

개정 형사소송법상 재정신청의 성격과 문제점*

류 전 철
전남대 교수

< 目 次 >

- I. 서
- II. 재정신청제도의 기본 성격
- III. 현행 형사소송법상 재정신청제도의 특징
- IV. 피해자 권리보호인가, 공소권의 규제인가?
- V. 결 어

I. 서

2007년 4월 30일 형사소송법 개정안이 국회를 통과함으로써 2003년 시작된 사법개혁이 법률로써 그 결실을 보게 되었다. 개정 형사소송법에 대해서는 다양한 관점에서 상이한 평가가 있는 것으로 보인다. 이번 형사소송법 개정이 지향한 바대로 이루어진 부분도 있지만, 그렇지 못한 부분도 있다고 생각된다. 입법의 과정이란 그 논의의 출발에서 의도한 대로 이루어지기 쉽지 않다는 것은 어느 정도 이해할 수는 있다. 다양한 관점이 입법과정에서 토론을 통해 조정되어야 하고, 이러한 토론의 과정에서 법안은 현실을 반영하여 그 취지가 다른 형태로도 현출될 수 있으며, 이는 민주주의의 당연한 결과일 수 있다. 그러나 토론의 과정이 충실하지 못하면 결과적으로 법안은 각각의 주장들이 거래의 형태로 타협되어 기형적으로 나타날 수밖에 없을 것이다.¹⁾

* 심사위원 : 천진호, 김성천, 김해정

1) 박기석, 개정 형사소송법의 재정신청제도, 비교형사법연구 제9권 제2호, 2007, 197면.

이번 형사소송법의 주요 개정내용들은 다양하지만, 재정신청제도는 개정 전과 비교하면 기존의 재정신청과는 전혀 다른 새로운 제도로 탈바꿈한 것이라고 할 수 있다. 또한 재정신청제도와 관련한 논의의 출발점과 개정안 그리고 국회논의를 거친 후 개정된 법률의 내용은 매우 흥미로운 변화의 모습을 보여주고 있다. 이러한 변화과정에는 사법을 구성하는 제 단위의 이해관계와 정치적 의미가 그 배경으로 자리잡고 있다. 즉 재정신청제도를 이해하는 기본적인 관점이 상이하고, 법원과 검찰 그리고 정치적 입장 등이 복합적으로 작용한 것이다.

본 논문의 취지는 재정신청제도의 기본적 성격을 규명하는데 있다. 이를 위해서 먼저 재정신청제도의 개정과 관련된 논의과정을 분석하고, 입법적 모델이 된 독일의 기소강제절차를 개관한 후에 현행 재정신청제도의 특징을 정리하고자 한다. 그리고 개정 형사소송법상 재정신청제도가 제도적 취지에 부합하는지를 평가하고자 한다.

II. 재정신청제도의 기본 성격

1. 재정신청제도의 연혁

1) 제정 형사소송법

1954년 형사소송법 제정 당시 입법자들은 형사소송법률안의 국회심의과정에서 다른 주요개정사항 이외에 검사의 불법·부당한 불기소처분을 견제하기 위하여 획기적인 통제장치를 마련하기로 하였다. 그리하여 국회는 검사의 불기소처분을 견제하기 위하여 법원에 그 당부에 대한 심사를 구하는 재정신청제도를 국회수정안의 형태로 도입하기로 하고 그 적용범위도 모든 고소·고발사건으로 하였다.²⁾ 그러나 재정신청제도를 통하여 검찰권행사에 법원의 통제가 가해질 것을 우려한 정부는 국회를 통과한 형사소송법률안을 거부하였다. 이에 국회는

2) 1954년 형사소송법이 제정되기 전인 1949년에 제정된 검찰청법은 제정 당시에 검찰항고 제도를 두고 있었으나, 형사소송법 제정과정에서 검찰항고 외에 재정신청제도를 둔 이유에 관해서 "검사가 만일 불기소 처분을 할 적에 다시 종래와 같이 검찰기관의 고위층에다가 항고를 해보았자 검사동일체의 원칙에 의해서 역시 불기소처분을 받기가" 쉬울 수 밖에 없다는 점을 들고 있다.(형사정책연구원, 형사소송법제정자료집, 1991, 282면).

정부로부터 환부된 형사소송법률을 재의결하여 형사소송법으로 확정시켰다.

이에 따라서 제정 형사소송법에서 재정신청제도는 모든 고소·고발사건을 대상으로 하여 검사의 불기소처분에 대한 통제방안으로 활용될 수 있었다.

2) 1973년 형사소송법 개정

유신헌법의 실시에 따른 1973년의 형사소송법 개정에서 재정신청제도는 대상 범죄가 수사기관의 인권침해를 규정한 형법 제123조(직권남용), 제124조(불법체포, 불법감금), 그리고 제125조(폭행, 가혹행위)의 범죄로 축소되었다. 이 개정의 배경에는 검사의 불기소처분에 대한 법원의 통제권을 배제하고 검찰권의 강화에 있었다.

형사소송법 개정으로 인하여 재정신청 대상사건은 대폭 축소되었지만, 검사의 불기소처분에 대한 심사필요성은 더욱 강하게 부각되었다. 이러한 요구는 1988년에 제정된 헌법재판소법에 의해 검사의 불기소처분에 대한 판단을 구하는 헌법소원사건이 폭주하게 되었다.

3) 재정신청대상사건의 확대

1987년 부친경찰서 성고문 사건을 계기로 재정신청제도는 다시금 활기를 되찾기 시작하였다. 1994년에 제정된 공직선거법 및 선거부정방지법 제273조, 1995년 제정된 헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법 제4조 그리고 5·18 민주화운동 등에 관한 특별법 제3조와 2000년에 제정된 의문사 진상규명에 관한 특별법 제32조, 2001년 제정되어 2008년 폐지된 부패방지법 제31조 등의 일부 법률이 재정신청 범위가 확대되었다.

4) 현행 재정신청제도의 입안과정

(1) 사법개혁위원회 논의단계

사법개혁위원회는³⁾ 5개의 주제를 설정하고 활동을 시작하였다. 즉 ① 대법원

3) 2003년 10월 28일 대법원 산하에 설치된 사법개혁위원회는 동년 12. 1. 제3차 회의부터

의 기능과 구성 ② 법조일원화와 법관임용방식의 개선 ③ 법조인 양성 및 선발 제도 개선 ④ 국민의 사법참여 ⑤ 사법서비스 및 형사사법제도 개선 등이 그것이다. 이 중에서 재정신청제도는 다섯 번째 주제인 사법서비스 및 형사사법제도 개선이었다. 이 주제는 다시 몇 개의 소주제로 나누어졌는데, 형사피해자보호방안이라는 소주제에 형사피해자의 권리보장과 재정신청 확대가 포함되었다.⁴⁾

사법개혁위원회가 피해자보호방안의 일환으로서 재정신청 대상사건의 전면적인 확대를 건의하게 된 배경에는 검사의 불기소처분에 대해 범죄피해자의 권리보호라는 점에 있었다. 이 후 재정신청과 관련한 논의과정에서 피해자보호와 더불어 사법의 투명성 강화라는 관점, 특히 검찰권행사의 투명성 강화를 위한 통제제도의 필요에 대한 국민여론을 감안하여 도입논의가 긍정적인 방향으로 나아가게 되었다. 그리하여 재정신청제도의 전면적인 확대가 사법개혁위원회의 건의사항으로 들어가게 되었다.

(2) 사법개혁추진위원회의 논의단계

2004년 12월 15일 대통령령으로 사법개혁추진위원회 규정이 제정 공포되어, 사법개혁위원회가 건의한 사항을 입법으로 추진할 기구가 설치되었다. 재정신청 전면 확대 법안은 법원이 제시한 안대로 성안되었다. 법원은 고소인, 고발인에 게도 재정신청이 인정되고, 법원이 부심판 결정을 하면 공소제기가 의제되며, 법원이 지정한 변호사가 공소수행을 하는 개정 전 형사소송법상의 재정신청제도의 구조를 그대로 유지하면서 대상범죄를 모든 범죄로 확대하는 안을 제시하였다. 그리고 법원의 업무부담을 감안하여 고등검찰청에 항고를 거치게 하되 재정신청 심리는 지방법원합의부에서 관장하도록 하는 안을 제시하였는데 이러한 법원안이 그대로 관철되어 사법개혁추진위원회의 안이 되었다.

(3) 국회의심의 단계

본격적으로 활동을 하였다.

- 4) 대법원이 사법개혁위원회에 제출한 보고서에서 법원은 재정신청 전면 확대의 입법론으로서 대상범죄의 전면확대, 재정심리법원을 1심법원인 지방법원에서 담당할 것, 재정신청기각결정에 대한 항고제한, 법원의 업무부담을 고려한 항고전치주의(고등검찰청에 대한 항고만 인정) 유지 등을 제시하였다. 대법원, 현행제도의 문제점과 개혁의 기본방향, 사법개혁위원회 자료집(III), 사법개혁위원회, 2004, 173-181면.

사법개혁위원회에서 피해자보호방안의 일환으로서 논의를 시작한 재정신청제도가 사법개혁추진위원회의 입법건의에 따라 형사소송법 개정안으로서 국회에 제출되었다. 그러나 국회의 논의과정에서 쟁점은 다른 방향에서 전개되었다. 국회 법제사법위원회 제262회 제8차 회의에서 진행된 국회공청회에 진술인으로 참석한 4명의 형사소송법학자 중에서 2인의 진술인은 재정신청대상사건의 전면적인 확대를 반대하였다. 그 논거는 법원의 수사기관화에 있었다.⁵⁾ 만일 재정신청 대상을 모든 범죄로 확대하게 되면 수사에서부터 공소제기 그리고 공소유지 재판의 전 단계에 법관이 관여하게 되어 법관은 규문 법관화가 되어 버린다고 지적하였다.⁶⁾ 대한변호사협회를 대표해서 진술한 변호사는 소추기관과 재판기관을 분리한 원칙의 예외로서 재정신청제도에서 대상범죄를 모든 범죄로 확대하는 것은 무리가 있다는 진술을 하였다. 이에 대해 모 국회의원은 검찰의 권한을 전제해주는 재정신청제도는 국민의 입장에서 바람직함에도 불구하고, 형사소송법학계의 대가들이 부정적인 이유를 이해할 수 없다고 하면서 특히 변호사협회가 그러한 입장이라는 것은 전혀 이해할 수 없다고 발언하였다.⁷⁾

상술한 바와 같이 범죄피해자 보호방안으로 시작된 재정신청 대상범죄의 전면확대는 국회 논의과정에서 탄핵주의라는 기본적인 원칙론을 근거로 법원의 수사기관화의 우려라는 비판에 부딪쳐서 논의의 쟁점이 다른 방향으로 전개되었다. 향후 논의과정을 살펴보면 법원과 검찰의 이해다툼처럼 비쳐지고 있다는 점을 부인할 수 없다.

사법개혁추진위원회의 안과는 달리 국회 법제사법위원회의 법안소위원회의 논의과정에서 고발사건을 제외하는 것을 원칙으로 하여 고소사건에 대해서만 재정신청을 할 수 있도록 하고, 개정 전 형사소송법에서 재정신청이 가능한 범죄에 대해서는 고발인도 재정신청을 할 수 있다고 하였다. 특히 주목할 만한 점은 공소유지 담당자는 독일법제에 따라 검사가 공소제기를 하도록 하였다는 점이다. 이점은 독일의 기소강제절차(Klageerzwingungsverfahren)를 개정 재정신청제도의 모델로 삼았다는 것을 의미한다.

법안소위원회는 정부안에 대한 심의를 거쳐 소위원회안을 법제사법위원회 제

5) 국회 법제사법위원회 제262회 제8차 회의 회의록 8면.

6) 위의 회의록 11면.

7) 위의 회의록 25면.

4차 회의에서 제안을 하였다. 재정신청과 관련한 제안내용을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 재정신청의 대상사건을 모든 범죄로 확대함으로써 국가 형벌권 행사의 적정성을 제고하였다. 이에 대하여 재정신청 대상범죄를 확대하는 것은 법원과 검찰의 기능을 분리한 입법체계에 어긋난다는 소수의견이 있었다.

둘째, 재정신청의 남용을 방지하기 위하여 신청권자는 고소권자로 제한하되 형법상 직권 남용, 불법 채포·감금 및 폭행·가혹행위의 죄와 특별법에서 재정신청 대상으로 규정한 죄의 경우에는 고발사건을 포함하도록 하고, 일반적인 고발사건의 경우에는 배제하였다.

셋째, 재정신청의 관할법원을 고등법원으로 조정하고, 재정신청의 처리기간을 3개월로 연장하여 3개월 내에 반드시 처리하도록 의무화하였고, 재정신청의 기각결정을 받은 자에 대한 고소남용을 막기 위해서 비용부담제도를 도입하고, 재정신청 기각결정에 대하여는 불복할 수 있도록 하였다.

넷째, 재정신청이 이유 있다고 인정한 경우에는 공소제기를 결정하도록 하고, 공소의 제기는 검사가 수행하도록 하되 이에 대하여는 공소취소를 할 수 없도록 하였다.

이후 논의과정에서 쟁점은 재정신청제도의 확대가 고소의 남발을 불러와서 피고소인들이 억울하게 시달릴 수 있다는 우려에서 피고소인의 보호와 관련한 것으로 변화되었다.⁸⁾ 당시 법제사법위원회에 출석한 법무부장관은 재정신청확대가 바람직하다는 국회의원의 질의에 대해서 피해자의 권익을 위해서는 어느 정도 필요하다고 하면서 피고소인의 인권을 보호하기 위하여 여러 장치가 필요하다고 대답하였다. 민사사건을 형사사건화하거나 피고인의 인권이 유린되는 이유가 재산범죄에 있다는 점에서 관련 재산범죄는 재정신청 대상사건에서 제외하자는 의견이 제시된 후에, 제5차 회의에서 수정안이 제출되었다. 수정안은 민사사건의 형사화를 주도하고 고소남용의 원인으로 작용하고 있는 사기·횡령·배임 등 3개의 민사분쟁성 재판범죄의 고소사건을 재정신청 범위에서 제외하는 내용을 담고 있었다. 그러나 이 수정안은 논란을 거쳤지만 결과적으로 채택되지 못하였다.

2. 재정신청제도의 기본 성격과 기소강제절차

8) 국회 법제사법위원회 제267회 제4차 회의록 14면 이하.

1) 재정신청제도의 기본 성격

형사소송법상 재정신청제도의 기본 성격을 이해하는 입장에는 범죄피해자의 보호와 검사의 기소재량에 대한 통제라는 두 가지 입장이 있다. 그러나 대부분의 문헌에서는 검사의 기소재량에 대한 통제와 피해자 보호라는 재정신청제도의 성격이 양립할 수 없다는 것이 아니라 양자 모두 다 재정신청제도의 취지라고 이해하고 있다. 다만 그 우선순위와 관련해서 약간의 상이한 주장이 있을 뿐이다.

(1) 검사의 기소재량에 대한 통제로서 재정신청

검사의 기소재량에 대한 통제라는 성격을 강조하는 입장에서는 검사의 기소행위가 공적인 기준에 의해서 이루어지는 것이지, 피해자 등의 이해관계에 따라 이루어지는 것이 아니라고 한다. 따라서 공적인 기준에 따른 불기소 결정에 불복하는 제도로서 재정신청제도의 기본 성격은 검사의 기소재량의 통제에 있다고 한다.⁹⁾ 그리고 형사소송법 제정 당시에도 재정신청제도의 기본 성격은 검찰권행사의 사법적 통제로서 의의를 두었지, 범죄피해자의 이익보호라는 관점은 전혀 고려되지 않았다고 한다.¹⁰⁾

마찬가지로 피해자인 고소인의 권리구제는 피의자의 처벌에 있는 것이 아니라 다른 방식으로 이루어져야 하는 것이기 때문에 재정신청제도가 피해자의 권리보호를 위해 존재한다는 것은 타당하지 않다고 한다.¹¹⁾ 정책적인 관점에서 재정신청이 검사의 기소재량에 대한 통제로서 가장 효과적이며, 현실적으로 실질적인 통제방법으로 유일하다는 주장도 전개된다.

(2) 범죄피해자의 권리보호로서 재정신청

9) 박기석, 앞의 글, 201면; 하승수, 검찰권 남용에 대한 통제수단으로서의 재정신청제도, 법과사회 제16·17합본호, 1999, 67면.

10) 박미숙, 개정형사소송법상 재정신청제도의 효율적 운용방향, 형사정책연구 제18권 제3호, 2007, 722면.

11) 박기석, 앞의 글, 201면. 그러나 설득력있고 타당한 주장이긴 하지만, 재정신청을 통한 피해자의 가해자 처벌요구는 범죄피해자의 당연한 권리라고 하는 점은 부인할 수 없다.

사법개혁과정에서 재정신청제도의 기본 성격은 범죄피해자의 권리보호라는 관점에서 출발하고 있다. 이러한 관점의 배경에는 범죄피해자에게 부여된 기본적인 권리인 헌법 제27조 제5항의 재판절차진술권과 제27조 제1항의 재판청구권에 있다는 입장이다.

국가는 범죄를 예방하고 이를 진압하고, 나아가서 이미 범죄를 범한 경우에는 범인에 대하여 국가형벌권을 행사함으로써 국민을 보호할 의무를 부담한다. 그런데 국가가 이러한 의무를 이행하지 않는 경우 이것은 국가에 의한 또다른 기본권침해이다. 따라서 범죄피해자의 입장에서 자신의 침해된 법익에 대해 형벌권을 행사할 권한을 가진 검사가 불기소처분을 함으로써, 형사피해자로서 재판절차에서 법관으로 하여금 적절한 형벌권을 행사하여 줄 것을 청구할 수 있는 재판절차진술권을 침해한 것이다. 따라서 재정신청제도는 국민의 기본권을 확인하고 보장할 의무를 지고 있는 국가가 자신의 책무를 다하지 못했을 때, 범죄피해자가 법원에 대하여 직접 범죄자의 처벌을 주장할 수 있는 헌법상의 기본권인 재판청구권을 보장하기 위한 것이라고 한다.¹²⁾

또한 재정신청사건의 제한에 대한 개정 전 형사소송법 제260조 제1항에 대한 위헌소원에서 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”고 규정하고 있다. 재판청구권은 그 보호영역에 따라 사법절차에의 접근을 위한 기본권과 사법절차상의 기본권으로 나눌 수 있고, 전자는 사법행위청구권을, 후자는 헌법과 법률이 정한 법원에 의한 재판을 받을 권리, 청문청구권, 신속한 재판을 받을 권리 등을 그 내용으로 한다. 한편, 우리 헌법은 제27조 제5항에서 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 범죄피해자가 가해자의 범행을 처벌해 줄 것을 법원에 청구할 권리 역시 사법행위청구권이므로, 재정신청제도는 국민의 헌법상 기본권인 재판청구권을 형사절차법상 보장하기 위하여 마련된 제도로 볼 수 있다.¹³⁾ 이러한 반대의견을 피력한 헌법재판소 재판관들은 재정신청제도의 기본 성격을 범죄로 피해를 본 피해자의 보호에 있다는 입장이라고 할 수 있다.

피해자학적 관점에서 범죄피해자의 형사절차상의 권리와 관련한 문헌들에서

12) 김태명, 재정신청제도의 의의와 범위의 확대, 형사법연구 제21호, 2004, 340면.

13) 현재 1997.8.21. 선고, 94헌바2 결정 전원재판부 재판관 이재화, 조승형, 이영모의 반대이견.

는 재정신청제도는 범죄피해자의 권리보호라는 관점에서 설명되고 있다.¹⁴⁾ 물론 이와 같은 설명은 재정신청의 기본 성격을 범죄피해자 보호라고 이해하고 있다는 전제에서 하고 있는 것은 아니라, 형사절차에서 범죄피해자가 신청할 수 있는 제도라는 이해에서 설명하고 있다는 점을 고려해야 한다. 그러나 이러한 견해들은 재정신청이 기본적으로 검사의 기소재량의 통제라는 성격의 반사적 이익으로서 범죄피해자에게 부여된 권리로서 이해하고 있는 것은 아니라고 판단된다.

2) 독일의 기소강제절차

독일의 기소강제절차는 개정 형사소송법상 재정신청제도의 입법적 모델이라고 할 수 있다.¹⁵⁾ 따라서 개정 재정신청제도를 이해하기 위해서 독일의 기소강제절차에 대한 이해가 필요하다고 생각한다. 특히 재정신청의 기본적 성격과 관련한 논의에서는 비교법적 관점에서 독일의 기소강제절차의 제도적 취지와 그 내용을 파악할 필요가 있다.

(1) 제도의 의의

- 14) 도중진, 형사절차에서 범죄피해자에 대한 고찰, 피해자학연구 제10권 제1호, 2002, 175면; 박광민, 형사절차상 피해자의 지위강화, 형사법연구 제10호, 1988, 206면; 박종선, 형사절차상 범죄피해자 보호의 문제점과 개선방안, 중앙법학 제6집 제4호, 2004, 180면; 송광섭, 범죄피해자보호의 현황과 형사사법체계 내에서의 피해자보호방안, 저스티스 통권 제82호, 2004, 21면; 안동준, 범죄피해자의 법적 지위와 전망, 형사정책연구 제3·4합병호, 1990, 156면; 윤종행, 공판절차에서의 피해자 보호방안, 비교형사법연구 제7권 제2호, 2005, 95-98면; 이은모, 형사절차에서 피해자의 지위 및 보호방안, 교정연구 제10호, 2000, 193면; 이호중, 형사절차와 인권, 한양법학 제19집, 2006, 76면.
- 15) 국회 법제사법위원회 소위 제266회 제1차 회의 회의록 19면을 보면, 공소유지 변호사 대신에 검사가 공소제기하자는 안을 설명하면서, 주성용의원은 “...현재 사개추위안은 법원이 재정신청을 받아들였을 경우에 변호사를 기소 내지 공소유지 담당자로 지정하고 있지만 만일 전 사건에 대해서 우리가 재정신청을 허용하면 그런 사건이 좀 확대가 될 테니까 독일 법제에 따라 검찰에다가 기소하고 공소유지명령을 하자, 이런 것이 우리 안의 핵심입니다. 이것이 독일 안이라고 그러는데...”라고 하고 있다. 이후 회의록에도 독일의 기소강제절차와 관련된 독일의 규정을 모델로 검토하고 있다. 그리고 이어지는 회의록의 내용에서 입법조사관이 진술한 내용은 “독일은 ‘공소제기를 명하고’ 이렇게 안 되어 있고 ‘공소제기를 법원이 결정하고 검찰은 공소제기를 집행한다’ 이렇게 되어 있습니다”라고 하자 주성용의원은 “그렇게 하면 되겠네”하자, 수석 전문위원은 “그 제도를 저희들이 깊이 생각 안 하고, 하여튼 그 취지에 맞춰서 조문을 일단 정리한 것으로 이해해 주시면 되겠습니다”라고 하였다(밑줄은 필자가 임의로 그은 것임을 밝혀둡니다).

기소강제절차(Klageerzwingungsverfahren)는 독일 형사소송법(이하 '법'으로 표기한다) 제172조 내지 제177조에 규정되어 있다. 이 제도는 범죄피해자에게 검사에 의한 기소법정주의의 이행을 독자적인 법원에 의해 검토할 수 있도록 하고 있다. 검사는 원칙적으로 최고법원의 판결에 구속되지 않고 법원과도 업무적으로 독립되어 있지만, 예외적으로 검사는 기소강제절차에 의한 방식으로 자신의 확신에 반하는 공소를 하도록 강제당할 수 있다.

이 제도의 구체적인 내용에 따르면 기소강제절차는 객관적인 법원칙으로서 법 제152조 제2항의 보장을 목적으로 하지 않거나 최소한 직접적으로 목적으로 하지 않고, 기본법 제19조 제4항이 지향하는 보호, 즉 기소법정주의와 국가소추독점주의로부터 생겨나는 범죄로 인한 피해자의 주관적 공권의 보호라고 설명한다. 이러한 점은 특히 개인에게 피해가 없고 따라서 기소강제절차가 가능하지 않은 국가보호범죄들에서 명백해진다.¹⁶⁾

독일 형사소송법상 기소강제절차가 범죄피해자가 국가소추독점주의와 기소법정주의하에서 발생할 수 있는 피해자의 권리보호라는 토대를 가지고 있기 때문에 범죄행위로 인한 피해자인 고소인만이 검사의 불기소처분에 대한 기소강제절차를 신청할 수 있다. 그리고 신청대상 범죄와 관련해서 독일의 기소강제절차에서는 사인소추에 따른 소추가 가능한 경우와 예외적으로 인정되는 기소편의주의 원칙에 따라 기소유예처분한 경우를 제외하고는 원칙적으로 모든 종류의 범죄에 대한 불기소처분에 대하여 할 수 있다. 이에 대해서 피해자 보호라는 관점에서 기소유예처분한 경우를 완전히 배제하는 것은 의문이라는 비판이 제기되고 있다.¹⁷⁾ 이 비판의 논거는 독일에서 기소법정주의의 적용영역이 갈수록 줄어들고 있기 때문에 검사의 재량적 기소유예를 피해자가 어느 정도는 통제할 수 있도록 해야 한다는 점에 두고 있다.

(2) 신청권자

재정신청권자는 고소인인 동시에 피해자이어야 한다(법 제172조 제1항). 재정신청권을 모든 고소인에게 인정하지 아니하고 이와 같이 피해자로 한정할 이유

16) C. Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., Verlag C. Beck, 1998, S. 320.

17) C. Roxin, a.a.O., S. 321.

는, 누구에게나 이를 인정할 경우 근본적으로 이 제도가 결국 민중소송으로 타락할 위험이 있기 때문에 이를 방지하기 위한 것이라고 한다.¹⁸⁾

법 제171조, 제172조의 피해자의 정확한 개념은 학설상으로는 판례상으로는 명확히 정의되어 있지 않다. 그러나 누가 피해자이나 하는 피해자 개념은 형법이나 형사소송법에 의하여 일의적으로 정의될 수 없고 개개의 행위에 있어서 개별적으로 판단하여야 한다는 것이 학설, 판례의 일치된 견해이다. 여기서 피해자 개념을 판단함에 있어서는 범죄행위로 인하여 일반 법규범이 침해됨으로써 일반공중의 이해가 침해되었다는 것으로는 부족하고 그것을 초월하여 그 행위가 특정인에게 특정한 작용(침해)을 하였는지 여부가 중요한 기준이 된다. 그러므로써 기소강제절차가 민중소송화하는 것을 방지할 수 있는 것이다. 따라서 사회공동체의 법규범이 침해되었다는 이유로 그 공동체의 구성원이 모두 피해자가 될 수는 없는 것이다. 그러면 언제 특정인이 어떤 행위의 피해자로 인정될 수 있는가? 그것은 결국 고소인이 침해되었다고 주장하는 법규범에 의하여 고소인의 법익이 보호되고 있느냐, 즉 피고소인의 범죄행위로 인하여 고소인의 구체적인 법익이 직접적으로 침해되었느냐의 여부로 판단하여야 한다고 한다.¹⁹⁾

(3) 신청대상범죄

독일의 기소강제절차에서는 모든 범죄행위에 대한 불기소처분에 대하여 재정신청을 허용하고 있다. 다만 독일에서도 사인소추가 허용되는 범죄에 대한 불기소처분의 경우, 검사가 예외적으로 인정되는 기소편의주의 원칙에 따라 기소유예처분한 경우 등에는 재정신청을 허용하지 않고 있다. 재정신청은 그 절차가 사인소추의 방법으로 피해자에 의하여 소추될 수 있는 범죄(Privatklagedelikt)만을 대상으로 하는 경우, 또는 검사가 예외적인 기소편의주의 원칙에 따라 기소유예 처분을 한 경우에는 허용되지 아니한다(법 제172조 제2항 단서). 재정신청이 이와 같이 사인소추가 가능한 범죄만을 대상으로 하는 경우에는 그 신청은 허용되지 아니한다. 왜냐하면 이 경우에는 피해자는 그 자신이 스스로 사인소추의 원고가 되어 소추를 실행할 수 있기 때문에 검사로 하여금 소추를 강제하게

18) 기소강제절차에 관한 이하의 내용은 이영규, 독일의 기소강제절차에 관한 연구, 해외연구집사논문집(Ⅲ) 제13집, 1997, 472면 이하를 참조하였음을 밝혀둔다.

19) 이영규, 앞의 글, 476면.

하는 기소강제절차를 거치는 것은 불필요한 우회가 되기 때문이다

형사소송법 제152조 제2항은 법률에 달리 규정되어 있지 아니하는 한 검사는 사실에 관한 증거가 충분히 존재하는 경우에는 소추할 수 있는 모든 범죄행위에 대하여 공소를 제기할 의무가 있다고 규정하여 기소법정주의를 원칙으로 하면서도 법 제153조 이하에서는 형사정책적 고려에서 일정한 경우 검사의 재량에 의한 기소유예를 인정하고 있다. 이와 같이 검사가 예외적으로 인정되는 기소편의주의 원칙에 따라서 불기소처분을 한 경우에는 그것이 동법규정의 요건에 합치되는 한 재정신청의 대상이 되지 아니한다(법 제172조 제2항).

(4) 항고전치주의

형사소송법 제172조 제1항에 의한 항고는 한편으로는 동조 제2항에 의한 재정신청을 하기 위하여 반드시 거쳐야 하는 항고전치(Vorschaltbeschwerde)로서의 성격과, 다른 한편으로는 계층제 조직인 검찰조직의 하위공무원인 검사의 처분에 대하여 그 상위공무원의 직무감독권에 기한 시정조치를 요구하는 직무감독항고(Dienstaufsichtsbeschwerde)로서의 이중적성격을 갖는다는 것이 통설이다

고소인이 재정신청을 하기 위해서는 우선 불기소처분을 한 검사의 상급자에게 항고를 제기하여야 한다.²⁰⁾ 형사소송법 제172조 제1항은 고소인이 동시에 피해자인 경우에는 고소인은 제171조에 의한 불기소처분 통지에 대하여 그 통지를 받은 후 2주일 이내에 그 검사의 상급자에게 항고할 수 있다고 규정하고, 이어서 제2항은 고소인은 검사의 상급자에 의한 기각결정에 대하여 그 통지를 받은 후 1월 이내에 법원의 재판을 청구할 수 있다고 규정하고 있으므로 고소인이 재정신청을 하기 위하여 우선 먼저 항고를 거쳐야 하는 것이다

(5) 공소제기결정

법원은 피의자의 진술을 들은 후 그 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에는 공소의 제기를 결정한다. 이 결정의 실행은 검사가 행한다(법 제175조).²¹⁾ 법원

20) C. Roxin, a.a.O., S. 322.

21) 법원의 결정에 따라 검사는 공소를 제기할 의무를 부담하지만, 그 이상의 의무를 부담하

이 공소제기를 결정하려면 항상 피의자의 의견을 들어야 한다(법 제73조 제2항). 이것은 피의자에게 방어기회를 주기 위한 것이다. 결정에는 누구의 어떤 행위에 대하여, 어떤 법규에 근거하여 공소가 제기되어야 하는지와 기타 공소장에 기재되어야 하는 내용들이 포함되어야 한다.

재정신청에 대한 법원의 결정에 대하여는 그것이 기각 또는 각하된 경우이든 인용된 경우이든 막론하고 불복을 신청하지 못한다. 이것은 재정신청에 관한 법규가 특별히 규율하는 것이 아니고, 법 제304조 제4항 2단이 주(州)고등법원의 결정 및 명령에 대하여는 인신구속결정등 일정한 예외를 제외하고는 다툼 수 없다고 규정하고 있기 때문이다.

(6) 비용부담

법원은 재정신청인에게 신청절차에 의하여 국고와 피의자에게 발생할 것이 예견되는 비용에 대한 담보를 미리 제공할 것을 결정으로 명할 수 있다(법 제176조 제1항). 이것은 재정신청의 남용을 막고 장차 예견되는 비용상환청구권을 확보하기 위한 것이다.

제공된 담보는 법 제177조에 의한 소송비용재판에 의하여 신청인에게 비용이 부담되는 경우에는 그 비용상환에 충당된다. 제공된 담보액수가 국고 및 피의자의 비용상환청구권에 충당되고 남으면 이는 재정신청인에게 반환된다.

재정신청 절차에 의하여 발생한 비용은 신청이 이유없는 것으로 기각되거나(법 제174조 제1항) 또는 신청인의 담보불제공으로 인하여 취하간주선언된(제175조 제2항) 경우에는 신청인에게 부담시켜야 한다(법 제177조). 신청인에게 비용을 부담시키려면 신청이 이유없는 것으로 기각되거나 담보불제공으로 인하여 취하간주선언되어야 한다. 따라서 재정신청이 그 요건을 갖추지 못하여 부적법한 것으로 각하된 경우에는 신청인에게 비용을 부담시킬 수 없다.

3. 소 결

재정신청 제도는 형사소송법 개정으로 종전의 모습과는 전혀 다르게 변화되었

지 않는다. 공소를 제기한 검사는 이 후의 소송수행에서 독립적으로 활동하며, 경우에 따라서 무죄를 주장할 수도 있다(C. Roxin, a.a.O., S. 324).

다. 개정된 재정신청제도는 독일의 기소강제절차의 주요내용을 많은 부분에서 계수하였다. 그 중 재정신청대상 범죄를 전면적으로 확대한 것이나, 법원의 기소결정이 바로 공소제기의 효과를 부여하는 것이 아니라, 검사로 하여금 기소를 강제하는 결정으로 된 점 그리고 공소유지 변호사가 아니라 검사가 공소제기하고 유지하게 한 점 등은 독일의 기소강제절차의 구조를 모델로 한 것이다.

그러나 '사법개혁'이라는 대주제하에서 논의를 시작할 당시에는 독일의 기소강제절차가 개정의 모델이 되지 않았었다. 피해자 권리보호라는 관점에서 재정신청제도를 개정대상으로 삼은 사법개혁위원회의 논의결과와 이를 이어받아 사법개혁추진위원회에서 제시한 개정안은 기존의 재정신청제도와 유사하고 다만 재정신청대상사건의 전면적 확대를 통한 범죄피해자의 권리보호라는 취지를 담고 있었다. 물론 이러한 개정의 배후에 검사의 기소재량에 대한 통제의 의미도 포함되어 있었을 것이라는 점은 부인할 수 없지만, 범죄피해자보호방안으로서 시작된 재정신청제도의 개정과 관련한 국회의 논의과정에서 제도개정의 취지와 쟁점은 처음과는 현저히 다르게 전개되었다.

재정신청제도는 1954년 제정 형사소송법에서는 그 취지가 검찰의 기소재량에 대한 통제를 위한 것이라는 점은 형사소송법 제정자료집을 통해서 알 수 있다. 검사가 불기소처분한 모든 범죄에 대해 재정신청을 할 수 있었으며, 법원의 부심판 결정은 공소제기로 의제되고, 검사가 아닌 공소유지 변호사에 의해서 공소유지가 되었다는 점은 당시의 재정신청제도가 검사의 기소재량에 대한 통제라는 점은 분명하다. 그러한 재정신청제도는 재정신청대상이 축소되기는 하였지만 여전히 검사의 기소재량에 대한 통제라는 기본 성격은 유지하고 있었다. 그렇다면 개정 형사소송법상 재정신청제도의 기본 성격을 지금까지와 마찬가지로 검사의 기소재량에 대한 통제라고 이해하는 것이 타당한 것일까? 입법과정에서 변형과정을 고려한다면 쉽게 결론내리기 어려운 문제이자, 향후 재정신청제도의 이해와 해석상 상당한 논란이 있을 것으로 예상된다.

III. 현행 형사소송법상 재정신청제도의 특징

1. 재정신청의 신청권자

정부안에서는 고소인뿐만 아니라 고발인에 대하여도 재정신청을 전면 확대하였으나, 국회 법제사법위원회의 논의과정에서 고발인은 검사의 불기소처분에 의한 피해자라고 할 수 없고, 고발인에게까지 재정신청을 허용하게 되면 재정신청의 남발을 초래할 우려가 크다는 점에서 고발인이 삭제되고 고소인으로 한정하기에 이르렀다.²²⁾

개정 전 형사소송법이 재정신청권을 고소인에 대해서뿐만 아니라 고발인에 대해서도 부여한 것은 제정 형사소송법에서 재정신청제도의 취지가 일반국민의 감시를 통해 형사사법의 공정성을 담보하고 형사사법에 대한 신뢰를 확보하는 역할을 수행하도록 하는데 있었기 때문이다. 즉 형사소송법 입법자들은 범죄피해자인 고소인에 대해서만 아니라 제3자인 국민에 대해서도 재정신청권을 부여함으로써 재정신청제도가 검찰의 공소권 남용을 막고자 한 것이었다.

개정 형사소송법상 재정신청권자를 고소인으로 한정한 것에 대하여는 찬반의 의견이 개진되고 있다. 먼저 찬성하는 견해는 신청대상사건을 모든 범죄로 확대한 경우에 신청권자는 고소인으로 하면 충분하지 고발인까지 확대할 이유가 없다고 한다.²³⁾ 또한 고발인은 검사의 불기소처분에 의한 피해자라고 할 수 없고, 또 고발인에게 헌법소원이 허용되지 않는다는 점에서 재정신청권자를 피해자로 제한할 필요가 있으며, 재정신청의 전면확대에 따라 불필요한 재정신청을 방지하고 소송경제적 측면에서 업무부담을 최소화할 수 있는 방안으로서 현행법상 고발인을 제외한 것은 타당하다고 한다.²⁴⁾

이에 대하여 재정신청제도의 기본적 성격이 검사의 기소재량의 통제에 있다면, 고발사건에 대한 기소재량의 통제를 위해서는 반드시 고발인도 신청권자가 되어야 한다는 주장이 있다. 즉 검찰의 기소재량권의 남용과 이에 대한 통제의 필요성은 고소가 주를 이루는 개인적 법익에 대한 죄에만 있는 것이 아니라 고발이 주를 이루는 사회적·국가적 법익 - 예컨대 내란죄, 외환죄, 직무유기죄, 문서 등의 위조죄, 경제범죄, 환경범죄 등등 - 에 대한 죄에 있다. 따라서 고발인을 신청권자에서 배제한 것은 잘못된 것이라고 한다.²⁵⁾

22) 박미숙, 앞의 글, 710면.

23) 이재상, 제262회 법제사법위원회 제8차 회의 회의록, 11면.

24) 박미숙, 앞의 글, 711면.

25) 김태명, 개정형사소송법상 재정신청제도에 대한 비판적 검토, 형사법연구 제19권 제4호, 2007, 86면; 박기석, 앞의 글, 205면.

2. 항고전치주의

재정신청의 전면확대와 관련한 논의의 쟁점은 재정신청의 남발에 대한 우려에 이에 대한 해결방안이었다. 개정된 재정신청제도에서는 이 문제의 해결방안으로 검찰항고를 거치는 검찰항고전치주의를 채택하였다.

물론 이 경우에도 항고전치주의의 예외가 인정된다. 즉 재정신청인이 불기소처분에 대하여 항고를 제기하였고, 그 이후 재기수사가 이루어진 다음 다시 불기소처분이 있는 때(제260조 제2항 제1호), 항고신청 후 항고에 대한 처분이 행하여지지 아니하고 3개월이 경과한 경우(제260조 제2항 제2호), 검사가 공소시효 만료인 30일전까지 공소를 제기하지 아니하는 경우(제269조 제2항 제3호) 등에는 항고전치주의의 예외를 인정하여 곧바로 재정신청을 할 수 있도록 하고 있다.²⁶⁾

3. 관할법원

개정법률상 재정신청제도에 있어서 신청이 있는 경우 그 관할법원은 고등법원으로 하고 있다(형사소송법 제260조 제1항). 즉 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다.

재정신청에 대한 관할법원의 문제는 실무상으로 비용 및 업무부담 등과 맞물려 있는 문제이기도 하다. 재정신청의 전면확대에 따라서 재정신청의 관할법원을 개정전과 마찬가지로 고등법원으로 할 것인가 지방법원 합의부로 할 것인가 하는 점에 대하여 다툼이 있어 왔다.

재정신청의 전면확대로 인한 사건수의 급증은 어느 정도 예상되고 따라서 심리시간의 증가, 재판부의 증설문제 등과 맞물려 사건지체가 우려되고, 재정신청이 고등검찰청의 항고결정에 대한 불복이라는 점과 법원의 재정결정에 대한 불복을 제한할 필요가 있다는 점 등을 이유로 고등법원 관할을 유지함이 타당하다는 견해가 제기된 바 있다.²⁷⁾ 이에 대하여 재정신청사건의 관할법원을 고등법원으로 하는 경우 일부 고등법원을 제외하고는 대개 고등법원 형사부가 1개 있

26) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008, 360면.

27) 박미숙, 앞의 글, 712면.

는데, 당해 고등법원은 부심 판결된 사건의 항소심을 담당하게 되므로, 전심관여의 문제가 발생할 우려가 있을 뿐만 아니라, 재정신청의 고등법원에 접근편의성, 고등법원이 부심판결을 한 경우 제1심 형사단독판사가 본안형사사건을 처리함에 있어 상당한 영향을 줄 우려 등 여러 사정을 감안하여 지방법원 본원 합의부가 관할하는 것이 타당하다는 견해가 대립하였다.²⁸⁾

4. 법원의 권한

법원이 재정신청을 결정하기 위해 어떤 범위에서 어떤 수단과 권한을 가지고 조사할 수 있는가의 문제는 재정신청제도의 운영뿐만 아니라, 그 기본적인 성격과 관련하여 매우 중요하다. 개정된 재정신청제도는 “법원은 재정신청서를 송부 받은 날로부터 3개월 이내에 항고의 절차에 준하여 … 결정한다. 이 경우에 필요한 때에는 증거를 조사할 수 있다”(법 제262조 제2항). 이는 개정 전 형사소송법 제262조 제1항의 규정을 그대로 유지한 것으로(심리기간을 제외하고), 법원의 처분의 범위가 어디까지인가 하는 점에 대하여는 명시적 규정을 두고 있지 않다. 쟁점이 되는 사항은 재정법원이 신청사건을 조사함에 있어서 강제처분까지 할 수 있는가 하는 점이다. 학설상으로는 개정 전에도 재정법원은 심리의 방법으로 구속, 압수·수색 등 강제처분의 행사도 가능한 것으로 보는 입장이었고, 실무상으로도 필요한 경우 검증, 감정 또는 참고인에 대한 증인신문을 하고 있는 실정이었다. 이에 대하여 재정법원이 강제처분까지 할 수 있다고 보는 것은 수사기관의 역할과 법원의 역할을 혼동한 것이고, 법원의 수사기관화를 인정하는 것으로서 부당하다는 입장이 제기되어 왔다.

사실 재정법원의 증거조사는 우리나라만의 독특한 제도라고 할 수 없다. 독일 형사소송법상 기소강제절차에 의하면 법원은 재정결정을 위하여 필요한 수사를 명할 수 있다(173조 제3항). 기본적으로 독일의 기소강제절차에는 법원의 청구가 있는 경우에는 검사는 그때까지 그가 작성한 수사기록을 법원에 제출하여야 한다(제173조 제1항). 실무관행상으로는 재정신청이 부적법 각하되지 않는 한 항상 수사기록의 검토가 필요하므로 검사는 법원의 요구가 없어도 명시적인 반대 의사가 없는 한 항상 의견서와 함께 수사기록을 법원에 제출하고 있다.

28) 김태명, 개정형사소송법상 재정신청제도에 대한 비판적 검토, 86면.

5. 재정신청사건 기록 열람·등사 제한

개정 형사소송법은 피해자에 대한 공판기록 열람·등사제도를 도입하고 있다(제294조의 4).²⁹⁾ 그러나 재정신청사건의 심리 중에는 관련서류 및 증거물을 열람·등사할 수 없도록 규정하고 있다(제262조의 2). 그 이유는 아직 정식으로 기소되지 않은 사안의 수사기록에 대하여 피의자나 고소인 등 이해관계인이 무분별하게 기록을 열람·등사하는 경우 수사의 비밀을 해칠 우려가 있을 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 수사기록 열람·등사를 위해 무분별하게 재정신청을 남발할 우려도 있다는 것이다.³⁰⁾

이러한 입법취지에 대해서 수사기록에 대한 열람·등사는 피해자의 권리구제를 위하여 중요하지만 기소되지 않은 사건에 대하여 피해자 및 고소인 등이 기록을 열람·등사하는 경우 수사의 비밀을 침해하거나 나아가 이를 다른 민사분쟁사건의 해결을 위하여 이용하는 등의 문제가 있으므로 수사의 목적 및 형사구제를 위해서는 일정한 제한을 허용하는 것은 타당하다는 견해가 있다.³¹⁾ 이에 대해서 신청인의 경우 수사의 내용을 보아야만 수사결과를 승복할 것인지, 보충자료를 제시할 것인지 등등을 판단할 수 있을 뿐만 아니라, 법원의 심리에 대처하기 위해서도 열람·등사를 인정하여야 한다는 비판이 제기되고 있다.³²⁾

6. 공소유지권자

개정된 재정신청제도의 중요한 특징 중의 하나는 공소제기와 공소유지를 개정 전의 공소유지 변호사가 아니라, 검사에 의해서 수행된다는 점이다. 이는 개정 재정신청제도의 모델이 된 독일의 기소강제절차의 내용을 받아들였다는 것을 명백하게 하고 있다. 기소강제절차와 개정 전 재정신청제도의 차이중의 하나

29) 소송계속중인 사건의 피해자(피해자가 사망하거나 그 심신에 중대한 장애가 있는 경우에는 그 배우자·직계친족 및 형제자매를 포함한다), 피해자 본인의 법정대리인 또는 이들로부터 위임을 받은 피해자 본인의 배우자·직계친족·형제자매·변호사는 소송기록의 열람·등사를 재판장에게 신청할 수 있으며(제294조의4 제1항), 재판장은 그 신청이 필요하다고 인정되거나 기타 정당한 이유가 있는 경우에 이를 허가할 수 있다(동조 제3항).

30) 법무부, 개정 형사소송법, 2007, 152면.

31) 박미숙, 앞의 글, 714면.

32) 박기석, 앞의 글, 215면.

가 공소유지 변호사의 지정이다. 즉 독일의 기소강제절차에서는 공소유지 변호사 대신 검사가 공소를 유지하도록 하고 있다(독일 형사소송법 제175조). 반면 재정신청제도에서는 공소유지 변호사의 지정에 의해 공소를 제기·유지하도록 하고 있다. 공소유지 변호사제도는 사실 재정신청제도의 운용에 있어서 긍정적인 측면이 있기는 하지만, 효율성 측면에서는 부정적인 측면도 적지 않았다. 왜냐하면 공소유지 변호사의 업무는 재판장이 인정한 사항에 한하여 사법경찰관을 지휘할 수 있을 뿐이어서 재정신청제도가 활발히 운용되기 전에는 한계가 있었기 때문이다.³³⁾

검사가 공소유지를 담당하게 됨으로써 문제는 검사에 의해서 공정하게 공소가 유지될 수 있겠는가 하는 것이다. 당초 불기소처분을 한 검찰이 법원의 공소 제기결정에 대하여 어느 정도 성실·공정하게 공소 유지활동을 할 것인가 하는 점이 향후 재정신청제도의 효과를 달성하는데 결정적인 변수가 될 것이다.

7. 비용부담

개정된 재정신청제도에서는 전에 없던 신청권자에게 비용을 부담할 수 있도록 하고 있다. 즉 법원은 재정신청기각결정(제262조 제1항 제1호), 재정신청의 취소(제264조 제2항)가 있는 경우에는 재정신청인에게 신청절차에 의하여 생긴 비용의 전부 또는 일부를 부담하게 할 수 있고(제262조의 3 제1항), 또 법원은 직권 또는 피의자의 신청에 따라 재정신청인에게 피의자가 재정신청 절차에서 부담하였거나 부담할 변호인선임료 등 비용의 전부 또는 일부의 지급을 명할 수 있다(동조 제2항). 이러한 신설 규정의 배경으로 전면 확대된 재정신청제도가 피해자의 권리구제와 피의자의 권리보호, 사법기관의 선택과 집중의 원리에 기한 업무수행 등을 조화롭게 달성할 수 있도록 재정신청인에게 재정신청으로 인한 비용과 피의자가 재정신청 절차에서 지출하는 비용을 부담하게 하는 근거 규정을 마련할 필요가 있다고 밝히고 있다.³⁴⁾

IV. 피해자 권리보호인가, 공소권의 규제인가?

33) 박미숙, 앞의 글, 715면.

34) 법무부, 개정 형사소송법, 153면.

1. 피해자 권리보호로서 재정신청

개정 전의 재정신청제도는 재정 형사소송법 이래로 검사의 기소재량행위의 통제로서 검찰권의 남용을 막는데 그 기본적 성격을 유지하고 있었다. 그러나 이번 개정의 발단이 된 사법개혁위원회와 사법개혁추진위원회의 재정신청제도의 개정 취지는 범죄피해자의 보호방안이었으며, 비록 논의과정에서 명시적으로 밝히지는 않았지만 독일의 기소강제절차를 입법적 모델로 하게 됨으로써 재정신청제도는 범죄피해자의 권리보호라는 관점에서 그 성격이 규정되는 것이 타당하다고 생각한다.

이러한 관점은 다음과 같은 점에서 그 타당성을 찾을 수 있다. 재정신청권자를 고소인으로만 하고 고발인의 경우는 기존의 재정신청사건에서만 신청할 수 있도록 하고 있다. 일반적으로 검사의 기소재량에 대한 통제로서 재정신청을 이해한다면, 모든 범죄에 대해서 고소인뿐만 아니라 고발인도 재정신청을 할 수 있어야 하며, 이를 통해 검사의 기소에 대한 전반적인 통제가 가능할 수 있다. 그러나 현행 형사소송법에서는 국가의 불충분한 범죄예방에 의해서 범죄피해를 본 피해자에게 형사절차에서 자신의 권리를 주장할 수 있도록 하고 있다. 이러한 개정의 배경에는 형사사법체계가 범죄행위의 직접적인 당사자인 범죄피해자를 도외시하거나 협조없이 제대로 기능할 수 없으며, 피해자의 입장에서 정의로운 형사사법이 기능할 때 비로소 범죄예방과 법적 평화가 달성될 수 있다는 통합예방적 관점에 따른 인식의 전환은 형사절차에서 범죄피해자를 단순한 객체가 아니라 자신의 이익을 실현할 수 있는 주체로 대우할 것이 요청된다는 명제가 성립하게 되었다.³⁵⁾ 또 다른 관점에서 형사사법제도의 신뢰구축이라는 목적이 범죄피해자의 보호와 관련된 규정의 배경을 이루고 있다. 범죄피해자가 형사사법제도와 형사사법기관을 불신하게 되면, 숨은 범죄의 양산뿐만 아니라, 범죄해명도 어려워지고 결과적으로 국가에 의한 효율적인 범죄통제가 어려워진다. 기존의 형사절차에서 범죄피해자는 적절한 정보도 제공받지 못하고, 범죄피해에 대한 의견진술도 제한당하며, 범죄로 침해된 법익도 구제받지 못하면서도 범죄자로부터 보복의 위협에 시달리고, 더군다나 형사절차 내에서 2차피해를 입게 되는 등 불신의 벽이 높았다.³⁶⁾ 이러한 현실에 대해 범죄피해자의 보호는 당연

35) 도종진, 형사절차에서 범죄피해자에 대한 고찰, 피해자학연구 제10권 제1호, 2002, 175면.

한 것이며, 형사절차에서 범죄피해자의 참여는 형사사법의 신뢰를 구축하기 위해서 불가피한 선택이었다고 할 수 있다.

만일 범죄피해자가 형사절차에 참여하여 자신의 권리를 보호하려 하였으나, 검사의 불기소처분으로 인하여 기소되지 않는다면, 가해자에 대한 처벌의 문제 뿐만 아니라 자신에게 부여된 기본권의 실현도 이루어 질 수 없게 된다. 따라서 범죄피해자에게는 검사의 불기소처분으로 인한 자신의 형사절차상 권리실현을 위해서 재정신청을 할 수 있도록 하는 것은 지극히 당연한 귀결이라고 할 수 있다.

고발 사건에 있어서 고발인이 재정신청을 할 수 없다는 점은 재정신청제도의 성격을 피해자의 권리보호라는 관점에서 이해할 때는 당연한 결론이라고 할 수 있다. 만일 고발인도 포함된다면 이는 제3자에 의한 검찰의 통제라는 문제가 되며, 이러한 통제가 우리 형사사법체제에서 순기능을 할 것일지, 아니면 또 다른 역기능을 할 것일지는 예측할 수 없다. 물론 고발인을 재정신청에 포함함으로써 검찰의 자의적인 공소권행사에 대한 규제가 이루어질 수 있을 것이다. 그러나 이는 형사법체제구성의 문제가 아니라 검사의 기소가 공정하게 이루어져야 한다는 운영상의 문제에서 해결해야 할 것이다.

현행 재정신청제도에 대한 기본적 성격을 범죄피해자의 권리보호라고 하는 것은 기존의 일반적인 이해와는 상당히 거리가 있다. 그럼에도 불구하고 현행 재정신청제도를 범죄피해자와 연결시켜 이해하여야 한다는 것은, 다소 아이러니 하지만 입법과정이 그렇다는 것이다. 특히 국회에 제출된 정부안이 논의과정에서 전혀 예측하지 못한 상황에서 돌발적으로 등장한 독일의 기소강제절차가 재정신청제도의 입법모델이 되었으며, 개정 결과를 놓고 보면 마치 처음부터 그렇게 하고자 한 것으로 보일 정도이다.³⁶⁾ 그런데 문제는 독일의 기소강제절차는 피해자의 권리보호라는 성격을 가지고 있다는 것이다. 따라서 제도적 취지는 고려하지 않고 내용만 도입하는 방식은 타당하지 않다. 독일의 경우는 자신들의 제도적 취지에 부합한 내용으로 구성하고 있다. 우리의 경우에 재정신청제도의 개정논의의 처음 출발이 범죄피해자 보호였으며, 우여곡절을 겪은 끝에 독일의 기소강제절차를 모델로 개정하였다면 그 결론도 역시 범죄피해자의 권리보호에

36) 최병호, 범죄피해자의 형사절차 참여 방안, 피해자학연구 제14권 제1호, 2006, 56면.

37) 이에 대해서는 각주15 참조; 김태명, 개정형사소송법상 재정신청제도에 대한 비판적 검토, 94면 각주57 참조.

두는 것으로 이해하는 것은 당연한 것이라고 생각된다.

2. 현행 재정신청제도의 문제점

현행 재정신청제도를 범죄피해자의 권리보호라는 성격으로 이해하는 경우에, 현행 재정신청제도와 관련한 규정의 문제점은 재정법원의 재정신청사건의 심리와 관련한 정보권을 제한하고 있다는 것이다. 즉 심리 중의 관련서류 및 증거물을 열람·등사할 수 없도록 하고 있는 규정은 제도적 취지에 반하는 것이라고 할 수 있다.³⁸⁾ 피해자의 권리보호로서 재정신청제도에서는 신청인의 활발한 활동을 보장해 주어야 한다. 즉 신청인이 재정신청 절차의 당사자가 되어 쟁점의 제시, 증거제출, 진술 등을 통해 재정신청이 받아들여질 수 있도록 하여야 한다.

이에 대해서 정식으로 기소되지 않은 사안의 수사기록에 대하여 피의자나 고소인 등 이해관계인이 무분별하게 기록을 열람·등사하는 경우 수사의 비밀을 해칠 우려가 있을 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 수사기록 열람·등사를 위해 무분별하게 재정신청을 남발할 우려도 있다는 주장은 재정신청제도의 취지에 부합하지 않는 것이다. 재정신청의 의미를 범죄피해자의 입장에서 본다면, 국가는 자신의 범익침해에 대해서 사전적으로 예방하지 못했을 뿐만 아니라, 사후적으로도 수사기관이 범죄를 수사하고 소추하는 책무를 다하지 못한 경우에 자신의 헌법상 기본권인 재판상 진술권을 행사하기 위한 전제로서 공소제기를 해달라는 중요한 신청이라고 할 수 있다. 따라서 재정신청에 의한 재정심리를 위해 신청인이 범죄와 관련한 기록을 열람·등사할 수 없다는 것은 이 제도의 기본적인 성격을 전혀 고려하지 않는 것이다. 비록 재정법원의 증거조사과정에서 신청인이 주장하는 쟁점과 증거도 조사를 한다고 하지만, 신청인의 주장을 위한 사전적인 정보권은 그 남용의 문제로 제한해서는 안 되는 것이다.

V. 결 어

38) 개정 형사소송법이 범죄피해자보호법의 정신에 반하여 심리의 비공개와 재정신청사건기록의 열람·등사의 제한에 관한 명문의 규정을 둔 것은 입법적 퇴보라는 지적이 있다. 이에 대해서는 김태명, 개정형사소송법상 재정신청제도에 대한 비판적 검토, 90-91면 참조.

개정 형사소송법상 재정신청제도는 그 시작과 결말이 상당히 다른 것이라고 할 수 있다. 그 시작에서 제시되었던 범죄피해자 보호방안의 일환으로서 재정신청은 논의과정에서 기소재량의 규제에 대한 법원의 통제라는 관점에서 탄핵주의의 위협이라는 비판에 직면하여, 변화에 변화를 거듭한 결과, 독일의 기소강제절차에 유사한 제도로 바뀌게 되었다. 결국 재정신청사건의 전면확대를 통한 피해자권리 보호라는 취지는 검찰권에 대한 불신과 통제로 받아들여지고, 이를 해결하는 과정에서 재정신청사건을 모든 범죄로 하고 있는 독일의 기소강제절차의 형식과 같이 개정되었다.

문제는 독일의 기소강제절차의 기본적 성격은 기소법정주의를 취하면서, 일부 기소유예를 인정하고 그리고 사인소추와 소송참가제도를 두고 있는 가운데서 범죄피해자인 고소인의 권리보호를 위한 것이라는 점이다. 개정과정과 개정 후 나온 재정신청관련 문헌들에서 범죄피해자의 권리보호로서 재정신청제도를 분석하고 문제점을 지적하기 보다는 검사의 기소재량을 통제하는 제도로서 문제점을 주로 지적하고 있는 것은 아쉬운 점이다. 제정 형사소송법 이래 검사의 기소재량의 통제로서 재정신청제도가 이번 개정을 통해서 범죄피해자의 권리보호를 위한 제도로 변화되었다는 점을 받아들여야 할 것이다. 비록 이러한 성격의 변화과정이 충실한 논의없는 이해관계자들 사이에서 그들만의 주장의 결과이던, 입법의 타협이었다고 하더라도 말이다.

주제어 : 재정신청의 성격, 기소강제절차, 고소인, 범죄피해자

참 고 문 헌

법무부, 개정 형사소송법, 2007.

신동운, 신형사소송법, 법문사, 2008.

형사정책연구원, 형사소송법제정자료집, 1991.

김태명, 개정형사소송법상 재정신청제도에 대한 비판적 검토, 형사법연구 제19권 제4호, 2007.

김태명, 재정신청제도의 의의와 범위의 확대, 형사법연구 제21호, 2004.

도중진, 형사절차에서 범죄피해자에 대한 고찰, 피해자학연구 제10권 제1호, 2002.

박광민, 형사절차상 피해자의 지위강화, 형사법연구 제10호, 1988.

박기석, 개정 형사소송법의 재정신청제도, 비교형사법연구 제9권 제2호, 2007.

박미숙, 개정형사소송법상 재정신청제도의 효율적 운용방향, 형사정책연구 제18권 제3호, 2007.

박종선, 형사절차상 범죄피해자 보호의 문제점과 개선방안, 중앙법학 제6집 제4호, 2004.

송광섭, 범죄피해자보호의 현황과 형사사법체계 내에서의 피해자보호방안, 저스티스 통권 제82호, 2004.

안동준, 범죄피해자의 법적 지위와 전망, 형사정책연구 제3·4합병호, 1990.

윤중행, 공판절차에서의 피해자 보호방안, 비교형사법연구 제7권 제2호, 2005.

이은모, 형사절차에서 피해자의 지위 및 보호방안, 교정연구 제10호, 2000.

이호중, 형사절차와 인권, 한양법학 제19집, 2006.

최병호, 범죄피해자의 형사절차 참여 방안, 피해자학연구 제14권 제1호, 2006.

하승수, 검찰권 남용에 대한 통제수단으로서의 재정신청제도, 법과사회 제16·17합본호, 1999.

C. Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., Verlag C. Beck, 1998.

[zusammenfassung]

Die Probleme und der Grundcharakter des Klageerzwingungsverfahrens im reformierten Strafprozessrecht

Ryu, Chen-Chel
Professor, Chonnam Univ

Im 2007 wurde das koreanischen Strafprozessrecht umfangreich reformiert. Davon gehört der Antrag der Klageerzwingung von Gericht. Der Grundcharakter des Antrags der Klageerzwingung von Gericht war als das Kontroll des öffentlichen Klagerechts von Staatsanwälten zu definiert

Aber dieses neue System ist ähnlich wie das Klageerzwingungsverfahren des deutschen Strafprozessrechts. Das Klageerzwingungsverfahren ermöglicht dem Verletzten, die Einhaltung des Legalitätsprinzips durch die Staatsanwälten vom einem unabhängigen Gericht überprüfen zu lassen. Nach seiner konkreten Ausgestaltung bezweckt das Klageerzwingungsverfahren nicht oder zumindest nicht unmittelbar die Gewährleistung des § 152 II im deutschen Strafprozessrecht als eines objektiven Rechtsprinzips, sondern stellt ein Art. 19 IV GG ausgerichtetes Verfahren zum Schutz der sich aus dem Legalitätsprinzip und dem Anklagemonopol des Staates ergebenden subjektiven öffentlichen Rechte des durch die Straftat Verletzten dar.

Wenn das reformierten System von Antrag der Klageerzwingung von Gericht durch die Rezeption des Klageerzwingungsverfahrens im deutschen Strafprozessrechts gestaltet wird, dann soll man das Zweck solches System auch akzeptieren. Wenn die Staatsanwalts die Erhebung einer öffentlichen Klage ablehnt, so ist nach § 171 des dStPO der Antragsteller unter Angabe von Gründen zu bescheiden. § 171 ist eine Konkretisierung von Art. 17 GG, geht aber insoweit darüber hinaus, als eine Begründung des Bescheides nach

Art. 17 GG nicht erforderlich ist.

Die Gesetzgebung des Strafprozessrechts ist nicht so einfach. Aber über die Reform des Strafprozessrechts, insbesondere über das System von Antrag der Klageerzwingung von Gericht, kann man sagen dass es ohne Prinzip diskutiert wird. Unglücklich ist das nur ein Produkt des Kompromisses von Gesetzgebung.

Schlüsselwörter : Klageerzwingungsverfahren, Antrager, Verletzten, Reform des Strafprozessrechts