

마약류관리에관한법률위반(향정)

[대법원 2009. 2. 26. 2008도11813]



【판시사항】

- [1] 공소제기에 현저한 방식 위반이 있는 경우 공소제기의 효력(무효) 및 그러한 절차위배의 공소제기에 대하여 피고인 등이 이의 없이 변론에 응한 경우 그 하자가 치유되는지 여부(소극)
- [2] 검사가 공판기일에서 피고인 등이 특정되어 있지 않은 공소장변경허가신청서를 공소장에 갈음하는 것으로 구두진술하고 피고인과 변호인이 이의를 제기하지 않은 사안에서, 이를 적법한 공소제기로 볼 수 없다고 본 사례

【판결요지】

- [1] 형사소송법이 공소의 제기에 관하여 서면주의와 엄격한 요식행위를 채용한 것은 공소의 제기에 의해서 법원의 심판이 개시되므로 심판을 구하는 대상을 명확하게 하고 피고인의 방어권을 보장하기 위한 것이다. 따라서 위와 같은 엄격한 형식과 절차에 따른 공소장의 제출은 공소제기라는 소송행위가 성립하기 위한 본질적 요소라고 할 것이므로, 공소의 제기에 현저한 방식 위반이 있는 경우에는 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하고, 위와 같은 절차위배의 공소제기에 대하여 피고인과 변호인이 이의를 제기하지 아니하고 변론에 응하였다고 하여 그 하자가 치유되지 않는다.
- [2] 검사가 공판기일에서 피고인 등이 특정되어 있지 않은 공소장변경허가신청서를 공소장에 갈음하는 것으로 구두진술하고 피고인과 변호인이 이의를 제기하지 않은 사안에서, 이를 적법한 공소제기로 볼 수 없다고 본 사례.

【참조조문】

- [1] 형사소송법 제254조, 제327조 제2호
- [2] 형사소송법 제254조, 제266조, 제327조 제2호

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 변호사 변진장

【원심판결】 대전지법 2008. 12. 4. 선고 2008노2075 판결

【주문】

】

원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 대전지방법원 본원 합의부에 환송한다.

【이유】

】 피고인과 국선변호인의 상고이유를 함께 판단한다.

1. 공소의 제기는 법원에 대하여 특정한 형사사건의 심판을 요구하는 검사의 법률행위적 소송행위로서 형사소송법(이하 '법'이라고 한다) 제254조 제1항은 공소를 제기함에는 공소장을 관할법원에 제출하여야 한다고 규정하고, 같은 조 제3항은 위 공소장에는 피고인의 성명 기타 피고인을 특정할 수 있는 사항, 죄명, 공소사실, 적용법조 등 일정한 사항을 기재하도록 하고 있으며, 법 제266조는 공소의 제기가 있는 때에는 지체없이 공소장의 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하여야 한다고 규정하고 있는바, 형사소송법이 공소의 제기에 관하여 위와 같은 서면주의와 엄격한 요식행위를 채용한 것은 공소의 제기에 의해서 법원의 심판이 개시되므로 심판을 구하는 대상을 명확하게 하고 피고인의 방어권을 보장하기 위한 것이다.

따라서 위와 같은 엄격한 형식과 절차에 따른 공소장의 제출은 공소제기라는 소송행위가 성립하기 위한 본질적 요소라고 할 것이므로, 공소의 제기에 있어서 현저한 방식위반이 있는 경우에는 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당된다고 할 것이고, 위와 같은 절차위배의 공소제기에 대하여 피고인과 변호인이 이의를 제기하지 아니하고 변론에 응하였다고 하여 그 하자가 치유되지는 않는다.

2. 원심판결 이유 및 이 사건 기록에 의하면, 애초 피고인에 대하여 제1심판시 1, 2, 4항의 범죄사실과 2007. 8. 26.자 필로폰 판매행위(이하 '이 사건 판매행위'라고 한다)에 대하여 공소가 제기되었던 사실, 검사는 제1심 계속중이던 2008. 5. 9. 이 사건 판매행위에 대한 공소사실에 대하여 2007. 8. 30.자 필로폰 매매알선행위(이하 '이 사건 알선행위'라고 한다)를 예비적으로 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청서(이하 '이 사건 변경신청서'라고 한다)를 제출한 사실, 제1심법원은 이 사건 변경신청을 허가하였다가 2008. 6. 13. 제13회 공판기일에서 이 사건 판매행위와 이 사건 알선행위 사이에 동일성이 없다는 이유로 이 사건 변경신청에 대한 허가결정을 취소한 사실, 그러자 검사는 그 자리에서 이 사건 변경신청서로 이 사건 알선행위에 대한 공소장을 갈음한다고 하면서 이 사건 변경신청서에 의하여 기소유지 진술을 하였고, 이에 피고인과 변호인은 이의 없다고 진술한 사실, 2008. 8. 13. 제1심판결이 선고되면서 이 사건 판매행위에 대하여는 무죄가 선고되었고, 이 사건 알선행위를 포함하여 나머지 범죄사실에 대하여는 유죄가 인정된 사실, 피고인은 원심에서 이 사건 알선행위에 대하여 사실오인 주장을 하였으나 그 주장이 받아들여지지 않아 피고인의 항소가 기각되었고, 위 무죄 부분에 대한 검사의 항소도 기각된 사실, 이 사건 변경신청서에는 이 사건 알선행위에 대한 공소사실과 이 사건 변경신청을 허가하여 달라는 취지의 문구만이 기재되어 있을 뿐 피고인의 성명 기타 피고인을 특정할 수 있는 사항, 적용법조 등이 기재되어 있지 않고, 이 사건 변경신청서가 피고인 또는 변호인에게 송달되지는 않았으며, 새로운 공소의 제기에 대한 사건번호의 부여 및 사건배당절차도 거치지 않은 사실이 각 인정된다.

3. 위 법리에 비추어 보면, 이 사건 알선행위에 대한 공소의 제기는 법 제254조에 규정된 형식적 요건을 갖추지 못한 이 사건 변경신청서에 기하여 이루어졌을 뿐만 아니라, 공소장부분 송달 등의 절차 없이 공판기일에서 이 사건 변경신청서로 공소장을 갈음한다는 검사의 구두진술에 의한 것이어서, 그 공소제기의 절차에는 법률의 규정에 위반하여 무효라고 볼 정도의 현저한 방식위반이 있다고 봄이 상당하고, 피고인과 변호인이 그에 대하여 이의를 제기하지 않았다고 하여 그 하자가 치유된다고 볼 수는 없으므로, 이 사건 알선행위 부분에 대한 공소사실에 대하여는 판결로써 공소기각의 선고를 하여야 한다.

그럼에도 원심이 이 사건 알선행위에 대한 공소의 제기가 적법함을 전제로 하여 그 부분 공소사실을 유죄라고 인정한 조치에는 공소의 제기방식에 관한 법리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 것이므로,

이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

그런데 이 사건 알선행위 부분 공소사실과 유죄가 인정된 나머지 공소사실은 형법 제37조 전단의 경합범의 관계에 있어 하나의 형이 선고되었으므로, 원심판결 중 유죄 부분은 전부 파기를 면할 수 없다.

4. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하도록 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김지형(재판장) 전수안 차한성(주심)