

검찰에 대한 민주적 통제와 검찰개혁의 과제

이 호 중*

목 차

I. 서론

II. 검찰개혁의 기본방향

III. 검찰인사제도의 개혁방안

IV. 검사동일체원칙의 폐지

V. 법무부장관의 수사지휘권의 폐지

VI. 검사의 기소권에 대한 통제 - 시민참여를 통한 통제시스템의 마련

VII. 사법과거청산과 검찰의 역할

VIII. 맺음말

I. 서론

검찰의 권한은 실로 막강하다. 우리나라의 검찰은 수사권과 공소제기권 및 불기소처분으로 사건을 종결할 수 있는 권한을 독점적으로 가지고 있다.¹⁾ 그러면서 검찰은 검사동일체원칙에 의하여 견고한 관료적 계층조직을 형성하고 있어, 시민의 눈에는 검찰이 권위적이고 폐쇄적인 엘리트집단으로 비춰지고 있다. 검찰의 막강한 권한과 조직의 폐쇄성으로 말미암아 검찰의 여러 결정이나 처분은 시민사회의 법담론을 담아내고 시

* 서강대 법대

- 1) 물론 검사의 기소독점주의가 100%독점은 아니다. 경찰청장이 가진 직결심판청구권은 기소독점주의에 대한 예외가 된다. 그리고 2007.6.1. 개정된 형사소송법(법률 제8496호, 2008.1.1. 시행)은 법원이 재정신청을 인용할 때에는 검사에게 공소제기명령을 하는 것으로 변경하였는데, 종래 형사소송법은 법원이 재정신청을 인용하는 경우 직권기소의 방식을 취하고 있었던 바, 종래의 직권기소도 기소독점주의에 대한 예외로 취급될 수 있다. 형사절차의 전 과정에서 볼 때 이러한 기소독점주의의 예외는 매우 부분적으로만 기능하는 수준에 불과하다.

민사회와 소통할 수 있는 통로를 거의 가지고 있지 않다.

사실 과거의 군사독재시절부터 최근에 이르기까지 검찰개혁의 핵심은 정치권력의 영향으로부터 검찰의 중립성과 독립성을 확보하는 문제에 두어졌다.²⁾ 준사법기관의 지위를 부여받은 검사 개개인이 “공익의 대표자”(검찰청법 제4조)로서 검찰권을 공정하게 수행하기 위해서는 정치권력으로부터 독립성이 확보되어야 한다는 명제가 최근까지 검찰개혁을 이끌어 왔다. 그동안 “권력(정권)의 시녀”라는 국민적 비판에 직면하여 검찰의 정치적 중립성을 확보하기 위한 방안으로 검찰총장임기제의 도입(1988년), 검찰총장 인사청문회제도의 도입(2003년), 검찰인사위원회의 심의기구화 및 검사자격심사위원회의 도입(2004년), 검사동일체원칙의 완화(2004년) 등이 이루어졌으며, 정치권력에 대한 국민의 감시와 사회 전반의 민주화, 인권의식의 성장 등으로 이제는 검찰이 정치권력의 외압에서 벗어나 비교적 공정하게 업무를 수행할 가능성은 과거에 비하여 상당히 높아졌다고 평가할 수 있다.

그러나 검찰의 정치적 중립성 확보는 검찰개혁의 기본적인 전제 내지 일면에 불과할 뿐 결코 전부가 될 수 없다. 2003년 초 노무현대통령과 검사와의 대화, 그리고 2005년 10월 법무부장관의 수사지휘권을 둘러싸고 전개된 법무부장관과 검찰과의 대립 등에서 나타난 일련의 사태를 보면, 검찰의 중립성이 마치 검찰의 권한행사에 대하여 외부의 어떠한 통제도 있어서는 안 된다는 식으로 왜곡되는 현상마저 보이고 있다. 이는 검찰의 중립성과 독립성의 명제 뒤에서 사실상 검찰조직이 하나의 강고한 관료권력으로 성장하고 있음을 엿볼 수 있는 대목이다.

이제 검찰개혁의 화두는 검찰의 중립성과 독립성 확보라는 차원을 넘어, 검찰의 민주화라는 지향점을 명확히 할 필요가 있다. ‘검찰의 민주화’ 내지 ‘민주적 검찰개혁’이란 국민의 직접적인 참여와 통제를 통해 검찰권 행사에 대하여 민주주의 원리를 구현하는 것을 의미한다. 그럼으로써 검찰의 수사권과 공소권의 남용을 억제하고 그것을 민주적 사법정의를 실현하는 프로세스로 구축하는 것이 검찰개혁의 기본적인 과제라고 말할 수 있다.

정치적 외압으로부터의 독립이라는 명제도 엄밀히 말하면 검찰권에 대한 국민의 민

2) 이러한 요청은, 한인섭, “한국검찰의 정치적 중립성: 풀리지 않는 숙제”, 「권위주의 형사법을 넘어서」, 동성사, 2000, 63-103면; 허일태, “검찰중립화방안: 검찰권행사의 공정성 담보를 위한 대책”, 동아법학 제30권 2002, 1-20면 참조.

주적 통제가 확립될 때 비로소 그 진정한 가치를 구현할 수 있을 것이다. 지금과 같은 폐쇄적이고 엘리트주의에 함몰된 검찰조직에서는 설사 정치적 중립성을 어느 정도 확보한다고 하더라도 그 실체는 매우 허약할 수밖에 없을 뿐만 아니라, 정치적 중립성이라는 미명 하에 검찰권이 더욱 폐쇄적이고 독선적인 관료권력으로 강화될 수 있는 위험을 안고 있기도 하다. 이렇게 볼 때 진정으로 중요한 검찰개혁의 과제는 검찰권에 대한 국민의 참여적 감시와 민주적 통제를 강화하는데 초점을 두어야만 한다.

지난 4년여 전부터 진행되고 있는 사법개혁의 과정에서 사법개혁위원회(2003.10.~2004.12.)와 사법제도개혁추진위원회(2005.1.~2006.12.)는 형사절차의 개혁에는 어느 정도의 성과를 보였지만, 위와 같은 문제의식과 이를 뒷받침하는 제도개혁에 대해서는 상대적으로 무관심했던 것이 사실이다. “국민의 사법참여”³⁾를 사법개혁의 중요한 개혁 과제로 설정하였음에도 불구하고, 그 실현방안에 있어서는 오로지 국민의 재판참여, 즉 배심제 내지 참심제의 도입에만 초점을 맞추었다.⁴⁾ 그간의 사법개혁 논의에서 국민의 참여를 통하여 검찰권의 적정한 행사를 도모할 수 있는 제도적 개혁방안을 전혀 모색하지 않았다는 점은 매우 안타깝고 우려스러운 대목이다. 이하에서는 국민의 사법참여와 사법권에 대한 민주적 통제의 관점에서 검찰개혁의 과제를 살펴보고자 한다.

II. 검찰개혁의 기본방향

1. 검찰의 중립성과 독립성의 진정한 의미

검찰의 중립성이라고 하면 흔히 정치적 중립성, 즉 정치권력으로부터의 독립을 의미하는 것으로 이해되어 왔다. 그동안 정치권이나 고위공직자에 관련된 범죄사건이 발생하면 축소수사·은폐수사 논란이 끊이지 않았던 현실이 이를 웅변해 준다. 1997년에는 「검찰청법」을 개정하여 검사의 정치적 중립의무를 새로이 규정하기도 하였다(제4조 제2항).

흔히 준사법기관이라 불리는 검사는 「검찰청법」에 의하여 법원에 준하는 신분보장을 받고 있다. 그렇지만 검사는 법무부에 소속된 행정관청이며, 현재 검사동일체원칙에 의

3) 사법개혁위원회 「사법개혁위원회 최종건의문」 V. 국민의 사법참여(27-33면) 참조.

4) 배심제와 참심제를 혼용한 형태의 국민참여재판에 관해서는, 사개추위가 마련한 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」이 2007.6.1. 공포되었고(법률 제8495호), 2008년 1월 1일부터 시행될 예정이다.

하여 검찰총장을 정점으로 하는 상명하복관계에 있기 때문에 법관에 비하여 정치적 독립의 요청에 취약할 수밖에 없다.

정치적 독립성과 관련해서는, 지난 2005년 10월 동국대 강정구 교수의 국가보안법위반사건에 대하여 당시 법무부장관의 불구속 수사지휘로 인해 발생한 법무부장관과 검찰조직의 대립사태를 유념해 볼 필요가 있다. 구체적 사건에 대한 법무부장관의 지휘감독권은 「검찰청법」 제8조⁵⁾에 규정되어 있는데, 당시 검찰에서는 법무부장관이 그동안 개별적인 사건에 대하여 수사지휘권을 행사한 전례가 없다는 점을 들어 강력하게 반발한 바 있다. 그 과정에서 검찰은 정치인인 법무부장관이 개별적인 사건에 대하여 지휘한다는 것은 검찰의 정치적 중립성을 훼손하는 행위라고 주장하면서 검찰총장이 장관의 수사지휘권에 저항하는 의미에서 총장직을 사퇴하는 것으로 종결되었다. 이 과정에서 검사들이 검찰총장에게 기대한 것은 다름 아닌 검찰조직에 대한 수호자의 역할이다.

검찰의 정치적 중립성을 확보하는데 있어 검찰총장이라는 상징적 지위는 매우 중요한 문제였다. 그동안 검찰총장의 임기제와 인사청문회제도를 도입한 것은 검찰총장을 중심으로 굳건한 지휘체계를 정립하는 것이 검찰을 정치적 외풍으로부터 지켜줄 수 있을 것이라는 기대 때문이었다. 하지만 이러한 과정에서 ‘검찰의 중립성과 독립’이라는 명제는 검찰에 대한 외적 통제를 거부하는 식으로 검찰 내부 구성원들의 폐쇄적인 집단방어논리로 변질된다. 가뜩이나 검찰에 대한 시민사회의 민주적 통제시스템이 전무한 현재의 상황에서 이는 궁극에는 검찰을 폐쇄적인 권력기관으로 성장하도록 돕는 결과가 될 것이다.

이제 검찰의 중립성 내지 검찰권 독립의 의미를 되새겨 볼 필요가 있다. 김도현 교수는 법관인사제도의 개혁을 논하면서 “사법권 독립은 자체로서 궁극적 이념이기 때문이 아니라 시민들로부터 정당성을 획득하기 위한 하나의 제도적 장치이기 때문에 필요하다”⁶⁾고 설명한 바 있다. 이 말은 검찰권에 대해서도 그대로 타당하다. 모든 국가권력이 그러하듯이, 검찰권 역시 시민들의 지지와 신뢰를 확보하지 못한다면 검찰의 권력은 정당성을 상실한 적나라한 폭력과 다를 바가 없게 될 것이다. 다만, 검찰은 국민

5) 「검찰청법」 제8조 法務部長官은 檢察事務의 最高 監督者로서 一般的으로 檢事を 指揮・監督하고, 구체적 事件에 대하여는 檢察總長만을 指揮・監督한다.

6) 김도현, “사법개혁과 법관인사제도—정당한 사법권력의 창출을 위하여—”, 민주법학 제29호, 2005, 71면.

에 의한 선출기관이 아니기 때문에 검찰권력의 정당성은 중립성을 매개로 하여 관련 당사자와 시민들의 승인을 얻음으로써 비로소 획득될 수 있을 것이다. 결국 검찰권의 독립이나 검찰의 중립성의 명제는 검찰의 권력적 작용이 시민들의 승인과 정당성을 획득하기 위한 전제조건 중의 하나로 이해될 때 비로소 그 올바른 자리매김이 가능하다.

오늘날 검찰에 대한 국민적 불신이 크다고 말할 때, 그것을 오로지 검찰권행사의 정치적 중립성이나 독립성의 문제로 귀결시키는 것은 맹목적이며 매우 위험한 발상이다. 보다 본질적이고 중요한 문제점은 검찰조직이 시민사회의 적절한 견제와 민주주의적 통제를 받지 아니한 채로 하나의 거대한 독자적인 권력기관으로 변모해 왔다는 점이며, 오늘날 검찰이 국민적 신뢰기반과 정당성을 상실하게 된 진짜 배경은 바로 검찰의 폐쇄적 권력기관화의 경향에 있다.

2. 폐쇄적 관료권력으로서 검찰권에 대한 통제 필요성

이제 검찰의 관료권력화의 경향에 눈을 돌려 보자. 상명하복관계를 근간으로 하는 검찰은 철저하게 위계화된 관료조직이다. 관료적 폐쇄성을 바탕으로 검찰총장과 고위 간부들은 손쉽게 검찰조직을 장악하면서 정치권력의 필요에 충직하게 화답할 수 있었다. 그렇기 때문에 최근까지 검찰개혁의 화두는 검찰의 정치적 중립성 확보에 그 초점이 맞춰져 있었다. “권력(정권)의 시녀”라는 국민적 비판에 직면하여 검찰의 정치적 중립성을 확보하기 위하여 검찰총장임기제와 검찰총장에 대한 인사청문회를 도입하였는데, 이러한 개혁방안은 검찰조직 피라미드의 꼭지점에 있는 검찰총장의 역할과 그에 대한 기대가 특별히 중요하다는 점을 반영하는 것이었지만, 이는 아이러니컬하게도 검찰이 시민사회와 소통하지 않는 폐쇄적인 권력집단으로 성장하게 된 배경이 되었다.

이러한 현상은 외형적으로만 보면 검찰조직이 정치적인 중립성을 상당부분 확보한 것처럼 보이게 한다. 그러나 정치적 중립성의 명제 뒤에서 폐쇄적이면서 강력한 권한을 가진 검찰은 이제 하나의 거대한 권력기관으로 성장해 왔다는 점을 주목할 필요가 있다. 이는 검찰이 정치권력에 종속된 과거의 오명에서 벗어남과 동시에 정치권력 및 자본과 보다 은밀한 방식으로 거래하고 유착하게 되는 현상으로 발전될 수 있기 때문이다. 삼성과 같은 거대재벌이 장학금이나 떡값의 명목으로 치밀한 작업을 통해 검찰조직을 ‘관리’하는 사태⁷⁾는 바로 이러한 현상을 대변해 준다.

잠시 검찰권의 사회적 의미에 대하여 살펴보기로 한다. 형사사건의 경우에 사건의 실체가 종국적으로 법원에서 판명된다는 것은 진실이 아니다. 실제 사건의 실체를 규정짓는 역할은 많은 경우에 검사의 몫이다. 오히려 검사의 역할에 비하면 법원의 역할은 매우 소극적이다. 기소편의주의가 적용되는 우리의 형사절차에서 검사는 모든 형사 사건에 대하여 기소유예 등 불기소처분으로 사건을 종결할 수 있는 권한을 가지고 있으며,⁸⁾ 최근 들어서는 대검찰청 지침의 형태로 조건부 기소유예⁹⁾를 적극적으로 활용함으로써 기소유예의 활용폭을 더욱 넓혀가고 있는 추세에 있다. 사건을 기소하는 경우에도 공소사실을 특정하고 적용법조를 정하는 것은 일차적으로 검사의 판단이다. 약식기소할 것인가 정식재판으로 기소할 것인가에 대한 판단도 일차적으로 검찰의 몫이다. 형사소송법상 일죄의 일부에 대한 공소제기도 허용되며, 공판절차가 진행되는 도중에 추가기소하거나 공소장을 변경하는 것도 검사의 역할이다. 법원은 검사에게 공소장의 변경을 요구할 수는 있지만 공소장을 변경할 권한은 없으며, 불고불리의 원칙상 공소장에 기재된 공소사실에 대하여만 심판할 수 있을 뿐이다. 뿐만 아니라 검사는 제한없이 공소를 취소할 수 있는 권한을 가지고 있다.

이처럼 형사사건의 실체를 규정짓는데 있어서 검사의 막중한 역할을 고려하면, 검사는 단순히 피고인과 대립되는 소송당사자의 지위를 가지는데 불과한 것이 아니라 형사사범에 관한 한 범담론과 법집행의 “주도적인 생산자”의 지위를 가지고 있다.

이러한 시각에서 검찰권을 바라보면, 노골적인 편파수사나 축소수사의 사례들은 오

7) 2005년의 소위 “X파일 사건”은 정치권력과 자본 그리고 검찰권력 간의 관계가 변화하고 있음을 감지할 수 있는 사건이다. X파일 속에는 삼성그룹의 고위층에서 검찰 고위간부에게 주기적으로 떡값을 제공하였다는 내용이 담겨 있다고 한다. 2007년 10월 현재 X파일의 내용을 폭로한 노회찬의원에 대한 재판이 진행 중이며, 떡값 제공이 사실인지는 불명확하다. 하지만 X파일에서 주목해야 할 것은 당자자로 지목된 검찰 고위간부들이 삼성으로부터 몇값 명목의 금품을 받았는가 여부가 아니다. 과거 자본과 검찰권은 정치권력에 대하여 종속적 관계에 있었지만, 민주화가 진척됨에 따라 자본과 검찰권력은 정치권력으로부터 상당한 정도의 독립성을 확보한 상황에서, 이제는 삼성으로 대표되는 자본이 새로이 검찰권력을 제어하고자 사도하는 상황으로 나아가고 있다는 점이 X파일 사건의 핵심이다.

8) 2005년 통계를 보면, 전체 범죄사건의 기소율은 51.9%(전체 사건 1,965,571건 중 1,021,030건)이었으며, 특히 구공판율은 5.3%(103,948건)에 불과하였다. 법무연수원, 『범죄백서 2006』 (2006.12.) 162면 <표 II-4> 참조.

9) 조건부 기소유예의 허용여부에 대해서는 부정설과 긍정설이 대립하고 있는 가운데, 검찰에서는 소년법에 대한 선도조건부 기소유예, 경미사범에 대한 보호관찰선도조건부 기소유예, 마약사범에 대한 치료조건부 기소유예, 성매매사범에 대한 교육조건부 기소유예(일명 존스쿨 제도) 등을 실시하고 있다. 조건부 기소유예의 도입에 관한 일반론으로는, 이진국, “조건부 기소유예의 도입에 관한 검토”, 형사정책연구 제15권 제1호, 2004, 68-86면 참조.

히려 지엽적인 문제로 치부할 수 있다. 어떠한 사회적 사실을 형사사건화할 것인가 여부, 그리고 그 사건을 어떠한 범죄로 규정지를 것인가 여부를 주도적으로 결정하는 것이 검찰권의 핵심이며, 검찰은 이러한 권한을 통하여 사회적 사실을 “정의(define)”하는 막강한 권력기관이다. 박종철사건을 살인이 아니라 고문치사죄로 형상화하는 것, 전경들이 각목으로 무차별 구타하여 사망한 강경대사건을 살인죄가 아니라 상해치사죄 정도로 의율하는 것, 노동분쟁이나 시민단체의 집회·시위에 국가보안법을 적용하여 정치적 사건으로 변질시키는 것 등이 검찰이 지닌 권력의 살아 있는 모습이다. 기업의 구조적인 비리사건에 대해서도 국가경제에 이바지한 공로를 높게 쳐주는 담론을 형성하는 것,¹⁰⁾ 그리고 반대로 국가경제를 망친다는 이유로 노동조합의 파업에 대하여 엄격한 법적 잣대를 형성하는 것¹¹⁾도 검찰의 권력작용이다.

이처럼 법담론과 법적용에서의 검찰권력작용은 정치권력 및 자본권력과 구조적인 유착관계를 형성하는 방향에서 우리의 일상적인 생활의 단면들을 보이지 않게 규격화하고 통제하는 권력으로 기능하고 있다는 점에 주목해야 한다.

3. 시민사회와 소통하는 민주화된 권력기관으로

이렇게 보면 검찰권력에 대한 통제의 문제는 단순히 법적용의 공정성을 기하도록 하고 합법성을 강화하는 문제로 한정되어서는 안 된다. 진정한 검찰개혁의 과제는 시민사회의 법적용의 정당성에 대한 요구가 적절하게 수용되고 검찰의 권한행사가 시민사회의 참여에 의하여 민주주의적 방식으로 제어되도록 하는 데에 있다. 이렇게 함으로써만 검찰권의 사유화, 그로 인한 검찰권력과 정치권력 및 자본과의 유착관계를 적절히 통제할 수 있으며, 이를 통해서만 진정한 의미에서 검찰권의 공정성과 정당성을 확보하는 길이 열리게 된다.

지금까지 검찰개혁의 논의과정을 보면 이러한 문제의식과 개혁방향이 본격적으로 심도있게 논의되지 못했다는 느낌이 든다. 이는 검찰의 정치적 중립성을 확보해야 한다

10) 재벌 대기업의 횡령·배임죄의 양형을 분석한 경제개혁연대의 「우리나라 법원의 화이트칼라범죄 양형분석(2007.8. 21.)」 보고서에 따르면, 범죄유형별 1심 재판에서의 집행유예 선고 비율(2000-2005년 평균)은 ▲ 절도·강도 47.6%(2000년의 경우, 강도를 제외한, 절도만의 집행유예 선고 비율은 51.3%), ▲ 형법상 횡령·배임죄 41.9%, ▲ 특가법 위반죄 전체 47.5%인데 비하여, 주식회사 이사 등 화이트칼라 범죄 피고인들의 1심 재판에서의 집행유예 선고 비율은 71.1%로 나타났다고 한다.

11) 노동조합의 쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용의 문제점은, 이호중, “노동쟁의와 형법-쟁의행위에 대한 형법의 판단구조”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 2006, 649-664면 참조.

는 과제가 그간의 역사에서 너무나도 시급하고 절실한 과제였기 때문이기도 하다. 그러나 다른 한편으로 그간의 사법개혁에서 검찰의 수사권과 기소권에 대한 통제에 있어서 법원에 의한 통제시스템을 마련하는 방안(예를 들어, 구속에 대한 법원의 실질적인 개입과 통제, 소위 ‘조서재판’의 현실에 대한 공판중심주의 개혁, 재정신청의 확대, 특별수사기구의 설립문제 등)이 전면에 부각되었던 것은 형사사법체계의 효율성을 전제로 하여 전문적인 법조집단 간의 견제와 균형의 원리가 강조되었던 탓도 크다. 그러나 이러한 개혁논의 구도만으로는 검찰권의 공정성과 정당성을 확보하는데 한계가 있게 마련이다. 개혁논의가 법조전문가 중심의 담론으로 고착됨으로써 시민사회의 법담론 및 공정한 법집행에 대한 요청과 괴리되어 있다면, 우리는 검찰권력에 대한 개혁을 결코 성공리에 달성할 수 없을 것이다.

III. 검찰인사제도의 개혁방안

1. 검사 인사제도

1) 현황과 문제점

「검찰청법」에 따르면, 검사의 임명 및 보직은 법무부장관의 제청으로 대통령이 행하며 이 경우 법무부장관은 검찰총장의 의견을 들어 검사의 보직을 제청한다(제34조 제1항). 그리고 검사의 임용·전보 그 밖의 인사에 관한 중요사항을 심의하기 위하여 법무부에 검찰인사위원회를 두고 있다(동법 제35조).

2004년 1월 20일 「검찰청법」 개정으로 검찰인사제도에 관하여 부분적인 개선이 이루어졌다. 「검찰총장, 고등검사장, 검사장, 검사」로 되어 있던 검사의 직급을 「검찰총장과 검사」로 단순화하였으며, 종전 법무부장관에 대한 자문기구에 불과하였던 검찰인사위원회의 위상을 강화하여 심의기구로 한단계 격상하였다.

검찰총장을 제외한 검사의 직급을 공식적으로는 일원화하였다고 하더라도, 검찰에 서열중심의 계층구조는 여전히 막강하게 구축되어 있는 것이 현실이다. 검사—수석검사—부부장검사—부장검사—차장검사—검사장—고등검사장—검찰총장으로 이어지는 서열구조는 사실상의 직급체계를 매개로 한 피라미드식 계층구조를 형성하고 있다.

이러한 검찰인사시스템은 검사동일체원칙과 결합하면서 검찰조직을 폐쇄적인 관료집

단으로 성장시키는 밑바탕이 된다는데 문제의 심각성이 있다. 검사의 임명자격은 “사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 마친 자와 변호사의 자격이 있는 자”로 규정되어 있지만(검찰청법 제29조), 검찰의 인사시스템에서 신입검사의 대부분은 사법연수원을 갓 졸업한 사람으로 채워지며 사법시험의 성적과 연수원 성적에 따라 검사임용이 결정되는 것이 현실이다.¹²⁾ 뿐만 아니라 임용 후 검사의 보직도 연수원기수와 임용당시의 성적이 업무능력보다도 결정적인 기준으로 작용하고 있다.

위계화된 서열과 승진의 인사구조는 검사 개개인이 단독관청으로서 법률과 양심에 따라 소신있게 검찰권을 행사하도록 독려하는 것이 아니라, 권위적이고 폐쇄적인 조직논리와 관행에 무비판적으로 순응하게 만듦으로써 검찰조직의 폐쇄적 권력기관의 성격을 강화하는 기제로 작용한다는 점에 문제의 심각성이 있다. 이러한 인사시스템의 통제구조는 검사동일체원칙이 작동하는 것과는 다른 차원에서 이루어지는 것이며 이것이 검사동일체원칙과 결합함으로써 검찰의 관료적 권력을 한층 강화하는 메카니즘을 형성하게 되는 것이다.

한편, 이미 제도화되어 있는 검찰인사위원회는 검찰인사의 폐쇄성을 극복하고 공정성을 강화하고자 하는 애초의 취지에도 불구하고 실제로는 그와 같은 기능을 거의 수행하지 못하고 있는 형편이다. 그 이유로는 다음의 몇 가지를 지적해 볼 수 있다. 첫째, 검찰인사위원회의 위원구성의 문제이다. 검찰인사위원회규정에 따르면, 검찰인사위원회는 위원장을 포함하여 7명 이상 9명 이내의 위원으로 구성되고, 위원은 “검사 중에서 법무부장관이 지명하는 자, 대한변호사협회 또는 법학교수단체가 추천하는 자와 인사행정에 관한 학식과 경험이 풍부한 자 중에서 법무부장관이 위촉하는 자”로 구성된다(동 규정 제2조). 그리고 법무부장관이 위촉하는 외부위원은 2명 이상이 포함되어야 한다고 규정되어 있다. 이러한 위원회 구성에서는 위원의 대다수가 법무부장관이 지명하는 검사로 채워지고 외부위원도 법무부장관이 위촉하기 때문에 실질적으로는 법무부장관이 검찰인사위원회의 결정권을 장악함으로써 검찰인사위원회가 형식적인 기구로 전락하게 되는 문제가 있다. 둘째, 검찰인사위원회는 “1. 검찰인사행정에 관한 기본계획의 수립 및 검찰인사관련법령의 개폐에 관한 사항, 2.검사의 임용·전보의 원칙과 기준에 관한 사항, 3. 그 밖에 법무부장관이 심의를 요청하는 인사에 관한 사항”을 심

12) 김희수, “검찰인사 개혁방안”, 민주적 사법개혁을 위한 국민연대 엮음, 『사법개혁의 길』, 필맥, 2006, 230면.

의할 권한을 가지고 있는데(동규정 제7조), 단순한 심의권만으로는 법무부장관 및 대통령의 인사권에 대한 효과적인 견제기능을 수행하는데 한계를 지니게 된다.

2) 개선방안

(1) 법조일원화 시스템의 구축

법조일원화는 통상 법관임용제도의 개선과 관련하여 거론되고 있다. 사법개혁위원회는 최종건의문에서 법조일원화 대책으로 법관임용시 5년 이상 변호사, 검사 기타 영역에서 법률사무에 종사한 경험이 있는 사람으로 임용하도록 하고 우선 2012년까지 적어도 신규 임용법관의 50%를 5년 이상의 법조경력자 중에서 선발하는 방안을 건의한 바 있다.¹³⁾ 이에 대하여 대법원은 2006년부터 단계적으로 변호사 등의 임용규모를 확대하여 2012년까지는 신규 임용법관의 50%를 5년 이상 경력을 지닌 변호사 중에서 임용할 계획을 밝혔다.

법조일원화는 비단 법관임용에만 적용되는 것은 아니며 그렇게 볼 이유도 없다. 법조일원화의 근본취지의 하나가 바로 검찰과 법원의 관료적 폐쇄성을 극복하는 데 있기 때문이다.¹⁴⁾ 변호사나 판사 등 다른 법조직역에 종사하지 않은 채로 곧바로 검사로 임용되는 현재의 검사임용구조는 검사에게 요구되는 기본적 자질을 검증할 수 있는 기회를 박탈해 버린다는 문제를 안고 있다. 또한 사회에 대한 폭넓은 이해와 경험이 결여됨으로 말미암아 국민의 인권문제를 다루는 검찰업무를 기계적, 형식적으로 처리하게 될 위험도 상대적으로 클 뿐만 아니라, 초임 검사부터 차근차근 전보승진을 거듭함으로써 검찰의 상명하복식 서열구조에 무비판적으로 매몰되어 버릴 위험을 안고 있다. 이는 결국에는 검찰이 국민들의 다양한 목소리와 견해를 무시하고 국민들로부터 유리되어 철저한 엘리트의식으로 무장된 거대한 권력집단으로 변모하게 되는 단초가 된다.

그러므로 검찰이 국민들과 상호 소통하지 못하고 궁극에는 국민의 신뢰를 받지 못하게 되는 사태를 근원으로 방지하기 위해서는 검사의 임용방식을 개방적인 임용방식으로 탈바꿈할 필요가 있다. 법조일원화는 일정한 경력을 지닌 변호사 등을 판사나 검사로 임용하는 것이기 때문에 검찰의 서열화된 계층구조와 권위적인 조직문화를 해소하는데 커다란 도움이 될 것이다. 아울러 전관예우의 문제 역시 그러한 위계적 인사시스

13) 사법개혁위원회 「사법개혁위원회 최종건의문」(2004.12.), 13면.

14) 김도현, 앞의 글, 83면.

템에서 파생되는 것인 만큼 전관예우의 관행을 극복하는 첫걸음이 된다.

물론 검찰청법상 일정 기간 법조경력을 가진 변호사 중에서 검사를 임용하는 것은 현재에도 가능하다. 하지만 그 숫자는 지극히 미미한 수준에 불과하며 전체적으로 검찰의 폐쇄적인 서열구조를 개선하는 데에는 거의 기여하지 못하고 있는 것이 현실이다. 이제 검찰도 법조일원화를 향하여 보다 적극적으로 나서야 할 것이다. 변호사활동을 통해 드러난 업무수행능력이나 전문성, 공익성, 인권감수성 등을 종합적으로 고려하여 검사임용제도를 개선하는 방향으로 나아가야 한다.

(2) 검찰인사위원회의 개혁방안

법무부장관과 대통령이 행사하는 검찰인사권이 불공정하고 편파적으로 행사된다면 검사의 업무의 공정성과 독립성을 보장하기 위한 여러 제도들이 사실상 무력화될 수 있다. 따라서 검찰인사에 있어서 법무부장관의 독단 내지 전횡의 가능성을 차단하고 공정한 독립기구를 통하여 검사의 업무능력과 자질을 충분히 검증하여 인사가 이루어질 수 있도록 하기 위하여 검찰인사위원회 제도를 대폭 개선해야 한다.

첫째, 검찰인사위원회의 위원 대부분이 법무부장관의 의중에 따라 구성되어 명목적인 기구로 전락해 버리는 검찰인사위원회를 개혁하기 위해서는 위원회의 인적 구성을 개편하는 것이 급선무이다. 그 방안에 대해서는 여러 가지 의견이 있을 수 있지만, 최소한 외부인사가 과반수 이상 참여하도록 함으로써 검찰인사위원회가 법무부 및 검찰로부터 독립하여 공정하게 인사심의와 의결을 할 수 있는 시스템이 되도록 해야 한다.

둘째, 검찰인사위원회의 인적 구성에 비법조인으로서 시민사회의 목소리를 대변할 수 있는 사람이 반드시 일정 비율로 포함되도록 해야 한다.¹⁵⁾ 외부위원으로 변호사나 법학교수 등 법률전문가만이 참여하는 구조는 바람직하지 않다. 일각에서는 검찰내부 사정을 잘 모르는 시민단체 대표 등의 외부인사가 위원으로 참여하는 것은 실질적인 인사검증에 기여하지 못할 가능성이 크고 반대로 인사청탁 등의 부작용이 초래될 수 있다는 점에서 반대하는 의견도 있다.¹⁶⁾ 그러나 외부위원 중 비법조인의 참여는 시민의 시각에서 검사의 자질과 공정한 업무처리의 능력을 검증한다는 의미를 지니고 있는

15) 하태훈, “검찰의 인사조직상의 독립성 확보과제”, 형사정책, 제14권 제1호, 2002, 21면; 김희수, 앞의 글, 233면.

16) 백광훈/신동일/이천현, “바람직한 검찰개혁의 방향”, 형사정책연구 제14권 제2호, 2003, 214면.

만큼, 검찰인사의 공정성과 투명성을 강화하기 위한 필수요소라고 보아야 할 것이다.

셋째, 검찰인사위원회를 의결기구로 하고, 검찰인사는 검찰총장의 추천을 받아 검찰인사위원회의 의결을 거쳐 법무부장관의 제청으로 대통령이 최종적으로 명하는 방식으로 하여 검찰인사위원회의 기능을 실질화할 필요가 있다. 현재의 심의기구의 형태에서는 검찰인사위원회가 심의·의결한 사항에 대하여 법무부장관이 구속되지 않을 뿐만 아니라, 회의의 비공개 규정(검찰인사위원회규정 제4조)으로 인하여 회의내용이 공개되지 않기 때문에 도대체 검찰인사위원회에서 어떠한 심의가 이루어졌는지 알 길이 없다. 이러한 상황에서는 총체적으로 검찰인사위원회의 인사견제기능이 무력화될 수밖에 없다. 검찰인사위원회가 명목적인 들러리기구로 전락하지 않도록 하면서 검찰인사의 공정성 확보에 실질적으로 기여하도록 개혁하는 것이 중요하며, 이를 위해서는 검찰인사위원회의 심의·의결사항에 대해서는 일정한 범위에서 공개가 가능하도록 해야 하며, 심의·의결사항에 일정한 수준의 법적 구속력을 부여하도록 해야 한다.

다만, 검찰인사위원회를 의결기구로 하게 되면 법무부장관과 대통령의 인사권을 침해하는 문제, 공정하고 중립적인 인사가 위원회를 구성하도록 하는 검증절차가 없어 오히려 검찰인사의 공정성을 해칠 수 있다는 문제제기¹⁷⁾는 경청해야 할 것으로 판단된다. 그러나 인사권침해의 문제는 검찰인사위원회의 운영의 묘를 기하여 어느 정도 극복할 수 있다. 예를 들어, 법무부장관의 인사안에 대하여 검찰인사위원회가 문제 있다고 판단하는 경우 이를 적시하여 인사안을 부결처리하고 그 의결사항을 법무부장관에게 통보하고 검찰인사위원회가 제시한 기준에 부합하는 새로운 인사안을 제출하도록 하여 의결하는 시스템으로 운영한다면 인사권침해의 문제는 최소화할 수 있을 것으로 판단된다.

2. 검찰총장 인사제도

현재 검찰총장의 임명절차에는 인사청문회제도가 적용된다. 검찰총장은 국회의 임명동의의 대상은 아니기 때문에 국회에서 의견서를 채택하는 정도로 청문절차가 끝나게 된다는 한계는 분명하게 존재한다. 게다가 국회의 인사청문회가 검찰 수장에 대한 대통령의 자의적 임명을 견제한다는 본래적 기능을 일정 정도 수행함에도 불구하고 실제 국회의 청문회에서는 검찰총장 후보에 대한 철저한 검증보다는 여야정당 간의 정치적

17) 김희수, 앞의 글, 232-233면; 백광훈/신동일/이천현, 앞의 글, 213면.

논란이 우선시되는 부작용이 존재하는 것도 사실이다.

이러한 인사청문제도의 한계를 보완하기 위해서 일응 “검찰총장후보 제청위원회”와 같은 방안을 고려해 볼 직하다.¹⁸⁾ 대법원에 대법관제청자문위원회가 구성되어 있는 것처럼, 대통령과 법무부장관의 자의적이고 독선적인 검찰총장 임명의 견제하는 장치를 두는 방안이다. 이 경우 검찰총장후보 제청위원회에서는 여러 경로로 추천된 인사에 대하여 철저하게 그 자질과 능력을 검증하는 절차를 마련해야 하며, 그 구성에 있어서도 비법조인이 다수 참여할 수 있도록 하는 것이 중요하다.

IV. 검사동일체원칙의 폐지¹⁹⁾

1. 검사동일체원칙의 의미

검사동일체원칙이란 모든 검사들이 검찰총장을 정점으로 하는 피라미드형 계층조직체를 구성하고 상명하복관계에 따라 일체불가분의 유기적 통일체로 활동한다는 원리를 말한다. 한편 검사는 「검찰청법」 제4조 제1항에 규정된 검사의 권한을 단독으로 처리하는 단독제 관청이기 때문에 검사 개개인은 고유한 독자적인 권한과 책임을 가지고 검찰사무를 수행한다. 검사동일체원칙은 검찰권 행사의 통일성과 연속성을 위하여 단독관청인 검사들을 하나의 통일체로 조직화하는 원리이다.

「검찰청법」 제7조 제1항은 “검사는 검찰사무에 관하여 소속 상급자의 지휘·감독에 따른다”고 규정하고 있다. 이는 전국의 검사들을 지휘복종의 통일적 조직체로 만드는 법적 근거가 된다. 검찰총장은 검찰청 공무원을 포괄적으로 지휘·감독하는 위치에 있으며(동법 제12조 제2항) 고등검찰청 검사장과 지방검찰청 검사장은 소속 검사들에 대한 지휘·감독권이 있기(동법 제17조, 제21조) 때문에 결국 이 규정들에 근거해서 검찰은 검찰총장을 정점으로 피라드미식 지휘복종체계를 구성하게 된다.

「검찰청법」 제7조 제1항은 1949년 검찰청법 제정 당시부터 “검사는 검찰사무에 관하여 상사의 명령에 복종한다”는 규정²⁰⁾으로 존재해 오다가 2004년 1월 동법 개정으로

18) 이러한 제안에 대해서는, 김희수, 앞의 글, 236면.

19) 이 부분은 필자, “검사동일체원칙의 철폐”, 민주적 사법개혁을 위한 국민연대 엮음, 「사법개혁의 길」, 필맥, 2006, 213-227면을 중심으로 다시 정리한 것이다.

20) 제정검찰청법(1949.12.20, 법률 제81호) 제11조 참조.

명령복종의 개념 대신에 지휘·감독이라는 개념으로 완화하였다. 그러나 이러한 용어순화로 검사동일체원칙이 폐기된 것은 아니다.²¹⁾ 다만, 2004년 1월 개정에서 의미있는 변화는 “검사는 구체적 사건과 관련된 지휘·감독의 적법성또는 정당성여부에 대하여 이견이 있는 때에는 이의를 제기할 수 있다”고 규정한 부분(제7조 제2항) 정도이다.

2. 검사동일체원칙의 빈약한 근거

통상 검사동일체원칙의 근거로 원용되는 것은 검찰권 행사가 전국적으로 균형을 이루게 하여 검찰권 행사의 통일을 기할 필요성, 전국적으로 통일된 수사망을 통하여 수사의 효율성을 기할 필요성이 있다는 점이다.²²⁾ 그러나 이러한 설명은 철저한 상명하복관계를 핵심으로 하는 검사동일체 원칙을 정당화하기에는 상당히 부족하다. 첫째, 개개 검사의 결정 간의 불균형이나 지역적 불균형 현상을 억제하고 전국적으로 통일된 기준에 의하여 검찰권의 균등한 행사를 도모하는 것은 철저한 상명하복의 지휘계통을 통해서가 아니라 공정한 사건처리지침을 마련하고 이를 투명하게 시행하는 것으로도 얼마든지 달성될 수 있다. 둘째, 전국적으로 통일된 수사망의 필요성을 거론하지만 이것 역시 각급 검찰청 및 부서 간의 긴밀한 공조체제를 마련하고 경찰과의 유기적인 수사협조체제를 통하여 달성할 수 있으며 굳이 검사의 상명하복관계가 필요한 이유라고 볼 수 없다.

국가기관으로서 검찰의 의사 통일성을 위하여 검사동일체원칙이 필요하다는 주장도 있다.²³⁾ 어느 기관이건 간에 어떤 문제에 관한 기관의 의사는 1개여야 한다는 것을 전제로 하여 검찰에서도 어떤 사건에 대하여 수사를 할 것인가 여부, 누가 수사를 담당할 것인가, 공소제기를 할 것인가 등 검찰권행사의 각 단계에서 의사결정이 대외적으

21) 2004년 검찰청법 개정 당시 제7조의 조문제목인 “검사동일체의 원칙”을 삭제하고 대신에 “검찰사무에 관한 지휘·감독”으로 규정하였다. 제7조의 개정에 대해 당시 일부 언론에서는 검사동일체 원칙을 폐지했다고 보도하기도 하였지만, 상급자의 지휘·감독권은 사건처리에 관한 지시나 명령의 권한을 의미하기 때문에 검사동일체 원칙의 본질적인 내용에 변화가 있는 것은 아니다. 2005년 12월 30일 공개된 정상명 검찰총장의 2006년 신년사에도 “검사동일체원칙에 따라 수사가 일사불란하게 진행될 수 있도록 지휘·감독체제를 재정비하여 주시기 바랍니다”라는 말이 나온다.

22) 이재상, 형사소송법, 2002, 87면; 배종대/이상돈, 형사소송법, 2004, 81면; 신양균, 형사소송법, 2000, 354면 등 학계에서 일반적으로 들고 있는 논거들이다.

23) 이완규, “검사동일체원칙과 관련된 몇가지 오해”, 형사정책연구소식 제78호(2003. 7/8월호), 한국형사정책연구원, 8면.

로는 1개로 통일되어야 하며 이는 상명하복관계에 의하지 않고서는 달성할 수 없다는 것이다. 하지만 누가 수사를 담당할 것인가, 공판관여는 누가 할 것인가 등은 검찰 내부적인 업무분담의 차원에서 문제될 뿐이며, 누가 사건을 담당하건 간에 담당 검사의 결정이나 소송행위가 대외적으로 법적 효력을 가지는 한 하나의 사건에 대해서는 1개의 의사만이 표출되는 것은 분명하다. 이 때 어떤 사건에 대한 검사의 결정이나 처분을 검사 개인이 아닌 검찰 조직의 의사로 표상하는가 여부는 전혀 중요한 문제가 아니다. 근본적으로는 검사 개개인의 결정과 처분을 굳이 검찰 조직 전체의 의사로 취급해야 할 필연적인 이유도 없거니와, 설사 그렇게 본다고 하더라도 이를 위하여 상명하복 관계가 전제되어야만 하는 것은 아니다.

형사절차에서 개개의 검사를 불가분의 일체로 취급할 법적 필요성 때문에 검사동일체 원칙이 필요하다는 견해도 있다.²⁴⁾ 공소관청인 검사는 하나의 사건에서 검사가 교체되더라도 혹은 수인의 검사가 결합한 경우에도 법적으로는 단일의 소송주체로 간주할 필요가 있기 때문이라고 한다. 이것은 1800년대 독일에서 검사동일체원칙을 탄생시킨 배경 중의 하나이다. 검사동일체원칙은 검찰 조직 자체를 1인의 검사처럼 활동하게 만들기 때문에 수사 및 공판절차에서 사건을 담당한 검사가 교체되더라도 그가 행한 행위의 소송법적 효과에는 영향을 주지 않는다. 그 결과 수사나 공판절차에서 검사가 교체되더라도 이미 진행된 수사절차와 공판절차를 갱신할 필요는 없다. 이것은 공판절차에서 판사가 경질되면 공판절차를 갱신해야 하는 것(형사소송법 제301조)과 다른 부분이다. 검사동일체원칙에 의하면 이런 설명은 자연스럽다. 그런데 검사동일체원칙이 없이는 과연 검사 직무의 대체가능성과 연속성을 확보할 수 없는가 라는 질문을 던져보면 그렇지 않다. 검사와는 달리 공판절차에서 판사의 대체와 연속성을 인정하지 않는 것은 동일성원칙이 적용되는가 아닌가의 차이 때문이 아니라 공판절차의 특징 때문이다. 구두변론주의와 직접주의 그리고 자유심증주의 때문에 새로 사건을 맡은 판사는 증거조사를 새로이 해야 할 필요가 있는 것이다.²⁵⁾ 반면에 검사의 경우 절차 중간에 교체되더라도 이전의 소송행위를 무효로 하고 다시 절차를 진행해야 할 필요성은 없다. 이는 변호인의 경우에도 마찬가지이다. 이러한 법적 효과의 차이는 공판절차상 법

24) 문준영, “검사의 법적 성격과 조직방식에 관한 논의의 비판적 고찰”, 민주법학 제26호, 2004, 189면.

25) 그러므로 판사가 교체된 경우 모든 공판절차를 갱신해야 하는 것도 아니다. 갱신이 필요한 공판절차는 실체형성행위에 한정될 뿐이다.

관의 실체형성의무 때문이지 동일체원칙이 적용되는가 라는 형식적인 기준에 의하여 좌우되는 것은 아니다.

이상에서 볼 때 검사동일체원칙이 반드시 필요하다는 근거를 발견할 수 없다. 필요성의 논거로 드는 여러 가지 것들은 검사동일체 원칙에 의존하지 않아도 충분히 해결할 수 있는 것들이다. 그럼에도 불구하고 검사동일체원칙이 그토록 애지중지되어 왔던 이유는 무엇인가.

3. 검사동일체원칙으로 인한 문제점

1) 정치적 영향에 대한 종속성 심화가능성

검찰은 원했던 그렇지 않았던 간에 과거 권력자의 하수인의 역할을 충실하게 수행해 왔다. 최근 재심에서 무죄판결이 선고된 인혁당재건위 사건이나 김대중 내란음모사건, 강기훈 유서대필사건 등을 보면, 검찰이 정치적 목적에 부응하여 사건의 조작에 얼마나 능수능란하였는가를 여실히 알 수 있다.²⁶⁾ 5·18 및 12·12사건에 대하여 검찰이 처음에 전두환, 노태우 등에 대하여 성공한 쿠데타는 처벌할 수 없다는 해괴한 논리로 불기소처분을 하였다가 국민의 저항에 부딪힌 후 공소제기로 방향을 선회한 것을 보면 그 변신에 놀라움을 금치 못할 정도이다. 다른 한편으로 정치인이나 고위공직자의 뇌물죄, 정치자금범죄, 선거범죄 등 수많은 권력형 비리사건의 수사과정에서 드러나듯이, 검찰은 권력집단의 편에 서서 사건을 은폐하고 축소, 왜곡하기도 한다. 정치권력이 연루된 각종 게이트사건마다 검찰의 수사를 신뢰할 수 없는 탓에 특별검사제가 도입된 적이 한두번이 아니었다. 또한 최근 삼성에버랜드 전환사채에 의한 불법증여사건을 둘러싸고 이진희 회장 일가에 대한 수사가 지지부진한 것은 재벌을 대하는 검찰의 기본적인 태도가 어떠한가를 단적으로 보여준다.²⁷⁾

이러한 정치적 종속성과 검찰권의 남용 현실은 검사동일체원칙과 일정한 상관관계를 맺고 있다. 두 가지 측면을 조명해 볼 수 있다.

26) 검찰과 법원의 정치사법의 실상 및 과거청산에 대해서는, 이재승, “정치사법과 과거청산”, 민주법학 제 29호, 2005, 19-47면 참조.

27) 이 사건에서 검찰은 수년간 수사를 하는 등 미적거리다가 2003년 12월 공소시효만료를 하루 남기고 에버랜드 이사진 두 명을 기소하게 된다. 반면에 검찰은 지난 5년간 이진희 회장과 이재용씨에 대한 수사를 제대로 진척시키지 않고 있다.

첫째, 검찰 실무에서는 정치적 사건이나 공안사건, 사회적 이슈가 되는 주요사건의 수사의 진행상황을 검찰총장, 더 나아가서는 법무부장관에게 속속 보고하는 체계를 갖추고 있으며, 이를 통해 구체적인 사건의 수사방향이나 처리에 대하여 검찰 고위간부들의 지휘가 이루어진다. 정치적으로 중요한 사건은 검찰총장이 직접 대검찰청에 배당하고 수사의 진척상황을 직접 챙기면서 수사를 지휘하기도 한다. 이러한 지휘방식으로 검찰권은 정치권력이나 지배계급의 요청에 쉽게 부응할 수 있는 구조를 갖추고 있다.

둘째, 철저한 상명하복관계에 기반하여 위계적 계층구조를 갖춘 검찰조직은 종국적으로는 검찰권을 검찰총장에게 독점시키는 구조인데, 검찰총장을 비롯하여 고검장이나 지검장 등 검찰 고위간부들은 현실적으로 정치적 영향을 받기 쉬운 지위에 있다는 점이다. 그것은 검찰조직 내 학습의 효과이기도 하고 승진의 매력포인트이기도 하다. 권력자의 입장에서 볼 때 검찰이 피라미드식 계층구조로 조직되어 있는 것은 검찰에 대한 권력적 통제를 훨씬 용이하게 해주는 것임은 분명하다.

2) 관료권력으로서 검찰의 권력기관화

정치권력으로부터 검찰권의 독립을 추구하는 것은 필요한 개혁과제이기는 하지만, 앞서 언급한 것처럼, 검찰의 관료적 폐쇄성이 타파되지 않는 한 그 개혁방향은 검찰이 제어되지 않는 권력기관으로 검찰권을 사유화하게 될 위험을 안고 있다. 지금과 같은 폐쇄적이고 엘리트주의에 함몰된 검찰조직에서는 설사 정치적 중립성을 어느 정도 확보한다고 하더라도 정치적 중립성이라는 미명 하에 검찰권이 더욱 폐쇄적이고 독선적인 방향으로 강화될 수 있다. 정치권력으로부터 검찰권의 독립성을 확보해야 한다는 명제는 검찰관료가 장악한 검찰권력이 지배계급 내 독자적인 권력기관으로 자리잡는 상황으로 귀결되고 있다. 이것 역시 검사동일체원칙이 근저에 있기에 가능한 현상이다.

검찰조직의 폐쇄성으로 인해 검찰의 법적용 및 법실현과정은 철저하게 국민의 시선과 통제로부터 차단되면서 검찰의 폐쇄적인 조직논리가 그 자리를 대신하게 된다. 유죄인정에 우선을 두는 태도는 그렇다 치더라도, 시민사회의 법담론과 괴리된 실정법만능의 사고,²⁸⁾ 지배권력에 너그러운 사건처리관행²⁹⁾ 등이 그 안에서 자라난다. 검사 개

28) “국가보안법이 있는 한 검찰은 집행해야 한다!”

29) “재벌의 비리를 다룰 때나 노동자의 파업을 다룰 때에, 그 방향은 다르지만, 검찰은 늘 국민경제를 걱정한다!”

개인은 독자적인 권한을 가진 단독관청이라고 하지만 철저한 상명하복관계와 인사시스템에 의하여 관료화된 검찰조직에서 검사는 폐쇄적 조직논리와 권위주의적 사고에 물들 수밖에 없다. 검찰조직의 정치적 중립이 강조될수록 역설적으로 검찰조직은 더욱 폐쇄적이고 비민주적인 ‘닫힌 권력기관’으로 성장하게 위험을 안고 있다. 그 역설을 가능케 하는 것이 바로 검사동일체원칙이다.

그렇다고 검찰권의 “관료적 독립”이 정치권력이나 지배계급으로부터 자유로워진다는 보장도 전혀 없다. 검찰조직을 장악한 고위관료들은 강력한 검찰권을 무기로 하여 정치세력이나 재벌 등 경제권력과 더욱 은밀하게 거래하고 야합하는 관계로 발전해 갈 가능성이 농후하다. 2005년 여름을 뜨겁게 달구었던 소위 ‘X파일’ 사건을 모두 기억할 것이다. 국정원의 불법도청테이프 중 일부 공개된 내용 중에는 삼성재벌과 검찰 간부들 간의 조직적인 커넥션을 보여주는 대목이 있음에 주목해야 한다.

3) 준사법기관으로서 검사의 위상과 검사동일체원칙 간의 모순

검사는 조직상 행정부에 소속된 행정기관인 것은 분명하다. 그렇지만 우리는 검사의 지위에 대하여 단순한 행정기관이 아니라 사법기관 내지 준사법기관이라고 말한다. 검찰권은 사법권과 밀접한 관계가 있으며 검찰권 행사는 형사사법의 운용에 중대한 영향을 미치기 때문에 사법권 독립의 정신은 검사의 직무수행에도 요구되어야 한다는 의미이다. 검사의 직무와 행위를 보아도 검사는 피의자·피고인의 인권을 보호하기 위하여 철저한 합법성의 제약을 받으며 수사와 공판절차에서 실질적으로 법원의 심판작용과 유사한 작용을 하기 때문에 검사에게 사법부에 버금가는 정도로 직무의 공정성과 적법절차의 준수를 요구하는 것은 무리가 아니다. 검사의 불기소처분이나 기타 결정에 대한 불복을 통상의 행정심판이나 행정소송이 아니라 재정신청제도(형사소송법 제260조)와 준항고(형사소송법 제417조)에 의하도록 한 것도 검사가 단순한 행정기관이 아니라 사법작용의 실행주체의 하나임을 반영한 것이다. 준사법기관론은 검사가 비록 행정부에 속한 공무원이라 할지라도 법원과 함께 형사사법체계의 중요한 한 축을 형성하는 만큼 일반 행정기관보다 강력하게 합법성 원칙, 적법절차의 원칙을 준수해야 하고 공정성과 중립성의 규범적 요청에 부응해야 한다는 것을 함축적으로 표현해 준다.

「검찰청법」 제4조에서 검사의 지위를 “공익의 대표자”로 규정하고, 형사소송에서 검사는 진실과 정의의 원칙에 따라 검찰권을 행사해야 하는 객관의무를 진다고 하는 것

이 이러한 준사법기관으로서의 지위를 반영하고 있다. 검사는 피의자·피고인에게 불리한 사실뿐만 아니라 유리한 사실도 주장하고 이를 위한 증거수집의 의무가 있으며, 진실과 정의의 원리에 따라야 한다는 의미에서 검사의 객관적무는 수사 및 공소제기 여부의 결정 등 검찰권의 각 행사단계에서 충실히 이행되어야 한다.³⁰⁾

「검찰청법」에서 검사에게 법관에 준하는 엄격한 자격요건과 신분보장을 규정하고 있는 것(검찰청법 제29조, 제37조)은 검사에게 준사법기관으로서의 공정한 직무수행을 위한 인적, 물적 토대를 보장하는 취지에서만 이해할 수 있다.

그런데 검사동일체원칙은 검찰에 폐쇄적인 관료조직원리를 투영하는 것이기 때문에 준사법기관으로서 검사에게 향하는 규범적 요청과 근본적으로 모순관계에 있다. 검사는 진실과 정의의 원칙에 입각하여 공정하게 검찰권을 행사해야 할 의무를 진다는 것이 준사법기관이라는 지위를 특징지우는 것인 반면에, 검사동일체원칙은 행정기관으로서의 유기적 통일성에 입각하여 검사들을 서열화하고 상명하복관계로 계층화하는 조직원리이다. 검사동일체원칙과 이를 토대로 한 검찰관료조직의 폐쇄적이고 권위주의적인 문화와 업무관행은 검사 개개인의 준사법기관으로서의 독자적 지위를 유명무실하게 만들어 버리기에 충분하다. 이러한 상황에서 준사법기관이라는 담론은 실체가 없는 허상에 불과하다.

준사법기관이라는 규범적 요청이 단지 검사에게 공정한 직무수행을 촉구하는 윤리적 명제에 머무르지 않기 위해서는 준사법기관으로서의 직무수행을 가능케 하는 조직개혁이 뒷받침되어야 할 것이다. 검사동일체원칙은 그 걸림돌로 작용한다.

4. 개혁방안 : 검사동일체원칙의 폐지

검사동일체원칙은 1800년대 독일 등 대륙법계 국가에서 소추기관으로서 검사의 지위를 법원과 구별짓는 개념으로 등장하였다. 법원(재판기관)과 검사(소추기관)의 분리가 자명한 명제로 받아들여지고 있는 지금 검사동일체원칙은 검찰권의 독자적인 관료권력화를 야기하는 토대이자 검사 직무의 공정성과 정당성을 담보하는데 장애요인으로 작용하고 있다. 물론 검사동일체원칙 자체가 검찰권 행사의 공정성과 객관성을 저해하는 주범이었다고 보기는 어렵다. 검찰권의 정치종속성 내지 파쇼권력화의 경험들은 정

30) 물론 형사절차에서 검사는 피의자·피고인과 대립당사자라는 점에서 검사의 객관적무는 근본적인 한계를 지닐 수밖에 없음은 물론이다.

치권력 및 지배계급이 당면했던 정당성의 위기라든가 비민주적 법제도와 같은 정치적 조건들, 정치지향적 검사, 고문 등 강압적이고 인권침해적인 수사의 일상화된 관행 등이 복합적으로 작용한 결과이다. 하지만 검찰조직의 철저한 상명하복관계는 구체적인 사건처리에서 그와 같은 요인들이 효과적으로 작동할 수 있는 구조적 매개체의 역할을 해 왔기 때문에 “검사동일체 원칙 자체가 공정한 검찰권의 행사를 가로막거나 검찰조직의 민주적 재편을 방해하는 핵심적인 요소는 아니”³¹⁾라는 주장에는 동의하기 어렵다. 검사동일체원칙은 폐지되어야 한다.

검사동일체원칙을 폐지한다는 것은, 보다 정확히 말하면, 검사의 주요업무인 사건수사와 공소제기 및 공소유지업무에 있어서 상급자의 지휘감독권을 폐지하고 검사 개개인의 독립적 권한과 책임 하에 공정한 사건처리가 이루어지도록 보장한다는 의미이다. 한편, 검찰의 조직운영에 있어서 통일적인 사건처리기준이나 기타의 업무지침은 필요하다. 그것은 개개 검사의 편차를 최소화하고 검사 직무의 투명성과 공정성을 높이는 데 기여할 수 있다. 또한 국가의 형사정책의 큰 방향을 설계하고 그것이 효율적으로 집행될 수 있도록 검찰총장의 정책지시권도 필요하다. 검찰개혁과 관련하여 폐지되어야 하는 것은 구체적인 사건처리에서 작동하는 검찰관료조직의 폐쇄적인 지휘감독체계이다.

검사동일체원칙의 폐지는 검사의 직무를 폐쇄적인 검찰관료권력으로부터 해방시킴으로써 법집행과정에서 시민사회와 소통할 수 있는 통로를 열어준다는 의미에서 민주주의의 요청이며, 이를 통해 검사가 진정으로 공익의 대표자로서 진실과 법치주의 및 정의의 원칙에 충실하게 검찰권을 행사하는 길이 열리게 된다는 점에서 검찰개혁의 첫걸음이다. 검사동일체 원칙의 폐지는 사법민주화의 요청을 담은 검찰개혁의 출발점인 것이다.

V. 법무부장관의 수사지휘권의 폐지

「검찰청법」 제8조는 법무부장관이 구체적 사건에 대해서는 검찰총장만을 지휘·감독한다고 규정하고 있다. 검사는 조직상 법무부에 소속된 공무원이기 때문에 법무부장관은 검찰사무에 대해서 검사에 대한 일반적인 지휘감독권을 가진다. 하지만 개별사건의

31) 문준영, 앞의 글, 190면.

수사와 관련하여 정부직 공무원인 법무부장관이 검사를 직접 지휘감독하게 된다면 검사의 (준)사법기관으로서의 지위에 상충되고 검찰권 행사의 공정성과 정치적 중립성을 침해할 위험이 있기 때문에 「검찰청법」 제8조는 구체적 사건에 관련해서는 검찰총장만을 지휘·감독하도록 규정하고 있다.

법무부장관은 검사가 아니므로 법무부장관의 수사지휘권은 검찰조직에 대한 외부적 통제수단의 일종이라고 말할 수 있다. 법무부장관이 검찰총장에 대해서만 지휘·감독권을 가지도록 한 것은, 한편으로 보면, 검사에 대한 직접적인 수사지휘를 금지함으로써 (준)사법기관으로서 검사의 독립적이고 공정한 사건처리를 보장함과 동시에 검찰권의 오남용을 통제한다는 긍정적 의미를 지니고 있다. 그러나 다른 한편으로는 검사동일체원칙이 건재한 상황에서 법무부장관의 검찰총장에 대한 지휘감독권은 결국에는 검사의 구체적인 사건처리에 실질적인 영향을 미치게 될 수밖에 없다는 점에서 검찰권 행사의 공정성과 독립성을 저해할 위험을 안고 있다.

2005년 천정배 법무부장관이 문서로써 공식적인 수사지휘권을 행사한 것이 사회적 논란을 낳은 바 있다. 공식문서로 수사지휘권을 행사한 것은 이것이 처음이라고 하지만, 지난 과거를 돌아켜보면, 수많은 권력형 비리사건에 있어서 비공식적인 구두협의 등으로 사실상 법무부장관이 수사지침을 하달하는 방식으로 수사지휘권을 행사해 왔음을 부인할 수 없다. 그렇기 때문에 법무부장관의 수사지휘권은 검찰권의 오남용을 통제한다는 긍정적 기능보다는 권력형 비리사건에서 보듯이 검찰에 정치적 영향력을 행사하는 통로로서의 부작용이 훨씬 컸던 것이 사실이다. 그래서 과거 시민단체들은 법무부장관의 수사지휘권을 폐지하거나 최소한 엄격히 제한하여야 한다는 주장을 피력해 왔던 것이다.

국가권력에 대한 시민사회의 감시와 통제기능이 비약적으로 성장한 현 시점에서 볼 때, 법무부장관의 수사지휘권이 검찰권의 부당한 행사 내지 편파적인 행사를 부추기고 정당화하는데 이용될 가능성은 현저히 줄어들었다. 정치자금, 정경유착, 재벌의 부정과 비리 등 권력형 범죄사건에 대한 국민의 감시의 눈초리는 그 어느 때보다 매섭고 날카로워졌다. 오히려 천정배 장관의 수사지휘권 사례에서 보듯이, 법무부장관의 수사지휘권은 국민의 기본적 인권을 침해하는 검찰수사관행—구속의 남용, 자백강요의 수사관행 등이 대표적인 것이다—을 개혁하는데 긍정적인 기능을 할 수 있다. 다시 말하면, 장관의 수사지휘권은 검찰이 독립성을 빙자하여 자행하는 검찰권의 오남용을 통제하는 데

긍정적 효과를 발휘할 수 있는 제도적 기능이 분명히 존재한다.

그러나 앞서도 언급한 것처럼, 검찰개혁의 기본적인 방향은 검사에게 (준)사법기관으로서 독립적인 수사와 공소제기업무를 보장하되, 검사가 공익의 대표자로서 진실과 정의의 원칙에 따라 공정하게 수사와 공소업무를 수행하는가에 대한 감시와 통제는 국민의 참여적 통제에 의하도록 하는 것이 보다 바람직하다. 법무부장관의 수사지휘권은 검찰권의 오남용에 대한 국민의 감시와 통제권을 대리행사한다는 의미에서만 그 제도적 정당성을 가질 수 있는 것인 바, 기본적으로 정무직 공무원인 법무부장관에게 그와 같은 역할을 맡기는 것이 매우 취약한 제도임은 두말할 나위가 없다. 법무부장관의 수사지휘권은 장관 개인의 성품과 가치관에 따라 크게 좌우될 수 있는 것이며 무엇보다 법무부장관은 정무직 공무원이기 때문이다. 따라서 법무부장관의 수사지휘권을 폐지하고 대신에 검찰권의 공정한 행사를 담보하기 위한 통제제도로는 국민의 참여적 통제장치를 마련하는 것으로 대체되어야 한다.

법무부장관의 수사지휘권을 폐지하는 것이 검찰에게 어떠한 외부적 통제와 감시도 허용하지 않는다는 의미로 오해되어서는 안 된다. 검찰의 수사와 공소제기권은 그 권한의 속성이 사법권에 속하는 것이기 때문에 다른 행정기관과는 달리 검찰사무의 독립성은 보장되어야 하지만, 이것이 검찰권에 대한 통제가 불가능함을 의미하는 것은 결코 아니다. 검찰권이 파쇼권력화하는 것을 차단하고 그 공정성에 대하여 국민의 지속적인 감시와 통제가 실효성있게 담보되어야 한다는 점은 바로 민주주의의 요청이기 때문이다. 지금까지 검찰권의 부당한 행사에 대하여 국민들이 감시와 통제를 할 수 있는 제도적 길은 사실상 막혀 있었다고 보아도 과언이 아니다. 사법제도개혁추진위원회가 검찰권에 대한 민주적 통제장치의 마련에 관심을 기울이지 않은 것은 작금의 사법개혁이 검찰조직과 법원조직 그리고 변호사단체의 조직이익을 적당히 절충하는 데에만 관심이 있기 때문이다. 이제 검찰의 권한행사가 진정으로 헌법적 기본권보장의 이념에 합치하고 정의의 원칙에 충실할 수 있도록 하는 가장 올바른 방법은 국민의 참여적 통제를 활성화하는 길이어야 한다. 국민에 의한 민주적이고 공정한 감시와 통제가 담보된다면 정무직 공무원인 법무부장관의 수사지휘권은 불필요한 것이며 폐지되어야 마땅하다.

VI. 검사의 기소권에 대한 통제 - 시민참여를 통한 통제시스템의 마련

1. 검사의 기소재량에 대한 통제의 문제상황

기소독점주의와 기소편의주의 하에서 검찰의 기소재량의 남용은 검찰권 행사의 공정성과 정당성을 훼손하는 핵심 요인으로 꼽힌다. 기소재량의 행사에 관한 구체적인 가이드라인도 마련되어 있지 않을 뿐만 아니라, 검사가 기소유예처분을 내릴 때 독일 형사소송법에서처럼 법원의 동의를 받도록 하는 등의 견제장치도 없는 상황이다.³²⁾

기소재량에 대한 사후통제시스템에서도 우리의 형사사법체계는 실질적으로 검사의 기소재량을 통제할 수 있는 자원을 거의 갖추고 있지 못한 상황이 지속되어 왔다. 우리 형사소송법은 제정 이래로 재정신청제도를 가지고 있었지만, 유신헌법 하에서 1973년 형사소송법 개정에 의하여 그 적용범위가 형법 제123조 내지 제125조의 범죄로 한정된 이래로 재정신청제도는 유명무실한 제도로 전락해 있었다. 재정신청제도가 이처럼 무력화된 대신에 「검찰청법」은 검사의 불기소처분에 대하여 고소고발인이 검찰청에 시정을 구하는 검찰항고제도를 두고 있기는 하지만(제10조), 검찰항고는 검찰청 내부의 시정을 구하는 것에 불과하여 이 제도가 검사의 기소재량에 대한 효과적인 통제장치가 될 수 없음은 명백하다.

이러한 상황은 전체적으로 볼 때 검사의 공정한 공소권행사와 기소재량에 대한 통제제도가 전혀 없는 것과 마찬가지로, 사법개혁의 논의과정에서는 그 대응방안으로 재정신청제도의 전면적인 확대적용이 유력하게 논의되었다. 결국 2007.6.1. 개정된 형사소송법(법률 제8496호)은 재정신청제도를 모든 범죄사건에 확대적용하는 방식을 채택하였다(제260조). 그렇지만, 개정 형사소송법은 고소인은 모든 범죄사건에 대하여 재정신청을 할 수 있도록 한 반면에, 고발인의 경우에는 기존처럼 형법 제123조 내지 제125조의 범죄에 대해서만 재정신청을 허용하는 방식으로 제한하였다.³³⁾ 본래 사개추위의 논의를 거쳐 정부입법으로 2006.1.6. 국회에 제출된 「형사소송법 일부개정법률안」(의

32) 독일 형사소송법은 기소법정주의를 근간으로 하면서도 경죄에 대해서는 기소유예처분을 인정하고 있는데, 검사가 기소유예로 사건을 종결하기 위해서는 관할법원의 동의를 받아야 한다(독일 형사소송법 제153조 이하 참조).

33) 개정 형사소송법은 재정신청의 남용을 억제하기 위하여 소위 ‘항고전치주의’를 채택하였다. 고소·고발인이 재정신청을 하기 위해서는 사전에 검찰청법상의 검찰항고를 거쳐야 한다(개정 형사소송법 제260조 제2항).

안번호 3759호) 제260조는 모든 범죄사건에 대하여 고소고발인의 재정신청을 전면적으로 허용하는 획기적인 방안을 담고 있었다. 그러나 국회의 논의과정에서 재정신청의 전면확대에 따른 남신청의 우려가 제기되면서 고발인에 대해서는 재정신청을 과거처럼 제한하는 것으로 귀결되었다.

2. 개혁방안에 관한 다양한 논의 및 재정신청제도의 근본적인 한계

검사의 기소권행사에 대한 통제장치가 전무하다시피한 상황에서 검찰이 부당하게 기소유예 등 불기소처분을 하거나, 자의적으로 범죄사실을 왜곡 내지 축소하여 공소권을 행사하는 등의 기소권남용의 위험은 결국에 사법정의실현의 이념을 훼손함으로써 검찰의 기소권의 정당성 자체에 대한 의문과 비판으로까지 문제제기되는 상황에 처해 있다.

사실 검찰의 기소권에 대한 통제는 어제 오늘 제기된 문제가 아니며, 그동안 학계와 시민단체에서는 개혁방안에 관하여 다양한 논의가 전개되어 왔다. 비록 2007.6.1. 형사소송법 개정에 의하여 재정신청제도의 전면확대방안으로 일단락되었지만, 그동안의 논의를 보면, 기소법정주의를 도입해야 한다는 의견에서부터, 재정신청제도를 모든 범죄에 확대하자는 의견, 일본이 채택한 검찰심사회제도를 적극 도입해야 한다는 의견, 시민이 기소권한을 갖는 시민기소제의 도입방안 등이 다양하게 논의되어 왔다.

이러한 개혁방안들은 검찰의 기소권을 객관적이고 공정한 기준에 의하도록 한다는 공통의 목표를 갖고 있지만, 각각의 방안들은 서로 다른 고유한 장단점을 갖고 있다. 기존에 제안된 개혁방안들을 크게 법치주의 원리에 의한 통제장치와 민주주의 원리에 의한 통제장치로 구별해 볼 필요가 있다.

기소법정주의 방안과 재정신청제도의 확대방안은 형사사법체계 내적인 통제장치라는 점에서 민주주의적 통제의 원리보다는 비례성원칙과 같은 법치주의적 통제의 의미가 보다 부각되는 방안들이다. 반면에, 검찰심사회제도와 시민기소제는 시민의 참여적 통제의 통로를 마련함으로써 검찰의 기소권 행사에 대하여 시민사회의 주권적 요청이 작용하는 통제장치라고 말할 수 있다. 후자에 있어서는 검찰 기소권의 “합법성”에 대한 통제보다는 “시민의 신뢰를 얻을 수 있는 설득력과 정당성”이 통제의 근거로 작용하게 된다.

우리 형사소송법은 검찰의 기소권에 대한 통제장치로 재정신청을 전면확대하는 방안을 채택하였다. 사실 재정신청의 전면적 확대적용은 우리가 이미 형사소송법 제정 당

시부터 유신정권 직전까지 경험하였기에 우리에게 익숙한 방안이기 때문에 그동안 학계에서 유력하게 제시된 방안이기도 하다. 재정신청제도의 확대는 분명 바람직한 개혁 방안이지만, 여기에는 몇 가지 한계가 있다는 점을 신중하게 고려할 필요가 있다.

첫째, 기존에 법원이 재정신청사건에 보여준 소극적인 태도를 생각하면 재정신청의 확대가 검찰의 기소권남용을 통제하는 역할을 실질적으로 수행할 수 있을지에 대한 우려가 남아 있다.³⁴⁾

둘째, 재정신청은 대상범죄를 전면적으로 확대하더라도 기본적으로 고소인과 고발인만이 신청권자가 된다는 점에서도 한계를 지니고 있다. 그나마도 개정 형사소송법에 따르면 고발인의 재정신청권은 형법 제123조 내지 제125조의 범죄사건에만 한정되어 있다. 이렇게 되면 고소인이 없는 사건에서는 재정신청이 극히 제한적으로 기능할 수밖에 없으며, 보다 근본적으로 고소고발이 없는 사건에서는 재정신청제도는 불기소처분에 대한 효과적인 통제장치가 되기 어렵다.

셋째, 재정신청제도는 검찰의 불기소처분에 대해서만 통제장치로 기능한다. 검사의 부당한 공소제기에 의한 공소권남용에 대해서는 별도의 통제장치를 강구해야 할 필요성은 여전히 남는다.³⁵⁾

넷째, 무엇보다 재정신청제도는 법원이라는 또 다른 사법기관에 의한 통제장치이기 때문에 시민참여에 의한 민주주의적 통제장치로서 기능할 수 없다는 한계도 분명하다.

최근 우리 사회는 사법개혁의 논의를 거쳐 형사재판에 소위 “국민참여재판”을 도입하였다. 일명 배심제라고도 일컬어지는 국민참여재판은 일반국민이 재판의 주체로 참여할 수 있다는 점에서 우리 형사사법의 획기적인 변화를 예고하는 대목이다.³⁶⁾ 시민참여를 통한 사법민주화라는 개혁방향은 비단 재판절차에 시민참여의 공간을 마련하는 것에 머물러서는 안 될 것이다. 검찰의 공소권 행사는, 앞서 언급한 것처럼, 수많은 사건에서 사실상 법원의 심판을 대체하는 권능으로 작용하기 때문에 검찰의 공소권에 대해서도 시민참여에 의한 통제장치를 마련하는 방향으로 나아가야 한다. 일본식의 검찰 심사회제도라든가 영국식의 공중소추주의의 채택을 신중하게 그러나 적극적으로 검토

34) 문준영, “검찰권 행사에 대한 시민적 통제와 참여”, 민주법학 제29호, 2005, 188면.

35) 이에 대해서 학계에서는 공소권남용이론이 주장되고 있지만, 대법원 판례는 공소권남용이론의 적용에 소극적인 상황이다.

36) 배심제의 의미와 외국 입법례에 대해서는, 안경환·한인섭, “배심제와 시민의 사법참여”, 집문당, 2005 참조.

해 보아야 하는 것은 이처럼 형사사법에서 시민성을 확보하고 검찰권에 대하여 시민참여에 의한 민주주적 통제를 담보한다는 점에서 중요한 의미가 있는 것이다.

3. 기소편의주의의 근본적인 수정

현행 형사소송법은 검사의 기소재량을 규정하고 있다(기소편의주의). 즉 수사결과 범죄혐의가 충분히 인정되는 경우에도 검사는 기소유예처분 등 불기소처분으로 사건을 종결할 수 있다. 이러한 기소편의주의는 구체적 사건의 특성을 감안하여 기소여부를 탄력적으로 결정하도록 함으로써 형사사법의 경직성을 완화하고 구체적 타당성을 도모할 수 있다는 장점이 있다. 또한 경미한 일반 범죄사건에 대하여 기소유예처분을 적절히 활용함으로써 경미한 범죄로 인하여 다수 국민이 전과자로 전락하는 것을 방지하고 형벌권의 과잉으로 인한 국민의 생활불편을 최소화시켜 준다는 장점이 있다.

이러한 기소편의주의의 장점은 충분히 존중되어야 한다. 그러나 기소편의주의는 다음과 같은 단점도 지니고 있다.³⁷⁾ 첫째, 형사사법의 공정성과 투명성을 침해하게 된다. 비슷한 사건이라도 어떤 경우에는 기소유예처분되기도 하고 어떤 경우에는 공소제기처분이 내려지는 경우도 있으며 그 재량의 기준이 명확하지 않다. 더구나 검사의 공소제기 여부를 결정하는 내부기준이 전혀 공개되어 있지도 않다. 이러한 상황에서 공소제기여부에 대하여 검사의 독단적이고 편파적인 처분이 충분히 제어될 수 없음은 명백하다. 둘째, 형사사법에 대한 국민의 신뢰를 떨어뜨린다. 기소재량이 합리적이지 못하고 투명하지 못한 상황에서 검사의 기소재량은 수사와 공소제기여부에 대한 편파성 시비를 불러일으킬 수밖에 없으며 결국에는 검찰권의 공정성에 대한 총체적인 불신, 더 나아가서는 형사사법 전반에 대한 국민의 신뢰를 파괴해 버리게 된다.

우리의 현실을 돌이켜보면, 기소편의주의는 그 장점보다는 단점이 훨씬 중요한 문제임을 알아차리는 것은 어렵지 않다. 검사의 기소재량은 권력형부정과 비리사건에 있어서 검찰의 정치적 결정을 정당화시켜주는 통로가 되어 왔다. 우리 사회에서 기소편의주의는 국민의 이익을 위하여 형벌권을 억제하는 방향으로 활용된 측면보다는 정치권력과 경제권력의 유착이나 권력형 범죄를 은폐하고 유지시키는 제도로 기능해 온 측면을 부인하기 어렵다. ‘유전무죄무전유죄’라는 국민들의 인식, 강자에게 한없이 나약한 검찰의 모습 등 국민들의 눈에 비친 검찰의 모습은 통제받지 않는 기소재량을 무기로

37) 배종대·이상돈, 형사소송법, 제7판, 2006, 67/3.

하여 정치적 결정을 서슴지 않았던 검찰의 부당한 재량권행사에 그 근본적인 원인이 있는 것이다.

이러한 인식하에 필자는 최소한 권력형 범죄와 국가기관의 인권침해적 범죄에 대해서 만큼은 검사의 기소재량을 박탈함으로써 기소법정주의를 도입할 필요가 있다고 생각한다. 물론 모든 형사사건에 대하여 기소법정주의를 전면적으로 도입하는 것은 신중해야 한다. 앞서 설명한 것처럼, 기소편의주의는 본래 형사사법의 효율성을 도모하고 사건에 따라 구체적인 탄력성을 기하도록 함으로써 궁극적으로는 국민들의 인권보장과 편의를 도모하기 위한 제도로서의 가치도 충분히 인정되는 것이기 때문이다. 특히 일상생활에서 발생할 수 있는 경미한 범죄사건에 대하여 기소법정주의를 도입하는 것은 타당한 정책이 아니다. 그렇기 때문에 일상적인 범죄사건에 대해서는 기소편의주의를 유지하는 것이 바람직하다. 물론 이때에는 검찰의 기소재량을 투명하게 하도록 하고 기소재량권의 행사에 대하여 국민의 적절한 참여적 통제제도를 마련하는 것이 매우 중요하다. 하지만 권력형 범죄사건은 일상생활에서 발생하는 범죄사건과는 그 성격이 다르다. 뇌물범죄나 정치자금범죄는 권력형부패와 비리의 전형이자 정경유착의 대표적인 유형이다. 이 범죄들은 정치 및 행정영역의 공정성과 투명성을 저해하는 속성을 지니고 있다. 선거범죄 역시 선거 및 정치의 민주화를 가로막는 반공익적 범죄사건이다. 그리고 국가공무원이 저지르는 직권남용죄, 가혹행위죄를 비롯하여 국가기관이 불법적으로 자행한 반인권적 범죄사건은 그 자체로 국민의 인권과 법치주의 및 민주주의를 짓밟는 행위이다. 국정원 등 권력기관이 각종 고문과 사건조작, 심지어 살인까지 서슴지 않고 저지르는 행위가 대표적인 예에 속한다. 이러한 권력형 범죄사건에 대하여 그 동안 편파수사, 축소수사, 봐주기수사의 의혹이 끊임없이 제기되어 왔다. 이와 같은 불행한 과거를 반성하고 되풀이하지 않기 위해서는 권력형 범죄사건에 대해서 만큼은 검사의 기소재량을 박탈하여 기소법정주의를 도입해야 할 필요성은 절실하다고 말할 수 있다. 민주주의와 법치주의를 근본에서 저해하는 권력형 범죄사건은 검사가 의무적으로 기소하는 방안을 적극적으로 도입할 필요가 있다.

4. 검찰권행사에 대한 국민의 참여적 통제

2007.6.1. 개정 형사소송법에 따라 재정신청제도는 획기적으로 개혁되었지만 그것으로 과연 검찰의 기소재량에 대한 통제가 충분히 담보되었다고 말할 수 있을지는 의문

이다. 검찰의 기소재량에 대하여 법원이 통제하도록 하는 재정신청제도는 과거 우리의 역사적 경험에서 볼 때 검사의 부당하고 편파적인 불기소처분을 규제할 수 있는 제도로서 어느 정도 효과를 발휘하였으며, 법원은 행정권력으로부터 독립된 기관이기 때문에 재정신청제도의 확대실시는 그 실질적인 효과를 기대해 볼 직하다.

하지만 재정신청제도는 국민의 사법참여의 이념과는 거리가 멀다. 범조삼륜이라는 폐쇄된 엘리트집단구조로 인하여 법원이 과연 국민의 요구에 부응하여 검찰의 기소재량에 대한 통제의 역할을 충실히 수행할 것인가에 대해서도 의문이 완전히 해소되지 않는다. 중요한 것은 검찰이 기소재량을 행사함에 있어 일반 시민들의 요구에 귀를 기울여 국민과 소통할 수 있어야 한다는 점, 그리고 검찰권행사의 공정성여부는 궁극에는 공소제기처분이건 불기소처분이건 간에 그것이 국민들에게 설득력을 지닐 수 있을 때 비로소 공정성을 담보할 수 있다는 사실이다. 따라서 검찰권에 대한 통제를 제도화함에 있어서 기본적인 개혁방향은 검찰의 의사결정과 처분이 국민들의 요구를 수렴하여 국민들과 소통하는 차원에서 감시되고 통제될 수 있어야 한다는 점이다. 국민의 참여적 통제는 검찰권에 대한 민주적 통제라는 점에서 법원에 의한 전문가통제 방식보다 그 정당성의 우위에 있다고 말할 수 있다.

또 한 가지 중요한 문제는 재정신청제도가 오로지 검사의 불기소처분이 있는 경우에 그에 대한 통제제도로서만 그 의미를 지니고 있기 때문에 검찰권에 대한 포괄적인 민주적 통제를 실현하는데에는 근본적인 한계가 있다는 점이다. 검찰의 권한은 수사의 개시와 종료, 체포와 구속여부의 결정(구속영장의 청구 또는 구속취소 등), 공소제기여부의 결정, 공소취소의 결정 등 매우 광범위하다. 검사의 불기소처분은 국민의 민주적 통제가 필요한 중요한 부분이기도 하지만 다른 검찰권 행사에 대한 통제의 필요성도 이에 못지않은 것이다. 예를 들어, 검사가 권력형 범죄사건의 혐의를 포착하고도 수사를 의도적으로 기피하거나 지연시키는 경우라든가, 수사를 하더라도 수사의 방향을 왜곡하여 사건을 엉뚱한 방향으로 변질시키는 문제, 체포와 구속을 남발하는 문제, 불기소처분을 하는 것이 합리적임에도 불구하고 악의적으로 공소를 제기하거나 공소취소가 마땅한 사건에 대하여 적극적으로 공소를 취소하지 않는 경우 등도 검찰권을 부당하게 행사하는 것인데, 이에 대해서는 재정신청제도만으로는 부당한 검찰권 행사를 효과적으로 차단할 수 없다는 문제가 있다. 물론 구속영장청구를 남발한 경우 법원이 영장을 기각할 수 있고 공소제기가 부적절한 사건을 악의적으로 공소제기한 경우 법원의 재판

을 통하여 공소기각판결이나 무죄판결 등으로 구제할 수 있는 길이 열려있기는 하다. 그렇지만 이것만 가지고는 불충분하다. 검사는 구속영장이 기각되어도 아무런 책임을 지지 않는 반면에 피의자로서 법정에서 서야만 했던 국민들의 고통은 제대로 보상되지 못한다. 검사의 악의적인 공소제기에 대하여 법원의 무죄판결을 받을 수는 있겠지만 그 과정에서 피고인으로서 불필요하게 겪어야 했던 고통은 두말할 필요 없이 부당한 것이다. 그리고 권력형 비리사건의 혐의가 있음에도 수사를 미적거리는 검찰의 태도로 인한 피해는 모든 국민들에게 돌아온다.

그리고 앞서 설명한 바와 같이 권력형범죄사건에 대해서는 기소법정주의를 도입한다고 하더라도, 검찰의 의도적인 수사기피나 부당한 공소권행사를 완전히 막지는 못한다. 이에 대응하여 검찰권이 공정하고 투명하게 행사될 수 있도록 통제장치를 마련할 필요가 있는 것이다. 기소편의주의가 적용되는 일반 범죄사건의 경우에는 그 필요성이 더욱 커지는 것은 물론이다.

검사의 기소권을 통제하는 제도적 장치에 관하여 외국의 예를 보면, 각 국가의 문화나 형사사법에 대한 국민들의 참여정도에 따라 차이가 있기는 하지만, 많은 국가들이 시민들이 참여하는 통제장치를 발전시켜 왔다. 역사적으로 오랜 전통 속에 국민들의 형사사건에 대한 기소권을 보장하고 있는 영국의 경우 시민에 의한 기소가 경찰의 기소재량을 통제하는 기능을 담당하고 있다. 미국에서는 재판과정에 국민들이 참여하는 배심제도와 함께 기소과정에 국민들의 참여적 결정을 제도화한 대배심(Grand Jury System)제도를 가지고 있다. 일본에서는 제2차 대전 패전 이후 미군정당국에 의하여 도입된 검찰심사회 제도가 검찰권에 대한 포괄적인 통제의 역할을 담당하고 있다. 일본의 검찰심사회는 각급 검찰청별로(지청 포함) 대응하여 순수하게 지역주민들로 구성된 독립기구로서 검찰의 불기소처분 및 공소제기처분의 적정성에 대한 심사의 권한을 가지고 있다. 본래 권고적 기능에 불과하였지만 최근 일본의 검찰심사회제도는 그 의결사항에 기속적 효력을 부여함으로써 검찰권에 대한 국민의 참여적 통제를 한층 강화하고 있다.³⁸⁾

이러한 인식에 근거하여 볼 때 검찰의 기소권에 대한 통제는 반드시 시민사회와 소통하는 민주적 통제의 방식으로 구조화되어야 한다. 그리하여 검찰권 행사의 전반에 대하여 국민의 인식과 눈높이에서 실질적인 감시와 통제가 이루어질 수 있도록 해야

38) 일본의 검찰심사회에 대해서는, 문준영, 앞의 글, 200-201면 참조.

할 것이다. 시민들로 구성되는 일본의 검찰심사회와 같은 제도의 도입이 필요하며, 가장 궁극적인 시민참여의 제도로서 시민기소제의 도입도 적극적으로 검토해 볼 만하다.

참여방식은 일본의 경우처럼 검찰청별로 지역주민들이 참여하는 독립기구로 구성하는 방식이 적절할 것이다. 이 경우 전적으로 일반 시민들로 구성되어야 하며, 참여시민들의 진지한 고민과 토론을 통하여 검찰권 행사의 전반에 대하여 그 당부를 심사할 수 있어야 한다. 이를 통하여 검찰의 부당한 불기소처분에 대해서 뿐만 아니라 부당한 공소제기처분, 늑장수사와 편파수사, 구속의 남용 등의 사항에 대하여 전반적으로 국민의 민주적 통제가 이루어질 수 있도록 해야 할 것이다. 시민참여에 의한 검찰권 통제 기구는 재판과정에 국민들이 배심으로 참여하는 배심제도와 함께 국민의 사법참여의 중요한 양대 축을 구성하게 될 것이다.

여기에서 한 걸음 더 나아가서 최후수단으로서 시민들이 독자적으로 법원에 형사사건의 기소를 할 수 있는 시민기소제의 도입을 신중하게 검토할 필요가 있다고 본다. 시민기소제는 검찰의 기소독점으로 인해 발생하는 폐단을 확실하게 제어할 수 있는 정책적 수단이라고 말할 수 있다. 공소제기권한을 검사가 독점해야 할 필연적인 이유는 하나도 없다. 검찰의 공소제기권한은 어디까지나 국민들의 소추권을 위임받은 것이라는 근본적인 생각에서 출발하는 것이 중요하다. 근대화과정에서 시민혁명을 거치지 않고 독일의 검찰제도를 일본을 통하여 이식한 우리나라와는 달리, 유럽 국가의 대부분은 그 범위에서 다소 차이가 있기는 하지만 시민이 직접 법원에 형사사건을 기소할 수 있는 제도적 장치를 가지고 있다. 여기에는 형사사건에 대한 재판은 국민의 필요에 의하여 국민의 관점에서 이루어져야 한다는 민주주의 사상이 배어 있다. 시민기소제는 민주주의의 기초 위에서 헌법상 보장된 국민의 재판청구권을 실질적으로 실현할 수 있는 대안이 된다. 비록 우리에게서 낯선 제도이기는 하지만 시민기소제는 형사사법에 국민참여의 이념을 구현하는 원초적인 방안의 하나임에는 틀림없다.

VII. 사법과거청산과 검찰의 역할

1. 문제상황

과거청산의 주된 대상 중 하나는 과거 권위주의 정권 시절에 자행된 형사사법권력에 의한 인권침해사건들이다. 인혁당재건위 사건처럼 고문에 의하여 조작된 간첩사건이라

든가, 부당한 국가공권력 행사에 대항하다 억울하게 유죄판결의 오명을 뒤집어쓴 사건 등이 대표적인 청산대상이 된다.

과거 군사정권시절 내지 권위주의정부 시절에 권력의 필요에 따라 자행되었던 간첩 조작사건들은 최근 들어 하나둘 그 진실이 밝혀지고 있다. 이미 재심재판을 통하여 무죄판결이 내려진 함주명씨 사건³⁹⁾이나 인혁당재건위 사건⁴⁰⁾은 그 시작에 불과하다.⁴¹⁾ 이와 유사한 수많은 용공조작, 고문조작사건들이 재심청구 중에 있거나 재심청구를 위하여 준비 중에 있다. 뿐만 아니라 2005년 「진실·화해를 위한 과거사정리 기본법」(이하 ‘과거사정리 기본법’이라 함)에 따라 설치된 과거사정리위원회, 그리고 국정원과 경찰 등에서 구성된 과거사위원회의 조사를 통해 그간 법원의 유죄판결에 의하여 간첩으로 조작된 의혹을 받고 있는 사건들의 실체가 더욱 많이 드러날 것이다.⁴²⁾

이제 고문조작사건 등 사법판결에 대한 과거청산의 과제는 더 이상 미룰 수 없는 시대적 소명이다. 이용훈 대법원장은 취임사⁴³⁾에서 “우리는 사법부가 행한 법의 선언에 오류가 없었는지, 외부의 영향으로 정의가 왜곡되지는 않았는지 돌이켜 보아야 합니다. 권위주의 시대에 국민 위에 군림하던 그릇된 유산을 깨끗이 청산하고, 국민의 곁에서 국민의 권리를 지키는 본연의 자리로 돌아와야 합니다”라고 하면서 사법부의 과거청산에 대하여 적극적인 의지를 표명한 바 있다. 그리고 지난 2007년 1월 대법원은 1972~1987년 사이에 이뤄진 시국공안사건 판결 가운데 재심 가능성이 높은 사건 224건을 선정, 과거사 정리 방안을 모색중이라고 밝힌 바 있다.⁴⁴⁾

39) 서울고등법원 2005.7.15. 2000제노16(국가보안법위반, 반공법위반사건).

40) 서울중앙지방법원 제23형사부, 2007.1.23 선고, 2002제고합6, 2003제고합5.

41) 인혁당재건위사건에 대한 재심무죄판결의 의의에 대해서는, 이호중, “인혁당재건위 사건 재심무죄판결의 의미와 사법과거청산의 과제”, 기억과 전망 제16호, 2007, 112-142면 참조.

42) 다만, 과거사정리 기본법은 법원의 확정판결을 받은 사건은 원칙적으로 조사대상에서 제외하고 있으며, 다만 “과거사정리위원회의 의결로 민사소송법 및 형사소송법에 의한 재심사유에 해당하여 진실규명이 필요하다고 인정한 경우”에만 조사대상이 될 수 있도록 규정하고 있어(제2조 제2항) 과거사정리위원회가 과연 간첩조작사건 등 각종 조작사건의 진실규명에 적극적으로 나설 수 있는가에 대해서는 의문이 제기되고 있다. 이런 이유로 2005년 6월 30일 이영순의원이 대표발의한 「진실·화해를 위한 과거사정리 기본법 일부개정법률안」(의안번호 2189호)은 제2조 제2항 단서에서 “민사소송법 및 형사소송법에 의한 재심사유에 해당하여”라는 문구(위 밑줄부분)를 삭제하는 개정안을 내놓고 있다. 이에 따르면, 법원의 확정판결을 받은 사건은 원칙적으로 조사대상에서 제외되지만 “과거사정리위원회의 의결로 진실규명이 필요하다고 인정”하면 조사대상에 포함될 수 있다.

43) 대법원장 취임사. 2005.9.26.

44) 이 가운데 간첩 사건이 141건으로 가장 많으며 긴급조치 위반 사건 26건, 반국가단체 구성 사건 13

사법과거청산에서 검찰과 법원은 주도적으로 반성과 청산의지를 보여주기는커녕, 오히려 소극적으로 사법과거청산의 과제를 회피하려는 태도를 보여왔다. 대법원은 이용훈 대법원장 취임 이후 문제가 있는 판결을 분류해 놓고 있지만, 법원의 입장에서 앞으로 과거청산작업을 어떻게 수행할 것인가에 대한 비전을 명확하게 보여주지 못하고 있다. 검찰은 더더욱 사법과거청산에 별 관심조차 없는 듯이 보인다. 2006년 법무부의 정책자문기구인 정책위원회에서는 법무부와 검찰도 자체적인 사법과거청산위원회를 설치하여 사법과거청산에 적극적으로 나설 것을 권고하기도 하였지만, 아직까지 이렇다할 진척을 보이지 않고 있다.

사법과거청산은 여타의 과거청산작업과는 성격이 다른 측면이 있다. 아무리 부당하게 고문에 의하여 조작된 사건이라 할지라도 유죄판결의 법적 효과는 그대로 살아있기 때문이다. 한인섭 교수의 지적처럼, 판결문에는 사실관계에 대한 권위적인 확정과 도덕적 평가, 그리고 국가의 후광이 배어 있기 때문에 사법적 판단은 과거사정리위원회의 의결이나 대법원장의 선언 따위로 바로잡아질 수 없다는 특징을 지니고 있다.⁴⁵⁾

이러한 상황에서 검찰이 사법과거청산에 적극적으로 임해야 할 이유는 분명하다. 앞서 언급한 것처럼, 우리의 형사절차에서 검사는 실질적으로 법담론과 법적용을 주도하는 생산자이다. 더구나 검사는 수사의 주재자이기 때문에 설사 고문과 장기구금에 경찰이나 국정원에 의하여 주도되었다고 하더라도 검사는 그 수사과정에서의 인권침해를 방지하고 밝혀내야 할 법적 의무를 지고 있는 존재이다. 과거 70-80년대 정치적 의도로 조작된 사건의 수사과 재판과정은 고문과 장기구금을 통해 자백을 조작해 내고 참고인이나 증인까지 협박하는 사태가 비일비재하였다. 당시 검찰은 그러한 인권침해와 적법절차의 무시상황을 방지해야 할 책임에도 불구하고 오히려 고문과 장기구금에 의한 자백을 검사의 피의자신문조서에 그대로 기재하였으며, 그렇게 작성된 피의자신문조서에 대하여 증거능력을 거의 예외없이 인정하는 법원의 판례, 피고인의 고문주장을 증거가 없다는 이유로 일거에 배척해 버린 판사들의 태도와 결합하면서 오욕의 사법과거사가 만들어진 것이다. 이렇게 볼 때 검찰은-법원과 함께-각종 조작사건의 실체를 올바르게 규명하고 사법과거사의 청산을 통하여 정의를 실현해야 할 일차적인 책임을

건, 민주화운동 12건, 기타 32건 등이다. 간첩 사건은 유형별로 ▲조총련 관련 52건 ▲남파간첩 33건 ▲납북어부 18건 ▲재일교포 16건 ▲기타 22건 등이라고 한다.

45) 한인섭, “재판을 통한 사법부의 과거청산”, 한인섭 엮음, 「재심·시효·인권-국가기관의 인권침해에 대한 구제방안」 경인문화사, 2007.3, 3면.

저야만 할 것이다.

2. 사법과거청산과 검찰의 적극적인 역할

1) 검찰의 사법과거청산위원회 설치

검찰에도 자체적인 사법과거청산위원회를 설치함으로써 사법과거청산에 적극적으로 임할 필요가 있다. 사법과거청산위원회에서는 우선 그동안의 유죄판결 사건 중에서 고문과 장기불법구금 등 수사기관의 불법이 개입된 사건들, 그리고 간첩조작의 의심을 받고 있는 사건들을 추출하는 작업이 선행되어야 할 것이다.

이에 대하여 한인섭 교수의 제안을 경청할 필요가 있다. 한인섭 교수는 검찰이 과거의 판결 중에서 심각한 문제가 된 사례들을 추출하는 기준으로 ① 수사주체가 누구였는가 ② 수사장소가 은폐된 장소였는가 ③ 피고인의 고문주장이 있었는가 ④ 불법구금이 있었는가 ⑤ 고문과 검찰자백 사이에 얼마나 시간적, 심리적 근접성이 있는가 ⑥ 피의자자백 외에 유죄의 물증은 얼마나 있었는가 ⑦ 법원은 고문이나 인권유인에 대한 피고인의 주장에 얼마나 귀를 기울였는가 ⑧ 양형은 통상의 사건과 비교하여 불공정한 수준은 아니었는가 ⑨ 사건의 정치적 이용가능성은 어느 정도였는가 ⑩ 수사와 재판의 연도는 언제였는가의 기준을 제시한 바 있다.⁴⁶⁾

이러한 기준들을 동원하여 면밀하게 조사한다면 과거의 유죄판결 중 재심의 대상이 될 만한 문제사건들의 윤곽을 잡을 수 있을 것이다.

2) 재심과 검찰의 역할

사법과거청산의 방식에는 여러 가지가 있을 수 있다. 사건의 유형과 발생시기, 성격 등에 따라 다소 차이가 있겠지만, 재심을 통한 피해자의 명예회복 및 배상이 가장 기본적인 청산방법이라는 점에는 의문이 없다. 그 중에서 검찰의 역할과 관련하여 주목할 것은 재심의 문제이다.

재심은 피해자의 피해극복과 명예회복을 위한 조치로서 직접적이고 실용적인 의미를 지니고 있다. 그것은 억울한 오명을 뒤집어쓴 피해자의 명예회복에 직접적으로 기여할 뿐만 아니라, 재심이 개시된다면 그 조작된 범죄사실에 대하여 '합리적 의심을 발생케

46) 한인섭, 앞의 글, 41면.

하는 정도의 증명'만 있으면 무죄판결을 얻어낼 수 있기 때문에 재심이 현실적으로 유용한 측면도 있다.

형사소송법상 재심청구는 유죄판결을 선고받은 자와 그 가족뿐만 아니라 검사도 할 수 있다(제424조). 하지만 실제 검사가 유죄판결을 받은 자의 이익을 위하여 재심을 청구하는 예는 거의 찾아 볼 수 없다. 그렇지만 과거 수사기관의 고문이나 불법구금의 객관적 사실 내지 정확이 있는 사건에 대하여는 검찰이 적극적으로 재심청구권을 행사하는 것이 인권옹호기관, 공익의 대표자로서의 검사의 지위에 상응하는 태도일 것이다. 만약 사법과거청산위원회에서 수사기관의 고문 등 인권침해가 존재하였다는 의심이 드는 사건들이 선별된다면 그러한 사건들에 대하여 검찰은 내부적으로 직권조사에 착수하여 적극적으로 당시 사건의 진실을 해명하는 자세로 나아가야 하며, 이를 통해 재심사유가 인정된다면 검사를 재심청구권자로 하여 적극적으로 재심을 청구하고 재심사유의 해명에 나설 수 있다.

각종 조작사건의 진실규명과 관련해서는 재심사유(형사소송법 제420조) 중에서 제7호(검사나 사법경찰관의 직무범죄가 인정되는 경우)가 주로 문제된다. 제7호는 조작사건에 관여하였던 검사나 사법경찰관의 불법감금이나 고문 등의 범죄사실이 확정판결로 확인된 경우에 적용할 수 있는데 현실적으로 고문 등의 범죄사실에 관하여 확정판결을 얻어낸다는 것은 매우 어렵고, 확정판결을 얻을 수 없는 경우에 “확정판결에 대신하는 증명”(형소법 제422조)으로 재심청구가 가능하지만 이 또한 그리 쉬운 일은 아니기 때문에 재심을 통한 청산과 회복이 결실을 얻기 위해서는 수사기관의 불법행위에 대하여 검찰이 적극적인 조사와 해명에 나서는 것이 매우 절실하게 필요한 과제이기도 하다.

VIII. 맺음말

우리나라의 검찰은 그동안 거의 통제받는 검찰권을 향유해 왔다고 보아도 과언이 아니다. 비록 노골적인 정치권의 시녀역할은 많이 사라졌다 하더라도 검찰은 폐쇄적인 관료권력으로 성장하여 그 막강하고 통제받지 않는 권한을 통하여 정치권력과 자본에 대한 유착관계는 더욱 강화될 소지가 크다. 하나의 거대한 관료적 권력기관으로 전화된 검찰은 공정한 법집행에 대한 시민들의 요구를 반영하지 못하는 한편, 자신의 조직논리와 조직의 효율성에 기초한 행동양식을 창출함으로써 점점 더 공익의 대표자로서

의 기능을 상실해 갈 위험성도 도사리고 있다.

이제 검찰개혁의 핵심적 화두는 검찰의 수사권과 기소권에 대한 시민의 민주적 통제 장치를 마련하는 것이어야 한다. 관료적 폐쇄성을 혁파하고 시민사회와 소통하는 통로를 마련하는 것이 진정한 검찰개혁의 방향이다. 이는 검찰이 시민의 지지와 신뢰 속에서 검찰권의 공정한 행사를 담보하도록 함으로써 진정한 국민의 검찰로 다시 태어나는 길이 될 것이다. 민주주의의 토대 위에 구축되지 않은 법치주의는 환상일 뿐만 아니라 위험하기까지 하다. 범정부 차원의 사법개혁은 마무리되어가고 있지만, 검찰개혁의 과제는 아직 끝나지 않았다.

Ⅱ 참고문헌 Ⅱ

- 김도현, “사법개혁과 법관인사제도—정당한 사법권력의 창출을 위하여—”, 민주법학 제29호, 2005
- 김희수, “검찰인사 개혁방안”, 민주적 사법개혁을 위한 국민연대 엮음, 「사법개혁의 길」, 필맥, 2006
- 문준영, “검사의 법적 성격과 조직방식에 관한 논의의 비판적 고찰”, 민주법학 제26호, 2004
- ———, “검찰권 행사에 대한 시민적 통제와 참여”, 민주법학 제29호, 2005
- 사법개혁위원회 「사법개혁위원회 최종건의문」, 2004. 12
- 신양균, 형사소송법, 2000
- 이완규, “검사동일체원칙과 관련된 몇가지 오해”, 형사정책연구소식 제78호(2003. 7/8월호), 한국형사정책연구원
- 이재상, 형사소송법, 2002
- 이재승, “정치사법과 과거청산”, 민주법학 제29호, 2005
- 이진국, “조건부 기소유예의 도입에 관한 검토”, 형사정책연구 제15권 제1호, 2004
- 이호중, “노동쟁의와 형법—쟁의행위에 대한 형법의 판단구조”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 2006
- ———, “검사동일체원칙의 철폐”, 민주적 사법개혁을 위한 국민연대 엮음, 「사법개혁의 길」, 필맥, 2006
- ———, “인혁당재건위 사건 재심무죄판결의 의미와 사법과거청산의 과제”, 기억과 전망 제16호, 2007
- 하태훈, “검찰의 인사조직상의 독립성 확보과제”, 형사정책, 제14권 제1호, 2002
- 한인섭, “한국검찰의 정치적 중립성 : 풀리지 않는 숙제”, 「권위주의 형사법을 넘어서」, 동성사, 2000
- ———, “재판을 통한 사법부의 과거청산”, 한인섭 엮음, 「재심·시효·인권—국가기관의 인권 침해에 대한 구제방안」 경인문화사, 2007.3
- 허일태, “검찰중립화방안 : 검찰권행사의 공정성 담보를 위한 대책”, 동아법학 제30권 2002
- 안경환·한인섭, “배심제와 시민의 사법참여”, 집문당, 2005
- 백광훈·신동일·이천현, “바람직한 검찰개혁의 방향”, 형사정책연구 제14권 제2호, 2003
- 배종대/이상돈, 형사소송법, 2004
- 배종대·이상돈, 형사소송법, 제7판, 2006



Abstract

Democratic Control and Reform of the Prosecution

by Ho Joong, Lee

(Professor, college of Law, Sogang University)

In spite of fruitful judiciary reform promoted by the Government, the Korean Prosecution still has an unregulated strong power and authority in criminal investigations and in court. So far as the prosecution is concerned, the reform is not completed, because the major issues of judicial reform have focused only on the reformation of the criminal process rather than the democratic control over the judicial agencies, especially the prosecution.

So this article raises the important, unended reform issues to procure democratic control over the prosecution. The uncompleted reform agenda are those : 1) democratic regulation over the prosecutor appointment system, 2) reform of the hierarchic structure of the prosecution, 3) rational control against the power to indict by citizens, 4) demanding the prosecution to play an active roll for retrial of the past unlawful judgements.

This article suggests that the reform of the prosecution is not fulfilled until the power of the prosecution should be managed democratically by the ordinary citizens.



Key words

the prosecution, right to indict, judiciary reform, judicial past liquidation