

형사소송법 제247조 제1항 의미의 재고찰과 검찰중립화*

김 혜 정**

목 차

- I. 들어가는 말
- II. 형사소송법 제247조 제1항에 대한 해석
- III. 기소제도의 재정비를 통한 검찰중립화
- IV. 맺는 말

I. 들어가는 말

지난 옷로비사건이나 과업유도사건을 비롯하여 최근 소위 ‘게이트’라는 명칭이 붙은 일련의 사건들을 통하여, 다시 국민들로부터 검찰에 대한 거센 비난이 쏟아지면서, 검찰의 중립화 방안에 대한 논의가 또다시 제기되고 있다.¹⁾ 게다가 공교롭게도 검찰에 의해 혐의 없음으로 막을 내렸던 ‘이용호게이트’사건이 특별검사팀에 의해 재수사 되는 과정에서, 검찰총장이 동생의 뇌물비리에 의해 옷을 벗게되는 불미스러운 사태까지 발생한 것을 통해 검찰중립화논의는 더욱 이슈화되었다고 본다.

일반적으로 검찰중립화의 논의에 있어서 가장 문제가 되는 것은 검찰이 그동안 정치권력형 비리사건, 이른바 권력형비리나 권력과 관련된 대형 부정부패 사건을 처리하는 과정에 있어서 수사권발동과 공소권행사에 있어 공정성과 형평성이 있었느냐는 시비와 함께, 그에 대한 정치적인 수사회피 내지 공소회피

* 이 논문은 한국비교형사법학회 2001년 동계학술논문발표회(2002.1.17)에서 발표한 것임.

** 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

1) 이에 관해서는 인권과정의, 2001년 11월 8면 이하에 실린 “검찰중립화 방안에 관한 좌담회” 참조.

가 있었던 것은 아닌가하는 의구심이 끊임없이 제기된 것에서 연유하는 것으로 본다. 그런가 하면 종래 우리 나라의 검찰이 부와 권력을 갖지 못한 일반범죄인들에 대해서는 오히려 유죄판결과 중형을 얻어내는데 인색함이 없는 존재라는 비판을 국민들로부터 받아온 것도 사실이라고 본다.

이처럼 검찰권의 행사에 대하여 국민들이 민감한 반응을 보이는 이유는 공정한 수사와 공정한 공소제기는 법치국가의 근본원칙이며, 검찰권은 국민의 기본권과 직접적인 관련을 맺고 있고, 만약 그것이 공명정대하게 행사되지 않는다면 국민의 기본권이 제대로 보장될 수 없기 때문이라고 할 수 있다.

이에 검찰중립화를 위한 방안의 하나로 1997년 개정된 검찰청법 제4조 제2항에는 “검사는 그 직무를 수행함에 있어서 국민전체에 대한 봉사자로서 정치적 중립을 지켜야 하며 부여된 권한을 남용하여서는 아니 된다”라는 규정을 명시하고 있다. 그러나 기본적으로 우리 나라 형사소송법에는 국가소추주의, 기소독점주의 및 기소편의주의라는 원칙을 규정하고 있음으로 해서 형사실무에서 공소와 관련된 검찰권의 재량은 상당한 부분에 이르고 있다. 따라서 위에서 언급한 것과 같은 일부 특정 (게이트)사건과 관련하여서는 특히 기소독점권을 가지고 있는 검찰이 기소편의주의에 근거하여 불기소처분 함으로써 공소권남용의 여지가 있는 것은 아닌가하는 의구심마저 들게 할 수 있다.

우리 나라 형사소송법 제247조 제1항은 기소편의주의라는 표제 하에 검사의 불기소처분에 대한 권한을 부여하고 있다. 따라서 우리나라 형사소송법이 기소편의주의를 채택하고 있다고 하는 데에 대부분의 학자들은 의문을 제기하지 않는 것으로 안다.²⁾ 이에 실무에서도 기소편의주의원칙으로 형사소추를 운영하고 있는 것으로 보인다. 그러나 진정 형사소송법 제247조 제1항이 원칙론적 기소편의주의를 채택하고 있는 것일까? 필자는 여기에 의문을 제기하고 싶다. 사실 본 조문을 구체적으로 살펴보면 재해석³⁾의 여지가 담겨있음을 알 수 있다.

2) 이재상, 형사소송법, 2001, 323면 이하; 배종대/이상돈, 형사소송법, 1999, 325면; 신동운, 형사소송법 I, 1997, 300면 참조.

3) 형사소송법 제247조 제1항의 기소편의주의에 대한 의문과 재해석 가능성은 이미 동아대 허일태 교수가 언급한 바 있다. 그와 함께 허일태 교수는 우리 검찰이 앞으로 형사소송법 제247조의 제1항을 무조건 기소편의주의의 근거가 된다는 편견에서 벗어나야 한다는 견해를 밝히고 있다(앞의 주1 좌담회 33면 이하 참조).

특히 작금에 문제가 되고 있는 검찰중립화와 관련하여 그에 대한 재해석의 필요성이 요구되는 것은 아닌가 생각해 본다.

이에 본 글에서는 우리나라 형사소송법 제247조 제1항에 대한 재해석을 통하여 검찰중립화로 나아가는 방향을 제시해 보고자 한다.

II. 형사소송법 제247조 제1항에 대한 해석

1. 기존의 해석방법

우리 나라 형사소송법은 공소제기 기본원칙의 하나로 기소편의주의를 규정하고 있다.⁴⁾ 기소편의주의(Opportunitätsprinzip)란 국가기관이 형사소추를 행함에 있어 범죄의 혐의가 인정되고 법원에 의한 유죄판결의 가능성이 높음에도 불구하고 소송경제 등과 같은 형사정책적 고려에 의하여 피의자에 대한 공소를 제기하지 않을 수 있도록 허용하는 주의이다. 이러한 기소편의주의는 범죄 혐의와 소송조건이 구비되어 유죄판결의 가능성이 있을 때 소추기관에 재량권을 부여하지 않고 반드시 공소제기를 하도록 하는 기소법정주의(Legalitätsprinzip)⁵⁾에 대립하는 원칙이다.⁶⁾

기소편의주의는 범죄사실에 집착하여 기계적으로 공소를 제기하기보다는 검사가 범죄인의 구체적 사정을 검토하여 개선의 여지가 높은 경우 기소를 유예함으로써 범죄인을 조기에 사회복귀시킬 수 있게 한다는 점에서 특별예방⁷⁾의 효과를 달성할 수 있고, 법원의 업무량 폭주를 방지한다거나, 검사로 하여금 중요한 형사사건에 공소유지의 역량을 집중할 수 있도록 한다는 점에서 효율적인 형사사법의 운용이라는 장점을 가지고 있다고 이야기할 수 있다. 이러한

4) 대부분의 교과서에서 공소제기(혹은 수사종결)의 기본원칙이라는 표제 하에 국가소추주의, 기소독점주의 및 기소편의주의를 언급하고 있다.

5) 용어의 개념과약과 관련하여서는 배종대/이상돈, 앞의 책 325면 주5 참조.

6) 신동운, 앞의 책, 300면; 이재상, 앞의 책, 323면.

7) 신동운, 앞의 책, 301면. 기소편의주의를 통해 일반예방의 목적을 달성한다는 견해도 있으나, 기소편의주의의 형사정책적 목적을 고려한다면, 역시 특별예방적인 목적을 달성할 수 있는 것으로 본다. 그에 대한 자세한 내용은 아래에서 다루기로 한다.

기소편의주의에 의하면 형사사범을 탄력 있게 운용 할 수 있고 그를 통하여 구체적 정의를 실현할 수 있게 되는 것은 사실이라고 할 수 있다.

그러나 기소독점주의에 의하여 공소권을 독점하고 있는 검사에게 원칙적으로 공소제기에 대한 재량까지 부여하였을 때에는 형사소추의 운영에 있어서 검사의 독선 내지 자의를 허용하는 결과가 발생할 수 있으며, 나아가서 검사의 공소권행사에 대한 정치적 영향을 배제할 수 없게 할 위험이 있다는 것 또한 사실이라고 본다.⁸⁾

이처럼 형사소송법에 기소편의주의를 규정하고 있는 우리 나라와는 달리 독일 형사소송법 제152조 제2항에는 기소법정주의라는 표제 하에 “법률적으로 다른 사항이 규정되어 있지 않은 한, 검사는 충분한 사실적 근거가 존재하는 모든 형사소추 가능한 범죄행위에 대하여 공소를 제기할 의무가 있다”라고 규정하여 기소법정주의원칙을 취하고 있다. 이는 법치주의국가원칙과 법 앞에서의 평등원칙에 입각하고 있는 원칙으로 형사소송의 모든 단계에서 적용되는 원칙으로 이해되고 있다.⁹⁾

이러한 기소법정주의는 기소편의주의와는 달리 검사의 공소제기에 대한 재량권을 박탈함으로써 공소제기에 대한 검사의 자의와 정치적·당파적 영향을 배제하고, 공소제기 여부를 자백이나 약식명령의 이행을 강제하기 위한 수단으로 남용하는 것을 방지하고 형사사범의 획일적 운영에 의하여 법적 안정성을 유지할 수 있다는 장점을 가지고 있는 반면에, 처벌할 필요가 없거나 처벌이 개선에 장애가 되는 경우에도 불필요하게 공소를 제기함으로써 소송경제에 반하고 범죄자를 낙인찍게 하는 결과를 가져와 결국 형사정책적으로도 이득이 되지 않는다는 비판도 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 원칙적으로 기소법정주의를 취하고 있는 독일도 예외적인 기소편의주의를 수용하고 있다.¹⁰⁾

8) 따라서 기소편의주의를 규제하기 위한 법적 장치를 마련하여 고소인 또는 고발인의 이익을 보호하기 위한 제도가 필요하게 되며, 이에 검찰청법은 검사의 부당한 불기소처분에 불복하는 고소인 또는 고발인을 보호하기 위하여 항고·재항고제도를 두고 있다(제10조). 그러나 검찰청법에 의한 항고·재항고는 검사동일체의 원칙이 적용되는 검사에 의한 시정제도에 지나지 않는 점에서 적절한 공소권행사를 보장하는 기능을 다할 것을 기대하기 어렵다고 본다.

9) Kühne, Strafprozeßrecht, 1999, S. 130.

10) 따라서 독일 형사소송법 제153조 이하에서 검사가 불기소처분을 할 수 있는 형사정책적인 요소들을 법으로 엄격하게 규정해놓고 있다.

사실 기소편의주의의 단점이 기소법정주의의 장점이 되고, 반대로 기소법정주의의 단점이 기소편의주의의 장점이 될 수 있다는 점에서 어느 한가지 입장이 절대적으로 옳다고 판단하는 것이 그리 쉬운 문제는 아니라고 본다. 다만 그 나라의 법문화와 법현실을 바탕으로 가장 합당한 방법을 원칙적으로 채택하는 것이 필요하다고 본다. 오늘날의 각국의 기소제도에서 어느 국가가 기소법정주의나 기소편의주의를 취한다고 한다면, 그것은 기소법정주의를 원칙으로 하고 기소편의주의를 예외적 또는 부분적으로 수용한다거나 또는 그 반대의 경우에 해당한다는 의미로 이해하여야 할 것이다. 이러한 관점에서 우리 나라의 다수 학자들의 견해는 합리성과 합목적성을 이념으로 하는 기소편의주의가 형사사법의 운용에 있어서 필요불가결한 제도이며 기소법정주의보다 합리적 제도라고 한다.¹¹⁾

그러나 작금의 우리 현실을 바라볼 때, 더욱이 형사소송법 제247조 제1항을 원칙적인 기소편의주의로 생각하여 형사소추에 반영하는 실무의 경향을 볼 때, 그러한 기소편의주의의 합리성이 제대로 인식 내지 운용되고 있는지는 의문이다. 오히려 만약 검찰의 중립화를 확보하여 객관적이고 합리적인 형사소추의 운영을 확립하고자 한다면, 형사소송법 제247조 제1항에 규정되어 있는 조문이 나타내고자 하는 존재의의를 살릴 수 있는 다음과 같은 새로운 해석가능성의 모색이 불가피한 것은 아닌가 하는 생각이 든다.

2. 새로운 해석근거

1) 문리적 재해석

우리 나라 형사소송법 제247조 제1항에 기소편의주의라는 표제와 함께 “검사는 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다”고 규정하고 있다. 이에 근거하여 학계에서 우리의 형사소송법체계가 기소법정주의가 아닌 기소편의주의에 입각하고 있다라는 것에 큰 이견은 없는 것으로 보인다. 이

11) 김기두, 형사소송법, 1987, 231면; 백형구, 형사소송법, 1993, 471면; 신현주, 형사소송법, 1984, 119면; 정영석, 형사소송법, 1982, 260면.

에 필자의 생각으로도, 본 조문의 표제를 “기소편의주의”라고 하고 있는 데에서도 드러나듯이, 본 조문은 일단 기소편의주의에 관한 규정임에는 틀림이 없다고 본다.

그러나 본 조문의 내용을 구체적으로 살펴보면, 우선 ‘검사는 형법 제51조의 사항을 참작하여’야 한다는 단서조항이 있음을 알 수 있다. 즉 기소편의주의라는 표제를 취하고 있는 우리나라의 형사소송법 규정도 검사가 기소, 불기소를 마음대로 할 수 있도록 허용하는 것은 아니라고 본다. 다만 형법 제51조의 사항을 참작하여, 즉 ‘범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행후의 정황’을 참작하여 기소, 불기소를 결정하도록 되어 있다. 이는 공소를 제기하지 않으려면 형법 제51조를 참작해서 기소하지 않을 충분한 이유가 있어야 한다는 것이다. 결과적으로 기소유예에 대한 검사의 재량권은 형사정책적 관점에 국한되어 있음을 주목할 필요가 있다. 따라서 검사는 범죄혐의가 충분히 있는 자에 대하여 공소제기를 하지 않는 것이 예외인 것이지 원칙인 것은 아니라는 것으로 해석되어야 한다는 것이다. 만약 위에서 언급한 관점이외의 다른 부당한 이유로부터 기소, 불기소를 결정한다면, 그것은 소송법적으로는 무효임과 동시에 실체법적으로도 직권남용죄를 구성하게 될 것이다.

뿐만 아니라 본 조문에 ‘검사는 공소를 제기하지 아니할 수 있다’라고 규정되어 있는 것이지 공소를 제기하지 아니해야 한다고 규정되어 있는 것은 아니다. 여기에서 ‘아니할 수 있다’라는 것을 문리적으로 해석할 때, 공소를 제기하는 것이 원칙이지만 예외적으로 아니하는 것을 허용한다는 것으로 이해함이 타당하다고 본다.

이러한 두 가지 점을 고려해보면, 본 조문을 해석함에 있어서 원칙적으로는 공소를 제기하는 기소법정주의를 취하지만, 형법 제51조의 사항을 참작하여 형사정책적으로 필요하다고 인정되는 경우¹²⁾에는 예외적으로 공소를 제기하지 아니할 수 있다는 의미로 해석함이 옳바르다고 본다. 이는 다시 말해 제247조 제1항이 공소를 제기하지 아니할 수 있다라는 가능성을 열어놓은 것이지 만드

12) 이는 충분한 이유가 있을 때 공소를 예외적으로 제기하지 않음으로써 쓸데없는 소송으로의 진행을 회피하자는 경제적 원인 등과 연관되어 생각되어질 수 있는 문제라고 본다.

시 공소를 제기하지 않아야 한다는 당위성을 천명하고 있는 것은 아니라는 것이다. 결국 본 조문이 비록 기소편의주의라는 표제를 달고 있기는 하지만 그 안에는 기소법정주의에 대한 예외규정의 형태로서의 기소편의주의 내용을 담고 있다고 보기 때문에¹³⁾ 본 조문을 해석함에 있어서 원칙적인 기소편의주의라고 이해하기보다는 예외적인 기소편의주의의 수용이라고 보는 것이 타당하지 않을까 생각해본다.¹⁴⁾

우리가 법해석을 할 때, 예외적인 것은 엄격하게 해석을 해야 된다고 본다. 일반적으로 형사소송법 제247조 제1항을 우리나라에서 학자들과 실무가들은 우선 기소편의주의원칙으로 단정짓고 있지만, 위에서 언급한 것과 같이 그 문맥을 정확히 재음미해본다면, 기소법정주의에 입각하여 기소편의주의를 수용하는 태도로서¹⁵⁾ 오히려 기소법정주의원칙을 내포하고 있는 것이라고 본다.¹⁶⁾

따라서 우리 검찰은 실무를 운영함에 있어서 앞으로 형사소송법 제247조 제1항을 무조건 원칙적인 기소편의주의라고 생각하는 편견에서 벗어나서, 범죄의 성립이 확실하다면 검사는 형법 제51조를 참작하여¹⁷⁾ 충분히 납득할 수 있는 이유가 존재할 때만 비로소 기소유예처분을 하고, 그렇지 아니하면 원칙적으로

13) 같은 취지에서 허일태, 앞의 주1 좌담회, 34면; 신동운, 앞의 책, 302면 참조.

14) 입법론적 차원에서 원칙-기소법정, 예외-기소유예를 주장하는 견해도 있고(김상호, “기소편의주의 한계와 통제방안”, 동아법학 제20호, 1996, 48면 이하 참조), 우리나라의 형사소송법질서에 이미 기소법정이 내제되어 있다는 견해도 있다(이진국, “기소편의한계와 기소유예기준”, 동아법학 제27호, 2000, 33면 이하 참조). 더불어 기소법정주의 원칙으로의 전환을 주장하는 견해로는 박상기, “기소편의주의와 그 문제점”, 고시행정 1990/12, 89면 참조. 한편 손동권(“12·12 및 5·18 사건과 관련된 형사소송법적 문제”, 법정고시 1996/2, 76면 이하) 교수는 기소법정주의로 전환할 것을 전제로 하여, 예외적으로 기소유예가 가능한 경우 법원의 동의를 요건으로 하자고 주장한다. 즉 완전한 독일식의 상대화된 기소법정주의를 주장하고 있는 것이다.

15) 이에 대하여 비교형사법학회 동계학술회의(2002년 1월 17일)에서 박광민교수는 우리나라 형사소송법은 기본적으로 기소법정주의를 취하고 있다고 보며, 다만 입법론자의 입장에서 특별한 형사정책적 목적을 위하여 기소편의주의를 강조하고 있기 때문에 재해석의 실익이 없다는 견해를 피력하고 있다.

16) 물론 명확성의 원칙에 입각하여 원칙과 예외에 대한 규정을 분명하게 해주는 것이 필요하다고 본다면, 우리나라 형사소송법 조문에도 독일 형사소송법에서와 같이 기소법정주의에 대한 명확한 표현을 넣어주는 것이 바람직 할 것으로 본다. 예컨대 현행의 형사소송법 제247조 제1항을 “검사는 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 공소를 제기하여야 한다. 다만, 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다”라고 규정함이 바람직하다고 본다.

17) 여기에서 형법 제51조는 하나의 예시규정이라고 볼 수 있을 것이다. 따라서 형법 제20조에 규정하고 있는 정당행위적 요소도 고려되어질 수 있는 부분이라고 한다(허일태, 앞의 주1 좌담회, 34면).

기소를 하는 것으로 하는 것이 바람직하다고 본다.

이와는 달리, 현대에 와서 기소편의주의와 기소법정주의원칙은 예전과는 달리 상대화된 원칙으로서만 존립의 정당성을 획득할 수 있고, 따라서 양 원칙에 의한 공소권행사의 실질적 내용에는 차이가 없으므로, 원칙을 바꾼다는 것은 형식적인 틀을 바꾸는 것에 불과하기 때문에 형식적 틀을 반전시키는 과정에서 예상되는 부작용을 생각하고 법전통의 단절과 그것에 기인하는 범의식상의 혼란 및 제도반전에 따른 법원과 검찰간에 예상되는 갈등 그리고 그 갈등으로 인한 법개정의 어려움 등과 같은 부작용을 고려하여 우리 형사소송법에서 기소편의주의 원칙이라는 형식적인 틀은 그대로 유지하면서 적절한 제한과 통제 제도를 통하여 적정기소원칙의 내용으로 채우는 방향이 현실적인 대안이라고 하는 견해도 있다.¹⁸⁾

그러나 오늘날의 법현실과 사회현실을 고려해볼 때, 검찰중립화를 달성하기 위해서는 기소법정주의를 원칙으로 하고 예외적 기소편의주의의 수용이 더 적합한 소추방안이라고 생각되며, 또 우리 형사소송법 제247조 제1항의 내용을 재해석해 볼 때, 기소법정주의를 전제하고 있으므로 형식적인 변화의 과정에서 나타날 수 있는 부작용도 크지 않을 것으로 본다. 다만 그에 대한 재해석을 통하여 본 조문을 더욱 정확하고 엄격하게 해석하고 적용하는 것이 필요할 뿐이라고 본다.¹⁹⁾

사실 형사소추에 있어서의 평등은 이미 국가소추주의(Offizialprinzip)에 따른 의무로 보장되어야 한다.²⁰⁾ 이러한 형사소추에 있어서의 평등은 기소법정주의를 통하여 달성될 수 있는 부분이라고 본다. 따라서 국가소추주의와 기소독점주의를 유지하고 있는 우리 나라 형사소송체계에 있어서 역시 기소법정주의로

18) 문채규, “검사의 부당한 불기소처분에 대한 법적통제와 기소편의주의의 미래”, 안암법학 제6호, 1997, 87면 이하.

19) 특히 본 조문에서 형법 제51조의 양형의 조건이 기소유예의 기준으로 규정해 놓고 있는 것이 바로 기소법정주의를 기본 전제로 하여 기소편의주의를 적용할 수 있는 기준을 규정해 놓고 있는 것으로 해석할 수 있다고 본다면, 문채규교수가 앞의 논문에서 본 조문에 있는 양형의 조건은 실제법적 기준이므로 형사절차에서 형사정책적 고려를 하기 위한 직접적인 절차법적인 기준이 필요하다고 하면서, 그 예로써 독일 형사소송법 제153조에 기소편의주의적 절차중지의 요건으로 되어 있는 ‘소추이익의 부존재’ 등을 언급하고 있는 것에서 필자는 결국 기소법정주의를 기본 원칙으로한 기소편의주의의 수용을 인정할 수 있다고 본다.

20) Kühne, a.a.O., S. 131.

나아가는 방향이 필요하다고 본다.

2) 헌법상의 제약

이러한 형사소송법상의 기소편의주의를 헌법의 규정과 관련하여서도 재조명해 볼 필요가 있다. 먼저 헌법 제11조 제1항은 모든 국민은 법 앞에서 평등하다는 것을 천명하고 있다. 나아가 동법 제27조 제5항에서는 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 책무에 기초하여 형사피해자의 재판절차에서의 진술권 그리고 동법 제30조에서는 범죄피해 국민의 구조청구권 등을 각각 인정하고 있다. 이는 국가기관이 공소권을 독점하고 있고 피해자의 사적 복수를 허용하지 않으면서 자력구제를 아주 제한적으로 인정하고 있는 우리의 법체도에서 국가기관이 범죄로부터 국민을 보호해야 하는 임무를 제대로 행하지 못하는 경우 국민의 기본권을 침해하게 되는 것을 배제하기 위한 것이다.

이러한 헌법정신과 함께 한편 형사소송법적 차원에서 보더라도 형사소송법이 기소편의주의를 규정하고 있는 기본적인 전제는 검사가 객관적으로 어느 쪽에도 치우침 없이 공정하고 합리적으로 소추재량권을 행사할 것이라는 국민의 검찰에 대한 신뢰에 바탕을 두고 있다고 할 것이다. 따라서 헌법재판소의 결정에 의하면, 형사소송법 제247조 제1항에 규정된 이러한 검사의 소추재량권은 그 운용에 있어 자의가 허용되는 무제한의 자유재량이 아니라 그 스스로 내재적인 한계를 가지는 합목적적 자유재량으로 이해함이 마땅하고, 기소편의주의 혹은 소추재량권의 내재적 제약은 바로 형법 제51조에 집약되어 있는 것으로 판단되며, 따라서 형법 제51조에 규정된 사항들이나 이러한 사항들과 동등하게 평가될 만한 사항 이외의 사항에 기한 검사의 기소유예처분은 소추재량권의 내재적 한계를 넘는 자의적 처분으로서 정의와 형평에 반하고 헌법상 인정되는 국가의 평등보호의무에 위반된다고 한다.²¹⁾

이러한 점들을 종합해 볼 때, 범죄혐의가 인정되고 소송조건이 구비된 경우에는 독일 형사소송법 제152조 제2항의 규정과 같이 원칙적으로 검사에게 소추의무가 발생하는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 본다.²²⁾ 따라서 검사는

21) 헌법재판소 1995.1.20, 94헌마246 결정 참조.

이러한 소추의무에서 단지 예외적으로 벗어날 수 있는 것으로 본다. 그와 함께 예외사항이라는 것은 형사정책적으로도 충분히 납득될 수 있는 것으로 엄격하게 제한되어야만 할 것이다.²³⁾

특히 헌법 제27조 제5항에 규정된 범죄피해자의 재판절차진술권은 검사의 공소제기가 없으면 행사할 수 없다는 점에서 검사의 소추의무에 대한 헌법적 근거로 제시될 수 있다고 본다. 따라서 우리 나라에서 형사소송법이 인정한 기소편의주의는 헌법에서 유래하는 검사의 소추의무를 기본적 전제로 하면서 제한된 범위에서 예외적으로 기소유예의 재량권을 인정하는 것으로 이해하는 것이 바람직하다고 본다.²⁴⁾

이처럼 우리의 헌법적 규정에서 근거하는 형사소송의 본질도 오히려 기소법정주의와 일치하는 면을 보여주고 있으며, 우리 형사소송법이 비록 기소편의주의라는 표제를 사용하고 있어도 그 해석상 항상 기소법정주의가 숨어 있다가 필요한 때에는 기소법정주의가 표면에 나오는 소송구조를 취하고 있다고 본다. 즉, 기소법정주의를 기본구조 내지 기초로 하면서도 형식적으로는 기소편의주의를 취하여 기소편의주의와 기소법정주의를 조화한 것이 우리 형사소송의 구조라고 본다.

3) 법 현실적인 요구

작금의 검찰현실, 즉 검찰권행사의 독립성과 객관성의 상실로 국민적 신뢰가 추락할 대로 추락되어 있는 우리의 검찰풍토를 고려할 때, 특별히 정치권력의 부당한 간섭이 쉽게 이루어질 수 있는 범죄나 특별히 객관성을 상실하기 쉬운 범죄 등에 대해서는 기소법정주의를 인정함으로써, 공소권행사의 독립성과 객관성을 확립할 필요성이 크다고 본다. 특히 정치적 영향력에 좌우되기 쉬운 정치적 독직사건들에 대해서는 수사의 적시성과 기민성이 그 생명이라 할 수 있

22) 신동운, 앞의 책, 302면.

23) 소추의무를 벗어날 수 있는 경우의 예로써 독일형사소송법 제153조 이하의 내용과 허일태, “기소편의주의와 기소재량에 대한 통제방안”, 2002년 동계학술회의 자료집, 한국형사정책학회, 2002, 13면 이하 참조.

24) 헌법재판소 1995.1.20. 94헌마246 결정 참조.

는데, 기소편의주의 하에서는 기소여부에 대한 정치적 눈치를 살피느라 수사의 적시성과 기민성을 놓치게 되어 수사에 치명적인 장애가 발생하는 사례들을 앞에서 언급한 것과 같이 이미 체험하고 있는 바이다.

이처럼 우리 나라의 법현실에서 기소편의주의가 적합하지 않다²⁵⁾는 것은, 무엇보다도 첫째로 오늘날 각종의 권력비리형 게이트가 검찰의 위상을 뒤흔들고 있는데, 이의 주된 원인이 다름 아닌 기소편의주의에 그 근원을 두고있다는 것에서 찾을 수 있다. 더구나 기소편의주의를 기소재량주의로 이해하는 상황에서 기소편의주의의 단점인 공소제기에 대한 정치적 영향과 검사의 자의를 결코 배제할 수 없는 것이 오늘날 우리의 현실이라고 본다.²⁶⁾ 둘째로 공소제기의 여부를 검사의 자의성이 개입될 수 없게끔 합리적 선별기준에 근거하여 구체적 타당성을 보장하도록 기소법정주의를 운용하는 한, 검사의 공정한 공소를 보장할 수 있을 것인데, 합리적 기소법정주의가 가져다 줄 수 있는 본질적 장점을 외면한 채, 극단적인 기소법정주의의 문제점만을 적시하여 그 부당성을 강조하고, 기소편의주의가 합리적으로 운용되면 구체적 타당성을 갖는 좋은 제도라고 주장하는 것은 받아들이기 어렵다고 본다. 우리의 현실에서 기소편의주의는 검찰의 정치적 중립성의 확보에 어려움이 있다는 것을 상기할 필요가 있다.

이러한 점에서 볼 때, 기소재량주의로 이해되는 기소편의주의가 형사실무에서 원칙이라고 한다면, 검사의 불공정한 편의적 공소권행사는 법률상 불법이 아니라고 강변하게 될 것이고, 국민의 정서상으로 보면 검사의 편의주의적 공소권행사는 용납할 수 없는 부당한 짓으로 보이기 때문에 결과적으로 검사의 공소권행사에 대한 공정성 시비가 끊이지 않게 될 것이기 때문에 그에 대한 통제방안을 강구하지 않는 한 검찰중립화는 요원한 문제라고 할 수 있을 것이므로 결국 공정한 수사과 공정한 공소권의 행사를 담보할 수 있는 법정주의만이 근본적인 대책이 될 수 있다고 본다.

25) 비슷한 견해로는 박상기, “기소편의주의”, 성서탁교수화갑기념논문집, 1993, 898면 이하; 허일태, 앞의 주1 좌담회, 33면 이하; 이진국, 앞의 논문, 33면 이하 참조.

26) 대법원 1988.1.29, 86도58 판결. 성고문사건의 피의자인 경찰관에 대하여 검사가 기소유예처분을 한 사실관계를 기초로 하고 있는 이 판례에서 대법원은 “그(검사의) 재량에도 스스로 합리적인 한계가 있는 것으로서 이 한계를 초월하여, 기소를 하여야 할 극히 상당한 이유가 있는 사안을 불기소처분한 경우, 이는 기소편의주의의 범리에 어긋나는 부당한 조처라 하지 않을 수 없다”고 판시하였다.

4) 기소법정주의원칙의 상대화

일제시대에 의용되었던 (구)형사소송법이 원칙으로 채용하였던 기소편의주의는 일본의 특수한 정치적, 문화적 풍토에서 형성된 것인데²⁷⁾ 이 원칙은 아무런 비판적 검증 없이 1954년에 그대로 우리 형사소송법에 수용되었다.²⁸⁾

그러나 우리 형사소송법에서 인정하고 있는 기소편의주의가 검사의 불기소 재량을 원칙적으로 인정하여 형식적으로는 아무리 중대한 사건일지라도 기소를 유예할 수 있을 정도로 검사의 재량의 폭이 상당히 넓은 정도로 인정하고 있다고 보기는 어렵다.

우리 형사소송법상 기소법정주의가 내재되어 있다는 점은 위에서 언급한 것과 같이 우선 국가형벌권과 결부된 헌법적 범치국가원리에 근거한다. 사회적으로 유해하고 중대한 규범위반에 대하여 국가형벌권이 직접적으로 개입하는 것은 어쩔수 없는 부분이라고 보며, 여기서 기소법정주의는 범적용의 형평성을 담보하고 헌법에 보장된 평등원칙을 구현하는 원리로 이해된다. 자의금지를 본질로 하는 평등원칙은 국가형벌권실현의 전단계로서 검찰의 기소실무에도 그대로 적용되어야 하기 때문이다.²⁹⁾

오늘날의 법현실 및 사회현실은 각양각색의 다양한 사회적 목적을 위하여 형벌규범이 날로 증식해 가고 있는 반면, 예컨대 도로교통과 같은 일상적인 생활영역에까지 형법이 침투해 들어오고 있음에 반하여, 형사사범의 자원은 턱없이 부족한 현상을 보이고 있다. 이러한 법현실 및 사회현실은 이제 더 이상 전통적인 기소법정주의가 유지될 수 없도록 만들고 있는 부분이 있다.³⁰⁾ 그래서 독일과 같이 소위 기소법정주의를 취하는 법제에서도 이론적·형식적으로는 기소법정주의를 견지하고 있으나, 현실적으로는 현행제도상 가능한 이성적 범

27) 기소법정주의가 일본에서 기소편의주의로 변화하는 과정에 대해서는 Shin, Anklagepflicht und Opportunitätsprinzip im deutschen und koreanischen Recht, Dissertation, 1984 참조(신동운, “과거청산과 한국 검사의 장래”, 동아법학, 1996, 386면에서 재인용).

28) 그에 대한 내용은 신동운, 형사소송법제정자료집, 한국형사정책연구원, 1991, 127면 이하 참조.

29) 헌법재판소 1991.4.1, 90헌마65 결정; 헌법재판소 1999.3.25, 98헌마303 결정. 물론 모든 범행에 기소가 강제되는 것은 아니다. 몇몇의 형사법규범(예컨대 친고죄나 반의사불벌죄)으로부터 검사의 기소강제에 대한 예외가 인정된다.

30) Weigend, “Das Opportunitätsprinzip zwischen Einzelfallgerechtigkeit und System- effizienz”, ZStW, 1997, S. 104f.

위 내에서 기소법정주의를 완화하는 수단과 방법을 찾고 있는 것이다.³¹⁾

따라서 오늘날 기소법정주의에 대한 새로운 정당화는 예외와 제한을 수용하는 원칙으로서의 상대적 기소법정주의에 대한 정당화의 문제이다.³²⁾ 독일은 기소법정주의를 취하는 대표적인 국가이지만 기소법정주의에 대한 예외와 제한이 점차 확대되고 있다. 독일은 범죄의 혐의가 충분하고 소송조건이 구비되어 있음에도 불구하고 범죄의 경미성, 책임의 경미성, 소추이익의 부존재, 다른 방법을 통한 소추이익의 대체 가능성, 소추이익에 우선하는 국가적 이익 또는 다른 특별한 공익의 존재, 형사사법체계의 효율성 등을 고려하여 검사로 하여금 기소를 유예할 수 있도록 함으로써, 결국 기소편의주의적 관점의 수용에 의하여 기소법정주의의 예외를 인정하고 있다.

이와 함께 형사정책이라는 현실적 필요성과 유용성, 그리고 법체계상 형법 및 헌법의 이념과의 상응성 등의 충분한 근거를 가진 기소편의주의도 오늘날 위기를 맞고 있는데, 그 원인은 부당한 불기소의 남용으로 형법의 최후수단성이 갖는 적극적 측면³³⁾을 훼손한다든지, 공소재량권의 행사가 형평성을 상실하여 비례성원칙과 구체적 정의의 이념을 위반함으로써 기소편의주의의 정당화 근거를 이탈하고 있다는 것이다.

이러한 점에서 기소법정주의이든 기소편의주의이든 이제 전통적 의미의 순수한 형태를 견지할 수는 없게 되고, 따라서 기소편의주의에 대해서는 합리적 통제가 그리고 기소법정주의에 대해서는 탄력적 운용이 불가피한 현실로 된 것이다. 이처럼 양 원칙은 상대화의 길을 걸을 수밖에 없고, 또 그럴 때에만 정당화될 수 있다.³⁴⁾ 그런데 상대화의 지향점은 동일하고, 그것은 바로 공소권 행사의 적정화임도 분명하기 때문에 양 원칙의 상대화는 서로 반대방향에서 출발하여 동일한 지향점으로 향하여 가고 있고, 지향점에 접근하면 할수록 결

31) Weigend, a.a.O., S. 105.

32) 상대적 기소법정주의는 예외와 제한을 수용하면서도 여전히 기소법정주의를 원칙으로 한다는 의미이다. 상대적 기소법정주의에 대한 자세한 내용은 문채규, 앞의 논문, 52면 이하 참조.

33) 형법의 투입 없이도 법질서의 확보가 가능할 때에는 형사제재가 자제되어야 한다는 점이 최후수단성의 소극적 측면이라면, 형법의 투입 없이는 법질서의 확보가 어려울 때에는 형사제재가 반드시 이루어져야 한다는 점은 최후수단성의 적극적 측면이라고 할 수 있다(문채규, 앞의 논문, 60면 참조).

34) 비슷한 견해로는 박상기, 앞의 논문, 89면; 손동권, 앞의 논문, 76면 이하 참조.

국 그 내용은 점점 동일하게 수렴될 수밖에 없다. 그리하여 이제 기소법정주의를 원칙으로 취한다고 해서 “상당한 혐의가 인정되는 사건에 대해서는 검사가 원칙적으로 기소의무를 진다”라고 말할 수 없는 실정이다.³⁵⁾

그러나 만약 상대적 기소편의주의원칙에서 출발하게 된다면 형사정책적인 관점에서의 기소재량보다는 오히려 정치적 압력에 의한 기소재량의 가능성이 더욱 가까워질 수 있다는 점에서 차이를 보여줄 수 있을 것이고, 따라서 예외적 기소편의주의를 수용하는 상대적 기소법정주의가 우리의 형사소송체계에서는 더 바람직하다고 본다.³⁶⁾

5) 기소재량의 남용 및 오용에 대한 처벌 가능성

검사는 국가권력을 행사하기 위한 수단이 아니라 국가권력으로부터 국민의 자유를 보장하기 위한 제도로 등장한 것이며, 따라서 정의에 대한 국가의 의지를 상징하는 법치국가원리의 대변인(Vertreter des rechtsstaatlichen Prinzips)³⁷⁾ 또는 현대 법치국가의 기초(Fundamente des modernen Rechtsstaates)³⁸⁾로 기능 하는 것이라고 할 수 있다.³⁹⁾

이러한 검사를 정치적 압력으로부터 보호한다는 이유에서 법무부장관을 검사동일체의 구조에서 배제시키고, 검찰청법 제8조에 “법무부장관은 검찰사무의 최고감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하고, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독한다”고 규정하고 있다. 물론 이것은 정치적 외풍으로부터 검찰권 일반을 보호하기 위한 것이다. 여기에 공소권이 검찰권의 핵심을 이룬다고 볼 때, 이것은 결국 그 기능상 공소권행사가 정치적 외풍에 의해 객관

35) 예컨대 기소법정주의를 원칙으로 한다는 독일의 경우, 경미범죄, 기타 공익 또는 소추이익 등의 관점에서 기소유예 가능한 범죄 등을 고려할 때, 일반 형법법 중에서 기소편의주의적 절차 중지가 가능한 범죄는 80% 정도의 수준에 이룬다고 하여 거의 모든 범죄에 대해서 기소편의주의적 기소유예가 가능하게 되어 있다(문채규, 앞의 논문, 71면 참조).

36) 이에 대하여 문채규 교수는 기소편의주의를 유지하면서, 예외적 기소법정주의의 수용을 피력하였다(문채규, 앞의 논문, 90면 이하 참조).

37) Schmidt, “Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung”, DRiZ 1957, S. 278.

38) Wagner, “Die Exmittierung der Staatsanwaltschaft”, DRiZ 1972, S. 166.

39) 이재상, 형사소송법, 2001, 85면.

성과 공정성을 잃지 않도록 하는 통제제도로서 의미가 있다. 그러나 검찰총장의 정치적 중립성, 법무부장관과 검찰총장의 관계 등 현실적인 요인들을 감안할 때 동 조문이 가지고 있는 통제기능의 실효성은 의심스럽다.

특히 우리 형사소송법은 수사 자체에 대해서는 범죄혐의가 있다고 생각되는 때에는 검사와 사법경찰관리를 가리지 않고 모두 수사하여야 한다고 규정하여, 수사종결단계에서 공소제기와 관련하여 제247조 제1항에 기소편의주의를 채택하고 있는 것과는 달리, 수사법정주의(형사소송법 제195조 및 제196조 참조)를 취하고 있다. 이러한 이유로 대법원은 사법경찰관리가 범죄혐의를 포착하였음에도 불구하고 수사를 개시하지 아니하는 경우, 직무유기죄가 성립한다고 판시해 오고 있다.⁴⁰⁾ 그렇다면 검찰도 역시 특정사건을 수사대상에서 의식적으로 누락시킨 경우, 직무유기죄가 성립된다고 해야 할 것이다. 이에 우리의 검찰이 지난 수십 년간 권위주의 정부 아래에서 선별수사나 표적수사 혹은 특정사건을 봐주기 위해 수사대상에서 누락시킨 경우가 있다는 것을 부인하기 어려울 것인데⁴¹⁾, 아직까지 검찰이 수사의 불이행으로 직무유기죄로 처벌된 경우는 없었던 것으로 안다. 그 이유는 공소권을 검사들 자신들이 갖고 있기 때문에, 즉 기소편의주의에 입각하여 검찰에 의한 수사의 불이행을 범죄로 인식하지 않은 검찰의 잘못된 태도 때문이라고 할 수 있을 것이다. 이에 허일태 교수는 형사소송법 제247조 제1항의 규정에 따라 기소편의주의적인 공소권을 행사할 수 있다고 할 때, 형사소송법 제246조에 의해 원칙적으로 기소까지 독점하고 있는 상황에서 검찰에 의한 공소권 행사의 남용에 대한 적절한 방지대책으로는 재정신청제도의 확대와 함께 검찰의 법외곡행위에 대한 형사처벌을 입법론으로 검토할 필요가 있다고 한다.⁴²⁾

이처럼 범죄혐의가 있는 자에 대해서도 기소유예처분을 할 수 있는 기소편의주의제도 아래에서는 수사강제주의 내지 수사법정주의는 실제적 진실을 밝히는데 한계를 가질 수밖에 없게 된다. 따라서 검찰의 수사법정주의는 공소권과 관련하여서도 기소법정주의로 가는 것이 보다 합리적인 것이 아닐까 생각

40) 대법원 1967.7.4. 66도840 판결; 대법원 1984.7.24. 84도705 판결 참조.

41) 이와 함께 내사단계에서 종결함으로써 수사로까지 나아가지도 못한 채 종결되는 문제점도 크다 할 것이나, 여기에서는 그 문제에 대하여 다루지 않기로 한다.

42) 허일태, 동계학술회의자료집, 3면 참조.

해 본다. 이러한 관점에서 본다면 형사소송법 제247조 제1항의 새로운 해석을 통하여 원칙적 기소법정주의와 예외적 기소편의주의의 수용을 인정하게 된다 면, 검찰의 공소권남용에 대한 처벌가능성도 찾을 수 있다고 본다.

이상에서 언급한 것과 같은 형사소송법 제247조 제1항의 재해석을 통하여 작금의 우리 현실에서 검찰중립화를 이끌어낼 수 있다고 본다.

Ⅲ. 기소제도의 재정비를 통한 검찰중립화

1. 검찰권의 본질

우리 나라는 한일합방으로 일본의 형사소송법이 적용되면서부터 소추기관과 재판기관을 분리하는 탄핵주의 소송구조에 의한 不告不理의 原則을 유지하고 있다. 따라서 소추기관이 공소를 제기하지 않는 한, 심판을 개시할 수 없고 또 소추가 제기된 경우에도 공소제기된 범죄사실에 대해서만 심판할 수 있다. 이러한 원칙은 형벌권 행사의 일방적 집중을 막음으로써 그 자의성을 배제함과 동시에 재판의 공정성을 확보하고, 심판의 범위를 미리 특정하게 함으로써 심리의 능률과 정확성을 기하며, 동시에 피소추자의 방어권행사를 실질적으로 보장하자는 데에 그 취지가 있다. 이러한 모든 것은 국가형벌권의 남용으로 인한 부당한 침해를 막기 위한 최소한의 범치국가적 요청이라 할 것이다.⁴³⁾

검사란 검찰권을 행사하는 국가기관이다. 검찰권이라 하면 구체적인 개별 범죄사건을 놓고 그 실제적인 진실을 가려서 법률을 적용하고 형벌권을 행사하도록 하는 것이다. 이러한 검찰의 중립성이라고 하면 정치적인 중립성을 주로 얘기할 수 있겠지만, 사실 넓은 의미에서 일반적인 중립성, 즉 사건 수사를 하면서 어느 한쪽에 치우친 결정을 내리지 않도록 할 제도적 장치를 다 포함하여야 한다고 본다. 검사란 신분을 가진 자는 범죄라는 사회질병을 억제 내지 제거하기 위하여 수사와 공소제기, 소송유지 그리고 형의 집행에 참가한다. 즉

43) 심재우, “검사의 소송법상의 지위”, 고시계 1977/10, 15면.

그는 수사의 주재자이자, 공소의 제기 및 유지자로서 그리고 확정판결 후에는 형집행을 주재하면서 법의 과수꾼으로서 중추적 역할을 수행한다. 우리의 검찰은 기소독점주의와 국가소추주의 그리고 기소편의주의란 강력한 무기로 무장하여 막강한 권한을 갖고 있다. 바로 이런 권한 때문에 법관에 의한 정의실현은 검사의 공소제기가 없으면 불가능할 뿐만 아니라, 거의 확실히 유죄판결을 받을 수 있는 피의자에 대해서도 기소편의주의를 근거로 기소유예처분으로 사건을 종결할 수 있었던 것이 사실이다.⁴⁴⁾

검사들이 1년에 수백만 건에 이르는 과중한 사건을 처리하면서도 대부분 합리적으로 처리하고 있는데 아직도 검찰의 중립화가 문제가 되는 것은 지금까지 정치인 등 특권층의 구속의 경우에 특혜를 주고 있는 신분형사법의 폐해가 한국에 존재하고 있기 때문이라고 본다. 이와는 반대로 오히려 경미범죄에 대해서는 대부분 엄벌에 처하려는 경향이 있다는 비판을 받고 있는 것도 사실이다. 따라서 올바른 검찰권의 행사에 의한 국민의 신뢰를 회복하기 위해서는 오히려 경미범죄에 대해서는 선별화 내지 상징화하는 것이 필요하다고 보며, 이와는 달리 정치적인 사건, 특히 권력형 비리사건들은 검찰이 공정한 법집행을 하여야 한다고 본다.⁴⁵⁾

그러나 몇몇 사건들을 통하여 결과적으로 우리 나라의 현실이 그와는 다르다는 비판을 받고 있는 것이 사실이다. 이에 보다 확실한 검찰중립화의 길로 가기 위해서는 다음에서 언급하게 될 기소유예의 남용을 근본적으로 차단할 수 있는 기소법정주의원칙으로 나아가는 것이 바람직한 것이 아닌가 생각해본다.

2. 상대적 기소법정주의를 통한 기소유예의 남용에 대한 차단

44) 허일태, “검찰의 범왜곡행위와 이에 대한 대책”, 형사법연구 제11호, 1999, 310면. 바로 이 때문에 검찰은 단순히 형사소송에서 원고인 것만으로 부족하고, 수사단계에서부터 형사소송과정 그리고 형집행단계에서도 소위 판사에 준하는 객관의무를 진다고 한다.

45) 이에 이석연 변호사는 정치권력형 비리나 대형 부정부패사건 등 일정한 범죄에 한해서는 기소법정주의를 채택할 것을 주장하기도 한다. 이런 경우 수사결과에 어떤 혐의가 있거나 분명한 문제가 있고 정치권력의 개입이 의심될 때 반드시 검사가 기소를 하면 검찰한테도 부담이 없고 오히려 정치적 외압을 막을 수 있고 그런 경우 외부에서 지시하면 그것은 위법행위가 되어 검사의 중립성 확보 또는 수사의 독자성 확보에 상당히 도움이 된다고 한다(앞의 주1 좌담회, 32면 참조).

기소편의주의는 형사사법의 탄력성 있는 운용을 통하여 구체적 정의를 실현하고, 공소제기에 대한 형사정책적 고려에 의하여 범죄자에게 개선의 기회를 제공하고, 불필요한 공소를 억제하는 것이 소송경제적으로 도움이 된다는 것을 근거로 한다. 그러나 기소편의주의는 공소제기에 있어 정치적 영향과 검사의 자의를 배제할 수 없다는 단점이 있음을 부인할 수 없다. 따라서 기소편의주의는 기소합리주의가 될 것을 요한다.⁴⁶⁾ 그럼에도 불구하고 우리의 검찰은 특히 정치적 사건에 있어 혐의 없음이나 기소유예를 남발한 경우가 적지 아니하였다.⁴⁷⁾

검사의 불기소처분에 대한 불복신청방법으로 재판상의 준기소절차와 검찰청법 상의 항고절차 그리고 헌법재판소에 대한 헌법소원제도가 있으나, 재판상의 준기소절차는 그 대상이 한정되어 있으며, 절차도 복잡하고, 검찰청법상의 항고 제도는 검찰자체 내의 문제이기 때문에 이들 특수공무원의 부당한 위법활동에 대한 공소제기는 그 실효성이 반감되며, 헌법소원제도는 인용된 경우가 많지 않고 절차도 또한 복잡하기 때문에 큰 실효성을 거두지 못하고 있는 것으로 보인다.⁴⁸⁾

검찰은 법의 실현에 이바지하는 기관이라고 할 수 있다. 특히 검사의 소송법상 지위⁴⁹⁾ 중에는 먼저 검사는 수사관의 지위에서 범죄혐의가 있을 때에는 반드시 수사권을 발동해야 하며, 이것은 법의 파수자로서 검사의 객관적 의무에 속한다.⁵⁰⁾ 법과죄의 혐의가 있음에도 불구하고 자의 또는 타의로 검찰이 수사권을 발동하지 아니하거나 또는 발동된 수사권을 정당한 이유 없이 중단하거

46) 이재상, 앞의 책, 324면; 신동운, 앞의 책; 허일태, 동계학술회의자료집, 17면 참조.

47) 예컨대 전두환 전대통령을 비롯한 신군부의 5·18내란행위관련자에 대한 고소사건에 우리의 검찰은 공소권 없음이라는 결정을 95년 7월 18일 내렸다. 물론 나중에 그러한 결정이 잘못되었다는 여론에 밀려 결국 전두환씨 등은 군사쿠데타 등의 죄목으로 공소 제기되어, 법원에서 유죄판결을 받아 형의 집행을 받았으나, 당시에 내린 결정 덕분에, 신군부는 80년 당시의 정치적 승리에 이어 법적 승리까지 잠시나마 얻었다. 이러한 결정에 기여한 검사들이 내세운 이론적 근거로 “고도의 정치적 행위에 대한 사법적 심사의 자제와 아울러 성공한 쿠데타에 있어 법적 안정성의 절대적 우위”를 내세웠다.

48) 대법원판결기록에 의하면 직권을 남용하여 사람을 불법 감금한 것이 명백한 경찰관을 수사한 검사가 이들 경찰관이 혐의가 없다고 불기소처분한 것에 대한 재정신청을 기각한 원심판결을 긍정하였다(대법원 1986.9.16. 85도37 판결 참조).

49) 심재우, “검찰권의 독립”, 대한변호사협회지, 14면 이하 참조.

50) Henkel, Strafverfahrensrecht, 1968, S. 134.

나 하는 것은 직무유기에 해당할 것이다. 따라서 그 어느 경우에서도 범질서 파괴의 혐의가 있으면 반드시 수사권을 발동해야 한다.⁵¹⁾

사실 범죄의 객관적 혐의가 충분하고 또 형사소송조건이 구비되어 있으면 반드시 소추를 해야 할 것을 의무를 지우는 기소법정주의는 검찰의 자의에 의한 공소권남용을 방지하고 공소제기의 공평성과 법적 안정성을 유지한다는 장점이 있으나, 반면에 객관적 혐의가 있으면 일률적으로 공소제기가 강제되므로 형사사범에 있어서 구체적 타당성을 결할 염려가 있고 또 형사정책적 견지에서 함목적적 고려에 부응하지 못한다는 단점도 아울러 지니고 있다는 것은 인정하지 않을 수 없다. 그렇더라도 검찰권의 중립성이란 관점에서 바라보면 기소법정주의는 그 핵심개념을 이루고 있음을 간과해서는 안될 것이다. 즉, 기소법정주의는 검찰권을 법에 구속시킴으로써 어떤 외부적 세력, 특히 정치적 자의로부터 부당하게 영향받는 것을 차단하고 있기 때문이다. 기소법정주의에 의하면 검찰권의 이러한 법에의 구속성을 무시하고 내려지는 상부로부터의 어떠한 지시도 법적으로 무효이며 구속을 갖지 못한다. 따라서 검찰은 외부의 압력으로부터 중립성을 확립할 수 있고, 이와 더불어 진정한 형사정책적인 관점에서의 합리적인 기소편의주의의 적용도 오히려 가능할 수 있다고 본다.

위에서 언급한 것과 같이, 오늘날의 기소법정주의는 예외와 제한을 수용하는 상대적 기소법정주의로 나아갈 수밖에 없는 법현실과 사회현실에 놓여있다. 따라서 예외와 제한은 인정하지만, 기소의무를 원칙으로 하여 형사소추를 진행함으로써 검찰의 중립을 확립해나갈 수 있다고 본다. 물론 이러한 기소의무에 대한 예외와 제한은 엄격하게 다루어져야함을 말할 나위가 없다고 본다.⁵²⁾

51) 또한 검사는 공익의 대표자로서 수사에 있어서 객관성과 공평성을 유지해야 하며, 피해자에게 불리한 사정뿐만 아니라 유리한 사정도 수사해야 한다. 이것은 바로 공익의 대표자로서 실제적 진실발견과 사법적 정의의 실현에 대하여 의무를 지는 검사의 객관적 지위에 기한다는 것이다(김일수, “검찰체제의 개선방안”, 법조춘추 제136호, 1988, 38면; 배중대/이상돈, 앞의 책, 80면 이하; 심재우, 앞의 논문, 13면 참조).

52) 이에 대하여 허일태 교수(동계학술회의자료집, 13면 이하 참조)는 예외적인 기소편의주의에 대한 합리적인 선별기준의 설정이 필요하다고 하면서 그 기준의 예로써 우선 형법 제51조와 함께 형법 제20조의 사회상당성, 범행의 경미성과 공익성의 부재, 행위자 및 피해자 차원의 고려 그리고 형벌목적의 관점이 선별기준이 될 수 있다고 한다. 더불어 국민적 관심의 대항이 된 권력형 비리사건, 범행의 불법성과 책임성이 경미하지 않은 사건, 제법의 우려가 있는 사건 등에는 기소법정주의를 적용할 것을 주장하고 있다.

검찰은 법치국가원칙의 대리인으로서 법을 돌보고 실현하는 데 기여하는 사법기관이다. 법치국가원칙의 대리인으로서 검찰이 제 기능을 다하기 위해서는 검찰권의 독립 내지 정치적 중립이 반드시 전제되어야 하며, 국민이 요구하는 인권옹호의 담당자로서 그리고 수사, 공판 및 재판의 집행을 주도하는 충추적 형사사법기관으로서의 직무를 충실히 수행할 수 있어야 한다.

IV. 맺는 말

최대한의 개인적 자유와 안전 및 평등한 개인적 자유와 안전을 구현하는 것이 법의 목적이며, 이러한 내용의 법에 국가권력도 구속되어야 한다고 본다. 이와 같은 실질적 법치국가원칙의 관점에서 국가 및 모든 법률과 제도는 존엄한 존재로서의 인간을 위한 수단으로 파악되어야 한다.

형법은 헌법질서에 상응하는 사회질서와 이익을 보호하기 위한 질서이며, 형사소송법은 그와 같은 형법의 구체적 실현을 위한 절차법에 해당한다. 이처럼 형법이나 형사소송법이 헌법을 포함한 전체 법질서의 일부인 한, 그 수단이나 방법이 근본규범인 인간의 존엄과 가치의 보장요구에 적합해야 하고 인간의 자유와 안전의 확보에 기여하지 않으면 안 된다.⁵³⁾

이러한 관점에서 볼 때, 형사소송법 제247조 제1항의 기소편의주의는 검사의 편의적 재량에 의해 공소제기의 여부를 결정하는 근거로 인식되면서 검찰의 수사권과 공소권 행사의 공정성에 대한 시비와 함께 검찰중립화에 대한 의문을 제기하는 근거가 되어 왔다. 이에 동조문에 대한 비판적 재고찰을 통하여 실질적으로 동조문은 표제와 달리 오히려 기소법정주의를 원칙으로 하고 기소편의주의를 예외적으로 인정하는 규정으로 해석할 수 있었다.

물론 형법의 정형화의 관점을 고려하여 보다 뚜렷한 규범설정, 세분화된 기소유예인정기준을 마련하는 것들도 병행될 필요가 있다고 본다. 무엇보다도 명확성의 원칙에 입각하여 원칙과 예외에 대한 규정을 분명하게 해주는 것이 필

53) 김일수, 앞의 논문, 35면.

요하다고 본다.⁵⁴⁾

결론적으로 검찰의 중립화를 통하여 형사소추의 운영에 있어서 합리성과 객관성을 부여하기 위해서는 결국 상대적 기소법정주의원칙으로 가는 방법이 필요하다고 본다. 이에 형사정책적인 관점에서 예외적으로 기소편의주의를 활용함으로써 합리적인 형사소추운영을 획득할 수 있을 것으로 본다. 그러나 아쉽게도 우리나라 형사소송법 제247조 제1항은 다소 애매한 구조를 가지고 있다고 본다. 따라서 향후 보다 명확한 법규정의 개정이 필요하다고 보지만, 우선은 형사소송법 제247조 제1항의 새로운 해석의 시도를 통하여 이러한 문제는 일차적으로 달성될 수 있는 문제라고 본다.

주제어 : 기소편의주의, 기소법정주의, 검찰중립화, Opportunitaetsprinzip
Legalitaetsprinzip

54) 앞의 주16 참조.

[참고문헌]

- 김기두, 형사소송법, 1987.
- 배종대/이상돈, 형사소송법, 1999.
- 백형구, 형사소송법, 1993.
- 신동운, 형사소송법제정자료집, 한국형사정책연구원, 1991.
- 신동운, 형사소송법 I, 1997.
- 신현주, 형사소송법, 1984
- 이재상, 형사소송법, 2001.
- 정영석, 형사소송법, 1982.
- 김상호, “기소편의주의의 한계와 통제방안”, 동아법학 제20호, 1996, 47-70면.
- 김일수, “검찰제도의 개선방안”, 법조춘추 제136호, 1988, 35-45면.
- 문채규, “검사의 부당한 불기소처분에 대한 법적통제와 기소편의주의의 미래”,
안암법학 제6호, 1997, 48-93면.
- 박상기, “기소편의주의와 그 문제점”, 고시행정 1990/12, 80-89면.
- 박상기, “기소편의주의”, 성시탁교수화갑기념논문집, 1993, 891-900면
- 손동권, “12·12 및 5·18 사건과 관련된 형사소송법적 문제”, 법정고시 1996/2,
73-87면.
- 신동운, “과거청산과 한국 검찰의 장래”, 동아법학 제20호, 1996, 377-399면.
- 신동운/신경식/이석연/차병직/허일태, “검찰중립화 방안에 관한 좌담회”, 인권과
정의 2001/11, 8-35면.
- 심재우, “검사의 소송법상의 지위”, 고시계 1977/10, 12-19면.
- 심재우, “검찰권의 독립”, 대한변호사협회지, 1982/6, 11-16면.
- 이진국, “기소편의한계와 기소유예기준”, 동아법학 제27호, 2000. 31-47면.
- 허일태, “검찰의 법외국행위와 이에 대한 대책”, 형사법연구 제11호, 1999,
308-331면.
- 허일태, “기소편의주의와 기소제량에 대한 통제방안”, 2002년 동계학술회의자료
집, 한국형사정책학회, 2002, 1-20면.

Henkel, Strafverfahrensrecht, 1968.

Kühne, Hans-Heiner, Strafprozeßrecht, 1999.

Schmidt, “Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung”, DRiZ 1957, S. 273-283.

Wagner, “Die Exmittierung der Staatsanwaltschaft”, DRiZ 1972, S. 166-167.

Weigend, “Das Opportunitätsprinzip zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz”, ZStW 1997, S. 103-121.

[Zusammenfassung]

Überlegung der Bedeutung des § 247 Ab.1(Opportunitätsprinzip) StPO und eine Neutralität des Staatsanwaltschaft

Kim, Hye-Jeong

Gem. § 247 Ab. 1 StPO stellt das Opportunitätsprinzip als ein Grundsatz die Entscheidung, ob wegen einer Straftat eingeschritten werden soll, in das Ermessen der Staatsanwaltschaft. Diese kann von der Strafverfolgung insbesondere in Bagatelldelicten oder mangels öffentlichen Interesses absehen.

Das Legalitätsprinzip besagt : Wenn sich der Verdacht bestätigt, hat die Staatsanwaltschaft durch Erhebung einer Anklage die Aburteilung des Falles durch das Gericht herbeizuführen. Diese Verfolgungspflicht dient zwei Anliegen, von denen das eine zum materiellen Recht, das andere zum Verfahrensrecht gehört.

Aber wenn man § 247 Ab. 1 StPO wieder analysiert, kann man auf folgenden Gründen wissen, daß er als ein Ausnahme des Legalitätsprinzip angenommen werden kann.

1. eine neue Analyse über den Wortlaut des § 247 Ab. 1
 2. grundgesetzliche Beschränkungen gem. §§ 11 Ab. 1, 27 Ab. 5, 30 GG
 3. eine gegenwärtige rechtssoziale Forderung
 4. ein relatives Legalitätsprinzip durch eine ausnahmsweise Annahme des Opportunitätsprinzip
 5. für eine Strafbarkeit über den Mißbrauch des Verfolgungsermessens
- Dadurch kann eine Neutralität des Staatsanwaltschaft ermöglicht werden.