

발간사

근대 이후 우리의 사법제도는 소수의 사법관료들에 의해 운영되었고, 그 과정에서 국민들은 소극적인 사법의 객체로만 인식되었습니다. 그러나 종래 국민 위에 군림하던 사법은 민주화의 물결을 타고 국민에게 봉사하는 서비스의 일종으로 전환되기 시작했습니다. 이에 한 걸음 더 나아가 국민들은 자신들이 더 이상 사법의 소비자에만 머무르지 않고, 주권의식과 시민의식을 함양한 민주사회의 일원으로서 적극적으로 사법에 참여할 수 있는 통로가 마련되기를 요망하고 있습니다. 국민의 형사사법 참여는 사법에 있어서의 국민주권주의를 실현하고, 사법의 민주적 정당성을 확보하며, 사법에 대한 국민의 이해도를 높임으로써 사법에 대한 국민의 신뢰를 제고할 뿐만 아니라 다양한 가치관과 상식을 재판에 반영할 수 있습니다. 특히, 국민의 사법참여는 사법에 대한 시민들의 소유감과 책임감 및 절차의 투명성을 고양시켜 국민의 신뢰를 증진시킨다는 측면에서 그 의미가 크다고 할 것입니다.

국민의 사법참여에 대한 필요성이 제기되면서 구체적인 방안 마련에 대한 활발한 논의가 이루어졌으나, 이는 주로 형사재판과정에서의 국민참여에 초점을 맞추었을 뿐, 재판전 형사절차에서의 국민참여에 대해서는 체계적인 논의가 부족했던 것이 사실입니다. 이에 본 연구는 관료사법과 시민사법에 대한 철학적 고민을 시작으로 사법의 민주화 과정과 국민의 사법참여에 관한 전반적인 내용을 고찰하고 있습니다. 한편, 검찰의 막강한 기소권한 행사에 대한 견제의 목소리가 높아짐에 따라, 검찰이 자체 개혁 방안으로 도입하였던 제도인 검찰시민위원회를 심도 있게 검토하고, 외국의 입법례를 상세히 살펴본 후 검찰시민위원회의 개혁방안을 다각적으로 모색한 이 연구는 벤츠 여검사 사건을 계기로 또 다시 검찰의 독점적·재량적 기소권 행사가 문제시되는 현 시점에서 주목할 만한 대목이라고 생각합니다. 아무쪼록 재판전 형사절차에서 살아있는 법감정과

범의식을 지닌 일반시민의 참여방안을 모색한 이 연구가 수사 및 기소권 행사에
공정성을 높이고, 형사절차에 대한 국민적 신뢰를 회복하는데 조금이나마 기여
할 수 있기를 바라는 바입니다.

2011년 12월

한국형사정책연구원

원장 김 일 수

그림 차례

〈그림 1-1〉 미국의 주별 대배심제도 운영 여부	115
〈그림 1-2〉 불기소결정에 대한 심사과정	132
〈그림 1-3〉 일본 최고재판소의 검찰심사회 설명 자료	140

지난 세기 사법개혁의 주된 과제가 정치로부터 사법의 독립을 지켜내는 것이었다면, 오늘날의 주된 과제는 사법의 민주화를 지향하는 것이며, 이는 세계적인 추세이다. 과거 권위주의 정권하에서 통치의 객체로서만 인식되던 국민들은 참여민주주의의 부상과 함께 다양한 영역에서 자신들의 권리를 주장함과 아울러 구체적인 행동으로 나아가고 있는 바, 사법 분야도 그 예외가 아니다. 폐쇄적이고 권위주의적이던 사법을 투명하고 민주적인 사법으로 변모시키기 위해서는 일반국민들의 사법참여가 담보될 것이 요청된다. 헌법 제1조 제2항의 국민주권주의 원칙에 의할 때 사법권도 국민으로부터 나오는 것이므로, 주권자인 국민이 수동적인 객체가 아닌 능동적인 주체로서 사법에 참여할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 한다. 이러한 요청에 부응하여 형사사건에서의 국민참여재판이 시행되고 있으나, 형사사법의 민주화를 실현하고 사법에 대한 국민적 신뢰를 제고하기 위해서는 형사재판은 물론이고 수사 및 기소가 이루어지는 재판전 단계에서도 국민의 사법참여방안이 적극적으로 모색되어야 한다.

스폰서 검사 사건을 비롯한 일련의 검찰관련 스캔들을 계기로 검찰의 막강한 권한 행사를 통제할 수 있는 근본적인 방안이 마련되어야 한다는 주장이 많은 국민들로부터 공감을 얻게 되었다. 2010년 6월 11일 검찰은 기소독점권을 완화하기 위해 ‘검찰시민위원회’를 설치하고, 향후 ‘미국식 기소배심제’를 도입하겠다는 내용을 포함한 자체 개혁 방안을 발표하였다. 이에 따라 전국 41개 검찰청에 검찰시민위원회가 구성되었으나, 현재 동 위원회의 구성과 운영에 대해서는 여러 측면에서 다양한 비판이 제기되고 있다. 특히, ① 검사가 요청한 사건에 대하여만 심의하도록 한 심의대상, ② 각 지방검찰청 및 지청 소속으로 운영됨으로써 발생하는 독립성 약화, ③ 검사장 또는 지청장의 재량에 의한 검찰시민위원의 선임 절차, ④ 심의결과에 대한 기속력 미부여 등이 대표적인 문제점으로 지적되고 있다.

검찰은 현재 과도기적 조치로서 검찰시민위원회를 운영하고 있지만, 향후 미국식 기소배심제를 도입하겠다는 의지를 명백히 밝혔다. 검찰이 궁극적으로 도입하고자 하는 미국식 기소배심제도를 우리의 법문화나 사법실정에 맞게 변모시킨 후 시행할 수 있는 방안을 모색할 필요가 있는 바, 이미 미국식 기소배심제를 모델로 하여 도입된 검찰시민위원회를 중심으로 구체적인 개혁방안을 마련하는 것이 합리적이라 사료된다. 검찰의 독점적인 기소재량권을 효율적이고 민주적으로 통제하기 위해서는 현행법상의 사후적인 통제방식과 더불어 사전적인 통제방식을 이원적으로 운영할 필요가 있으며, 그 과정에 국민이 참여할 수 있는 제도적 장치를 마련함으로써 민주성이 가미되도록 해야 할 것이다.

구체적인 개혁방안과 관련해서는 우선, 검찰시민위원회의 기능이 설정되어야 한다. 현행과 마찬가지로 강력범죄와 고위공직자 부정부패사건 및 금융·경제범죄 뿐만 아니라 공공성이 강한 대규모 보건·환경범죄나 국민들의 불신이 팽배해 있는 법조인관련 사건 등에 대하여는 검사의 신청으로 사전에 공소제기의 여부를 심의할 수 있어야 한다. 미국의 연방 대배심도 원칙적으로 중범죄만을 대상으로 하고 있고, 사법비용의 증대 및 소추의 지연 등을 이유로 상당수의 미국의 주들이 대배심을 선택적으로 운영하고 있으며, 심지어 대배심 기소를 폐지한 주도 있다는 사실을 감안할 때, 제한된 범위의 사건만을 대상으로 한 현행 방식은 신중한 선택으로서 긍정적으로 평가할 만하다. 또한 검찰시민위원회가 명목상의 제도에 그친다는 비판을 극복하고 실효성을 확보하기 위해서는 검사의 재량에 의해 요청되는 사건뿐만 아니라 해당사건의 고소인이나 고발인이 신청한 사건도 심의해야 한다. 다만 불기소처분이 아닌 공소제기 여부 자체의 적정성에 대한 검찰시민위원회의 심의는 검사의 신청에 의해서만 개시되는 것이 국가소추주의를 취하고 있는 현행 형사소송법 체제에 부합한다고 판단된다. 정치적으로 민감한 사건에서의 무죄 판결이 기소권을 행사한 검찰에 대한 비난여론으로 이어지는 상황을 감안해 볼 때, 향후 검찰은 보다 적극적으로 검찰시민위원회를 통해 기소여부의 적정성을 심의 받을 것으로 기대된다.

다음으로 검찰시민위원회의 독립성 확보 방안이 모색되어야 한다. 검찰시민위원회는 어디에 소속되더라도 그 업무는 독립적으로 이루어져야 하고, 예산 등과 관련된 사항만이 소속기관에 의해 관장되는 것이 마땅하다. 검찰시민위원회를

주도적으로 도입했던 검찰이 자정 노력의 일환으로 동 제도를 책임감 있게 개혁하는 것이 타당하고, 검찰로부터의 독립성 확보는 검찰시민위원회의 위원 선정 절차 및 심의 과정에서의 검찰의 영향력 배제 방안에 초점을 맞추어 논의하는 것이 합리적이라고 생각한다. 검찰시민위원회는 전문가나 사회 명망가가 아닌 일반인의 상식과 살아있는 법감정을 수사 및 기소단계에 반영하기 위해 도입된 제도이다. 그러므로 검찰시민위원회의 위원 선정방식은 일반국민들에게 참여의 기회를 제공하고, 선정과정의 투명성과 공정성을 담보할 수 있도록 무작위 추첨 방식으로 변경되는 것이 타당하다. 또한 “검찰의 고무도장” 내지는 “햄 샌드위치 기소”라는 비유를 통해서도 나타나듯이 검찰의 영향력 배제가 미국식 기소배심 제의 성패를 좌우하는 관건이라고 해도 과언이 아니므로, 향후 검찰시민위원회가 사실관계나 법률상의 쟁점들을 파악하는 과정에 있어서 검사의 영향력을 배제하는 방안을 강구해야 할 것인 바, 이를 위해 검찰시민위원회 전담 변호사 제도를 도입하여 법률적인 조력을 제공해야 할 것이다.

한편 검찰시민위원회의 실효성 확보 방안으로는 심의결과에 대한 구속력 부여와 참고인 출석의무제도의 도입 및 공소를 제기하고 유지하는 역할을 담당할 지정변호사제도의 시행을 고려할 수 있다. 첫째, 현행 검찰시민위원회제도는 그 심의결과에 구속력이 인정되지 않음으로써 검사의 권한행사에 대한 통제장치로서의 본연의 역할을 제대로 수행하지 못한다는 비판을 받고 있다. 미국의 연방 대배심의 경우, 중죄의 공소제기에 있어서 대배심 의결이 필요조건이고, 일본은 2004년 검찰심사회법 개정을 통해 검찰심사회의 결정에 법적 구속력을 부여하였다. 시민들로 구성된 검찰시민위원회가 검사의 권한행사를 견제한다는 제도의 취지를 고려할 때, 검찰시민위원회의 결정에 대하여는 구속력을 인정하는 것이 타당하다. 둘째, 미국 대배심의 증인소환장 및 증거제출명령장 발부 권한은 대배심의 실효성 확보에 핵심 장치가 되고 있는데, 지퍼게이트 사건에서 미국 헌정사상 최초로 현직 대통령이었던 빌 클린턴을 연방대배심 앞에 세워 자신의 혐의를 증언하도록 만든 것도 바로 이러한 소환장 발부 권한에 기인한 것이다. 그러나 현행 형사소송법상 참고인에 대한 수사는 임의수사가 원칙이다. 물론 검찰시민위원회가 대상사건을 신속하고 적절하게 심의하기 위해서는 참고인에 대한 출석강제가 불가피할 수 있다. 이에 일본과 같이 검찰시민위원회 관련 법률을

제정하면서 참고인의 출석의무 규정 및 변호사의 조력을 받을 수 있는 권리 고지에 대한 규정 등을 명문화하는 방안을 검토할 수 있겠지만, 형사소송법과의 체계정합성을 고려한다면 형사소송법 개정 방안과 함께 검토되는 것이 바람직하다고 생각한다. 셋째, 검사의 불기소처분에 대하여 검찰시민위원회가 공소제기 결정을 내리더라도 동일체 원칙에 따라 조직적으로 움직이는 검찰 스스로가 수사나 기소의지를 가지지 않는다면, 공판과정에서 무죄를 주장하거나 구형을 하지 않는 폐해까지도 발생할 수 있다. 요컨대 검찰시민위원회의 대상사건 중 불기소처분에 대해서는 심의를 통해 기소가 적정하다는 결론이 도출되면 법원이 변호사를 지정하여 공소제기 및 유지 업무를 담당시키는 것이 공정성을 담보할 수 있을 뿐만 아니라, 검찰시민위원회의 실효성도 확보할 수 있는 방안이 되리라 사료된다.

나아가 형사재판전 단계에서 국민의 참여를 확보하기 위해서는 일반 국민들에게 그 기회가 개방되어야 함은 물론이고, 장애인 등의 사회적 약자의 참여를 실질적으로 보장할 수 있는 세부적인 장치가 마련되어야 하며, 이와 같은 소수자와 약자에 대한 배려가 함께 할 때 진정한 의미의 국민참여를 실현할 수 있을 것이다. 또한 검찰시민위원회는 어디까지나 국민들의 참여로 생명력이 부여되는 제도라는 사실을 염두에 두고, 국민의 눈높이에 맞추어 제도를 설명하고 적극적인 참여를 유도할 수 있는 맞춤형 홍보 전략이 마련되어야 할 것이다. “누구에게나 개방되어 있는 무료의 공립학교”로서 “국민에게 어떻게 훌륭한 민주정치를 실시할 것인지를 가르치는 가장 유효한 방법”이 바로 배심제도라는 토크빌의 말처럼, 우리의 검찰시민위원회도 주권자인 국민이 민주주의의 가치를 경험할 수 있도록 개방되어 있는 친절한 체험학교가 되어야 할 것이다.

제1장 서론

제1절 연구의 목적

1. 문제의 제기

2010년 4월 20일 MBC 시사프로그램인 ‘PD수첩’을 통해 지방의 한 건설업자가 전·현직 검사들에게 지속적으로 금전과 향응을 제공했다는 뉴스가 보도되었다.¹⁾ 방송 직후 대검찰청 홈페이지는 접속이 어려울 정도로 방문객들이 폭주하였고, 관련 검사들의 실명이 인터넷 포털 검색 순위에서 상위를 차지하는가 하면, 연일 관련 기사들이 쏟아지는 등 엄청난 사회적 파장이 일어났다.²⁾ 소위 ‘스폰서 검사’ 사건에 대한 의혹을 규명하기 위해서 진상규명위원회가 발족되었고,

1) MBC PD수첩 홈페이지 참조 <http://www.imbc.com/broad/tv/culture/pd/>

MBC ‘PD수첩-검사와 스폰서’편을 연출한 최승호 PD는 스폰서 검사 보도를 통해 검찰 개혁을 촉구한 점을 인정받아 제23회 한국PD대상에서 최고상인 ‘올해의 PD상’을 수상하기도 했다.

2) “검사들 금품에 성접대”…PD수첩 폭로, 서울신문 2011년 4월 21일자; 검찰, 스폰서 파문 조기진화에 총력, 매일경제신문 2011년 4월 21일자; 검찰, 이젠 ‘떡감’아니라 ‘색감’?, 한국일보 2011년 4월 21일자; “대검은 홈페이지 주소도 스폰서?”…조롱 패러디 봇물, 서울신문 2011년 4월 21일자; ‘돈봉투에 성접대까지’…또 불거진 법조비리, 연합뉴스 2011년 4월 21일자; “숨죽인 검찰, 성난 시민들”, 한겨레신문 2011년 4월 21일자; 시민단체, 향응 검사 수사·처벌 촉구, 연합뉴스 2011년 4월 21일자; 정치권 “스폰서의, 스폰서에 의한, 스폰서를 위한 검찰” 비판, 경향신문 2011년 4월 20일자 등.

야권과 시민단체들은 획기적인 검찰 개혁을 요구하였다. 특히, 기소독점주의와 기소편의주의를 채택하고 있는 현행 형사소송법 체제 하에서 막강한 검사의 권한을 통제할 수 있는 근본적인 방안이 마련되어야 한다는 주장은 국민들로부터 공감을 얻기에 충분하였다.

검사의 기소권한을 통제하는 방식에는 법원이 개입하는 사법통제형과 시민들이 직접 참여하는 국민통제형이 있는데, 종래 우리가 주로 활용해 온 재정신청 제도는 전자에 해당한다. 사법통제형의 경우 수사와 법률에 관한 전문적인 지식을 갖추고 있는 법관이 개입하여 보다 신속하고 효율적으로 검사의 기소재량권에 대해 통제를 가할 수 있다. 그러나 법률전문가들이 검사의 기소재량권 통제를 주도하는 방식은 국민의 상식이나 법감정과 괴리되기 쉽고, 부패나 비리에 취약할 수 있다는 문제가 제기된다. 근대 이후 우리의 사법제도는 소수의 사법관료들에 의해 운영되었고, 그 과정에서 국민은 소극적인 사법의 객체로 인식될 뿐이었다. 그러나 국민 위에 군림하던 사법은 민주화의 물결을 타고 국민에게 봉사하는 서비스의 일종으로 전환되기 시작했다. 이와 더불어 국민은 더 이상 사법의 소비자에만 머무르지 않고, 주권의식과 시민의식을 함양한 민주사회의 일원으로서 적극적으로 사법에 참여할 수 있는 통로가 마련되기를 요망하고 있다.

형사사법이 진정으로 국민을 위한, 국민에 의한, 국민의 사법으로 거듭나기 위해서는 일반국민의 사법참여를 통해 사법의 공정성·객관성·투명성·신뢰성·보편성을 확보하고, 사법권의 남용을 견제함으로써 사법의 민주화가 실현되도록 해야 한다. 종래의 사법개혁 과정에서 국민참여 방안의 모색은 수사 및 기소단계보다는 형사재판단계에 초점이 맞추어져 있었고, 이는 국민참여재판의 시행으로 이어졌다. 한편 일련의 형사절차 중에서 밀행성과 전문성을 특징으로 하는 수사 및 기소 과정은 그 성격상 여타의 형사절차에 비해 국민들의 참여가 제한적일 수밖에 없다. 그러나 종래의 제도만으로 검찰권을 통제하는 데에는 한계가 있고, 국민의 상식과 법감정이 반영될 수 있는 장치를 마련할 것이 요청되고 있는 바, 이에 대한 심도 있는 논의가 이어져야 하는 것이다.

2. 연구의 필요성

스폰서 검사 파문 이후인 2010년 6월 11일 검찰은 기소독점권을 완화하기 위해 ‘검찰시민위원회’를 설치하고, 향후 ‘미국식 기소배심제’를 도입하겠다는 내용이 포함된 자체 개혁 방안을 발표하였고, 이에 따라 전국 41개 검찰청에 검찰시민위원회가 구성되었다. 특히 서울중앙지검이 2010년 10월 5일 병역기피 혐의를 받고 있던 가수 MC몽의 기소 여부에 대하여 검찰시민위원회에 의견을 묻고 이를 반영하여 기소가 결정되었다는 기사가 보도되면서, 검찰시민위원회 제도가 여론의 주목을 받기도 하였다. 이로써 사회적 관심을 모으는 중요한 사건에 대한 수사 및 기소여부 결정 과정에 일반시민들의 의견이 개진될 수 있는 제도가 마련되었는바, 새롭게 출범한 검찰시민위원회의 구체적인 운영 현황과 문제점을 분석하고, 재판전 단계에서 국민이 참여할 수 있는 방안이 다각적으로 검토되어야 한다.

이에 앞서 전문법조인이 아닌 일반국민이 참여하는 시민사법의 당위성이 심도 있게 다루어져야 한다. 종래의 관료사법과 시민사법과의 관계를 어떻게 설정해야 하는지, 시민사법의 근거를 어디에서 찾고, 어떠한 효과를 기대할 수 있을 것인지에 대한 논의가 선행되어야 하는 것이다. 이러한 이론적인 검토를 바탕으로 재판전 단계에서 국민참여를 구현할 수 있는 제도의 유형과 특징들이 총체적으로 정리되어야 한다. 한편 검찰은 향후 미국식 기소배심제도를 도입하겠다는 의지를 표명하였는바, 미국의 대배심에 대해 상세히 고찰할 필요가 있고, 이를 모델로 해서 만들어진 일본의 검찰심사회도 살펴보아야 할 것이다. 나아가 검찰이 궁극적으로 도입하고자 하는 미국식 기소배심제도를 우리의 사법체계에 부합하는 방식으로 도입할 수 있는 구체적인 방안이 제시되어야 한다.

그 동안 수사 및 기소가 이루어지는 형사재판전 단계에서 국민의 살아있는 법 감정과 법의식을 반영하는 데에는 많은 제약이 있었다. 이에 본 연구에서는 재판전 형사절차에서 국민이 참여할 수 있는 효율적인 방안을 모색함으로써 수사 및 기소의 적정성에 대한 국민적 공감대를 형성함과 동시에 공정한 형사절차에 대한 국민적 신뢰를 제고하고자 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

1. 연구의 범위

제1장 서론에 이어지는 제2장에서는 사법의 민주화 과정과 국민의 사법참여에 관한 전반적인 내용을 고찰할 것이다. 관료사법과 시민사법에 대한 철학적 고민이 선행되어야 할 것인 바, 우선 관료사법의 의의와 특징을 검토하고, 우리나라에서 관료사법이 형성·강화된 과정을 살펴본다. 또한 1990년대 민주화 이후 권위주의가 해체되면서 사회전반에 시민참여의 요구가 활발해진 과정을 정리한 후, 민주주의와 관료사법의 관계를 어떻게 파악할 것인지에 대해 논하도록 한다. 또한 시민사법의 요청으로 본격적으로 추진된 사법개혁의 과정들도 살펴보아야 할 것이다. 이러한 논의를 바탕으로 국민이 형사사법에 참여할 수 있는 근거가 무엇이고, 이를 통해 어떠한 효과가 발생할 것인지에 대해 검토한 후, 형사사법에 국민이 참여하는 유형들과 그 특징을 정리해 보도록 한다.

제3장에서는 국민의 형사사법 참여 유형들 중 재판전 형사절차에서의 국민참여가 우리나라에서 어떻게 구현되고 있는지, 그 현황을 살펴보고자 한다. 우선 경찰 수사과정에서의 국민참여와 관련된 경찰위원회제도의 도입과정 및 그 구성과 기능에 대해 살펴보고, 시행 후 지금까지의 운영현황을 검토할 것이다. 또한 국민이 참여하여 경찰의 수사 과정을 통제한다는 성격은 없지만, 최근 경찰이 한정된 인적·물적자원으로 효율적인 수사를 진행하기 위한 방안으로 추진하고 있는 민간과의 업무협약에 관해서도 간략하게 소개하고자 한다. 다음으로는 검찰의 수사 및 기소단계에서 국민참여를 구현하기 위해 마련된 검찰시민위원회제도에 대하여 상세히 고찰하도록 한다. 검찰의 기소권한을 통제하는 종래의 시스템을 정리한 후, 검찰시민위원회제도가 도입된 과정과 그 구성 및 기능, 그리고 구체적인 운영현황에 대하여 고찰하고자 한다. 또한 형사재판전 단계에서의 분쟁해결 과정에 국민이 참여하는 제도로써 검찰시민옴부즈만제도와 형사조정제도에 관해서도 간략하게 기술할 것이다. 나아가 국민참여라는 측면에 초점을 맞추어 이와 같은 현행제도들에 대한 장단점이 분석되어야 하고, 형사재판전 단계에서 국민참여 방안을 논의함에 있어서의 한계와 이후의 논의 방향이 설정되어야 할 것이다.

제4장에서는 수사 및 기소가 이루어지는 형사재판전 단계에서 국민참여를 구현하고 있는 미국과 일본의 제도들을 비교법적으로 고찰할 것이다. 우선, 대표적인 제도로 거론되는 미국의 대배심에 대해 상세히 살펴볼 것인데, 동 제도가 영국으로부터 도입되어 발전해 온 과정을 개관해 볼 것이다. 또한 연방대배심을 중심으로 대배심원의 정원과 자격, 임기 및 선정절차에 대해 검토하고, 대배심의 심리와 결정과정에 대해서도 구체적으로 기술하도록 한다. 나아가 대배심의 특징을 다각적으로 분석한 후, 주대배심과 연방대배심의 운영현황을 살펴볼 것이다. 한편, 최근에 관련법 개정을 통해 대규모 개혁이 단행된 일본의 검찰심사회에 대해서도 면밀히 검토할 것이다. 우선, 미군정하에 검찰심사회가 도입된 과정을 살펴본 후, 제도의 변모과정을 정리하고자 한다. 또한 검찰심사회의 구성과 그 기능 및 구체적인 업무처리절차 등을 상세하게 기술할 것이다. 나아가 미국 대배심과의 비교를 통해 검찰심사회의 특징을 파악한 후, 그 운영현황을 고찰함으로써 향후 우리의 개혁방안을 마련하는데 도움이 될 실마리를 찾고자 한다.

제5장에서는 앞서 심도 있게 검토된 외국 입법례들을 토대로 형사재판전 단계에서의 국민참여를 활성화할 수 있는 효율적인 개선방안을 생각해 볼 것이다. 수사 및 기소가 이루어지는 단계에서는 국민참여가 제한적일 수밖에 없다는 한계를 인정하고, 이미 우리가 시행하고 있는 검찰시민위원회를 중심으로 그 개혁방안을 모색하고자 한다. 요컨대, 검찰이 궁극적으로 도입하고자 하는 미국식 기소배심제도를 우리의 사법실정에 맞게 변형시켜 시행하는 것이 핵심적인 내용이 될 것이고, 이미 미국식 기소배심제를 모델로 해서 도입되어 있는 검찰시민위원회를 기본틀로 삼아 구체적인 개선방안들을 제시해 보고자 한다.

2. 연구의 방법

본 연구에서는 재판전 단계에서의 국민참여와 관련된 국내외 단행본과 논문 및 보고서를 중심으로 한 문헌연구를 주된 방법으로 택하였다. 또한 국민의 사법참여와 관련하여 국내외에서 이루어진 각종 설문조사와 통계 및 분석 자료 등을 활용함으로써 간접적으로나마 경험적 실증연구를 겸하기로 한다. 제2장에서는

근대 이후 우리나라 사법의 변화과정을 연혁적으로 고찰할 것인데, 1990년대부터 본격적으로 추진된 사법의 민주화를 위한 사법개혁 자료들을 분석하도록 한다. 또한 국민의 형사사법 참여에 관한 효과와 관련해서는 심리배심인 소배심에 참여했던 시민들을 대상으로 한 미국의 설문조사 분석자료를 제시하도록 한다. 제3장에서는 재판전 형사절차에서의 국민참여 현황을 살펴볼 것인데, 현행제도에 관한 법조문과 내부지침들이 검토될 것이고, 경찰위원회와 검찰시민위원회의 구체적인 운영 현황과 관련해서는 통계자료를 기초로 만든 표를 제시하여 이해를 돕도록 한다. 제4장에서 형사재판전 단계에서의 국민참여에 관한 외국입법례를 연구함에 있어서는 해당 법조문과 지침들을 살펴보는 것은 물론, 미국 대심심과 일본 검찰심사회와 관련된 기관들의 웹사이트를 활용하고, 다양한 사법통계 자료들을 분석할 것이다. 이어지는 제5장에서 재판전 형사절차에서의 효과적인 국민참여 방안으로 검찰시민위원회의 개혁방안을 모색함에 있어서는 종래 발의되었던 관련 법률안들을 먼저 검토할 것이다. 기소과정에서의 국민참여를 구현하기 위해 발의되었던 법률안들을 일목요연하게 정리한 후, 입법례들을 다각적으로 비교·분석함으로써 구체적인 해결방안을 제시하고자 한다.

제2장

사법의 민주화와 국민참여

사법의 민주화와 국민참여

제1절 관료사법의 형성 및 강화

한국의 사법은 관료적 사법체제의 형성 및 강화의 역사라는 평가를 받고 있다.³⁾ 선거를 통해 국민들로부터 권한을 위임받은 자들이 최종의사 결정권을 가지는 입법·행정 분야와 달리, 사법 분야에서는 국민의 대표가 아닌 전문 관료가 오랫동안 권한을 독점해왔다.⁴⁾ 물론 이러한 관료제가 우리나라만의 독특한 제도인 것은 아니며, 사법의 영역에만 한정되어 운영되는 제도인 것도 아니다.⁵⁾ 그러나 우리의 경우 일제 식민지배하에서 근대적인 관료사법체제가 형성될 때 압축적인 근대화⁶⁾와 더불어 식민지 상황에 맞춘 변형⁷⁾이 이루어졌고, 해방 후 이어진 권위

3) 문준영, “한국의 사법, 관료사법 체제 강화의 역사”, 온 국민이 함께 가는 민주적 사법개혁의 길, 민주적 사법개혁 실현을 위한 국민연대, 필맥, 2006, 59면.

4) 박홍규, “사법과 참여민주주의”, 참여민주주의와 한국사회, 참여사회연구소 편, 창작과 비평사, 1997, 291면.

5) Owen M. Fiss, "The Bureaucratization of the Judiciary", Symposium: The Legacy of the New Deal: Problems and Possibilities in the Administrative State, 92 Yale Law Journal 1442, 1983, p. 1442, 1449.

6) 이승일, 조선총독부 법제정책, 역사비평사, 2008, 38-39면. 山中永之佑, 新·日本近代法論, 法律文化社, 2002, pp. 45-46.

7) 이철우, “일제하 한국의 근대성, 법치, 권력”, 한국의 식민지 근대성: 내재적 발전론과 식민지 근대화를 넘어서, 삼인, 2006, 68면 이하.

주의·개발독재라는 특수한 역사적 경험으로 인하여 일본에 비해 관료적 내부통제가 한층 강화된 사법시스템을 가지게 되었다.⁸⁾ 이하에서는 관료사법의 의의와 특징을 살펴보고, 우리나라에서 관료사법체제가 형성되고 강화된 과정을 간략하게 검토해보고자 한다.

1. 관료사법의 의의와 특징

관료사법이란 직업적 사법 종사자들로 구성된 조직에 의해 운영되는 사법 시스템으로서 관료제를 근간으로 한다. 군주제나 귀족제와 대비되는 통치형태의 하나로 등장한 관료제(Bureaucracy)⁹⁾는 초창기에는 정부 관료들을 특징짓는 개념으로 사용되다가 이후 대규모의 일반 조직을 지칭하는 의미로 확대되었다.¹⁰⁾ 공공의 목표를 수행하기 위해 임명된 관료들의 계층조직인 관료제는 조직을 합리적으로 관리하기 위한 이상적인 도구¹¹⁾로 이해되는가 하면, 권력적이고 독선적인 것으로 평가되기도 한다.¹²⁾ 요컨대, 관료제란 현대적인 대규모 조직에서 공통적으로 관찰되는 현상으로서, 계층적으로 조직을 통치하는 권력적인 측면과 전문적인 업무 처리가 이루어지도록 하는 합리적인 측면 및 병리적인 측면을 모두 가지고 있는 시스템이라고 할 것이다.¹³⁾

8) 문준영, 법원과 검찰의 탄생, 역사비평사, 2010, 911면 이하.

9) 사무실과 사무용 책상을 의미하는 'bureau'와 그리스어의 지배하다(to rule)라는 단어, 'κράτος'를 합성하여 만들어진 관료제(Bureaucracy)라는 용어는 1745년 프랑스의 경제학자인 Jean Claude Marie Vincent de Gournay에 의해 최초로 사용되었다. 앤서니 기든스, 김미숙/김용학 외 역, 현대사회학, 을유문화사, 2011, 663면.

10) 특히, 근대 전문 관료층의 대두에 주목하면서 합리적 관료제를 주창하였던 Max Weber는 근대적 관료제의 모델을 정립함으로써 관료제 이론 전개에 지대한 영향을 미쳤다. 김태룡, 행정이론: 행정사와 이론을 중심으로, 대영문화사, 2010, 219면.

11) 프리드리히(Carl. J. Friedrich)는 관료제가 객관성(objectivity)·분별성(discretion)·정확성(precision)·일관성(consistency) 등의 합리적 측면을 가졌다고 보았다. 유종해, 현대행정학, 박영사, 2001, 345면.

12) 라스키(Harold J. Laski)는 관료제를 관료집단이 정부의 통치권력을 장악함으로써 일반시민의 자유를 위태롭게 하는 통치구조로 파악하였다. 신두범/오무근, 최신 행정학개론, 박영사, 2010, 117면.

13) 유광호/박기관, 관료제론, 대영문화사, 2007, 161면; 유종해, 앞의 책, 345면; Fred W. Riggs, "Bureaucratic Politics in Comparative Perspective", Journal of Comparative Administration 1,

일반적으로 관료제의 특징은 규칙화와 계층화 및 전문화로 요약될 수 있다.¹⁴⁾ 첫째, 관료의 직무와 권한은 미리 규정되어 있고, 정해진 규칙에 따라 업무가 획일적으로 처리된다. 둘째, 조직은 계층적으로 구성되어 있고, 하위직이 상위직의 통제와 감독을 받는 위계질서를 통해 운영되는 바, 중앙집권화적 성격을 갖는다. 셋째, 업무는 분화되고 전문화되어 있는데, 전문적인 업무 수행을 위해서는 교육이나 훈련을 통해 해당지식이나 기술을 획득하여야 한다.¹⁵⁾ 한편 관료제는 본래 의도했던 것과 다른 기능적·구조적 변화로 인해 다음과 같은 병리적 측면도 가지고 있다. 첫째, 조직을 효율적으로 운영하기 위해 강조된 규칙 준수가 지나친 형식주의로 흐르게 되면, 그 자체가 목적이 되는 동조과잉(overconformity) 현상이 발생하여 조직의 목표달성을 저해할 수 있다.¹⁶⁾ 둘째, 관료제에서는 구성원의 신분보장과 권력 및 지위의 확보를 위해 조직의 법규가 왜곡되고, 파벌이 형성될 수 있으며, 적극적인 행동보다는 선례나 상관의 지시에 따르는 무사안일주의가 팽배할 수 있다.¹⁷⁾ 셋째, 한정된 분야의 전문지식만을 가진 구성원은 사회 전반에 걸친 이해력이 부족할 수 있다는 우려가 제기된다.¹⁸⁾

위와 같은 관료제적 특성이 강하게 발현되는 영역 중의 하나가 바로 형사사법 분야이다. 개인의 자유와 권리를 보호하고 공공의 안전과 질서를 유지하는 형사사법기관의 종사자들에게는 전문성이 요청되고, 많은 업무를 효율적으로 처리하기 위해서는 적절한 관리체계의 구축이 요구된다. 이와 같은 필요성에 직면하여, 전문가를 선발하여 관련 업무를 맡기고 규칙의 강화와 계층적인 조직을 통해

Administration & Society, 1969, pp. 6-8.

14) 신두범/오무근, 앞의 책, 118면, 유종해, 앞의 책, 347면.

15) 관료들은 직업에 전념하도록 요구되며, 업무는 보통 문서에 의해 처리된다는 특징도 가지고 있다.

16) 신두범/오무근, 앞의 책, 120면, 유종해, 앞의 책, 349면, Robert K. Merton, "Bureaucratic Structure and Personality", 18 Social Force 4, University of North Carolina Press, 1940, pp. 564 ff.

17) 관료제는 합리적이라고 평가되지만, 법령에 규정된 명확한 구조로 인해 일정한 변화에 신속하게 대응하기가 어렵다. 또한 관료들은 자기보존에 대한 위협 및 불안감 등으로 인하여 현상유지에 집착하게 되고, 변화나 발전을 기피하는 경향이 있다. 유종해, 앞의 책, 351면. 또한 조직 내의 몰인정한 관계(impersonality)는 불안정함을 유발하기도 한다. Victor A. Thompson, Modern Organization, Alfred A. Knopf, 1961, pp. 152 ff.

18) David Maro, "Creativity and Administration", 31 Public Administration Review 1, American Society for Public Administration, 1971, p. 48.

업무를 처리하는 관료사법은 효율적인 업무 처리를 위해 필연적으로 출현할 수밖에 없었던 것이다.¹⁹⁾

2. 일제 식민지체제에서 형성된 관료사법

19세기 후반부터 20세기 초 조선은 절대주의 봉건체제가 와해되면서 근대화가 진행되었으나²⁰⁾ 제국주의 세력의 개입으로 인해 시민사회로의 변혁을 이루지 못한 채 일제의 식민지로 전락하였다.²¹⁾ 식민지 사법체제는 사법과 행정이 분리되고, 전문적인 법조집단이 양성되는 등 전통적 사법체제와 다른 성격을 지녔다. 그러나 서구의 권리중심적인 법문화와는 달리 권위를 중시하는 전통적인 법문화의 구태에서 벗어나지 못하였고, 여기에 식민지라는 특수한 정치적인 상황이 결합하여 치안유지와 사회통제에 초점을 맞춘 사법체제가 형성됨으로써 경찰국가적 식민지 지배를 법적으로 정당화시켜 주는 기능을 수행하였다.²²⁾ 특히, 입법·행정·사법권을 장악하고 있던 조선총독부라는 강력한 행정부의 존재는 사법부의 독립을 불완전하게 하였고,²³⁾ 일본 본토와 식민지 조선 사이의 차별적 사법운영은 식민지의 취약한 사법구조를 더욱 쇠미하게 만들었던 바, 상호견제와

19) 이상안, 경찰행정학, 대명출판사, 2005, 252면.

20) 1894년 청·일전쟁의 혼란 속에서 구성된 김홍집 내각이 만든 총 208건의 개혁의안들 중에는 국왕의 재판권을 폐지하고, 신분질서의 변화(노비제 폐지 등)에 따라 형사재판 제도를 개혁하는 안건들이 포함되어 있었다. 같은 해 7월에는 형부를 폐지하고 법무이문(法務衙門)을 설치하여 사법기능의 단일화를 꾀하였을 뿐 아니라 행정과 사법이 분리되는 계기를 마련하였다. 이후 1895년 4월 19일에는 법률 제1호로 「재판소구성법」을 제정(4월 25일부터 시행)하였는데, 동법은 재판 담당자와 소추 담당자를 분리하여 모든 재판소에 검사를 두도록 규정하는 등 근대적 형사재판의 기본요소인 탄핵주의를 채택하였다는 점에서 주목할 만하다. 사법발전재단 편집부, 역사속의 사법부, 사법발전재단, 2009, 26-27면.

21) 김성천, “형사소송 절차의 역사”, 법학논문집 제23권 1호, 중앙대학교 법학연구소, 1998, 120면. 이철우, 앞의 글, 69면 이하.

22) 문준영, 앞의 글, 42면.

23) 판사의 신분보장과 같이 사법권 독립을 위한 제도적 장치가 있었지만, 이는 총독이 위신을 고려하여 사법에 간섭하는 것을 자제한다는 것을 의미할 뿐 사법권의 독립이 적극적으로 구현될 수 있는 방법은 없었다. 사법발전재단 편집부, 앞의 책, 31면.

균형이 결여된 중앙집권적인 관료사법이 형성되었던 것이다.²⁴⁾

한편 일본의 검찰은 독자적 강제수사권의 확대강화, 통제받지 않는 소추재량, 예심의 규문적 수사절차로서의 기능, 검찰에 의한 예심장악, 수사서류와 조서에 의한 공판장악 등을 통해 형사절차에서 막강한 지배력을 행사하였다.²⁵⁾ 19세기 검찰 권력의 위험성을 인식하고, 이를 통제하기 위해 검사의 권한 및 역할에 대한 심도 있는 논의가 진행되었던 독일이나 프랑스와는 달리 이에 대한 문제의식이 부족했던 일본에서는 의회가 검찰을 통제하는데 실패하였고, 법원이나 시민들이 검찰의 권한을 견제할 수 있는 장치가 마련되지 못하였던 것이다.²⁶⁾ 이후 일본은 사법관료, 특히 검찰관료에 의한 지배적인 영향력 행사의 문제를 시정하기 위해 법원의 독립성 확보, 검찰의 소추재량에 대한 통제, 형사절차상 인권보호 등에 대해 진지하게 논의하였고,²⁷⁾ 이는 제2차 세계대전 이후 일본이 형사사법 전반에 대한 개혁을 단행하는 데에 밑거름이 되었다. 그러나 식민지의 억압적인 형사체제 하에서 우리가 경험했던 관료사법은 일본에 비해 훨씬 더 강화된 것이었고,²⁸⁾ 특히 검찰제도는 19세기 유럽대륙에서 정립된 근대적 검찰제도로부터 완전히 일탈된 양상을 보였다.

24) 문준영, 앞의 글, 41-43면. 법원사편찬위원회, 법원사, 법원행정처, 1995, 99면.

25) 김종구, 형사사법개혁론, 법문사, 2004, 41-42면.

26) 이로 인해 일본에서는 검찰제도와 예심제도에 담긴 자유주의적 의도들이 제대로 구현되지 못한 채, 규문주의적인 검찰사법체제가 성립하였고, 검찰 관료들이 막강한 힘을 보유하게 되었다. 문준영, 앞의 책, 916면.

27) 메이지 초기 관이 주도했던 위로부터의 근대화에 대항하여 형성된 자유민권운동의 흐름은 다이쇼 데모크라시 시대의 민권운동으로 이어져 사법이라는 이름으로 행해지는 인권유린과 막강한 검찰권을 통제할 장치에 대한 논의를 촉발시켰다. 이 시기에 관료사법에 대응하기 위해 시민사법인 배심제도가 도입되었으나 이는 전쟁 중인 1943년(昭和 18년) 「배심법의 정지에 관한 법률(陪審法ノ停止ニ関スル法律)」에 의해 정지되었다. 일본의 배심제 도입과정에 대해서는, 三谷太一郎, 政治制度としての陪審制—近代日本の司法権と政治, 東京大学出版会, 2001 참조.

28) 식민지 조선에서는 신속한 사건 처리라는 명목 하에 소송당사자의 권리보장, 사법절차의 공정성과 신중성에 대한 고려 없이 소송경제와 국가의 편익을 내세운 특례적 재판절차가 확립되었고, 경찰과 검찰에게 폭넓은 강제처분권이 부여되었다. 김종구, 앞의 책, 40-44면. 문준영, 앞의 글, 41면. 법원사편찬위원회, 앞의 책, 111면 이하.

3. 권위주의 정권에서 강화된 관료사법

해방은 식민지 사법체제를 해체하고 자유민주적인 개혁이 시작되는 계기가 될 수 있었으나, 사법적 기반의 부족으로 인해 사법 시스템을 재건하는 과정에서 관료적 내부통제가 오히려 강화되었다.²⁹⁾ 또한 해방 직후 미군정하에서 추진되었던 사법개혁의 과제들은 정부 수립 이후에 보수적으로 재조정되었다. 이 과정에서 법원과 검찰 내부의 반발을 무릅쓰고 의욕적으로 도입하고자 했던 대법관 추천위원회³⁰⁾와 간이법원제도³¹⁾ 등은 시행되지 못하였다. 이로 인해 법관인사를 비롯한 법원행정 전반에 관한 권한이 대법원장에게 집중되었고,³²⁾ 1949년 검찰청법 제정을 통해 대검찰청 산하에 중앙수사국이 설치되고, 검찰 직속의 사법경찰기구가 강화됨으로써 검찰을 정점으로 한 전국적인 수사망이 확립되었다.

29) 문준영, 앞의 책, 911-914면

30) 과도법원법(1948년 5월 4일 법령 제192호 공포) 제47조에서는 대법원장 및 대법관은 “대법원장, 대법관, 각 고등법원장, 각 지방법원장, 사법부장 및 차장, 검찰총장, 각 고등검찰청장, 각 지방검찰청장 및 인정받은 변호사회회장으로서 구성된” 대법관 추천위원회가 추천한 자 중에서 군정장관 또는 그 권한을 승계한 행정수반이 임명하는 것으로 규정하였다. 그리고 대법관 추천위원회는 임명하고자 하는 대법원장 또는 대법관 수의 3배수를 추천하여야 하며, 추천을 받은 자는 각각 출석위원 과반수의 득표를 얻을 것을 요건으로 했다. 문준영, “미군정기 법원조직법의 입법과정: 미국립문서관 법원조직법관계문서철의 소개와 분석”, 법사학연구 제32호, 민속원, 2005, 294면; 사법발전재단 편집부, 앞의 책, 40면

31) 과도법원법의 특색 중 하나는 제1심 하급법원으로 경미범죄의 재판과 구속영장·수색영장의 발부를 담당하는 간이법원을 둔 것이었다. 이 법령은 대법원으로 하여금 필요한 인원을 임용할 수 있는 즉시 간이법원을 설치하고, 가급적 빠른 시일 내에 경찰서 소재지마다 간이법원을 두도록 정하고 있었다. 그러나 간이법원의 설치에 실현되지 못하였고, 이 문제는 1949년 법원조직법 제정 논의과정에서 다시 거론되었다. 정부안은 법원의 종류를 대법원·고등법원·지방법원·간이법원의 4종류로 하고, 등기·호적사무를 법무부에서 관장한다는 것이었던 반면, 국회 법제사법위원회 대안은 법원의 종류를 대법원·고등법원·지방법원의 3종류로 축소시키면서 간이법원 대신에 지방법원 판사로 하여금 필요한 지역에 주재하게 하는 주재판사제를 도입하며, 등기·호적 업무를 법원에서 관장한다는 것이었다. 이후 1949년 7월 30일 국회 본회의에서 위원회 대안이 압도적인 지지(재석의원 109명 중 107명의 찬성)를 받으면서 의결되었다. 김중구, 앞의 책, 45-46면; 법원사편찬위원회, 앞의 책, 248-250면; 사법발전재단 편집부, 앞의 책, 49면

32) 1948년 5월 4일 법령 제192호로 공포된 「법원조직법」(과도법원법)에는 판사들의 자치기구이자 하급법원의 사법행정 의결기관인 판사회회의에 관한 규정이 있었는데, 이후 1949년 9월 26일에 제정된 「법원조직법」(법률 제51호)에서는 사라졌다.

해방을 계기로 독립된 주권국가로서의 사법적 토대를 갖추기 위한 노력은 계속 이어졌으나, 냉전체제 하에서 수립된 이승만 정권에서는 사법체제의 탈식민화 및 민주화라는 요청이 제대로 결실을 맺지 못하였다.³³⁾ 이후 4·19혁명을 통해 사법부의 행태에 대한 불만이 분출되었고, 법원과 검찰을 대상으로 한 대규모의 개혁방안이 모색되었으나,³⁴⁾ 이것마저 군사정권의 수립과 동시에 중단되고 말았다.³⁵⁾ 그러나 1960년대 이후에는 사법행정과 인사를 위한 새로운 양식과 문서들이 만들어졌고, 각종 통계적·분석적 심사기법이 개발되어 활용되었다. 이러한 변화는 사건처리의 효율성과 신속성 향상에 기여하기도 하였으나, 관료제적인 운영방식을 한층 더 강화시킨 측면도 있다.³⁶⁾ 1971년에는 정권과 법원 사이의 갈등에 기인한 사법파동³⁷⁾이 있었으나 법원 지도부의 미온적인 태도로 인해

33) 문준영, “한국의 사법, 관료사법 체제 강화의 역사”, 온 국민이 함께 가는 민주적 사법개혁의 길, 민주적 사법개혁 실현을 위한 국민연대, 필맥, 2006, 52면.

34) 4·19 혁명 이후 대통령이 법관임명에 관여하는 제도로는 사법권의 독립을 보장할 수 없다는 의견이 모아졌던 바, 제2공화국 헌법 제78조는 법관의 자격이 있는 자들로 구성된 선거인단이 대법원장과 대법관을 선거한 후 대통령이 확인하는 것으로 규정하였고, 그 밖의 법관에 대해서는 대법관회의의 결의에 따라 대법원장이 임명하는 것으로 규정하였다. 또한 검찰의 중립성에 관한 광범위한 논의도 활성화되었던 바, 검사에 대하여 10년 임기제를 도입하고 국회의원과 재조·재야의 법조대표로 구성된 검찰인사위원회가 연임 여부를 심사하는 검찰청법 개정안이 제출되었다. 물론 당시 개혁초치는 법원과 검찰의 인사에 초점을 맞추고 있었다는 점에서 한계가 있었지만, 해방 이후 논의되었던 개혁론의 연장선상에서 사법 권력의 민주적 구성과 통제 방안이 모색되었다는 점에서 의미가 있었다. 그러나 이러한 가능성들은 1961년의 5·16 군사쿠데타로 물거품이 되었고, 다음날인 5월 17일로 예정되어 있던 대법원장과 대법관 선거는 무기한 연기되었으며, 검찰중립회를 내건 검찰청법 개정안도 국회기능의 정지로 폐기되었다.

35) 군사혁명위원회는 1961년 5월 17일 포고 제10호로 혁명수행을 위해 필요한 사건은 군사재판에서 관장한다고 선언하고 포고 제11호 ‘사법업무 처리에 관한 건’을 발표하였다. 포고 제11호는 ① 법관은 사법 본연의 신성한 책무를 자각하여 모든 부패를 일소하고 급후의 혁명정신에 입각하여 새롭고 정의에 찬 사법운영의 태세를 갖추라, ② 모든 민·형사사건은 지체 없이 정상적인 법 체제에서 일체의 사정(私情)을 단절하고 신속 공정히 처리하라, ③ 대법원장은 이상의 각 사항에 관한 실천기강을 제시하라, ④ 기타 중요한 행정사항에 관하여 지시를 받으라는 것이었다. 4·19 혁명 이후의 사법개혁이 사법 권력의 구성방식에 초점을 맞추었다면, 5·16 군사쿠데타로 수립된 군사정부는 사법의 계획화·합리화·효율화에 입각한 사법행정의 근대화를 추진하였다.

36) 문준영, 앞의 글, 57면.

37) 1971년 ‘신민당사 농성사건’ 피고인 10명 전원과 월간 ‘다리지(誌) 사건’ 피고인 3명 등 사국공안 사법에 대하여 무죄가 선고되고, 군인과 군속에 대해 손해배상 청구를 제한하던 구 ‘국가배상법’ 제2조 제1항 단서에 대한 위헌판결(대법원 1971.6.22, 70다1010)이 이어지자 검찰은 종래 사법부의

뚜렷한 성과를 거두지 못한 채, 유신체제가 출범하였다. 유신헌법은 대법원의 위헌법률심사권과 함께 법관추천회의제도를 폐지하였던 바, 대통령이 국회의 동의를 얻어 대법원장을 임명하고, 대법원장의 제청으로 대법관을 임명하도록 하였으며, 이는 오늘날까지 이어지고 있다.³⁸⁾

요컨대, 일제 식민지체제에서 본격적으로 형성된 관료사법은 권위주의 정권을 거치면서 더욱 강화되었다. 민주주의와 자유주의를 실현할 수 있는 사회적·문화적 기반이 마련되지 못한 상태에서 국가권력이 사회의 모든 부문을 통제하는 가운데 관료사법체제는 더욱 공고해진 것이다. 물론 관료제 사법에 단점만 있는 것은 아니다. 국가시험을 통한 사법 담당자의 선발은 개방적·민주적이며, 객관적 직무규칙과 신분보장장치가 마련되고 직무의 자율성이 존중된다면, 판사가 외부의 영향을 받지 않고 안정적으로 직무를 수행할 수 있다.³⁹⁾ 그러나 이 시기의 관료사법은 정치권력으로부터 독립적인 상태에서 사법의 보편적 가치를 실현하는 성격의 관료사법이 아니었다.⁴⁰⁾ 즉, 우리의 관료사법은 정치권력에 순응

잘못된 관행 증인신문을 위한 출장에서 변호사로부터 항공료, 숙박비, 술값 등을 제공받았다는 혐의)에 대해 구속영장을 청구함으로써 압박을 가하였다. 이에 관한 대책회의에서 서울형사지방법원 판사들은 이 구속영장 청구를 개인에 대한 비리수사가 아니라 검찰이 기소한 사건에 대하여 무죄 판결을 내린 것에 대한 보복이라고 보았던 바, 구속영장이 청구된 판사 2인과 법원장을 제외한 37명 전원이 검찰의 처사에 항의하며 사표를 제출하였다. 이를 필두로, 전국 각지의 법관들이 사법권의 독립을 외치며 사표를 냄으로써 무려 150명의 법관이 사표를 제출하는 초유의 사태가 벌어졌다. 대한변호사협회도 법관들의 태도에 동조하며 임시총회를 열어 사법권의 독립을 요구하는 결의문을 채택하였다. 판사가 부정한 이익을 제공받은 것은 명백한 잘못이나 종래에 불문에 부쳐지던 관행을 갑자기 문제 삼아 구속영장을 청구한 것은 사법부에 대한 탄압이라는 것이었다. 정부의 사법부 탄압을 비난하는 여론이 일자 박정희 대통령이 나서 법무부 장관에게 수사증지를 지시함으로써 사건은 진정되었다. 법원사편찬위원회, 앞의 책, 486면 이하; 사법발전재단 편집부, 앞의 책, 78면 이하; 신평, 한국의 사법개혁: 아직 끝나지 않은 여정, 높이깊이, 2011, 76면 이하.

38) 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2010, 1508면. 법원사편찬위원회, 앞의 책, 687면; 사법발전재단 편집부, 앞의 책, 150면. 유신헌법은 대법원판사의 임명방식이나 자격을 규정하지 않았으나, 1973년 개정된 「법원조직법」은 대법원판사를 대법원장의 제청으로 대통령이 임명하도록 규정하였다. 이러한 대법원장과 대법원판사의 임명 방식은 제5공화국 헌법에서도 그대로 유지되고 있다.

39) 문준영, 앞의 책, 913면.

40) 일본의 관료사법은 메이지 유신 이후 안정적인 인적 기반과 조직문화를 형성해왔고, 이를 바탕으로 법원과 검찰은 정치권력으로부터 일정한 자율성을 유지할 수 있었다. 특히 1976년 일본 정계의 대부로 군림하던 다나가 수상을 구속했던 일본 최대의 비리스캔들인 ‘록히드 사건’을 통해 “성역 없는 수사”로 상징되는 동경지검 특수부의 신화가 창조되어 국민들의 신뢰를 얻고 있다. 坂上遼, ロッキード秘録 吉永祐介と四十七人の特捜検事たち, 講談社, 2007 참조.

하면서 정작 국민에 대하여는 매우 권위적인 태도를 보였던 것이다. 나아가 사법부를 장악하려는 정치권력뿐만 아니라 사법부의 독립을 내세웠던 세력 또한 정상의 한 점을 장악함으로써 전체를 통제할 수 있는 중앙집권적인 관료사법을 지향하고 있었으므로,⁴¹⁾ 이 시기에는 강화된 관료사법에 대한 비판적 논의가 본격적으로 이루어지지 못하였다.

제2절 민주주의와 사법개혁

1. 권위주의의 해체와 시민참여운동

1990년대에 한국사회는 관료적 권위주의가 해체되고 시민참여운동이 태동하였는데, 행정 분야⁴²⁾와 입법 분야⁴³⁾에서 시작된 시민참여운동은 사법 분야로 이어졌다.⁴⁴⁾ 특히, 형사사법 분야에서는 권위주의의 해체로 인하여 다음과 같은 변화들이 발생하였다. 첫째, 국가보안법을 비롯한 정치범을 통제하는 법이 완화되었고, 헌법재판소와 대법원의 주도 하에 형사사법개혁이 단행되었다. 둘째, 당시 내무부 산하로 되어 있던 국립경찰은 중앙집권적·관료제적 성격이 다소 완화된 경찰청으로 개편되어 경찰위원회의 통제를 받게 되었다.⁴⁵⁾ 셋째, 검찰총장의 임기제를 도입하여 대통령과 법무부장관에 의한 직접적인 통제로부터 검찰이 독립성을 유지할 수 있는 장치를 마련하였다.⁴⁶⁾ 무엇보다 주목할 만한 것은 형사

41) 문준영, 앞의 글, 59면.

42) 1987년 개정된 현행 헌법에 의하여 대통령직선제가 실시되었고, 헌법재판소가 창설되었으며, 1996년에는 행정절차법과 정보공개법이 제정되었다.

43) 권위주의 하에서 위축되었던 의회민주주의를 본연의 모습으로 복원시키기 위하여 1993년 12월에 ‘국회제도개선위원회’가 설치되었고, 입법예고제의 활성화와 함께 본격적인 입법감시 활동이 전개되었다. 국민의 입법참여와 입법예고제, 한국법제연구원, 1992 참조.

44) 관료적 권위주의와 시민참여는 서로 길항관계에 있는데, 권위주의 해체는 국가권력의 민주화 과정으로 설명된다. 심희기, “1990년대 한국의 형사사법 개혁운동의 성과와 전망: 권위주의의 해체와 시민참여운동의 태동”, 형사정책 제13권 제1호, 한국형사정책학회, 2001, 356면.

45) 경찰법(제정 1991.5.31 법률 제4369호) 제2조, 제5조 제1항.

46) 검찰청법(일부개정 1988.12.31 법률 제4043호) 제12조 제3항.

사법기관들이 스스로 사법개혁을 준비하였고,⁴⁷⁾ 시민들이 새로운 외부세력으로 등장하여 형사사법제도를 감시하는 등 적극적인 사법참여를 시작하였다는 점이다.⁴⁸⁾ 요컨대 권위주의의 해체와 함께 진행된 사법개혁 논의의 대상과 범위는 단순히 재판제도의 개혁에 한정된 것이 아니라, 검찰개혁과 법조양성제도의 개혁 및 시민의 사법참여로까지 확대되었다. 물론 관료사법의 기본적인 틀은 유지되었지만 시민사회가 능동적인 감시자이자 참여자로서 사법개혁의 논의에 주체로 등장하였다는 점에서 분명히 의미 있는 변화였던 것이다.

2. 민주주의와 관료사법

관료제는 민주주의를 위협하는 한편, 민주주의 사회에서 중요한 역할을 수행하기도 한다.⁴⁹⁾ 우선 관료제에 대하여는 조직을 장악한 소수의 관료들이 일반국민들의 이익보다 스스로의 이익을 위해 권력을 행사할 수 있다는 우려가 제기된다. 또한 관료제는 특수계층인 관료집단이 자신들의 원리에 따라서 민중을 일방적으로 지도함으로써 민중의 요구에 적응하지 못할 뿐만 아니라 비민주적인 관료들의 독선이 문제될 수 있다. 그러나 관료제는 공직의 기회균등, 법 앞의 평등, 민주적 목표의 수행이라는 측면에서 민주주의에 공헌한다.⁵⁰⁾ 즉, 전문적 지식과 능력에 따라 관료를 임용하는 관료제는 균등한 고용의 기회를 제공하고, 정실주의와 개별주의를 배제함으로써 법 앞의 평등을 구현하며, 민주적인 조직의 목표(democratic objectives)를 효율적으로 실현할 수 있도록 노력하는 것이다.⁵¹⁾

47) 대법원장이 위촉한 31명의 위원(법조인, 법학교수, 언론인 등)으로 구성된 사법제도발전위원회가 1993년 11월부터 1994년 2월까지 3개월간 활동하였다.

48) 심희기, 앞의 글, 357면.

49) 권기현, 행정학 원론, 학림, 2011, 153면. 신두범/오무근, 앞의 책, 124-125면. 에바 에치오나 할레비/윤재풍 역, 관료제와 민주주의, 대영문화사, 1993, 129면. 임성환, 관료제와 민주주의, 법문사, 1978, 385면.

50) 권기현, 앞의 책, 154면. 유중해, 앞의 책, 353면.

51) 목표설정을 위해서는 민주적인 조직이 필요하며, 목표수행을 위해서는 능률을 기본원리로 하는 조직이 필요하다. P.M. 블라우/장지호 역, 현대사회에 있어서의 관료제, 민중서관, 1975년, 136면.

민주주의 이념을 토대로 한 시민사법은 종래의 관료사법과 대립되는 것으로 비취질 수 있다. 앞서 언급했듯이 우리의 관료사법은 관료적 폐쇄성과 계급적 서열문화가 특히 강화되어 있고, 인사권과 행정적 감독권을 가지는 고위직 사법관료들이 사법부를 지배한다는 문제를 안고 있다.⁵²⁾ 그럼에도 불구하고 관료제는 사법 운영의 효율성을 담보하고, 공직의 기회균등과 법 앞의 평등 및 민주적 목표의 수행이라는 측면에서 민주주의에 공헌하고 있으므로 쉽사리 폐지할 수 없는 제도이다. 그러므로 관료사법이 사법의 민주화⁵³⁾에 기여할 수 있도록 민주주의를 위협하는 관료제적 요소를 통제할 수 있는 방안을 찾는 것이 바람직한데, 폐쇄적인 특권집단에 의해 사법제도가 운영되는 것을 막기 위해 모색된 방안이 바로 시민참여인 것이다. 요컨대, 시민사법은 관료사법을 완전히 대체하기 위한 것이 아니라, 관료사법이 안고 있는 문제를 해결하여 민주주의 이념과 조화시키기 위한 방안으로 논의되었고, 권위주의 해체와 민주화로 인한 사법개혁은 관료사법과 시민사법이 조화를 이하는 패러다임 속에서 추진되어야 했던 것이다.

3. 민주주의와 법의 지배

한국 근현대사에서 정권의 압박과 국민들의 불신 사이에 놓여 있던 관료사법 제제는 법실증주의에 집착하는 경향을 보였으나, 민주화 이후에는 ‘통치로서의 법치’에 대항하는 ‘권리의 지배로서의 법치’ 담론이 급속히 확산되었다.⁵⁴⁾ 개인이나 공동체가 자신들의 이익과 가치를 추구하기 위해 권리담론을 동원하면서 사법적 결정에 대한 의존도가 커졌고, 특히 정치적·사회적으로 중요한 사안들이 공론화되어 합의를 보지 못한 채 사법부로 넘어가는 ‘정치의 사법화’ 현상이

52) 임지봉, “사법권의 독립확보를 위한 방안: 법관의 독립 및 법관인사제도를 중심으로”, 헌법학연구 제16권 제1호, 한국헌법학회, 2010, 151면 이하; 한상희, “사법부의 독립성 제고와 합리적 사법작용”, 헌법학연구 제16권 제3호, 한국헌법학회, 2010, 418면 이하.

53) 민주주의란 시민 각자가 그 삶의 조건을 결정하는 데에 다른 시민들과 동일한 정도로 자율적으로 행위할 수 있는 역량이라고 정의되는 바, 사법의 민주화란 법을 창조하고 적용하는데 시민들이 영향을 미칠 수 있는 자율의 가능성을 의미한다. 로저 코터렐, 김광수 외 역, 법사회학 입문, 터, 1992, 368면.

54) 문준영, 앞의 책, 913, 919면.

심화되었다.⁵⁵⁾ 과도한 정치의 사법화는 민주화 이후의 사회변화와 새로운 욕구들을 정치과정으로 흡수할 수 있는 정치적 기반과 능력이 부족하다는 데에 일차적 원인이 있다.⁵⁶⁾ 그러나 정치의 사법화 현상이 민주주의와 대립되는 것이 아니며, 사법권의 확대가 민주주의의 후퇴로 이어지는 것도 아니다. 다만 법을 해석하는 일이 독단적인 관료들의 배타적 영역이 된다면 민주주의는 위협을 받게 된다.⁵⁷⁾

민주주의는 법의 지배를 통해서만 적절한 절차와 형식을 갖추 수 있을 뿐만 아니라 안정적인 민주주의의 발전을 위해서는 법의 지배가 필수불가결하므로,⁵⁸⁾ 관료적 사법부가 법의 지배를 유지할 능력이 있는지에 대한 성찰이 요구된다. 우리는 그동안 식민통치·권위주의 및 개발독재라는 역사적 경험으로 인하여 사법부의 독립만을 지나치게 강조해왔다. 정치의 사법화 현상은 민주주의가 공고화되는 과정에서 필연적으로 발생하는 현상 중 하나라고 할 수 있는 바,⁵⁹⁾ 오늘날 정치의 사법화 문제는 우리가 민주주의의 최소요건을 갖추었기 때문에 불거진 것이라는 점을 인식해야 한다. 이와 같은 문제를 해결하기 위해서는 정치의 민주화와 정치 본연의 역할을 복원시키고, 법의 지배가 민주주의와 선순환구조를 이룰 수 있도록 변화를 모색해야 할 것이다.⁶⁰⁾ 그리하여 현재 우리에게 요구되는 것은 “민주화 이후의 민주주의”에 걸맞는 사법, 투명하고 책임성 있는 사법부의 존재이다. 이를 위해서는 사법부와 국민 간에 “소통의 가능성”을 적극적으로 모색함으로써 상호불신의 질곡을 넘어서 국민주권과 법의 지배라는 양대 가치가 상호보완되는 길을 걷도록 해야 할 것이다.

55) 이 경우 정치력을 발휘한다는 의미의 정치가 아니라, 그 위상 자체가 정치력이 된다는 것을 의미하는데, 오늘날 사법이 바로 그러한 위상에 올라가 있는 것이다. 박은정, 왜 법의 지배인가, 돌베개, 2010, 36면.

56) 문준영, 앞의 책, 920면.

57) 카를로 파르니에리, “수평적 책임성의 도구로서 법원”, 민주주의와 법의 지배, 후마니타스, 2008, 393면.

58) 박은정, 앞의 책, 205면.

59) 문준영, 앞의 책, 920면.

60) 사법 의존도가 커지는 현상 자체가 문제인 것은 아니나, 국민의 기대와 사법 역량 사이에 괴리가 있다는 것은 부정적이며, 이로부터 사법에 대한 불신이 생겨날 수 있다. 박은정, 앞의 책, 224-225면.

4. 시민사법의 요청과 사법개혁

1990년대 후반부터 신자유주의의 물결과 함께 등장한 ‘사법도 서비스’라는 슬로건을 통해서도 알 수 있듯이 일제와 군사정권을 거치면서 철저히 권력화되어 국민 위에 군림하던 사법은 국민에게 봉사하는 서비스의 일종으로 전환되었다.⁶¹⁾ 이에 한 걸음 더 나아가 국민은 단순히 사법의 소비자에 머무르는 것이 아니라, 주권을 보유한 시민으로서 사법에 참여할 수 있어야 한다는 시민사법에 대한 요청이 제기되었다. 즉, ‘국민을 위한 사법’이라는 권위주의적 아젠다를 넘어, 국민들의 법 감정이 법원의 판결로 이어지는 ‘국민이 주도하는 사법’ 내지는 ‘국민의 사법’으로 나아가는 통로를 개척하고자 한 것이다.⁶²⁾

1995년 김영삼 정부는 세계화추진위원회와 대법원으로 하여금 사법개혁을 함께 추진하도록 하였다.⁶³⁾ 종래의 사법개혁논의가 대법원, 법무부, 대한변호사협회 등의 법조집단과 법학교수들을 중심으로 이루어졌다면, 이 시기에는 참여연대를 비롯한 시민단체들이 사법개혁의 논의 주체로 참여하여 자신들의 의견을 적극적으로 반영시키려고 했다는 점이 특징적이다. 또한 사법의 민주화를 위해서는 국민이 법관을 선출하고, 사법에 참여할 수 있는 제도가 마련되어야 한다는 의견이 제시되었으나,⁶⁴⁾ 이에 대해서는 신중하게 접근해야 한다는 주장이 제기되었다.⁶⁵⁾

김대중 정부에 들어서는 이른바 ‘대전법조비리사건’⁶⁶⁾을 계기로 법조인 7명과

61) 한상희, “사법개혁, 참여의 실패. 그러나”, (주간)진보정치, 제303호, 2006.12. 18, 15면.

62) 한상희, 앞의 기사, 15면.

63) 대법원/세계화추진위원회, 『법률서비스 및 법학교육의 세계화 방안, 1995년 4월 25일 『법률서비스 및 법조인양성제도의 세계화 방안』, 1995년 12월 1일.

64) 박홍규, 사법의 민주화, 역사비평사, 1994, 25면.

65) 참여연대 사법감시센터는 배심제와 참심제 및 법관공선제를 비롯한 시민의 사법참여방안을 검토하였으나 배심제의 도입만으로 사법민주화가 이루어지는 것은 아니라는 신중론을 제기하면서 동 제도가 시행될 수 있는 토대를 만들 것을 주장하였다. 참여민주사회시민연대 사법감시센터, 국민을 위한 사법개혁, 박영률출판사, 1996, 251-252면.

66) 1999년 1월 7일 언론을 통해 대전 소재 변호사 사무실의 사무장으로부터 입수한 사건수임장부가 공개되면서 사회적 파장을 일으켰다. 장부에는 현직 판사검사를 비롯한 법조계 인사들과 법원 직원 및 경찰관 등이 변호사에게 사건수임을 알선하고 대가를 받은 사실이 기록되어 있었다. 검찰 총장 지시로 편성된 대전지방검찰청 전담수사반이 본격 수사에 착수하여 해당 변호사와 사건 브로커를 구속하고, 현직 검사들에 대한 소환조사를 시작하였다. 이후 검찰은 금품을 받은 25명의 검사

교수, 언론인 등 20명으로 구성된 대통령 자문기구인 사법제도개혁추진위원회가 발족되었다.⁶⁷⁾ 동 위원회는 ‘국민의 사법참여’를 독립된 안건으로 다루었는데, 사법의 민주화를 확고히 하고 법원과 국민 사이의 거리를 좁히기 위해서 국민의 사법참여 방안이 모색되어야 한다는 점에는 이견이 없었다. 그러나 배심제나 참심제를 도입하려면 헌법 개정이 요구되고, 사법절차 전반에 대한 개혁이 수반되어야하므로 즉각적인 추진은 어렵다는 의견이 모아졌다.⁶⁸⁾ 검찰심사회제도 역시 도입의 필요성은 인정되었지만 국민의 사법참여확대 차원의 중장기적인 연구과제로 검토하는 것이 타당하다고 마무리되었다.⁶⁹⁾ 요컨대, 사법의 민주화를 고양하는 방안으로서 배심제와 참심제 및 검찰심사회제도의 도입 필요성은 인정되지만, 당면한 현실적인 문제들로 인해 향후에 구체적인 방안을 모색하는 것으로 매듭을 지은 것이다.

2003년 노무현 정부가 들어서면서 또 다시 사법개혁이 현안으로 등장하였고,⁷⁰⁾ 대통령과 대법원장이 공동으로 사법개혁을 추진하기로 합의하였다. 이에 대법원 산하에 사법개혁위원회⁷¹⁾를 구성하여 개혁방안을 마련하게 하였고, 후속 추진기구로 사법제도개혁추진위원회를 구성하여 개혁방안을 구체화하는 법률안을

중 검사장 2명을 포함한 6명의 사표를 수리하였고, 7명에 대해 징계 조치 및 인사상의 불이익을 주는 것으로 사건을 종결시켰다. 검찰 내부에서는 사건소개와 딱값 등은 과거 일부에 남아 있던 관행이라는 온정론이 대두되기도 하였으나, 이 사건을 계기로 ‘정치검찰’과 ‘검사동일체의 원칙’에 대한 비판론이 강하게 제기되었다. 신평, 앞의 책, 174, 176면.

67) 1999년 5월부터 1999년 12월까지 활동하였다. 사법개혁추진위원회, 민주사회를 위한 사법개혁 대통령 자문위원회 보고서, 2000.

68) 사법개혁추진위원회, 앞의 보고서, 337면.

69) 사법개혁추진위원회, 앞의 보고서, 389면.

70) 대법관 제청과 임명이 이루어질 시점에 대법원 구성의 다양성을 요구하는 법원내외의 목소리가 높아졌고, 이를 계기로 전면적인 사법개혁의 필요성이 제기되었다. 대통령자문 정책기획위원회, 사법제도 개혁: 사법의 선진화, 민주화를 위한 참여정부의 여정, 참여정부 정책 보고서 1-02, 2008, 12면.

71) 2003년 10월 28일 대법원규칙(사법개혁위원회 규칙)에 근거하여 대법원 산하에 사법개혁위원회가 설치되었다. 동 위원회는 2004년 12월까지 존속하면서 총 27회의 전체회의, 25회의 분과회의, 2회의 소위원회, 2회의 공청회, 1회의 모의재판, 수차에 걸친 여론조사 및 설문조사 등의 활동을 통해 최종적으로 「사법개혁을 위한 건의문」을 채택하였다. 동 건의문에는 배심제와 참심제가 혼합된 1단계의 국민참여재판의 도입을 담은 국민의 사법참여에 관한 건의가 포함되어 있었다. 대통령자문 정책기획위원회, 앞의 보고서, 12면.

마련하도록 하였다.⁷²⁾ 노무현 정부가 추진했던 사법개혁 중 하나는 국민이 주체적으로 참여하는 국민에 의한 사법이었다. 2004년 12월 31일 사법개혁위원회가 내놓은 ‘사법개혁을 위한 건의문’에서는 사법의 민주화를 통해 기존의 폐쇄적·관료주의적·권위주의적 사법을 혁파하고 사법의 독립성·공정성·객관성·투명성·신뢰성·보편성을 확보함으로써 진정으로 국민을 위한, 국민에 의한, 국민의 사법으로 거듭나게 하는 데 사법개혁의 본질이 있다고 밝혔다.⁷³⁾ 권위주의적인 관료사법으로 인해 폐쇄적이고 경직되었던 사법조직이 스스로 민주화되는 것을 기대하기 힘들었던 상황에서 외부세력인 일반국민의 사법참여를 통해 사법의 공정성·객관성·투명성·신뢰성·보편성을 확보하고, 사법권의 남용을 견제함으로써 사법의 민주화를 실현하고자 했던 것이다.⁷⁴⁾ 이렇듯 국민의 사법참여는 사법개혁의 본질적 내용이 되었던 바,⁷⁵⁾ 2005년 5월 16일 사법제도개혁추진위원회는 ‘국민의 형사재판참여 제도 실시 방안’을 의결하면서, 『국민의 형사재판 참여에 관한 법률(안)』을 만들었다. 동 법률안은 2007년 4월 30일 국회 본회의를 통과하였고, 2007년 6월 1일 『국민의 형사재판 참여에 관한 법률』이 제정·공포(2008년 1월 1일 시행)됨으로써 우리의 사법 역사상 처음으로 제한적이거나 일반 국민이 직접 형사재판에 참여하는 획기적인 제도가 운영되고 있다.

72) 참여정부 이전의 사법개혁들은 추진기구의 부재로 인해 제대로 된 결실을 거두지 못한 것으로 평가되었다. 이에 따라 사법개혁위원회의 건의내용을 구체적·체계적으로 추진해 나갈 기구인 사법제도개혁추진위원회가 대통령 산하에 설치되어 2005년 1월부터 2006년 12월까지 총 28개의 의결안들을 처리하였다. 사법제도개혁추진위원회의 의결을 거쳐 13개의 개혁방안과 25개의 법률안이 국회에 제출되었다. 대통령자문 정책기획위원회, 앞의 보고서, 13-14면.

73) 사법개혁을 위한 건의문, 사법개혁위원회, 2004. 12. 31. 참조. 민주화, 다원화, 국제화의 커다란 흐름 속에서 국민들은 성숙한 역량을 바탕으로 하여 ‘국민을 위한 사법’을 넘어서서 ‘국민의 사법’으로의 전환을 기대하고 있는 바, 사법개혁위원회는 이러한 국민의 사법참여에 대한 시대적 요청을 수용한 국민의 사법참여제도가 사법의 민주적 정당성을 강화하고 투명성을 제고함으로써 궁극적으로 국민으로부터 신뢰와 존중을 받는 사법을 확립할 것으로 보았다.

74) 윤영철, “합리적인 ‘국민의 사법참여제도’에 관한 소고: 사법개혁위원회건의안과 사법제도개혁추진위원회공청회안에 대한 비판을 중심으로”, 형사정책연구 제16권 제2호, 한국형사정책연구원, 2005, 250면.

75) 윤영철, “검사의 기소재판권에 대한 통제제도의 현황과 사전적·민주적 통제방안에 관한 소고”, 법학논고 제30집, 경북대학교 법학연구소, 2009, 317-318면.

제3절 국민의 형사사법 참여

1. 국민의 형사사법 참여에 관한 근거와 효과

가. 국민의 형사사법 참여에 관한 근거

오늘날 세계 각국의 사법제도는 민주화·기능화·세계화를 지향한다.⁷⁶⁾ 민주화는 현대정치의 기본 틀이고, 기능화는 국가경영의 과학화 내지 합리화를 의미하며, 세계화는 지구촌이라는 개방적 시민사회에서의 공존전략의 지표로 대두되는 중요한 가치이다. 이 중 사법의 민주화와 관련된 “참여”는 민주시민의 주된 행동강령이자 미덕으로서, 아래로부터 위로의 의사전달체계이고, 자신에게 영향을 미칠 수 있는 사안을 결정하는 절차에 개입하는 것이며, 구체적인 행동으로 나아가는 것을 일컫는다.⁷⁷⁾ 과거 권위주의 정권하에서 통치의 객체로서만 인식되던 국민들은 참여민주주의의 부상과 함께 다양한 영역에서 자신들의 권리를 주장하기 위해 구체적인 행동으로 나아가고 있는데, 사법의 영역도 그 예외가 아니다.⁷⁸⁾

국민의 형사사법 참여에 대한 근거는 헌법에서 찾을 수 있다. 헌법 제1조 제2항은 「대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다」고 규정하고 있다. 이때 주권자인 국민은 권력을 직접 행사할 수도 있고, 대표기관을 통해 간접적으로 행사할 수도 있다. 이러한 국민주권주의 원칙에 따르면 사법권도 국민으로부터 나오는 것이므로 주권자인 국민이 사법의 객체가 아닌 주체로서 직접 참여할 수 있는 제도적 장치가 마땅히 마련되어야 한다.⁷⁹⁾ 또한 국민의 형사사법 참여는 현대민주주의인 다원주의적 민주주의(pluralist democracy) 이념에서 그 근거를 찾을 수 있다. 다원주의란 특정 가치를 절대적인 것으로 인정하고 그 가치에 의해 획일적인 헌법질서를 구축하도록 하는 일당독재나 전체

76) 사법개혁추진위원회, 앞의 보고서, 3면.

77) 김대환, “참여의 철학과 참여민주주의”, 참여민주주의와 한국사회, 참여사회연구소 편, 창작과 비평사, 1997, 17-18면.

78) 김대환, 앞의 글, 15-16면.

79) 영국의 권리청원·권리장전과 함께 미국의 연방헌법이 배심재판을 받을 권리를 명시하고 있는 것은 민주국가에서는 주권자인 국민에 의한 재판이 이루어져야 함을 확인시켜주고 있다.

주의적 지배를 거부하는 정치이념이다.⁸⁰⁾ 만약 사법부가 특정한 사회적 배경을 가진 자들로 편향되게 구성되어 권한을 행사한다면, 그러한 특정 세력의 가치관이 헌법과 법률이라는 이름으로 포장되어 자유민주주의를 왜곡시킬 우려가 있다.⁸¹⁾ 그러므로 다원주의적 민주주의 하에서는 국민들의 다양한 가치관을 수렴할 수 있는 방법으로 사법부를 구성하여 제도를 운영하고자 한다. 국민의 사법참여는 사법권한을 가진 주체 및 의사결정 과정에서의 다양성을 도모할 수 있다는 점에서 다원주의적 민주주의 이념에 근거하는 것으로 파악된다.

나. 국민의 형사사법 참여로 인한 효과

국민의 형사사법 참여는 사법에 있어서의 국민주권주의를 실현하고, 사법의 민주적 정당성을 확보하며, 사법에 대한 국민의 이해도를 높임으로써 사법에 대한 국민의 신뢰를 제고할 뿐만 아니라 다양한 가치관과 상식을 재판에 반영할 수 있다.⁸²⁾ 특히, 국민의 사법참여는 사법에 대한 시민들의 소유감과 책임감 및 절차의 투명성을 고양시켜 국민의 신뢰를 증진시킨다는 측면에서 의미가 크다. 첫째, 국민은 사법에 참여함으로써 사법체제가 관련 공무원이나 전문가만의 것이 아니고, 자신들이 소유(ownership)하고 있다고 느끼게 된다. 둘째, 대다수의 중요한 결정이 민주주의의 근본적 권력의 원천인 국민들에게 직접적으로 응답하는 방식으로 이루어져야 하는 바, 국민참여는 사법전문가들의 책임감(accountability)을 고양시킨다. 셋째, 국민이 사법에 참여하여 그 내부에서 벌어지는 일들을 알 수 있게 됨으로써 사법절차의 투명성(transparency)이 향상된다. 국민의 사법참여로 인해 얻어지는 이와 같은 효과들은 민주주의 이념 하에 사법체제에 대한 국민의

80) 김종철 “사법제도의 개정필요성과 방향”, 헌법학연구 제16권 제3호, 한국헌법학회, 2010, 115-116면.

81) 헌법에 대한 최종적 해석권을 가지는 헌법재판소와 사법정책과 법률해석의 기본방향을 정하는 최고 사법기관으로서의 대법원이 과도하게 소수의 재판관으로 구성될 경우 다원주의적 사법권력의 구성 및 사법제도의 운영은 외면될 위험성이 크다. 사법부 내에서는 공동체 구성원들의 다양한 가치관과 성향이 반영되어야 하고, 헌법과 사물을 보는 관점에 다양성을 확보하는 것은 민주적 정당성의 원리를 근거로 요구되는 것이다. 김종철 앞의 글, 116면. 정종섭, 헌법소송법, 박영사, 2010, 40면.

82) 사법개혁위원회, “사법개혁위원회 제5차 회의(2004. 1. 5): ‘국민의 사법참여’에 관한 기초보고”, 사법개혁위원회 자료집(II), 2004, 376면.

신뢰를 확보할 수 있도록 한다.⁸³⁾

아래의 〈표 1-1〉은 미국의 배심제를 중심으로 시민의 사법 참여가 정부 및 형사사법 시스템에 대한 신뢰도에 어떠한 영향을 미치는지를 조사한 결과이다.⁸⁴⁾ 이에 의하면 배심원으로 형사사법 절차에 참여했던 사람들은 그러한 경험이 없는 사람들에 비해 정부와 형사사법 시스템에 대해 높은 신뢰도를 나타내고 있다. 특히, 이들은 판사, 검사, 변호사, 배심원, 경찰 등 형사사법 절차 담당자들에 대해서 일관되게 높은 신뢰도를 보이고 있다는 점이 특징적이다. 민주주의 하에서 사법시스템은 국민의 신뢰와 믿음 없이는 존속할 수 없다. 국민들이 사법 시스템의 소유자라고 느끼고, 사법전문가들이 책임감 있게 행동하며, 사법절차가 투명하게 운영될 때에 비로소 사법에 대한 국민의 신뢰가 강화될 것인데, 그 전인차 역할을 할 수 있는 것이 바로 국민의 사법참여인 것이다.⁸⁵⁾

표 1-1 형사재판에서의 배심경험자와 미경험자의 신뢰도 분석

신뢰도		배심경험자	배심미경험자
(A) 정부에 대한 신뢰도	연방 / 중앙정부	77.5%	72.1%
(B) 형사 사법 시스템에 대한 신뢰도	법 원	94.1%	88.2%
	검 찰	83.8%	77.7%
	변호사	81.1%	74.3%
	배심원	92.3%	84.2%
	경 찰	88.6%	81.7%
(C) 매스컴에 대한 신뢰도	텔레비전 / 라디오	47.2%	44.2%
	신 문	52.5%	53.8%

83) 실버트 조나단 E./조국 역, “미국 형사사법행정에서 시민참여: ‘소유’, ‘책임’, 그리고 ‘투명성’”, 형사정책 제13권 제1호, 한국형사정책학회, 2001, 281-282면.

84) 텍사스 주, 달라스 시의 배심원후보자 2,565명(배심원 경험이 있는 사람 포함)을 대상으로 2006년 3월 7일부터 2006년 4월 3일까지 설문조사를 실시한 것이다. Hiroshi Fukurai, "The Rebirth of Japan's Petit Quasi-Jury and Grand Jury Systems: A Cross-National Analysis of Legal Consciousness and the Lay Participatory Experience in Japan and The U.S.", 40 Cornell International Law Journal 315, Cornell University, 2007, p. 340.

85) 실버트 조나단 E./조국 역, 위의 글, 295면.

2. 국민의 형사사법 참여 유형

국민이 형사사법에 참여하는 유형은 크게 4가지로 분류된다.⁸⁶⁾ 첫째, 사법부 구성과정에서 국민이 관여하는 것으로 미국의 법관선거제나 일본의 최고재판소 재판관에 대한 국민심사제 등을 들 수 있다. 둘째, 형사절차의 진행과정 중 재판 전 단계인 수사 및 공소제기 과정에 국민이 참여하는 것으로서 미국의 대배심이나 일본의 검찰심사회 등이 있다. 셋째, 배심제와 참심제 등 국민이 직접 형사 재판에 참여하는 유형이 있다. 넷째, 그 외에 국민이 형사사법에 참여하는 유형으로서 피해자 권리 운동의 대표적인 결과물인 피해자 참가제도를 들 수 있다.

가. 사법부 구성 과정에서의 국민참여

오늘날 민주주의 국가에서는 국민이 국가기관의 구성에 관여하고, 국가의사의 형성과정에 참여할 뿐만 아니라, 국가권력의 행사를 통제 및 견제하기 위해 참정권이라는 제도적 장치를 마련하고 있다.⁸⁷⁾ 대부분의 국가에서 입법부와 행정부는 국민의 선거에 의해 선출된 자가 국민으로부터 위임받은 법정의 권한을 임기동안 행사함에 반해, 사법부는 사법권의 독립⁸⁸⁾이라는 특수성으로 인하여 그 구성방식을 달리하는 경우가 많다. 그러나 국가의 조직과 운영의 기본원리인 민주주의는 입법부와 행정부뿐만 아니라 사법부에도 구현될 것이 요구된다.⁸⁹⁾ 사법부의 민주적 구성과 시민사회에 대한 책임 실현을 위해 법관의 임명과 징계절차에 국민이 참여하기도 하는데, 미국의 법관선거제와 일본의 최고재판소재판관 국민심사제도가 대표적인 경우라 하겠다.

86) 본고에서는 국민들의 적극적인 사법참여만을 대상으로 하고, 공개된 재판에 방청객으로 참여하는 등의 소극적인 참여는 논외로 한다.

87) 김철수, 앞의 책, 1070면

88) 사법권의 독립은 3권 분립의 원칙상 인정되는 권력분립의 원리일 뿐만 아니라, 3권 분립의 이론적 기초인 개인의 자유를 보장한다는 점에 그 존재의의가 있다. 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009, 1060-1062면; 김철수, 앞의 책, 1515-1516면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2011, 1222면

89) 문재완, “사법부의 독립성과 책임성: 미국의 법관징계제도를 중심으로”, 미국헌법연구 제16권 제2호, 미국헌법학회, 2005, 197면.

1) 미국의 법관선거제도

미국의 경우 상당수의 주가 주민들이 직접 법관의 임용 및 징계 과정⁹⁰⁾에 참여하도록 하고 있다.⁹¹⁾ 미국의 주 법관선발제도는 주로 3가지 방식을 취하는데, ① 주지사 또는 의회에 의한 임명과 ② 대중에 의한 선거(정당, 비정당 선거) 및 ③ 법률가와 일반 시민으로 구성된 법관임용위원회(Judicial Nominating Commissions)⁹²⁾가 자격 있는 후보를 추천하는 위원회추천법관임명방식(commission-based appointment 또는 merit selection)⁹³⁾이 바로 그것이다. 그러나 각 주가 모든 심급에 동일한 선발 방식을 채택하는 것은 아니어서, 다양한 조합이 가능하며,⁹⁴⁾ 실제로도 각 주별로

90) 대부분의 주들이 법관에 대한 징계에 법관심사위원회라는 독립적인 기관의 참여를 인정하고 있다. 예컨대, 캘리포니아 주의 경우 주 대법원이 임명한 3명의 법관, 주지사가 임명한 2명의 변호사 그리고 6명의 시민(2인은 주지사가, 2인은 주의회 의장이, 2인은 주상원위원회 규정에 의하여 임명)으로 법관심사위원회(Commission on Judicial Performance)가 구성된다. 미국 사법 협회(American Judicature Society) 홈페이지 참조

<http://www.ajs.org/ethics/pdfs/Commissionmembership.pdf> 각 주 법관심사위원회 구성. (2011년 10월 20일 최종접속)

91) 연방국가인 미국은 연방사법체제와 주사법체제라는 이원적 사법체제를 운영하고 있고, 각 주는 독자적인 사법체제를 갖추고 있다. 연방사법체제의 법관 선발 방식은 대통령이 지명하고 상원의 인준을 받아 임명되는 것으로 헌법에 규정되어 있다. David W. Neubauer/Stephen S. Meinhold, *Judicial Process: Law, Courts, and Politics in the United States*, Wadsworth Publishing, 2009, p. 174.

92) 법관임용위원회를 두고 있는 주로는 Alabama, Alaska, Arizona, Colorado, Connecticut, Delaware, D.C., Florida, Georgia, Hawaii, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Mexico, New York, North Carolina(2011. 4. 4. Judicial Nominating Commission 창설), North Dakota, Oklahoma, Rhode Island, South Dakota, Tennessee, Utah, Vermont, West Virginia, Washington, Wyoming 등이 있다. 미국 사법 협회(American Judicature Society) 홈페이지 참조

http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/judicial_nominating_commissions.cfm?state= (2011년 10월 20일 최종접속)

93) 위원회추천법관임명방식을 가리키는 용어가 통일되어 있지 않아 여러 명칭이 혼용되고 있으나, 일반적으로 선거제와 차별되는 특성인 “법관의 전문성”을 부각시킨 실력위주의 선발상식(merit selection) 또는 1940년 미주리 주에서 처음 도입되었던 유래에서 기인한 Missouri Bar Plan이라는 용어가 널리 쓰이고 있다. David W. Neubauer/Stephen S. Meinhold, p. 184; Henry J. Abraham, *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France*, Oxford University Press, 1998, pp. 38 ff.

위의 방식들을 적절히 혼합하여 법관을 선발하고 있다. 일부 주에서 법원 단위나 주 전체 단위로 법관선발에 이용하고 있는 법관선거제도는 정치과정의 민주화와 참정권 확대의 일환으로 시작되었다.⁹⁵⁾ 법관선거제도는 사법부의 구성에 국민이 최종 선택권을 행사한다는 측면에서 큰 의미가 있으나, 법관으로 하여금 대중에 영합하는 방식으로 판결을 내리게 할 우려가 있다는 것이 문제점으로 지적되기도 한다.⁹⁶⁾ 이러한 법관 선거제의 단점을 보완하고, 자질이 부족한 자가 정당에 충성한다는 이유로 법관으로 선출되는 것을 막기 위해 도입된 제도가 바로 위원회추천법관임명방식이다. 위원회추천법관임명방식은 임명, 선거, 시민 참여라는 법관 선발 방식의 모든 요소를 포함하고 있는 혼성 체제라 할 수 있다.⁹⁷⁾ 〈표 1-2〉에서 볼 수 있듯이, 각 주들은 다양한 방식으로 초임 법관을 선발하고 있는데, 많은 주들이 위원회추천법관임명방식을 직·간접적으로 활용하고 있다.⁹⁸⁾

94) David W. Neubauer/Stephen S. Meinhold, p. 174.

95) David W. Neubauer/Stephen S. Meinhold, p. 182; David W. Neubauer/Henry F. Fradella, *America's Courts and the Criminal Justice System*, Wadsworth Publishing, 2010, p. 193.

96) David W. Neubauer/Henry F. Fradella, p. 194.

97) David W. Neubauer/Stephen S. Meinhold, p. 187. 위원회추천법관임명방식(merit selection)은 보통 다음과 같이 진행된다. 동 방식을 채택하고 있는 주는 시민과 법률가들로 구성된 초당파적 법관임용위원회를 설치하고, 법원에 결원이 발생하는 경우에 법관 지원서를 제출받으면 지원서 심사 및 지원자 면접을 통해 그 자격을 평가한다. 이후 법관임용위원회는 법관으로서 자격을 갖추었다고 생각하는 사람의 명단(주별로 다르지만 보통 3-8인 추천)을 주지사에게 보내고, 주지사는 그 명단에서 법관을 선정하여 임명한다. 해당 법관은 일정 기간 동안 복무한 후에 재선임 투표를 거쳐야 하는데, 이때 시민들은 해당 법관의 법관직 유지 여부를 결정하게 된다. 미국 사법 협회(American Judicature Society) 홈페이지 참조 http://www.ajs.org/selection/sel_faqs.asp (2011년 10월 20일 최종접속)

98) 법관 선거제를 채택하고 있는 Alabama, Georgia, Idaho, Kentucky, Minnesota, Montana, Nevada, New Mexico, North Dakota와 West Virginia 등 10개 주는 중간에 법관의 결원을 보충해야 할 경우에 merit selection을 이용한다.

표 1-2 각 주의 초임 법관 선발방식⁹⁹⁾

위원회추천법관임명방식 (Merit selection)	주지사(G) 또는 주 의회 임명(L)	정당 선거	비정당 선거	위원회추천법관임명방 식과 선거의 병행
Alaska	California(G)	Alabama	Arkansas	Arizona
Colorado	Maine(G)	Illinois	Georgia	Florida
Connecticut	New Jersey(G)	Louisiana	Idaho	Indiana
Delaware	Virginia(L)	New Mexico	Kentucky	Kansas
Distict of Columbia	South Carolina	Ohio	Michigan	Missouri
Hawaii	(L)	Pennsylvania	Minnesota	New York
Iowa		Texas	Mississippi	Oklahoma
Maryland		West Virginia	Montana	South Dakota
Massachusetts			Nevada	Tennessee
Nebraska			North Carolina	
New Hampshire			North Dakota	
Rhode Island			Oregon	
Utah			Washington	
Vermont			Wisconsin	
Wyoming				

한편 아래의 <표 1-3>은 법관에 대한 신임을 묻는 방식을 나타내고 있다.¹⁰⁰⁾ 이에 의하면 총 20개의 주가 재선거 방식을 취하고 있고, 11개 주는 재선거와 재신임투표를 병행하고 있으며, 9개 주가 재임명을, 8개 주는 재신임투표를 시행하고 있다.¹⁰¹⁾

99) Judicial Selection in the States: Appellate and General Jurisdiction Courts, American Judicature Society 1986-2011, updated 2010.

http://www.judicialselection.us/uploads/documents/Judicial_Selection_Charts_1196376173077.pdf
(2011년 10월 20일 최종접속)

100) http://www.judicialselection.us/uploads/documents/JudicialSelectionBrochureemail_A2E54457CD359.pdf
(2011년 10월 20일 최종접속)

101) 재선거와 재신임투표를 병행하는 11개 주의 항소법원 판사는 재신임투표를 거치게 되지만, 사실 심(trial court)판사는 재선거에 나설 수도 있고 재신임투표를 거칠 수도 있다. Massachusetts, New Hampshire, Rhode Island 등의 3개 주에서는 예외적으로 법관의 임기를 종신직으로 하고 있다(70세 정년까지 재직하도록 하고 있는 Massachusetts와 New Hampshire 주는 사실상 종신직으로 운영하는 곳으로 분류되기도 한다).

표 1-3 법관의 신임을 묻는 방식

Retention of Judges

Reelection		20 States
Combined*		11 States
Reappointment		9 States
Retention election		8 States
Lifetime tenure		3 States

법관선거제를 채택하고 있는 대부분의 주에서는 법관의 임기가 종료되면 새로운 경쟁자를 맞아 재선거를 치르게 함에 반하여, 위원회추천법관임명방식을 채택하고 있는 대부분의 주들은 법관이 주기적인 재신임투표에 단독으로 출마할 수 있게 한다.¹⁰²⁾ 예를 들어, 코네티컷 주의 경우 독립성을 갖는 법관임용위원회가 법관후보를 면담한 후 추천하는 방식의 선발절차를 마련하고 있고,¹⁰³⁾ 법관의 임기가 종료한 때에도 동 위원회의 심사¹⁰⁴⁾와 추천이 있어야 재임용될 수 있다. 법관들은 재임용을 위해 다시 한 번 법관임용위원회의 심사를 받아야 하기 때문에 책임감 있게 업무를 수행하게 되고,¹⁰⁵⁾ 일정한 자격을 갖추지 못한 자가 유력인사의 영향으로 동 절차를 통과하는 것은 쉬운 일이 아니다.¹⁰⁶⁾

전통적으로 별다른 여론의 주목을 끌지 못했던 미국의 법관 선거제는 낮은 투표율과 논쟁의 부재가 특징적이었다. 유권자들의 낮은 관심과 후보자에 대한 일반적인 정보 부족은 현직 판사에게 유리하게 작용됨으로써 재임용이 용이하였다. 이런

102) Judicial Selection in the States: How it Works Why it Matters, American Judicature Society and the Institute for the Advancement of the American Legal System, 2008, p. 7.

103) 코네티컷 주의 경우 12명으로 구성되는 동 위원회는 법률가와 비법률가인 시민이 각각 6명씩 동수로 구성되며, 이 위원회의 위원은 공무원이어서는 안 되며 정당의 직원이어서도 안 된다. 주지사는 오직 이 위원회가 승인한 후보명단에서만 법관을 임명하도록 요구된다.

코네티컷 주 법관임용위원회(Judicial Selection Commission) 홈페이지 참조
<http://www.ct.gov/jsc/site/default.asp> (2011년 10월 20일 최종접속)

104) 동 위원회는 법원에 대하여 취해졌던 징계보고서와 변호사 및 배심원들이 작성한 의견서를 취합하여 심사하게 된다.

105) 자신의 임기 중 부적절한 행위가 있었다면, 법관임용위원회에서 해명하여야 한다.

106) 실버트 조나단 E./조국 역, 앞의 글, 292면.

이유로 재임 판사의 자리에 도전하는 후보자는 드물었고, 현직 판사가 자리에서 물러나는 일도 거의 없었다. 그러나 최근의 법관 선거는 여러 이익집단들의 관여로 인하여 선거비용이 증가하고 있고, 중상과 부정적 정치광고가 난무하는 이 전투구 양상을 보이고 있다.¹⁰⁷⁾

2) 일본의 최고재판소재판관 국민심사제도

일본의 경우 헌법 제79조 제2항과 제3항 및 최고재판소재판관국민심사법에 근거한 최고재판소 재판관 국민심사(最高裁判所裁判官国民審査) 제도를 운영하고 있다.¹⁰⁸⁾

최고재판소 재판관의 임기는 정해진 바가 없으나, 임명 후에 최초로 치러지는 중의원 총선거와 임명된 지 10년이 경과한 후에 최초로 치러지는 중의원 총선거에서 각각 국민심사 절차를 거치게 된다(最高裁判所裁判官国民審査法 第2條).¹⁰⁹⁾ 최고재판소 재판관에 대한 국민심사는 사법 전반에 대한 국민적 통제의 수단인 동시에, 각 재판관에 대해 국민이 직접 정치적 책임을 묻는 제도라고 할 수 있으며¹¹⁰⁾ 그 법적 성격에 대해서는 통설과 판례가 국민해직(소환)제도(國民解職制度)의 일종으로 해석하고 있다(最大判昭27.2.20).¹¹¹⁾

이 제도는 전후 일본에 민주적 사법제도를 도입하고자 하였던 연합국 최고사령관

107) David W. Neubauer/Stephen S. Meinhold, pp. 182-187; David W. Neubauer/Henry F. Fradella, p. 193.

108) 최고재판소 재판관의 임명은, 그 임명 후 처음으로 행해지는 중의원의원 총선거때 국민의 심사에 부치며, 그 뒤 10년이 경과한 후 처음으로 행해지는 중의원의원 총선거때 다시 심사에 부치며, 그 후도 마찬가지로 한다(日本国憲法 第79条 第2項). 전항의 경우에 있어서, 투표자의 다수가 재판관의 파면을 원할 때, 그 재판관은 파면된다(同条 第3項).

109) 심사는 투표에 의해 실시되며, 1인 1표를 원칙으로 한다(最高裁判所裁判官国民審査法 第6条).

110) 권건보, “일본 헌법상 재판관에 대한 국민심사제의 고찰”, 헌법학연구 제17권 제1호, 한국헌법학회, 2011, 185-186면

111) 국민심사의 법적 성격에 대하여 학설은 ① 국민소환제로 보는 견해, ② 임명행위를 완결·확정하는 행위로 보는 견해, ③ 국민소환과 임명행위의 완결·확정이라는 이중적 성격을 지닌 것으로 보는 견해, ④ 국민소환과 사후심사의 이중적 성격을 지닌 제도로 보는 견해 등으로 나뉜다. 본질적으로는 국민소환제의 일종으로 보고 있다. 芦部信喜/高橋和之, 憲法, 岩波書店, 2011, 340頁; 佐藤幸治, 日本国憲法論, 成文堂, 2011, 400頁; 古野豊秋, 新・スタンダード憲法, 尚学社, 2010, 185頁

총사령부(General Headquarters, GHQ)¹¹²⁾의 영향 아래, 과거 미국의 법관 선거제의 단점을 보완한 위원회추천법관임명방식이 일본의 실정에 적합하도록 수정을 거쳐 입법화된 것으로 파악된다.¹¹³⁾ 그러나 재판관 선거제의 전통이 없는 일본에서는 재판관에 대한 정보 부족으로 인하여 실제로 국민심사에 의해 파면된 재판관이 단 한명도 없어서¹¹⁴⁾ 동 제도가 형해화 되었다는 비판이 제기되고 있다.¹¹⁵⁾

우리나라의 경우, 제2공화국 헌법 제78조가 법원장과 대법관은 법관의 자격이 있는 자로 조직되는 선거인단이 선거하고 대통령이 확인하도록 규정하고 있었으며 이에 따라 1961년 4월 26일 「대법원장및대법관선거법」과 그 시행령이 공포됨으로써 법조인의 총의에 근거하여 대법원장과 대법관을 선출하는 방식이 채택된 바 있다. 이 방식은 ‘선거’라는 요소를 도입하고 있었기 때문에 현재의 방식, 즉 대법원장과 대법관 임명에 행정부와 국회가 관여함으로써 민주적 정당성을 간접적으로 구현하고 나머지 법관은 법원인사위원회의 심의를 거쳐 대법관회의의 동의를 받아 대법원장이 임명하는 것¹¹⁶⁾에 비해 형식상 민주적이라고 평가될 수도

112) 초기에는 미국이 단독으로 일본을 점령·통치하였으나 1946년 2월 26일에 11개국으로 구성된 국동위원회가 발족한 이후로는 이 위원회에서 일본 관리에 대한 기본정책을 결정하였다. 그러나 실질적인 권한은 맥아더 장군을 최고사령관으로 한 미국이 가지고 있었다.

113) 小林昭三(監修)/憲法政治学研究会(編集), 日本国憲法講義—憲法政治学からの接近, 成文堂, 2009, 354頁; 岸本正司, “最高裁判所裁判官国民審査制度の法文化論的考察”, 法政論叢 通号 33, 日本法政学会, 1997, 22頁; 畑吉人, “最高裁判所裁判官国民審査制度の再生: 積極的な罷免による任命のコントロールをめざして”, 広島大学大学院教育学研究科紀要 第2部 第51号, 2003, 43-44頁.

114) 2009년 8월 30일 제45회 중의원총선거와 함께 치러진 최고재판소재판관국민심사(제21회)에서는 9인의 최고재판소 재판관을 대상으로 하여 국민심사가 진행되었는데, 66.82%가 투표하였고, 그 결과 9인의 재판관 전원이 신임되었다. 권건보, 앞의 글, 195면.

115) 小林孝輔, “最高裁判所裁判官の国民審査”, 法律時報 49卷 7号, 日本評論社, 1977. 5, 163頁. 이하 재판관국민심사제의 존폐에 관한 논의에 대해서는 岸本正司, 앞의 논문, 123頁 이하 참조.

116) 2003년 12월 우리 대법원은 법관의 임명과 인사 결정 과정에 국민이 참여하는 방안을 포함시킨 법관인사제도 혁신계획을 발표하였다. 법관 및 예비판사의 신규임용 심사를 위하여 대법원장의 자문기관으로 설치되었던 법관임용심사위원회(법관임용심사위원회에관한예규 제1조)가 종래 법관으로만 구성되었던 것을 법관, 검사, 변호사, 대학교수, 기타 학식과 경험이 풍부하고 덕망이 있는 사람들 중에서 대법원장이 지명해서 위촉하도록 하였다(법관임용심사위원회에관한예규 제3조 제3항). “국민의 사법참여”에 관한 기초보고”, 사법개혁위원회 자료집(Ⅱ), 2004, 380-381면. 사법연감 2004, 법원행정처, 2004. 이후 대법원은 임용심사를 강화하기 위해 종전의 법관임용심사위원회를 폐지하고 법관

있다. 그러나 고위법관의 선거권자를 법조인만으로 한정하였다는 점에서 과두제 민주주의의 성격을 띠고 있음을 부인할 수 없고, 직업법조인들에 의한 사법 권력의 독점이 심화될 가능성이 있어서¹¹⁷⁾ 국민의 참여를 요체로 삼는 진정한 민주주의와는 거리가 있다고 평가된다.¹¹⁸⁾ 한편 대법원장과 대법관들에 대하여 민주적 정당성을 부여하기 위해 이들을 직접 선거를 통해 선출하자는 주장도 일각에서 제기된 바 있으나,¹¹⁹⁾ 이는 오히려 하급법원에 대한 대법원의 통제력을 더 강화시켜 ‘법원 내부로부터의 독립’을 저해할 소지가 있다.¹²⁰⁾ 현재 대법원이 가지고 있는 막강한 사법행정적 권한을 분산시키고, 하급법원 법관들을 계급적 서열구조에서 해방시키지 않는 한, 대법원 구성 방식만을 변화시키는 것은 기존 사법관료제의 틀을 존속시키고 그 수뇌부만을 바꾸는 것에 불과하다.¹²¹⁾ 또한 선거를 통해 법관을 선출하는 방식은 입법·사법·행정의 3부 중 유일한 비다수파 기관(non-majoritarian institution)인 법원마저도 다수파의 의사에 따르게 함으로써 소수자 보호의 역할을 수행하는 데 장애가 될 수 있다.¹²²⁾ 요컨대, 법관이

인사에 관한 최고의 자문기구인 법관인사위원회에서 직접 임용심사를 하도록 했으며, 인사위원회에 외부위원을 영입해 심사의 공정성과 투명성을 높이기로 하였다(법원조직법 제25조의2, 2005. 3. 24. 개정).

117) 현행 법원인사위원회 구성원에 대해서는 법원조직법 제25조의2 제4항에서 다음과 같이 정하고 있다.

1. 법관 3명
2. 법무부장관이 추천하는 검사 2명. 다만, 제2항 제2호의 판사의 신규 임명에 관한 심의에만 참여한다.
3. 대한변호사협회장이 추천하는 변호사 2명
4. 사단법인 한국법학교수회 회장과 사단법인 법학전문대학원협의회 이사장이 각각 1명씩 추천하는 법학교수 2명
5. 학식과 덕망이 있고 각계 전문 분야에서 경험이 풍부한 사람으로서 변호사의 자격이 없는 사람 2명. 이 경우 1명 이상은 여성이어야 한다.

118) 문준영, 앞의 책, 922면

119) 박홍규, 앞의 책, 32-33면.

120) 관료제를 통제하는 주요 방책 중 하나로 관료들이 선출직 공무원의 의지에 종속하게 하자는 주장이 제기되기도 한다. Kenneth J. Meier/John Bothe, *Politics and the Bureaucracy: Policymaking in the Fourth Branch of Government*, Wadsworth Publishing, 2006, pp. 135-136 참조. 그러나 이와 같은 상층부 주도형 민주주의(Overhead Democracy)는 다른 권력기관과 구별되는 사법부의 특성, 즉 사법부의 독립이라는 이상에 배치된다.

121) 문준영, 앞의 책, 922면

122) 임지봉, 사법적극주의와 사법권 독립, 철학과 현실사, 2004, 239-240면.

법률과 정부의 의사에 구속되는 ‘강한 관료제’나 공선제를 통해 법원을 민주적 대표기관으로 만드는 ‘강한 민주제’ 모두 법원이 다수파의 의사에 구속될 수 있다는 점은 동일한 것이다.¹²³⁾ 그러므로 전자에 비해 후자가 민주주의 이념에 보다 적합한 방식이라 하더라도 사법부 구성 과정에서 민주적 정당성을 과도하게 구현하는 것에 대하여는 신중을 기해야 한다.

나. 재판전 형사절차에서의 국민참여

일련의 형사절차 중에서 밀행성과 전문성을 특징으로 하는 수사 및 기소 과정은 여타의 형사절차에 비해 국민들의 참여가 제한적일 수밖에 없다. 그러나 재판전 형사절차 중에서도 기소단계는 수사를 통해 얻어진 결과에 근거하여 그 여부가 결정되는 단계이므로 일반국민들의 법감정과 가치관이 충분히 반영될 수 있다. 이를 제도화시켜 놓은 대표적인 사례가 바로 사인소추제와 기소배심제이다.

1) 사인소추제

사인소추제도는 형사소추를 할 수 있는 권한을 사인에게 직접 부여한 것으로서 범죄피해자가 직접 소추권을 행사하는 피해자소추제와 공중에게 소추권이 위임된 공중소추제로 대별된다. 범죄에 대한 피해자의 감정이나 공중의 의식을 형사사법에 반영할 수 있는 사인소추제도는 소추권의 행사가 시민의 권리이자 의무라는 사고방식에 기초하고 있다.¹²⁴⁾

전통적으로 영국은 사인소추 권리를 인정해 왔는데,¹²⁵⁾ 범죄피해자라면 개인은 물론 단체도 형사절차를 개시할 수 있다.¹²⁶⁾ 그러나 사인소추권의 행사에 있

123) 문준영, 앞의 책, 922-923면.

124) 김성규, “사인소추주의의 제도적 현상과 수용가능성”, 외법논집 제34권 제1호, 한국외국어대학교 전문분야연구센터 법학연구소, 2010, 139면.

125) 사인소추권은 1985년의 범죄소추법 제6조에 의해 인정되고 있다.

영국 검찰청 홈페이지 http://www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/private_prosecutions/#an01 (2011년 10월 20일 최종접속)

126) David Ormerod/The Right Honourable Lord Justice Hooper, Blackstone's Criminal Practice 2011, Oxford University Press, 2010, pp. 1272-1273.

어서는 소송비용에 대한 부담이 크고,¹²⁷⁾ 수사가 진행된 부분의 자료에 대한 접근권이 제한되어 있기 때문에,¹²⁸⁾ 피해자나 일반 시민에 의한 소추는 거의 이루어지지 않는 실정이다.¹²⁹⁾ 그럼에도 불구하고, 사인소추제도는 소추 기능을 담당하는 검찰청(Crown Prosecution Service, CPS)이 그 직무에 충실할 수 있도록 활기를 불어넣어 주는 도구로 간주된다.¹³⁰⁾ 요컨대, 영국에서의 사인소추제도는 사실상 형해화되었지만, 형사절차에서 피해자를 보호한다는 이념적 가치는 여전히 인정되고 있다.¹³¹⁾

독일은 우리나라와 마찬가지로 검사가 공소권을 행사하는 것이 원칙이다. 그러나 일정한 경미범죄¹³²⁾에 관해서는 피해자 또는 그 대리인이 직접 기소할 수 있다.¹³³⁾ 범죄피해자나 그 대리인이 조정절차¹³⁴⁾를 거쳐 소추를 제기하면 검사는

127) Prosecution of Offences Act of 1985. section 17; Criminal Statistics: England and Wales 2009 Statistics Bulletin, Ministry Of Justice, 2010, pp. 101-102; Peter Hurst, Criminal Costs: A Practical Guide, Oxford University Press, 2007, p. 11, 13.

128) 김한수, “영국형사절차에서의 피해자 보호”, 국외훈련검사 연구논문집 제26집, 2011, 31면.

129) Alec Samuels, "Non-Crown Prosecutions: Prosecutions by Non-Police Agencies and by Private Individuals", Criminal Law Review 1986. 1, Sweet & Maxwell and its Contributors, 1986, p. 34; 김종구 외, 검찰제도로, 법문사, 2011, 388면.

130) 검찰청(CPS) 창설 당시에는 사인소추제도가 “공적 소추 기관의 태만·타성·변덕·무능·편견·부패에 대한 최중적인 보호장치”가 되어 줄 것으로 여겨졌으나, 이후 검찰청의 약진으로 인하여 실무에서는 오히려 사인소추제도의 존재가치가 의문시되고 있다. L.H. Leigh, "Private prosecutions and divisionary justice", Criminal Law Review, 2007. 4, Sweet & Maxwell and its Contributors, 2007, pp. 291-292.

131) 1970년대 영국의 사인소추 건수는 전체 소추 건수의 1%에도 미치지 못하였다. Andrew Sanders, "An independent Crown Prosecution Service?", Criminal Law Review 1986. 1, Sweet & Maxwell and its Contributors, 1986, p. 5 참조 이를 근거로 당시 ‘형사소송 왕립 위원회(Royal Commission on Criminal Procedure)’는 사인소추제도의 폐지를 권고하였으나, 영국 정부는 사인소추의 이념적 가치에 무게를 두면서 그 권고를 받아들이지 않았다. Alec Samuels, p. 34.

132) 주거침입죄, 모욕죄, 서신비밀침해죄 등의 친고죄를 포함하여 상해죄, 협박죄, 수뢰 및 증뢰죄, 손괴죄 등의 경미한 범죄들에 대하여 사인소추가 인정된다.

133) 사인소추(Privatklage)에 관하여는 독일 형사소송법 제5편 제1장에서 규정하고 있다. Klaus Volk, Grundkurs StPO, 7. Auflage, Beck Juristischer Verlag, 2010, S. 339 ff; Urs Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Nomos, 2010, S. 321 ff; Werner Beulke, Strafprozessrecht, 11. Auflage, C. F. Müller, 2010, S. 374-375.

134) 독일 사인소추제도의 큰 특징은 화해조정전치주의이다. 독일 형사소송법 제380조 제1항에서는

절차에서 배제되고 사인소추인이 직접 공소유지를 맡는다. 그러나 범죄가 공익과 관련될 경우 검사는 사인소추 절차를 인수하게 되고, 이때 사인소추인은 공소참가인으로서의 참여권한만을 가진다.¹³⁵⁾ 이러한 사인소추를 통해 범죄피해자의 의사가 직접적으로 형사절차에 반영되고,¹³⁶⁾ 검사의 부담이 경감될 수 있다. 피해자가 스스로 기소할 경우 증거수집에 어려움이 따르는 것이 사실이지만, 사인소추제도는 범죄로 인해 직접적인 이해관계를 가지는 피해자에게 처벌청구권을 인정함으로써 검사가 불기소처분을 하는 경우에 구제수단이 된다는 점에서 의미가 있다.¹³⁷⁾

프랑스에서는 국가 형벌권의 행사를 위한 공소(action publique)와 범죄피해자가 손해배상을 청구하기 위한 사소(action civile)가 구분되고 있다.¹³⁸⁾ 공익을 대표하는 검사가 공소를 제기하고, 범죄피해자는 손해배상을 받기 위해 민사법원이 아닌 형사법원에 사소를 제기할 수 있는 바, 이 경우 공소가 제기된 것과 동일한 효과가 발생한다.¹³⁹⁾ 사소는 검사의 공소제기 후에 부수하여 제기될 수 있을 뿐만 아니라 공소제기가 없더라도 독립적으로 제기될 수 있는데, 사소가 제기된 형사법원에서는 손해배상문제와 함께 범죄사실에 대한 심리 및 판결도 이루어진다.¹⁴⁰⁾ 사소의 대상이 되는 범죄의 종류에는 제한이 없고, 사소권을 행사

주거침입, 모욕, 서신비밀침해 (독일 형법 제223조와 제229조)의 상해, 협박 및 재물손괴를 이유로 한 기소는, 주사법행정당국이 지정한 화해관청의 조정을 거친 뒤에 허용된다고 하고 있다. 송광섭, “형사절차에 있어서 피해자의 지위 강화”, 피해자학연구 제8호, 한국피해자학회, 2000, 130면.

135) Klaus Volk, S. 340-341; Urs Kindhäuser, S. 322.

136) 범죄의 피해자 등이 형사사법에 직접 관여하는 제도로는 사인소추 외에도 소송참가(Nebenklage)와 부대절차(Adhäsionsverfahren) 등이 있다.

137) 김성규, 앞의 글, 136면.

138) 프랑스 형사소송법 제1조 제2항은 “공소는 이 법이 정하는 조건에 따라 피해자에 의해서도 제기될 수 있다”고 규정하고 있고, 제2조 제1항은 “중죄, 경죄, 위경죄에 의하여 발생한 손해배상을 위한 사소(l'action civile)는 범죄로 인하여 직접적·개인적인 손해를 입은 모든 사람이 행사할 수 있다”고 규정함으로써 사인소추제도를 인정하고 있다.

139) 프랑스의 사인소추제도는 본질적으로 범죄피해자에 대한 손해배상을 목적으로 하며, 검사에 의한 국가소추주의를 기본으로 한 가운데 범죄피해자의 손해배상을 쉽게 하기 위하여 인정된 제도이다. 그러므로 검사에 의한 국가소추주의를 제한하고, 사인이 직접 국가형벌권을 행사하도록 하는 것을 주된 목적으로 파악해서는 안 된다. 김중구 외, 앞의 책, 21면.

140) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, Dalloz-Sirey,

하는 범죄피해자는 사소청구인¹⁴¹⁾이 되는 동시에 형사절차의 당사자가 된다.¹⁴²⁾ 프랑스의 사인소추제도는 검사가 부당하게 공소를 제기하지 않는 경우에 효과적인 구제수단이 된다는 점에서 긍정적인 평가를 받고 있으나,¹⁴³⁾ 자칫 형사절차가 보복의 수단이 될 수 있다는 점은 문제로 지적되고 있다.¹⁴⁴⁾

2) 기소배심제

형사사건의 기소여부 판단에 국민이 적극적으로 관여하는 제도로는 미국의 대배심(grand jury)이 대표적이다. 일종의 공중소추제도인 대배심은 주로 연방 차원의 중죄사건에 적용된다(미국연방헌법 수정 제5조 참조).¹⁴⁵⁾ 기소단계에서부터 일반시민의 참여를 바탕으로 검사의 자의와 독단을 방지하는 기소배심은 국가와 기소된 자 사이의 완충 또는 중재역할을 한다는 점에서 독특한 제도로 평가된다.¹⁴⁶⁾ 그러나 기소배심은 독자적으로 기소장을 제출할 수 있음에도 불구하고, 실무상 대부분의 경우 검사의 의견에 따라 결정된다는 점에서 비판을 받고 있다.¹⁴⁷⁾ 한편, 제2차 세계대전 종료 후에 연합국 총사령부로부터 대배심제도를 도입할 것을 권고 받은 일본은 검찰심사회제도를 만들었다. 동 제도는 기소여부

2009, p. 181; 박광민 “피해자참가제도의 바람직한 도입방안”, 피해자학연구, 제18권 제2호, 한국 피해자학회, 2010, 115면

141) 프랑스 형사소송법 제2조 제1항에 근거하여, 사소를 제기할 수 있는 피해자는 개인적·현실적·직접적으로 생명·신체·재산·명예상의 손해를 입은 자에 한한다.

142) 프랑스에서는 범죄피해자가 검사의 소추재량권 행사를 실질적으로 제어할 수 있다는 점에서 형사절차에서의 지위가 강력하다고 평가된다. Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, p. 179; Roger Perrot, Institutions judiciaires, Montchrestien, 2010, pp. 442-443.

143) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, p. 179; Roger Perrot, p. 442-443.

144) 김성규, 앞의 글, 145면

145) 미국 수정헌법 제5조는 「누구라도 대배심에 의한 고발 또는 기소가 있지 아니하는 한 사형에 해당하는 죄 또는 파렴치한 죄에 대하여 심리를 받지 않는다」고 규정하는데, 여기서 “파렴치한 죄(infamous crime)”는 일반적으로 중죄(felony)를 의미하는 것으로 해석된다. 이 규정은 연방기소에 대하여만 적용되는 바, *Hurtado v. California*(1884) 판결을 통해 대배심 기소의 활용 여부는 각 주의 선택에 맡겨져 있기 때문이다. David W. Neubauer/Stephen S. Meinhold, p. 253.

146) 윤영철, 앞의 글, 102면

147) 성선제, “미국의 형사배심제도”, 미국헌법연구 제14호, 미국헌법학회, 2003, 240면; 표성수, 영미 형사사법의 구조: 그 가치에 대한 새로운 이해, 비봉출판사, 2004, 135면

자체를 결정하는 것이 아니라 검찰관이 행한 불기소처분의 당부만을 심사하도록 구성되었는데, 최근 일본은 법 개정을 통해 검찰심사회의 심사결과에 구속력을 부여하고 있다. 기소배심제도는 주권자로서의 국민이 기소권 행사 과정에 직접적으로 참여함으로써 검사의 기소재량권 남용을 사전에 통제하고, 이로써 검찰권의 민주적 정당성·공정성·객관성·투명성을 확보하여 형사절차에 대한 국민의 신뢰를 제고시킨다는 점¹⁴⁸⁾에서 형사재판전 단계에서의 국민참여의 취지를 가장 잘 반영하고 있는 바, 이후 보다 상세히 고찰하도록 한다.

다. 형사재판과정에서의 국민참여

국민의 사법참여와 관련하여 가장 대표적으로 거론되는 부분이 바로 형사재판과정에서의 국민참여이다. 참심제와 배심제 등으로 대표되는 형사재판과정에서의 국민참여는 피고인에 대한 유무죄의 결정과 직결되어 있다는 점에서 여타 단계에서 행해지는 국민참여제도보다 비중 있게 다루어져 왔다.

1) 참심제

참심제란 일반시민인 참심원이 직업법관과 함께 합의체를 구성하여 사실문제와 법률문제를 모두 판단하는 제도를 말하며,¹⁴⁹⁾ 이 때 참심원은 직업법관과 동등한 권한을 가진다. 13세기경 스웨덴에서 실시된 것으로 알려진 참심제는 독일, 일본, 프랑스, 이탈리아, 덴마크, 노르웨이, 핀란드 등에서 운용되고 있다.¹⁵⁰⁾

148) 윤영철, 앞의 글, 120면 참조

149) 도중진/류병관, “형사재판에의 시민참여방안”, 형사정책연구 제15권 제4호, 한국형사정책연구원, 2004, 251면.

150) 프랑스 혁명 직후인 1791년 프랑스에 배심제가 도입된 이후, 19세기 유럽 전역으로 배심제가 확산되었으나, 20세기 초부터 배심제 대신 참심제로 선회하는 국가들이 나타났다. 독일에서는 1924년 경제사정의 급격한 악화와 정치적 보수화로 인해 배심제를 폐기하고 참심제를 채택하였으나, 나치 정권 하에서는 참심제마저 폐기되었고, 전후 법치주의가 회복되면서 다시 참심제가 운영되고 있다. 제2차 세계대전 당시 독일점령지 이외의 지역을 기반으로 비시 정권(Régime de Vichy)이 수립되었던 프랑스는 1941년 배심제를 폐지하고 참심제를 도입하였는데, 해방 이후 프랑스는 배심제에 가까운 참심제를 운영하고 있다. 한편, 덴마크 등 일부국가는 참심제와 배심제를 병용하고 있으며, 일본의 경우 1928년부터 15년간 배심제가 시행되다가 제2차 세계대전 중에 중단된 바

참심제의 장점으로 거론되는 것은 다음과 같다. 첫째, 관료법관들에 대한 통제 및 감시 장치로 기능함으로써 사법부의 독립을 강화시킨다. 둘째, 국민이 직접 재판의 결론이 도출되는 과정을 체험함으로써 재판에 대한 신뢰도를 높일 수 있고, 일반인의 건전한 상식이 판결에 반영된다.¹⁵¹⁾ 셋째, 전문지식이 필요한 소송에서 전문가를 활용할 수 있으며,¹⁵²⁾ 배심제에 비해 비용이 적게 든다는 점에서 효율적이다. 반면, 참심제의 단점으로는 첫째, 직업법관과 일반시민인 참심원이 대등한 위치에서 합의하기란 사실상 기대하기 곤란하고, 직업법관으로부터 영향을 받을 수밖에 없는 참심원의 역할은 형식적인 것에 그칠 가능성이 있다는 점을 들 수 있다. 둘째, 일반시민 중에서 임기제의 참심원을 선발하는 방식에는 어려움이 따르고, 신뢰성이 없는 참심원이 선발될 경우 심각한 문제가 초래될 수 있음이 지적된다.¹⁵³⁾ 셋째, 배심제에 비하여 참심원으로 참여하는 국민의 수가 상대적으로 적기 때문에 일반시민의 사법참여가 명목적인 것으로 그칠 우려가 있는 한편, 참심원으로 참여하는 자의 심리적 부담은 상대적으로 가중될 수 있다.¹⁵⁴⁾

있으나, 최근 들어 형사재판에서 ‘재판원제도’라는 참심제를 운영하고 있다. 안경환/한인섭, 배심제와 시민의 사법참여, 집문당, 2005, 46-47면, 329면 이하.

151) 오늘날 참심제는 사법의 독립 강화를 위한 관료법관에 대한 통제 및 감시 장치로서의 기능보다는 일반인의 직접 참여로 재판에 일반인의 건전한 상식을 반영시키고, 사법에 대한 국민의 신뢰를 제고시키는 기능에 더 큰 의미가 부여되고 있다.

152) 독일의 경우 사회보장사건에는 수급자와 급부주체의 대표가 참석하고, 노동사건에는 노사대표가 참석한다.

153) 참심원 선발절차의 불투명성으로 인해 신뢰성 없는 참심원이 선발되는 문제가 지적된다. 1996년 4월 11일, 총17명이 사망하고 62명이 부상을 당한 ‘뒤셀도르프 공항 방화사건’의 공판기일에 참심원 1명이 출석하지 않았고, 이에 재판장이 경찰로 하여금 그를 데려오도록 하였는데, 당시 만취상태였던 참심원은 진찰결과 만성 알코올중독자로서 소송무능력자라는 사실이 판명되었다. 이로 인하여 공판은 중지되었고, 이후 새로운 참심원이 임명된 후 처음부터 다시 재판이 진행되었다. 그런데 새롭게 임명된 참심원 역시 자신의 옷가게에 불을 지른 방화혐의로 경찰의 수사를 받고 있었던 것이 밝혀지면서 또 다시 참심원이 교체되고 재판은 다시 처음부터 진행되었다. 이러한 문제점들로 인해 제도에 대한 의문이 제기되지만, 제도 자체의 폐지를 주장하는 견해는 거의 없다. 사법개혁위원회, “사법개혁위원회 제5차 회의(2004. 1. 5.): ‘국민의 사법참여’에 관한 기초보고”, 사법개혁위원회 자료집(II), 2004, 396면, 주 16) 참조.

154) 사법개혁위원회, 앞의 자료집, 397면.

2) 배심제

배심제란 일반시민으로 구성된 배심원단이 사실문제에 대한 판단을 내리고, 그 사실판단을 근거로 법관이 양형을 결정하는 제도를 말한다.¹⁵⁵⁾ 11세기 영국에서 기원한 배심제도¹⁵⁶⁾는 오늘날 영국, 미국, 캐나다, 호주, 스페인 등 50여 개 국가에서 실시되고 있다.¹⁵⁷⁾ 배심제는 각국의 사법적 역사와 문화를 반영하는 것으로서 일률적으로 평가하기가 어렵지만, 일반적으로 배심제에 대하여는 다음과 같은 장점이 제시된다. 첫째, 배심제는 국민이 직접 사법에 참여한다는 점에서 민주주의 원리에 부합하며, 국민에 대한 법률교육의 효과를 기대할 수 있다.¹⁵⁸⁾ 둘째, 평결은 배심원들의 상식에 기초하므로 일반인들이 쉽게 납득할 수 있는 재판결과를 기대할 수 있다. 셋째, 직업적 법관이 지니는 한계와 사법불신을 극복할 수 있다.¹⁵⁹⁾ 넷째, 구두변론주의·증거재판주의·직접주의·집중심리의 철저한 실시가 불가피하므로, 충실한 재판이 가능하게 된다. 요컨대, 배심제는 국민주권의 원리에 가장 부합하는 재판제도이고, 사회구성원들의 상식에 기초해서 사법적 결정이 이루어진다는 점에서 정당성이 인정된다.¹⁶⁰⁾ 반면, 배심제의

155) Neil Vidmar, "A Historical and Comparative Perspective On the Common Law Jury", World Jury Systems, Oxford University Press, 2010, p. 1.

156) 원래 영국의 배심제는 국왕의 재판권을 강화하고, 보충하기 위해 설계되었으나 이후 배심제는 국왕의 전제로부터 시민의 자유를 지키는 기능을 하였다. 상세한 설명은 沢田裕治, “中世イングランド陪審制の歴史的形迹”, 司法への民衆参加: 西洋における歴史的展開, 敬文堂, 1996, 117頁 참조

157) 러시아는 1864년 알렉산더 2세의 사법개혁 당시 배심재판을 도입하였으나, 이는 1917년 볼셰비키 정권에 의해 폐지되었고, 1993년부터 다시 배심제가 시행되고 있다. 스페인은 1872년 형사소송법과 1888년 배심원법을 통하여 배심제도를 입법화하였으나, 1923년 Primo de Rivera 독재 정권에 의해 그 시행이 중지되었다. 이후 프랑코 정권 하에서 스페인 헌법 제125조가 배심재판제도를 규정하고 있었으나 적절한 활용이 이루어지지 않았고, 1995년 배심원법이 제정되면서 비로소 본격적인 시행이 이루어지고 있다. Stephan C. Thaman, "Europe's New Jury Systems: The Case of Spain and Russia", World Jury Systems, Oxford University Press, 2010, pp. 319, 323-325.

158) 토크빌은 배심제도가 “가장 활력 있는 민주정치의 방법”이자 “누구에게나 개방된 무료의 공립학교(une école gratuite et toujours ouverte)”라고 하였다. Alexis de Tocqueville, De la démocratie en Amérique, Paris: Laffont, 1986, p. 262.

159) 양건, “국민의 사법참가: 참심제 3단계 도입론”, 『국민과 사법』심포지엄: 사법의 접근성, 공정성, 국민의 사법참여, 대법원 98면 이하 참조

단점으로는 첫째, 배심원단의 유지 및 관리에 상당한 시간과 비용이 소모되어 직업법관에 의한 재판과 비교할 때 비효율적인 측면이 있다. 둘째, 법률전문가가 아닌 배심원들은 언론이나 여론 및 혈연·학연·지연·기타 개인적인 감정에 따른 선입관이나 편견의 영향을 받아 사실판단을 할 우려가 더 크다. 셋째, 사회공동체의 대표성을 갖는 배심원을 선정하는 과정이 결코 용이하지 않다.¹⁶¹⁾

라. 기타 피해자참가제도

종래 형사절차 내에서 배제되어 온 피해자에게 초점을 맞춘 피해자운동이 1970년대 후반부터 전개되었다.¹⁶²⁾ 피해자권리 운동 단체들은 입법부가 특정 범죄의 형량을 높이도록 압력을 가하였고, 범죄피해자들을 지원하였으며, 법관과 검사들의 행동을 모니터링 하는 등 형사사법의 변화를 이끄는 중요한 세력이 되었다. 특히 범죄피해자의 지위가 강화됨으로써 피해자의 형사절차 참여권이 보장되었는데, 앞서 언급된 사인소추와 같이 재판전 형사절차에 관여하는 것 외에도 피해자가 형사공판과정이나 양형과정에 참가하고 있는 것이다.

우선 미국 연방형사소송법은 범죄피해자의 권리¹⁶³⁾로 재판절차·피고인의 석방 등을 고지 받을 권리, 재판 절차에서 배제되지 않을 권리, 피고인이 석방·양형·가석방·유죄인정협상 등의 절차에서 진술할 권리, 충분하고 시의적절한 배상을 받을 권리 등 피해자의 형사재판절차참가 관련 근거 조항을 마련하고 있고, 연방형사소송규칙이 이를 구체화하고 있다. 독일은 1986년 피해자가 당사자로서 형사재판에 참가¹⁶⁴⁾할 수 있도록 형사소송법 제5편 제2장을 개정하였다. 즉, 일정한 중죄의 경우에는¹⁶⁵⁾ 피해자 및 유족이 검사가 공소를 제기한 소송에 당사

160) William v. Florida, 399 U.S. 78(1970).

161) 사법개혁위원회, 앞의 자료집, 389면.

162) 미국의 유명한 피해자권리 옹호단체로는 “살인희생자가족모임”(Families of Victims of Homicide)과 “음주운전자에 반대하는 어머니 모임”(Mothers Against Drunk Drivers: MADD)등이 있다.

163) 18 U.S.C. §3771. Crime victims' rights

164) 이를 공소참가(Nebenklage)라고 하는데, 피해자가 소송절차상의 고유권한을 가지고 이른바 공소참가인(Nebenkläger)으로서 검사와 함께 공소에 참여하는 제도를 말한다.

165) 독일 형사소송법 제395조에 의하면 공소참여가 허용되는 피해자의 유형은 다음과 같다. ① 성적

자로 참가하여 검사나 피고인과 거의 대등한 소송상의 지위를 인정받는 것이다.¹⁶⁶⁾ 이 때 피해자 등은 어느 단계에서도 참가신청이 가능하고(독일 형사소송법 제395조 제4항), 법원은 검사의 의견을 들어 참가신청의 적부를 결정한다. 다만, 과실치상(독일 형법 제229조)의 경우, 법원은 피고인의 의견을 청취한 후 피해자의 공소참가를 결정하고 이에 대해서는 불복할 수 없다(독일 형사소송법 제396조 제2항). 프랑스에서도 형사법원에 사소를 제기한 범죄피해자는 검사와 함께 공판에 참가하여 증인청구권(프랑스 형사소송법 제551조), 피고인 및 증인신문권(동법 제321조, 제442-1조), 최종변론권(동법 제460조) 등의 형사소송법상 권리를 행사할 수 있다. 일본도 최근에 피해자 참가제도를 도입하여 2008년 12월 1일부터 시행중인데, 일정한 범죄(고의로 사람을 사상하게 한 죄, 강간·강제음란 등 성범죄, 업무상과실치상, 미성년자약취 및 유괴, 영리목적 등 약탈 및 유괴 등 죄, 그 특별범죄)와 그 미수죄의 피해자에 대한 형사재판참여절차, 증인신문, 피고인신문, 의견진술과 피해자 참가인 보호 등을 규정하고 있다(일본 형사소송법 제3절, 제316조의33부터 316조의39).¹⁶⁷⁾

자기결정권을 침해하는 범죄 및 모욕죄, 상해죄와 개인적 자유를 침해하는 범죄에 의한 피해자, ② 살인미수범죄(방화살인죄의 미수범은 제외)에 의한 피해자, ③ 기소강제절차에 의해 공소제기된 범죄의 피해자로서 기소를 강제당한 검사가 공소를 소홀히 진행할 염려가 있는 경우, ④ 살해당한 피해자의 가까운 친척, ⑤ 국가원수나 국가 및 국가상징에 대한 모독죄의 경우 그 담당공무원, ⑥ 사인소추 권한이 있는 피해자, ⑦ 저작권법 위반범죄의 피해자, ⑧ 과실치상의 피해자 중에서 중상해 등의 이유로 특별히 공소참여의 타당성이 인정되는 경우 등 각종 성범죄, 모욕, 유기, 상해, 중상해, 학대, 강도, 납치, 약취유인, 감금 등의 중죄가 그 적용대상이다.

166) 이는 독일 기본법상 인간의 존엄과 자유를 기초로, 형사재판의 목적이 질서유지 및 피해자 이익을 보호하는 데 있다는 사고에 근거한다.

167) 한편 유엔은 1985년 11월 29일, 범죄 및 권력남용 피해자의 정의를 위한 기본원칙 선언(Declaration of Crime and Abuse of Power)을 통해, 범죄피해자 보호는 국가와 국제사회가 담당해야 할 과제를 확인하였다. 유럽의회 장관위원회 권고사항(Council of Europe Committee of Ministers to Member States on Crime Policy in Europe in a Time of Change) 제3조도 범죄피해자의 이익을 보호하는 것은 형사사법의 기본적 기능이며, 형사사법제도 안에서 피해자가 겪은 육체적·정신적·물질적·사회적 해악에 대해 적절한 배려를 하는 것이 필요하다고 규정하고 있다. 이에 국제형사재판소는 유엔과 유럽연합의 피해자보호 원칙을 구체화하여 절차 및 증거 규칙(Rules of Procedure and Evidence) 제3절 이하에 피해자참가(Participation of victims in the proceedings)를 규정하여 2002년 7월 1일부로 발효시켰다.

우리의 경우 형사절차상 피고인의 권리를 강화시키기 위해서는 지속적인 노력을 기울여왔던 것에 비해 피해자에 대한 관심과 배려는 상대적으로 부족했던 것이 사실이다. 현행 형사소송법 제294조의2에 따라 피해자는 재판절차에서 증인으로서 진술할 수 있으나, 피고인을 직접 신문할 수 있는 지위 등은 인정되지 않는다. 이로 인해 사실인정과 양형 결정 과정에 피해자의 의사가 충분히 반영되지 못하는 문제가 발생하고 있다. 피해자의 형사재판 참가를 보장하여 진실규명, 피해보전, 피해자의 명예회복, 죄질에 부합하는 형선고가 이루어지도록 제도화하는 것은 국제적인 추세이다. 범죄피해자에게 참가인이라는 근본적 지위를 부여하여 형사재판절차의 당사자로 참가하게 하는 실질적 피해자 보호 방안을 마련할 필요가 있다. 이에 피해자 참가를 포함한 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 제12633호)¹⁶⁸⁾이 2011년 7월 14일 발의되어 현재 법제사법위원회에 계류 중이다.¹⁶⁹⁾

168) 동 법률안은 피해자 공판절차 참가제도의 도입(안 제294조의5부터 제294조의9) 외에도 중요참고인 출석의무제 도입(안 제221조 제2항부터 제6항), 피의자 및 참고인의 영상녹화조사 신청권 신설(안 제244조의 2), 내부증인자 소추면제제도 도입(안 제247조의 2) 및 영상녹화물의 증거능력 인정(안 제312조, 제314조, 제318조 제1항 및 제318조의2)을 그 내용으로 하고 있다.

169) 피해자참가와 관련하여 동 법률안은 살인, 상해, 교통사고, 약취·유인, 성범죄, 강도 등 범죄의 피해자, 법정대리인 또는 이들로부터 참가의 위임을 받은 변호인이 해당 사건의 공판절차 참가를 검사에게 신청한 경우 검사가 의견을 붙여 법원에 이를 송부하고 법원이 결정으로 참가를 허가할 수 있도록 하면서, 피해자측 참가인 또는 그 위임을 받은 변호인은 일정 범위에서 증인신문과 피고인신문 및 의견진술을 할 수 있도록 규정하고 있다.

제3장

재판전 형사절차에서의 국민참여 현황

재판전 형사절차에서의 국민참여 현황

제1절 경찰 수사과정에서의 국민참여

1. 경찰위원회제도

가. 경찰위원회제도의 도입

경찰제도는 그 나라의 역사적·문화적 배경을 반영하여 다양한 형태로 구현되고 있으며, 일반적으로 중앙집권화체제·지방분권화체제·통합형체제로 분류된다.¹⁷⁰⁾ 첫째, 중앙집권화체제(centralized system)는 국가가 경찰의 조직과 인사에 대한 권한 및 경비부담을 지는 제도로서 프랑스, 이탈리아 등 대부분의 대륙법계 국가와 우리나라에서 채택되고 있다. 경찰조직이 국가경찰로 일원화되어 능률성과 책임성을 확보할 수 있고, 경찰기관 상호간의 협조가 용이하며, 비상시에 전면적이고 신속하게 대처할 수 있다는 장점이 있다. 반면 경찰조직의 관료화 및 정치권력의 개입 우려가 크고, 지역주민에 대한 봉사가 소홀할 수 있다는

170) 신현기, 경찰조직론, 2007, 법문사, 37면, 이황우, 경찰행정학, 법문사, 2008, 49면, 조철옥, 경찰학 총론, 21세기사, 2010, 39면.

문제가 지적된다.¹⁷¹⁾ 둘째, 지방분권화체제(fragmented system)는 지방자치단체가 경찰의 조직과 인사에 대한 권한 및 경비부담을 지는 제도로서 미국, 캐나다, 스위스 등에서 채택되고 있다.¹⁷²⁾ 지방분권화체제에서는 중앙의 획일적인 지시에서 벗어나 지역특성에 맞는 치안행정이 수행될 수 있고, 민생치안서비스 질이 높아질 것을 기대할 수 있을 뿐만 아니라 신속한 대민서비스가 가능하다는 점에서 경찰의 분권화와 민주화가 실현될 수 있다는 데 특색이 있다. 그러나 광역사건이 발생했을 때 신속한 협조가 이루어지기 어렵고, 지역격차가 심화될 수 있으며, 지방 정치세력의 간섭이 우려된다는 문제점이 제기된다.¹⁷³⁾ 셋째, 통합형체제(integrated system)는 중앙정부와 지방자치단체가 경찰에 대한 통제권한을 공유하는 제도로서 일본, 호주, 영국 등에서 채택되고 있다.¹⁷⁴⁾ 20세기에 들어 국가의 행정적 기능 강화와 함께 민주주의가 급속히 확산되자 대륙법계 국가들은 영미법계 국가의 민주성과 자치성을, 영미법계 국가들은 대륙법계 국가의 능률성과 합법성을 가미하고 있는데, 통합형체제는 두 제도를 절충하여 균형과 조화를 도모한 것이다.¹⁷⁵⁾

종래 경찰을 관리함에 있어서 대다수의 대륙법계 국가들이 독임제를 채택하여 효율성을 중요시했던 반면, 시민들의 참여를 중요시하는 영미법계 국가들에서는 경찰위원회제도와 같은 합의제를 널리 시행하고 있었다.¹⁷⁶⁾ 경찰위원회제도란 1인이 아닌 다수인으로 구성된 합의체에 일정사항에 대한 심의 및 의사결정 권한을 부여한 제도를 말한다.¹⁷⁷⁾ 광복 후 국가경찰제를 유지했던 우리나라는 일제 식민체제하의 경찰에 대한 부정적인 이미지를 불식시키지 못한 채 강력한 중앙 집권적인 독임제 형태를 고수하였다. 경찰의 정치적 중립성과 민주성이 훼손됨으로써 국민적 불신이 커지자, 1991년 5월 31일 경찰의 민주적인 관리와 운영 및

171) 이강중, 주요국가의 경찰관라 委員會制度를 中心으로, 유성사, 2004, 13면 조철옥, 앞의 책, 39면

172) 이황우, 앞의 책, 50면 조철옥, 앞의 책, 40면

173) 신현기, 앞의 책, 42면 이황우, 앞의 책, 52-53면

174) 신현기, 앞의 책, 39면 이황우, 앞의 책, 60-61면

175) 정진환, 경찰행정론, 대영문화사, 1998, 37면

176) 박윤규, “한국의 경찰위원회제도 개선방안에 관한 연구”, 한국경찰학회보 제10권 제3호, 2008, 208면

177) 이강중, 앞의 책, 16면

효율적인 임무수행을 위해 기본적인 경찰조직과 직무범위를 정한 경찰법이 법률 제 4369호로 제정되었고, 같은 해 7월 31일부터 시행되고 있다. 특히, 동법은 경찰 운영의 민주성과 공정성을 확보하기 위하여 경찰행정에 관한 주요제도 및 인권 보호에 관한 사항을 심의·의결하는 경찰위원회를 두고 있다는 점에서 주목할 만하다.

나. 경찰위원회의 구성과 기능

경찰위원회는 위원장 1명을 포함한 7명의 위원으로 구성된다(경찰법 제5조).¹⁷⁸⁾ 위원들은 행정안전부장관의 제청¹⁷⁹⁾으로 국무총리를 거쳐 대통령이 임명하는데(동법 제6조 제1항), 위원 중 2명은 법관의 자격이 있는 사람이어야 한다(동조 제3항).¹⁸⁰⁾ 위원의 임기는 3년으로 연임할 수 없고(동법 제7조 제1항),¹⁸¹⁾ 중대한 신체상·정신상의 장애로 직무를 수행할 수 없게 된 경우를 제외하고는 그 의사에 반하여 면직되지 아니한다(동법 제7조 제3항). 또한 위원들에 대하여는 「국가공무원법」 제60조(비밀 엄수의 의무) 및 제65조(정치 운동의 금지)의 규정을 준용한다(동법 제8조).

한편 경찰위원회는 국가경찰의 주요정책과 운영에 관한 사항을 심의·의결하고,¹⁸²⁾ 경찰청장의 임명에 관여한다.¹⁸³⁾ 경찰위원회가 심의·의결하는 사항

178) 위원장 및 5명의 위원은 비상임으로 하고, 1명의 위원은 상임으로 하는데, 이때 상임위원은 정무직으로 한다(경찰법 제5조 제2항, 3항).

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

180) 경찰법 제6조 제4항에서는 경찰위원회 위원의 결격사유를 정하고 있는데, ① 당적을 이탈한 날부터 3년이 지나지 아니한 사람, ② 선거에 의하여 취임하는 공직에서 퇴직한 날부터 3년이 지나지 아니한 사람, ③ 경찰, 검찰, 국가정보원 직원 또는 군인의 직에서 퇴직한 날부터 3년이 지나지 아니한 사람, ④ 「국가공무원법」 제33조의 결격사유 중 어느 하나에 해당하는 사람 등은 위원이 될 수 없다.

181) 보궐위원의 임기는 전임자 임기의 남은 기간으로 한다(경찰법 제7조 제1항 단서).

182) 경찰위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다(경찰법 제10조 제2항).

183) 경찰청장은 경찰위원회의 동의를 받아 행정안전부장관의 제청으로 국무총리를 거쳐 대통령이 임명한다. 이 경우 국회의 인사청문을 거쳐야 한다(경찰법 제11조 제2항).

으로는 ① 국가경찰의 인사, 예산, 장비, 통신 등에 관한 주요정책 및 국가경찰 업무 발전에 관한 사항,¹⁸⁴⁾ ② 인권보호와 관련되는 국가경찰의 운영·개선에 관한 사항,¹⁸⁵⁾ ③ 국가경찰 임무 외에 다른 국가기관으로부터의 업무협조 요청에 관한 사항, ④ 제주특별자치도의 자치경찰에 대한 국가경찰의 지원·협조 및 협약체결의 조정 등에 관한 주요 정책사항, ⑤ 그 밖에 행정안전부장관 및 경찰청장이 중요하다고 인정하여 위원회의 회의에 부친 사항 등이 있다(동법 제9조 제1항).¹⁸⁶⁾

다. 경찰위원회의 운영현황

〈표2-1〉은 경찰법이 시행된 1991년 7월 31일부터 2011년 9월 20일까지 경찰위원회가 개최된 횟수 및 의결 현황 등을 나타낸 자료이다. 이 기간 동안 경찰위원회는 총 308회의 회의를 개최하였는데, 정기회의가 240회였고, 임시회의가 68회였다. 또한 경찰위원회에는 총 2,015 개의 안건이 상정되었는데, 그 중에 의결을 요했던 안건은 1,270개였고, 743건은 보고사항이었다. 경찰위원회의 심의를 거쳐 의결된 전체 안건 중 79.3%에 해당하는 1,007건이 원안대로 의결되었고, 수정의결(일부의결)된 것이 195건, 재상정 또는 보류(계속심의)된 것이 63건이었으며, 부결된 안건은 5건으로 전체 의결 안건의 0.3%에 불과하였다.

-
- 184) 경찰위원회 규정 제5조 제1항에 의하면 ① 경찰인사에 관계되는 법규 훈령·예규 및 운영기준에 관한 사항, ② 경찰교육 기본계획, ③ 경찰장비와 통신의 개발·보강 및 운영에 관한 기본계획, ④ 경찰예산편성 기본계획, ⑤ 경찰중장기 발전계획에 관한 사항 등이 이에 해당한다.
- 185) 경찰위원회 규정 제5조 제2항에 의하면 ① 국민의 권리·의무와 직접 관계되는 경찰행정 및 수사 절차, ② 경찰행정과 관련되는 과태료·벌칙금 기타 벌칙에 관한 사항, ③ 경찰행정과 관련되는 국민의 부담에 관한 사항 등이 이에 해당한다.
- 186) 행정안전부장관은 제1항에 따라 경찰위원회가 심의·의결한 내용이 적정하지 아니하다고 판단할 때에는 재의를 요구할 수 있다(경찰법 제9조 제2항).

표 2-1 경찰위원회 운영실적¹⁸⁷⁾

연도	회의개최			상정 안건							기타
	계	정기	임시	계	의 결					보고	건의
					소개	원안 의결	수정 의결*	재상정 및 보류**	부결		
계	308	240	68	2,015	1,270	1,007	195	63	5	743	2
1991	8	4	4	32	10	6	3	1		22	
1992	14	12	2	59	34	28		6		24	
1993	16	12	4	52	24	22		2		28	
1994	14	12	2	65	44	37		7		21	
1995	13	12	1	38	24	21	1	2		14	
1996	13	12	1	62	32	27	5			30	
1997	13	12	1	43	21	21				22	
1998	14	12	2	68	53	44	8	1		15	
1999	15	12	3	87	76	64	8	4		11	
2000	15	12	3	139	111	94	17			28	
2001	15	12	3	123	80	69	6	5		43	
2002	13	12	1	102	65	57	4	4		37	
2003	16	12	4	111	66	42	19	4	1	45	
2004	20	11	9	131	70	43	21	6		61	
2005	19	12	7	126	73	39	28	6		53	
2006	14	12	2	119	63	41	20	2		56	
2007	13	12	1	107	55	39	13	1	2	52	
2008	15	12	3	91	57	41	13	3		34	
2009	20	12	8	207	153	128	17	6	2	52	2
2010	17	12	5	157	95	87	8			62	
2011	11	9	2	96	64	57	4	3		32	

* 수정의결에는 일부의결도 포함

** 재상정 및 보류에는 계속심의를 포함

187) 경찰위원회 홈페이지 참조 <http://www.police.go.kr/COMMISSION/frame.jsp> (2011년 10월 20일 최종접속)

2. 민간과의 업무협약

가. 민간경비업체와의 업무협약

경찰의 인력 증원이 범죄의 증가속도를 따라가지 못하고 있는 상황에서 한정된 자원으로 업무를 수행해야 하는 경찰은 민간과의 협력방안을 다각적으로 모색하고 있다. 한편, 가입자에 대하여 경찰업무와 중첩되는 영역에서 범죄예방 서비스를 제공하고 있는 민간경비업체의 경우, 범죄가 발생하면 신뢰도가 저하되어 고객이 감소할 수 있기 때문에, 이러한 피해를 미연에 방지하고자 경찰과의 협력에 적극적으로 임하고 있다.¹⁸⁸⁾ 경비원과 출동차량을 확보하고 있고, 첨단 IT 기술과 통합관제 시스템을 활용하고 있으며, 24시간 출동태세를 확립하여 다양한 범죄예방순찰 및 검거활동을 펼치고 있는 민간경비업체는 경찰력에 준하는 역할을 수행할 수 있다.¹⁸⁹⁾ 이로 인해 경찰은 지방경찰청별로 해당지역 내의 민간경비업체와 공조체제를 구축하고 있는데, 지난 2009년 6월 23일에는 서울지방경찰청과 민간경비협회가 “민·관 협력방범체제구축”을 위한 업무협약(MOU)을 체결하였다.¹⁹⁰⁾ 요컨대, 종래 경찰청으로부터 일방적인 지시·감독을 받던 경비업체가 범죄예방과 범인검거를 위한 파트너가 됨으로써 범죄 대응 역량이 강화된 것이다.¹⁹¹⁾

한편, 사이버위협과 침해에 대한 공동대응을 위해 민간보안업체와 경찰청 간의 업무협약도 체결되고 있다. 2011년 3월 3일에 발생한 DDoS 공격을 계기로 끊임없이 진화하는 사이버테러에 대하여 민·경이 공동으로 대응해야 한다는 여론이 형성되었다. 이에 경찰청은 6개의 민간보안업체들(안철수연구소, 하우리, 이글루시큐리티, 한국통신인터넷기술, 시큐아이닷컴, 윈스테크넷)과 협력체제를 구축하고 위협정보를 공유하기 위해 2011년 3월 23일 업무협약(MOU)을 체결하였다. 동 협약은 ① 국내외 사이버 보안관련 최신기술 및 표준화 동향 등에 관한

188) 홍성삼, “협력방법 활성화에 관한 연구”, 경찰연구논집, 제6호, 2010, 113면.

189) 홍성삼, 앞의 글, 91면.

190) 한국경비협회 홈페이지 참조. http://www.ksan-seoul.or.kr/02_notice/gallery_view.asp?num=103&page=6
(2011년 10월 20일 최종접속)

191) 경찰청, 정성을 다하는 국민의 경찰 2009-2010 치안 액션플랜, 2009, 39면.

최신정보 공유, ② 해킹·악성코드에 대한 분석과 대응전략 수립 및 기법개발 등에 대한 기술교류 및 협력, ③ 범국가적 사이버공격 공동대응을 위한 Hot-Line 구축 및 필요시 전문인력 상호파견, ④ 양 기관의 세미나, 워크숍 등 행사에 대한 적극 참여와 지원, ⑤ 정보보호 전문인력 양성을 위한 교육협조 등을 구체적인 내용으로 하고 있다.¹⁹²⁾ 범국가적 사이버위협 및 침해에 대한 민·경 공동대응 체제의 구축은 급격히 증가하고 있는 해킹침해로부터 효율적으로 정보를 보호할 수 있을 것이라는 긍정적인 평가를 받고 있다.

나. 택시콜센터와의 업무협약

통신의 발달로 인해 택시기사들이 무전망을 활용해 뺑소니범이나 강력범들을 검거하는데 결정적인 역할을 하는 경우가 늘고 있다.¹⁹³⁾ 이에 지방경찰청과 해당지역 내 콜택시업체들과의 업무협약이 체결되고 있는데, 서울지방경찰청은 주로 도로에서 발생하는 차량이용 날치기, 납치, 택시강도 등의 강력범죄에 효과적으로 대응하기 위해 2011년 6월 16일 서울 시내 8개 택시 콜센터와 “민경협력 치안을 위한 협약(MOU)”을 체결하였다.¹⁹⁴⁾ 범죄가 발생할 경우, 동 협약에 따라 서울경찰청 112신고센터는 지정된 연락망을 통해 신속하게 범죄발생 상황을 콜센터에 전파하고, 택시 콜센터에서는 그 내용을 내비게이션이나 무전망을 이용해서 회원 택시에 전파함으로써 서울 시내 전역에서 영업 중인 택시기사들이 도주차량이나 용의자를 찾는데 조력하게 된다. 범행차량이나 용의자를 발견한 택시기사는 112센터로 신고해야 하고, 신고를 받고 출동한 경찰이 신속하게 범인을 검거한다는 것이 협약의 주된 내용이다. 동 협약에 참여한 8개 콜센터에는

192) 사이버경찰청 홈페이지 참조

<http://www.police.go.kr/announce/newspdsView.do?idx=96737&cPage=1#none> (2011년 10월 20일 최종접속)

193) 2008년 4월 18일 MBC 뉴스투데이, “콜택시 범인 검거”; 2010년 10월 29일 연합뉴스, “택시기사들 추격전 끝에 뺑소니범 검거”; 2011년 7월 22일 연합뉴스, “경찰-콜택시 공조해 20대 택시강도 검거” 등.

194) 서울지방경찰청 홈페이지 참조

<http://www.smpa.go.kr/smpa2007/bbs/board/viewMain.asp?code=press&num=2511&page=&s=&c=&sort=&sk=&print=&num=> (2011년 10월 20일 최종접속)

약 3만 7000대의 택시가 회원으로 가입되어 있어서 상당한 효과를 거둘 수 있을 것으로 기대되고 있다. 한편 협약내용을 내실 있게 추진하기 위해서 서울경찰청 112신고센터와 택시 콜센터는 주기적으로 합동훈련을 실시함으로써 실제 상황에 대한 대응력을 제고하고 있고, 범인 검거에 조력한 택시기사에게 포상금을 지급함으로써 적극적인 협력을 유도하고 있다.

제2절 검찰 수사 및 기소단계에서의 국민참여

1. 검찰시민위원회제도의 도입

가. 부당한 공소제기에 대한 통제

현행 형사소송법은 검사의 부당한 공소제기를 통제하는 규정을 두고 있지 않으며, 검사가 기소재량권의 범위를 넘어 부당하게 공소를 제기한 경우에 대하여는 판례를 통해 형성된 공소권남용이론으로 해결될 수 있을 뿐이다. 대법원 판례에 의할 때 검사의 기소재량은 제한적으로 인정되나, 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 소추재량권을 현저히 일탈한 경우에는 공소권의 남용에 해당하여 공소제기의 효력이 부인될 수 있다.¹⁹⁵⁾ 공소권남용이론이란 검사가 공소권을 남용한 경우에 피고인을 형사절차에서 해방시키기 위해 공소기각 또는 면소판결의 형식재판으로 소송을 종결시켜야 한다는 이론을 말한다.¹⁹⁶⁾ 공소권남용의 이론은 검사의 부당한 공소제기를 시정하거나 억제하고 공소권행사의 적정성을 도모할 수 있다는 점에서 그 가치가 인정될 수 있다.¹⁹⁷⁾ 그러나 이 이론에 대하여는

195) 대법원 2001. 10. 9, 2001도3106; 대법원 1999. 12. 10, 99도577 참조. 대법원이 검사의 기소재량권 일탈기준으로 제시한 것은 피고인에게 초래된 실질적인 불이익이다. 대법원 2001. 10. 9, 2001도3106.

196) 공소권의 남용이란 공소권의 행사가 형식적으로는 적법하지만 실질적으로는 부당한 경우로서 ① 범죄의 객관적 혐의가 없는데 공소를 제기한 경우, ② 사건의 성질과 내용에 비추어 보면 기소유예를 하는 것이 타당한데 공소를 제기한 경우, ③ 범죄의 증거나 죄질이 유사한 여러 피의자들 중 일부에 대해서만 선별적으로 공소를 제기한 경우, ④ 공소제기 전의 수사과정에 중대한 위법이 있는 경우 등이 이에 해당한다. 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2010, 342-343면.

현실적으로 적용되는 예가 매우 적어 그 실효성을 담보하기 어렵고, 현행법상 일단 기소되면 법원의 실체판결이 선고되어야 하므로 부당기소의 문제는 발생할 여지가 없으며, 법원의 역할은 기소재량의 당부를 심판하는 것이 아닌 공소사실을 심판하는 것이라는 비판이 제기되고 있다.¹⁹⁸⁾ 또한 형사소송법상 공소기각과 면소판결 사유가 제한되고 있음에도 불구하고, 소추재량을 일탈하였다는 이유로 형식재판에 의해 절차를 종결시키는 것은 해석론상 불가능하다는 견해도 있으므로¹⁹⁹⁾ 공소권남용이론으로 부당한 공소제기를 통제하는 것에는 한계가 있다.

나. 부당한 불기소처분에 대한 통제

1) 검찰항고제도와 항고심사회제도

검사의 불기소처분에 대하여는 현행 검찰청법 제10조에서 규정하고 있는 검찰항고제도를 이용할 수 있다. 즉 검사의 불기소처분에 불복하는 고소인이나 고발인은 상급검찰청 검사장에게 항고 또는 재항고하여 검찰조직으로부터 직접 부당한 불기소처분을 시정 받을 수 있는 것이다.²⁰⁰⁾ 이러한 검찰항고제도는 검사의

197) 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2010, 351면, 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2011, 424-425면, 이영란, 한국 형사소송법, 나남, 2008, 423면, 정웅석/백승민, 형사소송법, 대명출판사, 2011, 359면

198) 윤영철, 앞의 글, 320-321면.

199) 이재상, 앞의 책, 346면

200) 검찰청법 제10조(항고 및 재항고)

- ① 검사의 불기소처분에 불복하는 고소인이나 고발인은 그 검사가 속한 지방검찰청 또는 지청을 거쳐 서면으로 관할 고등검찰청 검사장에게 항고할 수 있다. 이 경우 해당 지방검찰청 또는 지청의 검사는 항고가 이유 있다고 인정하면 그 처분을 경정(更正)하여야 한다.
- ② 고등검찰청 검사장은 제1항의 항고가 이유 있다고 인정하면 소속 검사로 하여금 지방검찰청 또는 지청 검사의 불기소처분을 직접 경정하게 할 수 있다. 이 경우 고등검찰청 검사는 지방검찰청 또는 지청의 검사로서 직무를 수행하는 것으로 본다.
- ③ 제1항에 따라 항고를 한 자(「형사소송법」 제260조에 따라 재정신청을 할 수 있는 자는 제외한다)는 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. 이 경우 해당 고등검찰청의 검사는 재항고가 이유 있다고 인정하면 그 처분을 경정하여야 한다.
- ④ 제1항의 항고는 「형사소송법」 제258조 제1항에 따른 통지를 받은 날부터 30일 이내에 하여야 한다.

기소독점주의를 규제할 수 있는 가장 효과적인 제도로 평가되고, 불법·부당한 불기소처분에 대하여 검찰조직에게 직접 사후적인 시정의 기회를 준다는 점에서 1차적이고 직접적인 통제제도이며, 고소인이나 고발인의 권리를 신속하게 구제할 수 있다는 점에서 의미가 있다.²⁰¹⁾ 그러나 사실상 검사동일체의 원칙이 유지되고 있는 현실을 감안할 때 검찰 스스로가 부당한 불기소처분을 시정하는 내적 통제장치라는 점에서 근본적인 한계가 있다.²⁰²⁾

이러한 검찰항고제도를 보다 투명하게 운영하기 위해 검찰은 항고사건의 처리 과정에 민간인이 참여할 수 있는 항고심사회를 운영하고 있다.²⁰³⁾ 법률적 근거는 없지만 내부지침에 의해 검찰은 각 고등 검찰청별로 항고심사회를 설치하고 있다. 서울고등검찰청의 경우 형사부 소속 검사 19명에게 각각 변호사 1명과 형사법 전공 법학교수 1명을 배정하여 3인 1조의 형태로 항고심사위원회를 구성하도록 하고 있다.²⁰⁴⁾ 항고심사회의 심의는 비공개로 진행되고, 외부위원은 항고기각, 재기수사, 보완수사, 주문변경 등의 의견을 개진할 수 있으며, 검사장은 항고사건을 처리함에 있어서 항고심사회의 심의결과를 존중해야 한다. 한편 항고심사회에 대하여는 ① 변호사와 법학교수를 제외한 비법률전문가의 참여가 미미하여 일반인의 법 상식을 반영하는 데에 한계가 있고, ② 심의결과에 아무런 법적 구속력이 없으며, ③ 현실적인 제약으로 인해 심도 있는 심사를 하지 못한

⑤ 제3항의 재항고는 항고기각 결정을 통지받은 날 또는 항고 후 항고에 대한 처분이 이루어지지 아니하고 3개월이 지난 날부터 30일 이내에 하여야 한다.

⑥ 제4항과 제5항의 경우 항고 또는 재항고를 한 자가 자신에게 책임이 없는 사유로 정하여진 기간 이내에 항고 또는 재항고를 하지 못한 것을 소명하면 그 항고 또는 재항고 기간은 그 사유가 해소된 때부터 기산한다.

⑦ 제4항 및 제5항의 기간이 지난 후 접수된 항고 또는 재항고는 기각하여야 한다. 다만, 중요한 증거가 새로 발견된 경우 고소인이나 고발인이 그 사유를 소명하였을 때에는 그러하지 아니하다.

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

202) 고경희/이진국, 검사의 불기소처분 실태와 개선방안, 한국형사정책연구원, 2006. 68면 이하; 배종대/이상돈, 형사소송법, 제7판, 홍문사, 2006, 339면; 이재상, 앞의 책, 349면.

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

204) 대검찰청 홈페이지. 검찰발표자료 참조.

http://www.spo.go.kr/spo/notice/press/press.jsp?mode=view&board_no=2&article_no=492247
(2011년 10월 20일 최종접속)

결과 견제장치로서의 기능을 다하지 못할 뿐만 아니라, ④ 사후적 통제제도로서의 한계를 넘지 못한다는 평가가 이루어지고 있다.²⁰⁵⁾

2) 재정신청제도

재정신청제도는 고소인²⁰⁶⁾이 검사의 불기소처분에 대한 불법·부당여부의 판단을 법원에 구하고, 그 신청이 이유 있다고 법원이 판단하면 검사로 하여금 공소를 제기 또는 유지하도록 하는 제도이다.²⁰⁷⁾ 범죄피해자인 고소인이 법원에 대하여 범죄자의 처벌을 주장할 수 있는 재정신청제도는 형사절차법상에서 헌법상의 재판청구권을 보장하기 위해 마련된 제도라 할 수 있다.²⁰⁸⁾ 앞서 언급한 검찰항고제도가 검사동일체의 원칙이 적용되는 검사에 의한 시정제도라는 점에서 한계를 가진 것에 반해, 재정신청제도는 검사의 부당한 불기소처분에 대하여 기소를 강제할 수 있다는 점에서 의미가 있다.²⁰⁹⁾

2007년 6월 1일 형사소송법이 개정되면서²¹⁰⁾ 재정신청의 대상범죄가 모든 범죄로 확대되었고,²¹¹⁾ 재정신청 이전에 반드시 검찰항고를 거치도록 하는 검찰항고전치주의가 도입되었다(형사소송법 제260조 제2항).²¹²⁾ 동 개정을 통해 종래

205) 윤영철, 앞의 글, 322면

206) 공무원의 직권남용죄 등을 규정한 형법 제123조부터 제125조까지의 죄에 대하여는 고발인도 재정신청을 할 수 있다(형사소송법 제260조 제1항). 한편 2011년 7월 18일 법률 제10864호로 개정되어 2012년 1월 1일부터 시행될 형사소송법에서는 형법 제126조(피의사실공포)의 죄에 대한 고발인도 재정신청을 할 수 있는 것으로 그 대상을 확대하고 있다.

207) 고소인 등의 재정신청에 대하여 법원이 공소제기 결정을 한 경우 검사에게 공소제기를 강제하는 제도로서 독일의 기소강제절차에서 유래하였다. 손동권, 앞의 책, 364면; 신동운, 앞의 책, 385면; 이재상, 앞의 책, 357면; 허일태, “검찰중립화방안: 검찰권행사의 공정성담보를 위한 대책”, 동아법학 제30호, 동아대학교 법학연구소, 2002, 7면.

208) 헌법재판소 1997. 8. 27, 94헌바2 결정, 재판관 이재화·조승형·이영모의 반대이견 참조.

209) 이재상, 앞의 책, 358-359면.

210) 법률 제8496호로 개정되어 2008년 1월 1일부터 시행되었다.

211) 동 개정 이전에는 재정신청 대상범죄를 “형법 제123조 내지 제125조의 죄”로 한정하고 있었다.

212) 검찰항고전치주의를 도입한 이유는 고소인에게 재정신청 전에 신속한 권리구제의 기회를 제공하고, 검사에게 자체시정의 기회를 갖게 하여 재정신청제도의 효율성을 도모하면서 신청남용의 폐해를 줄이기 위한 것이었다. 이재상, 앞의 책, 359면; 법무부, 개정 형사소송법, 2007, 142면. 그러나 ① 검찰항고 이후 재기수사가 이루어진 다음에 다시 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받

재정신청제도에 대하여 강력하게 제기되었던 문제들²¹³⁾이 상당부분 해결되었고, 입법적으로 기소강제절차의 구조가 보다 분명하게 규정되어 탄핵주의 소송구조에 한층 부합하게 되었다.²¹⁴⁾ 또한 재정신청의 남용으로 인한 피고소인의 지위 불안과 불이익을 방지하기 위하여 ① 재정신청이 가능한 사건에 대하여는 검찰 재항고를 불허하고,²¹⁵⁾ ② 재정법원의 심사기간을 3개월로 제한하며(제262조 제2항), ③ 피고소인의 사생활비밀 침해의 방지 및 심리의 효율성과 신속성의 제고 차원에서 재정법원의 심리를 비공개하고(동조 제3항), ④ 재정법원의 결정에 대하여는 불복²¹⁶⁾을 불허한다(동조 제4항).²¹⁷⁾²¹⁸⁾

한편 현행 재정신청제도가 검사의 기소재량권을 통제하기 위하여 대상 사건을 전면적으로 확대한 것에 대하여는 법원의 과중한 업무 부담으로 인한 형사사법

은 경우, ② 검찰항고 신청 후 항고에 대한 처분이 행해지지 않고 3개월이 경과한 경우, ③ 검사가 공소시효만료일 30일 전까지 공소를 제기하지 않는 경우에는 검찰항고전치주의의 예외가 인정되어 곧바로 재정신청을 할 수 있다(형사소송법 제260조 제2항 단서).

213) 기존 재정신청제도의 문제점으로는 ① 재정신청의 대상범죄가 공무원의 직권남용, 불법체포·불법감금, 폭행·가혹행위 등으로 제한되어 있다는 점(개정전 형사소송법 제260조 제1항), ② 피해자는 검찰항고를 거치지 않고 곧바로 재정신청을 할 수 있고 재정신청을 한 때에는 검찰항고를 할 수 없으며 검찰항고를 한 후 재정신청을 한 때에는 검찰항고가 취소된다는 점(개정전 검찰청법 제10조 제6항과 제7항), ③ 재정신청은 불기소처분의 통지를 받은 날로부터 10일 이내, 재정결정기간은 재정신청을 수리한 날로부터 20일 이내로 규정(개정전 형사소송법 제260조 제2항과 제262조 제1항)하였던 바, 재정신청절차의 각 단계를 규율하는 기간들이 지나치게 단기라는 점 등이 언급되었다. 이승호, “피해자와 민간의 형사절차 참여를 위한 방안”, 형사법연구 제19호, 한국형사법학회, 2003, 93면 이하 참조

214) 윤영철, 앞의 글, 325면

215) 대검찰청에서 개정 형사소송법의 시행을 준비하는 과정에서 재정신청과 재항고의 관계가 문제되었다. 재정신청권자의 재항고 허용여부에 대한 견해의 대립에 대해서는 전승수, “개정 형사소송법상 재정신청제도”, 형사법의 신동향 통권 제14호, 대검찰청, 2008, 97면 이하 참조

216) 종래 대법원은 형사소송법 제415조(재항고)에 의하여 재정신청 기각결정에 대해서는 대법원에 즉시항고를 할 수 있다고 판시하였다(대법원 1997. 11. 20, 96도119).

217) 헌법소원의 대상에서 법원의 재판이 배제되어 있는 상황에서 재정법원의 결정, 특히 기각결정에 대하여 불복할 수 없도록 규정한 것은 위헌의 소지가 있다는 견해가 있다. 윤영철, 앞의 글, 328면. 이에 대하여 검사의 불기소처분은 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 경우가 아니라 재정신청사건의 심판대상 자체이므로 헌법 제107조 제2항은 재정결과와 관련이 없어 위헌의 소지가 없다는 반대견해가 있다. 전승수, 앞의 글, 92면

218) 법무부, 앞의 책, 142면

효율성의 저해와 함께 피고소인의 불안정한 지위 장기화에 대한 우려가 제기되고 있다.²¹⁹⁾ 또한 기소여부에 관한 객관적이고 합리적인 기준이 마련되지 못한 상황에서 재정신청에 의한 법원의 심사를 거친다고 하더라도 기소과정에서 검사의 자의를 배제하기란 여전히 어려운 일이라는 지적²²⁰⁾과 함께 재정신청사건에 대한 법원의 소극적인 태도도 문제되고 있다.²²¹⁾

3) 헌법소원

공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받는 자가 헌법재판소에 구제를 청구하는 헌법소원(헌법 제111조 제1항 제5호, 헌법재판소법 제68조 제1항)도 검사의 부당한 불기소처분에 대한 통제장치로 고려될 수 있다. 우리나라는 범죄피해자의 재판절차진술권을 헌법상의 기본권으로 인정하고 있으므로(헌법 제27조 제5항),²²²⁾ 검사가 가지고 있는 형사소추권의 행사·불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판²²³⁾을 청구할 수 있는 것이다.²²⁴⁾ 한편 헌법소원은 보충성 원칙에 따라 다른 법률적 구제절차가 존재하는 경우에는 이를 거치지 않은 상태에서 청구할 수 없고, 법원의 재판에

219) 재정신청제도 전면화대의 양면성에 대한 자세한 내용은 조기영, “재정신청제도의 전망과 과제”, 형사법의 신통향 통권 제14호, 대검찰청, 2008, 3면 이하 참조; 재정신청제도의 전면화대의 문제점에 대한 자세한 내용은 박미숙 외, 형사정책과 사법개혁에 관한 조사·연구 및 평가(III): 개정 형사소송법에 대한 평가연구, 한국형사정책연구원, 2009, 519면 이하 참조

220) 문준영, “검찰권 행사에 대한 시민적 통제와 참여”, 민주법학 통권 제29호, 민주주의법학연구회, 2005, 189면.

221) 상세한 내용은 조국, “‘강조되어야 할 예외’로서의 재정신청제도”, 형사판례연구 제8호, 한국형사판례연구회, 2000, 550면 이하 참조

222) 김철수, 앞의 책, 1023면; 성낙인, 앞의 책, 801면. 헌법 제27조 제5항에 의한 형사피해자의 재판절차 진술권은 피해자 등에 의한 사인소추를 전면 배제하고 형사소추권을 검사에게 독점시키고 있는 현행 형사소송체제 하에서 형사피해자로 하여금 당해 사건의 재판절차에 참여하여 증언하고 형사사건에 관한 의견을 진술할 수 있는 기회를 부여함으로써 형사사법의 절차적 적정성을 확보하기 위해서 이를 기본권으로 보장하는 것이다. 헌법재판소 2009. 2. 26, 2005헌마764 결정.

223) 심재무, 앞의 글, 293면 이하.

224) 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원심판을 청구하기 위해서는 헌법소원의 적법요건인 직접성, 자기관련성, 현재성, 보충성 등이 충족되어야 한다. 고경희/이진국, 앞의 책, 78면 이하; 심재무, 앞의 글, 296면 이하 참조

대하여 헌법소원을 허용하지 않는다(헌법재판소법 제68조 제1항).²²⁵⁾ 종래 형사소송법에 의해서는 재정신청의 대상이 아닌 범죄에 대해서는 검찰항고만이 가능했기 때문에 이를 거치면 바로 헌법소원심판 청구가 가능하였고, 재정신청 대상 범죄라 하더라도 검찰항고와 재정신청 중에서 하나를 선택할 수 있었기 때문에 검찰항고를 제기한 후 기각되면 항고인은 즉시 헌법소원심판을 청구할 수 있었다. 그러나 현행 형사소송법에서는 재정신청의 대상이 모든 범죄로 확대되어 있기 때문에 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원청구가 사실상 불가능해졌다.²²⁶⁾ 나아가 검사의 불기소처분이 아닌 기소처분은 헌법소원의 대상이 되지 못하므로²²⁷⁾ 현행법 하에서 헌법소원은 검사의 기소재량권을 효율적으로 통제할 수 없는 것이다.

다. 수사 및 기소단계에서의 국민참여 모색

검사는 수사절차에서 수사의 주재자로서 사법경찰관리를 지휘·감독하고, 그 수사 결과에 근거하여 공소제기여부를 독점적으로 결정한다. 특히 현행 형사소송법은 기소독점주의와 함께 기소편의주의를 채택함으로써 검사가 기소재량권을 남용할 수 있는 여지를 남겨놓고 있다.²²⁸⁾ 기소편의주의에 대하여는 형사사법을 탄력적으로 운용함으로써 구체적 정의를 실현할 수 있고, 범죄인에게 개선기회를 조기에 제공할 수 있으며, 불필요한 공소를 억제함으로써 소송경제적으로 유익할 수 있다는 장점이 거론된다.²²⁹⁾ 그러나 기소편의주의 하에서는 공소제기의 과정에 정치적 영향이 개입될 수 있고, 검사의 자의를 배제할 수 없다는 크나큰 단점도 지적되고 있다.²³⁰⁾

225) 헌법재판소 1994. 2. 24, 93헌마82 결정 참조

226) 이재상, 앞의 책, 331면 다만, 고소를 제기하지 않는 범죄피해자가 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원을 청구할 여지는 있다.

227) 헌법재판소 1989. 3. 17, 89헌마21 결정.

228) 검사의 기소재량권 남용의 문제는 기소독점주의보다 기소편의주의에 기인한다. 윤영철, 앞의 글, 319면

229) 신동운, 앞의 책, 373면; 이재상, 앞의 책, 351면; 정웅석/백승민, 앞의 책, 369면

230) 신동운, 앞의 책, 373면; 이재상, 앞의 책, 351면; 정웅석/백승민, 앞의 책, 369면

기소편의주의에 근거한 검사의 기소재량권을 통제하기 위한 우리나라의 현행 제도는 주로 사후적 통제방법으로서 검사의 불기소처분에 대한 불복방법에 초점이 맞추어져 있고, 그것마저도 앞서 언급된 문제들로 인해 제 기능을 수행하지 못하고 있다. 형사소송의 구조나 목적에 비추어 검사에게 기소재량권을 부여할 필요성이 인정된다고 하더라도 공소제기에 대한 검사의 독선과 자의를 방지하기 위한 충분한 법적 규제가 확립되어야 한다. 사법개혁의 일환으로서 검사의 기소재량권에 관한 합리적 통제 방안의 필요성이 제기되던 중에 발생한 스폰서 검사 파문 등 일련의 비리사건들은 검찰에 대한 국민적 신뢰를 무너뜨리는 결정적인 계기가 되었다. 이에 2010년 6월 11일 검찰은 기소독점권을 완화하고, 수사과정에 일반 국민들의 의견을 반영하기 위해 검찰시민위원회를 설치한다는 자체 개혁 방안을 발표하였고, 이후 전국 41개 검찰청에 검찰시민위원회가 구성되었다.

2. 검찰시민위원회의 구성과 기능

검찰시민위원회는 검사의 공소제기, 불기소처분, 구속취소, 구속영장 재청구 등에 관한 의사결정 과정에 국민의 의견을 직접 반영함으로써 수사의 공정성과 투명성을 제고하고 국민의 인권을 보장하기 위하여 설치되었으며, 동 위원회의 심의대상, 구성, 심의절차 등과 관련된 필요 사항은 대검찰청 운영지침으로 규정하고 있다(검찰시민위원회 운영지침 제1조).²³¹⁾

가. 검찰시민위원회의 구성과 대상사건

검찰시민위원회는 지방검찰청 및 차장 검사나 부를 두고 있는 지청에 설치하고, 부를 두고 있지 않는 지청은 소속 지방검찰청에 설치된 위원회를 활용한다(검찰시민위원회 운영지침 제2조). 검찰시민위원회는 위원장 1명을 포함한 9명의

231) 대검찰청은 2010년 7월 2일 대검예규 제544호로 검찰시민위원회 운영지침을 마련하여 시행하고 있고(2010년 10월 21일 대검예규 제553호로 개정), 이 지침의 시행과 동시에 수사심의위원회 운영지침(대검예규 제528호)은 폐지되었다(부칙 제2조).

위원으로 구성되고,²³²⁾ 3명 이상 9명 이하의 예비위원을 둔다. 각급 청의 장은 만 20세 이상의 대한민국 국민 중에서 건전한 상식과 균형감을 갖춘 일반 시민들을 위원으로 위촉하는데, 이 경우 다양한 분야의 시민들이 위촉될 수 있도록 직업·연령·성별·거주지 등을 고려한다. 또한 각급 청의 장은 위촉의 공정성을 담보하기 위하여 지역 사회의 각 분야로부터 위원으로 위촉될 사람들을 추천 받거나 공개 모집할 수 있다. 그러나 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」 제17조²³³⁾의 배심원 결격 사유나 동법 제18조²³⁴⁾에서 규정하고 있는 직업 등에 따라 배심원에서 제외되는 사람은 위원으로 위촉될 수 없다(검찰시민위원회 운영지침 제4조 제4항). 한편 위원장과 위원의 임기는 각 6개월이고, 1회 한하여 연임할 수 있으며(동 지침 제5조 제2항),²³⁵⁾ 각급 청의 장은 품위를 손상하는 행위를 하거나 불가피한 사정으로 직무를 수행하기 어려운 위원을 해촉할 수 있다(동조 제3항).

232) 위원회에는 위원장의 명에 따라 위원회의 사무를 처리하는 검찰수사관 1명을 간사로 둔다(검찰시민위원회 운영지침 제12조).

233) 제17조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 배심원으로 선정될 수 없다.

1. 금치산자 또는 한정치산자
2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 사람
3. 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료(종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 집행이 면제된 후 5년을 경과하지 아니한 사람
4. 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 기간이 완료된 날부터 2년을 경과하지 아니한 사람
5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 선고유예기간 중에 있는 사람
6. 법원의 판결에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 사람

234) 제18조(직업 등에 따른 제외사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 배심원으로 선정하여서는 아니 된다.

1. 대통령
2. 국회의원 지방자치단체의 장 및 지방의회의원
3. 입법부 사법부 행정부 헌법재판소 중앙선거관리위원회 감사원의 정무직 공무원
4. 법관 검사
5. 변호사 법무사
6. 법원 검찰 공무원
7. 경찰 교장 보호관찰 공무원
8. 군안 군무원 소방공무원 또는 「향토예비군설치법」에 따라 동원되거나 교육훈련의무를 이행 중인 향토예비군

235) 각급 청의 장은 예산의 범위 내에서 위원들에게 수당을 지급할 수 있다(검찰시민위원회 운영지침 제14조).

검찰시민위원회는 검사의 요청에 따라 ① 공소제기의 적정성, ② 불기소 처분의 적정성, ③ 구속취소의 적정성, ④ 구속영장 재청구의 적정성을 사전 심의한다(검찰시민위원회 운영지침 제3조). 우선, 검사는 수사의 공정성과 투명성을 제고하기 위해 일정한 사건에 대하여는 공소제기나 불기소처분의 적정성에 관한 심의를 검찰시민위원회에 요청한다. 그 대상사건으로는 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 기타 지역 사회의 이목이 집중된 사건 등이 있다(동 지침 제6조 제1항). 또한 검사는 구속취소나 구속영장 재청구의 적정성과 관련하여 필요하다고 판단되면, 구속취소나 구속영장 재청구를 결정하기 전에 검찰시민위원회에 심의를 요청한다(동조 제2항).

나. 검찰시민위원회의 절차 및 효과

검사는 검찰시민위원회에 심의를 요청하기 전에 소속 검사장이나 지청장에게 보고해야 하고(검찰시민위원회 운영지침 제6조 제3항), 객관적이고도 충분한 증거나 자료를 바탕으로 심의 대상 사건 설명서를 작성하여 위원들에게 교부하며, 이 경우 사건 관계인의 사생활이 침해되지 않도록 인적사항을 공개하지 않는 등 필요한 조치를 취하여야 한다(동조 제4항). 또한 심의위원회는 위원장이 소집한다(동 지침 제7조 제1항). 위원회는 공소제기나 불기소 처분의 적정성에 대하여는 위원 9명의 출석으로 사건을 심의하고, 구속취소나 구속영장 재청구의 적정성에 대하여는 위원 7명 이상의 출석으로 사건을 심의한다(동조 제2항). 이때 불가피한 사정으로 위원 중 일부가 출석하지 못해 심의를 위한 위원이 부족하게 되면 위원장이 지명한 예비위원이 위원이 된다(동조 제3항). 한편, 위원회는 검사 또는 검찰수사관, 전문가 등을 출석하게 하여 사건에 대한 설명이나 의견을 들을 수 있고(동조 제4항), 검사는 위원회에 출석하여 사건에 대한 설명이나 의견을 개진할 수 있는데, 이 경우 검사는 사실과 증거를 최대한 객관적으로 설명하여야 한다(동조 제5항). 위원회의 심의는 비공개로 진행되고(동조 제6항),²³⁶⁾ 충분한 논의를 통하여 일치된 의견이 도출될 수 있도록 하되, 의견의 일치를 보지

못한 경우에는 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다(동조 제7항).²³⁷⁾

위원회는 심의가 종료되면 심의 의견서를 작성하는데(검찰시민위원회 운영지침 제8조 제1항), 심의 의견란에는 심의대상에 대한 판단 결과를 기재한다(동조 제2항).²³⁸⁾ 한편 위원회의 의결과 다른 의견을 가진 위원은 본인의 의견과 그 이유를 기재한 서면을 심의 의견서 뒤에 첨부할 수 있다(동조 제3항). 검사는 심의 결과를 지체없이 소속 검사장이나 지청장에게 보고해야 하고, 특별한 사정이 없는 한 심의 의견서 사본을 기록에 첨부하되, 위원회의 요청이 있거나 필요하다고 판단되는 경우에는 위원의 이름을 가리는 등의 조치를 취하여야 한다(동지침 제9조). 검사는 공소제기, 불기소 처분, 구속취소, 구속영장 재청구 여부를 결정함에 있어 위원회의 의견을 최대한 존중해야 하지만, 그 의견이 검사의 결정을 기속하지는 않는다(동지침 제10조).²³⁹⁾

236) 위원은 심의 과정에서 알게 된 비밀을 외부에 공개하거나 누설하여서는 아니 되고, 각급 청의 장은 위원으로부터 서약서를 받는 등 사건 관계인의 사생활을 보호하고 수사의 보안을 유지하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다(검찰시민위원회 운영지침 제13조).

237) 검찰시민위원회는 심의의 공정성을 확보하기 위해 ① 심의 전에는 심의대상 사건의 내용을 공개하지 아니하고, ② 위원은 사건 관계인과의 친분관계나 이해관계로 인하여 심의의 공정성에 영향을 미칠 수 있다고 판단될 경우에는 심의를 회피해야 하며, 이 때 검사는 같은 사유로 해당 위원에 대한 기피신청을 할 수 있다. ③ 위원장은 회피 신청이나 기피 신청이 이유 있다고 인정되는 때에는 이를 허가할 수 있는데, 이 경우 위원장이 지명한 예비위원이 위원이 된다. ④ 회피 신청이나 기피 신청이 허가된 위원이 2명 이하인 경우에는 허가 결정이 있는 당일에 한하여 예비위원을 지명하지 않고 나머지 위원들만으로 사건을 심의할 수 있다(검찰시민위원회 운영지침 제11조).

238) ① 공소제기의 적정성에 대한 심의결과는 ‘기소 적정’ 또는 ‘기소 부적정’, ② 불기소 처분의 적정성에 대한 심의결과는 ‘불기소 적정’ 또는 ‘불기소 부적정’ ③ 구속취소에 대한 심의결과는 ‘구속취소’ 또는 ‘구속유지’ ④ 구속영장 재청구에 대한 심의결과는 ‘구속영장 재청구’ 또는 ‘구속영장 재청구 불요’로 기재한다.

239) 검사는 위원회의 의견과 다른 결정을 할 때에는 서면 또는 구두로 심의에 참여한 위원들에게 그 이유를 고지하여야 한다.

3. 검찰시민위원회의 운영현황

가. 검찰시민위원의 선정현황

2011년 8월 현재 전국 41개의 지검 및 지청에 검찰시민위원회가 설치되었고,²⁴⁰⁾ 총 629명의 시민들이 위원으로 선정되었다. 검찰에 따르면 위원들은 변호사, 법무사 등을 제외한 건전한 상식과 균형감을 갖춘 만 20세 이상의 대한민국 국민으로서 지방자치단체, 시민·사회단체, 교육청, 언론사, 모범택시운전자협회 등 지역 사회의 다양한 분야로부터 덕망있는 사람들을 추천받거나, 각 검찰청 홈페이지와 블로그에 공고하여 직접 시민들로부터 신청을 받아 선정되었다고 한다.²⁴¹⁾

선발된 위원들을 성별로 분류해 보면 남자가 466명(74%)으로 163명(26%)인 여자에 비해 월등히 많은 수를 차지하고 있었다. 또한 연령대별 구성 분포를 살펴보면 50대가 251명(39%)으로 가장 많았고, 40대가 182명(29%), 60대가 129명(20%), 30대가 38명(6.0%), 70대가 20명(3.1%), 20대가 9명(1.4%) 순이었다. 위원들의 다양한 직업분야도 특징적인데, 그 중에서 교사 등 교육분야 종사자가 118명(18.7%)으로 가장 높은 비중을 차지하였고, 시민단체 종사자가 70명(11%)으로 그 뒤를 이었으며, 기업인 67명(10.6%), 의약분야 종사자 65명(10.4%), 주부 29명(4.6%), 종교인 24명(3.8%), 택시기사 23명(3.6%), 문화·예술인 21명(3.3%), 언론인 14명(2.2%), 대학생 8명(1.2%) 등의 순이었다. 다만 ‘국민의 형사재판참여에 관한 법률’을 준용하여 변호사, 법무사 등 법조직역에 종사하는 사람은 위원선정에서 제외되었다.²⁴²⁾

240) 2011년 9월 1일 개청한 마산지청은 2011년 10월 현재 위원회 구성 중에 있다.

241) 검찰시민위원회 제도가 시행된 2010년 8월 20일 당시 대전지검, 청주지검, 제주지검 등 3개의 검찰청은 공개모집 방식으로 위원들을 선정하였고, 나머지 38개의 검찰청에서는 지방자치단체 등 지역 사회의 다양한 분야로부터 추천을 받아 위원들을 선정하였다. 특히, 제주지검은 위원 전원을 공모로 선발하였고, 대전지검은 언론계 인사 등 외부인들이 참여하는 ‘위원 선정위원회’를 구성하여 선발하였다(2010. 9. 3. 검찰보도자료 참조). 구체적인 검찰시민위원의 명단, 이름, 직업, 나이, 주소지 표기, 임기, 연임 여부 등은 위원들의 사생활 보호를 이유로 공개되지 않고 있다. 2011년 법무부 국정감사 제출자료 참조

242) 구본선, “검찰시민위원회 소개”, 검찰동우, 제31호, 2011, 58면

나. 검찰시민위원회의 활동현황

2010년 8월 20일부터 2011년 8월 31일까지 전국 41개의 검찰시민위원회가 개최된 횟수는 총 177회였고, 심의 사건의 수는 총 337건이었으며, 검찰은 모든 심의 결과를 수용하였다.²⁴³⁾ 검찰시민위원회의 심의 대상 중에서는 구속영장 재청구 적정성에 관한 심의가 112건으로 가장 많았고, 불기소 적정성에 관한 심의가 114건, 기소 적정성에 관한 심의가 88건, 구속취소 적정성에 관한 심의가 23건이었다. 또한 사건별로는 폭력범죄가 121건, 재판범죄가 56건, 살인 및 치사사건이 24건, 뇌물죄 등을 포함한 부패범죄가 22건, 기타 사건이 113건이었다. <표 2-2>는 각 청별 검찰시민위원회의 개최 횟수를 나타낸 것이다. 2010년 8월 20일부터 2011년 8월 31일까지 창원지청 검찰시민위원회는 총 28회 개최되어 가장 활발하게 운영되었고, 그 다음이 인천지청 15회, 서울남부지청 13회 순이다. 그러나 전체 평균이 4.3회 정도에 불과하고, 심지어 제주지청은 단 한차례로 개최되지 않은 것으로 보고되고 있다.²⁴⁴⁾

표 2-2 각 청별 검찰시민위원회 개최 횟수(2010. 8. 20.~2011. 8. 31.)

청 명	개최 횟수	청 명	개최 횟수
서울중앙	3	천 안	2
서울동부	7	청 주	6
서울남부	13	충 주	2
서울북부	2	대 구	4
서울서부	2	대구서부	2
의 정 부	6	경 주	1
고 양	3	포 향	2
인 천	15	김 천	2
부 천	3	부 산	2
수 원	4	부산동부	2
성 남	5	울 산	9
여 주	2	창 원	28

243) 2011년 법무부 국정감사 제출자료 참조

244) 2011년 법무부 국정감사 제출자료 참조

청 명	개최 횟수	청 명	개최 횟수
평 택	3	진 주	5
안 산	3	통 영	3
안 양	8	광 주	2
춘 천	1	목 포	2
강 릉	3	순 천	4
원 주	2	전 주	2
대 전	6	군 산	3
홍 성	1	제 주	0
서 산	2		

※ 마산지청은 최근 개청한 관계로 현재까지 검찰시민위원회 미설치

제3절 형사재판전 분쟁해결 과정에서의 국민참여

1. 검찰시민옴부즈만 제도

가. 검찰시민옴부즈만의 의의

옴부즈만(ombudsman)이란 각종 민원을 조사하고 해결하기 위해 정부나 의회에 의해 임명된 관리를 의미한다.²⁴⁵⁾ 정부의 독주를 막기 위한 일종의 행정감찰 관제도인 옴부즈만제도는 제3자의 입장에서 행정기관으로부터 침해받은 국민의 자유와 권리를 신속하고 공정하게 조사하여 처리해 주는 보충적인 권리구제의 수단이다.²⁴⁶⁾ 검찰은 이러한 옴부즈만제도에 착안하여 일반 시민을 옴부즈만으로

245) 옴부즈만 제도는 대리인을 의미하는 고대 스웨덴어 *umbudsman*에서 유래하였다. 세계최초의 옴부즈만은 스웨덴 의회의 옴부즈만으로 칙임(勅任)에 의하여 임명되었고, 이후 스웨덴은 1809년 헌법에서 이에 관한 근거조항을 마련하였다. Walter Gellhorn, "The Swedish Justitieombudsman", 75 Yale Law Journal 1, The Yale Law Journal Company, 1965, pp. 1-2; Jennifer Gannet, "Providing Guardianship of Fundamental Rights and Essential Governmental Oversight: An Examination and Comparative Analysis of the Role of Ombudsman in Sweden and Poland", 9 NENGJICL 519, New England Journal Of International and Comparative Law, 2003, p. 522.

246) 서울중앙지방검찰청, '시민옴부즈만제' 및 '검찰모니터위원회' 시행에 대한 보도자료, 2004년 9월 14일자.

위촉하여 민원인과 검찰 사이에서 조정자 역할을 하도록 하였다. 요컨대, 『검찰 시민옴부즈만』 제도란 감시자 또는 조정자 역할을 하는 시민옴부즈만이 검찰에 대한 국민의 불만을 청취한 후, 해당 검찰청에 그 시정을 요구함으로써 민원인과 검찰 사이의 분쟁을 신속하고 공정하게 처리하는 제도를 일컫는다. 검찰 업무에 시민이 직접 참여함으로써 검찰의 폐쇄성을 개선하고, 검찰 본연의 임무인 국민의 인권보호를 적극적으로 실천하기 위하여 도입²⁴⁷⁾된 검찰시민옴부즈만은 2003년 7월 대전지검을 비롯한 3개의 검찰청에서 시범실시된 이후에²⁴⁸⁾ 점차 다른 검찰청으로 확대되어 2005년 5월부터는 전국 18개 지방검찰청에서 시행되고 있다.²⁴⁹⁾

나. 검찰시민옴부즈만의 자격과 역할

일반적으로 검찰시민옴부즈만은 대검찰청과 각 지검 홈페이지를 통해 모집공고한 후 지검장이 선발한다. 대구지방검찰청의 경우, 시민옴부즈만의 자격요건으로 관내 거주자로서 ① 사회적 신망이 높고 법률과 검찰행정에 대한 식견과 경험이 풍부한 자이거나 ② 시민단체·지방자치단체 등에서 추천을 받은 자 또는 ③ 변호사 등 법률관련 전문자격이 있거나 법률관련 석사 이상의 학위를 갖고 있는 자 등을 제시하고 있으며, 검찰시민옴부즈만으로 위촉되면 임기 1년의 명예직을 수행하도록 한다.²⁵⁰⁾

검찰시민옴부즈만은 검찰의 수사²⁵¹⁾나 민원처리에 관하여 불만이 있는 시민의

247) 부산지방검찰청, 시민 옴부즈만에 대한 보도자료, 2005년 5월 19일자.

248) “대검, ‘시민옴부즈만제’ 등 개혁방안 시행”, 연합뉴스, 2003년 7월 1일자.

249) 대검찰청 홍보기획관실, 검찰시민옴부즈만 제도 소개 보도자료, 2007년 3월 9일자.

250) 대구지방검찰청 홈페이지, 검찰시민옴부즈만 모집 안내문 참조

http://www.spo.go.kr/daegu/notice/notice/notice01.jsp?mode=view&board_no=79&article_no=5211 (2011년 10월 20일 최종접속)

251) 수사 중이거나 수사 종결 후를 불문하고, 수사와 관련된 고소인·피의자·참고인의 모든 불만사항을 대상으로 한다. 다만 사건처분결과에 대하여는 항고제도나 법원의 판결로 시정이 가능하므로 결정주문은 그 대상에서 제외된다.

대검찰청 홈페이지, 검찰시민옴부즈만제 운영 안내(2010. 12. 10.) 참조

http://www.spo.go.kr/eastbusan/notice/notice/notice01.jsp?mode=view&board_no=81&article_no=8774 (2011년 10월 20일 최종접속)

의견을 직접 청취하거나 필요한 경우 인터넷²⁵²⁾이나 전화 및 서면을 통해 접수한다. 검찰시민옴부즈만은 관련 담당자에게 질의할 수 있고, 접수된 시민불만의 해결을 위해 관련 기록을 열람할 수 있다. 또한 불만처리 과정 중에 검찰 운영상의 문제가 발견되면 해당 검찰청의 장에게 의견을 제시하거나 시정을 요구할 수 있으며, 그 처리결과를 통보받게 된다. 한편 각 검찰청은 검찰운영 및 제도 개선 과정에 검찰시민옴부즈만의 의견을 반영하도록 노력해야 한다. 요컨대, 검찰시민옴부즈만은 검찰의 수사나 민원처리에 옴부즈만이라는 시민을 참여시켜 민원인들의 불만을 처리한다는 측면에서 형사재판전에 국민이 주도적으로 참여하여 분쟁을 해결하는 제도로 분류할 수 있을 것이다.

2. 형사조정제도

가. 형사조정제도의 의의와 대상사건

형사조정제도는 사건을 형사법원에서 처리하지 않고 당사자들이 합의를 도출하여 해결하는 대표적인 대체적 분쟁해결 수단이다.²⁵³⁾ 검사는 피의자와 범죄피해자 사이에 형사 분쟁을 공정하고 원만하게 해결하여 범죄피해자가 입은 피해를 실질적으로 회복하는 데 필요하다고 인정하면 당사자의 신청 또는 직권으로 수사 중인 형사사건을 형사조정에 회부할 수 있다(범죄피해자보호법 제41조 제1항). 형사조정에 회부할 수 있는 형사사건으로는 ① 차용금, 공사대금, 투자금 등 개인 간 금전거래로 인하여 발생한 분쟁으로서 사기, 횡령, 배임 등으로 고소된 재산범죄 사건, ② 개인 간의 명예훼손·모욕, 경계 침범, 지식재산권 침해, 임금체불 등 사적 분쟁에 대한 고소사건, ③ 형사조정에 회부하는 것이 분쟁 해결에 적합하다고 판단되는 고소사건, ④ 고소사건 외에 일반 형사사건 중에서

252) 전국 18개 지방검찰청 홈페이지의 ‘검찰시민옴부즈만 상담’ 코너를 클릭하여 상담을 요청할 수 있다.

253) 이정원, “우리나라 형사조정제도의 시행 현황과 개선방향”, 법조 제60권 제5호 통권 제656호, 법조협회, 2011, 7면. 형사조정제도는 2010년 5월 14일 법률 10283호로 「범죄피해자보호법」이 전부 개정되면서 입법화되었다.

위에 준하는 사건 등이다(범죄피해자보호법 시행령 제46조). 다만, ① 피의자가 도주하거나 증거를 인멸할 염려가 있는 경우, ② 공소시효의 완성이 임박한 경우, ③ 불기소처분의 사유에 해당함이 명백한 경우(기소유예처분의 사유에 해당하는 경우는 제외) 등에 해당하면 형사조정예 회부할 수 없다(범죄피해자보호법 제41조 제2항).

나. 형사조정위원회의 구성과 절차

형사조정을 담당시키기 위하여 2명 이상의 형사조정위원²⁵⁴⁾으로 구성되는 형사조정위원회를 각급 지방검찰청 및 지청에 둔다.²⁵⁵⁾ 형사조정에 필요한 법적 지식 등 전문성과 덕망을 갖춘 사람 중에서 관할 지방검찰청 또는 지청의 장이 임기 2년(연임가능)의 형사조정위원을 위촉하고, 형사조정위원회의 위원장은 관할 지방검찰청 또는 지청의 장이 형사조정위원 중에서 위촉한다.²⁵⁶⁾ 형사조정위원회에게는 예산의 범위에서 법무부령으로 정하는 바에 따라 수당을 지급할 수 있으며, 필요한 경우에는 여비, 일당 및 숙박료를 지급할 수 있다(범죄피해자보호법 제42조).

형사조정위원회는 당사자²⁵⁷⁾ 사이의 공정하고 원만한 화해와 범죄피해자가 입을

254) 『국가공무원법』 제33조 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 형사조정위원으로 위촉될 수 없다.

255) 범죄피해자보호법 시행령 제48조(형사조정위원회의 구성·운영 등)

- ① 법 제42조에 따른 형사조정위원회(이하 “형사조정위원회”라 한다)의 위원장은 대외적으로 형사조정위원회를 대표하고 형사조정위원회의 업무를 총괄하며, 법 제42조에 따른 형사조정위원(이하 “형사조정위원”이라 한다) 중에서 3명 이내의 형사조정위원을 지정하여 각 형사조정사건에 대한 형사조정위원회(이하 “개별 조정위원회”라 한다)를 구성한다.
- ② 형사조정위원회의 사무 처리를 위하여 간사 1명을 둘 수 있다. 이 경우 간사는 관할 지방검찰청 또는 지청 소속 공무원 중에서 지방검찰청 또는 지청의 장이 지명한다.
- ③ 개별 조정위원회 조정장은 형사조정위원 중에서 호선한다.
- ④ 개별 조정위원회의 조정장은 조정절차를 주재한다.

256) 범죄피해자보호법 시행령 제49조(형사조정위원의 임면)

관할 지방검찰청 또는 지청의 장은 형사조정위원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 해촉하여야 한다.

1. 법 제46조에 따라 준용되는 법 제38조부터 제40조까지의 어느 하나에 위반되는 행위를 한 때
2. 심신상의 장애로 직무수행이 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정될 때
3. 그 밖에 형사조정위원으로서 중립성과 공정성을 잃는 등 부적당한 행위를 하였다고 인정될 때

257) 형사조정의 당사자는 피의자와 타인의 범죄행위로 피해를 당한 사람이 되는 것을 원칙으로 한다(범죄피해자보호법 시행령 제47조).

피해의 실질적인 회복을 위하여 노력하여야 하고, 형사조정이 회부되면 지체 없이 형사조정 절차를 진행하여야 한다(범죄피해자보호법 제43조 제1항, 제2항). 형사조정절차를 개시하기 위해서는 당사자의 동의가 있어야 하고, 동의권자가 제1회 형사조정절차 개시 이전까지 출석 또는 전화, 우편, 모사전송, 그 밖의 방법으로 형사조정절차에 동의하지 않을 뜻을 명확히 한 경우에 형사조정위원회는 담당 검사에게 사건을 회송하여야 한다(범죄피해자보호법 시행령 제52조). 형사조정기일은 매회 당사자에게 통지하여야 하고,²⁵⁸⁾ 형사조정위원회는 필요하다고 인정하면 형사조정의 결과에 이해관계가 있는 사람의 신청 또는 직권으로 이해관계인을 형사조정에 참여하게 할 수 있다(범죄피해자보호법 제43조 제3항).

형사조정위원회는 형사사건을 형사조정에 회부한 검사에게 해당 형사사건에 관하여 당사자가 제출한 서류, 수사서류 및 증거물 등 관련 자료의 사본을 보내줄 것을 요청할 수 있고(범죄피해자보호법 제44조 제1항),²⁵⁹⁾ 당사자는 해당 형사사건에 관한 사실의 주장과 관련된 자료를 형사조정위원회에 제출할 수 있다(동조 제3항). 형사조정위원회는 자료의 제출자 또는 진술자의 동의를 받아 그 자료를 상대방 당사자에게 열람하게 하거나 사본을 교부 또는 송부할 수 있다(동조 제4항).²⁶⁰⁾ 형사조정위원회는 조정기일마다 형사조정의 과정을 서면으로 작성하고, 형사조정이 성립되면 그 결과를 서면으로 작성한 후 형사조정에 회부

258) 형사조정기일의 통지는 우편, 전화, 모사전송 또는 그 밖의 상당한 방법으로 할 수 있다(범죄피해자보호법 시행령 제51조).

259) 관련 자료의 송부를 요청받은 검사는 그 자료가 형사조정에 필요하다고 판단하면 형사조정위원회에 보낼 수 있다. 다만 당사자 또는 제3자의 사생활의 비밀이나 명예를 침해할 우려가 있거나 수사상 비밀을 유지할 필요가 있다고 인정하는 부분은 제외할 수 있다(범죄피해자보호법 제44조 제2항).

260) 범죄피해자보호법 시행령 제53조(관련 자료의 송부 등)

- ① 법 제44조 제1항에 따라 형사조정위원회가 형사사건을 회부한 검사에게 관련 자료의 사본을 보내줄 것을 요청할 때에는 서면에 의한다.
- ② 제1항의 요청을 받은 검사는 요청받은 날부터 7일 이내에 직접 배달하거나 우편, 모사전송 또는 그 밖의 방법으로 자료를 제출하여야 한다. 다만, 자료가 법 제44조 제2항 단서에 해당하는 경우에는 그 사유를 형사조정위원회에 통지하고 해당 자료를 제출하지 않을 수 있다.
- ③ 당사자는 조정기일 전날까지 법 제44조 제3항에 따른 자료를 형사조정위원회에 직접 배달하거나 우편, 모사전송 또는 그 밖의 방법으로 제출할 수 있다.
- ④ 법 제44조 제4항에 따라 형사조정위원회가 자료의 제출자 또는 진술자의 동의를 받을 때에는 서면에 의한다.

했던 검사에게 보내야 한다(동법 제45조 제1항, 제3항).²⁶¹⁾ 검사는 형사사건을 수사하고 처리할 때 형사조정 결과를 고려할 수 있다. 다만, 형사조정이 성립되지 아니하였다는 사정을 피의자에게 불리하게 고려하여서는 아니 된다(동조 제4항). 이러한 형사조정제도는 공판절차를 이용하는 것에 비하여 소송비용을 절약할 수 있고, 피해자가 형사사법 절차에 참가한다는 점에서 의미가 있을 뿐만 아니라, 일반 국민이 형사조정위원으로 참여함으로써 공동체를 통합할 수 있다는 점에서 이에 대한 적극적인 활용방안이 지속적으로 모색되고 있다.²⁶²⁾

제4절 현행제도에 대한 평가와 효과적인 국민참여를 위한 논의 방향

1. 국민참여 측면에서의 현행제도에 대한 평가

형사재판전 단계에서 국민이 참여하고 있는 현행제도들을 경찰 수사과정, 검찰 수사 및 기소과정, 형사재판전 분쟁해결 과정으로 나누어 살펴보았다.

우선 경찰에 대하여는 수사과정에 투입할 수 있는 한정된 인적·물적 자원으로 효과적인 수사시스템을 구축하는 데에서 발생하는 한계를 일정한 시스템이나 전문성을 갖춘 민간의 참여를 통해 극복하고 있다는 점에 주목할 만하다. 최근에 활발하게 체결되고 있는 경찰과 민간과의 협약은 국민들이 경찰 수사에 참여하여 그 과정을 직·간접적으로 통제한다는 측면보다는 민간에 의해 구축된 인적·물적 기반을 수사과정에 활용한다는 측면에서 의미를 찾을 수 있다. 범인을 발견하거나 검거하고 증거를 수집 또는 보존하기 위한 수사 과정에서는 국가

261) 형사조정위원회는 조정 과정에서 증거위조나 거짓 진술 등의 사유로 명백히 혐의가 없는 것으로 인정하는 경우에는 조정을 중단하고 담당 검사에게 회송하여야 한다(동조 제2항). 또한 개별 조정위원회는 당사자 사이에 합의가 성립되지 아니하는 경우 또는 성립된 합의 내용이 위법하거나 선량한 풍속, 그 밖의 사회질서에 위반된다고 인정되는 경우에는 조정 불성립 결정을 하고 담당 검사에게 사건을 회송하여야 한다(범죄피해자보호법 시행령 제54조).

262) 형사조정제도의 도입배경과 시행 경과 및 그 활용성 함양의 제고에 관해서는 이정원, 앞의 글, 8면 이하; 김재희, “현행 범죄피해자보호법상 형사조정제도의 검토”, 피해자학연구 제19권 제1호, 한국피해자학회, 2011, 266면 이하 참조.

공권력에 의해 국민의 기본권이 침해될 우려가 크기 때문에 다양한 통제장치가 마련될 것이 요청된다. 이에 헌법은 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 못한다는 규정(헌법 제12조 제1항)을 마련하였고, 보다 상세한 사항들이 형사소송법 등을 통해 규정되었다. 1987년 민주화 이후, 이러한 수사관련 법률들이 제대로 적용되고 있는지에 대한 감시가 강화되었고, 경찰의 민주화와 함께 시민참여를 통해 투명성을 확보할 것을 요구하는 주장이 제기되었다.²⁶³⁾

특히 경찰의 활동은 시민생활과 인권에 직접적이고 광범위한 영향을 미칠 수 있기 때문에 민주적인 통제와 참여의 필요성이 절실했던 바, 이러한 입장이 반영됨으로써 1991년 경찰위원회 제도가 시행되었다.²⁶⁴⁾ 그러나 현행 경찰위원회에 대하여는 합의제 심의·의결기관으로 도입되었음에도 불구하고 결정에 대한 법적 구속력이 없어 단순한 자문기구의 역할을 수행함으로써 형식적이고 상징적인 기관에 그치고 있다는 비판이 제기된다.²⁶⁵⁾

또한 행정안전부장관의 제청으로 국무총리를 거쳐 대통령이 임명한 위원들로 구성된 경찰위원회에 대하여는 국민의 대표성이 부족하다는 문제가 제기된다.²⁶⁶⁾ 소수의 선택된 사람들에게만 경찰활동에 참여할 수 있는 기회를 보장하는 것은 제도의 취지에 부합하지 않는다는 것이다. 그 해결방안으로는 국민의 대표성이 가장 잘 구현되는 주민직선제 방식이 거론되지만, 현행 경찰위원회의 기능에 비추어 볼 때 어느 정도의 경찰 관련 지식이나 경험을 가진 사람들로 위원회를

263) 종래 정치권이나 행정부로부터의 독립성을 확보하지 못함으로써 국민으로부터 업무의 공정성에 대한 불신을 받아 왔던 경찰은 더 이상 개방화·민주화라는 시대적 흐름에 역행할 수 없었다. 김태명, “경찰음부즈만 제도의 도입과 실시”, 경찰법연구 통권 5호, 한국경찰법학회, 2007, 4면.

264) 헌법 제11조에 의해 모든 권력은 국민으로부터 나오므로 경찰권 또한 국민으로부터 나와야 한다는 것을 근거로 한다. 박윤규, 앞의 글, 210면.

265) 이영우, “경찰위원회의 개선방안에 관한 연구”, 토지공법연구 제51집, 한국토지공법학회, 2010, 335면; 이황우, 한국의 경찰위원회와 일본의 국가공안위원회와의 비교 분석, 한국공안행정학회보 제2호, 한국공안행정학회, 1993, 43면, 51면.

266) 영국의 경우 주민이 직접 선거로 선출하는 지방의회 의원이 경찰위원회 위원의 과반수를 겸직하도록 함으로써 국민의 대표성을 가지도록 하였다. 우리나라도 법조계, 언론계, 학계, 여성계, 시민단체 등의 인사들이 선발되고 있으나, 상대적으로 국민의 대표성이 약하다는 평가를 받고 있다. 이강중, 앞의 책, 188면.

구성하는 것이 합리적일 수 있다.²⁶⁷⁾ 요컨대, 주민대표성에 무게를 실는 주민직선제는 자치경찰제²⁶⁸⁾의 본격적인 도입과 관련된 논의의 연장선에서 검토하는 것이 바람직할 것이다.

다음으로 일반시민들이 검찰의 수사 및 기소과정에 직접 참여하도록 하는 검찰시민위원회제도의 운영은 사법의 민주화라는 측면에서 진일보한 것이라 평가된다.²⁶⁹⁾ 검찰시민위원회에 대하여 일각에서는 동 위원회가 가정주부, 택시기사, 환경미화원 등 다양한 직업을 가진 시민들로 구성됨으로써 검찰에 우호적인 전문가로 구성될 것이라는 우려를 불식시켰다고 평가한다.²⁷⁰⁾ 그러나 현행 검찰시민위원회는 검찰이 자체적으로 위원회를 구성하여 운영하는 제도라는 점에서 한계가 있다.²⁷¹⁾ 검찰시민위원회의 활동 현황에서 살펴본 바와 같이 전국 41개의 검찰시민위원회가 발족 후 1년간 개최된 횟수가 총 177회에 불과하였고, 각 검찰시민위원회가 평균 4.3회 정도 개최됨으로써 체면치레로 운영되고 있다는 비판이 제기되고 있다.²⁷²⁾ 특히 검사의 재량에 의해 검찰시민위원회의 개최여부가 결정되고, 그 심의결과가 검사를 기속하지 못함으로써 검사의 권한행사에 대한 통제장치로서의 역할을 제대로 수행하지 못하는 것으로 분석된다.

형사재판전 분쟁해결 과정에도 국민이 참여하고 있는 바, 검찰은 시민옴부즈만을 위촉하여 민원인과 검찰 사이의 분쟁을 처리하고 있다. 검찰시민옴부즈만 제도는 검찰의 수사 또는 민원처리에 관한 불만을 시민의 입장에서 청취하고 해결한다는 점에서 국민과의 소통을 증진시키려는 검찰의 의지가 엿보인다. 그러나 검찰의 주도하에 시민옴부즈만이 위촉되고, 그들이 제시한 의견의 반영 여부도 검찰의 재량에 맡겨져 있다는 점에서 전시성 제도라는 비판이 제기될 수 있다.

267) 정세욱, “지방자치제실시에 따른 경찰과 지방정부와의 관계”, 정일 서재근박사 화갑기념논문집, 정일 서재근박사 화갑기념논문집 발간위원회, 1989, 59면.

268) 2006년 2월 21일에 제정된 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」에 따라 제주특별자치도에 최초로 자치경찰단이 설치되었다.

269) 김태명, “검찰시민위원회 및 기소심사회 제도에 대한 비판적 고찰: 미국의 대배심제도와 일본의 검찰심사회 제도를 참고하여”, 형사정책연구 제21권 제4호, 한국형사정책연구원, 2010, 175면.

270) 구본선, 앞의 글, 58면.

271) 김태명, 앞의 글, 175면.

272) “검찰시민위원회 ‘체면치레’ 운영”, 경향신문 2011년 10월 3일자.

한편 검사나 당사자의 신청으로 수사 중인 형사사건을 조정을 통해 해결할 수 있는 형사조정제도가 시행되고 있다. 동 제도는 형사재판을 통해 사건을 처리하는 것보다 비용이 절감되고, 피해자의 사법참가라는 측면에서 의미가 있을 뿐만 아니라, 일반 국민이 형사조정위원으로 참여하여 공동체의 통합을 이끈다는 점에서 그 가치가 인정되고 있다. 그러나 형사조정위원회에 대하여는 검찰에 소속되어 있다는 점에서 중립성에 대한 문제가 제기되고 있고,²⁷³⁾ 조정위원들의 전문성 확보가 요구되고 있다.²⁷⁴⁾

2. 재판전 단계에서의 효과적인 국민참여를 위한 논의 방향

그동안 사법 분야는 입법·행정 분야에 비해 시민들의 참여가 활발하지 못했던 것이 사실이다. 폐쇄적이고 권위주의적이던 사법의 민주화를 실현하기 위해서는 일반국민들의 사법참여를 통해 투명성과 신뢰성을 확보할 필요가 있었고, 이에 사법제도를 개혁시킬 수 있는 방안들이 적극적으로 모색되었다. 그 결과 2007년 6월 1일에 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」이 제정되었고, 2008년 1월 1일부터 일반국민이 직접 형사재판에 참여하는 제도가 시행되고 있다. 국민참여 재판은 한정된 사건을 대상으로 일정한 요건 하에 제한적으로 운영되고, 그 평결과 의견이 법원을 기속하지 않는다는 점에서 한계가 지적되고 있지만, 형사사법의 객체로만 상정되던 국민이 형사사법의 주체가 되어 적극적인 참여를 시작했다는 점에서 상당한 의미가 있다.

형사사법에서의 국민참여는 재판과정에서 뿐만 아니라 수사 및 공소제기가 이루어지는 형사재판전 단계로 확대될 필요가 있다. 수사의 주재자로서 사법경찰관리를 지휘·감독하고, 그 수사 결과에 근거하여 공소제기여부를 독점적으로 결정하는 검찰 권력을 통제하는 방안으로 국민의 참여가 모색되는 것이다. 그러나

273) 박성철, “형사조정제도에 대한 비판적 소고: 경찰수사단계에서의 형사조정제도의 도입과 관련하여”, 법학논문집 제34집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2010, 139면

274) 장규원/윤경희, “형사조정제도의 실효성 확보방안 연구”, 피해자학 연구 제16권 제2호, 한국피해자학회, 2008, 42면

밀행성과 전문성이 요구되는 수사과정은 국민의 참여가 제한적일 수밖에 없는 분야이다. 위험한 상황이 수반될 수 있는 수사는 일정한 전형을 통해 선발되어 훈련받은 전문가에게 담당시키는 것이 합리적일 수 있고, 수사대상의 도주를 방지하고 증인이 매수되거나 증거가 조작될 가능성을 없애기 위해서는 밀행성이 유지되어야 하기 때문이다. 반면, 특정 사건에 대한 수사 결과에 근거하여 공소 제기의 여부를 판단하는 과정에서는 일반시민들의 참여를 제한해야 할 근거가 미약하다. 법적 지식이 필요한 부분과 관련해서 전문가의 조언을 받을 수 있는 제도적 장치가 마련된다면, 기소여부의 결정 과정에 일반인들의 법적 감정과 상식이 보다 효과적으로 반영될 수 있고, 이를 통해 사법의 민주화 및 형사사법에 대한 국민적 신뢰를 제고할 수 있을 것이다. 요컨대, 형사재판전 단계에서의 국민참여 방안은 제한된 수사영역과 전반적인 기소과정에 초점을 맞추어 논의하는 것이 합리적이므로,²⁷⁵⁾ 이하에서는 관련 입법례를 상세히 고찰한 후, 재판전 단계에서 국민이 참여할 수 있는 효과적인 방안을 모색해 보도록 한다.

275) 한편 형사재판전 분쟁해결 과정에 국민을 참여시키는 현행 제도들은 검찰이 국민과의 소통 증진의 필요성에 공감하고, 대체적 분쟁해결 수단을 활용하여 비용절감 및 공동체 통합을 모색한다는 측면에서 긍정적으로 평가된다. 그러나 통상의 형사재판전 과정에 국민이 직접 참여함으로써 형사사법 기관들의 독점적 권한 행사를 통제하고, 사법의 민주화를 실현한다는 점에서는 직접관련성이 떨어지므로 동 제도들은 논외로 한다.

제4장

비교법적 고찰

제1절 미국의 대배심

1. 대배심의 도입과 발전

가. 대배심의 도입

미국의 대배심제도는 식민지 시대에 영국으로부터 도입되었다.²⁷⁶⁾ 초창기 영국은 기소배심인 대배심만을 운영하였으나,²⁷⁷⁾ 1215년 교황 인노첸티우스 3세(Innocentius III)가 제4차 라테란 공회의(Lateran Council)²⁷⁸⁾에서 종래의 신성재판을 사실상 금지함에 따라 심판절차의 공백이 생기자 배심의 역할을 공판으로까지 확대될 것이 요청되었고,²⁷⁹⁾ 이로 인해 소배심인 심리배심이 분화되

276) Niki Kuckes, "Retelling Grand Jury History", *Grand Jury 2.0: Modern Perspectives on the Grand Jury*, Carolina Academic Press, 2011, pp. 126, 134; Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, *Grand Jury Law and Practice* § 1:1(2d edition) 참조

277) John. H. Langbein/Renée Lettow Lerner/Bruce P. Smith, *History of the Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, pp. 35 ff; Harold J. Berman, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983, p. 451.

278) 교황의 거처로 사용되던 로마의 라테란 궁전에서 개최되었던 총5회의 세계교회회의를 일컫는다.

279) 중세 서구에서는 신성재판의 폐지로 인해 형사절차의 근본적인 개편이 불가피해졌는데, 이 시기

었다.²⁸⁰⁾ 초창기에는 동일인물이 대배심과 소배심에 관여하기도 하였으나, 점차 그 부당성이 인식되면서 소배심은 대배심에 관여하지 않은 사람들로 구성되었으며, 대배심과 소배심의 인원이 중복될 경우에는 피고인에게 배심원 기피가 허용되었다.²⁸¹⁾ 이후 14세기 말엽까지 영국의 대배심은 그 구성과 기능이 소배심과 분리되어 운영되었다. 그러나 점차 범죄소추의 기능이 치안판사에게 이양되면서, 16세기 이후 대배심은 근거 없는 사인소추를 걸러내는 여과기제(filtering mechanism)로서의 역할만 담당할 뿐 그 기능이 거의 소멸되었고,²⁸²⁾ 1948년에 이르러서는 전면적으로 폐지되고 말았다.²⁸³⁾

미국의 대배심제도는 1635년 매사추세츠 주에서 최초로 시행된 것을 시작으로,²⁸⁴⁾ 미국의 사법제도에 점진적으로 수용되었다. 식민지 정착 초기에 유럽대륙

유럽대륙과 영국은 각기 다른 형태로 형사절차를 재구성하였다. John. H. Langbein/Renée Lettow Lerner/Bruce P. Smith, p. 54, pp. 58 ff.

280) John. H. Langbein/Renée Lettow Lerner/Bruce P. Smith, pp. 71-72.

281) John. H. Langbein/Renée Lettow Lerner/Bruce P. Smith, p. 72. 법원은 1341년까지도 대배심의 일원이라는 이유로 소배심원이 기피되는 것을 허용하지 않았다. 이러한 관행에 대하여 의회 하원은 지속적으로 이의를 제기하였고, 마침내 1352년 제정법을 통해 대배심의 일원이라는 이유로 소배심원을 기피할 수 있게 되었다.

282) 指宿信, "合衆國檢察官制度成立史序說-公衆訴訟主義の成立とその意義", 北大法學論集 39卷 4号, 1989, 937頁; John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford University Press, 2003, p. 45; John. H. Langbein/Renée Lettow Lerner/Bruce P. Smith, p. 589.

283) 영국에서 시작된 대배심 폐지 논의에 관해서는 Richard D. Younger, "The Grand Jury Under Attack", 46 *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science* 1, Northwestern University, 1955, p. 26 이하 참조. 공리주의자로서 Jeremy Bentham은 전문적인 훈련을 받은 검사가 대배심의 기능을 보다 적은 비용으로 더 효율적으로 수행할 수 있을 것이라고 주장하였다. 이러한 벤담의 개혁 제안은 미국 전역에 널리 회자되었고 미국 법학자들이 대배심의 가치를 재평가하게 하는 계기를 만들었다. 그러나 영국 대배심 폐지 논의가 가속화된 것은 제1차 세계대전과 대공황을 겪으면서였다. 1917년 의회는 전쟁기간 동안 대배심을 중단하기로 하였으며, 이 기간 동안 대배심 폐지 여론이 고조되었고 대공황 시기에 재정상의 부담을 줄이려는 의도에서 1933년 의회에 의해 폐지된 것이다. John. H. Langbein/Renée Lettow Lerner/Bruce P. Smith, p. 707; Richard D. Younger, "The Grand Jury Under Attack", 46 *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science* 2, Northwestern University, 1955, pp. 214 ff; Roger A. Fairfax, Jr., "The Jurisdictional Heritage of the Grand Jury Clause", 91 *MNLR* 398, Minnesota Law Review Foundation, 2006, p. 428.

284) Kevin K. Washburn, "Restoring the Grand Jury", *Grand Jury 2.0: Modern Perspectives on the Grand Jury*, Carolina Academic Press, 2011, p. 257; Mark Kadish, "Behind the

에서 온 이민족들을 통해 다양한 유럽문화가 전파되었고, 이러한 과정 중에 다채로운 문화적 배경을 가진 사법제도들도 미국에 이식되었다. 당시 미국은 법률가들에게 일정한 사건의 기소를 담당시키는 대륙법계 검사제도를 받아들임으로써 종래 영국의 대배심보다 복잡한 양상으로 운영되었다.²⁸⁵⁾ 이 시기 미국에서는 영국식의 사인소추제도가 부유하고 권력을 가진 집단에겐만 유리하다는 비판이 제기되었던 바, 이에 영국식 사인소추제도를 변형하고 대륙식의 검사제도를 받아들이면서 독특한 형사소추제도가 마련된 것이다.²⁸⁶⁾ 또한 식민지 시기에 영국과의 대립이 점차 격화되고 독립전쟁과 혁명의 열기가 고조되는 가운데, 대배심은 영국의 강권통치와 사법장악을 견제할 수 있는 중요한 제도로 각광받았다.²⁸⁷⁾

나. 대배심의 발전

영국으로부터 독립한 미국은 연방헌법 수정 제5조에서 「누구라도 대배심에 의한 고발 또는 기소가 있지 아니하는 한, 사형에 해당하는 죄 또는 파렴치죄에 관하여 심리를 받지 아니한다」고 규정함으로써 대배심에 의한 소추제도를 명문화하였다. 대배심과 검사에 의한 기소가 혼재된 형태는 상당 기간 유지되었으나

Locked Door of an American Grand Jury: Its History, Its Secrecy, and Its Process", 24 Florida States University Law Review 1, Florida States University, 1996, p. 9.

285) John L. Worrall, "Prosecution in America: A Historical and Comparative Account", The Changing Role of the American Prosecutor, State University of New York Press, 2008, pp. 5 ff.

286) Joan E. Jacoby, The American Prosecutor: A Search for Identity, Lexington Books, 1980, pp. 16-19.

287) Gerald B. Lefcourt, "Curbing Abuse of the Grand Jury", 81 Judicature 5, American Judicature Society, 1998, p. 196; John. H. Langbein/Renée Lettow Lerner/Bruce P. Smith, pp. 72 ff; Kevin K. Washburn, p. 257.

New York Weekly Journal의 발행인이었던 John Peter Zenger는 1734년 영국총독 Cosby를 비난한 글을 게재했다는 이유로 문서에 의한 선동죄(seditious libel)로 대배심에 회부되었다. 뉴욕 대배심은 2차에 걸쳐 Zenger에 대한 기소를 거부하였고, 이에 정부는 대배심을 우회하여 검사가 약식기소(Information)를 하도록 했다. 이어진 심리배심에서 Zenger는 무죄판결을 받았다. 이 사건은 대배심이 명성을 얻는 계기가 되었고, 소배심과 더불어 정부의 압제에 대항할 수 있는 소중한 방패로 여겨지게 되었다.

남북전쟁 이후 대배심에 대하여는 비효율적이라는 비판이 제기되었다.²⁸⁸⁾ 미국연방은 대배심제도를 일관되게 유지하였지만, 1859년 Michigan 주를 필두로 서부의 많은 주들이 검사의 공소장만으로 기소를 제기할 수 있도록 제도를 변경하였다.²⁸⁹⁾ 1850년과 1865년 사이에는 Indiana, Kansas, Oregon 주 헌법의회의들이 Michigan 주와 같은 방식으로 입법부가 주 헌법상의 대배심 보장조항을 제거할 수 있는 길을 열어주었다. 뒤이어 1870년대 들어서는 서부와 중서부를 중심으로 대배심 개혁 논의가 주목을 받게 되었는데, Wisconsin, Illinois, Nebraska, Colorado 주가 이 흐름에 합류하였고, 캘리포니아 주는 1879년 헌법에 치안판사의 예비심문을 거친 피고인은 검사의 공소장만으로 소추될 수 있다고 규정하였다.²⁹⁰⁾

한편 1884년의 *Hurtado v. California* 사건²⁹¹⁾은 연방대배심과 각 주의 대배심이 다양한 양상으로 발전하게 만든 계기가 되었다.²⁹²⁾ 동 판결에서 미국 연방대법원은 수정헌법 제5조의 대배심 규정이나 수정헌법 제14조의 적법절차 규정이 각 주로 하여금 반드시 대배심 절차를 통해 형사사건을 기소하도록 요구하는 것은

288) Andrew D. Leipold, "Why Grand Juries Do Not (and Cannot) Protect the Accused" 80 Cornell Law Review 260, Cornell University, 1995, p. 286; Kevin K. Washburn, p. 263; Ric Simmons, "Re-examining the Grand Jury System: Is There Room for Democracy in the Criminal Justice System?", 82 Boston University Law Review 1, Boston University, 2002, pp. 14, 19.

289) 1850년 Michigan 주 헌법의회의는 대배심의 비효율성과 고비용을 이유로 새로 제정한 주 헌법에서 대배심 보장 조항을 제외함으로써 주 입법부가 대배심 심사를 없앨 수 있도록 허용하였고, 이후 1859년 Michigan 주 의회는 모든 범죄에 대하여 대배심을 거치지 않고 검사가 기소할 수 있도록 하였다.

290) David W. Neubauer/Henry F. Fradella, pp. 245-246; Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, § 1:5. State practice and grand jury reform after 1850 참조

291) Sacramento에 거주하던 Joseph Hurtado와 José Estuardo는 가까운 친구 사이였다. Hurtado는 친구인 Estuardo가 자신의 아내와 간통하였다는 사실을 알게 된 후 이를 추궁하였고, Estuardo는 간통사실을 인정하면서 “나는 고깃덩이이고, 자네는 칼이니, 자네 좋을 대로 나를 죽이라”고 말하였다. Hurtado는 Estuardo에게 Sacramento를 떠날 것을 요구하였고, Estuardo는 이에 동의하였다. 그러나 Estuardo는 약속을 어기고 Hurtado의 아내와 간통을 재개하였고, 분노한 Hurtado는 Estuardo를 폭행하였다. 며칠 후 Hurtado는 Estuardo의 가슴에 총을 쏘았고, 도망가려는 Estuardo의 등에도 총을 쏘았으며, 쓰러진 Estuardo에게 다시 총을 쏘았다. Joel Samaha, *Criminal Procedure*, Thomson Wadsworth, 2011, p. 32.

292) Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, § 8:2.

아니라고 판시하였고,²⁹³⁾ 이에 각 주들은 보다 적극적으로 대배심의 존치 여부를 검토하게 된 것이다. 대배심 기소를 폐지하려는 움직임은 19세기 말에 최고조에 달하였다. 1889년 Idaho, Montana, Washington, North Dakota, South Dakota, Wyoming 주에서 대배심 기소를 받을 권리가 더 이상 헌법으로 규정되지 않게 되었고, 1897년에는 Utah 주가 검사의 공소장만으로도 기소할 수 있도록 형사소추제도를 변경하였다.²⁹⁴⁾ 한편 연방과 유사한 방향으로 대배심제도를 운영해오고 있는 주들도 존재하는바, Alabama 주를 비롯한 많은 주들이 중죄사건에 대한 배타적인 기소 수단으로 대배심을 이용해오고 있다.²⁹⁵⁾

2. 대배심에 대한 구체적 내용

앞서 언급한 바와 같이 미국의 각 주들은 다양한 형태로 대배심을 변모시켜왔으며, 그 구성 및 운용방식은 천차만별이라 할 수 있다. 이로 인하여 각 주의 대배심제도를 통해서 공통되는 내용을 파악하고, 이를 일반화시켜 논하는 것에는

293) 1882년 2월 20일 Sacramento county 검사는 Hurtado를 Estuardo에 대한 살인혐의로 기소(information)하였고, 1882년 5월 7일 심리배심은 Hurtado에게 1급 살인죄의 평결을 내렸으며, 1882년 6월 5일 Sacramento county 상급법원은 Hurtado에게 사형을 선고하였다. 이 판결에 대하여 Hurtado는 캘리포니아 주 대법원에 상고하였으나, 캘리포니아 주 대법원은 Sacramento county 상급법원의 판결을 확정하였다. Hurtado는 자신이 대배심에 의한 기소(presentment와 indictment)를 받지 않았으며, 이는 대배심에 의한 기소를 규정한 수정헌법 제5조와 적법절차를 규정한 수정헌법 제14조에 위배된다고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 수정헌법 제5조의 대배심 규정이나 수정헌법 제14조의 적법절차 규정은 범죄혐의자에게 공판에 앞서 대배심의 심리를 받도록 하는 권리를 부여하도록 각 주에 요구하고 있지 않으며, 캘리포니아의 예비심문절차와 같은 사전심리절차가 피고인에게 제공되는 한 각 주는 대배심 기소(indictment)를 검사에 의한 기소(information)로 대체할 수 있다고 판결하였다(Hurtado v. California, 110 U.S. 516(1884)). Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, § 8:2; Niki Kuckes, p. 131.

294) David W. Neubauer/Henry F. Fradella, pp. 245-246; Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, § 8:2.

295) Alaska, Maine, New York, Ohio 주의 경우, 수정헌법 제5조의 "for a capital, or otherwise infamous crime"의 문언을 그대로 주 헌법에 수용하고 있다.

한계가 있다. 그러므로 각 주별 대배심의 구성과 기능 등에 관하여는 대배심의 운영현황을 파악할 때 기술하도록 하고, 이하에서는 연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure, 이하 F.R.Crim.P.) 제6조를 중심으로 연방 대배심의 구체적인 내용을 파악해보고자 한다.

가. 대배심의 구성

연방 대배심은 16인 이상 23인 이하의 배심원들로 구성된다.²⁹⁶⁾ 배심원의 임기는 18개월이고,²⁹⁷⁾ 그 기간 동안 대배심에 회부된 사안을 모두 심의하는데, 이는 사건별로 배심원 선정절차가 진행되면서 해당 사건의 종료와 함께 임기가 만료되는 심리배심과 구별된다.²⁹⁸⁾ 대배심원은 임기시작과 함께 선서를 하고, 해당 법원은 대배심원을 대상으로 그 의무와 책임에 대한 교육을 실시하며, 배심원 중에서 배심원대표를 선정하게 된다.²⁹⁹⁾ 배심원단이 구성되면 활동을 시작하는데, 배심원단은 임기 중 정기적인 회의를 열게 되며, 회의 일정은 지역별로 상이할 뿐만 아니라 일반대배심과 특별대배심에 있어서도 차이가 있다.³⁰⁰⁾

296) F.R.Crim.P. § 6(a)(1) 법원은 공공의 이익에 부합하는 사건에 대하여 하나 이상의 대배심을 소환하여야 한다. 대배심은 16명에서 23명의 배심들로 구성되어야 하고, 이를 위해 법원은 충분한 법적 자격을 갖춘 사람들을 소환해야 한다.

297) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, *Federal Grand Jury: A Guide To Law And Practice* § 5:27, updated 2011; F.R.Crim.P. § 6(g) 법원은 공공의 이익에 부합할 경우 대배심의 근무 기간을 연장할 수 있고, 이 경우 배심원은 18개월 이상 근무할 수 있다. 별도의 규정이 없다면, 연장기간은 6개월을 초과하지 않는다. 그러나 지역의 규모가 크거나(인구 400만 이상) 범죄발생 현황으로 인해 필요하다고 인정되는 경우에는 특별 대배심이 소집될 수 있고, 이 때 근무기간은 최대 36개월까지로 연장할 수 있으며, 특별한 경우 이를 초과할 수도 있다(18 U.S.C. §§ 3331, 3333).

298) 사건이 많은 지역에서는 항상 개정되어 있는 경우가 많다. Harry I. Subin, *The Criminal Process: Prosecution and Defence Functions*, West Publishing, 1995, p. 124.

299) Charles Doyle, *The Federal Grand Jury*, Nova Science Publishers, Inc., 2008, pp. 3-4. 법원은 배심원 중 1인을 배심원 대표로, 또 다른 1인을 부대표로 임명한다(F.R.Crim.P. § 6(c)). 배심원 대표는 배심원단을 대표하여 절차 진행, 평결 기록 등 행정적 임무를 수행하게 되며, 기소를 승인하는 경우 배심원단을 대표하여 기소장(true bill)에 서명하게 된다.

300) 규모가 작은 지역에서는 매일 일정기간 동안에만 회의를 여는가 하면, 규모가 큰 지역에서는 여러 대배심이 매일같이 회의를 열기도 한다. Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 5:24.

한편 수개월에 걸쳐 업무를 수행해야 하는 대배심원의 특성상 배심원들의 참여율은 실무상 중요한 쟁점이 되기도 한다.³⁰¹⁾ 그러나 모든 배심원들의 출석을 강제할 수 있는 방법이 없고, 소배심에 비해 배심원들의 임기가 장기라는 점도 감안되어, 일부 배심원들의 결석만으로 공소제기의 효력이 곧바로 부정되지 않는다.³⁰²⁾ 또한 자격을 갖춘 대배심원들의 수가 일정한 의결정족수를 충족시켰다면, 참여했던 배심원들 중에 자격 미달자가 있었다는 이유만으로 그 결정을 기각할 수는 없다(F.R.Crim.P. § 6(b)(2), F.R.Crim.P. § 6(f)).³⁰³⁾ 나아가 심리에 참석하지 않은 배심원이라도 기록 등을 통해 그 진행상황을 충분히 파악하였다면 심리 및 의결에 참여할 수 있다.³⁰⁴⁾

대배심원의 자격요건은 기본적으로 소배심원의 자격요건과 동일한데, 시민권 소지 여부, 정신적·신체적 질환 여부, 일정한 연령과 거주기간 및 영어구사능력 등이 평가된다.³⁰⁵⁾ 대배심원과 소배심원의 선정에 관해 규정하고 있는 「배심원 선정 및 복무법(The Jury Selection and Service Act of 1968)」에 의하면, 연방대배심원은 해당 사법권 안에 1년 이상 거주한 18세 이상의 미국 시민권자로서, 영어로 말할 수 있어야 함은 물론 배심원자격 서식을 작성할 수 있을 정도로 영어를 읽고 쓰며 이해할 수 있어야 하고, 배심 복무를 할 수 없을 정도의 정신적·신체적 질환이 없을 것 등이 요구된다(28 U.S.C.A. §§ 1861, 1865(2)).³⁰⁶⁾

대배심원의 선발방식은 크게 선거인단 명부에서 무작위로 추첨하여 선발하는

301) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 5:18. Voting on proposed indictment: effect of juror absences.

302) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 5:18.

한편 연방형사소송규칙 제6조 (a)(2)에서는 법원이 대체대배심원(alternate Juror)을 선정할 수 있도록 규정하고 있는데, 이들은 대배심원과 동일한 자격을 가져야 할 뿐만 아니라 동일한 방식으로 선정된다. Charles Doyle, p. 4; Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 4:5. Alternates and Replacements.

303) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 5:17. Voting on proposed indictment: quorum

304) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 5:18.

305) Charles Doyle, p. 3; Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 4:10. Disqualification of Jurors.

306) 대부분의 주들도 대배심원의 자격요건으로 시민권과 영어구사능력 및 정신적·신체적 건강 등을 들고 있으나, 여타의 요건들을 달리 규정함으로써 다양한 형태를 보이고 있다. Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, § 3:1 참조

방식과 대배심원 선정위원의 추천에 의해 선발하는 방식으로 대별된다.³⁰⁷⁾ 연방과 다수의 주들은 선거인단 명부에서 무작위로 추첨하는 방식을 택하고 있고, 일부 주들은 대배심원 선정위원의 추천에 의해 선발되는 방식(key man selection)³⁰⁸⁾을 택하고 있다. 법원은 배심원 선정 시에 자격과 관련된 간단한 신문만을 할 수 있을 뿐 심리배심과 달리 검사와 변호인의 예비신문절차를 거치지 않으며 전단적 기피(peremptory challenge)도 인정되지 않는다.³⁰⁹⁾ 대배심의 경우 장기간 여러 사건들의 심리를 담당하기 때문에 특정 피의자나 증인과의 관계 등이 큰 의미를 가지지 않고, 소배심과 같이 검사와 변호인이 자기 쪽에 유리한 배심원을 선정하기 위해 치열한 신경전을 펼치는 상황이 거의 발생하지 않는 것이다. 또한 대배심의 배심원 적격여부는 사후적으로 공소기각의 사유가 될 수 있지만, 그 선정과정 및 적격 여부에 위법사유가 있더라도 대배심의 최종적인 평결 결과에 영향을 미치지 않았다면 공소기각 사유로 인정되지 않는다.³¹⁰⁾

307) Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, § 3:1 참조

308) 연방차원에서는 28 U.S.C.A. § 1861에 의해 key man selection이 폐기되었으나, Alabama, Arkansas, California, Connecticut, Georgia, Kentucky, Louisiana, Nevada, Rhode Island, Tennessee, Texas, Virginia 주가 이 방식을 채택하고 있다. 개인 혹은 소규모 그룹에게 배심원으로서 적합하다고 생각되는 사람을 선정할 수 있는 재량을 부여하는 key man selection의 상세한 활용 방식은 주마다 다른데, 그 재량권자가 배심원 선정위원회(jury commissioner)인 주도 있고 법관이나 보안관인 주도 있다. Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, § 3:6. Methods of selecting grand jurors—Key man or discretionary selection.

309) Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, § 3:1 참조

310) Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, §§ 3:9, 3:10; Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 5:17 참조

나. 대배심의 기능과 업무처리절차

1) 대배심의 기능

대배심의 주된 기능은 범죄의 혐의를 받고 있는 자에 대한 기소여부를 결정하는 것이다. 또한 대배심은 기소여부를 판단하기 위해 필요한 조사를 할 수 있는데, 범죄에 대한 수사권한을 제도적으로 확보하지 못한 미국의 검사들은 대배심을 통해 혐의자를 수사하기도 한다.³¹¹⁾ 대배심은 이미 알고 있는 사실이나 대배심의 수사로 발견한 사실에 근거하여 검사의 신청 없이 독자적으로 범죄를 고발(presentment)할 수 있고,³¹²⁾ 검사의 기소장(indictment)³¹³⁾을 승인함으로써 기소여부를 결정할 수 있는 권한을 가진다. 다만 대배심이 자체적으로 수사권을 발동하는 경우는 극히 예외적이며, 검사의 신청에 의해서 절차가 개시되는 경우가 대부분이다.

대배심이 구성되면 본격적으로 수사에 착수하게 된다. 증거를 수집하는 과정에서 대배심은 소환장 발부라는 막강한 수사권한을 행사할 수 있다.³¹⁴⁾ 소환장의

311) 김종구 외, 앞의 책, 521면 법무부, 미국의 검찰제도 (II), 1995, 15면 미국의 검찰제도 (III), 1996, 41면 오늘날 대배심은 범죄혐의자에 대한 소추인측의 수사권이 원칙적으로 인정되지 않는 당사자주의 구조하에서 소추에 필요한 중요한 증거를 확보할 수 있는 효과적인 수사방법이 되고 있다.

312) 수정헌법 제5조에 규정된 “고발(presentment)”이 연방형사소송규칙에서는 다루어지지 않는 바, 연방차원에서는 더 이상 이용되지 않는 것으로 파악된다. Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, §§ 1:8, 3:4; Susan W. Brenner, "The Voice of the Community: A Case for Grand Jury Independence", 3 Va. Journal of Social Policy & Law 67, the Virginia Journal of Social Policy & The Law, 1995, pp. 109 ff.

그러나 대배심의 고발은 공직자 비리 등의 부정부패사건에서 정치적 외압으로부터 자유롭지 못한 검사를 견제할 수 있는 수단이 되며, 시민으로 구성된 대배심이 공정한 수사를 진행함으로써 사법의 민주화가 구현될 수 있을 것이라는 견해도 있다. Renne B. Lettow, "Reviving Federal Grand Jury Presentments", 103 Yale L. J. 1333, The Yale Law Journal Company, Inc., 1994 참조

313) Indictment 또는 bill of indictment는 다른 말로 true bill이라고도 하는데, 이는 대배심이 그 범죄혐의가 진실이라고 생각한다는 의미이다. David W. Neubauer/Henry F. Fradella, p. 245.

314) David W. Neubauer/Henry F. Fradella, p. 247; Rpgger A. Fairfax, Jr., "Does grand Jury Discretion Have a Legitimate (and Useful) Role to Play in Criminal Justice?", Grand Jury 2.0: Modern Perspectives on the Grand Jury, Carolina Academic Press, 2011, p. 73; Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, § 6:3.

종류는 2가지로, 우선 대배심은 특정인에게 대배심에 출석하여 증언하도록 증인 소환장(subpoena ad testificandum)을 발부할 수 있다. 연방형사소송법은 증인소환장의 발부요건이나 그 심사에 관해 아무런 규정을 두고 있지 않지만,³¹⁵⁾ 실무상 증인소환장은 소환대상자의 진술의 중요성과 무관하게 발부되고 있고, 법원도 예외적인 경우가 아닌 한 증인소환장의 발부 자체를 문제 삼지 않는다.³¹⁶⁾

또한 대배심은 문서, 기록, 물건 등을 제출하도록 하는 증거제출명령장(subpoena duces tecum)을 발부할 수 있다.³¹⁷⁾ 증거제출명령장은 수사과정에서 증거를 수집하는데 사용된다는 점에서 압수·수색영장과 유사하나 특정인에게 범죄의 혐의가 있다고 의심할 만한 상당한 이유(probable cause)가 있는지를 판단하기 위해 발부된다는 점에서³¹⁸⁾ 상당한 이유가 있어야 발부되는 압수·수색영장과 근본적인 차이가 있다. 만약 증거제출명령을 받은 자가 이를 이행하지 않을 경우, 법정모독이나 위증으로 처벌할 수 있으나, 그 명령장을 근거로 수사관 등이 직접 물건이나 서류를 압수할 수는 없다.

대배심으로부터 증인소환장이나 증거제출명령장을 송달받은 사람은 곧바로 법원에 이의를 신청할 수 있다. 이의신청을 받은 법원은 대배심이 요청한 증인이나 물건 및 서류가 수사중인 사건과 관련성이 있는지의 여부, 합리적으로 대상이 특정되었는지의 여부 등을 심사하여 이의신청에 정당한 이유가 있다고 인정되면 증인소환이나 증거제출명령의 효력을 부정 또는 수정할 수 있다.³¹⁹⁾

315) 소환장과 관련한 사항은 연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure) 제17조에 규정되어 있으며, 소환장에 관한 소정의 형식 및 소환장의 수정·각하, 정당한 사유 없이 소환장에 불응한 사람에 대한 법정모독죄 등에 대해서 다루고 있다.

316) 일찍이 연방대법원은 대배심에게 대중(public)을 대표하여 “만인의 증거(every man's evidence)를 요구할 권리”가 있다고 천명한 바 있으며(Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665, 688(1972)), 따라서 대배심은 어떤 사안에 관해서건 증언하고 또 증거자료를 만들 수 있도록 누구에게나 소환장을 발부할 수 있다.

317) Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, § 6:3.

318) 미국 법무부 연방대배심실무지침(Federal Grand Jury Practice Manual)에 따르면 상당한 이유는 대배심 소환장 발부의 전제조건이 아니다(United States v. R. Enterprises, Inc., 498 U.S. 292(1991); United States v. Sahley, 526 F.2d 913 (5th Cir. 1976).

319) F.R.Crim.P. § 17(c), 연방대배심실무지침(Federal Grand Jury Practice Manual) Chapter 3, Part F. Motion to Quash.

그러나 일반적으로 법원은 대배심의 독립성과 수사의 재량을 최대한 존중하면서 증인소환장이나 증거제출명령장의 적법성이 추정된다는 입장을 취하고 있으므로 이의신청이 받아들여지는 경우는 제한적이다.³²⁰⁾ 대배심으로부터 증인소환장이나 증거제출명령장을 송달받은 사람이 정당한 이유 없이 증언이나 증거제출을 거부할 경우, 검사는 법원에 이행명령을 신청할 수 있고, 이에 법원이 증인소환이나 증거제출을 이행하도록 명하였음에도 불구하고 당사자가 이를 거부한다면 그는 민·형사상의 제재를 받게 된다.³²¹⁾ 즉, 소환된 사람이 대배심에서 증언하거나 요구된 증거자료를 제출할 때까지 이행강제금을 부과하거나 적절한 장소에 구금할 수 있고,³²²⁾ 법정모독죄나 사법방해죄로 처벌할 수도 있다.³²³⁾ 다만 형사제재는 주로 민사벌을 부과한 이후에도 소환장의 내용이 이행되지 않은 경우에 부과된다.³²⁴⁾

한편 증인이 자기부죄금지의 특권을 근거로 증언이나 정보의 제공을 거부할

320) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, §§ 10:23, 11:33.

321) David W. Neubauer/Henry F. Fradella, p. 247. 증거제출 및 증언의 거부와 법정모독에 대해서는 서창희, “미국 대배심에서의 증언거부와 법정모독”, 사법연수원논문집 제2집, 사법연수원 2005, 399면 이하 참조.

322) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, §§ 10:17, 11:27. 법원이나 대배심 또는 그에 부수되는 절차에 소환된 증인이 정당한 이유없이 법원의 명령에 따른 증언이나 증거의 제출을 거부한 경우 법원은 해당 증인이 명령을 이행할 때까지 적절한 장소에 즉시 구금할 것을 명할 수 있다. 구금은 해당 증인이나 증거제출을 요구한 법원의 절차나 대배심의 회기 또는 연장된 회기가 진행되는 기간 동안 유효하며, 어떠한 경우에도 그 구금이 18개월을 초과할 수는 없다. 28 U.S.C.A. § 1826, F.R.Crim.P. § 17(g).

323) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, §§ 10:18, 11:28. 적법한 영장이나 명령, 규칙, 지시 등 법원의 권한에 관한 모욕행위에 대하여 법원은 벌금이나 징역형을 부과할 수 있다. 18 U.S.C. § 401(3), F.R.Crim.P. §17(g).

324) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, §§ 10:19, 11:29. 검사는 일반적으로 증인을 처벌하기보다는 소환장의 이행을 위하여 형사제재에 앞서 민사벌을 제안하지만, 이에 대한 결정을 내리는 것은 지방법원이다. 법원은 형사제재를 부과하기에 앞서, 증인에게 소환장에 따르도록 강제할 수 있는지를 고려해서 결정을 내린다. 동일한 소환장에 대한 거부로 민사벌이 부과된 뒤에 형사제재 조치가 취해지는 것이 금지되는 것은 아니며, 두 제재의 성격이 다르기 때문에 이는 일사부재리원칙에 반하지 않는다. 그러나 민사벌이 처벌적인 성격을 띠는 경우라면, 동일한 소환장을 거부한 행위에 대해 민사벌과 형사제재를 연속적으로 부과한 것은 일사부재리의 원칙에 위반된다고 판단한다(United States v. Halper, 490 U.S. 435, 442-449, 109 S.Ct. 1892, 1898-1902, 104 L.Ed.2d 487 (1989); United States v. Lippitt, 180 F.3d 873, 876-879 (7th Cir.1999)).

경우에 그 증언이나 정보가 공공의 이익을 위해 필요하다면, 검사는 법무부장관의 승인을 받아 법원에 면책명령(immunity order)을 신청한 후, 법원으로부터 면책명령³²⁵⁾을 받아 증언이나 정보의 제공을 강제할 수 있다.³²⁶⁾ 이 경우 당사자는 그 이행을 거부할 수 없고, 만약 거부한다면 법정모독으로 민·형사상의 제재를 받게 된다. 이와 같이 자기부죄금지의 특권을 배제시킨 뒤 면책명령을 받아 대배심에서의 증언을 강제하는 제도는 효과적인 수사방법으로 활용되고 있다.³²⁷⁾

2) 대배심의 심리와 결정

연방의 경우 사형을 선고할 수 있는 중죄는 반드시 대배심을 거쳐 기소되어야 하고, 기타 중죄의 경우에도 피고인이 권리를 포기하지 아니하는 한 대배심을 거쳐야 하며, 경죄의 경우에는 대배심을 거치지 아니한다.³²⁸⁾ 대배심의 진행 중에는 배심원과 검사 외에 증인, 통역인, 법원 서기나 녹음설비 담당자 등이 참석할 수 있으나,³²⁹⁾ 평의와 의결 과정에는 배심원 외에 그 누구도 참석할 수

325) David W. Neubauer/Henry F. Fradella, pp. 246-247; Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 12:2. 해당 증언과 관련 있는 행위 자체를 기소할 수 없는 행위면책(transactional immunity) 보다는 해당 증언이나 그 증언을 통해 수집된 증거를 해당 증인을 상대로 한 형사사건에서 증거로 사용할 수 없는 사용면책(use immunity)을 명하는 것이 일반적이다.

326) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 12:5; 18 U.S.C.A. § 6003.

327) 다만 실제 운영에서는 면책을 받는 증인의 증언에 대한 신빙성이 문제되는 경우가 종종 있고, 조직범죄의 수사와 같은 경우에 과연 누구에게 면책을 부여하는 것이 수사목적과 형평에 부합하는지를 둘러싸고 많은 논란이 있다. 서창희, “Grand Jury 및 Immunity를 이용한 수사: 미국법상 비협조적 참고인에 대하여 진술을 강제하는 방법”, 해외연수검사연구논문집 제11집 (I), 법무연수원, 1995, 204면.

328) Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, § 8:2

329) 대배심의 심리과정에서 법원 및 변호인의 관여가 제한되고, 사실상 검사가 주도적인 역할을 함으로써 대배심 본연의 기능이 저해되고 있다는 비판이 제기된다. Susan W. Brenner, "Is the Grand Jury Worth Keeping?", 81 Judicature 190, the American Judicature Society, 1998, pp. 197-198; Adriaan Lanni, "Implementing the Neighborhood Grand Jury", Grand Jury 2.0: Modern Perspectives on the Grand Jury, Carolina Academic Press, 2011, pp. 178-179; Ric Simmons, "The True Goals of the Modern Grand Jury", Grand Jury 2.0: Modern Perspectives on the Grand Jury, Carolina Academic Press, 2011, pp. 224 ff.

없다.³³⁰⁾ 대배심의 심리는 밀행성을 특징으로 한다.³³¹⁾ 이는 ① 수사대상의 도주를 방지하고, ② 증인이 매수되거나 증거가 조작될 가능성을 없애며, ③ 대배심에서의 자유로운 심리를 보장할 뿐만 아니라, ④ 대배심의 수사를 받았다는 사실이 공개됨으로써 무고한 사람이 피해를 입는 것을 방지하기 위한 것이다.³³²⁾ 한편 연방 대배심이 관련 자료를 제공받기 위해서는 원칙적으로 대배심을 관할하는 법원의 허가를 받아야 하고, 의도적으로 이를 위반한 때에는 법정 모독으로 처벌될 수 있다.³³³⁾

대립당사자 구조(adversarial system)가 아닌 일방적 구조(ex parte)인 대배심의 심리절차에서는 소배심의 심리절차와는 달리 증인신문과 증거조사에서 피의자변호인의 참여권이나 반대신문권이 보장되지 않는다.³³⁴⁾ 또한 대배심의 심리에서는 혐의자의 유무죄를 결정하는 것이 아니라 기소에 요구되는 상당한 혐의의 유무를 판단하는 것이기 때문에 전문증언이 허용된다.³³⁵⁾ 대배심의 심리가 끝나면

330) 청각장애 또는 언어장애를 가진 배심원을 도와줄 통역인은 예외적으로 참석할 수 있다. F.R.Crim.P. § 6(d)(2).

331) Charles Doyle, p. 12-13; F.R.Crim.P. § 6(d), § 6(e)(2).

332) Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, § 5:1.

333) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 17:3, F.R.Crim.P. § 6(e)(3)(E), § 6(e)(7). 반면 9.11 테러 이후 제정된 일련의 법령들(The USA Patriot Act, The Intelligence Reform and Terroism Prevention Act)과 연방 대배심의 비밀성 완화(법원의 명령 없이 대배심 자료를 공개 하도록 허용한 것)에 관해서는 Sara Sun Beale/James E. Felman, "Enlisting and Deploying Federal Grand Juries in the War on Terrorism", Grand Jury 2.0: Modern Perspectives on the Grand Jury, Carolina Academic Press, 2011 참조

334) 연방대법원은 대배심의 절차에 있어서는 변호인의 조력을 받을 권리에 관한 수정헌법 제6조가 적용되지 않는다고 판시한 바 있다. United States v. Mandujano, 425 U.S. 564, 581(1976). Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, § 6:26; Susan W. Brenner(1998), pp. 193-194.

335) Costello v. United States, 350 U.S. 359(1956) 판결에서 연방대법원은 오로지 전문증거에 근거해서만 내려진 대배심 기소는 수정헌법 제5조에 위반된다는 Frank Costello의 주장을 배척하면서 전문증거의 증거능력을 인정하였다. Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 7:11. District of Columbia를 비롯한 다수의 주들이 전문증거에 의한 기소를 전부 또는 일부 인정하고 있으나, Alaska, Hawaii, Idaho, Minnesota, Nevada, New York 등 6개 주는 전문증거 및 2차적 증거의 사용을 제한하거나 인정하지 않고 있다. Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, § 4:21. 한편 미국연방 검찰업무처리지침(U.S. Attorney Manual)에는 전문증거의 사용을 허용하면서도 그 사용을 자제하도록 하는 규정을 두고 있다. U.S. Attorney Manual § 9-11. 232.

평의 및 표결을 거쳐 기소여부가 결정되는데, 연방대배심의 경우 기소 결정에는 배심원 12명 이상의 찬성을 필요로 한다.³³⁶⁾ 대배심이 기소하기에 상당한 혐의³³⁷⁾가 있다고 판단하여 기소승인 결정을 하게 되면, 배심원대표가 검사가 작성한 기소장에 서명한 후 법원에 송부한다. 대배심이 기소를 승인한 경우에도 최종적인 기소여부의 결정권은 검사가 가지고 있으므로 사정변경이나 공범에 대한 기소전략 등을 고려하여 기소하지 않을 수 있다.³³⁸⁾ 반면, 대배심이 기소하기에 상당한 혐의를 인정하기 어렵다거나 기소하기에 적절하지 않다고 판단하여 기소불승인(no true bill) 결정을 하게 되면,³³⁹⁾ 배심원 대표(foreperson)는 이 결정이 기재된 서면을 법원에 제출한다.³⁴⁰⁾

336) F.R.Crim.P. § 6(f).

337) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 5:4; Harry I. Subin, pp. 62-63. 기소여부를 결정하는 증명의 정도는 상당한 근거(probable cause)의 유무로 되어 있는 바, 이는 유죄평결에서 요구되는 증명의 정도와는 현격한 차이가 있는 것이다. 즉, 기소여부는 전체 상황을 고려하여 소추 범죄가 실제 일어났고 고발장에 언급된 사람이 범죄를 행하였다는 상당한 가능성이 존재하는지의 여부로 결정된다. 이는 불심검문의 기준이 되는 합리적 의심보다는 강하지만, 유죄판결의 기준이 되는 합리적 의심을 넘어서는 증명보다는 약한 것이다.

338) 김태명, 앞의 글, 160면. 현재 미국은 형사사건의 약 90%가 공판이 아닌 유죄협상(Plea Bargain)을 통해 처리되고 있다. 피고인이 유죄인정답변(guilty plea)을 하고, 대배심의 기소를 포기하는 경우가 많아짐으로써 대배심의 입지가 좁아졌는 바, 대배심이 기소를 승인한 이후에 이루어진 유죄인정답변에 대해서는 대배심이 심사해야 한다는 주장이 제기된다. Roger A. Fairfax, Jr., "Remaking the Grand Jury", Grand Jury 2.0: Modern Perspectives on the Grand Jury, Carolina Academic Press, 2011, pp. 324, 333-334.

339) 대배심이 기소를 승인하지 않더라도 이후 동일한 대배심 또는 다른 대배심을 통해 다시 기소를 추진하는 것이 가능하다. Charles Doyle, p. 21. 이와 같이 검사에게 재기소추진을 허용하는 것은 대배심의 최종 결정권을 박탈함으로써 그 권한을 무력화시키는 것이라는 비판이 있다. Ric Simmons, pp. 224-225, 228.

340) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 15:8; F.R.Crim.P. § 6(f). 대배심이 불기소결정을 하는 경우는 전체 사건의 10% 정도를 차지하고 있으나, 실무상으로 검사가 기소의견을 가지고 있음에도 불구하고 대배심이 불기소결정을 하는 경우는 찾아보기 어렵고 검사도 불기소의 심증을 가지고 있는 경우가 대부분이다. 박세현, “미국의 기소배심 실무연구”, 해외연수검사연구논문집 24집 1호, 법무연수원, 2008, 108면 이하.

3. 대배심의 특징

가. 소배심과의 비교

미국 대배심의 특징은 심리배심인 소배심과의 비교를 통해 효과적으로 파악할 수 있다. 우선 대배심은 재판전 단계라는 점에서 재판과정에서의 소배심과 확연한 차이를 가진다. 즉, 형사재판과정이 당사자주의적이고 상호적이며 공개재판을 원칙으로 하는 것에 반해 대배심의 절차는 직권주의적이고 일방적이며 밀행적인 성격을 가지는 것이다. 보다 구체적으로 비교해보면 첫째, 6인에서 12인의 배심원으로 구성되는 연방소배심은 유죄평결을 위해서는 전원일치의 표결이 요구되나,³⁴¹⁾ 연방대배심은 이보다 많은 수인 16인에서 23인의 배심원으로 구성되고, 기소결정을 위해서는 12인 이상의 찬성이 필요하다. 둘째, 소배심이 유무죄를 판단하는 것에 반해 대배심은 기소여부를 결정하거나 해당범죄의 수사를 수행한다. 셋째, 사건별로 배심원이 선정되어 해당 사건의 종료로 배심원의 임기가 만료되는 소배심과 달리 대배심은 일정한 임기 동안에 여러 사건을 담당할 수 있다. 넷째, 증명의 정도와 관련하여 소배심은 합리적 의심의 여지가 없는 (beyond the reasonable doubt) 증거에 기하여 유죄평결을 할 수 있지만, 대배심은 이보다 낮은 수준인 상당한 이유(probable cause)에 기하여 기소여부를 결정할 수 있다.³⁴²⁾

나. 검사의 역할

미국은 영국의 식민지라는 특수한 상황 하에서 대배심 제도와 함께 법률가가

341) 배심원의 수와 관련하여 미연방대법원은 최소 6인 이상이면 족한 것으로 보고 있다(Ballew v. Gerogia, 435 U.S. 223 (1978)). David W. Neubauer, p. 340; Rolando V. Del Carmen, Criminal Procedure: Law and Practice, Wadsworth, 2010, p. 383. 연방 형사사건에 있어서는 전원일치의 표결이 요구되지만, 각 주별로 의결정족수를 달리 할 수 있다. 현재 Louisiana, Montana, Oregon, Oklahoma와 Texas 5개 주를 제외한 45개 주가 형사사건에 있어서 전원일치의 표결을 요구하고 있으며, 29개 주는 민사 재판에 있어서 전원일치의 표결을 요구하지 않고 있다. David W. Neubauer, p. 342; Rolando V. Del Carmen, pp. 383-384.

342) Rolando V. Del Carmen, p. 52.

소추를 담당하는 유럽식 검사 제도를 도입하였다.³⁴³⁾ 이로 인하여 기소여부를 결정하는 과정이 다소 중첩되는 등 복잡한 체제가 구축되었으나 양자가 상호보완적 성격을 가진다는 것은 부정할 수 없다. 일반적으로 대배심의 심의는 검사의 요청에 의하여 개시되며 검사는 대배심의 절차에서 법적 조언자(legal adviser)라는 중요한 기능을 수행한다.³⁴⁴⁾ 검사는 대배심에 출석하여 배심원들에게 사건의 개요와 혐의자들에 대한 범죄의 구성요소를 설명하고, 증거를 제출할 뿐만 아니라 그에 대한 의견을 개진한다.³⁴⁵⁾ 또한 검사는 필요한 경우에 대배심으로 하여금 증인소환장이나 증거제출명령장을 발부하여 증인이나 증거자료를 확보하여 조사하도록 권고하며, 실제 증거조사 과정에 입회하여 대배심을 지도하기도 한다.³⁴⁶⁾ 대배심이 증거조사를 끝낸 후 기소여부를 판단하는 과정에서 검사는 배심원들에게 입증의 문제를 설명하고 제출된 증거로부터 추론되는 결과에 대한 의견을 제출한다.³⁴⁷⁾ 만약 증거조사의 결과 범죄혐의에 대한 상당한 근거가 없다고 판단되면, 검사는 대배심에 대하여 기소거부를 권고해야 한다.³⁴⁸⁾

한편 검사와 대배심이 기소여부에 관하여 의견을 달리할 경우, 이론상 대배심은 절차를 독자적으로 진행할 수 있으나, 최종적인 기소재량권이 연방검사에게 부여되어 있기 때문에 대배심이 이후의 절차를 진행하기가 어렵다.³⁴⁹⁾

343) 指宿信, 앞의 책, 939頁

344) Susan W. Brenner(1995), pp. 94-95.

345) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 6:2; Harry I. Subin, p. 189.

346) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 7:1; 미국연방 검찰업무처리지침(U.S. Attorney Manual) § 9-11 이하 참조

347) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 15:6

348) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, § 22:2; 미국변호사협회(American Bar Association), 형사사법에 관한 기준 -소추 기능 (Standards on Criminal Justice—The Prosecution Function Standard) § 3-3. 6(b).

349) Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, §2:7(관련 판례로 United States v. Cox, 342 F.2d 167(5th Cir. 1965) 참조). 유명한 사례로 Rocky Flatz 특별대배심의 경우를 들 수 있다. 1989년 Colorado주 Denver시 교외에 소재한 Rockwell International사(社) 산하 Rocky Flatz 원자력 발전소의 환경범죄 혐의 수사를 위해 특별대배심이 소집되었다. 3년여에 걸친 수사 끝에 연방검사는 Rockwell사의 직원들을 배제한 채 회사만을 기소하기로 결론을 내렸고, 대배심원들은 이 결정에 반대하여 Rockwell사에 대한 기소를 거부하였다. 연방검사는 Rockwell사를 기소(information)하였고, Rockwell사는 유죄협상을 거쳐 18.5억 달러에 해당하는 벌금을 부과받았다.

일부 주의 경우 검사의 동의 없이도 대배심이 기소장을 법원에 제출할 수 있도록 하거나 지방검사가 기소를 거부할 경우 주의 법무장관에게 특별검사의 선임을 요청할 수 있도록 한 경우가 있지만, 실제로 이러한 일이 발생하는 경우는 거의 없다.³⁵⁰⁾ 요컨대, 검사들은 법원의 예비심문절차(preliminary hearing)를 거치지 않아도 되고,³⁵¹⁾ 중요 참고인에 대한 증언이나 금융거래자료 등의 증거물 확보가 용이하다는 점에서 기소단계에서 대배심을 편리한 수단으로 활용한다.³⁵²⁾

이에 대해 대배심은 독자적으로 Rockwell사의 직원 5명과 미국 에너지부(DOE)의 공무원 3명을 기소하였다. 법원이 이를 유효한 기소로 받아들이지 않자, 대배심은 검찰의 수사 처리에 관한 비판을 담은 보고서를 일종의 고발 형태로 제출하였다. 사건은 전국적인 관심을 끌었고, 보고서의 내용이 언론에 누설되었으며, 몇몇 대배심원들은 연방검사를 비난하는 인터뷰를 하기도 했다. 대배심원들은 대배심 비공개 원칙을 위반한 혐의로 FBI의 수사를 받게 되었고(미국 역사상 FBI의 수사대상이 된 최초의 연방대배심으로 기록되었다), 이에 클린턴 대통령에게 연방검사의 Rocky Flatz 수사 지휘를 심사할 수 있도록 특별검사를 임명해줄 것을 요청하기도 하였다. Rocky Flatz 공방은 대배심이 소집된 이래 거의 20년 넘게 진행되어 오고 있으며, 검사의 소추재량과 대배심의 기소불승인에 관련된 문제는 여전히 해결되지 않은 채 남아 있다. Renne B. Lettow, pp. 1349-50.

350) Alabama, California, Georgia, Illinois, New York, Ohio, Texas 주는 검사의 승인 없이 기소할 수 있도록 하고 있다. Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, § 4:16; Yale Kamisar/Wayne R. Lafave/Jerold H. Israel, *Modern Criminal Procedure: Cases, Comments and Questions*, West Group, 1991, p. 845.

351) 실제 연방 사건 중 예비심문의 절차를 밟는 경우는 중죄 사건의 20% 정도에 불과하며 나머지 대부분 사건들은 대배심절차를 통한 기소장을 제출함으로써 예비심문의 절차가 생략된다. Peter Arnella, "Reforming the Federal Grand Jury and the State Preliminary Hearing to Prevent Conviction Without Adjudication", 78 Michigan L. Rev. 4, Michigan Law Review, 1980, p. 535; *United States v DeRosa*, 670 F. 2d 889, 887(9th Cir. 1982), cert. denied, 459 U.S. 993, 1982.

352) 미국의 검찰제도 (II), 16-17면; 미국의 검찰제도 (III), 41면.

4. 대배심의 운영현황 및 평가

가. 대배심의 운영현황

1) 주 대배심의 운영현황

〈그림 1-1〉은 미국의 주별 대배심제도 운영 여부를 간략하게 나타낸 것이고, 보다 구체적으로 각 주별 대배심에 의한 기소 이용 현황을 정리한 것이 〈표 3-1〉이다. 〈그림 1-1〉을 보면, 대다수의 중서부 주들이 선택적으로 대배심기소 제도를 운영하고 있으며, 동부와 남부 지역의 많은 주들은 대배심기소를 필수적인 제도로 운영하고 있고, 동부 코네티컷주와 펜실베이니아주는 대배심에 의한 기소제도를 폐지하고 있음을 알 수 있다.³⁵³⁾ 한편, 〈표 3-1〉을 통해 보다 구체적인 대배심 제도 이용 현황을 살펴보면, 대배심에 의한 기소를 필수적으로 이용하는 주들 중에서도 어떤 범죄를 대상으로 하는지에 차이가 있다는 것을 알 수 있다. 뉴저지주, 사우스캐롤라이나주, 테네시주는 주법률의 규정에 따라 중죄 외에 다른 범죄에 대해서도 기소배심을 이용하고 있는 데 반해, 플로리다주, 루이지애나주, 미네소타주, 로드아일랜드주는 사형에 처할 중죄에 대해서만 기소배심을 거칠 것을 요구한다.

353) Connecticut 주와 Pennsylvania 주는 소추기관으로서의 대배심을 폐지하였으나(각각 1983년과 1974년), 수사기관(investigative body)으로서의 대배심은 유지되고 있다. Susan W. Brenner(1995), pp. 102 ff.

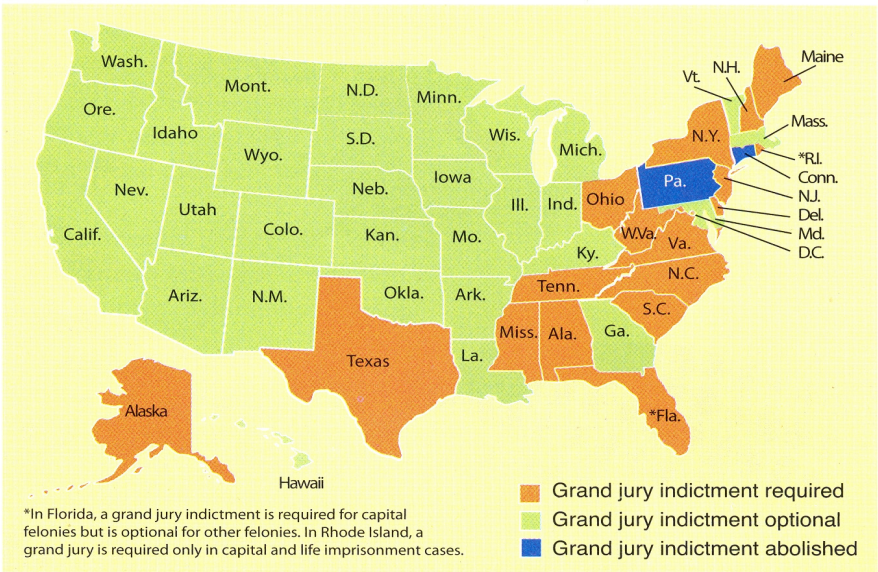


그림 1-1 미국의 주별 대배심제도 운영 여부³⁵⁴⁾

표 3-1 각 주별 대배심에 의한 기소 이용 현황³⁵⁵⁾

대배심에 의한 기소를 필수적으로 이용하는 주	대배심에 의한 기소를 선택적으로 이용하는 주	대배심에 의한 기소가 폐지된 주
〈모든 범죄〉	Arizona	Connecticut
New Jersey	Arkansas	Pennsylvania
South Carolina	California	
Tennessee	Colorado	
	Georgia	
〈모든 중죄〉	Hawaii	
Alabama	Idaho	
Alaska	Illinois	
Delaware	Indiana	
Distrit of Columbia	Iowa	
Maine	Kansas	

354) Larry K. Gaines/Roger LeRoy Miller, Criminal Justice in Action: The Core, Wadsworth Publishing, 2011, p. 219.

355) David W. Neubauer/ Henry F. Fradella, p. 246.

대배심에 의한 기소를 필수적으로 이용하는 주	대배심에 의한 기소를 선택적으로 이용하는 주	대배심에 의한 기소가 폐지된 주
Massachusetts	Kentucky	
Mississippi	Maryland	
Missouri	Michigan	
New Hampshire	Montana	
New York	Nebraska	
North Carolina	Nevada	
Ohio	New Mexico	
Texas	North Dakota	
Virginia	Oklahoma	
West Virginia	Oregon	
	South Dakota	
〈사형에 처할 중죄〉	Utah	
Florida	Vermont	
Louisiana	Washington	
Minnesota	Wisconsin	
Rhode Island	Wyoming	

다음으로 <표 3-2>는 각 주별 기소배심의 구성과 기능을 정리한 것이다. 주 대배심의 배심원 숫자는 매우 다양하나 16인 이상 23인 이하의 배심원들로 구성되는 연방 대배심의 규모와 비슷한 주들이 많다. 10인 이하의 배심원으로 구성되는 주들로는 인디애나주(6인), 아이오와주(7인), 오레곤주(7인), 사우스다코타주(6~10인), 버지니아주(5~7인) 등을 들 수 있다. 기소의결 정족수와 관련하여 대다수 주들은 연방과 마찬가지로 12인의 찬성으로 기소여부를 결정하고 있으나, 알래스카주는 과반수로 결정하고 있고, 유타주와 워싱턴주는 배심원 3/4이상의 찬성에 의해 기소를 결정한다. 배심원의 임기와 관련하여서는 콜롬비아구, 플로리다주, 오클라호마주, 유타주가 연방대배심과 마찬가지로 18개월 임기에 6개월 연장이 가능한 것으로 규정하고 있고, 노스다코타주는 10일이라는 최단임기를 규정하고 있는 바, 각 주별로 다양하게 운영되고 있다.³⁵⁶⁾ 한편, 대배심은

356) Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, § 4:12. 보통법상 대배심의 임기는 대배심을 소집한 법원의 회기가 끝나는 대로 만료되는데, 이러한 보통법상의 원칙을 따르는 주도 있고, 성문법규로 이 원칙을 변경한 주도 있다. Alabama, Maine, Maryland,

기소결정 권한을 행사하는 것 외에도 교도소를 사찰하거나 공직자 부정부패 등을 수사하기도 한다.

표 3-2 각 주별 기소배심의 구성과 기능³⁵⁷⁾

	배심원수	의결 정족수	기소의결 정족수	배심원의 임기	기소결정 이외의 권한
Alabama	18	13	12	인구 5만 미만의 카운티는 6개월 / 인구 5만 이상인 카운티는 3개월 ³⁵⁸⁾	교도소 사찰, 카운티 재무 조사 및 교육 감독
Alaska	12~18	12	과반수	4개월 (정당한 이유 없이 연장 불가)	치안복지관련 사건 수사 및 건의
Arizona	12~16	9	9	County 기소배심 120일/ 주 기소배심 6개월	공무원 부패 수사
Arkansas	16	12	12	최장 1년	교도소 사찰, 공직부패 수사
California	23/19 /11 ³⁵⁹⁾	14/12 /8	14/12 /8	1년	지방정부, 공공 기록 감찰
Colorado	23 /12 ³⁶⁰⁾	12 /9	12 /9	12개월, 6개월 연장 가능	-
Connecticut	1~3 ³⁶¹⁾	-	-	다양	-
Delaware	15 /10 ³⁶²⁾	9 /7	9 /7	New Castle County: 3개월/ Knet, Sussex County: 1년	-
District of Columbia	16~23	16	12	18개월, 6개월 연장 가능	-
Florida	15~21	12	12	12개월, 6개월 연장 가능	정치인 부정부패, 선거법 위반 수사
Georgia	16~23	16	12	기소배심을 소집한 법정 회기와 거의 동일	교도소, 지역관청 등 사찰, ³⁶³⁾ 공무원 감찰
Hawaii	16	8	3/4 (8인 이상의 출석)	1년	-

Nebraska, New York, Rhode Island, Tennessee 및 Texas 주는 보통법의 원칙에 따르고 있는 바, 대배심의 임기는 그들을 선정한 법원의 회기에 따라 결정된다.

357) David B. Rottman/Shaula M. Strickland, State Court Organization 2004, Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, 2006, pp. 215-217. 본 자료를 기초로 하되, 2011년 10월 20일 현재 각 주별 변경사항을 확인한 후 반영하였다.

미국 사법통계청 홈페이지. <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=1204> (2011년 10월 20일 최종접속)

	배심원수	의결 정족수	기소의결 정족수	배심원의 임기	기소결정 이외의 권한
Idaho	16	12	12	6개월	-
Illinois	16	12	12	최장 18개월	교도소 사찰
Indiana	6	5	5	최장 6개월, 2년까지 연장 가능	지역 구빈원 및 교정시설 현황보고서 제출
Iowa	7	5	5	1년, 수사완료시까지 연장 가능	국영교도소, 지역보호시설 및 구금시설 사찰, 공무원 불법행위 수사
Kansas	15	12	12	3개월, 6개월 연장 가능	-
Kentucky	12	9	9	20일, 특별 대배심은 90일	공직부패, 선거법위반 사건 수사
Louisiana	12	9	9	4~8개월, Cameron Parish County: 1년	교도소 및 공공시설 사찰
Maine	13~23	13	12	최장 1년	-
Maryland	23	13	12	기소배심을 소집한 법정 회기와 거의 동일	지역 교도소 사찰
Massachusetts	23	12	12	3개월, 연장가능	-
Michigan	13~17	13	9	6개월, 1년까지 연장 가능	-
Minnesota	16~23	16	12	최장 1년	교도소 사찰, 공직부패 수사
Mississippi	20	15	12	6개월	지역관청, 교도소, 납세대장 사찰
Missouri ³⁶⁴⁾	12	12	9	6개월, 업무 종료를 위해 60일 연장 가능	공공건물 사찰, 공무원 업무 수사
Montana	11	11	8	다양	교도소, county 회계장부 및 기록 사찰, 공직부패 수사
Nebraska	16	12	12	다양	county 교도소 사찰
Nevada	17	12	12	1년	교도소, 공공기록 사찰, 공무원 수사
New Hampshire	23	12	12	최장 30일	-
New Jersey	23	12	12	최장 20주	공공업무 수사
New Mexico	12	12	8	3개월	교도소 사찰
New York	16~23	16	12	지정 기한 없음	공무원 업무 수사
North Carolina	12~18	12	12	1년 ³⁶⁵⁾	교도소, 지역 관청 및 단체 사찰
North Dakota	8~11	8	6	10일	교도소 사찰, 공직부패 수사

	배심원수	의결 정족수	기소결정 정족수	배심원의 임기	기소결정 이외의 권한
Ohio	15	9	12	4개월, 9개월 연장 가능	교도소 사찰
Oklahoma	12	12	9	18개월, 6개월 연장 가능	공무원 업무 및 교도소 운영 수사
Oregon	7	5	5	County별로 다름	교도소 및 소년원 사찰
Pennsylvania	23	15	-	18개월, 6개월 연장 가능	-
Rhode Island	13~23	13~23	12	최장 18개월	-
South Carolina	18	12	12	최장 2년	공무원 업무 수사
South Dakota	6~10	6	6	최장 18개월	교도소 사찰, 공무원 업무 수사
Tennessee	13	12	12	배심원 대표: 2년 / 그 외 배심원들은 해임 또는 다음 회기 도래 시까지	교도소, 지역관청 사찰, 공무원 업무 수사, county 재정 조사
Texas	12	9	9	다양	-
Utah	9~15	9	배심원의 3/4	18개월, 6개월 연장 가능	-
Vermont	18~23	18	12	6개월	-
Virginia	5~7	5	4	1년, 6개월 연장 가능	-
Washington	12	12	배심원의 3/4	60일, 60일 연장가능	공무원의 부정부패 수사
West Virginia	16	15	12	4개월, 연장 가능	-
Wisconsin ³⁶⁶⁾	17	14	12	31일 연속, 또는 절차 종료에 필요한 기간 동안	-
Wyoming	12	9	9	1년, 6개월 연장 가능	교도소 사찰

358) Alabama 대배심원은 법원의 명령으로 해산되지 않는 한, 인구 5만 이상의 카운티에서는 3개월, 인구 5만 미만의 카운티에서는 6개월 간 근무한다. Code of Alabama Title 12. Section 12-16-190.

359) California: 인구가 400만을 초과하는 county에서는 기소배심 규모가 23인이며, 기소 의결정족수와 기소 의사정족수는 14인이다. 인구 2만 미만의 county에서는 기소배심 규모가 11인이며, 기소 의결정족수 및 기소 의사정족수는 8인이다. 기타 다른 county에서는 기소배심 규모가 19인이며, 기소 의결정족수 및 기소 의사정족수는 12인이다. California Penal Code section 888.

360) Colorado: 정당한 이유로 지방검사가 발의한 경우에 기소배심은 23인으로 구성되며, 일반적인 경우에는 12인으로 구성된다. Colorado Revised Statutes § 13-72-102.

361) 대배심 기소를 폐지한 Connecticut주 대배심은 시민들 대신 판사들로 구성된다. Connecticut General Statutes § 54-47(b)(3).

2) 연방 대배심의 운영현황

〈표 3-3〉은 연방법원에서 운영되고 있는 대배심의 현황을 나타낸 표이다. 2001년부터 2010년까지 10년 간 연방지방법원에서는 총 7,622개의 대배심이 운영되었는데, 2001년 844개에 이르던 대배심이 2010년에는 705개로 대폭 감소하였다. 2001년 9,928회이던 대배심의 심리 횟수가 2010년에는 9,232회로 감소했기 때문에 대배심의 수가 줄었다고 하더라도 개별 심리당 참여한 배심원의 수나 소요시간은 비슷하게 유지되고 있다. 지난 10년간 연평균 9,667회의 심리가 개최되었고, 193,015명의 배심원이 심리에 참여하였으며, 연간 47,715시간이 심리에 소요되었다. 또한 심리당 참여했던 배심원의 수는 연평균 19.97명이었고, 심리당 소요된 시간은 연평균 4.94시간이었다.

표 3-3 연방지방법원 대배심 운영현황³⁶⁷⁾

연 도	연간 운영된 총 대배심 수	대배심 심리 횟수	심리에 참여한 총 배심원 수	심리에 소요된 총 시간	심리당 참여 배심원 수	심리당 소요된 시간
2001	844	9,928	197,598	50,447	19.9	5.1
2002	859	9,967	198,902	50,505	20.0	5.1
2003	826	10,216	204,152	51,955	20.0	5.1
2004	759	10,256	204,313	51,698	19.9	5.0
2005	750	9,811	195,351	48,121	19.9	4.9
2006	738	9,425	188,173	45,675	20.0	4.8

362) Delaware: New Castle County에서는 15인으로 기소배심이 구성되며, 기소 정족수는 9인이다. Knet와 Sussex County에서는 10인으로 기소배심이 구성되며, 기소 정족수는 7인이다. Delaware Code Title 10 § 4505.

363) 교도소 외의 사찰대상으로는 공공건물, 상급법원, 공중소, 지역 재정, 지방검사, 교육감 등을 들 수 있다.

364) Missouri: 기소배심은 순회 항소법원에 의해 소집된다.

365) 판사가 배심원 및 그 고용주에게 부담이 크다고 판단하면 6개월로 조정 가능하다.

366) Wisconsin: 기소배심 법규는 현존하나, 적어도 30년 동안 기소배심이 소집되지 않았으며 실제로 아무런 기능을 하고 있지 않다.

367) Statistical Tables For The Federal Judiciary, UNITED STATES COURTS, 2001-2010
<http://www.uscourts.gov/Statistics/StatisticalTablesForTheFederalJudiciary.aspx> (2011년 10월 20일 최종접속)

연 도	연간 운영된 총 대배심 수	대배심 심리 횟수	심리에 참여한 총 배심원 수	심리에 소요된 총 시간	심리당 참여 배심원 수	심리당 소요된 시간
2007	713	9,247	184,317	44,831	19.9	4.8
2008	720	9,334	186,214	44,490	20.0	4.8
2009	708	9,249	186,448	45,011	20.2	4.9
2010	705	9,232	184,678	44,414	20.0	4.8

나. 대배심에 대한 평가

대배심은 역사적으로 국가의 공소권 남용으로부터 국민을 보호하고 사법의 정의를 실현할 수 있는 민주주의의 보루로 평가받았다. 그러나 대배심에 대하여는 오늘날 다음과 같은 비판이 제기되고 있다. 첫째, 대배심은 불필요한 사법비용을 증대시키고 혐의자에 대한 기소를 지연시키는 비효율적인 제도라는 점에서 많은 비난을 받고 있다.³⁶⁸⁾ 둘째, 대배심에서 사실상 검사가 주도적인 역할을 수행함으로써 법률적 지식과 경험이 부족한 배심원들은 검사의 고무도장으로서의 역할밖에 할 수 없다는 한계가 지적되고 있다.³⁶⁹⁾ 셋째, 자의적이고 잘못된 소추로부터 시민을 보호해야 할 대배심이 부당하게 기소여부를 결정하는 상황이 발생함으로써 동 제도에 대한 신뢰도가 떨어졌다는 의견도 있다.³⁷⁰⁾ 이와 같은

368) 대배심 제도의 고비용과 비효율성은 Jeremy Bentham이 이를 지적한 이래 오늘날까지 고전적인 비판으로 자리매김하고 있다. Richard D. Younger, "The Grand Jury Under Attack", 46 The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science 1, Northwestern University, 1955, p. 26; Roger A. Fairfax, Jr., "Remaking the Grand Jury", p. 325.

한편 2005년 연방대배심 개혁위원회는 대배심제도의 비효율성 등을 개선하는 방안을 마련하였고, 이는 미국연방검사업무처리지침(U.S. Attorney' Manual)에 반영되었다. 백승민, 앞의 논문, 99-100면 참조

369) 검찰에 대한 견제는 대배심 제도의 중요한 역할 중 하나로 거론되나, 대배심은 이러한 기대에 부응하는데 실패했다는 비판을 받고 있다. 검사와 대배심 간의 예측적 관계에 대한 비판과 조롱은 “검사의 고무도장(Rubber Stamp)”과 “햄 샌드위치 기소”라는 비유로 나타난다. “고무도장”이라는 비유는 Herbert Hoover 대통령이 임명한 특별 자문위원회인 위커샴 위원회(Wickersham Commission)의 보고서에서 유래한 것으로, 이후 빈번하게 등장한 표현이다. 또한 “햄 샌드위치” 비유는 뉴욕 항소법원의 판사 Sol Wachtler가 “검사가 원한다면 대배심은 햄 샌드위치도 기소할 것이다”라고 말한 데서 유래하였다. Kevin K. Washburn, "Restoring the Grand Jury", pp. 286-287.

370) Andrew D. Leipold, p 309-310.

비판들로 인해 대배심의 입지가 점차 좁아지고 있을 뿐만 아니라 제도를 폐지하자는 주장까지 제기되고 있다.³⁷¹⁾

그러나 많은 비판에도 불구하고 미국 연방과 대다수 미국 주들은 대배심제도를 운영하고 있고, 제도의 효율화를 위한 개선방안들을 다각적으로 모색하고 있다. 첫째, 구조적인 측면에서 대배심의 독립성을 제고하는 방안으로 검사 대신에 법원이 선임한 변호사가 대배심에서 법률적 조언을 해주는 하와이주의 대배심전담변호사(grand jury counsel) 제도³⁷²⁾가 주목을 받고 있다.³⁷³⁾ 둘째, 대배심의 수동성에 대한 타개책으로 상당한 근거가 존재하는 경우에도 이를 기소하지 않을 수 있는, 대배심 재량(Grand Jury Nullification)의 적극적인 활용을 제안하는 견해도 있다.³⁷⁴⁾ 대배심은 수사단계에서 소추단계에 이르기까지 진행되는 사건의 흐름에 있어서 관문의 역할을 수행하고 있기에, 대배심의 여과기능이 제대로 작동한다면, 형사사법절차의 효율성이 향상될 수 있다는 것이다.³⁷⁵⁾ 나아가 검사의 편리한 도구로 사용되고 있다고 평가받는 대배심이 본연의 주체성을 회복하여 주어진 폭넓은 권한을 적극적으로 활용한다면 “공동체의 목소리”를 반영하는 “민주적 검사(democratic prosecutor)”³⁷⁶⁾로서 개인의 권리 보호 및 사법에 대한 신뢰도가 신장될 것이라고 판단하는 것이다. 셋째, 지역사회 공동체의 능동적인 사법참여를 유도할 수 있도록 대배심 선정방식에 대한 개선책도 제기되고

371) Andrew D. Leipold, p. 279; Melvin P. Antell, "The Modern Grand Jury: Benighted Supergovernment", 51 ABA Journal 153, American Bar Association, 1965; William J. Campbell, "Eliminate the Grand Jury", 64 J. Crim. L. & Criminology 174, Northwestern University, 1973 참조

372) 1978년부터 하와이 주는 법원이 선정한 변호사가 대배심을 위한 법률적 조언을 제공하도록 하는 grand jury counsel 제도를 운영하고 있다. Susan W. Brenner(1998), pp. 198-199.

373) Adriaan Lanni, "Implementing the Neighborhood Grand Jury", pp. 180-181; Susan W. Brenner(1998), pp. 198-199.

374) Roger A. Fairfax, Jr., "Does Grand Jury Discretion Have a Legitimate (and Useful) Role to Play in Criminal Justice?", Grand Jury 2.0: Modern Perspectives on the Grand Jury, Carolina Academic Press, 2011, 참조

375) Roger A. Fairfax, Jr., "Does Grand Jury Discretion Have a Legitimate (and Useful) Role to Play in Criminal Justice?", pp. 79-80.

376) Niki Kuckes, "The Democratic Prosecutor: Explaining the Constitutional Function of the Federal Grand Jury", 94 Geo. L. J. 1265, Georgetown University, 2006, p. 1317.

있다.³⁷⁷⁾ “지역사회를 공정하게 골고루(a fair cross-section of the Community)” 대표하도록 하는 선정방식은 오히려 지역 공동체의 대표성을 희석시키는 결과를 초래했다고 파악하면서 공동체의 대표성이 부각되는 “주민대배심(Neighborhood Grand Jury)”의 시행을 통해서 시민의식을 고양하고 형사사법의 합법성을 회복 하자는 것이다. 넷째, 대배심에 제출되는 증거와 관련하여 전문증거나 위법수집 증거 등의 제출을 막고, 검사로 하여금 혐의자에게 유리한 증거도 반드시 제출 하도록 의무를 부과하며, 상당한 근거(probable cause)를 넘어서 명확하고 확실 한(clear and convincing) 증거의 존부를 기준으로 기소여부를 판단해야 한다는 방안이 제시되었다.³⁷⁸⁾ 나아가 증거법칙에 위반된 증거가 제출되었거나, 검사가 대배심으로 하여금 부적절하게 증거를 평가하도록 유도하였다면 공소가 기각되 어야 한다는 주장도 제기되었다.³⁷⁹⁾ 다섯째, 절차와 관련하여서는 대배심에서도 증인 신문시에 변호인의 입회를 허용하고, 증인들에게 미란다 원칙과 유사한 신문 전 권리를 고지하는 절차를 마련하며, 대배심 심리에 관한 공식기록의 작성을 의무화하는 방안들이 논의되었다.³⁸⁰⁾

전반적으로 미국의 대배심 개혁 논의는 연방 대배심 보다는 주 대배심의 운영 에 초점이 맞추어져 있다. 즉, 각 주들은 자신들의 대배심이 범죄자를 기소하는 칼이자 무고한 시민을 부당한 소추로부터 보호하는 방패로서의³⁸¹⁾ 본연의 역할을 충실히 수행하면서 효율성을 가미할 수 있는 방안을 모색하였던 것이다.

미국의 대배심제도가 중앙정부 및 연방주의에 대한 경계에서 비롯되어 이를 견제하는 구조적 역할을 수행하여 왔음을 고려한다면, 대배심 개혁의 DNA 코드를 주 대배심에서 찾는 것은 적절한 방책으로 보인다. 대배심을 검사의 꼭두각 시로 보는 것이 일반적인 세평이지만, 코네티컷주, 노스 캐롤라이나주, 사우스

377) Adriaan Lanni, pp. 176 ff; Kevin K. Washburn, pp. 268 ff 참조

378) Peter Arnella, pp. 558-559; 미국변호사협회의 형사사법에 관한 기준(Standards for Criminal Justice) 중 기소 기능(The Prosecution Function) 3-3. 6(a).

379) Peter Arnella, pp. 559-560. 실제 대배심의 운영이 활발한 뉴욕 주에 있어서는 이러한 사실이 공소기각의 사유로 인정되고 있다. Ric Simmons, p. 228.

380) Lefcourt, p. 196; Emerson, Grand Jury Reform: A Review of Key Issues, National Institute of Justice, 1983 등 참조

381) United States v. Doss, 563 F.2d 265, 276 (6th Cir. 1977).

캐롤라이나주와 같이 검사의 대배심 절차 입회를 허용하지 않거나 하와이주에서처럼 대배심전담변호사를 둠으로써 검사가 대배심에 미치는 영향을 약화시키기 위한 장치들을 마련한 곳도 존재한다.

이처럼 각기 다른 사법권에서 자생적으로 자라난 대배심 제도는, 주 사법권 내의 여타 사법요소들과 유기적인 관련을 맺고 각각의 독특한 조합을 이루고 있으며, 이를 통하여 대배심에 가해지는 여러 비판들과 대배심 내부의 문제점들을 자체적으로 해소할 수 있는 건강한 면역체계를 갖추고 있다.

‘법률 조언자로서 검사의 영향력이 과도하여 대배심의 독립성을 위협한다’는 신호가 주어지면 이에 응하여 하와이 주의 ‘대배심전담변호사’ 혹은 뉴욕 주의 ‘법관의 대배심 기록 심사’와 같이 검사의 권한을 견제할 수 있는 항체가 생산되고, 또 이러한 아이디어가 다른 주에 영향을 미쳐 제도의 개선을 이끌어내는 작용을 하게 되는 것이다. 이러한 대배심제도의 다양한 변주야말로 미국의 대배심을 존속하게 하는 힘이라 할 것이다.

제2절 일본의 검찰심사회

1. 검찰심사회의 도입과 발전

가. 검찰심사회의 도입

일본은 형사재판전 단계인 기소와 관련하여 국가공무원인 검찰관만이 소추권을 행사하는 국가소추주의·기소독점주의와 함께 기소여부의 판단에 검찰관의 재량권을 인정하는 기소편의주의를 채택하고 있다. 우리나라와 마찬가지로 검찰관에게 막강한 권한을 부여하고 있지만, 검찰관의 불기소처분을 통제하기 위한 장치로서 재정신청제도 뿐만 아니라 검찰심사회제도를 두고 있다는 점에서 특징적이다.³⁸²⁾

검찰심사회제도는 일본이 제2차 세계대전에서 패한 직후, 검찰관에 의한 형사소추권을 제한할 것을 요구하는 재야법조인들의 주장³⁸³⁾과 연합국 총사령부(GHQ)의 주도로 추진된 사법 민주화의 영향으로 도입되었다.³⁸⁴⁾ 2차 대전 이전에도 공소권 행사에서의 국민참여에 관한 논의가 없었던 것은 아니나,³⁸⁵⁾ 패전

382) 일본 역시 우리나라와 마찬가지로 부당한 기소에 대한 직접적인 통제장치가 없고, 공소권남용이론으로 논의가 전개되어 왔다. 이에 대해 일본 최고재판소는 「검찰관의 재량권 일탈이 공소의 제기를 무효로 만드는 경우가 있을 수 있다는 점은 부정할 수 없지만, 이는 공소의 제기 자체가 직무범죄를 구성하는 것과 같은 적극적인 경우에 한정된다」고 판시하여 상당히 제한적인 입장을 취하고 있다. 昭和52(あ)1353 傷害 昭和55年12月17日 最高裁判所第一小法廷 棄却決定.

383) 검찰관의 기소독점주의 폐지를 주장한 재야법조계는 검찰 및 경찰 공무원 범죄에 대한 별도의 형사소추 기관 신설과 함께 인권유린 사건의 소추권을 변호사회에 부여하는 방안을 제시하였다. 김태명, 앞의 글, 164면.

384) 田宮裕, “公訴権の運用と検察審査会”, 判例タイムズ 19卷 10号, 判例タイムズ社, 1968, 12頁; 出口雄一, “日本近現代史における市民の刑事司法参加”, 東アジアにおける市民の刑事司法参加, 国際書院, 2011, 86-87頁; 鯉越益弘, “検察審査会の機能”, 刑事訴訟法の争点(新編), 有斐閣, 1991, 118頁; 鯉越益弘, 刑事訴訟追念の研究, 成文堂, 2005, 205頁; 三井誠, 刑事手続法II, 有斐閣, 2003, 36頁 이하.

385) 1922년 배심법제정과 함께 형사소송법 전면개정이 논의될 당시, 국민의 사법참여 필요성에 근거하여 공소권 행사의 민주화를 촉구하는 제안이 있었고, 1931년에는 변호사회가 위법수사에 의한 기소를 통제하기 위한 장치로 기소배심제도를 도입할 것을 주장하였다. 小田中聰樹, “『検察の民主化』と検察審査会”, 法律時報 50卷 9号, 通卷 610号, 日本評論社, 1978, 16頁; 三井誠, “検察審査会制度の今後”, 現代刑事法—その理論と実務 7卷1号(通卷 69号), 現代法律出版, 2005, 81頁.

후 연합국 총사령부의 권고에 따라 검찰업무에 대한 국민참여 방안이 본격적으로 논의되었던 것이다. 연합국 총사령부는 일본 검찰이나 경찰에 의한 인권침해의 문제를 심각하게 받아들였던 바, 헌법과 형사소송법에 고문금지 규정을 비롯한 인권보장에 관한 규정들을 상세히 마련하도록 하였다. 또한 검찰의 민주화를 사법개혁의 최대과제로 삼으면서³⁸⁶⁾ 구체적인 실천방안으로서 사인소추주의와 검찰관 공선제의 채용과 함께 대배심제도의 도입 등을 요구하였다.³⁸⁷⁾ 그러나 국가소추주의에서 국민소추주의로의 전환은 일본 형사사법제도의 근간을 바꾸는 것이었기 때문에 이는 사법성은 물론이고 재야법조인과 학자들도 수용하기 힘든 제안이었다.³⁸⁸⁾ 검사의 선거제에 대하여도 정당이 상당한 영향력을 행사할 수 있다는 이유로 반대에 직면하였다.³⁸⁹⁾ 이에 협의를 통해 사인소추주의는 고소·고발절차의 개선과 재정신청제도의 신설로, 검찰관 공선제는 검찰관의 임기제와 검찰관직격심사회의 설치로, 그리고 대배심제도는 검찰심사회제도를 시행하는 것으로 최종 합의하였다.³⁹⁰⁾ 이와 같은 논의과정을 통해 1948년 검찰심사회법이 제정되었고 이로써 국민이 검찰관의 기소과정에 참여하는 검찰심사회제도가 도입되었다.³⁹¹⁾

나. 검찰심사회의 발전

검찰심사회제도는 국민들의 인식부족과 검찰의 소극적인 태도 및 인적·물적

386) 小田中聰樹, 앞의 글, 15頁

387) 篠倉滿, “わが国の檢察審査會とアメリカの大陪審制度”, *ジュリスト*, 544号, 有斐閣, 1973.10, 81頁; 寺崎嘉博, “檢察審査會の権限”, *刑事訴訟法の争點* [第3版], 有斐閣, 2002, 100頁

388) 제2차 세계대전 이전에 실시하였던 배심재판제도가 실패로 돌아갔으며, 방대한 예산이 소요될 대 배심제도를 도입하는 것은 국가적 사정에 맞지 않는다는 이유가 제시되었다. 小田中聰樹, 앞의 글, 17頁; 篠倉滿, 앞의 글, 83頁

389) 三井誠, 앞의 글, 80頁

390) 出口雄一, “檢察審査會法制定の経緯-GHQにおける議論を中心に”, *法律のひろば* 62卷 6号, きょうせい, 2009, 16-17頁

391) 일본의 검찰심사회를 일종의 대배심제도로 보는 견해(篠倉滿, 앞의 글, 83면)도 있으나, 일본 최고재판소는 검찰심사회가 대배심에 관한 미국의 입법례와 운용현황 및 종래 일본의 배심제를 참고해서 고안된 독창적인 제도라고 설명하였다. 鯨越 滄弘, 앞의 책, 205頁; 最高裁判所事務総局刑事局, *檢察審査會50年史*, 法曹會, 1998, 13頁

인프라 부족으로 인하여 시행 초기부터 부진을 면하지 못하였다.³⁹²⁾ 이로 인하여 일각에서는 동 제도의 폐지에 대한 논란이 일기도 하였으나, 검찰심사회에 참가했던 시민들을 중심으로 제도의 중요성에 대한 인식이 확산되었고, 일본 최고재판소 또한 보다 적극적으로 제도를 홍보하였다.³⁹³⁾ 여기 더하여 일본 학계와 변호사단체들도 제도 개선을 요구하였던 바, 검사의 불기소처분만이 아니라 기소처분에 대해서도 심사가 가능하도록 하고, 검찰심사회의 의결에 법적 구속력을 부여하며, 이러한 의결에 기초한 소추에 관한 직무는 위촉된 변호사에게 맡기자는 방안들이 주장되었다.³⁹⁴⁾ 이처럼 검찰심사회제도의 확대 및 강화가 끊임없이 요구되었음에도 불구하고, 범죄피해자 사망 시에 그 배우자나 직계친족 및 형제자매가 심사를 청구할 수 있도록 2000년에 검찰심사회법 제2조 제2항을 개정한 것을 제외하고는 시행 후 50여 년 동안 실질적인 변경이 전혀 이루어지지 않았다.³⁹⁵⁾

그러나 21세기에 접어들면서 사법의 민주화라는 세계적 추세에 부응하여, 일본에서도 사법제도를 개혁하기 위한 방안들이 전방위적으로 모색되기 시작하였다. 이를 위해 1999년 발족된 사법제도개혁심의회는 형사재판전 단계인 기소과정에 국민의 의사를 반영할 수 있는 검찰심사회의 중요성을 확인하면서 그 운영과 관련하여 지적된 문제점들을 검토하였다.³⁹⁶⁾ 오랜 기간의 논의를 거쳐 사법제도개혁심의회는 검찰심사회의 의결 중 일부에 법적 구속력을 부여해야 한다는 내용을 담은 의견서를 내각에 제출하였고,³⁹⁷⁾ 이에 따라 검찰심사회법은 본격적인

392) 1948년 검찰심사회제도가 시행된 후 1978년까지 30년 동안의 심사건수는 약 54,000건에 이르나 이 중 불기소부당·기소상당 의결이 내려진 사건은 4,320건(약 8%)이며 검찰관이 기소한 사건은 불기소부당·기소상당 의결이 내려진 사건 중 19.3%에 해당하는 752건에 불과하다. 30년간의 시행실적과 평가에 대해서는 三井誠, “檢察審査會制度の現状と課題”, 法律時報 50卷 9号, 日本評論社, 1978. 9, 8頁 참조

393) 三井誠, 앞의 글, 9-10頁 참조

394) 鯉越益弘, 앞의 글, 121頁

395) 표성수, “재판 전 형사절차에 있어서 국민 참여제도에 관한 연구: 미국의 대배심제도와 일본의 검찰심사회제도를 중심으로”, 저스티스 통권 제113호, 한국법학원, 2009. 10, 191면

396) 田口守一/後藤昭/椎橋隆幸, “<鼎談> 刑事司法制度改革の現状と展望”, 現代刑事法—その理論と実務 4卷 11号(通卷 43号), 2002, 現代法律出版, 8-12頁 참조

397) 司法制度改革審議會, 司法制度改革審議會意見書, 21世紀の日本を支える司法制度, 2001. 6. 12.

개정작업에 들어갔다.³⁹⁸⁾ 3여 년에 걸친 작업 끝에 내각에서 마련된 개정안은 2004년(평성 16년) 5월에 의회를 통과하였으며, 검찰심사회법은 검찰심사회법개정안을 포함한 『형사소송법등 일부 개정에 관한 법률(刑事訴訟法等の一部を改正する法律, 법률 제62호)』에 의해 개정되어 2009년 5월 21일부터 시행되고 있다.³⁹⁹⁾ 개정법률은 일정한 절차와 요건 하에 검찰심사회의 결정에 법적 구속력을 부여 하였고, 검찰심사회가 법률가의 조언을 들을 수 있는 절차를 마련하였으며, 일반적인 검찰사무에 대한 검찰심사회의 건의·권고 제도를 실질화하면서, 비밀누설 등의 행위에 대한 벌칙규정을 정비하였다.⁴⁰⁰⁾

2. 검찰심사회에 대한 구체적 내용

가. 검찰심사회의 구성

검찰심사회는 각 지방재판소 및 지방재판소 지부에 설치되며, 각 지방재판소 관할구역 내에 최소 1개 이상 설치되어야 하는 바(검찰심사회법 제1조), 이에 따라 2011년 10월 현재 일본 전역에 165개의 검찰심사회가 설치되어 있다.⁴⁰¹⁾ 검찰심사회는 중의원의원 선거권을 가진 국민 중에서 무작위로 선정된 11명의 심사원으로 구성된다(동법 제4조). 다만 학교교육법에 규정된 의무교육을 받지

의결의 법적 구속력과 관련된 논란에 대해서는 寺岐嘉博, “檢察審査會の議決への法的拘束力”, 現代刑事法—その理論と実務 4卷 11号(通卷 43号), 2002, 現代法律出版, 39頁 참조

398) Hiroshi Fukurai, pp. 323 ff. 伊藤榮二, “檢察審査会法改正の経緯及び概要について”, 法律のひろば 62卷 6号, ぎょうせい, 2009. 6, 19頁 이하.

399) 伊藤榮二, 앞의 글, 19, 26頁. 개정년도와 시행년도 사이에 간극이 생긴 것은 형사소송법등 일부를 개정하는 법률의 시행기일을 정하는 법령(刑事訴訟法等の一部を改正する法律の施行期日を定める法令)에 따라 재판원제도의 도입에 관한 주요법규들과 같이 시행되었기 때문이다.

400) <Jurist Note> “考えられる檢察審査会制度改正の概要について”, ジュリスト 1258号, 有斐閣, 2003. 12. 15, 213-214頁.

401) 일본최고재판소 홈페이지 참조 <http://www.courts.go.jp/kensin> (2011년 10월 20일 최종접속). 관할 인구가 적은 지방법원 본청이나 지부에는 1개의 검찰심사회가 설치되어 있는 것이 일반적임에 반해, 인구가 많은 도쿄지방법원 본청에는 6개, 오사카지방법원 본청에는 5개의 검찰심사회가 설치되어 있다.

아니한 자와 1년 이상의 징역형을 선고받은 자는 제외되고(동법 제5조), 판사·검사·변호사 등의 법조인과 장관 등 특수한 직위에 있는 자는 심사원으로 복무할 수 없으며(동법 제6조), 피의자 또는 피해자와 특수한 관계에 있는 사람들은 직무에서 제척된다(동법 제7조).

한편 검찰심사회는 각 심사회 별로 총 4군으로 나누어 1군당 100명씩의 후보자를 선정한다(검찰심사회법 제9조). 각 지역의 선거관리위원회는 검찰심사회 사무국장의 통지에 따라 선거인명부에 등재된 사람 중에서 검찰심사원후보예정자명부를 작성하여 사무국장에게 통보하고(동법 제10조), 사무국장은 이를 토대로 검찰심사원후보자명부를 작성하여(동법 제12조의2), 해당후보자에게 결격사유가 있는지 등을 조사한 뒤(동법 제12조의3) 후보자를 결정한다. 이후 사무국장은 판사와 검사의 입회하에 위 후보자들 중에서 매년 12월 28일까지 1군에서 5명, 3월 31일까지 2군에서 6명, 6월 30일까지 3군에서 5명, 9월 30일까지 4군에서 6명을 심사원과 보충원으로 선정한다(동법 제13조).⁴⁰²⁾ 검찰심사회 심사원의 임기는 6개월이고, 각 군의 임기 만료일에 3개월의 시차를 둬으로써 한꺼번에 다수의 심사원이 교체되는 경우 예상되는 혼란과 업무공백을 방지하고 있다(동법 제14조).

나. 검찰심사회의 기능과 업무처리절차

공소권의 행사에 민의를 반영시켜, 적절한 공소권 행사가 이루어지는 것을 목적으로 하는(검찰심사회법 제1조) 검찰심사회는 다음과 같은 두 가지 기능을 수행한다. 첫째, 공소를 제기하지 아니한 검찰관의 처분에 대한 당부를 판단하고, 둘째 검찰사무의 개선에 관한 건의 또는 권고에 관한 사항을 다룬다(동법 제2조 제1항).

402) 검찰 심사원이나 보충원으로 선정되면, 검찰심사회 사무국으로부터 선정취지와 회의 기일의 출석을 의뢰하는 취지의 서면을 받게 된다. 시각·청각·언어 등에 장애가 있거나 도움이 필요한 사람도 심사원이나 보충원으로 참가할 수 있도록 검찰심사회 사무국은 별도의 매뉴얼을 준비하고 있다. 일본최고재판소 홈페이지 참조. <http://www.courts.go.jp/kensin> (2011년 10월 20일 최종접속).

1) 불기소결정에 대한 당부의 심사

검찰심사회는 고소인·고발인·범죄의 피해자로부터 신청을 받아 그 심사를 행하는 것을 원칙으로 한다(검찰심사회법 제2조 제2항).⁴⁰³⁾ 검찰심사회는 또한 스스로 획득한 정보에 기하여 직권으로 불기소 처분의 당부를 심사할 수 있는데, 이 경우 검찰심사회의 과반수 의결이 요구된다(동조 제3항). 검찰심사회는 불기소결정의 당부를 심사함에 있어서 검사에게 필요한 자료의 제출과 출석을 요구할 수 있고(동법 제35조), 공무소 등에 사실조회를 요구할 수 있으며(동법 제36조), 신청인 및 증인을 소환하여 심문할 수 있다(동법 제37조). 또한 2004년에 개정된 검찰심사회법을 통해 전문적인 법률 지식을 보충할 필요가 있는 경우 변호사 중에서 심사보조원을 위촉할 수 있는 규정이 마련되었다(동법 제39조의2).

한편 불기소결정에 대한 심사과정을 나타낸 〈그림 1-2〉에서는 검찰심사회의 심사를 통해 기소가 제기되는 과정을 도식화하였다. 검찰심사회는 심사결과 ① 기소를 하여야 할 것으로 판단되면 ‘기소상당’, ② 불기소처분이 부당하다고 인정할 경우에는 ‘불기소부당’, ③ 불기소처분에 문제가 없다고 판단할 경우에는 ‘불기소상당’으로 결정한다.⁴⁰⁴⁾ 검찰심사회의 심사에는 심사원 전원의 출석이 요구되고(동법 제25조), 그 의사결정은 과반수의 찬성으로 결정되나(동법 제27조), 기소상당의 결정을 함에 있어서는 8인 이상의 찬성이 요구된다(동법 제39조의5 제2항). 검찰심사회가 ‘기소상당’ 또는 ‘불기소부당’의 결정을 내리면, 검찰관은 신속하게 기소여부를 다시 결정한 후 검찰심사회에 통보하여야 한다(동법 제41조). 기소상당의 의결에 대하여 검찰관이 다시 불기소처분을 하거나 3개월 이내에 기소하지 않을 경우에는 검찰심사회는 다시 한 번 심사하게 된다. 종래에는 검찰심사회의 기소상당 의결에 대해 검찰관이 다시 불기소처분을 하더라도 기소할 것을 요구할 방법이 없었던 바, 기소과정에서의 민의의 반영이라는 검찰심사회제도의 취지에 어긋난다는 비판이 제기되었다. 이런 비판이

403) 피해자가 검사의 불기소처분에 대한 심사를 청구한 것과 관련된 초기 판례로는 昭和31(㉸)44 道路交通取締法違反被告事件(昭和31年05月14日 広島高等裁判所 松江支部 控訴棄却) 참조

404) 더욱 자세히 수사해야 한다는 취지의 ‘불기소부당’보다는 기소할 것을 요구하는 ‘기소상당’이 보다 적극적이다.

2004년 검찰심사회법 개정을 통해 반영되어 기소의결제도의 도입이라는 결과로 이어졌다. 검찰심사회는 제2단계 심사에서도 마찬가지로 검찰관에게 출석해서 의견을 진술할 수 있는 기회를 주는 한편으로, 법률에 관한 전문적인 지식과 견해를 보충하기 위하여 변호사 중에서 위촉된 심사보조원의 조력을 받을 수 있다.⁴⁰⁵⁾ 검찰심사회가 심사원 8명 이상의 찬성으로 기소 의결을 내리게 되면, 의결서를 관할 지방법원에 송부하고(동법 제41조의6), 법원은 공소의 제기 및 유지를 담당할 변호사를 지정⁴⁰⁶⁾하여 심판절차를 개시하도록 한다(동법 제41조의9).⁴⁰⁷⁾

405) 일본최고재판소 홈페이지 참조. <http://www.courts.go.jp/kensin> (2011년 10월 20일 최종접속).

406) 일반적으로 재판소는 변호사회가 추천한 변호사 중에서 검찰관의 직무를 담당할 변호사를 지정한다.

407) 2004년 개정 이전의 검찰심사회법에서는 기소상당 또는 불기소부당의 결정이 검찰의 새로운 결정을 촉구하는 권고적 효력만이 있는 것으로 이해되었고, 법원도 검찰심사회의 결정은 법적 구속력이 없다고 판단하였다(1972. 2. 26. 東京地判 訟務月報 18. 6. 875.).

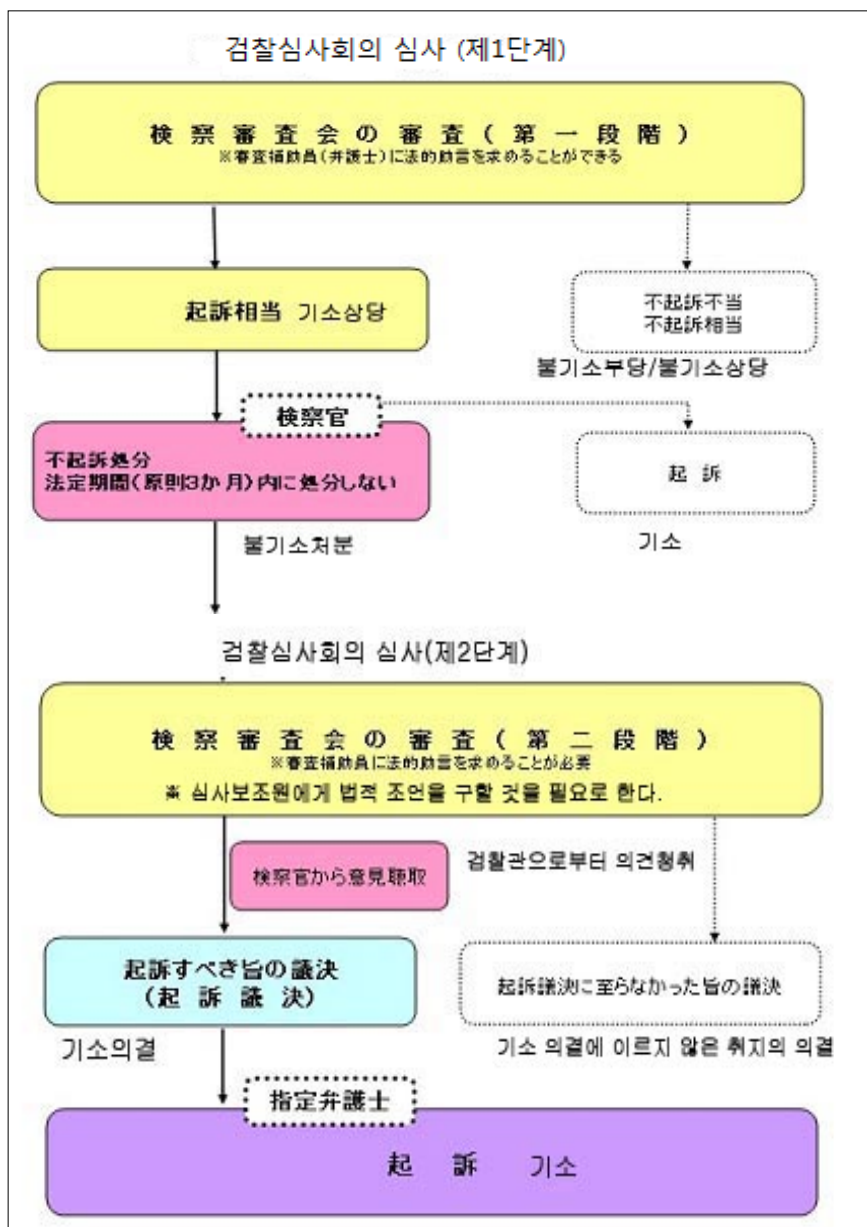


그림 1-2 불기소결정에 대한 심사과정

2) 검찰업무에 대한 건의 및 권고

검찰심사회법은 제정된 이래 지금까지 검찰사무의 개선과 관련하여 검찰심사회가 지방검찰청의 검사장에게 건의나 권고를 할 수 있는 규정을 두고 있다(검찰심사회법 제42조). 그러나 동 규정은 실효성과 관련하여 많은 의문이 제기되었고, 이러한 건의를 실질적으로 반영할 수 있는 장치를 마련할 것이 요구되었다. 이에 2004년 검찰심사회법 개정을 통해 검찰심사회로부터 건의 또는 권고를 받은 검사장은 신속하게 조치 유무 및 그 내용을 검찰심사회에 반드시 통지하도록 의무를 부과하는 동조 제2항이 신설되었다.

3. 검찰심사회의 특징

가. 미국 대배심과의 비교

검찰심사회제도는 패전 후 대배심제도를 도입하라는 연합국 총사령부(GHQ)의 권고에 대한 타협책으로 시행된 것이기 때문에 미국의 대배심제도와 유사한 측면이 있다. ① 선거인들 중에서 무작위로 선발된 일반인들로 심사회가 구성된다는 점, ② 직권심사가 허용된다는 점, ③ 심사절차의 밀행성을 특징으로 한다는 점, ④ 기본적인 심사회의 결정은 다수결의 방식에 따른다는 점 등이 대표적이다.⁴⁰⁸⁾ 그러나 국민에게 소추권이 있다는 사인소추주의를 이념적 근거로 삼는 미국의 대배심은 부당한 불기소처분뿐만 아니라 부당한 기소를 사전적으로 통제하는 기능을 한다. 이에 반해 일본의 검찰심사회는 국가소추주의 하에 검찰관이 불기소한 사건만을 사후적으로 통제한다는 점에서 본질적인 차이가 있다.⁴⁰⁹⁾ 또한 2004년 법 개정을 통해 검찰심사회의 결정에 법적 구속력을 부여하였으나 일정한 절차와 요건 하에서만 인정된다는 점에서 한계가 있다. 즉, 검찰심사회가

408) 篠倉満, “アメリカの大陪審とわが国の検察審査会制度”, 法学セミナー, 16卷 7号(通卷 199号), 日本評論社, 1972. 7, 37면

409) 岡部素昌, “刑事司法における検察審査会の役割-アメリカ大陪審の検討をかねて”, 法律時報 50卷 9号, 日本評論社, 1978. 9, 27면

내린 기소상당 또는 불기소부당의 결정에 곧바로 구속력이 부여되는 것이 아니라, 이를 통보받은 검찰관이 다시 불기소처분을 내린 후 검찰심사회가 이에 대한 두 번째 심사를 통해 기소상당의 결정을 내리게 되면 비로소 법원이 지정한 변호사가 공소를 제기하는 것이다.

나. 검찰심사보조원

2004년 검찰심사회법의 개정을 통해 검찰심사보조원제도가 도입된 것은 주목할 만하다.⁴¹⁰⁾ 검찰심사회는 심사를 함에 있어서 법률에 관한 전문적인 지식을 보충할 필요가 있다고 인정되면 변호사 중에서 심사보조원을 위촉할 수 있다(검찰심사회법 제39조의2 제1항). 검찰심사보조원의 수는 1명이고, 검찰심사회장의 지휘·감독을 받아 법률에 관한 학식과 경험에 기초하여 ① 당해사건에 관한 법령을 설명하고, ② 당해사건과 관련된 사실상·법률상 쟁점 및 증거를 정리하며, ③ 당해사건을 심사하는데 필요한 법적인 조언을 제공하는 임무를 수행한다(동조 제2항). 또한 검찰심사보조원은 검찰심사회가 의결서를 작성할 때 그 업무를 보조한다(동조 제3항). 한편 공소권 실행 과정에 민의를 반영하고, 적정한 공소권 행사를 도모하는 것을 목적으로 하고 있는 검찰심사회 제도의 취지에 부합하도록 검찰심사보조원에게는 자율적인 검찰심사회의 판단 과정을 방해하는 언동이 금지되어 있다(동조 제5항).⁴¹¹⁾

4. 검찰심사회의 운영현황 및 평가

가. 검찰심사회의 운영현황

〈표 3-4〉은 2001년부터 2010년까지 최근 10년간 검찰심사회에 접수되어 처리된

410) 池田 綾子, “檢察審査会改革と弁護士の役割”, 法律のひろば 62卷 6号, ぎょうせい, 2009. 6, 33頁; 田口守一, 刑事訴訟法, 弘文堂, 2009, 163면; 福井厚, 刑事訴訟法, 有斐閣, 2009, 179頁

411) 池田 綾子, 앞의 글, 37頁; 辻裕教, “刑事訴訟法等の一部を改正する法律(平成16年法律第62号)について(4・完)”, 法曹時報 58卷 8号, 法曹会, 2006. 8, 49頁

사건 수와 함께 검찰심사회법 시행 후 지금까지 검찰심사회가 처리한 사건 현황을 나타내고 있다. 검찰심사회는 1948년 도입된 이후 2010년까지 총 158,723건의 사건을 접수받아 처리해왔는데, 그 중 피해자 등의 신청에 의한 것이 145,240건이었고, 직권에 의한 것이 13,483건이었다. 신청에 의한 것이 대부분이었지만, 직권에 의한 것도 8.49%에 이른다는 점은 주목할 만하다. 같은 기간 중 157,903건의 사건이 처리되었는데, 기소상당이 2,376건(1.5%), 불기소부당이 15,227건(9.64%), 불기소상당이 89,049건(56.390%)으로 불기소상당이 높은 비율을 보이고 있다. 또한 심사가 개시된 후 심사가 중지되거나 신청이 각하된 사건 등도 51,251건에 이르렀는데, 이 중에는 검찰심사회의 의결 전에 검찰관이 자발적으로 기소를 함으로써 심사가 중지된 사안이 포함된 것으로 보인다. 가장 최근인 2010년(평성 22년)에는 총 2,273건의 사건이 신청되었고, 31건의 사건이 직권으로 심사되었다. 심사결과 1,764건이 불기소상당, 149건이 불기소부당으로 결정되었고, 기소상당으로 의결된 사건은 10건에 불과하였다. 한편, 검찰심사회법 시행 후 지금까지 검찰심사회가 행한 건의 및 권고의 수는 543건에 불과하여 매우 부진한 양상을 보이고 있는 바, 2010년에는 단 한건의 건의나 권고도 이루어지지 않았다.

표 3-4 검찰심사회의 접수 및 처리 사건 수⁴¹²⁾

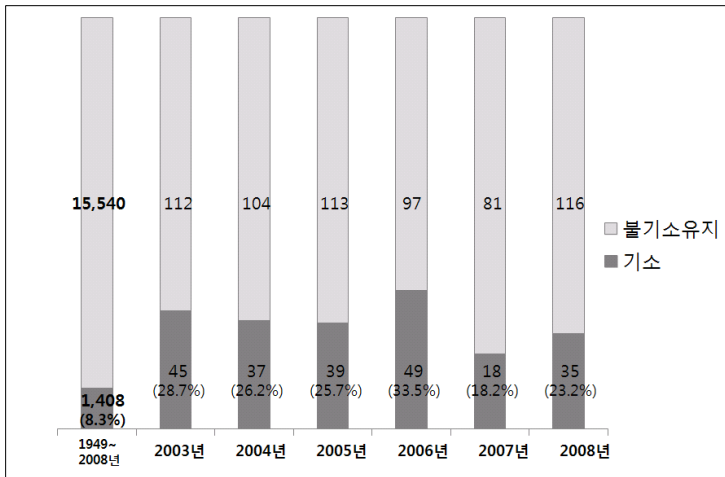
	심사사건									건의 및 권고
	접 수			처 리					미 처리	
	신청	직권	합계	기소 상당	불기소 부당	불기소 상당	기타*	합계		
2006년	2,569	34	2,603	15	109	2,286	385	2,795	1,069	0
2007년	2,242	32	2,274	9	119	1,863	405	2,396	947	1
2008년	2,006	33	2,039	13	117	1,734	502	2,366	620	0
2009년	2,613	50	2,663	11	113	1,886	457	2,447	836	1
2010년	2,273	31	2,304	10	149	1,764	397	2,320	820	0
시행 이후 총 누계	145,240	13,483	158,723	2,376	15,227	89,049	51,251	157,903		543

* 기타에는 각하, 이송, 심사중단 등이 포함됨

412) 일본 최고재판소 홈페이지. <http://www.courts.go.jp/kensin> (2011년 10월 20일 최종접속)

한편 <표 3-5>는 2009년 개정 검찰심사회법이 시행되기 이전까지 검찰심사회의 기소상당 또는 불기소부당 의결에 대한 검찰관의 사후조치 현황을 나타낸 그래프이다.⁴¹³⁾ 1949년부터 2008년까지 총 16,948건의 기소상당 또는 불기소부당 의결에 대해 검찰관이 기소한 사건은 1,408건으로 8.3%에 불과하고, 15,540건의 사건은 불기소가 유지되었다. 2008년에는 검찰심사회가 기소상당·불기소부당으로 의결한 총 151건의 사건 중에 35건이 기소되었고, 116건은 불기소가 유지됨으로써 23.2%의 기소율을 보였다.

표 3-5 검찰심사회의 기소상당·불기소부당 의결에 대한 검찰관의 사후조치⁴¹⁴⁾



한편, <표 3-6>은 제2단계 심사가 시작된 2009년부터 2010년까지 검찰심사회가 불기소처분 사건을 처리한 현황을 나타내고 있다. 2009년 5월 21일에 기소의 결재도가 시행된 이래 2010년까지 총 9건의 사건이 제2단계 심사에 들어갔고, 그 중 6건의 사건에 대하여 기소의결이 내려졌다.

413) 검찰심사회가 내린 기소상당 또는 불기소부당 의결에 따른 검찰관의 사후조치가 같은 해에 이루어지지 않는 경우도 있으므로 특정 연도에 검찰심사회가 내린 기소상당·불기소부당 의결 수와 이에 대해 검찰관이 취한 사후조치의 수가 상이할 수 있다.

414) 일본 법무성 홈페이지, http://www.moj.go.jp/housouken/housou_hakusho2.html (2011년 10월 20일 최종접속) 法務省法務総合研究所, 平成21年版 犯罪白書, 佐伯印刷, 2009.

표 3-6 검찰심사회의 제2단계 심사 처리 현황⁴¹⁵⁾

	심사사건		제2단계 심사		
	접 수	처 리	개 시	처 리	
				기소의결	기소의결에 이르지 않음
2009년	2,663	2,447	5	0	1
2010년	2,304	2,320	4	6	1
시행 이후 총 누계	158,723	157,903	9	6	2

최초로 기소의결이 내려진 사건은 2001년 7월 21일 효고현 아카시에서 발생한 군중사상사고에 대한 것이었다.⁴¹⁶⁾ 효고현 아카시 내의 육교에 불꽃놀이를 구경하려는 인파가 한꺼번에 몰리면서 총 11명이 사망하고 247명이 중경상을 입은 대형 참사가 벌어졌는데, 현장 지휘관이었던 아카시경찰서의 지역관과 당일 현장 경비를 하청 받았던 경비업체 담당자들에 대하여는 공소가 제기되었지만, 아카시경찰서의 서장과 부서장은 불기소되었다(제1회 불기소처분). 이에 피해자 유족들이 서장과 부서장을 업무상과실치사상죄로 형사소추하기 위해 검찰심사회에 심사를 신청하였고, 검찰심사회는 기소상당의 의결을 내렸으나(제1회 기소상당 의결), 고베지검은 다시 불기소처분을 내렸다(제2회 불기소처분). 유족들은 재차 검찰심사회에 심사를 신청하여 기소상당의 의결이 받아냈으나(제2회 기소상당 의결), 또 다시 검찰은 불기소처분을 하였다(제3회 불기소처분). 2009년 5월 21일 개정 검찰심사회법 시행 당시 피해자 유족들은 검찰심사회에 아카시경찰서 부서장(당시 서장은 사망)에 대한 불기소처분의 심사를 신청하였다. 2009년 7월 15일 고베 제2검찰심사회는 기소상당 의결을 내렸고(제3회 기소상당 의결), 검찰은 또 다시 불기소처분을 하였다(제4회 불기소처분).⁴¹⁷⁾

415) 일본 최고재판소 홈페이지. <http://www.courts.go.jp/kensin> (2011년 10월 20일 최종접속)

416) 平田純, “檢察審査会の活動: 大規模事故と起訴抑制”, 福岡大学法学論叢 第55巻 第3・4号(通巻 第196・197号), 2011, 439-443頁

417) 검찰은 불기소처분의 이유에서 부서장이 현장 지휘관이었던 아카시경찰서 지역관에게 사건이 발생했던 현장 주변에 경관을 고정 배치하고, 필요시 기동대 등을 투입할 수 있는 권한을 부여함으로써 사고 방지를 위해 필요한 일단의 조치를 강구하였기 때문에, 경비 계획 단계에서의 주의의무 위반이나, 사건을 예견할 수 있었다는 사실을 증명할 수 없는 증거가 없는 바, 공판을 유지해서 유죄가 도출될 전망이 없다고 밝혔다.

이에 대해 2010년 1월 27일 고베 제2 검찰심사회가 개정법에 근거하여 기소 의결을 하였고,⁴¹⁸⁾ 동년 2월 4일에 고베 지방법원은 심사보조원을 맡은 변호사를 포함하여 3명의 지정 변호사를 선정하였으며, 동년 4월 20일 지정변호사가 기소장을 고베 지방법원에 제출하였다.⁴¹⁹⁾

나. 검찰심사위원회에 대한 평가

법원의 부심판결정이 있는 경우 공소유지변호사로 하여금 공소유지를 담당하게 하는 등 검찰의 공소권에 대한 강력한 견제수단이 될 수 있는 재정신청제도가 직권남용 등의 범죄로 그 대상사건을 한정⁴²⁰⁾하는 상황에서, 검찰심사회제도는 검찰의 공소권에 대한 통제수단으로서 그 기능을 수행하고 있다.⁴²¹⁾ 일본은 검찰심사회제도의 필요성에 대한 국민적 공감대를 바탕으로 제도가 안고 있는 문제들을 극복하기 위하여 법 개정을 단행하였다. 그럼에도 불구하고 검찰심사회의 심사대상을 불기소처분으로 한정하고 있다는 점, 기소상당의 결정을 제외하고는 검찰심사회의 결정에 구속력이 인정되지 않는다는 점 등은 여전히 한계로 지적되고 있다. 또한 제도 운영과 관련해서도 심사원의 임기연장, 심사원 등의 여비 및 일당 액의 증대, 심사원의 확충 등이 요구되고 있고, 피의자의 지위에 대한 문제도 제기되고 있으며,⁴²²⁾ 변호사에 의한 공소제기·유지제도의 도입에 따른

418) 고베 제2 검찰심사회의 기소의결서에 의하면, 검찰관이 피의자의 유무죄에 중점을 두는 것에 반해, 검찰심사회는 시민상식의 관점에서 공개재판으로 사실관계나 책임소재를 분명히 함으로써 이러한 사고의 재발을 방지하는 것에 중점을 둔다고 밝히고 있다. 毎日新聞 2010. 1. 26, 26면; 朝日新聞 2010. 1. 27; 神戸新聞 2010. 1. 26.

419) 공소시효와 관련해서 부서장의 업무상과실치사상죄는 공소시효 기간이 5년이므로 2006년 7월에 시효가 완성되었지만, 현장 지휘관이던 지역관과 공범관계가 인정되면, 2002년 12월에 지역관에 대해 공소가 제기되면서 부서장에 대한 공소시효가 정지된 것으로 파악할 수 있는 것이다(일본 형사소송법 제254조 제2항).

420) 白取祐司, 刑事訴訟法, 日本評論社, 2010; 212-213頁; 三井誠酒巻匡, 入門刑事手続法, 有斐閣 2010, 125-126頁.

421) 특히 기소상당 결정에 대한 구속력이 인정된 이후 검찰심사회 운영에 부쩍 활기를 띠고 있다. 井上正仁, “もう一つの國民参加 日本の檢察審査會制をめぐる動向” 2010. 11. 4. 서울대학교 법과대학 초청강연문 참조.

422) 검찰심사회법 제37조 제1항에 의해 피의자를 증인으로 소환할 수 있지만, 실제로 소환하는 예는

실질적·구체적 운용 방안의 마련도 요구되고 있다.⁴²³⁾

국가소추주의를 유지한 상태에서 기소배심제를 모델로 만들어진 검찰심사회가 본래의 취지대로 기능하는 것에는 한계가 있을 수밖에 없으나, 일반국민들이 참여하여 검사의 불기소처분에 대한 당부를 판단함으로써 검찰의 공소권에 대한 통제기능을 수행해왔다는 점에 대해서는 높이 평가해야 마땅하다.⁴²⁴⁾ 특히, 검찰심사원이나 보조원으로 활동한 사람들이 동 제도에 대하여 긍정적으로 평가하고 있다는 점은 주목할 만하다고 생각한다.⁴²⁵⁾

또한 개정 검찰심사회법에서 기소상당의 결정에 대한 재심사를 통한 기소강제절차를 도입한 것은, 일정한 경우 검찰심사회의 의결에 구속력을 부여하여 검찰심사회가 형사소추의 최종책임자라는 사실을 명확히 함으로써 재판원제도와 함께 국민의 사법참여를 담보하는 두 개의 축으로 기능하고 있다는 점에서 의미가 있다.⁴²⁶⁾

한편, 일본은 검찰심사회법 개정 이후 대국민 홍보에 상당한 노력을 기울이고 있다. 아래의 〈그림 1-3〉은 일본 최고재판소가 검찰심사회와 관련된 절차를 설명하기 위해 제시하고 있는 자료인데, 그림과 일상적인 용어들을 이용하고 있다는 점이 특징적이다. 국민의 참여로 사법의 민주화를 구현하고자 하는 제도의 취지를 고려한다면, 제도를 시행해 나가는 과정에서 국민의 이해도를 높이기 위해 쉬운 설명방식을 택하고 적극적인 홍보를 통해 국민참여를 독려하고 있는 일본의 제도 시행 전략은 높이 평가할 만하다.

많지 않고 통상 피의자가 알지 못한 상황에서 심사와 의결이 이루어지고, 의결의 취지에 대하여도 통보를 받지 못하고 있다.

423) 宇藤 崇, “檢察審査会の役割と制度の概要”, 法律のひろば 62卷 6号, きょうせい, 2009. 6, 10頁 이하 참조

424) 寺岐嘉博·도중진(역), “일본의 형사사법- 검찰심사회와 배심제도”, 형사정책 13권 1호, 한국형사정책학회, 2001, 318면

425) 三井誠, “檢察審査会制度の今後”, 現代刑事法—その理論と実務 7卷1号(通卷 69号), 現代法律出版, 2005, 82頁

426) 宇藤 崇, 앞의 글, 4, 7頁



그림 1-3 일본 최고재판소의 검찰심사회 설명 자료⁴²⁷⁾

427) 일본 최고재판소 홈페이지 http://www.courts.go.jp/kensin/kensatu_sinsakai.html (2011년 10월 20일 최종접속)

제5장

재판전 형사절차에서의 효과적인 국민참여 방안 : 검찰시민위원회 개혁을 중심으로

재판전 형사절차에서의 효과적인 국민참여 방안 : 검찰시민위원회 개혁을 중심으로

제1절 재판전 단계에서의 국민참여와 관련된 법률안

사법의 민주적 정당성을 강화하고 투명성을 제고하기 위해 도입된 국민참여 재판과 균형을 맞추어 검사의 공소권행사 과정에 국민의 의사를 반영시키기 위하여 그 동안 다음과 같은 법률안이 발의되었다.

1. 국민의 고소사건 재정심사 참여에 관한 법률안

2006년 6월 22일 한나라당 장운석 의원을 포함한 11인의 국회의원들은 검사의 불기소처분에 국민참여형 재정심사제도를 도입함으로써 사법에 대한 국민의 신뢰를 확립하고 피해자인 고소인을 보호하기 위해 「국민의 고소사건 재정심사 참여에 관한 법률안」(의안번호 4526)을 발의하였다. 동 법률안은 첫째, 법무부 소속의 재정심사회를 각 지방검찰청 및 지청 소재지에 설치하는 것을 내용으로 한다(안 제3조).⁴²⁸⁾ 둘째, 재정심사제도는 피해자인 고소인의 신청에 의해 개시 되고(안 제26조 제1항 본문), 모든 고소사건을 대상으로 한다(안 제26조 제1항

단서).⁴²⁹⁾ 셋째, 각 재정심사회에는 재정심사원 5인으로 구성된 재정심사부를 둔다(안 제6조). 재정심사원은 국회의원선거권자로부터 시·군·구 선거관리위원회에서 후보자를 선정하고, 그 후보자 중에서 재정심사회 사무국장이 선정한다(안 제13조 내지 제17조). 또한 재정심사원의 직무수행일은 1주일을 원칙으로 하되, 사건이 복잡한 경우에는 당해사건의 심리·의결 시까지 연장이 가능하다(안 제18조). 넷째, 재정심사부에 부여된 조사권한은 다음과 같다. ① 재정심사부는 검사로 하여금 심사에 필요한 자료를 제출하거나 그 회의에 출석하여 의견을 진술하도록 요구할 수 있고(안 제33조), ② 재정심사신청인, 피신청인 및 참고인을 소환하여 심문할 수 있을 뿐만 아니라(안 제34조), ③ 공무소 등에 사실조회를 할 수 있다(안 제35조). 또한 ④ 사실인정 및 법률판단을 위하여 전문가의 조언을 들을 수 있으며(안 제36조), ⑤ 필요시 지방검찰청검사장 등에게 추가수사를 의뢰할 수 있다(안 제37조). 다섯째, 재정심사부는 ① 신청이 부적법한 때에는 각하, ② 이유 없는 때에는 기각, ③ 이유 있는 때에는 공소제기의 요구를 의결하고, 의결은 만장일치를 원칙으로 하되, 의견이 일치되지 않는 경우에는 다수결로 한다(안 제38조). 여섯째, 재정심사부의 의결의 효력과 관련하여 ① 기각 또는 공소제기요구 의결에 대하여는 어떠한 방법으로도 불복할 수 없도록 종국적 효력을 부여하고(헌법소원 대상에서 제외), ② 공소제기요구의 의결은 기속력을 가진다(안 제39조). 마지막으로 재정심사부의 요구에 따라 공소제기된 사건의 공소유지는 고등검찰청 검사장이 선정한 고등검찰청 검사가 담당하고(안 제39조 제5항), 검찰청법상의 항고 및 재항고절차를 경유한 후에 재정심사를 신청할 수 있게 함으로써 현행과 같이 항고전치주의를 유지하였다(안 제26조 제2항 및 제3항).

428) 재정심사회는 예산, 사무국 직원의 인사와 관련된 사항만 법무부에서 관장할 뿐 각 재정심사회의 내부적 운영, 재정심사 업무에 관하여는 법무부장관으로부터 독립적이고, 법무부장관의 지휘감독을 받지 않는다고 규정하였다(안 제5조).

429) 동 법률안 발의 당시 「형사소송법」 제260조 제1항은 재정신청 대상범죄를 공무원의 직무에 관한 죄 중 직권남용, 불법체포감금 및 폭행·가혹행위 등의 범죄로 한정하고 있었다. 이후 2007년 6월 1일 법률 제8496호로 형사소송법이 개정(2008년 1월 1일부터 시행)됨으로써 동 규정은 재정신청의 대상범죄를 모든 범죄로 확대하고 있다.

2. 재정심사에 관한 법률안

2006년 9월 18일 한나라당 권영세 의원을 포함한 12인의 국회의원들은 검사의 공소권행사에 대한 민주적 통제를 강화함으로써 사법에 대한 국민적 신뢰를 회복하고자 국민이 참여하는 재정심사회가 검사의 불기소처분을 통제하도록 하는 「재정심사에 관한 법률안」(의안번호 4941)을 발의하였다.⁴³⁰⁾ 동 법률안은 첫째, 검사의 불기소처분에 대한 당부를 심사하는 재정심사회⁴³¹⁾를 각 고등법원 소재지에 설치하는 것을 내용으로 한다(안 제3조).⁴³²⁾ 둘째, 「형사소송법」 제260조 제1항에 의해 고등법원에 재정신청을 할 수 있는 범죄 이외의 모든 사건에 대하여 검사의 불기소처분 통지를 받은 고소인 또는 고발인은 재정심사회에 그 당부심사를 신청할 수 있다(안 제30조).⁴³³⁾ 셋째, 재정심사회는 관할 구역내의 국회의원 선거권자 중에서 선출된 7인의 재정심사원으로 구성된다(안 제6조). 재정심사원은 관할 구역 고등법원장, 고등검찰청 검사장, 변호사협회장, 광역자치단체장 등으로 구성된 선정위원회에서 선정된다(안 제20조). 선정위원들은 매년 필요한 재정심사원 후보자를 추천하고, 자격을 갖춘 추천 후보자들 중에서 재정심사원 선정위원회가 후보자를 선정한 뒤, 다시 추천을 통해 후보자들 중에서 재정심사원과 예비심사원을 선정한다(안 제21조부터 제23조). 이렇게 선정된 재정심사원의 임기는 6개월로 한다(안 제25조). 넷째, 재정심사부에는 다음과 같은 조사권한이 부여되어 있다. ① 재정심사회는 재정심사신청인, 피신청인 및 증인을 소환하여 진술을 들을 수 있고, 증인이 소환에 불응할 경우 과태료에 처할 수 있으며, 검사에게 요청하여 구인할 수 있다(안 제37조). 또한 ② 공무소 등에

430) 2006년 9월 20일 국회 법제사법위원회에 회부된 후, 소관위원회 회의를 거쳐 2007년 11월 21일 폐기되었다.

431) 재정심사회는 예산 사무국 직원의 인사와 관련된 사항만 법무부에서 관장할 뿐 재정심사원의 선정, 재정심사회의 운영, 재정심사회 업무에 관하여는 법무부장관으로부터 독립적이고 법무부장관의 지휘·감독을 받지 않는다고 규정하였다(안 제5조).

432) 또한 처리하여야 할 사건 수에 따라 하나의 고등법원 관할 내에 여러 개의 재정심사회를 구성할 수 있도록 하였다.

433) 다만, 고발사건의 경우에는 공공의 이익이 있는 때에 한해 심사하도록 함으로써 공익적 고발에 대한 검찰권 행사의 공정성을 담보함과 동시에 남고발을 막고자 하였다(안 제4조).

사실조회를 할 수 있고(안 제39조), ③ 사실인정 및 법률판단을 위하여 전문가의 조언을 들을 수 있으며(안 제38조), ④ 필요시 지방검찰청검사장 등에게 추가수사를 의뢰할 수 있다(안 제39조). 한편 ⑤ 검사로 하여금 심사에 필요한 자료를 제출하거나 그 회의에 출석하여 의견을 진술하도록 요구할 수 있다(안 제36조). 다섯째, 재정심사회는 ① 신청이 부적법한 때에는 각각, ② 이유 없는 때 또는 고발이 공공의 이익이 없는 때에는 기각, ③ 이유 있는 때에는 기소함이 상당하다는 의결을 하고, 의결은 과반수로 하되, 기소함이 상당하다는 의결은 5인 이상의 다수결로 한다(안 제41조). 여섯째, 재정심사회의 의결의 효력과 관련하여 ① 기각 또는 공소제기요구 의결에 대하여는 어떠한 방법으로도 불복할 수 없도록 종국적 효력을 부여하고(헌법소원 대상에서 제외), ② 기소함이 상당하다는 의결은 기속력을 가진다(안 제42조). 마지막으로 재정심사신청은 검찰청법상의 항고 및 재항고 절차를 경유한 후에 가능한 것으로 항고전치주의를 유지하였다(안 제30조).

3. 기소심사에 관한 법률안

2010년 11월 3일 자유선진당 김창수 의원을 포함한 11인의 국회의원들은 고소 및 일부 고발사건에 대한 검사의 불기소처분에 국민참여형 기소심사제도를 도입함으로써 사법에 대한 국민의 신뢰를 확립하고 피해자인 고소인을 보호하기 위해 「기소심사에 관한 법률안」(의안번호 9792)을 발의하였다.⁴³⁴⁾ 동 법률안은 첫째, 각 고등법원 소재지에 기소심사에 관한 업무를 수행하는 기소심사회⁴³⁵⁾를 설치하는 것을 내용으로 한다(안 제3조).⁴³⁶⁾ 둘째, 고소권자로서 고소를 한 자 및 「형법」 제123조부터 제125조까지의 죄에 대하여 고발을 한 자는 검사로부터 불기소처분을 통지받은 때에 기소심사회에 그 당부심사를 신청할 수 있다(안 제34조).⁴³⁷⁾ 셋째, 기소심사회에는 11명의 기소심사원이 참여한다(안 제5조). 기소

434) 2011년 7월 1일 국회 법제사법위원회에 회부된 후 2011년 10월 30일 현재 계류중이다.

435) 기소심사회는 독립하여 그 직무를 행한다(안 제5조).

436) 필요한 경우에는 1개의 고등법원 소재지에 복수의 기소심사회를 둘 수 있다.

437) 다만, 고발사건의 경우에는 공공의 이익이 있는 때에 한해 심사하도록 함으로써 공익적 고발에

심사원은 관할 구역 고등법원장, 고등검찰청 검사장, 변호사협회장, 광역자치단체장 등으로 구성된 선정위원회에서 선정된다(안 제12조). 선정위원들은 매년 필요한 기소심사원 후보자를 추천하고, 기소심사원후보자는 제1군부터 제4군까지로 구성하되, 각 군의 인원 수를 100명으로 한다(안 제13조). 기소심사원후보자는 기소심사원 선정위원의 만장일치로 선정하고(안 제14조), 기소심사원 및 예비기소심사원은 각 군에서 무작위 추출방식으로 선정한다(안 제20조). 이렇게 선정된 기소심사원과 예비기소심사원의 임기는 6개월이다(안 제21조). 넷째, 기소심사회에 다음과 같은 조사권한을 부여하였다. ① 기소심사회는 검사로 하여금 심사에 필요한 자료를 제출하거나 그 회의에 출석하여 의견을 진술하도록 요구할 수 있고(안 제38조), ② 필요한 경우 기소심사신청인, 피의자 또는 참고인을 소환하여 심문할 수 있으며, 증인이 소환에 불응할 경우 과태료에 처할 수 있을 뿐만 아니라 검사에게 요청하여 구인할 수 있다(안 제39조). 또한 기소심사회는 ③ 사실인정 및 법률판단을 위하여 전문가의 조언을 들을 수 있으며(안 제40조), ④ 공무소 등에 사실조회를 할 수 있다(안 제41조). 다섯째, 기소심사회는 ① 기소신청이 법률상의 방식에 위배되거나 이유 없는 때에는 신청을 기각하고, ② 신청이 이유 있는 때에는 기소함이 상당하다는 의결을 한다(안 제43조 제2항). 여섯째, 기소심사회의 의결의 효력과 관련해서 ① 기각 또는 기소함이 상당하다는 의결에 대하여는 불복할 수 없고(안 제43조 제4항), 기소상당 의결이 내려지면 지체 없이 지방검찰청검사장 또는 지청장은 재수사를 개시하여 다시 기소제기 여부를 결정하여야 하며(안 제44조), ② 재수사를 한 지방검찰청검사장 또는 지청장이 또 다시 불기소처분을 내릴 경우, 기소심사회는 재의결을 하게 되고, 그 결과 기소제기 의결이 내려지면 검사는 기소를 제기해야 하는 것으로 기속력이 부여된다(안 제45조).

대한 검찰권 행사의 공정성을 담보함과 동시에 남고발을 막고자 하였다(안 제4조).

제2절 형사재판전 단계에서의 효과적인 국민참여 방안 모색

1. 수사 및 기소단계에 관여하는 검찰시민위원회의 활용

형사사법의 민주화를 실현하고, 국민적 신뢰를 제고하기 위해서는 형사재판은 물론이고 수사 및 기소가 이루어지는 재판전 단계에서도 국민의 참여방안이 모색되어야 한다. 스폰서 검사 사건을 비롯한 일련의 검찰관련 스캔들은 일반국민들이 검찰의 막강한 권한 행사에 대한 문제를 인식하도록 하는 계기가 되었고, 이에 검찰은 자체 개혁 방안으로 검찰시민위원회를 설치하였다. 2010년 6월 11일 검찰이 발표한 개혁 방안에는 기소 독점권 완화를 위해 검찰시민위원회를 설치하고, 향후 미국식 기소배심제도의 입법을 추진하겠다는 내용이 포함되어 있다.⁴³⁸⁾ 현재 과도기적 조치로서 검찰시민위원회가 시행되고 있으나 검찰이 지향하는 제도는 미국식 기소배심제이고, 일본 또한 변형된 기소배심제를 운영하고 있는 바, 미국의 대배심과 일본의 검찰심사회에 관하여 상세히 고찰하였다.

형사재판전 단계에서 시민들이 참여하는 대표적인 제도인 대배심과 검찰심사회는 무작위로 선출된 일반 국민들이 회의체 형식의 기구를 구성하여 기소여부의 결정과정에 관여한다는 점에서 유사하다.⁴³⁹⁾ 그러나 미국의 대배심은 그 자체가 기소여부를 결정하는 기구임에 반해, 일본의 검찰심사회는 검사의 기소결정을 사후에 심사하여 의견을 개진하는 자문적 성격이 강하다는 점에서 차이가 있다.⁴⁴⁰⁾ 물론 최근의 법개정을 통해 검찰심사회의 결정은 제한적인 범위 내에서 기속력이 부여되고 있지만, 미국의 대배심과 같이 독립적인 소추기구로서의 성격은 가지지 못하고 있다. 또한 대배심이 검사의 부당한 기소와 불기소를 모두 통제할 수 있는 것에 반해,⁴⁴¹⁾ 검찰심사회는 검사의 불기소처분에 대한 정당성

438) 대검찰청, 검찰 개혁 방안, 2010.6.

http://www.spo.go.kr/spo/notice/press/press.jsp?mode=view&article_no=495209&pager.offset=40&board_no=2&stype= (2011년 10월 20일 최종접속)

439) 표성수, 앞의 글, 198면

440) 出口雄一, 앞의 글, 17頁

441) 전통적으로 대배심은 검(sword)과 방패(shield)로 특징지어졌다. Susan W. Brenner(1998), p. 194.

여부만을 사후에 심사함으로써 범죄혐의자의 인권을 보호하는 기능 면에서 현저한 차이가 있는 것으로 지적된다.⁴⁴²⁾

현행 검찰시민위원회는 대상사건이 한정적이기는 하지만, 검사의 불기소 처분뿐만 아니라 공소제기의 적정성 여부도 사전에 심의하는 것으로 규정되어 있다. 또한 구속취소나 구속영장의 재청구에 관한 적정성도 사전에 심의할 수 있는바, 수사과정에도 일정부분 관여하고 있다는 점에서 일본의 검찰심사회보다는 미국의 대배심과 유사한 모습을 보이고 있다. 그러나 충분한 논의과정을 거치지 않은 채, 과도기적 조치로 도입된 검찰시민위원회는 구체적인 내용에 있어서는 미국의 대배심과 상당한 차이를 보이고 있다. 현행 검찰시민위원회에 대하여 그 제도적 한계가 지적되고, 내실을 갖추지 못한 홍보용 제도에 불과하다는 비판이 가해지고 있는 지금, 검찰이 궁극적으로 시행하고자 하는 미국식 기소배심제도의 도입 및 그 수용방안을 구체적으로 검토할 필요가 있다.

물론 일반시민이 직접 수사 및 기소여부의 결정에 참여하는 미국의 대배심을 도입하는 데에는 신중을 기해야 한다는 의견도 있다.⁴⁴³⁾ 외국의 제도를 도입함에 있어서는 해당 제도의 장단점과 운영실태가 다각적으로 분석되어야 하고, 우리의 법문화나 사법 환경 및 일반인의 법의식과의 조화 여부 등이 면밀히 검토되어야 할 것이다.⁴⁴⁴⁾ 이러한 인식 하에, 검찰도 향후 “미국의 대배심”이 아닌 “미국식 기소배심제”를 도입하겠다고 밝힌 것으로 보인다. 현행 검찰시민위원회도 세부적인 내용에 있어서는 차이가 있지만, 수사과정이나 기소여부 결정에 국민이 직접 참여할 수 있도록 한다는 제도의 기본틀은 미국의 대배심을 모델로 한 것이다. 그러므로 형사재판전 단계에서 국민이 참여할 수 있는 효과적인 방안을 모색함에 있어서, 종래의 법률안에서 제시되고 있는 재정심사회나 기소심사회 등과 같은 새로운 제도를 마련하는 것 보다는 현행 검찰시민위원회가 우리 실정에 맞는 미국식 기소배심제도로 운영될 수 있도록 그 개혁방안을 모색하는 것이 바람직할 것이라 생각한다.

442) 鮫越益弘, 앞의 글, 119頁; 小田中聰樹, 앞의 글, 17頁

443) 표성수, 앞의 글, 203면

444) 오경식, “미국의 기소대배심운영과 한국의 도입방안”, 형사법의 신동향 통권 제28호, 대검찰청, 2010, 20면; 표성수, 앞의 글, 203면

2. 검찰 기소권에 대한 종래의 통제제도와와의 관계 설정

미국식 기소배심제도를 도입함에 있어서는 검찰 기소권을 통제하고 있는 현행 시스템과의 관계를 어떻게 설정할지가 우선적으로 검토되어야 한다. 현행법상 검사의 불기소처분에 대하여는 검찰항고와 재정신청제도 및 헌법소원이라는 사후적 통제제도를 마련해 놓고 있다. 2007년 형사소송법 개정을 통해 재정신청제도는 모든 고소사건으로 확대되었다(형법 제123조부터 제125조까지의 공무원 직권남용죄에 대한 고발사건의 재정신청은 그대로 유지되었다). 또한 재정신청 이전에는 검찰항고를 거치도록 요구되고 있는 바, 검사의 부당한 불기소처분에 대하여 고소인(형법 제123조부터 제125조까지의 죄에 대하여는 고발인 포함)은 검찰항고를 거쳐 재정신청을 할 수 있고, 형법 제123조부터 제125조까지의 죄 이외의 사건에 대한 고발인은 검찰항고와 검찰재항고라는 불복방법을 순차적으로 이용할 수 있다. 한편, 검사의 부당한 불기소처분에 대하여는 헌법소원이 제기될 수 있는데, 공권력의 행사 또는 불행사로 인해 헌법상 보장된 기본권을 침해당한 자가 주체가 되므로 헌법상 재판절차진술권이 보장된 범죄피해자가 청구할 수 있고, 단순한 고발자는 이를 이용할 수 없다. 또한 헌법소원은 다른 법률적 구제절차를 거친 이후에야 비로소 청구할 수 있고, 법원의 재판은 헌법소원의 대상에서 제외되어 있기 때문에, 고소를 제기하지 않은 범죄피해자가 아닌 이상 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원을 청구할 수 있는 경우는 사실상 존재하지 않는다. 이러한 문제로 인하여 재정신청의 기각결정에 대해서도 헌법소원의 청구가 가능하도록 헌법재판소법 제68조 제1항 본문을 개정⁴⁴⁵⁾하여 검찰항고 → 재정신청 → 헌법소원이라는 3심제적인 사후적 통제방식을 갖추어야 한다는 주장이 제기된다.⁴⁴⁶⁾ 또한 사후적 통제제도를 효과적으로 운영하려면 고소나 재정신청의 남발이 방지되어야 할 것인 바, 무고죄에 대하여 단호히 대처하고, 형사재판전 단계에서 대체적 분쟁해결 수단을 적극적으로 활용하는 방안도 검토될

445) 현행 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 중 “...법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원 심판을 청구할 수 있다”라는 부분을 “...법원의 재판(재정결정은 제외)을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”로 개정하자는 것이다.

446) 윤영철, 앞의 글, 343면

수 있을 것이다.

검찰의 기소권에 대한 현행 시스템이 대폭 개선된다고 가정하더라도, 사후적·사법적인 통제제도로서 동 제도가 가지는 한계들은 여전히 남아 있다. 즉, 검사의 부당한 기소를 통제할 수 있는 법적 장치가 마련되어 있지 않다는 점, 정치적 영향력으로부터 검찰을 보호하면서 공소권 행사의 공정성과 투명성을 증대시키기 위한 효율적인 국민참여 방안이 없다는 점 등이 문제되는 것이다. 그러므로 검사의 기소재량권을 합리적이고 민주적으로 통제하기 위해서는 검찰항고와 재정신청 등 종래의 사후적 통제제도와 함께 시민이 참여하는 사전적 통제제도를 이원적으로 운영하고,⁴⁴⁷⁾ 양자 모두에 국민참여라는 민주성을 가미해야 할 것이다. 일본의 검찰심사회의 경우 부당한 기소처분을 통제하는 기능이 결여되어 있다. 검찰심사회를 제도화하는 초기 논의 과정에서 불기소처분에 대하여는 검찰항고 등의 검찰 내부 절차 이외의 이의신청 절차가 매우 제한적이라는 점에서 검찰심사회의 심사대상에 포함될 것이 요청되었지만, 기소처분에 대한 정당성 여부는 법원의 재판과정을 통해 충분히 검토될 수 있으므로 검찰심사회의 대상사건이 되지 않아도 된다는 논리가 전개되었다.⁴⁴⁸⁾ 그러나 검사의 불기소처분에 대한 정당성 여부만을 사후에 심사하는 검찰심사회에 대해서는 범죄혐의자에 대한 인권보호적 측면에서 미국의 대배심에 비해 미약한 기능을 수행하고 있는 바, 검찰심사회로 하여금 부당한 기소를 견제하는 역할도 수행하도록 해야 한다는 주장이 제기되기도 하였다.⁴⁴⁹⁾ 요컨대, 검찰의 독점적인 기소권한을 효율적으로 통제하고, 기소여부 결정의 대상인 범죄혐의자의 인권을 보호하기 위해서는 현행법상의 사후적인 통제방식과 새로운 사전적 통제방식이 이원적으로 운영되어야 하며, 양자 모두에 일반인의 상식과 법감정을 반영시킬 수 있는 방안을 마련해야 하는 것이다.

447) 윤영철, 앞의 글, 342면

448) 篠倉滿, “アメリカの大陪審とわが国の検察審査会制度”, 法学セミナー, 16卷 7号(通卷 199号), 日本評論社, 1972, 38頁

449) 篠倉滿, 앞의 글, 38頁. 이에 반대하는 견해로는 岡部泰昌, “刑事司法における検察審査会の役割-アメリカ大陪審の検討をかねて”, 法律時報 50卷 9号, 日本評論社, 1978, 28頁

제3절 검찰시민위원회의 구체적인 개혁방안

현행 검찰시민위원회에 대하여 제기되는 비판으로는 ① 검사가 요청한 사건에 대하여만 심의하도록 한 심의대상, ② 각 지방검찰청 및 지청 소속으로 운영됨으로써 발생하는 독립성 약화, ③ 검사장 또는 지청장의 재량에 의한 검찰시민위원의 선임 절차, ④ 심의결과에 대한 기속력 미부여 등을 들 수 있다.⁴⁵⁰⁾ 이하에서는 미국의 대배심과 일본의 검찰심사회 등에 대한 비교법적 고찰 자료를 토대로 우리의 실정에 맞는 검찰시민위원회의 개혁방안을 구체적으로 모색해보고자 한다.

1. 검찰시민위원회의 기능 설정

미국 대배심의 주된 기능은 범죄의 혐의를 받고 있는 자에 대한 기소여부를 결정하는 것이다. 17세기에 유럽식 검사제도를 받아들인 미국의 소추제도는 복잡한 양상으로 변모되어 왔으나, 사인소추주의 이념 하의 대배심은 부당한 불기소처분뿐만 아니라 부당한 기소를 사전적으로 통제하는 역할을 수행하고 있다. 한편, *Hurtado v. California* 판결을 계기로 미국의 각 주들은 대배심의 존치 여부를 보다 적극적이고 자율적으로 검토하였던 바, 현재 코네티컷주와 펜실베이니아주를 제외한 대다수의 주들이 다양한 형태로 대배심에 의한 기소제도를 운영하고 있다. 연방의 경우 사형을 선고할 수 있는 중죄에 대해서는 반드시 대배심을 거쳐 기소해야 하고, 그 외의 중죄들도 피고인이 권리를 포기하지 않는 한 대배심을 거쳐야 한다. 각 주의 경우 일정한 범죄에 대해서 필수적으로 대배심을 통한 기소가 이루어질 것을 규정하고 있는가 하면, 선택적으로 이용할 수 있게 규정하기도 하고, 기소결정 권한 외에 교도소를 사찰하거나 공직자 부정부패 등을 수사하는 권한을 부여하고 있는 주도 있다. 한편 국가소추주의를 원칙으로 하고 있는 일본도 공소권 행사 과정에 국민의 의사를 반영하기 위해 검찰심사회를 운영하고 있다.

450) 2011 국정감사 정책자료(I), 국회입법조사처, 2011, 15-17면.

그러나 미국의 대배심과 달리 일본의 검찰심사회는 검찰관이 내린 불기소처분에 대한 당부만을 사후적으로 통제한다는 점에서 차이가 있다. 다만, 검찰심사회의 대상사건에 대하여는 특별한 제한이 없고, 범죄피해자를 비롯한 고소인이나 고발인이 심사를 신청할 수 있으며, 검찰심사회 자체가 직권으로 불기소 처분의 당부를 심사할 수도 있다. 또한 일본은 미국과 달리 검찰의 공소권을 통제하기 위해 재정신청제도라는 장치를 마련하고 있다. 재정신청제도를 통해 법원은 지정된 변호사로 하여금 해당 사건에 대한 공소의 제기 및 유지를 담당시킬 수 있지만, 동 제도는 직권남용 등의 범죄만을 대상으로 한다는 점에서 한계가 있다.⁴⁵¹⁾ 제한된 재정신청제도를 운영하고 있는 일본에서 검찰심사회제도는 검찰의 공소권을 통제하는 수단으로서 큰 의미가 있고, 이에 대한 국민적 공감대가 제도의 개선을 이끈 것으로 보인다.

현재 우리의 검찰시민위원회는 검사의 불기소 처분 뿐만 아니라 공소제기에 대한 적정성에 대하여도 심의하는 것으로 제도화되어 있다. 다만, 그 대상사건은 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·경제범죄 사건, ③ 조직폭력, 마약, 살인, 성폭력 등 중요 강력 사건, ④ 기타 지역 사회의 이목이 집중된 사건 등으로 한정되어 있다. 우리가 모델로 삼고 있는 미국의 경우, 연방 대배심은 원칙적으로 중범죄만을 대상으로 하고 있고, 사법비용의 증대 및 소추의 지연 등을 이유로 상당수의 주들이 대배심을 선택적으로 운영하고 있으며, 심지어 대배심을 폐지한 주도 있다는 점을 감안할 때, 제한된 범위의 사건만을 대상으로 한 현행 방식은 신중한 선택으로서 긍정적으로 평가할 만하다. 더군다나 제한된 범죄만을 대상으로 재정신청제도를 운영하고 있는 일본과 달리, 현행 형사소송법은 2007년 법 개정을 통해 재정신청의 대상범죄를 모든 고소사건으로 확대하였으므로, 검찰시민위원회의 대상사건을 강력범죄나 부패범죄 등으로 한정한 것이 검찰의 부당한 불기소처분을 통제할 수 있는 통로를 원천봉쇄한 것이라고는 생각하지 않는다. 다만, 검찰이 기소권을 행사함에 있어서 국민들의 불신을 받을 소지가 큰 정치인이나 고위공직자의

451) 白取祐司, 앞의 책, 212-213頁; 三井誠/酒巻匡, 앞의 책, 125-126頁

부패사건, 불특정 다수의 피해자를 양산할 수 있는 금융·경제사건에 대해서는 재정신청 등의 종래의 제도로만 통제하기에는 한계가 있기 때문에 시민들이 직접 기소과정에 참여할 필요가 큰 것이다. 현재 “기타 지역 사회의 이목이 집중된 사건 등”이 검찰시민위원회의 대상사건으로 제시됨으로써 여타의 사건들도 검찰시민위원회의 심의를 받을 수 있는 길이 열려있다. 그러나 공공성이 강한 대규모 보건·환경범죄 사건이나 전관예우 등으로 인해 국민들의 불신이 팽배해 있는 법조인관련 사건 등은 명시적으로 검찰시민위원회의 심사대상에 포함시킬 필요가 있다.

한편 현행 검찰시민위원회는 검사가 요청한 사건에 대하여만 심의하도록 운영함으로써 많은 비판을 받고 있다. 일본 검찰심사회의 경우 고소인·고발인의 신청이 있는 사건을 심의대상으로 삼고 있을 뿐만 아니라, 검찰심사회는 직권으로도 불기소처분의 당부를 심사할 수 있다. 재정신청제도가 마련되어 있음에도 불구하고, 우리가 검찰시민위원회제도를 도입한 것은 특정 범죄들에 있어서는 기소권 행사 과정에 국민들의 상식과 법감정이 반영될 필요가 있다는 인식에 근거한 것이다. 검찰시민위원회가 명목상의 제도에 그치지 않도록 실효성을 확보하기 위해서는 검사의 재량에 의해 요청되는 사건뿐만 아니라 해당사건의 고소인이나 고발인이 신청한 사건도 심의하도록 하는 것이 바람직하다고 본다. 요컨대, 부패사건이나 금융·경제사건 등에 대해 검사가 불기소처분을 내린 경우에 고소인이나 고발인⁴⁵²⁾은 재정신청이나 검찰시민위원회를 통해서 그 당부를 가릴 수 있는 방안이 마련되어야 한다. 특히, 환경범죄 등에서는 피해자의 특징이 용이하지 않다는 점을 고려하여 고발인도 검찰시민위원회의 심의를 신청할 수 있도록 제도화해야 할 것이다.

다만 현행 검찰시민위원회는 공소제기에 대한 적정성에 대해서도 심의할 수 있는바, 이에 대해서는 검사의 신청에 의해 심의가 개시되는 것이 합리적이다. 검사의 공정하고 적정한 기소재량권 발동에 대한 공중의 이해가 분명하게 드러

452) 현행 형사소송법에 의할 때 재정신청을 할 수 있는 고발인은 공무원의 직권남용죄 등을 규정한 형법 제123조부터 제125조까지의 죄로 한정된다. 재정신청을 할 수 있는 고발인 범위의 확대는 논외로 하더라도 부패사건이나 금융·경제사건 등에 대하여 고발한 자는 검찰시민위원회의 심의를 신청할 수 있어야 한다.

나는 경우는 대부분 검사의 불기소처분이 있는 때라 할 것이고, 이 경우 고소인이나 고발인은 검찰시민위원회의 심의를 신청할 수 있다. 한편 국가보안법관련 사건이나 노동관련형사사건 등에서는 검사의 기소처분이 국민들의 관심을 불러 일으킬 수 있기 때문에 사전에 공소제기에 대한 적정성이 검토될 필요가 있다. 그러나 검찰이 기소여부를 결정하기도 전에 수사를 받고 있는 범죄혐의자나 일반국민이 검찰시민위원회에 심의를 요청한다거나 검찰시민위원회가 직권으로 그 여부를 판단하는 것은 사인소추주의가 아닌 국가소추주의를 취하고 있는 현행 형사소송법의 체계에 정면으로 반하는 일이다. 기소처분에 대한 정당성 여부는 법원의 재판과정을 통해 검토될 기회가 있다. 물론 범죄혐의자가 장기간의 재판 절차를 거쳐 무죄 판결을 받는다고 하더라도 이미 적지 않은 고통을 당한 뒤라는 점을 고려한다면, 혐의자에 대한 인권보호적 측면에서 미국의 대배심에 비해 미약한 기능을 수행하고 있다는 사실을 부정할 수는 없다. 그러나 최근 야권 정치인에 대한 무죄 판결이 내려지자, 무리한 기소를 자행한 검찰에 대하여 책임을 묻는 비난 여론이 빗발치고 있는 상황을 감안할 때,⁴⁵³⁾ 검찰은 사회적 이목이 집중된 사건에 있어서는 책임 분담이라는 측면에서라도 보다 적극적으로 검찰시민위원회를 통해 기소여부의 적정성을 심의 받을 것이라 사료된다.

요컨대, 검찰시민위원회는 강력범죄 사건을 비롯해서 부정부패, 금융·경제범죄, 환경범죄 및 법조인관련 사건 등과 같이 국민적 관심이 집중된 사건에 대하여 검사의 신청으로 사전에 공소제기의 여부를 심의해야 한다. 또한 동 사건들에 대해서 검사가 불기소처분을 내렸을 경우, 고소인 또는 고발인의 신청에 의해 불기소 처분의 적정성을 심의하는 기능도 수행해야 한다. 한편, 앞서 검찰시민위원회의 운영 현황을 살펴본 바에 의하면 현행 검찰시민위원회가 가장 활발하게 제 역할을 수행하고 있는 부분은 구속영장 재청구에 대한 적정성을 판단하는 일이었다. 검찰시민위원회는 종래 수사위원회가 담당하던 구속취소 및 구속

453) 2009년 12월에 5만 달러의 뇌물을 수수한 혐의로 기소된 한명숙 전총리에 대하여 법원은 2010년 4월 9일 ‘물증 없는 뇌물사건’에서 뇌물 공여자의 진술에 신빙성을 부여할 수 없다는 이유로 무죄 판결을 내렸다. 또한 2010년 7월에 9억 7천만원의 불법정치자금 수수 혐의로 기소된 한명숙 전총리 사건에서도 검찰은 혐의 입증에 실패하였고, 법원은 증인이 검찰에 한 진술의 신빙성을 문제 삼아 2011년 10월 31일 한명숙 전총리에게 무죄를 선고하였다.

영장 재청구의 적정성을 심의하고 있는데, 이러한 기능은 향후 개혁 과정을 거친 후에도 유지되어야 할 것이다.

2. 검찰시민위원회의 독립성 확보 방안

가. 검찰시민위원회의 소속 문제

검찰시민위원회가 검찰권에 대한 진정한 시민적 통제기구로서 기능하기 위해서는 조직 운영의 독립성이 확보되어야 한다. 현행 검찰시민위원회는 각 지방검찰청 및 지청 소속으로 운영됨으로써 검찰로부터 독립적이지 못하다는 비판이 제기되고 있다. 동 위원회의 주된 설립취지가 시민참여를 통해 검찰권의 남용을 통제하는 것이므로 검찰시민위원회는 검찰로부터 물적·인적으로 독립하여 설치함이 타당하다는 것이다.⁴⁵⁴⁾ 미국의 대배심은 법원에 소속되어 있고, 일본 검찰심사회의 경우 재판소 관할지마다 독립하여 설치되어 있으나 그 예산은 재판소의 예산에 계상되고 있다.

2006년에 발의되었던 「국민의 고소사건 재정심사 참여에 관한 법률안」에서는 국민참여형 재정심사회를 법무부 소속으로 각 지방검찰청 및 지청 소재지에 설치하는 것으로 규정했고, 「재정심사에 관한 법률안」과 「기소심사에 관한 법률안」에서는 각 고등법원 소재지에 재정심사회나 기소심사회를 설치하는 것으로 규정하였다. 물론 두 법률안 모두 국민참여형 심사회가 독립하여 직무를 수행한다는 점을 명시하였다. 그럼에도 불구하고 예산 및 사무국 직원 인사와 관련된 사항을 관장하는 기관으로부터 실질적인 독립성이 확보될 수 없다는 우려가 제기되었다.

검찰시민위원회가 검찰권을 통제하기 위해 수사 및 기소과정에서의 시민참여를 구현하는 기구라는 점을 근거로 검찰과의 연관성을 배제시키기 위해 미국과 일본처럼 동 위원회를 법원 소속으로 두는 방안을 고려해볼 수 있다. 소속만으로 독립성과 관련된 심각한 문제가 제기되는 것이라면, 원칙상 감사의 재량권이

454) 2011 국정감사 정책자료(I), 국회입법조사처, 2011, 17면.

행사되는 영역인 수사 및 기소의 과정에 법원이 영향력을 행사할 수 있는 여지를 남기는 것은 과연 타당한지에 대한 의문이 생긴다. 또한 검사의 불기소처분에 대해서는 검찰의 영향을 배제한 법원 주도의 재정신청제도가 마련되어 있으므로 이원화된 검찰시민위원회는 현재의 소속을 유지해도 무방하리라 생각한다. 더군다나 검찰시민위원회의 심의 대상인 구속취소 및 구속영장 재청구의 적정성은 종래에 검찰 소속의 수사위원회가 담당하던 것이다. 검찰시민위원회가 어디에 소속되더라도 업무는 독립적으로 이루어져야 하고, 예산 등과 관련된 사항만이 소속기관에 의해 관장되어야 함은 물론이다. 요컨대 주도적으로 검찰시민위원회를 시행함과 아울러 미국식 기소배심제를 지향한다고 밝힌 검찰이 자정 노력의 일환으로 책임감 있게 동 제도를 개혁하는 데 앞장 설 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 나아가 검찰로부터의 독립성 확보는 검찰시민위원회의 위원 선정절차 및 심의 과정에서의 검찰의 영향력 배제 방안에 초점을 맞추어 논해야 할 것이다.

나. 검찰시민위원회 위원 선정 절차

현재 검찰시민위원회의 위원은 지방자치단체, 시민·사회단체, 교육청, 언론사, 모범택시운전자협회 등 지역 사회의 다양한 분야로부터 덕망있는 사람들을 추천 받거나, 각 검찰청 홈페이지와 블로그에 공고하여 직접 시민들로부터 신청을 받아 검사장 또는 지청장의 재량에 의해 선정된다. 미국의 대배심원 선발방식에는 크게 선거인단 명부에서의 무작위 추천 방식과 대배심원 선정위원회의 추천 방식이 있으며, 연방과 다수의 주들이 전자의 방식을 택하고 있다. 일본의 경우 검찰심사원 후보자 그룹을 나누어 각기 다른 기간에 심사원과 보충원을 선정하는 복잡한 방식을 취하고 있지만, 후보자는 중의원의원 선거권을 가진 국민 중에서 무작위로 선정된다.

검찰시민위원회의 위원 선정 방식은 대배심원 선정위원회의 추천 방식에 가깝다. 대배심원 선정위원회에 의한 선정 방식은 전문성을 확보할 수 있고 심의 절차의 원활한 진행을 도모할 수 있다는 장점이 있는 한편, 그 선정이 법률전문가나 국민의 인지도가 높은 명망가 위주로 편향될 가능성이 높아서 민주적 통제라는

본래의 취지에 부합하지 못할 수 있다는 단점이 있다.⁴⁵⁵⁾ 현행 제도는 위원 선정에 변호사나 법무사 등의 법률전문가를 배제하고 있으나, 지역 사회의 덕망 있는 사람을 추천받고 있다. 그러나 검찰시민위원회는 전문가나 사회 명망가가 아닌 일반인의 상식과 살아있는 법감정을 수사 및 기소단계에 반영하기 위해 도입된 제도이므로, 그 취지를 살려 일반 국민들에게 참여의 기회를 열어둠으로써 국민적 관심도를 제고하고, 검찰시민위원회 위원 선정과정의 투명성과 공정성을 담보할 수 있도록 무작위 추첨 방식으로 변경하는 것이 타당하다고 생각하며, 이러한 방식은 이미 국민참여재판의 배심원후보자를 선정하는 과정에서도 이용되고 있다.

다. 검찰시민위원회 전담 변호사 제도

미국의 경우 대배심의 심리는 대부분 검사의 요청으로 개시되며, 대배심 절차에서 검사는 법적 조언자로서의 역할도 수행한다. 이렇듯 검사가 대배심에서의 주도적 역할을 수행함으로써 법률적 지식과 경험이 부족한 배심원들은 검사의 꼭두각시로 전락한다는 문제가 제기되고 있다. 이와 같은 구조적인 측면에서의 한계를 극복하기 위해서 하와이주는 대배심 전담 변호사 제도를 시행하고 있다. 검사 대신에 법원이 선임한 변호사가 대배심에서 법률적 조언을 제공하는 하와이주의 제도는 대배심의 독립성 제고와 관련하여 모범적인 사례로 거론된다. 한편 일본도 2004년 검찰심사회법의 개정을 통해 검찰심사보조원 제도를 도입하였다. 검찰심사회는 법률적 전문 지식을 보충할 필요가 있는 경우 변호사 중에서 심사보조원을 위촉할 수 있고, 검찰심사보조원은 대상 사건에 관한 사실상·법률상의 쟁점 및 증거를 정리하고, 필요한 법적 조언을 제공한다. “검찰의 고무도장” 내지는 “햄 샌드위치 기소”라는 비유를 통해서도 나타나듯이 검찰에 대한 견제는 대배심 제도의 성패를 좌우한다고 해도 과언이 아니다. 향후 검찰시민위원회는 검사의 주도권을 배제한 상태에서 사건의 사실관계나 법률상의 쟁점들을

455) 국회 법제사법위원회, 국민의 고소사건 재정심사 참여에 관한 법률안·재정심사에 관한 법률안 검토보고서, 2007. 2, 26면. http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=035641
법제사법위원회 홈페이지. (2011년 10월 20일 접속)

신속하고도 정확하게 파악할 수 있어야 하고, 이를 위해서는 검찰시민위원회 전담 변호사 제도를 도입하여 법률적인 조력을 제공해야 할 것이다.

3. 검찰시민위원회의 실효성 확보 방안

가. 심의결과에 대한 구속력 부여

검찰시민위원회의 심의결과에 대해서, 검사는 공소제기, 불기소처분, 구속취소, 구속영장 재청구 여부를 결정함에 있어 검찰시민위원회의 의견을 최대한 존중해야 하지만 그 의견에 기속되지는 않는다는 점이 문제시된다. 현행 제도는 검사의 재량에 의해서 개최여부가 결정됨과 아울러 검찰시민위원회의 심의결과에 기속력이 인정되지 않음으로써 검사의 권한행사에 대한 통제장치라는 본연의 역할을 제대로 수행하지 못한다고 평가된다. 미국의 연방 대배심은 경우, 중죄에 대해 공소를 제기하기 위해서는 대배심의 의결이 필요조건이다. 일본은 검찰심사회를 시행한 이래 심사 결과에 대한 법적 구속력 부재가 오랫동안 비판의 대상이 되었다. 이후 2004년 검찰심사회법 개정을 통해 검찰심사회의 결정에 법적 구속력을 부여하였는데, 이 경우 일정한 절차와 요건이 갖추어져야 한다. 요컨대 검찰심사회가 내린 기소상당 또는 불기소부당의 결정에 곧바로 구속력이 부여되는 것이 아니라, 이를 통보받은 검찰관이 다시 불기소처분을 내린 후 검찰심사회가 이에 대한 두 번째 심사를 통해 기소상당의 결정을 내리게 되면 비로소 법원이 지정한 변호사가 공소를 제기하는 것이다. 일본의 최근 입법례는 우리가 시행착오를 최소화하면서 검찰시민위원회를 개혁하는데 참고가 되리라 생각한다. 시민들로 구성된 검찰시민위원회가 검사의 권한행사를 견제한다는 제도의 취지를 고려한다면, 검찰시민위원회의 결정에 구속력을 인정해야 할 것이다.

나. 참고인 출석의무제도

미국의 대배심은 특정인에게 대배심에 출석하여 증언하도록 증인소환장을 발

부할 수 있고, 문서, 기록, 물건 등을 제출하도록 증거제출명령장을 발부할 수 있는데, 명령받은 자가 이를 이행하지 않을 경우에는 법정모독이나 위증으로 처벌될 수 있다. 소환장 발부라는 막강한 수사권한은 미국의 대배심이 실효성을 확보하는 데 핵심 장치가 되고 있다. 빌 클린턴(Bill Clinton)과 관련된 희대의 스캔들인 지퍼게이트(zipper gate)⁴⁵⁶⁾에서 미국 헌정사상 최초로 현직 대통령이 연방대배심에서 자신의 혐의에 대해 증언하도록 만든 것도 바로 이러한 소환장의 발부 권한에 기인한 것이다.⁴⁵⁷⁾

그러나 현행 형사소송법상 참고인에 대한 수사는 임의수사가 원칙이고, 증거보전청구와 증인신문청구에 관한 규정이 마련되어 있다. 즉, 판사에게 압수, 수색, 검증, 증인신문 또는 감정을 신청할 수 있는 증거보전청구제도가 규정되어 있고(형사소송법 제184조), 검사는 제1회 공판기일 전에 한하여 판사에게 증인신문을 청구할 수 있다(동법 제221조의2). 그러나 증거보전청구나 증인신문청구는 심판의 주체여야 하는 판사가 수사 단계에서 신문을 하는 것이라는 점에서 본질적으로 수사기관에 의한 참고인 조사와는 차이가 있고, 피의자에 의한 반대신문권이 보장되어야 하기 때문에 피의자에게 수사사항이 노출됨으로써 수사의 밀행성 내지 효율성에 반할 우려가 있다. 중대한 범죄에 대한 핵심적 사항을 알고 있는 참고인이 수사기관에 불출석함으로써 범죄자들이 증거 불충분을 이유로 풀려나는 상황이 발생하고, 현행 제도에 대한 한계점이 지적되면서 중요참고인의 출석을 의무화하는 제도의 도입이 모색되고 있다.

그러나 임의수사의 원칙, 신체의 자유 침해, 현행 형사소송법상의 증인신문청구제도의 존재, 인권침해의 우려, 검사에 대한 국민의 불신 등을 이유로 동 제도의 도입을 반대하는 의견이 강력하게 주장되어 왔다. 특히, 국가인권위원회는 2011년 5월 4일에 동 법률안에 대한 반대 의견을 표명하였는바, 중요참고인 출석

456) 미국의 42대 대통령 빌 클린턴과 관계된 일련의 섹스 스캔들을 일컫는 말이다.

457) 1998년 7월 17일, 특별검사 케네스 스타는 클린턴 대통령의 연방대배심 증언을 요청하는 소환장을 발부했다. 소환장에 적힌 대통령의 연방대배심 출석일은 7월 28일이었다. 백악관은 이 연방대배심 소환장에 대한 대책을 논의하였고, 클린턴 대통령이 8월 17일 백악관 TV 카메라 앞에서 연방대배심 증언을 하기로 합의하였고, 특별검사 케네스 스타는 소환장을 철회하였다. 1997년 8월 17일 클린턴 대통령의 증언은 폐쇄회로 TV를 통해 위성된 시내 연방법정에 있는 연방대배심원 23명에게 생중계됐다. TIME Magazine, 1998년 8월 10일자.

의무제는 수사상 편의를 위해 수사기관의 실체적 진실발견 의무를 참고인에게 전가하는 것이고, 혐의사실이 뚜렷하지 않아 체포영장 내지 구속영장을 발부받기 어려운 피의자를 참고인으로 구인해 실제로는 피의자 조사를 진행하는 방식으로 남용될 우려가 있으며, 형사상 자신에게 불리한 진술을 강요당하지 않음 국민의 기본권을 침해할 수 있다는 의견을 내놓았다.⁴⁵⁸⁾

한편, 정부는 중요참고인 출석의무제를 도입하고자 2011년 7월 14일 국회에 “형사소송법 일부개정법률안”(의안번호 12633호)⁴⁵⁹⁾을 제출하였고, 2011년 10월 20일 현재 동 법률안은 국회 법제사법위원회에 계류중이다. 이에 의하면 피의자가 아닌 자로서, 사형·무기 또는 장기 7년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 범죄 수사에 없어서는 아니 될 사실을 알고 있다고 인정되고, 출석요구를 받고도 정당한 이유 없이 출석 거부 의사를 표시하거나 2회 이상 연속하여 출석요구에 불응한 경우, 검사는 관할지방법원 판사로부터 구인영장을 발부받아 피의자가 아닌 자를 구인할 수 있다. 동 법률안에서 도입하려는 중요참고인 출석의무제는 ① 모든 사건의 참고인에게 출석을 강제하는 것이 아니라 사형·무기 또는 장기 7년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 중대범죄의 진실 규명을 위해서 범죄의 수사에 없어서는 아니 될 사실을 알고 있다고 인정되는 중요참고인에 한하여 출석을 강제하고 있다는 점, ② 수사기관이 임의로 출석을 강제하는 것이 아니라 관할지방법원 판사로부터 구인영장을 발부받아야 하는 견제장치를 마련하고 있다는 점에서 긍정적으로 고려할 수 있을 것이다. 다만 구인된 참고인에 대해서는 피의자와 달리 진술거부권, 변호인의 조력권 등이 규정되어 있지 않다는 점에서 많은 우려가 제기될 수 있다. 동 법률안에서 도입하고자 하는 중요참고인 출석의무제도의 경우 일정한 요건 하에 중요참고인의 출석만이 강제될 뿐 진술을 강요하는 것은 아니므로, 피의자와 마찬가지로 진술을 거부할 수 있다는

458) 국가인권위원회 홈페이지

http://www.humanrights.go.kr/04_sub/body02.jsp?NT_ID=24&flag=VIEW&SE_Q_ID=601341
(2011년 10월 20일 최종접수)

459) 동 법률안은 피의자 및 참고인의 영상녹화조사 신청권 신설(안 제244조의2), 내부증언자 소추 면제제도 도입(안 제247조의2 신설), 피해자 공판절차 참가제도 도입(안 제294조의5부터 제294조의9까지 신설), 영상녹화물의 증거능력 인정(안 제312조, 제314조, 제318조제1항 및 제318조의2) 등을 내용으로 한다.

점과 변호사의 조력을 받을 수 있다는 점에 대한 고지가 의무적으로 이루어져야 할 것이다

일본의 경우 형사소송법상 참고인의 출석의무가 규정되어 있지 않으나, 검찰 심사회의 소환에 불응한 참고인에 대해서 과태료를 부과할 수 있는 규정을 검찰 심사회법에 두고 있다.⁴⁶⁰⁾ 검찰시민위원회가 대상사건을 신속하고 적절하게 심의하기 위해서는 참고인에 대한 출석강제가 불가피하다. 이에 일본과 같이 검찰 시민위원회 관련 법률을 제정하면서 참고인의 출석의무 규정 및 변호사의 조력을 받을 수 있는 권리 고지에 대한 규정 등을 명문화하는 방안을 검토할 수 있을 것이다. 그러나 형사소송법과의 체계정합성을 고려한다면, 현재 중요참고인 출석의무제 도입과 관련하여 논의되고 있는 형사소송법 개정 방안과 함께 검토되어야 할 것이다.

다. 지정변호사에 의한 공소제기 및 유지

검사의 불기소처분에 대하여 검찰시민위원회가 공소제기 결정을 내리더라도 동일체 원칙에 따라 조직적으로 움직이는 검찰 스스로가 수사나 기소의지를 가지지 않으면, 공판과정에서 무죄를 주장하거나 구형을 하지 않는 태업 사태도 발생할 수 있음을 염두에 두어야 한다. 최근 개정된 일본의 검찰심사회법에서는 검찰심사회가 2단계 심사를 통해 기소상당의 결정을 내리게 되면 법원이 지정한

460) 일본 「검찰심사회법」 제37조

- ① 검찰심사회는 심사 신청인 및 증인을 호출하여 심문할 수 있다.
- ② 검찰심사회는 증인이 그 호출에 응하지 않을 때에는 해당 검찰심사회의 소재지를 관할하는 간이 재판소에 대하여 증인의 소환을 청구할 수 있다.
- ③ 전항의 청구를 하는 때에는 재판소는 소환장을 발하지 않으면 안 된다.
- ④ 전항의 소환에 대하여는 「형사소송법」을 준용한다.

일본 「검찰심사회법」 제43조

- ① 검찰심사원 및 보충원은 다음의 경우에는 10만엔 이하의 과태료에 처한다.
 1. 정당한 이유가 없이 소집에 응하지 않았을 때
 2. 선서를 거절했을 때
- ② 제37조제3항의 규정에 따라 소환을 받은 증인이 정당한 이유가 없이 소환에 응하지 않았을 때에도 전항과 마찬가지로 한다.

변호사가 공소를 제기하는 방식으로 구속력을 부여하고 있다. 한편, 현행 형사소송법상 재정신청제도와 관련해서도 법원이 공소제기결정을 내린 경우에 검사가 공소유지를 담당하는 것에 대한 문제제기가 많고, 이에 공소유지 담당자를 법원이 지정한 변호사로 변경하는 방안이 논의되고 있다.⁴⁶¹⁾ 요컨대 검찰시민위원회의 대상사건 중 불기소처분에 대해서는 심의를 통해 기소가 적정하다는 결론이 도출되면 법원이 변호사를 지정하여 공소제기 및 유지 업무를 담당시키는 것이 공정성을 담보할 수 있고, 나아가 검찰시민위원회의 실효성을 확보하는 방안이 될 것이다.

4. 국민참여의 확보 방안

가. 사회적 약자의 참여에 대한 배려

국민들의 상식과 살아있는 법감정을 수사 및 기소단계에 반영하기 위해 도입된 검찰시민위원회가 전문가나 사회 명망가로 구성되는 것은 타당하지 않은 바, 일반 국민들에게 그 기회가 개방되어야 한다. 나아가 진정한 의미의 국민참여를 실현하기 위해서는 사회적 약자의 참여를 실질적으로 보장할 수 있는 세부적 장치의 마련에도 소홀하지 말아야 한다. 대배심 심리의 밀행성을 중요한 원칙으로 삼고 있는 미국의 경우, 청각장애나 언어장애를 가진 사회적인 약자가 배심원으로 참여할 수 있도록 이들을 도와줄 통역인의 예외적인 참석을 명시적인 규정을 통해 허용하고 있다(F.R.Crim.P. § 6(d)(2)). 또한 일본 검찰심사회의 사무국은 시각·청각·언어 등에 장애가 있거나 도움이 필요한 사람도 불편함 없이 심사원이나 보충원으로 참가할 수 있도록 별도의 매뉴얼을 준비하고 있다.⁴⁶²⁾ 형사재판전 단계에서의 국민참여를 통한 진정한 의미의 사법 민주화를 구현하기 위해서는 사회적 약자의 검찰시민위원회 참여가 실질적으로 보장될 수 있도록 제도를 개선해야 할 것이다.

461) 이와 같은 내용이 포함된 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 13212호) 2011년 9월 14일 발의되어 2011년 10월 20일 현재 국회 법제사법위원회에 계류중이다.

462) <http://www.courts.go.jp/kensin> (2011년 10월 20일 최종접속).

나. 국민의 눈높이에 맞춘 홍보 전략

영국의 식민지 강권통치와 사법장악으로부터 시민들을 보호해주는 제도로 여겨졌던 미국의 대배심은 비록 검사의 고무도장이라는 비판을 받기도 하지만, 오랜 시간에 걸쳐 범죄자를 기소하는 칼이자 무고한 시민을 부당한 소추로부터 보호하는 방패로서의 기능을 수행해 옴으로써 미국의 형사사법체제 내에서 나름의 자리매김을 하고 있다. 반면, 초창기 일본의 검찰심사회제도는 검찰의 소극적인 태도와 인적·물적 인프라 부족 및 국민들의 인식부족으로 인해서 부진을 면하지 못하였다. 검찰심사회제도 자체의 폐지 논란까지 일어나자, 일본 최고재판소는 보다 적극적인 대국민 홍보에 나섰다. 특히, 최근 검찰심사회법 개정 이후 일본 최고재판소는 국민의 눈높이에 맞추어 제도를 설명하고 홍보하는데 상당한 노력을 기울이고 있다. 우리의 검찰시민위원회 역시 국민들의 참여로 생명력이 부여되는 제도라는 사실을 고려한다면, 국민들의 이해도를 높이고 적극적인 참여를 독려할 수 있는 맞춤형 홍보 전략이 마련되어야 할 것이다.

제6장 결론

지난 세기 사법개혁의 주된 과제가 정치로부터 사법의 독립을 지켜내는 것이었다면, 오늘날의 주된 과제는 사법의 민주화를 지향하는 것이며, 이는 세계적인 추세라 할 수 있다. 과거 권위주의 정권하에서 통치의 객체로서만 인식되던 국민들은 참여민주주의의 부상과 함께 다양한 영역에서 자신들의 권리를 주장함과 아울러 구체적인 행동으로 나아가고 있는데, 사법 분야도 그 예외가 아니다. 종래의 사법 분야는 입법이나 행정 분야에 비해 시민들의 참여가 활발하지 못했던 것이 사실이다. 폐쇄적이고 권위주의적이던 사법을 투명하고 민주적인 사법으로 변모시키기 위해서는 일반국민들의 사법참여가 담보될 것이 요청되었고, 이에 대한 적극적인 방안의 모색은 국민참여재판 제도의 시행으로 이어졌다. 그리고 지금, 형사사법에서의 국민참여가 형사재판과정에서는 물론 수사 및 공소제기가 이루어지는 재판전 단계로까지 확대될 것이 요구되고 있다. 다만, 밀행성과 전문성이 요구되는 수사과정은 국민의 참여가 제한적일 수밖에 없는 분야이므로, 제한된 수사영역과 전반적인 기소과정에 초점을 맞추어 효과적인 국민참여 방안을 모색해야 한다.

현재 검찰은 스폰서 검사 사건을 계기로 검찰시민위원회를 설치하여 운영중이고, 향후 미국식 기소배심제를 도입하겠다는 의지를 명확히 밝혔다. 검찰이 궁극적으로 도입하고자 하는 제도는 미국식 기소배심제도인 바, 본 연구에서는

우리의 법문화나 사법실정에 맞게 동 제도를 변모시켜 시행할 수 있는 길을 모색하였는데, 이미 미국식 기소배심제를 모델로 하여 도입되어 시행중인 검찰시민위원회를 기본틀로 삼아 구체적인 개혁방안들을 마련하였다. 한편 검찰의 독점적인 기소권한을 효율적으로 통제하고, 기소여부 결정의 대상인 혐의자의 인권을 보호하기 위해서는 현행법상의 사후적인 통제방식과 새로운 사전적인 통제방식이 이원적으로 운영되어야 하고, 양자 모두에 일반인의 법감정과 상식을 반영시킬 수 있는 장치가 마련되어야 한다. 이에 본 연구에서는 미국의 대배심과 일본의 검찰심사회에 대한 비교법적 고찰 자료를 토대로 해서 현행 검찰시민위원회제도를 합리적이고 효율적인 한국식 기소배심제로 운영할 수 있는 구체적인 개혁방안들을 제시한 것이다.

우선, 검찰시민위원회의 기능을 설정할 필요가 있는 바, 현행과 같이 강력범죄 사건은 물론이고 부정부패, 금융·경제범죄, 환경범죄 및 범조인관련 사건 등 국민적 관심이 집중된 사건에 대하여 검사의 신청으로 사전에 공소제기의 여부를 심의하도록 한다. 다만, 대상사건들에 대하여 검사가 불기소처분을 내린 경우에는, 검사의 요청만이 아니라 고소인 또는 고발인의 신청에 의해서도 불기소처분의 적정성을 심의하는 기능을 수행해야 한다. 미국의 연방 대배심은 원칙적으로 중범죄만을 대상으로 하고 있고, 사법비용의 증대 및 소추의 지연 등을 이유로 상당수의 주들이 대배심기소를 선택적으로 운영하고 있으며, 심지어 대배심에 의한 기소제도를 폐지한 주도 있다는 점을 감안할 때, 제한된 범위의 사건만을 대상으로 한 현행 방식은 신중한 선택으로서 긍정적으로 평가할 만하다. 또한 현행 검찰시민위원회는 검사가 요청한 사건에 대하여만 심의하도록 운영함으로써 많은 비판을 받고 있는데, 제도의 실효성을 제고하기 위해서는 검사의 재량에 의해 요청되는 사건뿐만 아니라 해당사건의 고소인이나 고발인 등이 신청한 사건도 심의하도록 해야 한다. 다만 불기소처분이 아닌 공소제기 여부에 대한 적정성에 대한 심의는 검사의 신청에 의해서만 개시되도록 하는 것이 국가소추주의를 취하고 있는 현행 형사소송법 체제에 부합할 것으로 사료된다. 정치적으로 민감한 사건에서의 무죄 판결이 기소권을 행사한 검찰에 대한 비난으로 이어지는 정황으로 미루어 볼 때, 동 제도는 검찰에게도 여론의 비난을 최소화시킬 수 있는 방책이 될 것이므로 효과적으로 이용되리라 기대된다.

다음으로 검찰시민위원회의 독립성 확보 방안을 모색하였다. 현행 검찰시민위원회는 각 지방검찰청 및 지청 소속으로 운영됨으로써 검찰로부터 독립적이지 못하다는 비판이 제기되고 있는 바, 미국과 일본처럼 동 위원회를 법원 소속으로 두는 방안이 검토되었다. 검찰시민위원회는 어디에 소속되더라도 그 업무는 독립적으로 이루어져야 하고, 예산 등과 관련된 사항만이 소속기관에 의해 관장되어야 한다. 그럼에도 불구하고 소속만으로 독립성과 관련된 심각한 문제가 제기되는 것이라면, 원칙상 검사의 재량권이 행사되는 영역인 수사 및 기소의 과정에 법원이 영향력을 행사할 여지를 남기는 것도 타당하지 않다. 또한 검찰시민위원회의 심의 대상인 구속취소 및 구속영장 재청구의 적정성은 종래에 검찰소속의 수사위원회가 담당하던 업무라는 사실도 염두에 둘 필요가 있다. 검찰시민위원회를 주도적으로 도입했던 검찰이 자정 노력의 일환으로 동 제도를 책임감 있게 개혁하는 것이 바람직하다 할 수 있으므로, 검찰로부터의 독립성 확보는 검찰시민위원회의 위원 선정절차 및 심의 과정에서의 검찰의 영향력 배제 방안에 초점을 맞추어 논의하는 것이 합리적이다. 우선 검찰시민위원회는 전문가나 사회 명망가가 아닌 일반인의 상식과 살아있는 법감정을 수사 및 기소단계에 반영하기 위해 도입되었으므로, 일반 국민들에게 참여의 기회를 열어둠으로써 국민적 관심도를 제고하고, 검찰시민위원회 위원 선정과정의 투명성과 공정성을 담보할 수 있도록 무작위 추첨 방식으로 변경하는 것이 타당하다. 한편, “검찰의 고무도장” 내지는 “햄 샌드위치 기소”라는 비유를 통해서도 나타나듯이 검찰의 영향력 배제가 미국식 기소배심제의 성패를 좌우하는 관건이라고 해도 과언이 아니므로, 향후 검찰시민위원회가 사실관계나 법률상의 쟁점들을 파악하는 과정에서 검사의 영향력을 배제하는 방안을 강구해야 할 것인 바, 이를 위해 검찰시민위원회 전담 변호사 제도를 도입하여 법률적인 조력을 제공해야 할 것이다.

또한 검찰시민위원회의 실효성 확보 방안으로 심의결과에 대한 구속력 부여와 참고인 출석의무제도의 도입 및 공소를 제기하고 유지하는 역할을 담당할 지정 변호사제도를 제시하였다. 우선 현행 검찰시민위원회제도는 그 심의결과에 구속력이 인정되지 않음으로써 검사의 권한행사에 대한 통제장치로서의 본연의 역할을 제대로 수행하지 못한다는 비판을 받고 있다. 미국의 연방 대배심인 경우,

중죄에 대한 공소제기에 대배심 의결이 필요조건이고, 일본은 2004년 검찰심사회법 개정을 통해 검찰심사회의 결정에 법적 구속력을 부여하였다. 최근의 일본 입법례는 우리가 시행착오를 최소화하면서 검찰시민위원회를 개혁하는데 참고가 될 것인 바, 시민들로 구성된 검찰시민위원회가 검사의 권한행사를 견제한다는 제도의 취지를 고려한다면, 검찰시민위원회의 결정에 대하여 구속력을 인정해야 할 것이다. 다음으로, 미국 대배심의 증인소환장 및 증거제출명령장 발부 권한은 대배심의 실효성 확보에 핵심 장치가 되고 있는데, 지퍼게이트 사건에서 미국 헌정사상 최초로 현직 대통령이던 빌 클린턴을 연방대배심 앞에 세워 자신의 혐의를 증언하도록 만든 것도 바로 이러한 소환장 발부 권한에 기인한다. 그러나 현행 형사소송법상 참고인에 대한 수사는 임의수사가 원칙이고, 증거보전청구와 증인신문청구에 관한 규정이 마련되어 있을 뿐이다. 중대한 범죄에 대한 핵심적 사항을 알고 있는 참고인이 수사기관에 불출석함으로써 범죄자들이 증거 불충분을 이유로 풀려나는 상황이 발생하고, 현행 제도가 지닌 한계점이 지적되면서 중요참고인의 출석을 의무화하려는 형사소송법 개정 움직임이 있다. 검찰시민위원회가 대상사건을 신속하고 적절하게 심의하기 위해서는 참고인에 대한 출석강제가 불가피하다. 이에 일본과 같이 검찰시민위원회 관련 법률을 제정하면서 참고인의 출석의무 규정 및 변호사의 조력을 받을 수 있는 권리 고지에 대한 규정 등을 명문화하는 방안도 검토할 수 있겠지만, 형사소송법과의 체계적합성을 고려한다면 형사소송법 개정 방안과 함께 검토되는 것이 바람직할 것이다. 한편, 검사의 불기소처분에 대하여 검찰시민위원회가 공소제기 결정을 내리더라도 동일체 원칙에 따라 조직적으로 움직이는 검찰 스스로가 수사나 기소의지를 가지지 않는다면, 공판과정에서 무죄를 주장하거나 구형을 하지 않는 폐해까지도 발생할 수 있다. 요컨대 검찰시민위원회의 대상사건 중 불기소처분에 대해서는 심의를 통해 기소가 적정하다는 결론이 도출되면 법원이 변호사를 지정하여 공소제기 및 유지 업무를 담당시키는 것이 공정성을 담보할 수 있을 뿐만 아니라, 검찰시민위원회의 실효성도 확보할 수 있는 방안이 되리라 사료된다.

나아가 형사재판전 단계에서 국민의 참여를 확보하기 위해서는 일반 국민들에게 그 기회가 개방되어야 함은 물론이고, 장애인 등의 사회적 약자의 참여를 실질적으로 보장할 수 있는 세부적인 장치가 마련되어야 하며, 이와 같은 소수자와

약자에 대한 배려가 함께 할 때 진정한 의미의 국민참여를 실현할 수 있을 것이다.

또한 검찰시민위원회는 어디까지나 국민들의 참여로 생명력이 부여되는 제도라는 사실을 염두에 두고, 국민의 눈높이에 맞추어 제도를 설명하고 적극적인 참여를 유도할 수 있는 맞춤형 홍보 전략이 마련되어야 할 것이다. “누구에게나 개방되어 있는 무료의 공립학교”로서 “국민에게 어떻게 훌륭한 민주정치를 실시할 것인지를 가르치는 가장 유효한 방법”이 바로 배심제도라는 토크빌의 말처럼, 우리의 검찰시민위원회도 주권자인 국민이 민주주의의 가치를 경험할 수 있도록 개방되어 있는 친절한 체험학교가 되어야 할 것이다.

참고문헌

■ 국내문헌

〈단행본〉

- 경찰청, 정성을 다하는 국민의 경찰 2009-2010 치안 액션플랜, 2009
- 고경희/이진국, 검사의 불기소처분 실태와 개선방안, 한국형사정책연구원, 2006
- 권기현, 행정학 원론, 학림, 2011
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009
- 김종구, 형사사법개혁론, 법문사, 2004
- 김종구 외, 검찰제도론, 법문사, 2011
- 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2010
- 김태룡, 행정이론: 행정사와 이론을 중심으로, 대영문화사, 2010
- 대통령자문 정책기획위원회, 사법제도 개혁: 사법의 선진화, 민주화를 위한 참여
정부의 여정, 참여정부 정책 보고서 1-02, 2008
- 문준영, 법원과 검찰의 탄생, 역사비평사, 2010
- 박미숙 외, 형사정책과 사법개혁에 관한 조사·연구 및 평가(Ⅲ): 개정 형사소송
법에 대한 평가연구, 한국형사정책연구원, 2009
- 박은정, 왜 법의 지배인가, 돌베개, 2010
- 박홍규, 사법의 민주화, 역사비평사, 1994
- 배종대/이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2006
- 법무부, 개정 형사소송법, 2007
- 법무부, 미국의 검찰제도(Ⅱ), 1995
- 법무부, 미국의 검찰제도(Ⅲ), 1996
- 법원사편찬위원회, 법원사, 법원행정처, 1995
- 사법개혁위원회, 사법개혁위원회 자료집(Ⅱ), 2004
- 사법개혁추진위원회, 민주사회를 위한 사법개혁-대통령 자문위원회 보고서, 2000

- 사법발전재단 편집부, 역사속의 사법부, 사법발전재단, 2009
- 사법연감 2004, 법원행정처, 2004
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2011
- 손동권, 형사소송법, 세창출판사, 2010
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2011
- 신두범/오무근, 최신 행정학개론, 박영사, 2010
- 신양균, 형사소송법, 화산미디어, 2009
- 신 평, 한국의 사법개혁: 아직 끝나지 않은 여정, 높이깊이, 2011
- 신현기, 경찰조직론, 법문사, 2007
- 안경환/한인섭, 배심제와 시민의 사법참여, 집문당, 2005
- 유광호/박기관, 관료제론, 대영문화사, 2007
- 유종해, 현대행정학, 박영사, 2001
- 이강중, 주요국가의 경찰관리: 委員會制度를 中心으로, 유성사, 2004
- 이상안, 경찰행정학, 대명출판사, 2005
- 이승일, 조선총독부 법제정책, 역사비평사, 2008
- 이영란, 한국형사소송법, 나남, 2008
- 이재상, 신형사소송법, 박영사, 2010
- 이황우, 경찰행정학, 법문사, 2008
- 임성한, 관료제와 민주주의, 법문사, 1978
- 임지봉, 사법적극주의와 사법권 독립, 철학과 현실사, 2004
- 정웅석/백승민, 형사소송법, 대명출판사, 2011
- 정종섭, 헌법소송법, 박영사, 2010
- 정진환, 경찰행정론, 대영문화사, 1998
- 조철옥, 경찰학 총론, 21세기사, 2010
- 참여민주사회시민연대 사법감시센터, 국민을 위한 사법개혁, 박영물출판사, 1996
- 표성수, 영미 형사사법의 구조: 그 가치에 대한 새로운 이해, 비봉출판사, 2004
- 로저 코터렐/김광수 외 역, 법사회학 입문, 터, 1992
- 앤서니 기든스, 김미숙/김용학 외 역, 현대사회학, 을유문화사, 2011
- 에바 에치오니-할레비/윤재풍 역, 관료제와 민주주의, 대영문화사, 1993
- P.M. 블라우/장지호 역, 현대사회에 있어서의 관료제, 민중서관, 1975

〈논 문〉

- 구본선, “검찰시민위원회 소개”, 검찰동우, 제31호, 2011
- 권건보, “일본 헌법상 재판관에 대한 국민심사제의 고찰”, 헌법학연구 제17권 제1호, 한국헌법학회, 2011
- 김대환, “참여의 철학과 참여민주주의”, 참여민주주의와 한국사회, 참여사회연구소 편, 창작과 비평사, 1997
- 김성규, “사인소추주의의 제도적 현상과 수용가능성”, 외법논집 제34권 제1호, 한국외국어대학교 전문분야연구센터 법학연구소, 2010
- 김성천, “형사소송 절차의 역사”, 법학논문집 제23권 1호, 중앙대학교 법학연구소, 1998
- 김재희, “헌형 범죄피해자보호법상 형사조정제도의 검토”, 피해자학연구 제19권 제1호, 한국피해자학회, 2011
- 김종철, “사법제도의 개정필요성과 방향”, 헌법학연구 제16권 제3호, 한국헌법학회, 2010
- 김태명, “검찰시민위원회 및 기소심사회 제도에 대한 비판적 고찰: 미국의 대배심제도와 일본의 검찰심사회 제도를 참고하여”, 형사정책연구 제21권 제4호, 한국형사정책연구원, 2010
- 김태명, “경찰옵부즈만 제도의 도입과 실시”, 경찰법연구 통권 5호, 한국경찰법학회, 2007
- 김한수, “영국형사절차에서의 피해자 보호”, 국외훈련검사 연구논문집 제26집, 2011
- 도중진/류병관, “형사재판에의 시민참여방안”, 형사정책연구 제15권 제4호, 한국형사정책연구원, 2004
- 문재완, “사법부의 독립성과 책임성: 미국의 법관징계제도를 중심으로”, 미국헌법연구 제16권 제2호, 미국헌법학회, 2005
- 문준영, “검찰권 행사에 대한 시민적 통제와 참여”, 민주법학 통권 제29호, 민주주의법학연구회, 2005
- 문준영, “미군정기 법원조직법의 입법과정: 미국립문서관 법원조직법관계문서철의 소개와 분석”, 법사학연구 제32호, 민속원, 2005

- 문준영, “한국의 사법, 관료사법 체제 강화의 역사”, 온 국민이 함께 가는 민주적 사법개혁의 길, 민주적 사법개혁 실현을 위한 국민연대, 필맥, 2006
- 박성철, “형사조정제도에 대한 비판적 소고: 경찰수사단계에서의 형사조정제도의 도입과 관련하여”, 법학논문집 제34집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2010
- 박세현, “미국의 기소배심 실무연구”, 해외연수검사연구논문집 24집 1호, 법무연수원, 2008
- 박윤규, “한국의 경찰위원회제도 개선방안에 관한 연구”, 한국경찰학회보 제10권 제3호, 2008
- 박홍규, “사법과 참여민주주의”, 참여민주주의와 한국사회, 참여사회연구소 편, 창작과 비평사, 1997
- 서창희, “미국 대배심에서의 증언거부와 법정모욕”, 사법연수원논문집 제2집, 사법연수원, 2005
- 서창희, “Grand Jury 및 Immunity를 이용한 수사: 미국법상 비협조적 참고인에 대하여 진술을 강제하는 방법”, 해외연수검사연구논문집 제11집(I), 법무연수원, 1995
- 성선제, “미국의 형사배심제도”, 미국헌법연구 제14호, 미국헌법학회, 2003
- 송광섭, “형사절차에 있어서 피해자의 지위 강화”, 피해자학연구 제8호, 한국 피해자학회, 2000
- 심재무, “검사의 불기소처분에 대한 불복제도 개선방안”, 비교형사법연구 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003
- 심희기, “1990년대 한국의 형사사법 개혁운동의 성과와 전망: 권위주의의 해체와 시민참여운동의 태동”, 형사정책 제13권 제1호, 한국형사정책학회, 2001
- 양 건, “국민의 사법참가: 참심제 3단계 도입론”, 「국민과 사법」 심포지엄: 사법의 접근성, 공정성, 국민의 사법참여, 대법원, 2000
- 오경식, “미국의 기소대배심운영과 한국의 도입방안”, 형사법의 신동향 통권 제28호, 대검찰청, 2010
- 윤영철, “검사의 기소재량권에 대한 통제제도의 현황과 사전적·민주적 통제방안에 관한 소고”, 법학논고 제30집, 경북대학교 법학연구소, 2009

- 윤영철, “합리적인 ‘국민의 사법참여제도’에 관한 소고: 사법개혁위원회건의안과 사법제도개혁추진위원회공청회안에 대한 비판을 중심으로”, 형사정책연구 제16권 제2호, 한국형사정책연구원, 2005
- 이승호, “피해자와 민간의 형사절차 참여를 위한 방안”, 형사법연구 제19호, 한국형사법학회, 2003
- 이영우, “경찰위원회의 개선방안에 관한 연구”, 토지공법연구 제51집, 한국토지공법학회, 2010
- 이정원, “우리나라 형사조정제도의 시행 현황과 개선방향”, 법조 제60권 제5호 (통권 제656호), 법조협회, 2011
- 이철우, “일제하 한국의 근대성, 법치, 권력”, 한국의 식민지 근대성: 내재적 발전론과 식민지 근대화를 넘어서, 삼인, 2006
- 이황우, 한국의 경찰위원회와 일본의 국가공안위원회와의 비교 분석, 한국공안행정학회보 제2호, 한국공안행정학회, 1993
- 임지봉, “사법권의 독립확보를 위한 방안: 법관의 독립 및 법관인사제도를 중심으로”, 헌법학연구 제16권 제1호, 한국헌법학회, 2010
- 장규원/윤경희, “형사조정제도의 실효성 확보방안 연구”, 피해자학 연구 제16권 제2호, 한국피해자학회, 2008
- 전승수, “개정 형사소송법상 재정신청제도”, 형사법의 신동향 통권 제14호, 대검찰청, 2008
- 정세욱, “지방자치제실시에 따른 경찰과 지방정부와의 관계”, 정일 서재근박사 화갑기념논문집, 정일 서재근박사 화갑기념논문집 발간위원회, 1989
- 조기영, “재정신청제도의 전망과 과제”, 형사법의 신동향 통권 제14호, 대검찰청, 2008
- 조 국, “‘강조되어야 할 예외’로서의 재정신청제도”, 형사판례연구 제8호, 한국형사판례연구회, 2000
- 표성수, “재판전 형사절차에 있어서 국민 참여제도에 관한 연구: 미국의 대배심제도와 일본의 검찰심사회제도를 중심으로”, 저스티스 통권 제113호, 한국법학원, 2009
- 한상희, 법원행정처의 개혁방안, 민주주의법학연구회 편, 민주법학, 제29호, 2005

- 한상희, “사법부의 독립성 제고와 합리적 사법작용”, 헌법학연구, 제16권 제3호, 한국헌법학회, 2010
- 허일태, “검찰중립화방안: 검찰권행사의 공정성담보를 위한 대책”, 동아법학 제30호, 동아대학교 법학연구소, 2002
- 홍성삼, “협력방법 활성화에 관한 연구”, 경찰연구논집, 제6호, 2010
- 실버트 조나단 E./조국 역, “미국 형사사법행정에서 시민참여: ‘소유’, ‘책임’, 그리고 ‘투명성’”, 형사정책 제13권 제1호, 한국형사정책학회, 2001
- 카를로 가르니에리, “수평적 책임성의 도구로서 법원”, 민주주의와 법의 지배, 후마니타스, 2008

■ 국외문헌

〈미 국〉

- Charles Doyle, The Federal Grand Jury, Nova Science Publishers, Inc., 2008
- David W. Neubauer/Henry F. Fradella, America's Courts and the Criminal Justice System, Wadsworth Publishing, 2010
- David W. Neubauer/Stephen S. Meinhold, Judicial Process: Law, Courts, and Politics in the United States, Wadsworth Publishing, 2009
- Harold J. Berman, Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition, Harvard University Press, 1983
- Harry I. Subin, The Criminal Process: Prosecution and Defence Functions, West Publishing, 1995
- Henry J. Abraham, The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France, Oxford University Press, 1998
- Joan E. Jacoby, The American Prosecutor: A Search for Identity, Lexington Books, 1980
- Joel Samaha, Criminal Procedure, Thomson Wadsworth, 2011
- John H. Langbein, The Origins of Adversary Criminal Trial, Oxford University Press, 2003

- John. H. Langbein/Renée Lettow Lerner/Bruce P. Smith, History of the Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions, Wolters Kluwer Law & Business, 2009
- Kenneth J. Meier/John Bothe, Politics and the Bureaucracy: Policymaking in the Fourth Branch of Government, Wadsworth Publishing, 2006
- Sara Sun Beale/William C. Bryson/James E. Felman/Michael J. Elston, Grand Jury Law and Practice, Database updated October 2010
- Susan W. Brenner/Lori E. Shaw, Federal Grand Jury: A Guide To Law And Practice, updated 2011
- Victor A. Thompson, Modern Organization, Alfred A. Knopf, 1961
- Adriaan Lanni, "Implementing the Neighborhood Grand Jury", Grand Jury 2.0: Modern Perspectives on the Grand Jury, Carolina Academic Press, 2011
- Andrew D. Leipold, "Why Grand Juries Do Not (and Cannot) Protect the Accused, 80 Cornell Law Review 260, Cornell University, 1995
- David Maro, "Creativity and Administration", 31 Public Administration Review 1, American Society for Public Administration, 1971
- Fred W. Riggs, "Bureaucratic Politics in Comparative Perspective", Journal of Comparative Administration 1, Administration & Society, 1969
- Gerald B. Lefcourt, "Curbing Abuse of the Grand Jury", 81 Judicature 5, American Judicature Society, 1998
- Hiroshi Fukurai, "The Rebirth of Japan's Petit Quasi-jury and Grand Jury Systems: A Cross-National Analysis of Legal Consciousness and the Lay Participatory Experience in Japan and the U.S.", 40 Cornell International Law Journal 315, Cornell University, 2007
- Jennifer Gannet, "Providing Guardianship of Fundamental Rights and Essential Governmental Oversight: An Examination and Comparative Analysis of the Role of Ombudsman in Sweden and Poland", 9 NENGJICL 519, New England Journal Of International and Comparative Law, 2003

- John L. Worrall, "Prosecution in America: A Historical and Comparative Account", The Changing Role of the American Prosecutor, State University of New York Press, 2008
- Kevin K. Washburn, "Restoring the Grand Jury", Grand Jury 2.0: Modern Perspectives on the Grand Jury, Carolina Academic Press, 2011
- Mark Kadish, "Behind the Locked Door of an American Grand Jury: Its History, Its Secrecy, and Its Process", 24 Florida States University Law Review 1, Florida States University, 1996
- Melvin P. Antell, "The Modern Grand Jury: Benighted Supergovernment", 51 ABA Journal 153, American Bar Association, 1965
- Neil Vidmar, "A Historical and Comparative Perspective On the Common Law Jury", World Jury Systems, Oxford University Press, 2010
- Niki Kuckes, "Retelling Grand Jury History", Grand Jury 2.0: Modern Perspectives on the Grand Jury, Carolina Academic Press, 2011
- Niki Kuckes, "The Democratic Prosecutor: Explaining the Constitutional Function of the Federal Grand Jury, 94 Georgetown Law Journal 1265", Georgetown University, 2006
- Owen M. Fiss, "The Bureaucratization of the Judiciary", Symposium: The Legacy of the New Deal: Problems and Possibilities in the Administrative State, 92 Yale Law Journal 1442, 1983
- Renne B. Lettow, "Reviving Federal Grand Jury Presentments", 103 Yale L. J. 1333, The Yale Law Journal Company, Inc., 1994
- Ric Simmons, "Re-examining the Grand Jury System: Is There Room for Democracy in the Criminal Justice System?", 82 Boston University Law Review 1, Boston University, 2002
- Ric Simmons, "The True Goals of the Modern Grand Jury", Grand Jury 2.0: Modern Perspectives on the Grand Jury, Carolina Academic Press, 2011
- Richard D. Younger, "The Grand Jury Under Attack", 46 The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science 1, Northwestern University, 1955

- Richard D. Younger, "The Grand Jury Under Attack", 46 The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science 2, Northwestern University, 1955
- Robert K. Merton, "Bureaucratic Structure and Personality", 18 Social Force 4, University of North Carolina Press, 1940
- Roger A. Fairfax, Jr., "Does grand Jury Discretion Have a Legitimate (and Useful) Role to Play in Criminal Justice?", Grand Jury 2.0: Modern Perspectives on the Grand Jury, Carolina Academic Press, 2011
- Roger A. Fairfax, Jr., "Remaking the Grand Jury", Grand Jury 2.0: Modern Perspectives on the Grand Jury, Carolina Academic Press, 2011
- Roger A. Fairfax, Jr., "The Jurisdictional Heritage of the Grand Jury Clause", 91 MNLR 398, Minnesota Law Review Foundation, 2006
- Sara Sun Beale/James E. Felman, "Enlisting and Deploying Federal Grand Juries in the War on Terrorism", Grand Jury 2.0: Modern Perspectives on the Grand Jury, Carolina Academic Press, 2011
- Stephan C. Thaman, "Europe's New Jury Systems: The Case of Spain and Russia", World Jury Systems, Oxford University Press, 2010
- Susan W. Brenner, "Is the Grand Jury Worth Keeping?", 81 Judicature 190, the American Judicature Society, 1998
- Susan W. Brenner, "The Voice of the Community: A Case for Grand Jury Independence", 3 Va. Journal of Social Policy & Law 67, the Virginia Journal of Social Policy & The Law, 1995
- Walter Gellhorn, "The Swedish Justitieombudsman", 75 Yale Law Journal 1, The Yale Law Journal Company, 1965
- William J. Campbell, "Eliminate the Grand Jury", 64 J. Crim. L. & Criminology 174, Northwestern University, 1973

〈영 국〉

- David Ormerod/The Right Honourable Lord Justice Hooper, Blackstone's Criminal Practice 2011, Oxford University Press, 2010

Peter Hurst, *Criminal Costs: A Practical Guide*, Oxford University Press, 2007

Alec Samuels, "Non-Crown Prosecutions: Prosecutions by Non-Police Agencies and by Private Individuals", *Criminal Law Review* 1986. 1, Sweet & Maxwell and its Contributors, 1986

Andrew Sanders, "An independent Crown Prosecution Service?", *Criminal Law Review* 1986. 1, Sweet & Maxwell and its Contributors, 1986

L.H. Leigh, "Private prosecutions and divisionary justice", *Criminal Law Review*, 2007. 4, Sweet & Maxwell and its Contributors, 2007

Peter Hurst, *Criminal Costs: A Practical Guide*, Oxford University Press, 2007

〈독 일〉

Klaus Volk, *Grundkurs StPO*, 6. Auflage, Beck Juristischer Verlag; Auflage, 2006

Urs Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, 2. Auflage, Nomos, 2010

Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, 11. Auflage, C.F. Müller, 2010

〈프랑스〉

Alexis de Tocqueville, *De la democratie en Amerique*, Paris: Laffont, 1986

Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*, Dalloz-Sirey, 2009

Roger Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 2010

〈일 본〉

芦部 信喜/高橋 和之, *憲法*, 岩波書店, 2011

小林 昭三(監修)/憲法政治学研究会(編集), *日本国憲法講義—憲法政治学からの接近*, 成文堂, 2009

坂上遼, *ロッキード秘録 吉永祐介と四十七人の特捜検事たち*, 講談社, 2007

佐藤 幸治, *日本国憲法論*, 成文堂, 2011

白取祐司, *刑事訴訟法*, 日本評論社, 2010

- 田口守一, 刑事訴訟法, 弘文堂, 2009
- 鯨越 溢弘, 刑事訴追理念の研究, 成文堂, 2005
- 福井厚, 刑事訴訟法, 有斐閣, 2009
- 法務省法務総合研究所, 平成21年版 犯罪白書, 佐伯印刷, 2009
- 三谷太一郎, 政治制度としての陪審制—近代日本の司法権と政治, 東京大学出版会, 2001
- 三井誠/酒巻匡, 入門刑事手続法, 有斐閣, 2010
- 最高裁判所事務総局刑事局, 検察審査会50年史, 法曹会, 1998
- 山中永之佑, 新・日本近代法論, 法律文化社, 2002
- 古野豊秋, 新・スタンダード憲法, 尚学社, 2010
- 池田 綾子, “検察審査会改革と弁護士役割”, 法律のひろば 62巻 6号, ぎょうせい, 2009
- 伊藤榮二, “検察審査会法改正の経緯及び概要について”, 法律のひろば 62巻 6号, ぎょうせい, 2009
- 指宿信, “合衆国検察官制度成立史序説-公衆訴追主義の成立とその意義”, 北大法學論集 39巻 4号, 1989
- 宇藤崇, “検察審査会の役割と制度の概要”, 法律のひろば 62巻 6号, ぎょうせい, 2009
- 岡部泰昌, “刑事司法における検察審査会の役割-アメリカ大陪審の検討をかねて”, 法律時報 50巻 9号, 日本評論社, 1978
- 小田中聰樹, “「検察の民主化」と検察審査会”, 法律時報 50巻 9号(通巻 610号), 日本評論社, 1978
- 岸本正司, “最高裁判所裁判官国民審査制度の法文化論的考察”, 法政論叢通号 33, 日本法政学会, 1997
- 小林孝輔, “最高裁判所裁判官の国民審査”, 法律時報 49巻 7号, 日本評論社, 1977.
- 澤田裕治, “中世イングランド陪審制の歴史的形成”, 司法への民衆参加: 西洋における歴史的展開, 敬文堂, 1996
- 篠倉満, “アメリカの大陪審とわが国の検察審査会制度”, 法学セミナー, 16巻 7号(通巻 199号), 日本評論社, 1972
- 篠倉満, “わが国の検察審査会とアメリカの大陪審制度”, ジュリスト, 544号, 有斐閣, 1973

- 田口守一/後藤昭/椎橋隆幸, “〈鼎談〉 刑事司法制度改革の現状と展望”, 現代刑事法—その理論と実務 4巻 11号(通巻 43号), 現代法律出版, 2002
- 田宮裕, “公訴権の運用と檢察審査会”, 判例タイムズ 19巻 10号, 判例タイムズ社, 1968
- 辻裕教, “刑事訴訟法等の一部を改正する法律(平成16年法律第62号)について”, 法曹時報 58巻 8号, 法曹会, 2006
- 寺崎嘉博, “檢察審査会の権限”, 刑事訴訟法の争点[第3版], 有斐閣, 2002
- 寺崎嘉博, “檢察審査會の議決への法的拘束力”, 現代刑事法—その理論と実務 4巻 11号(通巻 43号), 現代法律出版, 2002
- 出口雄一, “檢察審査会法制定の経緯—GHQにおける議論を中心に”, 法律のひろば 62巻 6号, ぎょうせい, 2009
- 出口雄一, “日本近現代史における市民の刑事司法参加”, 東アジアにおける市民の刑事司法参加, 国際書院, 2011
- 鯉越溢弘, “檢察審査会の機能”, 刑事訴訟法の争点(新版), 有斐閣, 1991
- 畑浩人, “最高裁判所裁判官国民審査制度の再生: 積極的な罷免による任命のコントロールをめざして”, 広島大学大学院教育学研究科紀要 第2部 第51号, 2003
- 平田紳, “檢察審査会の活動: 大規模事故と起訴強制”, 福岡大学法学論叢, 第55巻 第3・4号(通巻 第196・197号), 2011
- 三井誠, “檢察審査會制度の現象と課題”, 法曹時報 50巻 9号, 1978
- 三井誠, “檢察審査会制度の今後”, 現代刑事法—その理論と実務 7巻1号(通巻 69号), 現代法律出版, 2005

Abstract

A Study on the Citizen Participation in the Preceding Stage of a Criminal Trial

YUN JEE YOUNG

During the last century, the main priority of judicial reform was defending judicial independence from politics and now is aiming for judicial democratization reflecting the global trend. People was recognized as object to be governed under authoritarian regime, however, rising participatory democracy, they claim and execute their rights in various area and judicial sector as well. To change cliquish and authoritative justice to transparent and democratic one, public participation in judicial processes should be requested. In accordance with the principle of popular sovereignty under Article 1 section 2, Constitutional law, jurisdiction comes from people and an institutional strategy should be provided to people as the sovereign to participate in judicial processes. Though citizen participation in criminal jury trial is being enforced, for the democratization of the criminal justice and regaining public trust, participation in judicial processes also secured from the preceding stage of a criminal trial.

The latest scandals within the prosecution agency raised public awareness of controlling the prosecutor's exclusive power. In July, 2010, the prosecution announced to set up 'Civil Committee on Prosecution' and adopt 'American-style

Grand Jury' as part of reform plans. Following this reform plans, Civil Committee on Prosecution established in district public prosecutor's office and branch office now is facing its criticism as follows: 1. Cases only requested by prosecutor, 2. the committee is established under the district public prosecutor's office and branch office so it may harm its independence. 3. The committee selection procedure which is only made by chief prosecutor. 4. And its decision doesn't have binding force.

The prosecution clearly announced Civil Committee on Prosecution is temporary operated as a transition organization and American-style Grand Jury system would be adopted in future and to enforce this system, it should be transformed adequate for domestic circumstance in Korea. Therefore, detailed reform plans should be discussed on Civil Committee on Prosecution as it was introduced and similar to American grand jury system. To efficiently and democratically operate discretionary power of the prosecution, priori control should be subjected along with posteriori control which is currently being enforced.

First of all, functions of the Civil Committee on Prosecution Should be set in terms of concrete reform measures. For the priori control, violent crimes, corruption cases of high-ranking officials and financial economic crime, health and safety environmental crime and crimes related people in legal profession should be included to the matter determining whether or not to indict in the committee. Basically, Federal Grand Jury in U.S. may be required in felony cases and the use of grand juries is optional for state courts due to increasing of judicial costs and delaying in prosecution. From this point of view, allowing the committee's deliberation on limited cases under the existing law can be positively evaluated. Also to secure its effectiveness, the committee should examine cases which are requested by the prosecutor and the accuser, complainant as well. But the adequacy regarding the indictment should be requested only by the prosecutor according to the principle of national prosecution. A politically-sensitive case resulting in an acquittal brings on a

public criticism against the prosecutor who executed the right of prosecution, so examining the adequacy of the case whether or not to indict by the committee can be expected to be used by prosecutor more positively.

And the solution to secure its independence should be sought. The committee must maintain independence from any other agency and only issues such as budget should be administered by an agency which the committee belongs to. The prosecution playing a leading role in introducing this committee should reform it with responsibility and solutions for securing its independence should be discussed focusing on excluding influence of prosecutors on the committee member selection procedure and the process of the deliberation. This system was imposed for applying a common sense and vivid legal sensibility to the stages of the investigation and prosecution. Therefore, the method for selecting member of the Civil Committee on Prosecution should be changed to a lottery system for securing transparency and accountability. Like we can guess from “rubber stamp for prosecutors” or “ham sandwich indictment”, excluding influence of prosecutor is the critical factor which can tell grand jury system is failed or not. So for helping the committee member who has not knowledge of law, attorney to take charge of assisting the Civil Committee on Prosecution should be introduced and the committee member should be assisted to apprehend the fact relevance and legal issues.

And solutions for securing its effectiveness, legal binding for decisions made by the committee, attendance duty of the witness and giving approval designated attorney could be suggested. First, since decisions of the committee have no legal binding, it couldn't perform its duties as a controlling measure against exercise of prosecutorial power. In United States, the federal grand jury indictment is necessary to charge someone with a crime considered to be a felony and in Japan, by Prosecutorial Review Commission Act amended in 2004, the decision of Prosecutorial Review Commission has binding force. Considering the purpose of Civil Committee system which is preventing

prosecutor from abusing its power by citizen, decisions made by the committee have binding force would be reasonable. Second, the grand jury subpoena authority is a key factor for securing effectiveness of grand jury. Given an example, in the case involving in U.S. former president Bill Clinton, the then President Bill Clinton should have testified before Federal Grand Jury by the subpoena. Under the current criminal procedure law in Korea, an investigation against a witness should be conducted voluntarily. The committee could compel a witness to attend by reason of prompt and equitable procedure for the case. This condition can be stipulated in the civil committee on prosecution law as Japan did but considering coherence of criminal justice system, it should be discussed with amending criminal procedure law. Third, although the committee decides to prosecute a case against prosecutor's disposition, without prosecution's will to get the truth, the case hardly dealt with properly. So a designated attorney by a court should prosecute and support the case and it also can secure the effectiveness of the committee.

Furthermore, to ensure public participation in the preceding stage of a criminal trial, an opportunity should be given to the general public and also an institutional strategy for the disabled and social minorities' participation should be provided. Also realizing that the public participation is core factor of Civil Committee on Prosecution system, public participation should be encouraged and induced with customized promotional strategies. Like Alexis de Tocqueville saying, "as a gratuitous public school, the most efficacious means of teaching the people to rule well" is jury trial system, Civil Committee on Prosecution in Korea should be the school of experience which is able to teach democratic values to the people.