

# 검찰의 개혁, 특임검사제의 도입과 검찰권 행사에 대한 민주적 통제방안\*

## Special Investigation System of Prosecutor, Prosecutorial Review Commission System and Grand Jury System

조 재 현(CHO, Jae Hyun)\*\*

### ABSTRACT

Judicial reform, especially the reform of prosecutorial power has been raised constantly. After the case of "sponsor prosecutor" ("sponsor" Jeong's case)", the prosecutory authorities announced the plans of the reform of prosecutorial power in 2010. 6. The plans of the reform of prosecutorial power are the introduction of Special Investigation System of Prosecutor and Prosecutorial Review Commission System to prevent the prosecutors' corruption. Meanwhile the new word of "Grandeur Prosecutor," "Benz Prosecutor" has become the object of public concern.

We could offer the plans to eradicate the prosecutors' corruption from the viewpoints of the fairness of prosecutorial power and civil control on the authority of prosecutorial power, that is just the introduction of the Permanent Establishment of Special Prosecutor for the investigation of political corruption cases or constitution of 'Independent Commission against Corruption of Higher officers' and Grand Jury System in USA or Prosecutorial Review Commission in Japan. Because with the introduction of Special Investigation System of Prosecutor we cannot expect the fair probe of the prosecution. Also there will be an invalid system if there is no improvement of the problem in the Prosecutorial Review Commission System.

In conclusion, we all have to consider the reform and improvement of the judicial system, especially the prosecutorial power from the viewpoints of introduction of the new investigation system and civil control system.

Key words: 특임검사(Special Investigation System of Prosecutor), 검찰시민위원회(Prosecutorial Review Commission System), 상설특검제(Permanent Establishment of Special Prosecutor), 고위공직자비리수사처(Independent Commission against Corruption of Higher officers), 기소배심(Grand Jury System), 검찰심사회(Prosecutorial Review Commission)

\* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음.

\*\* 동아대학교 법학전문대학원 부교수

## 1. 서론

스폰서 검사, 그랜저 검사에 이어 이제 벤즈검사라는 말이 세간을 떠들썩하게 하고 있다. 이제 벤즈검사가 검찰의 이미지와 신뢰를 실추시키는 것이 마지막 이길 바라는 심정으로 이 글을 시작한다.

검찰은 수사권, 수사지휘권, 공소제기권, 공소유지권 등을 독점한 강력한 권력집단이기 때문에 그 동안 개혁에 관한 논의가 무성하였다. 검찰개혁에 관한 논의는 비단 어제 오늘의 일만은 아니며, 우리 사회의 청렴성을 회복하기 위해서는 언젠가는 풀어야 할 숙제이다. 가장 최근에 있었던 검찰개혁에 관한 논의를 촉발시킨 사건은 2010년 4월에 있었던 검사 성접대 사건이다. 이 사건으로 스폰서검사라는 말이 등장하면서 2010년 6월에 대검찰청 자체 검찰개혁방안이 발표되었다. 그 내용은 독자적이고 강력한 감찰시스템의 시행, 감찰 업무에 직접 국민 의사의 반영, 검사의 범죄에 대한 특임검사의 독립적 수사 및 기소, 검찰시민위원회의 구성, 미국식 기소배심제도 입법추진 등이다. 이러한 검찰개혁방안에도 불구하고 그랜저 검사에 이어 벤즈검사라는 신조어까지 등장하면서 검찰개혁은 그 한계를 드러낼 수밖에 없었다. 오히려 검찰개혁방안의 발표는 그 동안 강력하게 추진필요성이 대두되었던 상설특별검사제도나 고위공직자비리수사처의 설치를 막기 위한 공여지책이었을 것이란 평가를 가져왔다. 실제로 중요한 사건마다 특별검사법이 도입되어 특별검사에 의한 수사가 이루어진 바 있다. 하지만 특별검사법의 도입으로 이루어진 특별검사에 의한 수사마저도 큰 기대에 미치지 못했던 것이 사실이다. 그러면서 학계나 시민단체를 중심으로 상설특검제, 고위공직자비리수사처의 도입이 강하게 요구되고 있었다.

어떠한 제도를 선택하든 그 제도가 검찰의 개혁을 가져올 것이라고 확신을 하기는 어렵다. 지금의 제도의 운영만으로도 검찰조직의 공정성, 청렴성을 얼마든지 구현할 수 있다. 하지만 현재 상태에서는 공정한 검찰, 청렴한 검찰을 기대하는 것이 현실적으로 어렵다고 판단되기 때문에 어느 정도의 제도 개선의 문제로 접근해서 검찰권의 공정성과 청렴성을 확보하기 위한 새로운 제도적 장치를 강구해보고자 하는 것이 바람직한 논의 과정일 것이다. 검찰 스스로의 개혁이 한계에 부딪치면서 제동이 걸린다면 이제는 제도운영의 문제로 해결하기보다는 오히려 한시적으로나마 먼저 외부의 힘에 의존하여 제도개선의 문제로 검찰의 개혁논의에 접근해보는 것이 바람직할 것이다.

검찰은 차체개혁안에서 개혁의 주요 내용으로 검찰조직, 검찰수사의 공정성과 청렴성을 확보하고 국민적 신뢰를 회복하기 위한 새로운 수사기구의 설치와 검찰의 활동을 국민적 통제 하에 두겠다는 의지를 표명하고 있다. 이른바 특임검사제의 도입과 검찰시민위원회의 설치 및 미국식 기소배심제 입법추진을 내놓게 된 배경이다.

이하에서는 특임검사제의 도입에 관한 문제와 검찰의 활동에 관한 국민의 통제에 관한 문제를 중심으로 검찰개혁의 방향을 검토해보고자 한다.

## II. 특임검사제 도입의 문제

### 1. 특임검사제의 도입

#### (1) 특임검사의 의의

스폰서검사 파문 이후 검찰은 그 동안 실추된 검찰의 위상과 신뢰를 회복하기 위하여 검찰개혁을 위한 시발점으로 특임검사제를 도입하였다. 검찰의 신뢰를 회복하기 위한 카드로 검찰권의 위상강화와 검찰의 범죄에 대해서는 관할 검찰청에 수사를 맡기지 않고 특임검사를 지명해서 처리하겠다는 것이다.

특임검사란 검사의 범죄혐의나 비리의혹에 대하여 독립적 수사와 기소를 담당하게 할 별도의 특임검사를 검찰총장이 지명하도록 하는 것으로 대검훈령 제158호(2010. 8. 13.)로 도입된 제도이다. 대검훈령에 의하면 검사의 범죄혐의를 수사하여 소추하는 별도의 특임검사를 한시적으로 운영할 필요성을 인정하면서, 검찰총장이 검사의 범죄혐의에 대한 국민적 의혹이 제기되거나 사회적 이목이 집중되는 등 필요하다고 판단될 때 이를 담당할 특임검사를 지명할 수 있도록 규정하고 있다. 대검찰청 검찰본부장과 검찰위원회는 특임검사의 지명을 요청할 수 있으며, 검찰총장은 사건의 성격 및 경중, 수사대상, 검사의 직위 등을 고려하여 검사 중에서 특임검사를 지명하도록 하고 있다.

#### (2) 특임검사의 직무범위

특임검사는 검찰총장이 지정하는 사건에 대한 수사, 공소 제기 및 그 유지에 관한 직무와 권한을 가진다. 특임검사는 그 직무에 관하여 검찰총장 등 상급자의 지휘·감독을 받지 아니하고 수사결과만을 검찰총장에게 보고하는 등의 직무상의 독립성을 가진다. 다만 검찰총장이 지정하는 사건 이외의 사건을 수사할 필요가 있다고 판단될 때에는 그 수사를 개시하기 전에 미리 검찰총장의 승인을 받아야 한다.

특임검사에게 필요한 조치 등을 권고할 수 있는 권한을 가지는 것은 검찰총장이 아니라 검찰위원회이다. 특임검사는 검찰위원회에 수사상황을 보고해야 하는데, 검찰위원회는 수사상황에 대한 보고를 검토하고 특임검사에게 필요한 조치를 권고하는 권한을 가진다. 이것은 특임검사가 검찰위원회를 통해 국민으로부터 직접적인 통제를 받는다는 의미<sup>1)</sup>라고 평가되기도 한다.

1) 윤영철, “검찰개혁방안의 문제점과 개선방안에 관한 소고”, 조선대 법학논총 제17집 제2호, 2010, 85면; 하태훈, “검찰개혁의 과제와 전망”, 「내일을 여는 역사」 제36권, 2009, 119면 등 참조.

### (3) 특임검사의 직무상 독립

특임검사는 검찰총장에게 수사결과만을 보고하기 때문에 검찰총장의 직접적인 지휘·감독을 받지 않는다.

다만 검찰총장은 특임검사가 심신상의 장애 등으로 직무를 수행할 수 없거나 특임검사의 조치가 법률에 위배될 때에는 지명을 해제할 수 있을 뿐만 아니라 특임검사의 조치가 현저히 부당하거나 직무의 범위를 벗어난 때에 한하여 그 직무수행을 중단시킬 수 있다. 그리고 검찰총장은 특임검사의 활동과 관련하여 검찰총장이 지정하는 사건 이외의 사건에 대한 수사에 대한 승인권을 가지며, 특임검사의 직무수행에 필요한 검사 또는 검찰청직원의 지원, 직무수행에 필요한 소요예산의 지원 등의 권한을 통하여 실질적인 특임검사에 대한 통제권을 행사한다고 보아야 한다.

## 2. 특임검사의 정치적 중립성 및 직무독립성의 확보문제

검사동일체의 원칙과 법무부장관의 지휘·감독권을 이유로 특임검사의 정치적 중립성과 직무 독립성에 의문을 제기하는 견해가 있다.<sup>2)</sup> 검사동일체의 원칙과 법무부장관의 지휘·감독권이 존재하는 현실에서 검사로서의 특임검사가 정치적으로 자유로울 수 있는 가능성이 희박하다는 것이다. 특히 검찰고위간부가 연루되어 있거나 정치적으로 중대한 사건의 경우 검찰총장이 지명하고, 법무부장관의 영향력으로부터 자유로울 수 없는 특임검사가 지휘고하를 막론하고 성역 없이 독립적으로 공정하게 수사하거나 기소할 수 있는지 의문이라는 것이다.<sup>3)</sup>

대검훈령에 의할 때 특임검사는 검찰총장에게 수사결과만을 보고하고, 검찰위원회에 수사상황을 보고하도록 되어 있기 때문에 검찰총장은 특임검사에 대하여 직접적인 수사에 대한 지휘·감독권이 없으며, 검찰위원회도 필요한 조치를 권고할 수 있을 뿐 직접적인 지휘·감독권을 행사할 수는 없다. 하지만 위에서 제시된 바와 같이 굳이 검사동일체의 원칙이나 법무부장관의 지휘·감독권을 원용하지 않더라도 대검훈령에 나타난 실질적인 검찰총장의 영향력은 특임검사의 직무독립성을 심각하게 훼손할 가능성이 있다. 직무수행의 종료나 지명해제권, 검찰총장 지정사건 이외의 사건에 대한 수사 승인권, 인적·예산상의 지원 등 검찰총장의 특임검사에 대한 실질적인 통제권을 고려한다면 특임검사의 공정한 수사를 기대하거나 그것을 보장한다는 것은 쉬운 일이

2) 윤영철(주 1), 90면 이하; 이호중, “검찰에 대한 민주적 통제와 검찰개혁의 과제”, 서강법학 제9권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2007, 63면 참조.

3) 그 때문에 검사동일체 원칙의 폐지가 주장되고 있으며, 그로 인해 발생할 수 있는 문제는 현행의 제도로 충분히 극복가능하다는 주장이 있다. 허일태, “검찰중립화방안-검찰권 행사의 공정성 담보를 위한 대책-” 동아법학 제30호, 동아대학교 법학연구소, 2009, 13면 참조; 하태훈, “검찰의 인사·조직상 독립성 확보과제”, 형사정책 제14권 제1호, 한국형사정책학회, 2002, 18면 참조.

아니다.

이러한 의미에서 검사와 판사를 포함한 고위공직자의 범죄에 대하여 수사·기소의 권한을 독립된 외부기관에 부여하거나, 민간인으로 구성된 기소배심에 의해 중요 사건의 기소여부를 판단하도록 하는 방안이 합리적이고 타당한 방안<sup>4)</sup>일 수 있다. 그렇기 때문에 검사 등의 범죄를 특임검사에게 맡기는 것은 오히려 고위공직자비리수사처와 상설특검제의 도입을 막기 위한 방패막이라는 비판이 제기되는 것도 그 이유이다.

### 3. 특임검사와 특별검사

특임검사와 유사한 제도로 미국에서의 특별검사(Special Counsel)를 들 수 있다. Special Counsel은 보통법상 관행에서 연유하고 있는 것으로 이해충돌로 인하여 공정한 수사가 불가능한 경우에 검사의 임명권을 가지고 있는 법무장관이 외부의 제3자를 검사로 임명하여 그에게 수사와 소추를 위임해야 할 필요성이 있는 경우에 임명하여 왔다. 법무장관을 임명한 대통령이나 그 측근이 관련된 사건에서 대통령이 임명한 법무장관에게 수사를 맡겨서는 공정한 수사가 어렵기 때문에 이를 회피해야 한다는 것을 그 논거로 하고 있다.<sup>5)</sup> 이러한 경우에 임명되는 특별검사는 보통 Special Counsel이라고 한다. 그러나 Special Counsel제도는 법무장관이 임명 및 해임의 권한을 동시에 가지고 있었기 때문에 법무부장관의 일방적이고 자의적인 해임을 방지할 수 없다는 문제점이 제기됨에 따라 이러한 자의적인 해임을 방지하고 공정한 업무수행을 보장해야 한다는 지적이 있었다. 이러한 문제점에 대한 근본적인 재검토의 도화선이 된 것이 1972년 워터게이트사건이었다. 종래 법무장관에 의해 임명되는 특별검사제의 문제점에 대한 한계를 극복하고 행정부의 압력으로부터 독립적이고 공정한 수사를 제도적으로 보장하기 위한 새로운 특별검사제의 필요성이 논의되기 시작하였는데, 이러한 필요성에 의해 미국의회가 도입한 제도가 이른바 Special Prosecutor, Independent Counsel<sup>6)</sup>이다. Special Prosecutor 내지는 Independent Counsel이라 불리는 특별검사는 미국에서도 끊임없는 위헌론의 시비로부터 자유로울 수 없었다. 이러한 Special Prosecutor나 Independent Counsel제도로 대표되는 특별검사제는 우리나라에서도 도입되어 이미 9차례 특별검사법이 통과되어 시행된 바 있다.

그 동안 9차례의 특별검사법을 거치면서 위헌논쟁 등 많은 논의들이 있었다.<sup>7)</sup> 특별

4) 윤영철(주 1), 91면.

5) 미국에서 보통법상 관습에 의해 특별검사가 인정되는 경우 연원은 같지만 목적을 달리하는 두 가지 방향으로 발달하여 왔다. 그 하나가 이익충돌의 경우에 인정되는 특별검사이며, 다른 하나는 검사의 불기소결정에 대한 불복과 견제 수단의 하나로 특별검사를 임명하는 것이다. 오세인, “미국에서의 특별검사제도에 대한 비판론”, 저스티스 제32권 제3호, 1999, 133면 참조.

6) 이를 보통의 특별검사와 구별하여 독립검찰관이라는 용어로 사용하는 견해도 있다. 정종섭, “미합중국의 독립검찰관제도”, 『헌법연구 2』, 박영사, 2001, 383면 이하.

7) 특별검사제의 위헌성 논의에 관한 자세한 내용은 조재현, “공직자부패통제방안으로서 특별

감사제의 시행과정을 거치면서 한시적 특별감사제의 경험에서 나타난 문제점들로 지적되는 것은 다음과 같다.

실체적 진실발견과 형사사법 정의를 구현하기 위해서 결정되어야 할 특별감사의 임명과 수사대상 및 수사기간의 결정이 정치적 협상의 결과에 따라 좌우된다는 점, 한시적 특별감사제는 특검법이 발효한 것과 동시에 특별감사 등 수사인력이 임명되어야 하는데, 이 경우 특별감사팀을 급조할 수밖에 없고, 독립성과 능력을 갖춘 특검팀 수사인력을 신속히 모집하기 어렵다는 점, 한시적 특별감사팀을 급조함으로써 기존의 검찰조직에 의존할 수밖에 없어 특검의 공정성과 독립성에 문제가 발생할 수 있다는 점, 특검팀 전체에 대한 신뢰를 좌우할 특별감사의 선임에 있어서 통상 7일 이내의 매우 짧은 기간 내에 특별감사 추천기관인 대한변협 또는 대법원장이 적임자를 물색하여 대통령에게 추천해야 하고 대통령도 이를 추천받은 후 3일 이내에 특검을 임명을 함으로써 추천예정자에 대한 사회적 검증기간을 거칠 수 없다는 점 등<sup>8)</sup>이 그것이다. 그 밖에도 특별감사를 보좌할 특별수사관의 지위문제<sup>9)</sup>나 관련기관의 협조 문제<sup>10)</sup> 등이 지적되고 있다.

경험적인 분석을 보더라도 지금까지의 특별감사 수사결과<sup>11)</sup>는 검찰수사결과와 같거나 중요한 공소사실을 무죄로 판단하는 등 검찰수사결과와 달리 본질적으로 달라진 것이 없다는 점이다.<sup>12)</sup> 그렇기 때문에 한시적 특별감사제는 그 문제점 등으로 인하여 이미 한계가 드러났으며, 특별감사의 경험적 운용에서의 한계의 노정은 상설특검이나 고위공직자비리수사처의 설치 필요성으로 귀결된다.<sup>13)</sup>

감사제와 고위공직자비리수사처의 설치에 관한 제언”, 한국부패학회보 제15권 제4호, 한국부패학회, 2010. 12, 150면 이하.

8) 참여연대 이슈리포트, 역대 9번의 특별감사제를 통해서 본 고위공직자비리수사처의 필요성, 2010. 11. 11, 7-8면 참조.

9) 각 특검법은 특별수사관이 사법경찰관의 직무를 수행한다고 규정하고 있는데, 형사소송법 243조에 따라 감사의 직무를 수행하는 특별감사나 특별감사보가 주요 피의자에 대해 신문을 할 경우, 이들 특별수사관이 신문과정에 참여할 수 없었기 때문에 파견감사나 파견검찰공무원을 신문과정에 참여시켰다. 그러나 검찰이 수사대상인 경우에는 이들을 신문과정에 참여시키는 것이 매우 부적절하다는 점을 대부분의 특별감사들이 수사결과 보고서를 통해 지적하였다. 옷 로비 사건의 최병모 특별감사, 조폐공사 파업유도 사건의 강원일 특별감사, 이용호게이트 사건의 차정일 특별감사, 대북비밀송금 사건의 송두환 특별감사, 노무현측근비리 사건의 김진홍 특별감사, 이명박-BBK 사건의 정호영 특별감사 등이 이를 공통적으로 지적하였다. 참여연대 이슈리포트(주 8), 9면 참조.

10) 각 특검법에는 특검의 수사에 협조할 관계기관의 범위가 정해져 있는데, 감사원이나 국세청 등 수사에 꼭 필요한 주요 기관이 특정되지 않았다고 하여 특검의 수사협조요청에 응하지 않는 경우가 있었다. 참여연대 이슈리포트(주 8), 9면 참조.

11) 김진환, “사법개혁의 방향”, 저스티스 통권 제118호, 2010, 77면.

12) 김진환(주 11), 77면 표 참조.

13) 고위공직자비리수사처의 설치에 관한 제문제와 관련해서는 조재현(주 7), 156면 이하 참조.

### III. 검찰에 대한 국민의 통제권 확보에 관한 문제

#### 1. 검찰권 행사의 민주적 정당성 확보방안

지난 해 검찰개혁방안을 발표할 당시 대검찰청은 국민이 직접 검사의 권한 특히 기소재량권을 통제하는 방안으로 전국 검찰청에 검찰시민위원회를 설치하여 중요사건의 기소여부를 심의하도록 하는 제도를 제안하였다. 그리고 미국식 기소배심제도의 입법추진을 발표하였다. 검사의 공소제기, 불기소처분, 구속취소, 구속영장의 재청구에 관한 의사결정 과정에서 국민의 의견을 직접 반영하여 수사의 공정성과 투명성을 제고하고 국민의 인권을 보장하기 위하여 검찰시민위원회제도를 도입하기로 한 것이다.

국회도 2006년 검찰의 민주적 통제를 강화하고 투명성을 제고하여 국민으로부터 신뢰를 확립하기 위하여 일본의 검찰심사회를 모델로 하는 “국민의 고소사건 재정심사 참여에 관한 법률안”(장운석 의원 대표발의)과 “재정심사에 관한 법률안”(권영세 의원 대표발의)을 제출하였으나 이 법률안들은 폐기되었다. 2010년 11월 3일 이와 유사한 내용의 “기소심사에 관한 법률안”을 김창수 의원이 다시 대표발의 하였다.

#### 2. 검찰시민위원회

##### (1) 검찰시민위원회의 의의

검찰의 기소독점에 대한 시민적 통제방안으로 검찰시민위원회를 설치·운영하고 있다. 검사는 수사의 공정성과 투명성을 제고하기 위하여 검찰시민위원회의 심의가 필요하다고 판단되는 때에는 공소제기나 불기소처분 전에 위원회의 심의를 요청한다. 주로 고위 공직자의 금품향응수수, 불법 정치자금의 수수, 권력형 비리, 지역토착 비리 등 부정부패사건, 피해자가 불특정 다수인 사기·횡령·배임 등 금융·경제 범죄사건, 조직폭력, 마약, 살인, 성폭력 등 중요 강력사건, 기타 지역사회의 이목이 집중된 사건에 검찰시민위원회의 심의를 요청한다.

##### (2) 검찰시민위원회의 설치 및 구성

검찰시민위원회는 지방검찰청 및 차장검사를 두고 있거나 부를 두고 있는 지청은 위원회를 설치하며, 부를 두고 있지 아니한 지청은 소속 지방검찰청에 설치된 위원회를 활용한다.

위원회는 위원장 1명을 포함한 9인의 위원으로 구성하고, 3명 이상 9명 이하의 예비위원을 둔다. 각급 청의 장은 만 20세 이상의 대한민국 국민 중에서 건전한 상식과

균형감을 갖춘 일반 시민들을 위원으로 위촉한다. 이 경우 다양한 분야의 시민들이 위촉될 수 있도록 직업, 연령, 성별, 거주지 등을 고려한다. 위원장과 위원의 임기는 6개월로 하고 1회에 한하여 연임할 수 있다.

### (3) 검찰시민위원회의 심의사항, 절차 및 효력

검찰시민위원회는 검사의 요청에 따라 공소제기의 적정성, 불기소 처분의 적정성, 구속취소의 적정성, 구속영장 재청구의 적정성 등을 사전심의 한다. 검사는 수사의 공정성과 투명성을 제고하기 위하여 검찰시민위원회의 심의가 필요하다고 판단되는 때에는 공소제기나 불기소처분 전에 위원회의 심의를 요청하는데, 주로 고위 공직자의 금품향응수수, 불법 정치자금의 수수, 권력형 비리, 지역토착 비리 등 부정부패사건, 피해자가 불특정 다수인 사기·횡령·배임 등 금융·경제 범죄사건, 조직폭력, 마약, 살인, 성폭력 등 중요 강력사건, 기타 지역사회의 이목이 집중된 사건 등이 그 심의사항이다.

검찰시민위원회는 심의가 종료되면 ‘검찰시민위원회 심의의견서’를 작성한다. 심의의견란에는 공소제기의 경우 ‘기소적정’, ‘기소부적정’을, 불기소처분의 경우 ‘불기소적정’, ‘불기소 부적정’을, 구속취소의 경우 ‘구속취소’, ‘구속유지’를, 구속영장 재청구의 경우 ‘구속영장 재청구’, ‘구속영장 재청구 불요’를 기재한다. 검사는 심의결과를 지체 없이 소속 검사장 또는 지청장에게 보고한다.

검사는 공소제기, 불기소 처분, 구속취소, 구속영장 재청구 여부를 결정함에 있어서 검찰시민위원회의 의견을 최대한 존중하여야 한다. 다만, 위원회의 의견은 검사의 결정을 기속하지 않는다.

### (4) 검찰시민위원회의 제도적 한계

#### 1) 설치근거상의 한계

검찰시민위원회는 법률적 근거 없이 검찰의 내부지침으로 설치된다. 대검예규인 ‘검찰시민위원회 운영지침’(2010. 7. 2.)이 검찰시민위원회의 설치근거이다. 검찰시민위원회의 법적 근거와 관련하여 본다면 최소한 검찰청법에서 그 설치근거라도 마련하는 것이 제도의 도입취지에 부합하는 것이 아닌가 하는 생각이 든다. 검찰시민위원회가 국민의 권리·의무와 직접 관련되는 입법사항이 아니라고 하더라도 검찰권의 행사가 곧 국민의 형사실체법상 또는 형사절차법상의 권한에 미치는 영향을 고려한다면 그러한 검찰권 행사의 통제수단인 검찰시민위원회의 설치근거는 검찰청법에 두는 것이 바람직하다.



## 2) 검찰시민위원회 구성 및 자격상의 한계

검찰시민위원회의 위원은 각급 청의 장이 위촉한다. 각급 청의 장은 위촉의 공정성을 확보하기 위하여 지역사회의 각 분야로부터 위원으로 위촉될 사람을 추천 받거나 공개모집할 수 있다. 위원의 임기도 6개월로 비교적 짧으며, 위원이 위원으로서의 품위를 손상하는 행위를 하거나 불가피한 사정으로 직무를 수행하기 어려운 경우에는 위원을 해촉할 수 있다.

검찰시민위원회의 위원 위촉은 공정성을 확보하기 위하여 지역사회의 각 분야로부터 추천을 받거나 공개모집하지만, 위촉과 해촉은 각급 청의 장이 그 권한을 보유하기 때문에 검찰에 적대적인 인사의 위촉은 어려울 것이며, 주로 우호적인 위원으로 구성되는 경우 검사의 검찰권 행사에 대한 통제가 그 실효성을 거둘지는 의문이다.<sup>14)</sup>

## 3) 심의 절차상의 한계

검찰시민위원회의 심의절차는 검사의 요청에 의하여 개시된다. 검사의 요청이 없는 경우 검찰시민위원회의 심의가 개시될 여지가 없다. 검사가 검찰조직에 불리하다고 판단되는 사건에 대하여 기소의 판단임에도 불구하고 검찰시민위원회의 심의절차를 요청하지 않고 불기소처분 또는 기소유예로 결정할 수 있는 가능성이 있다는 점이다.<sup>15)</sup> 그 때문에 심의대상사건을 임의적 심의대상사건과 필요적 심의대상사건으로 구분하여 필요적 심의대상사건은 반드시 검찰시민위원회의 심의절차를 거치도록 하고, 임의적 심의대상사건은 검사 이외에 피해자도 검찰심의위원회의 심의를 청구할 수 있도록 하는 방안이 바람직한 방법으로 제시되고 있다.<sup>16)</sup>

## 4) 구속력의 한계

검찰시민위원회는 실질적인 의결기구가 아니라 심의기구에 불과하다. 심의결과에 강제적인 효력이 부여되지 않는다. 검찰시민위원회의 의견과 담당검사의 의견이 일치하지 않는 경우 검찰시민위원회의 의견이 검사의 결정에 반영되지 않을 가능성이 매우 크다. 일본의 검찰심사회가 한 기소상당의 결정에 대한 재심사를 통하여 기소강제 절차의 도입함으로써 검찰심사회의 의결에 구속력을 부여하고 있는 것은 우리에게 시사하는 바가 크다. 이 점에 관하여는 후술한다.

14) 윤영철(주 1), 92면.

15) 윤영철(주 1), 92면.

16) 윤영철(주 1), 92면.

### 3. 미국식 기소배심제도의 입법추진

대검찰청은 장차 시민이 중요사건의 기소사건을 직접 심의하는 기소배심제도를 도입하여 법적 구속력이 있는 배심원의 평결에 따라 기소권을 행사할 수 있도록 하는 입법을 추진하겠다고 발표하였다. 이는 미국식 배심제도를 모델로 하고 있다.

#### (1) 미국의 대배심제도의 의의 및 연혁

미국에서는 1653년 매사추세츠에서 대배심제도가 최초로 시행된 이래 영국과의 대립이 격화되면서 영국의 강권통치를 견제하는 제도로서 미국인의 전폭적인 지지를 얻게 되었다.<sup>17)</sup> 결국 영국에 대한 저항의 결과 대배심제도는 미국혁명에서 보다 큰 이점을 갖게 되었다.<sup>18)</sup> 1791년 미국연방헌법 수정 제5조에서는 “누구든지 대배심의 고발이나 정식기소 없이는 사형범죄 또는 중범죄로 재판받지 아니한다”는 규정을 두기에 이르렀다. 1884년 미국연방대법원은 이른바 Hurtado사건<sup>19)</sup>에서 대배심에 관한 미국헌법 수정 제5조는 주 단위까지 적용되는 조항은 아니라고 판시함으로써 각 주는 자율적으로 대배심의 존치 여부를 결정할 수 있는 계기를 제공하였다. 결국 미국의 어떠한 주도 대배심 제도 자체를 폐지하지는 않고 대배심에 의한 조사권한 등은 계속적으로 활용되고 있지만, 중범죄사건에 대하여 대배심에 의한 심사를 필수적으로 요구하는 주는 그리 많지 않다.<sup>20)</sup>

#### (2) 대배심에서 검사의 역할 및 기소

대배심의 심리과정에서 법원 및 변호인의 관여가 제한되므로 대배심의 심리과정은 검사의 주도로 이루어지며, 대배심에서 어떤 증인을 소환할 것인지, 어떤 증거를 조사할 것인지에 대해서는 대부분 검사가 결정하게 된다.

대배심에서 심리가 종결되면 대배심의 평결을 거쳐 검사의 정식 기소장에 대한 승인여부를 결정하게 된다. 기소를 위한 상당한 혐의가 인정되면 기소를 승인하게 되지만 이 경우에도 검사는 최종적으로 기소를 할지 여부에 대해서는 재량권을 보유하기 때문에 대배심의 기소에 대한 평결은 검사의 기소 의사에 대한 승인절차에 불과하다.

기소를 하기에 상당한 혐의를 인정하기 어렵거나 또는 기소하기에 적절하지 않은

17) 표성수, “재판전 형사절차에 있어서 국민참여제도에 관한 연구”, 저스티스 제113호, 2009. 10, 181면 참조.

18) 대배심제도의 연혁, 대배심 대상사건 및 대배심의 구성에 관하여는 백승민, “대배심제도에 관한 연구”, 법학연구 제17권 제3호, 연세대학교 법학연구소, 2007, 83면 이하 참조.

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

20) 백승민(주 18), 86면 참조.

사유가 있는 때에는 기소 불승인을 하게 된다. 이 경우 검사는 당해 대배심을 통한 기소를 할 수 없게 되지만 재량에 따라 다른 대배심을 통한 기소를 추진할 수 있다.

### (3) 대배심제도에 대한 평가

대배심제도는 범죄를 저지른 시민을 기소하는 칼(sword)이면서도 다른 한편으로는 부당한 기소로부터 시민을 보호하는 방패(shield)로서의 역할을 하는 제도로 평가<sup>21)</sup>되고 있다. 기소의 증거가 충분치 않거나 불공정할 경우에 대배심이 기소를 거절함으로써 기소하는 자와 기소되는 자 사이에서 방패로서의 기능으로 하게 되며, 대배심이 조사기관으로 활동함으로써 칼의 역할을 하게 된다는 의미이다. 이처럼 대배심제도는 부당한 형사사법권의 행사로부터 국민을 보호하는 제도라고 알려져 있다.<sup>22)</sup> 그러나 미국 내에서도 대배심제도는 검사의 공소권에 대한 통제수단으로서의 역할을 하기보다는 검사가 주도권을 가지고 수사 또는 기소를 위하여 대배심을 적극적으로 활용함으로써 대배심이 검사가 주도하는 기관으로 변질되었다는 비판에 직면하고 있다.<sup>23)</sup> 대배심절차가 검사의 기소의지에 따라 좌우되므로 대배심절차 고유의 독립성과 검사의 기소권한에 대한 견제수단으로서의 기능이 보장되기 위해서는 다른 절차적 보완수단이 필요하다고 지적<sup>24)</sup>되고 있는 것도 그 때문이다. 예컨대 대배심절차에서 검사의 권한을 축소한다거나, 대배심이 검사로부터 독립하여 실질적으로 기소 여부를 결정할 수 있도록 제도운형을 개선해야 한다는 논의 등이 그것이다.

## 4. 기소배심과 재정신청

형사소송법 제정 당시 기소독점주의와 기소편의주의를 채택하면서 검찰의 공소권 남용에 대한 통제방안으로 재정신청제도를 도입하였다. 1973년 유신정권에 의해 그 범위가 직권남용죄로 제한되면서 제도의 기능이 거의 상실되기에 이르렀다. 2007년 형사소송법의 개정으로 대상범죄가 모든 범죄로 확대되었으나, 재정신청이 인용되더라도 검사가 공소의 제기 유지를 담당하도록 함으로써 그 실효성이 의문이 제기되었다. 재정신청제도는 검사의 불기소권한에 대한 통제방법인데, 공소유지권을 검사에게 맡기는 것은 법리상 문제가 있을 수 있다. 그 때문에 형사소송법 개정 전과 같이 불기소처분을 내린 검찰이 아닌 법원이 정한 검사, 즉 검찰조직 내의 검사가 아닌 변호사 등을 특별검사로 하여 공소유지를 해야 한다는 주장이 있는 것도 그 때문이다.<sup>25)</sup>

21) Susan W. Brenner, "Is the grand jury worth keeping?", *Judicature* March-April 1998, Vol. 81, No. 5, p 194, 윤영철(주 1), 153면에서 재인용.

22) 박상열, "미국의 배심제도에 관한 소고-기소배심을 중심으로-", *사법행정*, 2002. 12, 11면 이하.

23) 윤영철(주 1), 154면.

24) 백승민(주 18), 99면 참조.

검찰의 부당한 불기소를 통제하는 제도로 우리 현행법상 재정신청제도를 두고 있기 때문에 기소배심제 등을 도입하는 것은 불필요한 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 하지만 재정신청제도는 검사의 부당한 불기소에 대한 통제방법인 반면에 기소배심제는 부당한 기소와 수사에 대한 통제이므로 그 대상이 전혀 다르다고 할 수 있다.<sup>26)</sup> 또한 검찰권 통제의 주체도 다르다. 그렇기 때문에 기소배심제 등의 도입논의가 재정신청제도가 있다는 이유로 봉쇄되어서는 안되는 이유이다.

## 5. 우리나라 기소심사법률안의 내용

### (1) 기소심사법률안의 발의

종래 발의되었던 재정심사법률안이나 최근에 발의된 기소심사법률안 등은 일본의 검찰심사회를 모델로 하고 있다. “국민의 고소사건 재정심사 참여에 관한 법률안”과 “재정심사에 관한 법률안”은 폐기되었으나, 2010년 11월 3일 “기소심사에 관한 법률안”을 김창수 의원이 다시 대표발의 하면서 검찰권에 대한 민주적 통제에 관한 논의가 재개될 수 있는 계기가 만들어졌다.

### (2) 일본의 검찰심사회의 내용

우리나라와 같이 국가소추주의와 기소편의주의를 채택한 일본은 검찰의 공소권에 대한 통제장치로 재정신청제도와 검찰심사회제도를 두고 있다. 검찰심사회는 공소권 행사에 관하여 민의를 반영하여 그 적정을 도모하기 위한 것으로 검찰관의 공소를 제기하지 아니하는 처분의 당부를 심사하고 검찰사무의 개선에 관한 건의나 권고를 하는 것을 임무로 한다.<sup>27)</sup>

검찰심사회는 고소인·고발인·범죄피해자로부터 신청을 받아 검사의 불기소처분의 당부를 심사하며, 과반수의 의결이 있는 경우에는 직권으로 불기소의 당부를 심사할 수 있다. 검찰심사회가 기소상당(불기소부당)의 의결을 한 경우 검사는 신속하게 당해 의결을 참고하여 공소제기 여부를 검토하고, 기소 또는 불기소처분을 하고 검찰심사회에 통지하여야 한다. 검사가 불기소처분의 취지를 통지하거나 3개월 내에 아무런 통지를 하지 않은 경우 검찰심사회는 재심사를 하고 검찰심사회가 다시 기소의결을 한 경우에는 범죄사실을 기재한 기소의결서를 관할 재판소에 송부하고, 재판소는 변호사 중

25) 김태명, “다시 개정되어야 할 재정신청제도”, 형사정책연구 제21권 제2호, 2010. 8, 83면 이하 참조.

26) 한상훈, “외국의 검찰제도와 한국검찰 개혁에 대한 시사점”, 「내일을 여는 역사」 제36권, 2009, 148면.

27) 김태명, “검찰시민위원회 및 기소심사회 제도에 대한 비판적 고찰”, 형사정책연구 제21권 제4호, 2010· 겨울호, 166면 이하 참조.

에서 공소의 제기 및 유지를 담당할 자를 지정하여 공소제기 및 유지업무를 수행하게 한다. 기소상당의 결정에 대한 재심사를 통한 기소강제절차의 도입은 검찰심사회의 의결에 구속력을 부여함으로써 검찰심사회가 형사소추의 최종책임자임을 명확히 한 것이라는 긍정적 평가가 일반적이다.<sup>28)</sup>

### (3) 기소심사법률안의 내용

이 법안은 사법의 민주적 정당성을 강화하고 투명성을 제고하기 위하여 형사재판에 국민의 사법참여제도가 도입됨과 병행하여 검사의 기소권행사에 관하여도 국민의 의사를 반영하여 그 적정성을 기하기 위한 것으로 검찰의 기소권 행사에도 국민참여제도를 도입할 필요가 있다는 판단 하에 도입된 것이다. 미국 및 일본 등에서도 검찰의 기소권행사에 관하여 기소배심, 검찰심사회 등 국민참여형 통제제도를 모델로 하여 검찰권의 민주화의 실현을 그 목적으로 하고 있다. 우리나라에서도 고소 및 일부 고발사건에 대한 검사의 불기소처분에 국민참여형 기소심사제도를 도입함으로써 검찰의 기소권행사에 민주적 통제를 강화하고 투명성을 제고하여 국민으로부터의 신뢰를 확립함과 동시에 피해자의 보호를 도모하려는 것이다. 주요내용으로는 다음과 같다.

각 고등법원 소재지에 기소심사회의 설치(안 제3조), 기소심사회는 11명의 기소심사원이 참여하도록 함(안 제5조), 기소심사원후보자를 추천하기 위하여 기소심사원 선정위원회를 구성함(안 제12조), 기소심사원후보자 선정은 기소심사원 선정위원의 만장일치로 함(안 제14조), 기소심사원 및 예비기소심사원의 임기는 6개월로 함(안 제21조), 고소권자로서 고소를 한 자 및 형법 제123조부터 제125조까지의 죄에 대하여 고발을 한 자가 기소심사를 신청할 수 있도록 함(안 제34조), 기소심사회는 기소신청이 법률상의 방식에 위배되거나 이유 없는 때에는 신청을 기각하고 신청이 이유 있는 때에는 기소함이 상당하다는 의결을 하되, 기소상당 의결의 경우에 지방검찰청검사장 또는 지청장은 재수사를 개시하여 다시 기소제기 여부를 결정하여야 함(안 제44조), 지방검찰청검사장 또는 지청장의 재수사 결과에도 불구하고 불기소처분을 한 경우에 기소심사회는 재의결을 하되, 또 다시 기소제기를 의결한 경우에는 검사는 기소를 제기하도록 하는 것(안 제45조) 등이 그것이다.

28) 김태명(주 27), 170면. 일본의 검찰심사회의 역할과 기능 및 운영현황에 관한 자세한 내용은 김태명(주 27), 166면 이하 참조

## IV. 검찰개혁의 방향

검찰개혁의 방향은 검찰의 공정성, 청렴성의 확보와 검찰권 행사에 대한 민주적 정당성확보를 위한 통제수단의 강구여부에 있다.

### 1. 검찰의 공정성과 청렴성 확보방안

현행의 검찰조직도 제대로 운영된다면 충분히 검찰조직은 공정성과 청렴성을 확보하여 국민의 신뢰를 회복할 수 있다는 점은 누구도 부인할 수 없다. 다만 깨끗하고 과거와는 차별화 된 새로운 검찰문화를 구현하는데 있어 제동이 걸린다면 제도개선 문제로 눈을 한번 돌려보는 것도 국민의 신뢰회복의 차원에서 고려해 볼 만한 일이다.

특임검사의 도입으로 검찰의 범죄혐의나 비리수사가 적절히 이루어질 수 없다면, 또 그 동안의 특별검사법을 통과시켜 특별검사에 의한 수사가 이루어졌으나, 그 역시 만족할만한 결과를 얻지 못했다면 이제는 그 동안 지속적으로 제시되어 왔던 상설특검제나 고위공직자비리수사처의 설치문제도 진지하게 고민해 볼 필요가 있다. 깨끗한 검찰조직, 깨끗한 공직문화가 꽃피었다고 판단된다면 언제든지 다시 비대해졌다고 판단되는 수사기구도 축소될 수 있는 것이다. 하지만 지금은 현재의 검찰조직이나 사정기구의 제도적인 운영만으로는 비정상적인 부패한 공직문화를 방치할 수 있다는 점에서 제도의 개선이 필요한 단계라고 판단된다.

### 2. 검찰권 행사에 대한 민주적 통제방안

흔히 무소불위의 권한을 가진 권력기관, 폐쇄적이고 독선적인 관료집단으로 평가되고 있는 검찰도 관료주의를 탈피하고 절대적 권력기관으로서의 자리도 포기해야 한다. 그리고 검찰에 대한 국민의 민주적 통제가 확립될 때 비로소 검찰에 대한 국민의 불신이 해소되고, 그것이 곧 그 동안 잃어버렸던 검찰에 대한 국민의 신뢰를 회복하는 길이다.

검찰도 자신들이 나아갈 방향을 알고 있는 듯하다. 검찰시민위원회를 설치하여 자신들의 권한행사를 국민의 통제 하에 내 놓겠다는 의지를 표명하였으며, 미국식 기소배심제도의 입법추진을 약속한 것은 자신의 독점적 권한으로만 인식되었던 것을 국민과 나누어 가지겠다는 뜻으로 이미 그러한 의지가 검찰조직내부에서 스스로 표출된 것이기 때문이다. 그러나 검찰시민위원회는 그 제도적 한계 등으로 말미암아 검찰이 의도하는 바와 같은 운영을 장담할 수는 없다. 검찰이 원래 의도하는 바와 같은 검찰시민위원회의 운영을 바란다면 현행의 제도에서 몇 가지 문제점의 개선이 선행되어야 한다. 검찰시민위원회의 심의개시절차가 검사의 요청에 의해서만 이루어질 수 있다는

점, 검찰시민위원회의 결정에 구속력이 없다는 점, 검찰시민위원회의 구성방법상의 문제점 등이 그것이다.

검찰이 도입하고자 하는 기소배심제, 현재 국회에 계류 중인 기소심사법률안 등은 미국의 대배심, 일본의 검찰심사회를 그 모델로 하는 것으로 그것이 도입된다면 기존의 검찰문화와는 차원을 달리하는 큰 개혁이 될 것이다. 기소배심제의 도입이나 기소심사법률안의 통과가 쉬워 보이지만, 시시때때로 나타나는 검찰의 부정적 이미지, 실추된 검찰의 신뢰를 회복하기 위해서는 삼고초려의 심정으로 기소배심제의 도입도 신중하게 고려해보아야 한다. 이것은 곧 검찰개혁의 본질인 검찰의 민주화를 실현하는 길이다.

## V. 결론

검찰개혁이라는 논제는 계속되고 진행 중에 있다. 스폰서검사 이후 검찰내부에서도 개혁의 목소리가 높다. 검찰은 자체 개혁방안으로 검사의 범죄나 비리혐의의 수사를 위해 특임검사제도를 도입하였다. 검찰 자신들의 권한행사를 국민의 통제 하에서 두고 행사하겠다는 의지의 표현으로 검찰시민위원회를 설치하여 기소여부에 관한 심의권한을 부여하였다. 더 나아가 미국식의 기소배심제 입법추진 의지도 밝혔다. 그럼에도 불구하고 스폰서검사에 이어 그랜저검사, 벤츠검사라는 신조어 등이 등장하면서 검찰개혁의 필요성은 더욱 증대되고 있는 실정이다.

특임검사제도는 제도 자체에서 갖는 한계 때문에 그 실효성에 의문이 간다. 특임검사는 검사동일체의 원칙이나 법무부장관의 지휘·감독권이 존재하는 현실 하에서 고위 검찰간부 등이 연루된 사건에서 자유로울 수 있는지, 직무상의 독립성과 정치적 중립성을 유지할 수 있는지가 문제이다. 학계나 시민단체는 검찰의 공정성, 청렴성을 확보하여 국민의 신뢰를 회복하기 위한 방안으로 상설적 특검제나 고위공직자비리수사처의 설치를 요구하고 있다. 그것은 특임검사제도에 대한 불신과 9차례의 경험적 운용에서 나오는 특별검사에 의한 수사결과에 대한 불만족 등에서 기인한다.

검찰은 검찰시민위원회를 설치하여 그들에게 기소여부에 대한 심의를 맡김으로써 자신들의 권한행사에 대한 민주적 통제를 통한 검찰권 행사의 민주화를 의도하고 있다. 아울러 기소배심제 도입까지도 고려하고 있다. 국회도 이미 몇 차례 재정심사 내지는 기소심사에 관한 법률안을 제출하였고, 이번 국회에도 제출되어 있다. 기소배심제가 도입되거나 기소심사에 관한 법률안이 통과된다면 검찰권 행사는 큰 변혁을 가져올 것이다. 하지만 그것의 도입이나 통과는 쉬운 일이 아니다. 현행의 검찰시민위원회는 그 구성방법, 심의의 개시절차, 심의의 결과에 대한 구속력의 부재 등이 문제점으로 지적되면서 어쩌면 검찰 스스로에 의한 검찰개혁논의는 좌초될 수밖에 없는 형식적 개혁논의에 그칠 가능성이 크다. 현시점에서 뼈를 깎는 심정으로 새로운 제도에

눈을 돌리지 않고 직역이기주의를 고수한다면 진정한 검찰의 개혁은 요원한 것일지 알 수 없는 것이다.

### <참고문헌>

- 김진환, “사법개혁의 방향”, 저스티스 통권 제118호, 2010
- 김태명, “검찰시민위원회 및 기소심사회 제도에 대한 비판적 고찰”, 형사정책연구 제21권 제4호, 2010· 겨울호
- 김태명, “다시 개정되어야 할 재정신청제도”, 형사정책연구 제21권 제2호, 2010. 8
- 박상열, “미국의 배심제도에 관한 소고-기소배심을 중심으로-”, 사법행정 2002. 12
- 백승민, “대배심제도에 관한 연구”, 법학연구 제17권 제3호, 연세대학교 법학연구소, 2007
- 오세인, “미국에서의 특별검사제도에 대한 비판론”, 저스티스 제32권 제3호, 1999
- 윤영철, “검찰개혁방안의 문제점과 개선방안에 관한 소고”, 조선대 법학논총 제17집 제2호, 2010
- 이호중, “검찰에 대한 민주적 통제와 검찰개혁의 과제”, 서강법학 제9권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2007
- 정종섭, “미합중국의 독립검찰관제도”, 『헌법연구 2』, 박영사, 2001
- 조재현, “공직자부패통제방안으로서 특별검사제와 고위공직자비리수사처의 설치에 관한 제언”, 한국부패학회보 제15권 제4호, 2010. 12
- 표성수, “재판전 형사절차에 있어서 국민참여제도에 관한 연구”, 저스티스 제113호, 2009. 10
- 하태훈, “검찰개혁의 과제와 전망”, 「내일을 여는 역사」 제36권, 2009
- 하태훈, “검찰의 인사·조직상 독립성 확보과제”, 형사정책 제14권 제1호, 한국형사정책학회, 2002
- 허일태, “검찰중립화방안-검찰권 행사의 공정성 담보를 위한 대책-”, 동아법학 제30호, 동아대학교 법학연구소, 2009
- 한상훈, “외국의 검찰제도와 한국검찰 개혁에 대한 시사점”, 「내일을 여는 역사」 제36권, 2009
- 참여연대 이슈리포트, 역대 9번의 특별검사제를 통해서 본 고위공직자비리수사처의 필요성, 2010. 11
- Susan W. Brenner, "Is the grand jury worth keeping?", Judicature March-April 1998. Vol. 81. No. 5

투고일자 : 2011.10.31

게재일자 : 2011.12.12