

공직선거법위반·정치자금법위반

[대법원 2009. 10. 22. 2009도7436]



【판시사항】

- [1] 공소장일본주의의 위배 여부를 판단하는 기준 및 그 법적 효과
- [2] 정당의 후보자 추천 관련 금품수수 범행의 공소사실에 범죄사실 이전 단계의 정황과 경위, 범행을 전후하여 관계자들이 주고받은 대화 내용 등을 장황하게 기재한 사안에서, 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하지 않는다고 한 원심판결을 수긍한 사례
- [3] 정당이 후보자 추천과 관련하여 무상 또는 현저히 낮은 이율로 금전을 대여받은 경우, 위법한 정치자금을 제공받는 행위에 해당하는지 여부(적극) 및 이 때 몰수 또는 추징의 대상이 되는 재산상 이익

【판결요지】

[1]

[다수의견] 형사소송 법령의 내용과 그 개정 경위, 공소장일본주의의 기본취지, 우리나라 형사소송법이 당사자주의와 공판중심주의 원칙 및 직접심리주의와 증거재판주의 원칙 등을 채택하고 있다는 점 등을 아울러 살펴보면, 공소장일본주의는 위와 같은 형사소송절차의 원칙을 공소제기의 단계에서부터 실현할 것을 목적으로 하는 제도적 장치로서 우리나라 형사소송구조의 한 축을 이루고 있다고 보아야 한다. 그러나 공소장일본주의는 공소사실 특정의 필요성이라는 또 다른 요청에 의하여 필연적으로 제약을 받을 수밖에 없는 것이므로, 양자의 취지와 정신이 조화를 이룰 수 있는 선에서 공소사실 기재 또는 표현의 허용범위와 한계가 설정되어야 한다는 점, 공판준비절차는 공판중심주의와 집중심리의 원칙을 실현하려는 데 그 주된 목적이 있으므로 공소장일본주의의 위배를 포함한 공소제기 절차상의 하자는 이 단계에서 점검함으로써 위법한 공소제기에 기초한 소송절차가 계속 진행되지 않도록 하는 것이 바람직하다는 점, 형사소송법상 인정되는 공소장변경제도는 실체적 진실발견이라는 형사소송이념을 실현하기 위한 직권주의적 요소로서 형사소송법이 절차법으로서 가지는 소송절차의 발전적·동적 성격과 소송경제의 이념 등을 반영하고 있는 것이므로, 이러한 점에서도 공소장일본주의의 적용은 공소제기 이후 공판절차가 진행된 단계에서는 필연적으로 일정한 한계를 가질 수밖에 없다는 점 등을 종합하여 보면, 공소장일본주의의 위배 여부는 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 볼 때에 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 이외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 당해 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다. 이러한 기준에 비추어 공소장일본주의에 위배된 공소제기라고 인정되는 때에는 그 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하는 것으로 보아 공소기각의 판결을 선고하는 것이 원칙이다. 그러나 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 소송절차의 동적 안정성 및 소송경제의 이념 등에 비추어 볼 때 이제는 더 이상 공소장일본주의의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다룰 수는 없다고 보아야 한다.

[대법관 이홍훈의 별개의견] 다수의견을 따르면 공소장일본주의 위배의 정도가 중대하여 법관이나 배심원의 공정하고 중립적인 심증형성에 심각한 장애를 초래하는 정도에 이른 경우라도, 피고인이나 변호인이 초기에 적절하게 대응하지 못한 상태에서 제1심 증거조사절차를 마치게 되면 그 구제방법을 박탈함으로써 공소장일본주의의 취지를 상당부분 무력화시킬 수 있다. 한편, 뒤에 나오는 반대의견을 따르면 공소장일본주의라는 원칙만을 지나치게 강조한 나머지 우리 형사소송절차가 추구하는 다른 원칙이나 가치들과 조화를 이루지 못하고 부적절한 결과를 초래할 수 있다. 따라서 무죄추정의 권리를 향유하는 피고인에 대하여 법관이 가질 수 있는 유죄의 예단을 최대한 효율적으로 차단하면서도 실체적 진실발견과 적절한 형벌권의 행사를 함께 도모하기 위하여는, 공소장일본주의 위배의 효과를 모든 사안에 있어서 일률적으로 확정할 수는 없고, 그 위배의 정도가 중대하여 법관이나 배심원의 공정하고 중립적인 심증형성에 심각한 장애를 초래하는 정도에 해당하는 경우에는 형사소송절차의 진행 정도에 관계없이 공소기각의 판결을 선고하는 것이 합당하다. 다만, 이러한 경우에 해당하는지 여부는 공소장일본주의 위배의 내용과 태양 및 정도, 위배 경위와 회피가능성, 공소제기의 주체인 검사의 인식과 의도, 피고인과 변호인의 방어권 행사에 미친 영향, 사건의 경중과 특성, 공판절차가 국민참여재판으로 이루어졌는지 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있다.

[대법관 김영란, 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 전수안의 반대의견] 공소장일본주의는 재판제도의 생명이라 할 수 있는 재판의 공정성을 보장하기 위한 필수적인 원칙으로서 그 원칙에 위배된 재판은 이미 생명을 잃어버린 것이나 다름없다. 한편, 우리 형사소송법이 당사자주의의 기본구조에 직권주의적 요소를 가미한 것도 실체적 진실발견에 도움이 되고자 하는 것이므로 직권주의적 요소가 가미되어 있다는 점이 공소장일본주의가 추구하고자 하는 재판의 공정과 상충되는 요인이 될 수 없고, 그것이 공소장일본주의에 일정한 한계를 두어야 하는 근거로 될 수 없다. 즉, 공소장일본주의가 추구하는 재판의 공정이라는 가치가 실체적 진실발견보다는 더 우선하는 의미를 가지는 것이므로 재판의 공정과 관련된 공소장일본주의의 기능 발휘를 위해서는 실체적 진실발견의 요청은 일부 양보할 수밖에 없다고 보아야 한다. 또한 재판의 공정은 재판을 시작하는 첫 단계에서부터 마지막까지 시종일관 보장되어야 하는 중요한 원칙이므로, 재판의 공정성과 직결되는 공소장일본주의는 공판절차가 어느 단계에 가 있든 항상 문제가 될 수 있으며, 공소장일본주의가 추구하는 재판의 공정 이념은 우선적 가치를 가진 근본이념으로서, 재판의 신속·경제를 위해 재판의 공정을 희생시킬 수는 없다. 이러한 공소장일본주의의 의미와 기능을 생각해 볼 때에, 법관이 예단을 가진 채로 불공정한 공판절차를 진행하게 된다는 심각하고도 치유될 수 없는 흠을 초래하게 되는 공소장일본주의 위반은 그 자체로 이미 중대한 위법상태에 해당하는 것으로서, 그 위반의 정도나 경중을 가릴 것 없이 모두 위법한 공소제기라고 보는 것이 타당하다. 결론적으로 공소장일본주의의 취지와 의미를 고려한다면 그 위반의 효과에 대하여는 엄격한 기준이 적용되어야 한다. 공소장일본주의를 위반하는 것은 소송절차의 생명이라 할 수 있는 공정한 재판의 원칙에 치명적인 손상을 가하는 것이고, 이를 위반한 공소제기는 법률의 규정에 위배된 것으로 치유될 수 없는 것이므로 시기 및 위반의 정도와 무관하게 항상 공소기각의 판결을 하는 것이 타당하다.

[2] 정당의 후보자 추천 관련 금품수수 범행의 공소사실에 범죄사실 이전 단계의 정황과 경위, 범행을 전후하여 관계자들이 주고받은 대화와 이메일 내용, 수첩의 메모 내용, 세세한 주변사실 등을 장황하게 기재한 사안에서, 위 범죄의 성격상 검사로서는 그 범의나 공모관계, 범행의 동기나 경위 등을 명확히 하기 위하여 구체적인 사정을 적시할 필요도 있는 점, 이와 관련하여 제1심 공판절차에서 피고인측이 아무런 이의를 제기하지 않은 상태에서 공판절차

가 진행되어 위 공소사실에 인용된 증거들을 포함하여 검사가 제출한 증거들에 대한 증거조사가 모두 마쳐진 점 등을 종합하여, 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하지 않는다고 한 원심판결을 수긍한 사례.

- [3] 정치자금법의 입법 취지와 정치자금법 제1조, 제2조 제1항, 제3조 제2호, 제32조 제1호, 제45조 제2항 제5호, 제45조 제3항의 규정들을 종합해 보면, 정치자금의 제공이 후보자 추천의 대가 또는 사례에 해당하거나 그렇지 않다 하더라도 그 후보자 추천에 있어서 어떠한 형태로든 영향을 미칠 수 있는 경우, 이는 정치자금법이 금지하는 기부제한 대상에 해당한다고 보아야 한다. 그러므로 정당이 후보자 추천과 관련하여 금전을 무상으로 대여받는 행위는 정치자금법이 금지하는 정치자금을 제공받는 행위에 해당하는 것이지만, 이러한 경우 그 차용금 자체를 기부받은 것으로 볼 것은 아니고 통상적으로 유상대여가 이루어졌을 경우와 비교하여 그 이자 상당의 재산상 이익을 기부받은 것으로 봄이 상당하다. 이러한 법리는 정당이 후보자 추천과 관련하여 금전을 통상적인 경우에 비하여 현저히 낮은 이율로 대여받은 경우에도 마찬가지로 이 때에는 금융기관의 대출금리 또는 법정이율 등과 실제 이율과의 차이 상당의 재산상 이익을 기부받은 것으로 보아야 하고 몰수·추징의 대상도 이에 한정하여야 한다.

【참조조문】

- [1] 형사소송법 제254조 제1항, 형사소송규칙 제118조 제2항
[2] 형사소송법 제254조 제1항, 형사소송규칙 제118조 제2항, 공직선거법 제47조의2 제1항, 제230조 제6항
[3] 정치자금법 제1조, 제2조 제1항, 제3조 제2호, 제32조 제1호, 제45조 제2항 제5호, 제45조 제3항

【참조판례】

- [1] 대법원 1994. 3. 11. 선고 93도3145 판결(공1994상, 1233), 대법원 1999. 5. 14. 선고 99도202 판결(공1999상, 1215), 대법원 2007. 5. 11. 선고 2007도748 판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11813 판결(공2009상, 428) /
[3] 대법원 2007. 3. 30. 선고 2006도7241 판결(공2007상, 652)

【전문】

【피 고 인】 문국현

【상 고 인】 피고인 및 검사

【변 호 인】 법무법인(유) 태평양외 3인

【원심판결】 서울고법 2009. 7. 23. 선고 2008노3355 판결

【주문】

】

상고를 모두 기각한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 공소장일본주의의 위배의 점에 대하여

가. 공소장일본주의는 검사가 공소를 제기할 때에는 원칙적으로 공소장 하나만을 제출하여야 하고 그밖에 사건에 관하여 법원에 예단을 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용하여서는 아니 된다는 원칙이다(형사소송규칙 제118조 제2항). 공소장에 법령이 요구하는 사항 이외의 사실로서 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 사유를 나열하는 것이 허용되지 않는다는 것도 이른바 '기타 사실의 기재 금지'로서 공소장일본주의의 내용에 포함된다(대법원 1994. 3. 11. 선고 93도3145 판결 참조).

종래 우리나라의 형사재판 실무는 검사가 제1회 공판기일 이전에 수사기록 일체를 법원에 제출하는 것이 관행이었다. 그리하여 법원에 따라서는 제1회 공판기일에 들어가기 이전에 검사로부터 제출받은 수사기록을 살펴보고 사안을 미리 파악하기도 하는 등 실무상 혼란이 없지 않았고, 이에 대해서는 예단배제를 위한 공소장일본주의의 취지에 반한 것이라는 비판이 있었다.

이러한 실무관행은 2006. 4. 1. 개정된 대법원 재판예규에 의하여 전국적으로 증거분리제출제도가 시행됨으로써 획기적인 변화가 이루어지게 되었다.

이 제도의 시행으로 검사는 피고인이 자백하든 부인하든 제1회 공판기일 이후 증거조사에 들어가서야 비로소 증거서류를 법정에서 제출하게 된 것이다.

또한, 2007. 6. 1. 법률 제8495호 국민의 형사재판 참여에 관한 법률의 제정으로 국민참여재판제도가 도입되어 직업법관이 아닌 배심원이 국민참여재판을 하는 사건에 관하여 사실의 인정, 법령의 적용 및 형의 양정에 관한 의견을 제시할 권한을 가지게 됨으로써 공판절차에서 법관이나 배심원이 공평한 제3자의 입장에서 심리에 관여할 수 있도록 제도적 장치를 보완할 필요가 생겼다.

이러한 사정을 반영하여 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 형사소송법은 공판절차에 관한 규정을 개정하여, 재판장은 증거조사를 하기에 앞서 검사 및 변호인으로 하여금 공소사실 등의 증명과 관련된 주장 및 입증계획 등을 진술하게 할 수 있으나, 다만 증거로 할 수 없거나 증거로 신청할 의사가 없는 자료에 기초하여 법원에 사건에 대한 예단 또는 편견을 발생하게 할 염려가 있는 사항은 진술할 수 없도록 하였고(법 제287조 제2항), 공판절차의 순서를 바꾸어 증거조사를 피고인신문에 앞서서 실시하도록 규정하는(법 제290조, 제296조의2) 등 당사자주의 소송구조를 강화하였다.

위와 같은 형사소송 법령의 내용과 그 개정 경위에 더하여, 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다는 헌법 제27조 제4항의 규정상 형사피고인에 대하여 법관이 가질 수 있는 유죄의 예단을 차단할 필요가 있다는 공소장일본주의의 기본취지, 우리나라 형사소송법은 피고사건에 대한 실체심리가 공개된 법정에서 검사와 피고인 양 당사자의 공격·방어활동에 의하여 행해질 것을 요구하는 당사자주의와 공판중심주의 원칙 및 공소사실의 인정은 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 기초로 이루어져야 한다는 직접심리주의와 증거재판주의 원칙 등을 채택하고 있다는 점 등을 아울러 살펴보면, 공소장일본주의는 위와 같은 형사소송절차의 원칙을 공소제기의 단계에서부터 실현할 것을 목적으로 하는 제도적 장치로서 우리나라 형사소송구조의 한 축을 이루고 있다고 보아야 한다.

공소장일본주의에 관한 형사소송규칙 제118조 제2항은 바로 이러한 법리를 명문화한 것인 이상, 법원은 물론 소추기관인 검사 역시 형사재판의 운용에 있어서 그 취지가 충분하게 기능을 발휘할 수 있도록 최대한 노력을 기울일 의

무가 있다고 할 것이다.

나. 우리나라의 형사소송구조상 공소장일본주의가 인정된다고 하더라도, 형사소송법은 과연 어떤 경우에 검사의 공소제기가 공소장일본주의에 위배되었다고 볼 것인지 그리고 그 법적 효과가 무엇인지, 특히 어떤 경우에 공소장일본주의의 위배가 형사소송법 제327조 제2호에 정한 "공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때"에 해당한다고 볼 것인지 등에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다.

형사소송법은 국가형벌권의 구체적 실현을 위하여 필요한 법적 절차를 규율하는 법률로서 법공동체가 추구하는 이상과 좌절의 역사적 체험을 담은 그 시대 사회적·문화적 상황의 산물이므로 여기에는 필연적으로 상충되는 법원칙이 혼재하여 있게 마련이다.

공소장일본주의 역시 우리나라 형사절차에 있어서 당사자주의적 요소를 반영하는 원칙의 하나인데, 형사소송법에는 그와 상호충돌 관계에 있는 직권주의적 요소에 관한 여러 규정들이 있으므로 이러한 규정들과 조화를 이루도록 해석할 필요가 있고 나아가 공소장일본주의가 형사재판의 운용 전반에 미치는 영향 등도 고려하여야 할 것이므로 이러한 제반 사정을 감안하여 공소범죄사건에서 실체적 진실발견과 적법절차보장이라는 형사소송이념을 실현할 수 있도록 그 구체적인 기준을 설정하지 않으면 안 된다.

(1) 먼저, 형사소송법 제254조 제4항은 "공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다"고 규정하여 공소사실을 구체적으로 특정할 것을 요구하고 있다.

이는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정함으로써 심판의 능률과 신속을 꾀함과 동시에 방어자의 범위를 특정하여 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해 주려는 데 그 취지가 있다.

그러므로 공소사실은 가능한 한 명확하게 이를 특정할 수 있도록 기재하는 것이 바람직하고 이러한 필요성은 공소장일본주의 원칙과 비교하더라도 가볍게 다룰 것이 아니다.

한편, 공소사실의 기재는 본질적으로 역사적으로 이미 발생한 사실을 그에 관한 자료를 기초로 범죄사실로 재구성하여 표현하는 것이어서 그 정도의 차이가 있을 뿐 필연적으로 장차 증거로 제출될 서류 기타 물건에 담긴 정보를 기술하는 형식에 의하게 되고, 특히 명예훼손·모욕·협박 등과 같이 특정한 표현의 구체적인 내용에 따라 범죄의 성부가 판가름되는 경우나 특허권·상표권 침해사범처럼 사안의 성질상 도면 등에 의한 특정이 필요한 경우 등에는 서류 기타 물건의 내용을 직접 인용하거나 요약 또는 사본하여 첨부할 수밖에 없다.

결국, 공소장일본주의는 공소사실 특정의 필요성이라는 또 다른 요청에 의하여 필연적으로 제약을 받을 수밖에 없는 것이므로, 양자의 취지와 정신이 조화를 이룰 수 있는 선에서 공소사실 기재 또는 표현의 허용범위와 한계가 설정되어야 한다.

또한, 형사소송법은 형사피고사건의 효율적이고 집중적인 심리를 위하여 재판장은 사건을 공판준비절차에 부칠 수 있고(법 제266조의5 제1항), 법원은 공판준비절차에서 공소사실 등을 명확하게 하는 행위, 공소사실의 추가·철회 또는 변경을 허가하는 행위, 공소사실과 관련하여 주장할 내용을 명확히 하여 사건의 쟁점을 정리하는 행위, 계산이 어렵거나 그밖에 복잡한 내용에 관하여 설명하도록 하는 행위 등을 할 수 있다고 규정하고 있다(법 제266조의9 제1항). 공판준비절차는 공판중심주의와 집중심리의 원칙(법 제267조의2)을 실현하려는 데 그 주된 목적이 있으므로, 공소장일본주의 위배를 포함한 공소제기 절차상의 하자는 이 단계에서 점검함으로써 위법한 공소제기에 기초한

소송절차가 계속 진행되지 않도록 하는 것이 바람직하다.

뿐만 아니라, 형사소송법은 공소장변경제도를 인정하여, 검사는 법원의 허가를 얻어 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있고, 법원 역시 심리의 경과에 비추어 상당하다고 인정할 때에는 공소사실 또는 적용법조의 추가 또는 변경을 요구하여야 한다고 규정하고 있다(법 제298조 제1항, 제2항). 이러한 공소장변경제도는 실체적 진실발견이라는 형사소송이념을 실현하기 위한 직권주의적 요소로서 형사소송법이 절차법으로서 가지는 소송절차의 발전적·동적 성격과 소송경제의 이념 등을 반영하고 있는 것이므로, 이러한 점에서도 공소장일본주의의 적용은 공소제기 이후 공판절차가 진행된 단계에서는 필연적으로 일정한 한계를 가질 수밖에 없다.

(2) 대법원은 종래, ① 공소장의 공소사실 첫머리에 소년부송치처분 등 범죄전력을 기재하였다 하더라도 이는 피고인의 특징에 관한 사항으로서 그와 같은 내용의 기재가 있다 하여 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반된 것이라고 할 수 없고(대법원 1990. 10. 16. 선고 90도1813 판결 참조), ② 공소장에는 법령이 요구하는 사항만 기재할 것이고 공소사실의 첫머리에 공소사실과 관계없이 법원의 예단만 생기게 할 사유를 불필요하게 나열하는 것은 옳다고 할 수 없으며, 공소사실과 관련이 있는 것도 원칙적으로 범죄의 구성요건에 적어야 할 것이고, 이를 첫머리 사실로서 불필요하게 길고 장황하게 나열하는 것을 적절하다고 할 수 없으나, 공소장에 기재된 첫머리 사실이 공소사실의 범의나 공모관계, 공소범행에 이르게 된 동기나 경위 등을 명확히 나타내기 위하여 적시한 것으로 보이는 때에는 공소제기의 방식이 공소장일본주의에 위배되어 위법하다고 할 수 없으며(대법원 1992. 9. 22. 선고 92도1751 판결, 대법원 1994. 3. 11. 선고 93도3145 판결, 대법원 1999. 5. 14. 선고 99도202 판결 등 참조), ③ 설사 범죄의 직접적인 동기가 아닌 경우에도 동기의 기재는 공소장의 효력에 영향을 미치지 아니한다고(대법원 2007. 5. 11. 선고 2007도748 판결 참조) 판시하여 왔는데, 이러한 판결들은 모두 공소장일본주의의 위배 여부는 형사소송법상 공소장일본주의에 관한 규정과 형사재판의 적정한 운용에 관한 그 밖의 다른 규정들이 합리적으로 조화를 이루도록 판단하여야 한다는 취지라고 볼 수 있다.

(3) 위에서 살펴본 여러 사정들을 종합하여 보면, 공소장일본주의의 위배 여부는 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 볼 때에 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 이외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 당해 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다.

이러한 기준에 비추어 공소장일본주의에 위배된 공소제기라고 인정되는 때에는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하는 것으로 보아 공소기각의 판결을 선고하는 것이 원칙이다(법 제327조 제2호). 그러나 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인 측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 소송절차의 동적 안정성 및 소송경제의 이념 등에 비추어 볼 때 이제는 더 이상 공소장일본주의의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다툴 수는 없다고 보아야 한다.

다.

이러한 법리에 비추어 원심판결을 살펴보면, 원심이 판시한 바와 같은 사정, 특히 당초 이 사건 공소가 제기되었던 주위적 공소사실은 정당이 후보자 추천과 관련하여 당대표 등이 금품 등을 수수하여 공직을 매수하는 범행에 관한 것으로서, 이러한 범죄는 당 내부적으로도 일부 핵심 인사만 알 수 있도록 은밀하고도 계획적으로 행하여지는 성격을 가지기 때문에 검사로서는 그 범의나 공모관계, 범행의 동기나 경위 등을 명확히 하기 위하여 구체적인 사정을 적시할 필요도 어느 정도 있다는 점, 이와 관련하여 제1심 공판절차에서 피고인 측이 이 점에 관하여 아무런 이의를 제기하지 않은 상태에서 공판절차가 진행되어 위와 같이 공소사실에 인용된 증거들을 포함하여 검사가 제출한 증거들에 대한 증거조사가 모두 마쳐진 점 등을 종합하여, 이 사건 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하므로 공소기각 하여야 한다는 피고인의 주장을 받아들이지 않은 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 여기에 공소장일본주의에 관한 법리오해의 위법은 없다.

이 점에 관한 피고인의 상고이유 주장은 이유 없다.

2. 정치자금법상 "기부"의 해석의 점에 대하여

정치자금법 제1조는 "이 법은 정치자금의 적정한 제공을 보장하고, 그 수입과 지출내역을 공개하여 투명성을 확보하며 정치자금과 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다"라고 규정하고, 제2조 제1항은 "누구든지 이 법에 의하지 아니하고는 정치자금을 기부하거나 받을 수 없다"라고 규정하면서 제32조 제1호, 제45조 제2항 제5호에서 "공직선거에 있어서 특정인을 후보자로 추천하는 일"과 관련하여 정치자금을 기부하거나 받은 자를 벌칙의 적용대상의 하나로 규정하고, 제45조 제3항에서는 위와 같이 제공된 금품 그밖에 재산상의 이익은 필요적으로 몰수하되 이를 몰수할 수 없을 때에는 그 가액을 추징하도록 정하고 있다.

또한, 제3조 제2호에서는 "기부"라 함은 정치활동을 위하여 개인 또는 후원회 그 밖의 자가 정치자금을 제공하는 일체의 행위를 말하고, 이 경우 제3자가 정치활동을 하는 자의 정치활동에 소요되는 비용을 부담하거나 지출하는 경우와 금품이나 시설의 무상대여, 채무의 면제·경감 그 밖의 이익을 제공하는 행위 등은 이를 기부로 본다고 규정하고 있다.

정치자금법이 후보자 추천과 관련하여 정치자금을 기부하거나 받는 행위를 처벌하는 것은 선출직 공직자 선거에 있어서 후보자 추천 단계에서부터 금권의 영향력을 원천적으로 봉쇄함으로써 궁극적으로 공명정대한 선거를 담보하고자 하는 데에 그 입법 취지가 있음을 염두에 두고, 위 각 규정들을 종합해 보면, 정치자금의 제공이 후보자 추천의 대가 또는 사례에 해당하거나, 그렇지 않다 하더라도 그 후보자 추천에 있어서 어떠한 형태로든 영향을 미칠 수 있는 경우 이는 정치자금법이 금지하는 기부제한 대상에 해당한다고 보아야 할 것이다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2006도6307 판결 참조). 그러므로 정당이 후보자 추천과 관련하여 금전을 무상으로 대여 받는 행위는 정치자금법이 금지하는 정치자금을 제공받는 행위에 해당하는 것이지만, 이러한 경우 그 차용금 자체를 기부 받은 것으로 볼 것은 아니고 통상적으로 유상대여가 이루어졌을 경우와 비교하여 그 이자 상당의 재산상 이익을 기부 받은 것으로 봄이 상당하고(대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도9392 판결 참조), 이러한 법리는 정당이 후보자 추천과 관련하여 금전을 통상적인 경우에 비하여 현저히 낮은 이율로 대여 받은 경우에도 마찬가지로 이때에는 금융기관의 대출금리 또는 법정이율 등과 실제 이율과의 차이 상당의 재산상 이익을 기부 받은 것으로 보아야 하고 몰수·추징의 대상도 이에 한정하여야 할 것이다(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006도7241 판결 참조).

위 법리에 비추어 보면, 원심이 판시한 바와 같은 사정을 들어 공소외 1이 창조한국당에 6억 원의 당채 매입 대금을 제공한 행위는 창조한국당이 후보자의 추천과 관련한 유상대여를 통하여 금융기관의 시중 대출이율과 당채이율 연 1% 사이의 차액만큼 이자를 지급하지 않아도 되는 재산상의 이익을 제공한 행위로서 이는 정치자금법 제3조 제2호의 규정에 의하여 기부로 간주되는 정치자금의 제공행위에 해당된다고 판단한 것은 수긍할 수 있고, 거기에 정치자금법상 "기부"의 해석에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

이 점을 지적하는 피고인의 상고이유 주장은 이유 없다.

3. 불고불리원칙 위반의 점에 대하여

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 것보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 공소사실을 인정할 수 있는 것이다(대법원 2007. 4. 12. 선고 2007도828 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심이 피고인을 유죄라고 인정한 후보자 추천과 관련하여 '6억 원에 대한 금융기관의 시중 대출이율과 연 1%의 당채이율 사이의 차액에 상당하는 액수 미상의 재산상 이익을 제공받는 행위를 통하여 정치자금을 기부 받았다'는 범죄사실은 이 사건 예비적 공소사실 중 '6억 원의 자금 융통 및 시중 사채금리와 차액 상당의 재산상 이익을 정치자금으로 기부받았다'는 범죄사실과 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 전자는 후자에 포함되는 보다 가벼운 범죄사실이 인정된 경우에 해당하고, 제1심에서 원심에 이르기까지 심리경과에 비추어 보면 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 있다고 볼 수는 없다.

거기에 피고인의 상고이유 주장과 같은 공소장변경에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

4. 공직선거법상 매수 및 이해유도죄 주체의 해석의 점에 대하여

공직선거법 제47조의2 제1항에 의하여 정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 제공받은 당사자가 정당인 경우에는 자연인인 기관이 그 업무를 수행하는 것이므로, 같은 법 제230조 제6항에서 같은 법 제47조의2 제1항의 규정에 위반한 자라 함은 정당인 경우 업무를 수행하는 정당의 기관인 자연인을 의미한다고 할 것이다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2008도11040 판결 등 참조).

이와 같은 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 창조한국당이 공소외 1을 비례대표 국회의원 후보로 추천하는 행위와 관련하여 공소외 1로부터 당채 매입 대금으로 6억 원을 제공받은 행위와 관련하여 창조한국당의 대표인 피고인에게 공직선거법의 매수 및 이해유도죄를 인정한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 공직선거법의 매수 및 이해유도죄에 관한 법리오해 등의 위법은 없다.

이 점을 지적하는 피고인의 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

5. 법률의 착오의 점에 대하여

형법 제16조는 "자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.

"고 한다.

이 경우 행위자가 오인한 데에 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자가 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 또는 권한 있는 관청에 문의하는 등 진지한 노력을 다하였다면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 및 그의 사회적 지위 등에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2009. 6. 25. 선고 2009도1936 판결 등 참조).

원심은, 창조한국당이 제18대 국회의원선거를 준비하는 과정에서 중앙선거관리위원회로부터 정당에서 공천헌금을 받고 비례대표 후보 공천을 하는 것은 불법으로 금지되어 있다는 취지의 답변을 들은 바 있고, 나아가 이 사건 범행 무렵에 당사랑채권에 대하여 중앙선거관리위원회에 질의를 하여 회신을 받았으나, 그 내용은 단순히 당채를 발행할 수 있느냐에 관한 것이었으며, 비례대표 후보 추천과 관련하여 당채를 판매하는 행위가 위법한지 여부에 관하여는 이를 선거관리위원회에 확인한 사실이 없다는 등의 사정을 들어 피고인이 비례대표 국회의원 후보자 추천과 관련하여 재산상 이익을 수수한 행위를 법령에 의하여 허용되는 행위로 오인하였다고 하더라도 그러한 오인에 정당한 이유가 있는 것으로 볼 수 없다고 판단하였는바, 앞서 본 법리에 비추어 이 사건 기록을 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 피고인의 상고이유 주장과 같은 법률의 착오에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

6. 나머지 상고이유에 대하여

피고인의 나머지 상고이유 및 검사의 상고이유 주장은 모두 사실심인 원심의 전권에 속하는 증거의 취사선택과 사실의 인정을 탓하는 것에 불과하여 적법한 상고이유가 되지 못한다.

7. 결론

그렇다면 상고를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

이 판결에는 공소장일본주의 위배에 관하여 대법관 이흥훈의 별개의견과 대법관 김영란, 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 전수안의 반대의견이 있는 외에 관여 법관의 의견이 일치되었고, 다수의견에 대한, 대법관 양승태의 보충의견, 대법관 김능환의 보충의견 및 대법관 안대희의 보충의견과 반대의견에 대한 대법관 김영란, 대법관 김지형의 보충의견이 있다.

8. 대법관 이흥훈의 별개의견

가. 이 사건 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하지 않는다는 원심 및 다수의견의 결론에는 동의한다.

그러나 공소장일본주의 위배가 인정되는 경우에 아무런 이의제기 없이 일단 공판절차가 계속 진행되어 증거조사가 마쳐지고 법관의 심증형성이 이루어졌다고 하여 어떤 경우에도 더 이상 공소장일본주의 위배를 이유로 공소제기의 위법을 다룰 수 없는 것은 아니라는 점을 지적하고자 한다.

먼저, 다수의견은 공소장일본주의의 주된 취지가 법관의 예단 배제에 있다고 설시한 다음, 법관의 심증형성은 증거조사를 마친 경우에만 비로소 이루어진다고 전제하는 것으로 보인다.

그러나 법관의 심증은 증거조사 이전에 공소장일본주의를 위반한 공소장을 통하여 형성될 수도 있는 것이고, 이와 같은 공소장을 통하여 생긴 선입관과 그 후의 증거조사가 결합하여 형성될 수도 있는 것이다.

공소장일본주의가 바로 이와 같이 적법한 증거에 의하지 아니한 심증형성이 이미 이루어진 경우에 공소기각 판결을 통하여 새로운 법관으로부터 재판을 받도록 함으로써 당사자를 구제하려는 것임에도 불구하고, 이미 심증형성이 이루어진 단계에서는 더 이상 공소장일본주의 위배를 다룰 수 없다는 다수의견의 논거는 공소장일본주의를 형해화

시킬 우려가 있어서 선뜻 동의하기 어렵다.

다음으로, 다수의견은 증거조사에 앞서 공판준비절차나 공소장변경절차를 통하여 공소장일본주의 위배를 시정할 기회를 충분히 제공하였으므로, 증거조사 후에는 이를 다룰 수 없도록 해도 무방하다고 전제하는 것으로 보인다. 그러나 공판준비절차에 부칠 것인지 여부는 재판장의 재량으로 결정하는 것이고(법 제266조의5 제1항), 검사가 스스로 공소장일본주의 위배를 인정하고 시정하는 경우는 극히 드물 것이므로 공소장변경 역시 법원의 요구가 있어야 비로소 검사가 검토하게 될 것으로 보인다(법 제298조 제2항). 그런데 국민참여재판의 경우는 별론으로 하고, 일반적인 형사재판에 있어서 예단에 영향을 받지 않도록 훈련되어 있다고 자부하는 직업법관이 스스로 공소장일본주의 위배를 문제 삼는 경우는 드물 것이고, 법률문외한인 피고인이 공소장일본주의의 개념을 파악하고 초기부터 적절하게 대응하기를 기대하기도 어렵다.

그렇다면 법률전문가인 변호인이 공소장일본주의의 위배를 주장하고 시정을 요구하는 것이 일반적일 것인데, 다수의견에 따르면 제1심 증거조사를 마친 후 비로소 변호인이 선임된 경우라든가, 항소심에서 비로소 변호인이 선임된 경우에는, 이미 공소장일본주의의 위배로 인하여 예단이 형성되어 판결에 영향을 미치고 있다고 하더라도 이를 다룰 방법을 봉쇄하는 결과를 초래할 것으로 보인다.

이 점에서도 다수의견의 논거에 동의하기 어렵다.

결국, 다수의견에 따르면 공소장일본주의 위반의 정도가 중대하여 법관이나 배심원의 공정하고 중립적인 심증형성에 심각한 장애를 초래하는 정도에 이른 경우라도 피고인이나 변호인이 초기에 적절하게 대응하지 못한 상태에서 제1심 증거조사절차를 마치게 되면 그 구제방법을 박탈함으로써 공소장일본주의의 취지를 상당 부분 무력화시킬 수 있다는 점을 지적하여 둔다.

나. 한편, 뒤에서 보는 바와 같이 공소장일본주의에 위반한 때에는 그 위반의 정도나 경중을 가릴 것 없이 모두 위법한 공소제기라고 보아 항상 공소기각의 판결을 선고하여야 한다는 반대의견의 견해에도 찬성할 수 없다.

아무리 사소한 공소장일본주의 위반이라 할지라도 모두 공소기각의 판결을 받을 수 있게 된다면, 형사재판에서 피고인 측은 대부분의 사건에서 공소장일본주의 위반의 주장을 제기할 가능성이 있고, 검사가 공소사실을 기재하거나 법원이 공소장을 심사하면서 사소한 문장에도 주의를 기울여야 하는 등 시간과 노력이 허비되고 소송절차가 지연될 우려가 있으며, 실체적 진실발견이나 적절한 형벌권의 행사와 같은 형사소송의 가치가 손상될 수 있다.

또한, 사소한 문제로 인하여 공소기각 판결을 받고 다시 공소가 제기되어 재판을 받아 동일한 결과를 얻게 되는 경우라면 그다지 피고인에게 유리하다고 볼 수도 없다.

결국, 반대의견에 따르면 공소장일본주의라는 원칙만을 지나치게 강조한 나머지 우리 형사소송절차가 추구하는 다른 원칙이나 가치들과 조화를 이루지 못하고 부적절한 결과를 초래할 수 있음을 지적하여 둔다.

다.

따라서 무죄추정의 권리를 향유하는 피고인에 대하여 법관이 가질 수 있는 유죄의 예단을 최대한 효율적으로 차단하면서도 실체적 진실발견과 적절한 형벌권의 행사를 함께 도모하기 위하여는, 공소장일본주의 위반의 효과를 모든 사안에 있어서 일률적으로 확정할 수는 없고, 그 위반의 정도가 중대하여 법관이나 배심원의 공정하고 중립적인 심증형성에 심각한 장애를 초래하는 정도에 해당하는 경우에는 형사소송절차의 진행 정도에 관계없이 공소기각의 판결을 선고하는 것이 합당하다는 기준을 제시하고자 한다.

그리고 이러한 경우에 해당하는지 여부는 공소장일본주의 위배의 내용과 태양 및 정도, 위배 경위와 회피가능성, 공소제기의 주체인 검사의 인식과 의도, 피고인과 변호인의 방어권 행사에 미친 영향, 사건의 경중과 특성, 공판절차가 국민참여재판으로 이루어졌는지 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있을 것이다.

이와 같은 법리에 비추어 원심판결을 살펴보면, 이 사건 공소사실의 일부 기재 내용은 반대의견에서 적절하게 지적하고 있는 바와 같이 공소장일본주의를 위반하였음은 명백하다.

그러나 피고인은 제1심 초기 단계부터 다수 변호인의 조력을 받고 있었음에도 적법한 증거조사를 마친 후 제1심의 마지막 변론기일에 이르기까지 공소장일본주의 위배에 대하여 전혀 이의를 제기하지 아니하는 등 피고인이나 변호인의 입장에서 이 사건 공소장일본주의 침해의 정도가 심각하다고 인식하지 아니한 것으로 보이는 점, 이 사건 공직선거법위반의 점은 선거일부터 6월이라는 단기의 공소시효가 적용되므로 이에 대하여 공소기각의 판결이 선고되면 사실상 다시 공소를 제기할 수 있는 시간적 여유가 없는 경우가 있어 적절한 형벌권의 행사가 곤란하게 되는 점 등 여러 사정을 종합적으로 고려하면, 이 사건 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하지 않는다는 원심의 결론은 수긍할 수 있다.

이상의 이유로 별개의견을 밝혀둔다.

9. 대법관 김영란, 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 전수안의 반대의견

상고이유 중 공소장일본주의 위반의 점에 관한 대법관 김영란, 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 전수안의 반대의견은 다음과 같다.

가. 공소장일본주의는 다수의견이 잘 설명하고 있듯이, 당사자주의 구조를 기본으로 하는 우리 형사소송절차에서 공판중심주의, 증거재판주의, 직접심리주의 및 무죄추정의 원칙을 실현하기 위한 중요한 원칙이다.

특히 공소장일본주의는 재판제도의 생명이라 할 수 있는 재판의 공정성을 보장하기 위한 필수적인 원칙으로서 그 원칙에 위배된 재판은 이미 생명을 잃어버린 것이나 다름없다.

우리 형사소송절차에서 공소제기는 공소장을 법원에 제출하는 방식으로 하도록 되어 있고, 공소장에는 공소사실을 기재하되 범죄의 시일(時日), 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다고 규정되어 있다(형사소송법 제254조). 공소장에 기재되는 공소사실 그 자체는, 당사자주의 소송구조에서 적극적 당사자의 지위에 있는 검사가 반대 당사자인 피고인의 처벌을 요구하면서 처벌의 구성요건으로 제시하여 주장하는 사실의 기재에 불과하다. 그리고 그 주장사실들이 공판과정에서 증명의 대상을 특정하고 구획짓는 기능을 하는 것이다.

따라서 그 주장사실의 기재는 범죄 구성요건에 직접 해당하는 사실들로만 간결하고 명확하게 기재되어야 하며 그 것으로 족하다.

때에 따라 구성요건 사실 자체를 직접 증명하고 확인하는 것이 어려운 경우에 이를 추단할 수 있는 간접사실을 기재하거나 공소사실을 특정하기 위하여 필요한 주변사실들을 덧붙여 기재할 수는 있을 것이나, 그 경우에도 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 필요한 범위를 넘어서서 너무 장황하거나 자세하게 동거나 경위 등을 기재하는 것은 부적절하므로 허용될 수 없다.

그리고 공소사실의 기재는 어디까지나 검사의 주장에 그쳐야지, 사실에 대한 주장의 정도를 넘어 법관의 판단과 심증형성에 영향을 미칠 요소가 개재되는 것은 허용되어서는 아니 된다.

검사가 공소장에서 주장한 공소사실은 그 자체가 증명의 대상이 되어, 공개된 공판정의 공판절차에서 쌍방의 입증에 따라 그 존부가 판단되어야 하는 것이고, 그 이전에는 누구도 미리 그 존부에 대한 예단이나 선입견을 가질 수 없음은 증거재판주의와 공판중심주의 원칙상 명백하다.

그런 필요성에 따라 우리 형사소송법과 형사소송규칙은, 공소장에는 법에서 허용된 사항들을 기재하는 외에 미리 범죄사실에 대한 예단을 줄 우려가 있는 일체의 물건이나 서류를 첨부하거나 내용을 인용하지 못하도록 규정하여 공소장일본주의를 천명하고 있는 것이다.

나. 공소장일본주의의 구체적인 내용은 크게 두 가지로 나눌 수 있는데, 그 하나는 전과사실, 피고인의 악성, 경력, 소행, 여죄, 범죄성립과 직접불가분의 관계에 있지 아니한 동기 등 이른바 '기타 사실의 기재'를 하거나 관련된 물건·서류를 첨부·인용함으로써 예단을 갖게 하는 것이고, 다른 하나는 범죄구성요건을 이루는 요증사실에 대한 증거를 첨부하거나 증거의 내용을 인용하는 것이다.

먼저, 예단을 줄 수 있는 '기타 사실의 기재'나 첨부·인용을 금지하는 것은, 그 '기타 사실' 자체는 범죄 구성요건 사실에는 포함되지 않으므로 그 하나하나가 직접적인 증명의 대상이 되지 않아 공판과정에서 그 존부가 일일이 확인되지 않으면서도 피고인에게 불리한 예단을 형성시키는 작용을 할 뿐 아니라, 설령 그 존재가 증거에 의하여 인정된다고 하더라도 그 '기타 사실'의 존재와 범죄사실의 존재 사이에 직접 관련이 없어 유죄 인정의 자료가 될 수 없는 것임에도, 실제로는 법관과 배심원에게 막연한 의구심을 불러일으켜 은연중에 유죄의 심증 형성에 가세하게 되는 것을 막고자 하는 것이다.

심지어 증거조사 결과 '기타 사실'에 관하여는 아무런 증거가 없어 그 존재가 인정되지 않는 경우에도, 이미 그 기재 자체로서 공소장을 보는 순간 법관과 배심원에게 예단이 형성될 수 있고, 그렇게 형성되어 버린 예단이나 불리한 심증은 유무죄를 결정짓는 범죄사실 자체에 관한 증거판단 과정에서 피고인에게 불리하게 작용하게 되는 것을 피할 수 없다.

그 단계에 가서 '기타 사실'에 대한 증거가 없다는 점이 밝혀진다 한들 이미 법관과 배심원에게 형성된 예단이 범죄사실 판단에 있어 피고인에게 불리하게 영향을 미쳐 버린 상황은 되돌릴 길이 없다.

그렇게 되면 증거로 뒷받침 되지 않는 '기타 사실'의 일방적 기재 자체만으로도 유죄의 결론 쪽으로 상당한 영향을 미치게 되어 피고인으로서 불공평한 재판을 받게 되고, '기타 사실' 자체에 대한 증거가 없다고 하여 법원이 할 수 있는 일은 유죄판결의 범죄사실에서 그 기재를 빼는 것 외에는 아무것도 없다.

다음으로, 요증사실에 대한 증거의 첨부나 인용을 금지하는 이유는, 앞에서 본 바와 같이 형사소송절차에서 범죄사실의 존부에 대한 판단은 공개된 공판정에서의 쌍방 입증과정을 통한 증거조사절차에 의하여 비로소 이루어져야 한다는 공판중심주의, 당사자주의, 증거재판주의 원칙상 당연한 것으로서, 그러한 증거조사절차 이전에 검사의 일방적인 공소장 제출에 의하여 미리 증거물과 증거서류를 보게 하거나 그 인용된 내용을 인지하게 하는 것은 위 원칙들을 심각하게 훼손하는 것이 되기 때문이다.

더구나 우리 형사소송법상 위법수집 증거에 대한 증거능력 배제나 전문증거의 증거능력 제한 등 여러 증거법 원칙상 증거능력이 확인되지 아니한 증거는 법관에게 제시되거나 그 내용을 보게 하는 것이 엄격히 금지되어야 하는 것인데(형사소송규칙 제134조 제4항, 같은 이유로 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제44조는 배심원 또는 예비배심원은 법원의 증거능력에 관한 재판에 관여하지 못하도록 규정되어 있다), 장차 증거조사 단계에서 증거능력이 인정되어 증거조사에 들어가게 될지 여부조차도 확실하지 아니한 증거를 미리 공소장에 첨부하거나 내용을 인용하여

법관이나 배심원들로 하여금 보거나 듣게 하는 것은 증거조사절차를 통하지 아니한 심증형성을 허용하는 것으로서, 형사소송절차의 근간을 이루는 위 원칙들을 형해화하는 것이며 증거법 원칙과 증거재판주의 및 공판중심주의로 지탱되는 형사소송의 기본구조를 붕괴시키는 결과가 된다.

공소장에 첨부되거나 내용이 인용된 증거가 실제 증거조사과정에서는 아예 증거로 신청되지도 않거나 증거능력을 인정받지 못하여 증거조사가 이루어지지 않는 경우도 있을 수 있는데, 그런 경우에도 그것이 공소장에 첨부 또는 인용 기재되어 법관과 배심원들이 보게 되는 순간 피고인에게 불리한 예단은 이미 형성될 수 있으므로 그것들이 나중에 증거로 조사되지 않았다는 사정은 그 흠의 해소에 아무런 도움이 되지 못한다.

그 경우 법원이 할 수 있는 일은 심증 형성에는 그 증거들이 예단으로 작용하였음에도 불구하고 유죄의 증거를 나열할 때에 이를 제외하는 것밖에는 아무 것도 없다.

반면에 그 증거가 나중에 실제로 증거능력을 취득하여 증거조사를 마치게 됨으로써 유죄 인정의 증거로 사용될 수 있게 되었다 하더라도 증거조사 단계에 이르기 전의 공소제기 단계에서 이를 먼저 보게 됨으로써 생기는 예단 및 그로 인한 재판의 불공정 문제는 여전히 남는다는 점은 뒤에서 다시 언급한다.

한마디로 공소장일본주의에 위배되는 '기타 사실의 기재'와 요증사실에 대한 증거의 첨부 또는 내용의 인용은 이를 첨부·기재하는 검찰에게는 아무런 부담을 주지 않으면서 유죄 예단의 형성이라는 효과를 안겨주는 반면에, 피고인은 재판의 첫 단계부터 시종 공정하지 못한 입장에서 재판을 받게 되고, 법원은 형사소송법상의 중요한 여러 원칙을 어기는 불공정한 재판을 할 수밖에 없는 불합리한 결과가 된다.

다.

공소장일본주의의 한계와 관련하여, 다수의견은 우리 형사소송법에는 여러 사정상 상충되는 법원칙이 혼재하여 있게 마련이고, 당사자주의와 상호충돌 관계에 있는 직권주의적 요소가 가미되어 있어 그 사이에 조화로운 해석의 필요가 있으며, 실체적 진실발견과 적법절차 보장이라는 또 다른 이념을 실현할 수 있도록 공소장일본주의를 실제 적용함에는 구체적 기준의 설정이 필요하므로 그것이 절대적인 원칙이 될 수는 없다는 취지로 주장한다.

그러나 공소장일본주의는 공소사실에 유죄의 예단을 줄 수 있는 '기타 사실의 기재'나 물건·서류 등의 첨부·인용을 금지한다는 것으로서, 재판을 담당한 법관 또는 배심원들이 아무런 선입견 없는 백지 상태에서 재판에 임하게 함으로써 재판의 공정을 기하고자 하는 것이다.

공정한 재판이라는 것 그 자체가 실체적 진실발견을 위한 중요한 수단이고 적법절차의 중요한 내용을 이루는 것이며, 공소장일본주의는 바로 이러한 공정한 재판을 실현하기 위한 중요한 원칙이다.

그리고 우리 형사소송법이 당사자주의의 기본구조에 직권주의적 요소를 가미한 것도 실체적 진실발견에 도움이 되고자 하는 것이므로 직권주의적 요소가 가미되어 있다는 점이 공소장일본주의가 추구하고자 하는 재판의 공정과 상충되는 요인이 될 수 없고, 그것이 공소장일본주의에 일정한 한계를 두어야 하는 근거로 될 수 없다.

설사 실체적 진실발견에 공소장일본주의가 다소 장애가 되는 경우를 상정할 수 있다 하더라도, 우리 형사소송법 제 308조의2가 위법하게 수집된 증거는 증거로 쓸 수 없도록 증거능력을 제한함으로써 그 증거를 사용하여 얻을 수 있는 실체적 진실발견을 희생시켜 가면서도 피고인의 인권과 적법절차의 준수에 더 의미를 두고 있는 것에서 알 수 있듯이, 형사소송절차에는 실체적 진실발견보다 더 우선하는 가치를 가지는 원칙들이 있다.

공소장일본주의가 추구하는 재판의 공정이라는 가치 역시 실체적 진실발견보다는 더 우선하는 의미를 가지는 것이므로 재판의 공정과 관련된 공소장일본주의의 기능 발휘를 위해서는 실체적 진실발견의 요청은 일부 양보할 수 밖에 없다고 보아야 한다.

다수의견은 또, 공소사실 특성의 필요성과 소송절차의 발전적·동적 성격, 소송경제의 이념 등을 고려하면 공판절차가 진행된 단계에서는 공소장일본주의는 일정한 한계를 가질 수밖에 없다고 주장한다.

그러나 재판의 공정은 재판을 시작하는 첫 단계에서부터 마지막까지 시종일관 보장되어야 하는 중요한 원칙이다. 일단 재판의 시작단계에서 공정성에 흠이 있는 상태로 재판이 출발하게 되면 그 이후의 모든 재판과정에 첫 단계의 불공정성이 영향을 미쳐 전체 재판과정에 심각한 흠이 내재하게 됨을 부정할 수 없다.

따라서 재판의 공정성과 직결되는 공소장일본주의는 공판절차가 어느 단계에 가 있는 항상 문제가 될 수 있는 것으로서, 그 원칙을 적용함에 있어 공판절차 진행에 따른 한계를 적용해야 한다는 다수의견은 공소장일본주의의 기본취지에 반하는 것으로 타당하지 않다.

그리고 공소장일본주의가 추구하는 재판의 공정 이념은 우선적 가치를 가진 근본이념으로서, 재판의 신속·경제 등 기능적인 면에서 추구되는 이념들과 같은 평면에 놓고 서로 타협·양보할 수 있는 그런 가치는 아니다.

재판의 신속·경제를 위해 재판의 공정을 희생시킬 수는 없다.

그리고 다수의견이 설명하고 있는 바와 같이 명예훼손, 모욕, 협박 등과 같이 구체적인 표현 내용 자체를 인용하여야만 범죄의 성립여부를 판별할 수 있는 경우나 도면 등을 인용하여야만 특정이 가능한 공소사실의 경우에는 공소장일본주의의 예외로서 서류의 첨부나 인용 등이 허용된다고 할 것이나, 그 예외가 인정되는 범위는 그 인용이나 첨부가 아니면 공소사실의 특징이나 기재 자체가 어려운 부득이한 경우에 한정되는 것이고, 그렇지 않은 경우에도 공소사실의 특정 등을 핑계 삼아 법관에게 예단을 줄 수 있는 서류나 물건의 첨부·인용을 함부로 허용할 수는 없는 것이다.

뒤에서 보는 다수의견에 대한 대법관 안대희의 보충의견은, 우리 형사소송법과 규칙이 공소장에 구속관련 서류를 첨부하도록 규정하고 있는 점, 구속영장 실질심사, 체포·구속의 적부심사, 보석 심리에 관련한 법관이 공판절차에서 배제될 것을 요구하지 않는 점, 약식명령에 대한 정식재판절차, 공판절차 갱신 후의 절차, 파기환송·이송 후의 절차 등에서는 공판심리 전에 소송기록과 증거물이 법원에 제출되는 점 등을 고려하면, 공소장일본주의는 형사소송절차의 다른 이념들과 적절히 조화를 이룰 수 있도록 제한적으로 적용되어야 한다는 취지로 주장한다.

그러나 우리 형사소송법령과 형사재판 실무의 변천과정을 되돌아보면, 위 보충의견이 들고 있는 위와 같은 규정들이나 실무 관행 중 일부 공소장일본주의와 맞지 않는 부분들은 공소장일본주의가 갖고 있는 의미와 가치가 충분히 인식되지 못한 상태에서 소송절차상 다른 필요를 염두에 두고 규정되거나 형성된 것들로서, 공소장일본주의를 적용함에 일정한 제한을 둘 것인지를 충분히 고려한 끝에 그러한 의도하에 만들어진 것이라고 보기는 어렵다.

따라서 위 보충의견이 들고 있는 사정들은 공소장일본주의의 적용을 제한할 근거가 된다고보다는 오히려 국민의 재판참여제도가 시행되고 공판중심주의와 당사자주의가 더욱 강화된 지금에 와서는 공소장일본주의의 진정한 의미 실현에 장애가 되는 것들이어서, 장차 법령의 개정과 실무의 개선을 통하여 공소장일본주의를 더욱 관철시키는 방향으로 다듬어나가야 할 과제라고 생각된다.

결국, 다수의견이 내세우는 여러 사정들을 고려하여 공소장일본주의에 일정한 한계를 두어야 한다는 주장은 타당하지 못하다.

라. 다수의견은 공소장일본주의에 위배된 때에는 공소제기가 법률의 규정에 위반하여 무효인 것으로 보아 원칙적으로 공소기각의 판결을 선고하여야 한다는 입장을 취하고 있는바, 이에 대하여는 전적으로 의견을 같이 한다.

그러나 다수의견이 피고인 측으로부터 이의제기가 없고 법원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 더 이상 공소장일본주의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다룰 수 없다고 보는 데에는 찬성할 수 없다.

다수의견은 이와 같이 공소장일본주의 위반을 다룰 수 있는 시기를 제한하는 입장을 취하는 근거로, 우리 형사소송법이 공판준비절차를 규정하여 공소제기 절차상의 하자 등을 점검하고 시정할 기회를 갖도록 하였으며, 공소장변경제도를 두어서 공소사실을 추가·철회·변경할 수 있도록 하고 있다는 점, 실제적 진실발견을 위하여 직권주의가 가미된 공판절차가 진행된 단계에서는 소송절차의 발전적·동적 성격과 소송경제의 이념 등을 고려하여야 한다는 점을 들고 있다.

그러나 다수의견의 위와 같은 견해는 공소장일본주의의 의미와 취지에 부합하지 않는다고 생각된다.

앞에서 살펴본 바와 같이 공소장일본주의는, 공개된 공판정에서 이루어지는 증거조사절차에서 엄격한 증거법칙에 따라 증거능력을 갖춘 증거들만에 의하여 법관의 심증형성을 하여야 하고 그 이외에는 일체 법관의 심증형성에 미리 영향을 주어서는 안 되며, 공소장에 그와 같은 예단을 줄 우려가 있는 일체의 '기타 사실의 기재'나 물건·서류의 첨부 및 내용의 인용은 허용하지 않는다는 것이다.

이를 위반하여 공소장에 그러한 기재나 첨부가 되었을 때에는 적법한 증거조사절차를 거치기 전에 법관에게 예단을 주어 미리 심증형성에 영향을 주게 되고, 이미 그와 같이 예단으로 공정성이 훼손된 상태에서 법관이 진행하는 이후의 모든 소송절차는 그 자체로서 공정성에 심각한 문제가 내재되어, 나중에 증거조사절차에서 적법하게 증거조사가 이루어진다고 하더라도, 이미 공정성이 훼손된 상태에서 진행된 그 사이의 모든 절차 및 그 절차에 따라 형성된 법관의 심증에 배어든 흠이 없어질 수는 없다.

한마디로 말하자면 일단 예단의 위험성에 노출된 법관이나 배심원들이 그 예단에서 벗어나서 그 이전의 백지상태로 돌아가 재판을 진행하는 것은 불가능한 일이고, 그와 같은 경우 이를 시정하는 길은 부득이 그 법관이나 배심원들을 그 사건에서 물러나게 한 다음 다른 법관이나 배심원들로 하여금 다시 재판하게 하는 방법밖에 없다.

그렇게 하기 위해서는 공소기각의 판결을 하여 일단 사건을 종결시킨 후 다시 제대로 된 공소장에 의하여 공판절차를 새로이 진행하는 수밖에 없다.

다수의견에 대한 대법관 김능환의 보충의견 주장과 같이, 공소기각 판결을 한다 하더라도 다시 정정된 공소장에 의하여 재판을 받게 될 것인데 이는 무용의 절차를 반복하는 것으로서 피고인의 이익에도 반하게 된다는 반론이 제기될 수 있다.

그러나 예단의 우려가 있는 상태에서 진행된 재판과 그렇지 않은 백지 상태에서 진행된 재판은 공정성과 재판의 신뢰 면에서 질적으로 차이가 있는 것으로서, 설령 재판의 결과가 동일한 것으로 나타난다 하더라도 이를 무용의 절차 반복이라 할 수는 없고, 공정한 재판을 간절히 기대하고 있는 피고인의 입장을 고려해 보더라도 피고인의 이익에 반하는 것이라고 할 수 없다.

공정한 재판을 보장하기 위하여 엄수되어야 할 적법절차의 원칙을 위반하여 공소가 제기되었음에도 재판의 결과에 영향이 없고 적법절차의 원칙을 준수한 재기소가 무용의 절차를 반복한다는 이유만으로 그 잘못된 공소제기의 효력을 인정하게 된다면, 형사소추기관의 적법절차 원칙 위반을 억제하고 재발을 방지하는 길은 멀어질 수밖에 없다.

강요된 자백이나 위법하게 수집한 증거의 증거능력을 배제하고, 체포 당시 피의사실의 요지나 변호인을 선임할 권리 등을 고지 받지 않으면 불법체포로 인정하며, 진술거부권의 고지를 받지 않은 채 작성된 피의자신문조서의 증거능력을 부정하는 등 모든 적법절차의 원칙에서 이미 일반적인 법리로 확인한 바 있듯이, 적법절차의 원칙을 보장하기 위한 가장 효과적이고 확실한 대응책은 그 위반의 효력을 전면 부정하는 것임은 새삼 강조할 필요도 없을 것이다.

또한, 피고인이 범죄를 모두 인정하는 경우나 법원이 무죄의 심증을 굳힌 경우에도 예외 없이 공소기각의 판결을 하여 재차 재판절차에 응하도록 강제하는 것은 심히 불합리하다는 지적이 있으나, 피고인이 범행을 자백하였다가 다시 번복하여 무죄를 적극 다투는 경우가 적지 않으며, 무죄판결을 선고 받은 후에도 상소심에서 무죄판결이 번복될 가능성이 있다는 점을 고려하면, 그와 같은 경우에도 공소장일본주의가 추구하는 재판의 공정을 위하여 예단의 배제 필요성은 여전히 남는다고 할 것이다.

나아가 다수의견에 따르면 공소장에 첨부되거나 인용된 증거 중 전부 또는 일부에 대하여 증거조사가 이루어지지 아니한 채 증거조사를 마치거나 판결이 내려진 때에도 더 이상 문제제기를 할 수 없다는 결론에 이르게 되는데, 그 첨부된 증거가 증거능력을 갖춘 것인지, 인용된 증거가 존재하는지, 존재한다면 증거능력이 있는지도 확인되지 않은 상태에서 그에 대한 증거조사를 거치지도 않은 채 공소장에 첨부 또는 기재된 내용을 다른 증거와 종합하여 심증을 형성하게 된다면, 이는 증거조사 자체를 거치지 않은 증거를 함께 고려하여 사실인정을 하는 셈이 되어 증거재판주의가 완전히 무시되는 용납할 수 없는 결과가 된다.

공소장일본주의에 위배된 공소사실 기재가 공판준비절차나 공소장변경절차를 통하여 수정·삭제될 수 있다 하더라도, 여러 차례 언급한 바와 같이 이미 공소제기 단계에서 형성되어 버린 예단은 그 후 그 기재를 삭제하거나 첨부된 것을 제거한다고 하여 법관이나 배심원의 머릿속에서까지 지워질 수는 없는 것이다.

한번 예단에 의해 형성된 절차의 불공정성은 치유될 방법이 없다.

적법한 증거조사를 거치면서 그 흠이 치유될 수 있다는 다수의견의 주장은 예단에 감염된 법관과 배심원들이 그 상태에서 진행하는 증거조사 자체가 그 예단을 시정하기보다는 예단 자체를 강화할 위험이 크다는 점을 간과한 것이다.

또한, 소송절차의 발전적·동적 성격과 소송경제의 이념 또한 공소장일본주의가 추구하는 재판의 공정이라는 이념과 대등할 만한 의미를 가지지 못한다는 점 역시 이미 말한 바와 같으므로 그러한 사유들을 근거로 공소장일본주의 위반의 효과를 완화시킬 수는 없는 것이다.

요컨대 다수의견은 공소장일본주의를 위반한 공소제기의 경우에도 공판절차의 진행에 따라 일정한 조건 하에 그 흠이 치유될 수 있고 그 단계에 가서는 더 이상 이를 문제 삼지 못한다는 것인데, 공소장일본주의를 위반하였는지 여부는 공소가 제기된 단계에서 우선적으로 판단되어 위반으로 인정될 경우 즉시 적절한 조치가 취해져야 하고 더 이상의 불공정한 공판절차의 진행 자체가 허용되어서는 안 되는 것이므로, 그 이후 증거조사 절차가 적절히 이루어지는지를 기다려서 그 위반 여부를 결정할 문제는 아닌 것이며, 그 성격상 당사자의 책문권 포기·상실의 대상이 된

다고 보기도 어려우므로 피고인 측이 이의를 하지 않았다고 나중에 문제제기를 하지 못한다고 볼 것은 아니다.

한편, 별개의견은 다수의견의 입장과는 다소 다르게, 공소장일본주의 위반의 효과는 일률적으로 확정할 수는 없고, 증거조사 절차가 모두 마무리된 뒤라 할지라도 그 위반의 정도가 중대하여 법관이나 배심원의 공정하고 중립적인 심증 형성에 심각한 장애를 초래하는 정도에 해당하는 경우에는 소송절차의 진행정도에 관계없이 공소기각의 판결을 하여야 한다는 입장을 취하고 있다.

그러나 공소장일본주의의 의미와 기능을 생각해 볼 때에, 법관이 예단을 가진 채로 불공정한 공판절차를 진행하게 된다는 심각하고도 치유될 수 없는 흠을 초래하게 되는 공소장일본주의 위반은 그 자체로 이미 중대한 위법상태에 해당하는 것으로서, 그 위반의 정도나 경중을 가릴 것 없이 모두 위법한 공소제기라고 보는 것이 타당하다.

우리 형사소송법이 제척사유가 있는 법관에 대하여는 그 사유 해당 정도나 그로 인한 불공정한 재판의 위험성의 정도를 묻지 않고 모두 일률적으로 사건에서 배제되도록 규정하고 있는 것이나, 기피신청의 경우 민사소송과는 달리 공판과정에서의 참여 여부나 공판 진행단계를 묻지 아니하고 판결 선고 때까지 제한없이 기피신청을 할 수 있도록 함으로써 이를 책문권 포기·상실의 대상으로 규정하지 않은 것은 재판의 공정성과 관련된 문제에 대해서는 그 정도의 경중과 재판 진행의 단계를 가리지 않고 문제로 삼을 수 있다는 것을 보여주는 것으로서, 공소장일본주의의 효과를 논함에 있어서도 참고하여야 할 것이다.

또한, 별개의견과 같은 입장을 취하게 되면 구체적인 사건에서 공소기각 판결의 대상이 되는 경우와 그렇지 않은 경우 사이의 구별 기준이 불분명하여 공판절차의 안정과 예측가능성에 큰 장애가 초래되며, 피고인의 지위를 불안정하게 한다는 단점도 있음을 덧붙여 둔다.

별개의견은 나아가 이 사건과 같이 단기의 공소시효가 적용되는 등 다시 공소를 제기할 시간적 여유가 없는 경우 공소기각의 판결을 선고하게 되면 이를 처벌할 수 없어 적절한 형벌권의 행사가 곤란하게 된다는 점을 고려하여야 한다고 하나, 다수의견에 대한 대법관 김능환의 보충의견에서 언급하듯이 공소제기시부터 공소기각 판결 확정시까지의 공소시효가 정지되는 것이므로, 공소기각 판결 선고 즉시 서둘러 문제된 부분을 삭제·정리하여 재차 기소를 한다면 공소시효 완성 전에 충분히 공소제기가 가능하여 별개의견이 우려하는 경우는 생기지 않을 것이다.

또 그와 같은 우려 때문에 공정성에 의심이 있는 재판을 그냥 감수하라고 요구할 수는 없는 것이다.

결론적으로 공소장일본주의의 취지와 의미를 고려한다면 그 위반의 효과에 대하여는 엄격한 기준이 적용되어야 한다.

공소장일본주의를 위반하는 것은 소송절차의 생명이라 할 수 있는 공정한 재판의 원칙에 치명적인 손상을 가하는 것이고, 이를 위반한 공소제기는 법률의 규정에 위배된 것으로 치유될 수 없는 것이므로 시기 및 위반의 정도와 무관하게 항상 공소기각의 판결을 하는 것이 타당하다.

이상과 같은 결론을 따른다면, 다수의견이 인용하고 있는 대법원 판결 중 상당부분은 이 반대의견과 배치되는 범위 내에서는 변경될 필요가 있고, 특히 대법원 1994. 3. 11. 선고 93도3145 판결과 대법원 2007. 5. 11. 선고 2007도748 판결 중 공소장일본주의와 관련된 부분은 변경되어야 마땅하다.

마. 이 사건에 돌아와 공소장일본주의 위반 여부를 살펴본다.

이 사건 공소사실을 범죄 구성요건 사실의 특정 등에 필요한 정도로 적절히 기재해 보면, 주위적 공소사실은 “창조한국당 대표인 피고인이 같은 당 재정국장 겸 총선승리본부 관리지원단 부단장인 공소외 2와 공모하여, 2008. 4. 9. 실시된 제18대 국회의원 선거에 공소외 1을 같은 당의 비례대표 후보자로 중앙선거관리위원회에 등록해 주고, 공소외 1로부터 2008. 3. 26. 6,000만 원, 그달 28일 5억 5,500만 원, 합계 6억 1,500만 원의 공천헌금을 예금계좌로 입금 또는 송금 받아, 위 정당이 위 공소외 1을 국회의원 비례대표 후보자로 추천하는 일과 관련하여 6억 원(선거관리위원회 기탁금 1,500만 원 제외)을 제공받음과 동시에 같은 금액의 정치자금을 기부 받았다”는 것이고, 예비적 공소사실은 “위 주위적 공소사실과 같이 공소외 1을 비례대표 후보자로 등록해 주고, 공소외 1로 하여금 이율 연 1%의 당채를 매입하게 하여 당채매입대금 6억 원을 제공받음으로써, 6억 원의 자금 융통 및 6억 원에 대한 시중 사채금리와 당채이율 사이의 차액 상당 재산상 이익을 수수하여 국회의원 후보자 추천과 관련하여 재산상 이익을 제공받음과 동시에 정치자금을 기부 받았다”는 것이 된다.

검찰은 통상의 사건에서는 공소사실을 위와 같은 방식에 따라 구성요건을 이루는 사실만을 나열하여 간략하고 명료하게 기재하고 있으며, 이 사건 공소사실을 그와 같이 기재하는 경우 그 분량은 불과 1쪽을 넘기기 어려울 것으로 보인다.

그런데 이 사건에서 검사는 위 범죄사실 이전단계의 정황과 경위, 범행을 전후한 과정에서 관계자들이 주고받은 대화내용과 이메일 내용, 수첩의 메모내용, 세세한 주변사실, 이 사건 공소사실에 포함되지 않은 것으로 보이는 공소외 1 이외의 다른 비례대표 후보 지망자들로부터 이 사건과 유사한 방법으로 금품을 제공받은 내용 등을 장황하게 기재하여 그 분량이 무려 14쪽에 이르고 있다.

그리고 그 기재의 상당부분은 대화내용, 이메일 내용과 수첩의 기재내용을 인용부호까지 사용하면서 그대로 인용하는 형식으로 기재되어 있다.

다수의견에 대한 대법관 양승태의 보충의견은 이 사건 공소사실의 기재가 불필요하게 장황하고 산만하다는 점 및 공소사실을 뒷받침하는 증거서류 내용이 인용되어 있는 점을 인정하면서도, 공소사실을 특정하기 위하여 그 배경과 과정을 자세하게 기재할 필요가 있을 뿐 아니라, 증거와 동일한 내용의 표현을 기재하였다는 것만으로는 공소장일본주의에 위배된다고는 할 수 없다고 한다.

그러나 위 견해에는 동의할 수 없다.

무엇보다 위와 같은 결론은 다수의견이 스스로 공소장일본주의 원칙을 우리 형사소송구조의 한 축으로 보아 그 중요성을 강조하고 있는 태도에 비추어 보아도 선뜻 이해하기 어렵다.

앞에서 말한 바와 같이 범죄의 유형과 내용에 따라서는 구성요건 사실 자체만을 간략히 기재하는 것만으로는 공소사실을 특정하기 어렵거나 그 내용을 제대로 전달하는 것이 곤란하여 범행에 이르게 된 경위나 주변사실 또는 간접사실 등을 상세히 기재할 필요가 있는 경우도 있을 것이다.

그러나 피고인과 공소외 2의 공모관계를 설시할 필요가 있다는 점을 감안하더라도 위와 같이 불과 1쪽 정도로 간략하게 정리될 수 있는 이 사건 공소사실을 10여 쪽에 걸쳐 방대한 분량으로 기재하지 않으면 안 될 어떤 구체적 사정이 있는지, 어떤 면에서 공모관계, 범행의 동기 등이 명확해 지지 않는지, 이 사건에서 범죄 구성요건 사실을 기재하는 외에 굳이 공모관계와 범행 동기, 배경, 과정 등을 상세히 기재하지 않으면 안 될 구체적인 사정은 무엇인지, 위에서

예시해 본 정도로 구성요건 사실만을 간략하게 기재한다고 하여 공소사실의 특징이나 내용 전달에 어떤 부족함이 있는지 이해할 수가 없다.

아래에서 이 사건 공소사실 중 공소장일본주의에 위배된 것으로 보이는 기재를 구체적으로 열거한 내용을 보면 쉽게 알 수 있듯이, 이 사건 공소사실 기재 중 '기타 사실의 기재'에 해당하는 부분을 생략한다고 하여도 이 사건의 경위를 파악하거나 공모관계를 설명하는 데에 하등 지장이 없다.

그리고 증거서류의 내용을 인용한 부분 역시 공소사실을 특정하거나 그 내용을 명확히 하는 것과는 아무런 관련이 없는 기재들이다.

공소장일본주의 위반 여부는 공소사실의 구체적인 기재 내용에 따라 판명되는 성질의 것이므로, 여기서 이 사건 공소사실 기재 중 공소장일본주의에 위배되는 것으로 보이는 대표적인 기재들을 열거하여 살펴본다.

우선 예단을 줄 수 있는 '기타 사실의 기재'에 해당하는 부분은 아래와 같다.

① 공소장 6면 1 - 14행(검찰주사보 작성의 수사보고에 첨부된 메일문건 내용의 인용)

공소외 3은 공소외 2, 공소외 4에게 "2. 공소외 5 위원장 자금 관련"이라는 제목으로 아래와 같은 내용의 이메일을 발송하였다.

- 월말에 필요한 자금은 구했는데, 채권을 인수할 의사는 없다고 하고
- 당에서 비례에 대한 순번이라도 책임있게 약속을 해 줘야 할 것 아니냐고 주장
- 단순 차입금 형식은 본인이 수용하지 않을 태세임. 순번도 안주고 돈만 빌려달라고 하나고.....
- 암튼 자금은 구했다는데.....지금 비례대표 선정위 회의도 없이 확정순위를 줄 수도 없고...빌려줄 의사도 없고....
- 빌려달라고 설득하거나...아니면...순위 네고를 해서 확정을(?) 주고
- 서로 합의한 금액을 정식으로 당비로 납부하게 하거나 하지 않는 한 그 돈 우리가 가용할 수 없는게 아닌가 싶군요
- 달리 다른 창구로 자금을 마련해야 할 듯 합니다.

② 공소장 7면 1 - 12행

위와 같은 경위를 거쳐 창조한국당은 당 계좌로, 공소외 6(비례대표 □번)으로부터 2008. 3. 26.경 기탁금 1,500만 원을 송금 받았고 그 외에도 같은 해 4. 18.경 3천만 원(채권 미발행)을 송금 받았으며, 공소외 5(비례대표 □번)로부터 같은 해 3. 4.경 5천만 원, 같은 해 3. 6.경 5천만 원, 3. 25.경 1억 원(이상 합계 2억 원에 대하여 추후 채권 발행), 같은 해 3. 26.경 기탁금 1,500만 원, 같은 해 4. 2.경 공소외 7(공소외 5의 동생) 명의로 1억5천만 원(채권 미발행)을 송금 받았으며, 공소외 8(비례대표 □번)로부터 같은 해 3. 19. 1억 원(채권 미발행, 기탁금 1,500만 원 포함)을 송금 받았고, 공소외 9(비례대표 □번)로부터 같은 해 3. 14.경 5천 만 원, 같은 해 3. 26.경 5천만 원(각 채권 미발행, 기탁금 1,500만 원 포함)을 송금 받았다.

③ 공소장 7면 13 - 22행(공소외 10에 대한 피의자신문조서 내용의 인용)

공소외 10(창조한국당 대표 비서실 차장)은 2008. 3. 20.경 공소외 11(회사 명칭 1 생략)에게 "창조한국당에서 비례대표 □번 내지 □번 여성후보 영입을 하고 있다, 공소외 11이 적임자라고 생각한다", "비례대표로 나와 달라, "고

말하면서 "비례대표로 공천될 경우 7~10억 원의 특별당비를 내야 할 것"이라고 말하기도 하였다.

위와 같은 기재들은 이 사건에서 문제된 공소외 1 이외의 다른 비례대표 후보 지망자인 공소외 5, 공소외 6, 공소외 8, 공소외 9 등으로부터 공천과 관련하여 돈을 송금 받거나, 공소외 11에게 비례대표 자리를 제의하면서 특별당비를 내라고 요구하였다는 내용으로, 그 내용 자체가 이 사건 기소된 범죄사실에는 포함되지 않았음에도 유사한 사례를 열거함으로써 피고인의 이 사건 공소사실이 진실한 것으로 예단을 갖게 할 우려가 농후한 기재로서 공소장일본주의에 위배되는 '기타 사실의 기재'에 해당한다.

또 그 중 일부는 증거로 사용될 가능성이 짙은 메일문건과 피의자신문조서의 내용을 그대로 인용한 것으로서 증거로 될 서류의 내용인용에 해당하므로 공소장일본주의 위반에 해당하기도 한다.

다음, 예단의 우려가 있는 증거의 인용에 해당하는 부분은 아래와 같다.

① 공소장 4면 7행 - 5면 5행(검사의 공소외 2에 대한 제3회 피의자신문조서의 첨부문서인 이메일 내용의 인용)

2008. 1. ~2.경 공소외 3은 공소외 2에게 "2. 비례대표 특별당비 사례"라는 제목으로 아래와 같은 내용의 이메일을 발송함으로써 과거 다른 정당의 비례대표 공천헌금 관련 연구결과를 전달하였다.

- 1) 16대 자민련 강모 의원 20억 공천헌금 후 1번 받고 당선
- 2) 17대의 경우 당선 안정권은 20억이 정설임, 다만 당선안정권이 몇 번째 순위이냐에 대한 판단이 다를 수 있음
- 3) 17대 이전에는 확실한 당선권은 30억도 다수였다고 함
- 4) 참고 : 작년 경기도의회 비례대표 당비 1억 5천 요구하였다가 문제됨

공소외 2는 공소외 3으로부터 위 이메일을 받고 이를 출력한 다음, 위 내용 옆에 자필로 아래와 같이 기재함으로써 창조한국당 비례대표 □번 공천헌금 30억 원부터 10번 공천헌금 5억 원까지 비례대표 후보들로부터 공천헌금으로 받을 돈을 구상하였다.

② 공소장 5면 6 - 9행(검사의 공소외 2에 대한 제3회 피의자신문조서의 첨부문서인 수첩의 내용 인용)

그 즈음 공소외 2는 공소외 4로부터 공천헌금 등에 대한 말을 듣고 자신의 수첩에 "공천심사건 장약, 당 발전기금" 등의 내용을 기재해 놓았다.

③ 공소장 9면 14 - 18행(검사의 공소외 2에 대한 진술조서 내용의 인용)

공소외 1이 자기의 이력을 자랑한 다음 "어떻게 하면 당에 기여하고, 공천을 받을 수 있느냐"고 묻자 공소외 4는 "당 재정사정이 어려우므로 당비를 내는 방법, 특별당비를 내는 방법, 당사랑 채권을 발행하는 방법이 있다.

채권을 발행하는데 채권이 많이 판매될 수 있도록 도와주면 그것이 고려가 된다"라고 답변하였다.

④ 공소장 9면 18 - 22행(검사의 공소외 1에 대한 제6, 7회 피의자신문조서 내용의 인용)

공소외 2는 공소외 1에게 " □번 확정을 축하한다.

대선 빚으로 7억 원 가량이 남아있다, 당의 재정이 어려우니 도와 달라. 비례대표 □번인 공소외 5가 5억 원을 냈으니 □번은 그보다는 더 내야하지 않느냐, 최소한 5억5천만 원은 내 달라"고 하였다.

⑤ 공소장 11면 6 - 7행(검사의 공소외 12에 대한 진술조서 내용의 인용)

{피고인은 공소외 12에게} "당이 어렵다, 다른 분들은 몇 억씩 특별당비를 내기 때문에 내가 당 대표라도 마음대로 공천순위를 결정하지 못한다"고 말함으로써

⑥ 공소장 11면 13 - 18행(검사의 공소외 13에 대한 제3회 진술조서 내용의 인용)

(공소외 1은), 2008. 3. 20.경 공소외 13(회사 명칭 2 생략 대표)에게 "창조한국당 비례대표 □번이나 □번으로 공천을 받기로 피고인 대표로부터 승낙을 받았다, 창조한국당에 특별당비나 발전기금으로 5억 원을 내야 한다"라고 하면서 "위 돈을 마련하기 위하여 공소외 14로부터 받은 어음을 할인해야 하는데, 회사 명칭 2 생략 명의로 대출을 받아 달라"고 부탁하였다.

⑦ 공소장 11면 22행 - 12면 1행(검사의 공소외 1에 대한 제6, 7회 피의자신문조서 내용의 인용)

(공소외 2는) 공소외 1에게 전화를 하여 "당 채권을 사 달라, □번이 5억 원을 냈으니 □번은 6억 원은 내야 할 것 아니냐, 왜 약속한 돈을 입금하지 않느냐, 돈을 내지 않으면 비례대표 □번을 취소하겠다"라고 말하여

⑧ 공소장 13면 17 - 23행(검사의 공소외 1에 대한 제9회 피의자신문조서 내용의 인용)

피고인은 2008. 3. 25.~27.경 공소외 1과 수회 전화통화를 하면서 "공소외 2 재정국장의 말을 들었을 텐데, 지금 당 재정사정이 아주 어려워 여러 준비를 하지 못하고 있다.

대선 빚 등으로 당이 재정적으로 너무 어려우니 공소외 1께서 도와 달라"고 말하여 입금을 독촉하였다.

또한 피고인은 입금한 다음 날인 2008. 3. 29. 18:42경 공소외 1로부터 전화를 받고 공소외 1에게 "입금했다는 것을 공소외 2로부터 들었다, 정말 고맙다"라고 감사의 인사를 하였다.

위와 같이 증거서류의 내용을 인용한 부분은, 이 사건 공범인 공소외 2가 당 총무국장과 사이에 비례대표 공천헌금 관련 검토결과를 주고받은 내용, 공소외 2가 자신의 수첩에 공천헌금 관련 내용이나 피고인이 공소외 1을 비례대표 □번으로 확정지우는 과정 등을 메모한 내용, 당 대표비서실 차장이 다른 비례대표 후보 지망자에게 특별당비를 내라고 직접 요구하는 내용, 피고인 또는 공소외 2가 공소외 1에게 비례대표 □번을 제의하면서 금전으로 당에 기여해 달라는 요구를 하고, 공천헌금의 지급을 독촉하는 내용이 기재된 증거서류의 내용을 직접 인용한 것이다.

이와 같은 내용은 피고인의 이 사건 공소사실을 인정하는 데에 결정적인 역할을 하는 내용들로서 그와 같은 내용의 증거가 존재하고 증거능력이 있는 것으로 인정되지만 하면 그 증거의 신빙성에 특별한 문제가 없는 한 바로 피고인의 유죄를 인정할 수 있는 핵심 증거들이다(검사는 피고인에 대한 유죄심증 형성에 도움이 되도록 공소사실을 인정하는 데에 강한 영향력을 미칠 만한 증거들을 선별하여 그 핵심 내용을 상세히 인용한 것으로 보인다). 따라서 이와 같은 증거서류의 내용을 인용하여 공소사실에 기재한 것은 법관에게 예단을 주기에 충분한 기재라 하지 않을 수 없고, 이는 공소장일본주의를 정면으로 중대하게 위반한 것이라고 보아야 한다.

그리고 위 내용들이 기재된 서류들은 그 자체로서 모두 전문증거에 해당하고, 그 중 일부는 피고인이나 공범 등의 전문진술을 기재한 부분도 있어, 그 자체로는 원칙적으로 증거능력이 없는 서류들이다.

피고인 또는 변호인이 이를 증거로 함에 동의하거나 형사소송법 제311조 내지 제318조에 따라 증거능력을 취득하기 전에는 전혀 증거로 쓸 수 없으며, 증거능력을 취득하지 못한 증거서류는 법원이 그 내용을 보아서는 안 되는 것은 물론 법원이 이를 제출받아서도 안 된다는 점은 이미 언급하였다.

따라서 위 서류들은 원칙적으로는 공판절차가 진행되어 증거조사 단계에 이르렀을 때 검사가 이를 증거로 신청하고 법원이 증거능력이 있는 것으로 인정하였을 때에 비로소 법관에게 제출되어 법관이 그 내용을 볼 수 있는 것이고, 그 이전에는 법관이 그 내용을 미리 알 수도 없고 알아서도 안 되는 것이다.

그럼에도 불구하고, 이 사건 공소사실에는 그 증거의 내용들이 - 더구나 핵심적인 내용들이 - 그대로 인용·기재되어 법관이 공소제기와 동시에 이를 볼 수 있는 상태로 되어 있으므로 사실상 공소 제기의 단계에서 이미 중요한 증거조사는 마친 것이나 다름없는 효과를 본 것이라고 해도 과언이 아닐 정도이다.

이는 우리 형사소송법의 기본원칙인 공판중심주의, 증거재판주의, 당사자주의 등 중요한 원칙들을 심하게 침해한 것으로 공소장일본주의를 정면으로 위반한 것이고 공소제기가 법률의 규정에 위반된 것이라고 아니할 수 없다.

바. 결론적으로 이 사건 공소사실의 기재에는 기소된 범죄로 포함되지도 않은 유사한 공천헌금의 사례들을 여러 개 열거하여 피고인에 대하여 강한 유죄의 심증을 형성하게 하는 기재가 있는가 하면, 기소된 범죄 구성요건 사실 중 중요 부분과 직접 관련된 결정적인 증거들을 수차례 반복 인용함으로써 중요한 증거의 내용을 공소제기 단계에서 이미 다 읽어볼 수 있도록 되어 있으므로, 이는 공소장일본주의를 심하게 위반한 것으로 그 공소제기 자체가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때로 보아 공소기각의 판결을 선고해야 마땅할 것이다.

이와 달리 실체판단에 들어가 피고인에게 유죄를 선고한 원심의 판단은 공소장일본주의에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못을 범한 것이다.

마지막으로 공소장일본주의 위반의 점과는 별도로 한 가지 덧붙이고자 한다.

공소사실의 기재가 필요 없이 길고 장황한 경우 어디까지가 공소사실로 기소된 것인지 어느 부분이 엄격한 증명을 요하는 대상인지 구분 짓기 어려워 피고인의 방어권 행사에 지장을 초래하고 법원의 심리에 지연 및 혼란을 야기할 위험이 생길 수 있다.

이 사건 공소사실의 기재 역시 공소장일본주의 위반의 문제와는 별도로 공소사실 기재의 잡다함과 장황함 그 자체로 위와 같은 문제점이 있다는 평가를 받을 가능성을 배제할 수 없다.

그러한 경우 법원은 검사에게 석명권을 행사하여 공소사실을 간단·명료하게 정리하게 한 뒤 심리를 진행하여야 한다는 점을 지적해 둔다.

10. 다수의견에 대한 대법관 양승태의 보충의견

공소장에는 공소사실을 기재하여야 하고 공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다(형사소송법 제254조 제3항, 제4항). 그런데 범죄의 동기나 경위, 범의와 공모 관계, 범행의 배경이 되는 정황 등은 정도의 차이만 있을 뿐 모두 구체적인 범죄 행위를 특정하고 그에 대한 형사 책임의 유무와 범위를 심리 판단하는 데에 필요한 요소이므로 범죄사실을 특정하기 위해서는 이러한 사실도 기재를 요하는 경우가 많

다.

더구나 사안이 복잡하거나 범행 수법이 교묘한 경우 또는 상황적 요소에 의해 범죄의 성립 여부가 좌우되는 미묘한 사안에서는 범행에 이르는 과정이나 그 배경 등 전후의 정황에 관한 설명 없이 단순한 범죄구성요건에 직접 해당하는 행위만을 기재하여서는 공소사실을 완성도 높게 특정할 수도 없다.

이러한 경우 범행의 동기, 배경, 과정 기타 정황적 사정은 공소사실의 내용을 이루는 요증사실에 해당하므로 검사가 공소장에 공소사실을 특정함에 필요한 범위에서 그와 같은 사실을 기재하고, 그 후 공판과정에서 증거를 제출함으로써 이를 입증하고자 하는 것은 형사공판 절차의 자연스럽고 당연한 진행과정이다.

공소장에 기재된 공소사실에 의해 심판의 대상이 특정됨과 동시에 입증의 대상과 심리의 방향도 정해진다는 것을 생각하면 이러한 기재는 오히려 피고인의 방어권 행사를 용이하게 해 주는 것이라 할 수 있다.

한편, 공소장에 범죄의 성립과는 관계없는 이른바 '기타 사실'을 기재하여 법관 또는 배심원으로 하여금 예단을 가지게 하거나 증거자료를 미리 제시함으로써 증거조사절차를 거치기도 전에 피고인에게 불리한 심증을 형성하게 하여서는 아니 된다는 것은 무죄추정의 원칙이나 증거재판주의 등 형사소송절차의 기본원칙에서 파생되는 공소장일본주의의 요청으로서, 형사소송규칙 제118조 제2항은 공소장에는 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용하여서는 아니 된다고 규정하여 이를 천명하고 있다.

여기서 기타 사실의 기재를 금지한다 함은 입증하고자 하는 공소사실과는 무관하고 입증대상도 되지 아니하는 사실을 기재함으로써 법원으로 하여금 피고인에게 불리한 선입감이나 편견을 가지게 하는 것을 금지한다는 뜻이다.

따라서 검사가 공소사실을 특정하기 위해 기재한 내용으로서 장차 공판과정에서 입증하고자 하는 요증사실은 기타 사실에 해당하는 것이 아니라 증거에 의해 판단할 대상에 해당되는 것이므로 그 기재가 금지된다고 할 수 없고, 다만 공소사실과 다소간 관련이 있다 하여도 입증의 대상이 아니고 검사가 입증할 의사도 없는 사실을 공소장에 기재하는 것은 법관 등에게 예단을 주는 것으로서 공소장일본주의에 반한다 할 것이다.

이는 형사소송법 제287조 제2항이 증거조사를 하기에 앞서 검사 및 변호인으로 하여금 공소사실 등의 증명과 관련된 주장 및 입증계획 등을 진술하게 할 수 있게 하면서 다만 증거로 할 수 없거나 증거로 신청할 의사가 없는 자료에 기초하여 법원에 사건에 대한 예단 또는 편견을 발생하게 할 염려가 있는 사항은 증거조사 전에 진술하지 못하도록 하는 것과 같은 것이다.

또한, 검사가 공소사실을 뒷받침하는 증거를 확보하고 있는 경우 그 증거에는 당해 범죄의 경위나 수단 기타 공소사실에 관련된 사항이 모두 기재되어 있을 것이다.

이러한 경우 공소장에 장차 증거로 제시할 자료를 첨부하거나 이를 적시하여 그 내용을 인용하는 것은 공소장일본주의에 반하는 것임이 명백하다.

그러나 단지 공소사실에 기재된 내용이 그 후 증거조사절차에서 채택된 증거에 있는 내용과 동일하다 하여 바로 이를 공소장일본주의에 위배되는 것이라고 볼 수는 없다.

공소장의 기재 내용은 필연적으로 증거로 확보되어 있는 내용의 축약판이 될 수밖에 없을 것인바, 만일 공소사실의 기재 내용이 그 후 제출할 증거자료에 있는 그것과 동일하다는 이유만으로 그 증거를 인용한 것으로 본다면 공소사실의 특징은 불가능하게 될 것이고, 예컨대 사기죄에 있어 기망수단으로 행한 피고인의 언동이 피의자신문조서에

모두 기재되어 있는 경우 그 언동을 기망수단으로 공소장에 기재할 수 없게 되는 불합리한 결과가 될 것이며, 이는 증거에 의한 입증은 증거의 인용과 혼동하는 것에 다름 아니다.

따라서 공소장일본주의에 위배되는지 여부는 공소된 범죄의 유형, 공소장 기재 사실과 범죄와의 관계, 구성요건과의 대비, 입증의 대상 등을 종합적으로 검토하여 당해 사건에서 공소장의 기재사실이 법원에게 예단을 생기게 하는 사항인지를 구체적으로 판단하여야 할 것이지 일률적, 기계적인 기준으로 판단하여서는 아니 된다.

나아가 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 공소사실은 결론적으로 피고인이 공소외 1을 비례대표 후보자로 추천하는 대가로 공소외 1로 하여금 6억 원 상당의 창조한국당 당채를 매입하게 함으로써 그 금액 상당의 공천헌금을 받음과 동시에 정치자금을 기부 받았다는 내용으로 파악된다.

그런데 일반적으로 정당은 당채를 발행할 수 있으므로 이를 매입하는 것이 별다른 문제가 될 수 없을 터인데도 검사가 이를 범죄로 기소한 것은 당시 창조한국당의 재정사정이 극도로 열악한 상황에 있어 그 당채의 재산적 가치가 거의 없었으므로 이를 매입하는 것은 사실상 공천헌금 및 정치자금을 제공하는 것으로 보아야 한다는 논리에 근거한 것으로 보이고, 향후 입증 역시 그러한 방향으로 이루어 질 것임을 예고하고 있는바, 이 사건 공소장의 내용은, 다소 장황하고 때로는 부적절한 표현이 있기는 하나, 기본적으로 위와 같은 논리에 기해 범죄사실을 특정하기 위하여 그 배경과 과정을 자세하고 길게 기재한 것으로 이해된다.

그렇다면 공소장에 기재된 위와 같은 정황은 이 사건 공소사실이 범죄가 되는지 여부를 판단함에 중요한 요소로서 검사가 입증하여야 할 대상이 되는 것이므로 이를 공소장에 기재하였다 하여 공소사실과 무관한 기타 사실의 기재라고 할 수 없고, 또 그 후 증거조사를 거친 증거에 그와 동일한 내용의 표현이 있다 하여 위 공소장의 기재가 공소장일본주의에 위배되는 것이라고 할 수는 없다.

공소장일본주의를 소수의견과 같이 지나치게 형식적이고 경직되게 이해한다면 오히려 형사사법절차를 비효율적, 비현실적으로 만들어 정의의 실현에 장애가 초래될 것이다.

다만 이 사건 공소장과 같은 기재방식은 불필요하게 장황하고 산만하여 공소사실을 간결하고 명확하게 기재하여야 한다는 요청에 부응하지 못하고 있고, 공소장일본주의 위배 여부에 관한 시비도 바로 이런 점에 기인하는 것으로 보여 향후 개선이 필요하리라 본다.

11. 다수의견에 대한 대법관 김능환의 보충의견

예단배제 원칙의 제도적 표현인 공소장일본주의는 사건의 실체에 대한 법관의 심증 형성은 공개된 법정 내에서 이루어지는 주장과 입증에 기초하여야 한다는 공판중심주의, 직접심리주의, 증거재판주의의 토대가 되는 것이므로, 검사가 이를 위배하여 사건에 관하여 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용한 공소장을 제출하였다면 법원으로는 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효라는 이유로 공소를 기각함으로써 당해 소송절차를 마무리해야 하는 것이 원칙이다.

다만 형사소송법이 공판심리를 효율적이면서도 충실하게 하기 위하여 제1회 공판기일 시작 전에 공판준비절차를 마련하고 그 절차에서 미리 공소사실 및 입증방법 등과 관련된 쟁점을 미리 정리하고 준비하도록 함으로써 소송경제를 도모하고 공판중심주의를 실현하고자 한 취지를 고려하면, 법원은 검사의 공소장 제출이 공소장일본주의에 위배되는 것으로 의심되는 경우 공판준비절차 또는 늦어도 제1회 공판기일에서 아직 본안에 대한 심리가 개시되기 전에 범죄의 구성요건 적시와 관련이 없는 부분 그밖에 법원에 예단이 생기게 할 수 있다고 우려되는 부분 등을 삭제 또

는 정정하도록 검사에게 명하는 등으로 적극적으로 소송지휘권을 행사하여 조기에 예단의 소지가 있는 부분을 제거하고 위법한 공소제기에 기초한 소송절차가 계속 진행되지 않도록 하는 것이 옳다.

그런데 위와 같은 지적이 이루어지지 않은 상태에서 공판절차가 계속 진행되어 공소장에 첨부 또는 그 내용이 인용된 당해 증거에 대하여 적법한 증거신청, 채택을 거쳐 그 조사 절차까지 모두 마무리되었다면 공소장일본주의의 가장 핵심적이고 본질적인 근거라 할 예단배제원칙의 요청은 상대적으로 후퇴하는 반면 형사소송절차의 또 다른 이념인 절차의 동적 안정성 및 소송경제의 요청이 앞으로 나서게 되는 단계에 접어들게 되므로 이제는 더 이상 공소장일본주의의 위배를 주장하여 이미 적법하게 진행된 소송절차의 효력을 다툴 수는 없다고 보아야 한다.

만약 그 이후에도 여전히 공소장일본주의의 위배를 이유로 공소를 기각할 수 있다고 본다면, 아무런 이의제기 없이 진행된 공판절차에서 적법한 절차에 따라 증거조사 등 충실한 심리를 거쳐 사건의 실체에 대한 규명이 이루어졌음에도 불구하고, 오직 검사가 공소제기 단계에서 공소장일본주의를 위배하였다는 사유 하나만으로 공판절차, 제1심 및 항소심 판결까지 모두 그 효력이 부정되는 결과를 초래할 수 있다.

이는 공소장일본주의를 통하여 궁극적으로 추구하고자 하는 공판중심주의, 직접심리주의, 증거재판주의에 배치될 뿐만 아니라, 검사와 피고인 측의 주장과 입증을 제1심 공판절차에 집중하여 사건의 실체를 신속하고 효율적으로 파악하도록 한 형사소송법의 정신에도 반한다.

나아가 대부분의 경우 피고인은 당해 소송절차에서 공소기각의 판결을 받더라도 다시 정정된 공소장에 의한 새로운 공소제기에 따라 재판을 받아야 할 것이 예상된다는 점(이전 공소제기시부터 공소기각 판결 확정시까지 공소시효는 정지된다)을 감안하면, 오히려 무용의 절차를 반복함으로써 피고인의 이익에도 반하고 소송경제나 신속한 재판을 받을 권리 등 형사소송절차의 또 다른 이념을 지나치게 희생하는 결과를 초래하게 된다.

공소장일본주의는 적절한 형사소송절차를 구성하는 중요한 요소이기는 하나, 다른 모든 형사소송절차상의 제도나 이념들과 마찬가지로 상충하는 다른 원리나 정신들과 조화를 이룰 수 있는 합리적이고 타당한 한계를 모색해야 한다.

공소장일본주의의 위배가 인정되는 경우에도 예단배제의 원칙이 무의미하게 된 시점 이후에는 더 이상 이를 문제 삼아 공소기각 판결을 할 수 없다고 보아야 하는 이유를 위와 같이 밝혀둔다.

12. 다수의견에 대한 대법관 안대희의 보충의견

다수의견과 반대의견의 주된 차이점은 공소장일본주의의 위배의 법적 효과에 대한 것으로, 반대의견은 다수의견과 달리 공소장일본주의를 위반한 공소제기는 법률의 규정에 위반된 것이므로 법원은 이러한 경우 형사소송 절차의 진행 정도에 관계없이 무조건 공소기각의 판결을 하여야 한다는 취지이다.

그러나 이는 형사소송법의 태도와 형사소송절차의 성격에 비추어 받아들일 수 없는 것이기에 아래에서 그 이유를 밝혀두고자 한다.

가. 형사소송법은 공정한 재판을 보장하여 재판에 대한 신뢰를 확보하기 위한 제도로써 법관의 제척과 법관의 기피, 회피를 나누어 설정하고 있다.

즉, 재판의 공정성이 의심받을 수 있는 전형적인 경우로서 미리 법률에 명시한 유형의 경우에는 피고인 또는 검사의 주장이나 소송 진행 정도와 무관하게 법관의 재판 관여를 절대적으로 배제하도록 한 반면, 객관적으로 불공정한 재판을 할 염려가 있는 때에 해당하더라도 위 유형에 해당하지 아니하는 경우라면 피고인이나 검사의 신청 또는 법관이 스스로 이를 문제 삼는 경우에만 재판을 통하여 이후의 재판 관여에서 배제하되 그 경우에도 이미 이루어진

소송절차는 유효한 것으로 취급하고 일단 당해 재판이 마무리된 이후에는 더 이상 이를 문제 삼을 수 없도록 하고 있는 것이다.

형사소송법이 이와 같이 서로 다른 두 제도를 운영하는 것은 공정한 재판의 보장이라는 이념과 소송의 발전적·동적 성격 및 소송경제의 요구 사이의 합리적인 조화를 도모하고자 한 것이다.

이에 비추어 볼 때, 형사소송규칙 제118조 제2항이 정한 공소장일본주의에 위배된 즉, 예단이 '생기게 할 수 있는' 공소장이 법원에 접수되었다는 사정만으로 장차 그 사건을 다룰 법관이 누구이든지 그에게 제척 사유가 발생한 것과 같은 법률 효과를 부여해야 한다는 것은 명백히 형사소송법의 태도에 반한다.

나아가 그러한 공소장을 기초로 하여 공판에 임하는 모든 법관은 항상 객관적으로 불공평한 재판을 할 염려가 있는 때에 해당한다고 볼 수 있는지도 의문일 뿐 아니라, 만약 그렇게 본다고 하더라도 이를 이유로 이미 적법하게 이루어진 모든 소송절차의 효력을 부인하거나 당해 재판이 마무리된 이후에도 계속 이를 문제 삼을 수는 없는 것이다.

이러한 사정을 고려할 때, 예단이 '생기게 할 수 있는' 공소장이 법원에 접수된 다음 이를 기초로 소송 절차가 상당 부분 진행된 경우 그 소송 절차의 효력을 어떻게 다룰 것인가라는 의문에 대한 해답은 공정한 재판의 보장이라는 이념과 소송의 발전적·동적 성격 및 소송경제의 요구를 조화시킬 수 있는 합리적인 선에서 모색되어야 한다는 것은 너무나 당연한 것이다.

원래 공소제기 당시 비록 공소기각의 사유가 있었다고 하더라도 그 후 사정이 변경되어 더 이상 그러한 사유가 존재하지 않게 된 경우에는 애초의 사유를 내세워 공소기각을 할 수 없다는 법리는, 형사소송의 발전적·동적 성격에서 파생되는 것으로서 결코 낯선 것이 아니고 오히려 자연스러운 것이다.

예컨대, 공소사실의 특징은 공소제기의 유효요건이므로 공소사실이 특정되지 아니하면 공소기각의 사유가 되는 것이지만(형사소송법 제327조 제2호), 대법원은 공소사실의 기재가 불명확한 경우 법원은 검사에게 석명을 구한 다음 검사가 이를 명확하게 하지 않은 때에야 공소사실의 불특정을 이유로 공소를 기각할 수 있고, 검사에게 공소사실 특징에 관하여 석명을 구하지 아니한 채 곧바로 공소사실의 불특정을 이유로 공소기각의 판결을 하는 것은 위법하다고 판시하였으며(대법원 1983. 6. 14. 선고 82도293 판결, 대법원 2006. 5. 11. 선고 2004도5972 판결), 이는 다수 학설의 지지를 받고 있는 것으로 보인다.

그 외 사정변경으로 공소기각의 사유가 소멸하는 예로 학설상 이중으로 공소제기 되었으나 선행 사건의 소송계속이 해소된 때, 공소취소에 따른 공소기각의 결정 확정 후 다시 공소제기가 이루어진 뒤 비로소 범죄사실에 대한 다른 중요한 증거가 발견된 경우 등이 거론되고 있다.

나. 반대의견은 공소장일본주의가 형사소송법상 다른 이념들과의 조화를 이루는 한도 내에서 보장될 수 있다는 점을 전혀 고려하지 아니한 것이어서 타당하지 아니하다.

우선 우리나라 형사소송법은 공소장일본주의에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않다.

또한 형사소송규칙은 스스로 공소장일본주의 원칙의 적용범위를 일정한 경우로 한정하고 있다.

즉, 형사소송규칙 제118조 제1항은 "공소제기 당시 피고인이 구속되어 있거나, 체포 또는 구속된 후 석방된 경우 체포영장, 긴급체포서, 구속영장 기타 구속에 관한 서류를 각 첨부하여야 한다.

"고 하고(통상 위와 같은 구속에 관한 서류에는 사건에 관하여 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 여러 사실들이 기재되어 있다), 제170조는 "검사는 약식명령의 청구와 동시에 약식명령을 하는 데 필요한 증거서류 및 증거물을 법원에 제출하여야 한다.

"고 하고 있다.

나아가 형사소송법과 형사소송규칙은 구속영장의 심사(형사소송법 제201조 제2항), 체포·구속적부심(형사소송법 제214조의2 제4항, 형사소송규칙 제104조)과 관련하여 법관이 제1심 공판기일 이전에 이미 사건에 관한 자료를 접할 수 있도록 하면서도 위와 같은 절차에 관여한 법관이 당해 사건의 공판절차에서 배제될 것을 요구하고 있지 않다.

이는 피고인이 제1회 공판기일 전에 보석을 신청하여 법원이 이에 관하여 심사하는 경우(형사소송규칙 제54조 제1항)에도 마찬가지이다.

그 외 형사소송법이나 형사소송규칙은 약식명령의 청구가 있었던 사건을 형사소송법 제450조나 제453조에 따라 공판절차에 의하여 심판하여야 할 경우에 당해 법원에 이미 제출된 증거서류 및 증거물의 취급에 대하여 통상의 증거조사절차와 비교하여 특별히 달리 정한 바가 없고, 이는 공판절차 갱신의 절차, 파기환송 또는 파기이송 후의 절차에 있어 공판심리 전에 소송기록과 증거물이 당해 법원에 제출되는 경우에도 마찬가지이다.

위에서 살펴본 각 규정들은 형사소송규칙이 선언한 공소장일본주의 원칙이나 그 근거가 되는 예단배제의 원칙이 피고인의 인권보장이나 신속한 재판을 받을 권리, 소송경제, 사법자원의 효율적 배분 등 현행 형사소송 절차의 또 다른 필요성과 이념들과도 적절히 조화를 이루는 자리매김이 요구되는 원칙임을 알게 한다.

한편, 형사소송규칙 제139조 제4항에 의하면, 증거능력 없는 증거에 대하여 증거조사가 마쳐짐에 따라 법관의 심증이 이미 형성된 상황에서도 그 절차에 흠이 있음을 이유로 당해 소송절차 전부를 무효로 돌리지 않고 당해 증거조사의 결과만을 법관의 심증에서 관념적으로 배제하여 나머지 소송절차와 결과는 여전히 유효하게 존속하도록 함으로써 형사소송절차의 동적 안정을 도모하고 있다.

증거능력 없는 증거에 대한 증거조사가 마쳐진 경우의 취급에 대한 위 조항과 비교해 볼 때, 단순히 장차 증거로 제출될 서류 기타 물건이 첨부되거나 그 내용이 인용되었을 뿐인 공소장일본주의 원칙 위반을 이유로 삼아 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효라고 평가하여 소송절차 전부를 송두리째 뒤집어 버리는 것이 부당함은 명백하다.

더욱이 다수의견이 적절하게 지적하고 있는 바와 같이 형사소송법상 형사피고사건의 효율적이고 집중적인 심리를 위하여 공판준비절차를 마련하고 있고(형사소송법 제266조의13은 공판준비기일에서 신청하지 못한 증거는 원칙적으로 공판기일에 신청할 수 없도록 함으로써, 공판준비기일이 공판준비를 위한 사전절차로서 확고히 자리잡도록 특별히 배려하고 있다), 실체적 진실발견이라는 형사소송이념을 실현하기 위한 직권주의적 요소로서 공소장변경제도(법 제298조 제1항, 제2항)를 두고 있는 점 등에 비추어 보면, 공소장일본주의의 적용은 공소제기 이후 공판절차가 진행된 단계에서는 필연적으로 일정한 한계를 가질 수밖에 없다.

위와 같은 여러 절차 조항들의 취지 및 정신들과 형사사법제도는 실체적 진실발견과 적법절차의 실현을 목표로 하되 그 토대를 이루는 우리나라 사회·경제·문화적 상황을 반영하여 보다 나은 제도를 갖추고 그에 걸맞게 운용방식을

개선 발전시켜 나아가야 할 것이라는 점을 종합적으로 고려해 볼 때, 공소장일본주의는 그 자체가 독자적으로 형사소송절차상 달성하여야 할 목표 내지 이념이라기보다 공소제기 단계에서 법원의 예단을 배제함으로써 공소제기 이후 공판절차와 관련한 형사소송구조 내지 형사소송절차상 이념인 당사자주의 소송구조와 증거재판주의 및 공판중심주의를 실질적으로 보장하려는 제도적 장치이고, 이는 형사소송법상 다른 이념 내지 원칙과 조화를 이루어야 한다는 한계를 가지고 있다.

반대의견은 공소장일본주의가 형사소송절차상 절대적으로 지켜져야 할 이념이라는 전제에 선 것으로, 공소장일본주의에 관한 우리나라의 현행 형사소송법 및 형사소송규칙의 관련 규정의 문언과 취지에 부합하지 아니할 뿐 아니라 형사소송절차상 인정되는 다른 중요한 이념 내지 원칙과 조화를 이루지 못하고 있다.

다.

공소장일본주의를 엄격하게 시행하고 있는 일본의 경우, 제2차 세계대전 직후 미군정이라는 특수한 상황 하에서 공소장일본주의를 도입한 것으로, 우리나라와는 달리 공소장일본주의가 일본 형사소송법에 명문으로 규정되어 있다. 게다가 일본 형사소송법 및 형사소송규칙의 제 규정에 의하면 공소장에 체포 또는 구류의 취지를 기재할 뿐 구속영장 등 구속에 관한 서류를 첨부하지 못하도록 하고, 사건에 관여하여야 할 법원은 공소의 제기가 있는 후 제1회 공판기일까지는 구류에 관한 처분을 할 수 없도록 하며, 공소기각의 판결이 내려진 경우에는 당해 피고인에 대한 구속영장이 실효하지 아니하는 등 우리와는 입법적 상황이 다르다.

반면, 독일 등의 경우 검사가 공소장의 제출과 함께 수사의 중요한 성과들을 언급하거나 증거방법을 법원에 제출하고, 이를 통하여 법원은 미리 사건의 내용을 충분히 파악한 후 심리에 들어가도록 함으로써 공소장일본주의 자체를 채택하지 아니하였다.

이렇게 다양한 외국의 입법례를 고려하더라도, 공소장일본주의는 우리 형사소송법상 제한이 허용되지 아니하는 절대적 원칙이라고 할 수 없다.

라. 공소장일본주의에 위반한 공소제기의 경우 무조건 공소기각의 판결을 하여야 한다는 반대의견을 실제의 구체적인 사안에서 그대로 적용한다면 아래에서 보는 바와 같은 부당한 결과가 예상된다는 점에서도 반대의견에 찬성할 수 없다.

형사소송규칙 문언상 공소장일본주의 위배 여부는 공소장 접수 당시를 기준으로 판가름될 수밖에 없다.

따라서 공소장일본주의에 위배되는 공소장이 일단 접수된 이상 법관이 그 공소장의 내용 또는 첨부서류를 전혀 읽어보지 않고 제1회 공판기일에 임하였다고 하더라도 공소기각을 면할 수 없게 된다.

이는 검사가 공소장 접수 직후 아직 법관이 공소장을 접하기 전에 공소장일본주의에 위배되는 사항을 모두 삭제, 철회하는 취지의 새로운 내용의 공소장변경 허가신청서를 제출함으로써 법관이 최초 공소장을 전혀 접하지 아니한 경우, 제1심 재판 진행 도중 법관이 경질되어 새로운 법관이 재판을 마무리한 경우에도 역시 마찬가지이다.

이러한 결론이 합리적이지 않음은 명백하다.

피고인에게도 도저히 납득하기 어려운 상황을 초래할 수 있다.

피고인이 자신의 죄책을 모두 인정하고 오로지 양형상 선처만을 바라고 있는 사안에서도 법원은 반드시 공소기각 판결을 선고하여야 할 뿐 아니라, 심지어 피고인과 검사 사이의 치열한 법정 공방 끝에 법원이 본안에 대하여 무죄 심증을 굳힌 경우에도 예외 없이 모두 공소기각 판결을 하여야만 한다.

이러한 경우 검사의 재기소는 필연적일 수밖에 없는데, 피고인에게 재차 재판절차에 응하도록 강제하는 것이 과연 헌법과 형사소송법의 정신에 부합하는 것인지 의문이다.

또한 반대의견은 별개의견에 대하여 공판절차의 안정과 예측 가능성에 큰 장애가 초래되고, 피고인의 지위를 너무 불안정하게 한다고 비판한다.

그러나 공소장일본주의 위배 여부의 판단기준에 관하여 다수의견은 일응 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 이외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 제시하면서 당해 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다고 설시하였고, 반대의견 역시 위 판단기준에 관하여 독자적인 견해를 밝히는 등으로 보다 구체적인 판단기준을 제시하고 있지 못하다.

그렇다면 구체적인 개개의 사안에서 과연 공소장일본주의 위배가 있었는지 여부를 판단하는 것이 쉽지 아니하고, 제1심 법원과 상소심 법원의 결론이 다른 경우가 발생할 여지도 충분히 있다.

이러한 전제 하에서는 공소장일본주의 위배가 인정되는 경우에는 소송절차상 어느 단계에 있는지 여부를 불문하고 무조건 공소기각의 판결을 선고하여 이미 적법하게 진행된 소송절차 전부를 무위로 돌릴 수 있다고 보는 반대의견이 오히려 더 공판절차의 안정과 예측 가능성에 큰 장애를 초래하고, 당해 소송절차에서 재판을 받는 피고인의 지위를 너무 불안정하게 하는 것이다.

끝으로 반대의견에 의하면 공소사실의 특징이 부실화되는 부작용을 초래하게 될 것이다.

검사로서는 공소사실을 구체적으로 특정하는 경우에는 공소장일본주의 위배라는 이유로 공소기각의 판결을 받게 되고, 공소사실을 구체적으로 특정하지 않는 경우에는 공소사실 불특정을 이유로 공소기각의 판결을 받게 되는 납득하기 어려운 상황에 처하게 되는데, 앞서 본 바와 같이 공소사실의 불특정은 공소제기 후 이를 수정, 보완할 수 있는데 반하여 공소장일본주의 위배는 이를 다시 바로 잡을 기회가 부여되지 않는다는 것이니 검사로서는 공소사실의 특징을 포기하는 쪽으로 방향을 잡을 수밖에 없다.

공소장일본주의의 위배 기준을 지나치게 완화하여 함부로 그 위반을 인정하거나 그 위반의 효과를 지나치게 엄격하게 적용하는 것은 결국 공소사실을 구체적으로 특정하도록 한 형사소송법의 취지에 반하고(예컨대, 대법원 2007. 4. 27. 선고 2007도236 판결은 공모공동정범에 있어서 공모 또는 모의는 범죄될 사실의 주요부분에 해당하는 이상 가능한 한 이를 구체적이고 상세하게 특정하여야 할 뿐 아니라 엄격한 증명의 대상에 해당한다고 판시하고 있다), 오히려 피고인의 방어권 행사를 어렵게 하는 결과를 낳게 된다.

마. 공소장일본주의는 법관의 예단을 방지하기 위하여 형사소송규칙으로 규정되어 있다.

국민참여재판의 시행과 더불어 이를 본격적으로 실시하여야 한다는 반대의견의 견해도 그 나름대로 일리는 있을 수 있다.

그러나 형사소송법 제285조는 검사의 모두진술에 관하여 규정하고 있고, 사건에 따라서는 검사가 모두진술에서 공소장을 단순히 낭독하는 것 이외에 공소제기의 배경, 사안의 중요성과 법률적 쟁점 등을 알기 쉽게 설명할 수도 있다.

이것은 공소장이 어디까지나 소추기관의 의사표시에 불과하고 그 증명은 별개의 것으로서 취급되어야 한다는 것을 의미한다.

오늘날 공소장에 기재된 공소사실이 그러한 소추기관의 의사표시에 불과하다는 사실을 모르는 법관이나 배심원은 없을 것이다.

법관이 공소사실의 기재에 의하여 예단을 갖는다는 우려는 앞서 본 것처럼 증거능력이 없는 증거를 조사하면서 법관이 예단을 갖게 된다는 우려와 같을 수 있다.

이는 법관의 인식구조를 믿지 못한다는 의미와 함께 과거의 수많은 재판이 예단에 사로잡혀 공정성을 해할 우려가 있었다는 이상한 결론이 될 수 있을 것이다.

공소의 제기가 공소장일본주의에 위배된다고 하더라도 그 법률적 효력은 공소기각의 판결을 할 수 있는 데 그치고 새로이 이루어지는 공소제기에는 아무런 제한이 없다는 데 대하여 이견을 찾아볼 수 없는바, 그렇다면 공소장일본주의의 취지가 당해 피고인에 대한 형사 소추 자체를 절대적으로 부정하는 것이 아님은 명백하고, 오히려 다른 형사 소송의 이념을 도외시킨 채 이를 강조한다면 대법관 김능환의 보충의견에서 실시한 것처럼 신속한 재판을 받고 싶어 하는 피고인의 불이익으로 귀착될 수 있다.

무엇보다도 중요한 것은 형사사법은 그 나라의 오랜 제도적 정착과정을 거쳐 발전을 거듭하고 있는 것으로 그것이 국민의 기본권에 관한 원리의 문제가 아닌 한 제도의 전체적 통합의 틀 안에서 당부가 고려되어야 한다는 것이다.

입법정책적으로 법관의 예단방지가 중요하여 공소장일본주의가 본격적으로 실시되어야 한다면 앞서 지적한 바와 같은 법관의 예단을 심각하게 야기할 수 있는 여러 규정들을 검토하여 다함께 개정을 검토하여야 할 것이다.

즉, 공소장에 구속영장을 첨부하는 규정, 구속과 구속적부심, 그리고 보석에 관여하는 법관의 재판 관여, 사전증거 조사 및 공판준비절차와 약식명령의 정식재판청구시 증거자료 첨부 등 이미 제도적으로 정착되어 있는 여러 형사소송법 규정의 정비 없이 오로지 공소장의 기재만 예단을 방지하여야 한다는 반대의견의 주장은 전체를 보지 못한 부분적인 성찰로 밖에 볼 수 없고, 엄정하고 객관적인 형사사법의 실현을 책임져야 하는 법원의 궁극적 임무를 도외시하는 것이라고 할 수밖에 없다.

13. 반대의견에 대한 대법관 김영란, 대법관 김지형의 보충의견

가. 공소장일본주의 원칙은 사건에 대한 왜곡된 심증형성을 근원적으로 차단하기 위한 필요불가결한 요청이다.

공소장일본주의는 헌법상 무죄추정을 받는 형사피고인에 대하여 법관이 가질 수 있는 유죄의 예단을 배제하여 공정한 재판을 실현하고자 하는 원칙으로서 공소제기에 관한 적법절차원칙이라 할 수 있다.

즉, 공소장일본주의는 형사소송절차의 체계상 공소제기 단계에서 '사건에 관하여 법원에 예단이 생길 염려'를 배제하겠다는 입법적 결단을 한 것으로, 검사의 공소장 제출에 의한 공소제기로 인하여 법원에 사건에 관한 예단이 발생할 가능성이 발생하면 위배되는 것이지 구체적인 예단 발생의 결과까지 요구하는 것은 아니다.

이 점은 형사소송규칙이 공소장일본주의를 규정하면서 사건에 관하여 법원에 "예단이 생기게 할 수 있는" 서류 기타 물건의 첨부 또는 인용을 금지하고 있는 점을 보면 명백하다.

실제로 공소장의 기재 또는 첨부된 서류 등의 내용으로 인하여 사건에 관하여 예단이 생기거나 그로 인하여 실제 판단에 영향이 미치는 경우는 많지 않을지도 모른다.

그러나 공소장일본주의에 위배된 공소제기로 인하여 실제로 예단이 생기거나 그로 인하여 재판의 공정을 해할 수 있는 가능성 자체를 부정할 수 없다면, 공정한 재판, 특히 재판에 대한 신뢰성 확보를 위하여 이러한 가능성마저 배제하는 것이 타당하다.

형사소송법이 추구하는 가장 중요한 이념 중 하나인 공정한 재판의 원칙을 실현하기 위해서는 법관 또는 배심원이 스스로 공정하게 재판에 임하는 것이 중요함은 물론이나, 재판에 대한 신뢰를 확보한다는 것 역시 중요하다는 점을 간과해서는 안 된다.

이는 공정한 재판을 보장한다는 동일한 목적을 달성하기 위하여 형사소송법이 법관의 제척, 기피, 회피 제도를 두고 있고, 위 제도가 적용되는 영역에서도 개개의 경우 법관이 불공평한 재판을 하여서가 아니라 단지 그러한 염려가 있다고 하여 그 법관을 재판에서 배제하는 것을 보더라도 명백하다.

다수의견은 공소장일본주의의 위배 여부가 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 이외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 판단된다고 하고, 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인 측으로부터 아무런 이의제기가 없었고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 공소장일본주의의 위배를 주장하여 다룰 수 없다고 한다.

그러나 공소장일본주의는 '예단의 가능성'을 사전에 차단하는 적법절차원칙의 요청이고 예단으로 인하여 범죄사실의 실체를 파악하는 데 실제로 장애가 되는지 여부에 따라 그 위반 여부를 따질 것은 아니므로 다수의견이 설정한 기준은 공소장일본주의의 본래의 성격과 도저히 양립할 수 없는 것이 명백하다.

나. 이미 발생해버린 유죄의 예단 위험은 사후에 제거되거나 치유될 수 없다.

공소장일본주의에 위배한 공소제기가 이루어졌다면, 법원이 공판절차를 진행함에 있어 차단되어야만 하는 '사건에 관하여 법원에 예단이 생기게 할 염려'는 이미 발생한 것이다.

공소제기는 형사소송절차의 첫 단계로서 검사가 형사재판을 청구하는 중요한 소송행위인바, 이때 발생한 공소장일본주의의 위배의 잘못으로 이미 예단이 생기게 할 염려가 발생하였다면 그 이후 공판절차가 진행되었다는 등의 사정이 있다 하여 그 염려가 제거된다고 할 수 없으므로 치유는 불가능하다.

오히려 공소제기 절차상의 위와 같은 잘못으로 인하여 법원에 대하여 일단 예단이 생기게 할 염려가 발생하였다면 이는 그 이후 증거조사절차 등 법원이 사건의 실체에 대한 심증을 형성하는 과정에 영향을 미칠 수 있는 가능성으로 연결될 수밖에 없고, 이러한 가능성을 차단하여 당사자주의와 공정한 재판의 원칙 및 증거재판주의, 직접심리주의를 실현하고자 하는 것이 바로 공소장일본주의의 취지이다.

따라서 공소장일본주의 및 그 근거가 되는 예단배제의 필요성은 적법한 절차에 의하여 실체적 진실을 발견하여야 하는 형사소송절차의 전체 과정에서 유지되어야 한다.

다수의견은 이와 달리 소송절차의 동적 안정성 및 소송경제의 이념 등을 내세워 피고인이 이의를 제기함이 없이 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되고 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 더 이상 공소장일본주의의 위배를 다룰 수 없다고 한다.

또 그 보충의견에서는 예단배제의 원칙이 무의미하게 된 위 시점 이후에도 공소장일본주의를 관철한다면 공판중심주의, 직접심리주의, 증거재판주의 등에 배치될 뿐 이라고 한다.

그러나 공소장일본주의에 위배한 공소의 제기로 인하여 공정한 재판의 원칙이 침해되었음에도 불구하고 계속하여 진행된 공판절차가 적법한 절차에 의하여 실체적 진실을 발견하기 위한 것이라고 평가하기는 어렵다.

소송절차의 동적 안정성이나 소송경제의 이념 등이 형사소송절차상 적법절차원칙이나 실체적 진실의 발견이라는 형사소송법상 이념과는 결코 동등한 가치로 평가될 수도 없다.

그와 같은 필요성만으로 공소제기시 '사건에 관하여 법원에 예단이 생기게 할 염려'를 야기한 공소장일본주의 위배의 잘못이 치유되는 결과가 된다고 할 수도 없을 뿐 아니라, 더구나 그것이 공판중심주의 등의 요청에 더 충실한 것이라는 주장은 도저히 납득할 수 없다.

다.

다수의견은 공소장일본주의 원칙의 규범력을 사실상 부정하고 단순한 훈시규정 정도로 취급하는 것에 다른 아니다.

다수의견은 공소장일본주의의 기본취지로 유죄의 판결이 확정될 때까지 형사피고인은 무죄로 추정된다는 헌법 제 27조 제4항의 규정상 형사피고인에 대하여 법관이 가질 수 있는 유죄의 예단을 차단할 필요가 있다는 점을 들면서, 공소장일본주의가 형사소송절차의 여러 원칙을 공소제기의 단계에서부터 실현할 것을 목적으로 하는 제도적 장치로서 우리나라 형사소송구조의 한 축을 이루고 있으며, 형사소송규칙에서 이러한 법리를 명문화한 이상 법원과 검사는 형사재판의 운용에 있어 그 취지가 충분하게 기능을 발휘할 수 있도록 최대한 노력을 기울일 의무가 있다고 한다.

이는 형사소송규칙에서 규정하는 공소장일본주의 원칙의 규범성을 존중하고, 위 원칙이 형사소송절차상 존중되고 지켜져야 할 중요한 원칙임을 선언하는 것으로서, 이점에 대해서는 전적으로 동감한다.

그러나 다수의견은 공소장일본주의의 위배 여부는 형사재판의 적정한 운용에 관한 그 밖의 다른 규정들과 합리적으로 조화를 이루도록 판단하여야 한다면서, 현실적인 적용의 효과와 관련하여 공소장일본주의 원칙을 주장할 수 있는 시기를 인용 또는 첨부된 증거에 대한 증거조사가 마쳐진 때까지로 제한하고 있는바, 이러한 제한이 위 원칙적인 입장과 조화를 이룰 수 있는지에 대하여 의문을 제기하지 않을 수 없다.

나아가 다수의견에 대한 보충의견은 공소장일본주의는 공소제기단계에서 예단을 배제하려는 데 불과하고 공소제기 이후 공판절차가 진행된 단계에서는 필연적으로 일정한 한계를 가질 수밖에 없다고 하면서, 공소장일본주의는 피고인의 인권보장이나 신속한 재판을 받을 권리, 소송경제, 사법자원의 효율적배분 등 현행 형사소송 절차의 또 다른 필요성과 이념들과 적절히 조화를 이루는 한도 내에서만 보장될 수 있는 원칙이라고 한다.

이러한 해석 하에서는 다수의견이 내세운 바와 같은 공소제기 단계에서부터 공판절차 전체 과정을 통하여 예단을 배제함으로써 공정한 재판을 확보하고 이를 통하여 적법한 절차에 의한 실체적 진실을 발견하려는 공소장일본주의가 형사소송절차상 과연 어떠한 실체적 의미 내지 규범력을 가질 수 있는지 의심스럽고, 결국 이는 공소장일본주의에 관한 규정을 훈시규정화하는 결과를 초래하게 될 것이다.

이상과 같이 반대의견에 대한 보충의견을 밝히는 바이다.

대법원장 이용훈(재판장) 김영란 양승태 박시환 김지형 이홍훈 김능환 전수안 안대희 차한성 양창수 신영철(주심)
민일영