

〈논문〉

한국에서 민주주의의 발전과 형사절차 개혁방향에 대한 소고 - 英美법학의 적정절차모델을 참고하여 -

崔 臺 賢*

요 약

본 연구는 한국에서 민주주의의 발전과 형사절차의 개혁방향을 범죄통제모델과 적정절차모델을 통해 살펴보고 이론적 분석도구를 제시하였다. 팩커가 제시한 위 두 모델은 다양한 가치들이 공존하고 있는 형사절차를 평가하는 도구로서 영미법학에서 가장 널리 사용되어지는 방법 중 하나이다.

형사절차의 특징, 특히 검찰의 권한과 역할을 고려할 때 한국의 사법시스템은 범죄 통제모델에 매우 가깝다. 그러나 일반적으로 민주주의의 발전은 형사절차를 범죄통제 모델에서 적정절차모델로 그 중심을 이동시키고 한국의 형사절차도 이러한 경향에 따라 변화하고 있다. 수사절차가 아닌 공판절차를 통해 실체적 진실을 발견하고자 공판중심주의를 강화하고 있다. 또한 개인의 자유를 보장하기 위하여 법집행기관들의 공권력 행사를 통제하는 장치를 마련하고 국가와 개인 사이의 무기의 평등을 보장하기 위한 제도들을 구비해왔다.

이러한 변화에도 불구하고 한국에서 형사절차 참여기관들의 역할이나 권한에 대한 개혁은 다소 소홀하게 다루어졌던 측면이 없지 않다. 결과적으로 검찰의 권한은 계속해서 확대되어 왔으며 독점적이고 광범위한 권한은 민주주의 발전을 저해하는 요소로 자리 잡고 있다. 현행 형사절차에서 검찰 권한의 분산과 공소권자로서의 역할의 재정립은 한국 민주주의의 발전에 중요한 전제임을 인식할 필요가 있다.

주제어: 민주주의, 형사절차, 범죄통제모델, 적정절차모델, 검찰개혁, 견제와 균형

* 경찰대학 경찰학과 교수, 법학박사.

I. 들어가며

형사절차에는 다양한 가치들이 공존한다. 예를 들면, 범죄인은 반드시 유죄판결을 받아야 하지만 그 과정에서 무고한 사람이 억울하게 유죄판결을 받는 것이 용납되는 것은 아니다. 피해자를 보호해야 하는 것은 당연하지만 피의자의 인권 역시 보호 받아야 할 대상이다. 강압적이고 자의적인 수사기관의 권한행사가 통제되어야 하는 이유가 여기서 생겨나는 것이다. 형사절차는 공공의 질서유지를 목적으로 하며 국민의 신뢰를 바탕으로 한다. 범죄의 예방과 수사, 그리고 처벌하는 활동들이 유기적으로 서로 긴밀한 협력체제를 구축해야 한다. 마지막으로 이러한 가치들은 효율적이면서도 효과적으로 추구되어야 한다. 그렇지 않으면 불균형적 지출을 초래함으로써 다른 공공서비스를 위축시키는 결과를 초래할 수 있기 때문이다.¹⁾ 형사절차가 추구하는 다양한 가치들은 서로 양립하기 어려운 경우들이 많다. 예를 들어, 사회질서유지를 중시하는 정치권력 아래에서는 인권보호는 상대적으로 덜 중요한 것으로 여겨질 수 있으며 결과적으로 그 가치가 무시될 수도 있다.

팩커(Packer)의 범죄통제모델(Crime Control Model)과 적정절차모델(Due Process Model)은 이렇게 복잡한 형사절차를 평가하는 도구로서 영미법학에서 가장 널리 사용되어지는 방법 중 하나이다.²⁾ 그러나 형사절차의 모든 요소들을 고려해서 특정 절차를 평가하는 것은 사실상 불가능하다. 범죄통제·적정절차모델 역시 형사절차의 모든 가치를 고려할 수 있는 평가방식은 아니며 여러 학자들이 이 부분을 비판하고 있는 것도 사실이다. 예를 들어 애쉬워스(Ashworth)와 레드메인(Redmayne)은 이 모델들이 범죄율에 영향을 미치는 다양한 요인, 형사절차에서 자원관리의 중요성, 그리고 사건처리의 지연 등의 문제를 제대로 다루지 않았다고 주장한다.³⁾ 특히 피해자와 관련된 다양한 요소들을 반영하지 못하고 있다는 비판은 여러 다른 학자들에 의해서도 제기되고 있다.⁴⁾ 그러나 범죄통제모델과 적정절차모델은 형사절차의 미세한 작용들에 함축되어 있는 가치 선택의 문제를 설명하기에 매우 유익하다.⁵⁾

1) Andrew Sanders and Richard Young, *Criminal Justice* (OUP, 2007), p.43.

2) Herbert Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (SUP, 1968).

3) Andrew Ashworth and Mike Redmayne, *The Criminal Process* (OUP, 2005), pp.38-40.

4) Nicolai Padfield, *Text and Materials on the Criminal Justice Process* (OUP, 2008), p.10; 이승호, “형사사법의 담론과 법원운용의 시스템”, *형사정책연구*, 제20권 제1호(2009), 813면; 최선우, “형사사법모델과 한국 형사사법의 특성에 관한 연구”, *한국공안행정학회보*, 제24권 (2006), 211-243면.

선택의 대상이 되는 두 가지 가치들, 즉 ‘범죄통제’와 ‘적정절차’는 스펙트럼의 양 끝과 같이 서로 반대되는 모습을 보여주고 있으며 우선권을 차지하기 위해서 계속해서 경쟁을 하며 발전해 나간다.⁶⁾

범죄통제를 강조하는 형사절차는 범죄의 억제를 가장 중요한 기능으로 여기며, 효율적인 수사와 기소를 위해서 실제적 진실발견이 비공식적 시스템 하에서 이루어지는 것을 허용한다. 반대로 적정절차를 중요시하는 시스템은 법의 공식적 처리 절차를 강조하며 법원 이외에서 이루어지는 사실발견절차나 비공식적인 방법 등을 일반적으로 받아들이지 않는다. 이러한 두 모델은 형사절차에서 행해지는 여러 관행들이 일련의 스펙트럼 중 어디에 위치하고 있는지를 잘 보여준다. 다시 말해 특정의 형사절차가 범죄통제에 치중하고 있는지 아니면 적정절차에 더 큰 관심을 두고 있는지를 평가할 수 있다. 뿐만 아니라, 형사절차가 발전하고 있는 흐름이나 예측 가능한 발전방향을 제시하는데도 큰 도움을 준다.⁷⁾

그 동안 한국의 형사절차에 대한 많은 연구들은 다양한 개혁방안들을 제시하여왔다. 특히, 그 연구들의 중심에는 검찰개혁이 중요한 화두로 자리를 잡고 있다.⁸⁾ 하지만 아쉽게도 논의의 방향을 설정하기 위한 이론적 도구를 제시한 연구들은 많지 않다.⁹⁾ 특히 민주주의 발전과정을 토대로 형사절차의 변화과정을 조사한 연구는 찾아보기 어렵다. 본 연구는 한국에서 민주주의의 발전과 형사절차의 개혁방향을 범죄통제·적정절차모델이라는 이론적 도구를 통해 살펴보고자 한다. 우선 범죄통제모델과

5) Padfield, 전제서(각주 4), p.10.

6) 이승호, 전제논문(각주 4), 813면.

7) Sanders and Young, 전제서(각주 1), p.19.

8) 김희수, 서보학, 오창익, 하태훈, **검찰공화국 대한민국**(삼인, 2011); 서보학, “검찰의 현주소와 법치주의의 위기”, **법과 사회**, 제39권(2010), 83면; 김인회, “견제와 분산을 위한 검찰개혁과제 재검토”, **민주법학**, 제43호(2010), 365면; 하태훈, “권력기관으로서의 검찰 - 검찰권 통제 및 검찰제도 개혁 방안”, **법과 사회**, 제37권(2009), 91면; 이웅혁과 박노섭, “형사사법 모형에 대한 국민의 구체적 선호도: 현재의 ‘검사중심형’ 수사권구조와 새로운 ‘경찰주체형’ 수사권구조에 대한 비교를 중심으로”, **경찰학연구**, 제9권 제2호(2009), 161면; 이호중, “검찰에 대한 민주적 통제와 검찰개혁의 과제”, **서강법학**, 제9권 제2호(2007), 43면; 이동희, “형사사법 개혁동향과 경찰·검찰의 역할변화”, **경찰학연구**, 제9호(2005), 45면. 문준영, “검찰권 행사에 대한 시민적 통제와 참여”, **민주법학**, 제29호(2005), 173면; Kuk Cho, “The Unfinished ‘Criminal Procedure Revolution’ of Post-Democratization South Korea”, *Denver Journal of International Law and Policy* 30(3), (2002), p.377.

9) 조국, “형사절차의 근저에서 대립하는 두 가지 가치체계에 대한 소고 : 영미법학에서의 논의를 중심으로”, **한국법학원 저스티스**, 제54호(1999); 이승호, 전제논문(각주 4); 최선우, 전제논문(각주 4).

적정절차모델의 주요내용들을 간략히 살펴본 후, 이 두 모델과 민주주의와의 관련성을 검토할 것이다. 다음으로 이러한 이론적 배경을 토대로 우리 형사절차의 특징을 분석하고 제도의 발전방향을 생각해 보고자 한다.

II. 범죄통제모델과 적정절차모델

1. 범죄통제모델

범죄통제모델에 중심을 두고 있는 형사절차는 범죄의 억제를 가장 중요한 가치로 여기며 강력한 범죄통제는 효율성을 기반으로 이루어진다. 한정된 자원을 활용하여 대량의 사건을 효율적으로 처리하는 것이 이 모델의 핵심이다. 그렇기 때문에 발견된 피의자를 체포·수사하고 재판절차를 통해 대부분 유죄판결을 받게 하는 것을 효율성의 확보라고 정의한다.¹⁰⁾ 즉, 범죄통제모델에서 성공적인 형사절차의 수행은 높은 비율의 체포·구속 및 유죄판결을 의미한다.

한정된 자원으로 많은 사건들을 처리하기 때문에 사건의 처리속도와 결정의 확정력이 매우 중요한 요소로 여겨진다. 우선, 신속한 사건 처리를 위해 시스템은 재판과 같은 정식절차보다는 경찰이나 검찰에 의한 수사와 같은 비공식적 절차에 주로 의존하고 획일적인 사건 처리를 강조한다. 결과적으로 실제적 진실발견은 대개 법원에서 이루어지는 것이 아니라 경찰서나 검사의 사무실에서 이루어지고 법원은 경찰이나 검찰이 발견한 내용을 입증하는 절차만을 수행한다. 또한 경찰, 검찰, 그리고 법원에 의한 결정에 대하여 이의제기를 최소화시킴으로써 결정의 확정력을 확보하려고 노력한다. 이러한 일련의 과정은 ‘공장의 컨베이어 벨트’로 비유된다. 컨베이어 벨트를 통해 끊임없이 형사사건들이 운반되고 경찰관, 검사, 그리고 판사는 정해진 위치에서 각각 정해진 업무들을 처리한다. 이러한 업무는 작지만 완성된 물품을 만들어 내기 위해서, 즉 형사사건을 종결하기 위해서 필수적인 일들이다.

범죄통제모델에서 유죄는 사실상 수사단계에서 결정된다. 신속한 사건처리를 통한 효율성의 확보가 형사절차에서 가장 중요한 가치로 여겨지면서 재판절차는 사실상 수사절차에서 발견된 사실들을 입증하는 절차로 역할이 축소되어진다. 경찰이나 검찰이 유죄나 무죄의 가능성을 재판 이전에 이미 결정하면서 무죄의 가능성이 있는

¹⁰⁾ Packer, 전게서(각주 2), 158면. 이하 논의는 158-159면 참조.

피의자가 일찌감치 형사절차로부터 풀려날 수 있다는 것은 분명히 이 모델의 장점이 될 수 있다. 그러나 일단 피의자가 체포되어 조사를 받게 된 경우 만약 무죄의 가능성이 없다면 달리 말해 수사기관이 충분한 증거가 있다고 판단하면 모든 이후의 절차는 유죄추정의 관점에서 진행된다. 즉, 유죄 가능성이 있는 사람은 그 가능성만으로 신속하게 남은 절차에 의해 유죄판결을 받게 된다. 이러한 결정은 물론 사안에 따라 다른 순간에 이루어진다. 어떤 경우에는 피의자가 체포되는 순간이 될 수 있고 체포되기 이전이라 하더라도 수사기관이 유죄의 증거가 충분하다고 관심을 갖는 순간이 될 수도 있다. 그러나 대부분의 경우 유죄의 추정은 피의자가 피고인이 되기 훨씬 이전부터 시작된다. 이러한 유죄 추정은 범죄통제모델에서 많은 사건들을 신속하게 처리하기 위한 중요한 도구로 여겨진다. 마지막으로 경찰이나 검찰에 의한 유죄추정의 결정은 충분히 신뢰할 수 있어야 한다는 것이 중요한 기본 전제이다.

2. 적정절차모델

범죄통제모델의 형사절차가 공장의 컨베이어 벨트에 비유될 수 있다면 적정절차 모델은 장애물경기장으로 볼 수 있다.¹¹⁾ 형사절차에 커다란 장애물들이 설치되어 있으며 이러한 장애물들은 수사로부터 기소로 나아가는 과정을 걸러주는 역할을 담당한다. 이 모델은 다섯 가지의 중요한 특징을 가지고 있다.

첫째, 적정절차모델을 지지하는 시스템은 공판절차 이전에 행해지는 수사기관에 의한 실체적 진실발견 과정을 신뢰하지 않는다. 수사관은 사람이고 사람은 근본적으로 완벽한 관찰자가 될 수 없다. 심리적 또는 상황적 요인들에 의해 사람의 기억이나 관찰에 오류가 생겨난다.¹²⁾ 영국의 국립기소청 설립과정에 이론적 기초를 제공한 필립스(Philips) 보고서는 이러한 수사관의 오류를 다음과 같이 설명하였다. “수사를

11) *Ibid.*, p.163. 이하 논의는 pp.163-171 참조.

12) 특히 수사관들에게 생길 수 있는 이러한 오류를 여러 학자들은 종종 터널비전으로 설명한다. 예를 들어, Martin은 ‘수사관들은 때때로 한 용의자에 초점을 맞추고 유죄로 나아갈 수 있는 증거만을 선별적으로 수집하는 경향을 가지며, 이 과정에 무죄의 증거들을 무시하거나 누락하는 경우들이 있다’고 주장한다. Dianne L. Martin, “Lessons about Justice from the Laboratory of Wrongful Convictions: Tunnel Vision, the Construction of Guilt and Informer Evidence”, *UMKC Law Review*, 70 (2001), p.848; 터널비전은 형사절차에서 수사관뿐만 아니라 검사, 변호사, 판사에게도 영향을 미친다. 관련 논의로 아래 글 참조: Keith Findley and Michael S. Scott, “The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases”, *Wisconsin Law Review*, 2 (2006), pp.291-292; Myrna Raeder, “What Does Innocence Have to Do with it? A Commentary on Wrongful Convictions and Rationality”, *Michigan State Law Review*, 1315 (2003), p.1327.

담당하는 경찰관은 종종 용의자의 유죄에 대한 선입견을 가지게 된다. 그런 과정을 통해 특별한 이유 없이 다른 무죄의 증거들에 대해 마음을 닫아 버리고 자기가 수집한 유죄의 증거들을 과대평가하는 경향을 보인다.”¹³⁾ 비슷한 이유에서 실제적 진실보다는 수사관이 듣고 싶어 하는 진술을 얻어내기 위해 종종 강압적인 조사 방법을 사용하는 경우들이 있고 이러한 방법들이 허위자백을 유도할 수 있다. 피의자의 자백이나 피의자에게 불리한 진술을 전적으로 신뢰하기 어려운 이유가 바로 이 때문이다. 이러한 한계 때문에 적정절차모델은 비공식적인 수사절차보다는 공식적이며 피고인과 검사의 공방이 가능한 공개된 재판절차를 더 신뢰한다.

둘째, 적정절차모델은 형사절차 초기에 유무죄에 대한 확정적 결론을 내리는 것을 용인하지 않는다. 왜냐하면 그러한 결론은 사람에 의해서 도출되고 사람은 누구나 실수를 할 수 있기 때문이다. 공판 이후 새롭게 발견된 사실들을 심리하기 위해 사건이 다시 재기될 수 있다는 가능성도 역시 항상 열려 있다. 다시 말하면 이 모델에서는 사실의 오류가 발견될 때마다 공식적 절차에 의한 연속 심리가 가능한 것이다. 실수나 오류에 대한 범죄통제모델의 시각은 적정절차 모델과는 매우 다르다. 범죄통제 모델에서는 시스템의 신뢰도가 효율성에 의해서 평가되어지기 때문에 실수나 판단의 오류가 일정 부분 허용된다. 그러나 적정절차모델은 시스템의 신뢰도와 효율성의 상관 관계를 부정한다. 절차의 신뢰도는 효율성을 제고함으로써 확보되는 것이 아니라 오류나 실수를 최소화함으로써 보장된다고 본다. 적정절차모델에서 형사절차의 목적은 사실상 죄가 있는 사람을 처벌하는 것이 아니라 무고한 사람이 억울하게 처벌받지 않도록 보호하는 것이다.

셋째, 적정절차를 중시하는 시스템은 개인의 자유를 보장하기 위하여 정부의 공권력은 반드시 통제되어야 할 대상으로 여기고 법집행기관들이 공권력을 남용하는 것을 방지하기 위하여 공권력 행사를 통제할 수 있는 다양한 방법들을 만든다. 위법 수집증거 배제의 원칙과 같은 다양한 적정절차준수의 원칙은 공권력 남용방지를 위한 중요한 방법 중 하나로 여겨진다. 권력은 항상 남용될 여지가 있으며 공권력의 남용방지를 위해 제도적 안전장치들을 갖출 필요가 있는 것이다. 이러한 안전장치들이 제대로 갖추어지지 않은 경우 권한의 남용이 생길 수 있으며 어떤 경우 이러한 남용은 미미한 정도에 그칠 수 있지만 또 다른 경우에는 ‘서울중앙지검 피의자 고문

¹³⁾ Cyril Phillips, *The Royal Commission on Criminal Procedure: Report*, (HMSO. Cmnd 8092) para. 6.24; 우리나라는 다른 나라들과는 달리 검사가 원칙적으로 직접수사를 하기 때문에 영국과 달리 검사 역시 수사관으로서의 터널비전을 가질 수 있다.

치사사건'에서 보는 것처럼 상상하기조차 어려운 일들이 생겨난다.¹⁴⁾ 최대의 효율성 추구는 종종 개개인들이 국가의 공권력 행사에 의해 피해를 당할 가능성을 열어 놓는다. 그렇기 때문에 적정절차모델의 형사절차는 공권력 행사를 통제함으로써 법집행기관들이 최대한의 효율성을 추구하는 것을 제한한다.

적정절차모델의 네 번째 특징은 국가와 개인 사이의 무기의 평등이다. 그러나 이 평등이 글자 그대로 정부가 가진 모든 권한을 개인에게 인정해 준다는 것은 아니다. 대신에 재정적 어려움으로 자기방어를 하지 못하는 개인을 적극적으로 도와주는 의무를 정부에 부과한다. 이것을 적정절차모델은 공공의 의무라고 부른다. 미국의 미란다(Miranda)나 영국의 의무변호사(Duty Solicitor) 제도가 국가와 개인사이의 평등권을 보장하기 위한 예들이다. 형사절차에서 법집행기관들의 활동을 주로 감시·견제하는 것은 변호인의 몫이고, 변호인이 형사절차에 개입하는 시기에 따라 국가와 개인 사이의 평등의 수준은 결정된다. 변호인이 수사단계에 빨리 개입하면 할수록 재판결과에 미치는 영향은 커지게 된다.

마지막으로, 적정절차 모델은 형사처벌의 효과성에 대해 의문을 가진다. 특히 형사처벌이 심리적으로 또는 경제적으로 곤궁에 빠져있는 사회적 약자들을 통제하는 도구로 전락될 수 있고 처벌의 효과는 다분히 제한적일 수밖에 없다고 본다.¹⁵⁾ 결과적으로 적정절차모델은 범죄혐의자를 잡아 처벌하는 시도를 제한하려고 노력한다. 처벌을 위한 권한(예: 수사권)의 목적과 그 목적에 의해서 얻어진 결과에 대한 회의는 그러한 권한과 관련된 재량들을 제한하려는 경향을 보인다.¹⁶⁾ 예를 들면 폐수를 방류한 업체를 수사하여 처벌하는 것으로는 환경보호라는 목적을 달성하기 어렵고 오히려 형사적으로 처벌하는 것보다는 발생한 피해를 원상회복시킬 수 있는 제도와 방법들을 만들어 내는 것이 훨씬 더 효과적이라는 것이다.¹⁷⁾

14) '고문치사사건'의 자세한 내용을 위해서는 대법원 2005. 5. 26. 선고 2005도945 판결 참조.

15) Paul M. Bator, "Finality in Criminal Law and Federal Habeas Corpus for State Prisoners", *Harvard Law Review*, 76(3) (1963), p.442.

16) Packer, 전계서(각주 2), p.171.

17) 형사처벌에 대한 회의적 시각을 잘 보여준 글로 Keith Hawkins, *Law as Last Resort: Prosecution Decision-making in a Regulatory Agency* (OUP, 2002) 참조.

III. 적정절차모델과 민주주의의 관계

범죄통제모델과 적정절차모델은 스펙트럼의 양 끝에 위치하며 형사절차가 가지는 가치들을 단순화시켜 이론적으로 설명한다. 그러나 현실적으로 두 모델의 다양한 가치들은 다양한 밀도와 배합방식을 가지고 서로 공존한다. 우선 앞에서 살펴본 것처럼 범죄통제모델은 피의자의 유죄확정을 가장 중요한 가치로 여긴다. 이 목적을 달성하기 위하여 무고한 사람이 유죄판결을 받는 형사절차의 실수를 크게 개의치 않는다. 피의자의 기본권 역시 사회가 용인하는 범위 내에서 최대한 제한될 수 있다. 대조적으로 적정절차모델은 무고한 시민이 유죄를 받지 않도록 하는 것에 큰 의미를 부여한다. 아홉 명의 죄인을 놓치더라도 한 명의 무고한 시민을 죄인으로 만들어서는 안된다는 표현은 적정절차모델의 이념을 잘 나타내고 있다. 특히 개인의 자유와 기본권 보장은 형사절차의 근간을 떠받치는 가장 중요한 가치로 여겨진다. 두 모델의 핵심적 가치들은 모두 중요하고 전적으로 옳다라고 주장될 수도 있다. 그러나 한 모델이 다른 모델의 가치를 완벽하게 부정할 수는 없다.

여기서 제기될 수 있는 중요한 질문 중의 하나는 형사절차에서 절대 부정할 수 없는 두 모델의 가치들이 어떤 배합으로 섞이고 그러한 과정에 규칙성이 있는가라는 것이다. 이 질문에 대한 하나의 답으로 성(Sung)은 민주주의와의 관련성 여부를 양적조사방법을 통해 분석했다.¹⁸⁾ 그는 형사사법체계의 조직이나 운영은 민주주의의 수준에 따라 차이가 난다고 가정하고 한국을 포함하여 111개 국가의 형사시스템을 분석했다. 이 분석에 따르면 민주주의의 수준이 높은 나라일수록 예를 들어 영국, 미국, 프랑스, 독일 등과 같은 나라들의 사법체계는 범죄통제모델의 가치들보다 적정절차모델의 가치들을 더 중요시한다는 사실을 발견했다. 다시 말하면, 특정 사회의 민주주의 수준은 부분적으로 형사절차가 적정절차 모델의 가치들을 얼마나 준수하느냐에 따라 결정된다는 것이다.

범죄통제모델의 가치를 중요시하는 형사절차는 목적을 사회통제에 두기 때문에 일반적으로 독재정권에 의해서 운영된다.¹⁹⁾ 사회통제는 혼란상황에 대한 일방적

¹⁸⁾ Hung-En Sung, "Democracy and Criminal Justice in Cross-National Perspective: From Crime Control to Due Process", *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 605(1) (2006).

¹⁹⁾ Neal Tate and Stacia L. Haynie, "Authoritarianism and the Functions of Courts: A Time Series Analysis of the Philippine Supreme Court, 1961-1987", *Law & Society Review*, 27(4) (1993), pp.733-736; 다만, 반대의 경우 예컨대 범죄통제모델이 항상 독재정권과

억제를 의미하고 효과적인 통제를 위해서 공권력은 피의자의 기본권보다 우선시된다. 법집행기관들은 종종 통제받지 않은 권한들을 행사할 수도 있고 결과적으로 시민들의 권리는 당연히 광범위하게 제한될 수밖에 없다. 범죄통제 중심의 시스템에서는 경찰이나 검찰에 의해서 이루어지는 수사절차가 재판절차보다 더 중요한 것으로 인식되며, 더 많은 법률상 권한과 재량들이 법집행기관들에게 부여되어 효율성의 극대화를 위해 사용된다. 그렇기 때문에 사실상 유죄는 수사기관들에 의해서 재판 전에 이미 결정되고 재판은 단지 수사과정에서 발견된 사실들을 확인하는 절차로 인식되는 것이다.

범죄통제모델과는 달리 적정절차모델은 선진화된 민주주의 체제에서 나타나는 형사절차이다. 적정절차 중심의 형사절차에서 정부 관료들은 선거, 시민단체, 언론 등 다양한 방식을 통해 ‘수직적 책임’을 부담한다. 또한 법적 감시권한을 가진 정부 기관들이 정부의 다른 기관들의 권한남용이나 직무유기 등을 정기적이고 효과적으로 조사할 수 있는 ‘수평적 책임’ 시스템도 잘 갖추고 있다.²⁰⁾ 수평적·수직적 책임 외에 전문성 그리고 전문지식에 대한 존중 등을 바탕으로 경찰, 검찰, 그리고 법원의 활동들이 정치적 간섭으로부터 철저히 독립되어 있다. 선진화된 민주주의는 개인의 기본권에 대한 광범위한 보장과 공권력 침해 방지를 위한 법적규제 등을 특징으로 한다. 예컨대 불합리한 압수·수색, 불법체포·구속, 고문 등은 법원에 의해 철저히 감시 통제되고 가혹한 형벌 또한 엄격히 금지된다. 형사절차는 변호인의 조력을 받을 권리, 영장에 의한 체포 등 기본권 보호를 위한 다양한 수단을 통해 공정한 재판을 받을 권리를 최대한 보장한다. 물론 철저한 기본권 보장은 공판절차에서 치열한 법정 공방을 야기함으로써 효율성을 떨어뜨리기도 한다.

선진화된 민주주의는 범죄통제의 가치보다 적정절차의 가치를 더 중요하게 여기고 이러한 경향은 주로 공판과정의 마찰, 즉 무죄율의 증가로 이어진다는 것이다. 민주주의가 발전하는 과정에 있는 국가의 형사절차는 범죄통제 중심에서 적정절차 중심으로 서서히 변화해간다. 민주주의의 발전은 공판중심주의의 강화로 이어지고 법치주의의 원리가 제대로 자리 잡기 시작하면서 긍정적 변화를 초래한다. 그러나 이러한 발전과정이 오히려 높은 유죄율로 대표될 수 있는 효율성을 감소시킬 수 있다. 피해자, 피의자, 피고인, 그리고 일반 시민들의 다양한 권리를 형사절차의 각 단계가

연결되어 있는가에 대한 연구들은 찾아보기 어렵고 이에 대한 추가적인 연구가 필요하다.

²⁰⁾ Guillermo O'Donnell, "Delegative Democracy", *Journal of Democracy*, 5 (1994), pp.61-62.

심각하게 인식하고 절차에 반영하기 때문에 효율성은 당연히 떨어질 수밖에 없을 것이다.

적정절차 모델의 가치들이 직접적으로 민주주의를 만들어 낼 수는 없다. 그러나 국민신뢰의 토대가 되는 공정성을 확립하고 유지하는데 큰 기여를 할 수 있음은 분명하다. 시민들은 적정절차모델이 보여주는 것처럼 그들의 헌법상 권리들과 관심들이 형사절차에 의해 존중되고 보장되어 진다고 생각할 때 경찰, 검찰, 그리고 법원의 활동에 동의하고 적극적으로 협조하게 될 것이다.²¹⁾

IV. 한국의 형사절차에 대한 평가

독재와 민주주의 등 다양한 정부형태는 서로 다른 요구와 제한들을 통해 형사 사법기관들에게 큰 영향을 미친다. 한국의 형사절차 역시 민주주의의 발전과 함께 계속해서 개혁을 거듭해 오고 있다. 민주주의의 발전과 관련된 최근 세계적 추세는 형사절차가 이전보다 훨씬 더 투명해지고 더 많은 견제 시스템들이 확충되고 있다는 것이다.²²⁾ 최근 아랍의 여러 국가들에서 보는 것처럼 지난 수십 년간 많은 나라들이 독재정권을 무너뜨리는데 성공하고 그러한 정권들이 시민들에 의한 선거로 선출된 민주적 정부로 대체되고 있다. 그러나 사법기관들과 그들의 활동이 민주주의의 이상적 가치인 평등, 투명성, 공정성 등에 완벽하게 부합하도록 시스템을 발전시킨 나라들은 거의 없다.²³⁾ 이러한 한계는 한국의 형사절차 발전과정에서도 잘 나타나고 있다.

21) Mark Moore, "Notable Speech: Legitimizing Criminal Justice Policies and Practices", *FBI Law Enforcement Bulletin*, 66(10) (1997).

22) Sung, 전계논문(각주 18), p.311.

23) Teresa P. R. Caldeira and James Holston, "Democracy and violence in Brazil", *Comparative Studies in Society and History*, 41(4) (1999), p.691. 칼테이라(Caldeira)와 홀스톤(Holston)은 지난 40년간 전세계의 민주주의는 괄목할 만한 성장을 하였다고 설명한다. 그 증거로 1972년 160개 국가 중 33%에 해당되는 52개 국가에서 선거에 의해서 정부가 구성이 되었으나, 그 비율이 큰 폭으로 상승, 1996년에는 191개국 중 62%에 해당하는 118개 국가의 정부가 선거로 선출되고 있다고 제시했다, Sung, 전계논문(각주 18), p.312; Mark Ungar, *Elusive Reform: Democracy and the Rule of Law in Latin America* (Lynne Rienner Pub, 2002), pp.201-202.

1. 한국에서 민주주의의 발전과 적정절차 이념의 강조

한국의 현대식 형사시스템은 일제 식민지 시대를 통해서 정착되었고 한국전쟁과 군사정권을 거치면서 발전되어 왔다. 이러한 역사적 배경을 고려할 때 한국의 형사절차는 많은 시간 동안 독재정권의 영향 아래에서 형성·발전되어 왔다고 설명할 수 있다. 형사절차는 다분히 범죄통제모델이 강조하는 것처럼 사회통제와 효율성에 초점을 맞추고 수사기관에 강력한 권한을 부여함으로써 수사절차에 의해 진실을 발견하고자 노력해왔다. 경찰은 특별한 제한 없이 불법적 체포와 구금을 하고 수사 과정에 폭행이나 협박, 심지어 물고문과 전기고문 등을 통해 자백을 강요하기도 했다.²⁴⁾

범죄통제 중심의 형사절차는 1987년 민주화운동을 통해 서서히 변화하기 시작했다. 가장 눈에 띄는 특징은 적정절차의 기본적 원리가 헌법에 명문화된 것이다. “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”²⁵⁾ 특히 헌법재판소는 이러한 적정절차의 기본원칙을 판례를 통해 아래와 같이 강조해 오고 있다.

적법절차의 원칙은 법률이 정한 형식적 절차와 실제적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있는 것으로서 특히 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형사소송절차의 전반을 기본권 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리를 천명하고 있는 것으로 이해하여야 한다 ... 형사피고인으로서의 형사소송절차에서 단순한 처벌대상이 아니라 절차를 형성·유지하는 절차의 당사자로서의 지위를 향유하며 형사소송절차에서는 검사에 대하여 “무기대등의 원칙”이 보장되는 절차를 향유할 헌법적 권리를 가진다 할 것이다. ... 따라서 형사소송에 관한 절차법에서 소극적 진실주의의 요구를 외면한 채 범인 필벌의 요구만을 앞세워 합리성과 정당성을 갖추지 못한 방법이나 절차에 의한 증거수집과 증거조사를 허용하는 것은 적법절차의 원칙 및 공정한 재판을 받을 권리에 위배되는 것으로서 헌법상 용인될 수 없다.²⁶⁾

24) 김근태, **남영동**(중원문화, 2012); Kuk Cho, **전계논문(각주 8)**, p.378. 인권보호의 관점에서 볼 때 이렇게 극단적으로 범죄통제모델에 몰입했던 시대적 상황은 조국 교수의 설명처럼 한국 형사절차의 ‘암흑기’로 묘사될 수 있다.

25) 헌법 제12조 제1항.

26) 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 94헌바1, 판례집 제8권 2집, 808면, 819-820면; 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8, 판례집 제4권, 853면.

이 판례는 범인필벌보다는 적법절차의 원칙을 강조함으로써 범죄통제모델에서 적정절차모델로 변화하고 있는 한국의 형사절차를 잘 보여주고 있다. 특히 1987년 개정 헌법은 적정절차 준수의 이념을 명문화하면서 개개인의 권리를 보장하기 위한 여러 장치들을 구체적으로 제시하였다. 예를 들어 변호인의 조력을 받을 권리, 고문을 받지 않을 권리, 체포·구속 통지, 체포·구속 적부심사 청구권, 죄형법정주의, 공개된 재판받을 권리 등이 새롭게 헌법상 권리로 보장되기 시작한 것이다.²⁷⁾ 이런 권리들은 독재정권에서 사실상 무시되어 왔던 기본권들이며 민주화 이후 인권보장에 대한 국민의 요구에 의해 헌법에 자세히 규정되었던 것이다. 당연히 그러한 헌법적 요구는 형사소송법 개정에 영향을 미쳤고 수사절차에서 피의자와 피고인의 권리가 점점 강화되기 시작했다.

이러한 노력들 덕분에 한국의 형사절차는 피의자·피고인의 권익을 보장하는 방향으로 지난 20년간 차근차근 발전해 왔다. 수사기관들이 피의자의 헌법상 권리를 침해했다는 이유로 무죄가 선고되는 사건들이 변화하는 한국의 형사절차를 잘 보여주는 예들이다.²⁸⁾ 또한 법원의 구속영장 실질심사제도는 수사기관의 집행권한에 대한 사법부의 통제 강화를 잘 보여준다. 행정권한에 대한 사법부의 통제 강화는 민주주의의 발전과정을 보여주는 중요한 지표 중의 하나이다.²⁹⁾ 1995년 형사소송법 개정을 통해 법원은 구속영장을 발부하기 전 구속의 적절성 판단을 위해 피의자를 직접 심문하기 시작했다. 1995년 이전에는 법원이 이러한 직접 심문권을 갖지 못했고 검사가 제출한 서류만을 검토하여 구속의 적절성을 판단했다. 그러나 1997년

27) 헌법 제12조, 제13조, 제27조.

28) 1992년 대법원은 수사기관이 진술거부권을 고지하지 않고 취득한 진술에 대한 증거능력을 부정했다. “형사소송법 제200조 제2항은 검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있는바, 이러한 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄(自己負罪)거부의 권리에 터잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수립된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.” 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결 참조.

비슷한 사례로 1990년에는 국가보안법위반으로 기소된 피고인이 헌법이 보장하는 기본권인 변호인 조력권을 침해당했다는 이유로 무죄를 선고받았다. 대법원 1990. 8. 24. 선고 90도1285 판결 참조. 이 판결의 요지는 검사가 변호인의 접견을 부당하게 제한하고 작성한 피의자 신문조서는 증거능력을 인정받을 수 없다는 것으로 헌법상 권리를 보장하지 않고 취득한 자백은 증거로 할 수 없다는 점을 분명히 하였다.

29) Corinne Davis Rodrigues, “Civil Democracy, Perceived Risk, and Insecurity in Brazil: An Extension of the Systemic Social Control Model”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 605(1) (2006), p.242.

구속영장 실질심사는 검찰의 반발에 부딪혀 다시 피의자가 심문을 신청하는 경우에만 할 수 있도록 제한되었다. 물론 이러한 사법통제에 대한 제한은 비판을 받았으며 2007년 형사소송법 개정으로 법원의 심사가 모든 구속 대상 피의자로 확대되었고 이를 통해 수사기관의 집행권한을 조금이나마 통제할 수 있는 길을 열게 된 것이다.³⁰⁾

2. 민주주의의 발전단계와 형사절차의 특징: 일반론

단순히 선거를 되풀이하는 것만으로 성숙된 민주주의를 달성할 수는 없다. 독재와 선진 민주주의 사이에는 또 다른 형태의 민주주의가 존재하며 이러한 형태의 민주주의는 종종 ‘선언적 민주주의’로 정의된다.³¹⁾ 어떤 사회의 제도화 과정, 관행, 시민권의 의미는 절대 균등하거나 통일적이지 않고 일반적으로 불균형하고 불평등하며 비정형적이고 때때로 상호간에 배치되는 경우도 있다. 선언적 민주주의는 이러한 특징들의 차이를 명확하게 보여주며 같은 사회 안에서도 시민들 사이에 배분되는 민주주의 정도와 깊이는 불균형을 이룬다고 설명한다. 예를 들어 재력가나 권력을 가진 사람들은 민주주의가 보장하는 많은 혜택을 누리는 반면, 경제적 그리고 사회적 약자들은 그러한 혜택을 충분히 누리지 못하고 자주 소외를 당한다. 변호인의 조력을 받을 권리가 헌법상 보장되어 있다 하더라도 그 혜택은 경제력이 풍부한 사람들이 주로 향유할 수 있고 변호인 선임비용이 없는 사람들에게는 단지 그림의 떡으로 전락될 수 있는 극명한 불평등이 존재하는 사회의 민주주의를 선언적 민주주의라고 부른다. 이러한 형태의 불균형은 선진화된 민주주의에서 보다는 초기 민주주의에서 많이 발견된다.

선언적 민주주의로 평가되는 사회에서 관찰되는 형사절차의 특징은 대체로 세 가지 측면에서 살펴 볼 수 있다. 첫째로 시민들의 형사절차에 대한 참여가 제한적이다. 결과적으로 형사사법기관의 활동에 대한 투명성이 보장되지 못하고 종국적으로 충분한 책임감을 확보하지 못하기 때문에 국민으로부터 신뢰를 얻지 못한다. 시민의 참여는 효율적인 정책집행, 부패방지, 신뢰도 제고 등 형사사법기관의 업무수행에 긍정적인 영향을 주면서 민주주의를 발전시키는 중요한 기능을 담당한다.³²⁾ 영미법계의 배심원제도나 주요 선진국들이 채택하고 있는 사인소추제도도 형사절차에 대한 시민참여를 잘 보여주는 예들이다. 선언적 민주주의에서 나타나는 두 번째 특징은 형사절차에 대한 접근성의 차별이다. 사회의 일부 사람들은 쉽게 형사

30) 이재상, **형사소송법**(박영사, 2008), 251-253면.

31) Caldeira and Holston, **전계논문**(각주 23), pp.715-718.

32) Rodrigues, **전계논문**(각주 29), p.247.

절차에 접근하여 법적 보호를 받을 수 있는 반면 또 다른 부류의 사람들은 접근이 용이하지 않아 어려움을 겪게 된다. 이러한 차별의 원인으로 경제적 어려움이나 절차의 복잡성 등을 예로 들 수 있다. 세 번째로 사법부가 국가나 개개인들의 관행들을 성공적으로 규제하지 못한다. 선언적 민주주의 단계에서는 시민들이 자유로운 선거에 참여할 수 있는 권한이 있다 하더라도 견제시스템이 제대로 갖추어져 있지 않기 때문에 정부가 행사하는 공권력을 적절하게 통제하지 못한다.

대조적으로, 보다 선진화된 민주주의 체제에서는 국민 개개인의 권리를 보호하기 위해 설치된 헌법적 기구들이 선거에 의해서 당선된 기관들(예: 대통령)을 적절하게 통제한다. 다수의 결정 역시 무조건 옳다고 평가되기 보다는 어느 정도 제약을 받을 수 있다. 선언적 민주주의가 소수인종에 대한 차별, 사회적 약자나 소수자에 대한 불평등, 통제되지 않는 행정권력, 그리고 억압된 언론 등으로 인해 여전히 어려움을 겪고 있는 것과는 달리 선진화된 민주주의는 견제와 균형, 그리고 권력분립을 통해 사회적 평등을 이루고 있다.³³⁾

이렇게 분산되고 제한된 권력이 오히려 안정적이며 통제자의 강요된 의지를 피하는 데도 유리함에 틀림없다.³⁴⁾ 그러나 권력분립 그 자체만으로 민주주의의 이상적 가치인 평등, 투명성, 그리고 공정성을 확보할 수는 없다. 오히려 권력분립이 입법부와 행정부에게 제한 받지 않는 권한행사의 여지를 남겨둘 수 있고, 정부의 각 부처가 충분한 통제장치 없이 일방적인 권한 행사를 할 수도 있다. 이런 상황을 고려할 때 권력분립은 반드시 견제와 균형의 원리와 같이 실현되어야 한다. 어떤 특정기관이 다른 기관들의 동의나 협조 없이 일방적인 의사결정을 하는 것은 위험할 수 있다.³⁵⁾ 그렇기 때문에 견제와 균형을 이룰 수 있도록 다양한 기관들이 서로를 감시할 수 있는 수단과 방법들을 가져야 한다. 견제와 균형이 결여된 상황을 고려하여 마닌(Manin)은 “견제 받지 않는 견제자(Unchecked Checker)”라는 개념을 정립하였다. 다른 기관들로부터 견제 받지 않으면서 다른 기관들을 일방적으로 견제할 수 있는 기관을 ‘견제 받지 않는 견제자’라고 정의하고 독재자의 뜻이 일방적으로 반영될 여지가 있기 때문에 선진 민주주의 체제에서는 이런 기관이 존재해서는 안 된다는 점을 분명히 하고 있다.

33) Sung, 전제논문(각주 18), p.312.

34) Jose Maria Maravall and Adam Przeworski, *Democracy and the Rule of Law* (Cambridge University Press, 2003), p.10.

35) Bernard Manin, *Checks, Balances and Boundaries: The Separation of Powers in the Constitutional Debate of 1787* (Cambridge University Press, 1994), p.27.

3. 한국의 민주주의와 형사절차의 특징

한국의 민주주의는 여러 학자들의 주장처럼 성숙된 민주주의와는 아직 거리를 두고 있다.³⁶⁾ 특히 형사절차의 여러 특징들을 살펴보면 한국의 민주주의는 선언적 민주주의에 매우 가깝다는 것을 알 수 있다. 또한 이는 한국의 형사절차가 범죄통제 모델의 특징들을 많이 가지고 있다는 사실도 함께 보여준다.

첫째, 수사, 기소, 재판의 결과가 사실상 검사에 의해서 결정되고 있으며 형사절차는 범죄통제모델의 전형적인 예시처럼 검사에 의해서 운영되는 공장의 컨베이어 벨트와 같다. 검찰은 수사권과 기소권을 독점적으로 행사한다. 물론 경찰도 수사권을 행사하고 있지만 검찰의 수사지휘권과 수사종결권을 통해 경찰수사를 통제할 수 있기 때문에 실질적으로 검찰이 수사권을 독점하고 있는 것이다.³⁷⁾ 또한 기소권을 독점하고 있기 때문에 검찰이 수사한 내용은 별다른 통제 없이 기소로 이어지며 아래 표 1)에서 보는 바와 같이 기소된 사건의 평균 99퍼센트 이상이 1심에서 유죄 판결을 받고 있다.

<표 1> 2006~2010년 1심 유죄판결비율

연도	전체	유죄						무죄
		소계	생명형	자유형	재산형	약식명령	기타*	
2006	1,050,769	1,048,455 99.78%	6	37,679	79,853	861,925	68,992	2,314 0.22%
2007	1,235,260	1,232,094 99.74%	0	42,314	82,452	1,025,967	81,361	3,166 0.26%
2008	1,366,734	1,362,709 99.71%	3	44,858	96,110	1,134,438	87,300	4,025 0.29%
2009	1,254,385	1,247,969 99.49%	6	47,931	102,294	1,009,851	87,887	6,416 0.51%
2010	1,092,793	1,071,564 98.06%	5	44,009	96,071	856,112	75,367	21,229 1.94%

* 기타: 집행유예, 자격형, 선고유예 등 포함.

** 출처: 대법원, 사법연감, 2006-2010.

³⁶⁾ Yun-Han Chu, *How East Asians View Democracy* (Columbia University Press, 2008); Yunshik Chang, Hyun-ho Seok and Donald Baker, *Korea Confronts Globalization* (Routledge, 2009).

³⁷⁾ 이호중, “담론권력으로서의 검찰”, *법과 사회*, 제37권(2009), 59면.

이렇게 높은 비율의 유죄율은 법정에서 쉽게 부인하기 어려운 검사작성 피의자 신문조서의 우월한 증거능력과 이를 보완할 수 있는 영상녹화물에 의해서 유지되고 있는 것으로 보인다.³⁸⁾ 유죄율뿐만 아니라 검사의 불기소결정에 대한 항고, 재항고, 재정신청 등의 이의신청 기각비율은 검찰 수사과정에서 발견된 내용에 대한 높은 신뢰를 간접적으로 반영하고 있다.

<표 2> 검사의 불기소결정에 대한 항고 및 재항고, 재정신청 인용 및 기각비율

연도	항고 재항고(검찰)			재정신청(법원)		
	계	기소명령	기각비율	계	공소제기명령	기각비율
2008	36,215	33 0.09%	99.91%	9,132	119 1.30%	98.70%
2009	37,939	21 0.06%	99.94%	10,499	116 1.10%	98.90%
2010	41,300	74 0.18%	99.82%	13,843	216 1.56%	98.44%
2011	39,729	98 0.25%	99.75%	12,048	133 1.10%	98.90%

* 처리인원 기준: 단위(명).

** 출처: 대검찰청, 검찰연감, 2012.

비공식적 절차, 특히 검찰 수사에 의한 사실 발견의 중요성, 수사과정에서 발견된 내용에 대한 높은 신뢰와 이를 일상적으로 확인하는 형식적인 재판절차, 그리고 높은 유죄율 등은 효율성을 강조하는 범죄통제모델의 특징들을 잘 보여주고 있다.

둘째, 검찰의 의사결정과정에서 시민의 참여가 극히 제한적이다. 현재까지 시민 참여에 의한 통제장치는 2010년 ‘스폰서 검사사건’ 이후 검찰이 스스로 설치한 ‘검찰시민위원회’가 유일하다. 그러나 심의결과에 대한 구속력과 정당성을 담보할 수 있는 방법이 마련되어 있지 않기 때문에 검찰권에 대한 통제장치로서의 충분한 역할을 수행하지 못하고 있다.³⁹⁾ 검찰이 막강한 권한을 행사하고 있음에도 불구하고

38) 하태훈, 전계논문(각주 8), 94면; 김현숙, “수사과정에서 작성한 피의자신문조서 및 영상 녹화물에 대한 검토: 2007년 이후 발의된 형사소송법 개정안을 중심으로”, **치안정책연구**, 26(1), (2012), 53면; 신이철, “검사작성의 피고인이 된 피의자신문조서의 증거능력 인정 요건: 전문법칙과의 관계에서”, **동아법학**, 제49호(2010), 171-211면; 신동운, “사법개혁 추진과 형사증거법의 개정”, **법학연구**, 제47권 제1호(2006), 107-132면.

39) 김태명, “검찰시민위원회 및 기소심사회 제도에 대한 비판적 고찰: 미국의 대배심제도와

하고 국민의 지지를 얻지 못하고 있는 것은 검찰의 권위적이고 폐쇄적인 의사결정 절차로부터 기인한 것으로 보여 진다. 검찰의 활동에 대한 투명성이 확보되지 못하고 결국 시민보다는 통치권자에 대한 책임감을 강조하면서 국민의 신뢰를 얻지 못하고 있는 것이다.

셋째, 검찰은 ‘견제 받지 않는 견제자’의 역할을 수행한다. 한국에서는 사실상 검찰의 권한행사를 견제할 수 있는 제도적 수단이 존재하지 않는다.⁴⁰⁾ 검찰사법이라는 말처럼 수사권, 수사지휘권, 수사종결권, 기소권 등 막강한 권한을 행사하면서도 그 권한들을 통제할 수 있는 방법은 강구하지 않았던 것이다.⁴¹⁾ 검찰을 유일하게 통제할 수 있는 법무부마저도 검사들이 주요 보직들을 모두 차지하고 있기 때문에 검찰의 활동을 효과적으로 견제하지 못하고 오히려 검사에 의해 법무부가 운영되어지는 모습이 나타나기도 한다.⁴²⁾ 이와 같이 견제장치가 전혀 없는 상황에도 불구하고 검찰은 사회전체에 대한 견제자로서의 역할을 충실히 수행하고 있다. 때로는 정부정책을 강제하기 위하여 형사처벌에 대한 위협을 수단을 사용하는 일조차 마다하지 않고 있다.⁴³⁾ 그렇기 때문에 검찰이 ‘권력의 시녀’ 또는 사회통제의 수단이라는 비판을 받고 있는 것이다.⁴⁴⁾ 안타깝게도 견제와 균형이 갖추어진 선진 민주주의 사회에서 존재해서는 안되는 ‘견제 받지 않는 견제자’의 모습을 한국의 검찰은 잘 보여주고 있다.

4. 형사절차 개혁방향: 적정절차모델의 정립

민주주의가 발전함에 따라 한국의 형사절차는 범죄통제모델에서 적정절차모델로 그 중심을 이동시키고 있다. 그러나 검찰의 권한과 역할은 이러한 변화에 제대로 부응하지 못하고 있는 것으로 생각된다. 헌법이나 형사소송법에 피의자 또는 피고인을 보호하기 위한 규정을 만드는 것만으로 적정절차모델의 기본적 가치들을 보장할 수는 없다. 다시 말해 기본권 보호를 위한 법률 그 자체만으로 기본권이 저절로 보장되는 것은 아니다. 예를 들어 변호인의 조력 받을 권리가 헌법과 형사소송법에 명문화되어 있다 하더라도 변호인의 수가 충분하지 않아 경제력이 없는 피의자나

일본의 검찰심사회제도를 참고하여”, **형사정책연구**, 제84호, 175면.

40) 서보학, **전계논문(각주 8)**, 86면.

41) 김희수, 서보학, 오창익, 하태훈, **전계서(각주 8)**; 문준영, **전계논문(각주 8)**, 173면.

42) 서보학, **전계논문(각주 8)**, 92면.

43) *Ibid.*

44) 하태훈, **전계논문(각주 8)**, 94면.

피고인이 그 권리를 행사하지 못하는 경우가 생긴다면 또는 수사기관이 피의자 신문 과정에 변호인 참여를 광범위하게 제한할 수 있는 권한을 행사할 수 있다면 헌법상 기본권은 유명무실해질 수밖에 없다.

지난 20년간 민주주의가 발전하기 시작하면서 적정절차를 보장하기 위한 대부분의 노력들은 피의자나 피고인의 인권보장을 위한 개별적인 법률 조항을 만드는 데 초점을 맞추어 왔다.⁴⁵⁾ 그러나 이와는 대조적으로 경찰, 검찰, 법원의 역할과 권한에 대한 연구들 특히, 검찰의 권한과 역할에 대한 논의는 상대적으로 많은 관심을 받지 못했던 것이 사실이다.⁴⁶⁾ 결과적으로 민주주의가 발전하는 과정에서도 검찰의 권한은 통제가 강화되기보다는 권한이 늘어나는 방향으로 비이상적인 변화를 거듭해왔다. 그러나 이러한 검찰 권한의 확대는 국가와 개인 사이의 힘의 불균형을 증가시킴으로써 피의자나 피고인의 헌법상 기본권을 보장하기보다는 침해할 가능성을 높이고 있다. 예를 들어 ‘수원 노숙소녀 살해사건’에서 보는 것처럼 검사가 수사와 기소권을 동시에 행사하여 피의자에게 진술을 강요하고 허위의 진술을 바탕으로 유죄판결을 받게 하는 형사절차에서 헌법상 보장된 자기에게 불리한 진술을 하지 않을 권리는 공허한 메아리에 불과하다.⁴⁷⁾ 또한 광범위한 직접 수사권 행사와 같은 검찰 기능의 확장은 검찰을 독립된 기소기관보다는 경찰의 수사를 보충하거나 직접 수사를 담당하는 또 다른 수사기관으로 만들고 있다. 결국 경찰과 경쟁관계가 형성되거나 경찰을 보조적 수사기관으로 전락시키면서 수사에 대한 경찰의 책임감을 감소시키고 결국 형사절차의 효율성을 떨어뜨리고 있다.⁴⁸⁾ 무엇보다 중요한 것은 형사절차가 검찰을 중심으로 범죄통제모델의 ‘컨베이어 벨트’와 같이 작동하고 있는 것이다.

현재 한국의 형사절차에는 형사사건의 처리결과들을 객관적으로 검토할 수 있는

45) 헌법 제12조와 형사소송법 제308조의2는 이러한 노력을 보여주는 좋은 예들이다.

46) 물론 최근에 검찰개혁에 대한 다양한 논의들이 있는 것은 형사절차와 민주주의 발전 관계를 고려할 때 분명 긍정적인 방향으로 평가할 수 있다.

47) ‘수원 노숙소녀 살해사건’은 검찰이 직접 수사하여 기소하였으며 청소년인 피의자들이 강요 등에 의해 허위자백을 하고 이 자백에 근거하여 1심에서 유죄판결을 받았으나 2심과 대법원에서 모두 무죄 판결을 받은 사건으로 영국에서 1972년 발생하여 국가 기소청(Crown Prosecution Service) 신설을 이끌어 낸 ‘Confait 사건’과 유사하다. 대법원 2010. 7. 22. 선고 2009도1151 판결; 서울고등법원 2009. 1. 22. 선고 2008노1914 판결 참조. Confait 사건에 대한 자세한 내용은 Harry Fisher, *Report of an Inquiry into the Circumstances Leading to the Trial of Three Persons on Charges Arising out of the Death of Maxwell Confait and the Fire at 27 Doggett Road, London SE6* (HCP 90) (HMSO, London, 1977) 참조.

48) 김종구, **형사사법개혁론: 새로운 패러다임의 비교법적 모색**(법문사, 2002), 529-536면.

필터가 필요하다. 첫째, 수사와 기소의 기능분리를 통해 검찰은 평가자로서의 역할을 수행해야 한다. 경찰이 1차 필터로서 사건을 평가하고 검찰이 객관성을 가진 2차 필터로서 수사결과를 검토한다면 팩커의 적정절차모델이 강조하는 것처럼 형사절차는 인권보호를 위한 매우 효과적인 장애물을 가지게 될 것이 틀림없다. 검찰의 수사권과 기소권의 독점은 수사와 기소의 기능통합을 가져오고 수사단계의 결정이 그대로 기소단계를 거쳐 재판단계로 이어지게 함으로써 범죄통제모델의 가치인 효율성을 증가시킬 수는 있을 것이다. 그러나 1986년 영국의 국가기소청 설치과정에서 보는 바와 같이 검사가 객관성을 잃을 수 있고 필터로서의 역할을 제대로 수행하지 못하는 부작용으로 인해 인권보호에 소홀해질 수밖에 없다.⁴⁹⁾ 비슷한 이유에서 여러 선진사법시스템에서 원칙적으로 검사의 직접 수사권을 인정하지 않고 있으며 직접 수사 인력과 예산을 지원하지 않음으로써 수사와 기소의 기능분리를 통해 검찰의 필터로서의 기능을 유지시키고 있는 것이다.⁵⁰⁾

둘째, 검찰의 기소의견을 객관적으로 평가할 수 있는 미국의 ‘대배심’이나 일본의 ‘검찰심사회’ 같은 시민참여제도는 또 하나의 중요한 장애물로서의 역할을 수행할 수 있을 것이다. 시민의 참여를 통해 형사절차의 투명성을 달성할 수 있으며 검찰의 국민에 대한 책임감을 향상시킬 수 있다.⁵¹⁾ 국민의 참여는 단지 일반국민의 건전한 상식을 반영하는 것뿐만 아니라 결국 민주주의의 발전에도 도움이 된다는 사실을 부정하기 어렵다.⁵²⁾ 같은 취지에서 검찰의 불기소처분에 대한 재정신청 대상의 확대와 공소유지변호사제도의 도입은 검찰권 행사의 적절성을 평가할 수 있는 또 하나의 필터로서 충분한 역할을 담당할 수 있다고 본다.⁵³⁾

셋째, 검찰에 대한 견제 장치를 갖추어야 한다. 적정절차모델에서 정부의 공권력 행사에 대한 통제, 특히 법집행기관들의 공권력남용 방지를 위한 통제장치의 마련은 개인의 자유를 보장하기 위한 중요한 요소이다. 현재 검찰이 ‘견제 받지 않는 견제자’의 역할을 수행하는 것을 막기 위해서는 검찰권을 감독하고 견제할 수 있는 장치가 도입되어야 한다. “법무부의 탈검찰화”는 법무부의 검찰에 대한 감독기능을 회복

49) 수사와 기소의 기능통합이 초래하는 문제점에 대해서는 최대현, “수사와 기소 기능분리의 원칙과 한계: 영국 검찰제도의 발전과정과 시사점”, **경찰학연구**, 제32호(2012) 참조.

50) 박창호, 이동희, 이영돈, 임준태, 표창원, **비교수사제도론: 한국 수사구조의 개혁을 향한 기초연구**(박영사, 2004).

51) Rodrigues, 전계논문(각주 29), 247면.

52) 문준영, 전계논문(각주 8), 16면.

53) 김태명, 전계논문(각주 40), 151면.

시킬 수 있는 중요한 방법임을 부정할 수 없다.⁵⁴⁾ 특히, 법무부의 검찰부서는 검사가 아닌 외부 전문가로 구성하여 검찰의 내부비리에 대한 실질적인 감찰기능을 수행해야 한다. 이는 검찰의 비위와 부적절한 활동을 통제할 수 있는 효과적인 방법이 될 수 있을 것이다.

또한 영국의 HMCPSI (Her Majesty's Crown Prosecution Service Inspectorate)와 같은 '독립된 감독기구'를 설치하는 것도 검토할 필요가 있다. HMCPSI는 검찰의 활동에 대한 감사와 평가를 전담하는 독립기구이다. 새로운 기소절차에서 검사의 역할에 대한 평가, 아동보호에 대한 검찰의 역할과 기여, 검찰이 사용하지 않은 증거의 공개의무에 대한 분석 등은 2008년 HMCPSI의 활동 사례들이다.⁵⁵⁾ 정부기관에 대한 철저한 통제를 강조하는 영국의 형사절차는 독립된 기구를 설치하여 검사들의 개별적인 활동과 정책을 감독함으로써 검찰의 공권력 남용을 막고 효율성을 향상시키기 위해 노력하고 있다. 이러한 견제장치들의 마련은 공통적으로 검찰이 형사절차의 결정권자가 아닌 필터로서의 역할을 충실히 할 수 있도록 도와주는 필수적인 장치라는 것을 분명히 인식할 필요가 있다.

이밖에 '고위공직자비리조사처의 신설'을 통한 검찰권한의 분산과 검찰에 대한 견제장치의 마련, 검사의 독립된 의사결정을 확보하기 위한 '단독관청으로서의 지위 보장', 투명한 '인사시스템의 개혁'을 통한 정치적 중립성 확보 등이 중요한 검찰 개혁의 과제로 검토되어야 한다.⁵⁶⁾

V. 맺음말

민주주의 발전과정을 고려할 때 범죄통제·적정절차모델과 민주주의의 상관관계는 한국의 형사절차가 나아갈 방향에 대한 중요한 이론적 배경을 제시한다. 특히 검찰 중심적 형사절차에서 검찰의 권한과 역할에 대한 개혁이 얼마나 중요한 과제인가를 잘 보여주고 있다.

한국의 형사절차는 검찰의 권한과 역할을 고려할 때 범죄통제모델에 훨씬 더

⁵⁴⁾ 하태훈, 전계논문(각주 8), 104-105면; 서보학, 전계논문(각주 8), 105면; 김인회, 전계논문(각주 8), 406-407면.

⁵⁵⁾ HMCPSI, *Assuring Justice: HM Chief Inspector of the Crown Prosecution Service Annual Report 2008-2009* (The Stationary Office, 2009), pp.17-52.

⁵⁶⁾ 이에 대한 자세한 내용은 김인회, 전계논문(각주 8), 401-409면; 서보학, 전계논문(각주 8), 104-106면; 하태훈, 전계논문(각주 8), 104-109면.

가깝다. 검사가 작성한 피의자 신문조서의 강력한 증거능력으로 실제적 진실 발견은 대개 공개된 범정이 아닌 검사의 사무실에서 이루어진다. 유죄가 사실상 수사단계에서 결정되고 있다. 즉, 검사가 유죄나 무죄의 가능성을 재판 이전에 이미 결정하는 것이다. 무죄의 가능성 있는 피의자가 재판 이전에 형사절차로부터 자유로워질 수 있다는 것은 장점이 될 수 있을지 모른다. 그러나 검사가 유죄의 가능성이 있다고 판단하는 경우 그 가능성만으로 유죄판결을 받을 확률이 매우 높다. 특히 형사절차가 효율성을 강조하면서 이러한 오류를 일정 부분 허용하는 분위기가 있다는 것을 쉽게 부정하기 어렵다.

민주주의의 발전은 형사절차를 범죄통제모델 중심에서 적정절차모델 중심으로 서서히 변화시키고 있다. 우선 수사절차가 아닌 공판절차를 통해 실제적 진실을 발견하고자 공판중심주의를 강화하고 있다. 또한 개인의 자유를 보장하기 위하여 법집행기관들의 공권력 행사를 통제하는 장치를 마련하고 국가와 개인 사이의 무기의 평등을 보장하기 위한 제도들을 구비해왔다. 이러한 노력들은 대부분 헌법이나 형사소송법에 구체화되었고 다수의 판례를 통해 강조되어 왔다.

이러한 변화에도 불구하고 형사절차 참여기관들의 역할이나 권한에 대한 개혁은 다소 소홀하게 다루어졌던 측면이 없지 않다. 결과적으로 검찰의 권한은 계속해서 확대되어 왔으며 독점적이고 광범위한 권한은 민주주의 발전을 저해하는 요소로 자리 잡고 있다. 검찰은 ‘견제 받지 않는 견제자’의 역할을 수행하고 있으며 때로는 정부의 일방적 통제자로서의 활동을 서슴지 않고 있다. 또한 검사 조서의 강력한 증거능력은 법원에 의한 실제적 진실 발견을 제한하고 검사와 피의자 또는 피고인과의 힘의 불균형으로 인해 헌법상 보장된 기본적 권리들이 적절하게 보호되지 못하고 있다.

지난 20년간 한국은 독재정권으로부터 자유 민주주의 국가로 변화를 도모하고 있으며 형사절차에 적정절차의 가치들을 담으려고 노력하고 있다. 그러나 이를 위한 다양한 조치들이 검찰의 독점적 권한과 확장된 역할 그리고 견제장치의 부족 등으로 제대로 효과를 발휘하지 못하고 있는 것으로 보인다. 형사절차에서 적정절차의 가치들이 제대로 효과를 내기 위해서는 검찰의 역할과 권한에 대한 개혁이 필요하다. 현행 형사절차에서 검찰 권한의 분산과 공소권자로서의 역할의 재정립은 한국 민주주의의 발전에 중요한 전제임을 인식할 필요가 있다.

투고일 2013. 1. 22	심사완료일 2013. 5. 28	계재확정일 2013. 5. 31
-----------------	-------------------	-------------------

참고문헌

- 김근태, **남영동(5판)**(중원문화, 2012).
- 김인회, “견제와 분산을 위한 검찰개혁과제 재검토”, **민주법학**, 제43호(2010).
- 김종구, **형사사법개혁론 : 새로운 패러다임의 비교법적 모색**(법문사, 2002).
- 김태명, “검찰시민위원회 및 기소심사회 제도에 대한 비판적 고찰: 미국의 대배심 제도와 일본의 검찰심사회제도를 참고하여”, **형사정책연구**, 제84호(2010).
- 김현숙, “수사과정에서 작성한 피의자신문조서 및 영상녹화물에 대한 검토 : 2007년 이후 발의된 형사소송법 개정안을 중심으로”, **치안정책연구**, 제26권 제1호 (2012).
- 김희수 · 서보학 · 오창익 · 하태훈, **검찰공화국 대한민국**(삼인, 2011).
- 문준영, “검찰권 행사에 대한 시민적 통제와 참여”, **민주법학**, 제29호(2005).
- 서보학, “검찰의 현주소와 범치주의의 위기”, **법과 사회**, 제39권(2010).
- 신이철, “검사작성의 피고인이 된 피의자신문조서의 증거능력 인정요건: 전문법칙과의 관계에서”, **동아법학**, 제49호(2010).
- 신동운, “사법개혁추진과 형사증거법의 개정”, **법학연구**, 제47권 제1호(2006).
- 이동희, “형사사법 개혁동향과 경찰·검찰의 역할변화”, **경찰학연구**, 제9호(2005).
- 이승호, “형사사법의 담론과 법원운용의 시스템”, **형사정책연구**, 제20권 제1호(2009).
- 이웅혁 · 박노섭, “형사사법 모형에 대한 국민의 구체적 선호도: 현재의 ‘검사중심형’ 수사권구조와 새로운 ‘경찰주체형’ 수사권구조에 대한 비교를 중심으로”, **경찰학연구**, 제9권 제2호(2009).
- 이재상, **형사소송법(2판)**(박영사, 2008).
- 이호중, “담론권력으로서의 검찰”, **법과 사회**, 제37권(2009).
- 정진연 · 손지영, “검사작성 피의자신문조서의 증거능력과 성립의 진정 - 대법원 2004.12.16. 2002도537 전원합의체 판결의 검토를 중심으로”, **법학연구**, 제24호(2006).
- 조 국, “형사절차의 근거에서 대립하는 두 가지 가치체계에 대한 소고: 영미법학에서의 논의를 중심으로”, **한국법학원 저스티스**, 제54호(1999).
- _____, “검사작성 피의자신문조서의 성립진정과 증거능력”, **판례월보**, 363(2000. 12).
- 최대현, “수사와 기소 기능분리의 원칙과 한계: 영국 검찰제도의 발전과정과 시사점”, **경찰학연구**, 제32호(2012).

- 최선우, “형사사법모델과 한국 형사사법의 특성에 관한 연구”, *한국공안행정학회보*, 제24권(2006).
- 하태훈, “권력기관으로서의 검찰; 검찰권 통제 및 검찰제도 개혁 방안”, *법과 사회*, 제37권(2009).
- Ashworth, A. and Redmayne, M., *The Criminal Process* (Oxford University Press, 2005).
- Bator, P. “Finality in Criminal Law and Federal Habeas Corpus for State Prisoners”, *Harvard Law Review*, 76(3) (1963).
- Caldeira, T. and Holston, J., “Democracy and violence in Brazil”, *Comparative Studies in Society and History*, 41(4) (1999).
- Cho, Kuk, “The Unfinished ‘Criminal Procedure Revolution’ of Post-Democratization South Korea”, *Denver Journal of International Law and Policy*, 30(3) (2002).
- Findley, K. and Scott, M., “The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases”, *Wisconsin Law Review*, 2 (2006).
- Fisher, H., *Report of an Inquiry into the Circumstances Leading to the Trial of Three Persons on Charges Arising out of the Death of Maxwell Confait and the Fire at 27 Doggett Road, London SE6 (HCP 90)* (HMSO, London 1977).
- Hawkins, K., *Law as Last Resort: Prosecution Decision-making in a Regulatory Agency*, (Oxford University Press, 2002).
- Manin, B., *Checks, Balances and Boundaries: The Separation of Powers in the Constitutional Debate of 1787* (Cambridge University Press, 1994).
- Maravall, J. and Przeworski, A., *Democracy and the Rule of Law* (Cambridge University Press, 2003).
- Martin, D., “Lessons about Justice from the Laboratory of Wrongful Convictions: Tunnel Vision, the Construction of Guilt and Informer Evidence”, *UMKC Law Review*, 70 (2001).
- Moore, M., “Notable Speech: Legitimizing Criminal Justice Policies and Practices”, *FBI Law Enforcement Bulletin*, 66(10) (1997).
- Packer, H., *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford University Press, 1968).
- Padfield, N., *Text and Materials on the Criminal Justice Process* (Oxford University Press, 2008).

- Phillips, C., *The Royal Commission on Criminal Procedure: Report* (Cmnd 8092, HMSO, 1981).
- Raeder, M., “What Does Innocence Have to Do with it? A Commentary on Wrongful Convictions and Rationality”, *Michigan State Law Review*, 1315 (2003).
- Rodrigues, C., “Civil Democracy, Perceived Risk, and Insecurity in Brazil: An Extension of the Systemic Social Control Model”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 605(1) (2006).
- Sanders, A. and Young, R., *Criminal Justice* (Oxford University Press, 2007).
- Sung, H., “Democracy and Criminal Justice in Cross-National Perspective: From Crime Control to Due Process”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 605(1) (2006).
- Ungar, M., *Elusive Reform: Democracy and the Rule of Law in Latin America* (Lynne Rienner Pub, 2002).

<Abstract>

Due Process Model, Democracy and the Direction to which the Korean System of Criminal Justice Flows

Choe, Dae-Hyun^{*}

When considering the development of democracy in Korea, Packer's two models (the crime control and due process models) and Sung's analysis on the relationship between those two models and democracy provide a significant theoretical framework to compare and critique the roles and powers of the Korean prosecution service. On the basis of this theoretical framework, the study aims to explore the direction to which the Korean system of criminal justice flows.

Packer's models are basically exploited to evaluate criminal proceedings. The two conflicting models of the criminal justice have been widely regarded as some of the most important contributions to systematic thought about criminal procedure. However, Korea is a developing democracy and this needs to be reflected in the criminal justice system, for instance public accountability, checks and balances, and separation of powers. As a consequence, the correlation between these elements and Packer's models needs to be explored.

The crime control and due process models are opposite of the spectrum and represent simplified models that in practice coexist to various degrees and with different blends. The crime control model places emphasis on the conviction of the guilty. To this goal, the model accepts some human errors, which may lead the innocent persons to be convicted. In addition, the liberty of the suspects can be limited to the extent that the society accepts. In contrast, the due process model focuses on the need for the acquittal of the innocent. To achieve this value, the model accepts the acquittal of the guilty. The protection of the civil liberties is regarded as the most crucial

* Korea National Police University, Ph. D. in Law.

value to uphold the whole grounds for integrity of the system. In particular, the democratization process is characterized by a simultaneous transition of the criminal justice system from crime control-oriented structure to due process-oriented organization.

The Korean system of criminal justice has been reformed with the development of democracy. Such reforms have mainly focused on making a provision for protecting the basic rights of the defendants. But the provision itself cannot protect such rights. The roles and powers of the legal actors, in particular, of the prosecution service in Korea must be reformed to be compatible with the values of the due process model.

Keywords: Democracy, Criminal Justice, Crime Control Model, Due Process Model, Prosecution Service, Checks and Balances