연구총서 20-B-11

공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(Ⅱ): 형사절차에서의 각종 불복제도의 합리적인 운영 방안 연구

Study on the Reforms for the Criminal Justice System based on Fairness and Human Rights(II): Reforms for the Appeal and the Revision in the Criminal Procedure

김유근·김정연·김재봉·이순욱·문희태

KIC
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

한국형사정책연구원

머리말

국민은 국가기관의 권력작용에 의한 인권침해에 대하여 적극적으로 구제를 요구할 수 있는 권리주체로서 단순히 국가의 처분권의 객체에 불과한 것이 아니라는 점에서 형사사법절차 내에 국가의 권력작용(여기에서는 수사, 재판, 형 집행 등)에 대한 구제장치가 얼마나 담보되어 있는가의 여부는 한 국가의 인권수준과 형사사법기관에 대한 신뢰를 가늠하는 중요한 척도가 된다. 이러한 의미에서 본 연구는 형사사법절차의 불복제도에서 특정인 또는 특정 집단이 소외되거나 인권침해적인 요소가 없는지, 그러나 다른 한편으로 실체적 진실의 규명을 위하여 비효율적인 요소(소송경제 등)가 없는지에 관하여 검토하는 것을 그 내용으로 합니다.

본 보고서의 출판에 즈음하여 보고서의 집필을 기꺼이 맡아주신 내부 공동연구진인 김정연 박사님을 비롯하여 외부 공동연구진인 김재봉 교수님, 이순욱 교수님, 문희태 교수님에게 감사드립니다.

그리고 본보고서를 위하여 자료수집을 비롯하여 행정적인 지원을 해주시고 출판과 관련해서도 교정뿐만 아니라 내용을 꼼꼼하게 검토하여 집필자들이 미처 발견하지 못한 오류 등을 수정해 주신 김지윤 조사연구원이 없었다면 본 보고서의 출판은 그리 쉽지 않았을 것으로 생각합니다. 또한 촉박한 일정에도 불구하고 헌신적으로 본 보고서의 출판을 위하여 교정과 내용수정을 담당해 주신 이성빈 인턴연구원과 김희정 인턴연구원에게 감사드립니다.

마지막으로 이 자리를 빌어 본 보고서의 출판을 위하여 도와주신 모든 분들에게 다시 한번 감사드립니다.

2020년 12월

연구진을 대표하여

연구책임자 김 유 근

목 차

국문요약 ····· 1

제1장 김유근

서 론 ····· 11

제2장 김유근

수사기관의 수사와 처분에 대한 내적 불복절차 ····· 35

제1절 사법경찰관의 수사에 대한 불복 ····· 37

1. 사법경찰관의 수사과정에서의 법령위반·위법행위·수사권남용 등에 대한 불복 ····· 37
2. 사법경찰관의 부작위에 대한 불복 – 불송치결정에 대한 고소인 등에 대한 통지의무와 이의신청제도 ····· 57
3. 특별사법경찰관리의 수사에 대한 불복 ····· 78

제2절 검사의 처분에 대한 불복 ····· 79

1. 검사의 사법통제의 소극적 남용에 대한 불복 – 사법경찰관의 영장청구 신청에 대한 검사의 기각결정에 대한 심의제도 (영장심의위원회제도) ····· 79
2. 검사의 적극적 수사권 및 공소권 남용에 대한 불복 ····· 92
3. 검사의 소극적 공소권남용에 대한 불복 – 불기소처분에 대한 불복 ····· 102
4. 고위공직자범죄수사처의 수사와 처분에 대한 불복 ····· 123

제3절 소결 ····· 127

제3장 김재봉·이순욱·문희태

법원의 결정 및 판결에 대한 불복절차 ····· 131

제1절 서론 김재봉·이순욱·문희태 ····· 133

제2절 수사기관(특히 검찰)의 결정·처분에 대한 법원에의 불복
김재봉·문희태 ····· 136

1. 서론 ····· 136
2. 재정신청제도 ····· 137
3. 영장에 대한 불복의 허용 여부 ····· 148

제3절 법원의 명령·결정에 대한 법원 내재적 불복 김재봉·이순욱 ····· 154

1. 법원의 명령에 대한 법원 내재적 불복 ····· 154
2. 법원의 결정에 대한 법원 내재적 불복 ····· 170

제4절 법원의 판결에 대한 법원 내재적 불복 김재봉·이순욱 ····· 180

1. 현행 제도의 개관 ····· 180
2. 제도 개선방안 ····· 211

제5절 법원 재판에 대한 법원 외적 통제가능성 김재봉·문희태 ····· 213

1. 서론 ····· 213
2. 법원의 재판에 대한 헌법소원의 허용 여부 ····· 215

제6절 소결 김재봉·이순욱·문희태 ····· 223

제4장 김정연

형 집행 및 보안처분 단계에서의 불복절차의 합리화 방안 ··· 227

제1절 서론 ····· 229

제2절 형집행 단계에서의 불복절차 및 통제의 필요성 ····· 230

1. 형집행절차와 불복절차 현황 ····· 230
2. 형 집행에 대한 통제의 필요성 ····· 243
3. 외국의 형집행 단계에서의 불복절차 ····· 255

제3절 보안처분 단계에서의 불복절차 및 통제의 필요성 ····· 274

1. 현행법상 주요 보안처분과 불복절차 현황 ····· 274

2. 보안처분 집행에 대한 통제의 필요성 ····· 282
3. 외국의 보안처분 단계에서의 불복절차 및 통제수단 ····· 285
제4절 소결 ····· 293
1. 형 집행 및 보안처분 집행에 대한 사법적 통제의 필요성 ····· 293
2. 형집행법원 도입에 관한 논의 ····· 294
3. 형집행절차 및 보안처분 단계에서의 불복 및 통제를 위한 개선방안 ····· 295

제5장 김유근·김정연·김재봉·이순욱·문희태
결론 ····· 297

참고문헌 ····· 309
관련문헌 ····· 329
Abstract ····· 335

표 차례

[표 2-1] 일본과 우리나라의 "송치"와 "송부" 비교 ····· 75
[표 2-2] 검찰 단계에서의 내부적 사법심사제도* 비교 ····· 93
[표 4-1] 수용자 청원 사유별 현황(2010년~2019년) ····· 239
[표 4-2] 수용자 청원 처리 결과(2010년~2019년) ····· 240
[표 4-4] 수용자의 소송 등 권리구제 현황(2010년~2019년) ····· 241
[표 4-3] 교정공무원 피고소·고발 현황(2010년~2019년) ····· 241
[표 4-5] 제1심 형사공판사건 종국처리 현황(2009년~2018년) ····· 246

그림 차례

[그림 4-1] 제1심 형사공판사건 종국처리 인원 구성비(2018년) ····· 247
[그림 4-2] 제1심 공판사건 중 집행유예 인원(2009년~2018년) ····· 249

국문요약

⑴ 현행법상 사법경찰관과 검찰의 수사과정 그리고 공소제기와 관련해서의 법령위반·인권침해·현저한 권한남용에 대하여 살펴보았다.

주요 외국의 입법례를 살펴보면 수사 및 공소제기와 관련하여 수사기관 내적 사법심사와 외적 사법심사를 받을 권리를 규정하고 있는데 우리나라의 경우도 크게 다르지 않다. 그러나 현행법이 규정한 불복절차가 인권친화적이고 공정하게 규정되어 있는가와 관련해서는 여러 문제점들이 지적될 수 있다.

① 사법경찰관의 법령위반·인권침해·현저한 수사권남용에 대한 불복절차로서 경찰청 수사이의심사위원회제도, 수사관 교체신청 제도(기피제도) 그리고 검사의 사법통제로서 시정조치요구 등이 규정되어 있으나 경찰청 수사이의심사위원회의 기능과 검사의 시정조치요구 등이 경합하는 경우 검사의 시정조치요구의 대상이 되는 사안과 중첩되지 않는 한에서만 경찰청 수사이의심사위원회의 기능이 축소될 수밖에 없는 문제점이 있다. 또한 수사이의심사위원회에만 해당하는 것은 아니지만 시민참여형 위원회가 법률판단까지 하는 것이 과연 타당한지, 법률심사를 담당하는 검찰제도와 법원의 판단과의 경합문제를 어떻게 해결할 것인지에 대한 대책이 필요하다.

② 사법경찰관의 법령위반·인권침해·현저한 수사권남용이 문제되는 경우 시정조치요구 등의 절차는 특히 현재의 인권침해·현저한 수사권남용으로 인한 침해상태를 즉시 배제할 수 없다는 한계가 있다. 물론 법원에 준항고를 제기할 수는 있으나 준항고의 대상은 제한적이기 때문에 여전히 검사의 사법통제는 의미를 가진다. 이러한 의미에서 인권침해상태의 즉시적인 배제를 위하여 시정조치를 요구하는 절차 전에 당사자에 대한 보호조치를 취할 필요가 있다.

③ 2020년「형사소송법」개정으로 재수사요청 그리고 보완수사요구 등이 구별되면서 사건기록의 송부 후에는 재수사요청만 가능한 것인지 아니면 보완수사도 가능한 것인지 그리고 사건을 송치한 후에는 보완수사요구만 가능한 것인지 아니면 재수사요청도 가능한 것인지가 명확하지 않다. 이것은 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여

고소인 등의 이의신청이 있는 경우 사건을 필요적으로 검사에게 송치하도록 하고 있는 「형사소송법」 제245조의8과 관련하여 보완수사만으로도 충분한 것을 재수사를 하여야 하는지의 문제와도 관련이 있다. 이것은 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여 고소인 등이 이의신청을 한 때에 복잡한 문제가 발생시킨다. 더욱이 「형사소송법」 개정 이전에 고소인 등은 검사의 사법심사를 당연히 받을 수 있었던 것을 이제는 이의신청이라는 조건부로 받을 수 있게 된 것이 과연 타당한 것인지는 의문이다. 또한 고소인 등이 이의신청을 하기 위하여 오히려 사건송치요건을 충족함을 증명하여야 하는 문제가 발생한다(입증책임의 전환).

④ 주요 외국의 입법례를 살펴보면 수사기관이 사건불송치결정을 내리거나 불기소처분을 하는 경우 고소인·고발인은 별론으로 하더라도 적어도 피해자의 동의나 법원의 허가를 받도록 하고 있는데 이러한 의미에서 사전적 통제장치를 마련할 필요가 있다.

⑤ 검사의 공소권남용과 관련하여 기소법정주의를 도입하여 가능한 한 검사의 기소재량을 제한함으로써 선택적 공소권행사가 아닌 공평한 공소권행사가 이루어지도록 할 필요가 있다. 이와 관련하여 일률적인 기소법정주의로 인하여 구체적인 타당성을 결여할 우려가 있는 것은 사실이지만 경범죄, 약물·음주사범의 경우의 치료 등 특수한 사정과 관련해서는 이를 열거식으로 규정한다면 충분히 대응할 수 있을 것으로 판단된다. 만약 기소편의주의의 유지가 바람직하다고 하더라도 특정범죄에 대한 전속관할을 가지는 고위공직자범죄수사처의 경우에는 충분히 기소법정주의를 도입할 의미가 있다.

⑥ 검사의 공정한 공소권행사를 위하여 검사의 제척·기피·회피제도를 도입할 필요가 있으며 이탈리아의 경우와 같이 수사 후 공소제기 기간을 제한하고 그 연장에 법원의 허가를 받도록 하는 등 수사의 장기화로 인한 법적 안정성의 침해를 최소화할 필요가 있다.

⑦ 사법경찰관과 검사의 법령위반·인권침해·현저한 수사권 남용·공소권남용에 대한 법원의 사법통제는 준항고에 의할 수밖에 없는데 「형사소송법」 제417조는 "검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분"과 "제243조의2에 따른 변호인의 참여 등에 관한 처분"에 관한 불복에 대해서만 가능하기 때문에 가장

큰 문제가 되는 현저한 수사권남용이나 공소권남용에 대해서는 법원의 사법심사를 받는 것이 쉽지 않다. 따라서 스위스와 같이 형사사법기관의 법령·인권침해·현저한 수사권 및 공소권남용·재량권의 부당한 행사 등에 대하여 법원의 사법심사를 인정할 필요가 있다. 이때에도 특히 인권침해나 현저한 수사권남용에 대해서는 즉시항고를 허용함으로써 현재의 부당한 침해를 즉시 배제할 수 있도록 할 필요가 있다.

⑧ 현재 경찰 및 검찰에 설치되어 있는 많은 시민참여형 위원회들이 과연 유사·중복적인 것은 아닌가를 검토할 필요가 있다.

⑨ 우리나라 「검찰청법」상 검찰항고와 관련해서는 기소유예에 대해서는 허용되지 않기 때문에 피의자를 장기간 불안정한 상태로 놓을 수 있다는 점에서 검찰항고제도를 확대할 필요가 있다. 이와 관련하여 「국가보안법」 제20조에 따른 공소보류처분에 대해서는 어떠한 불복수단도 존재하지 않을 뿐만 아니라 당사자는 법무부장관이 정한 감시 및 보도에 관한 규칙을 준수하여야 한다는 점에서 행동의 자유에 대하여 중대한 침해를 초래한다. 따라서 공소보류에 대하여 불복절차를 마련하기 보다는 오히려 이 제도를 폐지하는 것이 타당하다.

⑵ 재정신청절차는 검찰권행사에 대한 통제 이외에도 범죄피해자의 형사소추의 이익을 보호하기 위한 제도로서 운용되어야 한다. 그러나 종래 재정신청제도는 그 초점이 피해자의 이익보호보다는 오히려 검사의 기소재량에 대한 사법통제에 놓여 있던 것이 사실이며 이러한 의미에서 피해자의 이익보호의 관점이 보다 강조될 필요가 있다.[1)]

그리고 고소·고발의 남발의 문제는 결과적으로 재정신청의 급증으로 인한 법원업무의 가중을 초래할 위험이 상존하는 것이 사실이다. 그러나 이러한 법원업무의 가중은 업무의 효율화를 통하여 해소하여야 하는 것이지 당사자의 권리를 축소하여야 하는 직접적인 원인으로 작용해서는 안 된다.[2)] 그러나 이와 동시에 재정신청은 피고소·고발인의 지위를 불안정하게 한다는 점도 간과되어서는 안 된다.[3)]

또한 재정신청에 의한 실질적인 기소강제에 의하여 검사의 공소제기 및 유지의

---

1) 최병각, 『재정신청제도에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1999, 30-31면.
2) 박상기, "기소편의주의와 그 문제점", 『고시행정』(1990.12.), 85면.
3) 박미숙, 앞의 논문, 726면.

공정성이 의심받는 경우 독립성과 공정성이 담보될 수 있는 공소유지변호사제도의 도입도 고려할 만한 것이라고 판단된다.

한편 피해자 및 형사재판에 관여하는 참고인 등의 인권보호가 중시되면서 소위 '영장항고제도'의 도입이 주장되고 있다. 동 제도에 대해서는 판사의 자의적 권력 행사에 대한 사후적인 통제수단이 제도적으로 보장되어야 국민주권주의와 권력통제라는 헌법적 관점에서 타당하다고 할 수 있다는 찬성 견해와, 구속영장이 기각될 경우 영장의 재청구로 인하여 그 목적을 달성할 수 있으며, 무엇보다 피의자의 지위가 장시간 불안정해짐으로써 피의자의 인권을 침해할 수 있다는 반대 견해가 대립하여 왔다. 사견으로는 찬성의 견해가 좀 더 타당한 것으로 사료된다. 다만 구속영장항고제도를 도입하게 되면 피의자에게 불리하게 작용할 수 있고, 불구속수사의 원칙이 후퇴할 수 있어 이에 대한 보완이 필요할 것으로 보이며, 이때 영장단계에서의 조건부 석방제도나 현행 보석제도와의 통합 혹은 이러한 제도의 일부로서의 영장항고제도를 고려하여야 할 것이다.

법원의 명령에 대한 불복과 관련해서는 우선, 준항고의 청구 기간이 7일로 개정되어 그 기간에 대한 문제는 해소되었다고 볼 수 있으나, 명령에 대하여 일반적인 상소방법을 두지 않고 재판장의 처분에 대한 이의신청(제304조 제1항)이나 준항고(제416조)와 같이 일정한 경우에만 불복을 허용하는 규정을 둔 부분에 대해서는 어느 경우에 위 규정이 적용되는 것인지 명확한 규정이 필요하다고 생각한다. 굳이 법률에 두지 않더라도 규칙에 명시적인 규정을 두는 방법도 고려해 볼 수 있다. 이 부분은 「민사소송법」 규정을 참고하여 일반적인 이의신청 절차를 두되, 예외적으로 준항고(제416조) 등과 같이 현행 「형사소송법」 규정으로 해결할 수 있는 것을 그대로 활용토록 하는 것도 개선방향 중 하나로 제안해 볼 수 있을 것 같다.

약식명령을 청구하는 단계에서 공소장부본을 피고인에게 송달해주는 것, 정식재판 청구 등으로 공판절차가 개시되면 즉시 사건 기록을 검찰에 반환하도록 규정을 정비하는 것, 법원의 공판회부로 인하여 통상의 절차로 진행되는 경우 그 후속절차 등에 대해서는 심도 있는 고민이 필요할 것으로 생각한다. 약식명령을 한 판사가 정식재판을 담당하는 경우 전심관여로서 제척사유에 해당하는 것인지 여부에 관하여 판례가 전향적으로 변경되어 피고인 입장에서 공정한 재판을 받을 권리를 보장받고 있다고

충분히 인식할 수 있도록 배려할 필요가 있다고 생각한다.

즉결심판에 대해서는, 정식재판 청구서를 법원에 제출토록 하고, 즉결심판에 대하여 정식재판을 청구한 경우 반드시 형종상향금지가 적용된다고 해석할 것이 아니라, 종전과 같이 불이익변경금지가 적용될 여지도 존재하는 것이므로 그 부분에 대한 명확한 규정이 필요해 보인다.

법원의 결정에 대한 불복방법으로 항고제도가 존재하고, 「형사소송법」 제402조와 제403조가 그에 대한 규정으로 보여지는데 양 조문을 보아서는 정확히 어떤 경우에 항고로 불복할 수 있는지 쉽게 알기 어렵다. 따라서 제402조와 제403조의 양 조문의 관계를 쉽게 이해할 수 있게 정리할 필요가 있다. 한편 제408조 제2항의 '3일', 제411조의 '5일' 규정은, 종래 즉시항고에 대하여 3일을 정하고 있었던 때부터 존재하던 규정으로, 현재 7일로 즉시항고 제기기간이 연장된 사정과 균형을 맞추어야 하는 것인지, 아니면 즉시항고 제기기간보다 짧은 기간을 두어야만 하는 사정이 여전히 존재하는 것인지 여부가 불분명하다. 추후 「형사소송법」 개정 시 기간을 더 연장할 것인지 현행과 같이 남겨둘 것인지 논의를 해볼 필요는 있을 것으로 본다.

수사상 증거보전절차(제184조)에서 그 기각 결정에 대해서는 3일 이내에 항고할 수 있다고 규정되어 있다. 위 3일의 기간제한은 다른 규정 특히 즉시항고가 7일로 기간이 연장된 개정법 하에서는 재검토가 필요해 보인다. 그 외 영장과 관련하여 항고도, 준항고도 불가능하므로 결국 불복이 허용되지 않는다는 취지의 판례 입장에 대하여, 영장의 재청구 이외에 별도의 불복방법의 신설에 대한 논의도 필요하다고 생각한다.

상소권회복 여부에 관하여 최대한 그 회복을 인용하는 방향으로 나아가는 것도 고민해 볼 필요가 있다고 본다. 한편 상소권회복 청구 사건을 변호하는 변호인과의 접견 문제도 여전히 존재하고 있으므로 회복신청을 한 사람과 변호인 사이의 접견에 관해서는 제한 없는 접견이 가능하도록 개선될 필요가 있다고 생각한다.

형식재판에 대하여 무죄를 주장하여 상소할 수 있는가에 대하여, 피고인 입장에서는 무죄판결을 원한다고 하였음에도 형식판결이 선고되었음을 이유로 하여 항소할 수 있는 방법이 봉쇄되어야 하는가 하는 점은 의문이 있으므로, 형식재판이 선고된 사건에 관하여 무죄를 주장하는 상소가 과연 상소의 이익이 없다고 단정할 것인지 숙고할 필요가 있다고 본다.

항소이유 중 양형부당에 관해서는, 인적사항이 가려져 있고 죄명으로 선고형을 검색하면서 판결문의 범죄사실도 피고인이 살펴볼 수 있는 방안이 마련되거나 판결문에 양형의 이유가 자세히 설시되고 양형기준도 명확하게 되어 진정한 의미의 양형부당을 다툴 수 있도록 제도가 개선되어야 할 것으로 본다.

비상상고 사유 중 사실오인의 결과로 발생한 법령위반에 대해서는 심도 있는 논의가 필요할 것으로 본다. 비상상고에 관한 대법원 판례는 스스로 나름대로의 기준에 따르고 있을 것으로 보여지지만, 인용되는 예와 기각되는 예를 보면 그 기준을 명확하게 알기 어렵다고 평가된다. 소송법적 사실의 오인으로 인한 법령위반의 경우에는 비상상고의 사유로 인정하고 실체법적 사실의 오인으로 인한 법령위반의 경우에는 원칙적으로 부정하되 별다른 조사의 필요 없이 기록상 명백한 경우에는 비상상고를 허용하자는 견해와 같이 판례가 변경되기를 기대한다.

대법원과 헌법재판소는 국민의 기본권 보장을 위하여 상호 협력하고 사법권의 오·남용을 통제하는 기능을 수행하는 기관이기도 하다. 그러나 여기에서 간과되어서는 안 되는 것은 헌법 및 법이념의 실질적인 실현을 통하여 국민의 기본권을 보장하는 것이라고 한다면 국민의 인권보장을 위하여 무엇이 가장 합리적인가를 함께 고민해 나가야 할 필요가 있다.

⑶ 형 집행 및 보안처분 집행에 대한 사법적 통제

① 형 집행 및 보안처분 집행에 대한 사법적 통제의 필요성

형 집행 및 보안처분의 집행에서 제기된 현실적인 여러 문제들을 보면, 형 집행에 대한 법원의 통제기능이 미미하고 그 마저도 산발적으로 규정되어 있다는 점, 주요 형벌로서 자유형이 가지는 특징인 사후적 보충 내지 적용의 문제, 그리고 가석방을 비롯한 각종 보안처분에 대한 행정기관의 결정의 문제와 행형과정에서의 수형자에 대한 효과적인 권리구제 문제 등을 들 수 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 형 집행 및 보안처분 집행에 대한 법원의 관여 내지 사법적 통제가 필요하다.

형 집행 및 보안처분 집행절차에 대한 권력분립원칙의 적용의 측면에서 보면, 그 집행 절차에 대한 사법적 통제 내지 사법판단의 필요성은 인권침해에 대한 구제절차로서 필요한 문제일 뿐만 아니라 현대적 권력분립원칙의 의미를 실현하는 방법이라는

점에서도 중요하다고 할 수 있다. 형 집행 및 보안처분 집행절차에 대한 적법절차의 원칙의 실현을 위해서는 형벌에 대한 법률유보원칙으로서의 실체법적 기초와 적법절차원칙에 상응하는 절차법적 요청뿐만 아니라 그 집행과정에서 실제적 관철을 가능하게 하는 조직과 체계가 필요하다고 할 수 있다. 이러한 점에서 형 집행 및 보안처분 집행절차에 대한 사법적 통제의 필요성이 인정된다. 나아가 국제적 논의에서 형벌과 보안처분의 집행과정에 대한 법관의 참여 및 결정권한을 요청하고 있다는 점은 형벌의 집행 및 형벌에 대한 변경에 대해 법관의 참여와 통제를 요청하고, 나아가 보안처분의 집행과 그 조건의 변경에 관한 조치에 이르기까지 사법적 통제를 필요로 한다는 것에 대한 중요한 논거가 된다.

② 형집행법원 도입에 관한 논의

형집행절차에 대한 사법적 통제의 필요성 논의는 형집행법원의 도입의 필요성으로 연결된다. 현행과 같이 집행기관에 일임하는 형집행절차 및 행형과정에 대해 보다 적극적으로 법원이 개입할 필요가 있다는 점과 관련하여 형집행법원의 도입을 고려할 수 있다.

형집행법원 도입과 관련하여서는 그 유형에 따라 현실적인 도입가능성을 고려하여야 하고, 이에 단계적인 도입 방향을 논의할 수밖에 없다. 프랑스의 형사집행법관 및 형사집행법원 제도나, 이탈리아의 감독법원제도의 유형은 가장 법원이 형집행절차에 적극적으로 개입할 수 있는 형태라 할 수 있지만, 이러한 형집행법원 형태의 도입은 현재 사법절차 및 법원조직법상 대대적인 변화를 요구하는 것이다. 이러한 특별법원의 도입이 시기상조라거나 현실적으로 무리한 것이라 하더라도 형 집행 관련 특별법원의 도입을 장기적인 과제로 고려하여야 할 것이다.

중단기인 절충적 개선으로서는 현행과 같이 전반적인 형 집행은 검찰이 담당하도록 하면서도 형벌의 중요한 변경 및 행형과정에서의 권리구제, 보안처분의 조건에 관한 변경에 대해서는 형 집행 및 행형에 대한 사법적 통제를 담당하는 전담부서를 법원에 두는 것을 고려할 수 있다. 이에 관해서는 형사법원에 형 집행부를 두고 있는 독일의 입법례가 의미가 있다. 실현가능성을 고려하여 우선적으로 형 집행 및 보안처분 절차에 대한 법관의 관여를 도모하는 방안으로는 전담판사제도를 도입하여 형 집행과 관련한 사안을 전담하도록 하는 것도 고려해 볼 수 있다.[4]

③ 형집행절차 및 보안처분 단계에서의 불복 및 통제를 위한 개선방안

형집행절차 및 보안처분 단계에서의 문제를 해결하고 집행절차에 대한 통제를 위해서는 앞서 근본적인 해결방안으로서 사법심사의 필요성을 역설하고, 형집행법원의 도입 등 형집행절차에 대한 법관의 참여를 요청하였다. 그 외에 형집행절차 및 보안처분 단계에서의 불복 및 통제를 위한 개선방안으로서 고려할 만한 사항을 다음과 같이 제시한다.

㉠ 가석방과 관련하여서는, 가석방에 대한 사법처분화 방안 내지 필요적 사법심사의 통제를 주장하는 견해를 따르지 않더라도, 현행의 행정처분 절차 내에서 수형자의 권리를 최대한 보장할 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다. 특히 가석방 심사절차의 공정성과 형평성을 담보할 수 있는 불복절차의 도입이 절실히 요구된다. 먼저 수형자의 가석방 심사 신청권은 가석방 절차에서의 1차적인 구제수단으로서 그 의미가 크다고 할 것이다.[5] 가석방에 대해서는 "수형자의 개별적 요청이나 희망에 따라 행하여지는 것이 아니라 교정기관의 교정정책 혹은 형사정책적 판단에 따라 이루어지는 재량적 조치"라고 판단하고 있어 수형자의 가석방 심사 신청권을 인정하기 위해서는 입법적으로 명시하는 방안을 고려할 필요가 있다.[6] 또한 가석방이 되지 않은 경우에 현행법상 수형자에게 이의신청을 할 방법이 마련되어 있지 않다. 형사절차에서의 인권친화적인 불복제도의 확립을 위해서는 현행 가석방절차 내에서 각 단계별로 이의신청 내지 불복절차를 두어 가석방에 있어서 형 집행의 공정성 및 신뢰성을 확보할 필요가 있다.

㉡ 가석방은 형의 집행 이후 조기 석방의 형태로 이루어지는 '출구전략'인 반면, 집행유예는 형벌의 집행에 있어서 '입구전략'에 해당한다. 이러한 점에서 집행유예의 선고는 다른 형태의 형 집행을 의미한다. 법관에 의한 집행유예 선고의 경우에도 일정한 통제는 필요하고 그 판단에 대한 자의적 재량을 최소화하기 위해서는 입법론적으로 집행유예의 조건을 세분화하고 형기의 경중에 따라 차별화된 요소를 고려하여 조건을 엄격하게 설정하는 것이 필요하다.

---

4) 정승환, "형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성", 『형사법연구』, 제22호(2004.12.), 한국형사법학회, 404면.

5) 김정연·윤옥경·차종진·배상균, 『가석방제도의 운영현황과 개선방안에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2019, 234면.

6) 김정연 외, 앞의 보고서, 233-234면.

나아가 집행유예 기준을 포함하고 있는 현행 양형기준제도는 집행유예에 대한 법관의 재량적 판단을 방지하고, 집행유예의 선고를 통제 내지 감독하는 역할을 수행한다. 집행유예제도 자체가 여전히 법관의 재량에 의한 은혜적 처분으로 운영되는 것을 방지하기 위해서는 양형기준에서 실형과 집행유예를 구분할 수 있는 보다 객관적이고 구체적인 평가원칙을 제시하는 집행유예 기준을 마련하여야 할 것이다.[7]

㉡ 보안처분과 관련하여서는, 비례성원칙이 적용되는 범위 내에서 정당화되므로 재범위험성 판단 및 비례성원칙의 심사를 거쳐 보안처분 목적상 반드시 필요한 경우에 선고되어야 할 것이다. 법원에 의한 보안처분의 부과만큼 그 집행절차 과정에서 이루어지는 사후 결정의 중요성은 크다고 할 것이다.[8] 이러한 점에서 보안처분의 집행절차에 대한 사법적 통제가 필요하다는 점에 대해서는 앞서 논의하였다.

형벌에 대해 책임원칙이 적용되는 것과 달리 보안처분은 재범위험성을 근거로 하는 바, 그 차이에 따라 형사제재의 이원주의가 정당화된다. 그러나 형벌과 보안처분의 집행에 있어서 차이가 없다면 이는 무의미하다 할 것이다. 따라서 보안처분의 집행은 형벌의 그것과는 구별되어야 하는 집행의 차별화가 요구된다.[9][10]

---

7) 이현정, "집행유예제도에 대한 개선방안 - 양형위원회의 집행유예기준을 중심으로 -", 『미국헌법연구』, 제25권 제2호(2014.8.), 미국헌법학회, 321면.

8) 박학모·김한균, 『보안처분 집행절차와 사법심사에 관한 연구』, 대법원 법원행정처, 2011, 123면.

9) 김혜정, "보안처분의 체계적 입법화를 위한 소고", 『형사법연구』, 제25권 제4호(2013.12.), 한국형사법학회, 147면.

10) 형벌의 집행과 차별화된 보안처분의 집행에 대해서는 독일의 연방헌법재판소에서 보안감호 집행원칙으로 제시하고 있는 ① 최후수단의 원칙, ② 개별화 및 집중의 원칙, ③ 동기화의 원칙, ④ 분리수용의 원칙, ⑤ 최소화의 원칙, ⑥ 권리보호 및 원조의 원칙, ⑦ 심사의 원칙을 참고할 필요가 있다(*Desseker, Die Sicherungsverwahrung in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts*, ZIS, 8-9/2011, 709면; 김혜정, 앞의 논문(2013), 147면에서 재인용).

서 론

김 유 근

제1장

서 론

형사사법절차에서 수사기관, 법원 그리고 형집행기관의 처분이나 결정·판결 등에 대한 불복제도는 한편으로 권리구제를 통하여 그리고 다른 한편으로 권한통제 내지 견제를 통하여 일반국민의 인권을 담보한다는 점에서 큰 의미를 가진다. 이러한 의미에서 본 연구는 형사소송절차에서의 수사기관과 법관의 처분과 판단(결정, 판결) 그리고 형집행 단계에서의 행정기관에 대한 불복제도를 종합적으로 검토함으로써 처분·결정·판결주체의 판단을 견제할 수 있는 합리적이고 구조적인 통제장치를 모색하는 것을 그 목적으로 한다.

국민은 국가기관의 권력작용에 의한 인권침해에 대하여 적극적으로 구제를 요구할 수 있는 권리주체로서 단순히 국가의 처분권의 객체에 불과한 것이 아니라는 점에서 형사사법절차 내에 국가의 권력작용(여기에서는 수사, 재판, 형 집행 등)에 대한 구제장치가 얼마나 담보되어 있는가의 여부는 한 국가의 인권수준과 형사사법기관에 대한 신뢰를 가늠하는 중요한 척도가 된다. 이러한 의미에서 형사사법절차의 불복제도에서 특정인 또는 특정 집단이 소외되거나 인권침해적인 요소가 없는지, 그러나 다른 한편으로 실체적 진실의 규명을 위하여 비효율적인 요소(소송경제 등)가 없는지에 관하여 검토함으로써 형사사법절차 전반에 걸쳐 일반국민의 권리를 재확인하고 공정하고 인권친화적인 불복제도를 확립할 필요가 있다.

⑴ 그런데 국가기관의 모든 단계별 개별소송행위에 대하여 빈틈없이 불복절차를 마련할 것인가라는 문제도 여전히 실체적 진실규명과 소송경제에 비추어 형사정의 및 효율성과 반드시 조화되는지의 여부 등이 검토될 필요가 있게 된다.[11] 그런데 여기

11) 예컨대 수사개시에 대하여 불복을 허용할 것인가라는 문제라든지 혹은 검사의 공소제기 자체에 대하여 불복을 허용할 것인가라는 문제는 「형법」상 직권남용에 해당하지 않는 한 전자는 수사

에는 여전히 일의적으로 해소되지 못하는 많은 문제들이 남아있는 것도 사실이다. 요컨대 ①(무죄추정의 원칙에도 불구하고) 수사 및 공판의 당사자로서 어느 정도의 부담(강제수사, 재판)을 감수하여야 하는 피의자·피고인에 대하여 어디까지 불복을 허용할 것인지, ②피해자의 형사절차에 대한 참여가 확대되고 있음에도 불구하고 여전히 피해자는 형사소송의 당사자가 아니라는 점에서 형사절차의 진행과정에 대한 피해자의 불복을 어느 정도까지 허용할 것인가라는 문제를 비롯하여, ③불복을 허용하는 것이 경우에 따라서는 오히려 수사권 남용이 되거나[12] 혹은 공판의 지연과 실체적 진실규명에 방해를 초래하는 것은 아닌지(심급제도와 개별소송행위의 불복제도 간의 차이의 문제),[13] ④수사에 대한 불복의 대상이 공판의 본안심리의 대상이 될 경우에도 수사단계에서의 불복을 허용할 것인지, ⑤이와 관련하여 형사소송구조상 국가기관의 개별소송행위에 대하여 불복을 허용하고 이에 상응하여 심리하도록 하는 것이 오히려 공판의 본안심리에서 다루어져야 하는 사안이 개별소송행위에 대한 절차적 허용 여부의 문제로 축소되는 것은 아닌지,[14] ⑥최근에 국민의 권리구제수단의 하나로서 형사절차의 각 단계별로 시민위원회의 설치가 확대되고 있는데 형사사법절차에서 시민위원회의 결정은 한편으로 형사사법절차에 대한 시민참여의 형태이기는 하지만 다른 한편으로 시민위원회의 판단은 자칫 법관에게 편견을 줄 우려는 없는지, ⑦법원의 결정에 대하여 불복, 특히 항고 또는 준항고를 허용하지 않는 것[15](예컨대 증거개시에 관한 결정 등)은 지나치게 법원중심적-편의주의적 공판이 아닌지, ⑧심급제도 하에서 상급

강제주의와 조화되지 않고, 후자는 공판이란 본래 공소제기의 타당성을 법원의 유무죄의 판단을 통하여 판단하는 것이라는 점(당사자주의적 요소)에서 공소제기 자체에 대한 불복절차는 공판과 중복되기 때문이다.

12) 주로 검사의 재항고(특별항고) 등.

13) 예컨대 피고인에 의한 제한없는 불복신청 등.

14) 예컨대 수사기관의 위법증거수집에 대한 독립적인 불복절차를 인정할 것인지 아니면 공판에서 증거능력을 배제하기만 하면 되는지(유무죄의 판단에는 영향을 미치지 아니한다) 아니면 애초부터 위법수집증거를 이유로 무죄를 선고하여야 하는 것인지의 여부 등.

15) 대법원 2013.1.24. 자 2012모1393 결정: "형사소송법 제402조는 "법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 항고를 할 수 있다. 단, 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다"고 규정하고, 제403조 제1항은 "법원의 관할 또는 판결 전의 소송절차에 관한 결정에 대하여는 특히 즉시항고를 할 수 있는 경우 외에는 항고하지 못한다"고 규정하고 있다. 그런데 형사소송법 제266조의4에 따라 법원이 검사에게 수사서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용할 것을 명한 결정은 피고사건 소송절차에서의 증거개시(개시)와 관련된 것으로서 제403조에서 말하는 '판결 전의 소송절차에 관한 결정'에 해당한다 할 것인데, 위 결정에 대하여는 형사소송법에서 별도로 즉시항고에 관한 규정을 두고 있지 않으므로 제402조에 의한 항고의 방법으로 불복할 수 없다고 보아야 한다".

법원에의 불복이 허용되는 사유가 합리적인지, ⑨법원의 판례 및 해석이 「헌법」에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 경우란 상정할 수 없는 것인지, 즉 대법원의 판례의 변경은 단순히 반성적 성찰에 의한 견해의 변경에 불과한 것일 뿐 규범통제의 대상이 되지 않는 것인지, 그렇다면 헌법재판소의 변형결정(한정합헌·위헌결정)을 어떻게 이해하여야 하는지(헌법재판소에 의한 규범통제의 가능성)[16] 그리고 ⑩법원에서

16) 이와 관련하여 ①대법원 2013.3.28. 선고 2012재두299 판결: "(다) 헌법재판소법 제41조 제1항, 제45조 본문은 헌법재판소는 국회가 제정한 '법률'이 헌법에 위반되는지를 당해 사건을 담당하는 법원으로부터 제청받아 '법률의 위헌 여부'만을 결정할 뿐 특정한 '법률해석이 위헌인지 여부'에 관하여 제청받아 이를 심판하는 것이 아님을 분명히 밝히고 있다. 헌법재판소법 제41조 제1항에서 규정하는 '법률의 위헌 여부'에 대한 심판에 '법률해석의 위헌 여부'에 대한 심판이 포함되어 있다고 해석한다면, 헌법재판소법 제42조 제1항에 의하여 법원은 어떠한 법률해석이 헌법에 합치되는지 여부의 심판을 헌법재판소에 제청한 후 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 재판을 정지하여야 하는 수긍할 수 없는 결과가 발생한다. 헌법재판소법 제47조 제1항, 제2항, 제3항의 규정을 헌법재판소가 '법률의 위헌 여부'만을 결정할 수 있도록 한 헌법재판소법 제45조 본문과 함께 살펴보면, 헌법재판소법 제47조 제1항에서 규정한 '법률의 위헌결정'은 국회가 제정한 '법률'이 헌법에 위반된다는 이유로 그 효력을 상실시키는 결정만을 가리키고, 단순히 특정한 '법률해석'이 헌법에 위반된다는 의견을 표명한 결정은 '법률'의 위헌 여부에 관한 결정이 아닐 뿐만 아니라 그 결정에 의하여 법률의 효력을 상실시키지도 못하므로 이에 해당하지 아니함이 명백하다. 따라서 헌법재판소가 '법률'이 헌법에 위반된다고 선언하여 그 효력을 상실시키지 아니한 채 단지 특정한 '법률해석'이 헌법에 위반된다고 표명한 의견은 그 권한 범위를 뚜렷이 넘어선 것으로서 그 방식이나 형태가 무엇이든지 간에 법원과 그 밖의 국가기관 등을 기속할 수 없다. 또한 그 의견이 확정판결에서 제시된 법률해석에 대한 것이라 하더라도 법률이 위헌으로 결정된 경우에 해당하지 아니하여 법률의 효력을 상실시키지 못하는 이상 헌법재판소법 제47조 제3항에서 규정한 재심사유가 존재한다고 할 수 없다. 헌법재판소가 법률의 해석기준을 제시함으로써 구체적 사건의 재판에 관여하는 것은 독일 등 일부 외국의 입법례에서처럼 헌법재판소가 헌법상 규정된 사법권의 일부로서 그 권한을 행사함으로써 사실상 사법부의 일원이 되어 있는 헌법구조에서는 가능할 수 있다. 그러나 우리 헌법은 사법권은 대법원을 최고법원으로 한 법원에 속한다고 명백하게 선언하고 있고, 헌법재판소는 사법권을 행사하는 법원의 일부가 아님이 분명한 이상, 법률의 합헌적 해석기준을 들어 재판에 관여하는 것은 헌법 및 그에 기초한 법률체계와 맞지 않는 것이고 그런 의견이 제시되었더라도 이는 법원을 구속할 수 없다. (라) 헌법재판소법 제41조 제1항에 의한 법률의 위헌 여부 심판의 제청은 법원이 국회가 제정한 '법률'이 위헌인지 여부의 심판을 헌법재판소에 제청하는 것이지 그 법률의 의미를 풀이한 '법률해석'이 위헌인지 여부의 심판을 제청하는 것이 아니므로, 당사자가 위헌제청신청이 기각된 경우 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있는 대상도 '법률'의 위헌 여부이지 '법률해석'의 위헌 여부가 될 수 없음은 분명하다. 따라서 헌법재판소가 '법률해석'에 대한 헌법소원을 받아들여 특정한 법률해석이 위헌이라고 결정하더라도, 이는 헌법이나 헌법재판소법상 근거가 없는 결정일 뿐만 아니라 법률의 효력을 상실시키지도 못하므로, 이를 헌법재판소법 제75조 제1항에서 규정하는 '헌법소원의 인용결정'이라거나, 헌법재판소법 제75조 제7항에서 규정하는 '헌법소원이 인용된 경우'에 해당된다고 볼 수 없고, 이러한 결정은 법원이나 그 밖의 국가기관 등을 기속하지 못하며 확정판결 등에 대한 재심사유가 될 수도 없다. 법원의 판결 등에서 제시된 법률해석을 헌법소원의 대상으로 받아들이는 것은 국회의 입법작용을 통제하기 위하여 헌법재판소에 부여된 '법률'의 위헌 여부에 대한 심판권을 법원의 사법작용을 통제하는 수단으로 변질시킴으로써 헌법이 결단한 권력분립 구조에 어긋나고 사법권 독립의 원칙을 해치며 재판소원을 금지한 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지를 위반하는 결과를 가져온다. 또한 위와 같은 헌법소원을 허용하게 되면, 재판의 당사자는 제1심법원부터 대법원에 이르기까지 법원이 자신에게

형이 확정된 이상 형집행기관의 처분[17]에 대한 불복은 (국민권익위원회[18]나 국가인권위원회에 대한 청원·진정 외에) 허용할 필요가 없는지(특히 가석방 불허결정 등) 그리고 위험성 판단에 근거한 형벌유사제재들(전자장치 부착, 신상정보등록 및 공개, 성폭력범죄자의 성충동 약물치료, 디엔에이 채취 등)(아니면 형벌인가?)에 대한 불복은

불리하게 적용하거나 적용할 것으로 예상되는 하나 또는 여러 법률해석에 대하여 수시로 위헌제청신청을 하고 그 신청이 기각당하면 헌법소원심판을 청구할 수 있게 된다. 이렇게 되면 법원의 재판과 이에 대한 상소를 통하여 최종적으로 대법원에서 가려야 할 법률해석에 대한 다툼이 법원을 떠나 헌법재판소로 옮겨가고 재판의 반대당사자는 이 때문에 사실상 이중으로 응소하여야 하는 고통을 겪게 되며, 승소 확정판결을 받은 당사자는 확정판결 등에 의하여 보장받아야 할 법적 안정성을 침해받게 된다. 이는 사실상 재판절차에서 또 하나의 심급을 인정하는 결과로서 현행 헌법과 법률 아래에서 가능한 일이 아니다".

이에 대하여 ②헌법재판소 1989.9.8. 88헌가6 결정: "헌법재판소법 제45조 본문의 "헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다"라는 뜻은 헌법재판소는 법률의 위헌여부만을 심사하는 것이지 결코 위헌제청된 전제사건에 관하여 사실적, 법률적 판단을 내려 그 당부를 심판하는 것은 아니라는 것으로 해석하여야 한다. 전제사건에 관한 재판은 법원의 고유권한에 속하기 때문이다. 그리고 현대의 복잡다양한 사회현상, 헌법상황에 비추어 볼 때 헌법재판은 심사대상 법률의 위헌 또는 합헌이라는 양자택일 판단만을 능사로 할 수 없다. 양자택일 판단만이 가능하다고 본다면 다양한 정치·경제·사회현상을 규율하는 법률에 대한 합헌성을 확보하기 위한 헌법재판소의 유연 신축성있는 적절한 판단을 가로막아 오히려 법적공백, 법적혼란 등 법적안정성을 해치고, 입법자의 건전한 형성자유를 제약하는 등 하여, 나아가 국가사회의 질서와 국민의 기본권마저 침해할 사태를 초래할 수도 있다. 이리하여 헌법재판소가 행하는 위헌여부 판단이란 위헌 아니면 합헌이라는 양자택일에만 그치는 것이 아니라 그 성질상 사안에 따라 위 양자의 사이에 개재하는 중간영역으로서의 여러가지 변형재판이 필수적으로 요청된다. 그 예로는 법률의 한정적 적용을 뜻하는 한정무효, 위헌법률의 효력을 당분간 지속시킬 수 있는 헌법불합치, 조건부 위헌, 위헌성의 소지있는 법률에 대한 경고 혹은 개정촉구 등을 들 수 있고, 이러한 변형재판은 일찌기 헌법재판제도를 도입하여 정비한 서독 등 국가에서 헌법재판소가 그 지혜로운 운영에서 얻어 낸 판례의 축적에 의한 것이다. 헌법재판소법 제45조의 취지가 위와 같다면 동법 제47조 제2항 본문의 "위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다"라는 규정취지도 이에 상응하여 변형해석하는 것이 논리의 필연귀결이다. 즉 제45조에 근거하여 한 변형재판에 대응하여 위헌법률의 실효여부 또는 그 시기도 헌법재판소가 재량으로 정할 수 있는 것으로 보아야 하며 이렇게 함으로써 비로소 헌법재판의 본질에 적합한 통일적, 조화적인 해석을 얻을 수 있는 것이다"(그 밖에 헌법재판소 1992.2.25. 선고 89헌가104 결정); ②헌법재판소 1997.12.24. 96헌마172 등 결정: "헌법재판소의 법률에 대한 위헌결정에는 단순위헌결정은 물론, 한정합헌, 한정위헌결정과 헌법불합치결정도 포함되고 이들은 모두 당연히 기속력을 가진다"; ③헌법재판소 2018.8.30. 2015헌마861 등 결정 재판관 김이수, 재판관 안창호의 이 사건 대법원 판결들에 대한 반대의견: "헌법재판소는 통치행위라 하더라도 그것이 국가권력의 행사인 이상 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계는 반드시 준수되어야 한다고 하면서, 긴급조치 제1호와 제9호가 고도의 정치적 행위라 하더라도 사법적 심사가 허용되고, 더 나아가 위 긴급조치들이 헌법에 위반된다고 결정하였다(헌재 2010헌바132등). 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용하여 국민의 기본권을 침해한 재판은 예외적으로 헌법소원의 대상이 되는데, 이러한 재판에는 헌법재판소의 위헌이라는 결론을 뒷받침하는 핵심적인 이유의 논리를 부인하는 법원의 재판도 포함되어야 한다".

17) 법원에 의하여 확정된 형을 행정기관(형집행기관)이 법원의 허가 없이 변경하는 처분(예컨대 가석방 허가 등)이 삼권분립의 관점에서 과연 정당화될 수 있는가의 문제 등.

18) 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제117조(청원).

허용되지 않는지 등의 문제들이 산재해 있다.

⑵ 그런데 문제를 더욱 복잡하게 만드는 것은 2020년 「형사소송법」[19]과 「검찰청법」[20]의 개정으로 수사권이 조정되고 고위공직자범죄수사처가 설치되면서(「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」(이하 "공수처법"이라 한다)[21]) 형사소송(절차)구조 뿐만 아니라 이에 수반하여 불복제도에도 많은 변화를 예고하고 있다는 점이다.

물론 수사, 공소제기 및 공소유지와 관련하여 한편으로 공소제기에 필요한 증거수집이 충분한가의 여부는 공소제기를 담당하는 검사가 판단한다는 점 그리고 경찰은 공소제기의 대상범죄의 특정과 공판에서의 범죄혐의의 입증에 의미가 있는 증거수집을 위하여 공소권자의 법률해석 및 자문이 불가결한 반면 다른 한편으로 검사는 공소제기와 공소유지를 위한 증거수집을 위해서는 수사자원의 측면에서 방대한 수사력을 보유한 경찰의 협력이 필수적이라는 점에서 경찰과 검사의 상호 협력 없이는 이러한 상호 의존관계에서 발생되는 문제를 해결할 수 없다는 것은 부인할 수 없을 것이다.[22] 바로 이 지점에서 경찰과 검찰의 관계와 관련하여 영미법계 입법례와 대륙법계 입법례의 차이가 두드러지게 나타난다.[23] 즉 영미법계 입법례에서는, 특히 미국의 경우에는 서로 다른 행정조직 구성원 간에 상대방 행정조직에 대하여 직무상 책임을 부담하

---

19) 법률 제16924호, 2020.2.4. 일부개정.
[부칙] <법률 제16924호, 2020.2.4.>
"제1조(시행일) 이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 1년 내에 시행하되, 그 기간 내에 대통령령으로 정하는 시점부터 시행한다. 다만, 제312조제1항의 개정규정은 공포 후 4년 내에 시행하되, 그 기간 내에 대통령령으로 정하는 시점부터 시행한다".

20) 법률 제16908호, 2020.2.4., 일부개정.
[부칙] <법률 제16908호, 2020.2.4.>
"이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 1년 내에 시행하되, 그 기간 내에 대통령령으로 정하는 시점부터 시행한다".

21) 법률 제16863호, 2020.1.14. 제정, 2020.7.15. 시행.

22) *Gilliéron, Gwladys, Public Prosecutors in the United States and Europe: A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany*, Springer, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2014, p. 74; *Gramckow, Heike*, "Prosecutor Organization and Operations in the United States", in: *Open Society Institute Sofia, Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness - Comparative Research* -, 2008, pp. 417-418(https://www.justiceinitiative.org/publications/promoting-prosecutorial-accountability-independence-and-effectiveness; 검색일: 2020년 9월 13일).

23) 영미법계 입법례와 대륙법계 입법례의 검찰제도의 차이에 관한 상세한 것은 *Ligeti, Katalin*, "The Place of the Prosecutor in Common Law and Civil Law Jurisdictions", in: *Brown, Darryl K./Turner, Jenia Iontcheva/Weisser, Bettina, The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, 2019, pp. 139-140.

지 않는 것은 수사에서의 검찰과 경찰의 관계에서도 크게 다르지 않으며 (연방 차원이든 혹은 주 차원이든) 경찰은 검사에 대하여 어떠한 책임도 부담하지 않는 반면[24],[25] 대륙법계 입법례에서는 검사가 수사에 대하여 총괄적인 책임을 부담하기 때문에 수사에서의 경찰에 대한 검사의 지휘·감독권은 매우 강력할 뿐만 아니라 경찰에게는 「형사소송법」상 어떠한 처분권도 인정하지 않는다.[26] 이것은 수사단계에서의 사법통제(*judicial review*; 한편으로는 인권보장과 다른 한편으로는 적정한 법적용)의 방식에도 큰 차이를 만들게 된다. 즉 미국의 경우 경찰에 대한 검찰의 사법통제는 생각하기 어렵고 「수정헌법」 제14조 등 및 그 연방대법원의 판례 그리고 보통법·판례법상 인신보호법(*Habeas Corpus*)에 근거한 법원에 의한 통제만이 있으며, 수사에 대한 총괄적인 책임은 경찰 자신이 부담한다.[27] 이에 대하여 대륙법계 입법례에서는 검사에 의한 사법통제가 강조되는데 경찰에게 「형사소송법」상 어떠한 처분권도 부여하지 않는 만큼 수사에 대한 총괄적인 책임은 검사가 전적으로 부담하게 되고[28] 경찰에 대한 검사의 사법통제는 일종의 검사의 권한으로서 재량적인 것이 아니라 형사소송구조에서 파생되는 논리필연적인 의무가 된다. 그러나 양자가 서로 다른 수사구조를 가지고 있다고 하여 수사기관에 대한 신뢰에 큰 차이가 있는 것은 아니며 그런 만큼 각각의

---

24) 특히 미국의 수사구조에서 수사와 기소의 분리와 검사와 사법경찰관의 협력관계를 설명할 때 주로 언급되는 내용이다. *Gilliéron, Gwladys, op. cit.,* p. 75.

25) 그렇다고 하여 미국에서 검사가 경찰수사에 대하여 적어도 간접적으로 감독(*supervise*)하여야 하고 수사에 대한 책임은 검사가 부담하여야 한다는 주장이 전혀 존재하지 않는 것도 아니다: "The prosecutor must supervise investigations, but is not in a direct chain of command with the enforcement agencies"(*Mason, Caleb*, "The Police-Prosecutor Relationship and the NoContact Rule: Conflicting Incentives after Montejo v. Louisiana and Maryland v. Shatzer", in: *Cleveland State University(Clev. St. L. Rev.)* Vol. 58 Nr. 747 (2010), p. 769); "prosecutors are charged with supervising criminal investigations and are held accountable for the conduct of police and agents working their cases"(*ibid.,* pp.769-770).

26) 독일이 수사권조정 논의에 대하여 매우 비판적이라는 것에 관한 것은 탁희성·박형민·김대근·김유근(김유근), 『한국의 형사사법체계 및 관리에 관한 연구(III): 수사구조의 진단 및 개혁』, 한국형사정책연구원, 2018.12., 246면 이하.

27) 또한 검사는 선거를 통하여 시민에 대하여 정치적인 책임을 부담한다. 그러나 미국 각 주의 검사 선거에 대하여 비판적인 견해로는 *Wright, Ronald F.*, "How Prosecutor Elections Fail Us", in: *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 6 no. 2 (Spring 2009), pp. 581-582(*Weigend, Thomas*, "A Judge by Another Name? Comparative Perspectives on the Role of the Public Prosecutor", in: *Luna, Erik/Wade, Marianne L. ed., The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, 2012, p. 389에서 재인용).

28) 대륙법계 수사구조, 특히 독일은 검찰제도의 탄생배경과 그 의의를 강하게 견지하려고 한다는 것에 관한 상세한 것은 탁희성·박형민·김대근·김유근(김유근), 앞의 보고서, 243면 이하.

수사체계가 나름대로 제대로 기능하고 있음을 증명하는 것이라고 볼 수 있다.

이렇게 본다면 2020년의 일련의 사법개혁입법에 의하여 상하종속관계의 대표적인 표현으로 간주되어 온 사법경찰관에 대한 검사의 "수사지휘·감독권"을 정한 「(구)형사소송법」 제196조 제3항과 「(구)검찰청법」 제4조 제2항을 삭제하고 「형사소송법」 제195조에 검사와 사법경찰관의 수사, 공소제기 및 공소유지에서의 협력관계를 명문으로 규정한 것은 일견 영미법계 수사구조의 영향이라고도 볼 수 있으나 대륙법계 형사소송법체계를 가진 우리나라 형사소송구조에 영미법계 요소를 도입함으로써 발생될 수 있는 가능한 문제를 어떻게 해결할 것인가라는 근본적인 문제가 제기된다. 예컨대 과연 특정 법문화적인 배경과 일정한 전제조건 하에서만 기능해 온 현재의 영미법계 수사구조가 그러한 전제조건을 충족하지 않은(아니면 이미 충족되어 있는가 아니면 충족될 필요도 없는가?) 우리나라 형사소송법체계에 정착할 수 있는지, 도리어 이질적인 요소의 이식으로 인한 패치워크식 형사소송체계로 인하여 형사소송체계에 혼란을 야기하는 것은 아닌가라는 문제도 그 중의 하나이다.

그리고 검사의 "수사지휘권"[29]을 상하위계질서에서의 명령복종관계로 이해하는 한 그러한 종류의 수사지휘권은 영미법계 입법례에서는 존재하지 않는다는 것이지 경찰수사와 검찰수사가 단절되어 있음을 의미하지는 않는다. 예컨대 영국의 경우 검찰총장이 경찰수사에 대한 가이드라인(*Guidance to Police Officers and Crown Prosecutors Issued by the Director of Public Prosecutions under S37A of the Police and Criminal Evidence Act 1984*)[30]을 정하고 공소제기 및 유지에 필요한 수사와 관련한 경찰의 사법경찰작용에 대하여 각종 지침("*informal advice*"나 "*early investigative advice*")을 내릴 수 있도록 하고 있는데 대하여 경찰의 위험방지작용에 대해서는 지침을 내릴 수 없도록 하고 있다.[31] 이것을

---

29) 수사지휘권 폐지에 대하여 비판적인 견해로는 정웅석, "검경 수사권조정 개정안의 주요 내용에 대한 비교 분석 및 대안", 『형사법의 신동향』, 제62호(2019.3.), 대검찰청, 250면 이하; 조국, "현 시기 검찰·경찰 수사권조정의 원칙과 방향 -형사소송법 제195조, 제196조의 개정을 중심으로-", 『법학』, 제46권 제4호(2005.12.), 서울대학교 법학연구소, 230면 이하; 조국, "실사구시의 원칙에 선 검찰·경찰 수사권조정 방안", 『검·경 수사권조정에 관한 공청회』 자료집, 수사권조정자문위원회, 2005.4.11., 252면 이하(http://dl.nanet.go.kr/SearchList.do; 검색일: 2020년 9월 3일)(이하 "공청회 자료"로 인용한다).

30) *Charging (The Director's Guidance) 2013 - fifth edition, May 2013 (revised arrangements).* 영국 왕립기소청 홈페이지 참조(https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/charging-directors-guidance-2013-fifth-edition-may-2013-revised-arrangements; 검색일: 2020년 9월 25일).

31) 영국 왕립기소청 홈페이지 참조(https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/police-and-cps-relations; 검색일: 2020년 9월 25일).

본다면 사실상 영국의 검사와 경찰과의 관계는 경찰작용의 종류(사법경찰작용인지 아니면 위험방지작용인지)에 따라 검사의 수사지휘권의 유무가 결정되는 독일의 경우와 큰 틀에서 크게 다르지 않다고 볼 수 있다.[32] 더욱이 공소제기의 가능성이 있는 경우에 한하여 수사가 개시되어야 한다는 것이 「형사소송법」의 일반원칙이라고 한다면(*the principle of mandatory accusation*)[33] 애초에 공소제기의 여부에 관한 고려가 필요한데 이것이 검사와의 협력을 통해서만 가능하다면 그리고 상하위계질서에서의 명령복종관계로 비추어진 수사지휘권을 제한한 것이지 검사의 "사후적 사법심사", 수사감독권까지도 제한한 것은 아니라고 본다면 검사로 하여금 경찰의 1차 수사에 대하여 어떠한 지침도 내릴 수 없도록 하는 한편 보완수사나 재수사요구를 제한하는 것이 과연 적절한 것인가에 대해서는 많은 의문이 제기된다.

이러한 의미에서 2020년 「형사소송법」 개정에 의하여 (시정조치요구를 제외하고) 경찰의 1차 수사에 대한 검사의 수사지휘권을 제한하는 것을 경찰의 사건 송치 전까지 일체의 검사의 간섭을 배제하는 것이라는 식으로 해석하는 것은 애초부터 검사와 경찰의 협력관계를 정한 개정 「형사소송법」 제195조 제1항[34]의 취지에 반할 것이다. 즉 사법경찰관으로부터 사건이 송치된 후에야 비로소 검사는 공소제기와 유지에 필요한 증거가 경찰수사에 의하여 수집되었는지를 검토할 수 있고 그 다음에야 보완수사의 요구에 의해서만 공소제기와 유지에 필요한 증거를 확보할 수 있다거나 혹은 사법경찰관이 수집한 증거로만 공소를 제기할 수 있다는 의미가 아니라면[35] 결국 개정 「형사소송법」과 기존의 「형사소송법」 간에 실질적인 차이가 얼마나 큰 것인가에 대해

---

32) 독일의 경우에도 검사의 수사지휘권은 경찰의 사법경찰작용에 대해서만 미친다. 이에 관한 것은 탁희성·박형민·김대근·김유근(김유근), 『한국의 형사사법체계 및 관리에 관한 연구(III): 수사구조의 진단 및 개혁』, 한국형사정책연구원, 2018.12., 233면 이하에 번역된 "검찰의 지시에 따른 경찰의 직접적인 강제처분의 집행에 관한 연방 및 주의 법무부/[특별시] 법무회의와 내무부/[특별시] 내무회의의 공통지침", 262면 이하.

33) *Baum, Stefan*, "Prosecutorial Control Of Incestigations In Europe: A Call For Judicial Oversight", in: *Luna, Erik/Wade, Marianne L. ed., The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, 2012, p. 79.

34) 2020년 「개정 형사소송법」 제195조(검사와 사법경찰관의 관계 등) "① 검사와 사법경찰관은 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하여야 한다.
② 제1항에 따른 수사를 위하여 준수하여야 하는 일반적 수사준칙에 관한 사항은 대통령령으로 정한다".

35) 이은모·김정환, 『형사소송법』, 제7판, 박영사, 2019, 159면: "수사란 형사사건에 관하여 범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소의 제기 및 유지 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동을 말한다"(밑줄은 필자에 의한 것임).

서는 의문이 제기될 수 있다.[36]

이렇게 본다면 2020년「형사소송법」개정에 의하여 '새롭게' 규정된 검사의 보완수사요구(제197조의2), 재수사요구(제245조의8) 또는 시정조치요구(제197조의3) 등은 입법권자가 생각하는 것만큼 그리 '새로운 것'만은 아닌 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 즉 보완수사요구나 재수사요구는 기존의 검사의 수사지휘감독권으로부터 당연히 도출되는 권한이며 공소제기 및 유지를 전담하는 검사에게 있어서 이들 권한은 '수사지휘권'이라는 용어를 사용하지 않는다고 하더라도 검사의 공소권으로부터 논리필연적으로 도출되는 권한일 수밖에 없다. 또한 이것은 검사의 시정조치요구와 관련해서도 사법경찰관의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용에 대한 사법통제는 검찰제도가 탄생하게 된 이유 중의 하나이자 인권보장적 기능의 하나라는 점, 검사의 사법통제는 권한이 아니라 의무라는 점 그리고 이들 기능과 의무는 검찰제도의 필연적인 구성요소라는 점에서 크게 다르지 않으며, 이러한 의미에서 검사의 인권보장적 기능에 관하여 정한「형법」제139조의 "인권옹호직무방해죄"와「형사소송법」제198조의2에 정한 "검사의 체포·구속장소감찰"은 중요한 의미를 가진다. 따라서「형사소송법」제197조의3 제4항 또는 제5항이 검사의 시정조치요구에 대하여 이를 정당한 이유가 있는 때에는 거부할 수 있는 것처럼 규정함으로써 마치 검사의 시정조치요구가 의무가 아니라 일종의 "권한"인 것처럼 정하고 있는 것은 애초부터 검찰제도의 의의와 기능에 관하여 상이한 관념으로부터 출발하고 있는 것은 아닌가라는 의문을 제기하도록 한다.

또한 2020년의 일련의 사법개혁입법의 이념들 중의 하나로 언급되고 있는 것이 바로 "권한의 집중과 남용을 막기 위한 기관 간 견제와 균형", 즉 "사법경찰관리에 의한 검찰의 견제"[37]인데 이를 통하여 과연 일반국민의 인권보장이 어느 정도 달성될 것인가에 대해서는 기대보다는 우려가 제기된다. 왜냐하면 영미법계 형사소송구조에서나 대륙법계 형사소송구조에서나 사법통제의 대상에 의하여 통제권자가 견제받는 현상은 설명하기 쉽지 않을 뿐만 아니라 경찰에 대한 검사의 통제가 사법적, 즉 법률적-인권옹호적 통제인 것과 달리 검찰에 대한 경찰의 견제는 이와 동일할 수 없기 때문이

36) 법무부, 2018년 2월 8일 보도자료 "법무·검찰개혁위원회,「검·경 수사권 조정안」권고", 1면 참조 (https://www.gov.kr/portal/ntnadmNews/1347577; 검색일: 2020년 9월 12일).
37) 법무부, 2018년 2월 8일 위의 보도자료, 1면, 4면.

다. 그렇지 않으면 경찰수사에서 검찰의 법률해석 및 자문은 필수불가결한 것이라는 사실과 검찰의 인권옹호활동이 설명되지 않는다.

그런데 「형사소송법」의 개정은 수사권조정(수사기관의 정치적 중립을 포함하여)과 인권보장이라는 애초의 목표와는 달리 반대로 수사와 관련하여 일반국민으로 하여금 중복적인 불복절차를 반복하도록 함으로써 (수사의 효율성의 현저한 저해는 별론으로 하더라도(왜냐하면 수사의 효율성을 저해하더라도 일반국민의 인권은 보장되어야 하기 때문이다)) 일반국민은 수사의 신속한 종결을 기대할 수 없게 되었을 뿐만 아니라 사법경찰관의 수사에 대한 불복을 위하여 일반국민이 죄의 혐의의 존부에 대한 입증책임을 부담함으로써 반대로 인권보장이 후퇴된 것은 아닌가라는 근본적인 의문이 제기된다.

① 예컨대 「형사소송법」 개정 전에는 「형사소송법」상 수사의 주재자는 검사였기 때문에 사법경찰관의 수사에 대한 공판에서의 책임은 - 검사가 수사전반에 대한 주재권을 가지고 있다는 전제 하에서 - 전적으로 검사가 부담하였으나(위법수집증거·자백강제에 의한 증거의 증거능력의 배제 등)[38] 사법경찰관에 대한 지휘·감독권에 관하여 정한 규정이 삭제됨으로써[39] 검사가 수사전반에 대한 총괄적인 책임을 부담한다는 전제를 더 이상 유지할 수 없다면 형사소송구조상 공판에서 검사에게 사법경찰관의 위법한 수사에 대하여 책임을 추궁하는 것은 모순이 되는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.[40] 즉 지휘·감독할 수 없는 사법경찰관의 수사에 대한 책임을 공판의 소송당사자인 검사에게 공판에서 부담시키는 것은 불가능한 것을 하지 않은 책임을 부담시키는 것과 같기 때문이다.[41] 물론 검사에게는 보완수사요구권(「개정 형사소송법」 제197조의2)과 시정조치요구권 등(제197조의3)이 인정되지만 종래 이것은 검사의 "의무"로서 검사의 수사지휘·감독권으로부터 필연적으로 도출되는 것이었으나[42] 사법경

38) 검찰의 수사지휘권과 수사종결권은 검사의 공판 전반에 대한 "총괄적인 책임(*Gesamtverantwortung der Staatsanwaltschaft*)"으로부터 도출되는 논리적인 귀결이며(*Rüping, Hinrich*, "Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei", in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft(ZStW)*, vol. 95, 1983, S. 909 f.), 이것은 대륙법계 형사소송법 체계를 채택하고 있는 주요 외국의 입법례에서도 크게 다르지 않다. 이에 관한 상세한 것은 탁희성·박형민·김대근·김유근(김유근), 『한국의 형사사법체계 및 관리에 관한 연구(III): 수사구조의 진단 및 개혁』, 2018.12., 237면 이하.

39) 「(구)형사소송법」 제196조; 「(구)검찰청법」 제4조 제1항.

40) 탁희성·박형민·김대근·김유근(김유근), 앞의 보고서, 226면 이하.

41) 이에 관한 것은 탁희성·박형민·김대근·김유근(김유근), 앞의 보고서, 237면 이하.

42) 「개정 형사소송법」 제245조의8에 정한 재수사요청에 대해서도 동일한 비판이 제기된다.

찰관의 1차 수사(검찰송치 전 수사)에 대한 검사의 수사지휘권을 제한한 개정 「형사소송법」만으로는 이러한 검사의 권한이 어디에서 유래하는 것인지가 명확하지 않다. 더욱이 이러한 검사의 보완수사요구권이나 시정조치요구권마저도 사법경찰관에게 "정당한 이유"가 있는 경우에는 마치 거부할 수 있는 것처럼 규정하고(제197조의2 제2항; 제197조의3 제4항) "정당한 이유"가 있는지의 여부도 궁극적으로는 사법경찰관의 소속기관이 판단하게 될 우려가 있기 때문에(제197조의2 제3항 및 제197조의3 제7항(직무배제 및 징계 요구)) 실질적으로 이러한 검사의 요구권이 실효성을 가지는 권한인지도 의문이다.

그런데 여기에서 관건이 되는 것은 경찰과 검찰 상호 간의 견제를 주된 내용으로 한 수사권조정의 문제가 아니라[43] 이러한 사법경찰관과 검사 간의 권한쟁의에서 정작 이들 수사기관에 의하여 인권을 침해당할 수 있는 일반국민의 인권을 어떻게 보장할 것인가에 대한 담보장치가 결여된 것은 아닌가라는 점이다. 예컨대 시정조치요구와 관련하여 심지어 "사법경찰관의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 된 경우"에도 사법경찰관의 판단에 따라 "정당한 이유"가 있는 경우에는 "법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용" 상태를 시정할 방법이 명확하지 않을 뿐만 아니라 사법경찰관이 검찰의 시정요구에 응하지 않는 정당한 이유는 검찰의 시정요구에 대하여 제시하기만 하면 충분하고 피해당사자에게 제시할 필요도 없다. 그 밖에도 사법경찰관이 사건을 무혐의로 종결한 경우(제245조의5 제2항) 이 처분은 그 실질에 있어서 공소권의 행사와 동일함에도 불구하고 고소·고발인 등에게는 이의신청만이 허용될 뿐이다(제245조의6 및 제245조의7). 물론 이의신청이 접수된 경우 사법경찰관은 해당 사건을 검사에게 필요적으로 송치하도록 하고 있으나(제245조의7 제2항)[44] 이 때 검사가 사건을

---

43) 마찬가지로 비판적인 견해로는 정웅석, 앞의 논문, 251면("수사권조정 문제는 검찰과 경찰이라는 국가기관 사이의 권한배분의 문제가 아니라, 구체적 범죄사실이 발생한 경우 그 사건을 수사하는 '사법경찰관'과 그 사건을 지휘 내지 사법적 통제하는 '개개 검사'와의 기능적 관계에 불과할 뿐이며, 그 사건이 처리되면 둘 사이의 관계는 끝나므로 그 사법경찰관이 수사지휘를 하는 그 검사를 견제한다거나 권력적 균형이 필요하다는 말 자체가 성립하지 않는다").

44) 사법경찰관의 사건종결처분에 대하여 이의신청이 접수된 경우 사건을 검찰에 송치하도록 정하고 있으나 이의신청이 있었다는 이유만으로 검사에게 사건을 필요적으로 송치하도록 하고 있는 근거가 명확하지 않다. 즉 검사에게는 사법경찰관의 수사 및 종결처분에 대한 지휘권이 없기 때문에 수사 및 종결처분에 대한 당부를 결정할 권한을 어떻게 형사소송이론적으로 정당화할 것인가라는 문제가 발생한다.

송치받았으나 제245조의8에 따른 재수사를 요청하지 않은 경우 이것은 검사의 공소권 행사(불기소처분)인지 아니면 단순히 이의신청에 대한 처리(행정처분)에 불과한지가 문제된다. 왜냐하면 그 법적 성격이 무엇이냐에 따라 불복의 방식이 달라지기 때문인데 전자의 경우 검찰항고나 재정신청이 가능하지만(「검찰청법」 제10조) 후자인 경우 행정소송이나 국민권익위원회 혹은 국가인권위원회에 대한 진정만이 가능할 뿐이다. 더욱이 고소·고발인 등의 이의신청이 있는 경우에만 검사에게 사건을 송치하도록 하고 있는 것이 수사강제주의(「형사소송법」 제196조(검사의 수사; (구)제195조)) 및 검사의 객관의무와 조화될 수 있는가라는 「형사소송법」의 기본원리와도 관련된다.

검사의 사법통제의 필요성이 "경찰의 법률적용 오류의 교정, 수사절차에서의 불법·탈법행위의 방지"[45]에 있다면 이것은 검사의 사법통제의 필요성이 바로 법치국가적 요청으로부터 필연적으로 도출되는 것을 의미하며,[46] 이러한 법치국가적 요청을 충족할 때에 비로소 "실체적 진실발견과 피의자의 인권보호"가 실현될 수 있을 것이다.[47] 따라서 검찰의 사법통제가 이중수사라는 비판은 애초부터 성립되기 어렵다.[48]

② 또한 수사와 관련해서는 수사권 및 공소권의 남용을 사전에 차단하는 방식도 생각할 수 있다. 가장 대표적인 것은 검사에게 객관의무를 부여함으로써 피의자에게 불리한 증거뿐만 아니라 유리한 증거도 수집하도록 하는 것인데 이것은 검찰제도의 본질적 내용 중의 하나이다. 또한 검사는 각 개인이 준사법기관인 만큼 범죄사실에 대하여 합리적인 의심을 넘는 정도로 입증할 수 있다는 확신에 이르렀을 때에 비로소 공소를 제기하여야 한다면 그리고 이것은 법관이 범죄사실에 대하여 합리적인 의심을 넘는 정도의 확신에 이르렀을 때 비로소 유죄의 판결을 선고하는 것과 다르지 않다면

---

45) 조국, 앞의 공청회 자료, 254면(정웅석, 앞의 논문, 251면 각주 24)에서 재인용); 조국, 앞의 논문, 232면.

46) 조국, 앞의 공청회 자료, 248면("[검사의 수사지휘를 이행하지 않은 사법경찰관에 대한 검사의 징계·해임·체임요구권과 관련하여] 수사에 있어서 검사의 우월적 지위는 비법률가인 경찰이 수사의 합목적성을 추구하는 과정에 발생할 수 있는 각종의 불법, 탈법행위를 법률가이자 '준(準)사법기관'인 검사가 감독·통제하고 법률적용의 정확성을 담보하라는 법치국가적 요청의 결과이다. 이러한 요청의 정당성은 현 시기에도 여전히 정당하다")(정웅석, 앞의 논문, 251면 각주 23)에서 재인용)(밑줄은 필자에 의한 것임). 2005년 검·경 수사권조정에 관한 청문회 당시 "[이러한 현실에서] 경찰수사에 대한 검사의 지휘권은 폐지될 수 없다고 본다"(조국, 앞의 공청회 자료, 254면).

47) 조국, 앞의 공청회 자료, 254면("법률가인 검사가 경찰수사를 지휘하는 장치를 유지하는 것은 실체적 진실발견과 피의자의 인권보호에 유리한 제도적 환경을 강화할 것이다")(정웅석, 앞의 논문, 251면 각주 24)에서 재인용); 조국, 앞의 논문, 232면.

48) 동일한 취지로는 조국, 앞의 공청회 자료, 254면("이중조사"); 조국, 앞의 논문, 232면.

검사 각 개인은 법관이 공판에서 심판하는 것과 마찬가지로 "헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라"[49] 수사를 하고 공소를 제기하여야 한다. 그런데 이러한 검사의 객관의무가 제대로 기능하기 위해서는 외부로부터의 부당한 압력으로부터 자유로울 필요가 있는데 검찰조직의 상하위계질서의 명령복종관계에 종속시키면 종속시킬수록 검사의 수사권과 공소권의 독립성과 중립성은 보장되기 어렵다. 더욱이 법무부장관의 지휘권과 관련해서는 주요 외국의 입법례에서 많은 논란이 있는 것이 사실이다.[50]

또한 주요 외국의 입법례를 살펴보면[51] 수사기관의 제척·기피·회피제도, 특히 당사자의 권리구제를 위한 기피신청제도를 마련하거나 또는 불기소처분을 내릴 때에 법원의 허가를 받도록 하거나 또는 공소제기여부 자체를 법원단계에서 배심원들로 하여금 결정하도록 하는 등 검사의 공소권남용에 대하여 사전적 사법통제 장치를 마련하기도 한다.

③ 그런데 고위공직자범죄의 수사와 기소를 위하여 신설된 고위공직자범죄수사처와 관련해서도 앞서 언급한 검찰의 수사권과 공소권의 문제점으로부터 자유롭지 않은 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 즉 2020년 「형사소송법」 개정의 근본적인 이유들 중의 하나가 바로 검찰의 '수사와 기소의 독점에서 기인하는 폐단'이었고 기소와 공소권을 독점한 검찰을 견제하기 위한 것이었음에도 불구하고 역설적으로도 마찬가지로 수사권과 공소권을 독점한 기관으로 하여금 검찰의 수사 및 공소권의 독점을 견제하려고 하는 것[52]이 과연 검찰의 문제점을 고위공직자범죄수사처로 단순히 옮겨놓은 것에 불과한 것은 아닌가라는 의문은 그렇다고 하여 전혀 합리적인 근거가 없는 문제제기라고 보기도 어렵다. 여기에 더하여 후술하는 바와 고위공직자범죄수사처의 수사에 대한 불복수단도 재정신청 외에 내부적 사법심사제도도 마련되어 있지도 않다. 또한 고위공직자범죄수사처·차장 및 수사처검사의 정치적 중립을 위한 신분보장(「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」(이하 "공수처법"이라 한다) 제14조[53])

---

49) 「헌법」 제103조 "법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다".
50) 이에 관한 것은 제2장 제2절 3. 다. 1) 나) 참조.
51) 이에 관한 것은 제2장 제2절 3. 다. 1) 나) 참조.
52) 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」 제24조(다른 수사기관과의 관계), 제25조(수사처검사 및 검사 범죄에 대한 수사).
53) 「공수처법」 제14조(신분보장) "처장, 차장, 수사처검사는 탄핵이나 금고 이상의 형을 선고받은 경우를 제외하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 해임·면직·정직·감봉·견책 또는 퇴직의 처분을 받지 아니한다" (밑줄은 저자에 의한 것임).

은 조직구성에 있어서의 최소한의 민주적 정당성이 담보되었을 때 비로소 의미를 가지게 되는데 문제는 과연 그러한가에 대해서는 많은 의문이 제기된다. 즉 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」이 2020년 1월 4일 제정[54]될 당시만 하더라도 국회 내 다수와 소수의 견제와 균형에 의하여 "고위공직자범죄수사처장후보추천위원"을 임명하도록 함으로써(동법 제6조 제4항 및 제7항(재적위원 3분의 2의 찬성에 의한 처장 임명)[55]) 견제기능이 작동하도록 하였으나 2020년 12월 15일 개정[56],[57]에 의하여 일정한 기간 내에(10일) 추천위원을 추천하지 아니하는 교섭단체가 있는 경우 그 추천권을 박탈하도록 하는 한편(동조 제6항) 의결정족수도 과거 "위원 6인 이상의 찬성"이던 것을 "재적위원 3분의 2의 찬성"으로 완화하였다(제7항). 여기에서 과연 그럼에도 불구하고 여전히 조직구성에 있어서의 최소한의 민주적 정당성을 기대할 수 있는 것인지, 고위공직자범죄수사처가 국회의 원구성의 변동과 상관없이 지속가능한 제도로서 정착시키려던 애초의 목적에서 일탈한 것은 아닌지 그리고 고위공직자범죄수사처에 대한 견제 그리고 그 수사의 공정성과 투명성에 대한 우려는 검찰에 대한 것보다 훨씬 더 커진 것은 아닌가라는 의문이 제기되는 것도 합리적인 근거가 전혀

---

54) 법률 제16863호, 2020.7.15. 시행.

55) 「(구)공수처법」 제6조(고위공직자범죄수사처장후보추천위원회)
"... ④ 국회의장은 다음 각 호의 사람을 위원으로 임명하거나 위촉한다.
1. 법무부장관
2. 법원행정처장
3. 대한변호사협회장
4. 대통령이 소속되거나 소속되었던 정당의 교섭단체가 추천한 2명
5. 제4호의 교섭단체 외의 교섭단체가 추천한 2명".
"⑤ 추천위원회는 국회의장의 요청 또는 위원 3분의 1 이상의 요청이 있거나 위원장이 필요하다고 인정할 때 위원장이 소집하고, 위원 6인 이상의 찬성으로 의결한다" (밑줄은 저자에 의한 것임).

56) 2020년 12월 8일 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 일부개정법률안(대안)(법제사법위원장)」(의안번호: 2106228).

57) 「공수처법」 제6조
"⑤ 국회의장은 제4항제4호 및 제5호에 따른 교섭단체에 10일 이내의 기한을 정하여 위원의 추천을 서면으로 요청할 수 있고, 각 교섭단체는 요청받은 기한 내에 위원을 추천하여야 한다.
⑥ 제5항에도 불구하고 요청받은 기한 내에 위원을 추천하지 아니한 교섭단체가 있는 경우, 국회의장은 해당 교섭단체의 추천에 갈음하여 다음 각 호의 사람을 위원으로 위촉한다.
1. 사단법인 한국법학교수회 회장
2. 사단법인 법학전문대학원협의회 이사장
⑦ 추천위원회는 국회의장의 요청 또는 위원 3분의 1 이상의 요청이 있거나 위원장이 필요하다고 인정할 때 위원장이 소집하고, 재적위원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결한다" (밑줄은 저자에 의한 것임).

없는 것이라고 말할 수 없을 것이다. 이것은 그나마 법무부장관의 지휘·감독이라는 견제장치가 있는 검찰의 경우와 비교하면 보다 쉽게 이해할 수 있을 것이다.[58],[59] 또한 위원추천권의 박탈은 "교섭단체"에 대해서만 적용될 뿐 "1. 법무부장관, 2. 법원행정처장, 3. 대한변호사협회장"에게는 적용되지 않는 이유도 명확하지 않다는 것도 이러한 의문을 강하게 하는 요인이기도 하다.

④ 또 다른 문제를 야기하는 것이 바로 국민참여재판 외에 각 형사사법절차에 대한 시민참여가 증가하면서 각 수사기관에 설치된 시민위원회인데[60] 형사사법구조에서 시민위원회의 법적 성격이 문제된다. 즉 법원단계의 국민참여재판과 달리 수사기관에 설치된 시민위원회의 독립성과 중립성을 어떻게 담보할 것인가라는 문제로부터 그 판단이 사실판단인지 아니면 법률판단인지, 만약 시민위원회가 법률판단까지도 가능하다면 검사와 법관의 존재이유는 무엇인지, 시민위원회의 심리대상이 공판의 대상인 경우에도 시민위원회가 심의할 수 있는지 그리고 시민위원회의 판단은 수사기관을 기속하지는 않지만 그 판단이 증거로 제출되거나 혹은 공판에서 낭독되는 경우 법관에 대하여 편견을 심어줄 우려는 없는지 등의 문제가 제기될 수 있다.

⑶ ① 그렇다면 수사기관의 법령위반 및 인권침해 여부를 법원으로 하여금 판단하도록 할 것인가라는 문제가 제기된다. 그런데 「형사소송법」 제243조의2는 "검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분과 제243조의2에 따른 변호인의 참여 등에 관한 처분에 대하여 불복이 있[는 때에 한하여]" 준항고를 허용하고 있기 때문에 그 밖의 재량권남용이나 재량권 내의 행위이지만 현저하게 부당한 결과를 야기하는 행위에 대해서는[61] 현행법상 법원의 판단을 기대하기는 어렵다.

---

58) 「검찰청법」 제8조(법무부장관의 지휘·감독).

59) 그렇다고 하여 검찰에 대한 법무부장관의 지휘·감독권이 전혀 문제가 없는 것은 아니라는 것에 대해서는 제2장 제2절 3. 다. 1) 나) 참조. 그 밖에 *Carsten, Ernst S./Rautenberg, Erardo, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart: Ein Beitrag zur Beseitigung ihrer Weisungsabhängigkeit von der Regierung im Strafverfahren, 3. Aufl., Nomos Verlag, 2015,* S. 479 ff.; *Gössel, Karl Heinz,* Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht(GA)*, 1980, S. 337; 탁희성·박형민·김대근·김유근(탁희성), 『한국의 형사사법체계 및 관리에 관한 연구(III): 수사구조의 진단 및 개혁』, 한국형사정책연구원, 2018.12., 483면 이하, 524면 이하.

60) 경찰에는 수사이의심사위원회(「(경찰청) 수사이의사건 처리규칙」 제10조 이하)가 그리고 검찰에는 검찰시민위원회(「검찰시민위원회 운영지침」), 수사심의위원회(「검찰수사심의위원회 운영지침」), 수사자문위원회, 「개정 형사소송법」 제221조의5에 따른 영장심의위원회 등이 있다.

61) 스위스 「형사소송법」 제393조는 이러한 경우까지 항고사유로 정하고 있다. 이에 관한 것은 제2

② 법원단계의 불복절차와 관련하여 심급제도는 일종의 법원 판결에 대한 불복제도로서 중요한 의미를 가진다. 이러한 의미에서 소송경제에 의하여 국민의 상소권이 제한당하거나 혹은 법원의 판례가 인권침해적인 것이어서는 안 됨은 물론이다. 따라서 현실적인 소송경제의 강제 및 필요성(신속한 소송촉진)과 국민의 인권보장이라는 양 극단 사이에서 심급제도의 합리화방안이 마련될 필요가 있다. 이러한 의미에서 상고법원의 도입논의가 활발하게 진행된 것도 이해할 수 있으나 과연 주요 입법례에서 채택되고 있는 상고법원이 우리나라 형사소송구조에 적절한 것인가에 대한 의문이 제기된다. 즉 무엇보다도 상고법원을 두고 있는 입법례들은 연방제 국가조직이기 때문에 발생되는 문제점을 극복하기 위한 하나의 방편으로 상고법원을 도입하고 있다는 점에서 과연 우리나라와 같이 단일국가조직을 취하고 있는 형사소송구조와 조화될 수 있는지는 여전히 의문이다.

③ 법원에 대한 불복과 관련하여 「형사소송법」은 실질적으로 소송당사자에게 애초부터 불복의 기회를 부여하지 않거나 아니면 불복이 남용될 수 있도록 방치하고 있기도 한다. 첫 번째 예로 들 수 있는 것이 바로 증거개시결정에 대하여 불복을 허용하지 않고 있는 판례[62]이며, 두 번째 예로 들 수 있는 것이 바로 재심개시결정에 대하여 검찰의 즉시항고를 허용하고 있는 「형사소송법」 제435조 및 제437조를 들 수 있다.

㉠ 공판이란 피고인에게 불리한 증거와 유리한 증거들을 근거로 하여 유·무죄의 판결에 이르는 것이라고 한다면 법원의 증거결정에 대하여 법령위반이 있는 경우가 아닌 한 피고인이든 검사든 이의신청을 할 수 없도록 하고(규칙 제135조의2 단서), 증거결정은 판결 전의 소송절차에 관한 결정에 해당하고 그리고 이에 대해 특히 즉시항고에 관한 규정이 없으므로 이에 대한 항고 역시 할 수 없는 것(법 제403조 제1항)도 다분히 법원중심적인 것이라고 말할 수 있다.[63] 따라서 형사절차에서의 검사의 우월적 수사력과 지위를 고려할 때 적어도 피고인의 증거신청에 대한 불복이나 검사의 증거신청에 대한 기각결정에 대하여 검사의 항고를 허용하지 않는 방향으로 수정될

장 제1절 1. 가. 3) 참조.

62) 예컨대 대법원 2013.1.24. 자 2012모1393 결정.

63) 김유근·탁희성·박성민·이근우·이상한·최준혁·최호진·황태정(황태정), 『공정하고 인권친화적인 형사절차 구축방안 연구(I) : 형사사건에서의 객관적인 사실인정을 위한 증거조사방법의 합리화 방안 연구』, 형사정책연구원, 2019, 69면 이하; 김유근·탁희성·박성민·이근우·이상한·최준혁·최호진·황태정(김유근), 앞의 보고서, 2면.

필요가 있다.[64]

㉡ 또한 오판을 수정하기 위한 가장 대표적인 불복수단이 바로 재심이다. 그런데 재심과 관련해서는 많은 문제들이 산재해 있다.[65] 즉 재심심판에서의 제척·기피·회피 제도의 결여[66],[67] 재심절차에서의 증거개시제도의 도입문제,[68] 재심청구의 집행정지의 효력,[69],[70] 불이익재심을 허용할 것인가의 문제[71] 등이 제기되고 있는데 우리나라와 유사한 재심제도를 채택하고 있는 일본의 경우에도 이러한 문제제기가 이루어지고 있는 것이 사실이다.[72]

그런데 이들 문제 중에서 특히 「형사소송법」 제437조는 법원의 재심청구의 기각결정(동법 제433조, 제434조 제1항 그리고 제436조 제1항) 외에 재심개시의 결정(제435조 제1항)에 대하여 즉시항고를 할 수 있도록 규정하고 있다. 그런데 여기에서 제기되

---

64) 실제로 스위스 「형사소송법」 제394조 a.는 검찰의 증거신청에 대한 기각결정에 대하여 검찰의 항고를 허용하지 않는다.

65) 대표적인 것으로는 김성룡·이진국·지유미, 『형사재심제도의 개선방안에 관한 연구』, 법원행정처, 2017.8., 27면 이하(https://scourt.go.kr/portal/policy_service/manage/ManageViewAction.work?gubun=1&pageIndex=1&searchWord=&searchOption=&seqnum=227; 검색일: 2020년 8월 29일); 박미숙·김재현·박준영·김성룡(박미숙), 『형사정책과 사법제도에 관한 평가연구(XII) : 오판(Miscarriage of Justice)방지를 위한 사법시스템 평가·정비방안 연구 - 재심사례 분석을 중심으로』, 한국형사정책연구원, 2018, 415면 이하.

66) 대법원 1982.11.15. 자 82모11 결정("형사소송법 제18조 제1항 제1호 및 같은법 제17조 제7호의 규정에 의하여 법관이 기피 또는 제척의 원인이 되는 '법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사 심리에 관여한 때'의 사건에 관한 전심이라 함은 불복 신청을 한 당해 사건의 전심을 말하는 것으로서 재심청구사건에 있어서 재심대상이 되는 사건은 이에 해당이 되지 않으므로").

67) 이에 대한 비판으로는 김성룡·이진국·지유미, 앞의 보고서, 152면; 박미숙·김재현·박준영·김성룡(박미숙), 앞의 보고서, 420면.

68) 김성룡·이진국·지유미, 앞의 보고서, 156면 이하. 일본에서의 논의에 관해서는 김성룡·이진국·지유미, 앞의 보고서, 141면 이하; 박미숙·김재현·박준영·김성룡(박미숙), 앞의 보고서, 422면 이하.

69) 우리나라 「형사소송법」 제428조는 재심청구의 집행정지의 효력을 인정하지 않는다.
「형사소송법」 제428조(재심과 집행정지의 효력) "재심의 청구는 형의 집행을 정지하는 효력이 없다. 단 관할법원에 대응한 검찰청검사는 재심청구에 대한 재판이 있을 때까지 형의 집행을 정지할 수 있다".

70) 프랑스는 2014년 「형사소송법」상 재심제도를 전면개정하여 재심청구에 의한 집행정지의 청구에 관하여 상세하게 규정하게 되었다(프랑스 「형사소송법」 제625조). 2014년 전면개정된 「형사소송법」 중 재심과 관련한 규정들의 일본어 번역은 福永俊輔, 「フランス刑事再審制度の動向」, 『西南学院大学法学論集』, 第48巻 第1号(2015.6.), (162)頁以下 "資料：フランス刑事訴訟法再審規定·試訳 (2014年改正) "(http://repository.seinan-gu.ac.jp/bitstream/handle/123456789/1205/lr-n48v1-p161-206-fuk.pdf?sequence=1&isAllowed=y; 검색일: 2020년 9월 2일).

71) 이에 대하여 긍정적인 견해로는 김성룡·이진국·지유미, 앞의 보고서, 152면 이하; 박미숙·김재현·박준영·김성룡(박미숙), 앞의 보고서, 424면 이하.

72) 福永俊輔, 前掲論文, (128)頁以下.

는 문제는 과연 법원의 재심개시결정에 대하여 검찰에게 즉시항고를 허용하는 것이 재심청구권자의 재심심판을 지연시키는 재심방해일 뿐만 아니라 애초부터 재심개시결정의 단계에서 재심심판 자체를 차단함으로써 재심청구권자의 기본권을 현저하게 침해하는 것은 아닌가라는 문제이다.[73] 이와 관련하여 과거 과거청산의 과정에서 헌법재판소나 대법원에 의하여 위헌결정된 대통령긴급조치나 증거조작 등 위법수사 등을 이유로 한 재심청구(제420조 제1호, 제2호, 제3호 또는 제7호의 경우[74])의 경우에 특히 문제되었을 뿐만 아니라[75] 2018년 11월 5일 국가인권위원회 결정 "형사사건 재심절차 개선을 위한 권고 및 의견표명"에서 법무부장관에 대해서는 재심개시결정에 대한 검찰의 즉시항고를 신중하게 하도록 하고 그리고 대법원에 대해서는 검찰의 즉시항고를 신속하게 처리하도록 권고한 바가 있기도 하다.[76] 그리고 우리나라와 유사한 재심제도를 가지고 있는 일본의 경우(일본「형사사송법」 제450조[77])에도 법원의

---

73) 검사의 즉시항고의 폐지에 대하여 신중한 입장으로는 김성룡·이진국·지유미, 앞의 보고서, 154면; 박미숙·김재현·박준영·김성룡(박미숙), 앞의 보고서, 78면 이하, 423면. 우리나라의 논의에 대한 일본의 소개로는 安部祥太,「韓国における検察改革と再審事件の検証 : 再審開始決定に対する検察官抗告への疑問」,『法学セミナー』, 第64巻第8号(2019.8.), 7頁以下; 安部祥太,「再審開始決定に対する検察官抗告に関する予備的検討 : 韓国国家人権委員会による検察官抗告の改善勧告を契機として[最高裁令和元.6.25]」,『青山法学論集』, 第61巻 第2号(2019), 54頁以下; 그 밖에 鴨志田祐美,「再審開始決定に対する検察官抗告の不正義 : 特別抗告3事件にみる検察官の「再審妨害」」,『刑事弁護』, 第99号(2019), 67頁以下.

74)「형사소송법」 제420조(재심이유) "재심은 다음 각 호의 1에 해당하는 이유가 있는 경우에 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 청구할 수 있다.
1. 원판결의 증거된 서류 또는 증거물이 확정판결에 의하여 위조 또는 변조인 것이 증명된 때
2. 원판결의 증거된 증언, 감정, 통역 또는 번역이 확정판결에 의하+여 허위인 것이 증명된 때
3. 무고로 인하여 유죄의 선고를 받은 경우에 그 무고의 죄가 확정판결에 의하여 증명된 때
4. 원판결의 증거된 재판이 확정재판에 의하여 변경된 때
5. 유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소를, 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제 또는 원판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때
6. 저작권, 특허권, 실용신안권, 의장권 또는 상표권을 침해한 죄로 유죄의 선고를 받은 사건에 관하여 그 권리에 대한 무효의 심결 또는 무효의 판결이 확정된 때
7. 원판결, 전심판결 또는 그 판결의 기초 된 조사에 관여한 법관, 공소의 제기 또는 그 공소의 기초 된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 때 단, 원판결의 선고 전에 법관, 검사 또는 사법경찰관에 대하여 공소의 제기가 있는 경우에는 원판결의 법원이 그 사유를 알지 못한 때에 한한다".

75) 재심절차와 관련하여 문제가 된 사례에 관한 상세한 분석에 관해서는 박미숙·김재현·박준영·김성룡(박준영), 앞의 보고서, 83면 이하.

76) 국가인권위원회 2018.11.5. 자 결정 [형사사건 재심절차 개선을 위한 권고 및 의견표명](국가인권위원회,『국가인권위원회 결정례집, 제11집(2018)』, 2019, 46면 이하)(https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001003001002002&searchselect=boardtitle&searchword=%EA%B2%B0%EC%A0%95%EB%A1%80&pagesize=10&boardtypeid=18&boardid=7604708; 검색일: 2020년 8월 30일).

재심개시결정에 대한 검찰항고의 문제에 대해서 논의가 진행 중인데 대하여[78] 독일의 경우 검찰항고에 의하여 가능한 한 판결의 확정력을 유지하는 것은 재심의 기회를 부여함으로써 가능한 오판을 제거할 수 있는 기회를 보장하는 것에 비하면 그 이익이 크지 않다고 보고 이미 1964년 12월 19일 "형사소송법 및 법원조직법 개정법률(*Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG) vom 19. Dezember 1964*)"[79] 제10조 제5호에 의하여 독일 「형사소송법」 제372조[80] 단서에 법원의 재심개

---

77) 일본 「형사소송법」 제450조 "제446조, 제447조 제1항, 제448조 제1항 또는 전조 제1항의 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다"(第四百五十条 "第四百四十六条、第四百四十七条第一項、第四百四十八条第一項又は前条第一項の決定に対しては、即時抗告をすることができる"). 일본 「형사소송법」은 원문을 그대로 번역한 것이며, 일본 「형사소송법」의 한글 번역본으로는 법무부, 『일본 형사소송법·규칙』, 법무부, 2009가 있다.

78) 이에 관한 상세한 것은 安部祥太, 「再審開始決定に対する検察官抗告に関する予備的検討 : 韓国国家人権委員会による検察官抗告の改善勧告を契機として[最高裁令和元.6.25]」, 『青山法学論集』, 第61巻 第2号(2019), 54頁以下; 鴨志田祐美, 前掲論文, 53頁以下; 박미숙·김재현·박준영·김성룡(박미숙), 앞의 보고서, 373면 이하.

79) BGBl 1964 S. 1067 ff.

80) 독일 「형사소송법」 제372조(즉시항고) "재심청구와 관련한 법원의 모든 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다. 이 경우 검사는 법원의 재심청구의 인용결정과 재심개시의 결정에 대해서는 불복할 수 없다"(§ 372(*Sofortige Beschwerde*) *StPO* "Alle Entscheidungen, die aus Anlaß eines Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens von dem Gericht im ersten Rechtszug erlassen werden, können mit sofortiger Beschwerde angefochten werden. Der Beschluß, durch den das Gericht die Wiederaufnahme des Verfahrens und die Erneuerung der Hauptverhandlung anordnet, kann von der Staatsanwaltschaft nicht angefochten werden"). 이때 "dem Gericht im ersten Rechtszug"은 사실심을 담당하는 제1심 법원을 의미하는 것이 아니라 재심절차의 첫 번째 단계인 재심청구의 인용과 개시의 여부를 결정하는 법원을 의미하며, "die Erneuerung der Hauptverhandlung"은 우리나라 「형사소송법」 제301조에 정한 "공판절차의 갱신"과는 구별되는 재심(말 그대로 "다시 심판하는 것"(우리나라 「형사소송법」 제438조 제1항))을 의미한다(독일 재심개시결정에 대한 즉시항고와 관련하여 전자에 관한 상세한 것은 *Gössel, Karl Heinz*, Rn. 3 zu § 372, in: *Erb, Volker/Esser, Robert/Franke, Ulrich/Graalmann-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander(Hrsg.), Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Band 7/2: §§ 312-373a*, 26. Auflage, de Gruyter, Berlin/Boston, 2013("LR[26]-*저자*"로 인용한다) 그리고 후자에 관한 것은 LR[26]-*Gössel* Rn. 1 f. zu § 372). 우리나라 「형사소송법」 제435조는 "재심개시의 결정"에 관하여 정하면서 제1항에서 "재심의 청구가 이유있다고 인정한 때에는 재심개시의 결정을 하여야 한다"고 규정하여 법원은 재심청구의 인용결정(*"Aditionsverfahren", "Probationsverfahren"(Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch*, 29. Auflage, C.H. Beck, München, 2017, §57 Rn. 13 f., 15 f.("*Roxin/Schünemann*[29]"로 인용한다))을 하는 것이 아니라 재심개시결정을 하도록 하고 있으며, 제438조는 "재심의 심판"에 관하여 정하면서 제1항에서 "재심개시의 결정이 확정한 사건에 대하여는 제436조의 경우 외에는 법원은 그 심급에 따라 다시 심판을 하여야 한다"고 규정하여 재심개시결정의 효력은 재판을 다시 하는 것이라는 것을 정하고 있다. 이렇게 본다면 재심(다시 재판하는 것)은 통상 공판절차의 갱신을 정한 제301조와는 구별됨은 물론이다. 이러한 의미에서 독일법연구회, 『독일 형사소송법』, 사법발전재단, 2018이 제372조 본문을 "재심신청을 계기로 법원이 제1심으로 하는 모든 재판에 대하여는 즉시항고로 불복할 수 있다"로 번역하거나 또는 법무부, 『독일 형사소송법』, 2012가 "절차의 재심 신청을 계기로 제1심 법원에서 선고된 모든 결정에 대해서는 즉시항고로 불복할 수 있다"로 번역한 것은 자칫 오해를 일으

시결정에 대한 검찰항고를 금지하는 내용을 신설하기도 하였다.[81] 프랑스의 경우 2014년 재심규정들이 전면개정[82]되기 전의 「(구)형사소송법」[83] 제623조 제3항 그리고 현행 「형사소송법」 제624조 제2항 및 제5항은 재심개시결정 뿐만 아니라 기각결정에 대해서도 불복을 허용하지 않고 있다.

④ 또한 법원의 판례가 인권침해적인 것인 경우(결코 그래서는 안 되지만) 여기에 대한 불복수단이 존재하지 않는데 과연 다른 개선방안은 없는지에 대한 논의가 필요하다. 왜냐하면 법원판례의 무오류성이라는 명제는 존재하지 않기 때문인데 이것은 대법원이 해석을 변경하기도 한다는 점을 고려할 때 더욱 명확하다.

요컨대 헌법재판소의 결정과 법원의 확정판결 간의 긴장관계는 전통적인 문제이면서도 여전히 해소되지 못하고 있는 문제들 중의 하나이다. 이와 관련하여 과연 헌법재판소가 법원의 판례에 대한 통제수단으로서 그리고 불복수단으로서의 역할을 할 수 있는 것인지, 헌법재판소의 변형결정과 법원의 권한분쟁을 어떻게 해결할 것인지 등에 대한 문제를 검토할 필요가 있게 된다.

⑷ 형 및 보안처분의 집행에 대한 불복제도과 관련하여 일견 불복제도라는 것을 상정하기 어려워 보이기는 하지만 형 및 자유박탈적 보안처분 집행 중 가석방위원회의 결정 등 수용자의 "위험성"을 기준으로 한 결정에 대한 검사나 수용자의 불복절차가 과연 합리적으로 이루어지고 있는지에 대한 의문이 제기된다. 또한 유사형벌적 성격을 가지는 신상정보등록 및 공개, 위치추적장치 부착, 화학적 약물치료 등 흉악범죄를 대상으로 부과되는 처분 등에 대하여 형의 선고라는 이유만으로 단계별 위험성 판단 및 가종료제도나 이에 대한 불복절차 없이 집행되어야 하는가라는 문제에 대해서도 국민의 인권보장이라는 측면에서 살펴 볼 필요가 있다. 왜냐하면 이들 제도들은 일단 집행명령이 내려지면 10년 등 매우 장기간 당사자의 자유를 제한하기 때문에

킬 소지가 있다.

81) 이에 관한 상세한 것은 LR[26]-*Gössel* Rn. 10 zu § 372.

82) 「확정판결의 심사 및 재심의 절차의 개정을 위한 2014년 법률」 제3조(Article 3 *LOI n° 2014-640 du 20 juin 2014 relative à la réforme des procédures de révision et de réexamen d'une condamnation pénale définitive*)(https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=D559AFDB8386C59E198E33A958B7EC4A.tplgfr27s_2?cidTexte=JORFTEXT000029110582&dateTexte=20140622#JORFARTI000029110591; 검색일: 2020년 9월 2일).

83) 2014년 전면개정 이전의 프랑스 「형사소송법」 규정들은 법무부, 『프랑스 형사소송법』, 2011.11. 참조.

판결 시의 판단만으로 장기간의 자유의 제한을 감수하도록 하는 것이 과연 한편으로 범죄예방 및 위험방지와 다른 한편으로 인권보장 및 사회재통합 간에 비례적인가에 대하여 근본적인 재검토가 필요하기 때문이다.

⑸ 마지막으로 언급할 것은 불복제도와 관련해서는 수사·공판·형 집행은 각 단위별로 상호 단절된 단계가 아니라 유기적으로 상호 연계되어 있어서 어느 하나의 형사사법기관의 처분·결정·판결에 대한 불복제도의 변경은 다른 형사사법절차에 연쇄적으로 영향을 미친다는 점이다. 즉 수사단계에서 불복절차를 어떻게 허용할 것인가의 여부에 따라 법원에서 이를 다시 심사하도록 하는 것이 적절한 것인지가 결정된다. 그리고 수사단계에서 불복의 대상이 법원의 심리대상인 경우 수사단계에서부터 불복을 허용할 것인지 아니면 법원의 사법심사에 맡길 것인가 아니면 법원의 공판의 심리대상으로서 불복의 대상으로 하지 않는 것이 피의자·피고인에게 유리한 것인지의 문제가 제기된다. 즉 수사단계에서 본안심리의 대상이 불복의 대상이 되는 경우에 이것은 피의자·피고인의 재판을 받을 권리를 침해하는 것은 아닌가라는 문제와도 연결된다. 마찬가지로 형집행단계에서의 불복제도와 관련해서도 예컨대 가석방, 형 집행 정지 또는 보안처분의 내용의 변경에 관한 불복은 형종이나 형기의 변경에 해당하기 때문에 법원의 권한에 속하는 것인지 아니면 형집행기관인 행정청의 권한에 속하는 것인가라는 문제도 제기된다. 특히 성폭력범죄와 관련하여 전자위치추적 장치 부착명령, 신상공개제도, 성충동 약물치료 등 형벌에 준하는 보안처분과 관련하여 그 위험성 판단은 판결선고 시를 기준으로 할 것인지 아니면 판결선고 후에 그 위험성이 감소하거나 상실된 때에 보안처분의 변경을 요구할 수 있도록 할 것인지 그리고 이때에도 해당 보안처분을 명한 법원에 의하여야 하는가라는 문제가 제기된다. 이들 모든 문제들은 형사소송절차의 각 단위마다 단절되지 않고 상호 유기적으로 연결되어 있어서 어느 한 단위만을 단절하여 검토할 수 있는 문제도 아니다. 따라서 이하에서 다루어지게 되는 수사·법원·형집행 단계의 불복절차에 관한 논의는 이러한 관점, 즉 상호 유기적인 연속성이라는 관점에서 검토하게 된다.

수사기관의 수사와 처분에 대한 내적 불복절차

김 유 근

제2장

수사기관의 수사와 처분에 대한 내적 불복절차

제1절 | 사법경찰관의 수사에 대한 불복

1. 사법경찰관의 수사과정에서의 법령위반·위법행위·수사권남용 등에 대한 불복

현재 사법경찰관의 수사과정에서의 법령위반·인권침해·수사권남용 등에 대해서는 (1) 경찰 내부적으로는 ①경찰청 내부의 수사이의조사팀의 조사 및 수사이의심사위원회의 심의와 ②수사관교체신청제도가 있으며 (2) 외부적으로는 검사의 사법심사로서 「형사소송법」 제197조의3에 정한 검사의 "시정조치요구 등"이 있다. 그런데 본래 사법경찰관에 대한 검사의 사법통제는 「형사소송법」 제198조의2에 정한 "검사의 체포·구속장소감찰"[84]과 「형법」 제139조에 정한 검사의 일반적인 인권옹호직무[85]가 있으나 이것은 어디까지나 검사의 직권에 의한 사법통제라는 의미가 강하다. 물론 2020년 「형사소송법」 개정에 의하여 신설된 제197조의3도 검사의 "직권적" 인권옹호직무에 관한 규정이기는 하지만 동시에 동조 제8항은 피의자심문 시에 사법경찰관의 수사과

84) 「형사소송법」 제198조의2(검사의 체포·구속장소감찰) "①지방검찰청 검사장 또는 지청장은 불법체포·구속의 유무를 조사하기 위하여 검사로 하여금 매월 1회 이상 관하수사관서의 피의자의 체포·구속장소를 감찰하게 하여야 한다. 감찰하는 검사는 체포 또는 구속된 자를 심문하고 관련 서류를 조사하여야 한다.
②검사는 적법한 절차에 의하지 아니하고 체포 또는 구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 즉시 체포 또는 구속된 자를 석방하거나 사건을 검찰에 송치할 것을 명하여야 한다".

85) 「형법」 제139조(인권옹호직무방해) "경찰의 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 인권옹호에 관한 검사의 직무집행을 방해하거나 그 명령을 준수하지 아니한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다".

정에서의 법령위반 등의 행위에 대하여 검사에게 구제를 신청할 수 있음을 고지하도록 함으로써 검사의 사법심사를 받을 권리를 명확히 했다는 점에서 중요한 의미를 가지는 규정이라고 평가된다.

⑶ 그 밖에도 사법경찰관의 법령위반 등의 행위에 대해서는 법원의 사법심사도 마련되어 있는데 「형사소송법」 제417조는 사법경찰관의 "구금·압수·압수물의 환부에 관한 처분"과 피의자심문 시의 "변호인의 참여 등에 관한 처분"에 대하여 불복이 있는 경우 제416조에 정한 준항고를 법원에 제기할 수 있도록 정하고 있다.[86] 그러나 준항고의 대상이 사법경찰관의 구금·압수·압수물의 환부에 관한 처분과 피의자심문 시의 변호인의 참여 등에 관한 처분에만 국한되어 있다는 점에서 신설된 제197조의3은 중요한 의미를 가진다고 볼 수 있다.

그런데 주요 외국의 입법례를 살펴보면 우리나라와 같이 사법경찰관의 법령위반 등의 행위에 대하여 ⑴수사기관 자체 내의 심사(*internal review*)를 청구할 권리, ⑵검사에 의한 사법심사(*prosecutorial review*)를 청구할 권리 그리고 ⑶법원의 사법심사(*judicial review*)를 청구할 권리를 형사소송의 단계마다 마련하고 있는 입법례는 찾아보기 쉽지 않다. 이러한 점에서 사법경찰관의 수사과정에서의 법령위반 등에 대한 우리나라의 불복 및 권리구제제도의 체계는 주요 외국의 입법례에 비하여 우수한 것이라고 평가될 수 있으나 그렇다고 하여 전혀 문제가 없는 것은 아니다. 이러한 점을 살펴보기 위하여 아래에서는 먼저 주요 외국의 입법례에 대하여 간략하게 살펴보고 우리나라 제도와의 비교 하에서 현행법의 문제점을 검토하고자 한다.

가. 주요 외국의 입법례

주요 외국의 입법례에서 공통적인 것은 실체법상 사법경찰관의 수사과정에서의 위법행위·인권침해·수사권남용이 범죄를 구성하는 때에 형사처벌하도록 하거나 또는 해당 행위가 형사처벌되는 행위가 아니라고 하더라도 「형사소송법」의 일반원칙, 즉 위법수집증거의 증거능력의 배제(예컨대 독수독과이론(*Fruit of the poisonous tree*) 및 파생

86) 「형사소송법」 제417조(동전) "검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분과 제243조의2에 따른 변호인의 참여 등에 관한 처분에 대하여 불복이 있으면 그 직무집행지의 관할법원 또는 검사의 소속검찰청에 대응한 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다".

원칙들 등), 자기부죄거부특권(*right against self-incrimination*), 자백배제·보강법칙 등을 통하여 증거능력을 제한함으로써 사법경찰관의 수사과정에서의 위법행위에 대한 책임을 묻는다는 점이다.

그러나 이를 넘어 당사자의 구제신청에 따라 사법경찰관의 현재의 위법행위 등을 시정하도록 하는 제도를 마련하고 있는 입법례들이 있는데 이때에도 사법경찰관의 수사에 대한 지휘·감독권과 그 책임을 누가 부담하느냐에 따라 크게 (1)사법경찰관 스스로 시정하도록 하는 경우, (2)검사에 의한 사법통제에 의하는 경우 그리고 (3)법원에 의한 사법통제에 의하는 경우로 구별할 수 있다.

아래에서 이러한 관점을 바탕으로 주요 외국의 입법례를 살펴보고자 한다.

1) 미국

미국의 경우 검사에게 사법경찰관에 대한 수사지휘·감독권이 없기 때문에[87] 사법경찰관의 수사에서의 위법행위 등에 대하여 검사에 의한 사법통제를 기대하기는 어렵다. 다만 경찰의 위법행위가 범죄를 구성하는 경우 기소할 수 있을 뿐이어서[88] 당사자는 해당 경찰공무원 또는 그 소속 경찰관서를 상대로 법원에 손해배상소송을 제기할 수밖에 없다.[89] 물론 경찰은 자체적으로 경찰의 위법행위에 대하여 수사하기는 하지만 그것은 범죄수사이지 그것 자체가 당사자의 구제신청절차라고 보기는 어렵다.

2) 영국

미국의 경우와 달리 영국은 경찰의 수사과정에서의 위법행위 등이 문제되는 경우 당사자의 이의신청을 처리하는 독립위원회를 두고 이를 처리하도록 하고 있다. 즉 종래 "경찰고충민원처리를 위한 독립위원회*(Independent Police Complaints Commission, IPCC)*"가 이 역할을 담당하였으나 2017년 "경찰 및 범죄에 관한 법률*(Policing and Crime*

87) *Harris, David A.*, "The Interaction And Relationship between Prosecutors And Police Officers In The United States, And How This Affects Police Reform Efforts", in: *Luna, Erik/Wade, Marianne L. ed., The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, 2012, pp. 56-57; *Walther, Susanne*, "The Position and Structure of the Prosecutor's Office in the United States", in: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 8 Iss. 3 (2000), p. 288.

88) 이에 관한 상세한 것은 *Congressional Research Service (CRS), CRS Report: Public Trust and Law Enforcement—A Discussion for Policymakers*, 2020.7.13., pp. 14-15(https://fas.org/sgp/crs/misc/R43904.pdf; 검색일: 2020년 9월 25일); *Harris, David A., op. cit.*, pp. 63-64.

89) 이에 관한 것은 *Harris, David A., op. cit.,* pp. 65-66.

Act 2017)"에 의하여 2018년 1월에 "경찰권행사에 관한 독립위원회(*Independent Office of Police Conduct, IOPC*)"[90],[91]로 확대·개편되었다. 이것은 기존의 위원회가 경찰의 위법행위에 대한 경찰 스스로의 수사에 대한 감독기능 밖에 수행할 수 없는 한계가 있었기 때문이었다. 그래서 새로 설치된 "경찰권행사에 관한 독립위원회"는 유명무실한 감독기능을 폐지하는 한편 경찰의 위법행위에 대한 경찰 스스로의 수사나 그 기록에 의존하지 않고 그리고 사건이 이첩될 때까지 기다림 없이 독자적인 수사개시권과 함께 종결사건에 대한 재수사권을 가지고 경찰의 위법행위를 수사한다. 또한 동 위원회의 수사결과에 따라 소속 관서의 장에게 경찰징계절차를 진행시키도록 요구하고 만약 소속 관서의 장이 위원회의 수사결과에 동의하지 않는 경우에는 위원회가 직접 징계에 회부할 수 있도록 하고 있다.[92]

또한 독립위원회의 결정에 불복하는 때에는 고등법원(*High Court*)에 항고할 수 있도록 함으로써 행정적 심사와 함께 법원의 사법심사(*judicial review*)[93]도 보장되어 있다.

3) 스위스

영국이 사법경찰관의 수사과정에서의 위법행위를 독립위원회를 통하여 시정하도록 하고 있는데 대하여 스위스는 당사자가 법원에 이에 대한 시정을 요구할 수 있도록 하는 (준)항고제도(*Beschwerde*)[94]를 두고 있다는 점에서 우리나라의 준항고제도와 유사하다.

---

90) 홈페이지: https://policeconduct.gov.uk/ (검색일: 2020년 9월 23일).

91) 경찰활동에 관한 독립위원회의 설치 경위에 관한 것은 동 위원회 홈페이지 참조 (https://policeconduct.gov.uk/becoming-iopc; 검색일: 2020년 9월 23일). 강성용, "경찰에 대한 통제 - 한국과 영국의 시민에 의한 경찰 외부통제기구에 대한 비교법적 연구 -", 외법논단, 제42권 제2호(2018.05), 한국외국어대학교 법학연구소, 375면 이하.

92) 강성용, 앞의 논문, 384면; *UK Independent Office of Police Conduct (IOPC), Statutory guidance on the police complaints system*, 2020.2., pp. 6-7(https://policeconduct.gov.uk/sites/default/files/Documents/statu toryguidance/2020_statutory_guidance_english.pdf; 검색일: 2020년 9월 23일).

93) 이에 관한 것은 영국 "Court and Tribunal Judiciary" 홈페이지 참조 (https://www.judiciary.uk/you-and-the-judiciary/judicial-review/; 검색일: 2020년 9월 1일).

94) *Guidon, Patrick*, N 1 zu Art. 393, in: *Niggli, Marcel Alexander/Heer, Marianne/Wiprächtiger, Hans, Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014("BSK StPO[2]-*저자*"로 인용한다); *Schmid, Niklaus, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, Dike, Zürich/St. Gallen, 2011, § 91 N 1499 ff; *Walter, Tonio*, "Die Rechtsmittel der StPO - allgemeine Regeln und Beschwerde", in: *ius.full* 2/2016, S. 37 ff.(http://www.iusfull.ch/fileadmin/letzte_hefte_content/2016-02_Rechtsmittel_der_StPO.pdf; 검색일: 2020년 9월 1일).

물론 스위스도 여타 대륙법계 입법례(독일, 프랑스, 이탈리아 등)와 마찬가지로 검사가 사법경찰관에 대한 수사지휘·감독권을 가지고 있기 때문에 검사로 하여금 사법경찰관의 위법행위 등의 시정을 요구할 수 있도록 규정하는 것이 자연스러울 수 있으나 실제로는 이를 법원의 사법심사의 대상으로 정하고 있다.

그렇다고 하여 스위스의 준항고제도가 우리나라의 제도와 정확히 일치하는 것은 아니다. 즉 우리나라 「형사소송법」 제416조(준항고)는 검사와 사법경찰관의 수사와 관련하여 피의자 또는 강제처분의 대상자 등에게 준항고를 허용하고 있는데 이때에도 그 대상은 "검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분과 제243조의2에 따른 변호인의 참여 등에 관한 처분"에 한정하여 법원에 "그 처분의 취소 또는 변경"을 청구할 수 있도록 하고 있다.

이에 대하여 스위스 「형사소송법」 제393조 이하에 정한 준항고는 경찰 및 검사를 포함한 모든 형사사법기관의 위법행위 등이 대상이 된다는 점 그리고 그 사유는 법률위반이나 인권침해에 그치는 것이 아니라 더 나아가 형사사법기관의 재량권 남용 및 초과뿐만 아니라 재량권 내의 행위라고 하더라도 현저하게 부당한 결과를 야기하는 때에는 준항고의 대상이 된다는 점[95]에서 우리나라의 제도와 구별된다. 이와 관련하여 준항고제도를 규정하고 있는 스위스 「형사소송법」 제393조와 제394조를 살펴보면 다음과 같다.

스위스 「형사소송법」

【제393조 (항고사유)】

1 다음 각호의 경우에 대하여 불복이 있으면 항고를 할 수 있다:

a. 경찰, 검사 그리고 질서위반행위 단속관청의 처분과 수사와 관련한 행위[96]

b. 제1심 법원의 처분, 결정 그리고 소송행위[97]

c. 본법에 정한 강제처분의 판결

2 다음 각호의 사유가 있을 경우에는 항고사유로 할 수 있다:

a. 법위반 (재량권의 초과와 남용을 포함한다), 법적용·집행의 거부 그리고 법적용·집행의 유기·지체

b. 범죄사실에 대한 불완전한 사실확인 또는 사실오인

c. 부당성 (*Unangemessenheit*)

---

95) 이에 관한 상세한 것은 BSK StPO^2-*Guidon* N 1 ff. zu Art. 393; *Schmid, Niklaus, aaO.*, § 91 N 1499 ff; *Walter, Tonio, aaO.*, S. 37 ff..

【제394조 (항고가 허용되지 않는 경우)】

다음 각호의 경우에는 항고하지 못한다.

a. 항소가 가능한 때

b. 검사 또는 질서위반행위 단속관청의 증거신청이 기각된 때. 다만 제1심 공판에서 법적 문제없이 재차 증거신청이 가능한 경우에 한한다.

이상의 규정을 살펴보면 당사자는 수사기관의 수사과정에서의 법령에 반하는 작위 또는 부작위에 대하여 항고할 수 있을 뿐만 아니라 더 나아가 실질적으로 수사기관의 재량권행사에 대하여 광범위한 제한을 규정한 것이라고 볼 수 있다.[98] 특히 스위스 「형사소송법」 제393조 제2항 c.에 정한 항고사유인 "부당성(*unangemessenheit*)"은 2007년 스위스 통합 「형사소송법」의 초안[99]에 포함되어 있지 않았던 사유로서 심의과정에서 추가된 것인데[100] "형사사법기관의 행위가 재량권 내의 행위이고 헌법의 기본원칙과 법질서의 의미와 목적에 상응하는 것이라고 하더라도 그 행위가 합목적성을 결여한 때에는(*unzweckmässig*) 정당하다고 할 수 없다"[101]고 해석되고 있다. 그러나 다른 한편으로 그 불명확성 때문에 이 항고사유는 특히 검찰의 재량행위에 대한 제한없는 통제가 될 위험이 지적되기도 하는데 이것은 각 법원의 역할분담과 관련하여 다음과 같은 문제가 제기된다.[102] 즉 예컨대 수사상의 처분이 상당한 것이었는지의 여부는 이미 수사개시의 근거가 되는 충분한 범죄혐의와의 관계에서 심사될 수 있는데 이렇게 되면 이미 항고법원이 실질적으로 해당 범죄의 성립을 심사하는 1심 법원의 본안심사를 하게 되는 것은 아닌가라는 문제가 발생한다.[103] 왜냐하면 경우에 따라서는 항고법

96) "*Verfahrenshandlung*"은 소송행위로 번역되기도 하지만 스위스 「형사소송법」에서는 우리나라의 재판에서의 소송행위에 국한되지 않고 형사소추와 관련한 모든 행위를 의미하고 수사기관과 관련해서는 수사와 관련한 행위가 여기에 해당된다. 따라서 이해의 편의를 위하여 여기에서는 재판(공판 및 공판전 준비절차 등)과 관련하여 사용되는 소송행위라는 용어보다는 "수사와 관련한 행위"로 의역하도록 한다.

97) "소송행위"의 원문은 a.의 경우와 마찬가지로 "*Verfahrenshandlung*"이 사용되고 있으나 법원의 형사사법과 관련한 행위는 우리나라에서는 일반적으로 "소송행위"로 지칭되기 때문에 a.와는 달리 "소송행위"로 번역한다.

98) *Schmid, Niklaus, aaO.*, § 91 N. 1499.

99) *Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005*, S. 1312 (BBl. 2006 S. 1085 (1312)). 개정초안 제401조 참조(BBl. 2006 S. 1389(1512)).

100) *Schmid, Niklaus, aaO.*, § 91 N. 1512.

101) BGE 129 I 139 E.4.1.1(BSK StPO^2-*Guidon* N 17 zu Art. 393에서 재인용).

102) 이에 관한 것은 BSK StPO^2-*Guidon* N 17 zu Art. 393.

103) BSK StPO^2-*Guidon* N 18 f. zu Art. 393.

원이 사실심과 법률심 그리고 피고인에게 유리한 증거와 불리한 증거 등 피고인의 유·무죄를 결정하는 요소들에 대한 심사를 하여야 하는 문제가 생기기 때문이다.[104] 더욱이 증거수집행위의 위법성이 문제되는 경우 공판전 준비절차나 증거조사의 단계에서 이루어져야 하는 위법수집증거의 증거능력의 배제여부의 결정이 이미 항고법원에서 이루어지게 되는 것은 아닌가라는 의문도 제기된다.[105]

4) 오스트리아

오스트리아는 스위스의 경우와 마찬가지로 수사기관의 법령위반·인권침해·현저한 수사권남용을 법원으로 하여금 구제하도록 정하고 있는 것이 특징이다.

즉 오스트리아 「형사소송법」 제23조 이하는 검찰총장*(Generalprokuratur)*[106]의 직무에 관하여 정하면서 제23조(법률수호를 위한 무효확인*(Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes)* 제2항은 검찰총장은 인권감독관*(Rechtsschutzbeauftragten)*[107]의 보고에 따라 사법경찰관의 위법한 강제집행이나 검사의 강제집행의 위법한 지시 또는 수사종결에 관한 검사의 결정과 관련하여 당사자가 불복할 수 없거나 이와 관련한 수사가 진행되지 않는 경우 법률수호를 위하여 독자적으로 무효확인의 소를 제기할 수 있도록 정하고 있다. 또한 검사는 항고가 필요하다고 인정되는 사건에 대해서는 직권으로 대검찰청에 사건을 이송하여야 한다(제3항 제1문). 그 밖에 누구든지 법률수호를 위하여 대법원에 무효확인의 소를 제기할 수 있다(동항 제2문).

그 밖에 검사 또는 경찰에 의한 권리침해(제106조 및 제107조)에 대해서는 지방(란트)법원*(Landgericht)*의 단독판사에 항고할 수 있다(제31조 제1항). 또한 증거조사단계에서 피의자가 검사의 수사과정에서의 위법한 권리행사방해나 위법수사 및 강제집행에

---

104) BSK StPO^2-*Guidon* N 19 zu Art. 393.

105) BSK StPO^2-*Guidon* N 19 zu Art. 393.

106) 오스트리아 대검찰청 혹은 대검찰청의 장인 검찰총장(*Generalprokutatur*)은 최고법원에 상응하는 관할지역에 설치되는 것으로서 우리나라 대검찰청과 같이 개별사건에 대하여 산하 검찰청을 지휘·감독하지 않으며 최고법원 관할사건을 전담하는 한편 인권옹호직무를 수행하기 때문에 「형사소송법」에 대검찰청 및 검찰총장의 직무에 관하여 정하고 있다. 이에 관한 상세한 것은 홈페이지 자료 참조(https://www.generalprokuratur.gv.at/information/; 검색일: 2020년 10월 3일).

107) 오스트리아 「형사소송법」 제47a조(인권감독관(*Rechtsschutzbeauftragter*)). 오스트리아 인권감독관은 헌법재판소장, 국민권익위원회(*Volksanwaltschaft*) 위원장 그리고 오스트리아 변호사협회장(*Österreichischen Rechtsanwaltskammertag*)의 추천을 받아 법무부장관이 임명하지만 어떠한 정부조직에도 소속되지 않은 독립기구로서(동조 제1항 및 제4항) 정부 각 부처에 설치된다. 그리고 그 주된 직무는 국가공권력의 인권감시와 사법통제이다.

대하여 이의를 제기한 때에는 항고를 한 것으로 간주된다(제106조 제1항 및 제3항). 다만 스위스의 경우와 달리 검사와 경찰의 재량권 내의 직무집행에 대해서는 그 당부와 상관없이 항고할 수 없다(동조 제3항 제3문). 이 때 항고장은 검사에게 제출하게 되는데 검사가 이를 시정한 때에는 항고의 이익이 소멸되지만 4주 내에 그 시정조치가 이행되지 않거나 또는 당사자가 법원의 판단을 원하는 경우에는 검사는 항고장을 법원에 제출하여야 한다(동조 제5항). 또한 항고법원의 결정에 불복하는 때에는 상급법원에 재항고할 수 있다(제107조 제3항).

나. 우리나라 현행 제도의 개관과 문제점

앞서 언급한 바와 같이 우리나라는 주요 외국의 입법례와 달리 사법경찰관의 법령위반 등에 대하여 ⑴경찰청의 내부적 심사, ⑵검사에 의한 외부적 심사 그리고 ⑶법원에 의한 외부적 심사를 제도화하고 있다. 본 장은 수사기관의 수사와 처분에 대한 내적 불복절차에 관한 것이라는 점에서 법원에 의한 외부적 심사에 관한 내용은 다음 장에서 서술하도록 하고 여기에서는 경찰청의 내부적 심사제도와 검찰에 의한 외부적 심사에 대해서만 다루도록 한다.

1) 경찰청의 수사이의심사위원회제도

가) 개관

경찰청 예규 「수사이의사건 처리규칙」(이하 "「규칙」"이라 한다) 제10조 이하에 근거한 "수사이의심사위원회제도"는 2009년 8월 25일 동 「규칙」 제정 당시 "수사과오 평가위원회"로 시작하였으나 2010년 7월 23일 개정으로 현재의 명칭으로 운영되고 있다.

우선 수사이의가 접수되면 이의조사팀은 "부당한 접수거부, 수사절차 미준수, 사건처리 지연, 수사결과 불만족, 인권침해 등 이의사건의 조사·처리"(제4조 제1호)를 하는 한편 "이의사건의 대상이 된 수사관 및 수사책임자에 대한 수사과오 판단"(동조 제2호)을 하게 되고 "이의사건 조사결과를 작성하여 제10조의 수사이의심사위원회에 안건으로 상정"하게 된다(제9조 제1항).

수사이의심사위원회 위원장 또는 지방경찰청장은 앞서 이의조사팀의 "이의사건에 대한 조사결과의 적절성 여부"(제11조 제1호), "수사관 또는 수사책임자에 대한 수사

과오 여부"(동조 제2호) 그리고 "그 밖의 지방경찰청장이 부의한 사항"(제3호)을 심의하기 위하여[108] "필요하다고 인정하는 때"에 수사이의심사위원회를 소집할 수 있으며 위원회는 이 사항에 관하여 심의 및 의결하게 된다(제12조 제1항).

이 때 위원회는 15명 이상 20명 이내의 위원으로 구성되며(제10조 제2항) 이때 "9명 이상 14명 이내의 외부위원과 6명의 내부위원"이 포함되어야 한다(제10조 제3항). 그리고 매회의 회의는 지방경찰청장이 지정하는 외부위원 5명과 내부위원 4명으로 구성하여(제12조 제4항) 구성위원 과반수의 출석(위원장을 포함한 외부위원이 3명 이상이어야 한다)과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하게 된다(동조 제5조).

나) 문제점

그런데 경찰청의 이의조사 및 수사이의심사위원회제도와 관련해서는 다음과 같은 문제가 제기된다.

첫째 경찰청 「수사이의사건 처리규칙」 제4조 제1호에 정한 수사이의조사의 업무 중 "부당한 접수거부" 및 수사이의심사위원회의 심의와 경찰청 「범죄수사규칙」 제42조 제3항에 정한 "고소·고발 수리·반려 심의위원회"의 업무가 경합될 우려가 있다. 즉 경찰청 「범죄수사규칙」 제42조에 따르면 동조 제1항의 반려사유[109]에 해당하여 고소·고발의 접수를 수리하지 아니한 경우 그 사유와 이의를 제기할 수 있음을 당사자에게 고지하도록 하고 있고(동조 제2항) 해당 이의신청을 "고소·고발 수리·반려 심의위원회"가 심의하도록 하고 있다(동조 제3항). 그런데 문제는 「범죄수사규칙」 제42조

---

108) 「규칙」 제11조 제2항에 따르면 수사이의심사위원회의 심의대상에는 「범죄수사규칙」 제15조 제5항에 정한 경찰서 내의 이의제기사건과 제15조의2 제2항에 정한 상급경찰관서장에 대한 이의제기사건도 포함되며 심의 후 그 의견을 지방경찰청장에게 제시할 수 있으나 본 보고서는 일반국민의 불복제도와 관련된다는 점에서 본 보고서의 서술에서 이 문제는 제외하도록 한다.

109) 경찰청 「범죄수사규칙」 제42조 "① 경찰관은 고소·고발이 있는 때에는 이를 접수하되, 다음 각호의 하나에 해당되는 경우에는 수리하지 않고 반려할 수 있다.
1. 고소·고발사실이 범죄를 구성하지 않을 경우
2. 공소시효가 완성된 사건
3. 동일한 사안에 대하여 이미 법원의 판결이나 수사기관의 처분이 존재하여 다시 수사할 가치가 없다고 인정되는 사건. 다만, 고소·고발인이 새로운 증거가 발견된 사실을 소명한 때에는 예외로 함
4. 피의자가 사망하였거나 피의자인 법인이 존속하지 않게 되었음에도 고소·고발된 사건
5. 반의사불벌죄의 경우, 처벌을 희망하지 않는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사가 철회되었음에도 고소·고발된 사건
6. 「형사소송법」 제223조의 규정에 의해 고소 권한이 없는 자가 고소한 사건
7. 「형사소송법」 제224조, 제232조, 제235조에 의한 고소 제한규정에 위반하여 고소·고발된 사건".

제3항에 따른 "고소·고발의 반려"에 대하여 이의를 제기하면서 그 사유가 「수사이의사건 처리규칙」 제4조 제1호에 정한 "부당한 접수거부"인 때에는 양 제도들 간에 경합문제가 발생하게 된다.

둘째 이의조사팀에 의한 이의사건 조사는 이의신청에 따른 것이기는 하지만 정작 수사이의심사위원회의 심의는 위원장 또는 지방경찰청장이 "이의제기사건을 심의하기 위해 필요하다고 인정되는 때"에 소집하도록 하고 있어서 이의조사팀으로 하여금 이의사건 조사결과를 필요적으로 수사이의심사위원회에 안건으로 상정하도록 하고 있는 「규칙」 제9조 제1항과 상충하는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 이 때 수사이의심사위원회의 심의가 이의조사팀의 조사결과에 대한 항소심적 성격을 가지는 것인지 아니면 이의조사팀의 조사결과에 확정적 효력을 부여하는 기능을 하는 것인지에 관해서는 명확하지 않다. 이때 전자라고 하더라도 문제는 이의조사팀의 조사결과에 대한 본 심의를 할 것인지 아니면 기각할 것인지에 대한 판단이 필요하기 때문에 어떻든 위원회를 소집하여야 하는 문제가 발생하며 후자의 경우라면 반드시 위원회가 소집될 필요가 있게 되어 양자들 중 어떤 성격을 위원회가 가지는지의 여부에 상관없이 위원회는 소집되어야 할 필요가 있게 된다.

더욱이 「형사소송법」 제197조의3에 정한 검사의 "시정조치요구 등"은 "사법경찰관리의 수사과정에서의 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용"이 그 대상이 되기 때문에 「규칙」 제4조 제1호의 사유 중 사법경찰관의 이른바 "입건재량"에 대한 통제라는 의미에서 부당한 접수거부를 법문언상의 의미대로 수사"개시" 자체의 거부로 해석하게 되면(그러나 해석론으로는 내사를 포함한 모든 사법경찰관의 활동을 포함한다고 보아야 할 것이다) 「형사소송법」 제197조의3에 정한 검사의 사법심사의 대상에서 제외될 우려가 있다는 점을 감안할 때 적어도 "부당한 접수거부"에 대한 수사이의심사위원회의 심의는 필요적으로 이루어져야 할 필요가 있다.

셋째 수사이의심사위원회의 구성이 자칫 공정성을 해할 위험이 있다. 즉 앞서 언급한 바와 같이 위원은 15명 이상 20명 이내에서 정하되 이 중 9명 이상 14명 이내의 외부위원과 6명의 내부위원이 포함되도록 구성하여야 한다(동조 제2항). 그리고 회의는 매회 지방경찰청장이 외부위원 5명과 내부위원 4명을 지정하도록 하고 있다. 그런데 문제는 외부위원의 자격과 관련하여 현재 경찰청 소속 공무원이 아니기만 하면

되기 때문에 전직 경찰관인지의 여부는 불문하게 된다는 점, 따라서 내부위원 6명까지 포함하여 자칫 전체 위원들 중 과반수 이상을 전·현직 경찰관 관계자로 구성될 위험이 존재하는데[110] 회의는 매회 외부위원 5명과 내부위원 4명으로 소집하도록 하고 있다는 점에서 만약 외부위원 중 1명이라도 전직 경찰관이라면 전·현직 경찰관이 의결정족수인 과반수를 초과하게 될 위험이 있다.[111]

물론 제12조의2는 "위원의 회피"라는 표제 하에 "위원장을 포함한 외부위원은 사건관계인의 변호인이 된 경우 등 심의·의결에 공정성을 잃을 염려가 있거나 의심을 받을 우려가 있는 때에는 스스로 그 심의·의결을 회피하여야 한다"고 규정하고 있으나 이것은 "사건관계인의 변호인이 된 경우 등 심의·의결에 공정성을 잃을 염려가 있거나 의심을 받을 우려가 있는 때"가 아니면 회피할 필요가 없다는 것을 의미하게 되는데 전직 경찰관이었다는 사실이 이 사유에 해당될 수 있는지는 의문이다. 따라서 전·현직 경찰관이 과반수를 초과하는 위원회에서 현직 경찰관의 과오를 심의하는 상황이 벌어지지 않도록 하는 방안이 필요하다.

넷째 수사이의심사위원회의 결정과 후술하는 「형사소송법」 제197조의3에 정한 검사의 시정조치 요구 등과 관련한 검사의 판단이 경합하는 경우에 문제가 발생한다. 후술하는 바와 같이 동일 사항을 심사하는 절차들이 각 수사기관마다 중첩적으로 만들어짐으로써 그 심사결과의 법률효과와 다수의 심사기관의 심사결과가 상호 배치되는 경우에 어떻게 이러한 충돌을 해소할 것인가가 문제된다. 그렇다면 법원으로 하여금 궁극적이고 최종적인 판단을 내리도록 하는 준항고제도를 활용할 수도 있으나 후술하는 바와 같이 현행법상 사법경찰관의 법령위반 등의 행위는 「형사소송법」 제417조에 정한 "구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분과 제243조의2에 따른 변호인의 참여 등에 관한 처분"과 관련한 것이 아닌 한 법원의 준항고는 허용되지 않는다는 문제가 발생한다.[112]

---

110) 실제로 2019년 10월 24일 국회의원 김병관 국감보도자료 "경찰 수사과오 심사위원, 전체의 44.2%는 전현직 경찰! 수사 공정성, 스스로 판단하는 경찰", 1면(https://www.theminjoo.kr/board/view/inspection/103207?page=3; 검색일: 2020년 10월 5일)에 따르면 2019년 기준으로 수사이의심사위원의 44.2%가 전·현직 경찰이라는 조사결과도 있다. 그 밖에 연합뉴스 2019년 10월 25일 보도 "경찰 수사이의심사위원 44%가 전현직 경찰관"(https://www.yna.co.kr/view/AKR20191025073200004; 검색일: 2020년 10월 5일).

111) 명도현·박호현, "수사이의신청제도 개선방안에 관한 연구 - 경찰단계에서의 시민참여를 중심으로", 『치안정책연구』, 제29권 제3호(2015.12.), 경찰대학 치안정책연구소, 93면.

2) 수사관 교체신청 제도 - 기피제도

수사에 있어서 사법경찰관이 피의자 또는 피해자와 이해충돌관계에 있는 경우 수사의 공정성을 의심받을 수 있다는 점에서 사법경찰관의 제척·기피·회피제도는 중요한 의미를 가진다.

그런데 주요 외국의 입법례를 살펴보면 사법경찰관의 제척·기피·회피제도를 명문으로 규정하고 있는 입법례를 찾기는 그리 쉽지 않은 것이 사실이다. 예컨대 스위스 「형사소송법」(제56조 이하)과 오스트리아 「형사소송법」(특히 제47조)은 법관뿐만 아니라 검사와 경찰의 제척·기피·회피제도에 관하여 규정하고 있는데 대하여 이탈리아 「형사소송법」 제52조는 법관과 검사에 관해서만 규정하고 있다. 독일의 경우 법관의 제척·기피·회피제도에 관한 규정은 있으나 수사기관에 관해서는 규정하고 있지 않으며, 다만 일부 란트에서 검사의 제척·기피·회피제도를 규정하고 있을 뿐이다(니더작센주 「형사소송법 이행법률」 제7조; 바덴-뷔르텐베르크 「형사소송법 이행법률」 제11조).[113] 또한 일본의 경우 경찰청 「범죄수사규범」 제4조에 경찰의 회피제도만을 규정할 뿐 제척과 기피신청제도는 규정하고 있지 않다.[114]

이렇게 본다면 경찰청 「범죄수사규칙」 제8조 이하가 「형사소송법」 제17조 이하에서 법관의 제척·기피·회피제도에 상응하는 사법경찰관의 제척·기피·회피제도를 규정하고 있는 것[115]은 당사자의 권리보장을 위하여 매우 긍정적인 것이라고 판단되며, 특히 우리나라의 경우 정작 소송당사자인 검사에 대해서는 제척·기피·회피제도가 없다는 점에서 시사하는 바도 클 것으로 판단된다.[116] 여기에서는 본 보고서가 당사자의 불복절차에 관한 것이라는 점에서 기피제도를 중심으로 서술하기로 한다.

「범죄수사규칙」 제8조에 따르면 제척의 원인은 "경찰관 본인이 피해자인 때"(동조 제1호). "경찰관 본인이 피의자나 피해자의 친족이거나 친족관계가 있었던 자인 때"(제2호) 그리고 "경찰관 본인이 피의자나 피해자의 법정대리인이나 후견감독인인 때"

---

112) 주요 외국의 입법례에 관해서는 위의 "가." 참조.
113) 이에 관한 것은 상세한 것은 아래에서 후술한다(제2절 1.).
114) 「犯罪捜査規範」 第十四条 "警察官は、被疑者、被害者その他事件の関係者と親族その他特別の関係にあるため、その捜査について疑念をいだかれるおそれのあるときは、上司の許可を得て、その捜査を回避しなければならない".
115) 사법경찰관의 제척·기피·회피제도는 2018년 1월 2일 「범죄수사규칙」 개정에 의하여 도입되었다.
116) 검사의 제척·기피·회피제도와 관련한 것은 아래에서 후술한다(제2절 3. 다. 1) 다).

(제3호)이다. 그런데 당사자가 기피신청을 할 수 있는 사유는 이에 더하여 "경찰관이 사건 청탁, 인권 침해, 방어권 침해, 사건 방치 등 불공정한 수사를 하였거나, 불공정한 수사를 할 염려가 있다고 볼만한 객관적·구체적 사정이 있는 때"(제8조의2 제1항 제2호)에도 기피신청을 할 수 있도록 하고 있으며 "변호인은 변호하는 자의 명시한 의사에 반하지 아니하는 경우에 한해 기피신청을 할 수 있[도록]" 하고 있다(동조 제2항).

이때 기피신청을 하려는 사람은 기피신청서를 "대상 경찰관이 소속된 경찰관서 내 감사부서의 장"에게 제출하여야 하는데(제8조의3 제1항) 3일 이내에 이를 소명하는 서면을 제출하여야 한다(동조 제2항). 또한 기피 신청은 "경찰관서에 접수된 고소·고발·진정·탄원·신고 사건, 교통사고 사건"에 한하여 신청할 수 있는데 "검찰에 접수되어 경찰에 수사 의뢰한 사건"도 신청할 수 있도록 하고 있다(동조 제3항).

감사부서의 장은 "기피 신청 대상 사건이 송치된 경우"(제8조의4 제1항 제1호), "동일한 사건에 대하여 이미 기피 신청이 있었던 경우"(동항 제2호), "기피사유에 대한 소명이 없는 경우"(동항 제3호) 또는 "제8조의2제2항의 규정에 위배되어 기피 신청이 이루어진 경우"(동항 제4호)에는 기피신청을 각하할 수 있다.

이에 대하여 "기피 신청 대상 경찰관이 소속된 수사부서의 장"은 "기피 신청 사실을 통보받은 후 지체없이 별지 제234호 서식의 의견서를 작성하여 소속 경찰관서 내 감사부서의 장에게 제출"하여야 하는데(동조 제2항) 이 때 기피 신청을 이유 있다고 인정하는 때에는" 해당사건 담당 경찰관을 재지정하게 되지만(동조 제3항) "기피 신청을 이유 있다고 인정하지 않는 때에는 기피 신청 접수일부터 7일 이내에 공정수사위원회를 개최하여 기피 신청 수용 여부를 결정하여야 한다"(동조 제4항).

이때 공정수사위원회는 위원장 1인을 포함하여 5인의 위원으로 구성하되 1명의 수사부서 경찰관 2명과 수사부서 이외의 부서 경찰관 2명을 위원으로 구성하며(동조 제5항) 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다(동조 제6항). 물론 기피 신청 접수일부터 수용여부 결정일까지 해당 사건의 수사는 중지되지만 "수사기일 임박, 증거인멸 방지 등 수사의 필요성이 있어 수사부서 장의 지휘가 있는 경우에는 그러하지 아니하다"(동조 제8항).

그런데 이러한 기피신청 처리절차에 전혀 문제가 없는 것은 아니다.

첫째 사법경찰관에 대한 기피신청의 각하는 "대상 경찰관이 소속된 경찰관서 내

감사부서의 장”(제8조의4 제1항)이 그리고 그 인용여부는 “기피 신청 대상 경찰관이 소속된 수사부서의 장”이 하도록 한 것이 과연 적절한 것인가에 대해서는 의문이다. 기피신청대상 경찰관이 소속된 경찰관서 내 감사부서의 장이 각하결정을 그리고 수사부서의 장이 인용여부를 결정하도록 구분한 이유가 명확하지 않을 뿐만 아니라 기피신청의 인용여부(각하 제외)를 소속 수사부서의 장으로 하여금 결정하도록 한 것이 과연 중립성과 공정성을 담보할 수 있는가는 의문이다. 물론 수사부서의 장이 기피신청이 이유없다고 인정한 때에는 공정위원회를 열어 결정하도록 하고 있으나 공정위원회 위원도 위원장 1인을 포함하여 기피신청 경찰관의 소속 경찰관서 내의 수사부서 경찰관 2명과 수사부서 이외의 부서 경찰관 2명으로 구성하도록 한 것은 설령 공정위원회의 심의가 아무리 절차적으로 문제가 없더라도 그 객관성과 공정성은 언제든지 의심받을 만한 것이라고 판단된다.

둘째 피의자의 기피신청이 수사의 지연을 목적으로 함이 명백한 때에 관하여 정하고 있지 않아 악용될 소지가 있다.[117] 그런데 수사의 지연을 목적으로 함이 명백한 때의 판단기준은 매우 주관적일 수 있기 때문에 앞서 첫 번째에서 언급한 바와 같이 판단주체의 객관성과 독립성이 얼마나 담보되어 있는지의 여부에 따라 반대로 수사지연이라는 사유는 기피신청의 기각을 위하여 악용될 소지도 크다.

셋째 기피신청은 수사의 공정성을 다투는 당사자의 권리라고 본다면 사법경찰관의 제척·기피·회피제도는 경찰청 예규인 규칙이 아니라 법률에 정하는 것이 타당하며 이것은 국민의 권리와 의무에 관한 사항은 법률의 형식으로 정할 것을 권고하고 있는 법제처의 『법령입안·심사기준』[118]에도 상응하는 것이다.

넷째 「범죄수사규칙」 제8조 이하에 정한 제척·기피·회피제도는 사법경찰관과 피해자 간의 이해충돌상황을 회피하여 공정한 수사를 보장함으로써 피의자의 권리를 보장하는 것에 초점이 맞추어져 있을 뿐 범죄피해자의 권리는 전혀 반영되어 있지 않다. 따라서 범죄피해자의 관점에서 사법경찰관과 피의자 간의 이해충돌상황이 공정한 수사에 영향을 미칠 것이 명확한 때에도 사법경찰관의 제척·기피·회피가 가능하도록 정할 필요가 있다. 특히 수사권교체요구는 피해자의 이익에도 중대한 영향을 미친다

117) 「형사소송법」 제20조 제1항.
118) 법제처, 『법령입안·심사기준』, 2019.12., 15면(https://www.moleg.go.kr/menu.es?mid=a10105030000; 검색일: 2020년 8월 30일).

는 점에서도 기피신청권을 피해자의 권리로도 정할 필요가 있다.

3) 검사의 사법통제 -「형사소송법」 제197조의3(시정조치 등)

가) 개관

「형사소송법」 제197조의3에 따르면 검사는 "사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용이 의심되는 사실의 신고가 있거나 그러한 사실을 인식하게 된 경우에는 사법경찰관에게 사건기록 등본의 송부를 요구"할 수 있고(제1항) "필요하다고 인정되는 경우에는 사법경찰관에게 시정조치를 요구"할 수 있으며(제3항) "사법경찰관은 제3항의 시정조치 요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없으면 지체 없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보"하여야 한다(제4항). 그리고 검사는 "제3항에 따른 시정조치 요구가 정당한 이유 없이 이행되지 않았다고 인정되는 경우에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있[는데]"(제5항) 사법경찰관은 검사의 사건송치의 요구를 받으면 필요적으로 사건을 검사에게 송치하여야 한다(제6항).

앞서 이미 언급한 바와 같이 사법경찰관에 대한 검사의 사법통제와 관련하여 「형사소송법」 제198조의2에 정한 "검사의 체포·구속장소감찰"[119],「형법」 제139조에 정한 검사의 일반적인 인권옹호직무[120] 등에서는 어디까지나 검사의 "직권"에 의한 사법통제라는 의미가 강하다. 반면 여기에서 논의의 대상이 되는 「형사소송법」 제197조의3에 정한 검사의 시정조치요구는 검사의 직권에 의한 시정조치 요구뿐만 아니라 동조 제8항에 피의자의 권리로서 사법경찰관의 수사과정에서의 법령위반·인권침해·현저한 수사권남용(이하 "법령위반 등"이라 한다)에 대한 구제절차를 고지받을 권리를 규정하고 있다는 점에서 진일보한 규정이라고 볼 수 있다.

---

119) 「형사소송법」 제198조의2(검사의 체포·구속장소감찰) "①지방검찰청 검사장 또는 지청장은 불법체포·구속의 유무를 조사하기 위하여 검사로 하여금 매월 1회 이상 관하수사관서의 피의자의 체포·구속장소를 감찰하게 하여야 한다. 감찰하는 검사는 체포 또는 구속된 자를 심문하고 관련서류를 조사하여야 한다.
②검사는 적법한 절차에 의하지 아니하고 체포 또는 구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 즉시 체포 또는 구속된 자를 석방하거나 사건을 검찰에 송치할 것을 명하여야 한다".

120) 「형법」 제139조(인권옹호직무방해) "경찰의 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 인권옹호에 관한 검사의 직무집행을 방해하거나 그 명령을 준수하지 아니한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다".

나) 문제점

그런데 그렇다고 하여 「형사소송법」 제197조의3이 전혀 문제가 없는 것은 아니다.

첫째 과연 제197조의3이 엄밀한 의미에서 피의자의 인권보장과 사법경찰관에 대한 검사의 인권옹호에 관하여 정한 것인지 아니면 검사의 직접 수사의 제한(「검찰청법」 제4제 제1항 제1호), 사법경찰관에 대한 지휘권 규정의 삭제 그리고 그럼에도 불구하고 검사가 사법경찰관의 수사에 대하여 통제할 수 있는 영역을 정한 제197조의2 "보완수사요구"와의 관련에서 단순히 사법경찰관과 검사의 수사권조정에 관하여 정한 것에 불과한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

이러한 의심은 이미 제197조의3 제1항이 사법경찰관의 수사과정에서 법령위반 등의 의심신고가 있거나 혹은 이를 인지한 때에 검사가 "사건"기록 등본을 송부받을 수 있도록 규정하고 있다는 점에서 제기된다. 왜냐하면 동 규정이 사법경찰관의 수사과정에서의 법령위반·인권침해·현저한 수사권남용의 의심이 있는 경우에 대한 검사의 사법통제에 관한 것이라면 바로 이 "법령위반·인권침해·현저한 수사권남용" 자체의 존부를 확인하기 위한 필요적 조사에 관하여 정하는 것이 합리적임에도 불구하고 당장의 현안인 "법령위반·인권침해·현저한 수사권남용"과는 직접적인 관련이 없는 "사건"기록 등본을 검사가 송부 "받을 수 있도록 허용하고"("~ 송부를 요구할 수 있다") 있기 때문이다. 이것은 2020년 「형사소송법」 개정으로 인하여 검사의 직접 수사가 제한되고 보완수사(그리고 사법경찰관의 사건불송치에 대한 재수사요청(제245조의8))만이 가능하도록 정하였으나 예외적으로 사법경찰관의 수사과정에서의 법령위반·인권침해·현저한 수사권남용의 의심이 있는 경우에는 검사로 하여금 직접수사는 아니더라도 "사건"기록 등본을 송부할 것을 요구할 수 있도록 함으로써 적정한 수사권의 배분을 염두에 둔 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

더욱이 이러한 의문을 보다 강하게 만드는 것은 무엇보다도 제197조의3은 피의자의 수사에 있어서의 인권보장 및 준수사항에 관한 일반조항인 제198조(준수사항)(그리고 바로 다음에 제198조의2(검사의 체포·구속장소감찰)이 규정되어 있다) 다음이 아니라 제197조의2 "보완수사요구"와 제197조의4 "수사의 경합" 사이에 위치하고 있다는 점이다. 즉 제197조의3에 정한 "시정조치요구 등"이 제198조 "준수사항"이나 제198조의2 "검사의 체포·구속장소감찰"에 대한 일반조항이 아니라는 점은 명확하다. 이렇게 본다

면 앞서 제기한 의문은 반드시 합리적인 근거가 없는 것이라고 치부하기도 어렵다.

둘째 (이러한 의문이 사실인지의 여부는 별론으로 하고) 그러다 보니 제197조의3의 규정방식은 사법경찰관의 수사과정에서의 법령위반 등에 대한 사법통제를 하여야 하는 검사의 행동규범을 가능규범 혹은 허용규범으로만 규정하고 있어서(긍정적으로 표현하면 재량규범) 과연 동조가 피의자의 인권보장을 관철하려는 의지를 나타낸 것인가에 대하여 의문이 제기된다. 즉 동조 제1항은 사법경찰관의 수사과정에서의 법령위반 등의 의심신고가 있거나 이를 인지한 검사는 사법경찰관에게 사건기록 등본을 송부할 것을 필요적으로 요구하여야 하는 것이 아니라 요구할 수 있을 뿐이며("~ 송부를 요구할 수 있다", 따라서 요구하지 않아도 된다), 제3항은 "필요하다고 인정되는 경우"에도 불구하고 검사는 시정조치를 요구하여야 하는 것이 아니라 요구할 수 있는데 그칠 뿐만 아니라("~ 시정조치를 요구할 수 있다") 심지어 사법경찰관이 정당한 이유 없이 시정조치를 이행하지 않았다고 인정됨에도 불구하고 검찰에의 사건송치는 필요적인 것이 아니다("~ 사건을 송치할 것을 요구할 수 있다"). 여기에서 제기되는 의문은 검사에게 있어서 사법경찰관의 수사과정에서의 법령위반·인권침해·현저한 수사권남용의 시정이 재량사항이나 허용사항인가라는 것이다.

셋째 제197조의3은 사건기록 송부와 시정조치에 관하여 정하고 있을 뿐 정작 사법경찰관의 수사과정에서의 법령위반 등 자체를 조사하기 위하여 검사가 할 수 있는 조사의 범위가 어디까지인가에 대하여 명확히 규정하고 있지 않아, 예컨대 검사는 사법경찰관이 사건을 송치하기 전이라도 피의자를 면담하고 사법경찰관의 수사과정에서의 법령위반 등에 관하여 심문할 수 있는가가 명확하지 않다.

넷째 시정조치까지의 절차가 지나치게 길어 정작 침해상태가 불필요하게 계속될 우려가 있다. 즉 제197조의3 제1항부터 제7항은 검사의 직권에 의한 시정조치요구 등을 규정한 것인데 자칫 침해상태가 적시에 배제되지 않을 수 있다. 즉 제197조의3에 따르면 사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반·인권침해·현저한 수사권남용의 의심신고가 있거나 혹은 이를 인지한 때에는 ①검사는 우선 사건기록 등본의 송부를 요구하고 ②"필요하다고 인정한 경우"에 사법경찰관에게 시정조치를 요구할 수 있다. ③이때 사법경찰관은 "정당한 이유"가 없으면 지체없이 이를 이행하고 그 결과를 검사에게 통보하여야 한다. ④그러나 "정당한 이유" 없이 사법경찰관이 시정조치를 이행하지

않았다고 인정되는 경우에는 검사는 사건을 송치할 것을 요구할 수 있고, ⑥사법경찰관은 검사에게 사건을 필요적으로 송치하여야 한다.

이에 대하여 제198조의2는 지방검찰청 검사장 또는 지청장으로 하여금 불법체포·구속의 유무를 조사하기 위하여 검사로 하여금 정기적으로 관하수사관서의 피의자의 체포·구속장소를 감찰하게 하여야 하는데 이 때 체포 또는 구속된 자를 심문하고 관련서류를 조사하도록 하고 있다(동조 제1항). 또한 "검사는 적법한 절차에 의하지 아니하고 체포 또는 구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 즉시 체포 또는 구속된 자를 석방하거나 사건을 검찰에 송치할 것을 명하여야 한다"(제2항). 이와 비교해 볼 때 제197조의3은 사법경찰관의 법령위반·인권침해·현저한 수사권 남용에 대하여 지나치게 관대한 것이 아닌지 의문이다.

다섯째 제197조의3 제4항은 검사의 시정조치요구를 받은 사법경찰관으로 하여금 "정당한 이유가 없으면 지체 없이 이를 이행"하도록 하고 있는데 이 때 정당한 이유라는 것이 무엇을 의미하는지,[121] 즉 검사의 시정조치요구를 "지체 없이" 이행하지 않은데 대한 정당한 이유인지 아니면 법령위반 등에 대한 정당한 이유인지가 명확하지 않다.

그런데 만약 후자라면 그 정당한 이유의 판단주체가 누구이며 법령위반 등에 어떤 정당한 이유가 인정될 수 있는지에 대한 문제가 제기된다. ①동조 제4항의 법문언상 정당한 이유의 판단주체는 일견 사법경찰관으로 해석될 수 있는데 대하여 동조 제5항에서 "시정조치 요구가 정당한 이유 없이 이행되지 않았다고 인정되는 경우"에서는 검사로 해석될 수 있다. 그런데 문제는 시정조치요구를 받은 자가 자신의 행위에 정당한 이유가 있는지를 판단하고 시정조치를 이행할 것인가를 결정하도록 하는 것이 과연 타당한가라는 의문이 제기된다. 그렇다고 제4항의 정당한 이유의 판단주체를 검사라고 보기도 그리 쉽지 않다. 왜냐하면 제5항은 사법경찰관이 지체 없이 시정조치요구를 이행하지 않은 것에 대한 검사의 사후적 판단인데 대하여 제4항은 사법경찰관이 지체 없이 시정조치요구를 이행하기 전에 정당한 이유가 먼저 판단되어야 한다는 점에서 사전적 판단과 관련되기 때문이다. 그렇다면 문제는 법령위반 등의 의심을 받는 사법경찰관 스스로 자신의 행위에 정당한 이유가 있는지의 여부를 판단하도록

121) "정당한 이유"의 불명확성에 대한 비판은 박찬걸, "검·경 수사권조정에 대한 비판적 분석: 2020. 2. 4.자 개정 형사소송법 및 검찰청법의 내용을 중심으로", 『형사정책연구』, 제31권 제1호(2020.3.), 한국형사정책연구원, 38면 이하.

하는 것이 과연 타당한가라는 의문이 제기될 수밖에 없다. ②그렇다면 "정당한 이유"는 과연 무엇인가라는 또 다른 문제가 제기된다. 그런데 예컨대 「형법」 제122조 이하에 정한 직무유기·직권남용·불법체포·감금·독직폭행·가혹행위·피의사실공표 등 이들 행위를 허용하고 있는 법령은 존재하지 않을 뿐만 아니라 직무수행과정에 발생한 행위라고 하더라도 이러한 행위는 금지되기 때문에 "공무원의 직무에 관한 죄"(각칙 제7장)에 정한 것이라고 한다면 애초부터 「형법」 제20조에 정한 "정당행위"에 의하여 정당화될 여지는 없게 된다. 그렇다면 정당방위(「형법」 제21조)나 긴급피난(제22조)에 의하여 정당화되어야 하는데 국가적 법익에 대한 정당방위는 허용되지 않을 뿐만 아니라[122] 긴급피난이 허용되는 정당화상황에 대한 판단은 사법경찰관 스스로 하는 것이 아니라 사후적으로 법원이 판단하는 것이다. 따라서 현재 진행되고 있는 법령위반·인권침해·현저한 수사권남용에 대한 정당성여부를 해당 침해행위의 당사자인 사법경찰관이 스스로 판단하는 것은 적절하지 않다.

여섯째 앞서 주요 외국의 입법례를 살펴보았듯이(특히 스위스와 오스트리아) 수사기관의 수사과정에서의 법령위반 등에 대하여 법원의 구제를 청구할 수 있도록 하고 있는데 우리나라의 경우 이러한 포괄적인 구제절차가 마련되어 있지 않다. 물론 「형사소송법」 제417조는 "검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분과 제243조의2에 따른 변호인의 참여 등에 관한 처분에 대하여 불복이 있으면 그 직무집행지의 관할법원 또는 검사의 소속검찰청에 대응한 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다"고 규정하여 법원에 준항고를 할 수 있도록 하고 있으나 이 준항고도 "구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분"과 변호사의 조력을 받을 권리에 관해서만 가능하다.

그리고 앞서 언급한 바와 같이 「형사소송법」 제197조의3이나 제198조의2의 경우 검사의 직권에 의한 구제 또는 제197조의3 제8항의 경우 피의자의 불복에 의한 구제도 규정하고 있으나 어디까지나 검사에 의한 구제수단을 정한 것에 불과하다. 따라서 스위스 혹은 특히 오스트리아와 같이 수사기관의 인권침해행위에 대한 상세한 규정을 정할 필요가 있다. 이때에도 준항고를 허용할 것인가 아니면 즉시항고를 허용할 것인가와 관련하여 인권침해상태는 가능한 한 빠른 시간 내에 배제되어야 한다는 점에서

122) 이상돈, 『형법강의』, 제1편, 2010, 법문사, 277면.

현행법(제417조)과 같이 준항고 보다는 즉시항고를 허용하는 것이 보다 인권친화적인 불복수단이라고 판단된다.

일곱째 제197조의3은 사법경찰관의 수사과정에서의 법령위반 등의 행위에 대하여 검사의 사법통제가 가능하도록 명문으로 규정하였다는 점에서 큰 의의가 있으나 다른 한편으로 사법경찰관 소속 상급기관이나 특히 경찰청의 수사이의심의위원회의의 판단이 전치되어야 하는 것은 아닌가라는 의문도 제기된다.[123]

여덟째 검사의 사법통제의 실효성과 관련하여 검사의 시정조치요구에 대하여 사법경찰관이 이를 정당한 이유 없이 이행하지 않은 경우 검찰총장 또는 각급 검찰청 검사장은 "권한 있는 사람에게 해당 사법경찰관리의 징계를 요구할 수 있고, 그 징계절차는 「공무원 징계령」 또는 「경찰공무원 징계령」에 따른다"(제197조의3 제7항)고 정하고 있으나 과연 실질적으로 그 실효성을 담보할 수 있는지에 대해서는 의문이다. 즉 법령위반은 별론으로 하더라도 인권침해나 현저한 수사권 남용에 대해서는 즉시적인 침해상태의 제거를 위하여 직무배제가 필요함에도 불구하고 이를 규정하고 있지 않다. 그런데 "송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우"나 "사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우"에 검사가 보완수사를 요구하는 경우(제197조의2) 사법경찰관이 보완수사요구를 정당한 이유 없이 이행하지 않은 때에는 사법경찰관의 징계와 함께 직무배제도 요구하고 있는데 그렇다면 인권침해나 현저한 수사권남용에 대한 시정조치요구 미이행의 불법이 보완수사요구의 미이행의 불법보다 그 경중에서 경하다는 것인지 의문이다. 더욱이 검찰총장 또는 각급 검찰청 검사장의 징계요구와 관련해서도 결국 징계는 「공무원 징계령」 또는 「경찰공무원 징계령」에 따르게 되는데 이들 법령에 따른 사법경찰관 관서 또는 상급기관의 징계위원회가 사법경찰관의 시정조치 미이행의 정당성을 인정할 것인지의 여부를 판단하게 되면 제197조의3 제5항의 "정당한 이유"의 판단주체는 결국 검사로부터 사법경찰관(소속 관서 또는 상급기관의 징계위원회)으로 전환되는 문제가 발생한다.

이상의 논의를 종합하면 제197조의3 제1항은 "사건기록 등본을 송부할 것을 요구하여야 한다"로 개정하고 제4항은 사법경찰관은 이미 검사가 필요하다고 인정한 경우이

123) 박찬걸, 앞의 논문, 40면.

기 때문에 "정당한 이유"와는 상관없이 시정조치를 필요적으로 이행하도록 규정을 개정하여야 할 뿐만 아니라 제5항은 검사는 사법경찰관이 시정조치요구를 정당한 이유없이 이행하지 않은 경우 사건을 필요적으로 송치하도록 개정하는 것이 제197조의3의 인권보장적 기능을 제대로 발휘할 수 있을 것이다.

2. 사법경찰관의 부작위에 대한 불복 – 불송치결정에 대한 고소인 등에 대한 통지의무와 이의신청제도

가. 개관

종래 사법경찰관이 수사한 모든 사건을 검사에게 송치하도록 하던 이른바 "전건송치주의"[124]는 2020년 「형사소송법」 개정에 의하여 사법경찰관에게 일반적인 수사종결권이 부여됨에 따라 폐지되었는데 이와 함께 필연적으로 발생될 수밖에 없는 사법경찰관에 의한 사건의 불송치결정에 대한 사건관련자의 불복의 문제를 개정 「형사소송법」은 검찰에의 사건의 필요적 송치라는 방식으로 해결하고 있다.

즉 「형사소송법」 제245조의5(사법경찰관의 사건송치 등)에 따르면 사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 검찰에 사건을 송치하거나(동조 제1호) 또는 "그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부"하도록 함으로써(동조 제2호) 사법경찰관이 자체적으로 사건을 종결할 수 있도록 정하고 있다. 이때 사법경찰관은 "그 송부한 날부터 7일 이내에 서면으로 고소인·고발인·피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다)에게 사건을 검사에게 송치하지 아니하는 취지와 그 이유를 통지"하도록 하고 있으며(제245조의6), "제245조의6의 통지를 받은 사람은 해당 사법경찰관의 소속 관서의 장에게 이의를 신청"할 수 있도록 하고 있다(제245조의7 제1항). 그리고 고소인 등의 이의신청이 있는 때에는 사법경찰관은 "지체 없이 검사에게 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부하여야 하며, 처리결과와 그 이유를 제1항의 신청인에게 통지하여야 한다"(동조 제2항). 또한 사법경찰관의 사건불송치에 대하여 검사가 재수사를 요청하여 재수사

124) 「(구)검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」 제81조(사건 송치) "사법경찰관이 사건을 입건하여 수사를 종결하였을 때에는 이를 모두 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 송치하여야 한다".

가 진행 중인 경우에도 고소인 등의 이의신청이 있는 때에는 사법경찰관은 재수사를 중단하고 사건을 검사에게 송치하여야 한다.[125]

그런데 사법경찰관의 사건불송치결정에도 불구하고 종국적인 사건종결은 사법경찰관이 사건기록을 검사에게 송부하고 검사가 이를 검토(수사의 필요성 및 적절성까지도)한 다음 기소여부를 판단하는 단계에서 비로소 이루어진다는 점에서 사법경찰관의 사건불송치결정은 종국처분이 아니라 잠정적 처분에 불과하다고 이해했을 때에만 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여 사법경찰관 소속 관서에 자체적인 불복수단을 마련하지 않고 필요적으로 사건을 검사에게 송치하도록 한 것을 이해할 수 있을 것이다.[126]

나. 주요 외국의 입법례

사법경찰관에게 어떠한 처분권도 부여하지 않는 입법례에서는(독일, 오스트리아, 스위스, 프랑스 등) 모든 사건을 검찰에 송치하여야 하기 때문에 사법경찰관의 사건불송치를 둘러싼 문제는 발생하지 않으나 우리나라 2020년 개정 「형사소송법」과 같이 사법경찰관에게 사건종결권을 부여하고 있는 입법례의 경우에는 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여 불복을 허용할 것인가 그리고 어떤 절차에 따르도록 할 것인가가 문제된다.

1) 일본

(1) 예컨대 일본의 경우 사법경찰관의 수사가 종결된 경우 사건을 검찰에 송치하여야 하는 것이 원칙이지만(일본 「형사소송법」 제246조[127] 본문)[128] 예외적으로 검사가

125) 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」 제65조(재수사 중의 이의신청) "사법경찰관은 법 제245조의8제2항에 따라 재수사 중인 사건에 대해 법 제245조의7제1항에 따른 이의신청이 있는 경우에는 재수사를 중단해야 하며, 같은 조 제2항에 따라 해당 사건을 지체 없이 검사에게 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부해야 한다".

126) 최호진, "수사권조정에 있어서 경찰의 송치·불송치 결정에 대한 몇 가지 문제점", 『형사정책』, 제32권 제1호(2020.1.), 한국형사정책학회, 78면.

127) 第二百四十六条　"司法警察員は、犯罪の捜査をしたときは、この法律に特別の定のある場合を除いては、速やかに書類及び証拠物とともに事件を検察官に送致しなければならない。但し、検察官が指定した事件については、この限りでない。"

128) 그러나 사법경찰관이 고소·고발을 접수한 때에는 사건의 종료를 기다림이 없이 즉시 검사에게 관련서류 등을 송부하여야 한다(일본 「형사소송법」 제242조). 이에 관한 것은 第242条(今崎幸

지정한 사건은 사법경찰관이 자체적으로 종결시킬 수 있는데 그 중의 하나가 바로 경미범죄에 대한 사법경찰관의 "미죄처분(微罪処分)"이다. 미죄처분이란 범죄사실이 극히 경미하고 그리고 검사가 사건을 송치할 필요가 없는 사건으로 지정한 경우에 한하여(일본 「형사소송법」 제246조 단서 및 「범죄수사규범(犯罪捜査規範)」 제198조) 사법경찰관이 사건을 검찰에 송치하지 아니하고 종결하는 것을 말한다.[129]

그런데 미죄처분에 대하여 피해자에게 별도의 불복수단이 마련되어 있는 것은 아니다. 미죄처분은 검사가 사전에 지정한 기준에 따라 내린다는 점에서는 검사가 미죄처분에 관여한다고 말할 수 있으나 이 처분의 처분권자는 어디까지나 사법경찰관이라는 점에서 예컨대 검사의 불기소처분에 대하여 인정되는 일본 「검찰심사회법(検察審査会法)」 제30조 이하에 정한 검찰심사회에의 불복신청이나 혹은 일본 「형사소송법」 제262조 이하에 정한 준기소절차인 "부심판청구(付審判請求)"는 허용되지 않는다.

다만 사법경찰관이 미죄처분을 내릴 때 "피의자로 하여금 피해자에 대한 피해회복과 사과 그리고 이를 위한 기타 적정한 방법을 궁리"하도록 하는 등의 조치를 내리도록 하고 있다는 점(동 규범 제200조 제3호)에서 간접적으로 피해자와의 합의를 미죄처분의 전제조건으로 정함으로써 사법경찰관의 미죄처분, 즉 불송치결정에 의한 피해자에 대한 침해를 방지하고 있다고 볼 수 있다. 다만 우리나라의 경우 사법경찰관의 불송치결정에 대한 이해관계인은 "고소인·고발인·피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다)"[130]인데 대하여 일본의 미죄처분의 경우 피해자만이 관련자가 된다.

2) 영국

영국의 경우 경찰은 수사 후에 검찰(*Crown Prosecution Service*)에 사건을 송치하기도 하지만 전통적으로 기소권도 인정되어 왔다는 점(비록 왕립기소청이 설립된 이래로는 경찰은 경미범죄에 대해서만 기소를 하고 거의 대부분은 왕립기소청이 공소를 제기하

彦=河村博), 800頁以下, 河上和雄·中山善房·古田佑紀·原田國男·河村博·渡辺咲子〔編〕, 『大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】〔全１１巻〕』, 青林書林, 2010-2017(이하 "大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】, 第〇〇〇条(저자)"로 인용한다).

129) 소년사건의 경우의 경미사건의 처리는 일본 「범죄수사규범」 제214조에 규정하고 있다.

130) 우리나라 「형사소송법」 제245조의6(고소인 등에 대한 송부통지) 및 제245조의7(고소인 등의 이의신청).

기는 하지만[131])에서 검사의 불기소처분과 관련한 문제와 동일한 문제가 경찰의 수사종결 또는 불기소처분에 대해서도 발생한다.

영국의 경우 수사기관의 사건불송치·불기소처분에 대한 불복수단으로는 (1)수사기관 내부의 심사(*internal administrative review*), (2)사법심사(*judicial review*) 그리고 (3)사인소추(*private prosecution*)[132] 등이 있다.

특히 2011년 법원이 "*Killick Case*"[133]에서 수사기관의 사건불송치·불기소처분에 대하여 "심사를 요구할 피해자의 권리(*Victims' Right to Review*)"를 인정한 이래로 영국 왕립기소청(*Crown Prosecution Service, CPS*)은 "심사를 요구할 피해자의 권리 지침(*Victims' Right to Review Guidance*)"(2013.6.5.)을 제정하게 된다.[134],[135] 이 지침에 따르면 범죄피해자는 1차적으로 수사기관 내부의 불복절차(*internal administrative review*)에 따라 그리고 당해 심사결과에 불복하는 경우에는 2차적으로 사법기관(*judicial review*)에 수사기관의 사건불송치·불기소처분의 당부를 심사해 줄 것을 요구할 권리를 가진다.[136] 또한 "가정폭력, 범죄 및 범죄피해자에 관한 법률(*Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004*)" 제32조 및 제33조에 근거하여 법무성이 "범죄피해자의 처우에 관한 규정(*Code of Practice for Victims of Crime*)"[137]을 제정하게 되는데 동 규정에 경찰은 기소와 관련한 모든

---

131) 영국 왕립기소청 홈페이지에 게재된 "*Legal Guidance: Police and CPS Relations*"(2018) 참조 (https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/police-and-cps-relations; 검색일: 2020년 10월 3일); *Howse, Tricia*, "4. England", in: *Ligeti, Katalin ed., Toward a Prosecutor for the European Union Volume 1: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2013, pp. 136, 167; *Ashworth, Andrew*, "Developments in the Public Prosecutor's Office in England and Wales", in: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 8 Iss. 3 (2000), pp. 258-259.

132) Section 6(1) of the *Prosecution of Offences Act 1985*: "Subject to subsection (2) below, nothing in this Part shall preclude any person from instituting any criminal proceedings or conducting any criminal proceedings to which the Director's duty to take over the conduct of proceedings does not apply".

133) 검사의 불기소처분에 대한 심사를 요구할 수 있는 피해자의 권리를 인정한 판례로는 *R v Christopher Killick* [2011] EWCA Crim 1608.

134) *UK Crown Prosecution Service (CPS), Victims' Right to Review Guidance*, 2016(revised July 2016), p. 3 (https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/vrr_guidance_2016.pdf; 검색일: 2020년 10월 3일)("*VRR*"으로 인용한다).

135) 특히 검사의 불기소처분과 관련해서는 *Manikis, Marie*, "Conceptualizing The Victim Without Criminal Justice Process in Common Law Tradition", in: *Brown, Darryl, K./Yurner, Jena I./Weisser, Bettna ed., The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, 2019, pp. 260-261; *VRR* No. 4-6.

136) *VRR* No. 7; *Manikis, Marie, op. cit.,* p. 260.

137) *UK Ministry of Justice, Code of Practice for Victims of Crime*, 2015 (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/476900/code-of-practice-for-victim

처분에 관하여 피해자에게 통지할 의무를 부담할 뿐만 아니라(Section 2.1), 기소하지 아니하는 결정을 내린 경우에도 피해자에게 이를 통지하고 모든 정보에 접근할 수 있도록 보장하는 한편 "심사를 요구할 피해자의 권리에 관한 프로그램(*Victims' Right to Review Scheme*)"에 따라 경찰의 처분에 대하여 경찰 내 그리고 법원의 심사를 요구할 권리가 있음을 통지하여야 한다(Section 2.2).

경찰은 위에서 언급한 피해자의 권리에 관한 왕립기소청과 법무성의 규정에 따라 피해자에게 경찰의 불기소처분의 당부의 심사를 요구할 권리를 인정하고 있는데 피해자는 경찰의 처분의 당부를 "경찰권행사에 관한 독립위원회(*Independent Office of Police Conduct, IOPC*)"[138]에 심사해 줄 것을 청구할 수 있다.

다만 영국 경찰의 경우 왕립기소청이 설치된 이래로 경미범죄에 대해서만 공소를 제기할 수 있도록 하고 있으며 점차 종래의 경찰의 기소권은 왕립기소청에 이전되고 있다.[139]

3) 미국

미국의 경우 주에 따라 경찰에게 사건의 검찰에의 송치여부에 대한 재량에 차이가 있어서 일괄적으로 미국 경찰에게 수사종결권이 부여되어 있다고 단정하여 말하기는 쉽지 않다.[140] 그러나 경미범죄와 관련해서는 대체적으로 경찰이 독자적으로 운영하는 다이버전프로그램(*Diversion*)(특히 소년범죄)[141]에 참여시키거나 혹은 직접 치안법원에 소추장(*complaint*)을 제출할 수 있다는 점(정식재판청구인 "*indict*"와 구별된다)에서 경찰은 사건을 검사에게 송치할 것인가의 여부에 대하여 많은 재량을 가지고 있다[142](물론 우리나라도 즉결심판청구제도[143]가 있다). 이것은 경찰과 검사의 강한 독립

---

s-of-crime.PDF; 검색일: 2020년 9월 30일).

138) 홈페이지: https://policeconduct.gov.uk/ (검색일: 2020년 9월 30일).

139) *Police and Criminal Evidence Act 1984* Code 4. *Howse, Tricia, op. cit.,* p. 136.

140) *Gilliéron, Gwladys, op. cit.,* p. 74.

141) 다이버전프로그램은 경찰, 검찰, 각종 수사기관 그리고 법원이 독자적으로 운영하고 있기 때문에 이 범위에서는 각 형사사법기관이 많은 재량권을 가진다. 미국에서 운영되고 있는 다이버전프로그램에 관한 개관은 "*National Conference of State Legislature*" 홈페이지에 게재된 "*Pretrial Diversion*" 참고(https://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/pretrial-diversion.aspx; 검색일: 2020년 10월 2일).

142) 김태명, "경찰단계에서의 사건종결 제도에 관한 연구", 『경찰학연구』, 제13권 제2호(2013.10.), 경찰대학 경찰학연구편집위원회, 110면.

143) 「즉결심판에 관한 절차법」 제2조(즉결심판의 대상) "지방법원, 지원 또는 시·군법원의 판사(이

성[144]에 기인한 것으로서 이러한 의미에서 경찰에 대한 검찰의 사법통제는 생각하기 어려운 것이 사실이다.[145]

다. 문제점

이상의 주요 외국의 입법례와 비교했을 때 우리나라의 사법경찰관의 사건불송치결정에 대한 불복제도에 전혀 문제가 없는 것은 아니다.

물론 우리나라의 제도는 사법경찰관(의 사건불송치)에 대한 검사의 사법적 통제를 구현함으로써 일반국민의 인권보장을 위한 담보장치를 마련하려고 한 것이라고 평가될 수 있으나 과연 고소인 등의 권리구제라는 관점이 제대로 반영된 것인지 아니면 사법경찰관의 사건불송치결정에 대한 이의신청이 있는 때에는 "그러면 원하는 대로 검사에게 송치하도록 하면 된다"라는 단순한 방식으로 문제를 해결하려고 한 것은 아닌지라는 의문이 제기된다. 왜냐하면 제245조의7은 법문언상 "고소인 등의 이의신청"이라는 표제 하에 규정되어 있기는 하지만 정작 그 규정내용은 단순히 검사에의 사건의 필요적 송치(그리고 재수사 중인 때에는 사법경찰관의 수사권의 박탈)라는 "수사권의 배분"에 관해서만 규정하고 있을 뿐 이의신청자권자인 고소인 등의 "권리" 구제, 즉 이의신청의 절차, 이의신청의 심의절차, 그 결과의 법률효과 또는 이의신청의 결과에 대한 불복 등에 관해서는 전혀 규정하고 있지 않기 때문이다. 이것은 영국의 경우와 같이 수사기관의 사건불송치 또는 불기소처분에 대한 심사를 요구하는 것을 일종의 피해자 등의 권리로 인식하는 한 우리나라의 규정방식에 전혀 문제가 없다고 말할 수는 없을 것이다. 여기에서 사법경찰관의 사건불송치와 관련한 제245조의5부터 제245조의8의 규정방식에 내재되어 있는 문제점들을 언급하면 다음과 같다.

첫째 사법경찰관의 사건불송치결정[146]에 대하여 고소인 등의 이의신청에 대한 심

하 "判事"라 한다)는 즉결심판절차에 의하여 피고인에게 20만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처할 수 있다".

제3조(즉결심판청구) "①즉결심판은 관할경찰서장 또는 관할해양경찰서장(이하 "경찰서장"이라 한다)이 관할법원에 이를 청구한다.

... [이하 생략]"

144) 이에 관한 상세한 것은 *Harris, David A., op. cit.,* pp. 55-56; *Gilliéron, Gwladys, op. cit.,* pp. 74-75.

145) 이것은 특히 경찰의 위법행위에 대한 검사의 사법통제를 어렵게 만든다는 점에 대해서는 *Harris, David A., op. cit.*, pp. 60-61.

146) 사법경찰관의 내사에서의 입법재량으로 인한 내사종결사건의 문제점에 관해서는 김혜경, "'검

의절차, 심의결과의 법률효과 그리고 구제수단 등 이의신청이 제기되었을 때 당연히 정해져야 하는 요소들이 결여됨으로써 자칫 제245조의7은 단순히 "수사권"을 적당히 배분한 규정에 불과한 것은 아닌지 그리고 그런 점에서 고소인 등의 "권리보장"이라는 관점이 결여되어 있는 것은 아닌가라는 근본적인 의문이 제기된다.

사법경찰관의 사건불송치가 일종의 수사상의 행정처분이라면 고소인 등의 불복은 일종의 민원이나 이의신청[147]에 해당하여 이를 사법경찰관의 소속 관서 또는 그 상급기관으로 하여금 처리하도록 하는 것이 행정법체계상 정합적일 것이다(예컨대 이에 상응하여 검찰의 불기소처분에 대한 「검찰청법」 제10조에 따른 (검찰)항고와 재항고). 그러나 제245조의7은 이러한 일반적인 이의신청의 처리절차를 건너뛰고 곧바로 검사의 사법통제라는 관점이 전면에 나서게 되는데 이것은 사법경찰관에 대한 검찰의 그리고 검찰에 대한 법원의 단계적 사법통제체계의 하나로 설명될 수도 있을 것이다(예컨대 이에 상응하는 것으로는 검찰항고에 대한 법원의 사법통제(재정신청)).

그러나 다른 한편으로 사법경찰관의 사건불송치에 대한 고소인 등의 이의신청이 있는 때에 사법경찰관의 소속 관서 또는 상급기관으로 하여금 당사자의 이의신청을 1차적으로 처리할 수 없도록 한 것[148]이 「형사소송법」 이론상 전혀 문제가 없는 것은 아니다.

물론 고소인 등의 이의신청이 있는 경우 사법경찰관으로 하여금 필요적으로 사건을 검사에게 송치하도록 한 것 자체가 사법경찰관에 대한 검사의 사법통제를 규정한 것이라거나 혹은 검사의 직접 수사가 바로 고소인 등의 이의신청의 처리를 의미한다고 설명할 수도 있을 것이다. 그러나 검사의 사법통제와 개인의 권리구제는 반드시 일치하는 것은 아니기 때문에 개인의 권리구제에 관하여 정한 것이라면 그 절차와 법률효과 등을 명확히 정할 필요가 있다. 그리고 사법경찰관의 사건불송치결정의 위법성이나 재량권남용 등 고소인 등의 이의신청을 인용할 만한 최소한의 혐의의 확인도 없이 바로 고소인 등의 이의신청과 관련하여 검사가 사후적 사법통제를 하여야 하는 이유는 무엇인가라는 또 다른 문제가 발생한다. 더욱이 고소인 등이 이의신청을

사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제정안'상의 경찰의 수사권과 경찰개혁 방안", 『형사법연구』, 제32권 제3호(2020.9.), 한국형사법학회, 100면 이하.

147) 실제로 「형사소송법」 제245조의7은 표제를 "고소인 등의 이의신청"이라고 정하고 있다.

148) 경찰청의 "수사이의심의제도"는 이런 한에서는 무의미하게 된다.

했다는 사실 자체가 사법경찰관의 사건불송치결정의 위법성·부당성이나 재량권남용 등을 징표하는 것도 아니다(만약 그렇다면 제197조의3에서의 검사의 사법통제는 제245조의2보다는 훨씬 강한 것이어야 했을 것이다). 그렇다고 하여 이것을 검사의 사전적 사법통제로 설명하는 것도 그리 쉽지 않다. 왜냐하면 고소인 등의 이의신청의 대상은 사법경찰관의 사건불송치결정 자체이지 사건불송치결정으로 인하여 장래에 받게 될 잠재적인 불이익이 아니기 때문에 이미 내려진 사법경찰관의 사건불송치결정에 대한 "시간적으로 사전적" 사법심사는 논리적으로 가능하지 않다.

물론 앞서 언급한 바와 같이("가. 개관") 사법경찰관의 사건불송치결정에도 불구하고 종국적인 사건종결은 사법경찰관이 사건기록을 검사에게 송부하고 검사가 이를 검토(수사의 필요성 및 적절성까지도) 한 다음 기소여부를 판단하는 단계에서 비로소 이루어진다는 점에서 사법경찰관의 사건불송치결정은 종국처분이 아니라 잠정적 처분에 불과하다는 점 그리고 이렇게 이해했을 때에만 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여 사법경찰관 소속 관서에 자체적인 불복수단을 마련하지 않고 필요적으로 사건을 검사에게 송치하도록 한 것을 이해할 수 있을 것이다.[149] 그러나 다른 한편으로 이것은 「형사소송법」 개정 전에 사법경찰관이 불기소의견으로 검사에게 사건을 송치하고 이를 검토하여 기소여부를 판단하도록 한 것과 궁극적으로 어떤 차이가 있는가 그리고 과연 제245조의5 제2호가 엄밀한 의미에서 사법경찰관의 수사종결권을 규정한 것인가라는 의문이 제기된다. 더욱이 「형사소송법」 개정 전에는 사법경찰관의 불기소의견으로의 사건의 송치 후에도 검사에게 제한없는 재수사 및 보완수사 요구가 인정되었으나 개정 후에는 검사의 재수사요청이나 공소제기여부를 판단하기 위한 보완수사요구가 현저하게 제한되는데 그렇다면 「형사소송법」 개정으로 고소인 등의 권리가 보다 강하게 보장된 것인지 아니면 오히려 개정 전보다 검사의 재수사요청이나 공소제기여부를 판단하기 위한 보완수사요구의 제한에 상응하여 그런 만큼 취약해졌는지는 많은 설명이 필요없을 것이다(두 번째 문제도 참조).

둘째 제245조의7은 고소인 등의 이의신청에 관하여 규정하고 있으나 그 규정방식은 오히려 반대로 고소인 등의 권리를 침해할 뿐만 아니라 사법경찰관의 수사종결권의 의미를 희석시킬 우려가 있다.

---

149) 최호진, 앞의 논문, 78면.

물론 고소인 등의 이의신청의 청구내용이 "사건의 불송치"인 만큼 검사에의 필요적 사건송치에 의하여 고소인 등의 이의신청의 청구의 이익이 상실되어 실질적으로 이의신청이 인용된 것으로 볼 수 있으나 "고소인 등의 이의신청이 있는 경우에는 송치하도록 하면 그만"이라는 생각이 제245조의7에 전제되어 있는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 실제로 제245조의7 제2항은 "사법경찰관은 제1항의 신청이 있는 때에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부하여야 하며, 처리결과와 그 이유를 제1항의 신청인에게 통지하여야 한다"고 하여 사법경찰관은 "처리결과"로서 검사에의 송치사실을 통지하기만 하면 고소인 등의 이의신청은 종결된 셈이 된다.

일견 이처럼 고소인 등의 이의신청의 당부를 심사할 필요가 없도록 함으로써 한편으로는 수사경제를 도모하고 그리고 다른 한편으로는 심사의 결과 사법경찰관의 사건불송치결정의 위법성이나 부당성도 확인될 필요도 없도록 한 것[150]은 고소인 등뿐만 아니라 사법경찰관에게도 아무런 불이익도 주지 않는 것처럼 보인다.

그러나 일반국민, 특히 고소인 등은 종래 고소·고발·신고 등에 의하여 당연하게 행해져 왔던 검사의 법률심사가 이제는 실질적으로 신청주의로 전환되어 별도의 이의신청이 없는 한 검사의 법률심사를 받을 수 없게 되었다는 점에서 검사의 수사강제주의(사인소추제도 하에서는 몰라도) 및 국가소추주의와 모순될 뿐만 아니라 고소인 등은 별도로 이의신청을 위한 증거를 수집하여 증명하여야 하는 입증책임을 부담하게 되는데 이때의 입증의 대상은 경우에 따라서는 결국 고소·고발 또는 피해자신고의 대상인 범죄까지도 포함되어야 한다는 점에서[151] 결국 수사기관이 부담하여야 하는 범죄의 입증책임이 고소·고발인·피해자에게로 전가된 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 그렇다고 제245조의7이 아무런 이유도 없는 그래서 그 이유의 정당성도 묻지 않는 이의신청도 허용한 것이라고 본다면(어차피 법문언상 이유의 정당성을 심사함이 없이 강제로 사건을 송치하도록 하고 있음) 앞서 언급한 고소인 등의 입증책임의 부담은 면제될지는 몰라도 이제는 「형사소송법」 개정 전과 같이 애초부터 사법경찰관으로 하여금 모든 사건을 송치하도록 하고 검사로 하여금 사건의 공소제기의 여부를 판단하도록 하는 것과 실질적으로 무엇이 다른가,[152] 그리고 오히려 종전의 검사의 사법통

150) 그러나 검사가 재수사를 요청하는 때에는 다르다. 이에 관한 것은 바로 후술한다.

151) 예컨대 범죄사실을 수사를 통하여 증명할 수 있음에도 불구하고 사법경찰관이 사건불송치결정을 내린 경우 실질적으로 고소인 등은 범죄성립의 증거를 제출하여야 할 필요가 있게 된다.

제가 오히려 일반국민들의 인권보장에 친화적인 검사의 사법통제가 아닌가라는 의문이 제기된다. 그렇다고 반대로 이의신청을 하기 위해서는 그 이유가 정당한 것임을 요구하게 되면 앞서 언급한 바와 같이 고소인 등은 이의신청을 위한 또 다른 증명을 요구받게 되는 문제에 또 다시 직면하게 된다. 더욱이 제245조의7 제2항에 따르면 이의신청의 당부를 심사할 필요도 없이 사법경찰관은 사건을 검찰에 송치하면서 당사자에게 "처리결과와 그 이유를 제1항의 신청인에게 통지"하여야 하는데 사법경찰관이 도대체 "어떤 이유"를 통지하여야 하는지도 알 수 없다(왜냐하면 이의신청의 당부나 사법경찰관의 사건불송치결정의 당부를 심사할 필요도 없이 강제적으로 사건을 검사에게 송치하도록 하고 있기 때문에).

또한 사법경찰관과 관련해서도 사건의 검사에의 강제송치로 인하여 사법경찰관은 자신의 사건불송치결정과 관련하여 누구에 대해서도 책임을 부담할 필요도 없기는 하지만 그러나 그런 만큼 반대로 자신의 사건불송치결정의 정당성을 주장할 수도 없게 된다. 이러한 의미에서 2020년 「형사소송법」 개정에 의하여 강화된 사법경찰관의 수사종결권[153]은 실질적으로 그 이유의 정당성 여부와는 전혀 관련이 없는 고소인 등의 이의신청에 의하여 언제든지 부인될 수 있는 그리고 아무런 책임도 부담하지 않는 권한으로 전락하게 될 우려가 있으며, 이런 한에서 경찰청의 "수사이의심사위원회"의 존재의의도 희석될 우려가 있다.

따라서 2020년 「형사소송법」 개정에 의하여 고소인 등의 이의신청제도를 도입한 이상 그리고 이것이 고소인 등의 인권보장을 위하여 불가결한 것이라고 진지하게 생각하는 한 고소인 등의 이의신청의 당부를 심사하도록 했을 때 비로소 고소인 등에 대해서도 그리고 사법경찰관에 대해서도 납득할 수 있는 결과를 가져올 수 있다. 그리고 「형사소송법」에 규정된 다른 이의신청제도[154]에서 그 당부를 심사하지 않는 경우를 찾기는 쉽지 않다.

---

152) 이 경우 모든 고소인 등이 이의신청을 한다고 하더라도 이의신청의 남용이라는 문제는 애초에 발생하지 않는다. 왜냐하면 모든 고소인 등이 이의신청을 하여 검사가 모든 사건을 송치받는다고 하더라도 「형사소송법」 개정 전의 검사의 업무량과 달라진 것이 전혀 없기 때문이다.

153) 「형사소송법」 개정 이전에 사법경찰관이 아무런 수사종결권도 가지고 있지 않았던 것이 아니기 때문에(즉결심판청구) 엄밀한 의미에서 여기에서 "강화된"이라고 표현하는 것이 적절할 것이다.

154) 예컨대 「형사소송법」 제245조의3 제3항 및 제5항, 제296조, 제304조, 제488조 이하 등.

셋째 검사에의 사건의 필요적 송치가 앞서 언급한 바와 같이 그렇다고 하여 엄밀한 의미에서의 사법심사인지도 의문이다. 왜냐하면 검사는 고소인 등의 이의신청이 제기되어 송치된 사건이라고 하더라도 (검사가 송치받은 사건에 대하여 재수사를 요청하지 않는 한) 사법경찰관의 사건불송치결정의 부당성을 확인할 필요도 없기 때문이다. 그렇다면 고소인 등의 이의신청에 의하여 "자동적으로" 송치된 (그리고 2020년 「형사소송법」 개정 이전에는 당연히 송치되어야 하는) 사건에 대한 검사의 수사는 어떤 의미를 가지는가에 대하여 의문이 제기된다. 왜냐하면 제245조의7은 사건의 검사에의 송치에 관해서만 규정할 뿐 검사의 수사에 대해서는 규정하고 있지 않기 때문이다. 즉 검사는 (2020년 「형사소송법」 개정 이전과 같이) 사법경찰관의 사건불송치결정의 부당성 여부와는 상관없이 그리고 사법경찰관의 수사가 애초부터 없었던 것으로 간주하고 직접 수사를 하여야 하는 것인지[155] 아니면 개정 후의 규정에 따라 사법경찰관의 수사의 부당성 또는 불충분성(그에 따른 사건불송치)에 근거하여[156] 보완수사(제197조의2 제1항 제1호)나 재수사(제245조의8) 또는 경우에 따라서는 시정조치(제197조의9)를 사법경찰관에게 요구하여야 하는 것인지[157]가 명확하지 않다.

그런데 제245조의7은 검사에게 사건을 필요적으로 송치할 것만을 정하고 있을 뿐이어서 그 법문언상 검사는 보완수사요구·재수사요청·시정조치요구 등을 할 수 있다고 해석될 수 있으나 검사가 고소인 등의 이의신청이 있는 사건에 대하여 보완수사요구·재수사요청·시정조치요구 등을 할 경우 필연적으로 제245조의7이 침묵하고 있는 사법경찰관의 사건불송치결정에 대한 정당성 및 부당성 여부를 확인할 필요가 있게 된다.

넷째 가장 심각한 문제를 야기하는 것은 검사가 제245조의7에 따라 송치받은 사건에 대하여 ①(「형사소송법」 제195조 제1항과 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」(이하 "규정"이라 한다) "제2장 협력"이 그토록 강조하고 있는) 사법경찰관의 "협력"을 받기 위해서는 제245조의8 제2항에 정한 재수사를 요청하는 방법밖에 없는 것인지 아니면 ②제195조의2에 정한 보완수사도 요구할 수 있는 것인지 그리고 ③사법경찰관의 협력을 기대할 수 없는 경우[158] 검사는 공소제기와

155) 그렇다면 검찰의 사법통제의 의미는 그런 만큼 퇴색될 것이다.

156) 사법경찰관의 수사가 공소를 제기하기에 충분하지 않거나 부당한 경우가 아니면 검사는 보완수사나 재수사를 요구할 필요도 없는 것은 물론이다.

157) 이것이 바로 사법경찰관에게 자신의 수사종결권에 대한 책임을 부담시키는 것이며 검찰의 사후적 사법통제의 핵심적 내용일 것이다.

공소유지를 위하여 직접 수사할 수 있는 것인지가 명확하지 않다는 점이다.

⑴ 검사는 제245조의8에 따라 "제245조의5제2호의 경우에 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청"할 수 있는데(동조 제1항) 이때 제197조의2에 정한 보완수사나 제197조의3에 정한 시정조치요구 등과 달리 검사의 재수사요청이 있는 때에는 "정당한 이유"의 존부와 상관없이 사법경찰관은 필요적으로 재수사하여야 하며(동조 제2항), 더 나아가 「규정」 제65조(재수사 중의 이의신청)에 따르면 "사법경찰관은 법 제245조의8제2항에 따라 재수사 중인 사건에 대해 법 제245조의7 제1항에 따른 이의신청이 있는 경우에는 재수사를 중단해야 하며, 같은 조 제2항에 따라 해당 사건을 지체 없이 검사에게 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부해야 한다". 따라서 일견 고소인 등은 검사의 재수사요청에 의하여 사법경찰관의 이의신청의 내용이 인용된 것처럼 보인다.

그런데 검사가 재수사를 요청하기 위해서는 "불송치 결정에 영향을 줄 수 있는 명백히 새로운 증거 또는 사실이 발견된 경우"(「규정」 제63조 제1항 제1호)이거나 또는 "증거 등의 허위, 위조 또는 변조를 인정할 만한 상당한 정황이 있는 경우"(동항 제2호)이어야 하는데 문제는 이를 판단하기 위해서는 검사가 직접 수사하지 않으면 알 수 없다는 점이다. 즉 검사가 이들 사유를 밝힐 정도의 수사를 했다는 것은 이미 관련사건에 대해서 공소를 제기하기에 충분한 사유가 있다는 것을 의미하는 것은 아닌가 그리고 그렇다면 검사가 구태여 재수사를 요청할 필요가 있는가라는 의문이 제기된다. 더욱이 이들 사유의 존부와 관련하여 다툼이 있을 때 그 판단주체가 누구인가에 대하여 「규정」은 침묵하고 있다. 또한 "사법경찰관의 재수사에도 불구하고 관련 법리에 위반되거나 송부받은 관계 서류 및 증거물과 재수사결과만으로도 공소제기를 할 수 있을 정도로 명백히 채증법칙에 위반되거나 공소시효 또는 형사소추의 요건을 판단하는 데 오류가 있어 사건을 송치하지 않은 위법 또는 부당이 시정되지 않은 경우"(「규정」 제64조 제2항 단서) 외에는 검사는 다시 재수사를 요청할 수 없는데(동조

158) 예컨대 사법경찰관의 재수사에 대하여 다시 재수사를 요구할 수 없거나 재수사요청 후의 시정조치요구를 이행하지 않은 경우(「규정」 제64조 제2항) 또는 보완수사요구에 대하여 사법경찰관이 "정당한 이유"를 들어 보완수사요구를 이행하지 않은 경우(「형사소송법」 제197조의2 제2항 및 「규정」 제60조 제4항).

제2항 본문) 이때에도 앞서 언급한 바와 같이 검사는 이를 증명하기 위하여 직접 수사를 하여야 한다는 결과가 되어 재수사요청 또는 재수사요청의 미이행의 결과 시정조치요구의 필요성이 그런 만큼 감소되는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

그런데 이제 고소인 등으로 시선을 돌려보면 사법경찰관이 재수사의 결과 "범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우[:] 법 제245조의5제1호에 따라 검사에게 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부"하면 되지만(「규정」 제64조 제1항 제1호) 그렇지 않고 "기존의 불송치 결정을 유지하는 경우[:] 재수사 결과서에 그 내용과 이유를 구체적으로 적어 검사에게 통보"하는 경우에는 문제는 더욱 복잡해진다. 왜냐하면 검사는 재수사요청의 제한으로 인하여 재차 재수사를 요청할 수 없다고 하더라도(「규정」 제64조 제2항 본문) 고소인 등이 다시 재수사 후의 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여 이의신청을 할 수 있는가라는 문제가 제기되는데 이에 관하여 「형사소송법」도 그리고 「규정」도 침묵하고 있기 때문이다. 그런데 만약 고소인 등에게 다시 이의신청이 허용된다면 이상에서 언급했던 일련의 과정이 무한히 반복될 우려가 있으며, 반대로 그렇다고 하여 고소인 등으로 하여금 재차 이의신청을 하지 못하도록 한다면 예컨대 검사의 불기소처분에 대해서는 검찰항고에 의하여 자신의 불복수단이 좌절된 경우 궁극적으로 법원의 사법심사(재정신청제도)를 받을 수 있음에도 불구하고 왜 사법경찰관의 판단에 대해서는 법원의 판단을 받을 수 없는지, 더욱이 검사가 사법경찰관의 처분에 동의한 것도 아니고 앞서 언급한 바와 같이 검사의 재수사요청에도 그리고 재수사요청 후의 시정조치요구에도 불구하고 사법경찰관의 자체 판단에 의하여 사건의 불송치가 결정되어 검사가 다시 재수사를 요청할 수 없는 경우에까지 고소인 등의 이의신청을 허용하지 않는 것은 고소인 등의 권리에 중대한 침해를 초래하는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

그런데 사법경찰관이 사건불송치결정을 내리고 재수사요청 후에 다시 사건불송치결정을 내린다고 하더라도 혹은 재수사요청 후의 시정조치요구를 이행하지 않는다고 하더라도 검사는 사법경찰관의 결정에 기속되지 않는다고 해석하는 것이 타당할 것이다(기속된다는 명문의 규정도 없다). 물론 「검찰청법」 제4조(검사의 직무) 제1항은 검사가 "수사를 개시"할 수 있는 범죄의 범위를 정하고 있는데 이 규정이 사법경찰관에 대한 검사의 재수사요청 혹은 보완수사요구가 이행되지 않은 때에도 적용되는

것인지 아니면 해당 규정은 검사의 수사"개시"에 관하여 정하고 있을 뿐 공소제기 및 공소유지를 위한 조사, 즉 2차 수사에는 적용되지 않는다고 보아야 하는지가 문제될 수 있다. 그러나 「검찰청법」 제4조 제1항이 검사의 수사"개시"를 제한하고 「형사소송법」 제245조의5 제2호가 사법경찰관으로 하여금 사건을 검사에게 송치하지 않을 수 있도록 정함으로써 사법경찰관의 1차 수사권을 정한 것이라고 한다면 그리고 검사의 사법통제의 핵심적 내용인 2차 수사, 즉 공소제기와 유지에 필요한 조사까지 부인한 것도 아니고 그리고 검사의 사법통제 자체를 사법경찰관의 재량에 따른 재수사요청, 재수사 후의 시정조치요구 혹은 보완수사요구의 이행여부에 종속시킨 것도 아니라고 본다면 사법경찰관이 재수사요청, 재수사 후 시정조치요구 혹은 보완수사요구를 이행하지 않은 경우에는 검사의 사법통제로서 2차 수사를 할 수 있다고 해석하는 것이 형사소송법이론 및 전체 법체계와도 조화될 수 있을 것이다. 더욱이 이러한 해석은 「형사소송법」 제245조의5 제2호 전문이 사법경찰관이 사건불송치를 결정한 경우에는 "그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류의 증거물을 지체없이 검사에게 송부하여야 한다"고 규정함으로써 검사의 사법통제를 명문으로 규정하고 있다는 점에서도 명백하다. 그런데 만약 이렇게 해석하는 경우 사실상 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여 고소인 등의 이의신청이 있는 경우에는 그 후 재수사요청, 재수사요청 후의 시정조치요구 혹은 보완수사요구의 이행과 상관없이 검사는 직접 조사하여 공소를 제기하거나 혹은 불기소처분을 내릴 수 있어서 그런 만큼 실무상으로는 앞서 언급한 재수사요청과 그 제한 등의 의미는 그리 크지 않은 것은 아닌가라는 의문도 제기될 수밖에 없다.

⑵ 「형사소송법」 제245조의8 제1항은 "검사는 제245조의5제2호의 경우에 사법경찰관이 사건을 송치하지 아니한 것이 위법 또는 부당한 때에는 그 이유를 문서로 명시하여 사법경찰관에게 재수사를 요청할 수 있다"고 규정하고 있는데 이것은 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여 사법경찰관의 협력을 받기 위해서는 재수사만을 요청할 수 있다는 의미인지 아니면 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여 재수사를 요청하는 때에는 동 규정(및 「규정」 제63조부터 제65조)에 따르도록 정한 것인지는 명확하지 않다.

그런데 검사가 사법경찰관에게 "처음부터 다시 수사"하도록 하는 것이 아니라 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여 공소제기를 결정하고 명확하지 않은 사항에 대해

서만 보완수사를 요청할 수 있는가가 문제된다. 이때 앞서 언급한 바와 같이 사법경찰관의 결정에 검사는 기속되지 않으며 다만 사법경찰관에게 재수사의 "협력"을 요청하기 위해서는 「형사소송법」 제245조의8과 「규정」 제63조부터 제65조에 따르도록 하고 있을 뿐 검사는 이와 별도로 공소제기 및 공소유지를 위하여 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있다고 해석할 수 있다(「형사소송법」 제197조의2 제1항 제1호). 물론 「형사소송법」 제197조의2 제1항 제1호는 보완수사요구를 위한 사유로서 "송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우"를 들고 있어서 일견 보완수사가 허용되지 않는 것처럼 보이지만 제245조의7 제2항은 고소인 등의 이의신청이 있는 때에는 사법경찰관은 반드시 "지체 없이 검사에게 사건을 송치"하도록 정하고 있기 때문에 법률해석상 아무런 문제가 없다.

그런데 검사가 「형사소송법」 제197조의2 제1항 제1호에 따라 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 때에도 전혀 문제가 없는 것은 아니다. 즉 제197조의2 제2항은 "사법경찰관은 제1항의 요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없는 한 지체 없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보하여야 한다"고 규정하고 있는데 반대로 "정당한 이유"가 있는 때에는 사법경찰관은 보완수사요구를 이행하지 않아도 된다고 해석될 수 있다. 그런데 문제는 "정당한 이유"의 판단주체가 누구인가에 대하여 「형사소송법」도 그리고 「규정」도 침묵하고 있다는 점이다. 더욱이 보다 큰 문제는 보완수사는 「형사소송법」 제197조의2 제1항 제1호에 따라 "송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우" 검사가 요구할 수 있는데 「규정」 제60조 제6항에 따르면 "사법경찰관은 법 제197조의2제1항제1호에 따라 보완수사를 이행한 결과 법 제245조의5제1호에 해당하지 않는다고 판단한 경우에는 제51조제1항제3호에 따라 사건을 불송치하거나 같은 항 제4호에 따라 수사중지할 수 있[도록]" 정하고 있다는 점이다. 그런데 논리적으로 사법경찰관이 송치사건에 대하여 불송치결정을 내릴 수 있는가라는 문제가 제기되는데 과연 재수사도 아닌 보완수사에 의하여 애초부터 사건이 검사에게 송치되지 않았던 것으로 간주되는 것인지는 의문이다.

어떻든 사법경찰관이 스스로 송치했던 사건에 대하여 보완수사를 통하여 불송치결정을 내리는 것이 논리적으로 가능하다고 하더라도 앞서 재수사와 관련하여 언급했던 문제점, 즉 고소인 등의 재 이의신청으로 인한 동일한 절차의 무한반복의 문제, 사법경

찰관의 사건불송치결정에 대한 법원의 사법심사의 결여 그리고 검사의 직접 수사의 문제는 동일하게 여기에서도 발생한다.

그런데 이러한 ⑴①사법경찰관의 사건불송치결정 → ②검사의 재수사요구 → ③사법경찰관의 사건불송치결정 → ④검사의 재수사요구의 제한 → ⑤검사의 시정조치요구 → ⑥사법경찰관의 시정조치요구의 불이행 → ⑦검사의 사건송치요구 또는 ⑵①사법경찰관의 사건불송치결정 → ②검사의 보완수사요구 → ③사법경찰관의 보완수사요구 불이행 또는 ④사건불송치결정이라는 사법경찰관과 검사의 "지루한" 공방전의 당부는 별론으로 하고서라도 과연 이러한 절차는 누구를 위한 것인가라는 의문이 제기된다. 분명한 것은 적어도 제245조의7의 "고소인 등의 이의신청"이라는 표제에도 불구하고 고소인 등의 이익을 위한 것도 그리고 피의자를 위한 것도 아닐 것이라는 점이다.

⑶ 고소인 등의 이의신청의 사유가 「형사소송법」 제197조의3(시정조치요구 등) 제1항에 정한 사유, 즉 "사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용"과 경합하는 경우에 「형사소송법」 제197조의3에 따라 검사는 우선 시정조치를 요구한 다음에 사건을 송치하도록 요구할 수 있는 것인지 아니면 어디까지나 그 사유가 무엇이든 간에 제245조의7에 따라 사건을 검사에게 필요적으로 송치하여야 하는지가 문제되는데 여기에서 제245조의7과 제197조의3 간에 해소하기 어려운 경합문제가 발생한다.

더욱이 앞서 시정조치와 관련하여 언급한 바와 같이 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여 이의신청이 있는 때에는 필요적으로 사건을 검사에게 송치하여야 하는데 대하여 심지어 "사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용"이 있는 때에는 검사의 시정조치에 "정당한 사유"가 있는지의 여부에 따라 이를 이행하지 않을 수도 있도록 한 것은(물론 정당한 이유없이 시정조치가 이행되지 않은 경우에는 필요적으로 사건을 송치하도록 하고 있기는 하다) 사법경찰관의 소극적인 부작위(사건불송치)로 인한 불법이 적극적인 침해행위("사법경찰관리의 수사과정에서 법령위반, 인권침해 또는 현저한 수사권 남용")로 인한 불법보다 그 경중에 있어서 중하다고 판단하고 있는 것은 아닌지가 의문이다.

⑷ 검사의 사법통제의 실효성과 관련하여 검사의 보완수사요구에 대하여 사법경찰

관이 이를 정당한 이유 없이 이행하지 않은 경우 검사는 "권한 있는 사람에게 해당 사법경찰관의 직무배제 또는 징계를 요구할 수 있고, 그 징계 절차는 「공무원 징계령」 또는 「경찰공무원 징계령」에 따른다"(제197조의2 제3항)고 정하여 실효성확보를 위한 규정을 두고 있는데 대하여 재수사에 대해서는 그러한 규정을 두고 있지 않아 그 실효성이 의문이다.[159] 더욱이 정당한 이유에 대한 판단주체는 검사도 그리고 법관도 아닌 「공무원 징계령」 또는 「경찰공무원 징계령」에 따른 해당 사법경찰관 소속 관서 또는 그 상급기관이라는 점에서 이들 징계위원회가 보완수사 미이행에 대한 정당성을 인정하는 한 검사의 징계 요구 등의 대상인 보완수사 미이행의 부당성은 부인되어 과연 이러한 징계요구나 직무배제요구가 실효성이 있는지는 의문이다.[160]

다섯째 사법경찰관이 사건을 검찰에 송치하지 않고 종결한다는 것은 공소를 제기할 것인지 아니면 불기소처분을 내려야 하는지의 여부를 이미 사법경찰관의 단계에서 판단한 것을 의미하며 실질적으로 공소권행사의 여부에 대하여 법률판단을 한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.[161] 왜냐하면 사법경찰관이 사건을 종결하는 경우 그 사유는 혐의없음·죄가안됨·공소권없음·(고소·고발의)각하(「검찰사건사무규칙」 제69조 제2항 제2호부터 제5호까지) 외에 생각할 수 없는데 이를 판단하기 위해서는 불가피하게 법률판단을 해야 하기 때문이다. 더욱이 대통령령을 통하여 이들 사유 외에 사법경찰관의 종결처분에 특수한 사유를 생각해 낼 수 있을지도 의문이다. 실제로 「규정」 제51조 제1항 제3호 이하에 정한 "사법경찰관의 결정" 중 "불송치"의 사유는 검사의 불기소 사유(「검찰사건사무규칙」 제69조 제3항 제2호 이하 그리고 2020년에 제정된 「규정」 제52조 제1항 제2호 나목 이하)와 거의 동일하다. 즉 검사가 공소제기여부를 판단하는 것과 동일한 것을 사법경찰관으로 하여금 판단하도록 한 것은 결국 이미 사법경찰관의 수사단계에서 공소권행사여부를 판단하도록 한 것인데 이것이 과연 수사와 기소의 분리의 이념에 상응하는 것인지는 의문이다. 설령 사법경찰관의 사건불송치결정이 종국적 처분이 아니라 잠정적 처분이라고 이해한다[162]고 하더라도 사법경찰관의 수사단계에서의 사건불송치결정에서 고려되는 것은 실질적으로 공소제

159) 최호진, 앞의 논문, 37면, 51면.
160) 박찬걸, 앞의 논문, 37면.
161) 그러나 다른 견해로는 박찬걸, 앞의 논문, 46면.
162) 최호진, 앞의 논문, 78면.

기 여부를 판단하는 기준이라는 점에는 변함이 없다.

보다 심각한 문제는 「규정」 제51조 제1항 제3호 다목은 사법경찰관의 사건불송치결정의 사유로서 "공소권 없음"을 정하고 있는데 이것은 공소제기 및 유지, 즉 공소권의 유무 및 행사에 관한 판단을 검사만이 하도록 정하고 있는 상위법인 「형사소송법」 제246조(국가소추주의) 및 제247조(기소편의주의) 그리고 「검찰청법」 제4조(검사의 직무) 제1항 제1호에 전면으로 반한다는 것이다. 즉 검찰제도의 핵심적인 요소가 바로 공소권의 유무 및 행사의 판단에 관한 권한을 검사에게만 부여한 것이라고 한다면 사법경찰관이 자신의 권한도 아닌 검사의 고유한 권한인 공소권의 존재여부를 판단하도록 한 것이 과연 검찰제도의 존재의의 그리고 심지어는 사법경찰의 고유한 직무와도 조화될 수 있는 것인지에 대해서는 의문이 제기된다.

여섯째 이상의 사법경찰관과 검사 간의 내부적 사정과는 별개로 하고 그렇다면 이것이 고소인 등에게 어떤 의미를 가지는가가 문제된다. 검사의 공소제기는 소송행위[163]인 만큼 검사의 불기소처분에 대해서는 적어도 고소인 등에게 법원의 사법심사(재정신청제도)를 마련하고 있다. 그런데 검사의 공소제기 판단과 실질적으로 동일한 판단을 하는 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여 검사의 사법심사 외에 법원의 사법심사가 보장되어 있지 않다는 것은 우려스러운 것이라고 볼 수 있다. 더욱이 종전의 즉결심판청구[164]와 달리 사법경찰관의 사건불송치결정의 대상범죄도 제한하고 있지 않기 때문에[165] 검사와 실질적으로 동일한 공소권행사여부를 판단하는 사법경찰관의 결정에 대하여 궁극적으로 법원의 사법심사가 보장되어 있지 않다는 점은 도리어 검사의 불기소처분의 경우에 비하여 보다 심각하게 고소인 등의 인권을 침해하게 될 위험을 내재하는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

일곱째 마지막으로 「형사소송법」 제245조의5는 "사법경찰관의 사건송치 등"이라는 표제 하에 제1호에 사건의 "송치"[166]에 관하여 그리고 제2호에 사건불송치 시의

163) 이은모·김정환, 「형사소송법」, 제7판, 박영사, 2019, 122면.
164) 「즉결심판에 관한 절차법」 제2조(즉결심판의 대상) "지방법원, 지원 또는 시·군법원의 판사(이하 "判事"라 한다)는 즉결심판절차에 의하여 피고인에게 20만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처할 수 있다".
165) 이에 관한 것은 박찬걸, 앞의 논문, 49면 이하 참조.
166) 또한 「형사소송법」 제197조의2 제1항 제2호, 제197조의3 제5항 및 제6항, 제197조의4, 제198조의2 제2항 등.

서류와 증거물의 "송부"에 관하여 정하고 있는데 동 규정과 「형사소송법」 제238조[167]에 정한 고소·고발사건의 관계서류와 증거물의 필요적 송부와의 관계가 문제된다.[168] 왜냐하면 2020년 「형사소송법」 개정 전에는 전건송치주의[169] 하에서 「형사소송법」 제238조를 고소·고발사건의 전건송치주의로 이해한다고 하여 큰 무리가 없었으나[170] 「개정 형사소송법」의 경우 제245조의5 외에도 제197조의2 제1항 제1호, 제197조의3 제5항 및 제6항, 제197조의4 제1항 및 제2항, 245조의6부터 제245조의8, 제245조의10 등에서 "송치"라는 용어를 사용함으로써 사건송치와 관계서류와 증거물의 송부는 명확하게 구별하여야 하기 때문이다.

이와 관련하여 일본 「형사소송법」과 우리나라 「형사소송법」은 법문언이 매우 유사하다는 점에서 참고할 만하다. 아래의 표는 관련규정들을 비교한 것이다.

[표 2-1] 일본과 우리나라의 "송치"와 "송부" 비교

일본 「형사소송법」	「2020년 개정 형사소송법」	「(구)형사소송법」
제246조 [사법경찰관의 사건송치][171] "사법경찰관은 법죄를 수사한 때에는 이 법률에 특별히 정한 경우를 제외하고 신속히 서류 및 증거물과 함께 사건을 검사에게 송치하여야 한다. 다만 검사가 지정한 사건에 대해서는 그러하지 아니한다"[172]	**제245조의5(사법경찰관의 사건송치 등)** "사법경찰관은 고소·고발 사건을 포함하여 범죄를 수사한 때에는 다음 각 호의 구분에 따른다. 1. 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고, 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다. 2. 그 밖의 경우에는 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다. 이 경우 검사는 송부받은 날부터 90일 이내에 사법경찰관에게 반환하여야 한다".	**제196조(사법경찰관리)** ③ 사법경찰관리는 검사의 지휘가 있는 때에는 이에 따라야 한다. 검사의 지휘에 관한 구체적 사항은 대통령령으로 정한다. ④ 사법경찰관은 범죄를 수사한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다.

167) 「형사소송법」 제238조(고소, 고발과 사법경찰관의 조치) "사법경찰관이 고소 또는 고발을 받은 때에는 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다".

168) 우리나라 「형사소송법」 제245조의5와 제238조와의 관계에 관해서는 김혜경, 앞의 논문, 106면 이하.

169) 「(구)검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」 제81조(사건 송치).

170) 「형사소송법」 제198조의2(검사의 체포·구속장소감찰) 제2항에서 "검사는 적법한 절차에 의하지 아니하고 체포 또는 구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 즉시 체포 또는 구속된 자를 석방하거나 사건을 검찰에 송치할 것을 명하여야 한다"고 규정하여 특별히 "송치"라는 용어를 사용하고 있기는 하다.

일본「형사소송법」	「2020년 개정 형사소송법」	「(구)형사소송법」
	「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」 **제51조(사법경찰관의 결정)** "① 사법경찰관은 사건을 수사한 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 결정해야 한다. 1. 법원송치 2. 검찰송치 3. 불송치 ... [이하 생략]" **제62조(사법경찰관의 사건불송치)** ① 사법경찰관은 법 제245조의5제2호 및 이 영 제51조제1항제3호에 따라 불송치 결정을 하는 경우 불송치의 이유를 적은 불송치 결정서와 함께 압수물 총목록, 기록목록 등 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부해야 한다. ※ 2020년 12월 20일 현재 「(경찰청) 범죄수사규칙」(경찰청훈령 제980호, 2020.9.10. 일부개정; 2020.9.10. 시행)은 아직 개정되지 못한 것 같다.[173]	**「(구)검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」** **제81조(사건 송치)** "사법경찰관이 사건을 입건하여 수사를 종결하였을 때에는 이를 모두 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 송치하여야 한다".
제242조 [고소·고발을 받은 사법경찰관의 절차] "사법경찰관이 고소 또는 고발을 받은 때에는 신속히 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다"[174]	**제238조(고소, 고발과 사법경찰관의 조치)** "사법경찰관이 고소 또는 고발을 받은 때에는 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다".	**제238조(고소, 고발과 사법경찰관의 조치)** "사법경찰관이 고소 또는 고발을 받은 때에는 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다".

일본「형사소송법」제242조의 해석과 관련하여 사법경찰관은 고소 또는 고발 이외의 단서에 의하여 수사가 개시된 때에는 제246조의 단서에 의하여 수사를 자체적으로 종결할 수도 있으나 수사의 단서가 고소 또는 고발인 때에는 수사의 종결 혹은 수사개

171) 일본「형사소송법전」조문에는 본래 표제가 없으나 이해의 편의를 위하여 河上和雄·中山善房·古田佑紀·原田國男·河村博·渡辺咲子〔編〕, 『大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】〔全１１巻〕』, 青林書林, 2010-2017에 기재된 각 조문의 표제를 그대로 번역하였다.

172) 第二百四十六条　"司法警察員は、犯罪の捜査をしたときは、この法律に特別の定のある場合を除いては、速やかに書類及び証拠物とともに事件を検察官に送致しなければならない。但し、検察官が指定した事件については、この限りでない。"

173) 예컨대「(경찰청) 범죄수사규칙」제189조(송치) "수사를 종결하였을 때에는 경찰관서장의 지휘를 받아 사건을 모두 관할지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 송치하여야 한다".

174) 第二百四十二条　"司法警察員は、告訴又は告発を受けたときは、速やかにこれに関する書類及び証拠物を検察官に送付しなければならない。"

시조차도 기다림이 없이 즉시 검사에게 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하고 검사의 수사지휘를 기다려야 한다는 점에서 제242조는 사법경찰관의 수사종결권을 정한 제246조 단서의 예외를 정한 것이라고 해석되고 있다.[175] 이것은 경미사건에 대하여 사법경찰관에게 수사종결권을 부여하고 있기는 하지만 고소 또는 고발이 있는 경우에는 구체적인 이해관계인이 존재하기 때문에 특별히 검사로 하여금 일본「형사소송법」제260조에 정한 "고소인 등에 대한 기소·불기소 등의 통지"[176]와 제261조에 정한 "고소인 등에 대한 불기소이유의 고지"[177] 등 특별한 조치를 취하도록 정하고 있기 때문에 가능한 한 신속하게 검사에게 관계서류와 증거물을 송부하도록 한 것이라고 한다.[178] 이러한 의미에서 제242조의 "송부"를 "송치"와 동일어로 이해하거나 또는 완전히 동일어는 아니지만 실무상 차이없이 운영되고 있다고 한다.[179]

그런데 우리나라의 경우 2020년「형사소송법」개정 이전까지는 일본「형사소송법」제246조 단서처럼 사법경찰관에게 (경미사건에 한정한 것이기는 하지만) 수사종결권을 부여하고 있지 않았기 때문에 실질적으로 일본의 해석론이 우리나라「형사소송법」에 그대로 적용될 여지는 없었던 것으로 판단된다. 또한 일본「형사소송법」제242조가 사법경찰관이 고소·고발을 받은 때에는 수사를 개시하기 전이라도 즉시 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하도록 하고 있는 것과 달리 우리나라「형사소송법」제238조는 사법경찰관이 고소·고발을 받은 때에는 "신속히 조사"한 다음 관계서류와 증거물을 송부하도록 함으로써 사법경찰관의 수사개시권을 부인한 것은 아니다.

그런데 2020년「개정 형사소송법」제245조의5는 (특별히 제238조를 염두에 둔 것인지는 명확하지 않으나) 제1항에 "고소·고발 사건을 포함하여"라는 문언을 규정하여 고소·고발사건을 불문하고 사법경찰관에게 수사종결권을 부여하고 있는데 그럼에도 불구하고 고소·고발사건에 관하여 특례를 정한 제238조, 제258조[180] 그리고 제259

175) 大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】, 第242条(今崎幸彦=河村博), 800頁以下, 803頁以下; 大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】, 第246条(今崎幸彦=河村博), 841頁以下.

176) 우리나라「형사소송법」제258조와 법문이 거의 동일하다. 일본「형사소송법」제260조: ""(検察官は、告訴、告発又は請求のあつた事件について、公訴を提起し、又はこれを提起しない処分をしたときは、速やかにその旨を告訴人、告発人又は請求人に通知しなければならない。公訴を取り消し、又は事件を他の検察庁の検察官に送致したときも、同様である。)"

177) 우리나라「형사소송법」제259조와 법문이 거의 동일하다.

178) 이와 관련한 학설의 대립에 대해서는 大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】, 第242条(今崎幸彦=河村博), 801頁.

179) 大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】, 第242条(今崎幸彦=河村博), 801頁, 803頁以下.

조[181]가 여전히 의미를 가지는가 그리고 2020년 「형사소송법」 개정에 의하여 오히려 고소·고발인의 지위는 약화된 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

즉 일본의 경우 일본 「형사소송법」 제246조의 단서에 의하여 사법경찰관에게 사건종결권이 부여되어 있기 때문에 고소·고발사건의 경우에는 경미사건이라고 하더라도(송치와 송부를 구별하는 견해에 따른다고 하더라도) 반드시 검사의 지휘를 받도록 특별히 규정한 것이라면(일본 「형사소송법」 제260조 및 제241조) 우리나라 2020년 「개정 형사소송법」은 반대로 사법경찰관에게 일반적 사건종결권을 부여했기 때문에 고소·고발사건이라고 하여 이에 대한 예외를 인정하지 않고 검사의 수사지휘도 허용하지 않고 있다. 즉 일본과 우리나라 「형사소송법」은 동일한 이유, 즉 사법경찰관에게 수사종결권을 부여했다는 이유에 대하여 각기 정반대의 방향으로 규정하고 있는데 일본의 경우에는 고소·고발사건에 대해서는 경미사건이라고 하더라도 특별히 검사의 수사지휘를 받도록 정하고 있다면 우리나라는 2020년 「형사소송법」 개정 이전과 달리 검사의 수사지휘를 받지 못하도록 정하고 다만 고소인 등의 이의신청이 있는 때에 한하여 사건을 검사에게 송치하도록 하고 있을 뿐이다. 검사의 수사지휘가 사법통제의 의미를 가지는 것이라고 보는 한 일본과 우리나라의 규정들 중에서 어느 것이 고소인 등의 권리보호에 보다 친화적인가는 많은 설명을 필요로 하지 않을 것이다.

3. 특별사법경찰관리의 수사에 대한 불복

현행법상 수사기관에는 사법경찰관리와 검찰 외에 특별사법경찰관리(특히 출입국관리, 국세청 등),[182] 국가정보원, 군정보기관 등 일반국민의 인권에 중대한 침해를 가할 수 있는 경찰권에 근거한 강제수사를 보유한 기관들이 기하급수적으로 증가하고

---

180) 우리나라 「형사소송법」 제258조(고소인등에의 처분고지) "①검사는 고소 또는 고발있는 사건에 관하여 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분, 공소의 취소 또는 제256조의 송치를 한 때에는 그 처분한 날로부터 7일 이내에 서면으로 고소인 또는 고발인에게 그 취지를 통지하여야 한다.
②검사는 불기소 또는 제256조의 처분을 한 때에는 피의자에게 즉시 그 취지를 통지하여야 한다".

181) 우리나라 「형사소송법」 "제259조(고소인등에의 공소불제기이유고지) 검사는 고소 또는 고발있는 사건에 관하여 공소를 제기하지 아니하는 처분을 한 경우에 고소인 또는 고발인의 청구가 있는 때에는 7일 이내에 고소인 또는 고발인에게 그 이유를 서면으로 설명하여야 한다".

182) 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에 정한 이른바 특별사법경찰관리.

있는 만큼 이들 기관에 의한 법령위반·인권침해·현저한 수사권남용에 대하여 어떻게 불복절차를 정할 것인가가 문제된다.

특히 문제가 되는 것은 종래의 도입취지(경찰권이 미치지 못하는 영역에서의 경찰권의 확보)와는 달리 전문성만 인정되면 특별사법경찰관리로 지정됨으로써 "모든 부처 단속공무원의 특별사법경찰관리화"가 급속하게 진행되고 있는 가운데 특별사법경찰관리의 처분에 대한 통제가 합리적으로 이루어지고 있는지에 대한 의문이 제기될 뿐만 아니라 수사보다 덜 인권침해적인 행정조사의 의미가 희석되는 것과 함께 그 반사효과로서 인권침해적인 행정처분의 영역이 기하급수적으로 확대되고 있어서 새로운 수사기관에 대한 보다 엄격한 통제수단, 그 중에서도 불복수단에 대한 검토가 요구된다.

물론 2020년 개정 「형사소송법」은 제197조의2부터 제197조의4까지, 제221조의5, 제245조의5부터 제245조의8를 특별사법경찰관에게는 적용하지 않도록 하고 있어서 여전히 검사의 지휘·감독을 받기 때문에 이 범위 안에서는 특별사법경찰관의 수사에 대한 불복을 둘러싼 문제는 발생하지 않는다.

그러나 특별사법경찰관이 각종 법률에 근거한 단속업무라는 행정조사를 수행하는 과정에서 특별사법경찰관으로서의 직무가 혼재되는 경우 소속 정부부처에 이의를 신청하여야 하는 것인지 아니면 검사에게 이의를 신청하여야 하는지가 명확하지 않다는 문제가 발생한다.

제2절 | 검사의 처분에 대한 불복

1. 검사의 사법통제의 소극적 남용에 대한 불복 – 사법경찰관의 영장청구 신청에 대한 검사의 기각결정에 대한 심의제도 (영장심의위원회제도)

가. 개관

2020년 「형사소송법」 개정으로 신설된 것이 바로 「형사소송법」 제221조의5에 정한 사법경찰관의 영장청구 신청에 대한 검사의 기각결정에 대한 심의제도이다.

이 제도는 한편으로는 검사의 영장청구권의 독점[183]으로 인하여 발생하는 사법경찰관의 수사상 필요에 의한 영장청구 신청이 부당하게 기각되는 것을 방지하고 다른 한편으로 검사의 영장청구권의 독점과 이로 인한 가능한 권한남용에 대한 견제수단으로서 마련된 것이다.[184]

「형사소송법」 제221조의5는 "사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부에 대한 심의"라는 표제 하에 "검사가 사법경찰관이 신청한 영장을 정당한 이유 없이 판사에게 청구하지 아니한 경우 사법경찰관은 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등검찰청에 영장 청구 여부에 대한 심의를 신청할 수 있다"(동조 제1항)고 규정하면서 영장청구 여부에 대한 심의를 위하여 "각 고등검찰청에 영장심의위원회(이하 이 조에서 "심의위원회"라 한다)"를 설치하도록 하고 있다(제2항). 이때 심의위원회는 "위원장 1명을 포함한 10명 이내의 외부 위원"으로 구성하는 한편 "위원은 각 고등검찰청 검사장이 위촉"하도록 하고 있다(제3항). 그 밖에 영장심의위원회의 구체적인 사항에 관해서는 대통령령에 규정하도록 하고 있으나 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」 제44조는 "법 제221조의5에 따른 영장심의위원회의 위원은 해당 업무에 전문성을 가진 중립적 외부 인사 중에서 위촉해야 하며, 영장심의위원회의 운영은 독립성·객관성·공정성이 보장되어야 한다"라고만 규정하고 있을 뿐이어서 보다 구체적인 운영에 관한 사항에 대한 규칙들이 제정될 필요가 있다.

그런데 2020년 11월 17일 「영장심의위원회 규칙 제정안」(이하 "규칙 제정안"이라 한다)[185]이 입법예고됨으로써(2020년 11월 18일 현재) 영장심의위원회의 운영에 관한 상세한 규정이 마련되었다. 동 「규칙 제정안」에서 가장 핵심적인 것은 영장심의위원회의 독립성과 중립을 담보하는 장치를 어떻게 마련할 것인가와 언제 사법경찰관이

183) 「헌법」 제12조 제3항 본문이 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다". 영장주의에 관한 규정의 입법경위에 관해서는 박찬걸, "검사의 독점적 영장청구권 인정의 타당성 및 이에 대한 견제방안", 『형사법의 신동향』, 대검찰청, 제62호(2019.3.), 5면 이하; 김혜경, 앞의 논문, 96면 이하.

184) 법무부, 2018년 2월 8일 보도자료 "법무·검찰개혁위원회, 「검·경 수사권 조정안」 권고". 4면 이하(https://www.gov.kr/portal/ntnadmNews/1347577; 검색일: 2020년 9월 12일).

185) 법무부 홈페이지에 게제된 "영장심의위원회 규칙 제정령안 입법예고" 참조(https://www.moj.go.kr/moj/209/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbW9qJTJGMTU3JTJGNTMzOTcwJTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNGcGFzc3dvcmQlM0QlMjZyZ3NCZ25kZVN0ciUzRCUyNmJic0NsU2VxJTNEJTI2cmdzRW5kZGVTdHIlM0QlMjZpc1ZpZXdNaW5lJTNEZmFsc2UlMjZwYWdlJTNEMSUyNmJic09wZW5XcmRTZXElM0QlMjZzcmNoQ29sdW1uJTNEJTI2c3JjaFdyZCUzRCUyNg%3D%3D; 검색일: 2020년 11월 18일).

영장심의위원회에 심의를 신청할 수 있는가와 관련한 규정일 것이다. 영장심의위원회의 독립성 및 중립성을 담보하기 위하여 동 「규칙 제정안」은 고등검찰청에 20명 이상 50명 이하의 심의위원 후보를 구성하도록 하면서(제3조 제3항) 매 회의마다 무작위 선정방식으로 9인의 위원을 위촉하도록 하고(동조 제7항) 위원장 및 위원의 제척·회피·기피제도를 마련하고 있다(제7조). 그리고 사법경찰관은 동 「규칙 제정안」 제11조 제2항에 따라 "1. 검사가 보완수사요구 없이 영장을 청구하지 않기로 한 결정서가 해당 경찰관서에 접수된 날(다만, 사법경찰관이 동일한 영장에 대하여 2회 이상 보완수사요구를 받아 이를 이행한 경우에는 추가로 재차 보완수사요구를 받은 때)" 또는 "2. 사법경찰관이 영장을 신청한 날로부터 5일(근무일 기준)이 경과하도록 영장 청구 여부를 결정하지 아니하는 경우에는 영장 신청일(검사가 관계 서류와 증거물을 사법경찰관에게 반환하지 아니한 채 보완수사요구를 한 경우에는 사법경찰관이 보완수사요구 이행 결과 서면을 검찰청에 접수한 날)로부터 5일(근무일 기준)이 경과한 때{다만, 영장을 신청한 사법경찰관과 협의하여 영장 신청일로부터 10일(근무일 기준) 이내의 범위에서 영장 청구 여부 결정 기한을 연장한 때에는 그 연장일이 경과한 때}"부터 7일 이내에 영장심의위원회에 심의를 신청할 수 있도록 하고 있다. 그러나 영장심의위원회 의결기준이나 그 법률효과에 관해서는 명문의 규정을 두고 있지 않다.

그런데 사법경찰관의 영장청구 신청에 대한 검사의 기각결정에 대하여 사법경찰관으로 하여금 이에 대한 심의를 신청할 수 있도록 하는 것이 과연 형사소송법이론과 조화될 수 있는가에 대해서는 많은 의문이 제기된다. 즉 이 제도가 과연 일반국민의 인권보장과 공정한 형사사법절차의 담보와 조화될 수 있는가라는 근본적인 의문이 제기된다.

여기에서는 우선 주요 외국의 입법례에 관하여 살펴보고 우리나라 제도의 문제점에 대하여 살펴보고자 한다.

나. 주요 외국의 입법례

주요 외국의 입법례를 살펴보기 전에 한 가지 언급할 것은 사법경찰관의 영장청구 신청에 대한 검사의 기각결정에 대한 사법경찰관의 불복을 둘러싼 논쟁은 우리나라에만 고유한 문제가 아닌가라는 의문이 제기될 정도로 주요 입법례에서 이 문제에 관한

논의를 찾아보기는 그리 쉽지 않다는 점이다.

즉 경찰에게 영장청구권이 부여된 입법례의 경우 애초부터 이 문제는 발생하지 않을 뿐만 아니라(영국,[186] 미국 각 주,[187] 일본[188] 등) 설령 경찰에게 영장청구권을 부여하지 않은 입법례의 경우에도 경찰에게 영장청구권이 부여되지 않은 것은 경찰에 대한 검사 또는 예심판사·수사법관의 수사지휘·감독권(독일,[189] 스위스,[190] 오스트리아,[191] 프랑스,[192] 이탈리아[193] 등), 즉 사법통제로부터 당연히 도출되는 귀결로 설명되고 있기 때문에 영장발부를 전담하는 법원의 결정에 대한 항고제도는 규정하고 있어

---

186) *Police and Criminal Evidence Act 1984* Section 8 Subsec. 1: "If on an application made by a constable a justice of the peace is satisfied that there are reasonable grounds for believing—" *ect.*

187) 예컨대 *NY Criminal Procedure Law* § 690.05. 1: "Under circumstances prescribed in this article, a local criminal court may, upon application of a police officer, a district attorney or other public servant acting in the course of his official duties, issue a search warrant"; *CA Penal Code* § 1524.2 A. (3) (2019): ""Applicant" refers to the peace officer to whom a search warrant is issued pursuant to subdivision (a) of Section 1528".

188) 일본「형사소송법」제199조 제2항: "裁判官は、被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があると認めるときは、検察官又は司法警察員（警察官たる司法警察員については、国家公安委員会又は都道府県公安委員会が指定する警部以上の者に限る。以下本条において同じ。）の請求により、前項の逮捕状を発する。但し、明らかに逮捕の必要がないと認めるときは、この限りでない。".

189) 독일「형사소송법」제161조. 독일에서의 경찰과 검찰의 관계에 관한 상세한 것은 탁희성·박형민·김대근·김유근(김유근),『한국의 형사사법체계 및 관리에 관한 연구(III): 수사구조의 진단 및 개혁』, 2018.12., 237면 이하; 그 밖에 *Carsten, Ernst S./Rautenberg, Erardo, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart: Ein Beitrag zur Beseitigung ihrer Weisungsabhängigkeit von der Regierung im Strafverfahren*, 3. Aufl., Nomos Verlag, 2015, S. 397 ff.; *Roxin/Schünemann*[29] § 9 Rn. 21 ff.; 그 밖에 § 9 Rn. 1 ff.

190) 스위스「형사소송법」제15조 제2항, 제16조 제2항, 제305조 및 제306조. 스위스의 경우에 관해서는 스위스「형사소송법」통합을 위한「형사소송법」제정이유서 BBl 2008 S. 8125(S. 8134 ff.) (*Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG)*); BSK StPO[2]-*Hanspeter* N 1 ff. zu § 15; N 1 ff. zu § 16; BSK StPO[2]-*Ryner*, N 1 ff. zu § 306; *Schmid, Niklaus, aaO.*, § 21 N 245 ff., N 351 ff.; *Gilliéron, Gwladys, op. cit.*, pp. 182-183.

191) 오스트리아「형사소송법」제18조 및 제20조 참조.

192) 프랑스「형사소송법」제12조, 제41조 제2항, 제54조(현행범 및 경죄의 경우)("중죄는 예심판사가 수사를 주재한다(제79조)"). 프랑스의 경우에 관한 상세한 것은 *Gilliéron, Gwladys, op. cit.*, pp. 291-292; *Tricot, Juliette*, "6. France", in: *Ligeti, Katalin ed., Toward a Prosecutor for the European Union Volume 1: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2013, pp. 227-228. 프랑스「형사소송법」은 법무부,『프랑스 형사소송법』, 법무부, 2011.11.을 참조.

193) 이탈리아「형사소송법」제59조, 제326조 이하, 제329조. 이탈리아의 경우에 관해서는 *Gialuz, Matja*, "The Italian Code of Criminal Procedure: A Reading Guide", in: *Gialuz, Matja/Lupária, Luca/Scarpa, Federica ed., The Italian Code of Criminal Procedure: Critical Essays and English Translation*, 2 Edition, Wolters Kluwer/CEDAM, 2017, pp. 25-26; Lupária, Luca/Gialuz, Mitja, "Italian Criminal Procedure: Thirty Years After The Great Reform", in: *Roma Tre Law Review*, 01/2019, pp. 44-45(http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2020/01/Italian-criminal-procedure-thirty-years-after-the-great-reform.pdf; 검색일: 2020년 9월 17일).

도 경찰이 검사에 대하여 영장청구의 신청을 한다거나 혹은 동 영장청구 신청의 기각 결정에 대하여 경찰이 불복하는 절차를 정하고 있는 입법례는 찾아보기 쉽지 않다.

그러나 그렇다고 하여 사법경찰관에 대한 검사의 수사지휘·감독권으로부터 영장청구권자가 필연적으로 도출되지 않은 입법례도 있는데 그것이 바로 일본이다. 즉 일본 「형사소송법」 제192조는 수사에서의 검사와 사법경찰관 간의 협력의무를 규정하면서도[194] 제193조에서 "검사의 사법경찰관에 대한 지시·지휘"에 관하여 그리고 제194조에서는 "[검사의] 사법경찰관에 대한 징계·파면의 소추"에 관하여 정함으로써 검사의 매우 강력한 수사지휘·감독권을 정하고 있는 반면 예컨대 체포영장의 청구(제199조)와 관련해서는 그 청구권자를 "검사, 검찰사무관 또는 사법경찰관"으로 정하고 있다.

일본의 경우 제2차 세계대전 후 1946년 새로운 「헌법」이 시행된 후 헌법이념에 상응하지 않은 「(구)형사소송법」 규정을 개정하기 위하여 1947년 4월 「일본국헌법의 시행에 따른 형사소송법의 응급적 조치에 관한 법률(日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律)」[195]이 제정되면서 「(구)형사소송법」 제255조를 대신하여 동법 제8조가 적용되게 된다. 동법 제8조[196]는 인신체포·구속에 관하여 정하면서 제1항에서 체포·구속영장의 청구권자를 검사와 사법경찰관으로 정하였는데 이 규정

---

194) 이에 상응하는 우리나라 「형사소송법」 규정으로는 제195조 제1항: "검사와 사법경찰관은 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하여야 한다".

195) 昭和22年法律第76号. 동 법률은 일본 "国立公文書館デジタルアーカイブ" 홈페이지 참조(https://www.digital.archives.go.jp/DAS/meta/MetSearch.cgi?DEF_XSL=default&SUM_KIND=summary_normal&META_KIND=NOFRAME&IS_KIND=detail&IS_SCH=META&IS_STYLE=default&IS_TYPE=meta&DB_ID=G9100001EXTERNAL&GRP_ID=G9100001&IS_START=3&IS_TAG_S1=InD&IS_TMP_S7=c_t_search_3&IS_KEY_S7=SRG+BST+KNM&IS_TAG_S7=c_t&IS_LGC_S7=AND&LIST_TYPE=default&IS_LIST_ON_OF=off&LIST_VIEW=&ON_LYD=on&IS_KEY_S1=%E6%97%A5%E6%9C%AC%E5%9B%BD%E6%86%B2%E6%B3%95%E3%81%AE%E6%96%BD%E8%A1%8C%E3%81%AB%E4%BC%B4%E3%81%86%E5%88%91%E4%BA%8B%E8%A8%B4%E8%A8%9F%E6%B3%95%E3%81%AE%E5%BF%9C%E6%80%A5%E7%9A%84%E6%8E%AA%E7%BD%AE%E3%81%AB%E9%96%A2%E3%81%99%E3%82%8B%E6%B3%95%E5%BE%8B&IS_NUMBER=1&SUM_NUMBER=100&SUM_START=1&IS_LYD_DIV=&LIST_VIEW=&_SHOW_EAD_ID=M0000000000001779313&ON_LYD=on; 검색일: 2020년 9월 18일). 동 법률의 제정과정은 松尾浩也, 「刑事訴訟法の制定過程 (二○)」, 『法学協会雑誌』, 第97巻 第5号(1980.5.), 694頁以下.

196) 「일본국헌법의 시행에 따른 형사소송법의 응급적 조치에 관한 법률」 제8조 "체포영장 및 구속영장의 발부와 공소의 제기에 관해서는 이하의 규정에 따른다.
①검사 또는 사법경찰관은, 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때에는, 재판관의 체포영장을 얻어 피의자를 체포할 수 있다.
..... ".

은 1948년「형사소송법」제199조 제2항에 그대로 반영되었으며,[197] 그 후 1953년 개정으로 현행과 같이 영장을 청구할 수 있는 사법경찰관의 범위가 정해지게 된다(동조 제2항[198]).[199]

그런데 1953년 개정당시 정부원안은 사법경찰관의 영장청구의 남용을 방지하기 위하여 사법경찰관의 영장청구에 대하여 검사의 동의를 얻도록 함으로써 검사에 의한 사법통제를 강화하려고 하였으나(개정안 제199조 제2항 및 제3항)[200] 경찰의 강한 반대에 부딪혀 현행법과 같이 영장을 직접 청구할 수 있는 사법경찰관의 범위를 한정하는 수준에서 타협을 보게 되었다고 한다.[201]

나. 문제점

주요 외국의 입법례를 살펴보았듯이 경찰의 영장청구권을 인정할 것인지의 여부의 문제는 경찰에 대한 검사의 사법통제의 존부에 따라 결정되는데 대하여 여기에서

197) "전항의 체포영장은 검사 또는 사법경찰원의 청구에 의하여 발부한다(前項の逮捕状は、検察又は司法警察員の請求によりこれを発する)". 일본 1948년「형사소송법」규정은 最高裁判所事務総局,『新刑事訴訟法·刑事訴訟規則·旧刑事訴訟法対照條文』,『刑事裁判資料』, 第11号, 1948.1.1. 을 참조.

198) "법관은, 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 인정한 때에는, 검사 또는 사법경찰원(경찰인 사법경찰원은 국가공안위원회 또는 도·도·부·현 공안위원회가 지정하는 경부(警部) 이상의 사람에 한한다. 이하 같다)의 청구에 따라, 전항의 체포영장을 발부한다. 다만 명백하게 체포의 필요가 없다고 인정될 때에는 그러하지 아니한다(裁判官は、被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があると認めるときは、検察官又は司法警察員（警察官たる司法警察員については、国家公安委員会又は都道府県公安委員会が指定する警部以上の者に限る。以下本条において同じ。）の請求により、前項の逮捕状を発する。但し、明らかに逮捕の必要がないと認めるときは、この限りでない)"(밑줄은 필자에 의한 것이다).

199) 일본「형사소송법」제199조의 연혁 및 개정논의에 관한 상세한 것은 大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】, 第199条(渡辺咲子), 223頁以下.

200) 1953년 정부원안 제199조
"②사법경찰원은 제1항의 체포영장을 청구할 때에는 검사(검사의 사무를 취급하는 검찰사무관을 제외한다. 이하 같다)의 동의를 얻어야 한다. 다만 검사가 사전에 일반적으로 동의를 부여한 사건에 대해서는 그러하지 아니한다.
③법관은, 체포영장의 청구에 검사의 동의를 요하는 경우에 그 동의를 얻지 아니한 것이 명백한 때에는, 체포영장을 발부하지 아니할 수 있다.
(二 司法警察員は、第一項の逮捕状を請求するには、検察官（検察官の事務を扱う検察事務官を除く。以上本項において同じ）の同意を得なければならない。但し、検察官があらかじめ一般的に同意を与えた事件については、この限りではない。
三 裁判官は、逮捕状の請求が検察官の同意を要する場合において、その同意を得ていないことが明らかなときは、逮捕状を発付しないことができる。)".

201) 일본「형사소송법」제199조의 연혁 및 개정논의에 관한 상세한 것은 大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】, 第199条(渡辺咲子), 224頁以下.

문제되는 경찰이 신청한 영장청구를 검사가 정당한 이유없이 기각한 경우에 사법경찰관이 검사의 결정에 대하여 이의를 제기할 수 있도록 허용할 것인가의 문제는 경찰의 영장청구 신청의 법적 성격이 무엇인가에 따라 그 대답이 달라진다.

그런데 이와 관련하여 「형사소송법」 제221조의5의 규정방식이 모든 문제를 해소할 만큼 명확하게 규정하고 있는가에 대해서는 많은 의문이 제기된다.

우선 사법경찰관으로 하여금 검사의 기각결정에 대하여 영장심의위원회의 심의를 신청할 수 있도록 한 제도의 법적 성격이 무엇인가라는 문제가 제기되는데 무엇보다도 이것이 사법경찰관을 위한 불복제도인가라는 문제이다. 결론부터 미리 말하면 이를 사법경찰관의 불복제도로 보는 경우 형사소송법이론상 해소하기 어려운 문제에 직면하게 되는데 특히 국민의 인권보장과 조화되지 않는 결과를 초래할 위험이 있다.

첫째 이 제도를 사법경찰관을 위한 "불복"제도로 보는 경우 사법경찰관의 영장청구 신청에 대한 검사의 기각결정에 의하여 침해된 사법경찰관의 "이익"은 무엇인가라는 근본적인 문제가 제기된다. 강제수사는 일반국민의 인권에 중대한 침해를 야기하는 만큼 「헌법」과 「형사소송법」은 강제수사의 주체를 제한적으로 규정하고 있을 뿐만 아니라 강제수사도 극히 예외적인 경우에 한하여 허용하는 한편 이때에도 법원이 발부한 영장에 의할 것을 규정하고 있다. 즉 강제수사 그리고 강제수사의 영장청구는 "권리"가 아니라 「헌법」과 「형사소송법」이 극히 예외적으로 허용한 "권한"일 뿐만 아니라 그것도 사법경찰관의 강제수사 및 이를 위한 영장청구 신청에 대해서는 검사의 사법심사를 그리고 검사의 강제수사 및 이를 위한 영장청구에 대해서는 법원의 사법심사를 받도록 하는 동시에 강제수사에 대한 총괄적인 책임은 검사가 공판에서 부담하도록 하고 있다(예컨대 위법수집증거의 증거능력의 배제, 자백배제·보강법칙 등). 즉 강제수사의 권한은 책임에 상응하여 부여되는 것이라고 말할 수 있다.

만약 이렇게 본다면 사법경찰관의 영장청구 신청에 대한 검사의 기각결정에 의하여 침해된 사법경찰관의 이익이란 기껏해야 강제수사를 할 사법경찰관의 권한이 침해된 것이 되는데 문제는 강제수사의 권한은 사법경찰관에 대하여 수혜적이고 일반적인 권한이나 권리가 아니라 「형사소송법」에 의하여 제한적으로 "허용된" 권한에 불과하다는 점이다. 그리고 강제수사를 허용하면 허용할수록 일반국민의 자유의 영역은 그런 만큼 제한된다. 즉 수사목적을 위하여 일반국민의 인권을 침해하는 강제수사를

허용해 달라는 것이 불복의 원인이라면 그러한 불복이 일반국민의 인권보장에 어떤 의미를 가지는지는 명백하다.[202]

둘째 검사는 형사소송의 당사자로서 공소제기 및 공소유지를 위하여 강제수사에 대하여 이해관계를 가지는 것이 사실이지만 피의자·피고인에 대하여 형사소송절차에서 절대적·우월적 지위에 서는 검사에게는 인권침해적인 수사관행에 대한 법원의 결정, 예컨대 영장청구의 기각결정에 대한 불복을 절제할 것이 요구된다. 이것은 예컨대 변호사의 접견교통권 등 피의자의 기본권을 침해하는 검사의 처분에 대한 준항고에 대하여 검사가 재항고를 하는 것이 수사권남용에 해당하는 것은 아닌가라는 문제제기나 법원의 재심개시결정에 대하여 검사가 항고하는 것은 재심방해가 아닌가라는 문제제기 등[203]과의 맥락에서도 이러한 요구는 이해될 수 있을 것이다. 이렇게 본다면 형사소송의 당사자도 아닌 사법경찰관의 영장청구 신청의 경우에는 더욱 절제가 필요할 것이다. 즉 사법경찰관의 영장청구 신청에 대하여 검사의 기각결정이 있는 경우 영장청구 신청을 보완하여 재차 신청하도록 하는 것이 아니라 "불복"을 허용하는 것은 해당 영장집행의 대상인 일반국민에 대해서는 자칫 사법경찰관의 수사권남용이 될 위험이 있다.

여기에서 영장심의위원회의 기능과 역할과 관련하여 영장심의위원회를 영장청구를 위한 수단으로 사용할 것인지(그럴수록 일반국민의 기본권의 범위는 축소될 것이다) 아니면 사법경찰관의 영장청구 신청 또는 검사의 영장청구를 제한하기 위한 사법적 통제수단으로 사용할 것인가라는 근본적인 문제에 직면하게 된다. 예컨대 검사가 청구한 영장이 법원에 의하여 기각된 후 영장을 재청구하는 것을 가능한 한 영장심의위원회를 통하여 제한하는 것이다.[204] 그런데 영장심의위원회에 그러한 역할을 부여한다고 하더라도 문제는 기존의 검찰 전문수사자문위원회, 수사심의위원회 그리고 검찰시민위원회의 기능과 중첩되어 유사·중복 제도의 난립을 피할 수 없게 되는데 여기에서

---

202) 검사의 영장청구의 기각과 관련하여 대법원 2006.12.18. 자 2006모646 결정: "검사의 영장청구가 기각된 경우에는 그로 인한 직접적인 기본권침해가 발생할 여지가 없다".

203) 앞의 "제1장 서론" 참조.

204) 사법경찰관의 영장청구 신청에 대한 검사의 기각을 제한하는 동시에 법원에 의하여 기각된 영장의 재청구를 제한하는 수단으로 운영하여야 한다는 견해로는 이창현, "검·경수사권 조정 관련 법률안에 대한 검토와 대안", 『형사소송의 이론과 실무』, 제11권 제2호(2019.12.), 한국형사소송법학회, 18면 이하.

각각의 위원회의 기능을 어떻게 분리하여 운영할 것인가라는 문제가 제기된다.

셋째 설령 「형사소송법」 제221조의5가 검찰의 이른바 "내식구 감싸기식" 수사 혹은 수사대상과 담당검사 간의 이해관계로 인하여 사법경찰관의 수사를 방해하는 것을 방지하기 위한 담보장치로 고안된 것이라고 하더라도 설득력을 얻기는 쉽지 않다. 왜 검찰의 수사의 해태나 수사대상과의 이해관계로 인한 사법경찰관의 수사의 방해행위는 검사에 대한 직무유기·직권남용죄의 적용이나 검사의 제척·기피·회피제도의 도입 등 해당 검사에 대한 조치로 해결이 가능함에도 불구하고 검사의 과오를 방지하기 위하여 이와는 전혀 관련이 없는 전 국민의 인권에 대한 강제수사를 더 용이하도록 하여야 하는지가 설명되지 않기 때문이다.

넷째 「형사소송법」 제221조의5 제1항은 "검사가 사법경찰관이 신청한 영장을 정당한 이유 없이 판사에게 청구하지 아니한 경우 사법경찰관은 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등검찰청에 영장 청구 여부에 대한 심의를 신청할 수 있다"고 정하고 있는데 그 법문언상 검사는 "정당한 이유가 없는 한" 사법경찰관이 신청한 영장을 판사에게 청구하여야 하는 의무를 부과한 것은 아니라고 하더라도 사법경찰관의 영장청구 신청에 기속되는 것인지가 명확하지 않다. 그런데 만약 실질적으로 그러한 의무를 부과한 것이라거나 혹은 기속력을 가진다고 본다면 사법경찰관이 기소의견으로 검찰에 사건을 송치하였음에도 불구하고 검사가 정당한 이유없이 기소하지 않은 것에 대해서는 어떻게 할 것인가가 문제된다. 즉 사법경찰관 입장에서는 혐의를 충분히 입증할 수 있는 증거와 함께 기소의견으로 사건을 검찰에 송치했음에도 불구하고 정당한 이유없이 검사가 기소하지 않은 경우는 사법경찰관의 영장청구의 신청을 정당한 이유없이 검사가 청구하지 않은 것보다 훨씬 중요한 의미를 가지기 때문이다. 그런데 이것을 검사의 기소재량으로 설명하게 되면 사법경찰관의 영장청구를 수용할 것인가에 대해서는 검사의 재량이 없는 것인가라는 의문이 제기된다. 이와 관련하여 「규칙 제정안」 제23조 제3항은 "검사와 사법경찰관은 위원회의 심의 결과를 존중하여야 한다"고 규정하여 영장심의위원회의 결정에 기속력을 부여하지 않음으로써 영장심의위원회의 심의에도 불구하고 영장청구는 여전히 검사의 재량에 맡겨져 있다.

다섯째 "정당한 이유가 없다는 것"의 판단기준에 관하여 「형사소송법」 제221조의5나 「규정」 제44조 그리고 「규칙 제정안」은 아무런 규정을 두고 있지 않다.[205] 다만

「규칙 제정안」 제11조 제2항은 "검사가 보완수사요구 없이 영장을 청구하지 않기로 한 결정서가 해당 경찰관서에 접수된 날(다만, 사법경찰관이 동일한 영장에 대하여 2회 이상 보완수사요구를 받아 이를 이행한 경우에는 추가로 재차 보완수사요구를 받은 때)"(제1호)이나 "사법경찰관이 영장을 신청한 날로부터 5일(근무일 기준)이 경과하도록 영장 청구 여부를 결정하지 아니하는 경우에는 영장 신청일(검사가 관계 서류와 증거물을 사법경찰관에게 반환하지 아니한 채 보완수사요구를 한 경우에는 사법경찰관이 보완수사요구 이행 결과 서면을 검찰청에 접수한 날)로부터 5일(근무일 기준)이 경과한 때{다만, 영장을 신청한 사법경찰관과 협의하여 영장 신청일로부터 10일(근무일 기준) 이내의 범위에서 영장 청구 여부 결정 기한을 연장한 때에는 그 연장일이 경과한 때}"(제2호)로부터 7일 이내에 사법경찰관은 영장심의위원회에 심의를 신청할 수 있도록 하고 있으나 이것은 "정당한 이유가 없는 경우"의 판단기준이기보다는 오히려 이러한 "사실"이 존재한다면 영장심사위원회의 심의를 신청할 수 있다는 것에 불과할 뿐 이것이 검사가 사법경찰관이 신청한 영장을 청구하지 않은 부당성을 징표하는 것은 아니다.

다만 예컨대 구속영장과 관련하여 「검찰사건사무규칙」 제19조(구속영장의 청구) 제3항은 "검사는 사법경찰관의 구속영장신청을 검토하여 구속할 만한 상당한 이유가 없다고 인정될 때에는 그 이유를 구체적으로 부기하여 구속영장의 신청을 기각한다. 이 경우 수사의 보완이 필요하다고 인정하여 기각하는 경우에는 기한을 정하여 재신청 지휘를 할 수 있다"고 규정하고 있는데 그렇다면 영장심의위원회의 심의대상이 "구속할 만한 상당한 이유"가 되는지도 의문이다.

여섯째 문제점은 다섯 번째 문제와 관련되는데 「형사소송법」 제221조의5 제3항은 영장심의위원회 위원을 "위원장 1명을 포함한 10명 이내의 외부 위원으로 구성"하도록 하고 있는데 그렇다면 이러한 이른바 "시민위원회"의 판단은 사실판단인가 아니면 법률판단인가 그리고 만약 법률판단이라면 시민위원회가 법률판단을 하는 것이 적절한 것인가라는 것이다.

이와 관련하여 시민위원회의 판단대상은 영장발부기준인가 아니면 단순히 사법경

205) 「형사소송법」이 판단기준을 정하고 있지 않은 것에 대한 비판으로는 박찬걸, "검사의 독점적 영장청구권 인정의 타당성 및 이에 대한 견제방안", 『형사법의 신동향』, 제62호(2019.3.), 25면.

찰관이 신청한 영장을 검사가 청구하지 아니한 것이 정당하지 않은 것인가에 대한 판단인가가 문제된다. 그런데 「규칙 제정안」 제3조 제4항은 위원 후보의 자격을 "사법제도 등에 관한 전문성과 경험이 풍부하고 덕망을 갖춘 사람 중"에서 위촉하도록 하고 있는데 이것이 법률판단을 전제로 한 것인지에 대해서는 명확하지 않다.

그런데 설령 영장심의위원회의 판단이 법률판단이라고 하더라도 사법경찰관이 신청한 영장이 영장발부 요건을 충족함에도 불구하고 검사가 부당하게 이를 청구하지 않은 것에 대하여 심사하여야 한다는 점에서 애초부터 영장발부 요건에 대한 심사가 전제되어야 하는 문제가 발생한다.

그런데 사법경찰관이 신청한 영장을 검사가 법원에 청구할 것인가의 여부의 기준은 법원이 검사의 영장청구에 따라 영장을 발부할 것인가의 여부의 기준과 다르지 않다. 즉 예컨대 구속과 관련하여 검사는 「형사소송법」 제70조에 정한 "구속의 사유"[206]에 해당되지 않음에도 불구하고 법원에 영장을 청구할 수 없는 것과 마찬가지로 사법경찰관이 신청한 구속영장청구가 「형사소송법」 제70조에 정한 "구속의 사유"에 해당하지 않는다면 검사는 어차피 법원이 발부하지 않을 영장을 사법경찰관이 신청했다고 하여 청구할 이유는 없을 것이다. 이것은 제106조 이하에 정한 압수·수색의 경우에도 크게 다르지 않다. 그런데 예컨대 구속사유와 관련해서도 「형사소송법」 제70조 제1항 및 제2항에 정한 사유에 대한 판단은 구속사유의 존부만이 문제가 될 뿐(사실판단) 법률판단은 고려의 대상이 되지 않는가라는 문제와도 연결되어 있다. 그러나 「형사소송법」상 충분한 범죄혐의에 대한 소명에 대한 판단이 전제된다는 점에서 이미 법률판단을 전제로 한 사실판단이라고 한다면 시민위원회가 영장발부의 기준을 심사하는 것이 적절한가에 대한 의문이 제기된다. 결국 시민참여제도에서 시민으로 하여금 "법률판단"을 하도록 할 것인가라는 근본적인 문제에 직면하게 된다. 만약 이를 긍정하는 경우 법조인제도, 즉 직업법관, 검찰제도 그리고 변호인제도의 존재의의는 그런 만큼

---

206) 「형사소송법」 제70조(구속의 사유) "①법원은 피고인이 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 다음 각 호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우에는 피고인을 구속할 수 있다.
1. 피고인이 일정한 주거가 없는 때
2. 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때
3. 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때
②법원은 제1항의 구속사유를 심사함에 있어서 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요참고인 등에 대한 위해우려 등을 고려하여야 한다
... [이하 생략]".

희석될 것이다.

그렇다고 하여 사법경찰관이 신청한 영장을 검사가 청구하지 않은 행위만을 분리하여 영장발부 요건의 충족여부와 상관없이 해당 영장청구의 지체의 부당성만을 판단[207]하는 것도 그리 쉽지 않을 것이다. 더욱이 「규칙 제정안」 제11조 제2항은 검사의 영장청구 지연의 부당성을 판단하는 기준이 아니라 사법경찰관이 언제 심의를 신청할 수 있는지의 "상황"만을 정한 것일 뿐만 아니라 법문언상 그러한 상황이 부당한 이유로 인한 것일 필요도 없기 때문이다.

일곱째 설령 검사가 영장심의위원회의 판단대로 법원에 영장을 청구하였다고 하더라도 법원의 판단과 영장심의위원회의 판단이 배치되는 경우 영장심의위원회의 존재의의도 희석될 수밖에 없을 뿐만 아니라 검사는 책임을 영장심의위원회에 전가시킬 우려가 있다.

여덟째 이러한 의미에서 주요 외국의 입법례를 참고하여 검사의 영장청구에 대한 법원의 기각결정[208],[209] 뿐만 아니라 사법경찰관의 영장청구 신청에 대한 검사의 기각결정에 대하여 준항고를 허용하는 방안[210]도 논의되고 있다. 그러나 이 방안은 어디까지나 앞서 주요 입법례에서 언급했듯이 사법경찰관이 직접 법원에 영장을 청구할 수 있는 입법례나 검사의 영장청구 기각결정에 대한 준항고제도에 관한 것이어서 여기에서 문제가 되는 사법경찰관의 영장청구 신청에 대한 검사의 기각결정에 정확히

---

207) 박찬걸, 앞의 논문, 24면.

208) 판례는 법원의 영장기각결정에 대하여 검사의 준항고를 허용하지 않고 있다. 체포·구속영장과 관련하여 대법원 2006.12.18. 자 2006모646 결정: "신체의 자유와 관련한 기본권의 침해는 부당한 구속 등에 의하여 비로소 생길 수 있고 검사의 영장청구가 기각된 경우에는 그로 인한 직접적인 기본권침해가 발생할 여지가 없다는 점 및 피의자에 대한 체포영장 또는 구속영장의 청구에 관한 재판 자체에 대하여 항고 또는 준항고를 통한 불복을 허용하게 되면 그 재판의 효력이 장기간 유동적인 상태에 놓여 피의자의 지위가 불안하게 될 우려가 있으므로 그와 관련된 법률관계를 가급적 조속히 확정시키는 것이 바람직하다는 점 등을 고려하여, 체포영장 또는 구속영장에 관한 재판 그 자체에 대하여 직접 항고 또는 준항고를 하는 방법으로 불복하는 것은 이를 허용하지 아니하는 대신에, 체포영장 또는 구속영장이 발부된 경우에는 피의자에게 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있도록 하고 그 영장청구가 기각된 경우에는 검사로 하여금 그 영장의 발부를 재청구할 수 있도록 허용함으로써, 간접적인 방법으로 불복할 수 있는 길을 열어 놓고 있는 데 그 취지가 있고, 이는 헌법이 법률에 유보한 바에 따라 입법자의 형성의 자유의 범위 내에서 이루어진 합리적인 정책적 선택의 결과일 뿐 헌법에 위반되는 것이라고는 할 수 없다".

209) "영장항고제도"의 도입에 긍정적인 견해로는 김경수, "영장항고제도 도입 필요성에 관한 연구", 『형사정책연구』, 제21권 제4호(2010·겨울), 한국형사정책연구원, 208면 이하.

210) 박찬걸, 앞의 논문, 28면 이하, 30면.

적용될 수 있는 입법례는 아니다.

마지막으로 아홉째 「규칙 제정안」 제14조 제2항은 "접수된 심의 신청의 대상이 구속영장인 경우 위원회 간사는 지체없이 신청이 접수된 사실을 별지 제4호서식에 의하여 해당 피의자 또는 변호인에게 통보한다"고 규정하고 제17조는 "피의자·변호인의 의견서 제출"[211]에 관하여 정함으로써 피의자의 인권에 대한 배려를 규정하고 있다. 그런데 사법경찰관이 검사에게 영장청구를 신청할 때도 그리고 검사가 법원에 영장을 청구할 때도 피의자에게 이 사실을 통지하지 않을 뿐만 아니라(통지하게 되면 강제수사의 전격성과 기밀성을 훼손하게 됨은 물론이다) 피의자는 사법경찰관의 영장청구 신청에 대한 불복의 당사자도 아닌데 사법경찰관이 신청한 영장을 검사가 법원에 청구하지 않은 행위로 인하여 피의자의 어떤 권리가 침해될 우려가 있는지는 의문이다. 더욱이 피의자와 변호인이 사법경찰관의 편에 서서 사법경찰관이 신청한 영장을 검사가 부당하게 법원에 청구하지 않았다는 의견서를 내리라고는 현실적으로 기대하기도 어렵기 때문에 어떤 사안에 대한 의견을 개진할 권리를 정한 것인지가 명확하지 않다. 법원의 영장에 의한 강제처분의 집행[212]은 피의자로서 당연히 감수하여야 하는 처분으로서[213] 피의자의 양해를 구할 필요가 없는 것이라면[214] 이 규정들에 의하여 도리어 사법경찰관은 애초부터 수사의 효율성과 기밀성을 유지할 수 없게 되어 영장심의위원회에 심의를 신청하는 것이 수사에 대한 방해행위가 될 위험이 있다.

---

211) 「규칙 제정안」 제17조(피의자·변호인의 의견서 제출) "① 제14조제2항의 통보를 받은 피의자 또는 변호인은 위원회에 의견서를 제출할 수 있다.
② 제1항의 경우 피의자 또는 변호인은 의견서 원본 및 부본 각 1부를 제14조제2항의 통보를 받은 날로부터 5일(근무일 기준) 이내에 위원회에 제출하여야 한다".

212) 이에 대한 사법심사는 예컨대 구속 전 피의자심문절차, 체포·구속적부심사, 그 밖의 준항고 등에 의하여 보장되어 있을 뿐만 아니라 그 밖에 피의자에게는 다양한 권리들이 인정되어 있다.

213) 강제처분은 피의자가 당연히 감수하여야 하는 만큼 피의자의 인권이 침해되지 않도록 하는 여러 장치들이 보장되어 있다. 예컨대 피의자에 대한 강제처분에 대한 사법심사는 예컨대 구속 전 피의자심문절차나 체포·구속적부심사가 보장되어 있을 뿐만 아니라 강제처분에서의 법령위반·인권침해 등에 대한 불복수단으로는 준항고가 보장되어 있으며, 그 밖에도 수사에서의 피의자·피고인의 권리들이 보장되어 있다.

214) 향후 사법경찰관이 검사에게 영장청구를 신청하거나 검사가 법원에 영장을 청구할 때 피의자의 의견서를 받도록 할 것이라고는 생각하기도 어렵다.

2. 검사의 적극적 수사권 및 공소권 남용에 대한 불복

우리나라의 경우 검사의 적극적 수사권 및 공소권 남용에 대한 사법심사제도로서 검사의 수사의 적절성과 영장청구의 적절성 그리고 공소제기의 여부의 판단을 위하여 검찰시민위원회,[215] 검찰 수사심의위원회 그리고 전문수사자문위원제도 등이 그리고 소극적 공소권남용에 대한 불복제도로서 검찰항고 및 재항고 그리고 재정신청제도가 운영되고 있다. 이들 제도들을 비교하면 다음과 같다.

215) 「검찰시민위원회 운영지침」(대검찰청예규 제965호, 2018.9.20. 일부개정, 2018.9.20. 시행) 참조.

[표 2-2] 검찰 단계에서의 내부적 사법심사제도* 비교

	검찰항고제도	검찰시민위원회	검찰 수사심의위원회	전문수사자문위원	영장심의위원회
근거법령	• 「검찰청법」§ 10 • 「검찰사건사무규칙」 §§ 89	「검찰시민위원회 운영지침」	「검찰수사심의위원회 운영지침」	• 「형사소송법」§ 245조의2, 245조의3, 245조의4 • 「전문수사자문위원 운영규칙」	• 「형사소송법」§ 221조의5② • 「영장심의위원회 규칙 제정안」(이하 "규칙"이라 한다)**
설치	각 지방검찰청 → 고등검찰청 (법 § 10①,②)	대상 사건별 • 지방검찰청·지청*** • 고등검찰청****	대검찰청 (§ 2)	각급 검찰청	고등검찰청 (형소 § 221조의5①)
심의대상	검사의 불기소처분 (법 § 10①)	§ 3② "1. 공소제기의 적정성 2. 불기소 처분의 적정성 3. 구속취소의 적정성 4. 구속영장 청구 및 재청구의 적정성 5. 수사절차 이의에 관한 진정사건 처분의 적정성 6. 구형 의견의 적정성 7. 소송비용 청구(형사소송에서 재판장에 대한 소송비용의 부담결정을 촉구하는 내용의 의견진술을 포함한다.)여부의 적정성 8. 항소여부의 적정성 9. 기타 지방검찰청 등의 장이 위원회에 부의(附議)하는 사항"	§ 3① "1. 수사 계속 여부 2. 공소제기 또는 불기소 처분 여부 3. 구속영장 청구 및 재청구 여부 4. 공소제기 또는 불기소 처분된 사건의 수사 적정성·적법성 등 5. 기타 검찰총장이 위원회에 부의(附議)하는 사항"	• "수사 진행, 구속영장 청구, 사건(항고사건을 포함한다)의 기소 등 수사절차의 모든 단계에서 공소제기 여부와 관련된 사실관계를 분명하게 하기 위하여 필요한 경우"(규칙 § 3①; 형소 §245조의2 ①) • "관련 서류를 검토하거나, 피의자·피해자 또는 그 밖의 참고인의 진술을 듣는 자리에 동석하는 등 수사절차에 참여하여 설명하거나 의견을 진술" (규칙 § 3②)	• 규칙 § 3② "1. 체포·구속영장 2. 압수·수색·검증영장 3. 「통신비밀보호법」에 규정된 허가서 4. 기타 사법경찰관이 관련 법률에 의하여 신청하고 검사가 법원에 청구하는 국민의 기본권을 제한하는 강제처분" 신청 : 규칙 § 11 "1. 검사가 보완수사요구 없이 영장을 청구하지 않기로 한 결정서가 해당 경찰관서에 접수된 날 (다만, 사법경찰관이 동일한 영장에 대하여 2회 이상 보완수사요구를 받아 이를 이행한 경우에는 추가로 재차 보완

	검찰항고제도	검찰시민위원회	검찰 수사심의위원회	전문수사자문위원	영장심의위원회
					수사요구를 받은 때) 2. 사법경찰관이 영장을 신청한 날로부터 5일(근무일 기준)이 경과하도록 영장 청구 여부를 결정하지 아니하는 경우에는 영장 신청일(검사가 관계 서류와 증거물을 사법경찰관에게 반환하지 아니한 채 보완수사요구를 한 경우에는 사법경찰관이 보완수사요구 이행 결과 서면을 검찰청에 접수한 날)로부터 5일(근무일 기준)이 경과한 때{다만, 영장을 신청한 사법경찰관과 협의하여 영장 신청일로부터 10일(근무일 기준) 이내의 범위에서 영장 청구 여부 결정 기한을 연장한 때에는 그 연장일이 경과한 때}"
후보자 구성	-	11-60명 이하 (§ 4①)	150-250명 이하 (§ 4①)	• 1명 이상 (형소 § 245조의 3①) • 각급 검찰청의 장이 명부 관리 • 지정·추천	• 20-50명 (규칙 §6③) • 외부위원으로만 구성(지정·추천)

	검찰항고제도	검찰시민위원회	검찰 수사심의위원회	전문수사자문위원	영장심의위원회
자격	–	"만 19세 이상의 대한민국 국민 중에서 건전한 상식과 균형감을 갖춘 일반 시민들을 위원으로 위촉한다. 이 경우 다양한 분야의 시민들이 위촉될 수 있도록 직업, 연령, 성별, 거주지 등을 고려한다" (§ 4④)	"법제도 등에 학식과 경험을 가진 사람으로서 덕망과 식견이 풍부한 사회 각계의 전문가를 위원으로 위촉하되, 특정 직역이나 분야에 편중되지 않도록 노력하여야 한다" (§ 4②)	"전문적인 지식과 경험을 가진 사람" (규칙 § 2①)	"전문성과 경험이 풍부하고 덕망을 갖춘 사람" (규칙 § 3④)
위원장	–	지방·고등검찰청 등의 장이 지정 (§ 5①)	검찰총장 (§ 5②)		후보 위원들이 선출 (규칙 § 3⑤)
임기	–	2년 1회 연장	2년 2회 연장		• 위원장: 1년 • 위원: 1년 1회 연장
위원회 구성방식	–	추천·공개 모집 (§ 4⑤)	지정·추천(§ 4②, ③)	지정 (규칙 § 2, 5(지정의 취소))	지정·추천 (규칙 § 3⑥)
결격사유·제척·회피	✗	§4⑥, §12	• 검사의 객관의무 (§ 7조의2) • 위원: § 4④ • 현안 위원: § 11	• 결격사유: 규칙 § 4 • 지정취소: § 5	규칙 §§ 5, 6, 7
기피신청 제도	✗	○ (검사에게만 인정) (§ 12②,③)	○ (§ 11)	△ 지정에 관한 이의신청(): 관할 고등검찰청 (§ 245조의3③; 규칙 § 6)	○ (규칙 § 7③,④,⑤)
신청권자	• 고소인·고발인 (법 §10①) • 진정인 (규칙 § 92④)	검사	• "사건관계인(고소인, 기관 고발인, 피해자, 피의자 및 그들의 대리인과 변호인을 말한다.)" (§ 6①) • 지방검찰청 검사장 → 검찰총장 (§ 8①)	검사 직권 또는 피의자·변호인의 신청 (형소 § 245조의2①; §)	사법경찰관 (형소 § 221조의5①)

	검찰항고제도	검찰시민위원회	검찰 수사심의위원회	전문수사자문위원	영장심의위원회
위원회 부의여부 결정		가능한 정기적으로 개최	• "고등검찰청 산하 검찰청 검찰시민위원 중 무작위 추첨을 통하여 위원회 부의(附議) 여부를 심의할 검찰시민위원 15명을 선정하여 부의심의위원회" (§ 7①) • 10명 이상의 출석, 참석위원 과반수 찬성으로 결정 (§7 ④⑤)		
현안 위원 구성·선정 방식		• 위원장이 위원에게 균등한 참여기회 부여 (§ 11①)	• 무작위 추첨 (§ 10②)		무작위 선정 (규칙 § 3⑦)
심의 정족수		9명 이상 출석(소위원회·차장검사 없는 지청: 5명 이상) (§ 13)	• 무작위 추첨된 15명 중 현안위원 10명 이상 선정(§ 12①)		무작위 선정된 9명 (규칙 § 3⑦)
심의	고등검찰청 불기소처분 항고·재항고사건부(재기수사한 사건을 다시 불기소처분하려 할 때에는 고등검찰청의 장의 승인 (§ 90①1.))	• 비공개 (§14③) • 의견일치, 출석위원 과반수의 찬성 (§ 14④)	• 비공개 (§ 15①) • 위원장 – 질문·표결 ✗ (§ 10④) • 의견일치, 출석위원 과반수의 찬성 (§ 15②)		• 비공개 (규칙 § 20④, 25①) • 위원장 – 표결 ✗ (규칙 §§ 8① 단서, 20①) • 출석위원 과반수의 찬성 (규칙 § 20①) • 무기명 비밀투표 (규칙 § 20②)
심의의견 등 공개	–	비공개	"심의의견의 공개여부, 공개시기, 공개방법, 신청인(신청인 외의 사건관계인 포함)에게 심의결과 통지 여부, 통지내용 등" 자율적으		• 심의대상 관련 사항: 출석위원 2/3 이상의 찬성 (규칙 § 25② 본문) • 심의위원 – 비공개 • 공개사유 (§ 25②):

	검찰항고제도	검찰시민위원회	검찰 수사심의위원회	전문수사자문위원	영장심의위원회
			로 결정 (§ 18)		"1. 사건관계인 또는 수사업무 종사자의 명예, 사생활 등 인권을 침해하는 등의 오보가 실제로 존재하거나 발생할 것이 명백하여 신속하게 그 진상을 바로잡는 것이 필요한 경우 2. 영장심의 관련 사실이 이미 언론에 공개되어 심의대상 관련 사항을 국민들에게 알릴 필요가 있는 경우"
심의의 효력	기속 – 경정·재기수사명령·공소제기명령·주문변경명령 등 (규칙 § 91①1.,5.)	"검사는 위원회의 심의의견을 최대한 존중하여야 한다. 다만, 위원회의 의견은 검사의 결정을 기속하지 아니한다" (§18①)	"주임검사는 현안위원회의 심의의견을 존중하여야 한다" (§ 19)		
피의자의 의견진술	–	✗ (검사만 의견 진술 (§ 14①②))	§ 7③	규칙 § 7	• 검사·사법경찰관 (규칙 §§ 15, 16, 19) • 피의자·변호인 (규칙 § 17)
불복	• 재항고 (법 §10 ③) → 고등검찰청 → 검찰총장 • "항고를 기각하는 처분에 불복하거나 항고를 한 날부터 항고에 대한 처분이 이루어지지 아니하고 3개월이 지났을 때"	✗	✗	✗	✗ 다만 재신청의 제한: "사법경찰관은 위원회의 심의가 있거나 제12조제1항 및 제2항에 따라 심의 신청이 철회된 경우에는 심의대상이 되

	검찰항고제도	검찰시민위원회	검찰 수사심의위원회	전문수사자문위원	영장심의위원회
	• 다만 특히 "3. 재기수사명령후 불기소승인건의를 받아 처리한 사건에 대하여 재기수사명령의 결정을 한 고등검찰청의 장 또는 검찰총장에게 다시 항고 또는 재항고한 경우" 와 "3의2. 항고에 대하여 지방검찰청 또는 지청의 장이 재기수사한 후 고등검찰청의 승인을 받아 불기소처분한 사건에 대하여 다시 항고한 경우"는 각하(규칙 § 91③3.,3의2.) • 그러나 "항고인·재항고인이 새로운 증거가 발견되었음을 소명한 경우" 제외(규칙 § 91③본문)				었던 영장과 동일한 내용의 영장에 대하여 다시 심의를 신청할 수 없다. 다만, 심의 신청 이후 영장청구 여부에 직접적인 영향을 미치는 중요한 증거가 새로이 발견된 경우에는 그러하지 아니하다" (규칙 § 24)
자신에게 책임없는 사유로 인한 불복기간의 도과	법 § 10⑥	✗	✗	–	✗
기타		전문가자문단(§§ 26)·시민모니터링단(§§ 31)	수사점검위원회·수사점검단 (§§ 20)		

* 검찰 및 경찰의 내부적 사법심사제도에 관한 비교인 만큼 법원에 의한 외부적 사법심사인 준항고제도(「형사소송법」 제417조)는 여기에서 다루지 않기로 한다.

** 2020년 11월 17일「영장심의위원회 규칙 제정안」. 2020년 현재 아직 법무부 홈페이지에 게제된 "영장심의위원회 규칙 제정령안 입법예고" 참조(https://www.moj.go.kr/moj/209/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbW9qJTJGMTU3JTJGNTMzOTcwJTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNGcGFzc3dvcmQlM0QlMjZyZ3NCZ25kZVN0ciUzRCUyNmJic0NsU2VxJTNEJTI2cmdzRW5kZGVTdHlIM0QlMjZpc1ZpZXdNaW5lJTNEZmFsc2UlMjZwYWdlJTNEMSUyNmJic0

9wZW5XcmRTZXElM0QlMjZzcmNoQ29sdW1uJTNEJTI2c3JjaFdyZCUzRCUyNg%3D%3D; 검색일: 2020년 11월 18일).

*** 「검찰시민위원회 운영지침」 제3조(심의대상) "① 검사는 다음 각호의 사건에 관하여 제2항의 심의가 필요하다고 인정되는 때에는 사전에 위원회에 심의를 요청한다.
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. 사회적 이목이 집중된 사건
5. 기타 지방검찰청 등의 장이 위원회의 심의가 필요하다고 지정한 사건"

**** 「검찰시민위원회 운영지침」 제23조(심의대상) ①지방검찰청 등의 검사는 다음 각호의 사건에 관하여 고검 위원회의 심의가 필요하다고 인정되는 때에는 사전에 고검 위원회에 제3조 제2항에 관한 심의를 요청한다.
"1. 검사 또는 4급 이상 검찰공무원에 대한 형법 제7장(공무원의 직무에 관한 죄)에 규정된 사건(특별법에서 형법 제7장에 규정된 범죄를 가중처벌 하는 경우를 포함한다.)
2. 검사 또는 4급 이상 검찰공무원이 그 직위를 이용하여 행한 범죄 사건
3. 기타 지방검찰청 등의 장이 고검 위원회의 심의가 필요하다고 판단하여 지정하는 사건"

검찰항고제도는 검사의 소극적 공소권남용, 즉 검사의 불기소처분에 대한 불복이라는 점에서 아래에서 서술되며 영장심의위원회는 이미 사법경찰관의 영장청구 신청에 대한 검사의 기각결정에 대한 불복이라는 점에서 이미 앞서 다루었다. 따라서 여기에서는 검찰시민위원회, 전문수사자문위원제도 그리고 검찰 수사심의위원회를 둘러싼 문제점에 관하여 서술하도록 한다.

검찰시민위원회와 검찰 수사심의위원회의 경우 시민참여형 검찰통제수단이라는 점에서 미국의 대배심제도(*Grand Jury*)나 일본의 검찰심사회제도(検察審査会)와 비교되곤 한다. 그러나 미국의 대배심제도는 중죄에 대한 정식절차인데 대하여 검찰시민위원회나 검찰수사심의위원회는 필요에 의하여 소집된다는 점에서 구별되며, 일본의 경우 우리나라와 같은 검찰항고제도가 없고 검찰심사회제도를 운영하고 있어서 검찰심사회제도가 불복수단인데 대하여 우리나라의 검찰시민위원회는 불복수단이라기보다는 검찰내부적 그리고 자체적 사법심사제도라는 점에서 구별된다.

또한 전문수사자문위원은 "수사 진행, 구속영장 청구, 사건(항고사건을 포함한다)의 기소 등 수사절차의 모든 단계에서 공소제기 여부와 관련된 사실관계를 분명하게 하기 위하여 필요한 경우"에 검사의 직권으로 또는 피의자·변호인의 신청에 의하여 지정되고(「전문수사자문위원 운영규칙」 제3조 제1항; 「형사소송법」 제245조의2 제1항) "관련 서류를 검토하거나, 피의자·피해자 또는 그 밖의 참고인의 진술을 듣는 자리에 동석하는 등 수사절차에 참여하여 설명하거나 의견을 진술"할 수 있다는 점에서(「전문수사자문위원 운영규칙」 제3조 제2항) 전문수사자문위원제도는 수사의 전문성 및 정확성 강화를 위한 제도[216]이지 안건을 심의하는 위원회와는 그 성격을 달리한다.

이들 제도들은 검사의 처분에 대한 검찰내부적 사법심사제도이기는 하지만 그렇다고 전혀 문제가 없는 것은 아니다.

첫째 각종 시민위원회가 법률판단을 하도록 하는 것이 과연 타당한가 그리고 법원의 판단과 시민위원회의 판단이 경합하는 경우의 문제 등에 관해서는 이미 앞서 영장심의위원회와 관련하여 언급하였다.

둘째 검찰시민위원회와 검찰 수사심의위원회의 경우 그 심의대상이 그리고 전문수

216) 전문수사자문위원제도에 관한 비판에 대해서는 2009년 1월 6일 법률신문 보도 "검사들, '전문수사자문위원제도' 외면" 참조(https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=44414; 검색일: 2020년 10월 5일).

사자문위원제도의 경우 그 지정목적이 서로 유사하여 자칫 유사·중복된 제도들이 난립하고 있는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 즉 검찰 수사심의위원회는 수사의 적정성여부가 주된 심의대상이기는 하지만 "2. 공소제기 또는 불기소 처분 여부, 3. 구속영장 청구 및 재청구 여부, 4. 공소제기 또는 불기소 처분된 사건의 수사 적정성·적법성 등"은 검찰시민위원회의 심의대상인 "1. 공소제기의 적정성, 2. 불기소 처분의 적정성, 3. 구속취소의 적정성, 4. 구속영장 청구 및 재청구의 적정성, 5. 수사절차 이의에 관한 진정사건 처분의 적정성" 등과 유사하다.

셋째 검찰내부적 사법심사수단에 대해서는 항상 그 독립성과 중립성이 의심받기 때문에[217] 설령 그것이 "시민참여형" 위원회라고 하더라도 그 독립성과 중립성을 어떻게 담보할 것인가가 과제이다. 예컨대 위원의 위촉과 관련하여 앞의 표에서 살펴보았듯이 적어도 "규정"상으로는 후보 위원들은 검찰위원회의 경우 11명에서 60명 이하 그리고 검찰 수사심의위원회의 경우 150명에서 250명 이하를 지정 또는 추천받아 선정하도록 하고 있으며 특히 검찰수사심의위원회의 경우 현안 위원뿐만 아니라 위원회 부의여부를 심사하는 경우에도 무작위 추첨을 통하여 위원을 선정하도록 하고 있다(「검찰수사심의위원회」 운영규칙 제7조 제1항). 이것은 영장심의위원회가 20명에서 50명의 후보 위원들 중에서 무작위로 선정하도록 하고 있는 것과 큰 차이가 없다. 다만 후보 위원들의 지정 및 추천이 편향적일 경우에는 설령 현안 위원을 무작위 추첨을 한다고 하더라도 공정성에 의심을 받을 수 있게 된다는 문제가 있다.

넷째 이들 위원회들은 피의자나 고소인 등의 신청에 의하여 소집되는 것이 아니라 검찰시민위원회의 경우 위원장에 의하여 소집되거나 정기적으로 소집된다는 점에서 불복절차라기 보다는 오히려 검찰내부적 "자체" 사법심사제도라고 말할 수 있다. 이것은 검찰시민위원회의 결정에 대하여 불복수단이 없다는 점에서도 쉽게 이해할 수 있다.

다섯째 앞서 언급한 바와 같이 검찰시민위원회가 피의자·고소인 등의 불복수단이 아니라 "검찰 내부의 필요에 따라" 소집되는 자체 심사절차에 불과한 것이라면 결국 검찰의 수사과정 또는 공소제기와 관련한 법령위반·인권침해·현저한 수사권남용에

217) 예컨대 참여연대 사법감시센터 2020년 8월 13일 의견표명 "검찰총장 입맛대로 운영되는 수사심의위" (http://www.peoplepower21.org/Judiciary/1725006; 검색일: 2020년 10월 5일).

대한 검찰내부적 불복제도는 검찰 수사심의위원회만이 남게 된다. 즉 검찰수사심의위원회는 "사건관계인(고소인, 기관고발인, 피해자, 피의자 및 그들의 대리인과 변호인을 말한다)"도 검찰 수사심의위원회의 소집을 신청할 수 있다는 점에서 검찰항고제도와 함께 중요한 불복수단으로 기능할 수 있는 제도라고 볼 수 있다. 그러나 그렇다고 하여 검찰 수사심의위원회제도에 전혀 문제가 없는 것은 아닌데 검찰 수사심의위원회의 결정에 대한 불복수단이 규정되어 있지 않다는 문제점이 있다. 즉 검찰내부적 심사에 대하여 법원의 사법심사를 차단하는 것은 사건관계인의 권리구제라는 관점에서 볼 때 지나치게 사건관계인에게 불리한 것이라고 볼 수 있다. 그렇다고 검찰내부적 심사에 대하여 준항고를 제기할 수 있기 때문에 검찰수사심의위원회의 결정에 대한 불복은 불필요하다고 말할 수도 있으나 「형사소송법」 제417조에 정한 준항고의 대상은 제한적이기 때문에 검찰수사심의위원회의 심의대상이 되는 신청이유를 모두 포괄하지 못한다.

여섯째 이와 같이 설령 이들 시민참여형 심사에서 피의자·고소인 등에 유리한 판단이 내려진 경우라고 하더라도 그 실질에 있어서는 어디까지나 검사의 수사 및 공소제기의 적정성 여부를 검찰 스스로 심사하는 제도에 불과한 것이라면, 그러나 그렇다고 하여 "검찰 내부적으로는" 그 유효성을 완전히 부인할 수 없는 것이라면, 적어도 심사위원회의 결정은 피의자·고소인 등에 대하여 대항력을 가지지 않도록 할 필요가 있게 된다. 즉 예컨대 검찰항고 및 재항고 그리고 재정신청에서 검찰시민위원회나 검찰수사심의위원회의 결정을 가지고 대항할 수 없도록 할 필요가 있다. 그렇지 않는 한 검찰시민위원회나 검찰 수사심의위원회는 검찰의 결정을 정당화시켜주는 수단으로 전락할 위험이 있다.

3. 검사의 소극적 공소권남용에 대한 불복 – 불기소처분에 대한 불복

가. 개관

검사의 기소재량의 정도에 따라 일반적으로 기소법정주의와 기소편의주의로 구분된다. 기소법정주의(*Legalitätsprinzip*)는 역사적으로 프랑스 혁명 후 앙시앵 레짐(*Ancien Régime*) 당시 검사의 공정성(*impartiality*)에 대한 불신에서 도입된 것으로서 선별적인

기소에 의하여 평등권이 침해되는 것을 방지하기 위한 것이었다.[218] 그러나 그런 만큼 형사사법에 대한 과부하와 구체적 형평성을 도외시할 우려가 있기 때문에 많은 예외를 인정하고 있다. 이러한 입법례로는 예컨대 독일[219],[220]과 이탈리아[221]를 들 수 있다.

이에 대하여 기소편의주의(*Opportunitätsprinzip*)[222]는 검사에 대한 신뢰에 기반한 것으로서[223] 모든 죄가 법원 앞에 기소될 만한 것은 아니라는 것을 전제로 한다.[224] 주로 영미법계 입법례에서 채택하고 있으나 대륙법계 입법례에서도 프랑스,[225] 일본 또는 우리나라 등이 기소편의주의를 채택하고 있는데[226] 주로 형사절차의 효율성 제고나 사법의 과부하를 경감하기 위하여 기소편의주의를 채택하는 경우가 많다.[227]

---

218) *Ligeti, Katalin*, "The Place of the Prosecutor in Common Law and Civil Law Jurisdictions", in: *Brown, Darryl K./Turner, Jenia Iontcheva/Weisser, Bettina, The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, 2019, p. 150.

219) 독일 「형사소송법」에서 기소법정주의에 관해서는 제152조(기소관청; 기소법정주의(*Anklagebehörde; Legalitätsgrundsatz*))에서 규정하고 있다. 독일 「형사소송법」 제152조(기소관청[국가소추주의]; 기소법정주의, *Anklagebehörde; Legalitätsgrundsatz)* 및 제170조(기소여부에 대한 판단, *Entscheidung über eine Anklageerhebung*). 이에 대하여 기소법정주의와 검사의 기소재량은 제153조, 제153a조부터 제153f조에서 규정하고 있다. 이에 관한 상세한 것은 *Roxin/Schünemann*[29] § 14 Rn. 1 ff.

220) 그러나 범죄의 혐의가 명백한 때에는 반드시 기소하여야 한다. 독일 「형사소송법」 제152조 제2항("[범죄사실을 뒷받침할 만한] 충분한 사실에 근거한 혐의가 존재하는 한(sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen)")); 제170조(특히 제1항: "수사에 의하여 [수집된 증거에 의하여] 공소를 제기하기에 충분하다고 인정한 때에는(Bieten die Ermittlungen genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage)"). 독일의 기소법정주의에 관한 상세한 것은 *Beulke, Werner*, Rn. 8 ff. zu § 152, in: *Erb, Volker/Esser, Robert/Franke, Ulrich/Graalmann-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander(Hrsg.), Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Band 5: §§ 151-212b*, 26. Auflage, de Gruyter, Berlin/Boston, 2013("LR[26]-*저자*"로 인용한다); *Graalmann-Scheerer, Kirsten*, Rn. 17 zu § 170, in: *Becker, Jörg-Peter/Erb, Volker/Esser, Robert/Graalmann-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander (Hrsg.), Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Band 5/2: §§ 158-212b*, 27. Auflage, de Gruyter, Berlin/Boston, 2018("LR27-저자"로 인용한다).

221) 이탈리아는 「헌법」 제112조("The public prosecutor has the duty to initiate criminal proceedings")에서 기소법정주의를 규정하고 있으나 「형사소송법」상 많은 기소재량이 인정되고 있다고 한다. 이에 관한 것은 *Weigend, Thomas, op. cit.*, p. 384.

222) 기소법정주의와 기소편의주의에 관한 상세한 것은 *Weigend, Thomas, op. cit.,* pp. 383-384.

223) *Ligeti, Katalin (2019), op. cit.,* p. 151.

224) *Ligeti, Katalin (2019), op. cit.,* p. 151.

225) 프랑스의 기소편의주의에 관한 상세한 것은 *Hodgson, Jacqueline, French Criminal Justice: A Comparative Account of the Investigation and Prosecution of Crime in France*, Hart Publishing, 2005, pp. 228-229.

226) 그 밖에도 벨기에, 덴마크, 룩셈부르크 또는 네덜란드 등이 있다고 한다. 이에 관한 것은 *Ligeti, Katalin (2019), op. cit.*, p. 151.

227) *Ligeti, Katalin (2019), ibid.*

그런데 기소편의주의 하에서는 부당한 검사의 불기소처분은 검사의 소극적 공소권 남용[228]으로서 이에 대한 불복제도를 어떻게 구성할 것인가는 소송관련자의 권리보장을 위하여 중요한 의미를 가진다. 검사의 불기소처분에 대한 불복의 문제는 기소재량(*discretion*)이 허용되는 영역에서만 발생하기 때문에 앞서 언급한 기소법정주의를 채택하는 입법례의 경우에도 그 예외나 기소재량이 허용하는 범위에서는 동일한 문제가 발생한다.

기소편의주의를 채택하고 있는 우리나라의 경우[229] 검사의 불기소처분에 대하여 검찰 내부적 사법심사제도로서 검찰항고 및 재항고제도(특별항고)[230]를 그리고 법원에 의한 외부적 사법심사로서 재정신청제도[231]를 운영하고 있다. 재정신청제도는 법원단계에서의 불복절차에서 보다 상세하게 다루기 때문에 여기에서는 검사의 불기소처분에 대한 내부적 통제수단과 이에 관한 주요 외국의 입법례에 관하여 다루고자 한다.

나. 주요 외국의 입법례

검사의 불기소처분에 대한 불복과 관련하여 주로 기소편의주의를 채택하고 있는 영미법계 입법례에서는 검사의 기소재량이 매우 폭넓게 인정되는 만큼 이에 대한 통제나 불복은 그리 쉽지 않은 것이 사실이다. 물론 한편으로는 기소재량의 구체적 타당성을 견지하면서 다른 한편으로는 공소제기의 일관성을 조화시키기 위하여 공소제기의 기준을 마련하고 있기도 하지만[232] 그렇다고 기소를 강제할 수 있는 절차나

---

228) 검사의 적극적 공소권남용에 대해서는 이른바 "공소권남용론"으로 논의되고 있는데 검사의 공소권남용이 인정되는 경우 일반적으로 법원은 공소기각결정을 내리도록 하는 것이 타당하다. 대법원 1999.12.10. 선고 99도577 판결; 대법원 2001.9.7. 선고 2001도3026 판결; 대법원 2013.4.11. 선고 2012도6292 판결; 대법원 2017.12.13. 선고 2017도16223 판결. 이른바 "공소권남용론"에 관한 상세한 것은 이은모·김정환, 『형사소송법』, 제7판, 박영사, 2019, 368면 이하.

229) 우리나라 「형사소송법」 제247조(기소편의주의) "검사는「형법」 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다"; 「검찰사건사무규칙」 "제3절 불기소".

230) 「검찰청법」 제10조(항고 및 재항고).

231) 「형사소송법」 제260조(재정신청).

232) 예컨대 영국 왕립기소청(*Crown Prosecutors Service*)의 "사건사무처리규정(*The Code for Crown Prosecutors*)"(https://www.cps.gov.uk/publication/code-crown-prosecutors; 검색일: 2020년 9월 20일)이나 미국 "[연방]검사 매뉴얼(*U.S. Attorney Manual* § 9-27.000)"(https://www.justice.gov/jm/justice-manual; 검색일: 2020년 9월 20일) 등이 있다.

불기소처분에 대하여 불복할 수 있는 별도의 절차가 마련되어 있는 경우는 그리 흔하지 않다.[233] 예컨대 영국의 경우 왕립기소청에 내부적 심사제도를 두고 있으나 법원에 의한 사법심사는 극히 예외적인 경우에 한하여 공소권남용이나 불기소처분에 대하여 받을 수 있을 뿐 별도의 불복절차가 마련되어 있는 것은 아니며,[234] 미국의 경우에도 검사의 불기소처분에 대한 불복은 허용되지 않고 공소권남용의 경우 위헌확인을 위한 별도의 소송을 제기하여 사법심사의 방식으로 구제될 뿐이다.[235] 물론 영국의 치안판사(*Magistrates*)는 중죄(*indictable offences*)의 경우 상급 정식형사재판(*Crown Court*)으로 사건을 이송하기는 하지만 그것은 경미사건만을 담당하도록 한 치안판사제도의 법적 성격 때문이지 검사의 공소제기를 심사할 권한이 있어서도 아니며 검사의 기소재량에 대한 통제수단도 아니다.[236] 또한 미국 연방과 일부 주에서는 대배심제도(*Grand Jury*)를 운영하고 있으나 그렇다고 하여 대배심제도가 사후적 구제절차인 것은 아니며 기소 전 정식절차로서 검사의 공소권을 견제하는 기능을 수행할 뿐이다.

이에 대하여 대륙법계 입법례의 경우 기소법정주의를 채택하든 아니면 기소편의주의를 채택하든 검사의 공소권행사에 대한 사후적 불복절차를 마련하고 있다는 점에서 영미법계 입법례와는 구별된다. 예컨대 원칙적으로 기소법정주의[237]를 그리고 예외적으로 기소재량[238]을 채택하고 있는 독일의 경우 사전적 통제수단으로서 검사가 불기소처분을 내리기 위해서는 법원의 동의를 필요로 한다(예심판사제도를 채택하고 있는 이탈리아도 예심판사의 허가가 필요하다[239]). 특히 기소강제주의는 (제153조 이하를 제외한 기소강제주의가 적용되는 사건에서의) 불기소처분에 대해서는 기소강제절차(*Klageerzwingungsverfahren*)[240]와 심지어는 공무상 사법방해죄[241]에 의하여 담보된다.[242]

---

233) *Ligeti, Katalin (2019), op. cit.,* pp. 153-154.

234) *Ibid.* pp. 153-154.

235) *Ibid.,* p. 154.

236) 영국의 치안판사제도에 관한 소개는 영국 사법부 홈페이지 참조(https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/magistrates/#criminalcourt; 검색일: 2020년 9월 20일).

237) 독일「형사소송법」제152조(기소관청; 기소법정주의, *Anklagebehörde; Legalitätsgrundsatz*) 제2항, 제170조(공소제기에 대한 판단, *Entscheidung über eine Anklageerhebung*). 그 밖에 *Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV)* §86*(Allgemeines)* (1).

238) 독일「형사소송법」제153조 이하.

239) 이탈리아「형사소송법」제408조 제1항.

240) 독일「형사소송법」제171조부터 제177조.

또한 주요 외국의 입법례를 살펴보면 검사의 불기소처분을 다투는 유형으로는 크게 (1)피해자가 사인소추를 제기하는 방식[243]과 (2)법률심사(*review*)로 구별되는데 후자는 다시 이의신청의 주체의 관여도에 따라 ①피해자에 의한 기소강제신청,[244] ②(피해자와 상관없이) 검사의 사건종결 또는 불기소처분에 대하여 법관의 동의를 요구하는 방식,[245] ③피해자뿐만 아니라 고소인·고발인이 검사의 불기소처분에 대한 이의신청을 허용하는 방식,[246] ④ 사인소추와는 구별되는 배상명령을 신청하는 방식 등[247],[248]으로 구별되기도 한다.

다. 검사의 공소권남용에 대한 사전적 통제

주요 입법례를 살펴보면 검사의 공소권남용을 방지하기 위한 사전적 통제로는 기소법정주의(*Legalitätsprinzip*), 객관의무, 기피제도, 대륙법계 입법례에서 흔히 볼 수 있는 법무부장관의 지휘권, 예심판사제도 그리고 미국 연방정부나 각 주에서 채택되고 있는 대배심제도 등이 있다. 또한 앞서 언급한 우리나라의 전문수사자문위원제도도 사전적 통제제도라고 볼 수 있다. 그러나 엄밀한 의미에서 검사의 공소권남용에 대한 사전적 통제는 불복제도라고 말할 수는 없지만 검사의 공소권남용으로 인한 불복에 이르는 것을 방지한다는 의미에서 여기에서 간략하게 서술하고자 한다.

---

241) 독일「형법」제258조의a(공무상 사법방해, *Strafvereitelung im Amt*).

242) *Roxin/Schünemann*[29] § 14 Rn. 4. 그 밖에도 법무부장관의 지휘권도 기소강제주의를 담보하는 것으로 해석되고 있다. *Roxin/Schünemann*[29] *ebd.*

243) 프랑스「형사소송법」제1조 제2항.

244) 독일「형사소송법」제172조(피해자의 이의신청; 기소강제절차, *Beschwerde des Verletzten; Klageerzwingungsverfahren*).

245) 이탈리아「형사소송법」제408조(범죄통지(*notitia criminis*)가 근거가 없는 경우의 불기소) 제1항 및 제410조(불기소에 대한 이의신청) 제1항 (이탈리아「형사소송법」은 *Gialuz, Matja/Lupária, Luca/Scarpa, Federica ed., The Italian Code of Criminal Procedure: Critical Essays and English Translation*, 2 Edition, Wolters Kluwer/CEDAM, 2017을 참고하였다).

246) 프랑스「형사소송법」제40-3조. 우리나라의 검찰항고는 고소인 또는 고발인이 신청할 수 있도록 하고 있다(「검찰청법」제10조(항고 및 재항고) 제1항).

247) 프랑스「형사소송법」제1조 제2항 및 제85조.

248) 이 구별은 *Göhler, Jahanna*, "Victim Rights In Civil Law Jurisdiction", in: *Brown, Darryl K./Turner, Jenia Iontcheva/Weisser, Bettina, The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, 2019, p. 283에 따른 것이다.

1) 검사의 공정성 확보를 위한 방안

우선 검사의 공소권남용에 대한 불복에 이르기 전에 사전에 방지하기 위한 방안으로는 기소법정주의, 객관의무 그리고 검사에 대한 기피제도를 들 수 있다.

가) 기소법정주의

기소법정주의는 편견이나 편향성에 근거한 선별적 공소제기를 방지하고 공평한 공소제기를 보장하기 위한 것으로서 검사의 기소재량을 가능한 한 제한하려는 것이다. 기소법정주의를 채택하고 있는 입법례로는 독일,[249] 스위스[250] 등을 들 수 있으며 국제형사재판소도 원칙적으로 기소법정주의를 채택하고 있다.[251] 다만 기소법정주의를 채택하고 있는 독일의 경우에도 구체적 형평성을 고려하여 그 예외를 폭넓게 인정하고 있으나 경죄나 경미범죄에 국한하여 인정할 뿐이다(§§ 152a, 153, 153a - 153f).

우리나라의 경우 기소편의주의를 원칙으로 하고 있기 때문에 검사에게 부여된 기소재량은 매우 넓을 뿐만 아니라 선별적 공소권의 남용이 문제가 될 여지가 많은 것이 사실이다.[252] 그러나 적어도 고위공직자범죄수사처의 전속관할범죄인 부정부패의 경우 경미범죄 등과 달리 수사처검사에게 기소재량을 부여할 여지는 크지 않은 만큼 기소법정주의를 적용할 수 있는 영역이라고 판단된다.[253]

나) 객관의무

검사의 객관의무는 당사자주의 형사소송구조를 채택하는 영미법계에서는 찾아볼

---

249) 독일「형사소송법」제161조 제2항: "Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist".

250) 스위스「형사소송법」제9조 제2항: "Sie[Die Strafbehörden] untersuchen die belastenden und entlastenden Umstände mit gleicher Sorgfalt". 이 규정에 따르면 스위스「형사소송법」은 경찰을 포함한 모든 형사사법기관에 대하여 객관의무를 부담시키고 있다.

251) 국제형사재판소에 관한 로마규정(*Rome Statute of the International Criminal Court*) 제54조(수사와 관련한 검사의 의무와 권한, *Duties and powers of the Prosecutor with respect to investigations*) 제1항은 대륙법계 전통의 영향을 받아 검사의 객관의무를 규정하고 있다: "The Prosecutor shall: (a) In order to establish the truth, extend the investigation to cover all facts and evidence relevant to an assessment of whether there is criminal responsibility under this Statute, and, in doing so, investigate incriminating and exonerating circumstances equally".

252) 기소법정주의의 도입에 찬성하는 견해로는 김성돈, "'고위공직자 범죄수사처' 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안",『성균관법학』, 제30권 제1호(2018.3.), 성균관대학교 법학연구원, 180면 이하.

253) 이하의 "4." 참조.

수 없고 직권탐지주의를 채택하는 대륙법계 형사소송구조에서 법관뿐만 아니라 검사에게도 객관의무를 부과하는 경우가 많다. 그런데 검사가 형사소송절차에서 국가형벌권을 실행하기 위하여 국가를 대표하는 당사자적 지위(*adversarial role*)[254]와 피고인에게 유리한 것이라고 하더라도 실체적 진실을 규명하여야 한다(*inquisitorial system*)는 객관의무 간에는 항상 갈등관계가 존재하게 되며 이러한 갈등관계에서 기소재량이 남용될 위험이 발생하게 된다.[255] 그러나 피고인 또는 피해자의 인권이 중요한 관점이라면 무엇보다도 검사의 객관의무는 중요한 의미를 가진다. 이러한 의미에서 예컨대 검사가 피고인의 이익을 위하여 항소할 수 있도록 허용하는 것도 검사의 객관의무를 모든 형사소송절차에 관철시키는 것이라고 볼 수 있다[256](독일[257], 스위스[258], 오스트리아[259] 등. 그리고 우리나라의 비상상고 참조).

그렇기 때문에 우리나라와 같이 재심개시결정에 대하여 검사가 본안심리인 재심을 통하여 실체적 진실을 규명하는 것이 아니라 애초부터 재심결정에 대하여 항고를

---

254) *Moos, Reinhard*, "Die Reform des Vorverfahrens im österreichischen Strafverfahren", in: *Müller-Dietz, Heinz/Müller, Egon/Kunz, Karl-Ludwig/Radtke, Henning/Britz, Guido/Momsen, Carsten/Koriath, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung: zum 65. Geburtstag am 23. April 2007*, 2007, Nomos Verlag, S. 588: "*Keine Parteistellung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren*". 대륙법계 형사소송구조에서는 검사의 객관의무와 실체적 진실발견의무의 관점에서 흔히 검사를 '치우침 없는 공정한 당사자(*unparteiische Partei*)'라고 표현하기도 하지만 실제로는 검사는 일방당사자의 이익을 대변한다는 점에서 "공정한 혹은 치우침이 없는"이라는 수식어는 형용모순이라는 비판에 대해서는 *Moos, Reinhard, ebd.* S. 590 ff.

255) *Gilliéron, Gwladys, Public Prosecutors in the United States and Europe: A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany*, 2014, pp. 134-135; 김유근·탁희성·박성민·이근우·이상한·최준혁·최호진·황태정(김유근), 앞의 보고서, 599면.

256) 대법원 1993.3.4. 자 92모21 결정: "검사는 공익의 대표자로서 법령의 정당한 적용을 청구할 임무를 가지므로 이 사건에 있어서처럼 이의신청을 기각하는 등의 반대당사자에게 불이익한 재판에 대하여도 그것이 위법일 때에는 그 위법을 시정하기 위하여 상소로써 불복할 수는 있다고 하겠지만 그러한 불복은 재판의 주문에 관한 것이어야 하고 단순히 재판의 이유만을 다투기 위하여 상소하는 것은 허용되지 않는다". 그 밖에 대법원 2011.8.25. 선고 2011도6705, 2011감도20 판결; 대법원 2017.2.21. 선고 2016도20488 판결. 그리고 재심(우리나라 「형사소송법」 제420조(특히 동조 제7호 및 제425조) 등)과 비상상고(제441조) 참조.

257) 독일 「형사소송법」 제296조 제2항 "검사는 피고인의 이익을 위하여 항소할 수 있다(Die Staatsanwaltschaft kann von ihnen auch zugunsten des Beschuldigten Gebrauch machen)". 그 밖에 제301조 및 제302조.

258) 스위스 「형사소송법」 제381조(검사의 항소이유, *Legitimation der Staatsanwaltschaft*) 제1항: "검사는 피고인 또는 유죄의 판결의 선고를 받은 사람의 이익을 위하여 항소할 수 있다(Die Staatsanwaltschaft kann ein Rechtsmittel zugunsten oder zuungunsten der beschuldigten oder verurteilten Person ergreifen)".

259) 오스트리아 「형사소송법」 제282조 제1항, 제465조 제1항 제2문.

제기하는 것이 과연 검사의 객관의무에 비추어 타당한 것인가에 대해서는 의문이 제기된다.

이러한 검사의 객관의무가 제대로 기능하기 위해서는 무엇보다도 외부로부터의 부당한 압력으로부터 자유로울 필요가 있는데 이러한 의미에서 예컨대 이탈리아나 포르투갈은 검사의 지위를 「헌법」상 보장함으로써 행정부(법무부장관)로부터 독립시키고 있는 것(이탈리아 「헌법」 제107조 제4문 및 제108조 제2문;[260] 포르투갈 「헌법」 제219조 제2항[261])은 많은 시사점을 준다.

그런데 검사는 검찰조직의 상하위계질서의 명령복종관계에 종속될 위험이 큰데 문제는 구체적인 사건의 처리에 있어서의 이러한 종속성은 개별 검사의 수사권과 공소권의 독립성과 중립성을 훼손할 위험이 있다.

이와 마찬가지로 문제가 되는 것이 바로 법무부장관의 수사지휘권이다. 우리나라의 「검찰청법」 제8조는 "법무부장관의 지휘·감독"이라는 표제 하에 "법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하고, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독한다"고 규정하여 법무부장관의 일반적 수사지휘권을 규정하고 있는데 이것은 법무부장관에 의한 민주적 사법통제를 표현한 것으로 해석되고 있다. 그러나 문제는 이러한 민주적 사법통제는 통제권자의 중립성과 독립성이 담보되어 있다는 전제 하에서만 가능하기 때문에 그렇지 않은 경우 "민주적"이라는 용어에 의하여 수사지휘권의 정치적 편향성과 편견이 은폐될 위험이 크다는 문제도 있다. 이러한 문제 때문에 주요 외국의 입법례 중에는 법무부장관의 수사지휘권을 폐지하거나 제한하고 있기도 하다. 예컨대 종래 프랑스는 구체적인 사건에 대하여 법무부장관이 검찰총장뿐만 아니라 개별 검사에 대해서도 지시권을 행사할 수 있었으나(프랑스 「(구)형사소송법」 제30조 제3항)[262] 2013년 7월 25일 개정법률[263]에 의하여 검찰총장

260) *Ligeti, Katalin (2019), op. cit.*, p. 143 & Note 20. 이탈리아 「헌법」은 http://www.jus.unitn.it/dsg/pubblicazioni/costituzione/costituzione%20genn2008eng.pdf(검색일: 2020년 9월 19일).

261) *Ibid.,* p. 143 & Note 21. 포르투갈 「헌법」은 https://dre.pt/constitution-of-the-portuguese-republic (검색일: 2020년 9월 19일).

262) 프랑스 「(구)형사소송법」 제30조는 법무부, 『프랑스 형사소송법』, 법무부, 2011.11. 참조. 개정 전의 법무부장관과 검사의 관계에 관한 상세한 것은 *Hodgson, Jacqueline (2005), op. cit.,* pp. 77, 83.

263) *LOI n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique (1).* 현행 프랑스 「형사소송법」은 프랑스 법률정보시스템(https://www.legifrance.gouv.fr/; 검색일: 2020년 9월 17일)에서 검색

에 대해서는 일반적 지시를 내릴 수 있을 뿐이고(제30조 제2항) 구체적인 사건과 관련해서는 검찰총장 뿐만 아니라 개별 검사에 대하여 구체적인 지시를 내리는 것을 금지하였으며(제3항), 법무부장관이 검찰총장에게 내린 일반적 지시는 매년 의회에 보고하도록 하고 있다(제4항).[264] 네덜란드의 경우 법무부장관은 검사에게 일반적 그리고 구체적 지시를 내릴 수 있으나[265] 법무부장관이 지휘권을 발동하는 경우 기소와 관련해서는 법원에 그리고 불기소와 관련해서는 의회에 보고하도록 하고 있다.[266] 독일의 경우에도 법무부장관의 수사지휘권을 규정하고 있으나(독일「형사소송법」제146조 및 제147조) 이에 대해서는 많은 비판이 제기되고 있으며[267] 우리나라의 경우에도 크게 다르지 않다.[268]

다) 검사에 대한 제척·기피·회피제도

검사와 피의자·피고인 또는 고소인·고발인·피해자와의 이해충돌상황이 있는 경우 검사의 공정성을 담보할 수 없다는 의미에서 검사의 제척·기피·회피제도는 검사의

할 수 있다. 그밖에 동 규정의 영문번역은 *United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), The Status and Role of Prosecutors A United Nations Office on Drugs and Crime and International Association of Prosecutors Guide*, United Nations, 2014, p. 16 Note 39(https://www.unodc.org/documents/ justice-and-prison-reform/HB_role_and_status_prosecutors_14-05222_Ebook.pdf; 검색일: 2020년 9월 17일)에 게재되어 있다.

264) 프랑스「형사소송법」제30조. 이에 관한 것은 *Ligeti, Katalin (2019), op. cit.*, p. 142 & Note 12. "①법무부장관은 정부가 정한 공소제기와 관련한 정책을 집행한다. 법무부장관은 국내 관할권 내에 해당 정책이 일관적으로 적용될 수 있도록 감독한다.
②이를 위하여 법무부장관은 검찰총장에게 일반적인 지시를 내릴 수 있다.
③법무부장관은 구체적인 사건과 관련하여 어떠한 지시도 내릴 수 없다.
④법무부장관은 매년 정부가 정한 공소제기와 관련한 정책의 적용현황에 관한 보고서를 작성하여야 하며 이 보고서에는 특히 이 정책의 집행현황과 제2항에 정한 일반적 지시가 내려진 현황이 포함되어야 한다. 동 보고서는 의회에 송부하여야 한다. 국민의회(하원)와 상원은 송부받은 보고서를 심의한다". 이 규정은 Art. 1 *LOI n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique*에 의하여 개정된 것이다.

265) *Ligeti, Katalin (2019), op. cit.,* pp. 142-143.

266) 네덜란드 검찰청 홈페이지 자료(https://www.prosecutionservice.nl/organisation/netherlands-public-prosecution-service/who-monitors-the-public-prosecution-service; 검색일: 2020년 9월 18일).

267) 비판적인 견해로는 *Carsten, Ernst S./Rautenberg, Erardo, aaO.,* S. 408 ff., 479 ff. 이에 관한 것은 탁희성·박형민·김대근·김유근(김유근), 앞의 보고서, 224면 이하.

268) 법무부장관의 수사지휘권에 관하여 비판적인 견해로는 이재상·조균석,『형사소송법』, 제10판, 박영사, 2016, 102면; 신양균,『신판 형사소송법』, 화산미디어, 2010, 407면; 이은모·김정환,『형사소송법』, 제7판, 박영사, 2019, 66면 이하; 탁희성·박형민·김대근·김유근(탁희성), 앞의 보고서, 89면 이하, 92면, 483면 이하, 524면 이하.

수사·공소제기에 있어서 중요한 의미를 가진다.

이러한 의미에서 주요 외국의 입법례에서는 검사의 제척·기피·회피제도를 규정하고 있는 경우가 적지 않다. 예컨대 스위스 「형사소송법」은 제2편 "형사사법기관(*Strafbehörde*)" 제6장에 "제척·기피·회피제도(*Ausstand*)" 제56조부터 제60조까지 제척·기피·회피 사유, 보고의무, 절차 등을 상세하게 정하고 있으며 이탈리아 「형사소송법」 제52조도 검사의 제척·기피·회피제도[269]를 규정하고 있다. 그리고 독일의 경우 「형사소송법」에는 법관의 제척·기피·회피제도만을 규정할 뿐 검사에 관해서는 규정하고 있지 않으나 피의자·피고인의 입장에서 볼 때 편견이 존재한다고 인정되는 때에는 법관의 기피와 마찬가지로 검사의 교체를 청구할 수 있다는 고등법원의 판례가 있기는 하다.[270] 이에 대하여 주(란트)의 「형사소송법 이행법률」에서 「형사소송법」의 법관의 제척·기피·회피제도에 준하는 검사의 제척·기피·회피제도를 규정하고 있는 경우도 있다(니더작센 주 「형사소송법 이행법률」[271] 제7조; 바덴-뷔르텐베르크 「형사소송법 이행법률」 제11조).

우리나라의 「형사소송법」은 검사의 제척·기피·회피제도를 명문으로 규정하고 있지 않은데 이에 대해서는 많은 비판이 제기되기도 한다.[272] 그리고 이와 관련하여 「형사소송법 개정법률안」이 발의되기도 했다.[273]

생각건대 앞서 언급한 바와 같이 검사의 수사 및 공소제기의 판단의 공정성을 담보하는 최소한의 전제조건이 이해충돌상황의 배제에 있다고 본다면 제척 및 회피제도를 도입하는 것이 타당하다고 판단되며, 적어도 고소인·고발인·피해자의 권리보호를 위해서는 기피신청제도는 도입될 필요가 있다.

---

269) 이탈리아 「형사소송법」은 *Gialuz, Matja/Lupária, Luca/Scarpa, Federica ed., The Italian Code of Criminal Procedure: Cririal Essays and English Translation*, 2 Edition, Wolters Kluwer/CEDAM, 2017를 참조하였으며, 현행 이탈리아 「형사소송법」은 이탈리아 "https://www.altalex.com/"에서 검색할 수 있다(이탈리아 「형사소송법」: https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/ 10/30/codice-di-procedura-penale; 검색일: 2020년 9월 18일).

270) OLG Hamm NJW 1969, 808(*Roxin/Schünemann*[29] § 9 Rn. 15에서 재인용).

271) *Niedersachsen-Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz (NdsAGGVG).*

272) 배종대·이상돈·정증환·이주원, 『형사소송법』, 홍문사, 2015, 54면 이하; 신양균, 『신판 형사소송법』, 화산미디어, 2010, 409면; 이은모·김정환, 『형사소송법』, 제7판, 박영사, 2019, 66면.

273) 2020년 8월 21일 "형사소송법 일부개정법률안"(김남국의원 등 12인)(의안번호: 2103161).

2) 예심판사 또는 수사법관제도 - 불기소처분에 대한 법관의 허가

대륙법계 입법례의 직권탐지주의를 채택하는 입법례를 살펴보면 예심판사 또는 수사법관제도를 채택하는 입법례가 많다(예컨대 프랑스(예심제도(*juridiction d'instruction*)),[274] 네덜란드,[275] 스페인,[276] 이탈리아[277] 등).[278] 이 체제 하에서 수사의 주재자는 법관이 된다. 또한 예심판사 또는 수사법관은 검사의 공소제기를 통제하고 불기소처분에 대하여 사전에 법관의 동의를 얻도록 하는 입법례도 있다. 그리고 경찰 또는 검사의 법령위반·인권침해·현저한 수사권남용 등에 대한 불복절차를 담당하기도 한다.

그런데 예심판사 또는 수사법관제도는 일견 검사의 공소권에 대한 전적인 통제수단으로 작용할 수는 있으나 예심판사 또는 수사법관의 공소제기와 관련한 결정은 법관의 결정이기 때문에 정식재판에서는 일종의 편견으로 작용할 우려가 크다는 점 그리고 근대 초기와는 달리 검찰제도가 정착되어 있어서 주요 외국의 입법례에서도 예심판사제도 또는 수사법관제도의 의미는 점차 희석되고 있으며 이 제도는 형사소송구조이지 불복절차는 아니라는 문제가 있다.

예컨대 프랑스[279]의 경우 현재 형사사건의 4% 정도만이 예심판사에 의하여 처리되

---

274) 프랑스는 2000년 6월 개정법률(Loi No 2000-516 of 15 June 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes)에 의하여 예심단계에서 종래의 예심판사(*juge d'instruction*) 외에 우리나라의 영장실질심사와 유사한 "자유 및 구속(영장)심사 판사제도(*juge des libertés et de la détention, liberty and detention judge*)"를 도입하였다. 이에 관한 상세한 것은 *Hodgson, Jacqueline*, "The Police, the Prosecutor and the Juge D'Instruction: Judicial Supervision in France, Theory and Practice", in: *The British Journal of Criminology*, Vol. 41, No. 2 (Spring 2001), pp. 342-343; *Hodgson, Jacqueline (2005)*, pp. 41, 71; 이에 관한 상세한 것은 中村義孝, 「フランスの裁判制度度（2·完）」, 『立命館法学』, 2011年 2号(336号), 28頁以下.

275) 네덜란드 「형사소송법」 제181조-제241c. 네덜란드 「형사소송법」은 https://www.legislationline.org/에 게재된 영문 번역본을 참조하였다(https://www.legislationline.org/download/id/6416/file/ Netherlands_CPC_am2012_en.pdf; 검색일: 2020년 9월 2일).

276) 스페인의 예심판사제도에 관한 것은 *Bachmaier, Lorenna,* "19. Spain", in: *Ligeti, Katalin ed., Toward a Prosecutor for the European Union Volume 1: A Comparative Analysis,* Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2013, pp. 715-716.

277) 이탈리아는 검사의 수사권 및 공소권남용을 방지하기 위하여 공소시효와 별도로 수사개시로부터 공소제기까지의 기간을 제한하고 일정한 요건 하에서만 기간의 연장이 가능하도록 하고 이를 수사법관이 결정하도록 하고 있다(이탈리아 「형사소송법」 제405조 이하; 제408조). 이에 관한 것은 *Gialuz, Matja, op. cit.,* pp. 22-23.

278) 독일의 경우 중간절차(*Zwischenverfahren*)(예컨대 독일 「형사소송법」 제417-제420조)에서의 수사법관 참조. 이에 관해서는 *Roxin/Schünemann*[29] §42 Rn. 1 ff.

279) 프랑스의 예심판사제도에 관한 상세한 것은 김택수, 『프랑스 수사·예심제도의 이해』, 계명대학교 출판부, 2017, 205면 이하.

고 점차 검찰제도의 관철로 이행하고 있으며[280] 현재는 예심판사의 폐지를 둘러싼 논의도 없는 것은 아니라고 한다.[281] 이러한 예심판사제도로부터 검찰제도의 이행의 경향은 독일(*Untersuchungsrichter*)[282](1975), 이탈리아(*Giudice per le indagini preliminari*)[283](1989), 스위스(2011)[284] 그리고 오스트리아(2009)[285]에서도 찾아볼 수 있으며 일본[286]과 우리나라[287]의 경우에도 과거 예심제도는 있었으나 이 제도의 인권침해적인 관행 때문에 폐지되기에 이르렀다.

그렇다면 예심판사나 수사법관제도를 도입할 것인가의 문제는 별론으로 하더라도 적어도 검사의 불기소처분에 대하여 법관의 허가를 얻도록 하는 것은 피해자의 권리

---

280) 김택수, 앞의 책, 205면.

281) *Weigend, Thomas, op. cit.,* p. 378 note 4 & pp. 378-379; 유주성, "프랑스 예심판사제도 폐지에 관한 논의", 『외법논집』, 제41권 제4호(2017.11.), 한국외국어대학교 법학연구소, 233면 이하; 김택수, 앞의 책, 206면 이하.

282) "*Untersuchungsrichter*"(독일 「(구)형사소송법」 제178조 이하)는 「제1차 형사소송절차 개혁을 위한 법률(*Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts (R 1. StVRG) vom 9. Dezember 1974*)」(BGBl. 1974 I 3393 ff.)에 의하여 폐지되었다. 현재 독일은 "Ermittlungsrichter"이라는 명칭으로 수사법관제도(preliminary investigation judge)를 운영하고 있으나 주로 영장발급과 증거보전만을 담당한다. 독일 「형사소송법」 제162조. 연혁에 관한 상세한 것은 *Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-?)Entwicklungen*, Im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, 2008, 196 ff.(http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Das_ Verhaeltnis_von_Gericht_Staatsanwaltschaft_und_Polizei_im_Ermittlungsverfahren.pdf?__blob=publicationFile; 검색일: 2020년 9월 25일).

283) 이탈리아의 경우 예심판사제도가 폐지되면서 영장발부나 검사의 공정성을 의심할 만한 사건에 대한 수사를 담당하는 제도로 대체되었다(이탈리아 「형사소송법」 제328조). 따라서 공소제기에 대한 책임은 전적으로 검사가 부담한다. 이탈리아 「형사소송법」 제50조 및 제405조.

284) 이에 관한 상세한 것은 스위스 「(통일) 형사소송법」 이유서 BBl 2008 S. 8125(S. 8134 ff.) (*Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG)*).

285) BGBl I 19/2004 (RV 25 BlgNR 22. GP JAB 406 BlgNR 22. GP. *Moos, Reinhard,* aaO., S. 588 ff. 또한 오스트리아 2004년 「형사소송법」 개정(2009년 1월 1일 시행)에 관한 상세한 것은 *Donhauser, Gerhard*, "Die StPO-Reform und der (liberale) Rechtsstaat", in: *Journal für Strafrecht(JSt)*, 2019/4, S. 306 ff.

286) 일본 예심제도의 폐지에 관한 것은 加藤康榮, 「刑事司法における検察官の役割 (二) 」, 『日本法學』, 日本大学法学研究所, 第81巻 第3号(2015.12.), 2頁以下. 일본 「검찰청법」의 제정과정에 관한 것은 三井誠, 「刑事訴訟法の制定過程 (二一) 」, 『法学協会雑誌』, 第99巻 第5号(1982.5.), 763頁以下; 三井誠, 「刑事訴訟法の制定過程 (二二) 」, 『法学協会雑誌』, 第99巻 第6号(1982.6.), 923頁以下.

287) 일제강점기 하에서의 신동운, "일제하의 예심제도에 관하여 -그 제도적 기능을 중심으로-", 『법학』, 제27권 제1호(1986.4.), 서울대학교 법학연구소, 149면 이하; 안유림, "일제 치안유지법체제 하 조선의 豫審제도", 『이화사학연구』, 제38집(2009.6.), 133면 이하.

보호를 위하여 인정할 만한 것은 아닌가라는 의문도 제기된다. 우리나라의 경우 사후적 사법통제수단으로 현재 검찰항고나 재정신청이 인정되고 있기는 하지만 강력한 수사력과 정보력을 가지는 검사에 비하여 고소인·고발인(재정신청)은 열등한 지위에 있어서 검사의 불기소처분의 부당성을 입증하는 것은 그리 쉬운 것은 아니다(여기서 예기치 않은 입증책임의 전환이 발생하게 된다). 그러나 검사가 불기소처분을 내리기 위하여 사전에 법원의 허가를 얻도록 한다면 이 한도 내에서는 고소인·고발인은 검사의 불기소처분의 부당성을 입증하는 것이 아니라 검사가 자신의 불기소처분의 정당성을 법원에 입증하여야 한다는 점에서 보다 인권친화적인 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

3) 대배심제도 - 공소제기를 위한 시민에 의한 사전적 승인

공소권남용의 사전적 통제로서 많이 언급되는 것이 바로 대배심제도(*Grand Jury*)이다. 앞서 언급한 예심판사 또는 수사법관이 검사의 공소권행사에 대한 "법원"에 의한 사전적 통제라고 한다면 대배심제도는 "시민"에 의한 사전적 통제라고 말할 수 있다.

대배심원은 유·무죄를 판단하는 것이 아니라 범죄가 발생했고 그리고 특정 인물이 해당 죄를 범하였다고 믿을 만한 "개연적인 이유(*probable cause*)"가 존재하는가의 여부만을 판단하는데 만약 이것이 인정되는 경우에는 기소하게 된다.[288]

대배심제도는 시민참여형 사법적 통제라는 점에서 많은 지지를 받기도 하지만 그렇다고 전혀 문제가 없는 것도 아니다. 즉 검사가 공소를 제기할 때에는 합리적인 의심을 넘을 정도로 입증이 가능할 것(*beyond reasonable doubt*)을 요구하게 되는데 시민참여형 공소제기의 판단의 경우에도 입증의 정도를 검사에 준하도록 할 것인가라는 의문이 제기될 뿐만 아니라 공소제기여부의 판단이 과연 일반시민이 판단할 수 있는 사실문제에 대한 판단인지 아니면 법률판단까지도 포함하는지가 명확하지 않다. 더욱이 우리나라의 경우 검사가 공소를 제기하기까지 적어도 2번의 시민참여형 위원회(예컨대 검찰 수사심의위원회 혹은 검찰시민위원회 등)의 심의를 받을 수 있다는 점에서 중복적으로 이러한 제도를 도입할 것인지의 문제도 신중한 검토가 필요하다. 또한 대배심

288) *Administrative Office of the United States Courts, Handbook for Federal Grand Jurors*, p. 3(https://www.uscourts.gov/sites/default/files/grand-handbook.pdf; 검색일: 2020년 9월 2일).

의 배심원에 대하여 공소제기의 책임을 어떻게 지울 것인가라는 문제도 간과할 수 없는 문제이다. 즉 검사는 공소를 제기한 때에 공소권남용, 유·무죄의 법원의 판단이나 증거조사에 의한 판단 등 수사 및 공소제기에 대하여 총괄적인 책임을 부담하게 되는데 배심원들에게는 그러한 책임을 부담시킬 수 없는 것이 사실이다. 그리고 검사는 공소취소나 공소장변경 등의 절차를 공판진행 중에 할 수 있으나 배심원들에게는 그러한 권한도 없으며 배심원들이 공소제기의 결정을 한 경우에 공소취소나 공소장변경을 어떻게 설명하여야 하는지도 명확하지 않다.

실제로 미국의 경우에도 주에 따라 차이는 있으나 모든 범죄가 대배심 대상범죄가 되는 것은 아니다. 그리고 대배심을 채택했던 입법례들도 치안판사제도와 검찰제도가 정착되면서 대배심제도를 폐지한 입법례를 쉽지 않게 찾아볼 수 있는데 대배심을 처음 도입한 것으로 알려지고 있는 영국에서도 1948년 폐지되었다.[289]

4) 사인소추제도

많이 언급되는 제도들 중의 하나가 바로 검사에 의하여 공소제기가 독점되는[290] 공공소추(*Public Prosecution*)에 대응하는 사인소추제도(*Private Prosecution, prtie civile*)일 것이다.

사인소추의 경우 대체적으로 범죄로 인한 손해배상을 청구하기 위한 목적으로 제기되는데 사인소추를 제기한 사인은 소송당자자로서의 지위를 획득함으로써 실질적인 기소강제의 효과를 가지게 된다(영국).[291] 이 때에도 주요 외국의 입법례를 살펴보면 사인소추권을 「헌법」상 기본권으로 규정하고 있는 입법례가 있는가하면(스페인)[292] 형사소송에서 범죄피해자가 손해배상을 청구할 수 있는 제도로 구성하거나(프랑스)[293] 또는 범죄피해의 배상뿐만 아니라 극히 개인적인 법익침해에 대하여 사인이

289) *Criminal Justice Act 1948*.

290) 입법례에 따라서는 예심판사 내지 수사법관도 공소를 제기할 수 있도록 하고 있다. 아래의 서술 참조.

291) Section 6(1) of the *Prosecution of Offences Act 1985*. 영국은 18세기 경찰과 검찰이 등장하기 전까지 사인소추가 주된 기소방식이었다는 점에 관해서는 *Friedman, David D.,* "Making Sense of English Law Enforcement in the Eighteenth Century", in: *The University of Chicago Law School Roundtable,* Vol. 2 Iss. 2 (1995), pp. 475-476.

292) 스페인 「헌법」 제125조; 「형사소송법」 제270조 등. 스페인의 사인소추제도에 관한 것은 *Bachmaier, Lorenna, op. cit.,* p. 714.

293) 프랑스 「형사소송법」 제1편 총칙(부제: 공적 소추와 사인소추(*Sous-titre Ier : De l'action publique et de l'action civile (Articles 1 à 10)*) 제2조 이하 및 제418조 이하.

직접 형사소추를 제기할 수 있도록 규정하고 있는 입법례도 있다(독일).[294] 또한 오스트리아 「형사소송법」 제48조에 정한 부대소송(*Subsidiarunklage*)은 손해배상만이 아니라 기소강제의 효력도 가진다(제195조).

우리나라의 경우 손해배상과 관련한 유사한 제도로서 「소송촉진 등에 관한 특례법」 제25조에 정한 배상명령이 있으나 이 제도는 "제1심 또는 제2심 공판의 변론이 종결될 때까지" 피해자로 하여금 신청하도록 하고 있다는 점에서 사인소추에 의하여 비로소 국가기관으로 하여금 수사개시 또는 공소제기를 강제하는 효과가 인정되는 것은 아니다.[295]

그런데 사인소추제도와 관련해서는 피해자보호가 주된 목적인지 아니면 검사의 공소권 제한을 주된 목적으로 하는 것인지가 명확하지 않다. 또한 사인소추는 역사적으로 볼 때 사적 복수를 폐지함으로써 형사사법절차의 중립성을 보장하려고 했던 것인데 사인소추제도의 도입으로 이제는 다시 형사사법절차에 피해자의 감정이 개입하게 될 우려가 있다. 또한 무엇보다도 여전히 일의적으로 해소되지 못하고 있는 문제는 피해자가 검사를 대신하여 소추인이 됨으로써 검사에게 요구되던 공인으로서의 지위와 이로부터 도출되는 객관의무를 소추인인 사인에게서 더 이상 담보할 수 없다는 점, 이로써 형사사법절차는 실체적 진실이 아니라 형식적 진실의 규명만이 문제된다는 점 그리고 결국 피고인의 무죄추정의 원칙을 어떻게 견지할 것인가라는 문제가 제기된다.[296] 더욱이 사인소추에서는 피해자가 검사를 대신하기 때문에 범죄사실에 대하여 합리적 의심을 넘는 증명을 하여야 하는데 피해자인 사인에게 이것이 가능한가에 대해서는 많은 의문이 제기된다.[297] 또한 대배심제도와 함께 사인소추제도도 공판보다는 오히려 공판 전 단계에서 많은 노력과 시간을 허비함으로써 공판의 의미를 희석시킬 우려가 있다.

---

294) 독일 「형사소송법」 제374조(*Privatklage*) 이하 및 제395조(*Nebenklage*) 이하.

295) 그 밖에 우리나라의 경우 대상범죄도 상해·치사상이나 성폭력범죄에 국한되어 있어서 매우 제한적이다.

296) 피해자의 부대소추(Nebenklage)와 관련하여 *Schroth, Klaus, Die Rolle Rechte des Opfers im Strafprozess*, C.F. Müller, 2. Auflage, 2011, Rn. 256; *Müller, Susanne*, Strafverfahren und Opferorientierung: Überlegungen zu den Auswirkungen opferzentrierter Gesetzgebung auf Theorie und Praxis des Strafprozesses, in: *Betrifft* JUSTIZ Nr. 128 (2016.12.), S. 176 ff.; *Göhler, Jahanna, op. cit.,* pp. 248-249.

297) *Schroth, Klaus, aaO.,* Rn. 393.

라. 검사의 공소권남용에 대한 사후적 통제

검사의 공소권남용에 대한 사후적 통제수단은 대체적으로 검찰내부적 사법통제와 법원에 의한 사법통제로 구별된다.

검찰내부적 사법통제에 속하는 것으로는 우리나라의 "검찰시민위원회"와 「검찰청법」 제10조에 정한 검찰항고 및 재항고제도를 비롯하여 일본의 "검찰심사회제도(検察審査会)"(検察審査会法)를 들 수 있다. 이때 일본의 검찰심사회제도는 우리나라 검찰시민위원회제도에 상응하는 제도로서 양자 모두 시민참여형 불복제도이며 위원회의 결정에 대하여 불복을 허용하지 않는다는 점[298]에서도 공통된다. 그 밖에도 프랑스 「형사소송법」 제40-3조는 검찰총장에 대한 검찰항고를 규정하고 있다.

주요 외국의 입법례를 살펴보면 대체적으로 검사의 불기소처분에 대하여 외부적 사법심사, 즉 법원에 의한 사법심사제도를 마련하고 있다. 예컨대 우리나라의 재정신청제도와 유사한 일본 「형사소송법」 제262조 이하에 정한 준기소절차인 부심판청구제도(付審判請求制度)가 있으며 그 밖에 네덜란드의 경우 검사의 불기소처분뿐만 아니라 기소에 대해서도 항소법원에 항고할 수 있도록 하고 있다(네덜란드 「형사소송법」 제12조 이하).[299]

또한 기소법정주의를 채택하고 있는 스위스의 경우(스위스 「형사소송법」 제7조 제1항[300]) 검사의 불기소처분[301]에 대해서는 법관의 동의나 허가를 요하지 않으나(제320조) 검사의 법령위반·재량권남용 그리고 재량권 내의 행위라고 하더라도 현저히 부당한 행위에 대해서는 법원에 항고할 수 있다는 점은 이미 앞서 언급했다.[302] 그리고 검사의 불기소처분에 대해서는 독일의 경우와 같이 별도의 기소강제절차가 마련되어

---

298) 우리나라 「검찰시민위원회 운영지침」에는 명문의 규정이 없다. 일본 「검찰심사회법」 제32조("検察官の公訴を提起しない処分の当否に関し検察審査会議の議決があつたときは、同一事件について更に審査の申立をすることはできない。".

299) *van de Bunt, Henk/van Gelder, Jean-Louis,* "The Dutch Prosecution Service", in: *Crime & Justice*, Vol. 41 Nr. 117 (2012), pp. 124-125; 土本武司, 「日·蘭刑事訴訟の比較的考察」, 『比較法学』, 第27巻 第1号(1993.07.01.), 早稲田大学 比較法研究所, 131頁.

300) 이에 관한 상세한 것은 *Schmid, Niklaus, aaO.,* N 178 ff.; BSK StPO^2-*Riedo/Fiolka* N 5 f., 32 ff. zu § 7.

301) 스위스의 불기소처분에는 제310조(불기소처분, *Nichtanhandnahmeverfügung*)과 제319조(소추중지처분, *Einstellungsverfügung*)이 있다.

302) 제1절 1. 가. 3). 그 밖에 스위스 「형사소송법」 제322조 제2항, 제393조 이하.

있는 것은 아니며 피해자와 소송당사자(사인소추인 등)가 법원에 항고(*Beschwerde*)를 할 수 있다.[303] 그러나 검사의 불기소처분은 경우에 따라서는 형사처벌의 대상이 된다는 것[304]은 독일의 경우와 유사하다.[305] 또한 네덜란드의 경우와 달리 스위스「형사소송법」제324조 제2항은 공소제기에 대해서는 항고를 허용하지 않는다고 명시적으로 규정하고 있다.

이하에서는 영국과 독일의 제도에 관해서만 간략하게 소개하고자 한다.

1) 영국

영국의 경우 수사기관의 위법행위·사건불송치·불기소처분에 대한 불복수단으로는 (1)수사기관 내부의 이의신청(*internal administrative review*), (2)사법심사(*judicial review*) 그리고 사인소추(*private prosecution*)[306]를 들 수 있다.

앞서 이미 사법경찰관의 처분에 대한 불복제도와 관련하여 언급했듯이(제1절 2. 나 2)) 영국의 경우 2011년 법원이 "*Killick Case*"[307]에서 수사기관의 사건불송치·불기소처분에 대한 불복가능성을 "심사를 요구할 피해자의 권리(*Victims' Right to Review*)"로 인정한 이래로 영국 왕립기소청(*Crown Prosecution Service (CPS)*)은 "심사를 요구할 피해자의 권리 지침(*Victims' Right to Review Guidance*)")(2013.6.5.)을 제정하게 된다.[308],[309] 이 지침에 따르면 범죄피해자는 1차적으로 수사기관 내부의 불복절차(*internal administrative review*)에 따라 그리고 당해 심사결과에 불복하는 경우에는 2차적으로 사법기관(*judicial review*)에 수사기관의 사건불송치·불기소처분의 당부를 심사해 줄 것을 요구할 권리를

303) 스위스「형사소송법」제322조 제2항, 제393조 이하.

304) 스위스「형법」제305조(범죄비호, *Begünstigung*). BSK StPO^2-*Riedo/Fiolka* N 36 zu § 7.

305) 다만 독일「형법」은 제257조에 범죄비호죄(*Begünstigung*) 외에 사법방해죄(제258조, *Strafvereitelung*) 및 공무상 사법방해죄(제258조의a, *Strafvereitelung im Amt*)를 별도로 규정하고 있다.

306) Section 6(1) of the *Prosecution of Offences Act 1985*: "Subject to subsection (2) below, nothing in this Part shall preclude any person from instituting any criminal proceedings or conducting any criminal proceedings to which the Director's duty to take over the conduct of proceedings does not apply".

307) 검사의 불기소처분에 대한 심사를 요구할 수 있는 피해자의 권리를 인정한 판례로는 *R v Christopher Killick* [2011] EWCA Crim 1608.

308) *UK Crown Prosecution Service (CPS), Victims' Right to Review Guidance,* 2016(revised July 2016), p. 3 (https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/vrr_guidance_2016.pdf; 검색일: 2020년 10월 3일).

309) 특히 검사의 불기소처분과 관련해서는 *Manikis, Marie, op. cit.,* pp. 260-261; *VRR* No. 4-6.

가진다.[310] 이에 따라 왕립기소청도 피해자의 권리로서 기소와 관련한 사항을 피해자에게 통지할 의무를 부담하며(Sec. 2.12, Chapter 2, Part B of *Code of Practice for Victims of Crime*) 검사의 불기소처분에 대해서는 상급기관(*Chief Crown Prosecutor level*)에 의한 심사를 받을 권리[311] 뿐만 아니라 법원에 의한 심사를 받을 권리도 인정된다.[312] 특히 수사기관의 처분에 대하여 심사를 요구할 피해자의 권리는 공판 전 단계의 검사의 불기소처분에만 미치는 것이 아니라 공소제기 후 공판에서 검사가 공소를 취하하거나 공판에서 증거를 제시하지 않거나 혹은 공소를 각하할 것을 요구하는 경우 등 검사의 불성실한 공소유지에 대해서도 미친다.[313]

그 밖에 영국 왕립기소청(*Crown Prosecutors Service*)은 공소제기와 관련하여 구체적인 가이드라인인 "사건사무처리규정(*The Code for Crown Prosecutors, CCP*)"[314]을 마련하여 검사의 기소재량을 가능한 한 통제하고 있다고 말할 수 있다. 즉 동 규정에 따르면 공소제기의 여부는 "증거평가(*evidential assessment*)"와 "공익의 평가(*assessment of public interest*)"의 두 단계를 거쳐 판단된다(the "*Full Code Test*").[315] ①증거평가는 유죄판결의 선고에 대한 현실적인 전망(*realistic prospect*)을 제공할 만큼 충분한 최소한의 증거(*the threshold of sufficient evidence*)가 존재하는지에 대한 평가로서(Section 4.6 *CCP*) 공익의 평가에 앞서서 이루어진다. 만약 이 단계를 통과하지 못하는 경우 아무리 중대범죄라고 하더라도 공소를 제기할 수 없게 되는데[316] 이것은 영미법계 입법례의 증거재판주의

---

310) *VRR* No. 7; *Manikis, Marie, op. cit.,* p. 260.

311) 이에 관한 것은 왕립기소청 홈페이지에 게재된 "*Victims' Right to Review Scheme*" 참조(https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/victims-right-review-scheme; 검색일: 2020년 10월 3일).

312) 이에 관한 상세한 것은 앞서 언급한 왕립기소청 홈페이지에 게재된 "*Victims' Right to Review Scheme*" 참조.

313) *VRR* No. 9. "The right to request a review arises where the CPS:
(i) makes the decision not to bring proceedings (i.e. at the pre-charge stage);
(ii) discontinues (or withdraws in the Magistrates' Court) all charges involving the victim, thereby entirely ending all proceedings relating to them;
(iii) offers no evidence in all proceedings relating to the victim; or
(iv) asks the court to leave all charges in the proceedings to 'lie on file'".

314) 영국 왕립기소청의 "사건사무처리규정(*The Code for Crown Prosecutors*)"은 현재 8번째 버전(2018년 10월 26일 판)까지 만들어졌는데 동 규정은 왕립기소청 홈페이지에서 열람할 수 있다(https://www.cps.gov.uk/publication/code-crown-prosecutors; 검색일: 2020년 9월 20일).

315) 이에 관한 상세한 것은 *Ligeti, Katalin (2019), op. cit.,* pp. 153-154.

316) *Ibid.,* p. 153.

의 당연한 귀결이기도 하다. 이 때 증거평가에서 관건이 되는 것은 해당 증거가 공판에서 사용될 수 있는 것인지(*potential admissibility*), 해당 증거가 신빙성이 있는지(*reliability (accuracy and integrity)*) 그리고 해당 증거의 신뢰성을 의심할 만한 이유가 있는지(*credibility*) 등이다(Section 4.8 CCP).[317] ②증거평가를 통과하게 되면 죄질의 경중, 피의자의 책임의 정도, 피해자가 입은 해악, 사회에 대한 파급효과, 형사사법에 대한 비용의 관점에서 기소의 비례성 그리고 효율성 등이 평가대상이 된다(Section 4.14 *CCP*).[318] 그 밖에도 사건에 따라 다양한 공소제기의 지침들(*guidances*)이 마련되어 있다고 한다.[319]

2) 독일

독일의 경우 불기소처분을 내리기 위해서는 법원의 동의가 필요하다(독일「형사소송법」제153조 이하("*mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts*")).

독일의 경우 검사의 불기소처분에 대하여 검찰항고[320]와 란트(주) 상급법원(*Oberlandsgericht*)[321]에 기소강제절차(독일「형사소송법」제172조(피해자의 불복; 기소강제절차, *Beschwerde des Verletzten; Klageerzwingungsverfahren* 이하)[322]를 제기할 수 있는 것은 피해자뿐이며 따라서 피해자가 없는 국가적 법익에 관한 죄의 경우에는 기소강제절차의 신청이 허용되지 않는다[323]는 점에서 우리나라가 고소인뿐만 아니라 고발인까지도 검찰의 불기소처분에 대하여 불복할 수 있도록 한 검찰항고(우리나라「검찰청법」제10조)와 구별되지만 고소인이 재정신청을 할 수 있도록 규정하고 있는 것(우리나라「형사소송법」제260조 이하)과는 유사하다고 말할 수 있다(다만 고소인과 피해자가

317) *Ibid.,* p. 153 & note 75.

318) *Ibid.,* pp. 153-154.

319) 예컨대 "*Guidance for Corporate Prosecution*"(https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/corporate-prosecutions; 검색일: 2020년 9월 22일), "*Guidelines on prosecuting cases involving communications sent via social media*"(https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/social-media-guidelines-prosecuting-cases-involving-communications-sent-social-media; 검색일: 2020년 9월 22일), "*Immigration Offences legal guidance*" (https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/immigration; 검색일: 2020년 9월 22일) 등. *Ibid.,* p. 154에서 재인용.

320) 독일「형사소송법」제172조 제1항(*Beschwerde an den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft*).

321) 독일「형사소송법」제172조 제5항.

322) *Roxin/Schünemann*[29] § 41 Rn. 1 ff.

323) *Roxin/Schünemann*[29] § 41 Rn. 2.

반드시 일치하는 것은 아니다). 그러나 우리나라의 경우 피해자가 없는 "「형법」 제123조부터 제126조까지의 죄"에 대해서는 고발을 한 사람도 재정신청을 할 수 있다(「형사소송법」 제260조 제1항)는 점에서 구별된다. 또한 독일의 경우 기소강제절차는 원칙적으로 기소법정주의가 적용되는 죄에 대해서만 신청할 수 있으며(제172조 제2항 제2문)[324] 상급법원의 기소강제결정은 검사로 하여금 공소제기를 강제할 뿐 그 이상의 의무를 부과하는 것은 아니기 때문에 예컨대 검사는 정식재판에서 무죄를 신청할 수도 그리고 검사의 동의를 그 요건으로 하는 법원의 소송절차의 정지결정(독일 「형사소송법」 제153조 제2항)에 대하여 동의할 수도 있다는 점이 특징적이다.[325] 이에 대하여 피해자는 공소제기가 강제된 절차에 부대기소인으로 참여할 수 있다(독일 「형사소송법」 제395조 제2항 제2호).[326]

3) 문제점

검찰시민위원회의 문제점에 관해서는 이미 앞서 언급했으며(2.) 재정신청과 관련해서는 법원단계에서의 불복절차와 관련하여 서술되기 때문에(제3장 2.) 여기에서는 검찰항고에 관해서만 서술하도록 한다.

주요 외국의 입법례를 살펴보았듯이 검사의 공소권남용에 대해서는 사전적 사법통제와 사후적 사법통제를 생각할 수 있는데 우리나라의 검찰항고제도는 검찰내부적 사법통제 중에서도 사후적 사법심사에 해당한다.

우리나라 검찰항고제도는 검찰내부적 사법심사제도라는 점에서 앞서 언급했던 각종 위원회의 문제점을 공유하기도 하지만 다음과 같은 문제가 제기된다.

첫째 검찰내부적 사법심사(고등검찰청 불기소처분 항고·재항고사건부)인 만큼 그 독립성과 중립성을 어떻게 담보할 것인가는 최대의 과제라고 판단된다. 그렇다고 검찰시민위원회와 같이 시민참여를 허용하는 경우 이제 검찰시민위원회와 검찰항고제도가 구별되지 않을 우려가 있다.

둘째 각종 위원회 등의 경우와 마찬가지로 범죄피해자의 이의신청이 인용되기 위해서는 공소제기의 요건이 충족되었음을 입증할 필요가 있게 되는데[327] 여기에서 사법

---

324) *Roxin/Schünemann*[29] § 41 Rn. 7.

325) *Roxin/Schünemann*[29] § 41 Rn. 16; LR-*Graalmann-Scheerer*[27] Rn. 14 zu § 175.

326) *Roxin/Schünemann*[29] § 41 Rn. 16

에 대한 접근성에 따른 차별이 문제될 수 있다. 따라서 만약 범죄피해자가 검찰항고 신청인인 때에는 현행법상 「검사의 국선변호사 선정 등에 관한 규칙」에 따라 ①「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제27조 제6항에 따른 성폭력범죄 피해자, ②「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제30조 제2항에 따른 피해아동, ③「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제16조에 따른 피해자아동·청소년(동 규칙 제1조의2 제1호)(제1조의2), ④ 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제30조 제2항 및 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제16조에서 준용하는 법 제27조 제6항(제1조의3) 등(동 규칙 제1조의3)에 대해서만 인정되고 있는 범죄피해자 국선변호인제도를 확대·적용하는 방안도 고려할 만하다고 판단된다.

셋째 검사의 불기소처분에 대한 검찰항고의 법률효과는 사안에 따라 공소제기명령 외에 경정·재기수사명령·주문변경명령 등을 내릴 수 있도록 하고 있는데(「검찰사건사무규칙」 제91조 제1항 제1호 및 제5호) 문제는 경정·재기수사명령·주문변경명령 후 재차 불기소처분을 내리는 경우에는 불복수단이 없다는 점이다. 즉 동 규칙 제91조 제3항은 각하사유를 정하고 있는데 이 중에서 "재기수사명령후 불기소승인건의를 받아 처리한 사건에 대하여 재기수사명령의 결정을 한 고등검찰청의 장 또는 검찰총장에게 다시 항고 또는 재항고한 경우"(동항 제3호) 와 "항고에 대하여 지방검찰청 또는 지청의 장이 재기수사한 후 고등검찰청의 승인을 받아 불기소처분한 사건에 대하여 다시 항고한 경우"(제3의2호)에는 고등검찰청의 장 또는 검찰총장은 항고·재항고를 각하하도록 하고 있다. 그런데 그럼에도 불구하고 "항고인 또는 재항고인이 새로운 증거가 발견되었음을 소명한 경우"에는 각하하지 못하도록 하고 있으나 여기에서 앞서 언급했던 범죄피해자의 이의신청이 인용되기 위해서는 공소제기의 요건이 충족되었음을 입증할 필요가 있다. 물론 이 경우에는 「형사소송법」 제260조 제2항 제1호[328]에 의하여 법원에 재정신청을 할 수 있기는 하다.

넷째 검찰항고제도는 "고소인이나 고발인"(「검찰청법」 제10조 제1항) 그리고 진정

---

327) *Manikis, Marie, op. cit.,* p. 260.

328) 「형사소송법」 제260조(재정신청) "②제1항에 따른 재정신청을 하려면 「검찰청법」 제10조에 따른 항고를 거쳐야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 항고 이후 재기수사가 이루어진 다음에 다시 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 경우
2. 항고 신청 후 항고에 대한 처분이 행하여지지 아니하고 3개월이 경과한 경우
3. 검사가 공소시효 만료일 30일 전까지 공소를 제기하지 아니하는 경우".

인(「규칙」 제92조 제4항)에 대해서만 인정되기 때문에 불기소처분 중 기소유예를 받은 피의자는 검찰항고제도를 이용할 수 없다(마찬가지로 재정신청도 할 수 없다(「형사소송법」 제260조 제1항 참조)). 그런데 기소유예는 "피의사실이 인정되나 「형법」 제51조 각호의 사항을 참작하여 소추를 필요로 하지 아니하는 경우"(「규칙」 제69조 제3항 제1호)이기는 하지만 「형의 실효 등에 관한 법률」 제2항 제3호에 따라 수사경력자료에 5년간 보존된다는 점에서 기소유예를 받은 사람도 검사의 불기소처분과 관련하여 이해관계가 크다. 이것은 현재에도 기소유예를 받은 피의자가 기소유예처분에 대한 헌법소원을 지속적으로 제기하고 있는 것을 보더라도 쉽게 알 수 있다.[329] 따라서 검찰항고를 고소인·고발인·진정인 뿐만 아니라 피의자의 인권보장을 위해서 피의자에게도 인정할 필요가 있다고 판단된다.

다섯째 검사의 공소권행사와 관련하여 무엇보다도 인권침해적이라고 볼 수 있는 것이 바로 「국가보안법」 제20조에 따른 공소보류이다. 동 처분은 기소유예도 아니면서도 2년 동안 당사자를 형사소추의 위험에 노출시킴으로써 법적 안정성을 해칠 뿐만 아니라(동법 제20조 제2항) 법무부장관이 정한 감시·보도에 관한 규칙을 준수하여야 하기 때문에(동조 제3항) 행동의 자유에 대하여 중대한 침해를 가져온다. 이러한 의미에서 본 제도는 폐지할 필요가 있다.

4. 고위공직자범죄수사처의 수사와 처분에 대한 불복

그런데 고소인·고발인·피해자뿐만 아니라 피의자의 권리구제에 가장 취약한 것이 바로 2020년 가장 중요한 사법개혁입법 중의 하나로 2020년 1월 4일 제정된 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」(이하 "공수처법"이라 한다)[330]에 의하여 설치하도록 정한 고위공직자범죄수사처이다.[331] 이하에서는 고위공직자범죄수사처를 둘러싼 모든 논점들을 다루는 것이 아니라 본 보고서의 주제인 불복제도에 한정하여 서술하고자 한다.[332]

---

329) 「법률신문」 2019년 7월 16일 보도 "'몸살' 앓는 헌재… 헌법소원사건 연간 2000건 넘어" (https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=154429; 검색일: 2020년 10월 3일).

330) 법률 제16863호, 2020년 7월 15일 시행.

331) 2020년 11월 20일 현재 아직 고위공직자범죄수사처 처장이 임명되지 않아 정식으로 업무를 개시하고 있지 못하고 있다.

동 수사처는 종래 검찰의 수사·기소독점으로 인하여 정권교체, 특히 국회 내 다수당과 소수당의 교체와 대통령의 교체와 상관없이 지속가능한 제도를 마련하려는 목적과 검사의 범죄행위의 수사를 위한 독립적-중립적 수사기관의 필요성[333][334]에 따라 기존의 「특별검사의 임명 등에 관한 법률」에 따른 특별검사제도와는 별도로 설치하도록 하고 있다. 그런데 문제는 수사처 설치의 핵심적인 이유들 중의 하나가 수사와 기소의 독점의 폐단이었음에도 불구하고 역설적으로도 수사처가 자신의 전속관할 범죄에 대하여 수사와 기소를 독점하면서도[335] 2020년 「형사소송법」 개정 이전에 전적으로 수사와 기소를 독점하던 검사의 처분·결정에 대한 불복제도를 통한 통제는 마련하고 있지 않아(재정신청은 제외) 자칫 2020년 「형사소송법」 개정 이전의 검찰 보다 훨씬

---

332) 고위공직자범죄수사처를 둘러싼 논의는 많으나 불복제도와 관련한 것은 찾아보기 쉽지 않다. 고위공직자범죄수사처를 둘러싼 쟁점들에 관해서는 김성돈, 앞의 논문, 171면 이하; 김성천, "고위공직자범죄수사처의 형사사법체계 정합성에 관한 고찰", 『중앙법학』, 제21집 제4호(2019.12.), 중앙법학회, 47면 이하; 김병수, "국민을 위한 고위공직자비리수사처 설치방안", 『동아법학』, 제80호(2018.8.), 동아대학교 법학연구소, 1면 이하; 박진우, "「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」의 헌법적 쟁점에 관한 연구", 『입법학연구』, 제17집 제1호(2020.2.), 한국입법학회, 307면 이하; 박찬걸, "고위공직자범죄수사처의 독립성 및 정치적 중립성 확보방안에 대한 검토", 『형사정책』, 제32권 제1호(2020.4.), 한국정책학회, 131면 이하; 이창은, "「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」의 해석상 문제점에 대한 비판적 검토", 『법학논문집』, 제44집 제2호(2020.8.), 중앙대학교 법학연구원, 137면 이하; 정웅석, "고위공직자범죄수사처법의 해석과 운영방향", 『형사소송의 이론과 실무』, 제12권 제1호(2020.6.), 한국형사소송법학회, 1면 이하 참조.

333) 김병수, "검찰개혁의 필요성과 추진방향", 『한국부패학회보』, 제25권 제2호(2020.6.), 한국부패학회, 109면 이하.

334) 그러나 고위공직자범죄수사처의 관할범죄는 검사의 범죄에만 국한된 것은 아니며 수사처의 명칭 그대로 "고위공직자범죄"의 수사를 위한 기구이다. 따라서 검사의 범죄만을 강조하는 것이 과연 정당한 것인가는 의문이다.

335) 수사 및 기소를 독점하는 고위공직자범죄수사처의 민주적 정당성을 보장하는 유일한 장치는 바로 동 수사처의 조직구성상의 민주적 정당성이다. 즉 「공수처법」 제6조는 "고위공직자범죄수사처장후보추천위원회"에 관하여 정하면서 추천위원회는 "위원장 1명을 포함하여 7명의 위원"으로 구성하도록 하고(제1항), 국회의장이 "1. 법무부장관, 2. 법원행정처장, 3. 대한변호사협회장, 4. 대통령이 소속되거나 소속되었던 정당의 교섭단체가 추천한 2명, 5. 제4호의 교섭단체 외의 교섭단체가 추천한 2명"을 위원으로 위임·위촉하도록 하고 있다(제4항). 그러나 2020년 9월 8일 발의된 "고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 일부개정법률안 (박범계의원 대표발의)(의안번호: 2103614)"은 10일 내에 "위원을 추천하지 않은 교섭단체가 있는 경우, 국회의장[이] 해당 교섭단체의 추천에 갈음하여" "1. 사단법인 한국법학교수회 회장, 2. 사단법인 법학전문대학원협의회 이사장"(밑줄은 저자에 의한 것임)을 위원으로 임명하거나 위촉할 수 있도록 하는 것을 내용으로 하고 있는데 '대통령이 소속되지 않거나 소속되지 않았던 교섭단체'의 위원 추천권을 박탈함으로써 수사처는 정권교체, 특히 대통령의 교체나 국회의 다수당의 교체에 가장 취약한 기구가 되는 것은 아닌지 그리고 이제 수사처의 민주적 정당성은 어디에서 찾아야 하는 것인지 의문이다.

취약한 조직이 될 우려가 있다는 점이다. 또한 정권교체와 상관없는 수사처의 지속가능성도 2020년 「공수처법」 개정에 의하여(교섭단체의 추천위원 추천권의 박탈과 의결정족수의 완화) 반드시 보장되어 있는 것도 아니라는 점은 이미 서론에서 언급하였다.

앞서 서술하였듯이 2020년 「형사소송법」 개정 이전에 이미 검찰의 처분·결정에 대해서는 검찰항고 및 재항고뿐만 아니라 검찰시민위원회, 전문수사자문위원제도 그리고 수사심의위원회 등 지나칠 정도로 중복적인 내부적 통제수단들이 마련되어 있는데 대하여 수사처에는 내부적 통제수단이 전혀 마련되어 있지 않고 유일하게 재정신청만이 허용된다(물론 수사처검사도 "검사"인 이상 「형사소송법」 제417조에 정한 "검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분"과 "제243조의2에 따른 변호인의 참여 등에 관한 처분"에 대한 준항고제도는 그대로 적용된다).[336]

또한 수사처의 수사 및 기소의 독점과 함께 수사처 처장의 강한 지휘·감독권(「공수처법」 제20조, 제21조)은 수사처검사의 중립성과 독립성을 훼손할 우려가 있는데 수사처 신설의 중요한 이유들 중의 하나가 바로 검찰총장의 강한 지휘·감독권과 개별검사의 독립성 및 중립성의 문제(이른바 "검사동일체원칙")였다는 점을 감안한다면 이것이 과연 타당한 규정방식인지는 의문이다. 「공수처법」 제20조 제3항은 "수사처검사는 구체적 사건과 관련된 제2항에 따른 지휘·감독의 적법성 또는 정당성에 대하여 이견이 있을 때에는 이의를 제기할 수 있다"고 규정하고 있으나(제21조 제2항 참조) 이것은 거의 대부분의 공무원법에 규정된 내용이기 때문에 그 실효성이 얼마나 있는지는 의문이며, 오히려 구체적인 사건과 관련하여 수사처 처장이 수사처검사를 지휘할 수 없도록 하는 것이 타당한 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 그리고 정작 「검찰청법」에는 「공수처법」 제20조 제3항이나 제21조 제2항과 같은 규정은 없다. 즉 「검찰청법」 제12조 제2항은 "검찰총장은 대검찰청의 사무를 맡아 처리하고 검찰사무를 총괄하며 검찰청의 공무원을 지휘·감독한다"라고만 규정하고 있을 뿐 (「공수처법」과 같이) 개별 검사의 구체적인 수사와 관련한 검찰총장의 지휘·감독권을 정하고 있지도 않다. 따라서 설령 수사처 내에 내부적 불복절차를 마련한다고 하더라도 그 독립성과 중립성을 어떻게 담보할 것인가라는 문제가 발생한다. 그렇다고 시민참여형 불복절차

336) 앞서 사법경찰관과 검사의 불복수단과 관련하여 언급하였듯이 준항고 보다는 즉시항고로 가능한 한 빠른 구제가 필요할 것이다.

만 마련한다고 하여 이것만으로 반드시 민주적이라거나 혹은 중립적인 것이라고 말할 수 있는 것도 아니며 법원의 판단과의 경합문제 등 다양한 문제가 발생한다는 점에 관해서는 이미 앞서 언급하였다(2.). 그리고 수사처검사의 범죄의 수사 및 기소의 문제와 관련해서는 기존의 검찰제도의 문제점을 그대로 답습하게 될 우려가 있다(「공수처법」 제2조 제1호 파목, 제25조 제1항).[337]

이러한 상황에서 수사처검사의 회피·제척·기피제도는 수사의 공정성을 그나마 확보할 수 있는 수단이 될 수 있으나 「공수처법」 제13조에 "결격사유"만이 규정되어 있을 뿐 회피·제척·기피제도에 관해서는 규정하고 있지 않다.

이상의 문제들은 고소인·고발인 등의 권익보호를 위한 수단으로서 재정신청만이 허용되는 「공수처법」에 있어서는 치명적인 문제로 대두될 우려가 있다.

이러한 의미에서 수사처검사의 기소재량을 가능한 한 제한하기 위하여 기소법정주의를 도입하는 것도 입법론으로는 고려할 만하다고 판단된다.[338] 물론 독일이 기소법정주의를 취하면서도 많은 예외와 기소재량을 허용하고 있기는 하지만 그것은 대상범죄가 형법범 전체일 뿐만 아니라 그러한 예외도 거의 경미범죄에 해당한다. 그런데 「공수처법」과 같이 전속관할범죄가 특정비리범죄에 한정되어 있고 그러한 범죄는 경미범죄가 아니기 때문에 「공수처법」 관할범죄에 대하여 수사처검사에게 기소재량을 허용함으로써 기존의 검찰의 폐단 중의 하나인 "선택적 수사·기소 또는 불기소"라는 공소권남용의 여지를 남겨놓을 필요는 없을 것이다. 즉 중범죄에 대하여 왜 기소재량을 인정하여야 하는지를 합리적으로 설명하기는 쉽지 않다. 더욱이 고위공직자의 특정비리범죄라는 중범죄에 대하여 수사처검사에게 기소재량의 여지를 부여한다는 것 자체가 이미 그러한 재량이 정치적인 판단으로 탈바꿈될 위험이 있다는 점도 고려하여야 한다.

이처럼 기소법정주의를 취하는 한 수사처처장의 지휘·감독권은 제한적일 수밖에 없으며 도리어 수사처처장의 구체적인 사건에 대한 지휘·감독권은 외부적 압력으로 작용할 위험이 있다는 점에서 폐지하는 것이 타당하다. 이와 함께 개별 수사처검사의 법률위반·인권침해·현저한 수사권남용에 대한 구제수단을 마련한다면 수사처검사의

337) 자신의 기관 직원의 범죄를 스스로 수사하는 예로는 「국가정보원직원법」 제23조를 들 수 있다.

338) 김성돈, 앞의 논문, 197면 이하; 김병수, 앞의 논문, 26면 이하. 그러나 이에 대하여 반대하는 견해로는 박찬걸, 앞의 논문, 152면.

독립성과 중립성을 보장하는 동시에 그의 처분·결정에 대한 사법적 심사가능성을 강화함으로써 고소인 등 뿐만 아니라 피의자의 인권보장을 제고할 수 있을 것으로 판단된다. 그리고 재정신청은 일반범죄의 재정신청과 달리 규정할 이유는 없기 때문에 「형사소송법」상 재정신청 규정을 그대로 준용하도록 하는 것이 타당하다. 또한 당사자의 권익보호와 수사처검사의 공정성 확보를 위하여 적어도 당사자의 기피신청 제도를 도입할 필요가 있다.

제3절 | 소결

본 장에서는 현행법상 사법경찰관과 검찰의 수사과정 그리고 공소제기와 관련해서의 법령위반·인권침해·현저한 권한남용에 대하여 살펴보았다.

주요 외국의 입법례를 살펴보면 수사 및 공소제기와 관련하여 수사기관 내적 사법심사와 외적 사법심사를 받을 권리를 규정하고 있는데 우리나라의 경우도 크게 다르지 않다. 그러나 현행법이 규정한 불복절차가 인권친화적이고 공정하게 규정되어 있는가와 관련해서는 여러 문제점들이 지적될 수 있다.

① 사법경찰관의 법령위반·인권침해·현저한 수사권남용에 대한 불복절차로서 경찰청 수사이의심사위원회제도, 수사관 교체신청 제도(기피제도) 그리고 검사의 사법통제로서 시정조치요구 등이 규정되어 있으나 경찰청 수사이의심사위원회의 기능과 검사의 시정조치요구 등이 경합하는 경우 검사의 시정조치요구의 대상이 되는 사안과 중첩되지 않는 한에서만 경찰청 수사이의심사위원회의 기능이 축소될 수밖에 없는 문제점이 있다. 또한 수사이의심사위원회에만 해당하는 것은 아니지만 시민참여형 위원회가 법률판단까지 하는 것이 과연 타당한지, 법률심사를 담당하는 검찰제도와 법원의 판단과의 경합문제를 어떻게 해결할 것인지에 대한 대책이 필요하다.

② 사법경찰관의 법령위반·인권침해·현저한 수사권남용이 문제되는 경우 시정조치요구 등의 절차는 특히 현재의 인권침해·현저한 수사권남용으로 인한 침해상태를 즉시 배제할 수 없다는 한계가 있다. 물론 법원에 준항고를 제기할 수는 있으나 준항고

의 대상은 제한적이기 때문에 여전히 검사의 사법통제는 의미를 가진다. 이러한 의미에서 인권침해상태의 즉시적인 배제를 위하여 시정조치를 요구하는 절차 전에 당사자에 대한 보호조치를 취할 필요가 있다.

③ 2020년「형사소송법」개정으로 재수사요청 그리고 보완수사요구 등이 구별되면서 사건기록의 송부 후에는 재수사요청만 가능한 것인지 아니면 보완수사도 가능한 것인지 그리고 사건을 송치한 후에는 보완수사요구만 가능한 것인지 아니면 재수사요청도 가능한 것인지가 명확하지 않다. 이것은 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여 고소인 등의 이의신청이 있는 경우 사건을 필요적으로 검사에게 송치하도록 하고 있는「형사소송법」제245조의7과 관련하여 보완수사만으로도 충분한 것을 재수사를 하여야 하는지의 문제와도 관련이 있다(제245조의8). 이것은 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여 고소인 등이 이의신청을 한 때에 복잡한 문제가 발생시킨다. 더욱이「형사소송법」개정 이전에 고소인 등은 검사의 사법심사를 당연히 받을 수 있었던 것을 이제는 이의신청이라는 조건부로 받을 수 있게 된 것이 과연 타당한 것인지는 의문이다. 또한 고소인 등이 이의신청을 하기 위하여 오히려 사건송치요건을 충족함을 증명하여야 하는 문제가 발생한다(입증책임의 전환).

④ 주요 외국의 입법례를 살펴보면 수사기관이 사건불송치결정을 내리거나 불기소처분을 하는 경우 고소인·고발인은 별론으로 하더라도 적어도 피해자의 동의나 법원의 허가를 받도록 하고 있는데 이러한 의미에서 사전적 통제장치를 마련할 필요가 있다.

⑤ 검사의 공소권남용과 관련하여 기소법정주의를 도입하여 가능한 한 검사의 기소재량을 제한함으로써 선택적 공소권행사가 아닌 공평한 공소권행사가 이루어지도록 할 필요가 있다. 이와 관련하여 일률적인 기소법정주의로 인하여 구체적인 타당성을 결여할 우려가 있는 것은 사실이지만 경범죄, 약물·음주사범의 경우의 치료 등 특수한 사정과 관련해서는 이를 열거식으로 규정한다면 충분히 대응할 수 있을 것으로 판단된다. 만약 기소편의주의의 유지가 바람직하다고 하더라도 특정범죄에 대한 전속관할을 가지는 고위공직자범죄수사처의 경우에는 충분히 기소법정주의를 도입할 의미가 있다.

⑥ 검사의 공정한 공소권행사를 위하여 검사의 제척·기피·회피제도를 도입할 필요

가 있으며 이탈리아의 경우와 같이 수사 후 공소제기 기간을 제한하고 그 연장에 법원의 허가를 받도록 하는 등 수사의 장기화로 인한 법적 안정성의 침해를 최소화할 필요가 있다.

⑦ 사법경찰관과 검사의 법령위반·인권침해·현저한 수사권 남용·공소권남용에 대한 법원의 사법통제는 준항고에 의할 수밖에 없는데 「형사소송법」 제417조는 "검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분"과 "제243조의2에 따른 변호인의 참여 등에 관한 처분"에 관한 불복에 대해서만 가능하기 때문에 가장 큰 문제가 되는 현저한 수사권남용이나 공소권남용에 대해서는 법원의 사법심사를 받는 것이 쉽지 않다. 따라서 스위스와 같이 형사사법기관의 법령위반·인권침해·현저한 수사권 및 공소권남용·재량권의 부당한 행사 등에 대하여 법원의 사법심사를 인정할 필요가 있다. 이 때에도 특히 인권침해나 현저한 수사권남용에 대해서는 즉시항고를 허용함으로써 현재의 부당한 침해를 즉시 배제할 수 있도록 할 필요가 있다.

⑧ 현재 경찰 및 검찰에 설치되어 있는 많은 시민참여형 위원회들이 과연 유사·중복적인 것은 아닌가를 검토할 필요가 있다.

⑨ 우리나라 「검찰청법」상 검찰항고와 관련해서는 기소유예에 대해서는 허용되지 않기 때문에 피의자를 장기간 불안정한 상태로 놓을 수 있다는 점에서 검찰항고제도를 확대할 필요가 있다. 이와 관련하여 「국가보안법」 제20조에 따른 공소보류처분에 대해서는 어떠한 불복수단도 존재하지 않을 뿐만 아니라 당사자는 법무부장관이 정한 감시 및 보도에 관한 규칙을 준수하여야 한다는 점에서 행동의 자유에 대하여 중대한 침해를 초래한다. 따라서 공소보류에 대하여 불복절차를 마련하기 보다는 오히려 이 제도를 폐지하는 것이 타당하다.

법원의 결정 및 판결에 대한 불복절차

김재봉·이순욱·문희태

제3장

법원의 결정 및 판결에 대한 불복절차

제1절 | 서론 김재봉·이순욱·문희태

일반 국민에게 국가기관의 처분 등에 대한 불복제도는 일반 국민의 정당한 불복행위를 법적 테두리 안에서 보장함으로써 소외되는 국민의 목소리가 없도록 하는 것이라는 점에서 국민의 인권보장에 매우 중요한 의미를 가진다. 더욱이 국민은 국가기관의 처분권의 객체가 아니며 적극적으로 이의를 신청하고 불복하는 정당한 주체로서의 지위를 가진다는 점에서 형사사법절차에서 국민의 불복절차가 얼마나 합리적으로 마련되어 있는가는 한 국가의 인권수준과 사법기관에 대한 국민의 신뢰도의 척도가 된다. 이러한 점에서 형사소송절차에서 인정되는 불복제도에서 특정인이 소외되거나 인권침해적인 요소가 없는지, 다른 한편으로 실체적 진실의 규명을 위하여 소송경제 등과 관련하여 비효율적인 요소가 없는지에 관하여 검토함으로써 전체 형사소송절차에서의 일반 국민의 권리를 재확인하고 인권친화적인 불복제도의 확립을 위한 방안을 모색하는 것은 중요하다.

본 연구는 형사소송절차 중 특히 법원의 불복제도의 현황 및 문제점을 중심으로 하여 수사기관과 법관의 처분과 판단 그리고 법원 외에서의 불복제도를 종합적으로 검토함으로써 처분·결정·판결주체의 판단을 합리적이고 구조적으로 견제할 수 있는 장치를 모색하고자 한다. 구체적으로는 우선 검사의 처분에 대한 불복제도가 과연 효과적으로 운영되고 있는지 그리고 인권침해적인 요소가 없는지를 살펴본다. 이를 위하여 검찰의 기소독점주의와 그 기소독점주의 내에서 광범위하게 인정되고 있는 기소재량 및 각종 처분의 당부를 판단할 수 있는 국가기관을 둘 것인가라는 문제의식

에서 재정신청제도와 법원 단계에서의 국민참여제도를 검토한다. 아울러 영장재판에 대한 항고 여부도 살펴보고자 한다. 두 번째로는 법원의 결정에 대한 불복제도를 검토하고자 한다. 법원의 심급제도는 일종의 법원 판결에 대한 불복제도로서 잘못된 판결에 대한 통제수단이라고 말할 수 있으며 그러한 의미에서 인권친화적인 심급제도는 중요한 의미를 갖는다. 또한 소송경제에 의하여 국민의 상소권이 제한당하거나 법원의 판례가 인권침해적인 것이 되어서는 안 된다. 이에 현실적인 소송경제의 강제 및 필요성과 국민의 인권보장이라는 가치 사이에서 심급제도의 합리화 방안으로 거론되고 있는 상고법원을 살펴보고, 법원의 판례가 인권침해적인 것인 경우 이에 대한 불복수단으로서의 개선방안도 알아보도록 한다. 마지막으로 헌법재판소의 위상을 재검토하고자 한다. 헌법재판소의 결정과 법원의 확정판결 간의 긴장관계는 전통적인 문제이면서도 여전히 해소되지 못하고 있는 문제들 중의 하나이다. 이와 관련하여 과연 헌법재판소가 법원의 판례에 대한 통제수단으로서 그리고 불복수단으로서의 역할을 할 수 있는 것인지, 헌법재판소의 변형결정과 법원의 권한분쟁을 어떻게 해결할 것인지 등에 대한 문제를 살펴보고자 한다.

법원의 재판에 대하여 법원 내재적인 절차에 따라 불복을 함에 있어, 현행 「형사소송법」과 「형사소송규칙」 등에 다양한 제도가 이미 마련되어 있고, 매일 수많은 법원에서 반복적으로 많은 사건이 그 불복절차에 따라 재판이 진행되고 있다. 현재의 제도가 어떻게 운용되고 있는지에 대한 부분을 잘 살펴보는 것도 쉽지 않은 작업이고, 그 제도에 법률가들조차 잘 알지 못하는 제도도 많이 구비되어 있다는 점도 사실이다.

그러나 법원의 재판에 대하여 현행 제도의 틀에서 불복을 함에 있어 문제점으로 지적할만한 것도 있고, 향후 법개정시 논의가 필요한 부분도 있다고 생각한다. 특히 '인권'이라는 측면에서 살펴보면 피고인·피의자가 법원에 대하여 불복을 함에 있어 과연 인권침해적인 부분은 없는지, 특히 반대 당사자인 검사에 비하여 당사자로서 공정하게 기회를 부여받고 있는 것인지, 적정절차가 보장되고 있다고 할 수 있는지 여부 등 여러 가지 어려운 쟁점도 포함되어 있다고 생각한다.

현재 시행되고 있는 제도에 관하여 교과서적인 목차를 빌어, 각 쟁점별로 피고인·피의자의 불복시 인권침해, 공정성 침해 여지가 있다고 보이는 부분을 지적하고 그 부분에 대한 대안 제시, 또는 심도 있는 논의가 필요한 이유 등을 검토하고자 한다.

우선 수사기관, 특히 감찰의 결정·처분에 대한 법원에의 불복에서 인권침해적인 요소가 없는지를 살펴볼 것이다(제2절).

다음으로 법원의 명령·결정에 대한 법원 내재적 불복을 다루면서 첫째 법원의 명령에 대한 법원 내재적 불복을 살펴본다. 명령에 대한 불복이 원칙적으로 허용되지 않고 있으므로, 어떤 경우에는 오히려 결정 형식의 재판이 되어야 불복이 되는 경우도 있고, 어떤 경우에는 명령으로 보더라도 불복이 되는 것이 있으므로 그 부분에 대해서는 현행 제도를 개관하면서 검토하고자 한다. 명령에 대한 불복이 가능한 형식은 이의신청(「형사소송법」 제304조)과 준항고(제416조)가 있는데 그에 대한 문제점도 아울러 살펴본다. 별도의 종국재판인 약식명령제도에 관하여 그 불복절차에 대한 부분에 문제가 있다고 볼 여지가 없는지에 대해서도 살펴보고, 아울러 즉결심판제도도 약식명령을 검토하면서 같이 살펴보기로 한다.

둘째 법원의 결정에 대한 법원 내재적 불복을 검토한다. 그 불복제도인 항고에 관한 현행 제도를 살펴보고 항고, 재항고, 즉시항고 등 현재의 불복제도에 관하여 제도 개선방안을 검토한다(제3절).

그리고 법원의 판결에 대한 법원 내재적 불복을 살펴본다. 상소제도, 상소의 이익, 상소의 포기와 상소의 취하, 일부상소, 항소, 상고, 재심, 비상상고 등 절차 전반에 대하여 현행 제도를 개관하고 각 제도에서 문제로 지적되는 부분을 검토한다(제4절).

법원의 명령, 결정, 판결에 대한 법원 내재적인 불복제도를 다루게 되므로 현행 조문과 판례가 우선적인 검토 대상이고, 일부 해석론상 문제와 입법론적 문제, 입법시 고려해볼 만한 쟁점 등을 여기에서 다루도록 한다.

그리고 마지막으로 법원의 재판에 대한 불복가능성과 관련하여 법원과 헌법재판소의 관계 그리고 법원의 판결에 대한 헌법재판소의 규범통제의 가능성에 대하여 살펴보고자 한다(제5절).

제2절 | 수사기관(특히 검찰)의 결정·처분에 대한 법원에의 불복

김재봉·문희태

1. 서론

우리나라 「형사소송법」의 경우 기소독점주의 및 국가소추주의(제246조)는 공소기관의 일원화를[339] 그리고 기소편의주의(「형사소송법」 제247조)는 형사사법의 탄력적인 운용을 통하여 불필요한 공소를 억제함으로써 소송경제를 도모하는 한편 구체적인 정의를 실현할 수 있도록 하고 있다.[340] 그러나 다른 한편으로 기소독점주의 및 국가소추주의 그리고 기소편의주의의 조합은 공소제기기관, 즉 검찰의 수사와 기소에 폭넓은 재량을 부여함으로써 자칫 선택적 공소제기나 불기소 등 공소권의 남용의 위험성도 함께 내재하는 것이 사실이기 때문에 검사의 처분에 대한 불복절차를 어떻게 마련할 것인가는 형사소추절차의 공정성과 국가형사사법 자체에 대한 신뢰를 가늠하는 척도가 될 뿐만 아니라[341] 범죄피해자의 기본권보장에 중요한 의미를 가진다.

여기에서 수사기관의 처분 또는 결정에 대하여 범죄피해자 등이 법원에 권리구제신청 및 불복할 수 있는 절차를 어떻게 마련할 것인가가 관건이 되는데 우리나라의 경우 특히 검사의 불기소처분에 대하여 불복절차로서 재정신청제도를 두고 있다. 그러나 재정신청제도는 2007년 6월 「형사소송법」 일부개정[342]에도 불구하고 일반국민의 기본권보장에 충분하지 않다는 비판이 제기되고 있는 것이 사실이다.[343] 그리고

---

339) 신이철, "검사의 불기소처분에 대한 재정신청 - 특히 재정신청기간과 재정신청서를 중심으로 -", 『비교형사법연구』, 제17권 제3호(2015), 한국비교형사법학회, 332면.

340) 장승일, "검사의 기소재량권 통제와 시민참여제도에 대한 검토", 『강원법학』, 제39권(2013.6.), 강원대학교 비교법학연구소, 349면.

341) 박미숙, "개정 형사소송법상 재정신청제도의 효율적 운용방향", 『형사정책연구』, 제18권 제3호(2007.8.), 한국형사정책연구원, 707면; 윤영철, "검사의 기소재량권에 대한 통제제도의 현황과 사전적 민주적 통제방안에 관한 소고", 『법학논고』, 제30집(2009.6.), 경북대학교 법학연구원, 316면; 문준영, "검찰권 행사에 대한 시민적 통제와 참여: 검사의 기소재량 통제를 위한 한국과 일본의 최근의 개혁", 『민주법학』, 제29호(2005.12.), 민주주의법학연구회, 173-178면; 신이철, 앞의 논문, 332면.

342) 법률 제8496호, 2007.6.1. 일부개정(시행 2008.1.1.).

343) 김태명, "다시 개정되어야 할 재정신청제도", 『형사정책연구』, 제21권 제2호(2010.6.), 한국형사정책연구원, 83면 이하; 류전철, "개정 형사소송법상 재정신청의 성격과 문제점", 『영남법학』,

재정신청제도에 대해서는 검사의 공소권 남용의 통제수단으로서의 기능이 강조되기도 한다.[344] 이러한 검찰의 정치적 중립성 및 독립성의 부재는 많은 경우 대내외적인 실질적 통제장치의 부재와 조직의 폐쇄성 그리고 인사에 있어서의 정치권의 개입 등에 기인한다고 비판받는다.[345] 이에 따라 수사 및 기소과정에 국민이 참여함으로써 검찰에 대한 통제와 함께 검찰의 처분 및 결정에 대한 공정성을 확보하는 한편 궁극적으로는 검찰의 정치적 중립성과 독립성을 담보하려는 움직임이 대두되고 있다.[346]

다른 한편으로 피의자·피고인은 수사기관의 강제처분에 의하여 인권에 중대한 침해를 받게 되는데 이때 수사목적의 달성을 위한 강제처분의 침해를 어떻게 최소화할 것인가와 부당한 강제처분에 대하여 법원에 구제를 신청하거나 이의를 제기할 수 있는 절차를 허용할 것인가라는 문제도 제기된다. 이와 관련하여 법원의 영장발부에 대한 항고제도 등이 논의되기도 하는데 본 절에서는 이러한 영장항고제도의 도입 필요성은 물론 입법적인 해결방안도 모색하고자 한다.

2. 재정신청제도

가. 재정신청제도의 개선의 필요성

재정신청제도는 고소인이 "검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에" 검사의 처분에 대하여 법원에 구제를 신청하고 재정신청이 인용되는 경우 공소제기를 강제한다는 점에서(「형사소송법」 제260조 이하) 국민의 권리보장을 위한 중요한 수단일 뿐만 아니라 더 나아가 검찰의 독점적·재량적 공소권에 대한 중요한 통제수단으로 인식되고 있다.[347]

제26호(2008.4.), 영남대학교 법학연구소, 215면 이하; 박기석, "개정 형사소송법의 재정신청제도", 『비교형사법연구』, 제9권 제2호(2007.12.), 한국비교형사법학회, 197면 이하.

344) 그러나 헌법재판소 1997.8.21. 94헌바2 전원재판부 결정: "우리 헌법은 공소제기의 주체, 방법, 절차나 사후통제에 관하여 직접적인 규정을 두고 있지 아니하다. 따라서 검사의 불기소처분에 대한 법원에 의한 사법적 통제가 헌법상 반드시 요구되는 것은 아니므로 검사의 불기소처분에 대하여 재정신청제도를 둘 것인지, 재정신청제도를 둘 경우 그 신청대상범죄를 어느 범위로 정할 것인지 등의 문제는 입법자의 입법정책에 속하는 사항이다".

345) 장승일, 앞의 논문, 346면, 349면.

346) 같은 견해로는 장승일, 앞의 논문, 350면.

347) 박미숙, 앞의 논문, 706면.

과거 재정신청은 공무원의 직권남용죄에 한정되어(「(구)형사소송법」 제260조 제1항)[348] 다른 범죄에 대한 검사의 불기소처분에 대해서는 전적으로 검찰항고와 헌법소원에 의존할 수밖에 없었다.[349] 그 후 2007년 6월 「형사소송법」 개정에 의하여 대상범죄가 전면적으로 확대함으로써 검찰의 공소권행사에 대한 사법통제를 강화하는 동시에[350] 고소인의 재판청구권을 제고하였다.[351]

그러나 다른 한편으로 재정신청남용의 문제[352]를 비롯하여 모든 범죄에 대하여 법원의 증거조사를 가능하게 함으로써 우리나라 「형사소송법」 체계와 조화되기 어려운 수사판사제도로의 이행을 가능하게 한 것은 아닌가라는 비판[353]이나 장기간의 법원절차로 인하여 피고소인을 불안정한 상태로 두게 되는 문제[354] 등이 지적되고 있는 것이 사실이다.

이에 재정신청인의 이익을 최대한 도모하면서도 무분별한 재정신청의 남용을 막고, 다른 한편으로는 피의자의 법적지위의 불안정성을 조기에 해소하기 위한 제도의 개선이 피해자는 물론 피고소인 등의 인권보장 뿐만 아니라 올바른 사법공정의 확립을 위해서도 필요할 것으로 보인다. 이와 같은 취지에서 현행 우리나라 「형사소송법」이 대상범죄 중 고발사건을 제외한 것이나, 공소유지변호사제도를 폐지하고 공소의 제기 및 유지를 검사가 담당하도록 하고 있다는 점은 전면 확대의 의미를 반감시키고 실효성을 퇴색시켰다는 비판을 받고 있다.[355] 또한 관할법원을 고등법원으로 규정하고

---

348) 그러나 해당 규정에 대하여 헌법재판소는 합헌결정을 내리고 있다(헌법재판소 1997.8.21. 94헌바2 결정).

349) 이에 대하여 비판적인 견해로는 박미숙, 앞의 논문, 708면.

350) 박미숙, 앞의 논문, 708면.

351) 재정신청제도의 전면확대의 의의 및 입법배경에 대해서는 장승일, 앞의 논문, 361-362면; 박미숙, 앞의 논문, 707-709면; 신이철, 앞의 논문, 332면 참조.

352) 다만 재정신청의 남용을 방지하기 위하여 고발인의 재정신청권 삭제, 검찰항고전치주의(제260조 제2항), 재정결정에 대한 불복절차의 제한(제262조), 기록 열람·등사의 제한(제262조의2) 그리고 재정신청인의 비용 부담(제262조의3) 등의 보완수단을 마련하였다. 그러나 그 실효성에 대하여 비판적인 견해로는 박미숙, 앞의 논문, 709-710면.

353) 이재상, "형사소송법 일부개정법률안에 관하여", 『바람직한 형사사법절차에 관한 공청회 자료집』(2006), 국회 법제사법위원회, 2006, 67-68면(박미숙, 앞의 논문, 709면에서 재인용).

354) 조기영, "재정신청제도의 전망과 과제", 『형사법의 신동향』, 제14호(2008.6.), 대검찰청, 57면; 이재상, "보완되어야 할 '재정신청 확대'", 중앙일보 2007년 4월 22일자(박미숙, 앞의 논문, 710면 주12) 재인용).

355) 장승일, 앞의 논문, 362면; 김태명(2010), 앞의 논문, 83면.

있는 것도 법원심리의 효율성을 도모하는 차원에서 지방법원 합의부로 변경하는 것이 타당하고,[356] 나아가 재정법원의 결정에 대한 불복수단을 마련하는 것이 검찰의 기소권을 통제함으로써 사법공정을 세우고, 고소·고발인 및 피고소·고발인의 인권보장을 위해서도 필요하다는 주장이 제기되고 있다.

이하에서는 이러한 문제점들 중에서 공정하고 인권친화적인 재정신청제도를 확립하는데 있어서 주요 쟁점들에 관해서만 서술하도록 한다.

나. 쟁점

1) 재정신청 신청권자의 확대의 문제점

「형사소송법」 제260조 제1항은 고소권자 외에 「형법」 제123조부터 제126조까지의 죄에 대하여 고발을 한 사람에 대해서만 재정신청을 허용하고 있는데 고발권자에 대해서만 대상범죄를 특정 직무범죄에 한정하고 있는 것이 과연 타당한 것인가에 대하여 의문이 제기된다. 이것은 일본 「형사소송법」 제262조가 우리나라의 재정신청 제도에 해당하는 준기소절차인 부심판청구제도(付審判請求制度)를 정하면서 고발인의 경우 그 대상범죄를 제한하고 있는 것과 유사하다(동조 제1항).[357]

그런데 2007년 형사소송법 개정에 의하여 고소권자에게 재정신청이 확대되었음에도 불구하고 고발권자에 대해서는 그 대상범죄를 변경하지 않은 것과 관련하여 2006년 사법개혁추진위원회는 사건의 직접당사자가 아닌 고발인에게까지 재정신청을 허용하는 경우 재정신청이 민중소송화될 위험이 있을 뿐만 아니라 이로 인하여 피고소인과 피고발인에 대한 인권침해가 우려된다는 검찰 측의 주장이 받아들여져 결국

356) 김태명(2010), 앞의 논문, 84면.

357) 일본 「형사소송법」 제262조 제1항 "형법 제196조부터 제196조까지, 파괴활동방지법(1952년, 법률 제240호) 제45조 또는 무차별대량살인행위를 행한 단체의 규제에 관한 법률(2000년 법률 제147호) 제42조 및 제43조의 죄에 대하여 고소 또는 고발을 한 사람은 검사가 공소를 제기하지 않은 처분에 대하여 불복이 있는 때에는 그 검사 소속의 검찰청 소재지를 관할하는 지방법원에 사건을 법원에 회부할 것을 청구할 수 있다(刑法第百九十三条から第百九十六条まで又は破壊活動防止法（昭和二十七年法律第二百四十号）第四十五条若しくは無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律（平成十一年法律第百四十七号）第四十二条若しくは第四十三条の罪について告訴又は告発をした者は、検察官の公訴を提起しない処分に不服があるときは、その検察官所属の検察庁の所在地を管轄する地方裁判所に事件を裁判所の審判に付することを請求することができる)".

고발사건은 재정신청의 범위에서 제외되었다고 한다.[358]

또한 학계에서도 상대적으로 고소·고발사건의 비율이 높고, 특히 재산상의 손실에 대하여 형사소송에 의존하는 경향으로 인한 재정신청의 남발로 인하여 범죄피해자 보호보다는 오히려 피고소인 등의 인권침해의 위험이 증가할 위험성이 지적되기도 한다.[359] 그리고 재정신청의 남발은 실질적으로 사인소추(공중소추)를 인정하는 방향으로 귀결됨으로써 우리나라 「형사소송법」의 국가소추주의와 조화되지 않을 수 있다.[360] 또한 독일이 범죄피해자에 대해서만 기소강제절차를 인정하고 있는 점[361]에 착안하여 고발인은 불기소처분에 의한 피해자라고 할 수 없고 고발인에게는 헌법소원이 허용되지 않는다는 이유에서 재정신청권자를 피해자로 한정하여야 한다는 견해가 있다.[362]

그러나 고발인에게 재정신청권을 인정하는 것이 곧 일반 시민에게 기소권한을 직접 부여하는 것을 의미하는 것은 아니며,[363] 고소·고발사건이 많다는 사실 자체가 법원업무의 효율성을 저해하기는 하지만 그렇다고 하여 그것이 불복절차의 의미를 가지는 재정신청을 전면적으로 부인하여야 하는 직접적인 근거로 원용될 수 없으므로[364] 오히려 효율성제고를 위한 대응책을 강구하여야 한다. 더욱이 현행법상 (전혀 문제가 없는 것은 아니지만) 재정신청의 남용을 방지하기 위한 방편으로서 항고전치주의(「형사소송법」 제260조 제2항),[365] 재정신청서에 재정신청 사유 기재(제260조 제4항), 비용

---

358) 김호철, "재정신청 전면확대 법안검토", 사법제도개혁추진위원회, 『사법선진화를 위한 제도개혁』, 2007, 843면(김태명(2010), 앞의 논문, 107면에서 재인용).

359) 김준호, "재정신청제도 확대검토", 『사법개혁추진위원회 전문위원 보고서 상』(2000), 사법개혁추진위원회, 95면 이하(김태명(2010), 앞의 논문, 106면에서 재인용).

360) 김태명(2010), 앞의 논문, 109면.

361) 제3장 제2절 3. 라. 2) 참조.

362) 박미숙, 앞의 논문, 710면.

363) 장승일, 앞의 논문, 364면.

364) 김태명(2010), 앞의 논문, 108면.

365) 항고전치주의는 검찰 내부에 자체 시정의 기회를 부여함과 동시에 재정신청의 전면확대에 따른 신청남용의 폐해를 최소화하여 형사사법의 효율성을 도모하기 위한 제도라고 볼 수 있다(법원행정처, 『형사소송법 개정법률 해설』, 2007, 58면). 다만 내부통제라는 한계로 인하여 그 실효성에는 의문이 있으나(고경희·이진국, 『검사의 불기소처분 실태와 개선방안』, 한국형사정책연구원, 2006, 68면), 고소인에게는 재정신청 전에 신속한 권리구제의 기회를 제공한다는 점이 어느 정도 의미가 있는 것으로 판단된다(심재무, "검사의 불기소처분에 대한 불복제도 개선방안", 『비교형사법연구』, 제5권 제1호(2003.7.), 한국비교형사법학회, 289-290면).

부담제도(제262조의3) 등이 마련되어 있다[366]는 점도 재정신청의 신청권자를 제한하는 것에 대한 부정적인 근거로 원용할 수 있다.

또한 고소·고발사건의 실태분석결과를 근거로 고발의 남용은 고소에 비하여 상대적으로 적기 때문에 고발사건을 이유로 업무의 폭증을 논하는 것은 타당하지 않으며,[367] 국민적 의혹이 집중된 그간의 주요 사건에 비추어 볼 때 재정신청의 대상에서 고발사건을 제외하는 것은 재정신청제도의 존재의의를 반감시킬 뿐만 아니라, 오히려 검찰의 기소독점권을 견제하기 위해 고발사건에까지 재정신청을 확대할 필요가 있다는 주장이 있다.[368] 나아가 고소는 개인적 감정이나 민사문제를 형사적 방법으로 해결하려는 의도로 남용되는 경우도 적지 않으나, 상대적으로 고발 사건의 경우는 불기소처분의 비율이 낮고 혹여 불기소처분이 내려졌다 하더라도 혐의없음의 비율이 낮으므로 형사사건으로서의 실체와 증거가 부존재하는 경우는 그리 많지 않다고 할 수 있다. 이에 고소사건보다는 고발사건에서 공소권 남용이 우려되는 기소유예의 비율이 더 높다고 보아야 하며, 그 결과 고발사건에서 재정신청의 필요성이 더욱 요구된다는 견해도 제기되고 있다[369]. 다른 한편으로는 고소인 없는 사건과 같은 경우에는 재정신청이 매우 제한적일 수밖에 없기 때문에 고소인과 제한된 고발인만이 신청권자가 되는 현행 규정에는 한계가 있다는 견해도 있다.[370]

개정 전의 「형사소송법」이 재정신청권을 고소인뿐 아니라 고발인에게도 부여한 것은 범죄피해자의 기본권 보장을 목적으로 함과 동시에 일반국민의 감시로써 형사사법의 공정성과 형사사법에 관한 국민적 신뢰를 확보하기 위함이다.[371] 즉 제3자인 국민에게 재정신청권을 부여하여 검찰의 공소권 남용을 방지하고자 한 것으로 생각된다. 또한 고발인에게 재정신청권을 부여하여 법원이 검사의 불기소처분의 당부를 심

366) 김태명(2010), 앞의 논문, 107면; 같은 취지로는 박기석, 앞의 논문, 209면.

367) 박기석, 앞의 논문, 206면.

368) 임순현, "기소독점권 견제 위해 재정신청 고발사건까지 확대", 『법률신문』, 2010년 4월 16일자 (https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=52069; 검색일: 2020년 9월 20일); 장승일, 앞의 논문, 364면.

369) 박기석, 앞의 논문, 208면.

370) 장승일, 앞의 논문, 362면.

371) 재정신청의 대상을 모든 범죄로 확대하는 것이야말로 범죄피해자의 지위 강화를 위하여 타당하다는 견해로는 송광섭, "범죄피해자 보호의 현황과 형사사법체계 내에서의 피해자보호 방안", 『저스티스』, 제82호(2004.12.), 한국법학원, 16면.

사하도록 한다고 하더라도 이것을 곧 시민에게 직접 소추권을 부여하는 것으로 볼 수 없기 때문에 사인소추나 공중소추라고 말할 수 없다.[372]

2) 공소유지의 공정성 담보를 위한 공소유지변호사제도의 도입 필요성

현행 「형사소송법」 제262조 제6항은 "재정결정서를 송부받은 관할 지방검찰청검사장 또는 지청장은 지체없이 담당 검사를 지정하고 지정받은 검사는 공소를 제기하여야 한다"고 규정함으로써 검사에 의한 공소의 제기와 유지를 규정하고 있는데 과연 불기소처분에 대하여 실질적으로 기소강제된 상황에서 검사가 성실하게 공소를 유지할 것인가라는 점에 대해서는 많은 우려가 제기되고 있는 것이 사실이며[373] 이러한 의미에서 재정신청에 한정하여 공소유지를 담당하는 이른바 "공소유지변호사제도"의 도입이 논의되고 있다.

이에 대해서는 검사로 하여금 기소를 독점하도록 하고 있는 현행법과 조화되지 않는다는 비판이 있을 뿐만 아니라[374] 공소유지변호사에게 형사소송절차에서의 검사의 지위와 동일한 지위를 부여할 것인가, 특히 사법경찰관에 대한 수사지휘를 허용할 것인가의 문제에 대해서도 일의적으로 해소되지 못하고 있다.[375]

그러나 현행 형사소송법은 검사의 공소제기 및 유지와 관련하여 그 공정성에 의심이 있는 경우에 대하여 제척·회피·기피제도를 마련하고 있지 않다는 점에서 자신의 불기소처분에 대하여 실질적으로 기소강제된 사건에 대하여 공정한 공소제기 및 유지를 기대할 수 있는가에 대해서는 여전히 의문이 남는다. 더욱이 검찰내부적 불복제도인 검찰항고에서도 인용되지 못한 검사의 불기소처분에 대한 불복이 법원에 의하여 인용되는 경우에는 더욱 그러한 의문은 강해질 수밖에 없다는 비판[376]도 그렇게 합리적인 근거가 없는 것이라고 볼 수 없다. 또한 실제로 2009년 9월 11월에는 재정신청의 인용으로 인하여 공소를 유지하도록 하는 "공소유지 지정변호사제도"의 도입을 위한 법률안이 발의되기도 하였다(「형사소송법 개정안」 제265조(공소의 유지와 지정변호사)).[377][378]

---

372) 같은 취지의 견해로는 김태명(2010), 앞의 논문, 109면.

373) 법원행정처, 『형사소송법 개정법률 해설』, 2007, 71면.

374) 박미숙, 앞의 논문, 714-715면.

375) 최보현, "재정신청에 관한 시비", 『법조』, 제6권 제11·12호(1957.12.), 법조협회, 16면 이하(박미숙, 앞의 논문, 714면 각주 20)에서 재인용).

376) 김태명(2010), 앞의 논문, 117면.

3) 재정신청의 제기기간

「형사소송법」 제260조 제3항에서는 "항고기각 결정을 통지받은 날 또는 제2항 각호의 사유가 발생한 날로부터 10일 이내에 재정신청서를 제출하여야 한다"고 규정하여 동 기간이 경과한 때에는 법원으로부터 기각결정을 받게 된다.

그런데 동 규정에 대해서는 재정신청 기간을 불변기간으로 제한하는 것은 재정신청으로 인한 피고소·고발인의 지위가 계속적으로 불안정하게 되는 불이익을 방지하고자 하는 고려가 있었다고 볼 수 있으나, 그러한 점을 고려하더라도 고소인의 재정신청권리가 재정신청의 기간 규정에 의하여 지나치게 제한되고 있다는 비판이 제기되고 있다.[379] 또한 재정신청서 제출 기간을 10일로 제한하고 있는 것은 다른 상소기간 등과 비교하여 짧게 규정되어 있어서[380] 불가항력의 사유로 부득이 제출 기간을 넘긴 경우에는 다른 구제방법이 없게 되는 문제점과 재정신청인이 변호인의 조력을 받을 수 없는 경우도 발생할 수 있어 재정신청제도의 내실 있는 활용에 어려움이 있다는 점도 지적되고 있다[381].

이와 관련하여 주요 외국의 입법례를 살펴보면 일본의 경우 검찰심사회의 불복에는 기간의 정함이 없으나(일본 「검찰심사회법」 제30조 이하 참조) 부심판청구의 경우 7일 내로(일본 「형사소송법」 제262조 제2항) 정해져 있는데 대하여 독일의 경우 검찰

---

377) 2009년 11월 「형사소송법 일부개정법률안(박영선의원 외 83인)」(의안번호: 1805992). 또한 장승일, 앞의 논문, 363면 및 각주 40) 참조. 또한 동 법률안 제263조는 재정신청이 인용된 경우에 공소제기를 의제하도록 하고 있다.

378) 2009년 11월 「형사소송법 일부개정법률안(박영선의원 외 83인)」(의안번호: 1805992)
"제265조(공소의 유지와 지정변호사) ① 법원은 제262조제2항제2호에 따라 사건이 그 법원의 심판에 부하여진 때에는 그 사건에 대하여 공소의 유지를 담당할 자를 변호사 중에서 지정하여야 한다.
② 제1항의 지정을 받은 변호사는 해당 사건과 이와 병합된 사건에 대한 공소를 유지하기 위하여 종국재판이 확정될 때까지 검사로서의 모든 직권을 행사한다. 단, 사법경찰관리에 대한 수사의 지휘는 재판장이 인정한 사항에 한한다.
③ 제2항에 따라 검사의 직무를 행하는 변호사는 법령에 의하여 공무에 종사하는 자로 간주한다.
④ 법원은 지정을 받은 변호사가 그 직무를 행함에 있어서 부적당하다고 인정하거나 기타 특수한 사정이 있을 경우에는 언제든지 그 지정을 취소하고 다른 변호사를 지정할 수 있다.
⑤ 지정된 변호사는 국가로부터 법률로써 정한 액의 보수를 받는다".

379) 신이철, 앞의 논문, 335면 이하.

380) 양경규, "재정신청제도의 개정방향에 관한 소고", 『한국치안행정논집』, 제8권 제3호(2011.11.), 한국치안행정학회, 150면 이하.

381) 이승호, "피해자와 민간의 형사절차 참여를 위한 방안", 『형사법연구』, 제19호(2003.6.), 한국형사법학회, 7면; 김태명(2010), 앞의 논문, 95면.

에 대한 불복의 경우 2주(독일「형사소송법」제172조 제1항) 그리고 기소강제절차에 대해서는 1달의 기간이 정해져 있다. 이상의 내용을 살펴볼 때 재정신청의 제기 기간은 각 입법례의 다른 불복제도와의 균형을 고려하여 정해져 있는 것으로 판단된다.

생각건대 법원의 판결과 관련해서는 항소 및 상고기간은 20일(「형사소송법」제361조의3 제1항 및 제379조 제1항) 그리고 결정과 관련해서는 준항고의 경우 7일(제416조 제3항) 그리고 즉시항고의 경우 7일(제405조)로 상대적으로 단기로 정해져 있어서 법원의 판결과 결정에 대한 불복기간만을 본다면 재정신청의 경우에만 특별히 단기로 정해져 있다고 보기는 어려울 것이다. 물론 재정신청의 전제가 되는 검찰항고의 경우 검사의 불기소처분의 통지를 받은 날로부터 30일 내에 검찰항고를 할 수 있도록 정하고 있고(「검찰청법」제10조 제4항) 2020년「개정 형사소송법」제245조의7(고소인 등의 이의신청) 제1항은 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여 이의신청기간을 정하고 있지 않으나 이것은 검찰 내부적 사법심사를 청구하기 위한 기간이기 때문에 이를 법원의 사법심사를 요구하는 재정신청에 그대로 적용하는 것이 적정한 것인가에 대해서는 의문이 제기된다.

4) 재정신청 사유의 기재의 문제점

「형사소송법」제260조 제4항은 재정신청서에는 "재정신청서에는 재정신청의 대상이 되는 사건의 범죄사실 및 증거 등 재정신청을 이유있게 하는 사유"를 기재하도록 정하고 있다. 그런데 상소제도와 관련해서는 상소기간은 정하고 있으나(제358조, 제374조), 상소이유서의 제출기한에 대해서는 별도의 규정을 두고 있으며(제361조의3 제1항 및 제379조 제1항) 상소기간 내에 상소장과 함께 상소이유를 제출하지 않았다고 하여 상소를 기각하지는 않고 있다(제361조의4 제1항 단서 및 제380조 제1항 단서)는 점을 고려할 때[382] 재정신청제도에서는 재정신청서와 이유를 동시에 제출하도록 하는 것이 고소·고발인의 재정신청을 합리적인 이유없이 제한함으로써 궁극적으로는 재판청구권을 제한하고 있는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.[383]

그러나 상소제도는 법원판결의 핵심적인 내용인 "본안"에 대한 불복절차라는 점에

382) 신이철, 앞의 논문, 346면 이하.

383) 비판적인 견해로는 신이철, 앞의 논문, 344면 이하.

서 법원의 본안의 내용을 구성하는 범죄사실을 다투는 것이 아닌 검사의 부당한 불기소처분을 다투는 재정신청과는 그 내용에 있어서 구별된다. 또한 검사의 불기소처분에 대한 재정신청은 범죄사실에 따라 공소를 제기할 것을 청구하는 것이라는 점에서 검사의 재판청구권, 즉 공소제기와도 비유될 수 있을 것이다. 이때 검사의 공소장에는 공소제기의 이유에 해당하는 범죄사실과 그 증거가 함께 기재되지 않으면 안 된다는 점(「형사소송법」 제254조(공소제기의 방식과 공소장) 제3항)을 고려할 때에도 재정신청 시에 그 사유를 기재하도록 하는 것이 고소인·고발인의 재판청구권을 현저하게 제한하는 것이라고 보기는 어려우며 오히려 반대로 피고소·고발인을 재판에 회부할 것을 요구하면서 그 이유가 명확하지 않은 것이 과연 정당한 것인가에 대해서는 의문이 제기된다.

이와 관련하여 헌법재판소도 "재정신청서에 재정신청이유를 기재하도록 규정하고 있는 것은 재정신청서에 재정신청의 근거를 명시하게 함으로써 법원으로 하여금 재정신청의 범위를 신속하게 확정하고, 재정신청에 대한 결정을 신속하게 내릴 수 있도록 하며, 재정신청의 남발을 방지하려는 취지와 재정신청으로 인하여 이미 검사의 불기소처분을 받은 피고소인 또는 피고발인의 지위가 계속 불안정하게 되는 불이익을 고려하여 입법자가 정당한 이익형량을 한 결과라고 할 것이므로 합리적인 이유가 있다. 형사소송법 제260조 제2항 본문에 따라 고소인이나 고발인이 재정신청을 하게 되는 때에는 이미 검찰항고절차를 통하여 당해 사건의 범죄사실이나 증거 등에 관련된 검토를 어느 정도 마친 이후라고 할 것이고, 이 사건 법률조항이 법률전문가에게 기대하는 것과 같이 법리적으로 정확하고 치밀한 이유의 기재를 요구하는 것이라고 볼 수 없으므로 이 사건 법률조항에서 고소인 또는 고발인에게 재정신청서에 재정신청의 이유를 기재하도록 하는 것이 재판청구권을 형해화할 정도에 이른다고 볼 수도 없다"고 결정한 바 있다.[384)385)]

5) 재정신청의 비용부담의 문제

2007년 재정신청의 확대로 인하여 발생될 재정신청의 남용과 이에 따른 피의자

384) 헌법재판소 2009.12.29. 2008헌마414 결정.

385) 또한 판례도 재정신청의 제기기간 내에 법원의 심판에 부칠 사건의 범죄사실 및 증거 등 재정신청을 이유 있게 하는 사유를 기재하도록 하는 것은 "법원심판의 범위를 한정하고 신청의 근거를 밝힐 것을 요구"하는 것이어서 재정신청사유를 기재하지 아니한 경우에 재정신청을 기각한 것은 정당하다고 밝히고 있다(대법원 2002. 2. 23. 자 2000모216 결정).

인권침해의 우려를 방지하기 위하여 「형사소송법」 제262조의3에 유책고소인에 대한 비용부담제도를 도입하였다. 즉 재정신청에 대한 기각결정(제262조 제1항 제1호)이나 재정신청의 취소(제264조 제2항)가 있는 경우 법원은 "재정신청인에게 신청절차에 의하여 생긴 비용의 전부 또는 일부를 부담하게 할 수 있[도록]" 하였으며(제262조의2 제1항) 이때에도 "직권 또는 피의자의 신청에 따라 재정신청인에게 피의자가 재정신청절차에서 부담하였거나 부담할 변호인 선임료 등 비용의 전부 또는 일부의 지급을 명할 수 있[도록]" 하고 있으며(동조 제2항), 법원의 비용부담결정에 대해서는 즉시항고를 허용하고 있다(제3항).

그런데 고소·고발인에게 소송비용을 부담하도록 하는 경우 고소·고발인의 경제적 상황에 따라 재정신청에 대한 냉각효과로 작용함으로써 고소·고발인의 재판청구권을 현저하게 침해하는 것은 아닌가라는 비판이 제기되기도 한다.

그러나 「형사소송법」 제188조는 "고소인 등의 소송비용부담"에 관하여 정하면서 "고소 또는 고발에 의하여 공소를 제기한 사건에 관하여 피고인이 무죄 또는 면소의 판결을 받은 경우에 고소인 또는 고발인에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 때에는 그 자에게 소송비용의 전부 또는 일부를 부담하게 할 수 있다"고 규정하고 있어서 재정신청에 대해서만 특별히 유책고소인에 대하여 소송비용을 부담시킴으로써 합리적인 이유 없이 차별하고 있다고 보기는 어렵다.

6) 재정신청인에 대한 통지

「형사소송법」 제262조 제1항은 피의자의 방어권 보장을 위하여 "법원은 재정신청서를 송부받은 때에는 송부받은 날부터 10일 이내에 피의자에게 그 사실을 통지하여야 한다"고 규정하고 있는데 대하여 재정신청을 하고자 하는 사람에 대해서는 예컨대 재정신청 시 필요한 사항과 기간 등에 관한 통지에 관한 규정을 두고 있지 않은데 이에 대하여 피해자인 재정신청인에 대한 실질적 권리구제의 보장이라는 관점에서 볼 때 의문을 제기하는 견해가 있다.[386]

이때 한 가지 언급할 것은 재정신청은 검찰항고가 인용되지 않은 경우(검찰항고전치주의, 제260조 제2항) 재정신청서를 직접 법원에 제출하는 것이 아니라 지방검찰청

386) 박미숙, 앞의 논문, 733면.

검사장 또는 지청장에게 제출하도록 하고 있기 때문에(동조 제3항) 검찰항고의 기각결정을 내리는 당사자도 아닐 뿐만 아니라 당사자로부터 직접 재정신청을 접수하지 않는 법원에게 통지의무를 부과하는 것은 적절하지 않다. 따라서 통지의무는 검사에게 있다고 보는 것이 타당한데 문제는 「형사소송법」이나 「검찰청법」에는 이에 관한 규정을 두고 있지 않을 뿐만 아니라 검사의 "처분결과통지등"와 관련하여 정하고 있는 「검찰사건사무규칙」 제60조에도 통지의 내용에 관해서는 구체적으로 정하고 있는 바가 없다는 점이다. 다만 동 규칙 제60조 제1항에 정한 "고소·고발사건처분결과 통지서"(별표 제108호 서식)의 "안내"에 "1. 불기소처분에 대하여 불복이 있을 경우에는 이 통지서를 받으신 날부터 가. 30일 이내에 불기소처분에 대한 항고(「검찰청법」 제10조)를 하실 수 있고(만약 항고 기각 시 고소인 및 「형법」 제123조부터 제125조까지의 죄 및 「공직선거법」 제273조에 정한 죄 등에 대한 일부 고발인은 10일 이내에 관할 고등법원에 재정신청을, 그 밖의 고발인은 30일 이내에 대검찰청에 재항고를 각각 제기하실 수 있음)"라고 서술하고 있어서 재정신청을 하려는 사람에 대한 통지가 전혀 없는 것은 아니다. 다만 재정신청은 고소·고발인의 불복을 할 수 있는 권리들 중의 하나라고 본다면 재정신청을 할 수 있는 권리에 관한 통지에 관한 것은 법률에 정하는 것이 적절할 것이라고 판단된다. 그리고 이것은 법제처의 『법령입안·심사기준』에 따르더라도 "국민의 권리와 의무에 관한 사항, 정부의 조직에 관한 사항 등 중요한 사항을 법률로 정하도록 명시적으로 규정하고 있으므로, 해당 사항에 대해서는 법률로 정하[도록]"[387] 권고하고 있는 것과도 상응하는 것이기도 하다.

다. 소결

재정신청절차는 검찰권행사에 대한 통제 이외에도 범죄피해자의 형사소추의 이익을 보호하기 위한 제도로서 운용되어야 한다. 그런데 종래 재정신청제도는 그 초점이 피해자의 이익보호보다는 오히려 검사의 기소재량에 대한 사법통제에 놓여 있던 것이 사실이며 이러한 의미에서 피해자의 이익보호의 관점이 보다 강조될 필요가 있다.[388]

---

387) 법제처, 『법령입안·심사기준』, 2019.12., 15면(https://www.moleg.go.kr/menu.es?mid=a10105030000; 검색일: 2020년 8월 30일).

388) 최병각, 『재정신청제도에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1999, 30-31면.

그리고 고소·고발의 남발의 문제는 결과적으로 재정신청의 급증으로 인한 법원업무의 가중이라는 결과를 초래할 수 있는 것이 사실이다. 그러나 이러한 법원업무의 가중은 업무의 효율화를 통하여 해소하여야 하는 것이지 당사자의 권리를 축소하여야 하는 직접적인 원인으로 작용해서는 안 된다.[389] 그러나 이와 동시에 재정신청은 피고소·고발인의 지위를 불안정하게 한다는 점도 간과되어서는 안 된다.[390]

또한 재정신청에 의한 실질적인 기소강제에 의하여 검사의 공소제기 및 유지의 공정성이 의심받는 경우 독립성과 공정성이 담보될 수 있는 공소유지변호사제도의 도입도 고려할 만한 것이라고 판단된다.

3. 영장에 대한 불복의 허용 여부

가. 영장에 대한 불복제도의 필요성

검사의 영장청구에 대하여 법원, 특히 수임판사가 기각 또는 발부결정을 내린 경우 이에 대하여 불복할 수 있는가의 문제와 관련하여 일견 보통항고에 관하여 정하고 있는 「형사소송법」 제402조, 판결 전의 법원의 결정에 대한 항고에 관하여 정한 제403조 제2항, 준항고에 관하여 정한 제416조 제1항 제2호 및 제3호 그리고 증거보전의 청구에 대한 불복에 관하여 정한 제184조 제4항을 근거로 그 불복이 허용되는 것처럼 보인다. 즉 「형사소송법」 제402조는 "법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 항고를 할 수 있다. 단, 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다"고 규정하고[391] 제403조 제2항은 "전항[즉시항고]의 규정은 구금, 보석, 압수나 압수물의 환부에 관한 결정 또는 감정하기 위한 피고인의 유치에 관한 결정에 적용하지 아니한다"고 규정하고 있다. 그리고 제416조 제1항은 "재판장 또는 수명법관이 다음 각 호의 1에 해당한 재판을 고지한 경우에 불복이 있으면 그 법관소속의 법원에 재판의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다"고 규정하면서 제2호에 "구금, 보석, 압수 또는 압수물환부에 관한

389) 박상기, "기소편의주의와 그 문제점", 『고시행정』(1990.12.), 85면.

390) 박미숙, 앞의 논문, 726면.

391) 단서는 신속한 재판의 실현을 위하여 원칙적으로 불복을 허용하지 않는 것이라는 견해로는 정준섭, "영장항고제도 도입의 필요성과 정당성", 『법학연구』, 제49권 제2호(2009.2.), 부산대학교 법학연구소, 219면; 권양섭, 앞의 논문, 186면.

재판"을 그리고 제3호에 "감정하기 위하여 피고인의 유치를 명한 재판"을 열거하고 있다. 또한 제184조 제4항은 증거보전의 청구와 관련하여 "제1항의 청구[증거보전의 청구]를 기각하는 결정에 대하여는 3일 이내에 항고할 수 있다"고 규정하고 있다.

그런데 판례는 영장의 기각 또는 발부결정에 대하여 원칙적으로 항고를 허용하지 않는다는 견해를 견지하고 있다.[392] 그러나 문제는 법원의 영장기각 또는 발부결정에 대하여 불복을 허용하지 않는 경우 영장발부에 대한 법관의 자의적인 판단을 통제할 수 없을 뿐만 아니라[393] 법원의 영장발부에 대한 형평성과 예측가능성을 담보할 수 없는 것은 아닌가[394]라는 의문이 제기된다는 점이다. 그러나 다른 한편으로는 법원의 결정이 판결에 영향을 미친 것으로서 항소로 다툴 수 있기 때문에[395] 법원의 영장발부와 관련한 결정에 대하여 불복을 허용하지 않는 것은 그렇다고 하여 현저하게 부당한 것은 아니라는 견해도 주장된다.

이러한 의문은 무엇보다도 「형사소송법」이 제시하고 있는 영장발부의 기준이 영장청구권자에 대해서나 그리고 피의자에 대해서나 예측가능할 정도로 충분히 명확한가에 대하여 확실성이 담보되어 있지 않은 데에 기인한다. 즉 예컨대 「형사소송법」 제70조 제1항은 구속사유를 그리고 제2항은 판단 기준을 정하고 있으나 특히 판단기준과 관련하여 "범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려 등"을 고려하도록 함으로써 그 판단의 재량이 매우 폭넓기 때문이다.

따라서 영장발부에 대하여 불복, 즉 항고를 허용할 것인가의 문제는 영장발부에 대한 법원(수임판사)의 자의적인 판단을 어떻게 통제할 것인가와 직접적인 관련을 맺는다. 그러나 다른 한편으로는 법원의 영장기각결정에 대하여 검사가 영장을 재청구하는 것이 아니라 검사에게 항고를 허용하는 것이 자칫 수사권의 남용이 되는 것은 아닌가라는 우려와 함께 피의자에게 항고를 허용하는 것과 관련해서는 영장실질심사

392) 대법원 2006.12.18. 자 2006모646 결정: 대법원 1958.3.14. 자 4290형재항9 결정, 대법원 2005.3.31.자 2004모517 결정; 그 밖에도 관련 판례들에 대한 상세한 분석에 관해서는 정준섭, 앞의 논문, 220면 이하; 김태우, "판사의 영장결정에 대한 불복제도 연구", 『형사법의 신동향』, 제9호(2007.8.), 대검찰청, 2-3면.

393) 이러한 비판에 대해서는 이완규, "개정 형사소송법상 영장항고", 『형사법의 신동향』, 제9호(2007.8.), 대검찰청, 40면 이하.

394) 권양섭, "구속영장항고제도 도입에 관한 논의와 절충적 제안", 『법학연구』, 제55집(2014.8.), 한국법학회, 185면.

395) 이완규, 앞의 논문, 49면; 권양섭, 앞의 논문, 186면 각주 3).

제도, 즉 구속 전 피의자심문제도(「형사소송법」 제201조의2)와 체포·구속적부심사제도(제214조)와의 관계가 문제된다. 전자의 경우는 수사의 효율성[396]에 대한 피의자의 불필요한 인신구속 등 강제처분의 미결상태로 인한 법적 안정성과 신속한 재판을 받을 권리의 침해[397]가 그리고 후자의 경우에는 유사 불복절차의 중복으로 인한 소송경제가 문제된다.

이와 관련하여 2005년의 '사법제도개혁추진위원회'에서는 '영장항고제도'의 도입에 대한 고민과 함께 실제 그 개정안이 마련된 바 있으나, 검찰 측에서는 '구속영장항고제도'의 조건 없는 도입을 주장한 반면, 법원은 '영장단계에서의 조건부석방제도'의 도입을 전제로 하여야만 영장재판에 대한 항고제도를 수용할 수 있다는 입장이 대립하면서 결국 타협점을 찾지 못하였다.[398] 여기에서는 이러한 상황을 반영하여 그간의 '구속영장항고제도'의 도입과 관련한 논의를 살펴보고, 나아가 구속영장과 관련한 갈등문제를 해결할 수 있는 방안을 마련해 보고자 한다.

나. 학계의 논의 및 판례의 입장

앞서 언급한 「형사소송법」상 관련규정의 해석과 관련하여 종래 주로 쟁점으로 지적되고 있는 것은 첫째 지방법원 판사가 수사 단계에서 행하는 영장에 관한 재판이 제402조에서 규정하는 '법원의 결정'에 해당하여 '항고'할 수 있는 것인지, 아니면 제416조 제1항에서 규정하고 있는 '재판장 또는 수명법관의 재판'에 해당하여 '준항고'의 대상이 되는 것인지의 여부와 둘째 제184조 제4항의 신설이 수사절차상 영장재판에 대한 항고가 허용되는 것인지의 여부에 어떤 영향을 미치는가라는 점이었다.[399]

---

396) 형사실무에서는 강제처분의 허가기준 등 인권보호에 관한 법리가 명확하지 않고 참고할 만한 기준도 존재하지 않으며, 법원 간 혹은 담당 판사 간 개인적 편차로 인하여, 피의자·피고인이 불구속상태에서 수사나 재판을 받는 경우가 증가하면서 형사사법 정의의 실현에 지장이 있다는 견해로는 정준섭, "영장항고제도 도입의 필요성과 정당성", 『법학연구』, 제49권 제2호(2009.2.), 부산대학교 법학연구소, 217-218면; 권양섭, 앞의 논문, 183면. 또한 구속 인원수 비율의 변화에 관하여서는 권양섭, 앞의 논문, 184-185면 참조.

397) 대법원 2006.12.18. 자 2006모646 결정; 권양섭, 앞의 논문, 185면.

398) 당시 입법적 해결 노력에 대해서는 김재봉, 앞의 논문, 52면 이하; 정준섭, 앞의 논문, 225-227면 참조.

399) 이한규·박영욱·김용규·박주연·박민호·박양숙, "검찰개혁과제에 대한 이론적 고찰 - 법률안 개정내용과 찬성 및 반대의 입장을 중심으로 -", 국회 법제사법위원회, 2011, 129면(https:// committee.na.go.kr:444/legislation/reference/reference01.do?mode=view&articleNo=520345&article.off

1) 학계의 논의

이와 관련하여 우선 검사의 구속영장 청구 시 지방법원 판사가 행하는 구속영장의 발부여부에 대한 재판에 대해서는 항고 또는 준항고에 의한 방법으로 불복할 수 없다는 불복불허설이 주장되고 있다. 현재 우리나라의 다수설의 입장이다.[400] 그 논거로는 첫째, 영장발부에 관여하는 지방법원 판사는 「형사소송법」 제402조 상의 '법원'에 해당한다고 볼 수 없다는 것이다. 즉 「형사소송법」 제402조에서 규정하는 '법원'에는 수소법원 및 수소법원 이외의 재판기관 중 법원은 포함될 수 있으나, 영장재판을 하는 판사와 같은 수임판사의 경우에는 여기에 포함되지 않는다고 한다.[401] 둘째, 「형사소송법」 제402조의 규정에 의하면 항고의 대상은 '수소법원의 결정'이어야 하지만 지방법원 판사는 수소법원이 아니기 때문에 영장재판은 항고의 대상이 될 수 없다는 것이다.[402] 셋째, 항고의 대상은 법원의 결정임에 반하여, 지방법원 판사에 의하여 이루어지는 구속영장청구에 관한 법원의 재판은 결정이 아니라 명령으로 보아야 하기 때문에 항고의 대상이 될 수 없다는 것이다.[403] 넷째, 「형사소송법」 제416조에 의하여 준항고의 대상이 되는 것은 '재판장 또는 수명법관'이 고지한 재판이고, 때문에 영장재판을 담당하는 지방법원 판사가 행한 영장기각은 여기에 해당된다고도 볼 수 없어 준항고의 대상도 될 수 없다고 한다.[404]

이에 대하여 불복허용설은 지방법원판사가 검사가 청구한 구속영장을 발부하거나 기각했을 경우 항고 또는 준항고의 대상이 될 수 있다는 견해를 취하고 있는 것으로서 우리나라 소수설의 입장이다.[405] 이 견해에 따르면 첫째, 판례에 의한 수소법원의

---

set=20&articleLimit=10; 검색일: 2020년 9월 30일).

400) 김재봉, "개정 형사소송법과 수임판사의 재판에 대한 불복", 『형사법연구』, 제19권 제4호(2007.1.), 한국형사법학회, 49면; 이인석, "영장항고제도에 관한 연구", 『법조』, 제57권 제4호(2008.4.), 법조협회, 424면; 정준섭, 앞의 논문, 237면 이하 참조.

401) 대법원 1986.7.12. 자 86모25 결정.

402) 강동범, "구속영장재판에 대한 불복 가부", 『형사법연구』, 제21권 제3호(2009), 한국형사법학회, 94면 이하.

403) 대법원 2006.12.18. 자 2006모646 결정.

404) 대법원 1986.7.12. 자 86모25 결정.

405) 강동범, 앞의 논문, 94면 이하; 박병규, "영장재판에 대한 항고 - 대법원 2006.12.18.자 2006모646 결정 평석 -", 『법조』, 제56권 제12호(2007.12.), 법조협회, 366-373면; 류장만, "구속영장청구기각결정이 항고대상이 되는지에 대하여", 『형사재판의 제문제』, 제4권(2003), 사법발전재단, 375면; 오세인, "영장청구기각결정에 대한 불복방법", 『형사판례연구』, 제9권(2001), 박영사,

개념은 공소제기가 된 사건을 심리하는 법원을 의미하는데, 「형사소송법」 제402조는 법원의 결정이라고 규정하고 있을 뿐이지 따로 수소법원의 개념을 사용하고 있지 않기 때문에 이를 제한적으로 해석할 필요는 없고, 오히려 통상적으로 법원의 재판권이란 분쟁해결에 대한 당사자의 요구에 대하여 그 분쟁을 해결하기 위한 법원의 권한이기 때문에, 분쟁 당사자로부터 받은 청구에 관하여 그 당부를 판단하는 법원은 모두 「형사소송법」 제402조에서 규정하는 법원에 해당한다고 판단하는 것이 타당하다고 주장한다. 둘째, 영장청구 자체는 하나의 사건으로 이에 영장청구를 담당하는 판사도 사건에 대한 계속법원인 수소법원으로 볼 수 있고 따라서 영장청구 판사가 하는 재판은 '명령'이 아니라 '결정'으로 판단하여야 한다는 것이다. 결국 불복허용설은 공소제기 사건을 심리하는 법원은 물론 수사절차 상에서 각종의 영장을 청구 받는 판사도 「형사소송법」 제402조에서 규정하는 법원에 포함시킨다. 한편 불복허용설의 입장 중에는 2007년 개정 「형사소송법」상의 증거보전청구기각결정에 대하여 3일 이내로 항고할 수 있는 조항(동법 제184조 제4항)이 신설되었음을 근거로 영장결정에 대한 항고가 허용된다고 하는 견해도 있다.[406]

마지막으로 수사절차에서 판사의 영장재판에 대해서는 「형사소송법」 제416조 제1항 제2호에 의한 준항고로 불복할 수 있다는 준항고허용설이 제기되고 있는데[407] 이 견해에 따르면 해석론상으로는 제402조 및 제403조에서 정한 "법원"은 수임판사 등 판사를 제외한 소송법상의 의미의 법원으로 이해하여야 하고 수임판사 등 판사의 재판(명령)에 대하여는 법률에 규정이 있는 경우에 한하여 준항고가 인정된다고 전제하면서도[408] 수임판사 등 판사의 재판(명령)에 대한 불복은 준항고를 통하여 인정할 정책적 필요성이 있다고 한다.[409] 이 견해는 무엇보다도 준항고를 통하여 법관에 의하여 신속한 재판을 받을 권리를 보장할 필요가 있으며 지방법원판사의 영장기각재판에

352면; 정준섭, 앞의 논문, 223-225면.

406) 최길수, "김재봉, 개정 형사소송법과 수임판사의 재판에 대한 불복에 대한 토론", 『형사법연구』, 제19권 제4호(2007.1.), 한국형사법학회, 67-69면; 이완규, 앞의 논문, 59-62면; 「형사소송법」 제184조 제4항 신설에서 영장항고허용에 대한 근거를 구하는 견해에 대한 비판적 견해로는, 정준섭, 앞의 논문, 235-236면 참조.

407) 김재봉, 앞의 논문, 51면, 58면 이하.

408) 김재봉, 앞의 논문, 50면 이하.

409) 김재봉, 앞의 논문, 50면 이하, 58면 이하.

대해서도 대법원이 종국적인 판단을 내릴 수 있도록 할 필요가 있다고 한다는데 그 근거를 두고 있다.[410]

2) 판례의 입장

판례는 앞서 언급한 바와 같이 영장의 기각 또는 발부결정에 대해서는 원칙적으로 항고를 허용하지 않는다. 즉 "검사의 체포영장 또는 구속영장 청구에 대한 지방법원판사의 재판은 형사소송법 제402조의 규정에 의하여 항고의 대상이 되는 '법원의 결정'에 해당되지 아니하고, 제416조 제1항의 규정에 의하여 준항고의 대상이 되는 '재판장 또는 수명법관의 구금 등에 관한 재판'에도 해당되지 아니함이 분명하다"고 밝히고 있는 것[411]은 다분히 문언해석에 기초하고 있다고 말할 수 있다.[412] 또한 준항고와 관련하여서도 "형사소송법 제402조, 제403조에서 규정하는 항고는 법원이 한 결정을 그 대상으로 하는 것이므로 법원의 결정이 아닌 지방법원 판사가 한 구속영장청구기각결정에 대하여는 그와 같은 항고의 방법으로 불복할 수 없다고 보아야 할 것이고, 같은 법 제416조는 재판장 또는 수명법관이 한 재판에 대한 준항고에 관하여 규정하고 있는바, 여기에서 말하는 '재판장 또는 수명법관'이라 함은 수소법원의 구성원으로서의 재판장 또는 수명법관만을 가리키는 것이어서, 수사기관의 청구에 의하여 구속영장 등을 발부하거나 기각하는 독립된 재판기관인 지방법원 판사가 이에 해당된다고 볼 수 없으므로 지방법원 판사가 한 구속영장 청구기각결정에 대하여는 위 조항에서 정한 준항고로도 불복할 수 없다고 할 것이다"라고 밝히고 있다.[413]

3) 검토

앞서 살펴본 바와 같이 판례나 다수설이 취하는 문언해석에 근거한 해석은 타당하다고 판단되며, 영장청구에 대한 법원의 기각 또는 발부결정에 대하여 불복을 허용할

410) 이에 관한 것은 정준섭, 앞의 논문, 225면.

411) 대법원 2006.12.18. 자 2006모646 결정: (대법원 1958.3.14.자 4290형재항9 결정, 대법원 2005.3.31.자 2004모517 결정 등 참조)"; 그 밖에도 관련 판례들에 대한 상세한 분석에 관해서는 정준섭, "영장항고제도 도입의 필요성과 정당성", 『법학연구』, 제49권 제2호(2009.2.), 부산대학교 법학연구소, 220면 이하; 김태우, "판사의 영장결정에 대한 불복제도 연구", 『형사법의 신동향』, 제9호(2007.8.), 대검찰청, 2-3면.

412) 이인석, 앞의 논문, 380면.

413) 대법원 2005.3.31 자 2004모517 결정.

것인가의 문제는 가능한 한 입법론적으로 해결하는 것이 바람직하다.[414] 이러한 의미에서 법무부가 2004년 「형사소송법」 제416조에 대한 개정안을 발표했던 것은 고무적인 것이었으나 입법으로 이어지지는 못했다.[415]

결론적으로 영장청구에 대한 기각 또는 발부결정에 대한 항고제도를 보통항고·즉시항고이든 아니면 준항고의 방식으로 입법을 하든 검찰의 기각결정에 대한 항고가 수사권남용이 되어 피의자의 신속한 재판을 받을 권리를 침해하지 않도록 할 필요가 있을 뿐만 아니라 다른 한편으로 피의자의 항고가 형사절차의 지연수단으로 남용되지 않도록 할 필요도 있는 것이 사실이다. 또한 영장청구에 대한 기각 또는 발부결정에 대하여 불복수단을 허용할 것인가의 여부는 영장발부와 관련하여 법관의 자의적인 판단을 또 다른 법원에 의한 사법심사를 통하여 가능한 한 차단함으로써 공판의 공정성을 확보하려는 것이라는 점을 고려한다면 피의자의 인권보장에 중요한 의미를 가진다고 볼 수 있다.

제3절 | 법원의 명령·결정에 대한 법원 내재적 불복 김재봉·이순욱

1. 법원의 명령에 대한 법원 내재적 불복

가. 현행 제도의 개관

1) 의의 및 종류

가) 재판장, 수명법관, 수탁판사

법원이 합의체인 경우 그 구성원 중 1명이 재판장이 되는데, 재판장은 합의체의 기관으로서 또는 독립하여 여러 권한을 가지고 있다.[416] 공판기일지정권(「형사소송

414) 김재봉, 앞의 논문, 51면, 58면 이하; 권양섭, 앞의 논문, 189면.

415) 당시 법무부의 개정안은 일본 「형사소송법」상 준항고 규정을 참고한 것으로(정준섭, 앞의 논문, 225-226면), 개정안 마련을 위한 의견청취과정에서 준항고 규정에 관한 인지도가 높은 것으로 나타나 동방향의 개정안이 보다 용이하게 수용될 것으로 판단되었기 때문이라고 한다(이완규, 앞의 논문, 56면).

416) 이주원, 『형사소송법』, 박영사, 2019, 5면.

법」 제267조), 소송지휘권(제279조), 법정경찰권(제281조 제2항) 등이 그것이다. 합의체의 법원이 그 구성원인 법관에게 어떤 특정 소송행위를 하도록 명하였을 때 그 법관을 '수명법관'이라고 한다.[417] 한 법원이 다른 법원의 법관에게 일정한 소송행위를 하도록 촉탁한 경우 그 촉탁을 받은 법관을 '수탁판사'라고 한다.[418] 결정 또는 명령을 함에 필요한 경우에는 사실을 조사할 수 있는데(제37조 제3항), 이때 그 조사를 부원에게 명하거나 다른 지방법원의 판사에게 촉탁할 수 있고(제37조 제4항), 압수 또는 수색을 합의부원에게 명할 수 있으며 그 목적물의 소재지를 관할하는 지방법원 판사에게 촉탁할 수 있다(제136조 제1항). 한편 수소법원과 독립하여 소송법상 권한을 행사할 수 있는 개개의 법관을 '수임판사'라고 한다.[419] 각종 영장을 발부하는 판사나 증거보전절차(제184조), 수사상 증인신문절차(제221조의2)에 관여하는 판사가 여기에 해당한다.

나) 판결, 결정, 명령

판결은 법원이 하는 종국재판의 원칙적인 모습으로, 유죄판결, 무죄판결, 관할위반판결, 공소기각판결, 면소판결 등이 있다.[420] 종국재판으로서 실체재판은 모두 판결로 하게 되지만 종국재판으로서 형식재판은 예외적으로 공소기각 결정과 같이 결정에 의하는 경우도 있다.

결정은 법원이 하는 종국 전 재판의 원칙적인 형식으로, 보석허가 결정(제95조, 제96조), 증거신청에 관한 결정(제295조), 공소장변경 허가 결정(제298조) 등이 여기에 해당한다.

명령은 법관이 재판장, 수명법관, 수탁판사로서 행하는 재판형식이다. 법률에 명령으로 규정하지 않은 경우에도 재판장 또는 법관 1인이 행하는 재판은 모두 명령에 해당한다.[421] 명령은 모두 종국 전 재판에 해당한다.[422] 재판장의 공판기일지정(제267조)이 여기에 해당한다.

---

417) 이재상·조균석, 『형사소송법』, 박영사, 2019, 63면.
418) 이재상·조균석, 앞의 책, 63면.
419) 이재상·조균석, 앞의 책, 63면.
420) 이주원, 앞의 책, 496면.
421) 정승환, 『형사소송법』, 박영사, 2018, 675면.
422) 신동운, 『간추린 형사소송법(제12판)』, 법문사, 2020, 651면.

다) 공판기일의 지정, 퇴정명령

공판기일이 지정된 후 그 변경을 신청한 경우(제270조 제1항), 신청을 기각한 명령은 송달하지 않고(제270조 제2항) 이에 대해서는 불복이 허용되지 않는다.[423] 법원은 필요한 때에는 지정한 장소에 피고인의 출석 또는 동행을 명할 수 있는데(제29조), 이에 불응한 경우 그 자체만으로는 구인의 사유가 되는 것이 아니다. 한편 피고인의 소환 및 출석명령의 경우(제76조 제3항)의 경우에도 마찬가지로 그 불응만으로 구인의 사유가 되는 것은 아니다. 따라서 이러한 경우 그 명령에 불복하는 절차가 특별히 요구되는 것은 아니다.

재판장은 법정의 존엄과 질서를 해칠 우려가 있는 사람의 입정 금지 또는 퇴정을 명할 수 있고 그 밖에 법정의 질서유지에 필요한 명령을 할 수 있는데(「법원조직법」 제58조 제2항), 이 재판에 대해서는 항고 또는 특별항고를 통하여 불복을 할 수 있다(동법 제61조 제5항).

라) 기타 소송지휘권

소송지휘는 원래 법원의 권한에 속하는 것이지만 공판기일에서는 시기를 놓치지 않기 위하여 신속한 조치가 요구되므로[424] 「형사소송법」은 공판기일의 소송지휘를 재판장이 하도록 하고 있다(제279조). 다만 공판기일의 지정과 변경(제267조, 제270조), 인정신문(제234조), 증인신문순서의 변경(제161조의2), 불필요한 변론의 제한(제299조), 석명권(「형사소송규칙」 제141조) 등은 재판장에게 포괄적으로 위임되어 있다.[425]

재판장의 소송지휘는 명령의 형식이고, 법원의 소송지휘는 결정의 형식에 의한다.[426] 재판장의 소송지휘에 관해서는 법령위반에 한하여 검사, 피고인, 변호인은 이의신청을 할 수 있고(법 제304조 제1항), 재판장의 처분에 대하여 이의신청이 있는 경우에는 법원은 결정을 하여야 한다(동 제2항). 증거에 관한 이의신청(제296조 제1항)은 법령위반이나 상당하지 아니함을 이유로 하지만(「형사소송규칙」 제135조의2), 법원의 증거결정(법 제295조), 재판장의 소송지휘에 대한 이의신청은 법령위반에 한하여 허용된다.[427]

---

423) 법원행정처, 『법원실무제요 형사[Ⅰ]』, 2008, 506면.

424) 신동운, 앞의 책, 402면.

425) 이주원, 앞의 책, 257면.

426) 이주원, 앞의 책, 258면.

그러나 법원의 소송지휘권의 행사에 대해서는 이의신청할 수 없고, 판결 전 소송절차에 관한 것으로 항고로도 불복할 수 없다(법 제403조).[428] 따라서 법원이 행하는 소송지휘권 행사 및 재판장의 처분에 대한 이의신청에 대해 내려진 법원의 결정에 대해서는 항소, 상고의 방법으로 불복할 수 있을 뿐이다.[429] 피고인이 불복할 수 있을 것인가 하는 관점에서 보자면, 명확하게 알기 어려운 부분은 존재한다.

2) 불복

명령에 대한 일반적인 상소방법은 없으며[430] 특별한 경우 이의신청(제304조) 또는 그 법관이 소속한 법원에 재판의 취소 또는 변경을 구하는 준항고를 청구할 수 있을 뿐이다(제416조).[431]

「형사소송법」 제402조, 제403조의 법원은 「형사소송법」상의 수소법원만을 가리키고 단독판사의 재판도 수소법원으로서 행한 재판에 해당한다.[432] 따라서 "구속기간의 연장을 허가하지 아니하는 지방법원 판사의 결정(제205조 제1항)에 대하여는 같은 법 제402조, 제403조가 정하는 항고의 방법으로는 불복할 수 없고, 나아가 그 지방법원 판사는 수소법원으로서의 재판장 또는 수명법관도 아니어서 그 재판은 같은 법 제416조가 정하는 준항고의 대상이 되지 않는다"는 것이 판례의 입장이다.[433]

또한 「형사소송법」은 "재판장 또는 수명법관이 기피신청을 기각한 재판이나 구금, 보석, 압수, 압수물 환부에 관한 재판 및 감정하기 위하여 피고인의 유치를 명한 재판, 증인, 감정인, 통역인, 번역인에 대하여 과태료 또는 비용의 배상을 명한 재판 등을 고지한 경우에 그에 관하여 불복이 있으면 그 법관이 소속된 법원에 그 재판의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다"(제416조)고 규정하고 있다.

수사기관의 처분에 대하여는 제417조에서 준항고 절차를 규정하고 있다. 현행법은 준항고를 위 두 가지 경우 즉 재판장 또는 수명법관의 재판을 대상으로 하는 경우와

427) 이주원, 앞의 책, 258면.
428) 이주원, 앞의 책, 258면.
429) 신동운, 앞의 책, 402면.
430) 신동운, 앞의 책, 651면.
431) 정승환, 앞의 책, 675면.
432) 신동운, 앞의 책, 774면.
433) 대법원 1997.6.16. 자 97모1 결정.

검사 또는 사법경찰관의 처분을 대상으로 하는 경우에 한정하여 인정하고 있으므로 그 외의 경우에는 준항고가 허용되지 않고,[434] "증거보전절차(제184조)나 증인신문절차(제221조의2)에서 수임판사가 행한 재판에 대해서는 준항고가 허용되지 않는다"는 것이 판례의 입장이다.[435]

준항고는 상급법원에 대하여 구제를 신청하는 것이 아니므로 상소에 해당하는 것은 아니지만 재판의 취소와 변경을 청구하는 점에서 상소와 유사한 성질을 가지고 있고[436] 항고에 관한 규정이 준용된다(제419조). 따라서 수사기관의 압수물의 환부에 관한 처분의 취소를 구하는 준항고는 일종의 항고소송이므로, 통상의 항고소송에서와 마찬가지로 그 이익이 있어야 하고, 소송 계속 중 준항고로써 달성하고자 하는 목적이 이미 이루어졌거나 시일의 경과 또는 그 밖의 사정으로 인하여 그 이익이 상실된 경우에는 준항고는 그 이익이 없어 부적법하게 된다.[437]

실무상 즉결심판절차에서 판사의 유치명령(「즉결심판에 관한 절차법」 제17조 제1항)에 불복하는 경우 이론상 법원의 재판이어서 준항고의 대상이 될 수 없으나 신속한 판단을 통해 피고인의 이익을 도모하기 위하여[438] 준항고(제416조 제1항 제3호)가 활발하게 이용되고 있다.[439]

3) 약식명령의 경우

가) 재판을 받을 권리의 문제

「헌법」상 공정한 재판과 신속한 공개재판을 받을 권리를 침해하는 것이 아닌지 여부에 관하여 논란이 있으나, 약식절차는 피고인 입장에서 공판정 출석을 위한 불필요한 시간과 노력을 피할 수 있다는 점에서 피고인의 이익을 보호하고 있는 것이고,[440] 피고인에게 정식재판 청구권이 보장되고 이를 포기할 수 없도록 하고 있는 이상(제453

434) 정승환, 앞의 책, 805면.
435) 대법원 1986.7.12. 자 86모25 결정.
436) 이재상·조균석, 앞의 책 814면.
437) 대법원 2015.10.15. 자 2013모1970 결정.
438) 신동운, 앞의 책, 775면.
439) 정승환, 앞의 책, 805면.
440) 이재상·조균석, 앞의 책, 863면.

조 제1항) 약식절차는 「헌법」에 위반하는 것은 아니라고 볼 것이다.[441] 정규의 직업법관이 약식명령의 판단 주체가 될 뿐 아니라 법관이 정식재판청구 회부권(제450조)를 행사하여 검사의 부당한 약식명령청구를 통제할 수 있기 때문에 약식절차가 「헌법」에 위반되는 것이 아니라는 견해[442]도 있다.

한편 약식절차에서 공소장일본주의가 인정되지 않지만 공평한 법원에 의한 재판을 받을 권리라는 측면에서 문제가 되는 것은 아니다.[443]

나) 공판절차

(1) 피고인의 정식재판 청구

피고인은 약식명령의 고지를 받은 날부터 7일 이내에 정식재판을 청구할 수 있다(제453조 제1항). 재판에 대한 불복을 하는 것이므로 재판장의 명령에 대한 불복과 달리 별도의 불복절차인 정식재판 청구를 허용하는 것이다. 다만 상소와 유사한 제도이므로 상소에 관한 규정 중 일부가 준용된다(제458조). 상소권회복의 규정도 준용되므로 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 청구기간 내에 정식재판을 청구하지 못한 때에는 정식재판 청구권의 회복청구를 할 수 있다(제458조, 제345조).

약식절차와 정식재판절차는 동일 심급의 절차이지만 형종상향금지 원칙이 적용된다(제457조의2). 따라서 위 규정에 따라 정식재판절차에서 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못하고(제457조의2), 같은 종류의 중형을 선고하게 되면 판결서에 양형의 이유를 적어야 한다.

(2) 검사의 정식재판 청구

정식재판을 청구할 수 있는 청구권자는 피고인뿐 아니라 검사도 포함된다(제453조 제1항). 약식명령의 고지는 검사와 피고인에게 재판서의 송달에 의하여야 하므로(제452조) 검사는 그 송달을 받은 날부터 7일 이내에 정식재판을 청구할 수 있다. 약식명령으로 벌금, 과료 또는 몰수를 할 수 있는 것이므로(제448조 제1항), 벌금형에 처해달라는 약식명령 청구에 대하여 과료에 처하는 약식명령이 발령되는 경우나, 같은 벌금

441) 이재상·조균석, 앞의 책, 864면.
442) 정승환, 앞의 책, 839면.
443) 이재상·조균석, 앞의 책, 864면.

형이지만 검사가 청구한 벌금액보다 감액된 벌금액으로 약식명령을 발령하는 경우에 검사의 정식재판 청구가 가능할 것으로 보이는데, 검사가 정식재판을 청구하게 되면 형종상향금지 규정이 적용되지 않게 된다(제457조의2).

(3) 판사의 공판 회부

약식명령 청구가 있는 경우 그 사건이 약식명령으로 할 수 없거나 약식명령으로 하는 것이 적당하지 아니하다고 인정한 때에는 공판절차에 의하여 심판하는데(제450조), 이를 공판에 회부한다고 표현하기도 한다. 법정형에 벌금 또는 과료가 규정되어 있지 않은 죄에 대한 경우나, 법정형에서 벌금의 상한이 정해져 있는데 그 상한을 초과하는 약식명령 청구의 경우, 무죄, 면소, 공소기각을 선고해야 할 경우 등이 전형적인 예에 해당한다. 한편 사안이 복잡하여 공판절차에서 신중히 심판하는 것이 타당한 경우에도 여기에 해당하게 된다. 이때에도 형종상향금지 규정이 적용되지 않고(제457조의2) 통상의 공소제기 절차와 마찬가지로 진행하게 된다.

이 경우 법원의 결정이 필요한지 여부에 관하여 특별한 형식상 재판을 할 필요가 없다는 견해와 법원의 업무부담에 생길 수 있는 변화를 명확하게 하기 위하여 결정을 하는 것이 타당하다는 견해가 있는데,[444] 결정을 한다고 하더라도 그 결정에 대하여 불복을 할 수 있는 것이 아니라 통상의 형사재판 절차에서 검사나 피고인이 실체에 대하여 다툴 수 있을 뿐이므로, 검사나 피고인의 불복 가능성 측면에서 보면 '결정'을 하느냐 여부가 중요한 문제가 되는 것은 아니다.

(4) 정식재판청구 기각결정(제455조)에 대한 즉시항고

정식재판의 청구가 법령상 방식에 위반하거나 청구권 소멸 후인 것이 명백한 때에는 결정으로 기각하여야 하고(제455조 제1항), 이 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(제455조 제2항).

다) 형종상향금지 규정의 도입

「형사소송법」이 제정될 당시에는 약식명령에 대하여 피고인이 정식재판을 청구하는 경우 불이익변경금지의 원칙이 적용되지 않았으나, 1995년 개정하고 1997. 1. 1.부

444) 정승환, 앞의 책, 843면.

터 시행된 「형사소송법」에서는 제457조의2 규정을 신설하여 불이익변경금지 규정을 도입하였다. 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다는 것이 그 내용이다. 그 후 2017. 12. 19. 「형사소송법」을 개정하면서 '형종상향금지' 규정을 도입하여 피고인의 정식재판청구에 대한 불이익변경금지 원칙을 수정하게 되었다. 개정된 취지는 "약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다"는 것이다(제457의2).

불이익변경금지 규정이 없었던 시기에 피고인들이 약식명령의 정식재판 과정에서 도리어 무거운 판결을 받게 됨으로써 정식재판청구를 꺼리는 불합리한 점이 지적되었는데,[445] 그러한 이유로 불이익변경금지 규정을 1995년 개정 시 도입하게 되었다. 그러나 그 후 승소 가능성이 없는 상태에서도 정식재판청구를 남발하게 됨으로써 사법기관의 업무부담이 가중되고 소송경제에도 반한다는 지적이 있었고,[446] 영업범 등의 경우 불이익변경금지 원칙을 남용하여 영업허가 취소 또는 영업정지 등의 행정처분의 효력발생시기를 지연시키고 형사판결의 기판력 적용시기를 뒤로 넘기기 위한 목적으로 정식재판 청구를 남용하는 사례가 있다는 점과 불이익변경금지를 인정하게 되면 정식재판을 통하더라도 추가적으로 확인된 피해를 양형에 반영할 수 없다는 문제가 있다는 점도 지적되었다.[447]

이상과 같은 문제점을 인식하고 약식명령에 대하여 피고인이 정식재판을 청구하는 경우 불이익변경금지를 폐지하거나 또는 제한하는 방향으로 개정해야 한다는 의견이 대두되었다.

법무부가 2016년 10월 6일 제안한 「형사소송법」 개정 제안이유는 다음과 같다. "정식재판청구 사건에 대한 불이익변경금지의 원칙이 도입된 후에 정식재판 과정에서 피해자가 사망하는 등 피해가 확대된 경우와 같이 공판 과정에서 새로운 사실이 밝혀진 경우, 피고인이 피해자를 회유하거나 증거를 조작하여 약식명령을 받은 사실이 밝혀진 경우 또는 벌금 집행의 지연이나 불법 영업을 계속하기 위하여 정식재판청구

445) 김윤홍, "재판을 받을 권리와 형종상향금지에 관한 연구", 『법학연구』, 제18권 제4호(2018.12.), 한국법학회, 228면.

446) 최상욱, "정식재판절차와 불이익변경금지 원칙", 『비교형사법연구』, 제12권 제2호(2010.12.), 한국비교형사법학회, 175면.

447) 김윤홍, 앞의 논문, 231면.

를 남용하는 경우 등에도 불이익변경금지의 원칙으로 인하여 죄질이나 국민의 법감정에 맞지 아니한 가벼운 벌금형을 선고할 수밖에 없어 정식재판청구가 범죄자에 대한 형벌 상한 보증제도로 전락하였다는 문제점과 불이익변경금지의 원칙의 적용으로 서류재판인 약식명령의 결정이 공판절차를 거치는 정식재판 판결보다 우선하게 되는 결과를 가져옴에 따라 실체적 진실에 부합하는 처벌을 할 수 없는 등 사법 정의에 반하는 결과를 가져오게 되었다는 점이 부작용으로 지적되고 있고, 약식명령에 대한 정식재판청구 사건이 불이익변경 금지원칙 도입 이전보다 6배 이상 급증(정식재판청구율: 1997년 1.8퍼센트, 2005년 6.9퍼센트, 2014년 11.5퍼센트)함에 따라 사법역량이 오히려 경미한 사건에 집중되어, 경미한 사건을 간이한 절차에 따라 신속히 처리하려는 약식명령 제도의 취지에 반하는 결과를 가져오게 되었으며, 약식명령과 약식명령에 대한 정식재판청구 사건은 같은 1심 절차임에도 불구하고 약식명령에 대한 정식재판청구 사건에 대하여 불이익변경금지의 원칙을 적용하는 것은 형사소송구조에 부합한다고 보기 어렵고, 독일, 일본, 프랑스 등 외국의 입법례에서도 그 예를 찾을 수 없는 제도라 할 수 있으므로, 약식명령에 대한 정식재판청구 사건에서 불이익변경금지의 원칙을 폐지하여 정식재판청구의 남용을 방지하고 사법정의와 국민의 법감정에 맞는 판결이 가능하도록 하려는 것임"이 그것이다.

이에 대하여 국회 법제사법위원회 심사에서는 "현행법상 「형사소송법」 제457조의2에 의한 불이익변경금지 원칙의 적용을 배제시킬 수 있는 수단이 마련되어 있는 점, 정식재판청구권의 실질적 보장을 위한 정책적 고려에 의하여 「형사소송법」 제457조의2를 신설한 점 등을 감안해 보면, 제457조의2를 삭제함으로써 약식명령에 대한 정식재판청구사건에 대하여 불이익변경금지 원칙의 적용을 배제하려는 개정안에 대하여는 신중한 검토가 필요함"이라고 하여 부정적인 견해를 피력하였다.[448]

그 후 2017. 11. 29. 법제사법위원회 법안심사 제1소위원회 회의에서, 법무부 제안 내용인 불이익변경금지 폐지와 정식재판청구권 보장 및 효율적인 재판 운영 측면을 모두 검토하되, 형종 상향 금지 쪽으로 의견이 모아졌다.[449] 이상과 같은 논의의 결과

448) 법제사법위원회, 박수철(수석전문위원)의 심사보고서, 2017.11.(http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=ARC_G1C6Z1X0C0P6I1D4J1G4Q5R3A5F8E6; 검색일: 2020년 8월 30일).

449) 2017.11.29. 제354회 국회 법제사법위원회(법안심사제1소위원회) 회의록 제5호, 7면. 위 회의에서 법무부차관은 '중한 내용이 밝혀지면 벌금은 올리더라도 징역형으로는 못 가게 하는 부분까지

형종 상향 금지로 결론이 내려져 「형사소송법」이 개정되었다.

불이익변경금지 원칙을 폐지하고, 형종 상향 금지 규정을 도입하면서 정식재판을 청구하려는 피고인 입장에서는 부담이 생겼을 것으로 이해할 수 있으나, 형종 상향 금지를 두어야 한다는 취지 역시 어느 정도 공감은 되는 상황으로 보여진다.

정식재판청구 사건의 사건 수는 2020년 44,000건가량,[450] 2019년 45,000건가량,[451] 2018년 59,000건가량, 2017년 67,000건가량[452] 등의 수치를 보이고 있었다. 약식명령 사건은 2010년 860,000건가량부터 2017년 600,000건가량으로 점진적 감소세를 보이다가 2018년에는 520,000건가량, 2019년에는 490,000건가량을 나타내고 있다.[453] 통계적 수치로는 형종상향금지 규정이 도입되면서 정식재판청구 사건 수가 감소하는 것으로 평가할 여지는 있다.

4) 즉결심판절차

가) 의의

즉결심판이란 20만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처할 경미한 범죄에 대하여 지방법원, 지원 또는 시군법원의 판사가 공판절차에 의하지 아니하고 신속하게 처리하는 절차이다(「즉결심판에 관한 절차법」 제2조).

약식절차는 검사가 청구하는 것인데 즉결심판은 경찰서장이 청구하고(동 제3조 제1항), 약식절차는 서면심리의 형태를 취하지만 즉결심판은 판사가 직접 법정에서 신문하게 되고(동법 제7조), 약식명령과 달리 구류가 가능하다(동법 제2조, 「형사소송법」 제448조 제1항).

즉결심판은 법원의 명령에 대한 불복절차에서 다룰 것은 아니지만, 약식명령과 유사한 점이 많기 때문에 약식명령을 검토하면서 같이 살펴본다는 차원에서 본 장에서 검토를 진행하고자 한다.

동의를 한다.'고 하였고, 그러한 취지대로 의견이 모아지게 되었다(http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=ARC_G1C6Z1X0C0P6I1D4J1G4Q5R3A5F8E6; 검색일: 2020년 8월 30일).

450) 법원행정처,『사법연감』, 2020, 948면.

451) 법원행정처,『사법연감』, 2019, 940면.

452) 법원행정처,『사법연감』, 2018, 924면.

453) 법원행정처,『사법연감』, 2020, 725면.

나) 심리

즉결심판 청구가 있는 경우 판사는 그 사건이 즉결심판으로 할 수 있는 사건인지 심사하여야 하고 벌금, 구류, 과료의 형이 규정되어 있지 않거나 적절하지 않다고 인정한 경우에는 즉결심판 청구를 기각하는 결정을 하여야 한다(동 제5조 제1항). 이 경우 경찰서장은 지체없이 사건을 관할 지방검찰청 또는 지청의 장에게 송치하여야 한다(동 제2항). "위 청구에 대하여 판사가 기각결정을 하지 않는 경우에는 즉시 심판을 하여야 하는데"(동 제6조), 이 때 공개된 법정에서 진행하게 된다(동 제7조 제1항). 다만 "구류에 처하는 경우를 제외하고 상당한 이유가 있으면 개정 없이 심판할 수 있다"(동 제3항). 그러나 이 부분에 대해서는 위헌성을 지적하는 견해[454]도 있다. 만약 "즉결심판에서 판사가 구류에 처할 경우가 아니고 또한 상당한 이유가 있다고 인정하여 개정 없이 심판한 때 또는 피고인의 출석 없이 심판할 수 있는 경우"(동 제8조의2)에는 법원사무관 등이 7일 이내에 정식재판을 청구할 수 있음을 부기한 즉결심판서 등본을 피고인에게 송달하여 고지하게 된다(동 제8조의2 제2항).

다) 즉결심판의 효력

즉결심판은 정식재판 청구기간의 경과, 정식재판 청구권의 포기, 또는 그 취하 등에 의하여 확정판결과 동일한 효력이 생기고,[455] 정식재판 청구를 기각하는 재판이 확정된 때에도 동일하다(동 제16조). 따라서 즉결심판이 확정된 경우에 대하여 불복을 하기 위해서는 재심이나 비상상고 등의 절차에 의해서만 가능하게 된다.[456]

라) 정식재판 청구

한편 피고인이 즉결심판에서 유죄를 선고받게 되면 정식재판을 청구하는 형태로 불복할 수 있다(동 제14조). 다만 이 경우 특이한 것은 7일 이내에 경찰서장에게 정식재판 청구서를 제출해야 한다는 것이다(동 제14조 제1항). 반대로 "즉결심판 청구에 대하여 판사가 무죄, 면소, 공소기각을 선고하는 경우에는 경찰서장이 7일 이내에 정식재판을 청구할 수 있는데, 이때 경찰서장은 관할 지방검찰청 또는 지청 검사의

454) 정승환, 앞의 책, 854면.

455) 대법원 1987.2.10. 선고 86도2454 판결.

456) 정승환, 앞의 책, 856면.

승인을 받아 정식재판 청구서를 판사에게 제출하여야 하고"(동 제2항), 검사에게는 정식재판 청구권이 없다.

정식재판 청구에 대하여 법령상 방식에 위반된 경우와 청구권 소멸 후의 정식재판 청구에 대해서는 기각결정을 하여야 하고, 이 결정에 대해서는 즉시항고할 수 있다(동 제14조 제4항, 「형사소송법」 제455조).

마) 형종 상향 금지 규정의 적용 문제

정식재판 청구가 적법한 경우에는 공판절차에 의하여 심판하되 이 경우 불이익변경금지가 적용될지 형종 상향 금지가 적용될지 문제될 수 있다. 「즉결심판에 관한 절차법」에서는 제19조에서 「형사소송법」을 준용한다고 하였는데, 「형사소송법」에서 약식명령에 관하여 형종 상향 금지를 정하는 것으로 개정하였기 때문이다. 현재 법 해석으로는 형종 상향 금지가 적용되어야 하는 것으로 해석되지만[457] 이 부분에 대한 논의가 필요할 것으로 생각된다.

나. 제도 개선방안

1) 준항고 제도의 개선방안

준항고는 재판의 고지가 있는 날로부터 7일 이내에 청구하여야 한다(제416조 3항). 종래 3일의 제한이 있었으나, 즉시항고 제기기간을 3일로 규정한 「형사소송법」 제405조에 대한 헌법불합치 결정[458]의 취지에 따라 2019. 12. 31. 개정되었다. 따라서 촉박한 준항고제기 기간에 대한 문제는 해소가 되었다고 볼 것이다. 특히 형사사건에서 항소, 상고 제기기간이 7일인 점을 보면 즉시항고나 준항고에서도 그 7일을 초과하는 기간을 허여할 필요가 없어 보이기 때문이다.

명령이 법원이 아니라 재판장, 수명법관, 수탁판사로서 법관이 하는 재판이고 종국전 재판인 점에서 판결에 대한 불복이나 결정에 대한 불복과는 차이가 발생할 수밖에 없다. 따라서 명령에 대하여 일반적인 상소방법을 두지 않고 재판장의 처분에 대한 이의신청(제304조 제1항)이나 준항고(제416조)와 같이 일정한 경우에만 불복을 허용

457) 신동운, 앞의 책, 817면; 이재상·조균석, 앞의 책, 879면.

458) 헌법재판소 2018.12.27. 선고 2015헌바77, 2015헌마832 결정.

하는 규정을 둔 점을 이해할 수 있다. 그러나 그와 반대로 법관의 재판이므로 그에 불복할 수 있는지, 불복의 대상이 그 명령인지 그 명령까지 포함된 종국재판인지 여부 등에 관하여 더 분명한 규정의 필요성 또한 인정될 수 있다고 본다. 특히 「형사소송법」에 명령이라고 규정하지 않은 경우에도 재판장 또는 법관 1인이 하는 재판은 모두 명령에 해당하는 것이어서, 어느 경우에 명령에 해당하는 것으로서 불복을 해볼 수 있는가 하는 점은 피고인에게 특히 중요한 관심사가 될 것이다. 따라서 불복할 수 있는 재판인지 여부에 관하여 최대한 명시적인 규정이 있으면 피고인에게 더 나아가 공판검사에게 편리하게 될 것임은 자명하다.

「민사소송법」에서는 "소송절차에 관한 신청을 기각한 결정이나 명령에 대하여 불복하면 항고할 수 있다"고 하거나(「민사소송법」 제439조), "수명법관이나 수탁판사의 재판에 대하여 불복하는 당사자는 수소법원에 이의를 신청할 수 있다. 다만, 그 재판이 수소법원의 재판인 경우로서 항고할 수 있는 것인 때에 한한다"(「민사소송법」 제441조 제1항), "제441조 제1항의 이의신청에 대한 재판에 대하여는 항고할 수 있다" (「민사소송법」 제441조 제2항), "항고법원·고등법원 또는 항소법원의 결정 및 명령에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반을 이유로 드는 때에만 재항고(再抗告)할 수 있다" (「민사소송법」 제442조) 등과 같은 규정에서 '명령'에 관하여 언급하고 있어서 민사소송절차에서 '명령'에 관한 불복방법이 비교적 쉽게 이해되도록 규정이 정비되어 있다. 반면 「형사소송법」에서는 "법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 항고를 할 수 있다. 단, 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다" (제402조)라고 하여 민사소송법에서와 달리 항고의 대상에서 '명령'에 대한 언급이 없고, 일반적인 이의신청 규정이 없으며, 준항고(제416조), 재항고(415조)에서도 '명령'에 관한 언급이 없다. 또한 준항고(제416조 제1항)의 대상도 "1. 기피신청을 기각한 재판 2. 구금, 보석, 압수 또는 압수물 환부에 관한 재판 3. 감정하기 위하여 피고인의 유치를 명한 재판 4. 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인에 대하여 과태료 또는 비용의 배상을 명한 재판"으로 제한적이어서 민사소송법과 차이가 존재한다. 따라서 민사소송법 규정을 참고하여 일반적인 이의신청 절차를 두되, 예외적으로 준항고(제416조) 등과 같이 현행 「형사소송법」 규정으로 해결할 수 있는 것을 그대로 활용토록 하는 것도 개선 방향 중 하나로 제안해 볼 수 있을 것 같다.

증거보전절차(제184조), 제1회 공판기일 전 증인신문절차(제221조의2)에서 수임판사가 행한 재판에 대해서 준항고가 허용되지 않는다는 점은 앞서 본 바와 같은데, 이 부분에 대하여 입법론적 보완이 필요하다는 견해[459]가 있다.

2) 약식명령제도의 개선방안

약식명령을 청구할 때 공소의 제기와 동시에 서면으로 하도록 되어 있는데(제449조), 이때 그 공소장부본은 피고인에게 송달이 되지 않고 약식명령이 피고인에게 송달이 되면 그때부터 7일 이내에 정식재판을 청구할 수 있다. 약식의 재판인 점을 감안하더라도 7일이라는 기간은 정식재판을 청구할지 여부를 고민하기에 부족할 수 있다. 특히 약식명령이 발령되어 피고인이 그 약식명령에 기재된 벌금액을 확인할 때까지 피고인은 어떤 수사가 진행되었는지 여부를 알 수 없고 고소인의 진술도 확인할 수 없는 것이므로, 그 고민의 기간을 확보해준다는 차원에서는 약식명령을 청구하는 단계에서 공소장부본을 피고인에게 송달해주는 것도 하나의 방법일 수 있다.

사건 기록의 열람 및 등사의 경우에는 공소장일본주의가 적용되지 않는 점 때문에 기록이 법원에 있게 되어 법원에서 기록을 등사해야 하는데, 법원에서의 등사 시 검찰청에서와 달리 피해자 등의 인적사항 열람금지가 엄격하게 지켜지지 않는 경우가 있을 수 있다. 정식재판 청구 등의 사정으로 공판절차가 진행되면 즉시 그 취지를 검사에게 통지하고 통지를 받은 검사는 5일 이내에 피고인 수에 상응한 공소장부본을 법원에 제출하고 법원은 이 공소장부본을 피고인에게 송달하게 되는데(「형사소송규칙」 제172조), 이때 법원은 즉시 사건 기록을 검사에게 반환하여 검사가 증거목록을 작성할 수 있도록 해야 할 것이다. 그렇지 않고 기록을 계속 법원에서 보관하게 되면 검사는 기록을 가지고 있지 않다는 이유로 증거목록을 작성할 수 없게 되고 그 증거목록은 1회 기일 이후에 작성할 수밖에 없으므로 기일이 공전될 수 있다. 결국 기록등사의 창구의 일원화를 통하여 피고인에게 기록의 열람등사 장소를 예측할 수 있게 하고, 사건관계인의 인적사항 등이 통일된 기준으로 비공개될 수 있도록 하여야 한다. 그리고 검사가 사건기록을 다시 확인하면서 1회 기일 이전에 증거목록이 작성될 수 있도록, 정식재판 청구 등으로 공판절차가 개시되면 즉시 사건 기록을 검찰에 반환하

459) 정승환, 앞의 책, 805면.

도록 규정을 정비할 필요가 있다고 본다.

법원의 공판회부로 인하여 통상의 절차로 진행되는 경우, 그 공판회부의 이유를 알 수 없어 검사나 피고인 모두 의문을 가질 수 있다. 물론 무죄나 면소, 공소기각 등 피고인에게 유리한 판결이 필요하여 공판에 회부한 경우도 있고, 검사가 청구한 벌금액이 과소하다고 판단하여 공판에 회부한 경우도 있을 수 있다. 법원의 공판회부나 검사가 정식재판을 청구한 경우 모두 피고인이 받아보는 공소장은 벌금액이 기재되어 있는 공소장으로 마치 향후의 재판에서도 그 벌금액을 결정적인 기준으로 삼는 것으로 오해할 여지가 있으므로, 피고인이 정식재판을 청구한 경우를 제외[460]한 나머지 상황에서는 통상의 공소장을 만들거나 '고정' 사건이 아닌 '고단' 사건임을 명시하고 그 취지를 밝혀주는 절차가 필요할 것으로 본다. 현재 제도는 약식명령 청구를 정식의 공판절차에 회부하는 경우에는 공소장부본을 송달해야 한다고 규정되어 있으나(「형사소송규칙」 제172조 제3항), 통상의 공소장을 새롭게 작성하여 공소장부본으로서(동 제2항) 제출하는 것 같지는 않으므로, 이 부분에 대한 고민은 필요할 것으로 본다.

약식명령을 한 판사가 정식재판을 담당하는 경우 전심관여로서 제척사유에 해당하는 것인지 여부에 관하여 판례는 "약식절차와 피고인 또는 검사의 정식재판청구에 의하여 개시된 제1심 공판절차는 동일한 심급 내에서 서로 절차만 달리할 뿐이므로, 약식명령이 제1심 공판절차의 전심재판에 해당하는 것은 아니고, 따라서 약식명령을 발부한 법관이 정식재판절차의 제1심판결에 관여하였다고 하여 「형사소송법」 제17조 제7호에 정한 '법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때'에 해당하여 제척의 원인이 된다고 볼 수는 없다"는 입장이고,[461] 소규모 법원이 존재하는 현실적인 사정이나 같은 1심으로 볼 수밖에 없는 사정 측면에서 수긍이 되는 점이 있으나, 약식명령을 발령하면서 사건 기록을 모두 파악한 법관이 다시 정식재판을 담당하게 된다는 것은 전심관여를 제척사유로 정하고 있는 취지에 비추어 어색한 점이 있다. 따라서 최소한 정식재판을 담당한 판사가 약식명령을 발령한 법관인 점을 알게 된 다음 그 사건을 재배당해 달라는 요청을 할 수 있도록 '준' 전심관여 정도로 보는 것이 타당하다고 생각된다.

---

460) 정승환, 앞의 책, 848면.

461) 대법원 2002.4.12. 선고 2002도944 판결.

3) 즉결심판절차의 개선방안

20만원 이하의 경미한 범죄에 대하여 즉결심판을 하게 되는데, 피고인이 즉결심판에 대한 정식재판을 청구하는 경우 그 청구서를 경찰서장에게 제출토록 하는 부분에 대해서는 검토가 필요할 것으로 본다. 약식명령이 발령된 후 그에 대하여 정식재판을 청구하게 되면 법원에 청구서를 제출하는 것이므로 약식명령과의 균형 측면에서도 그렇지만, 경찰서장은 즉결심판에서 무죄 등이 선고되면 정식재판을 청구할 수 있는 사람이므로, 피고인과 경찰서장을 대등한 당사자로 보면서도 다시 경찰서장에게 피고인이 정식재판 청구서를 제출하게 되는 것이어서 어색한 점이 존재한다. 따라서 즉결심판에 출석하여 유죄의 선고를 받게 되면 그 선고를 한 법원에 불복한다는 차원에서 정식재판 청구서를 법원에 제출토록 하고, 즉결심판에 출석하지 않고 불출석 상태에서 유죄의 선고가 되어 법원사무관 등이 7일 이내에 불복할 수 있음을 고지해준 상태라면 그 안내문을 보내준 법원에 불복을 하도록 하는 것이 더 간명해 보인다.

한편, 즉결심판에 대하여 정식재판을 청구하면 그 때 불이익변경금지가 적용될 것인가 하는 점에 관하여 「즉결심판에 관한 절차법」에서 명시적인 규정을 두고 있지 않아 해석론상 논란의 여지가 있다. 「형사소송법」이 준용된다고 하였으므로 약식명령에 대한 정식재판에서 형종 상향 금지를 정하는 규정을 여기에 적용하여 해결하는 수밖에 없어 보이지만, 20만원 이하의 경미한 범죄에 대하여 즉결심판을 하는 것인데 거기에 더하여 벌금액을 증액하는 판결이 선고될 수 있다고 하는 것은 형벌의 위하력보다 피고인의 정식재판 청구를 주저하게 하는 원인만이 될 수 있으므로, 조속히 명시적인 규정을 두는 것이 타당해 보인다. 약식명령에 대하여 정식재판을 청구하게 되더라도 불이익변경금지가 적용된다고 해 왔던 취지가 최소한 즉결심판에는 여전히 유효하다고 볼 여지가 있기 때문이다.

2. 법원의 결정에 대한 법원 내재적 불복

가. 현행 제도의 개관

1) 종국 전 재판

가) 의의 및 종류

종국 전 재판의 원칙적인 모습이 결정이며, 절차에 관하여는 결정에 의하여 재판한다. 보석을 허가하는 결정(제95조), 증거신청에 대한 결정(제295조) 등이 그 예에 해당한다. 「형사소송법」에 의하여 대법원에 즉시항고할 수 있다고 명문의 규정이 있는 경우를 특별항고라고 하고 그 외의 항고를 일반항고라고 하는데, 일반항고는 보통항고와 즉시항고로 나누어진다.

즉시항고에 관해서는 종전 3일로 기간이 제한되어 있었는데(「(구)형사소송법」 제405조), 헌법재판소의 헌법불합치 결정[462]에 따라 개정된 「형사소송법」에서 7일로 연장하였다. 즉시항고는 명문의 규정으로 허용한 경우에만 인정되는데, 공소기각 결정(제328조 제2항), 상소기각 결정(제360조, 제362조, 제376조), 기피신청기각결정(제23조), 구속취소와 집행정지(제97조, 제101조), 소송비용부담결정(제192조) 등에서 인정되고 있다.

보통항고는 즉시항고 이외의 항고를 말한다. 법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 항고할 수 있지만, 이 경우에도 「형사소송법」에 특별한 규정을 두고 있는 경우에는 예외로 한다(제402조). 법원의 결정이 아닌 판사가 한 압수수색영장의 발부는 항고의 대상이 되지 않고,[463] 체포영장 또는 구속영장에 대한 재판도 항고의 대상이 되지 않는다.[464] 보통항고는 기간의 제한이 없으므로 언제든지 할 수 있다. 물론 원심결정을

462) 헌법재판소 2018.12.27. 선고 2015헌바77, 2015헌마832(병합) 결정.

463) 대법원 1997.9.29. 자 97모66 결정("「형사소송법」 제416조는 재판장 또는 수명법관이 한 재판에 대한 준항고에 관하여 규정하고 있는바, 여기에서 말하는 '재판장 또는 수명법관'이라 함은 수소법원의 구성원으로서의 재판장 또는 수명법관만을 가리키는 것이어서, 수사기관의 청구에 의하여 압수영장 등을 발부하는 독립된 재판기관인 지방법원 판사가 이에 해당된다고 볼 수 없으므로, 지방법원 판사가 한 압수영장발부의 재판에 대하여는 위 조항에서 정한 준항고로 불복할 수 없고, 나아가 같은 법 제402조, 제403조에서 규정하는 항고는 법원이 한 결정을 그 대상으로 하는 것이므로 법원의 결정이 아닌 지방법원 판사가 한 압수영장발부의 재판에 대하여 그와 같은 항고의 방법으로도 불복할 수 없다").

464) 대법원 2006.12.18. 자 2006모646 결정("검사의 체포영장 또는 구속영장 청구에 대한 지방법원 판사의 재판은 「형사소송법」 제402조의 규정에 의하여 항고의 대상이 되는 '법원의 결정'에 해당하지 아니하고, 제416조 제1항의 규정에 의하여 준항고의 대상이 되는 '재판장 또는 수명법

취소하여도 실익이 없게 되면 항고를 할 수 없다(제404조).

나) 불복

(1) 항고

「형사소송법」은 항고에 대한 불복과 관련하여, 제402조와 제403조에 규정을 두고 있다. 법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 항고할 수 있으나 특별한 규정이 있는 때에는 보통항고가 허용되지 않는다(제402조). 그런데 다시 제403조에서는 "관할 또는 판결 전 소송절차에 관한 것은 항고하지 못한다. 다만 즉시항고 할 수 있는 경우, 구금, 보석, 압수 등에 관한 결정에서는 예외"라고 하고 있어 언뜻 보아서는 제402조와 제403조의 내용을 파악하는 것이 쉽지 않고, 개별적인 상황에서 판단해 보아야 한다.

이와 관련하여 법원의 관할이나 판결 전 소송절차에 관한 결정은 판결을 목적으로 이루어지는 절차의 일부이므로 종국판결에 대한 상소로 불복을 하라는 것이어서 별도로 독립하여 상소를 인정하지 않는다거나,[465] 관할이나 소송절차에 관한 결정은 종국재판에 이르게 하는데 그 목적이 있으므로 종국재판에 대한 상소로 그러한 결정에 불복하는 것으로써 충분하기 때문이라고 해석되고 있는데,[466] 즉시항고를 할 수 있다는 규정이 없는 이상 불복할 수 없다. 그 결정에 대한 불복이 허용되지 않을 뿐 종국재판에 대한 상소로 불복할 수 있는 것이어서 문제될 여지가 없다고 할 수 있으나, 판례가 언급하고 있는 사안을 살펴보면 반드시 그렇게 보이지는 않는다.

판례는 "어떤 특정한 법률규정이 헌법에 위반된다는 이유로 제기된 위헌여부제청신청에 대하여 그 법률규정이 위헌이 아니라는 이유로 그 위헌제청신청을 기각하는 하급심의 결정은 중간재판적 성질을 가지는 것으로서 이는 본안에 대한 하급심판결이 상소되었을 때에 이와 함께 그 판단도 상소심의 판단을 받는 데 불과하고, 위 결정에 대하여 독립하여 항고, 재항고를 할 수는 없다"고 하는데,[467] 이는 「헌법재판소법」 제68조 제2항에 의하여 헌법소원으로 불복할 수 있는 길이 있다는 점이 고려된 것으로 파악된다. 또한 개개의 결정에 대하여 별도로 독립된 항고를 인정할 필요가 없다고

관의 구금 등에 관한 재판'에도 해당하지 아니한다").

465) 이재상·조균석, 앞의 책, 811면.

466) 정승환, 앞의 책, 802면.

467) 대법원 1986.7.18. 자 85모49 결정.

해석하고 있는 점[468]도 위 판결을 뒷받침하는 근거로 작용하고 있다.

그러나 "국선변호인 선임청구를 기각한 결정이 판결 전의 소송절차임이 분명하고 그 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있는 근거가 없는 이상 그 결정에 대하여는 항고도 할 수 없다"고 한 판례나,[469] "소송사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경의 허가에 관한 결정은 판결 전의 소송절차에 관한 결정이라 할 것이므로, 그 결정을 함에 있어서 저지른 위법이 판결에 영향을 미친 경우에 한하여 그 판결에 대하여 상소를 하여 다툼으로써 불복하는 외에는 당사자가 이에 대하여 독립하여 상소할 수 없다"는 판례[470]에 대해서는 검토가 필요하다. 「형사소송법」 제402조에서 법원의 결정에 대한 항고가 가능하다고 명시적인 규정을 둔 이상, 판결 전 소송절차에 관한 결정은 즉시항고를 허용하는 명문규정이 없는 이상 항고할 수 없다고 새기는 것이 제402조와 제403조를 이해하는 방법이라고 할 것이나, 한편 판결 전 소송절차에 관한 결정이 아닌 결정이 어떤 경우를 말하는 것인가, 즉 보통항고로 불복이 가능한 결정이라는 것이 정확히 언제 가능하다는 것인지라는 의문이 생기게 된다. 특히, 국선변호인 선정신청 후 그 신청이 기각되면 변호인이 없는 상황에서 재판이 진행될 것인데 그 재판이 모두 끝나고 선고를 받은 다음에서야 비로소 국선변호인 선정이 기각된 내용까지 모아서 항소로 해결해야 한다는 것은, 오히려 항고를 허용하지 않아 항소가 늘어나게 되는 결과가 될 수가 있고 항소심에서 다시 국선변호인 선정신청을 하고 다시 기각결정이 내려진 다음 1심이나 2심에서 국선변호인 선정이 있었어야 한다는 결론을 내리면서 항소심 판결을 선고하게 되면 피고인 입장에서는 1심, 2심 모두 변호인 없는 상태에서 재판을 받게 된 것이어서 사실심 판결을 변호인 조력 하에서 하지 못한 상황이 될 수 있다. 따라서 형식적으로만 규정을 해석하여 '판결 전의 소송절차에 관한 결정'이므로 불복할 수 없다고 단정할 것은 아니고 별도로 불복을 할 수 있도록 할 필요가 있다.

공소장변경허가결정은 그 변경된 공소장 내용에 대하여 재판을 진행하면 될 것이므로, 그 허가결정에 대하여 별도로 불복할 수 있는 방법이 마련되어야 할 필요가 적어

468) 정승환, 앞의 책, 802면.

469) 대법원 1986.9.5. 자 86모40 결정.

470) 대법원 1987.3.28. 자 87모17 결정.

보이고, 상소를 함으로써 피고인이 불복을 하려는 취지를 도모할 수 있을 것이므로, 국선변호인 선정신청과는 다른 측면이 있다고 본다.

「형사소송법」 규정에 의하면 "한편 구금, 보석, 압수, 압수물 환부에 관한 결정, 감정을 위한 피고인의 유치에 관한 결정에 대해서는 보통항고를 할 수 있고"(제403조 제2항), 다만 체포적부심사, 구속적부심사에서 기각, 석방을 명하는 결정에 대해서는 항고할 수 없다(제214조의2 제8항). 물론 대법원의 결정은 최종심이므로 성질상 항고 대상이 되지 않으며,[471] 항고법원이나 고등법원의 결정에 대해서는 재판에 영향을 미친 「헌법」 등 위반이 있는 경우가 아니라면 항고할 수 없다(제415조).

수임판사는 수소법원과 독립하여 소송법상 권한을 행사할 수 있는 개개의 법관을 말하는데, 영장전담판사(제201조 등의 영장발부), 증거보전절차를 행하는 경우(제184조), 수사상 증인신문을 행하는 경우(제221조의2) 등이 있다. 그런데 수임판사의 재판은 수소법원을 구성하는 재판장 또는 수명법관이 아닌 법관이 행한 재판이 아니므로 준항고(제416조)로 불복할 수 없고, 법원이 한 결정이 아니므로 항고(제402조, 제403조)로 불복할 수 없다는 것이 판례[472]이지만, 증거보전청구의 기각결정에 대해서는 항고할 수 있다는 규정이 있다(제184조 제4항). 특히 '3일 이내'에 항고할 수 있도록 하고 있는데 이 규정의 취지가 피의자·피고인 보호에 있다고 본다면[473] 즉시항고 기간을 7일로 개정한 취지에 비추어 위 항고제기 기간 규정에 대하여 7일로 연장하는 논의도 필요할 것으로 본다.

기피신청이 소송지연만을 목적으로 함이 명백하거나, 제19조의 규정에 위배된 때에는 신청을 받은 법원 또는 법관은 간이기각결정을 한다(제20조 제1항). 위 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있는데(제23조 제1항), 이 즉시항고는 통상의 즉시항고와 달리 집행정지의 효력이 없다(동 제2항). 그 외에 기피신청이 이유 있으면 제척결정을 하고[474], 이유 없으면 기각결정을 하는데 제척결정에 대해서는 누구도 불복을 할 수 없으나[475] 기각결정에 대해서는 신청인이 즉시항고할 수 있다(제23조). 회피신청에

471) 대법원 1987.1.30. 자 87모4 결정 등.
472) 대법원 1997.9.29. 자 97모66 결정 등.
473) 이주원, 앞의 책, 183면.
474) 이주원, 앞의 책, 21면.
475) 이주원, 앞의 책, 21면

대하여 내린 결정에는 기피에 관한 규정이 준용되지만(제24조), 회피신청에 대한 법원의 결정에 대해서는 항고할 수 없다.[476]

구속적부심사에서 보증금납입조건부 석방결정에 대해서는 항고할 수 있다.[477] 적부심에 대한 나머지 결정에 대해서는 항고가 허용되지 않는다(제214조의2 제8항). 보석기각 결정에 대해서는 항고할 수 있고(제403조 제2항), 보석허가결정에 대해서도 검사의 항고가 가능하다.[478] 압수물 환부에 관한 법원의 결정에 대해서는 보통항고가 가능하고(제403조 제2항), 재판장 또는 수명법관의 처분에 대해서는 준항고(제416조 제1항)가 가능하다.

(2) 재항고

재항고는 항고법원, 고등법원 또는 항소법원의 결정에 대한 항고를 말한다(「법원조직법」 제14조 제2호). 또한 준항고(「형사소송법」 제416조, 제417조)에 대한 관할법원의 결정도 재항고의 대상이 된다(제415조, 제419조).[479] 항고법원 또는 고등법원의 결정에 대해서는 원칙적으로 재항고가 허용되지 않고 재판에 영향을 미친 「헌법」 등에 대한 위반이 있으면 즉시항고가 가능하다(제415조). 판례도 "형사소송법 제415조에서는 항고법원 또는 고등법원의 결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 대법원에 즉시항고를 할 수 있다고 규정하고 있는바, 항소법원의 결정에 대하여도 대법원에 재항고하는 방법으로 다투어야 한다"고 밝히고 있다.[480]

재항고 사유를 위와 같이 제한적으로 보고 사실오인을 이유로 하는 재항고를 허용하지 않는 것은 대법원의 역할을 법령해석의 통일성 확보에 국한시키고 대법원의 업무부담을 경감시키고자 하는 데 그 목적이 있는 것이라고 지적하는 견해[481]도 있다.

재정신청 기각결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있고, 공소제기 결정에 대해서는 불복할 수 없다(제262조 제4항 제1문).

---

476) 이주원, 앞의 책, 21면.
477) 대법원 1997.8.27. 자 97모21 결정.
478) 대법원 1997.4.18. 자 97모26 결정.
479) 정승환, 앞의 책, 803면.
480) 대법원 2008.4.14. 자 2007모726 결정.
481) 신동운, 앞의 책, 772면; 정승환, 앞의 책, 803면.

(3) 절차

「형사소송법」 규정에 의하면 "항고의 제기는 항고장을 원심법원에 제출하여야 한다"(제406조). 다만 항소와 달리 항소이유서 제출절차가 없으므로[482] 항고장에 항고이유를 기재해야 한다. 항고의 제기가 법률의 방식에 위배되거나 항고권이 소멸한 후 항고한 것이 명백한 경우에는 원심법원이 항고기각 결정을 하여야 한다(제407조 제1항). 이에 대해서는 즉시항고가 가능하다(동 제2항).

그러나 항고가 이유 있는 것으로 인정할 때에는 원심법원이 경정결정을 하여야 한다(제408조 제1항). 한편 항고의 전부 또는 일부가 이유 없다고 인정한 때에는 항고장을 받은 날로부터 3일 이내에 의견서를 첨부하여 항고법원에 송부하여야 한다(동 제2항). 항소나 상고의 절차에서는 원심법원이 스스로 경정할 수 있는 제도가 없는 것과 달리 항고에서는 원심법원이 경정을 할 수 있어 차이점이 존재한다. 원심법원이 필요하다고 인정한 때에는 소송기록과 증거물을 항고법원에 송부하여야 하고, 그때부터 5일 이내에 당사자에게 그 사유를 통지하여야 한다(제411조).

항고심에서는 구두변론에 의하지 않고 심리할 수 있고(제37조), 항고이유에 한정되지 않으며 사실과 법률을 모두 심사할 수 있다.[483] "항고의 제기가 법률의 방식에 위반되거나 항고권 소멸 후인 것이 명백한 경우 원심법원이 항고기각 결정을 하지 않은 때에는 항고법원이 항고기각 결정을 하여야 한다"(제407조, 제413조). 항고가 이유 없다고 인정한 때에는 결정으로 항고를 기각하여야 한다(제414조 제1항). 항고를 이유 있다고 인정한 때에는 결정으로 원심결정을 취소하고 필요한 경우에는 항고사건에 대하여 직접 재판을 하여야 한다(동 제2항).

2) 종국 재판

가) 공소기각 결정

「형사소송법」상 "공소가 취소되었을 때, 피고인이 사망하거나 피고인인 법인이 존속하지 아니하게 되었을 때, 관할의 경합의 규정(제12조, 제13조)에 의하여 재판할 수 없는 때, 공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되

482) 정승환, 앞의 책, 803면.

483) 정승환, 앞의 책, 804면.

지 아니하는 때" 등 4가지 상황에서 공소기각결정을 하게 된다(제328조 제1항). 절차상 하자가 중대하여 구두변론을 하는 판결까지 하지 않고 재판을 하게 되는 것이다. 위 공소기각 결정 사유 중 피고인 사망으로 출석할 수 없게 된 경우를 전형적인 사유로 볼 것이다. 공소취소에 의한 공소기각 결정이 확정된 경우 공소취소 후 그 범죄사실에 대한 다른 중요한 증거를 발견한 경우에 한하여 다시 공소를 제기할 수 있다(제329조). 공소기각의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(제328조 제2항). 공소기각 결정을 하는 경우 피고인의 출석이 필요한 것은 아니고, 공판절차 정지사유가 있어도 재판을 계속할 수 있다(제306조). 또한 공소기각 결정이 확정되면 그때부터 정지된 시효는 다시 진행된다(제253조 제1항).

공소장에 기재된 사실에 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니한 때의 의미는 공소장 기재 사실 자체에 대한 판단으로 그 사실 자체가 죄가 되지 아니함이 명백한 경우를 말하는 것인데,[484] 제325조 전단 무죄와의 구별 차원 또는 변론을 열어서 검사와 피고인으로부터 설명을 듣고 검사 입장에서는 공소장변경절차를 거치거나, 피고인 입장에서는 증거조사 절차를 거치지 않고 바로 무죄판결을 선고받을 수 있도록 하는 것이 필요할 수 있으므로, 이 규정에 따른 공소기각 결정은 형식적 소송조건이 흠결된 것으로 판단할 정도여야 할 것이다. 따라서 예컨대 「정당법」상 당원이 될 수 없는 피고인들이 특정 정당에 당원으로 가입하여 당비 명목으로 정치자금을 기부하였다고 하여 정치자금법 위반으로 기소된 사안의 경우 피고인들의 당원 가입행위의 효력, 피고인들이 기부한 돈의 실질적인 성격 및 「정치자금법」의 구성요건 등을 검토하여 실체적 판단을 하여야 하고 이때 공소장 기재사실 자체에 대한 판단만으로도 그 사실 자체가 죄가 되지 아니함이 명백한 경우라고 할 수 없어 「형사소송법」 제328조 제1항 제4호의 공소기각결정 사유에 해당하지 않는다.[485]

한편 항소법원은 공소기각 결정에 해당하는 사유가 있는 때에는 공소기각 결정을 할 수 있고(제328조), 이 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(제363조). 상고심에서도 공소기각 결정이 가능하다(제382조).

---

484) 대법원 2014.5.16. 선고 2013도929 판결 등.

485) 대법원 2014.5.16. 선고 2012도12867 판결.

나) 상소기각 결정

항소의 제기가 법률상 방식에 위반하거나 항소권 소멸 후인 것이 명백한 때에는 원심법원이 항소기각의 결정(제360조 제1항)을 하지 아니한 때에는 항소법원은 항소기각 결정을 한다. 이 결정에 대해서는 즉시항고가 가능하다. 항소인이나 변호인이 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니할 때에는 항소기각 결정을 하고(제361조의4 제1항), 다만 직권조사사유가 있거나 항소장에 항소이유가 기재되어 있는 경우에는 예외로 한다. 판례는 "국선변호인이 선정되지 아니하여 국선변호인에 의하여 항소이유서가 제출 기간 내에 작성되어 제출되지 못한 경우에도 예외로 한다"는 입장이다.[486]

상고심에서도 상고이유서 제출기간 내에 상고이유서를 제출하지 아니하면 상고를 기각하여야 한다(제380조). 상고의 제기가 법률의 방식에 위반되거나 상고권 소멸 후인 것이 명백함에도 원심법원이 상고기각 결정을 하지 않으면 상고법원이 상고기각 결정을 하여야 한다(제381조).

다) 정식재판청구 기각결정

정식재판의 청구가 법령상의 방식에 위반하거나 청구권이 소멸 후인 것이 명백한 때에는 결정으로 기각하여야 하고(제455조 제1항), 이 결정에 대하여는 즉시항고가 가능하다(제455조 제2항).

나. 제도 개선방안

1) 항고·즉시항고·재항고의 개선방안

법원의 결정에 대한 불복방법으로 항고제도가 존재하고, 「형사소송법」 제402조와 제403조가 그에 대한 규정으로 보여지는데 양 조문을 보아서는 정확히 어떤 경우에 항고로 불복할 수 있는지 쉽게 알기 어렵다. 특히 「민사소송법」 제439조 이하의 항고 규정은 '항고할 수 있다'라고 표현되어 있어 불복을 하려는 사람 입장에서 쓰여진 조문으로 평가할 수 있으나 「형사소송법」 규정은 피고인 입장이 아니라 법률가 입장

486) 대법원 1996.11.28. 자 96모100 결정.

에서 앞뒤 조문을 찾아보아야 확인할 수 있는 것이어서, 우선 제402조와 제403조의 조문을 명확하고 쉽게 정리하여 표현을 다듬어야 할 것으로 본다.

'판결 전 소송절차에 관한 결정'에 대하여 항고를 허용하지 않는데, 너무 추상적인 표현으로 어떤 경우에 여기에 해당하는지 알기 어려워 보인다. 따라서 상소 부분에서는 현재 조문과 같은 형태를 재정비하여 추상적인 기준을 표시하면 충분할 것이지만, 개별 절차 말미에 항고의 허용여부에 관하여 명시적인 조문을 두는 것도 개선방안의 하나로 제안할 수 있다고 생각한다.

종래 즉시항고 제기기간이 3일이라서 지나치게 짧다는 비판이 있었으나 이 부분은 7일로 연장하는 개정이 이루어져, 문제점이 해소되었다고 평가할 수 있다. 항고법원 또는 고등법원의 결정에 대한 항고인 재항고의 경우(제415조) 재판에 영향을 미친 헌법, 법률, 명령, 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 대법원에 즉시항고를 하게 된다. 판결에 대한 상고이유인 제383조 제1호와 동일한 규정을 둔 것인데, 즉시항고는 재판의 집행이 정지되는 효력이 있으므로(제410조) 판결에 대한 상고와 다른 효력이 인정되면서도 그 이유로 위 제383조 제1호만 인정하고 있어, 규정들 사이의 균형이 필요해 보인다.

한편 제408조 제2항의 '3일', 제411조의 '5일' 규정은, 종래 즉시항고에 대하여 3일을 정하고 있었던 때부터 존재하던 규정으로, 현재 7일로 즉시항고 제기기간이 연장된 사정과 균형을 맞추어야 하는 것인지, 아니면 즉시항고 제기기간보다 짧은 기간을 두어야만 하는 사정이 여전히 존재하는 것인지 여부가 불분명하다. 물론 위 규정 모두 법원의 업무처리 기간을 설정한 것이어서 후자와 같이 3일과 5일로 남겨두어야 한다거나 특별히 기간을 더 길게 연장하는 입법이 필요하지 않다고 해석될 여지도 있다. 이 부분과 관련하여 판례는 "형사소송법 제411조는 항고법원은 제1심법원이 필요하다고 인정하여 송부하거나 항고법원이 요구하여 송부한 소송기록과 증거물의 송부를 받은 날부터 5일 이내에 당사자에게 그 사유를 통지하도록 규정하고 있는바, 이는 비록 항고인이 항고이유서 제출의무를 부담하는 것은 아니지만 당사자에게 항고에 관하여 그 이유서를 제출하거나 의견을 진술하고 유리한 증거를 제출할 기회를 부여하려는데 그 취지가 있으므로, 항고법원이 제1심법원으로부터 소송기록을 송부받고 피고인에게 소송기록접수통지서를 발송한 후 송달보고서를 통해 피고인이 이를 송달

받았는지 여부를 확인하지도 않은 상태에서 피고인이 위 통지서를 수령한 다음날 곧바로 피고인의 즉시항고를 기각한 것은 위법하다"라고 하고 있다.[487] 제408조의 '3일'이나 제411조의 '5일' 모두 법원의 업무처리의 문제 뿐 아니라 항고인과도 관련이 되어 있으므로, 추후 「형사소송법」 개정 시 기간을 더 연장할 것인지 현행과 같이 남겨둘 것인지 논의를 해볼 필요는 있을 것으로 본다.

2) 수임판사의 재판에 대한 불복제도 개선방안

수사상 증거보전절차와 관련하여 「형사소송법」 제184조 제1항은 "검사, 피고인, 피의자 또는 변호인은 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때에는 제1회 공판기일 전이라도 판사에게 압수, 수색, 검증, 증인신문 또는 감정을 청구할 수 있다"고 규정하고 제2항은 "전항의 청구를 받은 판사는 그 처분에 관하여 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있다"고 규정하고 있다. 이때 청구를 받은 판사는 청구가 적법하고 필요성이 있으면 증거보전을 하여야 하고, 청구가 부적법하거나 필요없다고 인정할 때에는 청구를 기각하는 결정을 하여야 하는데, 그 기각 결정에 대해서는 3일 이내에 항고할 수 있다고 규정되어 있다(동조 제4항). 위 '3일의 기간제한'은 다른 규정 특히 즉시항고가 7일로 기간이 연장된 개정법 하에서는 재검토가 필요해 보인다.

"증인신문청구는 참고인이 출석 또는 진술을 거부하는 경우 제1회 공판기일 전까지 검사의 청구에 의하여 판사가 그 참고인을 증인으로 신문하는 강제처분을 말한다(제221조의2)". 청구가 있으면 그 청구의 적법 여부를 심사하게 되는데, 청구가 부적법하거나 요건을 구비하지 않은 경우 결정으로 기각하고, 다만 이때 그 기각 결정에 대하여 불복할 수 없다.[488] 검사에게 증거보전절차에서 증인신문을 청구할 수 있게 하고 그 청구가 기각되면 항고로써 불복할 수 있게 한 이상 증인신문청구 절차에서도 추가로 불복방법을 허용하지 않는 취지는 이해할 수 있으나, 재판절차에서 불복자체를 허용하지 않는 것보다는 재판장과 동일한 권한을 가지는 판사이므로(제221조의2 제4항) 불복이 가능하도록 개정을 하거나, 증거보전절차가 이미 존재하고 있으므로 검사에게

487) 대법원 2006.7.25. 자 2006모389 결정.

488) 이재상·조균석, 앞의 책, 347면.

만 추가로 증인신문청구를 할 수 있도록 하는 증인신문청구 절차를 폐지하는 등 다양한 가능성에 대한 검토가 필요하다고 본다.

그 외 영장과 관련하여 항고도, 준항고도 불가능하므로 결국 불복이 허용되지 않는다는 취지의 판례 입장에 대하여, 영장의 재청구 이외에 별도의 불복방법의 신설에 대한 논의도 필요하다고 생각한다.

제4절 | 법원의 판결에 대한 법원 내재적 불복 김재봉·이순욱

1. 현행 제도의 개관

가. 상소권

1) 상소권자

피고인과 검사는 당사자로서 상소권을 가지고, 검사는 피고인을 위한 상소를 할 수 있다. 피고인의 법정대리인(「형사소송법」 제340조), 배우자 등 친족(동 제341조)은 피고인을 위하여 상소할 수 있으나, 피고인의 상소권이 소멸한 후 변호인은 상소를 제기할 수 없다.[489] 과태료 결정을 받은 증인 또는 감정인(제151조, 제161조, 제177조)이나 소송비용부담의 재판을 받은 피고인 이외의 자(제190조) 등과 같이 검사나 피고인이 아닌 자가 결정을 받은 때에는 항고할 수 있다(제339조).

변호인의 상소권과 관련하여, 피고인의 명시한 의사에 반하여 변호인은 상소할 수 없는데(제341조 제2항) 이는 피고인의 상소권에 기초한 독립대리권이다.[490] 따라서 "상소를 포기한 자는 「형사소송법」 제354조에 의하여 그 사건에 대하여 다시 상소를 할 수 없으며 피고인의 상소권이 소멸된 후에는 변호인은 상소를 제기할 수 없다"는 것이 판례의 입장이다.[491] 이와 달리 법정대리인의 상소권은 고유권이므로 피고인의

489) 대법원 1998.3.27. 선고 98도253 판결 등.

490) 정승환, 앞의 책, 736면.

491) 대법원 1986.7.12. 자 86모24 결정.

상소권이 소멸한 후에도 법정대리인이 상소할 수 있다.[492]

2) 상소의 포기, 취하

상소권은 상소기간 내에 상소권을 포기하거나 상소를 제기하였다가 취하하면 소멸하게 된다. 상소를 포기하거나 취하한 자는 그 사건에 관하여 다시 상소하지 못한다(제354조). 상소의 포기는 원심법원에, 상소의 취하는 상소법원에 하여야 한다(제353조).

3) 상소권 회복

상소권자의 책임 없는 사유로 상소기간이 경과한 경우(제345조) 상소권자에게 상소의 기회를 주는 것으로, 상소를 포기한 경우,[493] 상소심 판결이 선고된 경우[494]에는 회복할 수 없다. 요건이 갖추어지지 않은 공시송달의 방법으로 송달이 되고 판결이 진행된 경우,[495] 「소송촉진 등에 관한 특례법」에 따라 피고인이 불출석한 상태에서 재판이 진행되어 유죄가 선고된 경우[496]가 여기에 해당하나, 주소변경 사실을 신고하지 않아 법원에 출석하지 못한 사정이 있었던 경우[497]에는 여기에 해당하지 않는다.

피고인이 재판에 출석하다가 돌연 불출석한 이후 계속하여 재판에 출석하지 않아 부득이 피고인이 없는 상태에서 선고가 된 경우에는 피고인이 그 후 상소권회복을 신청하게 되더라도 그 회복이 인정될 수 없을 것으로 보이지만, 피고인이 공소제기된 상태인지 여부도 알지 못한 채 진행된 재판이라면 상소권회복이 가능할 것으로 보인다. 실형이 선고된 사건이 가장 문제가 될 것으로 보이는데, 구속된 다음 상소권회복과 상소를 같이 진행하게 될 것이고 상소권이 회복되지 않는 순간 곧바로 수형자 신분이 되어야 할 것이므로 상소권회복 여부를 판단함에 있어서 상소하지 못한 그 상황에서의 고의·과실만 검토할 것이 아니라, 상소권회복을 인정하지 않는 것이 상소절차를 통하여 사실인정과 양형판단을 받고자 하는 피고인의 상황과 균형이 맞는지 여부도 하나의 기준으로 추가하여 판단해 보는 것도 방법이 될 수 있다고 본다.

---

492) 정승환, 앞의 책, 736면.
493) 대법원 2002.7.23. 자 2002모180 결정.
494) 대법원 2017.3.30. 자 2016모2874 결정.
495) 대법원 2013.6.27. 선고 2013도2714 판결.
496) 대법원 1985.2.23. 자 83모37 결정.
497) 대법원 1986.7.23. 자 86모27 결정.

또한 상소권회복 여부에 관하여 피고인의 고의·과실 여부만 검토하고 있으나, 만약 수사기록에 피고인의 연락처가 정상적으로 존재하고 있었음에도 단순히 우편으로 통지만 해왔던 상황이라면, 피고인의 고의·과실이라는 요건 외에도 「형사소송법」 제314조의 '소재 탐지'와 관련된 판례[498]에서처럼 피고인에게 연락을 취하였는지 여부도 하나의 요소로 판단하는 것이 타당하다고 생각된다.

한편 상소권회복 청구 사건을 변호하는 변호인과의 접견 문제도 여전히 존재하고 있다. 현행 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령」 제59조의2 제1항 제2호에 의하면, 「형사소송법」에 따른 상소권회복 사건의 대리인이 되려는 변호사는 회당 60분으로 그 접견 시간이 제한되어 있는데, 이 규정은 종전에 없던 내용에 관하여 2019. 10. 22. 개정하여 시행하고 있는 규정이다. 위 규정이 신설되기 전에는 원칙인 동 제58조 제2항에 의하여 회당 30분 이내의 접견시간이 가능하였다. 종전보다 개선된 것은 분명하지만, 개정된 내용에 의하더라도 변호인의 접견시간에 제한이 존재하고 있고 상소권회복 사건은 피고인과의 상담 내용에 의하여 그 결론을 달리할 가능성이 존재하는 것이므로, 형식적인 규정해석에 의하여 '수형자' 신분으로 처리하기 보다는 상소권회복 신청에 의하여 소송법상 상소인이 될 수 있는 사람으로 처리하여 '변호인 접견 문제에 한해서는' 미결수용자와 같은 지위를 부여하는 방법도 고려할 필요가 있다고 생각한다. 소송대리인인 변호사와 수형자의 접견에 관한 헌법재판소의 결정 취지[499]를 최대한 참고할 필요가 있다.

---

498) 대법원 2013.4.11. 선고 2013도1435 판결("제1심법원이 증인 갑의 주소지에 송달한 증인소환장이 송달되지 아니하자 갑에 대한 소재탐지를 촉탁하여 소재탐지 불능 보고서를 제출받은 다음 갑이 '소재불명'인 경우에 해당한다고 보아 갑에 대한 경찰 및 검찰 진술조서를 증거로 채택한 사안에서, 검사가 제출한 증인신청서에 휴대전화번호가 기재되어 있고, 수사기록 중 갑에 대한 경찰 진술조서에는 집 전화번호도 기재되어 있으며, 그 이후 작성된 검찰 진술조서에는 위 휴대전화번호와 다른 휴대전화번호가 기재되어 있는데도, 검사가 직접 또는 경찰을 통하여 위 각 전화번호로 갑에게 연락하여 법정 출석의사가 있는지 확인하는 등의 방법으로 갑의 법정 출석을 위하여 상당한 노력을 기울였다는 자료가 보이지 않는 사정에 비추어, 갑의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 부득이 갑의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정이 증명된 경우라고 볼 수 없어 「형사소송법」 제314조의 '소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당한다고 인정할 수 없는데도, 이와 달리 보아 갑에 대한 경찰 및 검찰 진술조서가 「형사소송법」 제314조에 의하여 증거능력이 있는 것으로 인정한 원심판결에 법리오해의 위법이 있다"고 한 사례).

499) 헌법재판소 2015.11.26. 선고 2012헌마858 결정("수형자와 소송대리인인 변호사가 접견 이외에 서신, 전화통화를 통해 소송준비를 하는 것이 가능하다고 하더라도, 서신, 전화통화는 검열, 청취 등을 통해 그 내용이 교정시설 측에 노출되어 상담과정에서 위축되거나 공정한 재판을 받을 권리가 훼손될 가능성이 있으며, 서신은 접견에 비해 의견교환이 효율적이지 않고 전화통화

상소권회복 청구가 있으면 법원은 상대방에게 지체없이 그 사유를 통지하여야 하고(제356조), 청구를 받은 법원은 그 허용 여부에 대한 결정을 하여야 하는데 그 결정에 대해서는 즉시항고가 가능하다(제347조).

나. 상소의 이익

1) 검사의 상소

검사는 피고인과 대립되는 당사자이므로 피고인에게 불이익한 상소가 가능하다. 영미법상 이중위험금지원칙(double jeopardy)에서는 무죄판결에 대한 검사의 상소를 허용되지 않는다고 할 것이지만, 이중위험금지는 판결 확정에 의하여 발생하므로 공소제기에 의하여 발생한 위험은 상소심 판결까지 계속되고 제1심의 무죄판결에 대하여 검사가 항소하는 것이 이중위험금지에 반하지 않는다고 해석하는 견해[500]도 있다.

그 외에 검사가 피고인의 이익을 위한 상소를 할 수 있다고 보는 것이 통설의 견해이므로, 결국 검사는 피고인에게 불이익한 상소나 이익이 되는 상소 모두 가능하게 된다.[501]

2) 피고인의 상소

상소의 이익은 결국 피고인의 주관이 아니라 객관적 표준에 의하여 결정하여야 하므로 유죄판결에 대하여 상소취지가 피고인에게 이익이 되지 않거나 불이익한 경우에는 상소의 이익이 없어 부적법한 상소가 된다. 형면제 판결은 유죄판결의 일종이므로, 피고인이 무죄를 주장하여 상소할 수 있다.

는 시간이 원칙적으로 3분으로 제한되어 있어 소송준비의 주된 수단으로 사용하기에는 한계가 있다. 따라서 수형자의 재판청구권을 실효적으로 보장하기 위해서는 소송대리인인 변호사와의 접견 시간 및 횟수를 적절하게 보장하는 것이 필수적이다. 변호사 접견 시 접견 시간의 최소한을 정하지 않으면 접견실 사정 등 현실적 문제로 실제 접견 시간이 줄어들 가능성이 있고, 변호사와의 접견 횟수와 가족 등과의 접견 횟수를 합산함으로 인하여 수형자가 필요한 시기에 변호사의 조력을 받지 못할 가능성도 높아진다. 접견의 최소시간을 보장하되 이를 보장하기 어려운 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 일정한 범위 내에서 이를 단축할 수 있도록 하고, 횟수 또한 별도로 정하면서 이를 적절히 제한한다면, 교정시설 내의 수용질서 및 규율의 유지를 도모하면서도 수형자의 재판청구권을 실효적으로 보장할 수 있을 것이다. 이와 같이 심판대상조항들은 법률전문가인 변호사와의 소송상담의 특수성을 고려하지 않고 소송대리인인 변호사와의 접견을 그 성격이 전혀 다른 일반 접견에 포함시켜 접견 시간 및 횟수를 제한함으로써 청구인의 재판청구권을 침해한다").

500) 정승환, 앞의 책, 740면.

501) 신동운, 앞의 책, 711면.

무죄판결에 대하여 피고인은 상소할 수 없다.[502] 유죄판결을 구하거나, 면소, 공소기각, 관할위반을 구하는 상소도 허용되지 않는다.[503] 무죄의 이유를 달리하는 상소가 가능한지 여부, 특히 피고인의 심신상실을 이유로 한 무죄판결에 대하여 실체에 관한 이유로 무죄판결을 구할 수 있는가 하는 문제에 대하여 긍정설, 치료감호가 선고된 경우에는 인정된다는 제한적 긍정설, 부정설 등이 대립되어 있고, 판례는 불복은 재판의 주문에 관한 것이어야 하고 재판의 이유만을 다투기 위한 것은 허용되지 않는다는 입장인데,[504] 이미 무죄판결을 받은 이상 상소의 이익은 더 이상 없다고 보아야 할 것이어서 판례와 같은 결론을 취할 수밖에 없을 것으로 보이지만, 책임이 없어서 무죄인 경우와 구성요건에 해당하지 않아 무죄인 경우가 단순히 '이유만을 다투기 위한' 것인지 여부로 볼 것인지 단정하기 어려운 점이 있고 '피고인은 무죄' 라는 주문은 양자가 동일하다고 할 것이지만, 제325조 전단무죄와 후단무죄로 달라지는 것이므로, 이러한 의미에서 보면 상소의 이익이 있다고 보는 방향으로 판례가 바뀌어 갈 여지가 있다고 생각된다.

형식재판에 대하여 무죄를 주장하여 상소할 수 있는가에 대하여 적극설, 소극설, 공소기각판결은 상소의 이익이 있으나 면소판결은 상소의 이익이 없다는 견해가 대립되어 있다. 판례는 공소기각판결에 대하여 상소의 이익이 없다는 이유로 피고인이 무죄를 주장하여 상소할 수 없다고 하고,[505] 면소판결에 대하여는 피고인에게 무죄판결 청구권이 없다는 이유로 원칙적으로 상소가 허용되지 않는다고 한다.[506]

그런데 판례는 "사건의 실체에 관한 심리가 이미 완료되어 「교통사고처리특례법」 제3조 제2항 단서에서 정한 사유가 없는 것으로 판명되고 달리 피고인이 같은 법 제3조 제1항의 죄를 범하였다고 인정되지 않는 경우, 설령 같은 법 제3조 제2항 본문이나 제4조 제1항 본문의 사유가 있더라도, 사실심 법원이 피고인의 이익을 위하여 「교통사고처리특례법」 위반의 공소사실에 대하여 무죄의 실체판결을 선고하였다면 이를 위법이라고 볼 수는 없다"고 하고 있어서,[507] 1심에서 어느 경우에는 형식판결을 선고

502) 대법원 2012.12.27. 선고 2012도11200 판결 등.
503) 이재상·조균석, 앞의 책, 755면.
504) 대법원 2017.2.21. 선고 2016도20488 판결 등.
505) 대법원 2008.5.15. 선고 2007도6793 판결 등.
506) 대법원 1984.11.27. 선고 84도2106 판결.

하고 어떤 경우에는 무죄판결을 선고하는 경우가 생길 수 있고, 이러한 경우 피고인 입장에서는 무죄판결을 원한다고 하였음에도 형식판결이 선고되었음을 이유로 하여 항소할 수 있는 방법이 봉쇄되어야 하는가 하는 점은 의문이 있다.

제1심판결에 대하여 피고인은 상소권을 포기하였는데 검사만이 양형이 가볍다는 이유로 항소하였다가 이유 없다고 기각되었음이 분명하니 그 판결은 피고인에게는 불리한 것이라 할 수 없어 원심판결 중 피고 사건 부분에 관하여는 피고인은 상소권이 없다고 할 것이어서 이에 대한 상고는 부적법한 것이라고 할 것이다.[508]

무죄판결에 대한 피고인의 상소, 면소판결에 대한 피고인의 상소에 대하여 상소의 이익이 없음이 상소장 기재에 의하여 분명한 경우 결정으로 상소를 기각하여야 하고(제360조, 제376조, 제407조), 원심법원이 이러한 결정을 하지 않으면 상소법원이 기각결정을 하여야 한다(제362조, 제381조, 제413조). 상소의 이익이 없음이 상소이유를 검토하는 과정에서 비로소 나타나게 되는 경우에는 상소이유에 대하여 실질적인 검토가 이루어졌으므로 상소기각 판결을 할 수밖에 없다.[509]

다. 상소의 포기·취하

상소의 포기는 상소권자가 상소제기 기간 내에 법원에 대하여 상소권의 행사를 포기한다는 의사를 표시하는 것으로,[510] 상소제기 기간 내에 행해진다는 점에서 상소기간이 경과하여야 상소권이 소멸되는 상소권의 불행사와 구별된다. 상소의 취하는 이미 제기된 상소를 철회하는 의사표시인데, 상소제기 이후에 이루어진다는 점에서 상소의 포기와 구별된다.

고유의 상소권자는 상소의 포기나 상소의 취하를 할 수 있는데(제349조), 피고인 또는 상소권의 대리행사자는 사형, 무기징역, 무기금고가 선고된 판결에 대하여 상소를 포기할 수 없다(제349조 단서). 법정대리인이 있는 경우에는 법정대리인의 동의를 얻어야 상소를 포기하거나 상소를 취하할 수 있으므로(제350조), 미성년자인 피고인이

507) 대법원 2015.5.28. 선고 2013도10958 판결.

508) 대법원 1986.5.27. 선고 86도479, 86감도67 판결.

509) 정승환, 앞의 책, 745면.

510) 이재상·조균석, 앞의 책, 760면.

법정대리인의 동의를 얻지 않고 한 상소의 포기나 상소의 취하는 효력이 없다.[511]

피고인의 상소권을 대리행사하는 사람은 피고인의 동의를 얻어 상소를 취하할 수 있는데(제351조), 피고인이 상소를 포기하거나 취하하면 변호인은 상소하지 못하게 된다.[512] 또한 변호인의 상소취하에 피고인의 동의가 없으면 상소취하의 효력은 발생하지 않는다.[513] 상소를 취하하거나 상소의 취하에 동의한 자는 다시 상소를 하지 못하게 되므로(제354조), 상소취하에 대한 피고인의 구술 동의는 명시적인 방법을 요한다.[514]

뒤에서 보는 상고제한 관련 판례 법리에 의하면 "제1심 판결에 대하여 피고인은 항소하지 아니하고 검사만이 그 양형이 부당하게 가볍다는 이유로 항소하였으나 항소심이 검사의 항소를 이유없다고 기각한 경우에 항소심 판결은 피고인에게 불이익한 판결이라고 할 수 없어 이에 대하여 피고인은 상소권이 없으므로, 피고인의 상고는 방식에 위배한 부적법한 상고"라고 하나,[515] 항소를 포기 또는 취하한 후 검사가 항소를 제기한 경우 항소를 포기 또는 취하한 상소권 소멸은 당해 심급의 상소권에 국한되므로, 항소심 판결에 대하여 피고인이 상고할 수 있다는 견해[516]도 경청할 필요가 있다고 본다.

라. 일부상소

1) 내용

일부상소가 허용되는 경우는 재판의 내용이 가분이고 독립된 경우여야 한다. 따라서 경합범 관계에 있는 수개의 공소사실 중 일부에 대하여 유죄, 나머지 부분에 대하여 무죄, 면소, 공소기각, 관할위반, 형면제의 판결이 선고된 경우, 경합범의 각 부분에 관하여 일부는 징역형, 일부는 벌금형이 선고된 경우, 수개의 형이 선고된 경우, 경합범 관계에 있는 공소사실 전부에 대하여 모두 무죄가 선고된 경우에는 일부상소가

511) 대법원 1983.9.13. 선고 83도1774 판결.
512) 대법원 1974.4.23. 선고 74도762 판결.
513) 정승환, 앞의 책, 748면.
514) 대법원 2015.9.10. 선고 2015도7821 판결.
515) 대법원 1981.8.25. 자 81도2110 결정.
516) 정승환, 앞의 책, 749면.

허용되고,[517] 일죄의 일부만 유죄가 선고된 경우, 한 개의 형이 선고된 경합범, 주형과 일체가 된 부가형 등의 경우에는 일부상소가 허용되지 않고[518] 일부에 대한 상소는 그 효력이 전부에 미치게 된다(「형사소송법」 제342조 제2항).

일부무죄, 일부유죄의 판결에 대하여 피고인이 상소한 때에는 무죄판결 부분은 피고인에게 상소의 이익이 없으므로 유죄 부분에 대한 상소로 보아야 하고, 검사가 일부상소 한 때는 무죄부분에 대한 상소로 보아야 한다. 일부상소에서 상소심의 심판범위는 상소를 제기한 부분에만 미치므로 상소가 없는 부분은 확정된다. 따라서 상소법원은 일부상소된 부분에 한하여 심판한다. 판례는 "경합범 중 일부에 대하여 무죄, 일부에 대하여 유죄를 선고한 항소심판결에 대하여 검사만 무죄부분에 대한 상고를 한 경우 상고심에서 원심판결을 파기하면 무죄부분만 파기할 것"이라는 입장을 보이고 있다.[519] 다만 이로 인하여 원심에서 다시 형을 정하게 되면 피고인에게 형을 선고할 수 없는 상황도 생길 수 있어서 문제로 지적되고 있으나 다음과 같은 판례의 취지에 비추어 보면 크게 문제될 것은 없어 보인다. 위 전원합의체 판결에서는 "이렇게 될 경우 「형사소송법」 제368조가 규정한 불이익변경의 금지원칙과 관련하여 환송을 받은 법원이 파기이유가 된 사실상과 법률상의 판단에 기속되어 유죄를 인정하고서도 조금이라도 형을 선고하면 불이익변경금지에 위반되어 형을 선고할 수 없는 부당한 결과가 된다는 이론이 있으나 원래 불이익변경의 금지라고 하는 것은 피고인이 상소권 행사를 주저하는 일이 없도록 상소권 행사를 보장하기 위한 것으로 그 원칙을 지키기 위하여 필요한 경우에는 법률이 규정한 형기에 구애받지 아니하는 것이므로 이미 선고된 형 이외에 다시 형을 선고하는 것이 피고인에게 불리한 결과가 된다면 그러한 이유로 형을 선고하지 아니한다는 주문을 선고할 수 있다고 해석하여야 할 것이고 환송받은 법원이 실형을 선고하는 경우 앞서 선고한 집행유예가 취소되어 피고인에게 불리하게 된다는 이론도 있으나 환송받은 법원이 다시 집행유예를 선고할 수도 있고 실형을 선고하여야 하기 때문에 앞서 선고한 집행유예가 취소될 수밖에 없게 된다면 불이익변경금지에 저촉되는 여부를 정함에 있어서는 그 형과 집행유예가 취소되어

517) 이재상·조균석, 앞의 책, 762-763면.

518) 이재상·조균석, 앞의 책, 763-764면.

519) 대법원 1992.1.21. 선고 91도1402 전원합의체 판결.

복형하게 될 형을 합산하여 결정하여야 할 것이고 그러한 사정을 고려하고서도 실형을 선고하는 것이 불이익변경금지에 위배되지 아니한다면 수용할 수밖에 없을 것이다"라는 입장을 피력하였다.

피고인 입장에서는 일부상소에서 확정된 부분의 존재에 의하여 「형법」 제37조 후단 경합범으로 처리되어 감경을 받을 수 있는 여지가 있고 위와 같이 '형을 선고하지 아니한다는 주문'도 가능하게 되어 유리한 점이 존재한다고 할 것이다.

한편 포괄일죄의 경우에는 피고인이 상소한 경우와 검사가 상소한 경우가 다르게 취급될 여지가 있다. "포괄적 1죄의 관계에 있는 공소사실의 일부에 대하여만 유죄로 인정하고 나머지는 무죄가 선고되어 검사는 위 무죄부분에 대하여 불복상고하고 피고인은 유죄부분에 대하여 상고하지 않은 경우, 공소불가분의 원칙상 경합범의 경우와는 달리 포괄적 1죄의 일부만에 대하여 상고할 수는 없으므로 검사의 무죄부분에 대한 상고에 의해 상고되지 않은 원심에서 유죄로 인정된 부분도 상고심에 이심되어 심판의 대상이 된다고 볼 것이다"[520]. 그러나 "검사가 피고인의 공소장 1. 2. 3. 기재 각 절도범행에 대하여 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도)의 포괄일죄로 기소하였고, 환송 전 원심판결은 이 중 3.의 범행만에 대한 유죄판결을 선고하면서 1.2.의 범행에 대하여는 판결이유에서 무죄라고 판단하였으며, 이에 대하여 피고인만이 상고를 한 결과 상고심에서 위 유죄부분을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 환송 전 원심판결이 파기환송"하고 "이를 환송받은 원심에서는 위 2.3.의 범행에 대하여는 무죄라고 판단하면서 당초 환송 전 원심판결이 무죄로 판단하였던 1.의 범행을 다시 유죄로 인정하여 유죄판결을 선고"하였다. "그러나 이와 같이 환송 전 원심에서 포괄일죄의 일부만이 유죄로 인정된 경우 그 유죄부분에 대하여 피고인만이 상고하였을 뿐 무죄부분에 대하여 검사가 상고를 하지 않았다면 상소불가분의 원칙에 의하여 무죄부분도 상고심에 이심되기는 하나 그 부분은 이미 당사자 간의 공격방어의 대상으로부터 벗어나 사실상 심판대상에서부터도 벗어나게 되어 상고심으로서도 그 무죄부분에까지 나아가 판단할 수 없는 것이고, 따라서 상고심으로부터 위 유죄부분에 대한 원심판결이 잘못되었다는 이유로 사건을 파기환송받은 원심은 그 무죄부분에 대하여 다시 심리판단하여 유죄를 선고할 수 없다고 보아야 할 것이다".[521]

---

520) 대법원 1985.11.12. 선고 85도1998 판결.

2) 방식

판례는 "현행 법규상 항소장에 불복의 범위를 명시하라는 규정이 없고 또 상소는 재판의 전부에 대하여 하는 것을 원칙으로 삼고 다만 재판의 일부에 대하여도 상소할 수 있다고 규정한 「형사소송법」 제342조의 규정에 비추어 볼 때, 비록 항소장에 경합범으로서 2개의 형이 선고된 죄 중 일죄에 대한 형만을 기재하고 나머지 일죄에 대한 형을 기재하지 아니하였다 하더라도 항소이유서에서 그 나머지 일죄에 대하여도 항소이유를 개진한 경우에는 판결 전부에 대한 항소로 봄이 상당하다"는 입장이다.[522] 그러나 이처럼 상소이유를 참작하여 판단할 수 있다고 인정하게 되면 상소이유서 제출기간까지 불복의 범위가 불명확한 상태에 놓이는 결과가 되므로 일부상소 여부는 상소장을 기준으로 하는 것이 타당하다.[523] 따라서 "「형법」 제37조 전단 경합범 관계에 있는 공소사실 중 일부에 대하여 유죄, 나머지 부분에 대하여 무죄를 선고한 제1심 판결에 대하여 검사만이 항소하면서 무죄 부분에 관하여는 항소이유를 기재하고 유죄 부분에 관하여는 이를 기재하지 않았으나 항소 범위는 '전부'로 표시하였다면, 이러한 경우 제1심판결 전부가 이심되어 원심의 심판대상이 되므로, 원심이 제1심판결 무죄 부분을 유죄로 인정하는 때에는 제1심판결 전부를 파기하고 경합범 관계에 있는 공소사실 전부에 대하여 하나의 형을 선고하여야 한다".[524]

다만 일부무죄, 일부유죄의 판결에 대하여 피고인이 상소한 때에는 무죄판결에 대하여 피고인에게 상소의 이익이 없으므로 유죄부분에 대한 상소로 해석하여야 하고 검사가 일부상소한 때에는 무죄부분에 대한 상소로 처리해야 한다.[525]

---

521) 대법원 1991.3.12. 선고 90도2820 판결.

522) 대법원 2004.12.10. 선고 2004도3515 판결.

523) 정승환, 앞의 책, 757면; 이재상·조균석, 앞의 책, 765면.

524) 대법원 2014.3.27. 선고 2014도342 판결.

525) 이재상·조균석, 앞의 책, 765면.

마. 항소

1) 항소이유

가) 항소이유와 항소심의 구조

항소는 제1심판결에 대하여 제2심법원에 상소를 하는 것으로, 결정이나 명령에 대해서는 항소할 수 없고 제1심판결에 대하여 대법원에 상소하는 비약적 상고는 항소가 아니다.[526] 항소를 제기하려면 제1심판결에 대한 하자를 지적해야 하는데, 항소이유가 그것이다. 항소이유란 위와 같이 항소권자가 적법하게 항소를 제기할 수 있는 법률상의 이유를 말하는데, 「형사소송법」 제361조의5에 한정적으로 그 사유가 열거되어 있다. 종래의 통설은 「형사소송법」에서 항소이유를 정하고 있는 것이 항소심의 사후심적 성격을 반영한 것으로 이해하고 있었는데[527] 항소이유가 제한적으로 열거되어 있다고 하여 반드시 항소심이 사후심이라고 단정하기는 어렵고[528] 속심적 요소도 반영되어 있어, 항소심의 구조에 대한 검토가 필요하다.

입법주의 측면에서 보면 항소심의 구조를 복심, 속심, 사후심 등으로 설명할 수 있다. 항소심을 복심으로 보게 되면 항소인이 불복취지만 밝히면 충분하고 항소이유서를 제출할 필요가 없고 항소이유도 제한될 이유가 없다.[529] 항소심의 심리도 공소사실의 요지 진술부터 시작하게 되고 심판의 범위도 항소이유에 제한되지 않으며 기판력의 시적 기준 역시 항소심 판결선고시로 보게 된다.[530] 그러나 제1심의 심리를 바탕으로 항소심의 심리를 속행하는 속심으로 보게 되면 항소심은 제1심의 변론이 재개된 것처럼 심리를 진행하고 제1심판결 이후에 발생한 사실도 판결의 자료가 된다.[531] 한편 제1심에 나타난 자료에 의하여 제1심 판결 선고시를 기준으로 제1심판결의 당부를 사후적으로 심판하는 사후심으로 본다면, 항소심의 심판대상은 피고 사건의 실체가 아니라 제1심판결의 당부이며, 항소이유는 제한되어야 하고 항소이유서를 제출해

526) 이재상·조균석, 앞의 책, 783면.
527) 이재상·조균석, 앞의 책, 789면.
528) 이재상·조균석, 앞의 책, 789면.
529) 이재상·조균석, 앞의 책, 783면.
530) 이재상·조균석, 앞의 책, 783면.
531) 이재상·조균석, 앞의 책, 784면.

야 하며 항소심의 심판범위는 항소이유서에 기재된 것에 한하고 1심 판결 이후에 발생한 자료를 증거로 할 수 없고 항소심에서는 공소장변경이 허용되지 않으며 항소가 이유있다고 판단하면 파기환송을 하고 기판력의 시적 범위는 제1심판결 선고시로 보게 된다.[532]

판례는 "항소심은 제1심에 대한 사후심적 성격이 가미된 속심으로서 제1심과 구분되는 고유의 양형재량을 가지고 있으므로, 항소심이 자신의 양형판단과 일치하지 아니한다고 하여 양형부당을 이유로 제1심판결을 파기하는 것이 바람직하지 아니한 점이 있다고 하더라도 이를 두고 양형심리 및 양형판단 방법이 위법하다고까지 할 수는 없고 원심의 판단에 근거가 된 양형자료와 그에 관한 판단 내용이 모순 없이 설시되어 있는 경우에는 양형의 조건이 되는 사유에 관하여 일일이 명시하지 아니하여도 위법하다고 할 수 없다"고 하여[533] 사후심적 요소가 있는 속심으로 보고 있다.

항소심은 법률심이 아니라 사실심이며, 사실관계 판단에 관해서는 최종심의 역할을 하고 있으므로 첨예하게 다투어지는 사실관계에 관하여 제1심에서 판결이 선고되었다고 하더라도 그 제1심의 사실관계 판단에 관한 불복이 필요하고, 그러한 점에서 사후심으로만 볼 수는 없다. 한편 복심으로 본다고 하면 현행 제도인 항소이유서 제출제도 등과 충돌되는 것이고 신속한 재판을 받을 권리에 위배되거나 남항소가 될 위험이 있다. 결국 현행 제도로서는 위 판례와 같이 사후심적 요소가 들어 있는 속심으로 볼 수밖에 없다고 생각된다.

나) 항소이유의 분류

항소이유는 법령위반을 이유로 하는 경우와 법령위반 이외의 사유를 이유로 하는 것으로 나눌 수 있고, 절대적 항소이유와 상대적 항소이유로 구분할 수 있다. 판결에 영향을 미친 「헌법」 등의 위반이 있는 때(제361조의5 제1호)에는 법령위반 중 상대적 항소이유로 볼 것이고, 관할 또는 관할위반의 인정이 법률에 위반한 때(동 제3호), 판결법원의 구성이 법률에 위반한 때(동 제4호), 법률상 그 재판에 관여하지 못할 판사가 그 사건의 심판에 관여한 때(동 제7호), 사건의 심리에 관여하지 아니한 판사가

532) 이재상·조균석, 앞의 책, 784면.

533) 대법원 2015.7.23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 등.

그 사건의 판결에 관여한 때(동 제8호), 재판의 공개에 관련 규정을 위반한 때(동 제9호), 판결에 이유를 붙이지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때(동 제11호) 등의 사유는 법령위반 중 절대적 항소이유에 해당한다. 판결에 영향이 현저하거나 그 입증이 곤란한 경우가 법령위반 중 절대적 항소이유의 사유에 해당하게 되므로[534] 이 경우에는 법령위반과 판결 사이에 규범적 인과관계가 필요하지 않다.[535]

법령위반 이외의 항소이유 역시 상대적 항소이유와 절대적 항소이유로 나눌 수 있는데, 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미칠 때(동 제14호)는 법령위반 이외의 사유 중 상대적 항소이유에 해당한다. 항소심에서 사실판단을 다시 한다는 측면에서 보면 실무상 빈번한 항소이유로 보여지고, 이 사유에 관하여 판례는 "사실오인에 의하여 판결의 주문에 영향을 미쳤을 경우와 범죄에 대한 구성요건적 평가에 직접 또는 간접으로 영향을 미쳤을 경우를 의미한다"고 한다.[536] 그 외에 판결 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때(동 제2호), 재심청구의 사유가 있는 때(동 제13호), 형의 양정이 부당하다고 인정할 사유가 있는 때(동 제15호) 등은 법령위반 이외의 사유 중 절대적 항소이유라고 할 것이다.

특히 '양형부당'이라고 하는 항소이유가 실무상 빈번한데, '형이 지나치게 무겁거나 가벼운 경우'라는 것이 매우 주관적인 기준이라는 점에서 양형부당을 이유로 한 남항소의 가능성도 배제할 수 없다. 특히 검사의 양형부당 항소는 체계적으로 판결의 선고형을 수집하고 그 판결문도 검색이 가능한 전제에서 이루어지는 것이므로 '형이 지나치게 가벼운 경우'라는 주장을 하면서 항소하는 것이 가능하고, 그 항소이유는 절대적 항소이유이므로 검사의 양형부당 항소의 사건 수가 많을 수밖에 없다. 반면 피고인이 '형이 지나치게 무거운 경우'라고 주장하면서 항소를 하는 경우에는 피고인이나 변호인이 비슷한 사건의 양형에 대한 자료를 가지고 있지 않은 경우가 있어 검사의 양형부당 항소와 비교해 보면 '항소기각'의 가능성이 높아질 우려가 있다. 양형기준에 의하여 선고된 판결이라면 그 양형기준을 바탕으로 피고인이 양형부당의 항소를 할 수 있게 되는 것이지만, 그렇지 않은 경우라면 제1심의 선고형이 과연 '지나치게 무거운 경우'

534) 이재상·조균석, 앞의 책, 790면.
535) 이재상·조균석, 앞의 책, 789면.
536) 대법원 1996.9.20. 선고 96도1665 판결.

인지 여부조차 모른 채 일단 피고인이 항소를 할 수밖에 없는 경우도 존재하므로, 피고인의 양형부당 항소권을 보장하면서 남항소를 제어한다는 측면에서 다른 보완조치가 필요할 것으로 생각된다. 예컨대 인적사항이 가려져 있는 상태에서 죄명으로 선고형을 검색하면서 판결문의 범죄사실도 아울러 살펴볼 수 있는 방안이 구축되거나, 현행 제도보다 더 정교한 양형기준에 의한 선고 및 판결문에 양형의 이유를 자세히 설시토록 하는 등으로 제도가 개선되어야 할 것으로 본다.

2) 항소이유서

가) 소송기록접수 통지

제1심판결이 선고되어 그 판결에 대한 항소장이 제출된 경우 제1심법원은 항소장을 심사하여 항소의 제기가 법률상 방식에 위반하거나 항소권이 소멸된 후인 것이 명백한 때에는 결정으로 항소를 기각하고(제360조), 항소기각 결정을 하는 경우가 아니라면 제1심법원은 항소장을 받은 날로부터 14일 이내에 소송기록과 증거물을 항소법원에 송부하여야 한다(제361조). 항소법원이 기록의 송부를 받은 때에는 항소인과 상대방에게 그 사유를 통지하여야 하는데(제361조의2), 기록접수 통지 전에 변호인의 선임이 있는 경우 변호인에게도 통지를 하여야 한다(제361조의2 제2항).

기록접수 통지와 관련하여 판례는 "피고인에게 소송기록접수통지를 한 다음에 변호인이 선임된 경우에는 변호인에게 다시 같은 통지를 할 필요가 없고, 이는 필요적 변호사건에서 항소법원이 국선변호인을 선정하고 피고인과 그 변호인에게 소송기록접수통지를 한 다음 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 항소법원이 국선변호인의 선정을 취소한 경우에도 마찬가지로서, 이러한 경우 항소이유서 제출기간은 국선변호인 또는 피고인이 소송기록접수통지를 받은 날부터 계산하여야 한다. 한편 「형사소송규칙」 제156조의2 제3항은 항소이유서 제출기간 내에 피고인이 책임질 수 없는 사유로 국선변호인이 변경되면 그 국선변호인에게도 소송기록접수통지를 하여야 한다고 정하고 있는데, 이 규정을 새로 선임된 사선변호인의 경우까지 확대해서 적용하거나 유추적용할 수는 없다. 결국, 「형사소송법」이나 그 규칙을 개정하여 명시적인 근거규정을 두지 않는 이상 현행 법규의 해석론으로는 필요적 변호사건에서 항소법원이 국선변호인을 선정하고 피고인과 국선변호인에게 소송기록접수통지를 한 다음 피고인이 사선

변호인을 선임함에 따라 국선변호인의 선정을 취소한 경우 항소법원은 사선변호인에게 다시 소송기록접수통지를 할 의무가 없다고 보아야 한다"고 판시한 바 있다.[537]

그러나 위 판례의 반대의견에서 밝힌 바와 같이 다시 새롭게 선임된 '사선' 변호인에게 소송기록접수통지를 하여 그 변호인이 항소이유서를 작성할 수 있는 시간을 확보해 줄 필요가 있고, 새로운 '국선' 변호인에게는 통지를 다시 해야 하는 것이므로[538] 그때와 마찬가지로 새로운 '사선' 변호인에게 통지를 다시 해준다고 하여 그 과정에서 법원의 업무가 특별히 더 과중될 것으로 보이지 않는다. 그러므로 반대의견과 같이 변호인의 항소이유서 제출기간을 최대한 보장해 주는 것이 타당하다고 생각한다.

나) 항소이유서 제출기한

항소인 또는 변호인은 항소법원으로부터 소송기록 접수통지를 받은 날로부터 20일 이내에 항소이유서를 항소법원에 제출해야 한다(제361조의3 제1항). 앞에서 검토한 항소이유를 기재하여야 하므로 제1심 판결문뿐 아니라, 사건 기록 전체를 검토한 다음 법령위반 또는 법령위반 이외의 사유, 절대적 항소이유, 상대적 항소이유 등을 면밀하게 확인할 필요가 있다. 따라서 제1심 변호인이 항소심을 맡거나 또는 항소이유서 작성까지 하는 경우가 아니라면, 새롭게 선임된 변호인은 제1심에서 진행된 사건의 경과와 기록을 파악해야 하므로 사건기록을 등사할 필요가 있다. 그런데 사건기록을 등사하는 데 시간이 소요되고, 사건 파악 후 항소이유를 정하여 항소이유서를 작성하게 되므로 20일의 기간이 피고인이나 변호인 입장에서는 결코 길지 않은 시간이다. 특히 피고인이 제1심에서 법정구속되는 등으로 변호인과 피고인 사이의 접견시간이 충분히 확보되지 못하는 경우에는 더욱 그러하다. 항소 후에는 항소이유서에 기재된 사유에 관하여 심판하게 되므로(제364조 제1항) 항소이유서 작성을 위한 기한은 최대한 확보될 필요가 있고, 그러한 점에서 앞에서 본 바와 같이 새롭게 선임된 사선변호인에게 재차 소송기록 접수통지를 하여야 할 필요도 존재한다.

다) 항소심의 심판범위

항소법원은 항소이유에 포함된 사유에 관하여 심판하고(제364조 제1항), 항소이유

537) 대법원 2018.11.22. 자 2015도10651 전원합의체 결정.

538) 대법원 2012.2.16. 자 2009모1044 전원합의체 결정.

서에 포함시키지 않은 사항을 항소심 재판시 진술한다고 하더라도 항소이유에 그러한 주장이 포함되어 있다고 할 수 없다.[539] 그러나 판결에 영향을 미친 사유는 항소이유서에 포함되지 않은 경우에도 직권으로 심판이 가능하다(제364조 제2항).

판례는 "제1심이 위법한 공시송달결정에 터잡아 공소장부본과 공판기일소환장을 송달하고 피고인이 2회 이상 출석하지 아니하였다고 보아 피고인의 출석 없이 심리·판단한 이상, 이는 피고인에게 출석의 기회를 주지 아니한 것이 되어 그 소송절차는 위법하고, 항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있으므로 원심으로서는 다시 적법한 절차에 의하여 소송행위를 새로이 한 후 위법한 제1심판결을 파기하고, 원심에서의 진술 및 증거조사 등 심리결과에 기하여 다시 판결하여야 한다."고 하였다.[540] 한편 "항소법원은 제1심의 형량이 너무 가벼워서 부당하다는 검사의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 제1심판결에 양형이 부당하다고 인정할 사유가 있는지 여부를 심판할 수 있고, 그러한 사유가 있는 때에는 제1심판결을 파기하고 제1심의 양형보다 가벼운 형을 정하여 선고할 수 있다"는 판례[541]도 있는데, 항소이유서에 기재된 내용에 전적으로 구속되지 않고 실체진실발견이나 피고인의 이익을 보호하기 위한 차원에서 위 판례들은 상당한 가치가 있다고 보여진다.

라) 항소심에서의 증인신문

제1심법원에서 증거능력이 있었던 증거는 항소심에서도 그 증거능력이 여전히 유지되는 것이므로 다시 증거조사를 거치지 않는다. 이와 달리 항소심에서 새로운 증거를 조사할 수 있을 것인지 여부에 관하여, 항소심을 사후심으로 보지 않는 이상 새로운 증거에 관한 증거조사 자체는 가능하다.[542] 항소심에서의 증인신문에 관하여 「형사소송규칙」에 규정된 내용이 있다. 제1심에서 조사되지 아니한 데에 대하여 고의나 중대한 과실이 없고, 그 신청으로 인하여 소송을 현저하게 지연시키지 아니하는 경우(「형사소송규칙」 제156조의5 제2항 제1호), 제1심에서 증인으로 신문하였으나 새로운 중

539) 대법원 2007.5.31. 선고 2006도8488 판결 등.
540) 대법원 2004.2.27. 선고 2002도5800 판결.
541) 대법원 2010.12.9. 선고 2008도1092 판결.
542) 이재상·조균석, 앞의 책, 797면.

요한 증거의 발견 등으로 항소심에서 다시 신문하는 것이 부득이하다고 인정되는 경우(동 제2호), 그 밖에 항소의 당부에 관한 판단을 위하여 반드시 필요하다고 인정되는 경우(동 제3호) 등이 그것이다.

항소인은 제1심판결에서 자신에게 불리한 증언을 한 증인을 다시 증인으로 신문하고자 하는 생각이 강할 것이지만, 증인 입장에서는 제1심과 항소심에 모두 나와 증언하는 것이 무용한 절차를 반복하는 것이어서 적절하지 않을 수 있다. 이러한 사정을 종합적으로 판단하여 항소심에서 제1심의 증인을 다시 증언토록 할지 여부를 결정하여야 할 것이다. 판례도 "제1심판결 내용과 제1심에서 적법하게 증거조사를 거친 증거들에 비추어 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 명백하게 잘못되었다고 볼 특별한 사정이 있거나, 제1심의 증거조사 결과와 항소심 변론종결시까지 추가로 이루어진 증거조사 결과를 종합하면 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 예외적인 경우가 아니라면, 항소심으로서는 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 항소심의 판단과 다르다는 이유만으로 이에 대한 제1심의 판단을 함부로 뒤집어서는 아니 된다. 특히 공소사실을 뒷받침하는 증거의 경우에는, 증인신문 절차를 진행하면서 진술에 임하는 증인의 모습과 태도를 직접 관찰한 제1심이 증인의 진술에 대하여 그 신빙성을 인정할 수 없다고 판단하였음에도 불구하고, 항소심이 이를 뒤집어 그 진술의 신빙성을 인정할 수 있다고 판단할 수 있으려면, 진술의 신빙성을 배척한 제1심의 판단을 수긍할 수 없는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나는 경우이어야 한다"는 입장을 보여주고 있다.[543]

3) 항소심의 재판

가) 공소기각 결정

공소기각의 결정(제328조)에 해당하는 사유가 있는 때에는 항소법원이 공소기각 결정을 하게 된다. 이 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(제363조).

543) 대법원 2006.11.24. 선고 2006도4994 판결.

나) 항소기각 결정

항소의 제기가 법률상 방식에 위반하거나 항소권 소멸 후인 것이 명백한 때에는 원심법원이 항소기각 결정을 하거나(제360조 제1항), 원심법원이 항소기각 결정을 하지 아니한 경우에는 항소법원이 항소기각 결정을 하여야 한다. 이 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(제362조).

항소인이나 변호인이 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 때에는 결정으로 항소를 기각하여야 하고 직권조사사유가 있거나 항소장에 항소이유의 기재가 있는 경우에는 예외로 한다(제361조의4 제1항). 다만 판례는 이 규정에도 불구하고 다음과 같은 판시를 한 바 있다. 판례는 "피고인을 위하여 선정된 국선변호인이 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하면 이는 피고인을 위하여 요구되는 충분한 조력을 제공하지 아니한 것으로 보아야 하고, 이런 경우에 피고인에게 책임을 돌릴 만한 아무런 사유가 없는데도 항소법원이 「형사소송법」 제361조의4 제1항 본문에 따라 피고인의 항소를 기각한다면, 이는 피고인에게 국선변호인으로부터 충분한 조력을 받을 권리를 보장하고 이를 위한 국가의 의무를 규정하고 있는 「헌법」의 취지에 반하는 조치이다. 따라서 피고인과 국선변호인이 모두 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하였더라도, 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 아니한 데 대하여 피고인에게 귀책사유가 있음이 특별히 밝혀지지 않는 한, 항소법원은 종전 국선변호인의 선정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정하여 다시 소송기록접수통지를 함으로써 새로운 국선변호인으로 하여금 그 통지를 받은 때로부터 「형사소송법」 제361조의3 제1항의 기간 내에 피고인을 위하여 항소이유서를 제출하도록 하여야 한다"고 하여,[544] 피고인이 '국선' 변호인의 실질적인 조력을 받을 수 있도록 하였다.

한편 판례는 "부적법한 항소이유서가 제출되어 항소기각 결정을 해야 하는 상황이지만, 예외적인 경우 하자가 치유된다고 하면서, 항소이유서는 그 방식과 취지에 의하여 어느 사건에 대한 항소이유서인지가 분명하여야 하고, 전혀 다른 두 개의 사건에 대한 항소이유서가 마치 하나의 사건에 대한 항소이유서인 것처럼 하나로 작성되어 제출되었고, 그 항소이유서에 별개의 두 사건의 피고인들이 하나의 사건의 공동피고인들인 것처럼 기재되어 있다면 이러한 항소이유서는 법률이 정한 방식에 위배되는

544) 대법원 2012.2.16. 자 2009모1044 전원합의체 결정.

항소이유서로서 부적법하다. 그러나 위와 같이 부적법한 항소이유서라도 그것이 두 개의 사건 중 어느 하나의 사건에 편철되고 그 사건의 피고인들에게 부본이 송달되어 피고인들의 방어권행사에 아무런 지장을 초래하지 아니한 채 정상적인 소송절차가 진행된 경우에는, 그 사건에 관하여서만 항소이유서의 하자가 치유된다"는 입장을 보였다.[545]

다) 항소기각 판결

항소이유가 없으면 항소기각 판결을 선고하여야 한다(제364조 제4항). 한편 항소이유가 없음이 명백하면 구두변론 없이 항소기각 판결을 선고하여야 한다(동 제5항). 소송지연을 목적으로 하는 상소의 남용을 방지하기 위한 규정이다.[546]

라) 파기자판

항소가 이유있다고 인정한 때에는 원심판결을 파기하여야 하는데(제364조 제6항), 이때 원칙적으로 파기자판을 하여야 한다. 다만 형을 선고하는 경우에는 불이익변경금지의 원칙이 적용된다(제368조). 이 경우 무변론재판을 허용하는 명문의 규정이 없으므로(제364조 제5항) 구두변론을 거쳐야 한다.[547]

마) 파기환송

공소기각 또는 관할위반의 재판이 법률에 위반됨을 이유로 원심판결을 파기하는 때에는 판결로써 사건을 원심법원에 환송하여야 한다(제366조). 따라서 제1심의 공소기각 판결이 법률에 위반된다고 판단한 이상 본안에 들어가 심리할 것이 아니라 제1심 판결을 파기하고 사건을 제1심법원에 환송하여야 한다.[548] 이 경우 환송하지 않고 본안 심리를 거친 후 유죄 판결을 선고하면 판결에 영향을 미친 위법(제366조)이 인정된다.[549]

---

545) 대법원 1998.2.10. 자 97모101 결정.
546) 정승환, 앞의 책, 789면.
547) 대법원 1994.10.21. 선고 94도2078 판결.
548) 대법원 1998.5.8. 선고 98도631 판결.
549) 정승환, 앞의 책, 790면.

바) 파기이송

관할 인정이 법률에 위반됨을 이유로 원심판결을 파기하는 때에는 판결로써 사건을 관할법원에 이송하여야 한다(제369조). 다만 항소법원이 그 사건의 제1심 관할권이 있는 때에는 제1심으로 심판하여야 한다(제367조).

바. 상고

1) 의의

상고심은 법률심으로, 상고심의 구조는 사후심으로 보아야 한다. 상고이유가 법령위반에 한정되어 있고(제383조), 상고심은 변론 없이 서면심리에 의하여 판결할 수 있고(제390조 제1항), 원심판결을 파기하는 때에는 파기환송 또는 이송하여야 하고 예외적으로 재판의 신속을 위하여 필요한 때에만 자판을 할 수 있도록 하고 있다(제396조, 제397조).

따라서 상고심에서 새로운 증거를 제출하거나 증거조사를 하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다.[550] 이러한 이유로 판례도 "상고심의 심판대상은 원심판결 당시를 기준으로 하여 그 당부를 심사하는 것으로 원심판결 당시 미성년으로서 부정기형을 선고받은 자가 그 후 상고심 계속중 가까운 시일 안에 성년이 된다하여 원심의 부정기형 선고가 위법이 될 수 없고 위와 같은 사유는 적법한 상고이유가 되지 아니한다"고 판시한 바 있다.[551]

2) 상고이유

상고이유는 다음의 4가지이다. 판결에 영향을 미친 헌법위반, 법률위반, 명령위반, 규칙의 위반 등이 있는 때(제383조 제1호), 판결 후 형의 폐지 또는 변경, 사면이 있는 때(동 제2호), 재심청구의 사유가 있는 때(동 제3호), 사형·무기·10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 있어서 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미친 때 또는 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때(동 제4호) 등이다.

---

550) 대법원 2019.3.21. 선고 2017도16593-1 전원합의체 판결.

551) 대법원 1985.10.8. 선고 85도1721 판결.

3) 상고이유 제한에 관한 법리

양형부당만을 이유로 항소한 경우 사실오인이나 법령위반 등 새로운 사유를 상고이유로 내세울 수 없다는 것이 판례의 입장인데,[552] 최근에도 이러한 입장을 재확인한 바 있다.

판례에 따르면 상고심은 항소심에서 심판대상으로 되었던 사항에 한하여 상고이유의 범위 내에서 그 당부만을 심사하여야 하고, 항소인이 항소이유로 주장하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼아 판단한 사항 이외의 사유를 상고이유로 삼아 다시 상고심의 심판범위에 포함시키는 것은 상고심의 사후심 구조에 반하는 것이며, 피고인이 유죄가 인정된 제1심판결에 대하여 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 항소하고 검사는 양형부당만을 이유로 항소하였는데, 항소심이 검사의 항소를 받아들여 제1심판결을 파기하고 그보다 높은 형을 선고한 경우, 피고인이 항소심의 심판대상이 되지 않았던 법령위반 등 새로운 사항을 상고이유로 삼아 상고하는 것은 적법하지 않다고 하였다.[553] 위 판결의 별개의견은 항소심에서 피고인들에 대해 높은 형이 선고된 경우에는 예외적으로 상고이유 제한법리의 적용이 배제되어야 한다는 것과 상고이유 제한법리는 현행법상 근거가 없으므로 이를 인정할 필요가 없다는 것이 있었다.

4) 상고심의 재판

가) 공소기각 결정

"공소가 취소되었을 때 또는 피고인이 사망하거나 피고인인 법인이 존속하지 아니하게 되었을 때, 관할의 경합으로 인하여 재판할 수 없는 경우, 공소장에 기재된 사실이 진실하다고 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니한 경우" 등에는 공소기각 결정을 하여야 한다(제382조 제1항 각호). 이 공소기각 결정으로 원심판결이 확정된다.

나) 상고기각 결정

상고인이나 변호인이 상고이유서 제출기간 내에 상고이유서를 제출하지 아니한 때에는 상고기각 결정을 하여야 하고, 다만 상고장에 이유의 기재가 있는 때에는 예외

552) 대법원 2010.1.14. 선고 2009도12387 판결 등.

553) 대법원 2019.3.21. 선고 2017도16593-1 전원합의체 판결.

로 한다(제380조 제1항). 상고장과 상고이유서에 기재된 상고이유의 주장이 상고이유(「형사소송법」 제383조)의 사유에 해당하지 아니함이 명백한 때에는 결정으로 상고를 기각하여야 한다(동 제2항).

상고의 제기가 법률상 방식에 위반하거나 상고권 소멸 후인 것이 명백함에도 원심법원이 상고기각 결정을 하지 아니한 때에는 상고법원은 상고기각 결정을 하여야 한다(제381조).

다) 상고기각 판결

상고이유가 없다고 인정한 때에는 상고기각 판결을 하여야 한다(제399조, 제364조 제4항). 이 경우 상고기각 판결과 동시에 확정력이 발생한다. 형사소송에서 상고심 판결의 파기이유가 된 사실상의 판단도 기속력을 가진다고 보아야 하고 상고심으로부터 형사사건을 환송받은 법원은 환송 후의 심리과정에서 새로운 증거가 제시되어 기속력 있는 판단의 기초가 된 증거관계에 변동이 생기지 않는 한 그 사건의 재판에서 상고법원이 파기이유로 제시한 사실상·법률상의 판단에 기속된다.[554]

라) 파기환송

원심판결을 파기하는 경우 판결로써 원심법원 또는 제1심법원에 환송하여야 한다(제393조). 관할위반의 인정이 법률에 위반됨을 이유로 원심판결 또는 제1심판결을 파기하는 경우에는 판결로써 사건을 원심법원 또는 제1심법원에 환송하여야 한다(제395조). 이 이외의 사유로 원심판결을 파기하는 때에도 자판하는 경우 외에는 환송 또는 이송하여야 한다(제397조).

마) 파기이송

관할의 인정이 법률에 위반됨을 이유로 원심판결 또는 제1심 판결을 파기하는 경우에는 판결로써 사건을 관할 있는 법원에 이송하여야 한다(제394조).

바) 파기자판

"상고법원은 원심판결을 파기한 경우에 그 소송기록과 원심법원과 제1심법원이

554) 대법원 2018.4.19. 선고 2017도14322 전원합의체 판결.

조사한 증거에 의하여 판결하기 충분하다고 인정한 때에는 직접 판결할 수 있다(제396조)". 파기자판은 예외적인 것이라고 하는데, 상고인에게 자판을 구할 권리가 있는 것인지, 혹은 자판을 할 가능성을 예측할 수 있는 것인지 하는 측면에서 보면 '판결하기 충분하다고 인정한 때'라는 요건이 더 명확해질 필요가 있다.

자판의 내용으로는 유죄, 무죄, 공소기각, 면소 등이 가능한데, 불이익변경금지의 원칙도 적용되고 있다(제396조 제2항, 제368조).

5) 비약적 상고

법령해석에 관한 중요한 사항을 포함한다고 인정되는 사건에 관하여 제1심판결에 대하여 직접 상고하는 비약적 상고가 가능한데(제372조), 다만 그 사건에 관하여 항소가 제기된 경우에는 비약적 상고는 효력을 잃는다(제373조).

원심판결이 인정한 사실에 대하여 법령을 적용하지 아니하였거나 법령의 적용에 착오가 있는 때(제372조 제1호), 원심판결이 있은 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때(동조 제2호)에는 제1심판결에 대하여 상고할 수 있다(제372조). 판례는 "채증법칙 위배의 경우 비약적 상고의 이유가 되지 않는다"고 하고[555] "제1심법원의 결정에 대해서도 비약적 상고를 할 수 없다"고 한다.[556]

여기서 말하는 법령적용에 착오가 있는 때의 의미에 관해서 판례는 "1심판결이 인정한 사실을 일응 전제로 하여 놓고 그에 대한 법령의 적용을 잘못한 경우를 뜻하는 것이므로, 피고인의 주장은 원심판결이 상습성에 관한 판단을 잘못하여 이 사건 범죄에 대하여 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제1항을 적용한 것은 위법하다는 것이나, 이는 결국 원심의 상습성에 관한 사실인정의 잘못과 법리오해로 말미암아 결과적으로 법령적용을 잘못하였다는 데에 귀착되므로, 이러한 사유는 위 법조 소정의 비약적 상고이유가 되지 못한다"는 입장인데,[557] 비약상고 절차가 사실판단이 아니라 법령적용의 문제를 다루는 것이므로 위 판례의 입장은 타당하다고 본다.

---

555) 대법원 1983.12.27. 선고 83도2792 판결.

556) 대법원 1984.4.16. 자 84모18 결정.

557) 대법원 2007.3.15. 선고 2006도9338 판결.

사. 재심

1) 의의

재심은 유죄의 확정판결에 대하여 중대한 사실인정의 오류가 있는 경우 판결을 받은 사람의 이익을 위하여 이를 시정하는 비상구제절차인데, 유죄의 확정판결을 받은 사람의 이익을 위한 재심만 가능하고, 불이익한 재심은 불가하다(제420조, 제421조). 미확정재판에 대한 불복인 상소와 구별되고, 법령위반을 이유로 하는 비상구제절차인 비상상고와 다르다. 무죄판결은 재심대상이 아니고,[558] 면소판결도 재심대상이 아니다.[559] 판결이 아닌 결정은 재심대상이 아니다.[560] 상소기각(항소기각, 상고기각)에 대하여 제420조 제1호, 제2호, 제7호의 사유가 있는 때에 한하여 선고받은 사람의 이익을 위한 재심이 가능하다(제421조 제1항).

특히 재심은 2단계 구조로서 재심개시절차와 재심심판절차의 2가지 단계인데, 재심개시절차에서 재심사유 유무를 심사하여 결정으로 판단하고, 재심이 개시되면 일반 형사절차와 마찬가지로 인정신문부터 진행하게 되므로 결국 재심의 핵심은 재심개시절차에서 검토하게 되는 재심사유라고 할 것이다.

2) 재심사유 중 증거의 신규성과 명백성

「형사소송법」 제420조 제5호는 유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소를, 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제 또는 원판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때를 재심사유로 정하여, 전형적인 nova형 재심사유로 평가된다. 다만 이 경우 유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄, 면소를 인정할 증거여야 하므로, 공소기각판결을 선고할 경우는 포함되지 않는다.[561] 형의 면제는 필요적 면제만을 의미하고 임의적 면제(자수, 자복)는 해당하지 않는다.[562] 경한 죄란 법정형이 가벼운 다른 죄를 말하며, 형의 감경사유는 그것이 필요적 감경사유(종범)이

558) 대법원 1983.3.24. 자 83모5 결정.
559) 대법원 2018.5.2. 자 2015모3243 결정.
560) 대법원 1986.10.29. 자 86모38 결정.
561) 대법원 1986.8.28. 자 86모15 결정.
562) 대법원 1984.5.30. 자 84모32 결정.

거나 임의적 감경사유인 경우 모두 여기에 포함되지 않고,[563] 양형자료의 변동을 가져오는데 지나지 않는 것은 포함되지 않는다.[564]

증거가 새로 발견된 때라 함은 법원에 대하여 신규일 것을 요한다.[565] 판례는 "확정판결의 소송절차에서 이미 증거로 조사 채택된 증인이 판결확정 후 전의 진술내용을 번복함과 같은 것은 이에 해당하지 않는다"고 한 바 있다.[566] 법원 이외에 당사자에 대하여도 그 증거가 신규일 것을 요하는가에 대하여는 견해대립이 있다. 다만 판례는 다음과 같이 "증거의 신규성을 누구를 기준으로 판단할 것인지에 대하여 위 조항이 그 범위를 제한하고 있지 않으므로 그 대상을 법원으로 한정할 것은 아니다. 그러나 재심은 당해 심급에서 또는 상소를 통한 신중한 사실심리를 거쳐 확정된 사실관계를 재심사하는 예외적인 비상구제절차이므로, 피고인이 판결확정 전 소송절차에서 제출할 수 있었던 증거까지 거기에 포함된다고 보게 되면, 판결의 확정력이 피고인이 선택한 증거제출 시기에 따라 손쉽게 부인될 수 있게 되어 형사재판의 법적 안정성을 해치고, 「헌법」이 대법원을 최종심으로 규정한 취지에 반하여 제4심으로서의 재심을 허용하는 결과를 초래할 수 있다. 따라서 피고인이 재심을 청구한 경우 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차 중에 그러한 증거를 제출하지 못한 데 과실이 있는 경우에는 그 증거는 위 조항에서의 '증거가 새로 발견된 때'에서 제외된다고 해석함이 상당하다"고 하였는데,[567] 이는 당사자에게 고의나 과실이 있었을 것을 요한다는 입장이라서 비상의 구제절차라는 입장을 강조하고 있는 것으로 보인다.

증거의 명백성이란 새로운 증거가 확정판결을 파기할 고도의 개연성이 인정되는 경우로서,[568] 다만 위 명백성이 어느 정도의 심증을 요구하는가에 대하여 판례는 "재심대상이 되는 유죄의 확정판결에 대하여 그 정당성이 의심되는 수준을 넘어 그 판결을 그대로 유지할 수 없을 정도로 고도의 개연성이 인정되는 경우라면 그 새로운 증거는 위 조항의 '명백한 증거'에 해당한다"고 하였다.[569] 한편 어떤 방법으로 명백성

563) 대법원 2007.7.12. 선고 2007도3496 판결.
564) 대법원 2017.11.9. 선고 2017도14769 판결.
565) 이주원, 앞의 책, 610면.
566) 대법원 1984.2.20. 자 84모2 결정.
567) 대법원 2009.7.16. 자 2005모472 전원합의체 결정.
568) 이재상·조균석, 앞의 책, 824면.

을 판단할 것인가에 대하여 신증거 자체의 객관적 우위성을 요구하는 단독평가설(고립평가설), 새로운 증거와 유기적 관련성이 있는 한 구 증거도 판단의 대상이 된다는 제한적 평가설(한정적 평가설), 새로운 증거와 구 증거를 함께 평가해야 한다는 종합평가설 등이 있고, 판례는 "명백한 증거에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 법원으로서는 새로 발견된 증거만을 독립적·고립적으로 고찰하여 그 증거가치만으로 재심의 개시 여부를 판단할 것이 아니라, 재심대상이 되는 확정판결을 선고한 법원이 사실인정의 기초로 삼은 증거들 가운데 새로 발견된 증거와 유기적으로 밀접하게 관련되고 모순되는 것들은 함께 고려하여 평가하여야 한다"는 입장이다.[570]

따라서 "당해 사건의 증거가 아니고 공범자 중 1인에 대하여는 무죄, 다른 1인에 대하여는 유죄의 확정판결이 있는 경우에 무죄확정 판결의 증거자료를 자기의 증거자료로 하지 못하였고 또 새로 발견된 것이 아닌 한 무죄확정판결 자체만으로는 유죄확정 판결에 대한 새로운 증거로서의 재심사유에 해당한다고 할 수 없다"고 하는 판례가 있는데,[571] 타당하다고 보여진다.

3) 나머지 재심사유

앞에서 본 제420조 제5호 재심사유를 제외한 나머지 재심사유(제420조 제1, 2, 3, 4, 6, 7호)는 'falsa형 재심사유'에 해당하고, 모두 확정판결에 의하여 증명될 것을 요한다. 「형사소송법」 제420조 제2호 소정의 "원판결의 증거된 증언"이라 함은 원판결의 증거로 채택되어 범죄사실을 인정하는 데 사용된 증언을 뜻하는 것이고 단순히 증거 조사의 대상이 되었을 뿐 범죄사실을 인정하는 증거로 사용되지 않은 증언은 위 "증거된 증언"에 포함되지 않는 것이며, "원판결의 증거된 증언이 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명된 때"라 함은 그 증인이 위증을 하여 그 죄에 의하여 처벌되어 그 판결이 확정된 경우를 말하는 것으로,[572] 그 증언이 나중에 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명된 이상 허위증언 부분을 제외하고도 다른 증거에 의하여 "죄로 되는 사실"이 유죄로 인정될 것인지에 관계없이 「형사소송법」 제420조 제2호의 재심사유가 있다고 보아야 한다.[573] 「형사소송

569) 대법원 2009.7.16. 자 2005모472 전원합의체 결정.
570) 대법원 2009.7.16. 자 2005모472 전원합의체 결정.
571) 대법원 1984.4.13. 자 84모14 결정.
572) 대법원 2005.4.14. 선고 2003도1080 판결.

법」 제420조 제2호에 규정된 원판결의 증거된 증언이라 함은 법률에 의하여 선서한 증인의 증언을 말하고 공동피고인의 공판정에서의 진술은 여기에 해당하지 않는다.[574] 재심대상이 된 피고사건과 별개의 사건에서 증언이 이루어지고 그 증언을 기재한 증인신문조서나 그 증언과 유사한 진술이 기재된 진술조서가 재심대상이 된 피고사건에 서증으로 제출되어 이것이 채용된 경우는 「형사소송법」 제420조 제2호에 규정된 "원판결의 증거된 증언"에 해당한다고 할 수 없으므로, 그 증언이 확정판결에 의하여 허위인 것으로 증명되었더라도 위 제2호 소정의 재심사유에 포함될 수 없다.[575]

4) 재심개시절차

재심의 청구는 원판결의 법원에서 관할하는데(제423조), 여기서 원판결이라 함은 "재심청구인이 재심사유가 있다고 하여 재심청구의 대상으로 하고 있는 그 판결을 말한다"는 것이 판례의 입장이다.[576] 따라서 재심청구인이 제1심판결을 재심청구의 대상으로 하는 경우에는 제1심법원이 관할하고, 상소기각 판결을 대상으로 하는 경우에는 상소법원이 재심청구 사건을 관할한다.[577] 결국 "항소심에서 파기된 제1심판결에 대해서는 재심청구가 허용되지 않는다"는 판례의 입장처럼[578] 처리하게 될 것으로 보인다.

재심의 청구권자는 "검사(제424조 제1호), 유죄의 선고를 받은 자와 그 법정대리인(동조 제2호, 제3호), 본인이 사망하거나 심신장애가 있는 경우에는 그 배우자 등(동조 제4호)"이다. 검사 이외의 자가 재심의 청구를 하는 경우에는 변호인을 선임할 수 있다(제426조 제1항).

재심청구시 그 심리절차는 판결절차가 아니라 결정절차이고, 따라서 구두변론에 의하거나 절차를 공개할 필요도 없다.[579] 재심의 청구에 대하여 결정을 함에는 청구한 자와 상대방의 의견을 들어야 하고 다만 유죄의 선고를 받은 자의 법정대리인이 청구한 경우에는 유죄의 선고를 받은 자의 의견을 들어야 한다(제432조). 위 조문에서

573) 대법원 2012.4.13. 선고 2011도8529 판결.
574) 대법원 1985.6.1. 자 85모10 결정.
575) 대법원 1999.8.11. 자 99모93 결정.
576) 대법원 1986.6.12. 자 86모17 결정.
577) 이재상·조균석, 앞의 책, 827면.
578) 대법원 2004.2.13. 자 2003모464 결정.
579) 이재상·조균석, 앞의 책, 830면.

재심청구에 대하여 결정을 함에는 청구한 자와 상대방의 의견을 듣도록 규정하고 있으므로 이 규정의 해석과 관련하여 판례는 "재심을 청구한 자와 상대방에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하는 것이며, 이는 재심청구서와 별도로 요구되는 절차라고 할 것이므로 재심청구서에 재심청구의 이유가 기재되어 있다고 하여 위와 같은 절차를 생략할 수는 없다"는 입장이다.[580]

재심청구가 법률상 방식에 위반하거나 청구권 소멸 후인 것이 명백한 때에는 청구기각 결정을 하여야 한다(제433조). 판례는 이 경우 "「형사소송법」 제421조 제1항의 규정에 의하여 상고기각판결에 대하여는 그 판결에 동법 제420조에 정한 사유 중 제1호, 제2호, 제7호의 사유가 있는 경우에 한하여 재심을 청구할 수 있게 되어 있으므로 상고기각의 판결에 대하여 이와 같은 사유가 있음을 이유로 하는 것이 아닌 재심청구는 법률상의 방식에 위배된다"고 하였다.[581] 한편 재심청구가 이유 없다고 인정한 때에도 기각결정을 하여야 하고 이 결정이 있는 때에는 누구든지 동일한 이유로써 다시 재심을 청구하지 못한다(제434조).

이와 달리 재심의 청구가 이유 있다고 인정한 때에는 재심개시의 결정을 하여야 한다(제435조 제1항). 한편 경합범 중 일부에 대해서만 재심청구의 이유가 있다고 인정되는 경우 어느 범위에서 재심개시 결정을 해야 하는지 여부에 관하여, 전부에 대하여 재심개시결정을 해야 한다는 견해와 당해 사실 부분만 재심의 대상이 된다는 견해 등이 있으나 판례는 "경합범 관계에 있는 수개의 범죄사실을 유죄로 인정하여 한 개의 형을 선고한 불가분의 확정판결에서 그중 일부의 범죄사실에 대하여만 재심청구의 이유가 있는 것으로 인정된 경우에는 형식적으로는 1개의 형이 선고된 판결에 대한 것이어서 그 판결 전부에 대하여 재심개시의 결정을 할 수밖에 없지만, 비상구제수단인 재심제도의 본질상 재심사유가 없는 범죄사실에 대하여는 재심개시결정의 효력이 그 부분을 형식적으로 심판의 대상에 포함시키는 데 그치므로 재심법원은 그 부분에 대하여는 이를 다시 심리하여 유죄인정을 파기할 수 없고, 다만 그 부분에 관하여 새로이 양형을 하여야 하므로 양형을 위하여 필요한 범위에 한하여만 심리를 할 수 있을 뿐이다"라고 하면서 절충적인 입장을 보이고 있다.[582]

---

580) 대법원 2004.7.14. 자 2004모86 결정.

581) 대법원 1987.5.27. 자 87재도4 결정.

재심의 청구를 기각하는 결정 및 재심개시 결정에 대하여는 즉시항고로 불복할 수 있다(제437조). 다만 대법원의 결정에 대해서는 불복할 수 없다.

5) 재심심판절차

재심개시의 결정이 확정되면 법원은 그 심급에 따라 다시 심판하여야 한다(제438조 제1항). 따라서 제1심의 확정판결에 대한 재심은 제1심의 공판절차에 따라 진행하고, 항소기각 또는 상고기각의 확정판결에 대한 재심은 항소심 또는 상고심의 절차에 따라 심판하게 된다.[583] 그 후 그 재심의 판결에 대해서는 상소의 일반원칙에 따르게 된다. 심리 결과 원판결과 동일한 결론에 도달한 경우에도 사건에 대하여 판결을 하여야 하고[584] 판례는 "재심대상 판결 당시의 법령이 변경된 경우에는 재심판결 당시의 법령을 적용하여야 한다"는 입장이다.[585]

대법원은 최근 전원합의체 판결을 통하여 재심의 공판절차에서 사건을 일반사건과 병합하거나 공소장변경을 할 수 있는지 여부에 관하여 입장을 명확하게 정리한 바 있는데, "재심 개시 여부를 심리하는 절차의 성질과 판단 범위, 재심개시결정의 효력 등에 비추어 보면, 유죄의 확정판결 등에 대해 재심개시결정이 확정된 후 재심심판절차가 진행 중이라는 것만으로는 확정판결의 존재 내지 효력을 부정할 수 없고, 재심개시결정이 확정되어 법원이 그 사건에 대해 다시 심리를 한 후 재심의 판결을 선고하고 그 재심판결이 확정된 때에 종전의 확정판결이 효력을 상실하고, 재심의 취지와 특성, 「형사소송법」의 이익재심 원칙과 재심심판절차에 관한 특칙 등에 비추어 보면, 재심심판절차에서는 특별한 사정이 없는 한 검사가 재심대상사건과 별개의 공소사실을 추가하는 내용으로 공소장을 변경하는 것은 허용되지 않고, 재심대상사건에 일반 절차로 진행 중인 별개의 형사사건을 병합하여 심리하는 것도 허용되지 않는다"고 하였다.[586]

재심에는 원판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다(제439조). 검사가 재심을 청구한 경우에도 불이익변경이 금지된다.[587]

---

582) 대법원 2017.3.22. 선고 2016도9032 판결.

583) 이재상·조균석, 앞의 책, 832면.

584) 이재상·조균석, 앞의 책, 832면.

585) 대법원 2011.1.20. 선고 2008재도11 전원합의체 판결.

586) 대법원 2019.6.20. 선고 2018도20698 전원합의체 판결.

아. 비상상고

1) 의의

비상상고는 확정판결에 대하여 그 심판이 법령에 위반하였음을 이유로 허용되는 비상구제절차를 말한다.[588] 재심과 달리 신청권자가 검찰총장에 제한되고 관할법원은 대법원 단심이며, 판결의 효력은 원칙적으로 피고인에게 미치지 않는다.[589]

재심의 경우와 달리 유죄의 확정판결에 제한되지 않으며 모든 확정판결이 그 대상이다. 따라서 공소기각, 관할위반, 면소판결 등의 경우에도 그 대상이 되며, 심급 여하도 불문한다. 또한 상고기각의 결정에 대해서도 비상상고가 허용된다.[590]

2) 사유

비상상고는 사건의 심판이 법령에 위반한 때 허용되는 것이므로, 판결의 법령위반과 소송절차의 법령위반이 여기에 포함된다.[591] 단순한 사실오인의 경우에는 비상상고를 할 수 없으나 사실오인의 결과로 발생한 법령위반이 비상상고의 이유가 될 수 있는지 문제된다. 판례는 "단순히 그 법령 적용의 전제사실을 오인함에 따라 법령위반의 결과를 초래한 것과 같은 경우는 법령의 해석적용을 통일한다는 목적에 유용하지 않으므로 '그 사건의 심판이 법령에 위반한 것'에 해당하지 않는다고 해석함이 상당하므로, 법원이 원판결의 선고 전에 피고인이 이미 사망한 사실을 알지 못하여 공소기각의 결정을 하지 않고 실체판결에 나아감으로써 법령위반의 결과를 초래하였다고 하더라도, 이는 「형사소송법」 제441조에 정한 '그 심판이 법령에 위반한 것'에 해당한다고 볼 수 없다"고 하였다.[592] 그리고 "전과가 없음에도 불구하고 누범가중을 하였다는 것을 이유로 한 비상상고는 법령위반에 해당하지 않는다"고 하였다.[593] 그러나 소년의 연령을 오인하여 정기형을 선고한 경우[594] 또는 성년에게 부정기형을 선고한 때[595]에

587) 이재상·조균석, 앞의 책, 834면.
588) 이재상·조균석, 앞의 책, 835면.
589) 이재상·조균석, 앞의 책, 835면.
590) 대법원 1963. 1. 10. 선고 62오4 판결.
591) 이재상·조균석, 앞의 책, 837면.
592) 대법원 2005.3.11. 선고 2004오2 판결.
593) 대법원 1962.9.27. 선고 62오1 판결.

는 비상상고가 적법하다고 하였다. 위 판례 중 사망한 사실을 간과한 판결과 전과가 없음에도 누범가중을 한 판결에 대하여는 사실조사를 하지 않아도 인정할 수 있는 잘못이라는 이유로 판례의 입장에 비판적인 견해[596]가 있는데, 단순한 사실오인은 제외하더라도 그 사실오인으로 인한 법령위반의 경우 개별 사안마다 다른 결론으로 비춰질 수 있고, 신청권자가 검찰총장에 한정되어 있으므로 당사자는 검찰총장에 대하여 비상상고를 신청해 줄 것을 요청할 수밖에 없는 상황인 점 등을 보면 위 견해가 지적하고 있는 부분은 타당해 보인다. 이와 달리 법령위반이 소송법적 사실의 오인으로 인한 때에는 비상상고의 이유로 인정하지만 실체법적 사실의 오인으로 인한 때에는 인정하지 않는다는 견해[597]도 있다. 소송법적 사실 인정은 판결 이유에도 명시되지 않기 때문에 소송법적 사실오인과 법령위반을 구별하기가 쉽지 않다는 점을 이유로 하고 있다. 그러나 위 판례 중 이미 사망한 사실을 알지 못하여 공소기각 결정을 하지 않고 실체판결로 나아간 사례에 대하여, 소송법적 사실의 오인으로 인한 것이어서 비상상고가 가능하다고 볼 수 있을 것이지만 판례가 그 경우 비상상고를 허용하지 않았으므로 판례가 언급한 사안에 대하여 명쾌한 결론을 내리기에는 여전히 부족한 부분이 있다. 판례는 '법령의 해석적용을 통일한다는 목적에 유용하지 않으므로' 라는 표현을 사용하고 있으므로, 어떤 경우에는 긍정하기도 하고 어떤 경우에는 부정하기도 하여 그 정확한 기준이 애매하다고 보인다. 따라서 기준을 최대한 명확하게 정리한다는 차원에서 보면, 소송법적 사실의 오인으로 인한 법령위반의 경우에는 비상상고의 사유로 인정하고 실체법적 사실의 오인으로 인한 법령위반의 경우에는 원칙적으로 부정하되 별다른 조사의 필요 없이 기록상 명백한 경우에는 비상상고를 허용하자는 견해[598]를 경청할 필요가 있다고 생각한다.

한편 원판결이 법령에 위반한 때에는 그 위반된 부분을 파기하여야 하고, 다만 원판결이 피고인에게 불이익한 때에는 원판결을 파기하고 그 피고사건에 대하여 다시

---

594) 대법원 2017.6.5. 선고 2017오1 판결.

595) 대법원 1963.4.11. 선고 63오2 판결.

596) 이재상·조균석, 앞의 책, 840면.

597) 정승환, 앞의 책, 833면.

598) 양동철, "비상상고 제도의 개선에 관한 연구-대법원 판례의 분석과 해석론을 중심으로-", 『경희법학』, 제51권 제3호(2016.1.), 경희대학교 법학연구소, 101면.

판결을 해야 한다(제446조 제1호). 항소심에서 항소기각의 결정을 하는 경우에도 「형법」 제57조에 의하여 미결구금일수의 전부 또는 일부를 본형에 산입하여야 할 것이므로, 항소 후의 미결구금일수를 전혀 산입하지 아니한 원심결정은 법령에 위반한 것이고 또한 피고인에게 불이익하여 원심결정을 파기하고 피고 사건에 대하여 다시 판결을 하거나,[599] 처벌을 희망하지 아니하는 피해자의 의사표시가 있었음을 간과한 채 「(구)정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률」 위반의 공소사실을 유죄로 판단한 경우,[600] 공소시효가 완성된 사실을 간과한 채 약식명령을 발령한 경우,[601] 성폭력범죄를 범한 피고인에게 형의 집행을 유예하면서 보호관찰을 받을 것을 명하지 않은 채 위치추적 전자장치 부착을 명한 경우,[602] 「즉결심판에 관한 절차법」 제2조에 따라 벌금 20만 원을 초과하지 않는 범위 내에서 처벌하였어야 함에도 원심이 즉결심판절차에서 허용되는 범위를 넘는 벌금 30만 원의 즉결심판을 선고한 경우도 심판이 법령에 위반한 경우[603]에 해당한다. 그러나 적법한 증거조사의 절차를 거치지 않고 증거능력이 없는 증거를 유죄의 증거로 채택하였음은 법령에 위반한 것으로서 비상상고의 이유가 되나 원판결 거시의 다른 증거자료를 종합하여서도 피고인에 대한 범죄사실을 인정할 수 있는 이상 위 적법한 증거조사절차를 거치지 않고 각 증거를 원판결이유에 해당하는 부분만을 파기하게 된다.[604]

판결이 법령에 위반한 경우와 달리 원심 소송절차가 법령에 위반한 때에는 그 위반된 절차를 파기한다(제446조 제2호). 이 경우 원판결은 파기하지 않는다.

2. 제도 개선방안

가. 상소권회복 관련

상소권회복 여부에 관하여 '공시송달'로 진행된 것인가, 또는 '피고인이 몇 번 출석

599) 대법원 1998.11.27. 선고 98오2 판결.
600) 대법원 2010.1.28. 선고 2009오1 판결.
601) 대법원 2006.10.13. 선고 2006오2 판결.
602) 대법원 2011.2.24. 선고 2010오1, 2010전오1 판결.
603) 대법원 2015.5.28. 선고 2014오3 판결.
604) 대법원 1964.6.16. 선고 64오2 판결.

했었나' 하는 등 정량적 기준에 의하여 판단하는 것도 중요한 기준을 제시하는 것이고 현재 진행되고 있는 상소권회복 재판 역시 위 기준뿐 아니라 다양한 요소를 판단의 근거로 삼고 있음은 분명하다. 그러나 상소권이 피고인의 권리이고, 만약 항소권회복 신청이라고 한다면 제1심과 다른 사실판단을 받을 수 있는 기회가 마지막이라는 점에서 본다면 최대한 그 회복을 인용하는 방향으로 나아가는 것도 고민해 볼 필요가 있다고 본다. 한편 상소권회복 청구 사건을 변호하는 변호인과의 접견 문제도 여전히 존재하고 있으므로 회복신청을 한 사람과 변호인 사이의 접견에 관해서는 제한없는 접견이 가능하도록 개선될 필요가 있다고 생각한다.

나. 형식재판에 대한 무죄취지의 상소

형식재판에 대하여 무죄를 주장하여 상소할 수 있는가에 대하여, 피고인 입장에서는 무죄판결을 원한다고 하였음에도 형식판결이 선고되었음을 이유로 하여 항소할 수 있는 방법이 봉쇄되어야 하는가 하는 점은 의문이 있으므로, 형식재판이 선고된 사건에 관하여 무죄를 주장하는 상소가 과연 상소의 이익이 없다고 단정할 것인지 숙고할 필요가 있다고 본다.

다. 양형부당 항소

항소이유 중 양형부당에 관해서는, 인적사항이 가려져 있는 상태에서 죄명으로 선고형을 검색하면서 판결문의 범죄사실도 피고인이 살펴볼 수 있는 방안이 마련되거나 판결문에 양형의 이유가 자세히 설시되고 양형기준도 명확하게 되어 진정한 의미의 양형부당을 다툴 수 있도록 제도가 개선되어야 할 것으로 본다.

라. 항소심에서의 증인신문

항소심에서의 증인신문은 당연히 가능하다는 것이 속심을 취하고 있는 현행 항소심 구조의 결론이다. 그러나 제1심에서 증언한 증인을 다시 항소심에서 증인으로 채택하여 재차 증언을 들어야 하는지 여부에 대해서는 여러 가지 문제가 존재하고 있음을 부인할 수 없다. 그러나 제1심을 강화해야 한다, 남항소를 통제해야 한다는 것 외에

항소심이 마지막 사실심인 점도 아울러 고민해 보아야 할 것이다.

마. 비상상고 사유

비상상고 사유 중 사실오인의 결과로 발생한 법령위반에 대해서는 심도 있는 논의가 필요할 것으로 본다. 비상상고에 관한 대법원 판례는 스스로 나름대로의 기준에 따르고 있는 것으로 보이지만, 인용되는 예와 기각되는 예를 보면 그 기준을 명확하게 알기는 어렵다고 생각된다. 특히 판례가 사용하는 "법령의 해석적용을 통일한다는 목적에 유용하지 않다"라는 기준만으로는 비상상고 인용여부를 예측하기 어려워 보이므로, 소송법적 사실의 오인으로 인한 법령위반의 경우에는 비상상고의 사유로 인정하고 실체법적 사실의 오인으로 인한 법령위반의 경우에는 원칙적으로 부정하되 별다른 조사의 필요 없이 기록상 명백한 때에는 비상상고를 허용하자는 견해와 같이 해결하는 것이 그나마 예측가능한 결론을 도출할 수 있는 시각을 제공해 줄 것으로 생각한다.

제5절 | 법원 재판에 대한 법원 외적 통제가능성 김재봉·문희태

1. 서론

앞에서는 형사절차상 이루어지는 각종 처분 등 공권력 작용과 관련하여 법원에 의한 통제 방법 및 절차의 문제점과 개선방안에 대해 살펴보았다. 공권력 작용에 대하여 법원에 불복하여 법원의 심판을 받음으로써 개인의 기본권이 보장되고 법질서가 유지될 수 있다. 따라서 원칙적으로 형사절차상 공권력 행사에 대한 법원의 통제는 공정한 공권력 행사를 담보할 수 있는 실효적이고 최종적인 방법이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 법원의 재판을 통한 형사절차상 기본권 보장 기능이 제대로 수행되지 않는 경우도 있을 수 있다. 따라서 법원의 재판에 대한 법원외적 통제 가능성도 살펴볼 필요가 있다. 법원의 재판에 대하여 법원 외의 기관에 불복을 제기하여 침해된 기본권을 구제하고 법질서를 회복하는 방법도 인권친화적 형사절차의 확보를 위해서는 필수

적이라고 할 수 있다. 따라서 법원이 재판을 통하여 불복판단의 주체가 되는 경우뿐만 아니라 법원의 재판이 불복판단의 객체로서 심판을 받아 오류를 시정하는 것도 본 보고서의 관심이 되어야 한다.

이와 관련하여 형사절차에서 헌법재판소의 역할이 주목된다. 법률분쟁이 발생하는 경우 일반적으로는 법원에 소송을 제기하여 심판을 받음으로써 권리와 의무를 확정하고 다툼을 해결할 수 있다. 그 다툼은 대체로 법률과 하위법령의 범위 내에서 문제가 되고 해결될 수 있으나 법률이 「헌법」에 위반되거나 「헌법」상 보장된 국민의 자유와 권리를 제약하는 공권력 행사가 「헌법」에 위반되는 경우도 있게 된다. 「헌법」은 국가의 기본법이고 최고의 법규범이기 때문에 법률뿐만 아니라 명령, 규칙 등 모든 하위법령은 「헌법」에 위배되어서는 아니 되며 대통령, 국회, 행정부, 사법부 등 모든 국가기관은 그 권력의 행사에서 반드시 「헌법」을 준수해야 한다. 이처럼 국가의 기본법이자 모든 국가기관의 권력행사의 근본원칙인 「헌법」에 대한 위반이나 침해는 법령 위반보다 더 심각한 것이며 반드시 시정될 필요가 있다. 이때에는 헌법재판소가 헌법재판을 수단으로 개입하여 법률이나 공권력 작용에서 「헌법」에 합치 또는 불합치 여부를 판단하여 헌법질서와 원칙을 수호하게 된다.

이 점에서 형사절차와 관련한 법원의 재판에서 기본권 침해나 헌법위반이 문제되는 경우 헌법재판소가 이를 통제할 수 있는지가 문제된다. 이를 두고 대법원과 헌법재판소는 오랫동안 대립해 왔고 아직도 양자의 갈등은 진행형이라고 할 수 있다. 대표적으로 명령·규칙 및 조례에 대한 위헌·위법심사권 문제, 권한쟁의와 기관소송의 통합적 관할 문제, 선거소송의 관할 문제,[605] 헌법재판소의 변형결정의 문제,[606] 재판소원의 허용 문제[607] 등을 들 수 있다. 이러한 문제들이 모두 형사절차와 직접 관련되지는 않겠지만 형사절차와 직간접적으로 관련되는 경우도 있으며, 여기서 법원의 재판을 최종적인 것으로 할 것인지 그에 대한 헌법재판소의 통제가능성을 열어 둘 것인지는 중요한 문제가 된다. 이러한 갈등은 우선 현행 「헌법」 등 법규범의 미비와 불완전성에

---

605) 황치연, "헌법정책적 측면에서 헌법재판소와 법원의 관계", 『헌법판례연구』, 제11권(2010.2.), 한국헌법판례연구학회, 213면.

606) 장영수, "헌법재판소 변형결정의 구속력", 『판례연구』, 제9집(1998.2.), 고려대학교 법학연구소, 78-79면 참조.

607) 장영수, "현행 헌법소원제도의 의의, 본질과 법원의 재판에 대한 헌법소원의 문제", 『법학논집』, 제32집(1996.12.), 고려대학교 법학연구소, 1-25면 참조.

서 기인하는 것으로 볼 수 있다. 1987년의 「헌법」개정을 통해 헌법재판소 제도가 도입되었지만 종래의 사법제도와 규정을 그대로 유지함으로서 법원과 마찬가지로 사법작용을 담당하는 헌법재판소의 기능이나 역할과 충돌이 일어나게 되었다. 대법원과 헌법재판소는 상대방을 의식하며 최고 사법기관으로서 주도권을 가지려는 생각을 갖고 양자는 대립 보이게 되었기 때문이다. 변형결정이나 명령·규칙에 대한 헌법소원과 관련하여 헌법재판소는 최고법인 「헌법」의 최종적 해석의 권한이 있음을 주장하였고, 대법원은 헌법재판소의 이러한 적극적인 태도로 인해 종래 최고 사법기관으로서의 위상이 흔들리고 권한이 축소될 것을 우려하면서 헌법재판소의 권한을 최소한으로 한정시키고자 하였다.[608] 이러한 갈등이 국민의 기본권 보장과 법질서의 체계적 정합성 내지 통일성의 측면에서 바람직하지 않다는 것은 명약관화라고 할 수 있으며 이는 조속히 해결되는 것이 바람직하다. 아래에서는 법원과 헌법재판소 간의 갈등의 대표적인 예이며 기본권보장과 법질서 통일성 확보의 측면에서 가장 시급히 해결되어야 하는 문제라고 할 수 있는 법원의 재판에 대한 헌법재판소의 헌법소원 가능성을 중심으로 살펴보기로 한다.

2. 법원의 재판에 대한 헌법소원의 허용 여부

가. 문제의 제기

헌법소원이란 "공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은" 경우 헌법재판소에 이를 제소하여 그 침해된 기본권의 구제를 청구하는 제도이다(「헌법재판소법」 제68조 제1항). 헌법재판소의 다른 심판사항은 국회·정부·법원 또는 지방자치단체 등 국가기관이나 공공기관이 청구의 주체가 되는데 비해 헌법소원의 경우 국민이 청구의 주체가 되며 기본권 침해를 직접적으로 구제하는 것을 목적으로 하는 점에서 우리나라 「헌법」상 직접적인 기본권 보장제도의 핵심이라 할 수 있다. 이러한 헌법소원심판의 대상은 공권력의 행사 또는 불행사로서 모든 공권

608) 대법원이 헌법재판소의 변형결정의 기속력 등 효력을 부정하거나 무시하는 예로, 대법원 1996.4.9 선고 95누11405 판결; 1997.3.28. 선고 96누11068 판결이 있다. 반면 헌법재판소가 변형결정에 반하는 대법원의 결정을 취소하는 재판소원을 예외적이지만 인정한 예로, 헌법재판소 1997.12.24. 선고 96헌마172등 전원재판부 결정이 있다.

력 작용이 포함된다고 할 수 있다.[609] 그렇다면 입법작용이나 행정작용뿐만 아니라 사법작용도 일견 헌법소원의 대상이 될 수 있는 것처럼 보인다. 그런데 「헌법재판소법」은 제68조 제1항에서 "공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 「헌법」상 보장된 기본권을 침해받은 자는 '법원의 재판을 제외하고는' 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다"라고 하여 법원의 재판이 헌법소원의 대상에서 제외되는 것으로 규정하고 있다.[610] 이러한 「헌법재판소법」의 규정이 적정한 것인지를 두고 논쟁이 벌어지고 있다. 법원의 재판을 헌법소원의 대상에 포함시킬 경우 남소의 폐해 등이 발생할 가능성이 있다는 것을 근거로 동 조항에 대해 긍정적인 입장이 있는 반면, 법질서의 통일성을 저해할 우려와 법원의 재판도 공권력의 행사의 일종인 한 헌법과 법률을 위반하여 기본권을 침해하게 되면 당연히 헌법소원의 대상이 되어야 한다는 입장이 주장되고 있다[611]. 아래에서 이러한 각각의 주장의 근거와 타당성에 대하여 보다 자세히 살펴보기로 한다.

나. 재판소원에 대한 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 원칙적으로 법원의 재판에 대한 헌법소원을 부인하는 입장을 취하면서 예외적으로 일정한 요건 하에서 재판소원을 인정하고 있다.[612] 우선 "헌법 제111조 제1항 제5호가 '법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판'이라고 규정한 뜻은 헌법이 입법자에게 공권력작용으로 인하여 헌법상의 권리를 침해받은 자가 그 권리를 구제받기 위한 주관적 권리구제절차를 우리의 사법체계, 헌법재판의 역사, 법률문화와 정치적·사회적 현황 등을 고려하여 헌법의 이념과 현실에 맞게 구체적인 입법을 통하여 구현하게끔 위임한 것으로 보아야 할 것이므로, 헌법소원은 언제나 '법원의 재판에 대한 소원'을 그 심판의 대상에 포함하여야만 비로소 헌법소원제도의 본질에 부합한다고 단정할 수 없다"고 하며, "법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에 포함시켜야 한다는

609) 「헌법재판소법」 제68조 제1항 참조.

610) 이에 따라 법원의 재판인 판결·결정·명령 자체를 대상으로 헌법소원을 신청하는 경우 부적법한 것으로 각하하게 된다(「헌법재판소법」 제72조 제3항 제1호).

611) 정연주, "현행 헌법재판제도의 문제점과 개선방안", 『법학연구』, 제23집 제1호(2020.3.), 인하대학교 법학연구소, 5-6면.

612) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2019, 858면.

견해는 기본권보호의 측면에서는 보다 이상적이지만, 이는 헌법재판소의 위헌결정을 통하여 이루어질 문제라기보다 입법자가 해결해야 할 과제이다. 「헌법재판소법」 제68조 제1항은 국민의 기본권(평등권 및 재판청구권 등)의 관점에서는 입법형성권의 헌법적 한계를 넘는 위헌적인 법률조항이라고 할 수 없다"고 하여 재판소원을 배제하는 「헌법재판소법」 제68조 제1항의 합헌성을 원칙적으로 인정하고 있다.[613] 그러나 또 한편으로는 예외적으로 헌법재판소 결정의 기속력을 확보하기 위하여 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하고 있다. 즉 헌법재판소는 「헌법재판소법」 제68조 제1항 위헌확인 등 사건에서 법원의 재판에 대한 헌법소원을 배제하는 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 대해 한정위헌결정을 내림으로써 제한적인 범위에서 재판소원을 허용하게 되었다. 즉 "헌법재판소법 제68조 제1항이 원칙적으로 헌법에 위반되지 아니한다고 하더라도, 법원이 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우에도 법원의 재판에 대한 헌법소원이 허용되지 않는 것으로 해석한다면, 위 법률조항은 그러한 한도 내에서 헌법에 위반된다", "모든 국가기관은 헌법의 구속을 받고 헌법에의 기속은 헌법재판을 통하여 사법절차적으로 관철되므로, 헌법재판소가 헌법에서 부여받은 위헌심사권을 행사한 결과인 법률에 대한 위헌결정은 법원을 포함한 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다. 따라서 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 상실한 법률을 적용하여 한 법원의 재판은 헌법재판소 결정의 기속력에 반하는 것일 뿐 아니라, 법률에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에 부여한 헌법의 결단(헌법 제107조 및 제111조)에 정면으로 위배된다"고 하였다.[614] 이처럼 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 효력을 상실한 법률을 적용하여 국민의 기본권을 침해하는 재판에 대해서도 재판소원을 금지하는 것으로 「헌법재판소법」 제68조 제1항을 해석하는 것은 「헌법」에 위반된다는 헌법재판소의 입장은 현재까지 계속 유지되고 있다.[615]

---

613) 헌법재판소 1997.12.24. 선고 96헌마172 전원재판부 결정.

614) 헌법재판소 1997.12.24. 선고 96헌마172 전원재판부 결정.

615) 예컨대 평균임금정정불승인처분 취소 등 사건(헌법재판소 2016.4.28. 선고 2016헌마33 결정), 재판취소 등 사건(헌법재판소 2018.8.30. 선고 2015헌마861 결정), 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 위헌확인 등 사건(헌법재판소 2019.2.28. 선고 2018헌마140 결정) 등.

다. 재판소원의 허용 여부에 대한 학설

법원의 재판에 대한 헌법소원의 허용 여부에 대하여는 견해가 갈리고 있다. 이는 재판소원을 배제하고 있는 「헌법재판소법」 제68조 제1한의 합헌성 여부에 대한 논쟁이기도 한다. 먼저 합헌론은 「헌법」 제111조 제1항 제5호는 헌법소원의 구체적 내용의 형성을 입법에 위임하고 있기 때문에 재판소원을 배제하더라도 위헌이라고 할 수 없다고 한다. 그리고 「헌법」 제107조 제2항이 명령·규칙·처분의 위헌·위법 여부에 대하여 대법원에게 최종적인 심판권을 부여하고 있는데, 이러한 심판작용에 대해 헌법소원을 허용하는 것은 동 조항에 위배되는 것이라고 한다. 또한 우리나라 헌법체계상 사법권은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 맡겨져 있는 바, 헌법재판소는 순수한 사법기관이 아닌데도 일반법원의 재판이 헌법소원을 통해 헌법재판소의 심판을 받게 되면 이는 헌법재판소에 의한 사법권의 행사를 의미하며 최고법원인 대법원 위에 제4심 재판기관을 창설하는 것이 되어 헌법규범과 헌법정신에 반하는 것이라고 한다. 아울러 재판소원을 허용할 경우 남소의 폐해가 클 뿐만 아니라 법원의 독립성에도 중대한 위협이 될 수 있다고 한다.[616] 이에 대해 위헌론은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 배제하는 것은 헌법소원제도를 형해화시킬 뿐만 아니라 헌법소원제도의 본질을 침해하게 되어 「헌법」 제111조 제1항 제5호에 위배하는 것이라고 한다. 또한 법원의 재판에 의한 기본권침해의 가능성을 부정할 수 없는데 재판소원을 배제하는 것은 기본권을 최대한 보장해야 하는 입법의무를 위배하는 것으로 법치국가원리에도 반하는 것이라고 한다. 그리고 재판소원의 배제는 헌법소원청구권의 본질적 내용을 침해하여 「헌법」 제27조 제1항이 보장하는 재판청구권을 과도하게 침해하는 것이 된다고 한다. 아울러 모든 국가 작용을 통제대상으로 해야 할 헌법소원제도가 민주적 정당성이 강한 입법권은 통제하면서 상대적으로 민주적 정당성이 미약한 사법권과 행정권을 통제대상으로 하지 못하는 것은 기능적 권력분립원리에 반하는 것이라고 한다.[617]

한편 재판소원을 금지하는 「헌법재판소법」 제68조 제1항이 위헌은 아니지만 재판소원을 허용하는 것이 바람직하다는 합헌부당론도 주장된다. 즉 헌법소원의 내용이나

616) 황치연, 앞의 논문, 188-189면.

617) 황치연, 앞의 논문, 185면.

본질이 선험적으로 주어진 것이라기보다는 각국의 사정이나 정책에 따라 다르게 형성될 수 있는 것이기 때문에 재판소원을 금지하는 것이 바람직한 것은 아니지만 위헌에 이를 정도는 아니라고 한다. 또한 헌법소원청구권이 「헌법」 제27조가 보장하는 재판청구권에 당연히 포함된다고 할 수 없고, 포함된다 하더라도 모든 경우에 누구든지 헌법소원을 청구하는 것까지 보장하는 것은 아니므로 입법자가 헌법소원의 허용이나 배제의 범위를 정하더라도 본질적인 형해화가 아니라면 재판청구권을 침해하여 위헌이라고 단정할 수 없다고 한다.[618]

라. 외국의 입법례

재판소원의 허용 여부에 대한 외국의 입법례는 다양하다. 헌법소원제도를 도입하고 있는 국가 중 독일, 러시아, 스페인은 법원의 재판에 대한 헌법소원을 인정하고 있다. 반면 오스트리아, 체코, 1818년과 1919년의 바이에른 주 「헌법」에서는 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있다.[619] 이처럼 다양한 입법례들 중에서 독일의 경우 헌법소원의 대부분이 법원의 재판에 대한 소원일 정도로 가장 활발하게 재판소원제도가 운용되고 있다. 독일은 나치의 인권유린에 대한 반성에서 출발하여 실질적 법치주의의 실현과 기본권을 철저하게 보장하기 위한 수단으로 헌법소원제도에 중요한 의미를 부여하게 되었다. 독일에서는 입법, 행정, 사법의 모든 국가작용이 헌법소원의 대상이 되기 때문에 법원의 재판에 대한 헌법소원이 인정된다.[620] 독일에서 헌법소원의 대상이 되는 재판은 법원의 모든 재판이다. 주 헌법재판소의 재판도 포함되지만 연방헌법재판소의 재판은 확정력 때문에 대상이 되지 않는다. 법원의 종국재판이 헌법소원의 대상이 되며, 중간재판은 종국재판과 함께 판단받는 것이 원칙이지만, 즉시 합헌성 여부에 대하여 판단받아야 할 절박하고 보호가치 있는 이해관계가 있는 경우에는 독자적으로 헌법소원의 대상이 된다.[621] 독일에서도 헌법소원의 보충성 요건이 요구

618) 김하열, 『헌법소송법』, 박영사, 2018, 485면 이하.

619) 황치연, 앞의 논문, 189면.

620) 기본권을 침해하는 재판이 헌법소원의 대상으로 문제되는 경우로서, 「헌법」상 보장된 절차적 권리, 특히 법원에서의 청문권이 침해된 경우, 위헌법률을 적용한 재판의 경우, 법원이 법률의 해석 및 적용에서 기본권을 침해하여 재판한 경우, 자의적인 재판절차가 이루어진 경우 등을 들 수 있다(차진아, "독일 재판소원의 성격과 기능", 『법학논고』 제45집(2014.2.), 경북대학교 법학연구원, 49면).

된다. 이에 따라 재판소원을 청구하기 위해서는 사전에 다른 구제수단을 모두 거쳐야 하며,[622] 예외적으로 다른 구제수단을 거치지 않은 헌법소원청구가 일반적인 의미를 갖는 경우, 사전 구제수단을 거칠 경우 당사자에게 중대하고 피할 수 없는 불이익을 입게 될 경우에는 보충성 요건을 요구하지 않는다.[623] 그리고 보충성 요건에 따라 법원의 최종심급인 연방최고법원까지 상소를 거칠 것이 요구되고 최종심급의 재판을 헌법소원의 대상으로 해야 하지만 예외적으로 기본권침해가 있는 경우에는 하급심재판도 함께 헌법소원의 대상이 될 수 있다.[624]

위와 같이 독일에서 재판소원이 활성화됨으로써 연방헌법재판소는 헌법소원을 통해 모든 사법기관들의 재판이 통일성을 갖게 하는 역할을 하였고 더 나아가 「헌법」을 중심으로 하는 법규범체계의 통일성을 확보하는데도 기여하게 되었다. 독일에서 재판소원에 대해 부정적인 평가가 있는 것도 사실이다. 즉 재판소원의 인용률이 극히 낮은 것을 고려하면 재판소원은 개인의 헌법적 권리보장을 위하여 전체적 제도의 붕괴를 가져오는 법치국가적 낭비를 초래한다는 비판이 제기된다. 그러나 이러한 비판도 재판소원의 전면적 폐지를 주장하는 것이 아니라 재판소원의 범위를 축소하려는 취지로 주장되는 것이며 이때에도 최종심 재판에 의해 처음으로 기본권이 침해된 경우로 제한하는 등의 제안을 하고 있다. 또한 낮은 인용률을 근거로 제기되는 비판에 대해서는 법원의 경우 독립성과 정치적 중립성이 보장되고 재판에서는 절차적 공정성이 보장되어 재판과정에서의 기본권침해의 위험성이 상대적으로 적기 때문에 인용률이 낮은 것이라는 반론이 제기된다.[625]

마. 재판소원 금지의 문제점

전술한 바와 같이 「헌법재판소법」 제68조 제1항은 재판소원을 배제하는 형태의 규정을 갖고 있고, 이에 대해 헌법재판소는 "국민의 기본권(평등권 및 재판청구권

621) 예컨대 구속영장발부, 압수수색영장발부, 민형사사건에서 소송비용부담결정 등의 중간재판에 대하여 예외적으로 헌법소원이 인정된다(차진아, 앞의 논문, 50면).

622) 「독일기본법」 제94조 제2항, 「독일연방헌법재판소법」 제90조 제2항 제1문.

623) 「독일연방헌법재판소법」 제90조 제2항 제2문.

624) 차진아, 앞의 논문, 51-52면.

625) 황치연, 앞의 논문, 190면.

등)의 관점에서 입법형성권의 헌법적 한계를 넘는 위헌적인 법률조항이라고 할 수 없다"[626]고 판시하여, 재판소원의 원칙적 금지를 합헌으로 판단하고 있는 바, 이에 대하여는 다양한 비판이 제기되고 있다. 우선 재판소원을 금지함으로써 헌법해석의 통일성을 해치게 된다는 비판이 있다. 즉 헌법재판소는 「헌법」 제107조 제1항 및 제111조 제1항을 근거로 「헌법」에 대한 해석권을 부여받고, 법원은 「헌법」 제101조 및 제107조 제2항을 근거로 헌법해석권을 갖게 됨으로써 각자 독자적으로 재판을 통하여 헌법해석을 하게 되고 그 결과 양 기관의 헌법해석이 상충하는 결과가 나올 수 있는데, 재판소원이 금지됨으로써 헌법해석의 통일성을 기할 수 없는 문제가 있다는 것이다[627]. 다음으로 재판소원을 금지하는 것은 헌법소원제도를 형해화시키고 헌법소원제도의 본질에 반한다는 주장이 있다. 행정권에 의한 기본권침해를 통제하는 수단으로 행정쟁송제도, 입법권에 의한 기본권침해를 통제하는 수단으로 규범통제제도가 인정되는 반면, 헌법소원제도는 사법권에 의한 기본권침해를 통제하는 수단이 되는데 재판에 대한 헌법소원이 금지됨으로써 사법작용과 관련된 기본권침해를 방지하거나 구제할 수 없다는 것이다. 헌법소원제도의 주된 기능은 사법통제이며, 헌법소원의 요건으로 요구되는 보충성의 원칙도 헌법소원제도가 그 본질을 사법통제로 하는 것을 전제로 하는 경우에만 의미를 가질 수 있는 것이라고 한다.[628] 이 주장은 재판소원을 금지함으로써 법원의 재판 전부를 사법통제의 대상에서 제외할 뿐만 아니라 보충성 요건과 결합하여 행정작용까지도 헌법소원의 대상에서 제외하는 결과를 낳게 된다고 한다.[629] 또한 재판소원의 금지는 헌법소원심판청구권을 부당하게 제한한 결과이며 이를 내용으로 포함하는 「헌법」 제27조가 보장하는 재판청구권을 합리적 이유 없이 과도하게 침해하는 것으로서 이는 비례의 원칙을 규정한 「헌법」 제37조 제2항에도 위반될 수 있다고 한다.[630] 아울러 재판소원금지는 권력분립의 원칙에 위반된다고 한다. 종래 입법권·행정권·사법권 상호 간의 견제와 균형을 내용으로 하는 고전적

626) 헌법재판소 2001.2.22. 선고 99헌마461, 2000헌마258(병합) 전원재판부 결정.

627) 김하열, 앞의 책, 491면.

628) 정연주, "헌법재판소 직무상의 문제 - 법원의 재판에 대한 헌법소원의 문제를 중심으로 -", 『헌법학연구』, 제11권 제2호(2005.6.), 한국헌법학회, 59면.

629) 허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2019, 388면.

630) 정연주(2005), 앞의 논문, 60면.

3권분립원칙이 제대로 기능하지 못하는 상황에서, 그 대신 정치적 사법작용으로서의 헌법재판권이 제4의 국가기관인 헌법재판소에 귀속되면서, 이들 상호 간의 견제와 균형을 내용으로 하는 기능적 권력분립이론이 오늘날 강조되는데, 이에 따라 입법권, 행정권, 사법권 모두를 통제의 대상으로 하여야 할 헌법소원제도가 사법권을 통제하지 못하는 것은 기능적 권력분립의 원칙에 반할 뿐만 아니라 민주주의의 이념에도 반하는 것이라고 한다. 마지막으로 「헌법재판소법」 제68조 제1항 단서는 헌법소원의 제기를 위해 다른 법률의 구제절차, 즉 법원의 재판절차를 거칠 것(보충성 원칙)을 요구하면서 본문에서는 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외시키고 있는데, 이처럼 본문과 단서가 상호 모순되는 내용을 규정하는 것은 규범조화적 해석의 한계를 넘어선 규범상의 체계정당성에 반하는 규정이라고 한다.[631]

바. 개선방안

앞에서 보는 바와 같이 재판소원을 금지하는 「헌법재판소법」 제68조 제1항과 이를 원칙적으로 합헌으로 판단하는 헌법재판소의 입장에 대하여는 많은 비판이 제기되고 있고 이러한 비판의 타당성을 수긍할 수 있다. 따라서 재판소원의 금지는 위헌이 될 소지가 크고 위헌은 아니라고 하더라도 부당한 입법에 해당하여 시정될 필요가 있다. 또한 헌법재판소의 입장처럼 입법정책의 문제로 보더라도 이는 바람직한 입법정책이라고 볼 수 없을 것이다. 따라서 우리나라도 독일과 같이 재판소원을 인정하는 방향으로 「헌법재판소법」 제68조 제1항을 개정할 필요가 있다.[632] 「헌법」 제111조 제1항 제5호에서 "법률이 정하는"이라는 표현은 "헌법소원의 제도적 취지와 본질 및 기능을 최대한 구현하고 보장하는 방향에서 헌법소원의 요건과 절차 및 방법 등을 정하여야 한다"라는 의미로 해석되어야 한다.[633] 이러한 의미에서 "법률이 정하는"이라는 법문언은 헌법소원의 구체적인 의미와 내용을 「헌법」에서 모두 정할 수 없기 때문에 이를

631) 정연주(2005), 앞의 논문, 62면.

632) 「헌법재판소법」 제68조 2항의 위헌법률심사형 헌법소원제도는 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외시킴으로 인해 불가피하게 채택된 제도이며, 이는 본래의 헌법소원제도의 본질과 기능에 반하고 법원의 위헌심사권과 합헌결정권을 형해화시키는 제도라고 할 수 있는데, 법원의 재판을 헌법소원의 대상에 포함시키는 법개정을 하게 되면 이러한 위헌법률심사형 헌법소원제도는 더 이상 존치할 필요가 없다는 주장으로, 정연주(2020), 앞의 논문, 9-10면.

633) 정연주(2020), 앞의 논문, 7면.

효율적인 권리구제에 맞는 방향에서 법률로 정하도록 한다는 취지이지 입법자가 마음대로 정하라고 하는 것, 즉 입법자에게 백지위임을 하여 헌법소원의 본질적인 내용에 대한 제한을 법률로 정하라는 취지로 이해되어서는 안된다[634]는 견해는 타당하다고 판단된다.

현행 헌법재판소의 창설과 헌법재판제도의 도입으로 인해 국민에 대한 사법 서비스는 긍정적인 방향으로 크게 확장되었으며, 이는 실질적 법치주의의 실현의 관점에서 바람직한 것이다. 그러나 헌법재판소의 역할이 커짐에 따라 종래 사법작용을 담당하던 대법원과의 갈등이 발생하게 되었고 이는 법질서의 통일성에 대한 심각한 문제를 야기하고 있는 바, 이는 양 기관의 상호 존중과 협력을 통해 해결하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 이 때 고려해야 할 것은 법원과 헌법재판소가 사법에 대한 권한을 각기 분장하고 있고 각자의 영역을 존중하는 것이 중요하다는 점이다. 재판소원을 통해 헌법재판소가 실질적인 제4심이 될 것인지, 아니면 대법원에 의한 법률심과는 구별되는 이른바 헌법심으로서의 고유한 기능을 수행할 것인지 등의 문제가 제기될 것이지만 이 보다는 국민의 기본권 보장과 헌법질서의 확보를 위해 무엇이 중요한지를 먼저 생각할 필요가 있다.[635].

제6절 | 소결 김재봉·이순욱·문희태

재정신청절차는 검찰권행사에 대한 통제 이외에도 범죄피해자의 형사소추의 이익을 보호하기 위한 제도로서 운용되어야 한다. 그러나 종래 재정신청제도는 그 초점이 피해자의 이익보호보다는 오히려 검사의 기소재량에 대한 사법통제에 놓여 있던 것이 사실이다.

그리고 고소·고발의 남발은 결과적으로 재정신청의 급증을 야기하고 이로 인하여 법원업무의 가중을 초래할 위험이 있는 것이 사실이다. 그러나 이러한 법원업무의 가중

634) 성낙인, 앞의 책, 859면; 정연주(2005), 앞의 논문, 57면; 정연주, 앞의 논문, 7면.

635) 장영수, "규범통제의 본질에 비추어 본 대법원과 헌법재판소의 역할", 『고려법학』, 제55호(2009.12.), 고려대학교 법학연구원, 65면.

은 업무의 효율화를 통하여 해소하여야 하는 것이지 당사자의 권리를 축소하여야 하는 직접적인 원인으로 작용해서는 안 된다.[636] 그러나 이와 동시에 재정신청은 피고소·고발인의 지위를 불안정하게 한다는 점도 간과되어서는 안 된다.[637]

또한 재정신청에 의한 실질적인 기소강제에 의하여 검사의 공소제기 및 유지의 공정성이 의심받는 경우 독립성과 공정성이 담보될 수 있는 공소유지변호사제도의 도입도 고려할 만한 것이라고 판단된다.

한편 피해자 및 형사재판에 관여하는 참고인 등의 인권보호가 중시되면서 소위 '영장항고제도'의 도입이 주장되고 있다. 동 제도에 대해서는 판사의 자의적 권력 행사에 대한 사후적인 통제수단이 제도적으로 보장되어야 국민주권주의와 권력통제라는 헌법적 관점에서 타당하다고 할 수 있다는 찬성 견해와,[638] 구속영장이 기각될 경우 영장의 재청구로 인하여 그 목적을 달성할 수 있으며, 무엇보다 피의자의 지위가 장시간 불안정해짐으로써 피의자의 인권을 침해할 수 있다는 반대 견해가 대립하여 왔다.[639] 사견으로는 찬성의 견해가 좀 더 타당한 것으로 사료된다. 다만 구속영장항고제도를 도입하게 되면 피의자에게 불리하게 작용할 수 있고, 불구속수사의 원칙이 후퇴할 수 있어 이에 대한 보완이 필요할 것으로 보이며,[640] 이때 영장단계에서의 조건부 석방제도나 현행 보석제도와의 통합 혹은 이러한 제도의 일부로서의 영장항고제도를 고려하여야 할 것이다.

법원의 명령에 대한 불복과 관련해서는 우선, 준항고의 청구 기간이 7일로 개정되어 그 기간에 대한 문제는 해소되었다고 볼 수 있으나, 명령에 대하여 일반적인 상소방법을 두지 않고 재판장의 처분에 대한 이의신청(제304조 제1항)이나 준항고(제416조)와 같이 일정한 경우에만 불복을 허용하는 규정을 둔 부분에 대해서는 어느 경우에 위 규정이 적용되는 것인지 명확한 규정이 필요하다고 생각한다. 구태어 법률에 관련규정을 두지 않더라도 규칙에 명시적인 규정을 두는 방법도 고려해 볼 수 있다. 이 부분은 「민사소송법」 규정을 참고하여 일반적인 이의신청 절차를 두되, 예외적으로

636) 박상기, "기소편의주의와 그 문제점", 『고시행정』, 제20호(1990.12.), 화성사, 85면.
637) 박미숙, 앞의 논문, 726면.
638) 권양섭, 앞의 논문, 193면.
639) 이지민, "영장항고제도의 재음미", 가천대학교 석사학위논문, 2020, 53면.
640) 권양섭, 앞의 논문, 197면.

준항고(제416조) 등과 같이 현행 「형사소송법」 규정으로 해결할 수 있는 것을 그대로 활용토록 하는 것도 개선방향 중 하나로 제안해 볼 수 있을 것 같다.

약식명령을 청구하는 단계에서 공소장부본을 피고인에게 송달해주는 것, 정식재판 청구 등으로 공판절차가 개시되면 즉시 사건 기록을 검찰에 반환하도록 규정을 정비하는 것, 그리고 법원의 공판회부로 인하여 통상의 절차로 진행되는 경우 그 후속절차 등에 대해서는 심도 있는 고민이 필요할 것으로 생각한다. 약식명령을 한 판사가 정식재판을 담당하는 경우 전심관여로서 제척사유에 해당하는 것인지 여부에 관하여 판례가 전향적으로 변경되어 피고인 입장에서 공정한 재판을 받을 권리를 보장받고 있다고 충분히 인식할 수 있도록 배려할 필요가 있다고 생각한다.

즉결심판에 대해서는, 정식재판 청구서를 법원에 제출토록 하고, 즉결심판에 대하여 정식재판을 청구한 경우 반드시 형종상향금지가 적용된다고 해석할 것이 아니라, 종전과 같이 불이익변경금지가 적용될 여지도 존재하는 것이므로 그 부분에 대한 명확한 규정이 필요해 보인다.

법원의 결정에 대한 불복방법으로 항고제도가 존재하고, 「형사소송법」 제402조와 제403조가 그에 대한 규정으로 보여지는데 양 조문을 보아서는 정확히 어떤 경우에 항고로 불복할 수 있는지 쉽게 알기 어렵다. 따라서 제402조와 제403조의 양 조문의 관계를 쉽게 이해할 수 있게 정리할 필요가 있다. 한편 제408조 제2항의 '3일', 제411조의 '5일' 규정은, 종래 즉시항고에 대하여 3일을 정하고 있었던 때부터 존재하던 규정으로, 현재 7일로 즉시항고 제기기간이 연장된 사정과 균형을 맞추어야 하는 것인지, 아니면 즉시항고 제기기간보다 짧은 기간을 두어야만 하는 사정이 여전히 존재하는 것인지 여부가 불분명하다. 추후 「형사소송법」 개정 시 기간을 더 연장할 것인지 현행과 같이 남겨둘 것인지 논의를 해볼 필요는 있을 것으로 본다.

수사상 증거보전절차(제184조)에서 그 기각 결정에 대해서는 3일 이내에 항고할 수 있다고 규정되어 있다. 위 3일의 기간제한은 다른 규정 특히 즉시항고가 7일로 기간이 연장된 개정법 하에서는 재검토가 필요해 보인다. 그 외 영장과 관련하여 항고도, 준항고도 불가능하므로 결국 불복이 허용되지 않는다는 취지의 판례 입장에 대하여, 영장의 재청구 이외에 별도의 불복방법의 신설에 대한 논의도 필요하다고 생각한다.

상소권회복 여부에 관하여 최대한 그 회복을 인용하는 방향으로 나아가는 것도

고민해 볼 필요가 있다고 본다. 한편 상소권회복 청구 사건을 변호하는 변호인과의 접견 문제도 여전히 존재하고 있으므로 회복신청을 한 사람과 변호인 사이의 접견에 관해서는 제한 없는 접견이 가능하도록 개선될 필요가 있다고 생각한다.

형식재판에 대하여 무죄를 주장하여 상소할 수 있는가에 대하여, 피고인 입장에서는 무죄판결을 원한다고 하였음에도 형식판결이 선고되었음을 이유로 하여 항소할 수 있는 방법이 봉쇄되어야 하는가 하는 점은 의문이 있으므로, 형식재판이 선고된 사건에 관하여 무죄를 주장하는 상소가 과연 상소의 이익이 없다고 단정할 것인지 숙고할 필요가 있다고 본다.

항소이유 중 양형부당에 관해서는, 인적사항이 가려져 있고 죄명으로 선고형을 검색하면서 판결문의 범죄사실도 피고인이 살펴볼 수 있는 방안이 마련되거나 판결문에 양형의 이유가 자세히 설시되고 양형기준도 명확하게 되어 진정한 의미의 양형부당을 다툴 수 있도록 제도가 개선되어야 할 것으로 본다.

비상상고 사유 중 사실오인의 결과로 발생한 법령위반에 대해서는 심도 있는 논의가 필요할 것으로 본다. 비상상고에 관한 대법원 판례는 스스로 나름대로의 기준에 따르고 있을 것으로 보여지지만, 인용되는 예와 기각되는 예를 보면 그 기준을 명확하게 알기 어렵다고 평가된다. 소송법적 사실의 오인으로 인한 법령위반의 경우에는 비상상고의 사유로 인정하고 실체법적 사실의 오인으로 인한 법령위반의 경우에는 원칙적으로 부정하되 별다른 조사의 필요 없이 기록상 명백한 경우에는 비상상고를 허용하자는 견해와 같이 판례가 변경되기를 기대한다.

대법원과 헌법재판소는 국민의 기본권 보장을 위하여 상호 협력하고 사법권의 오·남용을 통제하는 기능을 수행하는 기관이기도 하다. 그러나 여기에서 간과되어서는 안 되는 것은 헌법 및 법이념의 실질적인 실현을 통하여 국민의 기본권을 보장하는 것이라고 한다면 국민의 인권보장을 위하여 무엇이 가장 합리적인가를 함께 고민해 나가야 할 필요가 있다.

형 집행 및 보안처분 단계에서의 불복절차의 합리화 방안

김 정 연

제4장

형 집행 및 보안처분 단계에서의 불복절차의 합리화 방안

제1절 | 서론

형벌의 집행은 형사절차의 마지막 단계를 구성하는 부분으로, 형사입법과 형벌선고에서 이루어지는 이론적·법리적 논의들이 비로소 현실화되는 단계라는 점에서 중요한 의미를 가진다. 따라서 형집행 단계 및 보안처분 단계에서의 적법절차원칙의 적용은 수사절차와 재판절차에서와 마찬가지로 중요한 의미를 가진다. 또한 형 집행 과정상 인권침해의 소지가 있는 구체적인 상황이 현실적으로 많이 발생할 수 있다는 점에서 형벌 집행에서의 불복절차 및 통제제도의 논의는 더욱 필요하다.

그러나 현행법상 법원에 의한 형사제재의 선고·부과와 그 확정으로 형사절차는 종결되며, 이후 형 집행 및 보안처분의 집행단계에 대해서는 법원의 관여가 거의 배제되어 있고 불복절차도 제대로 마련되어 있지 않은 실정이다. 따라서 본 장에서는 현행 형집행절차에서의 불복절차의 상황과 실태에 대한 검토로 시작하여, 그 통제방안으로서 제기되는 사법통제의 필요성 및 형집행법원의 도입에 관하여 검토한다. 더불어 보안처분의 집행을 다양한 방식으로 행정기관이 담당하고 있는 문제를 지적하고, 보안처분의 부과 및 종료 시 재범의 위험성이 고려되어야 하는지, 보안처분에 대해 법원의 통제가 필요한 것인지 등에 관한 형사정책적 관점에서의 보안처분의 통제에 관해 검토한다. 이러한 헌법적·형사정책적 관점에서의 통제방안에 관한 이해를 바탕으로 보안처분 단계에서의 불복절차와 보안처분제도의 개선 방향을 제시하고자 한다.

제2절 | 형집행 단계에서의 불복절차 및 통제의 필요성

1. 형집행절차와 불복절차 현황

가. 형사절차로서의 형집행절차

1) 형집행절차의 개념

형집행절차라는 용어가 생소할 뿐만 아니라 그 내용이 형사절차적 요소와 행정절차적 요소가 교차하는 영역으로 성격을 정확히 인지하는 것이 쉽지 않다. 따라서 형집행 단계에서의 불복절차 및 통제수단에 관해 논하기에 앞서 '형집행절차'의 개념에 대해 논의할 필요가 있다. 「형법」은 총칙편 제3장에 형(刑)에 관한 장을 두고 있는데, 제5절에 형의 집행을 규정하고 있다. 그 내용은 사형, 징역 등 각 형벌의 집행방법에 관한 원칙적인 규정이다. 더불어 「형법」에는 형의 집행과 관련한 절차적 내용으로 제4절 형의 집행유예와 제6절 가석방 규정을 두고 있다. 또한 「형사소송법」은 제5편에 재판의 집행이라는 제명 하에 확정된 형사제재의 집행에 관한 원칙적인 절차규정을 두고 있다. 재판의 집행은 재판의 의사표시 내용을 국가권력에 의해 강제적으로 실현하는 것을 의미하는데, 형의 집행뿐만 아니라 추징·소송비용과 같은 부수처분, 과태료·보증금의 몰수, 비용배상 등 형 이외의 제재의 집행, 강제처분을 위한 영장의 집행도 포함하는 개념이다.[641] 그러나 형의 집행에 의해 비로소 「형법」이 구체적으로 실현된다는 점에서 형의 집행이 재판의 집행에서 가장 중요하다고 할 수 있다.

한편 형의 집행에서 '형'의 범위를 보안처분과 기타 형사제재까지 포괄하는 넓은 의미로 이해하는 입장도 있지만,[642] 용어의 이해와 현행법 체계에 비추어 볼 때 보안처분을 제외한 형벌의 집행을 의미하는 것으로 보는 것이 타당하다. 나아가 본 연구에서는 형집행 단계와 보안처분 단계를 구별하여 그 불복절차와 통제수단을 검토하는 바, 형집행절차를 형벌의 집행에 대해 다루는 절차로 보는 것이 바람직할 것이다.

641) 이재상·조균석, 『형사소송법』, 박영사, 2019, 844면.

642) 배종대·정승환, 『행형학』, 홍문사, 2002, 3면.

2) 형사절차의 일부로서 형집행절차

위에서 형집행절차의 의미를 살펴본 것은 현행 형사법 체계 내에서의 형집행절차의 개념 및 보안처분 단계와 구별되는 의미로서 이해하고자 하는 취지에서 일반적인 개념을 정리한 것이다. 그러나 전통적으로 형 집행과 구별되는 개념으로서 행형과의 구별이 논의되어 왔다. 범죄인이 법원에서 판결을 받고 그 판결이 형식적으로 확정되었다면 명해진 법적 효과를 실현해야 하는데, 이러한 형벌의 실현은 형 집행(*Strafvollstreckung*)과 행형(*Strafvollzug*)으로 나뉘어진다.[643] 형 집행은 형사제재의 집행 '여부'가 주된 관심사로서 형사제재는 집행되어야 할뿐 아니라 계속되어야 한다. 따라서 형집행절차는 형사제재의 집행이 개시되도록 하는 절차임과 동시에 완료에 이르는 과정을 감독하는 절차까지 포괄한다. 반면 행형은 실제로 형사제재의 집행이 어떻게 이루어지는가 하는 집행 '방법'의 문제가 주된 요소이다.[644]

우선적으로 형집행 단계에서 불복절차 및 통제수단의 논의가 필요한 부분은 넓은 의미의 행형으로서 '형 집행'이다. 이때의 형 집행은 법관이 판결을 통해 선고한 모든 형사제재조치의 내용을 실현하는 것을 의미한다. 이에 반해 좁은 의미의 '행형'은 자유박탈을 수반하는 형사제재조치의 집행만을 의미하고, 행형의 영역에서도 행정행위에 대한 불복절차 및 통제의 필요성은 인정된다. 다만 형 집행과 관련한 문제는 형사절차와 관련한 문제로 사법통제의 논의에 있어서는 형사법원의 대상이 되지만, 행형과 관련한 문제는 행정작용의 문제로 행정심판의 대상이 된다는 점에서 의미가 있다.[645][646]

행형의 영역은 형사절차법과 실체형법에 속하지 않는데, 이와 달리 형집행절차는 형사절차의 마지막 구성부분이다. '세 기둥 이론'에 의하면, 형벌의 집행은 형사입법을 통한 형벌위하, 형사재판을 통한 형벌선고, 그리고 형벌집행의 세 단계로 이루어지는 형사법체계의 한 축으로서 다른 영역들과 기능적으로 연결되어 있다. 따라서 입법자

643) 클라우스 라우벤탈(신양균 외 역), 『독일행형법』, 한국형사정책연구원, 2010, 9면.

644) 클라우스 라우벤탈, 앞의 책, 10면.

645) 정승환, "형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성", 『형사법연구』, 제22호(2004. 12.), 한국형사법학회, 380면.

646) 독일의 경우 '형 집행(*Strafvollstreckung*)'과 '행형(*Strafvollzug*)'의 의미를 명확히 구별하는데, 각각 「형집행법」과 「행형법」의 대상으로 법적 규율을 달리한다. 즉 형사법원의 판결에 대한 집행은 「형사소송법」이 규율하며, 연방에 통일적으로 적용되는 행정규정인 형집행규정이 이를 보충하고, 「행형법」은 연방법 규정들과 주 행형법 규정으로 구분된다(클라우스 라우벤탈, 앞의 책, 9-11면).

가 「형법」을 통해 설정한 기준에 따라 형사재판이 이루어지고, 형사재판의 내용은 형 집행의 필요성과 정당성을 부여하며, 형 집행에 대한 이론적, 경험적 성찰을 토대로 다시 입법자의 형사입법에 중요한 토대가 되는 것이며, 이를 통해 형사사법의 기능이 담보된다.[647] 형사입법과 형벌선고 단계에서의 이론적 작업들이 비로소 형집행 단계에서 구체적으로 실현된다는 점에서 형 집행은 중요한 의미를 갖는다.

나. 형집행 단계에서의 현행 불복절차 및 권리구제 현황

1) 형집행 단계에서의 불복절차

가) 검사의 형집행절차

검사는 공익의 대표자로서 '재판 집행 지휘·감독'의 직무와 권한을 갖는다(검찰청법 제4조 제4호). 형 집행기관으로서 검찰은 검찰사무, 즉 형 집행에 대하여 소속 상급자 및 법무부장관, 검찰총장의 지휘·감독을 받는다(동법 제7조, 제8조). 즉 법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하므로, 업무처리를 위한 기준 등 형 집행의 일반적인 사항을 지휘·감독한다.

재판의 집행은 확정 후 지체없이 집행하는 것이 원칙이다(「형사소송법」 제459조). 다만 예외적으로 결정은 즉시항고 규정이 있는 경우(「형사소송법」 제409조, 「법정 등의 질서유지를 위한 재판에 관한 규칙」 제14조)나 명령은 집행정지의 재판이 없는 경우(「형사소송법」 제419조, 제409조) 또는 재산형(벌금, 과료, 추징)의 선고와 동시에 가납판결이 있는 경우(「형사소송법」 제334조 제3항)에는 판결이 확정되기 전에도 집행할 수 있다.

재판의 집행은 재판의 성질상 법원이나 법관이 지휘하는 등의 예외적인 경우를 제외하고는 "그 재판을 한 법원에 대응한 검찰청 검사가 지휘한다"(「형사소송법」 제460조 제1항). 검사가 형의 집행지휘를 하려면 서면으로 하여야 하는데(동법 제461조), 형의 집행을 지휘하는 형집행지휘서에는 판결서등본 또는 재판을 기재한 조서의 등본을 첨부하여야 한다.

동시에 2개 이상의 형을 집행하는 경우에는 자격상실, 자격정지, 벌금, 과료, 몰수를

647) 정승환, 앞의 논문, 374-375면.

제외하고는 중한 형을 먼저 집행하는 것이 원칙인데, 예외적으로 검사는 소속장관[648]의 허가를 얻어 중한 형의 집행을 정지하고 다른 형의 집행을 할 수 있다(「형사소송법」 제462조). 형의 집행과 관련한 구체적인 절차, 즉 형집행정지, 집행순서의 변경 등에 대해서는 「자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙」에 규정을 두고 있다.

경합범에 의한 판결의 선고를 받은 자는 그 경합범 중에 사면 또는 형의 집행이 면제된 때에는 나머지 죄에 대해 다시 형을 정하는데(「형법」 제39조 제3항), 이때 검사는 나머지 죄에 대하여 최종판결을 한 법원에 형경정청구서에 의해 다시 형을 정하여 줄 것을 청구하여야 한다(「형사소송법」 제336조 제1항, 자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙 제26조). 「형법」 제61조의 선고유예 실효사유가 있는 때에는 검사가 형선고유예실효청구서에 의해 최종판결을 한 법원에 형의 선고유예의 실효청구를 한다(「형사소송법」 제336조 제1항 본문, 「자유형등에 관한 검찰집행사무규칙」 제22조, 제20조 제1항).

검사는 형의 시효가 완성된 때(「형법」 제77조 내지 제80조), 형의 선고를 받은 자에 관하여 사면이 있는 때(「사면법」 제5조), 형의 선고를 받은 자가 사망한 경우에는 형집행불능결정서에 의해 형집행불능결정을 하여야 한다(「자유형등에 관한 검찰집행사무규칙」 제7조 제1항). 「형사소송법」은 자유형의 선고를 받은 자가 심신장애로 의사능력이 없는 상태에 있을 때에는 검사의 지휘에 의해 심신장애가 회복될 때까지 형의 집행을 정지한다고 하여, 필요적 집행정지사유를 두고 있다(「형사소송법」 제470조 제1항). 임의적 집행정지사유로서 일정한 사유[649]가 있는 때에도 검사의 지휘에 의해 형의 집행을 정지할 수 있다(「형사소송법」 제471조). 임의적 형집행정지의 경우 고령,

---

648) 여기서 '소속장관'이라 함은 소속검찰청의 장을 말한다. 검사가 형의 집행순서를 변경하고자 할 때에는 "형집행순서 변경서를 작성하여 소속검찰청의 장의 허가를 받아야 한다"(「자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙」 제38조 제1항 전단).

649) 「형사소송법」 제471조 "① 징역, 금고 또는 구류의 선고를 받은 자에 대하여 다음 각호의 1에 해당한 사유가 있는 때에는 형을 선고한 법원에 대응한 검찰청검사 또는 형의 선고를 받은 자의 현재지를 관할하는 검찰청검사의 지휘에 의하여 형의 집행을 정지할 수 있다.
1. 형의 집행으로 인하여 현저히 건강을 해하거나 생명을 보전할 수 없을 염려가 있는 때
2. 연령 70세 이상인 때
3. 잉태후 6월 이상인 때
4. 출산후 60일을 경과하지 아니한 때
5. 직계존속이 연령 70세 이상 또는 중병이나 장애인으로 보호할 다른 친족이 없는 때
6. 직계비속이 유년으로 보호할 다른 친족이 없는 때
7. 기타 중대한 사유가 있는 때"

임신, 출산, 질병 등의 사유가 있을 경우 형의 집행을 일정기간 정지하여 수형자의 인권을 보호하는 제도이지만, 형 집행정지를 사회 지도층이 남용하는 사례가 적지 않고 관리 실태가 부실하다는 비판이 제기되기도 한다.[650] 검사는 소속검찰청의 장에게 보고하여 형집행정지에 관한 가부의 허가를 받기 위해서는 임검결과보고서를 작성한 후 의사의 감정서를 첨부하여야 한다(「형사소송법」 제471조 제2항, 「자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙」 제29조 제2항). 이와 같이 의사의 감정이 필요하긴 하지만, 임의적 형집행정지사유의 경우 "현저히 건강을 해하거나 생명을 보전할 수 없을 염려가 있는 때" 또는 "기타 중대한 사유" 등의 개념이 불명확하고 재량판단의 여지가 크다는 점에서 문제를 지적하기도 한다.[651] 일반적 규정으로서 "기타 중대한 사유"의 경우에는 그 기준조차 제시하고 있지 않아, 독일 「형사소송법」상[652]의 집행조직의 사유로 인한 정지, 즉 행형시설상의 중대한 문제가 있는 경우까지도 여기에 포함하는 것으로 보아야 할지 의문이다.

형집행정지에 관한 사항을 심의하기 위해 각 지방검찰청에는 형집행정지심의위원회를 두는데, 심의위원회 구성원은 각 지방검찰청 검사장이 소속 검사 및 직원 중에서 임명하는 내부위원과 학계, 법조계, 의료계, 시민단체 인사 등 학식과 경험이 있는 사람 중에서 성별을 고려하여 외부위원을 위촉한다(「형사소송법」 제471조의2 제1항, 제2항, 「자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙」 제29조의2 제2항). 형집행정지사유에 대한 판단과 관련하여 외부위원 중에 의사자격을 가진 자를 필요적으로 포함하도록 하고 있다. 심의위원회의 심의결과를 고려하여 형집행정지 또는 연장 여부를 최종적으로 지방검찰청 검사장이 결정한다(「자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙」 제29조의6 제3항). 심의위원회의 구성에 있어서 검찰 내의 내부위원 외에도 외부위원을 두어 공정성 및 객관성을 확보하고자 하는 규정의 취지는 이해할 수 있다. 형집행정지 결정은 행정처분으로서 행정심판 내지 행정소송의 대상이 될 수는 있지만, 다만 권리구제

650) JTBC뉴스, 2013년 10월 16일 보도, 법무부 "최근 5년간 형집행정지 후 24명 도주", (http://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news_id=NB10359353; 검색일: 2020년 10월 20일).

651) 박학모·뮐러·야버스, 『형사집행절차상 사법심사 방안에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2011, 69면.

652) 독일 「형사소송법」 제455조a(집행조직의 사유로 인한 정지 또는 중단) ① 집행조직상 필요한 경우 및 공공안녕에 반하지 않는 중대한 사유가 존재하는 때에는 집행기관은 자유형이나 자유박탈 보안처분을 정지하거나 수형자의 승낙 없이 이를 중단할 수 있다(법무부, 『독일형사소송법』, 2012).

로서의 실효성이 문제될 수 있다.[653] 나아가 법원의 판결로써 내려진 형의 집행을 정지하는데 있어서 그 결정은 기본적으로 법원의 판단에 의하여야 하는 것은 아닌가 하는 근본적인 의문이 제기된다.

나) 형 집행에 대한 법원의 직접결정

형 집행 영역은 형집행기관인 검찰에 의해 전반적으로 결정되지만, 현행 형사절차상 일부 형 집행 영역은 법원이 직접 결정한다. 이에 대해서는 (이후 서술하는) 검찰의 형 집행에 대한 법원의 권리구제와 함께 형집행절차상 법원이 직접 결정하는 영역도 사법심사의 한 유형[654] 내지 형 집행에 대한 법원의 통제[655]의 한 형태로 보기도 한다. 법원에 의해 결정된다는 점에서 검찰에 의해 행해지는 일반적인 형집행절차와는 구별되기는 하지만, 불복 내지는 권리구제로서의 형 집행 영역과는 구별된다고 할 것이다. 따라서 형 집행에 대한 법원에 의한 불복 내지 사법심사와는 구별하여, 형 집행의 결정기관 주체의 차이로서 법원에 의한 직접결정 형식의 형집행절차를 살펴보고자 한다.

형집행절차와 관련하여 법원이 직접 결정하는 경우는 재산형의 가납판결의 집행(「형사소송법」 제334조), 형의 집행유예 취소에 따른 형 집행(제335조), 경합범 중 다시 형을 정하는 절차에 의한 형 집행(제336조 제1항), 형의 선고유예실효에 의한 형 집행(제336조 제1항) 등이다. 법원이 직접 결정하는 형 집행의 경우는 그 결정을 검사가 하는 것이 아니라 검사의 청구에 의해 법원이 결정을 하고 이를 집행하는 것이다. 이와 같이 법원이 직접 결정하도록 하는 형집행절차의 규정의 의미를 형 집행의 '여부'와 관련된 사항으로서 본질적으로 사법적 판단이 이루어져야 하는 것으로 파악하기도 한다.[656] 다만 집행유예의 실효로 인한 형 집행은 법원에 의한 재판절차를 거치지 않고 검사의 '형집행유예실효지휘서'에 의해 이루어진다(「자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙」 제19조 제1항). 이러한 점에 비추어 볼 때, 형 집행에 대해 법원이 직접

653) 김정연·윤옥경·차종진·배상균, 『가석방제도의 운영현황과 개선방안에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2019, 227면.

654) 박학모·뮐러·야버스, 앞의 보고서, 69면.

655) 정승환, 앞의 논문, 381-382면.

656) 박학모·뮐러·야버스, 앞의 보고서, 70면; 정승환, 앞의 논문, 382면.

결정하도록 하는 일부 형집행절차 규정이 형 집행에 대한 사법적 판단의 필요성을 의식하고 규정한 것으로 보기는 어렵지 않은가 판단된다.

다) 형 집행에서의 법원에 의한 불복 내지 구제

재판집행에 대한 구제로서 「형사소송법」은 소송비용집행면제의 신청(제487조), 재판의 해석에 대한 의의신청(疑義申請, 제488조) 및 재판의 집행에 관한 이의신청(제489조) 규정을 두고 있다. 소송비용집행면제의 신청은 재판 집행과 관련한 구제방법이라 할 것이다. 다음으로 재판의 해석에 대한 의의신청은 형의 선고를 받은 자가 재판의 해석에 관해 의의(疑義)를 가지는 경우 법원에 신청하는 구제방법이다. 재판의 해석에 대한 의의신청은 판결주문의 취지가 불분명한 경우 재판의 해석을 구하는 것으로서 검사는 해석에 관해 의의가 있더라도 의의신청을 할 수가 없다. 그리고 판결주문의 취지가 불명확하여 해석에 의문이 있는 경우에 한하여 의의신청을 할 수 있는 것이고 판결이유의 모순, 불명확 또는 부당을 주장하는 의의신청은 허용되지 않는다.[657]

그 중에서 직접적으로 형집행절차와 관련한 불복 내지 구제로서 의미를 가지는 규정은 재판의 집행에 관한 이의신청이라 할 수 있다. 「형사소송법」 제489조는 "집행에 관한 검사의 처분이 부당함을 이유로" 이의신청을 할 수 있다고 하여 포괄적으로 규정하고 있는바, 재판의 집행 내지 형의 집행에 관한 검사의 모든 처분을 대상으로 한다고 할 수 있다. 이의신청은 그 재판을 선고한 법원에 할 수 있다.[658] 구체적으로는 형집행순서에 관한 검사의 처분(「형사소송법」 제462조), 사형집행의 참여(제467조 제3항), 사형집행의 정지에 관한 처분(제469조), 상속재산에 대한 집행(제478조), 합병 후 법인에 대한 집행(제479조) 등을 들 수 있다. 재판의 집행에 관한 이의신청의 적용범위가 이와 같이 포괄적이라고 하나, 재판의 집행에 관한 것이 아니라 검사의 공소제기 또는 이를 바탕으로 한 재판 그 자체가 부당함을 이유로 하는 경우에는 신청할 수 없다.[659]

소송비용집행면제의 신청, 재판의 해석에 대한 의의신청 및 재판의 집행에 관한 이의신청에 대해서는 법원이 결정을 하여야 하고, 그 결정에 대해서는 즉시항고를

657) 대법원 1985.8.20. 자 85모22 결정.

658) 여기서 "'재판을 선고한 법원'이라 함은 피고인에게 형을 선고한 법원을 가리키는 것이고, 이 형을 선고한 판결에 대한 상소를 기각한 법원을 가리키는 것이 아니다"(대법원 1996.3.28. 자 96초76, 95도2958 결정).

659) 대법원 1986.9.8. 자 86모32결정.

할 수 있다(「형사소송법」 제491조). 즉시항고의 제기기간 내와 그 제기가 있는 때에는 재판의 집행은 정지된다고 규정(제410조)하고 있으므로, 그 동안 형 집행이 정지된다고 할 것이다. '구금, 보석, 압수 또는 압수물환부에 관한 재판'에 대하여 불복이 있는 때에는 준항고(제417조)를 할 수 있는데, 재판의 집행에 관한 검사의 처분에 불복하면서 준항고장을 제출한 경우에 어떻게 처리하여야 하는지 문제될 수 있다. 형 집행에 관한 처분은 준항고대상이 되는 구금 등에 관한 재판에 대한 불복으로 볼 수는 없지만, 대법원은 이에 대해 "재판을 선고한 법원(합의부)에 재판의 집행에 관한 검사의 처분에 대한 이의신청을 한 것으로 보아 판단하여야 한다"고 판시한 바 있다.[660]

2) 행형 단계에서의 권리구제

가) 현행법상 행형 단계의 권리구제

현행법상 행형단계에서 수용자의 권리구제제도는 권리구제의 성격에 따라 사법적 권리구제와 비사법적 권리구제로 나눌 수 있다. 사법적 권리구제[661]로는 민사소송(손해배상청구 등), 행정소송, 형사 고소·고발, 헌법소원 등이 있고, 비사법적 권리구제로는 소장 면담, 청원, 행정심판, 국가인권위원회 진정 등이 있다. 권리구제 기관의 소속에 따라 내부적 권리구제와 외부적 권리구제로 나눌 수 있는데, 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」(이하 약칭하여 '형집행법'이라 함) 및 「동 시행령」이 규정하고 있는 소장 면담, 청원은 내부적 권리구제이고, 그 외의 권리구제제도는 외부적 권리구제라 할 수 있다.[662]

우선 「형집행법」 제116조 제1항에서는 수용자는 처우에 관하여 소장에게 면담을 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 소장은 수용자의 면담신청이 있으면 일정한 사유를

660) 대법원 1993.8.6. 자 93모55 결정: "보호감호판결이 확정되어 감호수용중 보호감호의 집행정지결정을 받고 출소한 후 다시 치료감호를 선고받아 확정된 자에 대하여 검사가 보호감호 집행정지결정을 취소하는 결정을 함과 아울러 잔여 보호감호 집행을 지휘하는 처분을 한 경우, 그 처분이 부당함을 이유로 시정을 구하는 취지에서 준항고장이라는 서면을 제출하였다면 이를 사회보호법 제42조와 「형사소송법」 제489조에 따라 재판을 선고한 법원(합의부)에 재판의 집행에 관한 검사의 처분에 대한 이의신청을 한 것으로 보아 판단하여야 한다".

661) 형식적 의미의 사법은 사법기관인 법원에 의해 행해지는 국가작용으로 보고, 실질적 의미의 사법은 구체적인 법적 분쟁에 대해 독립적인 국가기관이 법을 인식하고 선언함으로써 구속력 있는 결정을 내리는 국가기능을 의미한다(한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2016, 1330-1331면).

662) 김태명, "행형법 개정과 수용자의 권리구제제도", 『교정연구』, 제35호(2007.6.), 한국교정학회, 174면.

제외하고는 필요적으로 면담을 하여야 한다(동조 제2항). 소장 면담의 경우 교정 처우의 일환 내지 면담 지도에 불과하여 과연 이를 수용자의 처우에 대한 불복으로서 권리구제제도로 볼 수 있는가가 문제된다. 이에 대해서는 소장 면담은 권리구제 내지 불복제도라기 보다는 일신상의 사정에 관한 의사전달수단에 해당하는 것으로 신상상담을 위한 제도로서의 요소가 많다고 보는 견해가 있다.[663] 그러나 이는 수용자가 외부적 권리구제 절차로 나아가기에 앞서 자체적으로 신속하게 수용자의 민원을 해결할 수 있는 수단이다. 뿐만 아니라 「형집행법」 제13장 '권리구제'의 장에 소장 면담제도 규정을 두고 있으며, 동법에서 수용자의 소장 면담 신청권을 인정하고 있으므로 이는 수용자의 권리로서 권리구제제도에 해당한다고 봄이 타당하다.[664] 이와 관련하여 '면담신청 거부행위 위헌확인' 사건에서는 「형집행법」 시행을 앞두고 있는 시점에서 소장의 면담신청 거부행위의 위헌 여부에 대해 헌법적 해명이 필요한지가 문제되었는데, 헌법재판소는 "청구인은 그 형의 집행을 종료하고 출소한 사실이 인정되며, 2007. 12. 21. 법률 제8728로 전부개정된 '형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률' 제116조는 수용자의 교도소장에 대한 면담신청권 및 면담거부사유나 면담형식에 관하여 규정하고 있는바, 이미 신법이 공포되어 그 시행을 앞두고 있는 상황에서 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 면담거부사유나 면담형식 등에 대한 헌법적 해명을 할 필요성이 인정된다고 볼 수 없"다고 보아 각하결정을 한 바 있다.[665]

---

663) 정진수, 『수형자의 법적 권리에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2002, 60면.

664) 이러한 논의는 소장 면담제도의 성격에 의한 것뿐만 아니라 개정 이전의 「행형법」상에서는 소장 면담이 「행형법 시행령」에 규정을 두면서 수용자의 '처우 및 일신상의 사정'에 관해 면담을 신청할 수 있도록 한 것에서 기인하는 것으로 보인다. 그러나 2007년 「형집행법」 전면개정을 통해 법률에 소장 면담 규정을 정하면서 이를 권리구제의 장에 두고 있어서 현재는 논의의 의미가 적다고 할 수 있다.

665) 헌법재판소 2008.7.31. 선고 2006헌마1030 전원재판부 결정: 한편 본 결정에서 재판관 이강국, 재판관 김희옥, 재판관 민형기, 재판관 목영준의 의견은 "2007. 12. 21.자로 공포되어 2008. 12. 22.부터 시행될 예정인 '형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률' 제116조가 수용자의 면담신청권(제1항) 및 소장의 면담의무(제2항), 대리면담의 허용(제3항)을 직접 규정함으로써, 교도소장의 면담에 관한 위와 같은 문제들이 입법적으로 해소되었"다고 보아 헌법적 해명의 필요성이 없어졌다고 보았고, 재판관 이동흡의 보충의견은 개정 형집행법의 규정에도 불구하고 "수용자의 교도소장에 대한 면담신청권을 인정할 수 없을 뿐만 아니라 수용자의 교도소장 면담권을 헌법상 기본권인 청원권으로 볼 수 없으므로" 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사에 해당한다고 볼 수 없다고 보았다. 반면 재판관 조대현의 반대의견은 행형법 시행령의 적용 하에서도 "교도소장이 수용자의 면담신청을 거부하는 것은 법률상 부과된 직무상의 의무를 위반하는 것이라고 보지 않을 수 없다. 그리고 행형법시행령 제9조 제1항이 규정하고 있는 수용자의 면담신청권이 헌법상의 기본권에 해당된다고 보기 어렵다고 하더라도, 특정 수용자의 면담신청

「형집행법」 제117조에는 청원에 관하여 규정을 두고 있는데, 수용자가 교도소의 처우에 대해 불복하는 경우 법무부장관·순회점검공무원 또는 관할 지방교정청장에게 청원을 할 수 있다(동조 제1항). 「형집행법」 및 「동 시행령」은 청원의 절차 및 비밀보장, 결정 및 통지의 방식 등을 규정하고 있다. 청원은 수용자의 처우에 대한 불복이라는 점에서는 권리구제로서의 성격도 가지지만, 교도소장에 대해 지휘감독권을 갖는 법무부장관 등에게 제기할 수 있어 교도소의 처분에 대한 통제수단으로서의 성격도 갖는다.[666]

아래의 표에서 수용자 청원현황을 보면, 다양한 처우와 관련하여 수용자의 청원이 이루어지고 있는 것을 확인할 수 있다. 그러나 그 처리 결과를 보면, 인용 건수는 청원 건수에 비해 상당히 미미한 것으로 나타났다.

[표 4-1] 수용자 청원 사유별 현황(2010년~2019년)

(단위 : 건)

구분 / 연도	계	가석방·분류	독거·거실	이송	의료처우	직원관련	부당처우	조사·징벌	부식·구매	작업	영치금품	기타
2010	1,573 (100%)	54 (3.4%)	84 (5.3%)	223 (14.2%)	181 (11.5%)	300 (19.1%)	275 (17.5%)	100 (6.4%)	16 (1.0%)	30 (1.9%)	70 (4.5%)	240 (15.3%)
2011	1,313 (100%)	38 (2.9%)	120 (9.1%)	167 (12.7%)	141 (10.7%)	212 (16.1%)	158 (12.0%)	96 (7.3%)	44 (3.4%)	26 (2.0%)	40 (3.0%)	271 (20.6%)
2012	1,094 (100%)	34 (3.1%)	75 (6.9%)	137 (12.5%)	127 (11.6%)	187 (17.1%)	150 (13.7%)	74 (6.8%)	15 (1.4%)	22 (2.0%)	35 (3.2%)	238 (21.8%)
2013	1,071 (100%)	25 (2.3%)	72 (6.7%)	136 (12.7%)	138 (12.9%)	180 (16.8%)	162 (15.1%)	63 (5.9%)	9 (0.8%)	35 (3.3%)	33 (3.1%)	218 (20.4%)
2014	903 (100%)	29 (3.2%)	61 (6.8%)	98 (10.9%)	140 (15.5%)	118 (13.1%)	155 (17.2%)	79 (8.7%)	17 (1.9%)	33 (3.7%)	44 (4.9%)	129 (14.3%)
2015	957 (100%)	35 (3.7%)	70 (7.3%)	107 (11.2%)	115 (12.0%)	133 (13.9%)	114 (11.9%)	92 (9.6%)	28 (2.9%)	46 (4.8%)	17 (1.8%)	200 (20.9%)
2016	797 (100%)	39 (4.9%)	52 (6.5%)	98 (12.3%)	101 (12.7%)	129 (16.2%)	42 (5.3%)	81 (10.2%)	11 (1.4%)	24 (3.0%)	17 (2.1%)	203 (25.5%)
2017	744 (100%)	26 (3.5%)	39 (5.2%)	80 (10.8%)	84 (11.3%)	181 (24.3%)	21 (2.8%)	67 (9.0%)	10 (1.3%)	22 (3.0%)	28 (3.8%)	186 (25.0%)
2018	772 (100%)	20 (2.6%)	45 (5.8%)	60 (7.8%)	88 (11.4%)	177 (22.9%)	13 (1.7%)	109 (14.1%)	15 (1.9%)	13 (1.7%)	27 (3.5%)	205 (26.6%)
2019	558 (100%)	10 (1.8%)	40 (7.2%)	45 (8.1%)	101 (18.1%)	125 (22.4%)	28 (5.0%)	99 (17.7%)	10 (1.8%)	15 (2.7%)	5 (0.9%)	80 (14.3%)

출처: 법무부 교정본부, 『2020 교정통계연보』, 2020, 122면 이하.

을 직무상 의무에 위반하여 거부하는 것은 평등원칙에 위반될 소지가 있다"고 보았다.

666) 김태명(2007), 앞의 논문, 176면.

[표 4-2] 수용자 청원 처리 결과(2010년~2019년)

(단위: 건)

구분 / 연도	청원 건수	결과				
		인용	기각	각하	취하	기타
2010	1,573 (100%)	1 (0.1%)	300 (19.1%)	318 (20.2%)	949 (60.3%)	5 (0.3%)
2011	1,313 (100%)	1 (0.1%)	204 (15.5%)	201 (15.3%)	902 (68.7%)	5 (0.4%)
2012	1,094 (100%)	2 (0.2%)	148 (13.5%)	144 (13.2%)	795 (72.7%)	5 (0.5%)
2013	1,071 (100%)	0 (0.0%)	172 (16.1%)	159 (14.8%)	739 (69.0%)	1 (0.1%)
2014	903 (100%)	1 (0.1%)	215 (23.8%)	115 (12.7%)	546 (60.5%)	26 (2.9%)
2015	957 (100%)	1 (0.1%)	235 (24.6%)	144 (15.0%)	559 (58.4%)	18 (1.9%)
2016	797 (100%)	0 (0.0%)	134 (16.8%)	124 (15.6%)	520 (65.2%)	19 (2.4%)
2017	744 (100%)	0 (0.0%)	166 (22.3%)	129 (17.3%)	422 (56.7%)	27 (3.6%)
2018	772 (100%)	0 (0.0%)	217 (28.1%)	147 (19.0%)	405 (52.5%)	3 (0.4%)
2019	558 (100%)	22 (3.9%)	144 (25.8%)	81 (14.5%)	308 (55.2%)	3 (0.5%)

출처: 법무부 교정본부, 『2020 교정통계연보』, 2020, 123면 이하.

나) 수용자의 권리구제 현황

행형과 관련하여서는 2007년 '수용자의 인권 신장과 수용관리의 과학화·효율화 및 교정행정의 선진화'를 위해[667] 「행형법」에서 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」로 기존의 「행형법」의 내용과 법률의 명칭까지 수정하는 전면개정이 이루어졌다. 그러나 수형자의 권리구제에 있어서는 청원제도의 일부 수정, 교정자문위원회 제도의 신설 등에 그쳐 여전히 미흡하다는 비판이 제기되고 있다.[668] 물론 수용자가 교정시설 내 처우에 관하여 불복하는 경우 청원, 행정심판, 국가인권위원회 진정, 행정

667) 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제정·개정이유[법률 제8728호 전면개정 2007. 12. 21.] (시행일 2008.12.22.).

668) 김태명, "적법절차의 원칙과 행형에 대한 사법적 통제", 『교정연구』, 제54호(2012.3.), 한국교정학회, 178면.

심판청구, 행정소송, 민사소송, 헌법소원 등의 다양한 권리구제제도가 마련되어 있다.

아래의 표는 지난 2010년부터 2019년까지 10년 동안 제기된 수용자의 소송 등 권리구제 현황이다.

[표 4-4] 수용자의 소송 등 권리구제 현황(2010년~2019년)

(단위 : 건)

구분 / 연도	계	국가인권위원회 진정	교정공무원 고소·고발	행정심판	행정소송	헌법소원	손해배상 청구
2010	6,355	4,954	801	245	75	145	135
2011	5,044	3,925	646	235	75	39	124
2012	5,147	3,973	679	253	68	60	114
2013	5,195	3,879	647	458	74	44	93
2014	4,908	3,745	614	369	61	27	92
2015	5,283	3,790	733	552	74	23	111
2016	4,943	3,716	698	347	56	38	88
2017	5,980	4,528	783	437	70	70	92
2018	5,731	4,322	855	310	86	32	126
2019	5,908	4,211	916	509	91	29	152
평균	5,449.40	4,104.30	737.20	371.50	73.00	50.70	112.70

출처: 법무부 교정본부, 『2020 교정통계연보』, 125-135면에 게재된 자류를 정리한 것임.

[표 4-3] 교정공무원 피고소·고발 현황(2010년~2019년)

(단위 : 건, 명)

구분 / 연도	건수	피소 인원	진행중	결과(피소 인원 기준)							
				계	무혐의	죄안됨	기소 유예	기소	공소권 없음	각하	기타
2010	801	2,350	-	2,350 (100%)	441 (18.8%)	39 (1.7%)	1 (0.0%)	-	2 (0.1%)	1,585 (67.4%)	282 (12.0%)
2011	646	1,669	-	1,669 (100%)	461 (27.6%)	1 (0.1%)	-	-	23 (1.4%)	900 (53.9%)	284 (17.0%)
2012	679	1,812	-	1,812 (100%)	408 (22.5%)	3 (0.2%)	2 (0.1%)	-	11 (0.6%)	1,188 (65.6%)	200 (11.0%)
2013	647	1,732	-	1,732 (100%)	463 (26.7%)	1 (0.1%)	1 (0.1%)	-	5 (0.3%)	938 (54.2%)	324 (18.7%)
2014	614	1,432	-	1,432 (100%)	297 (20.7%)	1 (0.1%)	1 (0.1%)	-	9 (0.6%)	918 (64.1%)	206 (14.4%)
2015	733	1,551	-	1,551 (100%)	275 (17.7%)	3 (0.2%)	4 (0.3%)	3 (0.2%)	12 (0.8%)	1,179 (76.0%)	75 (4.8%)

구분 / 연도	건수	피소 인원	진행중	결과(피소 인원 기준)							
				계	무혐의	죄안됨	기소 유예	기소	공소권 없음	각하	기타
2016	698	1,551	-	1,551 (100%)	413 (26.6%)	6 (0.4%)	-	-	27 (1.7%)	803 (51.8%)	302 (19.5%)
2017	783	1,586	-	1,586 (100%)	407 (25.7%)	1 (0.1%)	-	-	13 (0.8%)	1,035 (65.3%)	130 (8.2%)
2018	855	1,873	-	1,873 (100%)	430 (23.0%)	1 (0.1%)	-	-	33 (1.8%)	1,247 (66.6%)	162 (8.6%)
2019	916	1,886	267	1,619 (100%)	271 (16.7%)	4 (0.2%)	-	1 (0.1%)	16 (1.0%)	1,220 (75.4%)	107 (6.6%)

출처 : 법무부 교정본부, 『2020 교정통계연보』, 2020, 126면.

교정시설에 수용 중인 수용자가 인권침해를 당한 경우에는 「국가인권위원회법」에 따라 국가인권위원회에 서면이나 구술 등으로 진정을 제기할 수 있다(「국가인권위원회법」 제30조 제1항, 「인권침해 및 차별행위 조사구제규칙」 제6조). 수용자가 국가인권위원회에 진정하려고 하면 교정시설 공무원은 즉시 진정서 작성에 필요한 시간과 장소 및 편의를 제공하는 등 시설수용자의 진정권을 보장하고 있다(「국가인권위원회법」 제31조). <표 4-3>에 의하면, 국가인권위원회에 대한 진정이 다른 구제절차에 비해 압도적으로 많은 것을 확인할 수 있다. 그 다음으로 많은 것이 교정공무원에 대한 고소·고발인데, <표 4-4>에서 알 수 있듯이 그 가운데 실제로 기소되는 경우는 매년 1건도 되지 않는 경우가 대부분이다.[669] 그 밖에도 행정청의 위법·부당한 처분에 대해 행정심판을 청구하거나 법원에 행정소송을 제기할 수 있다. 법원의 재판을 제외한 공권력의 행사 또는 불행사로 인해 기본권이 침해된 경우 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수도 있고, 수용자는 자신이 입은 손해에 대해 손해배상을 청구하거나 국가를 상대로 국가배상청구를 할 수도 있다. 그러나 이와 같이 수용자의 권리구제절차의 종류가 다양함에도 불구하고 실효성 있는 권리구제제도는 사실상 부족한 실정이다.[670]

669) 교정공무원에 대한 형사고소·고발과 관련하여 고소·고발에 대한 답변서 준비나 조사관련 출석 등으로 인해 업무에 지장을 초래하고 직원의 사기를 저하시키는 등 수용자의 권리구제절차의 남용문제를 비판하기도 한다(연성진·노용준·신경우, 『수형자의 법질서 확립방안에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2009, 45면).

670) 김태명(2012), 앞의 논문, 178면.

2. 형 집행에 대한 통제의 필요성

가. 형집행절차에서의 권력분립원칙 및 적법절차원칙의 적용

1) 형집행절차에서의 권력분립원칙

연혁적으로 검사제도는 소추권과 심판권을 법관에 집중시키는 규문주의에 대응하여 탄핵주의로 변화하면서 수사와 공소제기의 권한을 담당하는 기관으로서 등장한 제도이다.[671] 형의 집행의 측면에서 보자면, 규문주의 시대에는 형사절차에서 소추와 심판, 그리고 형의 집행에 이르기까지 법원이 모두 담당하였으나, 검사에게 소추와 집행의 권한을 담당하도록 하게 된 것이다. 이와 같이 법원과 검사는 국가형벌권의 실현을 위해 서로 돕고 견제하는 관계로서, 「헌법」상 권력분립이 형사절차에서 실현되는 모습으로 보기도 한다.[672]

한편 전통적으로 권력분립의 원칙은 국가기능을 분할하여 각 독립된 국가기관에 귀속시키고, 국가기관 상호 간의 억제와 균형을 통해 국가권력을 통제하고자 하는 원리를 의미한다.[673] 그러나 현대국가에서 권력분립원칙의 의미는 현대적 상황에 대응하기 위해 권력의 엄격한 분할에 있는 것이 아니라 권력의 집중과 통합이 불가피하다는 인식에서 권력분립의 장치를 합리적으로 재구성하는 데 있다. 결국 오늘날 권력분립의 원칙은 권력의 분할과 권력 간의 상호작용과 통제원리로 형성됨은 물론 이를 통해 권력 상호 간의 협력과 공조 등을 포괄하는 기능적 권력분립의 원칙으로 재구성하는 것이다.[674]

형 집행에 있어서 규문주의에 대응하는 검사제도의 의미 및 현대적 권력분립의 원칙의 측면에서 보자면, 근본적인 문제는 형 집행을 법원주의에 대비해 검사가 담당하도록 하는 것에 있는 것이 아니라 형집행절차에 대한 견제와 균형의 장치가 부족하다는 데 있다. 소추권과 형 집행권한은 검사에게 주어지고 심판은 법원이 하도록 권력을 분할하면서도 형사소추와 형벌선고의 절차에서는 법원과 검사가 모두 관여할 수

671) 이재상·조균석, 앞의 책, 91면.
672) 배종대·홍영기, 『형사소송법』, 홍문사, 2020, 54면.
673) 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2016, 238면.
674) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2011, 754면.

있는 권력 상호 간의 협력과 공조가 이루어질 수 있는 구조가 마련되어 있는 반면, 형집행절차에서는 이와 같은 견제와 균형의 절차가 마련되어 있지 않다는 것이다.[675]

결국 형집행절차에서의 불복절차의 마련은 인권침해에 대한 구제절차로서 필요한 문제일 뿐만 아니라 형사절차에서 국가형벌권 실현에 있어 현대적 권력분립원칙의 의미를 실현하는 방법이라는 점에서도 필요하다고 할 수 있다.

2) 형집행절차에서의 적법절차원칙

「헌법」 제12조 제1항은 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다"라고 하여 형사절차에 대한 적법절차 원칙을 규정하고 있다. 또한 「헌법」 제12조 제3항은 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다"고 하여 영장주의와 관련한 적법절차를 규정하고 있다.

적법절차원칙은 공권력에 의한 국민의 생명·자유·재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 의해 정당한 절차를 따른 경우에만 유효하다는 원리로서,[676] 본래 신체의 자유 또는 형사사법적 원리로서 출발하였으나 오늘날 모든 국가권력작용에 있어서 준수해야 할 기본원리로 자리매김하고 있다. 이와 같이 적법절차원칙은 국가권력에 의한 인권침해의 소지가 큰 형사절차에서 엄격하게 적용될 것을 요구하고 있는데, 헌법재판소는 적용범위에 대하여는 형사절차뿐만 아니라 행정절차와 입법작용 등 국가작용 전반으로 확장하여 해석하고 있다.[677] 여기서 형사절차에는 수사절차

675) 정승환, 앞의 논문, 377면.

676) 한수웅, 앞의 책, 635면.

677) 헌법재판소 1992.12.24. 92헌가8 전원재판부 결정: "현행 헌법 제12조 제1항 후문과 제3항은 위에서 본 바와 같이 적법절차의 원칙을 헌법상 명문규정으로 두고 있는데…1987.10.29. 제9차 개정한 현행헌법에서 처음으로 영미법계의 국가에서 국민의 인권을 보장하기 위한 기본원리의 하나로 발달되어 온 적법절차의 원칙을 도입하여 헌법에 명문화한 것이며, 이 적법절차의 원칙은 역사적으로 볼 때 영국의 마그나 카르타(대헌장) 제39조, 1335년의 에드워드 3세 제정 법률, 1628년 권리청원 제4조를 거쳐 1791년 미국 수정헌법 제5조 제3문과 1868년 미국 수정헌법 제14조에 명문화되어 미국헌법의 기본원리의 하나로 자리잡고 모든 국가작용을 지배하는 일반원리로 해석·적용되는 중요한 원칙으로서, 오늘날에는 독일 등 대륙법계의 국가에서도 이에 상응하여 일반적인 법치국가원리 또는 기본제한의 법률유보원리로 정립되게 되었다. 우리 현행 헌법에서는 제12조 제1항의 처벌, 보안처분, 강제노역 등 및 제12조 제3항의 영장주의와 관련하여 각각 적법절차의 원칙을 규정하고 있지만 이는 그 대상을 한정적으로 열거하고 있는

와 재판절차 외에도 형집행절차가 포함된다고 할 것이다. 그러나 비교적 수사절차와 재판절차에서는 적법절차원칙 및 인권침해에 대한 통제수단이 마련되어 적용되었다고 볼 수 있지만, 그 동안 형집행절차에서의 적법절차원칙의 적용 및 통제수단에 관한 논의는 상대적으로 미미하였다고 할 수 있다. 또한 형집행절차에서 구체적인 집행은 행정부의 소관으로 일임되어 있어 집행과정에서 발생하는 각종 인권침해에 대한 사후적 권리구제나 불복절차의 마련이 미흡한 실정이고, 행형절차에서의 처분에 대한 불복절차는 행정처분에 대한 권리구제로서 행정법원에 의하는 것으로 인식된다.

형 집행에 대한 적법절차 원칙의 적용 문제는 수사절차와 재판절차에 비해 상대적으로 소극적으로 논의되었는데, 이는 수형자의 경우 과거 사법심사의 대상이 되지 않는다는 '특별권력관계' 내지 '특수신분관계'이론의 영향에 기인한 것으로 보인다. 그러나 오늘날 행형절차를 비롯한 형집행절차 과정에서 오히려 기본권 침해의 우려가 크다고 할 것이므로, 국가권력에 의한 공권력의 행사로서 무엇보다 사법심사의 요청이 절실한 단계라 할 것이다.[678] 특히 자유형의 집행, 즉 행형 단계에서의 각종 처분은 행정처분으로 인식되어 행정소송에 의하는 것으로 보아 그 실효성이 적고, 「형사소송법」의 적용을 받는 형집행절차로 보지 않아 사실상 심사의 대상으로 보지 않는 문제가 있다.[679]

나. 자유형의 집행과 통제

1) 자유형 집행절차에 대한 사법적 통제의 필요성

앞서 살펴본 바와 같이 「형사소송법」은 제489조에 재판의 집행에 관한 이의신청 규정을 두어 형 집행에 대한 불복 내지 사법적 통제에 관한 포괄적 규정을 두고 있다. 그럼에도 불구하고 형 집행단계에서의 불복절차 내지 사법적 통제가 미흡하다고 지적

것이 아니라 그 적용대상을 예시한 것에 불과하다고 해석하는 것이 우리의 통설적 견해이다. 다만 현행 헌법상 규정된 적법절차의 원칙을 어떻게 해석할 것인가에 대하여 표현의 차이는 있지만 대체적으로 적법절차의 원칙이 독자적인 헌법원리의 하나로 수용되고 있으며 이는 형식적인 절차뿐만 아니라 실체적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적 의미로 확대 해석하고 있으며, 우리 헌법재판소의 판례에서도 이 적법절차의 원칙은 법률의 위헌여부에 관한 심사기준으로서 그 적용대상을 형사소송절차에 국한하지 않고 모든 국가작용 특히 입법작용 전반에 대하여 문제된 법률의 실체적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용되고 있음을 보여주고 있다".

678) 박학모·뮐러·야버스, 앞의 보고서, 53면.

679) 김태명(2012), 앞의 논문, 163면.

하는 이유는 형집행절차의 주요 영역이자 주요 형사제재에 해당하는 자유형의 집행과 이에 대한 통제가 제대로 이루어지지 않고 있기 때문인 것으로 볼 수 있다.[680]

구체적으로 <표 4-5>의 제1심 형사공판사건 종국처리 현황을 보면, 자유형의 경우 2009년 46.5%를 기점으로 감소추세를 보였으나 2013년 이후 증가세를 보여 대체로 50%를 상회하는 것으로 나타났다. 벌금형의 경우는 2009년 36.3%를 기점으로 감소추세를 보이다가 증가추세와 감소추세를 번갈아 보이고 있으나 대체로 30% 안팎으로 나타났다. 특히 [그림 1]의 2018년 제1심 형사공판사건의 종국처리 구성비를 보면, 33.7%로 가장 높은 비율을 차지한 집행유예 외에 정기형 24.9%, 부정기형 0.3%를 합한 유기징역의 경우가 58.8%로 60%를 육박하는 것으로 나타났다. 반면 집행유예에 이어 두 번째로 높은 비율을 차지한 벌금형의 경우는 27.8%로 확인된다. 이와 같이 현재(2018년 기준) 형사제재 중 자유형의 비율이 약 60%인 반면 벌금형은 30%미만에 불과하다. 10년간의 추이를 보더라도 형벌의 주요 영역이 자유형에 해당한다는 것을 확인할 수 있다.

[표 4-5] 제1심 형사공판사건 종국처리 현황(2009년~2018년)

(단위 : 명(%)

구분 / 연도	자유형					벌금형
	무기	유기				
		소계	정기	집행유예	부정기	
2009	70 (0.0)	130,892 (46.5)	47,274 (16.8)	83,031 (29.5)	587 (0.2)	102,294 (36.3)
2010	70 (0.0)	114,458 (41.3)	43,436 (15.7)	70,519 (25.4)	503 (0.2)	96,071 (34.6)
2011	32 (0.0)	104,543 (37.6)	42,154 (15.2)	61,891 (22.2)	498 (0.2)	85,449 (30.7)
2012	23 (0.0)	102,490 (35.6)	41,062 (14.3)	60,624 (21.1)	804 (0.3)	85,264 (29.6)
2013	27 (0.0)	108,492 (41.7)	44,207 (17.0)	63,609 (24.5)	676 (0.3)	81,442 (31.3)
2014	31 (0.0)	125,417 (47.0)	51,108 (19.1)	73,675 (27.6)	634 (0.2)	85,606 (32.1)
2015	42 (0.0)	133,111 (51.6)	55,459 (21.5)	77,022 (29.9)	630 (0.2)	78,283 (30.3)

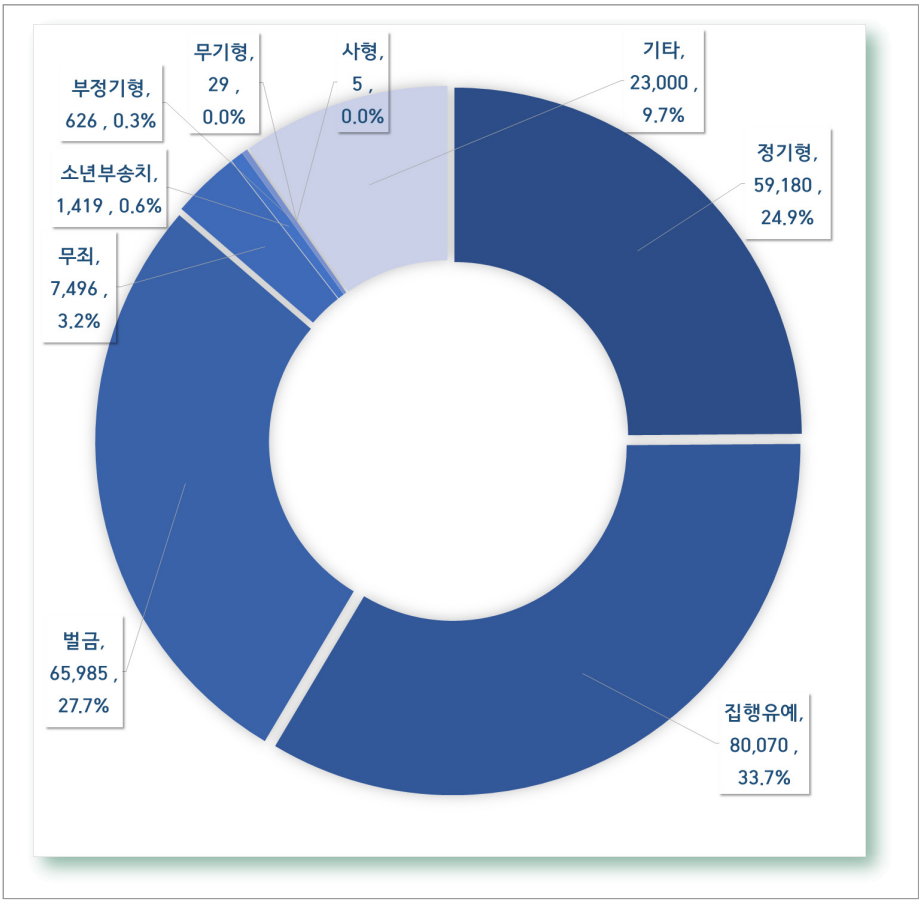
680) 정승환, 앞의 논문, 383면.

구분 / 연도	자유형					벌금형
	무기	유기				
		소계	정기	집행유예	부정기	
2016	43 (0.0)	148,151 (55.2)	60,779 (22.6)	86,675 (32.3)	697 (0.3)	79,488 (29.6)
2017	32 (0.0)	149,963 (56.3)	59,745 (22.4)	89,716 (33.7)	502 (0.2)	78,591 (29.5)
2018	29 (0.0)	139,876 (58.8)	59,180 (24.9)	80,070 (33.7)	626 (0.3)	65,985 (27.8)

출처: 법무연수원, 『2019 범죄백서』, 2020, 299면 참조.

[그림 4-1] 제1심 형사공판사건 종국처리 인원 구성비(2018년)

(단위: 명)



출처: 2019 범죄백서, 법무연수원, 2020, 300면

앞서 형 집행과 행형의 개념을 살펴보면서 각 영역을 구별하고자 하였으나, 실제에서는 그 구별이 쉽지 않다. 이는 자유형이 형 집행 과정에서 그 내용이 비로소 형성되는 형벌이라는 특징에서 기인한다.[681] 벌금형의 경우는 판결을 통해 그 금액이 확정적으로 선고되고, 납입하지 못하는 경우 노역장 유치에 대한 부분까지 명확히 하고 있어 형 집행과정에서 형벌의 내용이 변경되거나 집행자의 관여가 개입될 여지가 거의 없다. 반면 자유형의 경우는 판결에서 그 기간과 노역 여부만을 선고할 뿐 그 형벌의 집행기간 동안의 처우나 내용에 대해서는 관여하지 않아 형 집행 과정에서 비로소 그 내용이 확정되고 채워지게 된다. 이러한 자유형이 가지는 형벌의 특징 때문에 자유형에 대한 사법통제의 문제나 필요성 논의가 특히 제기되는 것이다.

2) 집행유예의 선고와 양형기준

집행유예 등 법관의 형의 선고, 즉 양형의 문제는 형벌의 집행 내지 교정시설의 수용능력 통제와 관련한 '입구 전략(*front-end sentencing*)'인 반면, 가석방은 형의 집행 이후 조기 석방의 형태로 이루어지는 '출구전략[*back-end solution(sentencing)*]'이라 할 수 있다.[682] 자유형의 집행과 관련하여 집행유예의 선고는 다른 형태의 형 집행을 의미한다고 할 수 있다. 집행유예제도는 자유형의 집행에서 오는 폐해를 방지하는 동시에 효과적인 사회복귀를 목적으로 하는 형사정책적 수단 중 중요 성과물이라 할 수 있다.[683] 그러나 [그림 2]의 제1심 공판사건 중 유기형 인원 대비 집행유예 인원현황을 보면, 지난 10년 동안 집행유예 비율이 지속적으로 실형에 비해 더 높은 비율을 차지하고 있는 것을 알 수 있다. 2018년의 경우 전체 자유형이 선고된 139,905명 중 80,070명이 집행유예를 선고 받아 그 비율이 57.2%에 해당하는 것으로 나타났다. 이는 형사제재 실무에서 집행유예가 보편적·원칙적인 것으로 여겨지고, 오히려 자유형의 집행이 예외적인 것으로 운영되고 있음을 보여준다.

---

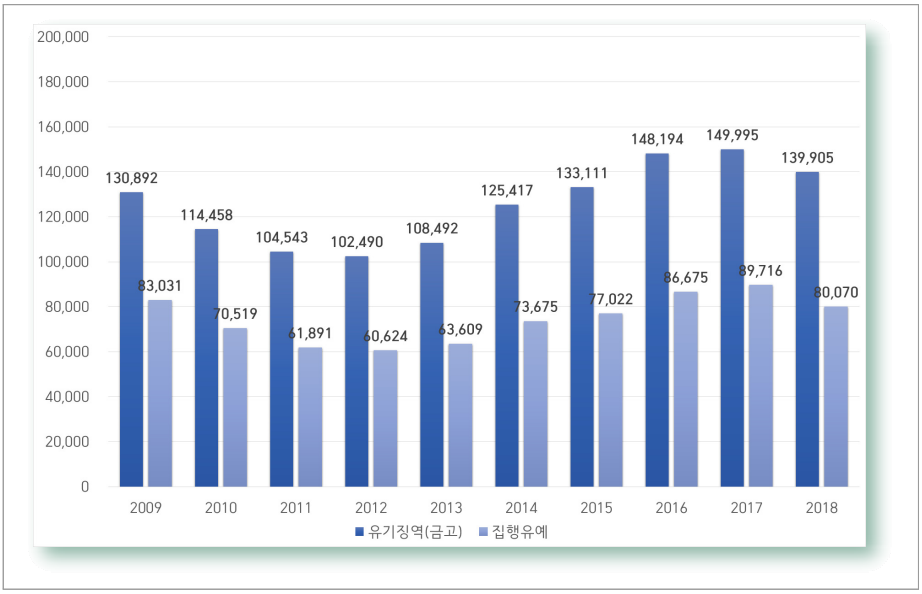
681) 정승환, 앞의 논문, 384면.

682) *Lin, Jeffrey/Grattet, Ryken/Petersilia, Joan*, "'Back-End Sentencing"' And Reimprisonment: Individual, Organizational, And Community Predictors Of Parole Sanctioning Decisions, in: *Criminology 48,* Issue 3, 2010, pp. 759-760; 김정연 외, 앞의 보고서, 41면.

683) 서보학, "집행유예제도 : 입법론적 비판과 대안", 『형사정책』, 제13권 제1호(2001.6.), 한국형사정책학회, 59면.

[그림 4-2] 제1심 공판사건 중 집행유예 인원(2009년~2018년)

(단위: 명)



출처: 2019 범죄백서, 법무연수원, 2020, 304면

양형실무에 있어서 집행유예는 실제로 형사재판 과정에서 상당한 비중을 차지하고 있다. 특히 피고인은 집행유예를 받기 위해 노력하고 법관은 실형과 집행유예 판단을 고민하며, 피해자는 피고인에 대한 집행유예 선고에 무죄 선고와 같은 절망감을 느끼기도 한다는 점이다. 그러나 「형법」 제62조에는 "3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금의 형을 선고할 경우"라는 기본 요건을 규정하고 있을 뿐이고, 집행유예 판단기준에 대해서도 양형 조건의 사항을 참작하여 "그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때"라고 하여 구체적인 기준을 제시하고 있지 않다. 따라서 자유형의 형집행절차의 통제 못지않게 집행유예 선고의 기준에 관한 통제의 중요성은 크다고 할 수 있다.

이와 같이 실제 양형실무에서 집행유예 선고는 법관, 피고인, 피해자 등에 민감하고도 중요한 문제임에도 선고의 기준이 불명확하고, 판사별, 범죄별, 지역별 편차가 심하다는 점에서 비판을 받아왔다.[684] 이에 해당 범죄의 집행유예 여부 결정 기준을 양형기

684) 이호중, "우리나라의 양형기준에 대한 비판적 분석", 『형사법연구』, 제22권 제1호(2010.3.), 한국형사법학회, 247면.

준과 별도로 마련하고 있다. 양형위원회가 만든 양형기준은 책임단계와 예방단계를 구별하는 전제에서 형종 및 형량 기준과 별도로 집행유예 기준으로 구성되는데, 입법자가 책임의 경중을 예방영역에 반영하는 기준으로 '3년 이하의 징역 또는 금고'를 제시하고 있으므로 형종 및 형량 기준을 통해 3년을 초과하는 징역 또는 금고가 권고되는 영역에서는 집행유예 여부에 대한 기준이 제시되는 결과가 된다.[685]

집행유예 기준을 포함한 양형기준은 법관이 형의 종류를 선택하고 형량을 정할 때 존중하여야 하지만, 법적 구속력을 갖지 않고 권고적 효력을 가질 뿐이다(법원조직법 제81조의7 제1항). 그러나 법원이 양형기준을 벗어난 판결을 하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 적어야 한다는 점에서(법원조직법 제81조의7 제2항), 일정한 제약 내지 통제를 받는다고 할 수 있다. 양형위원회의 양형기준 및 집행유예 기준은 법관이 합리적인 양형을 정하는 데 참고하도록 구체적이고 객관적인 기준으로 마련되었고, 그 내용의 타당성에 의해 설득력을 가지는 것으로 예정되어 있으므로 이를 존중하여야 하는 것이다.[686] 그러한 범주 내에서 집행유예 기준을 포함한 양형기준은 집행유예에 대한 지나친 법관의 재량적 판단을 방지하고, 집행유예의 선고를 통제 내지 감독하는 역할을 한다고 볼 수 있다. 한편 구체적인 집행유예 기준에도 불구하고 집행유예 선고조건을 세분화하지 않고 일률적으로 법관에게 일임하고 있는 현행 집행유예 규정은 여전히 비판의 대상이 되고 있다. 따라서 입법론적으로 집행유예의 조건을 세분화하고 형기의 경중에 따라 차별화된 요소를 고려하여 조건을 엄격하게 설정하는 것이, 집행유예 판단의 자의적 재량여지를 최소화하고 집행유예제도가 갖는 형사정책적 취지를 조화롭게 활용할 수 있는 방안이 될 것이다.[687]

3) 가석방의 본질과 사법적 통제의 논의

형 집행에 대한 통제제도의 논의에서 특히 문제가 되는 것은 가석방에 대한 사법심사의 필요성에 대한 문제이다. 가석방은 본래 선고된 '형벌의 변경'이라는 측면에서 본질적으로 법관에 의한 결정이 필요하다는 주장도 제기된다.[688] 또한 형벌을 집행해

685) 양형위원회, 『양형기준』, 2020, 686면.

686) 대법원 2009.12.10. 선고 2009도11448 판결.

687) 서보학, 앞의 논문, 65면.

688) 정승환·신은영, "가석방의 사법처분화 방안 연구", 『형사정책』, 제23권 제2호(2011.12.), 한국형

야 하지만 필요성이 인정되지 않아 집행을 유보한다는 점에서 집행유예와 실질적으로 유사하다는 점을 강조하면서 가석방에 대한 사법적 통제가 필요하다고 보기도 한다.[689] 그러나 헌법재판소는 가석방의 본질에 대해 "가석방이란 수형자의 사회복귀를 촉진하기 위하여 형 집행 중에 있는 자 가운데 행장이 양호하고 개전의 정이 현저한 자를 그 형의 집행종료 전에 석방함으로써 수형자에 대한 무용한 구금의 연장을 피하고 수형자의 윤리적 자기형성을 촉진하고자 하는 의미에서 취해지는 형사정책적 행정처분으로, 수형자의 개별적 요청이나 희망에 따라 행하여지는 것이 아니라 교정기관의 교정정책 혹은 형사정책적 판단에 따라 이루어지는 재량적 조치이다"라고 판시하고 있다.[690] 이에 따르면, 수형자는 가석방 요건을 충족한 경우에 가석방을 요구할 권리를 가진다거나 교정기관이 요건을 충족한 수형자를 가석방하여야 할 법률상 의무를 지지 않으며, 단지 가석방은 교정기관의 재량적 조치에 따른 사실상의 이익에 불과하다.[691] 또한 가석방의 본질을 형벌의 변경 내지 형기의 단축이 아닌 완화된 구금상태인 사회 내 처우로 변경하는 '형 집행방법의 변경'으로 볼 수 있다.[692] 그러한 점에서는 가석방을 본질적으로 사법심사의 대상으로 보아야 하고 현행 가석방절차 및 행정처분으로서의 가석방결정의 운영을 근본적인 문제로 지적하는 견해가 옳은지는 의문이다. 다만 가석방에 대한 사법처분화 방안 내지 필요적 사법심사의 통제를 주장하는 견해를 따르지 않더라도, 현행의 행정처분 절차 내에서 수형자의 권리를 최대한 보장할 수 있는 방안을 모색할 필요가 있고, 특히 가석방 심사절차의 공정성과 형평성을 담보할 수 있는 불복절차의 도입이 절실히 요구된다.[693]

구체적으로 가석방의 불복절차에 대한 논의를 위해 단계적으로 가석방이 되지 않는 경우를 보면, 가석방 적격심사 단계에서 대상자에서 배제되는 경우와 가석방위원회의 심사 단계에서 불허결정되는 경우이다.[694] 그러나 현행법과 헌법재판소 결정에 따르

사정책학회, 234면.

689) 정승환·신은영, 앞의 논문, 221면.

690) 헌법재판소 2010.12.18. 2009헌마70 결정.

691) 최준혁, "양형기준의 도입과 가석방 -영국의 논의에 관하여-", 『형사정책』, 제24권 제1호(2012.4.), 한국형사정책학회, 61면.

692) 강동범·이강민, "가석방 활성화를 위한 체계적 정비방안", 『교정연구』, 제27권 제2호(2017.6.), 5면; 허주욱, 앞의 책, 717면.

693) 김정연 외, 앞의 보고서, 222-223면.

면, 수형자에게는 가석방 심사신청권이 인정되지 않는다. 그리고 분류처우위원회의 결정에 대해서는 불복 방법도 없어 적격심사 대상자에 선정되지 않는 수형자의 경우에는 아예 가석방 심사를 받을 기회조차 주어지지 않는다. 또한 가석방이 되지 않은 경우, 즉 가석방 불허결정에 대해서도 현행법상 수형자에게 이의신청 등의 불복을 할 방법이 마련되어 있지 않다.[695] 다만 소장이 "가석방이 허가되지 아니한 수형자에 대하여 그 후에 가석방을 허가하는 것이 적당하다고 인정하는 경우에는 다시 가석방 적격심사신청을 할 수" 있을 뿐이다(「형집행법 시행규칙」 제251조). 가석방결정은 행정처분으로서 행정심판 내지 행정소송의 대상이 될 수는 있지만, 실제로 가석방 결정과 관련하여 이를 다투는 경우는 극히 드물다.[696] 그리고 가석방 절차진행의 주기 및 실제 높은 형집행률에 따른 가석방운영 상황을 비추어 볼 때, 그 실효성 측면에서 사법적 구제가 적합한 것인지는 의문이다.

한편 가석방의 불복과 관련하여 영국에서는 가석방위원회 결정에 대한 재심의 절차를 두고 있다. 일정한 이유가 인정되는 경우 가석방위원회에 다시 한 번 결정을 내려달라고 요청할 권리를 부여하는 것이다. 법무부장관과 재소자만이 그 절차의 당사자로서 재심의를 신청할 수 있다. 특히 영국의 가석방 재심절차에서는 피해자가 결정에 대하여 직접 재심을 청구할 수는 없으나 가석방결정에 대하여 이의를 제기할 수 있다고 한다.[697] 영국과 같이 가석방 결정에 대하여 피해자가 이의제기를 할 수 있도록 허용하지 않는다고 하더라도 가석방의 불허결정에 대해서는 수형자의 이의신청 내지 불복제도를 보장할 필요가 있다.[698] 이것은 일본의 경우에도 크게 다르지 않은데 일본 지방갱생보호위원회의 가석방 처분에 대하여 불복하는 사람은 법무성의 산하 중앙갱생보호심사회에 재심사를 청구할 수 있다고 한다.[699]

따라서 가석방의 처분을 사법기관으로 넘겨야 한다는 사법처분화방안을 반드시

694) 김정연 외, 앞의 보고서, 14면.

695) 다만 소장은 가석방이 허가되지 아니한 수형자에 대하여 그 후에 가석방을 허가하는 것이 적당하다고 인정하는 경우에는 다시 가석방 적격심사신청을 할 수 있다(「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙」 제251조).

696) 김정연 외, 앞의 보고서, 227면.

697) 김정연 외, 앞의 보고서, 235면.

698) 김정연 외, 앞의 보고서, 235면.

699) 김정연 외, 앞의 보고서, 234-235면.

따르지 않더라도, 형사절차에서의 인권친화적인 불복제도의 확립을 위해서는 현행 가석방절차 내에서 각 단계별로 이의신청 내지 불복절차를 두어 가석방에 있어서 형 집행의 공정성 및 신뢰성을 확보할 필요가 있다.

다. 형 집행에 대한 사법심사 및 형집행법원 도입의 필요성

1) 형 집행에 대한 법관의 참여 유형

형집행 단계에서의 불복절차의 합리화 방안과 관련하여서는 형집행 단계에서의 사법심사의 필요성 내지 형집행법원의 도입에 관한 논의가 주요 쟁점이다. 형 집행 과정에 대하여 법원이 관여하는 형태를 주요 국가별로 구별할 수 있다.

먼저 우리나라의 경우 법원에서는 형을 선고하고 그 판결의 개별화 적용 내지 형의 집행은 검찰이 담당하도록 하여 행정관청에 의해 전담하는 형태로서, 일본과 미국이 유사하다. 형 집행 과정에 대한 법원의 관여가 가장 적은 형태의 모델이라 할 수 있다.

프랑스의 경우는 「형사소송법」에 형 집행과 집행유예 외에도 행형 전체를 규율하면서 자유형 집행에 대한 형사집행법관 및 형사집행법원의 관할권 규정을 두고 있다.[700] 프랑스 형사집행법관 및 형사집행법원은 형벌 집행의 본질적 방식을 확정하고 수형자에 대한 처우방식 내지 행형 조건에 대해서까지 결정을 하도록 하고 있다.[701] 형 집행 내지 행형의 단계까지 법원의 관여가 가장 큰 형태의 모델로 구분할 수 있다.

이탈리아의 경우는 형 집행과 행형의 영역을 구분하여 형 집행에 대해서는 검찰이 담당하도록 하면서 형사집행법원이 형집행절차에서 사법심사를 관할하도록 하고, 행형에 대한 고유의 감독재판권을 규정하여 감독법원이 사법통제를 하도록 하고 있다.[702] 형 집행에서부터 행형의 단계까지 법원의 관여를 인정한다는 측면에서는 프랑스의 유형과 유사하나,[703] 형 집행과 행형체계를 구분하여 각 사법심사의 관할 및

---

700) 박학모·뮐러·야버스, 앞의 보고서, 130면.

701) 프랑스에서 형사집행법관의 재판의 법적 성격에 대해서는 과거 행형과 관련하서는 교도소 행정에 귀속되는 형사집행위원회 위원장으로서 재판하므로 법관의 판결이 아니라 행정처분에 해당하고, 이에 대한 행정법원에의 권리구제 신청이 가능한지의 여부가 논쟁이 되어 왔다. 형사집행재판권에 대한 개정 이후에는 형사집행법관 및 형사집행법원의 재판에 대한 항소 규정을 명시하고 있다(박학모·뮐러·야버스, 앞의 보고서, 130-137면 참조).

702) 박학모·뮐러·야버스, 앞의 보고서, 191면-206면.

703) 이에 대해서는 행형 과정의 모든 구체적인 부분들까지 법원이 관여하는 형태라는 점을 강조하

관여의 형태를 달리한다는 점에서 차이가 있다.

독일에서는 법원이 형벌의 종류와 형량을 결정하고 이러한 형벌의 집행은 검찰이 담당하지만, 형벌과 관련한 '사후결정'의 영역과 수형자의 사법적 권리구제와 관련한 '행형'의 영역에 대해서는 지방법원의 형사집행부에서 담당하도록 하고 있다.[704] 예컨대 자유형과 관련하여서는 가석방의 결정 및 철회, 벌금형에 대해서는 납부경감 내지 대체형벌의 집행명령 등에 대해 법원이 관여하도록 하는 것이다. 독일은 검찰을 형 집행기관으로 규정하면서도 사후적으로 형벌에 대한 중요한 변경에 대해서는 별도의 사법심사기관, 즉 형사집행부를 두어 행형의 영역에서까지 사법심사를 하도록 하는 데 특징이 있다.

2) 형집행법원의 필요성 논의

형 집행에 대한 법원의 관여 정도를 비교해 볼 때, 우리나라의 경우는 형 집행 권한을 검사에게 전담하도록 하면서 별도의 사법심사를 예정하고 있지 않아 형 집행에 있어서 법원의 관여 정도가 가장 적다. 형집행절차에서의 권력분립의 원칙 측면에서도 행정기관의 형집행절차에 대한 사법기관의 견제와 균형의 장치가 부족하다는 문제가 있다. 형사절차는 수사절차와 재판절차 외에도 형집행절차가 포함되는 것인데, 수사절차와 재판절차에서는 적법절차원칙 및 인권침해에 대한 통제수단이 마련되어 있는 반면, 형집행절차에서의 사법적 통제는 약하다는 점을 비판의 대상으로 지적하기도 한다.[705] 이러한 측면에서 형집행절차에 대한 사법적 통제나 행형처분에 대한 사법심사는 무엇보다 요청된다.

형집행절차에 대한 사법적 통제의 필요성을 강조하면서 형집행법원의 도입을 제시하기도 한다.[706] 형집행절차 및 행형과정에 대해 보다 적극적으로 법원이 개입할 필요가 있다는 점에 대해서는 형집행법원의 도입을 고려할 수 있다. 그 관여 정도에 대해서는 프랑스 유형과 같이 형사집행법관 및 형사집행법원을 두는 제도나, 이탈리아 유형

여 프랑스와 이탈라아의 모델을 유사 형태로 구분하기도 한다(정승환, 앞의 논문, 396면).

704) 박학모·뮐러·야버스, 앞의 보고서, 107-118면.

705) 김태명(2012), 앞의 논문, 162면.

706) 김태명(2012), 앞의 논문, 180면; 박학모·뮐러·야버스, 앞의 보고서, 231-232면; 정승환, 앞의 논문, 403-404면.

과 같이 감독법원제도를 두는 형태가 가장 법원이 형집행절차에 적극적으로 개입할 수 있는 형태라 할 수 있다. 다만 이러한 형집행법원 형태의 도입은 현재 사법절차 및 법원조직법상 대대적인 변화를 요구하는 것이라는 점에서 현실적인 문제가 있다. 장기적으로는 이와 같은 형사집행법관제도 및 형사집행법원을 도입을 고려할 수 있다.[707] 단계적·절충적 개선으로서는 현행과 같이 전반적인 형 집행은 검찰이 담당하도록 하면서도 형벌의 중요한 변경 및 행형과정에서의 권리구제에 대해서는 형 집행 및 행형에 대한 사법적 통제를 담당하는 전담부서를 법원에 두는 것을 고려할 수 있다.[708] 이에 관해서는 독일의 형사집행부를 참고할 만하다.

3. 외국의 형집행 단계에서의 불복절차

가. 독일의 형집행절차상 불복절차

1) 개요

법원의 확정판결과 함께 선고된 형벌 실현에서 형 집행(*Strafvollstreckung*)과 행형(*Strafvollzug*) 절차가 구분된다. 행형은 유죄선고를 받은 자가 행형시설에 입소하고 석방될 때까지의 집행의 실무적 시행과 그 방법을 규율하는 반면, 형 집행은 형사법원 판결의 실현, 변경 및 폐지와 관련된 모든 명령(*Anordnung*)과 처분(*Maßnahme*)을 포함한다.[709] 따라서 형 집행은 유죄판결과 행형시설에서의 집행개시, 잔형유예와 관련하여 그 '여부 혹은 시기'에 관한 문제인 반면, 행형은 행형시설 내 자유형 집행의 '방법'과 관련된 문제이다.[710] 아래에서는 각각의 절차에서 규정된 불복 및 통제수단에 대하여 분설한다.

---

707) 박학모·뮐러·야버스, 앞의 보고서, 231면.

708) 정승환, 앞의 논문, 397면.

709) *BeckOK GVG/Köhnlein EGGVG* § 23 Rn. 159a. 양 절차의 개념적 특성에 관한 자세한 설명으로는 클라우스 라우벤탈, 앞의 책, 9면 이하 참조.

710) *BeckOK GVG/Köhnlein EGGVG* § 23 Rn. 159a.

2) 형 집행(*Strafvollstreckung*) 상 불복절차

가) 형 집행에 대한 법원의 통제(§458 *StPO*)

(1) 법원의 심사 범위와 대상

먼저 독일「형사소송법」제458조 제1항은 i) 형벌선고의 해석, ii) 선고된 형의 산정 및 iii) 형 집행의 허용성에 대하여 의심이 있는 경우 법원이 판단하여야 한다고 정하고 있다. 동조는 형집행기관의 자기결정원칙의 예외라고 볼 수 있다.[711] 이와 같은 결정은 결정권한을 갖는 형집행기관이 문제되는 사안에 대하여 결정한 후, 이에 대한 법원의 심사가 요청되는 경우 비로소 법원에서 심사될 수 있다.[712]

나아가 동법 제458조 제2항은 형집행기관의 결정 등에 대하여 이의를 제기하고 법원의 심사를 요청할 수 있는 대상을 다음과 같이 열거하고 있다.

- 자유형과 대체자유형의 집행순서(제454b조)
- 집행불능으로 인한 형 집행의 연기·정지(제455조)
- 형 집행의 일시적 연기(제456조)
- 직업금지의 연기와 유예(제456c조)
- 인도·추방·송환·입국거부된 자에 대하여 형벌이나 보안처분의 집행을 추완하는 형집행기관의 명령

(2) 청구권자

사법심사를 소구할 수 있는 청구권자는 유죄선고를 받은 자, 그의 변호인 및 법정대리인, 그리고 기타 해당 권한을 수여받은 대리인이다.[713] 벌금형을 선고받은 자가 사망한 경우 그 상속인 역시 청구적격이 인정된다.[714] 또한 선고형의 집행으로 자신의 소유권이 문제된다는 점을 제기하는 제3자 역시 청구할 수 있다.[715]

---

711) *MüKoStPO/Nestler,* 1. Aufl. 2019, StPO § 458 Rn. 1.

712) *MüKoStPO/Nestler,* 1. Aufl. 2019, StPO § 458 Rn. 1.

713) *MüKoStPO/Nestler,* 1. Aufl. 2019, StPO § 458 Rn. 18; *KK-StPO/Appl,* 8. Aufl. 2019, StPO § 458 Rn. 9.

714) *MüKoStPO/Nestler,* 1. Aufl. 2019, StPO § 458 Rn. 18; *KK-StPO/Appl,* 8. Aufl. 2019, StPO § 458 Rn. 9.

715) *MüKoStPO/Nestler,* 1. Aufl. 2019, StPO § 458 Rn. 18.

(3) 형 집행의 속행

이의제기를 통하여 원칙적으로 해당 형 집행이 중단 또는 연기되지 않는다. 그러나 법원은 임시적 결정으로 이를 명할 수 있다. 심사 법원이 해당 청구를 인용할 것이 예상되는 경우 임시적 중단·연기 결정을 특별히 고려하여야 한다.[716]

(4) 관할 및 절차

독일「형사소송법」제458조에 의하여 제기된 재판은 구술심리 없이 결정하고(동법 제462조 제1항), 유죄판결 받은 사람이 수용되어 있는 행형시설이 소재하는 지역의 형 집행재판부에서 관할한다(동법 제462a조 제1항).[717]

나) 벌금형 집행에 대한 법원의 통제 (§459o *StPO*)

(1) 심사의 대상

독일「형사소송법」제459o조는 형집행절차에서의 이의제기를 규정하고 있는 제458조에 대한 특별법적 지위에서 벌금형의 집행에 대하여 적용된다.[718] 동 규정에 따른 불복신청은 다음과 같은 사항에 대한 형집행기관의 결정에 대하여 제기될 수 있다(동법 제459o조).

- 납부경감의 허가(제459a조)
- 벌금의 징수(제459c조)
- 대체자유형의 집행(제459e조)
- 부수형의 집행(제459g조)

(2) 청구권자

형 집행의 대상이 되는 유죄판결을 받은 자를 포함하여 형집행기관이 내린 결정과 관련되는 모든 사람의 청구적격이 인정된다.[719]

716) *MüKoStPO/Nestler,* 1. Aufl. 2019, StPO § 458 Rn. 20.

717) 김정연 외, 앞의 보고서, 181면 각주 259에 번역된 법조문 참조.

718) *MüKoStPO/Nestler,* 1. Aufl. 2019, StPO § 459o Rn. 1.

719) *MüKoStPO/Nestler,* 1. Aufl. 2019, StPO § 459o Rn. 3.

(3) 관할

독일「형사소송법」제459o조와 관련된 이의가 제기된 경우 제1심 법원이 관할하고, 제1심 법원은 해당 사건을 유죄판결을 받은 자의 주소지 혹은 거소지가 있는 구법원으로 이송할 수 있다(동법 제462a조 제2항). 다만 대체자유형의 집행이 이미 개시된 경우라면 행형시설이 소재하는 지역에 설치된 형집행재판부가 관할한다.[720]

3) 행형(*Strafvollzug*) 상 불복절차

가) 행형 중 이의제기권

독일「행형법」(*StVollzG*) 제108조는 수형자의 이의제기권(*Beschwerderecht*)에 관하여 정하고 있다. 이에 따라 수형자에게 그 자신과 관련된 사항에 대하여 희망, 제안 및 불만 등을 행형시설의 장에게 청원할 기회가 보장되고, 이를 위하여 정기적인 면담시간이 지정되어야 한다(제1항). 나아가 감독관청에 의한 시설 점검 시 감독관청의 담당직원에게 청원할 기회 또한 보장되어야 한다(제2항). 이를 위하여 행형시설은 미리 면담신청 목록을 받아 작성하고 이를 감독관청의 점검공무원에게 제출하고, 면담이 이루어진다.[721]

나) 행형관청의 '처분'에 대한 법원의 통제

행형중 행형관청의 처분에 대한 불복수단은「행형법」(*StVollzG*) 제109조 이하에서 규정하고 있는 '사법심사 청구권'으로 구체화 된다. 그 개요를 도식화하면 아래와 같다.

내용	관련 조문
1. 사법심사 청구의 범위와 대상 - 행형관청의 처분 - 규율성 - 구체적 사안 - 행형의 영역	제109조 제1항
2. 청구적격 - 주관적 권리 침해	제109조 제2항
3. 청구의 유형	제119조, 제113조, 제115조
4. 전심절차	제109조 제3항

720) *MüKoStPO/Nestler,* 1. Aufl. 2019, StPO § 459o Rn. 10.

721) 클라우스 라우벤탈, 앞의 책, 441면.

내용	관련 조문
5. 청구의 형식과 기간	제112조 제1항, 제3항
6. 당사자 적격	제111조 제2항
7. 관할	제110조

자료출처 : *Höflich/Schriever/Bartimeier*, 2014, S. 215[722] 재구성

(1) 사법심사 청구의 범위 및 대상

독일 「행형법」(*StVollzG*) 제109조 제1항은 행형 또는 자유박탈적 보안처분의 집행 중 구체적 사항의 규율을 위한 처분에 대하여 사법심사를 청구할 수 있는 불복절차를 규정하고 있다.[723] 이때 심사의 대상은 행형 등의 범위 내에서 구체적 사항의 규율을 위하여 내려진 행형관청의 처분이다. 심사 대상의 요건을 분설하면 아래와 같다.

[행형영역] 행형영역의 범위는 먼저 독일 「행형법」 제1조에서 정한 동법의 적용범위인 자유형 및 자유박탈적 보안처분의 집행 및 정신병원 또는 금단치료시설에서의 자유박탈적 수용처분의 집행 등을 포함한다.[724] 이와 달리 「형사소송법」상 재판의 심리 중 구속수감된 자와 이에 대한 제한조치에 관한 사법심사에 관해서는 「형사소송법」 제119a조가 적용되고, 감정을 위한 피혐의자의 수용처분(동법 제81조) 역시 「행형법」상의 사법심사 청구권이 적용되지 않는다.[725]

[구체적 사항의 규율] 사법심사 청구는 개별적·구체적 사항에 대한 규율을 위한 처분을 대상으로 한다. 특정된 사안을 규율하기 위하여 발령되는 처분, 개별적 결정으로 대상자의 권리영역을 침해는 사안을 의미한다. 이와 달리 일반적 사안에 대한 규정·지침 내지는 행형시설의 질서유지 등을 위하여 발해지는 포괄적 생활규칙은 구체성의 흠결로 청구대상에서 제외된다. 따라서 각 주 사법행정부의 행정규칙 및 지시 회람(*Runderlasse*), 일반적인 행정명령, 「행형법」 제161조에 의한 불특정한 다수인에 적용되는 내부규칙(*Hausordnung*), 시설 내 명령, 일반명령과 설명서 등은 구체성을 흠결한

722) *Höflich/Schriever/Bartimeier, Grundriss Vollzugsrecht,* 4 Aufl., Springer, 2014, S. 214.

723) 독일「행형법」 제109조 제1항
"행형 혹은 자유박탈적 보안처분의 집행 범위에서 구체적인 사항의 규율을 위한 처분에 대하여 사법적 결정이 청구될 수 있다. 청구를 통하여 거부된 또는 부작위된 처분의 발령에 대한 의무가 소구될 수 있다".

724) 클라우스 라우벤탈, 앞의 책, 447면.

725) *Laubental, StVollzG,* § 109 Rn. 4.

사안으로 동 규정에서 예정한 사법심사 청구권의 범위에 해당하지 않는다.[726]

사법심사의 대상이 되는 처분은 규율적 속성을 가져야 하는데, 이는 직접적인 법률효과를 전제로 한다. 개별적·구체적 규율을 통하여 수형자의 주관적 권리가 인정되고, 변경되고, 취소되며 구속력이 있는 것으로 확정되거나 또는 이러한 권리의 발생, 변경, 취소 및 확정이 구속적으로 부정되는 때에 규율적 속성(*Regelungscharakter*)이 인정될 수 있다.[727]

[처분] 구체적 사안에 대한 처분에서의 처분개념은 「행정절차법」 제35조나 「법원조직법 시행법」 제23조의 행정처분 개념에 기반한다.[728] 사법적 심사에 대한 청구는 수형자에게 발해지고 이의가 제기된 행형관청의 구체적인 개별처분을 대상으로 하는 것이므로, 일반적 규율을 위한 규정은 이에 해당하지 않는다.[729] 그럼에도 「행형법」 제7조에서 규정한 '집행계획(*Vollzugsplan*)'은 제109조 제1항의 의미에서 구체적 처분으로 인정될 수 있는데, 이 경우 사법적 심사의 대상이 되는 것은 집행계획에서 예정하고 있는 개별 취급기준이 된다.[730] 또한 수형공간의 수색, 수형공간의 지정 및 변경, 수형공간에 추가적으로 수형자를 배정하는 등 수형자의 생활관계에 형성적 효력을 갖는 사실행위(*Realakt*) 역시 동조의 사법심사 청구의 대상이 되는 처분으로 인정될 수 있다.[731]

(2) 청구권자

청구인은 처분, 처분의 거부 또는 부작위로 인하여 주관적 권리를 침해받은 경우에만 사법적 심사를 청구할 수 있다(「행형법」 제109조 제2항[732]). 따라서 제3자를 위한 청구, 모든 수형자를 위한 청구 또는 단지 객관적인 법익 침해를 주장하는 청구는 부적격하다.[733] 행형관청의 처분 또는 처분의 거부 내지는 부작위로 인하여 자신의

726) 클라우스 라우벤탈, 앞의 책, 454면.

727) 클라우스 라우벤탈, 앞의 책, 454면.

728) 클라우스 라우벤탈, 앞의 책, 451면.

729) *Laubental, StVollzG,* § 109 Rn. 12.

730) *Laubental, StVollzG,* § 109 Rn. 12.

731) *Laubental, StVollzG,* § 109 Rn. 12.

732) 독일 「행형법」 제109조 제2항
"사법적 결정을 위한 청구는 오직 청구인이 처분 혹은 처분의 거부 또는 부작위로 인하여 자신의 권리를 침해받은 것을 주장하는 경우에만 허용된다".

733) 클라우스 라우벤탈, 앞의 책, 459면.

권리를 침해받은 경우라면 행형관계의 외부에 있는 제3자의 청구적격이 인정될 수 있다. 예컨대 제3자가 수형인과의 접견금지 또는 서신금지로 인하여 자신의 권리를 침해받았다면 독일 기본법 제2조 제1항의 자유로운 인격발현권 침해를 이유로 청구적격이 인정될 수 있다.[734]

(3) 전심절차

종전 행형법 제109조 제3항은 주법에서 전심절차(*Vorverwaltungsverfahren*)를 예정할 수 있음을 규정하고 있었다. 이에 따라 브레멘시, 함부르크시 및 쉴레스비히-홀슈타인 주 등에서 사법심판 전 행정심판 절차를 규정하고 있었으나,[735] 현행법에서는 동 규정이 삭제되어 폐지되었다.

(4) 사법심사의 유형

사법심사의 유형에 관하여 「행형법」은 명확한 열거규정을 두고 있지 않지만, 행형법과 행정소송법 일반원칙에 따라 사법심사 유형과 목적을 구분하면 다음과 같다.

사법심사의 유형	내용
취소신청	침익적 처분의 취소 청구(제109조 제1항 제1문, 제115조 제2항 제1문)
의무이행신청	신청한 처분이 거부된 경우 이에 대한 이행 강제 청구(제109조 제1항 제2문, 제115조 제4항)
작위신청	일반적 급부행위의 불이행에 대한 작위 청구(제109조 제1항 제2문, 제113조)
부작위신청	예견되는 처분 내지는 반복적 처분에 대한 예방적 부작위 청구
확인신청	취소신청과 의무이행신청에 대한 보충적 관계에서 이미 신청된 처분 내지 처분의 취소가 본안판단 전에 해결된 경우, 그럼에도 이러한 확인에 대하여 정당한 이익이 있는 경우 확인 청구(제115조 제3항)

자료출처 : 클라우스 라우벤탈, 앞의 책, 455-459면 재구성[736]

(5) 당사자 적격

「행형법」 제109조 이하에 따른 사법결정에서 당사자는 동법 제111조[737]에서 열거

734) 클라우스 라우벤탈, 앞의 책, 459면.

735) 종전 전심절차에 관한 자세한 설명으로 클라우스 라우벤탈, 앞의 책, 461면 이하 참조.

736) 또한 박학모·뮐러·야버스, 앞의 보고서, 113-114면 참조.

737) 독일「행형법」 제111조
"(1) 사법절차의 당사자는 다음 각호와 같다.

하고 있다. 이에 따라 행형 중 처분에 대한 사법심사의 당사자는 청구인과 처분을 발하였거나 신청된 처분을 거부 내지는 부작위한 행형관청이다. 상급법원에서 심리가 되는 경우에는 해당 행형관청의 감독기관이 당사자 지위를 갖는다.

(6) 청구 형식 및 기간

청구인은 처분을 송달 또는 서면으로 통지 받은 후 2주 이내에 서면으로 제출하거나 법원 사무국의 조서형식으로 작성·제출할 수 있다(「행형법」 제112조[738]). 청구인의 귀책사유 없이 청구기간을 준수하지 못한 경우 절차회복 청구가 가능하며, 장애요소의 소멸 후 2주 이내에 제기되어야 한다.

(7) 관할

「행형법」 제109조 이하의 사법심사청구에 대하여는 행형시설에 인접한 지방법원에 설치되는 형집행합의부(*Strafvollstreckungskammer*)가 관할한다. 이러한 관할권에 관하여는 독일 「법원조직법」 제78a조 제1항 제2호[739]에서 규정하고 있다.

행형판단에 있어 형집행합의부(*Strafvollstreckungskammer*)는 단독판사로 구성된다(동법

---

1. 청구인
2. 취소가 문제된 처분을 발하였거나, 신청된 처분을 거부 혹은 부작위한 행형관청

(2) 주고등법원 또는 연방대법원에서의 절차에서는 제1항 제2호에 따른 당사자는 감독관청이다".

738) 독일 「행형법」 제112조

"(1) 청구는 처분의 송달 혹은 서면 통지 또는 처분의 거부 후 2주 이내에 서면으로 또는 법원 사무국의 조서형식으로 제출되어야 한다.

(2) 청구인의 귀책사유 없이 기간을 준수하는 것이 방해되었다면, 절차회복 청구가 보장되어야 한다.

(3) 절차회복을 위한 청구는 장애요소의 소멸 후 2주 이내에 제기되어야 한다. 청구의 이유에 관한 사실은 청구에 있어서 혹은 청구를 통한 절차에서 충분히 제시되어야 한다. 청구기간 내에서 지체된 법률행위가 추완될 수 있다. 추완되는 경우에는 절차회복은 청구없이 보장될 수 있다.

(4) 지체된 기간의 도과 후 1년이 경과한 후에는 절차회복을 위한 청구는 허용되지 않는다. 다만 1년의 기간 도과 전 청구가 불가항력적인 경우에는 제외한다".

739) 독일 「법원조직법」 제78a조

"(1) 지방법원 관할구역 내에 자유형 또는 교화 및 안전을 위한 자유박탈조치를 집행하는 성인 구금시설이 운영되는 경우 또는 그 밖의 집행기관이 소재하는 경우 지방법원에 형집행 합의부를 설치한다. 형집행합의부는 다음을 관할한다.

1. 「형사소송법」의 적용범위 내에서 「형사소송법」 제462a조, 제463조에 따른 결정
2. 「행형법」 제50조제5항, 제109조, 제138조제3항에 따른 결정
3. 형사사건에서 「국제적 사법공조에 대한 법」 제50조, 제58조제2항, 제84g조제1항, 제84j 조, 제90h조제1, 2항, 제90k조제1, 2항에 따른 결정".

제78b조 제1항 제2호). 청구권의 성질상 형집행합의부에서의 심리는 본질상 행정소송의 성격을 띠고 있다는 점에서 광범위하게 행정법원에 의한 권리구제절차를 따르고 있다.[740]

4) 가석방 결정 절차에서의 참여

독일형법 제57조와 제57a조에서 규정하고 있는 독일의 가석방(*Strafrestaussetzung*)제도와 우리나라의 제도는 대표적으로 ⅰ) 형식적 요건인 최소 복역 연한, ⅱ) 가석방 결정에 있어서의 판단요소, ⅲ) 가석방의 필요적 심사, ⅳ) 보호관찰의 결정 등에서 상당한 차이점이 존재한다.[741] 모든 가석방 결정은 해당 수형자의 동의를 요한다. 특히 보호관찰부 가석방이나 부담 등이 부과되는 가석방에서는 수형자의 명시적 동의가 필요하다.[742] 가석방 결정은 형집행합의부(*Strafvollstreckungskammer*)가 관장하고 있으며 심사는 직권심사와 신청심사로 구분될 수 있다. 독일「형법」제57조 제1항에 따른 통상적 가석방과 제57조 제2항 제1호에 따른 특례 가석방의 경우 형식적 요건이 충족되는 경우 형집행합의부가 직권으로 심사하지만, 제57조 제2항 제2호에 규정한 특별한 사정을 이유로 하는 가석방 특례는 신청권자의 청구로 절차가 개시된다.[743] 신청권자는 해당 수형인, 변호인 및 검사 등이다. 신청권자가 가석방 심리를 신청하는 경우 특별한 사정이 존재하지 않는 한 신속하게 절차를 진행하여야 한다.[744]

형집행합의부는 가석방 결정 절차에서 특별한 경우를 제외하고 가석방 대상자의 의견을 의무적으로 청취하여야 한다.[745] 청문절차의 미이행은 정당한 사유가 존재하

---

740) 박학모·뮐러·야버스, 앞의 보고서, 2011, 113면.

741) 독일 가석방제도에 대하여는 김정연 외,『가석방제도의 운영현황과 개선방안에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2019, 165면 이하 참조.

742) *OLG Celle 1. Strafsenat,* Beschluss vom 23.06.2017, 1 Ws 69/17.

743) *NK-Dünkel, StGB,* 5. Aufl., 2017, § 57 Rn. 79.

744) *Lackner/Kühl, StGB,* 29. Aufl., 2018, § 57 Rn. 29; *MK-Groß, StGB,* 3. Aufl., 2016, § 57 Rn. 52.

745) 독일「형사소송법」제454조(보호관찰을 위한 자유형 남은 형기의 집행유예)
"(1) 자유형 남은 형기의 집행유예를 보호관찰부로 해야 하는지 여부(형법 제57조 내지 제58조)의 재판과 유죄판결 받은 사람의 이런 신청이 일정 기간의 경과 전에 허용되지 않는다는 재판은 법원이 구술심리 없이 결정으로 한다. 검찰, 유죄판결 받은 사람과 수감시설의 의견을 들어야 한다. 유죄판결 받은 사람의 의견은 말로 들어야 한다. 유죄판결 받은 사람의 구술심문은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 이를 하지 않을 수 있다.
1. 검찰과 수감시설이 유기자유형의 유예에 찬성하고 법원이 유예할 의사가 있는 경우
2. 유죄판결 받은 사람이 유예를 신청하고, 그 신청 당시

지 않는 경우 중대한 절차위반이며, 결정의 취소사유가 될 수 있다.[746]

나. 일본의 형집행절차상 불복절차

1) 개요

일본의 형집행 단계에서의 불복 및 통제수단과 관련하여, 수형자의 관점에서 살펴보게 되면 크게 두 영역으로 나누어 살펴 볼 수 있다.

첫 번째로는 교정시설 내에 수용 중인 수형자에 대한 일반 교정(矯正)처우 속에서 나타나는 교정처분에 대한 불복이 있다. 이에 관련된 법규는 「형사수용시설 및 피수용자 등의 처우에 관한 법률」이다.[747]

두 번째는 가석방 대상자의 가석방 심사와 가석방 출소자의 가석방 취소결정과 관련된다. 우선 일본에서 가석방 대상자는 일본 「형법」[748] 제28조[749]에서 "징역 또는 금고에 처해진 자에게 개전(改悛)의 정이 있는 때는, 유기형에 대해서는 그 형기의 3분의 1을, 무기형에 대해서는 10년을 경과한 후, 행정관청의 처분에 의해 가석방할 수 있다"라고 규정하고 있다. 관련하여 일본 「형법」 제28조에서의 행정관청은 일본 법무성 지방갱생보호위원회를 말하며(일본 「갱생보호법」[750] 제16조[751]), 성인 수형자의 가석

---

a) 유기자유형의 경우 그 형기 중 2분의 1 또는 2개월이 경과되지 않았고,
b) 종신자유형의 경우 13년을 경과하지 않았으며,
그리고 조기 신청을 이유로 법원이 신청을 기각하는 경우

3. 유죄판결 받은 사람의 신청이 부적법한 경우(형법 제57조 제7항, 제57조a 제4항)
법원은 그 재판과 동시에 「행형법」 제43조 제10항 제3호에 따른 산입이 배제되는지 여부를 재판한다". (번역은 독일법연구회, 『독일 형사소송법』, 사법발전재단, 2018에서 인용)

746) NK-Dünkel, StGB, 5. Aufl., 2017, § 57 Rn. 82.

747) 「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」(平成十七年法律第五十号).

748) 「刑法」(明治四十年法律第四十五号).

749) 일본 「형법」 제28조 (가석방) 징역 또는 금고에 처해진 자에게 개전의 정이 있는 때에는 유기형에 대해서는 그 형기의 3분의 1, 무기형에 대해서는 10년이 경과한 후 행정관청의 처분으로써 가석방할 수 있다.

750) 更生保護法 (平成十九年法律第八十八号).

751) 제16조 (소장 사무) "지방갱생보호위원회(이하 "지방위원회"라 한다)는 다음에 열거한 사무를 담당한다.
(1) 형법(1907년 법률 제45호) 제28조의 행정관청으로서 가석방을 허가하거나 처분을 취소하는 것
(2) 형법 제30조의 행정관청으로서 임시출장을 허가할 것
(3) 소년원에서 가퇴원 또는 퇴원을 허가할 것
(4) 소년원에서 가퇴원 중인 자에 대하여 소년원으로 되돌려 수용하는 취지의 결정을 신청할 것

방뿐만 아니라 소년원 등에서의 가퇴원도 심리 및 결정한다. 따라서 복역 중인 수형자 등의 가석방을 심리 및 결정하는 것은 교정시설이 아니라, 법무성 지방갱생보호위원회와 보호관찰소이기 때문에 가석방 심사결과에 관련한 불복과 가석방 취소(일본 「형법」 제29조)와 관련된 결정은 앞서 언급한 「형사수용시설 및 피수용자 등의 처우에 관한 법률」에 의하지 않고, 「갱생보호법」에 의하게 되는 점에서도 구별된다.[752]

2) 일본의 「형사수용시설 및 피수용자 등의 처우에 관한 법률」상의 불복절차

교정시설내에 수용 중인 수형자에 대한 일반 교정(矯正)처우 속에서 나타나는 교정처분에 대한 불복절차에 대해서는 「형사수용시설 및 피수용자 등의 처우에 관한 법률」에서 상세히 규정하고 있다.

본 법의 경위에 대해 간단히 소개하자면, 지금은 폐지되었으나 메이지 41년(1908년) 3월에 공포되어 같은 해 10월에 시행된 「(구)감옥법」[753]이 그 시작이다. 「(구)감옥법」은 시행 후 약 100년간 실질적인 개정이 이루어지지 못한 탓에 법률의 내용 및 형식이 모두 시대에 적합하지 않게 되었고, 이를 법개정 없이 관련 성령이나 훈령 및 통달 등으로 대체하다 보니 교정행정실무상 법령의 체계가 복잡해 이해하기 어렵게 되었다.

이러한 「(구)감옥법」에 있어서 가장 개선되어야 할 부분에 관하여 개정논의가 오랜 기간 계속되었고, 그 결과 ① 수형자의 권리의무관계나 직원의 권한을 명확히 할 것, ② 수형자의 개선·갱생과 원활한 사회복귀를 도모하기 위한 처우를 충실하게 할 것, ③ 수형자의 불복제기 제도를 정비할 것, ④ 형사시설 운영의 투명성을 확보하기 위한 시스템 마련 등을 주요내용으로 한 법개정이 이루어졌다. 그것이 바로 2005년에 제정된 「형사시설 및 수형자의 처우등에 관한 법률」(2005년 법률 제50호)이다.[754]

---

(5) 소년법(1948년 법률 제168호)제52조제1항 또는 동조 제1항 및 제2항의 규정에 따라 선고된 형(이하 '부정기형')에 대하여 그 집행이 종료된 것으로 하는 처분을 할 것.
(6) 형법 제25조의2제2항 및 제27조의3제2항(약물사용 등의 죄를 범한 자에 대한 형 일부의 집행유예에 관한 법률(2013년 법률 제50호)제4조제2항에서 준용하는 경우를 포함)의 행정관청으로서 보호관찰을 잠정적으로 해제하거나 처분을 취소한다.
(7) 부인보도원의 가퇴원을 허가하거나 처분을 취소할 것
(8) 보호관찰소의 사무를 감독할 것
(9) 전 각 호에 열거된 것 외에 본 법률 또는 다른 법률에 따라 권한에 속하게 된 사항을 처리하는 것".

752) 김정연 외, 앞의 보고서, 203면.

753) 「監獄法」(明治41年法律第28号) .

다만, 미결구금자 등의 처우에 대한 규정을 담고 있지 못하였기에, 이를 포함하기 위해 2006년에 「형사시설 및 수형자의 처우등에 관한 법률의 일부를 개정하는 법률」(2006년 법률 제58호)의 개정이 이루어졌고, 이에 따라 「(구)감옥법」은 폐지되었다.[755]

여기서는 간단히 「형사수용시설 및 피수용자 등의 처우에 관한 법률」과 「소년원법」 및 「소년감별소법」[756]상의 불복절차에 대해 살펴본다.

가) 형사시설의 피수용자

형사시설(형무소, 소년형무소, 구치소)의 피수용자는 불복하는 내용에 따라 다음 중 하나의 절차를 선택하여 불복할 수 있다.

① 심사 신청(「형사수용시설 및 피수용자 등의 처우에 관한 법률」 제157조, 제162조 외)

이는 피수용자에 대한 징벌, 서적의 열람의 금지, 서신의 왕래 제한 등의 형사시설의 장에 의한 일정한 처분이 대상이 된다.

피수용자에 의한 심사의 신청이 있게 되면, 당해 형사시설의 교정처우에 대한 불복이기 때문에 상급기관인 교정관구의 장이 제1차 심사를 실시하고, 그 판단에 불복이 있을 경우에는 법무대신에게 신청(재심사의 신청)을 할 수 있다.[757]

② 사실 신고(「형사수용시설 및 피수용자 등의 처우에 관한 법률」 제163조, 제165조 외)

이는 형사시설 직원에 의한 유형력 행사, 보호실 수용 및 수갑 등의 부당한 사용 등 사실행위가 대상이 된다.

이에 대해서도 당해 형사시설의 교정처우에 대한 불복이기 때문에 상급기관인 교정관구의 장이 제1차 심사를 실시하고, 그 판단에 불복이 있는 경우에는 법무대신에게 2차 신고를 할 수 있다.[758]

③ 불만 접수(「형사수용시설 및 피수용자 등의 처우에 관한 법률」 제166조부터 제168조까지)

---

754) 「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律」(平成17年法律第50号).

755) 法務省『令和元年版 犯罪白書』(2019年) (http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/66/nfm/n66_2_1_2_3_1.html; 검색일: 2020년 9월 25일).

756) 「少年院法」(平成26年法律第58号), 「少年鑑別所法」(平成26年法律第59号).

757) 法務省「矯正施設における不服申立ての状況について」(http://www.moj.go.jp/kyousei1/kyousei08_00063.html; 검색일: 2020년 9월 25일).

758) 法務省「矯正施設における不服申立ての状況について」(http://www.moj.go.jp/kyousei1/kyousei08_00063.html; 검색일: 2020년 9월 25일).

이는 형사시설에서 피수용자 자신이 받은 처우 전반이 대상이 된다. 피수용자에 대한 직·간접적 교정처우에 대한 것으로 형사시설의 장에 대한 불만신청, 감사관[759]에 대한 불만신청 또는 법무대신에 대한 불만신청 중 어느 한 절차를 선택하여 신청할 수 있다.[760]

나) 소년원 및 소년감별소의 피수용자

소년원 재원자 및 소년감별소 재소자는, 소년원·소년감별소에서 자기가 받은 처우을 대상으로 하여, 다음의 불복제기를 할 수 있다.

① 구제 신청(일본「소년원법」제120조 외,「소년감별소법」제109조 외)

소년원 재원자 및 소년감별소 재소자는, 자기에 대한 소년원·소년감별소의 장의 조치 및 그 밖에 자기가 받은 처우에 대하여 불만이 있는 때에는 서면으로 법무대신에게 구제를 요구하는 신청을 할 수 있다.[761]

② 불만의 접수(「소년원법」제129조, 제130조,「소년감별소법」제118조, 제119조)

소년원 재원자 및 소년감별소 재소자는, 자기에 대한 소년원·소년감별소의 장의 조치 및 그 외 자기가 받은 처우에 대해서, 구두 또는 서면으로, 소년원의 장, 소년감별소의 장 또는 감사관에게 불만신청을 할 수 있다.[762]

3)「갱생보호법」상의 불복절차

일본의「갱생보호법」은 2007년에 기존의 갱생보호에 관한 기본법으로서의 역할을 수행해온 1949년의「(구)범죄자예방갱생법」[763]과 1954년의「(구)집행유예자보호관찰법」[764]을 각각 정리·통합한 것이다.[765] 이에 따라 양 법률이 각각 폐지되었다.

---

759) 감사관이란, 1년에 1회 이상 형사시설의 현장감사를 실시하도록 법무대신으로부터 지명된 교정직원을 말한다.

760) 法務省「矯正施設における不服申立ての状況について」(http://www.moj.go.jp/kyousei1/kyousei08_00063.html; 검색일: 2020년 9월 25일).

761) 法務省「矯正施設における不服申立ての状況について」(http://www.moj.go.jp/kyousei1/kyousei08_00063.html; 검색일: 2020년 9월 25일).

762) 法務省「矯正施設における不服申立ての状況について」(http://www.moj.go.jp/kyousei1/kyousei08_00063.html; 검색일: 2020년 9월 25일).

763) 犯罪者予防更生法（昭和24年法律第142号）.

764) 執行猶予者保護観察法（昭和29年4月1日法律第58号）.

765) 김정연 외, 앞의 보고서, 200면.

이러한 「갱생보호법」의 신설·제정의 배경에는 보호관찰 대상자에 의한 강력사건이 잇따라 발생함에 따라 당시의 갱생보호제도 운용에 대한 비판적 여론이 형성됨에 따라 재범예방 및 위험관리의 중요성이 강조된 것과 더불어 경미범죄 등에 대한 회복적 사법제도 도입 논의 등을 비롯한 사회 내 처우에 관한 제도의 중요성도 감안된 것도 포함된다.[766]

간단히 일본의 가석방 제도에 대해 소개하면 다음과 같다.[767]

가) 지방갱생보호위원회

일본의 가석방 제도는 교정시설의 종류에 따라 ① 징역·금고 수형자의 교정시설로부터의 가석방을 의미하는 가출옥과 ② 소년원 또는 부인보도원으로부터의 가석방인 가퇴원, ③ 구류장·노역장으로부터의 가석방을 의미하는 가출장으로 용어를 구분하고 있다.[768]

지방갱생보호위원회는 가석방의 심리 및 결정에 있어서 중요한 역할을 담당하는데, 고등재판소 관할구역과 동일하게 전국 8개소에 설치되어 있다.[769] 일본 「갱생보호법」 제17조[770]에 따르면, 지방갱생보호위원회는 3명 이상 14명 이하로 정령에서 정하는 인원수 내의 위원으로 구성되고 그 임기는 3년이다(동법 제18조).

지방갱생보호위원회는 가석방 심리결정에 있어서 지방재판소 공판에서의 재판관의 예와 동일하게 위원 전원이 합의체를 구성하는 것이 아니라, 전 위원 중에서 3명의 위원이 합의체를 구성한다. 그 합의체의 의결에 의해 심리결정을 한다(일본 「갱생보호법」 제21조 참조).[771] 이러한 3인 합의체는 전국에 22부가 존재하는데, 각 관할구역

766) 藤本哲也, 「更生保護法成立の意義と課題（特集 更生保護法の成立と展望）」, 『刑事法ジャーナル』, 第10号(2008年), 26頁.

767) 김정연 외, 앞의 보고서, 201면 이하 참조.

768) 장규원·진수명·이상용, 『가석방 심사체제 정비방안에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1998, 87면.

769) 小野坂弘, 「仮釈放制度について」, 『法政理論』, 第22巻第3号(1990年), 132頁.

770) 제17조(지방위원회의 조직) 지방위원회는 3인 이상 정령으로 정하는 인원수 이내의 위원으로 조직한다.

771) 제21조 (위원회의) "지방위원회의 소관사무 처리는 제23조제1항의 규정에 따라 3인의 위원으로 구성하는 합의체에서 권한을 행사하는 경우 및 그 밖에 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고, 위원의 전원으로 구성하는 회의의 의결에 따른다.
2 전항의 회의는 위원장이 소집한다.
3 제1항의 회의는 위원의 절반 이상이 출석하지 않으면 의사를 열어 의결할 수 없다.

소재 교정시설 수형자의 가석방 허가와 그 취소에 대해 조사를 하고 이에 기초하여 심리 및 허가 여부를 결정한다.[772]

나) 가석방 허가 결정 및 허가 기준

지방갱생보호위원회의 가석방 허가 여부에 관한 심리에 있어서, 일정한 사유로 인한 면접을 실시하지 않는 경우 외에 지방갱생위원회 위원에 의한 가석방 대상자의 면접은 전제조건이 된다(일본「갱생보호법」제37조 제1항).

면접 회수	시기	면접 내용 및 통지 내용
1회차 면접	가석방 3개월에서 9개월 전(前)에 실시	보호관찰관에 의한 예비면접(수형자의 가석방에 대한 의사(意思)를 확인함)
2회차 면접	예비면접 이후 1개월에서 6개월 후(後)에 실시	지방갱생보호위원회에 의한 면접 (지방갱생보호위원이 직접 수형자를 면접하고, 가석방 판단의 타당성을 심리함)
면접결과	2회차 면접 후 1개월 정도 경과 시점	신원인수인에게 가석방 허가를 통지하고 출소일에 신원인수 가능여부 확인(동 통지 후 1개월에서 3개월 이후 가석방 됨)

출처 : 法務省「更生保護」とは」http://www.moj.go.jp/hogo1/soumu/hogo_hogo01.html (검색일: 2020년 9월 25일).

이를 통해 보호관찰 처분이 본인의 개선갱생을 위해 합당하다고 인정되는 경우에는 가석방 허가처분이 결정되고, 가석방 허가 결정서를 작성하게 된다(일본「갱생보호법」제26조).[773] 또한 이러한 결정사항은 서면으로 가석방 신청대상자에게 고지해야 한다(일본「갱생보호법」제27조 제1항 및 제2항).

다) 지방갱생보호위원회 심사결과에 대한 불복신청

지방갱생보호위원회에 의한 가석방 허가여부 결정은 어디까지나 행정처분이기 때문에, 그 결정에 대한 불복신청이 가능하다. 즉 지방갱생보호위원회는 가석방 결정 처분에 관한 최종 행정청은 아니기 때문에, 가석방 여부를 결정한 처분에 대하여 불복

4 제1항의 회의의 의사는 출석자 과반수로 결정하고 가부동수인 경우 위원장이 결정하는 바에 따른다. 단, 5인 미만의 위원으로 조직되는 지방위원회에서 출석자가 2인인 때에는 그 의견이 일치한 바에 따른다".

772) 太田達也,『仮釈放の理論ー矯正保護の連携と再犯防止ー』, 慶応義塾大学出版会, 2017, 307頁.

773) 제26조 (결정서) "제23조제1항의 합의체의 결정은 결정서를 작성하여 하여야 한다".

하는 자는 법무성의 심의회 중 하나인 중앙갱생보호심사회(지방갱생보호위원회의 사실상 상급행정청)에 재심사청구를 할 수 있다(일본「갱생보호법」 제92조).[774][775]

이에 따라 중앙갱생보호위원회는 지방갱생보호위원회의 결정에 대하여「갱생보호법」 및 행정불복심사법[776]에 따라 심사절차를 진행하고 결정을 한다(일본「갱생보호법」 제4조 제2항 제2호).[777] 이에 대한 자세한 절차 및 행정불복심사법의 특례에 관하여「갱생보호법」 제92조부터 제96조의2에 걸쳐 구체적으로 규정되어 있다.

라) 가석방 취소 및 취소결정에 대한 불복신청

'假'석방은 '조건부'석방을 의미하기 때문에, '조건부'란 일정한 조건(법규 및 준수사항)에 위반했을 때에는 당해 '가'석방이 취소될 수 있다는 것을 의미한다. 따라서 석방이 된 이후에도 법정의 조건 및 준수사항의 위반을 이유로 가석방 결정은 취소할 수 있다.

가석방 취소절차에 대해서는 우선 일본「갱생보호법」 제75조(가석방의 취소)[778] 제1항에서 "형법 제29조제1항의 규정에 따른 가석방의 취소는 가석방자에 대한 보호관찰을 담당하는 보호관찰소의 소재지를 관할하는 지방위원회가 결정으로써 한다"라고 하여 갱생보호지방위원회의 결정에 의하게 된다. 일본「형법」 제29조 제1항 각호에서는 가석방 취소사유를 규정하고 있는데, 가석방 처분이 취소될 경우 석방 중의 일수(日數)는 형기에 산입되지 않는다(일본「형법」 제29조 제2항).[779]

---

774) 제92조 (심사청구) "이 법률의 규정에 의하여 지방위원회가 결정으로써 한 처분에 불복이 있는 자는 심사회에 대하여 심사청구를 할 수 있다".

775) 김정연 외, 앞의 보고서, 210면.

776) 行政不服審査法(平成二十六年法律第六十八号).

777) 제4조 (설치 및 소관 사무) "2 심사회는 다음에 열거된 사무를 담당한다.
(1) 특사, 특정한 자에 대한 감형, 형의 집행의 면제 또는 특정한 자에 대한 복권의 실시에 관한 신청을 하는 것.
(2) 지방갱생보호위원회가 한 결정에 대하여 본 법률 및 행정불복심사법(2014년 법률 제68호)이 정하는 바에 따라 심사를 하여 재결을 한다".

778) 제75조(가석방의 취소) "형법 제29조제1항의 규정에 따른 가석방의 취소는 가석방자에 대한 보호관찰을 담당하는 보호관찰소의 소재지를 관할하는 지방위원회가 결정으로써 한다.
2「형법」 제29조제1항 제4호에 해당함을 이유로 하는 전항의 결정은 보호관찰소의 장의 신청에 따라야 한다.
3「형사소송법」 제484조부터 제489조까지의 규정은 가석방이 취소된 자의 수용에 대하여 적용된다".

779) 제29조 (가석방의 취소) "다음에 열거하는 경우에는 가석방 처분을 취소할 수 있다.

이러한 갱생보호지방위원회의 가석방 취소결정에 대해서는 이미 살펴본 가석방 심사결정의 불복절차를 준용하기 때문에 동일하다. 즉 지방갱생보호위원회는 가석방 결정 처분에 관한 최종 행정청이 아니므로, 가석방 취소 결정에 대하여 불복하는 자는 일본 법무성의 중앙갱생보호심사회에 재심사청구를 할 수 있다(일본 「갱생보호법」 제92조). 이에 따라 중앙갱생보호위원회는 지방갱생보호위원회의 결정에 대해 「갱생보호법」 및 「행정불복심사법」에 의해 심사절차 진행 및 결정을 하게 된다(일본 「갱생보호법」 제4조 제2항 제2호).

다. 미국의 형집행절차상 불복절차

1) 미국에서의 가석방

미국에서 운영되고 있는 가석방(*parole*) 제도는 우리나라와 거의 유사하다. 아직 형기가 남아있는 수감자가 보다 일찍 석방되고, 이후의 행동에 특별한 문제가 없이 가석방 기간이 종료되면 형기가 완료되는 것으로 보고 있다.[780] 미국에서도 이러한 가석방 제도는 매우 활발히 활용되고 있는데, 2018년 현재 약 82만 명의 수감자들이 가석방되어 있다고 한다.[781] 인구의 차이를 고려해도 우리나라에 비해 상당히 많은 수치인데, 이는 미국에서 기본적으로 막대한 인원이 자유형으로 구금 상태에 있기 때문이다.[782]

2) 가석방에서의 불복 및 통제수단

가석방제도는 재범의 위험성이 낮은 수감자를 조기에 석방하고, 사회복귀를 촉진한다는 점에서 긍정적인 의미를 갖는다. 그리고 수감자가 조기에 구금상태에서 해방되어 신체의 자유를 되찾는다는 점에서 개인의 기본권 보장을 위해 상당히 중요한 의미

가석방 중에 다시 죄를 범하여 벌금 이상의 형에 처해진 때.
(2) 가석방 전에 범한 다른 죄에 대해 벌금 이상의 형에 처해진 경우
(3) 가석방 전에 다른 죄에 대해 벌금 이상의 형에 처해진 자에 대해 그 형의 집행을 해야 하는 경우
(4) 가석방 중에 준수해야 할 사항을 준수하지 않았을 경우
가석방 처분을 취소한 경우 석방 중인 일수는 형기에 산입하지 않는다".

780) https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-korean/parole; 검색일: 2020년 9월 23일.

781) *Probation and Parole in the United States*, 2017-2018, p.3, (https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/ppus1718.pdf; 검색일: 2020년 9월 23일).

782) 미국에서는 현재 약 200여만명이 교도소 또는 구치소에 수감되어 있는 것으로 알려져 있다.

를 갖는다.

미국에서는 이러한 의미를 갖는 가석방제도의 적절한 운영과 관련하여 오래전부터 많은 논의가 있었다. 특히 형사절차에 대한 사법심사가 고도로 발달한 미국에서는 가석방제도에도 적법절차의 정신이 투영될 수 있도록 많은 노력을 기울여 왔다. 이와 관련하여, 가석방제도의 운영에 있어 매우 중요한 지침으로 평가받는 미국 연방대법원(*the Supreme Court of the United States*)의 판결들을 참고할 만하다. 1970년대, 미국 연방대법원에서는 가석방 여부에 대한 최초 심사 시, 그리고 가석방 취소 시에 정부가 준수해야 할 절차들에 대한 중요한 판단을 하였기 때문이다.

가) *Morrissey v. Brewer* 판결

1972년의 *Morrissey v. Brewer* 판결은 가석방 제도에 원칙적으로 적법절차가 적용되어야 함을 선언한 중요한 이정표가 되는 판결이다.[783] 동 사건에서 가석방되었던 수감자는 출소 후 문제를 야기하여 가석방이 취소되었는데, 이 과정에서 별도의 변론절차(*hearing*)가 보장되지 않았다. 이에 대해 수감자는 적법절차 위반을 주장하였다. 이에 제1, 2심에서는 가석방은 단지 "일부 형기를 구금시설 외부에서 보낼 수 있도록 해주는 교정 수단"에 불과하고, 신청인은 여전히 "수감상태"에 있는 셈이므로, 일반적인 형사절차에서와 같이 충분한 당사자적 변론(*full adversary hearing*)이 보장되지 않는다고 판단하였다.

연방대법원은 하급심의 판결을 파기하고, 수감자의 손을 들어주었다. 연방대법원은 비록 가석방 취소 과정에서 형사절차에서와 같은 완전한 절차를 필요로 하는 것은 아니지만, 가석방된 자의 자유는 연방헌법의 적법절차 조항에 따라 상당히 보호받아야 할 필요가 있고, 이러한 자유의 박탈은 가석방의 취소를 정당화할만한 사실들이 확인될 수 있도록, 최소한 비공식적인(*informal*) 변론절차를 요구한다고 하였다. 이러한 변론절차는 중립적인 공무원(*impartial officer*)에 의하여 진행되어야 하고, 그는 변론절차를 통해 가석방자가 가석방 조건을 위반한 사실이 있는지 심사하여야 한다고 설시했다. 그리고 다음과 같은 절차들이 명시적으로 보장되어야 한다고 강조한 바 있다.

783) *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972) (https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/471; 검색일: 2020년 9월 23일).

(a) 가석방 조건을 위반한 내용에 대한 서면 통지(*written notice of the claimed violations of parole*);
(b) 가석방자에게 불리한 증거에 대한 공개(*disclosure to the parolee of evidence against him*);
(c) 변론절차에서 증인 또는 서면 증거를 제출할 수 있는 기회를 제공(*opportunity to be heard in person and to present witnesses and documentary evidence*);
(d) 가석방자에게 불리한 증인을 대면하고 교호 신문할 수 있는 권리(*the right to confront and cross-examine adverse witnesses*)[784];
(e) 전통적인 가석방 위원회와 같이 "중립적이고 분리된" 조직에 의한 변론절차의 진행(*a "neutral and detached" hearing body such as a traditional parole board*)[785]; 그리고
(f) 가석방 취소의 이유 및 관련 증거들에 대한 사실인정자의 서면 진술(*a written statement members of which need not be judicial officers or lawyers*)

나) *Greenholtz v. Inmates of Nebraska Penal Complex* 판결

1979년의 *Greenholtz v. Inmates of Nebraska Penal Complex* 판결은 가석방 여부에 대한 심사과정에서도 적법절차가 적용됨을 명확히 하였다.[786] 즉, 적법절차는 앞서 살펴본 가석방 '취소' 심사 시 뿐만 아니라 가석방 '여부' 심사 시에도 적용되어야 함을 선언한 것이다. 나아가 연방대법원은, 헌법이 요구하는 적법절차는 단지 국가가 가석방의 혜택을 부여할 수 있다는, '실낱같은 기회, 그 자체'를 부여하는 것에 그치지 않는다고 선언하였다.[787]

784) 다만 이에 대하여는 중립적인 공무원이 별도의 이유를 확인할 경우 생략할 수 있도록 하고 있다("unless the hearing officer specifically finds good cause for not allowing confrontation").

785) 다만 가석방위원회 구성원들이 반드시 사법부 공무원이거나 법조인일 필요는 없다고 설명한다 ("members of which need not be judicial officers or lawyers").

786) *Greenholtz v. Inmates of Nebraska Penal Complex*, 442 U.S. 1 (1979).

787) 다만 동 판결은 구체적인 방법에 대한 논의에서 가석방 여부 심사 시 반드시 공식적인 변론절차가 아닌, 비공식적인 변론절차(*informal hearing*)도 가능하다고 인정하였다.

제3절 | 보안처분 단계에서의 불복절차 및 통제의 필요성

1. 현행법상 주요 보안처분과 불복절차 현황

가. 보안처분절차 및 불복절차에 관한 논의

형벌과 보안처분의 법적 성격에 대해서 헌법재판소는 "형벌은 본질적으로 행위자가 저지른 과거의 불법에 대한 책임을 전제로 부과되는 제재를 뜻함에 반하여, 보안처분은 행위자의 장래 위험성에 근거하여 범죄자의 개선을 통해 범죄를 예방하고 장래의 위험을 방지하여 사회를 보호하기 위해서 형벌에 대신하여 또는 형벌을 보충하여 부과되는 자유의 박탈과 제한 등의 처분을 뜻하는 것으로서 양자는 그 근거와 목적을 달리하는 형사제재이다"라고 판시하고 있다.[788] 그러나 보안처분은 형벌에 비해 불명확하고 다의적인 개념일 뿐만 아니라,[789] 새로운 형사제재들이 등장하면서 실제 형벌과 보안처분의 구별이 더욱 어려워지고 있다. 특히 최근에 도입된 신상정보 등록·공개·고지명령이나 위치추적 전자장치 부착명령 등과 같은 제도는 보안처분에 해당하는지에 대한 견해가 나뉘어져 현실적으로 어떠한 제도가 보안처분에 해당하는지 명확하게 판단하기가 쉽지 않다. 그러나 본질적으로 보안처분의 절차는 형집행절차의 한 부분이라 할 수 있다. 전반적으로는 형사제재체계 내에서 형집행절차로서의공통된 논의와 함께 미래지향적이고 현대적인 형사제재인 보안처분 절차로서의 차별성에 관한 논의가 필요하다. 따라서 보안처분절차를 포함한 형집행절차에 관한 논의는 앞서 다룬 형집행절차에서의 불복절차 논의에 따르고, 이하에서는 보안처분절차 특유의 논의를 중점으로 살펴보기로 한다. 나아가 적법절차원칙, 이중처벌금지원칙, 과잉금지원칙 등 보안처분에 대한 내재적 한계로서 헌법적 한계에 관한 논의는 개인의 기본권 침해 여부와 관련하여 논의될 수 있는 쟁점이다. 또한 보안처분의 부과 및 종료 시 재범의 위험성이 고려되어야 하는지, 보안처분의 집행에 대해 법원의 통제가 필요한 것인지 등에 관한 형사정책적 관점에서의 보안처분의 통제에 관한 검토가 필요하다.

---

788) 헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2010헌가82 결정.

789) 권오걸, "현행 보안처분제도 개관", 『법학논고』, 제22집(2005.6.), 경북대학교 법학연구원, 168면.

따라서 보안처분의 개념 및 헌법적·형사정책적 관점에서의 통제방안에 관한 이해를 바탕으로 보안처분 단계에서의 불복절차와 보안처분제도의 재구성의 방향을 제시하고자 한다.

나. 현행법상 주요 보안처분의 현황

보안처분은 형식적 기준에 따라 대물적 보안처분과 대인적 보안처분으로 구분할 수 있다. 영업소 폐쇄, 선행보증 등이 전자에 해당하는데, 현행 보안처분체계 내에는 대인적 보안처분만 있는 것으로 본다.[790] 대인적 보안처분은 자유침해의 정도에 따라 자유박탈보안처분과 자유제한보안처분으로 구분한다.[791] 자유박탈보안처분은 대상자를 사회로부터 격리하여 일정한 시설에 수용하는 형태로서 「(구)사회보호법」상 보호감호와 치료감호 등이 해당하고, 자유제한보안처분은 구금의 형태가 아니라 사회 내에서 각종의 처우를 행하는 형태로서 보호관찰, 직업금지 등 현재 치료감호 외의 보안처분이 이에 해당한다.[792] 여기서는 치료감호, 보호관찰, 전자감독 등 현행법상 주요 보안처분의 현황을 개괄적으로 살펴보기로 한다.

1) 치료감호

치료감호는 심신장애인, 중독자, 성적 성벽이 있는 정신성적 장애인으로서 치료를 받을 필요가 있고 재범의 위험성이 있는 자를 치료감호시설에 수용하여 치료를 위한 조치를 행하는 보안처분을 말한다(「치료감호 등에 관한 법률」(이하 "치료감호법"이라 한다) 제2조, 제16조). 치료감호는 2005년 「(구)사회보호법」의 폐지로 현행법상 유일한 자유박탈적 보안처분이다. 치료감호의 집행 순서는 치료감호와 형이 병과된 경우 치료감호를 먼저 집행하고, 이 경우 치료감호기간이 형 집행기간에 포함되어(「치료감호법」 제18조) 대체주의를 취하고 있다는 점이 특징이다. 치료감호법의 적용을 받지만, 비교적 경미한 범죄자의 경우 통원치료를 받을 필요가 있고 재범의 위험성이 있는

790) 형법상 몰수에 대해 형벌임과 동시에 대물적 보안처분으로 보는 견해가 있다(임웅, 『형법총론』, 법문사, 2017, 717면).

791) 이재상·장영민·강동범, 『형법총론』, 박영사, 2020, 653면.

792) 김종현, 『보안처분의 헌법적 한계에 관한 연구』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 33면.

자에 대하여 통원치료 방식으로 사회 내 보안처분을 행하는 치료명령이 있다(「치료감호법」 제2조의3). 치료명령제도는 2015년 「치료감호법」 개정으로 도입되었는데, 정신장애인 등이 중한 범죄를 저지르면 치료감호가 가능하나 경미범죄를 저지른 경우에는 대부분 벌금형이 부과되고 치료받을 기회가 없어 재범을 하는 악순환이 반복되는 문제에 따라 도입된 것이다.[793]

2) 보호관찰

보호관찰은 넓은 의미에서 범죄인에 대한 사회 내 일체의 지도·감독 처분을 의미하고, 협의의 보호관찰은 재범의 위험성이 있는 범죄인을 시설 외에서 지도·감독하는 처분을 의미한다.[794] 피치료감호자에 대해서 사회 내에서 사회복귀와 교육을 목적으로 행하는 보안처분을 의미하고, 이는 치료감호에 대한 대체 내지 보충수단으로서 자유제한보안처분에 해당한다.[795]

보호관찰은 「형법」 외에도 「치료감호 등에 관한 법률」, 「전자장치 부착 등에 관한 법률」, 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」 등 여러 특별법에 의해 부과될 수 있다. 먼저 「형법」에 의해 보호관찰을 조건으로 형의 선고유예를 받은 경우(「형법」 제59조의2), 집행유예를 선고받은 경우(「형법」 제62조의2), 가석방(「형법」 제73조의2) 된 경우가 포함된다. 「보호관찰 등에 관한 법률」(이하 "보호관찰법"이라 한다)에 따라 임시퇴원된 자도 이에 포함되고(「보호관찰법」 제25조), 「소년법」상 보호관찰의 보호처분을 받은 경우(「소년법」 제32조 제1항 제4호 및 제5호)도 포함된다. 치료감호의 경우에 적용되는 보호관찰은 치료감호가 가종료되거나 치료위탁된 피치료감호자를 감호시설 외에서 지도·감독하는 처분의 보안처분이다(「치료감호법」 제32조 제1항). 이 경우에도 「보호관찰법」에 따른 보호관찰소와 보호관찰관의 지도·감독을 받는다.

이러한 점에서 치료감호에 적용되는 보호관찰과 형의 집행유예, 선고유예 및 가석방에 받게 되는 보호관찰의 성격을 같은 것으로 볼 수 있다.[796] 반면 형의 집행유예,

---

793) 치료감호 등에 관한 법률 제·개정이유[법률 제13525호, 법제명변경 및 일부개정, 2015. 10. 1. 개정] (시행일 2016.12.2.).

794) 신동운, 『형법총론』, 법문사, 2017, 872면.

795) 이재상·장영민·강동범, 『형법총론』, 박영사, 2020, 663면.

796) 이재상·장영민·강동범, 『형법총론』, 박영사, 2020, 663면.

선고유예 시 부과되는 보호관찰은[797] 재범의 위험성이 크지 않다는 긍정적인 예측(*positive Prognose*)에 따른 것으로 보안처분이라 볼 수 없고, 형 집행 종료 후에 부과되는 보호관찰은 재범의 위험성이 크다는 부정적인 예측(*negative Prognose*)에 근거한다는 점에서 본래적 의미의 보안처분이라 보는 입장도 있다.[798]

3) 전자장치 부착명령

전자장치 부착명령은 성폭력범죄, 미성년 대상 유괴범죄, 살인범죄 및 강도범죄 등 특정범죄를 저지른 자에 대해 재범방지를 위해 위치추적 전자장치를 부착하게 하는 조치를 말한다(「전자장치 부착 등에 관한 법률」(이하 "전자장치부착법"이라 한다) 제2조).

전자장치 부착명령은 지속적으로 발생하는 강력범죄에 대한 대응책으로서 그 대상을 확대하고 강화되었다. 현행 「전자장치부착법」은 원래는 2007년 제정되어 2008년 시행된 「특정 성범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률」에서 출발하였다.[799] 이는 다시 「특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률」로 변경되었다가[800] 「특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률」로 바꾸면서 특정 범죄자에 대한 형 종료 후 보호관찰제도를 신설하였다.[801] 최근 2020년 지금의 법명 「전자장치 부착 등에 관한 법률」로 변경하면서 특정 범죄자로 한정하고 있는 전자장치의 부착 제도를 특정범죄 이외의 범죄로 가석방되는 사람에 대해서도 적용되도록 확대하였다.[802]

---

797) 대법원은 「형법」상 부과되는 보호관찰에 대해 "형법 제62조의2 제1항에서 말하는 보호관찰은 형벌이 아닌 보안처분의 성격을 갖는 것으로서, 과거의 불법에 대한 책임에 기초하고 있는 제재가 아니라 장래의 위험성으로부터 행위자를 보호하고 사회를 방위하기 위한 합목적적인 조치이다"라고 보아 법적 성격을 보안처분으로 보고 있다(대법원 2010.9.30. 선고 2010도6403 판결).

798) 김혜정, "전자장치부착명령의 법적 성격과 제 문제", 『법조』, 제60권 제9호(2011.9.), 법조협회, 316면.

799) 「특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률 제·개정이유」[법률 제8394호 신규제정 2007. 4. 27.] (시행일 2008.10.28.)

800) 「특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 제·개정이유」[법률 제9654호 일부개정 법제명변경 및 일부개정 2009. 5. 8.] (시행일 2009.8.9.)

801) 「특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제·개정이유」[법률 제11558호 법제명변경 및 일부개정 2012. 12. 18.] (시행일 2012.12.18.)

802) 「전자장치 부착 등에 관한 법률 제·개정이유」[법률 제16923호, 법제명변경 및 일부개정 2020. 2.4.] (시행일 2020.8.5.).

다. 주요 보안처분의 집행과 불복절차

1) 치료감호의 집행과 불복절차

검사는 치료감호대상자가 치료감호를 받을 필요가 있는 경우 관할 법원에 치료감호를 청구할 수 있는데, 청구 시 정신건강의학과 등 전문의의 진단이나 감정을 참고하도록 하고 있다(「치료감호법」 제4조 제1항, 제2항 전단). 다만 정신성적 장애자인 치료감호대상자에 대해 치료감호를 청구하는 때에는 이와 같은 전문의의 진단이나 감정을 필요적으로 하도록 규정하고 있다(동법 제4조 제2항 후단). 법원은 검사가 청구하지 않은 경우에도 치료감호의 필요성을 인정할 때 검사에게 치료감호 청구를 요구할 수 있다(동법 제4조 제7항). 검사의 치료감호청구나 법원의 치료감호청구의 요구는 규정 형식상 필요적 사항이 아니라고 보는 것이 판례의 태도이다.[803]

치료감호의 집행정지는 「형사소송법」상 형 집행정지 사유가 있을 때 검사가 그 집행을 정지할 수 있다(「치료감호법」 제24조). 「치료감호법」은 치료감호 및 보호관찰의 관리와 집행에 관한 사항을 심사·결정하기 위해 법무부에 치료감호심의위원회를 두도록 규정하고 있다(「치료감호법」 제37조 제1항). 치료감호처분의 부과만큼이나 중요한 치료감호의 종료 또는 가종료 등의 심사 및 결정을 치료감호심의위원회에서 담당한다(동법 제22조). 치료감호심의위원회의 구성원은 처분의 특성 상 전문의 자격이 있는 3명 이내의 위원과 일반직 공무원 또는 변호사 자격이 있는 6명 이내의 위원으로 구성된다(동법 제37조 제2항). 치료감호처분의 종료 등에 대한 심리 및 결정을 치료감호심의위원회인 행정기관에 담당하도록 하는 데에 대해 사법판단이 요구된다는 비판이 지속적으로 제기되어 왔다.[804] 형의 집행과 마찬가지로 치료감호의 집행은 검사가 담당한다고 하더라도, 자유박탈보안처분인 치료감호의 기간을 판단하는 것은 법원에 의하여야 한다는 것이다. 구체적인 방안으로는 치료감호 종료 여부에 대한 판단은

803) 대법원 2006.9.14. 선고 2006도4211 판결; "치료감호법 제4조 제1항은 '검사는 치료감호대상자가 치료감호를 받을 필요가 있는 경우 관할 법원에 치료감호를 청구할 수 있다.'고 규정하고, 같은 법 제4조 제7항은 '법원은 공소제기된 사건의 심리결과 치료감호에 처함이 상당하다고 인정할 때에는 검사에게 치료감호청구를 요구할 수 있다.'고 규정하고 있는바, 그 규정 형식 등에 비추어 치료감호법 제4조 제7항이 법원에 대하여 치료감호청구 요구에 관한 의무를 부과하고 있는 것으로 볼 수 없다".

804) 김혜정, "보안처분의 체계적 입법화를 위한 소고", 『형사법연구』, 제25권 제4호(2013.12.), 한국형사법학회, 490-491면; 박학모·뮐러·야버스, 앞의 보고서, 89면.

최종적으로 법원에 의하도록 하면서도 치료감호심의위원회의 의견을 자문기구로 활용한다거나,[805] 치료감호심의위원회에서는 심의만 하고 법원에서 결정하도록 하면서 위원회의 의견을 반드시 참조하도록 하는 방안[806]이 있다.

피치료감호자에 대해서는 법무부 장관에게 처우개선에 관한 청원을 할 수 있도록 하며(「치료감호법」 제30조), 더 이상 치료감호를 받을 필요가 없을 정도로 치유되었음을 이유로 치료감호의 종료 여부를 심사·결정하여 달라고 치료감호심의위원회에 신청할 수 있다(동법 제44조). 그러나 피치료감호자에 대한 권리구제절차로서는 여전히 미흡하다고 할 것이다. 치료감호의 집행절차 내지 종료 여부 결정에 대한 불복절차도 마련되어 있지 않다. 치료감호심의위원회의 결정은 행정처분으로서 행정심판 내지 행정소송의 대상이 될 수는 있지만, 실제 실효적 측면에서는 적절한 권리구제 방안이라 할 수는 없다.[807]

2) 보호관찰의 집행과 불복절차

「보호관찰법」 제32조에서는 보호관찰 대상자가 보호관찰기간 동안 지켜야 할 준수사항을 규정하고 있는데, 여기에는 일반준수사항[808]과 특별준수사항[809]이 있다. 전자

805) 박학모·뮐러·야버스, 앞의 보고서, 89면.

806) 김혜정(2013), 앞의 논문, 492면.

807) 김정연 외, 앞의 보고서, 227면.

808) 「보호관찰법」 제32조 "② 보호관찰 대상자는 다음 각 호의 사항을 지켜야 한다.
1. 주거지에 상주(常住)하고 생업에 종사할 것
2. 범죄로 이어지기 쉬운 나쁜 습관을 버리고 선행(善行)을 하며 범죄를 저지를 염려가 있는 사람들과 교제하거나 어울리지 말 것
3. 보호관찰관의 지도·감독에 따르고 방문하면 응대할 것
4. 주거를 이전(移轉)하거나 1개월 이상 국내외 여행을 할 때에는 미리 보호관찰관에게 신고할 것".

809) 「보호관찰법」 제32조 "③ 법원 및 심사위원회는 판결의 선고 또는 결정의 고지를 할 때에는 제2항의 준수사항 외에 범죄의 내용과 종류 및 본인의 특성 등을 고려하여 필요하면 보호관찰기간의 범위에서 기간을 정하여 다음 각 호의 사항을 특별히 지켜야 할 사항으로 따로 과(科)할 수 있다.
1. 야간 등 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 특정 시간대의 외출 제한
2. 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 특정 지역·장소의 출입 금지
3. 피해자 등 재범의 대상이 될 우려가 있는 특정인에 대한 접근 금지
4. 범죄행위로 인한 손해를 회복하기 위하여 노력할 것
5. 일정한 주거가 없는 자에 대한 거주장소 제한
6. 사행행위에 빠지지 아니할 것
7. 일정량 이상의 음주를 하지 말 것
8. 마약 등 중독성 있는 물질을 사용하지 아니할 것

는 보호관찰 대상자들이 일반적으로 준수하여야 할 사항이라면, 후자는 범죄의 내용·종류 및 본인의 특성을 고려하여 개별적으로 준수하여야 할 사항이다.

보호관찰 준수사항의 위반에 대해서는 먼저 「형법」 제61조 제2항, 제64조 제2항, 제75조에 따르면 그 위반의 정도가 무거운 때에는 유예한 형의 선고, 집행유예 선고의 취소, 가석방처분의 취소를 할 수 있다. 한편 보호관찰 준수사항의 위반이 경미한 경우, 즉 준수사항을 위반하거나 위반할 위험성이 있다고 인정할 상당한 이유가 있는 경우 그 이행을 촉구하고 불리한 처분을 받을 수 있다고 경고할 수 있다(「보호관찰법」 제38조). 2009년 「보호관찰법」 개정을 통해 동법 제32조 제3항의 특별준수사항을 명문화하면서 준수사항의 전부 또는 일부를 추가하거나 변경할 수 있도록 하였다.[810][811] 이후 2019년 동법 동 조항을 개정하면서 준수사항을 삭제할 수 있도록 개정하였다.[812]

보호관찰에 관한 사항을 심사·결정하기 위해 법무부 장관 소속으로 보호관찰심사위원회를 두고 있다(「보호관찰법」 제5조 제1항). 보호관찰심사위원회는 동법 제6조 제1호에 따라 가석방의 취소에 관한 사항을 결정하며, 제6조 제3호에 따라 임시해제와 그 취소에 관한 사항을 결정한다. 가석방을 취소하면 가석방대상자가 잔여형기 동안 실형을 집행받아야 한다는 것을 의미한다. 보호관찰의 취소의 경우 법원이 결정한 보호관찰 처분을 보호관찰심사위원회가 취소하고 실형을 집행하도록 한다는 것을 의미한다.[813] 보호관찰과 관련되어 있지만 실질적으로는 형의 집행과도 연결되는 사항이라는 점에서 집행기관인 법무부 소속 보호관찰심사위원회에서 결정하도록 하는 것은 문제가 있다. 현행법상 보호관찰을 조건으로 한 선고유예의 실효 및 집행유예의 취소(「보호관

---

9. 「마약류관리에 관한 법률」상의 마약류 투약, 흡연, 섭취 여부에 관한 검사에 따를 것
10. 그 밖에 보호관찰 대상자의 재범 방지를 위하여 필요하다고 인정되어 대통령령으로 정하는 사항".

810) 「보호관찰 등에 관한 법률 제·개정이유」[법률 제9748호, 일부개정 2009. 5. 28.] (시행일 2009. 11.29.).

811) 「보호관찰법」 제32조 "④ 보호관찰 대상자가 제2항 또는 제3항의 준수사항을 위반하는 등 사정변경의 상당한 이유가 있는 경우에는 법원은 보호관찰소의 장의 신청 또는 검사의 청구에 따라, 심사위원회는 보호관찰소의 장의 신청에 따라 각각 준수사항의 전부 또는 일부를 추가하거나 변경할 수 있다"[전문개정 2009.5.28] [[시행일 2009.11.29.]].

812) 「보호관찰법」 제32조 "④ 보호관찰 대상자가 제2항 또는 제3항의 준수사항을 위반하거나 사정변경의 상당한 이유가 있는 경우에는 법원은 보호관찰소의 장의 신청 또는 검사의 청구에 따라, 심사위원회는 보호관찰소의 장의 신청에 따라 각각 준수사항의 전부 또는 일부를 추가, 변경하거나 삭제할 수 있다"[개정 2019.4.16.].

813) 박학모·김한균, 앞의 보고서, 61면.

찰법」 제47조)나 보호처분의 변경(동법 제49조) 등은 법원에서 결정하는 반면, 가석방의 취소(동법 제48조)는 보호관찰심사위원회에서 결정하도록 하고 있다. 가석방의 취소 외에도 임시퇴원과 취소, 보호관찰의 임시해제와 취소, 보호관찰의 정지와 그 취소 등 보호관찰심사위원회에 포괄적인 심사권한을 부여하고 있다(동법 제6조).

3) 전자장치 부착명령 집행과 불복절차

「전자장치 부착 등에 관한 법률」은 기존 「특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률」에서 법제명을 변경하면서 동법의 목적을 "수사·재판·집행 등 형사사법 절차에서 전자장치를 효율적으로 활용하여 불구속재판을 확대하고, 범죄인의 사회복귀를 촉진하며, 범죄로부터 국민을 보호함을 목적으로 한다"고 개정하였다(동법 제1조).[814] 각종 강력범죄의 문제가 불거지면서 종래 특정 범죄자에 대해 부과되던 전자장치 부착명령의 규율대상을 확대·강화하는 개정 방향이라 할 수 있다. 한편 형사사법 절차의 범위를 수사·재판 외에도 집행을 명시함으로써 형사사법절차로서의 형집행절차 및 보안처분 집행절차의 의미를 밝히고 있는 것으로 볼 수 있다.

전자장치 부착명령의 집행은 검사의 지휘를 받아 보호관찰관이 한다(「전자장치부착법」 제12조 제1항). 부착명령은 특정범죄사건에 대한 형의 집행이 종료되거나 면제·가석방되는 날 또는 치료감호의 집행이 종료·가종료되는 날 석방 직전에 피부착명령자의 신체에 전자장치를 부착함으로써 집행하는데, 신체의 완전성을 해하지 않는 범위 내에서 집행하여야 한다(동법 제13조 제1항, 제4항).

「전자장치부착법」에 따른 전자장치 부착명령은 검사가 법원에 청구할 수 있다(「전자장치부착법」 제5조). 그리고 법원은 형의 집행유예를 선고하면서 보호관찰을 명할 때 준수사항의 이행여부 확인을 위한 전자장치 부착명령을 할 수 있다(동법 제28조). 그러나 전자장치 부착명령 판결을 선고받지 아니한 경우에도 가석방, 가종료의 경우에는 전자장치 부착명령의 부과는 보호관찰심사위원회 또는 치료감호심의위원회의 권한에 속한다(동법 제22조, 제23조).

---

814) 「특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률」 제1조 (목적) "이 법은 특정범죄를 저지른 사람의 재범방지를 위하여 형기를 마친 뒤에 보호관찰 등을 통하여 지도하고 보살피며 도움으로써 건전한 사회복귀를 촉진하고 위치추적 전자장치를 신체에 부착하게 하는 부가적인 조치를 취함으로써 특정범죄로부터 국민을 보호함을 목적으로 한다". [개정 2009.5.8., 2012.12.18].

특히 2020년 「전자장치부착법」은 법제명칭의 변경과 함께 종래 특정 범죄자로 한정하고 있던 전자장치의 부착제도를 특정 범죄 이외의 범죄로 가석방 되는 경우에도 적용하도록 하며, 보석허가자의 도주 방지와 출석 담보를 위해 전자장치 부착을 보석조건으로 부과할 수 있도록 개정하였다.[815] 보석조건으로서의 전자장치 부착명령은 법원이 부과한다는 것(동법 제31조의2)과는 달리, (특정범죄의 경우는 물론 특정범죄 이외의 범죄의) 가석방자에 대한 전자장치 부착은 보호관찰심사위원회에서 결정하도록 하고 있다(동법 제22조 제2항). 앞서 언급한 바와 같이 보호관찰심사위원회가 실형의 집행을 의미하는 가석방의 취소, 보호관찰의 취소 등 (준)사법적 역할을 수행하는 문제를 지적한 바 있다. 이에 더하여 가석방자에 대한 전자장치 부착을 보호관찰심사위원회에서 결정하도록 하는 것은, 현재 심사위원회의 구성 및 소속에 비추어 볼 때 실질적으로 집행기관이 (준)사법적 역할을 하는 것으로써 권력분립원칙 및 적법절차원칙과 관련한 비판이 더욱 가중될 수밖에 없다.

2. 보안처분 집행에 대한 통제의 필요성

가. 보안처분 집행에 대한 사법적 통제 필요성

본질적으로 보안처분의 절차는 형집행절차의 한 부분이라 할 수 있다. 이원주의 형사제재체계 내에서 넓은 의미의 형집행절차는 전통적인 고유의 '형집행절차'와 함께 '보안처분 집행절차'를 포함한다고 할 것이다. 이에 보안처분 집행절차에 대한 사법적 통제의 근거와 의의는 형집행절차에서의 논의와 공통되는 부분과 함께 보안처분 절차로서의 차별성에 관한 논의가 필요하다. 따라서 형집행절차와 공통 논의는 보안처분 절차를 포함한 형집행절차로서의 논의를 간단히 정리하고, 이하에서는 보안처분절차 특유의 논의를 중점으로 살펴보기로 한다. 그 중에서도 보안처분의 내재적 통제로서 작용하는 이중처벌금지원칙, 소급효금지원칙 등 보안처분에 대한 헌법적 한계에 관한 논의를 다루고자 한다.

보안처분 집행절차와 권력분립원칙의 적용의 측면에서 보면, 보안처분 집행 절차에

815) 「전자장치 부착 등에 관한 법률 제·개정이유」[법률 제16923호, 법제명변경 및 일부개정 2020. 2. 4.] (시행일 2020.8.5.).

서의 사법적 통제 내지 사법판단의 필요성은 인권침해에 대한 구제절차로서 필요한 문제일 뿐만 아니라 현대적 권력분립원칙의 의미를 실현하는 방법이라는 점에서도 중요하다고 할 수 있다. 권력 상호 간의 견제와 균형의 실현 및 합리적·기능적 권력구조의 지향을 목적으로 하는 현대적 권력분립의 원칙의 의미를 상기하자면, 보안처분의 집행을 행정기관에 일임하고 있는 현행 구조의 문제는 형집행절차에서보다 더 크다고 할 수 있다.

적법절차원칙을 규정하고 있는「헌법」제12조 제1항에서는 보안처분법정주의를 명시하고 있다. 보안처분을 포함한 형벌에 대한 법률유보원칙으로서의 실체법적 기초와 적법절차원칙에 상응하는 절차법적 요청뿐만 아니라 그 집행과정에서 실제적 관철을 가능하게 하는 조직과 체계가 필요하다고 할 수 있다.[816] 특히 국제적 논의에서 형벌과 보안처분의 집행과정에 대한 법관의 참여 및 결정권한을 요청하고 있다는 점은 형벌과 보안처분의 집행에 대한 적법절차원칙과 관련하여 주목할 만하다. 1937년 파리 개최 제4차 세계형법학대회의 권고문은 "이러한 행형에 대한 사법통제과제는 이 목적의 지속적 수행을 임무로 하는 법관이나 행형기관에 소속된 법관을 통해 실현될 수 있고, 원래 선고된 형벌에 대한 변경조치 및 본질적인 형집행방식과 관계되는 모든 조치에 대해 결정권을 행사하는 것이다"라고 선언하고 있다.[817] 나아가 1969년 로마 개최 제10차 세계형법학대회에서도 같은 맥락에서 "3. a) 형벌과 보안처분의 집행은 법률에 의해 규율되고 법관에 의해 통제되어야 한다. 4. 형벌과 보안처분의 집행은 법관의 관할 아래 놓여야 한다. 5. 원래의 판결을 바꾸어 형벌과 보안처분의 집행조건을 변경하는 모든 조치는 법관에 의해 명령되거나 심사되어야 한다"고 권고하고 있다.[818] 이와 같은 결정들은 형벌의 집행 및 형벌에 대한 변경에 대해 법관의 참여와 통제를 요청하고, 나아가 보안처분의 집행과 그 조건의 변경에 관한 조치에 이르기까지 사법적 통제를 필요로 한다는 것에 대한 중요한 논거가 된다.

816) 박학모·김한균, 앞의 보고서, 37면.

817) *Günter Blau,* Der Vollstreckungsrichter In: *Bundesministerium der Justiz(Hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollstreckungskommission,* Band 10, 1970, 48면; 정승환, 앞의 논문, 387면 재인용.

818) *Blau,* 앞의 논문, 43면; 정승환, 앞의 논문, 387면 재인용.

나. 형사정책적 관점에서의 보안처분의 통제

형벌에 대해서는 죄형법정주의와 책임원칙이 그 근거와 제한의 원리로 기능하는 반면, 보안처분에 대해서는 보안처분법정주의와 비례성원칙이 그 근거와 통제의 원리로 기능한다.[819] 적법절차원칙과 관련하여 보안처분법정주의는 앞서 서술한 바와 같다. 비례성의 원칙은 비록 법률에 명시하지 않더라도[820], 보안처분이 「헌법」에 의해 보장되는 개인의 자유를 침해하는 제재수단이라는 점에서 일반원칙으로서 비례성의 원칙이 적용된다. 따라서 보안처분은 행위자에 의해 행해진 범죄와 장래 예상되는 범죄 및 위험성의 정도와 균형이 유지되어야 한다.[821] 즉 보안처분에 대한 비례성의 원칙은 ① 보안처분 입법목적의 정당성과 ② 보안처분 특유의 개념표지로서 재범의 위험성, 그리고 ③ 이를 위한 수단으로서의 비례원칙이 적용되는 범위 내에서 정당화될 수 있다. 재범의 위험성은 보안처분을 부과하여 행위자의 기본권을 제한하는 것에 대한 입법목적의 정당성으로, 비례성원칙 위반 여부와 관련한 보안처분 특유의 개념표지라고 할 수 있다.[822] 이와 같이 보안처분의 선고는 재범의 위험성을 전제로 하고, 이를 평가하기 위해서는 전문가 집단의 객관적인 평가가 필요하다.[823] 따라서 형 집행 내지 집행유예 선고에 대한 통제로서 구체적이고 객관적인 양형기준의 마련을 요청하였던 것에 대응하여, 재범위험성에 대한 평가도구를 개발할 필요성이 인정되고 전문가에 의한 평가 등 실질화 노력이 요구된다.

재범의 위험성과 관련하여 중요한 쟁점은 그 판단 시기이다. 보안처분 선고 시점과 그 집행 시점 사이에 시간적 간격이 있는 경우에 재범의 위험성이 변경될 가능성을 배제할 수 없다.[824] 재범의 위험성은 선고 시점뿐만 아니라 실제 집행의 시점에도 인정되어야 한다. 이러한 재범위험성의 사정변경에 따른 문제를 해결하기 위한 방안으로는 형을 먼저 집행하는 경우 그 집행 종료에 임박하여 재범의 위험성을 재차

819) 박학모·김한균, 앞의 보고서, 25면.

820) 보안처분에 대한 비례성원칙을 명문으로 규정하여야 한다는 주장이 제기되기도 한다(김혜정, 앞의 논문(2013), 145면; 임웅, 앞의 책, 725면 등).

821) 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 653면.

822) 김종현, 앞의 논문, 65면.

823) 김혜정(2013), 앞의 논문, 144면.

824) 이러한 문제는 형벌을 먼저 집행하고 나서 보안처분을 집행하는 경우에 발생하는데, 보안처분만을 부과하거나 보안처분을 먼저 집행하는 경우에는 문제되지 않는다.

판단하고 보안처분의 집행 여부를 결정하도록 하는 것이 있다.[825] 그 외에 판결선고와 보안처분 집행 사이의 재범위험성 판단에 대한 시기적 한계를 극복하기 위한 방안으로 중간심사규정을 두어 그 심사 결과 선고 당시와 달리 재범위험성이 높지 않은 경우에는 보안처분의 집행을 유예하도록 제안하는 견해도 있다.[826]

3. 외국의 보안처분 단계에서의 불복절차 및 통제수단

가. 독일의 보안처분 절차상 불복절차

독일「형법」제61조 이하에서는 자유박탈적 보안처분과 자유제한적 보안처분을 구분하여 규정하면서, 자유박탈적 보안처분으로 정신병원수용(제63조), 금단시설수용(제64조), 보안감호수용(제66조 이하)을, 자유제한적 보안처분으로 행상감독(제68조 이하), 운전면허의 박탈(제69조 이하) 및 직업금지(제70조 이하)를 규정하고 있다. 이하에서는 각각의 보안처분에서의 불복절차 및 통제수단에 대하여 분설한다.

1) 자유박탈적 보안처분에 대한 사법심사 청구권

행형 중 행형관청의 처분에 대한 불복수단을 정하고 있는「행형법」제109조 이하의 사법심사 청구권은 자유박탈적 보안처분의 집행에서도 적용된다. 따라서 자유박탈적 보안처분의 대상자는 집행 중 행형관청의 처분에 대하여 법원의 심사를 요청할 수 있다. 자세한 내용은 행형관청의 '처분'에 대한 법원의 통제 부분에서 상기하였다.

2) 자유박탈적 보안처분 중 잔형유예 청구권

법원은 수용기간이 정해지지 않았거나 혹은 수용기간이 도과하지 않은 경우에도 잔여 수용기간을 보호관찰을 조건으로 유예할 수 있다(독일「형법」제67d조 제1항). 이때 실질적 판단기준은 수용자의 재범가능성이다. 즉 수용자가 더이상 중대한 위법행위를 범하지 않을 것이 기대되는 경우 법원은 잔여 수용기간을 유예하는 처분을 할 수 있다. 법원은 보호관찰부 잔형유예 혹은 수용종료 판단을 위하여 직권으로 언제

825) 성중탁, "성범죄자에 대한 화학적 거세명령의 위헌성 고찰 - 헌법재판소 2015.12.23. 자 2013헌가9 결정에 대한 평석을 겸하여", 『인권과 정의』, 제459호(2016.8.), 대한변호사협회, 90면.

826) 김혜정(2013), 앞의 논문, 149면.

든지 수용자의 재범가능성에 대하여 심사할 수 있다(동법 제67e조 제1항). 또한 법원에게는 일정한 기간마다 이에 대한 심사의무가 부담되는데, 금단시설수용의 경우 매 6개월, 정신병원수용의 경우 매 1년, 보호감호수용의 경우 매 1년, 보호감호수용이 10년이 지난 경우에는 매 9개월 마다 수용자의 재범가능성에 대하여 심사하여야 한다(동법 제67e조 제2항). 자유박탈적 보안처분을 이유로 수용된 자는 잔형유예를 신청할 수 있으며, 이러한 경우 재범가능성의 심사를 통하여 가석방될 수 있다.

3) 행상감독의 취소청구권

행상감독(*Führungsaufsicht*)은 보호관찰(*Bewährungshilfe*)과는 구별되는 자유제한적 보안처분으로 독일「형법」제68조 이하에서 규정하고 있다. 보호관찰은 형의 선고를 전제로 그 형의 집행을 유예할 때 부과할 수 있는 제도로서 '형벌집행의 변형'에 가깝다면, 행상감독은 순수한 보안처분으로 형기만료로 교도소를 출소한 자 또는 치료감호처분이나 보안감호처분의 집행을 받고 출소한 자에 대하여 재범의 위험성이 있다고 판단되는 경우 부과된다.[827] 행상감독의 기간은 최단 2년에서 최장 5년이지만, 특별한 요건이 충족되는 경우 법원은 5년을 초과하여 무기한의 행상감독을 명령할 수 있다(독일「형법」제68c조 제2항). 행상감독은 ⅰ) 명령된 행상감독 기간이 종료된 경우(동법 제68c조 제1항), ⅱ) 자유박탈적 보안처분의 집행이 개시된 경우(동법 제68e조 제1항 제1호), ⅲ) 자유박탈적 보안처분과 병과된 자유형의 집행이 개시된 경우(동법 제68e조 제1항 제2호), ⅳ) 새로운 행상감독이 개시된 경우(동법 제68e조 제1항 제3호) 종료된다. 또한 법원은 유죄판결된 자가 행상감독 없이도 더 이상의 범죄행위를 범하지 않을 것이라는 점이 인정되는 경우 행상감독을 취소한다(동법 제68e조 제2항). 법원은 행상감독의 최소기간이 도과하는 경우 피감독자의 재범위험성을 피감독자의 신청이 없는 경우에도 직권으로 심사하여야 한다.[828] 행상감독의 피감독자는 감독기간의 종료 전에 행상감독의 취소를 청구할 수 있다.

4) 운전면허 박탈명령의 취소청구권

독일「형법」제69조는 자유제한적 보안처분으로 운전면허 박탈을 규정하고 있다.

827) 김태명 외,『해외 주요국가의 보안처분의 적법절차와 사법심사』, 법원행정처, 2011, 91면.
828) *Lackner/Kühl/Heger StGB* § 68e Rn. 2.

법원이 운전면허를 박탈하는 경우 동시에 최단 6개월에서 최장 5년까지 운전면허 발급이 제한된다(동법 제69a조 제1항). 이러한 제한조치(*Sperre*)는 행위자의 위험성이 계속하여 존재하는 경우 계속되어 연장될 수 있다(동법 제69a조 제1항). 법원은 운전면허 박탈 기간이 종료하기 전에 운전면허 발급 제한 명령을 취소할 수 있다(동법 제69a조 제7항). 취소결정은 처분을 받은 후 최소 3개월이 경과한 시점에서 이루어질 수 있다.[829] 취소청구에 대한 법원의 심사기간을 고려한다면 3개월 이전에 이루어진 청구라 할지라도 그 자체로 각하되는 것은 아니다.[830] 취소결정에서 법원은 행위자가 자동차의 운전을 위하여 적합하다는 사실적 근거를 판단한다(동법 제69a조 제7항).

5) 직업금지명령에 대한 취소청구권

독일「형법」제70조는 자유제한적 보안처분으로 직업금지명령을 규정하고 있다. 이에 따르면 법원은 직업상의 위법행위로 유죄선고를 받거나 혹은 책임무능력으로 인하여 유죄선고를 받지 않은 자에 대하여 행위자 및 행위에 대하여 종합적인 평가를 통해 현저한 위법행위를 범할 위험이 있는 것으로 인정된다면 1년 이상 5년 이하의 기간 동안 직업, 직업일부, 영업 또는 영업일부의 수행을 금지할 수 있으며, 5년의 기간이 예상되는 위험의 방지에 충분하지 않은 경우에는 영구적인 직업금지를 명할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제70조 제1항).[831] 이는 범죄자의 직업수행이나 영업수행으로부터 발생하는 위험에 대하여 공중을 보호하는 것을 목적으로 하고, 응보의 관점이 아니라 특별예방적 관점에 근거를 두고 있다.[832] 또한 동법 제70a조 따라 법원은 명령된 직업금지가 최소 1년을 경과한 때 행위자가 현저한 위법행위를 범할 위험이 없는 것으로 판단되는 경우 이를 직권으로 취소할 수 있다. 또한 유죄선고를 받은 자는 직업금지명령의 취소를 청구할 수 있다.[833]

---

829) *Hentschel, Peter, NJW* 2003, 716, 727.

830) *LG Ellwangen, Blutalkohol* 2002, 223.

831) 김정환, "형사제재로서 취업제한의 법적성격과 발전방향 -독일의 직업금지와의 비교-", 『비교형사법연구』, 제17권 제3호(2015.10.), 한국비교형사법학회, 46면.

832) 김정환, 앞의 논문, 46면.

833) *Schönke/Schröder/Kinzig StGB* § 70a Rn. 8

나. 일본의 보안처분 단계에서의 불복 및 통제수단

앞서 언급한 바와 같이 일본의 「갱생보호법」은 2007년에 기존의 갱생보호에 관한 기본법으로서의 역할을 수행해온 1949년의 '범죄자예방갱생법'과 1954년의 '집행유예자보호관찰법'을 각각 정리·통합한 것이다.[834] 이에 따라 일본의 주요 보안처분인 보호관찰에 관한 규정도 본 법에서 규율하고 있다.

이에 따라 일본 「갱생보호법」 제48조(보호관찰 대상자)를 살펴보면 다음과 같다.

① 「소년법」 제24조 제1항 제1호의 보호처분을 받은 자(이하 '보호관찰처분 소년')

② 소년원으로부터 가퇴원이 허가되어 제42조에서 준용하는 제40조의 규정에 따라 보호관찰을 받은 자(이하 '소년원 가퇴원자')

③ 가석방이 허가되어 제40조의 규정에 따라 보호관찰을 받은 자(이하 '가석방자')

④ 「형법」 제25조의2 제1항이나 제27조의3 제1항 또는 '약물사용 등의 죄를 범한 자에 대한 형 일부의 집행유예에 관한 법률' 제4조 제1항의 규정에 따라 보호관찰을 받은 자(이하 '보호관찰부 집행유예자')

이러한 보호관찰 대상자에게는 일본 「갱생보호법」에서 규정하고 있는 일반준수사항(일본 「갱생보호법」 제50조)[835]과 특별준수사항(일본 「갱생보호법」 제51조)[836] 및

---

834) 김정연 외, 앞의 보고서, 200면.

835) 제50조(일반준수사항) "보호관찰 대상자는 다음과 같은 사항(이하 '일반준수사항')을 준수해야 한다.
(1) 다시는 범죄를 저지르지 않도록 하거나 비행을 없애도록 건전한 생활태도를 유지할 것.
(2) 다음에 열거된 사항을 지키고 보호관찰관 및 보호사의 지도감독을 성실히 받을 것.
가. 보호관찰관이나 보호사의 호출 또는 방문을 받았을 경우 이에 따라 면접을 할 것.
나. 보호관찰관이나 보호사가 노동이나 통학 상황, 수입이나 지출 상황, 가정환경, 교우관계, 기타 생활 실태를 나타내는 사실이며 지도 감독을 하기 위해 파악해야 하는 것을 밝히도록 요구했을 경우 이에 따라 그 사실을 신고하거나 이에 관한 자료를 제시한다.
(3) 보호관찰에 부쳐진 경우 신속히 주거를 정하고 해당 지역을 관할하는 보호관찰소의 장에게 신고를 할 것(제39조제3항(제42조에서 준용하는 경우를 포함한다. 다음 호에서 동일) 또는 제78조의2제1항의 규정에 따라 주거가 특정된 경우 및 다음 조 제2항 제5호의 규정에 따라 숙박해야 하는 특정 장소를 정한 경우를 제외한다).
(4) 전호의 신고와 관련된 주거(제39조제3항 또는 제78조의2제1항의 규정에 따라 주거가 특정된 경우에는 해당 주거, 다음 호의 이사허가를 받은 경우에는 해당 허가와 관련된 주거)에 거주할 것(다음 조 제2항 제5호의 규정에 따라 숙박해야 하는 특정 장소를 정한 경우를 제외한다).
(5) 이사나 7일 이상의 여행을 하는 경우 미리 보호관찰소 장의 허가를 받아야 한다.
2 형법 제27조 제1항 또는 약물 사용 등의 죄를 범한 자에 대한 형의 일부 집행 유예에 관한 법률 제4조 제1항의 규정에 의하여 보호 관찰에 교부하는 취지의 선고를 받은 자 (이하 "보호관찰있는 일부 유예"라 한다)가 가석방 보호 관찰에 이어 이러한 규정에 의한 보호 관찰에

특별준수사항의 특칙(일본「갱생보호법」 제51조의2)[837]을 준수해야할 의무가 있다.

회부된 때에는 제78조2제1항의 규정에 따라 거주지가 확인 된 경우 및 다음 조 제2항 제5호의 규정에 따라 숙박 할 특정 위치를 정한 경우를 제외하고 가석방 보호 관찰 종료시에 거주하는 것으로 되어 있었다. 전항 제3호의 신고에 따른 주거 (제39조 제3항의 규정에 의하여 주거를 특정 된 경우에는 당해 주택 제1항 제5호의 이사의 허가를 받은 경우에는 해당 허가와 관련 주거)에 대해서는 동항 제3호의 신고를 한 것으로 본다".

836) 제51조(특별준수사항) "보호관찰 대상자는 일반준수사항 외에 준수해야 할 특별한 사항(이하 '특별준수사항')이 정해졌을 경우 이를 준수해야 한다.
특별준수사항은 다음 조에서 정하는 경우를 제외하고 제52조에서 정하는 바에 따라 이를 위반한 경우에 제72조제1항, 형법 제26조의2, 제27조의5 및 제29조제1항과 소년법 제26조의4제1항에서 규정하는 처분이 되는 경우가 있다는 점을 감안하여 다음에 열거하는 사항에 대하여 보호관찰대상자의 개선갱생을 위해 특히 필요하다고 인정되는 범위 내에서 구체적으로 정한다.
(1) 범죄성이 있는 자와의 교제, 추잡한 장소로의 출입, 유흥으로 인한 낭비, 과도한 음주, 기타 범죄 또는 비행으로 이어질 우려가 있는 특정한 행동을 해서는 안 된다.
(2) 노동에 종사하는 것, 통학하는 것, 기타 다시 범죄를 저지르지 않거나 비행이 없는 건전한 생활태도를 유지하기 위해 필요하다고 인정되는 특정한 행동을 실행하거나 지속하는 것
(3) 7일 미만의 여행, 이직, 신분관계 이동, 기타 지도감독을 하기 위해 사전에 파악해 두는 것이 특히 중요하다고 인정되는 생활상 또는 신분상 특정 사항에 대해 긴급한 경우를 제외하고 사전에 보호관찰관 또는 보호사에게 신고할 것.
(4) 의학, 심리학, 교육학, 사회학 외 전문적 지식에 기초한 특정 범죄적 경향을 개선하기 위한 체계화된 절차에 따른 처우를 법무대신이 정하는 것을 받는다.
(5) 법무대신이 지정하는 시설, 보호관찰 대상자를 감호해야 할 자의 거택, 기타 개선갱생을 위해 적당하다고 인정되는 특정 장소로서 숙박용으로 제공되는 곳에 일정 기간 숙박하고 지도감독을 받을 것
(6) 선량한 사회의 일원으로서의 의식 함양 및 규범 의식 향상에 기여하는 지역사회의 이익 증진에 기여하는 사회적 활동을 일정 시간 실시할 것.
(7) 기타 지도감독을 하기 위해 특히 필요한 사항"

837) 제51조의2(특별준수사항의 특칙) "약물사용 등의 죄를 범한 자에 대한 형 일부의 집행유예에 관한 법률 제4조제1항의 규정에 따라 보호관찰에 부치는 취지의 선고를 받은 자에 대해서는 다음 조 제4항에서 정하는 바에 따라, 규제약물 등(같은 법 제2조제1항에서 규정하는 규제약물 등을 말한다. 이하 동일)의 사용을 반복하는 범죄적 경향을 개선하기 위한 전 조 제2항제4호에 규정된 처우를 받는 것을 유예기간 중 보호관찰에 있어 특별준수사항으로 정해야 한다. 다만, 이를 위반한 경우에「형법」제27조의5에서 규정하는 처분이 될 수 있음을 감안하여, 그 개선갱생을 위하여 특히 필요하다고 인정되지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.
2 제4항의 경우를 제외하고 전항의 규정에 따라 정해진 유예기간 중 보호관찰에서의 특별준수사항을「형법」제27조의2의 규정에 따른 유예기간이 개시될 때까지 취소할 경우 제53조제4항의 규정 적용에 대해서는 동항 중 "필요"는 "특히 필요"하다.
3 제1항의 규정은 동항에서 규정하는 자에 대하여 다음 조 제2항 및 제3항에서 정하는 바에 따라 가석방 중인 보호관찰에서의 특별준수사항을 석방 시까지 정하는 경우에 준용한다.이 경우, 제1항 단서 중 "제27조의5"는 "제29조제1항"으로 대체한다.
4 제1항에 규정된 자에 대해 가석방을 허가한다는 취지의 결정을 한 경우 전항의 규정에 따른 가석방 중의 보호관찰에서의 특별준수사항 설정 및 제1항의 규정에 따른 유예기간 중의 보호관찰에서의 특별준수사항 설정은 석방 시까지 한다.
5 전항의 경우, 제3항에서 준용하는 제1항의 규정에 따라 정해진 가석방 중의 보호관찰에서 특별준수사항을 석방까지 취소하는 경우 제53조제2항의 규정 적용에 대해서는 같은 항 중 "필요"는 "특히 필요"로, 제1항의 규정에 따라 정해진 유예기간 중 보호관찰에서 특별준수사항을 석방까지 취소하는 경우, 같은 조 제4항의 규정 적용에 대해서는 같은 항 중 "형법 제27

이를 위반할 경우 보호관찰 정지, 가석방 취소, 집행유예 취소 등의 처분을 받게 된다. 관련하여 이러한 각종 준수사항을 위반한 경우에는 이른바 불량조치(不良措置)의 처분을 하게 된다. 불량조치(不良措置)란 보호관찰 대상자가 준수사항 위반 또는 재범 등을 범한 경우에 취해지는 조치로서 이 또한 갱생보호지방위원회의 결정사항이다. 예를 들어, ① 가석방자에 대해서는 소재불명이 된 자에 대해, 형기의 진행을 정지시키는 보호관찰 정지와 교정시설에 재수용되는 가석방 취소가 있고, ② 보호관찰부 전부·일부 집행유예자에 대해서는 형의 집행유예 선고 취소, ③ 부인보도원 가퇴원자에 대해서는 부인보도원에 재수용하는 가퇴원 취소, ④ 소년원 가퇴원자 및 보호관찰 처분 소년의 경우에는 아동자립지원시설이나 아동 양호시설 송치 또는 소년원 송치가 있다.[838]

따라서 일본의 보안처분 단계에서의 불복절차는 즉 보호관찰 처분 대상자의 보호관찰 처분 정지 및 취소에 대한 불복절차라 할 수 있고, 앞서 언급한 바와 같이 일본 보호관찰사무는 갱생보호지방위원회의 일부이므로(일본 「갱생보호법」 제16조),[839] 보호관찰 정지 및 취소결정에 대해서는 이미 살펴본 가석방 심사결정의 불복절차 등과 동일하다. 즉, 보호관찰처분 정지 및 취소결정에 대하여 불복하는 자는 일본 법무성의 중앙갱생보호심사회에 재심사청구를 할 수 있다(일본 「갱생보호법」 제92조). 이에 따라 중앙갱생보호위원회는 지방갱생보호위원회의 결정에 대해 「갱생보호법」 및 「행정

조의2의 규정에 따른 유예기간 개시까지의 기간 동안 필요"로, "특히 필요"는 "석방 중 "형법" 제27조의2의 규정에 따른 유예기간 동안 필요"로 석방한다".

838) 法務省『令和元年版 犯罪白書』(2019年) (http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/66/nfm/n66_2_3_1_5_3.html; 검색일: 2020년 9월 25일).

839) 제16조 (소장 사무) "지방갱생보호위원회(이하 "지방위원회"라 한다)는 다음에 열거한 사무를 담당한다.
(1) 「형법」(1907년 법률 제45호) 제28조의 행정관청으로서 가석방을 허가하거나 처분을 취소하는 것
(2) 형법 제30조의 행정관청으로서 임시출장을 허가할 것
(3) 소년원에서 가퇴원 또는 퇴원을 허가할 것
(4) 소년원에서 가퇴원 중인 자에 대하여 소년원으로 되돌려 수용하는 취지의 결정을 신청할 것
(5) 「소년법」(1948년 법률 제168호)제52조제1항 또는 동조 제1항 및 제2항의 규정에 따라 선고된 형(이하 '부정기형')에 대하여 그 집행이 종료된 것으로 하는 처분을 할 것.
(6) 「형법」 제25조의2제2항 및 제27조의3제2항(약물사용 등의 죄를 범한 자에 대한 형 일부의 집행유예에 관한 법률(2013년 법률 제50호)제4조제2항에서 준용하는 경우를 포함)의 행정관청으로서 보호관찰을 잠정적으로 해제하거나 처분을 취소한다.
(7) 부인보도원의 가퇴원을 허가하거나 처분을 취소할 것
(8) 보호관찰소의 사무를 감독할 것
(9) 전 각 호에 열거된 것 외에 이 법률 또는 다른 법률에 따라 권한에 속하게 된 사항을 처리할 것".

불복심사법」에 의해 심사절차 진행 및 결정을 하게 된다(일본 「갱생보호법」 제4조 제2항 제2호).

다. 미국의 보안처분 단계에서의 불복

1) 미국에서의 보안처분

미국에서 우리나라의 보안처분에 대응하는 개념으로는 부수적 처분(*collateral consequence*)과 재량적 자격박탈(*discretionary disqualification*)이 있다.[840] 부수적 처분이란 형벌에 포함되지 않더라도 유죄판결로 인해 '자동적(*automatically*)'으로 부과되는 법적인 불이익을 의미한다. 그에 반해 재량적 자격박탈은 민사법원이나 행정기관에서 피고인의 유죄판결과 관련하여 '재량'에 의해 피고인에게 부과할 수 있는 법적인 불이익을 의미한다.

이러한 부수적 처분과 재량적 자격박탈은 유죄판결에 의해 부과되는 형벌의 일부는 아니지만, 어쨌든 체포, 기소, 유죄판결로 인해 발생하는 결과들이다. 예를 들어, 중죄로 인한 유죄판결이 선고될 경우, 시민권 박탈(*disentitlement of education loans*), 총기 소유 제한(*firearm ownership*), 투표권 제한(*voting right restriction*), 배심원으로서의 권리 상실(*juror disqualification standards*), 학자금 대출의 박탈(*disentitlement of education loans*), 전문 자격증의 상실(*loss of professional licenses*), 공공 주거지로부터의 퇴거(*eviction from public housing*) 등 다양한 처분이 수반될 수 있다.

미국에서는 이러한 보안처분(부수적 처분과 재량적 자격박탈)이 매우 광범위하게 이루어지고 있다. 그리고 연방법 그리고 주법에서 제각각으로 규율하다보니 과도하게 규율되는 경우도 많아 심각한 논란을 야기하고 있다. 최근 미국에서는 보안처분이 현대 형사절차의 "주요한 목적(*central purpose*)"이 되었다고 분석하기도 한다. 그럼에도 불구하고 이러한 보안처분의 현황에 대해서 충분한 연구가 이루어지지 않고 있으며, 아직까지도 제대로 알려지지 않은 많은 점들이 문제로 지적되고 있다. 2010년 이후에 들어서야 학계를 중심으로 보다 진지한 관심이 나타나고 있는 것으로 보인다.

---

840) https://definitions.uslegal.com/c/collateral-consequences-of-criminal-charges/; 검색일: 2020년 9월 23일.

2) 보안처분에서의 불복 및 통제수단

보안처분이 형사절차의 주요한 목적으로 평가받는 만큼, 그에 대한 불복 및 통제수단의 중요성도 높아지고 있다. 그러나 대부분의 보안처분은 주법에 규정되어 있는데, 각각의 주법이 모두 상이하다 보니 보안처분에 대한 충분한 불복 및 통제가 보장되기 어렵다. 그래서 미국에서는 이를 통일하기 위한 노력이 활발하게 일어나고 있고, 대표적인 것이 전미변호사협회(*American Bar Association*)에서 발간하는 '보안처분 표준절차(*Collateral Sanctions Standard*)'라고 할 수 있다.[841] 이는 우리나라에도 잘 알려진 미국 「모범 형법전(*Model Penal Code*)」처럼, 미국에서 각 주의 법령을 통일하려는 노력의 일환이라고 볼 수 있다. 보안처분 표준절차에서는 불복 및 통제 관련하여, 각주에서 다음과 같은 조건을 마련할 것을 요청하고 있다.

> (a) 입법부는 보안처분에 대한 포기, 수정, 구제 등을 판단할 법원 또는 특정 행정기구를 지정하여야 한다.[842]
>
> (b) 입법부는 보안처분이 부과된 피고인이 구제될 수 있는 절차를 반드시 마련하여야 한다.[843]
>
> (c) 해당 절차는, (i) 보안처분에 대한 구제로서 장래효를 갖고, 보안처분으로 인한 권리상실을 복구하는 것은 요하지 않고, (ii) 서면으로 작성되어 사본이 피고인에게 제공되어야 하고, (iii) 법원이나 행정기관에 의한 다른 처분과 동일하게 심사의 대상이 된다.[844]

대부분의 주들은 이러한 요청에 따라 보안처분에 대한 불복 및 통제절차를 마련하고 있다.[845] 이와 관련하여 주로 논의되는 것은 투표권(*voting right*), 배심원으로서의

---

841) https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_collateral_blk/#2.5; 검색일: 2020년 9월 23일

842) 원문은 다음과 같다. "The legislature should authorize a court, a specified administrative body, or both, to enter an order waiving, modifying, or granting timely and effective relief from any collateral sanction imposed by the law of that jurisdiction".

843) 원문은 다음과 같다. "The legislature should establish a process by which a convicted person may obtain an order imposed by the law of that jurisdiction".

844) 원문은 다음과 같다. "An order entered under this Standard should:
(i) have only prospective operation and not require the restoration of the convicted person to any office, employment or position forfeited or lost because of the conviction;
(ii) be in writing, and a copy provided to the convicted person;
(iii) be subject to review in the same manner as other orders entered by that court or administrative body".

845) 보안처분과 관련된 각 주의 정보를 취합하여 공개하고 있는 다음 웹사이트에 이러한 내용이

자격(*jury service*), 공무원이 될 자격(*public office*), 총기소지 권한(*firearms rights*) 등이다.

예를 들어, 뉴욕 주의 경우, 각각의 권리에 대한 회복절차를 명시하고 있다.[846] 뉴욕 주 선거법(*N.Y. Elec. Law* § 5-106(2))에서는 자유형이 선고된 중범죄자의 경우 선거권을 박탈하지만, 형기를 마치고 석방될 경우 투표권이 회복된다. 가석방의 경우에는 행정명령(*executive order*)에 의한 조건부 사면(*conditional pardon*)을 통해 투표권이 회복된다. 총기 소지 권한의 경우에도 유사하다. 뉴욕 「형법」(*N.Y. Penal Law* §§ 400.00(1)(c), 265.01(4).)은 중범죄자 또는 심각한 폭력행위자의 경우 총기소지 권한을 박탈하는데, 이러한 권한은 사면(*pardon*) 또는 성실한 행동에 대한 증명(*Certificate of Good Conduct*)에 의해 회복될 수 있다고 규정하고 있다. 그 외 배심원 자격, 공무원이 될 자격도 유사하게 규정되어 있다.

제4절 | 소결

1. 형 집행 및 보안처분 집행에 대한 사법적 통제의 필요성

형 집행 및 보안처분의 집행에서 제기된 현실적인 여러 문제들을 보면, 형 집행에 대한 법원의 통제기능이 미미하고 그 마저도 산발적으로 규정되어 있다는 점, 주요 형벌로서 자유형이 가지는 특징인 사후적 보충 내지 적용의 문제, 그리고 가석방을 비롯한 각종 보안처분에 대한 행정기관의 결정의 문제와 행형과정에서의 수형자에 대한 효과적인 권리구제 문제 등을 들 수 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 형 집행 및 보안처분 집행에 대한 법원의 관여 내지 사법적 통제가 필요하다.

형 집행 및 보안처분 집행절차에 대한 권력분립원칙의 적용의 측면에서 보면, 그 집행 절차에 대한 사법적 통제 내지 사법판단의 필요성은 인권침해에 대한 구제절차로서 필요한 문제일 뿐만 아니라 현대적 권력분립원칙의 의미를 실현하는 방법이라는

잘 정리되어 있다(https://ccresourcecenter.org/restoration/; 검색일: 2020년 9월 23일).

846) https://ccresourcecenter.org/state-restoration-profiles/chart-1-loss-and-restoration-of-civil-rights-and-firearms-privileges/; 검색일: 2020년 9월 23일.

점에서도 중요하다고 할 수 있다. 형 집행 및 보안처분 집행절차에 대한 적법절차의 원칙의 실현을 위해서는 형벌에 대한 법률유보원칙으로서의 실체법적 기초와 적법절차원칙에 상응하는 절차법적 요청뿐만 아니라 그 집행과정에서 실제적 관철을 가능하게 하는 조직과 체계가 필요하다고 할 수 있다. 이러한 점에서 형 집행 및 보안처분 집행절차에 대한 사법적 통제의 필요성이 인정된다. 나아가 국제적 논의에서 형벌과 보안처분의 집행과정에 대한 법관의 참여 및 결정권한을 요청하고 있다는 점은 형벌의 집행 및 형벌에 대한 변경에 대해 법관의 참여와 통제를 요청하고, 나아가 보안처분의 집행과 그 조건의 변경에 관한 조치에 이르기까지 사법적 통제를 필요로 한다는 것에 대한 중요한 논거가 된다.

2. 형집행법원 도입에 관한 논의

형집행절차에 대한 사법적 통제의 필요성 논의는 형집행법원의 도입의 필요성으로 연결된다. 현행과 같이 집행기관에 일임하는 형집행절차 및 행형과정에 대해 보다 적극적으로 법원이 개입할 필요가 있다는 점과 관련하여 형집행법원의 도입을 고려할 수 있다.

형집행법원 도입과 관련하여서는 그 유형에 따라 현실적인 도입가능성을 고려하여야 하고, 이에 단계적인 도입 방향을 논의할 수밖에 없다. 프랑스의 형사집행법관 및 형사집행법원 제도나, 이탈리아의 감독법원제도의 유형은 가장 법원이 형집행절차에 적극적으로 개입할 수 있는 형태라 할 수 있지만, 이러한 형집행법원 형태의 도입은 현재 사법절차 및 법원조직법상 대대적인 변화를 요구하는 것이다. 이러한 특별법원의 도입이 시기상조라거나 현실적으로 무리한 것이라 하더라도 형 집행 관련 특별법원의 도입을 장기적인 과제로 고려하여야 할 것이다.

중단기인 절충적 개선으로서는 현행과 같이 전반적인 형 집행은 검찰이 담당하도록 하면서도 형벌의 중요한 변경 및 행형과정에서의 권리구제, 보안처분의 조건에 관한 변경에 대해서는 형 집행 및 행형에 대한 사법적 통제를 담당하는 전담부서를 법원에 두는 것을 고려할 수 있다. 이에 관해서는 형사법원에 형 집행부를 두고 있는 독일의 입법례가 의미가 있다. 실현가능성을 고려하여 우선적으로 형 집행 및 보안처분 절차

에 대한 법관의 관여를 도모하는 방안으로는 전담판사제도를 도입하여 형 집행과 관련한 사안을 전담하도록 하는 것도 고려해 볼 수 있다.[847]

3. 형집행절차 및 보안처분 단계에서의 불복 및 통제를 위한 개선방안

형집행절차 및 보안처분 단계에서의 문제를 해결하고 집행절차에 대한 통제를 위해서는 앞서 근본적인 해결방안으로서 사법심사의 필요성을 역설하고, 형집행법원의 도입 등 형집행절차에 대한 법관의 참여를 요청하였다. 그 외에 형집행절차 및 보안처분 단계에서의 불복 및 통제를 위한 개선방안으로서 고려할 만한 사항을 다음과 같이 제시한다.

1. 가석방과 관련하여서는, 가석방에 대한 사법처분화 방안 내지 필요적 사법심사의 통제를 주장하는 견해를 따르지 않더라도, 현행의 행정처분 절차 내에서 수형자의 권리를 최대한 보장할 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다. 특히 가석방 심사절차의 공정성과 형평성을 담보할 수 있는 불복절차의 도입이 절실히 요구된다. 먼저 수형자의 가석방 심사 신청권은 가석방 절차에서의 1차적인 구제수단으로서 그 의미가 크다고 할 것이다.[848] 가석방에 대해서는 "수형자의 개별적 요청이나 희망에 따라 행하여지는 것이 아니라 교정기관의 교정정책 혹은 형사정책적 판단에 따라 이루어지는 재량적 조치"라고 판단하고 있어 수형자의 가석방 심사 신청권을 인정하기 위해서는 입법적으로 명시하는 방안을 고려할 필요가 있다.[849] 또한 가석방이 되지 않은 경우에 현행법상 수형자에게 이의신청을 할 방법이 마련되어 있지 않다. 형사절차에서의 인권친화적인 불복제도의 확립을 위해서는 현행 가석방절차 내에서 각 단계별로 이의신청 내지 불복절차를 두어 가석방에 있어서 형 집행의 공정성 및 신뢰성을 확보할 필요가 있다.

2. 가석방은 형의 집행 이후 조기 석방의 형태로 이루어지는 '출구전략'인 반면, 집행유예는 형벌의 집행에 있어서 '입구전략'에 해당한다. 이러한 점에서 집행유예의 선고는 다른 형태의 형 집행을 의미한다. 법관에 의한 집행유예 선고의 경우에도 일정

847) 정승환, 앞의 논문, 404면.
848) 김정연 외, 앞의 보고서, 234면.
849) 김정연 외, 앞의 보고서, 233-234면.

한 통제는 필요하고 그 판단에 대한 자의적 재량을 최소화하기 위해서는 입법론적으로 집행유예의 조건을 세분화하고 형기의 경중에 따라 차별화된 요소를 고려하여 조건을 엄격하게 설정하는 것이 필요하다.

나아가 집행유예 기준을 포함하고 있는 현행 양형기준제도는 집행유예에 대한 법관의 재량적 판단을 방지하고, 집행유예의 선고를 통제 내지 감독하는 역할을 수행한다. 집행유예제도 자체가 여전히 법관의 재량에 의한 은혜적 처분으로 운영되는 것을 방지하기 위해서는 양형기준에서 실형과 집행유예를 구분할 수 있는 보다 객관적이고 구체적인 평가원칙을 제시하는 집행유예 기준을 마련하여야 할 것이다.[850]

3. 보안처분과 관련하여서는, 비례성원칙이 적용되는 범위 내에서 정당화되므로 재범위험성 판단 및 비례성원칙의 심사를 거쳐 보안처분 목적상 반드시 필요한 경우에 선고되어야 할 것이다. 법원에 의한 보안처분의 부과만큼 그 집행절차 과정에서 이루어지는 사후 결정의 중요성은 크다고 할 것이다.[851] 이러한 점에서 보안처분의 집행절차에 대한 사법적 통제가 필요하다는 점에 대해서는 앞서 논의하였다.

형벌에 대해 책임원칙이 적용되는 것과 달리 보안처분은 재범위험성을 근거로 하는 바, 그 차이에 따라 형사제재의 이원주의가 정당화된다. 그러나 형벌과 보안처분의 집행에 있어서 차이가 없다면 이는 무의미하다 할 것이다. 따라서 보안처분의 집행은 형벌의 그것과는 구별되어야 하는 집행의 차별화가 요구된다.[852][853]

---

850) 이현정, "집행유예제도에 대한 개선방안 - 양형위원회의 집행유예기준을 중심으로 -", 『미국헌법연구』, 제25권 제2호(2014.8.), 미국헌법학회, 321면.

851) 박학모·김한균, 앞의 보고서, 123면.

852) 김혜정(2013), 앞의 논문, 147면.

853) 형벌의 집행과 차별화된 보안처분의 집행에 대해서는 독일의 연방헌법재판소에서 보안감호 집행원칙으로 제시하고 있는 ① 최후수단의 원칙, ② 개별화 및 집중의 원칙, ③ 동기화의 원칙, ④ 분리수용의 원칙, ⑤ 최소화의 원칙, ⑥ 권리보호 및 원조의 원칙, ⑦ 심사의 원칙을 참고할 필요가 있다(*Desseker, Die Sicherungsverwahrung in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts*, ZIS, 8-9/2011, 709면; 김혜정(2013), 앞의 논문, 147면 재인용).

결론

김유근·김정연·김재봉·이순욱·문희태

제5장

결론

⑴ 현행법상 사법경찰관과 검찰의 수사과정 그리고 공소제기와 관련해서의 법령위반·인권침해·현저한 권한남용에 대하여 살펴보았다.

주요 외국의 입법례를 살펴보면 수사 및 공소제기와 관련하여 수사기관 내적 사법심사와 외적 사법심사를 받을 권리를 규정하고 있는데 우리나라의 경우도 크게 다르지 않다. 그러나 현행법이 규정한 불복절차가 인권친화적이고 공정하게 규정되어 있는가와 관련해서는 여러 문제점들이 지적될 수 있다.

① 사법경찰관의 법령위반·인권침해·현저한 수사권남용에 대한 불복절차로서 경찰청 수사이의심사위원회제도, 수사관 교체신청 제도(기피제도) 그리고 검사의 사법통제로서 시정조치요구 등이 규정되어 있으나 경찰청 수사이의심사위원회의 기능과 검사의 시정조치요구 등이 경합하는 경우 검사의 시정조치요구의 대상이 되는 사안과 중첩되지 않는 한에서만 경찰청 수사이의심사위원회의 기능이 축소될 수밖에 없는 문제점이 있다. 또한 수사이의심사위원회에만 해당하는 것은 아니지만 시민참여형 위원회가 법률판단까지 하는 것이 과연 타당한지, 법률심사를 담당하는 검찰제도와 법원의 판단과의 경합문제를 어떻게 해결할 것인지에 대한 대책이 필요하다.

② 사법경찰관의 법령위반·인권침해·현저한 수사권남용이 문제되는 경우 시정조치요구 등의 절차는 특히 현재의 인권침해·현저한 수사권남용으로 인한 침해상태를 즉시 배제할 수 없다는 한계가 있다. 물론 법원에 준항고를 제기할 수는 있으나 준항고의 대상은 제한적이기 때문에 여전히 검사의 사법통제는 의미를 가진다. 이러한 의미에서 인권침해상태의 즉시적인 배제를 위하여 시정조치를 요구하는 절차 전에 당사자에 대한 보호조치를 취할 필요가 있다.

③ 2020년 「형사소송법」 개정으로 재수사요청 그리고 보완수사요구 등이 구별되면

서 사건기록의 송부 후에는 재수사요청만 가능한 것인지 아니면 보완수사도 가능한 것인지 그리고 사건을 송치한 후에는 보완수사요구만 가능한 것인지 아니면 재수사요청도 가능한 것인지가 명확하지 않다. 이것은 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여 고소인 등의 이의신청이 있는 경우 사건을 필요적으로 검사에게 송치하도록 하고 있는 「형사소송법」 제245조의8과 관련하여 보완수사만으로도 충분한 것을 재수사를 하여야 하는지의 문제와도 관련이 있다. 이것은 사법경찰관의 사건불송치결정에 대하여 고소인 등이 이의신청을 한 때에 복잡한 문제가 발생시킨다. 더욱이 「형사소송법」 개정 이전에 고소인 등은 검사의 사법심사를 당연히 받을 수 있었던 것을 이제는 이의신청이라는 조건부로 받을 수 있게 된 것이 과연 타당한 것인지는 의문이다. 또한 고소인 등이 이의신청을 하기 위하여 오히려 사건송치요건을 충족함을 증명하여야 하는 문제가 발생한다(입증책임의 전환).

④ 주요 외국의 입법례를 살펴보면 수사기관이 사건불송치결정을 내리거나 불기소처분을 하는 경우 고소인·고발인은 별론으로 하더라도 적어도 피해자의 동의나 법원의 허가를 받도록 하고 있는데 이러한 의미에서 사전적 통제장치를 마련할 필요가 있다.

⑤ 검사의 공소권남용과 관련하여 기소법정주의를 도입하여 가능한 한 검사의 기소재량을 제한함으로써 선택적 공소권행사가 아닌 공평한 공소권행사가 이루어지도록 할 필요가 있다. 이와 관련하여 일률적인 기소법정주의로 인하여 구체적인 타당성을 결여할 우려가 있는 것은 사실이지만 경범죄, 약물·음주사범의 경우의 치료 등 특수한 사정과 관련해서는 이를 열거식으로 규정한다면 충분히 대응할 수 있을 것으로 판단된다. 만약 기소편의주의의 유지가 바람직하다고 하더라도 특정범죄에 대한 전속관할을 가지는 고위공직자범죄수사처의 경우에는 충분히 기소법정주의를 도입할 의미가 있다.

⑥ 검사의 공정한 공소권행사를 위하여 검사의 제척·기피·회피제도를 도입할 필요가 있으며 이탈리아의 경우와 같이 수사 후 공소제기 기간을 제한하고 그 연장에 법원의 허가를 받도록 하는 등 수사의 장기화로 인한 법적 안정성의 침해를 최소화할 필요가 있다.

⑦ 사법경찰관과 검사의 법령위반·인권침해·현저한 수사권 남용·공소권남용에 대

한 법원의 사법통제는 준항고에 의할 수밖에 없는데 「형사소송법」 제417조는 "검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분"과 "제243조의2에 따른 변호인의 참여 등에 관한 처분"에 관한 불복에 대해서만 가능하기 때문에 가장 큰 문제가 되는 현저한 수사권남용이나 공소권남용에 대해서는 법원의 사법심사를 받는 것이 쉽지 않다. 따라서 스위스와 같이 형사사법기관의 법령위반·인권침해·현저한 수사권 및 공소권남용·재량권의 부당한 행사 등에 대하여 법원의 사법심사를 인정할 필요가 있다. 이때에도 특히 인권침해나 현저한 수사권남용에 대해서는 즉시항고를 허용함으로써 현재의 부당한 침해를 즉시 배제할 수 있도록 할 필요가 있다.

⑧ 현재 경찰 및 검찰에 설치되어 있는 많은 시민참여형 위원회들이 과연 유사·중복적인 것은 아닌가를 검토할 필요가 있다.

⑨ 우리나라 「검찰청법」상 검찰항고와 관련해서는 기소유예에 대해서는 허용되지 않기 때문에 피의자를 장기간 불안정한 상태로 놓을 수 있다는 점에서 검찰항고제도를 확대할 필요가 있다. 이와 관련하여 「국가보안법」 제20조에 따른 공소보류처분에 대해서는 어떠한 불복수단도 존재하지 않을 뿐만 아니라 당사자는 법무부장관이 정한 감시 및 보도에 관한 규칙을 준수하여야 한다는 점에서 행동의 자유에 중대한 침해를 초래한다. 따라서 공소보류에 대하여 불복절차를 마련하기 보다는 오히려 이 제도를 폐지하는 것이 타당하다.

⑵ 재정신청절차는 검찰권행사에 대한 통제 이외에도 범죄피해자의 형사소추의 이익을 보호하기 위한 제도로서 운용되어야 한다. 그러나 종래 재정신청제도는 그 초점이 피해자의 이익보호보다는 오히려 검사의 기소재량에 대한 사법통제에 놓여 있던 것이 사실이며 이러한 의미에서 피해자의 이익보호의 관점이 보다 강조될 필요가 있다.[854]

그리고 고소·고발의 남발의 문제는 결과적으로 재정신청의 급증으로 인한 법원업무의 가중을 초래할 위험이 상존하는 것이 사실이다. 그러나 이러한 법원업무의 가중은 업무의 효율화를 통하여 해소하여야 하는 것이지 당사자의 권리를 축소하여야 하는 직접적인 원인으로 작용해서는 안 된다.[855] 그러나 이와 동시에 재정신청은 피고소·고

854) 최병각, 『재정신청제도에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1999, 30-31면.

발인의 지위를 불안정하게 한다는 점도 간과되어서는 안 된다.[856]

또한 재정신청에 의한 실질적인 기소강제에 의하여 검사의 공소제기 및 유지의 공정성이 의심받는 경우 독립성과 공정성이 담보될 수 있는 공소유지변호사제도의 도입도 고려할 만한 것이라고 판단된다.

한편 피해자 및 형사재판에 관여하는 참고인 등의 인권보호가 중시되면서 소위 '영장항고제도'의 도입이 주장되고 있다. 동 제도에 대해서는 판사의 자의적 권력 행사에 대한 사후적인 통제수단이 제도적으로 보장되어야 국민주권주의와 권력통제라는 헌법적 관점에서 타당하다고 할 수 있다는 찬성 견해와,[857] 구속영장이 기각될 경우 영장의 재청구로 인하여 그 목적을 달성할 수 있으며, 무엇보다 피의자의 지위가 장시간 불안정해짐으로써 피의자의 인권을 침해할 수 있다는 반대 견해가 대립하여 왔다.[858] 사견으로는 찬성의 견해가 좀 더 타당한 것으로 사료된다. 다만 구속영장항고제도를 도입하게 되면 피의자에게 불리하게 작용할 수 있고, 불구속수사의 원칙이 후퇴할 수 있어 이에 대한 보완이 필요할 것으로 보이며,[859] 이때 영장단계에서의 조건부 석방제도나 현행 보석제도와의 통합 혹은 이러한 제도의 일부로서의 영장항고제도를 고려하여야 할 것이다.

법원의 명령에 대한 불복과 관련해서는 우선, 준항고의 청구 기간이 7일로 개정되어 그 기간에 대한 문제는 해소되었다고 볼 수 있으나, 명령에 대하여 일반적인 상소방법을 두지 않고 재판장의 처분에 대한 이의신청(제304조 제1항)이나 준항고(제416조)와 같이 일정한 경우에만 불복을 허용하는 규정을 둔 부분에 대해서는 어느 경우에 위 규정이 적용되는 것인지 명확한 규정이 필요하다고 생각한다. 굳이 법률에 두지 않더라도 규칙에 명시적인 규정을 두는 방법도 고려해 볼 수 있다. 이 부분은 「민사소송법」 규정을 참고하여 일반적인 이의신청 절차를 두되, 예외적으로 준항고(제416조) 등과 같이 현행 「형사소송법」 규정으로 해결할 수 있는 것을 그대로 활용토록 하는 것도 개선방향 중 하나로 제안해 볼 수 있을 것 같다.

---

855) 박상기, "기소편의주의와 그 문제점", 『고시행정』(1990.12.), 85면.

856) 박미숙, 앞의 논문, 726면.

857) 권양섭, 앞의 논문, 193면.

858) 이지민, "영장항고제도의 재음미", 가천대학교 석사학위논문, 2020, 53면.

859) 권양섭, 앞의 논문, 197면.

약식명령을 청구하는 단계에서 공소장부본을 피고인에게 송달해주는 것, 정식재판 청구 등으로 공판절차가 개시되면 즉시 사건 기록을 검찰에 반환하도록 규정을 정비하는 것, 법원의 공판회부로 인하여 통상의 절차로 진행되는 경우 그 후속절차 등에 대해서는 심도 있는 고민이 필요할 것으로 생각한다. 약식명령을 한 판사가 정식재판을 담당하는 경우 전심관여로서 제척사유에 해당하는 것인지 여부에 관하여 판례가 전향적으로 변경되어 피고인 입장에서 공정한 재판을 받을 권리를 보장받고 있다고 충분히 인식할 수 있도록 배려할 필요가 있다고 생각한다.

즉결심판에 대해서는, 정식재판 청구서를 법원에 제출토록 하고, 즉결심판에 대하여 정식재판을 청구한 경우 반드시 형종상향금지가 적용된다고 해석할 것이 아니라, 종전과 같이 불이익변경금지가 적용될 여지도 존재하는 것이므로 그 부분에 대한 명확한 규정이 필요해 보인다.

법원의 결정에 대한 불복방법으로 항고제도가 존재하고, 「형사소송법」 제402조와 제403조가 그에 대한 규정으로 보여지는데 양 조문을 보아서는 정확히 어떤 경우에 항고로 불복할 수 있는지 쉽게 알기 어렵다. 따라서 제402조와 제403조의 양 조문의 관계를 쉽게 이해할 수 있게 정리할 필요가 있다. 한편 제408조 제2항의 '3일', 제411조의 '5일' 규정은, 종래 즉시항고에 대하여 3일을 정하고 있었던 때부터 존재하던 규정으로, 현재 7일로 즉시항고 제기기간이 연장된 사정과 균형을 맞추어야 하는 것인지, 아니면 즉시항고 제기기간보다 짧은 기간을 두어야만 하는 사정이 여전히 존재하는 것인지 여부가 불분명하다. 추후 「형사소송법」 개정 시 기간을 더 연장할 것인지 현행과 같이 남겨둘 것인지 논의를 해볼 필요는 있을 것으로 본다.

수사상 증거보전절차(제184조)에서 그 기각 결정에 대해서는 3일 이내에 항고할 수 있다고 규정되어 있다. 위 3일의 기간제한은 다른 규정 특히 즉시항고가 7일로 기간이 연장된 개정법 하에서는 재검토가 필요해 보인다. 그 외 영장과 관련하여 항고도, 준항고도 불가능하므로 결국 불복이 허용되지 않는다는 취지의 판례 입장에 대하여, 영장의 재청구 이외에 별도의 불복방법의 신설에 대한 논의도 필요하다고 생각한다.

상소권회복 여부에 관하여 최대한 그 회복을 인용하는 방향으로 나아가는 것도 고민해 볼 필요가 있다고 본다. 한편 상소권회복 청구 사건을 변호하는 변호인과의 접견 문제도 여전히 존재하고 있으므로 회복신청을 한 사람과 변호인 사이의 접견에

관해서는 제한 없는 접견이 가능하도록 개선될 필요가 있다고 생각한다.

형식재판에 대하여 무죄를 주장하여 상소할 수 있는가에 대하여, 피고인 입장에서는 무죄판결을 원한다고 하였음에도 형식판결이 선고되었음을 이유로 하여 항소할 수 있는 방법이 봉쇄되어야 하는가 하는 점은 의문이 있으므로, 형식재판이 선고된 사건에 관하여 무죄를 주장하는 상소가 과연 상소의 이익이 없다고 단정할 것인지 숙고할 필요가 있다고 본다.

항소이유 중 양형부당에 관해서는, 인적사항이 가려져 있고 죄명으로 선고형을 검색하면서 판결문의 범죄사실도 피고인이 살펴볼 수 있는 방안이 마련되거나 판결문에 양형의 이유가 자세히 설시되고 양형기준도 명확하게 되어 진정한 의미의 양형부당을 다툴 수 있도록 제도가 개선되어야 할 것으로 본다.

비상상고 사유 중 사실오인의 결과로 발생한 법령위반에 대해서는 심도 있는 논의가 필요할 것으로 본다. 비상상고에 관한 대법원 판례는 스스로 나름대로의 기준에 따르고 있을 것으로 보여지지만, 인용되는 예와 기각되는 예를 보면 그 기준을 명확하게 알기 어렵다고 평가된다. 소송법적 사실의 오인으로 인한 법령위반의 경우에는 비상상고의 사유로 인정하고 실체법적 사실의 오인으로 인한 법령위반의 경우에는 원칙적으로 부정하되 별다른 조사의 필요 없이 기록상 명백한 경우에는 비상상고를 허용하자는 견해와 같이 판례가 변경되기를 기대한다.

대법원과 헌법재판소는 국민의 기본권 보장을 위하여 상호 협력하고 사법권의 오·남용을 통제하는 기능을 수행하는 기관이기도 하다. 그러나 여기에서 간과되어서는 안 되는 것은 헌법 및 법이념의 실질적인 실현을 통하여 국민의 기본권을 보장하는 것이라고 한다면 국민의 인권보장을 위하여 무엇이 가장 합리적인가를 함께 고민해 나가야 할 필요가 있다.

⑶ 형 집행 및 보안처분 집행에 대한 사법적 통제

① 형 집행 및 보안처분 집행에 대한 사법적 통제의 필요성

형 집행 및 보안처분의 집행에서 제기된 현실적인 여러 문제들을 보면, 형 집행에 대한 법원의 통제기능이 미미하고 그 마저도 산발적으로 규정되어 있다는 점, 주요 형벌로서 자유형이 가지는 특징인 사후적 보충 내지 적용의 문제, 그리고 가석방을

비롯한 각종 보안처분에 대한 행정기관의 결정의 문제와 행형과정에서의 수형자에 대한 효과적인 권리구제 문제 등을 들 수 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 형 집행 및 보안처분 집행에 대한 법원의 관여 내지 사법적 통제가 필요하다.

형 집행 및 보안처분 집행절차에 대한 권력분립원칙의 적용의 측면에서 보면, 그 집행 절차에 대한 사법적 통제 내지 사법판단의 필요성은 인권침해에 대한 구제절차로서 필요한 문제일 뿐만 아니라 현대적 권력분립원칙의 의미를 실현하는 방법이라는 점에서도 중요하다고 할 수 있다. 형 집행 및 보안처분 집행절차에 대한 적법절차의 원칙의 실현을 위해서는 형벌에 대한 법률유보원칙으로서의 실체법적 기초와 적법절차원칙에 상응하는 절차법적 요청뿐만 아니라 그 집행과정에서 실제적 관철을 가능하게 하는 조직과 체계가 필요하다고 할 수 있다. 이러한 점에서 형 집행 및 보안처분 집행절차에 대한 사법적 통제의 필요성이 인정된다. 나아가 국제적 논의에서 형벌과 보안처분의 집행과정에 대한 법관의 참여 및 결정권한을 요청하고 있다는 점은 형벌의 집행 및 형벌에 대한 변경에 대해 법관의 참여와 통제를 요청하고, 나아가 보안처분의 집행과 그 조건의 변경에 관한 조치에 이르기까지 사법적 통제를 필요로 한다는 것에 대한 중요한 논거가 된다.

② 형집행법원 도입에 관한 논의

형집행절차에 대한 사법적 통제의 필요성 논의는 형집행법원의 도입의 필요성으로 연결된다. 현행과 같이 집행기관에 일임하는 형집행절차 및 행형과정에 대해 보다 적극적으로 법원이 개입할 필요가 있다는 점과 관련하여 형집행법원의 도입을 고려할 수 있다.

형집행법원 도입과 관련하여서는 그 유형에 따라 현실적인 도입가능성을 고려하여야 하고, 이에 단계적인 도입 방향을 논의할 수밖에 없다. 프랑스의 형사집행법관 및 형사집행법원 제도나, 이탈리아의 감독법원제도의 유형은 가장 법원이 형집행절차에 적극적으로 개입할 수 있는 형태라 할 수 있지만, 이러한 형집행법원 형태의 도입은 현재 사법절차 및 법원조직법상 대대적인 변화를 요구하는 것이다. 이러한 특별법원의 도입이 시기상조라거나 현실적으로 무리한 것이라 하더라도 형 집행 관련 특별법원의 도입을 장기적인 과제로 고려하여야 할 것이다.

중단기인 절충적 개선으로서는 현행과 같이 전반적인 형 집행은 검찰이 담당하도록

하면서도 형벌의 중요한 변경 및 행형과정에서의 권리구제, 보안처분의 조건에 관한 변경에 대해서는 형 집행 및 행형에 대한 사법적 통제를 담당하는 전담부서를 법원에 두는 것을 고려할 수 있다. 이에 관해서는 형사법원에 형 집행부를 두고 있는 독일의 입법례가 의미가 있다. 실현가능성을 고려하여 우선적으로 형 집행 및 보안처분 절차에 대한 법관의 관여를 도모하는 방안으로는 전담판사제도를 도입하여 형 집행과 관련한 사안을 전담하도록 하는 것도 고려해 볼 수 있다.[860]

③ 형집행절차 및 보안처분 단계에서의 불복 및 통제를 위한 개선방안

형집행절차 및 보안처분 단계에서의 문제를 해결하고 집행절차에 대한 통제를 위해서는 앞서 근본적인 해결방안으로서 사법심사의 필요성을 역설하고, 형집행법원의 도입 등 형집행절차에 대한 법관의 참여를 요청하였다. 그 외에 형집행절차 및 보안처분 단계에서의 불복 및 통제를 위한 개선방안으로서 고려할 만한 사항을 다음과 같이 제시한다.

㉠ 가석방과 관련하여서는, 가석방에 대한 사법처분화 방안 내지 필요적 사법심사의 통제를 주장하는 견해를 따르지 않더라도, 현행의 행정처분 절차 내에서 수형자의 권리를 최대한 보장할 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다. 특히 가석방 심사절차의 공정성과 형평성을 담보할 수 있는 불복절차의 도입이 절실히 요구된다. 먼저 수형자의 가석방 심사 신청권은 가석방 절차에서의 1차적인 구제수단으로서 그 의미가 크다고 할 것이다.[861] 가석방에 대해서는 "수형자의 개별적 요청이나 희망에 따라 행하여지는 것이 아니라 교정기관의 교정정책 혹은 형사정책적 판단에 따라 이루어지는 재량적 조치"라고 판단하고 있어 수형자의 가석방 심사 신청권을 인정하기 위해서는 입법적으로 명시하는 방안을 고려할 필요가 있다.[862] 또한 가석방이 되지 않은 경우에 현행법상 수형자에게 이의신청을 할 방법이 마련되어 있지 않다. 형사절차에서의 인권친화적인 불복제도의 확립을 위해서는 현행 가석방절차 내에서 각 단계별로 이의신청 내지 불복절차를 두어 가석방에 있어서 형 집행의 공정성 및 신뢰성을 확보할 필요가 있다.

860) 정승환, 앞의 논문, 404면.
861) 김정연 외, 앞의 보고서, 234면.
862) 김정연 외, 앞의 보고서, 233-234면.

㉡ 가석방은 형의 집행 이후 조기 석방의 형태로 이루어지는 '출구전략'인 반면, 집행유예는 형벌의 집행에 있어서 '입구전략'에 해당한다. 이러한 점에서 집행유예의 선고는 다른 형태의 형 집행을 의미한다. 법관에 의한 집행유예 선고의 경우에도 일정한 통제는 필요하고 그 판단에 대한 자의적 재량을 최소화하기 위해서는 입법론적으로 집행유예의 조건을 세분화하고 형기의 경중에 따라 차별화된 요소를 고려하여 조건을 엄격하게 설정하는 것이 필요하다.

나아가 집행유예 기준을 포함하고 있는 현행 양형기준제도는 집행유예에 대한 법관의 재량적 판단을 방지하고, 집행유예의 선고를 통제 내지 감독하는 역할을 수행한다. 집행유예제도 자체가 여전히 법관의 재량에 의한 은혜적 처분으로 운영되는 것을 방지하기 위해서는 양형기준에서 실형과 집행유예를 구분할 수 있는 보다 객관적이고 구체적인 평가원칙을 제시하는 집행유예 기준을 마련하여야 할 것이다.[863]

㉢ 보안처분과 관련하여서는, 비례성원칙이 적용되는 범위 내에서 정당화되므로 재범위험성 판단 및 비례성원칙의 심사를 거쳐 보안처분 목적상 반드시 필요한 경우에 선고되어야 할 것이다. 법원에 의한 보안처분의 부과만큼 그 집행절차 과정에서 이루어지는 사후 결정의 중요성은 크다고 할 것이다.[864] 이러한 점에서 보안처분의 집행절차에 대한 사법적 통제가 필요하다는 점에 대해서는 앞서 논의하였다.

형벌에 대해 책임원칙이 적용되는 것과 달리 보안처분은 재범위험성을 근거로 하는 바, 그 차이에 따라 형사제재의 이원주의가 정당화된다. 그러나 형벌과 보안처분의 집행에 있어서 차이가 없다면 이는 무의미하다 할 것이다. 따라서 보안처분의 집행은 형벌의 그것과는 구별되어야 하는 집행의 차별화가 요구된다.[865],[866]

---

863) 이현정, "집행유예제도에 대한 개선방안 - 양형위원회의 집행유예기준을 중심으로 -", 『미국헌법연구』, 제25권 제2호(2014.8.), 미국헌법학회, 321면.

864) 박학모·김한균, 앞의 보고서, 123면.

865) 김혜정(2013), 앞의 논문, 147면.

866) 형벌의 집행과 차별화된 보안처분의 집행에 대해서는 독일의 연방헌법재판소에서 보안감호 집행원칙으로 제시하고 있는 ① 최후수단의 원칙, ② 개별화 및 집중의 원칙, ③ 동기화의 원칙, ④ 분리수용의 원칙, ⑤ 최소화의 원칙, ⑥ 권리보호 및 원조의 원칙, ⑦ 심사의 원칙을 참고할 필요가 있다(*Desseker, Die Sicherungsverwahrung in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts,* ZIS, 8-9/2011, 709면; 김혜정(2013), 앞의 논문, 147면 재인용).

참고문헌

[우리나라 문헌]

국가인권위원회, 『국가인권위원회 결정례집』, 제11집(2018), 2019(https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001003001002002&searchselect=boardtitle&searchword=%EA%B2%B0%EC%A0%95%EB%A1%80&pagesize=10&boardtypeid=18&boardid=7604708; 검색일: 2020년 8월 30일).

법무부, 『독일형사소송법』, 법무부, 2012.6.

법무부, 『일본 형사소송법·규칙』, 법무부, 2009.12.

법무부, 『프랑스 형사소송법』, 법무부, 2011.11.

법무부, 2018년 2월 8일 보도자료 "법무·검찰개혁위원회, 「검·경 수사권 조정안」 권고" (https://www.gov.kr/portal/ntnadmNews/1347577; 검색일: 2020년 9월 12일).

법무부, 『2020 교정통계연보』, 2020.

법무연수원, 『2019 범죄백서』, 2020.

법원행정처, 『법원실무제요 형사(Ⅰ)』, 2008.

법원행정처, 『형사소송법 개정법률 해설』, 2007.

법원행정처, 『사법연감』, 2018.

법원행정처, 『사법연감』, 2019.

법원행정처, 『사법연감』, 2020.

법제처, 『법령입안·심사기준』, 2019.12.(https://www.moleg.go.kr/menu.es?mid=a10105030000; 검색일: 2020년 8월 30일).

권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2011.

김하열, 『헌법소송법』, 박영사, 2018.

독일법연구회, 『독일 형사소송법』, 사법발전재단, 2018.

배종대·이상돈·정승환·이주원, 『형사소송법』, 홍문사, 2015.

배종대·정승환, 『행형학』, 홍문사, 2002.

배종대·홍영기, 『형사소송법』, 홍문사, 2020.
성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2019.
신동운, 『간추린 신형사소송법(제12판)』, 법문사, 2020.
신동운, 『형법총론』, 법문사, 2017.
신양균, 『신판 형사소송법』, 화산미디어, 2010.
이상돈, 『형법강의』, 제1판, 법문사, 2010.
이은모·김정환, 『형사소송법』, 제7판, 박영사, 2019.
이재상·장영민·강동범, 『형법총론』, 박영사, 2020.
이재상·조균석, 『형사소송법』, 제12판, 박영사, 2019.
이재상·조균석, 『형사소송법』, 제10판, 박영사, 2016.
이주원, 『형사소송법』, 박영사, 2019.
임웅, 『형법총론』, 법문사, 2017.
정승환, 『형사소송법』, 박영사, 2018.
한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2016.
허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2019.

강동범, "구속영장재판에 대한 불복 가부", 『형사법연구』, 제21권 제3호(2009), 한국형사법학회, 81-104면.
강동범·이강민, "가석방 활성화를 위한 체계적 정비방안", 『교정연구』, 제27권 제2호(2017.6.), 3-28면.
강성용, "경찰에 대한 통제 - 한국과 영국의 시민에 의한 경찰 외부통제기구에 대한 비교법적 연구 -", 외법논단, 제42권 제2호(2018.05), 한국외국어대학교 법학연구소, 371-396면.
고경희·이진국, 『검사의 불기소처분 실태와 개선방안』, 한국형사정책연구원, 2006.
권양섭, "구속영장항고제도 도입에 관한 논의와 절충적 제안", 『법학연구』, 제55집(2014.8.), 한국법학회, 183-201면.
권오걸, "현행 보안처분제도 개관", 『법학논고』, 제22집(2005.6.), 경북대학교 법학연구원, 139-172면.
김병수, "검찰개혁의 필요성과 추진방향", 『한국부패학회보』, 제25권 제2호(2020.6.), 한국부패학회, 107-121면.

김병수, “국민을 위한 고위공직자비리수사처 설치방안”, 『동아법학』, 제80호(2018.8.), 동아대학교 법학연구소, 1-38면.

김성돈, “‘고위공직자 범죄수사처’ 신설의 필요성과 위헌성 극복 방안”, 『성균관법학』, 제30권 제1호(2018.3.), 성균관대학교 법학연구원, 171-210면.

김성천, “고위공직자범죄수사처의 형사사법체계 정합성에 관한 고찰”, 『중앙법학』, 제21집 제4호(2019.12.), 중앙법학회, 47-81면.

김성룡·이진국·지유미, 『형사재심제도의 개선방안에 관한 연구』, 법원행정처, 2017 (https://scourt.go.kr/portal/policy_service/manage/ManageViewAction.work?gubun=1&pageIndex=1&searchWord=&searchOption=&seqnum=227; 검색일: 2020년 8월 29일).

김유근·탁희성·박성민·이근우·이상한·최준혁·최호진·황태정(저자), 『공정하고 인권친화적인 형사절차 구축방안 연구(I) : 형사사건에서의 객관적인 사실인정을 위한 증거조사방법의 합리화 방안 연구』, 형사정책연구원, 2019.

김윤홍, “재판을 받을 권리와 형종상향금지에 관한 연구”, 『법학연구』, 제18권 제4호(2018.12.), 한국법학회, 217-237면.

김재봉, “개정 형사소송법과 수임판사의 재판에 대한 불복”, 『형사법연구』, 제19권 제4호(2007.1.), 한국형사법학회, 37-74면.

김정연·윤옥경·차종진·배상균, 『가석방제도의 운영현황과 개선방안에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2019.

김정환, “형사제재로서 취업제한의 법적성격과 발전방향 -독일의 직업금지와의 비교-”, 『비교형사법연구』, 제17권 제3호(2015.10.), 한국비교형사법학회, 39-68면.

김종현, 『보안처분의 헌법적 한계에 관한 연구』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018.

김준호, “재정신청제도 확대검토”, 『사법개혁추진위원회 전문위원보고서』(상) (2000), 사법개혁추진위원회, 83-103면.

김태명, “경찰단계에서의 사건종결 제도에 관한 연구”, 『경찰학연구』, 제13권 제2호(2013.6.), 경찰대학 경찰학연구편집위원회, 105-135면.

김태명, “적법절차의 원칙과 행형에 대한 사법적 통제”, 『교정연구』, 제54호(2012.3.), 한국교정학회, 153-183면.

김태명, “다시 개정되어야 할 재정신청제도”, 『형사정책연구』, 제21권 제2호(2010.6.), 한국형사정책연구원, 83-133면.

김태명, “행형법 개정과 수용자의 권리구제제도”, 『교정연구』, 제35호(2007.6.), 한국교정학회, 169-200면.

김태명 외, 『해외 주요국가의 보안처분의 적법절차와 사법심사』, 법원행정처, 2011.

김태우, “판사의 영장결정에 대한 불복제도 연구”, 『형사법의 신동향』, 제9호(2007.8.), 대검찰청, 1-39면.

김혜경, “‘검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제정안’상의 경찰의 수사권과 경찰개혁 방안”, 『형사법연구』, 제32권 제3호(2020.9.), 한국형사법학회, 83-117면.

김혜정, “보안처분의 체계적 입법화를 위한 소고”, 『형사법연구』, 제25권 제4호(2013.12.), 한국형사법학회, 131-152면.

김혜정, “전자장치부착명령의 법적 성격과 제 문제”, 『법조』, 제60권 제9호(2011.9.), 법조협회, 299-331면.

김택수, 『프랑스 수사·예심제도의 이해』, 계명대학교 출판부, 2017.

류장만, “구속영장청구기각결정이 항고대상이 되는지에 대하여”, 『형사재판의 제문제』, 제4권(2003), 사법발전재단, 353-375면.

류전철, “개정 형사소송법상 재정신청의 성격과 문제점”, 『영남법학』, 제26호(2008.4.), 영남대학교 법학연구소, 215-240면.

명도현·박호현, “수사이의신청제도 개선방안에 관한 연구 - 경찰단계에서의 시민참여를 중심으로”, 『치안정책연구』, 제29권 제3호(2015.12.), 경찰대학 치안정책연구소, 73-102면.

문준영, “검찰권 행사에 대한 시민적 통제와 참여: 검사의 기소재량 통제를 위한 한국과 일본의 최근의 개혁”, 『민주법학』, 제29호(2005.12.), 민주주의법학연구회, 173-208면.

박기석, “개정 형사소송법의 재정신청제도”, 『비교형사법연구』, 제9권 제2호(2007.12.), 한국비교형사법학회, 197-230면.

박미숙, “개정 형사소송법상 재정신청제도의 효율적 운용방향”, 『형사정책연구』, 제18권 제3호(2007.8.), 한국형사정책연구원, 705-749면.

박미숙·김재현·박준영·김성룡, 『형사정책과 사법제도에 관한 평가연구(XII) : 오판(Miscarriage of Justice)방지를 위한 사법시스템 평가·정비방안 연구 - 재심사례 분석을 중심으로』, 한국형사정책연구원, 2018.

박병규, “영장재판에 대한 항고 - 대법원 2006.12.18.자 2006모646 결정 평석 -”, 『법조』, 제56권 제12호(2007.12.), 법조협회, 346-389면.

박상기, “기소편의주의와 그 문제점”, 『고시행정』, 20호(1990.12.), 화성사, 80-89면.

박진우, “「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」의 헌법적 쟁점에 관한 연구”, 『입법학연구』, 제17집 제1호(2020.2.), 한국입법학회, 307-336면.

박찬걸, “검·경 수사권조정에 대한 비판적 분석: 2020. 2. 4.자 개정 형사소송법 및 검찰청법의 내용을 중심으로”, 『형사정책연구』, 제31권 제1호(2020.3.), 한국형사정책연구원, 29-63면.

박찬걸, “검사의 독점적 영장청구권 인정의 타당성 및 이에 대한 견제방안”, 『형사법의 신동향』, 제62호(2019.3.), 대검찰청, 1-34면.

박찬걸, “고위공직자범죄수사처의 독립성 및 정치적 중립성 확보방안에 대한 검토”, 『형사정책』, 제32권 제1호(2020.4.), 한국형사정책학회, 131-157면.

박학모·김한균, 『보안처분 집행절차와 사법심사에 관한 연구』, 대법원 법원행정처, 2011.

박학모·뮐러·야버스, 『형사집행절차상 사법심사 방안에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2011.

서보학, “집행유예제도 : 입법론적 비판과 대안”, 『형사정책』, 제13권 제1호(2001.6.), 한국형사정책학회, 59-82면.

성중탁, “성범죄자에 대한 화학적 거세명령의 위헌성 고찰 - 헌법재판소 2015.12.23. 자 2013헌가9 결정에 대한 평석을 겸하여”, 『인권과 정의』, 제459호(2016.8.), 대한변호사협회, 73-90면.

송광섭, “범죄피해자 보호의 현황과 형사사법체계 내에서의 피해자보호 방안” 『저스티스』, 제82호(2004.12.), 한국법학원, 5-27면.

신동운, “일제하의 예심제도에 관하여 - 그 제도적 기능을 중심으로”, 『법학』, 제27권 제1호(1986.4.), 서울대학교 법학연구소, 149-165면.

신이철, “검사의 불기소처분에 대한 재정신청 - 특히 재정신청기간과 재정신청서를 중심으로 -”, 『비교형사법연구』, 제17권 제3호(2015), 한국비교형사법학회, 331-355면.

심재무, “검사의 불기소처분에 대한 불복제도 개선방안”, 『비교형사법연구』, 제5권 제1호(2003.7.), 한국비교형사법학회, 287-308면.

안유림, “일제 치안유지법체제하 조선의 豫審제도”, 『이화사학연구』, 제38집(2009.6.), 이화사학연구소, 133-156면.

양동철, “비상상고 제도의 개선에 관한 연구-대법원 판례의 분석과 해석론을 중심으로-”, 『경희법학』, 제51권 제3호(2016.1.), 경희대학교 법학연구소, 73-109면.

양경규, “재정신청제도의 개정방향에 관한 소고”, 『한국치안행정논집』, 제8권 제3호(2011.11.), 한국치안행정학회, 139-160면.

연성진·노용준·신경우, 『수형자의 법질서 확립방안에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2009.

오세인, “영장청구기각결정에 대한 불복방법”, 『형사판례연구』, 제9권(2001), 박영사, 335-352면.

유주성, “프랑스 예심판사제도 폐지에 관한 논의”, 『외법논집』, 제41권 제4호(2017.11.), 한국외국어대학교 법학연구소, 223-245면.

윤영철, “검사의 기소재량권에 대한 통제제도의 현황과 사전적 민주적 통제방안에 관한 소고”, 『법학논고』, 제30집(2009.6.), 경북대학교 법학연구원, 315-352면.

이승호, “피해자와 민간의 형사절차 참여를 위한 방안”, 『형사법연구』 제19호(2003.6.), 한국형사법학회, 85-108면.

이완규, “개정 형사소송법상 영장항고”, 『형사법의 신동향』, 제9호(2007.8.), 대검찰청, 40-64면.

이인석, “영장항고제도에 관한 연구”, 『법조』, 제57권 제4호(2008.4.), 법조협회, 374-427면.

이재상, “형사소송법 일부개정법률안에 관하여”, 『바람직한 형사사법절차에 관한 공청회 자료집』, 국회 법제사법위원회, 2006, 49-110면.

이지민, “영장항고제도의 재음미”, 가천대학교 석사학위논문, 2020.

이창은, “「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」의 해석상 문제점에 대한 비판적 검토”, 『법학논문집』, 제44집 제2호(2020.8.), 중앙대학교 법학연구원, 137-177면.

이창현, “검·경수사권 조정 관련 법률안에 대한 검토와 대안”, 『형사소송의 이론과 실무』, 제11권 제2호(2019.12.), 한국형사소송법학회, 1-28면.

이한규·박영욱·김용규·박주연·박민호·박양숙, “검찰개혁과제에 대한 이론적 고찰 - 법률안 개정내용과 찬성 및 반대의 입장을 중심으로 -”, 국회 법제사법위원회, 2011, 1-161면(https://committee.na.go.kr:444/legislation/reference/reference01.do?

mode=view&articleNo=520345&article.offset=20&articleLimit=10; 검색일: 2020년 9월 30일).

이현정, “집행유예제도에 대한 개선방안 - 양형위원회의 집행유예기준을 중심으로 -”, 『미국헌법연구』, 제25권 제2호(2014.8.), 미국헌법학회, 287-335면.

이호중, “우리나라의 양형기준에 대한 비판적 분석”, 『형사법연구』, 제22권 제1호(2010.3.), 한국형사법학회, 241-272면.

장규원·진수명·이상용, 『가석방 심사체제 정비방안에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1998.

장승일, “검사의 기소재량권 통제와 시민참여제도에 대한 검토”, 『강원법학』, 제39권(2013.6.), 강원대학교 비교법학연구소, 345-374면.

장영수, “규범통제의 본질에 비추어 본 대법원과 헌법재판소의 역할”, 『고려법학』, 제55호(2009.12.), 고려대학교 법학연구원, 39-71면.

장영수, “헌법재판소 변형결정의 구속력”, 『판례연구』, 제9집(1998.2.), 고려대학교 법학연구원, 45-79면.

장영수, “현행 헌법소원제도의 의의, 본질과 법원의 재판에 대한 헌법소원의 문제”, 『법학논집』, 제32집(1996.12.), 고려대학교 법학연구소, 1-26면.

정승환, “형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성”, 『형사법연구』, 제22호(2004.12.), 한국형사법학회, 374-406면.

정승환·신은영, “가석방의 사법처분화 방안 연구”, 『형사정책』, 제23권 제2호(2011.12.), 한국형사정책학회, 213-240면.

정연주, “헌법재판소 직무상의 문제 - 법원의 재판에 대한 헌법소원의 문제를 중심으로 -”, 『헌법학연구』, 제11권 제2호(2005.6.), 한국헌법학회, 49-73면.

정연주, “현행 헌법재판제도의 문제점과 개선방안”, 『법학연구』, 제23집 제1호(2020.3.), 인하대학교 법학연구소, 1-36면.

정웅석, “고위공직자범죄수사처법의 해석과 운영방향”, 『형사소송의 이론과 실무』, 제12권 제1호(2020.6.), 한국형사소송법학회, 1-50면.

정웅석, “검경 수사권조정 개정안의 주요 내용에 대한 비교 분석 및 대안”, 『형사법의 신동향』, 제62호(2019.3.), 대검찰청, 237-277면.

정준섭, “영장항고제도 도입의 필요성과 정당성”, 『법학연구』, 제49권 제2호(2009.2.), 부산대학교 법학연구소, 217-246면.

정진수, 『수형자의 법적 권리에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2002.

정한중, "시민참여형 공소권통제제도의 모색", 『법학연구』, 제12권 제1호(2009.4.), 인하대학교 법학연구소, 213-245면.

정혜순, "재정신청제도에 관한 비판적 고찰", 성균관대학교 석사학위논문, 2008.

조 국, "실사구시의 원칙에 선 검찰·경찰 수사권조정 방안", 『검·경 수사권조정에 관한 공청회』 자료집, 수사권조정자문위원회, 2005.4.11., 243-263면(http://dl.nanet.go.kr/SearchList.do; 검색일: 2020년 9월 3일).

조 국, "현 시기 검찰·경찰 수사권조정의 원칙과 방향 -형사소송법 제195조, 제196조의 개정을 중심으로-", 『법학』, 제46권 제4호(2005.12.), 서울대학교 법학연구소, 219-241면.

조기영, "재정신청제도의 전망과 과제", 『형사법의 신동향』, 제14호(2008.6.), 대검찰청, 1-59면.

차진아, "독일 재판소원의 성격과 기능", 『법학논고』, 제45집(2014.02), 경북대학교 법학연구원, 39-70면.

최길수, "김재봉, 개정 형사소송법과 수임판사의 재판에 대한 불복에 대한 토론", 『형사법연구』, 제19권 제4호(2007.1.), 한국형사법학회, 63-69면.

최병각, 『재정신청제도에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1999.

최보현, "재정신청에 관한 시비", 『법조』, 제6권 제11·12호(1957.12.), 법조협회, 10-21면.

최상욱, "정식재판절차와 불이익변경금지 원칙", 『비교형사법연구』, 제12권 제2호(2010.12.), 한국비교형사법학회, 151-182면.

최준혁, "양형기준의 도입과 가석방 -영국의 논의에 관하여-", 『형사정책』, 제24권 제1호(2012.4.), 한국형사정책학회, 61-90면.

최호진, "수사권조정에 있어서 경찰의 송치·불송치 결정에 대한 몇 가지 문제점", 『형사정책』, 제32권 제1호(2020.1.), 한국형사정책학회, 63-92면.

클라우스 라우벤탈(신양균 외 역), 『독일행형법』, 한국형사정책연구원, 2010.

탁희성·박형민·김대근·김유근, 『한국의 형사사법체계 및 관리에 관한 연구(III): 수사구조의 진단 및 개혁』, 한국형사정책연구원, 2018.12.

황치연, "헌법정책적 측면에서 헌법재판소와 법원의 관계", 『헌법판례연구』, 제11권(2010.2.), 한국헌법판례연구학회, 177-222면.

[일본 문헌]

法務省,『令和元年版 犯罪白書』, 2019.

法務省,「矯正施設における不服申立ての状況について」

最高裁判所 事務総局,『新刑事訴訟法·刑事訴訟規則·旧刑事訴訟法対照條文』,『刑事裁判資料』, 第11号, 1948.1.1.

安部祥太,「再審開始決定に対する検察官抗告に関する予備的検討 : 韓国国家人権委員会による検察官抗告の改善勧告を契機として[最高裁令和元.6.25]」,『青山法学論集』, 第61巻 第2号(2019), 53-95頁以下.

安部祥太,「韓国における検察改革と再審事件の検証 : 再審開始決定に対する検察官抗告への疑問」,『法学セミナー』, 第64巻第8号(2019.8.), 7-10頁以下.

小野坂弘「仮釈放制度について」,『法政理論』第22巻第3号(1990), 89-148頁.

鴨志田祐美,「再審開始決定に対する検察官抗告の不正義 : 特別抗告3事件にみる検察官の「再審妨害」」,『刑事弁護』, 第99号(2019), 53-62頁以下.

加藤康榮,「刑事司法における検察官の役割（二）」,『日本法学』, 第81巻 第3号(2015.12.), 1-51頁.

河上和雄·中山善房·古田佑紀·原田國男·河村博·渡辺咲子〔編〕,『大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】〔全１１巻〕』, 青林書林, 2010-2017(이하 "大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】, 第〇〇〇条(저자)"로 인용한다).

土本武司,「日·蘭刑事訴訟の比較的考察」,『比較法学』, 第27巻 第1号(1993.07.01.), 早稲田大学 比較法研究所, 123-138頁.

中村義孝,「フランスの裁判制度度（２·完）」,『立命館法学』, 2011年 2号(336号), 26-138頁.

松尾浩也,「刑事訴訟法の制定過程（二〇）」,『法学協会雑誌』, 第97巻 第5号(1980.5.), 694-716頁.

三井誠,「刑事訴訟法の制定過程（二一）」,『法学協会雑誌』, 第99巻 第5号(1982.5.), 763-772頁.

三井誠,「刑事訴訟法の制定過程（二二）」,『法学協会雑誌』, 第99巻 第6号(1982.6.), 923-931頁.

福永俊輔,「フランス刑事再審制度の動向」,『西南学院大学法学論集』, 第48巻 第1号(2015.6.), 127-172(161-210)頁(http://repository.seinan-gu.ac.jp/bitstream/handle/

123456789/1205/lr-n48v1-p161-206-fuk.pdf?sequence=1&isAllowed=y; 검색일: 2020년 9월 2일).

藤本哲也,「更生保護法成立の意義と課題（特集 更生保護法の成立と展望）」,『刑事法ジャーナル』, 第10号(2008), 25-31頁.

太田達也『仮釈放の理論ー矯正保護の連携と再犯防止ー』, 慶応義塾大学出版会, 2017.

[영미 및 독일 문헌]

Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz; StBOG) (BBl 2008 S. 8125).

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, S. 1312 (BBl. 2006 S. 1085).

LG Ellwangen, Blutalkohol, 2002.

OLG Celle 1. Strafsenat, Beschluss vom 23. 06. 2017, 1 Ws 69/17.

Charging (The Director's Guidance) 2013 - fifth edition, May 2013 (revised arrangements) (https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/charging-directors-guidance-2013-fifth-edition-may-2013-revised-arrangements; 검색일: 2020년 9월 25일).

Ashworth, Andrew; "Developments in the Public Prosecutor's Office in England and Wales", in: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 8 Iss. 3 (2000), pp. 257-282.

Bachmaier, Lorenna, "19. Spain", in: *Ligeti, Katalin ed., Toward a Prosecutor for the European Union Volume 1: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2013, pp. 702-741.

Baum, Stefan, "Prosecutorial Control Of Incestigations In Europe: A Call For Judicial Oversight", in: *Luna, Erik/Wade, Marianne L. ed., The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, 2012, pp. 67-81.

Becker, Jörg-Peter/Erb, Volker/Esser, Robert/Graalmann-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander (Hrsg.), Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz

Großkommentar, Band 5/2: §§ 158-212b, 27. Auflage, de Gruyter, Berlin/Boston, 2018("LR[27]-*저자*"로 인용한다).

BeckOK GVG/Kölmlein EGGVG § 23 Rn. 159a.

Brown, Darryl K./Turner, Jenia I./Weisser, Bettina ed., The Oxford Handbook of Criminal Process, Oxford University Press, 2019.

van de Bunt, Henk/van Gelder, Jean-Louis, "The Dutch Prosecution Service", in: *Crime & Justice*, Vol. 41 Nr. 117 (2012), pp. 117-140.

Carsten, Ernst S./Rautenberg, Erardo, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart: Ein Beitrag zur Beseitigung ihrer Weisungsabhängigkeit von der Regierung im Strafverfahren, 3. Aufl., Nomos Verlag, 2015.

Desseker, "Die Sicherungsverwahrung in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts", in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 8-9/2011, S. 706-713.

Donhauser, Gerhard, "Die StPO-Reform und der (liberale) Rechtsstaat", in: *Journal für Strafrecht(JSt)*, 2019/4, S. 306-320.

Erb, Volker/Esser, Robert/Franke, Ulrich/Graalmann-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander(Hrsg.), Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Band 5: §§ 151-212b, 26. Auflage, de Gruyter, Berlin/Boston, 2013("LR[26]-*저자*"로 인용한다).

Erb, Volker/Esser, Robert/Franke, Ulrich/Graalmann-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander(Hrsg.), Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Band 7/2: §§ 312-373a, 26. Auflage, de Gruyter, Berlin/Boston, 2013("LR[26]-*저자*"로 인용한다).

Friedman, David D., "Making Sense of English Law Enforcement in the Eighteenth Century", in: *The University of Chicago Law School Roundtable*, Vol. 2 Iss. 2 (1995), pp. 475-505.

Gialuz, Matja, "The Italian Code of Criminal Procedure: A Reading Guide", in: *Gialuz, Matja/Lupária, Luca/Scarpa, Federica ed., The Italian Code of Criminal Procedure: Critical Essays and English Translation*, 2 Edition, Wolters Kluwer/CEDAM, 2017, pp. 17-55.

Gialuz, Matja/Lupária, Luca/Scarpa, Federica ed., The Italian Code of Criminal Procedure: Critical

Essays and English Translation, 2 Edition, Wolters Kluwer/CEDAM, 2017.

Gilliéron, Gwladys, Public Prosecutors in the United States and Europe: A Comparative Analysis with Special Focus on Switzerland, France, and Germany, Springer, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2014.

Gorf, Claudia, § 172, in: Jurgen, Graf(Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, 27 Edition, C.H.Beck, München, 2017.

Göhler, Johanna, "Victim Rights In Civil Law Jurisdiction", in: *Brown, Darryl K./Turner, Jenia Iontcheva/Weisser, Bettina, The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, 2019, pp. 267-288.

Gössel, Karl Heinz, Rn. 3 zu § 372, in: Erb, *Volker/Esser, Robert/Franke, Ulrich/Graalmann-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander(Hrsg.), Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar*, Band 7/2: §§ 312-373a, 26. Auflage, de Gruyter, Berlin/Boston, 2013.

Gössel, Karl Heinz, Überlegungen über die Stellung der Staatsanwaltschft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht(GA)*, 1980, S. 325-354.

Gramckow, Heike, "Prosecutor Organization and Operations in the United States", in: *Open Society Institute Sofia, Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness – Comparative Research –*, 2008, pp. 385-432 (https://www.justiceinitiative.org/publications/promoting-prosecutorial-accountability-independence-and-effectiveness; 검색일: 2020년 9월 13일).

Guidon, Patrick, Art. 393 ff., in: *Niggli, Marcel Alexander/Heer, Marianne/Wiprächtiger, Hans, Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014

Günter Blau, "Der Vollstreckungsrichter" in: *Bundesministerium der Justiz(Hrsg.), Tagungsberichte der Strafvollstreckungskommission*, Band 10, 1970.

Harris, David A., "The Interaction And Relationship between Prosecutors And Police Officers In The United States, And How This Affects Police Reform Efforts", in: *Luna, Erik/Wade, Marianne L. ed., The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, 2012, pp. 54-66.

Hentschel, Peter, "Die Entwicklung des Straßenverkehrsrechts im Jahre 2002", in: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2003, S. 716-728.

Hodgson, Jacqueline, French Criminal Justice: A Comparative Account of the Investigation and Prosecution of Crime in France, Hart Publishing, 2005.

Hodgson, Jacqueline, "The Police, the Prosecutor and the Juge d'Instruction: Judicial Supervision in France, Theory and Practice", in: *The British Journal of Criminology*, Vol. 41, No. 2 (Spring 2001), pp. 342-361.

Howse, Tricia, "4. England", in: *Ligeti, Katalin ed., Toward a Prosecutor for the European Union Volume 1: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2013, pp. 133-178.

Höflich/Schriever/Bartimeier, Grundriss Vollzugsrecht, 4 Aufl., Springer, 2014.

Lin, Jeffrey/Grattet, Ryken/Petersilia, Joan, "'Back-End Sentencing' And Reimprisonment: Individual, Organizational, And Community Predictors Of Parole Sanctioning Decisions", in: *Criminology 48*, Issue 3, 2010, pp. 759-795.

KK-StPO/Appl, 8. Aufl, 2019.

Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch § 68e Rn. 2.

Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2018.

Laubental, StVollzG, § 109 Rn. 4.

Laubental, StVollzG, § 109 Rn. 12

Ligeti, Katalin, "The Place of the Prosecutor in Common Law and Civil Law Jurisdictions", in: *Brown, Darryl K./Turner, Jenia Iontcheva/Weisser, Bettina, The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, 2019, pp. 139-163.

Ligeti, Katalin ed., Toward a Prosecutor for the European Union Volume 1: A Comparative Analysis, Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2013.

Luna, Erik/Wade, Marianne L. ed., The Prosecutor in Transnational Perspective, Oxford University Press, 2012.

Lupária, Luca/Gialuz, Mitja, "Italian Criminal Procedure: Thirty Years After The Great Reform", in: *Roma Tre Law Review*, 01/2019, pp. 26-72(http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2020/01/Italian-criminal-procedure-thirty-years-after-the-great-reform.pdf; 검색일: 2020년 9월 17일).

Manikis, Marie, "Conceptualizing The Victim Without Criminal Justice Process in Common Law Tradition", in: *Brown, Darryl, K./Turner, Jena I./Weisser, Bettina ed., The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, 2019, pp. 248-266.

Mason, Caleb, "The Police-Prosecutor Relationship and the NoContact Rule: Conflicting Incentives after Montejo v. Louisiana and Maryland v. Shatzer", in: *Cleveland State University(Clev. St. L. Rev.)* Vol. 58 Nr. 747 (2010), pp. 747-780.

Moos, Reinhard, "Die Reform des Vorverfahrens im österreichischen Strafverfahren", in: *Müller-Dietz, Heinz/Müller, Egon/Kunz, Karl-Ludwig/Radtke, Henning/Britz, Guido/ Momsen, Carsten/Koriath, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung* zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, Nomos Verlag, S. 581-599.

Müller, Susanne, Strafverfahren und Opferorientierung: Überlegungen zu den Auswirkungen opferzentrierter Gesetzgebung auf Theorie und Praxis des Strafprozesses, in: *Betrifft JUSTIZ* Nr. 128 (2016.12.), S. 175-181.

Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung StGB (MK-Groß, StGB), 3. Auflage, C.H. Beck, 2016.

Niggli, Marcel Alexander/Heer, Marianne/Wiprächtiger, Hans, Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014("BSK StPO2-저자"로 인용한다).

NK-Dünkel, StGB, 5. Aufl., 2017.

Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch, 29. Auflage, C.H. Beck, München, , 2017 ("*Roxin/Schünemann*[29]"로 인용한다).

Rüping, Hinrich, "Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei", in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft(ZStW)*, vol. 95, 1983, S. 894-917.

Schmid, Niklaus, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Dike, Zürich, St. Gallen, 2011.

Schönke/Schröder/Kinzig StGB § 70a Rn. 8

Schroth, Klaus, Die Rolle Rechte des Opfers im Strafprozess, C.F. Müller, 2. Auflage, 2011.

Tricot, Juliette, "6. France", in: *Ligeti, Katalin ed., Toward a Prosecutor for the European Union Volume 1: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, 2013, pp. 222-263.

Walther, Susanne, "The Position and Structure of the Prosecutor's Office in the United

States", in: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 8 Iss. 3 (2000), pp. 283-295.

Walter, Tonio, "Die Rechtsmittel der StPO – allgemeine Regeln und Beschwerde", in: *ius.full* 2/2016, S. 30-42(http://www.iusfull.ch/fileadmin/letzte_hefte_content/2016-02_Rechtsmittel_der_StPO.pdf; 검색일: 2020년 9월 1일).

Weigend, Thomas, "A Judge by Another Name? Comparative Perspectives on the Role of the Public Prosecutor", in: *Luna, Erik/Wade, Marianne L. ed., The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, 2012, pp. 377-391.

Wright, Ronald F., "How Prosecutor Elections Fail Us", in: *Ohio State Journal of Criminal Law*; vol. 6 no. 2 (Spring 2009), pp. 581-610.

[인터넷 자료]

「법률신문」 2019년 7월 16일 보도 "'몸살' 앓는 헌재… 헌법소원사건 연간 2000건 넘어"(https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=154429; 검색일: 2020년 10월 3일).

「법률신문」 2010년 4월 16일 보도 "기소독점권 견제 위해 재정신청 고발사건까지 확대"(https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=52069; 검색일: 2020년 9월 20일).

「법률신문」 2009년 1월 6일 보도 "검사들, '전문수사자문위원제도' 외면" 참조 (https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=44414; 검색일: 2020년 10월 5일).

「연합뉴스」 2019년 10월 25일 보도 "경찰 수사이의심사위원 44%가 전현직 경찰관" (https://www.yna.co.kr/view/AKR20191025073200004; 검색일: 2020년 10월 5일).

「중앙일보」 2007년 4월 22일 보도 "보완되어야 할 '재정신청 확대"'(https://news.joins.com/article/2702600; 검색일: 2020년 9월 20일).

JTBC뉴스, 2013년 10월 16일 보도, 법무부 "최근 5년간 형집행정지 후 24명 도주" (http://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news_id=NB10359353, 검색일: 2020년 10월 20일).

2019년 10월 24일 국회의원 김병관 국감보도자료 "경찰 수사과오 심사위원, 전체의

44.2%는 전현직 경찰! 수사 공정성, 스스로 판단하는 경찰"(https://www.theminjoo.kr/board/view/inspection/103207?page=3; 검색일: 2020년 10월 5일).

네덜란드「형사소송법」(https://www.legislationline.org/download/id/6416/file/Netherlands_CPC_am2012_en.pdf; 검색일: 2020년 9월 2일).

네덜란드 검찰청 홈페이지(https://www.prosecutionservice.nl/organisation/netherlands-public-prosecution-service/who-monitors-the-public-prosecution-service; 검색일: 2020년 9월 18일).

미국 "[연방]검사 매뉴얼(U.S. Attorney Manual § 9-27.000)"(https://www.justice.gov/jm/justice-manual; 검색일: 2020년 9월 20일).

법무부, 2018년 2월 8일 보도자료 "법무·검찰개혁위원회,「검·경 수사권 조정안」권고"(https://www.gov.kr/portal/ntnadmNews/1347577; 검색일: 2020년 9월 12일).

법무부 "영장심의위원회 규칙 제정령안 입법예고"(https://www.moj.go.kr/moj/209/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbW9qJTJGMTU3JTJGNTMzOTcwJTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNGcGFzc3dvcmQlM0QlMjZyZ3NCZ25kZVN0ciUzRCUyNmJic0NsU2VxJTNEJTI2cmdzRW5kZGVTdHIlM0QlMjZpc1ZpZXdNaW5lJTNEZmFsc2UlMjZwYWdlJTNEMSUyNmJic09wZW5XcmRTZXElM0QlMjZzcmNoQ29sdW1uJTNEJTI2c3JjaFdyZCUzRCUyNg%3D%3D; 검색일: 2020년 11월 18일).

법제사법위원회, 박수철(수석전문위원)의 심사보고서, 2017.11.(http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=ARC_G1C6Z1X0C0P6I1D4J1G4Q5R3A5F8E6; 검색일: 2020년 8월 30일).

이탈리아「헌법」(http://www.jus.unitn.it/dsg/pubblicazioni/costituzione/costituzione%20genn2008eng.pdf; 검색일: 2020년 9월 19일).

이탈리아「형사소송법」(https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale; 검색일: 2020년 9월 18일).

일본 "国立公文書館デジタルアーカイブ" 홈페이지(https://www.digital.archives.go.jp/DAS/meta/MetSearch.cgi?DEF_XSL=default&SUM_KIND=summary_normal&META_KIND=NOFRAME&IS_KIND=detail&IS_SCH=META&IS_STYLE=default&IS_TYPE=meta&DB_ID=G9100001EXTERNAL&GRP_ID=G9100001&IS_START=3&IS_TAG_S1=InD&IS_TMP_S7=c_t_search_3&IS_KEY_S

7=SRG+BST+KNM&IS_TAG_S7=c_t&IS_LGC_S7=AND&LIST_TYPE=default&IS_LIST_ON_OF=off&LIST_VIEW=&ON_LYD=on&IS_KEY_S1=%E6%97%A5%E6%9C%AC%E5%9B%BD%E6%86%B2%E6%B3%95%E3%81%AE%E6%96%BD%E8%A1%8C%E3%81%AB%E4%BC%B4%E3%81%86%E5%88%91%E4%BA%8B%E8%A8%B4%E8%A8%9F%E6%B3%95%E3%81%AE%E5%BF%9C%E6%80%A5%E7%9A%84%E6%8E%AA%E7%BD%AE%E3%81%AB%E9%96%A2%E3%81%99%E3%82%8B%E6%B3%95%E5%BE%8B&IS_NUMBER=1&SUM_NUMBER=100&SUM_START=1&IS_LYD_DIV=&LIST_VIEW=&_SHOW_EAD_ID=M0000000000001779313&ON_LYD=on; 검색일: 2020년 9월 18일).

일본 법무부 홈페이지(http://www.moj.go.jp/kyousei1/kyousei08_00063.html; 검색일 : 2020년 9월 25일).

일본 재판소 홈페이지(https://www.courts.go.jp/links/kensin/seido_gaiyo/index.html; 검색일: 2020년 9월 30일).

영국 왕립기소청 홈페이지(https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/charging-directors-guidance-2013-fifth-edition-may-2013-revised-arrangements; 검색일: 2020년 9월 25일).

영국 왕립기소청 "Legal Geuidance: Police and CPS Relations"(2018) (https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/police-and-cps-relations; 검색일: 2020년 10월 3일).

영국 왕립기소청 "사건사무처리규정(The Code for Crown Prosecutors)"(https://www.cps.gov.uk/publication/code-crown-prosecutors; 검색일: 2020년 9월 20일).

영국 왕립기소청 "*Immigration Offences legal guidance*"(https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/immigration; 검색일: 2020년 9월 22일).

영국 왕립기소청 "*Guidance for Corporate Prosecution*"(https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/corporate-prosecutions; 검색일: 2020년 9월 22일).

영국 왕립기소청 "*Guidelines on prosecuting cases involving communications sent via social media*" (https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/social-media-guidelines-prosecuting-cases-involving-communications-sent-social-media; 검색일: 2020년 9월 22일).

영국 사법부 홈페이지(https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/magistrates/#criminalcourt; 검색일: 2020년 9월 20일).

오스트리아 대검찰청 홈페이지 (https://www.generalprokuratur.gv.at/information/; 검색일: 2020년 10월 3일).

참여연대 사법감시센터 2020년 8월 13일 의견표명 "검찰총장 입맛대로 운영되는 수사심의위" (http://www.peoplepower21.org/Judiciary/1725006; 검색일: 2020년 10월 5일).

포르투갈「헌법」(https://dre.pt/constitution-of-the-portuguese-republic; 검색일: 2020년 9월 19일).

프랑스「형사소송법」(https://www.legifrance.gouv.fr/; 2020년 9월 17일)

Administrative Office of the United States Courts, Handbook for Federal Grand Jurors (https://www.uscourts.gov/sites/default/files/grand-handbook.pdf; 검색일: 2020년 9월 2일).

American Bar Association (https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_collateral_blk/#2.5; 검색일: 2020년 9월 23일).

Cambridge Dictionary (https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-korean/parole; 검색일: 2020년 9월 23일).

Congressional Research Service (CRS), CRS Report: Public Trust and Law Enforcement—A Discussion for Policymakers, 2020.7.13. (https://fas.org/sgp/crs/misc/R43904.pdf; 검색일: 2020년 9월 25일)

Court and Tribunal Judiciary 홈페이지(https://www.judiciary.uk/you-and-the-judiciary/judicial-review/; 검색일: 2020년 9월 1일).

Crown Prosecutors Service, The Code for Crown Prosecutors, 2018.10.(https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/Code-for-Crown-Prosecutors-October-2018.pdf; 검색일: 2020년 9월 25일).

Crown Prosecutors Service, 'Legal Guidance: Police and CPS Relations'(2018) (https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/police-and-cps-relations; 검색일: 2020년 10월 3일).

Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-?)Entwicklungen, Im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, 2008(http://www.

bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Das_Verhaeltnis_von_Gericht_Staatsanwaltschaft_und_Polizei_im_Ermittlungsverfahren.pdf?__blob=publicationFile; 검색일: 2020년 9월 25일).

Independent Office for Police Conduct 홈페이지(https://policeconduct.gov.uk; 검색일: 2020년 9월 23일).

Independent Office for Police Conduct "Becoming the IOPC"(https://policeconduct.gov.uk/becoming-iopc; 검색일: 2020년 9월 23일).

LOI n° 2014-640 du 20 juin 2014 relative à la réforme des procédures de révision et de réexamen d'une condamnation pénale définitive(https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=D559AFDB8386C59E198E33A958B7EC4A.tplgfr27s_2?cidTexte=JORFTEXT000029110582&dateTexte=20140622#JORFARTI000029110591; 검색일: 2020년 9월 2일).

National Conference of State Legislature "Pretrial Diversion" (https://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/pretrial-diversion.aspx; 검색일: 2020년 10월 2일).

Probation and Parole in the United States, 2017-2018 (https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/ppus1718.pdf; 검색일: 2020년 9월 23일).

Restoration of Rights Project (https://ccresourcecenter.org/restoration; 검색일: 2020년 9월 23일).

Restoration of Rights Project (https://ccresourcecenter.org/state-restoration-profiles/chart-1-loss-and-restoration-of-civil-rights-and-firearms-privileges; 검색일: 2020년 9월 23일).

UK Crown Prosecution Service (CPS), The Code for Crown Prosecutors, 2018 (https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/Code-for-Crown-Prosecutors-October-2018.pdf; 검색일: 2020년 9월 30일).

UK Crown Prosecution Service (CPS), Victims' Right to Review Guidance, 2016 (revised July 2016) (https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/vrr_guidance_2016.pdf; 검색일: 2020년 10월 3일)("VRR"로 인용한다).

UK Independent Office of Police Conduct (IOPC), Statutory guidance on the police complaints system, 2020.2. (https://policeconduct.gov.uk/sites/default/files/Documents/statutoryguidance/2020_statutory_guidance_english.pdf; 검색일: 2020년 9월 23일).

UK Ministry of Justice, Code of Practice for Victims of Crime, 2015 (https://assets.publishing.

service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/476900/code-of-practice-for-victims-of-crime.PDF; 검색일: 2020년 9월 30일).

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), The Status and Role of Prosecutors A United Nations Office on Drugs and Crime and International Association of Prosecutors Guide, United Nations, 2014(https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HB_role_and_status_prosecutors_14-05222_Ebook.pdf; 검색일: 2020년 9월 17일).

USA Congressional Research Service (CRS), CRS Report: Public Trust and Law Enforcement—A Discussion for Policymakers, 2020.7.13.(https://fas.org/sgp/crs/misc/R43904.pdf; 검색일: 2020년 9월 25일).

US LEGAL(https://definitions.uslegal.com/c/collateral-consequences-of-criminal-charges/; 검색일: 2020년 9월 23일).

法務省『令和元年版 犯罪白書』(2019年) (http://hakusyo1.moj.go.jp/jp/66/nfm/n66_2_3_1_5_3.html; 검색일: 2020년 9월 25일).

法務省「更生保護」とは」(http://www.moj.go.jp/hogo1/soumu/hogo_hogo01.html; 검색일: 2020년 9월 25일).

法務省「矯正施設における不服申立ての状況について」(http://www.moj.go.jp/kyousei1/kyousei08_00063.html; 검색일: 2020년 9월 25일).

[기타 자료]

2006. 6. 29. 제260회 국회 법제사법위원회(법안심사제1소위원회) 회의록 제3호.

2017. 11. 29. 제354회 국회 법제사법위원회(법안심사제1소위원회) 회의록 제5호.

2009. 9. 11. 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 5992), 박영선 의원 대표 발의.

관련문헌

[우리나라 문헌]

손동권·신이철, 『새로운 형사소송법』, 세창출판사, 2019.

송광섭, 『형사소송법』, 형설출판사, 2019.

신동운, 『신형사소송법』, 법문사, 2020.

신양균·조기영, 『형사소송법』, 박영사, 2020.

이완규, 『형사소송법연구 Ⅰ』, 탐구사, 2008.

김경수, "영장항고제도 도입 필요성에 관한 연구", 『형사정책연구』, 제21권 제4호(2010·겨울호), 한국형사정책연구원, 193-220면.

강동욱, "국민참여형사재판의 개시와 관련된 법원의 결정에 대한 논의", 『홍익법학』, 제14권 제2호(2013.6.), 홍익대학교 법학연구소, 525-549면.

김일수, "참여정부와 검찰개혁의 과제", 『인천법학논총』, 제6집(2003.12.), 인천대학교 법학연구소, 1-15면.

김재봉, 기소절차에 대한 시민참여제도로서 기소심사회 도입방안 -일본 검찰심사회와의 비교·검토를 중심으로-, 『법학논총』, 제29권 제4호(2012.12.), 한양대학교 법학연구소, 149-174면.

김종철, "한국에서 사법권 독립의 과제와 법원개혁:사법민주화의 필요성을 중심으로", 『강원법학』, 제41권 제1호(2014.2.), 강원대학교 비교법학연구소, 137-184면.

김혜정, "보안처분제도의 개선방안", 『형사법연구』, 제22호(2004.12.), 한국형사법학회, 474-494면.

김호철, "재정신청 전면확대 법안검토", 『사법선진화를 위한 개혁』제12권(2006), 사법제도개혁추진위원회, 843-848면.

김환수, "민사적 형사분쟁의 해결방안에 관하여", 『민사적 형사분쟁의 합리적 해결방안 모색 공청회 자료집』, 대검찰청, 2006.

박경규, "독일의 기소강제절차를 통해 살펴본 재정신청제도 개선논의의 방향", 『법학논

고』, 제60집(2017.11.), 경북대학교 법학연구원, 405-430면.
박광현, “재정결정의 불복에 관한 고찰”, 『강원법학』, 제36권(2012.6.), 강원대학교 비교법학연구소, 263-308면.
박미숙·곽상현, 『재정신청제도의 전면 확대에 따른 정책 검토』, 한국형사정책연구원, 2006.
박선영, “헌법 제27조 제1항의 ‘재판을 받을 권리’와 심급제에 관한 소고- EU 국가의 상고심 기능과 역할을 중심으로 -”,『유럽헌법연구』, 제18호(2015.9.), 유럽헌법학회, 225-264면.
사법개혁추진위원회, “민주사회를 위한 사법개혁”,『대통령자문위원회 보고서』, 2000.
양형위원회, 『양형기준』, 2020.
신동운, “검사의 불기소처분에 대한 헌법소원”, 『판례월보』, 제233호(1990.2.), 청림출판, 41-49면.
신이철, “법원의 증거기각결정에 대한 형사절차상 불복방법”, 『아주법학』, 제7권 제3호(2013.12.), 아주대학교 법학연구소, 281-302면.
신한동, “소송제도와 이상적인 분쟁해결제도에 관한 연구: 대법원의 상고법원 설치안을 중심으로”, 『무역상무연구』, 제68권(2015.12.), 한국무역상무학회, 43-63면.
송광섭, “구속영장기각결정에 대한 불복제도의 허용”, 『형사법의 신동향』, 제36호(2012.9.), 대검찰청, 5-49면.
윤남근, “우리나라 상고제도의 개선 방안 - 상고법원안과 대법관 증원론을 중심으로 -”, 『인권과 정의』, 제455호(2016.2.), 대한변호사협회, 49-84면.
이경열, “기소유예처분의 헌법소원에 관한 형사사법적인 평가-피의자 재정신청제도 도입을 위한 시론”, 『원광법학』, 제34권 제1호(2018.3.), 원광대학교 법학연구소, 75-103면.
이상돈, “민사적 형사분쟁의 합리적 해결방안 모색 공청회 토론문”, 『민사적 형사분쟁의 합리적 해결방안 모색 공청회 자료집』, 대검찰청, 2006.
이영욱, “재정신청의 결정에 대한 재항고 허용 여부”, 『저스티스』, 제117호(2010.6.), 한국법학원, 163-180면.
이완규, “개정법상 재정신청제도의 몇 가지 쟁점”, 『형사소송법연구 Ⅰ』, 탐구사, 2008.
이완규, “검사동일체원칙과 관련된 몇 가지 오해”, 『형사정책연구소식』, 제78호(2003), 2-9면.

이용구, “형사소송법 개정의 문제점 - 공판부분 -”, 『형사법연구』, 제23권 제1호(2011), 한국형사법학회, 57-115면.

이진철, “형사소송법상 즉시항고 제기기간과 재판청구권의 보장:재소자의 재정신청기각결정에 대한 즉시항고 관련 논의를 중심으로”, 『저스티스』, 제159호(2017.4.), 한국법학원, 38-70면.

이흥락, “재정법원 조사권의 범위와 한계”, 『형사소송법학회 발표문』, 한국형사소송법학회, 2010.

임보미, “형사소송법상 상소제도의 변천과정과 그 의미”, 『법학연구』, 제59권 제1호(2018.2.), 부산대학교 법학연구소, 327-357면.

임상규, “재정신청제도의 문제점과 개선방안”, 『법학논고』, 제30집(2009.6.), 경북대학교 법학연구원, 429-454면.

임지봉, “상고법원제 법안의 여러 문제점들에 대한 분석과 대안”, 『법학논총』, 제35집(2016.1.), 숭실대학교 법학연구소, 313-329면.

장철준, “민주주의 헌법과 대법원:상고법원 설치 논의에 부쳐”, 『헌법판례연구』, 제17권(2016.12.), 한국헌법판례연구학회, 167-186면.

조기영, “재정결정에 대한 불복여부 및 재정결정상 하자의 법적효과”, 『법조』, 제59권 제10호(2010.10.), 법조협회, 111-143면.

천진호, “상소권회복제도의 몇 가지 문제점”, 『저스티스』, 제97호(2007.4.), 한국법학원, 167-184면.

천진호, “상소제도론의 발전과 전망”, 『형사법연구』, 제22호(2004.12.), 한국형사법학회, 312-342면.

하창우, “민사적 형사분쟁의 합리적 해결방안에 대한 의견서”, 『민사적 형사분쟁의 합리적 해결방안 모색 공청회 자료집』, 대검찰청, 2006.

허일태, “검찰중립화방안-검찰권행사의 공정성담보를 위한 대책-”, 『동아법학』, 제30호(2002.4.), 동아대학교 법학연구소, 1-20면.

[일본 문헌]

青木孝之, アメリカの刑事手続素描（1） - ミシガン州ウェイン郡の実務を題材に -, 駒河台法学, 第24巻第1·2合併号(2010), 282-334頁.

池田修·前田雅英,『刑事訴訟法講義』, 第6版, 東京大学出版会, 2018.

井戸田侃,「公訴権の濫用」,『法律時報』, 第67巻 第2号, 1995, 33-73頁.

小田中聰樹,『刑事訴訟と人権の理論』, 成文堂, 1983.

川崎英明 外,「特集 現代の検察と刑事司法」,『刑法雑誌』, 第40巻 第1号, 2000.7., 1-46頁.

加藤康榮,「刑事司法における検察官の役割（一）」,『日本法学』, 第81巻 第2号(2015.10.), 63-106頁.

後藤昭·白取 祐司,『新·コンメンタール刑事訴訟法』, 日本評論社, 2018.

最高裁判所 總務局,『檢察審査会50年史』, 1988.

斎藤司,『刑事訴訟法の思考プロセス』, 日本評論社, 2020.

寺崎嘉博,「檢察審査会の議決への法的拘束力」,『現代刑事法』第4券 第11号(2002.11.), 現代法律出版, 39-44頁.

出口雄一,「検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』, 第62巻第2号(2009.6.), 2009, 12-18頁.

三井誠,「檢察審査会制度の今後」,『現代刑事法』, 第7券第1号(2005.1.), 79-86頁.

三井誠,「刑事手続法の行方」,『法学教室』, 第280号(2004.1.), 有斐閣, 26-37頁.

野原悛郎,「最高裁 時の判例 刑事 少年の被疑事件につき一旦は嫌疑不十分を理由に不起訴処分にするなどしたため家庭裁判所の審判を受ける機会が失われた後に事件を再起してした公訴提起が無効であるとはいえないとされた事例 [最高裁第三小法廷平成25.6.18決定]」,『ジュリスト』, 第1485号(2015.10.), 103-108頁.

新屋達之,「本格始動した改正検察審査会」,『法律時報』, 第82巻 第11号, 2010.10., 1-3頁.

[영미 및 독일 문헌]

Allen, Stuntz/Hoffman, Livingston/Leipold, Criminal Procedure: Investigation & Right to Counsel, 3rd edition, Wolters Kluwer, 2016.

Allen, Stuntz et al., Comprehensive Criminal Procedure: 2015 Supplement, 3rd edition, Wolters

Kluwer, 2015.

Beulke, Werner/Swoboda, Sabine, Strafprozessrecht(Schwerpunkte Pflichtfach), C. F. Müller, 2018.

Campbell, Liz/Ashworth, Andrew/Redmayne, Mike, The Criminal Process, 5th edition, Oxford University Press, 2019.

Degenhart, Christoph, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, C.H. Beck, 1976.

Heller, Robert, "Selective Prosecution and the Federalization of Criminal Law, The Need for Meaningful Judicial Review of Prosecutorial Discertion", in: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 13 No. 9(1997), pp. 1309-1358.

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, C.H. Beck, 1992.

Körbel, Ralf, § 172, in: Knauer, Christoph(Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, 2016.

Kramer, Bernhard, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts: Ermittlung und Verfahren, 6. Auflage, Kohlhammer, 2004.

Kadish, Sanford H./Schulhofer, Stephen J./Barkow, Rachel E., Criminal Law and Its Processes, 10th edition, Wolters Kluwer, 2016.

Kaplan, John/Weisberg, Robert/Binder, Guyora, Criminal Law: Cases and Materials, 7th edition, Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

Kischel, Uwe, "Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz", in: *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 1999, S. pp. 174-211.

Letton, Renee B., "Reviving Federal Grand Jury Presentments", in: *Yale Law Journal*, vol. 103 No. 5(1994.), pp. 1333-1362.

Lippman, Matthew, Criminal Procedure, 4th Edition, SAGE Publications, 2020.

Marxen, Klaus/Tiemann, Frank, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, C. F. Müller, 2013.

Moldenhauer, Gerwin, § 172, in: *Hannich, Rolf(Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, C.H. Beck, 2013.

Prater, Dennis D./Capra, Daniel J./Saltzburg, Stephen A./Arguello, Christine M., Evidence: The Objection Method, 5th edition, Carolina Academic Press, 2016.

Rupp, Hans Heinrich, "Art. 3 GG als Maßstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle", in: Starck(Hrsg.), *Bundesverfassunggericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des*

25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, 1976, S. 361-389.

Schulenburg, Johanna, "Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Strafverfahren", in: *Juristische Schulung(JuS)*, 2004, S. 765-770.

Sherrin, Christopher/Ives, Dale/Bien-Aimé, Alexandre, Criminal Procedure: Cases and Materials, Emond Montgomery Publications, 2018.

Zippelius, Reinhold, Der Gleichheitssatz, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, Bd. 47, 1989, S. 7-36.

Abstract

Study on the Reforms for the Criminal Justice System based on Fairness and Human Rights(II)

Reforms for the Appeal and the Revision in the Criminal Procedure

Kim, Yookeun*·Kim, Jeongyeon**·
Kim, Jaebong***·Lee, Soonuk****·Moon, Heetae*****

(1) This study examines legal violations, human rights violations, and serious abuse of power committed by police officers and prosecutors during investigations and prosecution.

Many countries provide for the right to request a internal judicial review by the investigation agency or an external judicial review, and Korea is one of them. However, the country poses various issues when it comes to the human rights-friendliness and fairness of the appeal procedures under the current law.

① The Korean law provides for various appeal procedures against legal violations, human rights violations, and serious abuse of investigative power by judicial police officers, including reviews by the Investigation Appeal and Review Committee at police agencies, requests for change (recusal) of investigators, and prosecutors' demands for corrective actions. However, in cases where both a review by the Investigation Appeal and Review Committee and a demand for corrective action from a prosecutor apply,

* Dr. ius., Korean Institute of Criminology.
** Dr. ius., Korean Institute of Criminology.
*** Professor, Dr. ius., School of Law of Hanyang University.
****Professor, Dr. ius., Law School of Chonnam National University.
*****Professor, Dr. ius., Department of Police and Firefighting Administration of U1 University.

the committee can only function to the extent that its functions do not overlap with the matters subject to the demand for corrective action. In addition, although an issue not confined to the Investigation Appeal and Review Committee, discussions are required on whether a civil-participatory committee can be allowed to decide on legal matters, and how to resolve possible conflicts with decisions on legal matters by prosecutors and courts.

② In cases involving a legal violation, human rights violation, or serious abuse of power by a judicial police officer, the current appeal procedures, including a demand for corrective action, do not provide prompt cessation of the violation or abuse of power. Even though one can still file a quasi-appeal with a court, a quasi-appeal can be filed only in a limited scope of cases. Therefore, the quasi-appeal does not render judicial control by prosecutors meaningless. In this regard, for prompt cessation of violation or abuse of power, protective actions are required before demanding corrective actions.

③ The 2020 amendment to the Criminal Procedure Act introduced the distinction between a request for re-investigation and a demand for further investigation. However, the amended Act does not clarify whether a demand for further investigation may be filed after sending the case records, and whether a request for re-investigation may be filed after the case is transferred to the prosecutor's office. This issue is connected to an even more complex issue involving Article 245-8 of the Criminal Procedure Act, that is, whether a re-investigation is required when a further investigation suffices. Article 245-8 stipulates that a judicial police officer should transfer a case to the prosecutor's office if a complainant, etc. challenges his/her decision not to refer the case. Further more, it is questionable whether it is reasonable to allow complainants, etc. to receive a judicial review by a prosecutor only after challenging a judicial police officer's decision not to refer the case. Before the amendment, a compliant was able to have his/her case reviewed by a prosecutor without further action. In addition, under the current Act, to file an appeal against a judicial police officer's decision, a complainant, etc. should prove that his/her case satisfies the requirements for referral to the prosecutor's office

(shifted burden of proof).

④ Given the legislative treatment of the issues in other countries, in cases where an investigation agency decides not to refer a case or not to institute a public prosecution, such decisions need to be subject to prior control by, for example, requiring the consent or approval from the victim or a court, if not from the complainant.

⑤ With regard to the abuse of power by a prosecutor, we need to adopt compulsory indictment as way to restrict prosecutors' prosecutorial discretion, thereby preventing selective indictment and ensuring fair exercise of prosecutors' prosecutorial power. Granted, a rigid application of compulsory indictment poses a risk of failing to consider the specificities of individual cases. However, at least with regard to crimes involving the use of drugs or alcohol, those specificities can be sufficiently dealt with by listing possible special circumstances such as treatment. Even if we maintain prosecutorial expediency of prosecutors, we can at least consider adopting compulsory indictment for the High-Ranking Officials Corruption Investigation Agency, which will exercise exclusive jurisdiction on certain types of crime once it begins operation.

⑥ To ensure fair exercise of prosecutorial power, we need to introduce exclusion, recusal, and evasion of prosecutors. In addition, we need to minimize the undermining of legal stability by prolonged investigations, by setting a post-investigation deadline for indictment as is the case in Italy, and requiring a court approval for the extension of the deadline.

⑦ Currently, the quasi-appeal is the only option when it comes to the court's judicial control of legal violation, human rights violation, and serious abuse of investigation/ prosecutorial power by judicial police officers and prosecutors. However, according to Article 417 of the Criminal Procedure Act, a quasi-appeal may be filed against a prosecutor's or a judicial police officer's "disposition relating to confinement, release on bail, or seizure or restoration of articles seized," or "disposition regarding the presence of an attorney and other matters under Article 243-2". Therefore, it is difficult to attain judicial review by a court for serious abuse of investigation or prosecutorial power. To

address this issue, we need to grant the courts the power to perform judicial reviews against legal violations, human rights violations, serious abuse of power, and unfair use of discretionary power. In addition, an immediate appeal should be allowed against human rights violations or serious abuse of power, to allow for prompt cessation of ongoing violation.

⑧ We need to consider whether the numerous civil-participatory committees at the police and the prosecutor's office serve similar or overlapping functions.

⑨ The Prosecutor's Office Act does not allow for filing an appeal against a prosecutor's decision to suspend indictment. The scope of prosecutors' decisions subject to appeal need to be expanded, to prevent subjecting suspects to prolonged uncertainties. On a related note, the withholding of public prosecution under Article 20 of the National Security Act seriously violates people's freedom. The law does not provide any procedure to appeal the decision, and a person who had an public prosecution withheld is required to comply with the regulations concerning the supervision and guidance as prescribed by the Minister of Justice. Therefore, a reasonable course of action would be to abolish the withholding of public prosecution, rather than establishing an appeal procedure against the decision.

(2) When prosecutors' investigation is affected by their relationship with the power that be, or a prosecutor refuses to institute a prosecution against a crime that is clearly prosecutable, it undermines the public trust toward the criminal justice system. To address this issue, many commentators have pointed out the need for a system to control prosecutors' decision not to exercise their prosecutorial power. In June 2007, an amendment to the Criminal Procedure Act expanded the scope of crimes eligible for application for adjudication to all crimes. However, questions have been raised regarding whether the amendment is true to the original intent of the application for adjudication, and whether it sufficiently protects the basic rights, which constitute one of key interest to be protected during criminal procedures. These issues call for a redesigning of the

application for adjudication system. In particular, in most cases involving large-scale corruption, political figures, or the prosecutor's office, criminal investigation is initiated by a media report or a complaint filed by an civil society organization. The current Criminal Procedure Act does not provide any means to restrict prosecutorial discretion in such cases. Given the need to protect people's basic rights, the expansion of the scope of application for adjudication seems to be reasonable. In cases where a court orders the institution of a public prosecution refused by the prosecutor's office, the prosecution is tasked with maintaining the prosecution. However, the current system may subject the prosecution to unreasonable pressure to change their legal judgement. To free the prosecution from such pressure, ensure the fairness of prosecution, and align the overall proceedings with the public sentiment, a more reasonable option would be to designate an independent attorney to institute a public prosecution after a court's decision to proceed with public prosecution. In addition, the application period for adjudication under the current law is ten days, which is not long enough to protect the rights of the applicant. The period should be increased within an extent that does not destabilize the legal status of the suspect. Lastly, to discuss a practical matter, the law needs to specify the expenses to be paid for by an accuser or a complainant in cases where the accused person is acquitted or not prosecuted, and the accuser/complainant is at fault. The application for adjudication system was originally designed to control prosecutorial power and protect criminal victims' interest in having the suspects criminally prosecuted. However, in practice, the workings of the system focused on judicial control over prosecutors' prosecutorial discretion, rather than protecting victims' interests. Given the fact that the application for adjudication has been regarded as a means of protecting criminal victims, the protection of victims' interests should not be neglected. In fact, the protection of victims' interests is one of the key interests to be protected under criminal procedures today. Therefore, the system needs to be improved in terms of protecting victims' interests.

In recent years, along with the expansion of the scope of application for adjudication,

civil participation has attracted attention as a means of external intervention aimed at ensuring fairness in prosecution to prevent arbitrary and uncontrolled decisions by prosecutors and eliminate political influence on indictment. Civil participation, above all else, offers the benefit of protecting criminal victims, protecting the human rights of criminal defendants, enhancing the democratic control over and transparency of prosecutors' exercise of their prosecutorial power, and improving the public's trust toward the prosecutor's office. To that end, the prosecutor's office organized various participatory organizations such as the Prosecution Appeal Review Committee and the Citizens' Prosecution Committee. However, the current organizations play limited roles in actual control of prosecutorial power. For this reason, numerous commentators have proposed the need for civil participation in judicial control against discretionary indictment as a way to control the abuse of prosecutorial power. However, given the wide scope of crimes eligible for application for adjudication, it would be impractical to involve citizens in all court decisions regarding refusal to prosecute. Civil participation in this area warrants careful consideration of various factors including the scope of the participating citizens' power.

On another note, with the increasing emphasis on the need to protect the human rights of victims, witnesses, and other parties involved in criminal proceedings, the so-called "warrant appeal" system has been proposed. Scholars are divided over the issue. Proponents of the system argue that the law should provide for post ipso facto control over judges' arbitrary exercise of their power, in accordance with the Constitutional principles of citizens' sovereignty and control of power. Others argue against the system, saying that a prosecutor can always re-request a warrant even if the first request for a warrant has been denied, and the system exposes suspects to prolonged uncertainties. Personally, the researcher finds the proponents' arguments more valid. However, the "warrant appeal" system needs improvement as it may work in disfavor of criminal suspects, and undermine the principle of investigation without detention. The system needs to be considered along with, or as a part of, conditional release during the warrant

process or the current bail system.

As for appeals against court orders, the filing period for quasi-complaints has been extended to seven days, which resolved the issues raised regarding with the period. However, the amendment inserted provisions regarding appeals against specific court orders such as an objection against a presiding judge's disposition (Article 304 (1)) or a quasi-complaint (Article 416). The Act needs to clearly specify the cases to which the provisions apply. Such a provision can be inserted in a rule, if not in an Act. One of the options for improvement worth considering is to adopt standard objection procedures by benchmarking the provisions in the Civil Procedure Act, and use the systems under the current Criminal Procedure Act, such as quasi-complaint (Article 416) in exceptional cases.

Careful consideration is required for delivering a duplicate copy of a written indictment to the defendant at the time of requesting a summary order, modifying the provisions so that case records are immediately returned to the prosecutor once a full trial opens upon request; and the follow-up procedures after a court's referral of a case to a full trial. There is also an issue of whether, if a judge who gave a summary order is the judge presiding over the trial for the case, the judge should be disqualified because he/she was involved in the preceding procedure. The researcher is of the opinion that the courts need to change their stance regarding this issue in a way that helps criminal defendants feel their right to fair trial is protected.

As for summary judgment, in case of filing for a formal trial, a defendant should be required to submit the request to the court, rather than the chief of police station. In addition, in a formal trial based on a summary judgment, the Criminal Procedure Act prohibits imposing a type of punishment heavier than the type of punishment imposed in the summary judgment. However, the prohibition on heavier "type" of punishment may not apply to all formal trials based on summary judgments, and there still exists room for applying the prohibition on heavier "punishment" as specified in the old Act. The law needs to clarify on this issue.

A defendant can challenge a court ruling by filing a complaint. In the criminal justice context, Articles 402 and 403 seem to be the provisions governing the complaint system. However, the text of the provisions does not specify the cases in which an appeal may be filed. Therefore, the Act needs to be amended to clarify the relationship between Article 402 and 403. In addition, Article 408 (2) and Article 411 (3) provides for a three-day period and a five-day period for sending the original court's opinions and its reason for providing case records to the appellate court, respectively. However, the provisions had existed since the time when the filing period for an immediate complaint was three days. Now that the filing period for an immediate complaint has been extended to seven days, it is unclear whether the periods under the two articles should be extended accordingly, or there still exists a reason for prescribing shorter periods under the articles. Further discussions are needed regarding whether to extend the periods in a future amendment to the Criminal Procedure Act.

Article 184 of the Criminal Procedure Act (Request and Procedure for Preservation of Evidence) stipulates that, if a court rejects a request for investigation, etc., the a complaint may be filed within three days. It seems that the three-day limitation needs to be reconsidered, given the extension of the immediate complaint period to seven days under the amended Act. On another note, the courts have maintained that a decision rejecting a warrant request may not be appealed, because the law does provide for a complaint or quasi-complaint procedure for such decision. However, the researcher believes that an appeal procedure other than requesting re-issuance needs to be considered.

With regard to the recovery of the right to appeal, we need to consider allowing for the recovery to the possible extent. In addition, there still exists the issue of a defendant's right to consult with the attorney handling the defendant's request for the recovery of the right to appeal. The researcher believes that a defendant who requested recovery should be able to consult with his/her lawyer without restriction.

With regard to the defendant's ability to appeal a formal judgment by pleading not

guilty, it is doubtful that a defendant should not be allowed to appeal a formal judgment only because he/she wanted a not guilty verdict. We need to discuss whether it is reasonable to hold that a not-guilty appeal has no merit in all cases where a formal judgment has been rendered.

As for an appeal claiming unjust sentencing, several improvements are required so that defendants can meaningfully challenge sentencing decisions, including: allowing defendants search for and access information regarding sentences and facts of crimes indicated in court opinions; and providing clear sentencing criteria and detailed reasons for sentencing decisions in court opinions.

Among the reasons for filing an emergency appeal, "violation caused by misperception of facts" requires more in-depth discussions. The Supreme Court has accepted emergency appeals in some cases and rejected them in others. The researcher believes that the Supreme Court has its own criteria for application to such cases, the judgments themselves do not provide any clarification of the criteria. The researcher hopes that the Supreme Court will allow emergency complaints in cases involving legal violations caused by misperception of procedural facts, and not allow emergency complaints in cases involving misperception of substantive facts. If the case records clearly prove the existence of misperception of substantive facts without further investigations.

The Supreme Court and the Constitutional Court work with each other to protect the people's basic rights, and control the abuse of judicial power. However, an even more important function is to protect the people's human rights by upholding the legal principles. Despite their disagreements over numerous individual issues, the two courts should make dedicated efforts to foster a single, consistent legal framework designed to protect the people's human rights. The researcher hopes to see the two courts work with each other to take steps toward the realizing of a meaningful rule of law.

(3) Need for judicial control over the execution of punishments and security measures

Various issues have been raised regarding the execution of criminal punishments and security measures, including: courts exert little control over the enforcement of

punishments, and what little control they have are scattered across numerous laws; punishments restricting criminals' freedom of movement, by their very nature, poses the issues of post ipso facto supplement and application; there exist various issues regarding administrative bodies' decision on parole and other security measures; and there also exists the issue of effective remedies for the rights of convicted inmates serving their sentences. To address these issues, courts need to control and intervene in the execution of punishments and security measures.

With regard to the separation of power and the execution of punishments and security measures, judicial control and adjudication are needed not only as remedies for human rights violations, but also as a means to achieve the separation of power in the contemporary sense of the principle. To achieve due process in the execution of punishments and security measures, we need a substantive foundation based on the principle of statutory reservation, procedural elements aligned with the principle of due process, and the organizations and systems to realize due process in actual execution. Furthermore, international discussions on the issue also call for judges' engagement and authorities in the execution of punishments and security measures, which provides an important ground for the need for judicial intervention and control in the execution of punishments and security measures, as well as changes thereof.

① Discussions on the establishment of a penal execution court.

The need for judicial control over the execution of punishments is linked with the need for establishing a penal execution court. A penal execution court can be considered in connection with the need for more active judicial intervention in penal execution currently delegated to the execution bodies.

In adopting a penal execution court, we need to consider different types of penal execution courts and the practical feasibility of each type. The Criminal Execution Judge and Criminal Execution Court system in France, and the Supervisory Court system in Italy allow for the most active judicial intervention in penal execution procedures. However, these types of penal execution courts require extensive revisions to the current

criminal justice procedures and the Court Organization Act. Even if the adoption of a special court for penal execution is premature or lacks feasibility, we need to consider the adoption of such a court as a long-term goal.

As a short/medium-term alternative, we can consider having the prosecutor's office control the overall execution of punishments, and establishing a department in the judicial branch tasked with judicial control over significant changes in punishments, remedies for infringements during a sentence, and changes to the terms of security measures. In this regards, we can benchmark the Penal Execution Department in German criminal courts. In addition, as a way to encourage judges' involvement in the execution of punishments and security measures, we can consider appointing judges specializing in matters regarding penal execution.

② Improvements for appeal and control during the execution of punishments and security measures

The previous sections explained the need for judicial review of penal execution as a way to resolve issues related to the execution of punishments and security measures, and called for judges' engagement in the penal execution procedures and the establishment of a penal execution court. In addition, this study proposes the following improvements for appeal and control during the execution of punishments and security measures.

(a) As for parole, even if we do not agree with some commentators' argument for making parole a judicial disposition or subjecting all paroles to judicial review, we need to find ways to protect inmates' rights to the possible extent under the current administrative measure procedures. In particular, an appeal procedure is direly needed to ensure the fairness and equity of the parole review procedure. Firstly, an inmate's right to request a parole represents an important primary remedy during parole procedures. Currently, parole is seen as a discretionary measure taken in accordance with the policies of a correctional institution or criminal policy considerations, rather than inmates' requests. However, in order to recognize inmates' right to request parole, the relevant procedures need to be set in statutes. In addition, the current law does not

provide for objection procedures against a refusal to grant parole. In order to establish human rights-friendly appeal procedures in criminal proceedings, objection or appeal procedures need to be set up for different stages in the parole process, which will ensure the fairness and reliability of penal execution.

(b) Parole is a type "exit strategy" in that it releases a convict early on after the execution of the sentence. On the other hand, suspended execution is a type of "entry strategy" for penal execution. In this sense, suspended execution is another type of penal execution. Therefore, suspended execution requires a certain extent of control to minimize arbitrary discretion. To that end, the law should specify strict requirements for suspended execution, considering different elements depending on the length of the sentence.

The sentencing guidelines, which include guidelines for suspended execution, prevents arbitrary suspension of execution and allows for control or supervision over suspension of execution. In order to prevent suspended execution from turning into a favor arbitrarily granted by a judge, the sentencing guidelines need to provide objective and concrete principles and criteria for distinguishing between cases that require execution without suspension and others that suspended execution is allowed.

(c) Security measures are justified as long as they comply with the principle of proportionality. That is, a security measure should be imposed only if it is absolutely required considering its purpose, after a review of the criminal's recidivism risk and the measure's compliance with the principle of proportionality. Follow-up decisions regarding a security measure during its execution are as crucial as the decision to impose the security measure, and that is why judicial control over the execution of security measures is necessary, as previously discussed.

While criminal punishments are imposed based on the principle of liability, security measures are imposed based on the criminals' risks of recidivism. The difference justifies the dualism of the criminal sanctions. However, the distinction would lose its meaning if punishments and security measures are executed in the same manner. A security measure should be executed in a different way than penal execution.

연구총서 20-B-11

공정하고 인권친화적인 형사절차를 위한 형사사법의 선진화 방안 연구(II) :
형사절차에서의 각종 불복제도의 합리적인 운영 방안 연구

발 행 | 2020년 12월
발 행 처 | 한국형사정책연구원
발 행 인 | 한 인 섭
등 록 | 1990. 3. 20. 제21-143호
주 소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114
전 화 | (02)575-5282
홈페이지 | www.kic.re.kr
정 가 | 10,000원
인 쇄 | (주)현대아트컴 02-2278-4482
I S B N | 979-11-89908-84-3 93330

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전제 및 복제를 금함.