

다시 개정되어야 할 재정신청제도

김태명*

국 | 문 | 요 | 약

지난 2007년 형사소송법의 전면개정과 함께 그동안 검찰의 공소권남용에 대한 통제장치로 여겨져 왔던 재정신청제도가 대폭적으로 수정되었다. 이번 개정에서는 재정신청의 대상범죄가 모든 범죄로 확대되었다는 점에서는 긍정적으로 평가를 받고 있다. 하지만 고발사건은 제외함으로써 확대의 의미가 반감되었고 법원이 재정신청을 인용하는 경우 과거에는 부심판결정을 하고 공소유지변호사로 하여금 공소유지를 담당하게 한 것과는 달리 개정형사소송법에서는 공소제기 결정을 하고 검사로 하여금 공소의 제기과 유지를 담당하게 함으로써 재정신청제도의 실효성이 퇴색되었다는 비판이 제기되고 있다.

특히 최근 발생한 검찰의 비리사건을 계기로 시민단체를 중심으로 재정신청이 검찰권에 대한 통제장치로서 재대로 기능하기 위해서는 대상범죄를 고발사건까지 확대하고 2007년 개정이전의 형사소송법에서와 같이 불기소처분을 내린 검찰이 아닌 법원이 정한 특별검사로 하여금 공소유지를 담당하게 해야 한다는 주장이 강력하게 제기되고 있다.

필자는 이번 개정형사소송법상의 재정신청제도는 고소인뿐만 아니라 고발인에 대해서도 재정신청권을 부여하고 재정신청이 인용된 경우 법원이 지정한 변호사로 하여금 공소수행을 담당하게 한 제정형사소송법(1954년)의 모습과는 상당히 다른 것으로 재정신청제도의 본연의 기능을 수행하기 위해서는 개정이 불가피하다고 본다. 본 논문은 독일의 기소강제절차와 일본의 검찰심사제도 등의 도입과 변화과정을 참고하면서 개정형사소송법상의 재정신청제도를 둘러싸고 전개되고 있는 개별적인 쟁점을 분석하고, 개정의 방향을 제시하고자 한다.

❖ 주제어 : 재정신청, 검찰심사회, 준기소절차, 기소강제절차, 검찰권 통제

I. 머리말

지난 2005년 1월에 출범한 사법제도개혁추진위원회(이하 사개추위라고 함)에서

* 전북대학교 법학전문대학원 교수

많은 논란을 거친 끝에 마련된 형사소송법개정안이 2006년 1월 정부안으로 국회에 제출된 이후 법제사법위원회의 심의와 수정을 거쳐 2007년 4월 국회를 통과함으로써 형사소송법이 제정된 지 50여년 만에 대폭적인 개정(改正)이 이루어졌다. 의례 법이 바뀌면 ‘개정(改正)’이라고 하나 재정신청제도만을 놓고 보면 과연 개정이라고 말할 수 있을지 비판적인 시각이 적지 않다.¹⁾ 비판은 재정신청의 대상범죄가 모든 범죄로 확대되었지만 고발사건은 제외함으로써 확대의 의미가 반감되었다는 점과 법원이 재정신청을 인용하는 경우 과거에는 부심판결정을 하고 공소유지변호사로 하여금 공소유지를 담당하게 한 것과는 달리 개정형사소송법에서는 공소제기결정을 하고 검사로 하여금 공소의 제기과 유지를 담당하게 하였으며, 법원의 결정에 대해서는 불복을 할 수 없도록 하였다는 점에 맞추어져 있다.

개정형사소송법상의 재정신청제도는 그 동안 검찰권에 대한 효과적인 통제수단으로서 다시 부활하기를 기대해 왔던 국민적 여론을 반영하여 마련된 사개추위의 개정안과도 사뭇 다르다. 주지하다시피 지난 2006년 사법개혁추진위원회는 모든 범죄에 대하여 고소인과 고발인의 재정신청을 가능케 하고, 법원의 심리의 효율성을 도모하기 위하여 관할법원을 지방법원합의부로 변경하며, 재정신청의 남발로 인한 폐해를 줄이기 위하여 검찰청고전치주의와 비용부담과 담보제공제도를 채택하는 것을 주된 내용으로 재정신청제도의 개선안을 마련하였다. 구체적인 부분에서 다소 미흡한 점이 없지 않았지만 사개추위의 개정안은 재정신청대상범죄의 전면적 확대를 전제로 하고 있었다는 점에서 상당히 긍정적인 평가를 받았다.²⁾

그러나 검찰은 재정신청범위의 확대에 대해 강력히 반발해 왔다. 심지어는 재정신청제도를 “기소 및 판단을 사법부에서 전부 하기 때문에 권력분립에 대한 예외요 탄핵주의의 포기인 동시에 규문주의로의 회귀”라고 혹평을 가하기도 하였다.³⁾ 사개추위의 개정안에 대한 검찰의 반발은 국회심의과정에서까지 계속되었고 급기야 재

1) 박기석, “개정 형사소송법의 재정신청제도”, 비교형사법연구 9권 1호(2007), 197면 이하; 김태명, “개정형사소송법상 재정신청제도에 대한 비판적 검토”, 형사법연구 19권 4호(2007 겨울), 75면 이하; 류전철, “개정 형사소송법상 재정신청의 성격과 문제점”, 영남법학 26호(2008), 215면 이하 참조.

2) 김태명, “재판상 준기소절차의 활성화방안”, 비교형사법연구 8권 1호 특집호, 353면 이하 참조.

3) 길태기, “재정신청에 담긴 의미”, 법률신문 3018호(2003.4.13.자) 참조.

정신청의 대상에서 고발사건을 제외하고, 관할법원을 고등법원으로 환원하며, 법원이 공소제기결정을 하면 검사가 공소의 제기와 유지를 담당하도록 하는 방향으로 수정되었다.

검찰은 이러한 수정을 놓고 “사법제도개혁추진위원회의 논의에서도 재정신청을 전면확대하는 경우에 그 전면확대가 갖는 소송법적 의미, 소송구조에 미치는 영향, 전면확대시 법원의 권한에 대한 통제 등 세부적인 점에 대한 충분한 논의와 검토가 없는 상태에서 입법안이 만들어졌다. 그나마 국회에서 사개추위안의 문제점을 인식하고 중요부분을 수정했[다]”고 상당히 긍정적으로 평가하였다.⁴⁾ 간단히 정리하자면 사개추위안은 잘못된 방향으로 나아가고 있었는데, 그나마 국회심의과정에서 ‘개정’이 이루어졌다는 것이다. 한편 학계에서도 개정형사소송법상의 재정신청제도를 비교적 긍정적인 평가가 내려지기도 하였고, 그런 사람들의 글에서는 재정신청의 범위, 공소담당자를 둘러싼 논의는 일단락되었다고 보고 재정신청권자(고소인)의 범위, 헌법소원 심판청구의 가부, 재정법원의 수사개시결정의 가부 등 해석론적 쟁점을 중심으로 논의해 가자는 취지의 글이 발표되기도 하였다.⁵⁾

그런데 개정형사소송법상의 재정신청제도가 시행된 2008.1.1. 이후 재정신청이 받아들여져 진행된 본안재판 중에 공소유지를 담당한 검찰이 피고인에 대해 구형을 하지 않거나 아예 무죄를 주장하는 경우가 빈발하고 이런 사건 중에서 재판결과 유죄가 선고되는 경우가 10여건이나 되는 등 검찰이 공소유지 담당자로서의 책무를 충분히 다하고 있지 않다는 비판이 제기되면서, 시민단체를 중심으로 재정신청의 대상범죄를 고발사건까지 확대하고 2007년 개정이전의 형사소송법에서와 같이 불기소처분을 내린 검찰이 아닌 법원이 정한 특별검사로 하여금 공소유지를 담당하게 해야 한다는 주장이 강력하게 제기되고 있다.⁶⁾

4) 이완규, “개정법상 재정신청제도의 몇 가지 쟁점”, 형사소송법연구 I (2008), 556면.

5) 박미숙, “개정 형사소송법상 재정신청제도의 효율적 운용방향”, 형사정책연구 18권 7호(2007년 가을호), 705면 이하; 조기영, “재정신청절차의 해석론적 쟁점”, 형사법연구 20권 1호(2008년 봄호), 137면 이하 참조.

6) 참여연대 사법감시센터, “정몽준 의원 구형포기, ‘무책임’한 검찰의 ‘예상’된 행동-불기소결정사건의 공소유지권한 달라고 했던 검찰이 모순, 재정신청사건 공소유지권한 검찰에게 준 형소법개정해야”, 2009.3.11. 및 참여연대, “재정신청사건에서 모순에 빠진 검찰-육심에 비해 성실하지 않은 검찰이 재정신청제도를 흔들고 있다”, 2009.9.30. 참조.

그리고 정치권에서는 삼성 X파일 사건, 전 국세청장 그림로비의혹사건 등과 같이 대부분 고발로 수사가 착수되는 공익에 관련되는 중요한 사건의 경우에는 검찰이 불기소처분을 하더라도 통제장치가 미흡하므로 재정신청 제도가 검찰의 기소독점주의와 기소편의주의에 대한 실질적 통제장치로서 활용될 수 있도록 모든 고발사건에 대하여 재정신청 대상범죄를 확대하여 하고, 또한 검찰의 불기소처분에 대하여 또다시 검찰로 하여금 공소를 유지하도록 하는 것은 공정성을 담보하기 어려우므로 법원이 공소유지변호사를 지정하여 수행하도록 해야 한다는 주장이 제기되었고, 지난 해 9월에는 이러한 내용을 담은 형사소송법개정안이 국회에 제출된 바 있다.⁷⁾ 또한 최근 검찰, 법원, 변호사 등 사법제도 전반에 걸친 개혁방안에 대해 논의를 진행하고 있는 국회 사법개혁특별위원회는 지난 4월 13일 국회에 학계와 법조계 인사들을 진술인으로 초청해 ‘국민을 위한 사법제도개혁, 검찰관계법에 관한 공청회’를 개최하였는데, 여기에서는 검찰권에 대한 통제방안으로 대검 중수부 폐지, 공직자비리수사처 설치, 재정신청사건 확대, 영장항고제 도입, 피의사실공표죄 처벌강화 등이 주장되었다.

최근 검찰권에 대한 시민적 감사통제와 관련된 논의를 보면 재정신청제도의 개정작업은 끝난 것이 아니라 여전히 진행되고 있는 상황이라고 할 수 있다. 이 시점에서 우리는 재정신청제도가 왜 필요한가를 다시 묻지 않을 수 없다.

주지하다시피 우리나라 입법자들은 기소독점주의와 기소편의주의를 채택하면서 당시 형사소송법의 정치도구화와 검찰의 정치세력 변경화(番犬化)⁸⁾가 우려되는 현실 속에서 검사의 자의적인 불기소처분을 효과적으로 통제할 수 있는 장치가 필요하다는 인식에서 재정신청제도의 도입을 강력하게 추진하였다. 이로써 검찰의 반대에도 불구하고 제정 형사소송법에는 재정신청의 대상범죄에 대한 제한을 두지 않고 법원이 지정한 변호사로 하여금 공소유지기능을 담당케 하는 준기소절차가 채택되게 되었다. 그러나 입법자들이 애써 도입한 재정신청제도는 1973년 유신정권하의 비상국무회의에서 그 범위가 직권남용죄 등 3개의 범죄로 축소된 후 재정신청건수가 급격히 감소하였고 1978년부터 1987년까지 부심판된 사건이 단 한 건도 없을

7) 박영선 의원 대표발의, 형사소송법일부개정법률안(의안번호 5992), 2009.9.11. 참조.

8) 이 표현은 엄상섭, 권력과 자유(1957). 321면에서 인용한 것임.

정도로 형해화되었다. 다만 1987년의 이른바 부친성고문사건을 계기로 재정신청의 가치가 재조명되기 시작하면서 재정신청의 대상범죄를 확대해야 한다는 주장이 강력하게 제기되었고, 입법적으로 공직선거및선거부정방지법(1994), 헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법(1995), 5·18민주화운동등에관한특별법(1995), 의문사진상규명에관한특별법(2000), 부패방지법(2001) 등에 의해 재정신청의 범위가 조금씩 확대되었다. 사개추위의 개정안은 바로 이와 같은 재정신청제도 개정에 대한 그동안의 국민적 요구가 결집된 것이라고 평가할 수 있다.

그러면 이처럼 재정신청 대상범죄의 확대요구가 빗발쳤던 이유는 어디에 있는가? 그것은 간단히 검찰권의 남용에 대한 실효성있는 견제수단의 확보라고 간단히 말할 수 있다. 우리나라의 검찰은 독재정권과 군사정권을 거치면서 ‘공익의 대표자’, ‘국민전체에 대한 봉사자’가 아니라 ‘정치의 주구’, ‘권력의 칼’이라는 비판을 받아 왔고, 군사정권을 청산한 이후는 물론 여야간의 정권교체가 이루어진 이후에도 그 사정에는 큰 변화가 없었다.⁹⁾ 12·12사건에 대한 기소유예처분, 5·18내란사건에 대한 불기소처분 그리고 각종 법조비리 사건, 옷로비 사건과 및 파업유도 사건 그리고 최근의 대통령 사돈기업인 효성그룹 비자금조성사건 등에서 볼 수 있다시피 권력형 비리사건이나 대형 부정부패 사건에서는 항상 검찰의 정치적 중립성이 의문시되어 왔고, 최근에는 한명숙 전 총리에 대한 무죄판결로 촉발된 검찰개혁 여론을 반영하듯 국회 사법개혁특별위원회에서는 그 동안 법원개혁안 중심의 논의에서 벗어나 검찰의 정치적 중립성과 검찰권력의 제한 등 검찰개혁이 논의되면서 재정신청제도의 재개정이 그 중요한 의제 중의 하나가 된 것이다.¹⁰⁾

사개추위의 개정안을 대폭적으로 수정한 개정형사소송법상의 재정신청제도를 긍정적으로 평가하는 견해는 사개추위의 논의과정을 “재정신청제도는 소송구조를 당사자주의의 방향으로 할 것인지 아니면 직권주의의 방향으로 할 것인지, 소추의 원칙 중 국가소추주의를 유지할 것인지 사인소추를 인정할 것인지, 나아가 공중소추주의의 방향을 인정할 것인지와 관련이 있다. 그리고 기소법정주의로 할 것인지 기소편의주의로 할 것인지 등 형사소송의 큰 틀과 관련이 있다. 그런데 이렇게 중요한

9) 한인섭, 권위주의 형사법을 넘어서(2000), 64면.

10) 법률신문 2010.4.16.자, “기소독점권 견제 위해 재정신청 고발사건까지 확대” 참조.

제도의 변화임에도 법개정 논의과정에서는 공판중심주의, 공판절차의 개정, 증거법 개정, 인신구속절차, 국민의 형사재판참여 등 수많은 커다란 쟁점 사항에 묻혀 단순히 검사의 불기소처분에 대한 통제확대라는 관점에서 접근되었고, 그러한 명분하에 재정신청 대상범죄를 한정하는 조문만 전면확대로 변경하면 된다는 정도의 수준에서 논의되었다.”고 비판한 바 있다.¹¹⁾

그러나 재정신청 대상범죄의 확대는 결코 공판중심주의, 소송구조, 공판절차 등의 차원에서만 - 또는 그것에 특히 중점을 두면서 - 접근해서는 안 될 뿐만 아니라, 재정신청제도의 도입취지와 그 동안 검찰이 자초한 각종 의혹과 불신을 보면 ‘검사의 불기소처분에 대한 통제’라는 관점 그 하나만으로도 재정신청의 대상범죄를 확대해야 할 필요성을 설명하기에 충분하다고 할 것이다.¹²⁾ 특히 재정신청제도는 직권주의 소송구조에 적합한 제도로서 당사자주의 소송구조와는 모순된다는 주장은 마치 독일의 기소강제절차는 직권주의 소송구조에 가장 적합한 제도로서 당사자주의를 지향하는 우리나라의 소송구조 하에서는 마땅히 폐지 또는 축소되어야 할 제도라는 오해를 불러일으킬 소지가 크다. 그러나 독일에서 - 재정신청권자를 고소인으로 한정하고 재정신청이 인용되면 검사로 하여금 공소수행을 담당하게 하는 - 기소강제절차가 도입된 과정을 살펴보면, 당사자주의적 입장에서 제기된 - 재정신청권자를 고소인뿐만 아니라 고발인에게도 인정하고 법원이 지정한 변호사로 하여금 공소수행을 담당하게 해야 한다는 - 주장을 직권주의적 입장에서 축소한 결과이다. 그리고 최근 일본에서는 당사자주의를 강화하여 검찰심사회의 기소의결에 대하여 구속력을 부여하고 재심사에 의해 기소의결이 된 경우 법원이 지정한 변호사로 하여금 공소수행을 담당하게 하는 방향으로 나아가고 있다.

이하에서는 우선 우리나라에서 재정신청제도가 어떤 취지로 도입되고 어떻게 운용되었는지에 대해 간단히 살펴본 후, 독일 그리고 최근 일본에서 전개되고 있는

11) 이완규, 앞의 글, 556면.

12) 재정신청제도가 검찰권남용에 대한 통제수단으로서 가지는 의미를 강조하는 견해로는 하승수, “검찰권남용에 대한 통제수단으로서의 재정신청제도”, 법과사회 16·17호, 1999, 54면 이하; 조국, “강조되어야 할 예외로서의 재정신청제도”, 형사관례연구 8호(2000), 550면 이하; 김갑배, “기소권제도의 개선방안”, 민주사회를 위한 변론, 2003 1·2호, 117면 이하; 문준영, “검찰권 행사에 대한 시민적 통제와 참여”, 민주법학 29호(2005), 290면 이하, 하태훈, “검찰권 통제 및 검찰제도 개혁방안”, 법과사회 37호(2009 하반기), 91면 이하 참조.

검찰권남용의 통제방안에 대한 논의를 참고로 하여 앞으로 재정신청제도가 다시 제 자리를 찾기 위해서는 어떤 방향으로 개정되어야 할지에 대해 살펴보고자 한다.

II. 재정신청제도의 도입과 시행과정상의 논란

1. 재정신청제도의 도입과정

일제치하 35년간 검사의 기소독점주의와 기소편의주의의 폐해를 경험했던 우리나라의 입법자들에게 있어서 검사의 소추재량권을 어떻게 통제할 것인가는 형사소송법 제정 당시부터 커다란 고민거리였다. 미국사법제도시찰단은 기소유예제도는 검사가 재판관적 권한을 행사하는 제도이며 민주주의적 형사소송의 이상인 공판중심주의, 재판관중심주의를 실현하자면 검사의 기소유예 처분권한을 회수하여야 한다는 주장까지 제기하였다.¹³⁾ 그러나 검사의 소추재량권의 남용을 통제하기 위해서는 기소법정주의가 바람직하지만 당시의 상황으로서는 기소법정주의로 전환하는 것이 어려우므로 기소편의주의의 관료적 단점에 대한 민중적 공제(控除) 수단으로서 보충적 자소(自訴)제도를 도입하자는 주장이 제기되었고,¹⁴⁾ 1949년 법전편찬위원회에서 심의된 형사소송법요강안에는 ‘사인소추제도’라는 이름으로 검찰관의 불기소처분에 대하여 사인이 재판소에 항고를 하고 재판소가 항고가 이유있다고 인정하여 기소함이 상당하다는 결정을 한 때에 검찰관에게 하여금 기소의무를 부과하는 제도를 두게 되었다.

법전편찬위원회 심의과정에서 청구권자에 고소인뿐만 아니라 고발인도 포함시키고 ‘항고’라는 표현은 ‘처분의 당부에 대한 판단을 청구’라는 표현으로 수정되고 청구가 이유있는 때에는 ‘공판에 부하는 결정’을 내리는 것으로 변경되었으나 검찰의 강력한 반발에 부딪혔고,¹⁵⁾ 급기야 1953년 국회에 제출된 법전편찬위원회의 형사

13) 미국사법제도시찰단, “미국사법제도시찰보고서”, 법정 2권 9호(1947.9), 51면 이하.

14) 장승두, “기소편의주의와 자소제도”, 법정 4권 9호(1949.9), 5면 참조.

15) 문준영, “한국검찰제도의 역사적 형성에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문(2004.2), 223면 참조.

소송법초안에는 아예 재정신청제도를 삭제하고 불기소처분에 대한 검찰항고제도만을 두기에 이르렀다.¹⁶⁾

그런데 엄상섭(嚴祥燮) 의원이 ‘하늘 밑에서 처음 보는 국회’라고 칭한 제2대 국회에¹⁷⁾ 정부초안이 제출되자 국회에서는 선거법위반사건과 같이 정치적으로 예민한 사안에서 검사의 정치적 중립성을 신뢰할 수 없다고 판단하고 형사소송법요강안에서 잠시 채택된 것과 같이 법원의 부심판결정이 있으면 검사가 공소유지를 하는 방식이 아니라 일본의 준기소절차에서와 같은 공소유지변호사제도를 도입할 필요성을 절감하고 법원이 지정한 변호사로 하여금 공소유지를 담당하게 하는 제도를 채택하게 되었다. 당시 국회 법제사법위원회에서 정부가 제출한 형사소송법초안의 수정에 큰 역할을 담당한 엄상섭 의원은 재정신청제도의 도입취지를 다음과 같이 설명하고 있다.

종래의 예를 보면 증거가 역력함에도 불구하고 기소를 안 하는 수가 있는데, 이것이 정치적으로 이용될 때에는 중대한 문제입니다.¹⁸⁾ 그래서 여기에서는 다른 나라의 입법례같은 것을 여러 가지로 참작해서 기소편의주의와 검사공소권에 대하여 검찰기관과는 별개의 사법기관으로 하여금 관여를 시켜서 통제를 하자, 그런 것을 여기에 생각한 것입니다.

그런데 여기에서 전혀 검찰기관에 대해서 그 항소권을 없애 버리고 나가는 이런 방향을 하나 생각할 수 있고 또 검찰기관에 대해서 길을 열어 놓으면서 고발된 고소인이 기소되기를 지극히 원하는 사건도 기소안하고 암암리에 매장되어 버리는 것은 될 수 있는 대로 재판기관을 관여케 하여서 그 공정을 기대해 보자고 하는 것입니다. 여기에는 피고소인 또는 피고발인에만 이런 방법이 공무원인 경우가 많아요. 그래서 공무원인 경우로 하는 것이 좋지 않을까 하는 것까지 생각하였는데, 이 점을 또다시 생각해 보면 그 검사가 소속되어 있는 지방검찰청에서 다시 한 번 고려할

16) 신동운 편, 형사소송법개정자료집, 한국형사정책연구원(1990), 44면.

17) 엄상섭, 앞의 책, 114면.

18) 엄상섭위원은 제18회 제19차 국회본회의에서의 발언에서 불고불리(不告不理)의 원칙상 어떤 개인이 절도, 사기 또는 살인을 당한 경우에 검사가 기소를 하지 않는 경우에는 피해자의 권리는 확보될 수 없을 뿐만 아니라, 범죄가 정치적인 문제에 관련되어 있는 경우에는 (예컨대 여당측의 선거사범은 전혀 불문에 부쳐버리고 야당측의 선거사범만 전부 적발하여 기소함으로써) 그 폐단이 많다고 주장하였다(신동운 편, 앞의 책, 281-282면).

수 있는 기회를 줬고 그렇게 했으니 만일 사건에 있어서 피고인이나 고소인이 기소되기를 지극히 원하는 사건은 억울한 점이 있을 것이니, 대개 고등법원까지 나가지 않게 하고 검찰청 내부에서 이것을 처리할 수 있어야만 될 것이라고 해서, 지방법원에다가 직접 이런 항소권을 주지 않고 고등법원에 하게 한 것은 우리나라의 실정으로 보아서 지방법원지원이라든지 검찰청에서 대립해 가지고 있는 곳에서 이런 것을 해나가면 인간은 감정적 동물이 되어서 미묘한 공기를 나타낼 것입니다. 그래서 차라리 그러는 것보다 한층 더 높여서 고등법원쯤 하면 어떨까 하는 생각을 가지게 된 것입니다.¹⁹⁾

이와 같은 수정안에 대하여 검찰은 ‘형사소송법안 이외에 관한 건’을 제출하여 이 제도는국가소추주의가 아닌 영미법계통의 사인소추주의의 원칙에서 인정되는 것으로 현행 형사소송제도의 국가소추주의 원칙에 반하는 것이라고 비판하였다.²⁰⁾ 또한 당시 정재환(鄭在煥) 법무부차관과 신태익(申泰益) 법제처장은 검찰의 불기소처분권에 대한 통제는 검찰의 독자적인 입장에서 하는 것이 타당하다고 하여 국회심의과정에서 재정신청제도를 극구 반대하였다.²¹⁾

이 공소제기의 의제는 국가소추주의, 즉 국가기관인 검사에게 형사소추권이 전속되어 있는 우리나라 형사소송제도의 원칙에 위반되는 것이다.(중략) 이와 같은 고소, 고발사건에 대한 검사의 불기소결정에 불복이 있는 피해자의 구제방법은 현행 검찰청법 제26조에 의하여 상급검찰청의 장에게 항고를 제출하여 사법행정상의 감독작용으로써 실시하여 온 것인데 종래의 실적에 비추어 볼 때에는 이것으로써 고소·고발인의 권리보장에는 부족이 없는 것이며, 또한 검찰사무의 현실과 재판사무의 현실면을 고려하건데, 고소·고발에 의하여 수사한 피의사건의 전부에 대하여 공소제기의 의제제도를 채용케 한다면 법원과 검찰청은 그에 대응하여 다른 사건처리를 할 수 없게 될 것이고 또 실지에 있어서 상해·폭행 등 경미한 분쟁에까지 일일이 고등법원의 판단 하에 지방검찰청이나 고등검찰청까지 이중·삼중으로 진심처리케 하여야 한다는 것은 사무능률상 실행될 수 없는 일이고 또 우리 실정이

19) 신동운 편, 앞의 책, 128면.

20) 신동운 편, 앞의 책, 244면.

21) 신동운 편, 앞의 책, 130면.

그럴 필요가 없는 것이다.²²⁾

그러나 대한변협은 건의서에서 “민주주의적으로 발달된 영미법에 있어서는 검사의 소추권을 인정하는 동시에 사인에 대하여도 소추권을 진정하여 국민은 공정한 재판관의 판정을 구할 수 있는 방도를 열어주고 있다”고 하면서 형사소송법안이 대륙법계주의(검사의 기소독점주의)를 원칙으로 하면서 예외적으로 재정신청제도를 도입한 것은 불충분하나마 민주주의적 입법을 지향한 것이라고 하면서 절대적으로 지지한다는 의견을 표명하였다.²³⁾ 검찰의 반대의 반대에도 불구하고 형사소송법안은 결국 1953년 ‘하늘밑에서 처음 보는’ 제2대 국회를 통과하였고 이승만 대통령의 거부권을 행사하였으나 다시 국회에서 원안대로 의결(재적의원 179명, 출석의원 149명, 찬성 120명, 반대 27명)됨으로써 재정신청제도는 1954년 10월 14일부터 그 역사적 시행을 맞이하게 되었다.

2. 시행상의 문제점과 비판

이상과 같은 우여곡절을 겪은 끝에 입법화된 재정신청제도는 입법자의 기대와는 달리 그 시행초기부터 많은 문제점을 노정했을 뿐 아니라 재정신청이 인용된 실적도 극히 저조했다. <표 1>은 1954. 10.부터 1957.6.까지 2년 9개월간의 재정신청사건의 처리결과를 나타낸 것이다. 그 실적을 보면 접수총계 533건 중 검찰청의 기소 명령이 17건, 고등법원의 부심판이 21건, 재정신청기각이 431건, 기타 68건인데 전체적으로 본다면 7.6% 그리고 부심판만 놓고 본다면 3.9%만이 소기의 목적을 달성하는데 그친 셈이 된다.

〈표 1〉 재정신청사건처리결과표²⁴⁾

기간	접수	처리구분			재정결정				
	계	공소제기명령	고법송치	취소	계	신청기각	부심판	취소	계
1954.10. -1954.12.	39	0	39		39	38	1		39

22) 신동운 편, 앞의 책, 244면.

23) 신동운 편, 앞의 책, 251면.

24) 최보현, “재정신청에 관한 시비”, 법조 6권 11·12호(1957.12), 20~21면 참조.

기간	접수 계	처리구분			재정결정				
		공소제기명령	고법송치	취소	계	신청기각	부심판	취소	계
1955.1. -1955.6.	134	21	103	4	128	92	5		97
1955.6. -1955.12.	225	4	194	17	215	190	2		192
1956.1. -1956.6.	248	0	247	17	264	239	8		247
1956.6. -1956.12.	262	3	251	8	262	207	25		232
1957.1. -1957.6.	198	5	174	19	198	147	4		151

이와 같은 재정신청제도의 비효율성에 대하여 법원은 주로 재정신청의 실적이 미미한 원인은 제도자체의 결함에 있다고 보고 재정신청제도 자체의 개선·보완을 주장한 반면에, 검찰은 재정신청제도의 문제점을 지적하고 그 제한 내지는 폐지를 주장하였다. 법원과 검찰 측으로부터 제기된 재정신청제도의 문제점을 간단히 정리하면 다음과 같다.

첫째로, 재정신청에 관하여 심리재판을 함에 있어서는 증거를 밝히거나 이에 따르는 강제처분은 할 수 없고 단지 당사자의 심문밖에 할 수 없다는 문제점이 지적되었다. 즉 재정신청서와 그 기록을 수리한 고등법원은 항고의 절차에 의하여 20일 이내에 재정결정을 하여야 하며 필요한 때에는 당사자를 심문할 수 있다고 규정하고 있는 제262조 제1항²⁵⁾에 따르면 검사나 사법경찰관리가 한 취조결과만으로서 법원에서 당사자를 심문할 수밖에 없는데 이렇게 해서는 별다른 사실 또는 증거를 얻지 못한다는 것이다.²⁶⁾

둘째로, 법원의 재정결정의 기한을 20일로 규정하고 있는데 이는 처리의 신속을 촉구한다는 긍정적인 측면이 있으나 실제로 20일이라는 짧은 기간에 그 처리를 마친다는 것은 상당한 애로가 따른다는 문제점이 지적되었다. 즉 원거리 또는 산간벽지에 그 주거를 두고 있는 당사자에 대하여는 법에 허용되어 있는 심문도 할 수 없

25) 이 부분은 1961.9.1. 형사소송법개정으로 “법원은 필요있는 때에는 증거를 조사할 수 있다” 로 변경되었다.

26) 최보현, 앞의 논문, 18면.

는 형편이므로 사건은 대부분이 속칭 도매금으로 처리되고 있는 실정이라는 것이다.²⁷⁾

셋째로, 재정신청이 기각된 사건에 대하여는 소추를 할 수 없다는 형사소송법 제262조 제2항의 규정이 문제점으로 지적되었다.²⁸⁾ 이 규정은 피의자의 법적 안정성을 보호함에 그 본래의 취지가 있는 것이나, 이 규정에 의하면 재정신청에 대하여 기각결정이 있었던 사건에 대하여는 검사는 공소를 제기할 수 없을 뿐만 아니라 공소를 제기하더라도 공고기각판결을 받게 됨으로써(제327조 제2호), 피해자의 권리를 전혀 보호하지 못하고 또한 검사의 공소권까지 박탈하여 실제적 진실의 발견까지도 불가능케 하는 결과가 된다는 것이다.²⁹⁾ 특히 불기소처분 중에서도 기소유예, 공소권없음, 범죄불성립의 경우에는 별다른 문제가 없으나 무혐의 기소중지, 공소보류의 경우에는 재정신청에 대한 기각결정이 있었다고 하여 다시 소추할 수 없게 하는 것은 문제가 있고,³⁰⁾ 재정신청에 있어서 단순히 기간을 초과하였거나 또는 고소 신고발인이 아닌 자가 재정신청을 하였다는 이유로 기각되는 경우에도 검사가 기소를 할 수 없다면 이는 실제적 진실의 발견이라는 형사소송법의 이념에도 반할 뿐만 아니라, 사건의 실체를 판단하는 것이 아니라 불기소처분의 적법여부만을 판단하는 형식재판에 대하여 기판력을 부여함으로써 일사부재리의 원칙을 부당하게 확장하는 결과라 된다는 비판이 제기되었다.³¹⁾ 이러한 이유에서 검사의 기소유예처분에 대한 재정신청이 기각된 경우나 재정신청이 법률상의 방식에 위배하여 기각된 경우 및 이외의 경우라도 다른 중요한 증거가 발견된 때에는 검사가 기소를 할 수 있도록 하는 것이 타당하다는 주장이 제기되었다.³²⁾

넷째로, 지정변호사제도의 실효성도 문제점으로 지적되었다. 재정결정에 의하여 사건이 부여된 법원은 그 사건에 대해 공소를 유지를 담당할 자를 변호사 중에서

27) 최보현, 앞의 논문, 19면.

28) 이 규정에는 1973. 1. 25. 형사소송법개정을 통하여 “다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는”이라는 단서가 첨가되었다.

29) 강의석, “재정신청에 관한 약간의 문제점”, 검찰 제3호(1968.7), 23면 ; 강태훈, “형소법 제262조 2항에 대한 소고”, 검찰 제13호(1969.5), 28면.

30) 강태훈, 앞의 논문, 34면.

31) 김윤근, “재정신청기각결정의 효력”, 법정 19권 11호(1964. 11), 70면.

32) 김윤근, 앞의 논문, 71면. 같은 취지로는 강태훈, 앞의 논문, 37면 ; 강의석, 앞의 논문, 32면.

지정하며, 지정을 받은 변호사는 당해사건과 이와 병합된 사건에 대한 공소를 유지하기 위하여 종국재판이 확정될 때까지 검사로서의 모든 직권을 행사하도록 되어 있으나, 다만 사법경찰관리에 대한 수사의 지휘는 재판장이 인정한 사항에 대하여만 할 수 있다(형사소송법 제265조 제1, 2항). 이에 대하여는 재판장이 지정된 변호사를 부적당하다고 인정할 때에는 언제든지 그 지정을 취소할 수 있는 이상 사법경찰관리에 대한 수사의 지휘를 재판장이 인정한 사항에 국한한다는 것은 거의 무의미한 것이라고 하지 않을 수 없으며, 재판장이 인정한 사항이라는 제한을 없애고 당해사건에 대한 수사지휘를 지정변호사에게 일임하는 것이 타당하다는 주장이 제기되었다.³³⁾

다섯째로, 재정신청은 불기소처분의 통지를 받을 날로부터 10일 이내에 하도록 되어 있고(제260조 제2항), 10일이 경과한 후에 재정신청을 한 경우에는 기각결정을 받도록 되어 있어(제262조 제21항 제1호) 불가항력의 사유로 이 기한을 넘긴 경우에는 구제의 방법이 없다는 것이 문제점으로 지적되었다.³⁴⁾

이상에서 지적된 문제점에서 볼 수 있는 바와 같이 재정신청제도는 입법취지와는 달리 현실에 있어서는 제도자체의 결함으로 인해 초기부터 제대로 시행될 수가 없었으며, 이 때문에 제도자체에 대한 의문까지 제기되어 당시 재정신청실무를 담당하고 있던 한 판사는 ‘빛 좋은 개살구’라고 혹평을 가하기도 하였다.³⁵⁾

한편 형사소송법의 제정과정에서 재정신청제도의 도입을 지지하지 못하였던 검찰은 재정신청제도는 실효성이 뿐만 아니라 오히려 검찰항고가 더 효과적이라는 이유에서 재정신청 대상범죄를 대폭적으로 축소할 것을 주장하였다.³⁶⁾ 이 외에도 김

33) 최보현, 앞의 논문, 37면.

34) 김윤근, 앞의 논문, 70면.

35) 최보현, 앞의 논문, 19면.

36) 다만 그 범위와 관련해서는 「정치적 압력에 좌우되는 정계의 의옥(疑獄)사건, 공직선거사범 또는 특수공무원에 의한 인권유린사건, 직권남용사건 등 헌법상 용인할 수 없는 국민의 기본권침해가 되는 공익적 범죄로서 전형적 규문주의가 요청되거나 또는 피해자소추주의가 요청되는 각종의 친고죄」에 대해서만 인정하지는 견해(강의석, 앞의 논문, 27면), 「정치적 색채있는 사건인 대통령·국회의원선거법, 국민투표법, 정당법, 집회·시위에 관한 법률, 언론출판에 관한 법률에 위반한 사건 등 국민의 정치활동을 침해받는 내용으로 하는 사건과 공무원의 직권남용, 기타 국민의 정치활동과 관련있는 범죄로서 국민의 권리가 침해되거나 일정한 고급공무원의 범죄 등 검찰에 의하여 소추가 소홀히 될 우려가 있는 범죄」에 대해서 인정하지는 견해(이건채, “재정신청과 항고” 검찰

찰은 부심판결정을 함에 있어서는 불기소를 받은 피의자의 법적 안정성을 고려에 두지 않을 수 없으므로 고소인에 한하여 재정신청을 할 수 있도록 하는 것이 타당하다는 주장,³⁷⁾ 현재 부심판결정된 사건에 대한 공소유지는 지정변호사가 담당하고 있으나 원래 공소의 유지는 수사의 연장일 뿐만 아니라 변호사가 재판장이 인정한 사항에 대하여 사법경찰관리에 대하여 수사지휘를 하더라도 실효성이 없으므로 부심판사건의 공소유지는 검사가 담당하도록 하고 다만 독일의 경우와 같이 고소안 고발인이 일정한 경우에 공소에 참가할 수 있도록 하는 것이 타당하다는 주장³⁸⁾ 등을 제기한 바 있다.

3. 재정신청 대상범죄의 대폭적인 축소

이상과 같이 입법초기부터 많은 비판과 견제를 받아오면서도 1969.9. 형사소송법 개정에 의하여 재정신청에 의한 공소시효의 정지(제262조의 2), 법원에 재정결정에 있어서의 증거조사의 허용(제262조 제1항)하는 등의 약간의 개선이 이루어졌다. 그러나 유신정권이 성립한 직후인 1973.1.19. 비상국무회의에서 재정신청의 범위를 대폭적으로 축소하는 형사소송법 개정안이 통과됨으로써 재정신청제도는 그 의미를 거의 상실하고 말았다. 이러한 개정에 대해 정부는 「준기소절차가 법원의 제3자적 심판기능에 대한 예외로서의 의미를 가질 뿐 아니라 검찰청법의 항고절차와 중복되는 것이므로 항고에 의하여 구제를 기대하기 어려운 공무원의 직권남용죄에 대하여만 재정신청의 인정하는 것이 타당하다는 고려」에 근거한 것이라고 설명하였다.³⁹⁾ 그러나 이러한 개정이 유신정권 하에서 이루어졌다는 점과 재정신청제도는 검찰권의 핵심인 공소권에 대한 사법적 통제수단으로 법원과 검찰의 대립의 원인이 되어 왔다는 점 등에 비추어 볼 때, 이러한 설명은 명목적인 것에 불과하고 근본적

제21호(1970.1), 231면)가 주장되었다.

37) 이견채, 앞의 논문, 224면.

38) 이견채, 앞의 논문, 230면.

39) 당시 법무부장관도 비상국무회의에서 “검사의 불기소처분에 대한 재정신청제도를 검찰청법에 의한 상고제도와와의 중복을 피하”는데 개정의 목적이 있다고 밝히고 있다. 대검찰청, 형사소송법 제정·개정자료집(1997), 478~479면 참조.

으로는 법원에 의한 검찰권의 통제를 약화시키고 검찰권을 강화하려는 의도에서 나온 것이라고 보는 것이 더 정확할 것이다.⁴⁰⁾

아래 <표 2>에서 1973년을 전후한 재정신청제도의 실적을 비교해 보면 불완전한 제도로서 그런대로 명맥을 유지해 오던 재정신청제도가 1973년 이후에는 거의 고사상태에 빠지게 되었음을 알 수 있다.

<표 2> 불기소처분에 대한 재정신청접수처리

연도	검찰					법원			
	접수	처리				재정결정			
		기소명령	고법송치	신청취소	미제	계	기각	부심판	신청취소
1968	1,085	9	1,004	5	67	1,050	984	29	37
1969	1,110	28	1,062	8	12	881	813	22	46
1970	1,053	17	937	17	82	770	731	8	31
1971	1,970	30	1,849	33	58	1,439	1,362	29	48
1972	2,214	40	2,116	29	29	2,018	1,971	17	30
1973	264	0	244	2	0	1,544	1,527	5	12
1974	50	0	46	4	0	132	131	0	1
1975	14	0	14	0	0	15	51	0	0
1976	38	0	35	3	0	24	24	0	0
1977	28	0	0	0	0	33	33	0	0

* 자료 : 대검찰청, 검찰연감, 1986.

<표 2>에서 볼 수 있듯이 재정신청의 대상범죄를 대폭적으로 축소한 1973년 형사소송법의 개정이후에는 재정신청수가 급격히 감소했을 뿐만 아니라, 1974년부터 1987년까지 부심판결정은 단 한건도 내려지지 않을 정도로 재정신청제도는 사실상 형해화(形骸化)되고 말았다. 이와 같은 현상의 원인은 물론 앞서 지적된 바와 같은 재정신청제도 자체의 여러 가지 문제점에도 있지만, 무엇보다도 결정적인 것은 형사소송법의 개정에 의하여 재정신청제도의 의미를 상실케 할 정도로 그 범위

40) 1973년 비상국무회의에 의한 형사소송법의 개정에서는 재정신청의 범위 축소뿐만 아니라 군법회의의 이송규정의 신설, 보석·귀속취소·구속집행정지에 대한 검사의 즉시항고 신설, 구속적부심사의 폐지, 긴급구속요건의 완화, 검사의 증인신문청구 신설, 수사단계의 감정유치 확대, 간이공판절차의 신설 등이 이루어졌다. 개정내용에서도 볼 수 있는 바와 같이 1973년의 형사소송법의 개정 피의자·피고인의 인권을 제한하고 검찰편의적인 방향으로 이루어진 것이었으며 비상국무회의에서는 이러한 반인권적인 개정안이 아무런 이의없이 그대로 통과되었다(대검찰청, 앞의 책, 478-479면 참조).

를 축소해 버린 데 있다고 하지 않을 수 없다.

4. 재정신청 대상범죄의 확대론

앞에서 살펴본 바와 같이 우리나라 형사소송법의 입법자는 기소독점주의와 기소 편의주의를 채택하면서 “증거가 엄연히 존재함에도 불구하고 기소안하는 수가 있는데, 이것이 정치적으로 이용될 때에는 중대한 문제”라고 판단하였고,⁴¹⁾ 이 때문에 “기소편의주의와 검사공소권에 대해서 검찰기관과는 별개의 사법기관으로 하여금 관여를 시켜서 통제”하기 위한 제도적 장치로서 재정신청을 도입하게 된 것이다.⁴²⁾ 재정신청제도는 형사소송법의 제정과정에서 입법자가 가장 심혈을 기울인 것으로서,⁴³⁾ 기소독점주의와 기소편의주의를 폐해를 방지하기 위해 도입된 입법적 결단인 것이다. 그러나 형사소송법 제정당시부터 줄 곳 검찰의 견제대상이 되어 온 재정신청제도는 결국 1973년 유신정권의 권력 앞에 무릎을 꿇을 수밖에 없었다.

재정신청대상범죄의 대폭적인 축소를 말미암아 이처럼 형해화된 재정신청제도의 의미를 다시 살리는 계기가 된 사건이 바로 1987년 부천성고문사건이다. 이 사건에서 검찰은 피해자와 9명의 변호사의 고소고발에도 불구하고 수사과정에서 피해자를 성추행한 경찰관에 대하여 기소유예처분을 하였고, 1986.8. 조영래 변호사 등 무려 166명의 변호사가 재정신청을 하였으나 이것이 받아들여지지 않자 다시 대법원에 즉시항고를 하여 1988.2. 대법원이 이를 받아들임으로써 간신히 피고인을 법정에서 세울 수 있게 되었다.⁴⁴⁾

41) 입법자들의 이러한 우려는 그 이후 현실화되었는데, 우리나라에서는 검찰이 정치에 종속되어 기소 편의주의가 정치적 수단으로 악용되고 나아가서는 적극적으로 정치적 부정부패를 온존시키는 바람막이 구실까지 하기도 하며, 국민으로 하여금 형사사법에 대한 냉소적인 태도(무전유죄, 유전무죄)를 초래하게 되었다(배종대 이상돈·정승환, *신형사소송법*(2009), 226면 참조).

42) 형사소송법초안에 대한 공청회(1954.1.9.)에서의 엄상섭 의원의 발언 참조(신동운 편, 앞의 책, 128면).

43) 당시 국회 법제사법위원장이었던 김정실 의원은 국회 본회의(제18회 제18차)에서 “본수정안에 있어서 가장 중요한 문제가 되었던 것이 재판상 준기소제도의 신설입니다”고 밝히고 있다(신동운 편, 앞의 책, 262-263면 참조).

44) 자세한 내용은 고시면, “부천성고문사건(1986년)과 검사의 불기소처분에 대한 불복신청방법에 있어서 (2007년) 개정형사소송법상 그 문제점에 관한 연구”, *사법행정* 49권 11호(2008.11), 2면

이 사건을 계기로 재정신청 대상범죄의 확대에 대한 요구가 더욱 강력하게 제기되었다. 이미 1973년과 1989년에 일부 국회의원들의 제안으로 재정신청의 범위를 원래대로 복원시키는 내용의 형사소송법 개정안이 국회에 상정되었으나 임기만료 등으로 자동폐기된 바 있고,⁴⁵⁾ 1997년에는 헌법재판소가 직권남용죄 등으로 재정신청의 범위를 한정하고 있는 형사소송법 제260조 제1항에 대한 헌법소원사건에서 합헌결정(1997.8.27. 94헌바2)을 내리기까지 하였지만 재정신청 확대론을 잠재우지는 못하였다.

학계에서도 이전부터 1973년 형사소송법의 개정으로 재정신청제도가 담당해야 할 기소독점주의와 기소편의주의에 대한 규제기능이 무의미하게 되었고 따라서 기소독점주의와 기소편의주의의 결함을 시정하고 검사의 독선과 자의를 방지하기 위해서는 재정신청의 대상을 모든 범죄에 대하여 확대할 필요가 있고,⁴⁶⁾ 재정신청제도를 1973년 유신헌법의 등장과 함께 개정되기 전의 형사소송법으로 돌아가 모든 범죄사건으로 확대 실시하게 되면 전국에 골고루 설치되어 있는 고등법원들을 검사의 불기소처분에 대한 통제기관으로 이용할 수 있고 이를 통하여 객관적이고 공정한 검찰권행사를 요구하는 국민의 정당한 욕구를 보다 신속하게 충족시킬 수 있다고 주장해 왔다.⁴⁷⁾

신속한 권리구제, 법률서비스의 질적 향상, 법조의 합리화·전문화·현대화, 법조인 양성제도의 개선, 법조비리의 근절 그리고 세계화 조류에의 대응을 위해 1999년 대통령자문기관으로 설치된 사법개혁추진위원회에서도 검찰권행사의 적정성을 보장하기 위한 방안으로서 재정신청범위의 확대를 제안하였다.⁴⁸⁾ 그리고 참여정부가 사법개혁에 대한 확고한 의지를 갖고 이를 범국민적으로 추진하기 위하여 2003.10. 대법원 산하에 설치한 사법개혁위원회(이하 사개위라고 함)의 본격적 활동을 계기로 재정신청 대상범죄를 확대해야 한다는 주장이 더욱 거세졌으며,⁴⁹⁾ 지난 2005.5.

이하 참조.

45) 국회사무처, 대한민국 법률안연혁집 제2권 1992, 12041면 이하.

46) 차용석, “준기소절차의 구조와 제문제”, 고시계 1988.10, 127면; 이재상, “재정신청의 제문제”, 대한변호사협회지 1988.4, 12면.

47) 신동운, 형사소송법 I 제2판(1997), 315면.

48) 사법개혁추진위원회 전문위원보고서 상권(2000), 73면 이하.

49) 김태명, “재정신청제도의 의의와 범위의 확대”, 형사법연구 21호(2004 여름), 333면 이하 참조.

사개추위는 대상범죄의 전면확대를 비롯하여 재정신청제도를 대폭적으로 개정하는 내용을 담은 형사소송법 개정안을 마련하기에 이르렀다.

이처럼 사개추위안은 그동안 제기되어 왔던 시민단체, 학계를 비롯한 국민적 여론을 주장을 반영한 것으로 결코 법원 및 법원과 이해관계를 같이하는 학자, 변호사에 의해 주도된 것으로 평가절하되어서는 안 될 것이다.

Ⅲ. 개정형사소송법상 재정신청제도의 쟁점

1. 소송구조(직권주의당사자주의)와 재정신청제도의 관계

(1) 사개추위의 개정안이 법원행정처의 일부판사, 그들과 의견을 같이하는 청와대 비서관 그리고 일부변호사와 학자들에 의해 졸속으로 성안되었다고 신랄한 비판을 제기하는 견해는 “당사자주의에서는 소추의 여부 자체도 당사자인 소추권자에게 맡기므로 소추에 대해 법원이 관여하는 제도도 생각하기 어렵고, 특히 소추권자가 소추를 하지 않는데 법원이 이를 강제하는 방식의 재정신청제도는 생각하기 어렵다. 따라서 법원이 검사의 불기소처분에 대하여 그 당부를 심사하기 위해 스스로 조사를 하고 나아가 소추를 강제하는 재정신청제도는 당사자주의 소송구조와는 모순된다.”고 하면서, 소송구조에 관하여 당사자주의적 방향을 주장하면서 전형적인 직권주의적 제도인 재정신청을 전면확대하자고 주장하는 것은 소송구조에 대한 이해를 결여한 부적절한 것이라고 비판하고, 재정신청의 직권주의적 성격에 맞추어 소송구조의 직권주의적 방향성을 강화하거나 아니면 당사자주의적 방향성을 유지하면서 재정신청을 다시 축소하고 검찰의 불기소통제는 국민참여형으로 변경해야 한다고 주장한다.⁵⁰⁾

물론 재정신청제도는 직권주의 소송구조를 취하고 있는 독일에서 시작된 것이기는 하나, 재정신청제도는 직권주의 소송구조에 적합하고 국민참여형 제도(일본의 검찰심사회)는 당사자주의 소송구조에 적합하다는 이분법적인 사고는 결코 옳지 않

50) 이완규, 앞의 글, 559 · 561 · 566면 참조.

다. 독일의 재정신청제도(기소강제절차)는 검사의 사법기관성을 부정하고 당사자성을 강조한 자유주의적 개혁론이 - 신청권자를 피해자인 고소인으로 제한하고 재정신청이 인용된 사건에 대해서는 검사가 공소를 제기·유지하는 기소강제절차로 - 축소·수용되는 과정에서 채택된 것일 뿐, 결코 독일이 직권주의 소송구조를 취하였기 때문이라거나 직권주의 소송구조에 가장 적합하기 때문이라고 말할 수는 없기 때문이다. 또한 일본의 검찰심사회제도도 당초에는 직권주의적 입장에서 검찰심사회의 의결에 대해서 권고적 효력만을 인정하고 기소의결이 있는 경우에는 검사로 하여금 기소를 담당하게 하였으나 최근에는 당사자주의를 강화하여 검찰심사회의 기소의결에 대해서 구속력을 인정하고 재심사에 의해 기소의결이 된 경우에는 지방재판소가 지정한 변호사로 하여금 공소수행을 담당하게 하였다. 그리고 우리나라, 독일 그리고 일본 검찰의 수사권과 공소권은 그 구체적인 내용에서 큰 차이가 있으므로 소송구조만을 기준으로 어떤 제도가 적합하다고 단정하기는 곤란하다.

(2) 근대 검찰에 대해서는 ‘혁명의 아들’이라거나 ‘세상에서 가장 객관적인 관청’이라는 수식어가 붙기도 하지만 검찰제도가 일본을 거쳐 우리나라에 도입·시행되면서 검사에 대해서는 ‘권력의 주구(走狗)’라거나 ‘정치권력의 번견(番犬)’이라는 혹평도 가해지기도 한다. 검찰이 과연 19세기의 자유주의 및 계몽주의 개혁운동의 산물인지 아니면 국가를 보존하려는 보수주의의 산물인지 그리고 검찰이 시민이 자유를 지키는 데 봉사하는 기관인지 아니면 형사사법에 있어서의 기능적합성이나 효율성에 봉사하는 기관인지에 관한 논의는 검찰제도가 탄생한 초기부터 오늘날까지도 논쟁의 대상이 되고 있다.

주지하다시피 독일의 검찰제도의 역사는 1848년 3월 혁명으로 거슬러 올라간다. 당시 규문주의적 형사소송에 대한 개혁요구에 소극적으로 대응하였던 독일의 주(州)정부들은 1848년 3월 혁명을 계기로 소송절차의 개혁에 착수하게 되었는데, 그 과정에서 검찰제도가 도입된 것이다.⁵¹⁾ 그러나 독일검찰의 모델이 되었던 프랑스의

51) 물론 그 이전에도 하노버, 뷔르템베르크, 바덴 주에서 검찰제도가 도입되었으나 그 권한은 상소, 결심공판기일에서의 소송대리권 등에 머물렀고 수사, 피고인보호, 경찰에 대한 지휘 등 오늘날 검사가 가지는 권한을 처음으로 규정한 것은 베를린 검찰제도였으며 이것이 프로이센과 독일제국 형사소송법으로 이어졌다. Roxin이완규 역, “검사의 법적 지위·과거와 현재”, 검사의 지위와 기능

검찰제도는 사법에 대한 정부의 감독기관으로 생성된 것으로, 당시 검사는 ‘법률의 수호자’로서 사법에 대한 감독기능을 민사소송에 대한 포괄적 관여권한을 가지고 형사절차에서 피의자·피고인에 대한 우월적 지위를 가지고 있었기 때문에, 자유주의자로부터 검찰제도를 도입하게 될 경우 오히려 시민적 자유가 침해될 위험성이 높아질 것이라는 비판이 제기되었다.⁵²⁾

그럼에도 불구하고 오늘날 검찰제도의 기틀을 마련한 프로이센의 입법자들은 검사를 피의자·피고인과 동일한 지위와 권한을 가지는 당사자가 아니라 범죄를 수사·소추하고 국가뿐만 아니라 피고인의 이익을 위해서도 활동하는 ‘법의 수호자’로 파악하였고, 독일의 각 주들은 이러한 사고를 바탕으로 행정권에 종속하는 검사에게 피의자·피고인보다 강력한 권한을 부여하는 것에 대한 우려의 목소리에도 불구하고 검사를 국가와 법률의 대표자로서 강제처분권, 소추권, 경찰에 대한 감독권, 법원에 대한 감독권, 상소권 등의 각종 권한을 부여하는 법률을 마련해 나갔다.⁵³⁾

그러나 이처럼 검사에게 강력한 권한을 부여함으로써 탄핵주의에서 예정된 법관, 검사 그리고 피고인(피의자)의 3면적 소송구조가 법관·검사 대 피고인(피의자)라고 하는 2면적 규문주의적 소송구조가 되고 마는 결과가 초래되었다. 이 때문에 검찰제도의 도입이 일단락된 1850년대 이후부터는 자유주의 진영에서 검찰제도 개혁론이 활발하게 전개되기 시작하였다. 특히 이 당시에는 ‘법의 수호자’ 또는 실제적 진실발견의무를 진 사법기관이라는 이념과 행정부에 종속하여 공소권을 행사하는 현실 사이의 괴리에 대한 인식이 확산되었는데, 일부에서는 검찰제도 폐지하고 공중소추제도를 도입하자는 주장과 검찰제도를 유지하되 검사에 대해서 순수한 당사자로서의 지위와 권한만을 부여하여 검사가 기소를 하지 않는 경우 보충적 공중소추제도를 도입해야 한다는 주장이 제기되기도 하였다.

그러나 검사로부터의 소추권을 박탈·제한하여 일반국민에게 소추권을 부여해야

(2008), 검찰미래기획단, 50면 이하 참조.

52) K. Eilling, Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland(1911), S. 52f ; E. Carsten, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland(1932), S. 19. 참조.

53) 이러한 구상은 당시 형사절차개혁을 담당하였던 프로이센의 법무장관이자 역사법학과의 거두인 사비니(v. Savigny)에 의한 것이다. 자세한 내용은 川岐英明, 現代檢察官論(1997), 100면 이하 참조.

한다는 주장은 검찰의 강력한 반발에 부딪쳐 무산되었고, 검사의 기소독점에 대한 견제수단으로 경미범죄에 대해서는 원칙적으로 사소(私訴)를 그리고 기타의 범죄에 있어서 검사의 불기소처분이 있는 경우 법원에 대한 항고(Beschwerde)를 인정하는 선에서 타협을 하기에 이르렀다. 또한 재정신청권자의 범위에 관해서는 고발인도 포함시켜야 하고 재정신청이 인용된 때에는 검사가 아니라 법원이 지정한 변호사로 하여금 공소를 담당하게 해야 한다는 주장이 제기되었으나, 결국 검사를 피고인·피의자와 대등한 지위를 가진 당사자로 파악하려는 탄핵주의적 개혁론은 검사를 법관과 대등한 지위를 가진 사법기관으로 파악하려는 규문주의적 개혁론에 밀려 재정신청권자를 고소인으로 한정하고 재정신청이 인용된 경우에는 검사로 하여금 공소의 제기과 유지를 담당하게 하는 기소강제절차를 채택하게 되었고,⁵⁴⁾ 이 제도는 많은 비판에도 불구하고 1877년 독일제국형사소송법에도 채택되었고 오늘날에 이르기까지 검사의 기소독점에 대한 통제수단이 되고 있다.

(3) 검찰은 개정형사소송법상의 재정신청제도에 대해 비교적 긍정적인 평가를 내리면서 “무엇보다도 현행법상의 지정변호사 대신 검사가 공소제기 및 공소유지를 담당하게 함으로써 ① 국가소추주의의 원칙을 유지하고, ② 재정법원의 역할을 불기소처분의 당부심사에만 한정하게 하고 이후 절차에 관하여는 것을 배제하여 소추와 심판의 분리원칙의 훼손을 방지하며, ③ 검사는 객관의무 및 공익적 지위에서 사안에 따라 피고소인의 권리와 이익도 보호해야 할 책무를 강조하였다”고 설명하고 있다.⁵⁵⁾

그러나 독일의 사소제도와 기소강제절차의 입법과정에서 볼 수 있듯이 국가소추주의(기소독점주의)는 결코 절대적인 원칙이 될 수 없을뿐더러 법원에게 오로지 재정신청의 당부만을 심사하게 하고 그 이후의 절차에는 관여하지 못하게 하는 것은 결코 탄핵주의의 취지에 부합하지 않는다. 진정한 의미의 탄핵주의는 검사가 피해자·피고인(피의자)보다 우월한 지위(사법기관)에서 공소권·강제수사권을 독점하고 그에 대한 견제를 거부하는 것이 아니라 피해자·피고인(피의자)과 대등한 지위에서

54) 川岐英明, 앞의 책, 127면.

55) 법무부, 개정형사소송법(2007), 151면.

자신의 권한을 행사하고 나아가서 피해자·피고인(피의자)의 견제를 허용함으로써 실현될 수 있다.

특히 검찰에서 재정신청의 확대를 거부하는 이유로 검사의 객관의무 내지 사법기관으로서의 지위를 내세우고 있는 점도 눈에 띈다. 독일에서 검사의 객관의무 그리고 이를 근거로 한 사법기관으로서의 지위는 실체진실주의·직권주의를 강조하는 진영에서 주장된 이론으로 검사의 행정기관성과 당사자성을 축소하고 나아가서 검찰권에 대한 견제를 부정하는 논거로 사용되어 왔다. 제국형사소송법의 성립 이후 100년에 걸친 형사소송절차를 분석한 뮐러(I. Müller)도 독일의 형사절차는 1920년, 1950년 그리고 1962년 3차례 걸쳐 개정이 이루어졌으나 규문주의 모델로부터 완전히 벗어났다고 할 수 없다고 하면서, 그 이유를 형사절차를 지배하고 있는 직권주의(Untersuchungsmaxime)라는 이름이 붙여진 실체진실주의 법이데올로기라고 지적한 바 있다.⁵⁶⁾ 일본의 마쓰오 코야(松尾浩也) 교수도 당사자주의를 내세워 법원으로부터의 통제를 벗어나 검찰권을 강화하려는 시도를 ‘유사당사자주의’ 또는 ‘규문주의적 검찰사법’이라는 비판하고 있다.⁵⁷⁾

(4) 검찰의 주장과는 달리 - 고소인뿐만 아니라 고발인에게도 재정신청권을 허용하고 재정신청이 인용된 경우 법원이 지정하는 변호사로 하여금 공소유지를 담당하게 하는 - 재정신청제도는 형사소송법에 남아 있는 규문주의적·직권주의적 요소를 불식하고 탄핵주의·당사자주의에 좀 더 다가가는 제도이다. 돌이켜보면 우리나라 형사소송법 입법자들이 정부와 검찰의 강력한 반발에도 불구하고 재정신청제도를 도입하려고 했던 이유는 바로 이와 같은 규문주의적·직권주의적 검찰사법으로 경도(傾倒)되는 것을 방지하고자 함에 있었다.

국회 법제사법위원회에서 재정신청제도의 도입에 주도적인 역할을 했던 엄상섭 의원도 검사로 재직하던 시절 당사자주의와 같은 영미법제도의 수용에 대해 비판적이었고 기소유예폐지론이나 사인소추주의를 적극적으로 비판한 바 있다. 기존의 검찰항고제도만으로는 검사의 독선과 자의를 막기에 불충분하다는 인식을 갖고 있기

56) I. Müller, 100 Jahre Wahrheit und Gerechtigkeit, KJ 1977, 24f.

57) 松尾浩也, “當事者主義と辯護”, 鴨長弼博士古稀祝賀論文集·刑事裁判の理論(1979), 58면 참조.

는 하였지만, 이것은 독립적이고 강력한 검찰을 전제한 뒤 검찰의 독재를 막기 위한 조치 속에서 잠깐 언급하였을 뿐이다. 그런데 독재권력과 그를 추종하는 검찰의 전횡에 시달리면서 민중의 지지를 받고 국민의 대변자(국회의원)로 나서보니 인권옹호면에서 지장이 없는 방향으로 나가야 되겠다는 신념을 갖게 되었고,⁵⁸⁾ 검사의 자의적 불기소처분을 외부에서 통제할 수 있는 장치가 필요하다는 인식에서 형사소송법요강안에 규정된 것보다 훨씬 더 강력한 재정신청제도를 도입하게 된 것이다.⁵⁹⁾

기소독점주의와 기소편의주의를 채택하면서 검찰권의 남용에 대한 견제수단으로서 재정신청제도를 도입하고자 했던 입법취지와 재정신청 대상범죄가 대폭적으로 축소됨으로써 그러한 입법취지가 몰각된 우리나라의 역사적 경험에 비추어 볼 때, 재정신청제도는 그 대상을 모든 고소고발사건으로 확대하고 공소유지변호사로 하여금 공소유지를 담당하게 하며 나아가서 대법원에 즉시항고할 수 있는 원래의 모습대로 되돌려 놓는 것이 옳다고 본다.

이하에서는 특히 논란이 되고 있는 쟁점을 순서대로 검토해 보고자 한다.

2. 재정신청권자의 제한

(1) 검찰은 형사소송법 제정당시는 물론 그 이후에도 재정신청 대상범죄를 제한해야 한다는 주장을 강력하게 제기해 왔고, 1973년 대폭적으로 축소된 재정신청 대상범죄를 다시 원상태로 회복시켜야 한다는 주장에 대해서도 형법상 직권남용죄 등 제한적으로만 허용하면 족하다는 입장을 고수해 왔다.⁶⁰⁾ 검찰은 그 근거로 재정신청의 대상을 모든 범죄로 확대하는 경우 삼권분립의 원칙상 공소권과 재판권이 분리되어 있음에도 불구하고 검찰의 모든 기소·불기소에 대하여 법원이 통제권을 행사하는 결과가 된다는 점, 검찰항고와 헌법소원제도에 의해 충분한 권리구제가 이

58) 신동운 편, 앞의 책, 109면.

59) 문준영, 앞의 논문, 291면 참조.

60) 2004.12.5. 법무부가 입법예고한 개정안은 형법상의 3개 유형의 직권남용죄 이외에 국가보안법상 직무유기죄(제11조), 무고·날조죄(제12조 제2항), 폭력행위 등 처벌에 관한 법률상 직무유기죄(제9조), 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률상 체포감금죄(제4조의2)와 특수직무유기죄(제15조), 경찰관직무집행법상 직권남용죄(제12조) 및 국가정보원법상 직권남용죄(제19조)에 대해서만 재정신청을 허용하는데 그치고 있다.

루어지고 있으므로 검찰내부의 자체시정을 기대하기 힘들다고 보이는 범죄 이외에 모든 범죄에 대하여 재정신청을 허용하는 경우에는 불필요한 중복을 초래한다는 점 그리고 특히 고소·고발이 많은 우리나라의 현실에 비추어 볼 때 재산범죄에 대한 재정신청의 남발로 공권력의 낭비와 피고소·고발인의 인권침해가 우려된다는 점 등을 내세웠다.⁶¹⁾

그러나 권력분립은 분립 그 자체가 목적이 아니고 국민의 자유와 권리를 보장하기 위한 수단에 불과하고, 국가권력의 분산은 결국 권력 상호간이 견제와 균형으로 인한 권력제한을 위한 것이라는 점을 고려해 볼 때, 공소권과 재판권의 분리가 공소권에 대한 시민적 또는 사법적 통제까지 부인하는 근거가 될 수 없다고 본다.⁶²⁾ 그리고 검찰항고는 검사동일체의 원칙이 적용되는 검찰의 자체적인 시정장치에 불과하고 헌법소원은 그 제도적인 한계로 인하여 실질적인 구제장치로서의 역할을 수행하고 있지 못하고 있는 것이 현실을 감안해 볼 때,⁶³⁾ 재정신청 대상범죄의 확대에 대한 반대논거로는 설득력이 부족하다고 하겠다. 다만 우리나라에는 특히 고소·고발이 많아 이로 인한 폐해가 우려된다는 점은 신중하게 고려할 필요가 있다.

우리나라에서는 전체 사건에서 고소·고발사건이 차지하는 비중이 최근 6년간 연평균 33%에 이를 정도로 고소·고발이 많고 또한 고소·고발사건에 대한 불기소율은 일반사건에 비해 상당히 높다.⁶⁴⁾ 이것은 한편으로는 남고소·고발로 인한 피해자가

61) 김준호, “재정신청제도 확대검토”, 사법개혁추진위원회 전문위원 보고서 상(2000), 95면 이하 참조.

62) 허영, 헌법이론과 헌법(신정판), 1995, 817면 참조.

63) 과도한 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원은 헌법재판소로 하여금 헌법과 국민의 기본권을 수호하는 본래의 사명을 수행하는데 방해가 될 뿐만 아니라, 원래 검찰과 법원이 담당해야 할 처벌하느냐 또는 하지 않느냐의 문제에 헌법재판소가 개입함으로써 형사사법시스템의 왜곡을 초래하였다는 비판으로는 정중섭, “검사의 불기소처분에 대한 헌법소원심판제도”, 인권과 정의 237호(196.5), 16면 참조.

64) 고소·고발건수는 2000년 53만8천여건, 2001년 55만8천여건, 2002년 56만9천여건, 2003년 62만5천여건으로 매년 증가하고 있고, 전체사건 중 고소·고발사건이 차지하는 비율은 2000년 30.4%, 2001년 30.3%, 2002년 31.1%, 2003년 33.6%로 2000년대 이래 전체 사건의 30%를 꾸준히 넘고 있다. 한편 2004년 고소사건의 혐의별 분포를 보면 사기가 전체의 59.4%로 대다수를 차지했고 횡령 및 배임 7.7%, 폭력 3.8%, 근로기준법 위반 2.4%, 저작권법 위반 2.0%, 사문서 등 위변조 1.9%, 간통 1.6%, 기타 21.2% 등으로 전체 고소사건의 약 60%가 사기사건인 것으로 파악돼 금전거래관계에서 발생하는 민사분쟁형 형사사건이 전체 사건의 상당부분을 차지하고 있는 것으로 나타났다(연합뉴스, 2004.10.13.자 참조).

그만큼 양산된다는 것을 의미하고, 다른 한편으로는 그만큼 고소인·고발인의 불만이 커진다는 것을 의미한다. 이처럼 고소·고발이 많은 우리나라의 상황을 고려해 볼 때 재정신청 대상범죄의 전면확대는 고소·고발에 이어 재정신청마저 민사분쟁을 해결하기 위한 수단으로 남용될 가능성이 적지 않다.⁶⁵⁾

그러나 우리나라에서 이처럼 고소·고발이 많은 것은 민사분쟁의 해결사를 자처한 검찰의 잘못된 관행에 기인하는 바가 클 뿐만 아니라, 고소·고발사건이 많다는 것 자체가 재정신청 대상범죄를 축소해야 할 결정적인 근거가 될 수 없다. 특히 재산범죄에 대한 고소의 급증과 이로 인한 재정신청의 급증 문제는 검찰의 관행개선, 고소장선별수리제도, 고소장수리보류제도, 고소사건 조정제도, 무고에 대한 엄정한 대처, 선결문제 기소유예제도의 도입 등 제도적 보완장치에 의해 해결해야 하고,⁶⁶⁾ 고소와 재정신청이 폭증한다는 이유로 재정신청 자체를 제한해서는 안 된다. 한편 개정 형사소송법은 재정신청의 증가에 대비하여 검찰항고전치주의를 채택하고(제260조 제4항), 재정신청서에 재정신청을 이유있게 하는 사유를 기재하도록 하고(같은 조 제4항), 비용부담제도(제262조의3)를 도입한 만큼 이를 잘 활용하여야 한다.

(2) 이번 형사소송법 개정에서 특히 문제되는 것이 바로 고발사건을 재정신청의 대상에서 제외한 점이다. 검찰은 사법개혁의 추진과정에서는 재정신청 대상범죄의 전면적 확대에 대한 반론과 함께, 재정신청을 전면적으로 확대하고 사건과 직접 관련없는 고발인에게까지 재정신청을 허용하는 경우 민중소송화할 우려가 있고 그로 인해 피고소·고발인의 인권이 침해될 우려가 크다는 점을 논거로 재정신청권자를 고소인으로 제한해야 한다는 주장을 제기하였고,⁶⁷⁾ 사개추위에서도 이런 주장을 제

65) 대법원에 따르면 지난 2006년 한 해 동안 제기된 재정신청은 850건이었으나 2007년에는 9,132건, 2008년에는 11,248건 그리고 2009년에는 12,724건으로 대폭 증가하였다. 대검찰청에 따르면 검찰이 형사사건에서 불기소 처분을 내린 인원은 지난해 1,296,267명으로 불기소 100건당 1건 정도 꼴로 재정신청이 제기된 셈이다. “검사도, 판사도 못 믿겠다…재정신청·항소 급증”, 한국경제신문 2010. 2. 8.자 참조.

66) 고소사건의 급증의 원인과 그에 대한 대처방안에 관해서는 신동운, “민사분쟁형 고소사건의 합리적 해결방안”, 형사법의 신동향 2호(2006.2), 1면 이하; 송길용, “고소사건 처리의 NEW패러다임”, 형사법의 신동향 2호(2006.2), 38면 이하; 허일태, “납고소의 해소를 위한 대책”, 형사정책 17권 1호(2005.6) 참조.

67) 김호철, “재정신청 전면확대 법안검토”, 사법제도개혁추진위원회, 사법선진화를 위한 제도개혁,

기하였지만 결국 수용되지 못하였다.

그러나 국회 심의과정에서 검찰은 재정신청 대상범죄의 축소를 계속적으로 요구하였고 그 결과는 성공적이었다. 이와 같은 성공에는 학계와 법조계도 한 몫을 하였다. 국회 법제사법위원회 제262회 제8차 회의에서 진행된 국회공청회에 진술인으로 참석한 4명의 형사소송법학자 중 2명의 진술인이 법원의 수사기관화를 이유로 재정신청대상사건의 전면적 확대를 반대하였고, 심지어 대한변호사협회를 대표하여 나온 변호사조차도 재정신청제도는 소추기관과 재판기관을 분리한 원칙의 예외로서 그 대상범죄를 모든 범죄로 확대하는 것은 무리가 있다고 진술하였다.⁶⁸⁾ 재정신청 대상범죄의 확대에 의구심을 갖고 있던 국회 법제사법위원회의 위원들은 이러한 주장에 힘입어 결국 고발사건을 재정신청의 범위에서 제외하기에 이르렀다.

고발사건을 재정신청의 대상에서 제외한 데 대해서는 일찍부터 비판이 제기되었다. 특히 박기석 교수는 고소고발사건의 실태분석을 통해 고발사건을 재정신청의 대상에서 제외한 수정안의 문제점을 면밀하게 분석하고, 우리나라에서는 고소가 남발되고 있을지는 몰라도 고발이 남발되고 있다고는 할 수 없으므로 업무의 폭증을 이유로 고발사건을 재정신청의 대상에서 제외하는 것은 합당하지 않으며, 국정감사 중 피감기관으로부터 술자리 등의 향응을 받은 국회의원들을 시민단체가 고발한 사건에서 볼 수 있듯이 재정신청의 대상에서 고발사건을 제외한 것은 재정신청제도의 존재의의를 반감시킨 것이라고 해도 과언이 아니라고 비판하였다.⁶⁹⁾

또한 그는 고소의 경우 개인적 감정이나 민사문제를 형사화하여 해결하려는 부정적인 요소를 포함하고 있으나, 고발사건에 대해서는 불기소처분의 비율이 낮고 또한 불기소이유에서도 고소사건보다 혐의없음의 비율이 낮다는 사실에 비추어 볼 때 고발사건은 형사사건으로서의 실체와 증거가 존재하는 경우가 많다고 보아야 한다고 하면서, 공소권남용의 우려가 큰 기소유예의 비율은 고소사건보다 고발사건이

2007, 843면 참조.

68) 이에 대해 한 국회의원은 검찰의 권한을 견제하는 재정신청제도는 국민의 입장에서 바람직함에도 불구하고 형사소송법학계의 대가들이 부정적인 이유는 이해하기 힘들고 특히 변호사협회가 그러한 입장이라는 것은 전혀 이해할 수 없다고 말한 바 있다(국회 법제사법위원회 제262회 제8차 회의록, 8:11:25면 참조).

69) 박기석, 개정 형사소송법의 재정신청제도, 비교형사법연구 9권 2호(2007), 206면.

더 높다는 점을 지적하면서 재정신청의 필요성은 고소사건보다 오히려 고발사건이 더 크다고 주장하였다.⁷⁰⁾ 나아가서 고소사건의 경우 남신청의 가능성이 있으나 법원에서 엄정한 자세로 남신청을 기각하고 악의적인 신청에 대해서는 비용부담을 지우게 되면 점차적으로 남신청의 문제는 해소될 수 있으나 고발사건에 대해서는 개정형사소송법이 재정신청을 원천적으로 부정함으로써 검찰이 기소재량권을 남용하여 불기소처분을 하더라도 고발자(시민, 시민단체, 내부고발자, 국가기관 등)는 아무런 손을 쓸 수가 없게 되었다고 꼬집었다.⁷¹⁾

(3) 최근에는 국민적 의혹이 집중된 대형비리, 부패사건 등은 언론보도나 시민단체의 고발 등으로 수사가 시작되는 경우가 많아 재정신청이 인정되지 않음으로써 검사의 기소재량권을 견제할 수단이 없다는 점을 들어 검찰의 기소독점권을 견제하기 위해서는 재정신청 대상사건을 고발사건을 포함한 모든 사건으로 확대해야 한다는 주장이 다시 고개를 들고 있다.⁷²⁾ 당연히 사개추위의 논의과정에서 재정신청 범위의 확대를 강력히 반대해 왔던 검찰에서 반대가 예상된다.

검찰은 재정신청의 범위를 고소사건뿐만 아니라 고발사건에까지 확대하고자 한 사개추위안을 반대하면서 그 근거로 고발사건에까지 재정신청을 허용하는 것은 소추와 심판의 분리원칙(탄핵주의)에 반하고 공중소추를 인정하는 결과가 된다는 점을 내세웠다.⁷³⁾ 그러나 고발인에게 재정신청권을 부여하여 법원으로 하여금 검사의 불기소처분의 당부를 심사하게 하는 것은 - 사인소추나 기소배심과 같이 - 시민에게 직접적으로 소추권을 부여하는 것이 아니기 때문에 공중소추라고 해서는 안 될 뿐만 아니라, 설사 그것을 공중소추라고 하더라도 그것은 국민주권주의에서 우리나라는 국가권력에 대한 국민적 통제수단이므로 재정신청의 범위에서 고발사건을 제외해야 할 정당한 근거가 될 수 없다.

개정형사소송법상 재정신청제도의 모델이 된 독일의 기소강제절차의 도입과정에서도 재정신청권자를 고소인으로 한정할 것인가 아니면 고발인도 포함시킬 것인가

70) 박기석, 앞의 논문, 208면.

71) 박기석, 앞의 논문, 209면.

72) 법률신문 2010.4.16.자, 기소독점권 견제 위해 재정신청 고발사건까지 확대" 참조.

73) 김호철, 앞의 글, 843면. 같은 취지로는 이완규, 앞의 글, 577면.

를 둘러싸고 많은 논쟁이 있었다. 특히 독일제국 형사소송법의 제정과정에서는 프로이센의 관료직계층적 조직원리가 그대로 유지되는 가운데 검찰권의 정치적 남용을 어떻게 방지할 것인가가 큰 논란이 되었다. 당시 기소독점의 통제수단에 관한 논의는 보충적 공중소추제도를 도입하자는 주장과 재정신청제도를 도입하자는 주장으로 집약될 수 있는데, 어느 주장이든 공소권은 궁극적으로 시민에게 있다는 ‘시민의 공소권’을 이념으로 하고 있었다. 보충적 공중소추제도는 현실적으로 받아들이기 어렵다고 보고 법원에 대한 항고(Beschwerde), 즉 재정신청제도의 도입을 주장한 사람도 ‘시민의 공소권’을 이념을 바탕으로 신청자를 고소인뿐만 아니라 고발인으로 확대하고 재정신청이 인용되는 경우 공소의 수행을 법원이 지정한 변호사로 하여금 맡게 할 것을 요구하였다. 그러나 이러한 주장은 제국정부와 검찰의 강력한 반발에 부딪쳐 결국 오늘날과 같이 신청자가 고소인으로 제한되고 검사가 공소를 수행하는 현재의 기소강제절차로 축소되기에 이르렀다.⁷⁴⁾ 결국 독일이 오늘날 재정신청권자를 고소인에 한정된 것은 ‘시민의 공소권’이념을 거부하고 검사의 공소권에 대한 통제수단으로서의 재정신청의 의미를 축소시킨 결과라고 평가할 수 있다.

검찰에서 고발인에 대해 재정신청권을 부정하는 논거로 내세우는 이른바 “공중소추를 인정하는 결과가 된다”는 주장은 “대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다”는 헌법상 국민주권주의 원칙(제1조 제2항)에 대한 이해의 부족에서 비롯된 것이라고 하지 않을 수 없다. 검사의 공소권은 법률(검찰청법 제4조)에 근거한 것일 뿐 사법권과 같이 헌법에 근거하고 있는 권한이 아니다. 검사에게 공소권을 독점시킬 것인가(기소독점주의), 재량권을 부여할 것인가(기소편의주의), 검사가 공소권을 행사하지 않을 경우 국민이 직접 법원에 소추할 수 있는 권리를 인정할 것인가(보충적 공중소추제도) 또는 법원에 신청하여 결정으로 심판에 붙이도록 할 것인가(재정신청제도)는 국민의 입법적 결단에 달려 있는 것이다.

(4) 한편 고발사건에까지 재정신청을 인정해서는 안 된다는 주장이 들고 있는 대표적인 근거 중의 하나가 불필요한 재정신청을 방지하고 소송경제적 측면에서 업무 부담을 최소화하고 재정신청의 남발로부터 특히 피고발인을 보호할 필요성이 있다

74) 이에 관한 자세한 내용은 川岐英明, 앞의 책, 168-175면 참조.

는 점을 든다.⁷⁵⁾ 특히 고소고발사건이 많은 우리나라에서 이러한 지적은 설득력이 있다. 그러나 앞에서 지적하였듯이 재정신청의 남발의 방지와 그로부터 피고발인의 보호 필요성에 있어서는 고소사건과 본질적으로 다를 것이 없고, 이 문제를 재정신청의 원천적 봉쇄에 의해 해결하려는 것은 권위주의적 발상이라고 하지 않을 수 없다.

(5) 그리고 검찰에서는 고발사건에까지 재정신청을 허용할 필요가 없다는 논거로 이미 현행법 하에서도 고발사건에 대해서 어느 정도 재정신청이 허용되고 있는 점을 든다. 즉 직권남용죄(형법 제123조 내지 제125조), 공직선거법위반죄(공직선거법 제273조), 헌정질서파괴범죄(헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법 제4조, 5·18민주화운동 등에 관한 특별법 제3조), 군의문사(의문사진상규명에 관한 특별법 제32조), 부패행위(부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률 제61조)와 같이 검찰의 공소권남용이 우려되는 범죄에 대해서는 사실상 고발사건에 대해서도 재정신청이 허용되고 있으므로 굳이 고소사건 전반에 대해 재정신청을 허용할 필요는 없다는 것이다.⁷⁶⁾ 또한 국가적·사회적 법익에 대한 범죄라고 하더라도 개인적 법익을 침해하는 측면이 있는 경우에는 그러한 범죄로 피해를 입은 개인도 고소인으로서 재정신청을 할 수 있다는 논거를 든다.⁷⁷⁾

그러나 직권남용죄, 헌정질서파괴범죄를 제외하고는 선거관리위원회(후보자, 정당 포함), 국민권익위원회, 군의문사진상규명위원회 등 고소권자를 다른 국가기관으로 한정하고 있기 때문에 진정한 의미에서의 국민에 의한 감사·통제라고 보기는 힘들다.⁷⁸⁾ 그리고 국가적·사회적 법익에 대한 범죄라고 하더라도 개인적 법익을 침해

75) 조기영, 앞의 논문, 141면; 박미숙, 앞의 논문, 710면 참조.

76) 전승수, “개정 형사소송법상 재정신청제도”, 형사법의 신동향 14호(2008.6), 64면.

77) 조기영, 앞의 논문, 141면; 이완규, 579면.

78) 이완규, 앞의 논문, 580면은 선거사범이나 부정부패 등에 있어서는 공정성과 객관성을 담보할 수 있는 장치가 마련된 선거관리위원회나 국가청렴위원회(국민권익위원회로 변경·필자) 등의 국가기관에 대해서만 공소권에 관여할 수 있는 권한을 부여하고 있고 아무 시민단체에게나 공소권에 관여할 수 있는 권한을 줄 수는 없는 것이라고 주장한다. 공소권에 관여할 수 있는 권한은 시민단체에게는 줄 수 없고 국가기관에게만 줄 수 있다는 논리는 설득력이 없다는 점은 굳이 언급할 필요가 없을 것이다.

하는 측면이 있다는 점은 그와 반대로 개인적 법익을 침해하는 측면이 명확하지 않는 국가자·사회적 법익에 대한 범죄가 적지 않다는 점을 고려하면 고발사건을 재정신청의 대상에서 제외해야할 논거가 되기 힘들다. 한편 부친경찰서 성고문사건에서 볼 수 있듯이 고소인뿐만 아니라 고발인에 대해서도 재정신청권을 부여할 때 재정신청제도가 제대로 된 힘을 발휘할 수 있다는 점을 고려해 볼 때,⁷⁹⁾ 재정신청의 대상에서 고발사건을 제외한 것은 재정신청의 실효성을 크게 훼손하는 조치라고 하지 않을 수 없다.

3. 검사에 의한 공소의 제기과 유지

(1) 개정형사소송법상의 재정신청제도의 성격과 관련하여 일본식의 준기소절차에서 독일식의 기소강제절차로 변경되었다고 평가하는데 이론(異論)이 없다. 개정형사소송법이 공소제기결정이 내려진 사건을 법원이 지정한 변호사가 아니라 검사로 하여금 담당하게 하도록 하였기 때문이다. 이에 대해 검찰에서는 소추와 심판이 분리원칙에 부합하는 것이라고 하면서 환영의 뜻을 밝힌 반면에 법원에서는 부심판 결정 및 공소유지변호사제도를 폐지하고 검사로 하여금 공소의 제기과 유지를 담당하게 함으로써 당초 불기소처분을 하였던 검찰이 법원의 공소제기 결정에 대하여 어느 정도 성실하게 공소유지활동을 할 것인지 여부에 따라 그 성패가 좌우되게 되었다고 해도 과언이 아니라고 하면서 깊은 우려를 표명하였다.⁸⁰⁾

법원의 우려는 얼마 되지 않아 현실로 나타났다. 지난해 서울고등법원은 ‘뉴타운 허위 공약’과 관련해 선거법 위반혐의로 고소된 정몽준 의원에 대한 검찰의 불기소결정이 부당하다는 재정신청을 받아들여 공소제기 결정을 함으로써 서울중앙지방법원에서 정몽준 의원의 선거법위반사건에 대한 재판이 시작되었는데, 검찰은 결심공판에서 피고인(정몽준 의원)에 대한 유죄 주장과 그에 합당한 처벌을 요구하지 않

79) 1987년 재정신청제도의 부활의 결정적 계기가 되었던 부친경찰서 성고문사건과 1985년 민청련의 장 고문사건의 재정신청인은 바로 고문사건의 피해자에 대한 변호를 담당하였던 변호인단이었다는 사실을 이를 잘 대변해 준다. 자세한 내용은 이원영, 검찰기소권에 대한 통제방안모색(2004년 정기국회 정책자료집), 2004, 31면 이하 참조.

80) 법원행정처, 형사소송법 개정법을 해설(2007), 71면.

고 공판과정에 나왔던 사실에 입각하여 재판부가 ‘알아서 판단’해 줄 것을 요청하는데 그침으로써 특정인에 대한 ‘봐주기 구형’ 아니냐는 비난이 제기되고 있다.⁸¹⁾

<표3>에서 보는 바와 같이 재정신청 사건의 공소유지권이 검찰에게 넘어간 2008년 1월부터 2009년 6월 말까지 공소제기 재정결정 사건 중 판결이 선고된 사건은 모두 61건이었는데, 이 중 검사가 무죄를 구형하거나 구형 의견을 제시하지 않는 등 소극적 태도를 보였지만 유죄판결이 선고된 경우는 13건에 이른다. 이는 공소제기 재정결정 사건의 재판결과 유죄가 선고된 42건의 30.9%에 해당하는 수치로서, 유죄가 선고된 사건 중 약 3건 중 1건에서는 검찰이 무죄주장을 굽히지 않았고 검사가 무죄를 구형하거나 구형 의견을 제시하지 않은 사건 전체 사건(28건) 중에서 46.4%가 잘못된 ‘무죄구형’ 또는 ‘구형포기’ 라는 것을 보여주는 것이다.

〈표3〉 공소제기 재정결정사건 구형 및 판결 현황(2008~2009.6.23)

		검사		계
		유죄	무죄	
판결선고	유죄	29	13	42
	무죄	4	15	19
	계	33	28	61

검찰은 애초 자신들의 불기소처분이 부당하여 공소제기 재정결정이 내려지더라도, 자신들이 여전히 무죄라고 믿는 경우에는 무죄를 구형하는 것이 당연하다는 입장이다.⁸²⁾ 그렇다면 재정신청이 받아들여져 형사재판을 개시하도록 한 경우에도 검찰이 무죄라고 생각하는 경우에는 여전히 무죄구형을 하겠다는 것인데, 이는 검찰의 부당한 불기소처분에 불복하여 재판을 개시하도록 하는 재정신청 제도의 취지에 반하는 것이라고 하지 않을 수 없다.

81) 참여연대 사법감시센터, “정몽준 의원 구형포기, ‘무책임’한 검찰의 ‘예상’된 행동”, 2009.3.11. 참조.

82) 검찰은 2009.3.11. ‘정몽준 의원 재판 구형 관련 검찰입장’이라는 보도자료를 발표하고 “검찰은, 검찰이 무혐의 결정한 사건을 법원이 재정신청을 받아들여 기소한 사건에 대하여는, 공소유지 과정에서 새로이 밝혀진 증거 등을 종합하여 유죄 또는 무죄 구형을 하고 있으며, 공소유지 과정을 통해서도 무죄에 대한 확신이 있는 경우 무죄구형을 하여 오고 있[다]”고 밝힌 바 있다.

시민단체는 이러한 현상이 비단 정몽준 의원사건에서만 나타난 것이 아니라는 점을 강조하면서 공익의 대변자로 자처하며 사개추위의 개정안을 수정하여 공소유지권을 차지한 공소유지 기능을 성실하게 수행하지 못하고 있음을 스스로 확인하는 것이고, 공소유지 재정결정사건에서 특별검사를 법원이 지명하던 제도(공소유지 담당변호사제)를 폐지하고 애초 불기소처분을 내린 검찰에게 공소유지권을 맡긴 개정 형사소송법의 잘못이 확인된 것이라고 강력하게 비난하고 있다.⁸³⁾

(2) 공소유지권을 검찰에게 맡길 것인가 또는 제3자(공소유지변호사 내지는 특별검사)에게 맡길 것인가는 재정신청제도의 실효성과 관련된 중요한 문제로서 전자(前者)의 방식에 따른 기소강제절차를 채택한 독일에서도 많은 논란이 되어 왔다.

앞에서 설명한 바와 같이 독일제국형사소송법 제정당시 검사의 기소독점에 대한 견제수단으로 보충적 공중소추제도와 법원에 대한 항고제도가 주장되었으나 제국정부와 검찰의 강력한 반대에 부딪쳐 결국 타협안으로 법원에 대한 항고제도를 채택하는 방향으로 나아갔다. 그런데 제국정부는 법원에 대한 항고제도를 주장했던 사람들의 당초 주장과는 달리 고소인에 대해서만 항고권을 부여하는 방향으로 나아가려고 하였고, 항고권자를 고소인으로 제한하더라도 공소수행만은 변호사로 하여금 담당하게 해야 한다는 요구마저도 제국정부의 반대에 부딪쳐 결국 검사가 공소수행을 담당하는 것(기소강제절차)으로 결정되었다.⁸⁴⁾

일부견해는 당사자주의를 강화한 개정형사소송법 하에서는 독일식 기소강제절차를 채택한 것이 마치 당연한 것처럼 설명하고 있으나, 정작 독일의 기소강제절차는 타협에 타협을 거듭하면서 축소된 제도라는 사실에 유의할 필요가 있다.

(3) 그리고 우리나라가 일본식의 준기소절차를 포기하고 독일식의 기소강제절차로 이행한 것과는 달리 최근 일본은 준기소절차를 더욱 강화하고 있다는 사실에도 주목할 필요가 있다.

주지하다시피 2차 세계대전에서 패배한 일본은 연합군최고사령부(GHQ)에 의해

83) 참여연대, “재정신청사건에서 모순에 빠진 검찰-육심에 비해 성실하지 않은 검찰이 재정신청제도를 흔들고 있다”, 2009.9.30.

84) 川岐英明, 앞의 책, 173면 참조.

검찰의 민주화방안으로 검찰관공선제 및 기소배심제도 채용을 요구받았다. 그러나 당시 이 요구를 수용할만한 상황이 되지 못한 일본정부가 GHQ의 양보를 받아 시행하게 된 것이 검찰관적격심사회와 검찰심사회제도이다.⁸⁵⁾ 검찰심사회는 ‘공소권의 실행에 관하여 민의를 반영하여 그 적정을 도모’하는 것을 목적으로 도입된 것으로서 검찰관의 불기소처분의 당부를 심사하고 검찰사무의 개선에 관한 건의·권고를 할 수 있는 권한을 갖고 있다. 검찰심사회제도는 불기소처분에 대한 당부심사를 신청할 수 있는 권한은 고소인뿐만 아니라 고발인에게도 부여되어 있다는 점에서는 아래에서 설명하는 준기소절차보다 낫다고 할 수 있으나, 기소함이 상당하다거나(起訴相當) 또는 불기소가 부당하다는 결정(不起訴不當)의 결정이 내려지더라도 검찰관은 기소의무를 지지 않는다는 점이 커다란 한계로 지적되어 왔다.⁸⁶⁾

한편 일본정부는 공무원에 의한 인권침해를 방지하기 위하여 헌법에 고문금지를 선언함과 동시에 그 실효성을 확보하기 위하여 준기소절차(부심판절차)를 도입하였다. 준기소절차는 공무원을 직권남용죄로 고소·고발한 자가 검찰관의 불기소처분에 불복이 있을 때 그 검찰관소속 검찰청 소재지를 관할하는 지방재판소에 그 사건을 재판소의 심판에 회부하도록 청구하는 제도로서, 대상범죄가 직권남용죄로 한정되어 있지만 고소인뿐만 아니라 고발인도 부심판청구를 할 수 있고 부심판결정이 내려진 때에는 재판소가 지정한 변호사로 하여금 공소유지를 담당하게 한다는 점에서 검찰관의 공소권에 대한 강력한 견제수단으로서의 역할을 수행해 왔다.

주지하다시피 일본은 ‘사법에 있어서의 국민적 기반의 확립’을 목표로 2004년 재판원제도를 도입하기로 하고 지난 해 5월부터 시행에 들어갔다. 그리고 검찰심사회제도도 재판원제도의 도입에 발맞추어 개선하기로 하고 검찰심사회의 의결에 대한 법적 구속력의 부여하는 방안을 추진하였다. 이에 대해서 일본검찰은 ① 검찰심사회제도는 새로운 시험이기 때문에 실효성이 있는 것으로 그쳐야 하고, ② 구법 이래로 검찰관에 대해서는 뿌리깊은 신뢰가 있으므로 그의 재량을 제한할 필요는 없으

85) 出口雄一, “檢察審査會法制定の経緯-GHQにおける議論を中心に”, 法律のひろば 2009.6, 12면 이하 참조.

86) 昭和 24년(1949년)부터 平成 9년(1997년)까지 검찰심사회에 수리된 사건수는 총 129,878건인데 이 중 기소상당과 불기소부당의 결정이 내려진 것은 12.4%에 해당하는 15,619건인데 이 중 검사가 실제로 기소한 건수는 1,031건으로 6.6%에 불과하다(法曹會, 檢察審査會五十年史(1988), 257이하 참조).

며, ③ 일본에서는 국민의 사법참가를 전제로 하는 배심제도가 어울리지 않고 일반인의 판단에 대해서는 많은 의구심이 있으며, ④ 검찰관이 공소유지를 할 수 없다고 판단하는 사건까지 기소를 인정하게 되면 실제 검찰관의 공판활동이 현저하게 곤란하게 된다는 반론을 제기하였으나,⁸⁷⁾ 검찰심사회의 개혁을 요구하는 여론을 막지는 못했다.

검찰심사회의 의견에 구속력을 부여함에 있어서는 재판원제도의 도입에 의해 검찰관의 기소처분이 있는 경우 국민이 구속력있는 판단을 하게 되었는데, 검찰관의 불기소처분에 대한 검찰심사회의 의결에 대해서 구속력을 인정하지 않는다는 것은 균형이 맞지 않는다는 판단에 따라, 기소불기소의 모든 사안에서 국민이 형사사법의 최종적 담당자로 관여할 수 있도록 해야 한다는 인식이 바탕이 되었다. 이로써 검찰심사회는 재판원제도와 함께 국민의 형사사법참가를 담당하는 두 바퀴로서 기능을 하게 되었다. 이런 이유에서 검찰심사회의 의결에 대해 구속력을 인정하는 것은 필연적이라고까지 설명되고 있다.⁸⁸⁾

이로써 검찰심사회의 심사결과 기소상당 또는 불기소불상당의 결정이 내려지면 검찰관은 신속하게 당해 의결을 참고하여 당해 의견과 관련된 사건에 대하여 처분을 해야 한다. 그 검찰심사회가 기소상당의 의결을 하였음에도 불구하고 검찰관이 공소를 제기하지 않는 처분을 한 경우에는 재심사가 행해지고, 이 때 다시 기소의결을 한 경우 당해 의결은 구속력을 갖는다. 재심사에 의해 기소의결을 한 검찰심사회는 인정된 범죄사실을 기재한 의결서를 작성하고 그 등본을 지방재판소에 송부하고, 지방재판소는 기소의결된 사건에 관한 공소제기와 유지를 담당할 자를 변호사 중에서 지정하고, 지정변호사가 그러한 임무를 수행한다. 특히 검찰심사회에서 재의결된 사건은 준기소절차에서와 같이 검사가 아니라 지정변호사로 하여금 담당하게 한 것은 검찰이 스스로 기소를 거부한 사건을 다시 검찰에게 맡기는 실효성이 없다는 인식에 기초한 것이다.

이처럼 과거 권고적 효력만을 가졌던 검찰심사회 의결에 대해 구속력이 부여되고 나아가서 재기소의결된 사건은 지정변호사로 하여금 공소제기와 유지의 임무를 수

87) 伊藤榮二, “檢察審査會法改正の経緯及び概要について”, 法律のひろば 2009.6, 19면 이하 참조.

88) 宇藤崇, “檢察審査會の役割と制度の概要”, 法律のひろば 2009.6, 4면 이하 참조.

행하게 함으로써 검찰심사회제도는 그 내용면에서 훨씬 더 준기소절차에 근접하게 되었고, 그런 점에서 준기소절차가 확대되었다고 평가할 수 있다.

이상과 같이 재정신청을 받아들여 공소제기결정이 내려진 사건을 법원이 지정한 변호사가 아니라 검사로 하여금 담당하게 하는 제도는 그 자체로서 근본적 한계를 가지고 있고 또 일본에서는 이러한 문제점을 극복하기 위하여 기존에 권고적 효력만 부여하였던 검찰심사회의 기소의결에 구속력을 부여하고 나아가서 기소의결된 사건에 대해서는 지정변호사로 하여금 공소수행을 담당하게 하는 방향으로 나아가고 있음에도 불구하고, 우리나라는 오히려 검사의 기소독점을 견제하려는 재정신청제도의 본래취지와는 반대방향으로 나아가는 있다.

이처럼 검찰이 공소수행권한을 회수해 온 것은 재정신청제도를 법원과의 힘겨루기로 인식했기 때문이 아닌가 생각된다. 이러한 법원과 검찰의 힘겨루기는 재정신청사건의 관할법원과 심리방식에서도 나타난다.

4. 재정신청사건의 관할법원과 심리방식

(1) 우리나라의 준기소절차의 모델이 되었던 일본 형사소송법은 재정신청의 관할법원을 지방법원으로 하고 있음에 반하여, 우리나라의 형사소송법은 그 관할법원을 고등법원으로 하고 있다. 재정신청사건에 대한 심리를 어떤 법원으로 하여금 담당하게 할 것인가는 형사소송법의 입법당시부터 커다란 문제 중의 하나였는데, 입법자들은 이 점에 관하여 “인간은 감정적 동물이 되어서 미묘한 공기를 나타낼 [수 있다]”고 하면서, “우리나라의 실정으로 보아서 지방법원과 검찰청이 대립하고 있기 때문에… 차라리 한 층 더 높여서 고등법원[으로 하고]… 고등검찰청과 지방검찰청 책임자들로 하여금 한 번 더 고려할 기회를 주는” 방식을 채택하게 되었다.⁸⁹⁾

그러나 재정신청사건을 고등법원에서 심리하는 것은 재정신청인에게 큰 불편을 주는 것은 물론 전국에 있는 고등법원의 수나 인력에 비추어 볼 때로 많은 실무적으로 적지 않은 어려움을 야기하였다. 이에 사개추위는 재정신청의 범위를 모든 범죄로 확대하는 경우에는 재정신청건수가 다소 증가할 것이 예상되는데, 사개추위는

89) 신동운 편, 앞의 책, 129면.

전국에 걸쳐 5개에 불과한 고등법원에 재정신청사건이 몰릴 경우 사건처리가 지연될 가능성이 크고 당사자의 입장에서도 관할 고등법원까지 가는 데에는 상당한 불편이 따르게 되고, 고등법원에서 부심판결정을 한 경우 제1심에서 본안 형사사건을 처리함에 있어서는 심리적인 영향을 받을 수 있으며, 부심판사건에 대해 항소가 제기된 경우에는 부심판사건의 심리를 담당한 고등법원의 법관에 대해서는 제척사유인 전심재판의 조사심리에 대한 관여의 문제가 발생할 소지가 크다는 점을 고려하여 재정신청사건의 심리를 고등법원이 아닌 지방법원 본원 합의부가 담당하도록 변경하였다.⁹⁰⁾

사개추위 개정안은 지방법원 합의부 중 단독판사의 관할사건의 항소심을 담당하는 재판부(지방법원 본원 합의부)로 하여금 재정신청사건을 담당하게 함으로써 현재 형사항소심인 고등법원과 같은 심급으로 유지하면서 재정신청 사건에 대해 능동적으로 대처할 수 있다는 점에서 재정신청인의 입장에서는 적극 환영할 만한 것이었다. 그런데 사개추위안은 국회의 심의과정에서 고등검찰청의 항고를 거친 사건을 지방법원에서 심리한다는 것은 불합리하므로 동급의 고등법원에서 심리를 해야 한다는 이유에서 다시 원점으로 되돌려졌다. 재정신청사건의 관할법원의 결정을 결정하는 문제가 재정신청사건의 효율적 처리가 아니라 법원과 검찰의 심급간 균형의 문제 정도로만 인식되어, 심사숙고 끝에 마련된 개정안이 다시 원상태로 복귀되었다는 사실은 이번 형사소송법 개정이 과연 ‘개정(改正)’인지를 의심스럽게 하는 또 하나의 대목이다.

(2) 사실 그동안 재정신청제도가 제대로 기능하지 못한 데에는 재정신청의 범위가 형법상 직권남용죄 및 특별법상 몇 개의 죄에 한정되어 있기 때문만은 아니었으며, 이미 오래 전부터 재정신청 사건에 대한 법원의 심리가 충실히 이루어지지 못하고 있고 법원도 부심판결정을 하는데 상당히 소극적이라는 점이 그 주된 원인 중의 하나로 지적되어 왔다.

앞에서 지적한 바와 같이 제정형사소송법은 심리기간을 20일로 규정하고 법원의 심리권한도 ‘당사자의 신문’에 한정되어 있었기 때문에 법원에서는 통상 기록을 보

90) 사법개혁추진위원회, 형사소송법개정안 설명자료(2007), 104면 이하.

고 판단하고 조사를 하지 않는 관행이 형성되었다. 1961년에는 형사소송법의 개정으로 심리권한이 ‘증거조사’로 확대되기는 하였지만 심리기간의 제한은 해소되지 않아 법원으로서의 시간적 여유를 갖고 충실하게 심리할 수가 없었고 통상 기록을 보고 판단하고 조사를 하지 않는 관행은 여전히 계속되었다.⁹¹⁾ 개정형사소송법에서는 심리기간을 3개월로 연장하였는데, 기간연장으로 어느 정도 충실한 심리가 이루어질지는 지켜볼 일이다.⁹²⁾

(3) 한편 부실한 심리의 원인으로 형사소송법이 심리절차를 당사자주의적으로 운영하지 않는다는 점이 지적되어 왔다.

이전의 형사소송법은 물론 개정 형사소송법도 재정신청 사건의 심리는 ‘항고의 절차에 준하여’ 하도록 규정하고 있다. 주지하다시피 항고절차는 반드시 구두변론에 의할 필요가 없으므로(형사소송법 제37조 제2항) 심리의 공개, 신청자와 피신청자의 출석이 필수적인 요건이 아니다. 그러나 항고법원은 결정을 함에 필요한 경우에는 사실을 조사할 수 있고(같은 조 제3항), 필요한 경우에는 증인을 신문하거나 감정을 명할 수 있으며 검사, 피고인, 피의자 또는 변호인을 참여하게 할 수 있다(형사소송규칙 제24조 제1항, 제2항). 그리고 검사는 항고사건에 대하여 의견을 진술할 수 있다(형사소송법 제412조).

만일 법원이 ‘항고의 절차에 준하여’라는 문언을 적극적으로 해석하는 경우에는 굳이 ‘증거를 조사할 수 있다’는 문언을 끌어대지 않더라도, 검사가 밝혀내지 못했거나 또는 밝혀내기를 거부했던 실제진실을 적극적으로 발견해 낼 여지는 충분히 있었다.⁹³⁾ 그러나 그동안 법원은 재정신청사건의 심리절차는 소송이 아니고 당사자

91) 형사소송법개정안에 대한 국회심의과정에서 국회의원이 법원행정처 사법정책실 심의관에게 사실상 법원에서 증거조사를 한 일이 있냐고 묻자, 현행법에는 충분히 할 수 있게 되어 있지만 실제로 조사한 적이 없다고 대답하고 있다. 제260회 국회 법제사법위원회 회의록(법안심사제1소위원회) 제3호, 5면 참조.

92) 임상규 교수는 개정형사소송법이 심리기간을 3개월로 연장하였지만 그것은 심리의 충실을 도모하기 위한 것이 아니라 오히려 재정신청의 폭증으로 인해 기간내에 사건을 처리하지 못하는 사태를 피하려는 의도를 반영한 것이라고 지적하고, 이것으로 졸속 내지 부실심리가 해소되었다고 보기 힘들다고 지적하고 있다. 임상규, 앞의 논문, 439면.

93) 재정법원의 조사권, 심리방식 등에 대해서는 이홍락, “재정법원 조사권의 범위와 한계”, 2010.3.19. 형사소송법학회 발표문 참조.

대립구조를 취하는 것도 아니므로 대립당사자의 존재를 전제로 하는 형사소송법상의 제규정, 예컨대 소송관계인의 서류·증거물의 열람·등사권, 증거신청권, 증거조사 참여권 등의 규정이 적용 또는 준용되지 않으며, 수사와 유사한 성격을 갖는 공소제기 전에 있어서의 직권절차로서의 성격을 갖기 때문에 사실조사의 실효성 확보, 피의자 기타 관계인의 명예보호 등을 위하여 밀행성을 중시할 필요가 있다는 등의 이유를 들어 실체진실의 발견에 소극적인 태도를 보여 왔다.⁹⁴⁾

재정신청사건에 대하여 사실상 법원이 거의 증거조사를 하지 않은 것이 관례였음에도 불구하고, 검찰은 사개추위의 논의과정에서 재정법원이 직권으로 피의자를 소환·구인·구속할 수 있고 압수·수색·검증·증인신문·감정 등에 관하여 수소법원과 동일한 권한을 가지는 것은 일제시대의 예심제도를 폐지하고 수사·소추기관과 재판기관을 엄격히 분리하는 형사소송법의 기본원칙에 반박하였다.⁹⁵⁾ 또한 형사소송법개정안에 대한 국회 심의과정에서도 법원에 대하여 증거조사권을 부여하는 것 극히 이례적인 것이라고 하면서 증거조사제도 자체에 대한 강력한 비판을 제기하였다.⁹⁶⁾ 결국 국회 심의과정에서 “필요한 때에는 증거를 조사할 수 있다”는 문구가 삭제되는 않았으나, 재정신청의 남용으로 인한 피고소인의 지위불안과 불이익을 방지하기 위해 재정신청사건의 심리는 특별한 사정이 없는 한 공개하지 않고(제262조 제3항) 재정신청사건의 심리 중에는 관련서류 및 증거물을 열람 또는 등사할 수 없다는 규정(제262조의2)을 두게 되었다.

(4) 검찰의 주장대로 소추와 재판이 혼동되는 것을 막고 공소제기된 사건의 심리를 형해화하지 않으려면 재정법원의 심리를 불기소처분의 당부만을 심사하는데 국한시켜야 할 필요가 있음을 부인하기 어렵다. 그러나 불기소처분의 당부심사는 유무죄의 실체심리와 완전히 분리될 수 없고, 후자의 전자의 논리적 전제로 보아야 한다. 그럼에도 불구하고 재정법원이 자신의 역할을 의도적으로 전자에만 국한시키

94) 서울고등법원, 재정신청사건 실무편람(1999), 32면 이하.

95) 법무부, 개정형사소송법, 2007, 140면. 나아가서 “모든 범죄에 대하여 법원이 수사하고 공소제기하며 대리인을 시켜 공소유지하게 하는 개정안의 방식은 수사판사제도의 탄생, 규문주의로의 회귀라는 비판을 면키 어렵다”고 하고 있다.

96) 제260회 국회 법제사법위원회 회의록(법안심사제1소위원회) 제3호, 8면 참조.

려고 한다면, 결국 재정심리의 졸속과 부실로 이어질 수밖에 없다.⁹⁷⁾

우리나라뿐만 아니라 일본의 준기소절차도 저조한 실적을 벗어나지 못하고 있는데, 일본에서는 이러한 실적저조의 주요원인으로 청구심의 심리가 청구인의 관여를 배제하고 밀실에서 행해지고 재판소도 부심판사건에 대하여 소극적인 자세를 취하고 있는 점을 지적하고,⁹⁸⁾ 준기소절차의 성패는 부심판청구심에서 어떻게 청구인관여의 심리방식을 확보하는가에 달려 있다고 하면서 청구인에게 관련서류증거물 열람등사권, 증거신청권, 증인신문 참여권 및 증인신문권 등을 적극적으로 보장하여야 한다는 주장이 강력하게 제기되고 있다.⁹⁹⁾

재정법원의 심리방식을 어떻게 구성할 것인가를 판단함에 있어서는 재정신청사건의 특수성을 고려하지 않으면 안 된다. 통상사건과는 달리 재정신청사건에 있어서는 경찰이나 검찰이 혐의를 밝히기 위해서가 아니라 처음부터 불기소의 방침을 가지고 수사에 임하고 경향이 있다. 이 때문에 재정신청사건의 심리절차에서 수사기관의 수사편중에서 발생하는 증거의 결루(缺漏)를 보충하지 않으면 재정신청사건의 심리절차는 오히려 피의자에게 면죄부를 주는 결과가 된다. 재정신청은 수사기관에 대하여 범죄의 수사과 범죄자의 처벌을 요구한 고소인 또는 고발인이 수사기관에 의한 수사가 미흡하고 그에 대한 불기소처분이 부당하다는 이유에서 제기되는 것인 만큼, 재정신청사건의 관할법원이 재정신청인의 관여를 배제한 채 수사기관에 의해 수집된 증거만으로 심리를 진행하는 것은 부당하다고 해야 한다.

그렇다고 해서 재정법원이 수사기관으로서의 역할을 자처하고 적극적으로 강제 처분을 하는 것은 현실적으로나 이념적으로 적절하지 않다. 일본에서는 우리나라의

97) 임상규, “재정신청제도의 문제점과 개선방안”, 법학논고 30집(2009.6), 경북대학교 법학연구소, 440면.

98) 검찰관역변호사의 실무를 담당한 三上孝孜 변호사는 그 원인으로 수사단계에서의 경찰 및 검찰의 소극적이고 불공정·불충분한 수사, 경찰의 증거인멸과 수사방해, 부심판청구심에서의 청구인관여의 제한으로 인한 증거수집의 불충분, 부심판공판에 있어서 검찰관역변호사에 부여된 권한의 미비 등을 포괄적으로 지적하고 있다. 三上孝孜, “檢察官役辯護士から見た付審判制度の問題點と改善策”, 自由と正義 43권 7호(1992.7), 33면 참조.

99) 일본에서의 준기소절차(부심판제도)의 문제점에 대한 지적과 청구인관여의 심리방식의 주장에 대해서는 法律時報 45권 9호(1973.8), <特集> 準起訴手續をめぐる諸問題; 法學セミナ 275호(1978.2), <特集> 準起訴手續を考える; 自由と正義 43권 7호(1992.7), <特集> 付審判制度の問題點と改善策 참조.

개정전 형사소송법과 같이 직권남용죄 등 인권침해사건에 대해서만 재정신청이 허용되고 있고, 인권침해사건의 특성 때문에 법원이 심리에 적극적으로 나서 줄 것이 요구되고 있다. 그러나 특히 민사분쟁형 형사사건이 많고 재정신청권자가 재산다툼에서 유리하게 작용할 증거를 확보하기 위해 법원과 검찰의 공권력에 의존하려는 경향이 강한 우리나라에서는 재정법원으로 하여금 적극적으로 심리에 나서 줄 것을 요구할 수는 없다.

따라서 재정신청사건의 심리에 있어서 증거수집은 그 사건에 대하여 가장 열의를 갖고 있는 신청인 또는 대리인으로 하여금 하게 하고 법원은 이들이 제출한 증거를 기초로 판단하는 것이 심리를 효과적으로 진행할 수 있는 방법일 것이다.¹⁰⁰⁾ 이런 이유에서 관련서류 및 증거물에 대한 열람 등사를 할 수 없도록 하기 보다는 재정신청권자에 대해서 증거보전청구권을 보장하고 심리절차에서도 증인신문참여·증거신청·재판절차진술권 등 당사자(재정신청인과 피의자)가 당해 절차에 참여할 수 있는 권리를 보장하는 것이 타당하다고 본다.¹⁰¹⁾ 이는 ‘당사자참여 심리방식’으로 검찰에서 주장하듯이 법원의 수사기관화 또는 직권주의적 심리방식이 결코 아니며,¹⁰²⁾ 오히려 개정 형사소송법이 지향하는 당사자주의에 부합하는 것이다.

5. 재정법원의 결정에 대한 불복

개정전 형사소송법은 재정법원의 결정에 대해서는 항고를 할 수 없다고 규정하고 있었다(제262조 제2항). 그러나 대법원은 재정신청 기각결정에 재판에 영향을 미친 헌법 법률 명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에는 대법원의 최종적 심사를 받기 위하여 재항고를 할 수 있다고 판시함으로써, 즉시항고에 의한 불복을 허용하였다.¹⁰³⁾ 이 점을 감안하여 사개추위는 재정신청에 대한 심리와 결정을 항소

100) 서울고등법원, 재정신청사건 실무편람, 1999, 76면.

101) 같은 취지로는 신양균, 형사소송법 신판(2010), 356면 참조.

102) 검찰은 사개추위안에 대하여 재정신청의 전면확대와 법원의 전면적 조사권인정은 직권주의적 요소의 강화를 의미하며, 공판절차에서 당사자주의를 강화해 온 경향과 배치된다고 비판한 바 있다. 법무부, 개정형사소송법(2007), 140면.

103) 대법원 1997.11.20. 자 96도119 전원합의체 결정.

심과 동일심급인 지방법원 합의부(항소부)로 하여금 하도록 하고 대법원판례의 입장을 명문화하여 재정신청을 기각한 결정에 대하여 헌법, 법률, 명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 (고등법원 상고부에) 즉시항고를 할 수 있도록 규정하였다. 그런데 이 규정이 국회심의과정에서 개정 형사소송법의 즉시항고 허용규정이 재정신청사건에 대한 장기화를 방지한다는 이유로 삭제되고, 대법원에 대한 불복을 불허하는 것은 위헌의 소지가 있다는 반대의견에도 불구하고 재정법원의 결정에 대하여 ‘항고’할 수 없다는 표현을 ‘불복’할 수 없다는 표현으로 수정하기에 이르렀다. 이에 검찰은 피고소인의 지위불안을 방지하기 위하여 대법원에 즉시항고하는 것도 허용하지 아니하고 재정심리를 단심화하려는 취지로 보고 있다.¹⁰⁴⁾

그러나 ‘항고’할 수 없다는 표현이 ‘불복’할 수 없다는 표현으로 수정되었다고 하여 재항고의 가능성이 없어진 것으로 해석해서는 곤란하다. 헌법재판소는 개정전 형사소송법에서 재정신청에 대한 기각결정 등 고등법원의 결정에 대하여 항고를 제한하고 있는 이유와 관련하여 “고등법원의 결정에 대하여 항고를 허용하면 대법원이 이를 심리하게 되는데 모든 항고법원 또는 고등법원의 결정에 대하여 무제한적으로 항고를 허용하는 경우 대법원은 사건의 폭주로 인하여 법령해석의 통일이라는 대법원의 본질적 기능을 제대로 수행할 수 없게 되기 때문에 대법원의 업무부담을 경감하려는 취지와 법률관계를 조속히 확정하고 형사재판제도의 효율성을 제고하며, 형사사건의 당사자와 이해관계인의 법적 안정성을 조화하려는 목적에서 고등법원의 결정에 대한 보통항고를 금지”하고 있는 것이라고 설명하면서, 다만 형사소송법은 고등법원의 결정에 대하여 대법원에 불복할 수 있는 기회를 근본적으로 박탈하고 있는 것은 아니고 형사소송법 제415조에 의하여 그 결정이 헌법이나 법률, 명령, 규칙에 위반되는 경우에는 재항고가 가능하다고 하는 취지를 밝힌 바 있다.¹⁰⁵⁾

재항고에 의해 피의자의 불안한 지위가 계속될 우려가 없지만 재정신청에 대해 기각결정이 내려지만 고소인(피해자)이 가진 법적 구제수단이 모두 소진되기 때문에 재항고가 전면적으로 금지된다고 해석해서는 곤란하다.¹⁰⁶⁾

104) 법무부, 앞의 책, 150면.

105) 헌법재판소 1996.10.31.94헌바3 결정 참조.

III. 맺음말

개정 전과 비교해 볼 때 이번 개정 형사소송법에서 많은 점에서 상당히 변화된 규정들을 많이 담고 있다. 그런데 재정신청제도는 기존과는 전혀 다른 것이라고 말할 수 있을 정도로 많은 변화가 있었다. 재정신청제도는 개정논의가 시작될 당시의 모습, 사개추위의 개정안 그리고 국회의 심의를 거쳐 수정된 모습을 비교해 보면 아주 흥미로운 변화를 보여주고 있는데, 이러한 변화의 이면에는 사법을 운영하는 기관들의 이해관계 내지는 정치적 입장이 자리잡고 있다.¹⁰⁷⁾

재정신청을 둘러싼 사개추위의 논의과정과 국회에서의 심의과정을 보면 이를 검찰권에 대한 통제수단으로 여기고 보다 더 강화시키려는 입장과 이를 저지하려는 입장이 대립하였고, 어쨌든 지금까지는 검찰이 판정승을 거둔 것으로 평가된다. 검찰은 이번 개정형사소송법상의 재정신청제도를 상당히 긍정적으로 평가하고 있는데, 특히 검사의 비당사자성, 객관적 지위를 강조하고 있는 점이 눈에 띈다.

재정신청사건에서 검사가 공소수행자로 등장하는 것은 검사의 비당사자성, 객관적 지위를 나타낸다. 이미 재정신청제도에 따라 법원이 소추를 강제하는 것 자체가 당사자주의와는 거리가 멀고 법원과 검찰이 모두 형사사법에 있어 실체적 진실발견을 위한 의무를 지는 직권주의적 제도이다. 법원이 소추결정하여 그 공소를 제기하는 검사를 당사자라고 할 수 없으며, 검사는 객관적 관청으로서 진실발견을 위해 공정하게 공소업무를 수행하는 지위를 가질 수밖에 없는 것이다.¹⁰⁸⁾

앞에서 설명한 바와 같이 독일형사소송법의 제정과정에서 검찰의 기소독점을 견제하기 위한 방안으로서 보충적 공중소추, 피해자 및 일반시민에 대한 항고의 허용, 공소유지변호사에 의한 공소제기·유지 등 다양한 주장들이 제기되었음에도 불구하고 피해자인 고소인에 대해서만 항고권을 인정하고 공소제기 결정된 사건을 검사로 하여금 담당하게 하는 오늘날 기소강제절차가 도입되기에 이른 데에는 객관의무를 바탕으로 사법기관=비당사자성을 내세운 독일 정부와 검찰의 반대가 큰 원인이 되

106) 같은 취지로는 신양균, 앞의 책, 364면.

107) 이와 같은 지적으로는 류전철, 앞의 논문, 216면 참조.

108) 이완규, 앞의 논문, 589면.

었다. 이처럼 독일의 기소강제절차는 ‘직권주의 소송구조에 적합한 제도’로서 탄생된 것이 아니라 정치적 타협의 산물인 만큼 소송구조의 유사성을 이유로 우리나라에도 적합한 제도로 평가되어서는 곤란하다.

특히 재정신청제도를 구체적으로 어떤 모습(부심판절차 또는 기소강제절차)으로 구성할 것인가를 결정함에 있어서는 수사와 공소에 관해 검사에게 부여된 실질적인 권한을 함께 고려하지 않으면 안 된다. 독일에서는 경미범죄 등에 대해서는 사소와 부대사소를 인정하고 기타의 범죄에 관해서는 기소독점주의를 채택하면서도 다른 한편으로 기소법정주의를 바탕으로 하고, 또한 검찰에게는 법률상 수사권, 수사지휘권 및 수사종결권이 부여되어 있지만 실질적으로는 경찰에 의해 대부분의 수사가 이루어지고 감독기관으로서의 역할을 수행하고 있다. 이처럼 수사 및 소송의 구조가 우리나라와는 상당히 다른 독일에서 기소강제절차는 - 검사의 기소독점을 견제하는 제도로는 불충분하다는 많은 비판에도 불구하고 - 검사의 기소독점에 대한 견제와 피해자의 권리보호라는 기능을 수행해 오고 있다.

그러나 우리나라의 검찰은 형사소송법의 제정 당시부터 기소독점주의와 기소편의주의를 바탕으로 한 강력한 소추재량권을 가지고 실질적인 수사의 주재자로서 기능해 왔고 그러한 기능이 계속 강화되는 길을 걸어 왔다. 우리나라의 형사소송법 입법자가 당시 독일이나 일본과 비교하여 훨씬 더 강력한 형태의 재정신청제도를 도입한 것도 바로 이와 같이 검찰에게 부여된 강력한 권한 때문이었고, 수사와 기소에 있어서 검찰이 가지는 권한은 형사소송법 제정당시와 비교해 볼 때 큰 변화가 없다. 사개추위가 제안한 본래의 모습으로 다시 개정해야 한다는 주장이 끊이지 않는 것도 바로 이러한 근본적인 문제의식에서 비롯된 것이라고 하지 않을 수 없다.

재정신청제도의 개혁을 논의하는 과정에서는 재정신청 범위의 확대의 대안으로 일본의 검찰심사회를 참고하여 검사가 불기소처분을 내린 사건에 대해 고소·고발인이 이의를 제기할 경우 이를 일반시민으로 구성된 위원회가 심의해 공소제기명령을 내릴 수 있도록 하는 방안이 제기되었다.¹⁰⁹⁾ 최근에도 검찰과 관련된 불미스러운

109) 국민참여형 재정심사제도를 도입하려는 입법적 시도는 이를 잘 말해준다. 자세한 내용은 국민의 고소사건 재정심사참여에 관한 법률안(2006.6.22. 장윤석의원 대표발의)과 재정심사에 관한 법률안(2006.9.18. 권영세의원 대표발의) 및 임인규(법제사법위원회 수석전문위원), 국민의 고소사건 재정심사참여에 관한 법률안-재정심사에 관한 법률안 검토보고, 2007.2. 참조.

일들이 연달아 발생함에 따라 이와 같은 상태의 재정신청제도로는 검찰의 기소재량권 남용을 견제하기 불충분하다는 여론이 확산되고 있고, 얼마 전에는 일본 도쿄지검이 일본 정계의 최고 실력자인 민주당 간사장 오자와 이치로(小澤一郎)의 불법 정치자금 의혹을 수사한 뒤 증거가 없다며 불기소하자 검찰심사회가 다시 수사하라는 결정을 내린 것에 영향을 받아, 우리나라에서는 일본의 검찰심사회제도와 같이 국민이 직접 검찰의 공소권을 통제할 수 있는 제도적 장치를 마련해야 한다는 목소리가 높아지고 있다.¹¹⁰⁾

범죄피해자의 권리를 구제하고 검찰의 공소권남용을 방지하며 검사의 공소권행사에 대한 국민적 신뢰를 확보하기 위해서라면 검찰심사회제도라고 해서 굳이 반대할 이유가 없다고 생각된다. 그러나 일본의 검찰심사회는 그 자체가 하나의 완결된 제도가 아닐 뿐만 아니라 일본 내에서도 검찰의 기소독점과 기소재량을 효과적으로 견제하는 수단으로서 불충분하다는 비판의 목소리가 높았다는 점에 유의할 필요가 있다.

일본의 검찰심사회제도는 검찰의 공소권에 대한 국민적 감시와 사법적 통제를 강력하게 요구한 연합군최고사령부(GHQ)와 현실적 여건을 이유로 이를 반대한 일본 정부의 타협의 산물로서 지금까지 검찰의 공소권에 대한 국민적 감시와 사법적 통제 수단으로 미흡하다는 지적을 받아 왔다. 타라사키 오시히로(寺崎嘉博) 교수는 본래 기소배심제도는 사인소추제도와 접목될 때 비로소 그 기능을 충분히 발휘할 수 있음에도 일본에서는 국가소추주의를 유지한 채 검찰심사회가 창설되었기 때문에 충분한 기능을 다하지 못하고 있다고 하면서 ① 검찰심사회는 부당한 불기소만을 사후적으로 심사함에 지나지 않고 ② 그 의결에는 구속력이 없으며 ③ 권한도 조직도 빈약하다는 것을 문제점으로 지적한 바 있다.¹¹¹⁾ 그런데 최근 재판원제도를 도입시행됨에 따라 국민의 형사사법참가에 대한 요구가 강해진 일본에서는 검찰심사회법을 개정하여 기소의결에 구속력을 부여하고 재기소의결된 사건에 대해서는 법원이 지정하는 변호사가 공소제기와 유지의 임무를 담당하는 것으로 바꿈으로써 검찰의

110) 중앙일보 2010.4.29.자 사설, “검사의 기소독점 영역 깎 일본 검찰심사회”; 조선일보 2010.5.9.자 사설, “검찰 기소 독점권, '민간'이 견제하는 제도 할 만하다” 참조.

111) 寺崎嘉博, “日本の刑事司法— 檢察審査會と陪審制度”, 형사정책 13권 1호(2001), 303면 이하 참조.

공소권에 대한 국민적 감시와 사법적 통제를 강화하고 있다.

제정형사소송법이 정부와 검찰의 강력한 반대에도 불구하고 도입한 재정신청제도는 - 고소인뿐만 아니라 고발인에 대해서도 재정신청을 허용하고 재정법원은 부심판결정을 하고 지정변호사로 하여금 공소유지를 담당하게 함으로써 - 국민적 감시와 사법적 통제가 강화된 형태라고 한다면, 이번 개정형사소송법에 의해 변형된 재정신청제도는 - 고발인에 대해서는 재정신청을 원칙적으로 허용하지 않고 재정법원이 공소제기결정을 하면 검사가 공소의 제기 및 유지를 담당하게 함으로써 - 국민적 감시와 사법적 통제가 상당히 약화된 형태라고 할 수 있다. 검찰권에 대한 통제 장치로 재정신청제도를 채택하는 것이 바람직한가 또는 검찰심사회제도를 채택하는 것이 바람직한가를 떠나서 ‘검사의 공소권에 대한 국민적 감시와 사법적 통제수단으로서 실질적으로 기능할 수 있는가’라는 관점에서 볼 때, 검사가 실질적인 수사의 주재자로서 수사권과 수사지휘권을 행사하며 기소독점주의와 기소편의주의를 채택하고 있는 우리나라의 현실에서, 사소제도와 기소법정주의를 채택하고 있는 독일식의 기소강제절차를 도입한 이번 개정형사소송법이 - 적어도 재정신청에 관해서 - 과연 개정이 이루어졌는지에 대해 회의를 가지는 것은 어쩌면 당연한 것일지도 모른다.

최근 검찰권 통제방안에 대한 논의를 지켜볼 때 논의의 중심이 재정신청이 아니라 검찰심사회로 옮겨 갈 것으로 예상된다. 현재의 재정신청제도를 대신하여 또는 이를 보완하기 위해 검찰심사회제도를 도입하더라도 그것이 가지는 상징적 의미만을 강조해서는 곤란하다. 어떤 제도를 채택하더라도 그것이 검사의 공소권에 대한 국민적 감시와 사법적 통제수단으로서 실질적으로 기능할 수 있도록 만들어가지 않으면 안 될 것이다.

참고문헌

- 강의석, “재정신청에 관한 약간의 문제점”, 검찰 제3호(1968. 7),
- 강태훈, “형소법 제26조 2항에 대한 소고”, 검찰 제13호(1969. 5).
- 고시면, “부천시성고문사건(1986년)과 검사의 불기소처분에 대한 불복신청방법에 있어서 (2007년) 개정형사소송법상 그 문제점에 관한 연구”, 사법행정 49권 11호 (2008.11).
- 국회사무처, 대한민국 법률안연혁집 제2권(1992).
- 국회 법제사법위원회 제262회 제8차 회의록
- 김갑배, “기소권제도의 개선방안”, 민주사회를 위한 변론, 2003 1·2호.
- 김준호, “재정신청제도 확대검토”, 사법개혁추진위원회 전문위원 보고서 상(2000).
- 김윤근, “재정신청기각결정의 효력”, 법정 19권 11호(1964. 11).
- 김태명, “재정신청제도의 의의와 범위의 확대”, 형사법연구 21호(2004 여름).
- 김태명, “재판상 준기소절차의 활성화방안”, 비교형사법연구 8권 1호 특집호(2006).
- 김태명, “개정형사소송법상 재정신청제도에 대한 비판적 검토”, 형사법연구 19권 4호 (2007 겨울).
- 김호철, “재정신청 전면확대 법안검토”, 사법제도개혁추진위원회, 사법선진화를 위한 제도개혁(2007).
- 대검찰청, 형사소송법 제정·개정자료집(1997).
- 류전철, “개정 형사소송법상 재정신청의 성격과 문제점”, 영남법학 26호(2008).
- 문준영, “검찰권 행사에 대한 시민적 통제와 참여”, 민주법학 29호(2005).
- 문준영, “한국검찰제도의 역사적 형성에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문 (2004.2)
- 미국사법제도시찰단, “미국사법제도시찰보고서”, 법정 2권 9호(1947.9).
- 박기석, 개정 형사소송법의 재정신청제도, 비교형사법연구 9권 2호(2007),.
- 박기석, “개정 형사소송법의 재정신청제도”, 비교형사법연구 9권 1호(2007).
- 박미숙, “개정 형사소송법상 재정신청제도의 효율적 운용방향”, 형사정책연구 18권 7호 (2007년 가을호).

- 배종대·이상돈·정승환, *신형사소송법*(2009).
- 법률신문 2003.4.13.자, 길태기, “재정신청에 담긴 의미”.
- 법률신문 2010.4.16.자 “기소독점권 견제 위해 재정신청 고발사건까지 확대”.
- 법무부, *개정형사소송법*(2007).
- 법원행정처, *형사소송법 개정법률 해설*(2007).
- 사법개혁추진위원회 *전문위원보고서 상권*(2000).
- 송길용, “고소사건 처리의 NEW 패러다임”, *형사법의 신동향* 2호(2006.2).
- 사법개혁추진위원회, *형사소송법개정안 설명자료*(2007).
- 서울고등법원, *재정신청사건 실무편람*(1999).
- 신동운, “민사분쟁형 고소사건의 합리적 해결방안”, *형사법의 신동향* 2호(2006.2).
- 신동운 편, *형사소송법재정자료집*, 한국형사정책연구원(1990).
- 신동운, *형사소송법 I 제2판*(1997).
- 신양균, *형사소송법 신판*(2010).
- 엄상섭, *권력과 자유*(1957).
- 이건채, “재정신청과 항고” *검찰 제21호*(1970.1).
- 이완규, “개정법상 재정신청제도의 몇 가지 쟁점”, *형사소송법연구 I* (2008).
- Roxin/이완규 역, “검사의 법적 지위-과거와 현재-”, *검사의 지위와 기능*(2008).
- 이월영, *검찰기소권에 대한 통제방안모색*(2004년 정기국회 정책자료집), 2004.
- 이재상, “재정신청의 제문제”, *대한변호사협회지* 1988.4.
- 이홍락, “재정법원 조사권의 범위와 한계”, 2010.3.19. *형사소송법학회 발표문*.
- 임상규, “재정신청제도의 문제점과 개선방안”, *경북대학교 법학연구소, 법학논고* 30집 (2009.6).
- 장승두, “기소편의주의와 자소제도”, *법정* 4권 9호(1949.9).
- 전승수, “개정 형사소송법상 재정신청제도”, *형사법의 신동향* 14호(2008.6).
- 정종섭, “검사의 불기소처분에 대한 헌법소원심판제도”, *인권과 정의* 237호(196.5).
- 조국, “강조되어야 할 예외로서의 재정신청제도”, *형사판례연구* 8호(2000).
- 조기영, “재정신청절차의 해석론적 쟁점”, *형사법연구* 20권 1호(2008년 봄호).
- 조선일보 2010.5.9.자 사설, “검찰 기소 독점권, '민간'이 견제하는 제도 할 만하다”.

- 중앙일보 2010.4.29.자 사설, “검사의 기소독점 영역 깎아 일본 검찰심사회”.
- 차용석, “준기소절차의 구조와 제문제”, 고시계 1988.10.
- 참여연대 사법감시센터, “정몽준 의원 구형포기, ‘무책임’한 검찰의 ‘예상’된 행동-불기소 결정사건의 공소유지권한 달라고 했던 검찰이 모순, 재정신청사건 공소유지권한 검찰에게 준 형소법개정해야”, 2009.3.11.
- 참여연대, “재정신청사건에서 모순에 빠진 검찰-욕심에 비해 성실하지 않은 검찰이 재정신청제도를 흔들고 있다”, 2009.9.30.
- 최보현, “재정신청에 관한 시비”, 법조 6권 11·12호(1957.12).
- 한인섭, 권위주의 형사법을 넘어서(2000).
- 하승수, “검찰권남용에 대한 통제수단으로서의 재정신청제도”, 법과사회 16·17호(1999).
- 하태훈, “검찰권 통제 및 검찰제도 개혁방안”, 법과사회 37호(2009 하반기),
한국경제신문 2010. 2. 8.자 “검사도, 판사도 못 믿겠다…재정신청·항소 급증”,
허영, 헌법이론과 헌법(신정판), 1995,
허일태, “남고소의 해소를 위한 대책”, 형사정책 17권 1호(2005.6)
- 法律時報 45卷 9号(1973.8), <特集> 準起訴手續をめぐる諸問題.
- 法曹會, 檢察審査會五十年史(1988).
- 法學セミナー 275号(1978.2), <特集> 準起訴手續を考える.
- 寺崎嘉博, “日本の刑事司法— 檢察審査會と陪審制度”, 형사정책 13卷 1号(2001).
- 三上孝孜, “檢察官役辯護士から見た付審判制度の問題點と改善策”, 自由と正義 43卷 7号(1992.7).
- 松尾浩也, “當事者主義と辯護”, 鴨良弼博士古稀祝賀論文集 · 刑事裁判の理論(1979).
- 宇藤崇, “檢察審査會の役割と制度の概要”, 法律のひろば 2009.6,
- 伊藤榮二, “檢察審査會法改正の経緯及び概要について”, 法律のひろば 2009.6.
- 自由と正義 43卷 7号(1992.7), <特集> 付審判制度の問題點と改善策.
- 川岐英明, 現代檢察官論(1997).
- 出口雄一, “檢察審査會法制定の経緯-GHQにおける議論を中心に”, 法律のひろば 2009.6.

K. Eilling, Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland(1911).

E. Carsten, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland(1932).

Reform of the Judicial Ruling System in Korea

Kim, Tae-Myeong*

The lawmakers of Criminal Procedure Act(hereafter CPA) enacted in 1954 adopted the judicial ruling system as a control measure of prosecutorial power. According to the CPA in 1954 persons who lodge complaints or accusations are notified that the competent prosecutor will not institute public prosecution had applied for ruling with the competent Court. However the scope of its application had been limited to the crimes of public officials(abuse of authority, unlawful arrest and confinement, violence and cruel act) in 1973. Since then it couldn't have fulfilled it's function as a control instrument over the abuse of prosecutors' power.

For a long time many people have demanded the Government for the extension to all crimes, and in 2006 the President Committee on Judicial Reform(hereafter PCRJ) presented the Draft for revision of CPA which contains amendments of the judicial ruling. By the Draft a person who lodge a complaint or an accusation on all crimes may apply for ruling whether the decision is proper with the competent collegiate Panel of district court.

But the revised CPA in 2007 allowed only the persons who lodge complaints to apply for ruling and changed the quisi-prosecution system with the compulsory prosecution system. Nowadays social associations like People's Solidarity for Participatory Democracy criticize that the system of the revised Act isn't a proper system to control the prosecutorial discretion.

This study will analyze the problems of the revised judicial ruling system in the revised CPA and maintain the adoption of the system proposed by PCRJ in 2006.

* Associate Professor, School of Law, Chonbuk National University

- ❖ Key words: judicial ruling, prosecutorial review commission, quasi-prosecution procedure, compulsory prosecution procedure, control of prosecutorial power