

제2차 민주적 사법개혁 연속토론회

# 검찰 개혁 이렇게 하자

2016년 11월 11일(금) 오후 1시~4시  
국회의원회관 제4간담회실

주 최 | 민주사법연석회의, 노회찬 국회의원, 이용주 국회의원

주 관 | 법인권사회연구소, 새사회연대, 전국공무원노동조합



## 민주적 사법개혁 실현을 위한 연석회의

거창평화인권예술제위원회, 구속노동자후원회, 민족민주열사·희생자추모(기념)연대회의, 민주언론시민연합, 빈곤과차별에저항하는인권운동연대, 법인권사회연구소, 사법피해자모임, 새사회연대, 언론소비자주권캠페인, 외국인이주노동운동협의회, 용산참사진상규명및재개발제도개선위원회, 인권과평화를위한국제민주연대, 전국공무원노동조합, 전국교직원노동조합, 전국교수노동조합, 전국민주노동조합총연맹, 전국불안정노동철폐연대, 법률위원회, 전국장애인차별철폐연대, 전국철거민협의회중앙회, 전북평화와인권연대, 정신개혁시민협의회, 참교육학부모회, 청주노동인권센터, 평화와통일을여는사람들, 행동하는성소수자인권연대(이상 25개 단체)

문의 간사단체 새사회연대 02-2235-0062, 노회찬 의원실 02-788-2821, 이용주 의원실 02-788-2165



제2차 민주적 사법개혁 연속토론회

# 검찰 개혁 이렇게 하자

2016년 11월 11일(금) 오후 1시~4시  
국회의원회관 제4간담회실

주 최 | 민주사법연석회의, 노회찬 국회의원, 이용주 국회의원  
주 관 | 법인권사회연구소, 새사회연대, 전국공무원노동조합



## 민주적 사법개혁 실현을 위한 연석회의

거창평화인권예술팀위원회, 구속노동자후원회, 민족민주열사·희생자추모(기념)연대회의, 민주언론시민연합, 빈곤과차별에저항하는인권운동연대, 법인권사회연구소, 사법피해자모임, 새사회연대, 언론소비자주권캠페인, 외국인이주노동운동협의회, 용산참사진상규명및재개발제도개선위원회, 인권과평화를위한국제민주연대, 전국공무원노동조합, 전국교직원노동조합, 전국교수노동조합, 전국민주노동조합총연맹, 전국불안정노동철폐연대, 법률위원회, 전국장애인차별철폐연대, 전국철거민협의회중앙회, 전북평화와인권연대, 정신개혁시민협의회, 참교육학부모회, 청주노동인권센터, 평화와통일을여는사람들, 행동하는성소수자인권연대(이상 25개 단체)

문의 간사단체 새사회연대 02-2235-0062, 노회찬 의원실 02-788-2821, 이용주 의원실 02-788-2165

# 제2차 민주적 사법개혁 방향 토론회

## 검찰개혁, 이렇게 하자

### 식 순 | 목 차

#### 1. 개회 및 내외빈 소개

#### 2. 인사말

- 노회찬 국회의원(정의당)                      • 이용주 국회의원(국민의당)                      5·7
- 김주업 공동대표(민주사법연석회의, 전국공무원노동조합 위원장)                      9·11
- 이창수 공동대표(민주사법연석회의, 법인권사회연구소 대표)

#### 3. 축 사

- 천정배 국회의원(국민의당)                      • 이춘석 국회의원(더불어민주당)                      13·15

#### 4. 발표와 토론

- 좌장                      • 한상희 교수(건국대학교 법학전문대학원)

#### 1주제 검찰의 권한 집중과 개혁 방안

- 발제                      • 박민제 변호사(민주사회를위한변호사모임 사법위원회)                      17
- 토론                      • 김도현 교수(동국대학교 법과대학, 새사회연대 정책위원장)                      29
- 서보학 교수(경희대학교 법학전문대학원, 참여연대 사법감시센터 소장)                      32

#### 2주제 검찰의 공소재량권 개혁과 국민 참여 방안

- 발제                      • 윤영철 교수(한남대학교 법학부, 새사회연대 공동대표)                      40
- 토론                      • 김지미 변호사(민주사회를위한변호사모임)                      61

#### 5. 종합토론

#### 6. 기념사진 촬영 및 폐회

## 검찰개혁, 더 이상 미룰 수 없는 시대적 과제입니다

노 회 찬 국회의원 (정의당 원내대표)



안녕하십니까. 정의당 원내대표를 맡고 있는 창원시 성산구 국회의원 노회찬입니다. 검찰의 민주적 개혁 방안을 고민하는 토론회에 참석해 주신 발제자와 토론자 여러분께 깊이 감사드립니다.

우리 검찰은 해외 입법례에 비추어 유례가 없을 정도로 많은 권한을 독점하고 있습니다. 수사지휘권과 기소권을 독점하고 있음은 물론, 자체 수사인력을 갖추고 있고, 기소 여부에 대한 재량권까지 갖고 있습니다. 법률이 검찰에게 이처럼 강한 권한을 부여한 이유는, “국민 전체에 대한 봉사자”로서 법률과 원칙에 따라 공정하게 수사하고 기소를 행하라는 뜻일 것입니다.

그러나 우리 검찰의 현주소는 어떻습니까?

올해만 하더라도 전직 검사장, 현직 부장검사, 심지어 현직 검사장까지 연루된 법조비리 사건들이 연이어 발생했습니다. ‘전관예우’부터 뇌물수수, ‘스폰서’에 이르기까지 그 부패의 양상도 다종다양합니다.

나아가, 현재 “박근혜-최순실 게이트”라는 희대의 국정농단 사태 수사가 검찰의 손에 맡겨져 있지만, 검찰이 ‘살아 있는 권력’ 앞에서 “국민 전체에 대한 봉사자로서 정치적 중립을” 지키며 철저한 수사를 하고 있다고는 누구도 믿지 못하는 상황입니다. 최근에도 횡령·직권남용 등의 혐의로 소환된 우병우 전 민정수석이 검사 앞에서 팔짱을 끼고 미소 짓는 모습이 포착되어 국민의 공분을 샀습니다.

견제받지 않는 권력은 부패하기 마련입니다. 검찰개혁은 더 이상 미룰 수 없는 시대적 과제입니다. 검찰이 독점한 권한을 분산하고, 기소편의주의를 통제할 장치를 고안해야 합니다.

저는 지난 7월 “고위공직자비리수사처 설치에 관한 법률”을 발의했습니다. 고위공직자비리수사처(공수처)는 부패방지뿐 아니라, 검찰개혁을 위해서도 반드시 필요한 기구입니다. 또 지난 8월에는 청와대-검찰 회전문 인사를 금지하는 “검찰청법” 개정안을 발의했습니다.

그러나 검찰개혁의 길에는 아직 산적한 과제가 많습니다. 오늘 토론회가 “검찰개혁”이라는 우리 사회의 숙원에 대해 유의미한 토론을 나누고, 대안을 마련하는 자리가 되기를 바랍니다.

감사합니다.

## 위기의 검찰, 국민과 국회가 나서야 합니다

이 용 주 국회의원 (국민의당, 국회 법제사법위원회 간사)



안녕하십니까? 전남여수갑 출신 국민의당 이용주 의원입니다. 추운 날씨에도 불구하고 귀한 걸음을 해주신 내외귀빈 여러분께 감사 말씀 드립니다.

개혁의 시대입니다. 국가와 정부, 기업 모두 개혁과 혁신없는 존립과 발전을 장담할 수 없는 시대입니다.

헌정 질서를 유린하고 국가권력을 사유화한 ‘최순실 국정농단 사건’으로 국가권력체계의 개편 필요성이 그 어느 때보다 더 절실했습니다.

최근 검찰개혁의 요구는 검찰의 정치적 중립만을 요구하는 것이 아닙니다. 검찰이 정권과 결탁하여 공동의 통치를 할 수 있는 기반인 집중된 권력이 지적되고 이에 대한 개혁이 요구되고 있습니다.

검찰개혁의 기본은 ‘검찰 권한 분산’, ‘견제시스템 구축’, ‘검찰에 대한 민주적 통제’입니다.

역대 정권은 검찰의 부패와 권력남용을 어떻게 통제할 것인가 보다는 그 검찰의 막강 파워를 어떻게 정치에 활용할 것인가에 더 관심을 가졌습니다.

그리고 검찰은 언제나 최고 권력인 청와대와 연결돼 있었습니다. 그 중심에 민정수석실이 자리하고 있었으며, 검사출신들이 청와대 민정수석실을 장악하였습니다.

정권과 검찰은 이를 통해 다른 권력기관들에 대한 조정 통제와 고위직 인사검증과 공직기강을 명분으로 정권을 유지하였습니다.

이 가운데 검찰은 사법정의를 바로세우기 위한 수사보다 정치권력의 기류변화에 따른 표적수사나 검찰의 위상과 입지를 강화시켜 검찰조직의 이익을 도모하기 위한 무리한 수사를 하였습니다.

정권과 검찰의 유대관계는 검찰에게 과도한 권한을 집중시켰습니다.

지금 나타나고 있는 검찰의 부패와 타락, 정치적 중립성의 훼손 그리고 오만과 독선의

모습은 검찰이 가진 막강한 권한과 견제받지 않는 권력에 기인합니다.

검찰은 자신들의 치부가 드러날 때마다 ‘환골탈태’ 하겠다며 임기응변으로 그 위기를 넘겨왔습니다. 아직도 검찰에게 스스로 강도 높은 개혁을 바라는건 검찰에게 임기응변으로 국민을 또 속이라고 부추기는 것과 다를 바 없습니다.

위기의 검찰을 구하기 위해 이제 국민과 국회가 직접 나설 수밖에 없습니다.

그리고 검찰의 정치적 중립과 권한 남용은 제도적인 문제만이 있는 것이 아닙니다.

아무리 새로운 제도를 만들고 아무리 견제장치를 많이 만든다고 하더라도 사람이 제도를 운영하는 이상 정치적 중립과 권한 남용은 항상 문제가 됩니다.

검찰권한의 안정적이고 예측 가능한 운용을 위해서는 정권과 검찰이 결탁하지 않는 문화를 만들어야 합니다.

정권이 검찰을 이용할 생각을 해서도 안 되고 검찰 역시 정치적 편향을 스스로 제거해야 합니다.

검사들이 스스로 검찰의 문제점을 인식하고 이를 개혁하려는 의지를 보여야 합니다. 그렇지 않으면 검찰개혁은 제도적 개혁의 수준에서 계속 머무를 수밖에 없습니다.

검사 스스로 검찰의 권한이 정치권에서 나오는 것이 아니라 국민으로부터 나온다는 깊은 자각을 가져야합니다.

이 토론회가 검찰의 각성을 촉구하고, 국민의 검찰로 바로 서는데 일조할 수 있기를 희망합니다.

바쁘신 가운데도 이 자리에 함께 하시어 고견을 주신 한상희 교수님, 김도현 교수님, 서보학 교수님, 윤영철 교수님, 박민제 변호사님과 김지미 변호사님께 감사의 말씀을 전합니다.



## 검찰개혁, 국민이 나설 때입니다

김 주 업 공동대표

(민주적 사법개혁 실현을 위한 연석회의,  
전국공무원노동조합 위원장)



지난 7일 피의자 신분으로 조사를 받기 위해 검찰 청사를 들어서며 질문하는 기자를 무섭게 쏘아보던 검사 출신 우병우 전 청와대 민정수석의 오만하고 섬뜩한 위세가 잊혀 지지 않습니다. 그날 밤 조사를 받는 와중에 팔짱을 낀 채 미소를 띠고 있는 우 수석을 보고 국민은 또 한 번 놀랐습니다. 검찰을 쥐락펴락하던 우 전 수석과 손을 다소 곳이 하고 앞에 선 검사가 찍힌 한 컷의 사진. 오늘 대한민국 검찰의 모습입니다.

그동안 검찰은 철저히 살아있는 권력의 편에 서왔고, 그 시혜로 무소불위 권력을 행사했습니다. 군사독재시대에 권력의 시녀로, 국민을 섬기는 게 아니라 군림하였습니다. 최고 권력을 위해서라면 없는 죄도 만들어 뒤집어씌웠고, 무고한 시민을 죄인으로 몰아가두고 죽이기를 서슴지 않았습니다.

세월이 흐르고 시대가 변해도 검찰은 조금도 달라진 게 없습니다. 현직 검사장과 스폰서 검사가 구속되는 초유의 사태에 국민의 분노가 하늘을 찌러도 검찰총장의 의례적인 사과로 덮어버렸습니다. 진정어린 반성이나 개선의 의지는 어디에도 보이지 않습니다.

검찰이 수사권과 기소권 모두를 가진 나라는 없다고 합니다. 수사할 건지 말 건지, 계속할 건지 그만 둘 건지까지도 그리고 기소할 건지 말 건지, 계속 유지 할 건지 말 건지까지, 그 모든 막강 권한을 검찰이 독점하고 있습니다.

국민이 바뀌어야 합니다. 수사권과 기소권은 마땅히 분리시키고 조정해야 합니다. 검

찰에 집중된 막강한 사법권력을 개혁해야 합니다. 기소권도 국민의 참여와 통제가 가능해야 합니다. 그들이 들고 멋대로 휘두르고 있는 무시무시한 칼을 빼앗아야 합니다. 국민과 민주주의를 위해 쓸 수 있는 정의의 칼을 국민이 새로 들려주어야 합니다. 검찰개혁, 국민의 힘으로 해내야 합니다.

최순실 국정농단 사태로 온 나라가 발각 뒤집어져있습니다. 대통령의 하야를 요구하는 국민의 소리는 하늘을 찌릅니다. 그런 와중에도 검찰은 끝까지 절대 권력의 의중과 눈치를 살폈습니다. 해외로 도피하고 증거인멸 시도가 있는데도 제 발로 들어올 때까지 편의를 봐주었습니다. 압수수색과 소환과 체포를 조율했고, 수사 수위를 저울질하고 있습니다.

‘박근혜·최순실 게이트’ 수사는 이제 시작입니다. 박근혜 대통령이 수사 가이드라인을 제시한 것 아니냐? 검찰을 믿을 수 있느냐? 면죄부 수사 아니냐? 이 모든 의혹과 불신으로부터 온전하게 법과 원칙에 따라 엄정히 수사하여 납득할 결과를 내놓지 못한다면 국민은 검찰을 용납하지 않을 것입니다.

그래서 오늘 검찰개혁 방안을 논의하고 제시하는 이 자리는 더더욱 의미가 크다 하겠습니다. 이 자리를 함께 마련하고 애써주신 노회찬 국회의원님과 이용주 국회의원님께 감사드립니다. 그리고 바쁘신 와중에도 발제와 토론에 임해주신 분들과 참석해 자리를 빛내주신 모든 분들께도 감사의 말씀을 드립니다. 앞으로도 저희 전국공무원노동조합과 민주사법연석회의는 오늘의 검찰이 ‘국민의 검찰’로 새로 태어나는 그날까지 앞장서서 최선을 다하겠습니다. 감사합니다.

## 완전히 새로운 개혁이 필요합니다

**이 창 수 공동대표**

(민주적 사법개혁 실현을 위한 연석회의,  
법인권사회연구소 대표)



민주적 사법개혁 실현을 위한 연석회의가 민주적 사법개혁에 대한 방향을 모색하기 위해 지난 9월 법원개혁 토론회에 이어 오늘 검찰개혁 토론회를 개최합니다.

최근 소위 '박근혜 최순실 게이트'로 명명되는 헌정유린과 국정파탄의 실체는 검사 출신 인사들의 수천억대 부정 비리와 전횡에서 드러나기 시작했습니다.

또한 이 사태가 전개되는 과정에서 검찰의 방관과 눈치보기 그리고 뒤늦게 시작된 적극적인 수사는 거꾸로 이 정권이 말기에 접어들었음을 보여주고 있습니다.

어느새 공식이 된 무소불위 정치검찰의 행태와 검찰권 오남용은 이제 사법적 차원을 넘어 국가의 운영과 작동 전반에서 최정점의 권력을 지향하고 개입하고 있음이 드러났습니다.

결국 검찰개혁이 왜 민주주의 개혁에서 최전선의 문제인지를 일깨운다고 할 것입니다.

그동안 많은 정권에서 검찰개혁을 공약했고 시도했고 실패했습니다. 그 근본원인은 오랜 역사에서 한 번도 검찰의 부정의한 권한 행사에 대해 과거청산하고 책임을 묻고 처벌하지 않은 결과입니다.

냉정하게 말해 법전의 '법'이나 법조 유자격자들만의 '법'이 아니라 국민의 입장에서 국민이 직접 검찰권의 구성과 행사에 관여하고 심판하는 민주적 사법개혁이 시도되지

않았기 때문입니다.

우리는 오늘날 초유의 사태를 맞아 검찰개혁을 준비하면서 다시 자세를 가다듬을 필요가 있습니다. 단순히 제도를 바꾸는 것을 넘어서 근본부터 완전히 새로운 개혁을 상상하고 논의하고 추진해야 할 때입니다.

오늘 토론회는 그간 사법개혁과 검찰개혁의 선봉에서 씩없이 활동해 오신 단체와 전문가분들을 어렵게 모셨습니다. 이 자리는 그간 검찰개혁의 전 과정들을 면밀히 평가하고 재조망하는 자리가 될 것이며, 국민이 참여하고 검찰권력을 분산하는 방안에 대해 풍부한 경험과 지혜와 역량을 모으는 계기가 될 것을 확신합니다.

혼란스런 국정상황에도 중심을 잃지 않고 검찰개혁을 위해 이번 토론회를 공동주최하신 노회찬, 이용주 국회의원님께 특별히 감사 말씀을 드립니다. 아울러 앞으로도 민주사법연석회의 등 시민사회와 함께 20대 국회에서 검찰개혁이 실현되는 데 힘써 주실 것을 믿어 마지 않습니다.

귀한 시간을 내어 이 자리에 참석해 주신 국민 여러분, 한 분 한 분께도 주관단체를 대신하여 깊은 감사의 인사와 연대를 표합니다. 감사합니다.

## 축사

# 검찰개혁은 새로운 대한민국을 위한 소명입니다

천 정 배 국회의원 (국민의당, 前 공동대표)



제2차 민주적 사법개혁 연속토론회 “검찰개혁, 이렇게 하자” 개최를 진심으로 축하합니다. 중차대한 시국에 시의 적절한 토론회를 개최해주신 이용주 의원님, 노회찬 의원님 그리고 민주사법연석회의 관계자 여러분께 진심으로 감사드립니다.

“비리를 감추려고 검찰을 하수인으로 만든 권력자들, 자기 욕심만 채우려고 권력에 빌붙은 일부 정치검사들, 그러다가 나라가 이 지경까지 된 것이 아닌가 싶습니다.”

박근혜-최순실 게이트가 터진 후 박근혜 정부 초대 검찰총장이 최근 털어놓은 심경 고백입니다. 검찰이 제 구실을 했으면 대통령과 최순실도 두려워했을 것이고, 그랬다면 이런 국정 농락과 세계적 수치도 없었을 것이라는 인식입니다. 전적으로 동감합니다.

그러나 검찰의 실패는 결코 단지 일부 검사와 권력자의 도덕성 문제가 아닙니다. 제도의 실패입니다. 근본적인 검찰 개혁에 대한 요구가 나올 때 마다 끝까지 저항한 검찰 그리고 개혁을 끝까지 관철시키지 못한 정치의 책임이기도 합니다.

지난 10년간 국민들은 검찰 개혁을 요구했고, 실제 훌륭한 ‘검찰개혁안’이 제시되었습니다. 그러나 개혁의 가장 결정적 시기에 권력자의 망설임, 검찰의 총체적 저항으로 근본적인 개혁은 좌초되었습니다. 이러한 검찰개혁의 실패가 박근혜-최순실 게이트에 이르는 헌정질서의 위기를 초래하고, 검찰 스스로도 국민적 신뢰를 잃어버리는 결과를 자초한 것입니다.

국민의 분노가 엄청납니다. 혁명적 상황입니다. 더 이상 비선실세가 판치고, 대통령

권력이 국회를 비민주적으로 압박하는 것을 중단시켜야 합니다. 이를 위해서 검찰의 개혁은 새로운 대한민국의 건설을 위한 중차대한 시대적 소명입니다.

오늘 토론회가 ‘검찰 개혁’의 물꼬를 띄우기를 소망합니다. 더 나아가 정치권과 시민사회가 강한 의지를 가지고 검찰 개혁을 성공시키기 위한 현실적 방안을 찾는 자리가 되기를 바랍니다.

이를 위해 다음의 검찰개혁의 큰 원칙이 구체적으로 발전되기를 바랍니다.

첫째, 검찰의 실효성 있는 정치적 중립과 독립성 확보 방안이 도출되어야 합니다. 법무부와 검찰의 실질적 분리, 청와대로부터의 실질적 독립 방안이 마련되어야 합니다.

둘째, 검찰권의 견제와 분산을 위한 담대한 방안이 논의되어야 합니다. 수사권과 기소권 분리, 고위공직자비리수사처 설립 방안도 심도 깊게 논의되기를 바랍니다.

셋째, 인권 침해적 수사 관행을 혁파하는 방안이 도출되어야 합니다. 검찰의 강압 수사로 억울하게 죽음을 택하는 일이 없도록 만들어야 합니다.

힘없는 보통 사람들에게도 우리 사회가 살만한 사회, 정의가 강물처럼 넘치는 나라임을 보여 주기 위해 검찰 개혁을 꼭 이룹시다. 오늘 뜻 깊은 토론회 개최를 다시 한 번 축하드리며, 참석하신 모든 분들의 건강과 행복을 기원합니다.

감사합니다.

## 축사

# 위기가 곧 기회입니다

이 춘 석 국회의원 (더불어민주당, 국회 법제사법위원회)



국가 최고 권력자에 의한 국정농단 사태로 온 나라가 시끄럽습니다. 캐드 캐드 끝없이 달려 나오는 고구마 줄기처럼, 나날이 새롭게 드러나는 대통령 비선실세 의혹을 보며 국민은 당혹과 분노를 넘어 절망하고 있습니다. 설마 했던 일들이 사실로 확인되면서, 지금 한국은 국가권력에 대한 총체적 불신의 늪에 빠졌습니다.

상황이 이러한데 검찰은 권력자의 국정농단으로 타오르는 민심에 기름만 끼얹고 있습니다. 우병우 전 민정수석 황제소환 논란과 최순실에 대한 과도한 특혜 제공, 빈 상자 압수수색 의혹 등으로 잇달아 입방아에 오르내리며 국민의 분노를 더욱 부채질 하고 있습니다. 검찰에 출두한 최순실이 사실은 대역이라는 의혹을 비롯해 곰탕이 사실은 암호가 아니냐는 음모론 수준의 이야기들은, 검찰을 향한 국민의 불신이 어느 정도인지를 극명하게 보여주는 방증입니다.

이 정도로 신뢰를 상실한 상태에서는 검찰이 어떤 수사결과를 내놓는다 하더라도 국민들은 인정하기 어려울 것입니다. 저부터도 미르-K재단 사건을 대하는 검찰을 보면서 정권이 아파하는 사건은 숨겨주고 가려운 사건은 시원하게 긁어준다는 의혹을 지울 수가 없습니다. 검찰이 정상적인 기능을 수행하기 위해서는 이젠 특단의 대책이 필요한 때가 아닌가 합니다.

사안이 터질 때 마다 고장 난 레코드처럼 매번 검찰 개혁을 외치면서도, 강고한 기득권의 벽에 막혀 끝까지 제대로 밀어붙이지 못했던 우리 정치인들의 잘못도 적지 않을 것입니다.

저는 지금의 위기가 오히려 기회라고 생각합니다. 검찰을 비롯한 국가권력에 대한 신뢰가 바닥에 떨어지고 기득권의 목소리가 약해진 지금이, 검찰 뿐 아니라 나라 전체의

민주적 헌법질서의 근간을 바로 세우는 절호의 기회가 될 수 있습니다.

스스로 자정할 능력을 상실한 검찰을 개혁하고 지속적으로 견제할 수 있는 외부적 기구나 제도를 만들어야 합니다. 고위공직자비리수사처가 그 예입니다. 법안 제정 과정에서 상당부분 힘이 빠진 상설특검 또한 그 권한을 강화해야 합니다. 20대 국회 들어 이미 검찰 기소권 독점의 폐단을 막기 위한 다양한 법안들이 발의된 상태입니다. 부정부패의 근원으로 지목되는 전관예우 문제를 척결하는 방법도 고민해 봐야 합니다. 정치검찰이라는 오명을 씻을 수 있도록 검찰의 독립성과 중립성을 확보해야하는 것은 물론입니다.

이번 토론회를 통해, 검찰이 국민의 신뢰를 회복하고 제대로 된 검찰 개혁을 이룰 수 있는 방안에 대해 강도 높은 논의가 이루어지길 기대합니다. 저 역시 법사위원으로서 국회에서 여러분의 논의를 구체화할 수 있는 방법을 고민하겠습니다.

토론회를 준비해주신 새사회연대를 비롯한 관계자 분들과, 발제와 토론에 참여하신 전문가 여러분께 감사의 마음을 전하며 검찰개혁을 위한 열띤 토론을 기대하겠습니다.

감사합니다.



## 검찰의 권한 집중과 개혁방안

박민제 (변호사, 민주사회를 위한 변호사모임 사법위원회)

### 1. 머리말

최근 ‘최순실 게이트’의 검찰조사과정에서 각종 의혹이 제기된 바 있다. 검찰 출두 당시와 구치소로 이송시 최순실이 다르다는 대역 논란, 미르재단을 압수수색할 당시 검찰의 빈 박스 연기 논란과 최순실 입국 후 31시간 동안 증거인멸과 다른 관련자와 말 맞추기에 대한 검찰의 방조논란 등이 그것이다. 위와 같은 의혹은 그동안 검찰 수사에 대한 국민의 불신과 분노에서 비롯된 것으로 보이고, 검찰 스스로 자초한 일이라고 할 수 있다.

최순실 게이트 직전에는 전직 검사장이 기업가로부터 거액의 수입료를 받고 전관 경력을 이용하여 검찰 등에 로비를 하였다는 혐의로, 현직 검사장이 벤처기업가로부터 뇌물을 받은 혐의로 각 구속기소가 되었다. 또한 청와대 민정수석의 횡령과 직권남용 등 혐의에 대해 특별검찰관의 수사의뢰와 시민단체의 고발이 있었다.

최근의 일련의 사건들은 권력·자본의 부패 카르텔을 재확인시켜 주는 것이기도 하지만, 부패를 감시하고 처벌해야 할 검찰마저 그 부패 카르텔에서 자유롭지 못함을 보여준다는 점에서 문제의 심각성을 더한다. 특히 위와 같은 검찰이 과연 공정하게 수사를 할 수 있는지에 대한 근본적인 의문을 불러일으킨다.

그동안 공직자의 부정부패를 방지하기 위한 제도가 없었던 것은 아니다. 공직자의 부정행위 방지를 위하여 공직자의 재산등록, 퇴직공직자의 취업제한 등을 규정한 공직자윤리법이 1981. 12. 31. 제정되었고 최근에는 공직자 등에 대한 부정청탁 및 공직자 등의 금품 등 수수를 금지하는 소위 김영란법(부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률)이 시행되고 있다. 한편 공직자 등의 부패행위를 신고 받아 처리하기 위한 부패방지위원회가 2002년 신설되었고(그 후 2005년 국가청렴위원회로 개편 후 2008년 국민권익위원회에 편입됨) 대통령의 친인척과 대통령비서실의 수석비서관 이상 공무원의 비위행위를 감찰하기 위한 특별감찰관제도가 2014년 신설되었으며 같은 해에 특검법(특별검사의 임명 등에 관한 법률)도 제정되었다.

그러나 국민들은 공직자 등의 부패가 줄었다고 전혀 느끼지 못하고 있다. 오히려 부패가 더욱 구조화되고 확대되고 있는 것은 아닌지 의심스럽다. 부패를 방관하고 그 세력을 이용하는 위정자들의 의지도 문제이지만 그 의지에 관계없이 독립적으로 반부패활동이 이뤄질 수 있도록 하는 제도적 장치가 미흡했다는 의견이 끊임없이 대두되고 있다. 부패행위에 대한 감시와 처벌이 제대로 이루어지지 않는 한 아무리 부패행위를 법에 나열하고 금지하더라도 부패가 근절될 수 없다.

특히 부패행위의 대부분은 형사처벌의 대상이 됨에도 검찰은 정치권력에 예속되어 편파적인 수사과 기소를 일삼아 부패를 키워왔다는 비난을 받아왔다. 권한은 집중되어 있는 반면 그 권한을 행사하는 데 원칙이 없어 오히려 부패적결에 걸림돌이 되고 있다. 과도하게 집중된 권한이 특권으로 작용하여 스스로 부패의 당사자가 되고 있음에도 그 내부 부패를 정화하는 데도 역부족이고, 이를 견제할 장치도 마땅찮다.

검찰권만 제대로 행사되어도 부패를 방지하고 국가의 기강을 잡는 데 의미 있는 성과를 거둘 수 있다. 현재의 검찰 제도로는 공정한 검찰권 행사를 담보하는 데 부족하고 내부 부패 청산도 기대하기 어렵다는 것이 경험적으로 확인된 이상 이를 대체하거나 보완할 제도가 마련되어야 한다. 부패와 특권의 고리를 끊고 사법정의를 실현할 수 있는 검찰 개혁이 필요하다.

## 2. 검찰 개혁의 기본방향

우리나라 검찰은 기소권을 독점할 뿐만 아니라 독자적인 수사권에다가 영장청구권, 경찰에 대한 수사지휘권, 형집행권까지 가지고 있다. 또한 기소 여부에 재량까지 부여되어 있다. 검찰의 권한이 다른 나라들에 비하여 워낙 막강하다 보니 부패한 정치권력은 검찰을 이용하여 반대세력을 제거하고 자신의 부패를 감추려고 한다. 또한 검찰은 정치권력과 공생관계를 유지하면서 스스로 특권계급화되어 부패의 장본인이 되기도 한다.

검찰이 정치권력에 예속되어 있다 보니 정치권력의 부정부패에 눈감은 수밖에 없고, 스스로 특권계급화 되어 있다 보니 부패의 유혹에 빠지기 쉽고 부패에 둔감할 수 밖에 없다.

이를 시정하기 위하여 검찰 개혁은 다음과 같은 방향으로 이루어져야 한다. 첫째, 검찰권이 정치권력으로부터 독립성과 중립성을 확보하여야 한다. 둘째, 비대한 검찰권한의 분산을 통한 견제·균형의 원리를 도입하여야 한다. 셋째, 검찰권력에 대한 외부의 감시가 가능하여야 한다.

이러한 기본방향하에 이하에서는 구체적인 검찰 개혁방안으로, ① 독립적인 반부패수사기구 신설, ② 재정신청제도 개선, ③ 검사의 청와대 편법파견 금지, ④ 법무부의 탈검찰화, ⑤ 수사권과 기소권의 분리, ⑥ 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 요건 강화, ⑦ 전관 예우 근절 등을 제시해 본다. 이 개혁방안들은 민변이 국회 개원시마다 제안하여 온 입법과제이기도 하다.

### 3. 구체적 검찰 개혁방안

#### 가. 독립적인 반부패수사기구 신설 - 약칭 ‘공수처’

##### 1) 독립적인 반부패수사기구의 필요성

검찰은 인사권을 쥐고 있는 대통령을 비롯한 집권세력의 영향력으로부터 자유로울 수 없다. 이 때문에 검찰은 살아있는 권력에는 약하고 지나간 권력에는 가혹하다. 또한 권력의 속성상 내부 부패에는 둔감하고 이를 감추려 한다. 정치적 사건의 경우 편파 수사와 자의적 기소권 행사가 항상 문제되고, 검찰을 비롯한 고위공직자 부패 사건의 경우 축소·은폐 수사 의혹이 끊이지 않는다. 대형 부정비리 사건을 주로 담당하였던 대검 중수부도 수사의 공정성 시비 끝에 결국 폐지되었다.

동서고금의 역사에 비추어 권력형 부패를 권력 스스로 감시하고 조사하기를 기대하기는 어렵다. 홍콩의 염정공서(ICAC), 싱가포르의 탐오조사국(CPIB), 뉴질랜드의 중대비리조사청(SFO)과 같은 독립적인 반부패수사기구는 이러한 역사적 경험에서 탄생하였다. 이들 기구는 오늘날 홍콩, 싱가포르, 뉴질랜드가 국제투명성기구 발표 반부패지수에서 상위권을 차지하는 데 원동력이 되고 있다.

우리나라에는 독립적인 반부패수사기구라고 할 만한 조직이 없다. 국민권익위원회는 부패행위의 신고를 받아 필요한 경우 검찰이나 관련 감독기관에 이첩할 뿐 자체 조사수단이 없으며, 감사원은 공무원 등에 대한 직무감찰권은 있으나 강제적인 조사권한이 제한되어 있다. 또한 감사원장과 국민권익위원장은 대통령이 임명하므로 대통령의 영향력을 벗어나기도 어렵다.

2014년 신설된 특별감찰관 제도는 감찰대상이 대통령의 배우자 및 4촌 이내의 친족, 대통령비서실의 수석비서관 이상의 공무원으로 한정되어 있을 뿐 아니라 강제조사권한도 없어서 실효성 있는 감찰활동을 기대하기 어렵다. 또한 ‘특별검사의 임명 등에 관한 법률’이 있기는 하나 위 법률에 따른 특별검사는 구체적 사건에 관하여 사후적으로만 임명할 수 있

고 그나마 여·야 합의 없이는 사실상 임명이 불가능하다. 이래서는 권력에 대한 상시적이고 실효성 있는 감시와 조사가 이뤄질 수 없다.

이에 일상적인 수사와 기소는 검찰, 경찰 등에 맡기더라도 적어도 정치적 독립성·중립성이나 이해관계 충돌이 항상 문제되는 고위공직자에 대한 수사와 기소는 정치권력의 영향력으로부터 자유롭고 이해관계의 충돌도 없는 상설기구에 맡길 필요가 있다. 1996년경부터 도입 필요성이 제기되어 매 국회마다 법안이 발의되어 왔고 이번 국회에서도 발의된(박범계·이용주 의원안, 노회찬 의원안) ‘고위공직자비리수사처’ (약칭 ‘공수처’)가 그와 같은 독립적인 상설 반부패수사기구에 해당한다.

검찰 등으로부터 공수처가 검찰의 옥상옥에 불과할 것이라는 비판이 제기되어 왔으나, 검찰이 자체 비리에 엄정하게 수사하기를 기대하기 어렵고, 고위공직자 사건의 경우 정치권력이 간섭할 가능성이 많은데 검찰이 인사권자인 대통령 등의 영향력을 벗어나기 어렵다는 점에서 그러한 비판은 설득력이 없다. 검사를 비롯한 고위공직자에 대한 수사 및 기소는 공수처에 맡기고 공수처 소속 공무원들에 대한 수사 및 기소는 검찰에 맡김으로써 검찰권을 분산시키고 권력 간의 견제와 균형이 이루어지도록 하여야 한다.

## 2) 정치적 독립성 확보를 위한 조직 구성

공수처가 고위공직자 부패 및 권한남용 통제, 검찰권한에 대한 견제 등의 역할을 충실히 할 수 있기 위해서는 무엇보다도 정치적 외압에 흔들리지 않도록 업무상 독립 및 조직상의 독립성을 확보해야 한다. 이를 위해서는 입법·사법·행정부 어디에도 속하지 않는 독립기구로 설치할 필요가 있다. 이에 대하여는 입법·사법·행정부 어디에도 속하지 않는 독립기구로 설치할 헌법적 근거가 없다는 비판이 있으나, 헌법재판소가 이미 개별특검 법안에 관하여 2008. 1. 10. 2007헌마1468 결정에서 판시하였듯이, 독립적인 수사·기소 기구를 신설하는 것은 입법부의 입법재량 내에 속하고 그 장(長)의 임명에 관한 권한을 헌법기관 간에 분산시키는 것이 권력분립 원칙에 반한다고 할 수도 없다. 박범계·이용주 의원안, 노회찬 의원안도 공수처를 독립기구로 설치하면서, 공수처의 예산상 독립 보장을 위하여 “처장은 수사처의 예산 관련 업무를 수행하는 경우에 「국가재정법」 제6조에 따른 중앙관서의 장으로 본다.” 는 규정을 명시함으로써 독자적으로 예산요구서를 기획재정부장관에게 제출할 수 있도록 하였다.

처장 임명과 관련하여, 대법원장의 추천과 국회의 인사청문회 혹은 동의를 얻어 대통령이 임명하도록 하는 방안, 별도의 공수처장 추천위원회의 추천과 국회의 인사청문회 혹은 동의를 얻어 대통령이 임명하도록 하는 방안 등을 고려할 수 있다. 그러나 대법원장이 추천권을 행사하는 것은 민주적 정당성이 떨어지고 대법원장이 수사기구의 구성에 직접 관여하는 것은 바람직하지 않다는 점에서 대법원장의 추천은 적절하지 않다고 판단된다. 민주적 정당성

이 있는 국회가 추천하는 위원들로 구성된 별도의 공수처장 추천위원회에서 공수처장을 단수로 추천하여 국회의 인사청문회를 거치도록 하는 것이 가장 바람직할 것으로 생각된다. 박법계·이용주 의원안이 이와 같이 규정하고 있다.

### 3) 인적 대상 및 대상범죄의 범위

인적 대상과 관련해서는 일반적으로 고위공직자로 인식되고 부패 및 권한남용의 가능성이 큰 공직자와 그 가족을 포괄할 필요가 있다. 대상 고위공직자의 범위를 너무 넓게 잡으면 공수처의 조직이 방대해지고 검찰의 업무와 중복되며 제도 도입의 저항이 커질 우려가 있다. 과거의 경험에 비추어 기존 수사기관이 별다른 문제없이 수사 및 기소를 해온 대상인가가 고려요소가 될 수 있다. 적어도 “차관급 이상의 공무원(대통령, 대법원장과 대법관, 헌법재판관, 검찰총장 포함), 국회의원, 법관과 검사(군판사와 검찰관 포함), 대통령비서실·국가안보실·대통령경호실·국가정보원 소속의 3급 이상 공무원, 장관급(將官級) 장교” 정도는 포함되어야 할 것이다. 한편 처장을 비롯한 공수처 소속 공무원과 그 가족은 대상에서 제외하여 검찰에서 수사 및 기소를 담당하도록 함으로써 서로 견제할 수 있도록 해야 한다.

고위공직자는 현직만이 아니라 전직도 포함시키되, 퇴임 이후 기간에 제한을 두지 않으면 그 범위가 지나치게 확대되므로 ‘퇴임한 날로부터 3년이 지나지 않은 자’ 정도로 제한할 필요가 있다.

대상범죄는 부패 및 권한남용 등 방지라는 공수처의 설립 목적을 고려하여 원칙적으로 고위공직자의 직무 관련 비리나 권한남용 범죄에 한정하는 것이 바람직하다. 다만 수사과정에서 인지된 관련 사건을 따로 떼어서 검찰에 이첩하는 것은 비효율적이고 당해 고위공직자에게도 불이익하므로 대상범죄에 포함시키는 것이 타당하다. 공수처의 직무대상인지 여부에 이의가 있는 피의자 등에게는 고등법원에 이의신청을 하여 판정을 받을 수 있도록 해줄 필요가 있다.

### 4) 직무권한

그 동안 발의된 공수처 법안들에서 공수처 검사가 수사권, 수사지휘권, 영장청구권을 갖는 데는 별 이견이 없었다.

다만 과거 참여정부안은 기소권과 공소유지권은 공수처의 직무권한에서 제외하였는데, 박법계·이용주 의원안과 노회찬 의원안은 기소권과 공소유지권까지 부여하는 것으로 규정하고 있다. 공수처가 수사만 하고 기소 및 공소유지는 검찰에 맡긴다면 당초 우려했던 정치적 외압과 이해관계의 충돌이 기소와 공소유지 단계에서 나타날 수 있다. 그러므로 독립적인 공소기관을 따로 두지 않는 이상 현 상황에서는 공수처가 수사권과 공소권을 함께 행사하

는 것이 타당하다.

## 나. 재정신청제도 개선

### 1) 재정신청권 확대

우리나라의 형사소송법은 기소독점주의에다가 기소편의주의까지 채택하고 있다. 즉 기소권을 독점하고 있는 검사에게 기소 여부에 관한 재량까지 부여되어 있다. 그러다 보니 과거 부친서 성고문 사건에서 보듯이 국가공권력에 의한 범죄 등에서 검사가 기소권을 자의적으로 행사하여 불기소처분하는 사례가 종종 일어난다.

이러한 검사의 부당한 불기소처분에 불복하여 법원에 그 불법·부당함을 다룰 수 있는 제도가 재정신청제도이다. 1954년도의 제정 형사소송법은 모든 범죄에 대하여 고소인뿐만 아니라 고발인에게도 재정신청권을 인정하였다. 그러다가 유신정권 시절인 1973년 형사소송법 개정으로 재정신청제도를 대폭 축소하여 대상범죄를 수사기관의 인권침해범죄인 형법 제123조부터 제125조로 축소하여 버렸다. 그 후 헌법재판소가 설립되면서 검찰의 부당한 불기소처분에 대하여 헌법소원으로 우회적으로 구제받기도 하였으나 구제에 충분하지 않았고 헌법재판소의 업무를 과중하게 만드는 원인이 되었다. 이에 재정신청권의 확대를 요구하는 주장이 계속 제기된 끝에 참여정부 시절인 2007년 사법개혁의 일환으로 재정신청을 모든 고소사건으로 확대하는 내용으로 형사소송법이 개정되었다.

그런데 현행 형사소송법 제260조 제1항은 고발인의 경우에는 형법 제123조 내지 제126조의 죄에 한하여 재정신청할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 국가기관의 권한남용, 부정부패, 정경유착 등 권력형 비리범죄, 화이트칼라 범죄, 기업범죄와 같이 사회적으로 관심이 큰 주요 사건의 경우에는 피해자가 불특정 다수이거나 피해자를 특정하기 어려워서 대부분 고발로 수사가 착수됨에도 이에 대해 검사가 불기소처분을 할 경우 현행법상으로는 재정신청을 할 수 없게 된다. 정치권력이나 재벌이야말로 검찰에 영향력을 미칠 가능성이 많음에도 그에 대한 수사에서 검사의 자의적인 불기소를 통제할 장치가 미흡한 것이다.

따라서 정치권력과 재벌 등의 부정부패에 대한 시민의 감시를 강화하고 검찰의 자의적인 기소권 행사를 실효적으로 통제하기 위해서는 재정신청 대상을 불기소처분된 모든 고발사건으로 확대하는 것이 타당하다.

### 2) 공소유지 담당자 변경

2007년 개정 전 형사소송법은 재정신청이 법원에 의하여 받아들여지면 그 자체로 공소가

제기된 것으로 보고 공소유지 담당자를 검사가 아닌 변호사 중에서 지정하도록 하고 있었다. 이는 사법제도개혁추진위원회가 국회에 제출한 형사소송법 개정안도 마찬가지였으나 국회 심의과정에서 법원의 결정에 따라 검사가 공소를 제기·유지하는 것으로 변경되었다(형사소송법 제262조).

그 결과 재정신청에 따라 공소제기결정이 내려진 사건에 관하여 검찰이 불기소처분을 내린 부서에 다시 배정하거나 구형을 하지 않거나 무죄를 구형하는 등의 행태를 보여 공정하고 적극적인 공소유지를 담보하기 어렵게 되었다. 따라서 재정신청제도가 검찰의 기소권 남용 통제장치로서 실질적으로 기능하도록 하기 위해서는 형사소송법 제262조를 개정하여 재정신청에 따라 법원이 공소제기결정을 하는 경우 그 자체로 그 사건에 관하여 공소가 제기된 것으로 간주하고, 공소유지 담당자는 법원이 지정하는 변호사로 하는 것이 타당하다.

#### **다. 검사의 청와대 편법파견 금지**

군사정권 시절부터 검사가 청와대에 차출되어 대통령의 의중을 검찰에 전달하고 검찰수사를 지휘하는 역할을 맡았다. 이러한 검사의 청와대 파견이 검찰의 정치적 중립성과 독립성을 해친다는 이유로 김영삼 정부 시절인 1997년 검찰청법을 개정하여 검사가 대통령비서실에 파견되거나 대통령비서실의 직위를 겸임할 수 없도록 하였다(검찰청법 제44조의2).

그러나 위 개정 후에도 실제로는 현직 검사가 형식적으로 사표를 쓴 후 곧바로 대통령비서실에 근무하고 그 근무를 마치면 다시 바로 검사로 복직하는 사실상의 파견 근무가 계속되고 있다. 이러한 검사의 대통령비서실 편법파견은 대통령이 정치적 목적을 위해 검찰에 부당하게 영향력을 행사하는 통로로 이용될 수 있고, 검찰이 정치에 관여하거나 정치권력과 결탁하는 빌미를 제공한다. 실제로 검찰 간부 출신의 민정수석이 대통령의 의중에 따라 사실상의 파견검사들을 지휘하여 검찰의 수사에 영향력을 미친다는 의혹이 끊이지 않고 있다.

이러한 편법파견을 실효성 있게 금지하기 위해서는 검찰청법 제44조의2를 개정하여 검사 퇴직 후 일정 기간 동안 대통령비서실 근무를 금지하고, 대통령비서실 근무 후에는 일정 기간 동안 검사 재임용을 제한할 필요가 있다. 실질적인 경력 단절을 위해서는 적어도 1년 이상의 기간이 필요할 것이다.

#### **라. 법무부의 탈검찰화**

현재 법무부의 주요 직책은 검사들이 독점하고 있다. 법무정책·인권옹호·국가총무·출입국관리 등과 같이 굳이 검사가 담당하지 않아도 되는 법무행정업무까지 검사가 독식하고 있다.

이와 같이 검사가 법무부를 장악하고 있다 보니 법무부는 사실상 검사의 시각과 입장에서 벗어난 법무행정을 펼치는 것이 불가능하다. 또한 검사의 법무부 근무기간이 짧다보니 법무행정의 전문성이 축적되지 않는다. 나아가 검찰 비리나 권한 남용이 발생했을 때 법무부가 이를 제대로 견제하지 못하고 제 식구 감싸기를 하는 폐단이 생긴다.

이에 ‘법무부의 탈검찰화’를 통한 법무부와 검찰 간의 관계 재정립이 필요하다. 기본적으로 법무부는 전문성과 정책 중심의 법무행정·인권 옹호·법률 서비스에 중점을 두고 검찰은 수사 및 기소 기관으로서의 기능에 집중해 양자가 견제와 균형을 유지하도록 해야 한다.

이에 따라 법무부와 검찰 간에 중복되는 업무·보직은 위와 같은 업무분장 기준에 따라 조정되어야 한다. 그리고 법무부와 검찰 간의 순환보직을 원칙적으로 금지하고 검사 본연의 업무와 관련 없는 법무부의 보직은 민간에 개방해야 한다. 법적 소양이 필요한 보직이라면 변호사 자격 있는 사람을 법무부 공무원으로 임용하여 배치하면 된다.

그러나 한편 법무부장관의 지휘·감독권(검찰청법 제8조에서 “법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하고, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독한다.”고 규정하고 있음)을 통한 검찰에 대한 견제기능은 존치할 필요가 있다. 다만 검찰 수사에 대한 부당한 간섭이 되지 않도록 검찰총장에 대한 지휘·감독은 서면으로 하고 이를 공개함으로써 투명화하여야 한다.

#### 마. 수사권과 기소권의 분리

수사를 직접 시작한 사람이 공소제기 여부까지 결정하게 되면 수사가 부족, 부당하거나 위법하더라도 이를 발견하거나 통제하기 어려워진다. 따라서 수사기관과 공소기관을 분리하여 서로 감시·견제하도록 하는 것이 수사의 충실, 인권 침해 방지 및 정당한 기소권 행사 측면에서 바람직하다.

2011년 형사소송법 제196조가 개정됨으로써 사법경찰권의 독자적 수사 개시·진행권이 명문화되었으나, 우리나라 검찰은 여전히 독자적인 수사권에다가 경찰에 대한 수사지휘권, 기소권, 영장청구권까지 가지고 있어 수사권과 기소권 간의 견제와 균형에 의한 적정한 통제를 기대할 수 없다.

수사권과 기소권의 분리 논의는 필연적으로 검경수사권 조정 논쟁으로 이어질 수밖에 없다. 그런데 검경수사권 조정은 기관 간 이해관계가 충돌하는 문제이어서 합리적 해결이 쉽지 않은 상황이다. 더군다나 현재 검찰과 경찰 모두 정치적 중립성과 공정성에 심각한 문제가 있고, 중앙집중적이며 비대하여 국민의 신뢰를 얻지 못하고 있다. 따라서 현 상황에서는



어느 기관이 권한을 보다 많이 확보하는가라는 관점이 아니라 어떻게 비대한 권한을 분산하여 견제와 균형을 이룸으로써 국민의 인권보장에 더 기여할 수 있는가를 고민해야 한다.

검경수사권 조정은 검찰에 종속된 경찰의 수사권을 독립시켜 상명하복의 관계가 아닌 상호감시와 견제의 관계로 재정립하는 개혁의 일환으로 이해되어야 한다. 정확한 법률적용, 실체적 진실발견, 수사절차에서의 불법과 인권침해 방지 및 증거능력 있는 증거 확보 등을 위해 경찰수사에 대한 검사의 수사지휘권 확보는 반드시 필요하다.

반면에 검찰이 수사권과 기소권을 독점한 가운데 수사의 적법성 통제로서의 역할을 제대로 수행하는 것은 곤란하므로 장기적으로 수사권과 기소권이 분리되는 것이 바람직하고, 검찰과 경찰이 상호 대등한 협력관계로 발전하여 견제와 균형을 이루어야 한다.

검사가 소추기관이자 경찰수사의 감독자로서 바로 서기 위해서는 검찰의 직접 수사는 경찰 비리, 금융감독원이나 공정거래위원회 등의 고발사건과 같이 경찰보다 검찰이 수사하는 것이 효율적인 분야를 제외하고는 가급적 지양되어야 한다. 검사의 수사지휘는 경찰의 수사 결과가 공소제기 여부를 판단하기에 미진하여 추가수사가 필요한 경우, 법적 하자가 있는 경우, 당사자의 이의제기나 인권침해 시비가 있는 경우 등에 한하여 2차적·보충적으로만 인정되는 것이 바람직하다.

경찰 수사권의 독자성이 강화되면 이에 대한 통제장치도 함께 마련해야 한다. 자치경찰제를 실시함으로써 중앙집권적 국가경찰이 갖는 문제점을 최소화하고 경찰위원회 등을 통한 문민통제를 강화할 필요가 있다.

## 바. 검사 작성 피의자 신문조서의 증거능력 제한

현행 형사소송법상 검사작성 피의자신문조서는 사법경찰관 작성 피의자신문조서에 비해 강력한 증거능력이 인정되고 있다. 이로 인해 자백위주의 수사 관행 및 강압수사가 조장되고, 공판중심주의를 형해화 한다는 비판이 계속되어 왔다. 공판중심주의가 강조되면서 2004년 대법원은 검사작성 피의자신문조서의 형식적 진정성립에서 실질적 진정성립을 추정하던 종래의 태도를 버리고 법 문언에 충실하게 피고인의 진술에 의해서만 실질적 진정성립이 인정될 수 있다고 판결하였다(대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 전원합의체판결). 이 판결로 종래 형식적 진정성립에서 실질적 진정성립이 추정되고, 연속하여 특신상황이 추정됨으로 인해, 검사 작성 피의자신문조서가 원진술자인 피고인의 법정부인진술에도 불구하고 거의 제약 없이 유죄의 증거로 채택되던 재판관행에 제동이 걸리게 되었다.

2005년 사법개혁 당시 사법제도개혁추진위원회는 애초에 검사 작성 피의자신문조서의 증

거능력 요건을 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 요건과 같게 하는 방안을 마련한 바 있다.

그러나 위 방안은 검찰의 반발과 법원의 비협조로 이루어지지 못했고, 2007년 개정된 형사소송법은 검사작성 피의자신문조서의 증거능력요건을 완화하여 즉, 피고인의 진술뿐만 아니라 객관적 방법에 의해서도 실질적 진정성립의 증명이 가능하도록 함으로써 조서재판의 억제와 구두변론주의의 활성화를 통한 공판중심적 형사재판의 정착에 역행하는 결과를 낳고 말았다.

따라서 형사소송법을 개정하여 검사작성 피의자신문조서의 증거능력인정 요건을 강화하여 사법경찰관 작성 피의자신문조서와 마찬가지로 당사자가 내용을 인정할 경우에만 증거능력이 인정되도록 하여야 한다.

## 사. 전관예우 근절

최근의 흥만표 전 검사장 사건에서 나타나듯이, 검찰이 기소권에다가 수사권, 영장청구권까지 가지고 기소 여부에 재량까지 행사할 수 있다 보니 재력이 충분한 피의자는 수사 단계에서 검찰 출신 전관 변호사를 선임하여 담당 검사에 영향력을 행사하려는 유혹에 빠진다. 거액의 수입료가 오가는데도 변호인선임서의 제출도 없이 음성적으로 전관 변호사의 변론이 행하여지고, 국민들이 납득하기 어려운 수사결과가 나오기도 한다.

전관예우는 독버섯처럼 존재하는 법조계의 고질적인 병폐이자 사법 불신의 원천이다. 그것이 해소되지 않고 있는 것은 전관 경력을 내세워 현직에 영향력을 미칠 수 있는 듯이 행동하는 전관 변호사가 있기 때문이기도 하지만, ‘전관’이 영향력을 발휘할 수 있도록 맞장구쳐준 ‘현관’이 있기 때문이기도 하다. ‘전관예우’에서 예우의 대상은 ‘전관’이지만 ‘예우’의 주체는 현직이므로, ‘전관예우’는 ‘현직비리’의 다른 이름에 지나지 않는다. 현직이 전관과의 정실관계를 생각해서, 또는 자신이 전관이 될 때를 대비한 보험으로 생각해서 전관에 비정상적인 예우를 베푼다면 사법정의는 왜곡될 수밖에 없다.

전관예우를 뿌리 뽑기 위해서는 인식의 변화도 필요하지만 제도의 정비가 반드시 뒤따라야 한다. 우선 앞선 본 바와 같이 판사와 검사를 포함한 고위공직자들의 비리를 수사할 공수처를 설치해야 한다. 전관이 현직과 부당한 결탁과 내통을 하려는 엄두를 내지 못하게 하려면 현직을 감시하고 수사하는 별도의 수사기구가 있어야 한다.

그리고 변호인선임서를 제출하지 않고 변론 행위를 하는 소위 ‘몰래 변론’에 대한 형사처벌 규정을 신설하고 아울러 이를 묵인한 판사와 검사도 징계하여야 한다.

퇴직한 변호사의 수임제한 기간도 2년 이상으로 확대할 필요가 있다. 2011년 변호사법 개정으로 검사 등의 직에 있다가 퇴직한 변호사는 퇴직 전 1년부터 퇴직한 때까지 근무한 검찰청 등이 처리하는 사건을 퇴직한 날로부터 1년 동안 수임할 수 없으나(법 제31조 제3항), 1년의 수임제한기간이 그리 길지 않은 기간이어서 전관예우 근절에 큰 효력을 발휘하지 못하고 있으므로 그 기간을 2년 이상으로 늘릴 필요가 있다. 아울러 수임제한사건도 적어도 퇴직 전 2년부터 퇴직한 때까지 근무한 검찰청 등이 처리하는 사건으로 늘려야 한다. 그래야 다른 지역으로 1년 동안 전출을 갔다가 그곳에서 퇴직한 후 원래 지역으로 돌아와서 변호사 개업하는 폐단을 막을 수 있다. 이들이 주로 하는 변호사 광고에서도 현직 시의 근무지를 표시하지 못하게 하는 방안이 마련되어야 한다.

현행 공직자윤리법상 고등법원 부장판사 이상의 법관, 대검찰청 검사급 이상의 검사 등은 퇴직일부터 3년간 공직자윤리위원회의 승인 없이는 자본금과 연간 외형거래액이 일정 규모 이상인 영리를 목적으로 하는 사기업체(현재는 자본금은 10억 원 이상, 연간 외형거래액은 100억 원 이상), 연간 외형거래액이 일정 규모 이상인 법무법인(현재는 100억 원 이상) 등에 취업할 수 없게 되어 있다. 그러나 공직자윤리위원회의 심사가 그리 엄격하지 않아서 고위 공직자의 취업제한을 통해 공무집행의 공정성을 확보한다는 법의 취지가 몰각되고 있을 뿐만 아니라 우회적으로 전관예우의 길을 열어줄 수 있으므로 취업을 전면 금지하는 방향으로 개정되어야 한다.

#### 4. 맺는말

검찰은 그동안 스스로 정권에 과도하게 코드를 맞추어 편파적이고 무리한 수사와 기소를 남발했다. 그리고 정권말기 권력 누수기에 검찰은 아무런 견제 장치가 없는 무소불위의 권력기관이 되어버렸다.

권력은 통제되지 않으면 부패하기 마련이다. 최근의 일련의 사건들은 이를 그대로 보여준다. 부패는 공직자 개개인의 의지에만 기대서는 해결할 수 없는 구조적 문제이므로 제도 개혁이 반드시 필요하다. 검찰 개혁은 그 출발점이자 가장 효과적인 방법이다. 기관 또는 정파 간의 이해관계의 관점이 아니라 권력의 민주적 통제라는 관점에서 검찰 권력을 정상화하는 것이 반드시 필요하다.

또한 권력기관의 개혁을 추진함에 있어 과거사를 정리하는 것이 필수적이다. 과거사 정리를 통하여 권력기관의 위법·부당한 권한행사와 인권침해에 대한 진지한 반성이 필요하고 재발 방지대책을 마련하여야 한다. 이런 의미에서 검찰의 과거사 정리도 추진하여야 할 것이다.

기득권에 안주한 검찰개혁의 대상이 개혁의 주체가 될 수 없음이 분명히 확인되고 검찰 스스로의 보여주기식 개혁으로는 더 이상 해결을 기대할 수 없게 된 이상 이제는 정치권, 시민사회나 민간 전문가, 국민의 참여가 함께 이루어져 검찰 개혁 방안을 실현할 수 있기를 기대한다.

## 검찰의 권한 집중과 개혁방안에 대한 토론

김도현 (새사회연대 정책위원장, 동국대학교 법과대학 교수)

①정치권력으로부터의 독립성과 중립성 확보, ②권한의 분산을 통한 견제와 균형, ③외부 기관과 시민의 감시로 요약되는 검찰개혁에 대한 발제자의 원칙과 방향에 대해 전적으로 동의한다. ①독립적인 반부패수사기구 신설, ②재정신청제도 개선, ③검사의 청와대 편법파견 금지, ④법무부의 탈검찰화, ⑤수사권과 기소권의 분리, ⑥검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 요건 강화, ⑦전관예우 근절 등의 구체적 개혁방안들도 어느 것 하나 빼놓을 수 없는 중요하고도 긴급하게 요청되는 대책들이라 생각된다. 다만 여기서 빠진 것이 있다면 그것은 검찰의 내부조직과 검찰 인사에 관한 문제가 아닐까 한다.

그동안 국민적 관심사가 되는 중대한 사건의 수사과 기소에서 적지 않은 경우 정권의 입맛에 맞는, 혹은 상급자의 눈치를 보는 처리가 검찰에 의해 행해져왔고 그에 따라 시민들의 검찰에 대한 불만과 불신은 증대되어왔다. 죽은 권력에 대해서는 가차 없었던 반면, 살아있는 권력에 대해서는 기껏해야 그 심기를 건드리지 않는 선에서 적당히 타협했고, 권력의 눈 밖에 난 정치적 반대자나 사회적 소수자들에 대해서는 억압적인 수사과 기소로써 사실상의 처벌을 검찰 스스로가 부과함으로써 공정한 법집행이라는 본연의 임무가 방기되고 있다는 비판을 받아왔다. 실질적 법치주의에 반하는 이러한 사태에 대한 검찰 외부의 감시와 통제는 대개 불충분하거나 너무 늦은 것이 되기 십상이다. 수사과정과 기소과정 그 자체가 사실상의 처벌인 까닭에 나중에 무죄판결을 받는다고 해도 이미 돌이킬 수 없는 침해가 피해자에게 가해진 뒤인 것이다. 또한 비록 검사의 기소에 의해 공판이 개시된다고 하더라도 불고 불리의 원칙의 적용을 받는 사법부로서는 검사가 법정에서 현출하지 않는 증거나 주장을 적극적으로 조사하고 판단하기가 거의 불가능하다.

필요하다면 법무부장관의 지휘권이 발동될 수 있을 것이다. 법무부장관은 일반적으로 검사를 지휘·감독하고 구체적 사건에 대하여는 검찰총장을 지휘·감독할 권한이 있다.(검찰청법 제8조) 검찰의 정치적 독립성과 중립성은 물론 존중되고 보장받아야 하겠지만, 동시에 민주적 정당성을 갖는 정부의 감독과 통제를 그러한 정당성이 없는 검찰이 때로 받아야 할 경우가 있는 것이다. 검찰은 사법기관이 아니라 어디까지나 행정기관이기 때문이다. 하지만 이러한 권한은, 적어도 공식적으로는, 그동안 거의 사용되지 못했다. 법무부장관 역시 대개 검찰출신으로 검찰총장보다 연수원 기수에서 약간 앞서는 사람이 임용되었기 때문에 공식

적으로보다 비공식적으로 지휘하기가 용이했다는 측면도 있었겠지만, 그보다 검찰과 법무부가 결국 같은 줄기였던 탓에 굳이 법무부장관의 지휘가 없더라도 정권과 검찰의 코드가 대부분 일치했기 때문일 것으로 여겨진다. 따라서 검찰 출신이 아닌 법무부장관을 임용하는 것은, 정권으로써는 검찰을 용이하게 통제하기 힘들어지는 부담이 있겠지만, 검찰권의 정립과 공정한 법집행을 위해 필요한 일이 아닐 수 없다. 법무부 문민화는 법무부장관에서부터 출발해야 한다.

최근의 상황을 미루어 짐작해보면 정권으로서는 법무부장관을 통해서보다는 청와대 민정수석실을 통해 검찰을 장악하는 경향이 강화되어온 것 같다. 최근 옷을 벗은 검사 출신 변호사를 민정수석으로 채용하여 검찰인사권과 비공식적 인맥관계를 이용해서 검찰의 수사과 기소에 영향력을 행사하고 있는 것이 아닌가 하는 의구심이 널리 퍼지고 있는 것이다. 따라서 단순히 사직한지 1년이 지난 전직 검사를 비서실에 채용하는 것으로는 충분하지 못하다. 가급적이면 검사 출신이 아닌 사람 가운데 비서관을 채용해야 할 것이다. 특히 검찰인사를 사실상 좌지우지하고 있는 민정수석비서관만은 검찰 출신이어서는 곤란하다고 생각된다. 이것 또한 정권으로서는 비공식적으로 검찰을 길들이고 통제할 수 있는 손쉬운 루트를 버리는 일이지만, 민주헌정체제를 이룬지 30년이 되어가는 마당에 이제는 비공식적 통제를 과감히 버리고 공식적인 통제, 민주적이고 합법적인 통제의 길로 나아갈 때가 되었다고 본다.

검찰 내부에서는 어째서 일사불란하게 정권과 상급자의 입맛에 맞는 행태가 보이는 것일까? 검사는 검찰사무에 관하여 소속 상급자의 지휘·감독에 따라야 하지만, 구체적 사건과 관련된 지휘·감독의 적법성이나 정당성에 대하여는 이견이 있을 때 이의를 제기할 수 있는 권한이 있다.(검찰청법 제7조) 하지만 상급자에 대해 이러한 이의제기권이 행사되었다는 이야기는 거의 들어본 적이 없다. 분명 인사권을 상급자가 가지고 있기 때문일 것이다. 물론 행정기관에서 상급자의 하급자에 대한 인사평정권은 당연한 것이며 필수적인 것이라 할 수 있다. 문제는 지나치게 서열화된 검찰의 조직구조와 피라미드 모양의 가파른 승진구조에 있다. 연수원을 갓 졸업하고 평검사로 임용되면 서울과 지방을 전전하면서 승진의 계단을 한 단계씩 올라서야 살아남을 수 있다. 대체로만 보아도 평검사, 부부장검사, 부장검사, 차장검사, 검사장, 고검장, 검찰총장에 이르는 계서적 구조가 확고하게 박혀있는 것이다. 특히 ‘검찰의 꽃’이라 불리는 검사장으로의 승진은 매우 선별적으로 행해져서 승진이 되지 못하면 옷을 벗고 변호사로 나서야 하는 것이 과거에 불문율처럼 되어 있었다. 자신의 장래 승진을 좌우할 수 있는 상급자에게 어떻게 이의를 제기하면서 바른 소리를 할 수 있겠는가? 오히려 이러한 구조 속에서 일선 검사들은 자신의 상급자와의 끈끈한 유대관계를 형성함으로써 출세를 보장받고자 하는 행태가 나타나는 것이다.

법률상 검사의 직급은 검찰총장과 검사로 구분한다.(검찰청법 제6조) 검찰총장이 아닌 다른 모든 검사들은 그냥 ‘검사’일 뿐, 검사들 간에 경력과 능력의 차이에 따른 직무상의 위계는 있을지언정 계급상의 상하관계는 적어도 법률상으로는 존재하지 않는다. 그럼에도

불구하고 사실상의 직급이 엄존하고 있으며, 이러한 사실상의 승진에서 탈락하거나 널리 선호되지 않는 곳으로 사실상 좌천당하는 경우 검사들은 대개 검찰을 떠나게 되는 것이다. 지나친 서열계급구조와 비공식적 내부연줄관계를 청산하지 않고서는 검찰은 일사불란한 피라미드 체제로 계속 유지될 것이고 정권에 의한, 그리고 상급자에 의한 비공식적 압력에도 여전히 취약한 채로 남아있을 것이다. 최근에 온 나라를 뒤흔들고 있는 일련의 전대미문의 사건에 대한 수사가 과연 공정하고 합법적으로 이루어질 수 있을 것인가에 대한 의심을 떨쳐버릴 수 없는 이유도 인사권이 여전히 정권에게 남아있기 때문이다.

하지만 행정부 소속 공무원인 검사의 지위를 사법부의 법관처럼 독립된 단독관청으로 만들 수는 없을 것이다. 일정한 관료적 상하관계는 법집행을 행하는 공무원 사회에 불가피한 것이다. 그러나 지휘관계를 공식화하며 지나친 서열주의를 없애며 승진이라는 당근을 감소시켜 일선 검사들이 서열과 승진에 연연하지 않고 법에 따라 소신껏 능력을 발휘할 수 있도록 한다면 인권침해나 부당한 수사 및 기소를 대폭 줄일 수 있을 것이다. 무엇보다 검사장의 자리를 크게 축소해야 할 것이다. 현재 50개 정도의 검사장 자리를 지방검찰청 검사장 정도만 남기고 없애버린다면 검사장으로 승진하기 위해 정권의 눈치를 보는 일이 많이 줄어들 것이다. 검찰청은 다른 행정부처와 비교해서 지나치게 많은 차관급 자리를 가지고 있다. 물론 법원은 차관급 고법부장급 자리가 더 많다. 하지만 삼권분립의 한 축인 독립된 사법부와 행정기관의 하나인 검찰을 대등하게 비교할 수는 없는 노릇이다. 검찰이 법원과 대등해지려고 한다면 그것은 검찰의 오만일 뿐이다. 더욱이 최근 들어 법원도 고등법원 부장판사를 없애는 방향으로 정책을 잡아 추진하고 있다.

조직구조의 면에서도 필요하다면 개혁을 추진해야 할 것이다. 이를테면 고등검찰청을 계속 유지할 필요가 있을까 하는 의문이 있다. 법원은 항소심 재판을 위해 고등법원이 필요하지만 재판의 일 당사자에 불과한 검찰이 굳이 고등법원에 대비되는 고등검찰청을 설치할 필요가 있는가는 의문이다. 항소심 공소유지는 당해 사건의 제1심을 담당했던 지방검찰청이 수행하지 못할 이유가 없어 보인다. 항고사건 처리가 고등검찰청 제도의 이유가 될 수 있겠지만 그것은 항고제도를 설계하기 나름인 것이다. 고등검찰청을 폐지하고 그 권한을 대검찰청과 지방검찰청으로 분산시킨다면 고등검사장 제도도 굳이 필요치 않게 될 것이고 따라서 승진의 계서가 그만큼 줄어들 수 있을 것이다.

검찰에 대한 시민적 통제를 강화하기 위해 장기적으로는 지방검사장의 주민선거제도의 도입, 사인소추제도의 도입, 미국식 기소배심 제도의 도입 등도 논의의 아젠다에 올려야 하겠다. 하지만 이들 제도는 그 효용과 손실을 면밀히 따져서 신중하게 접근할 필요가 있다. 지금처럼 검찰권이 막강한 때에 지검장 선거제도는 검찰의 권력을 견잡을 수 없이 강화시켜 줄 우려가 있다. 사인소추제도나 대배심제도는 본디 전근대적 기원을 가진다는 점에서 현대적 형사사법체계의 공공성과 어떻게 조화될 수 있을지를 비교법적으로 그 부작용과 실제적 효용성과 함께 섬세하게 살펴보아야 한다.

## 검찰의 권한 집중과 개혁방안에 대한 토론

서 보 학 (경희대학교 법학전문대학원 교수, 참여연대 사법감시센터 소장)

검찰하면 '정치적 편향성', '권력의 시녀', '무소불위의 통제 받지 않는 권력', '국민에 대한 무책임성' 등의 이미지를 떠올리게 되는데, 이는 한국 법치주의·민주주의의 불행이다. 검찰을 개혁하지 않고 이 땅에서 올바른 법치주의·민주주의를 회복하기란 요원한 일이다. 과거 김대중 대통령은 '검찰이 바로 서야 나라가 바로 선다' 고 했지만 이제는 '검찰이 죽어야 나라가 바로 선다' 는 말이 나오고 있는 실정이다. 최근 대통령의 무능과 비선실세들의 국정농단으로 야기된 국정혼란사태를 지켜보면서 검찰과 검찰출신 인사들도 이 사태의 주요한 공범이라는 의구심을 감추기 어려운 것이 솔직한 심정이다. 때문에 엇그제 대표적 보수신문인 조선일보가 사설에서 검찰을 해체·재건하는 수준까지의 대대적인 개혁이 필요하다고 논평하기도 하였다. 검찰은 과거 수차례 우리 사회의 중요한 고비마다 진실에 이르는 길목을 막고 앉아 정의의 실현을 방해하고 우리 사회의 발전을 좌절시킨 전과를 갖고 있는데 이번 사태에서도 역시 똑 같은 잘못을 저지르지 않을까 염려되는 상황이다(\* 편한 잠바 입고 팔짱끼고 웃으면서 조사 받던 우병우를 상기해 보라!). 검찰의 무능과 부패, 정치적 편향성, 권력 앞에서의 비굴함, 권한남용이 임계점에 도달한 상황이다. 이제는 정부, 국회, 언론, 시민사회, 학계 모두가 나라를 바로 세운다는 절체절명의 심정으로 검찰개혁에 임해야 할 때라고 생각한다.

검찰개혁과 관련한 발제자의 의견에 다 동의한다. 이하에서 몇 가지 쟁점과 관련해 간단히 토론자의 의견을 덧붙인다. 발제문도 잘 지적한 바와 같이 검찰개혁의 요체는 ① 검찰의 정치적 중립성을 확보하여 정권의 검찰에서 국민의 검찰로 되돌리는 것, ② 수사권·수사지휘권·기소독점권·기소재량권·독점적 영장청구권·형집행권 등을 한 손에 쥐고 무소불위의 권력을 행사하고 있는 검찰권력을 분산시키고 견제와 통제의 시스템을 마련하는 것이다. 발제자가 언급한 개혁목록들이 모두 중요한 것들이다. 다만 한꺼번에 모든 것을 동시에 개혁하고 바꾸는 것은 사실상 불가능하기 때문에 근본적으로 검찰을 개혁하고 바로 세울 수 있는 개혁목록을 선별하여 집중적으로 개혁작업에 나서는 것이 현명한 방식이라고 생각한다.



## 1. 검찰의 정치적 중립성 확보 방안

### (1) 법무부장관의 지휘권 폐지

검찰청법 제8조에 의하면 법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하고, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독한다. 이 제도 때문에 정무직인 법무부장관이 스스로 정치적인 편향성을 갖거나 정치권력의 영향을 받아 검찰수사에 관여하게 되면 검찰은 정치적 중립성을 잃고 수사는 정치적 영향을 받을 수밖에 없게 된다. 따라서 검찰권 행사의 공정성을 담보하기 위해서는 정치적 영향력에 민감한 법무부장관의 구체적 사건에 대한 수사지휘·감독권을 폐지하여야 한다. 법무부장관은 법무행정과 관련해서만 일반적인 지휘권을 갖도록 하고 범죄수사에 대해서는 일절 간섭할 수 없도록 해야 한다. 법무부 장관이 지휘를 할 수 있도록 하되 반드시 서면지휘를 하도록 하는 방식도 지휘의 투명성을 확보할 수 있는 방안이 될 수는 있겠으나 실제 그러한 지휘방식이 지켜질지는 의문이다. 법무부 장관이 개입할 수 없도록 아예 지휘권을 폐지하는 것이 근본적인 처방이라 생각한다.

### (2) 검사의 청와대 파견 금지

검찰청법 44조의2는 현직 검사의 청와대 파견근무를 금지하고 있다. 검찰과 청와대의 관계가 밀착되는 것을 차단하고 청와대에서 근무하는 검사를 통해 검찰에 영향력을 끼치는 것을 막겠다는 것이 이 법의 취지다. 그러나 검사가 사직한 후 청와대 비서실에서 근무하고, 그 후 재임용 방식으로 검찰로 복귀하니까 형식상으로는 현직 검사의 청와대 파견금지법을 위반한 것은 아니다. 하지만 범망을 피해가는 사실상의 위법행위임에 틀림없다. 법집행기관인 검찰이 이런 방식으로 실질적인 위법행위를 저지르고 있는 현실이 매우 개탄스럽다. 검사들이 청와대 근무를 출세를 위한 스펙 쌓기용으로 이용하는 것을 막기 위해서는 즉시 검찰청법을 개정해 청와대에 근무하였던 검사는 최소 3년간 검찰에 재임용되지 않도록 규정해야 한다.

### (3) 검사동일체원칙의 완전한 폐지 / 상급검사의 지휘·감독권 제한

검찰청법(제37조)에 의해 검사는 사법관인 판사에 준하는 신분보장을 받고 있다. 범죄의 수사, 피의자의 체포·구속, 압수·수색의 실시, 공소의 제기, 형의 집행 등 형사절차에서 準사법적 기능을 수행하기 때문에 판사에 준하는 직무의 독립성·공정성이 요구되고 이를 위해 신분보장이 필요하기 때문이다. 그러나 검사동일체의 원칙과 내부결재제도에 의해 독립제 관청으로서의 검사의 지위는 사실상 유명무실화 되어 있다. 일선 검사의 수사권·기소권이 검찰총장을 비롯한 간부 검사들에 의해 통제될 때 소신 있는 수사·기소를 하기가 어렵고

사법정의는 왜곡될 위험성이 커진다. 또한 상명하복식의 의사결정구조가 고착화되어 검찰조직의 민주성도 기대할 수 없게 된다.

비록 2004년 2월 검찰청법을 개정, 명목상으로는 ‘검사동일체의 원칙’을 폐지하고 ‘검찰사무에 관한 지휘·감독’ 규정(제7조)을 신설하여 하급검사가 상급검사의 지휘·감독의 적법성·정당성 여부에 대하여 이의를 제기할 수 있도록 하고 있으나, 이러한 명목상의 법개정으로 검사동일체의 원칙이 사라졌다고 믿는 사람은 아무도 없다. 검사동일체의 원칙의 실효성을 담보하는 ‘검사직무의 위임·이전 및 승계’ 규정(제7조의2)이 여전히 살아 있고 내부결재제도도 유지되고 있는데다가 인사권을 쥐고 있는 상급검사의 지시에 하급검사가 감히 불복하기가 쉽지 않기 때문이다.

검사동일체의 원칙을 완전히 폐지하기 위해서는 검찰청법을 개정하여 일반 검찰행정업무 외에 사건의 수사기소와 관련하여서는 상급검사가 담당 수사검사를 지휘·감독할 수 없도록 하여야 하고, 상급검사가 하급검사의 수사직무를 임의로 위임·이전·승계할 수 없도록 제7조의2 규정도 개정하여야 한다. 이러한 조치가 취해질 때에야 비로소 검사동일체의 원칙이 해체되고 準사법기능을 담당하고 있는 검사의 단독관청으로서의 지위도 회복이 될 것이다.

#### (4) 법무부의 문민화(법무부의 탈검사화)

현재 법무부가 검사에 의해 장악되어 있는 까닭에 검찰은 일개 외청을 넘어서는 중앙부처급의 힘과 영향력을 행사하고 있고, 반면 법무부는 검찰·검사들의 이해관계를 대변하는데 주력하는라 21세기 한국사회가 요구하는 다양한 법무행정을 펼치지 못하고 있다. 또한 법무부가 검찰권력의 전횡과 남용을 견제하는 역할도 제대로 수행하지 못하고 있는 실정이다. 따라서 법무부의 문민화 및 법무부·검찰의 분리가 필요하다. 그러기 위해서는 법무부내 검찰국의 규모를 최소화하여 이곳에만 검사를 잔류시키고 나머지 실국에서는 모든 검사를 철수시켜야 한다. 대신 변호사자격을 가진 법률가들을 법무행정공무원으로 선발하여 검찰일반사무를 지휘·감독하도록 하며, 21세기 한국사회의 요구와 수요에 걸 맞는 다양하고 전문적인 법무행정을 개발·수행하도록 해야 할 것이다.

검찰청을 실질적으로 법무부로부터 독립된 외청으로 분리시켜 범죄수사 및 공소유지기능을 집중시키고 법무부는 국제화·전문화 시대에 맞게 법무검찰 행정의 전문기관으로 법무정책, 인권옹호, 국가 송무, 교정, 보호, 출입국관리와 외국인정책 등의 사무만을 관장하도록 하여 법무부와 대검찰청의 기능과 관계를 재정립하여야 한다. 현행 헌법에서는 사법부처럼 검찰을 행정부로부터 완전 분리 독립시키는 것은 삼권분립의 원칙에 반하므로 행정부 내에서 독립하는 방안이어야 한다. 정부조직법과 검찰청법을 개정하면 가능한 일이다. 법무부와 검찰 간에는 적당한 견제 및 협조관계를 구축하여 양 기관 간에 ‘check and balance’ 시스템이 형성되도록 하여야 한다. 이를 위해서는 법무부 장관을 원칙적으로 비검사 출신을 선임하여 법무행정과 관련한 검찰에 대한 일반적인 지휘·감독권을 부여하고 인사권과 감찰권을 통해 검찰권력의 남용을 견제할 수 있도록 해야 할 것이다.

## (5) 인사시스템의 개혁 / 내부 승진제도 폐지

인사에 민감한 공무원의 특성을 감안할 때 객관적인 인사평정시스템이 확립되지 않고는 검사들이 상급검사들의 지시 및 외부의 정치적 입김에서 벗어난다는 것이 쉽지 않다. 따라서 인사시스템의 개혁이 시급히 선행되어야 한다. 법무부에 근무평정을 위한 전문부서를 설치하여 객관적 인사평정자료를 개발하는 한편, ‘인사위원회’를 심의기구 내지 의결기구로 격상시키고 위원회에 과반수 이상의 외부인사와 평검사 등이 참여하여 검찰인사가 객관적인 자료에 근거해 공정하고 투명하게 이루어지도록 해야 한다.

보다 근본적인 방안은 검찰 내 승진제도를 폐지하는 것이다. 일선 검사들의 최우선 목표는 차관급인 검사장이 되는 것이다. 높은 권세와 지위가 보장되고 더 높은 자리로 갈 수 있는 자리이며 퇴임 후의 몸값도 쟁쟁 뛰기 때문이다. 검사장 인사를 청와대, 법무부장관, 검찰총장이 좌지우지하기 때문에 출세를 지향하는 검사들은 소신을 접고 집권세력 및 윗선의 의중대로 검찰권을 행사할 수밖에 없는 구조인 것이다. 따라서 내부 승진제도를 없애고, 검사장과 부장검사를 보직개념으로 운용하여 실질적으로 검사의 직급을 검찰총장과 검사로 단순화 시켜야 한다. 뒤에서 언급하는 것처럼 검사장을 주민들의 직접 투표로 선출하는 방안도 적극 고려할 필요가 있다. 검사장 인사권을 주권자인 시민들에게 되돌려 주는 것이다.

## (6) 검찰총장추천 및 임명과정의 개선

검찰총장후보추천위원회의 구성과 운영방식을 바꿀 필요가 있다. ‘검찰총장후보추천위원회’ 위원 9명의 구성이 1. 대검찰청 검사급 이상 검사로 재직하였던 사람으로서 사회적 신망이 높은 사람, 2. 법무부 검찰국장, 3. 법원행정처 차장, 4. 대한변호사협회장, 5. 사단법인 한국법학교수회 회장, 6. 사단법인 법학전문대학원협의회 이사장, 7. 학식과 덕망이 있고 각계 전문 분야에서 경험이 풍부한 사람으로서 변호사 자격을 가지지 아니한 사람 3명(이 경우 1명 이상은 여성)으로 되어 있어, 법조관련 당연직 위원의 숫자가 너무 많고(4명) 또한 지나치게 법조인 또는 법조관련 자들의 비중이 높아(6명) 일반 국민들이 원하는 바람직한 검찰총장상과는 괴리가 있는 사람들이 후보로 추천될 가능성이 매우 높다. 게다가 위원들을 전부 법무부장관이 구성하도록 되어 있고 장관의 부하인 법무부 검찰국장이 당연직 위원으로 되어 있어서 법무부장관이나 대통령의 의중이 쉽게 위원들에게 전파될 수 있는 약점도 가지고 있다. 형식은 후보추천위원회를 통해 다양한 여론을 반영하되 실제로는 법무부장관 또는 대통령의 의중이 결정적으로 작용하도록 되어 있는 셈이다. 따라서 당연직 위원 및 법조인(전직 법조인을 포함) 위원의 숫자를 과반이 넘지 않도록 줄일 필요가 있고, 특정세력이 의사결정을 좌우하지 못하도록 하기 위해 내부 의사결정도 2/3 이상의 동의가 있을 때 가능하도록 할 필요가 있다.

나아가 검찰총장의 자격도 문호를 개방하여 검사출신이 아닌 법조인 및 법조인 출신이 아닌 인사도 총장에 임명될 수 있도록 하는 것이 검찰조직의 내부문화를 민주적·개방적·합리

적인 것으로 개혁하는데 도움이 될 것으로 본다.

## 2. 검찰권력의 분산과 견제장치 마련

검찰권력의 과잉화에 따른 문제점을 인식하고 그 대비책을 마련하는 것은 매우 중요한 문제이다. 검찰이 정치권의 손을 떠나는 것은 바람직 하지만 그렇다고 비대화된 검찰권력을 그대로 두거나 견제할 제도적 장치를 마련하지 않는다면 검찰권력의 독주라는 또 다른 문제점을 낳기 때문이다. 검찰의 정치적 독립성을 보장하면서도 검찰권력의 독주와 남용을 방지할 수 있는 시스템의 정착이 시급히 요청된다.

### (1) 수사·기소의 분리 및 검찰기능 바로잡기

수사권과 기소권은 각각 그 자체가 매우 막강한 권한이다. 타인을 죽이고 살릴 수 있는 권한인 것이다. 때문에 이러한 두 개의 막강한 권한이 한 기관에 주어지는 것은 매우 위험한 일이고 따라서 전세계 모든 문명국가는 수사권과 기소권을 분리하여 권한의 독점과 남용을 예방하고 있다. 그런데 한국 검찰은 이 두 개의 권한을 모두 한 손에 쥐고 있다. 이러한 잘못된 제도에서 검찰권력의 비대화와 권한남용은 필연적인 결과로 나타난 것이다.

본래 검찰제도는 근대형사소송의 탄핵주의원칙과 국가소추주의가 결합하여 탄생한 제도이기 때문에 그 본질적 기능은 기소와 공소유지에 있다. 그럼에도 한국 검찰은 기소유지는 소홀한 채 수사에 전적으로 매달려 있다. 한국 검찰처럼 경찰화되어 있는 검찰조직은 전세계 어디에도 찾아볼 수 없다. 그러다보니 한국의 형사법정에서 공판중심주의가 실현되는데 한계가 있고 여전히 실체적 진실은 검사의 수사조서가 좌우하고 있는 실정이다. 형사절차에서의 실체적 진실을 법원이 아닌 검찰이 사실상 좌지우지하고 있는 것이다. 그리고 그동안 검찰 조사과정에서 벌어진 인권침해 사례는 셀 수도 없이 많지 않은가? 검사가 수사기관화되어 있고 전혀 견제를 받지 않는데서 오는 폐해이다.

수사권과 기소권이 모두 검찰에 귀속되면서 공정한 기소권의 행사가 어렵게 되는 문제점도 나타나고 있다. 2년전 서울시 공무원 간첩사건에서 조작된 증거가 법정에 현출된 것이 좋은 사례이다. 기소권과 수사권은 원래 다른 기관에 귀속되어 서로 견제하고 감시하는 역할을 하여야 하는데, 우리나라에서는 양 권한이 검찰에 독점되어 있다 보니 기소권이 수사권을 견제하고 감시하는 역할을 제대로 못하고 있는 것이다. 이렇게 권력이 한 곳에 독점될 때 그 피해는 국민들이 입게 된다.

이제 근본적인 개혁방안을 도입할 때가 되었다고 생각한다. 수사와 기소를 분리하는 것이다. 검찰은 기소, 경찰은 수사를 맡도록 하는 것이다. ‘수사와 기소 분리’를 통해 경찰은 수사권을 행사하고 검찰은 기소권을 가지고 수사권을 견제(+수사에 대한 사법적 통제)함으로써 형사절차상 수사기관과 기소기관 간에 견제와 균형이 이루어지도록 도모해야 한다.

수사와 기소의 분리는 권력의 비대화와 독주로 심각한 병증을 보이고 있는 검찰조직을 정상화시킬 수 있는 가장 근본적인 치료방법이다. 이 문제는 어느 조직에 더 권한을 줄 것인지 또는 어느 조직을 더 믿을 수 있는지의 문제도 아니다. 전세계가 일반적으로 채택하고 있는 권력분점 및 견제와 균형의 시스템을 우리나라에도 도입하자는 것이다. 형사사법영역에서 민주주의원칙을 실현하자는 것이다. 검찰이 공소기관으로서의 제자리를 찾을 때 비로소 우리나라의 형사절차도 본래대로 복귀해 정상적으로 굴러갈 것이다.

수사와 기소가 분리되면 어느 한 조직이 사건의 실체를 감추는 것이 어려워져 실제적 진실발견에도 더 도움이 될 것으로 기대한다. 인권침해예방의 문제는 - 검사들이 주장하듯이 - 검사의 수사지휘로 예방될 수 있는 것이 아니다(\* 검사들이 직접 수사를 하는 한 그들도 역시 수사경찰관들처럼 인권침해의 가능성이 높은 수사관들일 뿐이다). 인권보장의 문제는 피의자신문과정을 투명화(전면영상녹화 내지 음성녹화)하고 변호인의 참여를 실질적으로 보장함으로써 더 잘 보장될 수 있을 것이다. 물론 경찰을 바로 세우기 위한 개혁작업이 동시에 함께 시행되어야 함은 당연한 일이다.

## (2) 공직자비리수사처(또는 상설기구특검)의 설치

검찰권력을 견제하고 사정권력을 중립화할 수 있는 중요한 개혁과제가 바로 ‘공직자비리수사처’ (이하 공수처)의 설치이다. 공수처는 홍콩의 염정공서(廉政公署)나 싱가포르의 부패행위조사국과 같이 고위공직자의 비리를 겨냥한 특별사정기구이다. 검찰·경찰이 있음에도 별도의 특별수사기구를 만드는 것이 ‘옥상옥’이 될 것이라는 비판도 있지만, 공수처의 신설은 부패통제의 효율성을 현저히 높일 수 있다는 점에서 또한 현재 사실상 치외법권지역에 놓여 있는 판·검사들의 비리를 효율적으로 감시·척결할 수 있다는 점에서 반대할 이유가 없다. 또한 검찰·경찰이 정치적 종속성을 떨쳐버리지 못하고 있기 때문에 권력형비리를 독자적으로 수사·기소할 수 있는 특별기구의 필요성은 부인할 수 없다.

다만 공수처의 성공여부가 정치권의 부당한 개입을 차단하고 인사, 예산, 활동에 있어서 철저한 독립성이 보장되는 것에 달려있음을 고려할 때 대통령의 직속 하에 두기보다는 국가인권위원회처럼 독립기구화 하는 것이 옳을 것이다. 공수처장의 임명에 있어서도 기존의 특별검사와 같은 투명하고 공정한 인사절차(예컨대 국회청문회와 임명동의절차)를 거쳐야 함은 물론이다. 또한 공수처가 직무의 독립성을 유지하면서 소신 있는 수사와 공정한 기소가 가능하도록 하기 위해서는 수사권과 함께 영장청구권 및 기소권이 부여되어야만 한다. (※ 다만 수사권과 기소권이 한 조직에 집중될 경우 또 다른 권력남용의 폐해가 드러날 위험성도 있기 때문에 조직 내에서 수사조직과 기소조직을 엄격히 분리하는 방안 또는 수사권만 보장하는 방안도 고려해 볼 수 있다). 이러한 모델의 공수처는 기존의 검찰권력을 견제하는 역할을 할 뿐만 아니라 검찰과의 선의의 경쟁을 통해 우리사회 상층부의 부패를 감시하고 일소하는데 크게 기여할 것으로 판단한다. 공수처는 자신의 존재 이유를 증명하기 위해 그리고 검찰·경찰은 스스로도 충분하다는 것을 증명하기 위해 열심히 일하게 될 것

이기 때문이다.

상설특검을 설치한다면 지금과 같은 제도특검이 아니라 상시존재하는 특별검사와 수사팀, 사무국을 갖춘 상설기구특검을 설치하여야 한다. 상설기구특검은 상시 존재하면서 인지수사권을 갖고 언제든지 수사·기소에 착수할 수 있어서 사실상 공수처와 같은 기능을 하게 될 것이다.

### (3) 검사장 직선제와 검찰기능의 지방분권화

검찰조직은 막강한 권한을 행사하고 있음에 반하여 국민들이 그 구성에 관여할 통로가 전혀 없어 매우 민주적 정당성이 취약하다. 검찰을 진정 국민의 검찰로 거듭나도록 하기 위해서는 주권자인 국민들이 직접 검찰조직의 구성에 관여할 수 있는 길이 열려야 한다. 검찰조직의 구성에 주권자인 국민들이 직접 관여할 수 있는 최선의 방안은 미국과 같이 지방검사장을 직접 선거를 통해 선출하도록 하는 것이다. 막강한 국가사정권력을 행사하는 검찰조직(실질적으로는 수사·기소권을 행사하고 있는 각 지장검찰청의 검사장)에 대해 국민들이 직접 책임을 물을 수 없다는 것은 그 자체로서 민주적인 시스템에 반하는 것이다. 물론 선거제도가 자칫 검찰권력을 정치권과 결탁시킬 위험성을 내포하고 있는 것이 사실이다. 그러나 검찰이 위정자의 뜻이 아닌 국민의 뜻을 헤아리고 국민에게 봉사하는 권력이 되도록 하기 위해서는 국민이 직접 책임을 묻는 선거제도의 도입이 필요하고 그 효과는 매우 긍정적일 것으로 생각한다.

현재의 제도를 전제로 지방검사장 직선제를 실시할 경우 18석을 선거로 선출하게 되므로 검찰조직은 전국단일형에서 18개 병립형으로 변모되는 한편, 당연히 대통령의 인사권의 일부가 선출직으로 이전 - 물론 그 범위와 내용은 구체적인 제도의 설계에 따라 달라질 것임 - 될 수밖에 없어 정치권력으로부터의 예측에서 어느 정도의 독립이 확보되게 된다. 18개의 병립 지방검찰은 전국단일형 검찰에 비하여 1/18로 축소된 것인 만큼 권한의 축소가 따르게 되는 한편, 중앙으로부터의 견제, 상호간 견제, 주민들로부터의 통제를 받게 되므로 억압적 권력의 순화효과가 있다. 또한 선출과정에서 검찰권력이 어떻게 사용되어야 하는 것인지에 대한 공론의 장이 형성되고, 형성되는 공론의 반영 또한 가능해 지는 점을 강조하고 싶다. 더불어 지방분권적 효과를 낳는 점까지 고려하면 새로운 미래를 꿈꾸는데 있어서 빼놓을 수 없는 과제로 위치지움이 마땅하다.

### (4) 기소권의 견제를 위한 재정신청사건의 전면확대

재정신청 제도는 기소독점권을 가지고 있는 검찰에 대한 견제기능을 수행하는 것으로, 고소사건 뿐만 아니라 고발사건에서도 검찰의 불기소 처분의 정당성에 대한 논란이 빈번하게 발생하고 있다. 특히 사회적 이목을 끄는 중요한 대형비리는 고발사건들이 많다. 따라서 고발사건에 대한 부당한 불기소처분에 대해서도 법원에 의한 심사가 가능하도록 재정신청제

도를 고발사건으로 전면 확대하여야 한다.

아울러 공소유지를 검찰에게 맡기는 것은 성실하게 공소유지를 수행할 의사가 없는 검찰에게 중요한 임무를 맡기는 것이고, 실제 수년간 국정감사 등에서도 확인되었듯이 검찰이 불성실하게 공소유지를 담당했던 사례가 다수 확인되고 있다. 우리의 재정신청제도와 비슷한 검찰심사회제도를 운영하고 있는 일본은 공소유지 담당 변호사 제도를 운영하고 있다. 따라서 2007년 형사소송법 개정 이전까지 시행되었던 공소유지 담당 변호사 제도를 부활하여야 한다.

### (5) 공정하고 엄정한 외부감찰 시스템의 마련

검찰구성원의 비리에 대한 감찰을 원칙적으로 법무부가 행사하도록 해야 한다. 현재의 검찰조직은 사실상 치외법권 지역에 놓여 있다. 검찰비리에 대한 수사는 검찰 스스로에 의해서만 가능하고 원칙적으로 감찰권까지 스스로 행사하고 있어 외부로부터의 감시와 통제에서 벗어나 있기 때문이다. 가장 강력한 사정권력을 휘두르는 검찰이 스스로는 어느 누구의 감시와 통제도 받지 않고 있는 현실은 민주적 법치국가에서는 용납할 수 없는 현상이다. 또한 그동안 검찰의 내부비리에 대한 자체감찰은 제 식구 감싸기와 온정주의로 흘러 엄정하지 못했던 것이 사실이다. 외부의 비리에 대해서는 서슬 퍼런 검찰의 칼날이 내부비리에 대해서는 무뎠다는 것이다. 이런 특권상황을 타파하기 위해서는 검찰구성원의 비리에 대한 감찰을 법무부가 행사하도록 해야 한다 한다.

또한 감찰부서에는 과반수 이상의 외부인사를 포함시켜 엄정하고 공정한 감찰이 이루어지도록 해야 한다. 감사원에 의한 직무감찰도 마땅히 이루어져야 한다. 외부에 의한 감찰이 검찰수사에 대한 부당한 영향력의 행사로 나타날 수 있다는 검찰의 항변은 외부의 감시를 피해보려는 핑계에 불과하다. 법과 원칙에 따라 수사기소하면 외부감찰을 두려워할 필요가 없는 것이며 또한 정도를 벗어나지 않는 검찰권의 행사도 외부감찰이 있어야만 담보될 수 있는 것이다.

## 검찰의 공소재량권 개혁과 국민 참여 방안

윤영철 (새사회연대 공동대표, 한남대학교 법학부 교수)

· 이창수 (법인권사회연구소 연구위원)\*

### 1. 서론: 기소권 제도 개혁의 필요성과 방향

우리나라의 검찰은 그동안 사건의 본질적인 해결보다는 형사처벌을 우선하는 경향과 이에 근거하여 사회의 중요문제에 모두 개입하려는 검찰만능주의의 경향<sup>1)</sup>으로 막강한 권력을 행사해왔고, 이로 인해 검찰을 점차 권위주의적이고 관료주의적이며 폐쇄적인 엘리트 권력 집단으로 전락시켰으며, 이로써 검찰이 막강한 권력을 행사하면서도 일반국민들로부터 그 정당성과 신뢰를 얻지 못하는 결과를 초래해왔다.<sup>2)</sup> 이러한 관료주의적·권위주의적 검찰<sup>3)</sup>은 민주주의에 기초한 국민을 위한 검찰이 아닌, 검찰조직을 유지하기 위한 검찰을 가속화시켰고, 이는 검찰의 민주적 정당성·공정성·객관성·투명성·보편성에 치명적인 타격을 줌으로써 결국 검찰에 대한 국민의 불신을 고조시켰다.<sup>4)</sup>

우리나라의 현행 형사소송법은 국가소추주의를 전제로 기소독점주의와 기소편의주의를 채택하고 있지만, 이는 검찰의 관료주의 및 권위주의와 결합하여 공소권의 행사를 검사의 자의적 독선에 의해 행해지게 하고, 권력분립원칙을 위협하며, 더 나아가 형사사법의 공정성과 투명성을 실추시키는 결과를 초래해왔다.<sup>5)</sup> 지금까지의 검찰개혁의 방향은 두 가지 방향에서 논의되어 왔다고 볼 수 있다. 첫째는 검찰의 정치적 중립성에 기초한 공정한 직무수

\* 주저자는 윤영철이고, 이창수는 2차 저자다.

- 1) 이는 수사기관으로서의 편의성 내지 기능적 효율성을 우선시하게 하고, 대중적이고 상징적인 우선적 형사처벌을 지향하게 하며, 검찰에 대한 과잉기대를 유발하여 검찰의 과중한 업무부담, 미진한 수사결과, 인권침해 등의 악순환을 초래함으로써, 공소기관으로서의 검찰의 임무와 기능을 왜곡시킨다(김종구, 「형사사법개혁론」: 새로운 패러다임의 비교법적 모색, 법문사, 2003, 490면 이하 참조).
- 2) 윤영철, “검사의 기소재량권에 대한 통제제도의 현황과 사전적·민주적 통제방안에 관한 소고”, 「法學論攷」 第30輯, 경북대학교 법학연구원, 2009,6, 316면.
- 3) 관료주의적·권위주의적 검찰이라 함은 준사법기관인 검찰이 국민에 대한 봉사적 기능을 간과함으로써 검찰권의 수요자이자 주체인 일반국민을 검찰과 격리시켜 검찰이 가져야 할 공정성·투명성·신뢰성을 확보하지 못한 상태의 검찰을 의미한다.
- 4) 윤영철, 앞의 글, 316면.
- 5) 위의 글, 같은 곳. 최근의 넥슨 주식을 뇌물로 받은 진경준 전 검사장 사건이나 스폰서 동창으로부터 접대와 금품을 받고 관련 수사를 무마시키려 한 김형준 부장검사 사건 등 현직 검사들의 잇단 비리 등으로 검찰에 대한 국민의 불신은 극에 달했을 뿐만 아니라 검찰의 수사와 기소의 공정성 자체에 의문을 제기하는 상황에 이르렀다.



행을 담보하기 위한 제도적 장치를 마련하는 방향<sup>6)</sup>과 둘째는 ‘검찰의 민주화’, 즉 검찰의 정치적 중립성과 합리적인 검찰조직문화의 확립을 넘어 검찰의 조직방식과 공소권의 행사 방식, 검찰의 자질과 윤리 및 검사의 활동범위와 방식을 개혁하자는 방향<sup>7)</sup>이다. 이 두 개혁 방안 모두 고도로 집중화된 검찰의 권한을 분산해야 한다는 현실 인식에 기초하고 있다. 즉, 과거의 독재정치권력을 지탱하는 권력체로서의 검찰을 개혁하자는 ‘사법민주화’의 일환으로 이해할 수 있다.

‘검찰개혁’은 사법개혁, 즉 사법 ‘민주화’ 개혁의 하위범주이다. 따라서 검찰개혁을 사법개혁의 맥락에서 이해할 필요가 있다. 사법개혁을 사법의 관료주의화·권위주의화와 이로 인한 사법조직의 폐쇄성·비유연성 때문에 사법조직 스스로의 민주화를 기대하기는 현실적으로 매우 어려우며, 따라서 사법조직의 외부세력, 즉 일반국민의 사법에의 참여를 통해 사법의 투명성·공정성·객관성·신뢰성·보편성을 확보하여 사법권의 남용을 견제함으로써 사법의 민주화를 실현하려고 하는 것이 ‘국민(또는 시민)의 사법참여제도’라고 할 것이다.<sup>8)</sup> 이러한 의미에서 국민의 사법참여는 바로 사법개혁의 본질적인 내용을 형성한다고 할 것이다.<sup>9)</sup> 그런데도 2005년 대통령 자문기구인 사법제도개혁추진위원회(이하에서 ‘사개추위’라 한다)는 검찰개혁을 독립적인 의제로 설정하지 않았으며 단지 재정신청의 확대방안만이 논의되어,<sup>10)</sup> 검찰개혁은 법무부와 검찰의 자체 개혁, 이른바 셀프개혁에 맡기게 되었다. 검찰 자체에 의한 검찰개혁의 일환인 검찰의 중립성 확보는 오히려 검찰조직의 폐쇄성으로 변질되어 검찰에 대한 정당한 민주적 통제를 어렵게 함으로써, 검찰이 민주주의사회에서 용인될 수 없는 통제받지 않는 권력기관으로 전락될 우려를 남겼다.<sup>11)</sup>

이런 맥락에 유의하면, 검찰개혁은 검찰의 민주화라는 관점에서 접근해야 한다. 즉, 검찰개혁을 검찰권의 개선과 그 행사방법의 개혁을 민주주의의 원리에 부합하도록 개혁하는 것이 중요하다. 왜냐하면 검찰이 가지는 검찰권도 헌법상의 권력분립원칙에 따라 통치권력을 조직적·구조적으로 실현하는 가운데 파생된 권력의 하나로서 형사사법 내부의 권력분립을 실현하기 위한 중요한 제도권력으로 국민주권주의에 근거하여 국가의 통치권력을 조직하는 오늘날의 민주주의국가에서 검찰권 역시 그 자체로 자기목적적인 권력일 수는 없다.<sup>12)</sup>

(국가의) 검찰권은 대체로 수사권과 기소권 및 재판집행의 지휘·감독권 등으로 형성되어 있다. 이 중 검찰의 수사권은 소추를 전제로 하는 것이라는 점에서 기소권과 긴밀한 관련을 갖고 있으며, 국가기관인 경찰과의 수사구조의 권한을 배분하거나 조정하는 문제와 연관되어 있다.<sup>13)</sup> 그러나 검찰권의 핵심은 물론 기소독점주의(검사만이 공소권을 가짐)와 기소편의

6) 문준영, “검찰권 행사에 대한 시민적 통제와 참여”, 「민주법학」 통권29호, 민주주의법학연구회, 2005.12, 173면.

7) 위의 글, 178면 참조.

8) 윤영철, “합리적인 ‘국민의 사법참여제도’에 관한 소고 - 사법개혁위원회건의안과 사법제도개혁추진위원회공정회안에 대한 비판을 중심으로 -”, 「형사정책연구」 제16권 제2호, 한국형사정책연구원, 2005 여름, 248면.

9) 윤영철(2009), 앞의 글, 318면.

10) 사법제도개혁추진위원회, 「사법제도개혁추진위원회 제3차 회의결과 및 의결안건」, 2005.5.16.

11) 윤영철(2009), 앞의 글, 같은 곳 참조.

12) 위의 글, 319면.

13) 이 글에서는 ‘검·경 간 수사권 조정’과 검찰의 경찰에 대한 수사지휘권의 문제는 논외로 한다.

주의(검사에게 불기소 또는 기소의 재량을 인정함)에 기초한 검사의 공소권 (또는 소추권, 기소권)이다.

그런데 그 동안의 검찰개혁 논의에서는 검찰의 기소권 남용을 방지하기 위한 견제 및 통제방안으로 주로 검찰항고·검찰재항고, 항고심사회나 재정신청의 확대 등이 논의되어 왔지만, 실제로 잘 작동된다고 볼 수 없었다. 이러한 의미에서 이 글에서는 ‘검찰(권)의 민주화’ 개혁방안을 검찰의 고유한 권한처럼 인식되어온 검찰의 기소재량권을 통제하여 검찰의 자의적인 소추권 행사를 방지하고 현재의 국가소추주의의 문제점을 극복하기 위해 ‘기소권’ 제도를 민주적으로 개혁하는 방안을 제시하고자 한다.

## 2. 현행 제도의 평가: 검사의 기소재량권<sup>14)</sup>에 대한 ‘견제’ 장치들<sup>14)</sup>

우리나라의 현행 형사소송법은 기소독점주의는 물론, 더 나아가 기소편의주의를 채택하고 있어 검사가 기소재량권을 남용할 여지를 남겨놓고 있다. 검사의 기소재량권 남용의 문제는 기소독점주의보다는 오히려 기소편의주의에 기인한다고 볼 수 있다. 이로 인해 검사의 기소재량에 대한 통제 역시 기소편의주의에 대한 효과적인 통제에 집중되어 있다. 실제로도 기소편의주의에 근거한 검사의 기소재량권 남용은 해방 이후 지속적으로 제기되었던 문제라고 할 수 있다. 우리나라의 현행법은 검사의 기소재량권 남용으로 발생하는 피해자·피의자의 권익침해를 구제하기 위해 다양한 제도를 마련하고 있다.

### 2.1 부당한 공소제기에 대한 견제

우리나라의 현행 형사소송법은 검사의 기소재량권의 범위를 넘는 부당한 공소제기를 통제하는 제도에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 판례는 “검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여 지는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있다”<sup>15)</sup>고 보며, “피고인에게 실질적인 불이익”을 초래한 경우가 검사의 기소재량권 일탈기준으로 제시<sup>16)</sup>하여 ‘공소권남용이론’에 의한 해결에 의존하고 있는 실정이다. 공소권남용의 유형으로는, 합정수사 등 중대한 위법의 존재하는 경우, 객관적 혐의가 불충분한 경우, 피의사건의 기소유예처분이 가능한 경우, 선별 기소한 경우, 누락된 잔여사건을 뒤늦게 기소하는 경우 등이 언급되고 있다.<sup>17)</sup> 그러나 현실적으로 적용되는 예가 매우 적고, 법원의 역할은 기소재량의 당부를 심판하는 것이 아니라 공

14) 윤영철(2009)(위의 글, 319-333면)을 수정하여 재수록하였다. 그리고 일부 인용이 빠진 부분도 있음을 먼저 밝힌다. 각종 통계지표들은 2015년까지 부기하였다.

15) 대판 2001. 10. 9, 2001도3106; 1999. 12. 10, 99도577 참조.

16) 대판 2001. 10. 9, 2001도3106.

17) 신동운, 「간추린 신형사소송법」, 법문사, 2007, 114면.

소사실을 심판한다는 점에 근거한 부정설<sup>18)</sup>의 강력한 비판을 받고 있어 법원의 공소권남용 이론에 기한 해석론은 그 의미가 매우 적다.

## 2.2 부당한 불기소처분에 대한 견제제도

### 1) 검찰항고제도와 항고심사회제도

현행 검찰청법은 제10조에서 검사의 불기소처분에 대하여 불복이 있는 고소인·고발인이 그 검사가 속하는 지방검찰청을 거쳐 관할 고등검찰청 검사장에게 항고할 수 있도록 규정하고 있다. 검찰항고의 제기는 불기소처분의 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 반드시 서면으로 해당검사가 속한 지방검찰청 또는 지청장에게 제출하여야 한다(검찰청법 제10조 제3항). 검찰항고는 불기소처분의 이유를 불문하고 인정되므로, 협의의 불기소처분은 물론 기소유예, 기소중지 및 참고인중지의 처분도 불복대상에 포함된다(같은 법 제10조 제4항 단서 참조).

검찰항고제도는 검찰조직의 자기시정적인 제도로서 고소인·고발인의 신속한 권리구제를 도모할 수 있는 의미를 갖고 있지만, 실천적인 측면에서 볼 때 검찰의 부당한 불기소처분을 시정하는 내적 견제제도라는 점에서 근본적인 한계를 가질 수 있고, 우리나라 검찰실무의 현실을 감안하면, 그 의미와 효과는 다소 부정적이라고 할 수 있다.

그리고 검찰은 내부지침으로 검찰업무의 투명성과 신뢰성을 높이기 위해 항고사건의 처리과정에 민간인이 참여할 수 있도록 하는 ‘항고심사회’ 제도를 2003년 7월부터 대구고등검찰청을 선두로 도입하여 운영하고 있다.<sup>19)</sup> 항고심사위원의 구성은 일반적으로 부장검사, 변호사, 교수와 사회단체구성원이나 민간인 각 1인으로 총 4인으로 구성되어 있다. 항고심사회제도로 인해 항고사건의 제기수사명령건수가 다소 증가추세를 보이고 있다고 언급할 수도 있다. 그러나 항고심사회제도 역시 사후적 견제제도로서의 한계를 넘지 못할 뿐만 아니라 심사위원의 수도 적은 편이고 변호사와 법학교수를 제외한 참여민간인은 고작 1명에 불과하여 일반국민의 법상식이 잘 반영되지 못하며, 여러 현실적인 제약으로 인해 심도는 심사가 어려워 검사의 기소재량권에 대한 견제기능은 그리 크지 않다고 할 수 있다. 항고심사회제도는 법률규정에 근거한 제도가 아니라 단지 검찰의 내부지침에 따른 제도로서, 법적 구속력을 가지지 못하는 문제점도 내포하고 있다.

18) 이재상, 「신형사소송법」, 제2판, 박영사, 2008, 346면.

19) 연합뉴스, “검찰, 항고사건에 민간인 참여제 도입”, 2003년 6월 26일 참조

〈표 1〉 고소·고발사건에 대한 항고 및 재항고 현황

	고소·고발 건수 (고소건수)	불기소 건수 (고소건수)	항 고				재항고			
			항고 건수	항고율	재기 수사 명령 건수	재기 수사 명령 비율	재항고 건수	재항고 율	재기 수사 명령 건수	재기 수사 명령 비율
2000	708,510 (497,605)	306,352 (257,735)	12,673	4.1%	1,399	11.0%	4,328	37.3%	211	4.9%
2001	735,876 (507,107)	307,730 (258,302)	11,583	3.8%	1,345	11.6%	4,804	44.1%	165	3.4%
2002	753,750 (524,469)	309,033 (265,958)	10,207	3.3%	1,253	12.3%	3,926	41.9%	121	3.1%
2003	821,295 (588,122)	326,682 (284,012)	11,201	3.4%	1,343	12.0%	4,490	43.8%	138	3.1%
2004	865,057 (630,709)	389,368 (335,216)	13,804	3.5%	1,888	13.7%	5,537	43.2%	145	2.6%
2005	802,411 (590,739)	404,579 (342,765)	15,514	3.8%	1,566	10.1%	6,228	44.1%	183	2.9%
2006	805,407 (599,331)	416,215 (355,016)	18,544	4.5%	1,750	9.4%	7,981	46.5%	285	3.6%
2007	748,401 (555,806)	386,211 (330,044)	18,792	4.9%	2,097	11.2%	8,032	45.3%	350	4.4%
2008	767,775 (585,857)	419,723 (362,408)	17,397	4.1%	2,174	12.5%	2,300	14.3%	113	4.9%
2009	807,239 (629,300)	453,944 (382,972)	19,533	4.3%	2,039	10.4%	2,354	12.1%	92	3.9%
2010	668,482 (514,895)	369,447 (305,261)	21,709	5.9%	1,659	7.6%	2,163	10.0%	78	3.6%
2011	623,350 (518,489)	341,289 (298,600)	20,717	6.7%	1,691	8.2%	2,002	9.7%	79	3.9%
2012	677,039 (564,967)	362,850 (319,527)	24,365	6.7%	2,205	9.0%	2,244	9.2%	122	5.4%
2013	699,865 (577,318)	461,758 (401,086)	25,104	5.4%	2,215*	8.8%*	956	3.8%	39	4.0%
2014	684,402 (566,839)	363,072 (314,545)	26,920	7.4%	2,569	9.5%	908	3.4%	30	3.3%
2015	705,689 (594,777)	400,838 (353,292)	28,154	7.0%	2,405	8.5%	1,198	4.3%	34	2.8%

출처: 법무연수원, 「2015년 범죄백서」, 2016; e나라지표의 자료(<http://www.index.go.kr/egams/default.jsp>)에서<고소사건 접수/처리현황>, <고발사건 접수/처리현황>, <항고, 재항고 접수/처리현황> 항목 참조)에서 시계열로 검색한 자료를 재구성한 것임. \* e나라지표에는 항고의 재기수사명령건수가 2,222건으로 되어 있어, 이를 기반으로 항고율을 보면, 8.9%이다.

위의 통계표에서도 알 수 있듯이, 고소·고발사건의 경우 연도별로 약간의 차이는 있으나, 2007년까지는 검사의 불기소처분에 대한 항고율은 4% 내외, 재항고율은 40% 내외로 다소 높은 것으로 나타나 있다. 그리고 2008년의 재항고건수(2,300건)와 재항고율(14.3%)이 예년에 비해 급격하게 감소한 것은 개정 형사소송법에 의해 재정신청제도가 모든 범죄로 확대되어 고소사건의 경우 재항고하지 않고 항고 후 바로 재정신청하게 된 점에 기인한다고

볼 수 있다. 또한 2013년부터 재항고건수가 급격히 감소한 이유는 재정신청권이 없는 고발인만 재항고할 수 있고, 재정신청권이 있는 고소인은 재항고할 수 없도록 지침이 개정되었기 때문이다. 항고사건의 경우 2004년 이후에 재기수사명령건수가 다소 증가추세를 보이는 것은 2003년 7월부터 도입된 항고심사회의 영향이 전혀 없지는 않겠지만,<sup>20)</sup> 그 외에도 2004년부터 항고건수가 증가추세를 보이는 것과는 무관하지 않다. 그리고 항고의 경우 재기수사명령을 받는 비율은 대체적으로 14% 이하, 재항고의 경우 재기수사명령을 받는 비율은 대체적으로 5% 이하로 매우 낮은 것으로 나타나 있다. 이러한 현상은 검찰항고 및 재항고제도가 그의 본래적 기능보다는 헌법소원을 제기하기 위한 선행절차로 운용되는 경향, 민사사건의 형사사건화에 기초한 검찰항고의 남발 등으로 인해 검찰항고업무가 급증하고 있음을 반영한 것이라고 할 수 있다. 이러한 점에서 볼 때, 현행 검찰항고제도 및 항고심사회제도와 같은 검찰조직 내부에 의한 사후적 견제로는 검사의 공소권 행사의 객관성, 공정성 및 투명성을 확보하기에 충분하지 않으므로 보다 적극적이고 민주적인 통제방안이 요구된다고 할 것이다.

## 2) 재정신청제도

재정신청제이란 고소인·고발인이 검사의 불기소처분에 대하여 불법·부당여부의 판단을 법원에 구하여 법원이 그 신청이 이유 있다고 인정하여 공소제기의 결정을 하였을 때 검사로 하여금 공소를 제기하거나 유지하도록 하는 제도로서, 현행 형사소송법 제260조 이하에 규정되어 있다. 재정신청제도의 원래취지는 기소법정주의를 채택하고 있는 독일의 형사소송법이 검사의 소추의무를 구체적으로 실현하기 위해 마련한 기소강제절차(Klageerzwingungsverfahren)에서 영향을 받았다고 할 수 있다.<sup>21)</sup> 재정신청은 위에서 언급한 검찰항고제도의 한계점을 극복하고 검사의 적정한 공소권 행사를 보장하여 검사의 부당한 불기소처분을 시정하는 데 그 제도적 의의를 가진다. 재정신청제도는, 국가가 범죄예방에 실패하거나 범죄인의 처벌을 통해 사후적으로 진압하는 책무를 다하지 못했을 때 범죄피해자인 고소인이 법원에 직접 범죄인의 처벌을 주장할 수 있는 헌법상의 기본권인 재판청구권을 형사절차법상 보장하기 위해 마련된 제도이기도 하다.<sup>22)</sup>

사개추위는 2005년 재정신청제도와 관련하여 그의 건의문에서 “재정신청의 범위를 모든

20) 2015년 9월 전해철 의원에게 제출한 법무부 자료에 따르면, 항고심사회의 심의건수는 2011년 2,872건(전체 항고사건의 15%)에 비해, 2015년 상반기 188건으로 급격하게 감소하여 같은 기간 전체 항고사건(12,213건)의 1.5%에 그쳤다. 또한 2011년 기준으로 항고심사회의 인용비율은 전체 검찰항고건수 평균 8.8%(1,691건)인데 비해, 같은 해 항고심사회를 거친 사건 2,872건 중 인용된 건수는 56건(1.9%)에 그쳤다. 2011년부터 2015년 상반기까지의 전체 항고인용률은 평균 9.6%인데 비해, 항고심사회는 평균 4.2%에 불과하다. 이는 항고심사회의 기소편의주의에 대한 견제역할은 미미하다는 증거이다(뉴시스, “검찰 항고심사제도 ‘유명무실’ 지적”, 2015년 9월 10일자. [http://www.newsis.com/ar\\_detail/view.html?ar\\_id=NISX20150910\\_0010280318](http://www.newsis.com/ar_detail/view.html?ar_id=NISX20150910_0010280318)).

21) 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2008, 355면; 허일태, “검찰중립화방안 - 검찰권행사의 공정성 담보를 위한 대책 -”, 「동아법학」 제30호, 동아대학교 법학연구소, 2002, 7면.

22) 현재결 1997. 8. 21, 94헌바2 재판관 이재화, 조승형, 이영모의 반대의견 참조.

범죄로 확대하고, 검찰항고전치주의 등의 제한을 두도록 하는 방안을 강구하는 것이 바람직하다”고 주장<sup>23)</sup>하면서 형사소송법개정안을 제시하였다. 재정신청의 전면확대를 포함한 사개추위안은 그 후 법무부의 심의와 국회의 논의를 거쳐 일부가 수정되어 개정 형사소송법으로 2007년 4월 30일에 국회 본회의를 통과하여 2008년 1월 1일에 시행되었다. 개정 형사소송법에 따르면, 재정신청의 대상범죄가 모든 범죄로 확대되었고, 형법 제123조 내지 제126조의 죄를 제외하고는 고소사건으로 제한되었으며,<sup>24)</sup> 재정신청 이전에 반드시 검찰항고를 거치도록 하는 ‘검찰항고전치주의’가 도입되었다.<sup>25)</sup> 그러나 재정신청제도의 전면확대가 마냥 환영받을 수만은 없는 것이 또한 현실이다. 왜냐하면 재정신청제도의 전면확대가 양면성을 가지고 있기 때문이다. 다시 말해서 이는 한편으로는 검사의 기소재량을 통제하고 범죄피해자의 권리를 보호하지만, 다른 한편으로는 법원의 과중한 업무부담으로 인해 형사사법의 효율성을 저해하고 피고소인의 불안정한 지위를 장기화함으로써 피고소인의 인권을 침해할 우려가 크기 때문이다.<sup>26)</sup>

<표 2>의 통계를 보면, 2008년 이전에는 재정신청건수가 매년 200건 내외로 매우 적으며, 더욱이 재정신청건수 중에서 부심판에 붙여진 건수는 없거나 1-2건에 불과하여 재정신청제도의 이용율이 매우 저조하다. 이는 기존의 재정신청제도가 가지는 문제점들에 기인하는 것으로서 그 본질적 기능을 거의 행하지 못해왔다는 방증이다. 재정신청의 대상을 모든 고소사건으로 확대한 2008년의 재정신청건수가 예년에 비해 약 50배 정도 증가한 것으로 나타나 재정신청제도의 이용률이 매우 높아졌으며, 공소제기결정건수도 100건 이상으로 많아져 당분간 재정신청건수가 증가할 것으로 전망되는 바이다. 다만, 최근의 공소제기결정비율은 1.2%에 불과하다.

현행 재정신청제도는 다음과 같은 문제점을 갖고 있다. 첫째, 법원의 낮은 인용율(공소제기결정비율)로 인해 사법불신이 법원으로 향할 수 있다. 둘째, 검찰과 법원 모두 기소 및 양형판단을 위한 객관적이고 합리적인 기준을 마련하지 못한 현실을 감안한다면, 재정신청에 의한 법원의 심사를 거친다고 하더라도 기소재량에서의 검사의 자의를 배제하고 평등원칙

23) 사법제도개혁추진위원회, 「사법제도개혁추진위원회 의결현황」, 2005.9, 109면 이하 참조. 재정신청제도의 전면확대에 관한 사개추위안의 주요내용은, ① 대상범죄의 모든 범죄로의 확대, ② 일부 예외를 인정한 검찰항고전치주의의 도입, ③ 재항고제도의 폐지, ④ 지방법원 합의부의 관할 및 기각결정에 대한 대법원예의 불복허용, ⑤ 재정법원 심사기간의 3개월로의 확장, ⑥ 재정신청 기각의 경우 재정신청인의 비용부담, ⑦ 재정결정 확정 시까지 공소시효 진행의 정지, ⑧ 항고절차에 준하는 재정신청의 심리방식 등이다.

24) 2007년 형사소송법의 개정으로 고소사건에는 재정신청이 가능해졌지만, 고발사건에 대해서는 형법 상 직권남용, 불법 체포 및 감금, 폭행, 가혹행위(형법 제123조부터 제125조까지)의 공무원 범죄에 대한 불기소처분의 경우에만 해당된다. 이후 2011년 개정을 통해 고발사건 중 형법 제126조의 피의사실공표에 대한 검찰의 불기소처분에 대해서도 피공표자의 명시한 의사에 반하지 않는 한 재정신청이 가능하게 되었다.

25) 형사소송법 제260조 제2항. 예외적으로 ‘항고 이후 제기수사가 이루어진 다음에 다시 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 경우’, ‘항고 신청 후 항고에 대한 처분이 행하여지지 아니하고 3개월이 경과한 경우’, ‘검사가 공소시효 만료일 30일 전까지 공소를 제기하지 아니하는 경우’에는 ‘검찰항고전치주의’의 예외를 인정하여 곧바로 재정신청을 할 수 있도록 규정하고 있다(형사소송법 제260조 제2항 단서).

26) 재정신청제도 전면확대의 양면성에 대한 자세한 내용은 조기영, “재정신청제도의 전망과 과제”, 「형사법의 신통향」 통권 제14호, 대검찰청, 2008.6, 3면 이하 참조. 재정신청제도 전면확대의 문제점에 대한 자세한 내용은 박미숙, “개정 형사소송법상 재정신청제도의 효율적 운용방향”, 「형사법과 형사정책의 현대적 과제」 약천 정해장 선생 고회기념논문집, 약천 정해장 선생 고회기념논문집 간행위원회, 2007, 519면 이하 참조.

을 제대로 실현하는 데는 여전히 어려움이 있을 수 있다. 셋째, 현행 헌법재판소법에 의해 법원의 재판이 헌법소원의 대상에서 배제되어 있는 상황에서 재정법원의 결정, 특히 기각결정에 대하여 대법원에 불복할 수 없도록 규정한 것은 위헌의 소지를 남긴다고 할 수 있다. 넷째, 재정신청권자가 고소인으로 한정되어 고소인이 아닌 범죄피해자는 검사의 불기소처분에 대하여 재정신청없이 바로 헌법소원을 청구할 수 있게 되는데, 이 경우에도 단일한 재정신청제도에 의해 권리를 구제받을 수 있도록 하는 것이 보다 합리적일 것이다.

<표 2> 불기소결정에 대한 재정신청의 접수 및 처리현황(2000년-2014년)

구분 연도	검찰								법원			
	접수			처분				미제	재정결정			
	계	구수	신수	계	공소 제기 명령	고법 송부	신청 취소		계	신청 기각	구심판 (%)*	신청 취소
2000	240	0	240	240	0	240	0	0	219	207	8(3.7)	4
2001	164	0	164	163	0	162	1	1	185	169	11(6.1)	5
2002	175	1	174	174	0	174	0	1	172	170	0	2
2003	183	1	182	183	0	182	1	0	175	169	2(1.2)	4
2004	273	0	273	273	0	273	0	0	248	243	1(0.4)	4
2005	218	0	218	218	0	218	0	0	206	204	0	2
2006	264	0	264	263	1	258	4	1	254	250	1(0.4)	3
2007	232	1	231	232	0	232	0	0	217	212	0	5
2008	5,500	0	5,500	5,423	0	5,421	2	77	4,446	4,283	97(2.2)	66
2009	5,841	77	5,764	5,703	0	5,701	2	138	5,199	5,061	82(1.6)	56
2010	7,409	138	7,271	7,212	1	7,209	2	197	6,941	6,709	163(2.4)	69
2011	6,875	197	6,678	6,651	1	6,651	0	224	6,615	6,443	100(1.5)	72
2012	7,985	224	7,761	7,736	0	7,735	1	249	7,061	6,893	105(1.5)	63
2013	9,294	248	9,046	8,951	0	8,951	0	343	7,881	7,743	96(1.2)	42
2014	10,058	344	9,714	9,740	1	9,739	0	318	9,294	9,106	114(1.2)	74

출처: 검찰연감 DB (<http://prosec.crimestats.or.kr/main/index.k2?cmd=main>) <불기소결정에 대한 재정신청의 접수 및 처리> 항목 등을 토대로 재구성한 것임.

\* (법원의) 구심판(공소제기결정) 비율 = 구심판/(재정결정 계-신청취소)x100

마지막으로 개정 형사소송법은 제262조의3을 신설하여 재정신청 기각의 경우 재정신청인이 재정신청절차의 비용 이외에 피고소인의 변호사비용 등을 부담하게 하는 지급명령이 가능하도록 규정하고 있는데, 이는 남고소를 방지하고자 하는 취지이다. 그런데 고소사건 낱발의 주요원인은 민사소송 및 집행절차의 비효율적인 구조로 인한 민사소송의 고비용과 지연, 형사소송을 통한 민사소송절차에서의 유리한 증거를 확보하려는 경향, 분쟁사건의 합리적인 해결보다는 감정적 대응으로 해결하려는 경향 등으로 인한 ‘민사사건의 형사사건

화’이다. 따라서 고소사건의 남발과 이로 인한 재정신청의 남용은 그 원인을 제거하는 제도적 개선을 통해 해결되는 것이 합리적이다. 그런데 형사소송법상 범죄피해자의 고소권(형사소송법 제223조)과 고소인의 재정신청권(같은 법 제260조 제1항)을 인정하는 동시에 경제적 압박을 통해 다시금 이를 제한하는 것은 처음부터 자유로운 고소권과 재정신청권의 행사를 방해하는 것으로 용인되기 어려울 것이다. 그리고 범죄로부터 국민의 권리를 보호하고 사회질서를 유지하는 것이 국가의 기본적인 책무임에도 불구하고 범죄피해자의 권리구제절차에 소요되는 비용을 개인에게 부담시키는 것은 오히려 법률전문가인 검사가 공소를 제기하고 유지하는 과정에서 나타날 수 있는 과오를 고소인 또는 재정신청인에게 그 책임을 전가하는 것으로 형사정의에도 부합하지 않는다. 더욱이 피고소인의 변호사비용 등에까지 확대하는 것은 고소권은 물론 재정신청을 과도하게 제한하여 범죄피해자의 권리구제청구권을 침해하는 것으로서 위헌의 소지도 있을 수 있다.

### 3) 헌법소원

헌법소원이란 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받는 자가 헌법재판소에 그의 구제를 청구하는 것을 말한다(헌법 제111조 제1항 제5호, 헌법재판소법 제68조 제1항). 우리나라는 제6공화국 헌법 제27조 제5항에서 범죄피해자의 재판절차진술권을 헌법상의 기본권으로 인정하였고, 이에 기초하여 헌법과 헌법재판소법에 따라 검사의 불기소처분에 대한 심사를 구하는 헌법소원이 가능하게 되었다.<sup>27)</sup> 이로써 검사가 가지고 있는 형사소추권의 행사·불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있게 되었다.<sup>28)</sup> 이러한 의미에서 헌법소원은 국가공권력의 기본권 침해에 대한 국민의 주관적 권리 보장과 객관적인 헌법질서의 보장수단으로서의 성격을 가진다.<sup>29)</sup>

27) 심재무, “검사의 불기소처분에 대한 불복제도 개선방안”, 「비교형사법연구」 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003.7, 293면.

28) 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원심판을 청구하기 위해서는, 먼저 헌법소원의 적법요건인 직접성, 자기(관련)성, 현재성 및 보충성이 충족되어야 한다(이에 대한 자세한 내용은 고경희/이진국, 「검사의 불기소처분 실태와 개선방안」, 한국형사정책연구원, 2006, 78면 이하; 심재무, 앞의 글, 296면 이하 참조).

29) 헌재결 1995. 7. 21, 92헌마144. 이러한 헌법소원은 국민의 기본권 보장을 실질적으로 확대시킨 역사적 소산의 하나로 평가된다.



<표 3> 불기소처분에 대한 헌법소원 심판사건 접수·인용 현황(2002년~2014년)

연도	구분	접 수	인 용(건)	인용률(%)
2002		598	27	4.5
2003		684	16	2.3
2004		731	14	1.9
2005		888	17	1.9
2006		1,209	19	1.6
2007		1,203	27	2.2
2008		449	20	4.5
2009		382	15	5.1
2010		400	20	5.1
2011		330	22	6.7
2012		321	38	11.8
2013		276	42	15.2
2014		340	28	8.2
2015		256	46	18.0

출처: 법무연수원, 「범죄백서」, 2006년 ~ 2015년. <불기소처분에 대한 헌법소원 심판사건 접수·인용 현황> 항목을 토대로 통합한 것임. 2015년의 통계수치는 헌법재판소 홈페이지에서 「헌법재판 사건통계」, <청구원인별 헌법소원심판 사건표 (\$68①)> 항목 중 2015년도를 검색하여 산출한 수치임. <http://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/info/selectEventGeneralStats.do> 참조.

그러나 위의 통계를 통해서도 알 수 있듯이, 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원의 실적을 보더라도 그다지 기대할만한 수준은 아니다. 2008년부터 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원의 접수건수가 예년에 비해 급격하게 감소한 것으로 나타나 있는데, 이는 다름 아닌 개정 형사소송법에 의한 재정신청의 모든 범죄로의 확대와 헌법소원의 보충성원칙의 결합에 기인한다고 할 수 있다. 그런데 2008년 이후의 불기소처분에 대한 헌법소원의 인용률은 2007년 이전보다 높고 인용건수도 증가해 의미 있는 변동을 보였다. 이렇게 볼 때 불기소처분에 대한 헌법소원제도는 검사의 자의적 불기소처분에 대한 효과적인 권리구제장치·통제수단이라고 볼 여지도 있지만,<sup>30)</sup> 헌법소원을 제기하는 건수와 인용된 사례의 절대수치는 여전히 적으며 앞으로도 감소할 것으로 보인다.<sup>31)</sup> 이런 면에서 볼 때, 헌법소원이 가지는 불기소처분에 대한 통제수단으로서의 의미는 미미하다.

30) 2008년부터 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원의 사건수가 감소했음에도 불구하고 인용률이 높아진 이유는 기존 재정신청제도가 대상사건의 제한으로 통상적인 사법적 권리구제장치로서의 역할을 제대로 수행하지 못했으며, 이로써 검사의 부당한 불기소처분에 의해 기본권을 침해당한 경우가 많다는 것이다.

31) 2007년 4월까지[누적] 헌법재판소에 접수된 헌법소원 12,400건 중에서 8,362건이 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원으로 전체의 약 67.4%를 차지하였다(법무부, 「개정 형사소송법」, 법무부, 2007, 132면 각주 103) 참조). 2007년 한 해에만 헌법재판소에 접수된 헌법소원 1,596건 가운데 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원이 1,203건으로 전체의 약 75.3%를 차지하였지만, 재정신청제도가 확대로 인해 전체 헌법소원 접수건수에서 차지하는 비율이 급격히 감소한다. 2015년에 헌법재판소에 접수된 헌법소원 1,325건 가운데 불기소를 청구원인으로 한 사건은 256건으로 전체 헌법소원의 19.3%를 점하고 있다(헌법재판소, 「헌법재판 사건통계」, <청구원인별 헌법소원심판 사건표 (\$68①)> 항목의 해당 연도 참조. <http://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/info/selectEventGeneralStats.do>).

그리고 개정 형사소송법이 재정신청의 대상을 모든 범죄로 전면 확대한 점(형사소송법 제 260조 제1항)과 헌법소원의 보충성 원칙에 따라 다른 법률적 구제절차가 존재하는 경우에는 이를 거치지 않은 상태에서는 헌법소원심판을 청구할 수 없다는 점(헌법재판소법 제68조 제 1항 본문) 외에도 헌법재판소법이 법원의 재판에 대하여 헌법소원을 허용하지 않는다는 점(같은 법 제68조 제1항 단서),<sup>32)</sup> 헌법재판소가 고발사건의 경우 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원을 인정하지 않는다는 점 등을 감안할 때, 현재로서는 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원청구는 사실상 매우 어렵게 되었다고 할 것이다.<sup>33)</sup> 다만, 고소를 제기하지 않는 범죄피해자의 경우에 비로소 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원을 청구할 여지가 있다고 할 것이다. 그러나 이 경우에도 단일한 재정신청제도에 의해 권리를 구제 받을 수 있도록 하는 것이 보다 합리적이라고 판단된다. 뿐만 아니라 헌법소원의 대상이 되는 것은 검사의 불기소처분이며, 검사의 기소처분은 전혀 대상이 되지 않는다.<sup>34)</sup> 이러한 상황에서 볼 때, 현행법 하에서 헌법소원은 검사의 기소재량권에 대한 통제와 관련하여 더 이상 별 의미를 가지지 못하게 되었다.

## 2.3 소결

현행법에 따르면, 검사의 불기소처분에 대한 통제체계는 고소사건(형법 제123조 내지 제 126조에 해당하는 범죄의 고발사건 포함)의 경우 ‘검찰항고→재정신청’, 그 밖의 고발사건의 경우 ‘검찰항고→검찰재항고’ 그리고 고소·고발사건이 아닌 범죄피해자의 경우 ‘헌법소원’이라는 형태를 갖추고 있다. 그러나 기소편의주의에 근거한 검사의 기소재량권을 통제하는 제도는 주로 사후적 견제방법으로서 검사의 불기소처분에 대한 불복방법에 한정되어 있고, 그것마저 각 제도의 미비점으로 인해 검사의 불기소처분권 남용에 대한 통제 기능을 제대로 수행하지 못하고 있다. 특히 검사의 불기소처분에 대한 통제제도로서의 별 의미를 가지고 있었던 헌법소원마저 2007년에 개정된 형사소송법에 의해 더 이상 의미를 가지지 못하게 되었다.

뿐만 아니라 검사의 부당한 기소, 즉 기소재량권의 범위를 넘어 부당하게 제기된 공소에 대해서는 단순히 판례를 통한 공소권남용이론에 의해 해결하는 것이 고작이다. 하지만 이것마저도 그 적용례가 매우 적어 검사의 기소재량권을 효과적으로 통제하기에는 사실상 그 의미가 매우 적다고 하겠다. 이러한 의미에서 현행법상 검사의 부당한 기소에 대한 통제제도는 전무한 상태라 해도 과언이 아니다. 현행의 검찰의 기소편의주의와 기소독점주의에 기

32) 헌재결 1994. 2. 24, 93헌마82 참조.

33) 이재상, 앞의 책, 331면 참조. 그런데 (2007년까지 적용된) 개정전 형사소송법에 의하면, 그나마 재정신청의 대상범죄가 아닌 경우에는 검찰항고만이 가능하여 검찰항고를 거치면 바로 헌법소원심판의 청구가 가능하였고, 재정신청의 대상범죄라 하더라도 검찰항고와 재정신청 중에서 하나를 선택할 수 있었으므로 검찰항고를 제기했을 경우 항고인은 항고기각 즉시 헌법소원심판을 청구할 수 있었다.

34) 헌재결 1989. 3. 17, 89헌마21.

한 기소권을 통제하는 방식은 주로 검사(검찰) 내부와 법관(법원), 헌법재판관(헌법재판소)을 통해 사후적으로 구제하는 방식으로서, 검찰의 기소재량권 자체를 건들이지 않으면서도 기소재량권을 다른 사법기관의 심판기능으로 보충적 ‘견제’ 또는 예외적 ‘사후구제’ 라는 한계를 갖고 있는 것이다. 이는 거대한 권력으로 기소의 독점권을 행사하는 검찰의 비리가 근절되지 않는 이유이기도 하다.

따라서 검찰개혁, 특히 검찰의 기소재량권을 통제하기 위해서는 불기소처분에 대한 사전적이고 민주주의적인 제도의 도입과 기소권의 남용을 방지하기 위한 기소권을 분산하는 방식이 요청된다. 이는 검찰의 소추 결정 과정부터 국민이 직접 참여할 수 있는 방안을 마련하여 검찰의 기소권의 남용이나 기소권의 불행사로 인한 부정의를 제거하는 것이다.

### 3. 개혁방안: 국가의 ‘소추’ 기능의 민주적 통제와 분산

위에서 살펴본 바와 같이 검찰의 소추권의 오·남용을 방지하고, 검찰의 잘못된 공소권 행사를 시정하기 위한 현행 제도들이 잘 작동하지 못하고 있다. 다른 사법기관의 ‘견제’를 통해 검찰의 기소권 독점의 폐해를 막는 데는 한계가 있다. 이런 ‘견제’적인 방식은 사실상 검찰의 기소 또는 불기소처분에 대한 ‘사후적인 보완’의 성격을 갖고 있어, 잘못된 기소와 불기소로 인한 국민의 사법 불신은 높을 수밖에 없다. 또 어떤 면에서 검찰이 기소편의주의와 기소독점주의 그 자체에 대해서 어떠한 통제도 못하고 있다고 봐야 한다. 검찰의 공소권 행사의 독점으로 인해, 검찰은 권력기구화되고 검찰의 정치적인 중립은 검찰 내부에서부터 지켜지지 못하고 있는 현실이다. 이런 맥락에서 검찰의 기소권을 개혁하기 위해서는, 검찰의 독점적인 기소 행사 권한을 견제·통제하는 발상에서 벗어나, 검찰의 기소독점 자체를 완화하거나 분산하는 노력이 요구된다. 또한 검찰의 기소권 남용에 대한 사후적인 평가기구를 마련하는 노력도 필요하며, 이 과정에서도 ‘시민’의 참여가 중요한 요소임은 말할 것도 없다.

#### 3.1 검찰 기소권의 민주적 개혁 방향: 국민참여

지난 참여정부는 검찰 시민모니터링제도(지검), 시민움부즈만 제도(지검), 항고심사회(고검)의 설치 등을 통해 검찰권의 행사를 인권친화적으로 개혁하고자 했다. 이러한 제도의 도입은 ‘국민이 스스로 검찰권한의 행사를 감시하든지 아니면 직접 참여하게 됨으로써, 제한된 의미이지만 국민주권의 원리를 실현시킬 수 있다’<sup>35)</sup>고 보았다. 하지만 실제로는 검찰업무에 ‘제한적’ 이나마 국민주권의 원리가 작동되었다고 보긴 어렵다.<sup>36)</sup> 기소권의 개혁과 관

35) 문재인·김인회, 「문재인 김인회의 검찰을 생각한다」, 오월의 봄, 2011.

36) 하지만 법무부는 참여정부 법무부 정책백서를 통해 항고심사회의 목적이 ‘검사의 고소사건 처리과정에 국민이 참여하는 제도를 마련하여 사건처리의 공정성과 신뢰성을 제고하고 검찰업무에 대한 대국민 이해증진을 도모

련하여 항고심사회는 검찰 외부의 법률직역 전문가들로 참여가 제한적이었으며, 재정신청제도나 헌법소원을 통한 불기소처분에 대한 견제 역시 변호사나 법관들에 의해 행사되는 것이 국민주권의 원리에 기반한 국민의 참여로 보기는 어렵다는 점에서 검찰의 민주화 개혁은 실현되기 어려웠다.

위에서 지적한 맥락에 비추어, 검찰의 기소권을 개혁하는 데는 ‘국민의 참여’를 어떻게 보장할 수 있느냐라는 참여민주주의의 원리와 국민주권의 원리가 그 방향이 되어야 한다. 참여민주주의의 원리에서 보면 ‘국민’은 상식을 가진 ‘일반인’을 의미하며, 국민주권(기본권)의 원리에서 보면 ‘국민’은 검찰의 기소 또는 불기소처분으로 인해 그 권리를 구제 받지 못하는 고소·고발사건의 당사자로 볼 수 있다.

검찰의 기소권 처분과정에 국민이 참여한다고 할 때, 현행의 공소권을 갖고 있는 검사의 기소독점을 전제하지만 검사가 임의로 기소 및 불기소 여부를 결정하는 기소편의주의에 대한 수정 또는 통제를 의미한다. 또한 검사의 불기소처분 이후에 국민이 참여한다고 할 때, 검찰만이 기소할 수 있는 기소독점주의에 대한 수정 또는 변경을 의미한다. 전자의 경우는 일반국민이 참여하고, 후자의 경우는 불기소처분을 받은 고소인과 고발인이 직접 기소를 제기해 법원의 심판을 받을 기회를 갖는 것을 의미한다.

### 3.2 사전적·민주적 통제방안

검사의 기소재량권을 효과적이고 합리적으로 통제하기 위해서는, 먼저 근대형사소송의 이념인 공적 소추체계를 유지할 수 있어야 하고, 검사의 기소재량권에 대한 사전적·예방적 통제를 가능하게 해야 하며, 사법개혁의 본질인 사법의 민주화 실현이라는 측면에서 일반국민이 검사의 기소단계에 직접 참여하여 검사의 기소재량권을 민주적으로 통제할 수 있어야 할 것이다.

검찰의 기소재량권을 사전에 통제하는 제도로는 기소배심제도, 기소법정주의(필요적 기소주의)가 거론된다. 현행 각급 지검과 지청 및 고검에 설치되어 있는 이른바 검찰시민위원회도 포함된다. 이 중에서 미국의 기소배심제도(국민참여 기소심사제도)가 국민이 참여하는 대표적인 방안이다.

---

하기 위하여’ 고등검찰청에 항고사건 주임검사 1명과 외부위원 2명으로 항고심사회를 설치하였지만, ‘형사사건에 대한 기록 분석에 익숙하지 않은 외부위원들에게 짧은 시간 내에 사건을 일일이 설명해야 하는 어려움이 있으나 주임검사의 노력과 토론, 지속적인 대화를 통해 해소해 나가고 있다. 다만, 항고담당 검사의 업무가중이 우려’된다고 밝히고 있어, 여전히 검찰업무의 보조적인 축으로 간주하고 있다(법무부 정책기획단, 「국민과 함께하는 열린 법무행정」: 참여정부 법무부 정책백서, 법무부, 2007.12.31., 29면 이하 참조).

## 1) 기소배심제도(국민참여 기소심사제도)의 도입

2008년 1월 1일부터 시행되고 있는 우리나라의 개정 형사소송법은 재정신청제도를 모든 범죄에 전면적으로 확대함으로써, 검사의 기소재량권과 관련하여 검사의 부당한 불기소처분에 대한 효과적인 사후적·사법적 견제가 이전보다 더 가능하도록 개선하였다. 그러나 재정신청제도의 전면확대는 이미 언급한 것처럼 법원의 업무부담을 가중시켜 형사사법의 효율성을 저해함으로써, 기존의 검찰에 대한 불신을 법원으로 옮기는 부정적인 효과를 가져올 수 있다. 그리고 개정 형사소송법에 의해서도 검사의 부당한 기소에 대한 효과적이고 합리적인 통제제도가 고려되지 않아 이전과 마찬가지로 검사의 부당기소에 대한 실질적인 통제는 여전히 어렵게 되었다. 우리나라도 형사사법의 민주화라는 관점에서 2008년에 ‘국민의 형사재판참여제도’를 전격적으로 도입하여, 민주주의의 기초인 국민주권의 차원에서 일반 국민이 재판단계에 직접 참여하여 범죄사실인정여부와 양형에 대한 의견을 적극적으로 개진할 수 있게 되었다. 이러한 맥락에서 주권자로서의 국민이 공판단계 이전인 검찰의 기소단계에 적극적으로 참여하여 당해사건의 기소여부에 대하여 의견을 개진함으로써, 검찰을 정치적 영향력으로부터 보호하며 공정하고 투명한 공소권을 행사할 수 있도록 하는 것 또한 충분히 필요하고 타당하다고 판단된다. 이러한 점들에 부합되는 검사의 기소재량권에 대한 사전적·민주적 통제제도는 바로 기소배심제도가 될 수 있을 것이다.

‘기소배심’ (대배심, grand jury)은 미국에서 주로 연방의 중죄형사사건 또는 파렴치범죄 형사사건에 적용되고 있는 제도(미국연방헌법 수정 제5조 참조)<sup>37)</sup>로서, 시민이 형사사건의 소추절차에 직접 관여하는 배심으로 공중소추제도의 한 유형이라 할 수 있다. 피의자에 대해 형사절차의 속행을 정당화할 만한 충분한 증거가 있는지 여부를 결정하기 위해 법관 주재 하에 예비심리절차가 개시되는데, 이 때 증거가 충분하다고 판단되면 검사가 서면의 범죄기소라고 정의되는 배심기소안(bill of indictment)을 기소배심에 제출함으로써 배심기소절차가 개시되는데, 이것이 바로 기소배심이다.<sup>38)</sup> 그리고 기소배심이 심사를 거쳐 검사의 기소안에 동의하면 배심원 대표가 기소장의 검사서명 하단에 서명한 후 법원에 제출함으로써 배심기소절차가 종료된다.

기소배심의 심리는 비공개로 하며, 사전에 결정된 배심원에 의한 배심으로서 구두변론이 아닌 문서에 의한 심리가 원칙이고, 다수결에 의한 결정이 원칙이며, 배심원의 수는 12명이 아닌 23명 정도이다.<sup>39)</sup> 뿐만 아니라 기소배심의 심리는 법관이 아닌 검사의 주도하에 행해

37) 연방기소배심의 기능에는 검사가 제출한 증거가 기소에 충분한지의 여부를 판단하여 기소가 합당하다고 판단될 경우 행해지는 기소장의 발부에 의한 기소(indictment)와 기소배심이 직권으로 일종의 범죄조사를 행하여 타인의 범죄행위를 고발하는 고발(presentation)이 있다(윤영철, “사법개혁과 배심제”, 「민주법학」 통권 29호, 민주주의법학연구회, 2005.12, 101면 이하).

38) 한인섭, “형사재판에서 배심제의 도입”, 「형사정책」 제14권 제2호, 한국형사정책학회, 2002.12, 112면 이하. 현재 미국에서는 형태는 다소 다르지만 거의 모든 주가 기소배심제도를 채택하여 운용하고 있다. 미국 각 주의 기소배심 운영현황에 대한 자세한 내용은 박철웅, “미국 기소배심 제도의 국내 도입 방안 - 미국 국민수사참여 모델 연구 -”, 「국외훈련검사 연구논문집」 제27집, 법무연수원 2012, 212면 이하 참조.

39) 한인섭, 앞의 글, 113면.

지므로, 기소배심에서는 피의자가 출석하거나 자기방어를 위한 증거를 제출할 수 없으며, 기소배심에 출두하는 피의자에게는 변호인의 조력을 받을 권리도 인정되지 않는다.<sup>40)</sup> 이러한 기소배심은 국가작용 중 어느 것에도 속하지 않고 국가와 기소된 자 사이의 완충 또는 중재역할을 한다는 점에서 독특한 제도로 인식되기도 한다.<sup>41)</sup> 기소배심제도는 주권자로서의 시민이 검사의 기소단계에 직접 참여하여 검사의 기소재량권의 남용을 사전적으로 통제함으로써 검찰권의 민주적 정당성·공정성·객관성·투명성을 확보하게 해주며, 이로써 검찰에 대한 국민의 신뢰를 회복하는 데 크게 기여할 수 있는 제도라고 하겠다.<sup>42)</sup>

그러나 기소배심은 기소배심원의 심사능력이 낮고 그 심사절차에서 검사만이 증거를 제출할 수 있으며 검사가 제출한 증거만을 가지고 기소여부를 판단한다는 점에서, 실제적으로는 검사를 위한 고무도장에 불과하다는 비판을 받기도 하며,<sup>43)</sup> 기소배심과 검사의 의견이 다른 경우 기소배심이 독자적으로 기소장을 제출할 수 있기도 하나 실제로는 거의 행해지지 않고 대부분 검사의 의견에 따라 결정된다는 점에서, 기소배심은 독립성을 상실했다는 비판을 받기도 한다.<sup>44)</sup> 따라서 만약 기소배심제도를 도입한다면, 기소배심원이 직접 피의자를 심문할 수 있는 등의 보완이 필요하다.

## 2) 현행 검찰 소속의 검찰시민위원회의 폐지 또는 보완

검찰은 2010년 7월 「검찰시민위원회 운영지침」에 따라 “검사의 공소제기, 불기소처분, 구속취소, 구속영장 청구 및 재청구 등에 관한 의사결정 과정에 국민의 의견을 직접 반영하여 수사의 공정성과 투명성을 제고하고 국민의 인권을 보장하기 위하여 ‘검찰시민위원회’”(이하에서 ‘대검예규상 검찰시민위원회’라 한다)<sup>45)</sup>를 각 지방검찰청과 지청 및 고등검찰청에 설치하여 운영하고 있다.

지방검찰청과 지청에 설치된 검찰시민위원회(이하에서 ‘지검 검찰시민위원회’라 한다)의 위원은 ‘20세 이상의 대한민국 국민 중에서 건전한 상식과 균형감을 갖춘 일반시민들’을 ‘지역 사회의 각 분야로부터 위원으로 위촉될 사람들을 추천받거나 공개 모집’하여 각급 청의 장이 위촉한다. ‘지검 검찰시민위원회’는 △고위 공직자의 금품·향응 수수, 불법 정치자금 수수, 권력형 비리, 지역 토착 비리 등 부정부패 사건 △피해자가 불특정 다수인 사기·횡령·배임 등 금융·경제범죄사건 △조직폭력, 마약, 살인, 성폭력 등 중요 강력사건 △지역 사회의 이목이 집중된 사건을 공소제기, 불기소처분을 내리기 전에 검사의 요청에 따라 심의하며, 검사는 동 위원회의 결정을 존중하지만 기속되지는 않는다. 지검 검

40) 성선제, 「미국의 형사배심제도」, 「미국헌법연구」 제14호, 미국헌법학회, 2003.10, 239면.

41) 윤영철, 앞의 글(“사법개혁과 배심제”), 102면.

42) 위의 글, 같은 곳 참조.

43) 성선제, 앞의 글, 240면 참조.

44) 표성수, 「영미 형사사법의 구조」, 비봉출판사, 2004, 135면.

45) 이하의 내용은 「검찰시민위원회 운영지침」(대검찰청예규 제782호, 시행일 2015.6.17.)의 해당 조문을 요약하여 재배치한 것이다.

찰시민위원회는 9명 이상의 위원이 출석으로 심의하며, ‘검사 또는 검찰수사관, 전문가를 출석시켜 설명이나 의견’을 들을 수 있으며, 검사는 사건에 대한 설명이나 의견을 개진할 수 있다.

고등검찰청에 설치한 검찰시민위원회(이하에서 ‘고검 검찰시민위원회’라 한다)는 ‘고등법원장, 지방변호사회장, 법학전문대학원장 등을 포함하여 지역사회의 각 분야로부터 위원으로 위촉될 사람들을 추천받거나 공개 모집’하여 고등검찰청의 장이 위촉하여 구성한다. 동 위원회는 “위원회가 설치된 고등검찰청 관할구역에 있는 검찰청 소속 검사(항고사건을 직접 경정하기 위하여 원처분청 검사의 직무를 대리하는 고등검찰청 소속 검사 포함)의 요청에 따라 공소제기와 불기소처분 등의 적정성 등<sup>46)</sup>과 위원회가 설치된 고등검찰청 소속 검사의 요청에 따라 고등검찰청의 장이 위원회의 심의가 필요하다고 판단하여 지정하는 항고사건<sup>47)</sup> 등을 심의한다.

‘대검예규상 검찰시민위원회’ 중 ‘지검 검찰시민위원회’는 중죄와 파렴치범죄에 대해서 검찰의 공소제기와 불기소처분을 심사하고, 피의자의 변호권을 인정하지 않는다는 점에서 미국의 ‘기소배심제도’와 유사하지만, 법원에 속하지 않는다는 점과 위원회의 심의가 검사의 처분을 구속하지 않는다는 점에서 다르다. 또 ‘고검 검찰시민위원회’는 검사와 고위 검찰공무원 범죄에 대한 공무원 범죄와 직권남용죄의 불기소처분을 담당하고 있다는 점에서 검찰의 자성기구적 기능을 수행하며, 일부 검찰항고사건을 다룬다는 점에서 ‘항고심사회’의 사후적 통제기능과 중복된다. ‘대검예규상 검찰시민위원회’는 법률적인 근거를 가지고 있지 않다는 점에서 검찰의 임의적인 행정기구에 불과할 뿐만 아니라 위원의 선정에 임의성도 없어<sup>48)</sup> 검찰의 기소재량권을 통제하고 있지 못하다. 오히려 검사의 요청에 의해 심사대상이 선정되기 때문에 검사의 공소처분 또는 불기소처분을 합리화시키는 경향이 있다. ‘대검예규상 검찰시민위원회’는 검찰 내부 자성기구적 성격을 갖고 있지만, 기소재량권을 사전적·사후적으로 통제하는 기능은 수행하고 있지 못하다.

46) △검사 및 4급 이상 검찰공무원에 대한 형법 제7장(공무원의 직무에 관한 죄)에 규정된 사건(특별법에서 형법 제7장에 규정된 범죄를 가중처벌하는 경우를 포함한다.) △검사 및 4급 이상 검찰공무원이 그 직위를 이용하여 행한 범죄사건.

47) △항고사건 중 고등검찰청 검사가 직접 제기하여 수사하는 사건으로서 고등검찰청의 장이 위원회의 심의가 필요하다고 판단하여 지정하는 사건 △고등검찰청 검사의 요청에 따라 고등검찰청의 장이 심의가 필요하다고 판단하여 지정한 항고사건.

48) 제19대 국회 때인 2011년 8월 25일 김학재 의원 등 13인은 ‘검찰시민위원회 설치 및 운영에 관한 법률안’(의안 제1813013호)을 제출했지만, 국회 임기만료로 입법화되지 못했다. 이 법안은 피의사실을 함부로 누설하는 사례, 무차별 압수·수색, 계좌추적 사례, 충분한 증거 없이 기소하여 무죄가 선고된 사례 등 검찰수사로 인한 국민의 피해는 날로 증가하고 있는 현실을 반영해 검찰의 수사와 기소의 남용을 방지할 수 있는 방안으로 ‘검찰시민위원회’의 설치를 도입하고자 했다. 또 이 법률안에 따르면, 각급 검찰시민위원회의 위원은 19세 이상 국민의 주민등록정보에서 일정한 수의 위원 후보예정자의 성명·생년월일·주소 및 성별에 관한 주민등록정보를 추출하여 위원과 예비위원은 무작위추출 방식을 원칙으로 하고 추천과 공개모집도 가능하도록 규정하고 있다.

### 3.3 사후적·민주적 통제방안

검찰의 불기소처분에 대한 통제방안으로는 영국의 사인소추제도, 일본의 검찰심사회, 독일의 기소강제절차제도, 현행 검찰시민위원회의 개편<sup>49)</sup> 등이 논의될 수 있다. 또 현행 제도 하에서 작동되고 있는 기소재량권에 대한 견제제도인 검찰항고·재항고제도, 재정신청제도, 헌법소원제도는 그 취지와 기능에도 불구하고 그 인용률이 아주 낮다는 점과 직권주의에 따른 법률전문가들을 통한 견제방식이라는 점에서 국민참여적인 방식과는 거리가 있다. 이러한 의미에서 현행의 사후적 견제제도는 보충적인 의미를 띠는 데 불과하다. 또 독일식 기소강제절차제도는 국민참여라는 민주성과도 방향을 달리한다.

#### 1) 일본식 검찰심사회의 도입

일본은 1948년 검찰심사회법을 제정하여 재정신청제도와 함께 ‘검찰심사회’를 도입하였다. 검찰의 민주화를 둘러싼 미군정과 일본정부의 타협의 결과라고 할 수 있다.<sup>50)</sup> 일본의 검찰심사회는 공소권 행사와 관련하여 민의를 반영함으로써 그 적정을 도모하기 위한 것으로 형사사법에서 가장 중요한 국민참여수단이다.<sup>51)</sup> 도입 당시 검찰심사회의 의결은 권고적 효력만을 가졌지만, 2004년 5월에 제정된 “형사소송법 등의 일부 개정에 관한 법률”(평성 16년 법률 제62호) 제3조(검찰심사회법의 일부개정, 2009년 5월 21일부터 시행)에 따라 검찰의 불기소처분에 대한 검찰심사회의 기소 상당 의결에 구속력을 부여하기에 이르렀다.

개정된 검찰심사회법에 따르면, 검찰심사회가 “기소 상당”이라고 의결한 사건을 검찰이 재수사한 뒤 다시 불기소의 취지로 심사회에 통지한 경우 검찰심사회는 재심사를 하며(일본 검찰심사회법 제41조의2), 이 경우 변호사를 심사보조원으로 위촉하여 심사한다(같은 법 제41조의4). 그리고 이 경우에 검찰심사회는 8명 이상의 다수결로 기소의결이 되며(같은 법 제41조의6), 기소의결이 있는 경우에 검찰심사회는 기소의결서 등본을 법원에 보내면 지방재판소는 관련 사건의 공소를 유지할 변호사를 지정한다(같은 법 제41조의9). 그리고 검찰심사회가 검찰사무의 개선에 관하여 건의·권고한 경우, 당해검찰청 검사장은 당해 건의·권고에 회답할 의무가 있다.

검찰심사회는 당해 검찰심사회의 관할구역 내의 중의원의원선거권자 중에서 선출된 11인의 검찰심사원으로 구성되고, 6개월의 임기동안 독립하여 권한을 행사한다. 불기소처분의 당부 심사는 신청에 의한 경우와 직권에 의한 경우로 구분되는데, 전자의 경우 심사가 의무

49) 전해철 의원은 2016년 9월 6일 고등법원 소속의 검찰시민위원회 설치를 골자로 하는 「검찰시민위원회 설치 및 운영에 관한 법률안」을 대표 발의했다.

50) 이에 대한 자세한 내용은 김태명, “재정신청제도의 의의와 범위의 확대”, 「형사법연구」 제21호, 한국형사법학회, 2004 여름, 355면 이하 참조.

51) 미군정이 미국식 검사공선제와 기소배심제도의 도입을 권고하자, 이를 계기로 기소배심제도를 변용한 검찰심사회가 만들어진 것이다.



적이다. 검찰심사회는 검찰심사원 전원이 출석한 비공개회의에서 의결(기소상당, 불기소상당, 불기소부당 또는 기소)하며, 의결방식은 과반수가 원칙이나(같은 법 제27조), 기소상당 의결과 기소의결의 경우에는 8인 이상의 절대다수를 요한다(같은 법 제39조의5 제2항). 검찰심사회는 공무소·공사단체에 대한 조회, 증인신문, 전문적 조언의 청취 등의 권한을 가지며, 검찰관은 검찰심사회의 요구가 있는 경우 심사에 필요한 자료를 제출하거나 회의에 출석하여 의견을 진술할 의무를 진다.

일본 검찰심사회는 검찰에 소속되지 않는다는 점과 검찰의 불기소처분을 사후에 심사한다는 점, 그리고 고소인과 고발인, 청구수리사건의 청구자, 범죄피해자(피해자 사망시 배우자와 직계친족과 형제자매 포함)가 신청에 의해서 개시된다는 점에서 재정신청제도와 유사하다. 하지만 시민위원으로 구성되어 있다는 점에서는 차이가 있다.

일본의 검찰심사회제도는 시민의 사법참여라는 이념이 잘 반영된 검사의 기소재량권에 대한 통제장치이다. 그러나 이 제도 역시 우리나라의 재정신청제도와 마찬가지로 사후적 통제장치로서의 한계를 벗어나기 어려울 뿐만 아니라 검사의 부당한 불기소처분만을 그 대상으로 하고 있어 검사의 부당기소에 대해서는 무방비상태라는 문제가 있다.<sup>52)</sup>

전해철 의원이 최근 발의한 고등법원 소속의 검찰시민위원회의 설치와 운영을 중심으로 한 법률안에는 위원의 구성과 위원회의 운영방식면에서 일본의 검찰심사회와 유사한 점이 많이 있다.

## 2) 사인소추제도<sup>53)</sup>

사인소추제도는 범죄피해자 또는 일반국민에게 소추권을 부여하는 것으로서, 독일, 영국 및 프랑스에서 일정한 요건 하에 부분적으로 실행하고 있다. 독일의 경우에는 주거침입죄, 서신비밀침해죄, 상해죄, 협박죄, 재물손괴죄, 부정경쟁방지법 위반죄, 지적재산권침해죄 등과 같은 고도의 개인적인 범죄행위에 대해서는 범죄피해자가 직접 소추를 담당하며, 공익상 필요한 경우 검사는 피해자의 사소를 인수할 수 있다(독일 형사소송법 제374조 제1항). 영국의 경우에는 범죄피해자를 포함하여 누구든지 공소를 제기할 수 있도록 하고 있다. 그러나 사인소추의 경우에 검사가 공소유지를 인수하는 것이 보통이므로, 사인소추제도는 실제운영상 검사에게 공소유지를 강제하는 역할을 한다. 영국에서의 사인소추의 대부분은 공공기관이나 단체에 의한 기소이며, 개인에 의한 기소사건은 소수에 불과하다.<sup>54)</sup> 프랑스에서는 범죄피해자가 가해자를 형사법원에 직접 소환하여 범죄피해의 배상을 요구하는 사소를 제기하는 방법과 예심판사에 대해 사소당사자가 되는 신청을 통해 공소권을 발동시키는 방법이

52) 윤영철(2009), 앞의 글, 340면.

53) 윤영철(2009), 위의 글, 338면 이하를 요약하였다.

54) 영국의 사인소추제도에 대한 내용은 이승호, “피해자와 민간의 형사절차 참여를 위한 방안”, 「형사법연구」 제19호, 한국형사법학회, 2003 여름, 92면 각주 14); 이호중, “형사절차에서 피해자보호를 위한 개선방향”, 「저스티스」 27권 2호, 한국법학원, 1994, 282면 이하 참조.

있는데, 후자는 기소강제절차의 일종으로서 검사의 불기소처분에 대한 강력한 견제장치가 된다.<sup>55)</sup>

그러나 독일의 사인소추제도는 실무상 업무부담의 경감이라는 효과가 있을 뿐, 피해자에게 현저한 소송부담을 안겨줌으로 인해 그 이용률이 매우 저조한 수준이어서 검사의 기소 재량권을 통제하는 데는 별 의미가 없다고 해도 과언이 아니다.<sup>56)</sup> 영국의 사인소추제도는, 상당수의 범죄의 경우 사인소추의 개시를 위해 판사 등의 동의를 요한다는 점, 검찰총장에게 사인소추를 인수할 권한이 있다는 점, 법무장관에게 불기소·소추취소의 완전한 재량권이 주어져 있다는 점 등의 제도적 한계와 조건으로 인해 검사의 공정하고 효율적인 직무수행을 담보하는 제도로서의 유용성이 적다고 하겠다.<sup>57)</sup> 프랑스의 사인소추제도는, 판사가 공판회부에 앞서 중립적인 위치에서 당사자를 심문하고 증거를 수집하는 예심제도를 전제로 할 때에만 제대로 기능할 수 있다는 점에서 제도적 한계를 가지고 있다. 뿐만 아니라 전체적으로 볼 때, 사인소추제도는 공익성을 실현하기 위한 제한장치가 없는 경우 국가형벌권이 피해자 개인의 보복감정에 의존하게 되어 객관적이고 공정한 국가형벌권의 행사를 방해함으로써 공적 형사소추이념에 반하며, 국가형벌권을 실현하는 형사소추의 부담을 피해자에게 전가하는 문제를 야기한다.<sup>58)</sup> 그리고 이 제도는 기존의 형사사법기관의 역할을 매우 급진적으로 축소할 뿐만 아니라 형사사법의 민사화를 초래할 위험성이 크다.<sup>59)</sup>

사인소추제도의 운영방식이 나라마다 다르고 위에서 언급한 대로 여러 문제점이 있음에도 불구하고, 고소와 고발의 당사자는 형사사건을 이른바 ‘자기사건’이라고 인식하는 경향이 있다. 즉, 범죄를 국법질서에 대한 침해행위로 보기보다는 시민 가해자가 다른 시민인 피해자에게 가한 일종의 불법행위로 간주하는 의식도 분명히 있다. 그리고 재산과 관련된 분쟁을 민사소송 방식으로 처리하기보다는 고소라는 형사적인 문제로 간주하려는 경향도 높아, 이에 대한 검찰의 불기소처분이 검찰에 대한 불신의 중요한 원인으로 작용하기도 한다. 이러한 의미에서 공적 소추(public prosecution)를 보충하는 제한된 범위에서 사인소추(private prosecution)를 검토할 필요성이 있다고 할 것이다. 다만, 이를 도입할 경우에는 소추대리인의 자격, 사인소추에 따르는 비용문제와 사립탐정제도의 도입문제도 함께 검토되어야 한다.

---

55) 이에 대한 자세한 내용은 김성태, “프랑스의 사인소추제도”, 「경찰법연구」 2권 1호, 경찰대학교, 2003, 171면 이하 참조.

56) 이호중, 앞의 글, 284면.

57) 문준영, 앞의 글, 198면.

58) 이호중, 앞의 글, 285면.

59) 이승호, 앞의 글, 92면 참조.

#### 4. 결론: 사전적 기소배심제와 사후적 검찰심사회제도의 도입과 과제

검사의 공정하고 적정한 기소재량권의 발동에 대한 공중의 이해가 가장 분명하게 나타나는 때는 대부분 검사의 불기소처분이 있는 때라고 할 것이다. 그러나 비록 소수이기는 하지만 사회적으로 중요한 의미를 가지는 사건 - 예컨대 국가보안법관련 사건, 노동관련 형사사건, 국가정책에 반대하는 사건 등 - 에서는 검사의 기소처분이 공중의 이해관심을 불러일으킨다. 이러한 관점에서 볼 때, 검사의 공소권 행사에 일반시민이 직접 참여하여 기소여부를 결정하게 함으로써 이에 민주적 정당성을 부여할 경우 검찰사법에 대한 일반시민의 신뢰를 회복하는 것은 그리 어려워 보이지 않는다. 이러한 점들에 부합되는 것이 바로 미국의 기소배심제도라고 사료된다. 이 제도는 검사가 공소권을 발동하기 이전인 기소여부를 결정하는 단계에서 시민의 대표가 그 가부를 결정하므로, 검사의 기소재량권에 대한 사전적·예방적 통제장치로서의 중요한 의미를 가진다고 할 것이다. 그러나 모든 형사사건에 대해 기소배심을 적용하는 것은 오히려 기소배심제도의 무용론을 야기하므로, 의미도 없고 불필요한 것으로 판단된다. 그리고 사후적·민주적 통제제도로는 일본의 검찰심사회제도나 이와 유사한 전해철 의원이 발의한 ‘검찰시민위원회 설치 및 운영에 관한 법률안’이 제안하고 있는 검찰시민위원회제도의 도입이 필요하다.

검사의 기소재량권에 대한 합리적이고 민주적인 통제는 사건의 성질, 법정형 등을 고려하여 그에 적합한 통제체계를 확립하여 운용하는 방식이 매우 합리적이고 타당할 것이다. 생각건대 기존의 사후적 견제방식이나 사후적·(매우 제한적인)민주적 통제방식은 검사의 기소권을 합리적·민주적으로 통제하는 데 한계가 있는 것은 분명하다. 이러한 의미에서 검사의 기소권에 대한 통제는 국민주권주의가 충분히 반영되는 민주적 통제방식으로 새롭게 개선·재편되어야 한다. 다시 말해서 사전적·민주적 통제방식, 즉 국민이 기소단계에 직접 참여하는 의결방식인 기소배심제도와 사후적·민주적 통제방식, 즉 시민이 직접 참여하여 검사의 불기소처분을 심사하는 일본식 검찰심사회제도를 결합한 2원적 통제체계가 검사의 기소재량권에 대한 합리적이고 민주적인 통제에 가장 잘 부합하는 방식이라고 할 것이다.

먼저 전자의 경우에는 정치적 영향력이 강한 형사사건, 공익성이 강한 형사사건, 중한 형사사건 등을 그 대상으로 하는 것이 바람직할 것이다. 그리고 기소배심은 다시 직권에 의한 ‘필요적 기소배심’과 피의자 또는 범죄피해자인 고소인의 신청에 의한 ‘임의적 기소배심’으로 구분할 필요가 있다. 필요적 기소배심은 국가보안법관련사건, 정치자금관련사건, 노동관련 형사사건 등 정치적 영향력이 강한 형사사건과 공무원의 직무와 관련된 형사사건, 중대한 국가정책과 관련된 형사사건 등 공익성이 강한 형사사건을 그 대상으로 하고, 임의적 기소배심은 고의기수에 해당하는 살인, 상해, 강도, 강간 등의 개인적 범익과 관련된 중한 형사사건을 그 대상으로 하는 것이 합리적이다. 다만, 기소배심의 경우에는 대표성을 가지는 일반국민이 기소단계에 직접 참여하여 기소여부를 결정한다는 점에서 기소배심의 결

정에 대해서는 헌법소원이 허용되지 않도록 하여 시민의 민주성에 기초하는 기소배심의 단심적 성격을 강조하는 것이 바람직하다. 그리고 기소배심의 경우 아직 기소여부가 결정된 상태가 아니므로, 피의자의 인격권 보호를 위해 심리를 비공개로 진행하도록 하는 것이 합리적이다. 기소배심은 재판이 아니라 조사절차에 해당하므로, 피의자가 직접 출석하여 자기 방어를 위한 증거를 제출할 수 없도록 하는 것이 또한 형평성에 부합한다고 할 것이다. 이러한 기소배심은 당해사건의 기소여부를 결정할 뿐이고, 기소결정에 근거한 기소는 검찰이 하게 되는 것이라는 점에서 현행법상 보장되고 있는 기소독점주의를 배제하지 않는다고 할 수 있다. 사법개혁의 일환으로 일반국민이 재판과정에 직접 참여하여 유·무죄를 판단하도록 하는 ‘국민의 형사재판참여제도’를 도입했던 취지와 같은 맥락에서 볼 때, 일반국민이 검사의 기소단계에 직접 참여하여 기소여부를 심사하도록 하는 기소배심제의 도입은 크게는 형사사법, 작게는 검찰사법에서의 국민주권에 근거한 시민성의 회복에 적극적으로 기여할 수 있을 것이다.

그리고 검사의 불기소처분에 대한 사후적 통제제도로는, 일본식 검찰심사회와 같은 사후적·민주적 통제방식을 원칙으로 하며, 보충적으로 고소사건의 경우 재정신청 기각결정에 대한 헌법소원의 청구가 가능하도록 헌법재판소법 제68조 제1항 본문을 개정<sup>60)</sup>함으로써, 검찰항고→재정신청→헌법소원이라는 사후적·사법적 통제방식과 제한된 범위에서의 사소제도를 갖출 필요가 있다. 그리고 이러한 검사의 불기소처분에 대한 사후적 통제제도는 임의적 기소배심에 해당하는 형사사건 중에서 피의자 등이 기소배심을 신청하지 않은 사건과 기소배심의 대상이 되지 않는 기타의 형사사건을 그 대상으로 한다. 이러한 사후적 통제제도가 효과적으로 작동되기 위해서는, 남고소 또는 남재정신청에 의해 형사사법기관의 과중한 업무부담이 야기되지 않도록 집중심리제도의 활성화로 인한 민사소송의 신속화 및 저비용화, 민사조정제도의 적극적인 활용, 민사소송절차에서의 형사사건기록의 증거채택 제한, 사건당사자의 감정적 대응을 완화하기 위한 민원전담제의 적극적인 도입, 무고죄의 엄격한 적용, 재정신청의 대상처분으로서 검사의 불기소처분의 범위 축소 등의 제도적 개선이 반드시 수반되어야 할 것이다.

60) 현행 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 “(…) 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”를 “(…) 법원의 재판(재정결정은 제외)을 제외하고는”으로 개정하는 것이 하나의 방법일 수 있다.

## 기소권의 개혁 방안 - 재정신청제도의 개선을 중심으로

김 지 미 (변호사, 민주사회를 위한 변호사모임)

### 1. 들어가며

우리 사회의 변화 속도는 어느 분야를 막론하고 매우 가파르다. 그러한 변화 가운데서 가장 변화가 적었고 기본적인 구조가 변화하지 않은 분야 중의 하나가 형사사법제도 분야이다. 물론 그동안 형사사법제도에 변화와 발전이 없었던 것은 아니나 기본적인 틀은 그대로 유지되어 왔고 그 결과 형사사법제도가 변화된 사회와 국민들의 요구를 반영하지 못하게 되자 사법에 대한 신뢰도 흔들리게 되었다. 위와 같은 사법개혁에 대한 국민의 요구에 부응하기 위하여 참여정부는 사법제도개혁추진위원회를 구성하고 사법개혁 법률안을 입법하여 국민의 형사재판참여, 형사소송절차의 큰 변화 등을 가져왔으며 국민에 의한 사법, 국민을 위한 사법을 구현하였다. 그러나 참여정부의 사법개혁은 이명박 정부와 박근혜 정부 들어 사실상 중단되었고, 후속조치 결여 등으로 효과적인 결실을 맺지 못하고 있다.

그 중에서도 특히 검찰은 수사권, 공소제기 및 유지권, 형 집행권 등을 모두 독점하고 다른 기관으로부터 견제나 통제를 받지 않음으로써 그 권한을 남용하고 있으며, 특히 ① 권력형 비리 관련하여 부실하게 수사를 하거나, ② 국가기관의 불법행위에 대한 봐주기 수사를 하고, ③ 정부 비판 세력에 대하여 권한을 남용하여 과잉 수사를 하며, ④ 재벌·대기업에 대하여 봐주기 수사를 하는 등 그 본연의 기능을 다하지 못하고 있다. 거기에 더해 최근 잇달아 불거진 진경준, 홍만표, 김형준, 우병우 등 전, 현직 검찰 출신 고위직 인사들의 비리로 인하여 검찰에 대한 국민의 신뢰는 끝을 알 수 없을 만큼 추락하고 있다.

검찰의 기능을 정상화시키기 위해서는 결국 현재 검찰이 갖고 있는 비대한 권한을 분산시켜야 하고 통제받지 않는 검찰의 권력을 견제하도록 해야 한다. 이에 대한 방법으로, ① 독립적 공직비리 수사전담기구 신설, ② 수사권과 기소권 분리(검경 수사권 조정), ③ 법무행정의 전문화의 탈검찰화, ④ 감찰제도 및 검사평가제 강화 등과 더불어 최근 검사장 직선제가 논의되기도 하였다. 그러나 위와 같은 검찰개혁 방안들은 과거 참여정부 때부터, 또는

그 이전부터 꾸준히 논의가 되어온 개혁방안임에도 불구하고 검찰의 조직적인 반발과 저항 등으로 인하여 실현되지 못하였다. 그럼에도 불구하고 검찰 기능을 정상화 시키고, 국민의 인권을 보호하며, 사회정의를 실현하기 위해서는 위와 같은 개혁방안들을 강력하게 추진하여 실현시켜야 할 것이다.

이번에는 그 중에서도 기소독점주의와 기소편의주의에 대한 통제방안의 하나로 재정신청제도의 개선을 중심으로 살펴보고자 한다.

## 2. 재정신청제도의 본질

재정신청제도의 형식적인 의미는 고소 사건 및 일정범위의 고발 사건에 대한 검사의 불기소처분에 불복하여 그 당부에 대한 재정을 법원에 신청하여 기소여부를 결정하는 제도이다. 2007년 형사소송법의 개정으로 마련된 현행 재정신청제도의 가장 큰 특징은 신청권자가 고소인인 경우 대상범죄의 제한이 없는 반면 고발인의 경우 형법 제123조~126조의 범죄에 대하여만 가능하다는 점과 공소유지변호사제도의 폐지라고 할 수 있다. 이러한 현행 재정신청제도가 타당한가 하는 문제는 재정신청제도의 본질과 관련하여 살펴보아야 한다. 재정신청제도의 본질과 관련하여서는 피해자의 권리 구제 또는 검사의 기소재량에 대한 통제로 설명이 되고 있는데 그 본질을 어떻게 보느냐에 따라 이후에 살펴보게 될 재정신청권자 및 대상범죄의 범위나 공소유지담당자에 있어 차이를 가져오게 된다.

재정신청제도를 피해자의 보호 수단으로 보는 견해에 의하면 고발은 검찰의 수사를 촉구하는 의미에 불과하고 고발인은 검사의 불기소처분에 대한 피해자가 아니므로 재정신청을 인정할 필요가 없으며 재정결정 후 공소유지담당자는 정책적 판단에 의하여 정할 수 있게 된다.<sup>1)</sup>

반면 재정신청제도의 본질을 검사의 기소재량에 대한 통제로 보게 되면 고발인에게도 재정신청을 인정할 필요가 있으며 재정신청이 인용된 후 공소유지 단계에 검사의 참여를 배제하여야하는 결론에 이르게 된다.<sup>2)</sup>

재정신청제도의 본질을 무엇으로 보아야하는가 하는 문제를 제정 형사소송법에서 재정신청제도를 도입한 취지에 비추어 결정해야한다는 견해가 있다.<sup>3)</sup> 제정 형사소송법상 재정신청제도는 고소, 고발인 모두 대상 범죄에 제한을 두지 않았고 재정법원의 결정에 의해 기소가

1) 박상기, “한국 검찰 무엇이 문제인가”, 연세법학연구, 제9권 제2호, 2003. 61면

2) 박기석, “개정 형사소송법의 재정신청제도”, 비교형사법연구, 제9권 제2호, 2007. 206면

3) 김정환, “제정 형사소송법을 통해 본 재정신청제도의 본질”, 법학연구(연세대학교 법학연구원), 제26권 제2호, 2016. 6.

의제되는 준기소절차였으며 변호사 중에 공소유지담당자를 정하게 하였는데 이는 검사의 기소독점주의와 기소편의주의에 대한 통제를 그 본질로 하였기 때문이라는 것이다. 제정 형사소송법 초안에 대한 공청회 속기록을 보면, 여타의 대륙법계 입법례와 같이 검사의 기소독점에 대한 예외로 고등법원에 검사의 불기소처분에 대한 항소를 허용하고자하며...검찰과 별개의 사법기관으로 하여금 검사의 기소권에 대하여 통제를 하는 것이라고 명시되어 있는 것을 그 근거로 들고 있다.<sup>4)</sup>

어떠한 제도의 취지나 본질을 두고 서로 다른 의견이 존재하는 경우 애초 그 제도를 설계할 당시의 취지를 살펴보는 것은 매우 타당한 방법이며 위 견해에 덧붙여 공무원의 직무에 관한 죄와 같은 국가기관의 범죄나 환경범죄와 같이 피해자가 불분명한 범죄에 있어서는 고소보다는 고발이 주로 행해지는데 이러한 경우 권력기관이나 기업들의 외압으로 인하여 불기소할 가능성이 높으므로 다른 어떠한 경우보다 검사의 기소재량을 통제할 필요성이 크다고 할 수 있다.<sup>5)</sup> 따라서 재정신청제도의 본질은 기소독점주의와 기소편의주의에 따른 검사의 기소재량에 대한 통제로 보아야하며 이러한 전제에서 현행 재정신청제도를 개선하여야 할 필요성이 대두된다.

### 3. 현행 재정신청제도의 개선 방안

앞서 지적한대로 사회적으로 수사할 필요가 있는 주요 사건의 경우 대부분 고발로 수사가 착수됨에도 이에 대해 검사가 불기소처분을 할 경우 그에 대한 통제장치가 없다. 특히 피해자가 없거나 불특정 다수인 국가기관의 권한남용, 부정부패, 정경유착 등 권력형 비리범죄, 화이트칼라 범죄, 기업범죄의 경우 사건이 중요한 만큼 정치권력의 영향이 미칠 가능성이 높고 검사의 자의적인 불기소 우려가 높다.

이와 같은 문제점을 해소하고 재정신청제도의 실효성을 확보하기 위해 재정신청 대상을 불기소처분된 모든 고발 사건으로 확대하는 것이 타당하다. 또한 검찰항고를 거쳤기 때문에 심급체계를 일치시키기 위한 취지로 현행 재정신청사건의 관할법원은 고등법원이나, 검찰의 내부 심사와 법원의 외부 통제는 다르기 때문에 고등법원이 관할법원이 될 이유는 없고, 위와 같이 재정신청이 확대되면 업무처리의 효율성, 신속성과 신청자의 접근성을 위해 관할법원이 지방법원으로 변경되어야 한다.

한편 개정전 형소법은 공소유지 담당자를 검사가 아닌 변호사 중에서 지정하도록 하고

4) 앞의 글, 71면

5) 김인회, “검찰 개혁의 당위성 및 과제 탐구”, 검찰의 민주적 통제를 위한 개혁방안과 과제 간담회 자료집, 2010. 12. 8면

있었고, 이는 사법제도개혁추진위원회가 국회에 제출한 형소법 개정안도 마찬가지였으나 국회 심의과정에서 검사로 변경되었다. 그 결과 재정신청에 따라 공소제기결정이 내려진 사건에 관하여 검찰이 불기소처분을 내린 부서에 다시 배정하거나 구형을 하지 않거나 무죄를 구형하는 등 그 공정성을 담보하기 어렵고, 재정신청제도가 검찰의 기소권 남용 통제장치로서 실질적으로 기능하는데 미흡하다는 문제점이 있다. 따라서 형사소송법 제262조를 개정하여 재정신청에 따라 법원이 제262조 제2항 제2호의 결정을 하는 경우 그 사건에 관하여 공소제기한 것으로 간주하여 법원의 재정결정의 정본이 검사의 공소장을 대신하도록 하여야 한다. 또한 법원이 공소유지 담당자를 변호사 중에서 선임하도록 함으로써 공소유지담당자를 검사가 아닌 변호사로 변경하는 것이 타당하다.



---

## 민주적 사법개혁 실현을 위한 연석회의

거창평화인권예술제위원회, 구속노동자후원회, 민족민주열사희생자추모(기념)연대회의, 민주언론시민연합, 빈곤과차별에저항하는인권운동연대, 법인권사회연구소, 사법피해자모임, 새사회연대, 언론소비자주권캠페인, 외국인이주노동운동협의회, 용산참사진상규명및재개발제도개선위원회, 인권과평화를위한국제민주연대, 전국공무원노동조합, 전국교직원노동조합, 전국교수노동조합, 전국민주노동조합총연맹, 전국불안정노동철폐연대 법률위원회, 전국장애인차별철폐연대, 전국철거민협의회중앙회, 전북평화와인권연대, 정신개혁시민협의회, 참교육학부모회, 청주노동인권센터, 평화와통일을여는사람들, 행동하는성소수자인권연대(이상 25개 단체)

문의 - 간사단체 새사회연대

전화 02-2235-0062 팩스 02-2236-0062 홈페이지 [nsociety.org](http://nsociety.org)

이메일 [nsociety@naver.com](mailto:nsociety@naver.com) (새사회연대) [minjusabeob@gmail.com](mailto:minjusabeob@gmail.com) (민주사법)

후원 - 민주사법연석회의 **우리은행 1002-852-588393**