

2010년도 춘계 형사정책세미나

형사사법 개혁의 성과와 과제

- 일 시 : 2010년 5월 14일(금) 09:30~16:00
- 장 소 : 엘타워 8F 엘하우스

2010년도 춘계 형사정책세미나 프로그램

09:30 - 10:00	등 록
10:00 - 10:10	개 회 사 : 박상기 한국형사정책연구원 원장
10:10 - 11:10	제1주제 : 양형기준제의 시행성과와 향후 과제 사회 : 이천현 (한국형사정책연구원 연구위원) 발표 : 김현석 (법원행정처 사법정책실 정책총괄심의관, 부장판사) 토론 : 탁희성 (한국형사정책연구원 연구위원) 오병두 (홍익대학교 법과대학 교수)
11:10 - 12:10	제2주제 : 구속제도의 이론과 실제 사회 : 이천현 (한국형사정책연구원 연구위원) 발표 : 변종필 (동국대학교 법과대학 교수) 토론 : 최석윤 (한국해양대학교 해양경찰학과 교수) 김태우 (서울중앙지방법검찰청 특수제3부 검사)
12:10 - 14:00	점심식사
14:00 - 15:00	제3주제 : 다시 개정되어야 할 재정신청제도 사회 : 조병인 (한국형사정책연구원 선임연구위원) 발표 : 김태명 (전북대학교 법학전문대학원 교수) 토론 : 정진수 (한국형사정책연구원 선임연구위원) 신대경 (서울남부지방검찰청 형사5부 검사)
15:00 - 16:00	제4주제 : 국민참여재판제도의 시행성과와 향후 과제 사회 : 조병인 (한국형사정책연구원 선임연구위원) 발표 : 박미숙 (한국형사정책연구원 선임연구위원) 토론 : 한상훈 (연세대학교 법학전문대학원 교수) 김영기 (대검찰청 미래기획단 연구관, 검사)

Contents

□ 목 차 □

제 1 주제

양형기준제의 시행성과와 향후 과제 1

발표 : 김현석 (법원행정처 사법정책실 정책총괄심의관, 부장판사)

제 2 주제

구속제도의 이론과 실제 35

발표 : 변종필 (동국대학교 법과대학 교수)

제 3 주제

다시 개정되어야 할 재정신청제도 69

발표 : 김태명 (전북대학교 법학전문대학원 교수)

제 4 주제

국민참여재판제도의 시행성과와 향후 과제 109

발표 : 박미숙 (한국형사정책연구원 선임연구위원)

제 1 주제

양형기준제의 시행성과와 향후 과제

■ 발표 :

- ◆ 김현석
(법원행정처 사법정책실 정책총괄심의관, 부장판사)

■ 토론 :

- ◆ 탁희성
(한국형사정책연구원 연구위원)
- ◆ 오병두
(홍익대학교 법과대학 교수)

1. 시작하며

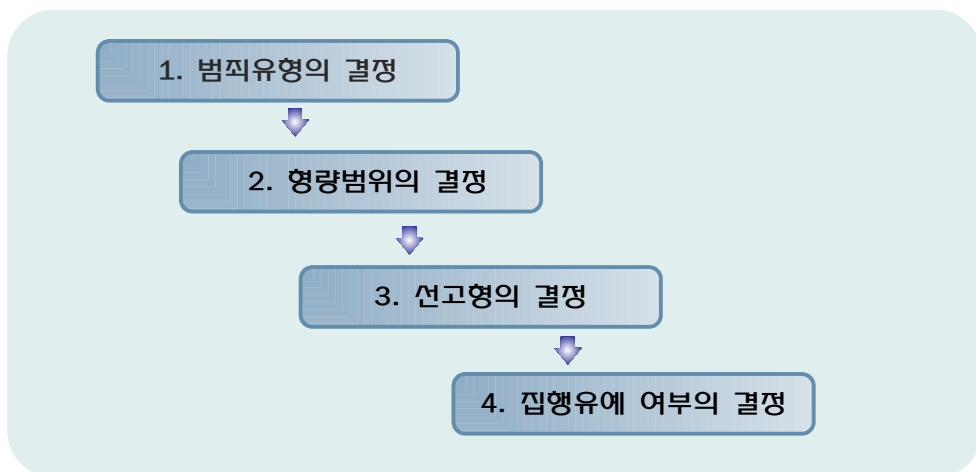
사법개혁의 일환으로 대법원 산하에 양형위원회가 구성된지 2년 남짓 되어 제1기 양형위원회는 대륙법계 국가로는 최초로 양형기준을 마련하였고, 2009. 7. 1.부터 시행되었다.

양형의 투명성, 객관성, 형평성을 높이고 개별 사안에서 합리적인 양형을 도출할 수 있는 제도로써 기능을 다하기 위해서는 양형기준의 시행성과를 분석하는 작업 역시 매우 중요한 일이라 생각한다.

양형기준이 시행된지 불과 10개월 정도에 불과하고, 분석방법 역시 논의 중에 있는 관계로 양형위원회 차원에서도 양형기준의 시행경과에 대한 정확한 분석은 이루어지고 있지 않다. 그렇지만 본고에서는 양형기준의 시행결과를 통계적 관점에서 살펴보고, 재판 실무상 양형기준이 작용하는 실제 모습과 이를 뒷받침하기 위하여 필요한 제도나 심리 방식 등에 관한 간단히 살펴보고자 한다.

2. 양형기준의 구조와 특징

가. 기본구조



○ 범죄군과 범죄유형

양형위원회가 마련한 양형기준은 범죄군별로 개별적으로 설정되어 있다. 제1기 양형기준은 살인범죄군, 뇌물범죄군, 성범죄군, 강도범죄군, 횡령·배임범죄군, 위증범죄군, 무고범죄군 등 7개 범죄군에 적용된다. 위 범죄군 중에서 양형기준 설정대상범죄를 개별적으로 정하고 있고 일부 구성요건은 적용빈도가 현저히 낮아 대상범죄로 삼지 아니하였지만, 그 범죄군에 속하는 대부분의 범죄에 대하여 양형기준이 적용된다.¹⁾

각 범죄군에 속하는 범죄들은 여러 개의 범죄유형으로 구분된다. 유형의 구분기준은 범행동기(살인범죄군), 금품수수액(뇌물범죄군), 범행수단이나 피해자의 연령 및 결합되는 범죄의 내용(성범죄군), 범행수단이나 결합되는 범죄의 내용, 상습·전과(강도범죄군), 재산상 이득액(횡령·배임범죄군), 범행의 목적(위증범죄군), 범행의 내용(무고범죄군) 등 범죄군별로 그 특징을 반영하여 개별화 되어 있다.

범죄유형은 구성요건적 특성이 비슷한 형태의 범죄를 그룹핑하는 기능을 함과 동시에 유사한 양형이 요구되는 범죄들을 동일한 유형에 포섭시키는 기능도 함께 담당하게 된다.

○ 권고영역과 양형인자 평가방식

각 유형에는 감경, 기본, 가중의 3단계 권고 형량범위가 제시되고, 양형기준이 정한 양형인자 평가방식에 따라 위 3가지 권고영역 중에서 1개의 권고영역이 정해진다.

살인범죄의 유형과 권고 형량범위			
구분	감경	기본	가중
제1유형	3년 - 5년	4년 - 6년	5년 - 7년
제2유형	6년 - 9년	8년 - 11년	10년 - 13년
제3유형	8년 - 11년	10년 - 13년	12년 - 15년, 무기 이상

● 살인미수범죄의 권고 형량범위는 위 형량범위의 1/2(제1유형), 1/3(제2, 3유형)로 각 감경하여 적용

1) 예를 들면 살인범죄군에는 촉탁살인, 영아살인 등에 양형기준이 적용되지 않지만 2004년부터 2007년 통계자료에 의할 때 전체 살인범죄의 94.6%에 대하여 양형기준이 적용된다.

양형인자는 감경인자와 가중인자로 구분되고 각각은 특별양형인자와 일반양형인자로 세분되고, 각각은 다시 행위인자와 행위자/기타인자로 나뉘어져 있다. 특별양형인자²⁾만을 비교하여 권고영역을 정한다.³⁾

그 이후에 일반양형인자와 특별양형인자 및 양형기준에 기재되지 아니하였으나 해당 사건에서 참작함이 타당한 개별 양형인자⁴⁾를 종합적으로 고려하여 권고 형량범위 내에서 선고형을 결정한다.

[살인죄의 양형인자표]

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	공통	계획적 범행, 범행에 취약한 피해자, 사체손괴, 잔혹한 범행수법, 존속인 피해자, 피지휘자에 대한 교사
		미수	경미한 상해(상해 없음 포함)
	행위자 /기타	농아자, 심신미약(본인 책임 없음), 자수, 처벌불원(피해회복을 위한 진지한 노력 포함)	특강(누범), 반성 없음(범행의 단순 부인은 제외)
일반 양형 인자	행위	소극가담, 피해자 유발(보통)	사체유기
	행위자 /기타	범행 후 구호 후송, 상당 금액 공탁, 심신미약(본인 책임 있음), 진지한 반성	특강(누범)에 해당되지 않는 이중누범, 누범에 해당되지 않는 동종 및 폭력 실행전과(집행종료 후 10년 미만)

○ 다수범죄 처리기준

양형기준은 경합범의 처리방식도 설정하고 있다. 양형기준이 정한 방식은 형법총칙의 경합범 가중과 다르므로 혼동을 피하기 위하여 다수범죄 처리기준이라고 부르고 있다. 개별 단일범의 권고 형량범위를 기준으로 상한이 가장 높은 범죄를 기본범죄로 정하고

- 2) 특별양형인자는 해당 유형의 범죄에서 중하게 취급하여야 할 양형인자만을 한정적으로 열거하고 있다.
- 3) 특별감경인자와 특별가중인자의 개수를 비교하여 동수일 경우에는 기본영역, 특별감경인자가 많을 경우에는 감경영역, 특별가중인자가 많을 경우에는 가중영역이 된다. 다만, 행위인자를 우월하게 취급하여 행위자/기타인자보다 동수일 경우에 행위인자가 있는 쪽을 우월하게 취급한다.
- 4) 양형기준은 양형에 참작가능한 모든 양형인자를 일반양형인자로 한정적으로 열거할 수 없고 해당 범죄 유형 중에서 다소 전형적인 양형인자를 설정하여 반드시 참작하게 하고, 그 이외의 양형인자는 개별사안에 따라 참작 여부를 판단하도록 하고 있다. 이러한 의미에서 일반양형인자는 특별양형인자와 달리 예시적 열거방식으로 설정되어 있다.

그 다음의 경합범죄의 권고형량 상한의 1/2을 기본범죄의 상한에 합산하고, 그 다음의 경합범죄의 권고형량 상한의 1/3을 다시 합산하는 방식으로 최종 권고 형량범위를 정한다.

○ 집행유예 기준

집행유예 기준은 양형인자의 평가방식과 유사하게 집행유예 참작사유를 평가하여 집행유예 여부를 판단하도록 한다. 참작사유를 특별참작사유와 일반참작사유로 나누고, 원칙적으로 특별참작사유를 비교하여 실형과 집행유예 여부를 결정한다. 예외적으로 반대쪽 일반참작사유가 복수로 존재한 경우에는 실형과 집행유예를 선택할 수 있다.

이와 같이 참작사유를 질적으로 구분하고 복수의 참작사유를 평가하는 원칙을 설정함으로써 실형권고, 집유권고, 선택가능의 3가지 권고내용을 파악할 수 있게 한다. 연속적으로 존재하는 형량범위와 달리 집행유예 여부는 2분법적으로 결정될 수밖에 없는데, 이로 인한 경직성을 완화하기 위하여 선택가능이라는 권고내용을 마련한 것이다.

[살인미수범죄의 집행유예 기준]

구분		부정적	긍정적
주요 참작 사유	재범의 위험성	<ul style="list-style-type: none"> · 계획적 범행 · 동기에 있어서 특히 비난할 사유가 있는 경우 · 동종 전과(10년 이내 집행유예 이상) 	<ul style="list-style-type: none"> · 공범의 범행수행 저지·곤란 시도 · 동기에 있어서 특히 참작할 사유가 있는 경우 · 중지미수 · 피해자 유발(강함) · 형사처벌 전력 없음
	기타	<ul style="list-style-type: none"> · 중한 상해 · 피해회복 없음 	<ul style="list-style-type: none"> · 경미한 상해(상해 없음 포함) · 처벌불원(피해회복을 위한 진지한 노력 포함)
일반 참작 사유	재범의 위험성	<ul style="list-style-type: none"> · 2회 이상 집행유예 이상 형 선고 · 사회적 유대관계 결여 · 약물중독, 알코올 중독 · 위험한 물건 휴대 · 잔혹한 범행수법 · 진지한 반성 없음 · 피해자와 전혀 알지 못함 	<ul style="list-style-type: none"> · 사회적 유대관계 분명 · 자수 · 진지한 반성 · 집행유예 이상의 형을 선고받은 전과가 없음 · 피고인이 고령 · 피해자 유발(보통)
	기타	<ul style="list-style-type: none"> · 공범으로서 주도적 역할 · 범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도 	<ul style="list-style-type: none"> · 공범으로서 소극가담 · 범행 후 구호 후송 · 피고인의 건강상태가 매우 좋지 않음 · 피고인의 구금이 부양가족에게 과도한 곤경을 수반

나. 특징

○ 대륙법계 국가와 양형기준

우리나라 법제는 대륙법 체계에 속하는 것으로 형법총칙은 법정형을 기초로 해당 사건별로 처단형의 범위를 설정하는 방식을 규정하고 있다. 이러한 형법체계는 양형기준을 전제로 하지 아니한 것이고 양형기준이 정하는 권고형량 산출방식과는 본질적으로 다르다. 예를 들면 형법총칙은 형종을 먼저 선택하여야 하지만, 양형기준은 마지막으로 권고영역이 결정될 때 형종이 결정된다.⁵⁾ 또한 형법총칙은 각칙의 가중·감경, 법률상 가중·감경, 경합범 가중, 작량감경의 순으로 가중·감경을 하지만, 양형기준이 권고영역을 정하는 데 배타적으로 사용되는 특별양형인자에는 법률상 가중·감경사유와 작량감경사유가 함께 포함되어 있다. 형법총칙의 처단형은 경합범 가중을 한 이후에 작량감경을 하도록 되어 있으나 양형기준은 다수범죄 처리기준을 적용하기 이전에 작량감경사유를 먼저 권고 형량범위를 정하는 데 고려하도록 하고 있어 그 적용순서도 다르다.

이와 같이 형법총칙은 양형기준을 상정하지 아니하였는데, 양형기준은 형법총칙의 전면적 개정 없이 독자적인 권고 형량범위를 설정하는 방식을 마련하였다. 양형기준의 권고적 효력에 비추어 법률상 처단형의 범위 내에서만 양형기준이 유효함을 전제로 하고 있다. 따라서 양형기준이 시행되더라도 법률상 처단형의 산출과정은 계속되어야 하고 그와 병행하여 양형기준을 적용하여 권고 형량범위를 정하고 양자의 교집합에 해당하는 형량범위 내에서 선고형을 정하도록 하고 있다. 이렇게 보면 양형기준은 처단형의 세분화 과정에 해당한다고 볼 수 있다.

○ 경험적 접근방식과 규범적 접근방식의 병행

양형기준이 제시하는 형량범위는 기본적으로 종래의 양형재판 실무례에 대한 통계분석 결과를 최대한 반영하고, 필요한 경우 규범적 관점에서 이를 조정하여 산출되었다. 즉, 양형기준이 제시하는 형량범위는 경험적 통계자료에 따른 것에 규범적 조정을 통하여 설정하게 된 것이다.

구체적으로 형량범위를 설정하는 방식은 다음과 같다. 동일한 범죄유형에 속하는 사례의 양형통계자료를 분석하여 동일한 권고영역에 속하는 범죄들의 70-80%의 양형이 포

5) 살인죄 제3유형 가중영역의 “무기징역”이 그 예이다.

용될 수 있도록 형량범위를 설정하였다. 따라서 종래의 양형실무를 그대로 따를 경우에는 약 70~80% 정도의 사안만이 양형기준에 부합할 수 있고, 20~30%의 사건에서는 양형기준을 적용한 양형과 종래의 양형실무상의 양형은 차이가 있게 된다. 적용대상 범죄 전부에 대하여 양형기준을 참조할 경우에는 종래 권고영역 밖에 존재하였던 20~30%의 선고례가 없어지게 되어 그 만큼 양형의 폭이 줄어들게 된다. 그러나 여기에는 개별사안에서 존재하는 특이한 양형요소가 존재하기 때문에 나타나는 정당한 양형차이와 유사한 사안들 사이에 근거 없이 양형이 달라지는 부당한 양형편차가 모두 포함된다. 따라서 정당한 양형차이가 필요한 사안은 양형기준에 따르지 아니하는 양형을 할 필요가 있다.

정당한 양형차이	양형기준이 정한 형량범위										정당한 양형차이
부당한 양형편차											부당한 양형편차
· 종래 양형실무에서 나타난 형량범위											
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10		

○ 양형의 형평성과 적정성의 조화 : 불가피한 차선택

양형기준은 고무줄 양형과 자판기 양형 모두를 배척하는 입장에서 서 있다. 즉, 양형의 형평성과 적정성은 어느 하나를 일방적으로 포기할 수 있는 성질의 것이 아니고 양자를 함께 추구해야 한다. 그러나 양자를 동시에 추구할 수 있는 지고지선의 양형기준은 존재하기 어렵기에 양형기준은 양형의 개별성을 양보하여 지침적 기능을 강조한다.

특별양형인자 사이에 비중이 다를 수 있고 특별양형인자의 조합에 따라 각기 다른 평가를 할 수 있음에도 불구하고 특별양형인자가 대등한 것으로 간주하고 단순한 개수비교를 통하여 권고영역이 자동적으로 결정되는 방식을 채택한 것은 양형기준의 객관적 투명성을 추구하기 위해서이다. 이로 인한 불합리는 영역별 형량범위의 중첩을 둠으로써 최소화하려 하였다. 따라서 양형기준의 권고 형량범위가 영역 사이에 중첩됨을 이유로 양형기준의 객관성이 없다는 비판은 정당하지 않다고 생각한다.

○ 선진국의 양형기준의 참조와 우리나라 양형기준의 독창성

우리나라 양형기준은 영국식 양형기준에 해당한다는 지적이 있다. 그러나 필자가 보기에는 유형별로 권고 형량범위를 제시하고 있는 점에서 오히려 미국의 각주에 있는 등 급미조정식 양형기준에 가깝다고 생각된다. 다만 권고 형량범위가 범죄유형마다 개별적으로 설정된다는 점에서 영국식 양형기준과 유사할 뿐이다.

영국식 양형기준은 해당 범죄에 허용되는 넓은 범위의 상한과 하한을 설정하고 그 중에서 기준형량을 정한 다음 가중·감경인자를 예시적으로 열거하여 법관이 종합적으로 판단하여 기준형량의 위 또는 아래에서 선고형을 정하도록 하고 있다. 그러나 우리나라 양형기준은 권고영역 내에서 출발점을 제시하고 있지 않은 점에서 미국식 양형기준에 가깝다. 우리나라 양형기준에서 감경영역 하한과 가중영역 상한⁶⁾이 영국식 양형기준이 정하는 형량범위라고 볼 수 있고 우리나라 양형기준의 기본영역이 영국식 양형기준의 기준형량의 역할을 하는 것으로 대비하여 볼 수 있다. 따라서 개별권고영역 내에서 다시 중간점 또는 출발점을 권고하여야 한다는 주장은 해당영역의 기준을 형량범위의 형식으로 정하였음에도 불구하고 다시 출발점을 재지정하여야 한다는 것으로 그 필요성과 합리성을 인정하기 어렵고, 미국식 양형기준과 영국식 양형기준 어디에도 존재하지 아니한 방식이다.

우리나라 양형기준이 정한 양형기준의 질적 구분과 양형기준 평가방식은 영국이나 미국에서도 찾아볼 수 없는 독창적인 것이다. 또한 양형위원회는 선진외국에서도 찾아볼 수 없는 집행유예 기준을 설정하였다. 권고형량을 기준으로 일정 이상의 경우에는 실형이 권고되도록 하는 방식은 미국의 연방 양형기준에 있기는 하지만, 집행유예시 고려할 구체적 참작사유를 종합적으로 고려하여 집행유예 여부를 결정하는 현재의 방식은 우리나라만의 독창적인 것이다.

6) 통상적으로 4년-7년 정도이다.

3. 양형기준 시행 전후의 양형통계의 변화

가. 개요

○ 양형의 형평성과 적정성의 분석방법의 한계

양형기준은 형평성과 적정성을 동시에 추구한다. 양형이 형평성은 유사한 사안에 유사한 양형이, 다른 사안에서는 다른 양형이 이루어져야 함을 의미하는 것이다. 양형의 적정성은 기계적인 양형을 지양하고 당해 사안에 존재하는 양형인자를 종합적으로 고려하여 최량의 양형을 하여야 함을 의미한다. 종래 뇌물죄, 성범죄 등에서 처벌이 강화되어야 한다는 사회적 요청이 있었으므로 일부 특정 범죄에서 양형의 적정성은 엄정한 양형으로 이해할 수도 있을 것이다.

양형기준 시행 이후에 양형의 형평성과 적정성을 점검하는 통계적 기법이 아직까지 확실하게 마련되어 있지 않다. 향후 합리적인 분석의 틀이 마련될 것으로 예상되지만, 본고에서는 양형기준의 부합률, 권고영역별 평균형량과 표준편차 등을 분석하여 제한적 범위 내에서도 양형기준의 시행에 따른 양형실무의 변화를 파악해보고자 한다.

○ 분석의 대상

표시방법	대상구분	구체적 내역
2008년	시행 이전 사건	2009. 9. 21. 양형위원회 제20차 회의에서 보고된 2008년 사건(일죄, 동종경합범 포함)
2009.7.1. ~2010.2.28	시행 이후 사건	2009. 7. 1. 이후 공소제기된 사건으로서 2010. 2. 28.까지 선고된 1기 양형기준 적용대상 사건(일죄, 동종경합범) 총 6,676건(피고인의 수 기준) 중 양형기준 적용 해당사건 4,516건(무기 25건 포함되어 있음. 분석에서는 제외)

나. 양형기준 부합률

양형기준의 시행결과를 분석함에 있어 그 출발점은 시행 이후 선고된 형량이 얼마나 양형기준에 부합하는지를 살펴보는 일이다.

분류	해당 비율	
	부합(하한 부합 포함)	불부합
살인죄	87.5%	12.5%
뇌물죄	82.2%	16.7%
성범죄	87.8%	11.4%
강도죄	86.2%	13.6%
횡령·배임죄	94.9%	3.2%
위중죄	85.4%	14.6%
무고죄	91.5%	8.5%
전체	89.7%	9.4%

양형기준의 부합률은 89.7%로서 양형기준 설정 당시에 예상한 부합률 70~80%보다 높은 편이다. 양형기준 시행 초기임에도 불구하고 법관들이 양형기준에 부합하는 양형을 적극적으로 고려하고 있음을 의미하고 향후 양형기준이 우리나라에서 안착될 수 있는 신호로 이해할 수 있다.

개별적으로 살펴보면 최저 82.2%에서부터 최고 94.9%까지 분포하고 있는데, 횡령·배임죄가 부합률이 가장 높고, 무고죄, 성범죄, 살인죄, 강도죄, 위중죄, 뇌물죄의 순이다. 뇌물죄의 경우에는 형량기준을 정할 때 상당부분 규범적 조정을 하였는데, 양형실무상 그에 따르지 아니하는 사례가 다소 있었던 것으로 분석된다.

분류	성별		양형기준 부합 여부				전체
			부합	하한 부합	불부합	기타	
살인죄	남성	수	147	73	30	0	250
		비율	58.8%	29.2%	12.0%	0.0%	100.0%
	여성	수	17	1	4	0	22
		비율	77.3%	4.5%	18.2%	0.0%	100.0%
	전체	수	164	74	34	0	272
		비율	60.3%	27.2%	12.5%	0.0%	100.0%
뇌물죄	남성	수	51	22	15	1	89
		비율	57.3%	24.7%	16.9%	1.1%	100.0%
	여성	수	1	0	0	0	1
		비율	100.0%	0.0%	0.0%	0.0%	100.0%

분류	성별		양형기준 부합 여부				전체
			부합	하한 부합	불부합	기타	
	전체	수	52	22	15	1	90
		비율	57.8%	24.4%	16.7%	1.1%	100.0%
성범죄	남성	수	447	267	93	6	813
		비율	55.0%	32.8%	11.4%	0.7%	100.0%
	전체	수	447	267	93	6	813
		비율	55.0%	32.8%	11.4%	0.7%	100.0%
강도죄	남성	수	175	208	59	1	443
		비율	39.5%	47.0%	13.3%	0.2%	100.0%
	여성	수	5	4	3	0	12
		비율	41.7%	33.3%	25.0%	0.0%	100.0%
	전체	수	180	212	62	1	455
		비율	39.6%	46.6%	13.6%	0.2%	100.0%
횡령·배임죄	남성	수	446	312	21	15	794
		비율	56.2%	39.3%	2.6%	1.9%	100.0%
	여성	수	85	46	9	2	142
		비율	59.9%	32.4%	6.3%	1.4%	100.0%
	전체	수	531	358	30	17	936
		비율	56.7%	38.2%	3.2%	1.8%	100.0%
위증죄	남성	수	89	15	17	0	121
		비율	73.6%	12.4%	14.0%	0.0%	100.0%
	여성	수	42	6	9	0	57
		비율	73.7%	10.5%	15.8%	0.0%	100.0%
	전체	수	131	21	26	0	178
		비율	73.6%	11.8%	14.6%	0.0%	100.0%
무고죄	남성	수	56	46	9	0	111
		비율	50.5%	41.4%	8.1%	0.0%	100.0%
	여성	수	42	17	6	0	65
		비율	64.6%	26.2%	9.2%	0.0%	100.0%
	전체	수	98	63	15	0	176
		비율	55.7%	35.8%	8.5%	0.0%	100.0%

성별로 양형기준 부합 정도⁷⁾를 살펴보면 남성과 여성 사이에 부합률의 큰 차이가 있지는 않지만, 대체로 여성 피고인에 대한 부합률이 남성 피고인보다 상대적으로 낮게 나타난다. 양형기준은 여성 피고인에 대한 특별한 배려를 하고 있지 않지만, 양형실무상 여성에 대하여 상대적으로 관대한 양형을 하고 있는데 이러한 실무관행이 양형기준의 적용 과정에서도 나타난 것으로 생각된다.

다. 평균형량과 표준편차

(1) 개요

○ 통계자료의 구체적 내용

아래 통계자료 중 양형기준 시행 이전의 사건에 대하여는 통계분석을 위하여 양형위원회 운영지원단에서 현재의 양형기준을 적용하여 해당하는 유형을 파악한 것이고, 양형기준 시행 이후의 사건은 양형기준을 적용하여 결정된 유형별로 구분한 것이다.

또한 아래의 통계자료는 대상사건을 양형기준이 정하는 범죄유형별로 구분한 다음 실제 선고된 양형의 평균형량과 표준편차를 산출한 것이다. 따라서 해당 범죄유형의 권고영역이 정하는 형량범위 내에서 선고된 것은 물론 형량범위를 벗어난 양형까지도 함께 포함되어 있다.

○ 평균형량

평균형량은 양형기준 시행 전후에 양형의 엄정성이 어떻게 변화되었는지를 파악할 수 있다. 그러나 권고영역별 비교에 해당하므로 권고영역을 정하는 특별양형인자 이외의 일반양형인자가 그 수와 내용에서 비교대상사건 사이에 상당히 차이가 날 수 있다. 또한 동일한 권고영역으로 판단되어 비교대상이 되었으나 양자는 특별양형인자의 개수비교만 동일할 뿐 특별양형인자 자체는 동일하다고 볼 수 없으므로 실질적인 행위불법이나 결과불법 등을 포함하여 사안의 중대성은 다를 수 있다. 그리고 대상사건의 수가 비교적 적을 경우에는 양형기준 시행 전후 대상사건의 양형의 일반적인 변화상이라고 보기도 어렵다.

아래 통계분석은 위와 같은 문제점을 전제로 하고 대체적인 양형변화의 흐름을 파악하기 위한 것일 뿐이다.

7) 미국 연방 양형기준제 실시 이후에 여성 피고인의 수감기간이 엄청나게 늘어난 현상과 관련하여 분석대상으로 삼았다.

○ 표준편차

동일한 권고영역에 해당하는 사건군을 그 형량분포의 표준편차의 크기로 비교하는 것은 양형의 일관성 또는 형평성을 파악하는 수단이 될 수 있다.

그러나 동일한 권고영역이라는 이유만으로 대상사건들의 범죄의 중대성을 동일하게 평가할 수 없음은 앞에서 살펴본 바와 같다. 또한 양형이 무거워질수록 양형의 표준편차는 커지는 것이 일반적인 현상이므로 양형의 표준편차의 크기만으로 양형의 일관성이 증진 또는 퇴보하였다고 단정하기는 곤란하다.

표준편차 역시 양형의 형평성을 파악하는 일응의 기준으로 이해하면 족할 것이다.

(2) 범죄군별 평균형량 변화

○ 살인범죄군

(단위: 명,년)

사건명	유형	영역	2009.7.1.~2010.2.28.			2008년		
			수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
살인	1유형	가중	2	7.5000	3.5355	3	7.3330	2.5166
		기본	3	5.8333	1.2583	5	4.0000	1.7321
		감경	7	3.0714	0.4499	3	3.6670	1.1547
	2유형	가중	29	12.6724	2.9709	46	12.5650	2.8570
		기본	21	9.7143	1.5538	57	10.0960	2.8053
		감경	36	6.5972	2.0627	60	9.0330	3.0957
	3유형	가중	2	17.5000	3.5355	.	.	.
		기본		.	.	3	12.3330	2.5166
		감경	
살인 (미수)	1유형	가중	
		기본	1	3.0000
		감경	3	1.8333	0.5774	1	3.0000	.
	2유형	가중	40	3.8750	1.0175	19	4.3420	1.7244
		기본	29	2.8966	0.3630	49	3.5310	1.4484
		·감경	73	2.3973	0.4163	118	2.8470	0.8126
	3유형	가중	1	4.0000	.	1	3.0000	.
		기본	
		감경		.	.	2	4.5000	3.5355

살인기수죄의 제1, 3유형은 해당하는 통계건수가 크지 않아 일반적 경향성을 파악하기는 곤란하다. 제2유형에 관하여 살펴보면, 가중영역과 기본영역의 평균형량은 큰 변화가 없으나 감경영역은 약 2.5년 정도 감소하는 현상을 볼 수 있다. 표준편차는 가중영역에서는 차이가 없으나 기본영역과 감경영역에서는 감소하는 현상을 보이고 있다. 특히 기본영역에서 평균형량의 변화가 거의 없음에도⁸⁾ 양형기준 시행 전에 표준편차 2.8년이 양형기준 시행 이후 1.6년으로 감소한 것은 양형의 형평성이 상당히 제고되고 있음을 알 수 있다.

살인미수죄도 제1, 3유형은 사례가 충분하지 못하므로 제2유형에 관하여만 살펴본다. 평균형량이 양형기준 시행 전후로 약간 감소하는 경향을 나타낸다. 이는 양형기준이 종전의 양형실무보다 낮게 설정되었는데 양형기준 시행 이후에 양형기준에 부합하는 양형이 나오게 되어 평균형량이 낮아졌다는 지적도 있다. 표준편차는 모든 영역에서 현저하게 감소하는 모습이 나타났다. 이것 역시 양형편차가 감소되고 있음을 의미한다.

○ 뇌물범죄군

(단위: 명,년)

사건명	유형	영역	2009.7.1.~2010.2.28.			2008년		
			수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
뇌물수수	1유형	가중	5	0.8800	0.4324	.	.	.
		기본	10	0.6700	0.3592	22	0.5636	0.3659
		감경		.	.	4	0.6750	0.2363
	2유형	가중	8	1.0750	0.2315	.	.	.
		기본	28	1.0714	0.2904	13	1.2000	0.9416
		감경		.	.	8	1.0125	0.5111
	3유형	가중	4	2.1250	0.4787	.	.	.
		기본	8	2.3750	0.6409	1	1.0000	.
		감경	2	2.5000	0.0000	5	2.6000	0.2236
	4유형	가중	4	2.0000	0.0000		.	.
		기본	4	3.5000	0.4082	9	3.5000	0.7071
		감경		.	.	2	6.0000	1.4142

8) 표준편차의 변화는 평균형량에 큰 변화가 없을 때 의미를 가진다. 평균형량이 증감하면 그에 비례하여 표준편차도 증감하는 경향이 있기 때문

(단위: 명,년)

사건명	유형	영역	2009.7.1.~2010.2.28.			2008년		
			수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
	5유형	가중	2	6,0000	2,8284		.	.
		기본	5	5,2000	1,0954	5	4,9000	0,7416
		감경		.	.	2	3,2500	1,0607
뇌물공여	1유형	가중	21	0,4952	0,1962	.	.	.
		기본	11	0,6091	0,3177	3	0,5000	0,2000
		감경	1	0,3000
	2유형	가중	1	1,0000
		기본	8	0,9875	0,4324	1	0,7000	.
	3유형	가중	1	2,0000
	4유형	기본	5	1,4000	1,0840	.	.	.
		감경	2	1,7500	0,3536		.	.

통계수치상 뇌물수수죄의 제2유형의 기본영역만 양형기준 시행 전후를 비교할만한 사례수를 보이므로 이에 관하여만 살펴본다. 평균형량은 약간 감소하는 현상을 보였을 뿐인데도, 표준편차는 1/3 수준으로 감소하였다. 이를 통하여 양형기준이 양형의 일관성을 제고하는 데 상당한 역할을 하고 있음을 알 수 있다.

○ 강도범죄군

(단위: 명,년)

분류죄명	유형	구분	2009.7.1.~2010.2.28.			2008년		
			수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
강도	1유형	가중	1	1,5000
		기본	15	2,0000	0,3780	11	2,0455	0,8791
		감경	31	1,7903	1,0229	56	1,6000	0,4247
	2유형	가중	4	3,1250	0,6292	9	2,7778	0,6180
		기본	29	2,9310	0,6908	65	3,0785	1,3088
		감경	76	2,5000	0,4830	128	2,4766	0,5537

(단위: 명,년)

분류죄명	유형	구분	2009.7.1.~2010.2.28.			2008년		
			수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
강도(상해)	1유형	가중	3	4,6667	0,5774	3	4,3333	0,5774
		기본	8	4,3750	1,8274	4	2,1250	0,9465
		감경	47	2,8936	0,7293	86	2,6581	1,0999
	2유형	가중	6	6,0000	0,8944	7	4,6429	2,1547
		기본	16	4,1875	1,2500	15	3,6000	1,7029
		감경	59	3,2593	0,7122	135	3,0793	1,0227
강도(사망)	제1유형 (강도치사)	기본		.	.	1	7,0000	.
	제2유형 (강도살인)	가중	1	15,0000	.	4	15,0000	0,0000
		기본	3	15,0000	0,0000	1	14,0000	.
강도(상습)	1유형	가중	2	7,0000	1,4142	3	5,5000	2,2913
		기본	1	6,0000	.	7	5,2857	2,7516
		감경		.	.	26	4,2885	1,4844

일반강도의 경우, 제2유형 가중영역을 제외하고는 평균형량이 양형기준 시행 전후에 큰 변화가 나타나지 않고 있다. 반면, 강도상해[치상]죄의 경우에는 모든 유형과 모든 권고영역에서 평균형량이 상승하는 모습이 나타난다. 특히 제1유형 기본영역은 평균형량이 약 2.1년에서 4.3년으로 2배 이상 증가하였고, 제2유형 가중영역도 약 4.6년에서 6.0년으로 급증하였다. 제1유형의 감경영역의 변화의 폭이 적은 것은 경한 상해가 양형에 크게 반영되지 아니한 결과로 생각되고, 기본영역은 상해의 정도가 경미한 아니한 사례가 다수 포함되어 있다면 그로 인한 양형반영 정도가 높아진 것으로 이해할 수 있다.

한편 강도상해[치상]죄의 경우 평균형량 상승에도 불구하고 권고영역 내의 표준편차가 줄어들고 있는데, 이는 권고영역 내의 형량집중도가 높아진 것을 의미한다.

강도치사상죄나 상습강도의 경우에는 평균형량이 상승하기는 하였으나 통계수치가 충분하지 않아 일반적 경향성을 파악하기 어렵다.

○ 횡령·배임범죄군

(단위: 명,년)

유형	구분	2009.7.1.~2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
1유형	가중	17	0.8529	0.2503	6	0.8000	0.6000
	기본	352	0.5651	0.2350	134	0.6261	0.2647
	감경	193	0.5321	0.1561	70	0.6057	0.2133
2유형	가중	1	3.0000	.	8	1.1000	0.2778
	기본	132	1.0955	0.3934	42	0.9833	0.3761
	감경	101	0.8564	0.2995	56	0.8964	0.3837
3유형	가중	6	3.2500	1.4748	2	2.5000	0.7071
	기본	25	2.0400	0.7314	27	1.6444	0.8617
	감경	31	1.7355	0.4386	41	1.5976	0.4503
4유형	가중	2	7.0000	0.0000	.	.	.
	기본	1	1.0000	.	7	3.0000	0.9129
	감경	4	2.7500	0.2887	7	2.6429	0.2440
5유형	기본	3	2.5000	0.0000	2	1.7500	0.3536
	감경		.	.	2	2.5000	0.0000

평균형량이 제1유형은 소폭 감소한 반면 제2유형은 소폭 증가하는 현상을 보인다. 제3유형은 모든 영역에서 상대적으로 증가폭은 커졌다. 제4, 5유형도 통계수치가 적기는 하지만 평균형량이 증가하는 모습이 나타났다.

횡령·배임액이 큰 유형에서 평균형량이 상승한 것은 양형기준이 종래보다 엄중한 권고형량을 설정하였기 때문이다. 다만 횡령·배임범죄의 행위 태양과 양형인자가 다양하고, 실질 손해액과 피해회복의 정도에 사안별 차이가 많은 관계로 집행유예 여부를 너무 획일적으로 설정하기 곤란하여 실행선고를 지나치게 강화하지 못한 것에는 일정한 한계가 있었다.⁹⁾

표준편차는 제1유형은 감소하는 경향을 보이지만, 제2유형의 기본영역, 제3유형의 가

9) 횡령·배임죄의 집행유예 기준은 다른 범죄군과 비교하여 주요참작사유의 개수가 많고 실질손해액 등의 개념이 포함되어 있어 다른 범죄군보다는 실행 여부에 대한 기준을 보다 객관적으로 제시하고 있다.

중영역은 증가하는 현상을 보였다. 통계자료만으로는 양형의 형평성에 대한 경향성을 파악하기 곤란하다.

○ 위증범죄군

(단위: 명,년)

유형	구분	2009.7.1.~2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
1유형	가중	15	0.7867	0.1767	2	1.3500	0.9192
	기본	130	0.4877	0.1716	74	0.5784	0.2128
	감경	93	0.4817	0.1539	68	0.5927	0.4533
2유형	가중		.	.	2	2.2500	1.0607
	기본	3	0.7333	0.0577	3	1.9000	1.1533
	감경		.	.	2	0.5000	0.0000

제1유형의 평균형량은 양형기준 시행 이전과 비교하여 낮아지는 현상을 보인다. 반면, 제2유형은 통계수치가 적어 경향성을 파악하기 곤란하다.

위증범죄군이 제1기 양형기준 설정대상범죄로 선정된 이유는 공판중심주의적 법정운영에 따라 위증에 대한 엄정한 양형을 제고하기 위한 것이었는데, 위와 같은 현상은 양형기준 설정의 이유에 부합하지 못하는 결과이다. 위증의 내용에 차이가 있는 것인지, 위증범죄에 대한 관대한 양형 경향성이 있는 것인지를 추가로 확인하는 작업이 필요할 듯하다.

제1유형의 표준편차도 양형기준 시행 전보다 감소하는 경향성을 보인다.

○ 무고범죄군

(단위: 명,년)

유형	구분	2009.7.1.~2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
1유형	1	5	0.7400	0.1817	1	1.0000	.
	2	75	0.5893	0.2346	77	0.6338	0.2081
	3	104	0.5288	0.2322	35	0.5857	0.1556
2유형	3	1	0.8000

무고범죄군도 위증범죄군과 마찬가지로 평균형량이 양형기준 시행 이후에 더 낮아지는 경향을 보인다.

(3) 성범죄의 양형분석

성범죄의 양형기준에 관하여는 이른바 "조두순" 사건을 계기로 국민적 관심이 집중되고 처벌의 엄정성을 강화하여야 한다는 여론이 높았다. 따라서 성범죄군에 관하여는 다른 범죄군과 구별하여 보다 상세히 양형기준 시행에 따른 형량변화 등을 분석하고자 한다.

성범죄군 양형기준은 ① 일반적 기준(13세 이상 대상 강간죄, 13세 이상 대상 강제추행죄, 13세 미만 대상 성범죄), ② 상해의 결과가 발생한 경우, ③ 사망의 결과가 발생한 경우로 대분류된다. 사망의 결과가 발생한 경우에 해당하는 통계수치가 별로 없으므로 아래에서는 ①, ②의 경우에 양형기준 시행 전후의 양형변화에 관하여 살핀다.

(가) 강간죄

○ 제1유형

(단위: 명,년)

유형	영역	2009.7.1. ~ 2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
1유형	가중	38	5,0395	2,8389	29	4,0862	2,2283
	기본	38	2,7895	1,0374	73	2,0685	0,7135
	감경	14	2,0714	0,5837	28	1,9929	0,7921

평균형량이 감경영역은 형량상승의 폭이 크지 않으나 기본영역은 약 2.1년에서 2.8년으로 약 0.7년(시행 전 대비 33%), 가중영역은 약 4.1년에서 5.0년으로 약 0.9년(시행 전 대비 22%)으로 상승하였다.¹⁰⁾ 이는 양형기준의 기본영역의 하한이 2년 6개월로서 법정형을 작량감경한 하한보다 높게 설정하였기 때문으로 보인다. 특별감경인자 이외의 일반감경인자로는 2년 6개월 이하로 선고할 수 없으므로 종래 일반감경인자에 준하는 양형사유로 작량감경을 하여 선고하던 양형실무에 변화가 생긴 것으로 추측할 수 있다.

10) 영역별 상승률이 제1유형 전체 상승률보다 낮은 것은 분모(기본영역, 가중영역의 시행전 평균형량)의 크기가 더 크기 때문임

○ 제2유형

(단위: 명,년)

유형	영역	2009.7.1. ~ 2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
2유형	가중	5	5.1000	2,4083	7	2,5000	0,5000
	기본	41	3.4756	1,1777	39	2,5769	0,9427
	감경	33	2,8909	0,4990	30	2,7167	1,7844

① 양형의 엄정성

평균형량은 감경영역에서는 약간 상승하는 데 그쳤으나 기본영역은 약 2.6년에서 3.5년으로 약 0.9년(전년대비 약 35%) 가량 대폭 증가하였다. 이는 기본영역의 권고 형량 범위가 4년~6년으로 설정되어 있으므로 양형기준을 따를 때 특별감경인자가 존재하지 않으면 최소 4년의 형을 선고하여야 하기 때문에 나타난 현상으로 추측된다. 양형기준이 한정하는 특별감경인자는 농아자, 심신미약(본인 책임 없음), 자수, 처벌불원의 4가지인데 앞의 2개는 실무상 빈도가 극히 낮고, 자수도 사례가 많지 않으므로 피해자와 합의하지 않으면 4년 이상의 중형이 선고되어야 한다. 종래 특별감경인자 이외의 감경적 양형인자¹¹⁾를 이유로 작량감경하고 감경된 법정형의 하한에 가깝게 형을 정하던 양형실무에 제약이 가해지고 있다.

가중영역 역시 대폭적인 형량상승 현상이 발생하고 있다. 가중영역 평균형량이 2.5년에서 5.1년으로 2배 이상 상승하였는데, 이것도 양형기준의 가중영역의 하한이 5년으로 설정되었기 때문이다. 양형기준에 따를 때 특별가중인자가 다수 존재(제2유형에서는 7개)하고 특별감경인자가 없으면 다른 일반감경인자가 있더라도 작량감경을 할 수 없게 되는 결과를 초래하였다.

이와 같이 양형기준은 특별양형인자를 통하여 종래 다소 폭넓게 이루어지던 작량감경에 상당한 제약을 가하였고 작량감경을 하더라도 소폭적인 하한 감소에 그치도록 유도하는 영향력을 발휘하게 되었다.

11) 예를 들면, 주거침입강간죄에서 내연관계인 피해자와 말싸움을 하는 경위로 피해자의 주거에 들어가 범행을 저지른 경우 주거침입의 경위가 다른 일반적 주거침입의 것보다 참작할 사유가 있다고 판단하여 작량감경을 하는 경우를 들 수 있다.

② 양형의 형평성

양형기준 시행 전에는 권고영역별 평균형량¹²⁾에 큰 차이가 없을 뿐만 아니라 오히려 감경영역에 해당하는 사안에서 더 높은 평균형량이 나타나고 있었다. 제2유형에 속한 범죄¹³⁾의 법정형이 5년 이상 징역이어서 이를 작량감경하여 그 하한에 가깝게 선고형을 정하였다고 볼 수 있다. 결과적으로 법정형 하한이 매우 높은 범죄의 경우에는 양형요소의 다과와 경중이 선고형에 크게 영향을 미치지 아니하는 결과를 초래한 것이었다.

반면 양형기준 시행 이후에는 평균형량이 감경영역 약 2.9년, 기본영역 약 3.5년, 가중영역 5.1년 등으로 권고영역별로 평균형량의 변화가 뚜렷하게 나타나고 있다. 이러한 비교를 통하여 종래에는 법정형 하한에 집중적으로 몰려있던 양형분포가 권고영역의 구분에 따라 각각 분산되어 특별양형인자가 존재하는 사례와 그렇지 아니하는 사례에서 차별적 양형이 이루어짐을 알 수 있다.

종래에는 기본영역 또는 가중영역에 해당하는 사안이 감경영역에 해당하는 사안과 비슷한 형량이 이루어져 양형의 편차가 있었다고 볼 수 있는데, 양형기준이 그와 같은 양형의 불균형을 해소하는 데 일조를 하고 있다고 생각된다.

○ 제3유형

(단위: 명,년)

유형	영역	2009.7.1. ~ 2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
3유형	가중		.	.	13	6.1923	4.4607
	기본	2	5.0000	2.8284	3	7.5000	6.6144
	감경	4	4.7500	0.5000	2	3.0000	0.0000

제3유형은 사례수가 많지 않아서 양형기준의 시행 전후의 평가를 하기 곤란하다. 양형기준 시행 이후에 평균형량이 감경영역은 높게 나타나지만, 기본영역은 낮게 나타나고 있다.

12) 양형기준이 시행되기 전에는 권고영역별로 구분하여 양형을 하지 않았을 것이지만, 양형기준 시행 이후와 비교하기 위하여 종래 사건을 양형기준에 따라 권고영역을 구분하여 볼 때 평균형량의 변화를 파악하여 본 것이다.

13) 주거침입강간, 야간주거침입절도강간, 특수절도강간, 특수강간(2인이상 합동, 흉기휴대)이 이에 해당한다.

당초 강도의 고의로 재물을 강취하고 강간행위를 하는 전형적인 강도강간죄 이외에 강간범행의 경위·수단·피해자와의 관계 등은 일반적인 강간범행과 대동소이하고 범행 행위 이후에 소액의 재물을 탈취하여 도주하는 것만 추가된 사례도 실무상 종종 나타나고 있다. 양형기준은 이러한 사례를 전형적인 강도강간과 구별하여 그에 적정한 양형을 하도록 배려하는 조치를 취하고 있지 않다.

(나) 강제추행죄

○ 제1유형

(단위: 명,년)

유형	영역	2009.7.1. ~ 2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
1유형	가중	19	2.2263	1.0252	33	1.3970	0.9211
	기본	99	0.9202	0.4703	137	0.7445	0.3802
	감경	35	0.8400	0.5048	30	0.7433	0.5393

① 양형의 엄정성

감경영역은 약 0.7년에서 0.8년으로, 기본영역은 약 0.7년에서 0.9년으로 소폭 상승하였고, 가중영역은 약 1.4년에서 2.2년으로 대폭 상승하였다.

단순 일반강제추행죄에서도 특별가중인자만 존재하거나 특별감경인자보다 우월적으로 존재하는 사례에서는 처벌의 엄중성이 향상되고 있다고 볼 수 있다.

② 양형의 형평성

양형기준 시행 전에는 감경영역과 기본영역에 해당하는 사례 사이에 평균형량의 차이가 별로 없었다. 그러나 양형기준 시행 이후에 감경영역과 기본영역이 특별감경인자의 존부에 따라 각각 구별되는 영역으로 인식되면서 평균형량의 차이를 보이고 있다. 이는 특별양형인자의 존부에 따라 사안의 중대성이 구별되고 이를 기초로 해당 사례에 맞는 양형이 이루어져가고 있음을 간접적으로 나타낸다고 볼 수 있다.

○ 제2유형

(단위: 명,년)

유형	영역	2009.7.1. ~ 2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
2유형	가중	2	3.7500	1.7678	.	.	.
	기본	9	3.3889	2.4847	13	2.0538	0.7446
	감경	36	2.0139	0.4704	32	1.7438	0.5994

① 양형의 엄정성

제2유형 전체의 평균형량이 약 1.8년에서 2.4년으로 높아졌다. 영역별 평균형량도 감경영역에서 약 1.7년에서 2.0년으로, 기본영역에서 약 2.0년에서 3.4년으로 높아졌다.

제2유형 기본영역의 평균형량이 작량감경을 하지 아니한 법정형의 하한보다 높고, 권고형량범위의 중간 이상인 사실에서 양형의 엄정성을 견지하려는 실무경향을 알 수 있다.

② 양형의 형평성

양형기준 시행전에는 감경영역과 기본영역의 평균형량 차이가 크지 않았으나 양형기준 시행으로 특별가중인자에 대한 양형반영 정도가 크게 향상되고 있는 것으로 나타나고 있다. 이는 양형의 형평성 차원에서 바람직하다고 생각된다.

기본영역의 형량 표준편차가 양형기준 시행전보다 커졌는데, 이는 평균형량의 상승에 따른 것이다.

○ 제3유형

(단위: 명,년)

유형	영역	2009.7.1. ~ 2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
3유형	가중	1	15.0000	.	1	6.0000	.
	기본	
	감경	
	합계	1	15.0000	.	1	6.0000	.

제3유형은 통계자료가 거의 없어 통계를 통한 양형실무의 변화를 알기 어렵다.

(다) 13세 미만 대상 성범죄의 평균형량

○ 제1유형

(단위: 명,년)

유형	영역	2009.7.1. ~ 2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
1유형	가중	5	4.0000	1.7678	1	5.0000	.
	기본	41	2.4512	0.9341	35	1.6343	0.8588
	감경	76	1.5671	0.5079	40	1.2225	0.8848

평균형량이 감경영역은 약 1.2년에서 1.6년으로, 기본영역은 약 1.6년에서 2.5년으로 증가하였다. 가중영역은 통계수가 많지 않아 양형기준 시행에 따른 변화라고 단정하기 어렵다.

표준편차는 기본영역의 경우 소폭 증가하였으나 이는 평균형량 상승의 영향으로 보이고, 감경영역의 경우 평균형량이 상승하였음에도 표준편차가 감소하는 모습을 보인다.

○ 제2유형

(단위: 명,년)

유형	영역	2009.7.1. ~ 2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
2유형	가중	1	7.0000
	기본	4	3.8750	2.2500	.	.	.
	감경	4	2.8750	0.2500	2	2.2500	0.3536

양형기준 시행 전의 통계수치가 많지 않아서 양형기준 시행에 따른 양형실무변화를 정확하기 파악하기 힘들지만 평균형량이 상승한 점은 확인할 수 있다.

○ 제3유형

(단위: 명,년)

유형	영역	2009.7.1. ~ 2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
3유형	가중	2	13,5000	2,1213	2	9,5000	3,5355
	기본	6	6,0833	3,2003	6	5,4167	1,8552
	감경	7	4,7140	0,9512	4	2,7500	1,7078

제3유형의 통계수치가 많은 편은 아니지만 평균형량의 관점에서 처벌의 엄정성은 크게 향상되었다고 볼 수 있다. 감경영역은 약 2.8년에서 4.7년으로, 기본영역은 약 5.4년에서 6.1년으로 늘어났다. 가중영역도 약 9.5년에서 13.5년으로 평균형량이 크게 상승하였다.

13세 미만 대상 성범죄의 양형기준은 종전의 경험적 양형통계를 반영하기보다는 규범적 관점에서 권고 형량범위를 상향조정하였는데, 이것이 직접적으로 양형실무에 영향을 미친 것으로 평가할 수 있다.

(라) 상해의 결과가 발생한 경우의 평균형량

1) 13세 이상 대상

○ 강제추행 : 제1-1유형

(단위: 명,년)

유형	영역	2009.7.1. ~ 2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
1-1유형	가중	2	4,5000	0,7071	6	2,7500	1,2145
	기본	9	2,6111	0,2205	12	2,3167	0,4303
	감경	35	2,3486	0,3868	68	2,1294	0,5125

영역별로 보면 형량상승의 폭이 다르게 나타난다. 우선 감경영역은 약 2.1년에서 2.3년으로 상승폭이 적은 반면, 기본영역은 약 2.3년에서 2.6년으로 상승폭이 더 크고, 가중영역은 약 2.8년에서 4.5년으로 매우 크게 나타난다.

감경영역은 대부분 경한 상해가 특별감경인자로 반영된 사례로 판단되는데, 형량상승 폭이 적은 것은 이러한 경한 상해의 양형반영율이 크지 않음을 간접적으로 나타내고 있다고 판단된다. 반면 기본영역이나 가중영역은 경한 상해가 아닌 사례가 다수 포함되어 있으므로 이러한 사정이 반영되어 상대적으로 높은 형량 상승세가 나타난 것으로 보인다.

영역내에서의 표준편차도 양형기준 시행 이전보다 낮아진 점으로 보아 영역내의 특정 시점을 중심으로 선고형량이 정해지는 경향이 강하다.

○ 강제추행 : 제1-2유형

(단위: 명,년)

유형	영역	2009.7.1. ~ 2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
1-2유형	가중	1	4,0000	.	1	3,5000	.
	기본	1	4,0000	.	1	2,0000	.
	감경	8	2,5625	0,7289	4	2,2500	0,2887

영역별로는 감경영역이 약 2.3년에서 2.6년으로 상승하였고, 기본영역과 가중영역에서는 상승폭이 더 높은 것으로 나타났는데 통계건수가 많지 않아 일반적 경향인지는 확인할 수 없다.

감경영역의 표준편차는 상당히 증가한 것으로 나타난다.

○ 강간 : 제1-2유형

(단위: 명,년)

유형	영역	2009.7.1. ~ 2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
1-2유형	가중	5	6,4000	3,0496	8	2,7500	0,7071
	기본	20	3,3500	0,8127	11	2,8909	1,3042
	감경	136	2,5169	0,4526	114	2,4895	0,4602

① 양형의 엄정성과 상해결과의 양형반영의 크기

영역별로 보면, 감경영역은 양형기준 시행 전후 모두 약 2.5년으로 비슷한 평균형량을 보이지만, 기본영역은 약 2.9년에서 3.4년으로 상승폭이 더 크고, 가중영역은 약 2.8년에서 6.4년으로 2배 이상 상승하였다.

감경영역은 경한 상해인 경우가 다수이므로 이를 양형에 크게 반영하지 않았음을 알 수 있고, 기본영역의 경우에는 경한 상해가 아닌 경우나 다른 특별가중인자가 있는 사례에 해당하므로 상해결과 발생이나 다른 특별가중인자가 더 크게 반영되었다고 할 수 있다. 가중영역의 경우에는 중한 상해가 발생하였거나 다른 특별가중인자가 있는 사례인데, 중한 상해 등의 결과가 양형에 크게 반영되었다고 할 수 있다. 13세 이상 대상 성범죄의 경우에도 이른바 "조두순" 사건의 영향을 상당히 받고 있음을 알 수 있다.

② 양형의 형평성과 유형별 차이

양형기준 시행 이전에는 평균형량이 영역별로 별로 차이가 없을 뿐만 아니라 오히려 기본영역의 평균형량이 가중영역보다 높게 나타나는 등 사안의 중대성을 제대로 반영하지 못하고 있었다.

그러나 양형기준 시행 이후에 권고영역별 평균형량이 감경(약 2.5년), 기본(약 3.4년), 가중(약 6.4년)의 순서로 차등적으로 나타나는 점에 비추어 유사한 사안별로 양형이 이루어지고, 책임의 경중에 따라 차별적인 양형이 이루어지고 있음을 알 수 있다.

표준편차는 감경영역에는 변화가 별로 없고, 기본영역에는 감소하였으나 가중영역에서는 증가하는 양상을 보인다.

○ 강간 : 제1-3유형

(단위: 명,년)

유형	영역	2009.7.1. ~ 2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
1-3유형	가중		.	.	3	3.3333	1.2583
	기본	9	5.4444	1.3097	6	4.5833	2.3112
	감경	38	3.3289	0.8485	59	2.9153	1.1186

감경영역은 약 2.9년에서 약 3.3년으로 상승폭이 상대적으로 적은 반면, 기본영역은

약 4.6년에서 5.4년으로 상승폭이 비교적 크게 나타난다. 감경영역에 속한 사례에서는 경한 상해가 다수이므로 이러한 상해결과의 양형반영정도가 크지 않은 반면, 기본영역은 상해의 결과가 양형에 높게 반영되었다고 볼 여지가 크다.

표준편차는 기본영역과 감경영역에서 감소하여 양형일관성이 증가하고 있다.

2) 13세 미만 대상

○ 제2-1유형

(단위: 명,년)

유형	영역	2009.7.1. ~ 2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
2-1유형	가중	2	4,5000	0,7071	6	2,7500	1,2145
	기본	9	2,6111	0,2205	12	2,3167	0,4303
	감경	35	2,3486	0,3868	68	2,1294	0,5125

평균형량이 기본영역과 감경영역에서 소폭 증가하였고, 가중영역에서는 대폭 증가하였으나 대상사건수가 적어 일반적 경향성을 확인하기 곤란하다.

표준편차는 모든 영역에서 감소하여 양형의 일관성이 제고되고 있는 것으로 파악된다.

○ 제2-2유형

(단위: 명,년)

유형	영역	2009.7.1. ~ 2010.2.28.			2008년		
		수	평균	표준편차	수	평균	표준편차
2-2유형	가중	1	4,0000	.	1	3,5000	.
	기본	1	4,0000	.	1	2,0000	.
	감경	8	2,5625	0,7289	4	2,2500	0,2887

가중영역과 기본영역은 표본수가 1개에 불과하여 비교곤란하고, 감경영역은 평균형량이 소폭 증가하고 표준편차가 상당히 증가하는 모습이 보인다.

라. 전체적 평가

○ 양형기준의 기본 형태와 부합률

양형위원회가 우리나라에 적합한 양형기준제에 관한 논의를 집중적으로 하고 그 산출물로 현재의 양형기준제가 제시되었다. 양형기준 설정 당시 종래의 양형과정 자체에 근본적인 문제가 있다는 지적은 전혀 없었으므로 종래 법관이 양형하는 과정을 최대한 존중하여 현재의 양형기준이 마련되었다. 즉, 중요한 양형인자를 중심으로 범죄의 유형이나 처벌의 수위를 판단하고, 당해 사건에 존재하는 양형인자 중 가중인자와 감경인자를 비교하여 형량을 정하는 방식이 현재의 양형기준에서도 유사하게 유지되고 있다.

양형기준 시행 이후 선고된 대상사건의 양형은 양형기준에 대체로 부합하고 있다. 이는 양형기준 방식 자체가 종래의 양형과정을 상당부분 존중하였으므로 실무적용에서 큰 거부감 없이 받아들여지고 있다고 볼 수 있는 점, 양형기준이 법관에게 제한적으로나마 판단여지를 부여하고 있고 권고 형량범위도 종래의 경험적 양형결과를 최대한 반영하였던 점 등에 기인한 것으로 생각된다.

○ 양형의 변화에 대한 평가

평균형량이 성범죄, 강도죄 등 강력범죄에서 상승하는 모습을 보이기는 하지만, 아주 급격한 형량상승의 모습은 보이지 아니한다. 표준편차 역시 양형기준 시행 후에 감소하는 경향성을 보이지만, 극단적인 형태는 나타나지 않고 있다.

이러한 통계수치에 근거하여 양형기준의 시행효과가 적다는 지적도 있을 수 있으나, 양형기준제 도입으로 근본적인 양형개혁을 이루는 것이 아니라 점진적인 양형합리화를 달성하려는 입장에서 보면 오히려 양형기준제가 우리나라에서도 안착될 수 있는 여건이 조성되고 그것이 통계적으로 입증되고 있다고 평가할 수 있다.

4. 양형기준 시행 이후의 양형실무의 변화와 과제

가. 개요

양형기준 시행에 따른 변화는 여러 측면에서 관찰·평가할 수 있다. 가장 먼저 형사법관의 양형심리방식과 그에 따른 양형판결의 선고내용의 변화를 꼽을 수 있다. 또한 피고인과 변호인 및 검사의 양형변론에 미치는 영향력과 그 변화 모습도 같은 차원에서 논할 수 있다.

이러한 개별 사건에 대한 재판절차에서의 변화 이외에 형사법관의 양형마인드의 변화, 검찰과 재야법조의 양형에 대한 인식변화, 양형기준의 대국민 인식에 대한 영향력 등이 양형기준의 간접적 효과와 영향력에 대한 판단자료가 된다.

나. 형사재판에서의 양형심리

양형기준의 시행에 따른 염려 중에 큰 비중을 차지하고 있었던 것이 양형심리의 부담 증가였다. 양형기준은 참작하여야 할 양형인자와 그 비중의 정도를 제시할 수 밖에 없는데, 개별 양형인자의 존부에 대한 다툼이 표면적으로 뜨겁게 나타나서 그 확정을 위한 양형심리가 본격화될 수 있기 때문이었다. 양형기준이 제시한 양형인자의 존부를 개별적으로 모두 확인하여야 한다면 모든 자백사건을 다투는 사건으로 전환시키는 결과를 초래하여 현재 법원의 인적·물적 자원만으로는 사건을 처리할 수 없게 될지도 모른다.

양형기준을 시행한지 9개월 남짓 경과한 지금 당초에 염려하였던 것과 같은 과도한 양형심리의 부담은 증가하지 않고 있다. 양형기준이 권고적 효력을 가지는 점, 양형인자가 개별적으로 계량화·수치화되지 아니한 점, 양형기준이 제시한 양형인자의 존재가 확인되지 않는 한 부존재로 취급하는 점 등이 양형심리의 부담이 급격하게 증가하지 않도록 한 요인이 되었다고 생각된다.

그러나 향후 양형심리의 부담이 증가할 것으로 예상되고, 양형기준을 보다 정확하게 적용하려면 양형심리가 강화되어야 한다. 양형심리 강화 방안으로는 의견서 제도(형소법 제266조의2), 재판부가 사건기록 등을 통하여 피고인의 개인적 환경이나 경력 등에 관한 사항을 기재한 양형자료조사표, 공판준비절차와 공판준비기일, 국선변호의 확충, 피고인의 모두진술의 활용, 피해자의 절차참여권 보장 등을 생각해 볼 수 있다.

법원조사관에 의한 양형조사도 양형심리 충실에 크게 기여할 것으로 예상된다. 신속하고 효율적인 양형조사의 요청, 재판장의 직접적인 양형심리의 비중 강화 등을 위하여 모든 양형자료를 조사하도록 하는 일반적인 양형조사명령이 아니라 양형심리의 필요성이 있는 특정한 사항에 지정하여 양형조사를 하도록 명령하는 방식이 현재로서는 더 적절하다고 생각된다.

다. 실제 양형실무의 변화

앞에서 양형기준 시행 이후에 실제 선고형의 양형기준 부합정도, 평균형량을 통한 양형 엄정성의 변화, 유형별·권고영역별 형량변화의 모습을 통한 양형 형평성의 제고 여부, 개별적인 특별양형인자가 양형에 미치는 영향력 분석, 국민참여재판에서의 배심원의 양형의견 분포와 양형기준의 관계 등을 통계적 관점에서 살펴보았다.

위와 같은 객관적 수치 이외에 형사재판 관여자가 느끼는 체감적 인식변화도 양형기준의 시행 효과를 파악하는 데 도움을 줄 수 있다. 필자가 형사재판장 세미나 등에서 강의하면서 느낀 바를 요약하면, 형사법관이 양형기준에 대한 거부감이 예상과는 달리 크지 않다는 점과 양형기준의 장단점과 문제점을 비교적 정확하게 파악하고 있다는 점이다. 이러한 형사법관의 인식은 향후 양형기준이 합리적인 구조와 내용으로 제시된다면 우리나라에서도 안착될 수 있다는 신뢰를 부여하기에 충분하다.

한편 검사는 최종의견진술 단계에서 당해 사건에 양형기준을 적용하여 권고 형량범위를 산출하고 그에 따라 구형을 하고 있다. 형사변호인은 양형기준을 중심으로 양형변론을 하는 실무례가 확산되고 있지는 않고, 개별적으로 중요한 양형인자를 제시하는 정도에 그치고 있다.

라. 법원 내외부의 양형기준에 관한 논의

법원 내부에서는 각급 법원 단위로 양형실무위원회를 개최하여 양형기준의 시행에 따른 문제점과 양형실무 개선방안을 논의하고 있다. 이를 통하여 양형기준에 대한 정확한 이해를 증진시키고, 발전적인 양형기준 시행결과를 기대할 수 있다.

반면 법원 외부에서는 아직까지 양형기준에 대한 논의가 활성화되지 않고 있으므로 양형기준에 대한 홍보와 함께 양형기준에 대한 숙지도를 높이는 작업이 필요하다.

마. 양형기준의 기능과 대국민 인식

양형기준이 시행되기 이전에도 형사법관은 다른 법관과의 토의, 종래 사건의 처리사례 등을 통하여 양형기준을 설정하여 그에 따라 양형을 하여 왔고, 일부 법원에서는 특정한 범죄에 관하여 내부 논의를 거쳐 양형기준을 마련하여 그에 따라 양형을 하여 왔다. 그러나 이러한 내부적 양형기준 내지 양형의 척도는 법관을 구속하는 효력이 없다는 점에서만 한계가 있는 것이 아니라 외부에 공개되지 않았다는 점에서 그 영향력이 확대될 수 없었다. 항소심의 양형지침적 기능 역시 개별사건의 통하여 구체적 형량의 수정·변경을 통하여 발휘되었을 뿐 개별사안별 지침적 기능을 벗어나 일반적인 기준을 제시하여 모든 형사법관들이 공유할 수 있게 하지는 않았다.

권고적 양형기준은 그 자체로 양형법관을 구속하려는 것이 아니라 양형기준을 공개함으로써 전국의 법관들이 공통된 인식을 갖게 함은 물론 검사, 피고인, 피해자까지도 법관과 함께 공통된 양형기준을 가지게 한다는 긍정적인 효과를 가지고 있다. 이러한 관점에서 양형기준 시행의 긍정적인 결과로서 가장 먼저 말할 수 있는 것은 양형기준의 공개라고 할 것이다. 양형기준의 공개를 통하여 점진적으로 양형이 개선되는 효과가 있을 것으로 생각한다.

한편, 양형기준이 국민의 건전한 상식을 반영하여야 한다는 점과 양형기준은 알기 쉽게 설정되어야 한다는 점은 충분히 공감하지만, 양형은 개별 사안에 존재하는 양형인자를 찾아내는 작업과 그러한 양형인자를 심층적으로 비교하여 그 영향력을 산정하여야 하고 피고인에 대한 형사정책적 고려도 함께 하여야 하는 과정이라는 점도 강조될 필요가 있다. 양형기준의 단순성만을 추구하다보면 양형법관이 다양한 고려를 하지 않게 만드는 결과를 초래할 수 있기 때문이다.

바. 형법개정

금년 3월 법정형의 상한을 규정한 형법 총칙 규정이 개정되었다. 이로 인하여 법관이 선고할 수 있는 형량의 상한이 30년, 법률상 가중·감경을 하였을 경우에는 50년까지 상향조정 되었다. 따라서 종래 15년을 상한으로 보아 양형기준을 설정하여 왔는데, 형법의 개정으로 무기징역이 선택형으로 규정된 범죄에 대하여는 15년 이상의 유기징역에 대한 양형기준 등이 제시될 필요도 있을 것이다.

5. 마치며

양형기준 시행 이후의 변화의 모습을 통계분석과 실무운영이라는 양 측면에서 간략하게 살펴보았다. 급격한 변동은 파악되지 않고 점진적인 변화를 감지할 수 있다.

양형기준의 안착을 위하여 바람직한 현상이라고 생각된다.

또한 양형기준이 우리나라에서 정착하려면 양형기준의 시행성과를 분석하는 작업도 필요하다. 이러한 의미에서 시행 성과를 분석하는 연구방법론이 조속히 검토되어야 할 필요가 있다. 본고가 이러한 분석방법 개발에 대한 논의의 단초를 제공하는 역할을 하였으면 한다.

제 2 주제

구속제도의 이론과 실제

■ 발표 :

- ◆ 변종필
(동국대학교 법과대학 교수)

■ 토론 :

- ◆ 최석윤
(한국해양대학교 해양경찰학과 교수)
- ◆ 김태우
(서울중앙지방검찰청 특수제3부 검사)

1. 머리말

사법제도 개혁의 일환으로 지난 2007년 대폭 개정된 형사소송법(법 8496호, 2007.6.1. 공포, 2008.1.1.시행)은 인신구속 부분에서도 여러 가지 변화를 꾀하였다. 법원의 구속 사유심사에 있어 범죄의 중대성, 재범의 위험성 등을 고려사항으로 규정하는가 하면, 상소심에서 피고인의 법정구속기간을 3차에 한해 갱신할 수 있도록 기간제한을 완화하는 조치를 취했으며, 보석조건을 다양화하였고, 긴급체포제도와 관련하여 간접적 통제방안으로 사후통지제도를 신설하였으며, 그 밖에 체포·구속적부심제도 및 긴급압수수색제도를 개선하는 등의 조치를 취하였다.

이 가운데서 구속¹⁾과 관련된 개정내용의 대강은 다음과 같다. 먼저, 피고인 구속 관련 개정내용으로는 구속사유심사시 고려사항의 추가(제70조 제2항), 구인 후의 유치에 관한 근거규정의 마련(제71조의2), 구속집행시 구속이유 등 고지에 관한 규정 중 단서 추가(제72조), 구속영장 집행절차의 개선(제81조), 피고인 구속기간의 갱신(제92조) 등을 꼽을 수 있다. 다음으로, 피의자 구속 관련 개정내용으로는 불구속수사원칙의 천명(제198조 제1항), 피의자 구속시 피고인 구속사유심사시의 고려사항 준용(제209조, 제70조 제2항), 피의자 구속시 체포단계에서의 미란다원칙 준용(제209조, 제200조의5), 구속 전 피의자신문 규정의 변경(제201조의2 제1항, 제2항, 제6항, 제10항), 재구속의 제한 규정의 손질(제214조의3) 등을 꼽을 수 있다.

아래에서는 구속과 관련된 이상의 개정 내용 중 쟁점사항에 관한 이론적 논의현황 및 실무상의 운용실태에 관한 대강을 짚어보고 이를 비판적으로 검토해 봄과 동시에 바람직한 제도 개선의 방향과 방안에 관해 살펴보기로 한다. 이하의 서술에서는 구속 일반, 구속 전 피의자신문제도, 구속적부심제도로 나누어 언급하되, 특히 불구속수사원칙의 실현 정도, 구속사유 및 그 심사시 고려요소에 관한 논란, 구속영장발부기준의 문제, 구속

1) 석방 관련해서는 특히 보석제도의 전면적 개정을 꼽을 수 있는데, 보석청구권자의 범위확대(제94조), 보석취소결정과 검사의 의견표명 규정 변경(제97조 제1항, 제3항), 보석조건을 다양화(제98조), 보석조건 결정시 고려사항의 추가(제99조 제1항), 보석허가결정의 집행절차 변경(제100조 제1항, 제5항), 출석보증인에 대한 과태료 부과(제100조의2), 보석조건을 변경·취소 및 보석조건 위반시 과태료 부과(제102조), 보증금의 몰취(제103조), 보증금의 환부(제104조), 보석조건을 효력 상실 규정 추가(법 제104조의2) 등이 그것이다. 피의자 석방 관련 개정내용으로는 적부심사청구대상의 확대(제214조의2 제1항), 체포·구속적부심사청구 고지절차의 변경(제214조의2 제2항), 법원의 적부심사기한의 제한(제214조의2 제3항), 적부심사 조서작성의 의무화(제214조의2 제14항) 등을 꼽을 수 있다. 하지만 논의내용의 광범위성으로 인해 석방 관련 부분은 원칙상 생략하기로 한다.

전 피의자심문제도의 순기능과 역기능, 구속적부심제도의 문제점 등에 주목하여 다루고자 한다.

II. 구속 일반

여기서는 구속사유 및 구속사유심사시 고려사항, 구속영장발부기준, 불구속수사원칙 등을 다루고자 한다. 구속사유 및 그 심사와 관련하여 논란이 되고 있는 사항으로는 구속사유와 체포사유로서의 ‘범죄혐의의 상당성’ 정도, 구속사유심사시 고려사항의 의의와 성격, 구속사유의 객관화 문제 등을 들 수 있다. 이들 사항은 해석론적 측면뿐만 아니라 입법론적 차원에서도 문제가 되고 있는 쟁점들이다.

1. 이론적 논의현황

(1) 구속사유와 체포사유로서의 ‘범죄혐의의 상당성’²⁾

크게 동일설과 구별설이 대립하고 있는 실정이다. 전자는 양자의 경우에 요구되는 범죄혐의의 정도를 동일하게 보는 견해이다.³⁾ 합리적인 평균인을 기준으로 하여 무죄의 추정을 깨뜨릴 수 있을 정도로 범죄를 범하였을 고도의 개연성이 있을 것을 요구한다. 형사소송법 제200조의2 제1항과 제201조 제1항에서 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유”라고 동일하게 규정되어 있음을 주된 근거로 삼는다(문리해석의 중시). 후자는 체포영장을 발부하기 위한 범죄혐의의 정도는 구속영장 발부의 경우보다 약한 정도의 혐의로 족하다는 견해이다.⁴⁾ 체포는 구속의 전단계인 수사초기의 단계에서 이루어지는 것으로 그 효력기간이 48시간에 불과하다는 점, 구속의 경우에는 구속영장 청구시에 피의자심문 등 더욱 엄격한 사법심사가 이루어진다는 점, 체포시에도 구속시와 같은 정도의 소명을 요구하면 체포를 구속과 같이 취급하는 것이어서 체포제도를 별도로 둔 입법취지에 반한다는 점 등을 그 논거로 든다.

2) 상세하게는 김재근, 현행 인신구속제도의 문제점과 개선방안, 대구대학교 박사학위논문, 2007, 175-176쪽 참조

3) 다수설. 신동운, 신형사소송법, 2009, 210, 230쪽; 이재상, 신형사소송법[제2판], 2008, 234, 247쪽; 배종대·이상돈, 형사소송법[제7판], 홍문사, 2006, 241쪽

4) 소수설. 임동규, 형사소송법[제6판], 법문사, 2009, 174쪽; 정웅석·백승민, 형사소송법, 2008, 508쪽

(2) 구속사유심사시 고려사항

개정 형사소송법상 구속사유 심사시 고려사항으로 규정된(제70조 제2항) 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 등에 대한 위해 우려 등은 독립된 구속사유가 아니라 구속사유를 심사함에 있어 고려해야 할 사정에 불과하다. 따라서 가령 주거부정, 증거인멸 내지 도망의 염려 등 구속사유가 없는 경우에는 이들 요소만을 근거로 구속할 수 없다.

이와 관련해서는 특히 사안의 중대성 등을 구속사유로 규정할 것인가의 문제가 주된 논란이 되고 있는데, 이에 관해서는 긍정설과 부정설이 대립하고 있다. 긍정설은 일정한 요건 하에 구속사유로 규정하는 것이 필요하다는 견해이다.⁵⁾ 부정설은 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 등에 대한 위해 우려 등을 구속사유로 규정하는 것은 구속의 본질에 반하며, 더욱이 현실로 발생하지 않은 장래의 전망적 판단만으로 피해자를 구속하는 것은 인권보장에 역행한다고 한다.⁶⁾ 특히 ‘재범의 위험성’의 경우 이를 구속사유로 규정하고 있는 법제에서는 구속이 형사절차의 확보라는 목적 외에 예방구금의 성질을 가지지만, 무죄추정의 원칙상 구속이 사전형벌로서의 성격을 가질 수는 없다고 주장한다.⁷⁾

2. 실제

(1) 구속제도 운용실태의 변화

구속제도의 운용실태는 구속 전 피의자심문제도(영장실질심사제도)가 시행된 1997년을 전후하여 획기적인 변화를 맞았다. 이 제도가 시행되기 전의 오랜 기간 동안에는 구속이 사실상의 처벌로 간주되어 범죄에 대한 응보 또는 일반예방의 목적을 달성하기 위한 수단으로 활용되어 온 측면이 적지 않았다. 그 결과 구속영장을 심사할 때에도 형사소송법에 정한 구속사유보다는 사안의 경중, 피해자와의 합의, 구금을 통한 징벌효과 등 본안에 관한 사항을 주된 판단의 기초로 삼아 형식적 서류심사를 통하여 피의자를 일단 구속하였다가, 피해자와 합의를 하거나 일정 기간의 구금을 통하여 징벌적 효과를 달성한 이후에 신병을 석방하는 방식으로 운용되어 왔다.⁸⁾ 이후 이러한 관행을 개선해야 한

5) 김대휘, 구속제도의 개선방안, 사법행정(1992.3), 사법행정학회, 55쪽; 하태훈, 인권보장을 위한 수사상의 인신구속제도의 개선방안, 안암법학 제3집, 1995, 366쪽 이하

6) 김재곤, 앞의 논문, 218쪽 참조

7) 이재상, 앞의 책, 245-246쪽

8) 법원행정처, 법원실무제요: 형사 I], 2008, 275쪽; 사법연수원, 형사소송절차실무, 2009, 131쪽

다는 인식이 높아지는 과정에서 1995년 제8차 형사소송법 개정으로 이 제도가 도입되어 1997년 1월 1일자로 시행된 이후부터 종래의 그릇된 관행을 탈피하고 법률상의 구속사유를 중심으로 영장심사를 하면서 구속영장실무에 일대 혁신이 일게 되었다. 이런 점에서 이 제도는 과거의 그릇된 관행을 개선하고 피의자의 인권을 신장하는 획기적인 전기를 마련하였다.⁹⁾

다른 한편, 이러한 영장심사방식의 변화는 과거의 관행과 충돌을 겪으면서 법원은 물론 수사기관에도 큰 혼란을 가져왔고, 이로써 법원과 검찰 간에 지속적인 갈등을 양산하는 계기가 되었다. 검찰 측에서는 구속에 대한 통일적인 객관적 기준이 필요함을 전제로, 지나치게 추상적인 현행 형사소송법의 구속요건을 구체화할 필요가 있다고 하면서 현행 세 가지 구속요건(주거부정, 도망 또는 도망의 우려, 증거인멸의 우려) 외에 중대범죄나 재범 내지 보복범죄의 우려 등을 새로운 구속요건으로 추가해야 한다고 주장해 왔다. 반면, 법원 측은 실무상 범죄의 중대성과 보복범죄의 우려 등을 구속 여부 심사시에 고려하고 있다고 반박하면서 굳이 구속요건으로 설정할 필요는 없다는 입장을 취해 왔다. 이러한 갈등양상에 대한 일종의 절충적 해결책으로 2007년 개정 형사소송법은 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 등에 대한 위해 우려 등을 구속 여부 심사시 고려사항으로 신설하였다. 그러나 영장재판을 둘러싼 법원·검찰 사이의 갈등은 법개정 이후에도 여전히 해소되지 않고 있으며, 그러한 갈등이 때로는 정제된 법리논쟁이나 피의자·피고인의 인권보호에 초점을 둔 것이라기보다는 기관 간의 힘겨루기 내지 주도권 쟁취의 양상으로 비치고 있어 형사사법에 대한 국민의 불신을 심화시키고 있는 실정이다.¹⁰⁾

(2) 실무상의 구속이해와 실행기준원칙의 의의

현재의 실무상 구속에 관해서는 크게 세 가지 해석 내지 경향이 존재하고 있다고 한다.¹¹⁾ 첫째는 형사정책적 접근론으로서 구속을 형사정책 실현의 수단, 즉 형벌집행의 일환으로 적극 활용하자는 입장이다. 둘째는 실제적 접근론으로서 사안의 경중에 따라 구

9) 법원실무제요: 형사[1], 276쪽

10) 이에 대해, 2007년 6월 1일 형사소송법 개정에 따라 불구속수사원칙이 명문화되기까지 하였고(제198조 제1항), 그에 따라 헌법과 형사소송법이 정한 엄정한 구속사유의 심사로 바람직한 인신구속 관행을 정립하는 방향으로 실무가 운용되고 있다는 지적으로는 사법연수원, 형사소송절차실무, 131쪽 참조

11) 이에 관해서는 서정, 개정 형사소송법과 인신구속제도의 운용방향, 법률신문 제3618호, 2008.1.17.자, 15쪽

속 여부를 판단하지는 입장이다. 이 입장에서는 실형사안의 피의자는 구속하고 비실형사안의 피의자는 불구속할 것을 주장한다(이른바 ‘실형기준원칙’ 역시 이와 궤를 같이 한다). 그리고 셋째는 절차적 접근론으로서 구속 여부의 판단에 형사정책적 고려나 사안의 경중 등의 요소를 배제하고 도망 혹은 증거인멸 등 오로지 절차확보의 필요성에 따라 구속 여부를 결정할 것을 주장하는 입장이다. 이들 각각의 접근방법은 체계적으로 볼 때 비교적 수미일관하여 통일적 기준의 제시라는 요구에는 부합하지만, 실제로 이와 같은 원형적 구속기준을 고수하는 실무가는 비교적 드물고, 대부분의 실무가는 이들 각각의 요소가 조금씩 가미된 혼합형 구속관을 견지하고 있으며, 현실적으로는 실제적 접근론 내지 이에 근접한 구속관이 다수 실무가의 지지를 받고 있다고 한다.¹²⁾ 그런데 이러한 실제적 접근론을 해석론적으로 뒷받침해 주는 것이 이른바 규범적 도주론, 즉 실형선고가 예상되는 피의자는 규범적으로 평가할 때 도망할 염려가 있는 것으로 보아야 한다는 관점이라고 한다.¹³⁾ 이러한 사정을 반영하듯 현재의 실무는 실형이 예상되면 구속하고 그렇지 않으면 불구속하는 것이 합당하다(‘실형기준원칙’)는 인식 하에서 운영되고 있으며, 이것이 구속실무운용의 기본전제이자 실제라고 한다.

그럼에도 불구하고 현재의 실무가 이러한 인식이나 전제에 부합하는 방식으로 운영되고 있는지에 대해서는 의문이 제기되고 있다. 이러한 의문은 영장기각사건에서의 비실형선고율에 비해 영장발부사건의 실형선고율이 그리 높지 않다는 점에 근거하고 있다.¹⁴⁾ 그런데 이와 같이 비실형으로 끝나는 사건에서 구속이 지속되고 있는 중요한 원인 중의 하나로 영장재판의 구조적 한계를 꼽고 있다. 피의자에게 법관대면권이 보장되더라도 영장재판의 구조적 불균형¹⁵⁾이 완전히 시정되지는 않는다고 한다. 이러한 상황

12) 2001년 11월 범조인 대상 설문조사에 의하면, 형사정책적 접근론이 38.0%, 실제적 접근론이 61.6%, 절차적 접근론이 0.4%의 지지를 얻었다고 한다(유해용, 인신구속제도의 운영방식 개선을 위한 제안, 저스티스 제83호 참조).

13) 가령, 최근 법률신문의 조사(설문조사)에서 응답 변호사의 71.7%가 ‘사안이 중대하면 도주나 증거인멸의 우려가 높다고 보아야 한다.’고 하여 규범적 도주론에 부합하는 의식을 보여주었다고 한다.

14) 2005년 12월 1일부터 2006년 4월 30일까지 5개월간 대전지법의 영장재판 705건의 본안재판 결과를 추적해 본 결과, 영장기각사건의 실형선고율은 7%로서 약 84%의 사건이 집행유예, 벌금형, 무죄로 종결되었는가 하면, 영장발부사건의 실형선고율은 51%로서 약 42%의 사건이 집행유예, 벌금형, 무죄, 공소기각으로 종결되었다고 한다(서정, 앞의 글 참조). 그런데 피해자와의 합의 등 중간의 사정변경을 고려하더라도 구속사건의 실형선고율 51%는 불구속사건의 비실형선고율 84%와 비교할 때 매우 낮은 수치에 해당한다.

15) 수사기관은 프로인데 피의자는 아마추어라는 점, 영장재판은 수사기관에게는 일상의 업무지만 피의자에게는 대부분 인생의 첫 경험이란 점 등을 들 수 있으며, 자신을 방어할 충분한 시간적·정신적 여유가 없고 피의자의 신분이 낮거나 재력이 부족하면 할수록 이러한 불균형은 더욱 커진다고 한다(서정, 앞의 글).

이나 실무운용에 비추어 볼 때 이른바 실행기준원칙이 구속 여부를 결정하는 데 상당한 영향력을 미치고 있음을 엿볼 수 있다.

(3) 구속사유 및 그 심사 관련 문제상황

1) 구속사유로서의 ‘범죄혐의의 상당성’

실무 자료에 의하면 구속사유로서의 ‘범죄혐의의 상당성’을 체포사유로서의 ‘범죄혐의의 상당성’과 구분하고 있는 것 같다.¹⁶⁾ 후자의 경우 ‘범죄혐의의 상당성’에 관해서는 이를 특정한 범죄의 존재 및 그 범죄와 특정 피의자를 연결할 수 있는 객관적이고 합리적인 혐의가 존재하는 것을 말한다고 보면서, 아직 수사단계인 점을 고려하면 유죄판결을 할 수 있을 정도라거나 공소를 제기할 수 있는 정도에까지 이를 필요는 없다고 한다. 반면 구속사유로서의 ‘범죄혐의의 상당성’은 유죄판결의 경우처럼 고도의 증명을 요하는 것은 아니지만, 피의자에게 무죄추정의 원칙을 깨뜨릴 수 있을 정도로 충분한 범죄혐의를 일단 수궁할 수 있을 고도의 개연성과 구체적 소명자료가 존재함을 의미한다고 새기고 있다.¹⁷⁾ 구속사유로서의 범죄혐의는 체포영장에 의한 체포보다 그 증명의 정도가 한 단계 높을 것을 요구하는데, 그 이유는 구속이 체포보다 장기간 인신을 구속하기 때문이라고 한다.¹⁸⁾

2) 구속사유심사시 고려의 중점과 예방적 구금

인식구속은 불가피한 경우에 한해 예외적으로 허용되어야 한다는 원칙론에는 이견이 없으나, 구속사유심사와 관련된 실무현실에서는 인식의 차이가 존재하고 있다. 특히 논란이 되고 있는 것은 규범적 평가개념으로 설정된 ‘증거인멸 또는 도망의 염려’와 관련해서다. 검찰 측에서는 법원이 구속 여부 심사시에 범죄의 중대성, 죄질, 재범의 우려, 사회적 위험성 등에 대한 판단을 배제한 채 증거인멸 또는 도망의 염려라는 추상적이고 불분명한 기준에 따라 심사하는 단편적이고 형식적인 자세는 시정되어야 한다고 주장한

16) 사법연수원, 형사소송절차실무, 116쪽

17) 법원실무제요: 형사[1], 311쪽

18) 사법연수원, 앞의 책, 127쪽, 그런데 이러한 개념이해에는 다소간의 불명확성이 깃들여 있는 것 같다. 두 경우 모두에 있어 동일한 정도의 범죄혐의가 있을 것을 요구하면서 다만 절차진행의 단계에 따라 그 소명의 정도만 달리 하고 있는 것인지, 아니면 소명의 정도를 달리 요구하고 있는 만큼 요구되는 범죄혐의의 정도도 다르게 보고 있는 것인지 여부가 다소 분명치 않다.

다.¹⁹⁾ 증거인멸 또는 도망의 염려를 위주로 구속사유를 심사할 경우 범죄의 중대성이나 죄질과 분리되어 직업, 가족관계, 사회적 유대관계 등 개인적인 사정을 중심으로 구속 여부가 결정되게 되는데, 이럴 경우 사회계층 간 구속기준에 편차가 생길 우려가 있다고 한다. 이는 평등이나 형평성, 이로써 일반 국민의 정의감정에 배치된다는 항변으로 보인다.

이에 대해 법원 측은 구속의 목적을 정확히 함으로써 구속사유에 대한 판단을 엄격하게 하고자 하는 입장으로 비친다. 구속의 목적은 형사절차의 실행 및 이후의 형집행을 확보하려는 데 있으므로²⁰⁾ 구속을 통해 절차확보 이외의 다른 목적을 추구하는 것은 원칙상 허용되지 않는다고 한다. 구속은 형벌이 아니므로 실체법이 추구하여야 할 법익보호의 기능을 구속을 통해 달성하려는 것은 허용되지 않는다는 것이다. 형벌의 선취, 단기자유형으로서의 고려, 위기 조정 및 특별 예방적 고려, 자백획득의 수단, 여론의 압력 등은 이른바 '위장된 구속사유'일 뿐이며, 증거인멸 또는 도망의 염려 등 법이 정한 구속의 목적 이외의 다른 목적으로 구속을 활용하는 것은 제도의 오용이자 남용으로서 그 자체 위법하다고 한다.²¹⁾

3) 구속사유심사시 고려요소의 비중

개정 형사소송법은 법원이 구속사유를 심사함에 있어 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 등에 대한 위해 우려 등을 고려하도록 규정하였다(제70조 제2항). 종래 실무상으로 구속 여부를 판단할 때 이러한 요소들이 고려되어 왔으나 법적으로 이를 정당화해 줄 근거규정이 없었는데 개정 형사소송법이 이를 명문화한 것이다.²²⁾ 그런데 실무상 이 규정의 의미에 대해 이견이 있는 것 같다. 일각에서는 지금까지의 실무관행을 형사소송법에 반영함으로써 선진 각국에서 인정하는 '예방적 구금'과 유사한 개념을 도입한 것이라고 해석하는 입장이 있다.²³⁾ 이에 반해 이 규정은 형사소송법 제70조 제1항의 구속사유를 심사할 때 참작해야 할 고려사항에 불과하며, 그 자체로 구속사유를 규정한 것은

19) 정동기, 구속영장실질심사제의 문제점, 국회보 통권 제365호, 국회사무처, 1997, 117쪽

20) 형사소송절차의 실효성(적정한 사실조사 및 소송절차에의 출석)과 그 후의 형벌의 집행을 담보하기 위한 것이므로, 이러한 목적 이외의 다른 목적을 추구하는 것은 허용되지 않는다(법원실무제요: 형사 I, 275쪽).

21) 황정근, 인신구속과 인권, 법영사, 2001, 10-11쪽

22) 이와 같이 개정법상 '고려요소'를 추가로 규정한 것은, 기본적으로 규범적 도주론과 같이 비교적 설득력이 약한 논거에 의지하여 운용되고 있는 현재의 영장실무를 입법을 통해 추인한 데 그 의미가 있다고 보는 견해로는 서정, 앞의 글 참조

23) 법무부, 개정 형사소송법, 2007, 38쪽

아니라는 관점이 지배적이다.²⁴⁾

이러한 개정법규의 취지 및 그에 대한 해석론적 논의에서 한 걸음 더 나아가 범죄의 중대성 등을 구속사유로 하지는 주장이 있다. 가령 범죄의 중대성을 구속사유로 추가하지는 취지는 현행법이 구속의 본질과 국민의 법감정 및 실무상의 관행에 맞지 않으므로 현실에 맞게 규정하자는 데 있는 것 같다. 그 근거로는, 실무관행상 사안경미를 이유로 구속영장을 기각하는 경우가 많다는 점, 법 제201조 단서에 의하면 경미범죄-다액 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 범죄의 경우에는 일정한 주거가 없는 때에 한해 구속할 수 있도록 함으로써 원칙상 경미범죄에 대해서는 구속을 금지하고 있다는 점, 이는 중대범죄인지 또는 경미범죄인지 여부를 구속 여부 결정의 기준으로 삼고 있는 것이어서 범죄의 중대성을 구속사유로 하더라도 전혀 새로울 것이 없다는 점, 중대범죄를 구속사유로 하면 수사 초기에 이를 신속히 진압함으로써 범죄투쟁을 위해서도 효과적이라는 점 등을 꼽고 있다. 이러한 주장에 대해서는, 증거인멸 또는 도망의 염려가 없음에도 중대범죄라는 이유만으로 무조건 구속하는 것은 구속을 수단으로 범죄와의 투쟁 및 법질서보호라는 일반 예방적 효과를 지향하는 것으로서 무죄추정의 원칙에 반한다는 등의 비판이 제기되고 있다.

이러한 형태의 논의는 ‘재범의 위험성’ 및 ‘피해자 등에 대한 위해 우려’ 요소에 대해서도 그대로 재현되고 있다. 먼저, 재범의 위험성 등으로부터 일반 사회인의 보호 및 범죄투쟁의 효율성이라는 관점에 기초하여 찬성하는 입장이 있다. 반면 무죄추정원칙에 반한다는 점, 즉 재범이라는 것은 일단 범죄인으로 확정된 다음 사후적으로 판단될 수 있는 개념임에도 불구하고 무죄추정원칙의 적용을 받는 피의자에 대해 재범의 위험성을 판단하는 것은 논리적 모순이라는 점,²⁵⁾ 재범의 위험성 등에 대한 예측적인 개연성판단만으로 피의자를 구속하는 것은 장래의 범죄로부터 일반인을 보호하기 위한 예방적 고려에 기초한 처사로서 구속의 본래적 목적이거나 취지에 반하며, 이로써 법치국가원리에 반한다는 점 등을 들어 반대하는 입장이 있다.

4) 구속 관련 실무지침 비교

구속영장발부 및 구속수사와 관련한 실무지침으로는 대법원예규²⁶⁾와 대검예규²⁷⁾이

24) 신동운, 앞의 책, 829쪽

25) 김재곤, 앞의 논문, 279쪽

26) 「인신구속사무의 처리에 관한 예규」(재형 2003-4, 재판예규 제1239호)

27) 「검찰의 구속수사 기준」(대검예규 기획 제400호, 2006.6.12.)

있다. 그런데 이들 지침에 나타나 있는 그 기본방향에서는 양자의 차이를 확인하기 어렵다(기본방향의 동일성). 전자에서는 무죄추정원칙과 불구속재판 및 불구속수사 원칙을 핵심원리로 규정하고 있는가 하면, 후자에서도 불구속수사원칙과 비례성원칙 등 법치국가헌법의 원리를 수사의 기본원칙으로 삼고 있기 때문이다.

반면 구속사유 판단시 고려해야 할 사항이나 요소들의 범위 및 종류에 있어서는 현저한 차이를 보이고 있다(고려요소들과 그 규정형태의 차이). 대법원예규에서는 도망 또는 증거인멸의 염려를 판단함에 있어 고려해야 할 요소들을 최소한의 범위에서 열거·제시하고 있는 반면, 대검예규에서는 지나치리만큼 폭넓게 또 세세하게 열거·제시하는 형태를 취하고 있다. 물론 이러한 차이가 심판기관과 수사기관이라는 기관의 성격차이에서 비롯되는 것으로 보이기도 하지만, 영장재판을 둘러싸고 전개되어 온 법원과 검찰 사이의 오랜 갈등양상이 암암리에 영향을 미친 것으로 짐작된다. 특히 대검예규의 경우 사안의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 등에 대한 위해우려 등을 구속수사의 일반적 기준뿐만 아니라 대부분의 범죄유형별 기준에도 적용하고 있음을 볼 때 수사실무에서 이 요소들이 갖는 비중이 어떠한을 충분히 가늠해 볼 수 있을 것 같다.

이러한 규율상태 하에서 구속영장발부 및 구속수사의 기준에 관한 합일점을 찾는 것은 쉽지 않아 보인다(점점의 부재). 지향하는 방향이나 중시하는 일반적 원칙들은 동일함에도 구체적인 영장사건에 대한 판단과 관련해서는 법원과 검찰이 현격한 대립양상을 보이고 있기 때문이다. 다만 한 가지 점, 즉 양 기관 모두 판단시의 고려사항과 관련된 합리적인 근거제시의-직접적 또는 간접적-요청으로부터는 벗어나 있지 않다는 점만은 똑같이 염두에 두어야 할 사항인 것 같다.

(4) 영장발부기준의 모호성 문제

헌행법상의 구속사유에 기초하여 구속 여부를 판단하는 기준, 즉 구속영장발부기준이 모호하다는 지적이 적지 않다. 현재의 구속 전 피의자심문(영장실질심사)이 가장 많은 비판을 받는 이유 중 하나는 바로 구속기준의 모호성이다. 최근 몇 년간의 체포·구속영장사건 처리현황에 의하면,²⁸⁾ 2007년과 2008년의 구속영장발부율은 80% 아래로 떨어져 종래에 비해 영장기각률이 상대적으로 높아지고 있음을 알 수 있다(〈표 1〉). 통계수치만으로는 그 원인이 무엇인지 정확히 진단할 수 없으나, 개정법 시행 이후 구속영장에

28) 법원행정처, 사법연감, 2005-2009 참조

대한 법원의 심사가 상대적으로 엄격하게 진행되고 있는 것이 아닌가 하는 조심스러운 추정을 가능케 해주는 부분으로 보인다. 또한 체포영장 발부율이나 기각률은 종래에 비해 거의 변동이 없는 것으로 볼 때 법원이 체포영장보다는 구속영장에 대해 더욱 엄격하게 심사를 진행하고 있음을 엿볼 수 있는데, 이는 구속영장재판을 둘러싼 최근의 갈등 현상과 무관하지 않은 것으로 짐작된다.

〈표 1〉 체포·구속영장사건의 연도별 처리현황(전심급)²⁹⁾

연도 및 종류	구분	청구인원	발부인원	기각인원	발부율	기각율	직권발부
	08'	합계	138,155	123,238	14,868	89.2	10.8
구속영장		56,845	42,903	13,852	75.5	24.4	28,273
체포영장		81,310	80,345	1,016	98.8	1.2	-
07'	합계	142,164	128,380	13,817	90.3	9.7	27,543
	구속영장	59,109	46,274	12,868	78.3	21.7	27,543
	체포영장	83,055	82,106	949	98.9	1.1	-
06'	합계	158,712	147,748	10,972	93.1	6.9	22,612
	구속영장	62,160	51,990	10,178	83.6	16.4	22,589
	체포영장	96,552	95,758	794	99.2	0.8	-
05'	합계	170,825	160,893	10,061	94.2	5.8	21,217
	구속영장	74,613	65,150	9,592	87.3	12.7	21,211
	체포영장	96,212	95,743	469	99.5	0.5	-
04'	합계	212,384	197,056	15,318	92.8	7.2	26,625
	구속영장	100,693	85,916	14,767	85.3	14.7	26,625
	체포영장	111,691	111,140	551	99.5	0.5	-

이러한 연관성 추정은 각급 법원의 영장기각률 차이에 의해서도 뒷받침되고 있다. 가

29) 발부율은 수사를 위한 청구인원 대 발부인원의 비율이고, 기각인원에는 일부기각인원이 포함되어 있음 (법원행정처, 사법연감, 2008, 68쪽; 2007, 70쪽; 2006, 63쪽; 2005, 61쪽; 2004, 60쪽 참조). 이 표에 나타난 수치는 사법연감에 표시된 그대로이기 때문에(다만, 기각률은 별도로 계산한 것임), 수치상의 불일치 역시 이점을 감안해서 보아야 할 것이다.

령, 2007년 6월 기준 서울지역의 법원 영장기각률을 보면 큰 차이가 있음을 알 수 있다. 서울고등법원·서울중앙지방법원 국정감사에서 서울중앙지법의 영장기각률은 30.5%인데 반해 서울남부지법은 19.6%, 서부지법은 19.0%에 그친 것으로 밝혀졌다. 이에 대해서는 개별 판사의 재판의 독립성을 전제하더라도, 영장기각률이 들쭉날쭉하여 일관성이 없다는 지적이 있었다.³⁰⁾ 영장재판에서 영장기각률이 높아지고 있다는 것은 불구속수사원칙의 구현이라는 측면에서 보면 일면 바람직한 경향이라고 평가할 수도 있을 것이다. 하지만 중요한 문제는 영장발부기준이 불명확하여 법원의 영장재판이 자의적이라는 의심을 받고 있다는 점이다. 영장심사에서 구속영장발부기준이 불명확하여 어느 누구도 구속 여부를 예측할 수 없는 상황에서의 영장기각은 영장재판에 대한 불신을 가중시키는 방향으로 작용할 수밖에 없어 보인다.

(5) 불구속수사원칙의 실현 정도

주지하다시피 개정 형사소송법은 피의자에 대한 불구속수사원칙을 명문화하였다(제 198조 제1항). 이는 헌법상 신체의 자유 보장과 무죄추정원칙에서 비롯되는 당연한 요청을 입법화한 것으로, 수사단계에서의 피의자구속을 절차유지의 목적상 그야말로 불가피한 경우에 한해 예외적으로만 인정해야 한다는 헌법의 정신과 입법자의 의지를 반영한 규정이다. 통계자료에 의하면,³¹⁾ 최근 10년간 수사단계에서의 검찰처리인원 중 구속인원 비율은 점차 줄어들고 있는 추세이다(〈표 2〉).

구속인원 비율은 〈표 2〉에서 보는 바와 같이 1998년에는 5.6%에 달하였으나 그 후에는 매년 0.5%에서 1.6%가량 낮아져 2007년에는 2.4%를 나타내고 있다. 이와 같이 구속비율이 낮아진 것은 검찰 등 수사기관이 적법절차 및 엄격한 증거법칙을 준수함과 아울러 불구속수사를 강조하면서 인신구속에 신중을 기한 결과로 분석되고 있다.

30) 법률신문 2007.10.29.자 참조

31) 법무연수원, 범죄백서, 2008, 186쪽

〈표 2〉 검찰처리인원 중 구속인원의 연도별 변동현황(1998년~2007년)³²⁾

연도 \ 구분	처리인원	구속인원	구속비율(%)
1998	2,196,565	122,777	5.6
1999	2,306,824	105,202	4.6
2000	2,241,635	92,747	4.1
2001	2,321,580	92,209	4.0
2002	2,297,030	86,255	3.8
2003	2,296,945	82,443	3.6
2004	1,791,584	73,113	4.1
2005	1,450,551	50,953	3.5
2006	1,358,789	39,648	2.9
2007	1,442,228	35,202	2.4

3. 검토

(1) 구속사유로서의 '범죄혐의의 상당성'

구속은 피의자 또는 피고인을 비교적 장기간에 걸쳐(피의자: 10일 단위, 피고인: 2월 단위) 구금하는 제도임에 비해 체포는 수사 초기에 단기간에 걸쳐(48시간 역류) 피의자의 신병을 확보하기 위해 도입한 제도이다. 또한 체포이유 역시 구속사유보다 완화되어 있어 피의자에 대한 인치도 구속제도에 비해 상대적으로 간편하게 행할 수 있도록 되어 있다.³³⁾ 이에 체포요건으로 요구되는 범죄혐의의 상당성을 구속요건으로서의 그것에 비해 완화하는 조치를 긍정적으로 검토해볼 필요가 있다. 이러한 조치가 법이론적 타당성 및 체계성에 반하는 것도 아니라고 본다. 물론 그로 인해 체포가 더 손쉽게 이루어져 인권침해의 우려가 제기되겠지만, 이러한 우려는 그 전제로서 통상체포 외에 긴급체포와

32) 여기서 구속현황 관련 처리인원 통계수치는 대검찰청 통합사건관리시스템에 의해 산출된 것으로, 대검찰청 통계원표시스템에 의해 산출되는 다른 항목의 처리인원과 차이가 있다(범무연수원, 범죄백서, 2008, 186쪽)고 한다.

33) 이재상, 앞의 책, 233쪽

현행법체포까지도 헌법상의 영장주의에 의한 통제를 받도록 하는(즉 사후영장을 발부받도록 하는) 방안을 통해 해소될 수 있을 것이다.

최근의 설문조사 결과에 의하면 법조인들은 체포사유 및 구속사유로서 요구되는 범죄 혐의의 개연성 정도를 구별해야 한다는 점에 대체로 인식을 같이 하고 있는 것으로 나타났다.³⁴⁾ 물론 체포사유로서의 그것과 구별해야 하는 이유에서는 직역(판사·검사와 변호사) 간에 대체로 인식의 차이를 보이고 있지만 말이다. 이는 실무상으로는 체포와 구속에서 요구되는 범죄혐의의 정도를 달리 규정할 필요가 있음을 말해주는 것이라 풀이된다.

(2) 실행기준원칙

이른바 실행기준원칙은 구속에 관한 현행법규 및 그 태도와 어울리지 않는다. 최근의 설문조사 결과에 의하면 이 원칙을 구속영장발부기준으로 삼는 것과 관련하여 평균적으로는 직역종사자(판사·검사와 변호사) 간에 인식의 차이가 있지만, 세부적으로는 세 직역종사자 모두 적지 않은 부정적 태도를 취하고 있는 것으로 나타났다.³⁵⁾ 이로 볼 때 실행기준원칙을 영장발부의 주된 기준으로 삼는 것에 대해서는 적어도 실무의 인식이 통일되어 있지 않음을 알 수 있다. 이런 점을 고려한다면, 이론적 측면에서 그 타당성을 의심받고 있는 이 원칙이 장래에도 계속해서 실무상 영장발부의 핵심적 기준으로 작용할 수 있을지는 의문스러워 보인다.

(3) 구속사유심사시 고려사항

1) 예방적 구금으로서의 구속

구속을 구속의 본래적 목적 달성 외의 수단으로 활용할 수 있는가?³⁶⁾ 현행법이 기초하고 있는 전통적인 구속의 목적에 비추어 보면 구속을, 그 본래의 목적 외의 다른 목적 달성을 위한 수단으로 활용하는 것은 쉽지 않아 보인다. 따라서 형식적 정의의 원칙(평

34) 한국형사정책연구원, 형사정책과 사법개혁에 관한 조사·연구 및 평가(Ⅲ): 개정형사소송법에 대한 평가연구, 2009.12, 342-344쪽 참조

35) 형사정책과 사법개혁에 관한 조사·연구 및 평가(Ⅲ), 340-341쪽 참조

36) 예방적 구금의 인정 여부 및 그 문제점에 관해 자세한 것으로는 조성용, 개정형사소송법상 구속사유심사의 필요적 고려사항의 문제점과 개선방향, 인권과정의, 제386호, 2008; 조성용·신태영, 예방구속 도입의 정당성 여부와 입법론적 대안, 저스티스 제109호, 한국법학원, 2009 참조

등이념)이나 이와 연계된 국민의 법감정 등을 구속사유심사시의 고려사항 또는 더 나아가 구속사유의 하나로 볼 수 있을 것인지 여부의 문제는 이러한 논의가 가능한 것이라 하더라도 입법론적 영역에 속하는 것이라 하겠다.

2) 구속사유심사시 고려사항

구속사유심사시 고려사항으로 신설된 ‘범죄의 중대성 등’ 요소는 현행법상 구속사유로 해석하기는 어려워 보인다. 반면 입법론적 측면에서는 ‘범죄의 중대성 등’을 구속사유의 하나로 규정할 수 있는 가능성이 애당초 배제되어 있지는 않다고 본다. 하지만 이러한 가능성은 ‘범죄의 중대성’ 요소에 국한되는 것일 뿐, ‘재범의 위험성’이나 ‘피해자 등에 대한 위해 우려 등’ 요소에는 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다. 후자의 요소들은 장래의 불확실한 사정을 예측적으로 고려하는 것으로서 구속의 본래적 목적과 취지에 반하기 때문이다. 최근의 설문조사 결과에 의하면 실무가들은 대체로, 범죄의 중대성과는 달리 재범의 위험성이나 피해자 등에 대한 위해 우려의 요소는 대부분이 이를 구속사유의 하나로 보지 않음은 물론 구속사유심사시 주된 고려요소로도 인정하지 않고 사안에 따라 고려 여부를 선택할 수 있는 요소 정도로 인식하고 있다.³⁷⁾ 이는, 재범의 위험성이나 피해자 등에 대한 위해 우려 등은 이를 구속사유로 규정할 필요성이 그다지 크지 않다는 인식을 반영한 것으로 보이며, 이로써 이 요소들을 둘러싼 해석론적 및 입법론적 논의 역시 그다지 큰 의미를 갖지 못하는 것임을 보여주는 셈이다.

또한 장래에 범죄의 중대성 요소를 구속사유의 하나로 규정하더라도 이를 구속사유로 보기 위해 실질적 정의의 이념이나 국민의 법감정 등의 논거에 기대기보다는 범죄의 중대성이 인정되면 도망 또는 증거인멸의 우려가 현저한 경우로 볼 수 있다는 경험칙에 기대는 것이 더 적절하리라 본다.

(4) 구속사유심사기준의 객관화 내지 공정성 문제

구속사유 판단은 구체적 사실에 기초해야 하며, 법관의 주관적 추측이나 추단에 의존할 수 없음은 물론이다. 하지만 구속사유 판단에는 경험상 특정한 사실적 요소가 결정적인 영향을 미치는 경우도 있을 수 있겠지만, 대부분의 경우 여러 가지 정황적 요소들과 사실을 전체적으로 고려하여 판단할 수밖에 없다. 가령 형사소송에서 선고될 형량은 도

37) 형사정책과 사법개혁에 관한 조사·연구 및 평가(III), 344-350쪽 참조

망의 염려를 판단함에 중요한 자료가 된다.³⁸⁾ 그렇다면 어떤 요소를 어떻게 반영하느냐에 따라 구속사유, 즉 도망의 염려나 증거인멸의 염려에 대한 판단은 달라질 수 있다. 구속영장 발부 여부를 둘러싸고 법원과 검찰이 대립양상을 보이는 것도 이와 무관하지 않다. 따라서 중요한 것은 구속사유를 판단함에 있어 제반 구체적 요소들이나 사실 및 절차의 진행에 따른 여러 사정들의 변화를 전체적으로 고려하여 판단하되, 그러한 판단이 규범적으로 타당한 것임을 논증하는 것이다.

형사소송법이 구속영장 청구시에 구속의 필요성을 인정할 수 있는 소명자료를 제출하도록 규정하고 있고(제201조 제2항), 영장을 발부하지 않을 경우에는 영장청구서에 그 취지 및 이유를 기재하도록 규정하고 있음은 이러한 점을 반영한 것이라 할 수 있다. 하지만 구속영장 발부결정이나 기각결정에 대해서는 항고나 준항고가 인정되지 않으며,³⁹⁾ 상소를 불허하는 결정에 대해서는 이유를 명시하여야 할 의무도 없음을 감안하면, 이 정도만으로는 충분하지 못하다. 이에 대한 근원적인 해결책은 구속영장 발부 여부에 대한 판단에 있어 그러한 판단에 이르게 된 이유를 구체적으로 제시(논증)하도록 의무를 지우는 것이다.⁴⁰⁾

(5) 불구속수사원칙의 실현

구속의 본래적 목적이 형사절차 및 형집행의 확보에 있음을 감안하면 이러한 목적 달성을 위해 피의자를 구속하는 것이 능사가 아님은 분명하다. 따라서 수사실무상 수사의 편의를 위해 구속수사에 의존하려는 경향과 시도가 사라지지 않는 한, 불구속수사원칙의 실천적 중요성이 지속적으로 강조되어야 함은 지극히 당연한 일이라 하겠다. 최근의 통계자료와 설문조사 결과에 의하면 불구속수사원칙은 종전에 비해 대체로 더 잘 실천되고 있는 것으로 보인다.⁴¹⁾ 세 직역종사자 모두 법관의 엄격한 구속사유 판단, 피의자

38) 이재상, 앞의 책, 248쪽 참조. 예컨대 특별히 중형이 선고될 것이 기대되는 경우에는 그 사유만으로도 도망의 염려를 인정할 수 있다고 볼 수 있겠지만, 이 경우에도 경제적 지위나 직업 또는 가족관계 등에 비추어 예외적으로 도망의 염려가 부정될 수도 있다.

39) 大決 2006.12.18, 2006모646: “검사의 체포영장 또는 구속영장 청구에 대한 지방법원판사의 재판은 형사소송법 제402조의 규정에 의하여 항고의 대상이 되는 ‘법원의 결정’에 해당하지 아니하고, 제416조 제1항의 규정에 의하여 준항고의 대상이 되는 ‘재판장 또는 수명법관의 구급 등에 관한 재판’에도 해당하지 아니한다.”

40) 그런데 이것은 영장재판이 결정이나 명령이나 하는 현행법 해석상의 논란과 결부되어 있는 문제이다. 따라서 좀 더 근원적인 해결책을 찾자면 입법론적으로 영장재판에 대한 불복을 인정하는 방안, 즉 영장 항고제의 도입을 검토해 볼 수도 있을 것이다.

41) 형사정책과 사법개혁에 관한 조사·연구 및 평가(Ⅲ), 334-338쪽 참조

인권보호에 대한 인식제고, 검사의 신중한 영장청구의 순으로 높은 응답률을 보이고 있어 나름의 의미 있는 합리적 근거들에 의한 변화가 이루어지고 있음을 짐작케 한다.

하지만 이러한 원칙이 실무상 완전히 정착되도록 하기 위해서는 추가적인 제도마련이나 보완책의 병행이 필요해 보인다. 이에 실무적으로 불구속수사를 확대·정착시키기 위해서는 구속 전 피의자심문단계에서 구속의 대체수단을 함께 도입하는 것도 고려해 볼직하다. 즉 보석제도를 영장실질심사와 적절히 연계시켜 운용하는 제도적 장치(이른바 영장보석제도 또는 영장단계 조건부석방제도)를 도입하는 것이다.⁴²⁾ 이를 통해 불구속수사원칙을 견지하면서도 피의자의 자발적인 절차참여를 유도하는 효과를 얻을 수 있을 것으로 기대된다.

Ⅲ. 구속 전 피의자심문제도

1. 이론적 논의현황

(1) 미체포된 피의자에 대한 구인영장 발부의 타당성 문제

현행법상 구속 전 피의자심문을 위해 체포된 피의자의 경우에는 체포의 효력을 이용하여 피의자를 법원에 인치하면 되지만, 체포되지 아니한 피의자의 경우에는 구인을 위한 구속영장을 발부하여 피의자를 구인한 후 심문을 하도록 되어 있으며, 이 경우 피의자가 도망하는 등의 사유로 심문할 수 없는 경우에는 심문을 생략할 수 있도록 되어 있다(제201조의2 제2항). 그런데 이에 대해서는 입법론상 타당하지 않다는 지적이 제기되고 있다. 구속 전 피의자심문제도는 구속을 제한하고 규제하는 영장주의의 실효성을 확보하기 위한 제도임에도 불구하고 반대로 구속 전 피의자심문을 위해 피의자를 구속하는 것은 그 자체 모순이라는 이유 때문이다. 수사기관에서 아직 피의자를 조사하지 않은 상태에서 법관이 피의자를 심문하여 인신구속 여부를 결정하는 제도는 세계적으로 그 유효를 찾아보기 어렵다는 점도 비판의 근거로 제시되고 있다.⁴³⁾

42) 사법개혁위원회의 형사소송법개정안 제201조의2 제6항은 구속영장의 청구를 받은 지방법원 판사는 심문을 거쳐 구속영장을 발부함과 동시에 조건부로 피의자를 석방할 수 있다고 규정하고 있었다.

43) 정승환, 형사소송법의 체포제도에 대한 재검토-형사소송법 개정안의 인신구속제도와 관련하여, 법조 제54권 제7호, 법조협회, 2005, 83쪽; 최교일, 구속 전 피의자심문제도에 관한 고찰, 법조 제46권 제5호,

이에 대해 먼저 구속영장을 발부한 후에 판사가 구속된 피의자를 심문하여 구속사유가 없는 피의자는 석방하게 하는 것이 타당하다는 견해가 있다.⁴⁴⁾ 하지만 이러한 생각 역시, 일단 구속하기 위해서는 구속사유가 있음을 전제로 한다는 점에 비추어 볼 때 모순되기는 마찬가지다. 이와는 달리 구속 전 피의자심문제도가 구속하기 전 피의자의 변명과 이익 되는 진술의 기회를 제공한다는 것이므로 출석할 것을 통지하여 임의출석하도록 한 후 구속 여부를 판단하는 것이 타당하다는 견해도 있다.⁴⁵⁾ 하지만 이 견해에 의하더라도 임의출석하지 않을 경우에는 어떻게 할 것인가 하는 문제는 여전히 남는다.

(2) 구속 전 피의자심문기간의 구속기간 불산입 문제

형사소송법 제201조의2 제7항은 구속 전 피의자심문기간을 구속기간에 산입하지 않고 있다. 이에 대해, 수사기관의 구속기간을 실질적으로 보장하기 위한 것이고 피의자의 불이익은 미결구금일수에서 산입하면 충분하다고 하여 이를 타당하다고 보는 견해⁴⁶⁾도 있으나, 이는 수사기관의 수사편의를 위한 규정(영장실질심사로 인해 수사기관의 실질적 수사기간이 단축될 우려를 고려한 것)으로서 바람직하지 않다는 비판도 제기되고 있다. 피의자의 의사나 책임과는 무관하게 개정 형사소송법이 피의자의 인권(법관대면권)의 보호와 신장을 위해 필요적으로 구속 전 피의자심문을 하도록 하고 있음에도 불구하고 그 심문기간을 구속기간에 산입하지 않는다고 규정한 것은 수사의 편의만을 고려한 발상이라는 지적이다. 나아가 영장실질심사제도에 구속기간 불산입의 장치를 결합시키는 것은 필요적 심문을 조약체결국의 의무로 규정하고 있는 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제9조 제3항에 저촉되며, 적법절차에 의해 영장을 발부하도록 규정하고 있는 헌법 제12조 제3항에 비추어 위헌의 소지가 크다는 지적도 있다.⁴⁷⁾

법조협회, 1997, 117쪽

44) 이재상, 앞의 책, 254쪽

45) 노명선·이완규, 형사소송법, 성균관대학교 출판사, 2009, 205쪽

46) 노명선·이완규, 앞의 책, 203-204쪽

47) 신동운, 앞의 책, 242쪽

(3) 영장재판에 대한 불복의 문제

1) 논의 현황

(가) 관례의 태도

대법원은 수사절차에서 지방법원판사의 영장결정에 대해서는 항고는 물론 준항고도 허용할 수 없다는 태도를 취하고 있다(항고·준항고불허).⁴⁸⁾ 즉 항고에 관해 규정한 형사소송법 제402조, 준항고에 관해 규정한 제416조 제1항, 재판의 종류를 나누어 규정한 제37조 및 재판의 종류·성질에 따라 담당주체를 달리 규정한 형사소송법의 구조 등을 종합하여 보면, 검사의 체포영장 또는 구속영장 청구에 대한 지방법원판사의 재판은 형사소송법 제402조의 규정에 의해 항고의 대상이 되는 ‘법원의 결정’에 해당하지 않고, 제416조 제1항의 규정에 의해 준항고의 대상이 되는 ‘재판장 또는 수명법관의 구금 등에 관한 재판’에도 해당하지 않음이 분명하다는 것이다.⁴⁹⁾ 나아가 신체의 자유에 관련된 기본권침해는 부당한 구속 등에 의해 비로소 생길 수 있는데 검사의 영장청구가 기각된 경우에는 이로 인한 직접적인 기본권침해가 발생할 여지가 없다는 점, 피의자에 대한 체포영장 또는 구속영장의 청구에 관한 재판에 대해 항고나 준항고를 통한 불복을 허용하게 되면 그 재판의 효력이 장기간 유동상태에 놓여 피의자의 지위가 불안정하게 될 우려가 있어 그와 관련된 법률관계를 가급적 조속히 확정하는 것이 바람직하다는 점 등을 고려할 때, 이들 관련 규정들의 취지는 체포영장 또는 구속영장에 관한 재판 자체에 대해 직접 항고나 준항고를 통해 불복하는 것은 허용하지 아니하는 대신에, 피의자에 대해서는 체포영장 또는 구속영장이 발부된 경우 체포·구속적부심을 청구함으로써, 그리고 검사에 대해서는 영장청구가 기각된 경우 영장발부를 재청구할 수 있도록 함으로써 ‘간접적인’ 불복방법을 열어 놓은 데 있다고 한다.

48) 大決 2006.12.18, 2006도646. 대법원은 대법원 이외의 각급 법원에서 잘못된 재판을 하였을 경우에 이를 바로 잡기 위한 심급제도는 재판청구권을 보장하기 위한 하나의 수단임은 분명하나, 그렇다고 하여 심급제도가 언제나 대법원의 판단을 받도록 하는 장치인 것은 아니며, 사법에 의한 권리보호에 관하여 한정된 법 발견자원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제라고 본다. 이러한 전제 하에서 어떤 재판에 대해 심급제도를 통한 불복을 허용할 것인지 또는 어떤 불복방법을 허용할 것인지는 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이며, 특히 형사절차에서 수사 또는 공소 제기·유지를 담당하는 주체로서 피의자 또는 피고인과 대립적 지위에 있는 검사에게 어떤 재판에 대해 어떤 절차를 통해 어느 범위 내에서 불복방법을 허용할 것인지는 더욱 더 입법정책에 달린 문제라고 한다.

49) 大決 1958.3.14.자, 4290형재항9; 大決 2005.3.31.자, 2004도517 참조

(나) 학설

법관의 영장결정에 대해 불복할 수 있는지에 관해서는 해석론상 부정설, 항고가 허용된다는 견해, 준항고가 허용된다는 견해 등이 대립하고 있다. 부정설은 수사절차에서의 영장에 대한 재판은 법관이 행하는 재판으로서 명령에 해당하기 때문에 현행법상 불복방법이 없다고 보는 입장이다.⁵⁰⁾ 이 견해는 항고는 물론 준항고도 허용되지 않는다고 보며(항고·준항고불허설), 대법원의 태도와 그 맥을 같이 한다. 영장재판에 대한 불복이 인정되어 그 결과 전국에 하나뿐인 대법원에 영장사건이 집중되면 법발견 자원의 한계로 인해 영장사건은 물론 본안사건에 대한 심리도 부실하게 될 우려가 있다는 점, 모든 구속사건은 본안사건 외에 영장사건을 파생시켜 영장재판이 또 하나의 본안재판으로 변질될 우려가 있다는 점 등을 들어 준항고도 어렵다는 입장이다. 대법원이 보유하고 있는 법발견 자원의 한계를 고려할 때 영장재판에 대한 불복장치를 마련하려면 그 전제로 고등법원상고부제도의 도입 등 대법원의 업무부담 경감을 위한 대책부터 마련하여야 한다고 한다.⁵¹⁾ 이 견해에 따르면 법원의 영장재판에 대해 불만이 있을 경우 검사는 영장재청구를 통해, 그리고 피의자는 구속적부심 청구를 통해 불복할 수 있을 뿐이다.

항고허용설은 현행법상 수사절차에서의 판사의 영장결정에 대해 항고가 허용된다는 입장이다.⁵²⁾ 형사소송법 제402조는 법원의 결정이라고만 하고 있어 여기서의 법원을 반드시 수소법원에 한정할 이유가 없다는 점(설령 법 제402조의 법원을 수소법원에 국한하더라도 관례와는 달리 수소법원을 '분쟁당사자로부터 청구를 받아 그 청구사건에 대해 판단권을 행사하게 된 법원'으로 새길 수 있다는 점), 헌법 제101조의 법원은 행정단위로서의 법원이 아니라 소송법상 의미의 법원이며, 영장재판을 담당하는 지방법원판사 역시 이러한 소송법상 의미의 법원으로서 형사소송법 제402조의 법원에 해당한다는 점, 영장청구도 그 자체가 하나의 사건으로서 법원에 계속되어 영장청구사건을 재판하는 판사는 '사건 계속법원'으로 보아야 하며, 이로써 영장재판은 명령이 아니라 결정이라는 점, 형사소송법 제184조 제4항은, 수임판사의 재판이 결정으로서 그에 대한 항고가 가능하다는 점을 확인한 것이라고 해석할 수 있다는 점 등을 그 근거로 들고 있다.⁵³⁾

50) 배종대·이상돈, 앞의 책, 250쪽; 신동운, 앞의 책, 247-248쪽

51) 신동운, 앞의 책, 247쪽

52) 강동범, 구속영장재판에 대한 불복 가부, 한국형사법학회 2009년 하계학술대회 발표자료집, 106-122쪽; 신현주, 형사소송법, 박영사, 2002, 682쪽; 이완규, 개정법상의 영장항고, 형사소송법 연구 I, 탐구사, 2008, 480-483쪽; 최교일, 구속영장심사의 법적 성격 및 기각결정에 대한 불복방법, 형사재판의 제문제, 박영사, 1999, 377쪽

53) 수사실무적 측면에서, 판사의 영장재판에 대한 불복이 허용되는지 여부에 대해 대립적 해석이 가능한

다음으로, 준항고허용설은 지방법원판사의 영장기각결정에 대해서는 형사소송법 제416조 제1항 제2호를 유추적용하여 준항고가 허용된다는 견해로서 검찰측의 입장이다. 헌법 제27조, 제101조 제2항, 제107조 제2항 등은 그 취지상 대법원이 최고법원으로 기능하는 심급제도를 통해 재판받을 권리를 최대한 보장하기 위한 것인데, 이렇게 볼 때 지방법원판사의 영장기각재판이 헌법이나 법률에 위반된다면 대법원은 그에 대한 최종판단을 내려야 하고, 이를 위해 대법원의 판단을 받기 위한 길을 열어두어야 하며, 따라서 지방법원판사의 영장기각재판이 있으면 검사는 형사소송법 제416조 제1항 제2호를 유추적용하여 그 법관 소속 지방법원에 준항고를 제기할 수 있다는 것이다. 이와 같이 준항고가 허용되면 이를 매개로 대법원에 재항고(제415조)를 제기하여 그 판단을 받을 수 있게 된다.

(다) 입법론

나아가, 현행법상으로는 영장 항고 및 준항고도 불가하다는 전제 하에서 입법론상 영장항고제를 도입하자는 견해가 있다(영장항고제 도입설).⁵⁴⁾ 영장항고는 영장재청구 및 구속적부심과는 다른 제도라는 점,⁵⁵⁾ 영장재판 역시 엄연히 법관에 의한 사법적 심사로서의 성격을 띠는데, 이러한 영장재판에 대해 아무런 견제장치가 없어 그 당부에 논란이 있을 경우 이를 시정할 기회가 법적으로 보장되어야 한다는 점,⁵⁶⁾ 영장항고를 인정하면 영장재판의 정당성, 이로써 구속사유 판단의 정당성 여부에 대한 많은 관례가 축적되어 구속에 대한 객관적 기준을 확립할 수 있음은 물론 이를 통해 영장재판에 대한 일반의 예측가능성 및 공정성에 대한 신뢰가 제고될 수 있다는 점 등을 논거로 들고 있다.⁵⁷⁾

상황이라면 외국의 예와 같이 불복을 인정하는 것이 합리적이라는 점, 영장재판에서 구속결정이 이루어지면 피의자는 구속적부심을 통해 불복할 수 있는 반면, 검사는 영장재청구 외에 달리 불복방법이 없는데, 이는 검사에 비해 피의자를 우대하는 것이어서 합리적이지 못하다는 점 등의 논거도 제시되고 있다(이완규, 앞의 책, 482-483쪽 참조).

54) 김재곤, 앞의 논문, 282쪽

55) 구속적부심은 그 심사시를 기준으로 하여 구속의 적부 여부뿐만 아니라 구속 계속의 필요성 여부를 그 심사대상으로 하는 제도이므로 구속영장의 발부가 위법하지 않은 경우라 하더라도 구속적부심을 청구할 수 있으며, 피의자의 구속 여부를 결정하기 위한 구속심사와는 그 목적과 성질을 달리 한다(김재곤, 앞의 논문, 284쪽).

56) 정진수, 구속영장심사와 피의자신문, 한국형사정책연구원, 1998, 167쪽

57) 또한 현행법 해석론으로는 불복방법이 없다고 보지만, 법관의 재판인 명령에 대해 상급법원에 불복방법이 인정되지 않는 것은 사법절차의 형식성과 적법절차의 관점에서 문제가 적지 않으므로 입법론적으로 항고의 대상을 명령에까지 확장하는 것이 타당하다는 견해도 제시되고 있다(신동운, 형사소송법[제3판], 법문사, 2005, 1150쪽 참조).

2. 검토

지난 형사소송법 개정을 통해 구속 전 피의자심문을 필요적으로 행함으로써 초래된 변화의 내용에 관해서는 실무상 대체로 긍정적인 효과(구속 여부 판단에 대한 법관의 심증 보장, 피해자의 소명기회 확대에 의한 인권신장 등)를 인정하고 있는 듯하다.⁵⁸⁾ 구속 전 피의자심문제도와 관련하여 실무상 크게 논란이 되고 있는 사항으로는 앞서 언급한 이론적 논의의 내용 및 영장재판에 대한 불복의 문제(영장항고의 인정 여부) 외에도 구속 전 피의자심문에서의 불균형 및 본안재판화의 문제를 꼽을 수 있다.

(1) 영장재판의 구조적 불균형과 본안재판화의 문제

구속 전 피의자에 대한 심문절차는 원칙적으로 공개하지 않고, 다만 상당하다고 인정되는 경우 피의자의 친족·피해자 등 이해관계인의 방청을 허가할 수 있도록 하고 있는 점(형사소송규칙 제96조의14), 판사는 피의자를 심문함에 있어 구속 여부를 판단하기 위해 필요한 사항에 관해 신속하고 간결하게 심문하도록 하고, 증거인멸 또는 도망의 염려를 판단하기 위해 필요한 때에 한해 피의자의 경력, 가족관계나 교우관계 등 개인적 사항에 관해 심문할 수 있도록 한 점 등은 구속 전 피의자심문이 본안재판화할 위험성을 방지하기 위한 현행법상의 조치로 보인다.

나아가, 심문절차에서 검사와 변호인은 판사의 피의자심문이 끝난 후에 의견을 진술할 수 있고, 다만 필요한 경우에는 심문 도중에도 판사의 허가를 얻어 의견을 진술할 수 있도록 규정하고 있다(형사소송규칙 제96조의16 제3항). 이는 구속 전 피의자심문제도가 법적 청문의 원칙 내지 법적 청문권의 보장에 기초하고 있는 것이자 동시에 영장실질심사가 본안재판으로 변질될 우려를 염두에 둔 것임을 보여주는 단면이다. 따라서 검사와 변호인은 의견을 진술할 수 있을 뿐 문답형식으로 피의자를 '신문'할 수는 없다. 검사와 변호인에 의한 피고인'신문'을 허용할 경우 이 제도에 따른 절차가 사실상 본안재판으로 변질될 가능성이 더 커지게 된다. 특히 검사의 피의자신문을 허용할 경우 구속 전 피의자심문이 법관 면전에서 자백을 획득하는 절차로 변질될 우려도 없지 않다.⁵⁹⁾

58) 형사정책과 사법개혁에 관한 조사·연구 및 평가(III), 350-354쪽. 다만 검사의 무분별한 영장청구 자체 및 법원의 업무가중으로 인한 심리부실 부분에 대해서는 직역(특히 판사와 검사) 간에 인식의 차이가 드러났는데, 이는 각 직역의 인식관심과 이해관계가 상당 부분 작용했기 때문인 것으로 짐작된다.

59) 이점에 관한 지적으로는 신동운, 앞의 책, 240쪽 참조

구속 전 피의자심문제도는 법적 청문권을 실질적으로 보호하기 위한 제도적 장치이다.⁶⁰⁾ 이러한 유형의 제도는 비단 이 제도에만 국한되지 않는다. 형사절차 및 형사소송에 있어 피의자·피고인의 인권보호를 지향하고 있는 체포·구속적부심제도, 보석제도도 모두 같은 성격을 지닌 것들이다. 이는 법률상 ‘신문’(訊問)이라 표현하지 않고 ‘심문’(審問)이라고 표기하고 있는 점에서도 잘 드러난다. 단순한 사전적 의미(‘캐어 물음’)나 일상적인 언어사용법에 의하면 신문과 심문은 구분되지 않는다. 하지만 범문언상의 표현과 입법의 취지 및 체계적 구조 등을 감안하여 살펴보면 양자 사이에는 중요한 차이가 있음을 알 수 있다. 이들 제도는 피의자 또는 피고인을 형사절차에 직접 참여시켜 법관의 면전에서 자신에게 유리한 내용을 말하거나 항변할 수 있도록 하는 권리보장을 그 본질로 하는 제도들이다.⁶¹⁾ 따라서 이 제도가 ‘심문적’ 성격을 띤 제도임을 분명히 하고, 영장재판에서의 불균형을 해소함과 동시에 영장재판이 본안재판화하는 것을 방지하기 위해서는 피의자의 방어권 보장을 위한 수사기록 열람·등사권 인정 등 일정한 방안을 강구할 필요성이 있다고 본다.⁶²⁾

(2) 영장항고제의 도입 문제

영장항고제의 도입과 관련한 최근의 설문조사 결과에 의하면 검사는 높은 찬성률을 보이고 있는 반면, 판사는 강하게, 그리고 변호사 역시 대체로 반대하는 경향을 보임으로써 현저한 인식차이를 보여주고 있다.⁶³⁾ 영장재판을 둘러싼 법원과 검찰의 대립양상을 잘 보여주는 대목이다. 이런 점에서 이 문제와 관련하여 실무상 합리적 해결의 실마리를 기대하기는 매우 어려울 것으로 전망된다. 하지만 실무의 갈등상황 자체는 문제의 현장일 뿐, 중요한 것은 영장발부기준을 합리화하여 영장재판의 공정성과 예측가능성 및 신뢰성을 확보하는 일이다.

구속영장 발부를 위한 구속요건은 나라마다 약간씩 다르다. 이는 인신구속제도가 기

60) 이 제도를 영장주의의 핵심적 내용일 뿐만 아니라 법치국가원리와 적법절차의 이념에서 파생되는 핵심적 권리인 법적 청문권을 보장하기 위한 것으로 이해하는 견해로는 이재상, 앞의 책, 251쪽 참조

61) 형사소송에서 법적 청문이 갖는 의의와 중요성에 관해서는 변종필, 형사소송과 법적 청문, 인권과정의 제245호, 대한변호사협회, 1997, 91쪽 이하; 형사소송의 진실개념, 세종출판사, 1999, 285쪽 이하 참조

62) 최근의 설문조사 결과에 의하면 구속 전 피의자심문이 본안재판화하는 경향 유무와 관련하여 검사는 대체로 긍정하는 반면, 판사와 변호사는 대체로 동의하지 않는 태도를 보여주었다. 반면 피의자의 방어권 보장을 위한 수사기록 열람·등사권 인정 여부와 관련해서는 직역 간에 대체로 이와 정반대되는 인식을 보여주고 있다(형사정책과 사법개혁에 관한 조사·연구 및 평가(Ⅲ), 354-356쪽).

63) 형사정책과 사법개혁에 관한 조사·연구 및 평가(Ⅲ), 356-357쪽 참조

본적으로 인권이라는 보편적 가치를 지향하고 있음에도 불구하고 다소간 각국의 정치사회적·문화적 풍토 및 상황에 따라 달리 규정될 수 있음을 보여준다. 이런 점에서 구속요건에 대한 논의와는 별도로 영장재판의 공정성에 대한 시시비비를 근원적으로 차단하는 제도적 장치(영장항고제)의 도입이 필요하다고 할 수 있다. 준항고불허설의 논거도 나름대로 일리 있으나, 이 견해 역시 문제가 없지는 않다. 사법구조적으로 볼 때 법발견 자원의 합리적 배분과 재판의 신속·적정을 조화시키는 가장 중요한 현실적이고 실천적인 방안 중의 하나는 대법원의 인적·물적 구조를 재편하는 것일 것이다. 하지만 대법원 역시 이러한 인적·물적 토대의 부족 및 그로 인한 과중한 업무부담 때문에 심한 고충을 겪고 있음에도 대법관 수의 증원 등 자체 내의 구조변화를 꾀하는 데는 대단히 미온적인 태도를 취하고 있는 실정이다. 이런 현실을 감안할 때 영장항고제를 도입하기 위해서는 그 전제조건(즉 고등법원상고부제 설치 등 인적·물적 토대의 확충)부터 갖추어야 한다는 주장은 그러한 소극적 태도에 면죄부를 주는 격이 될 수 있다.

영장항고를 인정하면 구속재판에 대한 관례의 축적을 통해 구속에 대한 객관적 기준이 확립될 수 있음과 동시에 이를 통해 영장재판에 대한 예측가능성 및 그 정당성에 대한 신뢰가 높아질 수 있을 것이다. 이로써 구속영장발부기준이 모호하다는 법원에 대한 의혹 및 무리하게 구속수사를 감행하려 한다는 검찰에 대한 의혹이 진정될 수 있을 뿐만 아니라, 영장재판을 둘러싼 법원과 검찰 간의 정향 없는 갈등도 근본적으로 해소될 수 있으리라 여겨진다.⁶⁴⁾

(3) 기타 문제

먼저, 미체포 피의자에 대한 구인영장 발부의 타당성 여부를 본다. 구속 전 피의자심문제도의 취지에 비추어 구속영장이 청구된 모든 피의자에 대해 영장심사를 관철시키기 위한 불가피한 방편일 수 있겠지만, 구속 여부 심사를 위한 구속의 인정은 인권보호를 위한 인권침해의 논리를 정당화하고 있는 셈이어서 그러한 조치의 타당성 의혹을 해소할 필요가 있다. 다시 말해 법논리적으로 모순된다는 점, 인권보호에 역행한다는 점 등에 비추어 볼 때 현행법 규정을 손질하는 것이 요구된다. 물론 이러한 문제점을 근원적으로 해소하기 위한 방안의 하나로서, 구속 전 피의자심문에 있어 피의자에 대한 동등한 취급을 보장하고, 이로써 인신구속제도의 통일성을 꾀한다는 측면에서도 상당한 유용성

64) 영장항고제의 순기능에 관해서는 김재곤, 앞의 논문, 282-284쪽 참조

을 지닌 이른바 체포전치주의를 도입하는 방안도 생각해 볼 수 있을 것이다.⁶⁵⁾

다음으로 구속 전 피의자심문기간의 구속기간 불산입 문제를 본다. 피의자의 권리로 보장된 제도가 사실상 피의자에 대한 인신구속기간을 늘리는 결과를 초래한다는 점, 이로써 위헌의 논란이 제기되고 있다는 점, 현재의 수사단계에서 구속수사기간이 짧지 않다는 점 등을 감안할 때 심문기간을 구속기간에 산입하는 방향으로 관련 조항을 개정하는 것이 바람직하다고 본다.

IV. 구속적부심제도

1. 이론적 논의현황

(1) 적부심청구권의 확대 문제

구속적부심제도와 관련해서는 먼저 적부심청구권자의 범위 확대를 둘러싸고 찬반논란이 있다. 긍정설은 피고인에게도 구속적부심 청구권을 인정해야 한다고 주장한다. 구속적부심과 보석제도는 그 취지를 달리하는 제도이므로, 피의자에 대한 보석을 인정해야 하는 것과 마찬가지로 피고인도 구속적부심을 청구할 수 있도록 해야 한다는 점, 법원에 의해 불법 또는 부당하게 구속된 피고인도 구제할 수 있도록 하는 것이 헌법 제12조 제6항⁶⁶⁾의 정신에 부합된다는 점 등을 논거로 들고 있다.⁶⁷⁾

이에 반해 부정설은 법원에 의한 피고인구속에 대해서는 적부심청구권을 인정할 필요가 없다고 한다.⁶⁸⁾ 체포·구속적부심제도가 가지는 본래적 의미는 수사절차상의 신체구속에 대해 법원이 통제를 가하려는 데 있다는 점, 그런데 공소제기 이후에는 그 의미가 소멸한다고 볼 수 있다는 점 등을 이유로 들고 있다.

65) 같은 취지로는 김재곤, 앞의 논문, 250쪽

66) “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.”

67) 이재상, 앞의 책, 281쪽

68) 신동운, 앞의 책, 279쪽

(2) 체포·구속적부 심사기간의 구속기간 불산입 문제

형사소송법 제214조의2 제13항은 구속적부심사기간을 구속기간에 산입하지 않고 있다. 이와 같이 체포·구속적부 심사기간을 구속기간에 산입하지 않도록 한 것은 체포·구속적부심 청구권의 남용을 방지하여 수사기일의 부족을 보충하려는 취지로 보인다. 하지만 체포·구속적부심청구가 실질적 요건의 결여를 이유로 기각된 때에는 체포·구속기간이 실질심리의 기간만큼 사실상 연장되는 효과가 발생하게 되므로, 이러한 제한이 타당한지에 대해서는 논란이 제기되고 있다.

먼저, 이러한 제한이 부당하다는 견해가 있다. 체포·구속적부심사에서 실제로 수사에 지장을 받는 시간은 단지 법원의 심문기일 몇 시간뿐이라고 할 수 있는데, 법원이 수사관계서류와 증거물을 접수한 때부터 결정 후 검찰청에 반환된 때까지의 전체기간을 구속기간에 산입하지 않도록 한 것은 잘못이라는 것이다.⁶⁹⁾ 또한 실무상으로 이미 구속영장이 발부된 피의자의 구속적부심사시에는 수사기관으로서도 증거를 보완하는 마무리 수사단계여서 구속적부심 청구가 특별히 수사에 지장을 초래한다고 보기 어렵다고 한다. 체포·구속적부심 청구권은 헌법에 의해 구속된 피의자에게 인정된 권리이고, 결정과 증거물이나 수사관계서류를 반환하는 기간은 법원의 사정에 따라 달라질 수 있고 이 기간 동안 특별히 수사에 지장이 초래되는 것도 아니기 때문이다.⁷⁰⁾ 이런 점에서 위 규정은 수사편의적인 발상으로서 피의자의 체포·구속적부심 청구를 심리적으로 제약하는 효과를 가져와 위헌의 소지를 안고 있다는 지적도 있다.⁷¹⁾ 나아가, 수사의 합목적성과 기본권보장의 조화라는 측면에서 기간산입의 여부와 범위를 법원의 재량에 맡기는 것이 바람직하다는 견해도 있다.⁷²⁾

(3) 청구기각결정에 대한 이유 명시와 항고 인정 여부

형사소송법 제214조의2 제8항에 의하면 체포·구속적부심사에 대한 법원의 결정(석방 결정과 기각결정)에 대해서는 항고가 허용되지 않는다. 따라서 체포·구속적부심청구에

69) 김재곤, 앞의 논문, 286쪽

70) 이재상, 앞의 책, 281쪽

71) 박미숙, 국제인권기준과 현행형사절차, 한국형사정책연구원, 2000, 107쪽

72) 배종대·이상돈, 형사소송법(제7판), 박영사, 283쪽. 하지만 이 견해는, 헌법에 의해 기본권으로 보장된 이상 가급적 그 행사에 부담을 주는 방향으로 제한해서는 안 된다는 점, 구속기간 산입 여부의 문제는 구속과 관련된 중요사항인 만큼 법원의 판단에 맡기기는 곤란하며, 또한 법원의 결정에 맡길 경우 형평성 논란이 제기될 소지가 많다는 점 등을 고려할 때 적절치 못하다고 본다.

대한 결정은 상소가 허용되지 않는 결정이 되어 그 재판에 이유를 명시할 의무가 없다(제39조 단서). 그 결과 적법절차를 지향하는 신체구속의 법리를 축적하기 위해 대법원 판례를 집적시켜 나갈 현행법상의 근거를 찾기가 어렵고, 이와 같은 제도적 결함 때문에 체포·구속적부심절차가 법원에 대한 변호인의 막후 협상장치나 법조부조리의 온상으로 오인 받을 소지도 크다.⁷³⁾ 근원적으로, 구체적 논증(즉 이유) 없는 규범적 판단은 자의적 판단이라는 오해를 불러올 수밖에 없으며, 또 실제로도 그럴 가능성이 매우 높다.

이와 관련하여 법원의 청구기각결정에 대해서는 항고를 인정하여 한다는 견해가 있다.⁷⁴⁾ 이는 이유 명시를 의무화하는 한 방안일 수 있다. 그 근거로는, 체포·구속적부심 제도의 본질적 의의는 수사단계에서의 구속에 대해 법원에 그 적부심사를 청구할 수 있도록 한 것이라는 점, 만일 하급심법원이 체포·구속적부심판단을 독선적으로 행하고 있음에도 그 결정의 당부에 대한 상급심법원의 심사가 이루어지지 않으면 국민의 법적 신뢰를 얻을 수 없다는 점, 기각결정에 대한 항고금지 1980년 제5공화국 헌법에 따른 비민주적 개정 1980년 제5공화국 헌법에 따른 기각결정에 대해 항고권을 인정하였던 제정 형사소송법의 정신으로 돌아갈 필요가 있다는 점 등을 들고 있다. 나아가, 기각결정에 대해 피의자에게 항고권을 인정할 경우 영장항고와 마찬가지로 대법원의 업무가중이 우려될 수 있으나 영장항고를 불허하는 이유 중의 하나가 체포·구속적부심에 의한 통제가능성임을 감안하면 기각결정에 대한 항고권은 반드시 인정되어야 한다고 한다.

(4) 체포·구속적부심사 기한의 문제

개정 형사소송법 제214조의2 제4항은 “체포·구속적부심사의 청구를 받은 법원은 청구서가 접수된 때부터 48시간 이내에 체포 또는 구속된 피의자를 심문”하도록 규정하고 있다. 개정 전 ‘지체 없이’라고 되어 있던 법문을 ‘48시간 이내’로 명시한 것이다. 이에 대해 신속한 심사절차의 진행을 보장하였다는 평이 있으나,⁷⁵⁾ 과연 그런가 하는 의문도 제기되고 있다. 여기서도 해석론적 문제, 이로써 실무운용상의 문제가 제기될 수 있다. 즉 위 문언, 즉 ‘48시간 이내’라는 시간적 제한이 심문에만 국한된다고 볼 것인가 아니면 석방 여부에 대한 결정까지 포함한다고 볼 것인가 하는 것이다.

73) 신동운, 앞의 책, 278쪽

74) 신동운, 앞의 책, 278-279쪽

75) 법무부, 개정 형사소송법, 102쪽

2. 실제

실무운영상 체포·구속적부심사 청구사건은 체포·구속의 적법 여부와 체포·구속 계속의 필요 여부를 판단기준으로 하되, 적부심사시까지의 변경된 사정도 고려하고, 구속적부심사 청구사건의 경우에는 그 사안에 따라 무조건적 석방명령이 부적당하다고 인정되는 때에는 보증금 납입을 조건으로 한 석방명령을 적극 활용하며, 긴급체포되거나 현행범으로 체포된 피의자 또는 위법하게 체포된 피의자도 체포·구속적부심사를 청구할 수 있음을 기본원칙으로 정하고 있다(보석등예규 제19조).⁷⁶⁾ 기소 전 보석제도, 즉 보증금납입조건부 석방제도의 운용과 관련해서는, 보증금납입을 조건으로 한 석방명령을 할 때에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 보석절차에 관한 규정을 준용하며, 법원은 필요하다고 인정하는 경우에 피의자의 도망과 증거인멸을 방지함과 동시에 석방 후의 피의자의 출석 등을 확보하기 위해 적당하다고 인정하는 조건을 붙일 수 있도록 하고 있다(같은 예규 제27조).

통계자료에 의하면⁷⁷⁾ 2001년 이후부터 2008년 현재까지 체포·구속적부심사 청구사건의 수는 매년 현저하게 줄고 있는 추세를 보이고 있다(〈표3〉). 그리고 석방률 또한 2003년을 정점으로 하여 이후 계속해서 낮아지고 있음을 알 수 있다.

〈표 3〉 체포·구속적부심사 청구사건 수 및 석방률

구분 연도	합 계			변호인			비변호인		
	청구	석방	석방률 (%)	청구	석방	석방률 (%)	청구	석방	석방률 (%)
2001	8,786	3,899	44.4	7,254	3,107	42.8	1,922	792	41.2
2002	9,176	4,082	44.5	6,747	3,123	46.3	1,944	959	49.3
2003	8,928	4,699	52.6	6,876	3,621	52.7	2,052	1,078	52.2
2004	8,329	4,092	49.1	6,063	2,983	49.2	2,266	1,109	48.9
2005	5,737	2,697	47.0	4,010	1,909	47.6	1,727	788	45.6
2006	4,536	2,015	44.4	3,294	1,495	45.4	1,242	520	41.9
2007	3,921	1,737	44.3	3,011	1,307	43.4	910	430	47.3
2008	3,797	1,426	37.6	2,535	1,018	40.2	1,262	408	32.3

76) 보석·구속집행정지 및 적부심 등 사건의 처리에 관한 예규(재형 2003-5, 재판예규 제1180호) 참조

77) 법원행정처, 사법연감, 2009, 70쪽

이는 애초의 체포·구속 자체가 적법하여 별로 문제될 것이 없다는 점을 보여준다는 측면에서는 긍정적인 변화라 할 수 있다. 하지만 체포·구속의 실무가 현저하게 개선되지 못한 상태에서는 이 제도 자체의 활용도가 떨어지고 있음을 뜻하는 것이므로 제도의 유용성에 문제가 있다는 우려를 반영한 것이기도 하다.

실무운용을 보면, 체포·구속적부심사에서 석방명령을 하더라도 대부분 보증금납입 조건부 석방명령을 함으로써 사실상 기소 전 보석제도로 운용하고 있다고 한다. 하지만 체포·구속적부심사가 본래 체포·구속의 적법 여부 및 그 계속의 필요성 여부를 심사하는 제도임을 감안하면 석방의 조건으로 보증금의 납입을 부담시키는 것은 제도의 취지와 어긋나는 것이라 할 수 있다.⁷⁸⁾ 피의자에게도 원칙상 보석청구권을 인정하고 영장심사단계에서 보증금납입 등의 조건을 부과하여 석방하는 이른바 영장보석제도 또는 영장단계 조건부석방제도의 도입을 긍정적으로 검토해 보아야 할 이유의 하나도 여기에 있어 보인다.

3. 검토

(1) 적부심청구권의 확대 문제

법원의 피고인구속도 부당하게 이루어질 여지가 있다는 점, 권리보호의 외연은 가급적 확대하는 것이 바람직하다는 점 등을 고려할 때 피고인에게도 적부심청구권을 인정하는 방향으로 법개정을 추진하는 것이 바람직하리라 본다.

(2) 체포·구속적부 심사기간의 구속기간 불산입 문제

특별히 수사에 지장을 초래하지 않는다는 점, 인정된 권리를 행사한다고 하여 결과적으로 인신구속기간을 연장되게 하는 것은 제도의 원래적 취지에 맞지 않는다는 점, 체포·구속적부심의 남용은 형사소송법 제214조의2 제3항에 정한 간이기각결정에 따라 방지하는 것이 가능하다는 점 등을 감안할 때 이러한 제한규정은 불필요하며, 따라서 개정이 필요하다고 본다.

78) 김재곤, 앞의 논문, 227쪽

(3) 청구기각결정에 대한 이유 명시와 항고 인정 문제

법체계적 측면에서 그 근거를 밝히는 것은 이론적 타당성의 요청에 부합할 뿐만 아니라 절차적 정의의 측면에서도 필수적으로 요구되는 사항임을 감안할 때, 이유를 명시하도록 의무를 부과함과 동시에 그 기각결정에 대해서는 항고를 할 수 있도록 법을 개정하는 것이 필요하다고 본다.

(4) 체포·구속적부심사 기한의 문제

형사소송법 제214조의2 제4항의 문언상 청구서가 접수된 때로부터 피의자심문만 48시간 이내에 하면 된다고 해석할 여지도 없지 않다. 그런데 이러한 해석론을 따른다면 위 규정에 대해서는 다음과 같은 문제점이 제기될 수 있다. 먼저, 절차의 신속성 문제이다. 개정 전 구법이 '지체 없이' 심문하여야 한다고 규정하고, 구 형사소송규칙 제103조가 체포적부심의 경우 24시간 이내로 심문기일을 정해야 한다고 규정한 점을 감안하면, 위 개정법규는 절차진행의 신속성 및 피의자 인권보호(신체자유의 제한의 축소)의 측면에서 오히려 구법보다 퇴보한 규정이라는 점이다. 다음으로, 체포적부심의 효용성 문제이다. 가령 긴급체포된 피의자의 경우 48시간 정도의 시간이 경과하면 석방되거나, 구속영장이 청구된 때에는 영장실질심사에 의해 석방될 가능성이 있음을 감안할 때, 체포적부심을 청구한 경우에는 48시간 이내에만 심문기일을 열면 될 뿐만 아니라 더욱이 접수한 수사관계서류와 증거물을 결정 후 검찰에 반환할 때까지의 기간을 체포기간에 산입하지 않는다고 하면 과연 체포적부심제도를 활용할 피의자가 있을 것인가 하는 점이다. 실무상 체포영장에 대한 적부심청구가 거의 이루어지고 있지 않은 현실도 이러한 사정과 무관하지 않아 보인다.

체포·구속적부심에서는 피의자 심문시기보다 그 석방 여부에 대한 결정이 더 중요하다고 할 수 있다. 이는, 구속영장 발부시에 피의자 심문시기가 중요성을 갖는 것과 비교된다. 구속영장 발부시에는, 체포된 피의자는 즉시 관사 앞에 인치되어야 하며 이를 통해 수사기관에 의한, 사법심사 전의 부당한 구속의 장기화를 방지해야 한다는 원칙에 충실해야 하기 때문이다. 그렇다면 체포·구속적부심에 관해 그 심문만 48시간 이내에 하면 된다는 위와 같은 해석론은 신속한 재판 및 인권보호의 이념을 충실히 반영한 것이라 보기 어렵다. 그러므로 체포·구속적부심청구가 있을 경우에는 청구서가 접수된 때로부터 48시간 이내에 피의자심문과 증거조사, 석방 여부 결정을 모두 마쳐야 한다는 의

미로 해석해야 할 것이다.⁷⁹⁾ 하지만 실무의 운용은 편의를 추구할 가능성이 크다고 보며, 또 실제로도 그런 것으로 보인다.

VI. 맺음말

결론적으로, 이상의 논의내용을 요약하면 다음과 같다.

그 동안 실무적으로 사실상의 구속기준으로 작용해 온 이른바 실행기준원칙은 실무가들 사이에서도 전적인 지지를 받고 있지 못한 것으로 보이고, 더욱이 무죄추정원칙이나 구속의 본래적 목적 및 취지에도 반하여, 이론적 타당성이나 법체계성의 관점에서 적지 않은 문제점을 안고 있다. 따라서 향후 구속실무에서 이러한 관행적 기준을 적용해서는 안 될 것으로 본다.

구속사유로서의 범죄혐의의 상당성과 관련해서는 서로 다른 방식의 이해와 접근이 가능하다고 본다. 또 어느 쪽을 선택하든 체계성의 측면에서 일관성만 유지한다면 양자의 개연성 정도를 구분하지는 견해도 해석론적 또는 경우에 따라서는 입법론적 타당성을 가질 수 있다. 하지만 체포전치주의를 도입한다는 전제 아래에서 긴급체포와 현행범체포도 영장주의에 의한 통제를 받게 한다면 체포사유로서의 범죄혐의의 정도를 구속사유로서의 그것에 비해 완화하는 것이 바람직하리라 본다.

구속사유심사시 고려사항으로서 신설된 범죄의 중대성 요소는 현행법상 구속사유로 볼 수 없다. 구속사유의 하나로 해석하는 것은 이론적 타당성이나 현행법상 구속의 목적이나 본질과 연계된 법체계성에 배치된다고 본다. 이런 점에서 예방적 구금은 우리 법체계와 맞지 않는다. 다만, 입법론적 측면에서는 구속사유의 하나로 규정할 수 있는 가능성이 애당초 없지는 않다. 따라서 범죄의 중대성 요소는 일정한 사회적 합의에 따라 이를 구속사유의 하나로 새로이 규정할 수 있는 여지가 있다고 본다. 하지만 그 밖의 요소, 즉 재범의 위험성과 피해자에 대한 위해 우려 요소를 독자적인 구속사유로 정하는 것은 구속의 본래적 목적과 취지에 반하므로 타당하지 않다.

영장항고제의 도입은 긍정적으로 검토할 필요가 있다고 본다. 영장재판에 대한 불복가부를 둘러싼 해석상의 논란이 있으나, 해석론으로는 문제해결의 전망이 밝지 않다고

79) 이러한 해석론으로는 오기두, 개정된 형사소송법의 운용, 저스티스 통권 제103호, 81쪽 참조

본다. 따라서 갈등해소가능성(법원과 검찰 간의 대립구도 완화 및 희석), 사법형식성 내지 절차적 정당성(결정에 대한 구체적 논증제시절차의 마련) 및 예상효과(영장발부기준의 모호성 해소 및 영장재판에 대한 신뢰 제고)에 비추어 볼 때 중장기적으로는 입법론적 해결방안을 모색하는 것이 바람직할 것이다. 만약 이러한 해결책보다 단기적인 해결책을 지향한다면, 영장항고제 도입은 별론으로 하더라도, 영장결정에 대해 그 이유를 구체적으로 밝히도록 의무화하는 개선책이 필요하다고 본다.

구속 전 피의자심문을 위해 미체포 피의자를 구인하여 심문하는 것은 법논리적으로 모순이며 또 인권보호에 역행한다는 점에서 개선책을 모색할 필요가 있다. 체포전치주의의 도입을 전제로 한다면 이 문제 역시 좀 더 손쉽게 해결될 수 있을 것으로 예상된다.

현행법상 구속 전 피의자심문기간을 구속기간에 산입하지 않도록 하고 있는 점에 대해서는, 법률상 구속 전 피의자심문을 필요적으로 하도록 해놓고 그 심문기간을 구속기간에 산입하지 않는 것은 수사편의적 발상이며 위헌의 소지도 크다는 점에서 심문기간을 구속기간에 산입하는 방향으로 개선할 필요가 있다.

체포·구속적부심제도와 관련해서는, 현행법상 피고인에게도 적부심청구권을 인정하는 것이 바람직하다고 본다. 법원의 피고인구속도 부당하게 이루어질 여지가 있다는 점, 권리보호의 외연은 가급적 확대하는 것이 바람직하다는 점(인권보호의 기준) 때문이다.

체포·구속적부 심사기간의 구속기간 불산입을 규정한 법 제214조의2 제13항은 개정하는 것이 바람직하다. 특별히 수사에 지장을 초래하지 않는다는 점(불필요한 효율성 지향), 인정된 권리를 행사함으로써 인신구속기간을 결과적으로 연장되게 하는 것은 제도의 원래적 취지에 맞지 않는다는 점(법체계성 및 인권보호의 기준), 체포·구속적부심의 남용은 형사소송법 제214조의2 제3항에 정한 간이기각결정에 따라 방지할 수 있다는 점(갈등해소가능성) 등을 감안할 때 이러한 제한규정은 불필요하다고 본다.

법원의 적부심청구 기각결정에 대해 구체적인 이유를 명시하도록 의무화하는 것이 필요하다. 적부심결정에 대한 항고를 허용하고 있지 않은 법 제214조의2 제8항을 개정하는 것도 한 방법일 것이다. 기각결정에 대해 법체계적 측면에서 그 근거를 밝히는 것은 이론적 타당성의 요청에 부합할 뿐만 아니라 절차적 정의의 측면에도 부합하기 때문이다.

제 3 주제

다시 개정되어야 할 재정신청제도

■ 발표 :

- ◆ 김태명
(전북대학교 법학전문대학원 교수)

■ 토론 :

- ◆ 정진수
(한국형사정책연구원 선임연구위원)
- ◆ 신대경
(서울남부지방검찰청 형사5부 검사)

1. 머리말

지난 2005년 1월에 출범한 사법제도개혁추진위원회(이하 사개추위라고 함)에서의 노력으로 마련된 형사소송법개정안이 2006.1.부터 2006.7.까지 3회에 걸쳐 정부안으로 제출된 이후 법제사법위원회의 심사와 수정을 거쳐 2007.4.30. 국회를 통과함으로써 제정된 지 50여년 만에 형사소송법이 대폭적인 개정(改正)되었다.

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 그 의미가 반감되었다는 점과 재정신청이 이유있는 것으로 인정되는 경우 과거에는 부심판결정을 하고 공소유지변호사로 하여금 공소유지를 담당하게 한 것과는 달리 개정형사소송법에서는 검사로 하여금 공소제기의무를 부과하고 검사로 하여금 공소유지를 담당하게 하였으며, 법원이 결정에 대하여 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 검찰항고전치주의와 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 재정신청의 대상에

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.

서 고발사건을 제외하고, 관할법원을 고등법원으로 환원하며, 법원이 공소제기결정을 하면 검사가 공소제기 및 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 수정했다”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⁾

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 확대해야 하고, 또한 검찰의 불기소처분에 대하여 또다시 검찰로 하여

4) 이완규, “개정법상 재정신청제도의 몇 가지 쟁점”, 형사소송법연구 1 (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-욕심에 비해 성실하지 않은 검찰이 재정신청제도를 흔들고 있다”, 2009.9.30. 참조.

금 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 감시·통제와 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)가 우려되는 현실 속에서⁸⁾ 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 정도로 형해화되었다. 다만 1987년의 이른바 부천성고문사건을 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 있

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

8) 엄상섭, 권력과 자유(1957), 321면.

다. 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 범조비리 사건, 옷로비 사건과 및 파업유도 사건 그리고 최근의 대통령 사둔기업인 효성 그룹 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 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

9) 한인섭, 권위주의 형사법을 넘어서(2000), 64면.

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

11) 이완규, 앞의 글, 556면.

12) 재정신청제도가 검찰권남용에 대한 통제수단으로서 가지는 의미를 강조하는 견해로는 하승수, “검찰권 남용에 대한 통제수단으로서의 재정신청제도”, 법과사회 16·17호, 1999, 54면 이하; 조국, “강조되어야 할 예외로서의 재정신청제도”, 형사판례연구 8호(2000), 550면 이하; 김갑배, “기소권제도의 개선방안”, 민주사회를 위한 변론, 2003 1·2호, 117면 이하; 문준영, “검찰권 행사에 대한 시민적 통제와 참여”, 민

제도로써 당사자주의 소송구조에 적합한 제도가 아니라는 주장은 마치 독일에서의 준기소절차는 직권주의에 입각하고 있는 독일의 소송구조에 가장 적합한 제도이고 우리나라의 소송구조도 기본적으로는 직권주의를 바탕으로 하고 있으므로 검사의 기소독점과 기소재량에 대한 통제수단으로 큰 문제가 없다는 오해를 불러일으킬 소지가 있다.

이하에서는 우선 우리나라에서 재정신청제도가 어떤 취지로 도입되고 어떻게 운용되었는지에 대해 간단히 살펴본 후, 독일에서 전개된 검찰권남용의 통제방안에 대한 논의를 참고로 하여 앞으로 재정신청제도가 다시 제자리를 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 ‘사인 소추제도’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.

주법학 29호(2005), 290면 이하, 하태훈, “검찰권 통제 및 검찰제도 개혁방안”, 법과사회 37호(2009 하반기), 91면 이하 참조.

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

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

법전편찬위원회 심의과정에서 청구권자에 고소인뿐만 아니라 고발인도 포함시키고 '항고'라는 표현은 '처분의 당부에 대한 판단을 청구'라는 표현으로 수정되고 청구가 이유 있는 때에는 '공판에 부하는 결정'을 내리는 것으로 변경되었으나 검찰의 강력한 반발에 부딪쳤고,¹⁵⁾ 급기야 1953년 국회에 제출된 법전편찬위원회의 형사소송법초안에는 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.

가 가 ,

.18)

가

가

가

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

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).

가

, 가
가

가 가
가 .19)

이와 같은 수정안에 대하여 검찰은 ‘형사소송법안 이의에 관한 건’을 제출하여 이 제도는 국가소추주의가 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⁾

가 , 가
. () ,

26

가 .22)

19) 신동운 편, 앞의 책, 128면.
20) 신동운 편, 앞의 책, 244면.
21) 신동운 편, 앞의 책, 130면.
22) 신동운 편, 앞의 책, 244면.

그러나 대한변협은 건의서에서 “민주주의적으로 발달된 영미법에 있어서는 검사의 소추권을 인정하는 동시에 사인에 대하여도 소추권을 진정하여 국민은 공정한 재판관의 관정을 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 1953. 10.부터 약 3년까지 재정신청사건의 처리결과를 나타낸 것이다.

〈표 1〉 재정신청사건처리결과표²⁴⁾

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

23) 신동운 편, 앞의 책, 251면.

24) 최보현, “재정신청에 관한 시비”, 법조, 1957. 12. 20~21면 참조.

재정신청제도가 시행된 후 약 2년 9개월간의 실적을 보면, 접수총계 533건 중 검찰청의 기소명령이 17건, 고등법원의 부심판이 21건, 재정신청기각이 431건, 기타 68건인데 전체로 본다면 7.6% 그리고 부심판만 놓고 본다면 3.9%만이 소기의 목적을 달성하는데 그쳤다. 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 없는 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 실체적 진실의 발견까지도 불가능케 하는 결과가 된다는 것이다.²⁹⁾ 특히 불기소처분 중에서도 기소유예, 공소권 없음, 범죄불성립의 경우

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

26) 최보현, 앞의 논문, 18면.

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 제26조 2항에 대한 소고”, 검찰 제13호, 1969. 5, 28면.

에는 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 도과하였거나 또는 고소인·고발인이 아닌 자가 재정신청을 하였다는 이유로 기각되는 경우에도 검사가 기소를 할 수 없다면 이는 실체적 진실의 발견이라는 형사소송법의 이념에도 반할 뿐만 아니라, 사건의 실체를 판단하는 것이 아니라 불기소 처분의 적법여부만을 판단하는 형식재판에 대하여 기관력을 부여함으로써 일사부재리의 원칙을 부당하게 확장하는 결과다 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 부여어진 법원은 그 사건에 대해 공소를 유지할 자를 변호사 중에서 지정하며, 지정을 받은 변호사는 당해사건과 이와 병합된 사건에 대한 공소를 유지하기 위하여 중극재판이 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,

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.

33) 최보현, 앞의 논문, 37면.

34) 김윤근, 앞의 논문, 70면.

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⁾ 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 인정하자는 견해,³⁷⁾ 「정치적 색채있는 사건인 대통령·국회의원선거법, 국민투표법, 정당법, 집회·시위에 관한 법률, 언론·출판에 관한 법률에 위반한 사건 등 국민의 정치활동을 침해하는 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 인정하자는 견해³⁸⁾ 등이 제기되었다.

이 외에도 검찰은 부심판결정을 함에 있어서는 불기소를 받은 피의자의 법적 안정성을 고려에 두지 않을 수 없으므로 고소인에 한하여 재정신청을 할 수 있도록 하는 것이 타당하다는 주장,³⁹⁾ 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 고소인·고발인이 일정한 경우에 공소에 참가할 수 있도록 하는 것이 타당하다는 주장⁴⁰⁾ 등을 제기한 바 있다.

35) 최보현, 전계논문, 19면.

36) 이진채, “재정신청과 항고” 검찰 제21호, 1970.1, 231면.

37) 강의석, 앞의 논문, 27면.

38) 이진채, 앞의 논문, 231면.

39) 이진채, 앞의 논문, 224면.

40) 이진채, 앞의 논문, 230면.

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.⁴¹⁾ 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 근본적으로는 법원에 의한 검찰권의 통제를 약화시키고 검찰권을 강화하려는 의도에서 나온 것이라고 보는 것이 더 정확할 것이다.⁴²⁾

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.

41) 서일교, 앞의 책, 300면. 당시 법무부장관도 비상국무회의에서 “검사의 불기소처분에 대한 재정신청제도를 검찰청법에 의한 상고제도와와의 중복을 피하”는데 개정의 목적이 있다고 밝히고 있다(형사소송법 제정·개정자료집, 478~479면).

42) 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, 형사소송법 제정·개정자료집, 1997, 478~479면 참조).

〈표 2〉 불기소처분에 대한 재정신청접수 · 처리

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 개정 이후에는 재정신청수가 급격히 감소했을 뿐만 아니라, 1974년부터 1987년까지 부심판결정은 단 한건도 내려지지 않을 정도로 재정신청제도는 사실상 형骸化(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 범위를 축소해 버린 데 있다고 하지 않을 수 없다.

4. 재정신청 대상범죄의 확대론

앞에서 살펴본 바와 같이 우리나라 형사소송법의 입법자는 기소독점주의와 기소편의주의를 채택하면서 “증거가 엄연히 존재함에도 불구하고 기소안하는 수가 있는데, 이것이 정치적으로 이용될 때에는 중대한 문제”라고 판단하였고,⁴³⁾ 이 때문에 “기소편의주의

43) 입법자들의 이러한 우려는 그 이후 현실화되었는데, 우리나라에서는 검찰이 정치에 종속되어 기소편의주의가 정치적 수단으로 악용되고 나아가서는 적극적으로 정치적 부정·부패를 온존시키는 바람막이 구실까지 하기도 하며, 국민으로 하여금 형사사법에 대한 냉소적인 태도(무전유죄, 유전무죄)를 초래하

와 검사공소권에 대해서 검찰기관과는 별개의 사법기관으로 하여금 관여를 시켜서 통제"하기 위한 제도적 장치로서 재정신청을 도입하게 된 것이다.⁴⁴⁾ 재정신청제도는 형사소송법의 제정과정에서 입법자가 가장 심혈을 기울인 것으로서,⁴⁵⁾ 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 축소로 말미암아 이처럼 형해화된 재정신청제도의 의미를 다시 살리는 계기가 된 사건이 바로 1987년 부천성고문사건이다. 이 사건에서 검찰은 피해자와 9명의 변호사의 고소·고발에도 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.⁴⁶⁾

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,⁴⁷⁾ 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,⁴⁸⁾ 재정신청제도를 1973년 유신헌법의 등장과 함께 개정되기 전의 형사소송법으로 돌아가 모든 범죄사건으로 확대 실시하게

게 되었다(배종대·이상돈·정승환, 신형사소송법(2009), 226면 참조).

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

45) 당시 국회 법제사법위원회장이었던 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).

46) 자세한 내용은 고시면, "부천서성고문사건(1986년)과 검사의 불기소처분에 대한 불복신청방법에 있어서 (2007년) 개정형사소송법상 그 문제점에 관한 연구", 사법행정(2008.11), 2면 이하 참조.

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

48) 차용석, "준기소절차의 구조와 제문제", 고시계 1988.10, 127면; 이재상, "재정신청의 제문제", 대한변호사협회지 1988.4, 12면.

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.⁴⁹⁾

신속한 권리구제, 법률서비스의 질적 향상, 법조의 합리화·전문화·현대화, 법조인 양성제도의 개선, 법조비리의 근절 그리고 세계화 조류에의 대응을 위해 1999년 대통령 자문기관으로 설치된 사법개혁추진위원회에서도 검찰권행사의 적정성을 보장하기 위한 방안으로서 재정신청범위의 확대를 제안하였다.⁵⁰⁾ 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,⁵¹⁾ 지난 2005.5. 사개추위는 대상범죄의 전면 확대를 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(탄핵주의·당사자주의)와 재정신청제도의 관계

(1) 사개추위의 개정안이 법원행정처의 일부관사, 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 않는 데 법원이 이를 강제하는 방식의 재정신청제도는 생각하기 어렵다. 따라서 법원이 검사의 불기소처분에 대하여 그 당부를 심사하기 위해 스스로 조사를 하고 나아가 소추를

49) 신동운, 형사소송법 I 제2판(1997), 315면.

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

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

강제하는 재정신청제도는 당사자주의 소송구조와는 모순된다.”고 하면서, 소송구조에 관하여 당사자주의적 방향을 주장하면서 전형적인 직권주의적 제도인 재정신청을 전면화 대하자고 주장하는 것은 소송구조에 대한 이해를 결여한 부적절한 비판하고, 재정신청의 직권주의적 성격에 맞추어 소송구조의 직권주의적 방향성을 강화하거나 아니면 당사자주의적 방향성을 유지하면서 재정신청을 다시 축소하고 검찰의 불기소통제는 국민참여형으로 변경해야 한다고 주장한다.⁵²⁾

그러나 재정신청은 직권주의적 제도로서 당사자주의적 소송구조에는 적합하지 않다는 주장은 받아들이기 곤란하다. 물론 재정신청제도는 직권주의 소송구조를 취하고 있는 독일에서 시작된 것이기는 하나, 결코 독일이 직권주의 소송구조를 취하였기 때문에 재정신청제도를 채택한 것이라거나 직권주의 소송구조 하에서는 재정신청제도가 적합하다고는 할 수 없기 때문이다.

(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’라거나 ‘정치권력의 번견(番犬)’이라는 혹평도 가해지고 있다. 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 주정부는 1848년 3월 혁명을 계기로 소송절차의 개혁에 착수하게 되었는데, 그 과정에서 검찰제도가 도입된 것이다.⁵³⁾ 그러나 독일검찰의 모델이 되었던 프랑스의 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 오히

52) 이완규, 앞의 글, 559 · 561 · 566면 참조.

53) 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. Roxin/이완규 역, “검사의 법적 지위·과거와 현재-”, 검사의 지위와 기능(2008), 검찰미래기획단, 50면 이하 참조.

려 시민적 자유가 침해될 위험성이 높아질 것이라는 비판이 제기되었다.⁵⁴⁾

그럼에도 불구하고 오늘날 독일 검찰제도의 기초를 마련한 프로이센의 입법자들은 검사를 피의자·피고인과 동일한 지위와 권한을 가지는 당사자가 아니라 범죄를 수사·소추하고 국가뿐만 아니라 피고인의 이익을 위해서도 활동하는 '법의 수호자'로 파악하였다. 그리고 독일의 영방(領邦)국가들은 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.⁵⁵⁾

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 되는 결과가 초래되었다.⁵⁶⁾ 이 때문에 검찰제도의 도입이 일단락된 1850년대 이후부터는 자유주의 진영에서 검찰제도 개혁론이 활발하게 전개되기 시작하였다. 특히 이 당시에는 '법의 수호자' 또는 실체적 진실발견의무를 진 사법기관이라는 법의 이념과 행정부에 종속하여 공소권을 행사하는 현실 사이의 괴리에 대한 인식이 확산되었는데, 일부에서는 검찰제도 폐지하고 공중소추제도를 도입하자는 주장과 검사에 대해서 순수한 당사자로서의 지위와 권한만을 부여해야 한다는 주장이 제기되기도 하였다.

그러나 검사로부터의 소추권을 박탈하여 일반국민에게 소추권을 부여하거나 검사를 순수한 당사자로 지위·권한만을 부여해야 한다는 주장은 검찰의 강력한 반발에 부딪쳐 무산되었고, 검사의 기소독점에 대한 견제수단으로 경미범죄에 있어서 원칙적 사소(私訴)와 기타의 범죄에 있어서 법원에 대한 항고(Beschwerde)를 인정하는 선에서 타협을 하기에 이르렀다. 어쨌든 독일에서는 검사를 피고인·피의자와 대등한 지위를 가진 당사자로 파악하려는 탄핵주의적 개혁론은 검사를 법관과 대등한 지위를 가진 사법기관으로 파악하려는 규문주의적 개혁론에 밀려 경미범죄에 대한 사소제도와 기타 범죄에 대한 항고제도를 채택하게 되었는데,⁵⁷⁾ 이 두 제도는 많은 비판에도 불구하고 1877년 독

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

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

56) C.J.A. Mittermaier, Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren(1856), S.279.

57) 川岐英明, 앞의 책, 127면.

일제국형사소송법에도 채택되어 오늘날에까지 검사의 기소독점에 대한 견제수단으로 이어지고 있다.⁵⁸⁾

(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.⁵⁹⁾

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 탄핵주의의 취지에 부합하지 않는다고 말할 수 있다. 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 자신의 권한을 행사하고 나아가서 피해자·피고인(피의자)의 견제를 수용함으로써 실현될 수 있기 때문이다.

또한 검찰에서는 재정신청의 확대를 거부하는 이유로 검사의 객관의무 내지 (준)사법기관으로서의 지위를 내세우고 있다. 사실 검사의 객관의무 그 자체를 부인할 이유는 없다. 독일에서 볼 수 있듯이 검사의 객관의무 그리고 이를 근거로 한 (준)사법기관으로서의 지위는 실체진실주의-직권주의 하에서 형성된 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(Untersuchungs- maxime)라는 이름이 붙여진 실체진실주의 법이데올로기라

58) 1900년대에 들어와서는 형사소송법에 대한 개정논의가 더욱 활발하게 진행되어 1908년과 1920년에 개정안이 마련되었다. 특히 1920년 개정안은 경미범죄에 대하여 소추재량을 인정하는 한편(기소편주의주의 도입) 불기소처분에 대한 항고제도를 폐지하고 보충적 사소제도를 도입하며, 기소강제절차의 신청권자를 피해자로 한정하지 않고 모든 소추신청자로 확대함으로써 기소독점에 대한 통제를 강화하는 등의 중요한 개혁구상을 담고 있었으나 검찰의 반발로 결국 무산되었다.

59) 법무부, 개정형사소송법(2007), 151면.

고 지적한 바 있다.⁶⁰⁾ 일본의 마쓰오 코야(松尾浩也) 교수도 당사자주의를 내세워 법원으로부터의 통제를 벗어나 검찰권을 강화하려는 시도는 ‘유사당사자주의’ 또는 ‘규문주의적 검찰사법’이라는 비판하고 있다.⁶¹⁾

(4) 검찰의 주장과는 달리 재정신청제도는 형사소송법에 남아 있는 규문주의적 검찰사법·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 검찰사법으로 경도(傾倒)되는 것을 방지하고자 함에 있었다.

국회 법제사법위원회에서 재정신청제도의 도입에 주도적인 역할을 했던 업상섭 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 있기는 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 나아가 되겠다는 신념을 갖게 되었고,⁶²⁾ 검사의 자의적 불기소처분을 외부에서 통제할 수 있는 장치가 필요하다는 인식에서 형사소송법요강안에 규정된 것보다 훨씬 더 강력한 재정신청제도를 도입하게 된 것이다.⁶³⁾

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 고소·고발사건으로 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.

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

61) 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), 58면 참조.

62) 신동운 편, 앞의 책, 109면.

63) 문준영, 앞의 논문, 291면 참조.

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.⁶⁴⁾ 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 이루어지고 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.⁶⁵⁾

그러나 공소권과 재판권의 분리가 공소권에 대한 시민적 또는 사법적 통제까지 부인하는 근거가 될 수 없다.⁶⁶⁾ 그리고 검찰항고는 검사동일체의 원칙이 적용되는 검찰의 자체적인 시정장치에 불과하고 헌법소원은 그 제도적인 한계로 인하여 실질적인 구제장치로서의 역할을 수행하고 있지 못하고 있는 것이 현실이다.⁶⁷⁾ 이러한 점을 고려해 볼 때 재정신청 대상범죄의 확대에 대한 반대논거로 제시된 첫 번째와 두 번째의 주장은 설득력이 부족하다. 다만 우리나라에는 특히 고소·고발이 많아 이로 인한 폐해가 우려된다는 점은 신중하게 고려할 필요가 있다고 본다.

우리나라에서는 전체 사건에서 고소·고발사건이 차지하는 비중이 최근 6년간 연평균

64) 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.

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

66) 권력분립은 분립 그 자체가 목적이 아니고 국민의 자유와 권리를 보장하기 위한 수단에 불과하고, 국가 권력의 분산은 결국 권력 상호간이 견제와 균형으로 인한 권력제한을 위한 것이다(허영, 헌법이론과 헌법(신정판), 1995, 817면).

67) 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.

33%에 이를 정도로 고소·고발이 많고 또한 고소·고발사건에 대한 불기소율은 일반사건에 비해 상당히 높다.⁶⁸⁾ 이것은 한편으로는 남고소·고발로 인한 피해자가 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.⁶⁹⁾

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,⁷⁰⁾ 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 고발

68) 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 금전 거래관계에서 발생하는 민사분쟁형 형사사건이 전체 사건의 상당부분을 차지하고 있는 것으로 나타났다(연합뉴스, 2004.10.13. 참조).

69) 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.

70) 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, “남고소의 해소를 위한 대책”, 형사정책 17권 1호(2005.6) 참조.

인에게까지 재정신청을 허용하는 경우 민중소송화할 우려가 있고 그로 인해 피고소·고발인의 인권이 침해될 우려가 크다는 점을 논거로 재정신청권자를 고소인으로 제한해야 한다는 주장을 제기하였고,⁷¹⁾ 사개추위에서도 이런 주장을 제기하였지만 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.⁷²⁾ 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 고소·고발사건의 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.⁷³⁾

또한 그는 고소의 경우 개인적 감정이나 민사문제를 형사화하여 해결하려는 부정적인 요소를 포함하고 있으나, 고발사건에 대해서는 불기소처분의 비율이 낮고 또한 불기소 이유에서도 고소사건보다 혐의없음의 비율이 낮다는 사실에 비추어 볼 때 고발사건은 형사사건으로서의 실체와 증거가 존재하는 경우가 많다고 보아야 한다고 하면서, 공소

71) 김호철, “재정신청 전면확대 법안검토”, 사법제도개혁추진위원회, 사법선진화를 위한 제도개혁, 2007, 843면 참조.

72) 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).

73) 박기석, 앞의 논문, 206면.

권남용의 우려가 큰 기소유예의 비율은 고소사건보다 고발사건이 더 높다는 점을 지적하면서 재정신청의 필요성은 고소사건보다 오히려 고발사건이 더 크다고 주장하였다.⁷⁴⁾ 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 원칙적으로 부정함으로써 검찰이 기소재량권을 남용하여 불기소처분을 하더라도 고발자(시민, 시민단체, 내부고발자, 국가기관 등)는 아무런 손을 쓸 수가 없게 되었다고 꼬집었다.⁷⁵⁾

(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.⁷⁶⁾ 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.⁷⁷⁾ 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.

프로이센에 이어 기소독점주의를 채택한 독일제국형사소송법의 제정과정에서는 검사의 기소독점에 대한 견제수단으로 불기소처분을 전제로 한 공중소추제도(보충적 공중소추제도)와 불기소처분에 대한 법원에의 항고제도(기소강제절차)가 주장되었는데, 이러한 주장의 이면(裏面)에는 검사는 행정기관으로서 공소권 남용의 우려가 있고 근본적으로 공소권은 시민에게 있다는 인식이 자리잡고 있었다. 기소독점에 대한 견제수단으로 보충적 공중소추제도의 도입을 주장하는 사람들은 시민권을 가지고 소송능력있는 모든 자

74) 박기석, 앞의 논문, 208면.

75) 박기석, 앞의 논문, 209면.

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

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

를 소추권자로 인정해야 한다고 주장하였고, 법원에 대한 항고제도의 도입을 주장한 사람들도 공소권의 공정한 행사를 확보하고 검사를 피고인(피의자)보다 우월한 사법기관이 아니라 피고인(피의자)과 대등한 당사자임을 명확히 하기 위해서는 항고권을 비단 피해자뿐만 아니라 모든 시민에게 부여해야 한다는 인식을 갖고 있었다. 그러나 이러한 주장은 정부와 검찰의 강력한 반대에 부딪쳐 결국 (오늘날 기소강제절차라고 불리는) 피해자만을 신청인으로 인정하는 항고제도가 채택되기에 이르렀다.⁷⁸⁾

(4) 한편 고발사건에까지 재정신청을 인정해서는 안 된다는 주장이 들고 있는 대표적인 근거 중의 하나가 불필요한 재정신청을 방지하고 소송경제적 측면에서 업무부담을 최소화하고 재정신청의 남발로부터 특히 피고발인을 보호할 필요성이 있다는 점을 든다.⁷⁹⁾ 특히 고소·고발사건이 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), 헌정질서과괴범죄(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.⁸⁰⁾ 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.⁸¹⁾

그러나 직권남용죄, 헌정질서과괴범죄를 제외하고는 선거관리위원회(후보자, 정당 포함), 국민권익위원회, 군의문사진상규명위원회 등 고소권자를 다른 국가기관으로 한정하고 있기 때문에 진정한 의미에서의 국민에 의한 감시·통제라고 보기는 힘들고⁸²⁾ 또한

78) 川岐英明, 앞의 책, 168면 이하 참조.

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

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

81) 조기영, 앞의 논문, 141면; 이완규, 579면.

82) 이완규, 앞의 논문, 580면은 선거사범이나 부정부패 등에 있어서는 공정성과 객관성을 담부할 수 있는

부친경찰서 성고문사건에서 볼 수 있듯이 고소인뿐만 아니라 고발인에 대해서도 중복적으로 재정신청권을 부여할 때에만 제대로 된 힘을 발휘할 수 있다.⁸³⁾

3. 검사에 의한 공소의 제기와 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 부심판결정 및 공소유지변호사제도를 폐지하고 검사로 하여금 공소의 제기와 유지를 담당하게 함으로써 당초 불기소처분을 하였던 검찰이 법원의 공소제기 결정에 대하여 어느 정도 성실하게 공소유지 활동을 할 것인지 여부에 따라 그 성패가 좌우되게 되었다고 해도 과언이 아니라고 하면서 깊은 우려를 표명하였다.⁸⁴⁾

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 않고 공판과정에 나왔던 사실에 입각하여 재판부가 ‘알아서 판단’해 줄 것을 요청하는데 그침으로써 특정인에 대한 ‘봐주기 구형’ 아니냐는 비난이 제기되고 있다.⁸⁵⁾

〈표3〉에서 보는 바와 같이 재정신청 사건의 공소유지권이 검찰에게 넘어간 2008년 1월부터 2009년 6월 말까지 공소제기 재정결정 사건 중 판결이 선고된 사건은 모두 61건

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.

83) 1987년 재정신청제도의 부활의 결정적 계기가 되었던 부친경찰서 성고문사건과 1985년 민청련의장 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.

84) 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설(2007), 71면.

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

이었는데, 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 ‘구형 포기’ 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.⁸⁶⁾ 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.

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.⁸⁷⁾

86) 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 있다”고 밝힌 바 있다.

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

(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 불기소처분을 전제로 한 공중소추제도(보충적 공중소추제도)와 불기소처분에 대한 법원에의 항고제도(기소강제절차)가 주장되었으나 제국정부와 검찰의 강력한 반대에 부딪쳐 결국 타협안으로 법원에 대한 항고제도를 채택하는 방향으로 나아갔다. 그런데 제국정부가 검사의 기소독점에 대한 견제수단으로 법원에 대한 항고제도를 지지했던 사람들의 당초 주장과는 달리 고소인에 대해서만 항고권을 부여하는 방향으로 나아가려 하자 공소수행만은 변호사로 하여금 담당하게 할 것을 요구하였다. 그러나 이마저도 제국정부의 반대로 결국 검사가 기소를 담당하는 것(기소강제절차)으로 결정되었다.⁸⁸⁾ 검찰은 개정형사소송법이 독일식 기소강제절차를 채택한 것이 마치 당연한 것처럼 설명하고 있으나, 정작 독일의 기소강제절차는 타협에 타협을 거듭하여 만들어진 제도임을 인식할 필요가 있다.

(3) 또한 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 검찰의 민주화방안으로 검찰관공선제 및 기소배심제도 채용을 요구받았다. 그러나 당시 이 요구를 수용할만한 상황이 되지 못한 일본정부가 GHQ의 양보를 받아 시행하게 된 것이 검찰관적격심사회와 검찰심사회제도이다.⁸⁹⁾ 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 고소인 뿐만 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.⁹⁰⁾

88) 川岐英明, 앞의 책, 173면 참조.

89) 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.

90) 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 기소

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 고소인뿐 아니라 고발인에게도 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 없으며, 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,⁹¹⁾ 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, 기소·불기소의 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.⁹²⁾

이로써 검찰심사회의 심사결과 기소상당 또는 불기소불상당의 결정이 내려지면 검찰

한 건수는 1,031건으로 6.6%에 불과하다(檢察審査會五十年史(1988), 法曹會 257이하 참조).

91) 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.

92) 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.

관은 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 수행하게 함으로써 검찰심사회제도도 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 관

하여 “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.⁹³⁾

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 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 담당할 고등법원의 법관에 대해서는 제척사유인 전심재판의 조사·심리에 대한 관여의 문제가 발생할 소지가 크다는 점을 고려하여 재정신청사건의 심리를 고등법원이 아닌 지방법원 본원 합의부가 담당하도록 변경하였다.⁹⁴⁾

개추위 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’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 법원

93) 신동운 편, 앞의 책, 129면.

94) 사법개혁추진위원회, 형사소송법개정안 설명자료, 104면 이하.

도 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 보고 판단하고 조사를 하지 않는 관행이 형성되었다. 1961년에는 형사소송법의 개정으로 심리권이 '증거조사'로 확대되기는 하였지만 심리기간의 제한은 해소되지 않아 법원으로서 시간적 여유를 갖고 충실하게 심리할 수가 없었고 통상 기록을 보고 판단하고 조사를 하지 않는 관행은 여전히 계속되었다.⁹⁵⁾ 개정형사소송법에서는 심리기간을 3개월로 연장하였는데, 기간연장으로 어느 정도 충실한 심리가 이루어질지는 지켜볼 일이다.⁹⁶⁾

(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 실체진실을 적극적으로 발견해 낼 여지는 충분히 있었다.⁹⁷⁾ 그러나 그동안 법원은 재정신청사건의 심리절차는 소송이 아니고 당사자 대립구조를 취하는 것도 아니므로 대립당사자의 존재를 전제로 하는 형사소송법상의 제규정, 예컨대 소송

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

96) 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.

97) 재정법원의 조사권, 심리방식 등에 대해서는 이홍락, "재정법원 조사권의 범위와 한계", 2010.3.19. 형사소송법학회 발표문 참조.

관계인의 서류·증거물의 열람·등사권, 증거신청권, 증거조사참여권 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.⁹⁸⁾

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.⁹⁹⁾ 또한 형사소송법개정안에 대한 국회 심의과정에서도 법원에 대하여 증거조사권을 부여하는 것 극히 이례적인 것이라고 하면서 증거조사제도 자체에 대한 강력한 비판을 제기하였다.¹⁰⁰⁾ 결국 국회 심의과정에서 “필요한 때에는 증거를 조사할 수 있다”는 문구가 삭제되지는 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 실제심리와 완전히 분리될 수 없고, 후자의 전자의 논리적 전제로 보아야 한다. 그럼에도 불구하고 재정법원이 자신의 역할을 의도적으로 전자에만 국한시키려고 한다면, 결국 재정심리의 졸속과 부실로 이어질 수밖에 없다.¹⁰¹⁾

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 점

98) 서울고등법원, 재정신청사건 실무편람, 1999, 32면 이하.

99) 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.

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

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

을 지적하고,¹⁰²⁾ 준기소절차의 성패는 부심판청구심에서 어떻게 청구인관여의 심리방식을 확보하는가에 달려 있다고 하면서 청구인에게 관련서류·증거물 열람등사권, 증거신청권, 증인신문 참여권 및 증인신문권 등을 적극적으로 보장하여야 한다는 주장이 강력하게 제기되고 있다.¹⁰³⁾

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 결루를 보충하지 않으면 재정신청사건의 심리절차는 오히려 피의자에게 면죄부를 주는 결과가 된다. 재정신청은 수사기관에 대하여 범죄의 수사과 범의자의 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 강제처분을 하는 것은 현실적으로나 이념적으로 적절하지 않다. 일본에서는 우리나라의 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 하게하고 법원은 이들이 제출한 증거를 기초로

102) 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.

103) 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〉準起訴手續を考ふる; 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.

판단하는 것이 심리를 효과적으로 진행할 수 있는 방법일 것이다.¹⁰⁴⁾ 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 타당하다.¹⁰⁵⁾ 그리고 이는 ‘당사자참여 심리방식’으로 검찰에서 주장하듯이 법원의 수사기관화 또는 직권주의적 심리방식이 결코 아니며,¹⁰⁶⁾ 오히려 개정 형사소송법이 지향하는 당사자주의에 부합하는 것이라고 할 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.¹⁰⁷⁾ 이 점을 감안하여 사개추위는 재정신청에 대한 심리와 결정을 항소심과 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.¹⁰⁸⁾

104) 서울고등법원, 재정신청사건 실무편람, 1999, 76면.

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

106) 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.

107) 대법원 1997.11.20. 자 96모119 전원합의체 결정.

108) 법무부, 앞의 책, 150면.

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.¹⁰⁹⁾

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.¹¹⁰⁾

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.¹¹¹⁾

재정신청을 둘러싼 사개추위의 논의과정과 국회에서의 심의과정을 보면 이를 검찰권

109) 헌법재판소 1996.10.31. 94헌바3 결정 참조.

110) 같은 취지로는 신양균, 앞의 책, 364면.

111) 이와 같은 지적으로는 류전철, 앞의 논문, 216면 참조.

에 대한 통제수단으로 여기고 보다 더 강화시키려는 입장과 이를 저지하려는 입장이 대립하였고, 어쨌든 지금까지는 검찰이 판정승을 거둔 것으로 평가된다. 검찰은 이번 개정 형사소송법상의 재정신청제도를 상당히 긍정적으로 평가하고 있는데, 특히 검사의 비당사자성, 객관적 지위를 강조하고 있는 점이 눈에 띈다.

가 ,
가
가 .
가 ,
가 .112)

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 (준)사법기관=비당사자성을 내세운 독일 정부와 검찰의 반대가 큰 원인이 되었다.

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 주체자로서 기능해 왔고 그러한 기능이 계속 강화되는 길을 걸어 왔다. 이처럼 수사와 소송의 구조가 상당히 다른 상황에서 도입된 기소강제절차가 과연 우리나라 입법자가 그토록 애를 써서 도입한

112) 이완규, 앞의 논문, 589면.

재정신청제도의 취지를 얼마나 잘 구현할 수 있을지는 의문이다. 재정신청제도를 사게 추위가 제안한 본래의 모습으로 다시 개정해야 한다는 주장이 끊이지 않는 것도 바로 이러한 근본적인 의문에서 비롯된 것이라고 하지 않을 수 없다. 게다가 최근에는 재정신청 이외의 새로운 제도를 마련해야 한다는 주장까지 제기되고 있다.

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.¹¹³⁾ 최근에도 검찰과 관련된 불미스러운 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 없으며 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.¹¹⁴⁾

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 일본정부의 타협의 산물로써 지금까지 검찰의 공소권에 대한 국민적 감시와 사법적 통제수단으로 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

113) 국민참여형 재정심사제도를 도입하려는 입법적 시도는 이를 잘 말해준다. 자세한 내용은 국민의 고소 사건 재정심사참여에 관한 법률안(2006.6.22. 장운석의원 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.

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

있다고 하면서 ① 검찰심사회는 부당한 불기소만을 사후적으로 심사함에 지나지 않고, ② 그 의결에는 구속력이 없으며 ③ 권한도 조직도 빈약하다는 것을 문제점으로 지적한 바 있다.¹¹⁵⁾ 그런데 최근 재판원제도를 도입·시행됨에 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 공소권에 대한 국민적 감시와 사법적 통제를 강화하고 있다.

일반적으로 재정신청=직권주의 모델, 검찰심사회=당사자주의 모델이라고 생각하는 경향이 있으나,¹¹⁶⁾ 실제로 독일과 일본에서 재정신청과 검찰심사회 제도가 도입되고 형성되는 과정을 보면 두 제도 내에서도 얼마든지 직권주의적 또는 당사자주의적 방식으로 구성할 수 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 개정형사소송법은 - 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.

재정신청제도인가 또는 검찰심사회제도인가를 떠나서 '검사의 공소권에 대한 국민적 감시와 사법적 통제수단으로서 실질적으로 기능할 수 있는가'라는 관점에서 보면, 검사가 실질적인 수사의 주재자로서 수사권과 수사지휘권을 행사하며 기소독점주의와 기소편의주의를 채택하고 있는 우리나라의 실정에서 사소제도와 기소법정주의를 채택하고 있는 독일식의 기소강제절차를 도입한 이번 개정형사소송법에서 - 적어도 재정신청에 관한 한 - 과연 개정이 이루어졌는지에 대해 의문을 가지고 다시 개정을 요구하는 것은 어찌면 당연한 것일지도 모른다. 재정신청제도를 대신하여 또는 이를 보완하기 위해 검찰심사회제도를 도입하더라도 그것이 가지는 상징적 의미만을 강조해서는 안 되고 검사의 공소권에 대한 국민적 감시와 사법적 통제수단으로서 실질적으로 기능할 수 있는 모습으로 만들어가지 않으면 안 될 것이다.

115) 寺崎嘉博, “日本の刑事司法－検察審査会と陪審制度”, 형사정책 13권 1호(2001), 303면 이하 참조.

116) 이완규, 앞의 논문, 566면 참조.

제 4 주제

국민참여재판제도의 시행성과와 향후 과제

■ 발표 :

- ◆ 박미숙
(한국형사정책연구원 선임연구위원)

■ 토론 :

- ◆ 한상훈
(연세대학교 법학전문대학원 교수)
- ◆ 김영기
(대검찰청 미래기획단 연구관, 검사)

1. 국민사법참여제도 의의와 문제의 제기

전 국민의 관심 속에서 국민의 사법참여재판이 시행된 지 2년 반이 경과하면서 어느덧 중간평가의 시점에 와 있다. 국민참여 첫 재판이 열리던 날 기대와 설렘으로 대구형 열차에 몸을 싣던 그날이 아직도 생생하고, 이런 형태의 재판이 우리에게도 현실이 되었구나 하는 감회에 젖어 앞으로의 형사재판 전반에 걸친 변화가능성과 긍정적 예측을 그려보던 돌아오던 길의 답소도 잊을 수 없다. 시행 이후 1년이 경과하면서도 국민참여재판의 실체가 무엇인가에 대하여 여전히 관심 없거나 정확히 알지 못하거나 관심 없는 듯한 전문가를 대하면서도 그 기대는 쉽사리 저버리지 않았다. 그런데 지금 이 글을 쓰는 시점에서 언론매체에서 “국민참여재판 3년만에 고사위기”¹⁾라는 타이틀을 보면서 기나긴 사법개혁의 성과로서 도입된 국민참여재판제도가 왜 이런 평가를 받기에 이르렀나를 생각해보게 된다.

우리나라에서 소위 형사사법예의 시민참여 논의는 1990년대부터였는데, 형사사법제도에 대한 감시와 참여를 주도하는 시민층의 대두와 이를 바탕으로 한 정부차원의 사법개혁 단계인 1995년의 세계화추진위원회의 설치에 그 계기이다. 당시 이러한 개혁요구는 매우 적극적으로 전개되었으며 향후 시민의 사법참여가 태동하는 모습을 보여주었다.²⁾ 이후 형사사법예의 시민참여 논쟁은 정부적 차원에서의 사법개혁 논의에서도 행해지긴 하였지만, 큰 성과를 보이지 못하고, 참여연대 사법감시센터 등 시민단체 등의 주도로 개혁의 주요내용으로 포함되기에 이르렀다.³⁾

한편 형사사법예의 시민참여가 학술적 주제의 관심사로 떠오른 것은 2001년 2월 한국형사정책학회의 제1회 국제학술회의⁴⁾에서 형사사법의 민주적 개혁이라는 주제에 대한 토론을 통해서라고 할 수 있다. 이미 2000년의 사법개혁추진위원회를 통하여 “국민의 재판참여 확대문제는 재판제도 및 절차 전반에 대한 개혁이 수반되어야 하는 문제이며, 궁극적으로는 헌법의 개정도 필요한 문제이므로, 현 단계에서 이를 바로 추진하기는 어렵다는 점에 의견이 일치”된 상황이었고 이를 “사법의 민주화를 고양하는 방안으로서는 바

- 1) 법률신문, 2010.5.6. 특히 올해 참여재판을 활성화하기 위해 전담부를 없애고 모든 형사부에서 참여재판을 할 수 있도록 한 방안이 오히려 역효과를 가져온 것으로서, 제도를 실현하는 판·검사와 변호사들의 인식부족이 여전히 크다는 것을 보여준다.
- 2) 심희기, 1990년대 한국의 형사사법개혁운동의 성과와 전망- 권위주의의 해체와 시민참여운동의 태동, 2001 한국형사정책학회 제1회 국제학술회의, 2001, 4면 참조.
- 3) 심희기, 11, 12면.
- 4) 한국형사정책학회, 전환기의 한국형사사법 : 형사사법의 민주적 개혁, 2001.

랍직한 것이므로 증장기적으로 긍정적으로 연구·검토할 과제”라고 결론을 내린 바 있다. 이러한 상황 하에서 학술대회 주제로 다룬 것은 학계에서 국민의 사법참여에 대한 국민적 관심을 환기하고자 한 점에서 그 의미는 크다.⁵⁾

이러한 과정을 거치면서 2003년 참여정부 하에서 대법원 산하에 사법개혁위원회가 설치되었으며, 주요안건으로서 국민의 사법참여가 포함·논의되면서 특별법 형태의 「국민의 형사재판참여에 관한 법률」(이하 국민참여재판법)이 제정되기에 이르렀다.⁶⁾ 국민참여재판제도의 기본목적은 사법의 민주적 정당성 확보, 사법에의 시민참여를 통한 투명성 신뢰도 제고⁷⁾에 있다(국민참여재판법 제1조)..

국민참여재판제도의 특성은 배심제적 요소에 참심제의 요소를 가미한 형태에 있다. 즉 배심원이 선정되어 유·무죄 평결과 양형토의에 참여하기는 하지만, 배심원평결은 권고적 효력을 가질 뿐이며 양형토의에도 법관이 함께 토론하여 적절한 양형을 도출해 내도록 하고 있다는 점에서 배심제도와는 다르다. 한편 양형토의에 배심원과 법관이 함께 참여한다는 점은 참심제적 요소를 도입한 것이다. 이처럼 현행 국민참여재판제도는 시험시행과 배심제 및 참심제의 혼합형태라는 특성으로 인하여 많은 문제점을 드러내고 있기도 하다. 배심제와 참심제의 혼합형이라는 것은 다른 말로 하면 배심제도 아니고 참심제도 아니라는 것을 의미할 수도 있다. 이러한 문제점으로 인하여 극단적으로 국민참여재판제도의 무용성에서부터 개선을 통한 완성된 형태의 국민참여재판제도 마련에 이르기까지 다양한 논의가 제기되고 있는 실정이다. 반면 시행되고 있는 국민참여재판을 직접 참관하면서 변화된 형사재판제도와 진행모습에 국민참여재판의 도입의 긍정적 측면을 확인해보기도 하였다. 법관의 소위 재판정지휘와 배심원 설명, 법정에서 검찰의 적극적 대응 및 공소유지 노력과 배심원들을 대상으로 한 사안의 진상을 설명하는 일,⁸⁾ 변호인의 적극적 변론, 그리고 경찰단계에서의 수사관행의 변화요구⁹⁾ 등은 그 변화중인

5) 사법개혁추진위원회, 민주사회를 위한 사법개혁-대통령 자문위원회 보고서, 2000, 336-337면.

6) 이에 대한 논의는 신동운, 한국 형사사법의 개혁과 전망, 제회 동아시아 형사사법 국제학술회의, 한국비교형사법학회, 2006.1, 3-4면.

7) 안경환/한인섭, 배심제와 시민의 사법참여, 2005, 25면 이하.

8) 대검찰청, 국민참여재판 수사·공판업무 실무매뉴얼 1, 2007 ; 국민참여재판 배심원선정 업무 실무매뉴얼 8, 2008 등 참조.

9) 한인섭, 국민참여재판 하에서 경찰역할의 변화, 형사정책 18권 제2호, 2006, 528면 이하 ; 김태명, 개정 형사소송법과 국민참여재판제도의 시행에 따른 경찰수사의 변화방향, 형사정책연구 제18권 제3호, 2007/가을호, 832면. 특히 수사경찰관의 법정증언이 확대될 것으로 예상되고, 실제 그러한 사례를 볼 수 있었다. 2008년 청주지방법원에서의 국민참여재판을 참관해본 결과 경찰증언 및 경찰수사가 재판결과에 미치는 영향은 매우 크다는 점을 확인할 수 있었다. 당시 증인으로 나온 경찰은 피고인의 주취로 인한 심

모습이라고 하겠다.

본 글은 국민참여재판제도의 시행에 따른 운용현황을 제시하고, 이 과정에서 드러난 문제점을 분석·검토하면서 향후 과제를 고민해보고자 하는데 그 기본목적이 있다. 2008. 1.1. 국민참여재판법이 시행된 이래 국민참여재판의 동향데이터, 시행과정에서의 문제점 분석 등에 이르기까지 많은 연구결과들이 제시되고 있다.¹⁰⁾ 이들 연구결과들을 분석 검토하는 한편으로 국민참여재판제도의 주요 운영현황 및 이 제도에 대한 전문가 및 국민의 의견 등에 대하여는 지금까지 행해진 조사결과들을 토대로 하였다. 특히 한국형사정책연구원에서 2008년도 수행한 「국민참여재판제도에 대한 참관 및 조사연구」에 의한 연구결과 및 조사결과도 중요한 참고자료로 활용하였다.¹¹⁾

이하에서는 우선 국민참여재판의 시행현황을 제시하면서 그 성과와 문제점을 분석하고(II), 향후 국민참여재판제도의 형태를 마련함에 있어서 본질적인 문제인 국민참여재판제도의 헌법적합성 논의를 검토하면서(III) 현행 국민참여재판제도에 대한 평가(IV)를 토대로 향후 과제를 제시하고자 한다(IV).

II. 국민참여재판의 시행현황 및 그 성과 그리고 의견조사결과

1. 국민참여재판의 시행현황

가. 국민참여재판 처리 현황

2008.1.1 시행이후부터 2010.4. 현재 국민참여재판의 처리 현황은 다음과 같다.¹²⁾

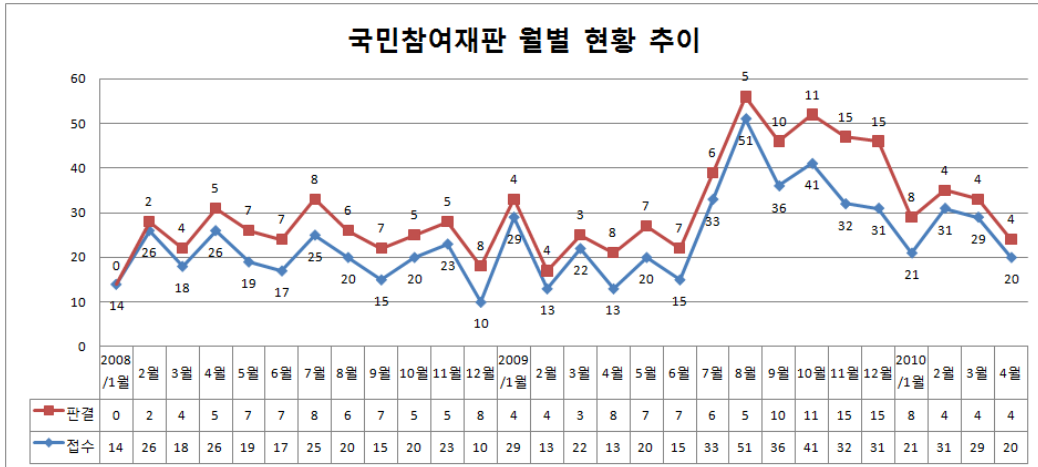
신미약 주장에 대하여 단지 피고인을 범행 몇시간 후 만나본 결과 술냄새가 많이 났다는 등의 증언을 하였다. 주취여부에 대한 정확한 판단, 과학적 접근 그리고 범죄사실 인정여부에 대한 조서 작성 등이 미흡하다는 인상을 주었다.

- 10) 국민참여재판제도의 시범시행 이후 연구들은 국민참여재판제도의 운영점검, 운영상 드러난 문제점 검토 그리고 개선방안 내지 입법방향 등을 검토하는데 중점을 두고 있다. 김태규, 국민참여재판의 개선방안에 대한 연구, 형사정책연구 제76호, 2008/겨울호 ; 한상훈, 국민참여재판제도의 정착방안, 저스티스 제106호, 2008.9 ; 허정수, 국민참여재판의 문제점과 개선방안, 형사법 쟁점연구(II), 대검찰청 형사법 연구회, 2010.
- 11) 당시 연구에서는 전문가 의견조사 및 배심원 의견 조사에 대한 협조의 어려움으로 인하여 충분한 사례 수를 확보하지 못하여(판사 7명, 검사 40명, 배심원에 대한 심층적 예비조사 17명) 조사결과와 일반화는 가능하지 않았다. 다만 이러한 한계내에서 관련 전문가 및 배심원의 의견은 이전의 조사결과와 비교해보아도 잠정적 조사결과로서 충분히 의미있는 것으로 판단된다.
- 12) 이인석, 국민참여재판의 동향과 양형, 국민의사법참여연구회 학술토론회 자료집 10, 2010/4, 21-22면.

〈표 1〉 국민참여재판 처리 현황

년	구분 월	접수	처리				미제
			소계	판결	배제	철회	
2008년	1월	14	3	0	2	1	11
	2월	26	11	2	8	1	26
	3월	18	22	4	6	12	22
	4월	26	15	5	6	4	33
	5월	19	22	7	6	9	30
	6월	17	18	7	8	3	29
	7월	25	27	8	5	14	27
	8월	20	21	6	7	8	26
	9월	15	18	7	2	9	23
	10월	20	17	5	4	8	26
	11월	23	21	5	6	10	28
	12월	10	20	8	1	11	18
	합계	233	215	64	61	90	18
	비율	100.00%	92.30%	27.50%	26.20%	38.60%	7.70%
	2009년	1월	29	13	4	2	7
2월		13	14	4	3	7	33
3월		22	26	3	12	11	29
4월		13	17	8	2	7	25
5월		20	14	7	5	2	31
6월		15	20	7	3	10	26
7월		33	22	6	6	10	37
8월		51	23	5	6	12	65
9월		36	45	10	11	24	56
10월		41	35	11	6	18	62
11월		32	42	15	9	18	52
12월		31	37	15	10	12	46
합계		336	308	95	75	138	46
비율		-	91.90%	28.40%	22.40%	41.20%	-
2010년	1월	21	35	8	11	16	32
	2월	31	16	4	4	8	47
	3월	29	34	4	10	20	42
	4월	20	17	4	2	11	45
	비율	101	102	20	27	55	45
	합계	-	101.00%	19.80%	26.70%	54.50%	-
전체합계		670	625	179	163	238	45
전체비율		100.00%	93.30%	26.70%	24.30%	42.20%	6.70%

이를 그림으로 표현하면 다음과 같다.



2009년도 신청건수가 308건에 이르러 2008년 215건 대비 144%로 증가하였고, 피고인이 신청을 철회하거나 법원의 배제결정 등 없이 실제 국민참여재판이 시행된 건수도 2008년 64건에서 2009년 95건으로 148% 증가한 것으로 나타났다. 다만 대법원 발표자료에 따르면¹³⁾ 2010년 올해의 경우 4.15일을 기준으로 전국 법원에 접수된 참여재판 신청건수는 모두 90건이다. 이처럼 참여재판 신청건수는 예년과 비슷한 수준이지만, 문제는 처리내용이다. 신청건수의 58.9%가 피고인의 철회로 일반재판으로 진행됐다. 제도시행 첫해인 2008년 38.6%, 2009년 41.2%에 이어 2010년 들어서는 절반 이상이 철회될 정도로 철회율이 급상승하고 있다. 배제율도 마찬가지다. 지난 2008년 26.2%를 기록했다 2009년 22.4%로 낮아졌던 배제율이 2010년 들어서는 27.8%까지 배제결정 비율이 높아지고 있다.

13) 법률신문 2010.5.6.

나. 범죄유형별 신청건수¹⁴⁾

〈표 2〉 범죄유형별 신청건수

(2008. 1. 1. - 2009. 12. 31.)

대상 범죄 건수	범죄 유형						참여재판 신청	
	살인· 살인미수등	상해· 폭행치사등	강간상해· 치상등	강도살인· 강도상해등	성폭법	기타	건수	비율 (%)
11,498	1,634 (14.2%)	421 (3.7%)	1,691 (14.7%)	2,966 (25.8%)	2,274 (19.8%)	2,512 (21.8%)	569	4.9

국민참여재판이 시행된 2년 동안 대상범죄 11,498건 중 4.9%인 569건이 국민참여재판으로 접수되었다. 가장 많이 접수된 죄명은 강도 등(29.9%)이며 그 다음으로 살인 등(26.4%)과 성범죄(23.5%)가 차지하고 있다.

다. 배심원의 선정

배심원은 5명에서부터 9명의 배심원까지 선정할 수 있다. 시행된 참여재판 가운데 9명의 배심원을 선정하는 경우가 45.3%로 가장 많다. 자백사건(60건)의 경우 40.0%인 24건에서 선정된 배심원 수는 5명이다.

〈표 3〉 배심원 수별 사건 수

(2008. 1. 1. - 2009. 12. 31.)

배심원 수	사건수(비율, %)
5명	26(16.4%)
7명	61(38.4%)
9명	72(45.3%)

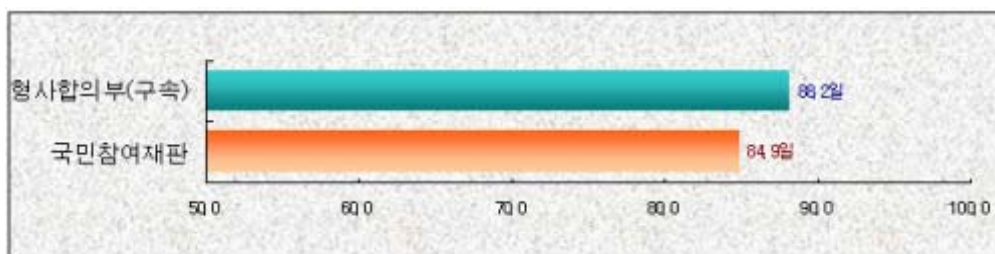
14) 이하 통계 자료는 대법원 공보관실, 시행 2년을 맞이한 국민참여재판에 대한 업무성과 분석, 2010.3.12을 토대로 하였으며, 국선 및 사선번호인 여하, 국민참여재판의 쟁점 등의 사항에 대하여는 한국형사정책연구원의 연구결과를 토대로 하였다.

라. 처리기간

국민참여재판 신청 접수일로부터 첫 공판기일까지의 평균 처리 기간은 84.9일로 나타났다. 이는 2008년 1월 ~ 2009년 12월까지 일반 형사합의부 사건의 평균처리기간(구속 : 88.2일, 불구속 : 129.7일)보다 신속하게 진행된 것이다.

〈표 4〉 형사합의부 구속사건과의 비교

(2008. 1. 1. - 2009. 12. 31.)



그리고 대부분의 재판이 하루 만에 선고를 제외한 모든 절차를 마친 것으로 나타났다.

〈표 5〉 국민참여재판 소요 일수

(2008. 1. 1. - 2009. 12. 31.)

하루 만에 마친 경우	이틀 만에 마친 경우	합계
141(88.1%)	18(11.3%)	159(100.0%)

마. 국민참여재판의 쟁점

국민참여재판 참관결과에 의하면 국민참여재판 가운데 유·무죄 판단보다 양형판단 쟁점 사건이 더 많다. 참관한 재판 23건 가운데 자백하여 양형판단만 필요한 사건이 15건으로 65.2%, 유무죄사실판단이 필요했던 것은 8건으로 34.8%였다.

〈표 6〉 국민참여재판 쟁점(2008년 6월 30일 기준)

구분	양형판단	유·무죄판단
건수(총23건수)	15건	8건
100%	65.2%	34.8%

피고인이 공소사실에 관하여 모두 자백하는 사건에 대하여 양형심리에 초점을 맞추어 재판을 진행할 수 있다.¹⁵⁾ 참관한 국민참여재판 가운데 공소사실의 주요내용은 자백하면서, 동기, 경위 등 부수적인 양형관련 사실에 관하여 피고인이 부인하는 경우가 절반을 차지하였다. 예를 들어 우발적인지 계획적인지의 범행동기,¹⁶⁾ 범행도구를 입수하는 과정 등의 범행경위,¹⁷⁾ 흉기의 소지여부, 폭행의 횟수 등의 범행방법과 같이 범죄의 유무죄와는 관련이 없는 양형요소가 공소사실에 별도의 구별 없이 포함되어 있었다. 이처럼 국민참여재판에서 사실판단과 양형판단에 대한 증거가 섞여서 현출되고 있어 피해회복 여부나 전과, 특히 동종 범죄전력 및 그 범행내용 등 기본적인 양형인자, 음주로 인한 심신미약¹⁸⁾ 등 법률상 가중·감경사유 등 배심원들에게 유·무죄 편견을 불러 올 수 있는 환경이 차단되지 않은 채 그대로 배심원에게 제시되고 있다.¹⁹⁾

바. 무죄율 및 피고인 항소율

대법원의 현황결과에 따르면 2년 동안 무죄가 선고된 사건은 14건으로 전체의 8.8%나 됐다. 이는 같은 기간 형사합의사건 1심 무죄율 3.0%에 비해 2.9배 이상 높은 수치다. 피고인이 범행을 부인하면서 다뤘던 113건만 놓고 보면 무죄율은 12.5%로 높아진다.

15) 실제로 전주지법 2008.05.26 선고, 2008고합50 판결에서는 사실심리와 양형심리를 형식상 분리하였음을 고지하고 각 심리단계에서 필요한 증거조사방법을 채택하였음을 설명하였다. 따라서 어떤 증거가 사실심리와 관련된 증거인지, 어떤 증거가 양형심리와 관련된 증거인지 알 수 있었다. 즉 먼저 사실관계확정을 위해 피의자신문조서, 피해자의 아들 등의 진술조서, 부검감정서, 사체사진 등이 증거로 제출되고, 이후 양형판단을 위해 피해자의 언니, 피고인의 친구를 증인으로 신문하였다.

16) 제주지법 2008.04.14 선고, 2008고합9 판결.

17) 부산지법 2008.03.31 선고, 2008고합78 판결, 대구지법 2008.02.12 선고, 2008고합7 판결.

18) 서울중앙지법 2008.6.17 선고, 2008고합396 판결.

19) 피고인 여동생이 아기를 안고 나와 배심원들의 동정심을 자극한 이유에서인지 이례적으로 강도상해범이 집행유예를 받았다. 대구지법 2008.02.12 선고, 2008고합7 판결.

〈표 7〉 양형 분포

(2008. 1. 1. - 2009. 12. 31.)

죄명	인원수	자유형					재산형	무죄
		사형	징역형		실형률	집행유예		
			무기	유기				
살인 등	67	-	2	53	82.1%	9	-	3
강도 등	44	-	2	29	70.5%	8	2	3
상해치사 등	10	-	-	7	70.0%	-	-	3
성범죄 등	27	-	1	20	77.8%	2	-	4
기타	11			10	90.9%			1
합계	159 (100.0%)	-	5 (3.1%)	119 (74.8%)	124 (77.9%)	19 (11.9%)	2 (1.3%)	14 (8.8%)

한편 피고인의 항소율(쌍방향소 포함)은 69.2%로 일반 사건의 항소율 71%보다 다소 낮아진 반면 검사의 항소율(쌍방향소 포함)은 일반 공판사건 항소율 21.2%의 2.7배가 넘는 58.5%에 달했다.

항소심 파기율도 일반 형사사건에 비해 훨씬 낮은 것으로 나타났다. 국민참여재판의 항소심 파기율은 27.9%로 같은 기간 동안 고등법원의 원심파기율 41.5%보다 13.6%p나 낮았다.

〈표 8〉 국민참여재판으로 진행된 경우의 항소율

(2008. 1. 1. - 2009. 12. 31.)

판결	항소				미항소
	소계	쌍방	검사 단독	피고인 단독	
159 (100.0%)	139 (87.4%)	64 (40.3%)	29 (18.2%)	46 (28.9%)	20 (12.6%)

사. 배심원의 평결과 판결 결과

전체사건 가운데 90.6%가 판결과 배심원 평결이 일치했으며, 판결과 평결이 불일치하는 사건은 전체의 9.4%인 15건인 것으로 나타났다. 구체적으로는 15건 중 13건이 무죄 평결이었으나 유죄로 선고됐으며, 반대로 유죄평결이었으나 무죄로 선고된 것은 2건이었다. 이 가운데는 배심원들이 무죄를 평결했으나 재판부가 유죄를 선고했다가 항소심에서 무죄판결난 사건도 1건 있었다.

〈표 9〉 배심원의 평결과 판결 일치여부

(2008. 1. 1. - 2009. 12. 31.)

평결/판결 일치	평결/판결 불일치	합계
144(90.6%)	15(9.4%)	159(100.0%)

아. 배심원 후보자의 출석율 및 구성, 직무만족도 및 애로사항 등

배심원 후보자의 경우 송달불능 등을 제외한 실질 출석율은 57.8%이다.

〈표 10〉 배심원 출석율

(2008. 1. 1. - 2009. 12. 31.)

항목	인원	비고
배심원 통지(A)	17,424명	
송달불능(B)	3,967명	송달불능률 22.8%
출석취소통지(C)	4,076명	출석취소통지율 23.4%
출석의무자(D=A-B-C)	9,381명	
출석자(E)	5,419명	출석률(E/A) : 31.1% 실질 출석률(E/D) : 57.8%

배심원후보자의 구성을 보면 성별·연령·직업별로 비교적 고르게 분포한 것으로 나타났다.

〈표 11〉 배심원 성별 연령별 직업별 구성

성별	남	51.1%	연령별	20대	18.2%	직업별	회사원	24.9%
	여	48.3%		30대	23.8%		자영업	12.7%
	-	-		40대	24.5%		주부	19.1%
	-	-		50대 이상	33.5%		학생	7.5%
	-	-		-	-		기타	35.8%

배심원 직무만족도와 관련하여서는 95.1%의 배심원이 직무 수행에 만족하고, 긍정적으로 평가하고 있다.

〈표 12〉 배심원 직무만족도

이전보다 더 좋다	이전과 같이 좋다	이전과 같이 좋지 않다	이전보다 더 좋지 않다
62.4%	33.1%	2.3%	2.2%

배심원의 재판내용에 대한 이해도에 대하여는 87.3%의 배심원이 재판 내용을 모두 또는 대부분 이해한 것으로 나타났으며, 88.9%의 배심원이 심리에 집중한 것으로 나타났다.

〈표 13〉 배심원의 재판이해도

모두 이해	대부분 이해	절반 정도	거의 못함
27.6%	60.2%	11.4%	0.7%

〈표 14〉 배심원의 재판집중도

대부분 집중	절반 정도	거의 집중 못함
88.9%	10.7%	0.4%

그리고 대부분의 배심원이 재판 진행에 있어서 자신의 의견을 충분히 밝히고 있는 것으로 나타났다.

〈표 15〉 배심원의 의견진술

충분히 말함	어느 정도 말함	거의 말하지 못함
72.8%	25.4%	1.9%

한편 배심원들은 장기간 재판 불편, 법률용어 이해 어려움을 가장 큰 애로사항으로 꼽았다.

〈표 16〉 배심원의 애로사항

장기간재판불편	법률용어이해어려움	증거이해 어려움	보복등안전 우려	수입감소, 직장불이익
50.0	21.8%	10.0%	10.3%	7.9%

자. 국선 및 사선변호인 선정 여하

2008년도 상반기에 열린 국민참여재판을 기준으로 할 때(2008년 6월 30일 기준)²⁰⁾ 23건의 국민참여재판에서 17건(73.9%)은 국선변호인이 선임되었고, 6건(26.1%)은 사선변호인²¹⁾이 선임되었다.

20) 박미숙/황지태 외, 형사정책과 사법개혁에 대한 조사·연구 및 평가(2) : 국민참여재판에 대한 참관 및 조사연구, 한국형사정책연구원, 2008, 334면.

21) 한 재판에서 변호인이 2인 이상이었던 사건들도 있었는데, 이 변호인들 중 일부는 사선 변호인이고 일부는 국선 변호인인 경우도 있었다. 2008년 6월 4일에 창원지방법원에서 열린 국민참여재판의 경우가 대표적인 사례라고 할 수 있다. 이 재판에는 모두 5인의 변호인이 변호를 맡았고, 그 중 일부는 사선변호인이었고 일부는 국선변호인이었다. 이 사건에서 피고인이 모두 두 명이었는데, 그 중 일부가 사선변호인을 선임하고, 일부 피고인에 대해서는 국선변호인이 변호를 맡았기 때문에 그와 같은 사례가 발생한 것으로 사료된다. 대법원이 보도자료로 발표한 통계에서 이 재판의 변호인은 사선으로 분류되었다. 이를 통해, 대법원 통계는 한 재판에서 사선변호인이 단 한 사람이라도 포함되어 있으면 사선변호인 재판으로 분류했음을 짐작할 수 있다.

〈표 17〉 국선·사선 변호인 선임 여부

국선변호인		사선변호인	
공판장소(날짜)	주요협회의 유·무죄	공판장소(날짜)	주요협회의 유·무죄
대구지방법원(2.12)	유죄		
청주지방법원(2.18)	유죄		
인천지방법원(3.24)	무죄(주요범행)		
부산지방법원(3.31)	유죄		
청주지방법원(4.08)	유죄		
제주지방법원(4.14)	유죄	수원지방법원(3.24)	유죄
춘천지방법원(4.17)	유죄	울산지방법원(4.15)	유죄
광주지방법원(4.21)	유죄	전주지방법원(5.26)	유죄
광주지방법원(5.14)	무죄(주요범행)	인천지방법원(5.27)	유죄
수원지방법원(5.19)	유죄	창원지방법원(6.04)	유죄
부산지방법원(5.19)	유죄	춘천지방법원(6.19)	유죄(배심무죄)
대구지방법원(5.26)	유죄		
서울서부지법(5.27)	유죄		
전주지방법원(6.16)	유죄		
서울중앙지법(6.17)	유죄		
인천지방법원(6.17)	유죄		
수원지방법원(6.30)	완전무죄		

2. 시행성과

우선 무죄율이 높아지고 참여재판 대상사건이 늘어나면서 작년 한 해동안 접수된 국민참여재판 신청건수도 336건으로 2008년 233건에 비해 144% 증가했다. 그러나 신청사건 대부분이 법원에 의해 배제되거나 피고인이 철회하였다. 지난 2년간 접수된 국민참여재판사건 569건 중 364건이 배제 또는 철회돼(배제 136건, 철회 228건) 전체 배제·철회율이 64%에 달하는 것으로 나타났다. 실제 참여재판이 이뤄진 것은 전체사건의 30%인 159건에 불과했다. 사실상 접수사건 10건당 4건만 참여재판이 이뤄지고 있는 셈이다. 특히 배제사건 대부분이 국민의 형사재판참여에 관한 법률(이하 ‘참여법률’) 제9조 제1항 제3호의 ‘국민참여재판 진행이 적절하지 않은 경우’를 그 이유로 하고 있다. 그리고 철회한 피고인 가운데 국민참여재판에 대한 배경지식 없이 일단 신청부터 한 뒤 철회

회하는 경우가 많다고 한다. 피고인에 대한 국민참여재판제도에 대한 적극적인 홍보가 필요함을 보여준다.

국민참여재판법상 양형배심이 인정됨으로써 양형위주의 국민참여재판제도가 운용되고 있는 것으로 나타났다. 유·무죄 여부를 가릴 필요가 없는 자백사건의 경우 범행동기, 범행계획여부 등 형법 제51조의 양형사유와 관련되는 경우에도 양형배심이 행해지고 있다.

국민참여재판제도는 일응 배심재판제도이고, 따라서 배심원의 자발적 참여가 그의 성공적 정착을 위해 무엇보다 중요하다. 먼저 국민참여재판 운영현황에 나타난 배심원의 출석율은 57.8%이다. 향후 대국민 홍보 등을 통해 출석율을 제고할 필요는 있다. 배심원 후보자의 구성을 보면 성별, 연령 그리고 직업별로 고른 분포를 보이고 있는 것으로 나타났으며, 이들 성별이나 직업비율에 있어서 어떤 편향성이나 추세가 있다고 판단하기는 어렵다. 그리고 한국형사정책연구원의 조사에 의하면 배심원들이 가장 힘들게 여기는 부분이 장시간의 재판소요시간이다. 배심원선정절차에서부터 판결선고 시까지 하루 만에 끝난 사건이 대부분이고, 이들 1일 재판으로 끝난 사건들의 총 평균 소요시간은 점심시간을 제외하고도 11시간 40분이었다.²²⁾

3. 국민의 사법참여재판제도에 대한 의견조사 결과

2003.2.3 대법원의 시민참여형태의 사법제도 도입 검토 발표 즈음한 배심재판제도에 관한 인식조사결과²³⁾에 의하면 법학전공자 집단에서 한국에서의 배심재판 제도의 가능성에 대하여 긍정적인 입장을 보여주고 있다. 다만 배심재판의 경우 상반된 판결의 가능성이 높으며, 또한 배심판결에 대한 수용성과 관련하여 패소판결이 법관에 의한 것일 때에 비하여 배심원에 의한 것일 때 승복하지 못하는 심리적 불만상태가 상대적으로 더 크게 발생할 수 있다고 한다.²⁴⁾

2003.12. 사법개혁위원회의 사법서비스 및 형사사법제도에 대한 국민의견조사²⁵⁾에 의하면 배심원제도가 보다 공정하고 신중한 재판을 이루어낼 것이다(81.3%)라든가, 국민

22) 박미숙/황지태 외, 376면

23) 김상준, 미국 배심재판 제도의 연구, 2003, 193면 이하,

24) 예컨대 유죄평결을 받은 피고인들중 23%에 대하여 비공식 배심원(mock jury)은 무죄를 평결하거나 평결포기를 선언하였고, 무죄평결을 받은 피고인들중에서 38%에서 비공식 배심원은 유죄를 평결하였다고 한다. 김상준, 227-228면 참조.

25) 사법개혁위원회 제5차 회의보고자료, 제2분과 전문위원 연구반, 2004.1.5.

의 정서와 의식을 잘 대변할 것이라는 응답(78.6%)이 나왔고, 특히 형사재판의 경우에는 배심재판 선호(54.8%)가 직업법관재판 선호(45.2%)에 비하여 높게 나타났다. 2007년도 한국형사정책연구원의 일반시민대상 설문조사 결과²⁶⁾도 국민참여재판의 미래에 대한 긍정적인 기대를 가진 응답자가 69.1%에 이른다.

한편 한국형사정책연구원에서 수행한 조사결과에 의하면 국민참여재판에 대하여 판사 및 검사들은 시행이전에는 절반이상의 판사들이 부정적인 입장을 취했었으나, 시행 이후에는 - 이미 말한 바와 같이 일반화의 어려움이 있음을 전제로 하여 - 긍정적 응답이 부정적 응답보다 많았음을 나타내고 있다. 즉 국민참여재판에 대한 직접적 경험이 국민참여재판에 대한 긍정적 인식을 높이는 결과²⁷⁾를 가져온 것으로 보인다.²⁸⁾

위의 대법원의 보도자료²⁹⁾에 의하면 국민참여재판제도 시행이후 배심원의 직무만족도는 긍정적인 것으로 나타났다. 참여재판에 출석한 배심원 가운데 95.1%가 국민참여재판에 만족하고 긍정적으로 평가하고 있었으며, 72.8%가 평의에서 자신의 의견을 적극적으로 밝힌 것으로 조사됐다. 또 87.3%가 재판내용을 대부분 이해할 수 있었다고 밝혔다. 반면 법률용어나 증거내용을 제대로 이해하기 어렵다는 응답도 31.8%로 나타나 보다 순화된 법률용어사용이 필요할 것으로 보인다. 배심원으로 참여한 시민은 그렇지 않은 시민에 비하여 사법부와 재판에 대한 신뢰도가 대단히 높다고 하는 연구결과³⁰⁾가 있는데, 배심원에 대한 설문조사 결과도 긍정적인 것으로 나타났다.³¹⁾ 즉 국민참여재판에 직접 참여한 경험이 국민참여재판에 대한 평가를 이전보다 더 우호적으로 전환케 하는 경향이 있다는 잠정적 결론에 근접한다.

26) 최인섭/황지태, 형사정책과 사법개혁의 조사·연구 및 평가(1), 한국형사정책연구원, 2007, 79-81면, 92-94면 참조.

27) 최재혁, 법원의 관점에서 본 국민참여재판의 운영현황과 개선방향, 한일법학회, 2009.8, 89면 이하 참조.

28) 보다 자세한 조사결과 분석은 박미숙/황지태 외, 412면, 429-430면 참조.

29) 법률신문 2010.3.22.

30) 한상훈, 524면 각주 68) 참조.

31) 박미숙/황지태 외, 413-414면.

Ⅲ. 완성된 형태의 국민참여재판제도 마련과 헌법적합성 논의

1. 국민참여재판제도의 시범시행과 향후 제도의 향방

국민의 사법참여제도는 현재 시범시행중이다. 아래 사법개혁위원회의 최종건의문에 따르면 2012년까지는 국민사법참여제도의 존치여부, 구체적인 형태 등 우리나라 형사사법체계에 가장 적합한 방식이 무엇인가가 나와 있어야 한다.³²⁾

〈표〉 사법개혁위원회 최종건의문(안)³³⁾

기본방침	5년간 시범 실시 이후 2012년 완성된 제도 시행 목표	
제도시행 일정	<ul style="list-style-type: none"> · 2005년 1단계 국민사법참여 법안 성안 및 국회통과 · 2007년 1단계 제도 시행 · 2010년 1단계 ‘국민사법참여위원회’ 구성해 최종 모델 결정 · 2012년 완성된 국민사법참여제도 시행 	
대상사건	중죄(重罪) 형사사건부터 시작하여 다른 유형에도 장기적 검토	
1단계 제도설계	기본모델	배심·참심 요소를 혼용한 제도를 1단계 모델로 선정
	구 성	직업법관 3인 + 일반국민 5-9명
	선발방식	선거인명부, 주민등록전산자료 활용해 후보자 소환
	심리방식	준비절차 후 집중심리 통한 공판중심주의 구현
	참여방식	사실심리와 양형심리에 대한 의견 개진
	평결효력	권고적 효력
시행지역	전국 지방법원 본원	
향후일정	<ul style="list-style-type: none"> · 2005년 상설 전문연구팀(TFT) 창설하여 개선방향 검토 · 2010년 대법원 산하 ‘국민사법참여위원회’ 구성 · 2012년 완성된 국민사법참여제도 전국적 시행 	

32) 다만 국민사법참여법의 시행이 예정보다 1년 늦어져 2008년부 5년간 시행한 후 2013년부터 완성된 최종형태의 참여재판을 시행할 예정이다. 이인석, 국민참여재판 시행 2년의 현황 및 과제, 형사실무연구회 특별 심포지엄(미공간), 2009.12, 3면.

33) 사개추위, 국민의 형사재판참여 제도 실시방안(의안 제6호), 사법제도개혁추진위원회 백서(하), 2005년, 28면-29면 재구성.

우리나라에서 시민의 형사사법에의 참여에 대하여 근본적으로 부정하는 논의는 찾아보기 어렵다. 형사사법에서의 시민참여는 사법체제의 연결성을 보장하는 중요한 조정방안³⁴⁾으로서, 기본적으로 국민참여재판제도의 도입취지 즉 사법의 민주적 정당성 강화, 그리고 형사사법의 투명성과 공정성 제고에 기여할 것이라는 데 대하여는 공감하는 것으로 보인다. 헌법적 근거문제, 우리 형사사법체계의 현실, 직업법관을 통한 재판 전통 등에 비추어 형사사법의 근본적 개혁을 요구하는 국민의 사법참여재판제도가 쉽게 받아들여지기도 쉽지 않을 것³⁵⁾이라고 하는 입장도 중장기적으로 제도 도입의 의의 및 필요성은 인정하고 있다. 다만 위에서 본 바와 같이 사개취의 최종건의안은 국민참여재판의 도입 논의과정에서 시민이 재판에 참여하는 것이 적합한가 하는 헌법적합성 문제가 제기되었고, 헌법상 근거가 부족하다는 의견에 따라서 참여재판하의 배심원의 평결을 권고적 효력을 갖는 것으로 합의³⁶⁾한 데 따른 것이다. 이는 국민의 사법참여제도가 헌법적 근거 여하에 따라 얼마든지 그 형태를 달리할 수 있음을 의미한다. 배심원의 평결에 지속력을 인정하는 배심재판으로의 완성이 헌법개정을 필요로 하는지 아니면 현행 헌법 내에서도 이러한 형태를 마련하는 것이 가능한 지하는 문제는 향후 국민참여재판제도의 완성된 형태를 마련하는데 우선적으로 해결되어야 할 문제이다.

2. 국민의 사법참여와 헌법 적합성 논의

헌법적 근거의 부재로 국민의 사법참여 논의는 더 이상 필요하지 않은지 아니면 합헌적 해석이 가능³⁷⁾하며, 남은 일은 국민의 사법참여 형태와 절차를 확정짓는 일만 남은 것인지는 더 이상 미룰 수 없는 일로 보여진다. 배심재판을 받을 권리가 헌법상 보장되어 있는 미국³⁸⁾과 달리 국민의 사법참여가 제도로서 정착화되기 위하여 헌법적 근거 부재라는 본질적인 비판은 넘어서야 할 과제이다.

무엇보다 시민참여의 부작용을 국소화하기 위해서는 적지 않은 준비가 필요하고 본격

34) J.Silbert/조국, 미국 형사사법에서의 시민참여 : 소유, 책임 그리고 투명성, 한국형사정책학회, 제1회 국제학술회의, 2001, 1면.

35) 박찬운, 한국형사정책학회 제1회 국제학술회의의 토론문, 2001, 3면 ; 오준근, 국민참여재판제도 정착방안 지정토론문, 저스티스 제106호, 2008.9, 540면 ; 진정호, 국민참여재판제도 정착 방안 지정토론문, 2008.9, 563면.

36) 신동운, 4면 참조.

37) 허정수, 342면.

38) 미국 수정헌법 제6조 참조.

적인 제도화 이전의 첫 단계에서는 권고적 효력을 부여하는 것이 충분히 이해된다.³⁹⁾ 현행 국민참여재판법이 국민의 사법참여의 헌법적 근거에 대한 논의 미흡으로 인하여 배심원의 평결에 대하여 권고적 효력을 인정할 것이라면, 헌법적 근거가 있는 경우에는 배심원의 평결에 대하여 기속력을 인정할 수도 있다는 의미인가?

가. 헌법 제27조 제1항의 “법관”에 의한 재판을 받을 권리의 의미

헌법 제27조 제1항에서 “모든 국민은 헌법과 법률이 정하는 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”고 규정하고 있다. 이 규정이 과연 직업법관만에 의한 재판을 의미하는지, 시민참여 형태의 어떠한 재판제도도 배제하는 것을 의미하는지에 대하여 깊은 논의를 찾아보기 어렵다.⁴⁰⁾

지금까지의 논의에서 보는 것처럼 헌법 제27조의 법관에 의한 재판을 받을 권리가 단순히 직업법관만에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것만이 아니라면 형사사범에의 시민참여의 헌법적 근거에 대한 논의가 정리될 필요가 있다.

1) 학설의 대립

헌법 제27조 제1항은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 규정하고 있다. 여기서 헌법과 법률이 정한 법관이라 함은 (1)헌법 제101조 제3항에 따라 제정된 법원조직법 제 42조가 규정한 자격을 구비하고, (2)헌법 제104조 및 법원조직법 제41조가 규정한 절차에 따라 적법하게 임명되고 (3)사법권의 독립을 위해 헌법 제105조와 제1-6조에 규정된 신분임기 등이 보장되고 (4)헌법 제103조에 의하여 직무상 독립이 보장되며 (5)제척 기타의 사유로 법률상 그 재판에 관여하는 것이 금지되지 아니한 법관을 말한다. 국민은 이와 같은 자격과 신분이 보장되지 아니한 자에 의한 재판을 원칙적으로 거부할 권리를 가진다. 이미 제헌헌법 제22조의 “모든 국민은 법률에 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리가 있다”는 규정에 대하여 배심원이 재판에 관여하는 배심재판은 배심원이 사실의 판단에 관여하는 정도이면 본조에 위반한다고 할 수 없다고 한 바 있다.⁴¹⁾ 그

39) 안경환/한인섭, 36면.

40) 배심제도 내지 참심제도의 도입에 대하여 논의하기 시작하면서 지금까지 헌법 제27조의 해석방법에 대하여 문제제기가 시작된 것으로 보인다. 권영설, 배심제·참심제의 도입논의와 그 헌법적합성의 문제, 법과사회이론학회, 법과 사회, 제26호, 2004, 112면.

41) 유진오 헌법해의, 1949, 57면

이유는 재판관의 자격이 없는 자를 재판관으로 임명하여 재판하려 할 때 국민이 이를 거절하고 재판관 자격이 있는 자에게 재판관을 청구 할수 있는 것이 본조의 취지이기 때문이라고 한다.

국민참여재판제도 도입논의 당시에도 국민의 사법참여제도가 헌법 제27조의 법관에 의한 재판을 받을 권리에 반하지 않는가 즉 국민이 형사재판에 참여하여 사실인정을 하고 유무죄를 평결하는 경우 법관에 의한 재판을 받을 권리가 침해 되는 것은 아닌가 하는 점이 문제되었다. 학설상으로는 이에 대하여는 견해가 대립한다. 합헌설은 배심제와 참심제 모두 현행 헌법에 위반되지 않으며, 헌법상의 재판청구권 및 법관의 신분 보장 조항이 일반 국민의 사법참여까지 금지하는 조항은 아니라는 견해이다.⁴²⁾ 반면 국민이 재판을 받을 권리, 법관의 신분보장 규정 등 헌법의 여러 가지 규정을 종합하여 볼 때 헌법의 개정 없이 직업법관이 아닌 자에 의한 사실판단과 법률판단을 가능하게 하는 배심제나 참심제를 법률로써 도입하는 것은 위헌이라는 견해⁴³⁾도 있다. 제한적 위헌설⁴⁴⁾은 법률판단은 법관에 의하여만 이루어져야 하므로 배심원이 사실의 관정에만 관여하고, 법률판단에는 참여하지 않는 배심제의 경우 합헌이지만, 참심제하에서 참심원이 법관과 동등한 지위에서 법률판단까지 하게 되는 참심제의 경우 위헌이라는 견해이다. 헌법재판소는 헌법 제27조 제1항의 법관에 의한 재판을 받을 권리라 함은 “헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고, 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것이라고 해석하고 있다.⁴⁵⁾ 따라서 법관이 사실을 확정하고 법률을 해석 적용하는 재판을 받을 권리를 보장한다는 뜻이고 그와 같은 법관에 의한 사실판정과 법률의 해석적용의 기회에 접근하기 어렵도록 제약이나 장애를 쌓아서는 아니된다고 할 것이며 만일 그러한 보장이 제대로 이루어지지 아니한다면 헌법상 보장된 재판을 받을 권리의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 우리 헌법상 허용되지 아니한다.⁴⁶⁾

42) 안경환/한인섭, 93년.

43) 성낙인, 헌법학, 2003, 536면.

44) 권영성 헌법학원론, 2005, 597면, 김철수, 헌법학신론, 2005, 645면; 허영, 한국헌법론, 2005, 370면.

45) 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”라고 규정하고 있는 바, 그 전단 부분인 “헌법과 법률이 정한 법관에 의하여” 재판을 받을 권리라 함은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고, 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것이며, 그 후단의 “법률에 의한 재판”을 받을 권리라 함은 법관에 의한 재판은 받되 법대로의 재판 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실체법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리를 보장하자는 취지라고 할 것이고 이는 재판에 있어서 법관이 법대로가 아닌 자의와 전단에 의하는 것을 배제한다는 것이다.

46) 헌법재판소 1995.9.28. 선고92헌가11, 93헌가8·9·10(병합); 2000.6.29. 선고 99헌가 9; 2002.2.28.선

2) 검토

헌법 제27조에서는 명시적으로 헌법과 법률에 정한 법관에 의한 재판을 권리라고 명시하고 있다. 위헌설은 이를 근거로 법관이 아닌 자는 재판을 할 수 없다고 한다. 국민의 사법참여의 헌법적 근거와 관련하여 부정적 입장은 오늘날 형사사법에서의 시민참여라고 하는 취지와 그 의미 그리고 그 내용과 절차에 대하여 검토 없이 단순히 용어상의 문제만으로 접근하는 것은 아닌가 하는 의문이 있다.

배심제와 참심제는 주권자인 국민이 재판에 참여함으로써 재판에 일정한 민주적 정당성을 부여할 수 있는 제도이며 배심제와 참심제를 양극단으로 하여 그 사이에 다양한 형태가 존재한다.⁴⁷⁾ 이러한 다양한 시민참여재판에서 시민만이 재판하는 것이 아니라 어느 제도하에서도 직업법관이 중심이 된다. 직업법관-직업법관만이 아니라 이 중심이 되는 제도 하에서 시민의 참여가 전적으로 배제되는 것은 아니다. 헌법 제27조의 해석에 있어서도 시민의 참여가 배제된다고 하는 원칙을 내포하고 있다고 말하기 어렵다. 이는 비직업법관에 의한 재판을 막기 위한 장치로서 최소한도 직업법관에 의한 재판을 보장하는 장치로서 이를 통하여 국민권리보장을 그 목적으로 한 것이다. 그리고 헌법 제1조 제2항에서 대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다고 규정하고 있는 점에 비추어 사법권도 국민으로부터 나오는 것이므로 주권자인 국민이 재판에 참여하는 것은 헌법상 허용된다고 보아야 할 것이다. 재판을 받을 권리와 헌법상의 법원 조직에 관한 규정은 사법부의 권력자, 특히 행정부로부터 독립을 보장하고, 신분보장을 함으로써 법률관 양심에 따른 소신있는 재판을 할 수 있도록 하기 위한 규정으로 보아야 한다. 따라서 헌법상 법관에 의한 재판을 받을 권리는 직업법관이 아닌 자들로 구성된 재판부에 의한 재판을 받지 아니할 권리⁴⁸⁾로 이해함이 타당하다.

국민의 사법참여는 어떤 형태로든 각국에서 시행되고 있다. 고대로부터 행해진 주민재판의 형태를 기초로 하여 왕과 대립된 자치세력의 구도 하에 형성되고 역사적으로 그들의 몸매 배인 전통적 사법시스템 형태로서 운영되든, 시민혁명에 의하여 절대왕정을 타파하고 민주국가로의 이행과정에서 직업법관의 형벌권통제와 국민의 자유보호를 위하여 국민 스스로 형벌권을 가지는 개혁의 성과로서 도입 운영되든⁴⁹⁾ 그 형태는 달리하더

고 2001헌가18.

47) 안경환/한인섭, 93면.

48) 황성기, 한국에서의 참심제와 배심제의 헌법적합성, 법과 사회, 제26호, 2004, 129면.

49) 이완규, 국민참여재판제도 정착방안 지정토론회, 저스티스 제102호, 2008.9, 547- 550면 참조.

라도 시민이 사법에 참여하는 형태는 열려 있다. 그리고 국민의 사법참여재판제도의 본질 또한 직업법관과 동등하게 또는 관여 없이도 독자적 평결을 내릴 수 있다는 데 있다.

참고로 일본 재판원제도 도입 논의에 있어서도 헌법적합성 여부가 논의의 대상이 된 점은 우리와 비슷하다. 즉 일본 헌법 제32조의 “어떤 사람도 재판소에 대해 재판을 받을 수 있는 권리를 박탈당하지 않는다”라는 규정에 대하여, 재판소란 직업재판관에 의한 재판소이며, 여기에 국민의 참여는 예정되어 있지 않다는 비판론이 그것이다. 이에 대하여 재판소가 직업재판관을 기본 구성요소로 하는 것으로 구상된 것은 확실하지만 이에 국민이 참여하는 것을 배제하는 것이냐 하는 문제는 별론이라는 견해가 대립하고 있다. 오히려 헌법상 국민주권 이념에 비추어보면 국민의 참여를 인정하는 것이 헌법해석에 부합하며, 또한 국민의 참여를 피고인의 선택에 맡기는 것도 타당하지 않다는 점, 구 배심법하의 배심제도가 국민의 선택에 맡겨짐으로써 배심사건이 감소한 점 등을 생각한다면 선택제도 타당하지 않다고 한다.⁵⁰⁾ 일본의 경우 역사적으로도 배심재판에 대한 경험이 있고, 폐지 이후로도 그 부활을 위한 논의가 매우 많이 전개되어 왔다는 점이 현재 일본 재판원제도의 배경으로 작용하고 있지만, 동시에 상당수의 시민모임 등을 통하여 제도의 필요성을 적극적으로 홍보해왔다는 점도 무시하기 어려울 것이다.⁵¹⁾

IV. 현행 국민참여재판제도에 대한 평가

1. 국민참여재판제도와 헌법적합성 그리고 배심원평결의 효력여하

국민참여재판의 헌법적 근거를 둘러싼 논의에 맞추어 국민의 사법참여 형태의 확정 - 할건가, 말건가? 한다면 국민의 사법참여의 형태를 어떻게 갖출 것인가 하는 문제에 대한 논의는 - 헌법적 근거에 대한 논의가 더 이상 의미를 갖지 않는다면 - 훨씬 자유롭게 전개될 수 있을 것으로 보인다. 즉 형사사법에서의 시민참여의 정당성, 국민의 법감정, 사법부담 여하 등을 종합적으로 고려하여 우리의 체계에 가장 잘 짜맞추어진 형태를 갖도록 하는 것이 제1차적 논의가 될 것이다.

50) 타구치 모리가츠, 일본재판원제도의 개요, 국민참여재판의 현황과 개선방안, 한일법학회, 2009.8, 47면 참조.

51) 박찬운, 3면.

적어도 배심원평결의 권고적 효력이 현재 국민참여재판의 운영 특히 저조한 실시건수에 그다지 영향을 미치는 것 같지는 않다⁵²⁾고 하더라도 배심원평결의 권고적 효력으로 인하여 현행 국민참여재판제도가 그 제도 본래의 모습과는 다른 형태의 제도인 것은 사실이다. 배심원의 유무죄평결과 양형의견이 법관의 선고와 90%이상 일치하고 있다는 참여재판의 운용현황에 비추어 배심원의 평결이 사실상의 기속력을 갖고 있다고 평가하는 입장⁵³⁾도 있다. 제도의 불완전성을 차지하고 실무운용이 그렇다고 하여 기속력이 있다고 말하기는 어렵다.⁵⁴⁾ 실제 그렇다고 하더라도 이 점은 현황과는 별개로 규범적으로 판단되어야 할 문제로 생각된다.

위에서 살펴본 바와 같이 국민의 사법참여의 본질은 적어도 직업법관과 동등하게 또는 관여없이도 독자적 평결을 내릴 수 있다는 데 있다. 이러한 평결에 대하여 기속력을 인정하는 것이 타당하다.⁵⁵⁾ 향후 국민참여재판제도가 정착될 경우에는 배심원의 평결에 기속력을 부여하는 것이 필요하다.⁵⁶⁾

2. 국민참여재판제도의 의의와 형사절차의 개선

국민참여재판제도 및 그 운용이 본래 도입의 취지에 부합하는가 하는 점에 대하여는 긍정적인 평가가 가능하며, 특히 사법에 대한 불신을 해결하는 방안으로서 국민참여재판의 의의는 크다.⁵⁷⁾ 이미 한국형사정책연구원에서 시행 1년차 평가연구를 통하여 참여법관, 검사, 그리고 변호인과 배심원 등 각각의 역할 수행에 대한 만족도가 있다는 점, 특히 참여재판에 관여한 경우에 만족도가 높고 제도평가에 대하여 긍정적이라는 점을 알 수 있었다. 물론 구체적인 사안이나 쟁점에 있어서 개별적인 차이는 있다. 국민참여

52) 허정수, 329면.

53) 한상훈, 522면.

54) 이은모, 형사소송법, 2010, 421면.

55) 위에서 말한 지금까지의 연구결과들은 대부분 이러한 기속력을 부여하여야 한다는데 동의한다. 한상훈, 국민참여재판제도의 정착화방안, 저스티스 제102호, 2008.9. 이에 대한 지정토론자들의 글 또한 이러한 입장에 동의하고 있다. 안성수, 국민참여 재판제도 시행과 인권옹호 토론문, 저스티스 제102호, 2008, 602면; 이완규, 현행 국민참여재판제도의 문제점과 개선방향, 지송 이재상교수 정년기념논문집, 2008, 602면; 국민참여재판제도 정착방안 지정토론문, 저스티스 제102호, 2008.9, 550, 556면; 김태규, 145면; 이영미, 서울중앙지방법원 2008.12.22~24. 존속살해사건 국민참여재판 변호인 후기, 국민의 사법참여연구회 학술토론회 자료집 8, 2009.4, 27면

56) 김태규, 145면; 한상훈, 484면.

57) 한국형사정책연구원, 국민참여재판에 소요되는 인적·물적 예산의 추정, 2005, 86면; 정웅석, 국민참여재판에 관한 연구, 법조 617호, 2008/2, 300면.

재판에 대한 국민여론 또한 긍정적이고 적극적인 자세를 보이고 있다는 점도 제도의 정착에 중요한 토대가 될 것이다.

다만 국민의 사법참여가 단순한 명분이 아니라 형사사법 제도의 운용, 인식 모두를 변화하는 진정한 개혁으로서의 의미를 갖기 위한 방안이 강구되어야 한다. 애초 국민사법 참여재판법이 통과될 당시에도 배심원의 역할이 무엇인가 하는데 대하여는 의구심이 제기된 바 있다.⁵⁸⁾ 이런 상황은 여전히 개선되고 있지 않는 듯하다. 배심원에 대한 역할 내지 국민의 사법참여라는 본래 의미에 부합하기 위해서는 배심원 내지 참여시민이 직업법관과 동등한 권한을 가지거나 평결의 구속력을 인정하는 방법⁵⁹⁾도 진지하게 고려할 필요할 필요가 있다.

국민참여재판제도의 도입으로 형사절차상의 가장 큰 변화가 공판중심주의의 실현이며, 종국적으로는 형사절차 전반의 개선을 가져다 줄 것으로 기대된다. 공판중심주의란 법관의 심증형성은 공판기일의 심리에 의하여야 한다는 원칙을 말한다. 즉 공판에서 당사자의 공격 방어가 행하여지고 이를 기초로 심증형성이 이루어져야 함을 의미한다.⁶⁰⁾ 현행 형사절차가 공판중심주의를 원칙으로 채택하고 있다는 점에 대하여는 이론이 없는 것 같다.⁶¹⁾ 다만 종래 우리나라 실무에서는 이 원칙이 제대로 실현되지 못한 실정이었다.⁶²⁾ 오히려 대부분의 사건에서는 피고인의 유무죄여부와 양형에 관한 판단은 형사법정이 아닌 법관의 직무실에서 이루어지는 조서재판이 관행이었으며, 법정심리에서는 치열한 구두변론은 상당부분 생략된 채 형식적으로만 이루어졌으며, 그 과정에서 피고인은 소송의 주체가 아닌 단순한 절차와 심리의 객체로 취급받았다. 이러한 관행을 개선하고자 공판중심주의의 강화방안이 구체적으로 논의되었으며 개정 형사소송법은 이를 강화하는 입법조치로서 공판준비절차, 증거개시제도, 그리고 집중심리주의 등을 명문화하였다. 국민참여재판법은 그 성격상 형사소송법에 대하여 특별법의 지위를 가지고 배심원선정에서부터 최종 평결에 이르기까지 기본적인 규정을 두고 있으나, 각 절차 단계에서 필요한 구체적인 규정은 없다. 국민참여재판과 관련한 특칙규정을 두어야 하지만, 국

58) 심희기, 형사정책과 사법개혁에 대한 조사 · 연구 및 평가(1), 사법개혁에 대한 평가와 전망(3), 한국형사정책연구원, 2007, 103면.

59) 이은모, 421면.

60) 다만 공판중심주의를 어떻게 구성하느냐, 공판중심주의를 어느 정도로 반영하느냐는 시대와 국가의 사정에 따라서 차이가 있다고 한다. 차용석, 개정 형사소송법 시행에 따른 전망과 제문제, 법조 617권, 2008/2, 8면.

61) 차용석, 8면; 이재상, 형사소송법, 2009, 373면 ; 이은모, 385면.

62) 이에 대한 지적은 손동권, 형사소송법, 2010, 422면 ; 상세는 신동운, 사법제도 개선방안, 2001 참조.

민참여재판과 일반재판과 차이를 둘 수는 없으므로 형사소송법 자체를 개정하여 구체적인 증거법 및 공판중심주의 관련 규정을 두기에 이르렀다.⁶³⁾

그런데 실무상 국민참여재판 진행을 둘러싸고 통일되거나 일관된 매뉴얼이 없는 상황이다. 무엇보다 재판업무부담에 따라 제도 시행에 장애가 많은 상황이다. 이런 상황에서 국민참여재판에서조차 형사소송법상 공판중심주의의 강화라고 하는 원래 입법취지를 살리지 못하는 것은 아닌가 하는 우려가 제기될 수 있을 것이다. 실제 국민참여재판제도의 시범시행 이후에 통상의 형사재판에도 큰 변화가 생기고 있다는 평가를 듣기 쉽지 않다. 국민참여재판과 일반재판이 제각각 따로이 다른 원리에 의해 진행되는 것처럼 여겨지고, 원래 국민참여재판제도 도입을 통한 형사절차의 공판중심주의로의 변화에 대한 평가도 쉽지 않을 것 같다. 이는 국민참여재판제도의 활성화를 통한 자료축적이나 연구 그리고 향후 정착방향의 수립 등에 걸림돌이 되고 있다. 2009년 중반 이후 국민참여재판의 활성화를 위한 여러 가지 노력으로 2009년에 비하여 참여재판 건수가 늘어나고, 관련 법조인들의 관심을 촉구하는 등 다양한 방법들이 모색되어 왔다. 국민참여재판 신청의 철회 및 법원에 의한 배제율을 낮추기 위하여는 재판진행의 장애가 무엇인지에 대한 보다 다각도의 연구가 필요하다. 쟁점이 복잡하거나 증인이 많은 사건의 경우에도 배제 결정보다는 여러 차례 공판준비기일을 갖고 쟁점과 증인을 최소화하면서 국민참여재판으로 진행하여 제도 운용상 드러나는 문제점을 검토 분석하여 재판진행을 위한 방안을 축적할 필요가 있다.⁶⁴⁾

3. 국민참여재판의 저조한 실시건수

그럼에도 불구하고 현재 국민참여재판은 그 대상사건이 살인, 강도강간 등 중죄사건에 제한되어 있고, 또 대상사건에 해당하더라도 배심원에 의한 재판을 받을 것인지 여부는 피고인의 신청과 법원의 판단에 의하여 결정되어 실제 그 실시건수가 많지 않다는 문제점을 드러내고 있다. 국민참여재판제도의 운용현황에 의하면 피고인의 신청건수가 많지 않고, 신청사건 중 절반 이상의 사건이 재판부가 국민참여재판에 붙이기를 거부하였다. 이러한 국민참여재판의 시행현황은 기대에 못미치는 상황이다. 이 때문에 법제도 전반에 걸친 대수술이 행해져야 하는가 하는 의문을 제기하기도 한다.

63) 신동운, 한국 형사사법의 개혁과 전망, 12면.

64) 박미숙, 국민참여재판 활성화를 위한 제안, 2009년 제2회 국민참여재판장 간담회 자료, 26면.

그러나 국민의 사법참여재판제도 운용을 통해 대상건수도 많지 않을 뿐만 아니라, 실제 재판이 행해진 사건수도 많지 않다고 하여 국민참여재판제도의 의의가 평가되어서는 안 된다. 국민참여재판이 일차적으로 국민의 관심을 끄는 것이 중요하고, 이를 위하여 재판결과가 피고인이 기대하는 바를 충족시켜야 한다는 논리가 가능하지만, 이것이 국민참여재판의 본질에 부합하는가 하는 점에 대하여는 진지한 성찰이 필요하다.

첫째, 피고인에게 유리하지 않고 반면 재판관계자에게 부담만 주는 재판을 왜 신청하겠는가라고 하지만, 반대로 무죄선고를 받을 확률이 통상의 일반재판보다 3배 정도 높다고 하여 피고인들에게 참여재판을 신청하도록 하는 유인이 될 것인가 하는 점도 의문이다. 실제 현실은 이러한 공식 데이터에도 불구하고 참여재판이 피고인에게 그다지 큰 유인동기가 되지 못하는 듯하다. 즉 국민참여재판이 피고인에게 유리한가 불리한가에 따라서 피고인의 신청여하가 결정된다고 단정하기 어렵다. 국민참여재판의 실제 운용을 보면 피고인의 신청 여하는 담당재판부의 성향과 국민참여재판의 결과를 파악하여 국민참여재판을 받는 것이 자신에게 유리한지 불리한지를 따져 신청을 하고 있는 것으로 보인다.⁶⁵⁾ 이러한 결과는 앞에서 이미 말한 바와 같이 현재의 국민참여재판제도는 대상사건의 피고인들에 의하여 즐겨 활용되지 못할 것이라는 어두운 전망과 일치한다.⁶⁶⁾

그러나 국민참여재판 실시건수가 적다고 하여 이를 곧 제도 자체의 의의까지 문제삼는 것은 적절하다고 할 수 없다. 국민참여재판의 실시건수가 적다는 것은 국민의 사법참여재판을 행하지 않을 이유는 되지 않는다. 실시건수를 늘리는 것이 목적이라면 여러 방법이 있을 수 있을 것이다. 국민참여재판법상 일정한 범죄로의 대상사건 제한과 피고인 신청주의, 나아가 법원에 의한 배제 등으로 인하여 사건수가 많지 않다는데서 출발하면 그 반대의 경우 실시건수는 늘어날 것으로 예상된다. 즉 예상요인으로서 대상사건의 확대,⁶⁷⁾ 피고인 신청주의가 아닌 필요적 국민참여재판, 법원의 적극적 참여 등이 있다. 비록 가능성이 낮다 하더라도 배심원의 무죄평결이 재판부의 판결에서도 존중된다면 상황은 달라지지 않을까 하는 기대⁶⁸⁾도 있다. 현행 국민참여재판제도가 시범시행과정에

65) 허정수, 329면.

66) 국민참여재판법이 국회 통과 직후 실무가측에서는 국민참여재판제도는 대상사건의 피고인들에 의하여 즐겨 활용되지 못할 것이라는 어두운 전망을 한 바 있다고 한다. 심희기, 113면 참조.

67) 2009.7.1.일부터 국민의 형사재판참여에 관한 규칙을 개정하여 대상범위를 확대한 바 있다. 한편 국민참여재판제도의 활성화를 위한 방안으로 대상사건의 원칙적 국민참여재판으로 하는 것은 법리적으로나 현실적으로 신중을 기할 필요가 있다는 의견도 있다. 이주원, 국민참여재판의 문제점과 개선방안 토론문, 대검찰청 형사법연구회, 2009.9, 2면.

68) 심희기, 189면.

있고 그 결과에 따라서 제도 정착의 향방이 결정되기 때문에 가능한 한 많은 건수를 대상으로 하여 국민참여재판을 활성화하는 방안을 강구할 필요는 있다.

4. 양형배심의 제한

국민참여재판의 운용현황에 의하면 유·무죄 다툼사건 보다는 양형 다툼 사건이 더 많다. 범죄유무와 관련 없는 양형요소들이 공소사실에 함께 포함되어 있어 심리의 집중과 효율성을 손상시킬 염려가 있다.⁶⁹⁾ 유·무죄의 다툼없이 양형만을 이유로 한 국민참여재판제도의 운용은 지양되어야 한다.⁷⁰⁾

국민참여재판제도운영에 있어서 양형사건이 많은데 대하여 참여재판 도입 목적 중 하나가 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위한 것이고, 사법불신은 전관예우 논란에서 비롯되는 측면이 크며, 또한 전관예우 논란의 초점은 양형과 관련한 문제에 기인하는 점을 고려한다면 양형에 관한 배심원의 의견을 듣는 것은 일용 의미있다⁷¹⁾는 점은 인정된다. 반면 양형배심은 원래 배심제도의 특성은 아니고 물론 미국에서도 6개주에서 양형배심이 인정되고 있기는 하나, 배심제도의 주요 특성중 하나가 유무죄 평결에 초점이 있다는 점에 비추어보면 우리나라 양형관련 사건이 주요 국민참여재판의 대상이 되고 있는 점은 제도 본래의 취지와는 부합되지 않은 측면이 있는 것도 부인하기 어렵다.⁷²⁾ 중죄일수록 유·무죄 다툼이 중심이 될 수 밖에 없고, 이 경우 국민참여재판제도하에서의 유·무죄 다툼은 사법에의 신뢰성을 높여주는 결과를 가져올 것이다. 현재와 같은 처리사건에 의해서는 국민참여재판의 의미를 찾아보기 어려울 것이고 지나친 고비용저효율의 제도라는 비난을 면하기도 어려울 것이다. 따라서 범행동기, 범행계획 여부 등 형법 제51조의 양형사유와 관련되는 경우에는 양형배심을 인정할 필요는 없을 것이다. 다만 심심미약(형법 제10조 제2항), 자수(제52조 제1항) 등의 필요적·임의적 감경사유 등 처단형 결정요인에 대하여는 투명성과 신뢰성의 측면에서도 배심재판 대상사건으로

69) 한상훈, 46면 참조.

70) 김태규, 148면.

71) 이인석, 국민참여재판의 동향과 양형, 38면.

72) 한편 양형기준제도의 도입과 관련하여 국민참여재판의 배심양형에 대한 논의가 필요할 것으로 보이나 (이인석, 국민참여재판의 동향과 양형, 40면), 이는 향후 국민참여재판의 최종 완성모델의 결정여하에 따라서 해소될 수도 있을 것으로 보인다. 즉 영미식의 배심제도하에서는 유무죄평결에 대한 구속력을 인정하는 한편으로 양형배심을 원칙적으로 인정하지 않는 경우에는 배심원 관여없는 법관양형모델로 확정되거나, 참심제도의 도입시에는 양형기준제 논의는 특별한 의미를 갖지 않을 것으로 보인다.

할 필요가 있을 것으로 보인다.⁷³⁾

다만 부인하는 사건이라 하더라도 사안에 따라서는 구성요건적 사실 이외에 중요한 양형인자에 관하여 확인할 필요가 있을 수 있으므로, 그와 같은 경우에는 피고인이나 변호인의 의사를 물어 만일 피고인이나 변호인이 그 부분에 관한 양형심리를 원한다면 그에 관한 심리를 할 수 있을 것이다.⁷⁴⁾ 즉 변론이 종결되기 전에 법정에서 실질적인 양형심리가 이루어질 수 있도록 해야 하지만, 양형심리로 인하여 배심원이 사건의 유·무죄의 예단이나 편견을 갖게 해서는 안 된다. 이 경우에도 양형인자나 양형가중사유, 감경요소에 관해서 배심원에게 알기 쉽게 설명할 필요가 있다.

한편 부인사건이나 중요사건의 경우 심리에 장기간이 소요되므로 배심원의 참여가 문제된다는 의견이 있을 수 있다. 그러나 배심원에 대한 설문조사결과 오히려 장시간 재판 참석으로 인한 불편함이 문제된다는 점에서 2일 이상 개정을 통하여 배심원들의 어려움을 덜어줄 수 있을 것으로 기대된다.⁷⁵⁾ 반면 현재처럼 하루만에 배심원선정절차에서부터 배심원 평의와 판결선고까지의 절차를 늦더라도 마치는 것이 배심원의 참여를 높이는 것이고, 나아가 배심원 참여를 유도하기 위해서는 경제적 이익을 부여하는 것이 적절하다는 견해도 있다.⁷⁶⁾

5. 배심원의 양형토의와 법관의 의견진술에 대한 재검토

국민참여재판에 있어서 배심원은 유·무죄에 대하여 평결할 뿐만 아니라, 양형에 대해서도 토의하고 그에 관한 의견을 개진한다. 그러나 배심원의 평결과 의견은 법원을 구속하지 않는다(제46조 제5항). 배심원은 기본적으로 독자적으로 평의를 진행하여 평결을 한다. 다만 평의 과정에서 배심원의 과반수의 요청이 있으면 심리에 관여한 판사의 의견을 들을 수 있고, 유·무죄에 관하여 배심원의 의견이 국민참여재판법은 법관은 배심원 평의에 있어서 유·무죄에 대하여 의견을 진술할 수 없도록 규정하고 있다(동 규칙 제41조 제5항).

배심원은 유·무죄 평결과 양형토의에 참여하기는 하지만, 배심원평결은 권고적 효력

73) 실제 첫 국민참여재판인 대구지방법원에서의 국민참여재판의 경우 피고인이 범행자체는 인정된 사안으로서 자수 여하가 배심양형에 중요한 판단요인이었다.

74) 법원행정처, 국민참여재판의 이해, 2007, 114면 참조.

75) 이인석, 국민참여재판의 동향과 양형, 55-56면.

76) 하태훈, 565면.

을 가질 뿐이며 양형토의에도 법관이 함께 토론하여 적절한 양형을 도출해내도록 하고 있다. 양형토의에 배심원과 법관이 함께 참여한다는 점은 참심제적 요소를 도입한 것이다. 양형토의에 참심제적 요소를 갖는다는 것은 법관의 주도로 양형이 이루어질 가능성이 크다는 점을 의미한다. 실제 참여재판 참관에 따른 연구결과에서도 배심원들은 법관이 의도하는 것과 같은 결론을 내렸다는 것을 보여주고 있다.⁷⁷⁾

배심원평결의 효력과 관련하여서도 일차적으로는 권고적 효력을 부여하는 것이 시민 참여의 부작용을 최소화하기 위한 방편으로서 유용하다는 점에서는 충분히 설득력이 있으나, 현재 시범시행기간이라는 점에서 배심원의 합의를 이끌어낼 수 있는 다양한 제도 운용방안이 모색⁷⁸⁾되어야 할 것이다.

V. 진정한 의미에서의 국민참여재판제도 마련을 위한 과제

이상으로 국민참여재판제도의 운영현황, 국민의 사법참여재판제도의 본래적 의미와 헌법적합성 여하, 그리고 부합방향 등 제한된 범위내에서 조심스러운 접근을 해보고자 하였다. 여기서 논의되지 않은 많은 쟁점과 구체적인 방안이 개발되고 검토되어 보다 완성된 형태의 국민참여재판제도를 갖추어 나가도록 해야 한다.

위에서 살펴본 바와 같이 현행 국민참여재판제도는 시험시행과 배심제 및 참심제의 혼합형태라는 특성으로 인하여 많은 문제점을 드러내고 있기도 하다. 배심제와 참심제의 혼합형태라는 것은 다른 말로 하면 배심제도 아니고 참심제도 아니라는 것을 의미하는 것이기도 하다. 따라서 향후 완성된 형태의 국민사법참여재판제도가 마련될 경우 현행 제도는 대안이 될 수 없다고 생각한다. 적어도 꼭 양자택일의 문제는 아니며 배심제와 참심제를 하나의 제도로 통합하는 방안이 가능하다 하더라도⁷⁹⁾ 국민의 사법참여가 명분이 아닌 실질에 가까운 제도로서 정착화되어야 할 것이다. 국민의 사법참여가 단순한 열망이 아니라 길ियो 진리라고 한다면 오히려 현행 제도에 대하여 국민의 열망을 외면하는 제도라는 지적을 비켜가기는 어려울 것이다.

77) 김태규, 146-147면.

78) 이 점이 시범시행이라는 측면에서 충분히 고려되어야 하며, 현재의 법률의 범위를 크게 벗어나지 않는 한에서 다양한 시도가 있어야 한다는 지적은 이미 국민참여재판의 도입논의에서도 지적된 바 있다. 안경환/한인섭, 36면.

79) 한상훈, 521면.

아래에서는 지금까지의 논의를 토대로 하여 국민참여재판제도의 정착을 위한 향후 과제로서 몇가지 논의를 던져보면서 결론을 맺고자 한다.

첫째 대상사건의 확대, 대상사건의 필요적 국민참여재판 등을 기본으로 하는 제도정착화 방안이 마련되어야 한다. 대상사건의 확대 및 필요적 국민참여재판 논의와 관련하여 일본의 1928-1943년의 종전 배심법에 따른 배심원 제도를 검토할 필요가 있다. 동법은 사형 또는 무기징역이나 금고에 해당하는 사건은 배심재판에 의한다고 하여 피고인의 청구를 요건으로 하지 않았다(제2조). 다만 이 경우에도 피고인은 사퇴할 수 있다. 그리고 장기 3년 이상의 유기징역이나 금고에 해당하는 사건은 배심법 제3조에 의하여 피고인이 배심재판을 청구할 수 있었다. 이 경우에도 피고인이 배심재판을 청구하더라도 후에 청구를 철회하는 사태가 많았으며,⁸⁰⁾ 더욱이 재판관이나 변호사가 피고인을 설득하여 배심을 사퇴시켰다는 지적도 있었다.⁸¹⁾ 이러한 상황하에서 1943년까지 배심제도가 정지되기까지 수리된 대상건수 541건 중 65%에 해당하는 349건에 대하여 사퇴가 행해졌다고 한다. 결국 배심재판을 청구하는 피고인의 수는 시행 첫해인 1928년에 137건, 그 다음해 143건을 정점으로 그후 매년 감소하여 한해 1, 2 건에 그치게 되었다고 한다.⁸²⁾

이러한 점을 보면 일본의 배심법제도 및 운용모습, 문제점 등이 마치 현재의 우리나라 국민참여재판법 제도와 운용과 매우 흡사하다는 생각을 지울 수 없다. 우리나라의 경우 사법예의 시민참여가 어느 국가보다 느리게 제도화방향으로 발걸음을 옮기고 있다. 이는 국민참여재판법이 다른 나라의 제도 및 운용과의 비교 참조를 통하여 가능한 한 시행착오를 줄일 수 있는 기회를 가진다는 의미이기도 하다. 그런데 여전히 종전 수십년 전의 제도 및 운용의 문제점을 그대로 답습하는 듯하다.

참여재판을 피고인이 신청하도록 하는 현행 방식으로는 활성화를 기대하기 어려우며, 신청주의를 폐지하고 원칙적으로 참여재판 대상사건에 해당하면 모두 참여재판을 원칙적으로 열도록 하고 다만 피고인이나 변호인이 참여재판을 원치 않을 경우 재판부 판단을 통해 배제결정하는 방식으로 나가야 한다.⁸³⁾ 참여재판의 대상사건을 모든 형사사건으로 확대한다 하더라도 피고인들의 참여재판 신청율이 급격히 증가할 것으로 전망되지는 않는다.⁸⁴⁾ 그리고 국민참여재판의 대상사건의 제한이유로서 제시된 참여재판의 시행

80) 寺崎嘉博/도중진 역, 일본의 형사사법, 한국형사정책학회 제1회 국제학술회의, 2001, 5면.

81) 寺崎嘉博/도중진 역, 5면.

82) 寺崎嘉博/도중진 역, 6면.

83) 한상훈, 502면 ; 하태훈, 국민참여재판제도 정착방안 지정토론회, 저스티스 제106호, 2008.9, 564면.

84) 심희기, 시민의 관점에서 본 국민참여재판의 현황과 전망, 한일법학회, 2009.8, 91면.

결과 사건이 폭주할 가능성은 더 이상 고려할 필요는 없을 것으로 보인다. 국민사법참여 재판의 대상범죄는 참여재판의 근본취지에 비추어 일단 모든 범죄에 활짝 개방하여 두는 것이 타당하다. 다만, 모든 범죄로 확대함으로써 오는 부담은 법원에 의하여 선별적으로 처리하도록 함으로써 사건가중의 부담이라든가, 특정범죄에 대한 국민 참여로 인한 정서적 혼란 및 업무가중 등의 문제는 회피할 수 있을 것으로 기대된다. 예컨대 법원의 업무부담을 고려하여 공소사실의 주요부분에 대한 자백사건의 경우에는 예외를 인정하는 방법⁸⁵⁾, 내란죄 등 소위 공안사건관련 범죄의 대상사건화 여부와 재산범죄 등까지의 확대⁸⁶⁾ 등 다양한 방안에 대하여 신중히 검토해야 한다. 그리고 특히 법원에 의한 배제사건 대부분이 국민의 형사재판참여에 관한 법률(이하 '참여법률') 제9조 제1항 제3호의 '국민참여재판 진행이 적절하지 않은 경우'를 이유로 한다. 제3호의 배제결정사유를 구체화하는 등의 개선책도 필요하다.

그리고 현재의 국민참여재판법이 시범시행기라는 점을 감안하더라도 5년 최종까지 기다릴 것은 아니며, 현재의 운용상황을 점검하면서 문제점 개선방안을 수시로 체크하여 적용해 나간다는 탄력적 운용자세가 필요하다. -논의의 여지는 있지만- 한상훈 교수는 사개추위에서의 최종건의안이 2단계 참여제도에서는 배심원의 평결에 기속적 효력을 부여하는 것이 전제로 되어 있다고 한다. 그렇다면 시범시행기간에 이러한 효력을 부여하여 재판을 진행해보는 것도 검토해볼 수 있다.⁸⁷⁾

둘째 관련 법조인의 인식전환은 국민참여재판제도의 정착을 위한 필수요건이다.

국민참여재판이 외면 받는 가장 큰 이유는 제도를 실현하는 판·검사와 변호사들의 인식부족 때문인 것으로 분석된다. 제도도입 당시부터 제기돼 왔던 참여재판의 효율성에 대한 회의적 시각이 지금도 법조계에 널리 퍼져 있는 것이다. 단지 효율성 측면만이 아니라 형사사법의 민주적 정당성 및 투명성 제고라는 참여재판 도입취지에 대한 법조인들의 인식제고도 요구된다.⁸⁸⁾

85) 오준근, 541면.

86) 한상훈, 30-31면.

87) 물론 이 경우에 재판의 통일성, 균형성 등으로 고려한다면 이것이 가능한가 하는 문제는 있으나, 재판부의 판단에 따른 탄력적 운용을 생각하면 충분히 검토의 여지는 있는 것으로 보인다.

88) 참여재판의 실시건수가 적은 이유에 대하여 다양한 분석결과가 실무로부터 제기되고 있는 가운데, 피고인이 신청을 하지 않는 이유중 하나가 괜히 참여재판을 신청하면 검사와 법원에 밋보여서 오히려 형량만 높아지는 것은 아닌가 하는 피고인의 우려, 참여재판결과 피고인에게 불리하게 나오면 어쩌나 하는 변호인의 걱정으로 인하여 참여재판을 권유하지 못한다는 일선 국선변호인의 경험담에서 보는 것처럼 법원 및 검찰 등의 소극적 대응이 문제되고 있다. 한상훈, 502면 ; 이영미, 국민참여재판의 문제점과 개선방안 토론문, 대검찰청 형사법연구회, 2009/9, 2면. 이에 대한 문제제기는 오준근, 537면.

셋째 국선변호인의 체계적 교육 프로그램과 보수현실화가 필요하다.

실제 참여재판이 대상으로 하는 범죄는 강력범죄이고, 이들 강력범죄의 경우 대부분 피고인은 경제적·사회적으로 열악한 지위에 있는 경우가 많아 국선변호인의 도움을 받아야 할 처지에 놓여 있다. 참여재판 참관결과 피고인의 대부분이 경제적·사회적으로 열악한 지위에 놓여 있어 국선변호인의 조력을 받는 경우가 많은 것으로 나타났다. 참고로, 2008년도 9월 30일자로 집계된 비공식 자료에 따르면, 판결 선고된 총 35건의 사건 중에서 26건, 74.2%가 국선변호인으로 분류되었고, 9건, 25.8%가 사선변호인으로 분류되었다. 이를 통해 2008년 9월 30일까지 집계된 비공식 자료와 상반기 6월 30일까지 집계된 공식자료를 비교할 때 국선변호인과 사선변호인의 비중 자체가 크게 달라진 바가 없다는 것을 알 수 있다.⁸⁹⁾ 한편 국선 혹은 사선 변호인 여부에 따라서 유 무죄판결이 달라지는지를 살펴본 바에 의하면 국선변호인이 사건을 담당했을 때는, 총 17건 중 유죄가 14건, 무죄(주요범행 무죄 포함)가 3건이었는데, 사선변호인이 사건을 담당했을 때는 6건 모두 유죄(배심원이 무죄 평결했으나 판사가 유죄 선고한 경우는 제외)였던 것으로 드러났다. 사례수가 많지 않기 때문에 일반화가 거의 불가능하지만, 적어도 이 자료의 한도 내에서만 판단해보자면 사선변호인이 변호를 맡았다고 해서 무죄가 더 많이 나오거나 하는 일은 발생하지 않았다고 할 수 있다.⁹⁰⁾

참여재판에 있어서 변호인은 배심원선정절차에서부터 최후변론에 이르기까지 매우 중요한 기능을 수행한다. 참여재판제도의 도입으로 법률전문가가 아닌 배심원의 참여 및 공판중심주의의 강화와 이로 인한 구두변론주의의 강화라는 환경변화가 이루어지고 이에 따라 변호인의 역할과 업무에 있어서 변화가 요구된다. 지금까지 참여재판에 참여한 개별 국선변호인의 경우를 살펴보면 사실 체계적이고 조직적인 대응차원에서가 아니라 개인적 차원에서 참여재판제도의 중요성을 인식하고 준비를 많이 한 탓에 문제가 크게 제기된 바는 없지만, 그 개인적인 고충은 충분히 짐작할 수 있다.⁹¹⁾ 참여재판에 있어서 변호제도의 의미를 고려할 때 보다 체계적, 조직적인 대응이 마련되어야 할 필요성이 크다고 하겠다. 우선 배심원선정절차에서부터 변호인은 공정하고도 객관적인 배심원단이

89) 박미숙/황지태 외, 364면.

90) 박미숙/황지태 외, 364면.

91) 예컨대 변호인으로서 서류를 열람 복사하는 것이 변론준비의 출발점이면서 또한 효과적인 변호를 위한 중요한 준비 작업인데도 불구하고 피고인의 유죄를 입증하기 위한 서류 즉 증거서류 일부에 대하여만 복사가 허용되고 있는 것이 실무현실이라고 한다(김형국, 국민참여재판에 대한 변호인의 고찰, 한일법학회, 2009.8, 27면). 수사서류에 대하여는 접근이 어려워 사실상 수사과정에서 작성되었을 결과물에 대하여는 미리 피고인에게 질문할 내용을 준비해야 하는 부담이 크다고 한다.

구성될 수 있도록 노력하지 않으면 안 된다. 배심원선정절차에서부터 준비정도가 미흡하여 객관적이고 합리적으로 대처하지 못한다면 공정한 배심원선정을 기대하기 어려울 것이다. 배심원선정절차는 배심원후보자의 질문표를 확인하고, 직접 질문하여 답변내용을 정리, 분석하여 기피신청여부를 결정하는 등 매우 복잡한 절차와 내용구조를 갖는다. 변호인 1명으로 이러한 작업을 하는 것은 매우 외롭고도 벅찬 부담이다. 참여재판에 참여하는 검찰의 수에 대응하여 2인 이상의 국선변호인을 선정하는 것도 무기대등의 원칙이나 방어권보장이라는 측면에서 고려해보아야 한다⁹²⁾는 문제가 제기되어 왔다. 현재 국선변호인은 2인이 담당하도록 하여 이러한 어려움은 해결되었다. 다만 검찰, 법원의 경우 참여재판에의 효율적 운영을 위한 방안을 마련 운영하고 있지만, 반면 변호인의 경우에는 개인적으로 근무하는 경우가 많아 참여재판에 신속하고 효과적으로 대응하기가 어렵다는 문제점이 있다. 따라서 국선변호인의 경우 참여재판에 임하는 자세 및 변론내용 등에 대한 교육이 필요하며, 국선변호인회를 통하여 상호 정보를 공유하는 방안을 마련하여 적어도 효과적인 대응을 위한 전략매뉴얼을 개발할 필요도 있을 것이다.

또한 현재 참여재판의 80%정도를 국선변호인들이 담당하고 있는데 이들에게 지급되는 보수는 30만원~150만원에 불과하다고 한다. 참여재판이 통상 일반재판보다 난이도가 높은 만큼 이들의 보수를 현실화해 참여재판에 적극적으로 참여할 수 있는 분위기를 조성하는 것도 중요하다. 국선변호인이 체계적·조직적으로 관리되지 아니하여 개별 변호사의 자세나 능력에 따라 형사변호의 질에 차이가 발생하게 된다는 등의 문제가 있다.⁹³⁾ 참여재판업무를 수행하는 국선변호인의 업무량은 증대되는데 반하여 수입료 또한 비현실적이라면 효과적인 변호를 기대하기 어려울 것은 자명하다.⁹⁴⁾

넷째 사법부담에 대한 추정과 지원이 필요하다.

국민참여재판제도는 분명히 많은 사법비용이 드는 제도이다. 국민참여재판제도의 대상이 보다 확대될 때에, 나아가 이들 사건을 모두 합의부에서 다루게 될 때에는 더욱 많은 사법비용이 소요될 것이다.⁹⁵⁾ 인력확충 및 예산확보 등의 실질적인 대책이 마련되지 않는 한 제도의 활성화를 기대하기는 어려울 것이다. 국민참여재판 1건당 소요되는 기간이 긴데다 대부분 재판이 하루종일 진행되기 때문에 일반형사사건 처리에 필요한 시

92) 한상훈, 27면.

93) 사법개혁위원회 제5차 회의 보고자료, 사법서비스 및 형사사법제도, 2004.1.5, 185-186면.

94) 김수현, 국민참여재판제도의 제문제, 국민참여재판 6개월의 현황과 평가, 국민의사법참여연구회, 2008.6, 4면.

95) 차용석, 28면.

간이 상대적으로 부족해질 수밖에 없다. 기존의 사건을 그대로 처리하면서 국민참여재판을 병행하는 것은 물리적으로 부담이 될 수밖에 없다. 아직 예산문제에 대한 분석 평가가 나오지 않아 정확한 예측과 전망을 하기는 어렵지만, 향후 이 점에 대한 분석과 전망도 필요할 것으로 보인다.

다섯째 국민참여재판의 최종 모델 결정을 위한 지속적인 실증적 참고자료의 구축이 요구된다.

사법개혁위원회에서 2012년 국민참여재판 최종 완성형태를 남겨두고 있다. 이러한 최종결정을 위한 참고자료 내지 정책자료를 제공하기 위하여 지속적으로 종합적이며 실증적인 조사 자료의 구축이 요구된다.⁹⁶⁾ 위에서 살펴본 것처럼 현재까지도 법원 및 검찰 등 관련 전문가들 사이에서도 그 확정적 제도화 및 구체적인 방안에 대하여는 견해가 나누어지고 있다. 국민사법참여위원회에서도 제도의 최종 형태를 결정하는데 있어서 난항을 겪을 것은 충분히 예상된다. 따라서 이 문제를 다루는 객관적이고 실증적인 자료들이 그 판단의 어려움을 극복하는 데 일조할 수 있을 것이다.

특히 국민참여재판제도의 시범시행단계라는 점을 고려한다면 각종 재판관련 통계 및 실무운용상의 문제점도 가능한 한 공개하도록 하며, 문제점에 대한 각계의 검토 및 의견교환이 수시로 이루어질 수 있도록 해야 한다.

그리고 국민참여재판 건수가 적다는 점에서 고비용 저효율이라는 문제도 공공연히 제기되고 있는데, 단순히 수치로 참여재판제도의 존치여부를 판단할 것은 아니다. 이미 국민참여재판에 소요되는 인적, 물적 예산의 추정연구에서 보는 것처럼, 국가예산상 상당한 비용을 유발시키는 것은 사실이지만, 그 긍정적 댕가성 즉 사법의 민주적 정당성 강화와 형사사법의 투명성과 공정성 제고 등의 성과도 적지 않다는 점이 충분히 고려되어야 할 것이다. 따라서 현재로서는 이러한 긍정적 댕가성이 실제 어느 정도까지 구현되는지 하는 점에 대하여는 지속적인 실증분석이 요구된다.

법제도 개혁과정에서 현재 제도의 시행에 이르기까지 국민참여재판제도의 제도적 본질이나 의의 등에 대하여는 국민 및 관련 전문가들은 공감하고 있다. 아직까지는 국민참여재판제도의 활성화 방안에 초점을 맞추고 그 구체적인 방안을 위하여 노력을 가열차게 진행중이지만, 남은 기간동안 국민참여재판의 구체적인 모델과 법률을 정비하는 방향으로의 정책수립 과제가 남아 있다. 피고인에게 유리한가 여부는 개인적 측면에서는

96) 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」 제6장 제55조 ①항에서 “국민참여재판의 시행경과에 대한 분석 등을 통하여 국민참여재판 제도의 최종적인 형태를 결정하기 위하여 국민사법참여위원회”를 둔다.

그렇지 않다고 하더라도 사법제도에 대한 국민의 인식을 어떻게 변화시켰는지에 대한 해답을 통해서 거꾸로 해답을 줄수도 있는 문제이다. 즉 결과적으로는 피고인은 공정한 사법절차에 따라서 재판을 받은 것이고, 이는 결코 피고인의 형량 유무에 따른 유·불리의 문제는 아니기 때문이다. 따라서 제도의 도입취지 목적 등의 달성 여부는 지속적인 국민참여재판제도 운용에 대한 시범시행과 그 평가 등을 통하여 국민적 관심을 환기시키면서 시간을 갖고 분석해보아야 한다. 지금 여기서 우리가 해야 할 것은 할 수 있는 것을 최대한 최선을 다하여 해보는 것이다. 지금 우리가 할 수 있는 일을 하는 것이 최선의 제도개선책이다.

한국형사정책연구원 2010년도 춘계 형사정책세미나 자료집

형사사법 개혁의 성과와 과제

발행일 2010년 5월 일
발행인 박 상 기
발행처 한국형사정책연구원
서울시 서초구 태봉로 114
전화 : (02) 575-5285
팩스 : (02) 571-7488

등록 1990. 3. 20. 제 21-143호

인쇄 (주)이환기획 (02) 764-1116

※ 본서 내용의 무단복제를 금함

[비매품]