

# 제1편 총론

## ▣ 형사소송법(이하 범명 생략) 등 일부개정

### (1) 2025년 개정(3) (법률 제21241호, 2025. 12. 30., 일부개정, 시행 2026. 7. 1.)

① 누구든지 판결이 선고된 사건의 판결서(확정되지 아니한 사건에 대한 판결서를 포함) 등을 보관하는 법원에서 해당 판결서등(판결서 외에는 판결이 확정된 사건에 한정함)을 열람·복사할 수 있고(제59조의3), ② 검사는 정보통신서비스 제공자에게 전자문서 등 정보저장매체 등에 기억된 정보 중 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 부분에 한정하여 60일의 범위에서 보전할 것을 서면으로 요청할 수 있다(제215조의2 신설).

### (2) 2025년 개정(2) (법률 제21232호, 2025. 12. 23., 일부개정, 시행 2026. 6. 24.)

① 피해자 등은 제184조(증거보전)에 따른 처분에 관한 서류와 증거물의 열람·등사를 판사에게 신청할 수 있고(제185조), ② 소송계속 중인 사건의 피해자 등은 제266조의3(증거개시) 제1항 제1호에 따른 서류 또는 물건의 열람·등사를 검사에게 신청할 수 있다(제294조의5 신설).

### (3) 2025년 개정(1) (법률 제20796호, 2025. 3. 18., 시행 2025. 9. 19.)

소송계속 중 사건의 피해자등의 공판기록 열람·등사를 개정하였다(제294조의4 ③⑤⑥⑦).

### (4) 2024년 개정(2) (법률 제20460호, 2024. 10. 16., 일부개정, 시행 2025. 1. 17.)

법원은 피고인이 피해자의 권리 회복에 필요한 금전을 공탁한 경우에는 피해자 등의 신속한 권리구제를 위하여 판결 선고 전에 피해자 등의 의견을 청취하도록 하였다(제294조의5 신설).

### (5) 2024년 개정(1) (법률 제20265호, 2024. 2. 13., 일부개정, 시행 2024. 2. 13.)

피고인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 공소시효가 완성한 것으로 간주(제249조 제2항, 소위 '재판시효')하기 위한 기간의 진행을 정지되도록 하였다(제253조 제4항 신설).

### (6) 2022년 개정(2) (법률 제18862호, 2022. 5. 9., 일부개정, 2022. 9. 10. 시행)

검사는 경찰로부터 송치받은 사건 등에 관하여는 동일성을 해치지 않는 범위 내에서만 수사할 수 있고(제196조 제2항 신설), 별개의 사건을 부당하게 수사하는 것을 금지하며, 다른 사건의 수사를 통해 확보된 증거 또는 자료를 내세워 관련 없는 사건에 대한 자백 등을 강요할 수 없도록 하였다(제198조에 제4항 신설), 이의신청의 주체에서 고발인은 제외하였다(제245조의7 제1항).

### (7) 2022년 개정(1) (법률 제18799호, 2022. 2. 3., 일부개정, 2022. 2. 3. 시행)

피고인의 방어권을 실질적으로 보장하기 위하여 구속영장을 집행하거나 압수·수색 처분을 하는 경우에는 영장을 제시 외에도 그 사본을 교부토록 하였다(제85조, 제118조, 제200조의6 및 제219조).

### (8) 2021년 개정 (법률 제18398호, 2021. 8. 17., 일부개정, 2021. 11. 18. 시행)

영상재판 방식으로 공판준비기일을 열거나 증인신문 또는 고지절차를 진행하기 위한 요건 및 절차를 규정함으로써 국민의 재판받을 권리를 보장하고, 사법 접근성을 확대하였다.



**Tip** **공동피고인의 소송관계 - [공범에 대한 판례 5명제]**

[기출다수]

**0. 공동피고인의 증인적격**

- ① 공범인 공동피고인 → 피고인지위에 있으므로, 변론을 분리하지 않는 한 증인적격 없음
- ② 공범 아닌 공동피고인 → 제3자(증인의 지위)이므로, 증인적격 있음

**1. 공범자인 공동피고인의 공판정 진술(법정진술)의 증거능력**

당연히 다른 피고인(공범자)에게 증거능력 있음 → 판례명제 1

**2. 공범자인 공동피고인의 검찰자백의 증거능력**

제312조 제1항 개정취지상 당해피고인이 내용을 인정해야 증거능력 있음 → 판례명제 2

**3. 공범자인 공동피고인의 경찰자백의 증거능력**

제312조 제3항 취지상 당해피고인이 내용을 인정해야 있음(피고인내용인정설) → 판례명제 3

**4. 공범자의 자백에 보강증거의 요부**

공범자의 자백에는 보강증거 없이도 당해피고인을 유죄판결할 수 있음 → 판례명제 4

**5. 공범자의 자백의 보강증거의 자격**

공범자의 자백은 독립한 증거로 당해피고인 자백에 대한 보강증거 자격 있음 → 판례명제 5

**0** **공범인 공동피고인의 증인적격(판례 → 변론분리 후 허용)**

검사가 (변론분리+증인)신청하고 법원이 인용결정(원칙적 법원의 재량)을 하면, 증인신문 가능

**1** **공범인 공·피의 법정진술의 증거능력**

→ 판례명제 1

피고인에게 반대신문권이 보장되어 증인으로 신문한 바와 같으므로 당연히 당해피고인에게 독립한 증거능력 있음

**2** **공범인 공·피의 검찰진술의 증거능력**

→ 판례명제 2

제312조 제1항 개정취지상(감경의 상호협력관계, 인권보장, 공판중심주의) 당해피고인이 내용을 인정해야 있음  
→ 공범이 사망 등 하더라도 개정취지상 제314조 적용되지 않을 것임

**3** **공범인 공·피의 경찰진술의 증거능력**

→ 판례명제 3

제312조 제3항 취지상(인권보장 및 위법수사 억제) 당해피고인이 내용을 인정해야 증거능력 있음  
→ 공범이 사망 등 하더라도 제312조 제3항의 취지상 제314조 적용되지 않음

**4** **공범자의 자백에 보강증거의 요부**

→ 판례명제 4

제310조 '피고인 자백'에 공범자 자백은 포함되지 않으므로 공범자 자백만으로 당해피고인 유죄가능  
→ 결국, 공범자 자백은 당해피고인에 대한 관계에서는 독립한 증거임

**5** **공범자의 자백의 보강증거의 자격**

→ 판례명제 5

공범자의 자백은 독립한 증거이므로 당해피고인에 대한 보강증거의 자격이 있음


**Tip** 공범·공동피고인에 대한 피의자신문조서

**① 검사작성 피신조서 → 제312조 제1항 개정취지(검사·사경의 상호협력관계, 인권보장 및 공판중심주의)**
**(1) 공범인 공동피고인에 대한 피의자신문조서**

① 개정취지상 제312조 제1항은 검사작성 당해피고인뿐만 아니라 공범관계에 있는 피신조서에 대하여도 적용되는바, 당해피고인이 공범에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 그 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다(대판 2023.6.1. 2023도3761). ☞ 피고인내용인정설 → [공범에 대한 판례명제 2]

② 당해피고인이 공범에 대한 검사작성 피신조서에 대하여 그 내용을 부인하면 증거능력이 부정되므로, 그 당연한 결과로 제314조도 적용되지 않을 것이다(대판(소합) 2004.7.15. 2003도7185 참조).

**(2) 공범이지만 공동피고인 아닌 자에 대한 피의자신문조서**

제312조 제1항 개정취지상, 사경작성과 동일해짐(피고인내용인정설)

**(3) 공범 아닌 공동피고인에 대한 피의자신문조서**

단순히 병합심리받고 있는 공범 아닌 공동피고인은 당해피고인에 대한 관계에 있어서는 제3자(증인지위)에 불과하므로, 비록 공범 아닌 공동피고인(원진술자)이 규칙 제134조 제2항 본문에 의한 필요적 의견진술을 하는 과정에서 그 진정성립과 임의성을 인정하더라도, 당해피고인이 증거동의하지 않는 이상 반드시 원진술자인 공동피고인이 증인의 지위에서 그 성립의 진정을 증명하고 당해피고인에게 반대신문의 기회가 보장되어야 증거능력이 인정된다(제312조 제4항 적용).

**(4) 공범도 아니고 공동피고인도 아닌 제3자에 대한 피의자신문조서**

당해피고인에 대한 관계에 있어서는 제3자에 불과하므로, 증거동의 하지 않는 이상 제3자가 현재의 사건에 증인으로 출석하여 그 성립의 진정을 증명하여야 증거능력이 인정된다(제312조 제4항 적용).

**② 사경작성 피신조서 → 제312조 제3항 취지(인권보장 및 위법수사의 억제)**
**(1) 공범인 공동피고인에 대한 피의자신문조서**

제312조 제3항의 입법취지상, 제312조 제3항은 사경작성 당해피고인뿐만 아니라 당해피고인과 공범관계에 있는 자에 대한 피신조서를 당해피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다(대판(소합) 2004.7.15. 2003도7185 등). ☞ 피고인내용인정설 → [공범에 대한 판례명제 3]

당해피고인이 공범에 대한 사경작성의 피신조서에 대하여 그 내용을 부인하면 증거능력이 부정되므로, 그 당연한 결과로 제314조도 적용되지 않는다(위 소합).

**(2) 공범이지만 공동피고인 아닌 자에 대한 피의자신문조서**

사경작성의 공동피고인이 아닌 공범에 대한 피신조서는 당해피고인에 대한 관계에 있어서는 제312조 제3항의 취지상 원진술자가 아닌 당해피고인이 내용을 인정하여야 증거능력을 인정할 수 있다(대판 2012.7.26. 2012도2937). ☞ 피고인내용인정설

**(3) 그 외의 사경작성 피의자신문조서**

사경작성의 ① 공범 아닌 공동피고인에 대한 피신조서, ② 공범도 아니고 공동피고인도 아닌 순수한 제3자에 대한 피신조서 등은, 당해피고인에 대한 관계에서는 당연히 제312조 제4항이 적용된다.

## 제2편 소송주체와 소송행위

### 01. 일반법원과 군사법원의 재판권

[법원18]

군사법원이 특정 군사범죄를 범한 일반 국민에 대하여 신분적 재판권을 가지더라도 이는 어디까지나 해당 특정 군사범죄에 한하는 것이지 이전 또는 이후에 범한 다른 일반 범죄에 대해서까지 재판권을 가지는 것은 아니다(대결(순습) 2016.6.16. 2016초기318).

### 02. 수임판사의 영장청구 기각결정에 대한 불복방법

[변18 사시07 등]

검사의 체포·구속영장 청구에 대한 지방법원판사의 재판은 법 제402조의 항고의 대상이 되는 ‘법원의 결정’에 해당하지 않고, 제416조 제1항의 준항고의 대상이 되는 ‘재판장 또는 수명법관의 구급 등에 관한 재판’에도 해당하지 않는다(대결 2006.12.18. 2006모646[소위 론스타 사건]).

- ☞ 판례에 따르면, 검사의 구속영장청구에 대한 지방법원판사의 기각결정에 대하여 검사는 항고, 재항고, 준항고 등 어떠한 방법으로도 불복할 수 없고, 구속의 필요성이 있다고 판단되면 새로운 구속사유 등을 이유로 구속영장을 재청구하는 방법(제201조 제5항)밖에 없다.
- ☞ 입법론 : 영장청구 기각결정에 대하여 영장항고제도의 도입론이 주장되고 있다(검찰측).
- ☞ 단, 증거보전청구 기각결정에 대하여는 3일 이내에 항고할 수 있다(제184조 제4항 참조).

### 03. 상습특수상해죄의 사물관할, 상습 가중 등

- ① 상습특수상해죄(형법 제264조, 제258조의2 제1항. 1년 이상 10년 이하)는 법정형의 단기가 1년 이상 이므로 제1심 관할법원은 합의부 관할사건이다(법원조직법 제32조 제1항 제3호 본문). → 법정형
- ② 상습특수상해죄는 형법 제258조의2 제1항에서 정한 법정형의 단기와 장기를 모두 가중하여 1년 6개월 이상 15년 이하의 징역에 처한다는 의미로 새겨야 한다(判例). → 처단형
  - ☞ 피고인이 상습특수상해죄로 기소된 사건을 단독판사가 제1심으로 심판하였고, 원심이 그 항소심으로 심리하면서 형법 제258조의2(특수상해죄)에서 정한 형의 장기만을 가중하고 작량 감경을 거쳐 피고인에게 징역 8개월을 선고한 경우, 상습특수상해죄에 대하여 작량감경을 하더라도 그 처단형이 징역 9개월 미만일 수 없는데도 징역 8개월을 선고한 원심의 판단에는, 그 처단형의 범위를 벗어나 선고형을 정한 잘못도 있다. → 선고형
  - ☞ 따라서 원심판결·제1심판결을 모두 파기하고, 사건을 관할권이 있는 광주지방법원 순천지원 합의부에 이송한 사안(대판 2017.6.29. 2016도18194[상습특수상해죄의 사물관할과 처단형의 범위가 쟁점인 사건] [남편 상습특수상해 톱부인 사건]).

## 제5편 공 판



### Tip 심판대상의 변경방법

[변15事]

심판대상의 변경방법으로는 공소장변경의 방법(제298조 제1항)과 추가기소의 방법, 공소취소의 방법(제255조) 등이 있는데, 공소장변경은 소송계속 중 법원의 허가를 얻어 공소사실의 동일성을 해하지 않는 한도에서만 허용됨에 반하여, 추가기소와 공소취소는 수개의 범죄사실 즉, 실제적 경합범 관계에 있는 범죄사실을 대상으로 한다는 점에서 구별된다.

- ① **공소장변경** : 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서만 허용된다(제298조 제1항).
- ② **추가기소** : 실무상 수개의 관련사건(제11조 참조) 중 선행 기소된 수소법원이 병합하여 심판해 달라는 취지의 후행 기소를 말한다. 검사가 추가기소를 할 때에는 그 공소장 앞에 변론병합 신청서를 붙여 제출하는 것이 보통이다(법원실무Ⅱ, 2014년, 436면 참조).
- ③ **공소취소(=철회)** : 검사가 제1심판결 선고 전까지 공소제기를 장래에 대하여 철회하는 법률행위적 소송행위를 말하는데(제255조), 공소취소도 공소사실의 동일성이 인정되지 않는 수개의 범죄사실의 전부 또는 일부를 철회하는 것이라는 점에서, 동일성이 인정되는 공소사실의 일부를 철회하는 공소장변경과 구별된다.

### 01. 공소장변경과 관련된 판례의 선해이론

[사시17 법행09.23 법원23 법13]

#### ① 포괄일죄(상상적 경합)의 추가기소와 공소장변경의제설 또는 석명후판단설

- ① 검사가 수개의 협박 범행을 먼저 기소하고 다시 별개의 협박 범행을 추가로 기소하여 이를 병합심리하는 과정에서 전후에 기소된 각각의 범행이 포괄일죄로 밝혀진 경우, ... 비록 협박죄의 포괄일죄로 공소장변경절차가 없었다거나 석명절차를 거치지 아니하였더라도, 법원은 전후에 기소된 범죄사실 전부에 대하여 실체판단을 할 수 있고, 추가기소된 부분에 대하여 공소기각판결을 할 필요는 없다(대판 2007.8.23. 2007도2595). ☞ **공소장변경의제설.**  
☞ 추가기소가 형식적으로는 이중기소에 해당하지만 실질적으로는 공소장변경으로 의제하여 법원은 전후에 기소된 범죄사실 전부에 대하여 실체판단을 할 수 있다는 판시.
- ② **상상적 경합관계에 있는 공소사실 중 일부가 먼저 기소된 후 나머지 공소사실이 추가기소되고 이들 공소사실이 상상적 경합관계에 있음이 밝혀진 경우라면, ... (중략) ... 법원으로서**는 석명권을 행사하여 검사로 하여금 추가기소의 진정한 취지를 밝히도록 하여 검사의 석명에 의하여 ... 추가기소에 의하여 공소장변경이 이루어진 것으로 보아 전후에 기소된 공소사실 전부에 대하여 실체판단을 하여야 하고 추가기소에 대하여 공소기각판결을 할 필요가 없다(대판 2012.6.28. 2012도2087[상호저축은행 사건]). ☞ **석명후판단설.**

## ② 경합범에 대한 공소장변경의 일부철회와 공소취소의 의제 [법13]

공소장에 기재된 수개의 공소사실이 서로 동일성이 없고 실제적 경합관계에 있는 경우에 그 일부를 철회하려면 공소장변경의 방식(제298조)이 아닌 공소취소절차(제255조)에 의하여야 한다. 그러나 그러한 경우 공소취소의 취지가 명백하다면 공소취소신청의 형식이 아니더라도 법원은 그 부분 공소취소로 보아 공소기각결정을 하면 된다(대판 1986.9.23. 86도1487; 대판 1992.4.24. 91도1438. 소위 선행이론). 실무도 그와 같이 처리한다.

☞ 다만, 항소심에서는 공소취소가 불허되므로(제255조 제1항) 그러한 방식이 허용될 수는 없다.

## 02. 공소장변경의 한계 ∝ 공소사실의 동일성 판단기준 [변13·15·25(1) 사사17·16 법행11 등]

기본적사실동일설(多) + 「규범적 요소」(죄질 또는 피침해법익의 현저한 차이 등)도 고려(94' 숲숨)

- ① 강도상해사실 - 장물취득사실 ⇒ 동일성 없음(94' 숲숨. 구로공단백치기 사건)
- ② 상해의 공소사실 - 폭처범위반(집단·흉기등 협박)의 범죄사실 ⇒ 동일성 없음(判例) [법행11]
- ③ 증거인멸죄의 범죄사실 - 살인죄의 공소사실 ⇒ 동일성 없음(대판(숲숨) 2017.1.25. 2016도 15526[이태원 햄버거가게 살인 사건])
- ④ 범행시각의 변경 : 피고인이 폭행을 한 날짜와 장소, 방법은 변경하지 않고 범행시각만 30분 늦추는 내용의 공소사실 변경은 피고인의 방어권에 불이익을 주는 것이 아니기 때문에 법원은 검사의 공소장변경신청을 허가하여야 한다(대판 2015.5.28. 2014도6320).

## 03. 공소장변경의 필요성(요부) [변23(2) 사사14 법행17 법19 등]

사실기재설(=실질적 불이익설)(통설·판례)

- ① 법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 공소장변경 없이 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 공소사실을 인정할 수 있다(判例). ☞ 사실기재설(실질적 불이익설) 입장.
- ② 정당의 공직후보자 추천과 관련하여 '금품을 수수하였다'는 공소사실에 대하여, 법원이 공소장 변경절차를 거치지 않고 직권으로 '금원을 대여함으로써 금융이익 상당의 재산상 이익을 수수하였다'는 범죄사실을 유죄로 인정한 것은, ... 피고인들의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래한 것으로 위법하다(대판 2009.6.11. 2008도11042). [법행12]
- ③ 일반범과 특별범 : 형법상의 제3자 뇌물공여 교사죄 → 특가법 : 공소장변경 필요(判例).
- ④ 명예훼손죄의 공소사실 → 모욕죄 : 공소장변경 필요(判例)
- ⑤ 사실적시 명예훼손의 공소사실 → 허위사실적시 명예훼손 : 공소장변경 필요(判例) [법원17]
- ⑥ 고의범 → 과실범 : 공소장변경 필요(判例) [변20(1)]
- ⑦ 폭력행위처벌법 제3조 제1항 중 '흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여' 타인의 재물을 갈취하였다는 공소사실 → '단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써' 타인의 재물을 갈취하였다는 사실 : 공소장변경 필요(대판 2013.6.27. 2013도3983)

- ⑧ **공동정범으로 기소된 범죄사실을 방조사실로 인정할 수 있는지 여부(한정 적극)** : 법원은 ... 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라면 ... 공동정범으로 기소된 범죄사실을 방조사실로 인정할 수 있다(대판 2018.9.13. 2018도7658 등).
- ⑨ **단독범으로 기소된 피고인을 공소장변경 없이 공동정범으로 인정할 수 있는 범위와 한계** : 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 ... 단독범으로 기소된 것을 다른 사람과 공모하여 동일한 내용의 범행을 한 것으로 인정하는 경우에 이로 말미암아 피고인에게 예기치 않은 타격을 주어 방어권 행사에 실질적 불이익을 줄 우려가 없다면 공소장변경이 필요한 것은 아니다(대판 2018.7.12. 2018도5909[요양원의 국민건강보험공단에 대한 허위 급여 비용청구 사건]). [변15 법행18]
- ☞ 단독범으로 기소된 피고인을 공소장변경 없이 일부 범행기간에 관해서 공동정범으로 인정한 사안.
- ⑩ **기소된 공소사실의 재산상 피해자와 공소장에 기재된 피해자가 다른 것이 판명된 경우에는 공소사실의 동일성을 해하지 않고 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 주지 않는 한 공소장 변경절차 없이 직권으로 공소장 기재의 피해자와 다른 실제의 피해자를 적시하여 이를 유죄로 인정하여야 한다**(대판 2017.6.19. 2013도564[사기]).

#### 04. 축소사실의 인정과 법원의 심판의무 - 소위 ‘판결편의주의’ 문제

[변21(1)事 법19]

##### 1. 문제점

법원은 공소사실에 포함되는 축소사실에 대하여는 공소장변경 없이 축소사실을 인정할 수 있는데, 이러한 축소사실에 대한 유죄판결을 하는 것이 법원의 의무인가이다.

##### 2. 판례의 태도

공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 중대하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우라면 법원 으로서는 직권으로 그 범죄사실을 인정하여야 한다는 전제에서 히로뽕투약죄의 미수를 인정하는 것이 법원의 의무라고 한다(대판 1999.11.9. 99도3674).

법원의 판결의무의 인정기준으로 사안의 중대성과 정의와 형평이라는 관념을 제시한 것이다.

##### 3. 구체적 검토

###### (1) 법원의 심판의무를 인정하지 않은 경우 - 판결편의주의에 입각한 판례

- ① 대판 1984.11.27. 84도2089(폭행치사죄 → 폭행죄)
- ② 대판 1990.10.26. 90도1229(상해치사죄 → 폭행죄)
- ③ 대판 1993.12.28. 93도3058(상해죄 → 폭행죄) [변13(1)事]
- ④ 대판 1997.2.14. 96도2234(허위적시 출판물에 의한 명예훼손죄 → 사실적시 출판물에 의한 명예훼손죄)
- ⑤ 대판 2008.10.9. 2007도1220(허위사실적시 명예훼손죄 → 사실적시 명예훼손죄)
  - ☞ 목사가 예배중 특정인을 가리켜 “이단 중에 이단이다”라고 설교한 부분이 명예훼손죄에서 말하는 ‘사실의 적시’에 해당하지 않는다고 한 사례.
- ⑥ 대판 2008.6.26. 2007도11125(횡령죄 → 배임죄)

(2) 법원의 심판의무를 인정한 경우

- ① 대판 1999.11.9. 99도3674(히로뽕투약죄의 기수범 → 미수범)
- ② 대판 1990.4.24. 90도401(폭처법위반 → 주거침입)
- ③ 대판 1988.3.8. 87도2673(강간치상죄 → 강간죄)
- ④ 대판(순습) 1999.4.15. 96도1922(강제추행치상죄 → 강제추행죄)
- ⑤ 대판 2024.4.12. 2021도9043(준강간죄의 장애미수 → 준강간죄의 불능미수)

▣ **공소장변경 없이 직권으로 준강간죄의 장애미수를 불능미수로 인정할 수 있는지 여부(적극)**

**1. 준강간죄의 불능미수 성립요건**

피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 준강간의 실행에 착수하였으나, 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우에는 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 준강간죄에서 규정하고 있는 구성요건적 결과의 발생이 처음부터 불가능하였다고 볼 수 있다. 이때 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었다면 준강간죄의 불능미수가 성립한다(대판(순습) 2019.3.28. 2018도16002 참조).

**2. 공소장변경 없이 직권으로 다른 범죄사실을 인정해야 하는 기준**

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(대판 1999.11.9. 99도3674 등 참조), 이와 같은 경우 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 가범지 아니하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우라면 법원으로서도 직권으로 그 범죄사실을 인정하여야 한다(대판 2006.4.13. 2005도9268, 대판 2022.4.28. 2021도9041 등 참조).

- ☞ 피고인이 술에 취하여 잠이 들어 항거불능 상태에 있던 피해자를 간음하려 하였으나 정신을 차린 피해자가 거부하며 항의하는 바람에 미수에 그쳤다는 이유로 준강간죄의 장애미수로 기소된 사안.
- ☞ 원심은, 피고인에게 준강간 고의가 있었던 것으로는 보이나 당시 피해자가 항거불능 상태에 있었다는 점에 관한 증거가 부족하여 준강간죄의 장애미수가 성립한다고 볼 수 없고, 준강간죄의 불능미수로 의율할 수는 있다고 보이나, 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 있으므로 공소장변경 없이 직권으로 준강간죄의 불능미수 범죄사실을 인정할 수는 없다는 이유로, 무죄로 판단하였음.
- ☞ 대법원은, 위와 같은 법리를 실시하면서, 피고인의 행위가 준강간죄의 불능미수에 해당한다고 볼 수 있고, 나아가 ① 준강간죄의 장애미수의 공소사실과 준강간죄의 불능미수의 범죄사실 사이에 범행일시, 장소, 구체적 행위 등 기본적 사실에 차이가 없고, ② 제반사정에 비추어 직권으로 준강간죄 불능미수의 범죄사실을 인정하더라도 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 있다고 볼 수 없으며, ③ 준강간죄의 불능미수가 중대한 범죄이고, 준강간죄의 장애미수와 사이에 범죄의 중대성, 죄질, 처벌 가치 등 측면에서 별다른 차이가 없어, 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하므로, 원심으로서도 준강간죄의 불능미수 범죄사실을 직권으로 인정하였어야 한다고 보아, 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심을 파기·환송함(대판 2024.4.12. 2021도9043).

## 제8편 재판 및 상소, 재심 등

### 01. 무죄판결의 사유인 제325조 전단의 ‘피고사건이 범죄로 되지 아니하는 때’

- ① 재심사건에서 범죄사실에 대하여 적용하여야 할 법령(= 재심판결 당시의 법령) : 법원은, 형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 소급하여 그 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우, 당해 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 제325조에 따라 무죄를 선고하여야 한다. 나아가 형벌법령이 재심판결 당시 폐지되었더라도 그 ‘폐지’가 당초부터 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 제325조 전단의 ‘범죄로 되지 아니한 때’의 무죄사유에 해당하는 것이지, 제326조 제4호의 면소사유에 해당한다고 할 수 없다.

☞ 따라서 면소판결에 대하여 무죄판결인 실체판결이 선고되어야 한다고 주장하면서 상고할 수 없는 것이 원칙이지만, 위와 같은 경우에는 예외적으로 면소판결에 대하여 상고가 가능하다(대판(순합) 2010.12.16. 2010도5986[대통령긴급조치위반·반공법위반]). [법행20]

- ② 재심사건에서 형벌 관련 법령이 당초부터 위헌·무효인 경우 무죄사유에 해당하는지 여부(적극) : 재심이 개시된 사건에서 형벌에 관한 법령이 재심판결 당시 폐지되었다 하더라도 그 폐지가 당초부터 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 제325조 전단의 ‘범죄로 되지 아니한 때’의 무죄사유에 해당하는 것이지, 제326조 제4호의 면소사유에 해당한다고 할 수 없다(대판(순합) 2013.5.16. 2011도2631[긴급조치 제4호 위반 사건]).

### 02. 공소장변경과 판례의 선해이론

#### 1. 포괄일죄의 추가기소와 선해이론

[변14 사시17·07 법행09·23 법원23 등]

검사가 단순일죄라고 하여 사기 범행을 먼저 기소하고 포괄일죄인 상습사기 범행을 추가로 기소하였으나 그 심리과정에서 전후에 기소된 범죄사실이 모두 포괄하여 상습사기의 일죄를 구성하는 것으로 밝혀진 경우, … 석명(규칙 제141조)에 의하여 공소장변경을 하는 취지의 것으로서 이종기소가 아님이 분명하여진 경우에는, 위의 추가기소에 의하여 공소장변경이 이루어진 것으로 보아 전후에 기소된 범죄사실 전부에 대하여 실체판단을 하여야 하고 추가기소에 대하여 공소기각판결을 할 필요는 없다(대판 1999.11.26. 99도3929 등). ☞ 석명후판단설

#### 2. 공소취소와 선해이론

[법13]

공소장변경은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에 한하여 가능한 것이므로(제298조 제1항), 공소사실의 동일성이 없고 실체적 경합관계에 있는 경우에 그 일부를 심판대상에서 철회하려면 공소장변경의 방식에 의할 것이 아니라 공소취소의 절차(제255조)에 의하여야 한다.

그러나 판례는 그러한 경우 공소취소의 취지가 명백하다면 공소취소신청의 형식을 갖추지 아니하였더라도 법원은 그 부분 공소취소로 보아 공소기각결정을 하면 된다고 한다(대판 1986.9.23. 86도1487; 대판 1992.4.24. 91도1438. 소위 선해이론).

**03. 유죄판결에 명시할 이유 중 소송관계인의 주장에 대한 판단(제323조 제2항)** [변22(1)事 등]

- ① 법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유 또는 형의 가중, 감면의 이유되는 사실의 진술이 있는 때에는 이에 대한 판단을 명시하여야 한다(제323조 제2항). 제323조 제2항은 그 주장이 배척되는 경우에만 그 의미가 있다.
- ② ‘형의 가중·감면의 이유되는 사실’이란 형의 필요적 가중·감면의 이유되는 사실을 말하고 형의 감면이 법원의 재량인 임의적 감면사유는 이에 해당하지 않는다(대판 2017.11.9. 2017도14769).

**▣ 심신상실의 주장 → 필요적 감면사유로 배척시 판결이유에서 명시 필요** [변22(1)事]

- ① 음주만취되어 기억이 나지 않는다는 주장은 심신장애의 주장이므로 이에 대하여 유죄판결의 이유에서 판단하여야 한다(대판 1990.2.13. 89도2364).
- ② 피고인이 법정에서 “공소사실은 모두 사실과 다름없다”고 하면서 술에 만취되어 기억이 없다는 취지로 진술한 경우, 피고인이 음주상태로 운전하다가 교통사고를 내었고, 또한 사고 후에 도주까지 하였다고 하더라도 피고인이 술에 만취되어 사고 사실을 몰랐다고 범의를 부인함과 동시에 그 범행 당시 심신상실 또는 심신미약의 상태에 있었다는 주장으로서 제323조 제2항에 정하여진 법률상 범죄의 성립을 조각하거나 형의 감면의 이유가 되는 사실의 진술에 해당하므로 피고인은 적어도 공소사실을 부인하거나 심신상실의 책임조각사유를 주장하고 있는 것으로 볼 여지가 충분하므로 간이공판절차에 의하여 심판할 대상에 해당하지 아니한다(대판 2004.7.9. 2004도2116). [법01,11]

**▣ 심신미약의 주장 → 임의적 감면사유(형법 제10조 제2항 개정)로 배척시 판결이유에서 명시 불요**

피고인측에서 “범행 당시 충동조절장애의 심신미약 상태였다.”고 진술하고 있는 경우 → 2018년 개정 형법 제10조 제2항에 따르면, 임의적 감면사유에 해당하므로, 배척시 판결이유에서 명시 불요(대판 2024.7.25. 2022도2607 참조).

**▣ 기타 임의적 감면사유의 주장**

- ① **자수의 주장** : 자수(형법 제52조 제1항)는 그에 따른 형의 감면이 법원의 재량에 맡겨져 있다. 형의 임의적 감면사유인 자수사실에 관한 진술은 제323조에 따라 유죄판결의 이유에서 그에 대한 판단을 명시하여야 할 사항이라고 볼 수 없다(대판 2024.7.11. 2021도6051; 대판 2004.6.11. 2004도2018). ⇨ 따라서 법원이 피고인들의 자수 주장에 관하여 아무런 판단을 하지 않았더라도 판단누락의 위법이 없다. [변22(1)事,22(3)]
- ② **피해회복에 관한 주장** : 피해회복에 관한 주장이 있었더라도 이는 작량감경 사유에 해당하여 형의 양정에 영향을 미칠 수 있을지언정 유죄판결에 반드시 명시하여야 하는 것은 아니다(대판 2017.11.9. 2017도14769).
- ③ **불능미수의 주장(형법 제27조)** : 임의적 감면사유이므로 명시할 사항이 아니다(대판 2024.4.12. 2021도9043).

**▣ 무고죄를 범한 자의 재판확정 전 자백을 필요적 감면사유로 정한 형법 제157조, 제153조에서 정한 ‘자백’의 범위 및 ‘재판이 확정되기 전’의 의미**

형법 제157조, 제153조는 무고죄를 범한 자가 그 신고한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다고 하여 재판확정 전의 자백을 필요적 감경 또는 면제 사유로 정하고 있다. 그리고 형법 제153조에서 정한 ‘재판이 확정되기 전’에는 피고인의 고소사건 수사 결과 피고인의 무고 혐의가 밝혀져 피고인에 대한 공소가 제기되고 피고소인에 대해서는 불기소결정이 내려져 재판절차가 개시되지 않은 경우도 포함된다(대판 2024.9.12. 2024도7400(무고) [무고죄를 범한 자가 재판확정 전에 범행을 자백하여 필요적 감면사유가 인정되는지 여부가 문제된 사건]).

#### 04. 포괄일죄(상습범)의 기판력 제한

[변24(1)事 법행17 법11.19 등]

근래 대법원은 기판력이 지나치게 확장되는 것을 방지하기 위하여 새로운 판단기준을 제시하였다.

즉, 상습사기죄가 포괄일죄의 기판력을 인정받기 위하여는 범인이 처음부터 상습사기죄로 기소되어 확정판결을 받아야 한다는 입장이다(대판(순합) 2004.9.16. 2001도3206[인천신공항사기 사건] [다수의견]).

따라서 실체법상 포괄일죄 관계에 있는 여러 상습사기의 범행 중 일부에 대하여 단순사기죄의 확정판결이 있는 경우에 그 확정판결의 기판력의 표준시 전에 저질러진 상습사기죄에 대하여 위 확정판결의 기판력은 미치지 않는다고 하여, 종래의 판례 입장을 부분적으로 폐기하였다.

##### ▣ 포괄일죄(영업범) 중간의 확정판결과 그 후의 범죄사실의 분단 여부(적극)

[변18·17(2)]

[1] 포괄일죄인 영업범에서 공소제기의 효력은 공소가 제기된 범죄사실과 동일성이 인정되는 범죄사실의 전체에 미치므로, 공판심리 중에 그 범죄사실과 동일성이 인정되는 범죄사실이 추가로 발견된 경우에 검사는 공소장변경절차에 의하여 그 범죄사실을 공소사실로 추가할 수 있다. 그러나 공소제기된 범죄사실과 추가로 발견된 범죄사실 사이에 그 범죄사실들과 동일성이 인정되는 또 다른 범죄사실에 대한 유죄의 확정판결이 있는 때에는, 추가로 발견된 확정판결 후의 범죄사실은 공소제기된 범죄사실과 분단되어 동일성이 없는 별개의 범죄가 된다(대판 2017.4.28. 2016도21342[식품위생법위반]).

[2] 이때 공소장변경절차에 의하여 확정판결 후의 범죄사실을 공소사실로 추가할 수 있는지 여부(소극) : 따라서 이때 검사는 공소장변경절차에 의하여 확정판결 후의 범죄사실을 공소사실로 추가할 수는 없고 별개의 독립된 범죄로 공소를 제기하여야 한다.

##### ▣ 포괄일죄 범행 중 일부에 대한 확정판결의 효력이 사실심 판결선고 이전에 이루어진 나머지 포괄일죄 범행과 상상적 경합관계에 있는 죄에 대하여도 미치지 여부(적극)

포괄일죄 관계인 범행의 일부에 대하여 판결이 확정된 경우에는 사실심 판결선고시를 기준으로, 약식 명령이 확정된 경우에는 약식명령 발령시를 기준으로, 그 이전에 이루어진 범행에 대하여는 확정판결의 기판력이 미친다(判例). 또한 상상적 경합범 중 1죄에 대한 확정판결의 기판력은 다른 죄에 대하여도 미친다(判例). 따라서 포괄일죄 관계인 범행의 일부에 대하여 판결이 확정되거나 약식명령이 확정되었는데 그 사실심 판결선고시 또는 약식명령 발령시를 기준으로 그 이전에 이루어진 범행이 포괄일죄의 일부에 해당할 뿐만 아니라 그와 상상적 경합관계에 있는 다른 죄에도 해당하는 경우에는 확정된 판결 내지 약식명령의 기판력은 위와 같이 상상적 경합관계에 있는 다른 죄에 대하여도 미친다(대판 2023.6.29. 2020도3705).

☞ 피고인이 인스타그램을 통하여 다수의 피해자에게 성적수치심을 유발하는 글을 도달하게 하고, 비방할 목적으로 허위 내용의 글을 작성하여 게시함으로써 명예를 훼손하고, 모욕을 하였다는 이유로, 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란), 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한 법률위반(명예훼손), 모욕으로 기소됨.

☞ 피고인이 피해자 A에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란) 등 범행으로 선행 확정판결, 선행 약식명령을 받았고, 이 사건 공소사실 중 일부가 선행 확정판결 사실심 판결선고시, 약식명령 발령시 이전에 이루어졌으며, 선행 확정판결, 선행 약식명령의 범죄사실과 포괄일죄 관계에 있는 피해자 A에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란) 등 범행과 상상적 경합관계에 있으므로, 해당 부분 공소사실에 대하여 선행 확정판결, 선행 약식명령의 기판력이 미친다고 보아, 주문 또는 이유에서 면소로 판단한 사안.

▣ 사실심 법원이 피고인의 사망사실을 간과한 채 유죄판결을 선고한 경우, 그 시정을 위하여 원심의 변호인 등이 예외적으로 공소기각 결정을 구하는 취지의 상소를 제기할 수 있는지 여부(적극)

형사소송법 제341조 제1, 2항에 의하면, 피고인의 배우자, 직계친족, 형제자매 또는 원심의 대리인이나 변호인(이하 통틀어 ‘원심의 변호인 등’이라 한다)은 피고인의 명시한 의사에 반하지 않는 한 피고인을 위하여 상소할 수 있는데, 이는 원심의 변호인 등에게 고유의 상소권을 인정한 것이 아니고 피고인의 상소권을 대리하여 행사하게 한 것에 불과하므로, 피고인이 사망한 때에는 상소권이 소멸하여 그 대리권자인 원심의 변호인 등은 상소를 제기할 수 없는 것이 원칙이다(대판 1998.3.27. 98도253, 대결 2014.9.26. 2014도8268 등 참조).

다만, 피고인이 사망한 경우 제328조 제1항 제2호나 제363조 제1항에 따라 공소기각 결정이 내려졌어야 함에도 사실심 법원이 피고인의 사망사실을 간과한 채 유죄판결을 선고한 때에는, 그 시정을 위하여 원심의 변호인 등이 예외적으로 공소기각 결정을 구하는 취지의 상소를 제기할 수 있다고 보아야 한다(대판 2025.12.15. 2023도6106).

## 05. 일부상소(제342 제1항)

[변23(2)事 사시13·00·03 법행15·09 등]

### 1. 포괄일죄(상상적 경합)의 일부상소

[변15(3) 법행09]

#### (1) 문제점

판례 중에는 포괄일죄의 경우에도 피고인에게 유리하게 일부상소(제342조 제1항)와 상소불가분의 원칙(동조 제2항)을 선택적으로 적용하는 판례가 등장하고 있다.

#### (2) 포괄일죄 일부에 유죄가 선고되었는데 피고인만 유죄부분에 대하여 상소한 경우

상소불가분원칙에 의해 무죄부분도 상고심에 이심되기는 하나, 그 부분은 사실상 심판대상에서 제외되어 이미 당사자 간의 공격방어의 대상으로부터 벗어나 사실상 심판대상에서부터 벗어나게 되어 상고심으로서도 그 무죄부분에까지 나아가 판단할 수 없다(대판 1991.3.12. 90도2820).

#### (3) 포괄일죄 일부에 무죄가 선고되었는데 검사만 무죄부분에 대하여 상고한 경우

유죄부분도 상고심에 이심되고, 상고심의 심판대상도 된다(대판 1989.4.11. 86도1629).

## ▣ 몰수·추징 부분만의 상소

[법원23]

필요적 몰수·추징 규정이 적용되는 피고사건의 재판 가운데 몰수 또는 추징 부분만에 대하여 상소한 경우의 효력 : 마약류관리에 관한 법률 제67조는 이른바 필수적 몰수 또는 추징 조항으로서 그 요건에 해당하는 한 법원은 반드시 몰수를 선고하거나 추징을 명하여야 한다. 위와 같은 몰수 또는 추징은 범죄행위로 인한 이득의 박탈을 목적으로 하는 것이 아니라 징벌적인 성질을 가지는 처분으로 부가형으로서의 성격을 띠고 있다. 이는 피고사건 본안에 관한 판단에 따른 주형 등에 부가하여 한 번에 선고되고 이와 일체를 이루어 동시에 확정되어야 하고 본안에 관한 주형 등과 분리되어 이심되어서는 아니 되는 것이 원칙이므로, 피고사건의 주위적 주문과 몰수 또는 추징에 관한 주문은 상호 불가분적 관계에 있어 상소불가분의 원칙이 적용되는 경우에 해당한다.

따라서 피고사건의 재판 가운데 몰수 또는 추징에 관한 부분만을 불복대상으로 삼아 상소가 제기되었다 하더라도, 상소심에서는 이를 적법한 상소제기로 다루어야 하고, 그 부분에 대한 상소의 효력은 그 부분과 불가분의 관계에 있는 본안에 관한 판단 부분에까지 미쳐 그 전부가 상소심으로 이심된다(대판(순습) 2008.11.20. 2008도5596).