

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2019도7217 강제추행(인정된 죄명: 공연음란)
피 고 인 피고인
상 고 인 피고인
변 호 인 법무법인 더가람
담당변호사 박찬향 외 1인
원 심 판 결 창원지방법원 2019. 5. 16. 선고 2018노2934 판결
판 결 선 고 2021. 6. 30.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 창원지방법원에 환송한다.

이 유

1. 법원은 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경(이하 '공소장의 변경'이라 한다)이 있을 때에는 그 사유를 신속히 피고인 또는 변호인에게 고지하여야 한다(형사소송법 제298조 제3항). 형사소송규칙 제142조 제1항은 '검사가 형사소송법 제298조 제1항에 따라 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경을 하

고자 하는 때에는 그 취지를 기재한 공소장변경허가신청서를 법원에 제출하여야 한다.'고 정하고, 제5항은 '법원은 제1항의 규정에도 불구하고 피고인이 재정하는 공판정에서는 피고인에게 이익이 되거나 피고인이 동의하는 경우 구술에 의한 공소장변경을 허가할 수 있다.'고 정하고 있다. 이와 같이 검사가 공소장변경신청을 하고자 할 때에는 서면으로 하는 것이 원칙이고, 예외적으로 피고인이 재정하는 공판정에서 피고인에게 이익이 되거나 피고인이 동의하는 경우에는 구술에 의한 공소장변경신청을 할 수 있다(대법원 2017. 6. 8. 선고 2017도5122 판결 등 참조). 이는 심판의 대상을 명확히 한정하고 절차를 분명히 하여 피고인의 방어권 행사를 가능하게 하기 위한 것이다.

형사소송규칙 제142조 제2항, 제3항에 따르면, 검사가 서면으로 공소장변경신청을 하는 경우 피고인의 수에 상응한 부분을 첨부하여야 하고, 법원은 그 부분을 피고인 또는 변호인에게 즉시 송달하여야 한다.

위와 같은 공소장변경 절차에 관한 법규의 내용과 취지에 비추어 보면, 검사의 서면에 의한 공소장변경허가신청이 있는데도 법원이 피고인 또는 변호인에게 공소장변경허가신청서 부분을 송달·교부하지 않은 채 공소장변경을 허가하고 공소장변경허가신청서에 기재된 공소사실에 관하여 유죄판결을 하였다면, 공소장변경허가신청서 부분을 송달·교부하지 않은 법원의 잘못은 판결에 영향을 미친 법령 위반에 해당한다. 다만 공소장변경 내용이 피고인의 방어권과 변호인의 변호권 행사에 지장이 없는 것이거나 피고인과 변호인이 공판기일에서 변경된 공소사실에 대하여 충분히 변론할 기회를 부여받는 등 피고인의 방어권이나 변호인의 변호권이 본질적으로 침해되지 않았다고 볼 만한 특별한 사정이 있다면 판결에 영향을 미친 법령 위반이라고 할 수 없다(대법원 2009. 6. 11. 선고 2009도1830 판결 등 참조).

2. 기록에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

가. 검사는 피고인에 대하여 '피고인이 고속버스 안에서 음란동영상을 보면서 자위행위를 하던 중 옆자리에 앉아 있는 여성의 허벅지를 만져 주행하였다.'는 내용의 강제추행죄로 공소를 제기하였다. 피고인은 제1심에서 추행한 사실이 없다고 다투었고, 제1심은 추행사실과 고의에 대한 증거가 부족하다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고하였다. 검사는 제1심 판결에 대하여 항소하였다.

나. 검사는 원심에서 2019. 4. 15. 위 공소사실을 주위적 공소사실로 하고, '피고인이 위 공소사실 기재 일시, 장소에서 자위행위를 함으로써 공연히 음란한 행위를 하였다.'는 내용의 공연음란죄를 예비적으로 추가하는 공소장변경허가신청서를 제출하였다.

원심은 2019. 4. 18. 제2회 공판기일에서 위 공소장변경허가신청서 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하거나 교부하지 않은 상태에서 공소장변경을 허가하였다. 검사는 위 공소장변경허가신청서에 따라 공소사실, 죄명과 적용법조를 진술하였고, 피고인과 변호인은 예비적으로 추가된 공소사실을 부인한다고 진술하였다. 원심은 피고인과 변호인에게 최종 의견 진술의 기회를 부여하였는데, 피고인은 강제추행의 공소사실과 관련하여 추행한 사실이 없다는 취지로만 진술하였다.

다. 원심은 제2회 공판기일에서 변론을 종결하고 2019. 5. 16. 제3회 공판기일에서 제1심 판결을 파기하고 예비적 공소사실을 유죄로 인정하여 피고인에게 벌금 400만 원을 선고하였다.

한편 위 공소장변경허가신청서 부분은 원심 변론종결 이후인 2019. 4. 19. 변호인에게, 2019. 5. 3. 피고인에게 송달되었다.

3. 이러한 사실관계를 위에서 본 법리에 비추어 살펴본다.

검사가 원심에서 공소장변경을 신청한 예비적 공소사실은 공연음란죄에 관한 것으로서 기존 공소사실인 강제추행죄와 비교하여 행위 양태, 보호법익, 죄질과 법정형 등에서 차이가 있다. 강제추행죄는 피고인이 자위행위를 하였는지 여부나 그 행위에 공연성이 있는지 여부가 범죄 성립에 직접 영향이 없지만, 공연음란죄는 공연히 자위행위를 한 사실이 범죄 성립요건이다. 따라서 기존 공소사실과 예비적 공소사실은 심판대상과 피고인의 방어대상이 서로 다르다.

그런데도 원심은 검사의 공소장변경허가신청서 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하거나 교부하지 않은 채 공판절차를 진행하여 당일 변론을 종결한 다음 기존 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 제1심 판결을 파기하고 예비적 공소사실을 유죄로 판단하였다. 이는 피고인의 방어권이나 변호인의 변호권을 본질적으로 침해한 것으로 볼 수 있다. 원심판결에는 공소장변경절차에 관한 법령을 위반하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.

원심판결 중 예비적 공소사실 부분은 파기되어야 하는데, 예비적 공소사실 부분을 파기하는 이상 주위적 공소사실을 포함한 원심판결 전부가 파기되어야 한다.

4. 피고인의 상고는 이유 있으므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 노정희

주 심 대법관 김재형

대법관 안철상

대법관 이흥구