

[목차]

- I. 서론
- II. 형사소송의 구조 원리와 공소권 행사의 내재적 한계
 - 1. 기소편의주의와 기소변경주의의 소송법적 기능
 - 2. 소추재량권 남용의 구조적 원인과 통제의 당위성
- III. 현행 공소취소 제도의 운용 실태와 사법적 통제의 공백
 - 1. 공소취소의 절차적 특성과 소송법적 효력
 - 2. 재기소 제한 규정(제329조)의 역설과 권력 남용의 위험
 - 3. 공소장변경 제도와의 체계적 모순 및 헌법적 한계
- IV. 공소취소 규제에 관한 주요 국가에 대한 비교법적 고찰
 - 1. 영미법계의 공소취소 권한과 사법적 개입 모델
 - 가. 미국 연방형사소송규칙상 법원의 허가 제도
 - 나. 영국의 사법심사 확대 경향
 - 2. 대륙법계의 기소법정주의와 직권주의적 통제 장치
 - 가. 독일 형사소송법상 공판 개시 후 공소취소 금지 원칙
 - 나. 프랑스 형사사법체계의 통제 원리와 시사점
 - 3. 독자적 형사절차를 운영하는 국가의 사법부 동의 제도
 - 가. 인도의 법원 동의 및 피해자 청문 의무화
 - 나. 뉴질랜드의 법원 허가 제도
- V. 검사의 공소장변경 불이행에 대한 법원의 통제 권한과 한계
 - 1. 당사자주의의 한계와 법원의 실체적 진실발견 의무
 - 가. 검사의 공소장변경 독점권이 초래하는 구조적 모순
 - 나. 축소사실 인정 법리의 적용 범위와 본질적 제약
 - 2. 법원의 공소장변경 요구의 법적 성질에 관한 비판적 검토
 - 가. 재량설의 이론적 근거와 그 논리적 취약성
 - 나. 예외적 의무설의 타당성과 적정절차의 보장

3. 공소장변경 요구 불이행 시의 효과와 사법적 통제력 확보

가. 권고적 효력설의 한계와 명령적 효력 인정의 당위성

나. 사법 정의 수호를 위한 예외적 개입의 필요성: 형성적 효력의 예외적 인정

VI. 형사사법 통제 공백 보완을 위한 입법적·해석론적 제언

1. 공소취소에 대한 법원의 실질적 허가제 도입(제255조 개정론)

가. 불합리한 공소취소 방지를 위한 사법적 심사 권한 명문화

나. 비교법적 수용을 통한 사법 통제 모델의 체계적 편입

2. 공소장변경 요구의 구속력 확보 및 형성적 효력의 예외적 인정

가. 현저히 정의와 형평에 반하는 경우의 형성적 효력 부여

나. 피고인의 방어권 보장과 직권 개입의 엄격한 조화

3. 실질적 사법 정의 실현을 위한 규범적 재구성

VII. 결론

[국문 초록]

현대 민주주의 법치국가에서 권력분립과 국민의 기본권 보장은 결코 타협할 수 없는 최고의 헌법적 가치이다. 형사사법 체계에 있어 검사에게 공소의 제기 및 유지 여부를 배타적으로 결정할 수 있도록 한 기소독점주의와 기소편의주의, 그리고 공소제기 후 사정 변경에 따라 소추를 철회할 수 있도록 한 기소변경주의는 구체적 타당성과 사법 자원의 효율적 배분이라는 긍정적 기능을 수행해 왔다. 그러나 소추기관에 부여된 방대한 재량권이 사법부의 엄격하고 실질적인 통제 없이 독단적으로 행사될 때, 이는 국가형벌권 행사의 정당성을 훼손하고 사법 정의의 공백을 초래하는 치명적인 결함으로 작용하게 된다. 본 논문은 현행 형사소송법상 검사의 공소취소권과 공소장변경 재량권이 지닌 구조적 한계를 규명하고, 사법 정의의 온전한 실현을 위한 실효성 있는 사법적 통제 방안을 모색하는 것을 목적으로 한다.

현행법상 검사는 제1심 판결 선고 전까지 특별한 사법적 심사나 허가 절차 없이 일방적인 의사표시만으로 공소를 취소할 수 있으며, 법원은 이에 대해 기계적으로 공소기각 결정을 내려야만 한다. 이러한 통제의 부재는 피고인의 인권 보장을 위해 도입된 재기소 제한 규정(제329조)과 결합될 때 부조리한 역설을 낳는다. 대법원이 재기소 요건인 다른 중요한 증거의 발견을 엄격하게 제한함에 따라, 검사가 특정 권력자나 연고관계에 있는 피고인을 비호하기 위해 고의로 부실 수사 후 공소를 취소할 경우 이는 영구적이고 합법적인 면책특권으로 변질될 위험성을 내포하고 있다. 또한, 범죄사실의 일부를 수정하는 공소장변경에는 법원의 명시적 허가를 요구하면서 소송

전체를 소멸시키는 공소취소에는 사법적 여과 장치를 두지 않는 것은 명백한 체계적 모순이다. 이는 범죄 피해자의 헌법상 재판절차진술권을 침해하는 위헌적 소지마저 안고 있다. 나아가 공판 과정에서 실제적 진실이 기소 내용과 다르게 규명되었음에도 검사가 자의적으로 공소장변경을 거부할 때, 법원의 통제 권한이 극도로 제한되어 진범을 방면해야 하는 통제의 공백 또한 심각한 문제로 대두된다.

이러한 국내법적 한계를 극복하기 위해 주요 국가들의 사법 통제 모델을 비교법적으로 고찰하였다. 미국의 경우 연방형사소송규칙(Rule 48(a))을 통해 검사의 자의적 공소취소로부터 공공의 이익을 방어하기 위한 법원의 허가 제도를 명문화하고 있으며, 대법원 판례를 통해 이를 공고히 하고 있다. 독일은 기소법정주의를 바탕으로 공판 개시 후 공소취소를 원천적으로 금지하며, 경미 범죄의 조건부 취소 시에도 법원의 명시적 동의를 필수 요건으로 규정한다. 프랑스는 피해자의 사인소추제도를 통해 검찰의 소추 독점을 견제하며, 인도와 뉴질랜드 등 독자적 형사절차를 운영하는 국가들 역시 법원의 동의와 피해자의 청문 절차를 규범화하고 있다. 이러한 글로벌 스탠다드는 형사재판에 회부된 사건의 최종 종결 권한이 행정부가 아닌 독립된 사법부에 귀속되어야 함을 보여주는 보편적 증거이다.

비교법적 시사점과 우리 형사소송법의 체계적 조화를 바탕으로, 실질적 사법 정의를 회복하기 위한 입법적·해석론적 대안을 제시한다. 첫째, 형사소송법 제255조를 개정하여 공소취소 시 법원의 실질적 허가제를 도입하고, 심사 과정에서 피해자에게 의견 진술 기회를 보장하여 절차적 투명성을 확보해야 한다. 둘째, 검사의 공소장변경 불이행을 견제하기 위해 현행법 제298조 제2항에 따른 법원의 공소장변경 요구에 구속력 있는 명령적 효력을 부여하여야 한다. 더 나아가, 검사가 정당한 이유 없이 지속적으로 불응하여 실제적 진실을 외면하는 극단적인 예외 상황에서는 해당 요구 결정 자체만으로 공소장이 변경된 것과 동일한 법률 효과를 발생시키는 형성적 효력을 입법적으로 도입할 것을 제안한다. 다만, 이는 피고인의 방어권 보장과 변론 기회 제공이라는 적법절차의 원칙과 철저히 조화되도록 엄격한 절차적 요건 하에서만 행사되어야 한다. 본 연구에서 도출한 규범적 재구성 방안은 소추 권력의 자의성을 억제하고, 사법적 견제와 균형을 완성함으로써 우리 형사사법 질서가 국민의 신뢰를 받는 정의의 보루로 도약하는 계기가 될 것이다.

* 핵심어: 소추재량권, 사법적 통제, 공소취소, 공소장변경, 기소변경주의

I. 서론

현대 민주주의 법치국가를 지탱하는 가장 핵심적인 헌법적 원리는 국가권력의 자의적인 행사를 억제하고 국민의 기본권을 철저히 보장하기 위한 권력분립과 상호 견제의 원리이다.¹⁾ 특히 국가의 가장 강력하고도 물리적인 강제력인 인신구속과 형벌권을 집행하는 형사사법 체계에 있어서, 특정 기관에 권한이 과도하게 집중되거나 그 권한의 행사가 적절한 견제를 받지 못하는 상황은 필연적으로 권력의 남용과 사법 정의의 훼손을 초래하게 된다. 우리 형사소송법은 국가기관인 검사에게 공소의 제기 및 유지 여부를 배타적으로 결정할 수 있는 권한을 부여하는 기소독점주의와, 범죄의 객관적 혐의가 인정됨에도 불구하고 형사정책적 목적에 따라 기소를 유예할 수 있는 기소편의주의를 핵심적인 소추 구조로 채택하고 있다.²⁾ 이러한 제도는 한정된 국가의 사법 자원을 효율적으로 배분하고 구체적 타당성을 도모한다는 측면에서 긍정적인 기능을 수행하여 온 것이 사실이다. 그러나 소추기관에 부여된 방대한 재량권이 사법부의 엄격하고도 실질적인 통제 장치 없이 행사될 경우, 이는 형사사법의 공정성을 근본적으로 위협하는 치명적인 결함으로 작용하게 된다.³⁾

모든 권력은 본질적으로 통제되어야 한다는 명제는 어떠한 예외도 허용될 수 없는 민주 법치주의의 절대적 규범이다.⁴⁾ 최근 우리 사회에서는 공소취소 제도의 파행적 운용 가능성과 관련하여 형사사법제도의 근간을 뒤흔들 수 있는 중대한 문제의식이 제기되고 있다. 극단적인 가정이기도 하나, 권력을 가진 자가 스스로 자신의 범죄 사건에 대하여 공소취소 권한을 행사할 수 있는 특별검사를 임명하여 이미 개시된 재판을 일방적으로 무력화시키는 상황마저도 현행 법체계상 방어할 수 있는 명시적인 사법적 통제 수단이 부재하다는 점은 개선의 여지가 있다. 특정 국가기관이 사법부의 실질적인 허가나 동의 절차 없이 이미 공판이 진행 중인 사건을 임의로 소멸시킬 수 있다는 것은, 사법 정의를 최종적으로 선언하고 실체적 진실을 규명해야 할 법원의 고유한 심판권을 심각하게 침해하는 것이다.⁵⁾ 성경도 “너는 재판을 굽게 하지 말며 사람을 외모로 보지

1) 김재윤, “검사의 소추재량권에 대한 민주적 통제방안”, 형사법연구, 제21권 제4호, 2009, 131면 참조.

2) 오명은·김연수, “공소취소와 재기소 - 기소편의주의와 피고인의 방어권 보호 및 법적 안정성 보장의 조화 -”, 인권과 정의, 제495호, 2021, 23면 참조; 이기욱, “공소권남용 인정 판례에 대한 비판적 고찰-대법원 2021. 10. 14. 선고 2016도14772 판결-”, 형사소송 이론과 실무, 제14권 제2호, 2022, 172-173면 참조.

3) 같은 취지로 J. A. Thorp, “Nolle-and-reinstitution: Opening the door to regulation of charging powers”, 71 New York University Annual Survey of American Law 429(2016), 479p, 원문: Unless and until courts begin to scrutinize adversarial charging powers, prosecutors will continue to gain an unfair advantage that compromises the integrity of the entire adversary system.

4) 정한중, “시민참여형 공소권통제제도의 모색”, 법학연구, 제12권 제1호, 2009, 214면.

5) 같은 취지로 J. A. Thorp, 앞의 글, 431p, 원문: This combination of consequences tears at the fabric of the

말며 또 뇌물을 받지 말라 뇌물은 지혜자의 눈을 어둡게 하고 의인의 말을 굽게 하느니라”⁶⁾라고 경고하며 사법적 판단 주체의 자의성과 편향성을 엄중히 경계한 바 있다. 통제받지 않는 권력은 필연적으로 부패하며, 견제 장치가 상실된 사법 제도는 정의의 보루로서의 기능을 상실하게 된다.⁷⁾

형사소송의 궁극적인 이념은 적법절차를 엄격히 준수하는 가운데 사건의 실체를 명확히 밝혀내어 정당한 형벌권을 행사하는 실체적 진실발견에 있다. 공평무사하게 적용되어야 할 형사사법의 척도가 임의로 훼손되거나 권한이 부적절하게 행사되는 상황이 방지된다면, 실체적 진실의 규명은 저해되고 국가형벌권 행사의 정당성은 상실된다. 검사가 가지는 기소와 불기소, 그리고 공소의 유지와 취소에 관한 권한은 법률이 부여한 재량권이지만, 이 재량이 사법적 심사로부터 완전히 면제된 자유재량을 의미하는 것은 결코 아니다.⁸⁾ 행정부의 수반인 대통령의 사면권 행사조차도 사면심사위원회의 심사라는 내재적 통제 절차를 거치도록 제도화되어 있는 반면,⁹⁾ 재판을 근본적으로 무효화하는 검사의 공소취소권 행사에 대하여 실효성 있는 사법적 통제 장치가 전무하다는 점은 체계적 균형의 관점에서 모순된다. 나아가 재판 과정에서 실체적 진실이 기소 내용과 다르게 밝혀졌음에도 불구하고 검사가 공소장변경을 자의적으로 거부할 때, 법원이 이를 강제하거나 독자적으로 진실에 부합하는 판단을 내릴 수 있는 권한이 극도로 제한되어 있다는 점 역시 형사사법의 객관성을 심각하게 훼손하는 통제의 공백이다.

본 논문은 이러한 비판적 문제의식을 바탕으로, 형사사법 권력의 합리적 통제와 실질적인 사법 정의의 온전한 실현을 위하여 현행 공소취소 제도 및 공소장변경 제도의 근본적인 한계를 규명하고 그 사법적 통제 방안을 심층적으로 고찰하고자 한다. 이를 위하여 제2장에서는 형사소송의 구조 원리와 공소권 행사에 내재된 한계를 분석하고, 제3장에서는 현행 공소취소 제도의 운용 실태와 사법적 통제 부재가 초래하는 권력 남용의 위험성을 살펴보고자 한다. 제4장에서는 미국, 독일, 인도, 뉴질랜드 등 주요 국가의 공소취소에 관한 비교법적 고찰을 통해 사법적 통제의 세계적 보편성을 입증하고자 한다. 이어서 제5장에서는 검사의 공소장변경 불이행에 대한 법원의 통제 권한과 명령적·형성적 효력 인정의 당위성을 검토하며, 마지막으로 제6장에서는 형사사법의 통제

adversary system by sabotaging a defendant's rights and enabling the executive to usurp powers properly held by the judicial branch.

6) 신명기 16장 19절.

7) 김재윤, 앞의 글, 131면 참조.

8) 같은 취지로 William S. Geimer, “Constitutional Law -- Effect of the Right to Speedy Trial on Nolle Prosequi”, 46 N. C. L. REV. 387(1968), 391p 참조, 원문: The requirements of the fourteenth amendment, then, would apparently be met if judges put teeth into the device of nol. pros. by seriously evaluating, in light of the federal standard, each request by a solicitor to reinstate an indictment.

9) 사면법 제10조의2 등 참조.

공백을 메우기 위한 구체적인 입법적·해석론적 대안을 제시하고자 한다. 이 과정을 통해 권력에 대한 견제와 균형이 한 치의 오차 없이 작동하는 선진적인 형사사법 시스템의 청사진을 도출하고자 한다.

II. 형사소송의 구조 원리와 공소권 행사의 내재적 한계

1. 기소편의주의와 기소변경주의의 소송법적 기능

현대 형사소송구조에서 국가형벌권의 실현은 수사기관에 의한 수사의 개시, 소추기관에 의한 공소의 제기, 그리고 사법부에 의한 재판이라는 절차적 단계를 거쳐 이루어진다. 우리 형사소송법은 공소의 제기 및 유지 권한을 검사에게 독점적으로 부여하는 기소독점주의를 원칙으로 삼고 있다.¹⁰⁾ 이러한 기소독점주의를 바탕으로, 형사소송법 제247조는 범죄의 객관적 혐의가 충분히 입증되고 소송조건이 완비되어 유죄판결을 받을 가능성이 농후한 경우라 할지라도, 검사가 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 형법 제51조의 양형 조건을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있도록 허용하는 기소편의주의를 명문으로 채택하고 있다.

기소편의주의의 논리적 연장선상에서 파생된 또 다른 핵심 원리가 바로 기소변경주의이다. 기소법정주의를 엄격하게 관철할 경우 검사는 일단 제기한 공소를 철회할 수 없고 오직 법원의 판결을 통해서만 사건을 종결지어야 하는 기소불변경주의에 귀착되지만, 기소편의주의를 채택한 우리 법제는 공소제기 이후에도 사정의 변화나 형사정책적 고려에 따라 검사가 소추를 거두어들일 수 있는 길을 열어두고 있다.¹¹⁾ 형사소송법 제255조 제1항이 “공소는 제1심판결의 선고 전까지 취소할 수 있다”고 규정한 것은 바로 이 기소변경주의의 직접적인 발현이다.¹²⁾ 기소변경주의는 재판이 진행되는 도중이라도 피고인의 처벌 가치가 현저히 감소하였거나 새로운 증거의 발견으로 공소 유지가 불가능해진 경우, 신속하게 절차를 종결함으로써 무용한 소송절차의 지속을 방지하고 피고인을 형사재판의 굴레에서 조기에 해방시킨다는 긍정적인 소송법적 기능을 수행하도록 고안된 제도이다.

10) 이기옥, 앞의 글, 172-173면 참조.

11) 이기옥, 앞의 글, 173면 참조.

12) 권창국, “공소취소의 이유와 재기소 제한 -대법원 2024. 8. 29. 선고 2020도16827 판결-”, 형사소송 이론과 실무, 제16권 제4호, 2024, 72면 참조; 윤동호, “기소변경주의의 의미와 한계”, 비교형사법연구, 제27권 제2호, 2025, 288면 참조; 이기옥, 앞의 글, 172면 참조; 이재상, 형사소송법, 344면.

그러나 기소편의주의와 기소변경주의가 검사에게 부여하는 방대한 재량권은 형사사법의 구체적 타당성을 도모하기 위한 기술적 도구일 뿐, 결코 어떠한 사법적 통제도 받지 않는 절대적이고 성역화된 특권이 될 수는 없다. 검사는 단순한 소송의 일방 당사자가 아니라 공익의 대표자로서 실제적 진실에 입각한 국가형벌권의 정당한 실현을 추구해야 할 객관적무를 지니는 준사법기관이다.¹³⁾ 따라서 검사의 공소권 행사는 오로지 진실과 정의의 원칙에 따라 투명하게 이루어져야 하며, 그 재량권의 행사는 법치국가적 원리와 적법절차의 한계 내에서만 정당성을 획득할 수 있다.¹⁴⁾ 소추권자가 법률이 부여한 재량의 외관을 빌려 정치적 편향성, 조직 이기주의, 혹은 특정 세력을 비호하기 위한 불순한 목적으로 권한을 행사한다면, 이는 재량권의 내재적 한계를 일탈한 명백한 공소권 남용이며 마땅히 사법부의 엄중한 심사와 통제의 대상이 되어야 한다.¹⁵⁾

2. 소추재량권 남용의 구조적 원인과 통제의 당위성

국가기관이 행사하는 모든 권력은 인간의 인지적 불안정성과 조직의 관료적 특성으로 인하여 오류와 남용의 위험을 필연적으로 수반한다.¹⁶⁾ 특히 수사와 기소를 담당하는 주체는 형사사법 절차의 초기 단계에서부터 특정한 방향으로 결론을 도출하려는 강력한 확증편향(Confirmation Bias)의 함정에 빠질 개연성이 매우 높다. 일단 특정 개인에 대하여 범죄의 혐의를 인지하고 수사망을 좁혀가기 시작하면, 수사기관은 자신이 최초에 설정한 가설이 정당했음을 입증하기 위하여 유죄의 심증을 뒷받침하는 증거만을 취사선택하여 집중적으로 수집하고, 피의자에게 유리한 무죄의 정황이나 반대 증거는 무의식적으로 과소평가하거나 고의로 배척하려는 심리적 편향성을 띠게 된다.¹⁷⁾ 이러한 확증편향은 개인의 도덕적 결함에서 비롯되는 것이 아니라, 조직 내의 실적 평가, 언론의 주목, 그리고 본인의 판단 오류를 인정하기 꺼려하는 인간 본연의 자기합리화 기제에서 발생하는 구조적인 문제이다.¹⁸⁾

이러한 수사 단계의 확증편향은 기소 단계로 고스란히 전이되어 소추재량권의 심각한 왜곡을 초래한다. 검사는 자신이 기소한 사건에 대하여 끝까지 유죄를 관철하려는 무리한 공소 유지를

13) 김재운, 앞의 글, 131-132면 참조; 이주원, “국민참여재판 항소심에서의 공소장변경과 공소권남용의 가능성”, 법학논총, 제40권 제3호, 2023, 152면 참조.

14) 같은 취지로 이주원, 앞의 글, 152면 참조.

15) 김재운, 앞의 글, 129면 참조; 이기욱, 앞의 글, 175면 참조.

16) 정종현, “검사의 보완수사권 폐지론과 형사사법상 통제 공백에 대한 비판적 고찰 - 실제적 진실발견의 요청과 사법통제 원리를 중심으로 -”, 형사정책, 제37권 제3호, 2025, 227면.

17) 정종현, 앞의 글, 227면.

18) 정종현, 앞의 글, 233면.

고집하게 되며, 재판 과정에서 공소사실과 명백히 배치되는 객관적 진실이 드러나더라도 이를 수용하여 공소장을 변경하는 것을 극도로 기피하는 경향을 보인다. 반대로, 수사 대상자가 막강한 사회적 영향력을 지녔거나 수사기관과 부적절한 유착 관계에 있는 이른바 연고주의 사건에 있어서는, 의도적으로 핵심 증거를 누락하거나 부실한 수사 기록을 작성한 뒤 증거 불충분을 핑계로 공소를 자의적으로 취소해버리는 역방향의 남용이 발생할 수도 있다. 권력을 가진 자가 형사사법 제도를 방패막이로 삼아 자신의 죄책을 은폐하려 할 때, 이를 통제할 수 있는 제도적 장치가 부재하다면 국가는 범죄자를 합법적으로 비호하는 거대한 기구로 전락하게 된다.

모든 권력은 통제되어야 한다는 권력분립의 원리는 행정부 소속의 수사 및 소추기관이 자행할 수 있는 이러한 권한 남용을 방지하기 위하여 사법부의 독립적이고도 최종적인 심사 권한을 보장할 것을 강력히 요구한다. 형사재판의 목적은 검사가 제출한 조서와 기록을 기계적으로 추인하는 것이 아니라, 법정에서의 직접적인 심리와 증거조사를 통해 가공되지 않은 원본의 진실을 대면하고 정의를 선언하는 공판중심주의의 실현에 있다.¹⁹⁾ 따라서 검사가 기소권의 재량이라는 이름 뒤에 숨어 실체적 진실을 훼손하는 방향으로 공소취소권을 행사하거나 명백히 필요한 공소장변경을 거부할 때, 사법부가 이를 수동적으로 방관하는 것은 사법권의 본질적 임무를 유기하는 것이다.²⁰⁾ 형사사법제도의 모든 톱니바퀴는 상호 견제와 균형을 통해 맞물려 돌아가야 하며, 소추권의 일탈을 교정하고 절차적 정의를 회복하기 위한 법원의 적극적이고도 실질적인 사법 통제는 민주 법치국가에서 타협할 수 없는 절대적 당위성을 지닌다.

III. 현행 공소취소 제도의 운용 실태와 사법적 통제의 공백

1. 공소취소의 절차적 특성과 소송법적 효력

우리 형사소송법에서 공소취소는 검사가 특정 사건에 대하여 이미 법원에 제기한 공소를 장래를 향하여 철회하는 법률행위적 소송행위로 정의된다.²¹⁾ 형사소송법 제255조 제1항은 “공소는 제1심판결의 선고 전까지 취소할 수 있다”고 규정하여 시기적 제한을 두고 있다. 이는 제1심 법원이 오랜 기간의 심리를 거쳐 형성한 실체적 판단에 대하여, 소추기관의 일방적 처분에 의하여 판결의

19) 나기업, “약식절차를 둘러싼 몇 가지 쟁점”, 법조, 제71권 제6호, 2022, 269면 참조.

20) 같은 취지로 J. A. Thorp, 앞의 글, 448p, 원문: Once a prosecutor files charges and initiates the adversary system, her use of adversarial charging powers, including nolle—and—reinstitution, must be subordinate to, and scrutinized by, the court.

21) 나기업, 앞의 글, 279면 참조; 이준걸, “공소장변경제도의 비교법적 고찰”, 법학논총, 제27권 제1호, 2014, 152면 참조.

효력이 무위로 돌아가는 사태를 방지하고, 절차의 안정성을 기하기 위한 최소한의 입법적 조치이다.²²⁾ 공소가 취소되면 법원은 범죄사실의 실체에 대한 심리를 즉각 중단하고 형사소송법 제328조 제1항 제1호에 따라 결정의 형식으로 공소를 기각하여야 한다. 공소기각 결정은 유무죄를 가리는 실체재판이 아니라 소송의 계속 상태를 종료시키는 형식재판이므로, 피고인은 자신이 무죄임을 공적으로 입증받아 명예를 회복할 수 있는 중대한 기회를 원천적으로 박탈당하게 된다.²³⁾

절차적 요건 측면에서 형사소송법 제255조 제2항은 “공소취소는 이유를 기재한 서면으로 하여야 한다. 단, 공판정에서는 구술로써 할 수 있다.”고 명시하고 있다. 문언상으로는 검사로 하여금 공소를 취소하는 구체적이고 합리적인 사유를 서면에 밝히도록 함으로써 자의적인 권한 행사를 제약하려는 입법자의 의도가 엿보인다. 그러나 형사실무의 현실과 지배적인 해석론은 이러한 이유 기재 요건을 형해화시키고 있다. 다수설과 실무 관행에 따르면, 공소취소장에 구체적인 취소 이유가 전혀 기재되어 있지 않거나 지극히 형식적이고 추상적인 문구만이 적혀 있더라도 공소취소의 소송법적 효력은 온전히 발생한다고 해석한다.²⁴⁾ 법원은 검사가 제출한 공소취소 사유의 정당성이나 공익 부합 여부를 실질적으로 심사할 아무런 법적 권한이 없는 것으로 간주되며, 공소취소의 의사표시가 법원에 도달한 이상 법원은 기계적으로 공소기각 결정을 내려야 하는 수동적 역할로 전락하고 있다. 이는 재판의 개시뿐만 아니라 재판의 종결마저도 오로지 행정부 소속인 검사의 전단적 의사에 종속시키는 심각한 사법 통제의 붕괴 현상이다. 특정 정치 세력을 옹호하거나 사법적 심판을 부당하게 회피하기 위하여 악의적인 동기에서 공소취소가 단행되더라도, 현재의 제도 하에서는 사법부가 이를 심사하고 거부할 수 있는 어떠한 여과 장치도 존재하지 않는다는 것은 법치주의의 치명적인 공백이다.

2. 재기소 제한 규정(제329조)의 역설과 권력 남용의 위험

이와 같이 통제 장치가 부재한 검사의 사실상 무제한적인 공소취소 권한에 대하여, 우리 형사소송법은 피고인의 이중위험 방지와 법적 안정성 보장이라는 명목 하에 사후적인 재기소 제한 규정을 두고 있다.²⁵⁾ 형사소송법 제329조는 “공소취소에 의한 공소기각의 결정이 확정된 때에는 공소취소 후 그 범죄사실에 대한 다른 중요한 증거를 발견한 경우에 한하여 다시 공소를 제기할 수

22) 이주원, 앞의 글, 161면 참조.

23) 오명은·김연수, 앞의 글, 30면 참조.

24) 권창국, 앞의 글, 83면 참조; 오명은·김연수, 앞의 글, 30면; 이재상, 형사소송법, 345면 참조.

25) 이재상, 형사소송법, 346면 참조.

있다”고 규정하고 있다. 일사부재리의 효력이 미치지 않는 형식재판인 공소기각 결정 이후 공소시효가 완성될 때까지 언제 다시 기소될지 모르는 극심한 불안 상태에 놓이는 것을 막기 위하여, 오직 객관적으로 중대한 새로운 증거가 확보된 예외적인 경우에만 국가형벌권의 재발동을 허용하겠다는 취지이다.

대법원은 이 조항의 요건에 대하여 피고인 보호의 관점에서 지극히 보수적이고 제한적인 해석론을 확립해 왔다. 대법원은 “다른 중요한 증거를 발견한 경우”란 공소취소 전에 가지고 있던 증거 이외의 증거로서 공소취소 전의 증거만으로서 증거불충분으로 무죄가 선고될 가능성이 있으나 새로 발견된 증거를 추가하면 충분히 유죄의 확신을 가지게 될 정도의 증거가 있는 경우를 말하고, 공소취소 전에 충분히 수집 또는 조사하여 제출할 수 있었던 증거들은 새로 발견된 증거에 해당한다고 보기 어렵다”고 판시하여²⁶⁾ 검사의 부실 수사와 나태함으로 인한 재기소를 제한하고 있다.

그러나 피고인의 인권 보장을 위해 촘촘하게 설계된 듯 보이는 이 재기소 제한 규정은, 공소취소 시점에 사법부의 사전 통제 장치가 전혀 없다는 구조적 결함과 결합될 때 위험하고 부조리한 역설을 창출해낸다. 만약 검사가 권력의 정점에 있는 자나 재벌 총수, 혹은 전관예우의 혜택을 받는 특정 피고인에게 완전한 면죄부를 부여하고자 작정한다면 어떻게 될 것인가? 검사는 의도적으로 핵심 증거 수집을 태만히 하고 부실한 기록을 만들어 기소한 다음, 재판 과정에서 무죄가 예상된다는 그럴싸한 변명을 내세워 법원의 허가 없이 일방적으로 공소를 취소해 버리면 그만이다. 법원은 형식 논리에 묶여 공소기각 결정을 내리게 되고, 이후 정권이 교체되거나 수사 의지가 강한 새로운 검사가 임명되어 진실을 파헤치려 하더라도 제329조의 거대한 장벽에 부딪히게 된다. 대법원의 확고한 법리에 따르면, 새롭게 찾아낸 증거조차도 과거의 검사가 조금만 노력을 기울였다면 충분히 수집할 수 있었던 증거로 치부되어 재기소가 원천적으로 금지되기 때문이다. 사법적 심사가 배제된 채 행사되는 공소취소는 제329조의 엄격한 제한 규정을 징검다리 삼아, 특정인을 위한 영구적이고 합법적인 면책특권으로 변질될 수 있는 구조적 위험을 안고 있다.²⁷⁾ 이는 형사사법의 정의를 파괴하는 권력 남용의 수단으로 변질될 수 있다.

3. 공소장변경 제도와의 체계적 모순 및 헌법적 한계

현행 형사소송법이 규정하고 있는 절차적 통제 체계를 비교 분석해 보면, 공소취소 제도와 공소장변경 제도 사이에 존재하는 체계적 불균형을 명확하게 확인할 수 있다. 형사소송법 제298조

26) 대법원 2024. 8. 29. 선고 2020도16827 판결.

27) 정종현, 앞의 글, 249면.

제1항에 따르면, 검사는 재판이 진행 중인 상황에서 범죄사실의 일부를 철회하거나 추가변경하고자 할 때 반드시 법원의 허가를 얻어야 한다. 법원은 해당 변경 신청이 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도 내에 있는지, 그리고 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하여 공판절차를 정지할 필요가 있는지를 면밀히 심사한 후 허가 여부를 결정한다. 이처럼 우리 법제는 공소사실의 일부분만을 소송 절차 내에서 조율하고 철회하는 소송행위에 대해서조차 재판의 공정성을 담보하기 위하여 사법부의 명시적인 허가를 필수적 요건으로 강제하고 있다.

그런데 이와 대조적으로, 범죄사실의 일부가 아니라 심판의 대상이 되는 소송 전체를 완전히 소멸시키고 재판 자체를 종료시켜 버리는 소송행위인 전면적 공소취소에 대해서는, 법원의 실질적인 허가나 동의 절차를 전혀 요구하지 않는다.²⁸⁾ 작은 변경에는 사법부의 엄격한 통제의 잣대를 들이대면서, 절차 전체를 종료시키는 행위에는 아무런 제약 없이 검사의 독단적 결정을 허용한다는 것은 법적 균형과 논리의 일관성을 상실한 심각한 입법적 흠결이다.

더욱이 소추기관의 일방적이고 통제받지 않는 공소취소는 범죄 피해자가 헌법으로부터 보장받은 절차적 기본권을 본질적으로 침해할 수 있다. 대한민국 헌법 제27조 제5항은 형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다고 명문화하여 피해자의 재판절차진술권을 강력히 보장하고 있다. 공판 절차는 범죄로 인해 고통받는 피해자가 대중과 법관 앞에서 자신의 피해 사실을 공적으로 증언하고, 국가를 향해 실체적 진실 규명과 가해자에 대한 엄정한 처벌을 촉구할 수 있는 공적 장치이다. 그러나 권력자의 비호나 검찰의 자의적 판단에 의해 법원의 허가 없이 공소가 취소되어 재판이 즉각 종료되어 버린다면, 피해자는 법정에서 서서 진실을 증언할 헌법적 기회를 박탈당하게 된다. 이는 피해자를 형사소송의 주체로 격상시키려는 현대 형사사법의 흐름에 정면으로 역행하는 것이며, 사법 정의의 공백을 초래하는 위헌적 소지가 다분한 현상이다. 따라서 공소취소 제도는 피해자의 권리 보호와 공익의 수호를 위하여 반드시 사법부의 통제 체계 내로 편입되어야만 할 것이다.

IV. 공소취소 규제에 관한 주요 국가에 대한 비교법적 고찰

형사절차에 있어 소추권자의 권한 남용을 방지하고 사법 정의를 수호하기 위하여 공소취소에 대한 사법부의 통제를 강화하는 것은 오늘날 주요 국가들이 공유하고 있는 보편적인 글로벌 스탠다드이다. 우리 형사소송법의 근본적인 결함을 극복하기 위해서는 대륙법계와 영미법계를 막론하고 광범위하게 채택되어 있는 사법적 개입 모델을 심층적으로 분석할 필요가 있다.

28) 윤동호, 앞의 글, 288면 참조.

1. 영미법계의 공소취소 권한과 사법적 개입 모델

가. 미국 연방형사소송규칙상 법원의 허가 제도

미국의 형사사법 체계는 전통적으로 검사에게 기소 여부를 결정할 수 있는 매우 광범위한 재량권(Nolle Prosequi)을 인정해 왔다.²⁹⁾ 그러나 무소불위의 공소취소 권한이 초래하는 폐단을 극복하기 위하여, 공소가 제기된 이후의 절차 종결에 대해서는 사법적 통제의 필요성을 강력하게 인식하고 이를 성문화하였다. 미국 연방형사소송규칙(Federal Rules of Criminal Procedure) Rule 48(a)는 “정부는 법원의 허가를 얻어(with leave of court) 대배심 공소장, 검사 공소장 또는 형사 고발장을 철회할 수 있다. 정부는 재판 중 피고인의 동의 없이 공소를 취소할 수 없다”고 명확히 규정하여 검찰의 일방적인 공소취소를 엄격히 제한하고 있다.³⁰⁾

이 법원 허가 요건의 제정 배경을 깊이 추적한 토마스 프램프턴(Thomas W. Frampton) 교수의 연구에 따르면, 과거 많은 학자들이 이 조항이 단순히 검찰이 기소와 공소취소를 무의미하게 반복하며 피고인을 괴롭히는 행위(prosecutorial harassment)를 막기 위해 도입되었다고 해석해 온 것은 절반의 진실에 불과하다고 비판한다.³¹⁾ 프램프턴은 방대한 입법사 분석을 통해 Rule 48(a)의 진정한 목적이 검사가 부패, 뇌물 수수, 정치적 외압, 혹은 권력자와의 부당한 타협에 의해 마땅히 처벌받아야 할 범죄를 자의적으로 공소취소해버리는 행위로부터 공공의 이익(public interest)을 방어하기 위한 것이었음을 논증하였다.³²⁾ 즉, 법원의 허가 제도는 부당한 소추권

29) Rebecca Krauss, “The Theory Of Prosecutorial Discretion In Federal Law: Origins And Developments”, 6 Seton Hall Circuit Review 1(2012), 16p 참조, 원문: American criminal procedure absorbed the nolle prosequi, and in federal practice both the American President and line prosecutors inherited the power to nol pros.; Thomas Ward Frampton, “Why Do Rule 48(a) Dismissals Require ‘Leave of Court’?”, 73 STAN. L. REV. ONLINE 28(2020), 30p 참조, 원문: Prior to the enactment of the Federal Rules of Criminal Procedure, federal prosecutors wielded the power to drop criminal charges (or, in the argot of lawyers, “enter a nolle prosequi”) at will.

30) Federal Rules of Criminal Procedure Rule 48(a), https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_48/, 원문: By the Government. The government may, with leave of court, dismiss an indictment, information, or complaint. The government may not dismiss the prosecution during trial without the defendant’s consent.

31) Thomas Ward Frampton, 앞의 글, 37p 참조, 원문: Rule 48(a)’s “principal object” was never “to protect a defendant against prosecutorial harassment.”

32) Thomas Ward Frampton, 앞의 글, 29p 참조, 원문: In fact, the “principal object” of Rule 48(a)’s “leave of court” requirement was not to protect the interests of individual defendants, but rather to guard against dubious dismissals of criminal cases that would benefit powerful and well-connected defendants.

포기를 제지하고 사법 정의를 수호하기 위해 사법부에 실질적인 심사 권한을 명시적으로 부여한 강력한 적극적 통제 장치라는 것이다.³³⁾

미국 연방대법원 및 연방항소법원은 판례를 통해 이러한 사법 통제의 기준을 정립해 왔다. *United States v. Cowan* 사건에서 연방항소법원은 행정부의 소추 권한은 원칙적으로 존중되어야 하나, 공판 절차가 시작된 후 이를 종결시키는 행위는 사법부의 적법한 통제를 받아야 함을 천명하며, 계속 중인 공소의 종결에 관한 검찰의 재량권 행사는 명백한 공공의 이익에 확연히 반하지 않는 한 사법적으로 방해받아서는 안 된다고 판시하였다.³⁴⁾ 이는 뒤집어 말하면, 검찰의 공소취소 결정이 명백히 공익에 반하거나 정치적 외압에 의한 권력 남용으로 의심될 경우 사법부가 그 허가를 단호히 거부할 수 있는 권한과 책임이 있음을 인정한 것이다. 연방대법원 역시 *Rinaldi v. United States* 사건에서 피고인이 동의한 정부의 공소취소라고 할지라도 그것이 명백히 공공의 이익에 반하는 고려에 의해 촉발된 경우 법원이 이를 거부할 수 있도록 허용된다고 판시하여, 법원 허가 제도가 권력분립 원칙에 기반한 행정부 견제의 필수적 수단임을 재확인하였다.³⁵⁾

나. 영국의 사법심사 확대 경향

영미법계의 대표적 국가인 영국의 경우, 검사의 공소취소 권한은 본래 국왕의 대권(*prerogative*)에서 유래한 독점적 권한으로 인식되어 전통적으로 법원의 통제를 받지 않는 영역으로 간주되어 왔다.³⁶⁾ 그러나 현대에 이르러 사법 행정의 투명성과 피해자 보호의 필요성이 강조되면

33) Thomas Ward Frampton, 앞의 글, 29p 참조, 원문: Its purpose was to empower a district judge to halt a dismissal where the court suspects some impropriety has prompted prosecutors' attempt to abandon a case.

34) *United States v. Cowan*, 524 F.2d 504, 513(5th Cir. 1975), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/524/504/430566/>; Rebecca Krauss, 앞의 글, 7p, 원문: Some federal circuits have held that courts can withhold leave to dismiss if and only if the prosecutor's request is "clearly contrary to manifest public interest." See *United States v. Cowan*, 524 F.2d 504, 513(5th Cir. 1975), cited without disapproval in *Rinaldi v. United States*, 434 U.S. 22, 30(1977).

35) *Peter RINALDI v. UNITED STATES.*, 434 U.S. 22, 30(1977), <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/434/22/>, 원문: But the Rule has also been held to permit the court to deny a Government dismissal motion to which the defendant has consented if the motion is prompted by considerations clearly contrary to the public interest.; 권창국, 앞의 글, 85면 참조.

36) Mary Iliadis and Asher Flynn, "Providing a Check on Prosecutorial Decision-Making: An Analysis of the Victims' Right to Review Reform", *BRIT. J. CRIMINOL*(2017), 1p, 원문: Traditionally, these decisions have not been subject to external scrutiny or review; as Davis(1969: 81) questioned, 'why should the

서, 영국의 형사사법 시스템도 획기적인 변화를 겪고 있다. 최근 영국의 판례 법리는 과거 성역으로 여겨졌던 검찰의 불기소 처분이나 공소취소 결정이 명백히 비합리적이거나 적법절차를 위반한 경우, 사법심사(Judicial Review)의 직접적인 대상이 될 수 있도록 발전하였다.³⁷⁾ 또한 2013년 도입된 피해자 재검토 권리(Victims' Right to Review) 제도를 통해, 검사가 자의적으로 기소를 포기하거나 공소를 취소하려 할 때 범죄 피해자가 직접 그 결정의 정당성을 다툴 수 있는 길을 열어두어 사법적·사회적 견제를 강화하고 있다.³⁸⁾

2. 대륙법계의 기소법정주의와 직권주의적 통제 장치

가. 독일 형사소송법상 공판 개시 후 공소취소 금지 원칙

독일의 형사소송법 체계는 영미법계보다 더욱 철저하고 명료한 사법적 통제 구조를 확립하고 있다. 독일은 범죄의 객관적 혐의가 인정되면 검사가 반드시 기소해야 한다는 기소법정주의(Legalitätsprinzip)를 대원칙으로 삼아 소추기관의 자의적 재량권을 입법적으로 강력히 제한한다.³⁹⁾ 무엇보다도 독일 형사소송법 제156조는 공판절차가 개시된 후에는 공소를 취소할 수 없다고 규정하여, 공소취소에 대한 논란의 여지 자체를 원천적으로 봉쇄하고 있다.⁴⁰⁾

prosecutor's charging decision be immune to review by other officials and immune to review by the courts, even though our legal and governmental system elsewhere generally assumes the need for checking human frailty'?

37) Laurène Soubise, "Managerialism and the Erosion of Professional Discretion: The Case of the Crown Prosecution Service", 32:3 International Journal of the Legal Profession 455(2025), 462p, 원문: Finally, although generally reluctant to interfere with prosecutorial discretion(R. v. DPP, ex p. Manning and Another [2000] 3 W.L.R. 463), courts in England and Wales have indicated their willingness to treat prosecution decisions as susceptible to judicial review if the Crown Prosecutor has failed to act in accordance with the relevant prosecution policy.

38) Stephen James Colman, "Evaluating Challenges to Decisions Not to Prosecute: Do the Victims' Right to Review, Judicial Review and Private Prosecutions Provide a Coherent and Principled Framework?", University of East Anglia School of Law(2020), 2p, 원문: The Victims' Right to Review (VRR) was introduced in 2013. It provides a new mechanism through which victims can challenge decisions not to prosecute alongside the established routes of judicial review and private prosecutions.; Mary Iliadis and Asher Flynn, 앞의 글, 1p, 원문: As a result of the Court's ruling in Killick, victims in England and Wales now have the opportunity to challenge the prosecutor's decision not to proceed with charges through the Victims' Right to Review(VRR).

39) 오명은·김연수, 앞의 글, 33-34면 참조; 이기욱, 앞의 글, 173면 참조.

40) Strafprozeßordnung(StPO) §156 Anklagerücknahme, https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_156.html/, 원문: Die öffentliche Klage kann nach Eröffnung des Hauptverfahrens nicht zurückgenommen werden.; 권창

이러한 전면적 금지 원칙은 형사사건이 일단 기소되어 사법부의 관할 하에 놓인 이상, 사건의 실제적 진실을 규명하고 유무죄를 최종적으로 판단하여 절차를 종결하는 권한은 전적으로 독립된 사법부에 귀속된다는 권력분립의 정신을 구현한 것이다. 소송의 절차적 지배권이 법원으로 이전되었으므로, 검사는 재판 과정에서 피고인의 무죄를 확신하거나 증거가 부족함을 뒤늦게 깨닫게 되더라도 행정부의 일방적인 권한으로 공소를 취소하여 사건을 덮을 수 없다. 검사는 반드시 법원의 실제적 심리를 통한 무죄 판결을 구하는 공식적인 절차를 거쳐야만 하며, 이는 사법부의 권위와 재판의 객관성을 보장하는 강력한 방어막이다. 또한 경미한 범죄에 대하여 검사가 재판 도중 조건부 공소취소를 통해 절차를 종결하고자 할 때(독일 형사소송법 제153조a)에도, 반드시 관할 법원의 명시적 동의(Zustimmung des Gerichts)를 필수 요건으로 강제하여 검찰의 자의적인 권한 행사를 철저히 차단하고 있다.⁴¹⁾

나. 프랑스 형사사법체계의 통제 원리와 시사점

프랑스의 형사소송체계는 대륙법계의 직권주의적 전통을 따르면서도, 검사의 소추 독점을 견제하기 위한 독특하고도 강력한 시민참여형 통제 모델을 발전시켜 왔다.⁴²⁾ 프랑스는 범죄의 피해자가 검사의 기소 여부와 무관하게 독자적으로 형사법원에 공소를 제기할 수 있는 사인소추제도(action civile)를 인정하고 있다.⁴³⁾ 범죄 피해자가 당사자(partie civile)의 자격으로 예심판사에게 고소장을 제출하거나 직접 재판법원에 소환장을 청구함으로써 형사 절차를 개시할 수 있으며, 일단 피해자에 의해 소송이 제기되면 검사는 수사과 기소를 이행해야 할 의무를 지게 된다.⁴⁴⁾ 이는 국가기관인 검찰이 정치적 압력이나 조직의 이익을 위해 특정 사건을 은폐하거나 불기소 처분하려는 부당한 재량권 행사를, 피해자라는 시민의 능동적 참여를 통해 무력화시키는 강력한 외부적 통제 장치이다.⁴⁵⁾ 프랑스 모델은 검사의 소추권이 결코 성역이 아니며, 국가형벌권의 정당성은 사법부의 통제뿐만 아니라 피해자와 시민사회의 적극적 개입을 통해서도 담보될 수 있음을 시사한다.⁴⁶⁾

국, 앞의 글, 85-86면 참조.

41) 김재윤, 앞의 글, 121면 참조.

42) 정한중, 앞의 글, 220면 참조.

43) 정한중, 앞의 글, 219면 참조.

44) 정한중, 앞의 글, 219, 221면 참조.

45) 정한중, 앞의 글, 222면 참조.

46) 정한중, 앞의 글, 222면 참조.

3. 독자적 형사절차를 운영하는 국가의 사법부 동의 제도

대륙법계와 영미법계의 거대 사법 체계뿐만 아니라, 독자적인 형사소송법을 운영하는 다수의 국가들 역시 공소취소에 대한 사법부의 통제를 규범화하고 있다.

인도의 현행 형사소송법(Bharatiya Nagarik Suraksha Sanhita, 2023) 제360조는 공소취소와 관련하여 법원의 권한과 피해자의 권리를 보장하는 매우 진일보한 조문을 두고 있는데, 동법은 사건을 담당하는 검사 또는 보조검사는 판결이 선고되기 전 법원의 동의를 얻어 피고인에 대한 공소를 취소할 수 있다고 규정하여 사법부의 명시적 허가를 의무화하고 있다.⁴⁷⁾ 나아가 단서 조항을 통해 어떠한 법원도 해당 사건의 피해자에게 의견을 진술할 기회를 부여하지 않고서는 그러한 취소를 허가해서는 아니 된다고 규정함으로써, 밀실에서 이루어지는 검찰의 일방적 공소취소를 금지하고 절차적 투명성과 피해자의 재판절차진술권을 보장하고 있다.⁴⁸⁾

뉴질랜드의 형사소송법(Criminal Procedure Act, 2011) 역시 공소취소에 대한 법원의 통제 권한을 성문화하고 있는바, 동법 제146조 제1항은 검사는 재판 전 법원의 허가를 얻어 공소를 취소할 수 있다고 명시하여, 소추기관의 임의적 판단만으로는 재판 절차를 종료시킬 수 없음을 명백히 하였다.⁴⁹⁾

이와 같은 글로벌 스탠다드는 형사재판에 회부된 사건의 운명을 소추기관 단독의 자의적 판단에 결코 일임하지 않는다는 확고한 공감대를 형성하고 있다. 국가형벌권 행사의 중단에는 반드시 독립된 사법부의 엄격한 견제와 실질적인 허가가 개입되어야만 하며, 이는 권한의 남용을 억제하고 민주적 법치주의를 온전히 실현하기 위한 보편적이고도 절대적인 기준이라 할 것이다.

47) The Bharatiya Nagarik Suraksha Sanhita(2023), 360.,

<https://www.advocatekhoj.com/library/bareacts/bharatiyanagarik2023/360.php?STitle=Withdrawal+from+prosecution&Title=Bharatiya+Nagarik+Suraksha+Sanhita%2C+2023&utm/>,

원문: The Public Prosecutor or Assistant Public Prosecutor in charge of a case may, with the consent of the Court, at any time before the judgment is pronounced, withdraw from the prosecution of any person either generally or in respect of any one or more of the offences for which he is tried.

48) The Bharatiya Nagarik Suraksha Sanhita(2023), 360.,

<https://www.legislation.govt.nz/act/public/2011/81/en/latest/#LMS925674/>,

원문: Provided further that no Court shall allow such withdrawal without giving an opportunity of being heard to the victim in the case.

49) Criminal Procedure Act(2011), §146(1),

<https://www.legislation.govt.nz/act/public/2011/81/en/latest/#LMS925674/>,

원문: The prosecutor may, with the leave of the court, withdraw a charge before the trial.

V. 검사의 공소장변경 불이행에 대한 법원의 통제 권한과 한계

1. 당사자주의의 한계와 법원의 실체적 진실발견 의무

가. 검사의 공소장변경 독점권이 초래하는 구조적 모순

우리 형사소송법은 불고불리의 원칙을 채택하여 법원의 심판 대상을 원칙적으로 검사가 공소장에 기재한 공소사실로 제한하고 있다.⁵⁰⁾ 이는 당사자주의적 소송구조 하에서 피고인의 방어권을 보장하고 법원의 자의적인 심판 범위 확장을 방지하기 위한 핵심적인 절차적 장치이다.⁵¹⁾ 그러나 형사소송은 정체된 절차가 아니라, 공판의 진행에 따라 증거조사가 이루어지고 사건의 실체적 진실이 기소된 내용과 명백히 다르게 밝혀질 수 있는 동적이고 발전적인 성격을 지닌다.⁵²⁾ 이러한 상황에서 실체적 진실에 부합하는 사법적 판단을 내리기 위해서는 소추권자인 검사의 공소장변경 신청이 전제되어야 한다.

문제는 기소편의주의와 기소독점주의라는 방대한 재량권 하에서, 검사가 소송전략적 이유나 부당한 목적, 혹은 단순한 소극적 태도로 인하여 명백히 필요한 공소장변경을 기피하는 경우에 발생한다. 법원은 공판정에서의 치열한 심리와 엄격한 증거조사를 통해 범죄의 실체가 명확히 규명되었음에도 불구하고, 오직 검사가 공소장을 변경하지 않는다는 형식적 이유만으로 명백히 처벌되어야 할 범죄자에 대하여 무죄를 선고하거나 사안의 실체에 부합하지 않는 판결을 내려야 하는 한계에 부딪히게 된다.⁵³⁾ 이는 사법부가 정의를 구현하는 독립된 심판 기관으로서의 역할을 다하지 못하고, 소추기관의 일방적 부작위에 수동적으로 종속되는 심각한 사법적 통제의 공백을 의미한다. 모든 국가권력은 상호 견제되어야 한다는 헌법적 원칙에 비추어 볼 때, 범죄사실을 은폐하거나 특정인을 비호하기 위한 수단으로 공소장변경 재량권이 악용될 소지를 방지하는 것은 형사사법 제도의 신뢰를 근본적으로 무너뜨리는 결과를 초래한다.

50) 김준성, “공소장변경의 필요성과 허용범위”, 강원법학, 제48호, 2016, 218면 참조; 윤동호, 앞의 글, 297면 참조; 이준걸, “공소장변경의 필요성판단”, 원광법학, 제30호 제2호, 2014, 178면 참조; 이준걸, “공소장변경제도의 비교법적 고찰”, 147면 참조; 이주원, 앞의 글, 159면 참조; 정세종, “검찰의 축소기소에 관한 비판적 검토 - ‘정운호’ 사건을 중심으로 -”, 한국공안행정학회보, 제26권 제1호, 2017, 209면 참조.

51) 김준성, 앞의 글, 218면 참조.

52) 김준성, 앞의 글, 221면 참조; 이준걸, “공소장변경의 신청과 요구”, 법학연구, 제57호, 2015, 162면 참조; 이준걸, “공소장변경의 필요성판단”, 194면 참조; 이준걸, “공소장변경의 필요성판단에 관한 기준”, 법학연구, 제54호, 2014, 293면 참조; 이준걸, “공소장변경제도의 비교법적 고찰”, 147면 참조.

53) 이준걸, “공소장변경의 신청과 요구”, 168면 참조.

나. 축소사실 인정 법리의 적용 범위와 본질적 제약

대법원은 이러한 공소장변경 불이행으로 인하여 초래되는 불합리를 완화하기 위하여 축소사실 인정의 법리를 발전시켜 왔다.⁵⁴⁾ 공소장에 기재된 범죄사실과 법원이 인정하고자 하는 범죄사실 사이에 기본적 사실관계의 동일성이 유지되고 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는, 공소장변경 절차를 거치지 않더라도 직권으로 가벼운 범죄사실을 유죄로 인정할 수 있도록 길을 열어둔 것이다.⁵⁵⁾

그러나 축소사실 인정 법리는 그 구조적 특성상 소극적인 보완책에 불과하다. 이 법리는 사안이 양적으로 축소되는 방향에서만 제한적으로 작동할 뿐, 구성요건 자체가 다르게 변화하거나 보호법익이 상이한 경우 등에는 법원이 공소장변경이 없더라도 직권으로 범죄사실을 인정할 수 있는 근거를 제공하지 못한다.⁵⁶⁾ 즉, 진실이 전혀 다른 형태의 중대 범죄로 밝혀졌거나 법적 평가가 현저히 달라짐에도 검사가 소극적인 태도를 일관할 경우, 법원은 여전히 형식논리에 얽매어 실제에 부합하지 않는 판결을 내려야 하는 본질적 제약에 직면한다. 이는 궁극적으로 실체적 진실발견이라는 형사소송의 최고 이념을 외면하고 형사사법의 공정성을 심각하게 저해하는 요인이 된다.

2. 법원의 공소장변경 요구의 법적 성질에 관한 비판적 검토

가. 재량설의 이론적 근거와 그 논리적 취약성

소추기관의 소극적 부작용을 견제하기 위한 명문 규정으로서 현행 형사소송법 제298조 제2항은 “법원은 심리의 경과에 비추어 상당하다고 인정할 때에는 공소사실 또는 적용법조의 추가 또는 변경을 요구하여야 한다”라고 규정하고 있다. 문언상 강행규정의 형태를 취하고 있음에도 불구하고, 현재 대법원 판례와 다수설은 이를 법원의 권리일 뿐 의무가 아니라고 해석하는 재량설의 입장을 고수하고 있다.⁵⁷⁾ 재량설은 당사자주의를 강화하여 공소의 제기와 변경을 검사의 전권으

54) 이준걸, “공소장변경의 필요성판단에 관한 기준”, 299면 참조.

55) 김준성, 앞의 글, 229면 참조; 이재상, 형사소송법, 408면; 이준걸, “공소장변경의 필요성판단”, 194면 참조; 이준걸, “공소장변경의 필요성판단에 관한 기준”, 298면 참조.

56) 이준걸, “공소장변경의 필요성판단에 관한 기준”, 298면 참조; 이호중, “축소사실에 대한 공소장변경 없는 유죄인정 : 비친고죄의 공소사실에 대하여 친고죄의 유죄를 인정하는 경우”, 형사판례연구, 제8호, 2000, 405-406면 참조.

57) 이재상, 형사소송법, 415면; 이창현, “공소장변경의 필요성에 있어서의 몇 가지 논의”, 법학연구, 제34권 제1호,

로 규정한 형사소송법의 취지를 근거로, 법원이 적극적으로 공소장변경을 요구할 의무는 없다고 주장한다.⁵⁸⁾

그러나 재량설의 논리는 법원의 실체적 진실발견 의무를 지나치게 축소 해석하는 시각이다. 제298조 제2항이 명백히 “요구하여야 한다”라는 강행규정적 문언을 사용하고 있음에도 이를 단순한 재량으로 보고 있고, 더욱이 검사가 객관적 의무를 방기하고 실체적 진실과 괴리된 공소사실을 고집할 때 법원이 이를 방관하는 것은 사법부의 직무유기에 다름 아니다.⁵⁹⁾ 재량설은 소추기관의 권한 남용이나 나태함을 사법부가 묵인하는 결과를 낳으며, 형사소송의 궁극적 목적인 사법 정의의 실현을 심각하게 저해하는 논리적 취약성을 지닌다.

나. 예외적 의무설의 타당성과 적정절차의 보장

재량설의 한계를 극복하기 위하여 학계 일부에서는 예외적 의무설을 제기하고 있는데, 이는 원칙적으로는 법원의 재량에 속하지만, 공소장변경 요구 없이 무죄판결을 선고하는 것이 현저히 정의에 반하는 예외적인 경우에는 법원의 의무가 된다는 견해이다.⁶⁰⁾ 범죄사실이 유죄임이 증거상 명백하고 사안이 중대함에도 불구하고 검사의 공소장변경 신청이 없다는 이유만으로 진범을 방면하는 것은 국가형벌권의 적정 실현이라는 관점에서 도저히 용납될 수 없기 때문이다.⁶¹⁾

예외적 의무설은 실체적 진실발견과 피고인의 방어권 보장을 조화시키려는 합리적인 시도로 평가될 수 있으나, 현저히 정의에 반하는 경우라는 기준이 지나치게 추상적이고 모호하다는 비판을 받고 있다.⁶²⁾ 그러나 대법원은 이미 “법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는, 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있고, 이와 같은 경우 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정되는 범죄사실의

2024, 411면 참조; 이창현, “법원의 공소장변경요구제도에 대한 비판적 고찰”, 외법논집, 제38권 제3호, 2014, 94면 참조; 이호중, 앞의 글, 420면 참조; 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도5994 판결 등 참조.

58) 이준걸, “공소장변경의 신청과 요구”, 170면 참조; 이창현, “법원의 공소장변경요구제도에 대한 비판적 고찰”, 94-95면 참조.

59) 같은 취지로 강구옥, “法院의 ‘公訴狀變更 要求’에 관한 研究”, 법학연구, 제58권 제3호, 2017, 80면.

60) 이준걸, “공소장변경의 신청과 요구”, 170면 참조; 이창현, “법원의 공소장변경요구제도에 대한 비판적 고찰”, 95면 참조.

61) 이준걸, “공소장변경의 신청과 요구”, 171면 참조; 이창현, “법원의 공소장변경요구제도에 대한 비판적 고찰”, 95면 참조.

62) 강구옥, 앞의 글, 97면; 이재상, 형사소송법, 415면; 이호중, 앞의 글, 421면.

사안이 가볍지 아니하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우라면 법원으로서의 직권으로 그 범죄사실을 인정하여야 한다”는 법리를 확립하고 있어,⁶³⁾ 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우라는 기준이 모호하다고 단정할 것은 아니다.

물론 이 기준을 객관화하기 위해서는 증거의 명백성, 범죄의 중대성뿐만 아니라, 검사의 부작위가 소추재량권의 현저한 일탈에 해당하는지 여부를 구체적으로 따져보아야 할 것이다. 법원은 심리 과정에서 도출된 객관적 진실에 기초하여 검사에게 공소장변경을 요구해야 할 소송법적 의무를 지니며, 이는 당사자주의의 예외로서 직권주의가 보충적으로 기능해야 하는 필수적인 영역으로 보아야 할 것이다.

3. 공소장변경 요구 불이행 시의 효과와 사법적 통제력 확보

가. 권고적 효력설의 한계와 명령적 효력 인정의 당위성

법원이 제298조 제2항에 따라 공소장변경을 요구하였음에도 불구하고 검사가 끝내 이에 불응할 경우 어떠한 법적 효과가 발생하는지에 관하여, 현행 실무와 일부 학설은 검사에게 복종 의무가 없으며 법원의 요구는 권고적 효력에 불과하다는 입장을 취하고 있다.⁶⁴⁾ 그러나 권고적 효력설은 법원의 소송지휘권과 공소장변경 요구 제도를 철저히 유명무실하게 만드는 치명적인 결함을 안고 있다.⁶⁵⁾ 법원이 공판 과정에서 검증된 객관적 증거와 재판부의 엄중한 법적 판단에 기초하여 소송지휘권을 행사하였음에도 검사가 이를 자의적으로 거부하도록 방치하는 것은 권력분립과 사법권 독립의 취지에 정면으로 반한다.

따라서 사법 질서의 합목적성을 유지하기 위하여, 법원의 합리적이고도 명시적인 변경 요구에는 검사가 이에 복종해야 할 명령적 효력이 내재되어 있다고 해석하는 것이 타당할 것이다.⁶⁶⁾ 검사는 공익의 대표자로서 객관의무를 지니며⁶⁷⁾, 법원이 실체적 진실에 접근하기 위해 발동한 공소장변

63) 대법원 2024. 4. 12. 선고 2021도9043 판결 등 참조.

64) 강구옥, 앞의 글, 98면 참조; 이재상, 형사소송법, 415면 참조; 이준걸, “공소장변경의 신청과 요구”, 175면 참조; 이창현, “법원의 공소장변경요구제도에 대한 비판적 고찰”, 102면 참조.

65) 이창현, “법원의 공소장변경요구제도에 대한 비판적 고찰”, 102면 참조.

66) 같은 취지로 이재상, 형사소송법, 415면.

67) 이주원, 앞의 글, 152면 참조.

경 요구는 검사의 이러한 객관의무 이행을 촉구하는 준엄한 사법적 명령이다. 검사가 정당한 이유 없이 이를 거부하는 것은 소추재량권의 명백한 남용이자 위법한 직무집행으로 평가되어야 하며, 검사의 법령위반으로 통제되어야 마땅하다.

나. 사법 정의 수호를 위한 예외적 개입의 필요성: 형성적 효력의 예외적 인정

해석론을 통해 명령적 효력을 인정하는 것만으로는 권한을 오남용하는 소추기관의 부작위를 근본적으로 타개하기 어렵다. 사법 정의 실현을 담보하기 위한 최후의 보완 수단으로서, 본고는 법원의 공소장변경 요구 결정 자체에 형성적 효력을 예외적으로 부여하는 법리적 모색을 제안한다.

실체적 진실 규명이 필수적인 중대 사안에 대하여 검사가 법원의 합리적이고 거듭된 변경 요구에 명백히 불응하는 경우, 법원이 계속해서 수동적인 심판자의 위치에만 머무르는 것은 법치국가의 원리에 반한다. “적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는”⁶⁸⁾ 극히 예외적인 상황에서, 사법부의 적법한 공소장변경 요구 결정이 내려졌음에도 검사가 부당한 고집을 꺾지 않는다면, 공소장이 해당 요구의 내용대로 변경된 것과 동일한 법률적 효과를 발생시키는 형성적 효력을 예외적으로 인정하여야 한다.⁶⁹⁾

이는 사법부가 검사의 소추권을 침탈하는 것이 결코 아니며, 권한 행사의 공백을 보완하고 기울어진 형사사법의 질서를 바로잡기 위한 정당한 권력 견제의 발현이다. 물론 이러한 형성적 효력의 인정은 피고인의 방어권 보장이라는 적법절차의 대원칙과 철저히 조화를 이루어야 한다. 당사자주의의 근간을 훼손하지 않기 위하여, 이러한 예외적 개입은 피고인에게 방어를 위한 충분한 변론 기회를 부여하고 필요한 경우 공판절차를 정지하는 등 엄격한 절차적 요건 하에서만 행사되어야 할 것이다. 통제되지 않는 소추권력에 대한 사법부의 능동적 개입은 인권 보장의 원칙을 철저히 준수하는 한도 내에서 형사사법제도의 균형과 공정성을 복원하는 대안이 될 수 있을 것이다.

68) 대법원 2024. 4. 12. 선고 2021도9043 판결(“법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는, 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있고, 이와 같은 경우 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 불 때 실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 가볍지 아니하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우라면 법원으로서의 직권으로 그 범죄사실을 인정하여야 한다”) 등 참조.

69) 같은 취지로 이주원, 앞의 글, 171면 참조.

VI. 형사사법 통제 공백 보안을 위한 입법적·해석론적 제언

1. 공소취소에 대한 법원의 실질적 허가제 도입(제255조 개정론)

가. 불합리한 공소취소 방지를 위한 사법적 심사 권한 명문화

현행 형사소송법 제255조 제1항이 규정하는 검사의 무제한적 공소취소 권한은 권력 통제의 사각지대에 방치된 치명적인 독소조항이다. 범죄사실의 일부만을 조율하는 공소장변경상 철회에 대해서는 법원의 엄격한 허가를 요구하면서, 심판의 대상 전체를 완전히 소멸시키고 재판 절차를 종료시키는 공소취소에 대해서는 아무런 사법적 통제 장치를 두지 않는 것은 명백한 체계적 모순이다. 특히 한 번 공소가 취소되면 제329조의 엄격한 제한 규정에 의해 재기소가 사실상 불가능하다는 점에서, 통제받지 않는 공소취소권은 권력자와 연구주의의 수혜자를 위한 영구적인 면책 특권으로 악용될 소지가 다분하다.⁷⁰⁾

따라서 불합리한 공소취소와 권력 남용을 방지하기 위하여 형사소송법 제255조를 개정하여 공소취소 시 법원의 실질적 허가제를 도입할 필요가 있다.⁷¹⁾ 제255조 제1항을 “검사는 제1심 판결의 선고 전까지 법원의 허가를 얻어 공소를 취소할 수 있다”라고 개정하고, 제2항을 신설하여 “법원은 공소취소의 사유가 공공의 이익에 명백히 반하거나 권리 남용에 해당한다고 인정할 때에는 그 허가를 거부할 수 있다”라는 명문 규정을 마련해야 한다. 이를 통해 검사가 제출한 공소취소 사유의 진실성과 합리성을 법원이 심사하고, 그것이 부당한 외압이나 진실 은폐의 목적에서 비롯된 것일 경우 단호히 기각할 수 있는 법적 근거를 확립해야 한다.

나. 비교법적 수용을 통한 사법 통제 모델의 체계적 편입

이러한 입법론은 단순히 학리적 상상에 불과한 것이 아니라, 영미법계와 대륙법계를 아우르는 글로벌 스탠다드의 보편적 수용이다. 미국 연방형사소송규칙 Rule 48(a)의 법원의 허가(leave of court) 요건은 정치적 부패와 자의적 공소취소로부터 공익을 수호하기 위한 강력한 무기로 작동하고 있다.⁷²⁾ 독일의 기소법정주의가 공판 개시 후 공소취소를 원천적으로 금지하고 조건부

70) 정종현, 앞의 글, 249면.

71) 같은 취지로 William S. Geimer, 앞의 글, 391p 참조, 원문: It would serve the ends of efficiency as well as justice if the state were to go beyond the bare minimum requirement as it stands today and enact a statute which places a definite and reasonable limitation upon the state whereby an accused person must either be brought to trial or the indictment dismissed.

공소취소 시 법원의 명시적 동의를 요구하는 것, 그리고 인도의 형사소송법 제360조가 법원의 동의와 함께 피해자 청문 절차를 의무화한 것은 모두 국가형벌권의 포기가 행정부의 일방적 처분으로 전락해서는 안 된다는 확고한 법치국가적 합의를 보여준다.⁷²⁾

우리 형사소송법은 이러한 선진적 통제 모델을 체계적으로 편입하여야 한다. 특히 인도의 입법례를 참고하여, 공소취소 허가 심사 시 범죄 피해자에게 의견을 진술할 기회를 반드시 부여하도록 하는 규정을 추가함으로써, 헌법 제27조 제5항이 보장하는 피해자의 재판절차진술권을 실질적으로 구현하고 밀실 사법의 폐단을 원천적으로 근절해야 할 것이다.

2. 공소장변경 요구의 구속력 확보 및 형성적 효력의 예외적 인정

가. 현저히 정의와 형평에 반하는 경우의 형성적 효력 부여

공소제기 이후 검사의 공소장변경 불이행에 대한 법원의 통제 권한 역시 입법적으로 정비되어야 한다. 앞서 본고가 제안한 바와 같이, 현행 제298조 제2항의 공소장변경 요구가 단순한 권고적 효력으로 전락하는 것을 막기 위하여, 동조에 검사의 복종 의무와 예외적인 형성적 효력을 명문화하는 법 개정이 필요하다.

제298조 제3항을 신설하여 “법원의 합리적이고 명시적인 공소장변경 요구가 있음에도 검사가 정당한 사유 없이 이에 불응하고, 그로 인하여 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 결과가 초래될 것으로 인정되는 때에는, 법원은 결정으로 당해 범죄사실로 공소장이 변경된 것으로 간주하여 심판할 수 있다”라는 조항을 도입해야 한다. 이는 법원이 단순히 수동적인 심판자에 머무르는 것이 아니라, 기울어진 형사사법의 저울을 바로잡고 실체적 진실을 수호하는 능동적이고도 궁극적인 정의의 보루로서 기능하도록 법적 권한을 부여하는 것이다.

나. 피고인의 방어권 보장과 직권 개입의 엄격한 조화

72) Thomas Ward Frampton, 앞의 글, 37p 참조, 원문: Rather, it was implemented to give district judges a modest means of safeguarding the public interest when evaluating a motion like the one that has been filed in *United States v. Flynn*.

73) 김재윤, 앞의 글, 121면 참조.

법원에 형성적 효력이라는 강력한 개입 권한을 부여함과 동시에, 피고인의 적법절차 보장이라는 대원칙이 훼손되지 않도록 절차적 통제 장치 또한 엄격하게 규정되어야 한다. 형성적 효력을 발동하여 심판 대상을 변경할 경우, 법원은 피고인과 변호인에게 방어 준비를 위한 충분한 기회를 보장해야 한다.⁷⁴⁾ 또한 불의의 타격을 방지하기 위한 법원의 고지 의무를 더욱 철저히 준수하여 당사자주의의 본질적 가치와 직권주의적 개입의 조화를 이루어내야 할 것이다.

3. 실질적 사법 정의 실현을 위한 규범적 재구성

형사사법제도는 인간의 생명, 신체, 재산, 명예 등 본질적인 기본권을 다루는 국가 권력의 핵심적 영역이다. 권력이 한 곳에 집중되어 통제받지 않을 때 부패한다는 것은 인류 역사가 증명하는 불변의 진리이다. 검사에게 부여된 기소편의주의와 기소변경주의라는 방대한 재량권은 국가형벌권을 유연하고 합목적적으로 행사하기 위한 기술적 권한일 뿐, 결코 법원의 사법적 심사와 국민의 통제 위에 군림하는 절대 권력이 되어서는 안된다.

우리 형사소송법이 공소취소의 무제한적 재량을 방지하고 공소장변경 불이행에 대한 법원의 개입을 머뭇거리다면, 법의 사각지대에서는 실제적 진실이 은폐되고 사법 정의가 조롱받는 사태가 반복될 것이다. 본고에서 제안한 공소취소 실질적 허가제의 도입과 공소장변경 요구의 형성적 효력 명문화는, 무너진 견제와 균형의 원리를 복원하고 실질적 사법 정의를 실현하기 위한 시급하고도 근본적인 규범적 재구성 작업이다. 이는 어느 한 기관의 권한을 삭감하고 다른 기관의 권력을 비대화하려는 권력 투쟁이 아니라, 국가 권력의 모든 행사 단계마다 빈틈없는 통제의 원리가 작동하도록 개선을 모색하는 법치국가적 도약의 일환이다.

VII. 결론

현대 민주 법치국가에서 모든 국가권력은 상호 견제와 균형의 원리에 의해 철저히 통제되어야 하며, 인신구속과 형벌권을 다루는 형사사법 절차 내에서 소추 권한과 심판 권한 역시 결코 예외일 수 없다. 우리 형사사법 제도의 근간을 이루는 기소편의주의와 기소독점주의는 검사에게 방대한 재량권을 부여해 왔으나, 제도가 내포하고 있는 권력 집중과 사법적 통제의 공백은 필연적으로 자의적인 공소권 행사와 그에 따른 사법 신뢰의 심각한 추락을 야기할 수 있다. 본고는 이러한 헌법적 대원칙에 입각하여, 공판 단계에서 발생하는 검사의 무제한적인 공소취소 권한과 공소장변경 불이행에 대한 사법적 통제의 부재를 비판적으로 분석하고 구체적인 입법적·해석론적 대안을

74) 이준걸, “공소장변경의 신청과 요구”, 176면 참조.

제시하였다.

현행 공소취소 제도는 심판의 대상 전체를 소멸시키는 가장 강력한 소송행위임에도 불구하고 법원의 실질적인 허가나 동의 절차가 완전히 배제되어 있다. 이는 범죄사실의 일부만을 철회하는 공소장변경상 철회에 법원의 엄격한 허가를 요구하는 것과 비교할 때 도저히 용납될 수 없는 체계적 모순이다. 한 번 공소가 취소되면 제329조의 엄격한 제약에 의해 재기소가 사실상 봉쇄된다는 점에서, 통제받지 않는 공소취소권은 사실상 영구적인 면책 특권이자 권력 남용의 은신처로 악용될 소지가 다분하다. 미국 연방형사소송규칙 Rule 48(a)가 규정하는 법원의 허가(leave of court) 제도, 독일의 기소법정주의와 조건부 공소취소 시의 동의 요건, 그리고 인도의 피해자 청문을 포함한 법원 동의 제도 등은 이러한 사법 통제가 권력 남용을 방지하기 위한 세계적인 보편적 규범임을 방증한다. 따라서 우리 형사소송법 제255조를 개정하여 공소취소 시 법원의 엄격하고 실질적인 심사와 허가를 받도록 명문화함으로써 소추재량의 남용을 원천적으로 차단해야 한다.

나아가 공판 심리 과정에서 객관적인 실체적 진실이 명백히 드러났음에도 불구하고 소추기관이 소송전략이나 나태함으로 공소장변경을 거부할 때, 사법부가 수동적인 위치에 머무르는 현행 해석론은 재고되어야 한다. 실체적 진실의 규명과 사법 정의의 온전한 실현을 위해, 법원의 합리적 이고도 명시적인 공소장변경 요구에는 구속력 있는 명령적 효력이 부여되어야 하며, 검사의 정당한 이유 없는 지속적 불응 시에는 현저히 정의와 형평에 반하는 사안에 한하여 요구 결정 자체만으로도 공소장 변경의 효과가 발생한 것으로 간주하는 형성적 효력을 입법적으로 도입할 수 있을 것이다. 이는 피고인의 방어권 보장이라는 적법절차의 원칙과 엄격하게 결합될 때, 당사자주의의 치명적인 한계를 극복하고 실질적 정의를 구현하는 사법부의 정당한 권한 행사로 자리매김할 것이다.

형사사법 시스템 내에서 공평무사한 척도가 어느 특정 권력 기관의 자의적 판단에 의해 임의로 왜곡되는 것을 방지하고, 모든 국민에게 실체적 진실에 기반한 공정하고도 정의로운 재판을 보장하는 것은 국가의 양보할 수 없는 지상 과제이다. “너는 재판을 굽게 하지 말며 사람을 외모로 보지 말며 또 뇌물을 받지 말라 뇌물은 지혜자의 눈을 어둡게 하고 의인의 말을 굽게 하느니라”⁷⁵⁾는 성경적 교훈은, 시대를 초월하여 통제받지 않는 사법 권력의 편향성이 가져올 파국을 엄중히 경고하고 있다. 범죄 피해자의 헌법상 권리를 빈틈없이 수호하고 사법 정의의 숭고한 가치를 실현하기 위해서는, 권력 행사의 모든 단계마다 사법적 견제와 균형의 원리가 한 치의 오차 없이 완벽하게 작동하도록 제도의 뼈대를 전면적으로 재설계해야만 할 것이다.

75) 신명기 16장 19절.

본고에서 제안한 공소취소 실질적 허가제의 도입과 공소장변경 요구의 형성적 효력 확립 방안은, 우리 형사소송법이 권한의 집중과 남용이라는 굴레를 벗어나 진일보한 선진 법치국가적 체계로 도약하기 위한 합리적이고도 필수적인 기초가 될 것이다. 이러한 철저한 사법적 통제와 치밀한 권력 균형의 모색을 통하여, 우리의 형사사법 질서가 투명성과 객관성을 확고히 확보하고 국민의 더 큰 신뢰를 받는 정의의 보루로 발전하기를 기대한다.

[참고문헌]

- 강구옥, “法院의 ‘公訴狀變更 要求’에 관한 研究”, 법학연구, 제58권 제3호, 2017.
- 권창국, “공소취소의 이유와 재기소 제한 -대법원 2024. 8. 29. 선고 2020도16827 판결-”, 형사소송 이론과 실무, 제16권 제4호, 2024.
- 김재윤, “검사의 소추재량권에 대한 민주적 통제방안”, 형사법연구, 제21권 제4호, 2009.
- 김준성, “공소장변경의 필요성과 허용범위”, 강원법학, 제48호, 2016.
- 나기업, “약식절차를 둘러싼 몇 가지 쟁점”, 법조, 제71권 제6호, 2022.
- 오명은·김연수, “공소취소와 재기소 - 기소편의주의와 피고인의 방어권 보호 및 법적 안정성 보장의 조화 -”, 인권과 정의, 제495호, 2021.
- 윤동호, “기소변경주의의 의미와 한계”, 비교형사법연구, 제27권 제2호, 2025.
- 이기옥, “공소권남용 인정 판례에 대한 비판적 고찰-대법원 2021. 10. 14. 선고 2016도14772 판결-”, 형사소송 이론과 실무, 제14권 제2호, 2022.
- 이존걸, “공소장변경의 신청과 요구”, 법학연구, 제57호, 2015.
- 이존걸, “공소장변경의 필요성판단”, 원광법학, 제30호 제2호, 2014.
- 이존걸, “공소장변경의 필요성판단에 관한 기준”, 법학연구, 제54호, 2014.
- 이존걸, “공소장변경제도의 비교법적 고찰”, 법학논총, 제27권 제1호, 2014.
- 이주원, “국민참여재판 항소심에서의 공소장변경과 공소권남용의 가능성”, 법학논총, 제40권 제3호, 2023.
- 이창현, “공소장변경의 필요성에 있어서의 몇 가지 논의”, 법학연구, 제34권 제1호, 2024.
- 이창현, “법원의 공소장변경요구제도에 대한 비판적 고찰”, 외법논집, 제38권 제3호, 2014.
- 이호중, “축소사실에 대한 공소장변경 없는 유죄인정 : 비친고죄의 공소사실에 대하여 친고죄의 유죄를 인정하는 경우”, 형사판례연구, 제8호, 2000.
- 정세종, “검찰의 축소기소에 관한 비판적 검토 -‘정운호’사건을 중심으로 -”, 한국공인행정학회보, 제26권 제1호, 2017.
- 정종현, “검사의 보완수사권 폐지론과 형사사법상 통제 공백에 대한 비판적 고찰 - 실체적 진실발견의 요청과 사법통제 원리를 중심으로 -”, 형사정책, 제37권 제3호, 2025.
- 정한중, “시민참여형 공소권통제제도의 모색”, 법학연구, 제12권 제1호, 2009.

Stephen James Colman, “Evaluating Challenges to Decisions Not to Prosecute: Do the Victims’ Right to Review, Judicial Review and Private Prosecutions Provide a Coherent and Principled Framework?”, University of East Anglia School of

Law(2020).

Thomas Ward Frampton, "Why Do Rule 48(a) Dismissals Require 'Leave of Court'?", 73 STAN. L. REV. ONLINE 28(2020).

William S. Geimer, "Constitutional Law -- Effect of the Right to Speedy Trial on Nolle Prosequi", 46 N. C. L. REV. 387(1968).

Mary Iliadis and Asher Flynn, "Providing a Check on Prosecutorial Decision-Making: An Analysis of the Victims' Right to Review Reform", BRIT. J. CRIMINOL(2017).

Rebecca Krauss, "The Theory Of Prosecutorial Discretion In Federal Law: Origins And Developments", 6 Seton Hall Circuit Review 1(2012).

Laurène Soubise, "Managerialism and the Erosion of Professional Discretion: The Case of the Crown Prosecution Service", 32:3 International Journal of the Legal Profession 455(2025).

J. A. Thorp, "Nolle-and-reinstitution: Opening the door to regulation of charging powers", 71 New York University Annual Survey of American Law 429(2016).

검사의 소추재량권에 대한 사법적 통제 방안 연구
- 현행 공소취소 및 공소장변경 제도의 한계를 중심으로 -

A Study on Judicial Control Measures over Prosecutorial Discretion:
Focusing on the Limitations of the Current Systems
of Dismissal of Public Prosecution and Amendment of Indictment

[Abstract]

In modern criminal justice systems, the principles of prosecutorial discretion and the mutability of prosecution were introduced to ensure the purposive exercise of the punitive power of the state and the efficient allocation of judicial resources. However, when the vast discretion granted to the prosecution is exercised without substantive judicial control, it undermines judicial justice and threatens the principle of separation of powers. This paper investigates the structural limitations of the discretionary power of the prosecutor regarding the dismissal of public prosecution and the amendment of indictments under the current Criminal Procedure Act, and explores effective judicial control measures to realize judicial justice.

Under the current law, a prosecutor can unilaterally dismiss a public prosecution without court approval merely through a declaration of intent before the first-instance judgment is rendered. This loophole in judicial control, when combined with the restriction on re-prosecution(Article 329) originally designed to protect the human rights of the defendant, harbors the risk of mutating into a lawful means of immunity that permanently solidifies the consequences of prosecutorial abuse. Furthermore, requiring explicit court approval for amending part of an indictment while excluding judicial review for the complete termination of proceedings through dismissal constitutes a clear systemic contradiction, which fundamentally risks infringing upon the constitutional right of the victim to state opinions during the trial. Moreover, when a prosecutor arbitrarily refuses to amend the indictment even after the substantive truth diverges from the initial charges during the trial, the severely restricted power of intervention of the court creates a critical limitation that undermines

the ultimate goal of criminal procedure: the discovery of substantive truth.

Through a comparative legal analysis of major countries such as the United States, Germany, and France, this study confirms that attributing the ultimate authority to terminate a case referred to trial to the judiciary, while requiring substantive court approval and guaranteeing the procedural participation of the victim upon the dismissal of prosecution, is a universal global standard.

Accordingly, this study proposes legislative and interpretative alternatives to restore substantive judicial justice as follows. First, Article 255 of the Criminal Procedure Act should be amended to introduce a substantive court approval system for the dismissal of prosecution, stipulating the right of the victim to state opinions during the review process to ensure procedural transparency. Second, to deter the failure of the prosecutor to amend the indictment, the request for amendment by the court under Article 298(2) should be interpretatively recognized as having a binding mandatory effect. Third, in extreme exceptional circumstances where the unjustified refusal of the prosecutor ignores the substantive truth, this paper proposes the legislative introduction of a formative effect, which generates the same legal effect as if the indictment had been amended solely by the decision of the court under strict procedural requirements. The normative reconstruction measures proposed in this study will serve as a foundation for enhancing the fairness of the criminal justice order by suppressing the arbitrariness of prosecutorial power and completing judicial checks and balances.

* Keywords: Prosecutorial Discretion, Judicial Control, Dismissal of Public Prosecution, Amendment of Indictment, Mutability of Prosecution

논 찬 문		기독교학문연구회	
발표논문 제목	검사의 소추재량권에 대한 사법적 통제 방안 연구 - 현행 공소취소 및 공소장변경 제도의 한계를 중심으로 -	발표자	정종헌
		논찬자 (소속)	윤종행 (충남대법학전문대학원/ 교수)

우선 형사사법 시스템 내에서 공평무사한 척도가 어느 특정 권력 기관의 자의적 판단에 의해 임의로 왜곡되는 것을 방지하고, 모든 국민에게 실체적 진실에 기반한 공정하고도 정의로운 재판을 보장하여야 한다는 발표자의 의견을 지지한다. 그리고 범죄 피해자의 헌법상 권리를 빈틈없이 수호하고 권력 행사의 모든 단계마다 사법적 견제와 균형의 원리가 제대로 작동하도록 하는 제도를 개혁해야 한다는 주장에 경의를 표한다. 아울러 그동안 법과대학과 법학전문대학원에서 형사법을 공부하고 가르쳐오고 있는 사람으로서 발표문에 대하여 다음과 같이 간단히 몇 가지 의견을 드린다.

1. 공소취소 실질적 허가제의 도입의 주장에 대하여 공감하고 옳은 주장이라고 생각된다.

2. 발표 내용과 같이, 법원의 공소장 변경요구가 의무인지에 대하여 견해가 대립한다. 그런데 형사소송법 제298조 ②에는 “법원은 심리의 경과에 비추어 상당하다고 인정할 때에는 공소사실 또는 적용법조의 추가 또는 변경을 요구하여야 한다.”라고 명시되어 있으므로 원칙적으로 의무라고 보는 것이 타당하다고 본다. 따라서 재량설이나 예외적 의무설은 타당하지 않다. 정 교수님은 공소장변경 요구 없이 무죄판결을 선고하는 것이 현저히 정의에 반하는 예외적인 경우에는 법원의 의무가 된다는 견해를 취하시는데, 법원에서 말하는 예외적 요건으로서 “현저히 정의에 반”한다는 뜻이 매우 포괄적이고 막연하므로 해석상 재량의 남용 위험이 있다고 본다.

예컨대 대법원 2008.10.9. 선고 2007도1220 판결에서 “형법 제307조 제2항의 허위사실적시에 의한 명예훼손의 공소사실 중에는 같은 조 제1항의 사실적시에 의한 명예훼손의 공소사실이 포함되어 있으므로, 위 허위사실 적시에 의한 명예훼손으로 기소된 사안에서 적시한 사실이 허위임에 대한 입증이 없다면 법원은 공소장변경절차 없이도 직권으로 위 사실적시에 의한 명예훼손죄를 인정할 수 있다. 다만, 법원이 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 이보다 가벼운 범죄사실을 공소장변경 없이 직권으로 인정할 수 있는 경우라고 하더라도, 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 중대하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우가 아닌 한, 법원이 직권으로 그 범죄사실을 인정하지 아니하였다고 하여 위법한 것은 아니다.”라고 판시하였다. “허위사실적시 명예훼손이 성립하지 않는 경우 공소장변경 없이도 사실적시 명예훼손죄로 처벌할 수 있다”고 보지만, “실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 중대하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우”가 아닌 한 사실적

시 명예훼손죄로 처벌하지 않아도 무방하다는 판단을 하고 있다. 이는 법원의 지나친 재량권을 인정하는 법원 편의주의적 판결이라고 생각된다. 법원에서 말하는 “현저히 정의와 형평에 반하는 것”이란 매우 불명확한 개념이므로 이를 편의주의적으로 유리하게 해석하여서는 안된다고 생각된다. 따라서 예외적으로 의무가 아니라 법 규정 문언에 충실하게 원칙적으로 의무라고 해석하는 것이 타당하다.

3. 정교수님은 형사소송법 제298조 제3항을 신설하여 “법원의 합리적이고 명시적인 공소장변경 요구가 있음에도 검사가 정당한 사유 없이 이에 불응하고, 그로 인하여 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 결과가 초래될 것으로 인정되는 때에는, 법원은 결정으로 당해 범죄사실로 공소장이 변경된 것으로 간주하여 심판할 수 있다.”라는 조항을 도입해야 한다고 주장하신다. “철저한 사법적 통제와 치밀한 권력 균형의 모색을 통하여, 우리의 형사사법 질서가 투명성과 객관성을 확고히 확보”하기 위한 제도적 방안으로서 매우 주목할 만한 주장이라고 생각된다. 그러나 형사소송법의 기본 원칙으로서 탄핵주의와 불고불리의 원칙에 위배함이 없도록, “법원의 공소장변경 요구에 대하여 검사는 정당한 사유 없이 이를 거부할 수 없다.”고 규정하는 것은 어떨지 의견을 제시하고자 한다.