

2010-10 | 책임연구보고서

외국의 경검 협력제도에 대한 연구

치안정책연구소
POLICE SCIENCE INSTITUTE

외국의 경검 협력제도에 대한 연구

치안정책연구소 수사구조개혁연구실

연구관 김 동 혁

목 차

제1장 서론	1
제2장 기소권한 배분과 경검협력	3
제1절 직권주의와 당사자주의	3
1. 개념	3
2. 직권주의와 당사자주의의 차이	4
제2절 우리나라의 소송구조	5
제3절 사법제도와 기소권한	7
1. 대륙법계	7
2. 영미법계	8
제3장 사인소추와 경검협력	8
제1절 사인소추제도의 의의	8
제2절 사인소추의 역사적 발전	9
1. 독일	9
2. 일본	12
제3절 사인소추의 형태	13
제4절 프랑스의 기소권한	15
1. 프랑스의 형사사법절차	15
2. 기소편의주의와 기소독점주의의 예외	17
3. 공소유지권한의 분배와 사인소추	18
4. 소결	29
제5절 영국의 기소권한	30
1. 사인소추의 전통	30
2. 사인소추와 검사기소	32
3. 소추권한의 분배	34
4. 검사기소와 경찰의 관계	36

제4장 기소배심과 경검협력	38
제1절 기소배심의 의의	38
제2절 기소배심의 기능	40
1. 기소배심의 역기능	40
2. 기소배심의 권한	42
3. 기소배심의 구성과 운영	47
4. 기소배심의 역할	63
제5장 기타 기소권한의 배분제도	69
제1절 일본의 검찰심사회제도	69
1. 시행 상황	69
2. 구성과 운영	70
3. 제도의 장단점	71
제2절 우리나라의 항고심사회제도	72
1. 시행 상황	72
2. 구성과 운영	73
3. 제도의 장단점	73
4. 검찰수사위원회	74
제6장 결론	79

제1장 서론

형사사법제도란 수사-기소-재판의 세 가지 단계를 말하며, 이 과정에서 피의자와 검사 그리고 법원 삼자간의 역할에 대해 각국마다 상이한 지위를 부여하고 있는 것이다. 반면 수사구조는 수사가 개시된 후 종결될 때까지의 수사절차에서 피의자와 검사 그리고 사법경찰관리의 삼자간의 역할에 대한 논의이다.

수사제도와 재판제도의 중간에서 두 제도의 연결역할을 하는 것이 검사의 기소권한이다. 검사 권한의 영향력 범위를 수사제도와 재판제도의 어느 곳에 더 미치게 할 것인가는 각 나라의 상황과 이에 따른 입법례에 따라 다르다.

그러나 검사의 기소권한에 있어서 두 가지 측면에서는 이의없이 모든 나라에서 인정하고 있는데, 첫째는 재판권과 소추권의 분리를 위한 공소관의 개념과, 둘째는 공판절차에서 공소유지의 역할이다. 검사의 이러한 권한을 부인하는 나라는 없다. 다만 공소관의 개념에 있어 다른 주체가 공소에 참여할 수 있는가와 그 범위가 어떠한가에 대해서는 각 입법례가 다르다.

또한 수사제도와와의 관계에 있어서 수사와 공소의 권한 배분에 있어서는 각 나라마다 상이하다. 특히 대륙법계의 직권주의나 영미법계의 당사자주의나에 따라 다르다.

따라서 형사사법의 문제는 기소권한의 문제와 수사와 기소의 배분이라는 두 가지 문제로 귀결된다고 본다. 경검의 협력제도는 수사권한 배분의 제도적 구체화이다.

종래에 검찰과의 관계에서 수사권한의 배분문제는 검사의 조직적 연원과 검사의 수사권한 자체의 법규정을 관한 논의가 주를 이루었다.

그러나 수사절차는 형사절차의 일부분이고 기소를 통해 연결되므로, 수사권의 배분문제를 전체 형사사법과의 관계에서 고찰할 필요성이 있다.

따라서 본고에서는 검사의 기소권한의 배분이 수사권한과의 관계에서 어떤 영향을 미치는지를 알아보기로 한다.

특히 우리나라는 검사의 기소독점주의와 기소편의주의로 세계적으로 강력한 기소권한을 가지고 있으며, 수사권마저 가지고 있다. 또한 검사의 기소독점주의로 인해 수사과 기소의 불가분론이 더욱 설득력을 가지게 된다.

검사의 기소독점은 세계적으로 예외적인 권한이며, 대부분의 선진국에서는 사인소추와 기소배심을 인정함으로써 기소권한을 배분하고 있다.

대표적인 프랑스와 영국의 사인소추와 미국의 기소배심을 살펴봄으로써 기소권한 배분의 정당성을 밝히고, 기소권한과 수사권한과의 관계를 재고찰해 함과 동시에 이러한 형사사법체계하에서 경검의 협력제도를 추출해보기로 한다.

기소권한이 검사의 독점권한이 아니라면, 기소의 수단이라는 논거의 수사에 대한 권한 역시 검사의 독점권한이 아닐 것이다. 기소권한이 시민의 권한이라면 혹은 시민권한의 대리행사라면, 경찰의 수사권도 검사의 기소권이 아닌 시민의 권한에 복종해야 한다.

경검협력제도는 이러한 원칙하에 권한의 분배와 함께 정착화되어야 할 것이다.

제2장 기소권한 배분과 경검협력

제1절 직권주의와 당사자주의

1. 개념

직권주의적 구조는 소송에서의 주도적 지위를 법원에게 인정하는 소송구조를 말하고, 당사자주의적 구조는 검사와 피고인에게 소송의 주도적 지위를 인정하여 당사자사이의 공격과 방어에 의해 심리가 진행되고 법원은 제3자의 입장에서 당사자의 주장과 입증을 판단하는 소송구조를 말한다.

일반적으로 프랑스와 독일을 중심으로 하는 대륙법계의 사법제도를 직권주의, 영국과 미국을 중심으로 하는 영미법계의 사법제도를 당사자주의라고 한다.

다만 직권주의와 당사자주의의 구별기준이 되는 절차를 공판절차를 중심으로 논할 것¹⁾인가, 형사절차 전반을 중심으로 논할 것²⁾인가에는 견해

1) 백형구, 형사소송법강의 제8판, 박영사, 2001, 22-26면. 이 견해에 따르면 당사자주의와 직권주의는 소송구조를 전제로 하는 개념이며 소송의 구조를 갖지 아니한 형사절차, 예컨대 수사절차 또는 재판의 집행절차에는 당사자주의 또는 직권주의가 문제로 되지 않는다고 한다.

2) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2007. 이 견해에 따르면 소송구조를 포함한 형사절차 전체에 대하여 진실발견의 책무라는 기준으로 직권주의와 당사자주의를 논한다. 직권주의는 실제적 진실발견의 책무를 기본적으로 국가기관인 법원에게 부과하는 태도를 말하며, 당사자주의는 실제적 진실발견의 원동력을 투쟁하는 대립당사자의 소송활동에서 구한다.

의 대립이 있다.

전자의 견해에 의하면 형사사법체계는 소송구조의 문제로서 공판절차를 중심으로 하는 개념으로, 이 공판절차를 유지하는 소송의 주도권 혹은 소송의 주도적 지위의 주체에 따라 직권주의와 당사자주의로 나뉜다.³⁾

2. 직권주의와 당사자주의의 차이⁴⁾

가. 법원의 직권조사여부

직권주의적 사법구조에서는 사실판단자로서의 법원이 실제적 진실규명을 위하여 직접 사실조사를 할 권한을 갖는다. 따라서 법원은 직권으로 압수수색 등 증거자료 수집을 할 수 있으며, 피고인이나 증인 등에게 직접 사실관계를 확인하기 위하여 물을 수 있고 이는 피고인이나 검사의 신청 등에 구애되지 않는다.

당사자주의적 사법구조에서는 법원은 당사자가 제시하는 증거자료만으로 판단할 뿐이며 법원이 판결의 근거자료를 스스로 또는 위임자를 통하여 수집하지 않는다. 특히 사실판단자로서의 배심과 양형판단 및 선고자로서의 재판장이 분리되어 있다. 법원의 예비심문도 직권적 조사절차가 아니고 당사자가 자료를 제출하는 절차에 불과하다.⁵⁾

3) 우리나라 다수설의 태도이다. 이재상, 형사소송법, 박영사, 2000, 36-46면; 차용석, 형사소송법, 세영사, 1997, 88-110면.

4) 이완규, “검사의 지위에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2005, 53-143면.

5) 이러한 의미에서 기소배심의 조사권한에 대해, 기소배심이 직권적으로 조사하는 절차가 아니고 검사가 자료를 제출하거나 검사가 증인 등을 소환하여 신문하는 절차하는 견해가 있다. 그러나 기소배심의 본질은 기소권한의 귀속여부 또는 분배에 있는 것이고 조사권한은 기소권한의 목적달성을 위해 인정되는 것이므로 검사주도의 권한이라고 할 수 없다고 본다. 만약 위의 논리대로 당사자주의적 소송구조를 논거로 한다면 피고인이 참석하지 못하는 것을 설명할 수 없고, 소송구조가 공판절차가 아닌 형사절차 전반에 미친다는 다수설의 견해

나. 공판전 조사절차

직권주의는 사실판단을 하는 법원이 직접 증거와 판단자료를 수집하여야 하는데 이러한 조사를 공판정에서 모두 다 하는 것은 현실적으로 불가능하므로 공판을 열 혐의와 필요성을 판단하고, 공판을 여는 경우 공판정에서 법원이 조사를 진행할 수 있는 기초자료를 준비하는 절차가 필요하다. 이에 따라 공판전 조사절차가 형성되는데 이러한 절차도 처음에는 법원의 절차로 시작하여 규문주의 절차가 형성되었고, 규문주의가 타파되면서 사실심 법원과 분리된 예심판사와 검사가 하는 절차로 변화되었다.

당사자주의에서는 법원이 판결의 자료인 증거를 수집하지 않고, 증거자료의 수집은 당사자의 책임이며 법원은 당사자가 수집하여 온 증거들을 제시받아 판단을 할 뿐이므로 공판정에서의 법원의 조사활동을 준비할 필요가 없다. 따라서 법원의 조사활동을 준비하는 의미의 공판전 조사활동은 필요하지 않았다.

제2절 우리나라의 소송구조

우리나라는 기본적으로 당사자주의적 소송구조를 취한다.

헌법재판소⁶⁾도 이를 명시적으로 밝히고 있다.

“형사소송의 구조를 당사자주의와 직권주의 중 어느 것으로 할 것인가의 문제는 입법정책의 문제라고 보아야 할 것인바, 헌법 제11조 제1항의 평등권규정, 헌법 제12조 제1항의 적법절차규정, 헌법 제27조 제1항의 공정한 재판을 받을 권리규정 등을 근거로 형사

에 반한다.

6) 헌법재판소 1995.11.30. 선고 92헌마44결정.

소송에 있어서 완벽한 당사자주의가 요구된다고 보기는 어렵고, 또한 형사재판의 특수성에 비추어 헌법 제11조 제1항의 평등권규정을 근거로 하여 검사와 피고인 사이에 완벽한 당사자대등주의 내지 무기평등의 원칙이 적용되도록 요구할 수도 없는 것이므로 우리 현행 형사소송법이 어떤 구조를 취하고 있는지는 형사소송법의 해석에 의하여 결정될 것이다.

우리나라 현행 형사소송법은 직권주의를 취한 구 형사소송법과는 달리 당사자주의를 대폭 도입하였는바, 현행 형사소송의 기본구조가 무엇인가에 관하여는 학설상 ① 순수한 당사자주의라는 견해, ② 당사자주의를 기본구조로 하고 직권주의는 보충적 성격을 가진다고 보는 견해, ③ 직권주의를 기본구조 내지 기초로 하면서도 형식적으로는 당사자주의구조를 취하여 당사자주의와 직권주의를 조화한 것이라는 견해, ④ 직권주의가 기본구조이고 당사자주의는 직권주의에 대한 수정적인 의미를 가질 뿐이라는 견해의 대립이 있으나, 현행 형사소송법은 공소장에 공소사실을 특정하여 기재하도록 하고(제254조 제4항), 공소사실과 동일성이 인정되는 사실이라 할지라도 원칙적으로 공소장변경절차를 거치지 아니하면 심판의 대상이 될 수 없도록 하였으며(제298조), 피고인에 대한 공소장부분의 송달(제266조), 제1회 공판기일의 유예기간(제269조), 당사자의 공판기일변경신청권(제270조), 당사자의 출석권(제275조, 제276조), 검사의 모두진술에 의한 공판의 개시(제285조), 피고인 신문방식 및 진술거부권(제287조, 제289조), 당사자의 신청에 의한 증거조사(제294조), 증거조사 참여권 및 이의신청권(제163조, 제176조, 제296조), 교호신문방식에 의한 증인신문(제161조의2), 전문증거법칙의 채택(제310조의2) 등 규정을 두어 소송절차의 전반에 걸쳐 기본적으로 당사자주의 소송구조를 취하고 있는 것으로 이해되고, 또한 재판실무도 그와 같은 전제하에 운용되고 있다.”

동판결에서는 우리나라가 당사자적 소송구조를 취하고 있다고 하면서, 이와 더불어 검사의 지위에 대해서 피고인과의 관계에서 무기평등의 원칙을 천명하고 있다.

“이와 같은 제도 아래에서는 검사가 비록 공익의 대표자적 지위에 있다고는 하나, 기본적으로 피고인과 대등한 당사자의 지위에 있는 것이므로, 검사와 피고인에게 공정한 공격 방어의 기회를 주어야 할 것이고, 검사를 지나치게 유리하게 하는 것은 당사자주의의 기본취지에 반하게 된다.”

우리나라의 형사사법체계는 당사자적 소송구조를 취하며, 이에 따라 피고인과 검사의 지위도 소송에 있어서의 개념은 같다고 할 수 있다.

제3절 사법제도와 기소권한

1. 대륙법계

형사사법의 근간을 국가의 형벌권⁷⁾ 내지 국가의 형벌주체성에 두고 있는 대륙법계에서는 범죄가 개인 사이의 법익침해임과 동시에 국가의 법질서를 위반한 행위로 개념하고 있다. 따라서 국가는 국가의 법질서를 확립하기 위하여 범법자를 검거하고 처벌할 권한이 있다.

그러므로 대륙법계 국가의 사법제도는 대체로 직권주의적 경향을 띤다.

직권주의적 형사사법체계는 공판절차를 주재하는 법원과 공판전 절차를 주재하는 검찰 및 공판전 절차에서 수사활동의 대부분을 담당하는 사법경찰로 권한이 분배되어 있다. 직권주의의 특징은 직권에 의한 조사인데 법원의 직권조사가 너무 초기단계부터 시작되어 판결까지 이르면 객관성을 유지하기 어려우므로 공판전 조사절차를 두어 법원으로 하여금 수사활동으로부터 자유롭게 하고, 한편 공판전 단계의 조사권한도 분배하여 중죄사건의 공판전 조사는 원칙적으로 수사판사가 하게 하는 등 조사권한을 여러 단계로 나누기도 하였는데 다만 독일에서는 효율성의 측면에

7) 우리나라 학자들의 견해는 국가의 형벌권을 당연히 인정하고 있으며, 국가형벌권을 국가소추주의의 근거로 삼고 있다. 이재상, 앞의 책, 86면; 배종대·이상돈, 형사소송법 제2판, 법문사, 1997, 13면; 신동운, 앞의 책, 3면.

서 예심판사 제도를 폐지하였다.

2. 영미법계

당사자주의 형사사법체계에서는 피의자에 대하여 체포후의 짧은 기간의 조사만 허용하는 경찰수사와 이후의 법원에 의한 예비절차, 그리고 공판정에서의 사실확인으로 이루어지며 공판정에서의 사실확인 과정의 진행을 위하여 당사자로서의 소추권을 두고 있다. 그리하여 사법체계상의 권력은 초동단계의 수사권을 행사하는 경찰, 소추권을 행사하는 검사, 그리고 공판정에서 소송지휘권을 행사하고 양형권한을 행사하는 판사와 사실판단자로서의 배심원단으로 구성된 법원으로 분배된다.

제3장 사인소추와 경검협력

제1절 사인소추제도의 의의

현행법은 형사소추에 있어 국가소추주의를 채택하고 있다. 국가소추주의란 소추의 권한을 국가만 전담하는 것이며, 그 가운데에서도 검사에게만 기소의 권한이 있는 것이 검사의 기소독점주의다. 이와 관련해서 형사소송 제246조는 “공소는 검사가 제기하여 수행한다”고 규정하고 있다. 국가소추주의의 의의는 범죄가 사회 공공의 관심사인 이상 국가기관에 의한 이성적 처리가 가장 이치에 맞는다는 점이다. 이와 더불어 검사의 기소독점은 전국적으로 통일되고 공평한 공소권의 행사를 가능하게 하는데 장점이 있다.⁸⁾

8) 김성규, “사인소추제도의 현상과 사인소추주의의 이해” 참고(미공간).

형벌의 원래적 모습은 사적인 복수로 볼 수 있다. 이러한 복수의 공적인 형태로 형벌이 발생되었다는 것으로 본다면 공적 소추는 형벌의 발달에 따른 하나의 제도이다. 마찬가지로의 관점에서 각국에서의 소추기관도 공적 제도로 취합되어 왔다. 사적인 복수의 공적인 형벌로의 발달은 기소권과의 관계에서 사인소추의 형태나 친고죄의 형태로 나타났다.

제2절 사인소추의 역사적 발전

1. 독일⁹⁾

가. 고대게르만법

고대 게르만법하에서의 범죄는 가해자가 피해자와 그 씨족에 대한 연고 관계를 침해하는 것이었으므로 범죄행위에 대한 소추는 사인의 권한에 속했다. 따라서 피해자가 범죄행위를 스스로 처벌하였고, 처벌의 절차는 재판외의 방식도 포함되었다.

이 시기에는 절차의 개시, 신문절차, 입증절차와 판결에 이르기까지 절차의 모든 주도권이 소송의 주재자인 피해자나 그 씨족에게 있었다.

그러나 프랑크 시대로 넘어오면서 법침해의 관념이 사적인 이해에서 공적인 것으로 바뀌기 시작하고 이를 확정하는 절차가 피해자 및 그 씨족의 의사에 좌우되어서는 안된다는 개념이 자리잡게 되었다. 이러한 관념의 변화에 따라 피해자의 형사절차상 지위는 약화되었는데, 이에 는 피해

9) 黑澤陸, “告訴權의 歷史的 發展과 現代의 意義”, 明治大學校 法學研究論集 第18号, 2003, 4면 이하.

자의 의사에 따라 처벌 여부와 정도가 좌우된다면 피해자가 배상금을 지급받은 경우에는 아무리 중요한 범죄라고 하더라도 국가가 소추할 수 없게 된다는 문제점과 자신이 임명한 재판관을 통해 형사절차를 장악함으로써 자신의 권력 강화하려는 국왕권력 강화 의지도 들어가 있었다.

이러한 새로운 관념이 반영된 소송의 형태가 규문주의소송이다. 이러한 규문주의소송하에서 범죄는 가해자와 피해자의 관계의 침해라는 사적인 형태가 아닌 가해자의 법질서 침해라는 공적인 형태로 인식되는 것이었다. 따라서 사인이 형사절차에 능동적으로 관여한다든지 재판외의 수단에 의해 분쟁을 해결할 가능성은 감소하게 되었다. 결국 이러한 규문주의소송하에서 피해자는 고소라는 형태로 범죄를 보고하고 국왕에게 도움을 요청할 가능성만이 남게되어 사실상 형사절차의 국외자로 전락하게 되었다.

나. 카롤리나 형법전

중세말기 형사법상의 특징은 군주의 권력강화와 이를 유지하려는 형사절차의 장악을 들 수 있다. 이를 위해 탄생한 것이 카롤리나 형법전이다. 이는 1523년 칼5세의 형사재판령으로 제정 공포된 법전으로서 형법과 형사소송법의 내용을 모두 담고 있었다. 특히 유괴, 강간, 간통, 가족간 절도에 있어서의 소송은 “형벌의 호소 또는 고소”에 의해서만 행해질 수 있다고 규정되어 있었다. 이 규정을 초기적인 형태의 고소권의 기원으로 볼 수 있다.

이는 로마법의 내용을 포함하는 중세 이탈리아법이 계수된 독일 초기 보통법상의 영향이 형사절차에 나타난 것이라고 할 수 있는데, 친고죄의 고소권이 규정되어 있었으나, 봉건제도하에서의 고소권이 피해자의 권한에 그다지 큰 영향을 주지는 못했다고 볼 것이다.

다. 프로이센 일반 란트법

프랑스에서 시작한 계몽주의와 자유주의 사상이 독일에도 영향을 미침에 따라 18세기 중반에는 독일에서도 절대주의에 대한 반동으로 형법과 형사소송법상 범죄의 본질에 대한 사고방식의 전환을 요구하게 되었다. 즉 형벌을 개인의 인권을 침해하는 것으로 이해하는 휴머니즘에 기초한 형사법의 개혁사상이 사인의 형사절차 참여를 강하게 요구하게 된 것이다. 이러한 요구는 몇몇가지 제도의 도입으로 이어졌는데 그 중 특기할 만한 것은 검사제도의 도입이다. 검사제도는 규문주의를 전제로 한 사법절차의 재판관 독점을 방지하기 위한 제도로 도입되었다. 사법절차의 재판관 독점을 막는 장치라는 점에서 검사제도는 고소권에 대해서도 많은 영향을 미쳤다.

친고죄가 사인이 고소권을 통해 적극적으로 소송에 관여할 수 있는 가능성을 열어두고 있는 것이므로 결과적으로 친고죄에 의해서도 규문소송에 대한 통제가 가능할 것이라는 긍정적인 인식이 확산되기 시작한 것이다. 다만 독일법상 기소법정주의의 관념 때문에 커다란 의미를 가지지는 못하였다.

지방군주들에 의해 거부되어온 친고죄는 프리드리히 대왕의 등극으로 전환을 맞이하는데, 그는 계몽군주를 자처하며 신앙의 자유를 허용하고 산업과 문화를 발전시켰는데, 형사법과 관련하여서는 프로이센 일반 란트법에 친고죄에 관한 내용을 규정하였다.

프로이센 일반란트법에서 친고죄는 가족공동체에 있어서 친족간의 절도나 경미한 상해 등에 규정되어 있었고, 전체적으로 사인의 의사에 의해 간섭받지 않는 직권에 의한 형사소추가 반드시 필요하지 않고 사적 성격이 중시되는 범죄에 대하여 정해져 있었다. 다만 강간이나 유괴 등은 사적 성격과 공적 성격을 절충한 형태의 소위 조건부 친고죄로 규정되어

있었다. 즉 프로이센 일반관트법에 규정된 친고죄는 입법기관이 직권에 의한 형사소추에는 어울리지 않는 범죄에 고소요건을 창설하게 되는 결정적인 돌파구로서의 역할을 하게 되었다.

라. 제국형법전과 제국형사소송법전

19세기에 독일 형사법상 피해자가 절차에 관여할 수 있는 방법은 사인소추와 고소권이 있었다.

사인소추제도는 남용가능성으로 형사절차의 공정성이 훼손된다는 위험성이 있으므로 독일의 각 주는 1848년 이후 도입된 검찰제도에 의한 통제를 기대했으나, 검찰제도 또한 기소편의주의와 기소독점주의의 폐해가 존재하는 문제점이 있었다.

이에 반해 고소권은 형사소추절차에 사인이 관여함에 따른 남용의 문제점이 비교적 적을 것이라는 점이 인식되었고, 이러한 인식은 제국 형법전(1871년)과 제국 형사소송법전(1877년)상 고소에 관한 규정으로 나타났다. 제국 형법전에는 개별 고소에 관한 규정을 두고, 제국 형사소송법 제156조는 형법에 규정된 일정한 범죄의 경우에는 고소를 특별한 소송조건으로 규정함으로써 고소의 소송법적 성질을 명백히 하였다.

독일에 있어서 고소권의 역사적 발전과정을 살펴보면 범죄의 개념과 형사절차를 이용한 권력강화 의지, 그리고 규문주의타파를 위한 검사제도와와의 관계에서 영향을 받으며 발전해 온 것을 알 수 있다.

2. 일본

일본에서 고소권의 규정은 1880년 치죄법에서 시작되었다. 치죄법 제93조 제1항은 일정한 범죄로 인해 손해를 받은 자는 피고인 소재지의 예비판사, 검사 또는 사법경찰관에게 고소할 수 있다고 규정하고 있었다.

이후 1890년 명치 형사소송법이 제정되었으나 고소권에 관해서는 치죄법의 내용을 그대로 계승하였다.

1992년 독일 제국 형사소송법의 영향을 받은 대정 형사소송법이 제정되어 기존 고소권에 관한 규정들이 대폭 수정되었다. 고소의 주관적 불가분에 대한 규정(동법 제268조), 6개월의 고소기간제도(동법 제265조)를 도입하였고, 고소의 취소기간을 제2심 판결시까지로 제한하였다.(동법 제267조) 또한 기소편의주의가 최초로 명문화되었다.

마지막으로 현행 형사소송법을 보면, 고소의 취소가 공소제기시까지로 제한되었고(제237조 제1항), 불기소이유 고지제도가 새롭게 규정되었다(제261조). 또한 미국의 대배심제도를 모방하여 사건이 불기소된 경우 고소한 자의 신청에 의해 불기소의 당부를 심사하는 검찰심사회가 만들어졌다.

최근에는 피해자 보호의 흐름에 따라 소위 “被害者保護二法” 중 하나인 “형사소송법 및 검찰심사회법의 일부를 개정하는 법률”로 친고죄인 성범죄의 경우 고소기간의 제한이 폐지되었다.

제3절 사인소추의 형태

위에서 알아본 바와 같이 형벌의 원래 모습은 피해자의 범익침해에 대한 구제책이며, 형벌과 기소권 개념의 발전은 이러한 구제책의 주체의 변경과정이라고 할 수 있다. 따라서 형벌의 본질에 피해자의 감정이나 공중의 의식을 경시할 수 없으며, 이를 형사사법시스템에 반영하는 것이 사인소추제도다. 이는 형사소추권이 궁극적으로 사인 또는 공중에게 부여

되도록 하는 것이다. 사인소추제도의 형태로서는 소추를 범죄 피해자의 손에 맡기는 것 혹은 공중이나 국민의 대표¹⁰⁾에 위임하는 것 등이 있다. 전자가 피해자소추제도, 후자가 공중소추제도이다. 피해자소추제도는 영국과 프랑스가 취하고 있는 것이고, 공중소추제도는 영국에서 미국으로 건너간 것이다.

다만 이러한 사인소추제도는 점차 검사에 의한 소추로 대치되는 경향에 있으며, 이 점에서 오늘날에는 사인소추주의와 국가소추주의의 혼합 내지 조화가 이루어지고 있다.

형사소추에 관해 국가소추주의가 원칙으로 되어온 유럽 대륙의 각국에서도 그것에 예외적으로 사인소추 등을 가미하는 제도가 마련되어왔다. 예컨대 독일에서는 일정한 범죄에 관해서는 조정관에 의한 화해의 시도를 전제로 해서 피해자인 사인에 의한 기소를 인정하고 있다¹¹⁾.

다만 유의할 것은 우리나라와 같은 경우이다. 우리나라에서는 국가기관으로서의 검사가 공소를 제기하고 수행하는 것이 원칙¹²⁾이므로, 국가소추주의만을 인정하고 있다. 현행법 하에서 피해자 기타의 사인이 형사절차의 개시에 전적으로 관여하지 않는 것은 아니지만¹³⁾ 적어도 형사소추의 권한이 직접적으로 개인에게 부여되지는 않는다.

국가소추주의와 사인소추주의의 차이가 현저하게 나타나는 것은 물론 수

10) 그 예로서 미국에서의 대배심을 들 수 있다.

11) 사인소추 외에도 독일에서는 범죄의 피해자인 사인의 소송참가가 인정된다. 즉, 피해자인 사인으로서 기소권한을 가지는 자는 소송참가인으로서 재판에 참가할 수 있다.

12) 이러한 기소독점주의의 예외로서 즉결심판의 청구 등이 거론된다. 즉, 「즉결심판에관한절차법」 제3조 제1항은 “즉결심판은 관할경찰서장 또는 관할해양경찰서장이 관할법원에 이를 청구한다”고 규정하고 있다.

13) 친고죄나 반의사불벌죄의 경우에는 피해자 등의 고소나 처벌의사의 여부가 기소의 조건이 되므로 피해자의 의사가 직접적으로 범인의 소추 여부를 좌우한다. 그러나 친고죄나 반의사불벌죄는 내용상 기소에 영향을 미칠 수 있으나, 이는 형식적인 소추조건으로서 검사의 기소권에 정지조건 혹은 해제조건인 것이므로 직접적인 기소권한으로 보기는 어렵다.

사 내지 기소의 단계이지만 그 발상의 차이는 사실 형사사법의 여러 국면에서 인식될 수 있다.

제4절 프랑스의 기소권한

1. 프랑스의 형사사법절차

프랑스의 사법절차는 형사사건의 판결과 수사법원이 분리되어 있으며, 우리나라와는 달리 검사가 중요한 사건의 수사에 나서지 않고 수사법원에 소속된 수사판사가 예심수사를 담당하는 예심제도를 특색으로 한다.¹⁴⁾

또한 범죄의 종류를 그 법정형의 경중에 따라 중죄, 경죄, 위경죄의 세 가지로 구분하고 있으며, 범죄의 종류에 따라 그 기소의 유형과 재판관할에 차이를 두고 있다.

가. 예심판사제도

규문주의적 형사절차를 타파하고 유럽 등지에서 개혁된 형사소송절차의 모델이 되었던 프랑스의 치죄법은 수사절차와 재판절차를 분리하였다. 종래 규문주의 소송절차에서는 법관이 스스로 수사를 개시한 후 다시 재판기관이 되어 이를 판단함으로써 형사피의자와 피고인의 보호에 충실하

14) 김종구, “형사사법개혁론”, 법문사, 2004, 108면.

지 못할 뿐 아니라 심판에 예단을 가지게 되어 공정한 재판을 할 수 없다는 비판을 받아왔다. 개혁된 치죄법은 이러한 지적의 시정을 위해 수사절차는 검사와 사법경찰관에게 맡기고 법원은 검사가 기소한 이후의 공판절차에서 심리와 재판을 하도록 한 것이다. 그러나 프랑스 형사소송법은 수사와 재판을 철저히 분리하는데까지는 이르지 못하고 수사판사에 의한 예심제도를 인정하였다. 즉 공판 전의 단계에서 법관이 심리할 수 있는 여지를 남겨둔 것이다. 이는 실제적 진실발견의 책임이 재판법원의 판사와 독립된 판사에게 있었던 강한 전통이 개정된 형사소송법에 남아있었기 때문이다.

이러한 의미에서 프랑스 치죄법의 소송구조를 절충주의라고 부른다.

예심판사제도는 정식재판 전에 판사가 개입하는 제도이므로 규문절차의 잔재라는 비판견해와 독립한 법관에 의한 형사피의자, 피고인의 보호를 위한 불가결한 제도적 장치라는 옹호견해가 대립되고 있다.

이러한 예심제도는 대륙법계국가에 계수되어 과거의 독일과 일본 등지의 나라에 영향을 미쳤다.

나. 소추절차

프랑스의 검찰은 지방법원 이상의 각급 법원에 배치되어 있으며, 주로 사법경찰관리에 대한 수사지휘, 기소여부의 결정, 공소유지 등 수사 및 재판에의 관여와 형 집행의 임무를 담당한다. 경죄와 위경죄의 경우에는 원칙적으로 검찰의 소추에 의하여 곧바로 법원의 재판이 진행된다. 그러나 중죄와 검사가 판단한 일정한 경우에는 검사의 예심수사개시청구를 받아 수사판사가 수사한 후 수사판사가 중죄법원에 기소한다.

2. 기소편의주의와 기소독점주의의 예외

프랑스는 기소에 있어서 편의주의를 택하고 있으므로 공소를 포기하거나 취소할 수 없다. 법무부장관과 고등검사장은 불기소결정이 공익에 반하여 부당하다고 인정하는 때에는 공소제기 명령을 할 수 있다. 항고나 재정신청제도 없다.

원칙적으로 프랑스에서도 모든 범죄에 대해서 검사의 기소권이 인정된다. 경죄와 위경죄의 경우에도 원칙적으로 검사의 기소권이 인정된다.

그러나 중죄의 경우는 중죄소추부가, 사소당사자에 의해서도 기소권이 인정될 수 있으므로 기소독점주의의 예외를 규정하고 있다.

가. 수사판사

예심절차에서는 범인의 발견, 사실인정에 필요한 증거의 수집, 형사책임 부과 여부 등의 결정을 위하여 실체적 진실을 발견하는 절차인데, 이러한 예심수사절차는 수사법원의 수사판사가 진행한다.¹⁵⁾

수사판사는 예심수사 결과 범죄를 인정할 만한 증거가 충분하다고 판단하면 예심수사의 대상이 된 자를 판결법원으로 이송하는 기소결정을 하고, 범죄를 인정할 만한 증거가 불충분하다고 판단하면 불기소결정을 한다. 수사판사는 형사사건에 대하여 예심수사를 통하여 판결법원에서 유죄판결을 받을 수 있는 요건들이 갖추어져 있는가 여부를 검토하여 판결법원으로 이송할지 여부를 결정하는 것이다.

이와 같이 수사판사는 예심이 개시된 사건에 대해 수사권을 가짐과 동시에 판사로서 수사에 필요한 공권력의 발동에 대한 권한을 가지며, 기소

15) 김종구, 위의 책, 116면.

의 권한을 아울러 가지고 있다.

나. 사소

프랑스 형사소송법상 피해자는 검찰 및 사법경찰관서에 피해사실을 고소할 수 있는 외에 사소 당사자의 자격으로 수사관사에게 손해배상을 청구하는 소송을 제기할 수 있다. 수사관사는 사건을 수사하여 기소여부에 관한 검찰의 의견과는 무관하게 경죄법원 또는 중죄법원의 재판에 회부할 수 있다. 사건이 재판에 회부되면 이의 공소유지업무는 검찰이 수행하지만 손해배상청구에 관한 소송행위는 사소당사자가 수행하게 된다.

3. 공소유지권한의 분배와 사인소추

프랑스 형사소송법상 피해자는 기소권한을 행사할 수도 있으나 검사가 이미 공소를 제기한 경우에는 사당사자의 자격으로 소송에 개입한다는 의사를 표시하여 소송에 개입할 수도 있다. 소송에 개입하여 사당사자를 구성하는 경우와 사소를 포함하여 광의의 사인소추, 사소만을 지칭할 경우 사소로 부를 수 있다.

가. 사인소추의 주체

1) 범죄의 피해자

범죄의 피해자는 원칙적으로 사인소추의 주체가 되며, 직접적이고 개인적인 피해를 입은 범죄의 피해자는 참가절차에 의하거나 직접 사소를 제기할 수 있다.¹⁶⁾ 프랑스 형사소송법은 “중죄, 경죄, 위경죄에 의해 발생한 피해복구를 위한 사소는 범죄에 의한 직접적인 피해를 개인적으로 입은 모든 사람에게 속한다.”고 규정하고 있다.

직접적인 피해자를 지칭하고 있으므로, 간접적인 피해자나 개인적으로 피해를 입지 않은 사람은 본 조건을 충족시키지 않아 사인소추의 주체가 될 수 없다. 즉 손해의 현존과 개인적인 피해, 직접적인 피해라는 세 가지 조건을 충족해야 한다.

첫째, 손해가 현존해야 한다는 것은 범죄로 인한 피해가 사소를 제기하는 시점에 확정될 수 있어야 하는 것을 말한다. 따라서 아직 발생하지 않은 피해에 대한 사소는 받아들여 질 수 없다. 일반적인 기회의 상실은 현존성이 있다고 할 수 없으나 범죄의 효과로 인하여 피해자에게 유리하고 상당성있는 기회가 소멸되고 심각한 기회의 상실이 실질적으로 있었다는 것이 입증되는 경우에는 사소가 받아들여 질 수 있다.

둘째, 개인적인 피해라는 것은 범죄로 인하여 자신의 신체, 재산 또는 명예 등에 대한 개인적인 침해가 있어야 한다는 것을 말한다. 개인적인 손해는 물질적인 손해에 한정되지 않고 정신적인 손해까지 포함한다. 또한 일정한 범죄의 경우에 개인적 피해의 범주에는 유괴죄에서의 피해자 부모, 살인사건에서의 유가족 등과 같이 범죄피해자의 가족들도 포함될 수 있다.

셋째, 직접적인 피해라는 것은 범죄와 피해사이의 인과관계가 성립되어야 함을 말한다. 즉 손해의 근본 원인이 범죄로 인한 것이거나, 피해가 범죄로부터 직접 발생한 것이어야 한다. 예를 들어 폭행, 상해, 과실치상 등의 범죄로 인한 신체적인 손해와 명예훼손 등의 범죄로 인한 정신적인

16) 프랑스 형사소송법 제2조.

손해, 방화 등의 범죄로 인한 물질적인 손해를 입은 사람은 그 직접성이 인정되어 사인소추의 주체가 될 수 있다.

2) 법인

프랑스 형사소송법 제2조의 1은 직접적으로 피해를 입은 개인 외에 법인이 공소를 제기할 수 있는 예외를 규정하고 있다. 공소를 제기할 수 있는 법인에는 지방자치단체, 노동조합, 사회단체 등이 있으며, 법인이 범죄로 인하여 직접 피해를 입은 경우에는 사인과 동일하게 소추를 할 수 있다.

노동조합의 경우 범죄로 인하여 개별적인 직업의 이익에 손해가 생긴 때에는 사인으로서 소추할 수 있다.

특이한 것은 공법인이나 노동조합 외에 사회단체에 광범위하게 사인소추를 인정하고 있다는 것이다. 프랑스 형사소송법은 제2조의 1이하에서 공소를 제기하거나 소송에 개입할 수 있는 사회단체들을 열거하고 있는데, 다만 이러한 사회단체들은 범죄 일을 기준으로 5년 전에 법률에 의해 등록되어 있어야하고, 공익성을 목적으로 한 단체여야 한다.

동법은 이러한 단체를 피해자의 동의를 얻어 공소를 제기할 수 있는 단체, 공소가 이미 제기된 경우 소송에 개입할 수 있는 단체, 그리고 피해자의 의사와 독립하여 공소를 제기하거나 소송에 개입할 수 있는 단체로 구분하고 있으며, 아울러 단체들이 관여할 수 있는 범죄를 열거하고 있다. 프랑스 형사소송법 제2조의 1이하의 규정을 살펴보면 아래와 같다.

범죄피해자나 부모의 동의를 얻어 공소를 제기할 수 있는 단체와 해당 범죄로는 다음과 같은 것들이 있다.

가)성폭력 또는 가정폭력 방지를 위한 사회단체로 상해, 성범죄, 유괴,

감금, 주거침입죄

나)노동법과 관련하여 성이나 양속에 근거한 차별행위 방지를 위한 사회 단체로 형법 제225조의 2와 제432조의 7이 정하는 차별행위

다)병자 또는 장애인을 보호 또는 지원하는 단체로 형법 제225조의 2와 제432조의 7이 규정하는 차별행위

라)빈곤상태에 있거나 가족관계에 기인한 사회적 또는 문화적 소외를 반대하는 단체로 형법 제225조의 2와 제432조의 7이 정하는 차별행위

다음으로 공소를 제기할 수 없으나 소송에 개입할 수 있는 단체와 해당 범죄는 다음과 같은 것이 있다.

가)피학대 아동 또는 성범죄의 피해자인 미성년자를 지원, 보호하는 단체로 미성년자에 대한 고문, 야만적 행위, 성폭력 행위

나)테러범죄의 피해자를 지원하는 단체로 형법 제706조의 16이 정하는 테러범죄

다)교통사고 방지 또는 그 피해자를 보호하기 위한 단체로 자동차에 의한 과실치사상의 죄

라)대중 교통수단 내 또는 다중이 출입하는 장소에서 발생한 사고피해자를 보호하기 위한 단체로 이러한 사고

마)약물중독 또는 마약방지를 위한 단체로 마약관련 범죄

바)근로현장에서의 안전사고 또는 직업병의 피해자를 보호, 지원하기 위한 단체로 직업활동과 관련한 과실치사상죄

단독으로 소를 제기하거나 개입할 수 있는 단체와 해당범죄는 다음과 같

은 것이 있다.

가)인종주의의 철폐 또는 국적, 민족, 인종, 종교에 근거한 차별의 피해자를 지원하기 위한 단체로 차별행위 또는 인종주의적 성격의 개인적 법익에 대한 침해행위

나)반인륜적 범죄와 전쟁범죄에 반대하는 사회단체 또는 레지스탕스와 강제수용자들의 정신적 이익과 명예를 보호하는 단체들로 전쟁범죄와 반인륜적 범죄

다)레지스탕스와 강제수용자들의 정신적 이익과 명예를 보호하는 단체들로 전범에 대한 찬양행위, 유적에 대한 파괴와 묘소를 훼손하는 행위, 모욕이나 명예훼손죄

라)섹스관광을 처벌하기 위한 1998년 6월 17일 법률에 의하여 성폭력 또는 가정폭력방지를 위한 사회단체로 외국에서 미성년자에게 범해진 성범죄

마)동물보호를 위한 단체로 동물에 대한 학대 또는 잔인한 행위와 사살 행위

바)사이비 종교의 철폐와 그 피해자를 보호하기 위한 단체로 사이비종교 활동과정에서의 각종 법익침해행위

나. 사인소추의 목적

프랑스 형사소송법 제2조에서는 ‘범죄로부터 발생한 피해의 복구’를 위해 사소를 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 규정상 문언에 불구하고 피해의 복구 외에 범죄의 처벌만을 위해 사소를 제기할 수 있는가에 대해 의견의 대립이 있다. 범죄의 처벌만을 위해 사소를 제기할 수 있는가는 아래에서 살펴보듯이 사소에 의해 기소강제의 효과가 발생하는

만큼 피해자의 형사절차상의 지위와 관련해서도 의미를 가진다.

예를 들어 사인소추의 목적이 피해의 복구에 한정된다면 피해자는 피해 배상을 청구하지 않고는 사당사자의 구성을 청구할 수 없을 것이다. 그러나 프랑스 판례는 형사소송법 제418조를 근거로 “공소를 강화하고 피고인의 유죄를 받아내기 위한 동기만으로도 사당사자를 구성할 수 있다.”고 판시하였으며, “피해배상결정의 권한이 형사법원의 관할을 벗어나는 경우에도 범죄의 존재를 밝히기 위한 사당사자 구성이 인정된다.”고 하여 사인소추의 목적이 범죄로부터 발생한 피해의 복구에 한정되지 않음을 명확히 밝히고 있다.

따라서 이러한 입장은 프랑스법상의 사인소추가 단순히 공소에 부가되는 기능이 아니라 피해자도 검사와 유사한 위치에서 범죄에 대해 적극적인 기능을 가진다는 점을 인정하는 것이라는 점에서 의의가 있다.

다. 사소의 제기

피해자는 이미 진행 중이 소송에 개입하는 것이 아니라 범죄 피해의 배상을 요구하는 사소를 제기함으로써 공소제기의 효과를 발생시킨다. 사소는 사당사자를 구성한다는 내용의 고소장을 예심판사에게 제출하는 방식과 재판법원에 직접 소환하여 재판을 청구하는 두 가지 방식으로 청구할 수 있다.

1) 예심판사에게 고소장제출

먼저 사당사자를 구성한다는 내용의 고소장을 예심판사에게 제출하는 방

식에 특별한 요건은 필요하지 않으며 실제상 일반 편지가 수사판사에게 송달되는 것으로 충분하며 변호사의 선임도 필요하지 않다. 제출방식에 특별한 요건은 필요하지 않으나 그 내용에는 사당사자를 구성한다는 취지의 문구가 표시되어야 하며, 사실관계가 밝혀져 있어야 한다. 왜냐하면 이러한 의사표시는 검사의 공소장과 유사한 효력을 발휘하므로 예심판사의 수사범위를 한정하는 효력이 있다. 그러나 사실관계의 기술은 재판을 행할 정도로 입증될 것을 요구하지는 않는다. 즉 범죄가 실제로 발생하였고 그 범죄로 인하여 자신이 피해를 입었다는 것을 입증할 필요는 없으며, 단지 판사로 하여금 피해자가 주장하는 사실의 정황으로 판단하여 범죄의 발생여부와 그로인한 피해의 인과관계의 개연성을 인정할 수 있을 정도면 충분하다. 따라서 죄명을 특정할 필요도 없다.

사당사자를 구성한다는 취지의 고소장을 접수한 예심판사는 이를 검사에게 통보하고 검사는 사소를 받아들일 것인가와 예심개시를 요구할 것인가 등에 대한 결정을 하게 된다. 통보절차이전에 수사판사는 직권으로 피해자를 출석시킬 수 있으며 검사도 고소내용을 명확히 하거나 보충하기 위해 예심판사로 하여금 피해자의 진술청취와 증빙서류의 제출을 요구할 수 있다.

2) 직접소환

피해자는 피의자를 재판법원에 직접 소환하여 재판을 청구할 수도 있다. 다만 위경죄와 경죄는 이러한 청구가 가능하지만 프랑스는 예심제도에 따라 중죄의 경우에는 반드시 예심을 거쳐야 하므로 중죄에 해당하는 범죄에 대해서는 직접 소환할 수 없고, 예심판사에게 고소장을 제출하는 방법밖에 없다. 경죄와 위경죄의 경우에 피해자는 피의자를 직접 소환할 수 있지만 고소장을 예심판사에게 제출하는 경우와는 달리 담당 법원에

사실관계와 피해관계를 명확히 밝혀야 한다. 단, 위경죄에 대하여는 직접소환만 가능하다.

피해자가 범죄발생지 또는 피의자의 주소지 관할 법원의 서기에게 신청을 하면 검사가 공판기일을 지정하고 법원이 피의자를 소환한다. 직접소환에 의한 소환장은 통상 변호사에 의해 작성된다. 피해자는 영치금을 납부하여야 하며 그렇지 못할 경우 직접소환의 효력은 상실된다.

라. 소송의 개입

피해자는 예심단계 또는 공판단계에서 사당사자를 구성한다는 명시적인 의사표시로서 소송에 관여할 수 있다.

1) 예심단계

예심단계에서 피해자는 수사관사를 상대로 언제든지 사당사자를 구성할 수 있으며, 이에 특별할 형식을 요하지 않는다. 실제로 수사관사에게 일방적인 편지를 발송하는 것으로 충분하다.

2) 공판단계

공판단계에서 피해자의 관여는 공판준비단계인가 공판기일인가에 따라 약간 다르다.

먼저 공판준비단계에서는 법원의 서기에게 신청하면 되고, 서기는 즉각 신청서를 검사에게 송부하여 공판기일에 출두케 한다. 2000년 개정 법

물은 이 절차를 완화하여 우편이나 팩스를 통하여 피해에 대한 증빙서류를 첨부하면 공판기일로부터 24시간 이내에 도착하면 되도록 하였으며, 경찰수사단계에서도 검사의 동의를 받아 피해자가 신청할 수 있으며 사법경찰관리는 조서를 통하여 그 사실을 기재하도록 하였다. 이 경우 공소가 검사에 의해 제기되고 경죄법원이나 경찰법원에 직접 송치가 이루어진다는 조건하에서 당사자구성이 유효한 것으로 간주된다.

다음으로 공판기일에서는 서기에 의해 기록된 구두선언 또는 의견서 제출에 의해 당사자를 구성할 수 있다. 피해자의 개입을 용이하게 하기 위하여 검사는 고소장을 제출한 피해자에게 공판일자를 통보해야 한다. 소송에 개입하기 위하여 변호사의 선임을 필요로 하지 않으며, 이러한 당사자구성은 검사의 사실청구 이전에 이루어져야 한다. 항소법원에서의 당사자 구성은 인정되지 않는다.

마. 사인소추의 효과

범죄의 피해자나 범인은 사소를 통하여 기소강제의 효과를 발생시키며, 소송개입의 경우 단순한 참고인 또는 증인이 아닌 소송의 당사자로서 법이 부여한 다양한 권리를 누리게 된다.

1) 기소강제

사소의 두 가지 방식 중 직접소환에 의한 방식은 법원에 의해 피의자가 소환되므로 직접 기소의 효력을 지닌다는 것은 명확하다. 그러나 예심판사에게 고소장을 제출하는 경우 예심판사는 검사에게 통보하는 절차만을 행하고 통보받은 검사는 공소여부에 대한 결정을 할 수 있으므로 기소강

제의 효력이 발생하는가는 논란의 여지가 있다.

프랑스의 학설과 판례는 검사의 재량여지는 공소권 상실유무와 당사자적격에 대한 판단, 특 공소시효가 소멸되었는가 또는 청구자가 법률상의 조건을 갖추었는가에 대해 한정되며 그 밖에 예심의 개시를 청구하지 않을 수 있는 경우로는 고소장에 적시된 사실관계가 어떠한 범죄도 구성하지 않는 경우에만 가능하며 따라서 근거가 불충분하다는 이유로 기소유예와 같은 피해자에게 불리한 처분은 내릴 수 없다는 입장이다.

2) 소송법상 당사자의 지위

사당사자를 구성하는 피해자는 소송상 당사자의 지위에 서게 된다.

피해자는 변호인이 입회하는 경우에만 예심판사의 심문을 받게 되며, 증인의 자격으로 출석되지 않고, 따라서 증인선서를 할 필요가 없다.

또한 피해자는 당사자로서 프랑스 형사소송법 제82조의 1이 규정한 참고인신문, 피의자신문, 대질신문, 현장 확인, 증거수집뿐 아니라 진실발견에 필요할 것으로 간주되는 모든 여타의 처분을 청구할 수 있다.

2000년 개정 형사소송법은 피해자의 당사자적 지위에서 가지는 권리를 확장하는 한편 이러한 권리를 피고인에게도 부여함으로써 검사와 피고인간의 무기평등뿐만 아니라 피해자와 피고인간의 무기평등까지도 실현하고 있다.

바. 사인소추에 대한 제한

사인소추는 피해자에 의해 공소가 제기됨으로써 형벌권의 발동이 개인의

판단에 맡겨져 있다. 따라서 사인에 의한 형벌권의 남용이 있을 수 있다. 이러한 사인소추의 남용을 막기 위해 프랑스 형사소송법은 영치금 납부제도와 형사제재제도를 두고 있다.

1) 영치금 납부제도

피해자는 사소를 제기하는 경우에 영치금을 납부하여야 하는데, 사소의 제기가 남용된 것이라고 판명된 경우에 영치금은 민사벌금으로 환수된다. 영치금의 납부는 검사가 이미 공소제기 한 후 소송에 개입하는 경우에는 적용되지 않으며, 사인에 의해 공소가 제기된 경우에만 납부한다. 사소의 경우에는 전술한 바와 같이 예심판사에게 고소장을 제출하는 경우와 직접소환하는 경우 모두 영치금을 납부하여야 한다.

영치금의 금액은 피해자의 소득수준에 따라 고소장을 제출받은 판사, 직접 소환의 담당 법원이 결정한다.

영치금의 납부는 사당사자구성 일자를 기준으로 소급하여 공소시효를 정지시키는 효과를 발생시킨다.

예심 또는 재판관을 통하여 사소가 남용되거나 소송을 지연시킬 의도가 아니라는 결정이 있는 경우에 영치금은 피해자에게 반환된다.

2) 형사제재

검사의 경우와는 달리 피해자가 사소를 남용한 경우에는 형사처벌과 손해배상의 대상이 될 수 있다. 사소의 남용여부는 예심단계와 재판단계에서 판명되어지는데, 피고인이 무죄의 선고를 받았다는 사실이 기준이 되는 것이 아니라 고소인이 경솔하게 사소를 제기하였는가, 고소의 내용이

허위임을 알면서도 제기하였는가에 따라 결정된다.

고소인인 경솔하게 사소를 제기하였다고 판명된 경우 15000유로 이하의 민사벌금을 물게된다.

고소의 내용이 허위임을 알면서도 사소를 제기한 경우 무고죄로 처벌받게 된다. 무고로 인한 피해자도 또한 사소를 제기하여 손해를 배상받을 수 있다.

또한 사소에 의해 예심이 열렸으나 무혐의 결정이 내려진 경우, 무혐의 확정결정이 있는 날로부터 3개월 안에 고소인을 경죄법원에 소환할 수 있으며, 검사의 청구에 의해 예심판사가 직접 민사벌금을 부과할 수도 있다. 그리고 경죄법원이 사소에 의한 직접소환한 사건에 대해 무죄를 선고하는 경우 검사의 청구에 의해 민사벌금을 부과할 수도 있다.

4. 소결

위에서 알아본 바와 같이 프랑스의 검사제도는 기소편의주의를 택하고 있으나, 기소독점주의를 택하고 있다고 볼 수는 없다. 기본적으로 검사가 기소의 권한을 가지고 있으나, 원칙적으로 피해자에게도 범죄의 소추권을 인정하고 있으며, 특히 중죄에 관해서는 검사의 기소권한이 인정되지 않고 법원의 중죄소추부에서 이를 담당하고 있기 때문이다.

검사의 불기소 처분에 대해 검찰 내부에서의 기소명령제도를 두고 있으나, 우리나라와 같은 항고제도와 재정신청제도, 헌법소원은 찾아볼 수 없다.

기소편의주의에 대해 피해자의 권리를 적극적으로 해석함으로써 기소권의 주체를 넓혀 이를 통제하고 있다.

프랑스의 기소제도는 검사의 기소재량을 통제하는 방식이 아니라 애초에 기소권한의 배분을 통해 검사의 기소권한을 축소하고 있다. 이러한 기소 방식은 범죄 피해자의 권리를 형사절차상 적극적으로 인정했다는 점에서 의미가 있다. 사인소추를 적극적으로 인정함으로써 형벌의 본질과 피해자 사이의 관계를 일면 밝히고 있다고 본다.

제5절 영국의 기소권한 통제

1. 사인소추의 전통

대륙법계국가에서 범죄를 공적인 국가의 문제로 취급하고 국가가 주체가 된 수사, 재판절차를 확립한 데 반해 영국에서는 형사범죄에 대한 사적인 취급, 사적소추의 고전적인 전통을 유지하였다. 영국에서 재판절차가 개시되는 통상의 방식은 사인이나 경찰의 고소고발에 따라 치안판사가 소환장 또는 체포영장을 발부하거나 경찰이 영장에 의하지 아니하고 범죄혐의자를 체포하여 법원에 인치하는 것이다.¹⁷⁾ 이것은 범죄의 개념에 대해 국왕, 영주 등이 침해행위에 대한 피해자라는 인식을 가지고 이들에 대한 개인적인 문제라는 개념을 가지고 있기 때문이다. 국가에 대한 침해도 국왕 개인에 대한 침해로 인식되었으므로 초기에는 모든 침해에 대해 개인적인 차원에서 개인을 위하여 처리되었다. 이후 영국 왕들은 형사절차의 처리를 유럽대륙에서처럼 전단하려고 시도하였으나 시민혁명 등을 겪으며 여전히 범죄에 대한 사적인 취급의 전통이 유지되었다.

이러한 사인소추는 범인을 처벌하는 가장 확실한 방법은 피해자나 그의

17) 김종구, 위의 책, 182면.

친척 또는 가까운 친구들의 사적인 복수에 맡기는데 있다는 고대의 전통에서 유래하는 것이며, 이러한 제도하에서 쌍방 당사자는 대등한 지위에서 공격과 방어를 하게 된다.

경찰의 소추기능 또한 경찰이 범죄의 제압에 관하여 가장 관계가 많은 사인이라는 인식이 유지되었기 때문이고, 1985년 도입한 검사제 역시 경찰을 의뢰인으로 한 법률가라는 식의 구도를 취하고 있다.

영국에서는 피해자로서의 개인은 물론, 기타의 시민이나 단체를 불문하고 누구라도 형사절차를 개시할 수 있다. 경찰이 소추하는 경우에도 그것은 어디까지나 사인의 자격으로 행하는 것이다¹⁸⁾. 이러한 사인소추는 헌법이 보장하는 권리로서 전통적으로 인정되어 왔다. 그런데 일부의 범죄를 제외하면 피해자나 일반 시민에 의한 소추는 실제로 거의 행해지지 않고 경찰이 형사소추를 개시하는 경우가 압도적으로 많다고 한다. 그럼에도 불구하고 1985년의 「범죄소추법」 하에서 사인의 소추권한은 기본적으로 유지되고 있다.¹⁹⁾ 영국에서의 사인소추주의는 실질적으로 그 기능이 형해화되었지만, 기소에 있어 피해자에게 그 권한을 보장해주는 의미가 있다.

2. 사인소추와 검사기소

영국은 common law상 민사적 불법행위와 형사적 불법행위를 구별하지 아니하므로 모든 위법행위는 개인과 개인사이의 문제로 본다. 따라서 영국에서는 대륙법계에서와 같은 국가소추업무를 수행하는 검사는 필요하지 않았다. 다만 피해자가 대리인으로 선임한 변호사나 경찰이 사인의

18) Alec Samuels, 'Non-Crown Prosecutions: Prosecutions by Non-Police Agencies and by Private Individuals', in: Criminal Law Review 1986, p.33.

19) 이는 공적기관에 의한 부당한 불기소에 대한 시민들의 권리를 보장하는 의미가 있다.

자격에서 소추업무를 수행하였다.

도시의 발달과 인구증가로 범죄가 폭증하면서 사인소추는 역효과를 나타내게 되었는데 첫 번째는 피해자의 법적 무지로 인해 원활한 소추업무를 수행할 수 없다는 것과, 두 번째는 무분별한 소추행위로 인한 소송체계의 마비였다.

이에 근대적 의미의 경찰이 소추행위를 대신하게 되었는데, 시민들보다는 범죄를 많이 접하고, 비교적 법적 지식을 가진 집단이 소추행위를 하는 것이 효과적이라고 인식되었다.

이후 1879년 범죄소추법에 의하여 런던에 공소국이 설치되고 소추업무를 담당하는 공소관이 소추업무의 일부를 담당하게 되었다. 그러나 공적인 소추기관이라고 하여 대륙법계의 검사와 같은 권한은 없었고, 소추를 전담하는 Solicitor가 사인소추의 일환으로 소추를 담당하였다. 이 제도는 사인소추의 원칙이 유지되면서 보충적으로 직권소추를 담당하는 기관이 설치된 것이며, 국가형벌권을 행사하는 기관으로서의 검찰의 의미는 아닌 것이다.

경찰소추는 지역간의 불균형으로 인한 공정한 기소가 불가능하다는 것과 직접 수사를 하는 기관이 소추를 행하므로 공정성과 객관성을 잃게 된다는 문제와 함께 이로 인해 무죄사건이 증가하는 현상이 생겼다.

특히 1989년에는 판결을 받은 형사피고인 123,900명 중에서 무죄판결을 받은 사람이 17,517명에 이르렀다.²⁰⁾

이러한 문제점을 해결하기 위해 경찰로부터 독립된 공정하고, 법적인 지식을 가진 소추기관이 필요하게 되었고, 이에 따라 1985년의 범죄소추법에 근거하여 왕립 기소청(Crown Prosecution Service)이 창설되었다. 검찰제도의 도입으로 영국에서도 수사와 기소행위가 분리되는 형사사법

20) 김종구, 위의 책, 382면.

상 변화가 이루어졌으나, 독립된 형벌집행기관으로서의 검사와는 성격상 차이가 있었다.

검사제도가 창설된 현재에 있어서의 영국 검사는 사인소추를 전제로 하는 형사소송에 있어서 피고인에 대응하는 당사자인 소추인이 선임한 변호사의 개념이다.²¹⁾

3. 기소권한의 분배

앞서 말한 것처럼 영국에서는 현재도 사인소추주의의 이념이 유지되고 있기 때문에 누구라도 소추를 행할 수는 있다. 즉 전통적으로 사인이 직접소추할 수 있었고, 경찰소추가 더욱 활발해졌으며, 이후에는 검사가 소추를 행하게 되었다.

첫째, 사인의 소추 : 사인소추주의가 실정법²²⁾상으로도 규정되어 있기는 하지만 현실적으로 사인에 의한 소추는 많지 않다. 이는 사인이 본인의 피해를 구제하기 위해 또는 타인의 피해를 구제하기 위해 자신의 비용과 노력을 들인다는 사실상의 부담이 그 이유이다. 다른 하나는 범죄에 있어 국가기관의 동의가 소추 요건으로 되어있고, 검사에게 사인이 개시한 사건을 인수하여 사인의 권한을 정지시키는 등의 법적 제한이 있기 때문이다.

둘째, 경찰의 소추 : 경찰은 실제로 대부분의 소추를 담당하고 있다. 경찰이 개시한 소추의 비율은 전체 소추 건수의 70~75%로 추정되고 있다고 한다²³⁾.

셋째, 검사의 기소 : 검사의 기본적인 임무는 소추행위이다. 검사는 소추

21) 김종구, 위의 책, 378면.

22) 범죄소추법 제6조 제1항.

23) Gary Slapper, Organizational Prosecutions, 2001, p.89.

행위를 하기 위해 사건기록을 검토하여 소추에 필요한 요건을 확인한다. 소추에 필요한 요건은 소추행위를 통하여 유죄판결을 얻는데 필요한 충분한 증거의 여부와 증거가 있는 경우에 소추행위를 하는 것이 공익에 부합하는지의 두 가지이다. 검찰의 기소의 유지와 철회에 있어서 독자적인 권한을 행사한다.

4. 검사기소와 경찰활동

검사는 경찰이 고발한 모든 형사소추절차를 인수한다. 소추절차를 인수하는 방법은 먼저 경찰이 범인을 법원에 고발하고 이에 따라 재판일정이 결정되면 경찰이 사건기록을 검찰청으로 송치하며 이때 검찰은 그 사건을 접하게 되고 소추행위를 담당한다. 검사는 수사권이 없고, 경찰이 송치한 사건기록을 검토하여 증거가 공소유지에 부족한 경우 경찰에 관련하여 보강 수사 또는 재수사를 요청할 수 있지만, 이를 이행하느냐의 여부는 경찰의 판단에 맡겨져 있다.²⁴⁾

경찰의 고발을 실질적인 형사절차의 시작으로 본다면 아직도 영국에서는 대부분 경찰활동으로부터 기소절차가 진행된다고 할 수 있다. 따라서 경찰의 수사와 이에 근거한 검찰에의 고발, 그리고 검사의 소추절차 인수와 소추행위로 기소절차가 이루어진다.

영국의 기소절차에서 특이한 것은 사인소추의 전통과 이를 이어받은 경찰의 고발이 검사의 기소행위로 이어진다는 것이다.

24) 김종구, 위의 책, 384면.

제4장 기소배심

제1절 기소배심의 의의

배심제도는 미국이 식민지시대에 영국으로부터 수입한 것으로서 심리배심과 기소배심으로 나뉘어 진다.²⁵⁾ 심리배심은 배심을 구성하는 배심원의 수가 기소배심에 비해 적기 때문에 소배심으로, 기소배심은 배심원의 수가 많기 때문에 대배심으로 불린다.

대배심제도의 기원은 12세기 초 영국에서 유래된 것으로 알려지고 있으며, 초기에는 기소의 기능과 함께 부당한 기소로부터 시민을 보호하는 기능을 담당하였다. 미국으로 유입된 대배심제도는 혁명기에 있어 영국 지배계급의 부당한 기소로부터 시민을 보호할 수 있는 ‘방패’로서의 기능이 강조되었다. 식민지시대의 경험을 토대로 1791년 채택된 미국 수정헌법 제5조에서는 대배심에 의한 기소를 거치지 않고는 누구도 중죄에 대해 형사소추되지 않는다는 규정이 명문화되기에 이르렀다.²⁶⁾

또한 미국 연방헌법 수정 제6조와 제7조에서는 배심재판을 받을 권리를 보장하여, 심리배심과 대배심 양자를 규정하고 있다.

미국의 시민은 배심재판을 받을 권리뿐만 아니라 배심원이 되는 의무도 부담한다.

한편 배심원은 판사가 법률문제를 다룸에 비해 사실문제를 다루므로 그 역할이 상이하다.²⁷⁾

25) 최대권, “영미법”, 동성사, 1986, 45면.

26) 광규택, “대배심제도의 기능과 우리나라에서의 도입방안”, 참고(미공간).

심리배심은 배심원이 공판절차에서 각 당사자에 의해 제출된 증거를 가지고 유무죄여부를 평결하는 것이고, 기소배심은 주 또는 연방정부에 의한 고소에 대해 제출된 증거를 심리하여 기소권한을 행사한다.²⁸⁾

기소배심은 일반 시민으로 구성된 배심원단이 의해 검사의 기소장(bill of indictment)을 승인하도록 하여 기소권한을 행사하는 제도이다. 공판절차에서의 통상적인 배심제(trial jury)²⁹⁾가 영미법계에서 유래하여 영국과 미국 및 일부 유럽국가 등에서 유지되고 있는 것과는 달리 기소절차에서의 대배심(grand jury)제도는 영국에서 비롯되었으나 오늘날 미국에서만 그 형태가 유지되고 있다.

기소배심은 판례에 의해 시민에 의한 기소라는 ‘칼(sword)’로서의 역할과, 부당한 기소로부터 시민을 보호하고자 하는 ‘방패(shield)’의 역할을 함께 가진 것으로 여겨진다.³⁰⁾

“the grand jury wields the sword of accusation against persons who the grand jurors have probable cause to believe are involved in criminal activity, and shields the innocent against oppressive prosecution.”

제2절 기소배심의 기능

1. 기소배심의 역기능

27) 임기준, “배심재판제도의 역할과 문제점”, 일감법학 제3권, 건국대학교, 1998, 75면.

28) 박상열, “미국의 배심제도에 관한 소고-기소배심을 중심으로”, 사법행정 43권 12호, 한국사법행정학회, 2002, 21면.

29) 배심제에 관해서는 안경환·한인섭, “배심제와 시민의 사법참여”, 집문당, 2005; 도중진, “형사재판절차에 있어서 배심 및 참심제도의 도입 방안”, 한국형사정책연구원, 2003; 임기엽, “배심재판제도의 역할과 문제점”, 일감법학 3권, 건국대학교 법학연구소, 1998, 12. 등.

30) U.S. v. Doss (1977) 판결, Susan W. Brenner, "Is the grand jury worth keeping?", Judicature, March-April 1998. Vol.81. No.5, p194.

기소배심이 시민의 인권을 보호하는 기능이 있음에도 불구하고 위와 같은 비판과 함께 역기능이 제시되고 있다.

첫째, 대배심은 인권보호를 위한 각종 기구, 제도와 그 기능이 중첩적이며, 운영의 비용과 번잡함이 적지 않다는 비판이 있었다.³¹⁾ 이에 따라 미국 연방대법원³²⁾은 형사사건의 기소에 있어서 대배심 제도가 반드시 필요한 것은 아니라고 결정함에 따라 각 주는 자율적으로 대배심의 존치 여부를 결정할 수 있게 되었다. 현재 미국연방과 컬럼비아 특별구 외 18개 주에서는 중죄사건에 대하여 대배심의 기소를 필요로 하고, 반수 이상의 주에서는 검사의 공소장만으로 기소가 가능하도록 하고 있다.³³⁾

둘째, 대배심을 존치하는 경우에는 검사가 주도권을 가지고 기소 또는 수사를 위하여 대배심을 활용함으로써 대배심은 검사가 주도하는 기관으로 변질되었으며, 독립적인 기소 기능도 현저히 약화되었다.³⁴⁾ 대배심은 거의 대부분 검사가 원하는 대로 정확하게 기소하며, 이러한 극단적인 현상으로 대배심을 검사의 ‘고무인(rubber stamp)’³⁵⁾이라거나 ‘응원단(cheer section)’으로 불릴 정도다. 이와 같이 대배심은 “칼”의 권한만이 강조되고 있으며, ‘햄샌드위치까지 기소할 수 있다’³⁶⁾는 말까지 있을 정도로 “방패”로서의 기능은 상실하였다는 비판이 있다. 이러한 비판은 대배심의 조사권한이 광범위하게 인정되는 데에서 비롯된다.

2. 기소배심의 권한과 특징

31) 표성수, “영미형사사법의 구조”, 비봉출판사, 2004, 132면.

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

33) Roark M. Reed 등 "미국의 형사절차(정완 역)", 형사정책연구원, 2000, 168면.

34) 표성수, 위의 책, 133면.

35) Harry I. Subin 등, “The Criminal Process : Prosecution and Defence Functions”, St. Paul, Minn. : West, 1995, p.124.

36) Susan W. Brenner, 앞의 논문, p198; 성선제, "미국의 형사배심제도", 미국헌법연구, 해암사, 2004. 240면.

가. 기소권한

대배심은 검사의 기소요청에 대한 승인을 통하여 피의자에 대한 기소여부를 결정하는 권한과, 검사의 기소요청과 무관하게 독자적으로 범죄혐의자를 기소할 수 있는 권한이 있다.

전자가 대배심의 전형적인 기능으로서 대배심은 이를 통하여 검사의 기소권한에 대한 적절한 통제를 가할 수 있는 것으로 평가되었으나, 실제의 운영에 있어서는 통제의 권한보다 검사의 수사 및 기소활동을 가장 효과적으로 뒷받침하는 제도로 변질되어 왔다. 즉, 증인에 대한 조사권을 가지고 있지 않은 미국의 검사가 중요한 참고인에 대한 소환강제³⁷⁾와 증언 확보를 위하여 대배심 절차를 적극 활용함으로써 시민 고유의 기소권한보다는 검사위주의 수사기능이 강조되고 있다.

한편, 대배심에는 원래 검사의 기소요청과는 무관하게 독자적으로 범죄혐의자에 대한 증언확보 및 증거수집을 거쳐 피의자를 기소할 수 있는 원래적 의미의 공중소추 권한도 인정되었다.

영국의 식민초기에는 영국관리들에 대한 영국경찰의 수사태만을 견제하기 위한 대배심의 독자적인 기소권한이 널리 인정되었으나, 현재는 검사의 기소요청에 대한 승인권한이 더 많은 것으로 보인다.

나. 수사권한

미국에서 대배심제도가 ‘방패’로서의 기능보다 ‘칼’로서의 기능이 강조되

37) 따라서 기소권한의 배분형식으로 대배심을 채택할 경우, 대배심의 증인 강제소환권이 뒤따르게 된다.

는 이유는 대배심제도가 강력한 수사권한을 가지기 때문이다. 대배심은 법원에서 백지소환장을 받아 증인을 소환할 수 있고, 기소면책을 통해 증언을 취득할 수 있다. 이러한 검사주도의 대배심 수사권한은 시민의 기소권한 주체성과 검사의 기소권통제라는 의의를 몰각하고 있다는 비판은 위에서 살펴본 바와 같다.

일부 견해에 의하면, 검사주도의 대배심 수사권한을 검사의 수사권한으로 해석하려는 시도가 있다. 그러나 대배심은 그 구성과 운영이 법원에 의하며, 그 권한의 본질은 시민에게 있는 것이다. 이것은 다른 논거도 필요없이 헌법상 기본원칙인 국민주권원칙과 민주주의원칙상 당연한 것이다. 따라서 대배심의 수사권한을 절차를 실질적으로 검사가 주도하기 때문에 검사의 수사권한이 될 수 있다는 해석론은 무리한 해석으로 보인다.

모든 권한의 원천은 민주적 정당성에 있는 것이고, 대배심 수사권한의 주체는 시민들로 구성된 배심원의 권한이다. 대배심 수사에 있어 그 권한이 강력하고 방대한 것은 그것이 시민들의 권한이기 때문이다. 대배심 수사에 있어 검사가 주도하는 것은 배심원의 수사권한 행사를 용이하게 해준다는 의미가 있는 것이지, 여기에서 그 권한의 주체성을 검사에게 인정할 수 있다는 의미가 아닌 것이다.

다. 절차적 특징

형사재판이 당사자주의적, 상호적, 공개적인 특징을 갖는다면, 대배심 절차는 기본적으로 직권주의적(inquisitorial), 일방적(ex parte), 밀행적(secret)인 특징을 갖는다. 환언하면, 대배심절차는 공판절차가 아닌 수사절차로서의 특징을 가진다. 즉, 대배심절차는 검사의 기소요청을 검토한 후 기소에 대한 승인을 해 주는 절차이므로 근본적으로 수사 및 기소

과정으로서의 특징을 갖게 되는 것이다.

따라서 공판절차에서 인정되는 전문법칙(hearsay rule) 등 엄격한 증거 법칙도 적용되지 않는다. 또한 당사자주의 공판절차상 당연히 인정되는 당사자로서의 지위와 권리가 인정되지 않는다. 즉, 피의자는 증인으로 소환되지 않는 한 대배심절차에 참여할 권리가 없으며, 증인의 변호인도 절차에 참여할 수 없다. 대배심 절차는 공개되지 않을 뿐만 아니라 배심원의 평결에는 검사도 참석할 수 없으며, 절차의 적법성에 관한 법원의 사후적 통제 외에는 그 운영과정에서 법원이 관여할 수도 없다.

3. 기소배심의 구성과 운영

가. 기소배심의 구성

대배심의 배심원은 통상 두 가지 절차에 의해 선발되는데, 연방 대배심과 같이 선거인단명부 등에서의 무작위 추첨 방식에 의하는 경우도 있고, 일부 주에서 인정되는 것과 같이 배심원선정위원회에서 위원들의 추천에 의해 선발되는 'keymen system'도 인정된다. 배심원은 심리배심과 같은 일정한 자격요건이 요구되므로,³⁸⁾ 시민권 여부, 정신적·신체적 결함 여부, 일정 연령, 일정기간 이상 거주, 영어구사능력 등이 자격요건으로 규정되기도 한다.

대배심의 배심원 선발과정은 심리배심과 달리, 검사나 변호인에 의한 기피권의 행사는 인정되지 않는다. 따라서, 대배심의 구성에 있어서 변호

38) FRCP, Rule 6. (a)(2)

인의 관여 여지는 극히 제한된다.³⁹⁾ 법원은 대배심원이 자격을 갖추었는지에 관하여 간단한 질문을 할 수 있으나, 심리배심과 같은 검사와 변호인의 예비신문절차(voir dire)는 거치지 않으며, 무조건적 기피(peremptory challenge)도 인정되지 않는다. 다만, 대배심원의 適格 여부는 사후에 公訴棄却(dismissal) 사유가 될 수 있으므로 그 범위에서 검사와 변호인은 대배심원의 선정을 조사할 수 있다.⁴⁰⁾

그러나, 대배심 선정 과정 및 대배심원의 적격 여부에 위법사유가 있다고 하더라도 그 자체만으로 공소기각 사유가 되는 것은 아니며, 부적격한 대배심원이 있었다 하더라도 대배심원의 최종적인 평결 결과에 영향을 미치지 않았다면 공소기각 사유가 되지 않는다고 한다.⁴¹⁾

대배심원은 통상 18개월을 임기로 하며, 임기제로 구성된 대배심은 그 기간동안 대배심에 회부된 사안을 모두 심의하게 되며⁴²⁾, 이는 심리배심이 각 사안별로 구성되며 개별 사안의 종료와 함께 임기가 만료되는 것과 구별된다. 대배심원의 선정에 있어서 연방과 같이 예비 배심원을 선정해 두고 대배심원의 교체가 필요한 경우에 대비하기도 하며⁴³⁾, 일부 주에서는 법원에 배심원의 교체권한을 부여하기도 한다.

대배심원이 처음 구성되면 임기 시작과 함께 선서를 하게 되며, 통상 해당 법원에서는 대배심으로서의 의무와 책임에 대해 교육을 실시하고, 배심원 중에서 陪審員代表(foreman)를 선정하게 된다.⁴⁴⁾ 배심원대표은 배심원단을 대표하여 절차 진행, 평결 기록 등 행정적 임무를 수행하게 되며 기소를 승인하는 경우 배심원단을 대표하여 기소장(true bill)에 서명

39) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch3. §3:1.

40) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch3. §3:1

41) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch3. §3:9

42) 대배심의 임기는 지역마다 10일에서부터 18개월까지 매우 다양하다. 임기 중에 심리를 시작한 사안에 대해 계속 심리가 필요한 경우는 임기를 연장하기도 한다. Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch4. §4:1

43) FRCP Rule 6. (a)(2)

44) FRCP Rule 6. (c)

하게 된다.

대배심원의 수는 각 주마다 상이한데, 보통법의 전통에서는 12명에서 23명으로 대배심원을 구성하게 되어 있었으며, 현재 연방 대배심은 16명에서 23명으로 구성된다.⁴⁵⁾ 연방 대배심 뿐만 아니라 각 주에서도 기소결정에 있어서 만장일치를 요구하지는 않으며, 연방의 경우 12명 이상의 찬성으로 기소결정이 이뤄진다.

연방 대배심과 일부 주에서는 의무적으로 대배심의 심리절차가 녹취되도록 하는 것을 의무화하고 있다.⁴⁶⁾ 연방 대배심의 경우 평결과 표결 과정을 제외한 모든 변론을 速記나 전자 녹음기기로 기록하도록 하고 있다.⁴⁷⁾ 이와 같이 기록된 결과물은 법원의 특별한 지시가 없는 한 공개될 수 없다.

대배심이 갖는 密行性(grand jury secrecy)의 원칙으로 인해, 대배심 절차에 참석할 수 있는 사람의 범위는 엄격히 제한된다. 배심원과 검사, 증인 이외에 필요한 경우 통역인이나 속기사, 녹음기사의 출입만이 허용된다.⁴⁸⁾ 배심원이 評決이나 票決 절차에 들어가면 검사도 참여할 수 없으며 배심원의 필요에 의한 통역인 이외에는 참여가 제한된다.

평결에 있어서는 대배심원 전원이 평결에 참여하게 되나, 연방 법원이나 일부 지역에서는 모든 대배심원이 반드시 심리기간 동안 계속 출석해야 평결에 참여할 수 있는 것은 아니라고 하고 있다.⁴⁹⁾⁵⁰⁾

45) 18 U.S.C. §3321, FRCP Rule 6.(a)(1), (f)

46) 연방 대배심에서 심리절차의 기록이 허용된 것은 1968년이며, 평결 및 표결 과정을 제외한 전과정에서 요구된 것은 1979년부터이다. Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch.1 §1:5 참조

47) FRCP Rule 6.(e)

48) FRCP Rule 6.(d)

49) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch4. §4:1

50) 대배심 절차가 실제로 어떻게 운영되는지를 이해하는데 있어 실제 대배심원으로서 참여한 사람의 수기가 있어 그 주요부분만을 소개하고자 한다. Karen A. Gray-Burriss, 『Grand Jury Service: a personal account』, Judicature, March-April 1998. Vol.81. No.5, 192쪽

나. 기소배심에서의 심리 및 증인신문

연방 대법원은 대배심의 수사권한을 폭넓게 해석하고 있다. 즉, “범죄에 대한 수사 및 유효한 기소 증인이라는 대배심의 역할로 인해 대배심의 수사권한은 폭넓게 인정되지 않을 수 없다. 대배심의 심리 범위는 대상이 된 사안의 수사로 인한 예견가능한 결과에 한정되는 것도 아니며, 수사의 대상이 된 개인에게 한정된 것도 아니다.”고 한다.⁵¹⁾

이러한 대배심의 수사권한은 증인에 대한 소환 및 증언강제권한에 의해 뒷받침되는데, 대배심으로부터 소환된 증인은 免責特權(privilege)이 인정되지 않는 한, 대배심에 출석하여 증언할 의무를 부담하게 된다.⁵²⁾ 이러한 의무는 원래적 의미의 제3자적 증인(witness) 뿐만 아니라, 기소의 대상이 되는 피의자(target)⁵³⁾에게도 부과되며, 따라서 잠재적 피고인의

"내가 받은 대배심 소집통지서(summons)에는 18개월의 임기로 대배심원이 되었다는 내용과 처음 5주간은 매일 출석해야 한다고 되어 있었다. 첫날 나는 심리배심에서의 경험을 상기하며 대배심도 비슷하리라 생각했지만 많은 차이가 있음을 알게 되었다. 우리(대배심원단)는 대배심 사무원으로부터 교육을 받고 대배심 소개 자료를 받았으며, 판사 앞에서 선서하였다. 우리가 심리할 사건은 90-100건 정도 될 것이라고 하였다. 우리는 심리내용을 기록할 수도 있고, 증인에게 직접 신문할 수도 있다고 하였다. 사건은 검사의 설명으로 시작되었는데, 어떤 날은 시간이 빨리 갔으나, 어떤 날은 끝날 것 같지 않게 지루한 때도 있었다. 내가 평소에 신문이나 TV에서만 접했던 범죄에 대해 증인과 피해자로부터 생생한 증언을 들으면서 때로는 슬프고, 두렵고, 때로는 범죄에 대해 분노하기도 하였다. 나는 검사와 판사, 법원직원 등에게 부과되는 업무의 양을 보고 다시 한번 이들에 대한 존경심을 가질 수 있었다. 나는 우리 모두가 범죄의 피해자가 될 수 있다는 생각을 해 보았으며, 자신의 인생에 대하여 통제능력을 상실한 범죄자들의 내면을 볼 수 있었다."

51) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665 (1972)

52) 증인으로 소환되면 진술거부 특권이 인정되지 않는 한, 대배심에서 자신으로부터 알고자 하는 내용이 현재 대배심에서 조사중인 사안과 무관하다거나, 진술할 경우 타인으로부터 보복받을 우려가 있다는 이유만으로는 소환에 응하지 않을 수 없다고 한다. (Blair v. U.S. 250 U.S. 273, 282(1919) 등) 서창희, 앞의 논문, 18쪽

53) 통상 "target"은 검사나 대배심에 의해 범죄혐의자로 인식되는 자를 의미하여, "subject"는 그의 행위가 대배심의 수사대상에 포함된 자를 의미하는 것으로 구별되고 있다. 미국연방검사업무처리지침(U.S. Attorneys' Manual) 9-11. 151 참조. 대배심에 관한 연방검사의 업무처리지침 내용은 상세한 내용은 미국 법무성 홈페이지에 게시된 미국연방검사업무처리지침(U.S. Attorneys' Manual)의 Title 9, Ch.11 이하 참조. http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam

지위에 있다는 이유로 대배심의 소환에 불응하는 것은 허용되지 않는다.⁵⁴⁾

연방 대배심과 같이 전형적인 형태로서의 대배심 절차에서는 심리절차에 있어 대배심 심리의 대상이 된 피의자(target)의 출석이 허용되지 않으며, 증인은 변호인을 대동할 수 없으므로 변호인의 절차 관여도 허용되지 않는다. 다만, 증인이 신문 도중에 심리가 개최되는 심리실(grand jury room)에서 나와 변호인에 대해 조언을 구할 수 있을 뿐이다.⁵⁵⁾ 피의자는 증인으로 소환되지 않는 한 절차에 관여할 여지가 없으며, 증인으로 소환된 이상 미란다 원칙(Miranda Rule)원칙도 적용되지 않는다.⁵⁶⁾

통상 증인소환은 대배심의 소환장(subpoena)에 의하게 되는데, 실무상으로는 검사가 대상자를 특정하지 아니한 소환장(blank subpoenas)을 법원에서 미리 발부받아 두고 있다가 대배심의 심리에 필요한 경우에 대상자를 기재하여 소환장을 보낸다고 한다.⁵⁷⁾

대배심에서의 소환장은, 증인에게 출석하여 증언할 것을 명하는 證人 召喚狀(subpoena ad testificantum)과 대배심에 물적 증거의 제출을 명하는 證據提出命令狀(subpoena duces tecum)의 두 가지로 나눌 수 있다.⁵⁸⁾

대배심 절차에 있어서 증인 소환이나 증거제출명령에는 수정헌법 제4조나 제5조가 적용되지 않기 때문에 증인 소환에 있어 혐의(probable cause)를 증명하여야 할 필요가 없으며,⁵⁹⁾ 증거제출명령은 수정헌법 제

54) U.S. v. Mandujano, 425 U.S. 564, 585-602 (1976)

55) Susan W. Brenner, 앞의 논문, 194쪽. 특히, 증인의 변호인이 대배심 심리실 밖에 있는 경우에도 신문과정에 자신의 변호인과 상의하기 위해 나갈 수 있으려면 합리적인 이유가 인정되어야 하며, 통상은 이러한 기회조차 매우 제한적으로 허용된다고 한다.

56) 위 Mandujano 판결 참조. 이 판결에서는 특히 대배심원이나 검사가 물리적 폭력수단을 쓸 것으로 예상되지 않기 때문에 대배심에서의 증인에게 Miranda 원칙을 적용할 필요가 없다고 판시하였다.

57) Susan W. Brenner, 앞의 논문, 190쪽.

58) 이에 관한 상세한 내용은, 서창희, 앞의 논문, 18쪽 이하 참조

4조에 의한 압수·수색의 제한 규정도 적용되지 않는다. 대배심에서도 수정헌법 제5조에 의한 자기부죄금지특권(the Fifth Amendment privilege against self-incrimination)이 적용되긴 하지만, 이로 인하여 증인의 대배심 출석의무가 면제되는 것은 아니며, 증인 자신의 혐의 여부에 대한 신문도 허용된다.⁶⁰⁾ 증인은 자기부죄금지특권 등 면책특권(privilege)에 의하여 자신의 유죄에 관한 증언을 거부할 수 있으나, 이때에도 면책조건부 증언취득권한에 의하여 증인에 대한 起訴免責(immunity)을 조건으로 증언을 강제할 수 있다.⁶¹⁾

일부 지역에서는 대배심에 출석한 증인이 자신이 미리 준비한 진술을 하는 것을 허용하기도 하나, 대부분의 주에서는 증인은 검사의 질문에 답변하는 형식으로 증언하는 것이 보통이다. 실무상 소환된 증인에 대하여는 검사가 먼저 신문하고, 배심원들이 증인에게 추가로 신문하거나 또는 검사를 통하여 증인을 신문하게 된다. 한편, 피의자 또는 용의자는 자신에게 유리한 증거를 제출할 권리는 없으나, 대배심의 재량으로 증거제출을 허락할 수 있다.⁶²⁾

다. 기소배심에서의 검사의 역할

연방 및 대부분의 주에서는 보통법 및 법률상으로 대배심의 평결 및 판결절차 외에는 검사가 대배심에 출석할 권한이 인정되며, 증인을 신문하고, 대배심원에게 법률적 조언을 할 권한이 인정된다고 한다.⁶³⁾

59) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch4. §4:14. 따라서, 대배심에서 용의자로 21명을 소환한 사례도 있다고 한다.

60) Susan W. Brenner, 앞의 논문, 194쪽. 특히, 증인의 입장에서는 자기부죄금지특권을 명시적으로 주장하는 경우에도 검사의 신문을 중단시킬 수 없을 뿐만 아니라, 심지어 노련한 검사는 표면적으로는 아무런 문제가 없는 질문을 교묘히 사용하여 증인으로 하여금 스스로 혐의를 인정하는 진술을 하도록 하는 것이 실상이라고 지적하고 있다.

61) 이에 관한 상세한 내용은 서창희, 앞의 논문, 34쪽 이하 참조

62) Rolando V. del Carmen, 앞의 책, 62쪽

63) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch4. §4:15

대배심 심리과정에서 법원 및 변호인의 관여가 제한되기 때문에, 대배심 심리과정은 검사에 의해 주도된다. 공판과정과는 달리 피의자나 변호인은 대배심에 관여할 권한이 인정되지 않으므로 반대신문은 원칙적으로 인정되지 않으며, 대배심에 관여하는 유일한 법률전문가는 검사뿐이므로 자연스럽게 대배심 절차는 검사의 의사에 따라 진행되는 것이다.

이러한 검사의 주도적 역할로 인해, 대배심에서 어떤 증인을 소환할 것인지, 그리고 어떤 증거를 조사할 것인지에 대해서는 대부분 검사가 결정하게 된다.⁶⁴⁾

한편, 이와 같은 검사의 역할로 인해, 대배심에서의 검사에게는 準司法官으로서의 기능(quasi-judicial functions)도 요구되며, 대부분의 주에서는 검사에게 증인이나 혐의자에 대해 공정할 것과 피의자의 이익과 관련하여 공평한 태도를 유지할 것을 요구하고 있으며,⁶⁵⁾ 검사는 대배심의 일방적 절차(ex parte)를 이용하여 대배심의 표결에 영향을 미칠 수 있는 불공정하고 부당한 언행을 해서는 안될 의무가 있는 것으로 이해되고 있다.⁶⁶⁾

검사는 제1회 기일에서 배심원들에게 사안의 내용, 소환된 증인의 성명과 증언 요지 등을 설명하게 되며, 실무상 최초의 증인으로는 사건 담당 경찰관과 같이 사건 전체에 대해 배심원에게 설명할 수 있는 증인⁶⁷⁾을

64) 대배심 절차에서의 각 단계별 검사의 역할에 대한 상세한 내용은 서창희, 앞의 논문, 15쪽 이하 참조. 다만, 이 논문에서는 검사가 각 증인신문 단계에서 배심원에 대한 예비신문(voir dire)을 행한다고 설명하고 있으나, 대배심에서는 검사가 대배심원에 대해 개별 증인과의 관련성만을 확인할 뿐으로, 이는 배심원에 대한 기피여부를 결정하기 위해 일반적 자격요건 및 사건관련성에 대해 신문할 하는 심리배심에서의 voir dire와는 성격이 다른 것으로 보여진다.

65) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch4. §4:15. 특히, 뉴욕주 법원은 대배심에 있어서 검사는 공정성을 유지할 사법적 임무가 있다고 판시한 바 있다. People v. Huston, 88 N.Y. 2d 400, 406, 668 N.E. 2d 1362, 1366(1996)

66) 미국 변호사협회의 기소준칙(The American bar Association's Standard for the Prosecution Function)에서는 “대배심의 검사는 공판과정의 심리배심에서 허용되지 않는 방식으로 대배심원에게 영향을 미칠 수 있는 진술이나 주장을 해서는 안된다”고 규정하고 있다. Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch4. §4:15

신문하게 된다.

대배심 절차에서는 공판절차에 적용되는 증거법칙이 적용되지 않기 때문에 전문증언도 허용되며, 검사에 의한 誘導訊問도 허용된다고 한다⁶⁸⁾. 다만, 傳聞證言의 지나친 사용이 대배심 절차의 비판론자들에 의해 끊임 없이 제기되어 왔으며, 미국 변호사협회에서도 이러한 문제점을 제기하자 미국 법무성은 대배심 절차에서 가급적 전문증인의 신문을 자제하도록 하는 지침을 마련하기도 하였다.⁶⁹⁾

대배심에 관여한 검사의 부적격성이 인정될 경우, 일부 주에서는 검사의 해임 및 특별검사(independent counsel)의 임명에 관한 절차를 두고 있으며, 연방차원에서는 이에 관한 법원의 명확한 입장이 정리되지는 않았으나, 법률로서 연방 고위직 공무원이 관련된 사안에서 특별검사(independent counsel)를 지명할 수 있는 절차를 규정한 사례도 있다.⁷⁰⁾

라. 대배심의 소환장 발부 권한 및 기소면책

대배심 절차에서 대부분의 증거는 소환장 발부 권한에 의하여 얻어지게

67) 이를 통상 "summary witness"라고 한다. 서창희, 앞의 논문, 16쪽. 대배심 심리에서는 전문증거의 사용도 허용되기 때문에 주로 증인으로서 증언하는 자는 수사를 맡은 경찰관이 되며, 대부분 수사계 형사가 증인으로 호출되는데, 수사계 형사는 체포에 임한 경찰관으로부터 보고를 받으며 다른 참고인도 조사하는 것이 보통이며 법정에서의 증언경험이 풍부하므로 검사가 가장 안심하고 증언을 시킬 수 있는 증인이 된다고 한다. Roark M. Reed 외, 앞의 책, 162쪽

68) 미 연방대법원은 전문증언만에 의한 대배심의 기소도 가능하다고 판시하고 있다.(Costello v. U.S. 350 U.S. 359(1956)) 다만, 연방법원은 가능하다면 전문증언의 사용은 자제되어야 한다고 판시하고, 일부 지역에서는 전문증언의 지나친 사용이 인정될 경우 기소권 남용의 문제가 될 수 있다고 한다. Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch9. §9:1 이하 참조

69) 미국연방검사업무처리지침(U.S. Attorney Manual)에서는 대배심 제도 자체가 혐의자의 유무죄를 결정하는 것은 아니며 기소하기에 상당한 혐의(probable cause)의 입증만을 판단하는 단계이므로 전문증거의 사용을 정당화하고 있으면서도, 피의자에 대한 배심원의 오해를 야기할 수 있는 전문증거의 사용을 자제하도록 하고 있다. USAM §9-11.232

70) 28 USC §49, 591-98. Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch4. §4:15 참조

된다. 경찰관이나 피해자와 같이 자발적인 증인 이외에 대부분의 증인은 이러한 소환장에 의해 소환되고, 증인의무가 부과된다. 또한 앞서 논의한 바와 같이, 증거제출명령을 받은 자에게는 증거자료제출 의무가 부과된다. 이러한 소환장 발부 권한은 대배심의 수사기능의 가장 중요한 핵심을 이루게 되며, 오늘날 중요 범죄의 기소에 있어서 대배심의 역할이 증대되어 가는 중요한 이유가 된다.⁷¹⁾

일반적으로 살인, 강간, 강도와 같은 이른바 "street crimes"에서는 피해자가 존재하거나 물적 증거가 존재하기 마련이므로 소환장의 발부가 중요한 역할을 하지 않지만, 이른바 뇌물범죄, 기업회계부정과 같은 "white collar crimes"에서는 피해자가 존재하지 않는 특성과 증인 자신이 그러한 범죄에 개입되어 있을 수밖에 없는 특성으로 인하여 소환장에 의한 증언강제와 증거제출이 중요한 역할을 하게 된다. 즉 이와 같은 범죄에 있어서 증인의 협력을 구할 수 있는 유일한 방법은, 소환장에 의한 출석강제 및 증거제출과 기소면책을 조건으로 한 증언취득에 의존할 수밖에 없는 것이다.⁷²⁾

이러한 "white collar crime"에 있어서는 특히 수사 초기단계에서 혐의 입증에 어려워 증거자체를 특정할 수 없거나, 특정할 수 있다 하더라도 법원에 의한 압수수색영장을 발부받을 수 있을 정도의 관련성도 입증하기 어려운 때가 많다. 이러한 경우에 효과적으로 증거를 취득할 수 있는 방법이 바로 대배심에서의 증거제출명령이라 할 수 있다.⁷³⁾

특히, 대배심에서의 소환장에 의한 증언취득은 일반 수사과정에서의 신문보다 여러 면에서 그 유용성이 인정되고 있다. 증인으로 하여금 출석

71) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch6. §6:1

72) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch6. §6:1

73) 이와 같은 효용성에 입각하여 일부 주에서는 검사에 의한 독자적인 증거제출명령이 인정되기도 하는데, 이에 대한 상세한 내용은, 정석우, 『미국의 검찰 벌칙부 소환영장제도』, 해외연수검사연구논문집 제15집, 법무연수원, 1999. 참조

의무를 강제할 수 있는데, 이는 아래에서 보는 바와 같이 이에 불응한 경우 법정모욕으로 처벌하거나 민사적인 제재를 부과함으로써 강제될 수 있다. 또한 증인이 自己負罪禁止特權 등을 이유로 증언을 거부하는 경우에도 기소면책을 부과함으로써 증언을 강제할 수 있으며, 이 또한 법정모욕 등의 제재수단으로 담보될 수 있다. 더군다나, 대배심에서의 증언은 선서하에 행해지기 때문에, 증언에 허위가 있는 경우 위증죄로도 처벌이 가능하다. 특히, 실무상으로는 대배심에서의 증언이 선서에 의해 이뤄지고 기록이 되기 때문에, 향후 동일한 증인이 공판과정에서 증언을 하게 될 경우 대배심에서의 증언과 다른 증언을 할 수 없도록 하는 통제장치가 될 수 있다는 장점이 있다. 연방을 비롯한 많은 주에서는 공판과정에서 증인이 대배심에서의 증언과 다른 증언을 할 경우 대배심에서의 증언 자체가 공판과정에서 증거로 사용될 수 있도록 허용하고 있다.⁷⁴⁾ 또한, 대배심에서 증언한 증인이 공판과정에서 증언을 할 수 없는 경우에는 대배심에서의 증언이 공판과정에서 증거로 사용될 수도 있다.⁷⁵⁾

대배심에서의 증거제출명령장에 의한 증거취득도 일반적인 任意提出要請에 의한 증거취득보다 유용한 경우가 있다. 임의제출요청에 의한 경우나 증거제출명령에 의한 경우나 모두 그 증거가 자신의 혐의와 관련된 경우에는 그 보유자에 대하여 제출을 거절하거나 또는 사전에 인멸하고 싶은 동기를 유발하게 되는 것은 마찬가지지만, 대배심의 증거제출명령에 의한 경우 증거제출 거부 자체로 司法妨害罪를 구성하여 처벌이 가능하게 된다는 장점이 있다. 또한, 제3자, 특히 은행이나 기업체가 피의자의 혐의와 관련된 증거를 보유하고 있을 경우, 일반적인 임의제출요청보다 대

74) Federal Rules of Evidence, Rule 801 (d)(1)

75) 공판과정에서 증인이 증언할 수 없는 경우에도 대배심의 증언은 반대신문의 보장과 전문법칙에 의해 제한을 받게 되나, 법원은 일정한 조건하에서 그 허용을 인정하고 있다. 다만, 최근에는 이를 보다 엄격하게 해석하고 있기도 하며(U.S. v. Omar, 104 F.3d 519(1st Cir. 1997)), 특히 공범에 의한 대배심에서의 증언이 공판과정에서 증거로 사용될 수 있는지 여부에 관하여는 판례가 나뉘고 있다.(U.S. v. McHan, 101 F.3d 1027(4th Cir.1996), Lilly v. Virginia, 527 U.S. 116(1999))

배심의 증거제출명령은 제3자로 하여금 피의자에 대한 일종의 증거제출 불가피성에 대한 구실을 제공할 수 있어 유용한 것으로 평가되고 있다.⁷⁶⁾

소환장 발부 권한과 함께 대배심의 수사기능을 뒷받침하고 있는 또 하나의 특징은 기소면책에 의한 증언취득(immunity and compelled testimony)이라고 할 수 있다.⁷⁷⁾

이러한 기소면책제도는 검사의 입장에서 중요한 증거를 취득할 수 있는 가장 유용한 수단이 됨과 동시에, 변호인의 입장에서 수사 초기 단계에서 피의자의 역할과 운명을 좌우할 수 있는 중요한 수단이 된다.

우선 검사의 입장에서는 기소면책에 의한 증언강제는 수정헌법 제5조에 의해 증언을 거부하는 증인에 대해서 증언을 취득할 수 있는 유일한 수단이 되고 있다. 특히, 범죄의 共犯이나 내부 관여자의 증언에 의해서만 피의자의 죄책을 입증할 수 있는 범죄에 있어서는 기소면책에 의해 취득한 증언이 거의 유일한 증거가 될 경우도 많다.⁷⁸⁾

한편, 기소면책은 검사에게 있어서 양날의 칼로 작용할 수 있다. 수사 초기 단계에 있어 정작 누가 주요 범인인지, 증인 이외에 다른 관여자가 실제로 관여한 것인지 여부가 불분명한 상태에서 선불리 기소면책을 이용할 경우, 의도한 결과와는 달리 다른 공범자에 대한 기소를 하지 못하는 상태가 초래되면, 정작 처벌받아야 할 증인에 대해서만 면책을 부여하는 결과가 될 수 있는 것이다. 이러한 위험을 방지하기 위하여 검사는 기소면책 부여 전에 증인의 변호인과 증인의 혐의 정도나 증언의 내용을 미리 확인해 볼 수 밖에 없는 상황에 처하게 되며, 이 과정에서 자연스

76) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch6. §6:1

77) 이에 대한 상세한 내용은 서창희, 앞의 논문, 34쪽 이하 참조

78) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch7. §7:1 참조. 한편, 기소면책에 의해 증언을 취득한 경우에 있어서도 대배심 절차의 증인 이외에 다른 증거를 확보한 경우에는 그 증인에 대해서도 기소하는 것이 가능하기 때문에(이른바 use immunity) 조직범죄의 수사에 있어 유용하게 사용될 수 있다.

럽게 검사와 변호인간에 bargaining이 형성되게 된다. 따라서, 변호인의 경우에 있어서도 기소면책의 적절한 활용에 의하여 대배심의 증인이 될 자신의 의뢰인에 대하여 가장 유효적절한 변호활동을 할 수 있게 되는 것이다. 즉, 다수의 혐의자가 관련된 범죄에 있어서는 검사가 가진 정보의 정도를 미리 파악하여 기소면책에 관한 협상을 먼저 주도할 수 있는 변호인의 능력 여부에 따라 어느 혐의자가 처벌받고 어느 혐의자가 기소면책될 수 있는지를 결정하게 된다. 결국 기소면책에 관한 변호인과 검사간의 협상은 바로 plea bargaining 자체를 형성하게 되는 경우도 있게 된다.⁷⁹⁾

마. 기소배심 절차의 밀행성

연방 및 대부분의 주에서는 대배심절차가 비공개로 진행되며, 배심원, 검사, 속기사, 통역인 등은 대배심 자료에 대하여 누설할 수 없으며, 그 이외의 사람들은 법원의 허가를 받지 아니하면 대배심 자료에 접근할 수 없다.⁸⁰⁾ 증인이나 피의자 및 그 변호인의 출석 또한 인정되지 않는다. 이러한 대배심절차의 밀행성은 수사와 관련된 자들에 대한 위협 등을 방지하거나, 잠재적 피고인에 대한 편견이 생길 수 있는 것을 방지하고, 평결 결과의 공정성을 확보하는 등 다양한 목적을 위해 필요한 것으로 인정되고 있다.⁸¹⁾

대배심의 기본적인 특징으로 파악되는 이러한 非公開의 原則은 한편으로 변호인이나 검사에게 있어 제약으로 작용하기도 한다. 변호인의 입장에서는 향후 공판과정에서 가장 유용하게 사용될 수 있는 변론자료에 대한 접근이 차단되며, 검사의 입장에서는 대배심의 대상이 된피의자 외의 제 3자에 대한 수사확대를 위하여 필수불가결한 자료를 사용하는데 제약을

79) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch7. §7:1

80) FRCP Rule 6(e) 참조

81) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch5. §5:1 참조

받게 되기 때문이다.

변호인들은 이러한 대배심 절차의 밀행성에 의한 제약을 극복하기 위하여, 대배심 절차 종료 후 대배심 증인들을 상대로 증언내용을 확인하기도 하며, 대배심 절차의 위법성을 문제삼아 공소기각을 주장하며 대배심 기록의 공개를 요구하기도 한다. 검사들은 효율적인 공소유지를 위하여 대배심의 심리 내용이 공개되지 않도록 노력하기도 하며, 다른 한편으로 다른 관련자에 대한 수사, 국가가 당사자가 된 소송에서의 증거획득을 위해 대배심의 심리 내용을 이용하기도 한다. 이와 관련하여, 일반 민사소송에서도 정부가 대배심 절차에서 얻은 자료를 부당하게 국가에게만 유리한 증거로 사용한다는 비판이 제기되기도 하며, 민사소송의 변호사들도 대배심을 통해 확인된 증거의 사용에 관하여 다양한 요청과 주장을 제기하기도 한다.

이와 같은 이유로 인하여, 대배심의 밀행성과 그로 인해 대배심에서 획득된 증거를 어떤 범위에서 이용할 수 있는지 여부에 관하여 많은 논란과 판결이 형성되고 있다고 한다.⁸²⁾

바. 기소배심 절차의 강제 수단

수사절차로서의 대배심 절차의 기능을 유지하기 위해서는 대배심 절차에서의 증인소환 및 증거제출, 증인신문 등을 강제할 수 있는 수단이 필요하며, 또한 대배심원이나 증인을 제3자로부터 보호할 수 있는 강제 수단이 필요하게 된다. 즉, 대배심이 원래 예정한 기능을 수행하기 위해서는 증인이 허위증언하거나 출석을 거부하는 경우 또는 증거제출을 거부하는 경우에 이를 강제하여야 하며, 증거를 인멸하거나 증인 또는 배심원을 협박하는 경우에 처벌할 수 있는 수단이 갖춰져야 한다.

82) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch4. §5:1 참조

이를 위하여 연방 및 각 지역 차원에서는 3가지의 형태로 대배심 절차의 강제 수단을 두고 있다. 증인에 대한 僞證罪의 처벌, 法廷侮辱의 제재, 司法妨害罪에 의한 처벌이 그것이다.

앞서 언급한 바와 같이 대배심 절차에서의 증인은 선서에 의한 증언에 임하게 되므로, 허위진술이 확인된 경우 위증죄(perjury)로 처벌된다.⁸³⁾ 특히, 피고인이 법정에서 허위진술할 경우에도 우리나라에서는 위증죄가 성립되지 않지만, 미국 대배심 절차에서는 미국의 공판절차와 같이 피의자이건, 단순한 제3자적 참고인이건 허위진술한 경우 위증죄로 처벌받게 된다.

또한, 대배심에서 발부한 소환장에 의한 소환을 거부하거나 출석하지 못한 경우와 소환장에 규정된 증거의 제출을 이행하지 아니한 경우, 기소 면책(immunity)을 부여받은 증인이 진술을 거부할 경우 등에는 법정모욕(contempt)에 해당하여 刑事的·民事的 制裁⁸⁴⁾를 받을 수 있다.⁸⁵⁾ 이중 민사적 제재수단은 증인이 증언할 때까지 구금하거나 손해배상을 명하는 형태로 이뤄지는데, 28 U.S.C. §1826에 규정된 강제구금의 경우, 증인이 대배심절차에서 정당한 이유없이 증언이나 증거제출을 거부한 경우에는 그 증인이 이를 이행할 때까지 구금을 명함으로써 그 이행을 강제할 수 있다.⁸⁶⁾

83) 위증(perjury)죄는 18 U.S.C §1621-1623 참조

84) 법정모욕은 제재수단에 따라 형사적 법정모욕(criminal contempt)와 민사적 법정모욕(civil contempt)으로 구별하기도 하는데, 전자는 18 U.S.C. §401에서, 후자는 28 U.S.C. §1826에서 규정하고 있다.

85) 미국에서의 법정모욕죄의 적용실태는, 서창희, 『미국 대배심에서의 증언거부와 법정모욕』, 사법연수원 논문집 제2집, 2005. 및 원재천, 『미국법원은 법정모욕죄를 포괄적으로 적용한다』, 시민과 변호사 제122호, 2004. 3. 53쪽 이하, 서창희, 첫번째 논문, 25쪽 이하 및 Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch11.§11:13-21 참조. 이에 관하여 흥미로운 사례가 있는데, 클린턴 전 대통령의 동업자였던 Susan McDougal은 화이트워터사건 대배심에 소환되었으나 이를 거부하여다는 이유로 법정모욕에 대한 민사제재의 형태로 구금되어 대배심의 임기가 거의 완료할 무렵까지 거의 2년간 구금되어 있었다고 한다. 한편, 일부 주에서는 대배심에서의 증언거부로 인하여 증인이 7년간 구금된 사례도 있다고 한다. Susan W. Brenner, 앞의 논문, 191쪽

한편, 사법방해죄(obstruction of justice)에 해당할 수 있는 전형적인 경우로는, 배심원 또는 증인에 대해 부당한 영향력을 행사하거나, 대배심의 심리 대상이 되는 증거를 湮滅하려는 경우 등이 해당된다.⁸⁷⁾

오늘날 대배심 절차가 여러 비판에도 불구하고 조직범죄나 기업비리 등의 수사에 있어서 그 유용성이 인정되고 있는 이유는 이와 같이 대배심 절차에서 증언과 증거제출을 강제할 수 있는 여러 제도적 장치가 갖춰져 있기 때문이라고 할 것이다. 이러한 대배심 절차의 강제수단은 특히, 수사에 있어 별다른 강제수단을 보유하지 못한 미국의 경찰과 검찰의 수사 절차와 비교할 때 대배심 절차가 갖는 수사기관으로서의 우월성으로 인정되고 있다.

사. 기소배심을 통한 기소

대배심에서의 심리가 종결되면, 대배심의 평결을 거쳐 검사의 정식기소장(Bill)에 대한 승인여부를 결정하게 된다. 기소하기에 상당한 혐의(probable cause)가 인정되면 기소를 승인(true bill)하게 되고, 이때에는 검사가 작성한 정식기소장안에 배심원대표가 서명하여 법원에 송부(return of bill)하게 된다⁸⁸⁾. 다만, 대배심이 기소를 승인하는 경우에도 검사는 최종적으로 기소를 할지 여부에 대한 재량권으로 보유하므로⁸⁹⁾, 사정 변경 또는 공범에 대한 기소 전략을 고려하여 기소를 하지 않을 수 있다.

대배심의 기소 승인은 기본적으로 검사가 제출한 기소장안에 따라 좌우되므로, 대배심은 기소시기, 기소범죄 내용의 구성 및 심지어 기소여부

86) 이에 관한 상세한 구성요건 및 적용례 등은 서창희, 두 번째 논문, 416쪽 이하 참조

87) 사법방해죄는 18 U.S.C §1501-1518에 규정되어 있다. 이에 대한 상세한 내용은 Norman Abrams & Sara Sun Beale, 『Federal Criminal Law and Its Enforcement』 (3rd. ed), West Group, 2000. 613쪽 이하 참조

88) FRCP Rule 6. (f)

89) 사법연수원, 앞의 책, 165쪽

에 대하여도 아무런 권한이 없다고 할 것이며, 따라서 대배심을 통한 기소는 정확하게 말하면 검사의 기소 의사에 대한 승인 절차라고 할 것이다.⁹⁰⁾

한편, 기소하기에 상당한 혐의를 인정하기 어렵거나 또는 기소하기에 적절하지 않은 사유가 있는 때에는 기소 불승인(no bill)을 하게 되는데, 이 경우 검사는 당해 대배심을 통한 기소는 할 수 없게 된다. 다만, 검사는 재량에 따라 다시 다른 대배심을 통한 기소를 추진할 수 있게 된다.⁹¹⁾

대배심에서 검사의 기소안을 거부하면 이러한 취지를 기재하여 판사에게 제출하게 된다.⁹²⁾ 배심과 검사의 의견이 다른 경우 대배심이 독자적으로 기소장을 제출하거나 주의 검찰총장에게 특별검사의 선임을 요청할 수 있도록 규정한 곳도 있으나, 실제 이와 같은 일은 거의 발생하지 않고 검사의 의견대로 결정을 하는 경우가 대부분이라고 한다.⁹³⁾

한편, 대배심의 기소결정에 대해서 법원은 간섭할 수 없는 것이 원칙으로 되어 있으나⁹⁴⁾, 기소권의濫用(prosecutorial misconduct) 등이 문제가 될 경우 사법적 심사를 받게 되며, 결과에 따라 공소기각(dismissal)의 결과를 초래할 수 있다. 흔히, 대배심 절차에서 검사가 혐의사실과 관련이 없거나 편견적인 내용을 신문하거나 대배심원에게 부당한 영향을

90) 연방법원 또한 연방범죄를 기소할 것인지 여부는 검사의 재량에 속한다고 판시하고 있다. U.S. v. Cox, 342 .2d 167, 171-72 (5th Cir, 1965). 서창희, 두 번째 논문, 410쪽 참조

91) 연방 사건의 경우 어느 한 대배심에서 기소승인을 얻지 못한 경우에 검사는 법무부의 사전 승인을 받아 다른 대배심에 증거를 제출하여 기소승인을 받을 수 있다고 한다. 서창희, 첫번째 논문, 17쪽

92) 실무상 대배심이 불기소하는 경우는 전 사건의 10% 정도인데, 그 대부분은 실제로 검사도 정식기소를 적극적으로 바라지 않는 사건이라고 한다. Roark M. Reed 외, 앞의 책, 162쪽

93) 표성수, 앞의 책, 135쪽

94) 이는 Costello v. U.S. 350 U.S. 359(1956) 및 U.S. v. Calandra 414 U.S. 338 (1974) 등에 의해 확립된 법원의 견해인데, 대배심에 대한 사법적 심사는 대배심 절차의 신속성에 장애가 될 수 있으며, 수사기능에 장애가 될 수 있다는 것을 근거로 하고 있다.

행사하는 경우 등이 이에 해당하는데, 구체적으로는 피의자의 혐의를 암시하는 듯한 발언, 즉 "Mafia" 또는 "gang activity", "prostitution"과 같은 명칭의 사용이 이에 해당하며, 불필요한 피의자의 전과사실의 언급 등도 이에 해당할 수 있다.⁹⁵⁾ 다만, 검사는 대배심 절차에서 법률적 조언자로서의 역할을 담당하기 때문에 공판절차에서는 허용될 수 없는 증거가치의 설명 등도 할 수 있으며, 또한 앞서 언급한 바와 같이 증거법칙에 의해 허용되지 않는 증거의 제시도 가능한 것은 물론이다. 또한, 검사의 부적절한 역할이 문제가 된 경우에도 반드시 공소기각 사유가 되는 것은 아니며, 대배심 절차의 독립성과 사회에 미치는 영향을 고려하여 공소기각 여부를 법원이 결정할 수 있다고 한다.⁹⁶⁾

이외에도 대배심원 선정절차의 위법, 부적격자의 대배심 참여, 기소면책의 위법한 사용 등도 공소기각 사유가 될 수 있다.

4. 기소배심의 역할

가. 기소배심 절차의 개혁론

현재 미국에서 대배심 절차에 대한 논의는 대배심 절차가 갖는 수사기능으로서의 장점 이외에, 검사에 의한 대배심 주도 현상에 대한 비판에 집중되고 있다. 대배심 절차가 검사의 기소 의지에 따라 좌우되기 때문에, 대배심 절차 고유의 독립성과 검사의 기소권한에 대한 견제수단으로서의 기능이 보장되기 위해서는, 다른 절차적 보완수단이 필요하다는 것이다.⁹⁷⁾

95) U.S. v. Serubo, 604 F.2d 807 (3d Cir. 1979), U.S. v. Whitted, 325 F.Supp. 520(D. Neb. 1971) 등

96) Bank of Nova Scotia v. U.S. 487 U.S. 250 (1988) 등

그 예로서, 하와이에서 시행되고 있는 바와 같이 검사와는 별도의 법률 조언자를 두어 대배심 절차에 관여하도록 해야 한다거나, 또는 대배심 절차에서의 검사의 권한을 축소하여야 한다는 방향으로 논의가 진행되고 있다. 대배심이 검사로부터 독립하여 실질적으로 기소 여부를 결정할 수 있도록 운영을 개선하여야 한다거나, 특히, 대배심 절차 후에도 예비심문(preliminary hearing)의 제도를 존치하여 소추의 타당성 여부를 점검하여야 한다는 견해도 제기되고 있다.⁹⁸⁾ 대배심에서 제시되는 증거에 대하여도 공판과정에서와 같은 증거법칙이 적용되어야 한다거나, 최소한 전문증거의 지나친 활용을 통제하여야 한다는 의견, 대배심의 증인신문에 대해서도 변호인의 참여를 허용하여야 한다는 의견⁹⁹⁾ 등도 개혁론으로서 주장되고 있다.¹⁰⁰⁾

이러한 개혁론은 클린턴 대통령과 측근들의 여러 비위혐의에 대한 특별검사의 수사 이후 새로운 국면을 맞게 되는데, 위 사건들에 있어 특별검사와 대배심절차의 비효율성과 문제점들이 지적되기에 이르렀고, 2000년 5월 연방형사변호인협회(the National Association of Criminal Defense Lawyers-NACDL)의 후원을 받은 연방대배심 개혁위원회에서는 위에서 제기된 각종 개혁방안을 포함한 보고서를 발표하게 된다.¹⁰¹⁾ 이와 같은 제안들은 일부 법무성의 정책에 반영되어 미국연방검사업무처리지침(U.S. Attorneys' Manual)에 규정화되기에 이른다.

한편, 이와 같은 개혁론은 일응 대배심 절차의 의의를 인정하되 그 단점들에 대해서는 절차적 개혁으로 보완하자는 입장이나, 대배심 절차 자체

97) Susan W. Brenner, 앞의 논문, 198쪽 이하 참조

98) 표성수, 앞의 책, 298쪽

99) 1970년대 이후 미국 전반의 대배심 개혁 절차를 통하여, 약 3분의 1에 해당하는 주에서 대배심절차의 증인으로 하여금 변호인의 대등을 허용하는 것으로 입법화되었다. Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch1. §1:5

100) Susan W. Brenner, 앞의 논문, 190쪽 이하 및 표성수, 앞의 책, 298쪽 참조

101) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch1. §1:9

에 대해 반대하는 입장에서는 경제성과 효율성, 그리고 통제수단으로서의 기능을 모두 고려할 때 대배심 절차보다 검사의 단독기소와 판사에 의한 예비심문절차(information/preliminary hearing system)가 훨씬 우수하다는 점을 들어 그 폐지를 주장하기도 한다.¹⁰²⁾

나. 기소배심 절차의 장단점

위와 같은 대배심 절차의 개혁론에서 지적된 바와 같이 대배심 절차의 단점으로는 검사의 영향력에서 대배심이 자유로울 수 없다는 점이 가장 우선적으로 지적되고 있다.¹⁰³⁾ 대배심 절차가 부당한 기소로부터 피의자를 보호할 수 있는 “방패”로서의 기능을 상실하게 되어 더 이상 검사의 기소권한에 대한 통제수단이 되지 못하고 있다는 것이다.¹⁰⁴⁾ 특히, 대배심 절차가 효용성을 가장 크게 발휘하고 있는 조직범죄 등 “화이트칼라 범죄”의 경우, 사안이 복잡하고 관련된 쟁점에 대해 일반 시민으로서 이

102) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch1. §1:9

103) 대배심 절차의 장단점을 요약하면, 우선 단점으로 ①대배심은 비능률적이고 불필요한 비용을 증가시키며 혐의자에 대한 기소를 지연시킨다. ②대배심은 그 구성원의 법률지식 및 경험부족으로 실제 불기소하는 경우는 거의 없고, 검사의 “고무인” 역할 밖에 하지 못한다. ③때때로 대배심제도는 검사의 재량권 행사에 대한 일반인의 정밀조사로부터 검사를 보호하는 기능을 하는데 그친다. ④자의적이고 잘못된 소추로부터 시민을 보호하는 기능을 해야 할 대배심은 가끔 기소해야 할 사건을 기소하지 않거나 부당하게 기소함으로써 정의에 반하는 결정을 하는 경우가 있다. ⑤제도로서의 대배심은 회복할 수 없을 정도로 일반인의 존경과 신뢰를 상실하였다고 지적된다는 점이며, 장점으로는 ①대배심은 민주적이고 지방적인 제도로서의 성격을 가지며 최소한 거대 정부와 국가주의를 거부하는 유효한 수단이 된다. ②기소율이 높은 것은 검사가 사려깊게 사건을 검토한 결과로 보아야 하며, 검사가 배심을 통제한다기보다 대배심의 결과를 예측한 결과라고 보아야 한다. ③대배심의 명성이 드러나는 것은 소수의 중요한 사건에 관해서이다. ④대배심의 심사는 검사와 판사의 심사와 중복되는 것은 아니며, 검사의 공소장으로부터 사람을 재판에 회부하는 것은 정치적, 개인적 남용의 위험이 큰 힘을 한 개인에게 부여하는 것이다. ⑤대배심에 대한 일반인의 지지가 상실되었다는 것은 예컨대, 독자적인 수사에 의하여 공직자의 비리를 확인한 뉴욕주(1871년 시장 Tweed에 대한 기소 사건)의 경우나 Watergate 사건의 경우를 보면 근거가 없다는 점 등을 들 수 있다. 이는 미국 지방검사협회(NDAA)의 기소기준(Prosecution Standards)에 요약된 것으로 표성수, 앞의 책, 296쪽 이하에서 재인용

104) Gerald B. Lefcourt, 『Curbing abuse of the grand jury』, Judicature, March-April 1998. Vol.81. No.5, 196쪽

해가 어렵기 때문에 이와 같은 단점이 더욱 두드러지게 된다고 지적된다.¹⁰⁵⁾

또 한편으로는 대배심 절차가 갖고 있는 각종 강제수단에 의하여, 피의자나 용의자의 성격을 갖는 증인의 절차적 권리가 제대로 보장될 수 없다는 점이 지적되고 있다.¹⁰⁶⁾ 절차에 전혀 관여할 수 없는 피의자의 경우 대배심에서 어떤 증언이 이뤄졌는지, 어떤 증거가 제시되었는지에 대해 충분한 사전 정보를 얻을 수 없을 뿐만 아니라, 반대신문에 의해 자신에게 불리한 증언이나 증거에 대한 탄핵도 이뤄질 수 없기 때문에 공판절차와 같은 공정성을 기대할 수 없게 되는 것이다. 물론, 피의자에게 유리한 증거 또한 대배심에 현출되도록 하는 것이 검사의 의무라고 인식되고 있으나¹⁰⁷⁾, 공판과정에서 반대 당사자가 될 검사에게 유리한 증거의 무제한적 제출을 기대할 수는 없게 된다. 더군다나, 대배심에서는 기소면책을 받은 증인에 의해 피의자에게 불리한 증언이 여과없이 현출될 수 있으며, 오히려 범죄에 보다 깊게 관여한 증인이 면책을 받는 조건으로 자신에게 불리한 증언을 한 경우 피의자는 범죄에 기여한 정도가 약하면서도 공평하지 못한 기소의 부담을 져야 하는 것이다.

그러나, 이와 같은 단점은, 동시에 대배심 절차가 갖는 가장 큰 장점으로 지적되고 있다. 수사기관에서의 출석 강제나 진술 강제, 증거제출의 강제가 허용되지 않기 때문에, 기소를 위하여 반드시 필요한 참고인의 증언이나 증거의 제출은 대배심을 통하지 않고는 얻을 수 없는 경우가

105) Susan W. Brenner, 앞의 논문, 195쪽 이하 참조. 특히, 검사와 배심원간의 유대관계 형성, 검사의 법률전문가로서의 지위 등으로 인해 검사는 대배심을 지배하게 된다고 설명한다.

106) Sara Sun Beale 외, 앞의 논문, Ch1. §1.9

107) 이와 같은 요청은 미국연방검사업무지침(U.S. Attorneys' Manual)에도 포함되어 있으나, 앞의 U.S. v. Williams 판결에서는 검사가 피의자에게 유리한 증거(exculpatory evidence)를 제출하지 않는 것에 대하여 법원이 통제할 수단은 없다고 판시한 바 있다. 다만, 최근의 절차 개혁론에서는 검사가 배심원단에게 피의자의 유리한 정황에 대해 공개를 거부하는 것을 허용해서는 안된다는 주장이 제기되고 있다. Gerald. B. Lefcourt, 앞의 논문, 196쪽 참조

많다. 특히, 대배심은 이러한 강제 수단을 통하여 혐의여부가 불분명한 수사 초기 단계에서 혐의자들의 혐의 내용을 명백히 판단할 수 있고, 향후 공판과정에서 정당한 형벌이 부과되도록 하는 기초가 될 수 있다.

대배심 절차가 갖는 절차적 특성 - 일방주의적, 밀행주의적, 직권주의적 성격 - 으로 인하여 증거의 제약을 받지 않을 뿐만 아니라, 법원이나 변호인에 의한 관여를 최소화할 수 있어, 수사의 효율성과 기밀성을 보장 받을 수 있게 되는 것이다. 이러한 특징은 연방차원에서 주요한 조직범죄, 뇌물범죄, 마약범죄 등에 유효하게 대처할 수 있는 수단이 될 뿐만 아니라, 특별검사에 의한 기소와 같이 정부 고위직이 관여된 범죄에 있어서도 독립적이고 능동적인 수사과 기소를 가능하게 하는 수단이 되는 것으로 지적되고 있다.

다. 우리나라에의 도입 가능성에 대한 전망

우리나라의 刑事訴訟構造가 미국의 그것과 차이가 있는 만큼, 우리나라의 搜查構造와 절차 역시 미국과는 큰 차이를 나타내고 있다. 오히려, 당사자주의적 소송구조를 대폭 도입한 공판절차와 비교할 때, 우리의 수사절차와 미국의 수사절차는 공판절차에서보다 더욱 큰 차이를 보인다고 할 것이다.

종래 우리 수사절차에서 대배심 제도의 도입 여부에 대한 논의는 공판절차에서의 배심제 도입 논의보다는 미약한 것이었으며, 그나마 대배심 절차가 갖는 수사절차로서의 우수성만이 주로 우리나라에의 도입 대상으로 논의되었던 것으로 보여 진다.

그러나 우리나라에 있어서 대배심 절차에 대한 도입 논의는 현재 미국에서의 대배심 절차를 둘러싼 논의가 충분히 참고되어야 할 것으로 생각된다.

우선, 검사의 기소권한에 대한 통제수단으로서 대배심 도입을 고려할 경우에는, 미국에서 시행되고 있는 대배심 제도가 과연 그러한 통제수단으로서 충분한 역할을 할 수 있을지에 대한 면밀한 사전 검토가 필요하다고 할 것이다. 전형적인 형태로서의 대배심 절차가 더 이상 기소의 정당성에 대한 통제장치가 되지 못한다는 반성이 미국에서 지배적이며, 이를 근거로 절차적 개혁에 관한 논의가 한창이라는 점이 고려되어야 할 것이다.

한편으로, 우리나라 수사절차에 있어 증인에 대한 강제소환 및 증언, 증거제출의 강제 수단으로서 대배심 도입을 고려할 경우에는 전체적인 대배심 절차와는 별도로 이러한 강제 수단의 필요성 여부에 대한 충분한 고려가 있어야 할 것이다. 최근 법무부의 형사소송법 개정 과정에서 참고인 구인제도나 허위진술죄의 처벌에 대한 논의가 찬반 양론의 팽팽한 대립 속에 결국 개정안에 반영되지 못한 바와 같이¹⁰⁸⁾, 아직도 우리나라에서는 수사절차에서 제3자에 대한 진술의무의 부과나 수사절차에서 행한 허위진술에 대한 처벌에 있어 사회적 합의가 성숙되어 있지 못한 점을 충분히 감안하여야 할 것이다.

형사소송과 결부된 수사구조라는 전체적인 맥락에서 볼 때, 일응 형사소송에 있어 배심제나 참심제와 같은 시민참여 수단이 구체화된 이후에는 수사과정에서의 시민참여 수단이 논의될 가능성이 있으나, 공개되고 당사자주의적인 소송구조와는 달리 비공개적이고, 일방적이며, 직권주의적이라는 특성이 내포된 대배심 절차는, 공판과정에서의 시민참여와는 별개의 문제로 도입 여부가 심도있게 검토되어야 할 문제라고 생각된다.

108) 2004. 12. 15. 입법예고된 법무부 형사소송법 개정안 참조

제5장 기타 기소권한의 배분제도

제1절 일본의 검찰심사회제도

1. 시행 상황

이상에서 살펴본 바와 같이 미국의 대배심 절차의 한국 도입 가능성에 대해 충분한 사전 검토가 필요한 단계라면, 미국의 대배심 절차와는 다른 형태의 수사과정에서의 시민참여 수단들도 검토해 볼 필요가 있다. 그중의 하나로서 고려되어야 할 것이 일본에서 시행되고 있는 검찰심사회제도라고 할 수 있다.

일본의 검찰심사회는 1948년 제정된 檢察審査會法에 의해 지방재판소 및 재판소 지부에 총 201개가 설치되어 있다. 일본의 검찰심사회는 제2차 세계대전 후의 미 군정 시기에 있어, 과거 잠시 시행되다가 중단되었던 배심제도의 부활과 대배심제도의 도입 논의¹⁰⁹⁾에 대한 타협안으로서 도입된 것으로 알려져 있다.¹¹⁰⁾

2. 구성과 운영

109) 일본의 과거 배심제의 운영 및 최근 사법제도개혁에 관한 논의는 심재돈, 『일본의 사법제도개혁에 관한 연구』, 법무연수원, 해외연수검사연구논문집 제19집, 2004 참조

110) 법무부, 앞의 보고서, 6쪽

당해 검찰심사회 관할구역 내 중의원 선거인 명부를 기초로 추첨으로 선출된 검찰심사회 위원 중 회장을 호선하며, 정원은 11명으로 구성되며, 임기는 6개월로 되어 있다. 실무를 담당하는 사무국장이나 사무관 등은 법원 사무관 중 최고재판소가 임명하며, 경비도 법원에서 부담한다. 검찰심사회는 그 명칭과는 달리 법원에 소속되어 법원에 의해 운영되는 조직체라 할 것이다.¹¹¹⁾

검찰심사회의 심의 대상은 고소·고발인 또는 범죄피해자의 신청이나 또는 직권에 의하여 심의에 회부된 사건으로 검찰관의 불기소처분의 당부에 대한 심사와, 검찰사무의 개선에 관한 건의 등 2가지를 대상으로 한다.

검찰관의 불기소처분에 대하여 고소·고발인이나 범죄피해자가 심사를 청구한 경우, 검찰심사회는 11인 중 8인 이상의 찬성으로 ‘기소상당’ 결정을 하거나, 과반수의 찬성으로 ‘불기소상당’, ‘불기소부당’의 결정을 할 수 있다. 다만, 이러한 검찰심사회의 결정에 대하여 구속력은 인정되지 않으며, 다만 검사장(우리나라의 지방검찰청 검사장)은 그 의결을 참고하여 공소를 제기하여야 한다고 판단되는 경우에 기소절차를 밟도록 규정하고 있다.¹¹²⁾

검찰심사회는 필요한 경우 검찰관에게 자료의 제출 또는 출석 요구할 수 있으며¹¹³⁾, 공무소 또는 공사단체에 조회하여 보고를 받을 수 있고, 신청인 또는 증인의 신문도 할 수 있다. 회의는 매년 3월, 6월, 9월, 12월에 정기적으로 개최하며, 검찰심사회장이 필요하다고 인정하는 경우 임시회의의 소집도 가능하다.

검찰심사회의 의결 후에는 이유를 붙인 의결서를 작성하여 그 등본을 검

111) 검찰심사회의 구성에 관한 상세한 내용은 일본 검찰심사회법 제2장 이하 참조

112) 일본 검찰심사회법 제41조

113) 다만, 검사가 직접 출석하는 사례는 거의 없고, 대부분 의견서의 제출로 같음한다고 한다. 법무부, 앞의 보고서, 9쪽 참조

사정에 송부하며, 등본을 송부받은 검사정은 주임검사를 지정하여 다시 수사하여 주문을 결정하게 된다.

3. 제도의 장단점

우리나라와는 달리 검사의 불기소처분에 대하여 검찰 자체의 항고절차가 마련되어 있지 않은 일본에서는, 검찰심사회에 의해 검찰관의 불기소처분에 대한 불복이 가능할 뿐만 아니라 검사의 기소권 행사에 민의를 반영시킬 수 있는 기능을 하고 있는 것으로 평가되고 있다. 특히, 시행 50여년이 경과하여 제도로써 안정적으로 정착되었다고 평가되며 제도 자체에 대한 비판론은 특별히 제기되지 않고 있다고 한다.¹¹⁴⁾

다만, 비록 검찰심사회의 심의 내용에 대한 비밀준수의무가 부과되고 이를 위반한 경우 처벌이 가능하나¹¹⁵⁾, 수사가 일단 종료된 사건에 있어서 그 수사결과가 일반인에게 공개되는 결과가 되어, 미국의 대배심 제도보다 공개로 인한 위험성은 그만큼 크다고 할 수 있다. 또한, 심사회의 구성 절차가 복잡하고 심사원 전원의 출석 확보에 어려움이 있으며, 제도 운영에 비교적 다액의 비용이 소요되고 절차가 지연될 우려가 있는 등 절차상의 단점이 문제점으로 지적되고 있다.¹¹⁶⁾

제2절 우리나라의 항고심사회제도

114) 법무부, 앞의 보고서 9쪽

115) 일본 검찰심사회법 제26조, 제44조

116) 법무부, 앞의 보고서, 9쪽

1. 시행 상황

우리나라에서는 종래 국가소추권의 검사 전속, 검사의 기소재량원칙 등에 의해 기소에 관한 검사의 권한행사에 있어서 검찰청법에 의한 항고·재항고 및 헌법재판소에 의한 헌법소원 절차 이외에는 외부의 관여가 존재하지 않았다.

다만, 2003년에 이르러 대검찰청의 검찰개혁자문위원회의 권고¹¹⁷⁾와 검찰 자체의 내부적 검토 결과에 따라, 검찰의 기소권한 행사에 있어 일반 시민의 참여를 확대한다는 취지하에 ‘항고심사회’를 신설하는 방안이 논의되었다. 이에 따라, 2003. 7. 1. 대구고등검찰청에 항고심사회가 시범적으로 설치되어 운영되기 시작하였으며, 확대 시행을 거듭하여 현재 전국 5개 고등검찰청 모두에 항고심사회가 설치되어 운영되고 있다.

현재 입법화되지는 못하였으나, 2003. 7. 대검찰청에서 마련한 ‘항고심사회 설치·운영 방안’에 따라 각 고등검찰청 단위로 운영지침을 마련하여 시행하고 있다.

2. 구성과 운영

검사의 불기소처분에 대한 항고를 담당하고 있는 고등검찰청에서, 검사장에 의해 위촉된 외부 위원을 고등검찰청 검사별로 2명씩 지정하여 검사를 포함한 3인으로 항고심사회를 구성하고 있다. 항고심사위원은 각 고등검찰청 관할지역 변호사 또는 법학교수 가운데 변호사회, 대학 학장 등의 추천을 받아 임기 1년으로 고등검찰청 검사장이 위촉한다.

¹¹⁷⁾ 대검찰청 검찰개혁자문위원회, 2003. 6. 21. 1차 회의 안건 『항고심사회 설치·운영』 참조

심의대상 사건은 원칙적으로 모든 항고사건으로 하되, 항고기간 경과 사실이 명백하여 기각하는 사건, 각하 사유에 해당되는 사건 및 직접 재기 수사하거나 재기수사명령 또는 공소제기명령을 하는 사건은 제외된다.¹¹⁸⁾

항고심사회는 검사의 불기소처분의 당부에 대한 심사를 거쳐 의견을 제시하는 형식으로 운영되는데, 外部委員의 의견을 처분에 참고하기는 하나 그 결과에 기속되지는 않도록 하고 있다. 주임검사가 외부위원과 협의하여 매월 1회 이상 회의를 개최하고 있으며, 심의내용 및 심의과정에서 알게 된 비밀의 외부공개 금지를 규정하고 있기는 하나, 법규로서의 효력은 인정되지 않는다. 심사회 7일 이전에 불기소장 및 항고장 사본을 위원에게 교부하고, 위원의 요청이 있을 경우 항고기록을 열람할 수 있도록 허용하고 있다. 2004년에는 5개 고등검찰청에서 총 309회의 항고심사회를 개최하여 총 4,228건을 심의하였으며, 그 중 보완수사 의견을 받아들여 보완 수사한 예가 53건이 있는 것으로 확인되고 있다.

3. 제도의 장단점

항고심사회는 그 시행 초기이며, 법규에 근거가 없이 대검찰청의 지시와 고등검찰청별 운영지침의 형태로 운영되고 있어, 제도 자체의 장단점을 논의하기에는 이른 면이 있다. 다만, 검사의 기소권 행사에 있어 변호사, 법학교수 등 법률전문가들을 외부위원으로 위촉함으로써 사건 처리의 객관성과 투명성을 제고할 수 있는 장점이 있다고 할 것이다.

또한, 외부 위원들의 검찰에 대한 이해증진의 역할도 기대할 수 있으며, 대배심 제도나 일본의 검찰심사회에 비하여 구성절차가 단순하고 제도

118) 법무부, 앞의 보고서 11쪽

운영비용도 저렴하다는 장점이 있다. 그러나, 심의 결과에 구속력이 없어 외부 위원의 참여가 형식적일 수 있으며, 권고적 권한 밖에 인정되지 않아 검사의 결정에 별다른 통제수단으로 작용할 수 없다는 비판이 가능하다. 또한, 무엇보다 입법적 뒷받침이 되지 않아 제도로서의 정착이 어려울 수 있으며, 외부 위원들에 의한 기록 열람으로 사생활침해 및 수사 기밀 누설에 관한 시비가 제기될 가능성도 있다고 할 것이다.¹¹⁹⁾

4. 검찰수사위원회

형사사법절차에서의 시민 참여라는 요청은 수사절차에 있어서도 예외는 아닐 것이다. 최근에는 주요 정치인에 대한 형사사건에서 무죄가 선고될 때마다 검사의 기소에 일정한 통제가 필요하다는 지적도 심심치 않게 제기되고 있다.¹²⁰⁾ 검사의 불기소처분에 대한 통제수단으로서의 항고·재항고 및 헌법소원 절차 대신 법원에 의한 재정신청 대상범죄의 전면 확대 또한 주장되고 있다.

형사소송법상 인정되고 있는 검사의 전속적 기소권 행사에 대하여 어떤 형태로든 통제를 가하여야 한다는 논의가 지속되고 있는 상황에서, 특히 검사의 기소 결정에 있어 일반 시민의 심사를 거치도록 함으로써 그 정당성을 확보하고자 하는 시도는 검찰 대내외에서 지속적으로 제기될 가능성이 있다고 할 것이다.

현재 시행중인 검찰항고심사회의 기능을 포함하여 검사의 기소권 행사에 있어 일반 시민의 참여를 확대할 수 있는 방안으로 가칭 “검찰수사위원회” 형태의 심의기구를 제도화하는 방안에 대해 살펴보고자 한다.

119) 법무부, 앞의 보고서, 13쪽

120) 문화일보 2005. 2. 21. 제6면 “무리한 수사 …정치생명 박탈” 제하의 기사 참조

현재 시행되고 있는 검찰항고심사회의 기능은 고등검찰청 단위에서 계속 유지하는 것을 전제로 하되, 검사의 기소 결정에 있어 어느 범위까지 외부 위원의 관여를 확대할 수 있을 것인지의 문제는 우리의 수사절차와 관련하여 심도있게 고려하여야 할 것이다.

미국과는 달리, 법원에서 발부된 구속영장에 의하여 일단 피의자가 구속 되면 법원의 구속적부심이나 보석허가 또는 검사의 구속취소처분에 의하여 피의자가 석방되는 경우를 제외하고는, 구속 피의자는 대부분 구속된 채로 기소되는 것이 대부분이며, 구속 여부의 결정 단계에서 이미 피의자에 대한 혐의여부가 결정되는 것이 우리 수사절차의 실상이다. 이는 검찰과 법원이 구속요건으로서의 혐의유무를 판단함에 있어 실무상으로는 미국에서의 'probable cause'를 넘는 정도의 혐의의 입증을 요구하고 있기 때문이기도 한데, 특히 검사가 수사를 개시하여 피의자를 구속한 경우에는 혐의의 정도가 더욱 강하게 입증되는 경우가 대부분이다. 또한, 구속된 피의자에 대하여는 구속기간이 정해져 있기 때문에, 구속기간 동안은 피의자의 혐의를 입증할 증거의 수집에 수사력을 집중하지 않을 수 없다.

이와 같은 특성상 피의자가 구속된 사건에 있어서 그 기소여부를 결정하기 위하여 일반 시민의 의견을 듣는 것은, 절차적으로나 그 필요성 면에서 그 효용성이 인정되기 쉽지 않을 것이다. 또한, 起訴權限이 검사에게 전속되어 있는 점을 감안하더라도 기소 여부 자체를 심리하는 것은 적절하지 않다고 생각된다.

한편, 사법경찰관에 의하여 수사가 개시되는 경우에는 검사에 의하여 수사절차의 적법성과 피의자의 혐의유무에 대한 충분한 검토가 이뤄지기 때문에 사법경찰관의 수사 단계에서 수사기관 외부의 또 다른 통제수단을 두는 것도 필요성과 효율성 측면에서 효과가 크다고 기대하기는 어렵

다.

따라서, 검사의 기소권 행사에 대한 외부 참여 절차를 둔다면, 고등검찰청에서는 불기소처분에 대한 적정성을 그 대상으로 하고, 지방검찰청 단위에서는 검사가 직접 범죄를 인지하여 수사를 개시할 사건에 있어서 피의자를 구속하기 전 단계에서 인정하는 것이 적절하다고 생각된다. 이에 의하면, 일응 지방검찰청 단위에서 외부 위원으로 구성된 검찰수사위원회는, 검사가 직접 범죄를 인지하거나 단속하는 경우, 사전에 적정성 여부에 대해 심의하거나 피의자에 대한 구속영장 청구여부에 대한 적정성을 심의하는 것으로 그 대상을 규정함이 적절할 것이다. 한편, 사안의 중요성 및 성격 기준으로 대상을 제한할 경우, “단기 1년 이상의 징역형에 해당하는 사건”으로서 피의자(또는 피내사자)가 혐의를 부인하거나 부인할 것으로 우려되는 사건으로 한정하여, 그 제도의 취지를 살릴 필요가 있다고 하겠다.

가칭 검찰수사위원회의 구성 방식은 일응 미국 일부 주에서 시행하고 있는 "Keymen System"을 활용하되, 향후 공판에서 배심제 또는 참심제가 안정적으로 정착된다면 무작위 추출에 의한 구성방식도 고려할 수 있을 것이다. 현재 항고심사회의 경우와 같이 지역 변호인이나 법학 교수 등 전문가 집단을 활용하는 것도, 통제의 적정성을 높이고 운영의 효율성을 높일 수 있다는 측면을 고려하면 일반인을 대상으로 하는 것보다 장점이 클 수 있다. 특히, 법률에 전혀 문외한인 비전문가로 위원회를 구성하는 것은 검사의 결정에 의해 좌우될 수 밖에 없다는 점을 고려할 필요가 있을 것이다.

검찰수사위원회는 일응 1년 정도의 任期制로 운영하여 그 전문성과 효율성을 높일 수 있도록 하고, 지방검찰청 단위로 5~7명 정도의 위원으로 구성함으로써 심도깊은 논의와 절차 진행의 효율성을 높이는 방안을

고려할 수 있을 것이다.

한편, 수사과정으로서의 특징을 고려하여 비밀을 보장하고 신속성을 담보하기 위해서는, 절차의 비공개에 관한 기준을 제시하고, 검사의 인지 또는 구속영장 청구 직전 단계에서 심의를 거치도록 하고, 의결이 있는 직후에 검사의 처분이 이뤄질 수 있는 방안이 마련되어야 할 것이다.

지방검찰청 단위로 구성된 검찰수사위원회는 대상 사건의 심리를 위하여 상시 개설을 원칙으로 하거나, 또는 심의 대상사건의 발생에 따라 검사장에 의한 召集權限을 인정하여야 할 것이다. 각 지방검찰청 검사가 인지하여 수사를 진행하고자 하는 사건으로 향후 구속영장의 청구가 예정되는 사안에 대하여 검사장이 심의를 요청한 사건에 대하여 심의한 후, 인지의 상당성 또는 구속의 상당성 여부에 대하여 심의하도록 하되, 만장일치에 의한 심의 결과를 검사장에게 제시하는 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다. 우리나라에서는 기소단계에서 혐의여부에 대한 엄격한 검토가 이미 이뤄지고 있는 점을 감안하여 5~7명 정도의 소수로 위원회를 구성할 경우에는 만장일치에 의한 결론 도출이 상당하다고 할 것이며, 형사소송법상 국가소추를 명문화하고 있는 점을 고려하여 위원회의 심의 결과는 일응 권고적 성격을 갖는 것으로 규정함이 타당하다고 생각된다. 다만, 만장일치에 의해 불기소 권고나 구속영장청구 불가권고가 채택된 경우에는 이를 따르도록 강제하는 방안도 피의자에 대한 인권보호 측면에서 고려할 필요가 있다고 할 것이다.

한편, 대배심 절차의 “칼”과 “방패”로서의 기능을 고려하여, 검찰수사위원회에서는 검사의 인지 및 구속영장 청구에 대한 심의기능을 부여함과 함께, 참고인으로 하여금 출석하여 증언하게 하고 관련 증거를 제출하도록 강제하거나, 검찰수사위원회에서 증언하거나 증거를 제출한 경우에는 선서를 조건으로 하고, 허위증언이나 허위증거제출의 경우에는 허위진술

죄 등의 형태로 처벌하는 방안도 고려할 필요가 있다. 종래 참고인구인과 허위진술죄가 논의되는 과정에서 그 도입 필요성이 긍정되기는 하였으나 수사기관의 일방적인 결정에 의해 좌우될 수 있다는 문제점이 주된 비판의 대상이 되었던 점을 고려하면, 검찰수사위원회와 같이 심의기구에서는 이러한 제도를 도입하여 긍정적 효과를 살리는 방안도 충분한 고려의 대상이 된다고 할 것이다. 형사처벌에 의한 강제수단이 다소 과하다고 할 경우, 過怠料나 同行命命 등의 형태로 간접적 강제수단을 도입하는 방안들도 고려할 수 있을 것이다.

검찰수사위원회가 이와 같이 운영될 경우, 항고심사회로서의 기능은 현재와 같이 운영하되, 지방검찰청 단위에서 인지 여부 및 구속영장 청구여부의 적정성을 판단하는 단계에서는 수사절차라는 특성과 절차의 신속성이 필요하다는 점을 감안하여 피의자 또는 변호인의 관여를 배제하고 비공개로 유지할 필요가 있다고 생각된다. 현재 우리 형사소송법에 규정되어 있는 기일전 증인신문제도(형사소송법 제221조의2)가 공개재판으로서의 성격과 절차의 지연 가능성, 강제수단의 부재 등으로 인하여 별달리 활용되지 못하고 있는 점을 감안¹²¹⁾하면, 새로이 도입하는 절차에서는 사전 통제수단으로서의 기능과 수사절차의 효율성을 적절히 조화시켜 제도의 활용을 높일 수 있는 방안도 충분히 고려되어야 할 것이다.

이와 같은 검찰수사위원회 제도의 도입은 일응 미국의 대배심제도와 일본의 검찰심사회제도, 그리고 우리나라에서 시범적으로 실시되고 있는 항고심사회제도를 절충한 형태라고 할 것이며, 수사과정에서 국민 참여를 보다 확대할 수 있는 방안의 하나로 제안될 수 있을 것이다.

다만, 이러한 수사과정에서의 국민 참여가 제도화되기 위해서는 그 전제

121) 우리나라의 기일전 증인신문제도의 문제점 및 그 활성화 방안에 대하여는 서창희, 첫번째 논문, 56쪽 이하 참조

로서 일반 형사재판 과정에서 국민이 참여하는 제도가 충분히 정착되어 일반 국민 사이에 제도에 대한 거부감의 정도가 완화된 이후 도입 여부를 논의하는 것이 적절할 것이다.

또한, 수사과정은 공판과정과는 또 다른 실제적 진실발견을 위한 절차이므로, 피의자의 인권보호 못지 않게 수사절차의 효율성을 보장할 수 있는 방안이 모색되어야 할 것이다. 현재 우리나라의 수사절차에서 제3자적 지위에 있는 참고인에 대한 어떠한 강제적인 수사절차도 인정되지 않는다는 점을 고려하면, 수사기관에 대한 통제에만 치우친 나머지 진실발견을 위한 기능을 저해하는 방향으로만 제도가 도입될 경우 현재보다 더욱 정당한 형사사법의 실현은 어려워 질 수 있기 때문이다.

제6장 결론

이상에서 수사과정에서의 일반 시민의 참여를 보장하기 위한 제도들에 대해 살펴보고, 우리나라에서의 도입 방안에 대해 논의하였다.

형사사법절차와 이를 전제로 한 수사절차는 다른 무엇보다도 그 대상이 된 피의자의 인권보호가 우선되어야 함은 물론이다. 이와 아울러 범죄행위에 대한 정당한 처벌의 실현을 통하여 사회를 방위하고 피해자를 보호할 수 있는 절차가 보장되어야 할 것이다.

이러한 성격상, 수사절차와 형사사법절차는 본질적으로 제3자의 개입에 친숙하지 않은 절차일 수도 있다. 오늘날 배심재판의 폐해가 본고장인 영미법계에서도 끊임없이 제기되고, 특히 대배심제도의 경우 영국에서는 일찍이 폐지되고 미국에서도 상당수의 주에서 포기된 절차라는 점이 이

를 반증하는 것일 수도 있다.

다만, 검사에게 전속적으로 부여된 기소권한에 대하여 법원의 사후적 통제만으로 부족하다고 인식될 수 있는 상황에서는 수사절차 자체에 시민의 참여와 감시를 보장함으로써 검사의 기소권한에 대한 사전적 통제수단의 도입 가능성이 제기될 가능성이 충분하다.

그러나, 수사절차는 원칙적으로 직권주의적이며 일방주의적이라는 특성 또한 충분히 고려되어야 할 것이며, 일면으로는 검사의 기소로부터 무고한 시민을 보호하면서도 일면으로는 반드시 처벌되어야 할 범죄인을 효과적으로 기소할 수 있는 방안이 함께 고려되어야 할 것이다.

대배심 제도가 일찍이 “칼”과 “방패”로서의 기능을 함께 가진 것으로 인식되었던 것은 우리에게 시사하는 바가 크다. 다만, “칼”로서의 기능만이 비대해 진 현재의 대배심 제도를 그대로 우리나라에 도입하는 것은 신중할 필요가 있을 것이며, 우리나라의 형사소송절차에 잘 융화될 수 있는 새로운 형태의 시민참여 수단에 대한 지속적인 검토가 필요할 것이다.

사인소추주의는 범죄의 소추가 시민의 권리이자 의무라는 사고방식, 절대주의적 국가에 의한 자의적 형사소추권 행사에 따른 인권침해를 배제하고 형사사법 그 자체를 시민적 자치의 이념 하에 기초지우고자 하는 노력과 맞닿아 있다. 그래서 사인소추주의는 각국의 사법제도가 나타내는 민주주의 발전의 정도를 가늠케 하는 것으로 종종 거론되기도 한다. 그와 같은 사인소추주의의 이념이 형사절차의 기본이념, 특히 형사소송법이 의거하는 소송이념과 구체적으로 어떠한 관계에 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

소추의 방식은 관점에 따라 상이하게 구분될 수 있다. 그 하나의 관점으로서 소추의 주체에 주목한다면, 소추의 방식은 범죄의 피해자가 행하는

피해자소추, 일반 공중의 누구라도 소추할 수 있는 공중소추, 국가기관으로서의 검사 또는 경찰이 행하는 검사소추 또는 경찰소추, 기소배심이 행하는 소추, 치안판사가 행하는 소추 등으로 구분될 수 있을 것이다. 다른 한편, 형사사법제도 및 형사소송절차에 근본적인 영향을 끼치는 소추이념의 측면에서는 국가소추주의와 사인소추주의가 구별될 수 있다. 국가소추주의는 절대왕정 형성기의 프랑스 재무관인 국왕대관의 창설기에 기원을 두는, 그 발전과 함께 형성된 소추이념이다. 그것은 프랑스 혁명의 반동기에 근대적인 모습으로 재생되어 독일에서 순화되고 유럽대륙의 각국에서 널리 채용되었다. 그와 같은 국가소추주의의 이념은, '국가의 대리인'인 검사야말로 국가의 이익 내지 국가적 정의의 옹호자이고, 범죄자의 처벌을 위한 형사소추권의 행사는 개개의 국민과의 관계에서 초월적이고 후견적인 입장에서 행해져야 한다는 사고방식과 관련하고 있다. 따라서 국가소추주의의 입장에 서면 검사는 단순한 소송당사자가 아니라 말하자면 '정의의 구현자' 내지는 '법의 파수꾼'으로서 법원과 나란히 혹은 법원을 초월하는 존재로서 관념화된다. 이와는 달리, 사인소추주의는 절대왕정과 항쟁 속에서 시민의 권리를 확대해온 영국에서 형성되어온 소추이념이며, 프랑스 혁명의 고양기에는 프랑스에서도 채용되었다. 오늘날 영국을 비롯해서 영연방 각국 및 미국에서 그것이 유지되고 있다. 그와 같은 사인소추주의의 이념은, 사회적 이익 내지 정의의 유지는 사회구성원인 모든 시민의 권리이자 의무이므로 범죄의 처리를 위한 형사소추권이 궁극적으로는 시민에게 속하는 것이라는 사고방식과 관련하고 있다. 즉, 사인소추주의에 따르면, 개개의 시민이 형사소추권의 귀속주체이며 행사주체이기 때문에 논리적으로 말하면 형사소추를 위한 특별한 국가기관이 반드시 필요하지는 않다. 설사 공적인 소추기관이 창설된다고 해도 그것은 사인소추를 보완 또는 원조하기 위해서일 뿐 일반 시민이 가지는 것 이상의 특별한 권한을 가지지 않는다고 한다.

국가소추주의도 사인소추주의도 형식적·표면적으로 보면 형사절차의 존재방식 내지 기본구조¹²²⁾의 하나로서의 탄핵주의와 논리적 정합성을 가질 수 있다. 국가소추주의에 의하든 사인소추주의에 의하든 그 어느 경우이나 형식적으로는 형사절차가 소추에 의해서 개시되고, 국가기관으로서의 검사가 소추원고로서의 권능을 담당함으로써 법원·소추자·피고인이 공판절차의 삼면구조를 이룰 수 있기 때문이다. 그런데 국가소추주의 하에서 검사는 형식상으로 소송의 당사자이기는 하지만 사법제도 전체에서 차지하는 법적 지위에 비추어 보면 단순한 당사자가 아니라 국가정의 내지 국가질서의 구현자인 동시에 옹호자다. 따라서 국가소추주의 하에서 검사는 국가에 의해 임명되고 피고인을 초월하는 기능과 권한을 부여받으며, 형사소추는 피해자는 물론 일반 시민의 이해관계로부터 독립해서 행해진다. 그래서 국가소추주의 하에서의 검사에 대해서는 수사기관을 지휘·감독해서 유죄의 증거를 수집하고 것은 물론 피고인에게 유리한 증거를 수집하는 것도 기대된다. 요컨대, 국가소추주의 하에서의 검사는

122) 형사절차의 존재방식 내지 기본구조를 표현하는 대립개념으로서 규문주의와 탄핵주의 혹은 당사자주의와 직권주의 등이 거론된다. 그와 같은 용어의 의미가 반드시 일의적이라고 할 수는 없다. 다만 대체로는 다음과 같은 의미로 이해될 수 있다. ① 형사절차를 개시하는 방법에 따라 규문주의와 탄핵주의(소송주의)로 구별된다. 즉, 법원이 스스로 절차를 개시하는 경우를 규문주의라고 하는 반면, 법원 이외의 자가 소로써 절차를 개시하는 경우를 탄핵주의라고 하며, 후자의 경우에 누가 소를 제기하는지에 따라서 국가소추주의, 공중소추주의 및 피해자소추주의 등으로 나누어진다. ② 형사절차의 주체 여하에 따라 규문형식과 탄핵형식으로 구별된다. 즉, 법원 또는 그것에 속하는 조사관만이 절차의 주체가 되고 피고인은 단지 조사의 객체에 불과한 경우를 규문형식이라고 하는 반면, 법원·소추자·피고인 3자에게 절차의 주체로서의 지위를 인정하는 경우를 탄핵형식이라고 한다. 규문절차라고 하는 때에는 규문형식의 절차구조를 취하는 절차를 가리키는 경우가 많은데, 이는 자백준중 및 고문과 밀접한 관련을 맺고 있다. ③ 절차의 주도자 여하에 따라 직권주의와 당사자주의로 구별된다. 즉, 법원에게 주도적 지위를 인정하는 절차구조를 직권주의라고 하는 반면, 당사자에게 주도적 지위를 인정하는 절차구조를 당사자주의 또는 변론주의라고 한다. 규문형식은 필연적으로 직권주의와 연결되지만, 탄핵형식에서는 직권주의를 취할 수도 있고 당사자주의를 취할 수도 있다. 그런데 직권주의 및 당사자주의는 절차에서 그것이 인정되는 개별 영역과의 관계에서 다음과 같이 구별되기도 한다. ㉠ 우선 소송의 대상에 관해서 그것을 당사자의 처분에 맡기는 경우를 변론주의 또는 (당사자)처분주의라고 하는 반면, 그것을 법원의 전면적 지배하에 두는 경우를 직권(심리)주의라고 한다. ㉡ 다음으로 증거의 수집 및 조사에 관해서 그것을 당사자에게 맡기는 경우를 변론주의라고 하는 반면, 그것을 법원이 직권으로 행하는 경우를 직권(답지)주의라고 한다.

수사 및 공소의 제기로부터 공판(·상소)을 거쳐 형의 집행에 이르기까지의 모든 절차에서 적정한 법집행을 감독하는 역할, 이른바 ‘법의 파수꾼’으로서의 역할을 수행해야 한다. 이렇게 보면, 국가소추주의 하에서의 검사는 실질적으로는 피의자 내지 피고인과 대등한 관계에 서는 소송당사자라기보다는 법원과 함께 혹은 법원을 초월해서 국가의 이익과 사회의 질서를 유지하기 위해 활동하는 사법관청이다. 이러한 측면에서 보면 국가소추주의 하에서의 검사는 탄핵주의와는 실질적으로 정합성을 가지지 않는다. 형사절차의 존재방식으로서 탄핵주의는 대등한 자격과 권한을 가지는 소송당사자의 존재를 전제로 하는 경우에 실질적인 의미를 가지기 때문이다¹²³⁾. 이와는 달리, 사인소추주의 하에서는 원고도 피고도 법적으로 대등한 시민이며, 소추를 행하는 측에게 시민으로서 향유하는 것 이상의 특별한 권한이 부여되지 않는다. 그래서 수사에 관해서도 임의수사가 원칙이며, 체포·구속도 단지 피고인을 법정에서 출두시키기 위한 수단에 불과하다. 증거를 수집하기 위해서는 강제처분을 필요로 하는 경우가 있지만, 이 경우에는 법원에 의한 사법심사를 거친 다음 발부되는 영장에 의해야 하며, 사인소추주의 하에서는 그러한 영장을 청구하는 권한도 국가기관 내지 수사기관에만 인정되는 것이 아니라 일반 시민에게도 마찬가지로 인정되는 것이라고 보게 된다. 이와 같이 사인소추주의 하에서는 기소 이전의 절차에서도 소추원고와 피의자는 대등한 당사자 내지 권리주체가 되며, 각각 독립적으로 증거를 수집해서 유·무죄를 다투게 되므로, 말 그대로 탄핵주의가 관철된다¹²⁴⁾.

123) 鯨越溢弘, 刑事訴追理念の研究, 2005, 183면 이하. 鯨越溢弘 교수는, 탄핵주의와 국가소추주의가 실질적으로 논리적 정합성을 가질 수 없는 것은 기소 이전의 절차에서 보다 분명해진다고 한다. 검사는 소추를 위해 수사기관을 지휘·감독해서 유죄의 증거의 수집하는 소추원고로서의 권능을 수행하는 동시에 기소·불기소의 결정을 행하는 판단자다. 따라서 국가소추주의 하에서는 기소 이전의 절차에서 원고와 피고 그리고 심판자가 각각 절차의 주체가 되는 탄핵주의의 특징으로서 삼면구조는 명실 공히 상실되고 오히려 규문주의적 이면구조가 인식된다고 한다. 요컨대, 국가소추주의와 탄핵주의는 공판절차에서만 경우 논리적 정합성을 가지는 것이고, 더욱이 그것도 형식적이고 표면적인 것에 불과하다고 한다(鯨越溢弘, 刑事訴追理念の研究, 2005, 184면).

이와 같이 국가소추주의와 사인소추주의 가운데 탄핵주의와 형식적으로도 실질적으로도 이론적 정합성을 가질 수 있는 소추이념은 후자라고 할 수 있다. 그런데 소추이념으로서의 사인소추주의와 소추방식으로서의 사인소추는 개념적으로 구별될 필요가 있다고 본다. 사인소추주의는 소추의 권한이 궁극적으로는 사회구성원인 개개의 시민에게 속하는 것이라는 점에서 출발하는데, 그것은 사회구성원으로서의 시민이 단순한 개인적 보복감정이나 사적 이해관계에 기해 그 권한을 행사해서는 안 되는 점을 당연히 전제하고 있다고 한다. 바로 이 점에서 사인소추주의가 가령 고대사회에서 행해졌던 것과 같은 사인소추, 즉 사소의 제기에 의해 곧바로 소송계속이 이루어지는 것을 요구하는 것이 아니라는 점에 주의할 필요가 있다. 사인소추주의 하에서는 모든 시민이 소추의 권한을 가지기 때문에 자칫 개인적인 이해감정이나 복수심에 기해서 소추가 행해질 가능성도 있다. 따라서 소의 제기가 사회적 이익에 적합한 것인지의 여부 혹은 공판에 부쳐지기에 충분한 증거가 뒷받침되어 있는지의 여부 등이 검토될 수 있는 절차가 필요하다. 그와 같은 절차가 이른바 부심판결정 절차다. 정식기소장은 그러한 절차를 거쳐 비로소 진정한 기소장으로 인정되어 사건이 재판에 부쳐지게 된다. 요컨대, 시민에 의한 소추는 부심판결정 절차를 통해 그 소추가 단순히 개인적인 이해감정이나 복수심에 의한 것이 아니라 사회적 정의에 합치되는 것이라는 점이 확인된다. 이 점이 근대적 의미에서의 사인소추주의를 고대의 사인소추와 결정적으로 구별케 하는 것이며, 또한 그 점에서 사인소추주의의 이념에 기초해서 행해지는 시민의 소추가 내용적·실질적으로는 사소가 아니라 공소로 이해될 수 있다. 요컨대, 소추이념으로서의 사인소추주의는 소추방식으로

124) 鯨越溢弘, 刑事訴追理念の研究, 2005, 184면 이하. 여기에서 鯨越溢弘 교수는, 기소편의주의 하에서는 피해자 등의 처벌 감정에 의해서도 소추 여부가 결정되는 경우가 있는 점에 비추어, 국가소추주의가 그 논리적 정당성을 얻기 위해서는 기소법정주의와 결부되어야 하며, 그렇지 않고 기소편의주의와 결부되는 경우에는 자의적인 형사소추권 행사의 위험을 상시 배태할 수밖에 없다고 한다.

서의 사인소추가 부심판결정절차 기타 그것에 상응하는 제도와 결부되어 채용될 것을 요구한다.

현행의 법제도가 형사소추이념으로서 국가소추주의를 채용하고 있는 점에 관해서는 다툼이 없어 보인다¹²⁵⁾. 현행의 법제도가 국가소추주의에 입각하고 있다는 주장의 근거는 무엇보다도 「형사소송법」 제246조가 국가기관인 검사로 하여금 공소를 행하도록 규정하고 있는 점에 있는데¹²⁶⁾, 사실 그러한 주장은 소추방식과 소추이념을 혼동하고 있는 점에서 비판의 여지가 없는 것은 아니다. 즉, 소추이념이라는 측면에서 보면, 사인소추주의에 입각해서 현행법의 해석론을 전개하거나, 적어도 완전한 국가소추주의에 의거하는 것은 아니라고 할 수도 있다¹²⁷⁾. 비교법학적으로 살펴보면, 「형사소송법」 제246조와 마찬가지로의 규정¹²⁸⁾을 두고 있는 일본에서도 대부분의 학자들은 그것이 국가소추주의를 규정하고 있다고 보고 있다. 그런데 일본에서는 그것을 국가소추주의에 관한 규정으로 보아야 할 이유는 없다고 보는 견해가 있는 점에도 주목할 필요가 있다. 그 이유로서 다음과 같은 점이 제시된다¹²⁹⁾.

125) 예컨대, “형사소송법은 공소는 검사가 제기하여 수행한다고 규정하여, 국가소추주의를 일관하고 있는 점에 특색이 있다”(李在祥, 新刑事訴訟法, 2007, 340면)고 하거나, “형사소송법 제246조는 「공소는 검사가 제기하여 수행한다」고 규정하고 있으며, 또 검찰청법 제4조는 공소의 제기과 그 유지가 검사의 직무를 규정하여 우리 법제는 국가소추주의, 특히 검사기소주의 내지 검사기소독점주의를 채택하고 있다”(申鉉柱, 刑事訴訟法, 新訂2版, 2002, 398면)고 하거나, 혹은 “우리나라의 경우를 보면, 형사소송법은 공소를 검사가 제기하여 수행하도록 하고, 즉결심판에 관한 절차법은 즉결심판의 청구를 경찰서장에 의하도록 함으로써 엄격한 국가소추주의를 채택하고 있다”(신동운, 형사소송법, 제4판, 2007, 260면)고 한다.

126) 물론 「형사소송법」 제246조의 표제어도 다름 아닌 ‘국가소추주의’다. 그렇지만 법률 규정의 표제어가 항상 결정적이고도 완결된 의미를 가지는 것만은 아니므로 「형사소송법」 제246조의 표제어에 기해서 곧바로 그 규정의 내용을 확정하는 것은 곤란하다.

127) 현행법이 형사절차의 존재방식에 관해 탄핵주의 내지 탄핵형식을 지향하는 한에서는 사인소추주의에 입각한 해석론의 전개가 형사소송법학의 중요한 과제가 된다는 견해로서 鯨越溢弘, 刑事訴追理念の研究, 2005, 192면.

128) 일본 「형사소송법」 제247조는 “공소는 검사가 이를 행한다”고 규정하고 있다.

129) 鯨越溢弘, 刑事訴追理念の研究, 2005, 194면 이하. 그 밖에도 鯨越溢弘 교수는, 영국에서 사인의 소추권이 헌법상의 권리로서 인정되는 것에 비추어, 법원에서의 재판권을 받을 권리를 인정하는 일본 「헌법」 제32조가 법체계상으로 보거나 입법취지에서 볼 때에 형사사건에 관

① ‘공소’라는 개념은 프랑스 치죄법의 ‘action public’에서 유래한 것이지만, 그 법을 본보기로 삼은 일본의 치죄법은 제1조에서 “공소는 … 검사가 이를 행한다”고 규정하는 한편, 제2조에서는 “사소는 … 피해자에게 속한다”고 규정하고 있었으며, 나아가 제110조 제2항에서는 공소의 제기가 없더라도 사소의 제기가 있으면 공소의 제기가 있었던 것과 마찬가지로의 법적 효과, 즉 소송계속이 발생하는 점을 규정하고 있었다. 여기에서 분명한 것은 공소권과 사소권은 상호 대응하는 개념이며, 양자는 형사소추권의 하위개념이었다는 점이다. 게다가, 프랑스 혁명기의 여러 입법이 시사하는 것처럼, 형사소추권에 관해서는 본래 사소권이 기본이었고, 공소권은 피해자인 사인이 존재하지 않거나 혹은 존재하더라도 소추를 행하는 것이 곤란한 경우에 사인에 의한 소추를 보완하는 것이었으며, 이는 공중의 대리인으로서의 공소관이 행사하는 소추권을 의미했다. 이러한 관점에서 현행의 일본 「형사소송법」 제247조, 즉 “공소는 검사가 이를 행한다”는 규정을 해석한다면, 그것은 국가소추주의를 정한 규정이라기보다는 오히려 다름 아니라 사인소추주의의 하나의 형태로서 공중소추주의를 근거지우는 규정으로 이해할 수 있다고 한다. 물론 이러한 이해방식은 천왕주권을 통치원리로 하는 일본 명치헌법체제와는 모순되는 것이었다. 그런 까닭에 일본에서는 명치헌법체제의 성립과 함께 치죄법 하에서의 공중소추주의는 방기되고 독일법의 영향 하에서 국가소추주의가 채용되었는데, 거기에서 검사는 이미 프랑스식의 ‘인민의 봉사자’가 아니라 ‘국가의 대리인’이었으며, 당연히 시민의 형사소추권인 사소권도 말살되어야 할 운명이었다고 한다. 따라서 아무런 의심도 없이 일본 「형사소송법」 제247조를 국가소추주의의 근거규정으로 해석하는 것은 그와 같은 사정을 무시하고 천왕주권국가와 국민주권국가를 동일시할 때에만 비로소 가능하다고 한다.

해 단지 피고인(만)의 권리를 인정한 것이 아니라 널리 사인의 소추권을 인정하는 규정이라고 해석한다(鯉越溢弘, 刑事訴追理念の研究, 2005, 192면 이하).

② 현행 일본 「형사소송법」이 국가소추주의를 채용하고 있다고 일반적으로 해석되는 이유의 하나는, 일본 「형사소송법」이 법원에 대한 소의 제기에 의해 곧바로 소송계속을 생기게 하는 소추방식으로서의 사소를 인정하지 않는 점에 있다고 한다. 여기에서 문제되는 것이 고소 및 고발이다. 고소란 범죄의 피해자 등이 수사기관에 대해 범죄사실을 신고해서 그 소추를 구하는 의사표시이며, 그것은 단순한 범죄사실의 신고와는 구별된다. 그리고 고발이란 범죄가 있다고 사료되는 때에 누구라도 행할 수 있는 소추의사의 표시다. 고소 등은 일반적으로는 수사의 단서에 불과하지만 친고죄의 경우에는 소송조건이며 공소제기의 조건이라고 해석된다. 그런데 고소 등의 그와 같은 법적 의의는 일본 「구형사소송법」에 서와 다를 것이 없으며, 그것을 가지고서 법이 국가소추주의에 입각하고 있는지 아니면 사인소추주의에 입각하고 있는지를 판단할 수는 없다. 국가소추주의와 사인소추주의의 분기점은 법이 어느 정도로 사인인 국민의 소추의사를 존중하고자 하는지와 관련이 있다고 한다. 고소 등은 수사기관에 대해 구도 또는 서면으로 행해야 하는데, 이와 관련해서 일본 「형사소송법」 제242조는 “사법경찰관이 고소 또는 고발을 수리한 때에는 신속하게 이에 관한 서류 및 증거물을 검사에게 송부해야 한다”고 규정함으로써¹³⁰⁾ 그것에 관해서는 미죄처분(일본 형사소송법 246조 참조)을 금하고 있다. 만일 그와 같은 경우에 미죄처분을 허용한다면 고소인 등으로서는 사건의 처분결과에 관한 통지를 받을 권리를 침해받는 것이 되기 때문이다. 처분결과의 통지에 관해서는 일본 「구형사소송법」도, 검사가 기소 불기소 공소의 취소 등의 처분을 한 경우에는 고소인에 대해 통지하도록 규정하고 있었는데, 현행의 일본 「형사소송법」 제260조는 통지대상자를 고발인 및 청구인에게까지 확대하고 있다¹³¹⁾. 바로 이 점

130) 우리 「형사소송법」도 제238조에서 동일한 규정을 두고 있다.

131) 우리 「형사소송법」도 제258조 제1항에서 청구인을 그 대상에서 제외할 뿐 동일한 규정을 두고 있다.

은 널리 일반 시민의 소추의사를 존중하는 의도를 나타내는 것이라고 할 수 있다. 게다가 일본 「형사소송법」 제261조는, 검사에 대해 불기소의 이유에 관한 청구가 있는 때에는 그것에 관해서 고지하도록 하고 있는데¹³²⁾, 이러한 규정의 취지도 공소관인 검사로 하여금 가급적 사인인 국민의 의사를 존중토록 하려는 데에 있다고 볼 수 있다. 따라서 현행의 일본 「형사소송법」은 구법과 비교해서 사인이 고소나 고발을 통해서 형사소송을 구동할 권리를 강화한 것이라고 할 수 있다. 경찰 내지 공적기관이 실제로는 거의 대부분의 소추를 담당하고 있는 점은 사인소추주의를 채용하고 있는 영미에서도 마찬가지다. 다만, 사인소추주의를 채용하고 있다고 할 수 있기 위해서는, 예컨대 영국에서는 공소관이 사건을 불기소처분한 경우에는 사인이 치안판사법원에 고소 내지 고발을 할 수 있는 것처럼 검사가 불기소처분을 한 경우에 사인이 그 소추의사를 실현하기 위한 통로가 마련되어 있을 필요가 있다. 물론 영국에서도 그렇듯이 모든 고소 내지 고발에 의해 곧바로 소송계속인 인정되는, 즉 부심판결정이 행해지는 것은 아니다. 무엇보다도, 전후의 사법개혁에서 검사가 고소나 고발이 행해진 사건에 관해 불기소처분을 한 경우에 고소인 내지 고발인이 추의사의 실현을 위해 사용할 수 있는 통로로서 인정되고 있는 것이 부^付심판청구절차(일본 형사소송법 제262조 이하)와 검찰심사회제도라고 한다.

현행 「형사소송법」은 재정신청제도 내지 기소강제절차를 인정하고 있다. 즉, 검사의 불기소처분에 대해 불복이 있는 고소인 등¹³³⁾은 고등법원에 재정신청을 할 수 있고, 이에 고등법원은 그 신청이 이유 있다고 판단하는 때에 공소제기를 결정해서 검사의 공소제기를 강제한다(형사소송법 제260조 이하). 종전의 재정신청제도에 따른 준기소절차는 재정신

132) 우리 「형사소송법」도 제259조에서 청구인에 대한 경우를 제외하고 동일한 규정을 두고 있다.

133) 「형법」 제123조(직권남용), 제124조(불법체포·불법감금) 및 제125조(폭행·가혹행위)의 죄에 관해서는 고발인도 포함된다.

청에 따른 법원의 부심판결정에 의해 공소제기가 의제되는 것이었으므로 기소독점주의의 예외로 인식되었다. 그런데 현행법 하에서는, 재정신청에 따라 법원이 공소제기의 결정을 하면(형사소송법 제262조 제2항 제2호) 그 결정에 따른 재정결정서를 송부받은 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장이 지체 없이 담당 검사를 지정하고 그 지정받은 검사가 공소를 제기해야 한다(형사소송법 제262조 제6항). 이와 같이 재정신청에 따라 법원이 공소제기의 결정을 한 때에도 절차의 형식에 있어서는 검사가 공소를 제기하는 점에서, 현행의 기소강제절차는 - 적어도 형식적으로는, 즉 소추의 방식에 있어서는 - 기소독점주의의 예외는 아니다. 그런데 기소강제절차가 내용적으로는 검사의 공소제기를 사법적으로 강제하는 제도라는 점에 주목한다면, 그것은 기소독점주의 내지 기소편의주의에 대한 중요한 규제책으로의 의미를 가지고 있다. 그래서 가령 “기소편의주의를 취하고 있는 형사소송법의 기소강제절차는 피해자의 권리를 보호하기 위하여 기소독점주의와 기소편의주의를 규제한 것”¹³⁴⁾이라고 한다. 여기에서 재정신청제도 내지 기소강제절차에도 이념으로서의 사인소추주의의 내실이 인식될 수 있는 여지가 전혀 없는 것인지에 관해 생각해 볼 필요가 있다.

앞서 살펴본 것처럼, 사인소추주의란 형사소추권도 궁극적으로는 주권을 가진 국민에게 속한다는 사고방식이며, 그 전형은 영국에서 찾아질 수 있다. 현재로서는 1985년의 「범죄소추법」 등에 의해서 사인의 소추에 공적 기관의 동의가 요구되거나 일정한 제한이 가해지고 있다. 그러한 제한에도 불구하고 적어도 이론적으로는 사인소추주의가 영국 형사법의 기본원리로 인식되고 있으며, 종래 그 중요성이 종종 지적되어 왔다. 예를 들면, “영국의 경찰이 시민의 자유를 억압하는 자가 아니라 그것을 유효하게 보호하는 자로 파악될 수 있게 하는 결정적인 표지 가운데 하

134) 예컨대 李在祥, 新刑事訴訟法, 2007, 350면.

나가 경찰이 소추권을 독점하지 않는 점이며, 사인의 소추권은 모든 국면에서 행정권에 대한 통제수단이자 권력기관의 해태나 불공평한 처분에 대한 헌법상의 보장으로써 극히 중요하다”¹³⁵⁾고 하거나, “사인소추의 권한은 정부가 스스로 소추의 개시를 해태하는 경우에 시민이 경찰이나 정부의 관리까지도 법관의 면전에 출두케 할 수 있는 것이라는 점에서 의심의 여지없이 정당하고 또한 필요하다”¹³⁶⁾고 한다. 이와 같이 지적되어 온 사인소추권의 중요성과 필요성은 검찰청이 창설된 이래 현재의 영국에서도 변함이 없다고 한다¹³⁷⁾. 사인소추주의의 그와 같은 의의, 즉 국가 내지 검사가 굳이 소추하려고 하지 않는 범죄에 관해서 사인소추권이 최후의 보루로서 인식되는 것은 종전의 준기소절차에 이어 현행의 기소강제절차에도 공통된다고 할 수 있다.

한편, 기소강제절차의 구조에 관해서 국내에서는 ① 기소강제절차가 수사절차와 항고소송의 성격을 겸유하는 것으로 보는 입장¹³⁸⁾과 ② 기소강제절차를 일종의 재판절차로 보는 입장¹³⁹⁾이 있다. 다수설인 후자에 따르면, 기소강제절차는 수사절차가 아니라 재판절차이며, 이를 통해 법원은 재정신청의 이유 유무를 심사하는 것으로 이해된다. 즉, 기소강제절차가 설사 시간적으로는 공소가 제기되기 전의 절차이기는 하지만 그것은 어디까지나 재정신청의 당부를 심리하는 절차라는 것이다. 이러한 관점에서는 기소강제절차에서 실질적으로 중요한 대립이 신청인과 검사가 아니라 신청인과 피의자 사이에 있다고 보아야 할 것이다. 그래서 기

135) Gwilym Lloyd George, *Liberty and the Modern State*, 1957, p.21.

136) Glanvill Williams, 'The Power to Prosecution, in: *Criminal Law Review* 1955, p.598.

137) K. W. Lidstone, Russel Hogg & Frank Sutcliffe, *Prosecutions by Private Individuals and Non-Police Agencies*, Royal Commission on Criminal Procedure, Research Study, No.10, 1980, p.3.

138) 白亨球, *刑事訴訟法講義*, 8訂版, 2001, 432면.

139) 裴鍾大·李相喲, *형사소송법*, 第7版, 2006, 406면; 신동운, *형사소송법*, 제4판, 2007, 278면; 申良均, *刑事訴訟法*, 2000, 307면; 李在祥, *新刑事訴訟法*, 2007, 355면; 鄭榮錫·李炯國, *刑事訴訟法*, 1994, 249면 등.

소강제절차를 법원의 재판절차로 보는 경우에는 그것이 법원, 신청인 및 피의자의 삼면구조를 취하는 것으로 이해될 수 있다. 다만, 기소강제절차를 재판절차로 보는 입장에서는 가령 “그것은 공소제기 전의 절차이며 수사와 유사한 성격을 가지고 있으므로 당사자가 대립하는 소송구조의 절차가 아니라 밀행성의 원칙과 직권주의가 지배하는 소송절차”¹⁴⁰⁾라고 하는데, 이러한 관점이 결국은 기소강제절차가 수사절차로서의 성격도 아울러 가지고 있다는 점을 시인하는 것은 아닌지에 관해서는 다소 의문이 남는다. 그런데 일본에서는 재정신청, 즉 부^付심판청구를 사인소추주의의 발현으로 이해하는 견해가 있다¹⁴¹⁾. 즉, 재정신청은 사인소추이며, 그 소추를 공판에 부치기에 족한 이유가 있는지의 여부를 심사하는 것이 재정신청제도라고 한다¹⁴²⁾. 이러한 견해는 재정신청절차를 영미법 하에서 행해지는 부심판결정절차와 유사한 제도로 파악하는 것이다. 이에 따르면, 재정신청절차가 신청인의 재정신청의 당부를 심리하는 절차라는 점, 절차의 실질적인 당사자가 신청인과 피신청인이라는 점, 공판개시 이전의 절차라는 의미에서는 기소 이전의 절차라는 점 및 재정결정에 의해서 사건이 공판에 부쳐지는 점과 같은 재정신청제도의 본질적인 요소가 무리 없이 이해될 수 있다고 한다. 그런데도 일본의 학설이 그와 같은 사고방식을 취하지 않고 있는 이유는, 일본의 현행법이 국가소추주의를 취하고 있다는 전제 하에서 재정신청도 사인소추주의를 채용한 제도가 아니라고 이해하고 있는 한편, 사인소추가 곧바로 소송계속을 생기게 하는 것이라고 오해하고 있는 데에 있다고 한다. 재정신청을 사인소추주의의 발현으로 이해하는 견해는, 앞서 본 것처럼 일본의 현행법이 국가

140) 李在祥, 新刑事訴訟法, 2007, 355면.

141) 일본에서는 공무원의 직권남용 등과 같은 일정한 범죄에 대해서는 고소인 또는 고발인의 부^付심판청구, 즉 재정신청이 인정되고 있다(일본 형사소송법 제262조 이하). 즉, 우리나라에서 종전에 인정되던 준기소절차와 마찬가지로 일본에서는 재정신청에 의해 법원이 재정결정을 한 때에 공소의 제기가 있었던 것으로 의제된다.

142) 横山晃一郎 編, 現代刑事訴訟法入門, 1983, 145면; 新屋達之, ‘起訴強制節次の生成と發展(2)’, 大阪市立大學法學雜誌 第34卷 第2號, 276면.

소추주의를 취하는 것으로 보아야만 할 이유는 없을 뿐더러, 무엇보다도 사인이 소추를 제기한 경우에 항상 소송계속이 발생해야만 하는 것도 아니라는 점¹⁴³⁾을 강조한다.

종래 형사소송법학의 이론적 발전 및 「형사소송법」의 개정에 큰 영향을 끼친 것으로서 당사자주의의 이념 및 적정절차의 이론을 들 수 있다. 그런데 국가소추주의를 전제로 하는 당사자주의의 이론은 “검사가 강력한 관료기구라는 점을 시인하는 한편, 당사자소송을 강조해서 검사에게 적정절차에 대한 잠재적 침해자의 성격을 부여할” 위험의 소지가 있다는 지적¹⁴⁴⁾도 있다. 나아가, 당사자주의의 이념 내지는 적정절차의 이론은 본래 국가소추주의와는 정합성을 가지지 않기 때문에 당사자주의가 국가소추주의를 전제로 하는 때에는 해결할 수 없는 모순을 초래한다는 지적¹⁴⁵⁾도 있다. 바꾸어 말하면, 범죄와 형벌이 개인과 개인의 관계에 관한 문제가 아니라 국가의 관심사이므로 형벌권은 국가에 속하고 따라서 범죄자의 처벌에 관해 재판을 청구하는 형사소추권도 국가에 속하는 것을 의미하는 국가소추주의는 당사자주의의 관점과는 맞지 않다고 한다. 이러한 사고방식은 무엇보다도, 범죄의 많은 경우가 특정 또는 불특정 시민의 생명·신체·재산·명예 등에 대한 부당한 침해를 내용으로 하고 있으며, 시민의 이해관계와는 무관하게 국가의 이익을 직접 침해하는 행위는 실제의 형사소송에서는 거의 문제되지 않는다는 점에서 출발한다. ‘범죄는 개인과 개인의 관계에 관한 문제가 아니라 국가의 관심사’라고 단언하기 위해서는 개인의 이해관계를 초월하는 국가이익의 존재가 전제되어야 할 것이라고 한다. 즉, 범죄를 오로지 국가의 관심사로만 이해하

143) 영국의 경우를 보더라도, 경찰의 공무에 관한 범죄를 소추하기 위해서는 법무총재^{Attorney General} 등의 동의가 요구되고, 법무총재^{Attorney General}는 소추의 취하^{nolle prosequi}를 통해 절차를 정지하는 권한을 가지고 있다. 그 때문에 경찰의 직권남용죄에 대한 제재수단으로서의 사인 소추에 대해서는 비판론도 있다(John Harrison, *Police Misconduct: Legal Remedies*, 1987, p.61 et seq.).

144) 松尾浩也, 刑事訴訟の原理, 1974, 262면.

145) 鯉越溢弘, 刑事訴追理念の研究, 2005, 1면 이하.

는 것은, 형사법의 존재근거를 국민을 초월하는 국가의 이익, 가령 절대 전제군주의 이익이 모든 가치에 우선하는 것으로 보면서 그러한 국체의 보호·유지를 추구하는 형사절차에서만 가능하다고 한다. 국민주권의 원리에 기초하는 현행법 하에서 그와 같은 사고방식이 곤란한 것은 물론이다. 이러한 관점에서 국가소추주의의 이념이 현행법의 원리와 모순되는 것은 아닌지에 관해서 의문을 가지는 것은 형사절차의 존재방식 내지 기본구조를 구상하는 경우에 큰 의미를 가지고 있다고 한다.

책임연구보고서 2010-10

외국의 경검 협력제도에 대한 연구

2010년 9월 30일 발행

발행인 : 이 중 우

발행처 : **치안정책연구소**

경기도 용인시 기흥구 연동1길 29

홈페이지 : www.psi.go.kr

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며
치안정책연구소 공식견해가 아님을 밝혀둡니다.



POLICE SCIENCE INSTITUTE