

<2022년판 「Law Man 형사소송법 (핵심암기장)」 추록>

※ 2022년판 「Law Man 형사소송법」 과 「Law Man 형사소송법 핵심암기장」 에 대한 추록입니다. 판례는 2022년 6월까지의 판례를 반영하였으며, 나름 의미있는 판례만 게재하였으니 일부 누락된 판례가 있더라도 이해가 있으시기 바랍니다. 또한 가능하면 본 자료를 통해 내용을 이해하신 후 요지만 기본서에 적어두시는 것이 가장 바람직하다는 말씀을 드립니다. 그리고 보다 자세한 추록 등은 10월에 다시 한번 게재해 드리겠습니다.

1. 15페이지 - 각주 14번 - 암기장 10페이지

제32조제1항제3호가목 중 "제258조의2"를 "제258조의2제1항"으로 한다.

--->

법원조직법이 2021.12.21. 개정되어 이를 반영하는 수정사항임.

<2021.12.21. 법원조직법 개정이유>

「형법」 제258조(중상해)는 법정형이 1년 이상 10년 이하의 징역으로 지방법원(지원) 합의부 심판대상인 데 비하여, 법정형이 더 높은 「형법」 제258조의2제2항(특수중상해)은 단독판사 관할로 규정하여 사물관할상 불균형이 있어 「형법」 제258조의2제2항의 사건을 합의부 심판대상으로 규정하여 사물관할상 균형을 맞추려는 것임.

2. 16페이지 - 각주 14번 - 암기장 10페이지

제32조제1항제3호가목 중 사. 아래 다음 아. 이하를 추가한다.

아. 「중대재해 처벌 등에 관한 법률」 제6조제1항·제3항 및 제10조제1항에 해당하는 사건

--->

법원조직법이 2021.1.26. 개정되어 이를 반영하는 수정사항임.

<2021.1.26. 법원조직법 개정이유>

2021.1.26. 제정된 「중대재해 처벌 등에 관한 법률」 에 따라 이를 반영하려는 것임.

3. 82페이지 사례문제 위에 다음 내용 추가 - 암기장 42페이지

3) 헌법소원의 제기: 헌법재판소 결정에 따르면 변호인의 피의자신문참여권은 헌법상의 권리이므로 이에 대한 침해에 대하여는 헌법소원을 제기할 수 있다(2016헌마503).

4. 89페이지 (4) 위에 다음 판례 추가 -

<약식명령이 확정된 소송기록에 대한 열람등사 거부처분에 대한 취소를 구하는 사건>

Q. 형사재판확정기록의 공개에 관하여는 정보공개법에 의한 공개청구가 허용되는가? 형사재판확정기록의 공개가 거부되거나 제한되는 경우에 불복방법은 무엇인가?

Q. 형사재판확정기록이 아닌 불기소처분으로 종결된 기록에 관해서는 정보공개법에 따른 정보공개청구가 허용되는가? 불기소처분으로 종결된 기록의 공개의 거부나 제한 등에 대한 불복방법은 무엇인가?

[1] 2007. 6. 1. 신설되어 2008. 1. 1.부터 시행된 형사소송법 제59조의2의 내용과 취지 등을 고려하면, 형사소송법 제59조의2는 재판이 확정된 사건의 소송기록, 즉 형사재판확정기록의 공개 여부나 공개 범위, 불복절차 등에 관하여

「공공기관의 정보공개에 관한 법률」(이하 ‘정보공개법’이라 한다)과 달리 규정하고 있는 것으로 정보공개법 제4조 제1항에서 정한 ‘정보의 공개에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우’에 해당한다. 따라서 형사재판확정 기록의 공개에 관하여는 정보공개법에 의한 공개청구가 허용되지 않는다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2013두20882 판결, 대법원 2017. 3. 15. 선고 2014두7305 판결 등 참조). 따라서 형사재판확정 기록에 관해서는 형사소송법 제59조의 2에 따른 열람·등사신청이 허용되고 그 거부나 제한 등에 대한 불복은 준항고에 의하며, 형사재판확정 기록이 아닌 불기소처분으로 종결된 기록(이하 ‘불기소기록’이라 한다)에 관해서는 정보공개법에 따른 정보공개청구가 허용되고 그 거부나 제한 등에 대한 불복은 항고소송절차에 의한다.

[2] 한편, 형사소송법 제59조의2의 ‘재판이 확정된 사건의 소송기록’이란 특정 형사사건에 관하여 법원이 작성하거나 검사, 피고인 등 소송관계인이 작성하여 법원에 제출한 서류들로서 재판확정 후 담당 기관이 소정의 방식에 따라 보관하고 있는 서면의 총체를 할 수 있고, 위와 같은 방식과 절차에 따라 보관되고 있는 이상 해당 형사사건에서 증거로 채택되지 아니하였거나 그 범죄사실과 직접 관련되지 아니한 서류라고 하여 재판확정 기록에 포함되지 않는다고 볼 것은 아니다(대법원 2016. 7. 12.자 2015모2747 결정, 대법원 2012. 3. 30.자 2008모481 결정 등 참조)(대결 2022.2.11. 2021모3175).

[사건의 경과]

(1) 고소인은 ‘운송인이 고소인의 차량을 운송하다가 부주의로 파손시킨 후 이를 무마하기 위하여 보험회사에 마치 고소인이 차량을 운행하다가 사고가 나서 파손된 것처럼 진술하였다’는 등의 사실에 대해 다수의 죄명을 기재한 고소장을 제출하였고, 운송인에 대해 사기미수의 약식기소가 이루어져(나머지 죄명에 대해서는 혐의없음의 불기소처분이 있었음) 약식명령이 발령·확정된 후 그 수사기록(이 사건 수사기록)에 대해 열람·등사를 신청한 사안임.

(2) 검찰은 불기소기록에 대한 정보공개청구로 보아 정보공개법이 정한 일정한 사유 등을 들어 이 사건 수사기록의 일부에 대한 열람·등사를 제한하는 처분을 하였는데, 고소인이 이에 대해 준항고하자, 원심은 재판확정 기록이 아니므로 준항고로 다룰 수 없다고 판단하여 준항고를 기각하였음.

(3) 대법원은 이 사건 수사기록은 운송인의 일련의 행위에 대해 전체적으로 수사가 이루어진 후 적합한 죄명에 따른 약식기소가 이루어져 약식명령이 발령·확정된 것이어서 형사재판확정 기록으로 보아야 하므로, 원심이 이 사건 수사기록이 불기소기록에 해당한다고 보아 그 열람·등사에 관한 검사의 거부처분에 대하여 준항고로 다룰 수 없다고 단정한 것은 잘못이라고 판단함.

(4) 다만 대법원은, 검사가 이 사건 수사기록의 일부에 대해 열람·등사를 거부한 사유는 재판확정 기록에 대한 열람·등사를 제한할 수 있는 형사소송법 제59조의2 제2항 제3호, 제6호의 사유와 실질적으로 동일한 내용에 해당되므로, 결국 이 사건 수사기록 중 일부에 대해 불허가처분을 한 검사의 처분은 그 결과에 있어 정당하고 원심의 판단에 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙 위반의 잘못이 있다고 보기 어렵다는 이유로, 재항고를 기각함.

5. 166페이지 (나) 영장의 제시 부분에서 밑줄 친 부분을 수정하거나 추가한다.

- (나) 영장의 제시 : 체포영장을 집행할 때는 체포영장을 피의자에게 반드시 이를 제시하고 그 사본을 교부하여야 한다(제200조의6, 제85조 제1항). 다만, 체포영장을 소지하지 아니한 경우에 급속을 요하는 때에는 피의자에 대하여 피의사실의 요지와 영장의 발부되었음을 고하고 집행할 수 있다(제200조의6, 제85조 제3항). 이러한 경우에도 집행을 완료한 후에는 신속히 체포영장을 제시하고 그 사본을 교부하여야 한다(제200조의6, 제85조 제4항).

---->

2022.2.3. 형사소송법 제85조가 개정되어 이를 반영하려는 수정사항임. - 2022.2.3. 형사소송법 제85조(구속영장 집행의 절차)의 제1항과 제4항의 개정되어 이를 체포절차에서도 준용하는 200조의6에 따라 교제 내용을 수정함

<2022.2.3. 형사소송법 개정이유>

현행법은 구속영장을 집행하거나 압수·수색 처분을 할 때 법관이 발부한 영장을 상대방에게 제시하도록 규정하고 있으나, 피고인의 방어권을 실질적으로 보장하기 위하여 피고인에 대하여 구속영장을 집행하거나 압수·수색 처분을 하는 경우에는 피고인에게 영장을 제시할 뿐만 아니라 그 사본을 교부하도록 하려는 것임.

6. 186페이지 3) 부분의 밑줄 친 부분을 수정하거나 추가한다.

3) 구속영장의 제시와 인치 : 구속영장을 집행함에는 피고인에게 반드시 이를 제시하고 그 사본을 교부하여야 하며 신속히 지정된 법원 기타 장소에 인치하여야 한다(제85조 제1항). 구속영장을 소지하지 아니한 경우에 급속을 요하는 때에는 피고인에 대하여 공소사실의 요지와 영장이 발부되었음을 고하고 집행할 수 있으나, 집행을 완료한 후에는 신속히 구속영장을 제시하고 그 사본을 교부하여야 한다 (동조 제3항, 제4항). 종래 피고인에게 영장을 제시하도록 한 것을 2022.2.3. 피고인에게 영장을 제시하는 것 이외에 그 사본을 교부하도록 개정하였다.

--->

2022.2.3. 형사소송법 제85조가 개정되어 이를 반영하려는 수정사항임.

<2022.2.3. 형사소송법 개정이유>

현행법은 구속영장을 집행하거나 압수·수색 처분을 할 때 법관이 발부한 영장을 상대방에게 제시하도록 규정하고 있으나, 피고인의 방어권을 실질적으로 보장하기 위하여 피고인에 대하여 구속영장을 집행하거나 압수·수색 처분을 하는 경우에는 피고인에게 영장을 제시할 뿐만 아니라 그 사본을 교부하도록 하려는 것임.

7. 4. 224페이지 - (나) 부분을 다음과 같이 밑줄 친 내용으로 수정한다. - 압기장 109페이지 3-2. 영장제시의 원칙과 예외

• 영장제시의 원칙과 예외 : 2022.2.3. 개정 이전의 제118조는 ‘압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시해야 한다’라고 규정되어 있었으나, 2022.2.3. 개정으로 제118조는 ‘압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 하고, 처분을 받는 자가 피고인인 경우에는 그 사본을 교부하여야 한다. 다만, 처분을 받는 자가 현장에 없는 등 영장의 제시나 그 사본의 교부가 현실적으로 불가능한 경우 또는 처분을 받는 자가 영장의 제시나 사본의 교부를 거부한 때에는 예외로 한다.’라고 개정되어 종래 조문과 판례의 괴리 문제를 해결하였다.

--->

2022.2.3. 형사소송법 제118조가 개정되어 이를 반영하려는 수정사항임.

<2022.2.3. 형사소송법 개정이유>

현행법은 구속영장을 집행하거나 압수·수색 처분을 할 때 법관이 발부한 영장을 상대방에게 제시하도록 규정하고 있으나, 피고인의 방어권을 실질적으로 보장하기 위하여 피고인에 대하여 구속영장을 집행하거나 압수·수색 처분을 하는 경우에는 피고인에게 영장을 제시할 뿐만 아니라 그 사본을 교부하도록 하려는 것임.

8. 259페이지 마지막에 다음 판례 추가 -

<불법촬영 범죄 등의 경우 임의제출된 전자정보 압수의 범위, 전자정보 탐색·복제·출력 시 피의자의 참여권 보장 및 전자정보 압수목록 교부 관련 판례>

다른 범행에 관한 영상은 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범행의 동기와 경위, 범행 수단과 방법 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있으므로 구체적·개별적 연관관계가 인정되어 관련성이 있는 증거에 해당하고, 경찰이 1회 피의자신문 당시 휴대전화를 피고인과 함께 탐색하는 과정에서 다른 범행에 관한 영상을 발견하였으므로 피고인이 휴대전화의 탐색 과정에 참여하였다고 볼 수 있으며, 경찰은 같은 날 곧바로 진행된 2회 피의자신문에서 이 사건 사진을 피고인에게 제시하였고, 5장에 불과한 이 사건 사진은 모두 동일한 일시, 장소에서 촬영된 다른 범행에 관한 영상을 출력한 것임을 육안으로 쉽게 알 수 있으므로, 비록 피고인에게 전자정보의 파일 명세가 특정된 압수목록이 작성·교부되지 않았더라도 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피고인의 절차상 권리가 실질적으로 침해되었다고 보기도 어렵다는 이유로, 다른 범행에 관한 영상의 증거능력을 부정한 원심을 파기한 사안임(대판 2022.1.13. 2016도9596).

9. 259페이지 마지막에 다음 판례 추가

<인터넷서비스업체가 보관하는 준항고인의 전자정보에 대한 수사기관의 압수수색영장 집행시 준항고인(서비스이용자로서 실질적 피압수자이자 피의자)에게 참여권이 인정되는지 여부 등>

원심이 인터넷서비스업체인 ○○○ 본사 서버에 보관된 이 사건 전자정보에 대한 이 사건 압수수색영장의 집행에 의하여 전자정보를 취득하는 것이 참여권자에게 통지하지 않을 수 있는 형사소송법 제122조 단서의 ‘급속을 요하는 때’에 해당하지 않는다고 판단한 것은 잘못이나, 그 과정에서 압수수색영장의 원본을 제시하지 않은 위법, 수사기관이 ○○○로부터 입수한 전자정보에서 범죄 혐의사실과 관련된 부분의 선별 없이 그 일체를 출력하여 증거물로 압수한 위법, 그 과정에서 서비스이용자로서 실질적 피압수자이자 피의자인 준항고인에게 참여권을 보장하지 않은 위법과 압수한 전자정보 목록을 교부하지 않은 위법을 종합하면, 이 사건 압수·수색에서 나타난 위법이 압수수색 절차 전체를 위법하게 할 정도로 중대하다는 원심의 결론을 수긍할 수 있다. 결국 원심결정에 재판에 영향을 미친 헌법법률명령 또는 규칙의 위반이 없다(대결 2022.5.31. 2016모587).

[사건의 경과]

1. 사실관계

- (1) 서울중앙지방법원 판사는 2014. 5. 24. 검사의 청구에 따라 준항고인을 피의자로 한 압수수색영장(이하 ‘이 사건 압수수색영장’이라 한다)을 발부하였다. 서울중앙지방법원 판사는 이 사건 압수수색영장의 ‘압수할 물건’으로 ‘1) 준항고인 명의로 개통된 휴대전화 단말기, 2) 준항고인의 휴대전화의 카카오톡과 관련된 준항고인의 카카오톡 아이디 및 대화명, 준항고인과 대화를 하였던 상대방 카카오톡 아이디의 계정정보, 대상기간(2014. 5. 12.부터 2014. 5. 21.까지) 동안 준항고인과 대화한 카카오톡 사용자들과 주고받은 대화내용 및 사진정보, 동영상 정보 일체’라 기재하였고, ‘수색·검증할 장소, 신체 또는 물건’으로 ‘1) 준항고인의 신체(영장집행 시 제출을 거부할 경우에 한함), 휴대전화를 보관, 소지하고 있을 것으로 판단되는 가방, 의류, 2) 주식회사 카카오(이하 ‘카카오’라 한다) 본사 또는 압수할 물건을 보관하고 있는 데이터센터’로 기재하였으며, ‘범죄사실의 요지’로 준항고인의 「집회 및 시위에 관한 법률」 위반(주최자 준수 사항 위반) 등 혐의사실을 적시하였고, 압수대상 및 방법의 제한을 별지로 첨부하였다.
- (2) 수사기관은 2014. 5. 26. 11:55경 카카오를 상대로 이 사건 압수수색영장에 기하여 피의자인 준항고인의 카카오톡 대화내용 등이 포함된 위 ‘압수할 물건’에 대한 압수수색(이하 ‘이 사건 압수수색’이라 한다)을 실시하였다.
- (3) 수사기관은 이 사건 압수수색영장을 집행할 때 처분의 상대방인 카카오에 영장을 팩스로 송부하였을 뿐 영장 원본을 제시하지는 않았다.
- (4) 카카오 담당자는 2014. 5. 26. 수사기관의 이 사건 압수수색영장 집행에 응하여 준항고인의 카카오톡 대화내용이 저장되어있는 서버에서 2014. 5. 20. 00:00부터 2014. 5. 21. 23:59까지 준항고인의 대화내용(이하 ‘이 사건 전자정보’라 한다)을 모두 추출하여 수사기관에 이메일로 전달하였다. 카카오 담당자는 이 사건 전자정보 중에서 압수수색 영장의 범죄사실과 관련된 정보만을 분리하여 추출할 수 없었으므로 위 기간의 모든 대화내용을 수사기관에 전달하였는데, 이 사건 전자정보에는 준항고인이 자신의 부모, 친구 등과 나눈 일상적 대화 등 혐의사실과 관련 없는 내용이

포함되어 있다.

(5) 수사기관은 이 사건 압수수색 과정에서 준항고인에게 미리 집행의 일시와 장소를 통지하지 않았고, 결과적으로 준항고인이 2014. 5. 26.자 이 사건 압수수색 과정에 참여하지 못하였다. 그리고 수사기관은 카카오로부터 이 사건 전자정보를 취득한 뒤 전자정보를 탐색출력하는 과정에서도 준항고인에게 참여 기회를 부여하지 않았으며, 혐의사실과 관련된 부분을 선별하지 않고 그 일체를 출력하여 증거물로 압수하였다.

(6) 수사기관은 이 사건 압수수색영장의 집행 이후 카카오와 준항고인에게 압수한 전자정보 목록을 교부하지 않았다.

2. 원심의 판단

원심은, 판시사실을 인정한 후 이 사건 압수수색은 형사소송법 제122조 단서의 ‘급속을 요하는 때’에 해당하지 않으므로, 수사기관이 피의자인 준항고인 등에게 이 사건 압수수색의 집행일시·장소를 통지하지 않아 준항고인 등의 참여권을 보장하지 않은 행위는 위법하고, 판시 사정을 고려하면 이 사건 압수수색영장 원본 제시, 압수물 목록 교부, 피의사실과의 관련성 등 준항고인의 나머지 주장에 관하여 나아가 살펴볼 필요 없이 이 사건 압수수색은 취소를 면할 수 없다고 판단하였다.

3. 대법원의 판단

원심이 인터넷서비스업체인 카카오 본사 서버에 보관된 이 사건 전자정보에 대한 이 사건 압수수색영장의 집행에 의하여 전자정보를 취득하는 것이 참여권자에게 통지하지 않을 수 있는 형사소송법 제122조 단서의 ‘급속을 요하는 때’에 해당하지 않는다고 판단한 것은 잘못이나, 그 과정에서 압수수색영장의 원본을 제시하지 않은 위법, 수사기관이 카카오로부터 입수한 전자정보에서 범죄 혐의사실과 관련된 부분의 선별 없이 그 일체를 출력하여 증거물로 압수한 위법, 그 과정에서 서비스이용자로서 실질적 피압수자이자 피의자인 준항고인에게 참여권을 보장하지 않은 위법과 압수한 전자정보 목록을 교부하지 않은 위법을 종합하면, 이 사건 압수수색에서 나타난 위법이 압수수색 절차 전체를 위법하게 할 정도로 중대하다는 원심의 결론을 수긍할 수 있다. 결국 원심결정에 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 없다.

[본 결정의 의의]

○ ‘인터넷서비스업체 보관 전자정보(이른바 ‘제3자 보관 전자정보’)의 압수·수색에서 참여권 보장 여부가 문제된 사안’에 관한 최초의 판단임

○ 대법원은, ‘실질적 피압수자이자 피의자’인 준항고인에게 압수·수색 절차에 관한 참여권을 인정하는 한편, 이 사건은 참여권자에 대한 사전 통지의무의 예외사유인 형사소송법 제122조 단서의 ‘급속을 요하는 때’에 해당하므로 사전통지를 하지 않은 것 자체는 위법이 아니라고 판단하였음(원심과 달리 판단한 부분)

○ 다만 이 사건 압수·수색에는 압수·수색영장 원본을 제시하지 않은 위법, 인터넷서비스업체로부터 입수한 전자정보에서 범죄 혐의사실과 관련된 부분을 선별해야 하고 그 선별과정에서도 준항고인의 참여권이 보장되어야 하는데 이를 이행하지 않은 위법, 준항고인에게 압수한 전자정보 목록을 교부하지 않은 위법 등 그 존재하는 위법의 정도가 중대하여 이 사건 압수·수색 절차 전체가 위법하다고 보아 준항고인의 청구를 인용한 원심의 결론 자체는 정당하다고 판단하고, 이 사건 압수·수색을 위법하다고 본 원심 결정을 유지하였음.

10. 259페이지 마지막에 다음 판례 추가

<정경심 사건>

Q. 전자정보를 압수하고자 하는 수사기관이 정보저장매체와 거기에 저장된 전자정보를 임의제출의 방식으로 압수할 때, 제출자의 구체적인 제출 범위에 관한 의사를 제대로 확인하지 않는 등의 사유로 인해 임의제출자의 의사에 따른 전자정보 압수의 대상과 범위가 명확하지 않거나 이를 알 수 없는 경우에는 임의제출에 따른 압수의 동기가

된 범죄혐의사실과 관련되고 이를 증명할 수 있는 최소한의 가치가 있는 전자정보에 한하여 압수의 대상이 되는가?

[1] 헌법과 형사소송법이 구현하고자 하는 적법절차, 영장주의, 비례의 원칙은 물론, 사생활의 비밀과 자유, 정보에 대한 자기결정권 및 재산권의 보호라는 관점에서 정보저장매체 내 전자정보가 가지는 중요성에 비추어 볼 때, 정보저장매체를 임의제출하는 사람이 거기에 담긴 전자정보를 지정하거나 제출 범위를 한정하는 취지로 한 의사표시는 엄격하게 해석하여야 하고, 확인되지 않은 제출자의 의사를 수사기관이 함부로 추단하는 것은 허용될 수 없다. 따라서 수사기관이 제출자의 의사를 쉽게 확인할 수 있음에도 이를 확인하지 않은 채 특정 범죄혐의사실과 관련된 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 혼재된 정보저장매체를 임의제출받은 경우, 그 정보저장매체에 저장된 전자정보 전부가 임의제출되어 압수된 것으로 취급할 수는 없다.

전자정보를 압수하고자 하는 수사기관이 정보저장매체와 거기에 저장된 전자정보를 임의제출의 방식으로 압수할 때, 제출자의 구체적인 제출 범위에 관한 의사를 제대로 확인하지 않는 등의 사유로 인해 임의제출자의 의사에 따른 전자정보 압수의 대상과 범위가 명확하지 않거나 이를 알 수 없는 경우에는 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실과 관련되고 이를 증명할 수 있는 최소한의 가치가 있는 전자정보에 한하여 압수의 대상이 된다. 이때 범죄혐의사실과 관련된 전자정보에는 범죄혐의사실 그 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 것은 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 것도 포함될 수 있다. 다만 그 관련성은 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사의 경위, 임의제출의 과정 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 범죄혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다.

Q. 수사기관이 그 정보저장매체 등을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 이를 탐색·복제·출력하는 경우, 그와 같은 일련의 과정에서 피압수·수색 당사자나 그 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 압수된 전자정보의 파일 명세가 특정된 압수목록을 작성·교부하여야 하며 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 하는가?

[2] 압수의 대상이 되는 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 혼재된 정보저장매체나 그 복제본을 임의제출받은 수사기관이 그 정보저장매체 등을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 이를 탐색·복제·출력하는 경우, 그와 같은 일련의 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수·수색 당사자(이하 '피압수자'라 한다)나 그 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 압수된 전자정보의 파일 명세가 특정된 압수목록을 작성·교부하여야 하며 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다. 만약 그러한 조치가 취해지지 않았다면 피압수자 측이 참여하지 아니한다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 임의제출의 취지와 경과 또는 그 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자 측이 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색이 적법하다고 평가할 수 없고, 비록 수사기관이 정보저장매체 또는 복제본에서 범죄혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였다 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

Q. 정보저장매체를 임의제출한 피압수자에 더하여 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권이 보장되어야 하는가?

[3] 피해자 등 제3자가 피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체를 영장에 의하지 않고 임의제출한 경우에는 실질적 피압수·수색 당사자(이하 '피압수자'라 한다)인 피의자가 수사기관으로 하여금 그 전자정보 전부를 무제한 탐색하는 데 동의한 것으로 보기 어려울 뿐만 아니라 피의자 스스로 임의제출한 경우 피의자의 참여권 등이 보장되어야 하는 것과 견주어 보더라도 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제219조, 제121조, 제129조에 따라 피의자에게 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피의자의 절차적 권리를 보장하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다.

이와 같이 정보저장매체를 임의제출한 피압수자에 더하여 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권이 보장되어야 하는 '피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체'란, 피의자가 압수·수색 당시 또는 이와 시간적으로 근접한 시기까지

해당 정보저장매체를 현실적으로 지배·관리하면서 그 정보저장매체 내 전자정보 전반에 관한 전속적인 관리처분권을 보유·행사하고, 달리 이를 자신의 의사에 따라 제3자에게 양도하거나 포기하지 아니한 경우로써, 피의자를 그 정보저장매체에 저장된 전자정보에 대하여 실질적인 피압수자로 평가할 수 있는 경우를 말하는 것이다. 이에 해당하는지 여부는 민사법상 권리의 귀속에 따른 법률적·사후적 판단이 아니라 압수·수색 당시 외형적·객관적으로 인식 가능한 사실상의 상태를 기준으로 판단하여야 한다. 이러한 정보저장매체의 외형적·객관적 지배·관리 등 상태와 별도로 단지 피의자나 그 밖의 제3자가 과거 그 정보저장매체의 이용 내지 개별 전자정보의 생성·이용 등에 관여한 사실이 있거나 그 과정에서 생성된 전자정보에 의해 식별되는 정보주체에 해당한다는 사정만으로 그들을 실질적으로 압수·수색을 받는 당사자로 취급하여야 하는 것은 아니다.

Q. 금융계좌추적용 압수·수색영장의 집행에 있어서 수사기관이 금융기관으로부터 금융거래자료를 수신하기에 앞서 금융기관에 영장 원본을 사전에 제시하지 않았다면 예외없이 위법한 집행이 되는가?

[4] 수사기관의 압수·수색은 법관이 발부한 압수·수색영장에 의하여야 하는 것이 원칙이고, 영장의 원본은 처분을 받는 자에게 반드시 제시되어야 하므로, 금융계좌추적용 압수·수색영장의 집행에 있어서도 수사기관이 금융기관으로부터 금융거래자료를 수신하기에 앞서 금융기관에 영장 원본을 사전에 제시하지 않았다면 원칙적으로 적법한 집행 방법이라고 볼 수는 없다.

다만 수사기관이 금융기관에 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(이하 '금융실명법'이라 한다) 제4조 제2항에 따라서 금융거래정보에 대하여 영장 사본을 첨부하여 그 제공을 요구한 결과 금융기관으로부터 회신받은 금융거래자료가 해당 영장의 집행 대상과 범위에 포함되어 있고, 이러한 모사전송 내지 전자적 송수신 방식의 금융거래정보 제공요구 및 자료 회신의 전 과정이 해당 금융기관의 자발적 협조 의사에 따른 것이며, 그 자료 중 범죄혐의사실과 관련된 금융거래를 선별하는 절차를 거친 후 최종적으로 영장 원본을 제시하고 위와 같이 선별된 금융거래자료에 대한 압수절차가 집행된 경우로서, 그 과정이 금융실명법에서 정한 방식에 따라 이루어지고 달리 적법절차와 영장주의 원칙을 잠탈하기 위한 의도에서 이루어진 것이라고 볼 만한 사정이 없어, 이러한 일련의 과정을 전체적으로 '하나의 영장에 기하여 적시에 원본을 제시하고 이를 토대로 압수·수색하는 것'으로 평가할 수 있는 경우에 한하여, 예외적으로 영장의 적법한 집행 방법에 해당한다고 볼 수 있다(대판 2022.1.27. 2021도11170).

11. 259페이지 마지막에 다음 판례 추가

<무관정보를 삭제·폐기하지 않은 사건>

[사건의 경과]

(1) 'A의 특정 혐의사실과 관련성 있는 정보만을 압수·수색하고, 관련성 없는 정보는 삭제 등을 할 것' 등으로 압수수색의 대상과 방법을 제한한 압수수색영장(1영장)에 기하여, 수사기관이 갑의 휴대전화를 압수·수색하면서 휴대전화에 저장된 정보를 하나의 압축파일로 수사기관의 저장매체에 보관하여 두고, 그 압축파일명을 그대로 기재한 상세 목록을 작성하여 갑에게 교부하였는데, 이후 A의 특정 혐의사실과는 관련이 없는 갑의 별개 혐의사실에 대한 수사가 개시되자, 수사기관이 위 저장매체에 보관하여 둔 압축파일(갑의 휴대전화 전자정보)에 대해 다시 압수수색영장(2영장, 3영장)을 발부받아 이를 집행하자, 이에 대한 압수의 취소를 구하는 사안임.

(2) 대법원은 1영장에 기한 압수수색은 결국 혐의사실과 관련성 있는 부분만을 선별하려는 조치를 취하지도 않았고, 이후 관련 없는 부분에 대해 삭제 등의 조치를 취하지도 않았으며 유관·무관정보를 가리지 않은 채 1개의 파일로 압축하여 이를 보관하여 두고 그 파일 이름을 적은 서면을 상세목록이라고 하여 교부한 이상, 1영장에 기한 압수 전부가 위법하고, 이후 2영장, 3영장이 발부되었다고 하더라도 그 위법성이 치유되지 않는다고 보아, 이와 달리 판단한 원심결정을 파기환송함.

Q. 예외적으로 저장매체에 들어 있는 전자파일 전부를 하드카피나 이미징(imaging) 등의 형태(이하 '복제본'이라 한다)로 수사기관 사무실 등으로 반출한 경우에 반출한 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실 관련성에 대한 구분 없

이 임의로 저장된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 행위는 원칙적으로 허용되는가?

[1] 수사기관은 압수의 목적물이 전자정보가 저장된 저장매체인 경우에는 압수·수색영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 이를 제출받아야 하고, 이러한 과정에서 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다. 따라서 저장매체의 소재지에서 압수·수색이 이루어지는 경우는 물론 예외적으로 저장매체에 들어 있는 전자파일 전부를 하드카피나 이미징(imaging) 등의 형태(이하 '복제본'이라 한다)로 수사기관 사무실 등으로 반출한 경우에도 반출한 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실 관련성에 대한 구분 없이 임의로 저장된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 행위는 원칙적으로 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수가 된다.

Q. 압수된 정보의 상세목록에는 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 하는가?

[2] 법원은 압수·수색영장의 집행에 관하여 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보의 탐색·복제·출력이 완료된 때에는 지체 없이 압수된 정보의 상세목록을 피의자 등에게 교부할 것을 정할 수 있다. 압수물 목록은 피압수자 등이 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사절차를 밟는 가장 기초적인 자료가 되므로, 수사기관은 이러한 권리행사에 지장이 없도록 압수 직후 현장에서 압수물 목록을 바로 작성하여 교부해야 하는 것이 원칙이다. 이러한 압수물 목록 교부 취지에 비추어 볼 때, 압수된 정보의 상세목록에는 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 한다.

Q. 수사기관이 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별하여 압수한 후에도 그와 관련이 없는 나머지 정보를 삭제·폐기·반환하지 아니한 채 그대로 보관하고 있는 것은 허용되는가?

[3] 법원은 압수·수색영장의 집행에 관하여 범죄 혐의사실과 관련 있는 전자정보의 탐색·복제·출력이 완료된 때에는 지체 없이 영장 기재 범죄 혐의사실과 관련이 없는 나머지 전자정보에 대해 삭제·폐기 또는 피압수자 등에게 반환할 것을 정할 수 있다. 수사기관이 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별하여 압수한 후에도 그와 관련이 없는 나머지 정보를 삭제·폐기·반환하지 아니한 채 그대로 보관하고 있다면 범죄 혐의사실과 관련이 없는 부분에 대하여는 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보를 영장 없이 압수·수색하여 취득한 것이어서 위법하고, 사후에 법원으로부터 압수·수색영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유된다고 볼 수 없다.

[4] 수사기관이 압수·수색영장에 기재된 범죄 혐의사실과의 관련성에 대한 구분 없이 임의로 전체의 전자정보를 복제·출력하여 이를 보관하여 두고, 그와 같이 선별되지 않은 전자정보에 대해 구체적인 개별 파일 명세를 특정하여 상세목록을 작성하지 않고 '...zip'과 같이 그 내용을 파악할 수 없도록 되어 있는 포괄적인 압축파일만을 기재한 후 이를 전자정보 상세목록이라고 하면서 피압수자 등에게 교부함으로써 범죄 혐의사실과 관련성 없는 정보에 대한 삭제·폐기·반환 등의 조치도 취하지 아니하였다면, 이는 결국 수사기관이 압수·수색영장에 기재된 범죄 혐의사실과 관련된 정보 외에 범죄 혐의사실과 관련이 없어 압수의 대상이 아닌 정보까지 영장 없이 취득하는 것일 뿐만 아니라, 범죄혐의와 관련 있는 압수 정보에 대한 상세목록 작성·교부의무와 범죄혐의와 관련 없는 정보에 대한 삭제·폐기·반환의무를 사실상 형해화하는 결과가 되는 것이어서 영장주의와 적법절차의 원칙을 중대하게 위반한 것으로 봄이 타당하다(만약 수사기관이 혐의사실과 관련 있는 정보만을 선별하였으나 기술적인 문제로 정보 전체를 1개의 파일 등으로 복제하여 저장할 수밖에 없다고 하더라도 적어도 압수목록이나 전자정보 상세목록에 압수의 대상이 되는 전자정보 부분을 구체적으로 특정하고, 위와 같이 파일 전체를 보관할 수밖에 없는 사정을 부기하는 등의 방법을 취할 수 있을 것으로 보인다). 따라서 이와 같은 경우에는 영장 기재 범죄 혐의사실과의 관련성 유무와 상관없이 수사기관이 임의로 전자정보를 복제·출력하여 취득한 정보 전체에 대해 그 압수는 위법한 것으로 취소되어야 한다고 봄이 타당하고, 사후에 법원으로부터 그와 같이 수사기관이 취득하여 보관하고 있는 전자정보 자체에 대해 다시 압수·수색영장이 발부되었다고 하여 달리 볼 수 없다(대결 2022.1.14. 2021모1586).

[판결이유 중 일부 인용]

1. 사건의 경위

○ 수사기관은 ‘피의자 공소의 1이 의뢰인으로부터 사건무마를 위해 경찰에 전달한다는 명목으로 2018. 11.경부터 2019. 3. 하순경까지 3회에 걸쳐 합계 5,500만 원을 교부받고 1억 원을 약속받은 후, 이를 준항고인에게 전달하여 뇌물공여를 하였다.’는 내용의 변호사법 위반, 뇌물공여의 범죄 혐의사실에 대해 수사를 하면서, 2019. 5. 17. 법원으로부터 준항고인의 휴대전화 등에 대한 압수·수색영장(이하 ‘제1 압수·수색영장’이라 한다)을 발부받았다.

○ 제1 압수·수색영장은 휴대전화 등에 있는 전자정보의 압수 대상 및 방법에 대해 ‘저장매체 자체를 반출하거나 복제본으로 반출하는 경우에도 혐의사실과 관련된 전자정보만을 출력 또는 복제하여야 하고, 완료된 후에는 지체 없이 피압수자 등에게 압수 대상 전자정보의 상세목록을 교부하여야 하고, 그 목록에서 제외된 전자정보는 삭제·폐기 또는 반환하고 그 취지를 통지하여야 한다.’고 제한하였다. 한편 준항고인은 수사기관에 제1 압수·수색영장에 따른 휴대전화기의 전자정보에 관한 탐색·복제·출력 과정에 대한 절차 참여를 포기한다는 의사를 밝혔다.

○ 수사기관은 제1 압수·수색영장에 따라 준항고인이 소지하던 이 사건 휴대전화를 압수하여 경찰청 디지털포렌식계에 분석의뢰 하였는데, 담당분석관은 별도의 선별작업 없이 이 사건 휴대전화에 저장된 파일 대부분을 그대로 한 개의 파일(19-○○○호TF증1 <△△△ 휴대폰> .zip, 이하 ‘이 사건 파일’이라 한다)로 압축해 저장매체에 복제하여 담당경찰관에게 건네주었다. 한편 담당경찰관이 작성한 압수조서 및 담당경찰관이 작성하여 준항고인에게 제시한 전자정보 상세목록에도 압수한 전자정보가“(19-○○○호TF증1 <△△△ 휴대폰> .zip)”이라고 기재되어 있다.

○ 공소의 1은 앞서 본 의뢰인으로부터 사건청탁 명목으로 금원을 전달받았다는 내용의 변호사법 위반죄로만 기소되어 유죄판결이 선고·확정되었는데, 그 이후에도 이 사건 파일은 경찰청 내의 이미징 자료 등을 보관하는 서버에 그대로 저장된 채로 삭제되지 않고 있었다.

○ 한편 수사기관은 ‘준항고인이 2016. 12.경부터 2017. 5.경까지 공소의 2로부터 합계 5,000만 원을, 2018. 8.경 4,000만 원을 받았다.’는 내용의 범죄 혐의사실을 수사하면서, 위와 같이 제1 압수·수색영장에 의하여 압수하여 취득한 이 사건 파일이 수사기관에 보관 중인 것을 확인한 후 이 사건 파일에 대한 압수·수색영장을 청구하였고, 법원은 2020. 4. 16. 위 범죄 혐의사실에 대해 수사기관에서 보관 중인 이 사건 파일 등에 대한 압수·수색영장(이하 ‘제2 압수·수색영장’이라 한다)을 발부하였다.

○ 그런데 수사기관은 제2 압수·수색영장을 집행하면서 준항고인이나 그 변호인의 참여 기회를 보장하지 않았다. 이 때문에 수사기관은 다시 압수·수색영장을 청구하여 2021. 4. 7. 준항고인에 대한 일부 범죄 혐의사실이 추가된 것 외에는 제2 압수·수색영장과 거의 동일한 내용의 압수·수색영장을 발부받아(이하 ‘제3 압수·수색영장’이라 한다) 준항고인과 변호인의 참여 기회를 보장하여 이 사건 파일의 압수를 집행하였다.

2. 원심의 판단

원심은, 수사기관이 제1 압수·수색영장을 집행하면서 범죄 혐의사실과 관련된 전자정보를 탐색·선별하여 압수가 이루어진 것으로 보이고 휴대전화의 경우 혐의사실과 관련성이 없는 전자정보를 완전히 배제하는 것이 기술적으로 불가능하다는 사정 등을 들어 제1 압수·수색영장에 의한 압수처분이 위법하다고 볼 수 없다고 판단하였다.

나아가 원심은, 제2 압수·수색영장의 집행 과정에 준항고인이나 변호인의 참여 기회를 보장하지 않은 사실이 인정된다고 보면서도, 제2 압수·수색영장의 집행은 결국 제1 압수·수색영장에 의해 적법하게 수집한 증거를 다시 탐색·복제·출력하는 과정에 불과하다는 이유를 들어 절차참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 보기 어려워 제2 압수·수색영장에 의한 압수처분 역시 위법하다고 볼 수 없다고 판단하였으며, 위와 같이 제1 압수·수색영장, 제2 압수·수색영장에 따른 압수가 모두 적법한 이상 제3 압수·수색영장에 의한 압수 역시 적법하다고 판단하였다.

3. 대법원의 판단

위와 같은 법리에 비추어 살펴보면, 수사기관이 제1 압수·수색영장을 집행하면서 기술적인 문제를 이유로 혐의사실 관련성에 대한 구분 없이 임의로 이 사건 휴대전화 내의 전자정보 전부를 1개의 압축파일인 이 사건 파일로 생성·복제하고, 이후 이 사건 파일에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 탐색·선별하여 출력 또는 복제하는 절차를 밟지 아니한 채 이 사건 파일 1개 그대로에 대해 압수조서를 작성하고, 그 1개의 파일만을 기재한 것을 상세목록이라는 이름으로 준항고인에게 교부하였으며, 범죄혐의와 관련 없는 정보를 삭제·폐기·반환하는 등의 조치 역시 취하지 아

니하고 오히려 이 사건 파일을 경찰청 내의 저장매체에 복제된 상태 그대로 보관하여 둔 이상, 결국 수사기관은 영장주의와 적법절차의 원칙, 제1 압수·수색영장에 기재된 압수의 대상과 방법의 제한을 중대하게 위반하여 이 사건 파일을 압수·취득한 것이므로, 결국 이 사건 파일 전체에 대한 압수는 취소되어야 한다고 봄이 상당하다.

나아가 수사기관이 위와 같이 위법하게 압수하여 취득한 이 사건 파일에 대해 별도의 범죄 혐의사실로 제2 압수·수색영장, 제3 압수·수색영장이 발부되었다고 하더라도 그 위법성은 치유된다고 보기 어렵고, 따라서 다른 점에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 제2 압수·수색영장, 제3 압수·수색영장에 의하여 이루어진 압수 역시 취소되어야 한다. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만을 들어 이 사건 각 압수·수색영장에 기한 이 사건 파일에 관한 압수가 위법하다고 볼 수 없다고 판단하였으니, 이러한 원심판단에는 압수·수색영장에 관한 전자정보의 선별 및 상세목록 교부 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 취지의 재항고이유는 이유 있다.

12. 274페이지 2. 불기소처분의 내용 관련 - 검찰사건사무규칙 제115조 내용 추가 - 암기장 126페이지 - 이 부분은 여유있으실 때 제115조를 확인하는 정도면 충분합니다.

13. 313페이지 선택형 문제 위에 다음 판례 추가

<공소장의 기재가 불분명한 경우, 법원이 취할 조치>

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(대판 2022.1.13. 2021도13108).

공소사실이 특정되지 않은 경우에 판례는 일반 학설과는 달리 법원은 공소기각을 하기 전에 석명권을 행사하여야 한다는 점을 밝히고 있는 판례이다.

14. 332페이지에 다음 판례 추가

<변호사법 제113조 제5호, 제31조 제1항 제3호 위반죄의 공소시효 기산점은 수임행위가 종료한 때라는 판례>
변호사법은 제31조 제1항 제3호에서 '변호사는 공무원으로서 직무상 취급하거나 취급하게 된 사건에 관하여는 그 직무를 수행할 수 없다.'고 규정하면서 제113조 제5호에서 변호사법 제31조 제1항 제3호에 따른 사건을 수임한 변호사를 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는바, 금지규정인 변호사법 제31조 제1항 제3호가 '공무원으로서 직무상 취급하거나 취급하게 된 사건'에 관한 '직무수행'을 금지하고 있는 반면 처벌규정인 변호사법 제113조 제5호는 '공무원으로서 직무상 취급하거나 취급하게 된 사건'을 '수임'한 행위를 처벌하고 있다. 위 금지규정에 관하여는 당초 처벌규정이 없다가 변호사법이 2000. 1. 28. 법률 제6207호로 전부개정되면서 변호사법 제31조의 수임제한에 해당하는 행위 유형 가운데 제31조 제1항 제3호에 따른 사건을 '수임'한 경우에만 처벌하는 처벌규정을 신설하였고, 다른 행위 유형은 징계 대상으로만 규정하였다(변호사법 제91조 제2항 제1호). 이러한 금지규정 및 처벌규정의 문언과 변호사법 제90조, 제91조에 따라 형사처벌이 되지 않는 변호사법 위반 행위에 대해서는 징계의 제재가 가능한 점 등을 종합적으로 고려하면, 변호사법 제113조 제5호, 제31조 제1항 제3호 위반죄의 공소시효는 그 범죄행위인 '수임'행위가 종료한 때로부터 진행된다고 봄이 타당하고, 수임에 따른 '수임사무의 수행'이 종료될 때까지 공소시효가 진행되지 않는다고 해석할 수는 없다(대판 2022.1.14. 2017도18693).

15. 335페이지 세 번째 판례 아래 다음 판례 추가

<중국이 본국인 피고인이 대한민국에서 범행 후 중국으로 출국한 사안에서 공소시효의 정지사유로 규정된 '형사처분을 면할 목적'이 인정된다고 본 판례>

피고인이 대한민국에서 범행 후 중국으로 출국한 사안에서, 원심은 피고인의 출국 경위에 비추어 피고인이 중국에 체류하는 것이 국내에서의 형사처분을 면하기 위한 방편이었던 것으로 보이고, 이는 중국이 피고인의 본국이라 해도 마찬가지라고 판단하고, 형사처분을 면할 목적이 국외 체류의 유일한 목적일 필요는 없으므로, 설령 피고인의 중국 체류 목적 중에 딸을 돌보기 위함이 있었다고 하더라도 형사처분을 면할 목적을 인정하는 데 방해가 되지 않는다고 판단한 후 피고인이 중국에 체류하였던 기간 동안 공소시효가 정지되었다고 보아 공소사실을 유죄로 판단하였고, 대법원은 이를 수긍한 사례(대판 2022.3.31. 2022도857).

16. 362페이지 마지막에 다음 판례 추가

<검사가 공소장변경허가신청서를 제출하지 않고 공소사실에 대한 검사의 의견을 기재한 서면을 제출한 경우, 이를 곧바로 공소장변경허가신청서를 제출한 것으로 볼 수는 없다는 판례>

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(대판 2022.1.13. 2021도13108).

17. 403페이지 마지막에 다음 판례 추가

<‘재판이 재판이야, 재판이 뭐 이 따위야’ 사건 - 선고절차에서 피고인의 태도를 문제삼아 선고형을 징역 1년에서 징역 3년으로 변경하여 선고한 사안>

[1] 형사소송법은 재판장이 판결을 선고함에는 주문을 낭독하고 이유의 요지를 설명하여야 하고(제43조 후문), 형을 선고하는 경우에는 피고인에게 상소할 기간과 상소할 법원을 고지하여야 한다고 정한다(제324조). 형사소송규칙은 재판장은 판결을 선고할 때 피고인에게 이유의 요지를 말이나 판결서 등본 또는 판결서 초본의 교부 등 적절한 방법으로 설명하고, 판결을 선고하면서 피고인에게 적절한 훈계를 할 수 있으며(제147조), 재판장은 판결을 선고하면서 피고인에게 형법 제59조의2, 형법 제62조의2의 규정에 의하여 보호관찰, 사회봉사 또는 수감을 명하는 경우에는 그 취지 및 필요하다고 인정하는 사항이 적힌 서면을 교부하여야 한다고 정한다(제147조의2 제1항).

[2] 이러한 규정 내용에 비추어 보면 판결 선고는 전체적으로 하나의 절차로서 재판장이 판결의 주문을 낭독하고 이유의 요지를 설명한 다음 피고인에게 상소기간 등을 고지하고, 필요한 경우 훈계, 보호관찰 등 관련 서면의 교부까지 마치는 등 선고절차를 마쳤을 때에 비로소 종료된다. 재판장이 주문을 낭독한 이후라도 선고가 종료되기 전까지는 일단 낭독한 주문의 내용을 정정하여 다시 선고할 수 있다.

[3] 그러나 판결 선고절차가 종료되기 전이라도 변경 선고가 무제한 허용된다고 할 수는 없다. 재판장이 일단 주문을 낭독하여 선고 내용이 외부적으로 표시된 이상 재판서에 기재된 주문과 이유를 잘못 낭독하거나 설명하는 등 실수가 있거나 판결 내용에 잘못이 있음이 발견된 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에 변경 선고가 허용된다(대판 2022.5.13. 2017도3884).

18. 476페이지 (3) 위에 다음 판례 추가

<수사기관이 외국인을 체포하거나 구속하면서 지체 없이 영사통보권 등이 있음을 고지하지 않았던 사건>

[1] 영사관계에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on Consular Relations, 1977. 4. 6. 대한민국에 대하여 발효된 조약 제594호, 이하 ‘협약’이라 한다) 제36조 제1항은 “과견국의 국민에 관련되는 영사기능의 수행을 용이하게 할 목적으로 다음의 규정이 적용된다.”라고 하면서 (b)호에서 “과견국의 영사관할구역 내에서 과견국의 국민이 체포되는 경우, 재판에 회부되기 전에 구금되거나 유치되는 경우, 또는 그 밖의 방법으로 구속되는 경우에, 그 국민이 과견국의 영사기관에 통보할 것을 요청하면 접수국의 권한 있는 당국은 지체 없이 통보하여야 한다. 체포, 구금, 유치되거나 구속되어 있는 자가 영사기관에 보내는 어떠한 통신도 위 당국에 의하여 지체 없이 전달되어야 한다. 위 당국은 관계자에게 (b)호에 따른 그의 권리를 지체 없이 통보하여야 한다.”라고 정하고 있다. 이에 따라 경찰수사규칙 제91조 제2항, 제3항은 “사법경찰관리는 외국인을 체포·구속하는 경우 국내 법령을 위반하지 않는 범위에서 영사관원과 자유롭게 접견·교통할 수 있고, 체포·구속된 사실을 영사기관에 통보해 줄 것을 요청할 수 있다는 사실을 알려야 한다. 사법경찰관리는 체포·구속된 외국인이 제2항에 따른 통보를 요청하는 경우에는 별지 제93호 서식의 영사기관 체포·구속 통보서를 작성하여 지체 없이 해당 영사기관에 체포·구속 사실을 통보해야 한다.”라고 정하고 있다. 위와 같이 협약 제36조 제1항 (b)호, 경찰수사규칙 제91조 제2항, 제3항이 외국인을 체포·구속하는 경우 지체 없이 외국인에게 영사통보권 등이 있음을 고지하고, 외국인의 요청이 있는 경우 영사기관에 체포·구금 사실을 통보하도록 정한 것은 외국인의 본국이 자국민의 보호를 위한 조치를 취할 수 있도록 협조하기 위한 것이다. 따라서 수사기관이 외국인을 체포하거나 구속하면서 지체 없이 영사통보권 등이 있음을 고지하지 않았다면 체포나 구속 절차는 국내법과 같은 효력을 가지는 협약 제36조 제1항 (b)호를 위반한 것으로 위법하다.

[2] 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다(형사소송법 제308조의2). 다만 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다. 이에 해당하는지는 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지, 위반 내용과 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익의 성질과 침해 정도, 이러한 권리나 법익과 피고인 사이의 관련성, 절차 위반행위와 증거 수집 사이의 관련성, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 고찰해서 판단해야 한다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결, 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결, 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504판결 등 참조)(대판 2022.4.28. 2021도17103).

[사건의 경과]

(1) 대법원은 이 사건에서 사법경찰관이 피고인을 현행범인으로 체포할 당시 피고인이 인도네시아 국적의 외국인이란 사실이 명백했는데도 피고인에게 영사통보권 등을 고지하지 않았으므로 이 사건 체포나 구속 절차는 협약 제36조 제1항 (b)호를 위반하여 위법하다고 판단하였음.

(2) 대법원은 동시에 이 사건에서 피고인이 영사통보권 등을 고지받았더라도 영사의 조력을 구하였으리라고 보기 어려운 점, 수사기관이 피고인에게 영사통보권 등을 고지하지 않았더라도 그로 인해 피고인에게 실질적인 불이익이 초래되었다고 볼 수 없는 점 등에 비추어보면 이 사건 체포나 구속 절차에 협약 제36조 제1항 (b)호를 위반한 위법이 있더라도 절차 위반의 내용과 정도가 중대하거나 절차 조항이 보호하고자 하는 외국인 피고인의 권리나 법익을 본질적으로 침해하였다고 볼 수 없으므로 이 사건 체포나 구속 이후 수집된 증거와 이에 기초한 증거들은 위법수집 배제 원칙의 예외에 해당하여 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 판단하였음.

19. 535페이지 쟁점 박스 안에 다음 판례 추가

<형사소송법 제313조 제1항 단서의 작성자의 의미>

[1] 구 형사소송법(2016. 5. 29. 법률 제14179호로 개정되기 전의 것) 제313조 제1항은 ‘형사소송법 제311조, 제

312조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.라고 규정하고 있다. 피고인이 피고인의 진술을 기재한 서류를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않은 이상 그 서류에 기재된 피고인의 진술 내용을 증거로 사용하려면 형사소송법 제313조 제1항 단서에 따라 공판준비 또는 공판기일에서 작성자의 진술에 의하여 그 서류에 기재된 피고인의 진술 내용이 피고인이 진술한 대로 기재된 것이 증명되고 나아가 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이 인정되어야 한다(대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도7461 판결 등 참조). 여기서 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’라 함은 진술 내용이나 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것을 말한다(대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도3922 판결 등 참조).

[2] 충남 ○○군 사무관인 피고인이 어선 선주들로부터 1,020만 원 상당의 뇌물을 수수하는 등으로 뇌물수수죄 등으로 기소된 사건에서, 국무조정실 산하 정부합동공직복무점검단 소속 점검단원이 작성한 피고인의 진술을 기재한 서류(확인서)의 증거능력에 관하여 작성자인 점검단원의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되고 나아가 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌다고 보아 형사소송법 제313조 제1항 단서에 따라 확인서의 증거능력을 인정할 사례(대판 2022.4.28. 2018도3914).

※ 형사소송법 제313조 제1항 단서의 의미에 관하여 학설상의 대립이 있는데, 이에 대하여 녹음테이프의 증거능력이 문제된 사안에서 완화요건설(원진술자인 피고인의 ‘진정성립을 부정하는 진술’에도 불구하고 특신상태 등이 인정되면 진술기재자의 증거능력을 인정하는 견해. 특신상태가 증거능력 취득요건을 완화하는 기능을 한다고 하여 완화요건설로 불림)의 입장에 있음을 분명히 한 사례임.

20. 544페이지 마지막에 다음 판례 추가

<반대신문권의 기회는 제공되었으나 반대신문사항을 모두 신문하지 못한 경우, 증인의 법정진술이나 그 진술이 기재된 증인신문조서, 수사기관 작성 조서의 증거능력을 인정할 수 있는지 여부>

[1] 피고인에게 불리한 증거인 증인이 주신문의 경우와 달리 반대신문에 대하여는 답변을 하지 아니하는 등 진술내용의 모순이나 불합리를 그 증인신문 과정에서 드러내어 이를 탄핵하는 것이 사실상 곤란하였고, 그것이 피고인 또는 변호인에게 책임있는 사유에 기인한 것이 아닌 경우라면, 관계 법령의 규정 혹은 증인의 특성 기타 공판절차의 특수성에 비추어 이를 정당화할 수 있는 특별한 사정이 존재하지 아니하는 이상, 이와 같이 실질적 반대신문권의 기회가 부여되지 아니한 채 이루어진 증인의 법정진술은 위법한 증거로서 증거능력을 인정하기 어렵다. 이 경우 피고인의 책문권 포기로 그 하자가 치유될 수 있으나, 책문권 포기의 의사는 명시적인 것이어야 한다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도9344 판결 참조).

[2] 형사소송법 제314조에서 ‘그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음’이라 함은 그 진술 내용이나 조서의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리키고(대법원 1987. 3. 24. 선고 87도81 판결, 대법원 2006. 4. 14. 선고 2005도9561 판결 등 참조), 이에 대한 증명은 단지 그러한 개연성이 있다는 정도로는 부족하며, 합리적 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다(대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도12652 판결 등 참조). 형사소송법은 수사기관에서 작성된 조서 등 서면증거에 대하여 일정한 요건 아래 증거능력을 인정하는데, 이는 실제적 진실발견의 이념과 소송경제의 요청을 고려하여 예외적으로 허용하는 것이므로, 그 증거능력 인정 요건에 관한 규정은 엄격하게 해석·적용하여야 한다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2011도8325 판결 참조).

[3] 형사소송법 제312조, 제313조는 진술조서 등에 대하여 피고인 또는 변호인의 반대신문권이 보장되는 등 엄격

한 요건이 충족될 경우에 한하여 증거능력을 인정할 수 있도록 함으로써 직접심리주의 등 기본원칙에 대한 예외를 정하고 있는데, 형사소송법 제314조는 원진술자 또는 작성자가 사망·질병·외국거주소재불명 등의 사유로 공판준비 또는 공판기일에 출석하여 진술할 수 없는 경우에 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌다는 점이 증명되면 원진술자 등에 대한 반대신문의 기회조차도 없이 증거능력을 부여할 수 있도록 함으로써 보다 중대한 예외를 인정한 것이므로, 그 요건을 더욱 엄격하게 해석·적용하여야 한다(대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도12652 판결, 대법원 2017. 12. 22. 선고 2016도15868 판결 등 참조)(대판 2022.3.17. 2016도17054).

[사건의 경과]

(1) 피고인이 이○○와 공동하여 위험한 물건을 휴대하고 피해자를 폭행하여 치료일수 미상의 상해를 가하였다는 혐의로 기소된 사건임.

(2) 피해자는 제1심 제2회 공판기일에 출석하여 검찰의 주신문 전부와 변호인의 반대신문사항 중 절반가량에 대하여 진술한 상태에서 증인신문이 속행되었으나, 그 이후부터 법정에서 출석하지 아니하다가 원심에 이르러 소재불명 상태가 되었음.

(3) 제1심은 제2회 공판조서 중 피해자의 진술기재 등을 유죄의 증거로 삼아 피고인에게 징역 3년을 선고하였으나, 원심은 피해자에 대한 증인신문조서와 검찰, 경찰 각 진술조서의 증거능력을 인정하지 않고, 나머지 증거들만으로는 공소사실을 인정하기에 부족하다고 판단하여 무죄를 선고하였는데, 대법원은 이러한 원심을 수긍하였음.

[판결이유 중 일부 인용]

상고이유를 판단한다.

1. 이 사건의 개요 및 쟁점

가. 이 사건 공소사실의 요지는, ‘피고인이 공소외인과 공동하여 위험한 물건을 휴대하고 피해자를 폭행하여 치료일수 미상의 상해를 가하였다’는 것이다.

나. 피해자는 검찰 및 경찰에서 참고인으로 출석하여 그 피해 사실을 진술하였고, 제1심 제2회 공판기일에 증인으로 출석하여 검사의 주신문 및 변호인의 일부 반대신문에 대하여 진술하였다. 그러나 피해자는 변호인의 나머지 반대신문을 위하여 속행된 제1심 제4회 공판기일부터 출석하지 아니하였고, 제1심은 제6회 공판기일까지는 나머지 반대신문을 위하여 증인신문절차를 속행하면서 피해자에 대하여 증인소환절차를 진행하였으나, 그 이후부터 피해자에 대한 증인소환절차를 더 이상 진행하지 아니한 채 제9회 공판기일에 변론을 종결하였다.

다. 제1심은 제2회 공판조서 중 증인신문조서에 기재된 피해자의 진술(이하 ‘이 사건 증인신문조서’라 한다) 등을 기초로 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하였으나, 원심은 이 사건 증인신문조서에 대하여는 피고인 또는 변호인의 실질적 반대신문권이 보장되지 아니한 하자가 있다는 등의 이유로 증거능력을 인정하지 아니하고, 피해자에 대한 검찰 및 경찰 각 진술조서(이하 ‘이 사건 진술조서’라 한다)에 대하여는 형사소송법 제312조 제4항, 제314조에서 규정한 전문법칙의 예외 요건을 충족하지 못하였다는 이유로 그 증거능력을 부정한 후, 나머지 증거들만으로 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하기에 부족하다고 보아 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다.

라. 이 사건의 쟁점은 이 사건 증인신문조서 및 이 사건 진술조서의 증거능력에 대한 원심의 판단에 법리오해의 잘못이 있는지 여부이다.

2. 이 사건 증인신문조서의 증거능력에 관하여

가. 형사소송법은 제161조의2에서 피고인의 반대신문권을 포함한 교호신문제도를 규정하는 한편, 제310조의2에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에 의한 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 진술에 대하여는 원칙적으로 그 증거능력을 부여하지 아니함으로써, 형사재판에서 증거는 법관의 면전에서 진술·심리되어야 한다는 직접주의와 피고인에게 불리한 증거에 대하여 반대신문할 수 있는 권리를 원칙적으로 보장하고 있는데, 이러한 반대신문권의 보장은 피고인에게 불리한 주된 증거의 증명력을 탄핵할 수 있는 기회가 보장되어야 한다는 점에서 형식적·절차적

인 것이 아니라 실질적·효과적인 것이어야 한다(대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도1550 판결 참조). 따라서 피고인에게 불리한 증거인 증인이 주신문의 경우와 달리 반대신문에 대하여는 답변을 하지 아니하는 등 진술내용의 모순이나 불합리를 그 증인신문 과정에서 드러내어 이를 탄핵하는 것이 사실상 곤란하였고, 그것이 피고인 또는 변호인에게 책임있는 사유에 기인한 것이 아닌 경우라면, 관계 법령의 규정 혹은 증인의 특성 기타 공판절차의 특수성에 비추어 이를 정당화할 수 있는 특별한 사정이 존재하지 아니하는 이상, 이와 같이 실질적 반대신문권의 기회가 부여되지 아니한 채 이루어진 증인의 법정진술은 위법한 증거로서 증거능력을 인정하기 어렵다. 이 경우 피고인의 책문권 포기 그 하자가 치유될 수 있으나, 책문권 포기의 의사는 명시적인 것이어야 한다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도 9344 판결 참조).

나. 원심은, 변호인의 피해자에 대한 나머지 반대신문을 위하여 증인신문절차를 속행하던 중 제1심 제6회 공판기일 까지 피해자가 출석하지 아니하자 그 이후부터 피해자에 대한 증인소환절차를 진행하지 아니한 채 제9회 공판기일에 변론을 종결하였으므로 피고인 또는 변호인의 반대신문권이 실질적으로 보장된 것으로 볼 수 없다고 하면서, 그 구체적인 사유로, 피고인이 수사기관에서부터 공판에 이르기까지 일관하여 피해자의 진술과 정면으로 배치되는 취지로 주장하며 이 사건 공소사실을 극렬히 다투어 온 점, 변호인이 미리 준비하여 재판부에 제출하였으나 증인신문 절차 속행으로 증인의 답변을 듣지 못한 사항은 전체 반대신문사항의 1/2 정도에 달하는 것으로 폭행의 수단, 방법, 상해의 부위, 정도 등 이 사건 공소사실의 주된 부분에 관한 것이었던 점, 제1심에서 이루어진 다른 증인들의 전체적인 증언 취지가 위 폭행 및 상해 등 이 사건 공소사실과 달랐던 점 등의 사정을 들었다. 원심은 나아가, 피고인 및 변호인이 제1심 제3회 공판기일 및 제5회 공판기일에 각 '의의가 없다'는 취지로 진술하기는 하였으나 실질적 반대신문권을 보장하지 아니한 하자는 그 이후인 제1심 제6회 공판기일 이후에 발생한 것이므로 피고인 또는 변호인이 책문권 포기의 의사를 명시한 것으로 볼 수도 없다는 취지로 판단하였다.

다. 위와 같은 원심판결의 이유와 아래의 이 사건 진술조서의 증거능력과 관련하여 원심이 그 이유로 들고 있는 사정(피해자의 수사기관에서의 진술 중 폭행당하였다는 점에 관하여는 다소 변경되었으므로, 피고인으로서의 반대신문을 통하여 피해자의 위 진술을 탄핵할 필요성이 있었던 점, 그러나 피해자는 제1심 제2회 공판기일 이후부터 증인신문을 의도적으로 회피한 것으로 보이는 점 등)을 관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심이 증인신문절차에서의 실질적 반대신문권 보장, 책문권포기 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

3. 이 사건 진술조서의 증거능력에 관하여

가. 형사소송법 제312조 제4항과 관련하여

원심은 그 판시와 같이 피해자에 대한 증인신문절차에서 피고인 또는 변호인에게 이 사건 진술조서의 기재내용에 대하여 피해자를 신문할 기회가 실질적으로 주어졌다고 볼 수 없으므로, 이 사건 진술조서는 형사소송법 제312조 제4항에서 규정한 '피고인 또는 변호인이 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 피해자를 신문할 수 있었던 때'의 요건을 갖추지 못하여 이를 근거로 전문법칙의 예외를 인정할 수 없다는 취지로 판단하였다.

원심판결의 이유를 관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심이 형사소송법 제312조 제4항에서 규정한 반대신문권 보장에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

나. 형사소송법 제314조와 관련하여

1) 형사소송법 제314조에서 '그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음'이라 함은 그 진술 내용이나 조서의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리키고(대법원 1987. 3. 24. 선고 87도81 판결, 대법원 2006. 4. 14. 선고 2005도9561 판결 등 참조), 이에 대한 증명은 단지 그러한 개연성이 있다는 정도로는 부족하며, 합리적 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다(대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도12652 판결 등 참조).

형사소송법은 수사기관에서 작성된 조서 등 서면증거에 대하여 일정한 요건 아래 증거능력을 인정하는데, 이는 실제적 진실발견의 이념과 소송경제의 요청을 고려하여 예외적으로 허용하는 것이므로, 그 증거능력 인정 요건에 관한 규정은 엄격하게 해석 적용하여야 한다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2011도8325 판결 참조). 형사소송법 제312조, 제313조는 진술조서 등에 대하여 피고인 또는 변호인의 반대신문권이 보장되는 등 엄격한 요건이 충족될 경우에

한하여 증거능력을 인정할 수 있도록 함으로써 직접심리주의 등 기본원칙에 대한 예외를 정하고 있는데, 형사소송법 제314조는 원진술자 또는 작성자가 사망·질병·외국거주·소재불명 등의 사유로 공판준비 또는 공판기일에 출석하여 진술할 수 없는 경우에 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌다는 점이 증명되면 원진술자 등에 대한 반대신문의 기회조차도 없이 증거능력을 부여할 수 있도록 함으로써 보다 중대한 예외를 인정한 것이므로, 그 요건을 더욱 엄격하게 해석·적용하여야 한다(대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도12652 판결, 대법원 2017.

12. 22. 선고 2016도15868 판결 등 참조).

2) 원심은 피고인이 수사기관에서부터 원심에 이르기까지 일관하여 피해자의 진술과 정면으로 배치되는 취지로 주장하며 이 사건 공소사실을 극렬히 다투어 온 점, 피해자의 수사기관에서의 진술 중 피해자가 피고인으로부터 폭행 당하였다는 점에 관하여는 진술이 대체로 일관되나, 폭행의 일시, 수단 및 방법, 상해 부위 및 정도 등에 관하여는 다소 변경되었으므로, 피고인으로서의 반대신문을 통하여 피해자의 진술을 탄핵할 필요성이 있는 점, 그러나 피해자는 제1심 제2회 공판기일 이후부터 증인신문을 의도적으로 회피한 것으로 보이는 점 등을 들어 피해자의 수사기관에서의 각 진술이 법정에서의 반대신문 등을 통한 검증을 거치지 않더라도 진술의 신빙성과 임의성을 충분히 담보할 수 있는 구체적이고 외부적인 정황이 있다는 점을 검사가 증명한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

3) 원심판결의 이유를 관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심이 구 형사소송법 제314조(2016. 5. 29. 법률 제14179호로 개정되기 전의 것)에서 규정한 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

21. 593페이지 마지막에 다음 두 판례 추가

< 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제30조 제6항 중 19세 미만 성폭력범죄 피해자의 진술을 촬영한 영상물에 대한 증거능력 인정 특례를 규정한 부분에 대한 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524 결정의 영향> - 피해자에 대한 반대신문권 보장 없이 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계인의 진술에 의한 진정성립 인정만으로 영상물의 증거능력을 인정할 수 없다는 판례

[1] 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 (이하 ‘성폭력처벌법’이라 한다) 제30조는 제1항에서 “성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다.”라고 정하고, 제6항에서 “제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.”라고 정한다. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 (이하 ‘청소년성보호법’이라 한다) 제26조는 제1항에서 “아동·청소년대상 성범죄 피해자의 진술내용과 조사과정은 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다.”라고 정하고, 제2항에서 제4항까지 영상물 녹화의 방식과 절차를 정하며, 제6항에서 “제1항부터 제4항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자 또는 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.”라고 정한다.

헌법재판소는 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524 사건에서 “성폭력처벌법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정된 것) 제30조 제6항 중 ‘제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다’는 부분 가운데 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 관한 부분은 헌법에 위반된다.”라고 결정하였다 (이하 위 결정을 ‘이 사건 위헌 결정’, 위헌 결정이 선고된 법률 조항을 ‘이 사건 위헌 법률 조항’이라 한다). 그 이유는 다음과 같다.

자기에게 불리하게 진술한 증인에 대하여 반대신문의 기회를 부여해야 한다는 절차적 권리의 보장은 피고인의 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 핵심적인 내용을 이룬다. 피고인의 반대신문권을 보장하면서도 미성년 피해자를 보호할 수 있는 조화로운 방법을 상정할 수 있는데도, 피고인의 반대신문권을 실질적으로 배제하여 피고인의 방어권을 과도하

게 제한하는 이 사건 위헌 법률 조항은 피해의 최소성, 법익의 균형성 요건을 충족하지 못하여 과잉금지 원칙을 위반하고 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다.

[2] 이 사건 위헌 결정의 효력은 결정 당시 법원에 계속 중이던 이 사건에도 미친다. 따라서 이 사건 위헌 법률 조항은 이 사건 영상물의 증거능력을 인정하는 근거가 될 수 없다. 이 사건 속기록의 증거능력을 인정할 근거도 없다.

이 사건 공소사실은 청소년성보호법 제26조 제1항의 아동·청소년대상 성범죄에 해당하므로, 청소년성보호법 제26조 제6항에 따라 이 사건 영상물의 증거능력이 인정될 여지가 있다. 그러나 청소년성보호법 제26조 제6항 중 이 사건 위헌 법률 조항과 동일한 내용을 규정하고 있는 부분은 이 사건 위헌 결정의 심판대상이 되지 않았지만 이 사건 위헌 법률 조항에 대한 위헌 결정 이유와 마찬가지로 과잉금지 원칙에 위반될 수 있다.

원심으로서 청소년성보호법의 위 조항이 위헌인지 여부 또는 그 적용에 따른 위헌적 결과를 피하기 위하여 피해자를 증인으로 소환하여 진술을 듣고 피고인에게 반대신문권을 행사할 기회를 부여할 필요가 있는지 여부 등에 관하여 심리·판단하여야 한다(대판 2022.4.14. 2021도14530).

[사건의 경과]

(1) 성폭력처벌법과 청소년성보호법이 적용되는 공소사실에 관하여 피고인이 영상물과 속기록을 증거로 할 수 있음을 동의하지 않았고, 신뢰관계인에 대한 증인신문이 이루어졌을 뿐 원진술자인 피해자에 대한 증인신문은 이루어지지 않은 사안에서, 원심은 피해자의 진술과 조사과정을 촬영한 영상물과 속기록을 중요한 증거로 삼아 공소사실을 유죄로 인정함.

(2) 대법원은 피해자 영상물의 증거능력에 관한 성폭력처벌법 제30조 제6항에 대한 2021. 12. 23.자 위헌 결정의 효력이 병행사건에 미치지 때문에 이 사건에서 성폭력처벌법 제30조 제6항을 적용할 수 없다고 판단하고, 위 성폭력처벌법 규정과 동일한 내용을 규정하고 있는 청소년성보호법 제26조에 대해서는, 아직 위헌 결정이 이루어지지 않아 법률의 효력이 유지되고 있지만, 하급심에서는 그 위헌성 여부 또는 피해자를 증인으로 소환하여 피고인의 반대신문권을 보장할 필요가 있는지 여부에 대하여 심리가 이루어져야 한다고 판단하면서 원심을 파기환송함.

< 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제30조 제6항 중 19세 미만 성폭력범죄 피해자의 진술을 촬영한 영상물에 대한 증거능력 인정 특례를 규정한 부분에 대한 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524 결정의 영향 - 피해자에 대한 반대신문권 보장 없이 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계인의 진술에 의한 진정성립 인정만으로 영상물의 증거능력을 인정할 수 없으며, 피고인이 영상물과 속기록에 대하여 증거부동의 하였다가 신뢰관계인에 대한 증인신문 이후 영상물이 증거로 채택되자 속기록에 대해서만 증거동의를 한 경우, 원칙적으로 그 속기록을 유죄의 증거로 삼을 수 없다는 판례>

[1] 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘성폭력처벌법’이라 한다) 제30조는 제1항에서 “성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다.”라고 규정하고, 제6항에서 “제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다.”라고 규정한다. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 ‘청소년성보호법’이라 한다) 제26조는 제1항에서 “아동·청소년대상 성범죄 피해자의 진술내용과 조사과정은 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다.”라고 규정하고, 제2항에서 제4항까지 영상물 녹화의 방식과 절차를 정하며, 제6항에서 “제1항부터 제4항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자 또는 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.”라고 규정한다. 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘아동학대처벌법’이라 한다) 제17조 제1항은 “아동학대범죄의 조사·심리에 관하여는 성폭력처벌법 제29조부터 제32조까지, 제34조부터 제41조까지 및 청소년성보호법 제29조를 각각 준용한다. 이 경우 ‘성폭력’ 또는 ‘아동·청소년대상 성범죄’는 ‘아동학대범죄’로, ‘피해자’는 ‘피해아동’으로 본다.”라고 규정한다.

그런데 헌법재판소는 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524 사건에서 “성폭력처벌법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 제30조 제6항 중 ‘제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다’ 부분 가운데 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 관한 부분은 헌법에 위반된다.”는 결정을 선고하였다(이하 위 결정을 ‘이 사건 위헌 결정’, 위헌 결정이 선고된 법률 조항을 ‘이 사건 위헌 법률 조항’이라 한다). 이 사건 위헌 결정 이유는, 자기에 불리하게 진술한 증인에 대하여 반대신문의 기회를 부여해야 한다는 절차적 권리의 보장은 피고인의 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 핵심적인 내용을 이루는데, 피고인의 반대신문권을 보장하면서도 미성년 피해자를 보호할 수 있는 조화로운 방법을 상정할 수 있음에도, 피고인의 반대신문권을 실질적으로 배제하여 피고인의 방어권을 과도하게 제한하는 이 사건 위헌 법률 조항은 피해의 최소화, 법익의 균형성 요건을 충족하지 못하여 과잉금지 원칙을 위반하고 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다는 것이다.

[2] 청소년성보호법 제26조 제6항 중 이 사건 위헌 법률 조항과 동일한 내용을 규정하고 있는 부분(이하 ‘이 사건 청소년성보호법 조항’이라 한다)은 이 사건 위헌 결정의 심판대상이 되지 아니하였지만 이 사건 위헌 법률 조항에 대한 위헌 결정 이유와 같은 이유에서 과잉금지 원칙에 위반될 수 있다. 따라서 원심으로서 이 사건 청소년성보호법 조항의 위헌 여부 또는 그 적용에 따른 위헌적 결과를 피하기 위하여 피해자들을 증인으로 소환하여 그 진술을 듣고 피고인에게 반대신문권을 행사할 기회를 부여할 필요가 있는지 여부 등에 관하여 심리·판단하여야 한다. 한편 형사소송법 제318조 제1항은 “검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정할 때에는 증거로 할 수 있다.”라고 규정한다. 피고인은 이 사건 영상물과 속기록이 모두 증거능력이 없다고 주장하면서 이를 증거로 함에 동의하지 않다가 이 사건 위헌 법률 조항 또는 이 사건 청소년성보호법 조항에 따라 이 사건 영상물이 증거로 채택되어 증거조사가 이루어지게 되자 증거에 관한 의견을 변경하여 이 사건 속기록을 증거로 함에는 동의하였다. 그런데 이 사건 속기록은 이 사건 영상물의 진술 내용을 그대로 녹취한 것으로서 이 사건 영상물 속의 발언자를 특정하고 내용을 명확하게 함으로써 증거조사절차가 효율적으로 이루어질 수 있도록 하기 위하여 작성된 것에 불과하다. 이 사건 위헌 결정으로 인하여 이 사건 영상물의 증거능력이 인정될 수 없는 경우라면, 비록 피고인이 이 사건 속기록에 대해서는 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 그 동의의 경위와 사유 등에 비추어 이 사건 영상물과 속기록 사이에 증거능력의 차이를 둘 수 있는 합리적 이유가 존재한다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이 사건 속기록을 진정한 것으로 인정하기는 어렵다(대판 2022.4.14. 2021도14616).

[사건의 경과]

(1) 성폭력처벌법과 청소년성보호법이 적용되는 공소사실에 관하여 피고인이 영상물과 속기록을 증거로 할 수 있음을 동의하지 않았고, 신뢰관계인에 대한 증인신문이 이루어졌을 뿐 원진술자인 피해자에 대한 증인신문은 이루어지지 않은 사안에서, 원심은 피해자의 진술과 조사과정을 촬영한 영상물과 속기록을 중요한 증거로 삼아 공소사실을 유죄로 인정함.

(2) 대법원은 피해자 영상물의 증거능력에 관한 성폭력처벌법 제30조 제6항에 대한 2021. 12. 23.자 위헌 결정의 효력이 병행사건에 미치지 때문에 이 사건에서 성폭력처벌법 제30조 제6항을 적용할 수 없다고 판단하고, 위 성폭력처벌법 규정과 동일한 내용을 규정하고 있는 청소년성보호법 제26조에 대해서는, 아직 위헌 결정이 이루어지지 않아 법률의 효력이 유지되고 있지만, 하급심에서는 그 위헌성 여부 또는 피해자를 증인으로 소환하여 피고인의 반대신문권을 보장할 필요가 있는지 여부에 대하여 심리가 이루어져야 한다고 판단하면서 원심을 파기환송함.

(3) 한편 이 사건에서는 피고인이 이후 영상물에 대한 속기록에 관해서는 증거동의를 하여, 위와 같이 영상물의 증거능력을 인정하기 어렵더라도 속기록을 유죄의 증거로 삼을 수 있는지가 문제되었음. 대법원은 판시와 같은 제반사정에 비추어 증거동의를 이유로 형사소송법 제318조 제1항에 따라 속기록만의 증거능력을 인정하기 위해서는 속기록을 진정한 것으로 인정할 수 있는지에 대한 심리·판단이 필요하다는 이유로, 원심이 이러한 심리·판단 없이 속기록을 유죄의 증거로 삼은 것 또한 부당하다고 판단하였음.

22. 637페이지 (3) 위에 다음 판례 추가

<기록상 주민등록지 이외의 주소가 나타나 있고 피고인의 집 전화번호 또는 휴대전화번호 등이 나타나 있었던 사건>

[1] 형사소송법 제345조의 상소권회복청구는 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 상소 제기기간 내에 상소를 하지 못한 경우에만 청구할 수 있다. 형사피고사건으로 법원에 재판이 계속 중인 사람은 공소제기 당시의 주소지나 그 후 신고한 주소지를 옮길 때 새로운 주소지를 법원에 신고하거나 기타 소송 진행 상태를 알 수 있는 방법을 강구하여야 하고, 만일 이러한 조치를 하지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 소송서류가 송달되지 않아서 공판기일에 출석하지 못하거나 판결 선고사실을 알지 못하여 상소 제기기간을 도과하는 등 불이익을 면할 수 없다(대법원 2008. 3. 10.자 2007모795 결정 등 참조).

[2] 그러나 위와 같이 피고인이 재판이 계속 중인 사실을 알면서도 새로운 주소지 등을 법원에 신고하는 등 조치를 하지 않아 소환장이 송달불능되었다라도, 법원은 기록에 주민등록지 이외의 주소가 나타나 있고 피고인의 집 전화번호 또는 휴대전화번호 등이 나타나 있는 경우에는 위 주소지 및 전화번호로 연락하여 송달받을 장소를 확인하여 보는 등의 시도를 해 보아야 하고, 그러한 조치 없이 곧바로 공시송달 방법으로 송달하는 것은 형사소송법 제63조 제1항, 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조에 위배되어 허용되지 아니하는데(대법원 2011. 7. 28. 선고 2011도6762 판결, 대법원 2014. 5. 29. 선고 2014도3141 판결 등 참조), 이처럼 허용되지 아니하는 잘못된 공시송달에 터 잡아 피고인의 진술 없이 공판이 진행되고 피고인이 출석하지 않은 기일에 판결이 선고된 경우에는, 피고인은 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 상소 제기기간 내에 상소를 하지 못한 것으로 봄이 타당하다(대법원 2014. 10. 16.자 2014모1557 결정 등 참조).

[3] 민사소송과 달리 형사소송에서는, 피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 특별한 규정이 없으면 개정하지 못하는 것이 원칙이고(형사소송법 제276조), 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조, 소송촉진 등에 관한 특례규칙 제19조에 의하여 예외적으로 제1심 공판절차에서 피고인 불출석 상태에서의 재판이 허용되지만, 이는 피고인에게 공판기일 소환장이 적법하게 송달되었음을 전제로 하기 때문에 공시송달에 의한 소환을 함에 있어서도 공시송달 요건의 엄격한 준수가 요구된다(대결 2022.5.26. 2022모439).

※ 제1심법원으로서의 피고인의 소재를 확인할 수 없어 공시송달결정을 하고 피고인이 출석하지 아니한 채 공판기일을 진행하면서 증거로 제출받은 서류에 피고인이 송달받을 가능성이 있는 다른 주소나 직장 주소지가 있었다면, 공시송달결정을 취소하고 그 주소나 직장 주소지로 소환장 송달을 실시하는 절차 등을 거쳐 피고인이 송달받을 수 있는 조치를 다하여야 했다는 이유로, 잘못된 공시송달에 터 잡아 피고인의 진술 없이 공판이 진행되고 피고인이 출석하지 않은 기일에 판결이 선고된 이상, 피고인은 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 상소제기기간 내에 상소를 하지 못한 것으로 봄이 타당하다고 판단하여, 제1심법원의 공시송달결정이 적법함을 전제로 재항고인의 상소권 회복청구를 기각한 제1심결정을 유지한 원심을 파기한 사례.

23. 656페이지 쟁점 박스 안에 다음 판례 추가

<일부상소와 파기의 범위>

[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 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.

[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 경

합범 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.

[3] 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, 원심으로서 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(대판 2022.1.13. 2021도13108).

24. 704페이지 첫 번째 판례 아래 다음 판례 추가

<사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서 검사는 형의 양정이 심히 부당하다는 이유로 상고를 제기할 수 없다는 판례>

형사소송법 제383조 제4호 후단은 ‘사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때’를 원심판결에 대한 상고이유로 할 수 있다고 정한다. 상고심의 본래 기능은 하급심의 법령위반을 사후에 심사하여 잘못을 바로잡음으로써 법령 해석·적용의 통일을 도모하는 것이고 형사소송법은 상고심을 원칙적으로 법률심이자 사후심으로 정하고 있다. 그런데도 형사소송법이 양형부당을 상고이유로 삼을 수 있도록 한 이유는 무거운 형이라고 할 수 있는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고를 선고받은 피고인의 이익을 한층 두텁게 보호하고 양형문제에 관한 권리구제를 최종적으로 보장하려는 데 있다(헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2010헌바90, 2011헌바389 결정, 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2012헌마798 결정 참조). 원심의 양형이 가법하다는 이유로 상고를 허용할 필요성은 10년 이상의 징역이나 금고 등의 형이 선고된 사건보다 10년 미만의 징역이나 금고 등의 형이 선고된 사건이 더 클 수 있다. 형사소송법 제383조 제4호 후단에 따르면 10년 미만의 징역이나 금고 등의 형이 선고된 사건에서 검사는 원심의 양형이 가법하다는 이유로 상고할 수 없다. 그런데도 그보다 중한 형인 10년 이상의 징역이나 금고 등이 선고된 사건에서는 검사가 위와 같은 이유로 상고할 수 있다고 보는 것은 균형이 맞지 않는다. 이러한 사정에 비추어 형사소송법 제383조 제4호 후단이 정한 양형부당의 상고이유는 10년 이상의 징역이나 금고 등의 형을 선고받은 피고인의 이익을 위한 것으로 볼 수 있다. 따라서 검사는 피고인에게 불리하게 원심의 양형이 가법하거나 원심이 양형의 전제사실을 인정하는 데 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 있다는 사유를 상고이유로 주장할 수 없다(대법원 1994. 8. 12. 선고 94도1705 판결, 2001. 12. 27. 선고 2001도5304 판결, 대법원 2005. 9. 15. 선고 2005도1952 판결 등 참조)(대판 2022.4.28. 2021도16719).

25. 713페이지 첫 번째 판례 아래 다음 판례 추가

<제1심판결에 대한 피고인의 비약적 상고와 검사의 항소가 경합하여 형사소송법 제373조에 따라 피고인의 비약적 상고에 상고의 효력이 상실되고 검사의 항소에 기한 항소심이 진행되는 경우, 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정할 수 있다는 전합 판례>

형사소송법 제372조, 제373조 및 관련 규정의 내용과 취지, 비약적 상고와 항소가 제1심판결에 대한 상소권 행사로서 갖는 공통성, 이와 관련된 피고인의 불복의사, 피고인의 상소권 보장의 취지 및 그에 대한 제한의 범위와 정도, 피고인의 재판청구권을 보장하는 헌법합치적 해석의 필요성 등을 종합하여 보면, 제1심판결에 대하여 피고인은 비약적 상고를, 검사는 항소를 각각 제기하여 이들이 경합한 경우 피고인의 비약적 상고에 상고의 효력이 인정되지는 않더라도, 피고인의 비약적 상고가 항소기간 준수 등 항소로서의 적법요건을 모두 갖추었고, 피고인이 자신의 비약

적 상고에 상고의 효력이 인정되지 않는 때에도 항소심에서는 제1심판결을 다툼 의사가 없었다고 볼 만한 특별한 사정이 없다면, 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력이 인정된다고 보아야 한다(대판 2022.5.19. 2021도 17131 전합).

[사건의 경과]

(1) 대법원은 전원합의체 판결을 통하여, 피고인의 비약적 상고와 검사의 항소가 경합하여 피고인의 비약적 상고의 효력이 상실되는 경우 피고인의 비약적 상고에 피고인의 항소로서의 효력을 부정해 오던 대법원 2005. 7. 8. 선고 2005도2967 판결 등 종전 판례를 변경하여, 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정할 수 있다고 판시하였음.

(2) 대법원은 위와 같은 법리에 따라 제1심판결에 대한 피고인의 비약적 상고와 검사의 항소가 경합하여 항소심이 진행된 사안에서, 피고인의 비약적 상고가 항소기간 내에 적법하게 제기되는 등 항소로서의 적법요건을 모두 갖추었고, 피고인에게 비약적 상고의 효력이 인정되지 않아 진행되는 항소심에서는 제1심판결을 다툼 의사가 없었다고 볼 만한 특별한 사정도 보이지 아니하므로, 원심으로서 피고인의 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정하여 피고인이 법정기간 내에 적법하게 제출한 항소이유에 관하여 심리·판단하였어야 했다는 이유로, 위와 같은 조치를 취하지 아니한 채 검사의 항소에 대해서만 판단한 원심을 파기·환송하였음.

(3) 이러한 다수의견에 대하여 ① 대법관 안철상, 대법관 노태약의 반대의견1, ② 대법관 민유숙의 반대의견2, ③ 다수의견에 대한 대법관 오경미의 보충의견이 있음.

(4) 반대의견1의 요지는 다음과 같음

① 다수의견과 같이 법률적 근거 없이 비약적 상고를 항소로 인정하는 해석은 항소와 상고를 준별하는 현행 형사절차의 기본구조를 일탈하는 것임.

② 다수의견은 명확성과 안정성이 엄격하게 요구되는 형사절차 규정에 대하여 문언해석의 범위를 벗어난 범형성에 해당하고 그 정당한 사유를 찾기도 어려우며, 대법원의 확립된 선례를 변경함으로써 이에 근거하여 안정적으로 운영되어 온 현재 재판실무에 혼란을 초래함.

③ 비약적 상고의 효력이 상실되더라도 피고인은 직권조사 내지 직권심판을 촉구하는 의미로 원심의 위법사유에 대해 주장할 수 있고, 현재 해석상 인정되는 상고권 제한 법리를 사안에 맞게 적용함으로써 비약적 상고를 제기한 피고인의 상고권을 보장하는 해석도 가능하므로, 다수의견만이 헌법합치적 해석이라고 할 수 없음.

(5) 반대의견2의 요지는 다음과 같음

① 비약적 상고와 항소가 경합되는 경우의 규율은 입법형성 범위 내의 문제로서 현행 형사소송법 규정이 헌법상 재판청구권을 침해한다고 보기 어려움.

② 다수의견은 피고인의 조건부 또는 추정적 의사를 기초로 항소의 효력을 인정하는 것으로서 이에 동의하기 어렵고, 상고권 제한 법리의 예외를 통하여 피고인은 상고심에서 판단받을 기회를 보장받을 수 있으므로 비약적 상고에 항소로서의 효력을 인정하지 않는 것을 재판청구권의 침해라고 볼 수 없음.

26. 746페이지 (2) 부분 내용의 내용을 아래와 같이 (2)와 (3)으로 나누어 정리한다.

(2) 재심심판절차에서의 공소취소

제1심 판결이 선고되어 확정된 이상 재심소송절차에서 공소취소를 할 수는 없다.

<재심에서는 공소취소할 수 없다는 판례> 제1심판결이 선고된 이상 동 판결이 확정되어 이에 대한 재심소송절차가 진행중에 있다 하여 공소취소를 할 수 없다(대판 1976.12.28.76도3203).

(3) 재심심판절차에서의 공소장변경

재심의 공판절차에서 공소장변경이 허용되는지에 대하여는 ① 원판결의 죄보다 중한 죄를 인정하기 위한 공소사실의 추가·변경은 허용되지 않는다는 제한설(다수설)과 ② 재심의 경우에도 불이익변경금지의 원칙이 적용되므로 공소장변경을 제한할 필요가 없다는 무제한설(신양균) 등이 대립하고 있으나, ③ 판례는 특별한 사정이 없는 한 별개의 공소사실을 추가하는 공소장변경이나, 별개 형사사건을 병합하여 심리하는 것은 허용되지 않는다는 입장이다.

<재심에서는 공소사실을 추가하는 공소장변경을 할 수 없다는 판례> 재심의 취지와 특성, 형사소송법의 이익재심 원칙과 재심심판절차에 관한 특칙 등에 비추어 보면, 재심심판절차에서는 특별한 사정이 없는 한 검사가 재심대상사건과 별개의 공소사실을 추가하는 내용으로 공소장을 변경하는 것은 허용되지 않고, 재심대상사건에 일반절차로 진행 중인 별개의 형사사건을 병합하여 심리하는 것도 허용되지 않는다(대판 2019.6.20. 2018도20698 전합).