

# 검찰시민위원회 및 기소심사회 제도에 대한 비판적 고찰\*

## : 미국의 대배심제도와 일본의 검찰심사회제도를 참고하여

김태명\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

최근 ‘스폰서 검사’ 사건과 ‘그랜저 검사’ 사건이 잇달아 불거지면서 검찰권행사의 공정성과 검찰관에 대한 시민적 통제장치의 도입이 다시 여론의 도마 위에 올라 있다. 우리나라는 형사소송법 제정당시 기소독점주의와 기소편의주의를 채택하면서 검찰의 공소권 남용에 대한 통제방안으로서 재정신청제도를 도입하였으나, 끊임없이 검찰의 반발에 직면해 오다 급기야 1973년에 직권남용죄 등 3개 범죄로 그 범위가 축소되었으며 지난 2007년 형사소송법 개정으로 대상범죄가 모든 범죄로 확대되기는 하였으나 고발범죄를 제외하고 재정신청이 인용되더라도 검사가 공소의 제기·유지를 담당하도록 변경됨으로써 그 실효성에 의문이 제기되었다.

최근 검찰은 재정신청에 의해 공소제기가 결정된 사건에서 무죄를 주장하거나 구형을 하지 않고 법원이 알아서 판단해 줄 것을 요청하는 사례가 빈발하자 사회단체에서는 재정신청을 원상복귀하는 법개정을 요구하기에 이르렀다. 이와 더불어 최근 국민참여재판제도의 도입 시행과 더불어 국민의 사법참여에 대한 관심이 증대하여 검찰의 공소권행사에 대해서도 국민의 참여 또는 통제하는 장치를 마련하여야 한다는 주장이 제기되고 있다.

검찰은 ‘스폰서 검사’ 사건을 계기로 검찰권행사의 공정성을 담보하기 위한 방안으로 검찰시민위원회제도를 마련 시행하고 있고, 국회에서는 일본의 검찰심사회제도를 참고하여 재정(기소)심사회제도의 도입을 내용으로 하는 법률안이 제출되었다.

이에 본 논문은 공소권에 대한 시민적 통제장치로서 미국의 대배심제도와 일본의 검찰심사회를 검토한 후, 최근 우리나라에서 도입추진 중인 검찰시민위원회제도와 재정(기소)심사회제도의 내용과 문제점에 대해서 검토하고자 한다.

❖ 주제어 : 대배심, 검찰심사회, 재정신청, 검찰시민위원회, 재정심사회, 기소심사회

\* 이 논문은 2010년도 전북대학교 연구기반 조성비 지원에 의하여 연구되었음.

\*\* 전북대학교 법학전문대학원 부교수

## I. 머리말

지난 6월 검찰은 이른바 ‘스폰서 검사’ 사건으로 인해 실추된 검찰의 위상과 신뢰를 회복하기 위한 방안으로서 검찰시스템의 재정립과 검찰업무의 강화와 더불어 국민에 의한 직접적인 검찰권의 통제를 약속하고<sup>1)</sup> 검찰권 행사에 대한 국민의 참여 방안으로서 ‘검찰시민위원회’ 제도를 마련하여 시행하였으나, 최근 ‘그랜저 검사’ 사건이 불거지면서 검찰권행사의 공정성이 또다시 여론의 도마 위에 올라 있다.<sup>2)</sup> 한편 2007년 검찰권에 대한 규제방안으로서 공소권 행사에 일반국민이 참여하는 재정심사제도의 도입을 추진한 바 있던 국회에는<sup>3)</sup> 지난 11.3. 그 명칭과 내용을 약간 수정한 기소심사제도의 도입을 내용으로 하는 법률안이 제출되었다.

검찰권의 비리가 불거질 때마다 정치권과 언론에서는 관련자의 처벌과 재발방지 대책의 강구를 촉구하고 정부와 검찰은 철저한 조사와 대책의 강구를 국민에게 약속하지만 시간이 조금 지나면 언제 그랬냐는 듯이 흐지부지 끝나고 만 것이 그간의 실정이었다.<sup>4)</sup> 검찰 스스로가 자신들이 독점해 왔던 공소권의 행사에 시민이 참여할 수 있는 통로를 마련하고 정치권에서도 검찰권에 대한 시민적 통제장치를 입법화하려는 노력을 하고 있다는 것은 아주 고무적인 현상이라고 하지 않을 수 없다. 그러나 ‘스폰서 검사’ 사건으로 우리사회가 홍역을 치른 지 몇 달 되지도 않아 다시 ‘그랜저 검사’ 사건이 정치적 쟁점으로 떠오른 현 상황을 보면서 검찰권 행사에 대한 시민적 통제의 필요성을 다시금 느끼게 된다.

검찰의 공소권에 대한 시민적 통제장치가 주목을 받게 된 데에는 그 동안 검찰권에 대한 거의 유일한 통제장치라고 할 수 있는 재정신청제도가 제대로 기능하지 못하고 있는 점이 큰 원인으로 작용하고 있다. 주지하다시피 해방 후 우리나라의 입법자는 기소독점주의와 기소편의주의를 채택하면서 검찰의 공소권남용에 대한 통제

1) 대검찰청, 검찰개혁방안, 2010.6. 참조.

2) 검찰은 검찰개혁방안으로 국민에게 약속한 검찰시민위원회를 8. 20. 전국 41개 지검·지청에 설치완료되어 총 629명의 시민들이 위원으로 위촉되었다고 밝힌 바 있다(2010.9.3. 검찰보도자료 참조).

3) 국회 법제사법위원회, “국민의 고소사건 재정심사 참여에 관한 법률안 재정심사에 관한 법률안 검토보고”, 2007.2. 참조.

4) 그간의 검찰비리사건과 그에 대한 검찰의 대응과 처리결과에 대해서는 “법조비리 때마다 어김없던 검찰의 거짓말”, 참여연대 이슈리포트, 2010.6.10. 참조.

방안으로 재정신청제도를 도입하였으나 1973년 유신정권에 의해 그 범위가 직권남용죄로 제한되면서 이 제도의 기능은 거의 상실되기에 이르렀다. 그 이후 민주화의 진전과 함께 부활론이 끊임없이 제기되어 오다 결국 사법제도개혁추진위원회(2005)에 의해 재정신청의 범위를 모든 범죄로 전면확대하는 것을 비롯하여 대폭적인 개정내용을 담은 형사소송법 개정안이 마련되어 국회에 제출되었으나, 국회 심의과정에서 검찰의 반발에 부딪쳐 고발사건을 재정신청의 대상에서 제외하고 재정신청이 인용되는 경우 검사로 하여금 공소의 제기·유지를 담당하게 하는 방식으로 변경되고 말았다.

이에 학계에서는 재정신청의 대상에서 고발사건을 제외함으로써 재정신청제도의 존재의의는 반감되고 말았다는 비판을 제기하였고,<sup>5)</sup> 사법부에서는 부심판결정 및 공소유지변호사제도를 폐지하고 검사로 하여금 공소의 제기·유지를 담당하게 함으로써 당초 불기소처분을 하였던 검찰이 법원의 공소제기 결정에 대하여 어느 정도 성실하게 공소유지활동을 할 것인지 여부에 따라 그 성패가 좌우되게 되었다는 우려를 제기하였다.<sup>6)</sup> 최근 시민단체에서는 정몽준 의원의 선거법위반사건에 대한 재판에서 검찰이 유죄 주장과 처벌을 요구하지 않고 공판과정에 나왔던 사실에 입각하여 재판부가 ‘알아서 판단’해 줄 것을 요청하는 등 재정신청이 인용된 사건의 공소제기와 유지에 불성실한 태도를 보이자, 재정신청 대상을 고발사건에까지 확대하고 공소유지를 검찰이 아닌 법원이 선임한 변호사가 담당하도록 형사소송법의 개정할 것을 강력하게 요구하고 있다.<sup>7)</sup>

이와 같은 상황에서 발생한 스폰서 검사 사건은 국민으로 하여금 검찰개혁을 더 이상 지체할 수 없다는 절박한 인식을 가져오기에 충분하였다. 검찰에서 자체적으로 진상규명위원회를 설치하여 조사를 하였으나 검사들의 향응·금품수수를 인정하면서도 ‘대가성이 없다’는 이유로 사법처리의 대상이 아니라고 결론지음으로써, 오

5) 박기석, “개정 형사소송법의 재정신청제도”, 비교형사법연구 9권 2호(2007.12), 206면; 김태명, “개정형사소송법상 재정신청제도에 대한 비판적 검토”, 형사법연구 19권 4호(2007.12), 95면.

6) 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설(2007), 71면.

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

히려 검찰이 자신의 비리를 바라보는 관점이 국민의 일반적인 인식과 너무나 큰 괴리가 있음을 확인하고 검찰의 부정부패를 막기 위해서는 검찰권 행사에 대한 국민의 직접적인 감시와 통제가 필요하다는 인식을 확산시키게 되었다. 이와 같은 최근의 상황은 그동안 많은 논란에 휩싸였으면서도 그다지 실효성이 없었던 재정신청 제도보다는 국민이 직접적으로 참여하는 미국의 대배심 제도와 일본의 검찰심사회 제도에 눈을 돌리게 만들었다.

검찰의 공소권에 대한 사법적 통제장치라고 할 수 있는 재정신청 제도도 나름대로의 장점이 있지만, 국민참여재판 제도의 도입·시행을 계기로 국민의 사법참여가 주목을 받고 있는 오늘날, 국민이 그동안 검찰이 독점해 왔던 공소권의 행사에 직접 참여하는 미국, 일본 등 선진국의 제도가 훨씬 더 매력적으로 다가오고 있다. 그러나 아무리 좋은 선진국의 제도라고 하더라도 그것이 우리나라에서도 유용한 제도라고 속단해서는 안 되고, 그것을 우리나라에 도입·시행하기 위해서는 우리나라의 법제도와 현실에 대한 신중한 검토가 선행되지 않으면 안 된다. 대배심제도나 검찰심사회제도도 비단 공소제기에만 관련된 것이 아니라 수사기소시스템, 수사기관의 권한, 사법부와의 관계, 일반국민의 법의식 등에 대한 면밀한 분석이 선행되어야 한다. 지난 2008년 '국민의 눈을 통해 재판을 한다'는 취지로 의욕적으로 도입된 국민참여재판 제도가 그다지 국민적 관심과 참여를 이끌어내지 못하면서 아직도 제자리를 잡지 못하고 있는 것을 보더라도,<sup>8)</sup> 외국 제도의 장단점과 우리나라의 도입가능성에 대한 보다 면밀한 분석이 요구된다는 데 대해서는 이론(異論)의 여지가 없다고 할 것이다.

이하에서는 먼저 최근 논란이 되고 있는 검찰의 기소독점에 대한 시민적 통제방안으로서 미국의 대배심과 일본의 검찰심사회 제도의 내용을 분석한 다음, 이를 참조하여 최근 검찰이 도입·시행 중인 검찰시민위원회제도 및 국회에서 추진 중인 기소심사회 제도에 대한 필자의 의견을 제시하고자 한다.

8) 국민참여재판 제도에 대한 비판적인 여론으로는 “국민참여재판 3년 만에 고사위기”, 법률신문 2010.5.6.자 및 “제자리 못 잡는 국민참여재판”, 서울경제 2010.7.5.자 참조.

## II. 미국의 대배심 제도에 대한 검토

### 1. 대배심 제도의 개관

영국에서 유래된 배심제도는 크게 수사를 진행하고 공소제기의 여부와 그 대상을 결정하는 대배심(기소배심)과 검사나 대배심에 의해 기소된 범죄의 혐의가 인정되는지의 여부를 심리하는 소배심(심리배심)으로 구분된다. 배심제도의 모국(母國)이라고 할 수 있는 영국에서는 14세기말까지는 배심제도의 기능이 유지되었으나 점차 범죄소추의 기능이 치안판사에게 이양되었고, 16세기 이후부터는 대배심의 기능이 점차 약해지기 시작하여 대표성도 없고 비효율적이라는 비판을 받아 오다가 1933년에는 의회에 의해 공식적으로 폐지되기에 이른다.

이에 반하여 미국에서는 1653년 매사추세츠에서 대배심제도가 최초로 시행된 이래, 영국과의 대립이 격화되고 독립운동이 활발히 전개되면서 영국의 강권통치와 사법제도장악을 감시하고 견제하는 제도로서 미국인들의 전폭적인 지지를 얻게 되었다.<sup>9)</sup> 대배심제도는 한편으로는 범죄를 저지른 시민을 기소하는 ‘칼(sword)’이면서도 다른 한편으로는 부당한 기소로부터 시민을 보호하는 ‘방패(shield)’로서의 역할을 하고 있다고 평가할 수 있다.<sup>10)</sup> 우리나라에도 미국의 대배심이 역사적으로 국민적 이목이 집중된 일부 사건에서 왕이나 정부에 저항한 피의자들에 대한 기소를 거부하거나 지배층의 비리를 직접 수사하여 기소한 일화 등이 소개되면서, 대배심은 부당한 형사사법권의 행사로부터 국민을 보호하는 제도라고 알려져 있다.<sup>11)</sup>

원칙적으로 기소배심제도가 기소절차에 대한 국민의 직접 참여와 견제를 통하여 수사 및 공소권행사의 적정성을 도모하는 제도라는 점에 대해서는 이의를 제기하기는 어렵다. 그러나 미국 내에서도 대배심제도는 검사의 공소권에 대한 통제수단으

9) 영국과 미국의 배심제도의 역사에 관한 간단한 설명으로는 표성수, “재판전 형사절차에 있어서 국민 참여제도에 관한 연구”, 저스티스 113호(2009.10.), 181면 참조.

10) Susan W. Brenner, *Is the grand jury worth keeping?*, *Judicature* March-April 1998. Vol.81. No.5, 194면

11) 미국의 기소배심제도에 대한 긍정적인 평가로는 박상열, “미국의 배심제도에 관한 소고-기소배심을 중심으로”, 사법행정 2002년 12월호, 11면 이하 참조.

로서의 역할을 하기 보다는 검사가 주도권을 가지고 수사 또는 기소를 위하여 대배심을 적극적으로 활용함으로써 대배심이 검사가 주도하는 기관으로 변질되었다는 비판에 직면하고 있다. 따라서 대배심 제도를 마냥 선진적이고 민주적인 제도만으로 이해해서는 곤란하고, 비판적인 시각에서 보다 면밀한 검토가 요구된다고 하지 않을 수 없다.

## 2. 대배심 제도의 운영현황

(1) 영국에서 유래되어 미국으로 유입된 대배심 제도는 특히 혁명기에 영국정부의 부당한 기소로부터 미국의 시민을 보호하는 방패로서의 역할이 강조되었으며, 이로써 1791년 미국연방헌법 수정 5조에 “누구든지 대배심의 고발(presentment)나 정식기소(indictment) 없이는 사형범죄 또는 중범죄(capital or otherwise infamous crime)로 재판받지 아니 한다”는 규정을 두기에 이른다. 그러나 남북전쟁 이후 대배심제도에 대하여 낭비를 초래할 뿐 아니라 비효율적이라는 비판이 증가함에 따라 미시건주(1859년)를 시작으로 범죄에 대한 기소를 대배심에 의한 정식기소(indictment)로 할 것인지 또는 검사에 의한 기소(information)로 할 것인지를 선택할 수 있게 하는 수가 늘어났고, 결국 미연방대법원은 1884년 *Hurtado* 사건에서 형사사건의 기소에서 대배심절차가 반드시 필요한 것은 아니라고 선언하기에 이른다.<sup>12)</sup> 현재 중죄(사형 또는 1년을 초과하는 구금형에 처해지는 범죄)에 대하여 대배심에 의한 정식기소를 필요적인 것으로 하고 있는 곳은 연방과 컬럼비아특별구를 포함하여 20개 주이고 절반 이상의 주에서는 검사의 공소장에 의한 기소를 가능케 하고 있다.<sup>13)</sup>

(2) 미국의 대배심 절차는 기본적으로 수사절차라는 특징으로 인하여 소송절차와는 확연히 다르다. 즉 소송절차가 당사자주의적, 상호적, 공개적인 성격을 갖는다면 대배심 절차는 기본적으로 직권주의적(inquisitorial), 일방적(ex parte), 밀행적

12) *Hurtado v. California* 110 U.S. 516(1884).

13) 정완 역/로어크 M. 리드·이노우에 마사히토·야마무로 메구미, 미국의 형사절차, 2000, 168면 참조. 각주별 대배심의 적용범위, 정원, 선임방법, 기소결정 정족수, 직무범위에 대해서는 박세현, “미국의 기소배심 실무연구”, 해외연수검사연구논문집 24집 1호(2008), 18면 이하 참조.

(secret)인 성격을 갖고 있다.

대배심과 소배심의 특징을 간단히 비교하면 다음과 같다.

대배심과 소배심의 구별<sup>14)</sup>

대 배 심	소 배 심
1. 보통 16~23인의 배심원으로 구성되고 배심기소를 위하여 12표가 필요하다.	1. 보통 6~12인의 배심원으로 구성되고 유죄평결을 위하여 만장일치 또는 가중다수결을 요구한다.*
2. 유무죄를 판단하지 않는다. 배심기소를 행하거나 보고된 범죄에 대한 수사를 수행한다.	2. 유무를 판단하고 일부 주에서는 형벌을 결정한다.
3. 1개월, 6개월 또는 1년 동안 동일한 구성원으로 유지된다. 이 기간 동안 수건의 배심기소를 제출할 수도 있다.	3. 각 사건마다 배심이 다르다.
4. 상당한 이유에 기하여 배심기소를 제기할 수 있다.	4. 합리적 의심의 여지가 없는 증거에 기하여 유죄평결을 한다.
5. 불법행위에 대한 수사를 개시할 수 있다.	5. 불법행위에 대한 수사를 개시할 수 없다.

\* 배심원의 수와 관련하여 미연방대법원은 최소 6인 이상이면 족한 것으로 보고 있고(Ballew v. Gerogia, 1978; Burch v. Louisiana, 1979) 실제로 1998년 현재 배심원이 12명인 곳은 연방형사법원원과 알래스카, 텍사스, 웨스트 버지니아, 하와이, 뉴욕, 노스 캐롤라이나, 메인 7개주에 불과하고 또한 만장일치를 요건으로 하지 않는 주가 대부분이다(Robert H. Miller, SIX OF ONE IS NOT A DOZEN OF THE OTHER: A REEXAMINATION OF WILLIAMS v. FLORIDA AND THE SIZE OF STATE CRIMINAL JURIES, 146 U. Pa. L. Rev. 621 (1998) 참조.

(3) 대배심원의 수는 각 주마다 상이하나 일반적으로 16명에서 23명이다. 그리고 대배심원의 선발방식은 크게 선거인단명부에서 무작위로 추첨하여 선발하는 방식, 판사가 직접 선발하는 방식 그리고 대배심원 선발위원의 추천에 의해 선발하는 방식(keyman system)으로 나누어진다. 예컨대 텍사스 주와 같은 곳에서는 판사가 직접 대배심원 후보자를 선출하여 소환하여 선발하거나 지방법원판사가 먼저 주민 중에서 3~5명의 시민을 대배심원 선발위원(jury commissioner)으로 선임하고 이들 선발위원이 대배심원을 선발하기도 하지만,<sup>15)</sup> 일반적으로 후보자를 무작위로 추첨하여 판사가 자격심사를 거쳐 선발하는 방식이 사용되고 있다.

소배심원 선발과정과의 차이점은 법원이 대배심원의 자격에 관한 간단한 신문을

14) 김성돈 역/Ronaldo V. Del Carmen, 미국 형사소송법, 1999, 65면.

15) 정완 역, 앞의 책, 159면 참조.

할 수 있을 뿐 검사와 변호인에 의한 기피권이 인정되지 않는다는 점이다. 그리고 대배심원의 적격여부는 사후적으로 공소기각의 사유가 될 수 있지만, 대배심원의 선정과정 및 대배심원의 적격 여부에 위법사유가 있다고 하더라도 대배심의 최종적인 평결 결과에 영향을 미치지 않았다면 공소기각 사유가 되지는 않는다.<sup>16)</sup>

대배심원의 임기는 일반적으로 18개월이며(주에 따라서는 6개월 더 연장이 가능하다) 그 기간 동안 대배심에 회부된 사건을 모두 심의하게 된다는 점에서 각 사건 별로 구성되어 사건의 종료와 함께 임기가 만료되는 소배심과 구분된다. 대배심은 장기간 여러 사건들의 심리를 담당하기 때문에 특정 피의자나 증인과의 관계 등은 큰 의미를 갖기 어렵고, 결과적으로 소배심의 경우와 같이 검사와 변호인이 자기 쪽에 유리한 배심원을 선정하려고 치열한 신경전을 펼치는 상황은 거의 벌어지지 않는다.

배심원단의 구성이 마무리되면 활동에 들어가게 되는데, 임기 중 정해진 장소에 출근하여 보통 주말을 제외하고 매일 임무에 종사하게 된다. 수개월간 진행되는 대배심이 특성상 배심원들이 얼마나 출석하여 심리에 참여했는지 자체가 실무상 중요한 쟁점이 되기도 하는데, 법원에서는 많은 배심원들을 상대로 매일 출석을 강제할 방법이 마땅치 않고 그 임기가 상당히 길다는 점을 감안하여 일부 배심원의 결석만을 이유로 공소제기의 효력이 부정되는 경우는 거의 없다. 그리고 심리에 참석하지 않은 배심원이 기록이나 다른 배심원 등을 통해 이미 진행된 사항을 충분히 알게 되었다면 평의에 참석하거나 표결을 해도 문제가 없다고 보고 있다.<sup>17)</sup>

대배심이 구성되면 배심원 중에서 배심원대표(foreman)를 선정하게 된다. 배심원대표는 배심원단을 대표하여 절차 진행, 평결 기록 등 행정적 임무를 수행하게 되며 기소를 승인하는 경우 배심원단을 대표하여 기소장(true bill)에 서명하게 된다.

(4) 대배심은 독자적으로 범죄혐의자를 조사하여 기소할 수 있는 권한과 검사의 기소장(bill of indictment)에 대한 승인을 통하여 피의자에 대한 기소여부를 결정하는 권한을 가지고 있다.

16) Sara Sun Beale-William C. Bryson-James E. Felman-Michael J. Elston, *Grand Jury Law and Practice*, 2004, Ch3. §3:9.

17) 연방의 경우 연방형사소송법이 요구하는 16명의 의사정족수와 12명의 의결정족수가 충족되면 공소제기가 가능하다. 각주의 기소결정 정족수에 대해서는 박세현, 앞의 논문, 12면 이하 참조.

우선 대배심은 검사의 신청과는 무관하게 독자적으로 범죄혐의자를 조사하여 법원에 보고서(report)를 제출할 수 있는 권한을 가지고 있다. 특히 영국의 식민통치 시절 영국 관리들의 부패범죄 등에 대하여 영국 경찰이 수사와 기소를 하지 않는 데 대한 견제수단으로서 대배심의 독자적인 기소권한이 광범위하게 활용되었고, 이것은 수정헌법 제5조에서 대배심의 고발(presentation)로 표현되어 있다. 1945년에 연방형사소송규칙이 제정되면서 이에 관한 규정이 마련되지 않아 연방에서는 거의 사문화된 것으로 평가되기도 하지만,<sup>18)</sup> 법적 근거의 결여에도 불구하고 커먼로에 의하여 대배심은 고발권한을 갖는다고 보는 것이 일반적이고, 주 단위에서는 선거에 의하여 선출되는 주정부 검사들의 정치적 속성 때문에 수사를 꺼리는 공무원의 부패사건이나 조직범죄 그리고 화이트칼라범죄에 대해서는 많은 성과를 보여 여전히 ‘정부에 대한 감시자’로서의 기능을 수행하고 있다.

다만 이와 같이 대배심이 자체적으로 수사권을 발동하는 것은 극히 예외적인 경우에 한정되어 있고 대부분의 경우는 검사의 신청에 의해서 절차가 개시된다. 또한 대배심의 심리과정에서는 법원 및 변호인의 관여가 제한되어 있기 때문에 대배심의 심리는 사실상 검사에 의해 주도되고 있다.

(5) 대배심이 구성되면 본격적으로 수사에 착수하게 된다. 대배심이 가지는 권한은 간단히 말하면 subpoena, 즉 특정인에게 대배심에 출석하여 증언하거나 문서, 기록, 물건 등을 제출할 것을 명하는 것이라고 말할 수 있다. subpoena는 증인소환을 위한 경우(subpoena ad testificandum)와 증거제출을 위한 경우(subpoena duces tecum)로 구분되는데, ‘subpoena power’는 사실상 대배심이 수사와 관련하여 가지는 모든 권한과 동의어로 사용될 만큼 대배심의 중요한 권한이자 활동이다.

증거제출명령(subpoena duces tecum)은 수사과정에서 증거를 수집하는데 사용된다는 점에서 압수수색을 위한 영장과 유사하다. 그러나 subpoena는 특정인에게 범죄의 혐의가 있다고 의심할만한 상당한 이유(probable cause)가 있는지를 판단하는 대배심의 절차에서 발부되는 것이므로 압수수색영장에서와 같은 상당한 이유를 소명할 필요가 없다. 그리고 증거자료의 제출을 명하는 subpoena의 경우 그 자료에 대한 압수수색의 권한을 검사나 대배심에 부여한 것은 아니기 때문에 수사관 등이

18) 광규택, “대배심제도의 기능과 우리나라에서의 도입방안”, 대검찰청 e-pros, 5면.

현장에서 제출대상인 물건이나 서류를 발견하더라도 이를 직접 압수할 수는 없고 어디까지나 명령을 이행하지 않을 경우 법정모독이나 위증으로 처벌할 수 있을 따름이다.

그리고 연방형사소송법은 증인소환장의 발부요건이나 그에 대한 심사 등에 대해서는 아무런 규정이 없다. 그렇기 때문에 실무에서는 예상되는 소환대상자의 진술이 사안과 얼마나 관련되어 있고 중요한지에 상관없이 증인소환장을 발부하고 있고 법원도 아주 예외적인 경우가 아닌 한 증인소환장의 발부 자체를 문제 삼지는 않는다. 소환장을 받은 증인은 증언거부의 특권 등을 이유로 대배심에서의 증언에 대하여 이의를 제기할 수는 있지만 이 경우에도 대배심에 출석하여 그 사유를 주장해야 한다.

subpoena에 의한 증언이나 증거제출의 요구를 받은 사람은 송달 후 즉시 법원에 이의를 신청할 수 있다. 이의신청이 있는 경우 법원은 해당명령이 대배심이 수사 중인 사건과 관련성이 있는 증인, 물건 및 서류인지, 대상이 합리적으로 특정되었는지 그리고 계속적으로 작성되는 기록의 제출을 요구하는 경우 필요한 기간을 합리적으로 제한하고 있는지 등을 기준으로 심사를 하여, 법원은 정당한 이유가 있다고 인정되는 경우 증언을 제한하거나 증거제출명령을 효력을 부정 또는 수정할 수 있다. 그러나 원칙적으로 법원은 대배심의 독립성과 수사의 재량을 최대한 존중하여 subpoena의 적법성이 추정된다는 입장을 취하고 있기 때문에 이의신청이 받아들여지는 경우는 흔하지 않다.

(6) 대배심의 subpoena가 강력한 힘을 갖는 것은 바로 법정모독(contempt) 제도에 의해 뒷받침되고 있기 때문이다. 즉 대배심으로부터 subpoena를 송달받은 증인이 정당한 이유없이 그에 명시된 증언이나 증거제출을 거부할 경우 검사는 해당 subpoena의 이행을 명하도록 법원에 신청을 할 수 있고, 법원이 subpoena의 이행을 명하였음에도 불구하고 당사자가 이를 거부하면 법정모독으로 민형사상의 제재를 받게 된다.<sup>19)</sup>

우선 법정모독에 대한 민사벌은 소환된 사람이 대배심에서 실제 증언을 하거나

19) 증거제출 및 증언의 거부와 법정모독에 대해서는 서창희, “미국 대배심에서의 증언거부와 법정모독”, 사법연수원논문집 2집(2005), 399면 이하 참조.

요구된 증거자료를 제출할 때까지 일정한 장소에 구금하거나 이행강제금을 부과하는 방식으로 이루어진다.<sup>20)</sup> 민사벌은 소환된 당사자를 범죄자로 만들지 않으면서도 그 이행을 강제할 수 있어 실무상 subpoena를 활용한 수사는 법정모독에 대한 민사벌에 의해 담보되고 있는데, 보통 증언을 하거나 증거를 제출할 때까지 구금하는 방식을 취하고 있고 일부 정치적 사안에서는 저명인사가 1년 넘게 증언을 거부하며 구금된 사례도 있다고 한다. 그리고 subpoena의 이행을 거부하는 자는 법정모독죄, 사범방해죄 등으로 처벌할 수 있다.<sup>21)</sup> 다만 형사처벌은 민사벌 등으로 이행을 강제한 후에만 허용되므로(least possible power doctrine), 해당 증인에 대한 민사벌의 부과가 효과가 없음이 명백한 경우에만 적용될 수 있다.

(7) 한편 증인이 자기부죄금지의 특권을 근거로 증언이나 정보의 제공을 거부하거나 거부하려고 하고 증언이나 정보가 공공의 이익에 부합하는 경우 검사는 검찰총장(법무부장관)의 승인을 받아 법원에 면책명령(immunity order)을 신청하고 법원으로부터 면책명령을 받아 증언이나 정보의 제공을 강제할 수 있다. 이 경우 당사자는 증언이나 정보의 제공을 거부할 수 없으며 거부하는 경우 법정모독으로 민형사상의 제재를 받게 된다. 면책은 해당 증인과 관련있는 행위자체를 기소할 수 없는 경우(행위면책)와 해당 증언 및 그 증언을 통해 수집한 증거를 해당 증인을 상대로 한 형사사건에서 증거로 사용할 수 없는 경우(증거면책)로 구분되는데, 후자의 방법이 일반적으로 사용된다.

자기부죄금지의 특권을 배제하고 대배심에서 증언을 강제하는 이 제도는 현재 가장 유용한 수사방법 중의 하나로 활용되고 있다. 다만 실제 운영에 있어서는 면책을 받는 증인의 증언에 대한 신빙성이 문제되는 경우가 종종 있고, 조직범죄 수사와 같은 경우 과연 누구에서 면책을 부여하는 것이 수사목적과 형평에 부합하는가를 둘러싸고 많은 논란이 있다.<sup>22)</sup>

20) 28 U.S.C.1826 (a) 법원이나 대배심 또는 그에 부수되는 절차에 소환된 증인이 정당한 이유없이 법원의 명령에 따른 증언이나 증거의 제출을 거부한 경우 법원은 해당 증인이 명령을 이행할 때까지 적절한 장소에 즉시 구금할 것을 명할 수 있다. 구금은 해당 증언이나 증거제출을 요구한 법원의 절차나 대배심의 회기 또는 연장된 회기가 진행되는 기간 동안 유효하며, 어떠한 경우에도 구금이 18개월을 초과할 수 없다.

21) 18 U.S.C.401(3) : 적법한 영장이나 명령, 규칙, 지시 등 법원의 권한에 관한 모욕행위에 대하여 법원은 그 재량에 따라서 벌금이나 징역형으로 처벌할 수 있다.

(8) 대배심의 심리에는 소배심과는 다른 몇 가지 특징이 있다. 우선 수사대상의 도주를 방지하고, 대배심원의 자유로운 심리를 보장하고 잠재적 피의자나 주변사람 들로부터의 각종 청탁을 방지하며, 증인 증 증거를 조작하거나 매수할 가능성을 없애고, 대배심에서 진술하는 사람이 가능한 한 자유롭게 정보를 제공할 수 있도록 하며, 무고한 사람이 단지 수사를 받게 되었다는 사실이 공개됨으로써 피해가 발생하는 것을 방지하기 위해서 대배심의 심리는 비밀로 진행된다. 연방형사소송법은 대배심과 관련된 자료를 제공받기 위해서는 원칙적으로 대배심을 관할하는 법원의 허가를 받도록 하고, 의도적으로 이를 위반한 때에는 법정모독으로 처벌할 수 있다고 규정하고 있다.

그리고 대배심에서의 심리는 대립당사자 구조(adversarial system)가 아니라 일방적 구조(ex parte)이므로 소배심의 심리절차와는 달리 증인신문과 증거조사에 있어서 피의자변호인의 참여권이나 반대신문권이 보장되지 않는다. 게다가 대배심의 심리에서는 전문법칙이 적용되지 않기 때문에 전문증언도 허용되고 검사에 의한 유도 신문도 허용된다. 미국연방 검사업무처리지침(U.S. Attorney Manual)에는 대배심에서는 혐의자의 유무죄를 결정하는 것이 아니라 기소에 요구되는 상당한 혐의의 유무를 판단하는 것이므로 전문증거의 사용을 허용하고 있으면서도 피의자에 대한 오해를 야기할 수 있는 전문증거의 사용을 자제하도록 하는 규정을 두고 있다.<sup>23)</sup>

(9) 대배심의 심리가 끝나면 평의 및 표결의 과정을 거쳐 기소여부가 결정된다. 기소결정은 연방을 비롯하여 일반적으로 12명 이상의 찬성으로 하고 있는데, 일부 주에서는 그 보다 적은 수나 다수결에 의할 수 있도록 하고 있다.

대배심은 기소하기에 상당한 혐의가 있다고 판단하여 기소를 승인하는 결정을 하면(true bill), 배심원대표가 검사가 작성한 기소장안에 서명을 하여 그것을 법원에 송부하게 된다. 대배심이 기소를 승인하는 경우에도 검사는 최종적으로 기소할지 여부를 결정할 수 있는 재량권을 가지므로 사정의 변경이나 공범에 대한 기소전략을 고려하여 기소를 하지 않을 수 있다. 그리고 대배심이 기소하기에 상당한 혐의를 인정하기 어렵거나 기소하기에 적절하지 않는 사유가 있다고 판단하는 경우 기소

22) 서창희, “Grand Jury 및 Immunity를 이용한 수사 - 미국법상 비협조적 참고인에 대하여 진술을 강제하는 방법”, 해외연수검사연구논문집 제11집(1995), 160면 참조.

23) U.S. Attorney Manual § 9-11.232.

불승인(no bill)을 하고, 검사는 그 취지를 기재한 서면을 법원에 제출한다.<sup>24)</sup> 아주 드물기는 하지만 대배심이 기소를 승인하지 않은 경우라도 사후적으로 다른 대배심을 통한 기소를 추진하는 사례가 있다.

(10) 앞에서 설명하였듯이 대배심은 대립당사자 구조가 아니라 일방적, 밀행적 구조로 진행되기 때문에 법원과 피의자변호인의 참여가 제한되어 있고, 사실상 심리절차가 검사의 주도로 진행되고 있다. 연방과 대부분의 주에서는 법률로 검사에게는 평결과 표결절차 제외한 절차에 출석할 수 있는 권한과 증인을 신문하고 대배심원에게 법률적 조언을 할 수 있는 권한을 인정하고 있다.

그러나 대배심의 절차를 검사가 주재하는 것으로 오해서는 곤란하다. 미국의 법원들은 대배심의 역사적 배경이나 독립성을 감안하거 최대한 간섭하지 않으려는 경향을 보이고 있고 실질적으로는 검사에 의해 절차가 주도되고 있기는 하나, 대배심은 법원에 소속되어 있고 법원에게 감독규제권한이 부여되어 있다. 특히 대배심에 관여하는 검사에게는 증인이나 혐의자에 대해 공정할 것과 피의자의 이익과 관련하여 공평한 태도를 유지할 것이 요구되고 대배심의 표결에 영향을 미칠 수 있는 불공정하고 부당한 언행을 해서는 안 된다.<sup>25)</sup> 만약 대배심에 관여하는 검사가 부적격하다고 인정되는 경우 검사의 해임 및 특별검사(independent counsel)가 임명될 수 있다.<sup>26)</sup>

한편 대배심이 가지는 가장 큰 권한인 subpoena의 발부와 집행에 있어서 실질적으로 검사가 주도를 하고 법원은 사전승인과 같은 직접적인 통제를 가하는 것은 아니나, 당사자가 subpoena에 대하여 이의신청을 하는 경우 법원은 그것이 가혹하거

24) 대배심이 불기소결정을 하는 경우는 전체 사건의 10%정도를 차지하고 있으나, 실무상으로 검사가 기소의견을 갖고 있음에도 불구하고 대배심이 불기소결정을 하는 경우는 찾아보기 어렵고 검사도 불기소의 심증을 갖고 있는 경우가 대부분이다. 박세현, 앞의 논문, 108면 이하

25) 미국연방 검사업무처리지침(U.S. Attorney Manual) 9-11.020은 “대배심의 사무를 처리함에 있어서 검사는 사법관으로서 항상 범죄자는 처벌받고 죄없는 자는 피해를 입지 않도록 하여야 한다. 검사는 대배심이 범죄를 수사하고 소추절차를 개시하며 부당한 형사소추로부터 시민을 보호하는 기능을 수행하는 독립된 기관임을 인식하여야 한다. 검사의 책임은 대배심에 법률자문을 하고 증거를 제출하는 것이다. 이러한 임무를 수행하면서 검사는 항상 모든 증인에 대하여 공정하게 대하여야 하고, 배심원들을 흥분시키는 것과 같이 배심원에게 영향을 주는 행동을 해서는 안 된다.”고 규정하고 있다.

26) Sara Sun Beale 외, 앞의 책, Ch4. § 4:15.

나 불합리하다고 인정되는 경우 효력을 부인하거나 수정을 가함으로써 사실상 검사의 활동에 상당한 제약을 가할 수 있다. 그리고 대배심은 일반적으로 검사가 제출한 기소장안에 대하여 행해지고 대배심은 기소시기, 기소내용, 기소시기에 대해서는 아무런 권한이 없다고 할 수 있으나, 법원은 기소절차에 중대한 위법이나 흠결이 있는 경우 공소기각결정(dismissal)을 할 수 있게 한 것도 검사의 활동에 상당한 제약이 된다. 실제 절차의 하자로 법원이 공소기각결정을 내린 사례로는 배심원 및 후보의 선정과정에 인종 또는 성별의 차별이 있었던 경우, 자기부죄금지의 특권을 침해한 증언에 기초하여 기소가 된 경우, 위법하게 수집된 증거만을 기초로 기소된 경우, 헌법상 허용될 수 없는 사유나 보복 등을 위해 선별적인 기소가 이루어진 경우, 사회적으로 허용될 수 없을 정도의 부당한 행위가 수사에 개입되었거나 피의자의 방어권을 침해하여 기소된 경우, 검사가 허위임을 알고도 해당 증언을 기초로 기소결정을 이끌어 낸 경우 등이다.<sup>27)</sup>

### 3. 대배심제도에 대한 평가와 개선안

역사적으로 대배심은 정부의 공소권남용으로부터 국민을 보호하고 사법의 정의를 실현하는 민주적인 제도로 칭송을 받아 왔으나, 오늘날 미국의 대배심제도는 검찰의 기소에 대하여 ‘고무인(rubber stamp)’의 역할 밖에는 하지 못한다든지 검사의 ‘앞잡이(prosecutor's puppet)’의 역할을 하는데 불과하다는 등의 비난에 직면하고 있다. 대배심제도에 대한 비판은 ① 대배심은 비능률적이고 불필요한 비용을 증대시키고 혐의자에 대한 기소를 지연시키고, ② 구성원의 법률지식과 경험의 부족으로 실제 불기소하는 경우가 거의 없고 검사의 고무도장의 역할 밖에 하지 못하며, ③ 때때로 대배심은 검사의 재량권행사에 대한 일반적인 정밀조사로부터 검사를 보호하는 기능을 하는데 그치고, ④ 자의적이고 잘못된 소추로부터 시민을 보호하는 기능을 하여야 할 대배심은 가끔 기소하여야 할 사건을 기소하지 않거나 부당하게 기소함으로써 정의에 반하는 결정을 하는 경우가 있으며, ⑤ 제도로서의 대배심은

27) 박세현, 앞의 논문, 105면 참조.

회복할 수 없을 정도로 일반인의 존경과 신뢰를 상실하였다는 것인데, 이 때문에 대배심제도를 축소 또는 폐지해야 한다는 극단적인 주장까지도 제기되고 있다.<sup>28)</sup>

이러한 비판에도 불구하고 미국의 대배심제도는 여전히 계속되고 있으며 오히려 이 제도를 보다 더 실질적이고 효율적으로 운용하기 위하여 구체적인 절차와 방법을 개선해야 한다는 주장이 일반적이다. 대배심이 검사에게 지나치게 예속되는 현상을 개선하기 위하여 1978년 하와이 주에서 실시한 바와 같이 검사를 대신하여 법률적 조언을 하는 법률가를 선임할 수 있도록 하여야 한다는 주장, 대배심이 실질적으로 독립하여 기소여부를 결정할 수 있도록 대배심 절차 후에도 예비심문 (preliminary hearing)을 실시하여 소추의 타당성 여부를 점검하도록 해야 한다는 주장, 전문증거나 위법수집증거를 증거로 사용하지 못하도록 하고, 검사에게 혐의자에게 유리한 증거도 반드시 제출하도록 의무화하며, 단순히 상당한 이유가 있는 것만으로는 안 되고 명확하고 확실한 증거가 있는 경우에 한하여 기소하도록 하여야 한다는 주장, 대배심에서도 변호인 참여권을 인정하고 검사가 대배심에 증거에 관한 부적절한 평가를 하도록 유도하는 등의 부당한 행위를 한 때에는 공소를 기각해야 한다는 주장 등이 바로 그러한 것들이다.<sup>29)</sup>

### Ⅲ. 일본의 검찰심사회 제도에 대한 검토

#### 1. 검찰심사회제도의 도입과정

우리나라와 마찬가지로 국가소추주의와 기소편의주의를 채택한 일본은 검찰의 공소권에 대한 통제장치로 재정신청제도와 검찰심사회제도를 갖추고 있다. 일본이 재정신청제도와 검찰심사회제도를 도입한 배경은 재야법조인의 검찰소추권에 대한 제한론과 미군정에 의한 사법제도 민주화가 있다.<sup>30)</sup>

28) 표성수, 영미형사사법의 구조, 2004, 296면.

29) 표성수, 앞의 논문, 188쪽 참조.

30) 鯨越溢弘, “檢察審査會の機能”, 刑事訴訟法の争點(新版), 1991, 181면 참조.

일본이 2차 세계대전에서 패한 직후 재야법조인들은 경찰 등 공무원에 의한 인권 유린사건의 근절을 위해서는 검찰관에 의한 형사소추권의 독점을 폐지해야 한다고 주장하면서, 검찰 및 경찰 공무원에 의한 범죄에 대한 소추기관을 별도로 신설하고 인권유린사건에 대하여는 변호사회에 소추권을 부여할 것은 주장하였다. 그리고 미군정은 그 이전 일본에서의 중대한 인권침해는 주로 검찰, 헌병 그리고 경찰에 의해서 행해졌다고 판단하고 헌법과 형사소송법의 개정과정에서 고문금지 등을 비롯한 상세한 인권보장규정을 두면서 인권침해의 근본적인 원인이 국가소추주의에 입각한 규문주의적 감찰사법에 있다고 보아 검찰의 민주화를 사법개혁의 최대과제로 삼고, 구체적 실현방안으로 사인소추주의(私人訴追主義)의 채용, 대배심제도의 도입, 검찰관 공선제 및 지방분권화 등을 요구하였다. 그러나 당시 일본에서는 천왕주의로부터 국민주권주의로 그리고 국가소추주의로부터 사인소추주의로 전환한다는 것은 사법성뿐만 아니라 재야 법조인 및 학자들 사이에서도 받아들이기 힘들었기 때문에 미군정의 제안은 반대에 직면할 수밖에 없었고, 이로써 미국정과의 타협에 의하여 사인소추주의는 고소·고발절차의 개선과 재정신청제도의 신설로, 검찰관의 공선제와 지방분권화는 검찰관의 임기제와 검찰관적격심사제로, 그리고 배심제도는 검찰심사회제도로 축소되기에 이르렀다.

이러한 과정을 거쳐 재정신청 제도는 형사소송법(1948년)에 그리고 검찰심사회 제도는 검찰심사회법(1948년)에 규정되었다. 우리나라 형사소송법(1954년)의 재정신청 제도의 모델이 되었던 일본의 재정신청 제도는 법원의 부심판결정이 있는 경우 공소유지변호사로 하여금 공소유지를 담당하게 하는 등 검찰의 공소권에 대한 강력한 견제수단이 될 수 있었으나 직권남용 등의 범죄로 제한되었던 결과 그다지 실효성은 없었다.<sup>31)</sup> 이에 대하여 검찰심사회 제도는 많은 제도적 한계에도 불구하고 검찰의 공소권에 대한 통제수단으로서 어느 정도 실효성을 발휘하고 있다고 평가할 수 있다.<sup>32)</sup>

31) 재정신청제도의 시행 이후 1999년 10월까지 청구가 인용된 사건은 모두 17건으로 재판의 결과는 유죄 8건, 무죄 7건 그리고 면소 1건, 상고심 계속 중 1건이다. 신동운 역(三井誠·酒卷匡, 일본형사수속법, 2003, 127면.

32) 1948년 7월부터 2009년 12월까지 전국의 검찰심사회에서 155,583건의 불기소처분에 대한 당부를 심사하여 기소에 이른 사건이 약 1,400건에 이르고 있다. 특히 기소상당 결정에 대한 구속력이 인정된 이후 부쩍 활기를 띠고 있다. 최근 일본의 검찰심사회제도에 대한 상황에 대해서는 井上正

검찰심사회 제도의 성립과정에서 볼 수 있듯이 이 제도는 미국의 대배심 제도와 상당한 유사점을 가지고 있다. 선거인들 중 무작위로 선발된 일반인들이 심사회를 구성한다는 점, 심사절차가 비밀로 진행되고 직권심사가 허용된다는 점, 결정의 방식이 다수결이라는 점 등이 바로 그것이다. 그럼에도 불구하고 미국의 대배심은 근본적으로 소추권은 국민에게 있다는 사인소추주의 이념을 전제로 비단 부당한 불기소처분을 통제하는데 그치지 않고 부당한 기소를 사전적으로 통제하는 공중소추기관임에 반하여 검찰심사회는 국가소추주의를 전제로 하여 검사가 불기소한 사건에 한정되어 있는 사후적 통제기관이라는 점에서 본질적인 차이가 있고, 검찰심사회의 결정에 대해서는 원칙적으로 구속력이 인정되지 않는다는 점에서 근본적인 한계를 가질 수 밖에 없었다.<sup>33)</sup>

검찰심사회 제도는 그 시행 초기부터 국민의 인식부족, 조직과 예산의 부족, 검찰의 소극적인 태도 등으로 인해 부진을 면하기 어려웠다.<sup>34)</sup> 게다가 한편으로 검찰에서는 검찰심사회제도의 폐지 또는 축소를 주장하기도 하여 논란이 일기도 하였다. 이러한 부진과 논란에도 불구하고 검찰심사회 제도는 일본사회에 서서히 정착되기 시작했는데 그것은 검찰심사회에 참가한 경험이 있는 시민을 중심으로 이 제도의 중요성에 대한 자각이 확산되었고, 검찰심사회의 운영을 책임지고 있는 일본의 최고재판소도 적극적인 홍보에 나서고 제도개선에 적극적으로 나섰다. 하였고 때문이다.<sup>35)</sup>

한편 일본의 학계와 변호사단체에서도 검찰심사회제도의 문제점을 개선하기 위해 일본에서는 홍보를 강화하고 심사원이나 보충원 및 전문지식의 제공자에 대해 충분한 여비를 제공하며, 심사원 자격을 엄격히 하고 그 임기를 늘이며 나아가 불기

仁, “もう一つの國民参加-日本の檢察審査會制をめぐる動向-, 2010.11.4. 서울대학교 법과대학 초청강연문 참조.

33) 미국 대배심과 일본 검찰심사회의 비교에 대해서는 篠倉滿, “わが國の檢察審査會制度とアメリカ大陪審”, *ジュリスト* 544호(1973.10.), 81면 이하 참조.

34) 1948년 검찰심사회제도가 시행된 후 1978년까지 30년 동안의 심사건수는 약 54,000건에 이르나 이 중 불기소부당·기소상당 의결이 내려진 사건은 4,320건(약 8%)이며 이 중 752건(불기소부당·기소상당 결정이 내려진 사건 중 19.3%)에 대해서만 기소가 행해졌다. 30년간의 시행실적과 평가에 대해서는 三井誠, “檢察審査會制度の現象と課題”, *法曹時報* 50권 9호(1978.9), 8면 참조.

35) 三井誠, 앞의 논문, 10면 참조.

소처분을 통보할 때 검찰심사회에 불복신청을 할 수 있다는 것을 고지하지는 개량론과 검사의 불기소처분에 대해서만이 아니라 기소처분에 대해서도 심사가 가능하도록 하고, 심사회의 의결에 법적 구속력을 부여하며, 심사회의 의결에 기초한 소추에 관해서는 소추직무를 행할 변호사를 위촉하지는 개혁론을 주장되었다.<sup>36)</sup>

그러나 이처럼 곳곳에서 검찰심사회 제도의 개선에 대한 요구가 빗발쳤음에도 불구하고 2000년 범죄피해자의 보호를 위해 범죄피해자가 사망한 경우 그 배우자 또는 직계친족이나 형자자매가 심사를 청구할 수 있도록 하는 개정이 이루어진 것 외에는 이렇다 할 변화가 없었다. 그러던 중 2001년에는 일본의 형사사법체제의 개혁을 위해 발족한 ‘사법제도개혁심의회’가 공소권행사에 민의를 반영하기 위해 창설된 검찰심사회가 국민의 사법참가제도의 하나로서 중요한 의미를 가지고 있음을 지적하면서 검찰심사회의 의결 중 일부에 법적 구속력을 부여해야 한다는 내용의 최종의견을 내각에 제출하였고,<sup>37)</sup> 내각에서 검찰심사회법의 개정안을 마련하여 2004. 6. 의회를 통과함으로써 2009. 5.부터 시행되게 되었다.

이하에서는 현재 일본에서 시행되고 있는 검찰심사회 제도의 내용과 운용실태에 대해서 살펴본다.

## 2. 검찰심사회 제도의 운영현황

(1) 앞에서 지적한 바와 같이 검찰심사회는 공소권행사에 관하여 민의를 반영하여 그 적정을 도모하기 위한 것으로, 검찰관의 공소를 제기하지 아니하는 처분의 당부를 심사하고 검찰사무의 개선에 관한 건의나 권고를 하는 것을 임무로 한다.

(2) 검찰심사회는 각 지방재판소 및 지방재판소의 지부에 최소한 1개 이상을 설치하도록 되어 있으며(제1조), 이에 따라 일본 전역에 200여개의 검찰심사회가 설치되어 있다. 각 검찰심사회에는 보조기관으로서 검찰심사회 사무국과(제19조) 사무관을 둔다(제20조 제1항). 검찰심사회 사무관은 재판소 사무관 중에서 최고재판소가 임명하고, 검찰심사회 사무관이 근무하는 장소는 최고재판소가 정한 바에 따

36) 鯉越澄弘, 앞의 논문, 121면.

37) 의결의 법적 구속력과 관련된 논란에 대해서는 寺岐嘉博, “檢察審査會の議決への法的拘束力”, 現代刑事法 43호(2001.11.), 39면 참조.

라서 지방재판소가 정한다. 그리고 최고재판소는 각각의 검찰심사회에 소속된 사무관 중 1인을 사무국장으로 임명한다. 사무국장과 사무관은 검찰심사회장의 지휘감독을 받아 검찰심사회의 사무를 처리한다(제20조 제2항 내지 제4항).

검찰심사회는 국민 중에서 중의원의원 선거권을 가진 사람들로부터 무작위로 추출된 11인의 심사원으로 구성되는데(제4조) 의무교육을 받지 아니한 자, 1년 이상의 징역형을 선고받은 자, 판사검사장관 등 특수한 직에 있는 자 및 피의자나 피해자와 특수한 관계에 있는 사람은 직무집행에서 배제된다(제5조 내지 제7조).

검찰심사회의 구성절차를 보면 우선 검찰심사회별로 4군으로 나누어 시정촌(市丁村) 선거관리위원회가 1군당 100명씩의 후보자를 추천으로 선정한 다음(제9조), 검찰심사회 사무국장이 판사와 검사의 입회 하에 후보자 중에서 1군과 3군에서는 5명씩 그리고 2군과 4군에서는 6명씩의 심사원과 보충원을 선발한다(제13조). 검찰심사원의 임기는 6개월이나, 각 군별로 임기 도래시기가 다르게 하여 심사원의 교체에 따른 혼란이나 업무공백을 방지하고 있다(제14조). 그리고 검찰심사원 및 후보자의 선정이 완료되는 신속히 검찰심사회의를 열어 검찰심사회장을 호선한다(제15조 제1항). 검찰심사회장은 검찰심사회의의 의장이 되고, 검찰심사회의의 사무를 관장하며 검찰심사회 사무관을 지휘감독한다(같은 조 제2항).

(3) 검찰심사회는 고소인·고발인 및 범죄 피해자로부터 신청을 받아 검사의 불기소처분의 당부를 심사한다(제2조 제2항). 이외에도 과반수의 의견이 있는 때에는 스스로 지득한 정보에 의하여 직권으로 불기소의 당부를 심사할 수 있다(같은 조 제3항). 직권으로 심사를 한 건수는 전체의 10%에도 미치지 못하나 공해범죄, 뇌물죄, 공직선거법위반죄, 직권남용죄 등의 사건에 대해 검찰심사회가 직권으로 심사를 하여 사회의 주목을 받은 경우가 적지 않다.<sup>38)</sup>

(4) 검찰심사회는 외부로부터 지사·명령·간섭을 받지 아니하며 독립하여 그 직권을 행사한다(제3조). 그리고 검찰심사회의 회의는 비공개로 진행되므로(제26조) 외부에서 심사의 내용, 방법 등에 관해 논의되는 일은 거의 없다. 한편 검찰심사회는 불기소결정의 당부를 심사함에 있어 검사에게 필요한 자료의 제출과 출석을 요구할 수 있고(제35조), 공무소 등에 사실조회를 요구할 수 있으며(제36조), 신청인 및 증

38) 三井誠, “檢察審査會制度の今後”, 現代刑事法 69호(2005.1.), 82면.

인을 소환·심문할 수 있다(제37조 제1항). 증인이 소환에 응하지 아니할 경우 검찰심사회는 소재지를 관할하는 간이재판소에 증인의 소환을 청구할 수 있고, 간이재판소는 검찰심사회의 청구가 있는 경우 소환장을 발부하여야 한다(같은 조 제2항, 제3항). 또한 검찰심사회는 상당하다고 인정되는 자에게 출석을 요구하고 법률 기타의 사항에 전문적 조언을 들을 수 있고(제38조), 심사를 신청한 자는 검찰심사회에 의견서나 자료를 제출할 수 있다(제38조의 2).

지난 2004년 검찰심사회법의 개정으로 심사보조원제도가 도입되었다. 이에 따르면 검찰심사회는 심사를 함에 있어서 법률에 관한 전문적인 지식을 보충할 필요가 있다고 인정되는 때에는 변호사 중에서 심사보조원을 위촉할 수 있게 되었다(제39조의2 제1항). 심사보조원의 수는 1명이며 검찰심사회장의 지위를 받아 법률에 관한 학식과 경험에 기초하여 i) 당해사건에 관한 법령 및 그에 관한 해석을 설명하고, ii) 당해 사건의 사실상·법률상 문제점을 정리하고 당해문제점에 관한 증거를 정리하며, iii) 당해사건의 심사에 관하여 법적 견지에서 필요한 조언을 하는 임무를 수행한다(같은 조 제2항). 그리고 심사보조원은 검찰심사회의 의결서를 작성하는 업무를 보조한다(같은 조 제3항). 심사보조원은 그 직무를 수행함에 있어서 검찰심사회가 공소권의 실행에 관한 민의를 반영하여 그 정정을 도모하기 위하여 설치되었다는 사실에 입각하여, 민주적인 판단을 방해하는 언동을 해서는 안 될 의무가 부과되어 있다(같은 조 제4항).

(5) 검찰심사회의 심의과정에서 피의자의 지위는 그다지 명확하게 규정되어 있지 않아 논란이 되고 있다. 피의자는 검사에 의해 불기소처분을 받은 자임에도 불구하고 피해자 등이 그 처분의 당부에 대하여 심사를 신청하여 심사의 대상이 되어도 그에 대한 통지를 받지 아니한다. 검찰심사회법상 증인으로 피의자를 소환할 수 있지만(제37조 제1항) 실제로 소환하는 예는 많지 않고 통상 피의자가 알지 못한 채 심사와 의결이 이루어진다. 그리고 의결이 있는 경우 그 취지도 통보받지 못한다.

(6) 검찰심사회의를 개최하기 위해서는 전원의 출석이 요구되나(제25조) 의사는 과반수로 결정한다(제27조). 검사의 불기소처분에 대한 당부를 심사한 결과 기소가 상당하다고 판단되면 기소상당 결정을, 불기소처분이 부당하다고 인정되면 불기소부당 결정을 그리고 불기소처분이 상당하다고 판단되면 불기소상당 결정을 하게 되

는데, 기소상당 결정을 함에 있어서는 8인 이상의 찬성이 요구된다(제39조의5). 검찰심사회의 심의결과 의결을 한 때에는 이유를 붙인 의결서를 작성하여 그 등본을 해당검찰관을 지휘감독하는 검사장(檢査正) 및 검찰관적격심사회에 송부하고 의결 후 7일간 검찰심사회사무국의 게시장에 의결의 요지를 게시한다(제40조).

한편 검찰심사회가 기소상당 또는 불기소부당의 의결을 한 경우 검사는 신속하게 당해 의결을 참고하여 공소제기여부를 검토하여 그 사건에 대한 기소 또는 불기소 처분을 하고, 그 취지를 검찰심사회에 통지하여야 한다(제41조). 검사가 불기소처분의 취지를 통지한 경우 또는 3개월 이내에 아무런 통지를 하지 않은 경우 검찰심사회는 재심사를 하여야 하고(제41조의2), 재심사에서 다시 검찰심사회가 8인 이상의 찬성으로 기소의결을 한 경우에는 범죄사실을 기재한 기소의결서를 관할 재판소에 송부하고(제41조의7) 재판소는 변호사 중에서 공소의 제기 및 유지를 담당할 자를 지정하여 그로 하여금 공소의 제기 및 유지업무를 수행하게 한다(제41조의9).

(7) 한편 검찰심사회는 언제든지 검찰사무의 개선에 관하여 지방검찰청의 검사장에게 건의 또는 권고를 할 수 있다(제42조). 그 동안 이 규정의 실효성이 의문시되어 왔으나 검찰심사회의 건의 또는 권고를 받은 검사장에게 신속하게 그에 관한 조치의 유무와 그 내용에 대한 통지를 하도록 하는 의무를 부과하였다.

### 3. 검찰심사회의 활동에 대한 평가와 전망

(1) 검찰심사회제도가 시행된 1948년부터 지난 2009년까지의 실적을 보면 우선 총 수리건수는 156,419건으로 이 중 신청에 의한 것이 142,967건 그리고 직권에 의한 것이 13,452건이다. 대부분 신청에 의한 것이지만 직권에 의한 것이 8.5%에 이르고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 그리고 같은 기간 중 155,583건이 처리되었는데 기소상당이 2,366건, 불기소상당이 15,078건 그리고 불기소부당이 87,285건이다. 각각 1.5%, 9.6%, 56.1%에 해당하는 수치로, 수치상으로는 보면 그다지 성공적이지 못하다고 평가할 수 있다.

(2) 일부에서는 기소배심제도는 사인소추제도와 접목될 때 비로소 그 기능을 충분히 발휘할 수 있음에도 불구하고 일본에서는 국가소추주의를 유지한 채 기소배심

제도를 본 따 검찰심사회를 만들었기 때문에 충분한 기능을 담당하기 어렵다고 지적하고, 검찰심사회는 사후적으로 부당한 불기소만을 사후적으로 심사하는데 지나지 않고 그 의결에도 원칙적으로 구속력이 없으며 조직과 권한도 빈약하다는 점을 비판하기로 한다. 그러나 다른 한편으로 비록 소수이기는 하지만 검사의 불기소처분에 대한 당부를 판단함으로써 검찰의 공소권에 대한 통제기능을 착실히 수행해 왔다는 긍정적인 평가도 적지 않다.<sup>39)</sup> 검찰심사회제도에 대해 많은 연구를 해 온 미쯔이 마코토(三井誠) 교수는 그 이유로 검찰심사회의 신청건수가 이 제도가 시행된 지 3년째부터 급격히 증가하여 매년 1,500에서 2,500건의 신청건수가 안정적으로 유지되고 있고, 특히 공해범죄, 수뢰죄, 공직선거법위반죄, 직권남용죄 등에 대해서는 직권에 의한 심사도 이루어지고 있으며, 무엇보다도 검찰심사원 또는 보조원으로 활동한 사람들이 이 제도에 대한 긍정적인 평가를 하고 있고, 검찰도 초기에는 이 제도의 폐지까지 주장하다가 점차적으로 이 제도를 이해하고 수용하는 자세를 보이고 있다는 점을 들고 있다.<sup>40)</sup>

(3) 특히 지난 2004년 검찰심사회법을 개정하여 기소상당의 결정에 대한 재심사를 통한 기소강제절차를 도입한 것은, 비록 기소상당의 의결에 국한된 것이기는 하지만 검찰심사회의 의결에 구속력을 부여함으로써 검찰심사회가 형사소추의 최종 책임자임을 명확히 한 것이라는 긍정적인 평가가 일반적이다. 또한 검찰심사회의 의결에 구속력을 부여함으로써 검찰심사회제도는 최근 도입된 재판원제도와 함께 국민의 사법참여를 담보하는 두 개의 축으로 기능하고 있다고 평가되기도 한다.<sup>41)</sup>

(4) 이러한 긍정적인 변화에도 불구하고 아직도 많은 미비점이 있다. 우선 이 제도의 운영실적을 고려해 볼 때 심사원의 임기연장, 심사원 등의 여비일당액의 증대, 정원제를 대신하는 정수제(定數制)의 채용, 심사원의 확충 등이 요구된다. 그리고 검찰심사회의 심사대상을 불기소처분으로 한정하고 있고, (기소상당 결정을 제외한) 검찰심사회의 결정에 대해서는 구속력을 인정하고 있지 않으며, 피의자의 지위가 명확하지 않다는 점도 문제점으로 지적되고 있다. 그리고 변호사에 의한 공소제가

39) 도중진 역/寺岐嘉博, 일본의 형사사법-검찰심사회와 배심제도, 형사정책 13권 1호(2001), 318면.

40) 三井誠, 앞의 논문, 82면.

41) 宇藤崇, “檢察審査會の役割と制度の概要”, 法律のひりば 62권 6호(2009.6.), 47면.

유지제도가 도입되기는 하였지만 실질적으로 어떻게 운용할 것인지에 대해서도 구체적인 방안이 마련되어 있지 못하다.<sup>42)</sup>

## IV. 검찰의 기소독점에 대한 시민적 통제방안에 관한 논의의 검토

### 1. 논의의 개관

(1) 사실 검찰의 기소독점과 그에 대한 통제방안은 비단 검찰비리가 사회적 문제로 떠오른 오늘날의 문제만은 아니다. 앞에서 잠깐 지적하였듯이 일제로부터 해방된 후 우리나라는 수사권과 공소권을 어떻게 구성·분배할 것인가에 대한 고민에 휩싸였다. 일제치하에서 헌병과 검찰의 강력한 권한에 치를 떨어야 했던 우리로서는 당연한 것으로, 일부에서는 기소유예제도(기소편의주의)를 폐지하고 사인소추를 인정해야 한다거나 미국식 대배심제도를 채택하자는 주장까지 제기되었다. 그러나 국가소추주의에서 사인소추주의로의 전환이나 기소유예제도의 폐지는 당시로서는 수용하기 힘들었기 때문에, 자연스럽게 국가소추주의와 기소편의주의를 유지하면서 사후적 통제수단을 마련하는 방향으로 흘러갔다.<sup>43)</sup> 이와 같은 상황에서 검찰의 공소권에 대한 통제장치로 재정신청제도와 검찰심사회제도가 시야에 들어오게 되었다.

(2) 일본의 재정신청제도와 검찰심사회제도는 각각 독일의 기소강제절차와 미국의 대배심제도를 참조하여 일본식으로 변형한 것으로, 재정신청제도는 검찰의 공소권에 대한 사법적 통제장치에 가깝다고 한다면 검찰심사회제도는 시민적 통제장치에 가깝다.<sup>44)</sup> 그러나 우리나라의 재정신청제도는 독일이나 일본의 재정신청제도와

42) 자세한 내용은 宇藤 崇, “檢察審査会の役割と制度の概要(特集 檢察審査会制度の改正), 法律のひろば(2009.6), 10면 이하 참조.

43) 정부수립 이후 형사소송법 제정까지 검찰의 공소권 통제방안에 대한 논의에 대해서는 문준영, 법원과 검찰의 탄생, 2010, 671면 이하 참조.

44) 재정신청과 검찰심사회제도의 도입과정에 대해서는 小田中聰樹, “準起訴手續とドイツ起訴強制手續の立法過程について”, 法律時報 49권 5호(1968.5) 및 “檢察の民主化と檢察審査會”, 法曹時報 50권 9호(1978.9) 참조.

는 다소 차이가 있으며 이를 단순히 사법적 통제장치라고 단정해서는 곤란하다.

재정신청의 대상이 직권남용죄로 한정되어 있는 일본과는 달리 우리나라는 모든 범죄로 확대하고 그 주체도 범죄피해자인 고소인뿐만 아니라 일반국민인 고발인으로 규정하였다. 한편 기소법정주의를 채택하고 그 실효성을 담보하기 위한 방안으로 기소강제절차를 채택하고 있는 독일에서는 법원이 재정신청을 이유있다고 인정하더라도 검사로 하여금 기소할 의무를 지우는데 반하여, 우리나라와 일본에서는 재정신청을 이유있다고 인정하는 경우 부심판결정을 하고 변호사를 지정하여 공소유지업무를 수행하도록 하고 있다. 그런데 법원이 임명하는 공소유지변호사는 일종의 특별검사로써 법무부장관이나 검찰총장의 지시를 받지 아니하고 독자적으로 활동한다. 이는 불기소처분을 한 검찰에게 다시 공소제기를 하도록 하는 것보다 훨씬 더 검찰권에 대한 민주적 통제의 이념에 부합하는 것이라고 평가할 수 있다.<sup>45)</sup>

(3) 그런데 안타깝게도 우리나라의 재정신청제도는 도입과정에서는 물론 시행과정에서 검찰로부터 끊임없이 권력분립 내지는 수사기소와 재판의 분리를 원칙으로 하는 탄핵주의에 반한다는 비판을 받아왔고<sup>46)</sup> 급기야 지난 2007년 형사소송법 개정과정에서는 법원이 재정신청을 이유있다고 인정하는 경우 부심판결정을 하고 변호사로 하여금 공소유지를 담당하게 하는 것이 아니라 공소제기결정을 하고 검사로 하여금 공소를 제기·유지하는 것으로 변경하기에 이르렀다. 그런데 개정형사소송법이 시행된 2008년 이후부터 재정신청이 받아들여져 진행된 본안재판 중에 공소유지를 담당한 검찰이 피고인에 대해 구형을 하지 않거나 아예 무죄를 주장하는 경우가 발생하고 이런 사건 중에서 재판결과 유죄가 선고되는 경우가 빈발하게 되자, 최근 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.<sup>47)</sup>

45) 같은 취지로는 문준영, “검찰권 행사에 대한 시민적 통제와 참여”, 민주법학 29호(2005), 201면.

46) 길태기, “재정신청에 담긴 의미”, 법률신문 3018호(2003.4.13)에서는 “개인이 직접 법원에 형사처벌을 요구하는 것이므로 국가소추주의에 대한 예외이며, 기소 및 판단을 사법부에서 전부하기 때문에 권력분립에 대한 예외요 탄핵주의의 포기인 동시에 규문주의로의 회귀”라고 주장하고 있다.

47) 김태명, “다시 개정되어야 할 재정신청제도”, 형사정책연구 21권 2호(2010.8), 83면 이하; 하태훈, “재정신청제도 활성화방안과 재개정논의”, 사법 13호(2010.9), 35면 이하 참조.

(4) 이러한 상황에서 형사소송법을 다시 개정해서라도 검찰의 공소권에 대한 사법적 통제를 강화해야 하는가 또는 재정신청 이외의 별도의 시민적 통제장치를 마련해야 하는가가 논란이 될 수도 있다. 그러나 형사사법의 민주적 정당성을 강화하고 투명성을 제고하기 위하여 형사재판에 국민이 직접 참여하는 국민참여재판제도의 도입시행에 보조를 맞추어 검사의 공소권행사에 관해서도 국민의 의사를 반영하여 그 적정성을 기하는 공소참여제도를 도입해야 한다는 것이 최근의 일반적인 여론이다. 그리고 앞에서 살펴보았듯이 검찰의 공소권에 대한 시민적 통제장치로서 미국의 대배심제도나 일본의 검찰심사회제도에서는 법원의 관여가 배제되어 있는 것이 아니라, 오히려 조직의 구성과 권한행사에 상당한 정도로 관여하여 있고 검찰의 공소권에 대한 실질적인 통제력을 행사할 수 있도록 뒷받침하고 있다고 평가하는 것이 옳다.

(5) 검찰의 공소권에 대한 시민적 통제장치로서 미국의 대배심제도나 일본의 검찰심사회제도 중 어느 것이 우리나라에 적합한지 자체가 논란이 될 수 있다. 간단히 비교하자면 양 제도는 모두 시민이 참여한다는 점에서는 같으나 미국의 대배심제도는 사전적·직접적 통제장치인 반면 일본의 검찰심사회제도는 사후적·간접적인 통제장치이다. 세부적으로 보면 우선 그 역할에 있어서 미국의 대배심은 수사활동을 보충하여 범인의 처벌을 확보하는 수사기능과 부당한 기소처분을 억제하는 인권보장 기능을 수행하는데 반해, 일본의 검찰심사회에는 후자의 기능의 기능은 없고 전자에 관해서도 적극적인 수사의 보충까지는 상정하고 있지 않으며 단지 검사의 불기소처분을 사후적으로 통제하는 역할을 하는데 그친다. 다음으로 그 권한에 있어서도 미국의 대배심은 직권에 의하여 사건을 심리하여 기소할 수 있으나 일본의 검찰심사회는 어디까지나 불기소처분의 당부를 심사하는데 그치고 기소상당 결정을 제외하고는 그 의결에 구속력이 인정되는 것은 아니다.<sup>48)</sup>

이념적으로는 미국의 대배심제도가 검찰권에 대한 민주적 통제의 이상에 보다 근접하는 것으로 볼 수 있으나, 일반시민이 직접 수사와 기소에 참여한다는 것이 그리 쉬운 일만은 아니다. 지난 2008년 검찰에서 처리한 인원은 모두 2,472,897명이며 이 중 1,268,627명이 구공판(151,674명) 또는 구약식(1,116,953명)으로 기소처분을,

48) 三井誠, 앞의 책, 44면 참조.

993,366명이 불기소처분을, 29,056명이 소년보호송치처분을 그리고 4,729명이 가정보호송치처분을 받았다.<sup>49)</sup> 전국의 5개의 고등법원 또는 20개의 지방법원 단위로 대배심을 설치하여 이 모든 사건을 처리한다고 하는 것은 무리가 아닐 수 없다. 만약 그렇게 한다고 하더라도 심리가 형해화되어 애써서 국민참여제도를 만든 이유가 무색해질 우려도 크다.<sup>50)</sup>

## 2. 검찰시민위원회

(1) 앞에서 설명한 바와 같이 검찰은 지난 6. 11. 검찰개혁방안으로 검찰시민위원회를 설치·운영하겠다고 밝히고 전국 41개 지검 및 지청에 총 629명의 시민들로 구성된 검찰시민위원회를 설치·운영하고 있다. 검찰에 따르면 위원들은 변호사, 법무사 등을 제외한 건전한 상식과 균형감을 갖춘 만 20세 이상의 대한민국 국민으로서 지방자치단체, 시민·사회단체, 교육청, 언론사, 모범택시운전자협회 등 지역 사회의 다양한 분야로부터 덕망있는 사람들을 추천받거나, 각 검찰청 홈페이지와 블로그 등에 공고하여 시민들로부터 직접 신청을 받아 선정되었다.<sup>51)</sup> 선발된 위원을 성별로 보면 남자가 466명(74%)이고 여자는 163명(26%)이다. 그리고 연령대로 보면 20대 9명(1.4%), 30대 38명(6.0%), 40대 182명(29%), 50대 251명(39%), 60대 129명(20%), 70대 20명(3.1%)로 다양했으며, 직업도 교육 118명(18.7%), 언론 14명(2.2%), 문화 예술 21명(3.3%), 의약 65명(10.4%), 기업 67명(10.6%), 시민단체 70명(11%), 종교 24명(3.8%) 등을 다양했다.

(2) 검찰심사회는 고위 공직자의 금품·향응 수수, 불법 정치자금 수수, 권력형 비

49) 법무연수원, 범죄백서, 2009, 185면 참조.

50) 심리의 형해화는 미국에서도 큰 문제가 되고 있다고 한다. 다소 오래된 조사이기도 하지만 1971-1972년 휴스턴(해리스 카운티)에서는 세 개의 대배심이 구성되어 각각 3개월의 임기 중 주 평균 3-5일 동안 심리를 진행했는데 심사건수는 1일 평균 58건이나 되었고 그 결과 1건당 처리에 든 평균시간은 사건개요에 대한 검사의 설명과 증거조사, 대비심의 평결을 포함하더라도 겨우 5분에 불과하였고 80% 가까운 사건이 대배심 사이에서 전혀 평의가 없는 채로 처리되었다. 정완역, 앞의 책, 174면 참조.

51) 제주지검은 위원 전원을 공모로 선발하였고, 대전지검은 언론계 인사 등 외부인들이 참여하는 ‘위원 선정위원회’를 구성하여 선발하였다(2010.9.3. 검찰보도자료 참조).

리, 지역 토착 비리 등 부정부패 사건, 피해자가 불특정 다수인 사기·횡령·배임 등 금융경제 범죄사건, 조직폭력, 마약, 살인, 성폭력 등 중요 강력 사건 기타 지역 사회의 이목이 집중된 사건으로 검사가 심의를 요청하면 기소·불기소·구속영장 재청구·구속 취소의 적정성을 심의한다. 그리고 논의를 거쳐 과반수의 찬성으로 의견을 제시하고 검사는 위원회의 의견을 반영하여 기소·불기소·구속영장 재청구·구속취소의 결정을 하며, 위원회의 의견과 배치되는 처분을 할 때에는 위원들에게 이유를 고지한다.

(3) 그동안 검찰권행사에 시민이 직접 참여하는 제도가 거의 없었다는 점을 감안한다면 검찰심사회제도는 커다란 진보라고 하지 않을 수 없다. 그러나 검찰심사회 제도는 어디까지나 검찰이 자체적으로 구성하여 운영하는 제도라는 점에 유의하지 않으면 안 된다. 검찰시민위원회가 진정으로 검찰권에 대한 시민적 통제기구로서 기능하기 위해서는 그 조직과 활동이 검찰로부터 독립되어 있지 않으면 안 된다. 그러나 검찰시민위원회는 검찰에서 설치·운영하고 있는 많은 위원회 중의 하나이고 심의사항도 검찰이 요청하는 것에 국한된다.

(4) 따라서 최근 어렵게 재정신청이 받아들여져 법원이 공소제기결정이 내려진 사건에서 조차 검찰이 무죄를 주장하거나 구형을 하지 않는 현상에서 볼 수 있듯이 동일체 원칙에 따라 조직적으로 움직이는 검찰 스스로가 수사나 기소의지가 없는 경우에는 검찰시민위원회를 별다른 기능을 하지 못한다. 또한 검찰이 요청한 사건에 대해서만 심의를 하기 때문에 스폰서 사건을 계기로 하여 창설된 검찰시민위원회가 정작 스폰서 사건과 같이 검찰비리이나 정치적 의혹사건에 대해서는 별다른 기능을 하지 못하고, 최근 가수 MC몽의 병역기피사건에서 볼 수 있듯이 검찰시민위원회가 여론재판의 장이 되거나 심지어는 검찰의 들러리 역할을 하는데 그칠 것이라는 우려를 불식하기는 힘들다.<sup>52)</sup>

### 3. 재정(기소)심사에 관한 법률안

지난 2006년 국회에는 검찰의 공소권행사에 민주적 통제를 강화하고 투명성을

52) 10월 18일(월) 대검찰청에 대한 국회 법제사법위원회의 국정감사에서는 대검찰청이 검찰시민위원회 운영지침(대검예규)에 대해서 비공개를 결정한 데 대한 국회의원들의 질타가 이어졌다.

제고하여 국민으로부터의 신뢰를 확립함과 동시에 피해자인 고소인의 피해보호를 도모하기 위하여 일본의 검찰심사회를 모델로 하여 ‘국민의 고소사건 재정심사 참여에 관한 법률안(의안번호 4526, 장윤석 의원 대표발의)’과 ‘재정심사에 관한 법률안(의안번호 4941, 권영세 의원 대표발의)’이 제출되었고, 올해 11월에도 유사한 내용의 ‘기소심사에 관한 법률안(의안번호 9792, 김창수 의원 대표발의)’이 제출되었다.<sup>53)</sup> 이 법률안들에서는 i) 심사회의 소속과 사무직원의 임명권자, ii) 심사대상, iii) 심사원의 선발, iv) 신청에 대한 심사권한, v) 의결의 효력, vi) 재정신청 및 검찰항고와의 관계 등에서 아주 미묘한 차이를 보이고 있다. 이러한 점들은 정치권에서 도입추진 중인 재정(기소)심사제도의 한계를 반영하는 것으로서 좀 더 구체적으로 검토할 필요가 있다.

### (1) 심사회의 소속과 사무직원의 임명권자

심사회를 어디에 설치할 것인가는 법원과 검찰의 갈등을 초래할 소지가 있는 아주 민감한 사안이다. 장윤석 의원안은 심사회를 법무부 소속으로 하고 각 지방검찰청 및 지청 소재지에 설치할 것을 제안하고 있고, 권영세 의원안과 김창수 의원안은 별개의 독립된 기구로서 각 고등법원소재지에 설치할 것을 제안하고 있다(권영세 의원안은 심사회에 관한 경비를 법무부의 예산에 계상하도록 하고 있음).

참고로 미국의 대배심은 사법부에 소속되어 있고, 일본의 검찰심사회도 소속상 독립된 기구이나 사법부에 예산계상 의무를 부여하고 있다. 재정심사회가 어디에 소속하는가는 단지 조직상이 문제에 그치지 아니하고 독립성을 가지고 본연의 임무를 충실히 수행할 수 있는가와 직결되는 문제이다. 앞에서 살펴보았듯이 미국의 법원은 대배심의 역사적 배경이나 독립성을 감안하거 최대한 간섭하지 않으려는 경향을 보이고 있고 또한 대배심이 단순히 기소여부만을 판단하는 것이 아니라 기소에 필요한 수사를 행한다는 점에서 실질적으로는 검사에 의해 심리절차가 주도되고 있기는 하나, 대배심은 엄연히 법원에 소속되어 있고 법원은 대배심의 구성과 활동에 대한 감독규제권한을 가지고 있다.

53) 용어상으로 보면 ‘재정심사(裁定審査)’는 법원의 심판을 전제로 한 것으로 시민에 의한 심판을 나타내기엔 적합하지 않으므로 ‘기소심사’ 또는 ‘공소심사’가 더 정확하다고 할 것이다.

우선 법원은 대배심의 소집과 대배심원의 권한을 가지고 있다. 즉 정부나 검사가 대배심의 소집을 요청하는 경우 - 물론 역사적으로 그 요청을 거절한 사례는 찾아보기 어렵지만 - 궁극적으로 이를 소집할 것인지는 관할법원의 재량에 맡겨져 있다.<sup>54)</sup> 그리고 미국에서는 대배심원을 지방법원 판사가 선발하거나 또는 지방법원 판사가 선임한 대배심원 선발위원(jury commissioner)에 의해 선발되는 경우도 있으나 대부분 무작위추첨과 판사의 자격심사를 거쳐 선발된다. 따라서 미국에서 법원은 대배심의 구성단계부터 실질적인 영향력을 행사한다. 다음으로 대배심의 활동에 대해서는 직접적으로 관여하지는 않으나 여전히 통제권을 행사한다. 즉 대배심의 절차에서 가장 중심을 차지하고 있는 수사에 대해서는 증인소환 및 증거제출명령에 대한 이의신청의 당부를 심사하여 그의 효력을 부인하거나 변경함으로써 나아가서 대배심의 기소결정에 대해서는 절차상의 흠결을 이유로 공소기각을 함으로써 감독과 통제를 하고 있다.<sup>55)</sup>

일본의 상황도 미국과 크게 다르지 않다. 일본의 검찰심사회법은 검찰심사회의 직무상의 독립을 원칙으로 하면서도(제3조), 최고재판소에서 검찰심사회 사무국장 과 사무관을 임명한다(제20조). 그리고 기소상당 결정이 있는 사건에 대해 재차 검사가 불기소처분을 내리고 다시 기소상당 결정이 내려진 경우에는 재판소가 공소제기유지를 담당할 변호사를 선임하여 재판절차를 진행한다.

재정(기소)심사회는 원칙적으로 일반인으로 구성되므로 심사회 사무국의 직원과 사무국장을 누가 임명하는가는 아주 중요한 의미를 갖는다. 장운석 의원안, 권영세 의원안 그리고 김창수 의원안은 모두 사무국의 직원과 사무국장을 법무부장관이 임명하도록 규정하고 있다. 아무리 법률에 조직 및 운영상 독립성을 규정하고 있더라도 검사동일체의 원칙이 작동되고 있는 우리나라의 상황에서 검사의 불기소처분에 대한 당부를 심사하는 조직이 법무부에 소속되어 있고 또 그 조직의 실무가가 법무부장관에 의해 임명된다고 한다면, 검찰의 공소권에 대한 시민적 감시와 통제라는 본래의 취지가 의심받을 수밖에 없다.

54) 연방형사소송법은 “공공의 이익을 위해 필요하다고 인정할 경우 법원은 하나 또는 그 이상의 기소배심을 소집해야 한다. 기소배심은 16~23명으로 구성되며, 법원은 충분히 법적으로 적격을 갖춘 사람들이 배심원으로 소환되도록 하여야 한다.”고 규정하고 있다(제6조(a)(1)).

55) 박세현, 앞의 논문, 39면.

미국에서는 대배심이 법원에 소속되어 있기는 하지만 그 사무를 판사가 직접 처리하는 것이 아니라 대배심의 사무는 법원서기(clerk)나 대배심 전담직원(jury commissioner)에 의해 이루어진다. 앞에서 설명한 바와 같이 일본에서도 재판소사무관 중에서 검찰심사회의 업무를 담당할 자를 선정한다. 이러한 외국의 입법례를 고려한다면 우리나라도 재정심사회를 각급법원 소속으로 하고, 그 사무를 대법원장이 임명하는 법원사무관으로 하여금 처리하게 함이 타당하다고 본다.

## (2) 심사회의 심사대상

심사회의 심사대상에 관하여 장윤석 의원안과 김창수 의원안은 고소사건(재정신청이 가능한 직권남용죄 등에 대한 고발사건 포함)으로 한정하고 있는데 반하여 권영세 의원안은 고소사건뿐만 아니라 ‘공공의 이익이 있는’ 고발사건도 포함하고 있다. 심사회의 소관사항을 고소사건으로 한정하는 것은 심사청구의 남용을 방지한다는 측면에서는 긍정적인 면이 있으나 검사의 공소권 행사에 대한 민주적 통제를 강화한다는 취지에는 다소 맞지 않는다. 특히 최근 고위 공직자의 금품 향응 수수, 불법 정치자금 수수, 권력형 비리, 지역 토착 비리 등 부정부패 사건에 대한 고발사건이 많은 만큼, 검찰의 공소권을 시민의 눈으로 감시하고 평가하기 위해 도입되는 제도에서 고발사건을 원천적으로 배제하는 것은 상당한 반발을 초래할 것이 분명하다. 다만 고발사건을 제한없이 재정심사의 대상으로 인정할 경우 심사회의 업무효율성이 떨어지고 정치화될 우려가 있기 때문에 공공의 이익이 있거나 자기관련성이 인정되는 경우에 한하여 심사를 하는 것으로 제한하는 것도 하나의 방안이 될 수 있다고 본다.

한편 심사회의 업무를 검사의 불기소처분에 대한 당부심사로 한정할 것인가 또는 기타 수사 및 기소와 관련된 검찰업무에 관한 의견을 제시할 수 있도록 할 것인가도 논란이 될 수 있다. 세 법률안은 이에 관한 규정을 두고 있지 않으나 일본의 검찰심사회법을 참고하여 검사장에게 검찰사무의 개선에 관한 건의 또는 권고의 권한을 인정하는 것이 검찰권에 대한 시민적 감시와 통제의 이념에 보다 근접할 수 있다고 본다.

### (3) 심사원의 선발

심사원의 선발방식도 중요한 쟁점 중의 하나이다. 미국은 앞에서 설명하였듯이 무작위추첨에 의한 선발방식을 채택하고 있지만, 일부 주에서는 판사가 직접 선발하거나 판사에 의해 선임된 선발위원이 선발하는 방식(keyman system)을 채택하고 있다. 예컨대 텍사스 주에서는 실시하고 있는 것과 같이 지방법원 판사가 3~5명의 대배심원 선발위원(jury commissioner)을 선임하고 그 선발위원이 최종적으로 대배심원을 선발하는 방식은 비교적 전문적 지식과 판단능력을 요하는 대배심의 업무를 효율적으로 처리할 수 있는 장점이 있으나, 대배심원 선발위원의 선임과정에서는 물론 최종적인 대배심원의 선발과정이 대부분 사회적 지위가 높고 연력이 높은 사람들로 구성이 되어 민주적 정당성을 확보하기 곤란하다는 문제점이 있다.<sup>56)</sup>

앞에서 잠깐 설명하였듯이 일본에서는 추첨의 방식에 의해 심사원과 보조원을 선정한다. 우선 검찰심사회 사무국장이 매년 검찰심사원 후보자의 인원수를 할당하여 검찰심사회 관할구역 내에 있는 시정촌(市町村)의 선거관리위원회에 통보한다(검찰심사원 후보자는 각 검찰심사회별로 4개 군으로 나누고 각 군의 인원수는 100명으로 한다). 그러면 시정촌(市町村)의 선거관리위원회는 중의원선거 선거인명부에 등록되어 있는 자 중에서 할당된 인원수의 배수를 추첨하여 검찰심사원 후보예정자로 선정한 다음, 검찰심사원으로서의 자격을 조사하여 할당된 인원수만큼 검찰심사원 후보자로 선정한다. 시정촌(市町村)의 선거관리위원회가 검찰심사원 후보자명부를 작성하여 검찰심사회 사무국으로 송부하면 검찰심사회 사무국장은 지방재판소의 판사, 지방검찰청의 검사 그리고 시정촌(市町村)의 이원(吏員)의 입회하에 최종적으로 심사원 및 후보자를 선발하는 절차를 거치게 된다.

심사원의 선발과정을 보면 장윤석 의원안은 국회의원 선거명부를 통한 추첨을 통하여 심사원과 예비심사원을 선정하도록 규정하고 있는데 반하여, 권영세 의원안과 김창수 의원안은 고등법원장, 고등검찰청 검사장, 지방변호사협회 회장, 광역 지방자치단체장으로 구성된 심사원 선정위원회에서 후보자를 추천하고 그 중에서 심사원과 예비심사원을 추첨에 의해 선정하도록 규정하고 있다.

56) 정완 역, 앞의 책, 159면 참조.

현재 실시되고 있는 검찰심사회의 경험에 비추어 보면 법률전문가로서도 관련서류를 읽고 검사의 불기소처분의 당부를 판단하기란 결코 쉽지 않다. 또한 법률과 형사절차에 밝지 않은 일반 국민이 재정심사를 맡게 되면 여론재판으로 흐를 수 있고 절차의 원활한 진행에 어려움이 초래될 가능성도 있다. 이런 현실이나 우려를 고려하면 심사원 선정위원회의 추천에 의해 선발하는 방식이 어느 정도 전문적 식견이 있는 사람으로 구성하여 심사의 전문성을 확보할 수 있고 절차의 원활한 진행을 도모하는 것이 바람직하다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 선발방식을 취할 경우 선정이 변호사법학교수 등 법률전문가 또는 국민의 인지도가 높은 명망가 위주로 편향될 가능성이 높고 심사절차의 투명성과 공정성에 대한 신뢰가 약해져 검사의 불기소처분에 대한 민주적 통제를 제고하고자 하는 취지를 살리지 못할 우려가 있다.

미국의 대배심이나 일본의 검찰심사회의 경험이 있는 사람의 일반적인 평(評) 중의 하나가 바로 심사절차에 참여함으로써 검찰의 업무에 대한 이해와 신뢰가 높아졌다는 것이다. 모처럼 검찰권에 대한 시민적 통제수단으로 도입되는 재정(기소)심사회가 명망가로 구성되어 시민의 관심과 참여에서 멀어진다면 검찰에 대한 불신과 오해가 줄어들 것을 기대하기란 어렵다. 따라서 미국의 대부분의 주와 일본에서 실시되고 있는 것과 같이 추첨과 자격심사에 의한 선발방식이 타당하다고 본다.

한편 심사원의 수와 임기에 관해서 장윤석 의원안은 각각 5인 / 1주일 이내(업무수행일), 권영세 의원안은 7인 / 6개월 그리고 김창수 의원안은 11인 / 6개월로 규정하고 있다. 미국의 대배심원이 보통 16~23명이고 임기가 18개월이며, 일본의 검찰심사원은 11명이고 임기가 6개월이라는 점을 고려해 보면 장윤석 의원안이나 권영세 의원안은 인원이 적고 임기 또한 짧은 편이다. 유무죄의 판단을 담당하는 국민참여재판의 인원이 원칙적으로 7~9명이라는 점을 고려해 보면, 불기소처분의 당부를 판단하는 재정(기소)심사회는 그보다 적은 인원이라도 큰 문제가 없다고 본다. 다만 기소배심은 만장일치가 아니라 가중다수결에 의하는 것이 일반적이라는 점을 고려해 보면 최소 9명 또는 11명 이상이 되어야 한다고 본다. 또한 임기는 지나치게 길 경우 오히려 시민들이 참여를 꺼릴 것이 예상되고 지나치게 짧은 경우에는 심리의 연속성과 전문성이 훼손될 우려도 있고 또한 사무직원의 업무가 심리가 아닌 재정심사원의 선발에 집중되는 문제점이 있다. 임기에 대해서는 시민의 관심과 참여

의지를 좀 더 면밀히 살펴 결정해야 하겠지만 6개월 정도가 바람직하다고 본다.

그리고 세 법률안은 재정심사원의 자격과 관련하여 거의 같은 내용의 결격사유, 제외사유 및 제척사유를 규정하고 있는데, 장윤석 의원안은 제외사유로서 변호사, 법무사 및 변리사를 추가하고 있는 점이 특징적이다. 이들은 법률전문가로서 그 전문성을 활용한다면 검사의 불기소처분의 당부를 심사하는데 상당한 도움을 줄 수 있다. 그러나 그 반면 이들은 법률전문가이기 때문에 오히려 공정성을 유지하기 어렵다는 단점이 있다. 일본의 검찰심사회법은 변호사 등 법률전문가를 제외하고 있다. 재정심사회가 지역별로 설치되는 경우 이들은 주로 그 지역에서 적지 않은 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있으므로, 공정성을 위해 배제하는 것이 타당하다고 본다. 법무사나 변리사는 몰라도 변호사는 제외하는 것이 바람직하다고 본다.

#### (4) 심사회의 심사

세 법률안은 모두 심사회의 회의를 비공개로 하고 있는데, 수사기밀을 유지하고 심사회의 독립성과 심사원의 신변보호를 위해서는 비공개를 원칙으로 하는 것이 옳다고 본다. 다만 심사절차의 공정성을 확보하고 사후적으로 절차상의 하자가 문제가 될 경우를 대비하여 평의과정을 제외하고는 심사회의 의사에 관하여는 회의록을 작성하고 필요한 때에는 녹음하거나 영상녹화할 필요가 있다. 미국연방형사소송법도 평의와 표결을 제외한 대배심 of 모든 절차를 반드시 기록하도록 하고 있다. 그리고 Jenck Act(18 U.S.C. §3500)는 정식재판에 출석하는 증인이 대배심 등 수사과정에서 한 진술을 피고인에게 반드시 제공하도록 하고 있다.<sup>57)</sup>

심사회의 조사권한에 대해서 살펴보면 세 법률안 모두 검사의 협력의무를 규정하고 있고, 장윤석 의원안과 권영세 의원안은 심사회가 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 추가적인 사실조사를 위한 강제수사를 의뢰할 수 있도록 규정하고 있다. 검찰에 대한 추가수사의뢰는 일반국민으로 구성된 심사회에 수사권과 같은 조사권한을 부여하기 어려우므로 기존의 검찰 조직을 활용하여 필요한 증거조사를 하려는 것으로 일면 타당성이 있다. 그러나 재정(기소)심사제도는 검사의 불기소처분에 대

57) 이것은 검찰측 증인에 대한 탄핵의 필요성, 대배심에서의 위증방지, 공소권 남용의 판단자료의 필요성, 진술번복의 방지 및 기소배심 진술의 증거활용을 위한 것이다. 박세현, 앞의 논문, 30면.

하여 고소인·고발인으로부터 신청을 받아 그 당부를 심사하는 제도로써 일단 검찰 조직 내부에서 내린 불기소처분의 결정이 내려진 사건에 대한 추가수사를 의뢰한다고 하여 얼마나 실효성이 있을지는 의문이다. 오히려 일본의 검찰심사회법과 같이 법률전문가(변호사)인 심사보조원 제도를 두는 것이 실효성의 측면에서 바람직하다고 본다.

참고인의 조사와 관련된 사항에 대해서는 입법과정에서 상당한 논란이 있을 것으로 예상된다. 장윤석 의원안은 심사회의 참고인 소환에 참고인이 불응한 경우에는 과태료를 부과할 수 있도록 규정하고 있는데 반하여, 권영세 의원안과 김창수 의원안은 참고인이 소환에 불응한 경우 심사회가 관할 지검 검사장에게 참고인의 소환을 요청하면 소속 검사가 판사의 구인영장을 발부받아 참고인을 구인할 수 있도록 규정하고 있다. 참고인이 소환에 불응한 경우 과태료를 부과하거나 구인할 수 있도록 하는 것은 회의제 조직인 심사회의 신속적정한 심사를 위하여 불가피한 측면이 있다. 일본의 검찰심사회법도 검찰심사회의 소환에 불응한 참고인에 대해서는 과태료를 부과하거나 구인할 수 있도록 규정하고 있다(제37조).

그러나 참고인 구인제도는 현행 형사소송법이 참고인 조사를 원칙적으로 임의수사로 규정하고 있고(제221조) 나아가서 ‘범죄의 수사에 없어서는 아니 될 사실을 안다고 명백히 인정되는 자가 출석 또는 진술을 거부한 경우’에 한하여 판사에 의한 증인신문을 허용하고 있는 것(제221조의2)과 맞지 않는다. 참고인의 구인을 인정하더라도 범죄의 수사에 없어서는 아니 될 사실을 안다고 명백히 인정되는 경우로 한정하고 나아가서 피의자 또는 피의자의 변호인의 참여권을 인정할 필요가 있다고 생각한다.

그리고 세 법률안은 모두 심사회가 필요하다고 인정하는 때에는 전문가를 출석시켜 사실인정 및 법률판단 등을 위한 전문적 의견을 들을 수 있도록 규정하고 있다. 검사의 주도권을 배제한 상태에서 심사원이 사건 및 법률적 쟁점에 대하여 신속하고 정확한 파악을 하는 것은 심사제도의 안정적 정착을 위하여 중요한 과제이므로, 이를 위하여 전문가의 조력을 받을 수 있도록 하는 것은 타당하다고 본다. 다만 일시적인 조언보다는 심사과정 전반에 걸쳐 전문적인 조언을 받는 것이 효율적이므로, 일본의 검찰심사회법과 같이 변호사 중에서 심사보조원을 위촉할 수 있도록 하는 것이 더 타당할 것이다.<sup>58)</sup>

### (5) 의결정족수와 의결의 효력

의결정족수에 대해서는 권영세 의원안은 과반수로 하되 기소상당의결은 5명 이상으로, 장윤석 의원안은 원칙적으로 만장일치로 하되 만장일치가 되지 아니하는 때에는 다수결로 그리고 김창수 의원안은 원칙적으로 과반수로 하되 기소상당의결은 8명 이상으로 규정하고 있다. ‘합리적 의심이 없을 정도의 증명’을 요하는 심리배심과는 달리 기소배심에서는 범죄에 대한 상당한 혐의만 있으면 족하므로, 기소 의결에 굳이 만장일치를 요구할 필요는 없다고 본다. 그러나 단순히 다수결로 하는 것은 형사사법의 엄정성과 피의자 권리보호의 관점에서 결코 바람직하다고 할 수 없으므로 적어도 2/3 정도의 가중다수(재정심사원이 7인인 경우 5인, 9인인 경우 7인, 11인인 경우 9인)가 적절할 것으로 본다.

한편 의결의 효력과 관련하여 세가지 법률안 모두 재정심사회의 의결은 헌법소원의 대상이 되지 않음을 명시하고 있고,<sup>59)</sup> 기각결정이 있었던 사건에 대해서는 세 법률안 모두 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 공소를 제기할 수 없도록 하고 있다. 그리고 장윤석 의원안과 권영세 의원안은 기소상당의결이 있는 경우 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 공소제기의무를 부과하고 있고, 특히 권영세 의원안은 의결서 정본을 송부받은 때로부터 10일 이내에 공소를 제기하지 아니한 때에는 공소제기가 있는 것으로 간주하고 있다. 이에 대하여 김창수 의원안은 기소상당결정이 있는 경우 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 공소제기의무를 부과하는 것이 아니라 해당 의결을 참고하여 재수사를 개시하여 공소제기여부를 결정하도록 하고, 공소를 제기하지 아니한다는 결정을 한 심사회에 통보하여 심사회가 재심사를 하여 기소상당 의결을 한 경우 비로소 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 공소제기의무를 부과하고 있다.

다소 차이는 있지만 세 법률안 모두 심사회의 기소결정에 구속력을 부여하였다는 점에서는 긍정적으로 평가할 수 있다. 특히 권영세 의원안은 지방검찰청 검사장 또

58) 임인규, 앞의 보고서, 21면.

59) 재정심사회의 의결이 행정소송의 대상인 행정처분에 해당하는지의 여부가 문제될 수 있으나, 대법원이 검사의 불기소결정에 대한 재항고절차에서 검찰총장의 재항고기각결정은 행정소송의 대상이 되는 처분이 아니라고 하고 있는 점(대법원 1990.1.23. 89누3014)에 비추어 보면 재정심사회의 의결도 행정소송의 대상이 아니라고 할 것이다. 임인규, 앞의 보고서, 22면.

는 지청장이 공소를 제기하지 아니하는 때에는 공소제기가 된 것으로 간주하는 조치는 심사회의 심리와 의결에 상당한 구속력을 부여한 것이라고 할 수 있다. 그러나 세 가지 법률안 모두 심사회에 의해 기소결정된 사건에 대한 기소유지는 검사로 하여금 담당하게 하고 있다. 최근 재정신청에도 공소유지변호사제도가 폐지된 후 발생하는 일련의 현상에서 볼 수 있듯이, 검찰이 스스로 불기소처분하기로 결정한 사건에 대해서는 설사 재정(기소)심사회의 기소결정이 있다고 하더라도 검찰이 성실하게 기소유지의무를 수행할 것을 기대하기 힘들다. 최근 일본 검찰심사회제도의 개정에서 볼 수 있듯이 적어도 재심사와 재의결을 통해 기소결정이 내려진 경우에는 법원이 공소유지를 담당할 변호사를 선임하여 재판절차를 진행하도록 하는 것이 타당하다고 본다.

#### (6) 재정신청 및 검찰항고와의 관계

형사소송법상의 재정신청제도와 재정심사회 제도의 관계를 어떻게 설정할 것인가의 문제는 앞에서 설명한 재정(기소)심사의 대상과 관련이 있다. 권영세 의원안은 고소사건과 고발사건을 모두 재정(기소)심사의 대상으로 하고 있으나, 장윤석 의원안과 김창수 의원안은 원칙적으로 고발사건을 재정(기소)심사의 대상에서 제외하고 있다. 장윤석 의원안과 김창수 의원안에 의할 경우 결국 고발사건은 형사소송법상의 재정신청의 대상이 되지 않을 뿐만 아니라 재정(기소)심사의 대상이 되지도 않는다. 앞에서 지적하였듯이 고발사건을 재정(기소)심사의 대상에서 제외하는 것은 재정(기소)심사회 제도의 도입취지를 무색하게 하는 것으로 결코 바람직하지 않다고 본다.

그런데 고소사건과 고발사건을 모두 재정심사의 대상으로 할 경우 고소사건에 대해서는 형사소송법상 재정신청이 가능하고 나아가서 재정(기소)심사도 가능하게 되어, 두 제도의 관계정립이 문제될 수 있다. 앞에서 설명하였듯이 국민의 사법참여라는 거시적 관점에서 볼 때 검찰의 공소권에 대한 통제장치를 사법적 통제장치인 재정신청제도와 시민적 통제장치인 재정(기소)심사회를 병렬적으로 운영하기 보다는 재정심사회로 일원화시키는 것이 바람직하다.(다만 일원화는 사법적 통제의 배제를 의미하는 것은 아니므로, 앞에서 설명하였듯이 재정심사회의 소속과 지휘감독을 법원으로 하는 것을 전제로 한다.)

그리고 세 법률안 모두 재정심사를 신청하기 전에 항고절차를 거치도록 하고 있는데, 재정심사의 남신청을 방지하고 재정심사의 효율성을 도모하려는 취지로 보인다. 재정신청도 검찰항고를 전제로 하고 있는데, 이처럼 검찰항고를 전제로 하는 경우 신청자의 입장에서는 공소시효 정지의 효력도 인정되지 않고 그다지 실효성도 없는 불필요한 절차를 강요하는 것으로 받아들여질 소지가 있고, 검찰항고를 하였음에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 아니한 때에는 재정심사신청 조차 할 수 없는 문제가 발생한다.<sup>60)</sup> 따라서 i) 항고이후 재기수사가 이루어진 다음에 다시 공소를 제기하지 아니한다는 통보를 받은 경우, ii) 항고신청 후 항고에 대한 처분이 행하여지지 아니하고 3개월이 경과한 경우, iii) 검사가 공소시효 만료일 30일 전까지 공소를 제기하지 아니하는 경우에는 검찰항고절차를 거치지 아니하고 재정심사신청을 할 수 있도록 하여야 할 것이다.<sup>61)</sup>

#### IV. 맺음말

이상에서 미국의 대배심제도와 일본의 검찰심사회 제도의 내용과 운용실태에 대해 살펴보고, 이들 제도를 참조하여 최근 검찰이 자체적으로 시행하고 있는 검찰시민위원회제도 및 정치권에서 도입을 추진하고 있는 재정(기소)심사회 제도의 내용과 타당성에 대해 검토해 보았다. 구체적인 점에서 다소 보완되어야 할 점이 적지 않아 보이나, 검찰의 부정·비리가 계속적으로 언론을 장식하고 국민의 신뢰가 끊임 없이 추락하는 현상이 계속되어서는 안 되겠다는 것이 국민의 일반적 인식이다. 이러한 악순환의 고리를 끊기 위해서는 지금까지 검찰이 독점적으로 행사해 왔던 권한의 행사에 국민이 직접 참여하게 하는 것이 최선의 방법이라고 생각한다. 앞에서 살펴보았듯이 미국과 일본은 이미 오래 전부터 기소에 국민이 직접 참여하는 제도를 시행하고 있다. 우리나라에서도 국민참여재판제도를 시발점으로 국민이 직접 사

60) 일본에도 실무상 불기소처분을 한 검사를 감독하는 상급 검찰청의 장에게 불복을 신청하는 절차가 있기는 하지만 그것을 검찰심사회에 대한 심사신청의 요건으로 하고 있지는 않다.

61) 형사소송법 제260조 제2항에도 같은 내용이 규정되어 있다.

법에 참여하는 제도가 본격적으로 시행되고 있는 상황에서 검찰권도 예외가 될 수 없다.

검찰은 이른바 스폰서 사건 이후 미국식 대배심제도의 도입을 추진하면서 그 단계로 자체적으로 검찰시민위원회를 조직하여 운영하는 등 검찰권행사에 대한 국민의 참여와 통제제도를 마련하겠다는 의사를 표명하고 있다. 이 제도는 법적 구속력은 없지만 앞으로 검찰의 공소권행사에 국민이 직접 참여하는 제도의 도입·시행에 큰 도움이 될 것으로 기대한다. 그렇다고 하더라도 이는 검찰의 자체적인 노력일 뿐, 국민에 의한 직접적인 검찰권의 감시와 통제를 제도와 입법화하는 작업을 미룰 수는 없다. 이러한 점에서 국민의 대표기관인 국회에서는 재정(기소)심사회 법률안 마련에 나서고 있다는 것은 상당히 고무적인 현상이라고 할 수 있다. 다만 이와 같이 제도 들을 도입함에 있어서 유의할 점이 몇 가지 있다.

우선 검찰권에 대한 국민의 직접적인 감시·통제제도를 도입한다고 하여 사법부에 의한 감시와 통제가 배제되는 것으로 이해해서는 곤란하다는 것이다. 앞에서 설명하였듯이 형사소송법의 제정 당시 우리나라의 입법자는 국가소추주의와 기소편의주의를 채택하면서 그에 따른 검찰권의 남용을 결제하는 방안으로 재정신청제도를 채택하였으나, 검찰의 반대로 결국 고발사건을 제외하고 법원이 부심판결정을 하고 변호사를 지정하여 그로 하여금 공소유지를 담당하게 하는 제도를 폐지하고 법원은 공소제기 결정만 하고 검사로 하여금 공소를 제기·유지하도록 하는 제도로 변경되었다. 결국 재정신청제도에서 법원의 역할을 약화시킨 것으로 평가할 수 있다.

검찰에서 재정신청의 확대·강화에는 반대하면서 미국의 대배심 제도 내지는 일본의 검찰심사회 제도의 도입을 주장하는 것도 결국 어차피 통제를 받아야 할 바에야 법원보다는 국민에 의한 것이 유리하다는 생각에서 비롯된 것이라는 의심을 하는 사람도 적지 않다. 그러나 검사의 불기소처분의 당부에 대한 심사와 판단은 수사절차의 일환이 아니라 궁극적으로는 사법적 작용이라고 할 수 있으며, 법원의 관여를 배제한다는 것은 정당성을 인정받기 곤란하다. 앞에서 살펴보았듯이 미국의 대배심은 사실상 검사가 주도를 하지만 대배심 자체가 법원에 소속되어 법원에 의해 구성되고 심리와 결정도 비록 간접적이라고 하더라도 법원의 통제아래 놓여 있다. 일본의 검찰심사회도 역시 법원의 주도로 구성되고 운영되고 있다. 검사의 불기소처분의 당부에

대한 심사와 판단이 가지는 성질과 외국의 사례에 비추어 볼 때 우리나라에서 도입이 논의 중인 재정(기소)심사회도 법원 소속으로 하는 것이 바람직하다고 본다.

다음으로 국민에 의한 직접적인 공소권의 통제를 논하면서 미국에서 대배심이 가지는 권한, 즉 참고인 강제구인이나 면책조건부 증언강제 등을 지나치게 강조해서는 곤란하다는 점이다. 앞에서 설명한 바와 같은 미국 대배심의 권한은 미국의 검사에게는 우리나라 검사와 같은 광범위한 강제처분의 권한이 부여되어 있지 않으며 대배심이 소추기관으로서 소추에 필요한 수사를 하지 않으면 안 되는 제도적·현실적 상황에서 비롯된 것이기 때문에 이것을 우리나라에도 별다른 무리없이 적용가능한 것으로 받아들여서는 곤란하다. 조직폭력사건, 내부자거래·시세조장·회계사기 등 증권범죄, 뇌물수수 등 부패사범의 수사에서는 미국의 대배심이 가지는 강력한 권한이 우리나라의 검사에게도 필요하다는 점을 부인하기 곤란하나, 최근 도입이 추진되고 있는 대배심제도나 재정(기소)심사회는 검찰의 공소권행사에 대한 시민적 통제장치이지 시민의 참여를 매개로 검사의 수사권한을 확대하는 구실이 되어서는 안 될 것이다.

끝으로 재정심사회가 궁극적으로 검찰권에 대한 시민적 통제를 모두 포괄하지는 않는다는 점이다. 다시 말하면 국회에서 추진 중인 재정(기소)심사회는 검사의 불기소처분에 대한 당부를 심사하는 기관으로 공소권과 더불어 검찰의 핵심적 권한인 수사권에 대한 통제의 역할까지 할 것으로 기대하기는 어렵다. 우리나라에서 검찰권의 공정성에 대해 논란이 일 때마다 그것은 비단 불기소처분의 당부에서 그치는 것이 아니라 항상 과소수사 내지는 부실수사에까지 번지게 된다. 이는 우리나라 검찰은 공소권을 독점하고 있을 뿐만 아니라 자체적인 수사권과 경찰에 대한 수사지휘권을 바탕으로 한 수사의 주재자로서의 지위를 차지하고 있기 때문에 생기는 당연한 결과라고 할 것이다. 따라서 설사 재정(기소)심사회 제도가 도입되더라도 상설 특별검사제도나 고위공직자비리수사처와 같은 검찰수사권에 대한 견제장치에 대한 논란은 끊이지 않을 것으로 본다. 상설 특별검사제도나 고위공직자비리수사처의 도입이 바람직한가에 대한 논의는 별도로 하더라도, 재정심사회의 심사절차를 거쳐 불기소처분이 부당하다는 결정을 받지 않았다는 것만으로 수사절차까지 합리화될 수는 없다는 것이다. 결국 공소권과 더불어 수사권에 대한 국민의 감시와 통제장치도 지속적으로 강구해 나가야 할 것이다.

## 참고문헌

- 곽규택, “대배심제도의 기능과 우리나라에서의 도입방안”, 대검찰청 e-pros  
국회 법제사법위원회, “국민의 고소사건 재정심사 참여에 관한 법률안 재정심사에 관한  
법률안 검토보고”, 2007.2.
- 길태기, “재정신청에 담긴 의미”, 법률신문 3018호(2003.4.13)
- 김성돈 역/Ronaldo V. Del Carmen, 미국 형사소송법, 1999
- 김태명, “개정형사소송법상 재정신청제도에 대한 비판적 검토”, 형사법연구 19권 4호  
(2007.12).
- 김태명, “다시 개정되어야 할 재정신청제도”, 형사정책연구 21권 2호(2010.8).
- 대검찰청, 검찰개혁방안, 2010.6.
- 도중진 역/寺岐嘉博, 일본의 형사사법-검찰심사회와 배심제도, 형사정책 13권 1호(2001).
- 문준영, “검찰권행사에 대한 시민적 통제와 참여”, 민주법학 29호(2005).
- 박기석, “개정 형사소송법의 재정신청제도”, 비교형사법연구 9권 2호(2007.12).
- 박상열, “미국의 배심제도에 관한 소고-기소배심을 중심으로-”, 사법행정 2002년 12월호
- 박세현, “미국의 기소배심 실무연구”, 해외연수검사연구논문집 24집 1호(2008)
- 법률신문, “국민참여재판 3년 만에 고사위기”, 2010.5.6.자.
- 법무연수원, 범죄백서, 2009.
- 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설(2007).
- 서울경제, “제자리 못 잡는 국민참여재판”, 2010.7.5.자.
- 서창희, “Grand Jury 및 Immunity를 이용한 수사 - 미국법상 비협조적 참고인에 대하여  
진술을 강제하는 방법”, 해외연수검사연구논문집 제11집(1995)
- 서창희, “미국 대배심에서의 증거거부와 법정모독”, 사법연수원논문집 2집(2005).
- 신동운 역/三井誠·酒卷匡, 일본형사수속법, 2003
- 정완 역/로어크 M. 리드·이노우에 마사히토·야마무로 메구미, 미국의 형사절차, 2000
- 참여연대 사법감시센터, “정몽준 의원 구형포기, ‘무책임’한 검찰의 ‘예상’된 행동-불기소  
결정사건의 공소유지권한 달라고 했던 검찰이 모순, 재정신청사건 공소유지권한  
검찰에게 준 형소법 개정해야”, 2009.3.11.

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

참여연대, “법조비리 때마다 어김없던 검찰의 거짓말”, 이슈리포트 2010.6.10.

표성수, “재판전 형사절차에 있어서 국민 참여제도에 관한 연구”, 저스티스 113호 (2009.10.)

하태훈, “재정신청제도 활성화방안과 재개정논의”, 사법 13호(2010.9)

寺岐嘉博, “檢察審査會の議決への法的拘束力”, 現代刑事法 43호(2001.11.)

鯉越溢弘, “檢察審査會の機能”, 刑事訴訟法の争點(新版), 1991.

井上正仁, “もう一つの國民参加-日本の檢察審査會制をめぐる動向-, 2010.11.4. 서울대학교 법과대학 초청강연문.

篠倉滿, “わが國の檢察審査會制度とアメリカ大陪審”, ジュリスト 544호(1973.10).

三井誠, “檢察審査會制度の現象と課題”, 法曹時報 50권 9호(1978.9).

三井誠, “檢察審査會制度の今後”, 現代刑事法 69호(2005.1.).

宇藤崇, “檢察審査會の役割と制度の概要”, 法律のひりば 62권 6호(2009.6.).

小田中聰樹, “準起訴手續とドイツ起訴強制手續の立法過程について”, 法律時報 49권 5호(1968.5).

小田中聰樹, “檢察の民主化と檢察審査會”, 法曹時報 50권 9호(1978.9)

Sara Sun Beale-William C. Bryson-James E. Felman-Michael J. Elston, Grand Jury Law and Practice, 2004

Susan W. Brenner, Is the grand jury worth keeping?, Judicature March-April 1998. Vol.81. No.5

## Civil Control on Prosecutorial Power in Korea

Kim, Tae-Myeong\*

The lawmakers of Criminal Procedure Act(CPA) adopted the judicial ruling system as a control measure of prosecutorial power. But in 1973 the scope of its application had been limited to the crimes of public officials by the military government. Since then it couldn't have fulfilled its function as a control instrument over the abuse of prosecutors' power. So the citizen have demanded for the extension to all crimes, and the President Committee on Judicial Reform(PCRJ) presented the Draft for revision of CPA in 2006. But the revised CPA allowed only the persons who lodge complaints to apply for ruling and changed the quasi-prosecution system with the compulsory prosecution system.

With the spreading recognition of the importance of citizen's participation in criminal justice in Korea, many people are demanding the proper system to control the prosecutorial discretion like the Grand Jury System in the U.S. and the Prosecutorial Review Commission System in Japan. The two systems may be considerably instructive and helpful to make way for the desirable civil control system on the prosecutorial power in Korea. Though the two systems have many similarities in organization, function, process and so on, there are more differences which arise from the criminal system, judicial history and people's legal consciousness of the two countries.

This study will analyze the two systems and explore ways toward the moderate system the check the authority of the prosecution in Korea.

---

\* Associate Professor, School of Law, Chonbuk National University

❖ Key words : Prosecutorial Power, Judicial Ruling System, Grand Jury,  
Prosecutorial Review Commission

논문투고일 : 2010. 11. 21. / 심사완료일 : 2010. 12. 15. / 게재확정일 : 2010. 12. 20.