

사법개혁에 관한 현안 정책과제 발굴 및 쟁점연구

A Study on Exploring Research Issues Regarding Judicial Reform

강석구 · 신의기 · 임석순 · 한민경 · 김정연

발간사

2016년 우리나라를 뜨겁게 달군 촛불민심은 권력의 사유화와 각종 사회경제적 적폐로 얼룩진 대한민국을 '나라다운 나라'로 만들어 줄 것을 요구한 것입니다. 하지만 이는 '다른 누군가가 해줄 수 있는 것이 아니라 '우리 스스로' 나설 수밖에 없고, 국책연구기관이라고 해서 그 책임으로부터 자유로울 수 없다고 생각합니다. 국가권력의 사유화로 붕괴된 국정운영을 개편하고 권력기관의 민주적 개혁을 추진하는 데 있어서 국책연구기관인 한국형사정책연구원이 기여할 수 있는 부분이 반드시 있을 것이고, 그것이 바로 '형사사법시스템 및 형사사법기관의 개혁', 즉 "사법개혁"일 것입니다.

이에 저희 한국형사정책연구원은 '사법개혁연구 3개년 추진계획'을 수립하고, 2016년 12월 19일에 사법개혁 연구의 추진기반으로서 '사법개혁연구실'을 신설하였으며, 사법개혁 연구의 인력 기반을 사법개혁 연구 참여를 희망하는 원내의 모든 연구자로 확대하기 위하여 2017년부터 자율 연구모임인 '법무현안연구회'도 함께 운영하였습니다. 또한, '검찰제도의 비교법적 검토를 통해서 본 한국검찰의 나아갈 방향', '한국의 형사사법개혁 I: 검찰개혁', '한국의 형사사법개혁II: 강제처분의 현대적 의미와 인권보호' 등 일련의 학술세미나를 개최하여 사법개혁의 필요성을 환기하고 바람직한 개혁방향을 제시하였습니다. 이번에 발간하는 "사법개혁에 관한 현안 정책과제 발굴 및 쟁점연구" 역시 한국형사정책연구원이 추진하는 사법개혁 연구활동의 일환으로 기획되었고, 사법개혁연구실의 모든 실원이 참여하는 중점 과제로서 2017년 3월 20일부터 추진되었습니다.

이 연구를 통하여, 한국형사정책연구원은 ① 사법개혁과 관련한 법원, 법무부, 검찰, 경찰 등의 정책현안을 중심으로 사법개혁에 관한 현안과제를 발굴하는 한편, 내외부 연구인력을 최대한 활용하여 관련 연구성과를 망라하고 과제별·쟁점별로 기초자료를 축적해놓음으로써 향후 사법개혁 추진을 위한 사전 준비작업을 수행하는 한편, ② 이 연구과정에서 발굴된 현안과제의 쟁점연구를 통하여 차기 정부의 장기적인 사법개혁 로드맵 설정을 위한 기초자료를 제공하고자 하였습니다. 이를 위하여 우선 추진 현안 정책과제로서 "① 경찰개혁, ② 검찰의 중립성 확보, ③ 검찰(기소)의 공정성 확보, ④ 법원개혁, ⑤ 형사사법에 있어서의 시민참여" 등 5개 과제를 도출하였고,

보다 집중연구가 필요한 쟁점에 대해서는 외부 선행연구자를 초청하여 법무현안연구회와 연계한 전문가 포럼을 총 5회에 걸쳐 개최하였습니다. 연구과정에서 새 정부의 사법개혁 장기 로드맵과 사법개혁 프레임이 확정된 만큼 이번 쟁점연구를 토대로 '사법개혁연구 3개년 추진계획'에 따라 수사, 공판, 처우, 환수 등 형사사법체계 개편 방안에 대한 심층적 연구를 계속 추진하여야 할 것입니다.

이번 연구가 사법개혁이라는 광범위하면서도 민감한 주제를 대상으로 5개월이란 단기간에 진행한 만큼 연구진행과정에서 적지 않은 고충과 시행착오가 있었을 것으로 생각합니다. 이런 녹록치 않은 연구를 독심 있게 수행해준 강석구 사법개혁연구실장, 신의기 선임연구위원, 임석순 부연구위원, 한민경 부연구위원, 김정연 부연구위원의 노고를 치하하며, 바쁘신 와중에도 사법개혁포럼에서 고견을 내어주신 전문가 여러분과, 이 연구를 여러 측면에서 지원해준 대검찰청 형사정책단 및 경찰청 수사구조개혁단 관계자 여러분께 감사드립니다.

2017년 8월

한국형사정책연구원

원장 **강진환**

목 차

국문요약	1
------------	---

제1장 서 론 · 강석구	9
-----------------------	---

제1절 연구의 목적	11
------------------	----

1. 연구의 시대상황적 배경	11
가. 이른바 정운호 게이트	11
나. 이른바 진경준 게이트	12
다. 이른바 우병우 황제소환	13
라. 이른바 비선실세에 의한 국정농단 사태	15
2. 사법개혁 연구의 시대적 요청과 한계	18
3. 연구의 목표	21

제2절 연구의 범위와 방법	23
----------------------	----

1. 연구의 기본 프로세스	23
2. 쟁점별 집중연구	24

제2장 경찰 개혁방안의 쟁점 · 강석구	27
-------------------------------	----

제1절 경찰개혁의 필요성과 한계	29
-------------------------	----

1. 수사에 있어 경찰에 의한 인권 침해상황 개선 필요	29
2. 경찰의 권력지향적 행태에 대한 시정 필요	34
가. 이른바 용산 철거민 사망사건	34
나. 이른바 백남기 농민 사망사건	36
다. 이른바 국가정보원 여론 조작 사건	38
3. 경찰업무의 경감을 위한 근본적 조직 개혁 필요	40

제2절 경찰개혁의 주요 쟁점	44
-----------------------	----

1. 경찰개혁과 검찰개혁의 관계	44
2. 경찰권력의 분점 방안	45

가. 경찰권력 분점의 원리	45
나. 지방정부와의 경찰권력 분점	46
다. 입법부와의 경찰권력 분점	48
라. 교육청과의 경찰권력 분점	51
마. 국민과의 경찰권력 분점	51
3. 인권침해적 경찰사무의 개선방안	52
가. 수사상 인권침해의 개선방안	52
나. 집회·시위 진압과정상 인권침해의 개선방안	53
4. 수사권한 총량의 축소방안	54
5. 현장 경찰관의 근무여건 개선 등 경찰의 체질 개선 방안	57

| 제3장 | 검찰의 중립성 확보방안에 관한 쟁점 · 임석순 ··· 59

제1절 서 설	61
제2절 검찰의 “중립성”이 갖는 의미	63
제3절 검찰 인사의 독립성 확보	64
1. 검찰청의 조직체계상 독립	65
가. 검사 인사권 독립	65
나. 법무부와 검찰청의 엄격 분리	66
다. 검사 파견의 문제	68
2. 검사장 직선제, 그리고 검찰총장 직선제?	69
가. 검사장 직선제 도입 논거	69
나. 검사장 직선제에 대한 우려	70
다. 현행 헌법상 검찰총장 직선제 가능성	72
제4절 검찰권 행사의 중립성·독립성 확보	73
1. 법무부장관의 일반적 지휘권 폐지	74
2. 검사동일체 원칙의 해체	75
가. 검사동일체 원칙의 의미와 목적	75
나. 검사동일체 원칙 해체론과 그에 대한 반론	77

제5절 고위공직자비리수사처 설치	78
1. 문제의 본질	78
가. 검찰 외 별도 수사기관의 필요성	78
나. 공수처인가 상설특검인가?	80
2. 공수처 설치의 필요성 : 부정부패 척결과 검찰의 정치적 중립성 확보	81
3. 공수처 설치에 대한 반론	82
가. 권력분립 원칙 위반	82
나. 정치적 중립성을 확보하지 못한 또 다른 권력기관 창설	83
다. 비경제성 및 비효율성	84
라. 공수처 무용론 또는 검찰내부개혁론	85
4. 반론에 대한 재반론	85
가. 권력분립 원칙 위반이라는 반론에 대해	85
나. 정치적 중립성을 확보하지 못한 또 다른 권력기관 창설가능성에 대해	88
다. 비경제성 및 비효율성 지적에 대해	88
라. 공수처 무용론 내지 검찰내부개혁론에 대해	89
5. 공수처 설치를 위해 다듬어야 할 쟁점	90
가. 기관의 소속	93
나. 처장의 임명	93
다. 적용대상자	94
라. 대상범죄	95
마. 공수처의 권한 : 수사·기소권과 관할	96
바. 통제방안	97
제6절 소 결	98

Ⅱ 제4장 | 검찰기소의 공정성 확보방안에 관한 쟁점

• 김정연	101
-------------	-----

제1절 서 설	103
---------------	-----

제2절 현행 공소제도의 개관	104
-----------------------	-----

1. 공소제기의 기본원칙	104
---------------------	-----

가. 국가소추주의·기소독점주의	104
나. 기소편의주의	105
2. 검찰 기소권 통제제도	105
가. 재정신청제도	106
나. 검찰항고제도	112
다. 검찰시민위원회	113
제3절 검찰의 기소권 통제에 관한 비교법적 고찰	115
1. 독일의 기소강제절차	115
가. 기소법정주의	115
나. 절차중단항고	117
다. 기소강제절차	118
2. 일본의 검찰심사회제도	119
가. 부심판 절차 및 검찰심사회제도 개관	119
나. 검찰심사회제도의 연혁	121
다. 검찰심사회제도의 내용	123
제4절 검찰기소권 통제에 관한 개선방안 논의	127
1. 재정신청제도의 확대방안	127
2. 검찰시민위원회의 법제화 및 확대방안	128
3. 수사권 조정에 관한 개선방안 논의	130
4. 기소법정주의 도입 논의	131

| 제5장 | 법원 개혁방안의 쟁점 · 논의 133

제1절 법원 개혁의 필요성	135
1. 국민의 사법부에 대한 신뢰 저하	135
2. 대법원장의 권한 비대화와 법원의 관료화	138
가. 대법원장의 권한	138
나. 법원행정처의 강화	138
다. 법관의 서열화, 관료화	140
3. 법관의 독립성 약화	140
4. 법관의 범죄와 윤리위반	142

5. 군사법원의 문제점	145
가. 사법권 독립침해	145
나. 평시 군사법원 불필요론	146
다. 관할관 제도와 문제점	147
라. 심판관제도와 문제점	149
제2절 법원개혁의 방향	151
1. 법원의 민주화	151
2. 사법의 독립	153
가. 사법의 독립에 관한 국제적 기준	153
나. 우리나라의 사법부의 독립	154
3. 대법원장 임명과 대법관의 임명 및 구성의 다양화	155
가. 대법원장과 대법관의 임명	155
나. 외국의 대법관 구성	157
다. 대법원 구성의 다양화 방안	161
4. 법조윤리의 회복을 위한 방안	165
5. 인사권자로부터 법관의 독립강화	167
6. 상고심 재판 충실화 방안	169
가. 대법원의 업무량 경감을 위한 방안	169
나. 상고심 개선방안	171
7. 군사법원의 개선방안	172
가. 개정 군사법원법의 주요 내용	172
나. 관할관제도에 대한 개선방안	174
다. 심판관제도의 개선방안	175

| 제6장 | 시민의 형사사법 참여 · 한민경 177

제1절 형사사법에 있어서의 시민참여 제도 개관	179
---------------------------------	-----

제2절 시민의 기소절차 참여: 미국의 기소대배심 및 일본의

검찰심사회의 경우	187
-----------------	-----

1. 미국의 기소대배심(grand jury)	187
가. 도입배경 및 발전과정	187

나. 운영 현황	193
2. 일본의 검찰심사회(檢察審査會)	198
가. 도입배경 및 발전과정	198
나. 운영 현황	202
3. 우리와의 비교	206
제3절 우리에의 시사점	208

제7장 총 평 · 강석구	211
-----------------------	-----

참고문헌	217
------------	-----

Abstract	227
----------------	-----

표 차례

〈표 3-1〉 제20대 국회 공수처 주요법안	91
〈표 4-1〉 재정신청제도의 개정 연혁 및 경과	109
〈표 4-2〉 독일, 일본, 우리나라의 검찰 공소권 통제제도에 관한 비교	111
〈표 4-3〉 검경수사권 조정에 관한 민변안의 주요 내용	130
〈표 5-1〉 시기별 대법원장, 대법관 임명방법	155
〈표 6-1〉 형사사법에 있어서의 시민참여 제도 분류: 형사사법절차·조직 운영과의 관련성을 기준으로	180
〈표 6-2〉 형사사법에 있어서의 시민참여 제도 분류: 참여 유형 및 범위를 기준으로	186
〈표 6-3〉 미 연방 전체 불기소 건수 및 연방 기소대배심 불기소 결정건수 (1995-2014)	195
〈표 6-4〉 검찰시민위원회와의 비교	207

그림 차례

[그림 3-1] 법무부 조직도	67
[그림 6-1] 미국 각 주의 기소대배심 운영 현황	189
[그림 6-2] 미 연방 기소대배심 불기소 결정률(1995-2014)	196
[그림 6-3] 미 연방 기소대배심 검토 건수 대비 불기소 결정건수(1995-2014)	197
[그림 6-4] 일본 검찰심사회에 대한 대국민 안내 삽화	201
[그림 6-5] 연도별 검찰심사회 접수인원(1949-2016)	204
[그림 6-6] 연도별 검찰심사회 처리인원(1949-2016)	205
[그림 6-7] 기소상당 및 불기소부당 결정 후 검찰의 처분결과(1949-2015)	206

국문요약

이른바 비선실세에 의한 국정농단 사태를 겪으며 국민들은 무능하고 무책임한 권력의 몰락 과정을 생생하게 목도했다. 그리고 그런 무능하고 무책임한 권력에 조력하고 이들의 비리를 비호한 일부 법조인의 민낯도 국민들은 생생하게 목도했다. 하지만 침몰하는 대한민국은 '다른 누군가'가 구해줄 수 있는 것이 아니라 '우리 스스로' 나설 수밖에 없고, 국책연구기관이라고 해서 그 책임으로부터 열외(例外)일 수 없다. 국가권력의 사유화로 봉고된 국정운영을 개편하고 권력기관의 민주적 개혁을 추진하는 데 있어서 국책연구기관인 한국형사정책연구원이 기여할 수 있는 부분이 반드시 있을 것이고, 그것이 바로 '형사사법시스템 및 형사사법기관의 개혁', 즉 "사법개혁"일 것이다.

이에 한국형사정책연구원은 2016년 12월 19일에 사법개혁 연구의 추진기반으로서 '사법개혁연구실'을 신설하였고, 사법개혁연구실의 주도 아래 '사법개혁에 관한 현안 정책과제 발굴 및 쟁점연구'를 기획하여 2017년 2월 23일에 2017년도 수시연구과제로서 확정하였다. 이 연구를 통하여 한국형사정책연구원은 ① 사법개혁과 관련한 법원, 법무부, 검찰, 경찰 등의 정책현안을 중심으로 하여 사법개혁에 관한 현안과제를 발굴하는 한편, 내외부 연구인력을 최대한 활용하여 관련 연구성과를 망라하고 과제별·쟁점별로 기초자료를 축적해놓음으로써 향후 사법개혁 추진을 위한 사전 준비작업을 수행하는 한편, ② 이 연구과정에서 발굴된 현안과제의 쟁점연구를 통하여 차기 정부의 장기적인 사법개혁 로드맵 설정을 위한 기초자료를 제공하고자 하였다.

이 연구는 "사법개혁 관련 현안과제 발굴 ⇒ 현안과제의 쟁점 도출 및 연구추진 우선순위 선정 ⇒ 우선추진 현안 정책과제에 대한 쟁점별 집중 연구"라는 3단계 프로세스로 추진되었고, 이러한 과정을 통하여 우선추진 현안 정책과제로서 "① 경찰개혁, ② 검찰의 중립성 확보, ③ 검찰(기소)의 공정성 확보, ④ 법원개혁, ⑤ 형사사법에 있어서의 시민참여" 등 5개 과제를 도출하였다. 또한, 쟁점별 집중연구는 국내외 문헌연구 및 법제분석의 방법으로써 수행하였으며, 현안과제별로 보다 집중연구가 필요한 쟁점에 대해서는 선행연구자를 초청하여 법무현안연구회와 연계한 전문가 포럼을 개별 연구진의 주관 아래 총 5회에 걸쳐 개최하여 연구내용에 수렴하였다.

이미 새 정부의 사법개혁 장기 로드맵과 사법개혁 프레임이 확정된 만큼 이 연구

2 사법개혁에 관한 현안 정책과제 발굴 및 쟁점연구

자체의 필요성이 반감될 수밖에 없겠지만, 그간 법률전문가들이 독점해왔던 사법개혁 관련 쟁점의 장단점을 국민의 눈높이에서 풀어주는 이런 작업들이 ‘국민이 주인인 정부’라면 더욱 필요한 과정이라고 생각한다. 사법개혁이라는 광범위하면서도 민감한 주제를 대상으로 5개월이란 단기간에 속성으로 진행한 연구인 만큼 대안이나 해법까지 확정적으로 제시하기에는 아직 이르겠지만, 사법개혁 추진을 위한 기초자료로서 5개 현안과제의 쟁점을 다음과 같이 분석하여 그 결과를 국민들께 조심스럽게 보고하고자 한다.

1. 경찰 개혁방안의 쟁점(강석구 사법개혁연구실장)

2017년 7월, 국정기획자문위원회가 2017년까지 경찰권 분산 및 인권친화적 경찰 확립 실행방안 등과 연계하여 수사권 조정안을 마련하고 2018년부터는 수사권 조정안을 시행한다는 계획을 밝힘으로써 검·경 수사권 조정을 비롯한 검찰개혁이 새 정부에서 신속하게 추진될 것으로 예상된다. 그런데 검찰개혁이 시대적 요청이라는 점은 분명하지만, ① 수사에 있어 경찰에 의한 인권 침해상황이 지속되고 있고, ② 검찰과 마찬가지로 경찰 역시 권력지향적 행태를 견지해 왔으며, ③ 수사권을 온전히 감당하기에는 경찰업무가 너무 많고 체계적이지 못한 점을 감안할 때, 경찰이 근본적으로 변화하지 않는다면 검찰개혁으로써 반인권적 경찰을 강화하는 결과밖에 되지 않을 것이다. 결국 그 피해는 고스란히 국민, 특히 사회적 약자의 몫으로 남게 될 것이므로 검찰개혁만으로는 충분하지 않고, 국민의 자유와 권리를 향상시키는 동시에 권력기관 간에 ‘견제와 균형’까지 도모할 수 있도록 경찰도 함께 개혁해나가야 할 것이다.

이러한 경찰개혁 방안으로서는 ① 경찰권력의 분점 방안, ② 인권침해적 경찰사무의 개선방안, ③ 수사권한 총량의 축소방안, ④ 경찰의 체질 개선 방안 등을 생각해볼 수 있는데, 경찰권력을 지방정부와 나누는 방안으로서의 자치경찰제, 입법부와 나누는 방안으로서의 경찰위원회 제도, 교육청과 나누는 방안으로서의 학교경찰제 도입방안, 국민과 나누는 방안으로서의 경찰책임자 주민소환제 도입방안 등에 주목할 필요가 있다. 또한, 수사, 경비사무와 같이 인권침해가 빈발한 경찰사무를 개선할 필요성이 있으며, 경범죄처벌법, 도로교통법상 등에 규정된 경미범죄와 행정의무위반적 형벌규

정을 비범죄화하는 작업 등을 통하여 경찰 수사권한 총량을 축소하기 위해 노력해야 할 것이다. 나아가 현장 경찰관의 근무여건 개선이나 업무의 적정성 확보 등 경찰의 체질 개선을 위한 자체 개혁 노력에도 소홀함이 없어야 할 것이다.

2. 검찰의 중립성 확보방안의 쟁점(임석순 부연구위원)

검찰개혁은 이제 지난하다 못해 진부하기까지도 한, 그러나 여전히 명쾌하게 해결되지 못한 시대적 과제로 인식되고 있는 듯하다. 고위공직자의 부정부패, 검찰 내부의 비리사건 등에 대해서는 검찰 내부에서조차 비판의 목소리가 들려올 정도이다. 특히 최근의 국정농단 사태에서 보여준 검찰의 미온적 태도는 검찰 스스로를 막다른 골목에 몰아넣었다고 볼 수 있다.

그간 검찰개혁을 위한 움직임에 직면하여 검찰은 썩은 살을 도려내고 뼈를 깎는다는 심정으로 내부개혁을 단행하겠다고 공언해 왔지만, 그것이 실제로 이행되었는지에 대해서는 회의적인 시각이 다수인 듯하다. 2016년 8월 31일 대검찰청은 검찰개혁의 일환으로 '법조비리 근절 및 내부청렴 강화 방안'을 내놓았지만, 이 개혁방안은 검사 개인의 비리에만 초점을 맞추고 있을 뿐, 검찰조직 자체의 개혁방안에 대해서는 표층적인 해답을 제시하지 못하고 있다는 한계가 있다. 검찰의 내부사정과 조직문화를 전혀 알지 못하는 외부인들이 검찰을 개혁하고자 하는 것은 무리수를 낳을 것이라는 지적이 전혀 부당한 지적은 아닐 것이지만, 검찰의 내부사정을 잘 아는 사람이 과연 객관적이고 중립적으로 검찰개혁을 이루어낼 수 있을 것인지 의문이라는 지적도 타당하다. 검찰개혁이라는 아젠다는 검찰 스스로가 초래한 자초위난이라는 점을 고려한다면, 개혁의 칼자루를 다시 검찰에게 쥐어주는 것은 검찰개혁을 하지 않겠다는 말과 다르지 않아 보인다.

검찰개혁의 구체적 방안으로 언급되고 있는 법무부의 탈검찰화, 검사장 직선제 등은 검찰 인사의 독립성 확보방안으로, 법무부장관의 일반적 지휘권 폐지와 검사동일체 원칙의 해체 또는 완화는 검찰권 행사의 중립성·독립성 확보방안으로 범주를 구분할 수 있다. 이와 같은 개혁방안은 개별 검사의 비위나 검찰조직의 인습에 초점을 맞추고 있다기보다는, 대통령을 비롯한 정치권의 영향력을 배제하거나 적어도 최소화

하려는 시도라고 할 수 있다. 그리고 지금까지 검찰이 외부의 부당한 간섭으로부터 스스로를 “지켜내지” 못했기 때문에, 그 구조 자체를 개혁함으로써 외부의 영향력을 차단하고자 한 것이라 이해할 수 있다.

특히 이른바 고위공직자비리수사처는 최근 검찰개혁의 가장 중요한 “수단”으로 인식되고 있다. 다만 고위공직자비리수사처가 전가의 보도가 될 수 없다는 반대론과 마찬가지로, 고위공직자비리수사처의 설치를 찬성하는 입장도 고위공직자비리수사처가 검찰의 중립성 확보를 위한 최적의 궁극적 수단은 아니라는 점에는 동의하는 것 같다. 검찰개혁이 잘 이루어져 인사체계가 합리화되고 검찰조직 자체가 매우 건강하게 재편되어 검사의 직무수행에 철저한 중립성이 보장된다면 고위공직자비리수사처이든 특별검사제도이든 굳이 필요치 않을 것이다. 거꾸로, 고위공직자비리수사처의 설치를 반대하는 견해도 검찰개혁의 필요성은 인정하고 있다. 그런데 시민사회가 요청하는 수준에 부합할 정도로 검찰 스스로 개혁할 수 있는 시점은 이미 상당히 지나버린 것 같다. 그렇다면 고위공직자비리수사처는 어떠한 당위적인 논리나 법리에 의해 타당성과 필요성이 담보되는 것이라기보다는, 검찰개혁을 더 이상은 미룰 수 없어 어쩔 수 없이 들게 된 최후의 수단이라 할 수 있을 것 같다.

3. 검찰(기소)의 공정성 확보방안의 쟁점(김정연 부연구위원)

최근 국정농단행위에 대한 검찰의 수사 및 기소과정을 보면 검찰의 수사와 기소에 대한 국민적 불신은 매우 높게 나타나고 있다. 이러한 사회적 흐름에서 검사의 공소권 행사에 대해 공정성 확보 방안은 더욱 강조되고 있다. 이러한 배경을 바탕으로 현행 공소제기의 기본원칙 및 통제제도를 고찰한 뒤 외국의 기소권 통제제도를 살펴보고 현재 논의되고 있는 검찰 기소권 통제방안들을 검토하였다.

검사의 불기소처분에 대한 규제로서는 재정신청 제도가, 검찰내부의 통제제도로서는 불기소처분에 대한 항고·재항고제도가 마련되어 있다. 우리나라의 경우 이전에는 일본의 부심판절차와 같은 준기소절차에 따랐으나, 2007년 개정 형사소송법을 통해 독일의 기소강제절차로 변화하였다고 평가할 수 있다. 2007년 형사소송법 개정으로 재정신청의 대상범죄에 제한 없이 모든 고소인이 재정신청을 할 수 있도록 하여 그

대상범죄가 전면확대 되었고, 종전의 공소유지변호사제도를 폐지하여 지정된 검사가 재정신청사건의 공소수행을 하게 되었으며, 재정신청사건 기록 열람·등사 제한규정과 비용부담규정이 신설되는 등 재정신청제도에 대한 큰 변화가 있었다. 그러나 이와 같은 재정신청제도의 개정에도 불구하고 고발인에 대한 재정신청 전면확대 논의는 계속되었고, 재정신청제도의 실효성과 공정성을 이유로 검사의 공소유지 수행에 비판적 목소리가 지속적으로 제기되어 왔다.

한편, 검찰은 2010년 검찰개혁방안으로 검찰시민위원회를 설치·운영하도록 하였다. 도입 당시 2010년에는 전국 41개 지방검찰청 및 지청에 총 629명의 시민들로 구성된 검찰시민위원회를 설치·운영하였는데, 검찰시민위원회 제도는 법률규정이 아닌 검찰 내부지침에 의한 것으로 위원회의 결정에 아무런 구속력이 없다는 점에서 한계를 가지고 있으며, 구성원의 선정이 검찰에 의해 이루어지고 위원회를 검찰의 요청에 의해서만 열리게 되므로 실질적으로 검찰권 통제수단으로서 그 실효성에 의문이 제기되었다.

이처럼 검찰이나 검찰 기소에 대한 외부 견제기능에는 여전히 한계가 드러나고 있으므로 현행 재정신청제도와 검찰시민위원회를 강화하고 실질화하기 위한 다양한 노력이 필요하다고 할 수 있다.

4. 법원 개혁방안의 쟁점(신의기 선임연구위원)

우리나라 국민의 사법부에 대한 불신은 상당히 높은 것으로 나타났다. 사법부는 국민의 권리를 지키는 마지막 보루라는 점을 생각할 때 사법부에 대한 신뢰의 저하는 심각하게 받아들여야 할 것으로 생각된다. 국민의 신뢰는 독립된 사법부에서 공정한 재판을 할 때 쌓일 수 있으므로 사법부가 독립되고 공평한 태도로 기능을 수행하고 있다는 점에 대해 국민의 신뢰를 얻어내야 할 것이다.

그런데 민주화 이후 사법권의 독립은 어느 정도 확립되었다고 볼 수 있지만, 내부적으로는 대법원장에 권한이 집중되어 있어 여러 문제들이 여전히 노출되고 있다. 또한, 법원의 관료화, 서열화로 획일적인 문화가 정착되면 법관의 독립성 침해도 우려된다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 대법원장에게 집중된 사법행정권을 법관 선출 위원

을 포함한 다수의 위원으로 구성된 합의제 기구에 귀속시킴으로써 사법행정이 1인이 아닌 다수에 의하여 민주적이고 투명하게 이루어지게 할 필요가 있으며, 대법관의 구성을 다양화하여 국민의 다양한 의견을 모을 수 있도록 해야 할 것이다. 또한, 법관의 윤리를 감독하기 위한 윤리감사관의 지위격상과 함께 외부인이 윤리감사관을 맡을 수 있도록 해야 한다.

한편, 법원개혁과 관련하여 헌법에서 특수법원으로 인정하여 규정을 두고 있는 군사법제도 개혁에 대해서도 살펴볼 필요가 있다. 행정사법으로 문제되는 관할관제도에 대해서는 군사법원의 특성을 감안하여 관할관제도를 존치하면서 인권의 보장 등 부작용을 줄이기 위한 방안을 마련할 필요가 있으며, 남북대치중이라는 우리나라의 특수성을 생각할 때 군사법원 관할사항이라 하더라도 군의 특수성을 인정할 필요가 없는 경우에는 군사법원의 심판대상에서 제외시킴으로써 일반인과 같은 재판을 받을 권리를 보장할 필요도 있다. 또한, 법관이 아닌 심판관이 필요한 군사사건이라 하더라도 재판관을 임명하는 절차에 객관성을 유지하기 위한 자체기준을 수립할 필요가 있다고 할 것이다.

5. 시민의 형사사법 참여(한민경 부연구위원)

우리나라에서도 최근 사법개혁의 일환으로 시민참여를 확대 및 제도화하여 법집행의 공정성과 객관성을 제고하는 동시에 민주적 정당성을 확보하여야 한다는 의견이 대두되고 있다. 현재 시행되고 있거나 도입을 검토 중인 형사사법에 대한 시민참여 제도를 수사·기소·공판의 형사사법절차 및 경찰·검찰·법원 조직 운영과의 관련성, 시민참여의 유형 및 범위를 기준으로 분류한 결과, 우리나라 형사사법에 있어서의 시민참여에서 발견되는 특성은 크게 다음의 두 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 형사사법에 참여할 수 있는 기회가 주로 (법률)전문가·사회 명망가 등 일부 시민·대표자·에게만 제공되고 있다. 이에 따라 형사사법과 관련된 대다수의 시민참여 제도는 ‘위원회’의 형태를 취하고 있다. 이들 위원회의 역할은 법적 구속력 없는 자문으로 권한 역시 미약한 상황이다. 둘째, 대다수의 시민참여 제도가 2000년대 중반 이후에 도입되었지만 이 중 상당수는 얼마 유지되지 못하고 사실상 폐지, 현재는 운영되지 않고 있어

소수의 형사사법기관 친화적인 인사로 위촉된 위원회 활동의 한계와 시민참여에 소극적인 형사사법기관의 태도를 엿볼 수 있다.

검찰의 권한이 큰 우리나라의 특성상 다른 형사사법기관에 비해 검찰 단계에서 시행 중이거나 도입 여부가 검토되고 있는 시민참여 방안이 많을 수밖에 없으며, 형사사법에 있어서의 시민참여 역시 검찰의 기소독점주의·기소편의주의를 견제하기 위해 검찰 단계 중에서도 기소절차에서 가장 활발하게 이루어져야 할 필요가 있다. 특히, 최근 검찰개혁의 대표적인 방안으로 거론되는 검찰시민위원회는 미국의 기소대배심 및 일본의 검찰심사회와는 인원 구성, 심의 대상 등에서 상당한 차이가 있음을 확인하였다. 무엇보다 검찰시민위원회는 법원에 설치되어 있는 기소대배심과 검찰심사회와는 달리 검찰에 설치되어 있다는 점에서 근본적인 차이를 보인다. 그래서 검찰 시민위원회가 강화 내지 제도화된다고 하더라도 절차적으로 효율적이지 못하다는 비판은 결국 우리나라에서도 반복될 것으로 예상된다.

따라서 단일한 시민참여 제도만으로는 형사사법제도에의 시민적 통제 역할을 다할 수 없으며, 다양한 유형의 시민참여 제도를 갖추되 그 중에서도 피의자의 인권을 존중하는 한편 피해자의 권익을 보호하고 보다 많은 일반 시민이 직접적으로 형사사법에 참여할 수 있도록 ‘당사자’ 또는 ‘유권자’로서의 시민참여 제도가 전향적으로 확대되는 것이 바람직하다고 하겠다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제1장

서론

강석구

서론

제1절 연구의 목적

1. 연구의 시대상황적 배경

가. 이른바 정운호 게이트

2015년 8월 4일, 한 화장품회사의 대표가 범서방파 등 국내 폭력조직이 운영하는 해외도박장에서 원정도박을 한 혐의로 검찰에서 소환 조사할 방침이라는 언론보도가 있었고,¹⁾ 확인되지 않은 사실에 대한 보도에 법적인 대응을 검토하고 있다는 당사자의 반론까지 보도되었다.²⁾ 이후 중견 기업인 20여명의 해외원정 불법도박 의혹 관련 기사도 이어졌지만, 사람들의 이목을 끌 정도는 아니었다.³⁾ 이 사건이 세간의 주목을 받게 된 것은 항소심에서 실형을 선고받은 피고인이 수임료를 돌려달라며 구치소에서 여성변호인을 폭행하자 변호인이 피고인을 감금폭행치상 혐의로 고소한 이례적인 사건이 계기가 되었다.⁴⁾ 이 사건을 통해 국민들은 부장판사 출신 40대 전관(前官) 변호사의 수임료가 착수금 20억원을 포함하여 무려 50억원에 이르는 고액(高額)이라는 사실을 알게 되었고,⁵⁾ 국민의 예상을 뛰어넘는 이러한 수임료 중 일부가 검사장 출신 유명 변호사와 현직 부장판사 등을 대상으로 한 광범위한 로비에 사용되었다는 사실에 경악하였다.⁶⁾ 이것이 바로 이른바 ‘정운호 게이트’였고, 이 사건을 통해 국민들

1) 동아일보, “정운호 대표, 수십억 해외도박 혐의로 곧 소환”, 2015년 8월 4일자.

2) 뉴시스, “‘더페이스샵’ 정운호 대표 해외원정도박 의혹…검수사 선상”, 2015년 8월 4일자.

3) 일요서울, “마카오 원정도박, 중견기업인 20여명 리스트 일파만파”, 2015년 10월 26일자.

4) 뉴스1, “정운호 네이처리퍼블릭 대표, 구치소서 女변호사 폭행혐의 피소”, 2016년 4월 22일자.

5) 동아일보, “2심 보석기각 정운호, 변호인단에 30억 추가 내걸고 집유 독려”, 2016년 4월 25일자.

은 말로만 듣던 전관예우 관행의 실체와 대략적인 규모를 확인할 수 있었다.

그런데 ‘정운호 게이트’의 수사 과정에서 정운호 대표가 운영하던 화장품회사가 롯데면세점에 입점하는 과정에서 불거진 로비 의혹이 불거지고,⁷⁾ 정운호 게이트와 관련된 검사장 출신 유명 변호사가 대검찰청 중앙수사부 재직 시절 노무현 전 대통령을 수사했던 홍만표 변호사라는 사실이 밝혀지는 한편,⁸⁾ 검사장 출신인 홍 변호사의 연간 소득이 90억원을 상회할 뿐만 아니라⁹⁾ 홍 변호사의 가족이 보유한 오피스텔이 120채가 넘는다는 사실까지 알려졌고,¹⁰⁾ 구속된 홍 변호사가 우병우 당시 청와대 민정수석에게도 로비했다고 정운호 대표에게 말한 정황까지 드러나면서¹¹⁾ 이 사건의 파장은 확대일로를 걷게 되었다.

나. 이른바 진경준 게이트

2015년 3월 25일, 정부공직자윤리위원회가 공개한 고위 공직자 재산 자료에서 진경준 법무부 출입국·외국인정책본부장의 재산이 전년도에 비해 40억원 가까이 증가한 것이 세간의 주목을 받았다. 이러한 재산증가는 2005년 구입한 넥슨 주식 80만여주를 처분한 시세차익이 37억 9,853억원에 이르렀기 때문인데, 넥슨의 대표가 진 검사장과 대학 동기였을 뿐만 아니라 2011년 메이플스토리 개인정보 유출 사건과 관련해 검찰이 무혐의 처분한 정황과 맞물려 여러 의혹이 팽배할 수밖에 없는 상황이었다.¹²⁾ 결국 진 검사장이 사의를 표명했지만¹³⁾ 주식 매매대금의 자금 출처가 문제되었고,¹⁴⁾ 진 검사장이 넥슨의 자금으로 주식을 구입했던 것으로 드러나면서¹⁵⁾ 상황은 급속히 반전되었다. 김수남 당시 검찰총장은 특임검사를 지명해 이 사건의 수사를 맡겼고,¹⁶⁾

6) 뉴시스, “‘정운호 로비 리스트’ 있다…검사장 출신 유명 변호사, 현직 판사 등장”, 2016년 4월 26일자.

7) 동아일보, “검찰, ‘정운호 게이트’ 법조계·공무원 로비 의혹 집중 분석”, 2016년 5월 1일자.

8) JTBC, “베일 벗는 ‘정운호 로비 의혹’…홍만표 자택 등 압수수색”, 2016년 5월 10일자.

9) 일요신문, “‘정운호 게이트 키맨’ 홍만표 변호사 연 91억 소득 미스터리”, 2016년 5월 16일자.

10) TV조선, “‘부동산 재벌’ 홍만표…오피스텔 123채”, 2016년 5월 24일자.

11) TV조선, “정운호 ‘홍만표가 민정수석 잡았다고 말해’”, 2016년 8월 24일자.

12) 한겨레, “진경준 검사장 ‘수상한 38억 주식대박’”, 2016년 3월 28일자.

13) 연합뉴스, “‘주식 대박’ 논란 진경준 검사장 사의 표명”, 2016년 4월 2일자.

14) 경향신문, “진경준, 넥슨에 ‘몰빵’할 때 역대 대출도 갚아…자금 출처 의문 증폭”, 2016년 4월 8일자.

15) 연합뉴스, “넥슨 ‘진경준 검사장 주식대금 우리가 빌려줬다’”, 2016년 6월 4일자.

16) 연합뉴스, “‘주식대박’ 진경준 사건 특임검사 지명해 수사…이금로 지검장”, 2016년 7월 6일자.

진 검사장은 결국 수뢰 혐의로 2016년 7월 14일에 긴급체포된다.¹⁷⁾

하지만 진 검사장에 대한 의혹은 검사장 승진 당시 민정수석실의 부실검증 의혹으로 확대되었고,¹⁸⁾ 우병우 당시 민정수석의 처가 부동산을 넥슨이 금전적 손해를 감수하면서까지 2011년에 매입해줬다는 사실이 드러나면서¹⁹⁾ 이 사건 역시 청와대 민정수석의 개입이 문제되기 시작한다.

다. 이른바 우병우 황제소환

이른바 정운호 게이트와 진경준 게이트를 통하여 국민들은 전관 변호사의 수임료나 검찰 불기소처분의 대가가 수십억원에 이른다는 사실을 비로소 알게 되었고, 이른바 “무전유죄 유전무죄”의 현실에 좌절할 수밖에 없었다.²⁰⁾ 또한, 현직 검사장의 수사를 위해 검찰은 검찰총장이 직접 나서 특임검사를 지명하는 강수(強手)를 두었지만, 두 게이트와의 관련성이 문제되었던 우병우 청와대 민정수석에 대해서는 아무런 조치를 취하지 않았다. 이와 관련하여 진경준 게이트 등과 관련된 우 민정수석의 의혹에 대해 이석수 특별감찰관이 검찰에 착수했지만²¹⁾ 경찰이 특별감찰관의 자료요청에 협조하지 않아 조사에 어려움이 있었다고 하고,²²⁾ 검찰 결과 이 특별감찰관은 우 민정수석을 직권남용 및 횡령 혐의로 검찰에 수사의뢰했지만²³⁾ 감찰상황을 특별감찰관이 언론에 불법적으로 누설했다는 MBC의 보도²⁴⁾ 이후 이 특별감찰관은 ‘대한민국 수호천주교인모임’이란 시민단체로부터 특별감찰관법 위반 혐의로 검찰에 고발되게

17) 한겨레, “‘비뚤어진 검찰의 초상’ 진경준 긴급체포”, 2016년 7월 14일.

18) 조선일보, “陳 검사장 승진때 ‘넥슨 주식 88억’ 신고… 禹민정수석, 문제 안삼아”, 2016년 7월 18일자.

19) 조선일보, “우병우 민정수석의 妻家 부동산… 넥슨, 5년전 1326억원에 사줬다”, 2016년 7월 18일자.

20) 참고로, 100억원대 상습도박자인 정운호 대표에 대해 법원은 제1심에서는 징역 1년을 선고했고, 비록 보석은 기각했지만 항소심에서는 이를 다시 징역 8년으로 감형했다(머니투데이, “100억대 원정도박’ 정운호 네이처리퍼블릭 대표, 항소심서 감형”, 2016년 4월 8일자).

21) KBS, “대통령 직속 특별감찰관, 우병우 검찰 착수”, 2016년 7월 25일자. 참고로, 특별감찰관의 검찰에 앞서 검찰인사를 관장하는 민정수석을 일선 검사가 수사하는 것은 무리이므로 특별감찰관이 민정수석을 수사해야 한다는 언론보도도 있었다(내일신문, “우병우 수사, 특별감찰관이 해야”, 2016년 7월 21일자).

22) 한겨레, “경찰에 자료 달라면 판소리…민정서 목을 비틀어 뺐는지”, 2016년 8월 18일자.

23) 노컷뉴스, “이석수 특감, 우병우 ‘직권남용·횡령’ 혐의로 검찰 수사의뢰”, 2016년 8월 18일자.

24) MBC, “이석수 특별감찰관, 감찰 상황 누설 정황 포착”, 2016년 8월 16일자. 이 언론기관은 이후 조선일보로 밝혀진다.

된다.²⁵⁾ 결국 우 민정수석과 이 특별감찰관에 대한 검찰의 수사가 동시에 진행되었고, 특별감찰관실에 대한 검찰의 압수수색이 개시되자 이 특별감찰관은 2016년 8월 29일에 청와대에 사표를 제출한다.²⁶⁾

우 민정수석과 관련된 의혹에 대한 특별감찰관의 감찰이 좌절되자 국민과 정치권은 분노했지만 이 특별감찰관과는 달리 우 민정수석은 사퇴하지 않았고, 최순실 씨가 대통령의 연설문을 수정한 의혹²⁷⁾에 대해 박근혜 전 대통령이 대국민 사과를 발표한 이후 인²⁸⁾ 2016년 10월 30일에야 박 전 대통령을 비로소 우병우 민정수석을 경질하였다.²⁹⁾

사실 검찰 등 정부 사정기관을 총괄하고 검찰 인사 및 수사에 영향을 미칠 수 있는 현직 민정수석에 대해 검찰이 제대로 수사하기 어려울 것이므로 특별검사나 특별감찰관에게 맡겨야 한다는 여론도 있었기 때문에³⁰⁾ 민정수석이 교체된 시점부터는 검찰에게도 국민의 신뢰를 회복할 수 있는 기회가 있었다. 더욱이 민정수석에서 물러난 우 전 민정수석이 검찰에 출석하면서 기세등등하게 ‘취재진을 노려본’ 사건³¹⁾은 검찰의 수사 미진이 검찰 자체의 문제에서 기인한 것만이 아니라 민정수석 개인의 성향 탓이 큰 것으로 치부할 수도 있는 상황이었고, 우 전 민정수석의 사건 수사를 맡은 서울중앙지검검찰청 특별수사팀(팀장 윤갑근 대구고등검찰청장)에 대한 국민의 여론도 ‘기대 반, 우려 반’이었기 때문이다.³²⁾

그런데 2016년 11월 7일자 조선일보 1면에 실린 ‘우병우를 대하는 검찰의 자세’라는 제목의 보도사진은 국민들을 경악케 했다. 검찰에서 밤샘 조사를 받고 있을 것이라고

25) 국민일보, “시민단체, 이석수 특별감찰관 고발... 감찰내용 외부유출 의혹 제기”, 2016년 8월 19일자.

26) 아주경제, “이석수 특별감찰관, ‘자리 지킬 이유 없다’ 청와대에 사표 제출”, 2016년 8월 29일자. 같은 날, 초호화 외유 의혹을 받았던 조선일보 송희영 주필도 사의를 표명한다(연합뉴스, “‘초호화 외유’ 의혹 송희영 조선일보 주필 사의표명”, 2016년 8월 29일자).

27) JTBC, “최측근의 증언 ‘최순실, 대통령 연설문 고치기도’”, 2016년 10월 19일자.

28) 연합뉴스, “朴대통령, ‘최순실에 연설문 사전 유출’ 대국민사과”, 2016년 10월 25일자.

29) JTBC, “청와대 비서진 개편...우병우·안종범·‘문고리 3인방’ 교체”, 2016년 10월 30일자.

30) 연합뉴스, “두 野, 우병우 거취 정리 ‘압박’...특검·특별감찰 주장도”, 2016년 7월 19일자; 서울신문, “특별수사팀 구성 ‘병사가 쓰리스타’ 장성 조사하는 것”, 2016년 8월 24일자.

31) TV조선, “기자 노려본 우병우 ‘들어갑시다’...정치권 ‘황제 출석’”, 2016년 11월 6일자.

32) 관련 기사 : 한겨레, “원천 한계 안고 출발한 ‘우병우 의혹’ 특별수사팀”, 2016년 8월 23일자; 노컷뉴스, “우병우 지휘받는 검찰수사 ‘공정성 의문’”, 2016년 8월 23일자; 내일신문, “‘윤갑근 수사팀’ 기대반 우려 반”, 2016년 8월 24일자; 국제신문, “윤갑근 특별수사팀에 쏠린 국민적 관심과 우려”, 2016년 8월 24일자; 법률신문, “특별수사팀 ‘우병우·이석수 동시수사’ 정면 돌파”, 2016년 8월 29일자 등.

예상됐던 우 전 민정수석이 사진상으로는 조사실에서 파카를 입고 팔짱을 낀 채 웃고 있었고, 맞은편에 선 검사들은 오히려 피의자 신분인 우 전 민정수석에게 고개를 숙이고 미소를 지으며 공손한 태도로 서 있었기 때문이다. 검찰의 수사의지를 의심할 수밖에 없는 결정적인 장면이었고,³³⁾ 특별수사팀 역시 별다른 성과 없이 4개월만에 해산함으로써³⁴⁾ 여론의 빈축만 사고 말았다. 이것이 바로 검찰개혁을 요구하는 국민여론을 본격적으로 발화시킨 계기가 된 이른바 ‘우병우 황제소환’ 사건이라고 할 수 있다.

결국 우병우 전 민정수석은 구속 수사를 하겠다는 검찰의 계속된 발표와는 달리³⁵⁾ 대통령 선거를 앞둔 2017년 4월 17일에 불구속 기소되었고,³⁶⁾ 우 전 수석을 수사했던 이영렬 서울중앙지검장은 특별검사로부터 우 전 민정수석과 1천여 회 통화한 것으로 지목된 안태근 법무부 검찰국장과 같은 달 21일 저녁에 금일봉을 주고받으며 부적절한 만찬을 가진 사실이 대통령 선거 이후 드러나면서³⁷⁾ 다시금 국민을 실망시키게 된다.

라. 이른바 비선실세에 의한 국정농단 사태

박근혜 정부의 비선실세로 불리던 정윤희 씨에 대한 감찰이 돌연 중단되고 정 씨를 감찰했던 청와대 행정관이 좌천성 전보 조치를 당했다는 세계일보의 단독보도가 나온 것은 2014년 11월 24일이었다.³⁸⁾ 이른바 ‘문고리 권력 3인방’이나 ‘십상시’의 존재가 세상에 알려지기 시작한 것도 이때의 일이었다.³⁹⁾ 청와대는 세계일보를 명예훼손 혐의로 고소하는 한편, 문건이 유출된 과정을 수사해줄 것을 검찰에 즉각 요청했고,⁴⁰⁾ 문건 유출 혐의를 받았던 서울지방경찰청 소속의 최경락 경위가 수사 도중 자살하게 되자⁴¹⁾ 검찰은 정윤희 문건이나 비선실세와 관련된 의혹이 모두 허위였다는 수사결과

33) 법률신문, “野 ‘우병우 황제소환’ 논란… 檢 수사 의지 의구심’ 질타”, 2016년 11월 8일자.

34) 뉴시스, “우병우·이석수 수사팀, 성과없이 4개월만에 해산…‘민망’”, 2016년 12월 26일.

35) 연합뉴스, “검찰 ‘우병우 영장기각사유·상황 검토해 재청구 여부 판단’”, 2017년 4월 12일자.

36) 머니투데이, “우병우 결국 불구속 기소…8개 범죄사실 법의 심판대에”, 2017년 4월 17일자.

37) 한겨레, “국정농단 수사팀-조사대상 검찰국장…‘부적절한’ 만찬”, 2017년 5월 15일자.

38) 세계일보, “靑 정윤희 감찰 돌연 중단 의혹”, 2014년 11월 24일자; “감찰 행정관 사실상 좌천성 전보 조치”, 2014년 11월 24일자.

39) 세계일보, “朴대통령 측근 행세했던 ‘3인방’, 정씨 ‘정보원’ 노릇”, 2014년 11월 28일자; “비선실 세그룹 ‘십상시’… 국정 정보 교류·고위직 인사 간여”, 2014년 11월 28일자.

40) SBS 뉴스, ““정윤희 문건’ 파문…靑 ‘국정개입 사실무근’ 고소”, 2014년 11월 29일자.

41) 천지일보, “‘정윤희 문건’ 유출 혐의 최모 경위 자살… 고향집 부근 차량서 발견”, 2014년 12월

를 발표한다.⁴²⁾ 이 사건은 일부 언론의 ‘찌라시 선동’ 정도로 치부되면서⁴³⁾ 국민의 관심에서 멀어졌다.

비선실세의 국정농단이 다시 주목을 받게 된 것은 그로부터 2년 가까이 지난 2016년 9월 20일에 한겨레가 미르재단과 K스포츠재단 관련 의혹을 단독보도한 것이 계기가 되었다.⁴⁴⁾ 정윤희 문건유출 사건과 관련하여 구속·기소된 박관천 경정의 “최순실이 권력서열 1위”라는 발언도 재조명되었고,⁴⁵⁾ 정치권에서도 대통령에 대한 탄핵이 거론되기 시작했다.⁴⁶⁾

이후 두 재단과 관련된 최순실 씨와 안종범 청와대 정책조정수석의 개입 의혹,⁴⁷⁾ 최순실 씨의 딸인 정유라 씨에 대한 이화여대 등의 특혜 의혹,⁴⁸⁾ 최순실 씨가 박근혜 대통령의 연설문을 수정한 의혹⁴⁹⁾ 등이 연이어 보도되면서 비선실세의 국정농단은 다시금 주목을 받게 되었고, 최순실 씨의 태블릿을 입수하여 분석한 결과 박근혜 대통령의 연설 전에 최순실 씨가 연설문을 받았다는 사실이 JTBC 뉴스를 통해 2016년 10월 24일에 보도되면서⁵⁰⁾ 무능하고 무책임한 대통령의 모습에 다수의 국민들이 분노하기 시작했다. 연설문의 유출은 정윤희 문건 유출을 국기문란 행위라고 비난했던 과거의 상황과 대비되었고,⁵¹⁾ 대국민 사과에도 불구하고 대통령의 국정지지도가 14%까지 하락하게 되자 박근혜 대통령은 우병우 민정수석과 정호성 부속비서관, 이재만 총무비서관, 안봉근 국정홍보비서관 등 이른바 ‘문고리 권력 3인방’의 교체를 단행하게 된다.⁵²⁾ 하지만 이런 조치로는 국민들의 분노를 잠재울 수 없었고, 같은

13일자.

42) 경향신문, “모두 허위... ‘정윤희 문건’ 관련 수사 사실상 마무리 수순”, 2015년 1월 5일자.

43) 뉴스타운, “신뢰에 무너진 찌라시 선동”, 2014년 12월 9일자.

44) 한겨레, “K스포츠 이사장은 최순실 단골 마사지 센터장”, 2016년 9월 20일자; “전경련이 돈 건고 문체부 초고속허가... ‘미르’ ‘K스포츠’ 판박이”, 2016년 9월 20일자; “정권 핵심과 ‘미르-케이스포츠-최순실’ 연루 의혹”, 2016년 9월 20일자. 참고로, 미르재단과 K스포츠재단 관련 의혹을 최초로 보도한 언론기관은 TV조선이었다(TV조선, “미르·K스포츠 회의록 판박이...배후는 동일인?”, 2016년 8월 3일자).

45) 고발뉴스, “‘정윤희 문건’ 박관천 ‘최순실 권력서열 1위’ 발언 재조명”, 2016년 9월 20일자.

46) 뉴스스, “노회찬 ‘미르재단 의혹, 사실이면朴대통령 탄핵감’, 2016년 9월 20일자.

47) 고발뉴스, “朴 비선실세 최순실, K스포츠 설립·운영 깊숙이 개입”, 2016년 9월 20일자.

48) 한겨레, “최순실 도넛은 개입... ‘승마하는 딸’ 고비마다 특혜 논란”, 2016년 9월 26일자.

49) JTBC, “최측근의 증언 ‘최순실, 대통령 연설문 고치기도’”, 2016년 10월 19일자.

50) JTBC, “최순실 PC 파일 입수... 대통령 연설 전 연설문 받았다”, 2016년 10월 24일자.

51) 중앙일보, “청와대 연설문 사전 유출 의혹으로 다시금 조명되는 ‘국기문란’ 사건”, 2016년 10월 25일자.

52) 동아일보, “지지도 14%까지 추락... 한밤중 수석들 사표 제출 전격 지시”, 2016년 10월 29일자.

날인 2016년 10월 29일부터 ‘박근혜 퇴진’과 ‘이게 나라냐’ 등을 외치는 촛불시민주의 광장이 열리기 시작했다.

이때 검찰의 행보는 한편으로는 기민했지만, 다른 한편으로는 ‘소걸음 수사’, ‘뒷북 수사’라는 비난을 받을 정도로 미흡했다.⁵³⁾ 의혹이 제기된지 보름만인 2016년 10월 5일에야 검찰은 미르재단과 K스포츠재단과 관련된 제반 의혹에 대한 수사를 형사부의 막내적인 서울중앙지방검찰청 형사8부에 배당했을 뿐만 아니라⁵⁴⁾ 이미 증거인멸에 대한 우려가 제기된 이후에 수사진을 편성했고,⁵⁵⁾ 수사팀을 기존 2명에서 5명으로 늘려 본격적으로 수사에 착수한 시점인 10월 21일에는 의혹의 주요 당사자인 최순실 모녀, 차은택 아프리카픽처스 대표, 정현식 K스포츠재단 사무총장, 고영태 더블루케이 이사 등이 이미 외국으로 출국한 상태였기 때문이다.⁵⁶⁾ 최순실 씨가 입국한 이후에도 곧바로 긴급체포하지 않음으로써 최순실 씨가 검찰의 신문에 대비하여 미리 준비할 시간을 주었다는 의심도 받았다.⁵⁷⁾

반면, 박영수 특별검사팀은 현판식 당일인 2016년 12월 21일부터 국민연금공단, 보건복지부 등을 압수수색했고, 이후에도 정유라 지명수배(12월 22일), 문형표 전 보건복지부 장관 구속(12월 31일), 이재용 삼성전자 부회장 소환(2017년 1월 12일), 김기춘 전 청와대 비서실장, 조윤선 문화체육관광부 장관 구속(1월 21일), 청와대 압수수색 시도(2월 3일), 최경희 전 이화여자대학교 총장 구속(2월 15일), 이재용 부회장 구속(2월 17일) 등 발빠른 행보를 보였다.⁵⁸⁾ 비록 박근혜 대통령에 대한 대면조사, 청와대 압수수색, 우병우 전 민정수석 구속 등은 성공하지 못했지만, 조직규모와 권한에서 검찰보다 열위에 있음에도 불구하고 현저히 대비되는 성과를 90일에 불과한 짧은 기간에 거뒀다고 할 수 있었다. 검찰 역시 박근혜 대통령의 탄핵인용이 결정된 2017년 3월 10일부터 20여일만인 2017년 3월 31일에 박근혜 전 대통령을 구속하는 개과를 올렸지만, 우병우 전 민정수석 수사와 관련한 잇따른 악수(惡手)로 인해 무능하

53) 서울신문, “이런 ‘소걸음 수사’로 최씨 의혹 밝히겠나”, 2016년 10월 25일자; 국민일보, “특검 부추기는 검찰의 뒷북 수사”, 2016년 10월 26일자.

54) 연합뉴스, “檢, ‘미르·K스포츠 의혹’ 수사착수…형사부 배당”, 2016년 10월 5일자.

55) 한겨레, “‘미르·K재단 문건 모두 없애라’ 문서파쇄 증거인멸”, 2016년 9월 30일자.

56) 경향신문, “이미 다…해외로 나갔고, 이제야…수사팀 키우고”, 2016년 10월 21일자.

57) 오마이뉴스, “최순실 ‘하루 기다려달라’, ‘증거 인멸’ 시간 벌기?”, 2016년 10월 30일자.

58) 경향신문, “박근혜·최순실 게이트 특검 90일, 그 시작과 끝”, 2017년 3월 1일자 참조.

고 무책임한 권력에 휘둘린 무능하고 무력한 정치검찰이란 오명(汚名)까지는 떨쳐내지는 못했다.

2. 사법개혁 연구의 시대적 요청과 한계

이른바 비선실세에 의한 국정농단 사태를 겪으며 국민들은 무능하고 무책임한 권력의 몰락 과정을 생생하게 목도했다. 그리고 그런 무능하고 무책임한 권력에 조력하고 이들의 비리를 비호한 일부 법조인의 민낯도 국민들은 생생하게 목도했다. 그렇게도 법질서 수호를 강조해온 정권이었지만 정작 그들 안중에는 법과 정의가 없었고, 높은 지위를 보장해줄 권력과 금전적 대가를 지불해줄 자본 앞에 이들은 굴종했다. 침몰하는 여객선에 304명의 승객을 수장시키고도 제살길만 찾았던 무능함과 무책임함을 국민들은 이들에게서도 다시 확인할 수 있었다. 그리고 우리 삶의 터전인 대한민국이 어느 새 ‘무능하고 무책임한 이들이 오히려 권력과 명예를 독점하고 축재(蓄財)할 수 있는 나라’로 전락해있는 현실에 누구라도 절망하지 않을 수 없었을 것이다.

하지만 침몰하는 대한민국을 국민의 한 사람으로서 마냥 지켜볼 수는 없고, 일련의 게이트에서 드러난 고질적인 우리 사회의 적폐와 비리를 끊어내서 ‘누군가는’ 무너진 국가·사회 체계를 다시 일으켜 세워야 한다. 대한민국은 대한민국이 민주공화국이라고 선언한 헌법 제1조 제1항의 규정 때문에 민주공화국인 것이 아니라 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”고 하는 헌법 제1조 제2항의 규정 때문에 비로소 민주공화국으로서의 실질을 가지게 되는 것이라면 ‘다른 누군가’가 대한민국을 재정립해주는 것이 아니라 국민 스스로가 침몰하는 나라를 구하기 위해 실천하고 행동해야 할 것이다. 어떤 개혁도 혼자서는 할 수 없고, 사람들의 뜻을 모으고 마음을 움직여야 해낼 수 있다. 국민 한 사람, 한 사람의 뜻을 모아 함께 내딛는 한 걸음이 대한민국의 더 나은 내일을 여는 밑거름이 될 수 있는 것이다.

그런데 형사정책 분야에서의 적폐 청산과 사법기관 개혁을 위한 분석·연구는 한국 형사정책연구원의 본분(本分)에 속하는 일이므로⁵⁹⁾ 부패권력과 적폐세력에 의해 국가

59) 한국형사정책연구원 정관 제2조(목적) 연구원은 경제·인문사회연구회 소속 연구기관으로서 범죄의 실태와 원인 및 그 대책을 종합적·체계적으로 분석·연구함으로써 국가의 형사정책수립과 범죄방지에 이바지함을 목적으로 한다.

시스템이 붕괴되는 상황을 미연에 방지하지 못한 책임에서 국책연구기관이라고 해서 예외(例外)일 수는 없을 것이다. 만시지탄(晩時之歎)일 수도 있지만, 권력의 사유화와 부정부패, 민주주의 파괴와 각종 사회경제적 적폐로 얼룩진 대한민국을 구해내기 위하여⁶⁰⁾ 국가권력의 사유화로 붕괴된 국정운동을 개편하고 권력기관의 민주적 개혁을 추진하는 데 있어서 국책연구기관인 한국형사정책연구원이 기여할 수 있는 부분이 반드시 있을 것이고, 그것이 바로 ‘형사사법시스템 및 형사사법기관의 개혁’, 즉 “사법개혁”이라고 생각했다.

그런데 2016년 12월 9일에 박근혜 전 대통령의 탄핵소추안이 의결되면서 국내외적 정책환경이 급변하였다. 그래서 이러한 상황에서 한국형사정책연구원은 사법개혁 연구의 추진기반을 마련하기 위하여 사법제도연구실을 사법개혁연구실로 변경하는 직제 개편을 지체 없이 단행하였고, 개혁 성향이 강한 젊은 연구자를 중심으로 부서를 새로이 편성하였다.⁶¹⁾ 정부방침에 의한 ‘위로부터의 개혁’이 아니라 개혁성향 연구자들의 건의에 따른 ‘아래로부터의 개혁’이었던 만큼, 1989년 개원 이래 30년 가까이 축적되어온 탄탄한 연구성과와 노하우를 바탕으로 근본적인 해법을 빠른 시간 내에 무리 없이 도출해낼 수 있을 것으로 기대했었다.

그런데 최근 10년여 간 ‘형사정책과 사법개혁에 관한 조사·연구 및 평가’, ‘한국의 형사사법체계 및 관리에 관한 연구’ 등의 다년 연구과제, ‘공판 관련 조직구조 및 직무 개편’, ‘각국의 사법행정제도 비교 연구’ 등의 용역연구과제와 같이 사법개혁과 관련한 주목할 만한 연구성과가 적지 않았고, 사법개혁 관련 연구에 대한 한국형사정책연구원의 인식이 변화하였음에도 불구하고 현안(懸案)이 되는 쟁점(爭點)에 대한 직접적인 연구성과가 부족하거나, 개별 연구내용에 산재해있어 이를 적극적으로 활용할 수 없는 한계상황에 직면했다. 이는 정부가 중점 추진하는 국정과제와 기관장의 경영목표에 따라 연구를 수행할 수밖에 없는 제한된 연구환경에서 그 원인을 찾을 수도 있겠지만, 검찰, 경찰, 법원 등 유관기관 간의 이해가 첨예한 현안에 대해서는 국책연구기관의 특성상 중립(中立)을 지킬 수밖에 없었기 때문에 사법개혁 연구가 활성화되지 못한 것이 보다 근본적인 원인이라고 말할 수 있을 것이다.

60) 국정기획자문위원회, 문재인정부 국정운영 5개년 계획, 2017. 7. 23면 참조.

61) 직제는 2016년 12월 19일자로 개편하였고, 인사는 2016년 12월 20일자로 발령하였다.

하지만 국민이 아니라 유관기관만 바라본 연구중립성은 개혁을 갈망하는 시대적 요청에 부합하지 않으므로 한국형사정책연구원 역시 변화할 필요가 있고, 그런 만큼 사법개혁 연구의 주관부서로서의 사법개혁연구실 신설이 한국형사정책연구원에 필요했다고 생각한다. 다만 사법개혁 연구를 위해서는 관련 연구 콘텐츠뿐만 아니라 전문성 있는 숙련인력도 필요할 것인데, 젊은 연구자를 중심으로 부서를 편성한 만큼 열의만큼의 연구역량이 아직 충분치 않을 수도 있다. 그래서 현재의 연구성과와 인력으로는 사법개혁 추진과정에서 한국형사정책연구원이 소외될 우려가 있다는 내부의견도 있었고, 실제로도 한국형사정책연구원이 공동개최한, 2회에 걸친 사법개혁 현안 관련 학술 세미나에서 정작 한국형사정책연구원 소속의 연구자는 아무도 발표자로 나설 수 없었다.⁶²⁾ 더 나은 적격자가 있다면 사법개혁 추진과정에서 한국형사정책연구원 소속의 연구자가 소외되더라도 중요한 일은 아니겠지만, 1회성으로 그치는 것이 아니라 장기간 지속되어야 하는 사법개혁 연구의 특성상 향후 사법개혁연구실이 추진하는 개혁과제의 신뢰도와도 상관되는 문제인 만큼 이러한 우려들부터 불식시켜야만 했다.

이러한 우려를 극복하는 방안은 다음과 같은 2가지 방향으로 모색되었다. 먼저, 사법개혁연구실 주도 하에 관련 주제를 자유롭게 유연하게 논할 수 있는 자율 연구모임을 병렬적으로 운영함으로써 사법개혁연구실원으로 한정된 사법개혁 연구의 인력기반을 사법개혁 연구 참여를 희망하는 한국형사정책연구원의 모든 연구자로 확대하고자 하였고, 관련 외부 전문가·실무자와의 포럼을 병행함으로써 연구콘텐츠를 보강하고자 하였다. 또한, 차기 정부의 출범에 앞서 사법개혁과 관련한 법원, 법무부, 검찰, 경찰 등의 정책현안을 중심으로 하여 관련 연구성과를 망라하고 과제별·쟁점별로 기초자료를 축적해놓을 수 있는 연구과제를 개발하여 사법개혁연구실원이 함께 연구함으로써 개혁의 방향성에 대한 연구자 간의 공감대를 형성하는 한편, 향후 사법개혁 추진의 동력(動力)이 될 수 있는 연구콘텐츠와 연구인력을 확충하고자 하였다.

62) 2017년 2월 13일에 이화여자대학교에서 한국형사소송법학회와 공동개최한 “한국의 형사사법개혁 I: 검찰개혁” 학술세미나에서는 정웅석 교수(서경대학교)와 장영수 교수(고려대학교)가 ‘검찰개혁의 바람직한 방향’과 ‘독립적 특별수사기구 도입의 타당성 여부’를 각각 발표하였고, 2017년 3월 22일에 서울대학교에서 한국공법학회·서울대학교 법학연구소와 공동개최한 “한국의 형사사법개혁 II: 강제처분의 현대적 의미와 인권보호” 학술세미나에서는 이우영 교수(서울대학교)와 김성룡 교수(경북대학교)가 ‘각국 헌법상 인신구속제도의 의미 고찰’과 ‘검사 영장청구권의 현대적 의미 검토’를 각각 발표하였다.

이 연구는 이러한 배경 하에서 기획되었고, 차기 정부의 출범 전에 마무리될 수 있도록 단기의 수시연구과제로 편성하면서도 정책연구면서도 기초연구의 성격이 강한 과제인 점을 감안하여 연구기간을 5개월로 정하였다.

3. 연구의 목표

이 연구는 당초 다음과 같이 2가지 방향으로 목표를 설정하였다.

먼저, 사법개혁 추진에 앞서 기관 차원에서 이를 사전 대비하고자 하였다. 이는, 이른바 비선실세에 의한 국정농단 사태와 이로 인한 현직 대통령의 탄핵소추 사태가 발생함에 따라 조기 대통령 선거 정국이 형성되었고, 그 과정에서 개헌 또는 개혁을 향한 국민여론이 조성되고 있어 조만간 검찰개혁 등 사법개혁이 대통령 선거 과정 또는 차기 정부 출범 이후에 본격적으로 추진될 것으로 예상된다는 전제 하에 한국형 사정책연구원은 형사정책 분야의 국책연구기관으로서 이러한 사법개혁 추진과정에 이론적·정책적 기초자료를 제공할 시대적 사명이 있다고 보았기 때문이다. 이 연구는 이를 위하여 사법개혁과 관련한 법원, 법무부, 검찰, 경찰 등의 정책현안을 중심으로 하여 사법개혁에 관한 현안과제를 발굴하는 한편, 내외부 연구인력을 최대한 활용하여 관련 연구성과를 망라하고 과제별·쟁점별로 기초자료를 축적해놓음으로써 향후 사법개혁 추진을 위한 사전 준비작업을 수행하고자 하였다.

또한, 이 연구를 통하여 차기 정부의 사법개혁 장기 로드맵 설정을 위한 기초자료를 제공하고자 하였다. 이는, 검찰개혁 논의와 맞물려 고위공직자비리수사처 설치, 검찰의 직접 수사권 폐지, 수사권과 기소권의 분리, 검사장 선출제, 법원 구성의 다양성 확보, 상설(기구)특별검사제 도입 등 다양한 방안이 활발하게 논의되고 있으나, 장기적인 안목에서 형사사법시스템 전반을 돌아봄이 없이 지엽적, 산발적인 논의로 진행되고 있는 현상에 대한 우려에서 기인한다. 인수위원회에 의한 인수절차 없이 선거 후 즉시 출범하는 새 정부가 이러한 방안들의 장단점과 파급효과를 단기간에 파악하기란 간단치 않을 것이라고 예상되므로 이 연구과정에서 발굴된 현안과제의 쟁점연구를 통하여 차기 정부의 장기적인 사법개혁 로드맵 설정을 위한 기초자료를 제공하고 자 하였다.

그런데 이 연구를 제안했던 2017년 2월 23일 당시만 하더라도 박근혜 대통령에 대한 탄핵이 인용될지 여부뿐만 아니라 헌법재판소의 탄핵결정 시기조차 불투명했고, 당리당락에 따라 공약마저 천차만별인 상황에서 차기 정부를 인수할 정치세력의 윤곽조차 불확실했다. 최악의 경우는 차기 정부가 2018년 3월에야 출범할 수도 있는 상황이었다. 그런데 2017년 3월 10일, 대통령에 대한 탄핵이 인용되면서 5월 9일 조기대선 정국이 실제로 열리고, 새 정부가 5월 10일에 출범하면서 상황은 급변하였다. 인수위원회가 없었음에도 불구하고 새 정부는 국정기획자문위원회를 적극적으로 활용하여 ‘100대 국정과제’뿐만 아니라 장기 로드맵이라고 할 수 있는 ‘국정운영 5개년 계획’까지 조각(組閣)도 완료되기 이전인 2017년 7월 19일에 발표하였고, 국민을 위한 검찰상 확립, 검찰인사 중립성·독립성 확보, 광역단위 자치경찰, 경찰개혁 등을 주요 내용으로 하는 “국민의, 국민을 위한 권력기관 개혁” 과제를 ‘국민이 주인인 정부’라는 목표 아래 ‘권력기관의 민주적 개혁’ 전략을 추진하기 위한 13번 국정과제로서 제시하였다.

이미 새 정부의 사법개혁 장기 로드맵과 사법개혁 프레임이 확정된 만큼 이 연구 자체의 필요성이 반감될 수밖에 없겠지만, 사법개혁은 단기간에 결정할 수 있는 사안 이 아닐 뿐만 아니라 국민여론의 향배에 따라서는 개헌(改憲)을 전제로 원점(zero-base)에서 다시 논의해야 하는 상황이 발생할 수도 있으므로 이 연구의 결과를 새 정부의 사법개혁 로드맵과 프레임에 무리하게 맞추기 위해 설익은 대안이나 해법을 제시하기보다는 초심(初心)대로 사법개혁 추진을 위한 기초자료를 축적하는 것만을 연구의 목표로 삼기로 했다. 사법개혁이라는 광범위하면서도 민감한 주제를 대상으로 5개월이란 단기간에 속성으로 진행한 연구인 만큼 대안이나 해법까지 확정적으로 제시하기에는 아직 이르기도 하고, 투입된 연구인력을 장차 개혁의 일꾼으로 발전시키기 위해서는 이들의 안목을 키우고 생각을 익힐 시간이 더 필요하기 때문이기도 하다. 뿐만 아니라 그간 법률전문가들이 독점해왔던 사법개혁 관련 쟁점의 장단점을 국민의 눈높이에서 풀어주는 이런 작업들이 ‘국민이 주인인 정부’에서 더욱 필요한 과정일지도 모른다.

제2절 연구의 범위와 방법

1. 연구의 기본 프로세스

이 연구의 프로세스는 “사법개혁 관련 현안과제 발굴 ⇒ 현안과제의 쟁점 도출 및 연구추진 우선순위 선정 ⇒ 우선추진 현안 정책과제에 대한 쟁점별 집중 연구”라는 3단계로 설계하였다. 또한, 검찰개혁을 바라는 국민적 열망을 모르는 바는 아니지만 상호 관련 하에 구축된 형사사법시스템에서 검찰만을 떼어내서 개혁하는 것은 물리적으로 불가능하고, 국민의 눈에는 형사사법 종사자 모두가 동일체일 것이기 때문에 개혁을 해야 한다면 검찰뿐만 아니라 법원, 경찰 등 형사사법 전반에 대한 개혁이 동시에 진행될 필요가 있다는 전제에서 연구의 범위는 ‘사법개혁 전반’으로 설정하였다. 나아가 개헌을 전제로 한 큰 그림을 그리기 위해서는 원점(zero-base)에서 고민할 필요도 있기 때문에 연구의 범위에 특별한 한정을 두지 않았다.

이에 따라 사법개혁 관련 현안과제 발굴을 위하여 ① 한국형사정책연구원의 기존 연구성과를 정리·분석하였고, ② 법원, 법무부, 대검찰청, 경찰청, 대한변호사협회 등 유관기관의 정책과제를 수집·분석하였으며, ③ 자유한국당, 더불어민주당, 국민의당, 바른정당, 정의당 등 주요 정당의 정책과제를 수집·분석하였다. 또한, 현안과제의 쟁점 도출 및 연구추진 우선순위 선정을 위해서 대검찰청 형사정책단, 경찰청 수사구조개혁단과의 정책연구실무협의회를 개최하여 최근 정책동향에 대한 정보를 서로 공유하였으며,⁶³⁾ 원내 자율연구모임인 ‘법무현안연구회’⁶⁴⁾ 및 파견 연구위원과의 간

63) 대검찰청 형사정책단(이제영 검사, 이동언 검사, 서현욱 검사, 한연규 검사, 백승주 검사, 한문혁 검사 배석)과의 정책연구실무협의회는 2017년 4월 17일에, 경찰청 수사구조개혁단(황운하 경무관, 최종상 총경, 곽문준 경정, 탁광오 경정, 성문규 경위, 송지현 경감 배석)과의 정책연구실무협의회는 2017년 4월 25일에 개최하였으며, 당시 국제인권법연구회 압박 의혹을 받아 내홍을 겪고 있던 법원과의 정책연구실무협의회는 따로 추진하지 않았다.

64) 자율 연구모임의 명칭을 ‘법무현안연구회’로 한 것은 법무부 탈검찰화, 법원의 탈행정화, 경미범죄 및 행정형벌의 비범죄화, 전판예우 및 법조비리 근절 등 장기적이고 거시적인 안목에서 논의되어야 할 현안과제들이 사법개혁 과제 외에도 적지 않기 때문에 향후 화두의 제한 없이 자유롭게 토의하기 위한 사전 포석이라고 할 수 있다. 법무현안연구회는 신의기 선임연구위원, 강석구 선임연구위원, 임석순 부연구위원, 한민경 부연구위원, 김정연 부연구위원, 이유나 초빙연구위원, 최혜선 인턴연구위원, 도규엽 인턴연구위원, 최소는 인턴연구위원(이상 사법개혁연구실), 박준휘 선임연구위원, 최지선 초빙연구위원(이상 일반범죄연구실), 이승현 연구위원, 김대근 연구위원(이상 특수범죄연구실), 홍영오 연구위원(범죄통계연구실), 김민이 초빙연구위원(인권·미래정책연구실), 안미영 부장검사(연구위원실), 이승진 전문원(국제전략협력실) 등이 참여하였다.

담회도 적극 활용하였다.

이러한 과정을 통하여 적어도 형사정책 분야에서는 ‘검찰개혁 등 형사사법기관의 근본적 개혁’이 최우선적으로 달성해야 할 선결과제라는 사실을 재확인했고, 우선추진 현안 정책과제로서 “① 경찰개혁, ② 검찰의 중립성 확보, ③ 검찰(기소)의 공정성 확보, ④ 법원개혁, ⑤ 형사사법에 있어서의 시민참여” 등 5개 과제를 도출하였다. 이는 국민들이 갈망하는 검찰개혁을 주된 목표로 삼으면서도 사법개혁이라는 ‘큰 틀’ 속에서 경찰개혁과 법원개혁을 함께 도모하기 위함이며, 보고서의 편제 역시 개혁 추진의 시급성에 따라 “경찰개혁 — 검찰개혁 — 법원개혁”의 순으로 정하였다. 다만 ‘국민에 의한 견제와 감시’ 기능의 중요성을 감안하여 이 내용을 ‘형사사법에서의 시민참여’로서 별도의 장(章)으로 구성했고, 중요성이 상대적으로 높은 검찰개혁의 경우는 ‘검찰의 중립성 확보’와 ‘검찰(기소)의 공정성 확보’를 중심으로 다시 2개의 장으로 나누었다. 그리고 연구진의 전공과 선호도 등을 고려하여 경찰개혁 방안은 연구책임자인 강석구 사법개혁연구실장이, 검찰의 중립성 확보 방안은 임석순 부연구위원이, 검찰(기소)의 공정성 확보방안은 김정연 부연구위원이, 법원개혁 방안은 신의기 선임연구위원이, 형사사법에 있어서 시민참여 방안은 한민경 부연구위원이 각자의 책임 아래 자율적으로 쟁점별 집중연구를 수행하였다.

2. 쟁점별 집중연구

쟁점별 집중연구는 국내의 문헌연구 및 법제분석의 방법으로써 수행하였다. 다만 현안과제별로 보다 집중연구가 필요한 쟁점에 대해서는 선행연구자를 초청하여 법무현안연구회와 연계한 전문가 포럼을 개별 연구진의 주관 아래 총 5회에 걸쳐 개최하였다.

전문가 포럼으로서 ① ‘경찰개혁’과 관련해서는 장신중 소장(경찰인권센터)과 황문규 교수(중부대학교)가 경찰개혁 전반에 대한 의견을 발표하였고, 손영조 경정(법제처 헌법개정지원단 파견)이 이에 대해 토론하였다. ② ‘검찰의 중립성 확보’와 관련해서는 신동일 교수(국립 한경대학교)가 검찰개혁 전반에 대한 의견을, 이원상 교수(조선대학교)가 검찰의 독립성 확보와 관련한 의견을 발표하였고, ③ ‘검찰(기소)의 공정성 확보’와 관련해서는 박경규 박사(경북대학교)가 독일의 기소강제절차에 대한 의견을, 배상균

박사(한국외국어대학교)가 일본의 검찰심사회에 대한 의견을 발표하였다. ④ ‘법원개혁’과 관련해서는 원소연 실장(한국행정연구원)이 독일의 연방대법관 선출방법에 대한 의견을, 임성근 박사(한국행정연구원)가 일본의 최고재판소 재판관 선출방법에 대한 의견을 발표하였고, ⑤ ‘형사사법에 있어서의 시민참여’와 관련해서는 지유미 교수(대구대학교)가 미국 대배심제도에 대한 의견을, 안세영 간사(국제엠네스티 한국 지부)가 경찰 감시자로서 시민참여의 한계와 개선방향에 대한 의견을 발표하였다. 모든 포럼에서 법무현안연구회 회원들이 토론에 참여하였으며, 포럼의 발표문은 자료집으로 정리하여 필요한 경우 연구내용에 수렴하였다.

쟁점별 집중연구의 과정에서는 연구방향이나 세부 연구내용에 대한 특별한 제약을 두지 않고 개별 연구자에게 일임하였고,⁶⁵⁾ 전문가 포럼 과정에서도 발표주제에 대한 특별한 제약을 두지 않았다. 그런 까닭에 현안 정책과제들 간에 쟁점이 중첩되는 부분도 상당 부분 발생하게 되었지만, 사법개혁을 위한 다양한 의견을 수렴하기 위해서는 이들에게 특정 프레임에 갇힌 예단(豫斷)과 편견(偏見)을 갖지 않도록 하는 것이 보다 중요하다고 판단했다. 한편, 당초 현안과제 중에서 차기 정부의 국정과제로의 편입이 시급한 쟁점에 대해서는 집중연구 과정 중이라도 이슈페이퍼 발간을 추진할 계획이었지만, 새 정부의 국정과제가 이미 확정된 점을 감안하여 이슈페이퍼 발간은 추진하지 않기로 하였다.

65) 각 장의 편제나 문헌인용 방식 등 형식적인 면에 있어서도 공동연구진 각자의 전공과 개성을 존중하여 양식을 특별히 통일하지 않았다.

경찰 개혁방안의 쟁점

강 석 구

경찰 개혁방안의 쟁점

제1절 경찰개혁의 필요성과 한계

1. 수사에 있어 경찰에 의한 인권 침해상황 개선 필요

새 정부가 출범한지 보름만인 2017년 5월 25일에 조국 청와대 민정수석은 국가인권위원회 관련 대통령 지시사항을 전달하면서 대통령 지시사항과는 별도로 민정수석실의 검토의견을 다음과 같이 제시하였다.⁶⁶⁾

“여러분, 통계가 배부된 바 있는데…; 기관별 침해 사건의 통계를 보면 경찰, 구금시설이 절대 다수를 차지하고 있습니다. 이는 경찰, 구금시설 두 기관의 민원인들에 대한 태도에서 인권 침해적 요소가 상대적으로 강하다는 유력한 방증으로 보이므로 이에 대한 개선책을 구체적으로 마련해 줄 것을 요청합니다. 특히 경찰의 경우 향후 수사권 조정에 대한 강한 염원을 피력하고 있는 것으로 알고 있습니다. 민정수석실에서는 수사권 조정의 필수적 전제로서 인권 친화적 경찰을 어떻게 구현할 것인지에 대해서 경찰 자체에서 구체적이고 실행 가능한 방안을 마련할 것을 요청드립니다.”⁶⁷⁾

이러한 민정수석실의 의견에 대해 일부 언론은 ‘검·경 수사권 조정을 위한 사전 포석’으로 이해했지만,⁶⁸⁾ 이날 문재인 대통령의 지시사항은 ‘국가인권위원회 위상의

66) (국가인권위원회와 관련한) “문재인 대통령의 지시에 기초해서 민정수석실은 추가적으로 몇 가지 사항을 검토하였습니다.”(청와대 브리핑, “조국 민정수석, 국가인권위 위상 제고 방안 관련”, 2017년 5월 25일자).

67) 청와대 브리핑, 앞의 기사.

68) 한국일보, “‘경찰 인권의식 개혁’ 요구… 검·경 수사권 조정 길 닦기”, 2017년 5월 25일자; 한겨레, “‘검·경수사권 조정’ 운젠 청와대”, 2017년 5월 25일자; 국제신문, “검경 수사권 조정 공식화… 조국 민정수석, 개혁방향 언급”, 2017년 5월 25일자. 이와 관련하여 —대통령이 직접 수사권

제고'와 '국가인권위원회 권고 수용 상황 점검 및 권고 수용률 제고'라는 2가지로 요약되므로⁶⁹⁾ 오히려 '검·경 수사권 조정을 위한 필수 전제조건으로서의 인권 친화적 경찰개혁'을 경찰에 주문한 것으로 보아야 할 것이다.

청와대에서 이렇게 주문할 수밖에 없었던 배경에는, 국가인권위원회의 인권통계에 의하면 2001년부터 2016년까지 국가인권위원회가 접수한 전체 인권침해 상담건수 115,596건 중 20.99%에 해당하는 24,265건이 경찰과 관련된 사항이었고,⁷⁰⁾ 그 중 수사와 관련한 '불리한 진술 강요, 심야·장시간 조사, 편파 부당수사'가 5,639건(23.24%), '폭행, 가혹행위, 과도한 장구 사용'이 5,419건(22.33%), '폭언, 욕설 등 인격권 침해'가 4,062건(16.74%), '피의사실 유포, 개인정보 관리 등'이 1,242건(5.11%), '체포, 구속, 감금'이 1,037건(4.27%), '체포이유 등 권리 불고지, 가족 마통지'가 551건(2.27%), '압수수색, 과도한 신체검사'가 617건(2.54%) 등 건수가 경찰 관련 인권침해 건수의 4분의 3에 이르는 18,224건(75.10%)이었기 때문이다.⁷¹⁾ 다만 2016년도에는 연간 인권침해 상담건수 14,421건 중 14.01%인 2,020건만 경찰과 관련된 사항이었지만,⁷²⁾ 수사 관련 인권침해 상담건수는 여전히 그 중 75.19%인 1,519건이었으며,⁷³⁾ 인권침해 상담건수가 —비록 조직 규모는 경찰보다 작지만— 검찰[총 4,251건(3.68%), 2016년 179건(1.24%)]이나 사법기관[총 1,727건(1.49%), 2016년 131건(0.91%)]에 비하면 현저히 많고, —조직 규모가 경찰보다 현저히 크고 인권침해 요소도 적지 않은— 각급 학교[총 5,219건(4.51%), 2016년 997건(6.91%)]나 군[총 3,755건(3.25%), 2016년 311건(2.16%)]보다도 많기 때문에⁷⁴⁾ 경찰 관련 인권침해 상황은 여전히 근본적인 개선이 필요한 부분이라고 생각한다. 그래서 이를 외부의 개입 또는 법률 개정 없이

조정을 언급한 바 없음에도— 문재인 대통령이 경찰 수사권 조정을 지시했다거나(한국경제TV, “문재인 대통령, 국가인권위 위상 제고·경찰 수사권 조정 지시”, 2017년 5월 25일자), —경찰과 구금기관을 구별하여 인권 침해 실태를 지적했음에도 불구하고— 경찰에 대해 과잉구금 개선을 요구했다는(매일경제, “수사권 달라는 경찰 향해 ‘과잉구금 먼저 개선하라’”, 2017년 5월 25일자) 언론기사도 있었다.

69) 청와대 브리핑, 앞의 기사.

70) 국가인권위원회, 2016 인권통계, 2017. 6. 38면 참조.

71) 수사 관련 인권침해 건수는 열거한 유형 이외에도 ‘도·감청 등’ 83건, ‘압수수색(주거) 등’ 80건, ‘변호인의 접견교통권’ 45건을 포함한 수치이다(국가인권위원회, 앞의 통계, 40면 참조).

72) 국가인권위원회, 앞의 통계, 38면 참조.

73) 국가인권위원회, 앞의 통계, 40면 참조. 참고로, 검찰수사 관련 인권침해 상담건수는 2016년도에는 88건(49.16%)이었다.

74) 국가인권위원회, 앞의 통계, 38면 참조.

경찰의 자체 개혁만으로 시정하는 것은 현실적으로 기대하기 어렵기 때문에 청와대 민정수석실은 ‘국가인권위원회 감시권한의 실질화’를 통해서 경찰 관련 인권침해 상황을 시정하고자 한 것으로 판단된다.

그런데 이와 관련하여 국정기획자문위원회는 2017년까지 경찰권 분산 및 인권친화적 경찰 확립 실행방안 등과 연계하여 수사권 조정안을 마련하고 2018년부터는 수사권 조정안을 시행한다는 계획을 밝히는 한편, 경찰권 분산 실행방안으로는 ‘광역단위 자치경찰제’를 2017년 관련 법률 제·개정, 2018년 시범 실시 후 2019년에 전면 실시한다는 계획을 밝히고, 인권친화적 경찰 확립 실행방안으로는 ‘경찰위원회 실질화를 통한 민주적 통제 강화’와 ‘국가인권위원회 권고사항 전향적 수용방안 마련’을 제시하고 있다. 또한, 경찰개혁을 위해 2017년부터 경찰진압장비 사용 요건을 법규화하고, 2018년부터 인권영향평가제를 실시한다는 계획도 함께 밝히고 있다.⁷⁵⁾

이는 청와대 민정수석실에서 ‘검·경 수사권 조정을 위한 필수 전제조건으로서의 인권 친화적 경찰개혁’을 경찰에 주문한 것과는 달리, 국정기획자문위원회는 검·경 수사권 조정을 경찰개혁과 병렬적으로 진행하거나, 경찰개혁에 선행하여 검·경 수사권 조정을 진행하고자 하는 것으로 이해할 수 있다.⁷⁶⁾ 또한, 경찰에 대한 감시자로 ‘경찰위원회’와 ‘국가인권위원회’를 상정하고 있는 것으로도 이해할 수 있지만, 이들 위원회를 실질화하기 위한 구체적인 방향은 특별히 제시하고 있지는 않다. 참고로, 국정기획자문위원회는 2009년 조직 축소 이전 수준으로 국가인권위원회의 인원·조직 등을 확대한다고 밝히고는 있지만⁷⁷⁾ 이 정도의 조직규모로 경찰을 실효적으로 감시하는 것은 기대하기 어렵고, 경찰개혁과 관련하여 인권영향평가제 실시방안도 제시하고 있지만⁷⁸⁾ 인권영향평가제는 인권정책 이행 실태에 대한 일종의 사전적 또는 사후적 모니터링 제도이므로 경찰 수사실무에 대한 직접적인 영향력까지는 기대하기 어렵다고 생각한다.

결국 “국민으로부터 위임받은 권력을 국민을 위해 온전히 사용하지 않고 부패한

75) 국정기획자문위원회, 문재인정부 국정운영 5개년 계획, 2017. 7. 39면.

76) 국정기획자문위원회의 로드맵에 의하면 검·경 수사권 조정안은 2018년부터 시행하지만, 광역단위 자치경찰제는 그보다 이후인 2019년부터, 인권영향평가제는 같은 시기인 2018년부터 시행하고자 하는 것으로 판단되며, 경찰위원회 실질화의 시기에 대해서는 특별한 언급이 없다.

77) 국정기획자문위원회, 앞의 5개년 계획, 30면.

78) 국정기획자문위원회, 앞의 5개년 계획, 39면.

권력자와 자신들의 불합리한 욕심을 충족하는 데 사용”해온⁷⁹⁾ 검찰의 문제를 시정하기 위하여 새 정부가 검·경 수사권 조정을 추진하는 것인데, 온전치 못한 수사권으로도 그간 인권침해적 수사관행을 지속해온 것이 경찰의 실상이라면 이 문제에 대한 현실적인 해결이나 경찰의 진정성 있는 반성 없이 검·경 수사권 조정을 통해서 일방적으로 경찰의 수사권한을 확대·강화하는 것은 ‘보다 확대·심화된 인권침해적 상황으로 국민을 내모는 격’이 될 수도 있다. 강제력이 동원되는 대민업무라는 수사실무의 특성상 인권침해적 상황이 전혀 발생하지 않을 수는 없을 것이므로 경찰에 의한 인권침해 상황이 발생할 때마다 성급한 검·경 수사권 조정에 대한 책임을 새 정부에 묻는 상황이 반복될 수밖에 없을 것이고, 이것이 새 정부의 치명적인 급소(急所)가 될 수도 있을 것이기 때문에 경찰개혁에 관한 국정기획자문위원회의 로드맵은 우려되는 부분이 적지 않다.

그래서 초심(初心)으로 돌아가 검·경 수사권 조정이 논의되기 시작한 근본적 배경부터 다시 살펴볼 필요가 있다고 생각한다. 이에 대해서는 문제인 대통령이 주저자로서 집필한 ‘문제인, 김인회의 검찰을 생각한다’라는 저서에서 상세히 확인할 수 있었다.

“검경수사권 조정은 대한민국 건국과 함께 시작된 문제다. 형사소송법 제정 당시 검경 수사권 문제가 논의된 적이 있으나 당시 경찰이 가지고 있던 한계, 즉 친일 경찰 출신이 많았다는 점, 국가 경찰로 출발하게 되었다는 점, 광범위한 인권 침해가 자행되고 있었다는 점, 경찰의 인권 수준과 자질이 매우 낮았다는 점 등에 비추어 잠정적으로 검사가 경찰을 수사 지휘하도록 입법자들이 결정했다. 해방 직후 경찰에서 경찰총장 1명, 총경 30명 중 25명이 일제 경찰 출신이었다. 경감 139명 중에서도 104명이, 경위 969명 중에서도 806명이 일제 경찰 출신이었다. 국민들로서는 도저히 믿을 수 없는 상황이었다. 1960년에도 이 상황은 크게 변하지 않았다. 일제 경찰 출신이 총장의 70%, 경감의 40%, 경위의 15%를 점하고 있었다.

이에 비해 법조인들은 비록 상층부에 한정되기는 하지만 일제 때 독립운동을 변호 하던 인물들이 주축을 이루었다. 검찰에 의한 경찰의 통제가 정당화되는 시대적 상황이 있었던 것이다. 하지만 경찰에 수사권을 부여하지 않고 검찰의 지휘를 받도록 하는 것이 세계적 추세에 맞지 않고 바람직하지도 않다는 것은 입법자들도 잘 알고 있었다. 검경수사권 조정이 조만간 필요하게 되리라는 것을 인정하면서도 우선 경찰 파소를

79) 국정기획자문위원회, 앞의 5개년 계획, 38면 참조.

막기 위해 검경의 관계를 설정했다. 따라서 민주화가 진행되고 경찰의 수준이 높아지게 되면 검경수사권 조정은 당연히 해야 할 시대적 과제가 된다. 이것이 국민의정부와 참여정부 당시 검경수사권 조정이 논의된 근본적인 배경이다.”⁸⁰⁾

이 글의 내용이 모두 사실에 부합한다면, 친일 경찰의 청산 없이 출범한 우리나라 경찰을 통제하기 위하여 부득이하게 경찰의 수사권을 박탈하여 검찰의 지휘를 받게 하였고, 이러한 입법에 따라 반사적으로 검찰의 권한이 비상적(非常的)으로 강화된 것으로 이해할 수 있다. 이는, 경찰의 인권수준과 자질이 제고되고 민주화가 진행됨으로써 일제 경찰로부터 답습한 인권침해적 수사관행을 경찰이 탈피할 수 있다면 검찰에게 이관된 수사권을 조정할 필요가 있다는 취지로 이해할 수 있다. 즉, 대통령 역시 검·경 수사권 조정의 전제조건으로서 ‘(경찰)수사의 인권친화적 개혁’을 경찰에 주문하고 있다고 볼 수 있고, 이러한 점은 대통령이 집필한 앞의 저서에서 다시 확인할 수 있었다.

“검찰개혁을 통해 검찰의 권한이 분산, 견제되면 공권력 행사가 더 객관화될 수 있고 냉정해질 수 있다. 이렇게 되면 공권력 행사 과정에서 국민의 자유와 권리를 보다 잘 보호할 수 있게 된다. 여기에 검경수사권 조정의 본래 취지가 있다. 그렇지 않고 단순히 검찰이 안고 있는 권한이나 문제를 경찰에 넘기는 형식의 검경수사권 조정은 국민의 자유와 권리 신장에 아무런 역할을 하지 못한다. 개혁의 의미가 없는 것이다. 기존의 논의는 검경수사권 조정을 경찰과 검찰의 이해관계 대립으로 파악했기 때문에 검경수사권 조정이 국민의 자유와 권리에 미치는 영향을 깊이 생각하지 못했다. 국민에게 직접 영향을 미치는 수사권의 총량이나 수사 행태의 변화는 고려하지 않고 권한의 조정만으로 파악했기 때문에, 국민의 입장에서 왜 검경수사권이 이루어져야 하는지 명확하게 설명할 수 없었다. 검경수사권 조정에서 핵심적인 것은 국민의 자유와 권리가 향상되어야 한다는 원칙을 지키는 것이다. 이를 위해서는 검경수사권 조정에 수사 권한 총량 재조정과 수사의 인권친화적 개혁이 포함되어야 한다. 그렇지 않으면 검경사이의 권한 조정의 문제로 전락하게 되고 권력투쟁으로 변질된다. 이런 면에서 검경수사권 조정은 검찰 및 경찰 민주화 과제나 인권친화적 개혁 과제와 연결되어 있다.”⁸¹⁾

80) 문재인/김인회, 문재인, 김인회의 검찰을 생각한다, 도서출판 오월의봄, 2017. 5, 274-275면.

81) 문재인/김인회, 앞의 책, 276-277면.

2. 경찰의 권력지향적 행태에 대한 시정 필요

국가인권위원회의 인권 통계에서 확인할 수 있듯이 경찰의 인권침해적 수사관행이 개선되었다는 증거는 아직 충분치 않다고도 볼 수 있다. 그래서 검·경 수사권 조정이 오늘날 다시금 논의되게 된 배경에는 “국민으로부터 위임받은 권력을 국민을 위해 온전히 사용하지 않고 부패한 권력자와 자신들의 불합리한 욕심을 충족하는데 사용”⁸²⁾ 검찰 자체의 문제에서 기인한 바도 있다고 생각한다. 그래서 검·경 수사권 조정을 논의하기에 앞서 경찰의 경우도 검찰의 경우와 마찬가지로 ‘권력지향성’에 대한 검증이 필요하다고 생각한다.

가. 이른바 용산 철거민 사망사건

2009년 1월 19일 용산 4구역 세입자 철거민 32명이 폭력적인 강제철거에 맞서 철거민들의 생존권을 주장하며, 서울 용산 한강로변 빈 건물로 진입하여 빌딩 옥상에 망루를 세우고 점거농성에 돌입하자 정부와 경찰은 19일 당일 대책회의를 통해 점거농성장 진입계획을 수립하고, 경찰 1,600여명을 배치하여 철거용역 업체 직원들과 함께 물대포를 쏘며 진압작전을 개시한다. 점거농성 개시로부터 불과 25시간 만인 1월 20일 06시 30분 대테러진압을 전담하는 경찰특공대를 투입하여 진압작전을 실행하였고, 이 과정에서 원인이 규명되지 않은 대형 화재가 발생하여 5명의 철거민과 1명의 경찰특공대원이 사망하였으며, 08시경 진압이 완료되었다.⁸³⁾

이것이 용산참사 진상규명위원회가 주장하는 이른바 ‘용산철거민 사망사건’의 개요이다. —정확한 진상은 알지 못하지만— 이날 경찰의 진압작전은 민간 철거용역 업체 직원들과 합동으로 진행됨에 따라 민간의 이익분쟁에 경찰이 곧바로 뛰어들어 폭력을 행사함으로써 사람을 죽게 만들었다는 비난을 피하기는 어려울 것이고,⁸⁴⁾ 그런데도 경찰은 이처럼 정당성이나 긴급성이 인정되기 어려운 사안임에도 불구하고 안전조치 및 소방조치도 제대로 확보하지 않은 상태에서 1,600여명이나 되는 경찰력을 동원하

82) 국정기획자문위원회, 앞의 5개년 계획, 38면 참조.

83) 용산철거민 사망사건 개요, 용산참사 진상규명위원회 홈페이지 ‘자료실’ http://mbout.jinbo.net/w ebbs/view.php?board=mbout_11&id=4511&page=4(최종검색일자: 2017. 8. 21.) 참조.

84) 유시민, 국가란 무엇인가, 돌베개, 2017, 26면 참조.

여 진압작전을 서둘렀다. 이러한 상식 밖의 결정을 경찰이 할 수밖에 없었던 ‘진짜 이유’와 ‘그 배후’에 대해 의문을 가질 수밖에 없는 대목이라고 할 것이다.

그런데 지역주민이 주도하는 집회를 대규모 경찰력을 동원하여 무리하게 강제진압한 사례는 용산 철거민 사망사건만이 아니었다. 예컨대, 2014년 6월 11일에 한국전력 공사의 고전압 송전탑 건설을 반대하는 밀양시 주민들의 집회에 대한 진압에는 2,000여명의 경찰력이 동원됐고, 300여명의 농성자 중 14명이 부상을 입었다. 이에 대해 아놀드 팡(Arnold Fang) 국제앰네스티 동아시아 조사관은 “할머니들이 부상을 입는 험악한 상황을 보면 경찰이 평화롭게 농성을 하고 있는 이들을 진압하기 위해 얼마나 불안감과 충격을 주려고 했는지가 여실히 드러난다”고 하면서 “경찰이 밀양 농성자들에게 사용한 공권력은 비례적(disproportionate)이지 않았으며 국제기준을 위반했다”고 지적했다.⁸⁵⁾

“대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”(헌법 제1조 제2항)는 헌법상의 대원칙을 굳이 거론하지 않더라도 집회·결사의 자유는 헌법이 보장하는 국민의 기본적 인권에 속한다. 모든 국민이 집회·결사의 자유를 가질 뿐만 아니라(헌법 제21조 제1항) 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 않는다(동조 제2항). 그런 만큼 이 두 사건 모두 주민 요구의 옳고 그름을 떠나 국민의 기본권 행사를 보호하고 보장했어야 할 경찰이 다른 무언가에 봉사했다는 인상을 지우기 어렵다고 할 것이다. 이러한 의미에서 —진위는 확인할 수 없지만— 밀양 송전탑 건설을 반대했던 어느 할아버지의 증언을 경청할 필요도 있다고 생각한다.

“공권력이 집중적으로 투입되던 2013년에는 약 9개월 동안 무려 연인원 38만명의 경찰이 농성장 아홉 군데에 투입됐습니다. 경찰의 숙식비만 모두 100억원이 들었다고 하더군요. 고령의 할머니, 할아버지 한 명당 30명의 경찰이 붙어 온갖 인권침해를 했어요. 경찰이 너무 무서워 할머니들이 알몸으로 저항하자 할머니들이 모여 있던 천막을 칼로 푹푹 찢더군요. 칼날이 오가는 것을 알몸으로 바라보면서 ‘죽을 수도 있겠다’고 생각했답니다. 그 일을 겪고 할머니들이 정신과 진료를 250회 정도 받았고 항우울제 없이는 생활을 못하는 경우도 많아요.”⁸⁶⁾

85) 국제앰네스티 한국지부 보도자료, “한국·고령의 밀양 주민들이 경찰 진압과정에서 부상을 당하다”, 2014년 6월 13일자.

86) 경향신문, “[정동칼럼] ‘경찰만 보면 부들부들 떨렸어요’”, 2017년 8월 15일자.

나. 이른바 백남기 농민 사망사건

2015년 11월 14일에 개최된 ‘1차 민중총궐기’ 시위에서 60대의 한 집회 참가자는 차벽을 뚫기 위해 다른 집회 참가자들과 함께 버스에 묶인 밧줄을 잡아당기던 중 경찰의 물대포에 맞아 쓰러졌고, 이후 뇌출혈로 19시 30분에 구급차에 실려가 서울대학교병원에서 4시간에 걸친 대수술을 받았으나, 의식불명 상태에 빠져 2016년 9월 25일 14시 15분 서울대병원에서 사망하였다.⁸⁷⁾

이것이 위키백과가 소개하는 이른바 ‘백남기 농민 사망사건’의 개요이고, 제3자에 의한 가격 의혹도 있었지만⁸⁸⁾ 백남기 씨의 유족이 국가를 상대로 제기한 민사소송 재판부(서울중앙지방법원 민사 제42부)에 제출한 답변서에서 백 씨의 외상이 경찰 물대포에 의한 것임을 경찰도 인정하였다고 한다.⁸⁹⁾ 이와 관련하여 “경찰의 물대포 사용과 관련해 독립된 기관에서 철저한 조사가 이뤄져야 한다”면서 “진상조사를 통해 가해자에게 상응하는 처벌을 하고 유사한 일이 재발하지 않도록 해야 한다”고 한국정부에 촉구한 마이나 키아이(Maina Kiai) 유엔 평화적 집회 및 결사의 자유 특별보고관의 2016년 9월 28일자 성명도 있었다.⁹⁰⁾

그런데도 경찰은 이 사건 이후 이 사건과 관련한 사과나 유감을 전혀 표명하지 않았는데,⁹¹⁾ 청와대 민정수석실에서 검·경 수사권 조정을 전제로 인권친화적 경찰개혁을 주문한지 하루만인 2017년 5월 26일에 부산경찰청에서 열린 ‘경찰청-부산청 합동 전국인권 워크숍’에서 경찰청 이대형 인권보호담당관은 “집회현장에서 경찰력과

87) 위키백과, ‘백남기’ <https://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%B0%B1%EB%82%A8%EA%B8%B0>(최종 검색일자: 2017. 8. 21.).

88) 김수남 검찰총장 인사청문회에서 새누리당 김도읍 의원과 김진태 의원이 제3자에 의한 가격 의혹을 제기했다(한국일보, “민중총궐기서 중태 빠진 농민, 물대포 아닌 시위대 폭행 탓”, 2015년 11월 19일자).

89) 관련 기사에 의하면 “피고 대한민국은 원고 백남기가 살수차의 살수에 맞아 외상성 경막하출혈이라는 부상을 입은 사실은 인정한다”고 답변서에 기재되어 있고, “다만, 이것은 불법시위를 진압하기 위한 정당한 직무집행 중 일어난 일”이라고 경찰이 주장했다고 한다(한겨레, “백남기 사망은 ‘빨간 우의’ 탓?...속내 드러낸 검찰”, 2016년 10월 12일자).

90) 연합뉴스, “유엔 보고관, 백남기씨 사망 진상조사 촉구”, 2016년 9월 28일자.

91) 장신중, “경찰개혁을 위한 제언”, 제1차 사법개혁포럼 ‘한국의 형사사법개혁 -경찰개혁-’ 자료집, KIC 범무현안연구회, 2017. 6. 14. 2면 참조. 참고로, 김현웅 당시 법무부장관은 백남기 씨의 부상에 대해 “당시 시위대가 평화로운 시위를 넘어 쇠파이프를 휘두르거나 경찰 버스에 밧줄을 묶는 등 폭력적인 시위로 변해 경찰이 진압하는 과정에서 불상사가 발생한 것으로 보인다”고 하여 폭력시위를 진압하는 과정의 불상사였다고 진단한 바 있다(뉴시스, “김현웅 장관 ‘농민 부상은 폭력시위 진압 과정 불상사’”, 2015년 11월 20일자).

살수차, 차벽을 배치하지 않는 것으로 원칙으로 할 계획”을 밝혔고,⁹²⁾ 2016년 6월 16일에 경찰청에서 열린 ‘경찰개혁위원회 발족식’에서 이철성 경찰청장은 “2015년 민중총궐기집회시위 과정에서 유명을 달리하신 고 백남기 농민과 유가족분들께 깊은 애도와 함께 진심어린 사과의 말씀을 드립니다”라고 하여 백남기 농민 사망사건에 대해 사과했다.⁹³⁾ 뿐만 아니라 경찰청 경찰개혁위원회는 백남기 농민 사건, 용산 참사, 쌍용자동차 파업농성 진압, 제주 강정마을 해군기지 반대운동 진압, 경남 밀양 송전탑 농성 진압 등 2004년 이후 경찰의 인권침해 논란이 불거진 사건들을 대상으로 한 진상조사위원회를 구성하되 민간위원을 3분의 2 이상으로 두고 경찰로부터 독립해 조사를 진행하도록 하는 권고안을 2017년 7월 19일에 권고했고, 이에 대한 이철성 경찰청장은 권고안 수용 의사를 밝혔다.⁹⁴⁾

이처럼 경찰의 발 빠른 사과와 후속조치를 통하여 경찰의 인권침해 상황이 조금 더 개선될 수는 있겠지만, 그 시기가 청와대 민정수석실의 브리핑 시기와 맞물리면서 “이철성 경찰청장이 고개를 숙인 곳은 고 백남기 농민의 유족과 국민들이 아니라 새로운 권력임이 분명하다”고 하는 비난⁹⁵⁾을 피할 수는 없을 것으로 생각한다. 더욱이 후속조치로서 발표된 경찰청 경찰개혁위원회의 진상조사위원회안은 “경찰로부터 독립해서 조사한다”는 언론보도와는 달리 경찰청 훈령에 근거하여 구성되는 경찰청 산하 위원회에 지나지 않고,⁹⁶⁾ 경찰의 인권침해 상황의 진상을 조사하는 위원회의 위원 중 3분의 1을 ‘인권침해의 가해자 측인’ 경찰인사로 구성해야 하는 납득하기 어려운 상황에 직면할 수밖에 없다.⁹⁷⁾ 그래서 이러한 일련의 상황을 지켜본 용산 철거민 사망사건 유가족의 진술을 경청할 필요도 있다고 생각한다.

92) 노컷뉴스, “경찰 ‘집회 현장에 경찰력·살수차·차벽 무배치 원칙”, 2017년 5월 26일자.

93) 아시아뉴스통신, “이철성 경찰청장 ‘故 백남기 농민 유족에게 진심어린 사과”, 2017년 6월 16일자.

94) 연합뉴스, “백남기 농민 사망사건, 민간 주도로 진상 밝힌다”, 2017년 7월 19일자.

95) 민중의소리, “경찰 적폐 청산이 필요하다”, 2017년 7월 14일자.

96) 경찰청훈령으로 2017년 8월 22일에 제정된 ‘경찰청 인권침해 사건 진상조사위원회 운영 등에 관한 규칙’ 제3조 “이 규칙이 정하는 업무를 수행하기 위하여 경찰청장 소속 하에 위원회를 둔다”고 규정하여 진상조사위원회를 경찰청장 직속 위원회로 편성하였다.

97) 실제로 진상조사위원회 9명의 위원 중 3명을 경찰 추천 위원으로 선정했고, 그 중 2명은 현직 경찰관(박진우 경찰청 차장, 민갑룡 경찰청 기획조정관)이고(경향신문, “경찰 ‘인권침해 사건 진상조사위원회’ 출범…백남기·밀양송전탑·강정마을·쌍용차·용산참사 조사”, 2017년 8월 25일자), 1명은 경찰대학교 교수 출신 학자이다.

“우리는 힘없고 가난하고 배우지 못한 철거민들입니다. 그래도 지나가는 차 한 대, 사람 한 명도 다치게 한 적이 없어요. 그런데 경찰이 우리에게 어떻게 했습니까? 적절 한 주거대책을 세워달라는 사람들을 농성한 지 하루도 되지 않아 특공대와 물대포로 무자비하게 진압했습니다. 집회·시위 현장의 법집행 매뉴얼을 하나도 지키지 않았어요. 세입자 5명과 경찰특공대 1명이 죽었는데 재판은 경찰관의 죽음만 다루더군요. 경찰과 철거민, 어느 한면에만 책임이 있다고 생각하지 않아요. 그런데 판결은 다섯 분의 죽음은 싹 지워버렸고, 그 원통함을 완전히 무시했습니다. 정권이 바뀌었다고 경찰이 하루아침에 돌변하고선 믿어달라고요? 피가 거꾸로 솟을 뿐입니다.”⁹⁸⁾

다. 이른바 국가정보원 여론 조작 사건

이른바 ‘국가정보원 여론 조작 사건’(또는 대선 개입 사건)은 2012년 대한민국 대통령 선거기간 중 대한민국 국가정보원 소속 심리정보국 소속 요원들이 국가정보원의 지시에 따라 인터넷에 게시글을 남김으로써 국가정보원이 대한민국 제18대 대통령 선거에 개입하였다는 사건을 말하며, 국가정보원의 여론 조작활동에 대해 전직 국가정보원 공무원이 당시 야당이던 민주통합당에 제보함으로써 촉발되었다고 한다.⁹⁹⁾

국가정보원에 의해 행해진 이 사건에 주목하는 것은 국정원 직원의 PC와 노트북 등에서 대선 관련 댓글 흔적을 발견하지 못했다는 취지의 중간 수사결과를 서울수서경찰서가 2012년 12월 16일에 발표했고, 그로부터 사흘 뒤인 2012년 12월 19일의 대통령 선거에서 박근혜 당시 새누리당 후보가 문재인 당시 민주통합당 후보를 누르고 대통령으로 당선되었기 때문이다.¹⁰⁰⁾ 즉, 최종 수사결과도 아닌 중간 수사결과 발표를, 그것도 특정 후보자에게 유리할 수 있는 내용의 발표를 대통령 선거에 영향을 미칠 수 있는 대통령 선거일 3일 전에 굳이 경찰이 감행했기 때문이다. 그렇기 때문에 그 내용이 설혹 진정한 것이었다고 할지라도 경찰의 권력지향성을 의심할 수 있는 대목이라고 할 수 있었다.

98) 경향신문, “[정동칼럼] ‘경찰만 보면 부들부들 떨렸어요’”, 2017년 8월 15일자.

99) 위키백과, ‘국가정보원 여론 조작 사건’, https://ko.wikipedia.org/wiki/%EA%B5%AD%EA%B0%80%EC%A0%95%EB%B3%B4%EC%9B%90_%EC%97%AC%EB%A1%A0_%EC%A1%B0%EC%9E%91_%EC%82%AC%EA%B1%B4(최종 검색일자: 2017. 8. 22).

관련 내용은 폴리뉴스, “민주 ‘국정원 심리정보국 70여명 조직적으로 여론조작’”, 2012년 12월 12일자 참조.

100) 한국일보, “6년 만에 전환점 맞은 국정원 댓글 조작 사건”, 2017년 8월 10일자 참조.

그런데 국가정보원 직원의 대선개입 의혹 사건과 관련해 수사 초기 경찰 상부에서 수사 축소와 은폐를 지시했다는 경찰 내부직원의 제보가 2013년 4월 19일자 연합뉴스에 보도되었고,¹⁰¹⁾ 김용판 당시 서울지방경찰청장이 ① 허위 중간수사 결과 발표문 작성·배포 지시 ② 검색 키워드 축소 ③ 증거분석 결과물 회신 거부 등 통해 국정원 선거·정치개입 의혹 사건 경찰수사(수서경찰서 수사팀)를 적극 방해해 온 사실이 검찰 수사과정에서 확인되었다.¹⁰²⁾ 하지만 이 사건과 관련하여 검찰은 수사 실무검사들의 구속영장 청구 주장에도 불구하고¹⁰³⁾ 결국 불구속 기소하였고, 대법원은 “피고인이 특정 후보자를 지지하거나 반대하려는 의도로 여러 지시를 했다는 검사의 주장이 합리적 의심을 배제할 정도로 입증됐다고 볼 수 없다”는 이유를 들어 2015년 1월 29일에 김 전 청장에 대한 무죄를 확정했다.¹⁰⁴⁾

그런데 이러한 기사만으로는 사건의 진상을 정확히 알 수 없겠지만, 이 사건의 경과를 지켜보면서 적어도 경찰 내에 권력을 지향하지 않는 일선 경찰관도 존재했다는 사실은 확인할 수 있었다. 이러한 사실은 앞서 살펴본 이른바 ‘정윤희 문건 유출 사건’의 내부고발자였던 박관천 경정 사례에서도 확인할 수 있었고, 이른바 비선실세의 수사외압 의혹이 있던 사건에 대해 무혐의 처분을 내린 상주경찰서 사례에서도 확인할 수 있었다.¹⁰⁵⁾ 이러한 의미에서 경찰의 권력지향적 행태와 관련해서는 한 전직 경찰관의 소회를 경청할 필요도 있다고 생각한다.

“지난 2012년 12월 16일 마지막 대선후보 TV토론회 직후인 밤 11시 서울지방경찰청장 김용판은 수사팀에 ‘국정원 여직원 컴퓨터에서 댓글 흔적을 찾지 못했다’는 발표를 하도록 했다. 두말이 필요 없는 명백한 선거 개입 행위였다. 경찰이 혼신을 다해 쌓아올린 정치적 공정성과 국민의 신뢰가 한 순간에 무너져 버리는 순간이었다.

예나 지금이나 정치적 편향으로 국민의 신뢰를 상실하게 만드는 주역은 현장 경찰이 아니다. 출세를 위해서라면 수단과 방법을 가리지 않는 일부 정치경찰과 경찰 수뇌부이다. 경찰의 공정성을 상실한 직무 행태에 대한 국민 불신은 경찰을 절름발이로 만들어 버렸다. 경찰이 독자적인 직무 수행을 할 수 없도록 타 기관에 종속시켜 버린 것이다.”¹⁰⁶⁾

101) 연합뉴스, “‘경찰 고위층 국정원 사건 축소 은폐 지시’ 폭로 파문”, 2013년 4월 19일자. 참고로, 내부고발자는 권은희 당시 수서경찰서 수사과장이었다.

102) 오마이뉴스, “검찰, ‘정치경찰’ 김용판 확인해주다”, 2013년 6월 14일자.

103) 연합뉴스TV, “원세훈 ‘선거법’ 적용키로...영장은?”, 2013년 6월 7일자.

104) 서울신문, “김용판 무죄 확정, 권은희 ‘참담하고 답답하다’ 심경밝혀”, 2015년 1월 30일자.

105) 안동MBC, “최순실, ‘상주 승마대회 판정’ 수사 압력 의혹”, 2016년 10월 29일자; 민중의소리, “김종찬 전 승마협회 전무 최순실, 정유라 우승 못하자 수사기관 외압까지”, 2017년 7월 3일자.

3. 경찰업무의 경감을 위한 근본적 조직 개혁 필요

2015년 경찰통계연보에 근거한 e-나라지표에 의하면 2015년 현재 경찰인력은 총 113,077명이며, 1인당 담당인구수는 456명으로서 2015년 7월 기준으로 일본의 485명 보다는 적지만, 독일의 305명, 프랑스의 322명, 영국의 421명, 미국의 427명보다 많은 수치여서 주요 선진국과 비교 시 우리나라의 치안 인력은 여전히 부족한 실정이라고 한다.¹⁰⁷⁾ 그런데 국가마다 법제와 통계기준이 다르기 때문에 각 나라의 경찰인력 현황이 어떤 기준으로 파악되었는지는 알 수 없지만, 우리나라의 경찰인력 현황은 치안총감~순경 계급의 경찰관 총 정원을 기준으로 파악되었고, 별정·일반·기능·계약직 공무원과 전·의경의 수 및 해양경찰의 수는 제외된 수치라고 한다.¹⁰⁸⁾

그래서 실질적 경찰인력의 정확한 수를 확인해볼 필요도 있는데, 언론보도를 통하여 확인할 수 있었던 경찰청 소속 의무경찰 정원 20,729명(2017년 기준)¹⁰⁹⁾과 해양경찰청 정원 12,474명(2017년 기준)¹¹⁰⁾만 합산해보아도 최소 146,280명 이상의 경찰 관련 인력이 근무하고 있을 것으로 예상되며, 이렇게 파악할 경우 경찰 1인당 담당인구수는 351명 이하일 것으로 추산된다.¹¹¹⁾ 즉, 주요 선진국과 비교하더라도 전혀 손색이 없는 인력규모이고, 앞서 살펴본 집회들의 진압에 경찰인력 수천 명이 동원되었다는 반복된 기사들만 보더라도 국민의 눈높이에서는 경찰인력에 특별한 부족함이 없다고도 볼 수 있을 것이다. 하지만 업무과중에 따른 현장 경찰관들의 근무여건 개선 요구는 끊이지 않고 있기 때문에 경찰업무의 실상을 파악할 필요도 있다고 생각한다.

다음은 경찰업무의 실상에 대한 한 전직 경찰관의 증언이다.

106) 장신중, 앞의 글, 3면.

107) e-나라지표, '경찰 인력 현황', http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1605(최종 검색일자: 2017. 8. 22) 참조.

108) 앞의 e-나라지표.

109) 파이낸셜뉴스, "의경, 2023년 완전 폐지된다...5년간 단계적 축소", 2017년 5월 29일자.

110) 해양경찰청은 현재 경찰관 8,864명, 일반직 1,096명, 의무경찰 2,514명 등 총 12,474명의 정원을 유지하고 있으며, 현장 인력 증원을 위해 6,644명의 신규 채용을 추진하고 있다고 한다(아시아경제, "해경 현장 인력 6644명 더 뽑는다", 2017년 8월 17일자).

111) 총 인구수는 51,446,000명(2017년)을 기준으로 환산했다. e-나라지표, '총인구, 인구성장률', http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1009(최종 검색일자: 2017. 8. 22).

“아무런 일을 하지 않더라도 하룻밤을 뜬눈으로 새우는 일은 결코 쉽지 않다. 파출소에 근무하는 경찰관은 더욱 힘들다. 초저녁부터 새벽 시간대까지 주취자에게 시달리고, 이해관계자들과 승강이를 하느라 녹초가 된 상태에서 밤을 새워야 하기 때문이다. 근무 일자에는 휴게 또는 대기가 지정되어 있다. 그러나 하루 근무 인원이 4명에 불과한 탓에 휴식을 취할 수 없다. 각종 사건을 처리하는 근무자를 도와줘야 한다. 명목상으로 지정된 휴기와 대기일 뿐 의미가 없었다. (중략)

조별로 전반근무자, 후반근무자 각각 3명으로 교대 근무에 필요한 최소한의 인원이기 때문에 한 명이라도 빠지면 근무 자체가 되지 않았다. 그러나 현실적으로 교육, 출장, 연가 등으로 근무 인원은 빠질 수밖에 없었다. 사흘이 멀다 하고 다른 조에서 인원을 빌려 와 보충하는 일이 반복되었다. 그래도 시내권 파출소는 형편이 나은 편이었다. 근무인원이 5~6명에 불과한 시골 지역 지서의 경우는 훨씬 심각해 퇴근할 엄두조차 내지 못하는 곳이 거의 전부였다.

몸이 아파도 마음대로 아플 자유조차 없었다. 자신이 빠지면 다른 근무조의 누군가에게 피해가 돌아가기 때문이다. 휴가는 엄두도 못 냈고, 교육조차 눈치가 보여 신청하지 못했다. 현장 경찰관들 사이에 ‘땀땀’이라고 불리는 이 같은 상황은 지금도 대부분의 지역 경찰관서에서 계속되고 있다. ‘살인적’이라고 표현해도 전혀 지나치지 않을 근무 체계이다.”¹¹²⁾

1982년 초임 시절을 빗대어 경찰업무의 실상을 회고한 증언이기는 하지만, 안타깝게도 경찰의 업무과중과 처우 개선을 위한 문제 제기는 당시로부터 35년이 지난 오늘날까지 여전히 지속되고 있다.¹¹³⁾ 실제로도 경찰의 교대근무 형태는 주로 주(週)당 56시간을 근무하는 3조 2교대이며, 주당 84시간을 근무해야 하는 2조 2교대가 적용되는 근무지도 아직 상당수이고, 일부 특수파출소나 출장소 등에서는 매일 출근을 원칙으로 월 4~5회 비번을 취하는 전일제 근무까지 시행하고 있다고 한다.¹¹⁴⁾ 시급히

112) 장신중, 경찰의 민낯, 도서출판 좋은땅, 2017. 2, 89-92면.

113) 장신중, 앞의 책, 88-126면(‘경찰관은 기계가 아니다’); 쿠키뉴스, “경찰 순직자 10명 중 6명은 과로에 의한 질병으로 사망”, 2015년 10월 22일자; 대전일보, “대전경찰 업무과중 치안공백 ‘빨간불’”, 2016년 10월 4일자; 주간경향, “누가 경찰을 ‘시민과의 전쟁’에 몰아넣는가”, 2016년 10월 11일자; 시사저널, “경찰관이 위험하다”, 2016년 10월 22일자; 뉴시스, “‘엄전노예’ 업무과중에 목숨 끊은 경찰…法 ‘공무상 재해’”, 2017년 3월 19일자.

114) 정우열, “대한민국 경찰의 근무환경 및 처우의 실태진단 및 개선방안”, ., ‘2010 대한민국 경찰을 말한다’ 경찰 처우개선을 위한 전문가 초청 정책 대토론회 자료집, 2010. 10. 27, 5-7면. 2010년 현황 자료이기 때문에 현재를 반영하고 있지 못할 수 있지만, 경찰의 근무기준에 관한

해결하지 않으면 원상회복이 어려운 위험한 업무들이 예측하지 못한 상태에서 돌발적으로 발생하는 경우가 많은 경찰업무의 특성상 인력이 부족하지 않더라도 일시적으로 업무가 과중해지는 경우가 있을 수 있겠지만, 근로기준법상 기준 근로시간인 주당 40시간 근로원칙(제50조 제1항)을 조직구성원 전원(全員)이 상시적으로 초과해서 근무해야 할 상황이고 그 정도가 현저하다면 직무권한을 확대하기에 앞서 경찰의 조직구조, 직무범위, 직무체계, 인력배치 등의 근본 문제부터 종합적으로 고민해볼 필요도 있다고 생각한다.

경찰업무의 과중 문제를 소홀히 볼 수 없는 이유는 검·경 수사권 조정에 따라 경찰의 업무 부담이 비약적으로 증가할 가능성도 적지 않기 때문이다. 만일 형사사건의 97~98%를 경찰이, 2~3%를 검찰이 수사하고 있는 수사현실을 그대로 법제로 반영하는 수준에서 검·경 수사권 조정이 추진된다고 하더라도 일단 권한이 주어지는 만큼 검사뿐만 아니라 사법경찰관에게도 수사의무를 부과하여야 할 것이고,¹¹⁵⁾ 조정 방식에 있어서 범죄종류 등에 따라 검·경 간에 분점하는 방식을 채용하거나¹¹⁶⁾ 모든 사건에 대한 제1차적 수사권을 부여하는 방식으로 추진할 경우 형사소송법상 검사에게 부여된 수사의무와 동일한 의무를 사법경찰관에게 부과하지 않을 수 없을 것으로 예상된다. 즉, 수사권한이 확대되는 만큼 수사책임이 확대되는 것은 필연적이고, 경찰의 수사업무 역시 책임이 커진 만큼 자연스럽게 증가할 것으로 예상된다.

물론 수사현실이 그대로 법제화된 것에 지나지 않으므로 검·경 수사권 조정이 추진되더라도 업무 부담 면에서 특별히 달라질 것은 없고, 오히려 검찰의 업무가 줄어들 것이라는 주장도 가능하다.¹¹⁷⁾ 수사 관련자(피의자, 피고인, 참고인, 범죄피해자 등)들이 경찰과 검찰에서 2중으로 조사받을 가능성도 최소화될 수 있고,¹¹⁸⁾ One-Stop으로 경찰에서 조사받을 수 있으니 대국민 사법서비스의 질을 제고할 수 있다는 주장도

‘경찰기관 상시근무 공무원의 근무시간 등에 관한 규칙’이 제정된 2007년 이후의 현황인 만큼 현재와 크게 다르지는 않을 것으로 생각한다.

115) 참고: 형사소송법 제195조(검사의 수사) 검사는 범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.

제196조(사법경찰관리) 제2항: 사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다.

116) 경미범죄에 대한 즉결심판권, 범죄금납부통고처분권 제도를 통하여 경찰은 이미 수사권뿐만 아니라 사법권까지 일부 분점하고 있다.

117) 정균환, 경찰개혁 상권 -수사권 독립-, 도서출판 좋은세상, 1998, 38-39면 참조.

118) 정균환, 앞의 책, 42면 참조.

마찬가지로 가능하다.

하지만 사법경찰관에게도 검사와 동일한 수사의무(형사소송법 제195조)를 부과할 경우 사법경찰 단계의 고소·고발사건 처리에 있어서도 현행 검찰사건사무규칙과 마찬가지로 —범죄혐의의 유무를 불문하고— 형사사건으로 수리하지 않을 수 없고,¹¹⁹⁾ 검·경 수사권 조정으로 인해 검사의 수사의무가 완화되거나 폐지될 경우에는 경찰 역시 검찰이 현재 고민하고 있는 ‘납고소’ 또는 ‘민사사건의 형사화’로 인한 업무과중 문제에 직면하지 않을 수 없다. 납고소의 대상이 되는 사건들은 대개 민생(民生)과 직결된 사안인 동시에 법률전문가조차 어려워하는 민사적인 법률문제가 복잡하게 얽힌 사안들이기 때문에 —피고소·고발인에게 범죄혐의가 있다고 믿고 있는— 고소·고발인이 납득할 수준으로 수사하지 않는 한 함부로 이를 종결시킬 수 없을 것이고, 그 과정에서의 비난에서 더 이상 자유로울 수 없을 것이다. 또한, 고소·고발 사건이 아니더라도 불요불급한 내사·수사나 미진한 수사에 대해 법적 또는 도의적으로 책임져야 할 사례도 늘어날 것으로 예상되며, 무성의한 수사 또는 수사 회피, 수사상 인권 침해 등과 관련하여 그간 검찰에 분산되었던 국민적 비난이 앞으로는 경찰에 집중될 것으로 예상된다. 따라서 검·경 수사권 조정에 따른 사법경찰의 업무량 폭증은 명약화(明若觀火)하다고 본다.

그런데도 경찰의 실상이 종래 경찰업무조차 감당하기 어려울 정도로 과중하다면 검·경 수사권 조정에 따른 업무증가 부분까지 감당해내기란 쉽지 않을 것이고, 형사사법 분야의 대국민 사법서비스의 질과 수사의 효율성만 낮춘 결과가 될 수도 있다. 업무부담이 배가되는 상황에서 인권침해 상황의 개선은 기대하기 어려울 것이고,¹²⁰⁾ 그 결과는 경찰 수사에 대한 사법 관련자의 불신(不信)뿐만 아니라 국정 전반에 대한 국민적 불신으로 이어질 수 있다. 그래서 검찰개혁도 매우 중요한 국정과제이지만, ‘경찰 업무의 경감’을 위한 ‘경찰조직의 근본적 개혁’은 그에 못지않은 중요성을 가지는 선결과제라고 할 수 있다.

119) 참고: 검찰사건사무규칙 제2조(수리사유) 사건은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 수리한다.

1. 검사가 범죄를 인지한 경우
2. 검사가 고소·고발 또는 자수를 받은 경우. 다만, 제141조제3항의 규정에 의하여 진정사건으로 수리하는 경우를 제외한다. (후략)

120) 같은 생각: 최응렬, 경찰개혁론, 법문사, 2006, 306-307면.

제2절 경찰개혁의 주요 쟁점

1. 경찰개혁과 검찰개혁의 관계

“경찰의 문제는 분명히 존재한다. 경찰의 정치적 종속이나 반인권적 행위는 해결되어야 한다. 그러나 그 해결 방식이 검찰을 강화하는 방식으로 이루어진 것이 문제였다. 수사기관이 갖는 권한의 총량이 변화하지 않으니 국민의 인권 보호 수준도 높아질 수 없다. 경찰의 문제는 법원과 변호사에 의한 견제, 피의자의 방어권 현실화, 자치경찰제 등 경찰 권한의 분산, 경찰 수사의 친인권적 개혁, 경미 범죄의 비범죄화, 내부 감찰 및 감찰위원회의 활성화, 인권교육 강화 등으로 해결할 수 있고 또 해결해야 한다. 검찰 역시 기소권을 바탕으로 수사권을 견제해야 한다. 하지만 그 이상의 지휘나 간섭은 검찰 권한의 확대만을 초래할 뿐이다.”¹²¹⁾

대통령이 집필한 ‘문재인, 김인회의 검찰을 생각한다’의 한 구절이다. 이 짧은 글 속에 경찰개혁의 쟁점은 이미 충분히 담겨져 있다. ① 법원과 변호사에 의한 견제, ② 피의자의 방어권 현실화, ③ 자치경찰제 등 경찰 권한의 분산, ④ 경찰 수사의 친인권적 개혁, ⑤ 경미 범죄의 비범죄화, ⑥ 내부 감찰 및 감찰위원회의 활성화, ⑦ 인권교육 강화가 그것이고, 이 중 ‘광역단위 자치경찰제’와 ‘(친인권적) 경찰개혁’을 우선적으로 달성해야 할 국정과제로서 국정기획자문위원회가 먼저 제시한 것뿐이라고 생각한다. 또한, 검찰개혁의 한 방편인 ‘검·경 수사권 조정’을 추진하기 위해서는 제1절에서 살펴본 바와 같이 적어도 ① 수사에 있어 경찰에 의한 인권 침해상황을 개선해야 하고, ② 경찰의 권력지향적 행태를 시정해야 하며, ③ 경찰업무의 경감을 위해 경찰조직을 근본적으로 개혁해야 할 필요가 있을 것이다.

그런데 여기서 유의할 점이 있다. 그것은 검찰개혁을 위해서 경찰을 개혁해야 하는 것이 아니라는 점이다. 즉, 검·경 수사권 조정이 경찰개혁의 전제조건이 되어서는 안 되고, 검찰개혁을 위한 것이 아니라 국민의 인권 신장을 위하여 경찰이 변화해야 한다는 점이다. 또한, 1940년대의 입법자가 바라던 경찰의 수준에 경찰의 눈높이를 맞추서는 안 되고, 오늘날 국민이 바라는 민주경찰의 수준에 경찰이 부응해야 한다는

121) 문재인/김인회, 앞의 책, 242-243면.

점이다. 그렇지 못하다면 1940년대의 입법자가 경찰개혁 과정에서 범했던 오류를 오늘날의 입법자가 검찰개혁 과정에서 답습할 수밖에 없을 것이다. 왜냐하면 검찰개혁을 위해서 검찰 수사권의 전부 또는 일부를 박탈하게 될 ‘검·경 수사권 조정’을 도모하는 것인데, 이를 통해 수사기관이 갖는 권한의 총량이 변화하지 않는 것은 마찬가지이므로 경찰이 근본적으로 변화하지 않는다면 검찰개혁으로써 반인권적 경찰을 강화하는 결과밖에 되지 않을 것이고, 그 피해는 고스란히 국민, 특히 사회적 약자의 몫으로 남을 것이기 때문이다.

그래서 이 글에서는 ‘검·경 수사권 조정방안’ 자체에 대해서는 따로 다루지 않고자 한다. 이는, 검찰의 시각에서는 ‘수사권의 전부 또는 일부의 박탈’로, 경찰의 시각에서는 ‘수사권의 독립 또는 환원’으로 이해될 수도 있겠지만, 국민의 시각에서는 수사기관이 갖는 권한의 총량이 특별히 달라질 것이 없으므로 —냉정하게 보면— 이것만으로는 개혁이라고 말할 수 없기 때문이다. 이와 관련하여 국정전략의 하나인 ‘권력기관의 민주적 개혁’을 위한 근거로서 국정기획자문위원회는 ‘견제와 균형의 원리’를 제시하고 있는데,¹²²⁾ ‘견제와 균형’은 권력분립을 위한 원리이므로 행정부와 사법부 간의 견제와 균형을 말하는 것이라면 방향이 맞지만, 같은 행정부 소속 기관인 검찰과 경찰 간의 견제와 균형을 말하는 것이라면 적절치 않을 수 있다. 검찰과 경찰 간에 상호 견제할 필요성은 있을 수 있지만, 두 기관 간에 힘의 균형을 맞추는 일은 대통령의 권력만 강화시킬 수 있기 때문이다. 그래서 이 글에서는 ‘권력기관 간의 견제와 균형’을 하나의 목표로써 견지하되 본래의 의미로써 원용하고자 한다.

2. 경찰권력의 분점 방안

가. 경찰권력 분점의 원리

“유럽에 있어서 경찰이라는 말은 처음에는 일체의 국가작용을 의미하는 것이었지만, 17·18세기의 절대군주제에 있어서 외정(外政), 군정(軍政), 재정(財政) 및 사법(司法)이 경찰에서 분리되어 경찰은 전 내무행정을 나타내어 공동체의 ‘좋은 질서’의 상태 또는 그 성립 및 유지에 향하여진 활동을 의미하는 관념으로 되었다. 경찰권은 전 국가권력

122) 국정기획자문위원회, 앞의 5개년 계획, 38면.

—입법권 및 집행권을 포함하는 것으로 되고, 그 작용영역은 법적으로 무제한이라고 생각되었다. 국가는 경찰국가로 되고 국가행정과 경찰행정, 따라서 법과 경찰법은 동일하고 경찰법은 일체의 법규범의 총체였다.”¹²³⁾

이는 ‘경찰’(police)이라는 개념의 연원(淵源)에 관한 글이다. 경찰개념의 내용은 국가관의 변화에 따라 크게 변화해오고 있지만, 경찰권이 대통령을 수반으로 하는 행정권력의 중핵(重核)에 속한다는 것은 오늘날에도 변함이 없을 것이다. 즉, 경찰권력에 대한 견제는 행정권력에 대한 견제가 된다. 이 점을 1940년대의 우리나라 입법자들이 놓쳤고, 경찰권력에 대한 견제를 ‘견제와 균형의 원리’에 따라 다른 국가권력을 통해서 하도록 관련 법제도를 설계했어야 했는데, 같은 행정권력인 검찰을 통해서 구현하고자 했기 때문에 결국 성공하지 못했다고 본다.

이러한 오류는 오늘날도 크게 다르지 않다. 경찰권을 행정‘권력’의 하나로 보아 권력 기관 간에 ‘분점’(分占)하지 않고, 행정‘권한’으로만 보아 행정기관 간에 ‘분산’하려고만 하면 ‘견제와 균형의 원리’는 제대로 작동할 수가 없을 것이다. 권한의 분산을 통하여 무언가 하고 있다는 생색은 날지 몰라도 국민의 인권을 제고하는 효과는 기대할 수 없고, 해야 할 일의 효율성만을 떨어뜨릴 수 있다. 그래서 여기서는 ‘경찰권한의 분산’이 아니라 ‘경찰권력의 분점’이라는 관점에서¹²⁴⁾ 경찰개혁 방안을 검증하고자 한다.

나. 지방정부와의 경찰권력 분점

경찰권력을 지방정부와 분점하는 방안으로는 이른바 ‘자치경찰제 도입’이 주로 논의된다. 행정자치부 자치경찰제실무추진단에서 기안하여 2005년 11월 3일에 국회에 정부안으로서 제출한 ‘자치경찰법안’이 이러한 논의의 성과 중 하나라고 할 것이다.¹²⁵⁾

123) 宮田三郎/한귀현(역), 일본경찰법, 한국법제연구원, 2003, 4면.

124) 중앙집권적인 전통이 강한 단일 국가에서 중앙의 정치행정 권력이 지방으로 분산된다는 것은 어려운 과제이므로 ‘권력의 분점’(power sharing)이란 관념은 종래 지방분권 논의 과정에서 중앙과 지방 간의 실질적인 관계 변화와 관련하여 논의되던 관념이라고 한다(주인석, “지방정부의 정치적 역량강화를 위한 방안모색”, 한국지방정부학회 학술대회 자료집, 2015. 5, 259면). 이 글의 권력 분점 관념은 이러한 논의와 무관하게 안출되었지만, 지방분권의 실질화라는 관점에서 이 관념에 접근하여도 무방하다고 생각한다.

125) 2004년 1월 16일에 제정된 ‘지방분권특별법’ 제10조 제3항은 “국가는 지방행정과 치안행정의 연계성을 확보하고 지역특성에 적합한 치안서비스를 제공하기 위하여 자치경찰제도를 도입하여야 한다.”고 규정하여 국가에 자치경찰제 도입의무를 부과하였고, 2005년 11월 3일에 정부

국도를 ‘공간적’으로 분할하여 권력을 나누는 것인 만큼 분할방식이 단순해보일 수는 있지만, 특별시, 특별자치시, 특별자치도, 도, 시, 군, 구 등 다양한 형태의 자치단체가 공존하는 우리나라에서는 결코 간단한 문제가 아닐 수 있다. 대개는 시, 군, 구 등 기초자치단체를 중심으로 하여 기초 단위로 분할하는 방식과 특별시, 특별자치시, 특별자치도, 도 등 광역 단위로 분할하는 방식이 주로 논의되며, 기초 단위로 분할할 경우 주민과의 접근성, 지역 현안 반영 가능성 등에서 유리하고, 광역 단위로 분할할 경우 수사의 효율성, 규모의 경제 등에서 유리하다는 점이 주로 논의된다. 참고로, 2005년 자치경찰법안은 학계의 다수 의견과는 달리 기초 단위 분할을 전제로 법안을 성안했지만,¹²⁶⁾ 새 정부의 국정기획자문위원회는 광역 단위 분할을 전제로 자치경찰제 도입을 추진하고 있다.¹²⁷⁾ 결국 조직 단위는 지방자치 행정단위와 밀접한 관련이 있지만, 인구 수 등의 기준을 가미하여 수도권은 기초 단위를 기준으로, 지방은 광역 단위를 기준으로 자치경찰을 조직하는 등 다양한 방안을 모색해볼 수 있을 것이다.

그런데 여기서 권력의 분점은 조직(인력, 재정)의 분할과 권한·사무의 분장을 통하여 달성될 수 있을 것인데, 2005년 자치경찰법안은 조직 분할의 핵심이 되는 인력 배분을 소홀히 했다. 자치경찰법안이 제안되었던 2005년 당시 경찰청의 총원은 145,855명인데, 자치경찰제 시행을 위한 전체 자치경찰공무원 예상인원은 8,500명에 불과하여 국가경찰 인력의 약 6% 수준의 규모에 불과했기 때문이다.¹²⁸⁾ 만일 실질적인 경찰권력 분점을 도모했다면 오히려 그 역(逆)이 되었어야 할 것이다.

또한, 2005년 자치경찰법안은 자치경찰공무원이 직무수행 중에 범죄를 발견한 경우에는 범죄의 내용 및 증거물 등을 소속 자치경찰대장을 거쳐 즉시 경찰서장에게 통보하고 그 사무를 인계하도록 하는 한편(안 제14조 제1항),¹²⁹⁾ 자치경찰공무원이 현행범인을 발견하여 체포한 경우에는, 즉시 국가경찰공무원에게 인도하도록 함으로

안으로서의 ‘자치경찰법안’(의안번호 173205)이 국회에 제출되었다.

126) 이에 대한 비판은 국회 행정자치위원회, 자치경찰법안 및 부수법률 개정안 검토보고서, 2005. 11. 4-19면 참조.

127) 국정기획자문위원회, 앞의 5개년 계획, 39면.

128) 국회 행정자치위원회, 앞의 검토보고서, 13면.

129) 다만 ① ‘사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률’에서 자치경찰공무원의 직무로 규정하고 있는 사법경찰관리의 직무에 속하는 범죄와 ② ‘경범죄처벌법’ 제6조, ‘도로교통법’ 제163조 및 ‘자전거이용 활성화에 관한 법률’ 제27조의 규정에 의한 통고처분의 대상이 되는 범칙행위의 경우는 제외한다.

써(동조 제2항) 사실상 ‘범죄수사를 하지 않을 의무’를 자치경찰공무원에게 부과하고 있다. 결국 국가경찰 입장에서는 수사, 정보, 보안 등 경찰의 실질적 권한은 그대로 유지한 채 자치경찰에는 생활안전, 지역교통, 지역경비 등의 분야에 대해 국가경찰과 분담 또는 공동수행하게 되는 것에 불과하므로¹³⁰⁾ 자치경찰제 도입을 위한 경찰권한과 경찰사무의 분장 역시 소홀히 했다고 보아야 할 것이다.

이에 향후 광역단위 자치경찰제 도입 추진에 있어서는 ① ‘경찰권력의 실질적 분점’ 방안 모색에 집중할 필요가 있다. 다만 국토를 공간적으로 나누어 일률적으로 분점하는 방식이므로 ② ‘조직 단위 간의 소통과 협력’은 실질적 분점 못지않게 중요한 사항이라고 할 것이다. 국가경찰과 자치경찰 간의 관계, 자치경찰과 다른 자치경찰 간의 관계, 자치경찰과 주민 간의 관계가 그것이다. 또한, 자치경찰제 도입을 통하여 자치경찰공무원이 한 지역에 장기간 근무하면서 지역주민에게 밀접하고 친근한 치안서비스를 제공한다는 이점이 있는 반면, 관할구역이 국가경찰에 비해 상대적으로 좁아지는 만큼 지역 토호세력과 유착하여 부패할 가능성도 상대적으로 증가하기 때문에 ③ ‘자치경찰공무원의 부패 방지’에도 유념해야 할 것이다.

다. 입법부와의 경찰권력 분점

우리나라의 경찰위원회는 위원장 1명을 포함한 7명의 위원으로 구성하여 행정안전부에 설치한다(경찰법 제5조 제1항·제2항). 또한, 7명의 위원 중 위원장¹³¹⁾을 포함한 6명의 위원은 비상임(非常任)으로 하고 행정안전부 장관의 제청으로 국무총리를 거쳐 대통령이 임명하며(동법 제5조 제2항 및 제6조 제1항), 1명의 위원은 상임(常任)으로 하고 정무직으로 한다(동법 제5조 제2항·제3항). 위원 중 2명은 법관의 자격이 있는 사람이어야 하며(경찰법 제6조 제3항), ① 당적(黨籍)을 이탈한 날부터 3년이 지나지 아니한 사람, ② 선거에 의하여 취임하는 공직에서 퇴직한 날부터 3년이 지나지 아니한 사람, ③ 경찰, 검찰, 국가정보원 직원 또는 군인의 직(職)에서 퇴직한 날부터 3년이 지나지 아니한 사람, ④ 공무원 임용 결격사유(국가공무원법 제33조)에 해당하는 사람은 위원이 될 수 없다(경찰법 제6조 제4항). 위원은 ① 정당에 가입하거나 ② ④ 선거에

130) 국회 행정자치위원회, 앞의 검토보고서, 12면.

131) 경찰위원회 위원장은 비상임위원중에서 호선한다(경찰위원회규정 제2조 제2항).

의하여 취임하는 공직 또는 ⑥ 경찰, 검찰, 국가정보원 직원 또는 군인의 직에 취임 또는 임용되거나 ③ 공무원 임용 결격사유에 해당하게 된 때에는 당연히 퇴직되며(동법 제7조 제2항), 중대한 신체상 또는 정신상의 장애로 직무를 수행할 수 없게 된 경우에는 위원장 또는 행정안전부 장관의 의결요구에 따라 위원회의 의결로써 면직한다(경찰법 제7조 제3항 및 경찰위원회규정 제4조 참조)

즉, 경찰법상 경찰위원회는 국가 경찰의 최고기관이 아니라 행정안전부 소속으로 경찰청과 동급 기관에 지나지 않으며, 정부직인 경찰청 차장이 경찰위원회의 당연직 위원이 되고, 나머지 6명의 경찰위원은 국무총리와 행정안전부 장관의 결재를 거쳐 대통령이 임명하는 구조이다. 정치적 중립성 보장을 명분으로(경찰법 제6조 제2항)¹³²⁾ 정당인이나 선거에 의하여 취임하는 공직자의 위원 임명을 제한하고 퇴직을 강제하는 반면, 2명의 위원은 반드시 법관의 자격이 있는 법조인으로 임명해야 하는 구조이기도 하다. 따라서 경찰위원회는 대통령과 행정안전부 장관에 속한 행정권력의 일부에 지나지 않으며, 경찰을 기속(羈束)하는 것이 아니라 오히려 행정안전부 장관과 경찰로부터 기속되고 있다고 생각한다.¹³³⁾

반면 우리나라의 경찰위원회에 대비되는 일본의 국가공안위원회는 우리나라의 대통령 격인 내각총리대신의 소할(所轄) 하에 설치되며(일본 경찰법 제4조 제1항), 위원장과 5인의 위원으로 조직되는(동조 제2항 참조) 국가공안위원회의 위원장은 우리나라의 국무위원 격인 국무대신에 보한다(동법 제6조 제1항). 여기서 '소할'이란 그 통괄 하에 있지만 권한행사의 독립성이 강한 행정기관과의 관계를 나타내는 용어이므로 일본의 국가공안위원회는 우리나라의 경찰위원회와 달리 명실상부한 국가의 경찰 최고기관으로 자리하고 있다고 말할 수 있다.¹³⁴⁾

또한, 국가공안위원회의 위원은 ① ① 파산자로서 복권되지 않은 사람, ② 금고 이상의 형에 처해진 사람에 해당하지 않는 사람으로서(동법 제7조 제4항) ② 임명

132) 경찰법 제6조 제2항: 행정안전부장관은 위원 임명을 제청할 때 국가경찰의 정치적 중립이 보장되도록 하여야 한다.

133) 참고로, 행정안전부 장관 및 경찰청장이 중요하다고 인정하는 사항은 위원회의 회의에 부칠 수 있지만(경찰법 제9조 제1항 제6호), 위원장이나 위원이 중요하다고 인정하는 사항은 회의에 부칠 수 없다. 또한, 위원회에서 심의·의결된 내용이 적정하지 않다고 판단할 때에 행정안전부 장관은 재의(再議)를 요구할 수 있다(동조 제2항).

134) 宮田三郎/한귀현(역), 앞의 책, 13면.

전 5년 간 경찰 또는 검찰의 직무를 행하는 직업적 공무원의 전력이 없는 사람 중에서 내각총리대신이 —우리나라의 국회인— “양원(兩院)의 동의”를 얻어 임명한다(동조 제1항). 따라서 일본의 국가공안위원회는 의회가 위원회 구성에 관여하며, 위원 중 3인 이상이 동일 정당에 소속되어서는 안 된다는 제한만 둬으로써(동법 제7조 제5항) 의회 다수당에 의한 위원회 전횡을 견제하고 있을 뿐이다. 그런데 위원이 파산하거나 금고 이상의 형에 처해지는 때에 당연 실직(失職)하는 점은 우리와 유사하지만(동법 제9조 제1항), 파면의 경우에는 —위원 중 2인이 소속하여 있는 정당에 새로이 소속하게 된 위원의 경우를 제외하고는(동조 제4항)— 반드시 “양원의 동의”를 얻도록 함으로써(동조 제2항·제3항) 위원의 파면조차도 의회의 동의 없이 내각총리대신이 함부로 할 수 없도록 정하고 있다. 즉, 국가공안위원회의 정치적 중립성보다는 ‘행정부로부터의 독립성’에 무게를 두고 있는 것이다.¹³⁵⁾

뿐만 아니라 임기 3년에, 위원의 연임(連任)을 제한하는 우리나라 경찰위원회와 달리(경찰법 제7조 제1항) 일본의 국가공안위원회 위원은 임기 5년에, 1회에 한하여 재임(再任)이 허용됨으로써 강력한 신분보장을 받는다(일본 경찰법 제8조). 나아가 일본의 국가공안위원회는 우리나라 경찰위원회처럼 형식적인 심의·의결기구가 아니라 법률로써 ‘경찰청의 관리기구’인 점을 분명히 하고 있으며(경찰법 제5조 제4항), 준입법권(동법 제12조), 감찰 지시권(동법 제12조의2), 경찰행정 조정권(동법 제5조 제4항 제23호 내지 제26호 및 동조 제3항) 등 실질적인 권한까지 가지고 있다. 지방자치 조직의 특성상 다소 차이는 있지만 일본의 도도부현 공안위원회 역시 구성원리에 있어 국가공안위원회와 큰 차이가 없는데, 일본의 공안위원회 제도가 행정부와 독립적으로 구성되면서도 실질적인 권한을 가지게 된 배경에는 경찰권력을 의회와 실질적으로 분점하도록 하려는 노력이 있었기 때문이라고 생각한다.

이처럼 경찰권력을 입법부와 분점하는 방식으로는 일본의 공안위원회 제도를 예로 들 수 있다. 외국과 우리의 실정이 다르고 관련 제도의 기반도 다르지만, 경찰권력을 입법부와 분점하는 방안은 다양하게 안출될 수 있을 것이고,¹³⁶⁾ 자치경찰제 시행

135) 다만 일본 경찰법은 일본 국가공안위원회 위원이 정당 그 밖의 정치적 단체의 임원이 되거나, 또는 적극적으로 정치운동을 할 수 없도록 규정하고 있다(제10조).

136) 예컨대, 종전 영국경찰의 3원체제(Tripartite System)의 한 축을 담당했던 ‘경찰위원회’(Police Authority)는 17인의 위원 중 9인은 지방의회 의원으로, 3인은 치안판사, 5인은 —지역사회구성원으로 선출되는— 독립위원으로 구성하였다(김학경/이성기, “영국지방자치경찰의 새로운

이후에는 국가경찰은 국회와의 관계 하에, 자치경찰은 지방의회와의 관계 하에 조직하는 것도 충분히 가능할 것으로 생각한다. 광역 단위로 자치경찰을 조직하더라도 기초의회와의 연계성까지 고려해야 함은 물론이다.

라. 교육청과의 경찰권력 분점

학교폭력 대응의 중요성을 고려할 때 교육이념과 학교현장을 보다 잘 이해할 수 있는 교육청이 관리·감독하는 일종의 학교경찰(school police) 제도¹³⁷⁾를 자치경찰제의 일환으로서 도입하는 방안 역시 경찰권력의 분점방안의 하나로서 생각해볼 수 있다.

마. 국민과의 경찰권력 분점

영국의 경우 2011년 9월 14일 제정된 ‘경찰개혁 및 사회책임법’(Police Reform and Social Responsibility Act 2011)에 따라 지역 치안문제를 전담하는 ‘지역치안위원장’(Police and Crime Commissioner)을 주민이 “직접 선출”하는 한편, 이를 견제하는 ‘지역치안평의회’(Police and Crime Panel)의 요청에 따라 지역치안위원장의 업무에 관하여 “주민소환” 투표를 실시할 수 있게 됨으로써 경찰이 중앙정부가 아니라 국민에게 책임지는 기반을 구축했다고 한다.¹³⁸⁾ 이처럼 경찰개혁을 분점하는 주체로서 주권자인 국민도 예외는 아니며, 경찰조직의 최고책임자를 “국민이 직접” 선출 및 소환할

패러다임 : ‘2011 경찰개혁 및 사회책임법’과 ‘국립범죄청’을 중심으로, 경찰학연구 통권 제 29호, 2012. 3, 152면).

다만 영국의 경찰위원회는 2011년 9월 14일 제정된 ‘경찰개혁 및 사회책임법’에 따라 4원체제(Quadrupartite System)로 변경되면서 폐지되었고, 주민선거로 선출되는 ‘지역치안위원장’제도와 지방자치단체에서 파견된 각 1명의 선출직 대표단과 2명의 독립위원으로 구성된 ‘지역치안평의회’ 제도가 신설되었다. 참고로, 지역치안위원장은 지역경찰청장의 임명 및 해임권을 가지고 있으며, 지역치안평의회는 지역치안위원장에 대한 주민소환투표 실시권 등 견제권을 가지고 있다(앞의 글, 158-161면 참조).

이러한 4원체제로의 전환에 대해서는 관료주의에 몰입된 중앙정부 중심의 경찰활동을 지역 주민 요구에 직접적으로 대응하는 지역경찰로 변화시키고자 했다는 평가도 있다(앞의 글, 160면).

137) 미국과 캐나다는 학교와 경찰이 상호 협약을 맺어 법적 근거를 마련하여 경찰과 학교가 지역에서 함께 대처하는 학교경찰 제도를 운영하고 있다고 한다(신순갑, “학교폭력과 스쿨폴리스(school police)”, ‘오늘의 청소년’(한국청소년단체협의회) 제23권 제2호, 2007. 3/4, 22면 참조). 이러한 학교경찰은 자치경찰제의 일환으로 운영되고 있는데(앞의 글, 25면 참조), 이 글에서 구상하는 학교경찰은 지방자치단체장이 관리·감독하는 학교경찰이 아니라 각 지역의 교육청장이 관리·감독하는 학교경찰이라는 점에서 차이가 있다고 할 것이다.

138) 김학경/이성기, 앞의 글, 158-161면 참조.

수 있는 방안 마련까지도 충분히 생각해볼 수 있다.¹³⁹⁾

물론 국민과의 경찰권력 분점방안은 국민의 다양성만큼 다양한 방안들을 모색할 수 있을 것이다. 경찰 관련 각종 위원회에 일반국민을 참여시키거나, 다양한 경찰활동에 지역주민을 참여시킴으로써 국민이 자연스럽게 경찰의 의사결정에 참여하고 경찰활동을 감시할 수 있을 것이다. 이는 경찰활동에 대한 민주적 통제장치로서 기능할 뿐만 아니라 있는 ‘살아있는’ 법교육이자 질서교육이 될 수 있다. 그런 만큼 경찰이 경찰 관련 위원회를 구성할 경우에는 학자, 전문가나 실무자가 필요한 전문위원회로서의 성격을 가지지 않는 한, 명망가보다는 평범한 시민이 참여할 수 있도록 위원회의 문호를 개방해야 할 것이고, 경찰이 위원을 직접 선정하거나 추천하는 방식보다는 일정한 요건 하에 무작위로 추출된 일반국민들의 참여의사에 따르는 편이 권력분점이라는 가치에 보다 부합될 것이라고 생각한다.

3. 인권침해적 경찰사무의 개선방안

가. 수사상 인권침해의 개선방안

만일 검·경 수사권 조정이 이뤄지고 광역 단위 자치경찰제가 도입될 경우 중대범죄는 검찰과 국가경찰, 일반범죄는 국가경찰과 자치경찰, 경미범죄는 자치경찰이 분담할 가능성이 높을 것으로 예상된다. 이렇게 수사기관 간에 수사권을 분담하더라도 본질적으로 수사는 신체의 자유, 거주·이전의 자유, 사생활의 자유를 침해할 수밖에 없는 속성을 가지므로 수사권의 분산만으로는 인권침해 가능성이 불식되기는 어려울 것으로 예상된다. 특히 그간 인권침해 상황이 빈발했던 경찰의 인권침해행위를 획기적으로 감소시킬 수 있는 방안 모색은 사법개혁 과정에서 풀기 어려운 난제(難題)가 될 것으로 예상된다.

최근 이와 관련하여 ‘형사공공변호인’(public defender) 제도의 도입도 논의되고 있고,¹⁴⁰⁾ 국정기획자문위원회도 이를 주요 과제의 하나로서 제시하고 있는데,¹⁴¹⁾ 피

139) 참고로, ‘지방분권 및 지방행정체제개편에 관한 특별법’ 제15조 제1항은 “국가 및 지방자치단체는 주민참여를 활성화하기 위하여 주민투표제도·주민소환제도·주민소송제도·주민발의제도를 보완하는 등 주민직접참여제도를 강화하여야 한다”고 하여 주민 직접 참여제도의 강화의무를 규정하고 있다.

의자나 피내사자가 방어수단을 제대로 갖추기 어려운 초동수사 과정의 인권침해 상황을 이들이 어느 정도는 감시할 수 있을 것으로 기대하지만, —인권감시자로서의 역할을 강화하는 측면에서— 국가인권위원회와 같은 독립기구,¹⁴²⁾ 국회나 법원과 같은 다른 권력기관, 또는 유관 협회가 아니라 ‘인권감시의 대상기관’인 수사기관 스스로 이 제도의 도입방안을 모색하는 것에 대해서는 우려되는 측면이 있다.

그래서 수사기관 스스로 이 난제를 풀기 위해서는 수사방법부터 원점에서 돌아볼 필요가 있다고 생각한다. 먼저, 수사와 달리 시간적 한계가 불명확한 내사사건의 사건 처리시스템을 투명하게 구축하여 피내사자가 피내사자라는 불안정한 지위로 장기간 방치되는 상황을 최소화할 필요가 있다. 이를 위해서는 내사에 착수하는 시점부터는 일정한 내사 관련 정보를 형사사법정보시스템에 전산으로 기록하도록 의무화하고, 일련번호를 부여함으로써 입력된 기록을 임의로 삭제하거나 변조할 수 없게 하며, 이러한 기록을 일정 기간 보존토록 의무화하고, 내사관계자 이외의 제3자가 이를 감찰케 하며, 이 과정에서 위법사실이 드러날 경우 내사관계자를 징계 또는 형사처벌할 수 있도록 조치하여야 할 것이다.¹⁴³⁾ 또한, 피의자·피고인이나 참고인의 진술에 의존하는 수사관행에서 탈피하여 증거에 기반한 수사활동이 가능하도록 노력해야 할 것이다. 이를 위해서는 과학수사 기법을 더욱 발전시켜야 할 것이고, 인권을 보장하면서도 범죄 관련 정보를 효과적으로 수집할 수 있는 법리와 제도 개발을 강구해야 할 것이다. 이를 통해 적법절차에 의한 증거 중심의 경찰 수사를 기대한다.

나. 집회·시위 진압과정상 인권침해의 개선방안

경찰에 의한 인권침해 상황은 수사에 있어서만 발생하는 것은 아니다. 집회나 시위에 경찰이 물리력을 행사하여 진압을 나설 경우 공개된 장소이고 지켜보는 사람이 많기 때문에 단 1건의 인권침해 상황이 발생하더라도 그 파급력이 막대할 것인데, 집회나 시위 과정에서의 경찰 인권침해 관련 상담은 매년 10건 내외로 꾸준히 발생하고 있다고 한다.¹⁴⁴⁾ 국민을 지켜야 할 경찰이 청사를 지키는 경비 역할을 하는

140) 이데일리, “‘경찰서마다 국선번호사 배치’…文정부 ‘형사공공번호인’ 도입”, 2017년 6월 19일자.

141) 국정기획자문위원회, 앞의 3개년 계획, 30면.

142) 단, 국가인권위원회의 경우 그 위상과 독립성이 현행보다 현저히 제고되었을 경우에 한한다.

143) 강석구/조상제, 내사에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2011, 71면.

자체가 이미 그 위상에 걸맞지 않을 것인데, 이 과정에서의 인권침해 상황을 경찰 스스로 불식할 자신이 없다면 종래의 경비사무는 —국가경찰, 자치경찰을 불문하고— 장기적으로는 경찰사무에서 배제하고, 경찰 본연의 임무인 질서유지와 국민의 안전 확보에 충실할 필요가 있다고 생각한다.

이와 관련하여 일본의 경우 집회·결사에 관한 규제 및 단속 사무를 국가경찰이 담당하지 않고 도도부현 경찰에 일임하고 있다고 하며, 권한의 근거가 되는 조례 역시 각 지방자치단체가 자율적으로 제정하도록 하고 있다고 한다.¹⁴⁵⁾ 우리에게도 참고가 될 만한 사례라고 볼 수 있다.

4. 수사권한 총량의 축소방안

“「모든 국민은 법 앞에 평등하다.」 이것이 헌법과 법치주의의 기본정신이지만, ‘유전무죄 무전유죄’라는 말과 같이 그간 법은 모든 국민에게 평등하게 적용되지 않았고, ‘강자에겐 약하게, 약자에겐 강하게’ 적용되어 왔다고 국민들은 믿어왔다. 국민들의 눈에는 일반 서민들이 주로 범하는 강력범죄에 대해서는 단호하게 엄벌에 처했지만, 고위공직자의 부패범죄나 기업의 경제범죄에 대해서는 애초에 수사를 주저하거나 집행유예나 단기의 실행과 같은 가벼운 처분만을 해왔다고 비쳐졌기 때문이다. 더욱이 처벌만능주의에 빠져 과잉형법 현상이 만연한 우리 형사법체계는 ‘전 국민의 범죄인화’ 경향을 심화시켰고, ‘털어서 먼지 안 나는 사람 없다’는 말처럼 처벌로부터 자유로운 사람은 없기 때문에 누구든 수사가 두려울 수밖에 없는 것이 현실이다. 이러한 상황에 이른 것은 검찰의 탓만은 아니고 입법부, 행정부, 사법부, 법조계, 법학계 등 우리 모두가 반성해야 할 부분이라고 생각한다.”¹⁴⁶⁾

수사권과 기소권이 강력한 권력으로서 국민에게 체감되는 배경에는 이른바 ‘과잉범죄화(overcriminalization) 현상’도 있다고 생각한다. 행위의 본질과 경중을 가리지 않고 광범위하게 구축된 현대 형법체계는 ‘누구라도 조사하면 처벌할 수 있는’ 기형적

144) 2016년에는 12건이었다(국가인권위원회, 앞의 인권통계, 40면 참조).

145) 참고로,公安조례가 제정되지 않았던 지방에서는 일본 도로교통법 제77조의 ‘도로 사용의 허가제’에 의해 집단행진 등의 규제가 행해지고 있다고 한다(宮田三郎/한귀현(역), 앞의 책, 115면).

146) 강석구, “검찰개혁에 있어 고위공직자비리수사처 설치방안의 의의와 한계”, ‘한국의 형사사법개혁1 : 검찰개혁’ 공동학술세미나 자료집, 2017. 2. 13, 147-148면.

인 상황을 조성했고, 현실적으로 모든 위반행위자를 단속하고 처벌할 수 없는 만큼 범죄의 단속과 처벌이 수사기관·소추기관·사법기관의 ‘선택’에 좌우될 수밖에 없는 부조리한 형국이 되었다. 그런 만큼 단속과 처벌의 대상이 된 국민에게 이는 ‘불운’(不運)으로 인식될 수밖에 없었고, 권력자나 재력가 등 기득권자에 대해 관대하면 할수록 형사사법기관에 대한 ‘불신’(不信)이 국민들에게 쌓일 수밖에 없는 것이다. 형사사법기관이 본연의 임무를 망각하면 형벌의 위하력에 의하여 사회 일반인의 범죄를 방지하고자 한 일반예방효과보다는 범죄에 대한 단속과 처벌을 권력과 뇌물로써 모면하고자 하는 ‘부패’와 ‘반칙’만이 국민에게 학습되는 효과를 거둘 수밖에 없을 것이고, 이 과정의 최대 수혜자는 ‘불운한 희생자에 대한 선택권’을 가진 수사기관·소추기관·사법기관 등 권력기관이 될 수밖에 없다.

지나친 비약일 수 있지만 이것이 국민들이 인식해온 우리 사회의 실상이라고 믿고 있으며, 일련의 게이트 수사과정에서 권력남용과 부패로 점철된 우리 사회의 ‘민낯’을 온 국민이 생생하게 확인할 수 있었다고 생각한다. 그리고 이것이 일상화된 사법부패¹⁴⁷⁾의 근본적인 원인 중 하나라고 믿고 있고, 이러한 의미에서 부적당한 형벌규정을 폐지하고 비범죄화(非犯罪化)하는 작업 역시 —경찰개혁뿐만 아니라— 사법개혁 과정에서 결코 놓쳐서는 안 되는 핵심 과제라고 생각한다.

이를 실천하는 방안으로는¹⁴⁸⁾ ① 형법, 경범죄처벌법, 도로교통법 등에 규정된 경미범죄를 비범죄화하고, ② 행정의무위반적 행정형벌을 행정질서벌화로 전환하며, ③ 정치범죄를 비범죄화하는 한편, ④ 사회의 가치관·윤리관의 변화에 따라 법정책적으로 처벌의 필요성이 없어졌거나 사문화된 형벌규정을 폐지하는 방안 등을 생각할 수 있다. 특히 경범죄처벌법상 경미범죄의 비범죄화 필요성과 관련해서는 경범죄처벌법의 제정 배경과 관련한 다음 기록을 참고할 만하다.

147) 최근, 자신이 근무하는 법원의 법정에 선 피고인에게 1억 5천만원 상당의 금품을 받은 판사에 대해 사건배당을 직접 받지 않았다는 이유로 사후 뇌물이 아니라 합법적인 감사의 표시로 인정한 판결도 있었다(경향신문, “법원, ‘정운호가 부장판사에게 준 수입차 레인지로버는 무죄’…징역 3년6월로 감형”, 2017년 8월 18일자). 법원 스스로 이러한 선물 세례가 의례적이거나 일상적인 것이라고 자백한 것으로 볼 수밖에 없는 판결이라고 할 것이다.

148) 이러한 방안의 모티브는 임웅, 비범죄화의 이론, 법문사, 1999 참조.

“일제는 1912년 3월 경찰법 처벌규칙을 제정하여 항일의병과 독립운동가 등을 진압 색출하면서 식민통치의 수행에 활용하였다. 거기에는 모두 82종에 달하는 많은 경찰범죄가 규정되어 있어서 국민들은 이에 저촉하지 않으면서 생활하기가 아주 어려웠던 것이다. 총독부는 이를 악용하여 모든 국민을 범인으로 다룰 수 있게 하려는 수단으로 제정한 것이라고 할 수 있다.

그러나 해방 후에도 이의 조정을 못하고 정부수립 전후의 사회 혼란과 한국전쟁을 극복하면서 경찰의 임무가 변질되어 운용되다가 이제 휴전이 성립되고 사회가 안정되면서 경찰행정의 개선이 필요하게 되었다.

그리하여 1954년 4월 1일 법률 제316로 경범죄처벌법을 공포하게 되었다. 동법은 4개조와 부칙으로 되어 있으며 경범죄의 종류도 45종으로 축소하고 공공의 안녕과 사회질서의 유지에 필요한 사항으로 제한하였다. 아울러 본래의 목적을 벗어나 본법을 적용해서는 안 된다는 남용금지조항을 두고 일제시 경찰법 처벌규칙은 폐지한다는 부칙을 두고 있다.”¹⁴⁹⁾

한편, 부적당한 형벌규정의 비범죄화 작업을 위해 ① 형벌(벌금, 과료, 몰수·추징을 포함한다.), 범칙금, 과태료, 과징금, 이행강제금 등의 집행 실태를 전수 조사하고, ② 소관 부처의 세외수입 등으로 편입되는 범칙금, 과태료, 과징금 등의 부과·징수 현황(소관부처별 총 규모를 포함한다.) 및 용처(用處)를 국민에게 정례적으로 투명하게 공개하도록 강제할 필요도 있다고 생각한다. 나아가 ③ 비범죄화하여 행정질서별로 전환한 질서위반행위를 질서위반행위규제법에 수렴하는 한편, 재산적 행정벌이나 범칙금과 같은 형벌적 행정벌을 가능한 한 과태료로 일원화할 필요도 있다고 생각한다.

참고로, 2004년에도 법무부 ‘법과 규제의 실효성 확보 추진 기획단’에서 제재별 집행실태를 소관부처별로 전수 조사하였는데, 집행주체가 경찰청과 지방자치단체로 나누어져 있다는 이유로 도로교통법상 과태료 부과 실적을 경찰청과 행정자치부 모두 보고하지 않았고, 도로교통법상 무인단속 속도위반에 대한 과태료 부과실적을 경찰청이 보고하지 않아¹⁵⁰⁾ 전수 조사가 무산된 전례가 있었다. 그럼에도 불구하고 당시 제재부과 건수에서 경찰청의 제재부과 실적이 전체 부처 실적의 65%(금전적 제재의 경우 62%)를 차지했고, 제재부과 금액에 있어서도 전체의 21%를 차지했을 정도로 비중이 높았던 반면,¹⁵¹⁾ 정작 과태료 집행율은 51% 내외에 불과했다고 한다.¹⁵²⁾

149) 허남오, 한국경찰제도사, 동도원, 1998, 326-327면.

150) 한국행정연구원, 법과 규제의 실효성 확보 방안에 관한 연구, 2004. 9, 52면 참조.

5. 현장 경찰관의 근무여건 개선 등 경찰의 체질 개선 방안

일은 결국 사람이 하는 것이다. 그렇기 때문에 경찰개혁 과정에서 ‘현장 경찰관’을 시야에서 놓쳐서는 개혁을 추진할 동력(動力)을 잃는 것과 다름없을 것이다. 그래서 경찰조직의 근본적 개혁과 관련하여 ‘현장 경찰관의 근무여건 개선’이나 ‘업무의 적정성 확보’ 등이 경찰관 개개인에게 있어서는 가장 현실적인 문제일 것이라고 생각한다. 그런데 이러한 방안 안출에 있어서는 현장 경험이 가장 중요한 요소가 될 것이기 때문에 이 문제만은 현장 경험이 없는 제3자가 함부로 거론할 사안이 아니라고 생각한다. 이 사안은 경찰 한 사람, 한 사람의 뜻을 모아 경찰구성원 스스로 풀어나가야 할 자체 개혁과제라고 판단하여 이 글에서는 다루지 않기로 한다.

151) 한국행정연구원, 앞의 보고서, 61면 및 71면 참조.

152) 한국행정연구원, 앞의 보고서, 74면 참조.

검찰의 중립성 확보방안에 관한 쟁점

임 석 순

검찰의 중립성 확보방안에 관한 쟁점

제1절 서 설

검찰의 정치적 편향성 또는 정치검찰 문제와 그로 인한 검찰개혁 필요성은 이미 해묵은 숙제가 된지 오래이다.¹⁵³⁾ 2011년에는 현직 검사가 검찰 내부전산망에 검찰의 정치편향성을 비판하는 글을 올리면서 사표를 제출한 사례¹⁵⁴⁾도 있을 정도로 검찰의 정치적 중립성은 검찰 내·외부에서 두루 제기되고 있는 문제라 할 수 있다. 국민 10명 중 9명(매우 필요 76.3% + 다소 필요한 편 13.5% = 89.8%)이 검찰개혁의 필요성에 공감하고 있는 것으로 집계되고 있다.¹⁵⁵⁾ 최근에는 이른바 “돈봉투 만찬” 논란¹⁵⁶⁾이 검찰의 인습적 관행에 대한 비판으로 번지면서 검찰개혁에 대한 불씨를 더욱 지피

153) 김희균 외, 서초동 0.917 - 빙산을 부수다, 사법개혁, 2012, 167면 이하; 시사포커스, “검찰의 김제동 수사는 사상초유의 해프닝”, 2011.12.9.(<http://www.sisafocus.co.kr/news/articleView.html?idxno=50784>, 2017.5.12. 최종방문); 한겨레, “누가 당선돼도 검찰 대수술…‘정치편향 검찰’의 업보”, 2012.10.31.(http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/558401.html, 2017.5.12. 최종방문); 머니투데이, “현직 부장검사 “검찰 정치적 편향·중수부 폐지” 주장”, 2012.1.4.(http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2012010418513608332&outlink=1&ref=http%3A%2F%2Fsearch.daum.net%2Fsearch%3Fw%3Dnews%26nil_search%3Dbtn%26DA%3DPGD%26enc%3Dutf8%26cluster%3Dy%26cluster_page%3D1%26q%3D%25EA%25B2%2580%25EC%25B0%25B0%25EC%259D%2598%2B%25EC%25A0%2595%25EC%25B9%2598%25ED%258E%25B8%25ED%2596%25A5%26p%3D15, 2017.5.12. 최종방문).

154) 프레시안, “현직 검사 ‘검찰 정치편향’ 비판하고 사표”, 2011.11.28.(<http://www.pressian.com/news/article.html?no=37580>, 2017.5.12. 최종방문).

155) 중앙일보, “국민 10명 중 9명 “검찰 개혁 필요”…수사 공정성 확보해야”, 2017.1.6.(<http://news.joins.com/article/21087890>, 2017.5.22. 최종방문).

156) JTBC, “9000억 달하는 ‘특수활동비’…집행 내역 공개 목소리”, 2017.5.19.(<http://news.jtbc.joins.com/html/576/NB11470576.html>, 2017.5.22. 최종방문); KBS, “한 해 8,900억…특수활동비는 싹짓돈?”, 2017.5.19.(<http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=3483466&ref=D>, 2017.5.22. 최종방문); 한겨레, “‘안태근 격려금’, 특수활동비 문제점 드러낼 ‘뇌관’”, 2017.5.21.(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/795602.html, 2017.5.22. 최종방문).

고 있다. 김대중, 노무현 정부를 비롯해 이명박, 박근혜 정부에서도 검찰개혁은 대선공약의 주요 단골메뉴가 되어 왔다. 현 문재인 정부 또한 검찰개혁을 가장 중요한 공약 가운데 하나로 내세웠으며, 소장과 교수로 인식되고 있는 조국 서울대 교수를 신임 민정수석으로 임명하고, 비법조인 출신 개혁파 교수를 법무부 장관으로 지명함으로써 검찰개혁에 박차를 가하겠다는 의지를 표명하였다. 그리고 국정운영 5개년 계획 가운데 권력기관의 민주적 개혁을 과제로 삼아, “정치적 중립성과 직무수행의 독립성이 훼손되어 왔던 검찰을 개혁하기 위해 고위공직자 부패근절을 위한 고위공직자비리수사처를 설치”¹⁵⁷⁾할 것을 중요 정책공약으로 내세웠다.

검찰의 정치적 중립성에 관한 논쟁 또는 비판의 핵심은 고위공직자 부정부패사건, 고위직 검사의 비리사건을 다른 일반사건에 비해 수사를 상당히 부실하게 진행하는 등 이른바 권력 눈치보기에 있다고 볼 수 있다. 이는 검찰이 “법대로” 자신의 직무를 수행하지 못하고, 여러 정치·경제·사회적 파장을 고려하였기 때문이라는 지적¹⁵⁸⁾이 있다. 그러나 그 이면에는 보다 본질적인 문제가 존재한다. 즉 검찰이 그와 같은 파장을 왜 고려할 수밖에 없는 구조가 되었는가 하는 점이다. 몇몇 정치검사가 “물을 흐리고”, 결국에는 검찰조직 전체가 개혁대상이 되지 않을 수 없었던 상황을 따져보아야 한다. 이러한 상황의 근저에는 검찰조직의 구성에서부터 검찰권 행사에 이르기까지 정치와 권력이 영향력을 미칠 수밖에 없는 구조적 문제가 있다.

따라서 본 글에서는 우선 검찰의 중립성이 어떠한 의미를 갖는지를 탐구해 보고자 한다. 이는 검찰의 중립성 확보방안을 논하기 위한 논리적 전제로서, 검찰의 중립성이 애초부터 불필요하거나 무의미하다면 이후의 논의는 전혀 불필요하기 때문이다. 그 다음으로 검찰의 중립성 확보를 위한 구조적 개선방안으로서, (i) 검찰청의 조직체계상 독립, 검사장/검찰총장 직선제 등 검찰의 인사상 중립성 및 독립성 확보방안, (ii) 법무부장관의 일반적 지휘권과 검사동일체 원칙과 관련하여 검찰권 행사의 중립성 확보방안에 대한 여러 논의를, 끝으로 (iii) 검찰의 중립성을 확보해 줌으로써 궁극적으로는 “검찰 자신을 살리는 길”이라고까지 일컬어지고 있는 고위공직자비리수사처 설치에 관한 각 견해 간 논거와 세부 쟁점들을 살펴보고자 한다.

157) 『문재인정부 국정운영 5개년 계획』, 2017.7, 38면.

158) 김희균 외, 앞의 책, 165면.

제2절 검찰의 “중립성”이 갖는 의미

검찰은 왜 중립적이어야 하는가? 검찰의 중립성에 관한 논쟁은 이 질문에서부터 출발해야 할 것이다. 검찰이 굳이 중립적일 필요가 없다면, 검찰의 중립성 확보라는 아젠다는 애초부터 무의미해지기 때문이다.

검찰이 중립적이어야 하는 이유는 검사가 객관의무를 짊어져야 하는 준사법기관이기 때문이다. 조직체계상 행정기관인 법무부에 속해 있으나, 그 직무와 권한은 행정기관의 수준을 넘어 국민의 생명·신체와 자유 등 기본권을 수호하는 임무를 내포하고 있기 때문이다. 다만 이처럼 사법기관으로서 직무와 권한을 행사함에도 조직체계상 행정부에 소속되어 있는 행정기관이기 때문에 판사와 같이 완전한 독립적 사법기관이라고 할 수는 없어 검사를 통상 준사법기관으로 정의하고 있다.¹⁵⁹⁾ 따라서 검사는 재판정에서 피고인과 대립하는 위치에 있으나, 그럼에도 단순히 피고인의 처벌만을 지향하는 것이 아니라 실체진실발견을 목적으로 해야 할 의무가 있다.

검찰청법에는 검사의 준사법기관적 성격을 나타내는 규정이 여럿 있다. 제4조는 “검사는 공익의 대표자(제1항)로서 정치적 중립을 지켜야(제2항)” 한다고 규정하고 있으며, 검사의 임명자격은 법관의 그것과 같다(법 제29조). 제37조는 “검사는 탄핵이나 금고 이상의 형을 선고받은 경우를 제외하고는 파면되지 아니하며, 징계처분이나 적격심사에 의하지 아니하고는 해임·면직·정직·감봉·견책 또는 퇴직의 처분을 받지 아니한다”고 함으로써 그 직무와 권한을 행사함에 중립성을 확보할 수 있도록 검사의 신분을 보장하고 있다. 이와 같은 법규정에도 불구하고 검사가 자신의 직무를 수행하고 권한을 행사함에 있어 (정치적으로) 편향되어 있다는 비판은 여전히 제기되고 있다.

검찰의 정치적 중립성은 피고인과의 관계에서 견지해야 할 객관의무라기보다는 정치적·경제적 중립성을 의미한다고 보아야 할 것이다. 정치적·경제적으로 권력을 가진 자들에게는 검찰권 행사가 상대적으로 관대했으며, 반대로 정치적·경제적으로

159) 배종대 외, 형사소송법, 2015, 6/4; 이은모, 형사소송법 제4판, 2014, 64면; 백광훈/신동일/이천현, 바람직한 검찰개혁의 방향, 형사정책연구원 연구총서, 2003, 15면; 이원상, “검찰의 독립성 확보로 인한 형사사법 공정성 확보”, 한국의 형사사법개혁 - 검찰개혁 1 -, 『제2차 사법개혁포럼』, 2017.6.29., KIC 법무현안연구회, 11면. 이에 대해 검사의 준사법기관성 및 객관의무에 대한 비판적 견해로 김인회, “견제와 분산을 위한 검찰개혁과제 재검토”, 민주법학 제43호, 2010, 389-401면 참조.

약한 지위에 있는 사람들에게만 그 권력행사가 엄중했다는 것이다. 검찰의 정치적 중립성이라는 이슈는 요컨대 공소권의 적극적 남용보다는 최근의 우병우 전 민정수석의 건과 같이 주로 소극적 불행사의 문제에 집중되고 있다.¹⁶⁰⁾ 한편 과거에는 정치권력에 부역하는 검사(검찰)가 비판의 대상이 되었다면, 최근에는 스스로 정치권력을 창출하거나 자신에게 권력을 부여할 수 있는 “숙주”를 적극적으로 찾아나서는 모습으로 변모했다는 차이가 있다는 시각¹⁶¹⁾도 있다.

이와 같은 검찰의 정치적 중립성 문제는 우선 인사·승진에 목멜 수밖에 없는 인사시스템에 기인한다고 볼 수 있다. 이는 임명단계에서 중립성·독립성 확보문제로 귀결된다. 그리고 다음으로 이른바 고위공직자비리수사(조사)처 설치 논쟁과 같이 검찰의 직무수행단계에서의 중립성·독립성 확보방안도 이미 십 수 년 전부터 계속되어 왔던 지난한 이슈도 여전히 유효하다.

제3절 검찰 인사의 독립성 확보

전술한 바와 같이 검찰의 중립성 및 독립성 문제¹⁶²⁾는 우선 검사의 임명과 승진, 전보 등 인사제도의 개선문제로 이어지며, 이는 곧 검찰청을 법무부로부터 독립시키자는 (또는 법무부를 검찰청으로부터 독립시키자는) 논의로 나아간다. 인사가 특정한 또는 특정 정부조직에 예속되어 있는 한 검찰의 정치적 중립성 확보는 근본적으로 불가능하기 때문이다. 이 외에 검찰총장 및 검사장 임명권을 시민의 손에 맡기자는 주장도 제기되고 있다. 이른바 검찰총장 외부영입 및 검사장 직선제에 관한 논의이다.

160) 이호중, “검찰개혁과제로서 고위공직자비리수사처의 도입 필요성”, 한국형사정책학회 2017년도 춘계학술대회 자료집 - 공정한 형사사법을 위한 개혁방안 -, 2017, 4면.

161) 한상희, “검찰개혁의 현실과 방향”, 황해문화 제78권, 2013, 305면.

162) 중립성과 독립성은 다소간의 교집합을 형성하기는 하지만 완전히 동일한 개념으로 보기는 어렵다. 다만 검찰의 정치적 중립성은 독립성을 전제로 하기 때문에, 여기에서는 특별히 구분할 필요가 있는 경우를 제외하고 하나의 묶음 개념으로 사용하고자 한다.

1. 검찰청의 조직체계상 독립

가. 검사 인사권 독립

검찰의 중립성 및 독립성 확보를 위한 핵심은 인사독립이라 할 수 있다.¹⁶³⁾ 조직적 측면에서는 검찰조직 구성의 시작, 개별 검사의 입장에서는 직무의 출발점이 임명, 승진, 전보 등의 인사이므로, 인사독립은 검찰의 중립성·독립성 확보의 출발점이라 할 수 있다. 특정인이 검찰 인사권을 전횡할 수 있는 상황이라면, 그 어떠한 강직한 검사라도 인사상 불이익에 초연하여 검사 본연의 직무를 수행하기는 어려울 것이다.

검찰청법 제34조에 따르면 검사의 임명과 보직은 법무부장관의 제청으로 대통령이 정한다. 그리고 이 때 법무부장관은 검찰총장의 의견을 들어 검사의 보직을 제청한다. 또한 검사는 「검사복무평정규칙」¹⁶⁴⁾에 따라 상급자의 인사평정을 받는다. 본 규칙 제3조 제1항에 따르면 법무부장관은 검찰청법 제7조 제1항에 따른 소속 상급자, 법무부에 소속되어 검사를 겸직하는 사람에 대하여는 법무부 소속 검사로서 해당 검사에 대한 업무처리를 지도·감독하는 상급자, 직무대리 등의 사유로 소속되어 있는 검찰청 외에서 근무하는 검사에 대하여는 직무대리 등으로 실제로 근무하는 검찰청 소속 검사로서 해당 검사에 대한 업무처리를 지도·감독하는 상급자로 하여금 검사에 대한 복무평정을 하게 할 수 있다. 결국 검사의 인사는 법무부장관, 더 나아가 대통령의 지배를 받는 구조라고 볼 수 있으며, 검찰청이 법무부로부터, 그리고 대통령으로부터 독립되어 업무를 수행하지 못하는 한 검찰 및 검사의 중립성과 독립성은 요원하다 할 수 있다. 요컨대 검찰조직은 사실상 대통령을 정점으로 하는 피라미드 구조를 띄고 있다고 볼 수 있으며, 따라서 검찰의 정치적 중립을 원치 않는 대통령 및 그 주변 정치인들이 검찰을 자신들의 밑에 두고자 하는 욕망으로부터 자유로울 수 없다.¹⁶⁵⁾ 검찰청법 제35조는 검찰인사위원회를 두어 검사의 임용, 전보, 그 밖의 인사에 관한 중요 사항을 심의하도록 하고 있으나, 법무부장관은 검찰인사위원회 심의결과에 구속되지 않으므로 사실상 자문기구에 불과하다. 더욱이 검찰인사 실무는 법무부 검찰국에서 담당하기 때문에¹⁶⁶⁾ 검찰인사위원회만으로는 검찰 자체의 독립적 인사가

163) 백광훈/신동일/이천현, 앞의 책, 15면.

164) 법무부령 제757호, 2011.12.28. 제정, 2012.1.1. 시행.

165) 김희균 외, 앞의 책, 174면; 이원상, 앞의 글, 14면.

불가능하다.

검찰의 중립성 확보를 위해 예컨대 대통령의 임명권 조항을 삭제하고, 검사의 임용을 위한 별도의 규정을 두는 방안은 다른 5급 이상 공무원 및 고위공무원단에 속하는 일반직공무원과의 형평성에 비추어 볼 때 타당하지 않다는 반론이 제기될 수 있다. 국가공무원법 제32조 제1항은 행정기관 소속 5급 이상 공무원 및 고위공무원단에 속하는 일반직공무원에 대한 임용권자를 대통령으로 규정하고 있기 때문이다. 이러한 반론에 대해서는 국가공무원법 제32조 제4항부터 제7항과 같이 인사권을 검찰총장에게 부여하는 것이 바람직하다는 주장¹⁶⁷⁾이 있다. 다만 이 규정들에 열거된 국가기관은 국회와 법원, 헌법재판소, 선거관리위원회로서 헌법기관이며 검찰청과는 헌법적·법률적 지위에 차이가 있다. 따라서 검찰총장에게 검사의 임용에 관한 전권을 부여하기 위해서는 검찰의 지위를 헌법기관으로 격상시키는 헌법개정을 전제로 한다고 볼 수 있다. 다만 검찰의 정치적 중립성 내지 독립성이 확보되지 못하고 있다는 말은 검찰이 정치권력에 예속된다는 의미가 아니라 검찰 스스로 정치지향성을 띠는 의미로 이해해야 하며, 따라서 검찰청을 법무부로부터 독립시켜 외청화하면 오히려 검찰을 견제할 방안이 사라지게 된다는 주장¹⁶⁸⁾도 귀담아 들을 필요가 있다.

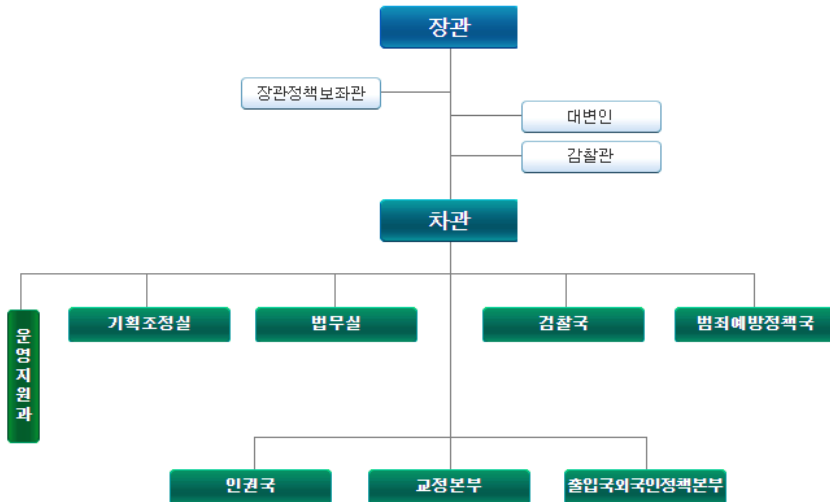
나. 법무부와 검찰청의 엄격 분리

2017년 6월 현재 법무부의 조직도를 살펴보면 대략 아래와 같다.

166) 박상기, “한국 검찰, 무엇이 문제인가? - 제도적, 정치적, 인간적 측면 -”, 연세법학연구 제9권 제2호, 2003, 59면.

167) 이석배, “검찰의 독립성과 중립성확보 방안”, 단국대 법학논총 제38권 제4호, 2014, 209면.

168) 김인회, 앞의 글, 380-381면.

[그림 3-1] 법무부 조직도¹⁶⁹⁾

법무부의 주요 보직 가운데 기획조정실장과 법무실장, 범죄예방정책국장, 출입국·외국인정책본부장은 현직 검사장이 맡고 있으며, 검찰국장과 인권국장도 현직 검사이다. 아울러 법무부 본부 외 소속기관으로서 법무연수원장도 현직 검사이다(2017년 6월 기준). 요컨대 법무부의 국·실장 등 주요 보직 가운데 교정본부장을 제외한 모든 자리를 검사가 장악하고 있다. 이러한 조직구조로 인해 법무부는 사실상 검찰을 통제할 수 없게 되며, 검찰은 법무부를 정치적으로 이용할 수 있게 된다. 이는 뒤에서 검찰권 행사의 중립성·독립성 확보방안과 관련하여 서술할 법무부장관의 일반적 지휘권과 맞물려 법무부와 검찰청이 상호 예측될 수밖에 없는,¹⁷⁰⁾ 이른바 물고 물리는 상황을 낳을 수밖에 없다.

이와 같은 구조적 문제를 해체하기 위한 방안으로 그 동안 논의되어 왔던 것이 이른바 “법무부의 문민화”¹⁷¹⁾ 또는 법무부의 탈검찰화이며, 현 정부 또한 이를 강력하게 추진하고 있다.¹⁷²⁾ 법무부 문민화는 단순히 검사장급 간부 축소를 통한 특권 내려

169) 법무부 홈페이지 참조(http://www.moj.go.kr/HP/MOJ03/menu.do?strOrgGbnCd=100000&strRtnURL=MOJ_50202010, 2017.6.22. 최종방문).

170) 하태훈, “검찰권 통제 및 검찰제도 개혁 방안”, 법과 사회 제37권, 2009, 105면; 서보학, “검찰의 현주소와 법치주의의 위기”, 법과 사회 제39권, 2010, 92면; 한상희, 앞의 글, 311면.

171) 김희수 외, 검찰공화국, 대한민국, 2011, 252면.

172) 『문재인정부 국정운영 5개년 계획』, 2017.7, 39면; JTBC, “파견검사 대신 외부변호사…법무부

농기 차원이 아니라 검찰의 정치적 독립이라는 중대 개혁 과제를 달성하기 위한 핵심 수단이라는 것이 정부의 인식이다.¹⁷³⁾ 이처럼 법무부의 주요 보직에 비검찰출신 전문 행정공무원을 임명함으로써 국민들에게 보다 양질의 법률서비스를 제공하고자 하는 것이다. 보다 구체적으로는 단순히 주요 보직에 검사임명을 배제하는 수준을 넘어, 법무부 검찰국의 인사기능을 폐지 내지 정비하고, 검찰국 업무의 대부분을 검찰로 이관시키는 한편, 감찰권은 법무부로 통합하여 검찰의 인사권은 검찰에, 감찰권은 법무부로 분리함으로써¹⁷⁴⁾ 법무부와 검찰청의 상호견제기능을 살리는 방안도 제시되고 있다.

다. 검사 파견의 문제

현행 국가공무원법 제32조의4 제1항은 “행정 지원이나 연수, 그 밖에 능력 개발 등을 위해 필요”한 경우 파견근무를 명할 수 있도록 하고 있다. 요컨대 업무분담 또는 교육훈련을 위한 파견만이 허용된다고 볼 수 있다. 검사를 법무부나 청와대, 감사원, 외교부, 국가정보원 등에 파견하는 것이 이와 같은 목적에 부합하는 것인지 의문이라는 지적이 있다. 이와 같은 검사파견제도는 특별한 업무분담이나 교육훈련을 위한 것이 아니라, 검찰의 정보권력 확보를 위한 수단이라는 것이다.¹⁷⁵⁾ 이러한 지적에 따르면 2014년 기준으로 총 2,000 여명의 검사 가운데 약 3분의 1 가량이 다른 기관에 파견되어 있으며, 따라서 검찰 본연의 업무에 충실하면서 그 중립성을 확보하기 위한 핵심은 바로 파견제도의 남용을 억제하고 검찰인력을 송무에 집중시키는 것이라고 한다. 그리고 파견인력의 복귀는 단순히 파견기관장의 복귀신청이나 단순행정명령으로도 가능하여 별다른 제도보완이 필요하지 않다.

탈검찰화 주력”, 2017.5.23. (<http://news.jtbc.joins.com/html/257/NB11472257.html>, 2017.5.25. 최종방문). 다만 안경환 법무부장관 후보자의 낙마로 현 정부의 추진동력에 다소간 제동이 걸릴 것으로 예상된다(YTN, “안경환 낙마 후폭풍...검찰개혁 일정 차질, 2017.6.18., http://www.ytn.co.kr/_cs/_ln_0103_201706181509205898_005.html, 2017.6.22. 최종방문).

173) 한국경제, “‘법무부 문민화’ 못 박은 안경환...: ‘굳이 검사 안 가도 된다’, 2017.6.12., “<http://news.hankyung.com/article/2017061287968>, 2017.6.22. 최종방문.

174) 정용석, “검찰개혁의 바람직한 방향”, 형사법의 신동향 제54호, 2017, 57면. 같은 취지로 서보학, 앞의 글, 105면.

175) 신동일, “검찰개혁”, 한국의 형사사법개혁 - 검찰개혁 1 -, 『제2차 사법개혁포럼』, 2017.6.29., KIC 법무현안연구회, 6면.

2. 검사장 직선제, 그리고 검찰총장 직선제?

가. 검사장 직선제 도입 논거

검찰권 행사에 대해 법무부장관, 더 나아가 대통령의 영향력을 배제하기 위한 방안으로 검사장 직선제가 논의되고 있다. 법무부장관의 일반적 지휘권이 검찰의 중립성 확보와 관련한 가장 핵심적인 사항이라는 지적¹⁷⁶⁾도 있기 때문에, 처음부터 검찰권 행사의 중추라고 할 수 있는 검사장을 공개적인 절차를 통해 임명하자는 것이다. 검찰권 행사에 보다 강력한 민주적 정당성을 부여하고 검찰권 자체가 주민의 통제를 받을 수 있는 방안¹⁷⁷⁾으로서, 이를 통해 살아있는 권력에 대한 견제가 가능해진다는 것이다. 검사장 직선제는 법무부장관의 (부당한) 지휘권을 무력화할 수 있으며, 종국적으로는 현행 검찰청법 제8조 폐지를 전제하기 때문에 검찰의 독립성과 중립성을 확보할 교두보가 될 것이라고 한다.

이와 관련해 대한변호사협회는 일정 경력 이상의 검사가 지방검찰청 검사장과 고등검찰청 검사장 선거에 출마하면 당해 검찰청 관할 내의 검사 및 개업 중인 변호사를 선거권자로 하여 검사장을 선출하고, 임기 3년에 1차에 한하여 중임할 수 있도록 하는 방안을 논의한 바 있다.¹⁷⁸⁾ 이렇게 선출된 검사장은 소속 검사들의 인사권을 가지며 관할 검찰청을 통할하는 것으로 한다. 다만 소속 검사 등의 투표가 절대적인 요건은 아니며, 보다 강력한 민주적 정당성 확보를 위해 주민투표의 가능성도 열어두고 있다고 한다.¹⁷⁹⁾

검사장 직선제의 도입을 주장하는 견해는 검사장 직선제는 지방분권화를 지향하는 방안이기 때문에 지방경찰제 도입과 맞물려 경찰과 검찰의 권력분권화를 도모하는 계기가 될 것으로 보고 있다.¹⁸⁰⁾ 더불어 대검찰청의 수사기능을 폐지하고 대검찰청을 정책조정 및 감찰기능을 담당하는 기관으로 정립하면서 지방검찰청 검사장을 주민직

176) 이석배, 앞의 글, 195면.

177) 한상희, 앞의 글, 312면.

178) 로이슈, “변협 “검찰개혁, 검사장 직선제 도입 시급”...국회서 토론회”, 2016.12.7.(http://www.lawissue.co.kr/view.php?ud=20161207112802889838701_12, 2017.6.22. 최종방문)

179) 법률신문, “검사장 선출직으로 전환 ... 검찰의 정치적 중립성 확보”, 2016.8.25.(<https://www.lawtimes.co.kr/LegalNews/PrintNews?serial=102686>, 2017.4.17. 최종방문)

180) 이호중, “검찰개혁의 방향, 과제, 전망 : 박근혜 정부의 검찰개혁논의에 부쳐”, 법과 사회 제33호, 2013, 62면.

선으로 선출하도록 하면 청와대-법무부-검찰총장-검사의 거대한 피라미드 구조로 검찰조직이 청와대에 정치적으로 예측되는 것을 방지할 수 있고, 지방검찰청간 정책 경쟁을 자연스럽게 유도할 수 있을 것이라고 한다.¹⁸¹⁾

나. 검사장 직선제에 대한 우려

(1) 검찰의 정치화

검사장 직선제에 대해서는 우려의 목소리도 만만치 않다. 지역의 검사장을 뽑는 데에 선거제도라는 정치체계를 활용하는 것은 결국 검사장을 정치적으로 선출한다는 말과 다르지 않다는 것이다. 요컨대 검찰의 정치적 중립성 확보를 위해 도입한 제도가 오히려 검찰의 정치화를 가속시킬 수 있다는 우려이다. 이에 대해 권력자 내지 권력기관이 아니라 국민 또는 주민의 의사에 부합하는 내용을 가진 정치성은 오히려 검찰개혁의 목적이라는 반론¹⁸²⁾도 제기되고 있다. 검찰이 정치검찰이라는 비판을 받을 때에는 검찰이 인사권자인 대통령의 의중을 생각하고 그에 따라 수사하기 때문인 것이지, 검찰이 주권자의 눈치를 보게 만든다는 것이 더 나쁘다고 주장하는 것은 민주주의 원리에 맞지 않는다는 것이다.¹⁸³⁾

원론적으로는 이러한 반론이 타당해 보인다. 다만 보다 구체적으로 들어가면 다소 판단이 모호해진다. 특정 정치색이 강한 지역에서는 해당 정치색을 가진 사람만이 선출될 가능성이 높으며, 따라서 선출직인 지방자치단체장과 지역 국회의원, 지역의원에게 더해 직선제 검사장까지 정치적으로 비슷한 성향을 가진 사람들로 채워지게 될 것이다. 여기에 향판까지 합세하면 지역의 입법·행정·사법을 초록동색으로 장악할 가능성이 높다는 지적¹⁸⁴⁾은 원론적으로 타당해 보이는 위 반론에도 불구하고 여전히 사라지지 않고 있는 지역갈등을 고려해 볼 때 단순한 기우라고 치부하기 어려워 보인다. 더 나아가

181) 이호중, “검찰개혁과제로서 고위공직자비리수사처의 도입 필요성”, 한국형사정책학회 2017년도 춘계학술대회 자료집 - 공정한 형사사법을 위한 개혁방안 -, 2017, 9면.

182) 김진욱, “검사장직선제의 도입”, 한국형사정책학회 2017년도 춘계학술대회 자료집 - 공정한 형사사법을 위한 개혁방안 -, 2017, 24면.

183) 임지봉, “김진욱 변호사님의 ‘검사장 직선제’ 토론문”, 한국형사정책학회 2017년도 춘계학술대회 자료집 - 공정한 형사사법을 위한 개혁방안 -, 2017, 60면.

184) 김희균 외, 앞의 책, 212면; 정용석, 앞의 글, 53면.

검찰권을 포함해 지방정부의 모든 안전에 지역민심이 제대로 반영되지 않고, 지역 여론 주도층이 모든 것을 좌지우지하는 사태까지도 발생할 수 있다.¹⁸⁵⁾ 다만 지방토호세력과 유착 우려는 오히려 현재의 초집권적 관료검찰조직에서 빈발해왔다는 점에서 검사장 직선제를 논리적으로 반박할 근거가 되지 못한다는 시각도 있다.¹⁸⁶⁾

한편 선저제도를 통해 의미 있게 활동할 수 있는 사람이 검사장으로 선출될 수 있을지에 대한 의문을 제기하는 견해도 있다. 지금의 국회의원, 지방자치단체장 등의 선거현실에 비추어 볼 때, 검찰 본연의 의무와 책임에 충실한 사람이 아니라 오로지 선거전략이 탁월한 사람이 지역 검사장으로 선출될 우려가 있다는 것이다.¹⁸⁷⁾ 주민의 의견이 매번, 반드시 합리적이고 타당할 수 없기에 성소수자, 이주민, 탈북자에 대한 혐오를 부추기거나 엄벌 위주의 수사를 초래할 수 있다는 지적도 있다.¹⁸⁸⁾ 또한 형식적으로나마 매우 강력한 민주적 정당성을 획득한 만큼, 지역 검사장은 적어도 임기동안에는 그 어느 누구의 통제도 받지 않는 무소불위의 권력을 손에 쥐게 될 것이라는 우려도 제기되고 있다.¹⁸⁹⁾

(2) 검찰사무와 지방자치제의 이질성

검찰사무의 특성을 이유로 이른바 검사장 직선제를 반대하는 견해도 있다. 검찰사무의 주요 대상인 범죄행위가 한 지역에 한정되어서만 발생하는 것은 아니기 때문에, 즉 검찰사무는 지역사무가 아닌 국가 전체의 사무이기 때문에¹⁹⁰⁾ 검사장 직선제는 애초부터 타당한 구상이 아니라는 것이다. 헌법 제117조 제1항이 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하는 것만을 자치사무로 규정하고 있기 때문에, 헌법개정 없이는 검사장 직선제를 도입하는 것이 불가능하다는 시각도 있다. 지방자치법

185) 김희균 외, 앞의 책, 213면.

186) 김진욱, 앞의 글, 23면.

187) 윤동호, “검사장 직선제 도입에 대한 토론문”, 한국형사정책학회 2017년도 춘계학술대회 자료집 - 공정한 형사사법을 위한 개혁방안 -, 2017, 63면.

188) 한겨레, “검사장 직선제 찬성 vs 반대 정책배틀 해보니”, 2017.2.20. (http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/783308.html#csidxb77c61241765834935d4d24c9380347, 2017.6.22. 최종방문)

189) 법률신문, “검사장 선출직으로 전환 ... 검찰의 정치적 중립성 확보”, 2016.8.25. (<https://www.lawtimes.co.kr/LegalNews/PrintNews?serial=102686>, 2017.4.17. 최종방문)

190) 김희균 외, 앞의 책, 213면.

제11조 제1호도 외교, 국방, 사법(司法), 국세 등 국가의 존립에 필요한 국가사무는 지방자치단체가 처리할 수 없도록 하고 있다는 것도 검사장 직선제 도입의 반대논거로 활용되고 있다.

다만 이러한 논리에 대해서는 — 비록 정치화에 대한 우려 및 비판의 목소리가 높아지고 있으나 — 이미 미국이 연방검사를 선거로 뽑고 있으며, 관할이 문제되는 경우에는 협의체를 구성하여 조정하면 되기 때문에 검찰사무와 지방자치가 본질적으로 결합할 수 없는 성질의 것이 아니라는 반박도 가능하다. 헌법 제117조와 관련해서는 본 규정이 지방자치단체의 사무범위를 제한하고 있는 것으로 보기 어려우며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있도록 하고 있으므로, 법률로써 얼마든지 검사장 직선제를 실현할 수 있다는 반론도 가능하다. 지방자치법 제11조와 관련해서는 검찰사무가 조직체계상 사법부가 아닌 행정부의 사무에 속하기 때문에 본 규정에 포함되지 않으며, 또한 제11조 단서가 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 국가사무를 처리할 수 있다고 규정하고 있기 때문에, 마찬가지로 법률로써 검사장 직선제를 도입하는 데에는 아무런 문제가 없다고 볼 여지도 있다.

다. 현행 헌법상 검찰총장 직선제 가능성

헌행법상 검찰총장은 15년 이상 판사나 검사, 변호사로 재직했거나 변호사 자격이 있는 사람으로서 국가기관, 지방자치단체, 국·공영기업체, 공공기관 또는 그 밖의 법인에서 법률에 관한 사무에 종사한 사람 내지 대학의 법률학 조교수 이상으로 재직했던 사람 중에서 임명하도록 하고 있다(검찰청법 제27조). 그리고 검찰청법 제34조 제2항 및 제34조의2에 따르면 검찰총장은 검찰총장후보추천위원회의 추천을 받아 법무부장관이 제청하여 대통령이 임명한다. 다만 법무부장관은 추천위원회의 추천 내용을 존중해야 한다는 규정만 있을 뿐이기 때문에, 추천위원회의 추천은 어떠한 구속력도 갖지 못한다. 또한 추천위원회 위원도 법무부장관이 임명하거나 위촉하도록 함으로써 사실상 법무부장관, 그리고 더 나아가 대통령의 영향력 아래에 있기 때문에 이들의 명확한 의사에 반해 소신 있게 검찰총장 후보자를 추천할 수 있을 것으로 보이지도 않는다.

이러한 배경으로 검사장 직선제와 더불어 법무부장관과 대통령 등 정치권의 영향력

을 배제하기 위한 것으로 검찰총장 직선제 또는 외부영입도 하나의 대안으로 언급되고 있다. 검찰총장을 외부에서 영입한다 하더라도, 고도의 법률적 지식과 경험을 필요로 하는 검찰총장 업무의 특성상 상식적으로 검찰청법 제27조의 요건에 부합하지 않는 사람의 영입을 생각하기는 어렵기 때문에, 검찰총장 외부영입은 별도의 법률개정 없이 바로 시행할 수 있을 것으로 보인다. 다만 검찰총장 직선제를 도입하고자 하는 경우에는 검사장 직선제와는 다른 헌법적 문제를 야기할 수 있다.

우선 대통령이 검찰총장을 임명하고자 할 때에는 국무회의의 심의를 거쳐야 한다. 헌법 제89조가 검찰총장 임명을 국무회의 심의사항으로 명확히 규정하고 있기 때문이다. 물론 헌법 제78조가 “헌법과 법률이 정하는 바에 의하여” 대통령이 공무원을 임명할 수 있도록 규정하고 있으므로, 법률로써 대통령이 아닌 자가 공무원을 임명하도록 할 수 있다.¹⁹¹⁾ 즉 대통령이 아닌 “전체 검사” 또는 “시민”이 선출로써 검찰총장을 임명하도록 하는 것은 헌법에 반하지 않는다고 넓게 해석할 여지가 있다.¹⁹²⁾ 다만 헌법 제89조가 검찰총장의 임명을 국무회의 심의사항으로 못 박아 두고 있기 때문에, 민주적으로 선출된 검찰총장의 임명을 국무회의의 심의에 부쳐야 하는 모순이 발생할 수밖에 없다. 따라서 검찰총장을 직선제로 선출하고자 하는 경우에는 적어도 국무회의 심의사항에서 삭제하는 헌법개정이 필요하다.

제4절 검찰권 행사의 중립성·독립성 확보

위에서 서술한 검사의 인사권을 독립시키는 방안과 검찰청과 법무부를 엄격히 분리하는 방안, 검사장 직선제 등의 논의는 조직체계상 검찰청의 독립성과 중립성을 확보하는 방안으로 볼 수 있을 것이다. 요컨대 검찰의 구성과 검사의 임명 등에 관한 사항이라 할 수 있다. 이와 같은 구성의 독립성 및 중립성 확보방안 외에 검찰권 행사와 관련한 독립성 및 중립성 확보방안도 모색해 볼 필요가 있다. 검찰의 정치적 편향성은 검찰조직의 구성에서 시작해, 검찰권의 행사에서 실현되기 때문이다. 이를

191) 정종섭, 헌법학원론 제9판, 2014, 1234면.

192) 물론 선출과 임명은 그 성격이 전혀 다르기 때문에 이와 같은 해석의 여지는 매우 좁다고 볼 수 있다.

위한 논제로는 법무부장관의 일반적 지휘권 폐지와 검사동일체 원칙의 해체를 들 수 있을 것이다.

1. 법무부장관의 일반적 지휘권 폐지

검찰청법 제8조에 따르면 법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하고, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독한다. 이를 법무부장관의 일반적 지휘권이라고 한다. 이는 본래 법무부장관의 직접지휘를 금지함으로써 검사의 독립적이고 중립적인 검찰권 행사를 보장하기 위한 규정으로 이해할 수 있다.¹⁹³⁾ 조직체계상 검찰이 행정부에 속한 행정기관적 성격을 갖는다는 점을 고려하면 나름 타당한 규정이라 할 수 있겠으나, 검찰에게 준사법기관적 성격을 인정하는 경우에는 그 본질에 배치되는 규정으로 이해될 여지도 있다.¹⁹⁴⁾ 그런데 이와 같은 규정이 실제로는 상명하복이라는 독특한 조직문화와 결합하여 사실상 법무부장관이 개별사건에 대해서도 검찰권 행사에 실질적으로 영향을 미치게 되는 결과를 야기하고 있다. 법규정상 또는 형식상 각 검사에 대한 법무부장관의 개별지휘권을 부정한다 하더라도, 검찰총장에 대한 구체적 지휘권을 부여함으로써 결국 개별사건처리에서도 각 검사에게 간접적으로 영향력을 행사할 여지를 남겨두고 있다.¹⁹⁵⁾ 결과적으로 검찰조직 전체가 사실상 법무부장관을 피라미드의 정점으로 하는 수직적 구조를 펼 수밖에 없다. 그리고 법무부장관이 정치적 편향성으로 검찰사무에 관여하게 되면 검찰조직은 정치적 중립성을 잃고 수사는 정치적 영향을 받을 수밖에 없다.¹⁹⁶⁾ 이러한 현실적 상황으로 인해 법무부장관의 검찰총장에 대한 일반적 지휘권도 폐지해야 한다는 주장이 제기되고 있다.¹⁹⁷⁾

그러나 법무부장관의 일반적 지휘권 폐지론에 대해서는 법무부장관이 형사사건의 수사와 관련하여 국회에 대해 정치적 책임을 지는 만큼 그 범위 내에서는 검찰수사에도

193) 손동권/신이철, 새로운 형사소송법 제2판, 2014, 59면; 이은모, 앞의 책, 68면; 이석배, 앞의 글, 200면.

194) 이석배, 앞의 글, 199면.

195) 이은모, 앞의 책, 69면; 이석배, 앞의 글, 200면.

196) 하태훈, 앞의 글, 101면.

197) 손동권/신이철, 앞의 책, 60면; 김희수 외, 앞의 책, 253면 이하.

개입할 여지를 주어야 한다는 반론이 제기되고 있다.¹⁹⁸⁾ 다만 이러한 반론도 중요 정치인이나 선거법위반 사건과 같이 정치적으로 민감한 사건, 대통령 친인척 관련 사건 등의 경우에는 검찰이 아닌 제3의 기관으로 하여금 그 사건의 수사를 진행하도록 해야 한다는 절충적 대안을 제시하고 있다. 한편 문제의 본질은 법무부장관의 일반적 지휘권 행사 자체가 아니라, 지휘권을 남용하고 특정 정치세력의 이익을 위해 사건에 개입하기 위해 행사하는 행태이므로, 일반적 지휘권을 폐지하는 것보다는 지휘·감독권을 그대로 두되 투명하고 공개적으로 행사하도록 하고 그에 걸맞는 책임을 지도록 하는 것으로 충분하다는 견해도 있다.¹⁹⁹⁾ 유사한 입장으로 수사지휘권의 순기능을 고려하여 서면으로 수사지휘권을 행사하고 이를 사후에 공개하도록 하자는 견해²⁰⁰⁾도 있다.

2. 검사동일체 원칙의 해체

가. 검사동일체 원칙의 의미와 목적

검사동일체 원칙은 모든 검사들이 검찰총장을 정점으로 하는 피라미드와 같은 조직 체계에서 하나의 유기체와 같이 그 직무를 수행한다는 것을 의미한다. 우리 형사법이 계수한 독일법상 검찰제도의 도입 연원을 살펴보면, 원래 검사동일체 개념은 지시권, 즉 상명하복관계를 설명하기 위한 것이 아니라 검사 직무의 대체가능성을 설명하기 위한 근거개념으로 사용되었던 것이라고 한다.²⁰¹⁾

종전의 검찰청법(법률 제6855호, 2003.2.4. 개정 및 시행)은 검사동일체 원칙을 명문으로 규정해 두고 있었다. 동법 제7조 제1항에 따르면 “검사는 검찰사무에 관하여 상사의 명령에 복종”하여야 한다. 그리고 제2항에 따르면 검찰총장과 각급검찰청의 검사장 및 지청장은 소속검사로 하여금 그 권한에 속하는 직무의 일부를 처리하게 할 수 있고, 제3항에 따르면 소속검사의 직무를 자신이 처리하거나 다른 검사로 하여

198) 노명선, “검찰의 중립성제고를 위한 상설특검의 신설 방안 연구”, 성균관법학 제26권 제1호, 2014, 84면.

199) 김인회, 앞의 글, 382-383면. 이 견해도 앞서 설명한 바와 같이 검찰이 법무부의 요직을 장악하고 있는 현상에 대해서는 비판적 입장이며, 따라서 마찬가지로 법무부의 탈검찰화를 주장하고 있다.

200) 한인섭, “한국 검찰의 정치적 중립성 - 풀리지 않는 숙제? -”, 서울대학교 법학 제40권 제3호, 2000, 220면; 하태훈, 앞의 글, 106면; 서보학, 앞의 글, 104면.

201) 이완규, “검사동일체원칙과 관련된 몇 가지 오해”, 형사정책연구소식 제78호, 2003, 4면.

금 처리하게 할 수 있다. 이미 제1항에 따라 상사의 명령에 복종하도록 했음에도, 그에 대해 검찰총장과 검사장, 지청장은 자신의 명령에 충실히 따르지 않는 소속검사의 직무를 이관할 수 있도록 함으로써 엄격한 상명하복체계를 구축한 것이다. 검사가 전체의 하나로서 유기적으로 직무를 수행하여야 검찰권이 전국적으로 균형 있게 행사되어 검찰권 행사의 공정성을 도모할 수 있고, 검찰사무의 내용인 범죄수사는 전국적으로 통일된 수사망이 없으면 효과를 거두기 어렵게 때문에 검사동일체 원칙에 의해 전국적 수사망을 확보해야 한다는 것이다.²⁰²⁾

본 규정은 2004년 개정되었다(법률 제7078호, 2004.1.20. 개정 및 시행). 개정된 제7조 규정에 따르면 “검사는 검찰사무에 관하여 소속 상급자의 지휘·감독에 따”라야 하며(제1항), 다만 “구체적 사건과 관련된 제1항의 지휘·감독의 적법성 또는 정당성 여부에 대하여 이견이 있는 때에는 이의를 제기할 수 있”도록 하였다. 이로써 검사동일체 원칙이 폐지되었다고 이해하는 시각도 있으나,²⁰³⁾ “상사의 명령에 복종”한다는 노골적인 문구가 “상급자의 지휘·감독에 따른다”는 다소 완화된 문구로 수정된 것에 불과하며, 검사동일체 원칙은 여전히 유효하다고 보는 시각도 있다.²⁰⁴⁾ 제2항에서 각 검사의 이의제기권을 인정한 것은 엄격한 검사동일체 원칙을 다소 완화된 것으로 해석할 수는 있다. 다만 본 법률 제7조의2에 따라 검찰총장과 각급 검찰청 검사장 및 지청장은 소속 검사의 직무를 자신이 처리하거나 다른 검사로 하여금 처리하게 할 수 있기 때문에, 일선 검사의 이의제기권이 사실상 무력화될 위험이 있다.²⁰⁵⁾ 상급자의 지휘·감독에 이의를 제기한 검사를 해당 직무에서 배제하고 다른 검사로 하여금 그 직무를 수행하도록 할 수도 있기 때문이다. 다만 검찰청법 제4조와 제7조, 제7조의2를 “검사는 적법하고 정당하여 이의가 없는 상급자의 지휘·감독에 따라 단독으로 업무를 수행한다”고 이해하는 경우에는 검사동일체 원칙을 유지하면서도 그 단점을 상당히 극복할 수 있을 것이라는 시각도 있다.²⁰⁶⁾

202) 배중대 외, 앞의 책, 6/16; 손동권/신이철, 앞의 책, 57면; 이은모, 앞의 책, 66면.

203) 서울행정법원 2014.2.21. 선고 2013구합12454 판결; 서울고등법원 2014.11.6. 선고 2014누45361.

204) 윤동호, “고위공직자비리수사처 신설의 정당성과 필요성”, 형사정책연구 제22권 제1호, 2011, 72면; 이석배, 앞의 글, 203면.

205) 박상기, 앞의 글, 60면; 이석배, 앞의 글, 207면.

206) 이석배, 앞의 글, 206면.

나. 검사동일체 원칙 해체론과 그에 대한 반론

검사동일체 원칙이 갖고 있던 애초의 취지를 되살리고 경직된 조직문화를 개선하기 위한 위와 같은 법개정에도 불구하고, 검사동일체 원칙의 가치에 대해서는 여전히 의문이 제기되고 있다. 개개의 검사가 독자적인 준사법기관으로서 공익을 대변하고 있다는 점에서 단일한 행정관료조직과 동일하게 엮어매는 것은 타당하지 않으며, 일련의 형사사건 처리에서 상명하복 관계가 그대로 적용된다면 검사를 단독관청으로 인정하고 있는 검찰청법 제4조에 정면으로 배치된다는 것이다.²⁰⁷⁾ 검사동일체 원칙은 수사 및 기소에 있어서 검찰권 행사의 궁극적 주체를 검찰총장으로 귀속시키는 결과를 초래하기 때문에, 단독관청으로서 검사의 독립성을 해치는 역기능을 한다는 지적도 있다.²⁰⁸⁾ 검사동일체 원칙은 특히 내부결재제도와 합쳐져 검찰 내 중앙집권적 권한운용 시스템을 고착시킴으로써 검찰 내부의 민주화를 가로막고 있기 때문에 검사동일체 원칙을 전면적으로 해체해야 한다는 강한 주장²⁰⁹⁾도 나오고 있다.²¹⁰⁾

이에 대해서는 우선 검사가 단독관청이라는 것과 독립관청이라는 것은 전혀 다른 차원의 문제로서, 검사는 관청의 구성을 어떻게 하는가라는 차원에서 단독관청이기는 하나 권한을 행사함에 있어 누구의 지시도 받지 않고, 기속되지도 않는가 하는 차원에서 독립된 관청은 아니라는 반론²¹¹⁾이 제기되고 있다. 이 반론은 또한 국가기관이 기관으로서 기능을 하려면 어떠한 문제에 관해 외부적으로 단 하나의 국가의사가 존재해야 하며 이는 검찰도 마찬가지라 할 수 있는데, 법원의 의사결정은 심급제와 상급심 재판의 기속력(법원조직법 제8조)을 통해 단 하나의 의사로 표출되는 것과는 달리 검찰의 의사결정에는 이러한 구조가 마련되어 있지 않으니 상사의 지휘와 감독에 따르는 이른바 상명하복관계는 불가피하다고 주장하고 있다.²¹²⁾

한편 검찰에는 법원과 같은 합의제도가 존재하지 않기 때문에 개별 검사가 독립된

207) 배종대 외, 앞의 책, 6/21.

208) 박상기, 앞의 글, 60면.

209) 서보학, 앞의 글, 104면.

210) 그 밖에 전국에 퍼져 있는 모든 검사들의 현재 위치와 장래성을 파악할 수 있는 전국검사배치표가 무한경쟁 구도를 심리적으로 자극하고, 이와 더불어 이른바 검찰 내 줄서기를 조장한다는 흥미로운 지적으로 김희균 외, 앞의 책, 30-34면 참조.

211) 이완규, 앞의 글, 7면.

212) 이완규, 앞의 글, 8-9면.

청으로서 단독으로 결정하는 경우 오히려 잘못된 결론에 이를 수 있으며, 검사동일체 원칙의 실질적 의미는 경험있는 상관의 조언을 제도적으로 보장하는 기능을 갖기 때문에 검찰청법 제7조의 규정은 적법한 상사의 지휘·감독에만 따르도록 한 것이라고 해석하는 한에서 여전히 의미를 갖는다고 보는 견해도 있다.²¹³⁾ 그 밖에 검사동일체 원칙은 어떠한 필요성에 의해 생성된 체제가 아니라, 행정기관으로서의 속성상 불가피하게 발생한 현상이며, 여기에 한국 검찰 특유의 조직문화가 더해져서 상명하복의 검찰문화가 형성되었고, 그러한 문화가 여러 가지 폐해를 낳게 된 것이기 때문에, 검사동일체 원칙의 해체론에도 불구하고, 이러한 문화가 법률개정으로 완전히 사라질 수 있는 것은 아니라는 지적²¹⁴⁾도 있다.

제5절 고위공직자비리수사처 설치

1. 문제의 본질

가. 검찰 외 별도 수사기관의 필요성

검찰 외에 수사·기소권을 갖는 별도의 기관을 설치할 필요가 있는가? “고위공직자 비리수사처(이하 공수처)”의 설치와 관련한 가장 중요한 질문이라 할 수 있다. 그와 같은 필요성이 부정된다면 공수처 설치 논의가 애초에 무의미해지기 때문이다. 그러나 유감스럽게도 검찰 외의 수사기관에 대한 요청은 꽤나 오래 전부터 있어왔다. 1999년에 「한국조폐공사 노동조합 파업유도 및 전 검찰총장 부인에 대한 옷로비 의혹 사건 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률(이른바 조폐공사 파업유도 및 옷로비 사건 특검법)」²¹⁵⁾에 따라 최초로 실시되었던 특검도 이와 같은 맥락에서 이루어졌던 것이라 할 수 있다. 그런데 이제는 개별 법률에 의해 실시되는 임시 특별검사제도의 한계를 지적하며, 특별검사제도의 상설화를 주장하는 목소리가 더욱 커지고 있다. 이는 기존의 검찰시스템과 한시적 특별검사제로는 대통령을 비롯한 고위공무원

213) 백광훈/신동일/이천현, 앞의 책, 27면.

214) 배종대 외, 앞의 책, 6/22.

215) 1999.9.30. 제정, 법률 제6031호.

의 권력형 비리사건, 정경유착과 같은 부정부패 사건을 제대로 해결할 수 없다는 인식에서 출발한다.²¹⁶⁾ 공수처 또한 고위공직자의 부패사건, 검찰 내부구성원(특히 고위직 검사)의 비리사건에서 검찰이 중립성과 공정성을 지키지 않았다는 비판에서 출발해, 검찰이 가진 수사권과 독점적 기소권, 막강한 재량권을 견제하기 위한 방안으로 제안된 것이라 할 수 있다.

요컨대 임시특검이나 상설특검, 공수처는 모두 단 하나의 질문, 즉 “검찰 외에 수사·기소권을 갖는 별도의 기관이 필요한가?”라는 질문에서 출발한 것이며, 다만 그 구체적 실현형태가 다를 뿐이다. 그리고 임시특검에서 상설특검, 그리고 공수처 설치로 이른바 독립적 수사기구의 설치 요구가 점층적으로 높아지고 있는 것은 몇몇 정치검사의 과도한 욕망, 그리고 그러한 정치검사를 방관해왔던 검찰조직의 자초위난이라고 볼 수 있다.²¹⁷⁾ 이러한 배경에서 조국 청와대 신임 민정수석은 6월 11일 신임수석 인선발표 브리핑 후 기자들과의 질의답변 과정에서 “공수처 설치가 진정으로 검찰을 살리는 것”이라고 밝혔다.²¹⁸⁾ 국회에서는 자유한국당을 제외하고 더불어민주당과 국민의당, 바른정당, 정의당 모두 공수처 설치를 주장하는 ‘단일대오’를 형성하고 있어²¹⁹⁾ 이제 공수처 설치의 거의 기정 사실화되었다고 해도 과언이 아니다. 문재인 정부도 2017년 중으로 고위공직자비리수사처 설치 등 관련법령 제정 추진을 공식적으로 예고하였다.²²⁰⁾ 특히 더불어민주당 박범계 의원과 국민의당 이용주 의원이 공수처 법안을 공동발의하여 국회 전체 의석수의 과반을 차지하는²²¹⁾ 양당이 공조하지 않을 수 없는 상황이라고 한다.²²²⁾

216) 김인회, “상설 특별검사제 도입 법률안 시론”, 인하대 법학연구 제16집 제2호, 2013, 344면.

217) 조국, “특별검사제 재론 - 특별검사제의 한시적 상설화를 위한 제안”, 형사정책 제14권 제1호, 2002, 57면.

218) 연합뉴스, “조국 “검찰 수사지휘 안해..지방선거 전 檢개혁 완료”(종합), 2017.5.11.(<http://v.media.daum.net/v/20170511121214718>, 2017.5.11. 최종방문)

219) 파이낸셜뉴스, “‘힘 받는’ 공수처 설치, 내친김에 국회 ‘문턱’ 넘을까”, 2016.5.26.(<http://www.fnnews.com/news/201705261640429765>, 2017.6.23. 최종방문)

220) 『문재인정부 국정운영 5개년 계획』, 2017.7, 39면.

221) 2017년 6월 현재 더불어민주당이 120석, 국민의당이 40석을 차지하고 있다. 여기에 각론적으로는 이견이 있다 하더라도 대승적으로 바른정당과 정의당도 공수처 설치에 힘을 보탬 가능성도 상당히 높아 보인다.

222) JTBC, 썰전, 2017.6.22. 방송 중 국민의당 김경진 의원 발언.

나. 공수처인가 상설특검인가?

공수처와 관련한 여러 논쟁 가운데, 검찰권을 견제하고 고위공직자의 부정부패 또는 검찰 내 비리의 수사에는 공수처보다는 상설특검이 보다 적절하다는 의견도 나오고 있다. 상설특검은 특별검사가 미리 정해져 있는 것이 아니므로 사안별로 권력을 영향을 받지 않은 특별검사를 임명할 수 있어 정치적 독립성을 유지하는데 공수처보다 유리하다는 것이다.²²³⁾ 상설특검이 설치되어 있으면 간단히 정치권의 합의나 다수당의 결심에 따라 작은 규모의 사건이라도 특검이 도입될 수 있는 장점이 있다고 한다.²²⁴⁾

공수처와 상설특검은 전혀 다른 성격의 것이 아니라는 견해도 있다.²²⁵⁾ 구체적인 실현형태에서 다소간의 차이를 보이더라도 본질은 동일하다는 것이다. 기본적으로 ㉠ 적극적 반부패기관이면서, ㉡ 권력형 비리사건을 전담하는 상설 전문기관이고, ㉢ 수사권과 기소권을 통할하며, ㉣ 정치적 독립성이 보장되고, ㉤ 대상범죄에 대해서는 기소법정주의를 채택한다²²⁶⁾는 측면에서는 양자를 동일한 것으로 볼 여지도 있다.

이에 대해 특검제의 형태에 따라 구분해야 한다는 견해도 있다. 이 견해는 특검을 단계별로 ① 개별사건마다 국회에서 특검법 제정과정을 반복해야 하는 절차적 비효율성만 해소하는 수준(가장 낮은 단계의 제도화수준 - 검찰이 “제도특검”이라 명하는 것), ② 특별검사를 상시적 기구로 하되, ‘특별감찰관제’ 등으로 특별검사가 담당할 사건의 유입통로를 제한하는 방식(중간 단계의 제도화 수준), ③ 고위공직자나 재벌이 연루된 부정부패사건에 대해 인지수사가 가능한 수준(높은 단계의 제도화 수준)으로 구분하고 있다.²²⁷⁾ 이 가운데 세 번째인 높은 단계의 특검만이 사실상 공수처와 같은 것이라고 한다.

공수처와 상설특검의 본질적 차이점에 대해서는 이처럼 다소간 논의의 여지가 있으나, 본 글에서는 임시특검과 상설특검, 공수처를 특별히 구분하지 않고, 이러한 기관의

223) 백광훈/신동일/이천현, 앞의 책, 48면; 김진환, “사법개혁의 방향”, 저스티스 제118호, 2010, 75면.

224) 이호중, “검찰개혁의 방향, 과제, 전망 : 박근혜 정부의 검찰개혁논의에 부쳐”, 법과 사회 제33호, 2013, 45면.

225) 윤동호, 앞의 글, 70면.

226) 김인회, 앞의 글, 346-352면 참조.

227) 이호중, 앞의 글, 44면.

설치가 요구되었던 배경과 논거, 그리고 반대논거에 집중하고자 한다. 공수처냐, 상설 특검이나, 임시특검으로 충분하냐가 중요한 쟁점이 아니다. 이러한 요구가 나올 수밖에 없었던 배경, 이유에 초점을 맞출 필요가 있다. 다만 앞서 언급한 바와 같이 공수처 설치가 이제는 “거스를 수 없는 대세”가 된 것으로 보인다. 따라서 단순히 찬반논거를 열거하는 데에 그치지 않고, 더 나아가 이와 같은 찬반논거를 고려하여 어떠한 형태로 설치되어 운영되어야 할 것인지를 다루어보고자 한다.

2. 공수처 설치의 필요성 : 부정부패 척결과 검찰의 정치적 중립성 확보

공수처 설치를 주장하거나 지지하는 견해는 그 논거가 비교적 간명하다. 여태껏 특히 검찰 자신의 비리와 고위공직자의 부정부패 척결에 별다른 효과를 보이지 못했던 검찰의 권한을 분산·통제함으로써, 부정부패와 정격유착 등 비리를 척결하고 더 나아가 검찰의 정치적 중립성과 공정성 실현까지도 도모한다는 것이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 감사의 임명과 승진, 전보 등 인사에 대통령을 비롯한 고위공직자의 직·간접적 영향력을 배제할 수 없는 조직체계상의 한계, 그리고 팔은 안으로 굽는다는 속담과 같이 검찰 자신의 비리에 대해서는 비교적 관대하게 처분해왔던 관행들²²⁸⁾이 공수처 설치론의 논거가 되고 있다. 이러한 주장은 정치인이나 고위공직자, 그리고 검찰내 비위자에 대한 수사를 공수처가 전담토록 함으로써 오히려 검찰은 정치적 부담과 속박으로부터 자유로워질 수 있다고 한다.²²⁹⁾ 검찰의 정치적 중립성 논란을 낳을 우려가 있는 사건은 애초부터 다른 기관에 넘겨버리자는 것이다. 조국 민정수석이 “공수처 설치가 진정으로 검찰을 살리는 길”이라고 언급한 것, 그리고 모든 검사가 아닌 검찰 수뇌부만을 수사대상으로 삼고 통제하더라도 이를 통해 검찰조직 전체의 객관성과 공정성, 정치적 중립성을 확보할 수 있고, 따라서 결과적으로 공수처 통제가 검찰에 대한 정치권의 압력을 막아주는 방패막이가 될 수 있다는 견해²³⁰⁾도 바로 이러한 맥락에 있는 것이라 할 수 있다. 뿐만 아니라 검찰권의 오남용, 특히 수사권

228) 윤영철, “검찰개혁과 독립된 특별수사기관의 신설에 관한 소고”, 홍익법학 제13권 제1호, 2012, 64면 참조.

229) 조국, 앞의 글, 57면.

230) 장영수, “검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자비리수사처)의 설치 관한 검토”, 형사정책연구 제28권 제1호, 2017, 136면.

독점과 더불어 기소독점주의, 기소편의주의를 오남용하는 사례들에 대한 불신과 불만이 점차 커지고 있는데, 이러한 문제를 해결하는 데에도 공수처의 설치가 큰 역할을 할 수 있다고 한다.²³¹⁾

한편 특별검사제나 상설특검제가 국회의 의결이라는 정치과정을 통해 개시·진행된다는 점에서 정치적 기상도에 따라 수사여부 및 내용이 좌우될 수 있기 때문에, 독자적이고 상시적인 수사능력을 갖춘 공수처가 권력감시 및 통제기능을 수행하는 것이 타당하다는 견해²³²⁾도 있다. 그 밖에 부수적이긴 하나, 공수처 신설은 그 동안 특검에서 반복해서 계산된 고정비용을 절약하는 것이고, 이는 예산과 인력의 낭비가 아니라 오히려 예산과 인력의 재편 및 절감으로 보아야 한다는 견해도 있다.²³³⁾

공수처의 설치를 주장 또는 찬성하는 견해는 대체로 공수처 수사대상 범죄에 대해서는 기소법정주의를 채택하는 것이 바람직하다고 한다. 그간 검찰의 수사와 기소에서 편파수사나 축소·은폐수사의 의혹이 끊임없이 제기되어 왔던 영역이었고, 특히나 이러한 범죄들은 민주주의와 법치주의를 근간에서부터 저해하는 것들이기 때문이라는 것이 그 논거이다.²³⁴⁾

3. 공수처 설치에 대한 반론

공수처의 설치를 반대하는 진영은 매우 다양하고 세밀한 논거를 제시하고 있다. 이는 헌법적 차원의 논의에서부터 지극히 실무적인 어려움에 이르기까지 매우 넓은 스펙트럼을 갖고 있다.

가. 권력분립 원칙 위반

공수처 설치에 대한 가장 강력한 반대논거는 헌법상 권력분립 원칙에 반한다는 것이다. 공수처를 입법, 행정, 사법의 어느 부에도 속하지 않는 독립기구로 설치하는

231) 윤영철, 앞의 글, 64면 이하.

232) 한상희, 앞의 글, 311면.

233) 윤동호, 앞의 글, 76면; 오병두, “독립적 특별수사시구의 도입방안에 관한 연구 - ‘고위공직자 비리수사처’ 법안들을 중심으로 -”, 형사정책 제24권 제2호, 2012, 36면.

234) 이호중, “검찰개혁과제로서 고위공직자비리수사처의 도입 필요성”, 한국형사정책학회 2017년도 춘계학술대회 자료집 - 공정한 형사사법을 위한 개혁방안 -, 2017, 7면.

것은 헌법에 근거하지 않는 새로운 권력기구를 창설하는 것으로 헌법에 위배될 소지가 있다는 것이다.²³⁵⁾ 수사·기소권은 국민의 의사에 따라 정부조직법 등으로써 법무부 장관의 지휘·감독 영역으로 제도화되어 추상적인 민주적 정당성을 부여받고 있는데, 이러한 권한을 정부로부터 배제하여 독립기관화 하는 것은 대통령을 수반으로 하는 행정권의 핵심권한을 침해하는 것으로 의회의 법률유보의 한계를 넘어서기 때문에 국민의 의사에 반할 수 있다는 측면에서 기능적·제도적 민주적 정당성이 약화될 수 있다는 견해도²³⁶⁾ 같은 맥락으로 이해할 수 있을 것이다. 이러한 반론은 사법제도라는 엄격한 틀 안에 정착된 검찰제도와는 달리 별다른 견제장치가 없는 무소불위의 새로운 권력기관이 탄생하게 될 것이며, 국민이나 어떠한 국가기관에 의해서도 통제되지 않는 거대한 권력기관이 탄생하게 될 것이라는 우려로 이어진다.

공수처가 외국에서 유례를 찾아볼 수 없는 제도라는 비판²³⁷⁾도 그 기저에는 권력분립 원칙에 이론적 근거를 두고 있는 것으로 보인다. 한편 공수처가 설치된다 하더라도 이미 부패방지 업무를 담당하고 있는 국민권익위원회와 기능이 중첩될 소지가 있으며, 검찰과의 사정기능 중복도 발생하는 등 현존하는 여러 국가기관과의 기능중복이 발생하게 될 것이라는 우려도 있다.²³⁸⁾

나. 정치적 중립성을 확보하지 못한 또 다른 권력기관 창설

공수처가 결국에는 또 다른 정치적 권력기관이 될 것이라는 우려도 있다. 이른바 김영란법도 정치계의 역학관계에 따라 애초의 취지가 무색하게 “누더기”가 되었다는 비판이 있다. 공수처 관련 법안도 그렇게 될 가능성을 전혀 배제할 수 없다는 것이다. 그렇다면 정치적 역학관계에 따라 누더기가 된 법률에 근거해 탄생한 공수처가 과연 고위공직자 부패사건, 검찰 내 비리사건 등을 처리하는 데에 검찰보다 더 중립성을

235) 백광훈/신동일/이천현, 앞의 책, 52면; 김진환, 앞의 글, 74면; 이정덕 외, “고위공직자비리 수사기구 설치에 관한 다면적 연구”, 한국범죄학 제6권 제2호, 2012, 205면; 정웅석, 앞의 글, 43면; 이순옥, “검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자비리수사처)의 설치에 관한 검토(토론문)”, 한국의 형사사법개혁1: 검찰개혁, 2017 한국형사정책연구원/한국형사소송법학회 공동학술세미나 자료집, 2017, 128면; 김태우, “고위공직자비리수사처 입법론 검토 - 현재 발의된 관련 법안의 합헌성을 중심으로 -”, 형사법의 신동향 제54호, 2017, 84-85면.

236) 김태우, 앞의 글, 81-82면.

237) 김태우, 앞의 글, 100면.

238) 백광훈/신동일/이천현, 앞의 책, 52면; 김진환, 앞의 글, 74면; 정웅석, 앞의 글, 43면.

확보할 수 있을 것인지 의문²³⁹⁾이 들 수 있다. 오히려 공수처 설치는 대통령이나 정치인의 입맛에 맞는 수사기관을 설치하겠다는 것과 다름 아니며,²⁴⁰⁾ 자칫하면 애초의 취지 내지 목적과는 정반대로 대통령에게 보이지 않는 손 하나를 더 보태주는 결과를 초래할 수도 있다고 한다.²⁴¹⁾ 현실적으로 정치권의 입장에서든 상대적으로 작으면서도 오로지 “자기관련 사건”만을 담당하는 공수처를 장악하는 것이 훨씬 쉬우면서도 효과적일 것이다.²⁴²⁾

다. 비경제성 및 비효율성

검찰과 비교할 때 공수처가 매우 막중한 수사를 담당할 만한 전문적·체계적 수사능력을 구비할 수 있을지 의문을 제기하는 견해²⁴³⁾도 있다. 특히 첨단정보화사회에 접어들면서 디지털 포렌식 센터 등 최첨단 범죄에 대응할 인프라를 갖추고 있는 검찰과는 달리, 공수처는 그와 같은 전문적·체계적 수사능력을 갖추기란 불가능하다는 것이다. 뿐만 아니라 지금까지 발의된 공수처 법률안은 기업범죄에 대한 수사권 조항을 두고 있지 않은데, 고위공직자 부패사건과 검찰 내 비리사건이 대체로 기업과의 관계에서 발생하고 있다는 점도 맹점으로 지적되고 있다. 이러한 경우 전면적이고 포괄적인 수사를 할 수 없어 관련 범죄를 효율적으로 인지하고 입증하는 데에 어려움을 겪을 수밖에 없다는 것이다.²⁴⁴⁾

이와 더불어 이른바 대형비리사건을 공수처나 상설특검으로 처리하는 것은 일차적으로 수사와 기소를 담당하는 검찰에 대한 대국민 신뢰도를 하락시켜 공권력의 권위가 훼손되는 결과를 초래하게 될 것이라는 우려²⁴⁵⁾도 있다. 공수처나 상설특검의 설치하는 검찰수사에 대한 불신을 전제하기 때문에 장기적으로 고위공직자 비리사건이

239) 정웅석, 앞의 글, 46면, 48면.

240) 김희균 외, 앞의 책, 175-181면.

241) 장영수, 앞의 글, 131면.

242) 오영근, [시론] 공수처가 검찰 개혁 위한 ‘전가(傳家)의 보도(寶刀)’ 아니다, 중앙사설, 2017.2.22. (http://jjlife.joins.com/club/club_article_print.asp?Total_ID=21292627, 2017.4.17. 최종방문)

243) 백광훈/신동일/이천현, 앞의 책, 52면; 김진환, 앞의 글, 74면; 정웅석, 앞의 글, 43면; 이순옥, 앞의 글, 129면; 정웅석, 앞의 글, 46면; 김태우, 앞의 글, 113면.

244) 장영수, 앞의 글, 133면; 이순옥, 앞의 글, 129-130면; 정웅석, 앞의 글, 44면; 김태우, 앞의 글, 113면.

245) 정진연/손지영, “공직부패범죄 통제시스템 재론 - 특별검사제와 공직부패수사처에 관한 논의를 중심으로 -”, 한국부패학회보 제13권 제1호, 2008, 104면.

아닌, 일반범죄에 대한 검찰수사에 대해서도 국민의 신뢰도를 떨어뜨려 사법불신을 야기할 가능성이 있다는 것이다.

라. 공수처 무용론 또는 검찰내부개혁론

공수처의 도입이 근본적인 검찰개혁 방안은 아니라는 견해이다. 공수처에 정치적 중립성을 보장할 묘안이 있다면, 검찰에도 그러한 방안을 적용하면 그만이고, 역으로 검찰에 그러한 방안을 적용해 효과를 거둘 수 없다면 공수처에서도 마찬가지로 별다른 효과를 거두지 못하리라는 것이다.²⁴⁶⁾ 공수처 무용론은 검찰을 행정부에서 떼어내는 것이 검찰의 중립성과 독립성을 확보하는 최선의 방법이라고 한다.²⁴⁷⁾ 검찰을 제대로 개혁하면 되는 것이지 별도의 수사기관을 또 만들 필요는 없다는 주장이기 때문에, 검찰내부개혁론이라고 칭할 수 있을 것이다. 검찰담당자를 외부에서 영입해 객관적이고 강력한 감찰을 실시하는 방안도 함께 제시되고 있다.

요컨대 공수처 무용론 또는 검찰내부개혁론은 공수처의 도입에 앞서 위와 같이 현재 있는 제도들을 실효성 있게 운영할 수 있는 방안의 도입과 활성화 방안을 먼저 검토해야 한다고 한다.²⁴⁸⁾ 이들 중 어떤 방법으로도 검찰의 정치적 중립성 확보가 불가능하다고 판단될 때에 비로소 공수처의 도입을 생각해도 늦지 않다는 것이다.²⁴⁹⁾

4. 반론에 대한 재반론

위와 같은 공수처 설치 반대론의 우려에 대해서는 다시 조목조목 재반박 논거가 제시되고 있다.

가. 권력분립 원칙 위반이라는 반론에 대해

(1) 권력분립 원칙에 반하지 않는다는 견해

공수처나 특별검사 등의 제도가 권력분립 원칙에 반한다는 견해에 대해서는 그것이

246) 오영근, 앞의 글.

247) 김희균 외, 앞의 책, 175-181면.

248) 이정덕 외, 앞의 글, 206면.

249) 오영근, 앞의 글.

내부자 관점에 의한 논리라는 반박이 있다. 위헌론은 검찰청법이나 형사소송법에 구현된 현행 검찰의 권한과 한계에 대한 검토를 소홀히 한 것이며, 검찰조직 밖에 있는 기소자에게 사건처리를 맡기는 제도는 행정부가 지닌 수사·기소권에 대해 입법·사법부가 견제함으로써 국민의 기본권을 실질적으로 보장하는 등, 기능적인 측면에서는 오히려 권력분립 원칙의 실현을 지향한다는 것이다.²⁵⁰⁾ 수사와 기소가 행정작용이라 하여 오로지 대통령과 국무총리의 통할을 받는 행정기관에 속해야 하는 권한인 것은 아니며, 독립기구로 설치하더라도 처장의 임명이나 권한행사에 삼권의 견제를 받으면서 헌법의 적정절차 원리를 따르도록 한다면 반드시 위헌이라고 할 수 없다는 견해,²⁵¹⁾ 기존의 수사기관이 고위공직자의 범죄에 효율성을 보이지 못한다면 이를 대신할 수 있는 다른 기관을 설립할 수 있으며, 이는 정책적 결단의 문제라는 견해²⁵²⁾도 같은 맥락으로 이해할 수 있다.

검찰의 수사·기소권 및 검찰조직에 관한 사항은 헌법이 직접 규정하고 있지 아니한 입법위임사항이므로 국회의 입법재량영역에 속하며, 따라서 굳이 헌법개정을 요하지 아니하고 법률로써 규정할 수 있다는 견해²⁵³⁾도 있다. 헌법재판소도 “헌법이 감사원, 국가안전보장회의 등의 설치근거 규정을 두고 있는 것은 헌법적 시각에서 본 그 기관의 성격, 업무의 중요성 등을 감안하여 특별히 헌법에 그 설치 근거를 명시한 것에 불과할 뿐 이것이 그 설치근거를 법률에 두는 법률기관의 설치를 금지하는 취지는 아니다”²⁵⁴⁾라고 판시한 바 있는데, 이 논리대로라면 공수처의 설치근거를 법률에 두는 것이 곧바로 위헌인 것은 아니라고 볼 수 있다.

공수처가 외국에서는 유례를 찾아볼 수 없는 제도라는 지적에 대해서는 우리나라와 같이 검찰에게 독점적 수사권과 공소권을 부여하는 나라도 없으므로 이에 대한 해결책도 당연히 외국에 유례가 없는 독특한 것일 수밖에 없다²⁵⁵⁾는 반론이 제기되고

250) 강경근, “기능적 권력분립을 실현하는 합헌적 제도”, 대한변협신문 제43호, 2002.1.17.(조국, 앞의 글, 66면에서 재인용)

251) 노명선, 앞의 글, 97면.

252) 광병선, “특별수사청 설치의 필요성과 구체적 방안”, 법학연구 제48집, 2012, 11면.

253) 조국, 앞의 글, 67면. 이 논리는 특검제의 상설화를 위해 제시되었으나, 공수처와 관련해서도 그 대로 적용될 수 있을 것이다. 공수처 설치와 관련하여 같은 취지로 김태우, 앞의 글, 78-79면.

254) 헌재 1994.4.28. 89헌마86.

255) 윤동호, 앞의 글, 76면; 한상훈, “검찰개혁과 고위공직자비리수사처의 신설에 대한 토론문”, 한국의 형사사법개혁1: 검찰개혁, 2017 한국형사정책연구원/한국형사소송법학회 공동학술세미나 자료집, 2017, 122면.

있다. 한편 공수처와 유사한 형태라 하여 홍콩의 엄정공서(廉政公署, Independent Commission Against Corruption·ICAC), 싱가포르의 탐오조사국(貪污調查局, Corrupt Practices Investigation Bureau·CPIB), 대만의 엄정서(廉政署, Agency Against Corruption·AAC) 등이 언급되고 있다. 다만 이들 기관은 순서대로 각각 행정장관 직속, 법무부 소속, 총리 직속이라는 별도의 소속이 존재하며, 무엇보다도 기소권을 갖지 못한다는 점에서 공수처와는 본질적으로 적절한 비교군이라고 할 수는 없을 것이다.²⁵⁶⁾ 공수처와 같이 독립적 부패범죄수사기구라는 점은 유사하나, 이러한 기구가 부패척결에 효과적인지에 대해서는 그 평가가 엇갈리고 있다. 특히 엄정공서는 한때 모범적인 반부패수사기구로 평가받기도 했으나, 홍콩이 중국에 반환된 이후 중국본토의 강력한 영향력 하에 놓여 사실상 독립적 수사기구로서의 기능을 상실했다고 한다.²⁵⁷⁾

끝으로 공수처 신설로 인해 발생할 수 있는 기능중첩 내지 기능중복 문제에 대해서는, 단지 제도 및 기관 신설 초기에 발생할 수 있는 일시적 현상이며 공수처 정착과정에서 점차 해소될 비본질적 문제라는 반론²⁵⁸⁾이 있다.

(2) 권력분립 원칙에 반할 소지가 있으나 헌법개정으로 가능하다는 견해

공수처의 설치를 찬성하는 입장 가운데에는 “행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다”는 헌법 제66조 제4항을 근거로 위헌의 소지에 대해서는 어느 정도 수긍하는 견해도 있다.²⁵⁹⁾ 이 견해는 다만 공수처를 헌법상 독립기관으로 설치함으로써 이와 같은 위헌논란을 피해갈 수 있을 것이라 보고 있다. 공수처를 헌법상 독립기관으로 구성하면 위헌논란 해소와 함께 공수처의 독립성과 중립성도 법률상 독립기관으로 구성할 때와 비교해 보다 강력해질 수 있다는 것이다. 더불어 공수처의 헌법체계상 지위가 명확해지고, 중앙선거관리위원회의 예에 따라 다른 국가기관들과의 관계설정도 보다 간명해질 것이라고 한다.²⁶⁰⁾

256) 각 기관의 소속과 규모, 권한 등을 정리한 것으로 김태우, 앞의 글, 99면 참조.

257) 홍콩의 중국반환 이후 엄정공서의 독립성 훼손에 관한 보다 자세한 사례는 김태우, 앞의 글, 94-97면 참조.

258) 윤동호, 앞의 글, 77면.

259) 장영수, 앞의 글, 135면.

한편 공수처를 헌법기관으로 설치하는 것에는 원론적으로 찬성하면서도 아직 실행해보지 않은 제도를 처음부터 헌법에 규정하기에는 더 많은 저항과 반발이 있을 것이므로 현실적 실현가능성이 매우 낮다고 판단되기에, 우선 법률로써 제도를 출발시키고 차후 그 성과를 봐서 개헌과정에 해당 조항을 추가하는 방법을 우선적으로 고려해야 한다는 신중론²⁶¹⁾도 있다.

나. 정치적 중립성을 확보하지 못한 또 다른 권력기관 창설가능성에 대해

우선 정치적 역학관계에 따라 누더기가 된 법률에 근거해 탄생한 공수처가 검찰보다 더 중립성을 확보할 수 있을 것인가라는 회의는 정치적 이해관계에 따라 특정 법률안이 왜곡되어 왔던 우리나라의 입법문화에 대한 비판이 될 수는 있어도, 공수처 설립의 정당성이나 필요성에 대한 반론이라고 볼 수는 없을 것 같다. 또한 공수처는 본질적으로 존재하지 않던 권력을 창조해내는 것이 아니라, 기왕에 존재하였으나 제대로 작동하지 않았던 기능을 정상적으로 작동하도록 복원시킨다는 관점에서 이해할 수 있다. 그렇다면 대통령에게 보이지 않는 손을 하나 더 보태주는 결과가 발생하기 보다는, 정상적으로 기능하지 못하던 손을 회복시켜주는 것, 그리고 더 나아가 그 손에 독립성과 중립성을 부여하여 대통령 스스로도 임의로 휘두르지 못하도록 하는 것이 된다.

한편 공수처(또는 상설특검)의 정치화에 대한 우려는 애초에 존재하지도 않았던 기관의 장래에 대한 막연한 예측이며, 또한 검찰 자신의 역사적 경험에 기초한 예단이라는 비판²⁶²⁾도 있다.

다. 비경제성 및 비효율성 지적에 대해

공수처가 검찰에 비해 전문적·체계적 수사능력을 갖추지 못할 것이라는 예측은 상당한 설득력이 있어 보인다. 어떠한 공수처 법안을 보아도 검찰 조직과 비교해

260) 장영수, 앞의 글, 136면. 공수처를 헌법상 독립기관으로 설치할 것을 제안했던 '나라살리는 헌법개정 국민주권회의'의 헌법개정안 전문 및 신구조문 대조표는 http://www.roc2017.com/bbs/board.php?bo_table=bo_02&wr_id=3(2017.5.16. 최종방문) 참조.

261) 한상훈, 앞의 글, 124면.

262) 조국, 앞의 글, 58면.

상당히 작은 조직을 예정하고 있기 때문이다. 다만 이러한 비판에 대해서는 제도 도입 초기의 과도기적 혼선을 공수처 제도 자체의 본질적 문제로 오인한 것이라는 반론²⁶³⁾이 제기되고 있다. 그리고 전문적·체계적 수사능력을 갖추고 있음에도 그러한 능력을 “공정하고 중립적으로” 행사하지 않은 검찰의 부작위가 공수처 담론의 근본적인 원인이었음을 상기할 필요가 있다. 따라서 이러한 지적은 이론적으로는 일응 타당한 지적이라고 할 수 있을지 모르겠으나, 현실적으로는 모순점을 내포할 수밖에 없는 논거라 할 수 있다. 무엇보다도 공수처의 가장 중요한 기능은 수사에 완벽성을 기하는 것이라기보다는 고위공직자의 부정부패를 비롯한 정치적 사건, 검찰내부의 비리사건에 대한 중립성과 공정성 확보라는 기능에 있기 때문에,²⁶⁴⁾ 전문적·체계적 수사능력은 공수처 설치를 반대할 본질적인 논거가 되지 못한다고 한다.

한편 비용과 관련해서는 공수처(또는 상설특검)의 경제성을 평가하는 것 자체가 문제라는 지적이 있다. 기존의 검찰조직이 제대로 권력형 범죄·비리를 수사하지 못하여 든 사회적 비용을 먼저 고려해야 하고, 보다 중요하게는 특검제 운영의 비용이 권력형 범죄·비리를 척결하고 검찰의 쇄신을 촉진하는데 필수적으로 사용되어야 했던 비용²⁶⁵⁾이라는 점을 고려하면, 오히려 공수처를 설치하는 것이 경제적 측면에서 효율적일 수 있다는 것이다.

라. 공수처 무용론 내지 검찰내부개혁론에 대해

공수처 무용론 또는 검찰내부개혁론의 논리는 매우 간명하다. 지금의 검찰이 제대로 공명정대하게 작동하도록 만들면 된다는 것이다. 원론적으로는 매우 타당한 견해라 할 수 있다. 검찰개혁이 잘 이루어져 인사체계가 합리화되고 검찰조직 자체가 매우 건강하게 재편되어 검사의 직무수행에 철저한 독립성과 중립성이 보장되고, 이를 토대로 검찰 스스로 검찰권 행사를 공정히 한다면 공수처이든 특별검사제도이든 굳이 필요치 않을 것이다.²⁶⁶⁾ 그러나 지난 십 수 년간 검찰개혁을 시대적 과제로 삼았음에도 사실상 무산되어 왔던 지난한 “레퍼토리”는 이와 같은 원론적인 타당성을

263) 오병두, 앞의 글, 36면.

264) 박상기, 앞의 글, 64면; 장영수, 앞의 글, 132면.

265) 조국, 앞의 글, 59면.

266) 백광훈/신동일/이천현, 앞의 책, 53면.

무색케 한다.

공수처 답론은 검찰이 국민으로부터 자신의 중립성과 엄정성에 대한 신뢰를 얻는데에 실패하고, 또한 검찰개혁을 지연시킴으로써 발생한 “자초위난”이라 할 수 있다.²⁶⁷⁾ 한국 검찰의 문제상황은 단순한 체제 내적 조정으로 해결되기 어려운 수준에 이르렀고 그에 대한 국민의 불신도 심각한 수준²⁶⁸⁾이라는 것이다. 검찰내부개혁론은 대체로 검찰의 내부사정, 조직문화를 전혀 알지 못하는 외부인들이 검찰을 개혁하고자 하는 것은 문제라는 인식을 제기하고 있다. 그러나 이와 반대로 개혁대상이 개혁주체가 되는 것은 논리에 맞지 않는다는 시각²⁶⁹⁾도 있다. “사람은 심판자이면서 당사자로 활동할 수는 없으므로, 사람은 자신의 사건에 대한 심판자가 되어서는 안 된다 (Aliquis non debet esse iudex in propria causa, quia non potest esse iudex et pars)”²⁷⁰⁾는 것이다. 이러한 논리를 따른다면 비록 검찰 특유의 문화를 심분 이해하지 못한다 하더라도 외부로부터의 개혁은 불가피하다고 볼 수 있다.

5. 공수처 설치를 위해 다듬어야 할 쟁점

공수처 설치에 대한 찬성과 반대의 격론에도 불구하고, 어쨌거나 지금의 정치적 상황을 보건대 공수처가 설치될 가능성은 상당히 높아 보인다. 그렇다면 위에서 제시한 찬반양론을 고려하여 장차 공수처 설치를 위해 다듬어야 할 내용들을 짚어볼 필요가 있다. 앞으로 공수처가 설치된다면, 현재 공수처와 관련하여 제안된 법률안들을 토대로 설치될 가능성이 높아 보이므로, 이하에서는 각 법률안에 따른 쟁점을 살펴보고자 하겠다.

제20대 국회에서 발의된 공수처 법안의 주요 내용을 비교해 보면 아래 표와 같다.²⁷¹⁾

267) 조국, 앞의 글, 57면.

268) 오병두, 앞의 글, 52면.

269) 한상희, 앞의 글, 301면.

270) Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 8th Edition, 2004, p. 1705. 본 법언의 번역은 윤동호, 앞의 글, 72면.

271) 김태우, 앞의 글, 73-74면.

〈표 3-1〉 제20대 국회 공수처 주요법안

구분	노회찬 의원 (2016.7.21. 발의)	박범계·이용주 의원안 (2016.8.8. 발의)	양승조 의원안 (2016.12.14. 발의)
소속	독립기구		
처장	· 3년 단임(법조경력 15년 이상) · 대법원장 추천(2명) → 대통령 지명(1명) → 국회 동의 → 대통령 임명	· 3년 단임(법조경력 또는 법학 교수 15년 이상-비법조인 가능) · 추천위(7명, 법무부장관·법원행정처장·대한변협 회장·국회 추천 4명) 단수 추천 → 인사청문회 → 대통령 임명 ※ 검사는 퇴직 후 1년간 임용 제한 (차장·특별검사 同)	· 5년 단임(법조경력 15년 이상) · 국회인사청문회 → 대통령 임명
구성	· 차장 1명 (특정직) · 특별검사 10인 이내 · 특별수사관 45인 이내	· 차장 1명 (3년 단임, 특정직) · 특별검사 20인 이내(특정직)	· 차장 1명 (5년 단임, 정무직) · 특수검사 3명 이내 (고검장급 대우) · 수사관 30명 이내
대상자	1. 고위공직자(전직은 퇴임 후 3년 내) · 차관급이상, 고공단, 국회의원, 지자체의 장, 교육감, 법관·검사, 경무관 및 준장급 이상 · 대통령 비서실·경호실·국가안보실의 2급 이상 2. 準고위공직자 · 대통령이 임명하는 공직유관 단체의 장	1. 고위공직자 · 대통령(전직), 대법원장, 대법관, 헌재 재판관, 검찰총장 · 정무직(총리실, 중앙행정기관, 선관위, 국회, 대법원, 헌재) · 국회의원, 광역자치단체장, 교육감, 법관·검사, 경무관 및 준장급 이상 · 3급 이상(감사원, 국세청, 공정위, 금융위, 대통령 비서실·경호실·국가안보실, 국정원) 2. 準고위공직자 · 금감원(원장, 부원장, 부원장보, 감사)	1. 고위공직자(전직은 퇴임 후 3년 내) · 차관급이상, 국회의원, 광역자치 단체장, 법관·검사, 치안감 및 장관급 이상 · 대통령 비서실·경호실·국가안보실의 2급 이상 · 1급 이상(감사원, 국세청, 공정위, 금융위, 국정원) 2. 準고위공직자 · 금감원(원장, 부원장, 부원장보, 감사)
	3. 가족 · 배우자, 직계존비속, 형제자매 · 대통령 : 배우자, 4촌 이내 친족	3. 가족 · 배우자, 직계존비속, 형제자매 · 대통령 : 배우자, 4촌 이내 친족	3. 가족 · 배우자, 직계혈족 · 대통령 : 배우자, 직계혈족, 4촌 이내의 방계혈족
대상범죄	· 고위공직자의 재직 중 범죄 : 수뢰·직권남용 등 형법상 공무원 직무범죄, 직무 관련 횡령·배임, 특가법(알선수재), 특경법(수재), 범죄수익은닉 규제법, 변호사법, 청탁금지법, 정치자금법, 조세범처벌법 및 그 공범, 범인은닉·위증·허위감정·증거인멸·무고 · 가족의 고위공직자 직무 관련 범죄		1. 대상자의 모든 범죄 2. 국민권익위 고발사건 ※ 대상자 : 차관급이상, 광역자치 단체장, 법관·검사, 국회의원, 경무관급 이상, 장관급 장교

구분	노회찬 의원 (2016.7.21. 발의)	박범계·이용주 의원안 (2016.8.8. 발의)	양승조 의원안 (2016.12.14. 발의)
			※ 부패행위 : 지위·권한남용 등을 통한 사익 도모 등
수사 개시	· 인지 및 고소·고발 · 수사의뢰(감사원, 대검, 국방부) · 수사의뢰(국회 재적 1/4 이상, 국감법상 조사위 의결)	· 인지(고소·고발 제외) · 수사의뢰(감사원, 권익위, 인권위, FIU) · 수사요청(국회 재적의원 1/10 이상 연서)	· 규정없음
권한	· 수사권, 기소권, 공소유지권 · 공수처의 직무와 중복되는 사건은 공수처 이관(처장판단으로 검찰 이첩 可) · 공수처 직원·친족 범죄는 제외	· 수사권, 기소권, 공소유지권 · 공수처의 범죄수사와 중복되는 범죄수사는 공수처 이첩(처장 판단으로 他 기관 이첩 可) · 공수처 직원 비리 등은 검찰 수사	· 수사권, 기소권, 공소유지권 · 공수처의 소관 사건과 중복되는 경우에는 공수처 이첩(처장판단으로 검찰 이첩 可)
불기소 특례	· 재정신청 : 고소·고발·수사의뢰 기관장	· 기소법정주의 · 불기소심사위(처장 위촉 11~15인 사전심사, 기속력 無) · 재정신청 : 수사의뢰 기관장	· 기소강제주의 ※ 기소법정주의와 동일 취지
보고 의무 등	· 처장의 국회출석·보고의무 · 처장의 처분·판결확정 10일 내 국회·대통령 서면 보고 의무	· 처장의 국회출석·보고의무 · 처장의 국무회의 출석·발언 권한, 대통령에 대한 의안 제출 건의 권한	· 처장의 국회출석·보고의무 · 처장의 국무회의 출석·발언 권한, 국무총리에 대한 의안 제출 건의 권한

노회찬 의원안의 정식명칭은 「고위공직자비리수사처 설치에 관한 법률안」이며, 박범계·이용주 의원안은 「고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안」, 양승조 의원안은 「고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안」이다.²⁷²⁾ 가장 먼저 발의된 것은 노회찬 의원안이다. 이어서 박범계·이용주 의원안과 양승조 의원안이 발의되었다. 노회찬 의원안은 노회찬 의원 외에 10명이 공동으로 발의한 것이며, 박범계·이용주 의원안은 이 두 의원만이 발의자로 명기되어 있으며, 다만 국회의원 69명이 찬성자로 함께 하고 있다. 양승조 의원안은 양승조 의원 외에 9명이 공동발의자로 등록되어 있다.

272) 양승조 의원안은 다른 두 법률안과 같이 수사 및 공소제기·유지를 할 수 있는 권한을 부여하고 있음에도 “고위공직자비리조사처”라 명하고 있다. 이하에서는 특별히 구분해야 하는 경우를 제외하고는 편의상 통칭 “공수처”로 표기한다.

가. 기관의 소속

현재 발의되어 있는 공수처 법률안에서 공수처의 소속에 대한 사항은 모두 독립기구로 설치하도록 하고 있어 동일하다. 일각에서는 위헌성을 최소화하기 위해 공수처를 행정부, 특히 법무부 산하에 두어야 한다는 의견도 제시되고 있으나, 이는 대통령과 법무부장관의 영향력에서 여전히 자유로울 수 없는 구조이기 때문에 타당해 보이지는 않는다.

공수처를 독립기관으로 설치하는 것에 대한 위헌논란은 여전히 끊이지 않고 있으며, 특히 공수처 설치를 반대하는 입장의 논거로 제시되고 있다. 독립기관 설치를 지지하는 입장에서는 법률상 독립기관의 예로 국가인권위원회의 예를 들고 있으나, 국가인권위원회는 수사권과 기소권을 갖고 있지 않기 때문에 적절한 비교사례라 하기는 어려워 보인다. 오히려 공수처의 독립성과 중립성을 철저히 보장하기 위해서는 그 소속을 법률상 독립기관으로 한다는 형식적 원칙과 더불어, 각 법률안이 제시하고 있는 바와 같이 공수처장을 비롯한 구성원의 신분을 법률로 보장할 필요가 있고, 무엇보다도 공정하고 투명한 절차를 통해 공수처장을 임명해야 할 것이다.

나. 처장의 임명

처장의 임명과 관련해서는 추천 및 임명 절차가 가장 첨예한 쟁점이라 할 수 있다. 법률상 공수처를 독립기관으로 설치한다 하더라도 처장의 임명절차에 정치적 개입의 여지가 발생하게 되면 공수처는 오로지 형식적으로만 독립적이고 중립적일 수밖에 없기 때문이다.

노회찬 의원의 안은 대법원장이 공수처장을 추천하도록 하고, 대통령은 국회의 동의를 얻은 후 그 가운데 하나를 지명하도록 하고 있다. 입법·행정·사법부에 의한 고른 통제를 염두에 둔 것으로 보이나, 추천과정에서 대법원장의 영향력이 매우 지대하다는 불균형이 존재한다. 또한 수사·기소를 담당하는 기관과 재판을 담당하는 기관을 구분하고 있는 현재의 형사법체계에 비추어 볼 때, 수사와 기소를 담당하게 될 기관의 수장을 재판기능을 담당하는 사법부의 수장이 선별할 수 있도록 하는 것은 타당해 보이지 않는다.

박범계 의원 안은 추천위원회에 법무부장관과 법원행정처장을 반드시 포함시키도록 하고 있어 행정부와 사법부도 공수처장 추천에 관여할 수 있도록 하고 있으나, 추천위원 7명 가운데 4명을 국회에서 임명하도록 하고 있기 때문에, 임명과정에서 다수당의 횡포나 정쟁이 끊이지 않을 것이라는 우려가 제기될 수 있다.

양승조 의원은 국회의 인사청문을 거쳐 대통령이 임명하도록 하고 있는데, 이는 지금의 검찰총장 임명절차와 동일하다. 따라서 독립성·중립성 문제가 현재의 검찰과 동일하게 발생할 가능성이 있다.

이러한 법률안의 흠결을 보완하여 중립성과 공정성을 보장하기 위해 한국법학교수회장, 법학전문대학원협의회 이사장, 형사법학회 등 학계의 참여가 보장되는 것이 전문가와 시민의 참여를 제고하는 방안²⁷³⁾ 또는 헌법재판소와 같이 입법, 사법, 행정부에서 일정수의 후보자를 추천하는 방식²⁷⁴⁾도 제안되고 있다.

지금까지의 법률안, 그리고 학계 각층의 제안은 대체로 공수처장의 최종임명권자를 대통령으로 상정하고 있다. 최근의 국정농단 사태로 인해 이와 같은 임명방식에 의문이 들 수도 있을 것 같다. 다만 행정부 구성원인 국무총리와 국무위원, 장관뿐만 아니라, 헌법상 독립기관인 감사원장, 대법원장, 헌법재판소장의 임명권자도 대통령으로 규정하고 있는 헌법에 비추어 보면, 타당하거나 적어도 불가피한 임명방식이라고 할 수 있다. 검찰총장과 같이 직무를 수행하는 동안 직·간접적으로 대통령의 영향력이 미칠 여지를 두지 않고, 감사원장과 대법원장, 헌법재판소장과 같이 대통령에게 오로지 형식적 임명권만 부여한다면 공수처장이 자신의 직접적 임명권자인 대통령에 “사정의 칼날”을 엄정하게 겨누는 것도 충분히 가능할 것으로 보인다.

다. 적용대상자

본 법률안의 적용대상이 되는 고위공직자 등의 범위에 대해서는 세 법률안이 다소간의 차이를 보이고 있다. 박범계·이용주 의원안은 명시적으로 (전직) 대통령과 대법원장, 대법관, 헌법재판소 재판관 등 헌법기관의 장도 수사대상에 포함된다고 표기하고 있으나, 다른 법률안에 따르더라도 모두 “차관급 이상 공무원”에 포함되어 각 법률

273) 한상훈, 앞의 글, 124면.

274) 노명선, 앞의 글, 98면.

안 사이에 본질적인 차이가 존재하는 것으로 보이지는 않는다. 다만 다른 두 법률안과는 달리 박법계·이용주 의원안은 대통령비서실과 국가안보실, 대통령경호실, 국가정보원 소속의 3급 이상 공무원도 적용대상에 포함하고 있어, 세 법률안 가운데 적용대상을 가장 넓게 잡고 있다.

고위공직자의 “가족”도 함께 적용대상에 포함되는데, 노회찬 의원안과 박법계·이용주 의원안은 배우자와 직계존비속, 형제자매(대통령의 경우에는 배우자와 4촌 이내의 친족)로 동일한 데에 반해, 양승조 의원안은 형제자매를 제외하고 있어 다른 법률안에 비해 적용대상자의 범위가 다소 좁아진다.

한편 일명 최순실 국정농단 사건에서 본 바와 같이 고위공직자도 아니고 그의 가족도 아닌 사람이 고위공직자의 부정부패사건에 핵심적으로 관여하는 경우도 배제할 수 없다. 형법상 공범규정을 적용한다면 이들에게도 본 법률을 적용하는 데에 무리는 없을 것이라는 해석도 가능하겠지만, 본 법률안이 명시적으로 규정한 대상자 외에는 어떠한 경우에도 적용할 수 없다고 엄격해석하는 경우에는 동일 사건에 대한 수사절차의 분리 내지 단절이 불가피하다. 해석상 이견이 발생할 여지를 제거하고, 이른바 고위공직자의 “지인”도 적용대상에 포함시켜야 한다는 사회적 합의가 도출된다면, 공범도 적용대상에 포함시킨다는 문구를 삽입할 필요가 있다.

라. 대상범죄

본 법률안을 적용할 수 있는, 즉 공수처가 직접 개입할 수 있는 대상범죄에 대해서 노회찬 의원안과 박법계·이용주 의원안은 고위공직자의 재직 중 본인 또는 가족의 범죄로서 직무(관련)범죄 내지 부패범죄로 제한하고 있는데 반해, 양승조 의원안은 대상범죄를 제한하지 않고 있다.

대상범죄의 제한 필요성 여부에 대해서도 의견이 엇갈리고 있다. 우선 고위공직자의 직무관련 부정부패를 정치권력의 영향 없이 공정하게 수사하여 공직자의 청렴성과 공무집행의 공정성을 확보함으로써 공직자에 대한 국민의 신뢰를 회복하는 데 목적이 있으므로, 수사대상사건도 이러한 목적을 달성하기에 적합한 범죄로 그 범위를 제한하는 것이 합리적이라는 견해²⁷⁵⁾가 있다. 이와 반대로 수사는 생물과 같이 명목상 뇌물사건을 수사하는 중에도 관련 범죄로 다양하게 확대되어 수사결과가 어디까지

될지 모르는 경우가 있으므로, 대상범죄를 제한하는 것은 수사현실적인 측면에서 상당하지 않다는 견해²⁷⁶⁾도 있다.

마. 공수처의 권한 : 수사·기소권과 관할

세 법률안 모두 공수처에게 수사권과 기소권, 공소유지권을 부여하고 있다. 조사권의 수준을 넘어 형사소송법상 압수·수색 등 강제조치가 가능한 수사권과 기소권까지 부여하는 것이 법리상, 우리 법체계상 타당한가에 대해서는 여전히 첨예한 논쟁이 계속되고 있다. 노회찬 의원안과 박범계·이용주 의원안은 공수처에게 인지수사까지 할 수 있는 권한을 부여하고 있음에 비해, 양승조 의원안은 인지수사 가능성 여부에 대해서는 별다른 규정을 두고 있지 않다. 고소·고발사건, 수사의뢰사건뿐만 아니라 공수처 스스로 인지수사를 개시할 수 있는 권한까지 부여한다면, (매우 객관적이고 중립적이며 공정하게 운용된다는 전제 하에) 공수처는 가장 강력한 고위공직자 부패 척결기구가 될 것으로 예측할 수 있다. 인지수사 가능성 여부는 어쩌면 공수처의 권한범위를 정하는 데에 가장 중요한 포인트라 할 수 있으며, 앞으로도 지속적으로 중요 쟁점으로 부각될 것으로 보인다.

세 법률안 모두 공수처의 직무와 중복되는 다른 기관의 직무는 공수처에 이관하거나 이첩하도록 규정하고 있다. 다만 처장의 판단으로 검찰이나 다른 기관에 사건을 이관하거나 이첩할 수 있다. 이와 같은 일반규정이 나름 합리적인 것으로 보임에도 불구하고, 예컨대 공수처 수사대상자 중 특히 다수당 국회의원이 차라리 공수처 수사를 받겠다고 하는 이유로 검찰의 소환조사를 거부하는 경우, 검사가 체포영장을 청구할 수 있는지, 검사가 공수처에 이관한다고 하더라도 수사가 제때에 이루어질 것인지 등은 현행 법률안만으로는 명확한 해답을 얻기 어렵다. 또한 타기관의 이관·이첩 여부를 오로지 공수처장의 판단에만 맡기고 있기 때문에, 공수처장의 성향에 따라 수사대상자인 고위공직자에게는 오히려 공수처가 수사도피처가 될 가능성도 배제할 수 없다. 따라서 이러한 가능성을 원천적으로 배제하기 위한 세부규정이 필요해 보이며, 이와 더불어 다른 기관으로의 이관·이첩 여부를 공수처장에게만 맡길 것이 아니라

275) 윤영철, 앞의 글, 67면.

276) 노명선, 앞의 글, 100면.

해당기관간의 협의체 구성을 통해 해결하는 것이 보다 바람직해 보인다. 한편 대상범죄를 제한하지 않는다면 전속관할의 문제도 없어질 것이라는 견해도 있다.²⁷⁷⁾

바. 통제방안

세 법률안은 모두 공수처장 및 차장, 특별검사, 특별수사관은 직무수행의 중립성 확보를 위해 탄핵 또는 금고 이상의 형을 받지 않으면 파면이나 퇴직되지 않도록 신분을 보장하고 있다. 다만 직무수행 중 공수처의 중립성과 공정성 훼손을 차단하기 위해 국회의 요구가 있을 때 처장으로 하여금 국회에 출석하여 보고하도록 의무규정을 두고 있다. 대의기관으로서 국회가 국민의 알권리를 위해 공수처 직무에 대한 청문을 할 수 있도록 하는 것은 적절한 규정이라 평가할 수 있다. 그 밖에도 공수처 구성원의 범죄행위나 행정상 불법 등에 대해서는 여전히 검찰의 수사, 감사원의 감사 대상이 되므로 기관간 기능에 따른 견제가 가능할 것으로 보인다.

공수처의 구체적 수사권 행사에 관한 통제에 대해서는 이견이 제기될 것으로 보인다. 즉 검찰의 처분에 대한 항고나 재정신청과 같은 규제수단이 있는가 또는 필요한가 하는 점이다. 우선 노회찬 의원안은 다른 안과는 달리 기소법정주의에 대한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 임의적 불기소처분의 가능성이 상당히 열려 있는 편이라고 볼 수 있는데, 이에 대해서는 고소·고발자 또는 수사를 의뢰한 기관이 재정신청을 제기할 여지를 부여하고 있다. 박범계·이용주 의원안은 기본적으로 기소법정주의를 취하면서도 ① 충분한 범죄혐의가 없는 경우나 ② 범죄가 성립되지 않는 경우, ③ 소송장애사유가 존재하는 경우에는 수사중지나 기소중지 등 불기소처분을 할 수 있도록 하고 있다. 이에 대해 본 법률안은 특별검사의 불기소처분의 적정성 등에 관해 국민의 의견을 직접 반영하여 수사의 공정성과 투명성을 제고하고 심의하기 위해 수사처에 불기소심사위원회를 두도록 규정하고 있다. 양승조 의원안은 어떠한 예외규정도 없이 특수검사는 범죄혐의가 인정되는 경우 공소를 제기하도록 기소강제주의를 취하고 있다. 다만 특수검사의 수사나 공소제기, 공소유지, 형집행과 관련해서는 형사소송법과 검찰청법 등을 준용하도록 하고 있기 때문에, 혹여나 있을 수도 있는 불기소

277) 노명선, 앞의 글, 100면.

처분에 대해서는 항고나 재정신청도 가능할 것으로 보인다.

제6절 소 결

검찰개혁은 이제 지난하다 못해 진부하기까지도 한, 그러나 여전히 명쾌하게 해결되지 못한 시대적 과제로 인식되고 있는 듯하다. 고위공직자의 부정부패, 검찰 내부의 비리사건 등에 대해서는 검찰 내부에서조차도 비판의 목소리가 적지 않게 들려올 정도이다. 특히 최근의 국정농단 사태에서 보여준 검찰의 미온적 태도는 검찰개혁을 미루어서는 안 되겠다는 사회적 요구를 검찰도 “이제는 더 이상” 묵과할 수 없을 정도로 검찰 스스로를 막다른 골목에 몰아넣었다고 볼 수 있다.

그간 검찰개혁을 위한 움직임에 직면하여 검찰은 썩은 살을 도려내고 뼈를 깎는다는 심정으로 내부개혁을 단행하겠노라고 공언해 왔지만, 그것이 실제로 이행되었는지에 대해서는 회의적인 시각이 다수인 듯하다. 2016년 8월 31일 대검찰청은 검찰개혁의 일환으로 「법조비리 근절 및 내부청렴 강화 방안」을 내 놓았다. 그러나 이 개혁방안은 단지 “변론의 투명성과 감찰의 실효성 강화”²⁷⁸⁾에만 중점을 두고 있다. 부수적으로나마 검찰의 자체적 개선방안으로 ① 특임검사식 감찰시스템 도입 및 감찰위원회 역할 강화와 ② 검찰간부 비위 전담 특별감찰단 신설, ③ 특정부서 근무자에 대한 주식거래 금지, ④ 승진대상 검찰간부의 재산형성과정 심층심사를 제시하였으나, 이는 검사 개인의 비리에만 초점을 맞추고 있을 뿐, 검찰조직 자체의 개혁방안에 대해서는 뾰족한 해답을 제시하지 못하고 있다는 한계가 있다.

검찰의 내부사정과 조직문화를 전혀 알지 못하는 외부인들이 검찰을 개혁하고자 하는 것은 무리수를 날을 것이라는 지적이 전혀 부당한 지적은 아닐 것이다. 그러나 반대로 검찰의 내부사정을 잘 아는 사람이 과연 객관적이고 중립적으로 검찰개혁을 이루어낼 수 있을 것인지 의문이라는 지적도 타당하다. “자신의 문제점은 자신보다는 남이 더 잘 볼 수 있다”²⁷⁹⁾는 지적을 되새겨볼 필요가 있다. 검찰개혁이라는 아젠다는

278) 대검찰청 보도자료, “법조비리 근절 및 내부청렴 강화 방안 시행”, 2016.8.31., 1면.

279) 박상기, 앞의 글, 65면.

검찰 스스로가 초래한 자초위난이라는 점을 고려한다면, 개혁의 칼자루를 다시 검찰에게 쥐어주는 것은 검찰개혁을 하지 않겠다는 말과 다르지 않아 보인다.

검찰개혁의 가장 중요한 “수단” 가운데 하나로 인식되고 있는 공수처 설치도 그러하다. 공수처가 전가의 보도가 될 수 없다는 반대론과 마찬가지로, 공수처의 설치를 찬성하는 입장도 공수처가 검찰의 중립성 확보를 위한 최적의 궁극적 수단은 아니라는 점에는 대체로 동의하는 것 같다. 검찰개혁이 잘 이루어져 인사체계가 합리화되고 검찰조직 자체가 매우 건강하게 재편되어 검사의 직무수행에 철저한 중립성이 보장된다면 공수처이든 특별검사제도이든 굳이 필요치 않을 것이다.²⁸⁰⁾ 거꾸로 공수처의 설치를 반대하는 견해도 검찰개혁의 필요성은 인정하고 있다. 그런데 시민사회가 요청하는 수준에 부합할 정도로 검찰 스스로 개혁할 수 있는 시점이 이미 상당히 지나버린 것 같다. 그렇다면 공수처는 어떠한 당위적인 논리나 법리에 의해 타당성과 필요성이 담보되는 것이라기보다는, 검찰개혁을 더 이상은 미룰 수 없어 어쩔 수 없이 들게 된 최후의 수단이라 할 수 있을 것 같다.

280) 백광훈/신동일/이천현, 앞의 책, 53면.

검찰기소의 공정성 확보방안에 관한 쟁점

김 정 연

검찰기소의 공정성 확보방안에 관한 쟁점

제1절 서 설

우리나라의 검찰은 독점적인 기소권한을 행사하면서 형사사법절차 전반에 걸쳐 강력한 권한을 행사하고 있지만, 검찰기소에 관한 공정성과 객관성에 대해서는 부정적인 평가가 적지 않다. 현행법상으로도 기소독점주의, 기소편의주의 등 기소권에 대한 재량을 일탈할 가능성이 상존해 있다. 검찰의 기소권에 대한 국민적 신뢰가 떨어지면서 공소권의 제한 및 통제, 기소절차에 있어서의 시민 참여 등에 많은 관심이 더해지고 있다. 검찰조직도 지속적으로 검찰개혁에 대한 노력을 기울이고 있지만, 일련의 검찰 내부 비리사건에 대한 수사과정과 기소결과는 여전히 국민의 기대에는 부응하지 못하고 있는 실정이다. 더구나 최근 국정농단행위에 대한 검찰의 수사 및 기소과정을 보면 검찰의 수사와 기소에 대한 국민적 불신은 매우 높게 나타나고 있다. 이러한 사회적 흐름에서 검사의 공소권 행사에 대해 공정성 확보방안은 더욱 강조되고 있다. 이러한 배경을 바탕으로 이하에서는 현행 공소제기의 기본원칙 및 통제제도를 고찰한 뒤 외국의 기소권 통제제도를 살펴보고 현재 논의되고 있는 검찰 기소권 통제방안들을 검토하고자 한다.

제2절 현행 공소제도의 개관

1. 공소제기의 기본원칙

가. 국가소추주의·기소독점주의

공소제기의 주체에 따라 국가소추주의와 사인소추주의로 구별된다. 공소제기의 권한을 국가기관에 전담하게 하는 것을 국가소추주의라고 하며, 사인의 공소제기를 인정하는 것을 사인소추주의라고 한다. 국가소추주의 가운데 국가기관인 검사가 공소제기를 담당하는 것을 검사기소주의라고 한다. 사인소추주의에는 피해자 또는 그 친족의 소추에 의하여 형사소송이 개시되는 피해자소추주의와 일반공중에게 소추권을 인정하는 공중소추주의가 있다.²⁸¹⁾ 형사소송법 제246조는 국가소추주의라는 표제하에 “공소는 검사가 제기하여 수행한다”고 규정하고 있다.

사인소추주의의 예로는 미국의 공중소추주의(公衆訴追主義)와 독일의 사인소추제도(私人訴追制度)가 있다. 미국은 연방과 대부분의 주에서 검사 이외의 소추기관으로 대배심(Grand Jury)을 두어 정식기소를 하도록 하고 있는데, 이는 공중에게 소추를 담당하도록 하는 것이라 할 수 있다. 독일 형사소송법 제377조에서는 주거침입이나 비밀침해 등 개인의 사적 권리를 보호하는 데 중점이 있는 일정한 범죄에 대해 범죄피해자가 직접 소추하도록 하는 사인소추제도를 두고 있다. 반면 우리나라는 국가소추주의만을 규정하고 있다.²⁸²⁾

국가기관 중에서 검사만이 공소를 제기하고 수행할 권한을 갖는 것을 검사기소독점주의라고 한다. 형사소송법 제246조는 국가소추주의와 함께 기소독점주의를 선언한 것이라고 할 수 있다. 기소독점주의는 검사동일체의 원칙에 의해 통일된 조직체를 이루고 있는 검사에게 소추권을 독점시킴으로써 공소제기의 적정을 보장하고 공익의 대표자인 검사에게 공평하고 획일적인 소추를 할 수 있게 한다는 장점을 가진다. 반면 기소독점주의는 관료주의와 결합하게 되면 공소권의 행사가 검사의 자의와 독선에 따라 행해질 수 있다는 위험성이 있다. 나아가 검찰의 정치적 중립성이 확보되지

281) 이재상/조균석, 형사소송법, 박영사, 2015, 369쪽.

282) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법, 홍문사, 2013, 238쪽.

않은 상황에서 공소권의 행사가 정치권력에 의해 영향을 받게 될 때에는 기소독점주의는 더욱 위험할 수 있다는 지적을 받기도 한다.²⁸³⁾

나. 기소편의주의

수사결과 공소를 제기함에 충분한 혐의가 인정되고 소송조건을 갖춘 때에는 반드시 공소를 제기해야 한다는 원칙을 기소법정주의라고 한다. 반면 기소편의주의는 검사에게 형사소추와 관련한 기소·불기소의 재량을 인정하는 원칙을 말한다.²⁸⁴⁾ 형사소송법 제247조는 “검사는 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다”고 규정하여 기소편의주의를 채택하고 있다.

기소법정주의와 기소편의주의의 장단점에 대해서는 일반적으로 다음과 같다. 기소법정주의는 검사의 공소제기에 대한 재량권을 박탈하여 공소제기에 대한 검사의 자의와 정치적 영향을 배제하고, 형사사법의 획일적 운영에 의해 법적 안정성과 공정성을 유지할 수 있다는 장점을 갖고 있다. 그러나 형사사법의 경직을 초래하여 구체적 타당성이 결여될 수 있고, 불필요한 절차를 진행하여 소송경제에 반하며, 처벌할 필요가 없거나 처벌이 개선에 장애가 되는 경우에도 공소를 제기하여 형사정책상으로 바람직하지 않다는 비판이 제기되기도 한다.²⁸⁵⁾

한편 기소편의주의는 형사사법의 탄력성 있는 운용을 통하여 구체적 정의를 실현할 수 있고, 공소제기에 대한 형사정책적 고려에 의해 조기개선의 기회를 제공하며, 불필요한 공소를 억제하여 소송경제상 유리하다. 그러나 기소편의주의는 공소제기에 대한 정치적 영향과 검사의 자의를 배제할 수 없고, 법적 안정성이 결여될 수 있다는 단점이 있다.²⁸⁶⁾

2. 검찰 기소권 통제제도

검사의 불기소처분에 대한 규제로서는 고소인은 검사의 불기소처분에 대하여 항고

283) 이재상/조균석, 앞의 책, 370-371쪽.

284) 이재상/조균석, 앞의 책, 373쪽.

285) 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2010, 359-360쪽; 이재상/조균석, 앞의 책, 373쪽.

286) 손동권, 앞의 책, 360쪽; 이재상/조균석, 앞의 책, 373쪽.

전치를 거쳐 고등법원에 재정신청을 청구할 수 있다(형사소송법 제260조). 그리고 검찰내부의 통제제도로써 불기소처분에 대한 항고·재항고제도가 마련되어 있다(검찰청법 제10조). 이러한 불복절차를 위해 고소인 등에게 수사종결처분, 불기소처분의 통지 및 불기소이유의 고지의무를 검사에게 부과하고 있다(형사소송법 제258조, 제259조). 한편 검사의 기소유예처분에 대한 피의자의 헌법소원 청구가 가능하다. 반면 검사의 공소제기는 재량사항이므로 공소제기에 대한 규제는 별도로 없다. 따라서 검사가 적법하게 공소제기 하면 법원은 유·무죄의 실체판결을 하여야 한다. 다만 공소권 남용이론에 따라 자의적으로 재량권을 남용한 경우에는 공소권남용으로 법원이 형식 재판으로 종결할 수 있다.²⁸⁷⁾

이하에서는 현행 검찰 기소권 통제제도로써 재정신청제도, 검찰항고제도, 검찰시민위원회제도에 관해 구체적으로 살펴보도록 한다.

가. 재정신청제도

(1) 재정신청제도의 연혁

1954년 형사소송법 제정 당시 검찰의 불기소처분에 대한 통제로서 재정신청제도가 도입되었는데, 형사소송법의 입법과정 및 재정신청제도의 도입과정에 대해서 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 정부는 1948년 9월 15일 대통령령 제4호로 법전편찬위원회를 구성하여 형사소송법 법전의 기초를 마련하고자 하였다. 형사소송법안은 6.25 전쟁 이후 1953년 1월 1일 국회에 제출되어 국회법제사법위원회에서 수정을 거쳐 1954년 2월 15일 의결되어 1954년 2월 19일 정부에 이송되었다. 국회법제사법위원회에서 제출한 수정안에는 검사의 불기소처분에 대한 통제의 필요성에서 재판상 준기소절차를 도입하였으며, 검사의 불기소처분에 대해 검찰에 항고하더라도 다시 불기소처분을 받기 쉬우므로 검찰청을 관할하는 고등법원에 항소를 하게 하였다.²⁸⁸⁾ 그러나 정부는 국회에서 의결된 형사소송법안에 대하여 거부권을 행사하면서 재의를 요구하였는데, 7가지 사유 중 하나가 준기소절차에 의한 공소제기 의제였다. 형사소송법안의 재의에 대하여 국회에서는 1954년 3월 19일 기존 수정안을 다시 가결하여 법률로

287) 손동권, 앞의 책, 363-364쪽.

288) 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, 형사법연구 제22호, 2004, 187-188쪽.

확정하였고, 1954년 9월 23일 비로소 공포하였다.²⁸⁹⁾

제정 형사소송법에서 규정된 재정신청제도의 내용을 살펴보면, 우선 고소인뿐만 아니라 고발인의 경우에도 재정신청이 가능하고 재정신청 대상범죄를 제한하지 않고 있다(제정 형사소송법 제260조 제1항). 그리고 제정 형사소송법에서는 재정법원의 결정에 의하여 공소제기가 있는 것으로 간주되는 준기소절차였으며(제정 형사소송법 제263조), 법원이 부심판 결정에 따라 공소의 유지를 담당할 자를 변호사 중에서 지정하도록 하였다(제정 형사소송법 제265조 제1항). 또한 제정 형사소송법에서는 검찰청 고를 거치지 않고 바로 재정신청을 할 수 있도록 하였는데, 재정법원의 결정에 대하여는 불복을 허용하지 않았다(제정 형사소송법 제262조 제2항). 한편, 재정신청의 관할이 고등법원이라는 점(제정 형사소송법 제260조 제1항), 재정신청은 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 하도록 한 점(제정 형사소송법 제260조 제2항), 재정신청을 받은 검사장이나 지청장은 재정신청에 대하여 신청이유의 인정 여부를 판단하여 공소제기를 하거나 재정법원에 송부하도록 한 점(제정 형사소송법 제261조 제1항) 등의 규정은 현재 형사소송법과 동일하다.²⁹⁰⁾

1972년 12월 27일 개정된 유신헌법을 기초로 하여 1973년 1월 25일 형사소송법이 개정되었는데, 당시 개정 형사소송법에서 재정신청 대상범죄가 종전의 모든 범죄사건에서 형법 제123조부터 제125조까지의 죄로 축소되었다. 즉 형사소송법 개정에 의하여 재정신청의 대상이 모든 고소·고발사건에서 공무원의 직권남용죄 등으로 제한된 것이다.²⁹¹⁾ 1973년 형사소송법 개정 당시 재정신청 대상의 축소 근거로 검사의 재량적인 기소유예처분에 대하여 법원이 통제하는 것은 권력분립원칙에 비추어 볼 때 부당하다는 점과 재정신청이 검찰청법상의 항고절차와 중복되므로 항고에 의한 구제를 기대하기 어려운 공무원의 직권남용죄에 대하여만 재정신청을 인정하는 것이 타당하다는 점을 들었다.²⁹²⁾ 이와 같이 재정신청 대상범죄가 축소되면서 1973년 개정 형사소송법 이후 재정신청 건수가 상당부분 감소하였고, 나아가 1974년부터 1987년

289) 김정환, “제정형사소송법을 통해 본 재정신청제도의 본질”, 연세대학교 법학연구 제26권 제2호, 2016. 6., 66쪽 참조.

290) 김정환, 앞의 논문, 68쪽.

291) 박미숙/곽상현, 재정신청제도의 전면 확대에 따른 정책, 한국형사정책연구원, 2006, 38쪽.

292) 이재상, “재정신청의 제문제”, 대한변호사협회지, 1988. 4., 10쪽; 박미숙/곽상현, 앞의 보고서, 38쪽.

까지 부심판 결정이 내려진 사례가 하나도 없을 정도로 줄어들게 되었다.²⁹³⁾

재정신청 대상이 축소된 이후 헌법재판소가 설치되어 검찰의 불기소처분에 대한 헌법소원이 재정신청제도의 일부기능을 보충적으로 담당하기 시작하였다. 이후 2004년 사법개혁위원회는 '사법서비스 및 형사사법제도 개선방안'의 하나로 재정신청 대상범죄의 전면확대를 포함한 재정신청제도의 개선방향을 제시하였고, 2005년 사법개혁추진위원회는 모든 범죄에 대하여 고소인과 고발인에게 재정신청을 허용하는 전면 확대 방안이 제시되는 등 형사소송법 개정 논의가 활발하게 전개되어 왔다.²⁹⁴⁾

이에 따라 2007년 형사소송법 개정에서는 고발사건을 제외하고 고소사건에 한정하여 재정신청 대상범죄를 모든 범죄로 확대하였다. 다만 고발인에게까지 재정신청을 허용하게 되면 재정신청의 남발을 초래할 우려가 크다는 점에서 고발인에게는 형법 제123조부터 제125조까지의 죄에 한정하여 재정신청을 허용하였다.²⁹⁵⁾ 2007년 개정 형사소송법상의 재정신청제도에 관한 구체적인 내용을 살펴보면, 우선 재정신청 대상을 고소인의 모든 범죄로 하여 이전 형사소송법과 달리 재정신청 대상을 확대하였다(형사소송법 제260조 제1항). 그러나 고발인에 대해서는 여전히 형법 제123조부터 제125조까지의 죄에 한정하여 재정신청을 할 수 있도록 제한하였다(형사소송법 제260조 제1항). 한편 재정신청의 확대로 그 남발에 대한 우려가 논의되었고, 이에 대한 해결방안으로 개정 형사소송법에서는 검찰항고전치주의를 채택하였다(형사소송법 제260조 제2항). 2007년 개정 형사소송법상 재정신청제도의 가장 큰 특징은 공소제기와 공소유지를 개정 전의 공소유지 변호사가 아니라 검사가 수행하도록 한 것이다(형사소송법 제262조 제6항). 2007년 개정 형사소송법상 재정신청제도에서는 신청권자에게 비용을 부담할 수 있도록 하는 규정을 신설하였다. 즉 법원은 재정신청기각결정, 재정신청의 취소가 있는 경우에는 재정신청인에게 신청절차에 의하여 생긴 비용의 전부 또는 일부를 부담하게 할 수 있고(형사소송법 제262조의3 제1항), 법원은 직권 또는 피의자의 신청에 따라 재정신청인에게 피의자가 재정신청 절차에서 부담하였거나 부담할 변호인선임료 등 비용의 전부 또는 일부의 지급을 명할 수 있다(형사소송법

293) 박미숙/곽상현, 앞의 보고서, 39쪽.

294) 한영수, "재정신청제도의 문제점과 개선방안-재정신청제도 개선을 위한 형사소송법 일부 개정 법률안을 중심으로-", 인권과 정의 461호, 2016, 111쪽.

295) 박미숙, "개정형사소송법상 재정신청제도의 효율적 운용방향", 형사정책연구 제18권 제3호, 2007, 710쪽.

제262조의3 제2항). 위 규정 신설의 이유로 전면 확대된 재정신청제도가 피해자의 권리구제와 피의자의 권리보호, 사법기관의 선택과 집중의 원리에 기한 업무수행 등을 조화롭게 달성할 수 있도록 재정신청인에게 재정신청으로 인한 비용과 재정신청 절차에서 지출하는 비용을 부담하게 하는 근거 규정을 마련할 필요가 있다고 밝히고 있다.²⁹⁶⁾

한편 개정 형사소송법은 피해자에 대한 공판기록 열람·등사제도를 도입하고 있으나(형사소송법 제294조의4), 재정신청사건의 심리 중에는 관련서류 및 증거물을 열람·등사할 수 없도록 하는 규정을 신설하였다(형사소송법 제262조의2). 이는 아직 정식으로 기소되지 않은 사안의 수사기록에 대하여 피의자나 고소인 등 이해관계인이 무분별하게 기록을 열람·등사하는 경우 수사의 비밀을 침해할 우려가 있을 뿐만 아니라 경우에 따라서는 수사기록 열람·등사를 위해 무분별하게 재정신청을 남용할 우려가 있다는 것이다.²⁹⁷⁾

2012년 1월 1일 개정 형사소송법에서는 재정신청의 대상범죄와 관련하여 고발인의 경우 그 대상범죄를 형법 제126조의 피의사실공표죄에 대한 고발사건까지 확대하되 피공표자의 명시한 의사에 반해서는 할 수 없도록 하는 단서 규정을 두었다.²⁹⁸⁾

이와 같은 형사소송법상 재정신청제도의 개정 연혁 및 경과를 정리하면 다음과 같다.

〈표 4-1〉 재정신청제도의 개정 연혁 및 경과

형사소송법 제·개정 시기	재정신청의 대상	공소시효의 정지	항고 전치주의	공소 유지권자	부심판 결정	관할 법원
[시행1954.5.30] [법률 제341호, 1954.9.23, 제정]	모든 범죄 (고소, 고발 포함)	×	×	공소유지 변호사	○	고등법원

296) 법무부, 개정 형사소송법, 2007, 153쪽.

297) 법무부, 개정 형사소송법, 152쪽.

298) 제260조(재정신청) ① 고소권자로서 고소를 한 자(「형법」 제123조부터 제126조까지의 죄에 대하여는 고발을 한 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원(이하 "관할 고등법원"이라 한다)에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다. 다만, 「형법」 제126조의 죄에 대하여는 피공표자의 명시한 의사에 반하여 재정을 신청할 수 없다.

형사소송법 제·개정 시기	재정신청의 대상	공소시효의 정지	항고 전치주의	공소 유지권자	부심판 결정	관할 법원
[시행1961.9.1] [법률 제705호, 1961.9.1, 일부개정]	모든 범죄 (고소, 고발 포함)	○	×	공소유지 변호사	○	고등법원
[시행1973.2.1] [법률 제2450호, 1973.1.25, 일부개정]	형법 제123조부터 제125조까지의 죄 (고소, 고발 포함)	○	×	공소유지 변호사	○	고등법원
[시행2008.1.1] [법률 제8496호, 2007.6.1, 일부개정]	고소:모든 사건 고발: 형법 제123조부터 125조까지의 죄	○	○	검사	검사	고등법원
[시행2012.1.1] [법률 제10864호, 2011.7.18, 일부개정]	고소:모든 사건 고발: 형법 제123조부터 126조까지의 죄(피의사실공표죄 -피공표자 의사에 반해 신청 불가)	○				

(2) 재정신청제도의 내용

재정신청제도는 고소인 등이 검사의 불기소처분에 불복하여 법원에 그 당부를 판단하여 공소제기를 결정할 것을 청구하는 제도를 말한다. 한편 기소강제절차는 검사의 불기소처분에 불복하는 고소인 등의 재정신청에 대하여 법원이 공소제기 결정을 한 경우에 검사에게 공소제기를 강제하는 제도를 말한다. 재정신청에 대한 법원의 결정에 의하여 공소제기가 의제되는 것이 아니라 검사에게 공소제기를 강제하는 제도라는 점에서 종래의 준기소절차와 구별된다. 이는 독일의 기소강제절차에서 유래한 것이는데, 독일의 기소강제절차는 기소법정주의의 유지와 함께 기소독점주의에 의하여 스스로 공소를 제기할 수 없는 피해자의 보호를 목적으로 하는 제도임에 반하여 기소편의주의를 취하고 있는 형사소송법의 기소강제절차는 피해자의 권리를 보호하기 위하여 기소독점주의와 기소편의주의를 규제한 것이다.²⁹⁹⁾

299) 이재상/조균석, 앞의 책, 380쪽.

전체적으로 본다면 우리나라의 경우 이전에는 일본의 부심판 절차와 같은 준기소절차에 따랐으나, 2007년 개정 형사소송법을 통해 독일의 기소강제절차로 변화하였다고 평가할 수 있다.³⁰⁰⁾ 현행 재정신청제도는 주요 내용에서 독일의 기소강제절차를 따른 것으로 볼 수 있는데, 재정신청대상 범죄를 전면적으로 확대한 것, 법원의 기소결정이 바로 공소제기를 부여하는 것이 아니라 검사로 하여금 기소를 강제하는 결정으로 된 것, 그리고 공소유지 변호사가 아니라 검사가 공소제기 하고 공소유지를 하도록 한 것 등이 그러하다.³⁰¹⁾ 즉 종전의 재정신청제도는 준기소절차에 따라 검사의 불기소처분에 대하여 고소인 또는 고발인이 불복하여 재정신청을 한 경우 법원이 이를 이유 있다고 인정하면 심판에 부하는 결정을 하여 공소제기가 있는 것으로 간주하고 법원이 변호사를 지정하여 공소유지를 담당하게 하였으나, 현행 재정신청제도는 법원이 공소제기결정을 하면 검사가 공소를 제기하는 기소강제절차를 채택하였다고 볼 수 있다.³⁰²⁾

〈표 4-2〉 독일, 일본, 우리나라의 검찰 공소권 통제제도에 관한 비교

구분	독일 (기소강제절차)	일본 (부심판절차)	우리나라 (재정신청제도)
취지	범죄피해자에 대한 권리보호 수단	검찰의 불공정한 공소권행사에 대한 통제수단	범죄피해자의 권리보호 및 공소권 행사통제 수단
소송구조	직권주의	원칙적 당사자주의 예외적 직권주의	원칙적 당사자주의 예외적 직권주의
소추원칙	기소법정주의	기소편의주의	기소편의주의
대상범죄	모든 범죄(사인소추와 기소편의주의가 적용되는 일부 범죄 제외)	형법 및 특별법상의 직권남용죄 등 공무원독직범죄에 한정	모든 고소사건, 공무원독직범죄 등의 고발사건
신청권자	고소인	고소인 또는 고발인	고소인 또는 고발인

300) 김태명, “독일의 기소강제절차와 일본의 부심판절차에 비추어 본 우리나라 재정신청제도의 개정방향”, 경찰법연구 제11권 제2호, 2013, 152쪽.

301) 류전철, “개정 형사소송법상 재정신청의 성격과 문제점”, 영남법학 제26호, 2008. 4., 228쪽.

302) 법원행정처, 법원실무제요 형사 I, 2014, 451쪽.

구분	독일 (기소강제절차)	일본 (부심판절차)	우리나라 (재정신청제도)
재정법원의 결정형식	공소제기 결정(기소명령)	부심판결정 (공소제기 의제)	공소제기 결정
공소제기·공소유지 담당자	검사에 의한 공소제기· 공소유지	지정변호사에 의한 공소유지	검사에 의한 공소제기·공소유지
다른 통제장치	사인소추, 검찰항고	검찰심사회, 검찰항고	검찰항고

나. 검찰항고제도

검사의 불기소처분에 불복이 있는 고소인이나 고발인은 그 검사가 속한 지방검찰청 또는 지청을 거쳐 서면으로 관할 고등검찰청 검사장에게 항고할 수 있다(검찰청법 제10조 제1항). 항고를 한 자는 그 항고를 기각하는 처분에 불복하거나 항고를 한 날부터 항고에 대한 처분이 이루어지지 아니하고 3개월이 지났을 때에는 그 검사가 속한 고등검찰청을 거쳐 서면으로 검찰총장에게 재항고할 수 있다(검찰청법 제10조 제3항).

검찰항고제도는 이론적인 측면에서 검사의 불법·부당한 불기소처분에 대하여 검찰 조직 내부에 자체적인 시정의 기회를 준다는 점에서 고소인·고발인의 신속한 권리구제를 도모할 수 있다.³⁰³⁾ 그러나 실천적인 측면에서 검찰항고제도는 검찰 스스로 부당한 불기소처분을 시정하는 제도라는 점에서 근본적인 한계를 가지며, 검사동일체 원칙이 존재하는 검찰실무 현실에 비추어 볼 때 기소권 통제제도로서의 역할은 극히 미미하다는 비판이 제기된다.³⁰⁴⁾

이에 검찰은 검찰항고제도의 내재적 한계를 보완하기 위해 검찰항고심사회제도를 도입하여 실시하고 있다. 검찰항고심사회제도는 검찰항고사건의 처리과정에 공정성과 객관성의 확보를 위해 변호사와 법학교수 등 외부전문가가 참여할 수 있도록 하는 제도로서 2003년 대구고등검찰청을 최초로 운용되어 왔다. 그러나 항고심사회는 불

303) 심재무, “검사의 불기소처분에 대한 불복제도 개선방안”, 비교형사법연구 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003, 290쪽.

304) 윤영철, “검사의 기소재량권에 대한 통제제도의 현황과 사전적·민주적 통제방안에 관한 소고”, 법학논고 제30집, 경북대학교 법학연구원, 2009, 321쪽.

기소처분의 당부에 대한 심사를 하고 의견을 제시하는데 그치고 외부위원의 의견은 구속력을 갖지 않는다는 점에서 검사의 기소재량권에 대한 견제기능은 크지 않다.³⁰⁵⁾ 나아가 항고심사회제도는 법률규정에 근거한 제도가 아니라 검찰의 내부지침에 따른 제도로서 한계가 있고,³⁰⁶⁾ 심의건수의 급격한 감소로 사실상 제 역할을 하지 못해 유명무실한 제도라는 지적을 받고 있다.³⁰⁷⁾

다. 검찰시민위원회

검찰은 2010년 검찰개혁방안으로 검찰시민위원회를 설치·운영하도록 하였다. 도입 당시 2010년에는 전국 41개 지방검찰청 및 지청에 총 629명의 시민들로 구성된 검찰시민위원회를 설치·운영하였다. 이후 2012년에는 전국 58개의 지방검찰청 및 지청으로 위원회를 확대하였다. 현재 전국 지방검찰청과 지청에 설치된 검찰시민위원회는 59개이며, 검찰시민위원회 제도의 개선에 따라 새롭게 서울고등검찰청을 비롯한 고등검찰청에 검찰시민위원회가 설치되어 현재 총 64개의 검찰시민위원회가 운영되고 있다.³⁰⁸⁾

검찰시민위원회 운영지침(대검예규 제782호) 제1조에 의하면 “검사의 공소제기, 불기소 처분, 구속취소, 구속영장 청구 및 재청구 등에 관한 의사결정 과정에 국민의 의견을 직접 반영하여 수사의 공정성과 투명성을 제고하고 국민의 인권을 보장하기 위하여 설치할 ‘검찰시민위원회’의 심의대상, 구성, 심의절차 등에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 검찰시민위원회는 11명 이상 60명 이하의 위원으로 구성되며(지침 제4조 제1항), 관할구역 등 지역의 특성상 필요한 경우 복수의 위원회를 구성할 수 있는데, 다만 총 위원의 수가 60명을 초과할 수 없다(지침 제4조 제2항). 기존에는 위원장 포함 9명이었다가 11인 이상 40명 이하의 위원으로

305) 장승일, “검사의 기소재량권 통제와 시민참여제도에 대한 검토”, 강원법학 제39권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013, 366쪽.

306) 윤영철, 앞의 글, 322쪽.

307) 뉴시스 2015년 9월 10일자 기사, “검찰 항고심사제도 ‘유명무실’ 지적”, (http://www.newsis.com/ar_detail/view.html/?ar_id=NISX20150910_0010280318&cID=10201&pID=10200, 2017. 8. 18. 최종검색).

308) 오정용/송광섭, “검찰시민위원회제도의 현황과 과제”, 법학연구 제55권, 한국법학회, 2014, 255쪽 참조.

증원하였으며, 나아가 2015년 이와 같이 위원 수를 증원하여 시민참여의 기회를 확대하였다. 한편 각급 청의 장은 만 20세 이상의 대한민국 국민 중에서 건전한 상식과 균형감을 갖춘 일반 시민들을 위원으로 위촉하며, 이 경우 다양한 분야의 시민들이 위촉될 수 있도록 직업, 연령, 성별, 거주지 등을 고려한다(지침 제4조 제3항).

검찰시민위원회의 심의절차는 검사의 심의 요청을 요한다. 검사는 수사의 공정성과 투명성을 제고하기 위해 ① 고위 공직자의 금품·향응 수수, 불법 정치자금 수수, 권력형 비리, 지역 토착 비리 등 부정부패 사건, ② 피해자가 불특정 다수인 사기·횡령·배임 등 금융·경제 범죄 사건, ③ 조직폭력, 마약, 살인, 성폭력 등 중요 강력 사건, ④ 지역 사회의 이목이 집중된 사건, ⑤ 기타 각급 청의 장이 위원회의 심의가 필요하다고 판단하여 지정하는 사건에 관하여 공소제기의 적정성 또는 불기소 처분의 적정성에 관한 위원회의 심의가 필요하다고 판단되는 때에는 사전에 심의를 요청한다(지침 제6조 제1항). 2013년 ‘기타 각급 청의 장이 위원회의 심의가 필요하다고 판단하여 지정하는 사건’을 추가하여 사실상 제한 없이 심의가 이루어지도록 하였다.

위원회는 위원 9명 이상으로 사건을 비공개로 심의한다(지침 제7조 제2항, 동조 제6항). 이 때 검사 또는 검찰수사관, 전문가 등을 출석하게 하여 사건에 대한 설명이나 의견을 들을 수 있으며, 검사는 위원회에 출석하여 사건에 대한 설명이나 의견을 개진할 수 있다(지침 제7조 제4항, 제5항). 위원회는 충분한 논의를 통하여 일치된 의견이 도출될 수 있도록 하되, 일치를 보지 못한 경우 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다(지침 제7조 제7항). 한편 검사는 위원회의 의견을 최대한 존중하여야 하지만, 위원회의 의견은 검사의 결정을 기속하지 않는다(지침 제10조 제1항). 다만 이러한 경우 검사는 서면 또는 구두로 심의에 참여한 위원들에게 그 이유를 고지함으로 족하다(지침 제10조 제2항).

검찰시민위원회제도는 재정신청제도와 항고제도와 같이 사건의 이해관계인의 사후적 구제절차가 아니라 공소권행사에 국민의 의견을 반영하고 사전적으로 행해진다는 점에서 다른 공소권 통제제도와는 큰 차이가 있다. 그러한 점에서 검찰시민위원회제도는 검찰의 기소권 통제제도라기 보다는 사전적으로 공소권 행사의 적정성을 담보하기 위한 제도라고 볼 수 있다.³⁰⁹⁾ 그러나 검찰시민위원회제도는 법률규정이

309) 오정용/송광섭, 앞의 글, 266쪽.

아닌 검찰 내부지침에 의한 것으로 위원회의 결정에 아무런 구속력이 없다는 점에서 한계를 가지고 있으며, 구성원의 선정이 검찰에 의해 이루어지고 위원회가 검찰의 요청에 의해서만 열리게 되므로 실질적으로 검찰권 통제수단으로서 그 실효성에 의문이 제기된다.³¹⁰⁾

제3절 검찰의 기소권 통제에 관한 비교법적 고찰

1. 독일의 기소강제절차

가. 기소법정주의

독일 형사소송법은 공소제기의 권한에 관하여 “공소제기는 검사의 권한에 속한다”고 하여 원칙적으로 검사에게 독점되어 있다(독일 형사소송법 제152조 제1항). 검사가 공소제기의 여부를 결정함에 있어서 기소법정주의가 적용되는데, “검사는 충분한 사실적 근거가 존재하는 경우에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 형사소추 가능한 모든 범죄에 대하여 공소를 제기하여야 한다”고 규정하고 있다(제152조 제2항). 검사는 범죄에 대한 충분한 혐의가 인정되는 때에는 공소를 제기할 의무가 있다. 제152조 제2항의 “충분한 사실적 근거”란 수사개시를 하기에 충분한 사실적 근거, 즉 ‘수사개시를 해야 할 정도의 범죄혐의’를 의미한다. 따라서 동 규정은 검사의 수사개시의무와 기소의무를 규정하고 있는 것으로 이해된다.³¹¹⁾

일반적으로 검찰제도를 채택하고 있는 미국, 영국, 프랑스 등은 기소편의주의를 채택하고 있지만, 독일은 기소법정주의를 취하고 있다. 이는 독일이 검찰제도를 도입할 당시부터 검찰의 객관성과 중립성을 강조하였던 데에 기인한다고 할 수 있다.³¹²⁾ 프로이센은 검찰제도를 최초로 도입하면서 1846년 특별법에 “검사는 형사절차에서 전체적으로 법규정이 준수되도록 감시할 의무를 진다. 따라서 어떤 범죄자도 형벌을 피하지 못하도록 주의해야 할 뿐만 아니라 누구도 죄 없이 소추되지 않도록 주의해야

310) 장승일, 앞의 글, 368-369쪽.

311) 박경규, “독일의 기소강제절차”, 『한국의 형사사법개혁』 제3차 사법개혁포럼 자료집, 한국형사정책연구원, 2017, 3쪽.

312) 김태명, 앞의 글, 156쪽.

한다.”고 규정하였다.³¹³⁾ 이와 같이 독일의 기소법정주의는 독일 검찰제도의 특징으로 검사를 피고인과 대등한 당사자적 지위를 갖는 것이 아니라 법률을 수호하는 객관 의무를 지는 것으로 이해한다. 따라서 독일의 기소법정주의는 기소에 대한 검사의 자의와 남용을 방지하고, 정치적 영향을 배제하며, 형사사법의 획일적 운영을 통해 법적 안정성을 유지하는 수단으로 인식되고 있다.³¹⁴⁾

한편 독일 형사소송법은 제153조 내지 제154조의에서 일정한 경우 검사가 공소를 제기하지 아니하거나 제기된 공소를 취소할 수 있도록 규정하여 기소법정주의의 예외를 인정하고 있다.³¹⁵⁾ 독일의 기소법정주의의 예외규정과 우리나라의 기소편의주의를 비교하면, 다음과 같은 차이가 있다. 우리 형사소송법은 제247조에서 검사에게 기소재량을 인정하고 있지만 판단기준으로 “형법 제51조의 사항”만을 제시하고 있을 뿐 기소재량이 인정되는 범죄의 범위와 구체적 요건에 대해서는 별도로 규정하고 있지 않다. 따라서 검사는 모든 범죄에서 충분한 범죄혐의가 인정되더라도 기소유예 처분을 할 수 있다. 반면에 독일 형사소송법은 제153조 이하에서 기소재량이 인정될 수 있는 범죄의 범위를 명시할 것, 행위자의 책임이 경미하거나 소추배제를 인정할만한 공적 이익 또는 소송경제적 이익이 인정될 것, 법원의 동의를 있을 것 등 절차중단이 인정되기 위한 요건을 구체적으로 규정하고 있다.³¹⁶⁾ 독일의 경우 검사가 절차를 중지하기 위해서는 원칙적으로 법원과 피고인의 동의를 받아야 하고, 이와 같은 절차의 중지는 공소제기 후에는 검사뿐만 아니라 법원도 할 수 있다는 점에서 우리나라의 기소편의주의와는 구별된다.

313) 문준영, 법원과 검찰의 탄생, 2010, 91쪽.

314) 김태명, 앞의 글, 156쪽.

315) 경미한 범죄를 대상으로 하는 소송절차에서 행위자의 책임이 경미하고 형사소추로 인한 공공의 이익이 존재하지 않는 경우(제153조), 준수사항과 지시사항을 이행한 경우(제153조a), 형을 면제할 수 있는 요건이 존재하는 경우(제153조b), 범죄행위가 외국에서 행해진 경우(제153조c), 소송의 수행이 중대한 위해를 발생시킬 가능성이 있거나 그 소추가 여타 중대한 공익에 반하는 경우(제153조d), 적극적 참회를 한 경우(제153조e), 범인이 국내에 거주하지 않는 경우(제153조f), 중요하지 않는 부수적 범죄행위(제154조), 수개의 범죄행위 가운데 일부에 대하여 형벌이나 보안처분이 선고된 경우(제154조a), 피의자를 외국에 인도한 경우(제154조b), 강요죄 또는 협박죄 피해자인 경우(제154조c), 민법 또는 행정법상의 선결문제가 존재하는 경우(제154조d), 무고죄 또는 모욕죄에 대하여 형사절차나 징계절차가 진행중인 경우(제154조e), 피의자의 불출석 기타 장애사유로 인하여 공판절차의 개시 또는 진행이 어려운 경우(제154조f)를 기소법정주의의 예외로 규정하고 있다. 따라서 일정한 경우에 검사는 공소를 제기하지 아니하거나 절차를 중지하거나 공소를 취소하도록 하고 있다.

316) 박경규, 앞의 글, 5쪽.

나. 절차중단항고

독일 형사소송법 제172조 제1항에 의하면 범죄피해자인 고소인이 검찰로부터 절차중단 결정을 통지받은 경우, 2주 이내에 검찰 내 상급공무원에게 항고를 제기하여 검사의 절차중단결정에 불복할 수 있는데, 이를 ‘절차중단항고(Einstellungsbeschwerde)’라고 한다. 독일에서는 재정신청을 하기 위해서 절차중단항고절차를 거칠 것을 요구하기 때문에 절차중단항고는 기소강제절차의 사전절차적 성격을 가지고 있다. 따라서 절차중단항고가 허용되기 위한 요건은 기소강제절차 신청요건과 동일하다.³¹⁷⁾

절차중단결정을 한 해당 검사가 스스로 항고를 수용하지 않는 경우에만 ‘상급 주검찰청의 장’이 항고에 대해 심사한다. ‘상급 주검찰청의 장’이 절차중단항고의 형식적 요건이 충족되었고, 항고가 이유 있다고 판단하면 절차중단결정을 취소하고 해당 검사에게 기소할 것 또는 재수사할 것을 지시한다. 경우에 따라 ‘상급 주검찰청의 장’은 자신이 직접 해당 사건을 담당하거나 다른 검사에게 담당하도록 할 수 있다(독일 법원조직법 제152조). 반면에 절차중단항고가 이유 없다고 판단되면 절차중단항고를 기각하고, 고소인에게 이를 통지한다. 이 경우 고소인은 재정신청을 할 수 있다(독일 형사소송법 제172조 제2항). 절차중단항고 기각결정 통지시에는 재정신청의 가능성과 재정신청 기한에 대해 고지하여야 하고, 이러한 고지가 이루어지지 않은 경우 재정신청기간이 진행되지 않는다.

반면에 절차중단항고가 허용되기 위한 요건을 갖추지 못한 경우, 예컨대 제기기간 내에 제기되지 않은 경우, 고소인 아닌 자에 의해 제기된 경우, 사인기소 범죄이거나 기소법정주의의 예외규정에 따라 절차중단된 경우에는 절차중단항고를 각하한다. 한편 검사의 절차중단결정이 부적법하다고 판단되면 ‘상급 주검찰청의 장’은 절차중단결정을 취소하고 공소제기 또는 재기수사를 지시한다. 절차중단항고의 경우 절차중단항고의 결과와 보충적인 직무감독항고의 결과에 대한 통지가 모두 이루어져야 하는데, 실무상으로는 두 번에 걸쳐 통지가 이루어지는 것이 아니라 하나의 통지로 이루어진다고 한다. 예컨대 절차중단항고의 형식적 요건이 갖추어지지 못했을 뿐만 아니라 검사의 절차중단결정이 적법하여 직무감독항고도 인용되지 못한 경우에는 ‘어떠한

317) MÜKoStPO/Körbel, § 172 Rn. 35.; 박경규, 앞의 글, 6쪽 재인용.

요건이 충족되지 못해 절차중단항고가 각하되었을 뿐만 아니라, 직무감독항고로 보더라도 검사의 절차중단결정을 취소할 이유가 발견되지 않는다는 식으로 한번에 통지한다.³¹⁸⁾ 절차중단항고가 각하된 경우와 절차중단항고가 기각된 경우를 구별할 실익은 후자의 경우에만 재정신청이 허용된다는 점에 있다.³¹⁹⁾

다. 기소강제절차

독일에서는 검사의 공소권 행사를 통제하는 방법으로 검사의 불기소처분을 법원에서 심사하여 공소제기를 강제하는 기소강제절차를 두고 있다. 독일 기소강제절차는 모든 범죄가 아니라 기소법정주의가 작용되는 범죄에 대해서만 적용된다. 사소(私訴)가 허용되는 경우에는 피해자가 소추하여 소송절차를 진행시킬 수 있으므로 재정신청의 대상에서 제외된다.³²⁰⁾ 다만 하나의 행위가 공익과 관련된 범죄이면서 사인소추의 대상인 범죄에 해당하는 경우에는 재정신청을 할 수 있다.³²¹⁾

한편 독일에서는 재정신청 전에 검찰항고 절차를 거칠 것을 요구하는데, 피해자인 고소인은 검찰의 불기소처분을 통지받은 후 2주 이내에 그 결정을 내린 검사의 상급공무원에게 항고를 하여야 하고, 검사의 상급공무원이 고소인의 항고에 대한 기각결정을 내리면 이를 통지받은 때로부터 1개월 내에 법원에 재정신청을 할 수 있다(독일 형사소송법 제172조 제1항, 제2항).

재정신청에는 공소제기의 근거가 되는 사실 및 증거방법을 제시하여야 하는데, 이 신청에는 변호인의 서명이 있어야 한다. 그리고 이를 위한 소송비용보조에 대하여는 민사소송을 적용하도록 하고 있다(독일 형사소송법 제172조 제3항). 재정신청에 대한 심판은 상급주법원이 관할하는데(제172조 제4항), 검사는 법원의 요구에 따라

318) BeckOK StPO/Gorf, § 172 Rn. 9.1.; 박경규, 앞의 글, 7쪽 재인용.

319) MikoStPO/Körbel, § 172 Rn. 8.; 박경규, 앞의 글, 7쪽 재인용.

320) 독일 형사소송법 제172조 제2항 “검사의 상급공무원의 기각결정에 대하여 고소인은 기각을 고지받은 후 1개월 내에 법원에 재정신청을 할 수 있다. 이에 관한 사항과 이를 위한 절차형식을 고소인에게 고지하여야 하며, 그렇지 않은 경우에는 기간이 진행되지 않는다. 소송절차가 피해자에 의한 사인소추의 방식을 통해서만 소추할 수 있는 범죄행위만을 대상으로 하는 경우 또는 제153조 제1항, 제153조a 제1항 제1문과 제7문 또는 제153조b 제1항에 의하여 검사가 그 행위를 기소하지 않는 경우에는 이러한 신청이 허용되지 않으며, 제153조c 내지 제154조 제1항 및 제154조b와 제154조c의 경우에도 동일하다.”

321) 김태명, 앞의 글, 157쪽.

수행한 모든 수사의 자료를 제출하여야 하고(제173조 제1항), 의견진술을 위해 재정신청사실을 피의자에게 통지할 수 있다(제173조 제2항). 법원은 재판을 준비하기 위한 수사를 명할 수 있다(제173조 제3항).

법원은 공소를 제기할 충분한 혐의가 없을 경우 재정신청을 기각하고 그 사실을 신청인과 검사 및 피의자에게 고지한다(제174조 제1항). 신청이 이유없다고 기각되더라도 검찰은 새로운 사실이나 증거방법을 근거로 절차를 재개할 수 있다(제174조 제2항). 법원이 피의자의 의견을 청취한 이후 신청이 이유있다고 인정하는 때에는 공소제기를 결정한다. 검사는 공소제기 명령에 따라 곧바로 공소를 제기하여야 한다(제175조).

독일의 기소강제절차는 피해자의 신청에 의하여 법원이 기소명령을 내리기는 하지만, 최종적으로는 검찰에 의해 소추가 이루어지는 제도이다. 따라서 엄밀한 의미에서 독일의 기소강제절차는 기소독점주의의 예외라기 보다는 오히려 기소독점주의를 담보하는 제도로 평가되고 있다.³²²⁾ 이와 같이 독일의 기소강제절차는 기소법정주의가 적용되는 범죄에서 기소법정주의를 담보하는 장치로서의 의미를 갖고 있다고 할 수 있다. 또한 기소강제절차는 법원에 의한 검찰권의 통제로서의 의미를 가질 뿐만 아니라 나아가 피해자가 형사절차에 참여하는 장치로서의 의미도 갖는다.³²³⁾

2. 일본의 검찰심사회제도

가. 부심판 절차 및 검찰심사회제도 개관

일본 형사소송법 제247조는 “공소는 검찰관이 이를 행한다”고 규정하고 있다. 즉, 일본도 국가소추주의와 기소독점주의를 공소제기의 기본원칙으로 하고 있다. 또한 범인의 성격, 연령 및 환경, 범죄의 경중 및 정상, 범죄 후의 정황에 의하여 소추를 필요로 하지 아니한 때에는 공소를 제기하지 아니할 수 있다고 하여 검찰관의 재량에 의한 불기소를 인정하는 기소편의주의를 채택하고 있다(일본 형사소송법 제248조).

일본의 부심판 절차는 독일의 기소강제절차를 모델로 한 것이지만, 재정신청의

322) Bischoft, Klageerzwingungsverfahren, 1987, 205면; 김태명, 앞의 글, 161쪽 재인용.

323) 김태명, 앞의 글, 161쪽.

대상이 직권남용죄 등 일부범죄로 제한된다는 점, 고발인도 재정신청을 할 수 있다는 점, 법원이 재정신청을 인용하는 경우 부심판 결정을 하고 변호사를 지정하여 공소유지를 담당하게 한다는 점 등에서 차이가 있다.

우선 일본의 부심판 절차는 일본 형법상 제193조부터 제196조까지, 즉 직권남용죄, 특별공무원 직권남용죄, 특별공무원 폭행가혹행위죄, 특별공무원 직권남용치사상죄 또는 파괴활동방지법 제45조公安조사관 직권남용죄, 혹은 무차별 대량살인행위를 행한 단체의 규제에 관한 법률 제42조, 제43조인 직권남용죄에 대하여 고소 또는 고발을 한 자가 검찰관의 불기소처분에 대하여 불복이 있을 때 그 검찰관 소속 검찰청 소재지를 관할하는 지방재판소에 사건을 재판소의 심판에 회부할 것을 청구하는 제도이다(일본 형사소송법 제262조 제1항).

재판소는 청구절차에 위반하거나 청구권 소멸 후에 된 것일 때 또는 청구가 이유 없는 때에는 기각결정을 하고, 청구가 이유 있는 때에는 사건을 관할 지방재판소의 심판에 회부하는 결정을 하여야 한다(일본 형사소송법 제266조). 위 결정이 있으면 그 사건에 대하여 공소제기가 있는 것으로 본다(제267조). 청구에 대하여 이유가 있는 경우 검찰관에게 기소를 강제하는 대신 기소를 의제한다는 점에서 일본의 부심판 절차는 기소독점주의의 예외로 평가된다.³²⁴⁾

부심판 결정에 의하여 관할재판소의 심판에 회부된 때에는 그 사건에 대하여 공소유지를 담당할 자를 변호사 중에서 지정하여야 하는데(제268조 제1항), 지정변호사는 공소를 유지하기 위하여 재판의 확정예 이를 때까지 검찰관의 직무를 행한다(제268조 제2항). 다만 검찰사무관 및 사법경찰관리에 대한 수사의 지휘는 검찰관에게 촉탁하여 이를 행하여야 한다(제268조 제2항 단서).

한편 일본은 검찰의 기소권에 대한 통제로서 부심판제도와 더불어 검찰심사회 제도를 두고 있다. 일본의 검찰심사회제도는 미국의 기소배심제도와 같이 형사사법에 대한 국민의 참여라는 점에서 근거를 같이한다. 검찰심사회법 제1조에서는 공소권행사에 관하여 민의를 반영하여 그 적정을 도모하기 위한 것으로 검찰관의 불기소처분의 당부를 심사하고 검찰사무의 개선에 관한 건의나 권고를 하는 것을 임무로 하고 있다.

불기소처분에 불복이 있는 고소인 등은 그 처분의 당부에 관하여 관할 지방재판소

324) 김태명, 앞의 글, 165쪽.

에 설치된 검찰심사회에 심사를 제기할 수 있다(검찰심사회법 제30조, 제2조 제2항). 일본의 검찰심사회법 제1조에는 검찰심사회는 지방재판소 및 그 지원에 최소한 1개 이상을 설치하도록 규정하고 있다. 검찰심사회는 국회의원 선거권자 중에서 무작위로 선정한 11인의 검찰심사원으로 구성된다(동법 제4조). 검찰심사회는 불기소처분에 대한 당부의 심사와 검찰사무의 개선에 관한 건의 또는 권고에 관한 사항을 논의한다(동법 제2조 제1항). 고소인, 고발인 및 범죄피해자로부터 신청을 받아 불기소처분의 당부를 심사한다. 이외에도 청구가 없더라도 직권으로 심사할 수 있다(제2조 제3항). 검사의 불기소처분에 대한 당부를 심사하여 기소가 상당하다고 판단되면 기소상당 결정을, 불기소처분이 부당하다고 인정되면 불기소부당 결정을 그리고 불기소처분이 상당하다고 판단되면 불기소상당 결정을 하게 되는데, 기소상당 결정을 하기 위해서는 8인 이상의 찬성이 요구된다(동법 제39조의5).

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

나. 검찰심사회제도의 연혁

(1) 검찰심사회제도의 도입

일본은 전후(戰後) 연합국최고사령관총사령부(GHQ)가 ‘검찰의 민주화’를 일본 정부에 명하면서 검사공선제 도입을 강하게 주문하였으나, 사회적 상황 및 역사적 배경 등을 이유로 검사공선제 도입에 반대하였다.³²⁵⁾ 이에 일정한 형태의 검사에 대한 시민

325) 大出良知「檢察審査会の強制起訴権限實現前史」現代法学第20号(2011年) 52頁、渡辺高「もう一つの国民の刑事司法参加」立法と調査第299号(2009年12月) 17頁.; 배상균, “일본의 기소권 통제 관련 비교법적 고찰: 검찰심사회제도를 중심으로”, 「한국의 형사사법개혁」 제3차 사법개혁

의 통제가 필요하기 때문에 시민 대표들로 구성된 위원회를 조직하고 검사가 부당한 불기소처분을 한 경우 검사에 대한 기소강제가 가능한 제도를 설치할 것을 안으로서 제시하였다.³²⁶⁾ 이에 관해서도 일본은 미국의 기소배심제도와 같은 일반 시민이 위원으로서 참여하는 제도에 반대하였고, 결국 일본과 연합국최고사령관총사령부(GHQ)의 타협의 산물로서 기소배심제도를 참고하여 만든 것이 현행 검찰심사회제도이다.³²⁷⁾ 일본 검찰심사회제도는 1948년 검찰심사회법의 제정 및 시행에 의하여 시작되었다.

그리고 검찰심사회를 어느 관청의 관할에 둘 것인가에 대해서 많은 논의가 있었다. 일본 정부는 검찰청 관할에 둘 것을 제안하였지만 연합국최고사령관총사령부(GHQ)에서는 어떠한 형식으로도 검찰청과 법무성의 관할에 두는 것에 반대하였기 때문에 결국 법원의 관할하에 두는 것으로 협의가 되었다.³²⁸⁾

이후 일본 검찰심사회법은 1948년 3월에 제2회 국회에 제출되었고, 중의원 및 참의원 사법위원회에서 5일간 실질심사를 거쳐, 경비절감을 위하여 검찰심사원 등의 선정절차를 간소화하는 수정이 이루어진 후 7월 5일에 성립되어 동월 12일에 공포·시행되었다.

(2) 기소의결제도의 도입

일본의 검찰심사회제도는 도입 이후 검찰의 소극적인 태도로 그 성과가 미미하였다. 그러나 2001년 사법제도개혁심의회가 발족되면서 그 일환으로 검찰심사회제도가 시민의 사법참가제도로써 의미를 가진다는 점을 강조하며 검찰심사회의 의결에 법적 구속력을 부여하여야 한다는 의견서를 제출하였다. 이후 일본 정부는 2004년 3월 2일에 검찰심사회법 개정을 포함한 ‘형사소송법 등의 일부를 개정하는 법률안’을 제 159회 일본 국회에 제출하였다. 개정법은 중의원 및 참의원에서 찬성다수로 가결되어

포럼 자료집, 한국형사정책연구원, 2017, 26쪽 재인용.

326) 出口雄一「檢察審査会法制定の経緯」法社会学第72号(2010年) 161頁. 배상균, 앞의 글, 26쪽 재인용.

327) 大出良知「檢察審査会の強制起訴権限実現前史」現代法学第20号(2011年) 52-53頁. 渡辺高「もう一つの国民の刑事司法参加」立法と調査第299号(2009年12月) 17-18頁. 배상균, 앞의 글, 26쪽 재인용.

328) 越田崇夫「檢察審査会制度の概要と課題」レファレンス第733号(2012年) 103頁. 渡辺高「もう一つの国民の刑事司法参加」立法と調査第299号(2009年12月) 18-19頁. 배상균, 앞의 글, 26쪽 재인용.

성립되었으며, 3월 28일에 공포되어(平成16年(2004년)法律第62号) 2009년 5월 21일부터 시행되고 있다.³²⁹⁾

검찰심사회제도는 '시민의 기대에 부응하는 형사사법제도'나 '시민의 사법참가'를 주제로 논의 되었지만, 피해자의 감정을 보다 잘 이해하기 위한 관점에서도 검찰심사회의 활용이 중요하게 인식되었다. 검찰의 판단을 체크하는 기능의 최종판단이 검찰 내부에 맡겨져 있기 때문에 그 기능이 제대로 작동하고 있는지 여부가 의문시되었고, 이에 따라 검찰심사회의 의결에 법적 구속력을 부여하는 제안이 이루어진 것이다.³³⁰⁾

다. 검찰심사회제도의 내용

(1) 조직 및 구성

검찰심사회는 각 지방재판소 및 지방재판소의 지부에 최소한 1개 이상을 설치하도록 되어 있다(동법 제1조). 검찰심사회는 일반 국민으로부터 선발된 11명의 검찰심사원으로 구성되며(동법 제4조), 결원 등을 대비하여 동수의 보충원을 선정한다(동법 제13조). 검찰심사회의 사무는 검찰심사회장이 행하며(동법 제15조), 검찰심사회장은 연 4회, 임기 6개월의 검찰심사원 및 보충원의 반수인 5~6명이 새로 교체될 때마다 검찰심사원이 선정한다(동법 제15조). 이러한 교체방식을 통해 기존의 검찰심사원과 신규 인원 간의 원활한 경험공유가 가능한 구조를 이루고 있다.³³¹⁾ 검찰심사회는 법률에 관한 전문적인 지식을 보충하기 위해 사건별로 변호사 심사보조원 1명을 위촉할 수 있다(동법 제39조의 2).

검찰심사원은 중의원 의원의 선거권을 갖는 20세 이상의 시민 중에서 선정된다(일본 검찰심사회법 제4조). 다만 의무교육을 수료하지 못한 자나 1년 이상의 징역 또는 금고의 형에 처해진 자는 결격사유에 해당하여 선정될 수 없다(동법 제5조). 또한 국무대신, 사법관계자, 경찰관, 자위대원, 지방공공단체장 등은 검찰심사원에 선정되

329) 오정용/송광섭, 앞의 글, 248쪽.

330) 越田崇夫「檢察審査會制度の概要と課題」レファレンス第733号(2012年) 104頁、司法制度改革推進本部「司法制度改革審議會・第26回議事録(平成12年(2000년)9월18日開催)」参照 <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/index.html> (최종검색: 2017. 7. 14.); 배상균, 앞의 글, 26쪽 재인용.

331) 박현정, 日本의 檢察審査會制度에 관한 考察, 법학논총 제16권 제2호, 2009, 8쪽.

지 않는다(동법 제6조). 한편 70세 이상의 자, 정기회기 중인 국회의원·지방의회의원, 공무원, 학생, 과거 5년 이내에 검찰심사원 및 보충원, 재판원에 선정된 자는 검찰심사회의의 직무에서 사퇴할 수 있으며, 또한 병환이나 불가피한 사유가 인정되어 검찰심사회의의 승인을 받은 자도 사퇴할 수 있다(동법 제8조). 사건을 심사할 때에는 검찰심사원이 그 사건의 피의자 또는 피해자나 그 친족 등, 고발인, 증인 등에 해당하는 경우에는 직무에서 제척된다(동법 제7조, 제34조).

검찰심사원이 선정절차는 각 기초자치단체의 선거관리위원회가 매년 10월 15일까지 선거인명부에 등록된 자 중에서 검찰심사회 사무국장이 배정한 후보자를 무작위 추첨으로 선정하여 명부를 작성한다(일본 검찰심사회법 제9조, 제10조, 제11조).

(2) 회의

검찰심사회의의 회의는 매년 3월 6월 9월 12월에 개최하며 한 해에 총4차례의 회의를 실시하되, 필요하다고 인정될 때에는 언제라도 회의를 개최할 수 있다(일본 검찰심사회법 제21조). 검찰심사회의는 검찰심사원 전원이 출석하지 않으면 회의를 개최 및 의결할 수 없다(동법 제25조). 소집을 통지받은 검찰심사원 및 보충원은 출석의무가 있지만(정당한 이유 없이 무단결석한 경우 10만엔 이하의 과료에 처해진다(동법 제43조)), 병환 등 불가피한 사유로 출석할 수 없는 경우에는 결석할 수 있다(동법 제24조). 검찰심사원이 결석하거나 제척된 경우, 또는 사퇴 및 직무가 정지된 경우에는 무작위 추첨으로 선정된 보충원이 임시로 검찰심사원의 직무를 수행한다(동법 제25조, 제18조).

검찰심사회의의 의사진행은 원칙적으로 과반수 의결이지만(동법 제27조), 예외적으로 기소상당의 의결과 기소의결에 관해서는 8인 이상의 다수결이 요구된다(동법 제41조의6). 검찰심사회의는 비공개로 진행되며(동법 제26조), 회의록은 검찰심사회 사무관이 작성한다(동법 제28조).

검찰심사원 및 보충원에게는 직무상 알게 된 사항 및 평의 경과 등에 대하여 비밀준수의무가 있고, 이를 위반할 시에는 6개월 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다(동법 제44조).

(3) 심사절차

검찰심사회는 심사신청권자의 신청이 있는 경우 검사의 불기소처분의 당부에 관하여 심사해야만 하지만, 신청이 없더라도 직권으로 심사를 개시할 수 있다(일본 검찰심사회법 제2조). 또한 신청 시에는 피의사실요지와 불기소처분의 부당성에 관하여 작성한 신청서를 제출해야 한다(동법 제31조).

신청권자는 불기소처분의 대상 사건의 고소·고발인과 피해자·피해자유족이다. 거의 모든 범죄가 신청대상사건에 해당하지만, 일본 형법(明治40年(1907年)法律第45号) 제77~79조(내란에 관한 죄)와 사적 독점금지 및 공정거래 확보에 관한 법률(昭和22年(1947年)法律第54号) 위반죄에 관한 사건에 관해서는 신청할 수 없다(동법 제30조).³³²⁾

심사방법으로는 우선 검사가 작성한 수사에 관한 기록 및 수집증거 전부에 근거하여 조사하며, 이를 통해 부당한 누락사항이나 오류가 없었는지 검토한다. 또한 검사에 대하여 심사에 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 검찰심사회의에 출석시켜 진술하게 할 수 있다(법 제35조). 이외에도 공무소나 공공단체 및 민간단체에 필요한 사항에 관하여 조회할 수 있다(동법 제36조). 신청인이나 증인을 신문할 수 있으며(동법 제37조),³³³⁾ 관련 전문가를 출석하게 하여 의견을 청취하거나(동법 제38조), 변호사 등을 심사보조원으로 위촉하여 부족한 법률적 지식을 보완할 수 있다(동법 제39조의 2). 또한 범죄현장에 방문하여 직접 조사하는 것도 가능하다. 신청인의 경우에는 의견서나 자료를 제출하는 것도 가능하다(동법 제38조의 2).

(4) 의결

검찰심사회의의 의결은 검사의 불기소처분의 당부에 관하여 ① 기소상당, ② 불기소 부당, ③ 불기소상당의 의결로 이루어진다. 우선 기소상당 의결은 검사의 불기소처분이 부당할 뿐만 아니라 기소되어야 하는 사건으로 판단된 경우이며, 검찰심사원 11명 중 8명 이상의 찬성이 필요하다. 기소상당 의결이 결정된 경우 검사는 신속하게 의결

332) 이들 사건은 일본 고등재판소의 관할에 속하는 사건이기 때문이다(越田崇夫「檢察審査会制度の概要と課題」レファレンス第733号 (2012年) 98頁.); 배상균, 앞의 글, 24쪽 재인용.

333) 증인이 검찰심사회의의 출석요구에 불응하고, 이후 법원의 소환에도 정당한 이유 없이 불출석한 경우에는 10만엔 이하의 과료에 처해진다(일본 검찰심사회법 제43조).

내용을 참고하여 기소할지 여부를 재검토한 후에 기소 또는 불기소처분을 결정하게 된다(일본 검찰심사회법 제41조). 현행법하에서는 검사가 재차 불기소처분을 결정하면 검찰심사회가 제2단계 심사를 진행하게 된다(동법 제41조의2). 검찰심사회가 의결서의 사본을 송부한 날로부터 최장 3개월 이내(검사가 기소 또는 불기소처분의 결과를 검찰심사회에 통지하지 않은 경우에도 마찬가지로)에 제2단계 심사가 개시된다. 제2단계 심사에는 반드시 심사보조원을 위촉하여 법률에 관한 전문적 지식을 보완하여 심사를 진행해야만 한다(동법 제4조의4). 또한 기소의결이 결정된 경우³³⁴⁾에는 재차 검사에 대하여 검찰심사회에 출석하여 의견진술의 기회를 부여해야만 한다(동법 제41조의6). 제2단계 심사에 의하여 기소의결이 내려진 경우 재판소가 지정한 변호사(지정 변호사)³³⁵⁾가 그 사건에 관하여 신속하게 기소한다(동법 제41조의9). 지정변호사는 기소 및 공소의 유지를 위하여 검사의 직무를 수행하며, 또한 이를 위하여 보충수사도 가능하지만, 검찰사무관 및 경찰에 대한 수사지휘는 검사에게 위탁하여 수행해야만 한다.

불기소부당 의결은 기소상당 의결의 경우 이외에도 불기소처분이 부당하다고 판단된 경우를 말한다. 불기소부당 의결이 정해진 경우에는 검사는 신속하게 그 의결내용을 참고하여 불기소처분의 당부를 재검토한 후에 기소 또는 불기소처분을 결정해야 한다(동법 제41조). 여기서 재차 불기소처분이 내려져도 기소상당 의결과 달리 검찰심사회에 의한 제2단계 심사는 개시되지 않는다.

불기소상당 의결은 검사의 불기소처분이 사건의 내용에 비추어 상당한 경우에 이루어진다.

이와 같은 검찰심사회의 의결 결과는 의결서로 작성되며,³³⁶⁾ 불기소처분을 한 검사

334) 제2단계 심사 결과에는 기소의결과 기소불충분의결이 있으며, 기소의결은 기소함이 상당한 때에 검찰심사원 11명 중 8명 이상의 찬성으로 결의 된다. 기소의결의 경우에는 법적 구속력이 부여되기 때문에 인정한 범죄사실을 가능한 한 특정하여 의결서에 기재해야만 한다(일본 검찰심사회법 제41조의7).

335) 지정 변호사는 심사보조원(변호사)과 마찬가지로 변호사회의 추천을 받아 지정하고 있으며, 예를 들어 도쿄 3변호사회에서는 심사보조원 후보자 명단에 등재된 자 중에서 원칙적으로 법조경력 7년 이상의 자와 2~3년의 자의 조합으로 추천하고 있다고 한다(吉田繁實「檢察審査会改革と東京三会の対応態勢」二弁フロンティア第84号 (2009年) 11頁以下.; 배상균, 앞의 글, 26쪽 재인용).

336) 이외에도 각하, 이송, 심사중지 등에 의해서도 검찰심사회의 사건처리가 종료될 수 있다(박현정, 앞의 글, 8쪽).

를 지휘감독하는 검사정과 검사적격심사회에 사본을 송부한다(동법 제40조). 또한 의결요지를 검찰심사회 사무국 게시판에 의결 후 7일간 게시하며, 신청인에게 결과를 통지한다(동조).

제4절 검찰기소권 통제에 관한 개선방안 논의

1. 재정신청제도의 확대방안

2007년 형사소송법 개정으로 재정신청의 대상범죄에 제한 없이 모든 고소인이 재정신청을 할 수 있도록 하여 그 대상범죄가 전면확대 되었다. 그리고 종전의 공소유지 변호사제도를 폐지하고 지정된 검사가 재정신청사건의 공소수행을 하게 되었고 재정신청사건 기록 열람·등사 제한규정과 비용부담규정이 신설되는 등 재정신청제도에 대한 큰 변화가 있었다. 그러나 이와 같은 재정신청제도의 개정에도 불구하고 고발인에 대한 재정신청 전면확대 논의는 계속되었고, 재정신청제도의 실효성과 공정성을 이유로 검사의 공소유지 수행에 비판적 목소리가 지속적으로 제기되어 왔다.

이에 따라 최근 대한변호사협회는 ‘재정신청제도개선 TF’를 발족하고 2015년 9월 11일 첫 회의 이후 여러 차례 회의를 거쳐 ‘재정신청제도 개선을 위한 형사소송법 일부개정법률안’을 마련하였다. 개정안은 ① 대상범죄를 기존 고소사건에서 고발사건까지 확대하고, ② 검찰항고를 임의적 전치주의로 환원시키고, ③ 재정신청사건의 관할법원을 고등법원에서 지방법원으로 변경하고, ④ 재정법원은 수사미진으로 재정신청이 이유 있는지 판단하기 곤란한 때에는 재정담당변호에게 보완수사를 명할 수 있으며, ⑤ 재정신청사건 검사 공소수행제도를 폐지하고 재정담당변호사제도를 다시 도입하는 등의 내용을 담고 있다.³³⁷⁾

이와 관련하여 2017년 1월 18일 형사소송법 일부개정법률안이 발의되었는바, 구체적인 내용은 ‘재정신청제도 개선을 위한 형사소송법 일부개정법률안’의 내용과 동일하다. 고발을 한 사람의 경우에도 재정신청을 할 수 있게 하고, 재정신청 기간을 상향하며 재정신청사건의 관할법원을 지방법원으로 변경하는 등의 방법으로 재정신청제

337) 한영수, 앞의 글, 109쪽.

도의 실효성을 제고하고, 재정담당변호사제도를 도입하여 재정신청제도를 통해 공소가 제기된 사건에 대한 공소유지의 공정성을 꾀할 수 있도록 한 것이다.³³⁸⁾

최근 2017년 6월 민변 검찰개혁 이슈리포트에서도 검찰개혁 5대 과제 중 하나로 '재정신청 전면확대'를 포함하고 있다. 재정신청제도의 실효성을 확보하기 위해 재정신청 대상을 모든 고발사건으로 확대하여야 하고, 확대 시 업무처리의 효율성, 신속성, 접근성을 제고하기 위하여 관할법원을 지방법원으로 변경되어야 하며, 재정신청이 이유 있다고 판단 한 경우 그 사건에 대하여 공소제기를 한 것으로 간주하는 제도와 공소유지담당변호사제도를 도입할 필요가 있다는 내용을 포함하고 있다.³³⁹⁾

2. 검찰시민위원회의 법제화 및 확대방안

현행 검찰시민위원회제도에 대해서는 기존에 검찰권 행사에 대한 시민참여제도가 거의 없었기 때문에 형사절차에 대한 시민참여의 길을 열었다는 점에서는 긍정적인 평가를 받고 있다. 그러나 검찰시민위원회의 심의 의결에 법적 구속력이 부여되지 않을 뿐만 아니라 검찰이 자체적으로 구성하여 운영하는 제도라는 점에서 별다른 통제기능을 하지 못하는 유명무실한 제도라는 비판이 제기된다.³⁴⁰⁾ 따라서 새로운 정부에서도 대통령 선거 당시 검찰의 외부 견제기능 강화방안으로 검찰시민위원회의 법제화를 공약 중 하나로 제시한 바 있다.

이와 관련하여 2016년 9월 6일 검찰시민위원회 설치 및 운영 등에 관한 법률안이 발의되었는데, 국민참여형 기소심사제도에 대한 법적 근거를 마련함으로써 검찰권 행사에 민주적 통제를 강화하고 투명성을 높여 국민의 신뢰를 확립함과 동시에 피해자의 보호를 도모하려는 것이다. 법률안은 ① 기소신청사건에 대한 검사의 불기소처분의 당부를 시민이 심사하게 함으로써 검사의 기소권 행사에 국민의 의사를 반영하여 검찰권 행사를 통제하고 피해자를 보호하기 위하여 검찰시민위원회를 설치함, ② 시

338) 박영선 의원 대표발의, 형사소송법 일부개정법률안 의안번호 2005144, 발의연월일 2017. 1. 18. (http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_11Q7H0H1U1E8G1R4F4G4L2A6Z3T6Q7, 2017. 8. 18. 최종검색).

339) 민변 검찰개혁 이슈리포트, 민주사회를 위한 변호사모임, 2017. 6, 37-45쪽.

340) 김태명, "검찰시민위원회 및 기소심사회제도에 대한 비판적 고찰: 미국의 대배심제도와 일본의 검찰심사회제도를 참고하여", 형사정책연구, 한국형사정책연구원, 2010, 175쪽; 오정용/송광섭, 앞의 글, 261쪽.

민위원회는 위원장 1명을 포함하여 11명의 위원으로 구성하고 5인 이상 9인 이내의 예비위원을 둬, ③ 위원과 예비위원은 만 19세 이상의 대한민국 국민 중에서 무작위 추출방식으로 정함, ④ 고소사건에 대해서는 고소인이, 고발사건에 대해서는 고발인이, 그 외의 사건에 대해서는 누구든지 검사가 기소를 제기하지 아니한다는 처분을 하였을 때, 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 대응하는 위원회에 그 당부의 심사를 신청할 수 있음, ⑤ 기소신청서를 제출받은 기소심사위원회는 해당 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 기소신청서를 송부 받은 사실을 통지하고 수사관계 서류 및 증거물 등 사건기록의 송부를 요청하여야 함, ⑥ 위원회는 기소신청서를 송부받은 날부터 3개월 이내에 항고의 절차에 준하여 신청이 법률상의 방식에 위배되거나 이유 없는 때에는 신청을 기각하고 신청이 이유 있는 때에는 기소함이 상당하다는 의결을 함, ⑦ 기소신청사건의 심리는 서면심리에 따르며, 위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 검사, 피의자, 기소신청인, 전문가 등의 진술을 들을 수 있음, ⑧ 위원회가 기소상당의 의결을 한 때에 관할 지방검찰청검사장 또는 지청장은 해당 의결을 참고하여 재수사를 개시하고, 기소를 제기할지 여부를 결정하여야 함, ⑨ 위원회는 검사로부터 기소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 경우에는 해당 불기소처분이 이유 있는 때에는 해당 처분이 상당하다는 의결을, 해당 불기소처분이 이유 없는 때에는 기소의 제기를 의결함, ⑩ 사무국장이 관할 지방검찰청검사장 또는 지청장에게 위원 또는 예비위원의 신변안전을 위하여 보호, 격리, 숙박, 그 밖에 필요한 조치를 요청할 수 있도록 하는 등의 내용을 담고 있다.³⁴¹⁾

현행 검찰시민위원회제도는 법률규정이 아닌 검찰 내부지침에 의한 것으로 위원회의 결정에 아무런 구속력이 없다는 점이 한계로 지적되었는데, 위 법률안은 이러한 점을 보완하기 위해 발의된 것으로 볼 수 있다. 또한 현행 제도에서 위원회 구성원의 선정이 검찰에 의해 이루어져 실질적으로 검찰권 통제수단으로서의 실효성이 미미하다는 비판이 제기되었는데, 위 법률안에서는 검찰시민위원회를 고등법원 소속으로 설치하고 고등법원장에게 위원을 구성하도록 함으로써 검찰권 통제수단으로서 그 실효성을 강화하였다고 할 수 있다.

341) 전해철 의원 대표발의, 검찰시민위원회 설치 및 운영 등에 관한 법률안 의안번호 2002169, 발의연월일 2016. 9. 6. (http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Z1D6G0S9D0K6T1R4U5E0U5I5J8K2I5, 2017. 8. 18. 최종검색).

3. 수사권 조정에 관한 개선방안 논의

2017년 새로운 정부가 출범하면서 국정운영 100대 과제 중 하나로 “국민의, 국민을 위한 권력기관 개혁”이라는 핵심정책을 제시하였고, 검경수사권 조정은 검찰개혁의 주요 과제로 부각되었다.

최근 2017년 6월 민변 검찰개혁 이슈리포트에서도 검찰개혁 5대 과제 중 하나로 ‘검경 수사권 조정 및 수사권과 기소권의 분리’를 제시하고 있다. 민변에서 제시하고 있는 검경수사권 조정에 관한 구체적인 개정방향은 다음과 같다.³⁴²⁾

〈표 4-3〉 검경수사권 조정에 관한 민변안의 주요 내용

검경수사권 조정을 통한 수사권과 기소권의 분리는 국민의 자유와 인권이 더욱 보장되는 형태로 그 개정방향이 설정되어야 한다. 검경 수사권 조정이 기관 사이의 권한다툼의 문제나 기관 이기주의의 대상으로서 다루어 저서는 안 된다. 따라서 검찰과 경찰의 친인권적인 시스템, 분권 시스템의 마련과 함께 진행되어야 한다.

그러나 검경수사권 조정은 검찰과 경찰의 권한과 직접 관련된 문제이어서 합리적 해결이 쉽지 않다. 현재 검찰과 경찰 모두 정치적 중립성과 공정성에 심각한 문제가 있고, 중앙 집중적이며, 비대한 권한으로 인하여 국민의 신뢰를 얻지 못하고 있는 상황이다. 따라서 어느 기관이 권한을 보다 많이 확보하는가라는 관점이 아니라 어떻게 비대한 권한을 분산하여 견제와 균형을 이룸으로써 국민의 인권보장에 더 기여할 수 있는가를 고민해야 한다.

검경수사권 조정은 검찰에 종속된 경찰의 수사권을 독립시켜 상명하복의 관계가 아닌 상호감시와 견제의 관계로 재정립하는 개혁의 일환으로 이해되어야 한다. 정확한 법률적용, 실체적 진실발견, 수사절차에서의 불법과 인권침해 방지 및 증거능력 있는 증거 확보 등을 위해 경찰수사에 대한 검사의 수사지휘권 확보는 반드시 필요하다. 다만 검찰이 수사권과 기소권을 독점한 가운데 수사의 적법성 통제라는 기소권자로서의 역할을 제대로 수행하는 것은 곤란하므로 장기적으로 수사권과 기소권이 분리되는 것이 바람직하고, 검찰과 경찰이 상호 대등한 협력관계로 발전하여 견제와 감시, 균형을 이루어야 한다.

이렇게 검사가 소추기관이자 경찰수사의 감독자로서 바로 서기 위해서는 검찰의 직접 수사는 가급적 지양되어야 한다. 검사의 수사지휘는 경찰의 수사결과가 공소제기 여부를 판단하기에 미진하여 추가수사가 필요한 경우, 법적 하자가 있는 경우, 당사자의 이익제거나 인권침해 시비가 있는 경우 등에 한하여 2차적·보충적으로만 인정되는 것이 바람직하다. 그 경우에도 직접 수사하는 것보다는 보강수사를 요구하고, 정당한 수사지휘에 불응하거나 위법한 수사를 한 경찰이나 비리경찰에 대해서는 검사가 징계·해임·치임요구권을 적극적으로 발동하는 것이 타당하다.

한편, 참여정부 당시 검찰과 경찰 두 기관 사이의 합의에만 검경수사권 조정을 맡겼기 때문에 검경 수사권 조정이 실패하였다는 지적이 있어왔다. 한 행정부처를 뛰어넘는 권한의 조정은 상급 기관에

342) 민변 검찰개혁 이슈리포트, 11-19쪽.

서 이루어져야 하는데 그 원칙이 적용되지 않았고, 결국 기관이기주의가 작용하여 검경수사권이 조정되지 않았다. 대화와 토론을 통한 합의점 마련이라는 원칙이 이기주의 앞에서 무력하게 된 것이다. 그러므로 향후 검경수사권 조정 논의가 이루어질 경우 위와 같은 사실을 고려할 필요가 있을 것으로 보인다.

4. 기소법정주의 도입 논의

형사소송법 247조는 기소편의주의에 관해 규정하고 있는바, 검찰은 자신의 재량에 따라 공소를 제기하지 않을 수 있다. 문제는 기소편의주의가 검찰의 ‘봐주기 수사’나 ‘제 식구 감싸기’ 등의 형태로 변질됐다는 지적이 끊이지 않았다는 점이다. 이로 인해 중대부패범죄 사건 등에 대해서는 기소편의주의가 아닌 ‘기소법정주의’를 도입하자는 주장이 제기되었다.³⁴³⁾ 새로운 정부에서도 대통령 선거 당시 검찰의 외부 견제기능 강화방안으로 기소법정주의 도입을 공약 중 하나로 제시한 바 있다.

2016년 8월 8일 ‘고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안’이 발의되었는데, 당해 발의안에는 고위공직자비리수사처의 설치와 관련하여 기소법정주의의 도입안이 포함되어 있다. 구체적인 내용은 “특별검사는 사건에 대하여 충분한 혐의가 인정되고 소송조건을 갖춘 때에는 공소를 제기하여야 하고, 충분한 범죄혐의가 없는 경우, 범죄가 성립되지 않는 경우, 소송장애사유가 존재하는 경우에는 수사를 중지하거나 기소하지 않아야 한다(안 제19조).”는 것이다.³⁴⁴⁾ 그러나 기소법정주의 하에서도 충분한 범죄 혐의의 존재를 결국 검사의 판단에 따라야 한다는 한계가 있다. 수사의 방향과 성과의 결과로 기소가 이루어지는 점을 생각해 볼 때, 수사지휘권과 기소권을 독점적으로 행사하는 공수처 검사의 경우 수사단계에서 기소법정주의를 무력화시킬 수 있다는 문제가 있다.

한편 기소법정주의 도입과 관련하여서는 “중대부패범죄에 대한 기소법정주의”가 논의되고 있다. 다만 그 대상범죄를 어느 범위까지 인정하여야 하는지 추가적인 논의

343) 문화일보 2017년 5월 18일자 기사, “기소법정주의 도입...‘제 식구 감싸기’ 원천 차단”, (<http://www.munhwa.com/news/view.html?no=2017051801071109045001>, 2017. 8. 28. 최종검색).

344) 박범계 의원 대표발의, 고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안 의안번호 2001461, 발의연월일 2016. 8. 8. (http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_N1F6Y0T8K0M8M1Q1G3M4E0L1K6I9N9, 2017. 8. 28. 최종검색).

가 필요하다는 점, 다른 범죄와의 형평성 논란이 발생할 우려가 있다는 점 등에서 신중하게 고려할 필요가 있다.

법원 개혁방안의 쟁점

신 의 기

법원 개혁방안의 쟁점

제1절 법원 개혁의 필요성

1. 국민의 사법부에 대한 신뢰 저하

2015년 7월 OECD가 발표한 보고서(Government at a Glance 2015)에 의하면, 대한민국 국민 중 사법제도를 신뢰한다고 대답한 사람의 비율은 27%에 불과한 것으로 나타나고 있어 42개 조사대상국 중 39위로 나타났다. 물론 이 통계에서 사법제도라고 할 때 사법부 뿐만 아니라 검찰, 경찰 등 형사사법제도 전반이 포함되지만 사법부도 포함하는 자료로 볼 수 있다. 주요 선진 국가들의 사법제도 신뢰도인 덴마크 83%, 독일 67%, 일본 65%, 미국 59% 등에 비해 낮게 나타나고 있으며, 콜롬비아(26%), 칠레(19%), 우크라이나(12%) 만이 우리나라보다 낮게 나타나고 있다.³⁴⁵⁾

이 조사가 각국 국민 1,000명을 대상으로 한 설문조사이며, 우리나라 국민들이 다른 기관에도 높은 점수를 주지 않은 경향이 있다는 점을 생각하더라도³⁴⁶⁾ 사법부에 대한 신뢰도는 매우 낮은 수준에 머무르고 있는 것이 사실이다. 사법부는 국민의 권리를 지키는 마지막 보루라는 점을 생각할 때 사법부에 대한 신뢰의 저하는 심각하게 받아들여야 할 것으로 생각된다.

국민의 신뢰는 독립된 사법부에서 공정한 재판을 할 때 이루어진다. 사법부의 독립이 강조되는 것은 독립된 사법부만이 법의 지배에 근거하여 공평한 정의를 이룰 수 있고 그 때문에 인권과 개인의 기본적인 자유를 보호할 수 있으며, 이를 위해서는

345) 통계청 e-나라지표: http://www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxSearch.do?d_x_cd=2985&stts_cd=298502&freq=Y, 2017.8.12. 검색.

346) 정부에 대한 신뢰는 34%로 나타났다. 조선일보 2015.8.9.

국민으로부터 사법부가 독립되고 공평한 태도로 기능을 수행하고 있다는 점에 대해 신뢰를 얻어야 한다.³⁴⁷⁾

법원에 대한 신뢰도가 그다지 높지 않다는 것은 법원 자체의 연구에서도 그대로 나타나고 있다. 2015년 사법정책연구원의 조사 결과 재판절차의 공정성에 대하여 일반국민은 전혀 공정하지 않다 3.5%, 공정하지 않은 편이다 26.2%, 보통이다 43.8%, 공정한 편이다 26.5%, 매우 공정하다 0% 등으로 답하고 있어³⁴⁸⁾ 공정성에 대해서 의견이 갈리고 있으며 신뢰도가 그다지 높지 않음을 알 수 있다. 그러나 현재 재판당사자를 대상으로 한 조사에서는 전혀 공정하지 않다 0.6%, 공정하지 않은 편이다 7.7%, 보통이다 41.7%, 공정한 편이다 47.0%, 매우 공정하다 3.0% 등으로 나타나고 있어 재판을 접한 경우 공정성에 대한 인식이 큰 폭으로 높아지고 있는 것을 볼 수 있다.³⁴⁹⁾

일반적으로 재판 당사자가 되면 잘 모르는 절차와 비용부담 등으로 불신이 싹트게 되고 신뢰가 떨어진다고 생각할 수 있는데 조사결과 법원의 재판을 접한 경우 사법부에 대한 신뢰가 높아지는 것을 볼 때 실제의 사법부의 모습을 제대로 국민에게 알리지 못하고 있는 것을 알 수 있다. 형사재판 당사자의 경우 변호인이 있는가 여부에 따라 재판절차의 공정성에 대한 인식이 달리 나타나고 있는데, 변호인이 있는 당사자가 변호인이 없는 당사자보다 실제 재판절차가 더 공정하게 진행된다고 생각하는 것으로 나타나고 있다.³⁵⁰⁾ 이러한 결과를 볼 때 재판 당사자가 되는 경우에 오히려 법원에 대한 신뢰가 높아진다고 하는 것처럼 직접 접할수록 신뢰가 높아지고 있다는 긍정적으로 볼 수 있는 요소도 적지 않으나 국민은 법원에 대한 신뢰는 전반적으로 낮다고 볼 수 있는 것이 사실이다.

법원에 대한 이러한 부정적 인식은 일반국민 뿐만 아니라 입법부에서도 인식하고 있다. 국회에서 2014년 발의된 법원조직법 개정안의 제안이유에서 이를 밝히고 있다. 여기에서는 “사법부는 ‘막말판사’, ‘유전무죄 판결’ 논란으로 국민의 불신을 받고 있으며 국민의 상식과 법 감정에 부합하지 않는 판결로 문제되고 있다. 이는 개개 법관의

347) 김영훈, “법관의 독립확보를 위한 법관인사제도의 모색,” 법학연구(연세대학교 법학연구원), 제27권 제2호, 2017.6, 5-6면.

348) 장수영/이덕환, 국민의 사법절차에 대한 이해도 및 재판에 대한 인식조사 결과의 분석, 사법정책연구원, 2015.11, 200면.

349) 장수영/이덕환, 위의 책, 200면.

350) 장수영/이덕환, 위의 책, 202면.

특권의식과 비양심의 문제가 아니라 법원이 그 동안 다양한 사회적 가치와 건전한 국민 법감정을 판결에 충분히 반영시키지 못한 결과라 하겠고, 법관 무오류의식과 법원 순혈주의에 바탕한 인사 관행과 다양한 국민 정서를 반영할 수 없는 법원의 폐쇄성에서 비롯된 폐해라고 할 수 있다"라고 지적하고 있다.³⁵¹⁾

우리나라의 법원은 고등고시 사법과와 사법시험을 거친 자만을 법관으로 임용하는 제도를 도입한 이래 법조인은 시험합격자만으로 충원하고 있어 관료화되고 있다. 이런 관료체제는 형식적 합리성을 가지고 법원의 독립을 보장하는 가장 효과적인 방식이었지만, 동시에 그 독립성의 외관하에 국민들의 의사에 의한 통제로부터 자유로운 폐쇄집단을 구성하고 이를 바탕으로 스스로 권력화하여 국민위에 군림하는 폐해를 야기하기도 한다는 점에서 한계를 가지며,³⁵²⁾ 이것이 국민의 불신을 가져오는 주요 요인이 되고 있다.

법원의 문제 가운데 하나는 임용의 폐쇄성으로 그 내부에서 일어나는 일을 외부에서 알 수 없는 것이다. 1987년 민주화 이후 정치권력으로부터 상대적 자율성을 부여받은 후 과거 정치권력의 보조자에서 스스로 권력화되었으며,³⁵³⁾ 이에 따라 법원의 민주화와 개혁의 필요성이 높아지게 되었다. 법원이 권력과 자본으로부터 민주주의와 민주적 가치들을 지키는 것이 아니라 스스로 권력화되고 있으며, 법에 의한 통치가 아니라 소수 법관에 의한 통치로 왜곡되고, 이것이 사법부독립의 핑계로 정당화되고 있다는 지적이 있다.³⁵⁴⁾

민주화 이후에도 법원은 많은 단계의 수직구조와 엘리트주의를 조성하는 순혈주의적 법관충원제도, 대법원장 및 이를 보좌하는 법원행정처 등에 집중된 인사권 등의 문제를 가지고 있다.³⁵⁵⁾ 법원의 개혁과 관련한 논의는 많이 있었으나 논의과정에서 국민의 욕구는 제대로 반영되지 못하고 있다. 법원개혁을 중심으로 한 사법개혁 논의가 법조계의 일로 치부되면서 국민이 아닌 법조인에 의해 사법개혁이 논의되면서

351) 2014. 11. 11. 법원조직법일부개정법률안(의안번호12415호)이 국회의원 장윤석 외 145명에 의해 발의된 법률안의 제안이유.

352) 한상희, "사법행정의 개혁 -촛불집회 이후의 사법개혁의 방향성을 중심으로," 법원개혁의 좌표 찾기 -법원의 민주화와 법원행정처 개혁을 중심으로, 참여연대·민주사회를 위한 변호사모임·인권법학회·국회의원 노회찬·정성호·박주민·이용주 공동주최 토론회 자료집, 2017.6.27, 57면.

353) 오현철, "민주주의를 위한 법원개혁과 시민참여," 시민사회와 NGO, 제13권 제2호, 2015, 49면.

354) 오현철, 앞의 글, 45면.

355) 한상희, "사법행정의 개혁 -촛불집회 이후의 사법개혁의 방향성을 중심으로," 58면.

‘사법과정에 대한 국민의 통제’에 대한 논의는 회피하고 사법개혁 목표를 법제도 차원으로 축소하면서 결국 법조인들이 자신들의 권력을 확장하는데 사법개혁 논의를 이용하였으며, 그 결과 시민사회의 다양한 가치가 사법과정에 반영될 수 없었다.³⁵⁶⁾

2. 대법원장의 권한 비대화와 법원의 관료화

가. 대법원장의 권한

우리 헌법은 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속하고, 법원은 대법원과 각급 법원으로 조직된다고 규정하여(헌법 제101조 제1항, 제2항), 독립된 국가권력으로서 사법권과 사법권을 담당하는 국가조직으로 법원과 법원의 구성원으로서 법관에 대하여 규정하고 있다. 법관의 독립성과 관련하여서는 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하도록 규정하고 있다(헌법 제103조). 헌법의 이러한 규정들은 삼권분립의 원칙을 통한 법원의 독립과 함께 법관의 독립적 재판권을 규정하고 있는 것이다. 즉 법원은 사법권을 행사하는 독립기관으로 행정부와 입법부로부터 독립하여 기능하며, 그 구성원인 법관은 어떤 권력으로부터도 예속되지 않고 헌법과 법률에 의하여 양심에 따라 재판할 것을 천명하고 있는 것이다.

1960년대와 1970년대에는 행정부에 의한 사법부의 독립침해가 문제되었으나, 민주화 이후 사법권의 독립은 어느 정도 확립되었다고 볼 수 있다. 그러나 내부적으로는 대법원장에 권한이 집중되어 있어 여러 문제들이 노출되고 있다. 대법원장은 대법관을 제청하고(헌법 제104조 제2항), 일반법관에 대한 임명권을 가지고 있으며(헌법 제104조 제3항), 사법행정사무를 총괄하고 사법행정사무에 관하여 관계공무원을 지휘·감독한다(법원조직법 제9조 제1항). 또한 판사에 대한 보직인사, 평가 등 인사를 행하는 등 사법부 전체를 관리하는 권한을 가지고 있다.

나. 법원행정처의 강화

대법원장이 총괄하는 사법행정사무를 관장하기 위하여 법원행정처가 설치되어 있

356) 오현철, 앞의 글, 46면.

고(법원조직법 제19조), 그곳에서 대법원장을 보좌하여 전국 법원의 인사·예산·회계 등의 업무를 모두 관장한다. 대법원장의 막강한 권한행사를 보좌하기 위하여 행정조직은 커질 수 밖에 없고, 현재 법원행정처에는 고법부장급 실장 3명, 지방법원부장급 총괄심의관, 감사관, 공보관 합계 8명, 중견법관 23명 등 34명(법원행정처 차장 제외)의 법관이 겸임 발령의 형식으로 법원행정처에서 근무하고 있다. 현재 비교적 소규모 지방법원인 춘천지방법원에 24명의 법관(법원장, 수석부장 제외)이 근무하고 있음에 비추어 보면, 그 규모가 매우 크다는 것을 알 수 있다.³⁵⁷⁾

법원행정처에 근무하는 법관들은 법관 본연의 업무인 심판업무에 참여하지 못한다(법원조직법 제52조 제2항). 법원행정처는 법원이 그 본연의 기능인 재판기능을 충분히 발휘할 수 있도록 돕는 조직으로서 순수한 행정조직이므로, 상하의 결재관계에 의하여 그 조직의 의사결정이 이루어지게 된다. 법원행정처장은 대법원장이 대법관 중에서 보하게 되므로(법원조직법 제68조 제1항), 법원행정처의 의사결정은 결국 대법원장의 뜻에 따르게 될 수 밖에 없다. 결국 법원행정처에 근무하는 법관들은 대법원장을 정점으로 하는 상명하복의 조직에서 일하는 것이다.³⁵⁸⁾

이러한 점에서 법원행정처는 대법원장의 권력의 원천이 되었으며, 법원의 민주화를 위해서는 법원행정처의 운영이나 존폐에 대해 검토될 필요가 있다. 법원행정처의 권한비대와 권한의 남용문제는 2017년 3월 법관들의 학회활동을 통해 발표할 사법개혁에 관한 학술대회를 축소, 저지하기 위한 과정에서 발생한 사태에서 국민들에게 알려지게 되었다.³⁵⁹⁾ 이러한 사실은 법원행정처의 기능이 법원의 재판지원업무를 포함하는 행정업무를 담당할 뿐만 아니라 법관에 대한 감시·감독기관으로 기능하기 때문에 일어나는 일이라 할 것이다. 이러한 법원행정처의 업무의 확대 내지 남용은 전국의 법관을 중앙집권적으로 통제하면서 전국의 재판을 하나의 기준에 의하여 평균화· 획일화하거나 혹은 그에 실효적인 영향을 미치는 작용을 한다는 비판이 있다.³⁶⁰⁾

357) 김영훈, 앞의 글, 20면.

358) 김영훈, 앞의 글, 20면.

359) 국제인권법학회와 연세대학교 법학연구원이 공동으로 2017년 3월 25일 주최한 '국제적 비교를 통한 법관인사제도의 모색-법관 독립강화의 관점에서'라는 학술대회에 대하여 대법원이 학술대회를 축소하려고 압력을 가한 사실이 확인되면서 현직 판사들이 잇달아 법원행정처를 향해 비판을 하였다. 이 문제가 커지면서 진상조사위원회(위원장 이인복 전 대법관)를 구성하고 조사하였는데 이 위원회에서 4월 18일 법원 내부 전산망 '코트넷'을 통해 26일간 진행된 조사 결과, 학술대회를 연기·축소 압박을 가한 사실을 인정하였다. 뉴스1, 2017.4.18.

다. 법관의 서열화, 관료화

우리나라의 법원은 1987년 민주화 이후 법관에 대한 정권의 노골적인 간섭이 중단되고 법관의 독립이 상당 부분 보장된 것으로 보인다. 징계나 탄핵에 의하지 않고서는 신분상의 불이익을 받지 않으며, 고등법원 부장판사가 되기 전까지는 연공서열에 따라 승진하게 되며, 근무지도 대부분 본인의 희망에 따라 배분되는 등 법관의 신분보장에 대해서는 상당한 수준으로 개선되고 있으나, 법원의 조직 자체가 엄격한 위계질서에 입각한 관료구조로 되어 있어 이에서 생겨나는 제도적 문제점들이 적지 않은데 연공서열과 발탁인사가 혼재되어 있는 법관승진제도, 국민적 사법불신의 주요원인으로 작용하는 전관예우의 관행 및 최근 조짐이 나타나고 있는 계급사법의 문제 등이 이에 해당한다.³⁶¹⁾

우리나라 법원의 조직문화상 법관의 독립적인 지위보장에는 어려움이 있다. 법관이 전문관료집단화되면서 법원이 서열화, 관료화되고 있다. 물론 최근에는 법원장을 지낸 후 다시 일선 법관으로 복귀하여 재판업무에 참여하는 등 변화의 조짐이 나타나고 있으나 이러한 서열화, 관료화된 법원의 문화는 법관의 독립적 재판에 저해요소가 되고 있다. 대법원장이 법관들에 대한 평정, 전보, 승진, 재임용 등 인사에 관한 전권을 가지고 있을 뿐만 아니라, 법관에 대한 평가가 재판의 진행과 업무의 처리에 대한 국민의 만족도 등 국민을 향해 있는 것이 아니라 사건 처리수, 조정률, 종국률 등 효율성만을 강조하기 때문에 객관적인 수치에 매달리게 되며, 양심에 따른 재판을 통하여 국민의 자유와 인권을 보장하기 위하여 노력하기 보다는 평정권자, 인사권자의 기준을 벗어나지 않으려고 하는 것이 문제가 되는 것이다.³⁶²⁾

3. 법관의 독립성 약화

법관의 독립은 법관이 헌법과 양심에 따라 재판할 수 있도록 일체의 외부적 압력이 없어야 가능하다. 즉 사법부의 독립과 법관의 독립은 권력으로부터 자유로운 상황에

360) 한상희, “사법행정의 개혁 -촛불집회 이후의 사법개혁의 방향성을 중심으로,” 64면.

361) 한상희, “대법관 임명절차의 문제점과 개선방안,” 헌법재판관·대법관 어떻게 뽑을 것인가, 참여연대·국회의원 이춘석 공동주최 토론회, 2012. 8. 27, 22면.

362) 김영훈, 앞의 글, 21면.

서 국민의 인권을 보장하도록 공정하게 재판하도록 하는 것이며 그 자체로 내재적 가치를 가지는 것은 아니다.³⁶³⁾ 법관의 독립이 중요한 것은 법원은 결국 재판으로 말하는 곳이기 때문이다. 사법부는 법의 최종적인 수호자이지만, 이러한 기능은 사법부의 구성원들이 충분히 독립적이어서 사건을 법과 정의에 따라 공정하게 판결할 때에만 타당하다.³⁶⁴⁾ 법원 내부에서 문제되고 있는 법관의 독립과 관련하여 문제되는 것은 법원의 관료화, 서열화로 획일적인 문화가 정착되면서 법관의 독립성이 침해되는 것이다. 대법관에 대한 임명제청권 등을 감안할 때 대법원은 대법원장의 영향력을 벗어나기는 힘들다. 대법원장은 사법부 전체를 통제할 수 있는 권한을 가지고 있으며 법관의 임명 등 중요한 사법행정권 행사에 대법관회의의 동의를 받거나, 대법관 제청 과정에서 대법관 추천위원회의 추천을 받는 것 외에 법관의 보직인사 등 사법행정권의 행사에 대해 통제장치가 없는 실정이다.³⁶⁵⁾

법관의 독립은 법관의 이익을 위해서가 아니라 내외부의 권력남용을 막아 재판당사자 및 국민을 보호하기 위한 것이다. 법관의 독립은 사법부 외부의 권력과 사법부 내부의 행정권력으로부터 위협받을 수 있는데 이 둘은 밀접한 관계를 가지고 있다. 즉 사법행정권이 남용되어 법관의 독립이 약화될수록 사법부 외부의 권력은 사법행정권을 통해서 재판에 개입하려 할 수 있다.³⁶⁶⁾ 그러나 현재의 문제는 외부로부터의 독립이 아니라 법원 내부에서의 통제로부터의 개별 법관의 독립이 문제되고 있다.

2017년 3월 법원 내부에서도 국제인권법학회가 실시한 법원의 인사제도 등 사법개혁 관련 현직 법관 대상 설문조사 및 학술대회 개최에 대하여 법원행정처, 나아가서 대법원장이 그 행사의 축소 지시에 개입하여 그 학회 회원인 판사가 반발하였다는 의혹이 확산되면서 사법에 대한 국민적 불신의 단초가 법원 내부에서부터 제공되고 있다.³⁶⁷⁾ 이는 사법관료화에 대해 현직 법관들도 문제를 인식하고 이를 개선하기 위해 노력하고 있음을 보여주고 있다.

363) 신평, 한국의 사법개혁 아직 끝나지 않은 여정, 높이깊이, 2011, 348면.

364) 한상희, “대법관 임명절차의 문제점과 개선방안,” 16면.

365) 김영훈, 앞의 글, 19-20면.

366) 이용구/유지원, 제왕적 대법원장 체제, 어떻게 개혁할 것인가? - 대법원장의 권한분산과 법원행정처 개혁방안모색-, 국회의원 노회찬 주최 세미나 발제문, 2017.6.1, 32면.

367) 박인환, “법조 신뢰도 제고를 위한 사법개혁 과제,” 바른사회시민회의 대선포럼 정책토론 시리즈(6), 법조신뢰도 제고를 위한 개혁과제 발제문, 2017.3.22., 13-14면.

학술대회의 개최에 이렇게 민감하게 반응하는 것은 그 내용이 법원의 상층부와 의견이 맞지 않기 때문이었다. 설문조사 결과 사법행정에 관하여 대법원장, 법원장 등 사법행정권자의 정책에 반하는 의사표현을 한 법관도 보직, 평정, 사무분담 등에 불이익을 받을 우려가 “없다”라는 질문에 대하여, 응답법관의 88.3%가 ‘공감하지 않는 편이다’, 또는 ‘전혀 공감하지 않는 편이다’라는 응답을 하였다.³⁶⁸⁾ 이러한 응답은 법관이 대법원장이나 법원장 등 사법행정에 종사하고 있는 사람의 의사에 반할 경우 불이익을 받을 수 있다고 생각하는 것을 보여주는 것으로 법관의 자유로운 의사표현이 제약되고 있다는 것을 보여주고 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 법관들이 승진이나 보직, 근무평정 등에 관심을 가지지 않고 법과 양심에 따라 재판을 할 수 있는 환경을 마련할 필요가 있다.

4. 법관의 범죄와 윤리위반

법원에 대한 국민의 신뢰저하를 가져오는 요인은 다양하다. 흔히 말하는 전관예우³⁶⁹⁾ 등 법조계에 대한 뿌리 깊은 불신과 함께 개별 법관의 범죄나 윤리위반을 통해 법원에 대한 불신을 키우게 된다. 법관은 법과 양심에 따라 재판을 하여야 할 의무가 있다. 법관이 독립하여 법과 양심에 따라 재판을 할 수 있도록 법관의 독립을 위하여 헌법과 법원조직법에서 많은 규정을 두고 있다. 법과 양심에 따라 재판하여야 하는 것이 법관의 윤리라 할 것이며, 이를 위반하는 것이 윤리위반이다. 법관의 윤리위반은 범죄가 되는 심각한 경우와 범죄에는 이르지 않으나 법관으로서 지켜야 할 의무를 다하지 못함으로써 불신을 초래하는 형태 등 다양한 형태가 있다. 우선 법관의 지위를 이용한 범죄가 있다. 2015. 5. 21. 서울중앙지법은 수원지방법원에 근무하던 최모 판사에 대해 징역 4년을 선고하였는데 그 판사는 검사로 재직하던 시절인 2009년 ‘명동 사채왕’ 최모씨를 친척으로부터 소개 받은 후 판사로 전관한 2011년까지 5차례에 걸쳐 최씨로부터 자신이 관련된 공갈·마약 등 형사사건이 잘 처리되도록 영향력을 행사해 달라는 청탁과 함께 뇌물 2억 6천 여만원을 받은 혐의로 현직 판사의 신분으로

368) 김영훈, 앞의 글, 21-22면.

369) 실제 존재하든, 존재하지 않든 ‘전관예우,’ ‘유전무죄 무전유죄’ 등의 용어는 법조계에 대한 국민의 뿌리 깊은 불신을 보여주는 단면을 보여주고 있다.

긴급체포되었으며 구속 기소되었다. 이에 따라 대법원은 대국민 사과문을 발표하고 해당 판사에게 정직 1년의 징계를 한 바 있다.³⁷⁰⁾

법관의 윤리와 관련하여 가장 문제되는 것이 소위 ‘전관예우’ 문제이다. 2016년 사회적으로 크게 문제되었던 정00 네이처리프블릭 대표의 상습도박사건은 수사 및 재판 과정에서 그를 변론하였던 소위 ‘전관 변호사’인 대검 검사장 출신 홍00 변호사와 부장판사 출신 최00 변호사가 탈세와 변호사법위반 등으로 구속기소되면서 거액의 수임료를 둘러싼 전관예우의 문제점이 세상에 드러나게 되었다.

부장판사 출신의 최00 변호사는 1심에서 징역 6년을 선고받았으며, 검사장출신의 홍00변호사는 징역3년의 선고를 받았다. 두 사람의 양형에 차이가 나는 이유는 홍 변호사에 비해 최 변호사는 재판부 로비 비용 명목으로 돈을 받았고, 죄질이 더 나빠 기본형량이 늘어난데다 반성의 기미도 없어 감경요소가 거의 없었기 때문인 것으로 보인다.³⁷¹⁾ 법원은 두 사람 모두 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관해 청탁·알선 명목으로 금품을 수수했다고 판단해 변호사법 제111조 1항을 위반했다고 판단했다. 그러나 홍 변호사는 3억원을 받고 선임계를 내지 않고 ‘몰래 변론’을 한 것에 그쳤다는 점이 고려되어 양형기준상 변호사법 위반 혐의의 권고형 범위가 2-4년으로 정해졌다. 반면 최 변호사는 범행수법도 매우 불량하고, 재판부에 돈을 제공하거나 교제한다는 명목으로 100억원이라는 큰 돈을 받아 ‘판사·검사, 그 밖에 재판·수사기관의 공무원에게 제공하거나 그 공무원과 교제한다는 명목으로 금품이나 그 밖의 이익을 받거나 받기로 한 행위’를 금지하는 변호사법 제110조 위반 혐의도 적용되어 상상적 경합에 따라 두 가지 혐의가 특별양형인자 가중요소로 적용되어 변호사법 위반 혐의에 대한 권고형 범위가 징역 3년-7년6개월로 크게 늘어났다.³⁷²⁾

홍 변호사는 이 사건 외에도 2011년 개업 후 소위 ‘돈이 되는 형사사건’은 거의 싹쓸이 하면서 당국에 신고된 수임료로만 해도 1년에 거의 100억원 가까이 벌어들이고 그 수입으로 부동산회사를 차려서 100채 이상의 오피스텔을 매입하여 관리해 온 사실이 드러났으며, 최 변호사는 정 대표 등 2명으로부터 각 50억원씩, 모두 100억원에

370) 박인환, 앞의 글, 17면.

371) 법률신문, ‘100억대 수임료’ 최유정 변호사 징역 6년 중형 선고 왜?, 2017.1.9. <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=107193>, 2017.7.10. 검색.

372) 법률신문, 2017.1.9, ‘100억대 수임료’ 최유정 변호사 징역 6년 중형 선고 왜?, 2017.1.9.

이르는 수입료를 받은 사실이 드러나면서 ‘전관예우’의 일면이 드러나게 되었다.³⁷³⁾

이에 대해서는 재판에서도 문제점을 인식하여 판결문에서 “이 사건 범행으로 법치주의가 뿌리부터 흔들리게 됐고, 형사절차의 공정성과 사법제도에 대한 국민의 신뢰와 기대도 무너져버렸다”고 하면서 “무너져버린 사법제도에 대한 신뢰를 회복하고, 피고인이 정직한 사회인으로 거듭나게 하기 위해 장기간 실행에 처해 엄히 벌하기로 한다”고 판시하고 있다.³⁷⁴⁾

전관예우와 관련하여서는 한국행정연구원이 2011년 공무원 1,676명과 일반 국민 3,414명을 대상으로 ‘전관예우 관행의 심각성과 경험 및 개선방안’에 대한 온라인 설문조사한 결과 공무원은 법조(88.6%, 이하 복수응답), 금융(94.3%), 조세(64.3%) 분야가 전관예우가 심각하다고 보았고, 일반 국민도 법조(85.6%)와 금융(84.4%) 분야가 심각하다고 보았다.³⁷⁵⁾ 서울지방법변호사회가 2013. 5. 28부터 6. 5까지 소속 회원을 대상으로 전관예우에 관한 설문조사를 실시한 결과 총 761명의 회원이 설문에 참여했다. 이 조사에서 전관예우가 존재한다고 생각하느냐는 질문에 대해 존재한다 90.7%, 존재하지 않는다 8.5% 등의 순으로 응답되어, 전관예우가 존재한다는 응답이 압도적으로 높게 나타났다. 그 중에서도 법원·검찰 출신 변호사 104명 중 67.3%에 해당하는 70명이 전관예우가 존재한다고 응답한 점이 주목된다.³⁷⁶⁾

전관예우의 원인이 무엇인지에 대해서는, 공직자들의 자기 식구 챙기기 26.7%, 한국사회 특유의 온정주의 문화 21.9%, 전관예우에 대한 의뢰인들의 기대 15.8%, 공직자들에게 주어지는 과도한 재량 13.5%, 공직자들의 준법 의식 부재 9.5% 등의 순으로 응답했다. 전관예우 현상이 앞으로 어떻게 바뀔 것으로 생각하는지에 대한 질문에는 48.0%의 응답자가 줄어들기는 하겠지만 전관 변호사를 찾는 의뢰인들이 존재하는 한 없어지지는 않을 것이라고 답했고, 32.7%의 응답자가 음성적이고 변형된 형태로 계속 존재할 것이라고 답해, 향후에도 전관예우 현상은 계속될 것으로 생각하는 응답자가 80% 이상을 차지하고 있다.³⁷⁷⁾

373) 박인환, 앞의 글, 19면.

374) 법률신문, 2017.1.9, ‘100억대 수입료’ 최유정 변호사 징역 6년 중형 선고 왜?, 2017.1.9.

375) 한국행정연구원, 전관예우 관행의 심각성과 경험 및 개선방안, 2012, 김영훈, 앞의 글 11면에서 재인용.

376) 서울지방법변호사회 보도자료, 제2013-25호, 2013.6.11. https://www.seoulbar.or.kr/cop/bbs/selectBoardList.do?nttId=10095&bbsId=BBSMSTR_000000000041#LINK, 2017.7.25. 검색.

이처럼 우리 사법의 최후의 보루로 자처하고 있는 법원에 대해 국민의 여론은 그다지 좋지 않은 실정이다. 법관의 범죄나 부적절한 접대 등 윤리위반이 지속적으로 발생하고 있으며, 법원에 대한 불신을 높이는 전관예우가 근절되지 않음으로써 국민은 사법부에 대한 신뢰를 전폭적으로 할 수 없는 환경이 조성되고 있는 것이다.

5. 군사법원의 문제점

가. 사법권 독립침해

군사법원의 문제점에 대해서는 다양한 각도에서 다양한 비판들이 제기되어 왔다. 그 가운데 가장 많이 지적되고 있는 것으로는 3권분립에 의한 공정한 재판을 받을 권리가 침해되고 있다는 점, 포괄위임금지원칙의 침해 문제 등이 있다.

먼저 권력분립원리와 사법권독립원칙의 침해 문제와 관련하여 현행 제도는 군사법원과 군검찰이 국방부장관과 각군 참모총장 아래 조직되어 운용되고 있기 때문에 권력분립원리와 사법권독립원칙에 대한 중대한 침해라는 것으로 이른바 ‘행정사법’이며, 군사법원법이 군사법원에 관한 사항을 대통령령에 위임한 것은 헌법의 권력분립원리에 위배되며, 국방부검찰단은 군사법원법에 근거를 두고 있기 때문에 행정과 사법이 혼재되어 헌법상 권력분립원리에 반한다는 것이다.³⁷⁷⁾

그러나 이에 대하여는 군사법원은 헌법이 유일하게 인정하는 특별법원이라는 점에서 특수성이 있다. 군사법원의 성격은 예외법원이며, 상고의 제한이나, 법관자격의 완화와 같은 예외법원의 특징을 생각하면 권력분립에 반한다고 하기는 힘들 것이다.

두 번째는 포괄위임금지의 원칙에 대한 침해 문제이다. 이는 “군사법원의 조직에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”고 규정한 군사법원법 제6조 제4항의 규정이 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정한 헌법 제75조의 정신에 반하여 대통령령으로 규정할 수 있는 구체적 범위를 정한 위임이 아니라 포괄적 위임이기 때문에 문제된다는 것이다.

377) 서울지방법원호사회 보도자료, 제2013-25호, 2013.6.11.

378) 오경식/김법식/이현정, 현행 군사법제도의 발전방향 연구 최종보고서, 한국형사소송법학회, 2012, 13면.

이에 대하여 헌법재판소는 “법률에서 구체적인 범위를 정하여 위임받은 사항이란 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다”³⁷⁹⁾라고 하면서 위임입법은 구체성, 명확성, 예측가능성이 필요하다고 하고 있다. 또한 “위임조항 자체에서 위임의 구체적인 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다”고 하고 있다.³⁸⁰⁾ 이러한 헌법재판소의 판단을 볼 때 군사법원법의 전반적 체계와 관련규정을 살펴보지 않고 단순히 군사법원법 제6조 제4항이 조직에 관한 사항을 대통령령에 위임하는 것만을 가지고 포괄적 위임입법에 해당한다고 할 수는 없다.³⁸¹⁾

나. 평시 군사법원 불필요론

군사법제도는 위헌적인 제도이기 때문에 전시에는 군사법제도의 특수성을 인정할 수 있으나 평시에는 필요가 없다는 주장이 있다. 이를 통하여 관할관의 확인조치권 및 심판관제도의 문제점을 해결할 수 있고, 군사재판의 불공정성 및 이에 대한 국민의 우려도 동시에 제거할 수 있다는 것이다.³⁸²⁾

헌법 제110조 제4항이 명시적으로 비상계엄시에만 대법원 상고를 제한하고 있으며, 제110조 제3항의 조직·권한 및 재판관 자격의 법률주의는 헌법의 규범영역 안에서 군사법원의 특별성을 담아내야 하는데, 현행 군 사법제도의 특성이 헌법의 규범영역 안에서 유지될 수 있는 것은 전쟁과 같이 군 본연의 임무를 수행하는 상황에서만 가능하기 때문에 헌법규범과 군사법원 특별성을 최적으로 조화시킬 수 있는 방안으로서 평시 군사법원은 폐지되어야 한다는 것이다.³⁸³⁾

379) 헌법재판소 1996. 8. 29. 선고 95헌바36 결정.

380) 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 93헌바14 결정.

381) 오경식/김법식/이현정, 앞의 책, 15면.

382) 김용주/오윤성, “군사법제도 발전방향 모색을 위한 연구,” 한국경찰학회보, 제19권 2호, 2017, 60면.

383) 이계수/오동석/최정학/오병두, 군 사법제도 운영 및 인권침해현황 설문조사, 국가인권위원회, 2004, 194면.

다. 관할관 제도와 문제점

군사법원법 제7조에서는 관할관에 대한 규정을 두고 있다. 관할관이라 함은 군사법원이 설치되어 있는 부대의 장을 말한다. 고등군사법원의 관할관은 국방부장관으로 하며(군사법원법 제7조 제2항), 보통군사법원의 관할관은 그 설치되는 부대와 지역의 사령관, 장 또는 책임지휘관으로 한다. 다만, 국방부 보통군사법원의 관할관은 고등군사법원의 관할관이 겸임한다(군사법원법 제7조 제3항). 고등군사법원은 국방부에 설치하고(군사법원법 제6조 제1항) 보통군사법원은 별표와 같이 설치하되(군사법원법 제6조 제2항),³⁸⁴⁾ 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태시에는 제2항의 보통군사법원외에 편제상 장성급 장교가 지휘하는 부대 또는 기관에 설치(군사법원법 제6조 제3항)할 수 있다. 따라서 어떤 경우에도 관할관은 장성급 장교 이상이 된다.

관할관 제도를 두는 이유는 관할관이 지휘관으로서의 권위를 유지하고, 조직을 완전히 장악할 수 있으며, 군대의 존립 목적인 전쟁에서의 승리를 확보하기 위하여 평시 전쟁을 대비하고 각종 훈련 및 평시 지휘권을 확고하게 유지하고 이를 통하여 군은 조직의 질서와 기율을 유지하며, 전투력을 보존·발휘할 수 있도록 하기 위해 도입된 것이라고 한다.³⁸⁵⁾ 전시에 승리하기 위해서는 평시부터 지휘관의 명령이 철저히 이행되어야 하며 엄정한 군기강이 확립이 필요하므로 군 지휘관으로 하여금 지휘권이 확보되기 위해서는 징계권만으로는 미흡하고 어느 정도의 범위에서 형벌권의 행사가 뒷받침되어야 하기 때문에 이를 법적으로 명문화시켜 관할관의 지휘권을 보장하고 소속 장병들에 대한 인사관리를 효율적으로 할 수 있도록 하며, 군형법상 법정형이 과도하게 엄중한 것을 완화하여 관할관의 확인조치를 통해 형량을 감경해 줌으로써 형량의 구체적 타당성을 도모하고자 하는 것이다.³⁸⁶⁾

군사법원법에 규정되어 있는 관할관의 권한은 해당 군사법원의 행정사무를 관할하

384) 여기에 해당하는 부대로는 국방부에 국방부, 육군에는 육군본부, 제1·3야전군 사령부, 제2작전사령부, 육군교육사령부, 육군군수사령부, 육군특수전사령부, 수도방위사령부, 제1-제8군단사령부, 수도군단사령부, 해군에는 해군본부, 해군작전사령부, 제1·2함대 사령부, 해병대사령부, 해병 제1·2사단, 공군에는 공군본부, 공군작전사령부, 공군공중기동정찰사령부, 공군공중전투사령부, 공군교육사령부, 공군방공유도탄사령부, 공군방공관제사령부가 해당된다(군사법원법 제6조 제2항 별표).

385) 김현주, “군사법제도 개선의 핵심쟁점에 대한 연구,” 형사정책, 제20권 제1호, 2008, 50면.

386) 오경식/김범식/이현정, 앞의 책, 71-72면.

는 권한(군사법원법 심판관 임명권(군사법원법 제24조), 재판관 지정권(군사법원법 제25조), 군사법원의 판결에 대한 확인조치권(군사법원법 제379조) 등이 있다. 헌법에서는 헌법과 법률이 정한 법관에 의해 법률에 의한 재판을 받을 권리(헌법 제27조 제1항), 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니할 권리(제27조 제2항), 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리(제27조 제3항)를 규정하고 있다. 군사법원법에서도 군사법원의 재판관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다(군사법원법 제21조 제1항)라고 규정하여 군사법원의 재판관이 헌법과 법률이 정한 법관의 범주에 포함되도록 하고 있다.

따라서 군사법원의 재판에서 헌법상 문제가 될 수 있는 것은 관할관의 확인조치이다. 관할관의 확인조치는 법관에 의해 행해진 재판결과를 최종적으로 법관의 자격이 없는 지휘관이 바꿀 수 있다는 점에서 문제될 수 있다. 이러한 관할관의 확인조치권은 실제 사례에서 관할관에 의한 확인조치로 재판의 결과가 바뀌는 경우가 많지 않더라도 헌법에서 규정하고 있는 법관에 의해 재판받을 권리를 침해한다고 볼 수도 있기 때문에 문제의 소지가 있다.

관할관의 확인조치권과 관련하여 사법권에 대한 행정권의 지나친 간섭이 문제될 수 있다. 군사법원법에서는 군사재판 재판관의 자격을 제한하고 군사법원의 독립성을 보장하고 있으나 관할관은 헌법과 법률에 정한 법관에 포함시킬 수 없으며, 법관이 아닌 관할관이 판결내용에 실질적인 변경을 가할 수 있는 권한인 확인조치권을 가지고 있다는 점에서 소송법적인 기본원리에 반한다고 할 수 있다.³⁸⁷⁾

관할관제도와 관련하여 가장 문제되는 것이 자의적 권한행사의 위험성 및 견제수단의 미비이다. 형의 감경 여부 및 그 정도에 대한 제한규정이 없기 때문에 형을 감경할 것인지 하지 않을 것인지의 여부 및 감경한다면 그 정도는 어느 정도까지 할 것인지가 관할관의 재량에 맡겨져 있어, 자칫 관할관의 권한남용의 위험도 있다.³⁸⁸⁾ 현실적으로 확인조치권의 행사는 관할관의 개인성향에 따라서 부대별로 확인조치 여부 및 감경의

387) 한석현/이재일, 군사법원법상 관할관·심판관제도 개선방안, 국회현안보고서 제191호, 국회입법조사처, 2013.4.5., 10면.

388) 오경식/김범식/이현정, 앞의 책, 77-78면.

정도가 상이하여 양형상의 불균형을 초래하고 있는 실정이다.³⁸⁹⁾ 법률 비전문가인 관할관에 의해 최종적으로 판결이 확정되면서 관할관의 성향에 따라 비슷한 사안에 상이한 처벌이 내려질 수 있다는 문제가 있으며 관할관의 권한에 대한 견제수단이 없는 것도 문제이다.

라. 심판관제도와 문제점

군사법원법 제22조에 의하면 보통군사법원은 재판관 1명 또는 3명으로(제1항), 고등군사법원은 재판관 3명 또는 5명으로(제2항) 구성하는데 재판관은 군판사와 심판관으로 하고 재판장은 선임(先任)군판사가 된다고 규정하여(제3항) 재판관에 군판사 외에 심판관을 포함시킬 수 있도록 하고 있다. 심판관의 임명과 자격은 제24조에 규정하고 있는데 영관급 이상의 장교중 1. 법에 관한 소양이 있는 사람, 2. 재판관으로서의 인격과 학식이 충분한 사람을 관할관이 임명한다(제24조 제1항). 관할관의 부하가 아닌 장교를 심판관으로 할 때에는 해당 군 참모총장이 임명한다(동조 제2항).

심판관은 일정 기간 또는 일정 지위에 있는 사람이 상설적으로 맡는 것이 아니라 임명의 필요성이 있을 때 관할관이 지명하고, 심판관의 신분은 당해 재판에 한정된다. 심판관을 맡을 수 없는 자는 1) 헌병·군종 병과의 장교, 2) 수사 관련 부서에 근무 중인 장교, 3) 형사처벌을 받은 장교로서 그 처벌이 실효 또는 일반사면 되지 아니한 장교, 4) 징계처분을 받은 장교로서 그 징계기록이 말소되거나 그 처분이 일반사면 되지 아니한 장교는 심판관으로 임명될 수 없도록 하고 있다.³⁹⁰⁾ 2016년 군사법원법 개정전에는 재판장은 선임재판관 즉 계급이 높은 사람이 맡았기 때문에 군판사에 비해 계급이 높은 심판관의 경우 재판장의 역할을 수행하여 재판에 영향을 미칠 수 있는 경우가 많았다. 2016년 군사법원법 개정으로 재판장은 선임 군판사가 맡도록 개정하여(군사법원법 제22조 제3항) 재판관으로서의 지위만 가지고 있어 개정전에 비해 영향이 줄어들었다. 그러나 심판관은 재판관으로의 역할을 수행하기 때문에 역할이 적지 않다. 심판관은 당해 재판에 있어서는 군판사인 재판관과 마찬가지로의 역할을 수행한다. 따라서 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하여야 한다.

389) 한석현/이재일, 앞의 글, 37면.

390) 관할관·군검찰부·심판관의 임명 및 권한에 관한 훈령 제11조 제1항.

심판관제도는 군의 특수성을 반영한 제도로 군사재판에 있어서 군의 특수성을 반영하여 지휘권을 보장하고 군의 전투력을 최상의 상태로 유지하기 위한 것으로, 풍부한 군 경험을 가진 영관급 이상 장교 중에서 임명되어 군대 지식과 경험을 재판과정에 반영함으로써 군사재판의 합리적 운용에 기여하고 범죄예방 및 준법의식 파급에 기여하기 위한 제도이다.³⁹¹⁾

심판관제도의 가장 큰 문제점은 법관이 아닌 자가 재판관으로 참여함으로써 우리나라의 기본적 이념인 법관으로부터 재판을 받을 권리를 제한하는 것이다. 이에 대하여 헌법재판소는 “헌법이 군사법원을 특별법원으로 설치하도록 허용하되 대법원을 군사재판의 최종심으로 하고 있는 점, 재판상의 독립과 재판관의 신분을 보장하고 있는 점” 등을 들어 심판관제도가 합헌이라고 결정한 바 있다.³⁹²⁾ 이러한 헌법재판소의 결정에도 불구하고 심판관 제도는 비전문가인 일반 군장교가 재판에서 재판관과 동일한 자격으로 관여하고 있기 때문에 법관에 의한 재판의 원칙에 부합한다고 하기는 힘들다.

군사법원법에서도 재판의 독립성을 보장하기 위하여 제21조에 재판관의 독립 규정을 두고 있다. 재판관의 일원인 심판관은 당해 사건에서는 법관이기 때문에 군판사인 재판관과 마찬가지로 법률과 양심에 따라 재판해야 한다. 그러나 재판이 있을 때마다 관할관이 부하장교인 현역장교 중에서 심판관을 지정하기 때문에, 관할관의 개인적 의견이 심판관을 통하여 재판과정에 개입할 수 있는 가능성은 여전히 존재하며, 군의 특수성을 감안하여 두고 있는 제도인 심판관제도가 심판관의 법률지식의 결여로 합의 과정이나 양형과정에서 형식적인 위치만을 가지고 있어 제도취지와는 맞지 않는 역할을 하고 있다는 문제점이 지적되고 있다.³⁹³⁾ 이러한 문제 때문에 군사재판에 대한 신뢰는 낮아질 수 밖에 없어 신뢰를 높일 수 있는 방안이 필요하다.

391) 한석현/이재일, 앞의 글, 50면.

392) 헌법재판소 1006.10.31, 93헌바25결정.

393) 한석현/이재일, 앞의 글, 55-56면.

제2절 법원개혁의 방향

1. 법원의 민주화

1987년부터 다양한 사법개혁 논의들이 있어 왔으며 이 가운데 법원개혁 과제로는 법조일원화 실시, 양형기준법 제정 및 영장항고제 도입, 대법관 증원 및 구성 다양화, 판결문공개, 법관평정강화 및 연임제 실질화 등이 중심이 되었다.³⁹⁴⁾ 그러나 사법개혁 내지 법원개혁에서 가장 중요한 것은 법원의 민주화와 국민의 권리를 보장하는 실질적 개혁이다. 사법의 민주화를 위해서는 사법과정이 국민에 대하여 열려 있을 뿐 아니라, 국민들이 적극적이고 능동적으로 사법과정에 참여할 수 있는 기회가 확대되어야 하며, 법관의 법판단과 그 전제가 되는 법의 해석이 시민사회의 다양한 가치들을 반영하여 이루어지고 또 수정되고 변화할 필요가 있다.³⁹⁵⁾

현재 약 90%에 해당하는 판사들이 사법행정권자로부터 불이익을 받을까 염려하고 있고, 약 97%에 해당하는 절대 다수가 현재의 사법행정이 법관의 독립을 침해하는 요소가 있어 제도가 개선돼야 한다고 생각하고 있는 설문결과³⁹⁶⁾를 볼 때 법원의 민주화는 매우 중요하다.

이를 위해서는 법원의 의사결정구조의 민주화가 필요하다. 따라서 자문기관인 판사회의를 의결기구화하는 한편 전국 판사들을 대표하는 기관인 전국법관회의를 상설기구화할 필요가 있다. 재판업무를 담당하는 판사들이 사법부에 관한 실질적인 의사결정의 주체로 참여할 필요가 있기 때문이다.³⁹⁷⁾

현행 법원조직법상 고등법원·특허법원·지방법원·가정법원·행정법원 및 회생법원과 대법원규칙으로 정하는 지원에 사법행정에 관한 자문기관으로 판사회의를 둔다고 규정하고 있다(법원조직법 제9조의2 제1항). 여기에 해당하는 지원은 판사 정원 10인 이상인 지원이다(판사회의의 설치 및 운영에 관한 규칙 제2조). 사법행정권의 비대화와 사법관료화 문제를 해결하기 위해서는 법원 내에서의 민주성을 회복하는 것으로 사법행정에 법관의 참여와 자치의 강화가 필요하며, 이를 위해서 판사회의와 전국법

394) 오현철, 앞의 글, 47-48면.

395) 한상희, 대법관 임명절차의 문제점과 개선방안, 21면.

396) 김영훈, 앞의 글, 21면.

397) 이용구/유지원, 앞의 글, 35면.

관회의를 강화할 필요가 있는 것이다.

이러한 이유에서 이종걸 의원은 2017년 3월 7일 법관의 독립성을 보장하기 위한 법원조직법 개정안을 발의하였다. 이 개정안에서는 일선 법원장에게 주어진 법관의 사무분담 권한을 판사회에서 선출된 판사로 구성된 판사회의 운영위원회로 이양하도록 하였다.³⁹⁸⁾ 현행법에는 재판 사무 등의 사무분담을 해당 법원의 장이 정하도록 규정되어 있는데, 각급 법원의 장이 사무분담 권한을 가지면서 인사권과 결부되어 법관들의 줄서기, 눈치보기, 자기검열의 폐해가 발생하고 재판에 부당한 영향을 끼칠 수 있다는 우려가 있어 왔다.³⁹⁹⁾

이러한 문제를 해결하기 위해 대법원장에게 집중된 사법행정권을 법관 선출 위원을 포함한 다수의 위원으로 구성된 합의제 기구에 귀속시킴으로써 사법행정이 1인이 아닌 다수에 의하여 민주적이고 투명하게 이루어지게 할 필요가 있으며, 이렇게 법관의 인사가 다수에 의하여 민주적으로 결정되면 법관이 재판업무에서 독립적으로 임할 수 있는 바탕이 될 수 있다.⁴⁰⁰⁾

사법행정의 민주적 정당성을 높이기 위해서는 법관이 이를 담당하는 것보다 국민의 대의기관인 국회 등에 의하여 선출된 위원을 참여시키는 것이 민주적 정당성 측면에서 바람직하며, 또한 다양한 배경을 가진 다수의 위원들이 사법행정에 참여함으로써 사법행정을 국민의 눈높이에서 민주적으로 통제할 수 있다. 다양성을 갖춘 합의제 기구가 대법원 구성에 관여하면 대법관 구성의 다양화를 좀 더 쉽게 구현할 수 있다는 등의 장점이 있고 합의제 기구가 정치적 외압에 대한 효과적인 방패가 될 수 있다는 점에서⁴⁰¹⁾ 법원의 민주화를 촉진시킬 수 있을 것이다.

398) 이종걸 의원 보도자료, 2017.3.8, <http://blog.naver.com/leejongkul/220952876503>, 2017.8.22. 검색.

399) 이종걸 의원, 앞의 보도자료.

400) 성장익, “독립적 사법행정기구 신설제안,” 법원개혁의 좌표찾기 -법원의 민주화와 법원행정체 개혁을 중심으로, 참여연대/민주사회를 위한 변호사모임/인권법학회/국회의원 노회찬/정성호/박주민/이용주 공동주최 토론회 자료집, 2017.6.27, 27면.

401) 성장익, 앞의 글, 28면.

2. 사법의 독립

가. 사법의 독립에 관한 국제적 기준

사법부의 독립과 관련하여 인권에 관한 모든 국제적, 지역적 일반조약들은 독립적이고 공평한 법원에서 민, 형사상 공정한 심리를 받을 권리를 보장한다.⁴⁰²⁾ 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(The International Covenant on Civil and Political Rights, 1966) 제14조 제1항에서는 “모든 사람은 재판에 있어서 평등하다. 모든 사람은 그에 대한 형사상 죄의 결정 또는 민사상 권리 및 의무의 다툼에 관한 결정을 위하여 법률에 의하여 설치된 권한 있는 독립적이고 공평한 법원에 의한 공정한 공개 심리를 받을 권리를 가진다”라고 규정하고 있고, 자유권규약위원회는 ‘독립적이고 공평한 법원에서 심리받을 권리는 어떠한 예외도 인정되지 아니하는 절대적 권리(an absolute right that may suffer no exception)’라는 입장을 명백히 밝히고 있다.⁴⁰³⁾

사법부의 독립과 관련하여 가장 주목받는 국제규범은 1985년 사법부의 독립에 관한 기본원칙(Basic Principles on the Independence of the Judiciary)이다. 이 기본원칙은 밀라노에서 개최된 제7회 범죄예방 및 범죄자 처우에 관한 유엔 회의(7th United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders)에서 채택되고,⁴⁰⁴⁾ 같은 해 12월 유엔 총회에서 만장일치로 승인되었다.⁴⁰⁵⁾ 이 기본원칙은 사법부의 독립에 관한 문제에 대하여 유엔의 구성 국가들에 의하여 국제적으로 승인된 견해로 볼 수 있다. 기본원칙에서는 ① 사법부의 독립, ② 표현과 결사의 자유, ③ 자격, 선발 및 직업교육, ④ 근무조건과 재직기간, ⑤ 직업상 비밀유지 및 면제, ⑥ 징계, 정직 및 해임 등에 관하여 규정하고 있다. 사법부의 독립과 관련한 규정은 여러 가지가 있으나 가장 중요한 것은 사법부의 독립을 명문으로 규정하고 다른 정부

402) 유엔인권최고대표사무소(국제인권법연구회 역), 국제인권법과 사법-법률가(법관, 검사, 변호사)를 위한 인권편람, 2014, 146면.

403) Communication No. 263/1987, Miguel Gonzalez del Rio v. Peru, CCPR/C/46/D/263/1987 2 November 1992, http://ccprcentre.org/files/decisions/263_1987_Gonzalez_del_Rio_v_Peru_.pdf, 2017.8.15 검색.

404) 1985년 8월 26일부터 9월 5일까지 밀라노에서 개최된 회의이다.

405) General Assembly resolutions 40/32 of November 1985 and 40.146 of 13 December 1985, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>, 2017.8.15. 검색.

기관은 사법부의 독립을 지키고 존중해야 한다는 원칙(제1원칙). 조약 당사국에 대하여 사법부가 그 기능을 적절히 수행할 수 있도록 충분한 자원을 제공할 의무를 규정한 원칙(제7원칙) 등이 있다.

법관의 독립과 관련한 원칙 가운데에는 법관은 항상 직무상 존엄과 사법부의 공평과 독립을 유지하여야 한다는 원칙(제8원칙), 나아가 법관들은 자신들의 이익을 대변하고, 전문적인 교육을 촉진하며 사법독립을 보호하기 위하여 자유롭게 법관 단체 또는 다른 단체를 결성하거나 가입할 수 있어야 한다는 원칙(제9원칙), 법관의 승진제도가 존재하는 경우 법관의 승진은 객관적인 요소, 특히 능력, 성실 및 경력에 근거하여야 한다는 원칙(제13원칙) 등이 중요한 요소이다.

나. 우리나라의 사법부의 독립

우리나라의 경우 사법부의 독립과 관련하여 해방 이후 형식적으로는 완전한 독립성을 보장받고 있었으나, 과거 실질적으로 정치에 예속된 경우도 적지 않았다. 해방 이후 독재정권과 권위주의 체제하에서의 정치사법이라는 오명을 딛고 1987년 민주화 이래 우리나라 법원은 입법부나 행정부에 비해 정권으로부터의 독립성을 유지하고 있다. 사법부의 독립이라는 명제는, 개별적으로 문제가 발생하는 경우도 있으나 전체적으로는 큰 문제가 없는 것으로 보인다. 예산이나 조직의 독립, 정치권력에 의한 대법원장의 지명 등 제도적인 개선이 필요한 부분은 있으나 체계 전반의 측면에서는 기관 자체의 독립성의 강화를 위한 요청은 그리 강하지 않다.⁴⁰⁶⁾

사법부의 독립을 보장하기 위해 법원조직법에서는 대법원장을 정점으로 한 대법관 회의를 두고, 집행기관인 법원행정처가 전체 사법행정을 관장하고 대법원장의 위임을 받은 법원장이 소속 법원의 사법행정을 관장하도록 하고 있는데 이와 같이 사법행정이 법무행정으로부터 분리되어 있고 대법원이 규칙제정권을 가짐으로써 행정부로부터 사법부의 독립과 재판의 독립성을 보장하기 위해 노력하고 있는데, 대통령이 국회의 동의를 받아 대법원장과 대법관의 임명권을 가지고 정부가 국회의 사법부 예산안을 편성하고 심의, 확정하는 권한을 가지고 국회의 국정감사권을 가지는 것은 사법부에

406) 한상희, 대법관 임명절차의 문제점과 개선방안, 22면.

대한 민주적 통제이기 때문에 사법부의 독립을 훼손하는 것이 아니다.⁴⁰⁷⁾ 오히려 지금은 사법부가 사법적극주의라는 이름으로 행정부의 국책사업 등에 관여하는 등 사법부의 권한이 커지고 있는 것이 문제될 정도로 우리나라에서의 사법부의 독립보다 오히려 사법부의 권한의 비대화에 대한 우려마저도 나오고 있는 것이 현실이다. 우리나라에서 법원독립과 관련하여 문제되는 것은 사법부가 행정부나 입법부로부터의 독립이 문제가 아니라 대법원장의 권한 비대화와 법관의 관료화현상으로 법관의 '법률과 양심에 따른 재판관'의 보장이 문제가 되고 있다. 즉 법원내부에서 사법행정권이 법관의 독립을 해치는 것이 문제인 상황이다.

3. 대법원장 임명과 대법관의 임명 및 구성의 다양화

가. 대법원장과 대법관의 임명

현행 헌법상 대법원장은 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명하고, 대법관은 대법원장의 제청으로 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명하도록 하고 있다(헌법 제104조). 대법원장의 임명과 관련하여서도 대통령이 자의적으로 임명하는 것이 옳은지 법관의 선거에 의하거나 국민의 선거에 의해 뽑는 것이 좋을지는 검토하여야 할 사항이다. 현재의 체제하에서도 대법관은 대법관후보추천위원회를 통하여 추천을 받아 그 가운데서 대법원장이 임명을 제청하고 있다(법원조직법 제41조의2).

〈표 5-1〉 시기별 대법원장, 대법관 임명방법

구분	대법원장 임명	대법관(대법원판사)임명
제헌헌법 (1948.7.17.제정)	대통령이 임명하고 국회 승인(제78조)	대법원장, 대법관, 각 고등법원장으로 구성되는 법관회의 제청으로 대통령이 임명
1960년 헌법 (1960.6.15. 개정)	법관의 자격 있는 자로 구성되는 선거인단에서 선거하고 대통령이 확인함 (제78조)	
1962년 헌법 (1962.12.26. 개정)	법관추천회의의 제청, 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명(제99조 제1항)	대법원판사 : 대법원장이 법관추천회의의 동의를 얻어 제청하고 대통령이 임명(제99조 제2항)

407) 이용구/유지원, 앞의 글, 34면.

구분	대법원장 임명	대법관(대법원판사)임명
1972년 헌법 (1972.12.26. 개정)	대통령이 국회의 동의를 얻어 임명(제103조 제1항)	대법원장의 제청으로 대통령이 임명(제103조 제2항)
1980년 헌법 (1980.12.27. 개정)	국회의 동의를 얻어 대통령이 임명(제105조 제1항)	대법원판사 : 대법원장의 제청에 의하여 대통령이 임명(제105조 제2항)
1987년 헌법 (1987.10.29.개정)	국회의 동의를 얻어 대통령이 임명(제104조 제1항)	대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명(제104조 제1항)

〈한상희, 대법관 임명절차의 문제점과 개선방안, 28-29면의 표를 참조하여 재작성〉

이 표에서 보는 바와 같이 대법원장의 임명은 1960년 4.19 혁명 이후 개정된 헌법에서(이 때에는 내각책임제를 채택하였다) 법관의 자격 있는 자로 구성된 선거인단에서 선거하고 대통령이 확인하도록 한 것 외에는 모두 대통령이 국회의 동의 또는 승인을 얻어 임명하는 것으로 되어 있다. 대법관의 임명에서도 1960년 헌법에서는 선거인단에서 선거하고 대통령이 확인하도록 한 것 외에는 1962년 헌법에서 대법원장이 법관 추천회의의 동의를 얻어 제청하고 대통령이 임명하는 방식과 제헌헌법에서 대법원장, 대법관, 각 고등법원장으로 구성되는 법관회의 제청으로 대통령이 임명하는 방식을 제외하고는 모두 대법원장의 제청에 의하여 대통령이 바로 임명하거나 국회의 동의를 얻어 임명하는 방식을 채택하고 있다.

이러한 방법은 대법원장은 국회의 동의라는 전제가 있지만 대통령의 의사가 결정적으로 중요하다. 대법관의 선출에서는 대통령과 함께 대법원장의 역할이 매우 중요하다. 대법관이 일반 법관에 대한 인사권을 가지고 있을 뿐만 아니라 대법관 추천에서 대법원장의 권한이 강화되면서 법원 내부에서 대법원장에 반하는 의견을 내기 쉽지 않기 때문에 대법원장을 정점으로 하는 사법부의 관료화의 우려가 있다.

대법관 선임시마다 문제되는 것으로 대법원구성의 민주성과 관련한 논쟁이 있다. 대법관 인선절차가 시작될 때마다 시민사회 등에서는 여성, 장애, 노동, 환경, 복지 등 아직까지 소수자의 위상을 벗어나지 못하고 있는 시민사회 부분이 대법관의 임명 과정에서 반영될 것을 되어야 할 것을 요청해 오고 있는데 대법원은 전제사회를 이루는 각 부분사회의 규범적 지향들을 반영하는 것이어야 하기 때문이다.⁴⁰⁸⁾

408) 한상희, 대법관 임명절차의 문제점과 개선방안, 27-28면.

대법원의 구성이 다양화될수록 소수자에 대한 배려의 목소리가 반영되고 이를 통하여 법을 통한 우리 사회의 진전이 될 수 있을 것이기 때문에 대법원의 구성에서 소수자들의 이익을 대변할 수 있는 인사의 참여는 매우 중요하다. 이와 함께 대법관이 반드시 법조인이어야 하는가에 대한 문제도 검토할 필요가 있다. 이 부분은 우리나라의 경우 헌법재판소가 있기 때문에 대법원은 법조인의 자격을 가지도록 하고, 헌법재판소에서 다양한 출신을 선임하는 것을 고려할 수 있다.

나. 외국의 대법관 구성

(1) 미 국

미국 연방대법원(Supreme Court of the United States)은 대통령이 지명하고 상원의 권고와 동의하에 임명되는 대법원장(Chief Justice), 8명의 대법관(Associate Justice)으로 구성되고 있다. 대법관은 종신직이며, 사망, 사직, 은퇴, 탄핵의 확정에 의해서만 물러나게 된다.⁴⁰⁹⁾ 미국은 따로 헌법재판을 담당하는 기관이 없기 때문에 미국 대법원은 우리나라의 대법원과 헌법재판소 역할을 함께 하고 있다.

대법관 후보 추천은 백악관 보좌관 5인과 법무부 공무원 4인으로 구성된 연방사법추천위원회가 담당하는데, 위원회는 실제 후보자의 선정에 있어 상당 부분 미국변호사협회의 추천에 의존하는 것으로 알려졌다. 대통령은 통상 미국변호사협회의 평가보고서 및 연방사법추천위원회의 추천자 중에서 대법관을 지명하나, 추천과 관계없이 후보자를 지명해도 무방하다.⁴¹⁰⁾ 대통령은 후보자 지명에 있어 크게 업무수행능력, 경력, 성별, 연령, 인종, 민족, 종교, 정치성향, 개인적 친소관계, 정책관심도 등을 종합적으로 고려하나, 우선적으로 자신과 비슷한 정치적 견해를 가진 사람을 지명하는 것으로 알려졌다. 대법관 후보자로 지명되면 상원 사법위원회의 인사청문회를 거쳐 대통령이 임명한다.⁴¹¹⁾

대법관의 자격요건에 대해서는 헌법과 법률에 어떤 규정도 없기 때문에 대통령은

409) 서창식, “해외 주요국의 대법관 구성방법과 시사점,” 이슈와 논점, 국회입법조사처, 제798호, 2014.2.20., 2면.

410) 대한변협신문, 2015.8.31.

411) 대한변협신문, 2015.8.31.

누구나 대법관후보에 지명할 수 있는데, 대부분의 미국 대통령은 자신과 비슷한 정치적 견해를 가진 사람을 대법관후보로 지명하고 있다.⁴¹²⁾ 대법관의 숫자가 많지 않고 임기가 종신제이기 때문에 대통령이 대법원장이나 대법관을 지명할 기회가 많지 않기 때문에 미국의 대법관지명시 자신과 정치적 견해를 같이 하는 사람을 지명하는 것이 문제가 되지 않는다.

(2) 일 본

일본의 경우, 우리나라의 헌법재판소의 역할을 하는 독립기관이 없기 때문에 미국과 마찬가지로 우리 대법원과 헌법재판소를 합친 역할을 최고재판소에서 수행하고 있다. 일본의 최고재판소는 최고재판소 장관과 14인의 최고재판소 판사로 구성되는데 식견이 높고 법률적 소양이 있다고 판단되면 법조인이 아니라도 등용될 수 있으나 적어도 10명은 10년 이상의 재판관 경험자 또는 20년 이상의 법률전문가(검찰관, 변호사, 간이재판소 판사, 대학 법학부 교수) 중에서 등용하여야 한다(재판소법 제41조). 출신분야는 재판관 6명, 검찰관 2명, 변호사 4명, 대학교수 1명, 행정관 1명, 외교관 1명으로 관례화되어 있다.⁴¹³⁾ 이러한 비율에 따라 충원하는 것을 확립된 관례로 삼아 이른바 ‘최고법원 구성의 다양화’를 구현하고 있다.⁴¹⁴⁾

임기만료 등으로 최고재판관에 결원이 발생할 경우 내각은 결원의 출신분야 구성모체로부터 후보자를 단수추천받아 이를 그대로 추인하기 때문에, 일본에서 재판관 임명이 정치적 쟁점이 되는 경우는 드물다. 재판관 할당분은 최고재판소가 주요 고등재판소장관을, 검찰관 할당분은 최고검찰청이 고등검찰청 검사장을, 변호사 할당분은 일본변호사연합회가 도쿄변호사회, 제1도쿄변호사회, 제2도쿄변호사회, 오사카변호사회 회장 출신을, 행정관 할당분은 내각에서 내각 법제국 장관 및 외무성 조약국장 출신을 추천하는 경우가 많은 것으로 알려졌다.⁴¹⁵⁾

412) 서창식, 앞의 글, 2면.

413) 임성근, “일본의 최고재판소 재판관 선발방법,” 제5차 사법개혁포럼 자료집, 한국형사정책연구원, 2017.7.31., 13면.

414) 2014. 11. 11. 법원조직법일부개정법률안(의안번호12415호)이 국회의원 장운석 외 145명에 의해 발의된 법률안 제안이유.

415) 대한변협신문, 2015.8.31.

최고재판소의 장관과 재판관의 정년이 70세로 규정되어 있는데, 재판관은 임명 이후 처음 시행되는 중의원 총선거 시에 최고재판소 재판관 국민심사(신임투표)를 받고, 이후 10년마다 국민심사(파면투표)를 받는다. 심사를 통해 파면된 재판관은 현재까지 없다. 최고재판소 판사가 70세에 정년퇴직하면 같은 출신분야에서 후임이 선택되는 것이 관례로 되어 있기 때문에 일본에서 최고재판소 재판관 임명이 정치적 쟁점이 되는 일은 찾아보기 힘들다.⁴¹⁶⁾

(3) 영 국

영국의 제도는 우리나라와 많이 다르기 때문에 우리와 그대로 비교하는 것은 무리가 있다. 여전히 귀족으로 구성된 상원이 역할을 하고 있으며, 과거 12명의 상원 법률귀족(Law Lords)으로 구성된 상원 상소위원회가 최고사법기관의 역할을 수행하였으나, 2005년 제정된 헌법개혁법(Constitutional Reform Act)에 따라 2009년 10월에 상원으로부터 독립한 대법원이 설치되는 등⁴¹⁷⁾ 우리나라의 법원과는 상황이 다르다. 대법관(Justice of Supreme Court) 12명은 상원의장(Lord Chancellor, 법무부 장관직 겸임)이 구성하는 대법관추천회의(대법원장, 부대법원장, 비법조인 1명이 포함된 각 지역 법관지명위원회 위원 3인)의 추천과 총리의 제청을 받아 여왕에 의해 최종적으로 임명된다. 대법관은 종신제가 원칙이나 재판업무는 75세까지만 종사할 수 있다. 2007년 헌법개혁법을 개정하여 대법관으로 임명되기 위해서는 최소 2년 이상의 고위법관직(high judicial office) 근무경력 또는 최소 15년 이상의 자격있는 변호사(a qualified practitioner)의 조건을 갖추도록 하였다.⁴¹⁸⁾

(4) 독 일

독일의 경우 최고법원을 단일화하지 않고, 그 권한을 5개의 최고사법기관에 분장시키고 있다. 칼스루에에 위치한 독일 최고법원 중 하나인 연방대법원(BGH: Bundesgerichtshof)이 민사와 형사사건에 대한 최종심을 담당하고, 이 외의 최종심급

416) 서창식, 앞의 글, 4면.

417) 서창식, 앞의 글, 2면.

418) 서창식, 앞의 글, 2면.

법원으로 연방노동대법원, 연방재정대법원, 연방사회대법원과 연방행정대법원이 설치, 운영되고 있다.⁴¹⁹⁾ 모든 연방법관의 임명은 법관법 상 법관자격이 있는 자 중에서 각 관장분야에 해당하는 연방장관이 16개 주(州) 법무부장관 및 동수의 연방하원이 선출한 위원으로 구성하는 법관선출위원회와 공동으로 결정하고, 연방대통령이 임명하는데, 그 숫자는 법률로 정해져 있지 않으나 연방대법관의 수는 총320명에 달하는 것으로 알려져 있으며, 특별한 규정이 없는 한 모든 법관은 임기없이 65세의 정년까지 근무한다.⁴²⁰⁾

독일연방대법원은 판례를 통하여 법적 통일성을 견지하는 한편 법형성 작용을 수행하며, 주법원 또는 고등주법원 판결에 대한 상고심 사건을 다룬다. 독일 연방대법원은 재판상 독립과 관련된 이외의 사항에 대해서는 연방법무부의 행정적 지도·감독을 받기 때문에 연방대법관의 선출과 관련하여서는 연방법무부장관이 중요한 역할을 수행한다.⁴²¹⁾ 연방대법원의 법관은 만35세 이상의 독일 국적을 가진 자여야 한다(법원조직법 제125조 제2항). 연방 법무부장관은 추천된 법관에 대한 자료를 위원회에 제출하여야 하며, 위원회는 추천된 후보자가 연방대법원의 법관 자격을 갖추었는지, 나아가 인격적으로 연방대법관으로서의 적격성을 갖추었는지를 판단하는데, 선출과정에서 연방대법원은 후보자 개인과 업무적합성에 대하여 의견서를 제출할 수 있으나, 법관선출위원회에 대하여 구속력을 가지지는 않으며, 법관선출위원회는 비밀투표에서 과반수의 찬성으로 연방대법원의 법관을 추천하는데 이 때 연방 법무부장관은 의결권을 갖지 않는다.⁴²²⁾

(5) 프랑스

프랑스의 최고법원은 민사와 형사사건에 대한 최고법원인 파기원(Cour de Cassation)과 공법영역의 행정소송을 관할하는 행정법원 조직의 대법원격인 국사원(Conseil d'Etat)으로 이원적 체제로 되어 있다. 파기원의 조직과 정원은 법규명령

419) 원소연, “독일의 연방대법관 선출방법,” 제5차 사법개혁포럼 자료집, 한국형사정책연구원, 2017.7.31, 3면.

420) 서창식, 앞의 글, 3면.

421) 원소연, 앞의 글, 3면.

422) 원소연, 앞의 글, 4-5면.

(Decret)으로 결정되는데, 현재 1명의 파기원장과 6명의 재판국장, 84명의 파기원 판사가 민사사건을 담당하는 5개 재판국과 형사재판을 담당하는 1개 재판국 등 총 6개의 재판국에 배치되어 있으며, 파기원 판사는 최고사법관회의의 제청을 받아 대통령이 임명하고 있는데 대법관의 임기는 없으며, 대부분 65세 정년까지 근무한다.⁴²³⁾ 최고사법관회의는 법원 운영과 법관의 인사에 관여하고 있는 헌법기관으로 2008년 헌법개정으로 비법조인의 비율을 높여(사법관 7명, 비사법관 8명) 최고사법관회의의 개방성을 강화하였다.⁴²⁴⁾

다. 대법원 구성의 다양화 방안

(1) 대법원 구성의 다양화 필요성

대법원의 구성의 다양화는 일반국민들이 크게 중요하게 생각하지는 않는 문제이다. 그러나 대법원의 판결은 국민의 일상생활에 적지 않은 영향을 미치게 된다. 대법원은 최종적인 법해석과 법적용의 권한을 가지며, 대법원에 의해 행해진 법해석이 실제로 하급심을 구속하기 때문이다. 실제 국민의 생활에 중대한 영향을 미친 판결들을 보면 여러 경우가 있다. 예를 들면 1988년 여성 전화교환원 정년퇴직처리 무효확인 사건⁴²⁵⁾의 경우 남녀차별적인 규정을 바로잡는 계기가 되었다. 한국전기통신공사가 1981년 직원 정년을 43세에서 55세로 높이는 규정을 마련했다가 전화교환원의 정년만 43세로 낮추자 대법원은 “근로기준법 제5조에서 말하는 남녀간의 차별적인 대우란 합리적인 이유 없이 남성 또는 여성이라는 이유만으로 부당하게 차별대우하는 것을 의미한다고 할 것이므로 교환직렬직종의 정년을 43세로 정하고 있는 것은 합리적인 이유 없이 여성근로자들을 조기퇴직하도록 부당하게 낮은 정년을 정한 것이라면 근로기준법의 남녀차별금지규정에 해당되어 무효”라고 판결했다.⁴²⁵⁾

2005년 여성에게 중중원의 지위를 인정한 판결은 남녀차별 의식을 획기적으로 바꾼 판결로 인정되고 있다. 당시 용인시 수지읍 일대 중중토지를 팔아 350억원을 받게 되자 이를 분배하는 과정에서 나이와 성별에 따라 차등지급하였으며, 기혼여성에게는

423) 서창식, 앞의 글, 3면.

424) 서창식, 앞의 글, 3면 주 14.

425) 대법원 1988.12.27. 선고 85다카657판결.

분배되지 않았다. 이에 대하여 용인 이씨 가문의 기혼여성들이 여성자손도 자손이라는 취지로 제기한 소송에서 대법원은 “과거 중증은 남계혈족 중심의 가문유지와 계승을 위한 종원들 상호간의 생활공동체라고 할 수 있었으나, 현대에는 개인주의의 발달과 남녀평등의식이 확산되는 등 사회환경이 변화하여 여성도 종중원으로 활동하고 있는 현실이 확산되고 있기 때문에 남성만을 종중원으로 인정해 왔던 관습법은 헌법이 남녀평등사상을 명시하고 있기 때문에 더 이상 법적 효력이 없다”고 판결했다.⁴²⁶⁾

이 밖에도 대법원의 판결로 많은 변화가 있었다. 성전환자의 호적정정을 허가한 2006년 판결은 성소수자들의 인권을 한층 신장시켰다는 평가를 받고 있으며, 피의자 인권신장 측면에서도 대법원의 역할이 컸다. 강압적인 상황에서 얻은 자백 진술의 효력을 인정하지 않은 걸개그림 국가보안법 위반 사건, 진술거부권을 알리지 않고 얻은 진술의 증거능력을 인정하지 않은 신이십세기파사건, 함정 수사를 통해 범죄를 유발한 것은 불법임을 명시한 필로폰 함정수사 사건 등이 그 예다.⁴²⁷⁾

이처럼 법원의 역할은 국민생활에서 중요하다. 법원이 본연의 기능을 다하도록 하기 위해서는 법원이 최종판단자로서의 기능을 할 뿐만 아니라 분쟁을 조정하는 기능을 강화할 필요가 있다. 법관은 판단자이기 이전에 분쟁당사자 사이의 의사소통을 매개하며 다양한 이해관계의 주장을 심판하여야 하며, 이를 위해서는 법원의 의사결정 과정에 대한 시민들의 접근을 촉진할 필요가 있으며, 이를 위해 종래와는 다른 사법체계의 구성이 검토되어야 한다.⁴²⁸⁾

일반 법관의 경우 경력법조인을 법관으로 임용하는 제도를 통해 과거와는 달리 사법시험에 합격하고 사법연수원을 갓 수료한 사람을 법관으로 임용하지 않고 법조인으로서의 경험을 가진 사람을 법관으로 임용하고 있다. 그러나 대법원의 구성원인 대법관 임용은 사회의 다양한 가치관을 반영시키기에는 순혈주의 인사 폐쇄성의 벽이 여전히 높은 것이 현실이며, 이런 점에서 오랫동안 개혁과제의 하나로 논의되고 있는 대법관 구성의 다양화를 실현하여 최고법원의 판결에 사회의 다양한 가치관과 건전한 국민 법감정을 담아낼 수 있는 대법원 인사 혁신이 긴요하다고 할 수 있다.⁴²⁹⁾

426) 대법원 2005.7.21. 선고 노2002다1178판결.

427) 노컷뉴스, 2008.9.17., <http://www.nocutnews.co.kr/news/496237>.

428) 한상희, “대법관 임명절차의 문제점과 개선방안,” 21면.

429) 2014. 11. 11. 법원조직법일부개정법률안(의안번호12415호)이 국회의원 장운석 외 145명에 의해 발의된 법률안 제안이유.

현행 법원조직법은 대법원장과 대법관의 임용자격으로 판사 외에도 검사, 변호사, 변호사 자격이 있는 사람으로 공공기관이나 그 밖의 법인에서 법률사무에 종사한 사람, 변호사 자격이 있는 사람으로서 법학 교수로 재직한 자 등 여러 직역에 문호를 개방함으로써 대법관 구성의 다양화에 필요한 법적 근거를 마련해 놓고 있다(법원조직법 42조 제1항 제1호-제3호). 이 조항으로 볼 때 대법원 구성의 다양성을 지향하고 있음에도 대법관 임명의 실제에 있어서는 검사출신의 1-2명을 제외하고는 대부분 현직판사를 임용하고 있는 실정이다. 1980년대 이후 임명된 대법관 84명의 출신 지역이 현직 판사에서 대법관으로 승진 기용된 경우가 68명으로 전체의 81%에 이르고, 나머지 16명도 검사 출신 9명을 제외하면 모두 판사 출신의 변호사, 법학교수임을 감안하면 전체 대법관의 89%가 판사 출신에 편중되어 있다.⁴³⁰⁾

대법원이 국민의 다양한 의견을 모으고 반영하기 위해서는 이러한 인력 구성에 변화가 필요하다. 이러한 인식하에서 시민단체들에서는 꾸준히 대법원구성 다양화를 주장하고 있는데 참여연대의 경우 사회적 다양성을 최우선적 지향으로 내세우며 이념적 다양성, 사회적 다양성, 층원구조의 다원화 등을 대법관 및 헌법재판관의 인선 기준으로 주장했다.⁴³¹⁾ 대법원의 의사결정과정에서 타당한 결정을 이끌어낸다는 측면도 있지만 동시에 관료법관들로 대변되는 다수자사회의 이익이나 관심들을 민주적으로 견제하고 통제하는 한편 다수자의 이익과 소수자 또는 부분사회의 이익을 조정하고 중재함으로써 균형잡힌 사법결정이 이루어져야 한다는 것이다.⁴³²⁾

(2) 추천위원회의 개선

사법부는 정치권력으로부터 독립하여 재판의 독립성과 공정성을 지켜야 하지만, 국민의 감시와 통제가 있을 때 민주적으로 기능할 수 있다. 이런 점을 감안할 때 현재의 대법관후보추천위원회를 확대, 개편하여 대법관 뿐만 아니라 대법원장 추천도 할 수 있도록 함과 동시에 법조인 뿐만 아니라 일반 시민대표의 참여를 제도적으로

430) 2014. 11. 11. 법원조직법일부개정법률안(의안번호12415호)이 국회의원 장운석 외 145명에 의해 발의된 법률안 제안이유

431) 참여연대, “균형잡힌 대법원·헌법재판소 구성을 위한 시민추천운동을 시작하며,” 기자회견 자료, 2003.6.18.

432) 한상희, “대법관 임명절차의 문제점과 개선방안,” 29면.

보장할 필요가 있다. 추천을 복수로 할 경우 대통령의 지명권을 크게 침해하지는 않는 것으로 생각된다.

현행 법원조직법은 대법관후보추천위원회의 정수를 위원장 1명을 포함한 10명으로 규정하고 있다(법원조직법 제41조의2 제2항). 이 중 법조인은 5명(선임대법관, 법원행정처장, 대법관 아닌 법관, 법무부장관, 대한변호사협회장)으로 반수를 차지하고 있으며, 한국법학교수회 회장과 법학전문대학원협의회 이사장이 당연직으로 참여하고 있다. 나머지 3명의 위원은 학식과 덕망이 있고 각계 전문분야에서 경험이 풍부한 사람으로서 변호사자격을 가지지 아니한 사람을 위촉하도록 하고 있으며, 이 경우 1명 이상을 여성으로 하도록 하고 있다(법원조직법 제41조의 2 제3항 각호). 이에서 보는 바와 같이 대법관추천위원회 위원 중 3명이 현직 법관이며, 대법원장은 별도로 변호사 자격이 없는 3명의 추천위원을 위촉할 수 있어, 추천위원 과반수를 대법원장이 사실상 좌우하는 문제가 있다. 이에 대해서 시민단체에서는 꾸준히 문제를 제기하여 왔다. 대법관추천위원회는 추천 필요가 있을 때마다 구성되는 임시위원회이기 때문에 구성은 매번 달라질 수 있다. 이에 대해 시민단체에서는 2015년에도 추천위 중 여성은 소비자시민모임 회장 단 1명뿐이며 추천위 규정에도 '비법조인 중 여성 1명 이상'이라고만 명시되어 있어, 추천위 자체부터도 성별평등 확보가 불가능해 대법관도 남성 일색의 후보들이 추천될 수 밖에 없는 데 영향을 미친다고 지적하고 있다.⁴³³⁾

이런 점을 감안할 때 추천위원회의 구성을 다양화하고, 대법원장이 지명하지 않는 국민의 참여를 늘릴 필요가 있다. 이런 점에서 국회에서 추천위원을 추천하는 방안도 검토할 수 있다. 대법관의 다양성을 확보하고 국민의 요구를 반영하기 위해서는 추천위원회의 다양성 확보를 법제화할 필요가 있다.

참여연대는 20대 국회에서 우선 다뤄야 할 입법과제 69개와 정책과제 15개를 제안하였다.⁴³⁴⁾ 참여연대는 입법과제6으로 사회 다양성 반영한 대법관과 헌법재판관 인선을 위한 법원조직법·헌법재판소법 개정을 제시하고 있다. 그 이유로 “대법원은 국민의 기본권과 일상생활에 중대한 영향을 미치는 법적 다툼에 대해 최종적인 사법적 판단을 함으로써 우리 사회의 방향성을 제시하는 중차대한 기관임. 그러나 대법관들이

433) 참여연대 사법감시센터 논평, 대법관 구성 다양화 가로막는 대법관후보추천위원회, 2015.8.5. <http://www.peoplepower21.org/Judiciary/1352233>, 2017.7.10. 검색.

434) <http://www.peoplepower21.org/Judiciary>, 2017.7.10. 검색.

50대 남성, 서울대 법대, 법관 출신 일색으로 구성되어 있어 대법원 판결이 다양한 사회적 가치나 사회 변화에 발맞추지 못하고 기존의 관례만을 답습하고 있다는 비판이 제기되고 있음. 2015년 대법관후보추천위원회가 처음으로 투명성 제고 등 대법관 제청 절차 개선을 위해 피천거인 중 심사동의자 명단을 공개하고, 공식적인 의견 수렴 절차를 거쳤지만 결국 대법관은 ‘서울대 법대 출신의 50대 남성 현직 고위 법관’ 출신이 임명되었음”이라고 제시하고 있다.⁴³⁵⁾

이러한 문제를 해결하기 위하여는 추천위원의 수를 늘리되 당연직 위원 외의 위원은 국회에서 선출하도록 하고 이들이 과반을 넘도록 함으로써 대법관추천위원회가 사회적 다양성을 가질 수 있도록 해야 한다.

4. 법조윤리의 회복을 위한 방안

로스쿨제도가 도입되면서 변호사가 되기 위해서는 반드시 법조윤리 시험을 거치도록 하고 있다. 이에 대하여 법무부는 법학전문대학원 도입으로 변호사가 대량 배출될 상황을 고려할 때 이해관계의 충돌 등 지역윤리에 관한 규범의 습득은 변호사로서 반드시 요구되는 것이므로 법조윤리를 시험으로 평가하도록 결정하여 변호사시험의 한 부분으로서 법조윤리시험을 도입하게 되었다고 설명하고 있다.⁴³⁶⁾ 선택형 필기시험으로 실시되는데 40문항으로 구성되어 70점을 받으면 합격하게끔 되어 있으며 변호사시험 점수에 합산되지 않도록 하고 있으며, 응시자격은 법학전문대학원의 석사학위를 취득하기 전이라도 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 시행령」 제13조 제1항 제1호의 법조윤리과목을 이수하면 응시할 수 있도록 하고 있다.⁴³⁷⁾ 법조윤리시험의 합격률은 제1회 시험 99.4%를 기록한 이래 제2회 73.9%, 제3회 97.6%, 제4회 76.4%, 제5회 86.7%, 제6회 96.1%, 제7회 98.2%를 기록하는 등 대부분 합격하고 있는 것으로 나타나고 있으며,⁴³⁸⁾ 일종의 통과의례에 불과한 것이 현실이다.

법조윤리교육은 너무 형식적이기 때문에 법조인의 윤리의식을 높이기 위해서는 노동쟁의 현장이나 대규모집회 시위의 현장에 직접 참여해서 그들의 목소리를 듣고

435) <http://www.peoplepower21.org/Judiciary>, 2017.7.10. 검색.

436) https://www.moj.go.kr/HP/lawyer/sub_02/page_01.jsp, 2017. 8. 10 검색.

437) https://www.moj.go.kr/HP/lawyer/sub_02/page_01.jsp, 2017. 8. 10 검색.

438) 법률저널, 2017.7.26., <http://www.lec.co.kr/news/articleView.html?idxno=45044>.

군중들의 행동을 보는 등의 분위기를 체험하는 것이 법률과 양심에 따른 재판에 도움이 될 것이라는 의견도 있다.⁴³⁹⁾

재판은 결국 법관이 하는 것이기 때문에 사법부에 대한 신뢰를 회복하기 위해서는 제도적 측면의 개선과 함께 법관의 의식개혁도 중요하다. ‘전관예우’라는 말이 통용되는 한 사법부에 대한 신뢰는 회복이 어려울 것이다. ‘전관예우’는 국민이 느끼기에는 법관이 자신이 퇴직한 후를 대비하여 불합리한 혜택을 준다고 생각할 수 있다. 재판이 법리가 아니라 변호인이 누구인가에 따라 좌우된다면 사법부에 대한 신뢰도를 높이는 일은 요원할 것이다.

우리나라에서는 전관예우의 폐해의 심각성을 인정하고 이를 개선하기 위하여 사법연수원이나 로스쿨 중심의 법조윤리 교육 강화, 판·검사 출신 변호사의 개업기간과 장소 제한, 전관출신의 유관기관 취업제한, 대법관 등 법조 고위직 출신의 변호사 개업 금지 또는 제한 등을 대책으로 실행하고 있다.⁴⁴⁰⁾

과거 시행되었던 형사사건 수임료 상한제 등의 경우 외환위기시 자유시장경제 체제의 경쟁의 자유, 계약의 자유 등의 명분으로 폐지되었으나, 2007년 김동철의원이 대표발의한 변호사법 개정에서는 형사사건 수임료의 상한선을 정하고, 성공보수를 금지하는 법안에 대해 변호사에 대한 불신에서 나온 합리적인 범위를 벗어난 규제라는 점을 들어 반대하였다.⁴⁴¹⁾ 그러나 과다한 변호사의 수임료는 사회적으로 다시 검토하고 기준을 정할 필요가 있을 것이다.

이와 함께 법관의 윤리를 감독하기 위한 방안으로 법원행정처에 속해 있는 윤리감사관과 윤리감사심의관제도에 대한 개선이 필요하다. 윤리감사관의 지위격상과 함께 외부인이 윤리감사관을 맡을 수 있도록 해야 하며, 윤리감사관실의 조사결과를 법원행정처 내부에서 처리할 것이 아니라 외부인사들이 참여하는 기구에서 처리하도록 할 필요 또한 제기되고 있다. 윤리감사관의 독립을 강화하더라도 법원행정처 소속이기 때문에 윤리감사관의 감찰활동에 의존하는 경우 여전히 법관의 독립을 침해하는 사건이 축소, 은폐되거나 적시에 대응하지 못하는 경우가 있을 수 있기 때문에 전국법

439) 박인환, “법조 신뢰도 제고를 위한 사법개혁 과제,” 바른사회 시민회의 대선포럼 정책토론 시리즈(6), 법조신뢰도 제고를 위한 개혁과제 발제문, 2017. 3. 22, 23면.

440) 박인환, 앞의 글, 24면.

441) 박인환, 앞의 글, 25면.

관회의가 관여하고 법원외부의 사람들로 구성되는 위원회를 통해 윤리감사관의 활동을 제도적으로 보장할 필요가 있다.⁴⁴²⁾

5. 인사권자로부터 법관의 독립강화

우리 헌법은 대법원장과 대법관은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고 대법원장과 대법관이 아닌 법관은 대법관회의의 동의를 얻어 대법원장이 임명하도록 하고 있다(헌법 제104조 제1항 내지 제3항). 헌법은 판사의 보직에 관한 규정을 두지 않고 있으며, 법원조직법에서 대법원장이 판사에 대한 보직을 행하며(법원조직법 제44조 제1항), 판사의 근무성적평정기준에 따른 평정을 하고 그 결과를 연임, 보직 및 전보 등의 인사관리에 반영하도록 하고 있다(제44조의 2 제3항). 이러한 판사에 대한 대법원장의 인사권은 제왕적 대법원장 체제로 비판받는 원인이 되기도 한다.

법관에 대한 인사권자를 누구로 규정할 것인지의 문제는 입법정책의 문제로서 주요 선진국 가운데 일반 법관에 대한 인사권을 대법원장이 가지고 있는 나라는 우리나라가 유일한 것으로 보인다. 미국, 독일, 프랑스는 대통령, 영국은 국왕, 일본은 내각이 각각 법관임명권을 가지고 있다. 그러나 이들 국가에서 사법권 독립이 문제된 경우는 없다. 이로 미루어 볼 때 법관인사와 관련하여 중요한 것은 법관에 대한 인사권자가 누구냐가 아니라 법관에 대한 인사권의 행사방식이 문제이다. 법관에 대한 인사권이 어느 한 사람의 의사에 의하여 좌우된다고 하면, 그로 인해 법관의 독립이 침해될 가능성이 높다. 그것은 대법원장이 법관인사권을 행사한다고 하여도 마찬가지이며, 법관의 인사권 행사에 대해서는 이를 합리적으로 견제함으로써 객관성과 공정성을 담보할 수 있는 방안의 모색이 필요하다.⁴⁴³⁾ 신규법관의 임명과 관련하여 법조일원화가 정착되면 변호사, 검사 등의 법관 임용이 활성화될 것으로 보이며, 이 때 이들이 법관으로서 적합한지 여부를 정확히 판단할 수 있도록 대한변호사협회, 법무부, 법학계 등의 관계자가 법관인사위원회에 당연직 위원으로 참여할 필요가 있다.⁴⁴⁴⁾

또한 법관인사위원회를 실질화하는 방안도 중요한 방안이다. 2010년 국회에 사법

442) 이용구/유지원, 앞의 글, 114면.

443) 김주덕, “바람직한 법원개혁 방안,” 사법정의국민연대, Yes Law, 2010. 7. 27. http://www.yeslaw.org/sub_read.html?uid=3047, 2017.7.28. 검색.

444) 김주덕, 앞의 글, 2017.7.28. 검색.

개혁제도특별위원회가 설치되면서 국회에 의한 사법개혁 논의가 시작되었다. 여기에서는 유명무실한 법관인사위원회를 심의기관으로 실질적으로 강화하는 방안이 논의되었으며, 대법원장의 인사권에 대한 민주적 통제가 논의되었는데, 외부인사가 포함된 법관인사위원회에서 대법원장의 인사권을 통제할 필요가 있다는데 동의하였으나 이에 대하여 법원의 거센 반발이 있었다.⁴⁴⁵⁾

이러한 법원측의 반대에도 국회에서는 2011년 7월 18일 법률 제10861호로 법원조직법을 개정하였는데 여기에서 법관인사위원회와 관련된 조항들이 대폭 수정되었다. 우선 법관인사위원회가 법관의 인사에 관한 중요 사항을 심의하기 위한 기관임을 명시하고 있다(제25조의2 제1항). 인사위원회의 심의사항은 1. 인사에 관한 기본계획의 수립에 관한 사항, 2. 판사의 임명에 관한 사항, 3. 판사의 연임에 관한 사항, 4. 판사의 퇴직에 관한 사항, 5. 그 밖에 대법원장이 중요하다고 인정하여 부의하는 사항이다(동조 제2항). 인사위원회는 위원장 1명을 포함한 11명의 위원으로 구성하는데 법관 3명, 법무부장관이 추천하는 검사 2명(판사의 신규 임명에 관한 심의에만 참여), 대한변호사협회장이 추천하는 변호사 2명, 사단법인 한국법학교수회 회장과 사단법인 법학전문대학원협의회 이사장이 각각 1명씩 추천하는 법학교수 2명, 학식과 덕망이 있고 각계 전문 분야에서 경험이 풍부한 사람으로서 변호사의 자격이 없는 사람 2명(이 경우 1명 이상은 여성)으로 구성하도록 하고 있어(동조 제3항), 과거 법관으로만 구성되던 것에서 외부인사의 비중을 크게 높였다.

이처럼 법관인사위원회의 심의기구화 및 개방화는 국회와 대법원간의 갈등으로 전개되었는데 국회에서는 사법부에 대한 민주적 통제라는 이념적 바탕에서 대법원장에게 집중되어 있는 법관의 인사권에 대한 실질적 견제장치가 필요하다고 주장하였으며 대법원은 사법권 독립이라는 이념적 바탕에서 법원인사권에 대한 외부의 압력은 헌법이 부여하는 대법원장의 인사권을 침해함으로써 위헌의 소지가 있고 사법권 독립을 침해할 우려가 있다고 주장하였다.⁴⁴⁶⁾

법관의 독립을 강화하기 위해 법관독립위원회를 설치하는 방안도 제시되고 있다. 이 안에 따르면 법관의 독립을 침해하거나 침해할 우려가 있는 사항에 대한 조사,

445) 최선, “법관인사제도 변화에 대한 신제도주의적 분석,” 법과 사회, 제51호, 2016.4, 125-126면.

446) 최선, 앞의 글, 127면.

심의 및 대책과 의견을 제시하는 기관으로 법관의 독립은 법원 외부(정치권력과 언론, 시민사회단체 등)나 법원 내부(사법행정 담당자, 법관 등)에 의해 침해될 수 있으므로 이에 대한 전반적 감시와 대응방안을 마련하기 위한 것이다.⁴⁴⁷⁾

전국적 규모의 사법행정은 대규모 관료 조직을 필요로 한다. 독립적 판단기관인 법관이 그러한 관료 조직과 재판부를 오가는 경우 관료적 사고방식이 재판에 작용할 위험이 있고, 사법행정권자가 재판의 상급심을 담당할 경우 하급심 법관이 재판에서 인사상의 불이익을 의식하여 자기 통제를 할 가능성이 더 높아진다. 사법행정업무와 재판시 법관이 담당할 필요가 없고, 오히려 그 업무를 전담할 공무원을 두어 전문성을 높이는 것이 바람직하다. 재판과 사법행정을 분리하면 사법행정이 법관의 이해관계에서 좀 더 자유로워지는 효과도 있다.⁴⁴⁸⁾

6. 상고심 재판 충실화 방안

가. 대법원의 업무량 경감을 위한 방안

2015년 대법원에 접수된 사건수는 56,923건으로 본안사건 41,850건, 본안의 사건 15,073건으로 나타나고 있다.⁴⁴⁹⁾ 상고사건은 건국 이래 매년 증가일로를 걸어 이미 1950년대 초부터 사건처리의 지연과 대법원의 기능 장애가 문제되었고, 이를 해결하기 위한 상고제도의 개선은 1959년 법원조직법 개정을 포함하여 여러 차례에 걸쳐 이루어졌으나 여전히 문제제기가 지속되고 있다. 현재의 심리불속행제는 1994년 9월 1일부터 시행되고 있다. 그 이전에는 1981년 3월 1일부터 1990년 8월 31일까지 상고 허가제를 시행하였으나 이 제도는 당시 민주화의 바람을 타고 ‘국민의 대법원의 재판을 받을 권리’와 입법과정에서의 민주적 정당성의 결여를 내세운 변호사단체 등의 주장이 받아들여져 폐지된 것이다.⁴⁵⁰⁾ 상고제도의 개선과 관련하여서는 시대상황에 따라 다양한 장치들을 마련하였으나 이 문제의 해결은 쉽지 않은 실정이다.

447) 이용구/유지원, 앞의 글, 113면.

448) 성장익, 앞의 글, 27면.

449) 법원행정처, 사법연감, 2016년, 519면

450) 윤남근, “우리나라 상고제도의 개선방안 -상고법원안과 대법관 증원론을 중심으로-”, 인권과 정의, 455권, 2016.2, 51면.

이제까지 시행 또는 논의되었던 안은 다양하다. 먼저 시행된 안으로는 대법원의 2원화 즉 대법원에 대법관 외에 대법원판사를 두어 인력을 늘림으로써 문제를 해결하는 안이 있다. 1959년 민의원⁴⁵¹⁾ 법제사법위원회는 1958년 7월 상고사건의 폭증에 대응하여 대법원에 대법관 외에 대법원판사를 두었다. 대법관을 대폭 증원하는 것은 대법원의 권위에 부정적 영향을 미칠 수 있다는 것이 그 이유 중의 하나로, 1959년 1월 대법원판사제를 도입하는 개정 법원조직법이 공포되고, 그 후 지방법원장급 법관 4명과 변호사 5명 등 9명의 대법원판사가 임명되었다.⁴⁵²⁾ 다음으로 운영된 것은 고등법원 상고부였다. 1961년 9월 1일자로 시행된 법원조직법은 상고법원을 대법원과 고등법원으로 2원화하여 지방법원 본원합의부의 2심판결에 대한 상고사건, 지방법원 본원합의부의 2심결정에 대한 항고사건, 그리고 단독판사 사건의 비약상고를 고등법원에서 담당하게 하였다.⁴⁵³⁾

대법원이 원심판결의 기록과 상고이유서를 토대로 상고허가 여부를 결정하는 제도인 상고허가제도는 1981년 1월 29일 소송촉진 등에 관한 특례법에 의하여 시행되었다. 이 제도에 대해서는 많은 비판이 있었으며, 제도가 시행되고 1990년 8월 31일 폐지되기까지 상고허가율은 26,989건 가운데 4,213건으로 15.6%로 나타나 국민적 불만을 초래하였다.⁴⁵⁴⁾ 그러나 헌법재판소는 재판을 받을 권리란 사건의 경중을 가리지 않고 모든 사건에 대하여 상고심 재판을 받을 권리를 의미하는 것은 아니라고 하여 상고허가제를 합헌이라고 하였다.⁴⁵⁵⁾

심리불속행제도는 1990년 상고허가제가 폐지된 이후 1994년 9월 상고심절차에 관한 특례법 제4조에 의해 현행법제도인 심리불속행제도가 시행되었다. 심리불속행 제도는 제한 없이 상고를 제기할 수 있지만 대법원이 초기단계에서 심리를 더 이상 진행하지 않는다는 것으로 사실상 상고허가제와 유사하다는 점 때문에 위헌성이 문제되었다. 즉 변형된 상고허가제도의 성격을 가진 심리불속행제도 자체는 합헌이라고

451) 제2공화국에서는 양원제를 실시하여 하원격인 민의원과 상원격인 참의원을 두었다.

452) 윤남근, 앞의 글, 52-53면.

453) 조수혜, “상고심 개선방안의 논의과정에 대한 절차적 접근,” 홍익법학, 제17권 제4호, 2016, 679면.

454) 한충수, “2014년 상고법원 설치 논의에 대한 비판적 고찰과 새로운 대법원 제도에 대한 시론적 고찰,” 법학논총(한양대), 제31집 제4호, 2014, 382면.

455) 헌재 1995.1.20, 90헌바1결정.

할 수 있으나 이 제도의 운영방식과 내용이 합리성을 결여하고 있기 때문에 위험적이라는 주장이 제기되고 있다.⁴⁵⁶⁾ 이처럼 상고심의 업무과다 문제를 해결하기 위하여 많은 노력을 하였으나 아직 만족할만한 결과를 내지 못하고 있다.

나. 상고심 개선방안

상고심이 현재 대법원의 인력으로 처리할 수 없을 정도로 많기 때문에 이에 대한 해결방안이 필요하다. 해결방안으로는 상고를 제한하는 방안, 상고심을 별도로 처리하는 상고법원을 두는 방안, 대법원에 대법관 외에 대법원판사를 두어 사건을 처리하는 방안, 대법관을 대폭 증원하는 방안 등이 논의되고 있다.

상고자체를 제한하는 방안은 미국, 영국, 일본 등에서 채택하고 있으나, 국민의 재판받을 권리를 침해할 우려가 있다는 지적이 있으며, 대법원에서 최종 재판을 받고자 하는 일반 국민의 법감정에도 부합하지 않는 측면이 있다.⁴⁵⁷⁾ 상고사건을 처리하는 상고법원을 두는 안의 경우 그 목적은 대법원에서는 법령해석의 통일이나 공적 이익과 관련이 있는 사건을 재판하고 상고법원에서는 그 외의 상고 및 재항고사건을 심사하여 대법원은 법령해석을 통일하고 법적 가치 기능을 제시하는 최고법원 기능을 하고 상고법원은 경륜 있는 법관의 충실한 상고심 심리를 통해 사건의 권리구제기능을 담당하도록 하는 것이다.⁴⁵⁸⁾ 기본적으로는 현재의 대법원 기능을 수행함으로써 상고법원이 선고하는 판결은 선고와 동시에 확정되지만 예외적으로 특별상고의 대상이 됨으로써 최종법원인 대법원의 심판을 받게 되어 결과적으로 4심제의 심판구조를 갖게 된다.⁴⁵⁹⁾ 이 방안은 현재 심리불속행사건에 대한 후속처리를 위해 상고법원을 두어 심리불속행의 문제점을 해결하는 방안이나 어떤 사건을 상고법원에서 재판하고 어떤 사건을 대법원에서 재판할 것인가에 대한 문제도 생길 수 있는 등 적지 않은 문제가 있다.⁴⁶⁰⁾

상고 자체를 제한하는 방식이나 대법원 이외에 별도 조직을 만들어 상고사건을

456) 한충수, 앞의 글, 386면.

457) 김주덕, 앞의 글, 2017.7.28. 검색.

458) 조수혜, 앞의 논문, 683면.

459) 한충수, 앞의 논문, 392면.

460) 한충수, 앞의 논문, 392-393면.

처리하는 방식은 모두 부적절하다고 할 수 있으므로 결국 대법원 조직을 확대하여 상고 사건을 충실히 처리하는 방안을 가능한 대안으로 검토할 필요가 있다.⁴⁶¹⁾ 이러한 방식으로는 대법관 증원 방안과 대법원 구성 이원화 방안이 있을 수 있다. 대법관의 증원은 대법원이 정책결정기능도 할 뿐만 아니라 대법관회의에서 결정해야 할 사항이 많은 점, 전원재판부회의의 개최 가능성 등을 생각할 때 도입이 어려운 점이 있다. 현재의 사건수를 볼 때 대법관을 증원하려면 대폭 증원이 불가피한데 이는 받아들이기는 현 체제상 어려운 점이 있다. 대법원 구성 이원화 방안은 1명의 대법관과 대법관 아닌 판사로 구성된 부에서 사건을 처리할 경우 대법관의 수만큼의 부를 설치하여 대법원에서 재판을 받고자 하는 욕구를 충족시키면서도 사건을 해소할 수 있다는 장점이 있으나, 대법원 내에서도 서로 다른 판결이 나올 수 있고 법원 내 계급질서를 공고히 할 우려가 있다는 등의 문제점이 제기된다. 그러나 이 방안은 대법관을 늘리지 않고도 대법원에서 재판을 받도록 하는 등의 점에서 현실성이 있다. 사건의 증가문제 해결을 위한 방안과 함께 상고사건을 줄일 수 있는 방안을 지속적으로 모색하는 것이 필요하다.

7. 군사법원의 개선방안

가. 개정 군사법원법의 주요 내용

군사법원법에 대한 많은 논의가 있어 2016년 1월 6일 법률 제13722호로 개정하고 2017년 7월 7일부터 개정 군사법원법이 시행되고 있다. 이 개정은 군사법원의 독립 및 군 사법제도(司法制度)의 효율적인 운영을 통한 국민의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위하여 보통군사법원이 설치되는 부대 등을 축소하고, 보통군사법원은 원칙적으로 군판사 3명으로 구성하여 예외적인 경우에만 심판관을 재판관으로 지정할 수 있도록 하며, 관할관이 형을 감경할 수 있는 대상과 범위를 제한하는 등 현행 군사재판의 운영상 나타난 문제점을 개선·보완하기 위한 것이다.⁴⁶²⁾

461) 김주덕, 앞의 글, 2017.7.28. 검색.

462) 군사법원법 개정이유, http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=179012&ancYd=20160106_&ncNo=13722&efYd=20160106&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202#0000, 2017. 8.16. 검색.

그 주요내용으로는 우선 평시 사단급 보통군사법원을 폐지하였다. 이에 따라 평시에는 육군은 사단급 이상, 해군은 함대급 이상, 공군은 비행단급 이상의 부대에서 설치·운영하고 있던 보통군사법원을 원칙적으로 군단급 이상의 부대에서 설치·운영하도록 하였다(제6조 제2항 별표). 별표에 의하면 보통군사법원 설치부대는 총 31개로 1심은 8개 부(部)로 구성되어 군단급 군사법원(국방부 제외한 30개)을 순회 재판하는 것으로 하였다. 8개 부(部)는 육군(4부), 해군(2부), 공군(2부)로 구성되어 있다.

또한 많은 비판을 받고 있었던 심판관 제도를 원칙적으로 폐지하고 제한적으로 운영하도록 하였다(제26조 제1항, 제27조의2 신설). 이에 따라 보통군사법원도 국방부 고등군사법원과 동일하게 군판사 3명으로 재판부를 구성하되, 관할관이 지정한 사건에 한하여 심판관을 재판관으로 하며, 관할관이 지정한 사건을 군형법 및 군사기밀 보호법에 규정된 죄에 관한 사건 중 고도의 군사적 전문지식과 경험이 필요한 사건으로 정하였으며, 또한 관할관이 심판관을 지정한 경우, 각 군 참모총장 또는 장관의 승인을 얻도록 지정 절차를 엄격히 통제하도록 하였다.⁴⁶³⁾

또 국방부 소속으로 국방부검찰단을 설치하였다(제36조 신설). 국방부 소속으로 국방부검찰단을 설치하고, 단장은 국방부장관이 군법무관 중에서 영관급 또는 장관급 장교를 임명하도록 하며, 수사의 공정성 확보를 위한 검찰부 관할 이전을 허용하도록 하여 수사의 공정성을 높이기 위해 노력하였다.⁴⁶⁴⁾

관할관 확인 감경권과 관련하여 이를 제한하여 관할관이 무죄, 면소, 공소기각, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 제외한 판결을 확인하고, 감경권을 행사할 수 있는 대상 범죄를 작전 등 업무를 성실히 수행하는 과정에서 발생한 범죄로 한정하고, 형의 감경비율도 3분의 1 미만으로 제한하여(제379조 제1항) 군사재판의 공정성과 투명성을 제고하기 위해 노력하였다.⁴⁶⁵⁾

이 밖에 헌법재판소의 간통죄에 대한 위헌결정에 따라 배우자의 고소 조항을 삭제하였으며(제271조 삭제), 형사소송법 개정과 균형을 맞추기 위하여 살인죄에 대하여 공소시효 적용을 배제하고, 재정신청 기각결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있도록

463) 군사법원법 주요내용, http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=179012&ancYd=20160106_&ancNo=13722&efYd=20160106&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202#0000, 2017. 8.16. 검색.

464) 군사법원법 주요내용, 2017.8.16. 검색.

465) 군사법원법 주요내용, 2017.8.16. 검색.

하였다(제295조의2 신설, 제304조 제4항 및 제305조 제1항).⁴⁶⁶⁾

군판사 자격 법정 및 군사재판의 공정성 보장하기 위한 규정도 두고 있다. 군판사를 영관급 이상 군법무관으로 임명하고, 임기를 3년으로 하되, 연임가능토록 규정하고 있다(제23조 제1항 내지 제4항). 또한 군사재판도 대법원의 양형기준 존중을 천명하고 있다.⁴⁶⁷⁾

나. 관할관제도에 대한 개선방안

관할관제도에 대해서는 존치론과 폐지론이 대립하고 있는데 존치론은 관할관제도는 헌법이 특별법원으로 군사법원을 규정한 목적인 군조직의 질서와 기율을 유지하고, 전투력을 보존하고 발휘하기 위한 제도로 우리나라가 분단국이며 북한의 지속적인 위협이 상존하는 분쟁지역이라는 점을 고려할 때 필요하다고 한다.⁴⁶⁸⁾ 헌법재판소에서 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하고 관할관이 군판사 및 심판관의 임명권을 갖고 심판관을 일반장교 중에서 임명할 수 있도록 한 것은 군대조직 및 군사재판의 특수성을 고려한 것으로 위헌이 아니라고 하였다.⁴⁶⁹⁾

폐지론은 관할관제도는 수사, 기소, 재판으로 이어지는 일련의 과정에서 지휘관의 지나친 관여로 군사재판의 독립성이 상실되었으며, 군인 개인의 인권이나 절차적 권리 보장보다는 군조직의 유지와 지휘권 확립, 군의 명예보존에만 치중하고 있다고 한다.⁴⁷⁰⁾ 관할관의 권한에 대해서는 사회의 견제논리가 적용되지 못하고, 지휘관 1인에게 집중됨으로써 검찰권과 재판권의 행사가 불공정하게 이루어질 수도 있기 때문에 폐지해야 한다는 주장도 있다.⁴⁷¹⁾

찬반론을 보면 찬성하는 입장에서는 군의 고유임무와 조직의 특수성을 고려할 때, 특히 우리나라의 특수성을 고려할 때 관할관제도를 두는 것은 군의 효율적 지휘를 위해 필요하다는 것이고 폐지를 주장하는 것은 권한이 지휘관에게 지나치게 집중되는

466) 군사법원법 주요내용, 2017.8.16. 검색.

467) 군사법원법 주요내용, 2017.8.16. 검색.

468) 강동욱, “군 사법절차의 관할관 확인조치권에 관한 비판적 고찰,” 법과 정책연구, 제12집 제1호, 한국법정책학회, 2012.3, 5면.

469) 헌법재판소 전원재판부, 1996.1031, 93헌바25결정.

470) 김이수, 한국 군사법제도 현황 및 개선방안에 대한 연구 : 군사법원 및 군법무관을 중심으로, 한양대학교 행정·자치대학원 석사학위논문, 2010, 38면.

471) 윤상민, “군 형사사법제도의 개혁방안,” 비교법학, 제8집, 전주대학교 비교법연구소, 2008, 297면.

것은 바람직하지 않고 개인의 권리보장을 위해서는 폐지하는 것이 바람직하다는 입장이다. 우리나라의 특수성과 국가안보의 중요성을 고려할 때 군사법원을 일반법원과 달리 운영할 필요가 있다는 것은 헌법에서도 인정하여 제110조에서 특별법원으로서 군사법원의 설치를 인정하고 있고, 헌법 제37조 제2항에서 국가안전보장을 위해 국민의 권리와 자유를 법률로써 제한할 수 있도록 할 수 있도록 하는 점을 생각해 볼 때 군사법원의 특성을 감안하여 관할관제도를 존치하면서 인권의 보장 등 부작용을 줄이기 위한 방안을 마련하는 것이 바람직한 것으로 보인다.⁴⁷²⁾

관할관 확인조치권은 관할관의 재량사항이기 때문에 관할관의 개인성향에 따라 확인조치 여부 및 감경의 정도가 상이하여 양형의 불균형 현상이 초래되고 있으며, 이는 결국 지휘관의 자의적인 권한행사의 가능성이 상존하는 위험을 초래하고 있다. 확인조치권은 보통군사법원이 설치되어 있는 부대의 장인 관할관이 행사할 수 있는데, 확인조치서에 감경이유를 설시하도록 되어 있지만 필수 기재사항을 명시적으로 기재하도록 규정되어 있는 것도 아니고 또한 그 감경을 하는 관할관이 전결하도록 되어 있어 전혀 통제장치가 없다.⁴⁷³⁾

이러한 문제점을 해결하기 위해서는 확인조치권을 행사할 때 그 이유를 구체적으로 기재하도록 법문에 명시적으로 규정할 필요가 있으며, 관할관의 재판에 대한 영향력 행사를 줄일 필요가 있다. 지휘관의 재판개입행위는 공정한 재판의 침해와 군사법체계의 정의실현이라는 법적 문제와 아울러 병사의 군기와 사기를 저하시키는 요인이 되고, 나아가 국민의 군사재판에 대한 불신으로 이어져 군사법원의 존폐논란까지도 야기할 수 있는 문제이다.⁴⁷⁴⁾ 따라서 재판의 비전문가인 관할관의 역할을 합리적으로 조정하는 방안을 검토할 필요가 있다.

다. 심판관제도의 개선방안

심판관제도는 군사재판 초기 법조인 자격을 갖춘 군판사가 부족한 상황 및 군의 특성상 군사지식이 필요한 경우가 있고, 계급이 낮은 재판관이 계급이 높은 피고인을

472) 강동욱, “군 사법절차의 관할관 확인조치권에 관한 비판적 고찰,” 6면.

473) 한석현/이재일, 앞의 글, 41면.

474) 한석현/이재일, 앞의 글, 44면.

재판하는 것이 불합리하다는 점에서 도입되었던 제도이다. 그러나 현재는 법학전문대학원 제도가 시행된 지 오래되어 변호사 자격을 가진 사람들이 한 해에 약 1,500명 정도 배출되기 때문에 법조인의 임용은 어렵지 않기 때문에 법조인의 부족은 해소되었다 할 것이며, 심판관의 군사적 지식을 군사재판에 활용하여 재판의 효율성과 공정성을 도모하기 위한 점에 대해서 검토해 볼 필요가 있다.

이러한 점을 감안하고 남북대치중이라는 우리나라의 특수성을 생각할 때 심판관제도는 폐지하는 것은 어렵다고 하더라도 개선의 필요성이 있다. 군사법원 관할사항이라 하더라도 군의 특수성을 인정할 필요가 없는 경우에는 군사법원의 심판대상에서 제외시킴으로써 일반인과 같은 재판을 받을 군리를 보장할 필요가 있다. 즉 피고인이 군인 또는 군무원이라 하더라도 휴가 등 군내가 아닌 일반사회에서 군과 관련 없는 상황에서 일으킨 범죄에 대한 관할권은 일반법원으로 이양할 필요가 있다.⁴⁷⁵⁾

또한 심판관이 필요한 군사사건이라 하더라도 재판관을 임명하는 절차에 객관성을 유지할 수 있도록 해야 한다. 심판관의 지명은 관할관이 하더라도 군사법원의 내부지침 등을 제정하여 자체기준을 미리 만들어 관할관의 자의적인 심판관 지명을 방지할 필요가 있다.⁴⁷⁶⁾

475) 강동욱, “군사법절차에 있어서의 심판관 제도의 현황과 개선방안,” 법과 정책연구, 한국법정책학회, 제11권 제4호, 2011.12, 1337면.

476) 강동욱, “군사법절차에 있어서의 심판관 제도의 현황과 개선방안,” 1338면.

시민의 형사사법 참여

한 민 경

시민의 형사사법 참여

제1절 형사사법에 있어서의 시민참여 제도 개관

시민참여는 참여 민주주의(participatory democracy)가 강조되는 현대사회의 특징이다. 전통적으로 검사·법관·변호사 등 주로 법률전문가 집단에 맡겨져 온 형사사법 행정에 있어서도 시민참여는 강조되고 있다. 형사사법 절차에 참여함으로써 시민들은 형사사법체계를 자신의 것으로 “소유(ownership)”하고 있다는 의식을 갖게 된다. 나아가 형사사법기관 외부에 있는 시민들이 내부를 들여다보게 되면서 형사사법체계의 “책임성(accountability)”과 “투명성(transparency)”도 증진될 수 있다. 이러한 점에서 “시민이 사법행정의 한 부분이 되는 방식을 찾는 것”은 현대사회에서 형사사법체계가 “장기적인 성공을 거두기 위해서 사활”을 걸어야 하는 문제이다.⁴⁷⁷⁾

우리나라에서도 최근 사법개혁의 일환으로 시민참여를 확대 및 제도화하여 법집행의 공정성과 객관성을 제고하는 동시에 민주적 정당성을 확보하여야 한다는 의견이 대두되고 있다. 현재 시행되고 있거나 도입을 검토 중인 형사사법에 대한 시민참여 제도를 수사·기소·공판의 형사사법절차 및 경찰·검찰·법원 조직 운영과의 관련성을 기준으로 분류한 <표 6-1>에서 보는 바와 같이, 형사사법에 시민이 참여할 수 있는 제도는 우리나라에도 이미 어느 정도 갖추어진 상황이며, 그 유형도 다양하다. 아래에서는 각 제도를 간략히 살펴보기로 한다.

477) Silbert Jonathan E.(조국 역), “미국 형사사법행정에서 시민참여: 소유, 책임 그리고 투명성”, 형사정책 제13권 제1호, 한국형사정책학회, 2001, 283쪽.

〈표 6-1〉 형사사법에 있어서의 시민참여 제도 분류: 형사사법절차·조직 운영과의 관련성을 기준으로

		경찰	검찰	법원
형사 사법 절차	수사	수사이의심사위원회 수사관 교체요청제 경미범죄심사위원회 선도심사위원회	(수사심의위원회) 수사자문위원회	
	기소		*사인소추 *기소대배심/검찰심사회검 찰시민위원회 재정신청 재정신청 공소심의위원회 (항고심사회) 형사조정위원회	
	공판		(구속심사위원회)	양형위원회 국민참여재판 재판중계제도
조직 운영		경찰위원회 *경찰청장 직선제/ 민간개방 경찰옴부즈만	검찰총장 후보추천위원회 검찰인사위원회 *검사장 직선제 (검찰시민옴부즈만)	*법관 직선제

비고: 현재 우리나라에 도입되지 않았거나 도입을 검토 중인 제도는 *로, 도입된 이후 현재 활성화되지 않은 제도는 ()로 표시함.

경찰 단계의 시민참여 제도는 수사절차와 관련되어 있다. 경찰은 경찰수사에 이의 신청이 들어온 사건에 대해 수사과정 및 결과가 적절하였는지 여부를 심의하기 위해 2010년부터 지방청 단위에서 외부위원 5명으로 구성된 수사이의심사위원회를 위촉하고 있다. 2011년부터는 ‘수사관 교체 요청 제도 운영 지침’에 근거, 고소인·피고소인 등 사건관계자가 수사관의 공정한 수사를 기대할 수 없을 때 수사관 교체를 요청할 수 있도록 하고 있다. 경미범죄심사위원회 및 선도심사위원회는 경찰이 인지한 사건에 대한 입건 여부를 심사, 훈방을 결정하는 제도로, 경찰서 단위에서 구성되며 변호사·교수·시민단체 회원 등 외부위원 약간 명을 포함하고 있다. 우리나라에는 영국(잉글랜드와 웨일즈)의 경찰감독위원회(IPCC: Independent Police Complaints Commission)⁴⁷⁸⁾

478) 잉글랜드와 웨일즈의 경찰감독위원회는 경찰의 책임성(accountability) 제고를 위해 2004년 시작되었으며 2013년 현 총리인 테레사 메이(Theresa May) 당시 내무부 장관에 의해 2배 이상 규모가 확대되어 총 900여명으로 인원이 증가하였다. 이에 따라 2015/16 회계연도 기준

나 미국 뉴욕시의 시민감독위원회(NYC CCRB: New York City Civilian Complaint Review Board)⁴⁷⁹⁾와 같이 경찰과 관계된 민원 내지 진정을 조사하기 위한 일반 시민으로 구성된 위원회는 없으나, 국민권익위원회에 설치되어 있는 경찰옴부즈만에서 경찰에서의 수사 과정 중 일어날 수 있는 인권침해나 불공정한 수사를 조사한다.

경찰위원회는 경찰행정에 국민의 의사를 반영하기 위해 마련된 대표적인 제도라 할 수 있다. 경찰위원회는 위원장 1인을 포함한 7인(위원장 및 5인의 위원은 비상임, 1인의 위원은 상임)으로 구성되며, 경찰인사에 관련되는 법규, 훈령, 예규 및 운영기준에 관한 사항과 경찰교육의 기본계획에 관한 사항을 심의·의결한다. 영국과 같이 주민들이 직접선거를 통해 입후보한 일반인 중 경찰관서장을 선출하는 국가도 있으나,⁴⁸⁰⁾ 우리나라에서는 경찰청장을 비롯한 경찰관서장 직위를 민간에 개방하는 방안이 최근에서야 본격적으로 논의되기 시작하였다.⁴⁸¹⁾

한편 법원 단계의 시민참여 제도는 공판절차와 관련되어 있다. 법원은 2007년 형사재판에서의 양형 기준을 설정하기 위해 위원장 1인을 포함한 13인의 위원으로 구성된 양형위원회를 설치한 데 이어 2008년부터 국민참여재판 제도를 시행하고 있다. 형사재판의 경우에도 방청을 통해 시민들이 ‘구경꾼’으로서 소극적으로 참여할 수 있는 기회가 보장되어 있으나, 최근 법원은 대형사건 관련 재판에 대한 사회적 관심이 고조됨에 따라 주요 사건의 1·2심 재판에 대한 TV 생중계를 허용, 보다 많은 시민에게 재판을 공개하는 방안을 검토하고 있다.⁴⁸²⁾ 조직 운영과 관련하여 과거 법원은 미군정

경찰감독위원회가 조사·처리한 진정 건수는 규모 확대 이전에 비해 6배 이상 증가한 34,247건에 달하였다. 잉글랜드와 웨일즈의 경찰감독위원회에 대한 보다 자세한 정보는 <https://www.ipcc.gov.uk/> 참조(최종 접속: 2017년 8월 16일).

479) 미국 뉴욕시의 시민감독위원회는 미국 내 경찰 관련 시민이 참여하는 위원회 중 최대 규모로, 142명의 민간인이 경찰과 관계된 민원 내지 진정을 조사하고 있다. 미국 뉴욕시의 시민감독위원회에 대한 보다 자세한 정보는 <http://www1.nyc.gov/site/ccrb/index.page> 참조(최종 접속: 2017년 8월 16일).

480) Section 57(Voting at elections of police and crime commissioners), Police Reform and Social Responsibility Act 2011 c. 13(<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/13/section/57/enacted>; 최종 접속: 2017년 8월 16일).

481) 이상수, “경찰 인사정의, 어떻게 구현할 것인가? : 경찰 인사의 투명성·공정성 확보방안”, 차기 정부 경찰 개혁, 어떻게 할 것인가 토론회 자료집, 2017; 한국일보, “경찰 외부 인사도 경찰청장 임명 가능토록 개정 필요”, 2017년 3월 22일자; 한편, 최근 경찰 내부에서도 경찰청장직을 민간에 개방하는 방안을 검토하고 있는 것으로 알려진 바 있다(문화일보, “내부 개혁 절박한 경찰… 경찰청장직 개방 검토”, 2017년 8월 16일자).

482) 계인국, “공개재판의 원칙과 재판중계제도의 공법적 의의: 개념상 문제제기와 비교법적 분석을 중심으로”, 법과 정책연구 제17권 제1호, 한국법정책학회, 2017; KBS, “대법, 재판 생중계 허

의 영향으로 제2공화국까지 직선제를 통해 법관을 선출한 경험이 있으나,⁴⁸³⁾ 현재는 “선거를 통하기보다는 일정한 자격요건을 갖춘 사람들 중에서 존경받고 신뢰할 수 있는 사람을 엄격하고 공정한 절차에 따라 선발하는 것이 더 적절하다는 헌법적 결단”⁴⁸⁴⁾이라는 입장을 고수하고 있다.

검찰은 수사절차, 법원은 공판절차에 한하여 시민참여 방안을 모색하고 있는 데 비해, 검찰 단계에서 시행 중이거나 도입 여부가 검토되고 있는 시민참여 방안은 형사사법절차 전반에 걸쳐 있다. 이는 우리나라 검찰의 권한이 수사·기소·공판으로 이어지는 모든 형사사법절차에 미치고 있는 것과도 무관하지 않다.

다만 이 중에는 외부전문가의 지식이나 인력을 보조적으로 활용하기 위한 목적에서 잠시 시행하다가 폐지된 제도가 적지 않다.⁴⁸⁵⁾ 이러한 대표적인 예로 수사심의위원회를 들 수 있다. 수사심의위원회는 검찰의 수사 단계에서 시민들의 의견을 직접 묻고 참고하기 위한 제도로, 이의 운영을 위해 “수사심의위원회 운영지침”(대검예규 제528호, 2010년 2월 1일 시행)이 마련되는 등 수사심의위원회는 도입 당시 검찰개혁 청사진의 핵심조치 가운데 하나였다. 그러나 수사심의위원회의 기능을 포섭하는 시민참여 제도로써 “검찰시민위원회 운영지침”(대검예규 제544호, 2010년 7월 2일 시행)이 제정 시행되면서 수사심의위원회는 폐지되었다.⁴⁸⁶⁾

수사자문위원회는 2008년 1월 1일 시행 개정 형사소송법에 전문수사자문위원 제도에 관해 새로이 규정되면서 시작되었다. 수사자문위원회는 디지털 등 첨단 과학수사 분야, 지적재산권, 국제금융 등 전문적인 지식을 요하는 사건에서 지정된 전문수사위원을 수사절차에 참여하게 함으로서 검찰 수사와 공소의 정확성을 도모하기 위한 것으로, 검찰 수사의 공정성과 투명성을 감시 통제하기 위한 제도는 아니다.

우리나라는 검찰만이 형사소송을 제기할 수 있는 권한을 갖는 국가소추주의(Amtsanklage)·기소독점주의(Anklagemonopol)을 택하고 있어 범죄피해자가 사소당

용 여부 격론... 25일 재논의”, 2017년 7월 20일자.

483) 한홍구, 사법부: 법을 지배한 자들의 역사, 돌베개, 2016, 40~41쪽.

484) 양승태 대법원장 신임법관 임명식 축사(2017년 4월 3일).

485) 손동권, 우리 국민의 바람직한 수사 참여 방안 연구: 기소배심의 도입 타당성을 포함하여, 대검찰청 용역과제보고서, 2012, 35쪽.

486) 한편 2017년 7월 25일 취임한 문무일 검찰총장은 외부 전문가로 구성되는 수사심의위원회 제도 도입을 제안했는데, 이는 2010년 한시적으로 운영되었다가 검찰시민위원회 도입을 계기로 폐지된 제도가 부활하는 것이라는 점에서 전면 새로운 제도는 아니다.

사자(partie civile)로서 수사법원과 판결법원에 소추하거나 재판에 참가하는 사인소추(예: 프랑스)나 법률전문가가 아닌 일반시민이 재판에 참여하여 기소 여부를 결정하는 기소대배심(예: 미국)은 인정되지 않으나, 이를 보완하기 위해 1954년 형사소송법 제정 이래 재정신청 제도를 두고 있다. 재정신청은 검사의 불기소처분에 불복한 고소인 또는 고발인이 그 불기소처분의 당부를 판단해 달라고 직접 법원에 신청하는 제도로, 모든 고소범죄와 형법 제123조~제125조의 죄에 대하여는 고발의 경우도 재정신청이 가능하다. 이와 관련, 재정신청사건 공소심의위원회는 법원의 결정에 의하여 공소 제기 된 재정신청사건에 있어 외부위원 2인 이상이 참석한 가운데 주무검사가 무죄구형 함이 상당한 경우 위와 같은 의견이 적정한지 여부에 대해 심의하는 것으로,⁴⁸⁷⁾ “수사·공소심의위원회 운영에 관한 지침”(대검예규 제448호, 2009년 8월 13일)에 근거하고 있다.

항고심사회는 2003년 대검찰청 검찰개혁자문위원회의 권고를 계기로 대구고등검찰청에 시범 설치된 이래 각 고등검찰청 단위로 활발하게 운영된 바 있었다.⁴⁸⁸⁾ 그러나 2008년 1월 1일 형사소송법 개정으로 모든 형사사건에 대한 고소인의 재정신청이 허용된 이후부터 항고심사회는 거의 개최되지 않고 있다.

검찰에서 수사 중인 사건에 대해 형사조정을 통해 사건을 해결하고 피해를 회복하는 것이 적절하다고 판단되고 당사자가 동의하는 경우에는 조정절차를 활용할 수 있는데, 이를 위해 검찰은 형사조정위원회를 두고 있다. 형사조정위원은 형사조정에 필요한 법적 지식 등 전문성과 덕망을 갖춘 사람 중에서 관할 지방검찰청 또는 지청의 장이 위촉한다(범죄피해자보호법 §42②).

구속취소 여부를 결정함에 있어 시민들의 다양한 의견을 반영하자는 취지에서 2005년 10월 창원지검에서 처음으로 시작된 이래 2006년 4월 대전지검, 2007년 4월 인천지검 등 전국 3개 지방검찰청으로 확대·운영되어 온 구속심사위원회 역시 2009년 이후 활동이 미미하여 사실상 폐지된 상황이다.⁴⁸⁹⁾

한편 검찰은 인사의 중립성을 확보하기 위해 2012년부터 법무부장관이 제청할 검

487) 옥선기, “수사절차상 국민참여제도에 대한 비교법적 고찰”, 형사법쟁점연구(II), 박영사(대검찰청 형사법연구회), 2010, 212~215쪽.

488) 대검찰청 검찰개혁자문위원회, 1차 회의 안건 항고심사회 설치·운영(2003년 6월 21일).

489) 구속심의위원회의 저조한 활동에 대해서는 2009년 국감에서도 지적된 바 있다(뉴시스, “국감·홍일표 ‘구속심사위원회제도 사실상 폐지’”, 2009년 12월 22일자).

찰총장 후보자의 추천을 위한 검찰총장후보추천위원회(검찰청법 §34의2④, 검찰총장 후보추천위원회 운영규정 대통령령 제24138호)와 검찰인사위원회(검찰청법 §35, 검찰인사위원회규정 대통령령 제23397호)를 두고 있다. 검찰총장후보추천위원회는 위원장 1명을 포함한 9명의 위원(대검찰청 검사급 이상 검사로 재직하였던 사람으로서 사회적 신망이 높은 사람, 법무부 검찰국장, 법원행정처 차장, 대한변호사협회장, 사단법인 한국법학교수회 회장, 사단법인 법학전문대학원협의회 이사장, 학식과 덕망이 있고 각계 전문 분야에서 경험이 풍부한 사람으로서 변호사 자격을 가지지 않은 사람 3명)으로 구성된다.⁴⁹⁰⁾ 검찰시민위원회도 검찰총장후보추천위원회와 유사하게 변호사·시민단체 대표 등 사회 명망가 위주로 구성되나 위원에 대한 세부 정보는 공개되지 않고 있다.⁴⁹¹⁾

나아가 검찰 인사의 중립성을 확보하기 위한 방안으로 미국에서 주(state) 검사장과 카운티(county) 검사장을 지역 주민의 직접 선거로 선출하고 있는 것과 같이 지방검찰청 검사장 직선제를 도입, 현재 임용직인 검사장을 직접선거로 선출하자는 논의도 제기된 바 있다.⁴⁹²⁾ 검찰시민옴부즈만 제도는 2005년 전국 18개 지방검찰청에서 시행되었지만 현재에는 수사심의위원회·항고심사회·구속심사위원회 등과 마찬가지로 현재는 운영되지 않고 있다.⁴⁹³⁾

490) 이와 관련 검찰총장후보추천위원회 위원 9명 중 검찰 측 2명(대검찰청 검사급 경력자, 법무부 검찰국장)과 법무부장관이 임명하는 3명 등 과반수인 5명이 법무부장관의 영향 하에 있다는 점을 지적, 국회에서 추천하는 위원을 추천위원회 위원으로 필수적으로 임명하도록 하고 검찰 내부의 의사가 수렴될 수 있도록 고검검사급 검사와 평검사급 검사 각 1명을 포함시키거나(권성동의원 대표발의, 의안번호: 2005473, 제안일자: 2017년 2월 7일) 국민의 자유 및 권리 보호와 관련된 시민사회단체에서 추천한 사람 1명 등을 포함시켜(이찬열의원 대표발의, 의안번호: 2005142, 제안일자: 2017년 1월 18일) 위원의 과반수를 법무부 및 검찰의 영향을 받지 않는 인물로 선임하도록 하는 검찰청법 일부개정법률안이 발의되어 있다.

491) 이와 관련 참여연대 사법감시센터는 검찰인사위원회 위원 명단을 정보공개 청구하였으나, 법무부가 비공개 결정하자 이에 유감을 표하며 검찰에 대한 정보를 국민에게 투명하게 공개할 필요가 있음을 강조한 바 있다(참여연대 사법감시센터, “법무부, 수사지휘권 행사내역과 검찰인사위원회 명단 등 공개 거부”, 2009년 6월 23일자 보도자료; <http://www.peoplepower21.org/Judiciary/520757>, 최종 접속: 2017년 8월 16일).

492) 현재 지방검찰청 검사장을 주민의 보통·평등·직접·비밀선거로 선출하여 국민이 검찰의 공과를 직접 평가하고 통제하도록 하는 검찰청법 일부개정법률안이 국회에 발의되어 있으며(박주민의원 대표발의, 의안번호: 2004013, 제안일자: 2016년 11월 30일), 19대 대선에서도 심상정 정 의당 후보가 지방검찰청 검사장 주민직선제를 공약으로 제시하였다.

493) 이에 최근 국민권익위원회는 경찰옴부즈만에 이어 검찰 단계에서 일어날 수 있는 인권침해나 불공정한 수사를 조사하기 위한 검찰옴부즈만 제도를 도입할 계획임을 발표하였다(한겨레, “권익위 ‘옴부즈만 제도 도입으로 검찰 견제’”, 2017년 7월 27일자).

〈표 6-2〉는 이상 살펴본 경찰·검찰·법원이 각기 두고 있는 시민참여 제도를 시민참여의 유형 및 범위를 기준으로 하여 다시 분류한 것이다. 이를 토대로 우리나라 형사사법에 있어서의 시민참여에서 발견되는 특성을 크게 두 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 형사사법에 참여할 수 있는 기회가 주로 (법률)전문가·사회 명망가 등 일부 시민 ‘대표자’에게만 제공되고 있다. 이에 따라 〈표 6-2〉에서 보는 바와 같이 형사사법과 관련된 대다수의 시민참여 제도는 소위 ‘블루리본(blue-ribbon)’식으로 임명된 ‘위원회’의 형태를 취하고 있다. 이들 위원회의 역할은 법적 구속력 없는 자문으로 권한 역시 미약한 상황이다. 반면 시민참여의 유형 및 범위 면에서 보다 진전된 형태인 ‘당사자’ 내지 ‘유권자’로서의 시민참여 제도는 현재 시행 중인 것이 매우 적다. 형사사법절차에 이해관계가 결부되어 있는 시민 ‘당사자’가 직접 참여할 수 있는 제도는 경찰 단계에서의 수사관 교체요청제, 검찰 단계에서의 재정신청에 그치며, 법원 단계에서는 당사자인 시민이 참여할 수 있는 제도가 마련되어 있지 않다. 나아가 우리나라 경찰·검찰·법원 중 어느 기관도 기관장 선출 관련 인사권을 ‘유권자’인 시민에게 개방하지 않고 있다.

둘째, 대다수의 시민참여 제도가 2000년대 중반 이후에 도입되어, 우리나라 형사사법에 시민참여가 가능해진 짧은 역사를 반영한다. 2000년대 중반 이전부터 있어 온 시민참여 제도는 1954년 형사소송법 제정 시부터 시행되어 온 재정신청과 1991년 경찰청 발족과 함께 설치된 경찰위원회에 그친다. 또한 2000년대 중반 이후 형사사법기관 외부인이 참여할 수 있는 위원회가 다수 신설되었지만 이 중 상당수는 얼마 유지되지 못하고 사실상 폐지, 현재는 운영되지 않고 있다. 소수의 형사사법기관 친화적인 인사로 위촉된 위원회 활동의 한계와 시민참여에 소극적인 형사사법기관의 태도를 엿볼 수 있는 대목이다.

〈표 6-2〉 형사사법에 있어서의 시민참여 제도 분류: 참여 유형 및 범위를 기준으로

	경찰	검찰	법원
‘대표자’로서의 시민	수사이의심사위원회 경미범죄심사위원회 선도심사위원회 경찰위원회 경찰옴부즈만	수사자문위원회 검찰시민위원회 재정신청 공소심의위원회 형사조정위원회 검찰총장 후보추천위원회 검찰인사위원회 (수사심의위원회) (항고심사회) (구속심사위원회) (검찰시민옴부즈만) *기소대배심/검찰심사회	양형위원회
‘당사자’로서의 시민	수사관 교체요청제	재정신청 *사인소추	
‘유권자’로서의 시민	*경찰청장 직선제/ 민간개방	*검사장 직선제	국민참여재판 재판중계제도 *법관 직선제

비고: 현재 우리나라에 도입되지 않았거나 도입을 검토 중인 제도는 *로, 도입된 이후 현재 활성화되지 않은 제도는 ()로 표시함.

이러한 가운데 최근 검찰개혁의 대표적인 방안으로서 검찰시민위원회 제도가 부각되고 있는 점에 주목하게 된다. 검찰의 권한이 큰 우리나라의 특성상 시민의 입장에서 검찰의 권한 행사를 견제하기 위해 다른 형사사법기관에 비해 검찰 단계에서 시행 중이거나 도입 여부가 검토되고 있는 시민참여 방안이 많을 수밖에 없으며, 형사사법에 있어서의 시민참여 역시 검찰의 기소독점주의·기소편의주의를 견제하기 위해 검찰 단계 중에서도 기소절차에서 가장 활발하게 이루어져야 할 필요가 있다는 점은 앞서 언급한 바와 같다. 바로 검사의 기소·불기소 처분에 관한 의사결정에 시민의 의견을 반영하기 위한 목적에서 2010년 검찰이 자체 도입한 제도가 검찰시민위원회다.⁴⁹⁴⁾ 검찰시민위원회는 이후 심의대상을 공소제기 뿐만 아니라 구속취소 등으로

494) 검찰시민위원회는 본래 2005년 출범한 사법개혁위원회(사개위)에서 검찰개혁 방안의 하나로 처음 논의된 제도였다. 당시 사개위에서는 검찰시민위원회를 도입할 경우 심의대상을 불기소 처분 외에 구속취소 등으로 확대할 것인지, 심의시기를 처분 전으로 할 것인지 여부에 대한 이견이 있어 합의안을 도출하지 못하고 주요 안건에서 제외하였다. 2010년 4월 MBC PD수첩 “검사와 스폰서” 편 방영을 계기로 소위 ‘스폰서 검사’가 문제되자 검찰은 전국 검사 영상회의를 개최, 자체 개혁방안으로서 검찰시민위원회를 도입하기로 확정했다.

확대하면서 수사심의위원회·항고심사회·구속심사위원회 등 여러 위원회를 포괄·대체할 수 있는 위원회로 인식되었다.

이처럼 현행 대검 예규에 근거하고 있는 검찰시민위원회에 대한 법제화가 지속 추진되고 시민참여를 통한 대표적인 검찰 견제기구로서의 기대감이 높아지고 있는 가운데, 여기에서는 검찰시민위원회의 모태로 알려진 미국의 기소대배심 및 일본의 검찰심사회는 어떠한 성과를 나타내고 있는지, 검찰시민위원회와의 차이는 무엇인지를 살펴봄으로써 향후 검찰시민위원회가 법제화될 경우 어떻게 조직되고 운영되어야 할 것인지에 대해 전망해 보고자 하였다.

제2절 시민의 기소절차 참여: 미국의 기소대배심 및 일본의 검찰심사회의 경우

1. 미국의 기소대배심(grand jury)

가. 도입배경 및 발전과정

기소대배심의 기원은 12세기 영국에서 찾을 수 있다. 헨리 2세(Henry II) 당시 영국에서는 권한이 큰 왕이 법을 남용하여 무고한 사람이 피해를 당할 가능성이 있었다. 이를 막기 위해 당시 영국의 기소대배심은 왕과 시민 사이의 “완충(buffer)”⁴⁹⁵⁾ 역할을 했으며, 오늘날과 달리 직접 사실관계를 파악한 후 기소 여부를 결정하는 광범한 권한을 가졌다. 이에 따라 당시 영국의 왕립 순회법원(Grand Assize)은 주민들로부터 선출된 12명의 배심원들이 피의자에게 중죄가 있다는 혐의를 입증한 경우에만 기소하여 재판에 회부하였다. 영국의 기소대배심 제도는 1215년 왕권의 전제에 맞서 시민의 권리를 옹호하기 위해 승인된 대헌장(Magna Carta)에까지 기록된 바 있으나 16세기 이후 사인소추를 통제하는 역할만 담당하다 기소권에 대한 시민적 통제권 행사라는 본래 취지가 차츰 퇴색하였다.⁴⁹⁶⁾ 결국 영국은 제1차 세계대전 기간 동안 대배심을

495) American Bar Association, FAQs about the Grand Jury System(<http://www.abanow.org:80/2010/03/faqs-about-the-grand-jury-system/>; 최종 접속: 2017년 8월 16일).

일시적으로 중단하였으며 대공황 시기이던 1933년 재정상의 이유로 전면 폐지되었다.⁴⁹⁷⁾

한편 미국의 경우 17세기 영국의 식민지 시절 식민통치에 반대하는 미국 시민을 기소하는 과정에서 영국의 일방적인 기소권 남용을 견제하기 위한 수단으로 도입, 독립전쟁을 전후하여 미국의 확고한 사법제도로 정착되었다.⁴⁹⁸⁾ 영국의 커먼로(common law)를 계수하며 기소대배심 제도를 받아들인 후 현재까지 유지하고 있는 국가는 전 세계에서 미국과 19세기 미국에서 해방된 노예들이 건설한 라이베리아에 불과하다.⁴⁹⁹⁾

미국은 연방과 주 단위에 각각 검사가 제출한 증거를 검토(review)하고 기소가 타당하다는 상당한 이유(probable cause to return an indictment)가 있는지 여부를 결정하는 기소대배심 제도를 두고 있다. 먼저 연방의 기소대배심은 “누구든지 대배심의 고발(presentment)이나 기소(indictment) 없이는 사형에 해당하는 범죄나 중대한 범죄로 심판받지 않는다”는 연방 수정헌법 제5조에 근거한다. 다시 말해, 연방 대배심에 의한 기소는 연방에서 중대 범죄에 대해 형사소추를 하기 위한 필요조건이다.

연방에서와 달리 주(州)에서는 중대 범죄에 대한 형사소추를 위해 대배심에 의한 기소를 요구하지 않더라도, 이것이 연방헌법에 대한 위반을 구성하지 않는다.⁵⁰⁰⁾ 미국 전체 51개 주(특별구인 District of Columbia 포함) 중 48개 주가 대배심제도를 기소 목적에서 운영하기 위한 법적 조항을 두고 있는데,⁵⁰¹⁾ 연방과 같이 대배심에 의한

496) 19세기 초반 공리주의 철학자 벤담(Jeremy Bentham)은 기소대배심의 대표성과 효율성 부족을 비판한 대표적인 학자였다; 이상은 McSweeney, Thomas J., “Magna Carta and the Right to Trial by Jury”(in Holland, Randy J. ed., Magna Carta: Muse & Mentor, 2014), 139~149쪽의 내용을 요약정리한 것임.

497) 윤지영, 재판 전 단계에서의 국민참여방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2011, 98쪽.

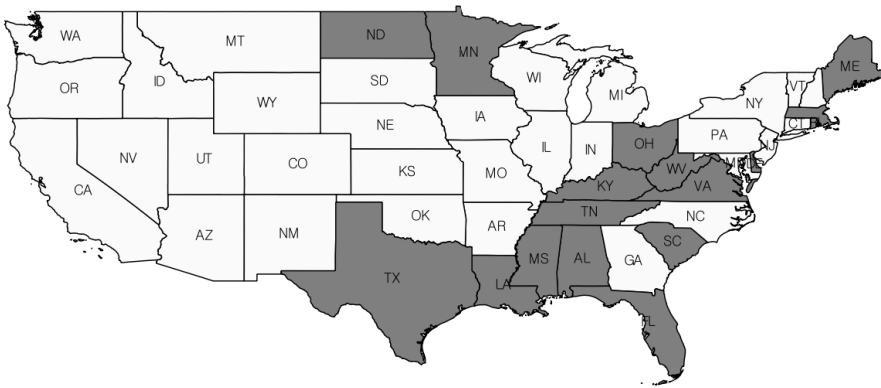
498) 이성기, “검사의 부당한 공소제기를 방지하기 위한 미국 기소대배심제(Grand Jury)의 수정적 도입에 관한 연구”, 강원법학 제38권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013, 469쪽; 한편 미국에서 기소대배심 제도를 최초로 도입한 주는 1635년 Massachusetts주로 알려지고 있으며(표성수, “재판전 형사절차에 있어서 국민 참여제도에 관한 연구”, 저스티스 통권 제113호, 한국법학원, 2009, 191쪽), Massachusetts주는 현재도 기소대배심을 형사소추를 위한 필수적 절차로 규정하고 있다.

499) Bloomberg, “How a grand jury fits in the Trump-Russia Probe”, 2017년 8월 4일자.

500) 이는 연방대배심이 *Hurtado v. California* 판결에서 주의 형사소추에 있어서 대배심에 의한 기소가 적법절차의 본질을 구성하는 것은 아니라는 점을 근거로, 수정헌법 제5조에 의해 요구되는 대배심에 의한 기소가 수정헌법 제14조의 적법절차조항(Due Process Clause)을 통해 주에 대해서까지 적용되는 것은 아니라고 판시한 데 기인한다(지유미, “미국의 대배심제도”, 한국형사정책연구원 제4차 사법개혁포럼자료집, 2017, 2쪽).

기소를 형사소추를 위한 필요조건으로 하고 있는 주는 절반가량인 23개 주에 그치며,⁵⁰²⁾ 나머지 25개 주에서는 이를 선택사항으로 하고 있다. [그림 6-1]은 미국 각 주의 기소대배심 운영 현황을 나타낸 것으로, 기소대배심을 필수적으로 운영하고 있는 23개 주는 진한 회색으로 표시되어 있다.⁵⁰³⁾ [그림 6-1]에서 보는 바와 같이, 미국에서 기소대배심을 필수적으로 두고 있는 주는 영국의 영향을 많이 받은 동부와 범죄 및 불법이민자에 대해 강경한 대응이 이루어지고 있는 남부에 주로 위치하고 있다.

[그림 6-1] 미국 각 주의 기소대배심 운영 현황



비고: 1. 기소대배심을 필수적으로 운영하고 있는 23개 주를 진한 회색으로 표시함.

2. 각 주명을 약자로 표시함.

3. 알래스카 주와 하와이 주는 미 본토 대륙과의 거리상 지도 표시에서 제외됨.

자료: Daniel Taylor, Which States Use Criminal Grand Juries? (<http://blogs.findlaw.com/blotter/2014/11/which-states-use-criminal-grand-juries.html>; 최종 접속: 2018. 8. 16); 재구성.

501) Connecticut주와 Pennsylvania주는 각각 1983년부터 대배심제도를 기소 목적으로 활용하고 있지 않으며, 이러한 대배심을 “수사대배심(Connecticut주: investigatory grand jury, Pennsylvania주: investigating grand jury)”이라 부른다(www.cga.ct.gov/2002/rpt/2002-R-0088.htm, www.legis.state.pa.us/cfdocs/legis/LI/consCheck.cfm?txtType=HTM&ttl=42; 최종 접속: 2017년 8월 16일).

502) 대배심에 의한 기소를 형사소추를 위한 필요조건으로 하고 있는 미국의 23개 주는 다음과 같다 (알파벳순): Alabama주, Alaska주, Delaware주, Florida주, Kentucky주, Louisiana주, Maine주, Massachusetts주, Minnesota주, Mississippi주, Missouri주, New Hampshire주, New Jersey주, New York주, North Carolina주, North Dakota주, Ohio주, Rhode Island주, South Carolina주, Tennessee주, Texas주, Virginia주, West Virginia주.

503) 위 지도 그림 작성을 위해서는 QGIS(© Desktop Version 2.14.3 with GRASS 7.0.4)을 이용하였다.

이처럼 대배심에 의한 기소를 형사소추를 위한 필요조건으로 하고 있는 주가 전체 주의 절반가량에 그치게 된 것은 대배심제도에 대한 학계에서의 지속적인 비판에 기인한다. 미국의 기소대배심에 대해 제기되고 있는 비판은 크게 다음의 네 가지로 정리된다. 먼저 불필요한 절차가 중복된다는 지적이다. 기소대배심은 검사(public prosecutor) 제도 이전에는 큰 의미를 가진 제도였을지 몰라도, 검사 제도가 자리잡은 현재에는 그 고유의 의미를 찾을 수 없는 불필요한 제도라는 것이다. 즉, 사실상 검사가 존재하지 않았던 19세기 이전까지는 피해자가 대배심에 직접 증거를 제출하고 대배심의 승인을 얻음으로써 가해자에 대해 형사소추를 할 수 있었다.⁵⁰⁴⁾ 따라서 이 시기의 대배심은 기소할지 여부, 그리고 무엇으로 기소할지를 결정하는 역할을 수행함으로써, 형사소추를 수단으로 상대방에 대해 사적인 복수를 감행하거나 상대방으로부터 승복을 얻어내고자 하는 피해자가 형사절차를 남용하는 것으로부터 시민을 보호하는 역할을 수행할 수 있었다. 그러나 대배심이 수행했던 이러한 역할이 현재는 검사에 의해 수행되고 있으므로 대배심은 더 이상 이와 같은 역할을 중복하여 수행할 필요가 없다는 것이다.

다음으로는 기소여부에 대한 검사의 판단에 대배심이 지나치게 맹종하는 경향이 있다는 점이 지적된다. 이러한 비판은 연방 또는 주에서 검사가 대배심에 공소장을 제출한 사건들 중 거의 100%에 달하는 사건들에 대해 대배심이 기소를 승인해 오고 있다는 통계를 그 근거로 한다.⁵⁰⁵⁾ 이에 대배심은 더 이상 근거 없는 형사소추를 여과해주는 “시민을 위한 방패(citizen’s shield)”⁵⁰⁶⁾ 내지 “보안관로서의 역할(safeguarding role)”⁵⁰⁷⁾은 수행하지 못한 채, 오히려 검사 판단이라면 터무니없더라도 “햄 샌드위치(ham sandwich)를 기소”⁵⁰⁸⁾토록 할 정도로 검사를 위한 “고무인(rubber stamp)”⁵⁰⁹⁾이

504) Krent, Harold J. *Executive Control over Criminal Law Enforcement: Some Lessons from History*, 38 Am. U. L. Rev. 275 (1989), 292~293쪽.

505) 이에 대해서는 뒤의 ‘나. 운영 현황’에서 자세히 다루도록 한다.

506) The New York Times, “Do We Need Grand Juries?”, 1985년 2월 18일자(www.nytimes.com/1985/02/08/opinion/do-we-need-grand-juries.html; 최종 접속: 2017년 8월 16일).

507) American Bar Association, FAQs about the Grand Jury System(<http://www.abanow.org:80/2010/03/faqs-about-the-grand-jury-system/>; 최종 접속: 2017년 8월 16일).

508) New York Daily News, “New top state judge: Abolish grand juries & let us decide”, 1985년 1월 31일자.

509) American Bar Association, FAQs about the Grand Jury System(<http://www.abanow.org:80/2010/03/faqs-about-the-grand-jury-system/>; 최종 접속: 2017년 8월 16일).

되었다는 비판을 받고 있다.

기소대배심 절차가 공개되지 않는 것도 제도 운영에 투명성(transparency)이 결여되었다는 비판을 초래한다. 대배심의 독립성을 유지하기 위해 고안된 비공개성(secrecy)은 피의자의 도주를 방지하고, 배심원이나 재판 전 증인에 대한 매수를 방지하는 한편, 증인에게 절차 중 솔직하고 진실한 증언을 독려하고, 최종적으로는 공소가 제기되지 않은 피의자의 평판을 보호하는 등과 같은 이유들에 의해 대배심제도의 가장 핵심적이고 근본적인 특징 중 하나로 여겨지며 그 정당성을 인정받아 왔다.⁵¹⁰⁾ 그러나 최근에는 투명하고 공개된 절차가 대배심에 참여하는 사람들의 책임의식을 강화하고, 대배심의 역할에 대한 일반의 이해를 증진시킬 수 있음에도 불구하고, 비공개성만을 강조하다보니 오히려 검사로 하여금 대배심제도 자체를 장악할 수 있도록 하고 있다는 비판이 제기되고 있다.⁵¹¹⁾

가장 지속적으로 제기되는 비판은 대배심을 과연 시민공동체의 대표(representative sampling)로 인정할 수 있는냐는 대배심 구성(makeup)상의 문제점이다. 대배심은 수정헌법 제14조의 적법절차조항(Due Process Clause)을 이해할 수 있을 정도로 전문적으로 법학을 전공한 사람들로 구성되는 것도 아니고, 성·인종·직업 등으로 인한 개인적인 편견이나 부적절한 요인들의 영향에서 자유롭지 못한 상황에 처해 있다.

대배심제도에 대한 이와 같은 비판은 최근 무장하지 않은 흑인들이 경찰관의 오인사격으로 사망한 사건들에서 대배심이 해당 경찰관들을 기소하지 않기로 결정함에 따라 정점에 달하였다. 즉, 2014년 7월 New York주의 Staten Island에서는 Eric Garner라는 43세의 흑인 남성이, 같은 해 8월에는 Missouri주의 Ferguson에서 Michael Brown이라는 18세의 흑인 소년이 각각 백인 경찰관이 쏜 총에 맞아 숨졌는데, Missouri주 대배심과 New York주 대배심이 모두 해당 경찰관들을 기소하지 않기로 결정한 것이다. 이러한 결정에 미 전역에서 항의 집회가 잇따랐으며⁵¹²⁾ 이를 제기

510) Simmons, Ric *The Role of the Prosecutor and the Grand Jury in Police Use of Deadly Force Cases: Restoring the Grand Jury to Its Original Purpose*, 65 Clev. St. L. Rev. 519 (2017) 530쪽; 한편 FRCP Rule 6는 이와 같은 대배심절차의 비공개성을 보장하기 위한 규정들을 두고 있다.

511) Note, *Restoring Legitimacy: The Grand Jury as the Prosecutor's Administrative Agency*, 130 Harv. L. Rev. 1205 (2017).

512) CBS News, "Ferguson Grand Jury Decision Sparks Protest Nationwide", 2014년 11월 24일자 (<http://www.cbsnews.com/news/ferguson-grand-jury-decision-sparks-protests-nationwid>)

로 기소대배심 제도의 필요성에 의문이 제기되면서 광범위한 사법개혁의 일환으로 기소대배심 제도 폐지가 요구되기도 하였다.⁵¹³⁾

오늘날 기소대배심 제도의 본고장인 영국이 기소대배심을 폐지하고 미국에서도 기소대배심의 비효율성에 대한 비판이 높은 가운데서도 현재까지 미국이 기소대배심을 운영하는 이유는 역사적 경험에서 찾을 수 있다. 영국 청교도들의 후손인 미국 시민들은 국가권력을 부정적으로 인식, 개척시대에 치안을 유지하기 위해 프랑스로부터 검사제도를 도입하여 검사에게 기소권을 부여하면서도 영국식 대배심제를 유지하여 시민이 국가의 기소권 남용을 통제하는 것이 여전히 필요하다고 생각하였다.⁵¹⁴⁾ 비록 실정법에 위반되는 행위라 하더라도 실정법이 정당하지 않거나 부당하다고 인정하는 경우 대배심이 기소를 거부할 수 있는 이른바 ‘기소거부’(jury nullification)의 권한을 국가의 사법독재를 견제, 방지할 수 있는 가장 유효한 수단으로 인식했기 때문이다.⁵¹⁵⁾

나아가 오늘날에는 기소대배심이 증거수집과 관련하여 갖는 특별한 권한을 통해 검사의 수사 및 기소활동을 뒷받침, 화이트칼라 범죄나 조직폭력 범죄와 같이 중요범죄를 기소하는 역할이 한층 강조되고 있다.⁵¹⁶⁾ 즉, 기소대배심은 벌칙부 소환장(subpoena)에 의하여 증언을 강제하거나 서류 등 증거물 제출을 강제할 수 있는 권한을 갖고 있다. 기소대배심의 벌칙부 소환장은 크게 증인에게 특정 일시 및 장소에 출석하여 증언하도록 명령하는 증인 소환장(subpoena ad testificandum)과 증인에게 서류 등 물적 증거를 가지고 출석하여 제출할 것을 명령하는 문서지참 소환장(subpoena duces tecum)의 두 가지로 나뉜다.⁵¹⁷⁾ 벌칙부 소환장의 내용을 이행하지 않거나 위반한 경우, 배심원이나 증인에 대하여 부당한 영향력을 행사하거나 증거를

e; 최종 접속: 2017년 8월 16일).

513) Note, *Restoring Legitimacy: The Grand Jury as the Prosecutor's Administrative Agency*, 130 Harv. L. Rev. 1205 (2017).

514) 이성기, 앞의 글, 469쪽.

515) 대표적인 사례는 1735년 “The Weekly Journal”의 편집장이었던 진저(John Peter Zenger)가 영국의 뉴욕주 식민지 총독(Royal Governor) 코스비(William Cosby)를 비방한 사건과 관련하여 해당 법률이 영국 식민지 통치의 일환으로 미국 시민을 억압하는 정당하지 못한 법이라는 일반 미국 시민의 시각을 반영, 당시 실정법에 위반되는 진저의 행위를 대배심이 두 차례나 기소를 거부한 것이다(이성기, 앞의 글, 469쪽).

516) 김재봉, “기소절차와 시민참여 방안”, 법학논총 제28집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2011, 291쪽.

517) FRCP 17.

인멸한 경우 이행강제금을 부과하거나 적절한 장소에 구금될 수도 있고, 범정부범죄 또는 사법방해죄로 처벌될 수도 있다. 이러한 기소대배심의 권한은 검사의 수사 및 기소에 중요한 역할을 하며, 특히 증인에 대한 조사권을 갖고 있지 못한 미국 검사에게 유용한 수단으로 받아들여지고 있다.⁵¹⁸⁾

나. 운영 현황

연방 기소대배심은 크게 연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure, 이하 FRCP)에 따라 구성되는 일반 대배심(regular grand jury)과 연방형법전(United States Code, Title 18) Sections 3331~3334⁵¹⁹⁾에 의해 구성되는 특별 대배심(special grand jury)으로 구분된다. 일반 대배심이 주로 장기간에 걸쳐 증거서류를 조사하거나 증인을 신문할 필요가 없는 사건의 수사 및 기소에 이용된다면, 특별 대배심은 조직범죄와 같이 그 수사에 수년 또는 수개월이 소요될 수 있는 사건에 주로 이용된다.⁵²⁰⁾

연방 기소대배심은 선거인명부에서 무작위추첨방식에 의해 선발된다. 연방 기소대배심원의 임기는 통상 18개월로 최장 6월까지 연장이 가능하고⁵²¹⁾ 지역의 규모가 크거나(인구 400만 이상) 범죄상황에 따라 필요한 경우 36개월까지 연장할 수 있다.⁵²²⁾ 연방 기소대배심은 16인에서 23인으로 구성되고,⁵²³⁾ 이 중 12인 이상의 배심원이 찬성하는 경우 기소가 가능하다.⁵²⁴⁾ 주의 경우 일반적으로는 연방과 같이 무작위추첨방식을 따르나, 텍사스 주와 같은 일부 지역에서는 배심원선정위원회에서 추천에 의해 선발하는 'key man system'을 택하고 있기도 하다.⁵²⁵⁾ 주 대배심원의 수는 12명

518) 김재봉, 앞의 글, 291쪽.

519) 18 U.S.C. §§ 3331, 3332, 3333, 3334.

520) Waller, Spencer Weber. *An Introduction to Federal Grand Jury Practice*, 61-OCT Wis. B. Bull. 17, 18 (1988); 특히 특별 대배심이 일반 대배심과 다른 부분은, i) 해임이나 징계를 권고하기 위한 근거로서 공무원 등에 의한 조직적 범죄행위와 관련된 공무소에서의 (범죄에 해당하지 않는) 비위, 부정, 과실 행위, 또는 ii) 관할지역 내에서의 조직범죄 상황에 관한 보고서를 작성하여 법원에 제출할 수 있다는 점이다(18 U.S.C. § 3333).

521) FRCP 6(a).

522) 18 U.S.C. § 3331(a).

523) 18 U.S.C. § 3321; FRCP 6(a).

524) FRCP 6(f); 이러한 점으로 인해 대배심은 공소제기 후의 공판절차에서 피고인이 유죄인지 무죄인지에 대해 평결을 내리는 소배심(petit jury)과 상당한 차이를 보인다. 대배심과 달리 연방의 소배심은 대개 12인으로 구성되고, 유 · 무죄의 평결에는 만장일치(unanimity)가 요구된다.

525) 이는 법관이 지역의 저명인사를 대배심원으로 선발하거나 먼저 주민 중 3~5명을 대배심원 선

에서 23명 선으로 주마다 상이하다.

검사는 기소장 내용을 기소배심원들에게 읽어주고 원본과 부분을 교부한다. 이후 비공개 심의를 통해 기소대배심원들은 검사가 제출한 증거를 검토(review)한 결과 검사의 기소장을 승인할 것인지 여부를 평결하는데, 기소가 타당하다는 상당한 이유(probable cause to return an indictment)가 있다고 판단되는 경우 기소장을 승인하며 이렇게 발부되는 기소장을 “A True Bill”이라 하고, 기소가 부적절하다고 결정하는 경우 “No True Bill”이라고 기소장에 표시한다.

최근 미 연방 기소대배심의 결정 추이를 살펴보면 40여 년 전 “연방 기소대배심이 무고한 시민을 보호하는 방패로서의 역사적 정체성을 상실했다”⁵²⁶⁾는 새넨(James P. Shannon)의 지적은 여전히 유효한 것처럼 보인다. <표 6-3>은 1995년부터 2014년까지 미 연방검찰이 다룬 전체 형사사건 수, 연방 지방법원에의 기소 건수(Prosecuted in U.S. district court)·연방 치안판사에 의한 처분건수(Disposed by U.S. magistrates)·검찰의 불기소 결정건수(declined)와 전체 형사사건 수 대비 비중, 연방 기소대배심이 불기소를 결정한 건수(No true bill returned)를 나타낸 것이다. 가장 최근인 2013년 10월부터 2014년 9월까지 연방검찰은 총 170,161건의 형사사건에 대해 수사를 전개, 전체 형사사건의 45.7%인 77,763건에 대해서는 연방 지방법원에 기소하는 한편 16.6%에 해당하는 28,285건에 대해서는 공소를 제기하지 않기로 결정했는데 이 중 대배심이 기소를 결정하지 않은 경우(‘No True Bill’)는 불과 11건에 불과했다. 다시 말해, 2014년 한 해 141,744건에 달하는 형사사건을 검토한 결과 연방 기소대배심은 11건을 제외하고는 기소 의견에 이의를 제기하지 않았다.

발위원(jury commissioner)으로 선임하고 이들 선발위원이 대배심원을 선발하도록 하는 것이다. 이러한 절차에 따라 대배심원이 구성될 경우 자연히 고령의 은퇴한 저명인사 내지는 백인·상류층·고학력 시민들이 대배심원에 선발되어 지역사회의 다양한 의견을 기소절차에 반영할 수 없게 된다고 지적된다(오경식, “미국의 기소대배심 운영과 한국의 도입방안”, 형사법의 신통향 제28호, 2010, 9쪽; 오정용·송광섭, “검찰시민위원회제도의 현황과 과제”, 법학연구, 2014, 245쪽).

526) Shannon, James P. *The Grand Jury: True Tribunal of the People or Administrative Agency of the Prosecutor?*, 2 N.M. L. Rev. 141 (1972), 166~167쪽.

〈표 6-3〉 미 연방 전체 불기소 건수 및 연방 기소대배심 불기소 결정건수(1995~2014)

연도	전체 형사 사건 계	연방 지방법원에 기소 (Prosecuted in U.S. district court)	연방 치안판사에 의한 처분 (Disposed by U.S. magistrates)	검찰의 불기소 결정건수 (Declined)		연방 기소대배심의 불기소 결정건수 (No true bill returned)
	(건)	(%)	(%)	(%)	(건)	(건)
1995	102,309	54.4	64.4	29.8	35,896	39
1996	98,454	57.8	57.7	26.4	32,832	41
1997	99,459	60.7	48.1	34.4	29,069	15
1998	106,022	61.3	44.3	42.5	28,786	33
1999	113,933	60.0	45.3	46.9	31,004	35
2000	117,450	62.2	41.7	45.7	30,444	29
2001	118,978	61.1	44.4	43.7	32,250	21
2002	124,081	61.5	44.1	41.9	33,674	23
2003	128,518	62.3	41.9	44.1	33,602	50
2004	148,229	58.3	36.8	93.8	31,866	14
2005	143,640	59.7	19.5	20.7	29,755	11
2006	141,130	58.9	20.1	21.0	29,677	15
2007	144,049	58.2	21.5	20.3	29,232	23
2008	182,723	48.2	36.4	15.4	28,102	20
2009	193,234	47.6	37.0	15.4	29,780	20
2010	193,021	48.4	35.7	15.9	30,670	11
2011	193,534	48.8	35.5	15.7	30,412	22
2012	196,109	45.3	39.5	15.2	29,770	14
2013	196,969	43.6	40.5	16.0	31,451	5
2014	170,161	45.7	37.6	16.6	28,285	14

비고: 회계연도(매년 10월 1일)를 기준으로 집계(일례로 2014년의 경우, 2013. 10. 1~2014. 9. 30).

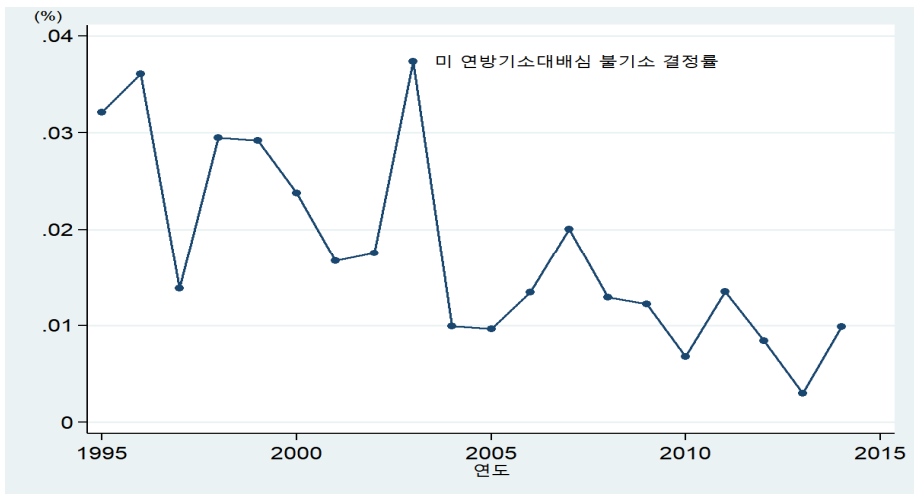
자료: Bureau of Justice Statistics, Federal Justice Statistics, Table 2.2 Disposition of suspects in matters concluded, by offense, 1995~2014, 각년도: 재구성.

한때 연방 기소대배심에서 불기소를 결정한 사건 수는 50건(2003년)에 이르기도 하였으나, 최근 20년간 연방 기소대배심이 불기소를 결정한 비율은 전반적으로 낮아지고 있는 추세다. 1995년부터 2014년까지의 기간 중 연방 기소대배심의 불기소 결정률을 나타낸 [그림 6-2]에서 보는 바와 같이,⁵²⁷⁾ 1995년 0.03%이던 연방 기소대배심의 불기소 결정률은 2003년 일시적으로 0.04%를 기록한 것을 제외하면 점차 낮아져 2014년

527) 이하 그림 작성을 위해서는 Stata(©StataCorp LP, Version 14)를 이용하였다.

0.01%로 나타났다. 이는 같은 기간 연방 기소대배심이 기소 여부를 판단한 사건 수는 1995년 121,582건에서 2014년 141,756건으로 2만 여건 이상 증가한 반면,⁵²⁸⁾ 불기소를 결정한 사건 수는 감소한 데 기인한다.

[그림 6-2] 미 연방 기소대배심 불기소 결정률(1995-2014)



비고: 1. 미 연방 기소대배심 불기소 결정률(%): 연방 기소대배심의 불기소 결정건수(건)/[전체 형사사건 계(건)*[연방 지방법원에의 기소(%)+연방 치안판사에 의한 처분(%)]}*100+연방 기소대배심의 불기소 결정건수

2. 회계연도(매년 10월 1일)를 기준으로 집계(일례로 2014년의 경우, 2013. 10. 1~2014. 9. 30).

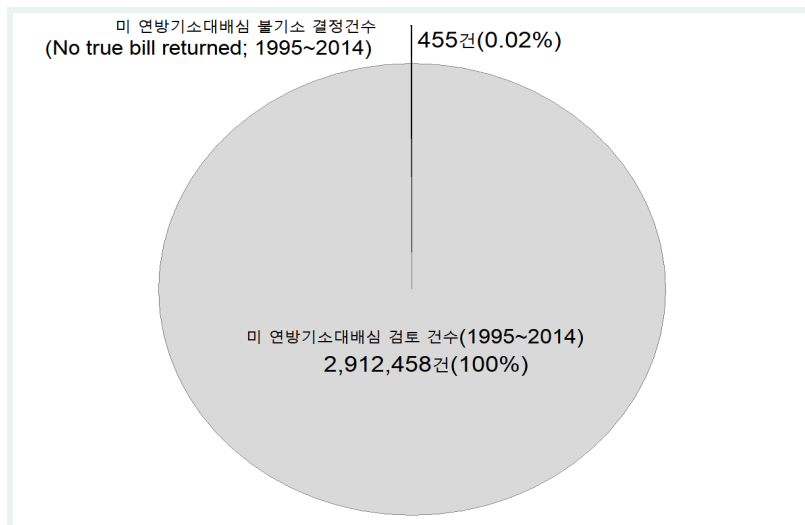
자료: Bureau of Justice Statistics, Federal Justice Statistics, Table 2.3 Reasons U.S. attorneys declined to prosecute suspects in criminal matters, 1995-2014, 각년도; 재구성.

그 결과 [그림 6-3]과 같이 최근 20년간 연방 기소대배심이 기소 여부를 검토한 총 2,912,458건을 기준으로 보면 불기소 결정건수는 도합 455건으로, 0.02%에 불과하다. 연평균으로 계산할 경우 연방 기소대배심이 불기소를 결정한 건수는 한 해 20여건 정도로, 6,400여건을 검토할 때 이 중 1건만이 불기소 하는 것으로 결정되고 있다는 의미다.

528) Bureau of Justice Statistics가 발간하는 Federal Justice Statistics는 연방 지방법원에의 기소율·연방 치안판사에 의한 처분율 등 비율만을 제시할 뿐, 연방 기소대배심이 기소 여부를 판단한 사건 수에 대한 구체적인 수치는 제공하지 않고 있다. 이에 연방 기소대배심이 기소 여부를 판단하기 위해 표결을 진행한 사건 수는 위 비율을 기반으로 이 연구에서 계산된 것으로, 실제 연방 기소대배심에서 검토한 사건 수와는 약간의 오차가 있을 수 있음을 밝혀 둔다.

이처럼 연방 기소대배심의 낮은 불기소 결정건수에 대하여 연방 기소대배심이 절대 다수의 사건에 있어 검사의 기소장을 승인할 만큼 검사가 “일을 잘하고” 있으며 자칫 검사의 부당한 공소제기로 인해 억울한 상황에 처한 사람을 단 한 명이라도 구제할 수 있다면 여전히 연방 기소대배심이 존재할 의의가 있다고 긍정적으로 해석하는 시각과 절차적 효율성 측면에서 기소대배심이 비능률적이고 불필요한 비용을 증대시키고 있을 뿐만 아니라 피의자에 대한 기소를 지연시키고 있다는 부정적 시각이 공존한다. 이에 따라 연방 기소대배심 제도를 활성화하는 한편 불기소 결정률을 제고하기 위하여 기소대배심에게 보조인력(staff)을 제공함으로써 위상 향상을 도모하거나⁵²⁹⁾ 과 임기 중 검사로부터 독립된 변호사를 제공하는 방안⁵³⁰⁾ 등이 제시되고 있다.

[그림 6-3] 미 연방 기소대배심 검토 건수 대비 불기소 결정건수(1995-2014)



비고: 1. 미 연방 기소대배심 검토 건수(건): {전체 형사사건 계(건)*[연방 지방법원에의 기소(%) + 연방 치안판사에 의한 처분(%)]}*100 + 연방 기소대배심의 불기소 결정건수.

2. 회계연도(매년 10월 1일)를 기준으로 집계(일례로 2014년의 경우, 2013. 10. 1~2014. 9. 30).

자료: Bureau of Justice Statistics, Federal Justice Statistics, Table 2.3 Reasons U.S. attorneys declined to prosecute suspects in criminal matters, 1995-2014, 각년도; 재구성.

529) 예컨대, Amar, Akhil R. *Reinventing Juries: Ten Suggested Reforms*, 28 U.C. Davis L. Rev. 1169, 1185 (1995).

530) Brenner, Susan W. *The Voice of the Community: A Case for Grand Jury Independence*, 3 Va. J. Soc. Pol'y & L. 67, 124-128 (1995).

2. 일본의 검찰심사회(檢察審査會)

가. 도입배경 및 발전과정

일본은 국가기관만이 소추를 할 수 있는 국가소추주의와 검찰에 의한 기소독점주의를 인정하는 등 형사사법구조에 있어 우리나라와 매우 유사한 구조를 취하고 있다. 원칙적으로 공소에 있어 검찰관 이외의 자가 관여하는 것은 인정되지 않으나 이에 대한 예외로서 “검찰의 공소권 행사에 민의(民意)를 반영하고 그 적정성을 도모하기 위해”(검찰심사회법 §1) 도입된 제도가 검찰심사회다.

검찰심사회 도입은 일본 스스로의 결정이라기보다는 제2차 세계대전 후 연합국최고사령관 총사령부(GHQ: General Headquarters, 이하 GHQ)의 영향에 의해 이루어졌다. GHQ는 일본 정부에 “검찰의 민주화”를 주문하며 미국에서와 같이 공선제에 의한 검찰관 선발과 기소 여부를 판단하는 대배심 도입을 권고하였다. 그러나 당시 일본은 사회적 상황이나 역사적 배경 등을 들며 GHQ의 권고를 그대로 받아들이지 않았다. 여기에는 1923년 배심법을 제정, 형사재판에서 국민참여제도를 시행하였으나 공판에 이르는 경우가 극히 적어 1943년 심리배심 제도를 중단한 일본의 경험도 반영되었다.⁵³¹⁾ 특히 기소대배심과 같은 제도는 당시 검찰의 입장으로서의 핵심적인 권한이 분산되는 결과가 되기 때문에 이를 수정하는 형태로 도입할 수 있는 방안을 모색하였다.⁵³²⁾ 그 결과, 검찰관 공선제를 절충하여 검찰관적격심사위원회제도를 도입하는 한편, 기소 여부에 대한 모든 판단이 아니라 부당한 불기소에 대한 부분으로 그 심사대상을 국한시킨 검찰심사회 제도가 고안되었다. 때문에 검찰심사회 제도는 다른 나라에서는 찾아볼 수 없는 일본만의 특유한 제도로 여겨지고 있다.⁵³³⁾

검찰심사회는 1948년 제정된 검찰심사회법(檢察審査會法, 昭和23年7月12日法律第147号)에 근거를 두고 있는데, 검찰의 소극적인 태도로 인하여 검찰심사회는 오랜

531) 국가소추주의 및 기소독점주의에 따라 기소대배심은 허용하지 않고 심리배심만을 채택하였고, 민사사건은 일반 국민이 접근하기에 복잡한 사실관계가 많아 부적합하다고 판단하여 지방재판소가 관할하는 형사사건만을 대상으로 하였다(장승일, “검사의 기소재량권 통제와 시민참여제도에 관한 연구”, 강원법학 제39권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013, 356~357쪽).

532) 오정용, 앞의 글, 283쪽.

533) 안경환·한인섭, 배심제와 시민의 사법참여, 집문당, 2005, 124면; 정한중, “시민참여형 공소권 통제제도의 모색”, 법학연구 제12집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2009, 223쪽.

기간 활성화되지 못하였다. 그러던 중 1993 년 언론 등에서 국회의원의 기부금에 대한 정치자금규정법(政治資金規正法) 위반사건을 크게 다루면서 동법 위반이 다수 고발되었는데 검찰이 대다수 불기소 처분하자 도쿄 제1검찰심의회에 일시적으로 심사 신청이 폭증, 처리인원 수는 전년(2,359명) 대비 39,156명 증가한 41,515명, 불기소부당 의결 인원수도 전년(50명) 대비 10,123명 증가한 10,173명을 기록하기도 하였다.⁵³⁴⁾

검찰심사회는 1999년 7월 일본 정부에 의해 사법제도개혁심의회⁵³⁵⁾가 발족되면서 다시 한 번 일반 시민의 사법참여 방안으로서 지니는 가치가 재평가되었다. 이에 따라 2004년 검찰심사회법이 개정(平成16年法律第62号)되고 2009년 시행되면서 검찰심사회의 결정에 법적인 구속력(강제기소)을 부여하게 되었다.⁵³⁶⁾ 즉, 2009년 5월부터 검찰심사회법은 검찰심사회가 ‘기소상당(起訴相当)’으로 결정한 사건에 대해 검찰이 다시 불기소 처분한 경우 또는 일정 기간 내에 공소를 제기하지 않은 경우에는 검찰심사회는 재심을 실시하도록 개정되었다. 11명의 검찰심사원(檢察審査員) 중 8명 이상이 ‘검찰의 불기소는 타당하지 않고 기소 후 재판하여야 한다’고 판단되면 기소하여야 한다는 취지의 결정[‘기소의결(起訴議決)’]을 하게 된다(검찰심사회법 §41의6①). 기소의결을 할 때에는 이에 앞서 담당 검사에게 검찰심사회에 출석하여 의견을 진술할 기회를 주어야 한다(검찰심사회법 §41의6②). 아울러 기소 의결의 의결서 등본을 송부 받은 지방재판소에서 검찰관을 대신하여 직무를 수행할 변호사를 지정[‘지정변호사(指定弁護士)’], 공소를 제기하도록 하고 있다(검찰심사회법 §41의9). “제2 단계의 심사”라고도 일컬어지는 이러한 개정 내용은 2004년 개정 당시에는 큰 주목을 받지 못하였으나, 2009년 시행 후 사회적 관심이 높은 사건에 대한 기소의결이 연이어 나오면서 검찰의 공소권 행사에 대한 민주적 통제로서 일본 형사사법에 반향을 일으

534) 法務省, 平成 8年版 犯罪白書 第1編 第3章 第2節, 1994(http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/37/nfm/n_37_2_1_3_2_2.html; 최종 접속: 2017년 8월 16일).

535) 사법제도개혁위원회는 당시 일본 정부는 100년 이상 유지하고 있던 사법제도 개혁을 위해 설치된 기구로서 2년간 “사법제도개혁심의회의견서”라는 보고서를 통해 재판에 국민의 건전한 사회상식을 반영시켜 사법의 국민적 기반을 확립할 필요가 있음을 강조함과 동시에 법학전문대학원(로스쿨) 설치·국민참여재판 도입·재판 외 분쟁해결수단(ADR) 확충 및 활성화 등 형사사법 전 영역에서 전면적인 개혁방안을 제시하였다(<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/index.html>, 최종 접속, 2017년 8월 16일; 정진수·최인섭·황지태·심희기·이정민, 형사정책과 사법개혁에 관한 조사, 연구 및 평가(I): 일본의 사법개혁 동향, 한국형사정책연구원, 2007, 17쪽).

536) 오정용·송광설, 앞의 글, 248쪽; 김준성·천정환, “올바른 검찰권행사를 위한 검찰시민위원회 제도의 활성화 방안”, 인권복지연구 제10호, 한국인권사회복지학회, 2011, 12~13쪽.

쳤고, 일반 시민들에게도 폭넓게 인식되기 시작하였다.⁵³⁷⁾

그럼에도 검찰심사회는 다수의 일본 국민에게 여전히 낯선 제도이며, 이에 일본 법원에서는 [그림 6-4]에서 보는 바와 같이 삽화를 통해 쉽고 친숙하게 검찰심사회를 이해할 수 있도록 돕고 있다. 교통사고를 예시로 든 이 삽화는 ① 사건이 발생하여 ② 경찰의 조사가 이루어지고 ③ 검찰이 기소하지 않기로 결정하자 ④ 이에 불복한 당사자의 신청에 의해 ⑤ 검찰심사회가 심사를 하여 ⑥ 기소하는 것이 타당하다는 ‘기소상당’ 취지로 결정하면 ⑦ 기소가 이루어지게 된다고 간략히 요약하고 있다.

현재 일본의 전국 지방재판소(우리의 지방법원)와 주요 지방재판소 지부 건물에 총 165개소의 검찰심사회가 설치되어 있다.⁵³⁸⁾ 검찰심사회는 법원에 설치되어 있으나 그 직무는 독립적으로 수행한다(일본 검찰심사회법 §3). 법원이라고 하더라도 검찰심사회의 권한 행사에 관하여 지시 또는 명령을 하거나 그 활동에 간섭해서는 안 되며, 이는 검찰심사회의 자주성과 심사의 공정성을 담보하기 위함이다.⁵³⁹⁾

검찰심사회는 독립적으로 심사를 진행함에 있어 전문적인 법률 지식을 보충하여야 할 필요가 있다고 인정되는 때에는 사건마다 변호사 중 한 명의 심사보조원(審査補助員)을 위촉할 수 있다(검찰심사회법 §39의2①, ②). 심사보조원은 위촉된 특정 사건에 대해 ① 관련 법령 및 그 해석을 설명하고 ② 해당 사건의 사실상 및 법률상의 문제점을 정리하는 한편, ③ 그 문제점들에 대한 증거를 정리하여 ④ 해당 사건의 심사에 대해 법적 견지에서 필요한 조언 및 ⑤ 의결서 작성을 보조하되(검찰심사회법 §39의2 ③, ④), 검찰심사회의 설치 취지에 맞게 자발적인 판단을 방해하지 않도록 유의하여야 한다(검찰심사회법 §39의2⑤).

537) 배상균, “일본의 기소권 통제 관련 비교법적 고찰: 검찰심사회 제도를 중심으로”, 한국형사정책연구원 제3차 사법개혁포럼자료집, 2017, 22쪽.

538) 裁判所, 検察審査会制度Q&A: Q3(http://www.courts.go.jp/kensin/q_a/q3/index.html; 최종 접속: 2017년 8월 16일); 구체적인 일본 지역별 검찰심사회 설치현황에 대해서는 裁判所, 全国の検察審査会一覧表(http://www.courts.go.jp/kensin/seido_itiran/index.html; 최종 접속: 2017년 8월 16일).

539) 배상균, 앞의 글, 22쪽.

[그림 6-4] 일본 검찰심사회에 대한 대국민 안내 삽화

①事件の発生



②警察の調べ



③不起訴



ある日、買い物に出かけたAさんは、Bさんの運転する車にぶつけられ、腕を骨折する大けがを負ってしまいました。

ところが、現場に駆けつけた警察官に対してBさんは、「自分は悪くない。悪いのは急に飛び出してきたAさんだ。」と、ウソの弁解をしたために、Bさんは不起訴になってしまったのです。

検 察 審 査 会

④申し立て



Bさんを不起訴とした検察官の処分に納得できないAさんは、検察審査会に申し立てることにしました。

◇ 検察官の不起訴処分に納得できない人は、検察審査会に申立てをすることができます。検察審査会は、検察官のした不起訴処分のよしあしを審査するところです。

⑤審 査



Aさんの申し立てを受けた検察審査会は、審査会議を開き、検察庁から取り寄せた記録を調べたりして審査しました。

◇ 審査は有権者の中から「くじ」で選ばれた11人の検察審査員によって行われます。審査会議は非公開で行われるため、検察審査員は自由な雰囲気の中で活発に意見を出し合いながら、国民の健全な良識に従って不起訴処分のよしあしを判断することになります。

⑥議 決



審査の結果、検察審査会は、検察官はもっと詳しく捜査すべきという「不起訴不当」の議決をしました。

◇ 議決には次の3種類があります。

不起訴相当…検察官の不起訴処分は納得できる。
 不起訴不当…検察官はもっと詳しく捜査して起訴が不起訴が決められるべきだ。
 起訴相当…検察官は事件を起訴すべきだ。

検察官は、検察審査会の議決を参考にして、再度捜査、検討した結果Bさんを起訴することになりました。

⑦起 訴



◇ 検察審査会制度は昭和23年に始まり、これまで、50万人以上の方が検察審査員として参加しています。

◇ 審査した事件は15万件に上り、検察審査会の議決を参考にして検察官が再検討の結果起訴した事件は、1400件を超えています。

◇ 検察審査会法が改正され、「起訴相当」の議決に対して検察官が不起訴としたり、一定期間内に処分をしない場合には、検察審査会は再度審査を行い、その結果、起訴をすべきとの議決（起訴議決）をしたときは、検察官の判断にかかわらず起訴の手続きがとられるなど、検察審査会の機能が強化されました。

자료: 裁判所, 検察審査会ってどんなところ...(http://www.courts.go.jp/kensin/kensatu_sinsakai/index.html; 최종 접속: 2017년 8월 16일).

나. 운영 현황

검찰심사회는 관할지역 내 중의원 의원의 선거권을 가지는 자 중에서 무작위로 선정된 11명의 검찰심사원으로 구성된다(검찰심사회법 §4). 만 20세 이상의 일반 시민은 누구나 검찰심사원이 될 수 있기 때문에 검찰심사회법은 검찰심사원의 요건 및 제척사유 등을 상세히 규정하고 있다. 먼저 학교교육법(学校教育法, 昭和22年法律第26号)상 규정된 의무교육을 마치지 못하였거나 징역 또는 금고 1년 이상의 형에 처해진 사람(검찰심사회법 §5), 황실 구성원이나 법관·변호사·변리사·경찰관·법무사 등 형사사법기관 종사자는 검찰심사원이 될 수 없다(검찰심사회법 §6). 검찰심사원이 피의자나 피해자, 또는 그 친족·법정대리인·후견인·동거인이거나 사건에 대해 고발 또는 청구를 하거나 사건에 대한 증인·감정인·대리인·변호인이 된 때에는 제척사유에 해당한다(검찰심사회법 §7). 나아가 나이가 70세 이상이거나 5년 이내 검찰심사원이었던 사람, 국회의원 또는 지방의회 의원, 국가 또는 지방자치단체 직원 및 교원, 학생, 중증질환자 등은 검찰심사원의 직무에서 제외될 수 있다(검찰심사회법 §8).

선거인명부를 토대로 선거관리위원회에서 검찰심사원 후보 예정자 명단을 작성하여(검찰심사회법 §10) 검찰심사원 사무국에 제출하면 검찰심사원 사무국에서 이를 바탕으로 각 검찰심사회마다 네 개 그룹(그룹당 100명)으로 나누어 검찰심사원 후보자 명단을 작성(검찰심사회법 §9②), 대상자에게 통지하게 된다(검찰심사회법 §12③). 선발된 검찰심사원의 임기는 6개월이다(검찰심사회법 §14).

검찰심사회는 검찰의 불기소 처분에 대한 당부를 심사하는 한편, 검찰사무에 대한 건의 내지 권고를 담당한다(검찰심사회법 §2①). 심사는 고소 또는 고발을 한 사람, 범죄피해자(범죄피해자 사망 시 그 배우자, 직계 친족 또는 형제자매)의 ‘신청’ 또는 과반수 이상의 의결이 있는 때 자체 파악한 자료를 바탕으로 ‘직권’으로 개시된다(검찰심사회법 §2②, ③). 심사의 결과는 ① 기소하는 것이 타당하다고 인정될 때 ‘기소상당’, ② 불기소 처분이 타당하지 않다고 인정될 때 ‘불기소상당’, ③ 불기소 처분이 타당하다고 인정될 때 ‘불기소상당’ 중 하나로 하여야 한다(검찰심사회법 §39의5).

검찰심사회의 사건처리 현황에 대한 통계(인원수표)는 검찰심사회 제도 시행 초기부터 전체 자료가 일반에 공개되어 있다. [그림 6-5]는 검찰심사회 제도가 시행된 1949년부터 2016년까지 검찰심사회에 사건이 접수된 경로(신청 또는 직권)으로 구분

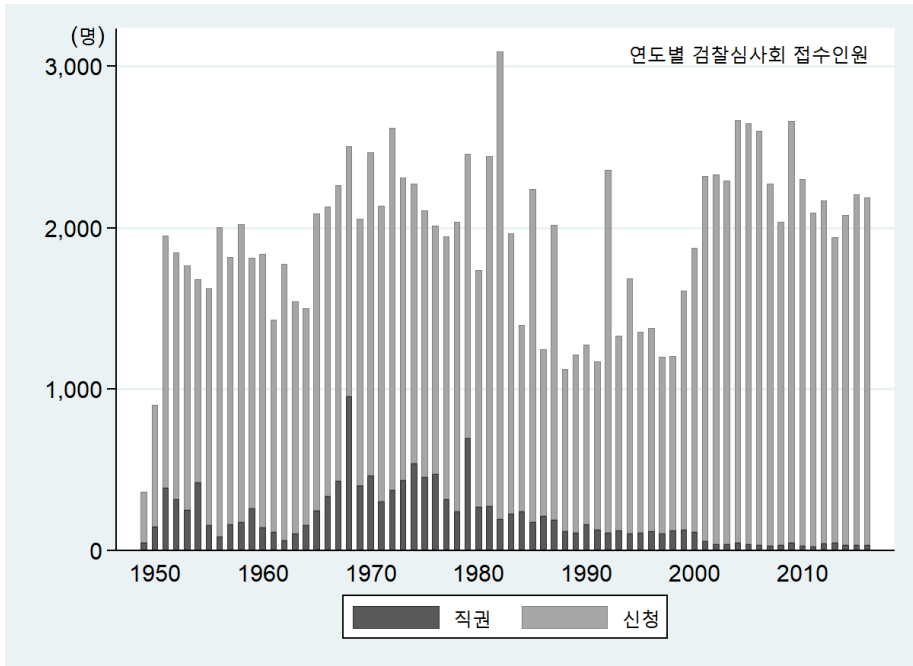
하여 연도별 검찰심사회 접수인원(新受)을 나타낸 것이다. 검찰심사회가 운영되어 온 지난 68년간 신청에 의한 접수인원은 117,534명(89.6%), 직권에 의한 접수인원은 13,707명(10.4%), 계 131,241명으로,⁵⁴⁰⁾ 이를 연평균으로 환산하면 1,930명(신청: 1,728명, 직권: 202명)이 검찰심사회의 판단을 거쳤다. 시계열로 살펴보면 직권에 의한 접수인원은 전반적으로 감소하고 있는 가운데, 1970년대부터 1990년대까지 접수인원은 다소 감소하던 추세였으나 2000년대 초반 신청에 의한 접수인원이 크게 증가한 이래 현재까지 꾸준히 2,000명을 전후한 접수인원을 나타내고 있다. 이에 따라 2016년 신청에 의한 접수인원은 2,154명, 직권에 의한 접수인원은 36명이었다. 2015년의 경우 접수인원 중 형법범⁵⁴¹⁾은 1,887명으로, 죄명별로 살펴보면 공/사문서 위조가 341명으로 가장 많고, 상해 196명, 사기 194명, 자동차운전과실치사상 175명, 직권남용 159명 순이었으며, 특별법범(자동차운전사고처벌법 위반 포함)은 305명으로, 자동차운전사고처벌법 위반이 97명으로 가장 많은 것으로 나타났다.⁵⁴²⁾

540) 1993년(平成5年) 국회의원의 기부금에 대한 정치자금규정법(政治資金規正法) 위반사건의 영향으로 인한 신청(40,176명)을 포함할 경우 시행 이래 총계는 171,417명이다(이 중 신청 157,710명).

541) 이때 형법범에는 형법 개정(平成25年法律第86号) 전 제211조 제2항에 규정한 자동차운전과실치사상이 포함되어 있다.

542) 法務省, 平成28年版 犯罪白書 第6編 第2章 第1節, 2016(http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/63/nfm/n63_2_6_2_1_2.html; 최종 접속: 2017년 8월 16일).

[그림 6-5] 연도별 검찰심사회 접수인원(1949-2016)



비고: 1993년(平成5年) 국회의원의 기부금에 대한 정치자금규정법(政治資金規正法) 위반사건의 영향으로 인한 신청(40,176명) 제외.

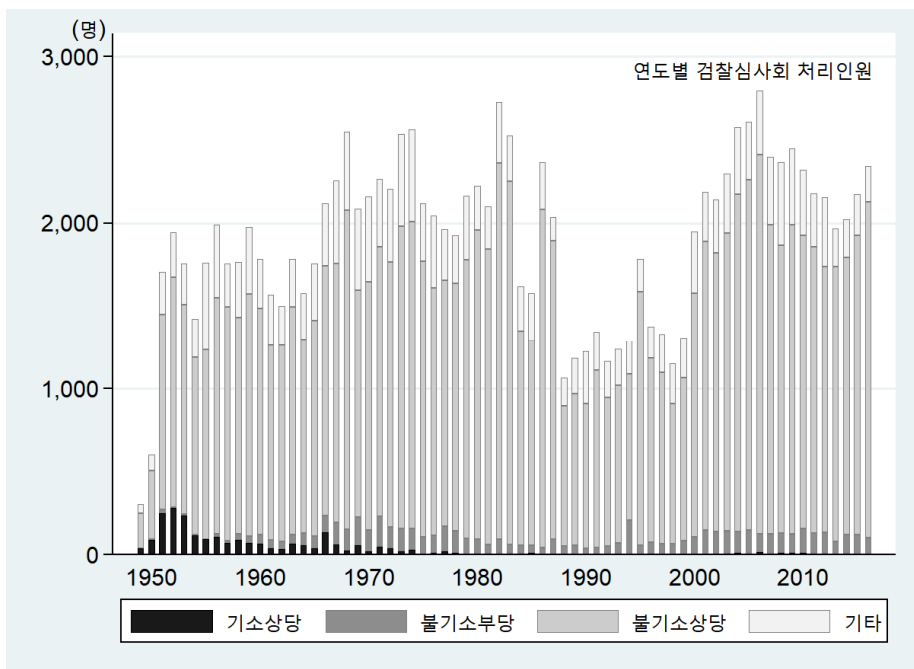
자료: 裁判所, 檢察審査會の受理件数, 議決件数等, 1950-2017, 각년도: 재구성.

[그림 6-6]은 검찰심사회의 결정 내용(기소상당·불기소부당·불기소상당·기타)을 기준으로 나누어 1949년부터 2016년까지의 연도별 검찰심사회 처리인원(既濟)을 나타낸 것이다. 이때 검찰심사회의 활동 성과로서 의의를 갖는 것은 기소할 필요가 있다는 ‘기소상당’과 불기소하는 것이 부당하다는 ‘불기소부당’이라는 점에 유의하여야 한다. 이는 미국의 기소대배심과 같이 검찰이 기소하는 모든 사건에 대해 심사하는 것이 아니라 검찰이 불기소하는 사건 중 부당하게 불기소하는 것은 없는지 여부로 그 심사대상이 제한되어 있다는 일본 검찰심사회의 특성 때문이다. 지난 68년간 검찰심사회에서 기소상당 결정은 2,409명, 불기소부당 결정은 5,782명으로 총 8,191명에 이르며, 이는 전체 처리인원(129,378명)⁵⁴³⁾ 대비 6.3%로 연평균 120명이 검찰심사회

543) 1993년(平成5年) 국회의원의 기부금에 대한 정치자금규정법(政治資金規正法) 위반사건의 영향으로 인한 불기소부당(10,106명) 및 기타(31,248명)를 포함할 경우 시행 이래 불기소부당은 15,888명, 기타는 52,912명, 총계는 170,734명이다.

의 의결을 거쳐 다시 검사에 의해 검토되도록 하였음을 뜻한다. 1952년 기소상당 결정은 283명, 불기소부당 결정은 2명으로 나타나는 등 검찰심사회 제도 도입 초기에는 기소상당 결정이 우세하고 불기소부당 결정은 20명 미만으로 매우 적었으나, 최근에는 이러한 추세가 역전되어 2016년의 경우 기소상당 결정은 3명, 불기소부당 결정은 101명으로 나타나고 있다.

[그림 6-6] 연도별 검찰심사회 처리인원(1949-2016)



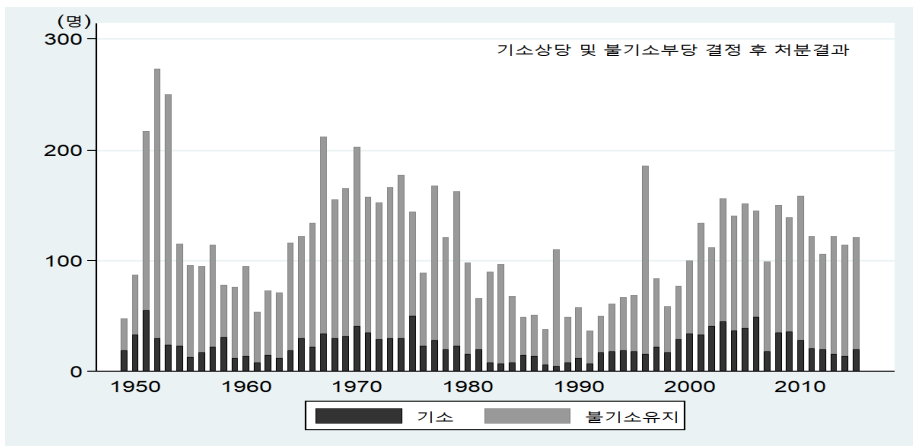
비고: 1993년(平成5年) 국회의원의 기부금에 대한 정치자금규정법(政治資金規正法) 위반사건의 영향으로 인한 불기소부당(10,106명) 및 기타(31,248명) 제외.

자료: 裁判所, 檢察審査会の受理件数, 議決件数等, 1950-2017, 각년도: 재구성.

기소상당 및 불기소부당 결정이 된 사건에 대해 검찰이 취한 처분결과의 추이를 살펴보면 [그림 6-7]과 같다. 처분이 이루어진 총인원 7,836명 중 6,163명(79.9%)에 대해서는 불기소가 유지된 반면, 1,572명(20.1%)에 대해서는 기소가 이루어졌다. 제1심 재판결과(종국인원 1,490명)에 따르면 이 중 1,393명은 유죄(자유형 497명, 벌금형 896명)를, 97명은 무죄(면소 및 공소기각 포함)를 선고받았다.⁵⁴⁴⁾

또한 검찰심사위원회의 기소상당 결정에도 불구하고 검찰이 불기소를 유지, 2009년부터 2016년까지 검찰심사회가 재심사한 인원은 총 25명이었으며, 이 중 기소의결된 인원은 14명이었다. 이 14명에 대해 지정변호사에 의해 강제기소된 후 2016년까지 재판이 확정된 인원은 5명인데, 그 중 2명에 대해 유죄가 선고되었다.⁵⁴⁵⁾

[그림 6-7] 기소상당 및 불기소부당 결정 후 검찰의 처분결과(1949~2015)



비고: 1. 1993년(平成5年) 국회의원의 기부금에 대한 정치자금규정법(政治資金規正法) 위반사건의 영향으로 인한 불기소부당(10,106명)은 전부 불기소유지 되었으며, 이는 제외함.

2. 접수 및 처리인원(재판소 발표)과는 달리 검찰의 처분결과(법무성 발표)에 대해서는 2016년도 자료 없음.

자료: 法務省, 犯罪白書, 起訴相当・不起訴不当議決事件 事後措置状況の推移(原不起訴処分の理由別), 1950~2016, 각년도: 재구성.

3. 우리와의 비교

우리나라의 검찰시민위원회는 미국의 기소대배심 및 일본의 검찰심사회를 참고하여 도입되었다고 알려지고 있으나, 이상 살펴본 바와 같이 양 제도와는 상당한 차이를 갖고 있다. <표 6-4>는 우리의 검찰시민위원회를 미국의 기소대배심 및 일본의 검찰심사회와 비교, 차이점을 요약·정리한 것이다.

544) 法務省, 平成28年版 犯罪白書 第6編 第2章 第1節, 2016(http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/63/nf_m/n63_2_6_2_1_2.html; 최종 접속: 2017년 8월 16일).

545) 法務省, 平成28年版 犯罪白書 第6編 第2章 第1節, 2016(http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/63/nf_m/n63_2_6_2_1_2.html; 최종 접속: 2017년 8월 16일).

〈표 6-4〉 검찰시민위원회와의 비교

	미국 (기소대배심)	일본 (검찰심사회)	우리나라 (검찰시민위원회)
설치 기관	법원	법원(재판소)	검찰
법적 근거	○(있음)	○(있음)	X(없음)
구성원 pool	선거인명부 (18세 이상)	선거인명부 (20세 이상)	교수·변호사 등 사회 명망가
구성원 선정방식	무작위 추천	무작위 추천	검찰이 선정
구성원 수	16~23명	11명	9명 (*실무상 최대 40명)
임기	18개월 (최장 6월 연장)	6개월	6개월 (최대 1회 연임)
심의 대상	사형에 해당하는 범죄나 중대 범죄에 대한 기소 여부	검사의 불기소 처분에 대한 당부	검사의 공소 제기/ 불기소 처분/구속취소/ 구속영장 재청구 여부
법적 구속력	○(있음)	○(있음)	X(없음)
조력인	X(없음)	○(심사보조원)	X(없음)
변호사 참여	○(특별검사)	○(지정변호사)	X(없음)

먼저 검찰시민위원회는 법원에 설치되어 있는 기소대배심과 검찰심사회와는 달리 검찰에 설치되어 있고 법률에 기반하고 있지 못하다는 점에서 근본적인 차이가 있다. 인원 구성에 있어서도 기소대배심과 검찰심사회는 일정 연령 이상의 선거인명부에 등록된 일반 시민을 대상으로 무작위 추천에 의해 구성원을 선정하고 있는 반면, 검찰심사위원회는 공개모집하고 있기는 하나 교수·변호사 등 사회 명망가를 중심으로 검찰이 선정하고 있다는 점에서 일반 시민을 대표한다고 보기 어려운 면이 있다.

미국의 기소대배심은 사형에 해당하는 범죄나 중대 범죄에 대한 기소 여부를, 일본의 검찰심사회는 이보다 좁게 검사의 불기소 처분에 대한 당부를 심의하고 있는 가운데 검찰시민위원회는 검사의 공소 제기 및 불기소 처분부터 구속취소와 구속영장 재청구 여부까지 심의 대상을 폭넓게 두고 있다. 기소대배심이나 검찰심사회와는 달

리 심의 결과에 법적 구속력이 없고 충실한 심의를 위한 전문인력이나 변호인의 조력이 제도화되어 있지 않은 상황에서 단순히 검찰시민위원회의 심의 대상을 확대하고 있는 점은 도리어 검찰시민위원회에 의한 검찰의 실질적 통제를 기대하기 어렵게 한다. 구속영장의 재청구와 관련하여서는 현재 검찰시민위원회에서 심의하는 정도의 “약한” 시민참여보다는 법관의 영장기각에 대한 검사의 항고를 허용하는 제도를 별도로 도입하는 것이 바람직하다는 의견을 참고할 수 있겠다.⁵⁴⁶⁾ 덧붙여 구속과 관련된 시민참여 제도를 도입하게 된다면 현재 법원에서 행하는 구속영장실질심사절차에서의 심리배심제를 도입하는 것이 차선택이라는 의견도 있다.⁵⁴⁷⁾

제3절 우리에의 시사점

“배심재판, 기소배심, 법관임용위원회에서 시민참여, 희생자의 권리를 보장하는 입법 등은 모두 미국인이 사법행정에서 시민참여를 확보하기 위해 만들어놓은 여러 방식을 말해준다. 이러한 방법들은 각기 자신의 고유한 문제를 가지고 있다. 그러나 미국인은 공정성을 보장한다는 관점에서 이러한 방법의 이익이 불이익을 능가한다고 결론지었다.”⁵⁴⁸⁾

피의자가 수사 및 공판과정에서 겪게 되는 정신적·육체적·경제적 고통이나 손실은 상당하며 사후 회복이 어렵다는 점에서 사전에 부당한 기소 내지 공소권의 남용을 통제하여야 함은 이론의 여지가 없다.⁵⁴⁹⁾ 검찰의 기소권 행사에 대한 시민적 통제의 대표적인 유형인 미국식 기소배심제에 대하여 미국 자체 내에서도 그 장·단점에 대한 논란이 많은 만큼 국내에의 도입 여부를 놓고 입장차가 있는데, 이는 일견 지극히 자연스럽다. 기소배심제의 도입을 전면 도입하여야 한다는 의견이 있는 가운데,⁵⁵⁰⁾

546) 손동권, 앞의 글, 74쪽.

547) 손동권, 앞의 글, 74쪽.

548) Silbert Jonathan E.(조국 역), 앞의 글, 295쪽.

549) 이호중, “검찰에 대한 민주적 통제와 검찰개혁의 과제”, 서강법학 제9권 제2호, 2007, 70면.

550) 같은 논지에서 이성기, 앞의 글.

기소배심제 도입에는 원론적으로 찬성하지만 그 대상사건을 제한하여야 한다는 의견도 다수 발견된다.⁵⁵¹⁾ 무엇보다 형사사법체계가 상이한 외국의 제도를 도입함에 있어서는 그 법리적 문제점을 사전 검토한 후 신중히 도입하여야 한다는 주장이 설득력 있게 받아들여지고 있다.⁵⁵²⁾

그럼에도 불구하고 기소배심제는 수사 및 기소절차에 사전적으로 시민이 개입할 수 있도록 한다는 점에서 그 고유한 가치를 지닌다는 점이 주지되어야 할 필요가 있다.⁵⁵³⁾ 기소배심제도는 절차상 검사의 공소권 행사에 대한 시민의 사전적 참여제도라고 한다면, 검찰심사회는 검사의 불기소처분에 대한 사후적 참여제도라는 점에서 차이가 있다.⁵⁵⁴⁾

무엇보다 기소대배심은 미국 시민들로 하여금 국가의 기소절차에 참여하도록 함으로써 정의에 대한 인식과 준법정신을 높이는 데 기여하고 있다. 기소대배심 등 형사사법절차에의 참여 경험이 해당 형사사법기관의 역할을 긍정적으로 평가하고 절차적 정의(procedural justice)를 중요하게 인식하는 데 영향을 미친다는 점은 타일러(Tom Tyler)의 경험적 연구에서도 확인할 수 있다.⁵⁵⁵⁾ 시민들이 기소대배심 참여를 통해 형사사법절차에 대한 이해를 높이는 한편 해당 제도의 유용성과 중요성을 경험하게 됨으로써 결과적으로 형사사법에 대한 긍정적인 이미지를 갖게 되는 것이다.

다만 미국에서도 기소대배심이 검찰의 기소권 행사를 정당화하는 절차로 전락하였다는 비판이 있는 가운데 검찰이 수사권을 행사하고 있는 우리나라에서 검찰시민위원회를 확대하거나 기소배심제를 도입한다면 기소권 정당화는 더욱 심화될 가능성이 있다.⁵⁵⁶⁾ 기소대배심이나 검찰시민위원회의 결정으로 기소된 사건에 대해 법원에서

551) 기소배심제를 도입하되 정치인이나 고위 공직자의 부패사건, 직접적인 피해자가 없거나 공공성이 강한 대규모 보건·환경 범죄 등으로 한정하자는 의견(김영철, “수사절차에 있어서의 국민참여”, 법조 통권 581호, 2005, 49쪽; 손동권, 앞의 글, 75쪽), 정치적 영향력이나 공익성이 강한 사건과 살인·강도·강간 등 개인적 법익과 관련된 중한 형사사건을 나누어 도입할 필요가 있다는 의견(윤영철, “검사의 기소재량권에 대한 통제제도의 현황과 사전적·민주적 통제방안에 대한 소고”, 경북대학교 법학논고 제30집, 2009, 342쪽) 등이 그 예이다.

552) 정한중, “시민참여형 공소권통제제도의 모색”, 법학연구 제12집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2009; 오경식, 앞의 글; 김재봉, 앞의 글.

553) 김재봉, 앞의 글, 298쪽.

554) 김태명, “검찰시민위원회 및 기소심사회 제도에 대한 비판적 고찰: 미국의 대배심제도와 일본의 검찰심사회 제도를 참고하여”, 형사정책연구 제21권 제4호, 한국형사정책연구원, 2010, 165면.

555) Tylor, Tom. Why People Obey The Law, Princeton Univ. Press, 2006, 94-114면.

556) 최강욱, 권력과 검찰: 괴물의 탄생과 진화, 창비, 2017, 197쪽.

무죄판결을 하는 데 부담을 느낄 수도 있고, 시민들이 기소를 결정했는데 어떻게 법원에서 무죄를 선고하느냐며 법원을 비판하는 데 악용될 소지도 있다.⁵⁵⁷⁾

나아가 기소대배심 도입 또는 검찰시민위원회가 확대되면 그 외 검찰 단계 및 기소 절차에의 시민참여 방안 확대를 위한 논의가 중단될 가능성이 높다. 현행 검찰시민위원회가 당초 설치 및 구성의 한계상 엄밀한 의미에서 검사의 기소권을 효과적으로 통제할 수 있는 장치라고 보기 어렵다는 점은 고려되지 않고, 특히 ‘당사자’로서의 시민참여 제도로서 의미를 지니는 재정신청제도 확대는 더 이상 주장하기 어렵게 될 수 있다.⁵⁵⁸⁾

형사사법체계의 책임성과 투명성 증진을 위해 시민참여 제도에 대한 관심이 고조되는 현 상황에서는 시민참여 제도가 지니는 장점과 동시에 이에 내포된 문제점도 염두에 두어야 한다. 즉, 기소대배심이나 검찰심사회, 검찰시민위원회 제도에서와 같이 시민이 ‘대표자’로서 형사사법에 참여하는 것은 본질적으로 일정한 한계를 내포하고 있다. 미국의 기소대배심과 일본의 검찰심사회 운영 현황을 분석한 결과에서 보는 바와 같이 검찰시민위원회가 강화 내지 제도화 된다 하더라도 절차적으로 효율적이지 못하다는 비판은 결국 우리나라에서도 반복될 것으로 전망된다.

단일한 시민참여 제도만으로는 형사사법제도에의 시민적 통제 역할을 다할 수 없으며, 다양한 유형의 시민참여 제도를 갖추되 그 중에서도 피의자의 인권을 존중하는 한편 피해자의 권익을 보호하고 보다 많은 일반 시민이 직접적으로 형사사법에 참여할 수 있도록 ‘당사자’ 또는 ‘유권자’로서의 시민참여 제도가 전향적으로 확대되는 것이 바람직하다고 보인다. 시민참여를 통해 형사사법기관을 견제하고 투명성을 제고하려는 것은 우리나라만의 고민은 아니며, 이미 외국의 선례는 우리에게 이를 위해 새로이 도입할 필요가 있는 제도들을 시사하고 있다. 외국에서와 같이 공식통계 자료 등 시민참여 제도의 운영 현황에 대해 투명하게 공개되어야 함은 물론이다.⁵⁵⁹⁾

557) 김재봉, 앞의 글, 303쪽; 때문에 현 단계에서 기소대배심이나 검찰시민위원회는 적절한 검찰 개혁 방안이 아니라고 판단, 우선 재정신청제도를 모든 고발사건으로 확대하되, 일본과 같이 검사가 아닌 지정변호사가 공소유지를 담당하도록 하여 그 실효성을 제고하는 방안을 도입하여야 한다는 주장도 제기된다(최강욱, 앞의 글, 199쪽).

558) 최강욱, 앞의 글, 199쪽.

559) 이와 대조적으로 검찰시민위원회의 심의 결과·구성원 현황 등 관련 정보는 공개되어 있지 않다. 이와 관련 앞의 각주 15) 참조.

총 평

강 석 구

총 평

최근 국민들이 분연히 촛불을 든 것은 입법부·행정부·사법부를 망라한 모든 권력기관에 대해 이 나라의 주인이 국민임을 환기하고, 이른바 비선실세에 의한 국정농단 사태 등 일련의 게이트로 드러난 ‘무너진 국가·사회 체계’를 바로세우라고 입법부·행정부·사법부를 망라한 모든 권력기관에 주권자로서 명령한 것이다. 그리고 국민을 대신하여 국가를 개혁할 주체로서 국민들은 새 정부를 선택했고, 새 정부가 이러한 위기를 극복하고 미래의 희망을 향해 주저 없이 나아가줄 것을 국민들은 기대하고 있다.

그런데 개혁의 방안은 다양할 수 있지만, 그 방향만은 현재보다 한 발 더 나아갈 수 있는 진일보(進一步)여야 한다. 그리고 그 판단은 개혁의 대상인 권력기관이 아니라 개혁의 주체인 국민의 시각에서 하여야 한다. 국민의 뜻이 국정에 실현되어야 하고, 국민의 의지를 정치는 수렴해야 한다. 이를 태만히 하여 배타적인 진영논리와 낡은 프레임에 갇힌 독선(獨善)으로 나아간다면 새 정부 역시 ‘한때의 권력’으로 머물 것이고, 대한민국은 ‘내일이 없는 나라’로 전락할 것이다. 이 연구는 이처럼 백척간두(百尺竿頭)에 선 나라를 구해내기 위한 간절함으로 시작했고, 깨어있는 국민들과 엄중한 역사 앞에 부끄럽지 않도록 연구자의 양심에 따라 최선의 결과를 도출하고자 노력했다.

다만 사법개혁이라는 광범위하면서도 민감한 주제를 대상으로 5개월이란 단기간에 속성으로 연구를 진행한 만큼 부족하고 미진한 부분이 많다는 점은 솔직하게 인정한다. 하지만 완전하지 못하더라도 이 시대에 이 나라에서 살고 있는 국민의 한 사람으로서 오늘을 방관만 해서는 안 될 것이며, 부족한 생각이라도 개혁을 향한 다양한 생각들이 모이면 ‘한뜻’이 되어 이 나라를 되살릴 수 있을 것이라고 믿고 있다. 연구과정에서 견제와 조소가 적지 않았지만 국민을 믿고 연구를 밀어붙였고, 사법개혁 추진을 위한

기초자료로서 5개 현안과제의 쟁점을 다음과 같이 도출하였다.

먼저, 이 연구의 시대상황적 배경으로 ① 이른바 ‘정운호 게이트’, ② 이른바 ‘진경준 게이트’, ③ 이른바 ‘우병우 황제소환’, ④ 이른바 ‘비선실세에 의한 국정농단 사태’라는 네 사건을 꼽았다. ‘정운호 게이트’를 통해 국민들은 이른바 ‘전관예우’라는 적폐의 실체를 보았고, 전관예우로써 호의호식하는 전직 고위 공직자의 실상을 보았다. ‘진경준 게이트’를 통해 국민들은 ‘법조비리’라는 적폐의 실체를 보았고, 법조계의 촌충한 부패 먹이사슬을 보았다. ‘우병우 황제소환’을 통해 국민들은 권력 앞에 무력한 검찰조직과 형사사법시스템의 현 주소를 보았고, 권력 앞에 무너진 특별감찰관 제도의 허상을 보았다. ‘비선실세에 의한 국정농단 사태’를 통해 국민들은 국가권력이 국민에게 봉사하지 않고 사유화되어 부패한 참상을 보았고, 권력과 재벌의 결탁을 보았으며, 국민들이 그렇게 지켜내고자 했던 다양한 인권옹호 장치들이 권력자들에게 악용되는 현장을 보았다. 이를 재론하는 것은 국민들이 촛불을 들게 된 배경을 확인함으로써 연구의 ‘목적’(目的)을 분명히 하기 위함이고, 한때의 민심에 영합하는 분위기에 휩쓸리지 않기 위하여 이 연구를 시작한 ‘초심’(初心)을 다잡기 위함이다.

국가와 사회의 모든 분야에 대한 개혁이 함께 추진되어야 하겠지만, 이들 게이트에 대한 반성을 통해서 적어도 형사정책 분야에서는 ‘검찰개혁 등 형사사법기관의 근본적 개혁’과 ‘전관예우 등 법조비리의 척결’이 최우선적으로 달성해야 할 선결과제라고 판단했고, 이 중 ‘형사사법기관의 근본적 개혁’, 즉 ‘사법개혁’을 연구의 주된 대상으로 삼았다. 또한, 국민들이 갈망하는 검찰개혁을 주된 목표로 삼으면서도 형사사법시스템 전반을 두루 살폈고, 사법개혁이라는 큰 틀 속에서 경찰개혁과 법원개혁도 함께 살폈다. 이러한 분석을 통해 검찰개혁에 앞서, 또는 동시에 경찰개혁이 함께 추진되어야 할 필요성을 확인하였고, 권력 간의 ‘견제와 균형’을 위해서는 사법부의 독립 등 법원개혁도 경시할 수 없음을 확인하였다. 그래서 보고서의 편제를 개혁과제 추진의 시급성에 따라 “경찰개혁 — 검찰개혁 — 법원개혁”의 순으로 정하였고, ‘국민에 의한 견제와 감시’ 기능의 중요성을 감안하여 이 내용을 ‘형사사법에서의 시민참여’로서 별도의 장(章)으로 구성했다. 중요성이 상대적으로 높은 검찰개혁의 경우는 ‘검찰의 중립성 확보’와 ‘검찰(기소)의 공정성 확보’를 중심으로 다시 2개의 장으로 나누었고, 연구진의 전공과 선호도 등을 고려하여 연구진 간에 배분하였다.

먼저, ‘경찰개혁 방안’과 관련해서는 검찰개혁의 과정에서 경찰이 어부지리(漁父之利)를 얻는 형국은 국민이 바라는 바가 아니며, ‘국민의 자유와 권리의 신장’이라는 측면에서 경찰도 진정성 있는 개혁을 추진해야 한다는 점에 무게를 두었다. 이를 위해서는 경찰권력을 지방정부, 입법부 등과 나눌 필요가 있고, 인권침해 소지가 많은 경찰사무를 개선하기 위해 노력해야 하며, 친인권적 경찰로 체질을 개선하기 위한 자체 개혁방안을 경찰구성원의 뜻을 모아 추진해야 한다는 점을 강조했다. 또한, 수사권을 검찰, 경찰 간에 나누고, 지방정부 등과 나누는 것만이 중요한 것이 아니고, 수사권한 총량을 줄이기 위한 다양한 노력이 필요함을 환기시켰다.

또한, ‘검찰의 중립성 확보방안’과 관련해서는 검사 스스로가 인사·승진에 목매 수밖에 없도록 구조화되어 있는 ‘검찰 인사시스템 개혁’의 중요성을 강조하면서 검사 인사권 독립 문제, 법무부와 검찰청의 분리 문제, 검사 파견 문제, 검사장 직선제, 검찰총장 직선제 등 검찰인사와 관련한 여러 쟁점을 분석하였다. 이와 관련하여 검찰권 행사의 중립성·독립성 확보라는 측면에서 법무부장관의 일반적 지휘권 폐지 문제와 검사동일체 원칙 해체 문제를 검토하였고, 고위공직자비리수사처 설치의 필요성을 다양한 시각에서 검증하였다.

나아가 ‘검찰(기소)의 공정성 확보방안’과 관련해서는 현행 형사소송법상 공소제도의 기본원칙인 국가소추주의, 기소독점주의, 기소편의주의에 기반한 검찰 기소권을 통제하기 위한 재정신청 제도, 검찰하고 제도 및 검찰시민위원회 제도를 검증하였다. 또한, 검찰에 대한 신뢰를 바탕으로 선진 외국에서 운영되고 있는 독일의 기소강제절차와 일본의 검찰심사회 제도를 살핌으로써 재정신청제도의 확대 문제, 검찰시민위원회의 법제화 및 확대 문제, 검·경 수사권 조정 문제, 기소법정주의 도입 문제 등에 관한 해법을 모색하고자 하였다.

한편, 검찰, 경찰 등 형사사법기관의 정치적 중립성이나 독립성을 논의하면서 법원과 법관의 독립, 즉 사법부의 독립을 외면해서는 안 될 것이므로 ‘법원개혁 방안’은 ‘대법원장의 인사권’을 중심으로 법원의 관료화 문제, 법관의 독립성 문제, 법관의 직무윤리 문제 등을 분석하는 한편, 헌법상의 특수법원인 군사법원의 문제점을 함께 살폈다. 이를 통해 법원의 민주화, 사법 독립, 대법원장 임명과 대법관 임명·구성 다양화, 법조윤리의 회복, 법관 독립의 강화, 상고심 재판의 충실화, 관할관·심판관

제도의 개선 등 법원개혁을 위한 여러 방안의 방향성을 검증하였다.

또한, 형사사법 절차에 일반국민이 참여하는 ‘형사사법에 있어서 시민참여’는 형사사법시스템의 주인으로서, 국민에 의한 사법행정의 견제와 감시도 가능하게 할 수 있다. 이 점을 환기하기 위하여 경찰, 검찰, 법원 등 형사사법기관별로 수사-기소-공판 단계 및 조직 운영에 있어서의 시민참여 제도 현황을 간략히 살펴보고, 참여시민의 역할과 범위를 대표자, 당사자, 유권자로 구분하여 각각의 경우에 어울리는 선진 외국의 제도를 종합 정리하였다. 다만 연구 여건상 모든 시민참여 제도를 검증할 수는 없으므로 시민참여를 통한 검찰 견제 기구로서의 기대감이 높아지고 있는 ‘검찰시민위원회’를 미국의 기소대배심 제도와 일본의 검찰심사회 제도와의 관련 하에 심층적으로 검증하여 제도 개선의 방향성을 제시하였다.

이처럼 사법개혁의 현안과제를 발굴하고, 그 쟁점을 분석하는 과정에서 사법개혁은 단순히 제도를 개선하거나 권한을 조정하는 과제가 아니라는 사실을 깨닫게 되었다. 이는 중국적으로는 ‘신뢰’(信賴)의 문제이며, 어떤 개혁방안을 안출해내더라도 국민의 신뢰를 이끌어내지 못한다면 아무 소용이 없다고 할 것이다. 결국 신뢰는 형사사법기관에 종사하는 ‘사람’들이 스스로 각성(覺醒)하여 쌓아나가야 한다는 점을 환기하며, 글을 맺는다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 강기운 의원실, 치안 부재 해소 및 경찰공무원 처우 개선을 위한 정책방향, 2013.
- 강동욱, “군 사법절차의 관할관 확인조치권에 관한 비판적 고찰,” 법과 정책연구(한국법정책학회) 제12집 제1호, 2012. 3.
- _____, “군사법절차에 있어서의 심판관 제도의 현황과 개선방안,” 법과 정책연구(한국법정책학회) 제11권 제4호, 2011. 12.
- 강석구/조상제, 내사에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2011.
- 제인국, “공개재판의 원칙과 재판중계제도의 공법적 의의: 개념상 문제제기와 비교법적 분석을 중심으로”, 법과 정책연구 제17권 제1호, 한국법정책학회, 2017.
- 곽병선, “특별수사청 설치의 필요성과 구체적 방안”, 법학연구 제48집, 한국법학회, 2012.
- 국정기획자문위원회, 문재인정부 국정운영 5개년 계획, 2017. 7.
- 국회 행정자치위원회, 자치경찰법안 및 부수법률 개정안 [정부 제출] 검토보고서, 2005. 11.
- 김수원, 경찰활동과 인권, 한국학술정보(주), 2007.
- 김용주/오윤성, “군사법제도 발전방향 모색을 위한 연구,” 한국경찰학회보, 제19권 2호, 2017.
- 김영철, “수사절차에 있어서의 국민참여”, 법조 통권 581호, 2005.
- 김영훈, “법관의 독립확보를 위한 법관인사제도의 모색,” 법학연구(연세대학교 법학연구원) 제27권 제2호, 2017. 6.
- 김이수, 한국 군사법제도 현황 및 개선방안에 대한 연구 : 군사법원 및 군법무관을 중심으로, 한양대학교 행정·자치대학원 석사학위논문, 2010.
- 김인희, “견제와 분산을 위한 검찰개혁과제 재검토”, 민주법학 제43호, 민주주의법학연구회, 2010.
- _____, “상설 특별검사제 도입 법률안 시론”, 인하대 법학연구 제16집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2013.
- 김재봉, “기소절차와 시민참여 방안”, 법학논총 제28집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2011.

- 김정환, “제정형사소송법을 통해 본 재정신청제도의 본질”, 연세대학교 법학연구 제26권 제2호, 2016. 6.
- 김준성/천정환, “올바른 검찰권행사를 위한 검찰시민위원회제도의 활성화 방안”, 인권 복지연구 제10호, 한국인권사회복지학회, 2011.
- 김진욱, “검사장직선제의 도입”, 한국형사정책학회 2017년도 춘계학술대회 자료집 — 공정한 형사사법을 위한 개혁방안—, 한국형사정책학회, 2017.
- 김진환, “사법개혁의 방향”, 저스티스(한국법학원), 2010. 8.
- 김태명, “독일의 기소강제절차와 일본의 부심판절차에 비추어 본 우리나라 재정신청제도의 개정방향”, 경찰법연구 제11권 제2호, 2013.
- _____, “검찰시민위원회 및 기소심사회제도에 대한 비판적 고찰: 미국의 대배심제도와 일본의 검찰심사회제도를 참고하여”, 형사정책연구, 한국형사정책연구원, 2010.
- 김태우, “고위공직자비리수사처 입법론 검토 - 현재 발의된 관련 법안의 합헌성을 중심으로 -”, 형사법의 신동향 제54호, 대검찰청, 2017.
- 김학경/이성기, “영국지방자치경찰의 새로운 패러다임 : ‘2011 경찰개혁 및 사회책임법’과 ‘국립범죄청’을 중심으로”, 경찰학연구 통권 제29호, 2012. 3.
- 김현주, “군사법제도 개선의 핵심쟁점에 대한 연구,” 형사정책, 제20권 제1호, 2008.
- 김희균/노명선/오경식/정승환, 서초동 0.917 - 빙산을 부수다, 사법개혁, 도서출판 책과함께, 2012.
- 김희수/서보하/오창익/하태훈, 검찰공화국, 대한민국, 삼인, 2011.
- 노명선, “검찰의 중립성제고를 위한 상설특검의 신설 방안 연구”, 성균관법학 제26권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2014.
- 대검찰청 검찰개혁자문위원회, 2003. 6. 21. 1차 회의 안건 항고심사회 설치·운영.
- 대검찰청 검찰미래기획단, 제5차 형사법 비교포럼 자료집, 2017. 7. 21.
- 도중진/류병관, “형사재판에의 시민참여방안”, 형사정책연구 제15권 제4호, 한국형사정책연구원, 2004.
- 류관중, 한국경찰전사(戰史), 제일가제법령출판사, 1982.
- 류전철, “개정 형사소송법상 재정신청의 성격과 문제점”, 영남법학 제26호, 2008. 4.
- 문재인/김인회, 문재인, 김인회의 검찰을 생각한다, 도서출판 오월의봄, 2017. 5.
- 문준영, 법원과 검찰의 탄생, 2010.

- _____, “검찰권 행사에 대한 시민적 통제와 참여”, 민주법학 제29호, 민주주의법학연구회, 2005.
- 문홍성, 미국의 대법원 구성 및 법관임명, 인사, 퇴임후의 활동에 관한 연구, 국외훈련검사연구논문집 제27집, 2012.
- 미래한국재단(편), “해외의 스쿨 폴리스 사례”, 지방자치(미래한국재단) 통권 제305호, 2014. 2.
- 민변 검찰개혁 이슈리포트, 민주사회를 위한 변호사모임, 2017. 6.
- 민주사회를 위한 변호사모임 보도자료, “대법원의 상고법원 도입방안에 반대한다”, 2014. 9. 30.
- 박경래/이정민/이민호/임한아, 공판관련 조직구조 및 직무개편 방안 연구, 한국형사정책연구원, 2008.
- 박미숙, “개정형사소송법상 재정신청제도의 효율적 운용방향”, 형사정책연구 제18권 제3호, 2007.
- 박미숙/곽상현, 재정신청제도의 전면 확대에 따른 정책, 한국형사정책연구원, 2006.
- 박상기, “한국 검찰, 무엇이 문제인가? —제도적, 정치적, 인간적 측면—”, 연세법학연구 제9권 제2호, 연세법학회, 2003.
- 박인환, “법조 신뢰도 제고를 위한 사법개혁 과제,” ‘바른사회시민회의 대선포럼 정책토론 시리즈(6)’, 법조신뢰도 제고를 위한 개혁과제 발제문, 2017. 3. 22.
- 박창호/이동희/이영돈/임준태, 비교수사제도론 -한국 수사구조의 개혁을 향한 기초연구-, 박영사, 2004.
- 박현정, “일본의 검찰심사회제도에 관한 고찰”, 법학논총 제16권 제2호, 2009.
- 배종대/이상돈/정승환/이주원, 형사소송법, 홍문사, 2013 및 2015.
- 백광훈/신동일/이천현, 바람직한 검찰개혁의 방향, 형사정책연구원 연구총서, 2003.
- 법무부, 개정 형사소송법, 2007.
- 법원행정처, 법원실무제요 형사 I, 2014.
- _____, 사법연감, 2016.
- 서보학, “검찰의 현주소와 법치주의의 위기”, 법과 사회 제39권, 법과사회이론학회, 2010.
- 서창식, “해외 주요국의 대법관 구성방법과 시사점,” 이슈와 논점, 국회입법조사처, 제798호, 2014. 2. 20.

- 성창익, “독립적 사법행정기구 신설제안,” ‘법원개혁의 좌표찾기 -법원의 민주화와 법원행정처 개혁을 중심으로’, 참여연대·민주사회를 위한 변호사모임·인권법학회·국회의원 노회찬·정성호·박주민·이용주 공동주최 토론회 자료집, 2017. 6. 27.
- 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2010.
- _____, 우리 국민의 바람직한 수사 참여 방안 연구: 기소배심의 도입 타당성을 포함하여, 대검찰청 용역과제보고서, 2012.
- 손동권/신이철, 새로운 형사소송법 제2판, 세창출판사, 2014.
- 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, 형사법연구 제22호, 2004.
- 신순갑, “학교폭력과 스쿨폴리스(school police)”, ‘오늘의 청소년’(한국청소년단체협의회) 제23권 제2호, 2007. 3/4.
- 신 평, 한국의 사법개혁 아직 끝나지 않은 여정, 높이깊이, 2011.
- 심재무, “검사의 불기소처분에 대한 불복제도 개선방안”, 비교형사법연구 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003.
- 안경환·한인섭, 배심제와 시민의 사법참여, 집문당, 2005.
- 양승태 대법원장 신임법관 임명식 축사(2017. 4. 3.).
- 오경식, “미국의 기소대배심운영과 한국의 도입방안”, 형사법의 신통향 통권 제28호, 2010.
- 오경식/김범식/이현정, 현행 군사법제도의 발전방향 연구, 한국형사소송법학회, 2012.
- 오병두, “독립적 특별수사시구의 도입방안에 관한 연구 - ‘고위공직자비리수사처’ 법안들을 중심으로 -”, 형사정책 제24권 제2호, 한국형사정책학회, 2012.
- 오정용, “일본의 검찰심사회제도를 통해 본 또 하나의 시민의 사법참여”, 형사법연구 제23권 3호, 한국형사법학회, 2011.
- 오정용/송광섭, “검찰시민위원회제도의 현황과 과제”, 법학연구 제55권, 한국법학회, 2014.
- 오지원, “대법원 구성의 다양화와 젠더판례”, 심포지엄 자료집, 민주사회를 위한 변호사모임, 2012. 6. 15.
- 오현철, “민주주의를 위한 법원개혁과 시민참여”, 시민사회와 NGO, 제13권 제2호, 2015.
- 옥선기, “수사절차상 국민참여제도에 대한 비교법적 고찰”, 형사법쟁점연구(II), 박영사

- (대검찰청 형사법연구회), 2010.
- 유시민, 국가란 무엇인가, 돌베개, 2017.
- 유엔인권최고대표사무소(국제인권법연구회 역), 국제인권법과 사법-법률가(법관, 검사, 변호사)를 위한 인권편람, 2014.
- 윤남근, “우리나라 상고제도의 개선방안 -상고법원안과 대법관 증원론을 중심으로-”, 인권과 정의, 455권, 2016. 2.
- 윤동호, “고위공직자비리수사처 신설의 정당성과 필요성”, 형사정책연구 제22권 제1호, 한국형사정책연구원, 2011.
- _____, “검사장 직선제 도입에 대한 토론편”, 한국형사정책학회 2017년도 춘계학술대회 자료집 - 공정한 형사사법을 위한 개혁방안 -, 한국형사정책학회, 2017.
- 윤상민, “군 형사사법제도의 개혁방안,” 비교법학, 제8집, 전주대학교 비교법연구소, 2008.
- 윤영철, “검찰개혁과 독립된 특별수사기관의 신설에 관한 소고”, 홍익법학 제13권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2012.
- 윤영철, “검사의 기소재량권에 대한 통제제도의 현황과 사전적·민주적 통제방안에 관한 소고”, 법학논고 제30집, 경북대학교 법학연구원, 2009.
- 윤지영, 재판 전 단계에서의 국민참여방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2011.
- 이계수/오동석/최정학/오병두, 군 사법제도 운영 및 인권침해현황 설문조사, 국가인권위원회, 2004.
- 이동명, “검사의 공소권통제에 대한 시민참여제도”, 법과 정책 제16집 제2호, 2010.
- 이상수, “경찰 인사정의, 어떻게 구현할 것인가? : 경찰 인사의 투명성·공정성 확보방안”, 차기정부 경찰 개혁, 어떻게 할 것인가 토론회 자료집, 2017.
- 이상한, “기소절차상 국민참여방안으로 검찰시민위원회 제도에 대한 검토, 법학논총 제31집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2013.
- 이석배, “검찰의 독립성과 중립성확보 방안”, 단국대 법학논총 제38권 제4호, 단국대학교 법학연구소, 2014.
- 이성기, “검사의 부당한 공소제기를 방지하기 위한 미국 기소대배심제(Grand Jury)의 수정적 도입에 관한 연구, 강원법학 제38권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013.
- 이순옥, “검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자비리수사처)의 설치에 관한 검토(토론

- 문), 한국의 형사사법개혁1: 검찰개혁, 2017 한국형사정책연구원/한국형사소송법학회 공동학술세미나 자료집, 2017.
- 이완규, “검사동일체원칙과 관련된 몇 가지 오해”, 형사정책연구소식 제78호, 한국형사정책연구원, 2003.
- 이용구/유지원, “제왕적 대법원장 체제, 어떻게 개혁할 것인가? - 대법원장의 권한분산과 법원행정처 개혁방안모색-”, 국회의원 노회찬 주최 세미나 발제문, 2017. 6. 1.
- 이은모, 형사소송법 제4판, 박영사, 2014.
- 이재상, “재정신청의 제문제”, 대한변호사협회지, 1988. 4.
- 이재상/조균석, 형사소송법, 박영사, 2015.
- 이재화, “상고법원 도입방안 바람직한 해법 아니다”, 대법원 상고제도 개선 공청회 발제문, 2014. 9. 24.
- 이정덕/임유석/한경희, “고위공직자비리 수사기구 설치에 관한 다면적 연구”, 한국범죄학 제6권 제2호, 대한범죄학회, 2012.
- 이정수, “영국 특별수사청(SFO) 개관”, 각국의 특별수사기구 연구, 대검찰청 검찰미래기획단, 2007.
- 이호중, “검찰개혁의 방향, 과제, 전망 : 박근혜 정부의 검찰개혁논의에 부쳐”, 법과사회 제33호, 법과사회이론학회, 2013.
- _____, “검찰개혁과제로서 고위공직자비리수사처의 도입 필요성”, 한국형사정책학회 2017년도 춘계학술대회 자료집 - 공정한 형사사법을 위한 개혁방안 -, 한국형사정책학회, 2017.
- _____, “검찰에 대한 민주적 통제와 검찰개혁의 과제”, 서강법학 제9권 제2호, 2007.
- 임수빈, 검사는 문관이다, 스리체어스, 2017.
- 임 웅, 비범죄화의 이론, 법문사, 1999.
- 임지봉, “김진욱 변호사님의 “검사장 직선제” 토론문”, 한국형사정책학회 2017년도 춘계학술대회 자료집 - 공정한 형사사법을 위한 개혁방안 -, 한국형사정책학회, 2017.
- 장수영/이덕환, 국민의 사법절차에 대한 이해도 및 재판에 대한 인식조사 결과의 분석, 사법정책연구원, 2015. 11.
- 장승일, “검사의 기소재량권 통제와 시민참여제도에 대한 검토”, 강원법학 제39권, 강원

- 대학교 비교법학연구소, 2013.
- 장신중, 경찰의 민낯, 도서출판 좋은땅, 2017. 2.
- 장영수, “검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자비리수사처)의 설치 관한 검토”, 형사정책연구 제28권 제1호, 한국형사정책연구원, 2017.
- 장주영, “대법관 증원을 통한 상고심 개편 방향”, 상고심 개선에 관한 토론회 발표문, 대한변호사협회, 2014. 10. 15.
- 정균환, 경찰개혁 상권 -수사권 독립-, 도서출판 좋은세상, 1998.
- _____, 경찰개혁 상권 -인사교육제도-, 도서출판 좋은세상, 1998.
- _____, 경찰개혁 하권 -자치경찰-, 도서출판 좋은세상, 1998.
- 정웅석, “검찰개혁의 바람직한 방향”, 형사법의 신동향 제54호, 대검찰청, 2017.
- 정종섭, 헌법학원론 제9판, 박영사, 2014.
- 정진수/최인섭/황지태/심희기/이정민, 형사정책과 사법개혁에 관한 조사, 연구 및 평가(I): 일본의 사법개혁 동향, 한국형사정책연구원, 2007.
- 정진연/손지영, “공직부패범죄 통제시스템 재론 - 특별검사제와 공직부패수사처에 관한 논의를 중심으로 -”, 한국부패학회보 제13권 제1호, 한국부패학회, 2008.
- 정진환, 비교 경찰 제도, 도서출판 책사랑, 2001.
- 정한중, “시민참여형 공소권통제제도의 모색”, 법학연구 제12집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2009.
- 조 국, “특별검사제 재론 - 특별검사제의 한시적 상설화를 위한 제언”, 형사정책 제14권 제1호, 한국형사정책학회, 2002.
- 조수혜, “상고심 개선방안의 논의과정에 대한 절차적 접근,” 형법학, 제17권 제4호, 2016.
- 주인석, “지방정부의 정치적 역량강화를 위한 방안모색”, 한국지방정부학회 학술대회 자료집, 2015. 5.
- 지영완, 국가 수사권 입법론, 진리탐구출판사, 2006.
- 진성호 의원실, ‘2010 대한민국 경찰을 말한다’ 경찰 처우개선을 위한 전문가 초청 정책 대토론회 자료집, 2010. 10. 27.
- 최강욱, 권력과 검찰: 괴물의 탄생과 진화, 창비, 2017.
- 최 선, “법관인사제도 변화에 대한 신제도주의적 분석,” 법과 사회, 제51호, 2016. 4.
- 최응렬, 경찰개혁론, 법문사, 2006.

- 표성수, “재판전 형사절차에 있어서 국민 참여제도에 관한 연구”, 저스티스 통권 제113호, 한국법학원, 2009.
- 하태훈, “검찰권 통제 및 검찰제도 개혁 방안”, 법과 사회 제37권, 법과사회이론학회, 2009.
- 한국행정연구원, 법과 규제의 실효성 확보 방안에 관한 연구, 2004. 9.
- _____, 전관예우 관행의 심각성과 경험 및 개선방안, 2012.
- 한국행정학회 경찰발전연구회, “차기 정부 경찰 개혁, 어떻게 할 것인가?” 토론회 자료집, 2017. 3. 22.
- 한귀현, “지방자치법상 보충성의 원칙에 관한 연구”, 공법학연구(한국비교공법학회) 제13권 제3호, 2012. 8.
- 한상훈, “검찰개혁과 고위공직자비리수사처의 신설에 대한 토론문”, 한국의 형사사법개혁1: 검찰개혁, 2017 한국형사정책연구원/한국형사소송법학회 공동학술세미나 자료집, 2017.
- 한상희, “검찰개혁의 현실과 방향”, 황해문화 제78권, 새얼문화재단, 2013.
- _____, “대법관 임명절차의 문제점과 개선방안,” 헌법재판관·대법관 어떻게 뽑을 것인가, 참여연대·국회의원 이춘석 공동주최 토론회, 2012. 8. 27.
- _____, “사법행정의 개혁 -촛불집회 이후의 사법개혁의 방향성을 중심으로”, ‘법원개혁의 좌표찾기 -법원의 민주화와 법원행정처 개혁을 중심으로’, 참여연대·민주사회를 위한 변호사모임·인권법학회·국회의원 노회찬·정성호·박주민·이용주 공동주최 토론회 자료집, 2017. 6. 27.
- 한석현/이재일, 군사법원법상 관할관·심판관제도 개선방안, 국회현안보고서 제191호, 국회입법조사처, 2013.4.5.
- 한 승, “상고법원 도입방안”, 대법원 상고제도 개선 공청회 발표문, 2014. 9. 24.
- 한영수, “재정신청제도의 문제점과 개선방안 —재정신청제도 개선을 위한 형사소송법 일부 개정 법률안을 중심으로—”, 인권과 정의 461호, 2016.
- 한인섭, “한국 검찰의 정치적 중립성 - 풀리지 않는 숙제? -, 서울대학교 법학 제40권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2000.
- 한충수, “2014년 상고법원 설치 논의에 대한 비판적 고찰과 새로운 대법원 제도에 대한 시론적 고찰,” 법학논총(한양대), 제31집 제4호, 2014.
- 한홍구, 사법부: 법을 지배한 자들의 역사, 돌베개, 2016.

허남오, 한국경찰제도사, 동도원, 1998.

KIC 법무현안연구회, 제1차 사법개혁포럼 “한국의 형사사법개혁 -경찰개혁-” 자료집,
2017. 6. 14.

_____, 제2차 사법개혁포럼 “한국의 형사사법개혁 -검찰개혁 1-” 자료
집, 2017. 6. 29.

_____, 제3차 사법개혁포럼 “한국의 형사사법개혁 -검찰개혁 2-” 자료
집, 2017. 7. 26.

_____, 제4차 사법개혁포럼 “한국의 형사사법개혁 -시민참여-” 자료집,
2017. 7. 28.

_____, 제5차 사법개혁포럼 “한국의 형사사법개혁 -법원개혁-” 자료집,
2017. 7. 31.

Silbert Jonathan E./조국(역), “미국 형사사법행정에서 시민참여: 소유, 책임 그리고
투명성”, 형사정책 제13권 제1호, 한국형사정책학회, 2001.

2. 국외문헌

Amar, Akhil Reed, Reinventing Juries: Ten Suggested Reforms, 28 U.C. Davis
L. Rev. 1169, 1185 (1995).

Brenner, Susan W. The Voice of the Community: A Case for Grand Jury
Independence, 3 Va. J. Soc. Pol'y & L. 67, 124-128 (1995).

Harold J. Krent, Executive Control over Criminal Law Enforcement: Some Lessons
from History, 38 Am. U. L. Rev. 275 (1989).

McSweeney, Thomas J., “Magna Carta and the Right to Trial by Jury”(in Holland,
Randy J. ed., Magna Carta: Muse & Mentor, 2014).

Note, Restoring Legitimacy: The Grand Jury as the Prosecutor's Administrative
Agency, 130 Harv. L. Rev. 1205 (2017).

Simmons, Ric. The Role of the Prosecutor and the Grand Jury in Police Use
of Deadly Force Cases: Restoring the Grand Jury to Its Original Purpose,
65 Clev. St. L. Rev. 519 (2017).

Shannon, James P. The Grand Jury: True Tribunal of the People or Administrative

Agency of the Prosecutor?, 2 N.M. L. Rev. 141 (1972).

Tylor, Tom. Why People Obey The Law, Princeton Univ. Press, 2006.

U. S. Department of Justice, Federal Justice Statistics, 1996-2015.

Waller, Spencer Weber. An Introduction to Federal Grand Jury Practice, 61-OCT
Wis. B. Bull. 17, 18 (1988).

大野達三, 日本の警察, 新日本出版社, 2000.

検察審査会法, 昭和23年7月12日法律第147号.

寺崎嘉博(저)/도중진(역), “일본의 형사사법: 검찰심사회와 배심제도”, 형사정책 제13권
제1호, 2001.

裁判所, 検察審査会の受理件数, 議決件数等, 1950-2017, 各년도.

宮田三郎(저)/한귀현(역), 일본경찰법, 한국법제연구원, 2003.

法務省, 犯罪白書, 起訴相当・不起訴不当議決事件 事後措置状況の推移(原不起訴処分の
理由別), 1950-2016, 各년도.

※ 그 밖의 언론보도 자료 및 인터넷 자료는 본문 참조

Abstract

A Study on Exploring Research Issues Regarding Judicial Reform

Kang, Seok-ku · Shin, Eui-gi · Im, Seok-soon

Han, Min-kyung · Kim, Jeong-yeon

The Korean people have watched fall of incapable and irresponsible power by meddling in state affairs of secretive adviser. And, the people watched some of judicial officers who helped power to conceal corruption. The falling country can be saved not by someone but by 'us', and state owned think tank is also under same situation. Korean Institute of Criminology (KIC), a state owned think tank, can reorganize administration of state affairs to reform power organizations by reformation of criminal justice system and organization.

KIC had opened 'Judicial Reform Research Division', base of judicial reform research, on December 19, 2016, and planned 'A research on discovery and issues of political subjects on judicial reform' by Judicial Reform Research Division to decide upon 2017 research subject on February 23, 2017. KIC did: 1) Discover pending subjects on judicial reform of the court, Ministry of Justice, Prosecution Services and the police regarding judicial reform to find research subject and to review literature by subject and issue, 2) Research on pending subject can give material for the government's long-term road map for judicial reform.

This study investigated issues of political subjects in three stages: 1) Discovery of subjects on judicial reform and selection, 2) discussion of subjects and selection according to the research priority, 3) concentrated research on issues of political subjects. Political subjects of action plan were: 1) police reform, 2) neutrality of the prosecution service, 3) prosecution service's fairness, 4) reform of the court, 5) citizen participation in criminal justice. Research on the issue was done by

literature review and legal system analysis, and precedent researchers were invited to open professional's forum in connection with 'KIC Research Society of Legal Affairs' 5 times to include in research contents.

The new government needs the long-term road map for judicial reform, and citizens needed to solve problems of justice reform from the point of view of citizens. During 5 month the study investigated the subjects of judicial reform.

1. Issue of the police reform

In July, 2017, the Advisory Committee of Korea made adjustment of investigation rights in connection with division of rights of the police and human rights friendly police by the year of 2017 to put rights of investigation into practice from the year of 2018 and to be likely to reform prosecution service quickly. Upon request of the times, prosecution service shall be reformed: ① The police has infringed upon human rights at investigation. ② The police has kept power orientation as prosecution service did. ③ The police has much job burden to exercise investigation right and to be unsystematic. When the police does not make change basically, it shall strengthen anti-human rights. The people who were social weak were forced to suffer from losses and damage: Reform of the prosecution service was not enough. The police shall reform to keep balance between power organizations and to improve people's freedom and rights: 1) division of the police's power, 2) improvement of the police's work having infringement upon human rights, 3) reduction of rights of investigation, 4) improvement of the police's structure. The police's power can be shared by local government with autonomous police system, and can be done by legislation with committee of the police, and can be done with the people by Office of Education with resident's recall system of police head. Investigation, guarding and other police job having frequent infringement upon human rights need to reform, and

minor offenses of the Act on Minor Offense Punishment and the Act on Road Traffic and punishment regulations of violation of administrative obligation shall make de-criminalization to lessen investigation rights of the police. And, the police shall reform its constitution to improve service conditions and to get properness of the job.

2. Acquisition of Neutrality of Prosecution Service

Reformation of prosecution service can be very much difficult and obsolete to be a subject of the times that has not been solved. The prosecution service had also criticized high ranking official's corruption and prosecution service's corruption. The prosecution service's half hearted attitude at recent manipulation of government affairs to let prosecution service be fallen into very much difficult situation.

The prosecution service said internal reform with spirit of gritting of one's teeth at movement of prosecution service reform, and actual action is thought to be speculative. On August 31, 2016, Supreme Prosecutor's Office gave "reinforcement of removal of legal corruption and internal cleanness" to reform prosecution service. The reform was focused on prosecutor's private corruption not to give solution of reform of prosecution service organization. Outsiders who have no information on prosecutor service's internal situation and organizational culture are thought not to reform prosecution service. However, the ones who know prosecution service's situation may not reform prosecution service in objective and neutral way. The prosecution service has made agenda of its reform to create risk and not to reform.

The Ministry of Justice being free from prosecution service and direct election of chief prosecutor are said to get independence of personnel administration of prosecution service, and cancellation of rights of commanding of Minister of

the Justice and removal and/or alleviation of principle of same body of prosecution service are thought to keep neutrality and independence of exercise of rights of prosecution. The reformation program was not based on prosecution service's habit to get rid of influence of the President of Korea and/or political power. The Prosecution Service could not protect it from unfair interference so that it shall reform structure and external influence.

Setting up of Independent Investigative Agency is thought to be an important way of prosecution service reform. However, Independent Investigative Agency is unable to solve all of problems: As such, agreement with setting up of Independent Investigative Agency is thought not to be final way of acquisition of neutrality of Prosecution Service. When prosecution service is reformed to have reasonable personnel administration system and to reorganize prosecution service organization and to assure of prosecutor's neutrality, neither Independent Investigative Agency nor special independent prosecutor may not be needed. Prosecution service reform has admitted of opposition to setting up of Independent Investigative Agency. However, time of reform of the Prosecution Service satisfying needs of civil society has been already elapsed. Independent Investigative Agency shall not be set up according to logics and/or legal principles. Prosecution service reform cannot be postponed to be final means.

3. Acquisition of Prosecution Service's Fairness

Prosecutor's investigation and prosecution have been given very high distrust from the people. Prosecutor's exercise of rights of prosecution should keep fairness considering social trend. The study firstly investigated principles and control system of current prosecution and examined control of prosecution rights in foreign countries and investigated control of prosecution service's prosecution rights.

Control of prosecutor's non-prosecution has included judicial ruling system,

and control of prosecution service has included appeal to non prosecution.

Korea followed quasi prosecution procedure such as prosecutorial power in Japan, and revision of Criminal Procedure Act in 2007 made change to be compulsory indictment in Germany. 2007 revision of Criminal Procedure Act allowed all of plaintiffs to apply to judicial ruling regardless of crimes to expand crimes in target. Korea cancelled prosecution compelling system to let lawyer prosecute judicial ruling case and to enact limitation on inspection and printing of judicial ruling case and to regulate burdening of expenses and to make change of judicial ruling system greatly. In spite of revision of judicial ruling system, expansion of judicial ruling against the plaintiff has been discussed, and criticism against prosecutor's prosecution has been raised because of effectiveness and fairness of judicial ruling.

In 2010, prosecution service opened and managed the Committee of Prosecution Service and Citizens to reform. In 2010, forty one of local prosecution services opened and managed the Committee of Prosecution Service and Citizens having 629 citizens: The committee system was made not by legal regulations but by prosecution service's internal guide to have no compulsory force upon the committee's decision and prosecution service elected members and the committee was opened upon request of the prosecution service to have low effectiveness of control of rights of prosecution service. Moon Jae-in Government gave public promise of legislation of the Committee of Prosecution Service and Citizens to strengthen external control of prosecution service at the election of the President. On September 6, 2016, 'A draft of the Act on Installation and Operation of the Committee of Prosecution Service and Citizens' was submitted to National Assembly to prepare for legal base of screening system joined by citizens and to strengthen democratic control of exercise of rights of the prosecution service and to elevate transparency and to get citizens' reliability and to protect victim.

4. Reform of the Court

The people's distrust on judicial power was found to be high. The judicial power is thought to be last fortress protecting people's rights and low reliability on judicial power should be seriously accepted. The people's trust can be made at independent judicial power's fair trial. Judicial power's independence is based on legal control to get fair justice and to protect human rights as well as individual's freedom and to have independent judicial power and fair attitude enough to get reliability from the people.

In the 1960s and the 1970s, the Administration had infringement upon judicial power to create problems: After democratization, judicial power was thought to be independent to a certain degree. The chief justice of Supreme Court was given power to produce many problems. The Office of Court Administration allowed chief justice of Supreme Court to manage judicial administration and to do personnel affairs administration, budgeting and accounting and others to assist chief justice. The administration organization can be enlarged to assist the chief justice's great power. The goal of reform of judicial power is to divide the rights and to assure of justice's independent trial. The justice shall be independent to judge according to the Constitution and conscience without external pressure. The justice's independence has problems of the court's bureaucratization and ranking to produce uniform culture and to infringe upon the justice's independence.

Purpose of independence of judicial officer is not to give the officer benefits but to prevent abuse of power and protect trial parties and citizens. Judicial officer's independence can be threatened by power in and out of judiciary and by administrative power in judiciary, and both have close relation. Current problem is not independence from outside but independence of each judicial officer from control in the court. Right of judicial administration of chief of

Supreme Court should be returned to representative system with many members including judicial officer election member to do judicial administration in democratic and transparent way. Democratic decision of personnel administration of judicial officers can help judicial officers do trial work independently. Justice of the Supreme Court shall be elected in various ways to reflect various opinions and to collect opinions of the citizens. Ethic supervisor who supervises judicial officer's ethics shall elevate status to let outside ethics supervisor take duty.

Reform of military law system is needed to admit of special court concerning reform of court. Military court was given criticism from various points of view including infringement upon trial based on separation of three branches of government and infringement upon principle of prohibit of comprehensive mandate.

Convening authority shall be kept considering feature of the military court to assure of human rights and to lessen adverse effects. Incompetent officer was appointed to be a judge of military court and to produce problems. When special character of the military needs not to admit, trial object shall be excluded to be given trial same as common people. Judge officer shall be appointed to keep objectiveness of appointing procedure in accordance with military court's internal guide and to have its own standard.

5. Citizen participation in criminal justice

Expanding citizen participation is desirable to do judicial reform and to elevate fairness and objectiveness of execution of laws and to get democratic justification. In accordance with criminal justice procedure of investigation, prosecution and trial, and relationship among the authorities, citizen participation in Korean criminal justice is classified and analysed in this chapter. Citizen participation in Korean criminal justice has two of characteristics: First, some legal

professionals and some renown persons have monopolized opportunity participating in criminal justice. Most of citizen participating in Korean criminal justice are choosing to form a 'committee'. The committees are advisory organizations without legal force and rights. Second, most of schemes requiring citizen's participation were introduced after mid-2000s, and many of them are facing to a near halt. Such a fact has shown the limitation and passive role of the current citizen participation in criminal justice.

Citizen participation in Korean criminal justice should aim to check prosecution service's monopolism and opportunism, in the prosecution process. 'Citizens committee on prosecution' is recently said to be a good way of prosecution reform, but it is distinguished from 'the committee for inquest of prosecution' in Japan and/or Grand Jury in the United States. The Korean citizens committee on prosecution the Japanese committee for inquest of prosecution is established in the prosecution service, which is different from Grand Jury and/or Not only Grand Jury but also the committee for inquest of prosecution has elected members by random. In contrast, citizens committee on prosecution in Korea prosecution inquest of committee for the Japanese has recruited members such as law professors, lawyers and renowned persons in the society. It is therefore difficult to control the indictment by public prosecutors and represent common citizens.

As shown in review of implementing Grand Jury in the U.S. and/or the committee for inquest of prosecution in Japan, introducing such a committee for checking powers of prosecutions is not so effective in Korean context as well.

A sole citizen participating scheme with no help of other systems is unable to fulfill a role for controlling criminal justice system. Various kinds of citizen participating systems shall be implemented and developed to protect rights and benefits of victim, to allow common citizens to participate in criminal justice and to expand the rights of citizens as 'parties' and/or 'voters'.

연구총서 17-AB-01

사법개혁에 관한 현안 정책과제 발굴 및 쟁점연구

발 행 | 2017년 8월

발 행 처 | 한국형사정책연구원

발 행 인 | 김 진 환

등 록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주 소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전 화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kic.re.kr

정 가 | 10,000원

인 쇄 | 세일포커스(주) 02-2275-6894

I S B N | 979-11-87160-45-8 93360

• 연구원의 허락 없이 보고서 내용의 일부 또는 전체를 복사하거나 전재하는 행위를 금합니다.