조의c, 제153조의d, 제153조의e 등) 이루어진다고 하겠다.

35) 독일의 기소강제절차에 대하여는 이영규, 독일의 기소강제절차에 관한 연구, 해외연구 검사연구논문집(Ⅱ), 제13집, 1997, 471-472면 참조.

36) B.Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 2004, Rn. 270.

37) U.Kindhäuser, Strafprozeßrecht, 2006, §11, Rn.3.

생각건대 모든 범죄를 대상으로 하고 있는 독일의 기소강제절차와 달리 이러한 우리나라의 재정신청제도의 대상범죄의 제한이 소송체계적 부합성 때문인지는 의문이다. 재정신청대상 범죄를 제한한 것은 재정신청제도가 법원을 통한 검찰권행사의 통제라는 의미를 갖는 제도이고 따라서 이는 검찰의 명예와 관계있는 것으로 본 검찰측 견해를 수용한 것에 지나지 않는다³⁸⁾는 비판을 고려해보아야 할 것이다.

나. 재정신청의 전면확대와 피해자소추이익의 보장

개정전 재정신청제도에 있어서는 독일의 기소강제절차에서처럼 범죄피해자의 형사소추의 이익보호라는 관점은 주요하게 부각되지 않았다. 개정 법률상 재정신청제도는 검사의 소추의무에 대한 통제이면서, 한편 피해자의 형사소추의 이익보장도 아울러 보장하게 됨으로써 기소강제절차에 보다 가까워졌다는 점에서 그 제도적 의의를 찾을 수 있다. 즉 피해자의 권리보장과 동시에 권리남용에 대한 통제가 가능하게 됨으로써 재정신청의 남용을 방지한다는 점이다. 기소강제절차가 검찰권행사에 대한 사법통제로서 그 제도적 의의를 가지면서도 동시에 비용부담 등을 이유로 하여 남신청이 억지되고 있다는 점은 우리나라의 재정신청제도의 운용에 있어서도 충분히 기대해볼 수 있을 것이다.

다. 재정신청제도의 전면확대에 대한 평가

우선 헌법재판소가 재정신청제도의 성격에 대하여 검사의 불기소처분에 대한 사법적 통제가 헌법상 반드시 요구되는 것은 아니므로 검사의 불기소처분에 대하여 재정신청제도를 둘 것인지, 재정신청제도를 둘 경우 그 신청대상범죄를 어느 범위로 할 것인지 하는 등의 문제는 입법자의 입법정책의 문제에 속한다³⁹⁾고 보고 있는 한에서는 재정신청제도의 대상범죄의 확대가 체계적 모순이라고 하는 비판은 적절하지 않다. 그리고 반대 의견에서 보는 것처럼 재정신청제도가 헌법적 권리보장장치로 이해될 경

38) 신동운, 한국검찰제도의 현황과 개선책, 서울대법학 제29권 제2호, 1988, 50면.

39) 헌법재판소 1997.8.21. 선고 94헌바2 전원재판부결정.

우에도 더욱이 재정신청제도의 전면확대는 불가피하다.

무엇보다 개정전 재정신청제도의 특색은 검찰항고를 포함하고 있었고, 개정법률에서는 재정신청제도의 경우 항고전치주의를 택하고 있음은 재정신청제도가 단순히 검찰권행사에 대한 사법적 심사라는 의의에서 더 나아가, 검찰 스스로에게 시정기회를 주고 있는 제도로서의 의의도 아울러 가진다. 즉 개정전 재정신청제도의 절차를 보면 고소·고발인이 재정신청을 함에 있어서는 불기소처분을 한 검사가 소속하는 지방검찰청검사장 또는 지청장을 경유하여야 하고(제260조 제2항), 지방검찰청검사장 또는 지청장이 이유 있다고 인정하는 경우에는 즉시 공소를 제기하고, 이유 없다고 인정하는 경우에는 소속 고등검찰청장에게 송치하며, 송치를 받은 고등검찰청장이 이유 있다고 인정하는 때에는 즉시 공소를 제기하거나 공소제기명령을 하도록 규정되어 있다(제261조). 이는 현행법상 재정신청제도가 그 절차 내에 검찰항고를 포함하고 있음을 보여주는 것이다. 이처럼 재정신청제도 내에 검찰항고를 포함시킨 이유는 형사소송법 입법당시에 ‘지방검찰청과 고등검찰청의 책임자로 하여금 재고할 기회를 주어 검찰청 내부에서 처리할 수 있도록 하여 가급적 기소독점주의를 유지’하기 위해서이다.⁴⁰⁾ 이런 점에서 재정신청제도는 권력분립의 원칙에 반하다거나, 현행 형사소송법상 기소독점주의와 기소편의주의를 형해화 하는 것이라고 말하기는 어렵다. 나아가 개정 법률에서 항고전치주의를 채택하여 재정신청을 하려면 검찰청법 제10조에 따른 항고를 거치도록 한 것(제260조 제2항)은 무분별한 재정신청의 남용을 막는 것뿐만 아니라, 검찰 스스로에 의한 시정을 일차적으로 요구하는 것이다. 따라서 개정법률의 재정신청제도의 전면확대를 기소독점주의 및 기소편의주의에 반하는 것으로 보기는 어려울 것이다. 오히려 권력기관 상호 간의 견제와 균형을 도모하면서 이를 통해 국민의 기본권을 보장한다는 권력분립의 원칙에 충실한 제도를 목표로 한 것으로 이해될 수도 있다.⁴¹⁾

생각건대 개정 형사소송법상 재정신청제도는 그 내용에 있어서 기소강제 절차 내용에 매우 근접해 있다. 즉 독일의 기소강제절차는 공소제기의 기본원칙인 기소법정주의원칙의 보장을 위한 내용으로 이루어져 있다. 기소강제

40) 한국형사정책연구원, 형사소송법 제정자료집, 128-129면.

41) 이러한 관점에서 조국, ‘강조되어야 할 예외’로서의 재정신청제도, 형사판례연구, 555면 이하.

절차의 대상범죄를 모든 범죄로 하고, 검사에 의하여 공소유지하도록 하며, 그 외 법원의 수사결과에 대한 통지, 인용결정에 대하여 검사에의 공소제기 의무부여 효과 등을 내용으로 한다. 개정 형사소송법상 재정신청제도 또한 그 대상의 전면확대, 공소유지변호사제도의 폐지와 검사에 의한 공소유지, 유책 재정신청인의 비용부담, 항고전치주의 등을 도입하고 있다.

이러한 재정신청제도의 내용은 검찰의 기소재량권행사에 대한 사법통제와 동시에 검사의 수사 및 공소제기 유지자로서의 지위를 확인해주면서 체계부합성을 도모하는 것으로 볼 수 있다. 다른 한편으로는 피해자의 권리보장과 그 남용에 따르는 사법부담을 최소화하고자 하는 일단의 노력을 보여주고 있는 것으로 이해된다. 오늘날 재정신청제도에 있어서 형사피해자의 소추이익의 보호는 중요한 이익이라고 하는 점에 대하여는 이론이 없다. 이런 점에서 재정신청제도를 체계부합성을 근거로 하여 대상범죄의 전면확대나 부분확대나를 논의하기 보다는, 오히려 범죄피해자의 형사소추의 이익이라고 하는 관점에서 재정신청제도의 적용범위를 논하는 것이 이론적·체계적으로 더 적합할 것으로 보인다.

V. 향후과제

1. 고소사건의 처리를 통한 재정신청제도 효율적 운용의 보장

재정신청대상 범죄를 모든 범죄로 확대하는데 있어서 가장 큰 장애가 바로 현재의 고소사건의 남발문제이다. 즉 고소사건의 남발로 인한 수사기관의 업무부담과 재정신청제도의 확대를 서로 관련시켜 이해함으로써 재정신청제도의 전면확대에 대하여 그 실효성이나 소송경제적 측면 등에서 어려움이 크다는 점이다.⁴²⁾ 재정신청제도의 전면확대는 무고한 피고소인의 지위를 불안정하게 하고, 특히 무고한 피고소인의 경우에는 수사기관의 수사대상으로 됨으로써 사회·경제적 어려움을 겪을 뿐만 아니라, 더 나아가 재정법원의 심리까지 받게 됨으로써 더욱 그 지위가 불안정하

42) 이재상, 보완되어야 할 ‘재정신청 확대’, 중앙일보 2007/4/22.

게 된다. 국가소송경제 측면에서도 재정신청의 남발은 결국 법원의 업무 부담의 증가로 이어지게 될 것이다.

이러한 문제점은 이미 재정신청대상범죄의 확대논의과정에서도 제기되었다. 예컨대 재정신청을 모든 범죄에 대하여 인정하는 경우 권리구제에 대한 기대로 인하여 단순한 민사분쟁을 형사절차를 통하여 해결하고자 하는 고소의 격증으로 인하여 결국 재정신청제도가 민사적 분쟁해결의 수단으로 전락하는 결과를 초래할 것이라는 우려가 제기되기도 하였다. 또한 법원의 업무 또한 크게 늘어나 사실상 불기소처분에 대한 재정신청이 법원 형사업무의 상당부분을 차지하게 되어 업무가중과 그로 인한 권리구제의 이익보다는 사회적 폐해가 훨씬 클 것이며, 피고소인의 피해가 심화될 것이라고 하는 우려가 그것이다.

생각건대 검찰과 법원의 업무부담의 문제는 재정신청제도를 제한하는 본질적인 이유가 될 수 없으며,⁴³⁾ 업무부담을 이유로 한 재정신청 대상범죄의 제한은 국민의 권리보호에 우선할 수 없다.⁴⁴⁾

여기서 생각해볼 수 있는 방안으로서는 고소사건의 효율적 처리를 위한 방안을 모색함으로써 재정신청제도를 효율적으로 운영 정착시키도록 하는 방안을 마련해보는 것이다.

가. 민사사건 선결문제 해결을 위한 기소유예

1) 의 의

독일의 경우에는 모든 사건에 대하여 기소강제절차에 따르도록 할 경우 발생하는 사법비용의 부담경감을 위하여 일정한 경우에 예외를 두어 소송경제적 고려를 동시에 하고 있다. 독일 형사소송법상 기소강제절차가 적용되면서 일정한 경우에 불기소처분이 가능한 경우가 민·행정법상 선결문제의 결정에 관한 규정이다. 이에 따르면 공소제기 여부가 민·행정법상 판단되어야 할 문제의 해결에 달려 있는 경우에는 검사는 민사분쟁 해결절차 또는 행정절차에서 문제해결을 위한 일정기간을 정할 수 있다

43) 법제사법위원회, 검찰기소권에 대한 통제방안모색, 2004 정기국회 정책자료집, 13면.

44) 박상기, 기소편의주의와 그 문제점, 고시행정, 1990.12, 85면.

(독일 형사소송법 제154조의d).⁴⁵⁾ 일정기간이 의미 없이 경과한 경우에는 검사는 절차를 정지, 즉 기소유예할 수 있다.

민·행정법상 선결문제의 결정규정은 기소편의주의적 요소에 의한 기소유예제도로서 일정한 경우에 형사소추를 할 수 없도록 함으로써 절차 외적인 목적에 이용되는 것을 방지하기 위함이다. 즉 형사절차가 사적인 목적을 위하여 남용되는 것을 막는데 있다. 이로써 다른 법정절차를 고려한다는 측면뿐만 아니라, 일반국민의 권익보호도 아울러 고려⁴⁶⁾하는데 그 입법취지가 있는 것으로 보인다. 이러한 입법취지에 대하여 과연 수사기관이 민사적 성격을 띤 형사분쟁 사건에 대하여 개입을 자제해야 한다는 의미인지, 이들 사건에 대하여 수사기관이 개입을 자제하는 것은 오히려 국민의 권익보호라는 국가의 책임과 관련하여 국가가 그 책무를 포기하는 것이 아닌가 하는 우려를 불러올 수 있다는 입장이 대립한다.⁴⁷⁾

2) 선결문제 기소유예제도의 절차 및 내용

독일에서의 선결문제 기소유예 제도는 검사로 하여금 민·행정법상의 선결문제 해결을 위하여 일정 기간을 두도록 하는 것을 허용하는 것으로서, 이는 일반적인 신속원칙에도 불구하고 수사절차 진행을 잠정적으로 유보한다는 것이고, 또한 법적 분쟁해결을 먼저 기대한다는 것을 명확히 한 것이다. 나아가 검사에게 기간경과를 이유로 한 절차의 종국정지를 가능하게 한다는 점에서는 기소법정주의에 대한 제한을 내포하고 있는 것이라고 할 수 있다.⁴⁸⁾

아무런 성과 없이 기간이 경과한 경우에 행해진 종국적 기소유예처분에 대하여는 기소강제절차가 허용되므로 검사는 기간이 경과하지 않은 경우라 할지라도 다시 공소를 제기할 수 있다. 기소강제절차에 있어서 고등법원은 기간이 적정한지, 선결문제가 있는지, 범죄의 혐의가 존재하는지, 기간이 성과 없이 경과하였는지 등을 심사한다. 종국적 기소유예처분에

45) 이에 관한 사항은 고소인에게 통지되어야 한다(동조).

46) B.Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 2004, Rn.274b, 243면.

47) 이런 취지에서의 논의전개는 김환수, 민사적 형사분쟁의 해결방안에 관하여, 75-76면.

48) LR-StPO, § 154d, Rn.2.

있어서 검사의 재량여지는 기소강제절차에서도 존중된다.

고등법원에서 중국적 기소유예처분이 법적으로 잘못되었다고 판단하는 경우란 사안이 적절히 해명되지 않았고, 따라서 독일 형사소송법 제175조의 의미에서 결정을 위한 충분한 여건이 갖추어지지 않은 것 등이다. 이 경우에 검사가 기소유예를 행하지 않고 수사를 반드시 해야 하는지 하는 점에 대하여는 다투어진다.⁴⁹⁾ 독일 형사소송법상으로 기소강제절차의 경우에 법원은 피의자심문후에 청구가 이유 있다고 판단하는 경우에는 공소제기를 결정하며 이 결정의 이행은 검사에게 달려있다(독일 형사소송법 제175조). 법원에 의한 심사결과, 사안이 명확히 규명되지 않고 또 법원이 공소제기 여부를 결정하기에 충분한 여건이 갖추어지지 않은 경우에는 검사가 충분히 수사를 하지 않았다는 점 그리고 범죄혐의를 부인하였다는 점 등을 이유로 다시 수사를 해야 한다고 보는 것이 독일 고등법원의 입장이다.⁵⁰⁾ 반면 학설상으로는 이러한 고등법원의 견해에 반대하면서 이 경우에도 법원은 그의 고유한 수사가능성을 활용해야 한다는 입장도 적지 않다. 즉 법원은 기소강제절차에 있어서 법원은 공소제기 여부에 관한 결정을 위하여 필요한 수사를 명할 수 있고, 이를 수탁판사에게 위탁할 수 있다. 법원의 수사는 재판의 준비를 위한 한도 내에서만 할 수 있다. 따라서 피의자는 특정되었으나 인적사항이 불명확한 피의자의 인적사항을 확인하기 위한 조사는 허용되나, 피의자의 새로운 범죄사실을 밝히기 위한 수사는 허용되지 않는다. 일반사건의 공소제기 전에 이루어지는 준비절차에서 행할 수 있는 모든 수사가 여기서도 허용된다. 따라서 압수·수색 등의 강제조치가 행해질 수도 있다.⁵¹⁾ 다만 구속은 허용되지 않는다. 증인신문이나 피의자신문은 가능하다. 조사결과에 대하여는 항상 검사에게 통지하여야 한다(제33조).

독일의 선결문제를 전제로 한 기소유예제도의 이용율은 다른 절차정지 내지 기소유예 사유에 비하여는 매우 적게 이용되고 있는 것으로 나타나고 있다. 선결문제 결정 여부에 따른 기소유예제도는 독일 형사소송법 제153조 및 제153조의a 등의 경죄사건에 대한 기소유예처분이 매우 광범위하게 사용되고 있는 것과는 크게 차이가 있다. 전체 절차중지사건 중 제153조와 제

49) LR-StPO, §154d, Rn.20.

50) LR-StPO, §175, Rn.16.

51) 이영규, 509면.

153조의a 그리고 154조와 소년법 제45조 등의 경우가 91%를 차지하고 있는 것으로 나타나고 있으며, 반면 제154조의 d와 e에 의한 기소유예는 전체 절차중지사건 중 1.3%에 지나지 않는다고 한다.⁵²⁾ 독일의 경우에도 기소법정주의에 따른 검사의 소추의무와 관련하여 고소인이 민사분쟁해결을 위한 준비를 위하여 검사의 수사 내지 소추의무를 남용하는 경우가 종종 발생하고 있다고 있어⁵³⁾ 검찰실무상으로도 제154조의d를 확대 적용할 것이 요청되고 있다고 한다. 왜냐하면 민·행정상 선결문제 규정은 고소인이 형사절차를 민·행정상의 절차준비를 위해 이용하거나 반대 당사자에 대한 압력수단으로 이용하는 경우에 검사가 소추의무로부터 자유로와지도록 하기 위해 만들어진 것이기 때문이다.⁵⁴⁾ 그 이유에 대하여는 소위 민사사건의 형사화라고 하는 문제가 많기 때문인지 아닌지에 대하여는 명확히 드러나 있는 것 같지는 않다.⁵⁵⁾ 다만 실무상으로는 민사사건의 형사화에 대하여 심각하게 생각하고 그 해결을 위한 입법적 노력을 해온 것은 사실이다.

나. 수사불요제도

수사필요성이 없는 사건에 대하여는 수사초기 단계에서부터 이를 배제하는 ‘수사불요’제도를 도입하는 것도 고려해볼 수 있다.

고소는 수사단서가 되기는 하지만 고소사건에 대하여도 수사의 기본원칙상 수사필요성이 인정되어야 한다.⁵⁶⁾ 수사필요성이 있어서 수사하는 경우에도 계속 수사해보았자 기소유예될 가능성이 크다고 판단될 경우에는 수사하지 않을 수 있다.

이러한 경우에 수사불요개념을 인정하여 수사하지 않을 수 있는가 하

52) LR-StPO, §152a Rn.43, 각주 144 참조.

53) K.H.Groß, Gegen den Missbrauch Strafrechtlicher Ermittlungen zur Vorbereitung eines Zivilverfahrens, GA 1996, 151면.

54) K.H.Groß, 152-153면.

55) 예컨대 우리나라에서는 독일에서 민사사건의 형사화가 문제되지 않기 때문이라고 보는 입장(신동운, 민사분쟁형 고소사건의 합리적 해결방안, 민사적 형사분쟁의 합리적 해결방안 모색 공청회 자료집, 2006.4.21. 21면)과 그렇게 단정하기는 어렵다고 하는 입장(김환수, 민사적 형사분쟁의 해결방안에 관하여, 같은 자료집, 75면)이 대립하고 있다.

56) 이상돈, 민사적 형사분쟁의 합리적 해결방안 모색 공청회 토론회, 대검찰청, 2006.4. 68면.

는 점은 다투어질 수 있다. 수사불요개념은 수사필요성이 없는 사건에 대하여 수사초기단계에서부터 배제하는 것이 아니라, 주로 범죄혐의가 인정되는 경우에도 수사를 하지 않고 기소유예 결정을 하기 위한 방안으로 활용하고자 하는 방법으로 이용되고 있으며⁵⁷⁾ 이는 헌법상 무죄추정의 원칙에 반하고, 또 오히려 수사를 통해 자신의 무혐의를 밝히고자 하는 피고소인에게는 불이익한 결과가 된다⁵⁸⁾는 비판도 있다.

여기서 제기되는 문제는 무죄일 가능성이 높은 사안에 대하여 기소유예를 하는 것이다. 헌법재판소는 무죄가능성이 높은 사건에 대하여 수사를 다하지 않았거나 기소재량권을 행사한 경우 이는 사실상 유죄를 인정한 것으로서 위헌이라고 한다.⁵⁹⁾ 따라서 이러한 경우 즉 무죄를 주장하는데 기소유예처분을 한 경우에 구제장치가 있는가 즉 재정신청의 대상이 되는가 하는 점이다. 재정신청제도의 전면확대에 있어서 이 경우에 당연히 재정신청의 대상이 된다고 보아야 한다.

그리고 범죄혐의가 인정되는 경우에도 수사를 하지 않고 기소유예결정을 하기 위한 방안으로서 수사불요 개념을 도입하는 것은 과연 타당한가 하는 점도 의문시된다. 우선 고소사건의 경우에는 기록만으로 기소유예처분을 하게 되는데, 대부분의 사안이 고소장에 의해서는 범죄혐의가 인정되지만 피고소인·참고인 등의 진술을 들은 후 비로소 증거가 없다는 등의 혐의 없다는 판단을 하게 되는 경우라는 점을 고려한다면 원칙적인 수사목적에 반한다는 문제가 있다. 나아가 기소유예처분은 사실상 유죄처분인데, 피고소인의 입장에서 보면 수사불요에 따라 기소유예처분을 받게 되면 유죄를 인정할 수밖에 없다. 피고소인은 차라리 수사를 통하여 범죄혐의를 끝까지 밝히고자 할 수도 있고 이로써 무혐의처분까지 내려질 수 있는 경우가 생기게 되어 피고소인에게 불리한 결과를 초래할 수 있다.⁶⁰⁾ 위 헌법재판소의 결정에서 보는 것처럼 피고소인의 무죄주장에 대하여 기소유예처분을 하는 것은 국민을 평등하게 보호해야 할 의무를 다하지 않은 경우이고 이는 행복추구권을 침해한 것으로 볼 수 있음을 고려해본다면 수사

57) 이상돈, 69면.

58) 하창우, 민사적 형사분쟁의 합리적 해결방안에 대한 의견서, 민사적 형사분쟁의 합리적 해결방안 모색 공청회 토론문, 2006.4, 95면.

59) 헌법재판소 2006.3.30. 선고 2005헌마186 결정.

60) 하창우, 민사적 형사분쟁의 합리적 해결방안 모색 공청회 토론문, 95면.

불요 개념을 도입할 경우에도 수사의 필요성의 개념을 보다 구체화하고, 또 수사의 필요성이 없는 경우에는 기소유예처분을 할 것이 아니라 처음부터 공식사건처리로부터 배제한다는 의미로 사용하도록 함이 타당하다. 범죄혐의가 있는 경우에도 수사필요성이 없어 기소유예하는 경우에는 적어도 이에 대한 구제장치를 열어두어야 하며, 재정신청제도의 전면확대는 이러한 점에서 오히려 의미가 크다고 하지 않을 수 없다.

2. 재정신청의 전면확대와 피의자 지위보호 및 피해자보호

가. 피의자에 대한 통지

재정신청의 전면확대는 무고한 피고소인의 지위를 더욱 불안정하게 할 우려가 있다. 민사적인 재산분쟁을 형사사건으로 고소함으로써 상대방을 압박해 해결하려는 고소인에게 법원까지 갈 수 있는 길을 열어줌으로써 법원을 통한 상대방의 압박도 가능하게 될 수 있다는 비판⁶¹⁾이 제기된다.

여기서 피의자에게 재정신청 사실을 통지하도록 할 필요가 있다. 개정 형사소송법은 법원이 재정신청서를 송부받은 날로부터 10일 이내에 피의자에게 그 사실을 통지하여야 한다는 규정을 도입(제262조 제1항)한 것은 이런 점에서 의미가 크다. 다만 개정법률은 재정신청을 하려는 자에 대하여는 항고기간 결정을 통지받은 날로부터 또는 기타 재정신청 사유(제260조 제2항)가 발생한 날로부터 10일 이내에 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 재정신청서를 제출하여야 한다고 규정하고 있을 뿐 재정신청인에 대한 통지에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다.

독일 형사소송법상 기소강제절차에서도 법원은 피의자의 의견진술을 위하여 기간을 정하여 재정신청사실을 피의자에게 통지할 수 있다고 규정하고 있다(독일 형사소송법 제173조 제2항). 즉 피의자는 법원의 재량에 따라 언제든지 의사표명을 할 수 있다. 다만 이는 법원이 허용하는 경우에만 인정되는 권리이며 항상 인정되는 것은 아니다.⁶²⁾ 그러나 법원이 재정신청의 인용결정 즉 신청이 이유 있다고 보아 공소제기를 결정하는 경

61) 이재상, 보완되어야 할 ‘재정신청 확대’, 중앙일보, 2007.4.22.

62) 이영규, 508면.

우에는 반드시 피의자의 진술을 들은 후 결정하여야 한다(제175조 제1항). 한편 독일의 기소강제절차에 있어는 항고기각 결정에 대하여 1개월 이내에 기소강제절차를 신청하여야 하는데, 신청하려는 자에 대하여는 그 사항과 규정된 형식을 지도해주어야 한다고 하고, 그렇지 않은 경우에는 기간이 진행되지 않는다(제172조 제2항)고 규정하고 있다.

개정법률상 재정신청제도에 있어서도 마찬가지로 재정신청을 하고자 하는 자에게는 이에 필요한 사항과 기간을 통지하는 것이 실질적 권리구제에 적합할 것으로 보인다.

나. 검찰권행사를 통한 피해자이익보호

범죄피해자의 이익보호의 관점을 형사절차에서 오랫동안 무시되어 왔다. 사실 검사의 기소재량에 대한 통제에 있어서 피해자이익보호보다는 검사의 기소권에 대한 사법통제라고 하는 측면이 부각되어 왔다. 그러나 재정신청제도의 경우 범죄피해자는 통상 가해자를 상대로 고소를 제기하기 때문에 범죄피해자 보호방안의 하나로 인정되어 왔다는 점에서 형사절차상으로 피해자이익보호라고 하는 관점을 무시해서는 안 된다.⁶³⁾ 이런 점에서 범죄피해자보호를 위해서 재정신청제도의 전면확대는 의미 있다.⁶⁴⁾

위에서 살펴본 바와 같이 독일의 기소강제절차는 사실 검찰의 기소권에 대한 통제장치는 아니다. 왜냐하면 독일의 경우에는 기소법정주의를 채택하고 있고, 일정한 경우에 예외적으로 기소편의주의적 요소를 도입하고 있지만, 이는 엄격히 법적으로 일정한 요건을 갖춘 경우에만 가능하기 때문이다. 그리고 기소강제절차는 기본적으로는 독일 형사소송법상의 공소제기의 기본원칙인 검사의 기소독점을 그대로 유지하고 있다. 이런 점에서 독일의 기소강제절차는 기소법정주의를 보호하기 위한 법원의 통제일 뿐만 아니라 더 나아가 피해자의 정당한 형사소추이익을 보호하는 것이다.

오늘날 형사절차에서의 피해자 이익보호라고 하는 관점은 전체 형사절차에서 보장되어야 할 중요한 이익중의 하나이고, 이런 점에서 재정신청제도의 의의에 대한 재구성이 필요할 것으로 보인다. 재정신청절차는 기

63) 이런 취지에서의 논의는 최병각, 재정신청제도의 의의와 연혁, 30-31면 참조.

64) 김선수, 사법개혁 리포트- 범죄피해자보호방안, 2006.2.21.

소강제절차와 마찬가지로 검찰권행사에 대한 통제이외에도 범죄피해자의 형사소추의 이익을 보호하기 위한 제도로써 운용되어야 한다. 재정신청의 신청권자를 고발인이 아닌 피해자인 고소인에 한하는 것도 범죄피해자의 보호라고 하는 측면을 전면에 내세우는 취지로 해석된다.

3. 국민의 사법참여를 통한 검찰권행사의 통제 : 재정심사회제도의 도입여부

위에서 살펴본 바와 같이 재정신청제도의 전면확대에까지 이르게 된 입법배경에는 1954년 제정 형사소송법 당시 재정신청제도를 검찰의 기소재량에 대한 통제를 위한 주요제도로 도입하고자 하는 입법자의 의도에 부합한다는 측면이 강하게 작용한 것이다. 또한 국민의 기본권제한의 역사가 재정신청제도의 제한역사와 그 맥을 같이한다는 점, 또한 현행 검찰권행사에 대한 통제장치인 검찰항고와 헌법소원이 각각 그 기능을 제대로 하지 못하고 있다는 점도 중요 이유이다. 즉 검찰항고의 경우 검찰 스스로에 의한 통제가 어려우며, 또 검사의 불기소처분에 대한 통제가 헌법소원의 적절한 기능은 아니고 오히려 이로 인하여 헌법재판소에 업무부담만 가중시키고 또 실질적으로 검찰권행사에 대한 통제기능을 다하지 못하고 있다는 것이다.

개정법률상 재정신청제도에 대하여는 검찰권행사에 대한 사법통제라고 하는 점에서는 그 의미가 크지만, 다른 한편으로는 국민의 사법참여라고 하는 관점에서는 여전히 미흡하다는 문제제기가 있음을 고려해야 할 것이다. 재정신청제도의 전면확대는 결국은 사법에 의한 통제로서 국민에 의한 참여에 의한 검찰권 통제라는 측면은 거의 고려되지 않은 측면이 있음도 부인하기 어렵다. 검찰의 기소편의주의에 대해서도 민주적 통제가 이루어져야 하고, 이런 점에서는 일반시민이 참여하는 검찰심사회 내지 재정심사회의 설치를 생각해볼 수 있다.

현행 재정신청제도의 개선방향의 논의에 있어서 소위 일본의 검찰심사회제도 내지 재정심사회제도의 도입 여부는 매우 중요한 논의를 제공해왔다.⁶⁵⁾ 재정심사회제도는 일본의 검찰심사회와 마찬가지로 국민의 사법에

65) 김일수, 참여정부와 검찰개혁의 과제, 인천법학논총 제6집, 2003, 14면; 2006.6.22. 발의된 '국민의 고소사건 재정심사참여에 관한 법률안'과 2006.9.18.에 발의된 '재정심사에 관한

의 참여를 의미하는 것이다. 일본의 경우에는 국민통제 형태로서의 검찰 심사사회제도와 제한된 범죄를 대상으로 한 재정신청제도를 혼합하여 운용하고 있다. 일본의 검찰심사사회제도는 검찰항고에 국민을 참여하게 함으로써 재정신청의 전면확대를 불필요하게 하는 제도라고 할 수 있다.⁶⁶⁾

국민의 검찰에 대한 의식조사에서도 드러난 바와 같이 검찰에 대한 불신은 검찰의 관료주의적 경향과 피의자 혹은 더 나아가 증인 및 피해자 등에 대한 경시경향 때문인 것으로 보이는 것과 무관하지 않은 것 같다. 사실 검찰의 관료주의적 경향은 사법권의 정치적 중립성 확보에 기여한 측면이 없지 않아 있으나 반면 국민과 괴리되어 불신과 비리발생의 제도적 원인이 되어온 측면 또한 없지 않다. 특히 인권보호의 보루로서 인권수호에 앞장서야 함에도 불구하고 이러한 경향으로 인해 국민들이 검찰에 손쉽게 다가서지 못하고 이로써 불신이 쌓이고 있다는 점은 조속히 해결되어야 할 과제이다. 검찰권행사의 투명성을 보장하기 위하여 일반적 범죄에 대하여는 국민이 참여하는 재정심사사회에 의해 검사의 불기소처분을 통제하며 재정심사회의 의결에 따라 검사가 공소제기하도록 하는 방안을 검토해 볼 필요는 있을 것으로 생각된다. 재정심사사회제도의 도입은 피해자인 고소인의 피해보호를 도모함과 동시에 피고인 등의 인권보호도 도모하고, 나아가 검사의 공소권행사에 대한 민주적 통제를 강화하며 투명성을 제고하여 국민으로부터 신뢰를 회복⁶⁷⁾할 수 있다는 긍정적인 측면이 큰 것은 사실이다.

재정심사사회 도입문제는 특히 재정신청대상범죄의 확대문제와 관련되어 있는데, 재정신청대상범죄를 공무원관련범죄로만 확대하고자 하는 입장에서는, 검찰항고제도를 검찰심사사회 내지 재정심사사회에 의하여 결정하게 하여 검사의 불기소처분에 대한 사법적 통제와 국민참여적 통제를 병행하는 것이 타당하다고 한다.⁶⁸⁾ 재정심사사회제도의 도입문제는 재정신청제도가 전면확대된 현상황에서는 제도가 갖는 매력은 그만큼 줄어들 것으로 예상되지만, 향후 재정신청제도의 운용에 따라서 이를 현행법상의 재정신청제도와 함께 운영하도록 할 것인지 등 다시 한 번 검토할 기회가 있을 것으로 생각된다.

법률안'은 바로 이러한 이유에서 검사이 공소권행사에 관하여도 국민의 의사를 반영하여 그 적정성을 기하기 위하여 공소권행사에의 국민참여제도의 도입을 주장하고 있다.

66) 이재상, 공청회 자료집, 67면.

67) 법제사법위원회, 재정심사에 관한 법률안 참조. 2006.9.

68) 이재상, 바람직한 형사사법제도에 관한 공청회, 국회법제사법위원회, 2006.9.25.

VI. 결 론

기소독점주의와 기소편의주의를 채택하고 있는 법제 하에서는 국가형벌권행사의 공정성·통일성을 보장하고 국민의 법률관계의 안정보장과 이를 통한 사법신뢰확보라고 하는 것이 매우 중요한 과제로 맡겨져 있다. 따라서 어떤 형태로든 국가형벌권행사의 공정성 담보와 불공정한 검찰권 행사에 대한 규제 내지 통제를 위한 제도적인 장치가 필요하다.

우리나라의 경우에는 그 방법론상으로는 재정신청제도의 모든 범죄에의 적용을 통해 이를 확보하려고 하였으며, 사실상 이에 대한 성과도 긍정적으로 평가되고 있다. 재정신청제도의 전면확대의 배경에는 이러한 매력적인 요소가 중요하게 작용했음은 간과하기 어려울 것이다.

다만 재정신청제도가 검찰권행사의 통제로서 효과적으로 기능할 것으로 기대하기에는 사법환경, 국민의식 등이 많이 변화해온 것도 사실이다. 그 가운데 가장 큰 변화가 고소사건의 지나친 남발로 인하여 검찰업무의 가중, 고소사건에 대한 검찰의 불기소처분에 대한 헌법소원 업무 부담, 범죄피해자의 이익고려, 국민의 사법참여에의 열망 증대 등이다.

고소사건의 남용과 이로 인한 재정신청제도의 남용 문제는 유책한 재정신청인에 대한 비용부담을 통하여 일정부분 억제될 것을 기대할 수 있지만, 본질적으로 고소사건의 처리개선도 뒤따라야 할 것으로 생각된다. 고소사건의 처리개선을 위한 방안으로서는 소위 민사분쟁형 형사고소사건에 대하여 수사단계에서 검사가 통제함으로써, 또 고소사건에 대하여 수사의 필요성을 이유로 한 수사불요 제도의 입법화 등을 생각해볼 수 있다.

또한 개정법률상 재정신청제도의 전면확대에 있어서 주요성과 중의 하나가 범죄피해자의 이익보호를 기본취지에 명확히 했다는데 있다.

한편 검사의 불기소처분에 대한 통제와 범죄피해보호가 철저히 사법통제의 측면에서 이루어졌다는 점에서는 현재 사법에의 국민참여라고 하는 관점을 반영하지 못하고 있다는 점에 대하여는 검찰의 공소권 행사에 대한 시민의 참여라는 차원에서 검찰심사회의 도입 여부에 대한 논의도 끊임없이 있을 것으로 예상된다.

다만 국민통제형의 검찰심사회 내지 재정심사회제도를 도입한다고 할

경우에도 심사회의 기소상당 의결에 대하여 법적 구속력을 부여하지 않는 한 현재의 헌법소원의 결정의 사후구속력 확보에서도 보는 것처럼 검사에게 수사의무를 지운다든지 더 나아가 기소강제를 할 것인가 하는 문제도 해결해야 할 과제이다. 보다 본질적인 문제는 재정신청제도의 전면확대가 이루어져 있는 현행 법제하에서 국민참여에 의한 기소권통제를 어느 범위까지 인정할 것인가 하는 점이다.

참고문헌

- 국민의 고소사건 재정심사 참여에 관한 법률안 검토보고, 법제사법위원회, 2007.2.
- 국회법제사법위원회, 검찰기소권에 대한 통제방안 모색, 2004 정기국회 정책자료집
- 김선수, 사법개혁리포트- 범죄피해자보호방안, 2006.2.21.
- 김일수, 참여정부와 검찰개혁의 과제, 인천법학논총 제6집, 2003
- 김환수, 민사적 형사분쟁의 해결방안에 관하여, 민사적 형사분쟁의 합리적 해결방안 모색 공청회 자료집, 2006.4.21
- 대법원, 바람직한 형사사법시스템의 모색자료집(Ⅲ), 2004
- 박미숙, 재정신청제도의 전면확대에 따른 정책검토, 2006
- 박상기, 기소편의주의와 그 문제점, 고시행정, 1990.12
- 박상기, 한국검찰, 무엇이 문제인가? - 제도적·정치적·인간적 측면, 연세법학연구 제54호, 2003
- 박정남, 군사법원법상 재정신청제도에 대한 몇가지 고찰, 공군법률논집 제18집, 2004
- 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 2007
- 법제사법위원회, 재정심사에 관한 법률안 참조. 2006.9.
- 사법개혁추진위원회, 민주사회를 위한 사법개혁, 대통령자문위원회 보고서, 2000
- 신동운, 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원, 판례월보 제233호, 1990.2

- 신동운, 민사분쟁형 고소사건의 합리적 해결방안, 민사적 형사분쟁의 합리적 해결방안 모색 공청회 자료집, 2006.4.21.
- 신동운, 한국검찰제도의 현황과 개선책, 서울대법학 제29권 제2호, 1988
- 신동운, 형사소송법 I, 1997
- 신동운, 형사재판의 민주화 - 신형소법의 입법경위와 관련하여, 효당 업상섭 형사소송법 논집, 2006.
- 심희기, 형사소송판례, 2003
- 이상돈, 민사적 형사분쟁의 합리적 해결방안 모색 공청회 토론문, 대검찰청, 2006.4
- 이영규, 독일의 기소강제절차에 관한 연구, 해외연구검사연구논문집(Ⅱ), 제13집, 1997
- 이재상, 보완되어야 할 '재정신청 확대', 중앙일보 2007.4.22.
- 이재상, 형사소송법 일부개정법률안에 관하여, 바람직한 형사사법절차에 관한 공청회 자료집, 국회 법제사법위원회, 2006.9
- 이재상, 형사소송법, 2004
- 이재상/박미숙, 검사의 기소제량에 관한 연구, 1993
- 인권실천시민연대, 오창익의 인권이야기, 2004.4.7.
- 정웅석, 헌법소원과 관련된 재정신청제도의 확대에 따른 문제점, 고시연구, 2000.7
- 조국, '강조되어야 할 예외'로서의 재정신청제도, 형사판례연구(8), 2001
- 최병각, 재정신청제도에 관한 연구, 1999
- 최보현, 재정신청에 관한 시비, 법조 6권 11·12호, 1957.12
- 하창우, 민사적 형사분쟁의 합리적 해결방안에 대한 의견서, 민사적 형사분쟁의 합리적 해결방안 모색 공청회 토론문, 2006.4
- 형사소송법 제정자료집, 한국형사정책연구원, 1990
- B.Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 2004
- K.H.Groß, Gegen den Missbrauch strafrechtlicher Ermittlungen zur Vorbereitung eines Zivilverfahrens, GA 1996
- Löwe Rosenberg, StPO, 2004
- U.Kindhäuser, Strafprozeßrecht, 2006
- 條解 刑事訴訟法, 2006

Enhancing the efficiency of a reviewing procedure on Prosecutorial
Discretion in Criminal Proceedings

Park, Misuk*

As a result of the reformation of the Korean criminal procedural law, newly modified law stipulated a reviewing procedure on prosecutorial discretion on prosecution. During several meetings for the reformation of Korean laws, the related issues on the reviewing procedure were controversial among law scholars and experts. Although this newly introduced procedure may be regarded as one of accomplishments of the reformation, such a procedure for a control on prosecutorial discretion has been criticized.

The majority of the critics are based upon practical considerations. One argued that the Court may burden too heavy workload due to overflowing applications for a review, and the current law does not prepare a proper system to prevent abusing the reviewing procedure. The others point out this newly introduced procedure does not correspond with the current criminal proceedings in the Republic of Korea, which exclusively regard the Prosecutor as only one eligible party to bring a case to the Court, based upon its own discretion.

To evaluate the current system for a review on the discretionary decision of the Prosecutor on prosecution and to propose the solutions on it, this study evaluated the legitimacy of the recent law reformations in Korea in comparison with the compulsory prosecution in German criminal procedural law. In further, this study made an endeavor to give the answers on how to enhance the efficiency of the reviewing procedure on the Prosecutor's decision on prosecution.

From this point of view, this study proposed to introduce mainly

* Research Fellow, the Korean Institute of Criminal Justice Policy, Ph.D. in Law

two measures: so-called before-hand questions for application for a review, and Do-Not investigation.

Key Words: a reviewing procedure on prosecutorial discretion, protection of victims of crime, discretion on prosecution, compulsory prosecution, suspension of indictment.

주제어 : 재정신청, 범죄피해자보호, 기소재량, 기소강제, 기소유예

Keywords : a reviewing procedure on prosecutorial discretion,
protection of victims of crime, discretion on prosecution,
compulsory prosecution, suspension of indictment