

사기

[대법원 2022. 1. 13. 2021도13108]



【판시사항】

- [1] 검사가 공소장변경허가신청서를 제출하지 않고 공소사실에 대한 검사의 의견을 기재한 서면을 제출한 경우, 이를 곧바로 공소장변경허가신청서를 제출한 것으로 볼 수 있는지 여부(소극)
- [2] 공소장의 기재가 불분명한 경우, 법원이 취할 조치
- [3] 경합범 관계에 있는 공소사실 중 판결주문이 수 개일 때 피고인과 검사가 일부에 대하여만 상소한 경우, 상소심에서 이를 파기할 때의 파기 범위(=상소된 부분) / 경합범 관계에 있는 공소사실 중 일부 유죄, 일부 무죄를 선고하여 판결주문이 수 개일 때 검사가 판결 전부에 대하여 상소한 경우, 상소심에서 이를 파기할 때 유죄 부분과 파기되는 무죄 부분을 함께 파기하여야 하는지 여부(적극) 및 이때 경합범 관계에 있는 공소사실이라도 개별적으로 파기되는 부분과 불가분의 관계에 있는 부분만을 파기하여야 하는 경우
- [4] 학부모들 및 대한민국에 대한 사기로 기소된 피고인에 대하여 제1심법원이 피해자 대한민국에 대한 사기 부분에 대하여 무죄를 선고하고 피해자 학부모들에 대한 사기 부분에 대하여 공소를 기각하자 검사가 제1심판결 전부에 대하여 항소를 제기한 사안에서, 제1심판결 중 공소기각 부분을 파기하는 이상 제1심판결 중 무죄 부분도 함께 파기하여야 한다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있다. 이 경우에 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허가하여야 한다(형사소송법 제298조 제1항). 검사가 형사소송법 제298조 제1항에 따라 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 하고자 하는 때에는 그 취지를 기재한 공소장변경허가신청서를 법원에 제출하여야 하고, 다만 피고인이 재정하는 공판정에서는 피고인에게 이익이 되거나 피고인이 동의하는 경우 구술에 의한 공소장변경을 허가할 수 있다(형사소송규칙 제142조 제1항, 제5항). 따라서 검사가 공소장변경허가신청서를 제출하지 않고 공소사실에 대한 검사의 의견을 기재한 서면을 제출하였더라도 이를 곧바로 공소장변경허가신청서를 제출한 것이라고 볼 수는 없다.
- [2] 재판장은 소송관계를 명료하게 하기 위하여 검사, 피고인 또는 변호인에게 사실상과 법률상의 사항에 관하여 석명을 구하거나 입증을 촉구할 수 있다(형사소송규칙 제141조 제1항). 공소장의 기재가 불분명한 경우에는 법원은 형사소송규칙 제141조에 따라 검사에게 석명을 한 다음, 그래도 검사가 이를 명확하게 하지 않은 때에는 공소사실의 불특정을 이유로 공소를 기각해야 한다.
- [3] 상소는 재판의 일부에 대하여도 할 수 있고, 일부에 대한 상소는 그 일부와 불가분의 관계에 있는 부분에 대하여도 효력이 미친다(형사소송법 제342조). 형법 제37조 전단의 경합범으로 동시에 기소된 수 개의 공소사실에 대하여 각기 따로 유무죄, 공소기각 및 면소를 선고하거나 형을 정하는 등으로 판결주문이 수 개일 때에는 그 1개의 주문에 포함된 부분을 다른 부분과 분리하여 일부상소를 할 수 있고 당사자 쌍방이 상소하지 않은 부분은 분리 확정된다. 따라서 경합범 관계에 있는 공소사실 중 판결주문이 수 개일 때 피고인과 검사가 일부에 대하여만 상소한 경우, 피고인과 검사가 상소하지 않은 부분은 상소기간이 지남으로써 확정되어 상소심에 계속된 사건은 상소된

부분에 대한 공소뿐이고, 그에 따라 상소심에서 이를 파기할 때에는 그 부분만을 파기하여야 한다. 반면 경합범 관계에 있는 공소사실 중 일부 유죄, 일부 무죄를 선고하여 판결주문이 수 개일 때 검사가 판결 전부에 대하여 상소하였는데 상소심에서 이를 파기할 때에는 유죄 부분과 파기되는 무죄 부분이 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되어야 하므로, 유죄 부분과 파기되는 무죄 부분을 함께 파기하여야 한다. 그러나 위와 같이 하나의 형을 선고하기 위해서 파기하는 경우를 제외하고는 경합범의 관계에 있는 공소사실이라고 하더라도 개별적으로 파기되는 부분과 불가분의 관계에 있는 부분만을 파기하여야 한다.

[4] 피해자 학부모들 및 대한민국에 대한 사기로 기소된 피고인에 대하여 제1심법원이 피해자 대한민국에 대한 사기 부분에 대하여 무죄를 선고하고 피해자 학부모들에 대한 사기 부분에 대하여 공소를 기각하자 검사가 제1심판결 전부에 대하여 항소를 제기한 사안에서, 제1심은 경합범 관계에 있는 공소사실 중 피해자 대한민국에 대한 사기 부분을 주문 무죄로, 피해자 학부모들에 대한 사기 부분을 주문 공소기각으로 각 판단하였으므로, 검사가 제1심판결 전부에 대하여 항소하였더라도 그 판결 전체가 불가분의 관계에 있다고 볼 수 없고, 원심으로서는 각 부분에 관한 항소이유를 개별적으로 판단했어야 함에도, 공소사실 전체가 경합범 관계에 있어 불가분의 관계에 있다는 이유로 제1심판결 중 공소기각 부분을 파기하는 이상 제1심판결 중 무죄 부분도 함께 파기하여야 한다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

【참조조문】

- [1] 형사소송법 제298조 제1항, 형사소송규칙 제142조 제1항, 제5항
- [2] 형사소송규칙 제141조 제1항
- [3] 형법 제37조, 형사소송법 제342조, 제364조
- [4] 형법 제37조, 형사소송법 제342조, 제364조

【참조판례】

- [2] 대법원 1983. 6. 14. 선고 82도293 판결, 대법원 2021. 2. 25. 선고 2020도3694 판결(공2021상, 728) /
- [3] 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010도10985 판결(공2011상, 78), 대법원 2020. 3. 12. 선고 2019도18935 판결

【전문】

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 법무법인(유한) 동인 담당변호사 박세규 외 3인

【원심판결】 부산지법 2021. 9. 9. 선고 2020노899 판결

【주 문】

원심판결을 파기하고, 사건을 부산지방법원에 환송한다.

【이 유】 상고이유를 판단한다.

1. 소송의 경과

원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 제1심

- 1) 피고인은 2018. 1. 17. 6개 유치원의 피해자 학부모들에 대한 급식비, 교재·교구비, 특성화프로그램 교육비, 방과후과정 학부모부담금 및 원복·체육복·가방비 관련 사기[범죄일람표(1) 내지 범죄일람표(15) 기재 부분, 이하 '피해자 학부모들에 대한 사기 부분'이라고 한다] 및 피해자 대한민국에 대한 교육청 지원금 관련 사기[범죄일람표(16), 범죄일람표(17) 기재 부분, 이하 '피해자 대한민국에 대한 사기 부분'이라고 한다]로 공소제기되었다.
- 2) 변호인은 2018. 6. 15. 자 변호인의견서를 통하여 피해자 학부모들에 대한 사기 부분에 관하여 범죄일람표(1) 내지 범죄일람표(15)에 피해자별 편취금액이 특정되지 않았으므로 공소사실이 특정되지 않았다고 주장하였고, 이에 검사는 2018. 8. 13. 자 의견서를 통하여 사건의 특성상 개괄적 표시가 부득이하고 피고인의 방어권 행사에 지장이 없으므로 피해자 학부모들에 대한 사기 부분 공소사실이 충분히 특정되었다고 주장하였다.
- 3) 검사는 2018. 12. 11. 제1심법원에 피해자 학부모들에 대한 사기 부분 피해자들을 확인하기 위하여 부산광역시 교육청 감사관실에 대하여 '피고인의 범행기간인 2014. 1.경부터 2017. 6.경까지 6개 유치원에서 학비지원을 받은 원아명 및 그 원아의 학부모명'에 관한 사실조회를 신청하였고, 그 사실조회회신이 2018. 12. 21. 제1심법원에 도착하였다.
- 4) 검사는 2019. 1. 17. 제6회 공판기일에서 피해자 대한민국에 대한 사기 부분 공소사실 일부를 정정하였고, 피해자 학부모들에 대한 사기 부분 공소사실에 관하여 기존 범죄일람표(1) 내지 범죄일람표(15)를 유지하고 사실조회 회신 자료를 반영하여 원아명과 학부모명을 병기한 피해자 일람표를 첨부하면서 이 부분 피해자를 '피해자 일람표 기재 학부모들'로 변경하겠다는 취지의 의견서를 제출하였다.
- 5) 제1심법원은 2019. 3. 28. 제7회 공판기일에서 판사의 경질을 이유로 공판절차를 갱신하면서 검사의 피해자 특정 여부를 위하여 변론을 속행하였다.
- 6) 검사는 2019. 7. 12. 자 의견서를 통하여 피해자 학부모들에 대한 사기 부분 중 방과후과정 학부모부담금 부분 편취금액을 특정하는 내용의 의견서를 제출하였다.
- 7) 변호인은 2019. 12. 2. 자 변론요지서를 통하여 피해자 학부모들에 대한 사기 부분 공소사실이 특정되지 않았다고 주장하였고, 검사는 2020. 1. 6. 자 변론기일변경신청서를 제출하면서 공소장변경을 예정하고 있다는 취지로 기재하였다.
- 8) 검사는 2020. 1. 13. 피해자 대한민국에 대한 사기 부분 공소사실을 일부 변경하는 내용의 공소장변경허가신청서와 함께 피해자 학부모들에 대한 사기 부분 공소사실의 피해자와 피해금액이 모두 특정되었다는 취지의 의견서를 제

출하였다.

- 9) 제1심법원은 2020. 1. 14. 제12회 공판기일에서 위 공소장변경을 허가한 뒤 변론을 종결하였고, 제1심은 2020. 2. 18. 피해자 대한민국에 대한 사기 부분에 대하여 무죄를 선고하고 피해자 학부모들에 대한 사기 부분에 대한 공소를 기각하였다.

이에 검사가 제1심판결 전부에 대하여 항소를 제기하였다.

나. 원심

- 1) 검사는 2020. 9. 10. 제1회 공판기일에서 피해자 학부모들에 대한 사기 부분 공소사실 범죄일람표를 특정할 수 있는지 한 번 더 검토하겠다고 진술하였다.
- 2) 검사는 2020. 11. 19. 제3회 공판기일에서 ① 피해자 학부모들에 대한 사기 부분 중 원복·체육복·가방비 부분을 제외한 나머지 부분의 편취금액과 범죄일람표를 변경하는 내용의 공소장변경허가신청서를 제출하였고, ② 2021. 3. 30. 피해자 학부모들에 대한 사기 부분 중 방과후과정 학부모부담금 부분의 편취금액과 범죄일람표를 변경하는 내용의 공소장변경허가신청서를 제출하였다.
- 3) 변호인은 2021. 4. 1. 자 의견서를 통하여 공소장변경허가신청서가 당초 공소사실과 기본적 사실관계가 동일하지 않고 이에 의하더라도 피해자 학부모들에 대한 사기 부분 공소사실이 특정되지 않았다고 주장하였고, 검사는 2021. 4. 28. 자 의견서를 통하여 변호인 의견에 대하여 반박하면서 공소장변경을 허가하여 달라고 주장하였다.
- 4) 원심법원은 2021. 8. 9. 검사의 공소장변경허가신청에 대하여 허가 또는 불허가결정을 하지 않은 채 변론을 종결하였다.
- 5) 원심은 2021. 9. 9. 다음과 같은 이유로 제1심판결 전부를 파기하고 사건을 제1심법원에 환송하였다.
 - 가) 제1심은 검사가 피해자 학부모들에 대한 사기 부분 공소사실을 그대로 유지하겠다는 의사를 명확하게 하였다고 단정할 수 없음에도 피해자 특정에 관하여 제대로 석명을 구하지 않았고, 검사가 2019. 1. 17. 제출한 의견서를 공소장변경허가신청서에 해당한다고 볼 여지가 있음에도 검사에게 공소장변경허가신청서로 제출된 것인지 여부를 확인하지 않고 공소장변경 절차를 진행하지 않았으므로, 제1심판결 중 공소기각 부분에는 공소장변경 절차에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.
 - 나) 제1심판결 중 공소기각 부분과 무죄 부분은 정당하게 실체 판결을 하였을 때 경합범가중이 필요한 범위 내에서 불가분의 관계에 있으므로, 제1심판결 전부를 파기하여야 한다.

2. 상고이유 제1, 2점에 대하여

가. 관련 법리

- 1) 검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있다.

이 경우에 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허가하여야 한다(형사소송법 제298조 제1항). 검사가 형사소송법 제298조 제1항에 따라 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 하고자 하는 때에는 그 취지를 기재한 공소장변경허가신청서를 법원에 제출하여야 하고, 다만 피고인이 재정하는 공판정에서는 피고인에게 이익이 되거나 피고인이 동의하는 경우 구술에 의한 공소장변경을 허가할 수 있다(형사소송규칙 제142조 제1항, 제5항). 따라서 검사가 공소장변경허가신청서를 제출하지 않고 공소사실에 대한 검사의 의견을 기재한 서면을 제출하였다고 하더라도 이를 곧바로 공소장변경허가신청서를 제출한 것이라고 볼 수는 없다.

2) 재판장은 소송관계를 명료하게 하기 위하여 검사, 피고인 또는 변호인에게 사실상과 법률상의 사항에 관하여 석명을 구하거나 입증을 촉구할 수 있다(형사소송규칙 제141조 제1항). 공소장의 기재가 불분명한 경우에는 법원은 형사소송규칙 제141조에 따라 검사에게 석명을 한 다음, 그래도 검사가 이를 명확하게 하지 않은 때에는 공소사실의 불특정을 이유로 공소를 기각해야 한다(대법원 1983. 6. 14. 선고 82도293 판결, 대법원 2021. 2. 25. 선고 2020도3694 판결 등 참조).

나. 판단

1) 앞서 본 사실관계에서 인정되는 다음과 같은 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 제1심이 검사에게 공소사실 특정을 위한 석명을 제대로 하지 않은 잘못이 있다고 할 수 없다.

가) 이 사건 공소사실 중 피해자 학부모들에 대한 사기 부분의 피해자와 피해금액이 특정되었는지 여부에 대하여 검사와 변호인 사이에 약 2년에 이르는 제1심 소송기간 동안 충분한 공방이 이루어졌다.

나) 검사는 2019. 1. 17. 피해자 학부모들에 대한 사기 부분 공소사실에 관하여 기존 범죄일람표(1) 내지 범죄일람표(15)를 유지하고 사실조회 회신자료를 반영하여 원아명과 학부모명을 병기한 피해자 일람표를 첨부하면서 이 부분 피해자를 '피해자 일람표 기재 학부모들'로 변경하겠다는 취지의 의견서를 제출하기는 하였으나, 그 의견서는 종전 공소사실을 유지하는 범위에서 주장을 정리한 것에 불과하고 공소장변경허가신청서라고 보기 어렵다.

다) 제1심법원은 검사의 공소사실 특정을 위하여 여러 공판기일을 속행하였고, 검사는 제1심 변론종결 직전에 최종적으로 피해자 학부모들에 대한 사기 부분 공소사실의 피해자와 피해금액이 모두 특정되었다는 취지의 의견서를 제출하였다.

2) 또한 검사가 원심에서 피해자 학부모들에 대한 사기 부분에 관한 공소장변경허가신청서를 제출하였으므로, 원심으로서 공소장변경허가신청서에 기재된 공소사실이 당초 공소사실과의 동일성이 인정되는지 여부에 따라 공소장 변경 허가 또는 불허가결정을 하여 공소사실 특정이 문제 되는 피해자 학부모들에 대한 사기 부분의 심판대상을 명확히 특정하였어야 한다.

3) 그런데도 원심은 제1심이 검사에게 공소사실 특정을 위한 석명을 제대로 하지 않은 채 피해자 학부모들에 대한 사기 부분에 대한 공소를 기각한 잘못이 있다고 판단하였다.

이러한 원심의 판단에는 필요한 심리를 다하지 않은 채 공소장변경 절차와 법원의 석명의무에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

이를 지적하는 상고이유 제1, 2점은 이유 있다.

3. 상고이유 제3점에 대하여

가. 관련 법리

1) 상소는 재판의 일부에 대하여도 할 수 있고, 일부에 대한 상소는 그 일부와 불가분의 관계에 있는 부분에 대하여도 효력이 미친다(형사소송법 제342조). 형법 제37조 전단의 경합범으로 동시에 기소된 수 개의 공소사실에 대하여 각 기 따로 유무죄, 공소기각 및 면소를 선고하거나 형을 정하는 등으로 판결주문이 수 개일 때에는 그 1개의 주문에 포함된 부분을 다른 부분과 분리하여 일부상소를 할 수 있고 당사자 쌍방이 상소하지 않은 부분은 분리 확정된다. 따라서 경합범 관계에 있는 공소사실 중 판결주문이 수 개일 때 피고인과 검사가 일부에 대하여만 상소한 경우, 피고인과 검사가 상소하지 않은 부분은 상소기간이 지남으로써 확정되어 상소심에 계속된 사건은 상소된 부분에 대한 공소뿐이고, 그에 따라 상소심에서 이를 파기할 때에는 그 부분만을 파기하여야 한다(대법원 2010. 11. 25. 선고 2010도10985 판결, 대법원 2020. 3. 12. 선고 2019도18935 판결 등 참조).

2) 반면 경합범 관계에 있는 공소사실 중 일부 유죄, 일부 무죄를 선고하여 판결주문이 수 개일 때 검사가 판결 전부에 대하여 상소하였는데 상소심에서 이를 파기할 때에는 유죄 부분과 파기되는 무죄 부분이 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되어야 하므로, 유죄 부분과 파기되는 무죄 부분을 함께 파기하여야 한다.

그러나 위와 같이 하나의 형을 선고하기 위해서 파기하는 경우를 제외하고는 경합범의 관계에 있는 공소사실이라고 하더라도 개별적으로 파기되는 부분과 불가분의 관계에 있는 부분만을 파기하여야 한다.

나. 판단

앞서 본 사실관계를 위 법리에 비추어 살펴보면, 제1심은 경합범 관계에 있는 공소사실 중 피해자 대한민국에 대한 사기 부분을 주문 무죄로, 피해자 학부모들에 대한 사기 부분을 주문 공소기각으로 각 판단하였으므로, 검사가 제1심 판결 전부에 대하여 항소하였다고 하더라도 그 판결 전체가 불가분의 관계에 있다고 볼 수 없고, 원심으로서 각 부분에 관한 항소이유를 개별적으로 판단하였어야 한다.

그런데도 원심은 이 사건 공소사실 전체가 경합범 관계에 있어 불가분의 관계에 있다는 이유로 제1심판결 중 공소기각 부분을 파기하는 이상 제1심판결 중 무죄 부분도 함께 파기하여야 한다고 판단하였다.

이러한 원심의 판단에는 상소심의 심판대상과 파기의 범위에 관한 법리를 오해함으로써 제1심판결 중 무죄 부분에 대한 판단을 누락한 잘못이 있다.

이를 지적하는 상고이유 제3점은 이유 있다.

4. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 노태악(재판장) 박정화(주심) 김선수 오경미