

【제 25회 법무사 시험 형사소송법 총평 및 해설】

〈형사소송법 총평〉

어느덧 1년이 지나 제 25회 법무사 2차 시험이 끝났습니다. 수험생분들 모두 시험 치르시느라 수고 많으셨습니다. 그동안 노력하신 만큼 부디 좋은 결과 있으시길 바랍니다. 저 역시 1년의 커리큘럼 끝에 시험지를 마주한 강사의 입장에서 다시 한번 막중한 책임감과 무게를 느낍니다.

개인적인 의견으로 제25회 형사소송법 시험의 경우 예년에 비해 비슷하거나 조금 더 높은 난이도였다고 생각합니다. 예상가능 했던 중요한 판례 및 쟁점들이 주로 출제되었으나, 2019년 상반기에 선고된 최신판례가 두 개나 나왔다는 점, 특히 [1-2 문] 등 처럼 사실관계가 장황한 지문들이 출제되면서 시험장에서 느끼셨을 체감난이도는 보다 높으셨을 것으로 예상됩니다. 공소장변경과 관련하여 5점 짜리로 출제된 3-1, 3-2 두 문제 역시 쉬워 보이지만, 막상 답안을 작성하고자 하면 그 결론을 맞추기가 쉽지 않으셨을거라고 생각합니다.

제 1-1문의 경우, 상습범죄 일부에 대해 판결이 선고된 경우 그 선고 전 저지른 동일한 습벽에 의한 상습범행에 대한 기판력 작용과 관련된 문제였습니다. 기판력과 관련한 파트에서 수업시간에 재차 강조한 판례로서, 쟁점을 잘 적시해주시고, 기판력이 미쳐 면소판결을 선고하기 위해서는 전의 확정판결에서 당해 피고인이 상습범으로 기소되어 처단되었을 것을 필요로 한다.(2001도3206전합)는 판례를 풀어서 서술해주시면 충분한 내용이었습니다.

제 1-2문의 경우, **대법원 2019. 6. 20. 선고 2018도20698 전합** 판례를 사실관계 그대로 출제한 문제로서, 지문 자체가 길어 당황하셨겠지만, 지문의 두 번째 단락 (위의 판결들과 관련하여~)부터 시작하는 후반부 내용만 잘 캐치하셨다면 최신판례로서 수업시간에 다루었던 판례임을 파악하실 수 있으셨을 거라 생각합니다. 상습범으로 선행범죄를 저지른 자가 동일한 습벽으로 후행범죄를 저지른 후 선행범죄에 대해 개시된 재심판결의 기판력이 후행판결에 미치는지가 쟁점이 된 사안으로, 재심제도의 취지와 특성, 특히 ① 공소장변경 내지는 사건의 병합이 허용되지 않아 후행범죄에 대하여 사실심리를 할 가능성이 없는 점 ② 나아가 기판력을 미치게 한다면 사실심리가 불가능한 범죄에 대해 처벌을 할수 없게 되는 불합리가 결과를 야기하는 점 등의 근거등을 적시하여 서술하여 주셨으면 충분히 좋은 답안이 될 것입니다. 해당 판례는 수업시간에 나눠드린 “3개년 최신 판례” 47페이지에 사실관계 및 판결요지가 수록되어 있었습니다.

제 2문의 경우, **대법원 법원 2019. 3. 21. 선고 2017도16593-1(분리) 전합** 판례를 사실

관계 그대로 출제된 문제로서, 다수의견을 통해 상고이유제한의 법리를 다시 한번 관철했다는 점에서 유의미한 판례로 수업시간에도 강조했던 내용입니다. 해당 문제와 관련하여, ① 상고절차에 관한 조문들과 ② 사후심으로서의 성격, ③ 직권심판권 발동 등을 통한 보정의 가능성 등을 근거로 하여 상고이유 제한의 법리를 그대로 관철한 판례의 태도를 서술하여 주시면 충분하였을 것입니다. 나아가, 형사소송법 383조 제4호에 따라 벌금형에 대해 양형부당을 이유로 상고가 불가능한 부분까지 찾아주셨다면 가장 좋은 답안이 되었을 것입니다. 해당 판례와 관련해서는 “3개년 최신판례” 37페이지에서 사실관계 및 판결요지가 수록되어 있었으며, 3순환 제7회 모의고사 보충판례로도 내어드린 바 있습니다.

3-1문과 3-2문의 경우, 판례의 결론을 맞추는 문제로서 정확한 결론을 모른다면 공소장 변경의 필요성과 관련하여, 법원이 공소장의 변경 없이 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정하기 위해서는 공소사실의 동일성 외에도 피고인의 방어권행사에 실질적 불이익이 없어야 한다는 대법원 2003. 7. 25. 선고 2003도2252 판결을 중심으로 풀어가 주시면 그래도 최선의 답안이 되었을 거라 생각합니다.

3-1문은 대법원 1968. 9. 19. 선고 68도995 전합 판례로서 특수강도죄와 폭처법상의 공동공갈죄의 경우 구성요건자체가 다른 범죄로서 기초사실의 동일성이 인정되는 경우라도 피고인의 방어권보장을 위해 공소장변경이 필요하다. 라는 것이 결론입니다.

3-2문은 대법원 1999. 4. 15. 선고 96도1922, 전합 판례로서 강제추행치상죄의 공소사실 중에는 강제추행의 공소사실도 포함되어 있다고 볼 것이므로 강제추행치상죄를 인정·처벌하더라도 피고인의 방어권행사에 불이익을 주는 것이라 할 수 없으며 이러한 법리는 강제추행치상죄가 친고죄가 아닌 반면 강제추행죄는 친고죄라 하여도 달리볼 것은 아니다. 라는 것이 결론입니다.

3-3문의 의 경우 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도616 판결을 사례화 한 것으로, 가. 문항의 경우, 공소장 변경요구가 법원의 의무인가와 관련하여 대법원 1999. 12. 24. 선고 99도3003 판결에 따라 법원이 검사에게 공소장변경을 요구할 것인지 여부는 재량에 속하며 이를 요구하지 아니하였다하여 위법이라 할 수 없음으로 결론 내려 주시면 되는 문제입니다.

3-3문의 나. 의 경우, 공소장 변경없이 축소사실을 인정함과 관련하여 법원의 의무가 예외적으로 인정되는 경우에 대한 판례(대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도1366 판결)을 중심으로 ①실제로 인정되는 범죄 사안이 중대할 것 ② 공소장변경이 되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 형사소송의 정의 현저히 반하는 결과가 되는 경우의 두가지 요건을 적시하여, 사안의 경우 제 1심 법원이 폭행, 상해, 체포·감금의 죄를 인정하지 않고 무죄판결을 내린 것은 위법하다. 고 결론 내려 주시면 될 것 같습니다.

정말 수고 많으셨습니다. 긴 수험기간을 거쳐 최후의 순간까지 시험장에서 온 힘을

다해 쏟아내고 나온 그 “완주의 경험”은 앞으로 수험생여러분들께서 맞이할 실무의 영역에서도 큰 자산과 원동력이 될 것입니다.

2019. 9. 24. 법무사 김민준

〈형사소송법 해설〉

【문1-1 에 대하여】

I. 결론

제 1심 법원은 공소제기된 범죄에 대하여 실체판결을 하여야 한다.

II. 이유

(1) 쟁점의 정리

- ① 형사소송법 제 326조에 따라 확정판결이 있는 사건에 대하여 공소제기가 된 경우 이는 기판력에 따라 면소판결을 하여야 한다.
- ② 사안의 경우 포괄일죄에 해당하는 상습절도 중 일부인 2017. 10. 25. 의 범행에 대하여만 단순절도죄로 공소가 제기되어 처단되었고, 이후 잔여 범죄에 대한 상습절도로 공소제기된 바, 포괄일죄에 대한 일부기소 및 확정판결 후 추가기소된 경우 기판력이 미치는 범위내에서 면소판결을 하여야 하는지 문제된다.

(2) 판례의 태도 (대법원 2004. 9. 16. 선고 2001도3206 전원합의체 판결)

- ① 상습성을 갖춘 자가 여러 개의 죄를 반복하여 저지른 경우에는 각 죄를 별죄로 보아 경합범으로 처단할 것이 아니라 그 모두를 포괄하여 상습범이라고 하는 하나의 죄로 처단하는 것이 상습범의 본질 또는 상습범 가중처벌규정의 입법취지에 부합한다.
- ② 상습범으로서 포괄적 일죄의 관계에 있는 여러 개의 범죄사실 중 일부에 대하여 유죄판결이 확정된 경우에, 그 확정판결의 사실심판결 선고 전에 저질러진 나머지 범죄에 대하여 새로이 공소가 제기되었다면 그 새로운 공소는 확정판결이 있었던 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 제기된 데 해당하므로 이에 대하여는 판결로써 면소의 선고를 하여야 하는 것인바(형사소송법 제326조 제1호), 다만 이러한 법리가 적용되기 위해서는 전의 확정판결에서 당해 피고인이 상습범으로 기소되어 처단되었을 것을 필요로 하는 것이고, 상습범 아닌 기본 구성요건의 범죄로 처단되는 데 그친 경우에는, 가사 뒤에 기소된 사건에서 비로소 드러났거나 새로 저질러진 범죄사실과 전의 판결에서 이미 유죄로 확정된 범죄사실 등을 종합하여 비로소 그 모두가 상습범으로서의 포괄적 일죄에 해당하는 것으로 판단된다 하더라도 뒤

늦게 앞서의 확정판결을 상습범의 일부에 대한 확정판결이라고 보아 그 기판력이 그 사실심판결 선고 전의 나머지 범죄에 미친다고 보아서는 아니 된다.

(3) 사안의 해결

대법원 판례의 태도에 따라, 2017. 10. 25. 범행에 대한 판결이 2018. 7. 3. 선고되어 확정된 경우일지라도 단순절도죄로 기소되어 처단된 이상 해당 범행의 판결의 기판력이 그 사실심판결 선고전의 나머지 범죄에 미치는 것이 아니므로, 결국 2018. 9. 3. 피고인 甲의 나머지 절도범행 전체에 대하여 상습절도로 공소제기된 부분에 대하여 법원은 면소판결이 아닌 유무조의 실체한결을 하여야 한다.

【문1-2 에 대하여】

I. 결론

확정된 이 사건 제1재심판결의 기판력은 그 판결 선고전에 범한 2016. 10. 5.자 각 절도범죄에 미치지 않는다.

II. 이유

(1) 쟁점의 정리

- ① 상습범으로 유죄의 확정판결을 받은 사람이 그 후 동일한 습벽에 의해 범행을 저질렀는데 선행한 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우로서, 동일한 습벽에 의한 후행범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 선고 전에 저지른 범죄라 하더라도 재심판결의 기판력이 후행범죄에 미치는지 여부가 문제된다.

(2) 판례의 태도(대법원 2019. 6. 20. 선고 2018도20698 전원합의체 판결)

- ① 재심 개시 여부를 심리하는 절차의 성질과 판단 범위, 재심개시결정의 효력 등에 비추어 보면, 유죄의 확정판결 등에 대해 재심개시결정이 확정된 후 재심심판절차가 진행 중이라는 것만으로는 확정판결의 존재 내지 효력을 부정할 수 없고, 재심개시결정이 확정되어 법원이 그 사건에 대해 다시 심리를 한 후 재심의 판결을 선고하고 그 재심판결이 확정된 때에 종전의 확정판결이 효력을 상실한다.
- ② 또한 재심의 취지와 특성, 형사소송법의 이익재심 원칙과 재심심판절차에 관한 특칙 등에 비추어 보면, 재심심판절차에서는 특별한 사정이 없는 한 검사가 재심대상사건과 별개의 공소사실을 추가하는 내용으로 공소장을 변경하는 것은 허용되지 않고, 재심대상사건에 일반 절차로 진행 중인 별개의 형사사건을 병합하여 심리하는 것도 허용되지 않는다.
- ③ 결국, 재심심판절차에서 선행범죄, 즉 재심대상판결의 공소사실에 후행범죄를 추가하는 내용으로 공소장을 변경하거나 추가로 공소를 제기한 후 이를 재심대상사건

에 병합하여 심리하는 것이 허용되지 않으므로 재심심판절차에서는 후행범죄에 대하여 사실심리를 할 가능성이 없다. 또한 재심심판절차에서 재심개시결정의 확정 만으로는 재심대상판결의 효력이 상실되지 않으므로 재심대상판결은 확정판결로서 유효하게 존재하고 있고, 따라서 재심대상판결을 전후하여 범한 선행범죄와 후행 범죄의 일죄성은 재심대상판결에 의하여 분단되어 동일성이 없는 별개의 상습범이 된다. 그러므로 선행범죄에 대한 공소제기의 효력은 후행범죄에 미치지 않고 선행 범죄에 대한 재심판결의 기판력은 후행범죄에 미치지 않는다.

- ④ 만약 재심판결의 기판력이 재심판결의 선고 전에 선행범죄와 동일한 습벽에 의해 저질러진 모든 범죄에 미친다고 하면, 선행범죄에 대한 재심대상판결의 선고 이후 재심판결 선고 시까지 저지른 범죄는 동시에 심리할 가능성이 없었음에도 모두 처벌할 수 없다는 결론에 이르게 되는데, 이는 처벌의 공백을 초래하고 형평에 반한다.

(3) 관련문제 (형법 제37조 후단에서 정한 경합범 관계가 성립하는지 여부)

- ① 위와 같은 경우, 판례에 따르면 형법 제37조 후단에서 정한 경합범 관계(이하 ‘후단 경합범’이라 한다)역시 성립하지 않는다.
- ② 재심판결이 후행범죄 사건에 대한 판결보다 먼저 확정된 경우에 후행범죄에 대해 재심판결을 근거로 후단 경합범이 성립한다고 하려면 재심심판법원이 후행범죄를 동시에 판결할 수 있었어야 한다. 그러나 아직 판결을 받지 아니한 후행범죄는 재심심판절차에서 재심대상이 된 선행범죄와 함께 심리하여 동시에 판결할 수 없었으므로 후행범죄와 재심판결이 확정된 선행범죄 사이에는 후단 경합범이 성립하지 않고, 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 없다.
- ③ 재심판결이 후행범죄에 대한 판결보다 먼저 확정되는 경우에는 재심판결을 근거로 형식적으로 후행범죄를 판결확정 전에 범한 범죄로 보아 후단 경합범이 성립한다고 하면, 선행범죄에 대한 재심판결과 후행범죄에 대한 판결 중 어떤 판결이 먼저 확정되느냐는 우연한 사정에 따라 후단 경합범 성립이 좌우되는 형평에 반하는 결과가 발생한다.

【문 2 에 대하여】

I. 결론

피고인 甲과 乙의 상소이유는 모두 부적법하다.

II. 이유

(1) 쟁점의 정리

피고인이 유죄가 인정된 제1심판결에 대하여 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 항소하고 검사는 양형부당만을 이유로 항소하였는데, 항소심이 검사의 항소를 받아 들여 제1심판결을 파기하고 그보다 높은 형을 선고한 경우, 피고인이 항소심의 심

판대상이 되지 않았던 법령위반 등 새로운 사항을 상고이유로 삼아 상고하는 것이 적법한지 여부가 문제된다.

(2) 판례의 태도(대법원 2019. 3. 21. 선고 2017도16593-1(분리) 전원합의체 판결)

1) 사실오인에 대한 상고이유의 부분

- ① 형사소송법상 상고인이나 변호인은 소정의 기간 내에 상고법원에 상고이유서를 제출하여야 하고, 상고이유서에는 소송기록과 항소법원의 증거조사에 표현된 사실을 인용하여 그 이유를 명시하여야 한다(제379조 제1항, 제2항). 상고법원은 원칙적으로 상고이유서에 포함된 사유에 관하여 심판하여야 하고(제384조 본문), 상고이유가 있는 때에는 판결로써 항소심판결을 파기하여야 하는데(제391조), 파기하는 경우에도 환송 또는 이송을 통해 항소심으로 하여금 사건을 다시 심리·판단하도록 함이 원칙이며 재판은 예외적으로만 허용된다(제393조 내지 제397조). 또한 상고심은 항소심까지의 소송자료만을 기초로 하여 항소심판결 선고 시를 기준으로 그 당부를 판단하여야 하므로, 직권조사 기타 법령에 특정한 경우를 제외하고는 새로운 증거조사를 할 수 없을뿐더러 항소심판결 후에 나타난 사실이나 증거의 경우 비록 그것이 상고이유서 등에 첨부되어 있다 하더라도 사용할 수 없다.
- ② 위 규정 및 법리를 종합해 보면, 상고심은 항소심판결에 대한 사후심으로서 항소심에서 심판대상으로 되었던 사항에 한하여 상고이유의 범위 내에서 그 당부만을 심사하여야 한다. 그 결과 항소인이 항소이유로 주장하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼아 판단한 사항 이외의 사유는 상고이유로 삼을 수 없고 이를 다시 상고심의 심판범위에 포함시키는 것은 상고심의 사후심 구조에 반한다. 이러한 점에서 이른바 ‘상고이유 제한에 관한 법리’(이하 ‘상고이유 제한 법리’라고 한다)는 형사소송법이 상고심을 사후심으로 규정한 데에 따른 귀결이라고 할 수 있다.
- ③ 상고이유 제한 법리는 피고인이 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 항소함으로써 항소심의 심판대상이 되지 않았던 법령위반 등 새로운 사항에 대해서는 피고인이 이를 상고이유로 삼아 상고하더라도 부적법한 것으로 취급함으로써 상고심의 심판대상을 제한하고 있다. 이는 심급제도의 운영에 관한 여러 가지 선택 가능한 형태 중에서 현행 제도가 사후심제 및 법률심의 방식을 선택한 입법적 결단에 따른 결과이다. 특히 모든 사건의 제1심 형사재판절차에서 법관에 의한 사실적·법률적 심리검토의 기회가 주어지고 피고인이 제1심판결에 대해 항소할 기회가 부여되어 있음에도 항소심에서 적극적으로 이를 닦지 아니한 사정 등을 감안하여 개개 사건에서 재판의 적정, 피고인의 구제 또는 방어권 보장과 조화되는 범위 내에서 재판의 신속 및 소송경제를 도모하고 심급제도의 효율적인 운영을 실현하기 위하여 마련된 실정법상의 제약으로서 그 합리성도 인정된다.
- ④ 상고심과 항소심의 직권심판권은 하급심판결에 대한 법령위반 등 잘못을 최대한 바로잡기 위한 취지이다. 그리하여 먼저 항소심의 직권심판권을 통하여 제1심판결에 대하여 피고인이 항소이유를 주장하여 적절히 닦지 아니하더라도 사실을 오인하

거나 법령을 위반하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다면 항소심에서 이를 바로잡을 수 있고, 상고심은 항소심판결 자체에 여전히 위법이 있는 경우, 예를 들어 항소심이 제1심판결의 위법을 간과하고 항소기각 판결을 선고하거나 제1심 판결을 파기 후 재판하는 항소심판결에 고유한 법령적용의 위법이 있는 경우에 직권심판권을 폭넓게 활용함으로써 최종적으로 이를 바로잡을 수 있다.

- ④ 위와 같이 형사소송법상 상고심과 항소심의 두 심급에 걸쳐 마련되어 있는 직권심판권의 발동에 의해 직권심판사항에 해당한다고 판단되는 위법사유에 대해서는 피고인이 항소하지 않거나 항소이유로 주장하지 아니함에 따라 항소심의 심판대상에 속하지 않았던 사항이라도 피고인에게 이익이 되는 방향으로 그 잘못을 최대한 바로잡을 수 있는 장치가 갖추어져 있다. 이를 통해 상고심의 사후심 및 법률심으로서의 기능과 피고인의 구제는 더욱 강화된다.
- ④ 위와 같은 제1심 및 항소심과 상고심에 있어 심리절차상의 차이를 공판중심주의 및 실질적 직접심리주의의 정신에 비추어 살펴보면, 제1심법원이 법관의 면전에서 사실을 검토하고 법령을 적용하여 판결한 사유에 대해 피고인이 항소하지 않거나 양형부당만을 항소이유로 주장하여 항소함으로써 죄의 성부에 관한 판단 내용을 인정하는 태도를 보였다면 그에 관한 판단 내용이 잘못되었다고 주장하면서 상고하는 것은 허용될 수 없다고 보아야 한다.

2) 피고인乙의 양형부당을 이유로한 상고이유에 관하여

형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용되므로, 피고인에 대하여 벌금형이 선고된 이 사건에서 형의 양정이 부당하다거나 원심판결에 양형의 조건에 관한 사실오인과 심리미진의 위법이 있다는 등의 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

【문 3-1 에 대하여】

I. 결론

특수강도 사실을 공소장변경절차 없이 특수공갈죄로 처단함은 위법하다.

II. 이유 (대법원 1968. 9. 19. 선고 68도995 전원합의체 판결)

- ① 판례에 따르면 공소제기의 효력은 그 공소가 제기된 범죄사실과 동일성이 인정되는 범죄사실 전체에 미치는 것이며, 공소사실의 동일성은 공소사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지되는 것이며, 이러한 기본적인 사실관계의 동일성을 판단함에 있어서는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다.(대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도8153 판결)
- ② 또한 법원이 공소장의 변경 없이 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄

사실을 인정하기 위해서는 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내이어야 할 뿐더러 또한 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없어야 한다 (대법원 2003. 7. 25. 선고 2003도2252 판결) 고 판시하는 바,

- ③ 사안의 경우, 설문의 공소사실에 대하여 특수강도죄로 기소한 부분에 대하여 법원이 직권으로 폭처법상의 공동공갈죄로 처단한 경우, 기초사실의 동일성이 인정되어 동일성은 인정되나 형법 제 334조의 특수강도죄와 폭처법 제 2조 제 2항 및 형법 제 350조의 특수공갈(공동공갈)죄의 경우 그 범죄의 구성요건을 달리하여 이를 직권으로 인정할 경우 피고인의 방어권행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 있으므로 공소장변경절차를 거치지 아니한 채 제 1심 법원이 직권으로 공동공갈죄를 인정하여 처단한 것은 위법하다고 할 것이다. 판례도 이와 결론을 같이한다.(대법원 1968. 9. 19. 선고 68도995)

【문 3-2 에 대하여】

I. 결론

법원은 공소장변경 없이 직권으로 비친고죄인 강제추행치상죄로 기소된 사안에 대하여 친고죄인 강제추행죄로 인정할 수 있다.

II. 이유 (대법원 1999. 4. 15. 선고 96도1922, 전원합의체 판결)

- ① 위 문 3-1에서 설시한 바와 같이 법원이 공소장의 변경 없이 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정하기 위해서는 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내이어야 할 뿐더러 또한 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없어야 하는바 (대법원 2003. 7. 25. 선고 2003도2252 판결)
- ② 판례에 따르면 강제추행치상의 공소사실 중에는 강제추행의 공소사실도 포함되어 있다고 볼 것이므로 강제추행치상의 공소사실에 대한 피고인의 방어행위는 동시에 강제추행의 공소사실에 대한 방어행위를 겸하고 있으며 한편, 고소와 그의 취소는 고소의 대상이 된 범죄사실과 동일성이 인정되는 범위 내의 공소사실 전부에 대하여 그의 효력이 미치는 것이어서, 피고인으로서 그 방어행위의 일환으로 자신의 행위로 인하여 피해자에게 강제추행치상죄에서의 상해를 입힌 사실이 없다는 주장을 하고 법원이 그와 같은 주장을 받아들여 피고인의 행위가 강제추행죄로 처벌하는 경우까지도 대비하여 강제추행죄에 관한 고소인의 고소취소의 원용 등 일체의 방어행위를 할 수 있으므로, 법원이 사건의 실체적 사실관계나 공소요건을 포함한 절차적 사실관계에 관하여 심리를 거쳐 판단한 이상 공소장변경절차를 거치지 아니하고 강제추행치상죄의 공소사실에 대하여 강제추행죄를 인정·처벌하였다고 하더라도, 그로 인하여 피고인에게 미쳐 예기하지 못한 불이익의 타격을 가하여 강제추행죄에 관한 방어권 행사에 어떠한 불이익을 주었다고는 할 수 없으며, 이러한 이치는 공소제기된 강제추행치상죄는 친고죄가 아닌 반면 강제추행죄는 친고죄라 하여 달

라질 것은 아니다.

【문 3-3 에 대하여】(대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도616 판결)

I. 가. 에 대하여

1. 결론

법원은 검사에게 공소장요구를 할 필요는 없다.

2. 이유

- ① 형사소송법 제 298조에 따른 공소장 변경은 검사의 신청에 따라 그 동일성요건을 갖춘 경우에 한하여 법원은 이를 허가 하여야 하지만,
- ② 검사가 공소제기 한 사실에 포함되는 더 가벼운 범죄사실에 대하여 공소장변경을 요하는 경우, 법원이 검사에게 이를 반드시 요구하여야 하는지와 관련하여 판례는 법원이 검사에게 공소장 변경을 요구할 것인지 여부는 재량에 속하는 것이므로, 법원이 검사에게 공소장의 변경을 요구하지 아니하였다고 하여 위법하다고 할 수 없다(대법원 1999. 12. 24. 선고 99도3003 판결 등 참조). 고 하여 그 재량을 인정한다.
- ③ 따라서 사안의 경우 제 1심 법원은 검사에게 폭행이나 상해, 체포·감금 등의 죄로 공소장 변경을 요구할 필요는 없다고 할 것이다.

II. 나. 에 대하여

1. 결론

제 1심 법원이 직권으로 폭행이나 상해, 체포·감금의 죄를 인정하지 않고 무죄판결을 내린 것은 위법하다.

2. 이유

- ① 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 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 법원으로서는 직권으로 그 범죄사실을 인정하여야 한다(대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도1366 판결 등 참조).
- ② 사안의 경우, 공소사실 중 ‘피고인이 피해자를 베란다로 끌고 간 후 베란다 창문을 열고 피해자를 난간 밖으로 밀어 12층에서 떨어지게 하였다는 점’을 제외한 나머지

공소사실은 모두 인정된다고 판단하였고, 피고인도 피해자를 때리고 양쪽 손과 발목을 테이프로 묶었다는 등 살인의 점을 제외한 나머지 공소사실을 전부 시인하고 있어 이 부분 범죄사실을 유죄로 인정하여도 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다.

- ③ 나아가 설문의 사실관계를 종합하여 보면, 위와 같은 범죄사실만으로도 살인죄에 비하여 결코 사안이 가볍다고 할 수 없으므로, 이와 같은 경우 검사의 공소장 변경이 없다는 이유만으로 위 공소사실에 포함된 나머지 범죄사실로 처벌하지 아니하는 것은 적정절차에 의한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반한다고 할 것이다.
- ④ 그렇다면 제 1심으로서의 검사의 공소장 변경이 없더라도 공소제기된 범죄사실에 포함된 그보다 가벼운 다른 범죄사실인 폭행이나 상해, 체포·감금 등의 죄에 해당하는지를 판단하여 그 죄로 처단하였어야 할 것임에도, 이에 이르지 아니한 채 피고인에게 무죄를 선고하였으니, 이러한 제 1심 판결에는 공소장 변경 없이 심판할 수 있는 범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이는 판결결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.