

## 공소권남용의 판단기준과 허용범위

김 준 성\*

### 〈국문초록〉

형사소송의 목적은 공정한 재판을 실현하는 것이다. 형사소송에서 검사는 당사자로서 공소권을 행사한다. 이러한 공소권행사는 검사에게 주어진 책무이자 본연의 권리이다. 하지만 검사의 공소권행사는 공익실현을 위하여 국민으로부터 부여받은 객관의무를 전제로 하는 것이다. 이러한 측면에서 검사는 공익의 대표자로서 공소권행사에 신중을 기해야 하며, 공소권남용에 해당하는 사유가 발생하지 않도록 철저한 기준에 의하여 공소권행사를 해야 한다. 물론 현행 형사소송법에서 검사의 기소편의주의가 인정되지만, 검사는 객관의무를 전제로 공소권을 행사하는 것이 타당하기 때문이다.

따라서 검사의 공소권남용을 억제하기 위하여 검사의 자체적인 사명감과 역량강화의 함양도 필요하겠지만, 검사의 정치적 판단과 개입 등에 의한 보복기소이거나, 통상적으로 검사가 소추재량권을 현저히 일탈한 경우 등을 방지하기 위하여 현행 형사소송법에 공소권남용의 해당사유와 그에 따른 소송법적 효과를 규정하는 입법론을 고려하는 것이 합리적이라고 생각된다.

이에 따라 본 연구에서는 공소권남용의 판단기준과 허용범위를 설정하고자 공소권의 본질과 공소권남용이론을 비롯하여 공소권남용의 유형과 판단기준을 구체적으로 검토하였으며, 그 결과 형사실무에서 검사의 공소권남용을 억제하기 위한 방안으로서 현행 형사소송법에 공소권남용을 무력화하는 규정을 입법하는 것이 타당하다고 생각된다. 따라서 “형사소송법 제327조의2(공소권남용과 공소기각의 판결) 검사가 자의적인 공소권행사로 소추재량권을 현저히 일탈하여 피고인에게 실질적인 불이익을 발생케 한 경우에는 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 한다.”라고 입법하는 것이 검찰개혁의 방향성과 더불어 형사소송의 목적을 위하여 유용할 것이다.

주제어 : 공소권, 공소권남용, 객관의무, 공익실현, 소추재량권

• 투고일 : 2021.01.08. / 심사일 : 2021.01.20. / 게재확정일 : 2021.01.21.

\* 동국대학교 경주캠퍼스 행정·경찰공공학부 특임교수, 법학박사

## I. 문제의 제기

일반적으로 검사는 피의자의 수사결과에 대하여 객관적 혐의가 인정되고, 유죄의 판결을 받을 수 있다는 결정적 단서에 의하여 증거에 대한 확신이 있을 때 한하여 관할법원에 공소를 제기한다. 이러한 검사의 공소제기는 검사의 독자적 판단에 의하여 결정되는 것으로서 수사에 대한 종결처분이며, 법률행위적 소송행위로서 불고불리(不告不理)의 원칙(原則)에 따라 공판절차로 이행된다.<sup>1)</sup>

형사소송에서 검사는 유·무죄의 실체재판을 청구하는 공소권의 주체이다. 그리고 원칙적으로 검사는 공익의 대표자로서 객관의무에 따라 유죄판결의 개연성이 있는 형사사건에 대하여 공소의 제기 및 유지가 가능하다. 따라서 유죄판결의 개연성이 희박한 형사사건에 대하여 검사가 공소제기를 한 경우에는 명백하게 공소권남용에 해당한다고 할 수도 있을 것이다. 이러한 경우에 법원은 소송법적 효과를 고려하여 소송당사자에게 합리적인 판단을 해야 할 것이다. 그러나 검사는 공소권의 주체이므로 애초에 검사가 증거불충분의 상태에서 피고인을 무리하게 기소한 결과, 설령 결과적으로 피고인이 무죄판결을 받았다 하더라도 하등의 문제가 될 것이 없을 것이다.

하지만 형사소송에서 검사의 공소제기는 원칙적으로 피고인의 유죄판결을 전제로 하는 것이다. 물론 사안에 따라 다소 차이가 있겠지만, 애초부터 무죄판결의 개연성을 인지하면서도 검사가 무리하게 피고인을 기소하는 것은 중국적으로 국민들에게 피해를 끼치기 때문에 결코 바람직하다고 볼 수는 없을 것이다.<sup>2)</sup> 이처럼 증거불충분에 의한 법원의 무죄판결은 결과적으로 검사의 무리한 기소에 해당한다고 볼 수 있으며, 중국적으로 검사의 기소는 공소권남용에 해당된다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 문제는 형사실무에서 검사의 무리한 기소 내지 자의적인 공소권행사에 대하여 명확하게 공소권남용으로 판단하기가 어렵다는 것이다. 특히 누락사건에 대한 검사의 추가기소<sup>3)</sup>에 대하여 최근

1) 권오걸, 「형사소송법」, 형설출판사, 2010, 363면; 이재상·조균석, 「형사소송법」, 제12판, 박영사, 2019, 364면; 이주원, 「형사소송법」, 박영사, 2019, 201면; 정용석, 「형사소송법」, 제3판, 대명출판사, 2006, 383면.

2) 이와 관련하여 2018년 국감 마지막 날인 29일, 최근 5년간 무죄판결에 대해 검사의 과오 여부를 조사하는 무죄평정 결과 총 33,669건 중 5,815건(17.2%)이 검사과오로 인한 것이라는 지적이 나왔다. 보다 자세한 내용은 “김종민 의원, 검사의 무리한 기소…국민 피해 심각 지적”, 윤관 기자, 시사캐스트(<http://www.sisacast.kr>), 2018. 10. 29. 자 인터넷기사 참조(검색일: 2021. 1. 10).

3) 이와 관련하여 판례는 “검사가 관련사건을 수사할 당시 이 사건 범죄사실이 확인된 경우 이를 입건하여 관련사건과 함께 기소하는 것이 상당하다는 하나 이를 간과하였다고 하여

들어서 법원은 공소권남용으로 판단하고 있지만,<sup>4)</sup> 그 판단기준이 설득력 있게 명확하다고 할 수는 없다. 그리고 항상 검찰개혁의 대상으로 논란이 되는 정치적 고려<sup>5)</sup>에 의한 검사의 공소권남용의 판단기준도 명확하다고 볼 수 없다.

이러한 문제점에 착안하여 본 연구에서는 검사의 공소권남용의 판단기준과 적용문제에 대하여 기존의 논의를 재검토하여 공소권남용을 방지하기 위한 합리적인 해결방안을 제시하고자 한다. 이를 위하여 첫째, 공소권의 본질과 공소권남용이론을 체계적으로 검토하고자 한다. 둘째, 공소권남용의 유형과 판단기준을 검토한 후, 이를 바탕으로 정치적 고려의 문제와 공소권남용의 허용범위를 설정하도록 한다. 셋째, 형사실무에서 검사의 공소권남용을 억제하기 위한 방안으로서 종국적으로 공소권남용의 해당사유와 그에 따른 소송법적 효과를 규정하는 입법론을 제시하고자 한다.

## II. 공소권의 본질과 공소권남용이론

### 1. 공소권의 본질

공소권은 공소를 제기하는 검사의 권리이며, 검사의 독자적인 권한이다. 검사의 공소제기에 의하여 비로소 법원은 심판권을 가지게 되며, 통상적으로 법원의 공소장부분송달에 의하여 피고인은 방어권행사를 실행하게 된다. 이러한 의미에서 검사의 공소권행사는 형사절차에서 소송행위의 시발점이 된다고 할 수

검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 소추재량권을 현저히 일탈한 위법이 있다고 보여지지 아니할 뿐 아니라, 검사가 위 항소심판결 선고 이후에 이 사건 공소를 제기한 것이 검사의 태만 내지 위법한 부작위에 의한 것으로 인정되지 아니한다(대법원 1996. 2. 13. 선고 94도2658 판결)”고 판단하여 공소권남용을 부정하였다.

- 4) 이와 관련하여 판례의 입장은 “형사소송법 제246조와 제247조에 의하여 검사는 범죄의 구성요건에 해당하여 형사적 제재를 함이 상당하다고 판단되는 경우에는 공소를 제기할 수 있고 또 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있는 재량권이 부여되어 있으나, 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있는 것이고, 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이나마 어떤 의도가 있어야 한다(대법원 2001. 9. 7. 선고 2001도3026 판결).”고 판시한 이후, 이러한 입장을 계속 견지하고 있다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2018도14295 판결).
- 5) 검찰의 기소가 경우에 따라 정치적 문제로 이슈화되어 흔히 정치적 보복기소라고도 한다. 이와 관련하여 자세한 내용은 “김경수 구속시킨 성장호판사...‘보복기소’ 논란속 무죄”, 정희영 기자, 매일경제(<https://www.mk.co.kr>), 2020. 2. 13. 자 인터넷기사 참조(검색일: 2021. 1. 10).

있다. 따라서 법원의 심판권과의 관계에서 공소권은 능동적이고, 적극적으로 형사재판을 요구하는 역할 내지 기능을 수행한다고 볼 수 있다. 이러한 측면에서 공소권의 본질과 성격은 다음과 같이 구체적으로 파악할 수 있을 것이다.

공소권은 검사가 구체적 사건에 관하여 공소를 제기하여 형사소송을 수행할 수 있는 구체적 권한이라고 할 수 있다. 공소제기에 있어서 검사는 피고인의 유죄를 뒷받침하는 증거의 채집을 바탕으로 유죄의 확신을 가지고 피고인에 대한 유죄판결을 청구하는 권한이라고 할 수 있다. 왜냐하면 검사는 공익의 차원에서 객관주의에 의하여 공정하게 공소제기에 임하기 때문이다. 그래서 검사는 형사사건에 대하여 구체적으로 객관적인 범죄의 혐의가 존재하고, 유죄판결을 받을 법률상의 이익이 구비되어야 비로소 공소를 제기하게 된다. 이러한 검사의 공소제기는 사실상 공소권남용을 억제하는 기능을 수행한다고 할 수 있다. 그러므로 공소권의 본질과 성격은 구체적 공소권설로 파악하는 것이 타당하다.<sup>6)</sup> 이러한 견해와 달리 공소권에 대하여 검사가 구체적 사건에 관하여 유·무죄의 실체판결을 받을 권리라고 정의하는 견해도 있다.<sup>7)</sup>

그러나 검사는 특정사건에 대하여 수사종결 후에 유·무죄가 확실하지 않은 경우에 통상적으로 증거불충분으로 불기소처분을 하게 되고, 유죄판결의 가능성이 높은 사건에 대하여 원칙적으로 법원에 공소를 제기한다. 그리고 형사실무에서 검사는 소송경제를 고려하기 때문에 무죄판결을 예상하면서도 무리하게 법원에 공소제기를 할 가능성이 없다. 따라서 실체판결청구권설은 타당하다고 볼 수 없다. 중국적으로 검사의 공소권은 유죄판결을 전제로 요건이 충족된 경우에 한하여 공소를 제기하므로 구체적 공소권설이 타당하다고 할 수 있다.

## 2. 공소권남용이론

통상적으로 검사는 소추조건을 충족하는 경우에 한하여 공소를 제기한다. 그러므로 검사의 공소권행사가 형식적으로 적법하고, 소송조건을 구비한 경우에는 전혀 문제될 사안이 아니다. 그러나 검사의 공소권행사가 형식적으로 적법하지만, 실질적으로 부당한 경우가 발생할 수 있다. 이러한 경우를 공소권남

6) 권오걸, 「형사소송법」, 366면; 박찬걸, 「형사소송법」, 박영사, 2020, 460면; 손동권·신이철, 「새로운 형사소송법」, 제2판, 세창출판사, 2014, 350면; 신동운, 「형사소송법」, 제4판, 법문사, 2007, 308면; 이은모, 「형사소송법」, 제6판, 박영사, 2018, 368면; 임동규, 「형사소송법」, 제13판, 법문사, 2018, 293면.

7) 이재상·조균석, 「형사소송법」, 366면.

용이라고 할 수 있다. 예컨대 객관적인 혐의가 없거나, 유죄의 증거가 불충분한 경우에도 검사가 공소를 제기하는 경우 등을 들 수 있다. 이러한 경우에 검사의 부당한 공소권행사를 적절하게 통제할 필요가 있을 것이다. 이에 따라 검사의 공소권에 대하여 권리남용이론을 적용하여 검사의 부당한 공소권행사를 제한하고자 하는 것이 공소권남용이론이다.<sup>8)</sup>

따라서 공소권남용이론은 검사의 공소권행사가 공소권남용에 해당하여 피고인의 인권을 침해하는 경우라면 형사절차에서 피고인의 조기석방과 검사의 편파적 부당기소를 통제하기 위하여 유·무죄의 실체재판이 아닌 형식재판으로 소송을 종결시켜야 한다는 것이다.<sup>9)</sup> 이에 따르면 검사에 의한 공소제기가 법령 적법하다고 하더라도 검사가 소추재량권을 현저히 일탈하여 피고인에게 불이익을 초래하였다면 공익의 대표자로서 검사에게 부여된 객관의무를 위반한 것이기 때문에 중국적으로 공소권남용에 해당한다는 것이다.<sup>10)</sup> 그래서 법원은 검사의 소추재량에 대하여 적정성과 합리성의 범위를 벗어났다고 판단하여 공소권남용에 해당하는 사안에 대하여 공소기각 또는 면소판결 등의 형식재판에 의하여 형사소송을 종결시켜 공소권의 효력을 부인하여야 한다는 것이다.

그러나 판례는 검사의 공소권남용의 인정여부에 대하여 검사의 자의적인 공소권행사로부터 피고인에게 실질적인 불이익이 발생하는 것을 전제조건으로 하여 소추재량권을 현저히 일탈한 경우에 한하여 공소권남용에 해당한다는 입장이다.<sup>11)</sup> 이러한 판례의 입장은 검사가 단순한 직무상의 과실이 아닌 공소권남용을 의도한 미필적 고의가 있어야 한다는 것이다. 즉 판례는 검사의 공소권남용의 인정에 대하여 매우 엄격한 입장에서 예외적인 경우에 한하여 인정할 수 있다는 것이다.<sup>12)</sup> 판례는 검사의 공소제기가 증거불충분에 의한 무죄판결이 확정되었다고 하더라도 그러한 사정만으로 공소권남용이라고 볼 수 없다는 것이다. 적어도 판례는 검사의 공소제기가 경험칙 혹은 논리적 측면에서 도저히 납득하기 어려운 불합리한 정도의 경우에 한하여 공소권남용으로 판단하여 공소권의 효력을 부인하여야 한다는 입장이다.<sup>13)</sup>

8) 권오걸, 「형사소송법」, 366면; 이재상·조균석, 「형사소송법」, 368면; 임동규, 「형사소송법」, 294면; 정웅석, 「형사소송법」, 387면.

9) 신동운, 「형사소송법」, 322면; 이은모, 「형사소송법」, 369면.

10) 대법원 2017. 8. 23. 선고 2016도5423 판결.

11) 대법원 2001. 9. 7. 선고 2001도3026 판결.

12) 이러한 취지로, 이상돈, “조세범칙조사 불송인결정사건에 대한 공소제기와 공소권남용”, 「고려법학」 제76호, 고려대학교 법학연구원, 2015. 3, 196면.

13) 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 판결.

따라서 공소권남용에 대한 판례의 입장은 종국적으로 제한적 긍정설을 취하는 것으로 판단된다. 왜냐하면 현행 형사소송법에서 기소편의주의를 취하고 있기 때문에 법원은 검사의 공소제기에 대하여 엄격하고 공정하게 유·무죄의 실체재판을 하는 것이 바람직하기 때문이다. 그러므로 법원은 공소권남용의 요건을 엄격하게 해석하여 제한적으로 효력을 부인하는 것이 타당할 것이다.<sup>14)</sup> 그러나 현실적으로 형사실무에서 범죄의 혐의가 없거나, 소추제량을 일탈하였거나, 수사절차에 위법이 있다는 등의 이유로 검사의 공소권행사를 형식재판으로 종결시키는 것은 입법상의 규정이 없기 때문에 거의 불가능하다.<sup>15)</sup>

하지만 공소권남용이론은 검사의 공소권행사를 적정하게 통제함으로써 검사의 부당한 공소제기를 억제하여 피고인의 인권을 보호할 수 있다는 측면에서 공소권남용이론을 긍정하더라도 구체적 사건에 한하여 엄격하게 판단하여 제한적으로 공소권효력을 부인하는 것이 타당하다.

### Ⅲ. 공소권남용의 판단기준과 허용범위

#### 1. 공소권남용의 유형과 판단기준

앞서 언급한 바와 같이 형사실무에서 공소권남용이론을 긍정하더라도 법원은 검사의 공소제기에 대하여 사안을 명백하게 판단하여 유·무죄의 실체재판을 통하여 공정한 사법정의를 실현하는 것이 본연의 의무임을 고려해야 할 것이다. 따라서 무조건 공소권남용을 확대하는 방안은 결코 바람직하다고 할 수 없다. 오히려 제한적으로 공소권남용을 긍정하는 방안이 타당할 수도 있다. 이러한 측면에서 형사재판의 탄력성을 위하여 검사의 공소제기에 대한 공소권남용의 유형과 판단기준을 구체적으로 검토할 필요가 있을 것이다.

이와 관련하여 첫째, 검사의 혐의 없는 사건에 대한 공소제기를 들 수 있다. 검사가 객관적인 혐의가 없음에도 불구하고 피의사건을 기소한 경우에 종국적으로 법원은 어떠한 판단을 하는 것이 타당한가에 대하여 숙고할 필요가 있기 때문이다.

검사의 무혐의사건에 대한 기소에 대하여 법원은 형사소송법 제328조 제1항

14) 권오걸, 「형사소송법」, 370면; 정웅석, 「형사소송법」, 389면.

15) 이재상·조균석, 「형사소송법」, 371면.

제4호 “공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니하는 때”에 해당하므로 공소기각결정을 하는 것이 타당하다는 견해<sup>16)</sup>도 설득력이 있다. 그러나 형사소송법 제328조 제1항 제4호의 규정은 범죄성립요건에 관한 사항이기 때문에 무혐의사건과 관련성이 없다고 보아야 한다. 따라서 공소기각설은 타당하다고 보기 어렵다. 또한 사안의 경우에 형사소송법 제327조 제2호 “공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때”에 해당하므로 오히려 공소기각판결을 하는 것이 타당하다는 견해<sup>17)</sup>도 제시되고 있다. 하지만 검사의 무혐의사건의 기소가 법률의 규정에 위반한 경우에 해당한다고 판단할 근거가 없을 뿐만 아니라 이에 대하여 범죄사실의 증명을 검토하지 않은 상태에서 공소기각판결을 하는 것은 논리적으로 합당하다고 볼 수가 없다. 왜냐하면 무혐의사건에 대한 기소는 공소기각결정이나 공소기각판결, 면소판결 등의 형식재판의 사유에 해당하지 않기 때문이다. 특히 사안의 경우는 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하기 때문에 피고인의 이익을 위하여 무죄판결을 하는 것이 타당하다.<sup>18)</sup> 즉 피고인이 무죄판결을 받게 되면 일사부재리의 효력이 발생하기 때문에 동일한 사건에 대하여 재기소될 가능성이 없기 때문이다.

둘째, 검사의 소추재량을 일탈한 공소제기를 들 수 있다. 이 경우는 검사가 피의자에 대하여 형법 제51조를 참작하여 기소유예처분을 함이 상당함에도 불구하고 공소제기를 한 경우이다. 이와 관련한 사안에 대하여 기소편의주의에 입각한다면 기소에 대한 결정은 검사의 재량이기 때문에 공소권남용에 해당한다고 보기 어렵다. 그러나 검사는 공익을 대표하는 자이다. 그래서 사안의 경우와 같이 소추재량을 일탈하여 피의자의 이익을 침해한 경우는 애초에 검사가 피의자에게 일종의 사면과 같은 효과가 발생하는 기소유예처분이 가능함에도 불구하고 기소하였기 때문에 형사소송법 제326조 제2호 “사면이 있는 때”에 해당한다고 판단하여 면소판결에 의하여 형사절차를 종결하는 것이 타당할 수도 있다. 그러나 사안의 경우는 면소판결의 사유에 해당한다고 보기 어렵기 때문에 타당하다고 할 수 없다.

그러나 이와 달리 검사의 소추재량은 자유재량이 아닌 기속재량에 해당하기

16) 차용석·최용성, 「형사소송법」, 제4판, 21세기사, 2013, 313면.

17) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 「신형사소송법」, 제4판, 홍문사, 2012, 232면; 신동운, 「형사소송법」, 325면; 김재윤, “검사의 소추재량권에 대한 민주적 통제방안”, 「형사법연구」 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009. 12, 125면, 129면.

18) 권오걸, 「형사소송법」, 371면; 손동권·신이철, 「새로운 형사소송법」, 352면; 임동규, 「형사소송법」, 295면; 이재상·조균석, 「형사소송법」, 369면.

때문에 소추재량을 일탈한 공소제기에 대하여 종국적으로 공소권남용에 해당한다고 볼 수도 있다. 이러한 입장에서 사안의 경우는 형사소송법 제327조 제2호 “공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때”에 해당한다고 볼 수 있어 공소기각판결로 형사절차를 종결해야 한다는 견해도 제기되고 있다.<sup>19)</sup> 하지만 검사의 기소유예처분은 검사의 재량에 속하는 사안이므로 검사에게 기소유예처분을 강제할 수도 없다. 그러므로 검사가 소추재량을 일탈하여 공소제기를 한 사건이라고 하더라도 유죄의 객관적인 혐의가 존재한다면 형식 재판이 아닌 유죄판결로 형사절차를 종결하는 것이 타당하다고 할 것이다.<sup>20)</sup> 이와 관련하여 판례<sup>21)</sup> 또한 기소유예처분을 함이 상당한 사건에 대하여 검사가 기소한 경우에 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보기 어렵기 때문에 공소권남용에 해당하지 않는다고 판단하고 있다. 그리고 검사가 기소유예처분이 상당한 사건이라고 하더라도 그러한 사실이 소송조건에도 해당하지 않는다. 그러므로 검사가 소추재량을 일탈하여 기소한 경우에는 유죄판결을 하는 것이 타당하다고 할 수 있다.<sup>22)</sup>

셋째, 검사의 차별적 공소제기를 들 수 있다. 형사실무에서 검사가 범죄의 성질과 내용이 비슷한 여러 피의자들 가운데 일부의 피의자만을 특정하여 기소하거나, 다른 피의자에 대하여 애초에 수사착수를 하지도 않거나 기소유예처분을 하는 불평등 기소 혹은 선별기소라고 할 수 있다. 이러한 검사의 차별적 공소제기는 범죄혐의가 있는 여러 피의자들 가운데 일부 피의자만을 기소하기 때문에 헌법상 평등원칙에 위배된다고 볼 수도 있다. 이러한 입장에서 검사의 선별기소는 형사소송법 제327조 제2호 “공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때”에 해당하므로 공소기각판결을 선고해야 한다는 견해<sup>23)</sup>도 설득력이 있다. 특히 형사소송법에서 검사에게 기소편의주의를 인정하고 있다고 하더라도 차별적 공소제기는 헌법 제11조에 위반되는 사항이며, 검사가 피

19) 차용석·최용성, 「형사소송법」, 314면; 김재운, “검사의 소추재량권에 대한 민주적 통제방안”, 125면, 129면.

20) 권오걸, 「형사소송법」, 374면; 이재상·조근석, 「형사소송법」, 370면; 임동규, 「형사소송법」, 295면; 정웅석, 「형사소송법」, 392면.

21) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2018도14295 판결.

22) 이러한 취지로, 신동운, “항소심판결 선고후의 누락사건에 대한 공소제기와 공소권남용 - 대법원 1996. 2. 13. 선고 94도2658 판결-(판례공보 1996, 1017)”, 「서울대학교 법학」 제37권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1996, 445면.

23) 신동운, 「형사소송법」, 571면; 이은모, 「형사소송법」, 373면; 정웅석, 「형사소송법」, 393면; 차용석·최용성, 「형사소송법」, 315면; 김재운, “검사의 소추재량권에 대한 민주적 통제방안”, 126면, 129면.



의자를 선별하여 기소하는 의도 그 자체가 자의적인 공소권행사로써 공소권남용에 해당한다고 볼 수 있기 때문이다.<sup>24)</sup>

그러나 이러한 입장에 따르면 중국적으로 검사가 공소제기를 하지 않은 다른 피의자의 사건까지 심리의 대상에 포함시켜야 하는 납득하기 어려운 문제가 발생하게 된다. 결과론적으로 차별적 공소제기에 대하여 공소기각판결을 하게 되면 불고불리의 원칙에 반하기 때문에 논리적으로 타당하다고 보기 어렵다. 따라서 앞서 검토한 바와 같이 소추재량을 일탈한 검사의 공소제기에 대하여 기소편의주의에 따라 유죄판결을 함이 타당한 논리와 같이 검사가 여러 피의자들 가운데 일부의 피의자만을 선별하여 기소한 경우에도 법원은 유·무죄의 실체판결을 하는 것이 합당하다고 볼 수 있다. 이러한 검사의 선별기소가 공소권남용에 해당하는 가에 대하여 판례<sup>25)</sup> 또한 공소제기가 된 피고인과 달리 관련사건에서 차별적으로 기소되지 않은 피의자가 있다고 하더라도 헌법상 평등권을 침해하였다고 볼 수 없으며 공소권남용에 해당하지 않는다는 입장이다.<sup>26)</sup> 따라서 검사의 차별적 공소제기가 정치적 사안에 의한 보복기소에 해당한다면 달리 검토하는 것이 타당하겠지만, 일반적으로 정치적 보복기소와 관련성이 없는 형사사건에서 선별기소는 공소권남용에 해당하지 않는다고 보는 것이 타당하다. 그러므로 정치적 보복기소에 해당하지 않는 차별적 공소제기에

24) 정용석, 형사소송법, 393면.

25) 기업들에 대하여 막강한 영향력을 가지고 있던 국세청의 고위 공무원들과 공모하여 기업들로부터 거액의 정치자금을 모금한 행위는 정치자금의 투명한 조달을 왜곡하고 공정한 선거를 방해할 뿐만 아니라 기업들에 대하여는 막중한 경제적 부담을 지우는 것으로서, 검찰이 수사와 기소 단계에서 제15대 대통령 선거의 당선자측과 낙선자측을 불평등하게 취급하는 정치적인 고려가 있었다고 하더라도, 그 범죄행위에 상응한 책임을 묻는 검사의 공소제기가 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 볼 수 없다고 한 사례를 들 수 있다(대법원 2004. 4. 27. 선고 2004도482 판결).

26) 검사는 피의자의 연령·성행·지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기·수단과 결과, 범행 후의 정황 등의 사항을 참작하여 공소를 제기할 것인지의 여부를 결정할 수 있는 것으로서 똑같은 범죄구성요건에 해당하는 행위라고 하더라도 그 행위자 또는 그 행위 당시의 상황에 따라서 위법성이 조각되거나 책임이 조각되는 경우도 있을 수 있는 것이므로, 자신이 행위가 범죄구성요건에 해당한다는 이유로 공소가 제기된 사람은 단순히 자신과 동일한 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였음에도 불구하고 불기소된 사람이 있다는 사유만으로는 평등권이 침해되었다고 주장할 수는 없는 것일 뿐만 아니라, 현재까지 국가보안법이 그대로 시행되고 있는 우리나라에서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 접촉하는 등의 일체의 행위에 대하여 국가보안법을 적용하지 아니하기로 하는 내용의 법집행의 관행은 있지 아니하는 것인바, 위와 같은 내용의 국가보안법위반의 공소사실로 피고인들을 기소한 것이 피고인들이 평등권을 침해하였다고 볼 수는 없으므로 검사가 공소권을 남용하여 공소를 제기한 것이 아니라고 본 원심의 판단은 정당하다(대법원 1990. 6. 8. 선고 90도646 판결).

대하여는 유·무죄의 실체판결을 하는 것이 타당하다.

넷째, 검사에 의한 누락된 사건의 분리기소를 들 수 있다. 이러한 경우는 검사가 관련사건을 일괄적으로 기소하는 것이 상당함에도 불구하고, 사건의 일부를 누락하여 기소한 경우이다. 검사가 관련사건의 일부만을 공소제기한 후 이 사건에 대한 항소심판결이 선고된 후에 누락된 사건에 대하여 별도로 공소제기를 하는 경우이다. 그래서 검사의 직무태만으로 인한 분리기소라고도 한다. 이와 관련하여 애초에 검사가 선행사건과 후행사건을 처음부터 동시에 기소하였다면 공판에서 병합심리에 의하여 피고인에게 하나의 형이 선고될 수 있는 양형상의 혜택이 가능할 수 있었기 때문에 공소권남용과 관련하여 문제가 제기될 수 있다.<sup>27)</sup> 또한 형사실무에서 관련사건에 대하여 이미 실형이 선고되어 있는 경우에 누락사건에 대하여 집행유예를 선고할 수도 없다. 그리고 관련사건에 대하여 집행유예가 선고된 경우라면 누락사건에 대하여 실형선고가 될 경우에 관련사건에 대한 집행유예를 취소해야 하는 경우가 발생할 수 있다.<sup>28)</sup>

따라서 검사는 누락된 사건에 대한 기소여부를 피고인에 대한 자백강요의 수단으로 활용할 여지가 충분히 존재하며, 실질적으로 피고인의 이익을 침해한 것으로 판단되므로 공소권남용에 해당한다고 할 수 있다.<sup>29)</sup>

하지만 판례의 입장은 검사가 관련사건에 대한 항소심판결 선고 후에 범죄사실을 추가기소하였다는 사정만으로 공소권남용이라고 할 수 없다는 것이다.<sup>30)</sup> 그리고 더 나아가 판례는 검사가 피고인의 여러 범죄행위를 일괄하여 기소하지 아니하고 수사진행 상황에 따라 여러 번에 걸쳐 나누어 분리기소를 하였다고 하더라도 검사의 공소제기가 소추재량권을 현저히 이탈한 것으로 볼 수 없다는 것이다.<sup>31)</sup> 종국적으로 판례의 입장은 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 준 경우에 한하여 공소권남용에 해당

27) 권오걸, 「형사소송법」, 375면; 박찬걸, 「형사소송법」, 465면.

28) 물론 이러한 경우는 형법 제63조(집행유예의 실효)와 형법 제39조(판결을 받지 아니한 경합범, 수개의 판결과 경합범, 형의 집행과 경합범)의 규정에 의하여 공판절차에서 피고인에게 크게 불리하게 적용되지 않는다고 볼 수도 있지만, 여전히 피고인에게 불리하게 적용될 가능성은 존재한다고 볼 수 있다.

29) 권오걸, 「형사소송법」, 376면; 김혜정, “누락사건에 대한 추가기소에서 공소권남용의 판단 기준”, 「형사판례연구 11」, 한국형사정책연구원, 박영사, 2003. 6, 252면.

30) 대법원 1996. 2. 13. 선고 94도2658 판결.

31) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도5313 판결(형법 제37조의 경합범관계에 있는 수죄가 별개로 기소되어 별개의 절차에서 재판을 받게 된 결과 어느 하나의 사건에서 먼저 집행유예가 선고되어 그 형이 확정된 경우, 그 집행유예기간의 도과 여부를 불문하고 나중에 기소된 범죄사실에 대하여 형의 집행유예를 선고할 수 있음은 형법 제62조 제1항의 규정 문언과 취지에 비추어 명백하다).

한다는 것이다.<sup>32)</sup> 이러한 판례의 입장에 의하면 검사에게 동시소추의무가 있다고 할 수 없으므로 누락사건에 대한 기소가 보복기소에 해당하지 않는다면 유·무죄의 실체판결을 선고해야 한다는 견해<sup>33)</sup>는 설득력을 가진다.

그러나 검사가 범죄사실의 전부를 알면서도 수사의 기법으로서 누락된 사건에 대하여 사후에 기소하였다면 소추재량권을 현저히 일탈한 경우에 해당한다고 볼 수 있다. 더욱이 그 사건에 대하여 항소심판결이 선고된 후에 추가기소를 하여 피고인으로 하여금 사건을 병합하여 형사재판을 받지 못하도록 하였다면 공소권남용에 해당하며 공소기각판결을 선고하는 것이 타당하다.<sup>34)</sup>

이상과 같이 공소권남용의 유형을 분석한 결과, 공소권남용을 판단하는 기준은 검사가 소추재량을 현저히 일탈하였는가의 여부를 전제로 하여 종국적으로 검사의 기소가 피고인에게 실질적으로 불이익을 주었는가의 여부이다. 따라서 검사가 소추재량을 현저히 일탈하였다고 볼 수 없거나, 피고인에게 실질적인 불이익을 주었다고 볼 수 없는 경우라면 공소권남용에 해당한다고 보기 어렵다. 따라서 공소권남용의 판단기준은 원칙적으로 검사의 소추재량을 인정하되 제한적으로 검사의 소추재량에 의하여 피고인에게 실질적인 불이익이 발생하였는가의 여부로 판단하는 것이 타당하다.

## 2. 정치적 고려의 문제와 공소권남용의 허용범위

앞에서 검토한 바와 같이 공소권남용의 판단기준은 유형에 따라 공소권남용의 유무를 우선적으로 판단하여야 하며, 그 유무에 대하여 공소권남용의 실질적 사유를 각각 적용하여 판단하는 것이 타당하다고 할 수 있다. 만일 앞에서 언급한 바와 같이 공소권남용의 실질적 사유를 적용한 결과, 종국적으로 검사의 기소가 공소권남용에 해당하는 경우라면 법원은 공소기각판결을 하는 것이 합당하다고 할 수 있다. 즉 검사의 공소권남용에 해당하는 경우는 형사실무에서 형사소송법 제327조 제2호의 규정을 적용해야 하는 것이 타당하기 때문이다. 물론 앞서 검토한 바와 같이 검사의 무혐의사건의 기소, 검사의 소추재량

32) 대법원 2001. 9. 7. 선고 2001도3026 판결.

33) 이재상·조균석, 「형사소송법」, 371-372면.

34) 권오걸, 「형사소송법」, 377면; 이상돈, 「형법학(형법이론과 형법정책)」, 법문사, 1999, 536면; 임동규, 「형사소송법」, 298면; 김재윤, “검사의 소추재량권에 대한 민주적 통제방안”, 126면, 130면; 신동운, “항소심판결 선고후의 누락사건에 대한 공소제기와 공소권남용 - 대법원 1996. 2. 13. 선고 94도2658 판결-(판례공보 1996, 1017)”, 446면; 이태중, “이시 분리기소와 공소권남용”, 「법조」 제49권 제7호, 법조협회, 2000. 7, 274면.

을 일탈한 기소, 검사의 차별적 기소, 검사의 누락사건의 분리기소 등의 유형을 분석한 결과 사안에 따라 공소권남용에 해당하지 않는 경우에는 무죄판결, 유죄판결, 유·무죄의 실체판결을 하는 것이 타당하다고 할 수 있다.

그러나 사실 검사의 공소권남용에 대한 실질적인 문제는 정치적 사안에 따라 기소하거나, 불기소하는 경우가 종종 발생한다는 것이다.<sup>35)</sup> 즉 검사는 일반적으로 기소를 해야 할 사안에 대하여 기소유예 등의 불기소처분을 하거나, 불기소처분을 할 수 있는 사안에 대하여 기소처분을 하는 경우이다. 이러한 문제는 권력형범죄의 봐주기 혹은 정치적 보복기소<sup>36)</sup> 등에 해당하는 사안으로서 여야의 정치적 공방으로 확대되기도 한다. 이러한 사안과 관련하여 검찰은 경우에 따라 정치적 중립성이 훼손되어 정치검찰이라는 오명을 받게 된다.<sup>37)</sup> 그래서 이러한 정치적 고려의 문제와 관련하여 논란이 제기될 수 있는 사안에 대하여 검사의 공소권남용의 허용범위를 구체적으로 검토하여 합리적인 기준을 제시하는 것이 검찰의 정치적 중립성확보와 공소권남용의 통제를 위하여 바람직하다고 할 것이다.

이에 따라 우선적으로 정치적 고려와 검사의 공소권남용의 허용범위에 관하여 판례의 내용을 구체적으로 검토하는 것이 타당할 것이다. 따라서 정치적 고려와 관련한 판례의 취지는 기본적으로 형사소송법에서 검사에게 기소편의주의를 인정하기 때문에 기소와 불기소의 판단에 대하여 검사의 입장을 존중한다고 볼 수 있다. 즉 판례<sup>38)</sup>는 검찰이 수사와 기소단계에서 정치적 고려에 의하여 제15대 대통령선거의 당선자측과 낙선자측을 불평등하게 취급하여 공소

35) 지난 1월 자유한국당이 추미애 법무부장관 아들 군 휴가 문제로 고소한 사건에 대해 검찰은 추석 연휴 직전인 지난달 28일 관련자들을 불기소하기로 결정했다. 그러나 국민의힘은 검찰이 추 장관에게 면죄부를 준 것이라고 주장하고 있다. 이와 관련하여 자세한 내용은 “검찰, 秋아들 문제 8개월 끌어...정치적 고려 의구심”, 이영광 기자, 고발뉴스닷컴(<http://www.gobalnews.com>), 2020. 10. 15. 자 인터넷기사 참조(검색일: 2021. 1. 10).

36) 이와 관련하여 “김경수 구속시킨 성창호판사... ‘보복기소’ 논란속 무죄”, 정희영 기자, 매일경제(<https://www.mk.co.kr>), 2020. 2. 13. 자 인터넷기사 참조(검색일: 2021. 1. 10).

37) 정치적 고려에 의한 검찰의 공소권남용에 해당하는 예로서 “선거사범 이중잣대, 청와대와 검찰의 합작품인가”, 경향신문(<http://news.khan.co.kr>), 2016. 10. 13. 자 인터넷기사 참조(검색일 2021. 1. 10).

38) 2004. 4. 27. 선고 2004도482 판결(기업들에 대하여 막강한 영향력을 가지고 있던 국세청의 고위 공무원들과 공모하여 기업들로부터 거액의 정치자금을 모금한 행위는 정치자금의 투명한 조달을 왜곡하고 공정한 선거를 방해할 뿐만 아니라 기업들에 대하여는 막중한 경제적 부담을 지우는 것으로서, 검찰이 수사와 기소 단계에서 제15대 대통령 선거의 당선자측과 낙선자측을 불평등하게 취급하는 정치적인 고려가 있었다고 하더라도, 그 범죄행위에 상응한 책임을 묻는 검사의 공소제기가 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 볼 수 없다고 한 사례).

를 제기하였더라도 범죄행위에 상응한 형사책임을 묻는 검사의 기소가 소추제량권을 현저히 일탈하였다고 볼 수 없다는 것이다. 따라서 판례의 입장은 정치적 고려에 의한 검사의 기소라 하더라도 피의자에 대한 형평성의 문제가 아니라 형사죄책을 부담해야 할 피의자라면 응당 검사의 기소는 적법하다는 것이다. 아울러 정치적 고려에 의한 검사의 기소 내지 불기소처분이 유사한 상황에 있는 범죄자들을 고의적으로 차별한 것으로 볼 수 없다는 것이다.

그러나 정치적 고려에 의하여 검사가 피의자를 선별기소하였다면 그 처분에 대한 사유를 구체적으로 검토해볼 필요가 있을 것이다. 만일 검찰의 기소가 명백한 정치적 보복에 의한 기소에 해당한다면, 사실상 검찰은 스스로 정치적 중립성을 훼손한 경우에 해당하는 것이다. 따라서 정치적 고려라 할지라도 정치적 보복의 성격을 가진 기소는 종국적으로 검사의 자의적인 판단으로 소추제량권을 일탈한 것으로서 공소권남용에 해당한다고 볼 수 있다.

이러한 입장에서 볼 때 정치적 고려에 의한 검사의 공소제기는 자칫 무리한 사법권집행을 위한 남용이며, 검찰이 정치적 집단이라는 굴레에서 벗어나기 어렵게 된다. 그렇기에 정치적 고려에 의한 기소 내지 불기소처분은 피의자에 대하여 형평성을 고려하여 동일한 잣대를 적용하여 동일하게 기소 내지 불기소처분을 하는 것이 합당하다고 할 수 있다. 물론 정치적 고려에 의한 검사의 기소는 일종의 차별적 기소에 해당한다고 볼 수 있다. 하지만 일반적인 형사사건에 대한 기소와 정치적 고려에 의한 기소는 그 성질이 다르다고 보아야 한다. 왜냐하면 일반적인 형사사건은 검사의 객관의무에 따른 기소편의주의가 투영된 것이라고 볼 수 있지만, 정치적 고려에 의한 기소는 검사의 객관의무가 외부의 영향에 의하여 침해된 것으로서 형사소송의 이념에도 부합하지 않기 때문이다. 무엇보다도 정치적 고려에 의한 기소는 정치적 보복에 의한 기소의 경향이 강하기 때문이며, 검찰의 중립성 확보를 담보하기 어렵기 때문이다. 따라서 정치적 고려에 의한 기소는 검찰의 자체적인 선별기소가 아닌 정치적 영향에 의한 선별기소에 해당한다고 보아야 한다. 그러므로 검사의 객관의무가 침해된 정치적 고려에 의한 기소는 공소권남용에 해당된다고 보아야 하며, 결론적으로 공소기각판결을 하는 것이 타당하다고 생각된다.

주지하는 바와 같이 현행 형사소송법은 기소편의주의를 취하고 있기 때문에 형사실무에서 특별한 경우 외에는 검사에 의한 공소권남용의 문제가 발생할 가능성이 높지 않다. 그러나 검찰은 사안에 따라 정치적 고려와 관련성이 없다고 하더라도 기소에 대한 명확한 기준을 제시하지 못한다면 종국적으로 정치적 보복기소라는 여론의 못매를 받게 된다는 것이다.<sup>39)</sup> 물론 현행 형사소송법

에서 기소편의주의를 취하고 있다고 하더라도 검사는 공익적 측면에서 객관의 무에 따라 공소권행사를 해야 한다. 그러므로 검사의 공소권은 공익을 전제로 하는 것이므로 일정한 한계가 있는 기속재량으로 파악하는 것이 타당하다. 따라서 정치적 고려에 의한 검사의 공소권행사가 국민의 기본권보장과 형사소송의 지도이념을 침해하는 경우에 해당한다면 명백한 공소권남용에 해당하므로 유·무죄의 실체재판이 아닌 공소기각의 형식재판으로 형사절차를 종결하는 것이 타당할 것이다.

#### IV. 공소권남용의 억제방안과 입법론

##### 1. 공소권남용의 억제방안을 위한 해석론

현행 형사소송법에서 공소권남용을 억제하는 구체적인 규정은 없다. 그래서 검찰은 공소권행사에서 광범위한 재량권을 가지고 있다고 할 수 있다. 사실 검찰에 의한 공소제기가 공소권남용에 해당하더라도 이에 대한 판단은 종국적으로 법원의 판결에 의할 수밖에 없다. 최근까지도 판례<sup>40)</sup>는 공소권남용의 판단기준으로 검사의 자의적인 공소권행사를 전제조건으로 실시하고 있다는 것이다. 물론 검사의 자의적인 공소권행사가 결과적으로 피고인에게 실질적인 불이익을 발생케 하여야 하며, 그로써 검사가 소추재량권을 현저히 일탈한 위법이 객관적으로 판단되어야 한다는 것이다.

물론 판례는 공소권남용의 주관적 요건으로 검사의 자의적인 공소권의 행사에 대하여 단순히 직무상의 과실이 아닌 미필적 고의를 전제로 한다는 것이다. 따라서 공소권남용은 애초부터 검사가 피고인을 악의적으로 기소하여 피고인에게 형사소추의 고통을 발생케 할 정도의 고의를 의도한 것은 아니더라도 심리적으로 양형상의 불이익 등의 압박으로서 그러한 결과가 발생할 수 있는 가능성을 용인한 상태, 즉 적어도 어떤 의도가 내포된 직무상 중대한 과실의 상태에서 피의자를 기소한 경우를 전제로 한다는 것이다. 따라서 판례는 검사의 공소권남용의 판단기준에 대하여 매우 제한된 기준을 제시하고 있다.

이러한 판례의 입장은 매우 엄격한 정도의 요건을 충족하는 경우에 한하여

39) “검찰 최강욱 기소내용 부인하자 또 기소 ‘보복’ 논란”, 조현호 기차, 미디어오늘 (<https://www.mediatoday.co.kr>), 2020. 10. 16. 인터넷기사 참조(검색일 2021. 1. 10).

40) 대법원 2018. 9. 28. 선고 2018도10447 판결.

공소권남용으로 판단할 수 있다는 취지이므로 제한적 긍정설의 입장이라고 할 수 있다. 그러나 실제로 검사의 공소제기가 부당하여 공소권남용에 해당한다고 하더라도 공소권남용에 해당하는 일정한 요건을 충족하는가의 여부를 명확하게 판단하기가 어렵다고 볼 수 있다. 즉 관례의 입장은 검사의 공소권행사에 대하여 명확하게 자의적인 공소권남용에 해당하는 미필적 고의를 파악하기 어렵기 때문에 가급적이면 관여를 자제하겠다는 의도가 피력된 것으로 해석된다.<sup>41)</sup> 따라서 관례의 입장은 검사의 부당한 공소권행사에 대하여 피고인의 이익과 인권보호를 위한 측면과 거리가 먼 것이며, 검사의 공소권남용에 대한 통제로서의 역할을 제대로 수행하지 못한다고 볼 수 있다. 무엇보다도 법원은 검사가 공소권남용을 행사하는 경우에 공소권남용을 억제하는 형사소송법상 명문규정의 부존재로 인하여 피고인을 보호할 수 없는 경우가 발생할 수 있다는 것이다. 이와 관련하여 공소권을 남용한 검사에 대한 검찰내부의 징계책임과 형법상 직권남용죄의 성립여부를 고려해 볼 수도 있지만, 현실적으로 검찰권 행사의 상황을 고려한다면 사실상 그러한 실효성을 기대하기가 어렵다.

그러므로 형사실무에서 검사의 부당한 공소권행사를 억제하기 위한 근본적인 방안을 검토하는 것이 타당하다고 할 수 있다. 이와 관련하여 우선적으로 고려할 것은 검사의 공익실현에 대한 사명감의 함양이다. 검사의 공소권행사는 기소편의주의에 의하여 재량권을 가지는 것은 사실이다. 하지만 검사는 궁극적으로 공익을 위한 내재적 한계로서 객관의무를 충실히 이행해야 한다는 점을 주지해야 한다. 그리고 검찰의 자체적인 공익실현시스템의 구축이다. 사실 검찰은 내부적으로 과도한 업무실적을 감축할 필요가 있다. 즉 검찰은 공소권행사를 합리적으로 평가하여 공정하고 신중한 공소권행사가 되도록 기소율 보다 승소율에 실적을 확대하는 공소권남용감축시스템을 운용하는 방안이다. 만일 이로써 검사의 업무량이 현행 보다 감축하게 된다면 기소사건에 대하여 조금 더 여유를 갖고 냉철하게 분석하여 부당하게 공소권을 행사하는 경우가 감축될 수 있기 때문이다. 물론 중국적으로 검사의 공소권남용을 억제하는 방안은 후술하는 바와 같이 현행 형사소송법에 공소권남용을 방지하는 입법론을 신설하는 방안이 합리적이라고 생각된다.

41) 이러한 취지로, 채방은, “사실심 판결선고 후의 추가기소와 공소권남용”, 『저스티스』, 제34권 제6호, 한국법학원, 2001. 12, 186면.

## 2. 입법론

앞서 검토한 바와 같이 판례는 공소권남용을 직접적으로 인정하기 보다는 일정한 요건을 충족하는 경우에 한하여 공소제기의 효력을 부인할 수 있으며, 종국적으로 공소기각판결을 할 수 있다는 입장이다. 그렇다면 검사의 공소권남용은 형사소송법 제327조(공소기각의 판결)의 2호의 사유에 해당한다고 볼 수도 있다.<sup>42)</sup> 하지만 검사의 공소권행사가 공소권남용에 해당하기 위하여 객관적인 요건을 충족하는 경우에 한하여 인정하는 것이 타당하다. 검사의 기소편의주의는 원칙적으로 검사의 객관의무를 실현하기 위한 제도라는 측면에서 파악하는 것이 바람직하기 때문이다. 따라서 검사의 편의주의는 기속재량으로 파악하여야 하며, 이에 따라 검사의 공소권행사가 공소권남용에 해당한다면 소추재량을 현저히 일탈하였다고 판단하여 형사소송법 제327조에 의거하여 공소기각판결을 하는 것이 타당하다.

다만, 검사의 공소권행사는 당사자주의에서 검사에게 부여된 당연한 권리이므로 공소권남용에 해당하는 사유를 구체적으로 적시하여 형사소송법에 규정하는 것이 타당할 수도 있을 것이다.<sup>43)</sup> 그러나 검사의 공소권남용에 해당하는 사유를 형사소송법에 구체적으로 적시하게 되면 오히려 검사의 소추재량권을 침해하는 문제가 발생할 수 있기 때문에 타당하다고 볼 수 없다. 그리고 사회의 구조와 환경의 변화에 따라 범죄의 경향도 변하기 때문에 검사의 공소권행사에도 탄력성이 필요할 수가 있기 때문에 확정되지 않은 사유까지 공소권남용으로 구체적으로 적시하는 것은 타당하지 않다고 생각된다. 오히려 형사소송법에 공소권남용의 일반적인 요건을 적시하는 것이 타당하다. 왜냐하면 공소권남용의 일반적인 요건을 규정함으로써 검사의 소추재량권을 존중하되, 검사가

42) 이태중, “이시 분리기소와 공소권남용”, 274면.

43) 이와 관련하여 김재운 교수는 공소권남용의 일반적 요건을 실시한 후에 각호의 5가지의 사유를 구체적으로 적시하는 입법론을 제시하였다. 즉 김재운 교수는 입법론으로서 “제 327조의2 검사가 다음의 사유로 소추재량권을 현저히 일탈하여 피고인에게 실질적 불이익을 준 경우에는 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 한다.

1. 범죄의 객관적 혐의가 없거나 불충분함에도 공소를 제기한 때
2. 기소유예가 상당함에도 공소를 제기한 때
3. 범죄의 성질과 내용이 유사한 다수의 피의자들 가운데 일부에 대해서는 수사에 착수하지도 않거나 기소유예 하면서 일부 피의자에 대해서만 법 앞의 평등에 반하여 차별적으로 공소를 제기한 때
4. 직무태만에 의해 누락사건에 대해 추가적으로 공소를 제기한 때
5. 중대한 위법수사에 기초하여 공소를 제기한 때”를 제시하였다(김재운 “검사의 소추재량권에 대한 민주적 통제방안”, 130면 참조).



객관의무를 간과하지 않도록 입법하는 것이 합리적이기 때문이다. 아울러 앞서 언급한 바와 같이 검사의 공소권남용에 따른 소송법적 효과는 중국적으로 공소기각판결을 하는 것이 타당하다. 그래서 형사소송법 제327조(공소기각의 판결)와 연관하여 제327조의2(공소권남용과 공소기각의 판결)의 규정을 신설하여 아래와 같이 입법론을 제시하는 것이 검찰의 중립성확보와 공정한 검찰권 행사를 위하여 바람직하다고 생각된다.

따라서 검사의 공소권남용을 방지하기 위하여 판례의 입장을 충분히 반영할 필요가 있으며, 이를 고려한 입법론이 현실적으로 타당할 것이다. 이에 따라 “형사소송법 제327조의2(공소권남용과 공소기각의 판결) 검사가 자의적인 공소권행사로 소추재량권을 현저히 일탈하여 피고인에게 실질적인 불이익을 발생케 한 경우에는 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 한다.”라고 입법하는 것이 형사소송의 지도이념을 공정하게 실현하는 것으로서 중국적으로 타당하다고 할 수 있다.

## V. 결론

형사소송의 목적은 공정한 재판을 실현하는 것이다. 물론 형사소송에서 검사는 공정한 재판을 실현하기 위하여 실체진실주의, 적정절차의 원리, 신속한 재판의 원칙을 추구하여야 한다. 왜냐하면 검사는 형사재판에서 증거재판주의에 의거하여 거증책임을 부담하기 때문이다. 적어도 검사는 공정한 재판을 실현하기 위하여 in dubio pro reo 원칙에 입각하여 유죄의 증거를 명확하게 채집하지 않은 상황에서 공소권을 남용해서는 안 된다. 검사는 공익실현을 위하여 객관의무에 충실해야 하며, 형사소추를 통하여 형사재판에서 피고인에게 이기는 것에 관심이 있는 것이 아니라 정의가 실현되도록 하는 것에 관심을 가져야하기 때문이다.

그래서 검사는 공소권행사에 신중을 기해야 하고, 공소권남용에 해당하는 사유가 발생하지 않도록 철저한 기준에 의하여 공소권행사를 해야 한다. 설사 현행 형사소송법에서 검사에게 기소편의주의가 인정된다고 하더라도 검사의 소추권은 국민에게 부여받은 객관의무의 실현을 전제로 하기 때문에 자유재량이 아닌 기속재량으로써 소추권을 행사하는 것이 타당하다. 이는 검찰개혁을 바라보는 국민들의 시각에서도 타당할 것이다. 이러한 입장에서 검사의 공소권

남용은 억제되어야 하며, 형사실무에서 검사에 의한 공익실현과 인권보장의 실효성을 담보하기 위하여 공소권남용이론을 입법적 방안으로서 적극적으로 활용하는 것이 바람직할 것이다.

따라서 앞에서 제시한 바와 같이 공소권남용을 억제하기 위하여 현행 형사소송법 제327조의2(공소권남용과 공소기각의 판결)의 규정을 신설하는 것이 타당하다. 즉 검사의 정치적 판단과 개입 등에 의한 보복기소이거나, 통상적으로 검사가 소추재량권을 현저히 일탈한 경우에 해당한다면 궁극적으로 공소제기의 효력을 부인하는 것이 타당하므로 종국적으로 공소권남용이론의 입법론을 고려하는 것이 향후 검찰개혁의 방향성과 더불어 형사소송의 목적을 위하여 유용하다고 생각된다.

[참고문헌]

<단행본>

- 권오걸, 「형사소송법」, 형설출판사, 2010.  
 박찬걸, 「형사소송법」, 박영사, 2020.  
 배종대 · 이상돈 · 정승환 · 이주원, 「신형사소송법」, 제4판, 홍문사, 2012.  
 손동권 · 신이철, 「새로운 형사소송법」, 제2판, 세창출판사, 2014.  
 신동운, 「형사소송법」, 제4판, 법문사, 2007.  
 이상돈, 「형법학(형법이론과 형법정책)」, 법문사, 1999.  
 이은모, 「형사소송법」, 제6판, 박영사, 2018.  
 이재상 · 조균석, 「형사소송법」, 제12판, 박영사, 2019.  
 이주원, 「형사소송법」, 박영사, 2019.  
 임동규, 「형사소송법」, 제13판, 법문사, 2018.  
 정웅석, 「형사소송법」, 제3판, 대명출판사, 2006.  
 차용석 · 최용성, 「형사소송법」, 제4판, 21세기사, 2013.

<논문>

- 김재윤, “검사의 소추재량권에 대한 민주적 통제방안”, 「형사법연구」 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009. 12.  
 김혜정, “누락사건에 대한 추가기소에서 공소권남용의 판단기준”, 「형사판례연구 11」, 한국형사정책연구원, 박영사, 2003. 6.  
 신동운, “항소심판결 선고후의 누락사건에 대한 공소제기와 공소권남용 - 대법원 1996. 2. 13. 선고 94도2658 판결-(판례공보 1996, 1017)”, 「서울대학교 법학」 제37권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1996.  
 이상돈, “조세범칙조사 불응인결정사건에 대한 공소제기와 공소권남용”, 「고려법학」 제76호, 고려대학교 법학연구원, 2015. 3.  
 이태중, “이시 분리기소와 공소권남용”, 「법조」 제49권 제7호, 법조협회, 2000. 7.  
 채방은, “사실심 판결선고 후의 추가기소와 공소권남용”, 「저스티스」 제34권 제6호, 한국법학원, 2001. 12.

[Abstract]

## Judgment Standards and Tolerance Ranges of the Abuse of Prosecutorial Power

Kim, Jun Sung\*

The purpose of criminal suits is to realize fair trial. In criminal suits, prosecutors must exercise the right to prosecute as a directly involved party. The right of indictment is a duty given to the prosecutor and a proper right. However, the prosecutor's right of indictment is based on objective obligations granted by the people for the realization of public interest. From this regard, prosecutors must exercise caution as representatives of public interest when exercising their rights of indictment and they must exercise these rights following thorough standards so that the abuse of prosecutorial power does not occur. Of course, while the principle of discretionary prosecution is recognized for prosecutors according to existing criminal procedure acts, it is reasonable for prosecutors to exercise their rights of indictment based on their objective obligations.

Therefore, while a cultivation of empowerment and a sense of duty are needed to suppress prosecutors from abusing prosecutorial power, it is reasonable to consider legislative theories that define the legal effects of litigation and reasons for any abuse of prosecutorial power to prevent retaliatory indictment based on the political judgment and intervention of the prosecutor and to prevent the prosecution from significantly deviating from the right of discretionary indictment.

At this, this study examined the types and judgment standards of prosecutorial power abuse in detail, beginning with the essence of the right of indictment and theories regarding the abuse of prosecutorial power to establish judgment standards and tolerance ranges of prosecutorial power abuse and as a result,

---

\* Special duty Professor, Department of Police Administration, Dongguk University Gyeongju Campus, Ph.D. in Law.

concluded that it is realistically appropriate to consider legislative theories based on theories of interpretation that fully reflect the position of the court as a method to suppress the prosecutorial power abuse of prosecutors in criminal practice. Therefore, it is useful to legislate article 327-2 of criminal procedure law (abuse of prosecutorial power and judgements of public prosecution dismissal), which states that “in the event that any actual disadvantages occur to the defendant due to a significant deviation from the right of discretionary indictment due to an arbitrary exercise of the right of indictment, the prosecutor must declare a dismissal of prosecution as a judgment”, for the purpose of criminal procedures to be achieved along with direction for prosecutorial reform.

Keywords : the right of indictment, the abuse of prosecutorial power,  
objective obligation, realization of public interests,  
the right of discretionary indictment

