

起訴便宜主義와 準起訴節次

Eine Studie über

Opportunitätsprinzip und Klageerzwingungsverfahren.

李 基 鎬

(警察大學 教授)

〈 目 次 〉

I. 글머리에	IV. 起訴便宜主義의 內容
II. 公訴提起의 基本原則	1. 起訴猶豫
1. 國家訴追主義	2. 公訴變更主義
2. 起訴獨占主義	3. 公訴保留
3. 起訴便宜主義	V. 不起訴處分の 公正性保障
4. 不告不理의 原則	1. 刑事司法上の 起訴猶豫制度
III. 起訴便宜主義와 起訴獨占主義	2. 處分通知義務
1. 緒 言	3. 檢察廳法上の 抗告制度
2. 沿革의 考察	4. 付審判制度 (裁判上の 準起訴節次)
3. 起訴便宜主義의 立法例	5. 日本의 檢察審査會制度
	VI. 要約 및 結語

I. 글머리에

檢事は 公訴權行使를 獨占하고 있다. 즉 「公訴는 檢事가 提起하여 遂行한다」 (刑訴法 第 246 條). 그러나 이것은 반드시 起訴해야 한다는 (起訴法定主義) 것이 아니라 事情에 따라서 起訴하지 않을 수도 있다는 (起訴便宜主義) 것임은 刑訴法 第 247 條 第 1 項에서 「檢事は 刑法 第 51 條의 事項을 參酌하여 公訴를 提起하지 아니할 수 있다」고 規定하는 대로이다. 그러므로 「公訴權은 檢事가 獨占하지만 公訴權行使에는 積極的行使와 消極的行使의 兩者를 包含하는 것이다」.

그러나 適正해야 할 公訴權의 行使가 濫用되었을 때에는 社會秩序維持와 公益의 代表者라는 地位에서 獨占하고 있는 公訴權의 適正한 行使를 害하고 被疑者·被害者의 人權을 侵害하게 된다.

不當한 起訴에 대해서는 檢事가 起訴해서는 안될 (또는 必要가 없는) 事件을 爲하여 起訴하는 경우에는 公訴權濫用論의 問題로서 論議될 것이지만, 不當한 不起訴에 대한 規制策은 公訴權의 消極的行使의 濫用에 관한 것으로 此의 合理的인 適用原理가 展開되어야 하겠다.

그러나 이에 대한 現行法의 制度的 裝置로는 告訴人등에 대한 通知制度(刑訴法 第258條), 檢察廳法上의 抗告制度(檢察廳法 第12條), 裁判上의 準起訴節次(刑訴法 第260條) 등 公正한 訴追裁量을 擔保하는 制度가 一應 마련되어 있으나 實際上 그 實效를 거두기에는 未洽하다.

따라서 本考에서는 不起訴處分の 根幹이 되는 起訴便宜主義를 중심으로 그 問題點을 把握하고 公訴權不行使에 대한 適正한 運用을 위한 諸外國의 立法例를 통하여 起訴便宜主義가 刑事司法의 運用을 具體的으로 妥當하게 하는 長點을 發揮하고 그 속에 內在하는 危險을 最少化하기 위한 努力을 試圖해 보고자 한다.

II. 公訴提起의 基本原則

公訴提起의 基本原則은 公訴權의 適正한 行使를 理念으로 한다. 現行 刑事訴訟法이 採用하고 있는 公訴權運用은 다음과 같은 基本原則으로 나타난다.

1. 國家訴追主義

刑事事件에 대하여는 私인에 의한 訴追를 認定하지 않고 모두 國家機關인 檢事가 公訴權을 行使한다. 이를 國家訴追主義(Staatsklagesystem)라고 한다. 檢事制度를 취하는 것은 이른바 國家訴追主義의 採用을 말한다.

이와 對照的인 제도가 英國의 法制이다. 英國은 檢事制度를 취하지 않고 私人訴追主義(Privatklage)를 原則으로 한다. 실제로는 警察官이 起訴하는 것이지만 이것은 起訴의 權利를 갖는 私인이 警察에 告發하여, 私人인 警察官에게 訴追의 委任을 하는 것으로 理解되며, 理論的으로는 私訴인 것이다. 다만 謀殺·故殺

그러나 適正해야 할 公訴權의 行使가 濫用되었을 때에는 社會秩序維持와 公益의 代表者라는 地位에서 獨占하고 있는 公訴權의 適正한 行使를 害하고 被疑者·被害者의 人權을 侵害하게 된다.

不當한 起訴에 대해서는 檢事가 起訴해서는 안될 (또는 必要가 없는) 事件을 爲하여 起訴하는 경우에는 公訴權濫用論의 問題로서 論議될 것이지만, 不當한 不起訴에 대한 規制策은 公訴權의 消極的行使의 濫用에 관한 것으로 此의 合理的인 適用原理가 展開되어야 하겠다.

그러나 이에 대한 現行法의 制度的 裝置로는 告訴人등에 대한 通知制度(刑訴法 第258條), 檢察廳法上의 抗告制度(檢察廳法 第12條), 裁判上의 準起訴節次(刑訴法 第260條) 등 公正한 訴追裁量을 擔保하는 制度가 一應 마련되어 있으나 實際上 그 實效를 거두기에는 未洽하다.

따라서 本考에서는 不起訴處分の 根幹이 되는 起訴便宜主義를 중심으로 그 問題點을 把握하고 公訴權不行使에 대한 適正한 運用을 위한 諸外國의 立法例를 통하여 起訴便宜主義가 刑事司法의 運用을 具體的으로 妥當하게 하는 長點을 發揮하고 그 속에 內在하는 危險을 最少化하기 위한 努力을 試圖해 보고자 한다.

II. 公訴提起의 基本原則

公訴提起의 基本原則은 公訴權의 適正한 行使를 理念으로 한다. 現行 刑事訴訟法이 採用하고 있는 公訴權運用은 다음과 같은 基本原則으로 나타난다.

1. 國家訴追主義

刑事事件에 대하여는 私인에 의한 訴追를 認定하지 않고 모두 國家機關인 檢事가 公訴權을 行使한다. 이를 國家訴追主義(Staatsklagesystem)라고 한다. 檢事制度를 취하는 것은 이른바 國家訴追主義의 採用을 말한다.

이와 對照的인 제도가 英國의 法制이다. 英國은 檢事制度를 취하지 않고 私人訴追主義(Privatklage)를 原則으로 한다. 실제로는 警察官이 起訴하는 것이지만 이것은 起訴의 權利를 갖는 私인이 警察에 告發하여, 私人인 警察官에게 訴追의 委任을 하는 것으로 理解되며, 理論的으로는 私訴인 것이다. 다만 謀殺·故殺

通貨偽造 등 一定한 犯罪에 대하여는 公訴局長 (Director of Public Prosecutions) 이 訴追權을 行使하여 例外的으로 公訴도 行하여 진다.

西獨에서는 住居侵入·侮辱·傷害·脅迫 등 一定한 輕罪에 대해서는 私人訴追를 인정하고 檢察官은 公共의 利益과 관련될 때에만 起訴하도록 하고 있다. 즉 檢事制度를 採擇하여 國家訴追主義를 原則으로 하면서, 例外的으로 私訴를 認定하고 있다. 이와같은 私訴를 例外的으로도 認定하지 않는 우리나라 日本의 法制은 철저한 國家訴追主義에 입각하고 있다.

國家訴追主義는 檢事訴追主義를 취함으로써 ①刑事訴追의 專門의 知識과 經驗을 具備한 檢事를 통하여 訴追過程의 合理化와 能率化를 可能하게 하고, 檢事 同一體의 原則下에 全國的으로 統一의 組織體를 이루고 있는 檢事に 의한 起訴獨占의 原則과 결부함으로써 ②刑事司法實現過程의 全國的 統一과 訴追基準의 同一性을 維持하여 刑事司法節次의 現想인 公平과 法的 安定性의 實現이 保障될 수 있다는 등의 長點도 있으나 檢事の 起訴獨占主義와 結合하여 官僚主義의 弊害를 隨伴하고 獨善이나 檢事が 政治性에 빠질 罅가 있고 權限濫用의 危險이 따른다. 이러한 短點은 특히 起訴便宜主義와 結付될 때 더욱 그 危險은 增大될 수 있다.¹⁾

II. 起訴獨占主義

國家機關중 檢事만이 起訴의 權限을 갖는 原則을 起訴獨占主義 (Anklagemonopol) 라고 한다.

대체로 檢事制度를 취하는 國家는 起訴獨占主義도 認定하고 있다. 그러나 그 獨占의 정도에는 차이가 있다. 예컨대 美國은 一般的인 法律制度를 英國法에서 繼受하면서 檢察制度는 프랑스法制를 모방하여 檢事制度를 취하고 있지만 大陪審制度 (Grand Jury) 를 그와 並行하고 있는 州도 많다. 이러한 制度를 起訴陪審이라고 하는바 起訴·不起訴의 判斷을 陪審員의 評決에 맡기는 制度이다. 그러나 英

1) 日本國에서는 明治 이래 國家訴追主義와 起訴獨占主義를 철저하게 유지하였다. 그러나 起訴獨占主義와 官僚主義에 수반한 단점은 檢事同一體의 原則이나 起訴便宜主義와 結付할 때 檢事の 獨善主義·「檢察과쇼」의 罅가 있음을 경계하여 基本的으로는 國家訴追主義 및 起訴獨占主義를 維持하면서 그 短點을 補充하는 措置를 마련하고 있다. 高田卓爾, 刑事訴訟法 (東京: 青林書院新社, 1984), 370 面.

國에서는 이미 廢止되고 美國에서도 重大한 犯罪에 限定하든지 또는 廢止한 州도 상당하지만 아직도 聯邦은 물론 많은 州에서는 存續하고 있다.

우리 刑事訴訟法 第246條는 「公訴는 檢事가 提起하여 遂行한다」고 規定하여 國家訴追主義와 함께 國家機關中에서도 檢事만을 訴追機關으로 한다는 점에서 起訴獨占主義를 採擇함을 명백히 하고 있다.

起訴獨占主義에 대하여 現行法은 裁判上의 準起訴節次와 卽決審判의 請求 및 法廷警察權(刑訴法 第281條, 法院組織法 第54條)에 의한 法廷秩序紊亂行爲의 경우 및 少年法上 例外를 인정하고 있다.

III. 起訴便宜主義

檢事가 起訴·不起訴를 決定함에 있어서 犯罪의 嫌疑가 充分하고 訴訟條件이 具備되는 한 반드시 起訴하여야 한다는 主義를 起訴法定主義(Regalitätsprinzip)라고 한다. 이에 대하여 起訴·不起訴를 檢事의 裁量에 맡기는 主義를 起訴便宜主義(Opportunitätsprinzip)라고 한다. 즉 公訴를 提起함에 충분한 客觀的 嫌疑가 있고 訴訟條件이 具備되는 경우에도 檢事의 裁量으로서 起訴를 하지 않을 수 있음을 認定하는 制度이다.

起訴法定主義는 檢事의 恣意를 防止한다는 점에 그 의의가 있는데 西獨에서는 事實에 대하여 충분한 證據가 있는 한 檢事는 訴追可能한 모든 犯罪을 起訴할 義務가 있다. 例外的으로 輕罪는 事實이 輕微할 때 法院의 同意를 받은 경우나 重要하지 않은 餘罪의 경우에는 不起訴할 수 있다는 範圍내에서 裁量權이 있음에 불과하다.

刑事訴訟法 第247條 1項은 「檢事는 刑法 第51條의 事項을 參酌하여 公訴를 提起하지 않을 수 있다」고 規定하여 起訴便宜主義를 宣稱하고 있다. 즉 罪種을 不問하고 法院의 同意등과 같은 要件도 必要없이 檢事에게 大幅的 裁量權을 認定하고 있는 것이다. 다만 刑法 第51條 소정의 ①犯人의 年齡, 性行, 知能과 環境 ②被害者에 대한 關係 ③犯行의 動機·手段과 結果 ④犯行後의 情況등이 不起訴處分을 할 때 參酌되어야 할 事由로서 規定되어 있다. 起訴便宜主義의 制度的 合理性이 公訴權의 行使에 있어서 具體的 正義를 實現할 수 있다는 점에 비추어 볼 때 이들 諸事由는 例示的인 것에 不過할 것이다.²⁾ 이와같은 경우의 不起訴處

2) 申鉉柱, 刑事訴訟法(서울: 博英社, 1980), 115面.

분은 특히 起訴猶豫라고 하므로 起訴便宜主義는 곧 檢事의 起訴猶豫를 認定하는 制度이다.

起訴便宜主義 즉, 不起訴處分에 대해서는 檢事의 恣意·濫用을 牽制하고 政治的 影響을 排除하기 위한 制度的 裝置가 마련되어야 할 것이므로 現行 刑事訴訟法上의 合理的 運用을 위한 制度로서 ①裁判上의 準起訴節次 ② 檢察抗告制度 ③ 不起訴處分の 通知制度 ④ 法務部長官의 檢察權行使에 대한 具體的 指揮監督權의 制限등이 있다. 다만 이들 制度가 實效性이 未洽한 점과 濫用의 危險을 諸外國의 立法例를 參照하여 補完控制할 것이 요청된다.

4. 不告不理의 原則

不告不理의 原則 (Nemo iudex sine actore)이란 訴追없으면 審判할 수 없다는 原則이다. 公訴의 提起를 訴訟法的으로 보면 特定한 刑事事件에 대해서 法院의 審判을 求하는 趣旨의 意思表示를 內容으로 하는 檢事의 訴訟行爲이며, 이에 의하여 비로소 訴訟이 法院에 係屬되는 것이다. 따라서 이러한 訴訟行爲가 없으면 法院이 職權으로 事件을 採取하여 裁判할 수가 없다. 亂問主義時代에는 不告不理의 原則이 存在하지 않았으나 近代 以後의 刑事訴訟法이 訴追機關과 審判機關을 分離하는 彈劾主義的 刑事訴訟制度를 確立하여 不告不理의 原則은 刑事訴訟의 基本原則으로 登場하였다.

不告不理의 原則은 檢事의 公訴提起가 없으면 法院이 審判할 수 없다는 의미와 法理은 檢事가 公訴提起한 事件에 한해서 審判을 하여야 한다는 兩者의 意味를 包含한다. 前者는 訴訟開始의 制限原理로 作用하는 것이며 後者는 審判의 範圍를 限定하는 原理로 作用하는 경우이다.³⁾

Ⅲ. 起訴便宜主義와 起訴獨占主義

1. 緒 言

一定한 犯罪에 대하여 檢事가 公訴權을 行使할 때 어떠한 態度를 취할 것인가

3) 白亨球, 刑事訴訟法講義 (서울: 博英社, 1983), 423面.

분은 특히 起訴猶豫라고 하므로 起訴便宜主義는 곧 檢事의 起訴猶豫를 認定하는 制度이다.

起訴便宜主義 즉, 不起訴處分에 대해서는 檢事의 恣意·濫用을 牽制하고 政治的 影響을 排除하기 위한 制度的 裝置가 마련되어야 할 것이므로 現行 刑事訴訟法上의 合理的 運用을 위한 制度로서 ①裁判上의 準起訴節次 ② 檢察抗告制度 ③ 不起訴處分の 通知制度 ④ 法務部長官의 檢察權行使에 대한 具體的 指揮監督權의 制限등이 있다. 다만 이들 制度가 實效性이 未洽한 점과 濫用의 危險을 諸外國의 立法例를 參照하여 補完控制할 것이 요청된다.

4. 不告不理의 原則

不告不理의 原則 (Nemo iudex sine actore)이란 訴追없으면 審判할 수 없다는 原則이다. 公訴의 提起를 訴訟法的으로 보면 特定한 刑事事件에 대해서 法院의 審判을 求하는 趣旨의 意思表示를 內容으로 하는 檢事의 訴訟行爲이며, 이에 의하여 비로소 訴訟이 法院에 係屬되는 것이다. 따라서 이러한 訴訟行爲가 없으면 法院이 職權으로 事件을 採取하여 裁判할 수가 없다. 亂問主義時代에는 不告不理의 原則이 存在하지 않았으나 近代 以後의 刑事訴訟法이 訴追機關과 審判機關을 分離하는 彈劾主義의 刑事訴訟制度를 確立하여 不告不理의 原則은 刑事訴訟의 基本原則으로 登場하였다.

不告不理의 原則은 檢事의 公訴提起가 없으면 法院이 審判할 수 없다는 의미와 法理은 檢事가 公訴提起한 事件에 한해서 審判을 하여야 한다는 兩者의 意味를 包含한다. 前者는 訴訟開始의 制限原理로 作用하는 것이며 後者는 審判의 範圍를 限定하는 原理로 作用하는 경우이다.³⁾

Ⅲ. 起訴便宜主義와 起訴獨占主義

1. 緒 言

一定한 犯罪에 대하여 檢事가 公訴權을 行使할 때 어떠한 態度를 취할 것인가

3) 白亨球, 刑事訴訟法講義 (서울: 博英社, 1983), 423面.

에 대하여는 두가지 原則이 있다. 즉 起訴法定主義 또는 起訴合法主義 Legal-litätsprinzip 와 起訴便宜主義 (Opportunitätsprinzip) 이다.

起訴法定主義란 犯罪의 客觀的 嫌疑가 충분하고 또 訴訟條件이 具備된 때에는 반드시 起訴해야 한다는 法制上의 主義를 말하며, 이에 대하여 起訴便宜主義란 公訴를 提起함에 충분한 犯罪의 嫌疑가 있고 또 訴訟條件이 具備된 경우에도 被疑者의 여러가지 情狀을 參酌하여 檢事가 그 裁量에 따라 起訴·不起訴를 결정할 수 있는 法制上의 主義를 말한다.

兩主義는 모두 證據上 犯罪의 嫌疑가 충분하고 起訴하면 裁判上 有罪가 認定될 蓋然性이 분명한 경우임을 條件으로 하고 있다. 따라서 搜查의 結果 犯罪嫌疑가 없는 것을 不起訴處分하는 것은 어느 主義에서도 同一하며 論外로 하게 된다. 그러므로 法定起訴主義라고 하더라도 犯罪嫌疑가 없는데도 起訴해야 한다는 것이 아니고 起訴便宜主義에서도 搜查의 結果 犯罪嫌疑가 없는 것을 不起訴處分하는 것은 當然하며 특히 刑事政策的인 考慮가 있는 것은 아니다. 이것은 起訴便宜主義에 있어서 起訴猶豫處分이란 有罪로서의 證據 내지 心證이 충분한 것을 구태여 起訴하지 않고 이를 不起訴處分하는 경우에 관한 것임을 나타내고 있다. 즉 刑事訴訟法上 起訴便宜主義에 대한 論議는 바로 이러한 起訴猶豫制度에 관한 것이다.

兩主義의 對立中 어느 制度를 採擇할 것이냐의 문제와 관련한 基本的인 對立은 刑法理論의 傳統的인 新·舊派의 對立에 關連한다. 應報刑主義를 철저하게 關連하려는 客觀主義 (舊派)의 입장에서는 犯罪가 있는 경우 항상 處罰할 것을 要請하므로 이는 起訴法定主義와 연결되지만 目的刑論 내지 教育刑論을 主張하는 主觀主義 (新派)의 立場에 따라 犯人을 중심으로 考察하면 公訴提起에 있어서도 刑事政策的인 配慮가 必要하므로 起訴便宜主義에로 歸結된다. 그러나 刑法理論上 兩派의 對立은 대체로 立法上 妥協이 이루어져 終息되었다고 볼 수 있으므로 起訴에 관한 兩主義의 對立은 能率上의 문제 또는 刑事政策上의 문제로서 合理性을 論하게 되고 그 濫用에 따른 公正性을 擔保하기 위한 制度的 裝置에 더욱 論議의 焦點이 모이게 되었다.

2. 沿革的 考察

起訴法定主義는 沿革的으로 보면 프랑스 革命後의 法治國家에서 檢事의 專斷 특

히 刑事司法이 政治的勢力의 영향을 받아 不當한 不起訴處分을 恣行하는 偏頗의 取扱을 防止하기 위하여 行하여 졌다.”

물론 起訴法定主義는 起訴·不起訴의 裁量權을 訴訟機關으로부터 剝奪함으로써 檢事의 恣意를 防止하며 특히 起訴·不起訴의 決定이 政治的勢力에 의하여 좌우되는 것을 阻止하여 公訴의 提起를 公平하게 하고 法的安定性에 기여할 수 있으며 被疑者訊問의 搜查過程에서 野合 내지 不起訴處分의 非難을 利用하여 不利한 陳述을 強要할 危險을 排除할 수 있는 長點이 있다. 그러나 刑事政策的 見地에서 處罰할 必要가 없는 경우 또는 不罰함이 犯人改善에 效果的이라고 생각되는 경우에도 犯罪의 成立이 認定되는 한 그 情狀如何를 불문하고 반드시 起訴하여야 하므로 實際上 無益한 公訴의 提起가 強行되어 具體的 妥當性을 缺하는 結果를 초래할 可能性이 크고 被疑者의 人格損傷의 增大와 함께 訴訟經濟를 害할 염려가 있다.

起訴便宜主義는 이러한 점을 調整하고 具體的 妥當性 있는 刑事司法의 運用 특히 刑事政策的인 考慮에서 檢事에게 起訴·不起訴에 關하여 合理的인 判斷에 의한 裁量權을 認定하고자 하는 制度이다.

起訴便宜主義에 따르면 첫째, 刑事政策的 考慮가 可能하다. 즉 不必要한 起訴는 이를 하지 아니할 수 있게 되므로 濫訴의 폐단을 방지하여 刑事司法節次에 대한 社會一般의 信賴와 公訴提起에 의한 豫防的 效果를 높일 수 있다. 둘째, 具體的 妥當性을 드는이다. 形式的인 公正性 및 劃一的이고도 硬直된 法的 安定性이 초래하는 弊害를 是正하고, 刑事司法節次의 彈力性있는 運營을 통하여 具體的이고도 實質的인 正義의 實現을 이룩할 수 있다. 셋째, 訴訟經濟에 合致된다. 檢査나 法院의 事務量의 過重과 審理遲延으로 인한 審理의 不適正을 면할 수 있고 負擔을 輕減시키며 輕犯者가 搜查에 協力할 機會가 造成되므로 搜查의 促進을 기할 수도 있다.

그러나 起訴便宜主義를 採用한다고 해서 起訴法定主義의 문제점이 모두 解消되

4) 鴨良弼, 刑事訴訟法講義(東京:青林書院新社, 1980), 85面.

金澤鉉, 「起訴便宜主義」, 考試界(1977. 1), 19面.

鄭京植, 「起訴便宜主義」, 考試研究(1977. 2), 80面.

는 것은 아니다. 오히려 起訴便宜主義下에서는 公訴權의 行使가 檢事의 恣意 내지 獨善에 흐를 可能性이 많고 政治的 事情에 좌우될 念慮도 있다. 또한 起訴·不起訴의 處分基準이 明確하지 않으므로 무엇보다도 刑事政策的인 境地에서 優秀하다고 생각되는 起訴便宜主義에 대한 合理的·合目的的 運用을 위한 立法的 考慮가 뒤따라야 할 것이다.

3. 起訴便宜主義의 立法例

國家訴追主義와 起訴便宜主義는 그 長點을 認定받아 「改革된 刑事訴訟」(reformierter strafprozess) 以來 大陸法系의 傳統이 되었으나 多様한 形態로 例外를 認定하고 있는 立法例가 많음은 前述하였다.⁵⁾

刑事訴訟法上 起訴便宜主義를 採擇하면서 起訴猶豫制度를 法文에서 規定하고 있는 경우도 있고, 그와는 달리 檢察權行使의 慣行에 맡기는 경우도 있다.

西獨과 日本은 前者의 代表的 立法例이며 美國은 後者の 例에 속한다.

[西獨·프랑스]

西獨 刑事訴訟法은 第152條 2項에서 「法律에 달리 規定되어 있지 아니하는 檢察廳은 事實에 관한 證據가 充分히 存在하는 경우에 대하여 公訴를 提起할 義務가 있다」⁶⁾고 規定하여 檢事に 의한 起訴法定主義를 標題에서부터 明白히 採擇하고 있다. 다만 同法 第153條 1項에서 「輕罪를 對象으로 하는 節次의 경우에 犯人의 責任이 輕微하고 訴追하여야 할 公益이 存在하지 아니하는 때에는, 檢事は 公判의 開始를 決定하는 管轄法院의 同意를 얻어 訴追하지 아니할 수 있다. 他人의 財産을 노린 犯罪로서 最低限度의 加重刑이 規定되지 아니한 輕罪의 경우에는 그 犯罪로 인하여 發生한 損害가 輕微한 때에는 法院의 同意가 必要하지

5) 프랑스의 action civile, 西獨의 Privatklage, 오스트리아의 Subsidiaranklage 등이 그 例이다.

6) § 152 [Anklagebehörde, Legalitätsgrundsatz]

① Zur Erhebung der öffentlichen klage ist die Staatsanwaltschaft berufen.

② Sie ist soweit nicht gesetzlich ein andres bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.

아니하다」⁷⁾ 8) 고 規定하여 法院의 同意를 얻은 輕罪 (Vergehen) 에 대하여 不起訴處分을 認定하고 財産罪의 경우 그 結果가 些少한 때에 同意없이 起訴猶豫할 수 있다.

또한 同法 第153條의 b 第1項의 「法院이 處罰을 하지 아니할 수 있는 要件이 存在하는 경우」와 同條 c 의 一定한 犯罪에 있어서 自首등과 같은 「有效한 悔悟의 경우」(Absehen von Strafverfolgung bei tatiger Reue) 에는 法院의 同意를 얻어 起訴猶豫할 수 있다고 規定한다. 그리고 「外國에서의 犯行에 관한 不起訴」(§ 153 c ; Nichtverfolgung von Auslandstaten), 「政治的 犯罪行爲의 경우」(§ 153 d ; Absehen von Strafverfolgung bei politischen Straftaten) 및 「重要하지 않은 餘罪」(§ 154 ; Unwesentliche Nebenstraftaten) 에 대해서도 例外를 認定하고 있다.

프랑스 刑訴法에서는⁹⁾ 公訴 (de l'action publique) 와 私訴 (de l'action civile) 를 認定하고 (同法 第1條) 公訴는 檢事에 의해서 行하여 진다.¹⁰⁾ 檢事는 모든 犯罪에 대하여 訴追해야 할 義務를 지지만 (同 36條, 41條) 地方法院附 檢事는 告訴·告發을 接受하고 起訴與否를 決定함은¹¹⁾ 물론 違警罪 및 輕罪의

7) § 153 [Absehen von Verfolgung wegen Geringfügigkeit] ① Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht. Der Zustimmung des Gerichts bedarf es nicht bei einem Vergehen, das gegen fremdes Vermögen gerichtet und nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist, wenn der durch die Tat verursachte Schaden gering ist.

8) Otto Schwarz 는 本條는 起訴法定主義의 Durchbrechung 이라고 表現한다.

O. Schwarz, Strafprozeßordnung 24. Aufl, 1963, S. 259.

9) Code de Procédure Pénale ; Loi du 31 décembre 1957.

10) 佛刑訴法 第31條 「檢察은 公訴權을 行使하고 法律의 適用을 要求한다」(Art.31. Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi).

11) Art.40. Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner.

豫審請求에 있어서는 裁量權을 가진다(同法 第79條)¹²⁾

[美國]

法制를 달리하는 美國에 있어서 뉴욕市 輕罪法廷 Court of Special Sessions에서 輕罪이며 그에 대한 訴追가 刑事司法의 目的을 達成하는데 不必需的 事案은 棄却(discharge)된다고 하고 있다.¹³⁾ 이와같은 경우는 우리나라와 같이 嫌疑없는 不起訴處分이나 起訴猶豫處分の 區別이 不明確한채 不起訴處分하는 것으로 보인다.

[日本]

日本の 起訴便宜主義는 理論적으로 볼 때, 犯罪있으면 반드시 起訴하라는 形式的 起訴法定主義의 欠缺을 補完하기 위한 것이라고 할 수 있지만 其實은 沿革적으로 보아 國家財政上의 必要 즉 國家豫算節減의 目的에서 犯罪者收監의 減少를 위한 것임을 알 수 있다.¹⁴⁾

그러나 治罪法時代부터 舊刑訴法時代에 걸쳐 檢察의 實際는 起訴緩和의 要請으로 비교적 일찍부터 「微罪不檢舉」라는 이름하에 起訴便宜主義가 事實上의 慣行으로 되어왔다. 그 후 日本의 舊刑訴法에 이르러 法律上 明文의 制度로 認定되고(日本 舊刑訴法 第279條) 現行法에서도 그대로 認定하고 있다. 日本 刑事訴訟法 第247條는 「公訴는 檢察官이 이를 行한다」고 하고 그 第248條에서 「犯人의 性格, 年齡……에 의하여 訴追할 必要가 없을 때에는 公訴를 提起하지 않을 수 있다」고¹⁵⁾ 規定한다.

12) Art.79. L'instruction preparatoire est obligatoire en matiere de crime; sauf dispositions speciales, elle est facultative en matiere de deliti elle peut egalement avoir lieu en matiere de contravention si le procureur de la Republique le requiert en application de l'article 44. 豫審은 重罪에 있어서는 義務的이다. 特別한 規定이 없는 한, 輕罪에 있어서는 豫審은 任意的이다. 檢察는 第44條의 規定에 의하여 違警罪의 境遇에도 豫審을 請求할 수 있다.

13) Report of the District Attorney, County of New York. 1946~1948.

14) 沿革의 詳細는 馬屋原成男, 刑事法學의 理念(東京; 有信堂高文社, 1930), 468面以下 參照.

15) § 248 (起訴便宜主義) 「犯人」性格, 年齡及ビ 境遇, 犯罪ノ輕重及ビ情狀並ビ 二犯罪後ノ情況ニヨリ 訴退ヲ必要 トミナイトキハ, 公訴ヲ提起 ミナイコトガデキル.

이것은 公訴權行使에 관한 起訴便宜主義의 原則을 採擇한 것이다.

日本에서는 治罪法(1880. 7.17 太政官布告 35號; 第107條) 이래 舊舊刑事訴訟法(1890. 1. 1 施行) 62條, 63條, 64條와 舊刑事訴訟法(1924. 1. 1 施行) 第279條등의 明文上 起訴法定主義를 취해 왔다. 이는 犯罪必罰의 思考에 기인하는 것이겠지만 輕微한 犯罪의 激增으로 인한 國家財政上의 負擔으로 인하여 治罪法施行後 불과 5년이경과한 1885年 당시의 司法卿山田顯義는 訓令으로 全國의 警察官에게 「微罪不檢舉」를 命하고 檢事에 대해서도 「輕微한 犯罪」의 不處罰을 命하였다.¹⁶⁾ 이것은 明文의 起訴法定主義를 改正함이 없이 事實上 起訴便宜主義를 採擇한 契機가 된다.

이러한 不起訴處分은 常備軍의 數보다 罪囚의 수가 늘어났던 清日·露日戰爭의 前後에 訴訟經濟의 目的을 달성하면서 점차 活用되어 갔다. 이것이 오늘의 起訴猶豫處分의 효시이다. 이 起訴猶豫處分은 從來의 不起訴處分을 말하는 것이었지만 本來의 不起訴處分중에는 犯罪의 「嫌疑 없음」(또는 不充分)을 理由로 하는 경우도 포함되어 있었다. 이와 起訴猶豫와의 차이는 「嫌疑 없음」 또는 「不充分」이란 檢事が 搜查의 결과 有罪의 證據를 確保하지 못하였으므로 起訴할 수 없다는 것이므로 當然한 結果이다.

그러나 「起訴猶豫」란 搜查의 結果, 證據도 충분하고 事案의 輕微, 初犯, 被害의 辨償등을 考慮하여 檢事が 起訴를 猶豫하여 不起訴處分을 하는 것이므로 內容은 전혀 다른 것이다.

그런데 이러한 後者의 起訴猶豫處分은 만일 檢事が 起訴하면 裁判上 有罪가 될 수 있는 事案을 檢事の 裁量으로 不起訴하는데 따른 濫用의 弊害가 뒤따른다.

그러므로 日本에서는 우리나라와 마찬가지로 不起訴處分의 公正을 保證하기 위한 制度를 마련하고 있다. 즉 告訴人등에 대한 告知制度(日刑訴法 § 26, § 261), 檢察審査會制度(檢察審査會法: 1948.7.12 法律 第147號), 準起訴節次(日刑訴法 第262~269條) 등이다.

16) 岡本吾市, 「起訴猶豫處分等の 教育學的 考察」, 司法研究, 19集 8面.

Ⅳ. 起訴便宜主義의 內容

1. 起訴猶豫

起訴便宜主義에 의한 不起訴를 起訴猶豫라고 한다. 起訴猶豫는 不起訴處分의 一種이지만 狹義의 不起訴(犯罪의 成立要件 또는 訴訟條件의 缺如로 起訴하지 못하는 경우)와는 달리 捜査의 結果 公訴를 提起하는데 充分한 證據가 있고 有罪의 心證이 있는데도 불구하고 ①犯人の 年齡·性行·知能과 環境 ②被害者에 대한 關係 ③犯行의 動機, 手段과 結果 ④犯行後의 情況등을 參酌하여(刑訴法 第247條1項, 刑法 第51條) 檢事가 起訴를 猶豫하여 不起訴處分하는 것을 말하며 같은 不起訴라도 內容은 크게 다른 것이다.

이에 의하면 한편으로는 犯人の 人格의 要素인 危險性을 考慮하고 있으나 他面 犯行의 動機·手段과 結果등 犯人の 刑事責任에 영향을 미칠 事情 및 犯罪後의 情況, 被害者에 대한 關係도 고려하여 起訴·不起訴를 決定하는 것으로 되어 있다.¹⁷⁾ 이것은 이러한 情狀으로부터 推認되는 再犯의 危險性이 없는 犯人の 更生을 도모한다는 特別豫防主義를 중시한 것이지만 犯行의 手段과 結果등과 같은 犯罪의 輕重도 고려한 것을 볼 때 一般豫防主義도 無視하지 않고 있다.¹⁸⁾

그러나 위와같은 機能을 가진 起訴猶豫制度도 理論的인 面에서나 實踐的인 面에서 몇 가지 問題點을 안고 있다.

첫째, 犯罪人の 有·無罪에 대한 판단은 原則的으로 法院에 의한 司法處分을 통하는 것이 人權保障의 側面에서 合理的인데 起訴段階에서 檢事의 行政的 處分에 맡기는 것은 不合理的하다는 批判이다. 起訴猶豫處分은 檢事의 處分이므로 確定力을 발생하지 않고 起訴猶豫處分한 事件이 재하여 다시 公訴를 提起할 수 있다.¹⁹⁾ 따라서 被疑者는 長期間 不安全한 地位에 놓이고 法的 安全性을 侵奪하는 結果가 되므로 憲法上 「法律에 정한 法官에 의하여 法律에 의한

17) 鄭榮錫, 刑事訴訟法(서울, 法文社, 1981), 261面.

鄭京植, 前掲論文, 82面.

18) 鄭榮錫, 上掲書, 同面.

金澤鉉, 前掲論文, 21面.

19) 同趣旨; 大判 1966.11.22. 66도 1288.
大判 1966.11.29. 66도 1416.

裁判을 받을 權利」(憲法 第26條1項)와 「신속한 裁判을 받을 權利」(同條 3項)의 保障에 소홀하게 된다.²⁰⁾ 그러나 犯罪人에 對한 有·無罪判斷도 결국 犯罪人의 社會復歸라는 目的과 관련되는 點을 감안한다면 起訴段階에서의 이러한 社會復歸決定은 의미있는 일이며 다만 檢事의 裁量權을 억제하기 위한 法律的 裝置와 理論的 研究가 따라야 할 것이다.²¹⁾

둘째, 實務上 起訴猶豫處分이 被疑者의 改善·教化라는 次元에서 行하여지지 않고 檢事의 恣意的인 判斷에 좌우되는 傾向이 있으며 不起訴處分의 事件에 安易한 起訴猶豫處分을 하는 弊斷에 대한 批判이다.

그것은 起訴猶豫의 諸基準이 全體적으로 문제점을 考慮해야 한다는 것을 의미하며 이것만으로도 그 基準要素는 무한히 확대되고 더우기 그 각각의 要素를 여하히 考慮할 것이냐가 明確치 못한데서 오는 起訴猶豫의 濫用에 대한 문제점이다.²²⁾

다만 이러한 批判은 起訴猶豫制度自體에 관한 것이라기보다는 그 制度의 運用上 問題點이라고 할 수 있다. 요컨대 어떻게 하면 이 制度를 合理的으로 運用할 수 있을 것인가가 課題인 것이다.²³⁾

2. 公訴變更主義

起訴法定主義는 그 당연한 結論으로서 公訴提起후에 公訴의 取消을 認定하지 않는 公訴不變更主義(Immutabilitätsprinzip)로 나타나는데 비하여 起訴便宜主義는 그 取消을 認定하는 公訴變更主義에로 歸結된다.

刑訴法은 「公訴는 第1審判決의 宣告前까지 이를 取消할 수 있다」(第255條 1項)고 規定하여 公訴變更主義를 認定한다. 이 公訴의 取消에 대하여는 一般

20) 특히 日本憲法 第76條2項「行政機關은 終審으로서 裁判을 行할 수가 없다」參照.

21) 鄭榮錫, 刑事政策(서울, 法文社, 1986), 360面.

22) 大決, 1966.10.13, 66모 62.

23) 大決, 1968. 1.23. 67모 66參照.

起訴與否決定上 考慮點의 比重에 관한 立法措置 또는 상세한 檢察內部規準의 개발 및 신중한 배려가 요청된다.

的으로 그 必要性을 認定하고 있으나²⁴⁾ 立法論的으로 再考되어야 한다고 보는 見解도 있다.²⁵⁾

公訴의 取消時期를 第一審判決의 宣告前까지라는 制限을 둔 것은 法院에 의한 終局的 判斷이 檢事에 의하여 無意味하게 되어 法的安定性을 侵害하는 것을 防止하고자 한 것이다.²⁵⁻¹⁾

公訴의 取消이 있는 때에는 公訴棄却의 決定이 告知되고(328條 1項 1號) 이 公訴棄却의 決定이 確定된 때에는 公訴取消後 그 犯罪事實에 대한 다른 중요한 證據를 발견한 경우에 한하여 다시 公訴를 提起할 수 있다(329條)²⁶⁾ 이에 反하여 再起訴된 때에는 判決로써 公訴를 棄却한다.(327條 4號)

公訴의 取消은 檢事が 提起한 公訴가 無意味하게 되거나 不必要한 경우 및 無罪判決로 인한 既判力發生을 防止하기 위한 實務上 必要에서 요구된다.

3. 公訴保留

公訴의 保留란 檢事が 國家保安法違反 事件의 被疑者에 대하여 訴訟條件을具備하고 犯罪의 客觀的 嫌疑가 있더라도 刑法 第51條의 事項을 參酌하여 2年間 公訴提起를 保留하여 둘 수 있는 制度이다(國家保安法 第20條).

이는 起訴猶豫制度和 비슷한 概念이지만 起訴猶豫의 경우에는 檢事が 公訴時效의 完成 以前에는 언제든지 搜查를 再開하여 起訴할 수 있지만, 公訴保留의 경우에는, 2年間 公訴의 提起없이 경과된 때에는 被疑者를 訴追할 수 없으며 檢事는 一定한 경우에 公訴保留를 취소할 수 있다.(同條 2項, 4項).²⁷⁾ 搜查를 再開한 때에도 起訴猶豫의 경우에는 刑事訴訟法 第208條에 의한 再拘束禁止條項이 適用되지만 公訴保留의 경우에는 國家保安法 第20條 4項의 規定에 따라 同一한

24) 白亨球, 刑事訴訟法(서울: 韓國司法行政學會, 1985), 404面.

鄭榮錫, 前掲刑事訴訟法, 261面.

金箕斗, 刑事訴訟法(서울: 博英社, 1985), 231面.

25) 申鉉柱, 前掲書, 135面 參照.

25-1) 大判, 1976.12.28. 76도 3203 參照

「第1審判決이 宣告된 以上 同判決이 確定되어 이에 대한 再審訴訟節次가 進行中에 있다하여 公訴取消을 할 수 없다」.

26) 大判 1977.12.27. 77도 1308.

27) 大判 1967. 8.29. 67도 758 ; 1968.10. 8. 68도 1088. 1968. 2.27. 68도 79. 1967. 8.29. 67도 758 등 判例參照.

犯罪事實로 재차 拘束할 수 있다는 차이가 있다.

이러한 公訴保留制度는 公訴提起를 일단 保留할 뿐이므로 不起訴 내지 起訴猶豫處分과 區別되지만 國家保安法 違反者에 대한 政策的 考慮에서 伸縮性있는 處分을 할 수 있도록 하는데 그 趣旨가 있으므로 起訴便宜主義에 包攝될 수 있으리라 생각된다.²⁸⁾

V. 不起訴處分の 公正性保障

前述한 바와 같이 起訴猶豫制度가 가지는 刑事政策的 意義는 매우 크다고 할 수 있지만, 檢事의 恣意的 裁量을 牽制하고 政治的 介入을 排除하기 위한 制度的 裝置와 被疑者의 원활한 社會復歸를 위한 制度的 補充이 要請된다.

現行法이 인정하고 있는 不起訴處分の 公正性을 保障하기 위한 制度로서는 1. 告訴人등에의 通知義務(刑訴法 第258, 259條), 2. 檢察廳法上的 抗告制度(檢察廳法 第12條), 3. 付審判制度(裁判上的 準起訴節次)등을 들 수 있고²⁹⁾ 檢察權行使에 대한 法務部長官의 구체적 指揮監督權의 制限(檢察廳法 第14條)도 間接的으로 事前的 抑制措置가 될 수 있다.

以下에서는 最近 檢察에서 處理한 起訴猶豫의 實態와 함께 現行法上的 制度를 살펴보고 이웃 日本에서 公訴權行使의 濫用을 견제하는 장치로써 그 주된 機能을 수행하고 있는 檢察審査會制度를 통하여 檢察權의 適正한 行使의 保障을 考察하고자 한다.

1. 刑事司法上的 起訴猶豫制度

最近 10年間 全國檢察廳에서 處理한 人員의 內容은 表①과 같다.

이에 따르면 전체 事件에 대한 起訴猶豫率은 최근 10年間 平均 14.1%이며

28) 鄭京植, 前掲論文, 83面.

韓沃申, 國家保安法 反共法說(서울: 韓國司法行政學會, 1970), 85面.

29) 이와는 반대로 不當한 起訴處分에 대한 規制에 관하여는 刑訴法上 明文의 規定이 없으므로 公訴權濫用論의 문제로 解決하여야 할 것이다.

犯罪事實로 재차 拘束할 수 있다는 차이가 있다.

이러한 公訴保留制度는 公訴提起를 일단 保留할 뿐이므로 不起訴 내지 起訴猶豫處分과 區別되지만 國家保安法 違反者에 대한 政策的 考慮에서 伸縮性있는 處分을 할 수 있도록 하는데 그 趣旨가 있으므로 起訴便宜主義에 包攝될 수 있으리라 생각된다.²⁸⁾

V. 不起訴處分の 公正性保障

前述한 바와 같이 起訴猶豫制度가 가지는 刑事政策的 意義는 매우 크다고 할 수 있지만, 檢事의 恣意的 裁量을 牽制하고 政治的 介入을 排除하기 위한 制度的 裝置와 被疑者의 원활한 社會復歸를 위한 制度的 補充이 要請된다.

現行法이 인정하고 있는 不起訴處分の 公正性을 保障하기 위한 制度로서는 1. 告訴人등에의 通知義務(刑訴法 第258, 259條), 2. 檢察廳法上的 抗告制度(檢察廳法 第12條), 3. 付審判制度(裁判上的 準起訴節次)등을 들 수 있고²⁹⁾ 檢察權行使에 대한 法務部長官의 구체적 指揮監督權의 制限(檢察廳法 第14條)도 間接的으로 事前的 抑制措置가 될 수 있다.

以下에서는 最近 檢察에서 處理한 起訴猶豫의 實態와 함께 現行法上的 制度를 살펴보고 이웃 日本에서 公訴權行使의 濫用을 견제하는 장치로써 그 주된 機能을 수행하고 있는 檢察審査會制度를 통하여 檢察權의 適正한 行使의 保障을 考察하고자 한다.

1. 刑事司法上的 起訴猶豫制度

最近 10年間 全國檢察廳에서 處理한 人員의 內容은 表①과 같다.

이에 따르면 전체 事件에 대한 起訴猶豫率은 최근 10年間 平均 14.1%이며

28) 鄭京植, 前掲論文, 83面.

韓沃申, 國家保安法 反共法說(서울: 韓國司法行政學會, 1970), 85面.

29) 이와는 반대로 不當한 起訴處分에 대한 規制에 관하여는 刑訴法上 明文의 規定이 없으므로 公訴權濫用論의 문제로 解決하여야 할 것이다.

(表 1) 最近 10 年間 全國檢察廳 犯罪者處分結果 ※ 1. 大檢察廳, 「犯罪分析」에 의함.
 單位: 人員 2. () 안은 總數에 대한 百分率임.

年度	總數	起 訴			少年部 送致	不 起 訴							
		小計	求 公 判			起 訴 猶豫	起 訴 中 止	嫌 疑 없 음	罪 加 안 된	公 訴 權 없 음	公 訴 保 留		
			拘 束	不 拘 束								求 略 式	
1976	658,860	385,026 (58.4)	96,620	18,691	269,715	12,799	261,035	81,623 (12.8)	69,698	82,275	2,364	22,075	-
1977	654,286	377,417 (57.7)	82,428	18,396	276,593	11,953	264,916	94,142 (14.4)	62,140	83,830	2,605	22,199	-
1978	630,565	386,084 (61.2)	72,998	9,693	203,393	9,639	234,792	78,414 (12.4)	60,238	72,355	2,107	21,678	-
1979	689,028	441,823 (64.1)	75,347	11,399	355,077	8,300	238,905	77,826 (11.3)	60,924	75,273	2,075	22,807	-
1980	753,257	453,819 (60.2)	85,421	10,787	357,601	9,248	290,200	97,492 (12.9)	76,390	86,947	2,711	26,660	-
1981	769,401	436,038 (56.7)	82,661	12,562	340,815	8,619	324,744	106,352 (13.8)	78,137	104,134	3,480	32,611	-
1982	835,936	499,092 (48.9)	84,107	13,017	311,938	11,042	415,894	137,224 (16.4)	81,451	100,070	3,621	93,528	-
1983	933,445	426,507 (45.7)	83,534	19,476	323,497	9,987	496,951	142,636 (15.3)	117,139	99,827	3,237	134,107	-
1984	1,003,035	440,725 (43.9)	82,327	22,613	335,785	9,108	533,242	160,570 (16.0)	131,657	112,037	2,620	144,316	-
1985	1,009,411	432,329 (42.8)	77,152	23,617	331,570	7,338	569,744	156,151 (15.5)	137,055	115,958	3,161	157,411	-

전체적으로 증가하는 추세에 있다. 여기에는 여러가지 이유가 있겠지만 檢察이 被疑者를 起訴猶豫하여 犯罪人을 改過遷善할 수 있는 機會를 提供하는 起訴便宜主義制度 自體의 充分한 活用이 이행되고 이를 肯定적으로 評價하고 있다는 점을 알 수 있다. 또한 無嫌疑 및 「罪가 안됨」을 理由로 하는 不起訴處分을 받은 人員이 80年代들어 점차 감소하고 있는 경향을 보이고 있는데 (1981年 14.0%, 82年 12.4%, 83年 11.0%, 84年 11.4%, 85年 11.8%), 이것은 警察에 의한 捜査가 科學的·合法·適正의 方向으로 나아감에 따라서 嫌疑없는 事件은 檢察에의 送致以前에 無嫌疑로 결정됨에 따르는 것이라고 볼 수 있다. 그러나 한편으로는 起訴猶豫制度의 活用으로 오히려 無嫌疑로 인한 不起訴處分을 하는 것을 回避하게 되는 경향도 없지 않을 것이다.

2. 處分通知義務

告訴 또는 告發있는 事件에 대하여는 不起訴·公訴의 取消 또는 他管送致處分을 할 때에는 迅速하게 (7日以内) 그 趣旨를 告訴人 또는 告發人에게 書面으로 通知하여야 한다 (刑訴法 第258條). 이 경우에 告訴·告發人의 請求가 있는 때에는 7日이내에 그 理由를 書面으로 설명해야 한다 (同法 第259條). 이와 같은 通知制度는 檢事의 職務執行에 新중을 기하도록 하기 위한 것이지만 특히 不起訴處分의 경우에 있어서는 이러한 處分通知制度는 檢察廳法上의 抗告나 付審判請求를 하는 事件에 대하여는 重要한 手段이 된다.

3. 檢察廳法上의 抗告制度

檢事의 不起訴處分에 不服이 있는 告訴人 또는 告發人은 그 檢事가 속하는 地方檢察廳 또는 支廳을 經유하여 書面으로 管轄 高等檢察廳의 長에게 抗告할 수 있다 (檢察廳法 第12條 1項). 이 경우 檢事는 抗告가 理由있다고 인정하는 때에는 그 處分을 更正하여야 한다. 抗告를 棄却하는 處分에 대하여는 檢察總長에게 再抗告할 수 있다 (同條 2項). 抗告期間 또는 再抗告期間은 不起訴處分의 通知나 抗告棄却의 通知를 받은 날로부터 30日이내이다 (同條 4項). 裁定申請을 할 경우에는 抗告하지 못하지만 裁定決定前에 그 申請을 取消한 때에는 抗告期間內에 다시 抗告할 수 있다 (同條 6項)

檢察抗告制度는 檢事의 不起訴處分에 대한 檢察 自體의 更正制度로서 裁定申請

의 對象이 극히 限定되어 있는 現行法上 중요한 意義를 가지고 있다.

그러나 上命下服의 關係에 있는 檢事 同一體의 原則下에서는 事實上 檢察抗告 制度에 의한 不當한 不起訴處分에 대한 規制는 어렵다고 하겠다.³⁰⁾

4. 付審判制度(裁判上の 準起訴節次)

1. 緒 言

刑訴法은 第260條 내지 第265條에서 刑法 第123條 내지 第125條의 罪에 대하여 告訴 또는 告發을 한 者로서 檢事의 不起訴處分에 不服하는 者는 事件을 法院의 審判에 付하여 달라는 申請, 즉 裁定申請을 할 수 있고 法院이 裁定申請에 의하여 不起訴處分한 事件을 法院이 審判에 付하는 制度를 裁判上の 準起訴節次 또는 付審判節次라고 한다.³¹⁾

付審判制度는 法院의 裁判(付審判決定)에 의해서 公訴提起가 擬制된다는 점에 特色이 있다. 不告不理의 原則을 採擇하고 있는 彈劾主義의 訴訟構造下에서는 檢事가 公訴權을 行使하지 않는 한, 法院은 審判할 수 없다. 그러나 檢事의 公訴權 不行使가 현저히 不當한 경우에는 訴追權行使의 適正·國家刑罰權의 公正한 行使라는 見地에서 그 是正이 요청된다. 원래 이러한 付審判制度가 채택된 制度的 理由는 종래 檢察廳法에 의한 抗告·再抗告로 同一한 檢察系統內部的 일로써 抗告申請을 받은 上級檢察廳에서 原檢事의 不當한 處分을 묵과할 경우 이를 是正할 方法이 없고 특히 檢事同一體의 原則을 고려할 때 檢察內部에서의 是正은 기대할 수 없다는 檢察에 대한 일종의 不信에서 起因한 것이라고 할 수 있다.³²⁾ 따라서 不當한 不起訴處分에 대한 是正의 實効性을 保障하기 위해서는 이에 대한

30) 姜求眞, 刑事訴訟法原論(서울:學研社, 1982), 252面.

김희수, 「실무상 통해 본 기소편의주의」, 검찰12호(대검찰청, 1969).

31) 姜求眞, 前掲書, 252面. 鄭榮錫, 前掲刑事訴訟法, 272面.

白亨球, 「付審判制度」, 判例月報(判例月報社, 1981.12), 11面.

32) 이진채, 「재정신청과 항고」, 검찰 제21호(大檢察廳, 1970.1), 222面.

白亨球, 上掲論文, 同面.

李秉根, 「現行裁定申請制度에 대한 小考」, 檢察, 創刊號(大檢察廳1968.5), 223面.

司法的 審査制度가 要請되므로 付審判制度의 存在意義가 여기에 있다.³⁴⁾

우리나라나 日本의 準起訴節次는³⁵⁾ 獨逸의 起訴強制節次(Klageerzwingungsverfahren)에서 示唆를 받은 制度이지만 西獨의 起訴強制節次와는 많은 점에서 차이가 있다.

우리의 準起訴節次에 비하여 西獨 起訴強制節次는 法院이 公訴提起의 決定을 한 때에는 檢事가 訴追者로서 公訴提起의 義務를 지고 公訴維持를 擔當하게 된다.³⁶⁾ 또한 現行法上의 付審判決定은 起訴獨占主義의 例外이지만 西獨의 起訴強制는 檢事の起訴權行使에 대한 強制手段이기는 하지만 起訴法定主義를 根幹으로 하고 있는 西獨에서는 起訴獨占主義의 例外라고 보기는 어렵다. 그 외에도 西獨의 起訴強制節次는 ①抗訴前置主義의 採擇(同法 第172條 2項 前段) ②違警罪와 輕罪를 除外한 犯罪一般에 대한 請求의 許容(同條 2項 後段) ③請求權의 濫用을 抑制하기 위하여 請求人에게 擔保를 提共(Sicherheitsleistung)하게 하여 請求가 棄却(Verwerfung des Antrags)되었을 때 등 費用賠償制度(同法 第176條, 177條)를 두어 다소 그 內容을 달리하고 있다.

2. 準起訴節次의 構造

準起訴節次는 法院에 의한 審理이긴 하지만 法院은 檢事로부터 搜查書類나 證據를 인계받아(刑訴法 第261條2項) 필요할 때는 證據를 調査하여 訴追與否를

34) 같은 制度를 취하고 있는 日本의 判例에서도 「…一種의 司法審査 내지 司法的 抑制의 기능을 가질 수 있고 또 그 裁判에 의하여 結果的으로는 檢事の 不起訴處分の 效力을 다투거나 혹은 起訴命令을 구하는 것 같은 본래의 行政訴訟은 아니다…」고 하고 있다. 日最決, 1972.11.16. 昭47() 第50號.

35) 우리나라와 日本의 準起訴節次는 類似하지만 裁定申請事件의 管轄法院(日本刑訴法 第262條1項)과 裁定申請人에 대한 費用賠償制度(同法 第269條) 및 裁定申請對象에 「破壞活動防止法」 第45條의 罪도 包含시키고 있다는 差異가 있다.

36) 西獨 刑事訴訟法 第175條「法院은 被疑者의 陳述을 들은 후 그 請求가 理由있다고 認定하는 경우에는 公訴의 提起를 決定한다. 이 決定의 實行은 檢事が 한다」. (§ 175 (Beschluß auf Anklageerhebung) Erachtet das Gericht nach Anhörung des Beschuldigten den Antrag für begründet, so beschließt es die Erhebung der öffentlichen Klage. Die Durchführung dieses Beschlusses liegt der Staatsanwaltschaft ob.

결정한다(同 262條1項). 이때 審判에 付하는 裁定決定은 實質的으로는 公訴提
 起와 같다(同 263條). 그 중 어떤 면을 중시하느냐에 관한 것이 準起訴節次의
 構造에 관한 문제이다. 이점에 대하여 우리나라에서는 거의 論議가 없으나 日本
 에서는 請求人이 어느정도 準起訴節次에 관여할 수 있느냐는 문제와 함께 활발
 히 論議되고 있다. 準起訴節次의 構造에 대하여는 搜查說 또는 搜查節次說(準起
 訴節次는 公訴提起前의 節次로서 對立當事者의 存在를 前提로 하는 訴訟節次가 아
 니라 檢事의 搜查에 續行하는 法院에 의한 一種의 搜查라고 하는 見解)³⁷⁾과 訴
 訟說(抗告訴訟說; 準起訴節次는 基本的으로 行政訴訟에 있어서 抗告訴訟에 準하
 는 訴訟構造를 갖는다는 見解)³⁸⁾ 및 中間說(付審判節次는 抗告訴訟의 側面, 搜
 查의 側面을 併行하고 있다고 보는 見解)³⁹⁾의 對立이 있다.

생각컨대 刑訴法 第260條가 告訴·告發人이 檢事로부터 不起訴處分の 通知를
 받은 때에는 高等法院에 「그 當否에 관한 裁定」을 申請할 수 있다고 規定하고
 있으므로 準起訴節次는 行政事件에 있어서 抗告訴訟에 유사한 裁判節次의 一
 種임을 부인할 수 없다. 그러므로 이에 대한 審理는 이미 蒐集된 모든 증거를 再
 吟味하고 申請人의 主張과 檢事의 意見を 參酌하여야 할 것이다. 그러나 不起訴
 理由가 「嫌疑없음」이거나, 搜查가 不充分하게 이루어졌을 때에는 證據의 補充
 을 위한 점도 부인할 수 없으므로 審理는 搜查의 續行的 性格도 띠게 된다. 따
 라서 現行法上의 準起訴節次의 構造는 中間說이 妥當하다고 본다.⁴⁰⁾

3. 審判에 付하는 節次

가. 裁定申請

1) 裁定申請權者

裁定申請權者는 檢事로부터 不起訴處分の 通知를 받은 告訴人 또는 告發人이다.

37) 搜查說에 입각한 日本의 判例; 日東京高決, 1965. 5.22.; 日大阪高決 1970. 3. 5;
 日最決 1972.11.16.

38) 井戶田侃, 立命館法學, 102號, 157面以下.

鈴木茂嗣, 刑事訴訟法(東京; 青林書院新社, 1980), 92面.

日最決, 1969. 9.11.

39) 平場安治外, 註解 刑事訴訟法(中)(東京; 青林書院新社, 1974), 326面.

40) 同旨; 姜求真, 前掲講義, 254面.

白亨球, 前掲制度, 14面.

裁定申請은 不起訴處分の 通知를 받은 날로부터 10日以内に 하여야 한다(刑訴法 第260條). 裁定申請은 代理人에 의하여 할 수 있으며(264條 1項) 告訴·告發을 取消한 者는 裁定申請權이 없다.

2) 裁定申請의 對象

刑法 第123條 내지 第125條의 罪에 관한 檢事の 不起訴處分이 裁定申請의 對象으로 된다. 즉(搜查) 公務員의 職權濫用에 관계되는 罪種에만 認定하고 있다. 원래는 罪種에 制限을 두지 않았으나 1973年의 刑事訴訟法改正(1973. 1.25 法律 第2450號)으로 지금과 같이 限定되게 되었다. 이러한 規定은 日本의 刑訴法 第262條와 거의 類似한 형태인 바 日本에서는 後述하는 바와 같이 檢察審査會制度에 의한 不當한 不起訴의 控制方途가 一般化하여 있으므로 司法審査에 의한 것은 特殊罪種에 限定시킬 必要性이 있었겠지만 그에 대한 唯一한 統制手段이라고 할 수 있는 우리의 경우는 付審判制度를 거의 有名無實하게 만들었다고 하여도 지나치지 않을 것이다. 예로써 全國 高等法院에서의 裁定申請件數와 付審判으로 결정된 件數를 보면 <表2-1> 및 <表2-2>와 같다.

이 表에 의하면 實際로 決定이 行하여지는 件數는 소수이지만 다른 制禦方法이 貧弱한 現制度下에서는 第3者에 의한 구제방법이 갖추어져 있다는 事實의 意味가 높으므로 그 對象의 擴大가 바람직할 것이다. 특히 1974年부터 申請人員의 數가 현저하게 감소하고 付審判決定 人員이 全無한 것은⁴¹⁾ 더욱 이를 반영해 준

<表2-1> 裁定申請事件人員과 結果(1973年 以前)

年 度	申 請 人 員	付 審 判 人 員
1964	662	34
1966	1,023	22
1968	850	67
1970	327	5
1972	1,945	16

41) 이것은 한편으로는 檢事の 合理的인 不起訴處分の 運用이라고도 볼 수 있으나 전혀 문제가 없는 것이라고는 볼 수 없다. 특히 「大決 1985. 7.19告知 85모 16호 再抗告事件」의 判例 參照.

<表 2 - 2> 재정신청사건 누년 비교표

※ 자료「司法年鑑」法院行政處

연도	합 계		서울고등법원		대구고등법원		광주고등법원		
	신인	청원	신인	청원	신인	청원	신인	청원	부심판
1973	1,181	7	726	-	206	-	249	7	
1974	58	-	27	-	29	-	2	-	
1975	14	-	2	-	7	-	5	-	
1976	31	-	3	-	18	-	10	-	
1977	29	-	14	-	5	-	10	-	
1978	45	-	35	-	9	-	1	-	
1979	9	-	8	-	-	-	1	-	
1980	28	-	25	-	-	-	3	-	
1981	25	-	21	-	1	-	3	-	
1982	82	-	59	-	16	-	7	-	
1983	37	-	33	-	3	-	1	-	
1984	24	-	18	-	5	-	1	-	

다. 참고로 <表 3>의 재정신청사건 죄명별 인원수표에 의하면 搜查公務員의職權濫用に 關한 犯罪만이 對象이 되는 現行法の 規定에도 불구하고 其他의 犯罪에 대해서도 裁定申請이 상당수 이루어지고 있음은 이의 復活조치가 强구되거나 다른 救濟方法이 모색되어야 할 것이다.

<表 3> 재정신청사건 죄명별 인원수표

※ 資料, 司法年鑑(大法院行政處, 1983)

구분	접 수			처 리						미제
	합계	전년미제	본년	합계	부심판	기각	취소	기타		
죄 명 별 합 계	104	22	82	61	-	55	6	-	43	
폭행·가혹행위 죄	15	-	15	14	-	14	-	-	1	
허위공문서작성 죄	6	6	-	6	-	6	-	-	-	
명예훼손 죄	1	-	1	1	-	1	-	-	-	
절도 죄	1	1	-	1	-	1	-	-	-	
업무상배임 죄	1	-	1	1	-	1	-	-	-	
위증 죄	1	1	-	1	-	1	-	-	-	
직권남용 죄	50	14	36	22	-	22	-	-	28	
협박 죄	9	-	9	-	-	-	-	-	9	
직무유기 죄	9	-	9	9	-	9	-	-	-	
불법체포 죄	6	-	6	6	-	-	6	-	-	
폭력행위등 처벌에 관한 법률	5	-	5	-	-	-	-	-	5	

3) 裁定申請의 節次⁴²⁾

裁定申請은 반드시 書面으로 하여야 한다. 그 申請은 不起訴處分을 한 檢事所屬의 地方檢察廳檢事長 또는 支廳長을 經由하여야 하므로 裁定申請書는 그 檢事長 또는 支廳長에게 提出하여야 한다(第260條 2項). 이러한 裁定申請을 한 者는 檢察廳法 第12條의 檢察抗告는 하지 못하며 이 抗告를 한 者가 裁定申請을 한 때에는 그 抗告는 取消된 것으로 看做한다(檢察廳法 第12條 4項本文). 裁定申請은 이에 대한 高等法院의 決定이 있을 때까지 取消할 수 있다. 取消한 者는 그 事件에 대하여 다시 裁定申請은 할 수 없지만 檢察抗告는 할 수 있다(刑訴法 第264條 3項, 檢察廳法 6項但書).

地方檢察廳檢事長 또는 支廳長은 申請이 理由없는 것으로 認定한 때에는 그 記錄과 意見書를 添附하여 5日以內에 所轄高等檢察廳檢事長에게 送致한다(刑訴法 261條 1項 2). 記錄을 受理한 高等檢察廳檢事長은 申請이 理由없는 것으로 인정한 때에는 30日이내에 그 記錄을 所轄高等法院에 送致한다(同條 2項 2).

裁定申請書와 그 記錄을 受理한 高等法院은 抗告의 節次(同法 402條以下)에 準하여 20日以內에 申請이 法律上的 方式에 違背하거나 理由없는 때에는 그 申請을 棄却하고⁴³⁾ 申請이 理由있는 때에는 事件을 管轄地方法院의 審判에 付한다(同法 第262條 1項).⁴⁴⁾

裁定申請에 대한 高等法院의 決定에 대하여는 抗告할 수 없고 또 그 申請의 棄却決定이 있었던 事件에 대하여는 다른 重要な 證據를 發見한 경우를 除外하고는 訴追할 수 없다(同條 第2項).⁴⁵⁾

4) 審判에 付하여진 事件의 公判節次

付審判決定이 있는 때에는 그 事件에 대하여 公訴의 提起가 있는 것으로 看做한다(同 263條). 즉 公訴提起가 擬制된다. 그러므로 事件이 審判에 付하여진 法

42) 大決, 1967. 3. 8. 65모 59 ; 大決 1967.11.29. 67코 58 등 參照

43) 大決, 1966.11.12. 66모 54 ; 大決 1966.12.20. 66모 67 ; 大決 1967. 3.21. 66도 66 등 參照.

44) 大邱高決, 1964.12.31. 64초 79.

45) 大決, 1965. 2.18. 64모 27 ; 大決 1965. 5.12. 64모 38 ; 大決 1967. 2.27. 67모 8. 大決 1967. 2.27. 67모 19 ; 1972. 4.28. 72모 16 등 參照.

院은 一般의 公訴節次의 規定에 따라서 審判한다. 이 경우 裁定決定의 裁判者가 公訴狀을 대신하므로 그 裁判書의 正本의 送付(同 262條 5項)는 公訴狀副本의 送達(同 266條)과 同一한 効力を 갖게 된다. 그 事件에 대한 公訴의 維持는 法院이 指定한 辯護士가 擔當한다(同 265條 1項). 指定을 받은 辯護士는 當該事件과 이와 併合된 事件에 대한 公訴를 維持하기 위하여 終局裁判이 確定될 때까지 檢事로서의 모든 職權을 行使하고(同條 2項), 法院은 언제든지 그 指定을 取消하고 다른 辯護士를 指定할 수 있으며(同條 4項), 指定된 辯護士는 國家로부터 法律으로써 정한 額의 報酬를 받는다(同條 5項).

以上에서 살펴본 付審判制度에 따르는 문제점도 看過할 수는 없다. 즉 ①告發人에게까지 확대하고 있는 裁定申請權者 ②裁定申請의 對象 ③裁定申請事件의 管轄法院 ④準起訴節次에 대한 除斥·忌避·回避 ⑤管轄權의 創設 ⑥高等法院의 審理의 範圍내지 方式 ⑦裁定決定에 대한 抗告禁止 ⑧付審事件의 訴追機關과 指定 辯護士의 司法警察官에 대한 搜查指揮權 ⑨裁定申請權 濫用の 抑制 ⑩ 특히 限定되어 있는 裁定申請의 對象등이 檢討되어야 할 문제점들이다. 이들 문제의 解決을 위하여서는 西獨의 起訴強制主義와 日本의 檢察審査會의 比較法的 立法政策的인 配慮를 통하여 그 實効性を 기하도록 해야 할 것이다.

5. 日本의 檢察審査會制度

1) 檢察審査會制度의 成立經過

日本의 檢察審査會法은 1948年 7月 5日 日本國會를 通過하여 同月 12日 法律 第147號로 公布되어 即日로 施行되었다.

이 法 制定의 直接的 動因은 1946年 11月 3日 公布된 日本의 新憲法의 制定理念에 따른 것이다. 즉 新憲法上 刑事訴訟法上의 理念이 過去 刑事訴訟節次에 대한 根本的 改革을 요구한 점에 기인한다. 新刑事訴訟法을 成案함에 있어서 당시 「맥아드」司令部(G.H.Q)의 軍政下에 있었으므로 G·H·Q는 日本政府에 대하여 檢察制度의 民主化案으로서 ①檢察官公選制⁴⁶⁾와 ②起訴陪審制度를 示唆하였

46) 檢察官公選은 法官의 경우와 같이 美國에서 一般化한 制度인데 1789年의 Judicature Acts 이래 採擇되고 있다. 이것은 聯邦地方檢事 the federal district attorney 제도인바 一部 프랑스舊制度인 初審法院檢事 procureur du roi 나 英國의 檢事 다음 페이지 계속→

던 것이다.

檢察審査會法の 成立經過에 대하여는 斷片的인 資料를⁴⁷⁾ 제외하고는 거의 밝혀지지 않고 推測에 그치고 있다.

篠倉滿教授는 大陪審制度를 採用하라는 G·H·Q의 指示에 대한 日本政府側の 反應을 다음과 같이 表現하고 있다. 「日本이 만약 G·H·Q의 要求를 받아들여 大陪審制度를 採擇하게 되면… 從來의 國家訴追대신에 소위 ‘國民訴追’가 刑事訴追의 原則이 된다. 이것은 한마디로 檢察官의 起訴獨占主義가 근본에서부터 변경됨을 의미한다. 이것은 司法當局者에게는 받아들이기 어려운 注交임에 틀림없다. 여하튼 大陪審制度의 直輸入만은 避하고 싶으므로 抵抗하고 事情의 相異(戰前의 陪審裁判의 失敗, 民度가 낮으므로 大陪審制度의 採用은 實情에 合當하지 못함)를 이유로 G·H·Q를 說得하고 大陪審制度의 直輸入은 撤回시키는데 成功하였다. 그러나 檢察의 民主化에 대한 要求, 즉 ‘檢察에 대한 國民參加’의 要求까지 撤回시키지는 못하고, 私見으로는 結局 G·H·Q가 提示한 大陪審制度를 대폭 修正하고 實質적으로 ‘骨格이 없는’ 형태로 日本에 移植된 것이다」⁴⁸⁾

이와같은 篠倉教授의 說明은 戰後 日本의 刑事司法節次의 改革時期에 있어서 「國民의 司法參加의 문제에 대한 推移를 밝히고 있는 利谷信義教授에 의해서도

←전페이지에서

總長 Attorney-general를 본단 것으로, 그 職務權限은 다른 組織的 行政制度의 一部가 아니라, 州의 地方的 獨立機關인 地位에 있었다. 美國의 地方檢事 the United States District attorney는 聯邦司法部の 監督下에 있지만 그 以外の 州檢事は 獨立性이 강하여 다만 輿論의 監督下에 있을 뿐이다. 그러므로 오래전부터 選舉로 任命되고 政黨에 깊이 關係하게 되므로 그 職務는 輿論에 따라 監視되었다. Roscoe Pound, Criminal Justice in America (1945). 平場安治外譯, 「アメリカにおける 刑事裁判」(檢察研究所 資料 29號, (1949), 107~108面.

47) 檢察審査會에 관한 資料는, 鈴木茂嗣監修, 前後刑事訴訟法關係文獻目錄(東京; 青林書院新社, 1978), 145面 參照.

48) 小田中聰樹, 刑事訴訟と人權の理論(東京; 成文堂, 1983), 314面.

49) 篠倉滿, 「わが國の檢察審査會とアメリカに 大陪審制度」(ジュリスト(1973年 10月 1日號), 82面以下.

部分的으로 確認되고 있다.⁵⁰⁾

이러한 立場에서 보면 G·H·Q의 大陪審制度 導入構想은 核心이 빠지게 되어 現行 檢察審査會制度에로 後退하고 말았다. 그것은 司法當局을 中心으로한 日本政府의 抵抗과 G·H·Q의 消極的態度가 複合的으로 作用한 結果라고 할 수 있다.

2) 檢察審査會의 理念的 背景

日本の 檢察審査會法 第1條 第1項은 「公訴權의 實行에 關하여 民意를 反映하여 그 適正을 도모하기 위하여…」라고 規定하고 있다. 이것은 日本 刑事司法制度의 거대한 體系속에서 一羽를 차지함에 지나지 않지단 理論的으로는 깊은 관심의 대상이 될만한 價値가 있다고 생각한다.⁵¹⁾

前述한 바와같이 日本의 檢察審査會制度는 「檢察의 民主化」의 一環으로 採擇된 것이다. G·H·Q의 軍政下에서 司法民主化가 日本의 敗戰後 日本의 民主化過程에서 어느정도의 큰 意味가 있었느냐는 맥아더의 日本民主化에 關한 5大改革의 指示(1945.10.11) 속에서 「秘密檢察」(secret inquisition)의 廢棄가 삽입되어 있음을 보아도 알 수 있다.⁵²⁾ G·H·Q의 「秘密檢察」의 根本方針은 日本의 支配層에 의한 日本國民의 刑事節次上 人權의 抑壓, 侵害가 政治的 無權利狀態를 惹起하고 軍國主義의 基盤이 되었으며 그 抑壓 내지 侵害者가 바로 警察(특히 特高警察), 憲兵, 檢察이라는 認識에 立脚하였다.

「秘密檢察」의 根絶, 檢察權의 分散·縮少, 檢察의 民主化는 G·H·Q의 主導下에 日司法民主化構想의 中心課題가 되었다.

檢察審査會制度는 이와같이 美國의 起訴陪審(大陪審, indictment, Grand Jury)의 發想으로 檢察官의 起訴權行使에 關하여 國民의 參與를 통한 檢察

50) 利谷教授는 司法當局은 起訴陪審에 대해서 처음부터 反對였음을 確認하고 있다. 그러나 그는 G·H·Q 역시 起訴陪審을 포함한 陪審制度의 導入에 積極的이지는 않았다고 結論짓고 그 理由는 「徹底한 陪審制度는 占領權力에 의한 統制가 미치기 어려운 制度이다. 따라서 革命的狀況으로 전환할 지도 모르는 戰後의 混雜狀態에 있어서는 배심제도의 採用이 危險하므로 消極的 態度를 취하지 않을 수 없었던 것」이라고 한다. 利谷信義, 「戰後改革と司法參加」, 戰後改革4, 司法改革(東京; 東京大學出版會, 1975), 77面以下.

51) 이종근, 「일본경찰심사회제도고찰」, 경찰 제 57호(더검찰청, 1975년 제1집), 94面.

52) 小田中聰樹, 現代刑事訴訟法論(東京; 勁草書房, 1977), 36面以下.

權行使의 公正을 도모한다는 檢察의 民主化理念에 基因하는 것이다. 따라서 이 制度는 起訴陪審과 그 基盤을 같이 하고는 있지만 그 나름대로 日本式化하여 根本的인 差異가 있다. 첫째, 美國의 起訴陪審은 起訴與否의 決定權이 檢事에게 있지 않고 國民인 陪審員이 갖는⁵⁴⁾ 國民訴追이며, 大陪審 자체가 訴追權을 가진다. 그러므로 日本과 같이 公訴權의 行使가 檢事에게 專屬되어(日刑訴法 第247條) 檢事 혼자서 起訴·不起訴를 決定할 수 있음에 반하여 大陪審制度는⁵⁵⁾ 여하한 犯罪의 嫌疑가 있더라도 檢事 단독의 起訴를 不許하고 반드시 大陪審에 의한 國民의 意見을 듣고 陪審에서 起訴決議가 없으면 檢事は 起訴할 수 없으며 起訴意見이 多數일 때에만 檢事は 起訴를 하여야 하는 것이다. 이것은 日本의 檢事に 의한 起訴獨占權에 대한 行使의 適否를 대상으로 하는 것과 큰 차이가 있다.

둘째, 起訴陪審은 起訴權行使에 관한 國民의 事前的 關與이며 이미 不起訴한 事件에 대한 事後審査는 아니다. 그러나 日本의 檢察審査制度는 檢事が 不起訴處分을 한 事件에 대하여 事後에 그 適否를 審査하는 公訴權의 消極的行事에 관한 事後審査制度라는 점에 根本的 差異가 있다. 특히 現行法上 公訴權이 積極的으로 行使된 起訴事件에 대한 事後審査가 아니라 不行使 즉 不起訴事件의 事後審査라는 점에서 起訴陪審과는 전혀 다르다.(이 점 立法論으로서 日本에서는 起訴事件에 대하여도 國民의 參加로서 審査의 對象으로 할 것이 요청되고 있다.⁵⁶⁾

53) 上掲書, 47面以下.

54) 佐藤藤佐, 「檢察審査會制度の頃」, 法律時報(第610號, 1978. 9), 34面.

55) ①岡部泰昌, 「刑事司法における檢察審査會の役割」, 前掲法律時報, 24面.

②머심에 관하여는 여러가지 論議가 있지만 Devlin은 배심제도를 지지하면서 그중에서도 가장 뛰어난 기능은 事件에 職業的인 基準이 아닌 大衆的인 基準을 적용하는데 있다(the application of a popular instead of a professional standard)고 한다. 그는 陪審이 存續되어야 하는 첫째 理由로서 自由를 위한 것(for the sake of freedom), 둘째, 國民들의 滿足을 위한 것(for the sake of contentment)을 든다.(Lord Devlin, Trial by Jury, 1966 및 Devlin and Patrick, The Judge, 1981. p.176, p.201 參照).

③陪審制度의 論議에 관해서는 Abraham, Henry J., The Judicial Process, 徐即珪譯, 「美國의 裁判制度」(서울:法文社, 1966), 170面以下 參照.

56) 篠倉滿, 「檢察審査制度アンケート調査 中間報告」, 前掲法律時報, 56面.

결국 美國의 大陪審은 陪審公判으로서 事前에 不當한 起訴를 抑制한다는 被疑者의 人權保障的 機能을 갖지만 日本이나 우리나라는 現行법은 起訴의 경우(이에 관하여는 不當한 起訴에 대하여 公訴權濫用論의 문제가 있을 뿐이다)나 不起訴의 경우, 그 實効를 期待하기 어렵다. 다만 檢察司法의 民主化를 위하여 日本의 檢察審査制度는 이를 補充하여 그 導入을 考慮하여야 할 것이다.

3) 檢察審査會의 運營

가. 日本의 檢察審査會法에 의하면, 檢察審査會는 地方裁判所(地方法院) 및 그 支部(支院)에 設置하고(예외적으로 東京에는 地方裁判所に 2개의 審査會가 있다), 國會議員(下院) 選舉權者중에서 추첨으로 選定한 11인의 審査員으로 構成되고 定期 및 臨時會議를 開催한다(檢察審査會法 第4條, 14條~18條, 21條). 여기서는 ①不起訴處分에 대한 當否의 審査와 ②檢察事務의 改善에 관한 建議 또는 勸告에 관한 事項을 論議한다(同2條1項). ①의 審査는 告訴·告發·請求人 또는 被害者의 審査請求가 있으면 반드시 審査하여야 한다. 또 請求가 없는 事件도 職權으로 審査할 수 있다(同條 2項, 3項). 審査를 할 때에는 證人 審問등의 權限이 있고(同 35條~38條) 過半數에 의하여 議決되고, 起訴相當의 議決을 할 때는 8名이상의 特別過半數가 必要하다(同 27條). 議決은 檢察審査會가 그 謄本을 當該檢察官을 指揮·監督하는 檢事長 및 檢察官適格審査會에 送付한다(同 40條). 檢事長은 議決謄本의 送付를 받으면 그 議決을 參考하여 起訴할 것으로 思料하는 때에는 起訴節次를 行해야 한다(同 第41條). 즉 이 議決은 拘束力은 없으나 檢察官이 妥當性을 缺한 不起訴를 檢討하고 國民의 判斷을 參考로 하여 檢事長이 裁量으로 起訴할 수 있는 길을 열어두고 있는 것이다.

나. 檢察審査會의 不起訴事件에 대한 審査는 國民의 期待에 反해서 耳目이 集中되는 重大事件이 不起訴處分을 받는 경우, 國民에 대하여 不起訴 理由를 解明해서 그 納得을 구하는 점도 대단히 重要하다.⁵⁷⁾ 이것은 不起訴處分에 관해서 國民의 事後審査를 請求하는 源泉이 된다.

그 運用의 實態를 統計로 살펴보면 同法施行의 이듬해인 1949년에는 申請에 의한 審査事件은 317件 職權審査事件 50件에 불과 하였으나 20年後인 1979

57) 馬屋原成男, 前掲書, 529面.

년에는 申請 1,660件, 職權 401件(計 2061件)에 이르며 1972년에는 申請 2,246件, 職權 374件(計 2,620件) 最高의 件數를 記錄하고 있다. 다만 그 이후에는 다소 減少하고 1977년에는 計 1,951件으로 低下하고는 있으나 檢察審査會에서 不起訴不相當(起訴相當)의 議決이 172件으로 處理件數가 가장 많았던 1972年의 165件보다는 훨씬 높다.

日本の 檢察實務上 事件處理件數중 어느정도의 事件이 不起訴되었는가를 살펴 보면 <表 4>와 같다.

1977年의 刑法犯起訴件數는 429,873件(名)이며, 그중 不起訴總數는 246,166

<表 4> 罪種別 起訴率 · 起訴猶豫率

年 度	全事件		刑法犯		刑法犯 (業過罪除外)		道交違反		特別法犯	
	起訴率	起訴猶豫率	起訴率	起訴猶豫率	起訴率	起訴猶豫率	起訴率	起訴猶豫率	起訴率	起訴猶豫率
1976	88.0	10.0	64.3	30.6	57.9	36.4	97.2	2.5	70.1	26.8
1977	88.7	9.4	64.0	30.8	56.8	37.2	97.2	2.3	68.7	28.3
1978	88.6	9.4	64.4	30.0	57.0	37.0	97.1	2.5	74.5	22.0
1979	87.4	10.4	65.2	29.0	57.2	36.9	96.9	2.7	73.1	24.0
1980	87.8	10.1	65.9	28.6	56.5	37.5	97.1	2.5	75.0	22.5

註) 1.

$$\text{起訴率} = \frac{\text{起訴人員}}{\text{起訴人員} + \text{不起訴人員}} \times 100$$

$$2. \text{ 不起訴率} = \frac{\text{不起訴人員}}{\text{起訴人員} + \text{不起訴人員}} \times 100$$

3. 資料: 日本犯罪白書, 1981年版

件에 이르고 그 比率은 30.8%로 10年前인 1967年의 30.2%에 비하면 0.6%가 增加되었다. 이를 罪名별로 보면 公務執行妨害(51.1%) 住居侵入(41.2%) 竊盜(49.1%), 贓物關係(45.8%)등은 10年前에 비하여 약간 減少하였으며 이것은 檢察審査會 등의 抑制가 어느정도 영향을 미친 것으로 볼 수 있다. 또 增率로

나타난 重罪인 放火의 起訴猶豫率은 19.4%로 10年前에 비하여 1.9%가 增率 되었으며 橫領은 14.6%, 賭博은 7.3%가 增加되고 특히 重過失致死傷의 起訴猶豫率은 10年前 17.7% 이던 것이 60.3%로 3배이상 增加하고 있다. 이에 비하여 檢察審査會에 대한 申請件數는 10年間 별로 變化가 없고 다소 減少하고 있다 (1967年 1,831件, 1977年 1,632件). 그러나 審査에 있어서는 起訴相當이 增加하고 (1968年 152件, 1977年 172件) 있음을 볼 수 있다.

이와같은 檢察審査會의 審査結果는 ①檢察官의 不起訴不相當 (起訴相當)으로서 檢察官의 再考를 要求한 것이 4,320件으로 8% ②檢察官의 不起訴를 相當하다고 한 것이 39,198件으로 73%인데 ①의 경우 檢察官이 起訴한 것이 752件 (19.2%)이며 그 結果 有罪判決이 618件 (90.4%)에 달하고 無罪는 66件으로 9.6%에 불과하다.

이러한 10年間 618件的 有罪件數는 결국 檢察官이 檢察權을 適正하게 행사하지 않고 不起訴處分하여 死葬시킨 事件이 年間 平均 61件으로 檢察審査會에서 밝혀져 法院의 審判에 회부된 것이며 이것은 國民의 參與가 檢察權行使에 反映된 것으로 그 立法趣旨에 부합한다고 할 수 있다.

Ⅵ. 要約 및 結語

刑罰法規의 實體法인 刑法은 抽象的 理論的인 法律이지만 이를 實踐하는 節次法이 刑事訴訟法이다. 그러므로 刑事訴訟法은 刑法의 適用을 實體裁判에서 實現하고 그 適用을 積極的·消極的 兩面으로 達成하고자 하게 된다. 刑法의 適正한 適用이 刑事訴訟法에 의해 阻止되는 것은 正義實現의 具體的·實踐法인 刑事訴訟法의 使命을 다하지 못하는 것이 된다. 이런 의미에서 刑事訴訟上 起訴便宜主義는 起訴犯罪增加의 抑制나 訴訟經濟와 같은 訴訟上의 便宜뿐만 아니라 刑法上의 諸要請이 適正하게 反映되고 있는가에 대한 論疑에 직면하게 된다.

또 刑訴法 第247條에서 規定하는 起訴猶豫處分은 本來 被疑者가 충분한 犯罪의 嫌疑가 있고 訴訟條件을 具備하고 있는 경우에도 起訴를 하지 않을 수 있다는 恩情的인 有利한 制度이지만 裁判이 아니므로 確定力이 없다. 따라서 오히려 國民으로부터 無罪判決을 받을 權利를 剝奪하는 경우도 있을 수 있다.

나타난 重罪인 放火의 起訴猶豫率은 19.4%로 10年前에 비하여 1.9%가 增率 되었으며 橫領은 14.6%, 賭博은 7.3%가 增加되고 특히 重過失致死傷의 起訴猶豫率은 10年前 17.7% 이던 것이 60.3%로 3배이상 增加하고 있다. 이에 비하여 檢察審査會에 대한 申請件數는 10年間 별로 變化가 없고 다소 減少하고 있다 (1967年 1,831件, 1977年 1,632件). 그러나 審査에 있어서는 起訴相當이 增加하고 (1968年 152件, 1977年 172件) 있음을 볼 수 있다.

이와같은 檢察審査會의 審査結果는 ①檢察官의 不起訴不相當 (起訴相當)으로서 檢察官의 再考를 要求한 것이 4,320件으로 8% ②檢察官의 不起訴를 相當하다고 한 것이 39,198件으로 73%인데 ①의 경우 檢察官이 起訴한 것이 752件 (19.2%)이며 그 結果 有罪判決이 618件 (90.4%)에 달하고 無罪는 66件으로 9.6%에 불과하다.

이러한 10年間 618件의 有罪件數는 결국 檢察官이 檢察權을 適正하게 행사하지 않고 不起訴處分하여 死葬시킨 事件이 年間 平均 61件으로 檢察審査會에서 밝혀져 法院의 審判에 회부된 것이며 이것은 國民의 參與가 檢察權行使에 反映된 것으로 그 立法趣旨에 부합한다고 할 수 있다.

Ⅵ. 要約 및 結語

刑罰法規의 實體法인 刑法은 抽象的 理論的인 法律이지만 이를 實踐하는 節次法이 刑事訴訟法이다. 그러므로 刑事訴訟法은 刑法의 適用을 實體裁判에서 實現하고 그 適用을 積極的·消極的 兩面으로 達成하고자 하게 된다. 刑法의 適正한 適用이 刑事訴訟法에 의해 阻止되는 것은 正義實現의 具體的·實踐法인 刑事訴訟法의 使命을 다하지 못하는 것이 된다. 이런 의미에서 刑事訴訟上 起訴便宜主義는 起訴犯罪增加의 抑制나 訴訟經濟와 같은 訴訟上의 便宜뿐만 아니라 刑法上의 諸要請이 適正하게 反映되고 있는가에 대한 論疑에 직면하게 된다.

또 刑訴法 第247條에서 規定하는 起訴猶豫處分은 本來 被疑者가 충분한 犯罪의 嫌疑가 있고 訴訟條件을 具備하고 있는 경우에도 起訴를 하지 않을 수 있다는 恩情的인 有利한 制度이지만 裁判이 아니므로 確定力이 없다. 따라서 오히려 國民으로부터 無罪判決을 받을 權利를 剝奪하는 경우도 있을 수 있다.

이러한 경우 一定한 犯罪에 대하여 公訴權을 發動하는 形式에는 두가지의 立法主義가 있다. 즉 起訴法定主義와 起訴便宜主義이다. 이들은 각기 長短點을 가지고 있으나 대체로 起訴便宜主義가 適正하게 通用만 된다면 起訴法定主義보다 훨씬 合理的인 制度로 보고 있다.

그러나 起訴便宜主義下에서는 公訴權의 行使가 檢事의 恣意 내지 獨善에 흐를 가능성이 많고 혹은 政治的 事情에 좌우될 염려가 많다는 데에 短點이 있다. 더우기 起訴便宜主義와 起訴法定主義는 반드시 二律背反的인 것은 아니며 오히려 前者는 後者를 目的論的으로 深化한 것으로 볼 수 있고 이러한 점에서 起訴便宜主義는 基點은 起訴合理主義라고 해야 할 것이다.

刑事訴訟法上 起訴便宜主義를 취하더라도 그 制度를 法律에 明文規定을 두는 경우와 檢察權行使의 事實上 慣行에 맡기는 두가지 경우가 있다. 우리나라나 日本의 경우는 前者의 형태이고 美國은 後者의 형태를 취한다. 西露은 점차 그 例外를 확정하는 추세에 있지만 여전히 起訴法定主義를 明白히 하고 있다.⁵⁸⁾

起訴便宜主義에 입각한 起訴猶豫制度는 첫째, 起訴法定主義에 따른 形式의 公平과 硬直性을 止揚하고 具體的 事件의 情狀에 기초를 두고 正義의 實現과 實質的 公平의 追求에 필요한 彈力性을 부여한다. 둘째, 起訴여부의 決定에 刑事政策的 考慮를 할 수 있다. 셋째, 公訴提起를 그 合理的 必要가 인정되는 경우에만 할 수 있으므로 刑事司法의 運用에 대한 信賴를 높이고 公訴提起 자체의 一般豫防的 効果와 特別豫防的 効果를 증대시킨다. 넷째, 事務處理의 過重에서 오는 弊害와 矯正機關의 負擔을 줄일 수 있다는 점에서 長點을 발견할 수 있다.

그러나 이러한 起訴猶豫制度도 理論的인 면에서나 實踐的인 면에서 前述한 문제점을 內包하고 있다. 따라서 檢事의 恣意的 裁量을 牽制하고 政治的 介入을 排除하기 위한 制度的 裝置와 被疑者의 원활한 社會復歸를 위한 制度的 補充이 이루어져야 할 것이다.

現行법이 인정하고 있는 不當한 不起訴處分에 대한 抑制措置는 이미 살펴본 바와 같이 起訴猶豫處分이 다른 不起訴處分과 마찬가지로 被疑者에게 有利하고 刑

58) E. Schmidt, Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz, Driz, 1957, S. 638.

法の實踐을 위한 合理的인 경우라는 前提下에서만 意味를 가진다. 따라서 權限의 濫用이 있을 때는 전혀 無防備狀態에 直面하게 되므로 諸外國의 制度를 參酌하여 制度的 補完 내지 立法的 配慮가 必要할 것이다. 특히 美國의 大陪審制度를 考慮한 日本의 檢察審査會制度는 公訴權의 公正한 運營과 公訴權行使에 대한 國民의 參與라는 점에서 많은 示唆를 준다. 國民이 國家權力의 行使에도 參與할 수 있다는 것은 民主主義의 基本原則이라고 할 수 있다. 그러므로 公訴權行使에 國民이 參與하는 것은 바람직하다고 할 것이다.⁵⁹⁾ 그 參與는 美國의 起訴陪審의 형태를 생각할 수 있으나 現實的 어려움이 많을 것이므로 日本의 檢察審査會制度와 같은 不當한 不起訴에 대한 救濟가 先行되어야 한다.

이러한 制度的 補完과 더불어 더욱 중요한 것은 檢事의 公訴權도 國民으로부터 나온다는 自覺이 함께 있어야 할 것이다.

參 考 文 獻

- 姜求眞, 刑事訴訟法原論, 서울; 學研社(1982).
- 金箕斗, 刑事訴訟法, 서울; 博英社(1985).
- 文仁龜, 韓國法の 實相과 虛相, 서울; 三知院(1985).
- 白亨球, 刑事訴訟法, 서울; 韓國司法行政學會(1985).
- , 刑事訴訟法講義, 서울; 博英社(1983).
- 申鉉柱, 刑事訴訟法, 서울; 博英社(1980).
- 鄭榮錫, 刑事訴訟法, 서울; 法文社(1981).
- , 刑事政策, 서울; 法文社(1986).
- 韓沃申, 國家保安法 反共法概說, 서울; 韓國司法行政學會(1970).
- 金澤鉉, 起訴便宜主義, 考試界(1977. 1).
- 김희수, 실무를 통해본 기소편의주의, 검찰 12호(1969. 4).
- 白亨球, 付審判制度, 判例月報(1981.12).

59) 文仁龜, 韓國法の 實相과 虛相(서울; 三知院, 1985), 215面.

法の實踐을 위한 合理的인 경우라는 前提下에서만 意味를 가진다. 따라서 權限의 濫用이 있을 때는 전혀 無防備狀態에 直面하게 되므로 諸外國의 制度를 參酌하여 制度的 補完 내지 立法的 配慮가 必要할 것이다. 특히 美國의 大陪審制度를 考慮한 日本의 檢察審査會制度는 公訴權의 公正한 運營과 公訴權行使에 대한 國民의 參與라는 점에서 많은 示唆를 준다. 國民이 國家權力의 行使에도 參與할 수 있다는 것은 民主主義의 基本原則이라고 할 수 있다. 그러므로 公訴權行使에 國民이 參與하는 것은 바람직하다고 할 것이다.⁵⁹⁾ 그 參與는 美國의 起訴陪審의 형태를 생각할 수 있으나 現實的 어려움이 많을 것이므로 日本의 檢察審査會制度와 같은 不當한 不起訴에 대한 救濟가 先行되어야 한다.

이러한 制度的 補完과 더불어 더욱 중요한 것은 檢事의 公訴權도 國民으로부터 나온다는 自覺이 함께 있어야 할 것이다.

參 考 文 獻

- 姜求眞, 刑事訴訟法原論, 서울; 學研社(1982).
- 金箕斗, 刑事訴訟法, 서울; 博英社(1985).
- 文仁龜, 韓國法の 實相과 虛相, 서울; 三知院(1985).
- 白亨球, 刑事訴訟法, 서울; 韓國司法行政學會(1985).
- , 刑事訴訟法講義, 서울; 博英社(1983).
- 申鉉柱, 刑事訴訟法, 서울; 博英社(1980).
- 鄭榮錫, 刑事訴訟法, 서울; 法文社(1981).
- , 刑事政策, 서울; 法文社(1986).
- 韓沃申, 國家保安法 反共法概說, 서울; 韓國司法行政學會(1970).
- 金澤鉉, 起訴便宜主義, 考試界(1977. 1).
- 김희수, 실무를 통해본 기소편의주의, 검찰 12호(1969. 4).
- 白亨球, 付審判制度, 判例月報(1981.12).

59) 文仁龜, 韓國法の 實相과 虛相(서울; 三知院, 1985), 215面.

이건채, 재정신청과 항고, 검찰 21호 (1970. 1)

李秉根, 現行裁定申請制度에 대한 小考, 검찰 창간호 (1968. 5)

鄭京植, 起訴便宜主義, 考試研究 (1977. 2).

馬屋原成男, 刑事法學の理念, 東京: 有信堂・高文社 (1980).

鈴木茂嗣, 刑事訴訟法, 東京: 青林書院新社 (1980).

平場安治外, 註解刑事訴訟法 (中), 東京: 青林書院新社 (1974).

小田中聰樹, 刑事訴訟と人權の理論, 東京: 成文堂 (1983).

———, 現代刑事訴訟法論, 東京: 勁草書房 (1977).

團藤重光, 刑事訴訟法綱要七訂版, 東京: 創文社 (1984).

篠倉滿, わが國の檢察審査會とアメリカの大陪審制度, JURIST (1973.10).

利谷信義, 戰後改革と司法參加, 戰後改革4, 東大出版會 (1975).

佐藤藤佐, 檢察審査會制度の頃, 法律時報 610 號 (1978. 9).

岡部泰昌, 刑事司法における 檢察審査會の役割, 法律時報 610 號 (1978. 9)

松尾浩也, 公訴權の行使と民衆參加, 犯罪と刑罰下卷, 有斐閣 (1968).

三井誠, 檢察官の起訴猶豫度量 (-), 神戸法學雜誌, 21 卷 1 = 2 號 (1971)

- Alfred C. Oppler, The Reform of Japan's Legal and Judicial System under Allied Occupation, Washington Law Review, vol.24, (1949, Aug.).
- Devlin and Patrick, The Judge (1981).
- Lord Devlin, Trial by Jury (1966).
- Report of the District Attorney, County of N.W., 1946-1948.
- Roscoe Pound, Criminal Justice in America (1945).
- E. Schmidt, Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung

in das Richtergesetz, DRiz (1957).

- . Otto Schwarz, Strafprozeßordnung, 24Auf1., (1963).