

바람직한 재정신청절차의 운용방안 연구

박 승 진*

국 | 문 | 요 | 약

국민을 위한 사법이 이루어져야 한다는 여론에 힘입어 사법개혁이 약 10년 동안 추진된 결과 대폭 개정된 형사소송법이 2008. 1. 1.부터 시행되게 되었다. 신형사소송법이 제대로 운용되어 성과를 거둘 때 국민들이 사법개혁이 이루어졌다고 평가하게 될 것이다. 그런데 필자가 보기에 개정된 형사소송법 조항 중 국민에게 그 중 형사사법에 가장 관심을 많이 가지는 범죄피해자에게 큰 영향을 미칠 수 있는 조항이 재정신청제도가 확대 실시되는 조항이라고 생각한다. 재정신청절차가 제대로 운용되어야 국민의 신뢰를 받을 수 있어 사법개혁이 완성된다고 볼 때, 재정신청절차의 바람직한 운용은 매우 중요하다 하겠다.

재정신청절차는 수사가 종료된 다음 검사가 하는 불기소처분에 대하여 법원이 그 당부를 심사하는 제도이다. 따라서 재정신청절차는 수사가 아니고 법원에 의하여 심사를 받는다는 점에서 유사형사소송이라고 하겠다. 그렇다면 신형사소송법이 범죄피해자에게 수사기록의 열람 또는 등사권을 허가할 수 있도록 하였으므로, 범죄피해자인 재정신청인에게 수사기록의 열람 또는 등사권을 인정하고 재정신청인으로 하여금 재정신청절차에 참여하여 변론하고 증거를 제출하게 하여 재정신청절차가 기존의 항고제도와 차별성이 있게 운용되어야 한다고 생각한다. 법해석론상 재정신청인에게 수사기록의 열람 또는 등사권을 인정하기 어렵다 하더라도, 법원은 재정신청절차를 진행함에 있어서 재정신청인의 참여가 없는 상태에서 재정신청서, 검사의 의견서, 수사기록, 그리고 증거물만을 기초로 재정신청의 이유유무를 판단하지 말고, 재정신청인이나 대리인에게 친절하게 수사상황을 알려주고 변론하게 하여 증거수집을 촉구하는 등 적극적으로 운용하여야 한다고 생각한다. 이렇게 하여야 변경된 재정신청절차로 인하여도 가시적인 성과가 없어도 국민의 신뢰를 잃지 않을 수 있다고 생각한다.

❖ 주제어 : 재정신청, 사법개혁, 범죄피해자, 운용성과, 절차 참여, 수사기록 열람, 변론, 국민의 신뢰

* 서울시립대학 겸임교수, 변호사

I. 서 론

1. 연구목적

1954년 9월 23일 공포되어 시행되어 오던 형사소송법이 대폭 개정되어 2007. 6. 1. 공포되어 본격적으로 시행되게 되었다.¹⁾ 기존 형사소송법이 시대상황에 맞게 개정되어 시대정신에 부합하여야 한다는 제안이 자주 대두되었으나, 형사소송법이 기본법인 관계로 오랫동안 개정되지 못하고 있다가 2007년에 사법개혁순풍에 힘입어 대폭 개정되게 된 것이다. 개정된 내용은 일일이 열거하기 어려울 정도로 많지만, 그 중 국민들에게 실질적으로 큰 영향을 미칠 수 있는 것이 재정신청절차라고 필자는 생각한다.

형사소송절차에 가장 관심을 많이 가지는 사람은 아무래도 피고인 내지 피의자(범죄자)와 그를 고소하고 그 후 법정에 출석하여 증언해야 하는 범죄 피해자일 것이다. 그런데 각종 설문조사를 보면 피해자들이 형사소송절차에 가장 불만이 많다는 통계가 나와 있어, 필연적으로 개정된 형사소송법이 호평을 받으려면 피해자들의 이해관계와 직결되어 있는 재정신청절차가 바람직하게 운영되어야 한다고 생각한다. 그래서 최근 개정된 재정신청절차를 살펴보며 법원이 어떤 방식으로 재정신청절차를 운영하는 것이 좋겠나 하는 점을 연구함으로써 사법개혁으로 인하여 탄생된 형사소송법이 국민에게 이익을 주는데 일조하고자 하여 본 연구를 하게 되었다.

2. 연구방법과 연구범위

재정신청절차가 어떤 방식으로 운용되는 것이 바람직한지 연구하려면, 과거에 피해자들이 검사의 불기소처분에 대하여 불복하여 제기한 항고제도에 어떤 문제점이

1) 그 후에도 형사소송법이 개정되어 2007. 12. 21. 공포된 바 있지만, 최종개정은 공소시효의 연장 등 몇 개 조문을 개정한 소폭의 개정에 불과하였고, 신형사소송법이라고 칭할 정도로 많은 조문이 개정된 법안은 2007. 6. 1. 공포된 것이었다. 본 논문에서 연구하려고 하는 재정신청제도도 이때 공포된 것이다.

있었는지 검토하고, 기존 제도가 유지되지 못하고 새로운 재정신청제도로 변경된 이유를 살피는 방법으로 연구를 하여야 하겠다. 그와 같은 것들을 살피려면 과거 재정신청제도에 관한 논문을 살피는 연구방법도 좋겠지만, 무엇보다도 미래를 예측하는 것이 틀릴지 모르겠으나 그럼에도 불구하고 용기를 내²⁾ 장래 예상되는 성과를 예측하고, 그 결과 미흡한 성과가 나오는 것으로 예측된다면 재정신청제도를 어떤 방식으로 운용하여야 바람직한 성과를 낼 수 있을 것인지에 대하여 면밀히 탐구하여야 한다고 생각한다.

연구목적이 바람직한 재정신청절차의 운용이므로 연구범위도 자연스럽게 연구목적에 한정된다. 기존 재정신청제도와 관련된 많은 내용이 개정되었고 재정신청제도를 둘러싼 많은 논점이 있지만, 그 논점들이 재정신청절차의 운용과 직접적인 연관이 없기에 미치는 영향이 미미한 것이라면 본 연구대상에서 제외하였다.

II. 재정신청제도 개정 경과

1. 개정 전의 재정신청제도

재정신청제도는 검사의 불기소처분에 대하여 고소인이 법원에 불기소처분의 당부를 심사하도록 신청하여 법원이 이를 심리하여 공소제기가 타당하다고 판단할 경우 검사로 하여금 공소제기를 하도록 강제하는 제도를 말한다.

재정신청제도는 검사의 공소제기가 아닌 법원의 결정에 의하여 공판절차가 개시된다는 점에서 기소독점주의의 예외이고 검사의 위법·부당한 불기소처분에 대한 규제

2) 조선일보 논설위원 강철석은 2008년 10월 3일자 고정칼럼에서, 경제대공황 당시 미래경제에 대하여 예측을 하였던 쟁쟁한 경제학자들의 예측이 틀려 명성에 큰 흠을 남기고 학계를 떠나야 했던 적이 있었음을 소개하면서도 '예측이 빗나갔다고 죄인 취급을 받아야 하고 그게 두려워 입을 봉(封)하고 있어야 한다면 경제학보다 먼저 간판을 내러야 할 학문이 수도룩하다'고 주장하며, 학자라면 모름지기 틀리는 한이 있더라도 용기를 내 소신 있게 미래를 예측하는 일을 하여야 한다고 촉구한다. 조선일보 동일자 사설 참조.

라는 점에서 기소편의주의의 폐해를 방지하기 위한 제도로 하겠다.³⁾⁴⁾ 재정신청제도는 공소권행사가 헌법합치적이면서 통일적인 기준에 따라 행사되어야 한다는 원칙하에 검사의 공소권행사에 대하여 사법적으로 심사하는 장치여서 검찰권행사의 공정성을 보장하기 위한 중요한 제도이고, 국민인 고소인에게 검사의 불기소처분에 대한 당부를 법원이 심판하도록 청구할 수 있도록 한다는 점에서 범피침해자인 고소인의 기본권을 보장하는 수단으로서의 의의를 가진다 하겠다.⁵⁾⁶⁾

그래서 1954년 형사소송법이 제정될 당시부터 검사의 부당한 불기소처분을 견제하기 위한 통제장치로 재정신청제도가 도입되었는데, 그 후 1973년 1월 25일 재정신청대상 범죄를 공무원의 직권남용죄로 대폭 축소하는 것으로 법이 개정되었고, 그 후 몇몇 특별법이 신설되면서 동법이 규정하는 범죄에 대하여도 재정신청을 인정하도록 규정한 바 있지만, 대부분의 고소사건에 대한 검사의 불기소처분의 당부는 상급청의 검사에 의하여 심사되는 항고제도가 주된 것이었고, 고등법원의 법관이 심사하는 재정신청제도는 예외적인 것으로 최근까지 운용되어 왔었다.⁷⁾

학자들은 개정 전의 재정신청제도는 법원의 결정에 의하여 공소제기가 의제되었다는 점에서 이를 준기소절차라고 칭하였고, 개정된 재정신청제도는 법원이 검사로 하여금 공소제기를 강제한다는 점에서 기소강제절차(Klageerzwingungsverfahren)라고 칭하고 있다.⁸⁾ 그러나 준기소절차나 기소강제절차나 모두 검사의 불기소결정

3) 헌법재판소 1997. 8. 27. 선고 94헌바2 결정은 "입법자가 그의 재량으로 형사소추제도에 있어서 기소독점주의와 기소편의주의를 채택하였다 하더라도 검사의 자의적인 불기소처분에 대한 합리적인 통제는 당연히 요구된다. 그런데 기소독점주의와 기소편의주의의 남용, 즉 검사의 자의적인 불기소처분에 대한 통제방법에 관하여 헌법에 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문에 어떠한 방법으로 어느 범위에서 이를 제한하여 그 남용을 통제할 것인가 하는 문제 역시 기본적으로 입법자의 재량에 속하는 입법정책의 문제이다. 그러므로 검사의 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 사항"이라고 판시하였다.

4) 박미숙/곽상현, 재정신청제도의 전면확대에 따른 정책검토, 한국형사정책연구원, 2006, 12면.

5) 앞의 책, 12면.

6) 영국에서도 판례를 통하여 검찰의 기소여부 결정의 적절성은 법원의 사법적 판단 대상임을 분명히 하고 있다고 한다. 표창원, "영국의 형사사법제도개혁", 사법개혁과 세계의 사법제도[V], 사법연구지원, 2007, 418면 참조.

7) 박미숙/곽상현, 앞의 책, 10-11면.

의 당부를 심사하고 기소가 타당하다고 판단된 사건에서 공소가 제기된다는 핵심적인 내용은 동일하다.

2. 재정신청이 확대되게 된 이유

최종영 대법원장이 1999년 9월 25일 취임사에서 강조한 바와 같이 사법권은 국민으로부터 나오고, 사법부가 국민의 신뢰를 잃게 되면 더 이상 존립할 근거를 잃게 된다.⁹⁾ 특히 국민들에게는 형사재판이 법원업무의 전부인 것처럼 알려져 있고, 형사사법에 대한 국민들의 신뢰가 사법부에 대한 신뢰의 기저가 되는 것이 보통인데,¹⁰⁾ 최근 여론조사결과에 따르면 우리나라 사법기관에 대한 국민들의 신뢰도는 매우 실망스러운 수준이었다.

한국형사정책연구원이 2003년 전국에 거주하는 각계각층의 응답자 2000명을 상대로 실시한 조사결과를 보면, 응답자들은 검찰의 공정성에 대하여 '매우 불공평하게 대우하고 있다'라고 생각한 사람이 6.9%, '불평등하게 대우하는 편이다'라고 생각한 사람이 59.9%에 달하여 무려 66.8%에 해당하는 사람이 '검찰이 공정하지 않다'고 평가하였다.¹¹⁾ 조사내용을 분석한 바에 의하면, 검찰에 가 본 경험이 있는 사람일수록 검찰의 공정성에 대하여 회의하는 정도가 높았을 뿐만 아니라¹²⁾ 업무처리능력에 대한 평가도 부정적이었으며,¹³⁾ 특히 범죄피해를 당하여 그 일로 인하여 검찰을 접촉한 경험이 있는 사람일수록 검찰에 대한 신뢰도가 낮았다고 한다. 범죄피해경험이 있어 검찰접촉경험이 있는 사람 중에는 고소인도 많이 포함되어 있을 것이다.

필자가 검사 및 변호사로 경험한 바에 의하면, 국민들이 검사의 업무처리 중 가장 불신하고 공정하지 않다고 느끼는 분야는 피의자를 구속할 것인지 아닌지를 결정하

는 것과 고소사건을 수사한 다음 기소할 것인지 아닌지를 결정하는 것이라고 생각한다. 피의자에 대한 구속여부를 결정하는 일은 범죄자인 피의자뿐만 아니라 범죄 피해자도 관심을 가지는 것이지만, 형사소송법상 검사의 구속결정에 대하여 피해자가 달리 불복할 제도가 마련되어 있지 않았다. 그러나 고소사건의 처리업무에 관해서는 검찰청법 제10조가 검사의 불기소처분에 대하여 고소인이 불복할 경우 항고를 제기하여 상급검찰청의 검사의 판단을 받아 볼 수 있도록 규정함에 따라 고소인들이 항고하는 사례가 빈번하게 되었다.

고소인들이 검사의 불기소처분을 신뢰하지 않는 가장 큰 이유는, 첫째 고소인이 하고 싶은 말을 다 하지 않아 수사가 완벽하지 않은 상태에서 검사의 결정이 내려졌다는 것이고, 둘째 기소가 가능한 사건임에도 검사가 무죄판결이 선고될 것을 두려워하여 불기소처분 하였다고 여기기 때문이라고 필자는 짐작한다. 즉, 검사가 고소인의 입장을 이해하고 고소인의 한을 풀어주기 위한 수사를 하고 사건을 결정하기 보다는 속칭 사건을 '떼는데' 급급하고 무죄를 피할 의도로 가급적 불기소처분을 하고 있다는 인상을 고소인들에게 주고 있는 것이다.

그래서 많은 고소인들이 항고를 하였고, 상급청의 검사가 나름대로 항고사건을 열심히 재수사하고 검토하여 처리하는 노력을 하였지만, 항고가 인용되는 비율이 낮았고, 상급청의 검사 역시 검사동일체 원칙의 적용을 받는 똑같은 검사라서 불기소처분을 반복하는 것을 꺼려한다는 인식으로 인하여,¹⁴⁾ 상급청의 검사의 항고사건 처리에 대하여 불신하는 경향이 있었던 것이 현실이었다. 이에 많은 사람들이 검사가 한 불기소결정에 대하여 상급청의 검사가 당부를 심사하게 하는 항고제도는 근본적인 문제가 있다고 생각하였고,¹⁵⁾ 검사의 불기소처분을 검사가 아닌 법원이 전면적으로 심사하도록 하는 것이 좋을지 모르겠다고 여기게 된 듯하다.

8) 이재상, *신형사소송법*, 박영사, 2008, 357면.

9) 송민 최종영 대법원장 제임기념문집 간행위원회, *21세기 사법의 전개*, 박영사, 2005, 807면.

10) 앞의 책, 851면.

11) 정진수 외 15명, *21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안[1]:형사사법에 대한 국민의식과 사법서비스 개선방안*, 한국형사정책연구원, 2004, 138면.

12) 앞의 책, 142면.

13) 앞의 책, 147면.

14) 김선수 사법개혁추진위원장은 '검사동일체 원칙이 적용되어 항고제도는 불기소처분에 대한 효율적 규제라는 목적을 달성하는데 한계가 있을 수밖에 없다'고 생각한다. 김선수, *사법개혁 리포트*, 박영사, 2008, 197면.

15) 박미숙 박사는 '형사소송법에 규정된 검사의 기소제량행사에 대하여 일반국민의 불신이 매우 커 검찰권행사의 제량에 대한 제도적 개선이 필요하다는 근본적인 문제제기로까지 이어지고 있다. 우리나라에서 이토록 검찰권행사 문제의 공정성 시비가 끊이지 않는 이유를 보면 그 운용의 묘를 살리지 못한 책임이 검찰 자체에 없는 것도 아니지만, 제도개선을 통한 바람직한 방향을 모색해 볼 시점에 와 있다'고 역설하였다. 박미숙/곽상현, 앞의 책, 46면 참조.

그리고 어떤 제도든 간에 문제가 야기되어 이를 개선하는 작업을 하려면, 그 제도의 연혁과 다른 나라의 유사한 제도를 살펴보는 방법이 좋을 것이다.¹⁶⁾ 그래서 우리나라 형사소송법 연혁을 살펴보니, 국회가 법을 제정할 당시에는 모든 범죄의 불기소 결정에 대하여 전면적인 재정신청을 허용하는 제도를 채택하였었는데, 그 후 재정신청의 범위를 엄정하게 축소하는 쪽으로 개정된 결과 이와 같은 문제가 발생한 것은 아닐까 하는 생각에, 법원이 고소사건에 대한 불기소처분 전부를 심사하는 것이 형사사법제도의 개혁안의 하나로 제시되기에 이른 것으로 짐작한다.

3. 개정작업의 경과와 논쟁

우리나라의 민주화가 괄목할 정도로 발전됨에 따라, 과거 국민의 기본권을 보장하는데 미흡하다고 여겨지는 제도는 고쳐져야 한다는 의식이 득세하게 되었다. 이러한 시대적 분위기가 사법계에도 영향을 미쳐 13번째 대법원장으로 취임하는 최중영 대법원장은 취임사에서 사법부가 ‘국민을 위한 사법’을 펼칠 수 있도록 각종 제도를 개혁하겠다는 의지를 피력하였다.¹⁷⁾ 그리하여 대법원은 1999년 11월에 21세기사법 발전계획실무기획단을 구성하여 사법개혁을 위한 실무적인 연구와 추진작업을 시작하게 되었다.

법원이 주도하여 사법개혁을 추진하였는데, 사법개혁의 5대주제로 1) 대법원의 기능과 구성, 2) 법조일원화와 법관임용 방식의 개선, 3) 법조인 양성과 선발제도 개선, 4) 국민의 사법참여, 5) 사법서비스 및 형사사법제도 개선이 제시되었다. 다섯 번째 ‘사법서비스 및 형사사법제도 개선’이라는 주제는 다시 ‘형사사법절차에서의 피의자나 피고인의 인권보장’ 등 5개의 소주제로 나누어졌는데, ‘형사피해자의 보호방안’이라는 소주제는 점점 강조되는 피의자의 인권보호에 상응하여 피해자의 권리도 함께 신장되어야 한다는 의견이 커짐에 따라 의제로 채택되게 되었고, 그 결과 피해자를 보호하는데 도움이 되는 제도를 마련하기 위하여 연구가 행해지게 되어 재정신청제도가 확대되는 안이 제시되게 되었다.¹⁸⁾

16) 앞의 책, 32면.

17) 송민 최중영 대법원장 재임기념문집 간행위원회, 앞의 책, 2005, 807면.

이러한 사법부의 재정신청개선방안에 대하여 법무부 및 검찰은 매우 반대하였다. 검찰은 재정신청제도를 확대하는 이면에는 법원의 권한을 확대하는 점이 있는데, 즉 법원이 전제범죄에 대하여 검사의 불기소처분의 당부를 심사하는 권한을 가지게 되고, 이를 심사하는 과정에서 일정한 조사를 하게 되면 실질상으로 공소제기 전에 조사하는 기능, 즉 사실상의 수사기능을 일반적으로 행사하게 되는데, 이러한 변화는 소송구조의 직권주의화를 의미하기 때문에 소송구조를 강화하고자 하는 입장에서는 이를 받아들이기 어렵다고 생각하였다. 검찰은 또한 당사자주의를 강화한 일본은 이런 이유로 불기소처분에 대한 통제를 원칙적으로 국민참여형인 검찰심사회제도를 통해 행하고 있으며 법원이 개입하는 재정신청제도는 우리나라의 개정 전 법과 같이 수사기관의 인권침해관련범죄와 특별법에서 인정하는 범죄 등에 한하여 예외적인 제도로 인정하고 있고, 법원이 기소에 관여하는 제도가 일반화되는 것이 소추와 심판기관의 분리원칙에 반할 수 있고 법원의 일부가 수사기관화 될 우려도 있어 법원의 개선안은 부적절하다고 반박하였다.¹⁹⁾

검찰의 이 같은 반대에도 불구하고, 사법부는 재정신청제도가 헌법 제27조 제1항에 규정된 법관에 의한 재판받을 권리에 근거를 둔 것으로서²⁰⁾ 이 권리의 실현을 위하여 필수적인 제도라고 주장하면서, 마침내 재정신청을 전면적으로 확대하고 고발인에게도 재정신청권을 인정하는 등 여러 가지 내용을 담은 개정안을 사법개혁추진위원회의 안으로 채택하여 그 안은 법무부안으로 2006년 1월 6일 국회에 상정되게 되었다.²¹⁾

18) 이완규, 개정형사소송법의 쟁점, 탐구사, 2007, 22면.

19) 앞의 책, 29-30면.

20) 재정신청제도에 따라 법원에 의하여 재판을 받을 권리를 보장받는 주체가 누구인지에 대하여 명확한 언급을 하지 않았다. 모름지기 사법부는 법원에 의하여 고소사건의 공소제기 여부를 심사받을 수 있도록 하는 것이 바로 고소인의 법원에 의한 재판을 받을 권리를 보장하는 것이라는 논리였을 것으로 짐작한다. 이에 대하여 검찰은 법원에 의한 재판을 받을 권리는 피의자 내지 피고인에게 부여된 권리인데 소송당사자도 아닌 고소인에게까지 법원에 의한 재판을 받을 권리가 있다고 하는 사법부의 법해석에 동의하지 않은 것으로 짐작한다. (사건)

21) 이완규 검사는 ‘개정형사소송법을 정부안으로 제출할 것임에도 주무부서인 법무부를 거의 배제한 채 청와대가 주로 대법원 법원행정처의 일부 관사들이 만들어 오는 안을 기초로 법안을 만들고 그 법안을 법무부안으로 제출하게 하는 이상한 상황이 벌어졌다’라고 실시하여 법원의 일방적인 개혁작업에 불만이 있음을 숨기지 않았다. 이완규, 앞의 책, 6면과 58면.

그러나 사법개혁추진위원회의 안은 국회심의과정에서, 재정신청을 전면 확대하면서 고소·고발인을 모두 포함하는 것은 공중소추의 도입과 유사하여 부적절하고 재정신청은 법원이 기소하고 법원이 재판하는 구조인데 재정심리법원의 결정이 사실심법원의 심증형성에 영향을 주게 되면 피고소인이 재판을 받기 전에 사실상 유죄추정을 받게 되어 형사소송법상의 무죄추정원칙에 반하므로 재정심리법원의 기소결정과 사실심법원의 판결 간의 연결을 가능한 한 단절하는 제도가 필요하다는 이의가 제기되어, 당초 안에서 일부 수정된 형태로 2007년 4월 30일 통과되었고 같은 해 6월 1일 공포되어 2008년 1월 1일부터 본격적으로 시행되게 되었다.²²⁾²³⁾

III. 개정 재정신청제도의 성과예측

1. 사법개혁의 목적

사법개혁이 추진되는 과정에서 위와 같은 논쟁이 벌어진 끝에 개정 형사소송법이 통과되어 시행되었다. 그런데 사법개혁은 목적이 될 수 없고 어떤 목적을 달성하기 위하여 필요한 수단일 텐데, 과연 어떤 목적이 이루어져야 하는 것일까?

사법개혁은 과거 사법부가 부당하게 행사하거나 혹은 행사하지 않아서 발생한 부정의(unjustice)를 교정하는 목적을 달성하여야 한다.²⁴⁾ 따라서 검사가 마땅히 공소제기하여야 할 사건임에도 불구하고 부당하게 불기소처분을 함으로써 고소인의 공소제기 요청권²⁵⁾을 침해하는 부정이 발생하였다면, 잘못된 불기소처분을 바로잡

22) 황지태 외 4명, 형사정책과 사법개혁에 대한 조사·연구 및 평가 [I]:[2] 사법개혁의 방향과 중요쟁점에 대한 전문가 의식조사, 한국형사정책연구원, 2007, 55면.

23) 이원규, 앞의 책, 59면.

24) 민주적 사법개혁실현을 위한 시민연대, 온 국민이 함께 가는 민주적 사법개혁의 길, 2006, 19면.

25) 형사소송법상 고소인의 공소제기 요청권이라는 표현은 없으나, 고소인의 고소는 결국 공소제기를 요청하는 것이므로 고소인에게 공소제기 요청권이 있다고 하여도 무방하다고 생각한다. 영국과 독일처럼 고소인에 의한 사소(私訴)가 허용되지 않는 우리나라 법제도하에서는 검사가 고소인의 사소 제기권을 대신 행사하는 면이 있다고 생각한다.

는데 도움이 되도록 절차가 개선되어야 한다. 그래서 종전에 대검찰청의 검사가 지방검찰청의 검사가 한 불기소처분의 정당성을 심사하던 것을 고등법원의 법관이 심사하도록 심사권자를 변경한 것은 나름대로 이유가 있고 수긍할 만한 것이었다.

사법개혁은 그 과실이 국민에게 귀속되어야 하므로, 행정편의나 국가이익을 추구하는 방향으로 제도가 개정되기보다는 국민의 이익에 부합하는 방향으로 개혁되어야 한다. 범죄피해자인 고소인의 이익에 부합하려면, 고소인의 공소제기 요청권이 적절히 보장됨은 물론 더 나아가 일상적인 형사소송절차에서 국가로부터 내실 있는 법률 서비스를 제공받을 수 있어야 한다고 생각한다.²⁶⁾²⁷⁾

영국정부는 최근 자신들이 행한 사법개혁에 대하여 평가함에 있어 다음 3가지 성과를 거두었다고 자랑하고 있다고 한다. ① 그 간 지속된 형사사법개혁으로 인해 1997년 이후 10년간 범죄발생률이 25% 감소하여 범죄피해를 당할 확률이 지난 20년간 가장 낮아졌다. ② 지속적으로 사법처리되는 범죄의 수가 늘어 더 많은 피해자들이 그들에게 해를 입힌 가해자가 법의 심판대에 오르는 것을 보게 되었다(올해의 경우 지난해에 비해 7% 증가). ③ 사법제도에 대한 국민의 불신이 개선되기 시작했다(올해의 경우 지난해에 비해 신뢰도 3% 증가).²⁸⁾

영국정부가 자랑하는 성과는 바로 사법개혁이 성공하였음을 입증하는 자료라 하겠다. 따라서 ① 무엇보다도 고소인에 의하여 고소당한 가해자들이 법의 심판대에 오르는 사례가 증가되어야 하고, ② 그 결과 범죄발생률도 감소하며, ③ 최종적으로는 사법제도에 대한 국민의 불신이 개선되는 성과가 나와야, 범죄피해자인 고소인의 권리를 보장하려고 하는 사법개혁이 성공을 거두었다고 평할 수 있을 것이다.

26) 민주적 사법개혁실현을 위한 시민연대, 앞의 책, 22면.

27) 송민 최종영 대법원장 제임기념문집 간행위원회는 “국민에게 봉사하는 자세를 갖추지 않고는 국민과 법원 사이의 간극은 메워지기 어려울 것입니다. 국민을 중심으로 하는 민주적 사법제도, 손쉽게 접근할 수 있는 양질의 법률서비스, --- 이 모두가 우리 사법부가 추구하는 목표와 조금도 다를 바 없습니다”라고 하여 양질의 법률서비스를 제공하는 쪽으로 개혁되어야 한다고 역설하였다. 송민 최종영 대법원장 제임기념문집 간행위원회, 앞의 책, 807면 참조.

28) 표창원, 앞의 논문, 434면. HM Government, "A Summary of the Strategic Plan for Criminal Justice 2004 - 2008", Office for Criminal Justice Reform 에 실린 내용이라고 한다.

2. 개정된 재정신청제도

개정 전 형사소송법에 의하면, 고소인 또는 고발인은 검사의 불기소처분에 승복할 수 없을 경우 검찰청법 제10조에 따라 항고하여 고등검찰청의 검사의 심사를 받아 볼 수 있고, 항고를 기각하는 결정에 대하여 대검찰청에 재항고할 수 있으며, 재항고 기각에 불복하는 경우 헌법재판소법 제68조에 따라 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하여 검사의 불기소처분의 당부를 심사하게 할 수 있었다. 다만, 형사소송법 제260조과 부패방지법 등 각종 특별법에 따라, 형법 제123조 내지 제125조의 죄와 부패방지법 등 각종 특별법에 규정된 범죄에 대해서는 예외적으로 고등검찰청에 항고를 하지 않고 고등법원에 재정신청을 할 수 있었다.

사법개혁추진위원회는 과거 검사의 불기소처분의 당부가 위와 같은 방식으로 심사되던 것을 개혁하여, 검사의 불기소처분에 대하여 불복이 있는 경우에 고소인·고발인은 예전과 같이 고등검찰청에 항고를 제기할 수 있지만, 항고가 기각될 경우에 고소인은 종전에 대검찰청에 재항고를 제기하였지만 이제는 고등법원에 재정신청을 할 수 있도록 형사소송법 제260조를 개정하였다. 그리고 ① 항고 신청을 하였으나 고등검찰청의 검사가 3개월이 지나도록 항고에 대한 처분을 하지 않을 경우에는 항고기각결정이 되기 전이라도, ② 검사가 공소시효 만료일 30일 전까지 공소를 제기하지 아니할 경우에는 항고 신청을 하지 않더라도, ③ 항고 이후 재기수사가 이루어진 다음에 다시 공소제기를 하지 아니한다는 통지를 받은 경우에는 다시 항고 신청을 하지 않더라도 곧바로 고등법원에 재정신청을 할 수 있도록 개정하였다.(고발인은 항고가 기각될 경우 예전과 같이 대검찰청에 재항고하여야 한다.²⁹⁾) 그리고 형법 제123조부터 제125조까지의 죄에 대하여 고소하거나 고발한 자는 예전처럼 곧바로 고등법원에 재정신청을 할 수 없고, 반드시 ① 항고를 거쳐 항고기각을 당하거나, ② 항고신청 후 항고에 대한 처분이 행하여지지 아니하고 3개월이 경과하거나, ③ 검사가 공소시효 만료일 30일까지 공소를 제기하지 아니하거나, ④ 항고 이후 재기

29) 재정신청을 할 자격을 고소인에게만 부여하고 고발인에게는 부여하지 않은 개정법에 대하여 찬반의견이 있으나, 고발인은 범죄 피해자가 아니므로 개정법이 범죄피해자의 이익을 보장하고 있는지를 연구하는 본 논문의 주제와 직접적인 관련이 없으므로 구체적인 언급을 생략한다.

수사가 이루어진 다음에 다시 공소제기를 하지 아니한다는 통지를 받은 경우에 고등법원에 재정신청을 할 수 있도록 개정하였다.

그 외 재정신청제도와 관련하여 여러 조문이 변경 또는 신설되었는데, 특히 신설된 형사소송법 제262조의2(재정신청사건 기록의 열람·등사의 제한)는 “재정신청사건의 심리 중에는 관련 서류 및 증거물을 열람 또는 등사할 수 없다”라고 규정하여 앞으로 재정신청제도 운영에 일정한 지침을 주고 있어 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 그 외의 다른 조문은 특별히 시선을 끌만한 내용을 담고 있지 않다.³⁰⁾ 따라서 필자는 재정신청제도의 본질과 위 조문을 중심으로 개혁론자와 국민이 원하는 성과가 나오기 위해서 재정신청절차가 어떻게 운용되어야 바람직한지 살펴볼 생각이다.

3. 새로운 재정신청제도의 운영성적 예측

사법부가 ‘고소인 또한 법원에 의한 재판을 받을 권리가 있다’라고 주장한 끝에 관철시킨 새로운 재정신청제도가 예전의 항고제도와 비교하여 좋은 성과를 거두어 고소인들로부터 호평을 받으며 그 결과 사법부의 신뢰를 높이는 데 기여할 수 있을까? 예전에 검사의 불기소처분의 당부를 최종적으로 심사하던 기관이 대검찰청의 검사나 헌법재판소였는데 이를 고등법원으로 변경한다고 하여 예전과 비교하여 더 나은 성과가 나와 국민의 신뢰가 나아질 수 있을까?

예전 제도와 성과를 비교하려면 통계학적 분석이 가능할 정도의 자료가 축적되어야 하는데, 새로운 재정신청제도가 시행된 지 1년이 채 지나지 않아 아직 자료가 축적되어 있지 않아 지금 당장 제도개선으로 인한 성과를 비교분석할 수 없다. 그럼에도 불구하고 새로운 재정신청제도가 성공적으로 운용되기를 원하는 사람은 그 성과가 어떻게 나올 것인지 미리 예상해보려고 한다. 성과가 미흡할 것으로 예상된다면,³¹⁾ 그렇게 예상되는 이유를 미리 찾아내 사전에 봉쇄하며 나름대로 운영의 묘를

30) 법원의 결정이 공소제기로 의제되던 것이 공소제기를 명하는 것으로 변경되고, 공소유지를 담당하는 당사자가 변호사였던 것이 검사로 변경되었으나, 이는 개정된 재정신청제도의 성과와는 직접적인 관련이 없다.

31) 조기영 교수는 재정법원의 사건처리단계에서 공소제기결정이 내려지거나 공소제기 이후 유죄판결이 내려지는 비율이 낮을 것으로 예상하고 있다. 그렇게 예상하는 이유로 첫째 재정법원은

살려 충분한 성과가 나올 수 있는 방안을 제시하는 것이 바람직하겠다.

예전의 항고제도와 새로운 재정신청제도 사이의 가장 중요한 차이점은 검사의 불기소처분을 최종적으로 심사하는 기관이 대검찰청의 검사에서 고등법원의 법관으로 변경되었다는 점이다. 그런데, 대검찰청의 검사가 사건을 심사하는 것과 고등법원의 법관이 심사하는 것에는 질적인 차이가 있을까? 대검찰청의 검사와 고등법원의 법관 사이의 실력차가 현저하다면 질적 차이가 있을 수 있다. 그러나 대검찰청의 검사는 고등법원의 법관보다 오히려 법조경력이 더 많으면 많지 적지 않아 형사사건을 담당하는 능력면에서는 차이가 없을 것이라고 생각된다.³²⁾ 그 뿐만 아니라 대검찰청의 검사는 오랫동안 형사사건만을 담당하여 형사분야의 베테랑인데 반하여, 법관은 형사사건 외에도 민사·가사·행정사건 등을 두루 담당하게 하는 법원관례로 인하여 형사사건의 전문성을 가지고 있다고 장담하기 곤란한 면도 있다.³³⁾

법원이든 대검찰청의 검사든 간에 검사의 불기소처분을 심사하는 과정에서 수사가 충분하지 않다는 것을 발견하게 되면 자연히 보충수사를 한 다음 불기소처분의 당부를 판단할 수밖에 없다. 그런데 예전 대검찰청 검사가 심사를 할 때에는 방대한 검찰조직을 이용하여 충분하지 않은 점을 더 확인하는 보충수사를 하기 쉬웠던데 반하여, 고등법원의 법관은 지원받을 수사조직이 없는 상태에서 많은 것을 확인하는 보충수사를 하는데 애로가 있다.³⁴⁾ 법원이 성실하게 보충수사를 한다고 하더라도 대검찰청

검찰항고를 거친 재정신청 사건에 대해 원칙적으로 검사의 불기소처분이 정당한 것으로 판단하는 경향을 보일 가능성이 높고, 둘째, 우리나라의 경우 민사분쟁형 고소사건에 대한 재정신청과 구급상태에 있는 피의자들의 불만표출형 재정신청이 상당수 제기될 것으로 예상되므로 이러한 사안에 대한 재정법원의 기각률이 높을 것으로 전망되고, 셋째, 재정법원이 검사의 판단을 뒤집을 수 있을 정도로 광범위하고 심도 있는 증거조사를 스스로 행하기가 현실적으로 어려울 것으로 보이기 때문이라고 주장한다. 조기영, “재정신청제도의 전망과 과제”, 형사법의 신동향 제14호, 대검찰청, 2008, 52-53면.

32) 재정신청제도를 확대하는 개선안이 토론되는 과정에서 ‘고등법원에서 검사의 불기소처분을 심사하게 되면 대검찰청의 검사가 심사하는 것과 비교하여 질적인 차이가 있다’는 주장이 전혀 나오지 않은 것을 보면, 필자의 판단이 틀리지 않았다고 생각한다.

33) 그렇기에 법원도 형사 전문법관을 양성하여 전문법관으로 하여금 재정신청 사건을 취급하도록 하여 대검찰청의 검사보다 월등한 실력을 갖추었다는 평을 받을 정도가 되어야 국민의 신뢰를 받을 수 있을 것이라고 생각한다.

34) 박미숙/곽상현, 앞의 책, 104면.

검사가 하는 것 보다 더 잘 할 수 있다는 보장이 없는 것이다.

이런 사정을 사법개혁추진위원회 위원들도 모르지 않았을 텐데도, 고등법원의 법관에게 대검찰청의 검사를 대신하여 검사의 불기소처분을 심사할 권한을 준 이유는 무엇일까? 단순히 법관에 의한 재판을 받을 권리가 보장되어야 한다는 법이념을 가지고 있었기 때문일 수도 있으나, 그보다는 예전 항고제도는 검찰내부의 절차라는 한계로 인하여 아무래도 검사의 잘못을 지적하는데 소극적이 되어 고소인의 보호에 충분한 역할을 할 수 없다는 인식 때문³⁵⁾이었을 것으로 생각한다. 검찰이 검사의 불기소처분의 당부를 심사하는 종전 항고제도가 성공하지 못하였으므로 이번에는 불기소처분의 당부를 최종적으로 심사하는 기관을 법원으로 하면 어떨까 하는 생각 때문에 재정신청제도를 확대 도입하게 된 것으로 짐작된다. 이러한 생각은 구속영장 실질심사제도가 도입되어 법원이 직접 당사자인 피의자를 심문하고 구속영장을 발부하는 역할을 하기 시작하면서부터 구속물이 점점 하락하는 등 국민의 인권이 획기적으로 보호되는 성과가 이루어진 바 있었으니, 검사의 불기소처분의 당부를 심사하는 업무를 법원이 맡게 되면 좋은 성과를 거둘 수 있을 것으로 자신한 것도 이유가 되었다고 짐작한다.

그런데 고등법원의 법관이 대검찰청의 검사와 질적인 차이가 없음에도 그를 대신하여 검사의 불기소처분의 당부를 심사하게 되면 예전보다 더 좋은 성과를 거두어 국민의 신뢰를 얻을 수 있을까? 대검찰청의 검사가 항고기각에 대한 재항고절차를 담당하여 공소제기명령이나 재수사명령을 발하던 예전의 재항고인용비율에 비하여, 고등법원의 법관이 재정신청절차를 담당하여 공소제기를 명하는 비율이 통계학적으로 의미 있다고 할 정도로 높아진다면 제도를 변경한 효과가 있다고 할 수 있다.

그러나 앞에서 언급한 바대로 법원의 보충수사능력이 검찰보다 우월하지 않을 뿐만 아니라, 무엇보다도 재항고를 담당하는 대검찰청의 검사는 공소제기명령 외에 재수사명령도 할 수 있음에 반하여 법관은 재수사명령을 내릴 수 없고 오로지 공소제기명령만 내릴 수 있을 뿐이어서³⁶⁾ 고소인의 신청을 인용하는 비율이 예전보다 낮아질

35) 표성수, 개정형사소송법해설, 국민대학교 출판부, 2007, 22면.

36) 독일의 쾰른지방법원 고등법원은 검사가 전혀 수사를 개시하지 않은 사안이 있을 수 있으므로 검사로 하여금 수사에 착수할 수 있도록 할 수 있는 법적 가능성을 인정하여야 한다는 이유로 수사개시결정을 내릴 수 있다고 판시하였다고 한다(OLG Zweibrücken, Beschl. v. 5.2.

가능성이 있다.

이처럼 개혁으로 인한 성과가 미흡하게 나올 경우에도 국민들은 고등법원의 법관이 심사하는 것이 대검찰청의 검사가 심사하는 것보다 더 공정하다고 신뢰할 것인가? 이 문제에 대하여 국민들을 상대로 설문조사를 하기 전에는 그 답을 예측하기 어렵지만, 조심스럽게 이를 예상해보자. 예전에 한국형사정책연구원이 2003년에 2,000명을 상대로 설문조사한 통계에 의하면, 우리나라 국민들은 법관이 검사보다 월등하게 업무를 잘 처리한다고 생각하지 않는 것으로 드러났다. 검찰의 업무처리능력이 불량하다고 응답한 비율이 48.5%로 매우 높았지만, 법원의 업무처리능력이 불량하다고 응답한 비율 또한 49.6%로 오히려 높았기 때문이다.³⁷⁾³⁸⁾ 그렇다면 법원이 재정신청절차를 담당하여 가시적 성과를 내지 못한다면 국민들은 법원에 실망할 것으로 예상된다.

이처럼 고등법원의 법관으로 심사기관이 변경되어도 그 성과에 있어 아무런 차이가 없다면, 어쩌면 재정신청제도의 개선에 많은 기대를 걸고 있는 국민들이 실망한 나머지 종전에 형사사법운용을 잘못하고 있다고 비난하는 대상이 검찰에서 법원으로 옮겨가는 결과만 초래할 뿐 사법불신의 상태가 지속될 위험마저 도사리고 있는 것이다.³⁹⁾⁴⁰⁾

1980, NSZ 1981, S. 193). 정혜순, 재정신청제도에 관한 비판적 고찰, 성균관대학교 석사학위논문, 49면 참조. 그러나 위 판결에는 많은 비판이 있었고, 우리나라는 법원과 검찰의 역할관계가 독특하여 위 판결이 도입되기 어려울 것으로 예상된다.

37) 정진수, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안(1), 한국형사정책연구원, 122면 145면.

38) 심리학회 회원 박광배 외 3인이 2003년에 371명의 응답자를 상대로 한 설문조사결과에 의하면, 판사의 불공정성에 대한 국민의 부정적 인식이 근 80%에 달하고 있다고 한다. 2003년에 KBS가 1,038명을 상대로 한 설문조사결과에 의하면, 재판이 공정한가 하는 질문에 대하여 68.6%의 응답자가 부정적으로 답하였으며 직·간접적으로 재판의 경험이 있는 응답자들이 그렇지 않은 응답자들보다 재판에 대해 더 불공정하다고 생각하고 있다고 한다. 사법개혁위원회, 사법개혁위원회자료집(III), 2004, 8-9면.

39) 심회기 교수도 동일한 염려를 하고 있다. 심회기, 형사정책과 사법개혁에 대한 조사·연구 및 평가(1):[3] 사법개혁에 대한 평가와 전망, 한국형사정책연구원, 156면.

40) 조기영 교수는 '검사의 불기소처분이 고소인의 신청에 의하여 법원의 심사와 통제를 받을 수 있다는 가능성은 그 자체로서 검사로 하여금 신중하고 공정한 수사와 공소제기업무수행에 대한 압력으로 작용하며, 국민의 검사의 기소제량행사에 대한 신뢰를 점진적으로 증가시키는

IV. 바람직한 재정신청제도의 운용방안

1. 재정신청 대리인에 의한 재정신청의 증가

그렇다면 어떻게 재정신청제도를 운용하여야 어려운 여건에서나마 성과를 거둘 수 있을까? 고등법원이 예전에 대검찰청이 하던 방식대로 불기소처분한 수사사건 기록을 검토하고 부족한 사항에 대하여 보충수사를 한 다음 불기소처분의 당부를 심사하는 식으로 업무처리를 한다면 예전 재항고제도가 운영되던 때와 비교하여 차이가 발생할 수 없다.

우리나라는 최근 변호사가 많이 양산되어 활동하고 있고, 범죄인에 대한 구속이 신중하게 운용된 결과 피해자들이 형사사건을 대하는 태도가 엄청나게 달라졌다. 피해자들이 법원과 검찰이 공판절차가 종결되기 전까지는 범죄자를 함부로 구속하지 않는다는 점과 확실한 증거가 없으면 공소제기가 어렵고 공소제기가 되더라도 유죄 판결이 선고되지 않다는 점을 인식하기 시작하였다. 이에 따라 피해자들이 자신들의 권익을 지키고 범죄자가 확실하게 처벌받도록 할 의도로 수사나 공판과정에서 자신들을 대리하여 요령 있게 변론해 줄 변호사를 선임하여 적극적으로 사건에 임하는 경향이 생겨나게 되었다. 특히 고소사건의 경우에는 민사소송도 함께 제기할 필요가 있어, 변호사에게 민사사건을 위임하면서 고소사건의 대리도 부탁하는 비율이 점점 늘어나고 있는 추세다.

여기서 필자는 고소인을 대리하여 재정신청을 하는 변호사를 잘 활용하면 재정신청제도를 확대한 의의를 살려 바람직한 성과를 거둘 가능성이 있을지 모른다고 생각하게 되었다. 고소인을 대리하여 재정신청사건을 변론하는 변호사에게 어떤 지위를 부여할 것인가 하는 문제는 정책적인 고려에 따라 결정되어야 할 문제이지만, 이 문제는 재정신청제도의 구조를 어떻게 볼 것인가 하는 학설과 직결되어 있다.

요인으로 작용할 것이다. 재정신청절차의 존재 그 자체는 재정신청사건성공률의 정도와 무관하게 범죄피해자의 법원에의 재정신청 및 법원의 사법적심사가능성을 열어 놓음으로써, 검사의 기소제량행사의 적법성과 합리성을 보장하는 심리적 강제로서 작용할 수 있는 것이다'라고 주장한다. 조기영, 앞의 논문, 55-56면.

2. 재정신청제도의 구조에 대한 학설

법원의 재정신청절차는 공소제기명령이나 신청기각으로 종결되는 공소 전 단계에 불과하다는 이유로 재정신청제도의 구조를 수사로 보는 학설이 있다. 법원이 재정신청사건을 심리하면서 압수·수색 등을 할 수 있는데 이는 실체를 확인하는 작업이므로 바로 이러한 작업이 수사의 연장이라고 보는 견해다. 재정신청절차를 수사구조로 이해하는 이 학설은 자연스럽게 수사에서 피해자는 당사자가 아니므로 재정신청인이 재정신청절차에 관여하는 것은 배제되어야 한다고 주장한다.⁴¹⁾

이런 수사설에 대하여 재정신청은 검사의 불기소처분의 당부를 법원으로 하여금 심리하게 하는 것이어서 결국 행정부의 행정행위의 당부를 심리하는 것과 같으므로 재정신청절차는 항고소송에 준하는 소송절차라고 주장하는 항고소송설이 있다. 이 학설에 의하면 재정신청인과 검사는 항고소송에서의 원고 피고와 같은 대립당사자로서의 지위를 가지게 되어 자연히 재정신청절차에 관여할 수 있다.

우리나라 다수설은 재정신청절차를 형사소송에 유사한 소송으로 파악하는 형사소송유사설이다. 재정신청사건이 비록 공소제기로 인하여 법원이 사건을 심리하게 된 것은 아니나, 법원이 공소제기가 가능한 것인지 아닌지를 심리한다는 점에서 실질적으로 형사소송사건과 유사하다고 본다.⁴²⁾

필자는 법원이 절차를 담당하고 있고, 재정신청절차에서 비록 보충수사가 가능하나 이는 제한적으로 행하여질 뿐이고 대부분의 경우 재정신청인의 변론을 들어보고

수사기록을 검토하여 결정을 하게 되는 것이어서 수사가 종결된 것을 전제로 하므로 수사설을 취하는 것은 무리라고 생각한다. 수사가 종결된 상태에서 법원이 심리한다는 점에서 항고소송설 또는 형사소송유사설이 타당하다고 할 수 있으나, 항고소송이라면 소송의 쌍방 당사자인 재정신청인과 검사가 열심히 변론을 하며 증거를 제시하는 등 절차에 적극적으로 관여하여야 하는데, 재정신청절차에서는 검사가 의견서와 함께 수사기록을 송부하는 것 외에는 아무런 변론을 하지 않고 있어 이러한 검사의 태도를 항고소송에서 당사자로서의 소송행위를 수행하고 있다고 인정하기 어렵다. 또한 원고 당사자가 되는 재정신청인에게 항고소송에서처럼 적극적으로 소송행위를 하도록 지위가 보장되어 있지도 않다. 이러한 이유로 재정신청절차를 항고소송으로 보기 어렵다. 생각건대, 재정신청절차는 피의자의 범죄혐의가 인정되는지 여부가 심사대상이 되는 것이어서 피고인의 범죄사실이 인정되는지 여부를 심리하는 형사소송과 유사할 뿐만 아니라, 재정법원의 결정이 사실심 법원의 심리와 판결에 지대한 영향을 미친다는 점에서 피신청인이 재정신청절차를 대하는 마음은 형사소송에 임하는 그것과 거의 대등하므로 재정신청절차는 정식 형사소송절차는 아니지만 이에 유사한 절차라고 하는 견해가 타당하다.

3. 법원의 재정신청 심사 경향

새로운 재정신청제도에 의하면 재정신청인과 대리인은 재정신청의 대상이 되는 사건의 범죄사실과 증거 등 재정신청을 이유 있게 하는 사유를 기재하여야 한다.(형사소송법 제260조 제4항) 재정신청인에게 이런 문서를 제출하도록 요구하는 것은 재정신청절차의 당사자로서 형사소송의 당사자인 검사로 하여금 범죄사실 및 증거관계를 밝히는 최후변론을 하도록 요구하는 것과 유사하다.

그런데 앞에서 본 바와 같이 재정신청인은 이런 문서를 작성하는데 법률전문가인 변호사의 조력을 받을 가능성이 점점 증가할 것으로 예상된다. 변호사는 재정신청인의 대리인으로서 재정신청인의 진술을 듣고 그가 확보한 증거를 기초로 고소사실과 증거관계를 기재한 재정신청서를 작성하여 제출하게 된다. 그런데 최근 실무경향을 보면, 검사는 수사 관계서류 및 증거물을 법원에 송부하면서 의견서를 제출할 뿐

41) 전승수 검사는 '신청사건의 심리는 특별한 사정이 없는 한 공개하지 아니한다는 형사소송법 제262조 제3항과 재정신청사건의 심리 중에는 관련서류 및 증거물을 열람 또는 등사할 수 없다고 규정하고 있는 형사소송법 제262조의2 본문은 재정심리절차가 밀행성의 원칙이 지배하는 수사와 유사한 성격을 지니고 있음을 분명히 하고 있다. 따라서 재정신청인이나 피의자에게 독자적인 증거신청권이나 증거서류의 열람·등사권, 증인신문에의 참여권이나 증인신문권 등은 인정되지 않는다'라고 주장한다. 전승수, "개정형사소송법상 재정신청제도", 형사법의 신통향 제14호, 대검찰청, 2008, 71면.

42) 배중대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 법문사, 2008, 263-264면; 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008, 347면; 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 362면; 이재상, 신형사소송법, 박영사, 361면; 임동규, 형사소송법, 법문사, 2006, 312면 참조. 다만, 유사형사소송설이라는 용어 대신 형사항고유사설이라고 칭하는 분이 있고, 유사형사소송이지만 직권주의가 적용되어야 하느냐 아니냐에 대하여 견해가 일치하지 않고 있다.

별다른 변론을 하지 않고, 법원은 검사의 의견서, 수사기록, 증거물, 그리고 재정신청서를 살펴볼 뿐 더 이상 변론을 듣지 않고 심리를 마치는 듯하다.

재정신청절차를 형사소송과 유사한 소송으로 보는 학설을 취한다면, 재정신청인 또는 대리인인 변호사가 실질적으로 원고가 되어 피신청인을 소추하는 검사를 대신하여 재정신청절차를 수행하는 역할을 하도록 조치하는 것이 상당할 것이다. 그런데 현실적으로는 법원이 재정신청인 또는 대리인인 변호사에게 이러한 역할을 할 기회도 주지 않은 채 형식적으로 재정신청사건을 심리하고 있다. 법원이 이렇게 재정신청절차를 운용한다면 사법개혁추진위원회가 힘들게 재정신청제도를 확대한 의의를 살리기 어렵다고 생각한다.

사법개혁추진위원회가 재정신청제도를 확대한 것은 범죄 피해자인 고소인으로 하여금 법원의 재판을 받을 수 있는 권리를 보장해 주기 위한 것으로 어떤 측면에서는 사소(私訴)를 허용한 측면이 있는 것이다. 일부 학자들이 재정신청을 사소와 비슷하다고 여길 정도⁴³⁾인데도 불구하고 굳이 법원으로 하여금 재정신청사건을 심리하도록 제도를 개혁한 이유는, 2003. 10. 24. 공포된 사법개혁위원회규칙 제2조가 규정한 ‘사법제도 개혁의 기본 5대 이념’ 중의 하나인 ‘국민의 신뢰를 증진시킬 수 있는 사법제도’와 ‘국민이 쉽게 이용할 수 있는 신속하고 공정한 사법제도’를 완성하기 위해서다. 위와 같은 이유로 제도가 개혁되었음에도, 범죄 피해자인 국민이 변호사를 선임하면서까지 자신의 권리를 주장하려고 하는 마당에 법원이 재정신청인 또는 대리인인 변호사의 변론을 들어려고 시도하지도 않은 채 그가 제출한 재정신청서, 검사의 의견서, 수사기록, 그리고 증거물만을 기초로 심리를 마치려 한다면 이는 바람직한 운용이 아니라고 생각한다.

4. 재정신청인 변호사에게 기대하는 역할

예전의 항고제도에서는 항고 대리인인 변호사가 항고인의 진술과 그가 보유하고

43) 송기오 검사는 ‘사인소추제도의 도입과 같은 효과를 볼 수 있도록 재정신청제도를 확대하는 것이 바람직 할 것으로 본다’라고 설명하는 것에서 알 수 있듯이, 적지 않은 분들이 재정신청을 사소에 유사한 소송이라고도 여기는 듯하다. 송기오/강경래, 범죄피해자 보호 및 지원제도, 한국형사정책연구원, 2005, 235면.

있는 증거를 근거로 검사의 불기소이유가 어떤 점에서 부당한지 조리 있게 주장하면 그것만으로 충분히 목적을 이룩할 수 있었다. 항고심사에서는 공소제기명령 외에 재기수사명령이 가능하므로 불기소이유가 부당하다는 점이 드러난다면, 이는 수사가 제대로 이루어지지 않았다는 것을 의미하므로 재기수사명령이 내려져 그런대로 항고인이 만족할 수 있었기 때문이다.

그러나 재정신청제도에서는 재정신청 대리인인 변호사는 검사의 불기소이유를 공격하는 것만으로는 소기의 목적을 달성할 수 없게 되었다. 재정신청을 함에 있어서는 범죄사실을 입증할 증거로 어떤 것들이 있어서 공소제기가 가능한지를 밝혀야 하기 때문이다. 따라서 재정신청 대리인은, 형사소송에서 검사가 법관을 상대로 논고를 통하여 피고인이 유죄임을 설득하는 변론을 하듯이, 법관을 상대로 공소제기가 가능할 정도로 증거가 충분하다는 것을 설득하거나 현 상태로는 증거가 부족하다더라도 증거조사를 더 한다면 증거가 충분히 확보될 수 있게 되어 공소제기가 가능하다는 점을 설득해야 된다.

재정신청인이 직접 이런 역할을 할 수도 있으나 그 역할은 형사소송에서 검사가 하는 역할과 유사한 것이므로 법률전문가인 변호사를 선임하여 대리하게 할 가능성이 많을 것으로 예상된다. 검사는 객관의무가 있는 기관이므로 증거조사가 제대로 되어 있지 않다고 판단하면 마땅히 재정신청을 심사하는 법관에게 증거신청을 할 의무가 있다고 볼 수 있을 텐데, 검사가 재정신청사건에서 당사자가 아니어서 이런 역할을 하지 않는다면 재정신청 대리인이 검사의 역할을 대신하여야 하는 것이다.

이처럼 재정신청 대리인이 실질적으로 검사를 대신하는 역할을 하게 된다면, 그에 걸맞은 역할을 할 수 있도록 보장해야 할 것인데, 이를 위해서는 당해 사건에서의 각종 정보가 그에게 제공되어야 한다. 재정신청인이나 대리인에게 당해 사건에서의 정보를 제공하는 것은 범죄 피해자 보호를 위해서 반드시 필요한 것이다.⁴⁴⁾ 재정신청 대리인이 사건에 관한 정보를 제공받기 위해서는 수사기록을 열람하여 피신청인

44) 송기오 검사는 ‘범죄피해자의 입장에서 그에게 수사정보의 제공과 소추절차의 진행경과를 지지하는 제도는 범죄피해자 보호에 매우 중요한 역할을 하고 있는 것이다. 따라서 경찰과 검찰에서는 친절하게 이를 고지하여야 함은 물론 제도적으로 시스템화를 할 필요가 있고 그 결과를 알아 볼 수 있도록 공개하는 방법도 도입할 필요가 있다’고 주장한다. 앞의 책, 217면.

과 참고인이 어떻게 진술하였는지 그리고 증거물로 어떤 것들이 제출되었는지를 알 수 있도록 하는 것이 필요하다.

5. 재정신청인의 참여와 증거신청권

개정된 형사소송법은 재정신청절차에서의 심리에 대하여 자세히 규정하지 않았다. 재정신청절차를 유사형사소송이라고 생각하는 다수설을 받아들여 ‘재정신청절차는 공판절차에 규정된 몇몇 조항을 준용한다’라는 조문이라도 두었다라면 좋았을 텐데 이러한 조문을 두지 않고 단 3개 조항만 두었다.

제262조 제2항은 “법원은 --- 필요한 때에는 증거를 조사할 수 있다”라고, 제 262조 제3항은 “재정신청사건의 심리는 특별한 사정이 없는 한 공개하지 아니한다”라고, 그리고 제262조의2는 “재정신청사건의 심리 중에는 관련서류 및 증거물을 열람 또는 복사할 수 없다. 다만 법원은 제262조 제2항 후단의 증거조사조사과정에서 작성된 서류의 전부 또는 일부의 열람 또는 등사를 허가할 수 있다”라고만 규정하였다.

형사소송법이 단순히 “법원은 --- 증거를 조사할 수 있다”라고만 규정하고 있어, 법원이 증거조사를 할 수 있는 것은 확실하나, 재정신청인이나 피신청인에게 증거신청권이 있는지 여부는 명확하지 않다. 그런데 형사소송법은 “재정신청사건의 심리는 공개하지 아니한다”라고 규정하고 있어 사건과 관계없는 사람들의 방청을 허용하지 아니할 뿐 재정신청인과 피신청인의 절차참여권을 배제하지 않고 있는 점을 고려하면, 법원이 증거조사를 하는 직무를 수행함에 있어 재정신청인이 절차에 참여하여 법원으로 하여금 직권으로 필요한 증거를 조사하도록 촉구하는 것까지 부정할 이유는 없다. 그리고 수사에 관한 인적·물적 자원이 없는 법원이 미비된 증거를 수집할 수도 없을 뿐만 아니라 통상의 형사재판과 마찬가지로 재정신청절차에 있어서도 최종판단자의 지위에 있는 법원이 수사관적 입장에서 증거를 수집하는 것이 적절하지 않은 이유로 사건의 당사자인 재정신청인 또는 대리인으로 하여금 미비된 증거를 수집하게 하고 이들이 제출한 증거를 기초로 판단하는 것이 바람직하다고 하겠으므로⁴⁵⁾ 재정신청인의 증거신청권을 인정하는 것이 옳다고 생각한다.

일본의 大板지방법판소는 1972. 1. 18. 선고한 결정에서 ‘부심판청구 사건에서는 증거의 수집활동 자체에 숨겨져 있는 수사기관의 왜곡이야말로 최대의 문제점이었고, 부심판제도의 활성화를 위해서는 이러한 왜곡을 시정하여 피의사실에 관한 새로운 증거의 수집발견이라고 하는 청구심이 갖고 있는 과제에 알맞은 심리방식이 필요하다’고 실시하면서, 부심판청구사건에서 청구인의 대리인 및 피의자의 변호인에게 사건에 관하여서만 이용하고 일체 외부에 발표하지 않는 것을 조건으로 기록의 열람 등사를 허용하고, 직권발동을 촉구하는 의미에서의 청구인의 증거신청을 허용하였으며, 청구인의 청구에 의한 증거조사 시에 청구인의 변호인의 참여를 허용하고, 또 피의자의 청구에 의한 증거조사 시에는 피의자의 변호인의 참여를 허용하는 등의 심리방법을 채택한 바 있었다고 한다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾

6. 재정신청인의 수사기록 열람·등사권

앞의 일본 하급심 판결에서 본 바와 같이 재정신청 대리인이 검사와 같은 역할을 충실히 수행하려면 필연적으로 수사기록을 열람 또는 등사해야 하는데, 형사소송법 제262조의2는 “관련서류 및 증거물을 열람 또는 복사할 수 없다”라고 규정하고 있어서 재정신청인 또는 대리인에게 수사기록의 열람 또는 복사가 허용되지 않는다고 해석할 가능성이 크다.

45) 박미숙/곽상현, 앞의 책, 104면.

46) 앞의 책, 103면.

47) 그러나 대판지방법판소의 견해는 최고법원 1972. 11. 16. 결정과 1974. 3. 13. 결정에 의하여 배척되었는데, 배척된 이유는 ‘밀행성이 해제되면 진실왜곡의 위험이 있고 피의자나 수사협력자 등의 명예 등이 침해될 가능성이 있어 폐해가 반드시 적다고 할 수 없어 이에 우월하는 필요성이 인정되지 않는 한 재량이 허용되는 범위를 벗어났기 때문’이라고 한다. 이런 일본 최고법원의 판례에 대하여 ‘비록 위 결정은 서류 및 증거의 열람, 증거신청, 증거조사의 입회·심문의 권리를 보장한 법조문의 적용 내지는 준용은 부정하였지만, 반대로 법원은 절차의 주체자로서 공정 또는 합리적인 절차의 진행을 위해 필요하다고 인정되는 방식을 재량에 의해 택할 수 있고, 광범위한 밀행성의 해제도 특단의 필요성이 있다면 정당하다는 것을 표명했다는 점에서 의의가 있다’고 보는 분도 있다. 서울고등법원(편), 재정신청사건실무편람, 1999. 76면. 필자는 1972년의 판례가 36년이 지난 현재도 그대로 타당하다고 할 수 있는지에 대하여 의문을 가지고 있다.

최근 범죄 피해자의 보호와 그 지위의 강화는 형사정책과 형사소송법학에 있어서 새로운 쟁점으로 등장하고 있다.⁴⁸⁾ 이러한 시대 흐름에 맞추어 고소인이 법원에 의하여 재판을 받을 권리가 보장되어야 한다는 주장까지 나오게 되어 재정신청제도가 확대도입된 것은 앞에서 본 바 있다. 그런데 범죄 피해자인 고소인의 지위를 강화하려던 사건과 관련된 절차에 참여할 출석권뿐만 아니라, 기록을 열람하여 정보를 알게 될 권리가 보장되어야 할 필요가 있다.⁴⁹⁾

고소인에게 수사기록을 열람 또는 등사할 수 있게 하는 것은 고소인의 정보권을 보장하여 고소인이 형사절차에서 자신이 하고 싶은 주장과 진술을 하는데 많은 도움을 준다. 범죄 피해자들이 형사사법기관에 출석한 경험이 많을수록 기관을 신뢰하지 않는다는 내용을 담은 앞의 설문조사가 나오게 된 이유는 모름지기 범죄 피해자의 정보권이 제대로 보장되지 않아 범죄 피해자가 하고 싶은 주장과 진술을 하지 못하였던 현실이 불만으로 반영되었기 때문이라고 생각한다.⁵⁰⁾ 그렇다면 법원과 검찰의 신뢰가 높아지기 위해서는 고소인의 정보권이 보장되어야 하고 따라서 고소인에게 수사기록의 열람 또는 등사권도 인정되어야 하겠다.

종전에는 소송촉진등에관한특례법 제30조 제1항에 따라 배상명령을 한 신청인이 재판장의 허가를 받아 소송기록을 열람할 수 있었을 뿐, 범죄 피해자나 고소인이 수사기록이나 소송기록을 열람할 수 있는지에 대하여 규정하는 법이 없어 민원의 대상이 되었다.⁵¹⁾ 이런 현실을 직시하여 사법개혁추진위원회는 범죄 피해자의 정보권을 보장하기 위하여, “재판장은 피해자 등의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정하거나 그 밖의 정당한 사유가 있는 경우 범죄의 성질, 심리의 상황, 그 밖의 사정을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 열람 또는 등사를 허가할 수 있다”(형사소송법 제294조의4 제3항)는 규정을 신설하여 피해자의 열람 또는 등사권이 인정되는

48) 이재상, 신형사소송법, 박영사, 474면.

49) 앞의 책, 475면.

50) 사법개혁위원회는 ‘정당한 대우를 받지 못하는 피해자들로 인하여 형사사법의 불신이 초래되고 있으며, 피해자들의 가장 큰 불만사항은 수사 및 공판진행에 관한 정보를 제공받지 못하는 것이고, 피고인 측의 부당한 주장 및 책임전가식 변호에 대하여 피해자가 방어할 필요가 있고, 피해자의 재정신청권을 실질적으로 행사할 수 있기 위하여 수사기록에 대한 열람권을 인정할 필요가 있다’고 역설하였다. 사법개혁위원회, 사법개혁위원회자료집(VI), 2005, 429-430면.

51) 심회기, 앞의 책, 99면.

발견이 이뤄지게 되었다. 그리고 “재판장은 제3항에 따라 등사를 허가하는 경우에는 등사한 소송기록의 사용목적에 제한하거나 적당하다고 인정하는 조건을 붙일 수 있다.”(동조 제4항)는 규정과 “소송기록을 열람 또는 등사한 자는 열람 또는 등사에 의하여 알게 된 사항을 사용함에 있어서 부당히 관계인의 명예나 생활의 평온을 해하거나 수사와 재판에 지장을 주지 아니하도록 하여야 한다”(동조 제5항)는 규정도 아울러 신설하여 만에 하나 있을지 모를 부작용을 차단하려 하였다.

이처럼 고소인의 소송기록의 열람 또는 등사권을 인정하였으므로, 유사형사소송인 재정신청절차에서도 검찰이 법원에 송부한 수사기록을 고소인에게 열람 또는 등사하게 허가하여도 무방하다는 해석도 가능하다. 그러나 이렇게 해석하는 데에는 걸림돌이 하나 있다. 개정 형사소송법이 국회 법사위에서 심의되는 과정에서, 고소인에게 수사기록의 열람 또는 등사권을 인정하게 되면 고소인 등 이해관계인이 부분별하게 기록을 열람·등사하는 경우 수사의 비밀을 해칠 우려가 있을 뿐만 아니라 경우에 따라서는 수사기록의 열람·등사를 위해 부분별하게 재정신청을 남발할 우려가 있다는 논의가 있어, 이러한 폐단을 방지하기 위하여 “재정신청사건의 심리 중에는 관련 서류 및 증거물을 열람 또는 등사할 수 없다”(형사소송법 제262조 본문)는 규정이 신설되었기 때문이다.⁵²⁾

형사소송법 제262조 본문이 신설된 경위가 위와 같다고 하여 법원이 재정신청인에게 수사기록을 열람 또는 등사하도록 허가할 권리가 없다고 해석하여야만 하나? 필자는 개인적으로 그렇게 해석하지 않아도 된다고 생각한다. 동 조문이 위와 같은 이유로 신설되었다는 점이 법조문에 적시되어 있지 않을 뿐만 아니라 수사기록을 열람 또는 등사할 수 없는 주체가 누구인지에 대하여 명확하게 규정되어 있지 않은 이유로 그 주체가 피신청인만 해당된다고 해석할 여지가 남아 있기 때문이다.

신설된 형사소송법 제266조의3 제1항은 “피고인 또는 변호인은 검사에게 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건(이하 “서류등”이라 한다)의 목록과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 다음 서류등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 신청할 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 위 조문을 유추해석하면, 재정신청절차는 공소제기된 사건이 아니므로 피고인 또는 변호인이 수사기록을 열람·등사할 권한이

52) 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해석, 66면.

부여되지 않는다 할 것이어서 형사소송법 제262조는 이러한 법리를 재확인한 것에 불과하다고 해석할 여지가 있는 것이다.

또한 형사소송법 제294조의4는 피해자에게 소송계속 중인 사건의 기록을 열람·등사할 권리가 있다고 규정하였을 뿐, 그 소송이 오로지 공소제기가 된 소송만을 의미하는지 그리고 재정신청절차도 소송계속 중인 사건이라고 볼 수 있는지에 대하여 아무런 언급을 하지 않았다. 필자는 재정신청절차가 유사형사소송이라는 학설에 따라 소송의 일종이라고 보아야 하고 사소와 유사한 소송이라고 하여야 하므로, 동 조문에 의거하여 피해자는 재정신청절차에 송부된 수사기록을 열람·등사할 권리가 있다고 해석하여야 한다고 생각한다.

그리고 이렇게 해석한다고 하더라도 법사위에서 우려하던 사태가 발생할 여지도 거의 없다. 법사위는 고소인등이 구분별하게 기록을 열람·등사하는 경우 수사의 비밀을 해칠 우려가 있다고 하였는데, 이미 수사기관의 수사가 종결된 상태에서 법원의 심리를 받는 것이므로 수사의 비밀이 해칠 우려가 있다는 것은 모순이라고 생각한다. 수사의 비밀은 수사의 성공을 위하여 존재하는 것이지 피의자의 프라이버시만을 위하여 존재하는 것은 아니므로 수사의 비밀을 유지하기 위하여 수사기록을 열람시키지 않아야 한다는 견해에 찬동할 수 없다. 또한 법사위는 경우에 따라서 수사기록의 열람·등사를 위해 구분별하게 재정신청이 남발될 우려가 있다고 하였는데,⁵³⁾ 형사소송법 제294조의4 제4항은 “재판장이 사용목적에 제한하는 조건을 붙여 수사기록을 열람·등사하게 할 권한이 있다”라고 규정하고 있어, 법원이 이러한 제한을 붙이게 되면 재정신청인이 수사기록을 민사재판에 제출하는 등 다른 용도로 사용할 수 없기 때문에 수사기록의 열람·등사만을 위하여 재정신청이 남발될 우려가 있다고 법사위의 예측은 기우에 지나지 않는다고 생각한다.

법무부도 제262조 본문은 재정법원의 심리는 기소여부를 결정하기 위하여 행하는 수사에 준하는 절차이고, 민사소송 제출용 증거서류를 확보하기 위한 목적으로 재정신청을 남용하는 것을 방지하기 위한 것이라고 설명하고 있는데,⁵⁴⁾ 이러한 설명은

53) 독일의 Anne Wehnert는 1983년과 1984년의 통계자료를 분석한 결과 기소강제절차 신청인의 동기 중 가장 높은 비율을 보인 것이 민사소송을 준비하기 위한 것이었고 그 비율이 전체동기 중 40.3%를 차지하였다고 발표하였다. 조기영, 앞의 논문, 27면.

54) 법무부, 개정형사소송법, 152면.

재정법원의 심리를 수사에 준하는 절차라고 보는 수사설을 지지하는 입장으로 일반적으로 통용되는 학설이 아니고 재정신청절차가 검사의 불기소처분의 적정여부를 심사하는 소송이라는 성격을 간과한 면이 있으며, 민사소송에 증거서류로 제출하지 못하도록 하는 법조문이 없으면 모를까 이러한 조문이 있는 상황에서는 타당한 설명이라 할 수 없다.

형사소송법 제294조의4 제5항은 “소송기록을 열람 또는 등사한 자는 열람 또는 등사에 의하여 알게 된 사항을 사용함에 있어서 부당히 관계인의 명예나 생활의 평온을 해하거나 수사와 재판에 지장을 주지 아니하도록 하여야 한다”라고 규정하고 있어, 재정신청인이 사실상 수사기록의 열람·등사로 인하여 가지게 될 이익이 없어 특별한 부작용이 발생할 위험성이 희박하다. 그런데 반하여 재정신청인이 수사기록을 열람·등사함으로써 인하여 피해자로서의 권리가 사실상 보장될 수 있고, 재정신청절차에서 피신청인이 하는 변명에 대하여 반박하도록 보장하는 등 하고 싶은 모든 변론을 할 수 있도록 허가해 준다면, 재정신청절차의 시행으로 인하여 효율적인 성과가 나오는데 큰 도움이 될 것이다. 따라서 재정신청인에게 수사기록의 열람·등사권을 인정하는 해석론이 상당하다 하겠다.

7. 바람직한 운용방법에 대한 제안

대개 검사가 불기소한 사건의 수사기록은 기소하는 근거로 사용하기에 적절한 증거보다는 불기소처분 하는데 부합하는 증거가 더 많은 관계로 법원이 그 기록만 보고서는 검사의 불기소처분이 틀렸다고 판단하고 공소제기명령을 할 가능성이 많지 않다.⁵⁵⁾ 그러나 재정신청절차에서 법원이 추가로 증거를 확보하는 것을 허용하고 있

55) 일본의 경우 지정변호사 경험자들은 ‘부심판사건에서는 경찰과 검찰이 통상사건과 마찬가지로 협의를 굳히는 수사가 아니라 당초부터 불기소의 방침으로 수사를 하고 있어 이러한 수사의 왜곡에 의해 유죄증거의 누락이 생긴 것을 공판에서 보충하는 것은 지극히 곤란하고 그런 점으로 인하여 부심판사건에서 유죄율이 낮게 반영되고 있는 사태를 시정하기 위해서는 부심판청구절차의 방법이 개선되지 않으면 안 된다’고 일치하여 지적하고 있다고 한다. 정혜순, 앞의 논문, 68면 참조(정혜순은 三上孝政, 檢察官役 辯護士からみた付審判制度の問題點と改善策, 自由と正義 43권7호, 1992, 20면 등을 인용하여 일본의 견해를 소개하고 있다).

므로 불기소처분시까지 행하여진 수사결과에만 의존할 수 없는 것은 당연하고 사건과 관계된 모든 증거를 수집하고 음미하는 것이 필요하므로 이를 위해서는 재정신청인이 참여하여 심리하는 방식을 취하는 것이 바람직하다고 생각한다.⁵⁶⁾

서울고등법원은 1999년에 재정신청사건실무편람을 출판하면서 ‘재정신청의 증거수집은 그 사건에 대하여 가장 열의를 갖는 신청인 또는 대리인으로 하여금 하도록 하고, 법원은 이들이 제출한 증거를 기초로 판단하는 것이 가장 효과적이고 적당하다.’⁵⁷⁾는 실무지침을 밝힌 바 있었다. 법원이 이러한 방식으로 증거를 수집하기 위해서는 재정신청인에게 어떤 증거가 누락되었고 어떤 증거가 필요한지에 대하여 설명할 필요가 있으므로 필연적으로 재정신청인 또는 대리인을 심리에 참여하게 하여야 한다.⁵⁸⁾ 형사소송규칙 제24조도 “법원은 결정을 함에 있어 필요한 경우에는 증인을 신문하거나 감정을 명할 수 있으며, 이러한 경우에는 검사, 피고인, 피의자 또는 변호인을 참여하게 할 수 있다”라고 같은 취지를 규정하고 있다. 이에 법원이 재정신청사건 심리절차를 밀행성의 원칙 때문에 직권으로 진행하는 것이 원칙이라고 보는 분조차도 예외적으로 재정신청인 등 관계인을 심리에 관여토록 하는 것이 적절하다는 견해를 표명하고 있다.⁵⁹⁾

필자는 개인적으로 재정신청인이 대리인을 선임한 상황이라면, 대리인인 변호사는 검사에 준하는 법률전문가이므로 법원은 변호사로 하여금 증거관계에 대한 변론을 하게 한 다음, 그에게 사건에 관한 정보를 충실히 제공하여 그가 수사기록을 열람한 것과 같은 정도의 정보를 얻도록 하면서 변론의 타당성 여부를 설명하고 그로 하여금 증거수집을 하도록 촉구하는 것이 적절하다고 생각한다. 이렇게 제도를 운용

56) 앞의 논문, 73-74면 참조.

57) 서울고등법원(편), 앞의 책, 76면.

58) 앞의 책은 ‘형사소송의 이념을 적정절차의 보장으로 파악하는 관점에서 보면, 준기소절차에서도 신청인과 피의자의 절차참여의 기회를 확대하는 것이 타당하다. --- 준기소절차가 밀행성의 원칙과 직권주의가 지배하는 절차라는 점은 의문의 여지가 있다.’라고 역설하고 있다. 앞의 책, 18면.

59) 앞의 책, 34면 참조. 앞의 책은 여러 필자가 한 부분씩 맡아서 집필한 책이어서 전체 의견이 통일되어 있지 않고 다양한 의견이 나타나 있다. 재정신청절차의 구조 및 본질에 대하여도 다양한 의견이 나왔는데, 직권주의를 주장하는 분마저도 관계자의 참여가 바람직하다는데 동의하고 있다.

한다면 실사 현행법 제정경위를 고려한 해석론으로 인하여 법원이 수사기록을 열람 또는 등사하도록 허가할 수 없다고 해석한다 하더라도, 실질적으로 재정신청인에게 수사기록을 열람하게 한 것에 준하는 효과를 거두어 재정신청제도가 성공하는데 도움이 될 수 있다고 생각한다. 결론적으로, 법원은 재정신청인 또는 대리인을 심리에 참여하게 한 다음 피신청인이 어떻게 변명하고 있는지, 그리고 증거물로 어떤 것이 있는지 자세히 설명해주고,⁶⁰⁾ 피신청인의 변명을 배척하고 고소사실을 입증하기에 충분한 증거를 확보할 수 있는지 질문하며 재정신청인으로 하여금 필요한 증거를 수집하여 제출하도록 촉구하는 것이 바람직하다 하겠다.

재정신청인이 재정신청절차에서 증인을 신문할 권한이 있는지에 대하여 논란의 여지가 있으나, 재정신청인이 이처럼 증거확보에 주된 임무를 맡게 된다면 재정신청인이 증인신문을 요구하는 이유와 신문사항을 사전에 법원에 제출함으로써 법원이 이를 참조하여 증인신문을 하게 되면 결국 재정신청인이 증인을 신문하는 것과 동일한 효과가 있는 것이다.

이렇게 법원이 재정신청인이나 대리인을 친절하게 대할 경우, 실사 재정신청이 기각되더라도 재정신청인이 법원을 불신할 가능성이 많이 줄어들 것으로 예상된다. 법원이 범죄 피해자인 재정신청인에게 많은 정보를 제공하고 원하는 변론을 충분히 하게 하며 필요한 증거를 수집하도록 촉구함으로써 법원의 입장을 투명하게 밝히는 방식으로 재정신청절차를 운용한다면, 실사 재정신청인이 원하는 바대로 공소제기 명령이 내려지지 않고 신청기각이 내려진다고 하더라도, 재정신청인은 자신의 권리가 최대한 존중받았고 그가 하고자 하는 주장을 충분히 할 수 있었다는데 위안을 얻으며 법원을 신뢰할 가능성이 높아질 것이기 때문이다.

60) 현재 법제처가 심사 중인 ‘범죄피해자 기본법(안)’ 제8조(형사절차 참여 보장 등)는 “국가는 범죄피해자가 당해 사건과 관련하여 수사담당자와 상담하거나 형사절차상의 권리를 행사할 수 있도록 보장하여야 하며, 범죄피해자의 요청이 있는 경우에는 가해자에 대한 수사결과, 공판기일, 재판결과, 형집행 및 보호관찰 집행상황 등 형사절차관련정보의 제공들이 이루어질 수 있도록 필요한 대책을 강구하여야 한다.”라고 규정하고 있어, 범죄피해자에게 수사결과를 제공하는 것이 바람직하다고 선언하고 있다.

V. 결 론

종전의 재항고제도가 폐지되는 대신 재정신청제도가 확대 운용되게 되었다. 그러나 재정신청제도가 확대 운용된다고 하더라도, 현재 법원이 하는 실무방식으로는 기대하는 성과가 나온다고 장담할 수 없다. 새로운 재정신청제도가 성공적으로 운용되기 위해서는 법원이 재정신청인의 권리를 최대한 보장하는 방향으로 나가야 한다.

법원은 재정신청인이나 대리인에게 수사기록의 열람·등사권을 인정하는 방향으로 운용해야 하고, 해석론 상 열람·등사권을 인정하기 어렵다 한다면, 재정신청사건을 심리함에 있어서 재정신청인 또는 대리인에게 피신청인이 하는 변명과 증거물에 대하여 상세히 설명하고 이를 배척할 수 있는 증거를 수집해 오도록 촉구하는 등 적극적으로 재정신청제도를 운용하여야 한다. 이러한 제안은 서울고등법원이 자체적으로 개정 전 형사소송법에 의한 재정신청사건을 심리함에 있어서 지침이 되는 책자인 재정신청사건실무편람에서도 존재하였었다. 법원은 시대흐름에 맞게 사법행정을 주도해 나가야한다고 생각한다. 그리고 증거수집이 제대로 되지 않을 경우 증거가 부족하여 공소제기명령을 할 수 없다는 점을 설명하며 재정신청을 기각함으로써 재정신청인의 신뢰를 얻는 노력을 하여야 한다. 법원이 이렇게 국민에게 봉사한다는 마음가짐을 가지고 실무를 해야 재정신청제도를 운용한 결과 드러난 성과가 보잘 것 없더라도 국민으로부터 신뢰를 잃지 않을 수 있지, 이런 친절을 베풀지 않는다면 법원 역시 신뢰할 수 없는 기관이라는 낙인이 찍힐 위험마저 있는 것이다.

검찰은 이렇게 제도가 운용되어 공소제기명령이 많이 나오게 되더라도 이런 결과에 불편해 하지 말아야 하겠다. 그리고 법원이 열심히 심리를 하는데도 공소제기명령률이 예전의 재항고인용률과 별다른 차이가 없는 것으로 드러나게 된다면, 검찰의 수사가 부실하지 않고 불기소처분이 정당하였다는 평을 받을 수 있는 여건이 마련되었다는데 만족할 수 있을 것이다.

끝으로 재정신청인을 대리하는 변호사도 법원의 태도를 재정신청인에게 자세히 해설하고, 법원이 요구하는 증거를 제대로 수집할 수 없게 된다면 재정신청인에게 재정신청이 기각될 수밖에 없다는 점을 설명하여 법원이 공정하게 사건을 처리하고 있다는 인식을 재정신청인이 가지도록 노력하여야 하겠다. 이렇게 법조 3류가 노력한다면

국민을 위한 사법이 행하여지고 있다는 인식이 확산되어 법원과 검찰이 신뢰를 받게 되고 최종적으로 우리나라에 법치주의가 자리 잡게 될 것⁶¹⁾이라고 생각한다.

61) 최중영 대법원장이 취임사에서 '국민의 목소리에 귀기울이면서 지속적으로 개혁작업을 추진해 나아갈 것입니다. --- 사법부가 국민의 존경을 받을 때 비로소 우리 사회에 법치주의가 자리 잡게 될 것입니다.'라고 한 소원이 성취되도록 우리 모두 노력하여야 하겠다.

참고문헌

- 김선수, 사법개혁 리포트, 박영사, 2008.
- 민주적 사법개혁실현을 위한 시민연대, 온 국민이 함께 가는 민주적 사법개혁의 길, 필맥, 2006.
- 박미숙, 박상현, 재정신청제도의 전면확대에 따른 정책검토, 한국형사정책연구원, 2006.
- 배종대, 이상돈, 정승환, 신형사소송법, 법문사, 2008.
- 법무부, 개정형사소송법, 2007.
- 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해석, 2007.
- 사법개혁위원회, 사법개혁위원회자료집(III), 2004.
- _____, 사법개혁위원회자료집(VI), 2005,
- 사법제도비교연구회, 사법개혁과 세계의 사법제도[V], 사법연구지원, 2007.
- 서울고등법원(편), 재정신청사건실무편람, 1999.
- 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2008.
- 송기오, 강경래, 범죄피해자 보호 및 지원제도, 한국형사정책연구원, 2005.
- 송민 최종영 대법원장 재임기념문집 간행위원회, 21세기 사법의 전개, 박영사, 2005.
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008.
- 심희기, 형사정책과 사법개혁에 대한 조사 연구 및 평가(1):[3] 사법개혁에 대한 평가와 전망, 한국형사정책연구원, 2007.
- 이완규, 개정형사소송법의 쟁점, 탐구사, 2007.
- 이재상, 신형사소송법[제2판], 박영사, 2008.
- 임동규, 형사소송법, 법문사, 2006.
- 정진수 외 15명, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안[1]:형사사법에 대한 국민의식과 사법서비스 개선방안, 한국형사정책연구원, 2004.
- 정혜순, 재정신청제도에 관한 비판적 고찰, 석사학위 논문, 성균관대학교, 2008.
- 표성수, 개정형사소송법해설, 국민대학교 출판부, 2007.
- 황지태 외 4명, 형사정책과 사법개혁에 대한 조사 연구 및 평가 [I]:[2] 사법개혁의 방향과 중요쟁점에 대한 전문가 의식조사, 한국형사정책연구원, 2007.

- 전승수, “개정형사소송법상 재정신청제도”, 형사법의 신동향 제14호, 대검찰청, 2008.
- 조기영, “재정신청제도의 전망과 과제”, 형사법의 신동향 제14호, 대검찰청, 2008.
- 표창원, “영국의 형사사법제도개혁”, 사법개혁과 세계의 사법제도[V], 사법연구지원, 2007.

Desirable Application on the Judicial Review for a Disposition not to Indict Complainante

Park, Seung-Jin*

Korean code of criminal procedure has been changed a lot nowadays. Most people want to change the attitude of the court and the prosecutor's office. Especially complaints have a discontent to the prosecutor's decision not to indict complainantes. Even though complaints make petitions to supreme prosecutor's office for the decision, there is little probability that the decision is repealed. So the victims's opinion that they could appeal to the court for the prosecutor's decision to be judged by the court grows up and finally the organization to review the decision is changed from the supreme prosecutor's office to court.

Many scholars forecast that the outcome of change will be insignificant or same compared to the past system. Therefore the court have to apply the review procedure positively. The court should in no case close the procedure by the complainant's written petition and investigation documents only. In order to achieve successful result, the complainant could has the right to read investigation documents or make a copy of them. If the right to read is denied by interpretation, the complainant should be informed of the circumstances of investigation such as the complainante's apology and the witness's statement. And it is needed for the court to not only hear the oral proceeding of an interested person but also urge the complainant or his

* Professor, University of Seoul, Lawyer

lawyer search evidences. Such effort of the court could make the citizens feel the court does its level best and think theyr rights are guaranteed. Sincere effort of the court will make win public confidence.

❖ Keywords : petition, decision not to indict, complainant, outcome, read, document, oral proceeding, confidence.