

1. 들어가면서

형사소송법학에는 “유령”이 떠돌고 있다. 우리 형사소송법률은 역사-정치적 기형 속에서 성장했다. 합병 후 일본의 강제와 식민지에 차별적으로 적용되는 비정상 절차, 해방 후 법학 교수들과 법률가들의 일본 법률 모방, 독재권력의 정치적 의도를 달성시키기 위한 급한 개정 결과가 지금의 형사소송법률이다. 몇 차례 민주적 정부들의 사법개혁도 형사절차의 뿌리깊은 오류를 시정하지 못했다. 원인은 다양할 수 있다. 보혁갈등부터 정치권의 과욕까지. 내부적인 문제도 있다. 형사소송법은 형법과 본질적으로 다르다. 형법 전공자들은 형법을 ‘우주의 중심’ 정도로 생각하는 경향이 있는듯 하다. 그러다 보니 형사소송법은 실제 형법을 처리하기 위한 “절차 규칙” 정도로 여기기도 한다.

나는 형사소송절차 내에 규범과 현실간 괴리와 그에 따라 발생하는 오해가 있다고 생각한다. 예를 들어 검찰개혁이나 ‘고위 공직자 범죄수사처 법률’(공수처법) 등 문제들은 - 정치적으로는 모르겠으나 - 형사소송법학 이론에서 논란의 여지가 별로 없다. 공수처 설치의 당연하고, 수사권 조정은 간단하다. 잘 생각해보면 공수처나 수사권 조정은 법의 문제가 아니다. 공수처 설치의 부정부패 해결을 위한 형사정책 또는 형법정책이다. 부정부패는 헌법과 소송법으로 해결되는게 아니다. 새로 도입되는 공수처의 수사와 기소권한이 기존 형사소송법과 어떻게 연계될 것인가에 대한 사항만 논의할 수 있다. 마찬가지로 의미에서 수사권은 누구에게 수사를 맡길 것인가를 결정하는 정책과 행정전략이다. 더 효과적인 수단을 택하면 된다. 그렇기 때문에 수사권 조정도 형법이나 형사소송법에서 다룰 사항이 아니다. 현실적으로 수사 행위는 법원이 최종 판단할 수 있다. 그동안 판례는 수사나 처분이 공판에서 문제될 때 행정작용의 법률 적합성을 평가한다. 소송 규범과 관련하여 법원이 무엇을 결정할 수 있는 것은 거의 없다. 기본적으로는 형사절차는 “소송권”의 확보와 절차 이행을 목적으로 한다. 현대사회에서 법학은 하나의 (전문) 하부체계에 불과하고 다른 사회체계와 조화되는 한에서 유효하다. 형사법은 절차를 포함할 수 있는데, 형법을 실현하는 규범이 형사소송법은 아니다. 형사소송법은 소송권이라는 기본적인 요소를 실현시키는 것이고, 형법이 대상으로 삼는 범죄예방이나 재사회화 등의 이익과

거리가 있다. 이런 이유에서 현재 “~개혁”이라는 이름으로 진행되는 논의들에서 형사법과 형사소송법의 실현 방식에 대한 구조-기능적 오해를 발견할 수 있다.

소송권 실현을 위한 국가적 위임사무인 “기소권”을 어떻게 배분할 것인가를 절차규범적으로 판단하는 구체적 사항만 형사소송법학의 대상일 수 있다. 형사절차를 소송권 실현 사무로 보는 경우, 그 중심에는 주체인 피의자/피고인이 있고, 다른 측면에서 소송제기 이익이 있는 피해자/기소인이 있다. 현대 법은 형사절차를 수평적 당사자의 게임으로 본다. 기소권이란 소권을 가진 이해 당사자의 실질적 이익을 실현하는 공적 서비스이다.

이하에서는 일반 행정적 필요성에 따른 수사와 최종적 법원 판단을 위한 소송권을 실현시키는 기소권이 어떻게 분리되는지 설명해보고자 한다. 그런 후 소송권을 중심으로 형사절차를 볼 때, 소송이란 하나의 “책임있는 행동”이고, 양자가 동등하게 책임을 지는 “게임”이라는 전제에서 기소 행위의 책임 문제를 생각해 보고자 한다. 소송이 게임이라면, 형사절차에서 늘상 승패와 관련없이 부담을 지는 것은 피고인이다. 우리 형사절차에서 기소측은 왜 책임을 지지 않을까?

2. 딜레마

가. ‘절차주의’

많은 형사법학자들과 실무자들은 형사소송법을 “절차”로 생각한다.¹⁾ 형사소송법 교과서의 기술을 보면, “형사소송법이란 형사절차를 규정하는 국가적 법률체계, 즉 형법을 적용 실현하기 위한 절차를 규정하는 법률체계를 말한다.”라고 기술한다.²⁾

1) 대부분 교과서가 통설이라고 설명하는 “이면설”의 결론이기도 하다. 사실 “법률관계설”이란 과거 물권법에서 복수 당사자의 권리관계를 처리하기 위한 전제이다. 골드슈미트의 법률관계설에 대한 비판은 당시 소송체계가 인적 관계에 따라 유동적이었기 때문이다. 자세한 것은 Goldschmidt, *Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Abhandlung aus Berliner Juristischen Fakultät 2., 1925(Scientia 1962)는 620 페이지가 넘는 책으로 1918년 제1차 세계대전 에 패망한 독일에서 신분과 관계에서 평등한 소송당사자를 전제로 한 형사소송법 개혁 의도를 반영한다.

2) 이재상, 형사소송법, 3.; 김기두, 형사소송법, 박영사 1985, 16 이하; 백형구, 주석 형사소송법(상), 한국사법행정학회 1984, 21; 박일환/김희옥(편), 주석 형사소송법(1), 제5판, 한국사법행정학회

더 나아가 “범죄를 수사하여 형벌을 과하고 선고된 형벌을 실행하기 위한 절차가 없으면 형법은 적용할 수 없기 때문...이러한 절차를 형사절차라고 하며, 형사절차를 규정하는 법률체계가 바로 형사소송법...”이라고 말한다. 다른 설명은 “형사소송 절차를 규정한 법률체계”라고 한다.³⁾ 사실 이 설명은 명확하지 않다.

형사소송법학에는 중세시대의 “실체적 진실발견”⁴⁾이 유행어처럼 퍼져있다. 국내에서는 변종필 교수⁵⁾가 이 개념의 철학적 용법과 근대 헌법 이념간 부조화를 비판했지만, 여전히 형사소송법의 목적으로 설명되고 있다. 철학적인 설명은 변종필 교수의 연구로 충분한 것으로 보인다. 제도사적으로 오늘날 ‘실체적 진실발견’이란 중세의 재판에서 객관적으로 존재하는 ‘사실’을 밝혀내는 법관의 의무처럼 설명될 수 없다. 근대 이후 소송법학은 객관적 사실을 발견하는 것이 아니라 양 당사자의 주장의 규범적합성을 경쟁하는 제도로 변화되었다. 과학적으로 보면 20세기 인지이론은 ‘실체적 진실’의 발견 불가능성을 설명한다. 인간은 뇌의 생리적 구조에서 감각할 수 있는 지각 대상과 별개의 독립된 이미지 형상(표상)만을 활성화할 수 있다. 즉 존재적 형상과 인지적 반응은 1:1로 대응되는게 아니다. 기호 체계(언어 등)는 객관적 실재를 그대로 반영하지 못한다. 더욱이 소송에서 입증의 수단으로 활용하는 증거규칙은 실재하는 진실을 전제하는게 아니라, 주장된 진술과의 관련성을 평가하는 기준이다. 증거와 사실의 연관성은 관심 대상이 아닐 수 있다. 증거규칙상 타인의 경험적 진술과 실재 경험의 일치 여부는 특별한 절차에 따라 “입증”될 수

2017, 3 이하는 „어떠한 행위가 범죄가 되는지 그 행위에 대하여 어떠한 과정과 절차를 거쳐 어떠한 종류의 형벌을 과할 것인지 형사절차법에서 규율하고 있다. 실제 사건은 형사절차법을 통하여 구체적인 법률이 적용되고 형사사법이 추구하는 목적이 실현된다고 할 수 있다.“

3) 백형구, 21; 김기두, 16. 이러한 설명들은 19세기 독일 형법학자들의 설명과 크게 다르지 않다. 그런 면에서 이러한 형사소송법학의 인식은 19세기적이라고 볼 수 있다.

4) 이 단어의 직접적 원인으로 추측되는 독일 형사소송법 제244조 제5항의 “진실발견”(Erforschung der Wahrheit) 개념은 우리와 다르다. 법원의 증거인용을 위한 윤리적 규칙으로 볼 수 있다. “목적한 사항을 증거로 채택하는 경우, 그 목적 사항이 법원이 (사건의) 진실발견을 위하여 법에 정해진 절차에 따른 것이 아니라면 거부할 수 있다.”라는 규정에서 판단하면 법원이 검증 사실에 대해 직접 확인을 해야하는 의무를 정한 것으로 이해할 수 있다. Berg, Das Spannungsverhältnis zwischen dem Grundrechtsschutz für den Beschuldigten und der materiellen Wahrheitsfindung im Rahmen des fair trial Grundsatzes, Diplomaica Verlag 2013, 25.

5) 형사소송에서 진실개념, 고려대학교 대학원 1996; 절차이론의 지평에서 본 형사소송의 진실개념, 세창출판사 1999.

있다고 믿고 있으며, 그 승인된 과정을 규범적으로 강제하는게 형사절차이다.

각 주체간의 이성적 또는 다른 원인에서 교란된 사회적 평화를 회복하는 절차가 소송이다. 이 절차의 실질적 결론이 보편적 “정의감”에 가까워지는 것은 (우연한) 반사적 이익이지 달성되어야 하는 목표가 아니다. 근대적 법체계에서 (형사)소송이란 각 당사자의 진술간의 적합성을 판단하는 것이 아니라 이미 공동체에서 승인한 규범에 어떤 당사자의 진술이 더 부합되는가를 전문적으로 결정해주는 제도이다. 소송절차는 “누군가 알고 있다.”에서 “누군가 가장 적절한 주장을 하고 있다.”로 진화되었다. 예컨대 오늘날 독일 형사소송법 교과서의 설명은 이렇다: “형사절차의 목표는 불확실한 조건 하에서의 법의 회복이다.”⁶⁾ 형사소송법을 실제 형법을 실현하는(Verwirklichung des materiellen Strafrechts) 도구로 보지 않고, 실제 형법과 절차법이 함께 법적인 평화를 회복하는 것으로 이해한다.⁷⁾ (Zusammenwirken von materiellem und prozessuellem Recht) 독일 연방헌법재판소는 더 나아가서 사건 실제 발견을 인간의 인지능력 한계 내의 사태라는 점을 확인시켜주고 있다.⁸⁾ 그렇기 때문에 소송법은 실제법을 실현시키는 도구가 아니다. 만일 실제 형법의 실현이 목적이라고 할 때 피고인에 대한 - 증거불충분 또는 입증불가로 인한 - 무죄 선고는 절차의 실패 또는 불실행이 될 것이다. 그러나 소송 자체를 목적으로 본다면 같은 경우 무죄 선고 역시 소송법의 구체적 실현이 될 수 있다.⁹⁾

절차 모형의 선택은 단순히 역사적 결과가 아니라 각 사법권이 처한 법체계적 환경과 밀접한 관계가 있다.¹⁰⁾ 소송 법학은 절차의 규범을 다른 법체계를 고려하여 판단하는 분야이다.¹¹⁾ 예를 들어서 직권주의와 당사자주의 모델은 각 법체계와 관

6) Kleszczewski(김성돈 역), 독일 형사소송법, 성균관대학교 출판부 2012, 16; 보다 심화된 최근 연구로는 Eicker, Die Prozeduralisierung des Strafrechts. Zur Entstehung, Bedeutung und Zukunft eines Paradigmawechsels, Nomos 2010, 49이하.

7) Kudlich, Einleitung, MK-StPO, Bd 1., 1.Aufl., 13.

8) BVerfGE 133, 168; 연방대법원의 입장은 BGHSt 50, 40; 51, 88; Jahn JuS 2007, 91 이하.

9) Volk, Prozessvoraussetzungen im Strafrecht, 192, 201; Kudlich, Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot, 1998, 206; Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn 200, NK-StPO, 국내에서 이와 같은 관점은 이상돈, 형사소송법원론. 형사소송의 근대성과 대화이론, 법문사 1998, iii(머리말)

10) 변종필, 소송구조론의 실천적 함의, 강원법학 제51권(2017), 568.

11) Ambos, Zum heutigen Verständnis von Akkusationsprinzip und -verfahren aus historischer Sicht, Jura 2008, 586-594. 특히 587 이하는 고대 그리스와 로마 소송제도가 어떻게 직권주의와 당사자주

련된다. 우리 형사소송법학에서 자주 거론되는 “당사자주의가 가미된 직권주의 모델”이라는 설명은 형사소송법이 어떤 면에서 당사자주의 형식이고, 어떤 면에서 직권주의 요소가 기능하며, 실제 절차에서는 양 모델 중 어떤 방식이 적용되는지 분명하지 않다. 역사적으로 형사절차는 미국 형사소송법 제도를 강제로 이식한 일본의 1948년 형사소송법(신형사소송법)을 모방 번역하여 만든 것이고,¹²⁾ 7-80년대 부분적 소송법 개정은 미국식 당사자주의 모델의 형사소송절차에 집중되었다. 형법은 독일 이론들이 유독 많은 반면 형사소송법에는 미국 판례와 이론들이 자주 언급되고 있다.¹³⁾ 이러한 이유 때문인지 현실에서 배심제도 없는 증거규칙은 근거없이 강조되고,¹⁴⁾ 법률에 규정된 직권주의 기능은 법정에서 무시되기도 한다.¹⁵⁾

의로 분화되었는지 설명한다.

- 12) 일본 형사소송법 제1조: “이 법률은 형사사건에 관하여 공공복지의 유지와 개인의 기본적 인권의 보장을 완수하면서 사안의 진상을 규명하고 헌법 명령을 적정조건으로 신속하게 적용 실현하는 것을 목적으로 한다.”
- 13) 오래된 문헌으로는 강구진, 형사소송법, 16 ; 최근 조국, 위법수집증거 배제법칙, 박영사 2017은 당사자주의 소송의 장점을 중심으로 형사절차를 파악하는데, 글에서는 분석 당시의 법률과도 거리감이 있고, 실제 미국이나 독일의 형사절차 실무와도 부합하지 않는 내용이 많이 발견된다. 이 연구들의 문제점은 직접 인용된 자료들과 서술 상 차이가 있다는 것이다. 과거 법학 논증에서도 개인적 경험이나 자의적인 정보 선택에 따른 내용들이 체계구조적 분석없이 나열되는 경우가 많다. 실무자들의 해외 연수 보고서들에서 주로 많이 발견된다. 좀 더 객관적인 관점에서 두 모델의 형사소송법상의 도입 과정과 관계를 설명한 연구는 이종엽 대표집필, 당사자주의와 직권주의가 조화된 적절한 재판운영, 사법정책연구원 2014, 83 이하.
- 14) 증거규칙은 유무죄를 법률전문가가 아닌 배심원단이 결정하는 절차를 위해 발전되었다. 법률전문가들에게는 어떤 증거가 판단에 의미있는지 쉽게 알 수 있다. 예를 들어 수사기관의 권한을 초과한 증거수집은 부당한 증거로 배제할 수 있지만, 배심원단의 경우는 이런 판단이 간단하지 않다. 그래서 구체적인 증거규칙을 정하고, 판사의 지도에 따라 사건 판단을 위한 인용여부를 검토할 수 있다. 배심원 결정은 책임이 없다. 영미법상 증거규칙을 오해한 판사의 배심지도(direction)상 증거인용에 문제가 있을 때 상소가 제기되고, 이를 상급법원이 이전 법원의 증거 인용 결정을 파기한다. 우리처럼 심판 사실 자체에 대한 불복과는 거리가 있다.
- 15) 제도의 본질을 고려하지 않은 다양한 혼란도 있다. 예를 들어 사법방해죄(Obstruction of Justice) 도입에 대한 논의가 그렇다. 그 도입을 주장하는 견해들은 제도적으로 수사의 의미를 공판 준비로 보느냐 아니면 법원의 보조역할로 보느냐의 차이를 명확하게 이해 못하고 있어 보인다. 수사단계에서 불성실한 협조는 바로 범죄가 되는게 아니다. 이 구성요건은 실제로는 당사자주의 기소심사권의 단점을 보완하려는 의도에서 나온다. 그러므로 법원이 공판을 주도하는 직권주의에서는 별로 의미가 없다. 사법방해죄에 대한 일반적 내용은 박미숙, 미국의 사법방해죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1999. 법체계를 근거로 한 분석은 박달현, 사법방해죄 도입가능성과 그 필요성 검토, 형사정책연구 통권 제91호(2012), 5-52.

‘당사자주의가 가미된 직권주의 모델’이란 당사자주의 모델과 직권주의 모델의 정책 차이점이 상위 규범인 헌법과 소송이념과 부합할 때 그 효과적일 수 있다.

나. 절차 모델과 수사권

역사적으로 19세기까지 형사소송은 오늘날 민사소송과 다르지 않았다.¹⁶⁾ 근대의 보편적 법치주의가 확립되면서 책임원칙이 형성되고, 형사소송절차가 완성된다. 시민의 보편적 주관적 권리와 공동체의 객관적 공권의 관계가 정립되면서 시민들의 국가를 대상으로 청구하는 행정소송법과 국가가 시민을 대상으로 범위반 효과를 제기하는 형사소송절차가 법률로 확정된다. 주지하듯이 형사법은 계몽주의 철학의 영향을 받았다.¹⁷⁾ 계몽주의 철학은 수차례 유럽내 혁명 여파로 확립된다.¹⁸⁾ 계몽주의

16) 형사소송절차가 독립적으로 분화된 것은 최근의 일이다. 소송제도란 고대 로마법 이전부터 민사제 판의 형식에 따라 진행되었다. 그 이유는 소송 주체와 대상에 대한 이해 차이 때문이다. 주로 동일 계급간 평등한 소권 처리를 위하여 수행된 경우가 많다. 고대 소송을 단순한 규문절차로 파악하는 것은 오해이다. 규문주의란 5세기에서 10세기간 유럽의 주도권을 가진 카롤링거 왕조의 특별한 방식이며, 칼 대제(742-814)의 권위적인 통치술 때문에 등장하여 후에 중세 형사절차의 표준이 된다. 더 읽을 자료는 Schlosser, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd.II, Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. 2004, 380 이하. 공소시효(the statute of limitation, Verjährungsfristen)는 영국 보통법 전통에서 시작되었다고 한다. 고대 로마법과 유대법에도 이와 유사한 제도가 있었으나, 그 형태는 명확하지 않다. 소송권과 그 권리실현을 위한 일정 기한을 두는 방식은 어쩌면 당연할 수 있다. 그러나 범죄의 경우 개인의 소유권 등을 다루는 민사소송권과 달리 볼 수 있는 설명도 있다. 그 차이 때문에 형사절차에서 공소시효는 사법권마다 다르다. 예를 들어 형사법을 국가형벌권 제한으로 전제하지 않는 사법문화권에서는 공소시효는 중요하지 않다. 대표적으로 영국의 경우 형사법에는 공소시효가 적용되지 않는다. 반면에 프랑스, 독일, 그리고 프랑스 법의 영향을 많이 받은 미국의 경우 형사법에도 공소시효를 적용하고 있다. 공소시효란 말 그대로 기소권자의 공소 제기 기간을 정한 것이다. 민사소송법의 제척기간과 형사소송법상의 공소시효는 사실 같은 제도다. 제척기간도 획일적이지 않아서 독일과 프랑스 등은 우리와 유사하게 5년, 이탈리아는 10년, 스페인은 15년까지 규정한다. 그러므로 민사소송상 제척기간을 도입한 이유와 공소시효 인정은 원칙적으로 같다. 중요한 이유로는 일정 기한이 지나면 입증가능성이 희박해지기 때문이다. 소송권은 존재하지만 입증방식이 불완전하기 때문에 소송으로 얻는 이익이 크지 않을 수 있다.

17) Gmür/Roth, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl., Franz Vahlen 2018, 141 이하.

18) Pagden, The Enlightenment: And Why It Still Matters, Random House 2013은 17세기 18세기 유럽에서 계몽주의 철학이 어떻게 정치적 이념으로 확대되고, 사법제도로 확정되었는지 설명한다. 그의 분석에 따르면 유럽내 그리스 철학의 부흥과 기독교에 대한 충성심, 실증 과학주의, 그리고 로마 가톨릭과의 갈등 등이 계몽주의 철학을 전체 사회적 이념으로 확산시키는 원인이었다고 한다.

원리들은 각 사법체계에 맞게 발전한다.¹⁹⁾ 예컨대 “무죄추정원칙”은 어떤 모델을 취하든 오늘날 실질적인 절차규범이다. 그러나 각 소송구조에서 보면 모델별 다른 이해가 가능하다.²⁰⁾ 당사자주의 소송에서는 이를 무죄 항변권으로 파악하고,²¹⁾ 직권주의 소송 모델은 1789년 프랑스 인권선언문 제9조의 규범 원칙을 주장하는 식이다. 즉 당사자주의 모델에서는 피고인이 무죄를 주장할 수 있는 권한이고, 직권주의 모델에서는 소송 참가자 모두가 존중해야 하는 법의무이다. 어떤 모델에 의해도 형사소송절차가 국가에 의한 탄핵적인 성격을 가지는 것은 동일하다. 형사소송절차는 처음부터 범죄를 전제로 하는 강제절차이다. 두 모델은 오늘날 서로 융합되고 있다.²²⁾

체계적으로 형사소송법상 수사는 - 대체로 - 행정행위이다. 반면에 재판권²³⁾은

19) 소송제도를 감안하면 직권주의와 당사자주의 모델의 구분이 명확한 것은 아니다. 소송절차는 개별 지역의 상황에 따라 매우 다양한 형태로 존재했기 때문이다. 그렇기 때문에 각 모델의 구분이 어떤 기준으로 작용하는 것은 무리이다. 그러나 여기서는 현대에 와서 정립된 각 모델 간의 특성을 중심으로 변화된 제도들을 구분하려는 어쩔 수 없는 방편으로 사용하고자 한다. 유럽의 경우를 생각하면 정치적 혁명과 보수 체제의 대립이라는 영향을 감안할 수 있다.

20) Damaska, Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study, *University of Pennsylvania Law Review* vol.121:506(1973), 506-589.

21) 이에 대한 상세한 연구로는 도종진/이진국, 무죄추정원칙에 관한 연구, 한국형사정책연구원 2005. Hunter/Henning et al., *The Trial. Principles, Process and Evidence*, The Federation Press 2015, 27

22) 자세한 내용은 이종엽 등, 위의 보고서, 66 이하.

23) 재판권과 관할권은 개념상 구분될 수 있다. 재판권은 일종의 법적 갈등을 처리하는 국가의 권능으로 볼 수 있고, 관할권은 당해 사법권 내의 법원구조에 따른 사건 지배영역으로 볼 수 있다. 형사소송법 학자 중에는 재판권은 사법권을 의미하는 일반적 추상적 권한을 의미하는 “국법상의 개념”으로, 관할권은 재판권 행사를 전제로 하는 특정법원의 “소송법적 개념”으로 설명한다. 이재상/조균석, 형사소송법, 14판, 박영사2019, 64는 “재판권이 없을 때에는 공소기각의 판결”을 해야 하고, “관할권이 없는 경우는 관할위반의 판결을 해야 한다.”라고 하면서 제327조 제1호와 제319조를 근거로 들고 있다. 그러나 재판권은 소위 소송의 요건이므로 재판권이 없는 경우 소송의 원인이 무효로 되어 이를 법원이 직권조사하여 각하(기각)하는 것이 타당하지만, 이를 위반하여 선고가 내려졌다면 최종 판단 확정 전이면 상소 또는 확정 후 무효로 해야 한다는 견해(송상현, 민사소송법, 63)도 있다. 실제로 제327조 제1호는 분명히 피고인에 대한 재판권이 없을 때 “판결로써 공소기각의 선고”를 내리도록 규정하고, 제319조는 관할위반의 경우 “판결로써 관할위반의 선고”를 내리도록 규정한다. 제2조에서 관할위반에 대해 그 효력없음을 규정하여, 문제삼지 않고 있다. 반면에 민사소송법 제34조는 관할위반의 경우 “법원은…관할권이 없다고 인정하는 경우에는 결정으로 이를 관할법원에 이송한다.”라고 규정한다. 주지하듯이 민사소송의 관할지정은 당사자간 협의 사항이다. 당사자주의의 성향이 강한 민사재판의 경우 관할위반은 실질적으로 법원을 정한 당사자

사법작용이다. 예를 들어 우리 형사소송법 제1조는 법원의 관할 결정권 규정이다. (관할의 직권조사) 이 규정은 직권주의 특징으로 볼 수 있다. 왜냐하면 당사자주의 모델에서는 법원의 직권관할결정을 강제하지 않는다. 당사자주의 성격이 강한 민사소송법 제1조는 민사소송의 이상과 신의성실을 규정하고 있다. 이와 유사하게 당사자주의 모델 형사소송법 규정은 대체로 적법절차를 제1조에 규정한다.²⁴⁾ 영미 당사자주의 절차는 대부분 ‘법원선택’(forum shopping; jurisdiction shopping)이 가능하다. 피고인에게 유리할 법원을 직접에게 선택하는 것이다. 법원은 사건의 조사권이 없고, 기소결정도 대배심에서 결정하므로 사건 처리를 위한 절차만 준수한다. 심판도 배심원이 결정하는 경우가 많으므로 법원의 관할 조정은 실익이 없다. 관할 결정권을 법원에게 주는 원인은 법체계상 사법권에 사건 조사권이 있기 때문이다. 직권주의에서 수사권과 직권 관할조사는 규범상 유사한 기능이다. 법원이 수사과 심판권을 통합하여 시행하던 규문주의 흔적을 보여준다. 직권주의는 형사절차 실현의 주체가 법원이고, 당사자주의는 주체는 언제나 당사자들(배심원 포함)이다.

절차 모델은 19세기 후반과 20세기 구조화된다. 그 중 공판전 기소와 구금에 대한 권한 논쟁이 존재했다. 원칙은: *약한 처벌은 예방 경찰권에 의하고 중한 처벌은 사법부 심판을 따른다*. 약한 처벌은 행정처분을 의미한다. 그 구분은 비례성원칙에 따르고, 예외는 전쟁이나 테러 등과 같은 상태의 긴급 강제이다.²⁵⁾ 구금제도는 법률

간 이익과 충돌할 수 있다. 그래서 민사소송법 제34조는 실익이 있다. 그러나 형사소송법은 제2조를 두어 이런 경우를 해결하고 있다. 그러므로 제319조처럼 관할위반을 판결로 선고할 이익이 없다. 관할위반을 당해 법원의 결정으로 해당 법원에 이송해도 특별한 효력상 차이가 없기 때문이다. 같은 설명은 Pakes, *Comparative Criminal Justice*, 3rd ed., William Publishing 2015. 실무에서도 관할 위반에 따른 사건을 판결로 하고, 새로 다른 법원에서 기소를 다시 하는 경우는 없다. 독일 형사소송법 제348조 제1항은 관할위반이 발견된 경우 결정으로 사건을 해당 법원에 이송하도록 규정한다. 우리 민사소송법 제34조와 같다.

24) 예를 들어 영국 형사소송규칙 제1조 제1항은 이렇다. “이 소송규칙의 주요 목적은 형사사건이 공정하게 처리되게 하는데 있다”(The overriding objective of this procedural code is that criminal cases be dealt with justly). 반면에 개정된 프랑스 형사소송법 제1조는 공소제기권자로 제1항에 사법관(검사 포함)과 법률이 정한 공무원과 제2항 피해자(사적 소추)를 규정한다. 프랑스의 경우 관할 지정보다 소송권자의 확정을 더 우선적으로 확인해 준다.

25) Merle/Vitu, *Traité de droit criminel II, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général* 463. 프랑스는 1789년 혁명 후 기소전 구금에 대해 제한적인 태도를 보였으나 알제리 전쟁(1954-9162)부터 경찰수사권을 강화하고 테러에 대한 사전 구금제도를 신설하는 등의 변화를 보인다. 좀 더 오래된 문헌들을 보면, 형사소송은 민사소송과 처음부터 다른 발생원인을 가지고

에 따른 행정적 처분인 경우와 법원의 통제를 받는 구금으로 분류될 수 있다. 이 구분은 사법권에 따라 다르다. 프랑스 형사소송법 제81조 제1항(진실발견)과 제137조 제2항 144는 “공판준비를 위한 구금”(nécessités de l’instruction) 뿐 아니라, 사회 안전을 위한 구금”(mesure de sureté)도 인정한다.²⁶⁾ 이는 소위 법원의 통제를 받지 않는 기한 내 구금제도를 의미한다. 반면에 독일의 경우 제2차 세계대전 후 제정된 기본법 제104조 제2항에 판결전 자유제한은 모두 법관의 승인을 얻도록 규정한다. 그 결과 독일은 프랑스와 유사한 법률에 의한 예방 구금도 법관의 승인을 받도록 하고 있다.²⁷⁾ 프랑스의 경우 사전적 예방처분(Vorfeldkriminalisierung) 권한이 실제로도 다양한 기관에 분산되어 있고, 이를 모두 행정경찰법적 조치라고 부른다. 대체로 정신병자 감호(CSP), 외국인에 대한 임시 감호(CESEDA) 등이 그 예이다. 경찰예방법적인 조치는 법률에 정한 행정기관에서 직접 권한을 가지며, 예심판사는 중범죄로 기소된 형사사건에서 구금에 대한 사항을 담당할 수 있다. 반면에 독일은 헌법 개정으로 인해 법관만 구금권을 독점한다. 이러한 법원의 통제는 법원 업무의 가중과 결정의 지체로 인한 피의자와 피고인 부담이 늘어난다는 지적을 받았다.²⁸⁾ 그 후 1975년 개정을 통해 수사법관(Untersuchungsrichter)을 폐지하고, 행정적 처분권한을 처분하는 권한을 검찰에게 위임하는 개정을 한다. 오늘날 검사가 수사지휘와 기소심사권한을 행사하는 계기가 된다.²⁹⁾

있다는 사실을 확인할 수 있다. 에컨대 로마법학에서 공적 소송은 극히 예외적이었고, 시민간의 소송만 존재했다. 시민과 비시민간의 대립이나 전쟁, 강탈과 같은 행위가 시민의 소권과 별개로 magistratus에 의해 제기되면서, 즉 소권 주체들의 차별적 인식과 황제정기의 권력 집중 현상에 따른 황제법정(Kaisergerichte) 등이 나타나면서 „공적 소송“이 시작되었다고 할 수 있었다. Mommsen, Römisches Strafrecht, Duncker & Humblot 1899, 158 이하.

26) Desportes/Lazerges-Consequer, *Traité de procédure pénale*, 4^e édition 2015, 2709. 좀 더 자세한 내용은 Weiß, *Haft ohne Urteil. Strafprozessuale Freiheitsentziehungen im deutsch-französischen Vergleich*, Duncker & Humblot 2015, 80 이하.

27) Weiß, 위의 책, 395. 이 독점권에 대한 헌법적 설명은 Dürig, in: Maunz/Dürig, Art.104 Rn 23; BVerfG BeckRS 2012, 48178.

28) 자세한 내용은 Weiß, 위의 책, 427 이하.

29) 독일은 공판개시 후에도 보충적 수사를 할 수 있다.(독일 형사소송법 제162조) 이 경우 수사 법관(Ermittlungsrichter)이 지명되어, 공판전 검사에게 위임한 수사가 미진한 경우 직접 수사한다. 수사 법관은 직접 사법행위를 할 수 있고, 독일 형사소송법 제126조 이하의 압수 내지 체포 영장청구권을 직접 행사할 수 있다.(독일 형사소송법 제162조 제2문) 국내에서 간혹 논란이 되는 공소제기 후 수사의 가능성은 독일내 별로 의미없는 논쟁이다. 생각컨대 우리 형사소송절차도 공소가 제기되

사법제도에서 시민의 자유제한 승인을 법원이 독점하는 경우와 경미한 행정처분에 대해 행정기관이 직접 자유를 제한할 수 있는 구조적 차이가 생긴다. 만일 법원이 모든 자유제한에 대한 심사권이 있다고 가정하면, 이론적으로 공판전 조사(수사)는 근대적 법치국가 형사절차에서는 모순일 수 있다.³⁰⁾ 반면에 경찰예방적인 자유제한권을 각 담당기관에 부여하는 경우 수사나 예방적 구금 등 행위는 법원의 심사 대상이 아닐 것이다. 우리 형사소송법은 형사범죄에 대한 사법권의 적용범위를 명확하게 구분하지 못하고 있다. 그래서 형법에 규정된 “모든” 범죄와 형사특별법에 속하는 “모든” 위법행위를 형사범죄로 전제하고, “모든” 사안을 (검찰을 통해) 법원이 심판하는 구조로 이해한다. 나는 이러한 이해는 부적절하다고 믿는다. 체계이론적으로 볼 때 프로그램상 구조상 다른 절차를 동일한 절차로 통합처리하는 “비효율성”이다. 그 결과 모든 범위반은 검사가 독점처리 할 것같은 착시 현상이 생긴다. 이러한 율혈이 지속되면 토이브너(Gunther Teubner)가 말하는 ‘조정’의 트릴레마’에 봉착할 수 있다. 그는 각 하부체계가 제대로 작동하지 않을 때 시민들은 전통적인 법률에 따른 해결에 기대를 걸게 되고, 그로 인해 입법투쟁이나 사법적 해결에 과도한 기대 현상 때문에 결국 법체계에 대한 신뢰가 실추되는 악순환을 경고한 바 있다.³¹⁾ 실제로 우리 법체계에서 검찰의 권한은 그다지 크지 않다. 오늘날 혼란스럽고 권태감이 느껴지는 “개혁”은 제도 자체가 아니라, 법의 전문 하부 체계의 기능적 역할을 오해하고 있는 현상으로 파악할 수도 있다.

이 현상은 법원과 검찰의 구조에 대한 지금과 같은 이해로는 파악이 어렵다. 기본적으로 법원은 대법원에 속하고, 검찰은 행정부 소속이다.³²⁾ 비교해 보면 검찰은 대

면 검사의 수사만 종결되고, 공소제기된 사건을 법원이 직접 판단하여 최종 결론을 내는 것으로 규범화되어 있다. 심판 사항에 검사의 공판전 수사사항까지 포함될 수 있음은 물론이다. 이는 법원 직접 신문권의 핵심 내용이다.

30) 김선택, 영장청구권 관련 헌법 규정 연구, 2008, 15는 사법권과 행정행위를 구분하여 설명한다. 영장청구권이 실질적인 피의자에 대한 자유박탈에 대한 최종권한은 아니다. 그렇기 때문에 경찰과 검찰의 수사행위는 규범적으로 볼 때 영장청구권과 기소제안권에서 한계가 정해져야 한다.

31) Teubner, Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion im post-instrumentale Rechtsmodelle, 13 Quaderni Fiorentini 109(1984), 137.

32) 우리 제도는 미국의 검사제도(US Attorney)와 일본의 검찰 제도를 복합적으로 수용한 것으로 보인다. 미국은 1789년 사법(법원)조직법(Judiciary Act of 1789)을 제정한다. 이 법률은 미국 헌법 제3조에 따라 사법 구성을 위한 법원과 사법조직법을 의미한다. 1789년 9월 최초 5인의 대법관과

체로 법원과 병립된 기관이다. 법원의 직접 수사권을 규정하는 프랑스의 경우 실질적으로 검사는 법관의 보조자이다. 기소 통제권은 법원에게 있다. 검사는 일부 경미 범죄에서만 기소유예권이 있다. 법원과 병렬적으로 배치된 검찰은 각 심급에 따라 공판 준비 또는 공판에서 추가적 조사를 위한 법원 보조 업무 때문이다. 경찰의 실무적 수사에 대한 자문을 하는 형태의 제도는 실제로 20세기 초반 개별적인 개혁 내지 제도 효율화 때문에 생긴 것이다. 더 극단적 형태는 영국이나 미국의 경우처럼 공판전 조사권이 공판 준비를 위한 예비 절차로 잠정적으로 승인된 경우이다. 그렇기 때문에 최종 유죄선고전 구금이란 특별한 예외가 된다. 언급했듯이 미국의 경우 수정 헌법 제5조에 따르면 원칙적으로 기소전 구금은 대배심의 승인이 필요하다.³³⁾ 영국의 경우도 살인이나 무장강도, 전과, 소송불참 예견, 보석중 범죄가능성, 보석조건 위반 등이 아니라면 기소 전에는 구금할 수 없다. 구금 제도(Remand, Pre-trial detention)에 대한 각 차이점은 최근 일본에서 발생한 카를로스 곤 사건³⁴⁾에 대한

11개 주(메인, 뉴햄프셔, 매사추세츠, 코네티컷, 펜실바니아, 델라웨어, 매릴랜드, 버지니아, 사우스 캐롤라이나, 조지아, 캔터키 주)의 수석법관과 검찰관(Attorney), 보안관(Marshal)이 지명된다. 미국의 경우 연방검찰관과 보안관은 대통령이 지명하고, 나머지는 대부분 선출직이다. 주검찰(state attorney)과 지방검찰(district attorney)은 선출직이다. 통상 선출직 주검사와 지방검사들은 변호사 업무를 겸업하는 경우가 많다. 이들은 낮은 급여와 불안정한 지위에도 불구하고 판사 선출에 유리하거나, 정치적 경력을 위해 이를 지원한다. 연방 검찰에 속하는 6천명 정도의 검사들만 조직적으로 활동하고, 4만명이 넘는 주나 지방 검사들은 독립적으로 기소권만 행사하는 경우가 있다. 검사 권한은 비교적 큰 것으로 평가되는데, 기소결정권이 가장 중요하다. 그러나 기소결정권만 있고 기소가 되려면 대배심의 승인을 받아야 하므로 엄격히 말하면 „기소신청권“을 가지고 있다고 말해야 한다. 역사적으로 미국은 혁명과 영국식민지 해방전쟁 후 국가를 대신하는 반역죄나 식민지 잔재 청산을 위한 공공기소인으로 연방검찰제를 운영했다. 그들의 업무는 모든 범죄가 아니라 국가에 대한 중요범죄사실만을 담당했다. 지금도 연방검찰은 연방범죄에 대한 기소신청권만 가진다. 자세한 내용은 미국법무부 홈페이지(<http://www.justice.org>) 참조. 미국 연방검찰은 사법적 기능을 인정받았다고 해석할 수 있다. 즉 최종 수사종결권을 가진다.(Judiciary Act) 미국 상원은 영국 보통법의 제도를 모형으로 한다. 그래서 통상 상원은 사법기능을 겸하는 경우가 많다. 영국은 2006년까지 상원(House of Lord)의 법무상원(Law Lords)에 의해 대법원 기능을 가지고 있었다. 금번 트럼프 대통령 사건의 경우처럼 미국 상원의 경우도 대통령 탄핵에 대한 실질적 심판권을 가진다. 이 때는 대법관이 상원의 법무 상원(Law Lords)으로 역할을 하게 되어 있다.

33) US v. Cancelliere, 69 F.3d 1116, 1121(11th Cir. 1995); Russell v. US, 369 U.S. 749, 769(1962); US v. Wacker, 72 F.3d 1453, 1474(1995) 모두 근거는 미국 수정헌법 제5조 제1문: “누구라도 대배심의 고발이나 공소 제기에 의하지 아니하고는 사형에 해당하는 죄나 중죄에 대하여 심문당해서는 아니 된다.”

34) 카를로스 곤(Carlos Ghosn)은 르노-닛산, 미쓰비시 사의 공동 최고 경영자였는데 일본 검찰의 배임

반응을 보면 잘 알 수 있다. 이러한 제도상의 차이는 법제사적인 원인으로 추정되는데, 여기서는 자세히 언급하지는 않겠다.

반면 우리의 경우 공판전 구속이나 체포, 구속 필요성은 법률이 규정한다. 그래서 기소전 구금이 법적 절차로 이해되고 있다. 이러한 형식은 효율적인가?

3. 구조

가. 사법권³⁵⁾과 행정행위

법원의 구속(제70조)과 검사의 영장에 의한 체포 내지 구속(제200조 이하)은 같은 것일까? 문언상 규범력 차이가 있다. 조문의 편제도 구속과 체포는 각각 구분되어 있다. 구조적으로 검사의 체포권은 사법부의 규범적 심사 승인을 전제하는 ‘조건부 행정행위’이다. 반면에 법원의 법정구속권은 사법권한이다. 제200조 등에 따른 검사의 체포와 구속은 위법적 행상에 대해 관할 행정청이 철거명령을 내리고 이를 집행하는 행위와 같다. 그래서 경찰과 검찰의 수사행위(공판전 조사행위)는 원래 일반 행정법상 권원이다. 그래서 부당한 수사나 체포, 위법한 증거수집과 같은 행위는 직접 형사소송법 위반이 아니라 일반(행정)법 위반 또는 더 나아가서는 형사불법일 수 있다. 공무원 행정대집행의 하자로 인한 법효과와 같다. 규범상 사법권과 행정행위에 대한 이의제기는 규범적으로 다르다. 사법권에 대한 조치는 상소 또는 재심으로 규정하지만, 검찰 등의 행정행위 구제는 그 자체로 소송의 대상이다.(즉, 소권을 발생한다)

공판전 조사권은 검(경)찰에게 위임한 권한이지만 본질적으로는(강제적) 행정행위이다.³⁶⁾ 그런 이유로 일반 법률주의 원칙에 따라야 한다. 반면에 형사소송법상 절차는 사법권의 통제를 받도록 한다. 요컨대 형사소송법에서 논의되는 절차와 관련되는 행위들은 위법한 행정행위와 형사소송절차상의 위반행위가 복합적으로 포함

혐의로 구속되었다. 보석 중 도주하여 화제가 되었다. 특히 그의 구속이 영국과 미국을 중심으로 하는 언론에서 무죄추정 원칙에 반하는 일본 형사소송절차의 문제점으로 지적되기도 했다.

35) 송상현, 민사소송법, 박영사, 55. “국가권력은 삼권으로 분리되고 그 중에서 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.”

36) 형사소송법 제106조(법원 압수 수색)와 제215조(검찰 압수 수색)의 문언상 차이점을 생각하면 된다.

된다는 말이다. 그럼에도 불구하고 현실에서 검(경)찰의 부당한 행정행위(수사와 기소)는 행정법 위반으로 곧바로 인식되지 못하는 듯하다. 예컨대 최근 같이 전염병이 유행하는 시기에 시행되는 행정명령들은 법률에 근거가 있는 경우 시행가능하고 적법성이 추정된다. 그런데 이 행위에 대한 절차상의 하자를 제기하는 경우 상급기관의 행정 직무성 평가를 받아야 한다. (소원전치주의) 그 후 해결이 안 될 때 사법부의 최종 판단을 받는다. 검찰이 형사절차와 관련된 직무를 수행할 때는 순수 행정행위와 형사소송절차상의 행위로 구분될 수 있다. 일부는 중첩된다. 이 행위로 제3자에 대해 손해를 끼친 경우와 다시 근거 규정 위반의 경우와 규정에 적법하지만 형사절차상의 규칙에 반하는 경우 - 그에 대한 책임은 동시에 거론될 수 있지만 - 같은 것은 아니다.³⁷⁾ 책임은 구체적 법원 판단에 따라 결정될 수 있다. 예컨대 이론상 기소유예할 수 있는 사건을 기소한 경우 기소자 책임을 인정하지 않는다.³⁸⁾ 기소는 본질적으로 피해자의 소권을 존중하는 제도이기 때문이다. 법률은 기소를 원칙으로 정하고, 예외적으로 검찰에게 기소유예를 할 수 있도록 한다. 그래서 만일 기소될 사건을 유예시킨 경우 검찰은 소송권자(피해자)의 소송권을 제한시킨 책임을 별도로 물을 수 있다.³⁹⁾ 원칙적으로 검찰이나 경찰의 기소전 행정행위는 모두 법원의 공판 과정에서의 심사대상이다.

수사는 행정행위이고, 우리 행정편제상으로도 경찰과 검찰은 사법부가 아니다. 법원 수사가 가능한 사법권에서는 법원의 위임 업무인 수사는 처음부터 사법적 형사절차가 될 수 있지만 우리 경우는 그렇지 않다. 모든 수사행위를 법원에 의해 독점적으로 통제할 것인가는 입법과 정책적 판단에 따른다. 우리 헌법과 법률에 따르면 수사 또는 조사행위는 법원의 직접 통제를 받지 않는 일반 행정작용인 경우가 많다. 그 경우 예외없이 구체적인 법률에 따라야 한다. 법률의 근거없는 행정행위는 행정법적 책임과 경우에 따라 공무원에 의한 형사범죄로 될 수 있다. 이론적으로 볼 때 형사소송 대상은 형사법 위반에 대한 불법상태를 심사하는 것이 아니다. 민사소송법학에서 말하는 구실체법설과 같은 판단에서만 대상 사건의 심리가 제한적이

37) Steffan, Haftung für Amtspflichtverletzungen des Staatsanwalts, DRiZ 1972, 153-156.

38) RGZ 154, 266, 268; 172, 11, 13; BGHSt 16, 225, 228 이하.

39) Steffan, 위의 글, 154.

다.⁴⁰⁾ 반면에 최근 이론처럼 소송을 공법상의 갈등해결을 위한 독립적 절차로 이해한다면, 소송의 심판 대상은 소극적인 형사소송법 위반 뿐 아니라 형사절차 전체에 대한 심판으로 확장되어야 한다. 이 경우 형사절차에 기속된 행위나 사태는 법원의 심판대상이 된다.⁴¹⁾

요컨대 공판과 관련없는 수사와 이를 위한 강제는 법률에 따라 수행된 경우 사법적 판단 대상이 아닐 수 있지만, 기소 후에는 법원의 심판 대상이 된다. 형사소송법은 수사기관의 모든 행정행위는 아니지만, 법체계상 공판이 제기되는 경우 기소전 행정 행위와 그 과정, 기소된 사안 모두를 규율한다고 볼 수 있다.

나. ‘연장된 팔’

형사소송법 학자들은 경찰을 검찰의 “연장된 팔”(verlängerter Arm)이라고 부른다. 이 말은 독일 학자들이 사용하면서 알려진 표현인데 국내 형사소송법학에서 설명되지 않은 부분이 있다. 독일법상 경찰은 검찰의 “연장된 팔”이지만, 검찰은 법원의 ‘연장된 팔’이다. 직권주의에서 수사 적법성은 법원이 최종 결정한다. 그렇기 때문에 논리적으로도 수사의 ‘몸통’은 법원이다. 그래서 우리가 보고 있는 수사권 조정을 위한 검찰과 경찰의 논쟁⁴²⁾은 몸통없는 팔끼리 싸움에 불과하다.

연장된 팔이 논의된 계기는 나치스 시절 악명높던 비밀경찰을 통제하기 위한 1959년 사법개혁 때문이다.⁴³⁾ 개혁정책의 일환으로 1934년 나치스가 만든 구 검찰 관련 규정들을 개정하면서 1984년 9월 18일 최종 확정된 일련의 검찰관련 규칙들

40) 김연, 판례와 함께 읽는 민사소송법, 답북스 2019, 220 이하.

41) 민사소송법학에서는 다수 견해.

42) 이관희, 경찰의 정치적 중립성과 수사권독립문제, 사법행정, 1989; 차용석, 경찰수사권 독립의 문제, 수사연구 제101호(1992); 손동권, 수사절차에서의 경찰과 검찰의 관계, 경찰대학논문집 1993; 표창원, 경찰수사권 독립이 인권보장의 첩경, 형사정책 제15권 제1호(2003); 서보학, 수사권의 중립을 위한 수사권의 합리적 배분, 헌법학연구 제8권 제4호(2002), 177 이하 등은 경찰의 입장에서, 그리고 다른 입장은 하태훈, 범죄수사단계에서의 사법경찰과 검찰과의 관계, 홍대논총 제30집(1998), 7 이하; 독립적 연구 보고서는 대검찰청 검찰미래기획단에서 발주하고 김학성 교수가 대표 집필한 헌법원리에 부합한 검찰 수사지휘체계에 관한 연구가 있다.

43) Carsten/Rautenberg, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur Beseitigung ihrer Weisungsabhängigkeit von der Regierung im Strafverfahren, 3.Aufl., Nomos, 373 이하.

(예를 들면 “외국과의 형사사건 협력 규정”(Richtlinien für den Rechtshilfeverkehr mit dem Ausland in Strafsachen)이나 “형사절차 규정”(Richtlinien für Starverfahren))이 변경되면서 경찰은 점차 검찰의 수사지휘를 받게 된다. 독일은 1877년 독일제국이 개정한 법원조직법(GVG)으로 독립적 검사제도를 법원 내 설치한다. 각 제후국으로 구분된 시기에도 일부 검찰제도가 존재하기는 했지만, 대부분 독일 지역은 프랑스처럼 법원의 명령을 법원 밖에서 수행하는 검찰제도를 가지고 있었다.⁴⁴⁾ 당시 법원과 행정부 조직 관계는 복잡했다. 사법권 통합이 이루어지지 않아서 법원간 교류도 원활하지 않았다. 역사적으로 당시 독일이 자유주의를 선택한 프랑스와 달리 비스마르크가 주도한 보수 반동체계를 고수했다는 사실도 잊으면 안 된다. 구시대 독일 형사법 원리들은 우리의 자유주의적 헌법 이념과 일치되지 않을 수 있다.

1933년⁴⁵⁾과 1938년 나치스 시절 공표된 두 개의 법령을 주목할 수 있다. 첫째는 1933년 3월 21일 공표된 “특별법원 설치에 관한 제국정부령”(Verordnung der Reichsregierung über die Bildung von Sondergerichte)과 1938년 11월 20일 “특별법원 관할권 확대를 위한 정부령”(Verordnung über die Erweiterung der Zuständigkeit der Sondergerichte)이다. 이 두 개의 정부 규정은 검사의 기소권을 특별범죄를 기준으로 모든 법원에서 가능토록 확대한다. 그 전에는 검사는 소속 법원관할 지역 내 사건만 기소가 가능했다. 이 규정으로 인하여 검사의 권한은 비약적으로 확대된다.⁴⁶⁾ 1933년은 히틀러의 정권 장악이 시작된 시기이다.⁴⁷⁾ 대부분 법관

44) 자세한 설명은 Wohlers, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft, 182.

45) 1933년은 히틀러가 실질적으로 나치스를 통해 정권을 장악한 첫 해이기도 하다. 이에 대하여 Vogelsang, Reichswehr, Staat und NSDAP. Beiträge zur deutschen Geschichte 1930-1932, Deutsche Verlags-Anstalt 1962, 355 이하.

46) Schumacher, Staatsanwaltschaft im Dritten Reich, 53; Eb.Schmidt, FS-Kollrausch, 264; Niethammer, in: Hartung/Niethammer, Strafverfahrensrecht, 288. 우리 학자들은 일본 형사소송법을 소개하면서 1922년 (구)형사소송법 개정과 전쟁 후 1946년 사이의 (신)형사소송법 제도 변화 원인을 설명하지 않는다. 이정민, 일본 수사제도 운영과 그 전제, 형사법의 신통향 제60호(2018), 181-214.; 노명선, 검사의 준사법관으로서의 지위에 대한 이해, 대검찰청 용역과제 2012, 43 이하. 이 글에서 저자(노명선)는 일본 구형사소송법이 독일법을 따르기는 했지만, 기소법정주의를 따르지 않고, 기소편의주의를 채택하였다고 서술하고 있다.(55) 이는 정확한 설명이 아니다. 독일은 기소편의주의를 절서위범죄와 경죄 이하 범죄에서는 프로이센 형법부터 인정했기 때문이다. 기소법정주의는 일부 경죄와 중죄의 경우이다. 그리고 일본도 기소편의주의를 이미 1922년 형사소송

들과 검사들은 히틀러 주의자로 교체되고, 정치범을 위한 특별법원들이 설치된다. 자유주의자들과 유대인들은 사법 영역에서 제거되고, 인민법원(Volksgericht)이나 제국전쟁법원(Reichskriegsgericht)을 설치하여 모든 시민들을 대상으로 확대하고, 일반기소권을 검찰이 행사할 수 있게 된다. 악랄했던 친위대법원(SS-Gericht)은 1939년 설치된다. 형사특별법이 다양하게 제안되어 반사회자형법, 유대형법, 외국 인형법(주로 폴란드인 처벌) 등이 등장하고, 이를 위한 특별검찰부도 도입된다.⁴⁸⁾ 독일 형법사에서 이러한 퇴행적 사법제도의 원인은 독일의 정치·경제적 배경(제1차 세계대전의 패배와 과도한 국가부채)도 있지만, 1918년 혁명 이후 바이마르 공화국의 무기력했던 형사사법제도 개혁의 실패 때문이기도 하다.

괴팅엔 대학교 암보스(Kai Ambos) 교수는 최근 출간한 책⁴⁹⁾에서 나치스의 형법 이론들이 전쟁 후에도 지속적으로 영향을 미치고 있는 과정을 설명한다. 아르헨티나 형법학자 자파로니(Eugenio Raúl Zaffaroni) 교수에 따르면 나치스 형법과 제도는 동맹국들에게 전수되었다.⁵⁰⁾ 이론이 수입되면서 자유주의 형사법 이념은 하나의 설로 폄하되고, 나치스 이론들이 동등한 대립 이론으로 격상된다. 사실 나치스 형법 이론은 토론의 대상이라기 보다는 청산 대상이어야 했다. 클루스만(Uwe Klußmann)은 2011년 슈피겔(Der Spiegel)에 기고한 글에서 나치스와 일본이 1938

법에서 전면 도입하였다.(주 74 참조) 이와 별개로 독일 제도에 대한 오해도 많이 발견되지만 여기서는 자세히 언급하지 않는다. 우리 형사법이 - 일본의 영향인지 - 나치스 형법이론들을 지금도 무비판적으로 따르고 있다. 예를 들어 식민지 시절 조선형사령 제11조는 “_형사소송법 제144조, 제146조 또는 제147조의 경우에서_ 범행장소에 임검할 필요가 없다고 인정할 때에는 임검을 하지 않고 : _”(강조는 저자) 규정이다. 검사나 사법경찰관에게 예심판사의 지위를 부여한 관행은 당시 일본 형사소송법에는 없는 식민지 통치 관행을 만들어 현재까지 이어지는 경찰과 검찰을 일종의 사법기관처럼 오해하는 “준사법기관설”의 원인일 수 있다.

47) 역사적인 설명은 Ritter, Justiz und innere Verwaltung, in: W.Benz/H. Graml/H. Weiß(Hrsg.), Enzyklopädie des Nationalsozialismus, Klett-Cotta 1997, 92 이하.

48) Ritter, 위의 글, 94 이하.

49) Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung, Nomos 2019.

50) Ambos, 위의 책, 38 이하는 나치스 형법이론가들이 고안한 실질적 불법론, 전체주의적 형법이론, 형법의 실질화 등을 설명한다. 이러한 이론들은 우리 형법에서 일본형법이론으로 소개된 바 있다. 실질적 위법성론은 가벌적 위법성론은 그 근원이 실질적 불법론을 일본식으로 바꾼 것으로 볼 수 있다. 그 실질성을 인간(관사)가 판단할 수 있게 확대시키려는 목적에서 등장한 것이기 때문이다.(42) 암보스 교수는 독일내의 나치 청산 역시 형식에 그쳐서 메츠거(Edmund Metzger)나 자우어(Wilhelm Sauer) 등 대다수 나치 형법이론가들이 대학으로 복귀했다고 설명한다.

년부터 1945년까지 밀접하게 협력한 내용을 설명하고 있다.⁵¹⁾ 그에 따르면 메이지 유신 후 가까웠던 일본과 독일은 제1차 세계대전을 기점으로 소원해진다. 그 후 히틀러의 정권 찬탈 후 일본은 나치스와 관계를 회복하면서, 가장 열성적인 나치주의자가 된다. 1936년 나치와 체결한 “반공산주의 조약”⁵²⁾은 일본 내에서 나치스의 인종차별적 이념과 집단주의가 문화와 교육, 사법영역까지 영향을 미치는 결정적 계기이다.⁵³⁾ 메이지 유신 이후 일본은 유럽에서 수입한 “재판소법”에 따라 검찰을 법원의 직원으로 규정하고 있었다. 이는 1895년 대한제국의 ‘재판소구성법’에서 그대로 유지된다. 일본 형사절차에서 검찰이 법원으로부터 독립하게 되는 계기는 미군정에 의한 강제적 사법개혁의 결과이다. 미군정 담당관들은 유럽식의 법원-검찰 관계를 이해하지 못했다. 그 후 한국도 변경된 일본 검찰제도를 모방한 1949년 검찰청조직법을 그대로 도입한다. 오늘날 법원에서 독립한 미국식 모방 검찰 제도의 기원이다.⁵⁴⁾

51) Nazis in Nippons Reich. Deutschland und Japan waren im Zweiten Weltkrieg verbündete. Die Nationalsozialisten priesen die „japanische Kraft“, tatsächlich gab es der erhebliche Differenzen. 2011/5.

52) 이 조약의 영향력은 전후 좌우대립에 어느 정도 영향을 미쳤다. 일제시대 법학의 영향에 대한 글로는 한상범, 일제잔재 청산의 법 이론, 푸른세상 2000.

53) 일본 학자의 설명은 内田博文 編, 歴史に學ぶ刑事訴訟法, 法律文化社, 2013, 131 이하. 히로푸미 교수에 따르면 일본은 1810년부터 국가소추(검찰소추)를 받아 들였고, 1872년부터 검사제도와 예심판사제도를 가지고 있었다. 1922년 독일의 기소유예제도를 받아들이면서 검사의 권한이 강화되고, “제인사건”을 기점으로 규문주의적 검찰사법 현상이 등장한다. 이 시기는 대정 후기와 소화 초기(대략 1930년초반)으로 기술하고 있다. 예를 들어 Sasamoto-Collins, Yukitoki Takikawa(1891-1962) and Legal Autonomy in Interwar Japan, in: S.Skinner(ed.), Ideology and Criminal Law: Fascist, National Socialist and Authoritarian Regimes, 229-254.; Furuya, Nazi Racism Toward the Japanese. Ideology vs. Realpolitik, NOAG 157-158(1995), 17-75.; Meskill, The Hollow Alliance, Atherton 1966, 3은 당시 일본과 나치스의 관계는 공허한 협력이었으며, 상호간 간섭없이 오직 주변 국가들을 협박하고, 자기의 이익만을 위한 관계로 평가하기도 한다.(a long and uneasy engagement, maintained long past the hope of eventual union, not because the partners had become comfortably used to each other, but because breaking the engagement would have reduced the prestige of each in the neighborhood.)

54) 1945년 12월 29일 법무국장의 훈령 제3호는 “검사의 선결직무는 관할재판소에 사건을 공소함에 있고 세밀한 조사는 검사의 책무가 아니…검사는 경무국(경찰)이 행할 조사사항을 경무국에 의뢰…실제로 법적 검토를 요하는 조사에 관하여 필요하다면 관여한다.” 이 자료는 일본 형사소송법상 검찰의 지위 변화와 우리 검찰이 얼마나 닮아 있는지를 보여주고 있다. 이 훈령 당시는 미국식 검사제도와 유사한 구조로 볼 수 있다. 자세한 내용은 신동운, 제정 형사소송법의 성립경위, 형사법

형사소송법은 수사권에 대해 명확하게 규정하지 않는다. 제195조에 수사 개시를 규정한다. 검찰은 법무부와 기능상 구분된 독립 행정“청”이다. 그리고 검찰청 소속된 검사 중 일부만 수사권이 있다. 검찰의 일부가 수사를 할 수 있고, 나머지는 수사 없는 송무나 관리, 연구, 행정, 기획 검사직이다. 법무부 소속 검사들은 검찰(察)이 아니다. 검사의 직무는 매우 다양하다. 프랑스나 독일 검사는 모두 법원에 소속되거나(프랑스) 법원의 사법권을 실현을 위한 대등 조직(독일)이다.⁵⁵⁾ 영연방 검사들은 업무가 더 단순해서 실제로 보면 법원 직원과 동일하다. 업무는 법원과 법정변호인에 대한 자료 지원과 항소 결정 절차(송무변호인 역할) 참여 등이다. 그런데 우리 검찰은 영장청구, 수사지휘, 경찰 수사 지휘, 증거조사(압수와 수색 참여), 그리고 공소유지를 한다. 이처럼 보면 우리 형사절차는 개별적인 제도들이 형사소송법과 다른 또는 상위 규범들과 조화되지 못하는 구조상 결함이 보인다.

법체계적으로 볼 때, 검사는 일반 행정법(검찰청법 포함)상 규정된 범죄예방이나 수사지휘 등 업무를 할 수 있다. 이 경우 일반 행정행위의 주체이다. 즉 일반 공무원과 동일하게 법률에 따라 위임된 행위만을 수행한다. 그렇지만 기소를 전제한 형사범죄를 수사하는 경우 검찰은 법률에 따른 행위를 수행하는게 아니라 법원의 사법적 판단을 청구하는 “연장된 팔”의 역할을 해야 한다. 요컨대 검찰의 일반 행정업무와 달리 형사범죄에 대한 기소는 형사소송법의 적용 영역에 따라 사법권한 내 허가된 사항을 할 수 있다. 형사범죄에 대한 기소와 관련된 검찰의 강제 수사권은 일반 행정법규가 아니다. 직무 권원은 형사소송법률에서 규정하고 있다. 그렇기 때문에 기소와 관련없는 검사의 직무는 경찰관직무집행법률과 같이 검사직무집행법률을 통해 규제되어야 한다.⁵⁶⁾ 우리 제도상 검찰이 사건에 대한 사법부 심판청구권을 독

연구 제22권(2004), 159-221; 문준영, 법원과 검찰의 탄생, 역사비평사 2010.

55) 프랑스 형사소송법 제32조 제1항: “검사는 각 형사법원에 소속된다.”(Il est représenté auprès de chaque juridiction répressive.); 독일 법원조직법 제141조: “모든 법원에는 검사부를 둔다.”(Bei jedem Gericht soll eine Staatsanwaltschaft bestehen.) 더 자세한 설명은 Frank, Hierarchische Strukturen im (bundesstaatlichen) Aufbau der Staatsanwaltschaft, in: Duttge(Hrsg.), Freiheit und Verantwortung in schwieriger Zeit. Kritische Studien aus vorwiegend straf(prozess-)rechtlicher Sicht zu 60. Geburtstag von Prof.Dr.Ellen Schlüchter, Nomos 1998, 49-58.

56) 신동일, 형사 소송구조과 증거법칙. 적정절차화를 위한 제안, 형사정책연구 제28권 제4호(2017), 1-46.

접하기 때문에 경찰과 달리 기소에 대한 의무와 책임이 별도로 발생한다. 원칙상 검찰의 일반 행정상 직무 이외에 수사와 기소는 법원의 통제와 심판 대상이며, 그로 인해 법원(사법부)은 경찰과 검찰의 형사법과 관련되는 사무에 대해 최종 통제권과 심판권을 행사할 수 있다.

4. 기소책임제

“기소책임제”란 말은 소박하다. 어떤 주장을 발표하는 현장에서 그 견해를 직접 듣고 평가하는 것이 가장 이상적이다. 학술세미나를 떠올리면 쉽다. 발표자는 주제를 직접 설명하고, 그에 대한 다른 사람들의 비판이나 권고를 듣는다. 그런데 우리 형사절차는 이러한 규칙을 외면한다. 기소를 결정한 수사검사(발제자)와 공판에만 참여하는 공판검사(단순 발표자)로 이원화되어 있다. 수사 검사는 자신의 주장을 입증할 책임이 있다. 이를 공판검사에게 위임하는 일은 법원의 현장성을 훼손하여 궁극적으로는 직접주의에 반할 수 있다. 수사와 기소, 공판 참여를 각기 다른 주체에 배분하는 사법제도가 없는 것은 아니다. 영국의 송무변호인(Solister)과 소송변호인(Barrister)은 대표적이다. 그러나 공판정에 수사를 맡은 경찰과 기소를 결정한 송무변호인(검사)은 반드시 참석하고, 소송변호인을 도와 직접 설명과 입증 책임을 부담해야 한다. 수사와 기소를 한 직접 당사자의 공판 참여가 필수적이다. 수사검사의 공판참여 없는 공판검사의 공소유지는 세미나 발표문을 타인이 대신 낭독하고, 토론자들이 대독한 사람에게만 질문을 하는 것과 같이 이례적이다.

다음으로는 책임의 확정이다. 우리처럼 기소를 국가가 독점하는 경우(제246조), 기소행위는 소권의 근거가 불충분한 행정 작용이다. 영미법상 대배심 제도처럼 기소 결정에 시민 참여가 보장되지 못하거나, 기소법정주의처럼 별률로 구체화되지 못하는 경우, 기소 자체가 안 되거나, 무리한 기소가 발생한 경우 책임을 확정할 수 없다. 법제도에 대한 신뢰가 무너질 수 있다. 유독 기소자의 책임만 외면하는 절차는 어딘가 부족해보인다.

가. 수사지휘와 종결

형사소송법은 법관의 실질적인 소송지휘권을 규정한다. 그러므로 피의자 수사단계에서 검찰의 소송수행권과 공판이 제기된 후 법원의 소송지휘권은 분리될 수 없다. 법원의 포괄적 소송지휘권은 우리의 경우도 해석상 독일처럼 수사단계에서 일부 검찰과 경찰에 위임되었다고 볼 수 있다. 구체적으로 구분하면 수사 후 기소포기(유예)는 일반 행정행위이다. 그러나 검찰의 기소를 위한 수사행위는 공동체의 소송권을 대리한다.⁵⁷⁾ 이 경우 형사소송법은 구체적으로 일반 행정행위와 다른 규칙을 강제한다. 범죄피의자의 체포와 구속은 긴급체포가 아닌 한 모두 법원의 사전 심사를 통해 이루어진다. 수사 검사의 업무는 „인지수사“에서 총괄적일 수 있다. 다만 소위 인지수사는 형사소송법상 근거가 약하다.⁵⁸⁾ 형사소송법은 검사의 수사의 개시 의무만 규정하고 있다.(제195조) 법이론적으로 인지수사 근거를 대검찰청 훈령⁵⁹⁾으로 설명하는 것은 문제가 있다. 인지수사를 하여 기소를 제기하는 것은 형사소송법

57) 법원의 권한이 수사와 공판을 넘어 행형까지 미칠 수 있다는 설명은 정승환, 행정법관 도입에 관한 고찰, 39. 독일의 경우Köhne, Vollzugsrichter im Vollzug, NJW-aktuell, Heft 18/2018, 18-19.; Puschke, Strafvollzug in Deutschland. Strukturelle Defizite, Reformbedarf und Alternativen. Berlin 2011.; Wagner, Das absurde System. Strafurteil und Strafvollzug in unserer Gesellschaft. 2. Aufl. C. F. Müller Juristischer Verlag, 1985.

58) 분명한 지적으로는 조성용, 형사실무상 내사에 대한 비판적 고찰, 형사정책연구 제94호(2013), 41-82.

59) 예를 들면 특별공조 동원 및 동시수사활동 지침(대검예규 제719호, 2014 개정) 제1조 목적은 범죄 조직화, 광역화에 따라 전국 단위 광역수사권을 확대하고 기동성과 능률성을 극대화한다고 규정한다. 이러한 수사효율성 훈령은 별로 가치도 없을 뿐 아니라 상위법과의 안 맞을 수 있다. 원칙적으로 검찰은 광역기관이 아니다. 각급 지방법원의 관할권 내에서 수사권이 인정되어야지 마치 미국의 연방수사국(FBI)의 대체 기관처럼 기능하면 안 된다. 우리 헌법과 지방자치 단체의 권한배분에 대한 기본 규범에 따르면 지방정부에게 입법과 사법, 행정의 자치권이 있다. 대검찰청 예규로 광역적 수사권을 인정할 수 있다는 인식은 착각이다. 지방사무와 중앙사무에 대한 규범적 배분 역시 헌법과 법률에 따라 이루어지는 중요 사항이기 때문이다. 전문적 분석은 최봉석 등, 국가와 지방자치단체간의 사무구분 및 사무조사 연구, 행정자치부(행정안전부) 2015 보고서, 15 이하는 지방사무로 볼 수 없는 것으로 지방자치법 제11조의 “사법“을 들고 있다. 이는 삼권분립에 따른 결론으로 보이는데, 검찰사무는 “사법“이 아니다. 또한 검찰청법 제5조 제1문은 “검사는 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 소속 검찰청의 관할구역이 아닌 곳에서 직무를 수행한다.“라고 규정한다. 그런데 법령에 특별한 규정이 대검찰청 훈령 밖에 없고, 동법 제12조 제2항의 대검찰청의 직무란 대검찰청 사무, 검찰사무 총괄, 검찰청 공무원 지휘감독으로 규정한다. 포괄적인 광역수사권이 검찰사무에 포함된다면 전제해야만 현재와 같은 포괄수사권이 가능하다. 같은 문제는 경찰청법상 규칙으로 규정된 광역수사대 활동에서도 발견될 수 있다. 이는 헌법과 행정행위의 법류근거성을 위반한 권위주의적-비민주적 규칙 적용 오류로 보인다.

상 적절할 수 있지만, 반대로 인지수사 후 기소를 안 하는 경우 행정의 낭비이다. 또한 검찰의 인지수사는 법률의 최종 목적인 시민의 자유보호 측면에서 하나의 약점이 될 수 있다. 수사가 강제행위라면 자유 침해는 수반될 수 있다. 어떤 경우도 구체적 법률의 근거가 있어야 한다. 고소와 고발 요건이 없는 경찰이나 검사 자의적 수사는 폭력에 불과하다. 수사 요건인 „구체적 범죄혐의“란 경찰이나 검사의 주관적 판단에 의존하는게 아니라 법률에 정해진 요건(범죄 현장 발견, 고소나 고발 등)을 확인하라는 규범 명령이다. 범죄 혐의에 대한 수사기관의 주관적 결정을 인정하는 것은 일반 시민을 잠재적 범죄자로 보고 국가의 감독과 통제 대상으로 삼는 구시대적 약습이다.

중대한 사건에 대해 포괄적인 수사권을 검찰에게 부여할 필요는 있다. 그런데 이와 같은 필요성은 현재의 규범 체계의 정형성을 근거로 제안되어야 한다. 효과적인 수사를 생각한다면, 경찰이나 검사보다 더 전문화된 기관들이 직접 수사를 하고, 기소만 검사에게 위임하는 방식이 적절하다. 실제로 현재 복잡한 수준의 수사는 그렇게 하고 있다. 의료사건이나 기업사건에서 경찰이나 검사가 개입할 여지는 별로 없다. 정보통신 범죄에 대한 수사는 정보통신 기술 전문가들의 업무이고, 경찰과 검찰이 판단할 수준은 아니다. 그래서 수사권을 검찰이 독점하는 지금 제도는 효율성도 떨어지고 이론적 근거도 약하다. 특히 소송권을 중심으로 판단하면 검찰의 비전문적인 수사로 인해 피해자의 소송권이 역으로 침해될 가능성도 있다. 사건을 이해도 못하는 수사기관을 신뢰할 수 없기 때문이다. 이러한 현상이 지속되면 미래에는 검찰의 수사 지연 또는 무능력에 민사 또는 행정법적 책임 문의가 증가할 수도 있다.⁶⁰⁾ 합리적 형사사건 처리를 위한 어떤 경우도 검사가 단독으로 할 수사와 관련된 행정행위와 기소 후 법원이 갖게 되는 포괄적이고 종국적인 수사 심사와 기소된 사건에 대한 심판 권한은 확실히 다른 것이다.⁶¹⁾ 게다가 증거조사와 인용 주체는 법원이다.(제273조 등) 공판전 검찰 사무는 범죄혐의 입증을 위한 증거 수집이다. 동일한 “증거”이지만, 법원의 증거조사는 최종적으로 유무죄를 결정하는 사법적 판단이고, 검찰의 증거 수집은 단순히 영장에서 요(청)구하는 범죄사실에 대한 예비적 준

60) 대법원 2004.7.22, 2003두7606; 2002.8.23, 2001두5651; 2004.1.29, 2003두10701 등

61) Rieß, Gerichtliche Kontrolle des Ermittlungsverfahrens. FS-Geerds, 501.

비 행위이다.

나. 공판검사와 공판중심주의

현행 검찰청법 제4조 제1항 제1호는 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항을 정하고, 제4호는 재판집행 지휘 감독을 규정한다. 검사의 공법상 의무는 법무부장관에게 총괄적인 관리 감독의무가 있다.(검찰청법 제8조) 업무 편성에 따른 국가공무원법상의 의무와 권리가 검사에게도 동일하게 적용될 수 있다. 그동안 형사소송법의 관행에 따라 형성된 검사의 권한은 실제로 법률상 근거도 애매한 경우가 있다. 예를 들어 수사지휘권의 경우 제195조와 검찰청법상 사법경찰관의 수사협력력을 정할 뿐(검찰청법 제9조) 실제로는 어떤 방식으로 수사를 개시하고 종결해야 하는지 명확하지 않다. 법체계상 경찰관직무집행법 제12조 직권남용 금지 규정도 동일하게 감독자인 검사에게 적용해야 할지 문의될 수 있다.

검찰사건사무규칙 제93조 제2항 또는 제112조의7 이하 등에 ‘공판에 관여하는 검사’로 규정하여 관행적으로 운영된다.⁶²⁾ 공판에 관여하는 검사란 공판에 참여하는 검사로서 실제로 직관(수사검사의 공판참여)의 경우 수사와 공판참여를 같이 하는 검사로 볼 수 있지만, 그 이외의 대부분 사건에서는 수사기록만 넘겨받아 공소유지만 담당하는 공판검사를 말한다. 공판 검사의 유래와 배경은 자료에서 발견할 수 없었다. 추측컨대 해방 이후 몇 차례 형사소송법상 검사의 지위가 변화되면서 검사들의 효율적 업무 분장을 목적으로 도입된 것으로 보인다. 형사소송법이 공판중심주의 원칙을 존중한다고 설명하지만, 공판 검사제도는 이를 저해하는 요인으로 보인다.⁶³⁾ 공판중심주의에서 중요한 것은 수사 당사자의 공판참여다. 수사에 참여하지 않은 검사는 상세한 내용을 모를 수 있고, 공판 검사의 과다한 업무에 의해 기록만 낭독하는 ‘조서재판’이 될 부작용도 예상할 수 있다. 설상가상으로 1995년 소송법 개정에 따라 법원의 재량으로 검사의 기소 의견 진술도 임의 절차로 변경할 수

62) 박경래, 형사소송법 개정 이후 공판검사제도 운영실태와 개선방안에 관한 연구, 형사정책연구 제20권 제1호, 887 이하. 더 자세한 내용은 박경래/이정민/이민호, 공판관련 조직구조 및 직무개편 방안 연구, 한국형사정책연구원 2008.(대검찰청 연구용역)

63) 하태훈, 위의 글, 18 이하는 검사의 수사와 공판 모두 참여를 필수적으로 하자는 제안을 한 바 있다.

있다.⁶⁴⁾

우리 형사소송법은 공판중심원칙을 실현시킬 방법을 찾지 않거나 의지가 없는 것으로 보인다. 공판중심제도를 존중했다면 피의자신문권 보호나 공판정에서 증거조사 절차의 현실화, 실질적 증인신문 등이 이루어질 수 있도록 해야 한다.⁶⁵⁾ 공판중심주의란 법원이 주도하는 공판 중심의 소송절차이다.⁶⁶⁾ 만일 공판검사 제도를 폐지하고, 모든 검사가 수사지휘와 공판참여를 하는 보편적인 제도로 바뀌면 어떻게 될까? 나는 이를 단순한 형태의 “기소책임제”라고 부를 수 있다고 생각한다. 예를 들어 피고인이 법정에서 증거 수집 단계 문제점이나, 신문조서의 증거능력(제312조)을 다투다고 해보자. 담당 판사는 경찰과 검찰 단계 신문조서 작성의 신빙성을 조사할 수 있다. 만일 조서 작성에 참여한 검사가 공판에 나와 있는 경우는 그 확인이 비교적 간단하다. 다음으로 검찰의 수사에서 부당 기소, 증거수집 위반 등이 발견되는 경우도 행정법규 위반에 대한 책임을 발견하고 책임을 부과하는 과정이 간단하다. 수사 검사와 공판 검사가 다를 경우, 그리고 공판 검사가 신문에 참여하지 않은 경우 이를 현장에서 해결할 방법이 없다. 다시 공판기일 내 수사 검사의 출석을 요구해야 한다. 만일 운이 좋아서 다음 공판기일에 이를 확인할 수 있어도 소송은 늘어질 것이고, 그만큼의 소송기간이 길어지고, 결국 피고인에게 소송비용 등 불이익만 증가하고 법원의 업무도 증가한다. 수사 검사가 법정에서 나와 있다면, 비교적 간단하게 그 위반 사실을 법원이 직접 조사권을 통해 확인할 수 있고, 그에 대한 조치(심각한 위반의 경우 수사 검사에 대한 법원의 고발 지시, 경미한 경우 주의나 경고 등)도 바로 취할 수 있게 된다. 통상 현대적 형사절차를 운영하는 대부분의 법원들은 이렇게 운영되고 있다. 법원 심판권은 신속하고 효율적으로 소송권자인 시민에게 유리하게 설계되어야 한다.⁶⁷⁾

64) 신동운, 667.

65) 임성근, 공판중심주의와 형사변론, 인권과 정의 366권, 24 이하.

66) 장원식, 누구를 위한 공판 중심인가? 월간참여사회, 2005년 6월호, 우리나라에서 통용되는 “공판중심주의”의 영어 번역 Court-oriented Trial 용어는 모순이다. 원래부터 소송이란 공판에서 시작하고 공판에서 끝나야 한다. 정상적인 개념은 공판 이전 특정 행위를 Pre-trial로 지칭하는게 맞다. 공판중심주의란 근대 형사소송절차에서 강조할 필요도 없는 준칙이다. 잘못된 오해를 새로운 외래 용어를 만들면서까지 유지할 이유는 없다.

67) 전세계에 유례없는 새로운 제도를 운영할 목적은 하나이다. 그 제도가 다른 제도들보다 우월해야

5. 결론

헌법은 법원에게 사법적정성 유지와 관리권을 독점시키고 있다. 법체계적으로 행정부는 수사 영역에서 법원의 사법권을 보조하도록 하고(형사 범죄의 경우), 정도가 약한 질서위반 행위에 대한 법률에 따라 직접 규제할 수 있도록(교통법규위반 등) 한다. 검찰은 법원의 직접 통제를 받지 않는다. 검찰의 수사행위는 공판이 개시되지 않으면 순수 행정행위로서 사법적 통제 영역 밖에 있다. 그렇기 때문에 기소를 전제하지 않은 강제적 수사에 대한 근거들은 헌법상 법률의 근거가 필요하다. 단순 훈령이나 관행에 의한 자유제한적 행정행위는 위헌이다.

구체화된 경찰 또는 검찰의 수사규정이 필요하고, 법원과 검찰의 관계에 대한 법률 프로그램이 체계적으로 보장되어야 한다. 검찰의 일반 행정법적 권한은 일반 직무상 행정행위와 사법권을 보조하는 공소유지, 즉 공판참여권으로 볼 수 있다. 수사 지휘란 좁게 해석하면 경찰권의 남용을 통제하는 감시이다. 일정 수준이 넘는 형사 범죄에 대해 기소 전제로 수사를 하는 경우는 원칙적으로 법원이 승인한 또는 승인할 사항에 대해서만 구체적으로 행사되어야 한다. 그래서 법률 근거 없이 검찰사건 사무규칙에 따라 하는 수사행위는 위헌적 불법행위일 수 있다.⁶⁸⁾ 그렇기 때문에 법률의 구체적 근거가 없는 현재의 경우, 경찰이나 검찰은 공판 전에는 법원의 영장 위임 업무를, 공판 개시 후에는 법원이 요구하는 사항만 수행할 수 있다. 소송권이란 원래 시민의 권리이다. 경찰이나 검찰의 의무는 그 소송권 실현을 대행해주는 것이다. 검사의 경찰에 대한 수사 지휘는 소송권과 관련이 없다.(구형사소송법 제

한다. 우리는 늘 공판중심주의를 선호한다고 말한다. 그러나 공판중심주의는 실현될 수 없다. 헌법 제27조 제1항에도 불구하고 국민은 법관의 재판을 신속하게 받게 아니라, 행정공무원인 검사에게 „재판“을 받아야 하는 위헌적 구조가 만들어진다. 요컨대 헌법, 형사소송법, 검찰청법에도 맞지 않는 공판검사 관행은 폐지하고, 모든 검사가 법에 따라 수사와 공소유지를 직접 수행해야 한다. 공판 제기 후 검사 교체는 직접 법원의 허가를 받아야 한다. 공판검사제 폐지는 간단하다. 행정편제상 법무부장관 명령(검찰청법 제8조) 또는 지방검사장 훈령(검찰청법 제21조) 개정이면 충분하다. 내 생각엔 법원이 적극적으로 공소측(검찰)에 요구해도 폐지할 수 있다. 각 검찰청은 기본적으로 각급 법원의 사법권을 보조하는 기관이기 때문이다.(법원조직법 제2조와 검찰청법 제3조) 일부 중요사건이나 특별검사 사건의 경우(직관제도)만 이렇게 할 이유는 없다.

68) 조국, 현 시기 검찰 경찰 수사권조정 원칙과 방향. 형사소송법 제195조, 제196조 개정을 중심으로, 법학 제46권 제4호(2005), 219-241, 특히 236, 238 이하는 이미 10여년전부터 경찰과 검찰의 행정적 처분 영역을 구분하고 있다.

196조(2020년 폐지))

현대 법학의 기본이념 중 하나는 “책임주의”이다. 현대 민주사회는 개별 주체들이 자율적 의지로 구성된 사회공동체라고 말한다. 시민들은 일정한 의무와 권리의 주체이다. 특히 형사법은 과거 징벌 또는 응보적 관점에서 계약위반으로 변화되었다. 개별적 행위책임주의를 근간으로 한다. 형사소송법이란 범죄 처벌을 위한 절차가 아닌, 형벌권 제한을 위한 강행규범이다. 이러한 형사절차법을 전제하면, 당연히 그 절차의 참여자들에 대한 책임도 효과적으로 규제할 수 있어야 한다. 그러나 형사소송법은 책임측면에서 소송 비용 부담 정도만 규정하고 있다.(제186조, 제188조) 범죄고소(발)인은 무고죄나 어떤 경우 위증죄의 대상이 될 수 있다. 그런데 기소한 기관(검찰)은 어떤 부담을 지는가? 공판과 수사를 분리한 현재의 상황에서는 위법한 상황이 발생해도 단순 징계나 직무 평가 불이익 정도만 인정되고 있다. 잘못된 기소나 부당한 수사에 의해 삶이 황폐해진 피의자나 피고인이 아직 존재한다는 사실은 우리 형사사법 제도의 설계 구조의 모순이 있는지 생각해 할 이유이다. 공판은 세금을 쓰는 일이다. 수사과 기소 역시 그렇다. 책임을 명확하게 정하고, 그 실질적 통제에 지속적으로 실패한다면, 형사사법 제도에서 시민의 권리를 보호하는 중요 역할을 하는 형사소송절차는 우리 사회에서 점차 기능을 잃어 갈 수 있다. 오류가 발생하는 법률 구조의 개선과 별개로 헌법상 사법권을 가진 법원이 형사소송 절차에서 법률에 명시된 자신의 권한과 역할을 더 명확하게 인식할 필요성도 있다.

참고문헌

- 강구진, 형사소송법원론, 학연사 1982
- 김기두, 형사소송법, 박영사 1985
- 김선택, 영장청구권 관련 헌법 규정 연구, 경찰청 용역과제2008
- 김 연, 판례와 함께 읽는 민사소송법, 탐복스 2019
- 노명선, 검사의 준사법관으로서의 지위에 대한 이해, 대검찰청 용역과제 2012
- 문준영, 법원과 검찰의 탄생, 역사비평사 2010
- 박경래, 형사소송법 개정 이후 공판검사제도 운영실태와 개선방안에 관한 연구, 형사정책연구 제20권 제1호, 887-917
- 박경래/이정민/이민호, 공판관련 조직구조 및 직무개편 방안연구, 한국형사정책연구원 2008.(대검찰청 연구용역)
- 박달현, 사법방해죄 도입가능성과 그 필요성 검토, 형사정책연구 통권 제91호 (2012), 5-52.
- _____, 형법상 보충성원칙에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1996
- 박미숙, 미국의 사법방해죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원 1999
- 박일환/김희옥(편), 주석 형사소송법(I), 제5판, 한국사법행정학회 2017
- 백형구, 주석 형사소송법(상), 한국사법행정학회 1984
- 변종필, 형사소송에서 진실개념, 고려대학교 대학원 1996
- _____, 소송구조론의 실천적 함의, 강원법학 제51권(2017), 568-608
- _____, 절차이론의 지평에서 본 형사소송의 진실개념, 세창출판사 1999
- 도중진/이진국, 무죄추정원칙에 관한 연구, 한국형사정책연구원 2005
- 서보학, 수사권의 중립을 위한 수사권의 합리적 배분, 헌법학연구 제8권 제4호 (2002), 177-
- 손동권, 수사절차에서의 경찰과 검찰의 관계, 경찰대학논문집 1993
- 송상현, 민사소송법, 박영사 1995
- 신동운, 신형사소송법, 법문사 2014

_____, 제정 형사소송법의 성립경위, 형사법연구 제22권(2004), 159-221
신동일, 형사 소송구조과 증거법칙. 적정절차화를 위한 제안, 형사정책연구 제28권
제4호(2017), 1-46.

_____, 빈당의 규범이론, 고려대학교 박사학위 논문 1997.

이관희, 경찰의 정치적 중립성과 수사권독립문제, 사법행정, 1989

이근우, 행정형법의 재구성: 개념, 구조, 절차, 고려대학교 박사학위 논문, 2008

이상돈, 형사소송의 근대성과 대화이론, 법문사 1998

이재상, 형사소송법, 제6판 2007

이재상/조균석, 형사소송법, 14판, 박영사2019

이정민, 일본 수사제도 운영과 그 전제, 형사법의 신동향 제60호(2018), 181-214.

이종엽 대표집필, 당사자주의와 직권주의가 조화된 적정한 재판운영, 사법정책연구
원 2014

임성근, 공판중심주의와 형사변론, 인권과 정의 366권, 18-37.

정승환, 행형법관 도입에 관한 고찰, 형사정책연구 제48호(2001), 66-98

조 국, 위법수집증거 배제법칙, 박영사 2017

_____, 현 시기 검찰 경찰 수사권조정 의 원칙과 방향. 형사소송법 제195조, 제
196조 개정을 중심으로,

법학 제46권 제4호(2005), 219-241

조성용, 형사실무상 내사에 대한 비판적 고찰, 형사정책연구 제94호(2013), 41-82

차용석, 경찰수사권 독립의 문제, 수사연구 제101호(1992), 122

표창원, 경찰수사권 독립이 인권보장의 첩경, 형사정책 제15권 제1호(2003), 37-76

하태훈, 범죄수사단계에서의 사법경찰과 검찰과의 관계, 홍대논총 제30집(1998),
7-22

Ambos, K., Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung,
Nomos 2019

_____, Zum heutigen Verständnis von Akkusationsprinzip und -verfahren aus
historischer Sicht, Jura 2008, 586-594.

- Berg, E.F., Das Spannungsverhältnis zwischen dem Grundrechtsschutz für den Beschuldigten und der materiellen Wahrheitsfindung im Rahmen des fair trial Grundsatzes, Diplomaica Verlag 2013
- Berman, H.J., Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition, Harvard University Press 1983
- Brewer, B., Perception and Reason, Clarendon 2002
- Carnap, R., Scheinprobleme in der Philosophie, Suhrkamp 1956
- Carsten, E.S./Rautenberg,E.C., Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur Beseitigung ihrer Weisungsabhängigkeit von der Regierung im Strafverfahren, 3.Aufl., Nomos
- Damaska, M., Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study, University of Pennsylvania Law Review vol.121:506(1973), 506-589.
- Derrida, J., Force de loi: Le fondement mystique de l'autorité, Galilée 1994.
- Desportes, F./Lazerges-Consequer, L., Traité de procédure pénale, 4^e édition, Economica 2015
- Dürig, G., in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 88. Aufl., C.H.Beck 2019.
- Eicker, A., Die Prozeduralisierung des Strafrechts. Zur Entstehung, Bedeutung und Zukunft eines Paradigmawechsels, Nomos 2010
- Frank, P.H., Hierarchische Strukturen im (bundesstaatlichen) Aufbau der Staatsanwaltschaft, in: Duttge(Hrsg.), Freiheit und Verantwortung in schwieriger Zeit. Kritische Studien aus vorwiegend straf(prozeß-)rechtlicher Sicht zu 60. Geburtstag von Prof.Dr.Ellen Schlüchter, Nomos 1998, 49-58
- Furuya, H.S., Nazi Racism Toward the Japanese. Ideology vs. Realpolitik, NOAG 157-158(1995), 17-75.
- Gmür, R./Roth, A., Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Aufl., Franz Vahlen 2018

- Goldschmidt, J., Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens ,
Abhandlung aus Berliner Juristischen Fakultät 2., 1925(Scientia 1962)
_____, Verwaltungsstrafrecht, Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen
Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und
rechtsvergleichender Grundlage, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG 1903
- Gössel, K.H., Die Stellung des Verteidigers im rechtsstaatlichen Strafverfahren,
ZStW 94(1982), 5-36
- Habermas/Luhmann(이철 율김), 사회이론인가? 사회공학인가? 체계이론은 무엇을
수행하는가? 이론출판 2018
- Heger, M., James Goldschmidt und der Strafprozess als Rechtslage, JZ 2010,
637-647.
- Hegmann, M., Das Arbeitsgebiet des Staatsanwalts, 3.Aufl., Aschendorff
Rechtsverlag 2003
- Henckel, W., Prozessrecht und materielles Recht, Schwarz Verlag 1970.
- Hunter, J./Henning, T., et al., The Trial. Principles, Process and Evidence, The
Federation Press 2015, 27
- Kluszczewski(김성돈 역), 독일 형사소송법, 성균관대학교 출판부 2012
- Köhne, M., Vollzugsrichter im Vollzug, NJW-aktuell, Heft 18/2018, 18-19
- Kudlich, H., Einleitung, MK-StPO, Bd 1., 1.Aufl., 13.
_____, Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot, 1998
- Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Bd.2., Suhrkamp 1998
- Luhmann(윤재왕 율김), 사회의 법, 새물결 2014.
- Merle, R., /Vitu, A., Traité de droit criminel II, Problèmes généraux de la science
criminelle, droit pénal général, Cujas 2000 Meskill, J., The Hollow
Alliance, Atherton 1966
- Müller, I., Der Wert der „materiellen Wahrheit“, Leviathan Vol. 5 No.4(1977),
522-537.
- Pagden, A., The Enlightenment: And Why It Still Matters, Random House 2013

- Pakes, F., *Comparative Criminal Justice*, 3rd. ed., William Publishing 2015
- Peters, K., *Strafprozess*, C.H.Müller 1985,
- Ritter, E., *Justiz und innere Verwaltung*, in: Benz/Graml/Weiß(Hrsg.), *Enzyklopädie des Nationalsozialismus*, Kletta-Cotta 1997, 92
- Puschke, J., *Strafvollzug in Deutschland. Strukturelle Defizite, Reformbedarf und Alternativen*. Berlin 2011
- Rieß, P., *Gerichtliche Kontrolle des Ermittlungsverfahrens?* FS-Geerds, Schmidt Roemhild 1995
- Roxin, C., *Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft - damals und heute*, DRIZ 1997, 109-118
- _____, C., *Strafverfahrensrecht*, 25.Aufl., C.H.Beck 1998
- Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, C.H.Beck 2012
- Sasamoto-Collins, H., Yukitoki Takikawa(1891-1962) and Legal Autonomy in Interwar Japan, in: S.Skinner(ed.), *Ideology and Criminal Law: Fascist, National Socialist and Authoritarian Regimes*, 229-254.
- Schumacher, U., *Staatsanwaltschaft im Dritten Reich*, Phal-Rugenstein 1990
- Schlosser, H., *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd.II, Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. 2004
- Sowada, C., *Der gesetzliche Richter im Strafverfahren*, Walter de Gruyter 2002
- Steffan, E., *Haftung für Amtspflichtverletzungen des Staatsanwalts*, DRiZ 1972, 153-156.
- Teubner, G., *Constitutional Fragments. Social Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press 2012
- _____, *Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion im post-instrumentale Rechtsmodelle*, 13 Quaderni Fiorentini 109(1984),
- Vogelsang, T., *Reichswehr, Staat und NSDAP. Beiträge zur deutschen Geschichte 1930-1932*, Deutsche Verlags-Anstalt 1962
- Volk, K., *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem*

Recht und Prozessrecht, Ebelsbach 1978

Wagner, G., Das absurde System. Strafurteil und Strafvollzug in unserer Gesellschaft. 2. Aufl. C. F. Müller Juristischer Verlag, 1985

Weiß, H., Haft ohne Urteil. Strafprozessuale Freiheitsentziehungen im deutsch-französischen Vergleich, Duncker & Humblot 2015

Wohlers, W., Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft. Ein Beitrag zu den rechtshistorischen und strukturellen Grundlagen des reformierten Strafverfahrens, Duncker & Humblot 1994

Zacharia, C.S. Handbuch des französischen Civilrechts II, Forgotten Books 2018

内田博文 編, 歴史に學ぶ刑事訴訟法, 法律文化社, 2013

Trial and Prosecutorial Discretion: Evaluation on Judiciary and Executive Power in Criminal Procedure

Syn Dong-yiel*

Criminal procedure is a legal service. Victim and defendant are the arch-subjects of procedure. The state through prosecutor and police should provide them with trial as a resolution. Legal process has radically been enlightened since 19th century. Nonetheless criminal experts today believe that criminal process would be an institution for material fact finding or bringing the justice. This misconception sometimes abuses criminal law for the social control. Modern criminal law and procedure should equalize the power of state in favour of defendants, the civilians. In procedure, the court has to review statements on the protocols admitted, instead of the facts. Legal system cannot recognize the fact as it is. In our practices, there are many misunderstandings that never conform to the law. Useless debate upon investigational independence of police or new anti-corruption investigation is tediously going on. Simple answer will be found if we know who is in charge of the investigation. The ultimate power to close a case belongs only to the judge under the law. The prosecutor and police are supportive institutions for the court as “extended arms.” Although the prosecutor monopolizes to apply a warrant under the Constitution, it is, however, just for preparation of trial. In the accusatorial model, only the court has the power for opening and closing case ultimately. The investigation pursued by prosecutor or police is pre-trial, not the judicature. It is the executive in accordance with the mandate. The Constitution gives judicial power to the judge. No other authority has the power. The current situation in our criminal justice came out from historical background. The fallen Japanese Empire imported

* Professor at Department of Law and Business Hankyong National University PhD

bureaucratic prosecutorial systems from NS Germany, the legacy of the Hitler, in 1930s. Minor wrongdoing and fine are easily settled by police or legitimate officials. A crime must be prosecuted and trialed under the criminal procedure with respect to the constitutional due process. Not all wrongdoings can be in the hands of prosecutor.

❖ key words: prosecutorial discretion, criminal procedure, trial-centrism, judiciary, prosecutorial reform, adversarial model, accusatorial model