

subnote

최종정리

[경찰·해경 승진 | 법원직·검찰직
| 교정직 | 소방간부]



네친구 신광은 형사소송법

공소제기·공판편 / II

신광은 편저

제1편 공소제기

제1장 공소제기의 기본원칙 6

제2장 공소제기의 방식 9

제1절 공소장 9

제2절 공소장일본주의 16

제3장 공소제기의 효과 19

제1절 공소제기의 효과 19

제2절 심판범위 관련문제 22

제3절 공소시효 32

제2편 소송주체와 일반이론

제1장 소송의 주체 40

제1절 법원 40

제2절 검사 54

제3절 피고인 55

제4절 변호인 65

제2장 소송절차의 일반이론 73

제1절 소송절차와 소송행위 73

제2절 소송서류와 송달 80

제3절 소송조건 86

제3편 공판

제1장 공판절차 90

제1절 공판절차의 기본원칙 90

제2절 공판정의 심리 92

제3절 공판준비절차 95

제4절 공판기일의 절차 100

제5절 증인신문·감정·검증 106

제6절 공판절차의 특수문제 116

제7절 국민참여재판 122

제2장 재판 130

제1절 재판의 기본개념 130

제2절 재판의 확정과 효력 134

제3절 중국재판 138

제4절 소송비용 145



01 Chapter 공소제기의 기본원칙

I 공소제기의 기본원칙

국가소추주의	공소제기의 권한을 국가기관에게 전담(검사소추주의)
기소독점주의	의의 공소제기의 권한을 검사에게 독점
	규제 ① 검찰항고 ② 재정신청 ③ 처분통지 ④ 헌법소원 ⑤ 친고죄 등
기소편의주의	예외 경찰서장의 즉결심판청구 주의 경찰에 의한 소추는 인정하지 않는다. (X)
	의의 수사 결과 범죄의 객관적 혐의가 충분히 인정되고 소송조건을 갖춘 경우에도 검사의 재량으로 불기소처분 을 할 수 있도록 하는 제도 주의 검사는 범죄의 혐의가 인정되고 소추조건이 구비되어 있는 경우 검사는 원칙적으로 공소를 제기하여야 한다. (X)
기소편의주의	내용 ① 기소유예제도 ② 기소변경제도(공소취소 인정)
	규제 ① 재정신청 ② 검찰항고 ③ 불기소처분의 취지·이유 고지 ④ 헌법소원 ⑤ 공소권 남용이론 Tip 검사의 불기소처분이나 그에 대한 항고 또는 재항고결정에 대하여는 행정소송 불가
	예외 재정신청제도

II 공소의 취소

1. 절차

주체	공소취소는 검사만이 가능(기소독점주의) 주의 공소취소에는 피고인의 동의가 필요하다. (X)
사유	불기소처분을 하는 것이 상당하다고 인정되는 경우(법률상 제한 없음) Tip 동일사건이 수 개의 법원에 소송계속된 경우에 검사는 먼저 제기한 공소를 취소 가능
시기	공소는 재심판결 선고 전까지 취소 가능 Tip 약식명령이 고지된 후에는 허용되지 않지만 정식재판 청구에 의해 공판절차가 개시되면 가능 Tip 재정결정에 따른 검사의 공소제기 후에는 공소취소를 할 수 없다. 주의 1심 판결 확정 전까지 (X), 항소심 판결 선고 전까지 (X) 주의 항소심의 파기환송·파기이송 후 (X), 재심절차 (X)
방법	이유를 기재한 서면 또는 구술(공판정) 주의 공판정 외에서도 구술로서 할 수 있다. (X) 주의 공판정 내외를 불문하고 이유를 기재한 서면으로 하여야 한다. (X)
통지	7일 이내에 서면으로 고소인, 고발인에게 그 취지를 통지 주의 지체없이 (X)



III 공소권 남용이론

의의	① 공소권 남용 - 공소제기의 절차와 방식이 형식적으로는 적법, 실질적으로 부당한 경우 주의 형식적으로 위법한 공소제기 (×), 소송조건이 결여된 공소제기 (×), 공소권의 불행사가 부당 (×) ② 공소권 남용이론 - 공소권 남용이 있는 경우 형식재판으로 소송을 종결시켜야 한다는 이론
유형	① 소추재량을 일탈한 공소제기 ② 누락기소 ③ 차별적(선별적) 공소제기 ④ 위법수사에 따른 공소제기 ⑤ 혐의없는 사건의 공소제기
해당 ○	① 절취한 차량을 무면허로 운전한 경우 무면허 운전만이 기소되어 형의 집행 중 가석방된 후 다시 절도 범행과 이미 처벌받은 무면허 운전의 일부 범행까지 포함하여 기소된 경우 ② 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사 (→ 공소기각판결) ③ 종전에 기소유예 처분을 하였다가 4년여가 지난 시점에 다시 기소하였고, 종전 피의사실과 공소사실 사이에 이를 반복할 만한 사정변경이 없는 경우
해당 ×	① 고소인이 아무런 이의를 제기하지 않고 있다가 3년이 지난 뒤에야 뒤늦게 다시 피고인을 동일한 혐의로 고소함 에 따라 검사가 새로이 수사를 제기한 경우 ② 공동피의자 중 일부만을 기소 하고 다른 일부에 대해서는 불기소 처분을 한 경우 ③ 당선자측과 낙선자측을 불평등하게 취급 하는 정치적인 고려가 있는 경우 ④ 검사가 여러 범죄행위를 일괄 기소하지 아니하고 수사진행 상황에 따라 여러 번에 걸쳐 분리 기소 한 경우

관련판례

검사가 **자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우** 공소권의 남용으로 공소제기의 효력을 부인할 수 있고, 자의적인 공소권의 행사는 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다.

가정보호사건의 확정된 불처분결정의 효력을 뒤집을 특별한 사정이 없음에도 불구하고 이 사건 공소제기가 단지 고소인의 개인적 감정에 영합하거나 이혼소송에서 유리한 결과를 얻게 할 의도만으로 이루어진 것이라면 이러한 조치는 공소권의 남용으로서 위법

검사는 똑같은 범죄구성요건에 해당하는 행위라고 하더라도 그 행위자 또는 그 행위 당시의 상황에 따라서 위법성이 조각되거나 책임이 조각되는 경우도 있을 수 있는 것이므로, **공소가 제기되지 아니한 다른 사람이 있다는 사유만으로는 평등권이 침해되었다고 주장할 수 없다.**

불법연행 등 각 위법사유가 사실이라고 하더라도 그 위법한 절차에 의하여 수집된 증거를 배제할 이유는 될지언정 공소제기의 절차 자체가 위법하여 무효라고 할 수 없다.

범의를 가지지 아니한 자에 대하여 **범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 위법하여 무효인 때에 해당**(→ **공소기각판결**)

02

Chapter

공소제기의 방식

제1절 공소장

I 공소장 제출 및 공소장 기재사항

공소장 제출	① 공소장이라는 서면에 의하여야 함 주의 서면 또는 구술(×)	
	② 보조 인신고서, 공소장 부본 , 특별 대리인 선임결정 등본, 변호 인선임서, 구속 에 관한 서류 첨부	
기재사항	필요적	공소사실, 적용법조, 죄명, 피고인, 피고인의 구속여부 주의 사건번호(×), 공소제기한 검사의 관직과 성명(×)
	임의적	공소사실과 적용법조의 예비적 또는 택일적 기재

Tip 조부가 특별히
호구야

Tip 사적죄인 구속

관련판례

- [1] 서면인 공소장의 제출 없이 공소를 제기한 경우에는 이를 허용하는 특별한 규정이 없는 한 소송행위로서의 공소제기가 성립되었다고 볼 수 없다.
- [2] 전자적 형태의 문서가 저장된 저장매체 자체를 서면인 공소장에 첨부하여 제출한 경우에는, 서면인 공소장에 기재된 부분에 한하여 공소가 제기된 것으로 볼 수 있을 뿐이고, 저장매체에 저장된 전자적 형태의 문서 부분까지 공소가 제기된 것이라고 할 수는 없고, 공소장변경 신청의 경우도 마찬가지이다.
주의 전자적 형태의 문서가 저장된 저장매체 자체를 서면인 공소장에 첨부하여 제출한 경우, 그 저장매체나 전자적 형태의 문서를 공소장의 일부로서의 '서면'으로 볼 수 있다. (×)

검사가 기명날인 또는 서명이 없는 상태로 공소장을 관할법원에 제출하는 것은 특별한 사정이 없는 한 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당한다. 다만 검사가 공소장에 기명날인 또는 서명을 추후 보완하는 등의 방법으로 공소제기가 유효하게 될 수 있다. 이러한 하자에 대한 추후 보완 요구는 법원의 의무가 아니다.

공소장에 검사의 간인이 없더라도 그 공소장의 형식과 내용이 연속된 것으로 일체성이 인정되고 동일한 검사가 작성하였다고 인정되는 한 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 할 수 없다.



II 필요적 기재사항

1. 피고인의 성명 기타 피고인을 특정할 수 있는 사항

특정 정도	① 피고인과 타인을 구별할 수 있을 정도 ② 성명모양에서 검사가 피고인표시정정을 하지 않으면 피고인 특정된 것으로 볼 수 없음
불특정	공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효(공소기각의 판결)

관련 판례

공소장에 기재할 피고인의 성명은 반드시 피고인 고유의 성명을 기재해야 하는 것도 아니며 또 그 기재에 오기가 있다고 하더라도 본적, 주소, 생년월일, 직업 또는 인상 체격을 기재하거나 사진을 첨부하는 등 피고인을 특정할 수 있는 정도이면 된다.

2. 공소사실

Tip 유치배

특정정도	다른 범죄사실과 구별될 수 있을 정도(공소사실의 동일성을 인식할 수 있을 정도) Tip 유가증권 위조죄에 있어서 피해자, 업무상과실치상사죄의 피해자의 치료기간, 배임죄에 있어서 재산상의 손해액은 구체적으로 특정될 필요없다.
불특정	① 공소기각 판결 ② 하자의 치유 ① 공소사실이 전혀 특정되지 아니한 경우에는 하자 치유 불가 ② 구체적 범죄구성요건사실이 표시되어 있는 때에는 하자 치유 가능 주의 공소사실이 특정되어 있지 않은 이상 구체적 범죄사실이 표시되어 있더라도 법원은 반드시 공소기각판결을 해야 한다. (X)

관련 판례

공소장의 기재가 불명확한 경우 법원은 검사에게 석명을 구한 다음, 그래도 검사가 이를 명확하게 하지 않은 때에는 공소사실의 불특정을 이유로 공소를 기각함이 상당

업무상과실치상 공소사실 중 그 일부 피해자에 대하여 치료기간이 미상이라고 기재하고 있다고 하더라도 그 치료기간은 필요적 기재사항이라고 할 수는 없는 것이니 위의 공소사실은 모두 특정되어 있다 할 것이다.

일시	이중기소나 시효에 저촉되지 않는 정도
장소	토지관할을 가름할 수 있는 정도
방법	범죄구성요건을 밝히는 정도

관련판례 

범죄의 '일시'가 공소사실 완성 여부를 판별할 수 없을 정도로 개괄적으로 기재되었다면 공소사실이 특정되었다고 볼 수 없다.

공모의 시간·장소·내용 등을 구체적으로 명시하지 아니하였다거나 그 일부가 다소 불명확하더라도 그와 함께 적시된 다른 사항들에 의하여 특정할 수 있고, 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 특정

범죄의 시일, 장소 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 공소범죄의 성격에 비추어 그 **개괄적 표시가 부득이 하고 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다고 보여지는 경우**에는 특정

살인죄에 있어 범죄의 일시·장소와 방법은 범죄의 구성요건이 아닐 뿐만 아니라 이를 구체적으로 명확히 인정할 수 없는 경우에는 **개괄적으로 실시하여도 무방하다.**

교사, 방조	정범의 범죄구성을 충족하는 구체적 사실을 기재
경합범	각 범죄사실별로 특정
포괄일죄	개개의 행위를 구체적으로 특정할 것을 요하지 않고 전체 범행의 시기와 중기, 범행방법, 범행 횟수 또는 피해액의 합계 및 피해자나 상대방을 명시하면 족하다. Tip 포괄일죄에 있어 범죄의 일시, 범행의 방법 등을 개괄적으로 표시·기재한 경우 공소사실이 특정되었다고 볼 수 있다.

관련판례 

포괄일죄인 상습사기의 공소사실에 있어서 그 범행의 모든 피해자들의 성명이 명시되지 않았다 하여 범죄사실이 특정되지 아니하였다고 볼 수 없다.

보건범죄단속에관한특별조치법위반죄는 일정기간 계속된 피고인의 각 의료행위를 포괄하여 일죄를 구성하는 것으로 개개의 행위에 관하여 그 범행대상이 되는 다수의 환자들을 구체적으로 특정하지 않았더라도 특정

관련판례 

특정을 인정한 판례

'주식회사 맥스킨에서 제작하여 각종 광고매체를 통해 국내에서 소비자들에게 널리 인식시킨 자신의 상품임을 표시한 표지'

1971년 말경부터 1972년 말경 사이에 **비밀요정** 등지에서 금 1,200,000원 상당의 향응을 제공받았다.

폭력행사를 목적으로 하는 **속칭 "신시민파"**라는 범죄단체를 구성하였다.

문서위조죄는 부득이하게 개괄적으로 표시할 수밖에 없어 **유가증권위조의 점에 관한 범죄의 일시를 '2000. 초경부터 2003. 3.경 사이에'**로 비교적 장기간으로 기재한 경우 공소사실이 특정되었다.

'인천 또는 불상지'

범죄일시를 '2009. 8. 10.부터 2009. 8. 19.까지 사이'로 열흘의 기간 내로 표시하고, 장소를 '**서울 또는 부산 이하 불상**'으로 표시

피고인이 마약류취급자가 아니면서 2010년 1월에서 3월 사이 일자불상 03:00경 서산시 소재 상호불상의 모텔에서, **甲과 공모하여 여자 청소년 乙에게 메스암페타민(일명 필로폰)을 투약하였다.**



3. 죄명

기재 방법	죄명은 적용법조와 함께 심판대상을 정하는 보조적 기능 을 하므로 구체적으로 표시
오기 효과	피고인의 방어에 실질적 불이익이 없는 한 공소제기의 효력에 영향이 없다.

관련판례

공소장에 수개의 공소사실에 대하여 그 죄명을 일괄표시하였다 하여도 공소사실을 보면 그 죄명과 적용법조를 알아차릴 수 있는 경우에는 그 죄명과 적용법조가 특정되어 있지 않다 할 수 없다.

4. 적용법조

오(誤)기재	수소법원의 전권사항이므로 공소제기의 효력에 영향이 없다.
불(不)기재	① 공소사실과 죄명은 기재했으나 적용법조를 기재하지 않은 경우 → 공소제기는 유효 ② 공소사실 기재만 있고, 죄명과 적용법조를 기재하지 않은 경우 → 공소제기는 무효

관련판례

적용법조의 오기나 누락이 있는 경우라 할지라도 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한 공소제기 효력에는 영향이 없다.

III 임의적 기재사항(범죄사실과 적용법조의 예비적·택일적 기재)

1. 의의

의의	공소장에는 수개의 범죄사실과 적용법조를 예비적 또는 택일적으로 기재 가능
허용범위	범죄사실 상호간에 범죄의 일시, 장소, 수단 및 객체 등이 달라서 수개의 범죄사실로 인정되는 경우에도 예비적 또는 택일적으로 기재 가능(판례)

2. 예비적 기재와 택일적 기재

예비적 기재	수개의 사실에 대하여 심판의 순서를 정하여 심판을 구하는 기재방법
택일적 기재	수개의 사실에 대하여 심판의 순서를 정하지 않고 심판을 구하는 기재방법



제2절 공소장일본주의

I 의의 및 근거

의의	① 공소장에는 사건에 관하여 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용해서는 안 된다는 원칙(형사소송규칙 제118조 제2항) ② 군사법원에서도 적용(군사법원법 제296조) Tip 형소법에는 규정이 없으나 군사법원법에는 규정이 있다.
이론적 근거	① 위법증거의 배제 ② 예단배제의 원칙 ③ 공판중심주의 ④ 당사자주의 소송구조 주의 공평한 법원의 구성 (×)

II 공소장일본주의의 내용

1. 첨부금지

첨부금지	법관의 심증형성에 영향을 줄 수 있는 서류 기타 물건 Tip 사건기록, 수사서류, 기타 증거물 등 주의 증거물에 한한다. (×)
첨부허용	법원에 예단을 줄 염려가 없는 서류는 공소장에 첨부해도 무방 Tip 변호인 등 선임서, 구속에 관한 서류(구속영장, 구속기간연장결정서) 주의 체포 또는 구속된 후 석방된 피고인에 대한 공소제기시 공소장에 기존의 구속영장 기타 구속에 관한 서류를 첨부하는 것은 공소장일본주의의 위반이다. (×)

2. 인용금지

인용금지	증거 기타 예단이 생기게 할 수 있는 문서내용의 전부나 일부
인용허용	문서를 수단으로 한 협박·공갈·명예훼손 등의 사건

3. 여사(餘事)기재의 금지

의의	공소장에 필요적 기재사항(제254조 제3항) 이외의 사항이 기재된 경우
전과	허용 ① 전과가 범죄사실의 내용(전과를 수단으로 한 공갈, 협박 등) 전과 ② 누범전과(누범가중), 상습범전과(상습범 인정 자료)
	기타 ① 학설 - 전과사실은 동종, 이종을 불문하고 원칙적으로 기재 금지 전과 ② 판례 - 기재 허용

악성격	① 원칙적으로 기재 금지 ② 다만, 악성격이 공소사실의 내용 을 이루거나(공갈·강요의 수단) 밀접한 관련을 가지고 있는 경우(상습성 인정의 자료)에는 기재 허용
범죄동기	① 범죄동기는 범죄사실이 아니므로 원칙적으로 기재 금지 ② 다만, 살인죄나 방화죄와 같은 동기범죄 는 기재 허용
여죄	① 법원에 예단이 생기게 할 우려가 있으므로 기재 금지 ② 판례는 여죄의 기재가 위법이 아니라는 입장이다.

관련 판례


공소장에 **누범이나 상습범을 구성하지 않는 전과사실**을 기재하였다 하더라도 이는 피고인을 특정할 수 있는 사항에 속한다 할 것으로서 적법

공소시효가 완성된 범죄사실을 공소범죄 사실 이외의 사실로 기재한 공소장 적법

공소장의 공소사실 첫머리에 피고인이 전에 받은 **소년부송처분과 직업 없음**을 기재하였다 하더라도 이는 피고인을 특정할 수 있는 사항에 속하는 것으로 적법

범죄의 직접적인 동기가 아닌 경우에도 **동기의 기재**는 공소장의 효력에 영향이 없다.

공소사실과 관련이 있는 것도 원칙적으로 범죄의 구성요건에 적어야 할 것이고, 이를 첫머리 사실로서 불필요하게 길고 장황하게 나열하는 것을 적절하다고 할 수 없다.

 전소소 동기

III 공소장일본주의 위반의 효과

공소기각 판결	① 법률의 규정에 위반하여 무효 이므로 법원은 공소기각의 판결 을 선고 ② 검사는 공소장을 보완하여 그 하자를 치유할 수 없다 .
공소장 보정명령	예단이 생기게 할 우려가 없는 단순한 여사기재는 법원이 공소장보정명령에 의하여 검사에게 삭제할 것을 명할 수 있다.

관련 판례

공판절차를 진행한 결과 **증거조사절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 더이상 공소장일본주의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다룰 수는 없다.**

주의 공소장일본주의에 위배된 공소제기라고 인정되는 때에는, 피고인 측의 이의 여부, 공판절차의 진행 정도 등과 무관하게 그 하자의 치유는 인정되지 않으므로, 공소기각의 판결을 선고하여야 한다. (X)



IV 공소장일본주의가 적용되지 않는 경우

1. 약식명령 청구
2. 즉결심판 청구(정식재판청구가 있는 경우도 동일)
3. 공소제기 후의 절차

(1) 공판절차갱신 후의 절차 (2) 상소심 절차 (3) 파기환송(이송) 후의 절차

- Tip 공소장일본주의의 적용은 공소제기 이후 공판절차가 진행된 단계에서는 필연적으로 일정한 한계를 가질 수밖에 없다.
- Tip 법원이 약식명령을 할 수 없거나 부적당하다고 인정하여 공판절차에 의하여 심판하는 경우에는 공소장일본주의가 적용된다.

관련 판례

약식명령에 대한 정식재판청구가 제기되었음에도 법원이 증거서류 및 증거물을 검사에게 반환하지 않고 보관하고 있다고 하여 그 이전에 이미 적법하게 제기된 공소제기의 절차가 위법하게 된다고 할 수 없다.

즉결심판에 대한 정식재판청구로 제1회 공판기일 전에 사건기록 및 증거물이 관할 법원에 송부된다고 하여 그 이전에 적법하게 제기된 경찰서장의 즉결심판청구의 절차가 위법하게 되는 것은 아니다.

03

Chapter

공소제기의 효과

제1절 공소제기의 효과

- ① 소송 계속
- ② 공소시효의 정지
- ③ 심판범위의 한정
- ④ 기타(강제처분 권한이 법원으로 이전, 피고인 지위)

Tip 계사판 강고

I 소송계속

의의	<ul style="list-style-type: none"> ① 피고사건이 수소법원의 심리와 재판의 대상이 되어 있는 상태 ② 소송계속이 반드시 검사의 공소제기에 의하여만 발생하는 것은 아니다. Tip 성명모용에서 피모용자에 대한 공소제기가 없는데도 사실상의 소송계속이 발생 ③ 공소제기가 반드시 유효일 필요는 없다. Tip 공소제기가 무효인 경우에도 소송계속은 발생하고 다만, 공소제기의 본래적 효과인 실체심판을 받을 수 없을 뿐이다.
적극적 효과	<ul style="list-style-type: none"> ① 공소제기 적법 → 실체적 소송계속(실체재판 선고) ② 공소제기 부적법, 무효 → 형식적 소송계속(형식재판 선고)
소극적 효과	<ul style="list-style-type: none"> ① 이중기소 금지 ② 이중기소 → 공소기각판결(동일 법원), 공소기각결정(다른 법원, 관할의 경합)

관련판례

피고인이 범죄단체인 연주파에 가입한 이후 별개의 범죄단체에 가입하였다는 이유로 추가 기소가 되었다고 하여 이를 이중처벌이라고 할 수는 없다.

II 공소시효의 정지

의의	<ul style="list-style-type: none"> ① 공소제기의 유효, 무효를 불문 주의 공소제기가 무효인 경우에는 공소시효 정지의 효력이 발생하지 않는다. (×) ② 공소기각 또는 관할위반의 재판이 확정된 때로부터 다시 진행
----	--



제2절 심판범위 관련문제

I 일죄의 일부에 대한 공소제기

1. 의의

의의	소송법상 일죄(단순일죄, 과형상 일죄)의 전부에 대해서 범죄혐의가 인정되고 소송조건이 구비되어 있음에도 불구하고 검사가 일죄의 일부만을 공소제기하는 것으로 일부기소도 허용된다고 보는 것이 다수설이다.
효력	① 공소제기의 효력, 기판력, 이중기소 금지 - 일죄의 전부에 미친다. ② 법원의 심판대상 - 일죄의 전부가 법원의 잠재적 심판의 대상이 되고, 일죄의 일부(공소제기된 범죄사실)는 현실적 심판대상

관련 판례

하나의 행위가 부작위범인 직무유기죄와 작위범인 범인도피죄의 구성요건을 동시에 충족하는 경우 작위범인 범인도피죄로 공소를 제기하지 않고 부작위범인 직무유기죄로만 공소를 제기할 수 있다.

2. 친고죄에 대한 일부기소

의의	친고죄에서 고소가 없는 경우 또는 고소가 취소된 경우 그 일부만을 공소제기하는 것이 허용되는지 문제된다.
위법	친고죄로 인정한 취지에 반하고, 고소불가분의 원칙과도 불일치
조치	공소제기 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효 → 공소기각판결

II 포괄일죄의 일부에 대한 공소제기

추가기소의 허용여부	포괄일죄의 일부에 대한 공소제기 후 나머지 부분에 대한 추가기소는 이중기소금지의 원칙에 해당되어 허용되지 않는다.(→ 공소장변경절차를 거쳐야 한다)
법원의 조치	① 공소기각판결설 ② 공소장변경 의제설 ③ 석명 후 판단설

관련판례

검사가 일단 상습사기죄로 공소제기한 후 그 공소의 효력이 미치는 위 기준시까지의 사기행위 일부를 별개의 독립된 상습사기죄로 공소제기를 함은 이중기소에 해당되어 허용될 수 없다.

검사가 단순일죄라고 하여 사기 범행을 먼저 기소하고 포괄일죄인 상습사기 범행을 추가로 기소하였으나 모두 포괄하여 상습사기의 일죄를 구성하는 것으로 밝혀진 경우에는 **석명에 의하여** 분명하여진 경우에는 추가기소에 의하여 공소장변경이 이루어진 것으로 보아 전후에 기소된 범죄사실 전부에 대하여 실체판단을 하여야 하고 추가기소에 대하여 공소기각판결을 할 필요는 없다.

검사가 수 개의 협박 범행을 먼저 기소하고 다시 별개의 협박 범행을 추가로 기소하였는데 전후에 기소된 각각의 범행이 모두 포괄하여 하나의 협박죄를 구성하는 것으로 밝혀진 경우, 비록 협박죄의 포괄 일죄로 공소장을 변경하는 절차가 없었다거나 **석명절차를 거치지 아니하였다 하더라도**, 법원은 기소된 범죄사실 전부에 대하여 실체판단을 할 수 있고, 추가기소된 부분에 대하여 공소기각판결을 할 필요는 없다.

III 공소장변경(심판대상의 변경)

1. 의의

의의	검사가 공소사실의 동일성을 해하지 않는 범위 내에서 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재된 공소사실 또는 적용법조를 추가·철회·변경 하는 것		
가치	① 피고인의 방어권 보장 ② 형벌권의 적정한 행사		
구별	공소장 정정	공소장변경	추가기소, 공소취소
	명백한 오기, 누락 정정 (법원 허가 불필요)	동일성 인정범위 내 법원의 심판대상 변동 (법원 허가 필요)	별개의 범죄사실
내용	① 추가 ② 철회 ③ 변경		

주의 공소장변경은 공소장에 기재된 일이나 피고인의 성명 등 명백한 오기가 있을 경우 이를 바로잡는 소송행위이다. (×)

2. 공소장변경의 한계

공소사실 동일성	① 공소장변경은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허용 ② 공소사실의 동일성 - 공소사실의 단일성과 협의의 동일성을 포함
기준	전후의 범죄사실을 그 기초가 되는 사회적 사실로 환원하여 기본적 사실관계가 동일하다면 공소사실의 동일성을 인정(기본적 사실관계 동일성)

관련 판례



공소사실의 동일성을 부정한 경우

강도상해죄 - 장물취득죄(강도상해 범행이 완료된 후에 다른 장소에서 장물을 교부받았다)

피고인이 공소외인으로부터 피해자를 위한 **합의금**을 교부받아 보관 중 이를 횡령하였다.

- 피고인이 **피해자를 기망하여 위임장 사본을 편취**하였다.

2개월 내에 작위의무를 이행하라는 행정청의 지시를 이행하지 아니한 행위와 **7개월 후 다시 같은 내용의 지시를 받고 이를 이행하지 아니한 행위**

비자금의 사용으로 인한 업무상횡령

- 비자금의 조성으로 인한 업무상배임

향정신성의약품인 **메스암페타민(일명 필로폰)** 약 0.3g을 교부하였다.(필로폰 무상교부)

→ 필로폰을 구해다 주겠다고 거짓말하여 필로폰 대금을 교부받았다.(사기)

TIP 강소주 먹고 합치자

3. 공소장변경 절차

검사의 신청	<p>① 서면신청 - 공소장변경허가신청서를 법원에 제출</p> <p>TIP 피고인이 재정보고, 피고인에게 이익이 되거나 피고인이 동의하는 경우 구술 가능</p> <p>② 시기 - 변론종결 전</p>
법원 허가	<p>① 사유 고지 법원은 신속히 피고인 또는 변호인에게 공소장변경허가신청서 부본을 송달함으로써 공소장변경신청사유를 고지</p> <p>② 의무적 허가 공소사실의 동일성을 해하지 않는 때에는 법원은 결정으로 이를 허가하여야 한다. 주의 검사의 공소장변경 허가 신청이 공소사실의 동일성의 범위 안에 있더라도 법원은 재량에 따라 공소장변경을 허가하지 않을 수 있다. (X)</p> <p>③ 기각 결정 검사의 신청이 현저히 시기에 늦거나 부적법한 공소사실로 변경을 신청하는 경우</p>
상소 불허	<p>① 판결 전 소송절차에 관한 결정이므로 독립하여 항고할 수 없다.</p> <p>② 다만, 법원 결정의 위법이 판결에 영향을 미친 경우에는 상소 가능</p>
변경 후 절차	<p>① 요지의 진술 검사가 공판기일에 공소장변경허가신청서 낭독(변경된 공소사실·죄명 및 적용법조)</p> <p>② 공판절차 정지</p> <p>ⓐ 공소장변경이 피고인의 불이익을 증가할 염려가 있다고 인정할 때</p> <p>ⓑ 직권 또는 피고인이나 변호인의 청구에 의하여 결정으로 정지 가능</p> <p>주의 법원은 공소사실이 변경된 경우에는 검사와 변호인의 의견을 들어서 결정으로 상당한 기간을 정하여 공판절차를 정지하여야 한다. (X)</p>

관련 판례 

친고죄로 기소된 후에 피해자의 고소가 취소되더라도 제1심이나 항소심에서 당초에 기소된 공소사실과 동일성이 인정되는 범위 내에서 다른 공소사실로 공소장을 변경할 수 있으며, 반의사불벌죄에서 처벌불원 의사표시가 있는 경우에도 마찬가지이다.

5. 법원의 공소장변경 요구

의의	법원이 심리의 경과에 비추어 상당하다고 인정할 때 공소사실 또는 적용법조의 추가 또는 변경 을 요구하는 것을 말한다. 주의 철회 요구 (X) Tip 법원은 심리의 경과에 비추어 상당하다고 인정할 때에는 공소사실 또는 적용법조의 추가 또는 변경을 요구하여야 한다.(제298조 제2항)
시기	① 제1회 공판기일 이전에는 불가 ② 항소심에서도 허용되고 변론종결 후일지라도 이를 재개하여 요구 가능
성질	원칙적으로 법원의 재량 에 속하나 공소장변경요구를 하지 않고 무죄판결을 하는 것이 현재지 정의에 반하는 경우에 한하여 예외적으로 법원의 의무 (예외적 의무설)
효과	공소장변경은 검사의 권한에 속하고, 공소장변경 요구가 법원의 소송지휘권에 의한 결정이므로 검사에게 복종의무를 인정하는 명령적 효력설 이 타당

관련 판례 

법원이 검사에게 공소장의 변경을 요구할 것인지 여부는 **법원의 재량**에 속하는 것이므로, 법원이 검사에게 그 표현물을 취득·소지한 것으로 **공소장변경을 요구하지 아니하였다** 하여 위법하다고 할 수 없다.

6. 공소장변경의 필요성

(1) 의의(피고인의 방어권 행사에 대한 실질적 불이익 여부로 판단)

의의	법률적 구성에 영향이 없는 경우에도 공소장에 기재되어 있는 사실과 다른 사실을 인정함으로써 피고인의 방어권행사에 실질적으로 불이익을 초래하는 경우 에는 공소장변경 필요 Tip 공소장변경절차가 필요함에도 그 절차 없이 법원이 새로운 사실을 인정한 경우에는 상대적 상소이유가 된다.(제361조의5 제1호, 제383조 제1호)
----	--



관련판례

적용법조에 오기·누락이 있거나 적용법조에 해당하는 구성요건이 충족되지 않을 경우 법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내로서 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한도에서 공소장변경 절차 없이 직권으로 다른 법조를 적용할 수 있다.

공소장변경 절차 없이도 법원이 심리·판단할 수 있는 죄가 한 개가 아니라 여러 개인 경우에는 법원으로서 **검사에게 석명을 구하여** 공소장을 보완하게 한 다음 심리·판단하여야 한다.

공소제기된 범죄는 친고죄나 반의사불벌죄가 아닌 반면 법원이 직권으로 인정하는 범죄는 친고죄나 반의사불벌죄인 경우에도 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 공소장변경 절차 없이 인정할 수 있다.

공소장변경절차를 거치지 않고서도 직권으로 당초 공소사실과 다른 공소사실에 대하여 유죄를 인정할 수 있는 예외적인 경우임에도 공소장변경절차를 거친 다음 변경된 공소사실을 유죄로 인정하는 것은 심판대상을 명확히 특정함으로써 피고인의 방어권 보장을 강화하는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다.

(2) 구성요건이 동일

① 일시

변경필요 × (원칙)	일반적으로 공소장변경의 절차를 요하지 아니하나, 범죄의 시일이 그 간격이 길고 범죄의 성부에 중대한 관계가 있는 경우 변경 필요
변경필요 ○	1985.5. 중순 일자불상경 조직폭력단체인 시라소니파에 지휘부 조직원으로 가입하였다는 공소사실 → 피고인은 1986.5.경 위 단체에 가입하였다(조폭 가입시기)

② 뇌물

변경필요 ×	음이 500만원을 피고인에게 전달 → 갑이 500만원을 피고인에게 전달(증뢰물 전달자 변경)
변경필요 ○	금품을 수수하였다는 알선수재죄의 공소사실 → 금융상의 편의제공을 받아 이익을 수수한 것으로 인정

③ 사기

변경필요 ×	<ul style="list-style-type: none"> • 재물 편취의 사기죄 → 이익 편취의 사기죄 • 사기 공소사실의 재산상의 피해자와 공소장 기재의 피해자가 다른 경우
변경필요 ○	<ul style="list-style-type: none"> • 승용차의 할부금이 남아 있음에도 남아 있는 할부금이 없다고 거짓말을 하여 매매대금을 편취 → 승용차를 매도할 대리권을 수여받은 바도 없으면서 대리권을 수여받은 양 기망하여 편취(기망 내용과 다른 기망 행위 인정) • 절취한 신용카드를 사용한 사기의 공소사실 → 신용카드 절취 여부와 무관하게 신용카드 사용으로 인한 사기

④ 주의의무 위반

변경필요 ×	인과관계의 중간경로의 차이
변경필요 ○	<ul style="list-style-type: none"> • 횡단보도 앞에서 횡단보행자가 있는지 여부를 잘 살피지 아니하고 신호에 따라 정차하지 아니하고 시속 50킬로미터로 진행한 과실 → 보조제동장치나 조향장치를 조작하지 아니하였다는 과실(다른 주의의무 인정) • 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서 제1호(신호위반) 위반 → 같은 조항 단서 제6호(횡단보도 보행자보호의무 위반)의 위반

⑤ 기타

변경필요 ×	약 4개월간의 치유를 요하는 상해 → 약 8개월간의 치료를 요하는 상해(상해 정도의 차이)
변경필요 ○	<ul style="list-style-type: none"> • 횡령죄에 대하여 횡령목적물의 소유자(위탁자), 보관자의 지위, 영득행위의 불법성을 공소사실과는 다르게 인정 • 배임죄의 피해자를 丙으로 기재된 공소사실과 달리 乙의 상속인들로 인정

(3) 구성요건이 다른 경우(판례의 입장)

변경 필요	① 특수절도죄 → 장물운반죄
	② 명예훼손죄 → 모욕죄
	③ 특수강도 → 특수공갈
	④ 강도상해교사 → 공갈교사
	⑤ 미수 → 예비·음모(비지정문화재수출미수 → 비지정문화재수출예비·음모)
	⑥ 업무상과실치사 → 단순과실치사
	⑦ 고의 → 과실
	⑧ 장물보관죄 → 업무상과실장물보관죄
	⑨ 폭행치상 → 폭행
	⑩ 살인죄 → 폭행치사죄
	⑪ 강간치상(예비적죄명 : 상해) → 강제추행치상
	⑫ 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단흉기등폭행) → 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단흉기등협박)
	⑬ 사기 → 상습사기
	⑭ 사실적시 명예훼손 → 허위사실적시 명예훼손
	⑮ 미성년자 약취 후 재물취득 미수 → 미성년자 약취 후 재물요구 기수
	⑯ 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 상 주거침입강간미수 → 성폭력범죄의 처벌및피해자보호등에관한법률 상 주거침입강제추행
	⑰ 절도죄 → 상습절도
	⑱ 형법상 상습절도 → 특정범죄가중처벌등에관한법률위반



관련판례

변경 필요

일반법과 특별법에 모두 해당하는 경우라도 검사가 형이 가벼운 일반법의 죄로 기소한 경우 법원은 형이 더 무거운 특별법을 적용하여 처단할 수 없다.

검사가 공소사실을 '술에 취한 상태에서의 운전금지의무를 2회 이상 위반한 사람으로서 술에 취한 상태로 자동차를 운전하였다'고 기재하고, 적용법조를 '도로교통법 제148조의2 제2항 제2호, 제44조 제1항'으로 기재한 경우, 법원이 공소장변경 없이 직권으로 그보다 형이 무거운 '도로교통법 제148조의2 제1항 제1호, 제44조 제1항'을 적용하여 처벌하는 것은 불고불리의 원칙에 반하여 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래한다.

Tip 축구 분리수배장

변경 불필요	축소 사실	① 강간치상죄 → 강간죄 또는 강간미수죄 ② 강간치사죄 → 강간미수죄 ③ 강간치상 → 준강제추행 ④ 강제추행치상죄 → 강제추행죄 ⑤ 특수절도 → 절도 ⑥ 상습절도 → 절도 ⑦ 위력자살결의 → 자살교사 ⑧ 허위사실적시 명예훼손 → 사실적시 명예훼손 ⑨ 수뢰후부정처사죄 → 뇌물수수 ⑩ 뇌물수수 → 뇌물수수약속 ⑪ 중실화죄 → 실화죄 ⑫ 폭력행위등처벌에관한법률위반(야간홍기휴대주거침입) → 주거침입 ⑬ 특정범죄가중처벌등에관한법률위반 → 수뢰, 준강도, 관세법위반, 절도 ⑭ 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(특수강도강간미수) → 특수강도 ⑮ 업무상과실치상죄 → 과실치상죄
	법적 구성 다른 경우	1. 결합범을 수개의 죄로 분리하여 인정 ① 강도상해 → 야간주거침입절도와 상해 ② 강도상해 → 주거침입과 상해 ③ 강도강간 → 특수강도미수와 강간 ④ 강도살인 → 특수강도와 살인 2. 죄수의 차이 ① 실제적 결합범 ↔ 포괄일죄 ② 실제적 결합범 → 상상적 결합범 3. 사실에는 차이가 없고 법적 평가만을 달리하는 경우 ① 배임죄 ↔ 횡령죄 ② 장물취득죄 → 장물보관죄 4. 공범 Tip 피고인 방어권 행사에 실질적 불이익을 줄 염려 있으면 변경 필요 ① 공동정범 → 방조범 ② 단독범 → 공동정범



제3절 공소시효

I 공소시효의 의의와 본질

비교	공소시효	형의 시효
의의	판결확정 전 국가의 소추권 박탈	판결확정 후 국가의 형벌권 박탈
효과	면소판결	형집행 면제
정지·중단	정지만 인정	정지·중단 모두 인정
근거	형사소송법 제249조	형법 제77조 ~ 제80조

Tip 공소시효는 형의 시효와 함께 사실상의 상태를 유지 존중하기 위한 제도로 형사시효의 일종이다.

II 공소시효의 기간

1. 시효기간(제249조 제1항)

25년	사형
15년	무기징역 또는 무기금고
10년	장기 10년 이상의 징역 또는 금고
7년	장기 10년 미만(5년 이상)의 징역 또는 금고
5년	장기 5년 미만의 징역 또는 금고, 장기 10년 이상의 자격정지 또는 벌금
3년	장기 5년 이상의 자격정지
1년	장기 5년 미만의 자격정지, 구류, 과료 또는 몰수

Tip 공소시효의 최단기간은 1년이다.

Tip 의제공소시효 - 공소가 제기된 범죄는 판결의 확정이 없이 공소를 제기한 때로부터 25년을 경과하면 공소시효가 완성한 것으로 간주한다.

Tip 무시보 사형이오

Tip 심심해서

Tip 오이김치, 신미김치

Tip 시비자 벌써오네
오미징오

Tip 오이자세

Tip 오미자 하나