

특별기고

검사의 불기소결정의  
법적 정비를 위한 제언



표 성 수

- 현) 국민대학교 법대 교수·변호사(형사법)
- 제주지방검찰청 차장검사
- 사법연수원 교수

I. 서 언

검사는 형사사건을 직접 수사하거나 경찰이 수사한 사건을 송치 받아 기소여부를 결정한다. 통상 이러한 수사사건의 반이상이 기소여부의 결정과정에서 걸러져 법원의 심판에 회부되지 않는다.<sup>1)2)</sup> 기소

하지 않는 경우는 여러 가지가 있고 이를 우리는 일반적으로 검사의 불기소결정이라고 칭한다.<sup>3)4)5)</sup> 주지하다시피 검사는 단

1) 법무연수원, 범죄백서, 2018., 262면에 의하면 2016년 검사가 처리한 사건의 기소율은 38.8%, 불기소율은 53%이며, 기타 기소중지가 5.4%, 참고인중지가 0.4%, 보호사건송치가 2.5%로 나타나 있다.

2) 독일의 경우 기소강제주의를 원칙으로 하고 있으나, 1998년 전체 사건 중 기소율은 28%, 나머지는 불기소되었으며, 그 중 54%는 혐의의 불기소에 해당한다고 하므로 불기소비율은 우리와 거의 비슷하다. 고경희/이진국, 검사의 불기소처분 실태와 개선방안, 한국형사정책연구원, 2006, 18면.

3) 이는 광의의 불기소를 의미하며, 좁은 의미의 불기소는 그 중 각종의 중지처분과 송치를 제외한 것을 의미한다. 같은 취지로, 김정환, “불기소처분의 주문 유형에 대한 실무적 고찰” 인권과정의, 대한변호사협회, 437권, 2013. 11, 45면. 한편, 법무연수원, 위 책, 258면에서는 기소중지등을 포함하여 불기소라고 정의하는바, 광의로 이해한 것으로 보인다.

4) 그 외에도 기소유예를 불기소 결정에 포함시킬 것인가를 두고도 견해가 나뉜다. 자세한 것은 조상제, “불기소처분 및 기소유예제도에 관한 연구” 동아법학 44호, 동아대학교 법학연구소, 2009. 8, 596면 참조.

5) 한편, 일본에서는 혐의없음 등의 혐의의

독의 국가관청으로 형사사법의 전 과정에 관여하는 유일한 법률가이나<sup>6)</sup> 그 중에도 기소여부의 결정은 국가의 중요한 기능으로 포섭되어 검사가 국가의 이름으로 행하는 가장 중요한 사법처분이다. 그럼에도 불구하고 검사가 수사 종결된 사건을 불기소하는 경우, 그 요건과 절차, 내용 등은 1954년 형사절차에 관한 법제를 시행한 이래 형사절차의 기본법이 아닌 법무부령(검찰사건사무규칙, 이하 규칙이라고 약한다)으로 규율되어 왔다. 이는 불기소결정의 중요성을 제대로 이해하지 못한데 기인하는 것으로 법제적인 면에서 문제를 가지고 있다. 뿐만 아니라 검사가 사건을 기소하지 아니하는 경우, 그 결정의 내용과 형식, 절차에 관하여 합리성을 결한 부분이 적지 않고 심지어는 그 용어의 적정성에도 문제가 있는 등 개선하여야 할 점이 다수 있다.

그 동안 일부 문제를 지적한 견해가 없지는 않았으나<sup>7)</sup>, 대체적으로 이는 검찰 실무의 한 부분으로 이해되어 기소와 그 이후의 공판과정에 비하여 문제의 지적이나 개선에 소홀하였던 것이 사실이다. 이에 본고에서는 검사의 불기소결정에 관한 법체제와 그 결정의 내용, 절차 등에 관한 몇

가지 문제를 지적하고 개선의견을 제시하고자 한다.

## II. 불기소결정의 의의와 가치

### 1. 불기소결정의 의의

검사의 불기소결정은 기소와 함께 통상 학자들이나 실무자들이 ‘수사종결처분’이라는 명칭으로 이해하고 정리하여 왔으나<sup>8)</sup> 이는 적절하지 않다. 우선 개념적으로 수사의 종결은 수사를 끝낸다는 것일 뿐 그 이후 종결된 수사 자료를 토대로 해당 혐의자에 대하여 어떤 결정을 할 것인지와 무관하다. 또한 수사의 종결은 공판에서의 ‘결심’과 같이 형식적이고 중간적인 처분으로 굳이 그 내용과 절차를 엄격하게 할 필요가 없어 구두로 법관이 법정에서 선언할 뿐 아니라 변론재개와 같이 종결된 수사를 다시 할 수도 있는데 비하여, 불기소 결정은 판사의 판결과 같이 종국적이고 실제적인 사법처분으로<sup>9)</sup> 이에 대해서는 그 절차와 요건 등을 엄격히 형식화할 필요가 있는 만큼 그 성격을 달리 한다

불기소처분과 기소유예처분으로 나누어 이해하기도 한다. 寺岐嘉博, 刑事訴訟法講義, 八千代出版, 2007, 87면 등.

6) 福井 厚, 刑事訴訟法講義 제3판, 法律文化社, 2007, 33, 35면.  
7) 김정환, 위 논문: 고경희/이진국, 앞의 책 등이 대표적인 연구문헌이며, 그 외에 이를 자세히 다룬 연구를 찾기 어렵다.

8) 예컨대, 이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사, 2008., 327면; 배중대 등, 형사소송법 제2판, 홍문사, 2016, 219면; 최영승, 형사소송법, 피앤씨미디어, 2013, 163면; 고경희/이진국, 앞의 책, 13면에서의 설명 등이 그러하며, 이와 달리 설명한 문헌들을 찾기 어렵다.

9) 司法研修所檢察教官室編, 檢察講義案, 法曹社, 1998., 138면; 福井 厚, 刑事訴訟法 제5판, 有斐閣, 2007, 172면에서는 검사의 사건처리 중 기소와 불기소를 중국 처분으로, 타 검찰에의 송치 등을 중간처분으로 설명하는바, 이는 대체적으로 타당하다.

고 보아야 한다<sup>10)</sup>.

따라서 검사의 불기소결정은 향후 상급 검찰의 판단이나 재정신청에 대비하는 한편, 당사자에 대한 권리보호의 차원에서 주문과 이유를 명백히 서면으로 작성하고 이를 통보하도록 되어 있으며 이는 판결의 선고와 판결문의 교부를 정형화, 공식화한 것과 같다(형사소송법 제246조, 제254조, 제268조 등). 그런 만큼 이를 ‘수사종결처분’으로 설명한 것은 최초 우리가 형사소송법을 제정하고 이를 해석하는 과정에서 그 개념과 가치를 잘 이해하지 못한 일부 학자들이 이를 수사종결의 한 과정으로 잘못 정리한 것을 그대로 답습하고 용어를 오용해 온 것이어서 지금이라도 이러한 잘못은 바로 잡는 것이 타당하다. 아울러 수사권조정의 한 분야로 검사의 불기소결정을 변경하고자 하는 논의 또한 수사와 검사의 불기소결정은 전혀 별개의 것인 만큼 적절치 않다<sup>11)</sup>.

## 2. 국가소추주의와 불기소결정

우리는 국가소추주의를 명백히 하고 있다(형사소송법 제246조). 소추의 권한과 책임을 누구에게 귀속시키며 그 절차를 어떻게 할 것인가는 국가마다 일치하지 아니하며, 이는 해당 국가의 역사와 문화, 국민의 법의식 및 사회상황 등을 종합하여 국민들이 선택하여 결정해 온 것이다.

10) 표성수, “검사의 형사사건 결정의 의의와 가치, 법체계에 대한 재구성” 법조 727권, 2018. 2, 490~491면.

11) 표성수, 위 논문, 489면 이하.

이 문제는 단순히 소추권을 국가가 행사하는가(국가소추주의), 아니면 일반인 또는 피해자가 행사하는가(사인소추주의)의 문제로 좁게 볼 것이 아니다. 더 본질적으로는 형사사건 특히 상해, 절도, 사기와 같은 개인적 법익의 범위를 국가의 문제로 보아 국가가 개입하는가 아니면 국가가 관여하지 않고 피해자 또는 시민들의 이념적 대리인으로서의 미국의 대배심이나 영국의 경찰이 이를 다루느냐의 문제를 바탕으로 하고 있다<sup>12)</sup>. 나아가 이를 토대로 모든 형사사법의 체제와 기능이 전혀 다른 형태로 조직되는바, 공판에서의 당사자주의, 직권주의는 그 하나의 단면에 불과하다.

여기에서의 국가소추주의는 국가가 형식적으로 소추만을 한다는 의미는 아니다. 이는 국가기관인 경찰과 검찰이 수사를 마친 후 소추여부의 사법적 결정을 국가의 이름으로 행하는 것을 의미한다. 이는 위에서 본 바와 같이 국가소추주의의 본질적 이념이 사인간의 형사사건일지라도 이를 국가의 문제로 보고 국가가 개입, 결정한다는 것을 전제로 하고 있다는 것과 일치한다. 곧 이는 사인이나 공중 또는 이를 대리한 경찰이 소추결정을 하고 법률가가 소송의 수행만을 한다는 것과 본질적으로 구분된다. 그런 만큼 국가소추주의를 취하는 거의 모든 국가는 국가기관인 검사가 과연 해당 사건의 혐의자를 소추할 수 있는가, 소추할 필요가 있는가를 결정하는 것을 제

12) 김용진, 영국의 형사재판, 청림출판사, 1995, 89면.

도화하고 있으며<sup>13)</sup>, 일부에서 역시 국가의 사법기관인 판사가 예심이라는 이름으로 소추 이전의 단계에 일정 부분 관여하기도 하나<sup>14)</sup>, 보편적인 것은 아니며 이 역시 국가의 사법기관이 관여한다는 점에서 본질적으로 다르지 않다.

우리는 오랜 역사와 문화, 국민들의 의사를 반영하여 국가소추주의를 택하였고 그에 따라 소추여부의 결정을 국가기관인 검사가 행하도록 제도화되어 있는 만큼(형사소송법 제246조, 제247조 등) 검사의 이 부분 결정은 매우 중요하다. 특히 기소한 이후에는 또 다른 국가기관인 판사가 그 적정성 여부를 검증하는 공판의 절차가 남아 있는데 비하여 불기소결정으로 종결된 사건은 타 기관의 사전제어 및 사후통제절차가 충분하지 않다는 점에서 그 절차를 더욱 엄격하게 통제하고 검증할 필요가 절실하다. 이는 사건전체의 흐름과 통계를 통해서도 파악할 수 있다. 즉 앞에서 본 바와 같이 수사의 대상으로 등재된 사건 중 50% 이상이 검사의 불기소결정을 통하여 형사절차에서 배제된다. 물론 그중에는 혐의자의 사망이나 친고죄에서의 고소취소 등 사유가 간단하고 형사절차의 종료가 명백한 경우도 있으나 상당 부분은 그 해당 여부가 증거에 의해 가려져야 하고 나아가 처벌의 필요성이라는

형사정책적 판단을 요하는 만큼 검사의 불기소결정은 중요한 사법적 판단이라고 보아야 한다. 따라서 검사의 불기소로 종결되는 과정을 우리는 결코 가볍게 여겨서는 안되고 그 요건과 절차, 사후 심사 등의 과정을 엄격하게 체계화할 필요가 절실하다.

### Ⅲ. 현행 불기소결정의 법체계와 내용, 절차 및 문제점

#### 1. 불기소결정의 체계

형사절차의 기본법이라고 할 수 있는 형사소송법에 검사의 불기소결정에 대한 자세한 규정이 존재하지 않는 것은 주지하는 바와 같으며, 관련 규정이라고는 기소유예에 관한 선언적 조문(제246조)이 있을 뿐이다. 불기소결정의 중요성과 가치 등에 비추어 이를 성문의 형사절차법에서 규정하지 아니한 것은 이해하기 어려운 것이거니와 이러한 법체계는 국가의 형사절차를 규율한 지 60여년이 지난 현재까지 유지되고 있다. 또한 학계나 실무자들이 이에 대해서 문제를 제기한 경우가 거의 없었던 점도 문제이다. 검사의 불기소결정을 수사와 관련한 종결처분 정도로 잘못 이해해 온 전문가들의 설명, 우리법의 원류인 독일의 규정체계가 일정 부분 이러한 잘못된 체계에 영향을 미쳤다고 보이거니와 한편으로는 실무가, 특히 검찰 측이 국회가 입법으로 불기소결정에 관여하는 것을 부담스러워 한 것은 아닌지 그 이유를 추지해 볼 수 있을 뿐이다.

13) 예컨대, 독일의 형사소송법 제170조, 제153조 등; 일본의 형사소송법 제248조 등.

14) 예컨대, 프랑스의 형사소송법 제1권 제3장 제49조 이하 예심판사 편 참조.

여기에서 우리와 같은 소추의 원칙을 택하고 있는 두 나라의 불기소결정의 규정체제를 정리한다. 우선 독일의 경우, 국가소추주의를 채택하고 있으나 우리와 달리 기소강제주의를 원칙적으로 채택하고 있는 만큼 형사소송법 제170조 제1항에서 공소제기의 충분한 근거가 밝혀진 경우 공소를 제기하여야 함을 선언적으로 규정하는 한편, 제2항에서 그렇지 아니한 경우 절차를 중단하되 피의자 신문 등의 경우에 절차중단사실을 통보하도록 규정하고 있다. 곧 공소제기의 충분한 근거가 없는 경우 불기소한다는 취지를 규정하고 있으나 그 절차와 형식 등은 형사소송법에서 자세히 규정하고 있지 않다. 다만 기소유예를 원칙적으로 허용하지 아니하는 반면, 예외적으로 소추를 유예하는 경우를 제153조 등에서 자세히 규율하고 있다<sup>15)</sup>. 한편 우리가 원용한 일본의 형사소송법에서는 제247조에서 검사의 기소원칙을 규정하고 있으며, 사안에 따라 기소를 유예할 수 있다는 기소편의주의의 규정을 두고 있을 뿐(제259조), 불기소에 관한 자세한 규정을 두고 있지는 않다<sup>16)</sup>. 이 점은 우리의 경우와 일치한다.

우리의 불기소처분에 대하여 형사소송법이 미처 규정을 마련하지 아니한 것은

학자, 실무자들의 이해부족과 위 두 나라의 규정체제가 영향을 미친 것으로 추정 가능하다. 이런 과정을 거쳐 우리의 불기소처분은 하위 규정인 법무부령에서 그 절차와 요건 등을 규정하는 것으로 정리되었고 지금까지도 이러한 체제가 유지되고 있다. 이를 간략히 본다. 검찰사건사무규칙 제3절 제69조부터 제72조까지에서는 불기소, 즉 ‘혐의없음’, ‘죄가안됨’, ‘공소권없음’, ‘각하’에 관한 규정을 두고 있다. 한편 이와는 다소 성격을 달리하나 제4절 제73조부터 제77조까지에서 ‘기소중지’와 ‘참고인증지’에 관한 규정을 두고 있으며, 제5절에서 ‘공소보류’를, 제6절, 제7절에서는 ‘타관송치’, ‘소년사건송치’, ‘가정보호사건송치’, ‘성매매보호사건송치’에 관한 규정을 두고 있다. 이 규정들 중 ‘기소중지’와 ‘참고인증지’, 다양한 형식의 송치 처분을 불기소의 개념에 포함시킬 것인지에 대해서는 다른 견해<sup>17)</sup>도 있을 수 있으나, ‘기소중지’ 등은 본래적 의미의 불기소로 보기 어렵고 ‘가정보호사건송치’, ‘성매매보호사건송치’ 등은 최근 관련법의 개정 등으로 추가된 것으로 사건의 혐의인정과 처벌필요성의 측면에서 이루어지는 불기소와는 성격을 달리하며 오히려 법원에 다양한 형식의 제재를 구한다는 의미에서 기소와 유사하므로 불기소와는 다른 것으로 이해함이 타당하다<sup>18)</sup>.

15) 이에 대한 자세한 설명은 김정환, 앞의 논문, 47면 이하 참조.

16) 일본의 경우도 이에 대한 자세한 내용은 검찰내부의 규정과 실무교육에서 다루고 있다. 司法研修所檢察教官室編, 앞의 책, 96면 이하.

17) 예컨대, 고경희/이진국, 앞의 책, 12면에서 기소중지 등을 잠정적 불기소처분으로 구분하는 것이 이에 해당한다.

18) 같은 취지로, 김정환, 앞의 논문, 46면.

## 2. 불기소의 유형과 요건

앞에서 정리한 바와 같이 불기소라 함은 검찰사건사무규칙에서 정한 ‘기소유예’, ‘혐의없음’, ‘죄가안됨’, ‘공소권없음’, ‘각하’와 ‘공소보류’<sup>19)</sup>를 의미하는 것으로 봄이 타당하다<sup>20)</sup>. 현행 규정과 실무에서 처리하고 있는 이 유형들에 관한 설명을 간략히 보면, ‘혐의없음’은 혐의사실 자체가 범죄를 구성하지 아니하거나 피의사실이 인정되지 아니하는 경우 및 혐의사실을 인정할 증거가 충분하지 아니한 경우를 의미한다. 종전에는 이를 합하여 ‘혐의없음’으로 규정하였으나, 2005년 규칙의 개정으로 ‘범죄인정안됨’(2호가목)과 ‘증거불충분’(2호나목)으로 나누어 ‘범죄인정안됨’은 전자를, ‘증거불충분’은 후자를 의미하는 것으로 운영해 왔다.

다음으로 ‘죄가안됨’을 보면 규칙 제69조 제3항 제3호에서는 혐의사실이 구성요건에 해당하지만 법률상 범죄의 성립을 조각하는 사유가 있는 경우에 행하는 처분이라고 하여 위법성조각사유와 책임조각의 사유의 존재가 증명된 경우를 의미하는 것으로 보인다. 다음 ‘공소권없음’은 규칙 제69조 제1항 제4호에서 정한 바와

같이 이른바, 소송조건, 즉 실체 판결에 나가기 위한 전제조건이 결여된 경우와 법률의 규정에 의하여 형의 면제에 해당하는 경우를 합하여 불기소의 대상으로 구분하고 있다. 한편 ‘각하’는 1996년 규칙의 개정에 의해 처음 도입된 것으로 제69조 제3항 제5호에서 정한 요건을 보면, 고소, 고발자체로 불기소사유 있음이 명백하거나 고소, 고발인 조사의 곤란 등 피고소인, 피고발인의 책임이 경미하고 수사와 소추할 공익이 없거나 극히 적어 수사의 필요성이 인정되지 아니한 경우에 행하는 것으로, 절차의 초기에 간략히 검사가 불기소처분을 할 수 있도록 제도화한 것으로 이해된다.

## 3. 불기소의 절차

검사가 피의자를 기소할 경우에 관해서는 형사소송법이 그 절차와 형식을 간략히 규정하고 있다. 즉 제246조에서 공소는 검사가 제기하여 수행한다고 규정하고, 같은 제254조에 따라 검사가 공소장을 법원에 제출하면 피고인에게도 같은 내용을 송달하여야 하며(제266조), 제254조 제3항에서는 공소장에 적시하여야 할 사항등을 비교적 자세히 규율하고 있다. 한편 제255조에서는 공소를 제기하였다가 취소하는 경우의 절차와 효과를 규정하는 등 공소를 제기할 경우 그 절차와 요건 등을 기본법에서 규율하고 있다. 그 취지는 형사소송이 공소제기를 기점으로 시작되며, 그로 인하여 궁극적으로 형벌의 범위가 확정되는 만큼 형사소송법의 명칭

19) 이는 기소유예와 유사한 불기소처분으로 보는 것이 타당하며, 고경희/이진국, 앞의 책 12면의 취지도 필자의 견해와 같다.

20) 한편, 일본의 경우 불기소는 1. 소송조건을 결한 경우, 2. 사건이 죄가 되지 않는 경우, 3. 범죄의 혐의가 없는 경우, 4. 범죄의 혐의는 있으나 처벌이 불가능한 경우, 5. 혐의는 있으나 기소, 처벌의 필요성이 없는 경우로 정리하는 견해들이 많다. 예로, 福井 厚, 앞의 책(주9), 172면 등.

에 걸맞게 소송 중심으로 기본법을 체제화한 것이며, 일본의 관련 규정을 대체적으로 답습한 결과라고도 할 수 있다.

한편, 검사의 불기소나 기타 결정의 절차에 대해서는 형사소송법에 특별한 규정이 없다. 대신 검찰사건사무규칙에서 이를 규율하고 있는 바, 이를 간략히 본다. 규칙 제69조 제1항은 기록 표지에 해당 불기소결정의 주문을 표시하고 불기소결정서(일본의 경우 不起訴裁定書)에 부수처분과 압수물처분을 기재하는 한편, 별지(제124호) 서식에 따라 피의사실의 요지와 수사의 결과, 공소를 제기하지 아니하는 이유를 기재하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 단서에서 간단하거나 정형적인 사건의 경우에는 별도의 간략한 서식(제124호의2)에 따라 불기소할 수 있음을 허용하고 있다. 그 밖에 규칙은 불기소결정시의 유의사항과 부수절차 등을 제70조 이하에서 규정하고, 제72조에서 불기소처분을 할 경우의 피의자에 대한 통지와 고지, 사실증명의 절차 등을 규정하고 있다. 곧 불기소의 내용과 절차에 관한 기본법규는 검찰사건사무규칙이라고 할 수 있다.

#### 4. 현행 체계의 문제점

우선 이와 같은 불기소의 요건과 내용에 관한 하위규정에서의 규율은 적절치 않다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 검사의 불기소결정이 가지는 가치의 측면에서도 그러하거나 결정의 합리성과 외형상 정당성을 확보하는 한편 사건에 관련된 사람들의 권리관계를 신중히 처리한다는 측면에

서 그 내용 뿐 아니라 요건에 관해서도 형사절차의 기본법인 형사소송법 등에서 규율함이 상당하다. 법률에 그 절차를 규정한다는 것은 불기소결정을 담당하는 법무부와 검찰내부에 그 형식과 절차를 맡기지 않고 국민의 대의기관이자 법률제정권한을 가진 국회가 이를 심사한다는 것을 의미하며, 이로써 검사의 불기소결정에 관한 형식적 정당성을 제고하는 한편, 불기소에 관한 국민의 투명한 심사와 감시의 절차를 확보한다는 데서도 중요한 의미를 가진다.

나아가 불기소의 요건과 주문의 형식에 관해서도 지적할 점이 적지 않다. 이 부분은 단락을 바꾸어 자세하게 논하고자 하거니와 많은 측면에서 문제를 가지고 있는 만큼 수정을 요한다.

또한 불기소의 절차에 관해서도 현행 사건사무규칙은 매우 간략하게 규율하고 있으므로 이 점도 재고할 필요가 절실하다. 물론 검사가 사건을 불기소결정하는 경우 판결문과 유사하게 결정서라는 형식의 문서를 작성하도록 한 것이나 피의자에 대한 통지절차 등을 규정한 것은 타당하나 앞에서 본 바와 같이 형사소송법 제247조에 기소유예에 관한 규정을 둔 이외에 법무부령인 검찰사건사무규칙에서 이를 규정한 것은 그 절차의 엄중함을 고려하면 적절치 않다. 우리의 불기소결정은 결정서 형식의 문서를 별도로 작성하지 아니하고 사건을 경찰에 돌려보내는 미국의 검찰제도와 전혀 다르며<sup>21)</sup>, 이와 같은

21) 표성수, 미국의 검찰과 한국의 검찰, 육법사, 2000, 142~147면.

결정서를 작성하여 불기소의 주문과 이유, 증거판단을 밝히는 것은 사건관계인 즉, 고소인이나 피고소인, 피해자 등이 국가기관인 검사의 판단을 확인하는 중요한 자료이며 결코 생략되거나 약식으로 처리되어서는 안 된다.

또한 이는 외부에 공개되는 서면이라는 점에서 사건을 담당한 검사로 하여금 신중하고 합리적인 결정을 하도록 유도하는 효과가 있을 뿐 아니라 향후 불복의 절차가 이어질 경우 그 범위와 내용을 관련자들이 지적하고, 상급검찰청이나 법원으로 하여금 심판의 대상과 범위를 정리할 수 있도록 해 주는 측면에서도 반드시 필요하다. 현실적으로 검사가 불기소 결정문을 작성하는데 많은 시간과 노력이 필요한 것이 사실이고 이를 반영하여 검찰 내부에서는 결정서의 간소화 논의도 없지 않았으나 이는 적절치 않다. 이러한 간소화는 검찰 스스로 사법기관으로서의 지위를 가볍게 여기는 것일 뿐 아니라 간략한 체크 방식의 서면작성으로 끝내는 미국식의 기소거부를 경찰도 충분히 할 수 있지 않은 가라는 주장에 부딪히면 반론하기도 어려울 것이다<sup>22)</sup>. 대부분의 수사사건에 있어서 검사들은 제대로 그 이유와 증거판단을 기재한 불기소결정서를 작성하는 것

으로 알고 있으나 일부 간단하거나 정형적인 사건이라는 이유로 간략하게 종료하는 경우가 적지 않고, 더러 경찰의 송치 의견서를 원용하여 불기소하는 경우도 있는 것으로 알고 있다<sup>23)</sup>. 이를 허용한 규정(규칙 제69조 제1항 단서)과 관행은 위에서 지적한 논리에 비추어 적절치 않고 특히 경찰의 의견서 원용은 준사법기관으로서 검사의 지위의 측면에서나 검사의 결정이 가지는 중요성에 비추어 자제되어야 한다.

#### IV. 불기소 처분의 개선방안

##### 1. 규정의 체계에 관하여

우선 검사의 불기소 결정의 규제체계에 관해서 검토하고자 한다. 위에서 지적한 바와 같이 검사의 불기소는 단순히 수사 종결의 연장선상에서 이루어지는 중간적·절차적 결정이 아니라 사법적·종국적 판단이라는 점에서 이를 법무부 내부의 규칙으로 규율하는 것은 시정되어야 한다. 그 결정은 수많은 범죄자에 대해서 처벌할 수 있는 것인지, 처벌할 필요가 있는 것인지를 국가의 이름으로 판단하는 매우 중요한 것인 만큼 국회가 제정하는 법률로 이를 규율함이 타당하다. 그럼으로써 검사 결정의 적정성과 권위, 합리성을 제고하고 나아가 국민들의 권익에 관한 세부적인 규제와 검증 절차의 정당성을 확보할 수 있다. 이 경우 원칙적으로는 형사소송법에 이 부분을 별도의 장으로 두어 국회의 논의를

22) 경찰의 독자적 수사종결은 수사권논쟁의 핵심사항 중 하나였다. 이에 대한 최근 정부의 입장은 경찰에 수사종결권이라는 명목으로 절차의 종결을 독자적으로 할 수 있도록 법무부와 안전행정부가 합의하였다는 것이다. 한국일보 2018. 6. 21. 자 1면 등 참조.

23) 고경희/이진국, 앞의 책, 13면.



거처 결정의 유형과 절차, 요건, 불복 제도 등을 규정함이 가장 바람직하다고 판단된다. 검찰청법 등 다른 법에 이를 규정하는 것도 검토해 볼 수 있으나 이는 검찰의 조직과 구성 등에 관한 내용을 주로 담고 있으므로 형사절차의 기본법인 형사소송법에서 이를 규율하는 것이 가장 적절하다<sup>24)</sup>. 차제에 우리의 형사소송법이라는 명칭은 일본의 법명을 그대로 원용한 것으로 소송이 최종적인 형사절차의 국면인 만큼 이를 중시한 것으로 이해할 수 없는 바는 아니나 형사소송법에는 경찰의 수사절차, 검찰의 구속절차 등이 산만하게 규정되어 있는 등 법의 명칭과 절차, 체계에 문제가 적지 않다. 이는 형사절차의 기본을 규정한 것이므로<sup>25)</sup>, 형사절차법으로 법명을 변경하는 것을 검토할 필요가 있고 그 체제 또한 현실적인 형사절차의 진행 순서를 따라 정비하는 것이 타당하다.

한편 검사의 불기소의 절차와 요건, 유형 등을 모두 기본법에서 정하는 것에 대해서는 세세한 부분까지를 번잡하게 규정하는 것이 되어 입법기술상 적절한가라는 지적이 있을 수 있고 이점은 일면 타당하다고 하지 아니할 수 없다. 따라서 기본법

에서는 국회의 논의로 그 내용의 근간을 정하되 자세한 시행상의 문제, 즉 불기소 결정서의 양식이나 부수처분 등은 통상의 다른 입법과 마찬가지로 하위 법규에 위임하는 것이 적절하다. 이는 소송에 있어서 대법원의 '형사소송규칙'과 같은 체제로의 입법방식을 의미한다.

결국 불기소 결정의 주문 유형과 그 요건, 절차, 불복방법(이는 검찰청법에 규정된 항고 제도와 형사소송법에서 이미 정하고 있는 재정신청을 포함한다)의 기본은 형사소송법에 별도의 장을 두어 규정하되, 세부적인 시행사항은 대통령령이나 법무부령에서 규율하는 형식으로, 규정체계의 변경을 기하는 것이 적절하다.

## 2. 불기소 주문의 정리

### 가. 주문의 유형

일반검사가 수사를 마친 사건에 대하여 기소하지 않는 경우는 대략 다음과 같은 3가지 유형으로 구분할 수 있다<sup>26)</sup>. 첫째 국가의 공소기관인 검사에게 공소권이 없는 경우이다. 해당 혐의자가 사망하였거나 공소시효가 완성된 것이 명백한 경우 등이 이에 해당한다. 자세한 경우들은 약하거니와 이러한 사유들이 있으면 국가의 공소권이 배제되며, 소송을 중심으로 논할 경우 보편적으로 이들은 소송조건이 결여된 경우라고 칭한다. 다음으로 범죄

24) 형사소송법에 그 종류와 개념내용을 규정함이 적절하다는 주장은 조상제, 앞의 논문, 603면 ; 문채규, “검사의 부당한 불기소처분에 대한 법적 통제와 기소권의주의의 미래” 안암법학 6권, 1997, 77면. 그 밖에 같은 취지로 김정환, 앞의 논문, 44면.

25) 독일의 법명이 Strafverfahrensrecht로 되어 있는 것이나 영미에서 이를 criminal procedure law라고 하듯이 보편적인 기본법의 명칭은 형사절차법이다.

26) 앞에서 불기소의 경우를 5가지로 구분하는 견해(福井 厚, 앞의 책, 178면)도 있으나 이는 위 3가지 유형을 다시 세분한 경우로 필자의 견해와 큰 차이는 없다.

가 성립하지 않는 경우이다. 우리는 영미와 달리<sup>27)</sup> 범죄의 성립을 구성요건에 해당하고 위법성, 책임을 구비한 경우로 이해하며 그 판단을 순차적으로 하는 독일법제를 취하고 있다. 그 당부는 약하거니와 어쨌든 우리가 취하는 범죄구성논리에 의하면 범죄가 성립하지 않는 것은 구성요건에 해당하지 않거나 위법성, 책임이 조각되는 경우를 의미한다.

마지막으로 공소권이 있고 범죄도 성립하나 형사소송법에 의한 기소편의주의를 적용하여 검사가 처벌의 필요성이 없다고 판단하는 경우이다. 그 외에 ‘증거불충분’이라는 규칙상의 주문유형도 상정할 수 있으나 이에 대해서는 아래에서 자세히 그 의미와 체계를 정리하고자 한다.

결국 이와 같은 사유들이 불기소 요건에 해당하며, 그 개념과 주문의 유형, 내용들도 이에 맞추어 정리함이 상당하나 검찰사건사무규칙과 이에 따른 실무 관행은 달리 운영되어 왔다.

## 나. 주문의 정리 방안

### (1) 용어의 정리

여기에서 이들을 개선하기 위한 몇 가지 관점과 의견을 제시하고자 한다. 우선 검찰사건사무규칙 제3장의 제목이 ‘사건

의 처리’라고 되어 있는데 이 용어가 적절한지를 검토한다. 사건을 처리한다는 것은 사건을 객관적으로 결정한다는 것보다 검찰의 입장에서 배당된 사건을 처리한다는 의미가 강하다<sup>28)29)</sup>. 개개 검사는 검찰에 접수되어 배당받은 사건을 처리하는 것일지 모르나 사건의 관련자들은 피해자인 피의자인 검사의 기소여부의 결정을 검사의 해당 사건에 관한 처분으로 이해하는 만큼 그 용어를 객관적인 입장에서 정리함이 옳다. 사건을 처리한다는 것보다는 검사의 ‘처분’ 또는 ‘결정’이라는 제목으로 변경할 필요가 있고, 이 경우 ‘처분’보다는 ‘결정’이라는 용어가 사법적 결정의 의미와 가치를 반영하는, 보다 적절한 것으로 생각된다. 아울러 앞에서 언급한 바와 같이 검사의 결정을 오래 전부터 ‘사건종결처분’이라고 잘못 이해하여 개념을 설정한 형사법 관련 교과서의 용어들도 다시 정리할 필요가 있다<sup>30)</sup>.

### (2) 공소권없음

다음으로 불기소의 유형과 내용에 대하여 본다. 규칙에서는 불기소의 주문으로 ‘기소유예’, ‘혐의없음(범죄인정안됨, 증거불충분)’, ‘죄가안됨’, ‘공소권없음’, ‘각하’

27) 영미에서는 주지하다시피 범죄의 성립에 있어서 필요한 몇 가지 조건들을 나열하고, 반대로 혐의자의 항변사유들을 대칭적으로 나열하면서 검사 측의 case와 피고인의 case로 구분하고 이들의 성립여부를 순서 없이 판단한다. 사법연수원, 미국형사법, 2007, 42면 이하.

28) 이러한 용례는 법무부의 다른 문헌에서도 쉽게 볼 수 있다. 예컨대, 법무연수원, 앞의 책, 255면 등의 “범죄의 처리”가 그러하다.

29) 검사의 사건처리라는 용어는 일본에서도 자주 사용되고 있다. 예컨대, 福井 厚, 앞의 책, 172면; 寺岐嘉博, 앞의 책, 85면 등.

30) 이러한 용례는 앞의 주 4) 등 참조.

로 구분하고 그 내용을 구체적으로 적시하고 있다(제69조 제3항 제1호제5호). 한편 ‘공소보류’는 불기소와 달리 제5절에서 별도로 규정하고 있는바, 이들을 포괄하여 문제와 개선방안을 검토한다. 우선 ‘공소권없음’에 대하여 본다. 국가기관인 검사가 행사하는 공소권의 본질에 대해서는 여러 가지 견해들이 있으나<sup>31)</sup> 실체판결을 청구하는 권한으로 봄이 적절하다. 그런데 사건을 수사하기 전이나 수사를 하는 과정에서 공소권이 없는 것으로 명백히 확인된 경우들이 있다. 이 경우 검사가 실체를 확인하기 위해 필요한 수사를 더 하는 경우도 있으나 대개는 수사를 종결하고 사건을 불기소한다. 이 경우의 주문은 ‘공소권없음’이 적절하다. 소송의 국면에서는 이러한 사유들을 실체판단에 들어가기 위한 전제조건으로 이해하며 이러한 취지에서 주문을 ‘소송조건결여’라고 정리하는 것이 타당하다는 견해<sup>32)</sup>가 있고, 실제 일본에서는 이러한 용어를 사용하고 있다<sup>33)</sup>. 그 함의는 거의 같으나 공소관인 검사가 내리는 불기소라는 측면에서, 소송의 국면에서 판사가 행하는 ‘소송조건결여’라는 용어보다 공소권이 없다는 의미를 주문으로 정하는 것이 적절하다고 판단된다.

31) 예컨대, 추상적 공소권설, 구체적 공소권설, 실체판결청구권설, 공소권이론 무용론, 개연성설(절충설) 등이 그것이나, 이들은 실제 문제와 관련된 것이라기보다 이론적 논의에 가깝다. 자세한 것은 이재상, 앞의 책, 340면 이하 등 참조.

32) 김정환, 앞의 논문, 52면.

33) 司法研修所檢察教官室編, 앞의 책, 54면.

### (3) 혐의없음

다음 범죄가 성립하지 않는 경우에 관한 내용과 주문의 형식을 본다. 미국처럼 범죄의 성립을 순차 판단하지 아니하고 병렬적인 항변사유로 볼 경우 우리나라 독일처럼 그 판단이 복잡하지는 않다. 그러나 우리는 범죄성립을 위한 요소들을 셋으로 나누고 이를 순차적으로 판단하는 독일식의 범죄체계론에 따라 구성요건에 해당하는지, 위법성, 책임의 조각사유가 존재하는 지를 순차 판단하게 된다. 그 결과 3가지 중 하나만 존재하지 않더라도 범죄는 성립하지 않게 되고 이 경우 혐의자를 기소할 수 없음은 명백하다. 이 경우 검사의 결정주문을 어떻게 할 것인가를 본다. 현행 규칙에서는 이를 구성요건이 결여된 경우의 ‘혐의없음’과 위법성, 책임조각사유가 존재하는 경우의 ‘죄가안됨’으로 구분하고 있으나 이는 정리가 필요하다.

우선 ‘혐의없음’에 관해 규칙 제69조 제3항 제2호에서는 이를 ‘범죄인정안됨’과 ‘증거불충분’의 두 가지로 구분하면서 먼저 ‘범죄인정안됨’의 예로 피의사실이 범죄를 구성하지 아니하는 경우를 예로 들고 있다. 이는 고소사실이나 경찰에서 인지한 범죄사실이 구성요건에 해당하지 아니하는 경우를 상정한 것으로 이해된다. 이런 경우는 실무상 거의 없으나 예컨대, 고소인의 고소내용이 진실이라고 하더라도 이에 해당하는 범죄구성요건이 존재하지 아니하는 경우일 것이다. 이 경우 범죄는 성립하지 아니하므로 이를 불기소함은 타당하다. 다음으로 후단에서 피의사실이

인정되지 아니하는 경우를 ‘범죄인정안됨’의 예로 적시하고 있는데 이는 어떤 경우에 해당하는 것인지 명백하지 않다. 고소인이 범죄구성요건에 해당하는 범죄사실을 들어 타인을 고소하였으나 그 사실의 존재가 전혀 인정되지 아니하는 경우를 의미하는 것으로 보이거나 그렇다면 나뉘어 정하고 있는 ‘증거불충분’의 경우와 어떻게 다른 것인지 그 한계를 정하기 어려우며 이를 정리할 필요가 있다.

#### (4) 죄가안됨

다음으로 같은 제3호의 ‘죄가안됨’은 피의사실이 범죄구성요건에 해당하나 법률상 범죄의 성립을 조각하는 사유가 있어 범죄를 구성하지 아니하는 경우라고 설명하고 있는데, 우선 ‘죄가 안됨’과 위 제2호가목의 ‘범죄인정안됨’의 의미의 차이와 한계를 굳이 구분할 수 없는 것은 아니나 일반인이나 전문가들에게 명확하지 않음을 지적하지 않을 수 없다. 두 경우 모두 범죄가 성립하지 않는다는 것이나 그 내용이 구성요건에 해당하지 아니하는 경우인가, 위법성 또는 책임조각사유가 존재하는가의 차이일 뿐으로 이를 구분할 실익이 거의 없다. 어차피 범죄의 성립은 구성요건에 해당하고 위법성, 책임이 존재하는 경우이고 어느 한 가지만 결여되면 범죄의 성립은 없다. 이를 구성요건해당성이 없는 경우와 위법성, 책임조각의 경우로 구분할 필요가 없을 뿐 아니라 굳이 구분하자면 위법성조각과 책임조각을 나누어 왜 셋으로 주문을 구분하지 않는지에 대한 설명도 어렵다. 실무상 위법

성조각사유와 책임조각사유의 존재로 인하여 ‘죄가안됨’ 결정을 하는 경우는 흔하지 않다<sup>34)</sup>.

따라서 이들을 나누어 별개의 주문으로 결정하기보다는 하나의 주문, 즉 ‘범죄불성립’ 또는 ‘범죄가 성립되지 아니함’으로 하는 것이 적절하다.

#### (5) 증거불충분

다음으로 ‘혐의없음’의 한 유형으로 규정되어 있는 ‘증거불충분’에 대하여 본다. 우리가 가진 이념적 기초에 의하면 형사사건의 수사과 처리과정은 과거에 존재한 실제적 진실을 증거에 의하여 그대로 재현해 내는 과정이다. 그 과정에서 대부분 사건 관계자들은 은폐와 왜곡을 하게 마련이고 결국 증거수집의 과정에서 기소 여부가 판가름 나며 검사는 결정에 앞서 증거 판단을 필연적으로 하게 된다. 실무적으로는 과거의 사실이 구성요건에 해당하는지, 특히 혐의자의 범죄의사가 존재하는지가 핵심이며, 위법성조각이나 책임조각을 주장하는 경우가 드물게 있으나 형사미성년자 등 명백한 경우 이외에는 그 전제사실의 유무, 혐의자의 주관적 요건 등이 증거에 의하여 가려지게 된다. 그런 만큼 ‘증거불충분’이란 ‘혐의없음’의 유형에만 아니라 ‘죄가안됨’에도 해당될 수 있으며, 형사절차에서 입증책임은 검사에게 전적으로 있는 만

34) 앞의 법무연수원, 범죄백서 에 의하면, 불기소 중 ‘죄가안됨’ 결정이 있는 경우는 2016년의 0.3%를 비롯하여 0.2~0.3%의 수준을 보이고 있을 뿐이며, 이 중 대다수는 형사미성년자나 심신상실자이다.

큼 어떤 항변에 대해서도 증거가 불충분한 경우 불기소의 결정을 할 수 밖에 없으나, 다만 실무상 가장 많은 부분이 혐의자의 범의 입증에 실패한 경우라는 것일 뿐이다.

또 한 가지 지적하고자 하는 것은 검사가 기소여부를 결정함에 있어서 필요한 혐의 입증의 정도이다. 우리는 2008년 형사소송법의 개정으로 그 이전부터 유지되어 온 유죄판결의 입증정도를 명문화하였다(제307조 제2항). 곧 미국판례의 이론으로 확립되어 온 ‘합리적 의심의 배제(beyond reasonable doubt)’의 원칙이다. 그러면 검사가 기소여부를 결정함에 있어서 어떤 정도의 혐의입증을 요하는가. 교과서적으로는 유죄판결을 받을 수 있다고 판단하는 경우라거나<sup>35)</sup> 객관적 혐의가 충분한 경우(이른바, 고도의 가능성) 등으로 간략히 언급하고 있을 뿐이다<sup>36)</sup>. 미국에서는 주지하는 바와 같이 원칙적으로 ‘상당한 근거(probable cause)’가 기소에 필요한 혐의 입증의 정도이다<sup>37)</sup>. 이는 형사문제에 대

한 국가관여 배제라는 영미의 대원칙을 따라 검사나 경찰관이 강력한 공판 전 수사 권한을 가지지 못하도록 하고 이들은 국가기관이 아니며, 일반인들로 이루어진 배심으로 하여금 ‘사실확인자(fact-finder)’로 기능하도록 공판절차를 조직하여 그 절차에서 비로소 사실관계를 심리하도록 체계화되어 있기 때문이다. 그러므로 영미공판에서의 무죄율은 현격히 높을 수밖에 없다<sup>38)</sup>. 그러면 우리의 학자들은 공소제기 시 의협의 입증의 정도를 상당한 근거라고 보는가, 대체적으로 이는 아닌 것으로 보인다. 그러면 유죄판결을 얻을 개연성이란 도대체 합리적 의심의 배제와 어떻게 다르며, 그 정도는 얼마나 부족한 것인가, 자세한 설명을 확인할 수 없다. 당연하다. 실무와 동떨어진 논리이며 법체계와도 맞지 않기 때문이다. 검사는 무죄의 가능성, 즉 합리적 의심이 있다고 판단될 경우 기소해서는 안 된다. 이것이 형사소송법의 정신이고 우리가 취하는 국가소추주의의 한 축이다. 검사가 합리적 의심이 존재하나 일단 기소해 놓고 법정에서 가려보되 무죄면 할 수 없다는 식으로 업무를 행하게 되면 형사사법의 정의는 훼손되고 그로 인해 피해를 입는 사람이 생길 수밖에 없다. 이러한 취지는 국가기관인 검사와 경찰에 강제수사를 비롯하여 실제적 진실발견의 많은 권한과 책임을 부여하고 국가관청인 검사에게 소추여부의 결정을 맡긴 취지와 부합하지 않을 뿐 아니라 합리적 의심의 배제를

35) 이재상, 앞의 책, 339면.

36) 이은모, 형사소송법 제2판, 2011, 338면 등.

37) 이는 미국 연방 수정헌법 제4조에서 비롯된 것으로, 미 연방대법원은 *Bringer v. United States*, 361 U. S. 98(1959)등에서 이 원칙은 불심검문의 근거가 되는 합리적 의심(reasonable suspicion)보다는 강하나, 합리적 의심의 배제보다는 약하다고 정리한 바 있으며, Carmen 교수는 이는 50%의 혐의입증에 못 미친다고 설명한다. *Ronaldo V. Del Carmen*, *American Criminal Procedure* (김성돈 역), 법무부, 2000, 122, 135면.

38) 표성수, 앞의 책, 293~294면. 면소 등을 포함한 기각율은 20% 내외에 이른다.

증거법상 대원칙으로 선언한 형사소송법과도 맞지 아니한다. 그런 만큼 합리적 의심이 남는 사건에 대해서 검사는 그 의심이 배제될 때까지 수사를 계속하여야 하고 최선을 다하여 수사한 결과 합리적 의심이 없는 사건만을 기소하여야 한다<sup>39)40)</sup>.

다시 본고의 논점으로 돌아와 불기소유형의 하나로 규정된 ‘증거불충분’에 대하여 본다. ‘증거불충분’은 구성요건 해당성, 특히 혐의자의 고의 문제뿐 아니라 ‘죄가 안됨’의 영역에서도 발생할 수 있으며, 그런 만큼 이를 ‘혐의없음’의 한 유형으로 설정할 것은 이론적으로 타당하지 않다. 따라서 이를 ‘혐의없음’의 한 유형으로 규정할 것은 문제가 있으나 실무상 대부분 ‘혐의없음’, 특히 혐의자의 범의입증문제에서 발생하는 만큼 이를 실무가들이 ‘혐의없음’의 한 유형으로 정해두고, 피의자, 고소인 등에 대한 불기소결정의 설득력을 제고하기 위해 새로운 운영을 시도한 것으로 보인다. 한편 앞에서 본 바와 같이 우리 형사소송법이 고도의 입증정도를 유죄판정의 요건으로 정리하고 있는 만큼 합리적 의심이 남는 경우는 소송법적으로는 범죄가 성

립하지 않는 것과 다름이 없다. 결론적으로 이는 독자적인 불기소사유로 보기 어렵고 불기소의 이유판단에서 그 취지를 밝히는 것이 원칙이나, 많은 실무사건을 처리하는 검찰의 입장에서는 명백히 구성요건에 해당하지 않거나 위법성, 책임조각사유가 존재하는 경우와 유죄판결을 획득하기에 충분한 증거가 없는 경우를 구분하는 것이 현실적이라고 판단한 점과 당사자들에 대한 설득 및 검사결정의 신뢰를 제고한다는 측면에서 추가된 ‘증거불충분’이라는 주문을 현재와 같이 유지하는 것을 굳이 반대할 의사는 없다<sup>41)</sup>.

### (6) 기소유예

다음으로 ‘기소유예’에 대하여 본다. 우리 형사소송법은 기소편의주의를 원칙적으로 채택하면서 기소유예의 요건과 내용을 규정하고 있다.

따라서 주문의 용어와 내용은 적절하며, 실제 기소유예의 처분도 상당한 비율에 이른다<sup>42)43)</sup>. 다만 그 요건에 있어서는 검

39) 같은 취지로, 사법연수원, 검찰실무 I, 2011, 72~73면.

40) 이 점을 자세히 설명하는 교과서를 찾기 어려운 점은 우리 형사절차가 시행된 지 수십년이 지난 현재 이해하기 어렵다. 다만, 이를 논문에서 밝힌 경우는 김정한, 앞의 논문, 49면의 각주 19)로, 유죄판결 청구권설에 의하면 합리적 의심의 배제임이 타당하고, 개연성설에 의하면, 유죄가 선고될 개연성이 높은 정도면 족할 것이라는 정도로 설명하고 있다.

41) 김정한, 위 논문, 49면에서는 피의자의 법 감정이나 인권보호의 측면뿐만 아니라 무고성립가능성, 향후 재기수사가가능성 등을 고려하여 2005년 이와 같이 ‘증거불충분’을 주문으로 추가한 것을 긍정적으로 평가하고 있다.

42) 범무연수원, 앞의 책, 272면에 의하면, 2007년부터 2016년까지 10년간 기소유예는 불기소의 약 30%에 이른다.

43) 한편, 기소강제주의를 원칙으로 하고 있는 독일의 경우 기소유예가 더 많이 활용되고 있다는 통계는 조상제, 앞의 논문, 597면 주8) 참조.

찰내부의 구체적인 정리가 필요하다. 편의주의란 자의적인 판단을 의미하는 것이 아니라 구체적이고 공정한 기준하에서 이루어지는 기소합리주의를 의미하기 때문이다<sup>44)</sup>. 이와 관련하여 국가보안법에서 규정하고 있는 ‘공소보류’제도에 관하여 간략히 언급하고자 한다. 국가보안법은 국체와 자유민주체제를 수호하기 위하여 필요한 특별법이나 개별 규정은 물론 전체 법률의 개폐를 둘러싸고 오랜 정치적 논쟁이 있어 온 분야이다. 이론적으로 ‘공소보류’는 ‘기소유예’의 한 유형으로 봄이 타당하며, 다만 그 이후의 관리 등 부수적 절차를 위해 별도의 규정을 별도로 두고 있을 뿐이다(국가보안법 제20조 제2항). 따라서 특별법에 규정되어 있다고 하여 기소유예와 다른 ‘공소보류’제도를 별도로 둘 필요가 있을 것인지에 대해서는 신중한 검토가 필요하나 이 점은 국가보안법 전체의 개폐문제와 직결되어 있는 만큼 더 이상의 논의는 약하고자 한다.

### (7) 각하

마지막으로 ‘각하’제도에 대하여 본다. 이는 1996년 고소, 고발사건의 남용을 억제하고 명백한 불기소 사건 등을 간략하게 처리하기 위해 신설한 불기소의 유형이나<sup>45)</sup>, 법체계상 몇 가지 문제를 가지고 있다. 우선 ‘각하’의 요건을 보면, 매우 다양한 유

형을 포괄적으로 나열하고 그 명의로 한꺼번에 이를 포섭하고 있어 불합리하다는 점을 지적하지 않을 수 없다. ‘혐의없음’, ‘공소권없음’, ‘기소중지’나 ‘참고인중지’에 해당하는 것들을 망라하여 ‘각하’라는 용어의 불기소의 유형을 제정한 것은 형법 체계와 맞지 않으며 검찰사건처리의 편의를 우선시한 것으로 비판받을 여지가 없지 않다. 검사의 사건결정은 이와 같이 편의성을 우선시할 정도로 결코 가벼운 것이 아니며 그런 만큼 이러한 혼합형의 불기소주문을 만들어 운영하는 것은 적절치 않다. 검사들의 사건 부담이나 남고소, 고발의 경향을 고려한 것을 모르는 바 아니나 이러한 요인들로 검사의 사건결정의 합리성과 법체계의 적합성을 상쇄할 수는 없다. 따라서 원칙적으로는 규칙에서 정한 다양한 유형들은 원래대로 환원하여 처리함이 옳다. 굳이 무익한 사건에 대해 정식의 수사와 결정을 하는 것이 부적절한 경우가 없지 않고 이것들을 사전에 걸러낼 필요성이 있다면 민사절차에서와 같이 소장각하제도를 형사절차에도 도입할 법적 근거를 마련한 후 이를 토대로 간략히 처리함이 타당하다. 그렇지 아니하고 수사할 가치가 없다거나 남고소의 경향을 논거로 아예 검사가 절차진행을 거부한다면 사인소추주의를 이념으로 하는 미국에서의 간략한 검사의 종결형식이나 경찰의 독자적인 내사종결의 불합리성을 검찰 스스로 비판하기 어려울 것이다.

44) 이러한 이해가 다수 학자들의 견해이다. 배중대 등, 앞의 책, 240면.

45) 사법연수원, 앞의 책, 175면 ; 법무연수원, 앞의 책, 258면.

### 3. 불기소의 절차와 사후검증에 관하여

마지막으로 불기소의 절차 등을 본다. 규칙에서는 불기소할 경우의 결정서 작성의 형식을 규정하고 있다(제69조). 큰 형식적 하자가 있다고 보지는 않으나 몇 가지 문제를 지적하고자 한다. 우선 위에서 본 바와 같이 검사의 불기소 결정이 가지는 가치를 고려하면 이러한 결정서는 법률로 큰 틀을 정리함이 옳다. 그런 다음 세부적인 사항을 하위 법규에서 정하여야 한다. 그 체계는 판결에서와 같이 주문과 이유로 나누어 주문은 위에서 지적한 바를 참고로 하되, 이유에서는 송치되거나 인정한 혐의사실을 기재하고 수사에서 현출된 증거와 이를 토대한 한 법률적 판단을 기재한 후 주문에 이른 결론을 정리하도록 체계화되어야 한다. 앞에서 지적한 바와 같이 간단하거나 정형적인 사건에서 약식으로 불기소결정서를 작성하도록 한 것은 재고되어야 한다. 아무리 간략한 사건이라도 관련자들의 권리와 이해관계, 검사결정의 가치를 고려할 때 상업 용지처럼 인쇄된 항목에 체크하는 것으로 형사사건을 종결하는 것은 바람직하지 못하다. 아울러 많은 개선이 있는 것으로 알고 있으나 사법경찰관의 의견서를 원용하는 경우 또한 가급적 자제하여야 한다.

또한 검사의 불기소 결정과 관련하여 지적되어 온 국민적 비판을 을 고려하여<sup>46)</sup>,

46) 이러한 비판은 학자들에 의해 다수 제기 되었으므로 굳이 모두를 소개할 필요를 느끼지 않는다. 예로, 문채규, 앞의 논문, 49면 등.

이를 통제하기 위한 몇 가지 개선의견을 제시하고자 한다. 그 동안 이 부분에 대한 여러 가지 의견이 제시되었으며<sup>47)</sup> 이는 대부분 타당하나 우선 그 절차와 과정을 명확히 하기 위해 내부적인 의사결정과정을 정식의 문서로 작성하여 보관할 필요가 있다. 검사는 독립의 국가기관인 만큼 내부적인 의견조정 과정을 사건당사자에게 공개할 필요까지는 없으나, 내부 규정에 따라 결재의 절차가 존재하는 만큼<sup>48)</sup> 수사검사의 의견과 상부의 의견이 서로 다른 경우 이를 조정한 과정을 문서로 작성하여 각자가 서명하고, 이를 내부감사나 외부감찰에 대비하여 보관함으로써 책임의 소재를 명백히 하고 절차의 민주성과 합리성을 제고할 필요가 있다<sup>49)</sup>. 다소 번거롭고 내부비밀이 유지되지 못하는 데 대한 거부감이 당연히 있을 것이나 검찰에 대한 국민적 비판의 핵심은 이러한 과정에서 사법정의를 훼손되고 검찰결정의 합리성이 왜곡되었다는 데 있다는 점을 상기할 필요가 있으며, 이는 기소결정이나 불

47) 예컨대, 윤영철/이창수, “국민의 직접 참여를 통한 검찰 기소권의 효과적인 통제 방안에 관한 고찰” 법학연구 제27권 제3호, 충남대학교 법학연구소, 2016. 12., 231면에서 사전적 통제방안으로서 국민 참여 기소심사제도와 사후적 통제방안으로서 국민참여 불기소처분제도의 도입을 주장하는 것 등이 그러하다.

48) 고경희/이진국, 앞의 책, 14면.

49) 이 점에 관해, 문채규, 앞의 논문, 76면에서는 결재의 기준을 투명화, 객관화할 필요가 있다고 주장하며, 이는 필자의 논지와 크게 다르지 않다.



기소결정 모두에 적용됨이 타당하다. 다음으로 현재 불기소결정에 대해서는 사법심사, 즉 재정신청의 가능성이 확대되어 있으나 여전히 중요한 사건의 불기소가 검찰내부에서의 폐쇄적인 절차만으로 확정된다는 비판이 없지 않다<sup>50)</sup>. 고소취소 등의 사정이 있으면 모르나 그렇지 않다면 거의 모든 불기소결정을 사법심사의 대상으로 하는 것은 검찰결정의 투명성과 합리성을 제고하는 한편, 국민적 신뢰를 회복하는 중요한 절차적 개선이 될 것으로 믿는다<sup>51)</sup>.

## V. 결 언

검사의 불기소 결정은 몇몇 실무가나 학자들이 언급한 적이 있을 뿐 자세히 다룬 경우를 찾기 어려운 영역이었다. 학문적으로나 실무적으로 이 문제를 논의하고 개선의견의 제시가 부족하였던 주된 이유는 이것이 검찰내부의 실무영역으로 여겨져 관심이 소홀하였던 것에 있었다고 생각된다. 그러나 검사의 불기소결정은 기소와 함께 국가의 이름으로 행해지는 형사사건의 처분이라는 점에서 그 중요성을

결코 간과해서는 안 되며 따라서 그 절차와 내용, 사후검증 등을 철저히 체계화하고 실무적으로 이행할 필요가 있다. 그런 점에서 종래 이 문제를 법무부의령으로 다룬 점을 우선 개선하여 형사소송법 등 국회의 입법과정을 거쳐 정리해야 하고, 그 내용과 절차에 있어서 부적절한 부분이 적지 않았음에도 실무관행으로 여겨져 그대로 방치되어 온 점도 국회의 충분한 논의를 거쳐 개선되어야 한다. 나아가 여전히 많은 부분에서 불기소의 결정이 검찰내부에서 종국 처리되는 점 또한 결정의 정당성과 이에 대한 국민적 신뢰를 제고하기 위해 재정신청 대상의 확대 등을 통해 과감히 바로잡을 필요가 있다. 향후 이 문제에 대한 더 많은 논의와 개선의견을 기대한다.

(위의 논문은 이에 관심있는 독자들을 위하여 『인권과 정의』 11월호(통권 477호)에 게재된 글로써 저자의 동의를 얻어 게재합니다)

50) 고경희/이진국, 앞의 책, 15면, 문채규, 앞의 논문, 64면에서의 지적도 현재의 통제장치의 실효성이 뒤떨어진다는 점에 있고 이는 일부 타당하다.

51) 같은 취지로, 심재무, “검사의 불기소처분에 대한 불복제도 개선방안” 비교형사법연구 제5권 제1호, 2003., 302면; 김태명, “다시 개정되어야 할 재정신청제도” 형사정책연구 제21권 제2호, 한국형사정책연구원, 2010, 107면 이하