

기소가 제한된 범죄에 대한 수사 가능성과 한계

양 천 수*

목차

I. 서론	IV. 기소가 제한된 범죄에 대한 수사의 가능성과 한계
II. 기소의 기본원리	V. 맺음말
III. 고소·고발 전 수사의 적법성 논의	

I 국문초록 I

형사절차는 크게 수사절차와 공판절차로 구성된다. 수사절차는 기소를 통해 공판절차로 전환된다. 그 점에서 검사에 의해 이루어지는 기소는 중요한 의미를 지닌다. 그런데 특정한 경우에는 검사가 기소를 하는 것이 제약된다. 공소시효가 만료한 경우나 피해자 혹은 전속고발인이 고소 또는 고발을 해야만 기소를 할 수 있는 경우가 바로 이러한 예에 해당한다. 특정 범죄에 대해 검사가 기소를 할 수 없다는 것은 그 범죄에 대해 형사재판을 진행시킬 수 없다는 것을 뜻한다. 여기서 다음과 같은 문제가 등장한다. 여러 사정으로 기소가 제약되는 경우에 수사기관은 해당 범죄를 수사할 수

* 영남대학교 법학전문대학원 교수·법학박사

논문접수일 : 2020. 6. 26., 심사개시일: 2020. 8. 3., 게재확정일 : 2020. 8. 18.
이 글은 2019년 12월 9일 월요일 동의대학교에서 개최된 영남형사판례연구회에서 필자가 발표한 글을 수정 및 보완한 것입니다. 그날 필자의 글에 귀중한 토론을 해주신 모든 분들과 유익한 심사의견을 제시해 주신 익명의 심사위원 분들에게 감사인사를 드립니다.

있을까? 만약 수사할 수 있다면 그 구체적인 범위와 방법은 무엇일까? 이러한 문제의식에서 이 글은 기소가 제한된 범죄를 수사할 수 있는지, 만약 가능하다면 그 범위와 한계는 어디까지인지의 문제를 다룬다. 이를 위해 이 글은 형사소송법학의 논의뿐만 아니라 법사회학 및 법학방법론의 관점 역시 원용한다. 이를 통해 이 글은 다음과 같은 결론을 이끌어낸다. 먼저 기소가 제한된 범죄에 대해서도 기소가 가능하지 않다는 점이 확실한 경우를 제외하고는 원칙적으로 수사가 가능하다고 보아야 한다. 이 점에서 이 글은 제한적 허용설을 지지한다. 다만 이를 원칙으로 하면서도 각 친고죄 범죄가 지닌 다원적 성격을 감안할 필요가 있다고 주장한다. 이는 특히 친고죄 범죄에 대해 강제수사를 할 때 고려되어야 한다. 그러나 극히 예외적인 경우에는 기소가 객관적으로 불가능한 경우에도 수사가 가능하다고 주장한다. 예를 들어 공소시효가 만료되어 기소가 불가능한 경우에도 중대한 범죄의 경우에는 진실을 밝힌다는 측면에서 그리고 시민들의 알권리를 충족시킨다는 측면에서 예외적으로 수사가 가능하다고 주장한다. 다만 이 경우에는 임의수사만이 허용된다.

주제어 : 기소, 기소가 제한된 범죄, 기소가 제한된 범죄에 대한 수사 가능성, 친고죄 범죄의 다원성, 친고죄의 기능적 분화

I. 서론

형사절차는 크게 수사절차와 공판절차로 구성된다. 수사절차는 형사분쟁의 전제가 되는 범죄사실을 ‘조사’(investigation)하는 절차를 말한다.¹⁾ 이렇게 범죄사실을 조사하는 수사절차는 자기목적적

1) ‘搜查’를 한자 그대로 풀어서 말하면 ‘찾아서 조사함’의 뜻이 된다. 다만 우리나라에서 ‘수사’는 범죄를 찾아 조사한다는 의미로 한정되어 사용된다. 여기서 한자어 ‘搜’는 우리나라에서는 일상용어로 잘 사용되지 않는 편이지만, 일본에서는

인 과정은 아니다.²⁾ 수사절차는 특정한 목적을 지향한다. 그것은 기소를 통해 수사절차에서 조사한 범죄사실을 형사재판상 진실로 확인한 후 이에 따라 범죄자에게 그에 합당한 형벌을 부과하도록 하는 것을 말한다. 이렇게 수사절차가 범죄사실 확정 및 형벌부과로 이어지기 위해서는 기소, 즉 ‘공소제기’라는 과정을 거쳐야 한다.³⁾ 기소가 이루어지지 않으면 수사절차가 공판절차로 전환될 수 없다. 이처럼 기소는 형사절차의 법적 성질을 수사절차에서 공판절차로 바꾼다는 점에서 아주 중요한 과정이라 말할 수 있다. 바로 이러한 근거에서 우리 형사소송법은 기소에 관한 권한을 원칙적으로 검사에게만 인정한다.⁴⁾ 검사가 법률전문가이자 공익의 대변자라는 점을 고려한 것이다.

그런데 특정한 경우에는 여러 사정으로 범죄사실에 관해 검사가 기소를 하는 것이 제약되는 때가 있다. 공소시효가 만료한 경우나 피해자 혹은 전속고발인이 고소 또는 고발을 해야만 기소를 할 수 있는 경우가 바로 이러한 예에 해당한다. 특정 범죄에 대해 검사가 기소를 할 수 없다는 것은 그 범죄에 대해 형사재판을 진행시킬 수

찾다(搜す: 사가스(さがす))는 의미의 일상용어로 사용된다.

- 2) 그렇지만 최근 화성연쇄살인사건의 진범으로 밝혀져 이슈가 된 이춘재 사건이 시사하는 것처럼, 시민들의 중요한 관심사가 된 범죄사실 그 자체를 밝히고 이를 통해 시민의 알권리를 충족시킨다는 측면에서 수사의 필요성을 논증하는 경우도 없지 않다. 이러한 수사가 기소로 연결되지 못하는 점이 분명한데도 말이다.
- 3) 이 글에서는 ‘기소’로 지칭하도록 한다.
- 4) 다만 이에 대한 예외가 없지는 않다. 예를 들어 즉결심판 사건에서는 관할경찰서장 또는 관할해양경찰서장이 관할법원에 즉결심판을 청구할 수 있다(즉결심판에 관한 절차법 제3조 제1항). 하지만 이러한 즉결심판 청구를 기소 개념에 포함시킬 수 있을지에는 의문이 없지 않다. 왜냐하면 기소에서 말하는 ‘소(訴)’는 정식재판을 염두에 둔 개념으로 볼 수 있기 때문이다. 이외에도 고위공직자범죄수사처가 신설되면 고위공직자수사처도 예외적으로 고위공직자가 직무상 범한 범죄에 대한 기소권한을 갖게 된다.

도 없고, 더 나아가 이에 대해 유죄판결을 내릴 수도, 형벌을 부과할 수도 없다는 것을 뜻한다. 여기서 다음과 같은 문제가 등장한다. 이렇게 여러 사정으로 기소가 제약되는 경우에 수사기관은 해당 범죄를 과연 수사할 수 있을까? 만약 수사할 수 있다면 그 구체적인 범위와 방법은 과연 무엇일까? 이러한 문제는 그 동안 친고죄 범죄에 대한 고소·전속고발이 이루어지기 전 수사의 적법성 문제로 주로 논의되었다. 그런데 최근에는 화성연쇄살인사건의 유력한 용의자로 지목된 이춘재 사건이 보여주는 것처럼, 공소시효가 만료되어 기소가 불가능한 범죄사건에 대해서도 수사가 가능한지, 만약 가능하다면 그 범위는 어디까지인지가 논란이 되기도 하였다. 종전과는 다른 새로운 문제 상황이 등장한 것이다. 이러한 상황에서 이 글은 기소가 제한된 범죄를 수사할 수 있는지, 만약 그렇다면 그 범위와 한계는 어디까지인지의 문제를 다루고자 한다. 이를 위해 이 글은 이러한 문제에 관해 전개된 형사소송법학의 논의뿐만 아니라 법사회학 및 법학방법론의 관점 역시 원용하고자 한다.

Ⅱ. 기소의 기본원리

논의의 출발점으로서 기소, 즉 공소제기에 관해 우리 형사소송법이 채택하는 기본원리를 검토하면서 여기에 어떤 이론적 의미가 있는지 살펴본다.

1. 기소독점주의

우리 형사소송법에 따르면 기소는 원칙적으로 검사가 독점한다.⁵⁾

수사는 검사가 지휘한다는 점, 검사는 법률전문가라는 점 그리고 검사는 공익을 대변하는 국가기관이라는 점 등을 근거로 한다.⁶⁾ 이러한 기소독점주의에서 두 가지 의미를 읽어낼 수 있다. 직권주의와 탄핵주의가 그것이다.⁷⁾ 첫째, 기소는 검사로 대변되는 국가가 직접 수행한다. 여기에는 피해자와 같은 범죄 관련자가 개입할 여지는 없다. 이는 당사자에게 소제기에 관한 처분권을 인정하는 민사소송과 차이가 있다. 또한 몇몇 경우에 ‘사인에 의한 기소’(Privatklage)를 인정하는 독일 형사소송법과도 차이가 있다(§§ 374–394 StPO).⁸⁾ 기소에 관해서는 국가가 직권적으로 이를 수행하는 것이다.⁹⁾ 둘째, 기소는 사법부에 속하는 법원이 아닌 행정부에 속하는 검사가 수행한다. 법원과는 제도적·기능적으로 구별되는 검사가 당사자로서 피의자를 탄핵하기 위해 기소를 하는 것이다. 그 점에서 검사는 형사재판에서 피고인과 마찬가지로 당사자의 지위를 갖게 되고, 이를 통해 법원과 검사 사이에 견제와 균형이 이루어진다.¹⁰⁾

5) 물론 위의 주(4)가 보여주는 것처럼 이에 대해서는 예외가 없지 않다.

6) 다만 정치적 논란 끝에 ‘검·경 수사권 독립’이 제도적으로 구현되면서 수사는 검사가 지휘한다는 형사소송법의 원칙이 수정되었다. 2020년 2월 4일에 개정된 형사소송법 제195조 제1항에 따르면 “검사와 사법경찰관은 수사, 공소제기 및 공소유지에 관하여 서로 협력하여야 한다.”

7) 이렇게 우리 형사소송법은 한편으로는 직권주의를, 다른 한편으로는 탄핵주의를 채택하고 있다는 점에서 규문주의와 구별된다.

8) 이에 관해서는 Albin Eser, “Adversatorische und inquisitorische Verfahrensmodelle. Ein kritischer Vergleich mit Strukturalternativen”, in: Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr Kudratov (Hrsg.), *Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen adversatorischem und inquisitorischem Modell* (Frankfurt/M., 2014), S. 11–29 참고.

9) 그 점에서 우리 형사소송은 직권주의적 요소를 갖는다.

10) 그 점에서 우리 형사소송은 당사자주의적 요소도 갖는다. 이러한 까닭에서 우리 형사소송의 구조를 무엇으로 보아야 하는가에 관해 견해가 대립하는데, 이에 관해 판례는 ‘직권주의가 가미된 당사자주의’를 우리 형사소송이 채택하는 구조로 본다. 대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결 참고.

2. 기소편의주의

기소법정주의에 따라 검사에게 기소에 대한 재량권을 부여하지 않는 독일과는 달리 우리 형사소송법은 검사에게 기소에 대한 재량권을 인정한다.¹¹⁾ 이에 대한 예로서 기소유예처분을 들 수 있다. 이렇게 검사에게 기소에 대한 재량권을 인정하는 입법태도를 기소편의주의라고 부른다(형사소송법 제247조). 오늘날 기소편의주의는 여러모로 비판 대상이 되고 있지만, 법사회학의 관점에서 볼 때 다음과 같은 장점도 지닌다.¹²⁾ 형법규범과 사회현실 간의 괴리를 줄인다는 것이다. 이는 다음과 같이 논증할 수 있다.

현재 우리가 갖추고 있는 형사법체계는 우리 사회가 자발적으로 형성한 것은 아니다. 이는 우리가 일본을 통해 다소 비자발적으로 유럽, 그 중에서도 독일의 형사법체계를 계수한 것이다. 이로 인해 시간적인 측면, 이념적인 측면에서 형법규범과 사회현실 사이에 ‘비동시성’이 발생하였다.¹³⁾ 법사회학의 관점에서 볼 때, 법규범과 법현실 사이에 괴리가 발생한 것이다.¹⁴⁾ 자유주의를 지향하는 근대적인 형법규범과 유교적 공동체주의를 지향하는 전근대적인 사회현실 사이에 규범적 괴리가 나타났다. 이러한 문제는 두 가지 방식으로 해결이 모색되었다. 첫째는 사회현실에 부합하는 형법구성요건

11) 기소법정주의에 관해서는 독일 형사소송법 제152조 제2항 참고. 다만 독일 형사소송법도 제153조에서 경미한 범죄에 대해서는 소추를 면제하는 규정을 갖고 있다. 이 점에서 독일 형사소송법도 기소법정주의를 철저하게 관철하는 것이 아니라, 우리와 같은 기소편의주의의 요소를 일부 갖추고 있다고 말할 수 있다.

12) 많은 문헌을 대신하여 우선 문채규, “검사의 부당한 불기소처분에 대한 법적 통제와 기소편의주의의 미래”, 「안암법학」 제6호, 1997, 48-93면 참고.

13) 이에 관해서는 양천수, “한국 법체계에 대한 ‘비동시성의 동시성’ 테제”, 「법철학연구」 제10권 제2호, 2007, 269-296면 참고.

14) 이를 법문화의 측면에서 분석하는 김정오, 한국의 법문화: 인식·구조·변화, 나남출판, 2006 참고.

을 형법에 추가하는 것이다. 존속살해죄가 대표적인 예가 될 것이다.¹⁵⁾ 둘째는 형법규범과 사회현실의 괴리를 조정할 수 있는 제도적 장치를 형법 및 형사소송법에 도입하는 것이다.

여기서 두 번째 방안은 각각 형사소송법과 형법의 차원에서 다음과 같이 제도화되었다. 먼저 형사소송법의 측면에서 보면, 우리 형사소송법의 입법자는 기소편의주의를 도입함으로써 형법규범과 사회현실 사이의 괴리를 조정하고자 하였다. 더욱 세부적으로 말하면, 기소편의주의는 두 가지 기능을 수행한다. 첫째는 특정 범죄에 관해 국가가 우선적으로 개입하여 이를 처벌하기보다는 시민사회가 자율적으로 이에 관한 문제를 해결하도록 하는 것이다. 둘째는 이를 통해 형법규범과 사회현실 간의 비동시성 문제를 해소하는 것이다.

다음으로 형법 차원에서는 다음과 같은 방안이 도입되었다. 친고죄와 반의사불벌죄를 형법에 규정하는 것이다. 이를 통해 피해자가 소극적으로나마 검사가 전담하는 기소 과정에 참여할 수 있도록 하였다. 이러한 친고죄와 반의사불벌죄 모두 실체법의 측면에서 기소편의주의와 유사한 기능을 수행한다.

Ⅲ. 고소·고발 전 수사의 적법성 논의

기소가 제한된 범죄를 수사할 수 있는가 하는 문제는 주로 고소가 이루어지기 전에 친고죄 범죄를 수사할 수 있는지의 문제로 등장하였다. 이 문제는 흔히 ‘고소·고발 전 수사의 적법성’이라는 쟁점

15) 이를 지적하는 유기천, “한국문화와 형사책임: 법률학의 과학적 방법의 한 적용”, 유기천교수기념사업출판재단 (편), 자유사회의 법과 정의, 법문사, 2015, 97-129면 참고.

으로 논의되었다. 친고죄 범죄 또는 전속고발 범죄에서 고소권자나 전속고발권자가 고소 또는 고발을 하기 이전에도 수사기관이 수사를 할 수 있는지, 만약 수사가 가능하다면 그 범위는 어디까지인지가 문제가 되었다. 이것이 문제가 되는 이유는 이에 관해 형법 또는 형사소송법이 명확한 규정을 두고 있지 않기 때문이다. 이로 인해 형사소송법을 해석하거나 형성하는 과정에서 다양한 견해가 제시되었다.

1. 학설

이 문제에 관해서는 형사소송법학에서 크게 네 가지 견해가 주장되었다. 전면허용설, 전면부정설, 제한적 허용설, 예외적 허용설이 그것이다.¹⁶⁾

가. 전면허용설

전면허용설은 수사기관은 친고죄에 대해서도 피해자의 고소 여부와 상관없이 무제한적으로 수사를 할 수 있다고 말한다. 따라서 친고죄에 대해서 임의수사뿐만 아니라 강제수사 역시 할 수 있다고 본다.¹⁷⁾ 이러한 전면허용설은 다음과 같은 점을 근거로 한다. 친고죄는 소추조건, 즉 기소에 조건을 두는 범죄로서 수사와는 직접 관

16) 이에 관해서는 강동범, “친고죄에 있어 고소 전 수사의 허용 여부”, 형사판례연구 4, 박영사, 1996; 이용식, “친고죄에 있어 고소 전 수사의 허용 여부”, 형사판례의 연구: 이재상 교수 화갑기념 논문집 II, 박영사, 2004; 김동혁, 친고죄에 대한 고찰: 서울대 법학박사 학위논문, 2011, 161면 아래; 김경락, “친고죄에 있어 고소 전 수사의 허용여부”, 「법정논총」(중앙대) 제53집, 2004, 51-64면; 이재상, 형사소송법 기본판례, 박영사, 2013, 1-13면; 한국형사소송법학회 (편), 형사소송법 핵심판례 110선, 박영사, 2017, 2-3면(강동범 집필) 등 참고.

17) 이는 일본 최고재판소 및 독일의 다수설이 취하는 견해이다. 이재상, 앞의 책, 6면; 한국형사소송법학회 (편), 앞의 책, 2면.

련이 없다는 것이다. 이러한 주장은 수사절차와 기소절차가 구별된다는 점에 기반을 둔다. 수사절차와 기소절차는 개념적·내용적으로 구별되기에 기소를 제한하는 조건은 수사에는 영향을 미치지 않는다는 것이다. 따라서 고소가 이루어지지 않아 기소될 수 없는 친고죄 사건에서도 수사기관은 수사를 진행할 수 있다는 것이다. 이를 뒷받침하듯, 친고죄는 형사소송법이 아닌 형법이 규정한다. 반면 현행 형사소송법은 수사에 대한 제한규정을 두고 있지 않다. 예를 들어 검사의 수사를 규정하는 형사소송법 제195조는 “검사는 범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.”고 규정할 뿐 이에 대한 예외를 규정하지 않는다.¹⁸⁾ 또한 사법경찰관의 수사를 규정하는 형사소송법 제196조 제1항은 “사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다.”고 규정하고 있을 뿐이다.¹⁹⁾

나. 전면부정설

전면부정설은 전면허용설과는 달리 친고죄에 대해서는 고소가 이루어지기 전에는 일체의 수사를 할 수 없다고 말한다.²⁰⁾ 따라서 강제수사뿐만 아니라 임의수사도 허용되지 않는다고 본다. 전면부정설은 수사절차는 자기목적적인 절차가 아니라 기소와 필연적으로 연결되어야 하는 수단적인 절차라는 점을 강조한다. 전면허용설

18) 이는 2020년 2월 4일에 이루어진 형사소송법 개정에 따라 제196조로 조문 순서가 변경되었다. 아래에서는 개정 형사소송법 제196조로 인용한다.

19) 이는 2020년 2월 4일에 이루어진 형사소송법 개정에 따라 제197조 제1항으로 개정되었다. 이에 따르면 “경무관, 총경, 경정, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사한다.” 아래에서는 개정 형사소송법 제197조 제1항으로 인용한다.

20) 전면부정설은 우리나라에서는 주장되지 않는다.

과는 달리 수사절차와 기소절차를 개념적·내용적으로 분리하지 않는 것이다. 두 절차는 실질적으로 연결되어 있는 하나의 절차라는 것이다. 따라서 친고죄 범죄를 기소하는 데 필요한 조건이 충족되지 않은 이상 수사 역시 허용될 수 없다고 말한다. 이러한 전면부정설의 견지에서 보면, 공소시효가 만료되어 기소가 불가능한 사건에 대해서는 아무리 그 사건이 사회적으로 중요한 의미를 갖는다 할지라도 일체의 수사, 심지어 임의수사 역시 허용되지 않는다.

다. 제한적 허용설

이러한 전면허용설과 전면부정설에 대해 제한적 허용설이나 예외적 허용설은 이른바 절충설에 해당한다. 수사를 허용하는 관점과 부정하는 관점을 적절하게 절충하고 있는 것이다. 다만 무엇을 원칙으로 할 것인지에 따라 견해가 구별된다. 먼저 제한적 허용설은 고소·고발이 있기 전에도 원칙적으로 친고죄 사건에 대한 수사를 허용한다. 다만 예외적으로 기소가 가능하지 않은 경우에는 수사를 할 수 없다고 본다.²¹⁾ 이 점에서 제한적 허용설은 《원칙적 허용-예외적 제한》을 주장한다. 이때 수사가 제한되는 예외적인 경우란 친고죄 범죄에서 피해자가 고소를 하지 않겠다는 의사를 명시적으로 표시한 경우라 할 수 있다. 친고죄 사건에서 고소가 이루어지지 않으면 검사는 친고죄 범죄를 기소할 수 없기에 이를 수사하는 것도 의미가 없다고 보는 것이다. 그 점에서 제한적 허용설은 전면허용설과는 달리 수사절차와 기소절차를 서로 무관한 절차로 파악하지는 않는다.

21) 우리나라의 다수설에 해당한다. 이에 관해서는 많은 문헌을 대신하여 이재상·조균석, 형사소송법 제11판, 박영사, 2017, 196면 참고.

라. 예외적 허용설

제한적 허용설과는 달리 예외적 허용설은 친고죄 범죄에 대해서는 원칙적으로 수사가 제한된다고 본다.²²⁾ 다만 예외적인 경우, 즉 범죄로 피해자가 입은 피해가 중대하여 고소가 예상되는 경우에는 친고죄 범죄에 대해서도 수사를 해야 한다고 말한다. 제한적 허용설과는 반대로 《원칙적 금지-예외적 허용》을 주장하는 것이다. 이러한 예외적 허용설은 다음과 같은 근거를 전제로 한다. 우선 수사절차와 기소절차는 서로 불가분의 관계를 맺는다는 것이다. 다음으로 친고죄 범죄는 피해자의 내밀한 사적 영역과 관련되기에 이에 대해서는 수사기관의 수사보다 피해자의 자기결정이 더욱 중요한 의미를 갖는다는 것이다. 달리 말해 범죄조사 및 처벌이라는 객관적·공적 이익보다 피해자의 사적 영역 보호라는 주관적·사적 이익이 더욱 중요한 의미를 갖는다는 것이다. 예를 들어 예외적 허용설을 지지하는 대표적인 견해는 다음과 같이 말한다.²³⁾

“생각건대 친고죄는 국가형벌권의 실현이라는 공익적 요구를 개인의 명예보호라는 사적 이익에 양보한 예외형태로 인정된 것이므로 그러한 양보는 형벌권실현의 준비절차인 수사에 있어서도 고려되어야 한다. 따라서 친고죄에 대하여 고소권자의 고소가 없을 경우에는 원칙적으로 수사할 수 없으며 중요한 증거를 수집·보전할 수 없는 경우에만 수사가 허용된다고 보아야 한다. 여기의 수사에는 임의수사는 물론 강제수사도 포함된다. 친고죄와 전속고발범죄를 동일하게 볼 것인가에 대해 의문이 없는 것은 아니나, 소추조건의 구비 전 수사라는 점에서는 동일하므로

22) 강동범, 앞의 글, 394면; 이용식, 앞의 글, 42면.

23) 한국형사소송법학회 (편), 앞의 책, 3면(강동범 집필).

전속고발범죄에 대해서도 예외적 허용설의 입장이 타당하다.”

그러나 필자는 이러한 예외적 허용설의 주장에 의문이 없지 않다. 특히 강간죄가 친고죄에서 비친고죄로 개정된 상황에서 그리고 전통적인 친고죄 범죄와 전속고발범죄 사이에서 발견할 수 있는 기능적 차이를 고려할 때 예외적 허용설의 논증이 여전히 설득력을 유지할 수 있을지 의문이 제기된다.

2. 판례

이에 관해 판례는 어떤 태도를 취하는가? 판례는 일관되게 제한적 허용설의 태도를 취한다. 이를 보여주는 판례로 양창수 전 대법관이 주심을 맡은 대법원 2011. 3. 10. 선고 2008도7724 판결을 들 수 있다.

가. 사실관계

이 판결에서 전제가 되는 사실관계는 다음과 같다. 이 사건의 피고인은 체류자격이 없는 외국인들을 고용하여 구 출입국관리법 위반으로 기소되었다.²⁴⁾ 이 사건을 입건한 지방경찰청은 지체 없이 관할 출입국관리사무소장 등에게 사건을 인계하지 않았다. 이에 출입국관리사무소장의 전속고발이 이루어지지 않은 상황에서 지방경찰청은 수사를 진행하였다. 이후 출입국관리사무소장이 지방경찰청장의 고발의뢰에 따라 고발을 하면서 그 사유를 “지방경찰청의 고발의뢰 공문 등에 의해 명백히 입증되었다”라고만 기재하였다. 이에 대해 피고인은 고발 경위에 비추어 볼 때 출입국관리사무소장

24) 이때 말하는 출입국관리법은 2010년 5월 14일 법률 제10282호로 개정되기 전의 것을 뜻한다.

이 한 위 고발은 무효라고 주장하였다. 또한 지방경찰청은 같은 법 제101조 제2항의 규정을 위반하여 수사를 하였으므로 지방경찰청 및 검찰의 수사는 위법하고, 따라서 이러한 수사에 기반을 둔 기소는 그 절차가 법률 규정에 위배되어 무효라고 주장하였다. 이에 대해 제1심 법원은 공소기각판결을 선고하였고 이에 검사가 항소하였다.²⁵⁾ 이에 대해 제2심 법원은 제1심을 취소하였다.²⁶⁾ 이에 피고인이 대법원에 상고를 한 것이다.

나. 대법원 판결

대법원은 다음과 같은 논증으로 원심을 지지하면서 피고인의 상고를 기각하였다. 먼저 대법원은 구 출입국관리법이 대상 사건에 관해 어떤 규정을 갖추고 있는지 분석한다. 이에 따르면 “구 출입국관리법 제101조 제1항에 의하면, 출입국사범에 관한 사건은 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장의 고발이 없는 한 공소를 제기할 수 없고, 출입국관리 공무원 외의 수사기관이 출입국사범에 관한 사건을 입건한 때에는 지체 없이 관할 사무소장 등에게 인계하여야 한다. 한편 출입국관리공무원은 출입국관리에 관한 범죄 등에 관하여 사법경찰관리의 직무를 수행하며(‘사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률’ 제3조 제5항), 사무소장 등은 출입국사범에 대한 조사 결과 범죄의 확증을 얻은 때에는 그 이유를 명시한 서면으로 벌금에 상당하는 금액을 지정한 곳에 납부하도록 통고할 수 있고, 범죄를 정상이 금고 이상의 형에 처할 것으로 인정되는 때에는 즉시 고발하여야 한다(법 제102조 제1항, 제3항).”

다음으로 대법원은 어떤 근거에서 구 출입국관리법이 사무소장

25) 서울중앙지방법원 2008. 6. 12 선고 2008고단1135 판결.

26) 서울중앙지방법원 2008. 8. 14 선고 2008노1995 판결.

등에게 전속 고발권을 부여하는지를 다음과 같이 설명한다. “이와 같이 법에서 사무소장 등에게 전속적 고발권과 더불어 출입국관리 공무원에게 특별 사법경찰관리로서의 지위를 부여한 취지는 출입국관리에 관한 전문적 지식과 경험을 갖춘 출입국관리공무원으로 하여금 출입국관리에 관한 행정목적 달성을 위하여 자율적·행정적 제재수단을 형사처벌에 우선하여 활용할 수 있도록 하려는 데에 있다”는 것이다. 하지만 대법원은 그렇다고 해서 이러한 규정 때문에 일반사법경찰관리의 수사가 배제되는 것은 아니라고 말한다. 왜냐하면 “출입국관리공무원으로 하여금 수사를 전담하게 하는 규정은 이를 찾을 수 없으므로, 경찰관직무집행법 제2조 제5호에 따라 공공의 안녕과 질서유지를 위하여 그 직무를 수행하는 일반사법경찰관리의 출입국사범에 대한 수사권한은 위 법률의 규정에도 불구하고 배제되는 것은 아니”라는 것이다.

그러면서 대법원은 친고죄 및 전속고발범죄에서 고소나 고발이 있기 전에 수사가 가능한지 여부에 관해 다음과 같이 일반적인 법리를 실시한다.

“그런데 법률에 의하여 고소나 고발이 있어야 논할 수 있는 죄에 있어서 고소 또는 고발은 이른바 소추조건에 불과하고 당해 범죄의 성립 요건이나 수사의 조건은 아니므로, 위와 같은 범죄에 관하여 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다고 하더라도, 그 수사가 장차 고소나 고발이 있을 가능성이 없는 상태하에서 행해졌다는 등의 특단의 사정이 없는 한, 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다는 이유만으로는 그 수사가 위법하게 되는 것은 아니다.”²⁷⁾

27) 이에 대한 근거 판례로 대법원 1995. 2. 24. 선고 94도252 판결 등을 언급한다.

이러한 법리에 따라 대법원은 다음과 같이 원심을 지지하는 결론을 내린다.

“그렇다면 일반사법경찰관리가 출입국사범에 대한 사무소장 등의 고발이 있기 전에 수사를 하였다고 하더라도 달리 위에서 본 특단의 사정이 없는 한 그 사유만으로 수사가 소급하여 위법하게 되는 것은 아니다. 법 제101조는 제1항에서 사무소장 등의 전속적 고발권을 규정함에 아울러 제2항에서 일반사법경찰관리가 출입국사범을 입건한 때에는 지체없이 사무소장 등에게 인계하도록 규정하고 있고, 이는 그 규정의 취지에 비추어 제1항에서 정한 사무소장 등의 전속적 고발권 행사의 편의 등을 위한 것이라고 봄이 상당하므로 일반사법경찰관리와와의 관계에서 존중되어야 할 것이지만, 앞서 본 바와 같이 이를 출입국관리공무원의 수사 전담권에 관한 규정이라고까지 볼 수는 없는 이상 이를 위반한 일반사법경찰관리의 수사가 소급하여 위법하게 되지 아니하는 것은 마찬가지이다.”

IV. 기소가 제한된 범죄에 대한 수사의 가능성과 한계

1. 문제제기

이처럼 친고죄 범죄나 전속고발범죄에 대해 고소나 전속고발이 이루어지기 전에도 수사가 가능한지, 만약 가능하다면 그 한계는 어디까지인지에 관해서는 견해가 대립한다. 이에 대해 판례는 제한적 허용설을 취한다는 점은 앞에서 살펴본 바와 같다. 그러면 이 문제를 어떻게 판단해야 하는가? 일단 우리나라의 학설 중에서 전면 허용설이나 전면부정설을 취하는 경우는 거의 없다. 대부분 제한적

허용설이나 예외적 허용설을 취한다. 《원칙-예외》 중에서 무엇을 원칙으로 볼 것인가에 따라 견해가 달라지는 것이다. 이에 관해서는 제한적 허용설과 예외적 허용설이 팽팽하게 대립한다. 예외적 허용설을 지지하는 견해는 친고죄의 성격에서 가장 핵심적인 논거를 찾아낸다. 친고죄는 피해자의 사적 영역을 존중하기 위해 도입된 범죄라는 것이다.

그러면 이론적인 차원에서 볼 때 어느 견해가 더욱 설득력을 지니는가? 이 문제를 해결하기 위해서는 좀 더 다원적인 시각을 원용할 필요가 있다. 친고죄 범죄의 다원성, 친고죄 범죄의 기능 변화, 법학방법론적 시각이 그것이다.

2. 친고죄 범죄의 다원성

먼저 친고죄 범죄가 지닌 다원적 성격을 고려할 필요가 있다.²⁸⁾ 친고죄는 크게 세 가지 기능을 수행한다. 첫째, 친고죄는 범죄자와 피해자가 범죄로 유발된 피해를 자율적으로 해결할 수 있도록 도모한다. 범죄가 발생한 사적 영역에 국가가 성급하게 개입하는 것을 억제한다. 둘째, 이렇게 사적 영역의 당사자, 더욱 넓게 말해 사회 영역 그 자체가 범죄 문제를 자율적으로 해결하도록 함으로써 형법 규범과 사회현실 간의 괴리를 해소한다. 셋째, 피해자의 개인정보와 밀접한 관련을 맺는 내밀한 사적 영역에 수사기관이 피해자의 자율적인 의사와 상관없이 접근하고 개입하는 것을 통제한다. 말을 바꾸면, 친고죄는 피해자가 수사기관에 대해 개인정보자기결정권을 행사하는 것과 유사한 기능을 수행한다. 예외적 허용설은 이러한 세 가지 기능 중에서 세 번째 기능에 초점을 맞춘다. 이를 존중하여 오

28) 친고죄에 관한 연구로는 김동혁, 앞의 학위논문 참고.

직 예외적으로만 친고죄 범죄에 대한 수사를 허용하고자 한다.

그러나 이때 주의해야 할 점은 친고죄 범죄가 모두 이러한 세 가지 기능을 수행하는 것은 아니라는 점이다. 사실 이러한 세 가지 기능을 가장 완전하게 수행했던 친고죄 범죄는 개정되기 이전의 강간죄였다. 강간죄는 강간이라는 피해자의 아주 내밀한 사적 영역과 관련을 맺고 이로 인해 이를 수사하는 것 자체가 피해자에게 2차 가해가 될 수 있기에 이를 친고죄로 규정하였다. 그러나 강간죄를 친고죄로 규정한 것에 대해서는 이미 오래 전부터 비판이 제기되었다.²⁹⁾ 강간죄를 친고죄로 규정함으로써 오히려 많은 부작용을 일으켰다는 비판이 여성주의 진영에서 제기되었다.³⁰⁾ 이러한 비판을 수용하여 강간죄는 친고죄가 아닌 일반 범죄로 개정되었다. 친고죄의 세 가지 기능을 가장 완전하게 수행하던 친고죄 범죄가 사라진 것이다.

따라서 현재로서는 친고죄 범죄 가운데 피해자의 내밀한 사적 영역과 밀접한 관련을 맺는 범죄는 그다지 보이지 않는다. 예를 들어 현행 형법이 친고죄로 규정하는 모욕죄(제311조)나 사자명예훼손죄(제311조)는 피해자의 내밀한 사적 영역과 직접 관련을 맺는다고 말하기 어렵다. 왜냐하면 이들 범죄는 피해자의 명예가 공적 영역에서 훼손되는 것을 구성요건으로 삼기 때문이다. 물론 형법이 친고죄로 규정하는 또 다른 범죄인 비밀침해죄(제316조)나 업무상 비밀누설죄(제317조)는 피해자의 내밀한 개인정보 또는 사적 영역과 관련을 맺기는 한다. 그렇지만 강간죄와 달리, 이들 범죄 역시 개인

29) 이에 관해서는 전보경, “성폭력범죄 관련법상 친고죄 규정에 대한 비판적 고찰”, 『동아법학』 제56호, 2012, 227-255면 참고.

30) 이러한 여성주의 시각을 형법에 담아낸 경우로는 조국, 형법의 성편향, 박영사, 2001 참고.

적 비밀 등이 침해되거나 누설되는 것을 구성요건으로 한다. 바꾸어 말하면, 비밀과 같은 개인정보가 범죄행위로 인해 공적 영역으로 노출될 것을 전제로 한다. 이 점에서 여전히 현행 형법이 규정하는 친고죄는 개정되기 전의 강간죄와 침해방범이라는 측면에서 구별된다. 강간죄의 경우는 주로 은밀한 영역에서 법익침해가 이루어지지만, 모욕죄나 사자명예훼손죄 등은 은밀한 영역이 아닌 공적 영역에서 법익침해가 이루어져야만 비로소 범죄로 성립할 수 있기 때문이다.

여기서 주목해야 할 점은 현행 형법이 규정하는 친고죄 범죄가 모두 개정되기 전의 강간죄와 동일한 성격, 달리 말해 단일한 성격을 갖는다고 말하기는 어렵다는 점이다. 오히려 개별 구성요건을 분석하면, 현행 형법이 규정하는 친고죄 범죄는 한편으로는 유사한 목표를 지향하면서도, 다른 한편으로는 다원적인 성격을 갖고 있다고 보는 것이 더욱 적절하다. 예를 들어 사자명예훼손죄나 모욕죄는 침해되는 법익이 상대적으로 경미한 편이라는 점, 비교법적 측면에서 보면 이들 범죄는 형법상 범죄가 아닌 민법상 불법행위로 취급하는 경우도 있다는 점 등을 고려한 것으로 보인다. 비밀침해죄나 업무상 비밀누설죄는 두 가지 근거를 고려한 것으로 보인다. 첫째는 이들 범죄가 피해자의 개인정보와 관련을 맺는다는 점이고, 둘째는 이들 범죄로 침해되는 이익이 상대적으로 경미한 편이라는 점이다. 이러한 근거에서 볼 때, “개인의 명예보호라는 사적 이익”을 위해 고소가 있기 전에는 오직 예외적으로만 친고죄 범죄를 수사할 수 있다는 예외적 허용설의 주장에는 선뜻 수긍하기 어렵다. 예외적 허용설이 좀 더 설득력을 갖추기 위해서는 친고죄 범죄가 갖고 있는 다원적 특성을 고려하면서 이에 적절한 근거를 제시해야 하지 않을까 한다.

3. 친고죄 범죄의 기능 변화

그런데 이보다 더욱 중요한 점은 친고죄 범죄가 수행하는 기능이 변하고 있다는 점이다. 이는 사회현실 및 이를 규율하는 법체계의 변화와 무관하지 않다.

가. 형법규범과 사회현실의 괴리 완화

우선 형법규범과 사회현실 사이의 괴리가 지속적으로 완화되고 있다는 점을 지적할 필요가 있다. 불과 1990년대 초반까지만 해도 우리 사회를 ‘유교적 공동체주의’가 지배하는 사회라고 규정해도 큰 무리가 없었다. 이에 대한 반작용으로 『공자가 죽어야 나라가 산다』와 같은 도발적인 책이 출판되어 논란을 야기하기도 하였다.³¹⁾ 그렇지만 우리 사회의 민주화가 진척되고 사회 전체가 점점 더 복잡해지고 다원화·전문화되면서 이제 더 이상 우리 사회를 유교적 공동체주의가 지배하는 사회라고 규정하기 어렵게 되었다. 개인주의에 바탕을 둔 자유주의가 사회 전반에 확산되고 권리의식도 강화되고 있다. 이로 인해 우리 사회도 이른바 ‘소송폭발’의 사회로 접어들고 있다.³²⁾ 이러한 근거에서 볼 때 이제는 형법규범과 사회현실의 괴리를 이유로 하여 기소편의주의를 정당화하는 것은 설득력을 잃고 있다. 헌법재판소가 출범했던 초기에 검사의 불기소 처분이나 기소유예 처분에 헌법소원이 집중적으로 제기된 것이 이를 예증한다.³³⁾ 이에 따라 친고죄 범죄가 야기한 범죄피해를 사회가 자율적으로 해

31) 김정일, 공자가 죽어야 나라가 산다, 바다출판사, 1999.

32) 이렇게 진단하는 경우로는 김정오, 앞의 책 참고. 이러한 맥락에서 판례의 정당방위 해석을 비판한 경우로는 양친수, “법문화와 정당방위: 판례의 정당방위 해석론에 대한 비판적 접근”, 『서강법률논총』 제8권 제2호, 2019, 25-50면 참고.

33) 이에 관해서는 이석연, 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원 연구: 서울대 법학박사 학위논문, 1991 참고.

결하도록 도모하고 이를 통해 형법규범과 사회현실의 괴리를 해소한다는 근거도 설득력을 잃고 있다. 친고죄 규정, 특히 강간죄의 친고죄 규정에 강력한 비판이 쏟아진 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.

나. 사회의 분화 및 전문화

오늘날 우리 사회는 이렇게 전통적인 유교적 공동체주의사회, 즉 전근대적 사회에서 벗어나는 동시에 현대사회의 특징인 분화 및 전문화 경향도 경험하고 있다. 독일의 사회학자 루만(Niklas Luhmann)이 설득력 있게 지적한 것처럼, 우리 사회도 전체 영역이 정치, 경제, 법, 학문, 교육, 의료, 종교 등과 같은 다양한 영역으로 분화되고 있다.³⁴⁾ 동시에 각 영역의 전문화도 가속화되고 있다. 이에 따라 ‘근대적인 법체계와 전근대적인 사회현실의 괴리’라는 도식이 더 이상 힘을 얻지 못하고 있다. 오히려 근대적인 법체계가 분화 및 전문화된 현대사회의 현실에 적절하게 대응하지 못하는 일이 속출하고 있다. 또 다른 차원의 괴리가 발생하고 있는 것이다. 사회 영역 중에서 일부, 특히 과학기술 영역의 경우에는 발전하는 속도가 너무 빨라 법체계가 제때 대응하지 못하고 있는 것이다. 급격하게 진행되는 과학기술의 발전으로 사회 곳곳에서 ‘탈인간중심적 경향’이 증대하고 있는데, 형법을 비롯한 법체계가 이에 제대로 대응하지 못하고 있는 것이다.³⁵⁾ 물론 형법의 경우에는 이에 대한 대응방안으로 다양한 특별형법을 제정 및 시행하고 있지만 때로는 과잉규제로, 또 때로는 과소규제로 사회의 반발을 사고 있다.³⁶⁾

34) 이에 관해서는 니클라스 루만, 장춘익 (옮김), *사회의 사회* 1, 새물결, 2014, 691면 아래 참고.

35) 이를 지적하는 경우로는 양천수, “탈인간중심적 법학의 가능성: 과학기술의 도전에 대한 행정법학의 대응”, 『행정법연구』 제46호, 2016, 1-24면 참고.

다. 법체계의 전문화 및 전속고발 제도

현대사회에서 가속화되는 분화 및 전문화 경향에 법체계가 대응하는 방안 중 한 가지는 법체계 자체를 전문화시키는 것이다. 이를 ‘법체계의 진화’로 설명할 수 있을 것이다.³⁷⁾ 공법, 민사법, 형사법이라는 기본 삼법 체계에 바탕을 둔 판덕텐 체계에서 벗어나 기능적으로 전문화된 법, 즉 ‘전문법’을 만들어내는 것이다.³⁸⁾ 아울러 이러한 전문법을 관할하는 독자적인 거버넌스를 구축하여 이러한 거버넌스에 관할영역에서 발생하는 범죄에 대한 전속고발권한을 부여하는 것도 현대사회의 변화 및 이에 따라 발생하는 범죄에 대응하는 한 가지 방안이라 말할 수 있다. 경제 영역에서 발생하는 경제범죄에 대해 공정거래위원회에 전속고발권한을 부여하거나 출입국 영역에서 발생하는 출입국범죄에 대해 출입국관리사무소에 전속고발권한을 부여하는 것이 좋은 예가 된다.

라. 친고죄의 기능적 분화

이렇게 전통적인 친고죄와는 구별되는 전속고발범죄가 새롭게 등장하면서 (전속고발범죄를 포함하는 넓은 의미의) 친고죄는 기능적 분화를 겪게 된다. 물론 기존의 친고죄 범죄도 다원적인 성격을

36) 예를 들어 정보통신망과 정보보호 영역에 대해서는 정보통신망법이나 개인정보 보호법 등이 시행되고 있고 이러한 법들은 벌칙 규정을 갖추고 있는데, 이에 대해 혁신을 강조하는 진영에서는 과잉규제로, 개인정보 보호를 강조하는 진영에서는 과소규제로 비판한다.

37) Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts* (Frankfurt/M., 1981), S. 11 ff.; 양천수, “새로운 법진화론의 가능성”, 『법철학연구』 제15권 제2호, 2012, 163-202면 참고.

38) 이에 관해서는 이상돈, “전문법: 이성의 지역화된 실천”, 『고려법학』 제39호, 2002, 113-151면; 양천수, “私法 영역에서 등장하는 전문법화 경향: 도산법을 예로 본 법사회학적 고찰”, 『법과 사회』 제33호, 2007, 111-135면 참고.

지니고 있었지만, 기능적인 전문성과 차이가 분명하게 부각되지는 않았다. 개정 전의 강간죄와 모욕죄 및 사자명예훼손죄 등 친고죄 범죄 사이에는 구성요건의 면에서 차이가 있기는 했지만, 기능적인 전문성이라는 측면에서 각 범죄가 뚜렷하게 구별되는 것은 아니었다. 그렇지만 이러한 전통적인 친고죄 범죄와 전속고발범죄 사이에는 기능적인 전문성의 측면에서 분명한 차이가 나타난다. 강간죄나 모욕죄 등의 경우에는 수사기관이 이를 형법적으로 해결할 역량을 충분히 갖추고 있는데도 사회가 자율적으로 해결할 수 있도록 이를 친고죄로 규정한 것이다. 이에 반해 각종 경제범죄나 출입국범죄의 경우에는 수사기관이 갖지 못한 해당 영역의 전문성을 공정거래위원회나 출입국관리사무소가 갖고 있다는 점을 고려하여 이를 전속고발범죄로 설정하고 있는 것이다. 바로 이러한 근거에서 전속고발범죄를 포함하는 넓은 의미의 친고죄가 기능적 분화를 겪고 있다고 말할 수 있다.

마. 고발 전 전속고발범죄에 대한 수사의 가능성 및 한계

이러한 점을 고려하면, 고발 전 전속고발범죄에 대해 수사가 가능한지, 그 한계는 어디까지인지의 문제는 기존의 관점과는 다른 견지에서 접근해야 한다. 이 경우에는 사회의 자율적 해결이라는 측면보다는 해당 범죄에 대한 기능적 전문성의 차이를 고려하여 이 문제에 접근해야 한다. 이러한 관점을 고려하면 일단 예외적 허용설이 강조하는 논거, 즉 피해자의 명예보호라는 사적 이익 보호 논거는 전속고발범죄에 적용하기 어렵다. 이 점에서 전속고발범죄에 대해서는 예외적 허용설을 주장하기 어렵다.

물론 여기서 '기능적 전문성'을 강조하여 해당 범죄에 대해서는 전속고발권한을 갖고 있는 거버넌스가 전문성을 갖추고 있으므로

수사기관은 오직 예외적으로만 수사를 할 수 있다고 주장할 수도 있다. 그렇지만 이러한 관점을 고려할 때도 예외적 허용설보다는 제한적 허용설이 더욱 힘을 얻는다고 생각한다. 아무리 공정거래위원회나 출입국관리사무소가 해당 영역에 관해 전문성을 갖추고 있다 하더라도 형법규범에 관해서는 수사기관이 더욱 높은 수준의 전문성을 갖추고 있기 때문이다. 따라서 이 경우에는 형법적 관점에 전문성을 갖추고 있는 수사기관과 기능적 전문성을 갖추고 있는 전속고발기관이 경쟁적으로 해당 영역에서 발생하는 범죄를 수사하도록 하는 것이 바람직하다. 각 기관이 해당 범죄를 수사할 때 서로 다른 관점에서 경쟁하도록 함으로써 해당 범죄를 어떻게 처리하는 것이 바람직한지에 대해 더 나은 해법을 발견하도록 하는 것이다. 이 점에서 볼 때 전속고발사건에 대해서는 제한적 허용설이 더 적절한 해법이라고 말할 수 있다.³⁹⁾

4. 해석방법론의 측면

기소가 제한된 범죄에 대해 수사가 과연 가능한가 하는 문제는 법학방법론, 즉 해석방법론의 견지에서도 접근해야 한다. 실정법해석을 주된 임무로 하는 법률가라면 오히려 이러한 관점을 가장 우선적으로 원용해야 할 것이다.

가. 문법적 해석

이러한 측면에서 보면, 먼저 우리 형사소송법이 수사에 관해 어떤 태도를 취하고 있는지를 실증적으로 분석해야 한다. 이미 언급한 것

39) 전속고발제도가 과연 바람직한지에 관해서는 논란이 전개된다. 이에 관해서는 손영화, “공정거래법상 전속고발권 폐지를 둘러싼 논의에 관한 연구”, 『기업법 연구』 제32권 제4호, 2018, 225-258면 참고.

처럼, 우리 개정 형사소송법 제196조 및 제197조 제1항은 검사 및 사법경찰관이 수행하는 수사에 대해 별다른 제한을 두지 않는다. 물론 범죄협의를 있어야 한다는 조건은 부과한다. 그러나 일단 범죄협의를 존재하는 경우에는 검사나 사법경찰관은 형사소송법 제196조와 제197조 제1항이 설정한 ‘조건프로그램’(Konditionalprogramm)의 법적 효과에 따라 수사를 해야 한다.⁴⁰⁾ 이때 명심해야 하는 점은 이러한 수사는 재량행위가 아닌 기속행위라는 것이다. 그리고 여기에 제한규정은 없다는 것이다. 이러한 법문언에 충실하게 문법적 해석을 하면, 원칙적으로 전면허용설이 타당하다. 일본 최고재판소가 채택하는 전면허용설은 문법적 해석을 이용하여 해당 규정을 해석한 것이라고 말할 수 있다.

나. 체계적 해석

형사소송법과 형법의 체계를 고려하는 체계적 해석에 의할 때도 원칙적으로 전면허용설이 타당해 보인다. 왜냐하면 친고죄 규정은 형사소송법이 아닌 형법에 존재하기 때문이다. 형사소송법과 형법은 체계적·기능적으로 구별된다는 점, 형사소송법은 수사에 관해 제한규정을 두고 있지 않다는 점, 최근 정치적으로 논란이 되는 수사권 논쟁이 시사하는 것처럼 수사절차와 기소절차를 별개의 절차로 파악한다면, 기소가 제기될 수 있는지 여부와 상관없이 친고죄 범죄 역시 제한 없이 수사할 수 있다고 해석하는 것이 타당해 보인다.⁴¹⁾

40) 조건프로그램에 관해서는 Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen* (Frankfurt/M., 1973), S. 101 ff.

41) 형법에 대한 형사소송법의 규범적 독자성에 관해서는 홍영기, “형사소송법, 그 독자적인 법 목적에 대한 이해”, 『저스티스』 제100호, 2007, 255-271면 참조.

다. 목적론적 축소

그러나 결론적으로 말하면, 이는 목적론적 관점에 따라 판단하는 것이 적절하다. 수사절차는 자기목적적인 절차가 아니라 기소와 기능적으로 불가분하게 연결되어 있는 수단적 절차로 보아야 한다는 것이다. 따라서 기소로 이어지지 않는다는 점이 확실한 경우에는 해당 범죄를 수사하지 못하도록 하는 게 바람직하다. 이는 ‘자원배분의 효율성’을 강조하는 법경제학의 시각에 따르더라도 타당하다. 이러한 관점을 고려하여 그리고 형법이 규율하는 친고죄 규정을 감안하여 개정 형사소송법 제196조와 제197조 제1항의 효력범위를 축소해서 적용할 필요가 있다. 다만 이는 엄격하게 말하면, ‘목적론적 해석’이 아닌 ‘목적론적 축소’(teleologische Reduktion)로 보아야 한다.⁴²⁾ 말을 바꾸면, 개정 형사소송법 제196조와 제197조 제1항을 제한적 허용설의 태도에서 파악하는 것은 이 규정들을 목적론적으로 ‘해석’하는 것이 아니라 그 의미를 새롭게 ‘형성’하는 것으로 보아야 한다. 그 이유는 이미 언급한 것처럼 개정 형사소송법 제196조와 제197조 제1항은 법문언으로 명백하게 수사에 대한 제한을 두지 않기 때문이다. 따라서 제한적 허용설의 견지에서 이 규정들을 이해하는 것은 개정 형사소송법 제196조와 제197조 제1항이 설정한 ‘법문언의 가능한 의미’를 넘어서는 것으로서 이는 해석이 아닌 형성에 해당한다고 보아야 한다.

5. 결론으로서 제한적 허용설

지금까지 전개한 논증을 고려하면, 친고죄나 전속고발범죄처럼

42) 목적론적 해석과 목적론적 축소를 구별하는 경우로는 김영환, “한국에서의 법학 방법론의 문제점: 법발견과 법형성: 확장해석과 유추, 축소해석과 목적론적 축소 간의 관계를 중심으로”, 『법철학연구』 제18권 제2호, 2015, 133-166면 참고.

기소가 제한된 범죄에 대한 수사가 어디까지 허용되는가의 문제는 제한적 허용설에 따라 판단하는 것이 바람직하다. 이러한 제한적 허용설은 특히 전속고발범죄에 대한 수사 가능성을 판단할 때 설득력을 얻는다. 반대로 예외적 허용설이 원용하는 논거는 기능적으로 전문화된 전속고발범죄에 대한 수사 가능성을 판단할 때 힘을 잃는다.

이러한 결론에 비추어 보면, 일관되게 제한적 허용설을 취하는 판례의 태도는 타당하다. 특히 전속고발범죄에 대해 “이와 같이 법에서 사무소장 등에게 전속적 고발권과 더불어 출입국관리공무원에게 특별 사법경찰관리로서의 지위를 부여한 취지는 출입국관리에 관한 전문적 지식과 경험을 갖춘 출입국관리공무원으로 하여금 출입국관리에 관한 행정목적 달성을 위하여 자율적·행정적 제재수단을 형사처벌에 우선하여 활용할 수 있도록 하려는 데에 있다고 볼 것이다. 그러나 출입국관리공무원으로 하여금 수사를 전담하게 하는 규정은 이를 찾을 수 없으므로, 경찰관직무집행법 제2조 제5호에 따라 공공의 안녕과 질서유지를 위하여 그 직무를 수행하는 일반사법경찰관리의 출입국사범에 대한 수사권한은 위 법률의 규정에도 불구하고 배제되는 것은 아니라 할 것이다.”고 논증하는 부분은 상당한 설득력을 지닌다고 평가할 수 있다.

다만 위 인용문에서 대법원이 경찰관직무집행법 제2조 제5호를 언급한 것에는 의문이 없지 않다. 왜냐하면 해당 규정은 경찰활동에 대한 근거규정이자 수사에 대한 근거규정이라고 말할 수는 없기 때문이다. 경찰활동과 수사활동은 개념적·기능적으로 구별된다는 점을 고려하면, 출입국사범에 대한 일반사법경찰관리의 수사권한을 정당화하기 위해 경찰관직무집행법 제2조 제5호를 언급한 것에는 의문이 든다. 오히려 개정 형사소송법 제197조 제1항이 이에 대한 근거가 될 수 있을지 않을까 한다.

6. 제한적 허용설의 변형 가능성

그런데 제한적 허용설은 최근 새로운 도전을 맞고 있다. 새로운 이론적 시험대에 올라선 것이다. 이춘재 사건이 보여주는 것처럼, 공소시효가 만료되어 기소를 하는 것이 명백하게 가능하지 않은 경우에도 과연 수사를 할 수 있는가의 도전이 그것이다. 제한적 허용설의 주장을 적용하면, 이러한 경우는 기소가 가능하지 않은 점이 명백한 때이므로 수사를 해서는 안 될 것이다. 그렇지만 화성연쇄 살인 사건처럼 시민들의 관심사가 매우 큰 사건에 대해서도 이러한 제한적 허용설을 관철해야 하는지 의문이 없지 않다. 애초에 제한적 허용설은 개정 형사소송법 제196조 및 제197조 제1항의 규범적 의미를 목적론적 축소로써 새롭게 형성해낸 결과라는 점을 고려하면, 또 다른 목적론적 근거가 존재하는 경우에는 제한적 허용설을 새롭게 변형하는 것도 가능하다고 말할 수 있다. 그러면 이때 말하는 목적론적 근거란 무엇일까? 두 가지 근거를 제시할 수 있다. 진실 발견 및 시민의 알권리가 그것이다. 수사절차는 기소를 위한 수단이지만, 일차적으로는 진실발견을 목표로 한다는 점을 감안할 필요가 있다. 또한 시민들에게 이러한 진실을 알권리가 있다고 본다면, 공소시효가 만료된 범죄에 대해서도 예외적으로 수사가 가능하다고 보는 것이 적절하다. 다만 그렇다고 해서 이 경우에 대응하기 위해 제한적 허용설을 포기하고 전면허용설을 취해야 한다고 보아야 하는 것은 아니다. 이는 제한적 허용설을 변형하는 것으로 충분하다고 말할 수 있다. 이렇게 공소시효가 만료되어 기소를 하는 것이 객관적으로 가능하지 않은 경우에는 제한적 허용설에 따라 원칙적으로 수사가 가능하지 않지만, 해당 사건이 중대하여 진실발견의 필요성이 있고 이에 대한 시민들의 알권리가 강력하게 요청되는 경우에는

예외적으로 임의수사만이 가능하다고 보는 것이 타당하다. 요컨대 이러한 경우에는 강제수사는 허용되지 않는다고 보아야 한다.⁴³⁾

V. 맺음말

지금까지 전개한 논증을 바탕으로 하면 다음과 같은 결론을 이끌어낼 수 있다. 먼저 기소가 제한된 범죄에 대해서도 기소가 가능하지 않다는 점이 확실한 경우를 제외하고는 원칙적으로 수사가 가능하다고 보아야 한다. 이 점에서 이 글은 제한적 허용설을 지지한다. 다만 이를 원칙으로 하면서도 각 친고죄 범죄가 지닌 다원적 성격을 감안할 필요는 있을 것이다. 이는 특히 친고죄 범죄에 대해 강제수사를 할 때 고려되어야 한다.

그러나 극히 예외적인 경우에는 기소가 객관적으로 불가능한 경우에도 수사가 가능하다고 볼 수 있다. 이춘재 사건이 보여주는 것처럼, 공소시효가 만료되어 기소가 불가능한 경우에도 중대한 범죄의 경우에는 진실을 밝힌다는 측면에서 그리고 시민들의 알권리를 충족시킨다는 측면에서 예외적으로 수사가 가능하다고 보아야 한다. 다만 이 경우에는 임의수사만이 허용된다고 보아야 한다.

43) 물론 만약 불이익재심이 제도적으로 인정된다면, 공소시효가 만료된 경우에도 모든 수사가 가능하다고 말할 수 있다. 그렇지만 현행 형사소송법은 오직 범죄자에게 유리한 이익재심만을 인정한다. 형사소송법 제420조 참고.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

김경일, 공자가 죽어야 나라가 산다, 바다출판사, 1999.

김정오, 한국의 법문화: 인식·구조·변화, 나남출판, 2006.

이재상, 형사소송법 기본판례, 박영사, 2013.

이재상·조균석, 형사소송법 제11판, 박영사, 2017.

조국, 형법의 성편향, 박영사, 2001.

한국형사소송법학회 (편), 형사소송법 핵심판례 110선, 박영사, 2017.

니클라스 루만, 장춘익 (옮김), 사회의 사회 1, 새물결, 2014.

(2) 논문

강동범, “친고죄에 있어 고소 전 수사의 허용 여부”, 형사판례연구 4, 박영사, 1996.

김경락, “친고죄에 있어 고소 전 수사의 허용여부”, 「법정논총」(중앙대) 제 53집, 2004.

김동혁, 친고죄에 대한 고찰: 서울대 법학박사 학위논문, 2011.

김영환, “한국에서의 법학방법론의 문제점: 범발견과 범형성: 확장해석과 유추, 축소해석과 목적론적 축소 간의 관계를 중심으로”, 「법철학연구」 제18권 제2호, 2015.

문채규, “검사의 부당한 불기소처분에 대한 법적 통제와 기소편의주의의 미래”, 「안암법학」 제6호, 1997.

손영화, “공정거래법상 전속고발권 폐지를 둘러싼 논의에 관한 연구”, 「기업법연구」 제32권 제4호, 2018.

양천수, “한국 법체계에 대한 ‘비동시성의 동시성’ 테제”, 「법철학연구」 제 10권 제2호, 2007.

———, “私法 영역에서 등장하는 전문법화 경향: 도산법을 예로 본 법사회학적 고찰”, 「법과 사회」 제33호, 2007.

- _____, “새로운 법진화론의 가능성”, 「법철학연구」 제15권 제2호, 2012.
- _____, “탈인간중심적 법학의 가능성: 과학기술의 도전에 대한 행정법학의 대응”, 「행정법연구」 제46호, 2016.
- _____, “법문화와 정당방위: 판례의 정당방위 해석론에 대한 비판적 접근”, 「서강법률논총」 제8권 제2호, 2019.
- 유기천, “한국문화와 형사책임: 법률학의 과학적 방법의 한 적용”, 유기천 교수기념사업출판재단 (편), 자유사회의 법과 정의, 법문사, 2015.
- 이상돈, “전문법: 이성의 지역화된 실천”, 「고려법학」 제39호, 2002.
- 이석연, 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원 연구: 서울대 법학박사 학위논문, 1991.
- 이용식, “친고죄에 있어 고소 전 수사의 허용 여부”, 형사판례의 연구: 이재상 교수 화갑기념 논문집 II, 박영사, 2004.
- 전보경, “성폭력범죄 관련법상 친고죄 규정에 대한 비판적 고찰”, 「동아법학」 제56호, 2012.
- 홍영기, “형사소송법, 그 독자적인 법 목적에 대한 이해”, 「저스티스」 제100호, 2007.

2. 외국문헌

(1) 단행본

- Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen* (Frankfurt/M., 1973).
- Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts* (Frankfurt/M., 1981).

(2) 논문

- Albin Eser, “Adversatorische und inquisitorische Verfahrensmodelle. Ein kritischer Vergleich mit Strukturalternativen”, in: Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr Kudratov (Hrsg.), *Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen adversatorischem und inquisitorischem Modell* (Frankfurt/M., 2014).

<Abstract>

The Possibility and Limitations of Investigations into Crimes with Limited Prosecution

Chun-Soo Yang*

Criminal proceedings are largely composed of investigation proceedings and trial proceedings. The investigation proceedings are transformed into the trial proceedings through prosecutions. In that respect, the prosecutions by prosecutors have an important meaning. However, in certain cases, prosecutions are restricted. This is the case when the statute of limitations has expired, or prosecutions are allowed only if victims make a complaint. The inability of prosecutors to prosecute a particular crime means that criminal proceedings cannot be conducted. Here comes the following problem. If a prosecution is restricted due to various circumstances, can an investigating agency investigate crimes with limited prosecution? If that is allowed, what is its specific scope and method? In this consciousness of the problem, this article addresses the question of whether prosecutors can investigate crimes with limited prosecution and, if possible, its extent and limitations. To this end, this article uses not only the discussions of criminal procedure law, but also the perspectives of legal sociology and legal methodology. Through this, this article draws the following conclusions. First, it should be considered that investigations are possible in principle, except in cases where it is clear that prosecutions are not allowed in the case of crimes with limited prosecution. However, it is argued that it is necessary to take into account the pluralistic nature of each crime with limited prosecution. This should be taken into account, especially in forced investigations of

* Professor at Yeungnam University Law School·Dr. jur

offenses. However, in extremely exceptional cases, it is argued that investigations are allowed even when prosecutions are objectively impossible. For example, even if the statute of limitations has expired and then prosecutions are impossible, it is argued that investigations are allowed in the case of serious crimes in terms of revealing the truth and in terms of satisfying citizen's right to know. In this case, however, only not forced investigations are permitted.

Key Words : Prosecution, crimes with limited prosecution, possibility of investigations into crimes with limited prosecution, pluralism of crimes with limited prosecution, functional differentiation of crimes with limited prosecution