

고소·고발 사건 남용 방지를 위한 제도적 개선방안 마련

고소·고발 사건 남용 방지를 위한 입법토론회

2021. 12. 8 (수)

국회 의원회관 제1소회의실



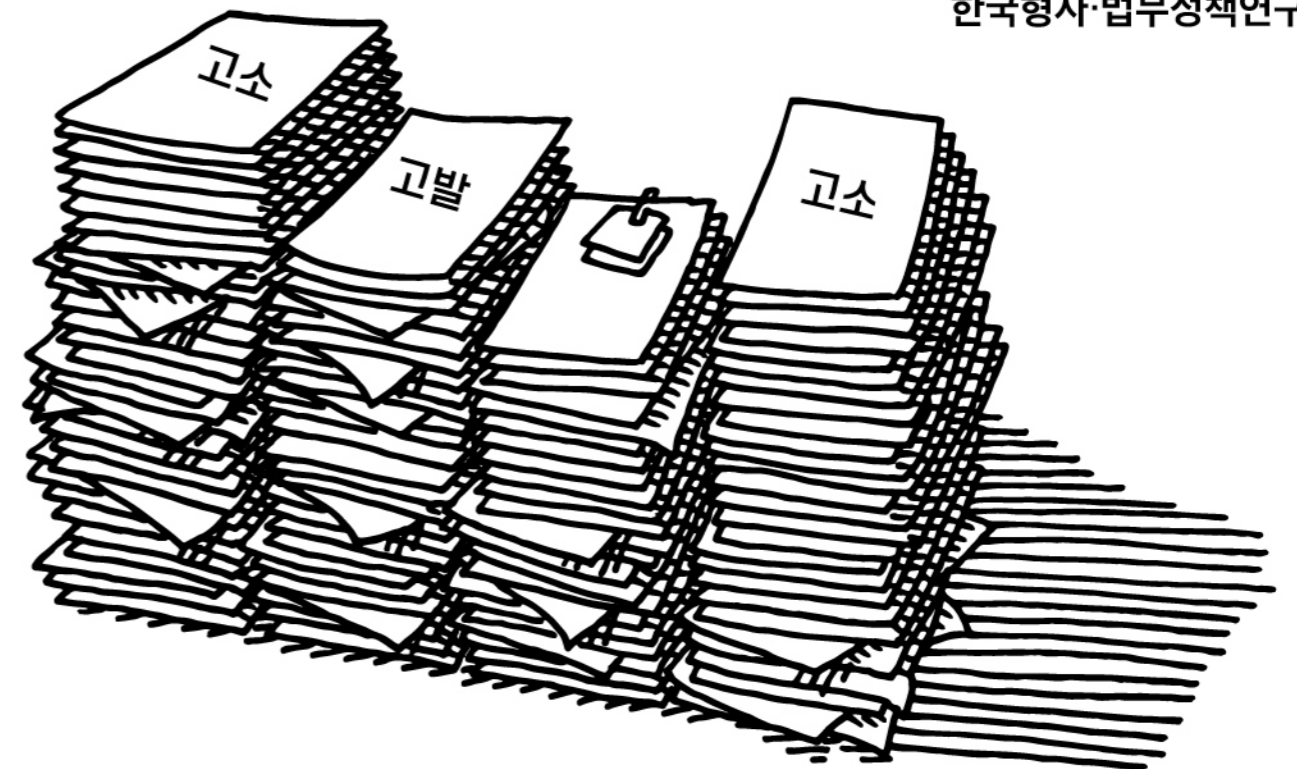
현장 토론 및 온라인 생중계 (박재호TV)

고소·고발 사건
남용 방지를 위한
입법토론회

| 주최 |

더불어민주당 국회의원 박재호

한국형사·법무정책연구원



고소·고발 사건 남용 방지를 위한 입법토론회

2021. 12. 8 (수)

국회 의원회관 제1소회의실

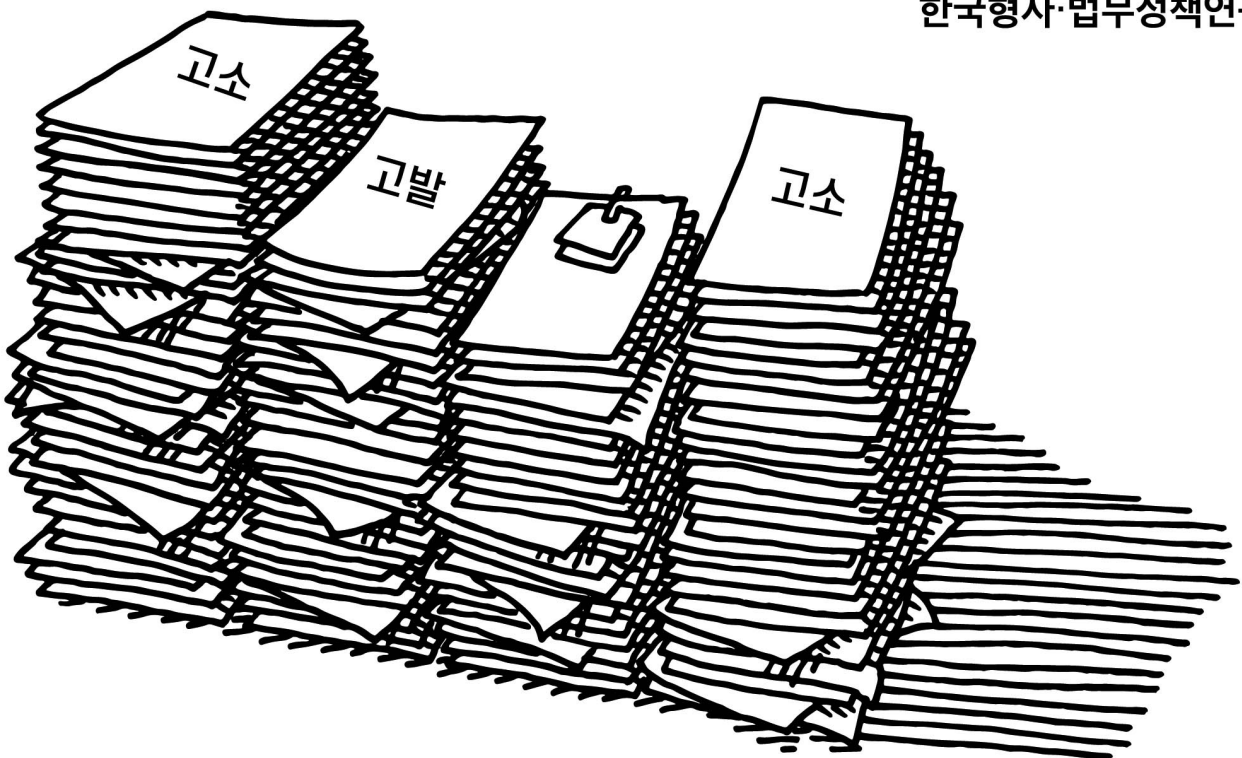


현장 토론 및 온라인 생중계 (박재호TV)

| 주최 |

더불어민주당 국회의원 박재호

한국형사·법무정책연구원



CONTENTS

고소·고발 사건 남용 방지를 위한 입법토론회

주제 발표 I

“형사소송법상 고소 제도에 관한 비판적 고찰”

황문규 교수 (중부대학교)

주제 발표 II

“고소·고발 입건 제도 개선안”

윤동호 교수 (국민대학교)

토 론

1. 김정연 연구위원 (한국형사·법무정책연구원)
2. 정재기 변호사 (대한변협)
3. 김진우 검사 (법무부 형사법제과)
4. 송원경 총경 (경찰청 국가수사본부)

고소·고발 사건 남용 방지를 위한 입법토론회



국회의장 박병석

국회의장 박병석입니다.

「고소·고발 사건 남용 방지를 위한 입법토론회」 개최를 축하합니다. 토론회 준비를 위해 애써주신 박재호 의원님과 하태훈 한국형사·법무정책연구원 원장님, 그리고 발제와 토론을 맡아주신 전문가님들께도 감사를 드립니다.

법률상 국민의 권리를 보장하고 권익을 지키기 위해 고소와 고발은 반드시 필요한 법적 제도입니다. 그러나 무분별한 고소·고발은 과도한 인권 침해와 함께 수사력의 낭비를 초래해 사회적 비용 증가와 치안 서비스의 질적 하락 등의 역기능을 불러오기도 합니다.

최근 5년간 경찰에서 접수, 처리하는 고소·고발 사건이 연평균 약 40만 건에 이르지만, 전체 형사사건의 기소율(56%) 대비 고소·고발 사건 기소율은 24%에 불과합니다. 고소·고발이 남용되고 있다는 방증입니다.

무혐의 판결이 나기 전까지 피고소인과 피고발인이 피의자로 입건되어 범죄자라는 낙인이 찍힐 수 있다는 점에서 무분별한 고소·고발 남용을 막기 위한 제도적 논의가 필요합니다. 그런 의미에서 오늘 열리는 관련 입법토론회는 참으로 시의적절하다고 생각합니다.

21대 국회에는 범죄 피해자의 적법한 고소권을 보장하되 남용 문제 해결을 위한 형사소송법 개정안이 발의돼 있습니다. 피고소인·피고발인을 모두 자동 입건해 수사하는 게 아니라 고소·고발건을 선별해 피의자로 입건하고 수사한다는 내용입니다.

오늘 토론회에서 무분별한 고소·고발 남용을 방지하기 위한 개선방안이 심도있게 논의되길 바랍니다. 꼭 필요한 곳에 경찰의 수사력이 제대로 움직일 수 있도록 법적·제도적 방안이 마련되기를 기대합니다.

참석하신 모든 분들의 건강과 행복을 기원합니다.

고소·고발 사건 남용 방지를 위한 입법토론회



원내대표 윤호중

반갑습니다. 더불어민주당 원내대표 윤호중입니다.

고소·고발 사건 남용 방지를 위한 입법토론회 개최를 진심으로 축하드립니다. 먼저, 법안을 발의하고 논의의 장을 마련해주신 박재호 의원님과 토론회를 함께 준비해주신 한국형사·법무정책연구원 하태훈 원장님, 발제와 토론을 맡아주신 전문가 여러분께도 감사의 인사를 전합니다.

지난 한 해 동안 경찰이 접수한 고소·고발 건은 총 40만9407건입니다. 특히 SNS와 유튜브의 발달로 명예훼손 사건이 증가하는 등 고소·고발 건수는 해마다 증가세를 보이고 있습니다. 이처럼 고소·고발 사건의 접수는 크게 늘고 있지만, 기소율은 2019년 기준 23.4%에 불과합니다. 접수사건 10건 중 2건 정도만 기소가 진행되는 것입니다.

헌법재판소는 적법한 고소로 볼 수 없는 경우 반려할 수 있음을 판시하고 있으나, 현행법상 명시적 규정이 없어 피고소인, 피고발인은 사건 접수와 동시에 피의자로 입건되어 수사를 받게 됩니다.

형사소송법 제223조에 따르면 '범죄로 인한 피해자는 고소할 수 있다'고 명시되어 피해자의 고소 권리는 명확히 법으로 규정되어 있습니다. 그러나 법적 권리라 하더라도 그 범위가 무한대로 보장되는 것은 아닙니다. 범죄사실을 신고하고 범인의 처벌을 구하는 의사표시의 권리는 당연히 보장되어야 하

지만 높은 사건 접수 건수 대비, 낮은 기소율은 불필요한 고소고발 남용에 대해 제도적 정비가 필요함을 보여주고 있습니다.

실제로 죄를 저지르지 않은 경우, 입건된 사람은 피의자 신분에서 벗어나기 위해 상당한 시간이 소요됨은 물론, 이 기간에 여러 심리적 부담을 감내해야 합니다. 설령 긴 시간을 거쳐 무혐의 결론을 받더라도 '범죄자'라는 낙인은 쉽사리 지워지지 않습니다. 검경 수사권 조정으로 업무범위가 늘어난 경찰의 현실 또한 고려해볼 필요가 있습니다.

고소고발인과 피고소고발인을 모두 보호할 수 있도록 충분한 의견 청취를 통해 지혜를 모으는 일이 중요할 것입니다. 저는 오늘 토론회가 지혜를 모이는 시작점이 될 것이라고 생각합니다. 오늘 토론회를 통해 무분별하게 남용되는 고소·고발 방지를 위한 효과적인 정책적, 제도적 대안이 도출될 수 있기를 기대합니다.

다시 한번 오늘 토론회 개최를 축하드리며, 참석하신 모든 분들의 건강과 행복을 기원합니다. 감사합니다.

고소·고발 사건 남용 방지를 위한 입법토론회



국회 법제사법위원장 박광운

안녕하십니까, 반갑습니다.

국회 법제사법위원회 위원장을 맡고 있는 경기 수원시(정) 국회의원 박광운입니다.

먼저 ‘고소·고발 남용 방지를 위한 제도적 개선방안’ 입법토론회를 진심으로 축하드립니다. 오늘 토론회 준비에 노고를 아끼지 않으신 박재호 의원님, 한국형사·법무정책연구원 하태훈 원장님을 비롯한 발제자님과 토론자 분들께도 감사드립니다.

경찰에서 최근 5년간 연평균 접수·처리하는 고소·고발 사건은 약 40만 건으로, 전체 형사사건(168만여 건)의 24%를 차지하고 있습니다. 하지만 전체 형사사건의 기소율이 56%인데 비해 고소·고발 사건의 기소율은 24%에 그치고, 그 중 고소 사건의 기소율은 20.7%로 낮은 편입니다.

피고소·고발인은 사건접수와 동시에 피의자로 입건되고 수사관서 출석 부담·수사개시통보 등 과도한 인권침해를 겪게되며, 수사기관 역시 범죄혐의가 불분명한 고소·고발 사건에 수사력을 낭비하여 정작 중요한 사건에 수사력을 집중하지 못하는 것도 심각한 문제입니다.

우리와 사법체계가 유사한 일본과 비교해봐도 고소·고발 남용 현상은 뚜렷합니다. 경찰대 치안정책연구소의 ‘고소·고발

남용 등에 대응한 입건 관행 개선방안 연구’ 보고서에 따르면 2010년 기준 우리나라는 인구 10만명당 1,068명이 고소를 당하고 있는데 일본은 7.3명으로 146.4배나 많습니다. 2018년에는 이러한 차이가 217배로 더 커졌다고 합니다.

고소·고발 남용문제는 중요한 사회문제로 인식되어 관계기관들은 이 문제를 해결하기 위해 많은 노력을 해왔지만, 지금까지 고소·고발제도의 운영상 문제점과 정책적·법리적 해결방안을 전반적으로 다루는 논의는 부족했습니다. 그러므로 오늘의 토론회는 매우 뜻깊고 시의적절하다고 생각합니다.

아무쪼록 이번 토론회를 통해 현행 고소·고발제도의 운영상의 문제점을 명확히 드러내고, 이를 토대로 고소·고발사건의 무조건적인 입건 관행 등을 개선하기 위한 방안이 심도있게 논의되기를 기대합니다.

저 역시 국회 법제사법위원회 위원장으로서 제도 개선의 노력을 아끼지 않겠습니다. 다시 한 번 오늘의 토론회를 준비해주신 관계자 여러분께 거듭 감사드리며, 이 자리를 빛내주시기 위해 참석하신 모든 분들의 가정에 건강과 행복이 넘치길 기원합니다. 감사합니다.

2021.12.08

국회 법제사법위원장 박광운

고소·고발 사건 남용 방지를 위한 입법토론회



한국형사·법무정책연구원장 하태훈

안녕하십니까?

한국형사·법무정책연구원 원장 하태훈입니다.

오늘 국회 박재호 의원실과 고소·고발 사건 남용방지를 위한 입법토론회를 개최하게 되어 대단히 기쁩니다. 바쁘신 의정 활동 중에도 고소·고발의 남용 문제와 관련하여 입법안 발의 뿐만 아니라, 뜻 깊은 논의의 장을 마련하신 박재호 의원님께 감사의 인사를 올립니다. 아울러 의원실 관계자 여러분의 노고에 감사드립니다.

오늘의 토론회는 매우 시의적절한 기획입니다. 오래전부터 이른바 '남고소·고발 현상'이 문제가 되어 왔습니다. 고소·고발은 일반인 또는 피해자로서는 범죄혐의가 인정되는 사건을 수사기관에 알려 수사를 하도록 촉구하는 기회이고, 수사기관은 사건을 인지하는 주요한 경로입니다. 그러나 수사를 개시하기에 충분한 범죄혐의가 인정되지 않는 사건에서 고소·고발에 기해 입건되어 수사가 이루어지는 경우 피고소·피고발인은 부당하게 기본권을 침해당하게 되고, 수사기관의 인적·물적 자원이 제대로 투입되어야 할 사건에 투입되지 못하게 되는 문제점을 안고 있습니다.

이러한 점에서 고소·고발사건 사건에서의 불입건 판단기준, 불입건 시 고소·고발인의 불복절차 등에 관한 개선방안을 마련하여 법개정을 해야 할 필요가 있고, 그래서 오늘의 '고소·

고발 사건 남용방지를 위한 입법토론회'는 매우 의미 있는 자리가 될 것입니다.

오늘 토론회의 사회를 맡아주시는 전 한국형사·법무정책연구원 원장 한인섭 서울대 법전원 교수님을 비롯하여 주제 발표와 토론을 맡아 활발한 논의의 장을 열어주시는 학계와 실무의 전문가 여러분께 깊이 감사드립니다.

올해는 우리 연구원이 형사정책 분야 유일의 국책연구기관으로 설립된 지 32년 만에 한국형사·법무정책연구원으로 개칭하고, 제2의 출범을 맞이하여 도약을 준비하고 있습니다. 이제 한국형사·법무정책연구원은 민·상사 법무, 국제법무, 출입국법무, 인권 법무, 국가 송무 등 형사정책 영역을 넘어서 법무 정책 전반에 대한 정책지원기능을 강화할 수 있게 되었습니다. 여러분께서도 연구 영역을 확장한 한국형사·법무정책연구원이 '형사·법무 정책의 통합적 싱크탱크'로 도약하는 길에 지속적인 관심과 응원으로 동행해 주시길 부탁드립니다.

여러분의 건강과 행운을 기원합니다.
감사합니다.

2021년 11월 8일

한국형사·법무정책연구원장 하태훈

고소·고발 사건 남용 방지를 위한 입법토론회



국회의원 박재호

안녕하십니까, 국회의원 박재호입니다.

고소·고발 사건 남용 방지를 위한 입법토론회에 오신 모든 분들을 진심으로 환영합니다.

오늘 토론회를 함께 준비해 주신 하태훈 한국형사법무정책연구원장님을 비롯하여 연구원 실무자분들, 사회를 맡아 주신 한인섭 교수님, 발제자, 토론자 여러분에게도 깊은 감사를 드립니다.

아울러 이 자리에는 참석하지 못하셨지만 온라인 생중계를 통해 보고 계신 분들과 토론회에 많은 관심과 성원을 보내주고 계신 많은 분들께도 이 자리를 빌어 감사의 인사를 드립니다.

최근 5년간 경찰에서 연평균 접수, 처리하는 고소·고발 사건은 약 40만 건에 이르지만, 전체 형사사건의 기소율 56% 대비 고소·고발 사건은 기소율이 24%에 불과합니다.

그럼에도, 피고소·피고발인은 사건접수와 동시에 피의자로 입건이 되어 수사 관서에 출석해야 하는 등 과도한 인권 침해가 야기되고 있습니다.

아울러, 수사기관 역시 범죄혐의가 불분명한 고소·고발사건에 수사력이 낭비되어 정작 중요한 사건에 수사력이 집중되지 못하는 문제가 발생하고 있습니다.

헌법재판소는 적법한 고소로 볼 수 없는 경우 수사기관이 반려할 수 있음을 판시하고 있으나(헌법재판소 1999.1.28. 98헌마207결정), 현행법상 명시적 규정이 없어 고소·고발 사건이 접수가 되면 일단 입건하는 실무 관행이 정착된 상황입니다.

2021년 대한민국의 다른 이름은 '고소·고발 공화국'입니다. 개인적인 법적 분쟁이나 불만 등을 고소나 고발을 통해 해결하려고 하기 때문입니다. 사건 접수는 많지만 기소율이 낮다는 통계가 의미하는 것은 죄 없는 피의자가 많다는 것입니다.

고소나 고발을 당한 사람은 무죄가 입증되기 전까지 수사 관서에 출석해야 하고 피의자라는 사회적 낙인이 찍히게 됩니다. 추후에 그 낙인에서 벗어나기 위해 무고한 사람이 치러야 할 사회적 비용은 추산조차 어렵습니다.

고소나 고발은 헌법상 권리로 보호되어야 하지만, 억울한 피해자가 발생하지 않도록 무차별적인 고소나 고발을 방지할 수 있는 장치가 필요합니다.

오늘 이 자리에 수사기관과 변호사와 함께 학계에 저명한 교수님들까지 많은 전문가 여러분이 모여 주셨습니다. 각 분야를 대표하여 오늘 토론회에 참석해 주신 발제자, 토론자들의 열띤 토론을 통해 고소·고발 사건 남용 방지를 위한 밀도 있는 의견교환과 정책 제안이 이뤄지길 기대합니다.

마지막으로, 토론회에 참석해 주신 모든 분의 건강과 행복을 진심으로 기원합니다.

주제 발표 I

● 황 문 규

중부대학교 경찰행정학과 교수

형사소송법상 고소제도에 관한 비판적 고찰¹⁾

황문규(중부대학교 경찰행정학과 교수)

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 형사소송법상 고소권의 의미와 한계 및 수사기관의 고소 처리
- III. 고소제도에 관한 법이론과 괴리되는 실무현실과 문제점
- IV. 결론 및 고소제도의 개선을 위한 정책적 제언

I. 서론

2019년 기준 고소된 사람은 651,804명이며, 이중 수사를 받은 사람은 633,174명이다. 인구 10만명당 약 1,000명이 고소를 당해 수사를 받고 있는 것이다. 이웃 나라 일본의 경우 2010년 통계이지만 약 7명과 비교하여 약 150배에 달한다. 이 가운데 기소되어 처벌로 이어진 것은 99,920명으로 전체 처리 고소사건(633,174명)의 15.7%에 불과하다.²⁾ 최근 고소사건의 변화 추이를 살펴보면 고소사건은 늘어나는데, 기소율은 점점 떨어지고 있다.

이러한 통계는 고소의 남용 현상이 간과하기 어려울 정도로 심각하다는 것을 보여준다. 문제는 이러한 심각성이 결코 최근에 일어난 것

1) 이 발표문은 ‘황문규·박봉균, 형사정책 제32권 제4호, 2021. 1. 37-60면’에 게재된 “형사소송법상 고소제도에 관한 비판적 고찰” 논문을 제2저자(박봉균)의 양해를 얻어 수정, 보완한 것임을 밝혀둔다.
2) 대검찰청 홈페이지 나라지표 상황판, 인터넷 [http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1754\(2021. 1. 5.검색\)](http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1754(2021. 1. 5.검색)).

만은 아니라는 점이다. 1997년 9월 어느 일간지에서 이미 고소제도의 심각성을 다음과 같이 보도한 바 있다. “정부는 23일 고소사건의 폭주로 인한 수사력 낭비가 심각하다고 보고 혐의가 인정되는 경우에만 입건하는 방향으로 현행 고소제도를 개선키로 했다. (중략) 국무회의에서 ‘현행 고소제도의 운영실태 및 대책’을 통해 고소만 되면 피의자로 자동 입건되는 현행제도를 개선, 일단 고소장은 접수하되 죄가 되지 않거나 민사사안에 불과하다고 판단될 경우 곧바로 종결처리토록 하겠다고 보고했다”³⁾ 20여년이 지난 현 시점에서 고소제도는 과거와 크게 달라진 점을 찾기 어렵다.

그러면 고소제도의 문제가 여전히 해결되지 않는 것은 무엇 때문인가? 무엇보다도 고소로써 수사기관을 활용하여 상대방에게 심리적 압박을 가함으로써 직·간접적으로 (형사사안 또는 민사사안 구별없이) 권리구제의 실효성을 확보하는 장치로 활용되고 있는 데에서 찾을 수 있다. 때문에 처벌이 되든지에 관계없이 ‘일단 고소부터 하고 보자’는 인식이 만연할 수밖에 없는 것이다. 고소사건의 기소율이 15%대에 머물러 있다는 것이 이를 방증하고 있다. 여기에는 또한 수사기관의 기계적인 고소 입건관행도 한몫을 하고 있다. 수사실무에서는 고소가 되면 사실상 무조건적으로 접수와 동시에 사건번호를 부여하는 입건을 거쳐 수사를 개시하기 때문이다.

문제는 그 과정에서 피고소인은 실제 범죄혐의가 있는지와 관계없이 무차별적으로 피의자로 전환되어 형사절차에 연루되는 고통을 겪게 된다는 점이다. 또한 수사기관에게 업무 부담을 가중시키는 것은 두말할 나위가 없다. 정작 진정으로 범죄피해를 당한 피해자에게 수사력을 집중시키지 못하는 불합리한 결과를 초래하고 있는 것이다. 더 심각한

3) 1997. 9. 23.자 연합뉴스, 정부 고소제도 대폭 개선키로, [https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD &mid=sec&sid1=100&oid=001&aid=0004171281\(2021. 1. 5.검색\)](https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD &mid=sec&sid1=100&oid=001&aid=0004171281(2021. 1. 5.검색)).

문제는 현행 고소제도의 실무관행은 국가가 독점하고 있는 형사소추권의 적정한 행사를 담보할 목적으로 형사소송법에서 보호하고자 하는 고소인의 권리도 제대로 보장하지 못할 우려가 있다는 점이다. 예컨대, 범죄피해자가 112신고를 하면, 처벌희망의사를 확인한 후 구술에 의한 고소로 보아 고소조서를 작성할 수 있다. 그러나 수사실무에서는 이를 고소사건으로 취급하지 않아 형사소송법에서 인정하는 고소인으로서의 권리를 누리지 못하게 하는 문제도 있다. 여기에는 수사기관이 형사소송법에서 부과한 다양한 의무에서 벗어나기 위한 목적이 내재되어 있다는 점에서 결코 간과하기 어려운 문제가 있다. 한마디로 현행 고소제도는 고소인의 지위가 수사기관의 편의에 따라 좌우될 위험성을 안고 있다. 이러한 문제는 무엇보다도 형사소송법에서 고소의 개념과 적법요건에 대해 침묵하고 있는데 기인하고 있다.

이러한 문제 인식하에서 이 논문은 우선 형사소송법상 고소제도의 운영에 있어 법이론과 실무현실 간 괴리 및 그로 인한 문제를 비판적으로 살펴본다. 특히 수사실무에서 고소·고발장 제출이 있으면 기계적으로 입건하는 관행, 고소장이나 진정서 또는 탄원서이나, 즉 제출서류의 명칭에 따라 수사개시를 위한 입건 여부를 결정하는 등 현행 고소·고발의 입건관행도 살펴본다. 이를 토대로 고소제도의 개선을 위한 정책적 방안을 제시하고자 한다.

II. 형사소송법상 고소권의 의미와 한계 및 수사기관의 고소 처리

1. 고소의 개념

형사소송법에서는 고소의 구체적 개념에 대해 침묵하고 있다. 단지 고소권자와 고소기간, 고소의 방식, 그리고 고소의 취소 등에 대해 제한적으로 규정하고 있을 뿐이다. 수사에 관한 일반적 준칙을 규정하고 있는 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정(대통령령, 이하 ‘수사준칙’)」, 그리고 「검찰사건사무규칙(법무부령)」과 「범죄수사규칙(행정안전부령)」에서도 고소의 개념에 대해서는 명시적으로 규정하고 있지 않다. 때문에 실무에서는 고소의 개념에 대한 법이론 및 판례에 의존하고 있는 실정이다.

판례에서는 고소의 개념을 “범죄의 피해자 기타 고소권자가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 소추를 구하는 의사표시”로 정의하고 있다.⁴⁾ 따라서 고소는 ① 범죄로 인한 피해자, ② 수사기관인 검사 또는 사법경찰관에 대한 신고, ③ 범죄사실의 신고, ④ 범인의 처벌을 구하는 의사표시를 개념요소로 한다.

2. 현행법상 고소권의 의미와 한계

사적 또는 공동체적 사범이 국가적 사범으로 발전하면서 국가는 형사소추권, 재량권, 통제권을 행사하고 피해자로 인식되는 등 형사사범에 있어 국가의 역할이 더 커졌다.⁵⁾ 이러한 점은 우리나라에서도 유효하다. 즉, 형사소송법은 검사만이 공소를 제기할 수 있도록 규정함으로써(제246조), 사인소추주의를 일체 배제하고 국가소추주의 및 기소독점

4) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2007도4977 판결.

5) 하워드 제어(손진 옮김), 회복적 정의란 무엇인가?, 2012, 138면.

주의를 채택하고 있다. 이처럼 피해자에 의한 복수를 허용하지 아니하면서 자력구제를 아주 제한적으로만 인정하고 있는 법제도 하에서 국가는 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 의무가 있다.⁶⁾ 그러나 범죄로 인한 피해자의 신고 등 협조없이, 국가가 모든 범죄를 인식하고 이를 빠짐없이 수사한다는 것은 불가능하다. 때문에 범죄피해자가 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 구하는 의사표시인 고소권의 행사를 보장하고 그 권리를 두텁게 보호하는 것은 범죄로부터 국민을 보호해야 할 국가의 의무를 이행하는 하나의 방식이나 다름없다.⁷⁾

여기에 우선 고소는 일반적으로 (특히 비친고죄의 경우) 범죄의 신고와 같은 수사의 단서에 불과하지만, 형사소송법에서 고소가 되면 (수리되는 것을 전제로) 수사를 강제하는 특별한 효력을 부여하고 있다. 이는 고소가 범죄의 피해자에게 국가의 형사소추권의 적정한 행사를 촉구하는 제도적 장치로 기능한다는 점을 말해준다.⁸⁾ 범죄피해자의 고소권이 헌법상 재판절차진술권의 직접적 전제가 되는 권리로 이해되고 있는 이유다.⁹⁾ 즉, 고소제도가 헌법상 재판절차진술권을 실현하기 위한 단초로서 기능할 수 있도록 형사소송법상 고소인의 지위와 그에 따른 권한이 보장되어야 하는 이유이기도 하다.

실제로 형사소송법에서는 고소인에 대해 단순 범죄피해자와 달리, 특별한 지위를 인정하고 있다. 즉, 고소가 있는 경우 사법경찰관(이하 ‘사경’)에게 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하도록 하고 있다(제238조). 검사에게는 고소에 의하여 범죄를 수사할 때에는 고소를 수리한 날로부터 3월 이내에 수사를 완료하여 공소제기 여부를 결정하도록 하고(제257조), 고소인에게 그 처분내용을 서면으로

6) 헌법재판소 1989. 4. 17. 선고 88헌마3 결정.
7) 헌법재판소 2004. 5. 27. 선고 2003헌마149 결정.
8) 신동운, 신형사소송법 제3판, 2011, 135면.
9) 헌법재판소 2011. 2. 24. 선고 2008헌바56 결정.

고지하도록 하고 있다(제258조 제1항). 만약 공소를 제기하지 않은 경우라면 고소인에게 그 이유를 고지해야 한다(제259조). 또한 고소인은 범죄로 인한 피해자로서 일반 피해자와 달리, 검사의 불기소처분에 대해 불복, 즉 검찰항고(검찰청법 제10조 이하) 및 재정신청(제260조)을 할 수 있다. 다만, 이러한 제도가 고소인에게 원래 인정되는 법률상의 권리인지, 아니면 부수적 장치로서 고소사건에 대한 형사소추권 행사의 적정성을 담보하기 위한 것인지에 대해서는 다툼이 있다.¹⁰⁾

이러한 다툼에 관계없이 분명한 것은 고소인에게 인정되는 이러한 특별한 지위로 인해 고소절차의 확실성이 더 요구된다는 점이다. 실제로 헌법재판소에서는 수사기관이 아닌 ‘국민신문고’에 제기한 고발취지의 민원은 형사소송법에 따른 ‘적법한 고발’로 볼 수 없다고 판시한 바 있다.¹¹⁾ 또한 컴퓨터 등 정보처리능력을 갖춘 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되어 송·수신 또는 저장되는 정보인 ‘전자문서’에 의한 고소도 서면에 의한 적법한 고소로 볼 수 없다.¹²⁾ 고소는 구술로도 가능하나, 조서작성을 필요로 한다. 다만, 그 조서는 독립된 조서일 필요는 없다. 따라서 수사기관이 고소권자를 증인 또는 피해자로서 신문한 경우에 그 진술에 범인의 처벌을 요구하는 의사표시가 포함되어 있고 그 의사표시가 조서에 기재되면, 그러한 고소는 적법하다.¹³⁾

범죄신고와 고소는 구별된다. 예컨대 112로 범죄신고를 한 경우(구술에 의한 고소로 볼 여지도 충분하다는 점에서) 그에 대한 조서작성이 없다면 고소의 효력이 발생하지 않는다. 예컨대, 고소인이 사건 당

10) 신동운 교수는 수사단서의 하나에 불과한 고소는 원칙적으로 특별한 소송법적 의미를 갖지 않는다는 입장을 취하고 있다. 신동운, 신형사소송법 제3판, 2011, 136면.
11) 헌법재판소 2019. 10. 22. 선고 2019헌마1167 결정.
12) 헌법재판소 2012. 4. 3. 선고 2012헌마215 결정.
13) 대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도4451, 2011전도76 판결.

일 간통의 범죄사실을 신고하면서 현장에 출동한 경찰관에게 고소장을 교부하였다고 하더라도, ○○경찰서에 도착하여 최종적으로 고소장을 접수시키지 아니하기로 결심하고 고소장을 반환받은 것이라면, 고소장이 수사기관에 적법하게 수리되어 고소의 효력이 발생되었다고 할 수 없다.¹⁴⁾ 아울러, 고소는 범인의 처벌을 희망하는 의사표시가 있어야 한다. 때문에 피해자가 경찰청 인터넷 홈페이지에 민원을 접수하는 형태로 ‘조사를 촉구하는 의사표시’를 한 것은 형사소송법에 따른 적법한 고소가 될 수 없다.¹⁵⁾

요컨대, 고소하면 무조건 수사가 이루어져야 하는 것은 아니다. 또한 형사소추의 의사표시가 없는 ‘범죄신고’는 고소라 볼 수 없고, 형사소추의 의사표시가 있더라도 수사기관이 고소를 수리하여야 고소의 효력이 발생한다. 나아가 고소가 수리되었다고 해서 고소인의 의사표시 내용대로 형사소추의 효력이 발생하는 것이 아니라, 형사소송법에서 규정한 공법상의 효력이 발생하는 것이다. 여기서도 수리 여부에 대한 판단에 있어 수사기관의 재량권이 어느 정도인지, 그리고 수리 여부에 관한 심사가 고소의 절차적 부분만을 대상으로 삼는 것인지 아니면 내용적인 부분까지 포함하는지 등의 문제가 남는다.

3. 고소사건에 대한 수사기관의 처리

고소는 범죄피해자가 서면 또는 구술로써 수사기관인 검사 또는 사법경찰관에게 하여야 한다. 구술에 의한 고소의 경우 수사기관에서는 조서를 작성하여야 한다.

14) 대법원 2008.11.27. 선고 2007도4977판결.
15) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010도9524 판결.

가. 고소사건에 대한 검찰의 수리 및 수사

형사소송법 제257조에서는 검사가 고소 또는 고발에 의하여 범죄를 수사할 때에는 고소 또는 고발을 ‘수리’한 날로부터 3월 이내에 수사를 완료하여 공소제기여부를 결정하도록 하고 있다. 즉, 고소·고발이 있다고 해서 무조건적으로 수사를 개시하는 것이 아니라, ‘수리’라는 절차를 거치도록 하고 있다. 검찰사건사무규칙(법무부령) 제3조에서도 1) 검사가 범죄를 인지한 경우, 2) 검사가 고소·고발 또는 자수를 받은 경우(다만, 제224조제3항의 규정에 따라 진정사건으로 수리하는 경우를 제외한다), 3) 검사가 진정인·탄원인 등 민원인이 제출하는 서류가 고소·고발의 요건을 갖추었다고 판단하여 고소·고발사건으로 수리하는 경우 등의 경우 ‘사건으로 수리’하는 절차를 거칠 것을 명시하고 있다. 또한 고소 또는 고발사건으로 제출된 서류라 하더라도 일정한 경우에는 무조건적으로 수사를 개시하는 것이 아니라 진정사건 또는 내사사건으로 수리하여 수사개시를 위한 입건 여부를 결정하도록 하고 있다(검찰사건사무규칙 제224조 제3항 및 제226조 제1항 제1호).

이러한 점에 비춰보면, 수리는 고소(장) 접수 이후 고소의 적법성 여부에 관한 심사를 통해 수사개시 결정을 하는 절차로 이해할 수 있다. 경우에 따라서는 고소내용에 대한 심사에 따라 수리를 거부할 가능성을 열어놓고 있는 것으로 이해할 수도 있다. 그러나 형사소송법령에서 수리의 개념에 대한 구체적인 언급은 없다.

나. 고소사건에 대한 경찰의 수리 및 수사

형사소송법에서 고소에 대해 수리→수사의 절차를 명시한 검찰과 달리, 경찰의 경우 그러한 절차를 명시하고 있지 않다. 고소에 대한 경찰의 조치를 규정한 형사소송법 제238조에서는 ‘수리’라는 개념을 사용하지 않고 있다. 그러나 경찰의 수사개시·진행권을 인정하는 형사

소송법 개정에 따라 2011년 폐지된 「사법경찰관리집무규칙(법무부령)」 제39조 제1항에서는 “사법경찰관이 고소 또는 고발에 의하여 범죄를 수사할 때에는 고소 또는 고발을 수리한 날로부터 2월이내에 수사를 완료하여야 한다”고 규정하여, 수사에 앞서 ‘수리’의 절차를 거칠 것을 명시하고 있었다. 다만, 이 규칙의 후속법령으로서 2011년 경찰에게 수사개시·진행권을 부여하는 형사소송법 개정에 따라 제정된 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정(대통령령)」¹⁶⁾ 제57조 제1항에서는 “사법경찰관이 고소나 고발에 의하여 범죄를 수사할 때에는 고소나 고발이 있는 날부터 2개월 이내에 수사를 마쳐야 한다”고 규정하여, ‘수리’ 절차를 명시하지 않았다. 또한 2021. 1. 1.부터 시행되는 수사준칙에서도 ‘고소의 수리’에 관한 내용이 없다.

그렇다고 이러한 차이가 경찰의 수사개시·진행권을 인정치 않았던 사법경찰관리집무규칙에서 허용한 ‘수리’ 절차가 잘못되었다는 것을 의미한다고 보기는 어렵다. 오히려 2011년 형사소송법 개정으로 경찰의 독자적 수사개시·진행권을 인정하고, 2020년 형사소송법 개정으로 경찰의 1차적 수사권 및 수사종결권을 인정하고 있는 취지를 고려하면, 수사를 위한 고소의 수리여부에 대한 경찰의 판단이 더 커졌다고 봄이 타당할 것이다. 이 점은 범죄수사규칙(행정안전부령) 제21조 내지 제24조¹⁷⁾에서 고소의 수리에 대해 명시적으로 규정하고 있는 데에서도 확인된다. 다만, ‘수리’의 개념 및 그 절차에 대한 구체적인 언급은 없다.

16) 현재 이 규정은 2021. 1. 1.부터 시행되는 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」으로 폐지되었다.
 17) 제21조(고소·고발의 수리) ① 사법경찰관리는 진정인·탄원인 등 민원인이 제출하는 서류가 고소·고발의 요건을 갖추었다고 판단하는 경우 이를 고소·고발로 수리한다.
 제22조(고소인·고발인 진술조서 등) ① 사법경찰관리는 구술로 제출된 고소·고발을 수리한 경우에는 진술조서를 작성해야 한다.
 제23조(고소의 대리 등) ① 사법경찰관리는 법 제236조에 따라 대리인으로부터 고소를 수리하는 경우에는 고소인 본인의 위임장을 제출받아야 한다.
 제24조(고소·고발사건의 수사기간) ① 사법경찰관리는 고소·고발을 수리한 날부터 3개월 이내에 수사를 마쳐야 한다

4. 고소사건 전건입건법제 주장에 대한 비판

형사소송법 제238조 및 제257조에 따라 고소·고발을 받은 사경은 신속히 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 하고, 검사는 수리한 날로부터 3월 이내에 수사를 완료하여 공소제기 여부를 결정하여야 한다. 이 규정은 검찰·경찰 등 수사기관으로 하여금 모든 고소사건을 입건하여 수사토록 하는 전건입건법제의 근거로 작용하고 있다는 주장이 있다.¹⁸⁾ 그러나 이 규정이 과연 수사기관에게 고소사건에 대한 입건의무를 부여하고 있는 전건입건법제를 말하는 것인지는 의문이다.

첫째, 형사소송법에 따라 고소가 있으면 수사기관은 수리라는 절차를 거칠 수 있음은 앞서 살펴본 바와 같다. 즉, 수리 절차를 통해서 고소의 적법성 여부를 심사하여 적법한 고소에 대해서는 수리할 의무가 있으나, 그렇지 않은 고소의 경우 수리를 거부할 수 있다. 헌법재판소에서도 무분별한 고소로 인한 국가의 인적·물적 자원의 낭비 등의 폐해를 극복하기 위해 “고소장의 실질심사를 강화하여 부적법한 고소에 대하여는 수리를 거부” 하는 방안을 적극 활용할 수 있음을 인정하고 있다.¹⁹⁾

둘째, 실무적으로도 고소에 대한 선별입건이 이루어지고 있다. 검찰의 경우 2003년 8월 29일부터 시행된 「검찰사건사무규칙」을 통해 일정한 요건을 구비하지 못한 고소에 대해서는 우선 진정사건으로 수리하고(제2조 제2호 및 제141조 제3항), 내사를 통해 수사를 개시할 수 있을 정도의 범죄혐의를 인정할 수 있는 단계에서 ‘입건’ 처리하고(제143조 제2항 제6호 및 제1항 제1호) 있다.²⁰⁾

18) 윤동호, 고소·고발사건 전건입건법제에서 선별입건법제로, 비교형사법연구 제22권 제1호, 2020, 169면 이하.
 19) 헌법재판소 2004. 5. 27. 선고 2003헌마149 결정.

이와 관련하여 헌법재판소는 검사가 고소장을 진정사건으로 수리하여 공람종결처리한 사건에서 “고소장을 피청구인이 진정사건으로 수리하였으나, 피청구인이 고소사건으로 수리하여 처리하였다고 하더라도 공소를 제기할 사건으로 보이지 아니하므로 피청구인의 위 진정종결처분으로 인하여 청구인의 재판절차진술권과 평등권이 침해되었다고 볼 수는 없다”²¹⁾고 하여 고소의 수리 여부에 대한 수사기관의 재량을 인정하고 있다. 심지어 이러한 결정에 대한 반대의견에서도 “무분별한 고소로 인한 국가의 인적·물적 자원의 낭비 등의 폐해가 심각한 문제”를 해결하기 위해서는 “고소장의 실질심사를 강화하여 부적법한 고소에 대하여는 수리를 거부하며, 검찰사건사무규칙상의 고소·고발 각하제도 등 현행법상 인정되는 간이처리절차를 적극 활용하는 등의 방안”에 의하여 해결하여야 할 것이고, 그것만으로 부족하다면 입법적으로 고소권 보장의 취지와 고소제도의 기능을 본질적으로 훼손하지 아니하는 범위 내에서 고소의 적법요건을 강화하거나, 고소사건의 간이처리절차에 관한 규정을 보완·확대하는 등의 방안을 강구하는 것이 바람직”하다는 견해를 제시하여, 고소장에 대한 심사를 통한 수리절차를 인정하고 있다.²²⁾ 다만, 수리절차를 인정하더라도 부적법한 고소의 경우 수리를 거부하더라도, 적법한 고소에 대해서는 수리하여야 할 의무가 있음을 지적하고 있다.²³⁾

경찰의 경우에도 검찰의 사례를 참조하여 2008년부터 「범죄수사규칙(경찰청 훈령)」 제42조를 근거로 일정한 경우 고소사건을 수리하지

20) 검찰사건사무규칙은 이러한 개정의 이유로 “무분별한 고소 및 고발을 억제하고 피고소인 및 피고발인의 인권을 보호하기 위하여 고소·고발 및 진정·내사사건의 접수 및 처리 방식을 보다 명확히 하”고자 한 것임을 밝히고 있음.
 21) 헌법재판소 2004. 5. 27. 선고 2003헌마149 결정.
 22) 반대의견은 “적법한 고소를 진정사건으로 수리하여 공람종결 처분한 것은 현행법이 전혀 예정하고 있지 아니한 간이절차를 창설”한 것으로 “고소인의 권리보호에 관한 규정을 형해화”한 것이라는 요지임. 헌법재판소 2004. 5. 27. 선고 2003헌마149 결정에서 재판관 김영일, 재판관 김효종의 반대의견.
 23) 헌법재판소 2004. 5. 27. 선고 2003헌마149 결정.

않고 반려할 수 있음을 명문화해놓고 있다. 최근 제정된 「경찰수사규칙(행정안전부령)」 제21조 제2항에서도 이러한 반려규정을 명시하고 있다.²⁴⁾ 이러한 점은 헌법재판소 결정에서도 확인할 수 있다. 즉, 헌법재판소는 “고소장에 기재된 사실이 분명하지 않거나 그 사실자체가 범죄를 구성하지 아니함이 명백한 경우 등 적법한 고소로 볼 수 없는 경우에는 검사는 고소를 수리하지 않고 반려할 수 있”다고 하면서 이로 인해 헌법상 보장된 재판절차진술권이나 평등권이 침해될 수는 없다는 점을 판시하고 있다.²⁵⁾

셋째, 그럼에도 실무적으로는 그간 고소사건을 모두 입건하는 것이 관행이었다. 여기에는 무엇보다도 이론적으로 고소를 수사의 단서로 이해하면서도, 고소와 관련한 형사소송법 규정이 마치 고소가 있으면 수사기관은 반드시 수사를 해야 할 의무를 부여하는 것으로 명시적·묵시적으로 간주되어 왔다는 점을 간과하기 어렵다. 실무적으로 대부분의 고소사건을 경찰이 처리하는 현실에서 경찰에게는 독자적으로 수사의 개시 여부를 판단할 권한이 없어, 경찰은 고소가 있으면(또는 검찰에 접수된 고소에 대해 수사지휘가 있으면) 수리 여부에 대한 고민 없이 거의 무조건적으로 수사를 진행하는 관행으로 이어졌다.

형사소송법은 2011년에서야 경찰에게 수사개시·진행권을 부여하였는데, 이로써 경찰에게도 독자적으로 범죄를 인지하여 주체적으로 수사를 개시·진행할 수 있는 경찰의 자율적인 수사영역이 생겨났다. 즉,

24) 제21조(고소·고발의 수리) ② 사법경찰관리는 고소장 또는 고발장의 명칭으로 제출된 서류가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이를 진정(陳情)으로 처리할 수 있다.
 1. 고소인 또는 고발인의 진술이나 고소장 또는 고발장에 따른 내용이 불분명하거나 구체적 사실이 적시되어 있지 않은 경우
 2. 피고소인 또는 피고발인에 대한 처벌을 희망하는 의사표시가 없거나 처벌을 희망하는 의사표시가 취소된 경우
 25) 헌법재판소 1999. 1. 28. 선고 98헌마207 결정.

개정전 형사소송법 하에서 검사의 지휘는 경찰수사의 개시·진행을 위한 ‘선차적 필수적 전제조건’으로 작용하였다. 따라서 검사의 지휘를 받아 수사하여야 하는 경찰에게 독자적인 또는 자율적인 수사개시·진행은 있을 수 없었던 것이며, 실무적으로 이루어졌던 경찰의 자율적인 수사개시·진행도 사실은 검사의 지휘를 매개로 한 ‘검사가 수사를 행하는 하나의 방식’에 지나지 않았던 것이다.²⁶⁾ 그리하여 경찰의 입장에서 고소·고발의 수사에 앞서 ‘수리’를 할 것인지에 대해 독자적으로 또는 자율적으로 판단할 재량권을 행사하기를 기대하기 어려웠던 것이다.

이러한 상황은 2011년 형사소송법 개정으로 경찰의 수사개시·진행권이 인정되어 제한적이거나 수사주체로서의 지위를 확보하면서 전기를 맞게 된다. 실제로 경찰에서 민사형 고소사건을 감축하기 위한 제도의 하나로 고소·고발 반려제도를 활성화하고자 ‘수사민원상담센터’를 운영하여 고소·고발의 적법성 요건을 적극적으로 판단하여 접수 여부를 결정하게 된 것도 2011년 경찰의 수사개시·진행권을 부여한 형사소송법 개정이 있었기에 가능했던 것이다.²⁷⁾

Ⅲ. 고소제도에 관한 법이론과 괴리되는 실무현실과 문제점

1. 고소사건의 전건입건 관행 및 선별입건의 한계

형사소송법은 앞서 서술한 바와 같이 고소가 있으면 ‘조사’하도록 규정하고 있지만, 수사 후 송치의무나 공소제기결정 등 수사종결처분을 하도록 명시하고 있다. 때문에 고소가 있으면 수사기관은 피고소인

26) 황문규, 수사절차상 경찰의 지위변화에 관한 고찰, 형사법연구 제24권 제2호, 2012, 10면.
27) 같은 취지로 김혁, 수사구조 변화와 피해자의 법적 지위: 고소사건을 중심으로, 형사법연구 제32권 제3호, 2020, 71면.

및 피고발인을 피의자로 입건하여 수사를 하여 종결처분까지 하도록 강제하는 규정으로 해석할 여지를 남겨놓고 있다.²⁸⁾ 또한 적어도 법률적으로 수사기관이 고소를 선별하여 수사의 개시 여부를 결정할 수 있는 명확한 근거조항은 찾아볼 수 없다. 그로 인해 사실상 고소에 대한 수사기관의 ‘전건입건’ 관행이 형성되었다.

경찰과 검찰에서는 그간 「범죄수사규칙(경찰청 훈령)」이나 「검찰사건사무규칙(법무부령)」 등 자체적으로 제정한 규칙에 근거해 사안이 형사사건에 해당하지 않는 고소사건을 반려, 각하 혹은 진정사건으로 전환한 후 내사종결(공람종결)하는 방법 등으로 선별입건을 시행해오고 있다. 그럼에도 불구하고, 수사관 개인의 입장에서는 ‘입건재량권 행사’에 대해 민원인이 동의하지 않고 고소사건으로 접수·수리를 강력하게 요구하거나 재고소를 하는 경우 이를 수용하는 수밖에 없다. 「범죄수사규칙」, 「검찰사건사무규칙」은 해당 기관의 자체내규일 뿐 법률적 근거가 아닌 만큼 언제든지 전건입건법제의 취지를 위반하고 피해자의 절차적 권리를 침해하였다고 판단될 여지가 있다. 때문에 고소사건을 담당하는 수사실무자 입장에서는 법적 책임에 대한 부담으로부터 자유로울 수가 없기 때문이다.²⁹⁾

실제로 고소인은 고소를 통해 얻게 되는 절차적 권리를 이용해 수사관들을 압박하는 경우도 적지 않다. 또한 해당 기관의 감찰부서에 담당 수사관이 사건을 정당한 이유 없이 접수하지 않고 거부하였다고 민원을 제기하여, 수사관에게 감찰을 받게 하는 경우도 다반사이다. 담당 수사관이 직무유기 등으로 ‘민원성’, ‘보복성’ 형사고소·고발의 대상이 되는 경우도 늘어나고 있으며, 손해배상 등 민사책임을 져야 하는 경우도 발생한다.³⁰⁾ 이처럼 선별입건에 따른 책임을 담당 수사관

28) 윤동호, 앞의 논문, 172면.
29) 김기현, 고소·고발사건 입건절차 개선방안 연구, 치안정책연구소, 2016, 519면.

이 모두 떠안아야 하는 현실에서 그 제도적 취지와 활용도는 반감될 수밖에 없다. 현재 그나마 시행되고 있는 선별입건 시행 과정에서 악성 민원에 시달리면서 받게 되는 현장 수사관들의 심리적 고충은 심각한 수준이다.³⁰⁾ 여기에 선별입건이 제한적으로 운영될 수밖에 없는 한계가 있다.

2. 고소사건에 대한 실무상 처리 현황

가. 법리상 고소 범주에 있는 사안의 경우

형사소송법에 따라 범죄로 인한 피해자가 고소하면, 그 고소가 법리상 고소 범주에 있는 사안인 경우 실무적으로는 다음 4가지의 유형으로 처리한다.

첫째, 고소사건으로 (수리 절차 없이) 거의 무조건적으로 접수하여 수사한다. 특히 고소(장)이라는 명칭만 있으면 고소사건으로 접수하여 수사하는 경우가 대부분이다. 다만, 최근에는 고소사건의 감축을 위하여 고소장을 제출할 경우 상담을 통해 반려하거나 진정사건으로 전환하여 처리하더라도, 그 결과의 구속력이 없으므로 다시 고소장을 제출하는 경우도 적지 않다. 반대로 처벌을 희망하는 의사가 있더라도 진정서, 탄원서 등의 명칭으로 제출되면 고소사건으로 접수하지 않고, 내사 등의 절차를 거치는 경우도 적지 않다.

둘째, 고소(장)이 제출되더라도 진정사건으로 수리하여 범인 및 범죄 사실을 특정하여 범죄인지의 절차를 거쳐 ‘인지사건’으로 처리한다.

30) 2016. 11. 10.자 법률신문, “고소장 접수 거부하며 민원인에 샅대질한 경찰”, 인터넷 [https://www.lawtimes.co.kr/Case-Curation/View?serial=105611\(2021. 1. 9. 검색\)](https://www.lawtimes.co.kr/Case-Curation/View?serial=105611(2021. 1. 9. 검색)).

31) 김정연·이성규·이유나·조남운·박경규, 고소제도의 운영현황과 개선방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원 연구총서, 2017, 371-372면.

특히 검찰의 경우 검찰사건사무규칙에서 앞서 언급한 바와 같이 일정한 경우 예외적으로 진정사건으로 수리하여, 범죄혐의가 있다고 판단되는 경우에 범죄인지의 절차를 거쳐 수사한다. 이러한 사건에는 ① 고소인 또는 고발인의 진술이나 고소장 또는 고발장의 내용이 불분명하거나 구체적 사실이 적시되어 있지 않은 경우, ② 피고소인 또는 피고발인에 대한 처벌을 희망하는 의사표시가 없거나 처벌을 희망하는 의사표시가 취소된 경우, ③ 고소 또는 고발이 본인의 진의에 의한 것인지 여부가 확인되지 않는 경우, ④ 동일한 사실에 관하여 이중으로 고소 또는 고발이 있는 경우 등이 있다(검찰사건사무규칙 제224조 제3항).

셋째, 인지사건으로 처리하는 경우도 있다. 예컨대, 범죄의 피해를 입었다는 112신고가 있는 경우가 여기에 해당한다. 이 경우 경찰은 현장에 출동하여 예컨대 피해자로부터 피혐의자(가해자)의 처벌 유무를 확인한 피해자의 진술서를 첨부하여 ‘발생보고’로 사건 일체를 경찰서 형사계 등 관할부서에 인계함으로써 수사를 개시한다. 이러한 사건은 ‘인지사건’이 된다. 진정서, 탄원서 등의 명칭으로 제출되어 처벌을 희망하는 사건도 여기에 해당한다. 엄밀히 말하자면, 형사계 등 관할부서에서 피해자로부터 진술 ‘조서’를 작성하게 되면, 형사소송법 제237조에 따라 이를 고소로 볼 수도 있다. 그러나 실무에서는 고소사건으로 처리하지 않는 경우가 대부분이다.

사실 112신고가 있는 경우 실무적으로 발생보고를 통한 인지사건으로 처리하는 것은 위의 사례와 달리 범죄혐의가 명확함에도 피혐의자가 확인되지 않는 경우도 적지 않다. 즉, 피혐의자가 이미 도주한 경우도 적지 않기 때문에 이를 확인하는 과정을 거쳐야 하기 때문이다.

넷째, 법리상 고소가 아닌 사안도 서류의 명칭이 ‘고소장’인 경우 고소사건으로 접수하여 수사하는 경우도 적지 않다.

나. 법리상 고소 범주가 아닌 사안의 경우

범죄피해자의 고소가 형사소송법상 고소의 범주에 있다고 보기 어려운 경우도 생각해 볼 수 있다. 이 경우 실무에서는, 특히 경찰에서는 수사민원상담을 통해 고소장을 반려한다.³²⁾ 그러나 반려 처리는 지속력이 없으므로, 고소인이 다시 고소장을 제출할 수 있다. 이 경우 고소로 접수(또는 수리)하여 각하처리하거나, 불기소(혐의없음)처리할 수도 있다. 경우에 따라서는 검찰에서처럼 진정사건으로 전환하여 처리할 수도 있다.

문제는 범죄로 인한 피해자가 수사기관에 하는 ‘고소’가 형사소송법상 고소의 범주에 해당하지 않는 것으로 명확히 판단하기 어려운 경우, 즉 고소인지 여부가 불명확한 경우에 어떻게 할 것인가라는 점이다. 실무적으로도 이처럼 그 판단이 불분명한 경우가 적지 않다. 실무에서는 이러한 경우 고소사건으로 접수하여 수사를 개시한 후 수사결과에 따라 불기소(혐의없음) 또는 기소로 처리하게 된다. 고소가 있으면 전건입건의 관행에 따라 수사개시 단계에서는 ‘고소’ 여부를 명확하게 판단하지 않기 때문이다.

32) 이러한 사건에는 ① 고소·고발사실이 범죄를 구성하지 않을 경우, ② 공소시효가 완성된 사건, ③ 동일한 사안에 대하여 이미 법원의 판결이나 수사기관의 처분이 존재하여 다시 수사할 가치가 없다고 인정되는 사건(다만, 고소·고발인이 새로운 증거가 발견된 사실을 소명한 때에는 예외로 함), ④ 피의자가 사망하였거나 피의자인 법인이 존속하지 않게 되었음에도 고소·고발된 사건, ⑤ 반의사불벌죄의 경우, 처벌을 희망하지 않는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사가 철회되었음에도 고소·고발된 사건, ⑥ 「형사소송법」 제223조의 규정에 의해 고소 권한이 없는 자가 고소한 사건, ⑦ 「형사소송법」 제224조, 제232조, 제235조에 의한 고소 제한규정에 위반하여 고소·고발된 사건 등이 있다(범죄수사규칙(행정안전부령) 제42조 제1항).

3. 고소사건 처리의 실무상 몇가지 문제점

위와 같은 실무상황은 형사소송법상 고소 규정의 불명확성과 결합하여 실무적으로 몇 가지 문제점을 드러내고 있다.

첫째, ‘고소장 접수=수사 개시’라는 등식으로 고소사건에 대한 전건입건의 관행을 형성해왔다. 실무적으로 고소장이라는 명칭만 있으면 실질적인 심사의 필요성에 대한 고민없이 접수(또는 수리)와 동시에 수사가 개시된 것으로 처리해왔다. 형사소송법 제257조에서 (검사가) 고소에 의하여 범죄를 수사할 때에는 ‘수리’한 날로부터 3월 이내에 수사를 완료해야 한다는 점을 명시하고 있음에도, 실무에서는 고소의 수리 여부에 대한 재량권을 행사할 엄두를 못냈다. 특히 경찰의 경우 2011년 형사소송법 개정시까지 수사개시권조차 인정되지 않아 고소의 수리에 관한 재량권에 대해서조차 고민할 여력이 없었다. 심지어 대법원이 이미 1982년에 “사법경찰관리는 모든 범죄혐의에 관하여 검사에게 인지보고하고 그 지휘에 따라 수사를 할 따름이며 피의자에 대한 기소 불기소 등 처분은 전혀 검사만이 할 수 있고 사법경찰관리에게는 입건 수사하거나 또는 형사사건으로 입건하지 아니하고 훈계 방면하는 등에 관하여 아무 재량권도 없다는 취지의 소론 논지는 독자적 견해로서 채용할 수 없”다는 점을 지적³³⁾하였음에도, 실무에서는 입건 등에 대한 경찰의 재량권은 없는 것이나 다름없었다. 이것이 고소=수사라는 전건입건의 관행을 만들었다고 해도 과언이 아니다.

둘째, 고소의 방식이 아닌 112신고 등을 통해 범죄피해가 신고된 경우, 실무에서처럼 고소로 처리하지 않아도 아무런 문제가 없는가이다. 범죄피해자가 112신고 등을 통해 신고했다면, 이는 형사소송법 제237조에 따라 ‘구술에 의한 고소’로 보아 범죄사실 및 처벌 유무 등의 확인을 위한 조서를 작성하여 처리하는 것이 타당하다.

33) 대법원 1982.6.8. 선고 82도117 판결.

실무에서는 그렇지만 앞서 언급한 바와 같이 고소사건이 아니라 발생보고에 따른 ‘인지사건’으로 처리되고 있다. 문제는 이처럼 인지사건으로 처리할 경우 범죄피해자는 고소인으로서의 권리를 누리지 못하게 될 우려가 높다는 점이다. 즉, 범죄피해자는 고소인이 아니라는 이유에서 수사기관의 수사불개시 또는 불기소처분에 대한 불복의 방법으로 검찰항고 또는 재정신청을 할 기회를 박탈당하게 된다. 같은 맥락에서 헌법재판소도 “자신의 범익을 침해한 범죄에 대하여 형사고소를 할 수 있는 것은 사회구성원으로서의 가장 바탕이 되는 권리로서, 헌법상 명문으로 규정된 기본권이 아니라 하더라도 재판절차진술권의 직접적 전제가 되는 권리라 할 수 있으므로, 고소권의 침해 논의는 재판절차진술권이라는 기본권의 침해에 대한 논의로 이어져야 한다”는 점을 지적³⁴⁾하고 있다.

예컨대 112신고 후 현장에 출동한 경찰관에게 처벌의사를 명백히 한 경우라면 이는 충분히 고소로 볼 수 있다. 물론 112신고는 범인에 대한 처벌보다는 질서유지, 구호 조치 요구, 추가 피해 방지 등을 목적으로 하는 경우도 적지 않다. 또한 생명이나 신체의 위험을 초래하는 행위에 대한 112신고가 있었다면, 경찰은 피해자의 소추나 처벌 의사를 확인하거나 서면에 의한 고소장을 요구하지 않고 바로 수사를 개시하는 것이 일반적이다. 그럼에도 112신고가 범인의 처벌을 희망하는 것인 경우에도 고소조서작성 없이 고소가 아닌 인지사건으로 처리한다면, 이는 고소권 향유의 기회를 박탈하는 것이나 다름없다. 또한 범죄피해자로서 범죄사실을 신고하고 처벌을 요구하였음에도 신고의 방식이 고소장 등 서면에 의한 경우와 112신고 등에 의한 경우를 달리할 필요가 없다. 게다가 112신고의 경우 경찰에서 발생보고를 통한 인지

34) 헌법재판소 2011. 2. 24. 선고 2008헌바56 결정.

사건으로 보아 수사를 개시하는 것이 아니라 내사종결하는 경우도 가능할 것인데³⁵⁾, 이 경우 범죄피해자는 어떻게 불복할 것인가도 문제된다. 이처럼 경찰 등 수사기관의 편의에 따라 고소 여부가 결정되는 문제가 있다. 형사소송법상 고소 규정이 명확하지 않기 때문이다.

셋째, 이러한 문제는 진정사건으로 수리하여 처리하는 경우에서도 마찬가지로 나타난다. 예컨대, 수사기관에서 경찰관서를 방문한 범죄피해자의 신고를 ‘진정’으로 접수하여 처리(수사개시 후 검찰에 송치)하고, 검찰에서도 불기소 처분하였을 경우, 재정신청의 대상이 될 수 있는가? 만약 수사기관에서 진정으로 처리하였더라도, 법원에서 사안의 성격상 ‘고소’에 해당한다고 보아 재정신청의 대상이 된다고 할 수 있는가?라는 문제가 있다. 반대로 신고를 당한 피신고자(피혐의자)는 검찰의 불기소 처분 이후 신고자에 대해 무고죄로 고소할 수 있는가, 신고자의 행위가 무고에 해당하는가?라는 문제도 있다.

넷째, 고소장 형식의 서면에 의한 고소에 대해 이를 고소사건으로 수리하더라도, 누구를 피의자로 할 것인가라는 문제도 있다. 예컨대, 고소인이 자신의 명예를 훼손하는 유인물을 배포한 피혐의자 A를 고소하면서, 피혐의자와 친구관계에 있는 B까지 고소한 경우를 가정해보자. 이 고소장이 수리되면, 피고소인 A, B는 피의자가 되는데, (만약 고소장만으로도 B에 대한 혐의가 부족한 경우) B까지도 피의자로 조사하여 처리해야 하는 것이냐가 문제된다. 만약 이 사례에서 B가 공무원인 경우 국가공무원법(제83조 제3항)에 따라 피의자로서 수사를 개시한 때에

35) 2020년 12월에 있었던 이용구 법무부 차관이 변호사 시절 있었던 택시기사 욕설·폭행 사건에서도 택시기사가 112신고 후 다음날 처벌불원의사를 밝혀, 경찰은 내사종결로 사건을 마무리했다. 그런데 이 사건에서와 달리, 만약 경찰이 112신고 직후 처벌의사를 확인하고 신고자를 상대로 고소조서를 작성하였다면 내사종결로 사건을 마무리할 수는 없을 것이다. 2020. 12. 19.자 조선일보, [단독] 이용구 법무차관, 택시기사 욕설·폭행...경찰, 내사종결로 끝내, 인터넷 [https://www.chosun.com/national/2020/12/19/AEBHQDN2AZGRZEL26HJVPWIW7Y/\(2021. 1. 9.검색\)](https://www.chosun.com/national/2020/12/19/AEBHQDN2AZGRZEL26HJVPWIW7Y/(2021. 1. 9.검색)).

는 그 소속 기관장에게 해당사실을 통보하게 된다. 이 경우 B에 대해서는 처음부터 불입건 또는 참고인으로 처리해도 되는 것인지, 아니면 고소로 수리하여 각하처리해야 하는 것인지도 문제된다. 실무적으로도 각하 또는 불기소 처리하거나 처음부터 참고인으로 처리하는 등 수사 관별로 제각각이다.

4. 고소를 진정사건으로 전환하여 처리하는 방식의 문제점

검찰에서는 앞서 살펴본 바와 같이 검찰사건사무규칙에 따라 고소를 진정사건으로 수리하여 처리하고 있다. 헌법재판소의 반대의견에서는 검찰의 이러한 처리방식을 “현행법이 전혀 예정하고 있지 아니한 간이절차를 창설”한 것이라고 지적하면서, 이는 [고소를 고소사건으로 수리하지 아니하고 진정사건으로 수리하여 공람종결한 처분은 “같은 것은 같게, 같지 않은 것은 같지 않게” 처리함으로써 실현되는 헌법 제11조에 정한 평등권을 침해하는 것이고, 형사피해자에게 법관으로 하여금 적절한 형벌권을 행사하여 줄 것을 청구할 수 있는 사법절차적 기본권을 보장한 헌법 제27조 제5항의 형사피해자의 재판절차진술권을 침해]한 것이라는 점을 피력하였다.³⁶⁾ 이러한 헌법재판소의 반대의견은 특히 현행법 테두리 내에서 고소·고발의 진정사건 전환이 자칫 고소인의 권리보호에 관한 규정을 형해화할 우려가 있다는 점에서, 입법적으로 고소의 적법요건을 강화하거나 고소사건의 간이처리절차에 관한 규정을 보완·확대하는 등의 방안을 마련해나가야 한다는 과제를 던져 주고 있다.

한편, 고소를 진정사건으로 전환하여 처리하는 방안은 2021. 1. 1.부터 시행 중인 수사준칙 제16조와의 관계를 고려할 필요가 있다. 이 규정 제16조 제1항에서는 검사 또는 사법경찰관이 ① 피혐의자의 수사기

36) 헌법재판소 2004. 5. 27. 2003헌마149 결정에서 재판관 김영일, 재판관 김효종의 반대의견.

관 출석조사, ② 피의자신문조서의 작성, ③ 긴급체포, ④ 체포·구속 영장의 청구 또는 신청 등의 행위에 착수한 때에는 수사를 개시한 것으로 본다고 규정하고 있다. 또한 이 경우 검사 또는 사법경찰관으로 하여금 해당 사건을 즉시 입건할 것을 강제하고 있다. 그렇다면 고소 사건을 진정사건으로 전환하여 처리할 때, 사건의 처리를 위해 진정인은 물론 경우에 따라서는 피진정인까지 불려 조사해야 할 필요가 있을 것이다. 이 경우 피진정인은 수사개시 이전의 상태이므로 수사준칙 제16조 제1항의 ‘피혐의자’에 해당한다. 수사준칙 제16조는 2011년 제정된 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정(대통령령)」 제18조와 마찬가지로 사법통제의 범위 밖에 있는 수사기관의 내사를 통제 범위 안으로 끌어들이는 규정이다.³⁷⁾ 즉, 형식적으로 내사와 수사를 구분하는 입건 여부에 관계없이 실질적인 수사행위가 있었다면 수사로 보아 사법통제의 대상으로 삼아야 한다는 것이 이 규정의 취지다.

이러한 점을 고려한다면, 고소사건을 진정사건으로 전환하더라도 피진정인, 즉 피혐의자를 조사하는 경우 수사를 개시한 것으로 보아 즉시 입건하지 않을 수 없다. 현행 고소제도의 문제점을 해소하기 위한 진정사건으로의 전환이 오히려 절차만 더 번거롭게 하는 결과로 이어지는 역설에 직면하게 될 수 있다.³⁸⁾ 그럼에도 피진정인을 소환조사하지 않고 진정인에 대한 조사만으로 (내사)종결할 수 있다면, 절차적인 번거로움을 덜 수 있을 뿐만 아니라 피의자를 양산하는 문제를 최소화할 수 있을 것이다. 이는 진정사건으로 전환하는 대상 사건을 내사종결이 가능한 사건을 엄격히 제한해야 한다는 것을 의미한다. 그러나 만약 그런 정도의 사건이라면, 고소·고발인에 대한 (심층)상담을 통한 반려의 방식으로 해결할 수 있을 것이다.

37) 법무부, 조문별 제정이유서, 3면.

38) 검찰에서는 이러한 경우에도 검찰사건사무규칙 제143조의2(수사사건의 수리) 제2항 제2호에 따라 ‘수사사건’으로 수리하여, 동 규칙 제143조의4 제1항에 따라 입건, 입건유예, 혐의없음 등으로 처리한다.

때문에 고소사건을 진정사건으로 전환하여 처리하는 방식에서 어떠한 실익을 기대할 수 있는지는 의문이다. 오히려 고소인의 권리가 침해되는 것은 아닌가라는 의문이 든다. 고소인은 범죄피해자로서 형사소송법상 특별한 지위를 인정받고 있는데, 고소를 진정사건으로 전환하여 처리한다는 것은 고소인에게 보장된 법적 지위가 수사기관의 재량에 따라 좌우되도록 만드는 것이나 다름없다. 이는 사실상 고소제도를 통해 수사기관에게 부여한 다양한 의무에서 벗어나기 위한 ‘우회로’를 신설하는 시도로 인식될 여지가 다분하다.

문제는 이러한 제도가 오남용될 가능성을 배제하기 어렵다는 데에도 있다. 예컨대 검사가 기소해야 함에도 불기소(기소유예)하는 것처럼, 적법한 고소도 진정사건으로 전환하여 종결하는 것을 반복할 경우 범죄피해의 실체를 확인할 최소한의 청구장치조차 폐쇄되는 것이나 다름없게 된다. 실제로 범죄피해자가 112신고를 하면 이는 구술에 의한 고소로 볼 수 있는데, 실무에서는 고소사건으로 취급하지 않아 고소인으로서의 권리를 누리지 못하고 있다는 비판이 있다.³⁹⁾ 더 심각한 문제는 변호사의 도움을 받아 고소하는 경우 과연 진정사건으로 전환하여 종결할 수 있겠는가라는 점에서, 결국 ‘유전입건, 무전불입건’ 현상으로 이어질 수 있다는 점이다. 뒤집어 말하면 이는 이 제도를 필요불가피하게 계속 운영할 경우 보완책, 예컨대 진정사건으로의 전환요건, 불복제도 등을 촘촘히 마련해야 한다는 것을 말해준다.

39) 김혁, 수사구조 변화와 피해자의 법적 지위: 고소사건을 중심으로, 형사법연구 제32권 제3호, 2020, 74면.

IV. 결론 및 고소제도의 개선을 위한 정책적 제언

지금까지 형사소송법상 고소제도에 대해 실제 운영에 있어 법이론과 실무현실의 괴리를 중심으로 살펴보았다. 형사소송법에서는 고소에 대한 수사기관(검사)의 수리가 규정되어 있고, 관례에서도 고소의 적법성 여부에 대한 실질적인 심사가 가능하다는 점을 확인해주고 있다. 그러나 법리적으로는 그간 형사소송법상 고소가 있으면 모두 입건하여 수사해야 한다는데 명시적으로 또는 묵시적으로 큰 이견이 없었다. 그러다보니 실무에서도 고소가 있으면 기계적으로(거의 무조건적으로) 입건하는 이른바 전건입건의 관행이 형성되었다.

문제는 이처럼 고소에 대해 거의 무조건적으로 입건하여 수사하는 실무관행이, 과연 국가가 독점하고 있는 형사소추권의 적정한 행사를 담보할 목적으로 형사소송법에서 보호하고자 하는 고소인의 권리가 제대로 보장하고 있는가라는 데 의문을 제기하지 않을 수 없다는 점이다. 예컨대 범죄피해자의 112신고에 대한 수사기관의 처리 등의 사례에서 살펴본 것처럼, 수사기관의 편의, 즉 형사소송법에서 수사기관에게 부과한 다양한 의무에서 벗어날 수 있는지에 따라 고소로 처리될지 여부가 결정될 수 있다는 문제가 있다. 이러한 문제는 무엇보다도 형사소송법에서 고소의 개념과 적법요건에 대해 침묵하고 있는데 기인하고 있다는 점도 앞서 살펴본 바와 같다.

아래에서는 지금까지의 논의를 토대로 고소제도의 운영에 있어 법이론과 실무현실의 괴리를 줄일 수 있도록 고소제도의 개선을 위한 몇가지 정책적 제언으로 결론을 대신하고자 한다.

1. 고소의 개념 및 적법요건의 명문화

형사소송법 제223조 및 제237조 제1항에 따라 범죄로 인한 피해자는 서면 또는 구술로써 검사 또는 사법경찰관에게 고소할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 형사소송법은 고소가 구체적으로 무엇인지에 대해 침묵하고 있다. 하위법령에서도 마찬가지다. 그러다보니 형사소송법상 고소에 해당하는지 여부에 대한 판례가 다수 있을 정도로 수사기관의 단순 피해사실 신고로 인식되는 경우도 적지 않다. 고소 남발의 요인이 된다. 따라서 고소의 개념 및 적법 요건 등을 명확히 할 필요가 있다.

우선, 고소의 개념과 관련하여 판례에서는 “범죄의 피해자 기타의 고소권자가 수사기관에 단순히 피해사실을 신고하거나 수사 및 조사를 촉구하는 것에 그치지 않고 범죄사실을 신고하여 범인의 소추·처벌을 요구하는 의사표시”라는 점을 적시하고 있다.⁴⁰⁾ 따라서 고소가 적법하기 위해서는 ①범죄의 피해자 또는 그와 일정한 관계에 있는 자(고소권자)가, ②수사기관에 대하여, ③범죄사실을 신고하여, ④범인의 소추·처벌을 구하는 의사표시 등의 요건을 갖추어야 한다. 이처럼 범죄사실의 신고를 고소의 요건으로 명시한다면, 수사실무에서 고소장을 제출하는 경우와 112신고 등의 신고를 하는 경우로 구분하여, 후자에 대해서는 전자와 달리 고소사건으로 취급하지 않는 문제도 해결할 수 있을 것이다. 또한 고소인과 피해자 간의 법적 지위의 차등을 해소하는데에도 기여할 것이다.

둘째, 고소의 처리와 관련하여 수사기관의 수사개시에 관한 일반적 기준과 일치시킬 필요가 있다. 형사소송법(현행 제195조 및 제196조, 개정 제196조 및 제197조)에서는 수사개시를 위해서는 범죄혐의가 있

40) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010도9524 판결; 대법원 2008. 11. 27. 선고 2007도4977 판결.

다는 수사기관의 인식을 요구한다. 그렇다면 수사기관에서 범죄혐의를 인식하지 못한 경우 수사를 개시하지 않을 수 있다는 의미다. 따라서 고소의 방법으로 수사기관에 신고된 범죄사실에 대해서도 처벌할 수 있을 정도의 범죄혐의가 존재하는지 여부를 확인할 필요가 있다. 여기에 범죄혐의를 인식하기 위한 절차로서 ‘입건 전 조사’를 통한 확인 과정이 요구된다. 입건 전 조사를 통해 범죄혐의의 의심이 있다면 수사를 개시하되, 예컨대 범죄인지서 작성을 통한 입건의 절차를 거쳐 수사를 개시할 수 있을 것이다. 이는 수사관에 의한 수사개시의 오남용을 통제하기 위해서도 더욱 필요하다. 만약 범죄의 혐의가 없는 것이 명백하거나, 범죄혐의를 구체화하기 어렵다고 판단한다면, 수사를 개시할 필요가 없을 것이다. 이러한 경우에는 굳이 진정사건으로 전환하는 절차 없이 불입건 또는 반려하면 될 것이다.

여기서 고소 또는 고발사건으로 제출된 서류가 일정한 요건에 해당하는 경우 진정사건으로 수리하여 처리하는 방안을 들 가능성을 찾을 수 있다. 이는 앞서 서술한 바와 같이 무분별한 피의자의 양상을 최소화하기 위해서도 필요하다. 현행 검찰사건사무규칙 제224조 제3항의 경우가 여기에 해당한다. 즉, ① 고소인 또는 고발인의 진술이나 고소장 또는 고발장에 의한 내용이 불분명하거나 구체적 사실이 적시되어 있지 아니한 경우, ② 피고소인 또는 피고발인에 대한 처벌을 희망하는 의사표시가 없거나 처벌을 희망하는 의사표시가 취소된 경우, ③ 고소 또는 고발이 본인의 진의에 의한 것인지 여부가 확인되지 아니하는 경우, ④ 동일한 사실에 관하여 이중으로 고소 또는 고발이 있는 경우 등이다. 아울러, 이러한 경우에는 해당하지 않지만, 범죄의 존재 여부를 확인할 필요가 있는 때에도 진정사건으로 수리하여 입건 전 조사의 가능성을 열어놓아야 한다.

셋째, 고소에 대해 범죄혐의 유무 확인을 위한 조사→범죄인지→입건→수사개시의 절차를 거치게 되면, 자칫 범죄피해를 신고하는 적법한 고소가 있음에도 그 수사개시 여부가 수사기관의 재량에 좌우될 우려가 있다. 형사소송법 제정 당시 엄상섭 의원이 검사에게 기소권을 독점시키면서 고소제도를 두어 검사의 자의적인 사건처리 또는 사건방치를 차단하고자 했던 취지가 몰각되는 것을 의미한다. 이는 또한 헌법상 기본권인 피해자의 재판절차진술권(제27조 제5항)이 수사기관의 자의에 따라 결정되도록 하는 결과로 이어지는 것이나 다름없다. 따라서 수사개시 여부가 수사기관의 자의에 따라 좌우될 수 없도록 하는 제도적 견제 또는 통제장치가 마련될 필요가 있다.

마지막으로, 고소의 개념 및 적법요건 등에 관한 규정을 형사소송법 또는 하위법령 중 어디에 명문화할 것인지를 고려해야 한다. 형사소송법에 규정하는 것이 가장 바람직하겠지만, 지난한 입법과정 등을 감안하면 대통령령인 수사준칙에 추가하거나, 가칭 ‘고소사건 처리에 관한 규정’을 제정하여 명문화하는 것도 대안으로 적극 검토할 필요가 있다. 이는 행정법학계 및 실무에서는 법률이 아니라 대통령령에 대해서도 국민의 권리와 의무에 영향을 주는 대외적 구속력을 인정하고 있다는 점에서 더욱 그러하다.

2. 고소사건의 불입건 등을 통제하기 위한 장치

고소의 요건을 규정하고, 일정한 경우 불입건 또는 진정사건으로의 전환을 허용하는 경우 수사기관의 자의적인 판단이 개입하여 유전입건, 무전불입건 등의 현상을 초래하는 등 오남용될 우려가 있다. 자칫 고소제도를 통해 인정되는 범죄피해자의 권리가 형해화될 수 있음을 의미한다.⁴¹⁾ 따라서 진정사건으로의 객관적이고 공정한 전환을 담보하

41) 박봉균·김문귀, 고소의 남용에 대한 대응방안, 법이론실무연구 제8권 제2호, 2020, 338면.

는 장치가 필요하다. 이는 또한 일선 수사관이 고소의 불입건 또는 진정사건으로 전환하여 처리하는데 따른 부담감을 경감시킨다는 점에서도 필요하다.

이러한 장치로는 현행 범죄수사규칙(행정안전부령) 제42조 제3항에 따른 ‘심의위원회’를 참고할 필요가 있다. 동 규칙 제42조 제1항에서는 고소의 반려를 허용하고, 같은조 제2항에서 경찰의 반려처분에 대해 이의를 제기할 수 있도록 하고 있다. 동 규칙 제42조 제3항에서는 반려처분에 대한 이의제기가 있는 경우 해당 고소의 수리여부의 적절성 여부를 결정하기 위한 ‘(고소사건) 심의위원회’를 운영하도록 하고 있다. 이 심의위원회를 고소·고발의 불입건 또는 진정사건으로 전환여부의 적절성 여부를 심의하는 장치로 활용할 수 있을 것이다. 검찰의 경우도 마찬가지다.

다만, 이러한 위원회가 실질적인 담보장치로서 제대로 기능할 것인지 여부는 그 구성을 어떻게 하느냐에 달려있다는 점을 간과해서는 안된다. 예컨대, 심의위원회를 수사기관 내부 구성원으로만 구성할 경우 제대로 된 심의를 기대하기 어려울 것이다. 따라서 심의위원회는 가급적 최소 여성 1인을 포함한 시민, 전문가 등 외부위원으로 구성함이 바람직하다. 다만, 불입건 또는 진정사건으로의 전환을 결정하기 이전에 사전적 심사를 거치게 할 필요도 있다. 예컨대, 가칭 ‘입건심사위원회’를 구성·운영함으로써 자의적인 불입건 또는 진정사건으로의 전환을 사전에 차단할 수 있을 것이다.⁴²⁾

42) 윤동호, 앞의 논문, 183면 참조.

3. 사건관계인의 이의제기 등 불복절차

고소의 불입건 또는 진정사건으로의 전환에 있어 수사기관의 자의 등 재량권이 남용되는 경우 사건관계인이 불복할 수 있는 장치가 마련되어야 한다. 고소의 이러한 처리방식은 앞서 지적한 바와 같이 자칫 수사기관에게 부여한 다양한 의무에서 벗어나는 우회로를 만들어, 형사소송법에서 두텁게 보호하고자 한 고소인의 권리를 형해화할 수 있기 때문이다.

먼저, 불복제도가 실질적으로 작동될 수 있도록 고소인, 고발인, 피해자 또는 그 법정대리인에게 지체없이 처리결과 및 그 이유를 통지하여야 한다. 통지의 대상에 고소·고발인뿐만 아니라 피해자를 포함시킴으로써 피해자의 형사절차상 법적 지위를 강화하고자 한 개정 형사소송법의 취지를 살려야 한다. 개정 형사소송법 제245조의6에서는 경찰의 사건송치 등 처리결과의 통지 대상에 피해자를 추가하여 기존 고소인에게만 인정되던 절차적 권리를 피해자에게까지 확장하고 있다.

다음으로, 통지를 받은 고소인, 고발인, 피해자 또는 그 법정대리인에게 해당 경찰관의 소속 관서장을 거쳐 관할 지방경찰청장에게 이의를 신청할 수 있도록 한다. 이의신청이 있는 경우 (고소사건) 심의위원회를 개최하여 그 적절성 여부를 심의·의결한다. 경찰의 처리방식이 부적절한 것으로 판단되면, 입건하여 수사를 개시하도록 한다. 그렇지 못한 경우에는 이의신청한 사람에게 그 결과를 통지하고, 이의신청자는 이를 경찰법상 국가경찰위원회에 불복할 수 있도록 한다. 경찰에게 수사권 및 1차적 수사종결권을 부여한 점을 고려할 때, 그리고 경찰위원회가 향후 실질화를 통한 경찰의 정치적 중립성을 강화해나갈 것이라는 점에서 최종 이의신청을 심의할 기구는 국가경찰위원회로 함이 바람직하다. 만약 경찰위원회의 실질화가 미흡할 경우에는 국가인권위원회로 하는 방안도 검토해볼 만하다.

주제 발표 II

윤 동 호

국민대학교 교수

고소고발사건 입건제도 개선 필요성

국민대 운동호

고소고발 공화국

✓ 인구 10만명 당 피고소인원

구분	일본	한국	비율
2010년	7.3명	1,068.7명	146배
2018년	5.4명	1,172.5명	217배

✓ '20년 기소율(%): 전체56, 고소20.7, 고발45.6

입건의무법제와 불송치권한

- ✓ 형소법 제238조: 경찰은 고소,고발을 받은 때에는 신속히 조사해 관계서류와 증거물을 검사에게 송부해야 한다.
- ✓ 형소법 제245조의5: 경찰은 범죄 수사 후 혐의 없으면 검사에게 불송치할 수 있다.

고소고발사건 반려 허용 여부

- ✓ 긍정설: 헌법재판소 98헌마207
 - 범죄 혐의 없는 고소는 반려 가능
- ✓ 부정설: 대법원 2019나56678
 - 고소장을 접수하지 않은 경찰에게 손해배상책임을 인정

입건의무법제에 대한 반론

- ✓ 형소법 제223조: 범죄로 인한 피해자는 고소할 수 있다.
- ✓ 형소법 제234조: 누구든지 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발할 수 있다.
- ✓ 범죄 혐의가 부정되는 고소고발은 불입건할 수 있다는 해석 가능

고소고발 입건제도 개선 필요

- ✓ 고소,고발부터 하고 보자는 법문화 고착
- ✓ 불합리한 절차적 고통의 회피 곤란
- ✓ 민사사건의 형사화
- ✓ 업무증가, 수사부 기피 → 수사역량 약화

고소고발사건 불입건 요건

- ✓ 범죄혐의가 없다고 인정되는 경우
- ✓ 불입건사유서 통지
- ✓ 고소고발인의 동의 불요: 고소고발인의 동의는 취소 또는 철회와 다르지 않음
- ✓ 접수 또는 수리 후 각하와 구별

불복절차의 형태

- 경찰관의 고소고발사건 미접수와 이의신청
- 상급자의 입건전 조사 후 판단
 - 경찰서의 불입건결정서 작성 및 통지
 - 시도경찰청 수사 후 불송치결정서
 - 이의신청에 따른 검찰의 불기소처분
 - 법원에 재정신청

불입건에 대한 불복절차 필요

- ✓ 범죄혐의 유무의 불명확성: 고소고발인, 검경, 공수처, 법원 판단의 불일치 가능성
- ✓ 형사피해자의 재판절차진술권(헌법 제27조 제5항)
 - 경찰의 불입건 판단에 대해 불복절차 필요
 - 검찰과 법원의 판단을 순차적으로 요구할 권리 보장 필요

고소고발 불수리제도 평가

- ✓ 형소법 제238조의2 신설안의 취지에 공감
- ✓ 접수하더라도 수리하지 않을 수 있도록 함
- ✓ 고소고발 접수 의무 존부는 여전히 불명확
- ✓ 검찰로의 불복절차 없음, 수심위의 한계

토론

- 1. **김 정 연** 연구위원
(한국형사·법무정책연구원)
- 2. **정 재 기** 변호사
(대한변협)
- 3. **김 진 우** 검사
(법무부 형사법제과)
- 4. **송 원 경** 총경
(경찰청 국가수사본부)

토론문

김정연

(한국형사·법무정책연구원 부연구위원, 법학박사, 변호사)

개인 간의 권리분쟁이 발생할 경우 민사절차에 의하지 않고 고소를 통하여 형사사건화하는 것이 현재 우리나라의 일반적 사회현상이라고 할 수 있다. 즉 우리나라의 고소제도는 형사절차상의 제도에 머무르지 않고 채무변제나 손해배상 등 민사상 구제절차를 대신하는 사실상의 절차로서 기능하고 있는 것이다. 죄명별 고소사건의 분포를 보더라도 재산범죄가 절반을 차지하고 있고, 사건의 상당수가 단순 민사사안에 대한 채권추심을 목적으로 하는 고소사건인 것으로 파악되고 있다. 고소제도는 수사기관에의 접수만으로 특별한 비용부담 없이 채무변제 등을 기대할 수 있다는 점에서 널리 이용되고 있다.

고소남용으로 인한 문제 중 가장 큰 문제는 고소사건의 폭증으로 인한 수사기관의 업무부담의 가중이라고 할 것이다. 이는 단순히 수사기관의 업무량 과중만이 문제되는 것이 아니라 범죄 혐의 없는 고소사건에 불필요한 수사인력이 허비되어 정작 실질적인 피해자에 대해서는 수사력을 집중시키지 못하는 불합리한 결과를 초래한다는 것이다. 그리고 고소장이 접수되면 형사사건으로 정식 입건되어 피고소인의 경우 형사절차상 피의자 신분이 부여되어 각종 불이익을 감수하게 되는데, 고소사건의 낮은 기소율을 감안한다면 이는 피고소인의 인권침해 문제와도 직결된다.

이와 같이 고소남용 문제는 그 동안 우리나라 형사사법의 병폐 중 하나로써 중요한 사회적 문제로도 인식되어 왔다. 그간의 고소사건에 대한 연구는 고소 자체에 대한 법리적 분석이 주된 내용이거나 고소 남용의 원인과 배경에 대한 분석을 바탕으로 개선방안이 제시되기도 하였지만 근본적인 문제해

결에는 이르지 못하였다. 보다 근본적인 문제해결을 위해서는 학계와 실무계의 상호이해 하에 적극적인 입법적 해결방안이 필요하다는 점에서 고소·고발제도 개선방안에 관한 법률안의 발의와 더불어 심층적인 논의의 장이 마련된 것은 큰 의미가 있다고 할 것이다.

고소남용의 문제로 다루어지는 사례에는 범죄혐의가 인정되는 사건과 그렇지 않은 사건이 혼재되어 있다. 그런데 범죄혐의가 인정되지 않아 오로지 민사로 다루어야 하는 경우를 제외하면 남고소 사례는 ‘범죄혐의가 인정되어 민사소송과 형사소송이 동시에 문제될 수 있는 경우에 민사적 권리 실현을 위해 형사고소를 하는 경우’로 압축된다. 양자를 명확히 구분하는 것이야말로 남고소의 문제를 해결하는 시발점이라고 볼 수 있다. 그리고 이미 현행법은 이러한 시발점을 명문으로 규정하고 있다. 형사소송법 제196조는 검사에게 “범죄혐의가 있다고 사료하는 때에만” 수사를 개시할 의무를 부과하고 있다. 따라서 수사개시혐의가 인정되는 경우에만 수사를 할 필요성, 즉 사건을 입건할 필요성이 인정되고, 그렇지 않다면 원칙적으로 고소를 수리할 필요가 없다. 물론 때로는 수사개시혐의의 존재여부를 판단하기 위해 사전조사를 할 필요가 있을 것이고, 이 경우에는 고소를 접수하되 내사(또는 사전조사)를 거치고 난 뒤 입건 여부를 판단해야 할 것이다. 경찰청 범죄수사규칙이나 검찰사건사무규칙은 고소를 수리할 필요가 없는 경우를 명시적으로 규정하고 있는데, 실무에서 이러한 규정들이 충실히 적용되는 것만으로도 남고소의 문제는 어느 정도 해결될 수 있다고 보여진다. 그러나 실무에서는 범죄혐의가 인정되지 않을지라도 고소인이 계속 고소접수를 요구하는 경우 진정·민원제기가 두려워 가접수를 하고, 담당 경찰관 또는 상급자의 불입건 결정에 따라 고소를 반려하는 경우가 많다고 한다. 범죄혐의가 인정되지 않는다면 고소인의 지속적인 고소접수 요구가 있더라도 과감하게 고소를 반려함으로써, 실무를 통해 범죄혐의가 없어 오로지 민사사건으로 다루어져야 할 경우와 형사고소가 인정되는 경우를 국민들에게 명확하게 제시할 필요가 있다.

참고로 고소제도의 개선방안에 관해 토론자는 2017년 <고소제도의 운영 현황과 개선방안에 관한 연구>를 진행한 바 있다. 이하에서는 고소·고발사건 남용 방지를 위한 제도 개선의 전반의 취지와 나아갈 방향에 대하여 위 연구를 바탕으로 한 개선방안을 제시하는 것으로 토론을 갈음하고자 한다.

첫째 고소사건의 접수 및 조사방식의 변화가 필요하다. 범죄혐의가 인정되지 않는다면 고소인의 지속적인 고소접수 요구가 있더라도 과감하게 고소를 반려함으로써 실무를 통해 오로지 민사사건으로 다루어져야 할 경우와 형사고소가 인정되는 경우를 국민들에게 명확하게 제시할 필요가 있다. 민사분쟁형 고소사건 중 조정가능성이 있는 사건을 조기에 분류하여 조정에 회부하고 조정이 성립되면 각하로 처리하여 불필요하게 형사사건화 되거나 수사력이 낭비되는 것을 방지하는데 효과적일 수 있다. 민사분쟁형 고소사건의 조사 및 처리절차에서 대심구조 방식을 도입하면 양당사자의 공방으로 사건의 개략을 파악함으로써 업무경감의 효과를 도모할 수 있고, 현재와 같이 모든 것을 수사기관이 알아서 해결해 줄 것이라는 식의 무분별한 고소사건은 감소될 수 있다.

둘째 불기소사건의 유책고소인에 대한 비용부담제도이다. 현행 형사소송법 제188조는 공소가 제기된 사건에 관한 고소인 등의 소송비용부담 규정을 두고 있을 뿐 공소가 제기되지 않은 경우 유책 고소인에 대한 비용을 부담시키는 규정을 두고 있지 않다. 고소남용 및 무리한 고소에 대한 폐단을 시정하기 위해 허위사실을 고소하거나 중대한 과실이 있는 고소인에게 비용을 부담하도록 하여 신중한 고소 및 남고소 억제에 대한 국민적 공감대 형성을 도모할 필요가 있다. 일본과 같이 피의자에 대해서도 일정한 경우 국선변호인 선임을 허용하고, 공소가 제기되지 아니한 경우 허위사실을 고소 또는 고발한 고소·고발인, 고소 당시 중대한 과실이 있는 고소·고발인에 대하여 국선변호인 비용 등 국가가 지출한 소송비용을 부담하도록 형사소송법

개정을 검토할 필요가 있다. 또한 불기소사건의 유책고소인에 대한 소송비용 부담제도는 고소·고발권의 남용적인 행사에 대해 사전적으로 이를 억제하고 사후적으로는 제재를 가할 수 있다는 점에서 의미가 있다고 할 것이다.

셋째 형사실체법의 개정을 통한 개선방안을 고려할 수 있다. 민사분쟁형 고소남용사례로 지적되는 사안 중 죄명별로는 사기죄에 대한 고소가 주된 유형으로 사기죄의 규정을 개정하여 기본적 유형을 두고 (독일과 같이) 개별적인 사기 규정을 별도로 두어 세분화할 필요가 있다. 단순 모욕행위나 사실적시 명예훼손, 단순 폭행행위 등 경미사건에 대한 비범죄화 방안을 통해 사소한 분쟁에도 고소부터 하는 고소남용 문제를 방지할 필요가 있다.

넷째 형사고소와 민사소송절차와의 관계조정이 필요하다. 법리상 고소범주에 해당하지 않는 사건도 상당하지만, 실무상 고소사건의 상당부분은 범죄혐의가 인정되어 민사소송과 형사소송이 동시에 문제될 수 있는 경우 민사적 권리 실현을 위해 형사고소를 하는 경우라고 할 수 있다. 형사고소와 민사소송을 동시에 진행했는지 여부를 질문한 결과 중 87명(29%)이 ‘그렇다’라고 응답했다. 이는 전체 설문조사 대상자(300명) 중 민사소송 경험자가 173명에 불과한 점을 감안하면 그 문제가 심각하다. 다시 말해 민사소송 경험자의 두 명 중 한명은 형사고소와 민사소송을 함께 진행하고 있다는 것을 알 수 있다. 이러한 점에서 민사소송의 문제점을 개선할 필요가 있다. 또한 그 이유에 대해 질문한 결과 상대방에 대한 심리적 압박을 주기 위해서(33%)라는 응답이 가장 많았고, 문제 해결시간의 단축(24%), 민사소송을 위한 증거확보(12%), 피해에 대한 손해배상금을 높이기 위해(13%)의 순으로 나타났다. 이는 결국 민사소송을 위해 고소제도를 이용하는 것이 실증적으로 입증된 것이다. 따라서 근본적으로 민사소송법과 민사집행법에서 피해자의 권리실현을 위한 제도적 장치들을 마련할 필요가 있다.

마지막으로 전문가 법률상담 강화 및 국민대상 법교육 실시를 들 수 있다. 경찰의 수사민원상담센터의 정착과 지속적인 운영을 위한 법률적.제도적 마련이 필요하고, 형사공공변호인제도의 도입 논의가 있는 만큼 수사기관에 배치하는 변호사의 역할을 수사단계부터 피의자의 실질적인 변호를 담당할 뿐만 아니라 고소사건 관련 상담 역할을 병행할 수 있도록 한다면 변호사의 비용문제나 지역배분의 문제를 해소할 수 있을 것으로 기대된다. 그리고 올바른 계약문화에 대한 국민들의 인식 및 법률지식의 제고가 필요하다. 설문 조사에서도 민사소송을 경험한 응답자에게 민사적 분쟁이 발생한 원인에 대해 질문한 결과 총87명의 응답자 중 44%가 상대방이 계약한 내용을 이행하지 않았기 때문이라고 나타났다. 이 외에는 문서로 남겼으나 계약내용이 모호해서(28%), 계약내용을 문서로 남기지 않아서(18%), 기타(8%)의 순으로 나타났다. 즉 민사소송을 경험했던 약 46%는 계약서를 작성하지 않았거나, 적절하게 작성하지 않아서 소송까지 이르게 된 것이다. 특히 법률상담단계 내지 경찰단계에서의 사례에서는 민사분쟁형 고소사건이라기 보다는 단순 민사사안인 경우도 상당수 확인할 수 있었다. 이 중에는 법률지식의 부족으로 인해 민사사안과 형사사안 자체를 구분하지 못하여 고소에 이른 경우도 있었다. 국민들에게 공익광고를 통해 정보를 제공하고 문제의식에 대한 이해 및 감정적 동의를 형성한다면 행동적 실천으로 이어질 수 있고, 남고소 문제의 해결과 함께 전체 형사사법기관에 대한 신뢰도도 제고될 것으로 보인다.

고소고발 반려제도에 대하여 : 국가의 국민보호라는 관점에서

대한변호사협회 감사, 변호사 정 재 기

1. 들어가며

저는 변호사로서 각종 고소사건을 대리해 고소하고, 피의자로서 입건된 의뢰인을 변호하고 있습니다. 이러한 변호사라는 직업을 하다보면, 수많은 억울한 사람들을 보게 됩니다. 이 사람들의 눈물을 닦아주고, 때로는 그 사람을 대신해 권리를 행사하고, 국가의 처벌을 요구하기도 합니다. 제가 고소한 사건 중에는 기소되어 처벌받은 사람도 있고, 불기소로 끝난 사건도 있습니다. 또 기소되었지만, 법원에서 무죄판결 난 사건도 있고, 불기소로 결정 났다가, 시간이 흘러 증거가 발견되거나 다른 공범이 다른 경찰청에서 붙잡혀 저희의 고소 사건도 같이 기소되는 경우도 보았습니다. 어떤 사건이냐, 형사사법의 정의는 시간과 노력이 없이는 결코 바로 세울 수 없습니다.

2. 헌법상 국가의 보호의무

국가가 국민을 범죄피해로부터 보호하는 역할은 중요한 국가의 책무 중 하나였고, 국민은 자신이 억울한 피해를 당하였을 때에는 언제든지 관에 그 사실을 신고하여 그 피해를 호소할 수 있도록 법률에 따라 보장 돼 있습니다. 국민은 자기가 당한 어떠한 피해나 사실에 대해 언제든지 민원을 제기할 수 있도록 돼 있고, 국가기관은 민원을 반드시 처리하고 민원인에게 알려주도록 법률(민원처리에 관한 법률 등)이 규정하고 있습니다. 고소는 그 국가작용 중 가장 중대한 피해자로부터 보호할 업무입니다.

헌법 제30조는 타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다고 규정하고 있습니다. 대한민국은 헌법에서부터 국가가 범죄피해자로부터의 국민 보호를 국가의 의무로 선언하고 있는 것입니다.

국가가 범죄피해자로부터의 국민 보호를 게을리 한다면, 헌법을 정면으로 위반하는 것일 뿐만 아니라 온 사회 전체가 범죄가 만연하는 '고담시티'처럼 되고 말 것입니다.

범죄피해자에 대한 보호는 국가의 중요한 책무이므로, 이를 제한할 때는 중요한, 헌법적 가치 수준에 이를 정도의 이유가 있어야 합니다. 따라서 그 정도의 헌법적 가치가 아니라면, 국가는 일단 피해를 호소하는 사람의 목소리에 따라 국가의 사법권을 작동시켜, 그 국민을 보호할 의무를 헌법적으로 부여받는 것이고, 만약, 그 호소가 사실과 다른 허위라면, 신고자를 무고죄로 처벌하여 균형을 맞추고 있습니다.

이처럼, '고소'는 수사권을 발동을 촉구하는 형사소송법적 의미 외에, 국가의 범죄피해로부터 보호하는 헌법적 작용 중 하나로서, 국민이 당한 아픔과 억울함을 신원(伸冤)하는 역할을 수행하고 있다는 것입니다.

국민의 고소가 지나치게 많다고 제한한다는 논리라면, 국민의 시위가 지나치게 많아서 집회시위를 제한하고, 언론이 너무 많아 허위사실 유포가 만연하므로 표현의 자유를 제한하여야 한다는 논리와 무엇이 다른지 묻지 않을 수 없습니다.

고소권도 국민의 권리 중 하나입니다. 범죄피해자로서 국가의 보호를 요청할 '헌법적 권리'입니다. 이러한 국민의 권리를 제한한다면, 그 제한을 정당화 할 만한 헌법적 이유를 국민들에게 납득시켜야 할 것입니다.

모든 사법작용은 국가의 권력을 제한시켜 국민의 자유를 확대하는 방향으로 가야 합니다. 국민의 고소권을 남용한다고 국민에게 "왜 이딴 것으로 고소하느냐"고 소리치고 그 권리를 뺏을 것이 아니라, 그 고소장과 피해호소의 목소리를 들은 국가가 어떻게 하면 그 목소리를 잘 듣고 보호할 것인지 고민해야 합니다.

지난 정권에서 다수의 고위공직자들이 형법 상 직권남용으로 처벌되었습니다. 이후, 모든 공권력 작용은 법률과 절차에 따라 적법하게 행사되어야 하는 사회의 인식이 만들어졌습니다. 고소권이 문제라면, 고소를 받고 수사를 제대로 하지 않는 국가(공무원)의 직권이 제대로 행사되고 있는지 감시하는 논의가 우선되어야 합니다. 그것이 시민의 자유를 확대하고, 국가의 권력을 통제하는 민주주의의 첫 걸음입니다.

3. 실제 경험을 통해 서 본 사례

어느 날, 저희 변호사사무실로 90대 할아버지가 찾아오셨습니다. 누런 종잇장을 제게 보이면서, 어떻게 할 수 없겠냐고 물어보셨습니다. 그 종이에겐 잘 알아볼 수 없는 내용으로 가득한 고소장이었습니다. 근처 경찰서에 몇 번 찾아갔지만 경찰관이 자기를 타박하며 돌려보냈다고 합니다. 할아버지의 고소내용은, 지인으로부터 5억 원을 사기로 뺏겼다는 것이었고, 인내심을 가지고 들어보니, 상당히 타당성을 가지고 있는 내용이었습니다. 법리적으로 잘 만들면 충분히 범죄수사가 되고 가해자가 구속까지 가능한 노인 상대 범죄였는데, 아쉽게도 선임료가 전혀 없어 선임을 못하고 집에 가셨습니다. 조금 시간이 지난 뒤 들어보니 그 가해자가 같은 수법의 범행으로 구속되었다는 소식을 들었습니다.

의대 재학 중인 학생이 교수의 폭력에 못 이겨 제게 찾아왔습니다. 자신이 작성한 고소장을 들고 경찰서로 찾아갔는데, 의대 교수를 고소하냐면서, 고소장 내용에 빈곳이 많다고 돌려보냈다고 합니다. 그래서 저는 우편접수 하라고 알려줬습니다. 우편 접수하니 고소장이 접수되었고 수사는 진행되었지요.

또 같은 사건에 대해 혼자 고소장을 넣었을 때에는 반려되거나 각하된 사건이, 여러 변호사가 다시 작성해 고소장을 넣었더니 수사가 개시되고 피의자가 구속되는 것도 여럿 보았습니다. 대체 고소장 반려와 구속 사이에 어떤 차이점이 있는지, 누가 그것을 판단하는지 묻지 않을 수 없습니다.

지금 법조 필드에서는 수사권 조정 후 경찰에서 고소장을 받지 않고 반려하는 사례가 대폭 증가했다는 아우성이 들려옵니다. 고소장을 접수하러가도 반려당하기 일쑤이고, 복잡한 사건의 경우 고소인 조사할 때까지 3~6개월까지 걸리는 경우도 비일비재 합니다. 최근엔 제 사건인데, 검사가 피해자를 더 조사해보라며 구속영장을 반려하자, 포렌식을 통해 확보한 해당 코인 구매 단톡방 전체 인원에게, 자신의 경찰 신분증과 고소장을 올리며, 피해당한 것 있으면 알려달라는, 황당무계한 수사기법을 동원한 경우도 직접 경험했습니다.

한 사람을 처벌받게 지적 능력이 부족하거나 글을 잘 못쓰거나, 정신지체를 가진 장애인이라서 자신이 당한 억울한 점을 제대로 글로 풀어쓰지 못하는 사람에게도, 돈이 없어 자기가 당한 일을 법률적으로 제대로 써 내지 못한 사람에게도 고소할 수 있는 권리는 폭넓게 보장되어야 합니다.

개정안의 고소·고발 반려 제도 중 검찰 접수 고소·고발 사건의 경우 현행 규정에 따라 신속하게 각하 처분을 할 수 있을 뿐만 아니라, 불복절차도 법률에 명시되어 있습니다. 사법경찰관도 불송치 결정의 하나로 각하결정을 할 수 있다고 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정에 명시되어 있습니다.

수사권 조정 후 일선 경찰들이 사건이 폭주하는 바람에 제대로 된 수사를 못하는 상황도 이해가 됩니다. 하지만 그 모든 피해는 국민이 지고 있습니다. 경찰의 능력부족이나 경험부족, 아니면 인원부족을 국민의 고소권 제한으로 막겠다는 것은 민주국가를 모욕하는 일입니다.

4. 결 어

고소권 제한은 절대 민주사회에서 있을 수 없는 일입니다. 할아버지의 맞춤법 안 맞는 뼈뼀뼀한 글씨로 쓴 고소장에 엄청난 비리와 부패가 있을지 어떻게 누가 판단합니까. 아빠로부터 강간당한 어린 소녀의 작은 목소리가 담긴 고소장을 함부로 반려할 권한은 누가 가져갑니까.

고소권이 남용되어 피의자가 양산된다면, 고소만으로 피의자로 입건하지 않으면 되고, 이미 그렇게 시행되는 것으로 알고 있습니다.

민사사건이 형사사건화가 된다는 것은, 점차 개선해 나가야 할 법문화이지, 국민의 헌법적 권리를 제한할 정당한 이유가 되지 못합니다. 고소한 사건의 기소율이 낮다는 것 또한 고소권을 제한할 정당한 근거가 되지 못합니다. 그것은 다른 말로 수사역량이 부족하거나 대충 수사했다는 징표일 수도 있고, 또 다른 한편으로는 국민의 권리를 국가가 다 받아들여 열심히 보호해 주고 있다고도 볼 수 있기 때문입니다. 그런 논리라면, 민사소송을 많이 했는데 많이 패소한 사람은 앞으로 민사소송 제기 못하게 하는 법률도 나올 것이고, 구청에 제기하는 민원은 연 몇 회로 제한해 버릴 수도 있을 것입니다.

고소장 남용으로 힘들다면, 수사역량을 보강하고, 무조건 피의자로 입건되지 않도록 제도를 개선하면 족합니다. 국민의 권리를 조금씩 제한하고 금지하다보면, 어느새 나의 자유와 권리가 모조리 박탈되어 있을지도 모를 일입니다.

입건 관행'이 형성되었다.

문제는, 이러한 자동 입건 관행이 '고소·고발을 하기만 하면 수사기관이 수사를 개시하여 고소·고발 상대방에 대한 심리적 압박, 압수·수색 등 일반인이 할 수 없는 방법을 통한 증거 확보까지 해준다'는 잘못된 인식을 심어주게 되었다는 것이다. 이러한 잘못된 인식은 개인과 개인 사이의 사적 분쟁의 영역까지 고소·고발을 통해서 해결하려고 하는 '민사의 형사화', '고소·고발 만능주의'의 사회 분위기를 형성하였다. 더불어, 각종 정치·사회적 문제까지 고소·고발을 통해서 해결하려는 사회 풍조는 수사기관으로 하여금 정작 중요한 사건에 수사력을 집중할 수 없도록 하는 문제를 낳는 등 막대한 사회적 비용을 상승을 야기하였다. 결국 이러한 문제의 궁극적인 피해자는 다시 또 국민이 되고 있는 것이다.

2. 토론

가. 수사의 단서와 형사피해자의 재판진술권과 관련하여

경찰 수사는 고소·고발만을 그 단서로 하지 않는다. '현행범인의 체포, 변사자의 검시, 불심검문, 기사 또는 풍설에 기한 범죄혐의 확인, 타사건 수사중의 범죄발견, 자수, 진정·탄원·투서 등에 의한 범죄혐의확인' 등 형사소송법 교과서에 기술⁴⁾된 수사의 단서 외에도 긴급한 상황의 112신고, 각종 기관의 수사의뢰 등 다양한 단서를 통해 수사기관은 수사를 개시한다.

우리나라와 유사한 형사소송 법제를 가지고 있는 일본은 대부분이 고소·고발이 아닌 피해 신고를 단서로 하여 수사를 개시한다⁵⁾. 우리나라의 경우 범죄(피해)신고가 있는 경우 벌이는 수사기관의 활동을 '입건 전 조사'⁶⁾⁷⁾라고 하는데, 이런 '입건 전 조사' 절차를 통해서 피해사실의 확인 및 관련자의 진술 확보 및 현장 확인 등 사실 관계를 확인하는 등의 조사를 할 수 있다.

4) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2014, 180페이지

5) 황문규 외, 고소고발 입건관행 개선을 위한 선별입건 등 정책연구, 중부대학교 산학협력단, 2020, 27페이지.

6) 종전에는 '내사'라는 명칭을 사용하였다.

7) 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정 제16조(수사의 개시) ③ 검사 또는 사법경찰관은 입건 전에 범죄를 의심할 만한 정황이 있어 수사 개시 여부를 결정하기 위한 사실관계의 확인 등 필요한 조사를 할 때에는 적법절차를 준수하고 사건관계인의 인권을 존중하며, 조사가 부당하게 장기화되지 않도록 신속하게 진행해야 한다.

'입건 전 조사' 과정에 대해 일각에서는 '깜깜이 내사' 등의 표현을 사용하며 그 불투명성에 대한 우려를 표하기도 한다. 그러나 경찰은 지난해 11월 있었던 법무부 차관 사건을 계기로 '입건 전 조사' 사건의 처리 및 관리 절차를 대폭 개선⁸⁾하였고, 현재는 수사 사건에 준해서 '입건 전 조사' 사건을 관리·통제하고 있다.

이러한 상황을 볼 때 모든 고소·고발을 받아주지 않으면 헌법상 보장되는 재판절차진술권이 침해될 것이라는 주장은 다소 현실과 동떨어진 것이 아닌가, 그래서 모든 고소·고발이 수사트랙에 탑재되어 선량한 국민에 대한 현실적이고 직접적인 과도한 인권침해를 내버려 두자는 것이 과연 정의로운 것인지 다시 한 번 생각해 볼 일이다.

나. '반려'와 '각하'와의 차이에 대해

한편, 무분별한 고소·고발에 대해, 이미 '각하'를 활용할 수 있다는 주장도 제기되고 있다. 그러나 각하 절차는 불송치 결정의 하나로, 수사개시를 전제로 한 것이다. 고소·고발의 상대방은 해당 사건이 각하 처분될 것이라는 것을 예측할 수 없기 때문에 피의자로 입건되었다는 심적 부담이 결코 더 작다고 할 수 없고 수사의 대상으로 들어오지 말아야 될 국민이 수사대상자로 수사절차에 들어왔다는 근본적인 사실은 변하지 않는다.

또한 각하의 경우, 불송치 결정의 사유에 해당함이 명백한 사건을 그 대상으로 하기 때문에 실무적으로 그 처리 기간이 각하 대상이 되지 않는 다른 사건에 비해서 길지 않은 것은 사실이나, 실무적으로는 각종 서류 작성 및 수사심사, 검찰 송부 등의 절차를 모두 거쳐야 한다. 수사력 투입의 측면에서도 고소·고발을 반려하여 수사를 개시하지 않는 것과는 큰 차이가 있다고 생각한다.

3. 마치며

고소·고발 남용 현상과 그로 인한 문제의 심각성에 대해 인지하고 있으면서 이에 대한 해결책 마련을 위해 노력하지 않는 것은 큰 사회적 비용을 수반한다.

8) 입건 전 조사 사건 처리에 관한 규칙 (2021. 8. 30. 전부개정, 경찰청 훈령, 제1030호)

그간 경찰은 고소·고발 남용 문제의 해결을 위해 나름의 노력을 지속해 왔다. 범죄수사 규칙에 근거하여 일정 요건의 고소·고발에 대한 반려 제도를 운영 해왔으며, 전국 주요 경찰서에 수사민원상담센터를 설치하여 민원 상담과정에서 참여 변호사를 통한 보다 전문적·실질적인 도움을 받을 수 있도록 하기도 하였다. 경찰수사규칙에 고소·고발을 진정 사건으로 전환하여 수리할 수 있도록 하는 근거를 마련하기도 하였다.

그러나 이러한 제도들은 고소·고발 남용 문제를 근본적으로 해결하는 데에는 분명한 한계가 있다. 경찰에서 운영하고 있는 고소·고발 반려 제도는 근본적으로 민원인의 동의를 전제로 하고 있기 때문에 아무리 범죄 혐의가 없거나 공소권이 없음이 명백한 사건이라고 하더라도 민원인이 동의를 하지 않으면 수리해야 한다.

고소·고발 남용 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 형사소송법과 같은 법률 개정이 반드시 필요하다. 1993년 검찰에서 시행한 고소장 선별수리제도⁹⁾가 왜 실패하였는지 다시 한 번 되돌아 봐야 할 때이다. 이러한 점에서 박재호 의원실에서 대표 발의한 이번 법안에 대한 오늘의 논의가 앞으로의 실질적인 해결책 마련의 토대가 될 것이라고 믿어 의심치 않는다.

9) '민원담당검사 지정·운영지침'(대검 예규 제210호)

법안 발의

● 박재호 의원

형사소송법 일부개정법률안
(박재호의원 대표발의)

의안 번호	12632
----------	-------

발의연월일 : 2021. 9. 17.

발 의 자 : 박재호 · 강병원 · 김승원
김주영 · 서영교 · 오영환
윤준병 · 이형석 · 임호선
정춘숙 · 홍기원 의원
(11인)

제안이유 및 주요내용

현행법은 범죄의 피해자 또는 그와 일정한 관계가 있는 자에게 고소권을 부여하여 수사기관에 대해 범죄사실을 신고하고 범인의 처벌을 구하는 의사표시를 할 수 있도록 규정하고 있고, 누구든지 범죄사실을 인지한 경우 고발을 할 수 있도록 규정하고 있음.

최근 5년간 경찰에서 연평균 접수, 처리하는 고소·고발 사건은 약 40만건에 이르지만, 전체 형사사건의 기소율 56% 대비 고소·고발 사건은 기소율이 24%에 불과함에도 피고소, 고발인은 사건접수와 동시에 피의자로 입건이 되어 수사 관서에 출석해야 하는 등 과도한 인권 침해가 야기되고 있음. 수사기관 역시 범죄혐의가 불분명한 고소·고발 사건에 수사력이 낭비되어 정작 중요한 사건에 수사력이 집중되지 못하는 문제가 발생함.

헌법재판소는 적법한 고소로 볼 수 없는 경우 반려할 수 있음을 판

시하고 있으나, 현행법상 명시적 규정이 없어 고소·고발 사건이 접수
가 되면 일단 입건하는 실무 관행이 정착된 상황임. (헌법재판소 1999.
1.28. 98헌마207결정)

이에 범죄 사실을 구성하지 않는 등 일정한 요건에 해당하는 경우
고소 또는 고발을 반려할 수 있도록 하고, 고소인 또는 고발인에 대해
서는 검사 또는 사법경찰관의 반려에 대한 이의제기 절차를 마련함으
로써 고소·고발의 남용을 방지하려는 것임(안 제238조의2 신설, 제239
조).

법률 제 호

형사소송법 일부개정법률안

형사소송법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제238조의2를 다음과 같이 신설한다.

제238조의2(고소, 고발의 반려 등) ① 검사 또는 사법경찰관은 접수한

고소 또는 고발이 범죄 사실을 구성하지 않거나 공소시효의 완성
등 대통령령으로 정하는 요건에 해당하는 경우 이를 수리하지 아니
할 수 있다.

② 검사 또는 사법경찰관은 고소 또는 고발을 접수한 날부터 10일
이내에 서면으로 고소인 또는 고발인에게 수리 여부와 그 이유를
설명하여야 한다. 다만, 고소인 또는 고발인의 동의를 받은 경우 이
를 전자적 방법으로 할 수 있다.

③ 제2항의 통지를 받은 자는 해당 검사의 소속 검찰청의 장 또는
사법경찰관의 소속 관서의 장에게 그 통지를 받은 날부터 30일 이
내에 이의를 신청할 수 있다.

④ 제3항에 따라 이의를 신청한 자는 그 이의를 기각하는 처분에
불복하는 경우에는 해당 검사 소속의 검찰청 소재지를 관할하는 고
등검찰청 검사장 또는 해당 사법경찰관의 소속 관서 소재지를 관할
하는 시·도 경찰청의 장에게 이의를 기각하는 처분의 통지를 받은

날부터 30일 이내에 재이의를 신청할 수 있다.

⑤ 제3항의 이의신청 및 제4항의 재이의신청을 심의하기 위하여 각급 검찰청 및 경찰관서에 수사심의위원회(이하 이 조에서 “심의위원회”라 한다)를 둔다.

⑥ 심의위원회는 위원장 1명을 포함하여 10명 이내의 외부위원으로 구성하고, 위원은 수사 및 사법제도 등에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람 중에서 각급 검찰청의 경우 검사장이, 경찰관서의 경우 경찰관서의 장이 위촉한다.

⑦ 심의위원회의 구성 및 운영 등 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제239조 중 “前2條의 規定은”을 “제237조와 제238조는”으로 한다.

부 칙

제1조(시행일) 이 법은 공포 후 3개월이 경과한 날부터 시행한다.

제2조(반려에 관한 적용례) 제238조의2의 개정규정은 이 법 시행 이후 고소 또는 고발한 경우부터 적용한다.

신·구조문대비표

현 행	개 정 안
<신 설>	<p>제238조의2(고소, 고발의 반려 등) ① 검사 또는 사법경찰관은 접수한 고소 또는 고발이 범죄 사실을 구성하지 않거나 공소시효의 완성 등 대통령령으로 정하는 요건에 해당하는 경우 이를 수리하지 아니할 수 있다.</p> <p>② 검사 또는 사법경찰관은 고소 또는 고발을 접수한 날부터 10일 이내에 서면으로 고소인 또는 고발인에게 수리 여부와 그 이유를 설명하여야 한다. 다만, 고소인 또는 고발인의 동의를 받은 경우 이를 전자적 방법으로 할 수 있다.</p> <p>③ 제2항의 통지를 받은 자는 해당 검사의 소속 검찰청의 장 또는 사법경찰관의 소속 관서의 장에게 그 통지를 받은 날부터 30일 이내에 이의를 신청할 수 있다.</p> <p>④ 제3항에 따라 이의를 신청</p>

한 자는 그 이의를 기각하는 처분에 불복하는 경우에는 해당 검사 소속의 검찰청 소재지를 관할하는 고등검찰청 검사장 또는 해당 사법경찰관의 소속 관서 소재지를 관할하는 시·도 경찰청의 장에게 이의를 기각하는 처분의 통지를 받은 날부터 30일 이내에 재이의를 신청할 수 있다.

⑤ 제3항의 이의신청 및 제4항의 재이의신청을 심의하기 위하여 각급 검찰청 및 경찰관서에 수사심의위원회(이하 이 조에서 “심의위원회”라 한다)를 둔다.

⑥ 심의위원회는 위원장 1명을 포함하여 10명 이내의 외부위원으로 구성하고, 위원은 수사 및 사법제도 등에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람 중에서 각급 검찰청의 경우 검사장이, 경찰관서의 경우 경찰관서의 장이 위촉한다.

⑦ 심의위원회의 구성 및 운영 등 그 밖에 필요한 사항은 대

第239條(準用規定) 前2條의 規定은 告訴 또는 告發의 取消에 關하여 準用한다.

통령령으로 정한다.
第239條(準用規定) 제237조와 제238조는-----
-----.

Memo

A large, empty, rounded rectangular box with a thin grey border, intended for writing a memo. The box is positioned on the left side of the page.

Memo

A large, empty, rounded rectangular box with a thin grey border, identical to the one on the left, intended for writing a memo. It is positioned on the right side of the page.

Memo

A large, empty rectangular box with rounded corners, intended for writing a memo. The box is white with a thin gray border and occupies the majority of the left page.

Memo

A large, empty rectangular box with rounded corners, intended for writing a memo. The box is white with a thin gray border and occupies the majority of the right page.

Memo

A large, empty rectangular box with rounded corners, outlined in a thin grey border. This box is intended for the user to write the content of their memo.