

법학전문대학원협의회 연구용역 과제 보고서

# 변호사시험의 자격시험을 위한 형사소송법 표준판례연구

〈 표준판례 396선 〉

본 과제는 법학전문대학원협의회에서  
변호사시험의 자격시험화를 위한 방안의 일환으로  
교육 및 시험용 표준판례 선정작업을 시행하기로 함에 따라  
“한국형사법학회”에 의뢰하여 25개교 법학전문대학원 교수가 참여하여  
개발된 연구결과물입니다.





제 1 편 | 서론

I. 형사소송법의 기초

- 1. 형사소송법의 법원(法源)  
(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도4961 판결) ..... 3
- 2. 형사재판권  
(대법원 2006. 5. 11. 선고 2005도798 판결) ..... 3

II. 형사소송의 이념과 구조

- 3. 소극적 실체진실주의  
(헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 94헌바1 결정) ..... 4
- 4. 형사소송의 구조  
(헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 92헌마44 결정) ..... 5
- 5. 무죄추정원칙  
(대법원 2017. 5. 30. 선고 2017도1549 판결) ..... 6

제 2 편 | 총칙

I. 소송주체

- 6. 토지관할 병합심리 신청사건의 관할법원  
(대법원 2006. 12. 5. 자 2006초기335 전원합의체 결정) ..... 11
- 7. 항소심에서 공소장변경과 관할법원  
(대법원 1997. 12. 12. 선고 97도2463 판결) ..... 11
- 8. 합의부 관할사건이 단독판사 관할사건으로 변경된 경우의 조치  
(대법원 2013. 4. 25. 선고 2013도1658 판결) ..... 12
- 9. 형사소송법 제5조의 병합관할의 요건  
(대법원 2008. 6. 12. 선고 2006도8568 판결) ..... 13
- 10. 형사소송법 제4조 제1항의 '현재지'의 의미  
(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도12927 판결) ..... 14

11. 법관의 제척사유 (대법원 1999. 4. 13. 선고 99도155 판결) .....	14
12. 형사소송법 제17조 제7호의 '전심재판'의 의미 (대법원 1985. 4. 23. 선고 85도281 판결) .....	15
13. 약식명령과 제척사유 (대법원 2002. 4. 12. 선고 2002도944 판결) .....	16
14. 증거보전과 제척사유 (대법원 1971. 7. 6. 선고 71도974 판결) .....	16
15. 기피신청의 법리 (대법원 2001. 3. 21. 자 2001모2 결정) .....	17
16. 검사의 제척·기피 (대법원 2013. 9. 12. 선고 2011도12918 판결) .....	17
17. 검사의 객관의무 (대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 판결) .....	18
18. 성명모용과 피고인의 특정 (대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2554 판결) .....	19
19. 법인의 당사자능력 (대법원 1986. 10. 28. 선고 84도693 판결) .....	20
20. 진술거부권 (대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도5441 판결) .....	20
21. 진술거부권 행사와 양형상의 고려 (대법원 2001. 3. 9. 선고 2001도192 판결) .....	21
22. 변호인선임의 효과 (대법원 2014. 2. 13. 선고 2013도9605 판결) .....	22
23. 국선변호인의 선정사유 (대법원 2019. 9. 26. 선고 2019도8531 판결) .....	23
24. 변호인의 변론권의 한계 (대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6027 판결) .....	24
25. 변호인의 진실의무 (대법원 2007. 1. 31. 자 2006모656 결정) .....	25
26. 변호인이 되려는 자의 접견교통권 (헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2015헌마1204 결정) .....	26
27. 접견교통권침해와 증거능력 (대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1586 판결) .....	27
28. 변호인의 피의자신문참여권 (대법원 2020. 3. 17. 자 2015모2357 결정) .....	28
29. 변호인의 피의자신문참여권 침해와 증거능력 (대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결) .....	29

## II. 소송행위

30. 착오에 의한 절차형성적 소송행위와 무효 (대법원 1995. 8. 17. 자 95모49 결정) .....	30
31. 소송행위의 가치판단 (대법원 1995. 8. 17. 자 95모49 결정) .....	31
32. 소송행위 하자의 치유(1) (대법원 2011. 5. 13. 선고 2011도2233 판결) .....	32
33. 소송행위 하자의 치유(2) (대법원 1974. 1. 15. 선고 73도2967 판결) .....	32
34. 소송행위 하자의 치유(3) (대법원 2001. 12. 27. 선고 2001도5810 판결) .....	33
35. 소송행위 하자의 치유(4) (대법원 2012. 9. 27. 선고 2010도17052 판결) .....	34
36. 소송행위 하자의 치유(5) (대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11813 판결) .....	34

### 제3편 제1십

## 제1장 수사

### I. 수사의 의의와 구조

37. 함정수사의 적법성 여부와 법적 처리 (대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결) .....	39
38. 함정수사의 위법성에 대한 판단기준 (대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339 판결) .....	39

### II. 수사의 개시와 단서

39. 내사와 수사의 구별 기준 (대법원 2010. 6. 24. 선고 2008도12127 판결) .....	40
40. 인지절차 이전에 이루어진 수사의 적법성 여부 (대법원 2001. 10. 26. 선고 2000도2968 판결) .....	41
41. 직무질문의 대상자 및 방법 (대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도13999 판결) .....	41
42. 직무질문을 위한 정지와 실력행사 (대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도6203 판결) .....	42

43. 직무질문의 적법절차(中 신분증 제시의무)와 예외 (대법원 2014. 12. 11. 선고 2014도7976 판결) .....	43
44. 수사단서로서 ‘고소(告訴)’ (대법원 2008. 11. 27. 선고 2007도4977 판결) .....	43
45. 고소에 있어서 범죄사실 특정의 정도 (대법원 1988. 10. 25. 선고 87도1114 판결) .....	44
46. 고소의 방식과 고소능력 (대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도4451,2011전도76 판결) .....	44
47. 고소권자로서 법정대리인이 갖는 고소권의 성질 (대법원 1999. 12. 24. 선고 99도3784 판결) .....	45
48. 고소기간의 시기(始期) (대법원 2001. 10. 9. 선고 2001도3106 판결 ) .....	46
49. 고소기간의 기산점 (대법원 1995. 5. 9. 선고 95도696 판결) .....	46
50. 고소·고발 전 수사의 적법성 여부 (대법원 2011. 3. 10. 선고 2008도7724 판결) .....	47
51. 친고죄에 있어서 (주관적) 고소불가분의 원칙 (대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도7462 판결) .....	47
52. 반의사불벌죄에 있어서 고소불가분 원칙의 준용 여부 (대법원 1994. 4. 26. 선고 93도1689 판결) .....	48
53. 친고죄에 있어서 고소취소의 시한과 불가분원칙 (대법원 1985. 11. 12. 선고 85도1940 판결) .....	49
54. 항소심에서의 공소장 변경과 고소취소의 허용 여부 (대법원 1999. 4. 15. 선고 96도1922 전원합의체 판결) .....	50
55. 파기환송에 따른 제1심에서의 고소취소 허용 여부 (대법원 2011. 8. 25. 선고 2009도9112 판결) .....	51
56. 항소권회복청구에 의해 열린 항소심에서 처벌 희망 의사표시의 철회 가능 여부 (대법원 2016. 11. 25. 선고 2016도9470 판결) .....	51
57. 고소취소와 재고소 금지 (대법원 2008. 11. 27. 선고 2007도4977 판결) .....	52
58. 반의사불벌죄와 재고소금지(제232조 제2항) (대법원 2007. 9. 6. 선고 2007도3405 판결) .....	53
59. 친고죄와 고소권의 포기 (대법원 1967. 5. 23. 선고 67도471 판결) .....	53
60. 소송조건으로서의 고발과 불가분원칙의 적용 여부 (대법원 2014. 10. 15. 선고 2013도5650 판결) .....	54

### Ⅲ. 임의수사

61. 임의수사 원칙과 임의동행 (대법원 2006. 7. 6. 선고 2005도6810 판결) .....	55
62. 음주측정방법과 운전자의 동의 여부 (대법원 2015. 7. 9. 선고 2014도16051 판결) .....	56
63. 사진촬영의 적법성 (대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결) .....	57
64. 무인단속장비에 의한 사진촬영의 적법성과 증거능력 (대법원 1999. 12. 7. 선고 98도3329 판결) .....	57
65. 피의자신문에 있어서 신뢰관계자의 동석 (대법원 2009. 6. 23. 선고 2009도1322 판결) .....	58
66. 참고인조사에서 있어서 영상녹화 (대법원 2014. 7. 10. 선고 2012도5041 판결) .....	59
67. 수사기관의 출석요구에 불응하는 구속피의자에 대한 구인과 피의자신문의 적법성 요건 (대법원 2013. 7. 1. 자 2013모160 결정) .....	59

#### IV. 강제수사

##### [대인적 강제처분 - 체포]

68. 통상체포에 있어서 영장의 제시 및 집행 방식 (대법원 2017. 9. 21. 선고 2017도10866 판결) .....	60
69. 현행범인 체포에서 '현행범'의 개념 (대법원 1991. 9. 24. 선고 91도1314 판결) .....	61
70. 현행범인 체포의 적법성 요건 (대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도3682 판결) .....	61
71. (준)현행범인 체포시 고의의 내용 및 시기 (대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결) .....	63
72. 긴급체포의 적법성 요건 및 판단 기준 (대법원 2002. 6. 11. 선고 2000도5701 판결) .....	63
73. 긴급체포에 있어서 '긴급성' (대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도5814 판결) .....	64
74. 자진출석한 자에 대한 긴급체포의 적법성 여부 (대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도148 판결) .....	65

##### [대인적 강제처분 - 구속]

75. 구속영장의 효력 범위와 이중구속의 적법성 (대법원 2000. 11. 10. 자 2000모134 결정) .....	65
76. 검사의 구속영장 청구 전 대면조사의 허용 및 그 한계 (대법원 2010. 10. 28. 선고 2008도11999 판결) .....	66

77. 구속영장 발부 과정상 흠결의 치유 여부 (대법원 2016. 6. 14. 자 2015모1032 결정) .....	67
78. 피고인 구속에 있어서 재구속 제한의 적용 여부 (대법원 1985. 7. 23. 자 85모12 결정) .....	68
79. 긴급체포 후 석방된 자에 대한 구속영장 발부 가능 여부 (대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도4291 판결) .....	68
80. 구속영장 기각결정에 대한 불복방법 (대법원 2006. 12. 18. 자 2006모646 결정) .....	69
81. 체포·구속적부심사와 보증금납입조건부석방결정 (대법원 1997. 8. 27. 자 97모21 결정) .....	70
82. 구속의 취소 (대법원 1991. 4. 11. 자 91모25 결정) .....	71

[보석]

83. 보석취소와 보석보증금몰수 결정 (대법원 2002. 5. 17. 자 2001모53 결정) .....	71
---	----

[대물적 강제처분 - 압수/수색]

84. 압수·수색의 물적 효력 범위와 집행 절차 (대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결) .....	73
85. 대물적 강제처분에 있어서 영장주의와 적법절차 (대법원 2017. 9. 7. 선고 2015도10648 판결) .....	74
86. 법관의 날인이 누락된 영장의 효력 (대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결) .....	75
87. 압수·수색영장 제시의 예외 (대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결) .....	75
88. 종전 압수·수색영장의 유효기간 내 재압수·수색의 허용 여부 (대법원 1999. 12. 1. 자 99모161 결정) .....	76
89. 압수·수색영장 집행시 사전통지의 예외 (대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도7455 판결) .....	76
90. 압수해제물에 대한 재압수의 허용 여부 (대법원 1997. 1. 9. 자 96모34 결정) .....	77
91. '압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 관계있는 범죄'의 의미 및 범위 (대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결) .....	78

[디지털증거 압수·수색]

92. 정보저장매체에 대한 압수·수색영장의 집행 절차 (대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결) .....	78
---	----

93. 전자정보에 대한 압수·수색 영장 집행시 외부반출의 예외와 적법절차 (대법원 2011. 5. 26. 자 2009모1190 결정) .....	80
94. 정보저장매체의 반출 후, 복제·탐색·출력과정의 적법절차 (대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정) .....	81
95. 정보저장매체에 기억된 문자정보 또는 그 출력물을 증거로 사용하기 위한 요건 (대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결) .....	85
96. 디지털 저장매체로부터 출력한 문건의 증거능력 (대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결) .....	86
97. 녹음테이프 및 녹음파일의 증거능력 (대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도7461 판결) .....	87

[사전영장주의의 예외]

98. 현행범체포현장에서의 압수와 사후영장 (대법원 2009. 5. 14. 선고 2008도10914 판결) .....	88
99. 범죄장소에서의 압수·수색 (대법원 1998. 5. 8. 선고 97다54482 판결) .....	88
100. 강제채혈과 영장주의 예외 (대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도15258 판결) .....	89

[영장주의의 예외]

101. 영장주의 예외 요건 불충족과 사후영장에 의한 위법성 치유 여부 (대법원 2017. 11. 29. 선고 2014도16080 판결) .....	91
102. 영장주의의 예외로서 형사소송법 제217조 제1항 의미 (대법원 2017. 9. 12. 선고 2017도10309 판결) .....	91
103. 긴급체포시 압수의 대상 범위 (대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도2245 판결) .....	92

[전기통신의 감청]

104. 통신비밀보호법상 감청의 의미 (대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도9016 판결) .....	93
105. 통신비밀보호법상 보호되는 타인간 '대화'의 의미 (대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결) .....	94
106. 이미 수신 완료된 전기통신 내용 지득과 감청 (대법원 2012. 10. 25. 선고 2012도4644 판결) .....	95
107. 우연한 비밀 청취 및 녹음과 감청 (대법원 2016. 5. 12. 선고 2013도15616 판결) .....	96
108. 3자간 대화에서 일방 당사자의 녹음과 감청 (대법원 2006. 10. 12. 선고 2006도4981 판결) .....	97

109. '통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄와 관련된 범죄'의 의미 및 범위 (대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도13489 판결) .....	97
--	----

[압수물의 환부 및 가환부]

110. 압수물의 가환부 (대법원 1998. 4. 16. 자 97모25 결정) .....	98
111. 피고인에 대한 통지없이 한 가환부결정의 적법성 여부 (대법원 1980. 2. 5. 자 80모3 결정) .....	99
112. 가환부 여부에 대한 판단 기준 (대법원 2017. 9. 29. 자 2017모236 결정) .....	99
113. 소유권 및 환부청구권의 포기와 수사기관의 환부의무 (대법원 1996. 8. 16. 자 94모51 전원합의체 결정) .....	100

[임의제출]

114. 소지자 및 보관자에 의한 임의제출 (대법원 1999. 9. 3. 선고 98도968 판결) .....	103
115. 체포현장 및 범죄장소에서의 임의제출과 영장주의의 예외 (대법원 2020. 4. 9. 선고 2019도17142 판결) .....	104

[대물적 강제처분 - 검증/감정]

116. 범죄증거 수집을 위한 사전 강제 채뇨의 허용 요건 및 방법 (대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도6219 판결) .....	106
---	-----

V. 증거보전

117. 증거보전의 의미와 시한 (대법원 1984. 3. 29. 자 84모15 결정) .....	108
118. 증거보전청구 가능 시기 (대법원 1979. 6. 12. 선고 79도792 판결) .....	108
119. 증인신문에 있어서 당사자의 참여권 보장과 증인신문조서의 증거능력 (대법원 1988. 11. 8. 선고 86도1646 판결) .....	109
120. 증거보전절차에서 작성된 증인신문조서에 기재된 피의자진술의 증거능력 (대법원 1984. 5. 15. 선고 84도508 판결) .....	109
121. 형사소송법 제221조의2 제2항에 의한 증인신문청구와 피의사실의 존부 (대법원 1989. 6. 20. 선고 89도648 판결) .....	110

VI. 수사종결

122. 불기소처분 이후의 공소제기와 소추조건 (대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도6614 판결) .....	110
123. 공소제기 후 수사의 허용 여부 (대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결) .....	111

## 제2장 공소

### I. 공소의 제기

124. 공소권남용론 - 검사의 소추재량 (대법원 2017. 8. 23. 선고 2016도5423 판결) .....	112
125. 차별적 공소제기 (대법원 2012.7.12. 선고 2010도9349 판결) .....	112
126. 누락사건에 대한 공소제기 (대법원 2001. 9. 7. 선고 2001도3026 판결) .....	113
127. 자의적인 공소권행사 (대법원 2001. 9. 7. 선고 2001도3026 판결) .....	114

### II. 공소제기의 방식

128. 공소제기와 공소장 (대법원 2017. 2. 15. 선고 2016도19027 판결) .....	115
129. 공소사실의 특정 (1) (대법원 2013.6.27. 5선고 2013도4172 판결) .....	117
130. 공소사실의 특정 (2) - 마약사범에 대한 소변검사 (대법원 2010.8.26. 선고 2010도4671 판결) .....	118
131. 공소사실의 특정 (3) - 마약사범에 대한 모발감정 (대법원 2012.4.26. 선고 2011도11817 판결) .....	119
132. 공소장의 기재사항 - 공소사실 불특정의 효과 (대법원 2006.5.11. 선고 2004도5972 판결) .....	120
133. 공소사실의 예비적·택일적 기재의 허용범위 (대법원 1966.3.24. 선고 65도114 전원합의체 판결) .....	120
134. 예비적·택일적 기재의 경우 법원의 심판 대상 (대법원 2006.5.25. 선고 2006도1146 판결) .....	121
135. 공소장일본주의 (1) - 범죄전력의 기재 (대법원 1990.10.16. 선고 90도1813 판결) .....	122
136. 공소장일본주의 (2) - 피고인의 성격·경력 등의 기재 (대법원 2015. 1. 29. 선고 2012도2957 판결) .....	122
137. 공소장일본주의 (3) - 그 위반의 효과와 치유 여부 (대법원 2009.10.22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결) .....	123

### Ⅲ. 공소시효

138. 공소시효기간의 결정기준 (1) - 공소장에 기재된 공소사실 (대법원 2006.12.8. 선고 2006도6356 판결) .....	125
139. 공소시효기간의 결정기준 (2) - 공소장변경시의 기준 (대법원 2001. 8. 24. 선고 2001도2902 판결) .....	125
140. 공소시효의 계산 (대법원 2017. 7. 11. 선고 2016도14820 판결) .....	126
141. 공소시효의 정지 (1) - 범인의 국외도피 (대법원 2008.12.11. 선고 2008도4101 판결) .....	127
142. 공소시효의 정지 (2) - 공범이 대항범 관계에 있는 경우 (대법원 2015.2.12. 선고 2012도4842 판결) .....	128

### Ⅳ. 공소제기의 효과

143. 일죄의 일부에 대한 공소제기 (대법원 2008.2.14. 선고 2005도4202 판결) .....	129
--	-----

## 제3장 공판

### 제1절 공판준비와 공판절차

#### I. 공판심리의 범위 - 공소장변경과 공소취소

144. 공소장변경의 내용 - 공소사실 또는 적용법조의 추가 (대법원 2017. 4. 28. 선고 2016도21342 판결) .....	130
145. 공소사실의 동일성 판단기준 (1) (대법원 2009.11.12. 선고 2009도9189 판결) .....	131
146. 공소사실의 동일성 판단기준 (2) (대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도15526 판결) .....	132
147. 공소사실의 동일성 판단기준 (3) (대법원 2012.4.13. 선고 2010도16659 판결) .....	132
148. 공소장변경의 필요성 여부 (1) - 판단기준 (대법원 2003. 7. 25. 선고 2003도2252 판결) .....	133
149. 공소장변경의 필요성 여부 (2) - 구성요건이 다른 경우 (대법원 2001. 6. 29. 선고 2001도1091 판결) .....	134
150. 공소장변경의 필요성 여부 (3) - 축소사실의 인정 (대법원 2017. 12. 5. 선고 2016도16738 판결) .....	135

151. 공소장변경의 필요성 여부 (4) - 공범관계의 변경 (대법원 1991.5.28. 선고 90도1977 판결) .....	136
152. 공소사실의 축소사실 인정과 법원의 의무성 (대법원 2009.5.14. 선고 2007도616 판결) .....	137
153. 법원의 공소장변경요구 (대법원 2006.9.14. 선고 2005도2518 판결) .....	138
154. 항소심에서 공소장변경 허용 여부 (대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도8153 판결) .....	139
155. 공소취소의 효과 - 재기소의 제한 (대법원 2009.8.20. 선고 2008도9634 판결) .....	139

## II. 공판준비절차

156. 공소장부분의 송달 (대법원 2014. 4. 24. 선고 2013도9498 판결) .....	140
157. 수사기록에 대한 변호인의 열람·등사권 (헌법재판소 2010.6.24. 선고 2009헌마257 전원재판부) .....	140
158. 불기소 결정문에 대한 변호인의 열람·지정과 거절의 효과 (대법원 2012.5.24. 선고 2012도1284 판결) .....	141
159. 증거개시의 거부 등에 대한 불복절차 (대법원 2013. 1. 24. 자 2012모1393 결정) .....	142

## III. 공판의 심리

160. 소송관계인의 출석 (대법원 2012.6.28. 선고 2011도16166 판결) .....	143
161. 구속 피고인의 출석거부 (대법원 2001. 6. 12. 선고 2001도114 판결) .....	144
162. 불구속 피고인의 소재불명 (대법원 2014. 10. 16. 자 2014모1557 결정) .....	144
163. 위법한 공시송달에 기초한 재판의 효력 (대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도2714 판결) .....	145
164. 항소심에서의 불출석 재판과 재심청구 (대법원 2015. 6. 25. 선고 2014도17252 전원합의체 판결) .....	146
165. 일시퇴정 (대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도9344 판결) .....	147
166. 필요적 변호사건에서 변호인 없이 한 공판절차 진행의 효력 (대법원 2011. 9. 8. 선고 2011도6325 판결) .....	148
167. 필요적 변호사건에서 변호인의 퇴정 (대법원 1991. 6. 28. 선고 91도865 판결) .....	149

168. 전문심리위원의 참여 (대법원 2019. 5. 30. 선고 2018도19051 판결) .....	149
169. 소송지휘권 - 석명권의 행사 (대법원 1983. 6. 14. 선고 83도293 판결) .....	150
170. 최종변론 (1) - 검사의 의견진술 (대법원 2001. 11. 30. 선고 2001도5225 판결) .....	151
171. 최종변론 (2) - 최종의견 진술 (대법원 2018. 3. 29. 선고 2018도327 판결) .....	151

#### IV. 증거조사

172. 법원의 직권에 의한 증거조사 (대법원 1990. 11. 27. 선고 90도2205 판결) .....	152
173. 법원의 증거결정 (대법원 2020. 12. 10. 선고 2020도2623 판결) .....	152
174. 증거결정에 대한 불복 (대법원 1990. 6. 8. 선고 90도646 판결) .....	153
175. 공범 아닌 공동피고인의 증인적격 (대법원 2006. 1. 12. 선고 2005도7601 판결) .....	154
176. 공범인 공동피고인의 증인적격 (대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도3300 판결) .....	154
177. 선서무능력자의 증언 (대법원 2006. 4. 14. 선고 2005도9561 판결) .....	155
178. 증언거부권 (대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도10028 판결) .....	156
179. 증언거부권의 고지 (대법원 2010. 1. 21. 선고 2008도942 전원합의체 판결) .....	157
180. 당사자의 참여권 - 피고인의 참여권 (대법원 1969. 7. 25. 선고 68도1481 판결) .....	158
181. 비디오 등 증계장치 등에 의한 증인신문 (대법원 2015. 5. 28. 선고 2014도18006 판결) .....	159
182. 유도신문 (대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결) .....	160
183. 증인신문의 일시와 장소 (대법원 2000. 10. 13. 선고 2000도3265 판결) .....	160
184. 감정 (대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도870 판결) .....	161

#### V. 공판절차의 특칙

185. 간이공판절차에서 피고인의 공판정에서의 자백 (대법원 2006. 5. 11. 선고 2004도6176 판결) .....	162
186. 간이공판절차에서 피고인 자백의 시기 (대법원 1987. 8. 18. 선고 87도1269 판결) .....	162
187. 간이공판절차에서 증거조사에 관한 특칙 (대법원 1980. 4. 22. 선고 80도333 판결) .....	163
188. 변론의 병합과 분리에 대한 결정 (대법원 2005. 12. 8. 선고 2004도5529 판결) .....	163
189. 변론재개에 대한 결정 (대법원 2014. 4. 24. 선고 2014도1414 판결) .....	164

## 제2절 증거

### I. 증거법의 기본원칙

190. 증거물인 서면 (대법원 2015. 4. 23. 선고 2015도2275 판결) .....	165
191. 증명책임의 소재와 증명의 정도 (대법원 2018. 6. 19. 선고 2015도3483 판결) .....	166
192. 시공간이 특정되지 않은 사실의 부존재에 대한 증명의 방법 (대법원 2018. 9. 28. 선고 2018도10447 판결) .....	166
193. 소송법적 사실의 증명책임 (대법원 1970. 11. 24. 선고 70도2109 판결) .....	168
194. 증명책임의 전환 (대법원 1996. 10. 25. 선고 95도1473 판결) .....	169
195. 주관적 요소(고의·공모)와 엄격한 증명 (대법원 2008. 9. 11. 선고 2006도4806 판결) .....	169
196. 몰수·추징에 관한 사실과 엄격한 증명 여부 (대법원 1993. 6. 22. 선고 91도3346 판결) .....	170
197. 특별한 경험법칙과 증명의 방법 (대법원 2000. 11. 10. 선고 99도5541 판결) .....	170
198. 외국법규의 존재에 대한 증명의 방법 (대법원 2011. 8. 25. 선고 2011도6507 판결) .....	171
199. 증거공통 원칙의 한계 (대법원 1989. 10. 10. 선고 87도966 판결) .....	172
200. 소송조건과 자유로운 증명 (대법원 1999. 2. 9. 선고 98도2074 판결) .....	172
201. 증거능력의 전제되는 사실과 자유로운 증명 (대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결) .....	173

202. 자유심증주의의 의미와 한계 (대법원 2015. 8. 20. 선고 2013도11650 전원합의체 판결) .....	174
203. 자유판단의 기준 (대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도12728 판결) .....	175
204. 간접증거에 의한 유죄 인정과 그 한계 (대법원 1998. 11. 13. 선고 96도1783 판결) .....	176
205. 과학적 증거의 증명력 (대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결) .....	176
206. 성인지 감수성과 자유심증주의 (대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결) .....	178
207. 상해진단서의 증명력 (대법원 2016. 11. 25. 선고 2016도15018 판결) .....	179
208. 범인식별절차의 신용성 (대법원 2004. 2. 27. 선고 2003도7033 판결) .....	179

## II. 위법수집증거배제법칙

209. 적법절차와 위법수집증거의 배제 (대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결) .....	180
210. 압수조서의 작성 및 압수목록의 작성·교부절차 위반과 위법수집증거배제법칙의 예외 (대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결) .....	182
211. 영장주의에 위반한 강제채혈과 감정결과보고서의 증거능력 (대법원 2011. 5. 13. 선고 2009도10871 판결) .....	183
212. 피고인 아닌 자를 상대로 위법하게 수집된 증거의 (피고인에 대한) 증거능력 (대법원 2011. 6. 30. 선고 2009도6717 판결) .....	184
213. 위법한 강제연행 이후 이루어진 채뇨 요구의 적법성 (대법원 2013. 3. 14. 선고 2012도13611 판결) .....	184
214. 위법한 압수 이전에 범행현장에서 채취한 지문의 증거능력 (대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도7471 판결) .....	185
215. 증거의 우연한 발견과 영장주의 (대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도7101 판결) .....	186
216. 영장주의에 위반한 압수 직후 작성된 임의제출동의서의 증거능력 (대법원 2010. 7. 22. 선고 2009도14376 판결) .....	187
217. 영장 없는 압수와 그 압수물을 찍은 사진의 증거능력 (대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결) .....	187
218. 사전영장주의 예외에 따른 압수물의 반환의무 위반과 증거능력 (대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결) .....	188
219. 진술거부권의 불고지와 증거능력 (대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결) .....	188

220. 피의자 아닌 자에 대한 진술거부권 불고지와 그 진술의 증거능력 (대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도8125 판결) .....	189
221. 2차적 증거의 증거능력 및 그 판단 기준 (대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결) .....	190
222. 위법한 구속 상태에서 수집된 진술증거의 증거능력 (대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도526 판결) .....	191
223. 위법수집된 증거에 의한 피의자의 자백 및 제3자 진술의 증거능력 (대법원 2013. 3. 28. 선고 2012도13607 판결) .....	192
224. 선행 음주측정의 위법과 후행 음주측정 결과의 증거능력 (대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도2094 판결) .....	193
225. 사인에 의해 위법하게 수집된 증거의 증거능력 판단기준 (대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결) .....	194
226. 피고인 동의 하에 제3자에 의해 촬영된 나체사진과 위법수집증거 (대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결) .....	195
227. 피의자신문 절차 및 방식의 위반과 신문조서의 증거능력 (대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결) .....	195
228. 영장발부 사유와 무관한 증거의 압수와 증거능력 (대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결) .....	196

### Ⅲ. 자백배제법칙

229. 고문·폭행·협박으로 인한 자백 (대법원 2012. 11. 29. 선고 2010도3029 판결) .....	197
230. 기타 방법에 의한 자백 (대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도517 판결) .....	198
231. 자백의 임의성에 대한 증명책임 (대법원 1998. 4. 10. 선고 97도3234 판결) .....	199
232. 인과관계의 요부 (대법원 1984. 11. 27. 선고 84도2252 판결) .....	200
233. 증거능력의 절대적 배제 (대법원 2006. 11. 23. 선고 2004도7900 판결) .....	200

### Ⅳ. 전문법칙

234. 전문법칙의 근거 (대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도1550 판결) .....	201
235. 전문증거의 개념 (1) - 진술대체물 (대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도2556 판결) .....	203
236. 전문증거의 개념 (2) - 요증사실과의 관계 (대법원 2018. 5. 15. 선고 2017도19499 판결) .....	204

237. 전문증거의 개념 (3) - 간접사실에 대한 정황증거 (대법원 2000. 2. 25. 선고 99도1252 판결) .....	205
238. 전문증거의 개념 (4) - 전문법칙의 잠탈 불허 (대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 전원합의체 판결) .....	206
239. 제311조 - 공판조서의 열람등사권 침해 (대법원 2012. 12. 27. 선고 2011도15869 판결) .....	206
240. 제311조 - 녹음테이프에 대한 법원의 검증조서 (대법원 2008. 7. 10. 선고 2007도10755 판결) .....	208
241. 제312조 - 검사 작성의 피의자신문조서 (대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 전원합의체 판결) .....	209
242. 제312조 - 사법경찰관 작성의 피의자신문조서 (1) (대법원 1995. 5. 23. 선고 94도1735 판결) .....	210
243. 제312조 - 사법경찰관 작성의 피의자신문조서 (2) (대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10139 판결) .....	211
244. 제312조 - 사법경찰관 작성의 피의자신문조서 (3) (대법원 2020. 6. 11. 선고 2016도9367 판결) .....	212
245. 제312조 - 수사기관의 진술조서 (1) (대법원 1994. 11. 11. 선고 94도343 판결) .....	213
246. 제312조 - 수사기관의 진술조서 (2) (대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결) .....	214
247. 제312조 - 수사기관의 진술조서 (3) (대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결) .....	214
248. 제312조 - 수사기관의 진술조서 (4) (대법원 1993. 6. 22. 선고 91도3346 판결) .....	215
249. 제312조 - 증언 번복 진술조서 (대법원 2000. 6. 15. 선고99도1108 전원합의체 판결) .....	216
250. 제312조 - 공소제기 후 작성된 진술조서 (대법원 2019. 11. 28. 선고 2013도6825 판결) .....	217
251. 제312조 - 압수조서의 압수 경위란에 기재된 목격 진술 (대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결) .....	218
252. 제312조 - 검증조서 (대법원 1998. 3. 13. 선고 98도159 판결) .....	219
253. 제313조 - 피고인의 진술서 (대법원 2001. 9. 4. 선고 2000도1743 판결) .....	220
254. 제313조 - 녹음테이프(피고인의 진술기재서) (대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도7461 판결) .....	220
255. 제313조 - 전자문서의 증거능력 (대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결) .....	221
256. 제313조 - 전화통화 수사보고서 (대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도5610 판결) .....	222

257. 제314조 - 외국거주 (대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도17115 판결) .....	222
258. 제314조 - 소재불명 (대법원 2013. 4. 11. 선고 2013도1435 판결) .....	223
259. 제314조 - 정당한 증언거부 (대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결) .....	224
260. 제314조 - 진술거부권의 행사 (대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결) .....	225
261. 제314조 - 정당한 이유 없는 증언거부 (대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결) .....	226
262. 제314조 - 구인불능 (대법원 2007. 1. 11. 선고 2006도7228 판결) .....	227
263. 제314조 - 특신상태 (1) (대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결) .....	227
264. 제314조 - 특신상태 (2) (대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도12652 판결) .....	228
265. 제314조 - 사법경찰관 작성의 피의자신문조서 (대법원 2004. 7. 15. 선고 2003도7185 전원합의체 판결) .....	229
266. 제314조 - 반대신문이 결여된 진술증거의 증명력 (대법원 2006. 12. 8. 선고 2005도9730 판결) .....	229
267. 제315조 - '당연히 증거능력 있는 서류'의 의미 (대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625 전원합의체 판결) .....	230
268. 제315조 - '공범이 다른 사건에서 피고인으로서 한 진술을 기재한 공판조서' (헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2011헌바79 결정) .....	231
269. 제316조 - 전문진술 (1) (대법원 2000. 12. 27. 선고 99도5679 판결) .....	232
270. 제316조 - 전문진술 (2) (대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6985 판결) .....	233
271. 제316조 - 전문진술 (3) (대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도725 판결) .....	234
272. 재전문증거의 증거능력 (대법원 2000. 3. 10. 선고 2000도159 판결) .....	234
273. 제317조 - 진술의 임의성 (대법원 2015. 9. 10. 선고 2012도9879 판결) .....	235
274. 사진의 증거능력 (대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3906 판결) .....	236
275. 녹음테이프의 증거능력 (대법원 2008. 12. 24. 선고 2008도9414 판결) .....	236
276. 영상녹화물의 증거능력 (대법원 2014. 7. 10. 선고 2012도5041 판결) .....	238

277. 거짓말탐지기 검사 결과의 증거능력 (대법원 2005. 5. 26. 선고 2005도130 판결) .....	239
--	-----

## V. 증거동의

278. 증거동의의 주체 (대법원 1988. 11. 8. 선고 88도1628 판결) .....	239
279. 증거동의의 효력 범위 (대법원 1984. 10. 10. 선고 84도1552 판결) .....	240
280. 묵시적 동의 (대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도11552 판결) .....	241
281. 피고인의 불출정과 증거동의의 의제 (대법원 2011. 3. 10. 선고 2010도15977 판결) .....	242
282. 증거동의의 취소와 철회 (대법원 1988. 11. 8. 선고 88도1628 판결) .....	243

## VI. 탄핵증거

283. 탄핵증거의 의의 (대법원 1976. 2. 10. 선고 75도3433 판결) .....	243
284. 탄핵증거의 제출방식과 조사방식 (대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도2617 판결) .....	244
285. 피고인의 부인 진술과 탄핵의 대상 (대법원 1998. 2. 27. 선고 97도1770 판결) .....	245

## VII. 자백의 보강법칙

286. 공범자의 자백과 보강증거 요부 (대법원 1990. 10. 30. 선고 90도1939 판결) .....	246
287. 보강증거의 자격 (1) - 자백문서 (대법원 1981. 7. 7. 선고 81도1314 판결) .....	246
288. 보강증거의 자격 (2) - 업무용 수첩 (대법원 1996. 10. 17. 선고 94도2865 전원합의체 판결) .....	247
289. 보강증거의 자격 (3) - 정황증거 (대법원 2006. 1. 27. 선고 2005도8704 판결) .....	248
290. 보강의 정도 (1) (대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2343 판결) .....	249
291. 보강의 정도 (2) (대법원 1996. 2. 13. 선고 95도1794 판결) .....	250

## VIII. 공판조서의 배타적 증명력

292. 공판조서의 증명력 (대법원 2005. 12. 22. 선고 2005도6557 판결) .....	250
293. 서로 다른 내용이 기재된 공판조서의 병존 (대법원 1988. 11. 8. 선고 86도1646 판결) .....	251
294. 명백한 오기와 공판조서의 증명력 제한 (대법원 1995. 4. 14. 선고 95도110 판결) .....	251
295. 공판조서상 착오기재와 경찰 피의자신문조서의 증거능력 (대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3997 판결) .....	252

## 제3절 공판의 재판

### I. 재판의 기본개념

296. 선고와 판결의 불일치 (대법원 1981. 5. 14. 자 81모8 결정) .....	253
--	-----

### II. 종국재판

297. 명백히 죄 안됨과 공소기각 결정 (대법원 1977. 9. 28. 선고 77도2603 판결) .....	253
298. 공소취소 후 재기소와 공소기각 판결 (대법원 1977. 12. 27. 선고 77도1308 판결) .....	254
299. 공소기각의 재판과 상소이익 (대법원 2008. 5. 15. 선고 2007도6793 판결) .....	254
300. 면소판결의 본질 (대법원 1964. 3. 31. 선고 64도64 판결) .....	255
301. 면소판결과 상소이익 (1) (대법원 1984. 11. 27. 선고 84도2106 판결) .....	256
302. 면소판결과 상소이익 (2) (대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결) .....	256
303. 형식재판 우선 원칙의 예외 (대법원 2015. 5. 14. 선고 2012도11431 판결) .....	257
304. 유죄판결에 명시할 이유 (대법원 2017. 11. 9. 선고 2017도14769 판결) .....	257
305. 헌법불합치결정과 전단 무죄 (대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결) .....	258

### Ⅲ. 재판의 확정과 효력

306. 범칙금 납부와 일사부재리 효력 (대법원 1986. 2. 25. 선고 85도2664 판결) .....	259
307. 범칙금 납부와 일사부재리 효력의 제한 (대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도6612 판결) .....	259
308. 범칙금 납부기간 경과 전 공소제기와 공소기각 판결 (대법원 2020. 4. 29. 선고 2017도13409 판결) .....	260
309. 소년보호처분과 일사부재리 효력 여부 (대법원 1985. 5. 28. 선고 85도21 판결) .....	261
310. 일사부재리 효력의 객관적 범위 (1) (대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체판결) .....	262
311. 일사부재리 효력의 객관적 범위 (2) (대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도14263 판결) .....	263
312. 일사부재리 효력의 객관적 범위 (3) (대법원 2004. 9. 16. 선고 2001도3206 전원합의체 판결) .....	264
313. 일사부재리 효력의 기준시점 (1) (대법원 1983. 4. 26. 선고 82도2829,82감도612 판결) .....	265
314. 일사부재리 효력의 기준시점 (2) (대법원 1994. 8. 9. 선고 94도1318 판결) .....	266
315. 동종 범죄의 확정판결과 일사부재리 효력 - 분단 효과와 경합범 관계 (1) (대법원 2017. 5. 17. 선고 2017도3373 판결) .....	266
316. 동종 범죄의 확정판결과 일사부재리 효력 - 분단 효과와 경합범 관계 (2) (대법원 2000. 3. 10. 선고 99도2744 판결) .....	267
317. 재심판결의 기판력과 제37조 후단 경합범 여부 (대법원 2019. 6. 20. 선고 2018도20698 전원합의체 판결) .....	267
318. 이종 범죄의 확정판결과 일사부재리 효력 여부 (대법원 2003. 8. 22. 선고 2002도5341 판결) .....	269

## 제4편 | 상소

### 제1장 통칙

#### I. 상소일반

319. 유죄판결에 대한 피고인의 상소이익 (대법원 1994. 8. 12. 선고 94도1591 판결) .....	273
---	-----

320. 무죄판결에 대한 피고인의 상소이익 (대법원 1998. 11. 10. 선고 98두11915 판결) .....	273
321. 공소기각판결에 대한 피고인의 상소이익 (대법원 1997. 8. 22. 선고 97도1211 판결) .....	274
322. 이심의 효력 (대법원 1985. 7. 23. 자 85모12 결정) .....	274
323. 포괄일죄에 대한 피고인만의 상소와 상소심의 심판범위 (대법원 1991. 3. 12. 선고 90도2820 판결) .....	275
324. 포괄일죄 중 무죄부분에 대한 검사만의 상소와 상소심의 심판범위 (대법원 1989. 4. 11. 선고 86도1629 판결) .....	275

## II. 일부상소

325. 일부상소의 방식 (대법원 2014. 3. 27. 선고 2014도342 판결) .....	276
326. 일부상소와 전부상소의 판단기준 (대법원 2004. 12. 10. 선고 2004도3515 판결) .....	277
327. 일부상소에 의한 심판범위의 제한 (대법원 2010. 11. 25. 선고 2010도10985 판결) .....	277
328. 경합범의 일부상소에 따른 상소심의 심판범위 (대법원 1992. 1. 21. 선고 91도1402 전원합의체 판결) .....	278
329. 상소심에서 죄수판단이 변경된 경우 심판범위 (대법원 1980. 12. 9. 선고 80도384 전원합의체 판결) .....	279

## III. 불이익변경금지원칙

330. 불이익변경금지원칙의 실질적 근거 (대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도3448 판결) .....	281
331. 불이익변경금지원칙의 의미 (대법원 2013. 2. 28. 선고 2011도14986 판결) .....	281
332. 불이익변경금지원칙의 적용범위(1) (대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도7647 판결) .....	282
333. 불이익변경금지원칙의 적용범위(2) (대법원 2006. 5. 26. 선고 2005도8607 판결) .....	283
334. 불이익변경의 판단기준 (대법원 2013. 12. 12. 선고 2012도7198 판결) .....	283
335. 불이익변경금지원칙의 적용(1): 집행유예에 대한 징역형 감축과 실행선고 (대법원 1965. 12. 10. 선고 65도826 전원합의체 판결) .....	284

336. 불이익변경금지원칙의 적용(2): 벌금형과 환형유치 (대법원 1981. 10. 24. 선고 80도2325 판결) .....	285
337. 불이익변경금지원칙의 적용(4): 부정기형과 정기형 (대법원 2020. 10. 22. 선고 2020도4140 전원합의체 판결) .....	285
338. 병합사건에서 불이익변경금지원칙의 적용 (대법원 1980. 5. 27. 선고 80도981 판결) .....	286

#### IV. 파기판결의 구속력

339. 파기판결의 구속력 인정 근거 (대법원 2001. 3. 15. 선고 98두15597 전원합의체 판결) .....	287
340. 파기판결의 구속력의 범위 (대법원 1983. 4. 18. 선고 83도383 판결) .....	288
341. 파기판결의 구속력이 미치는 판단의 범위(1) (대법원 2018. 4. 19. 선고 2017도14322 전원합의체 판결) .....	288
342. 파기판결의 구속력이 미치는 판단의 범위(2) (대법원 2018. 4. 19. 선고 2017도14322 전원합의체 판결) .....	289

#### 제2장 항소

343. 항소심의 구조 (대법원 2017. 3. 22. 선고 2016도18031 판결) .....	290
344. 항소심에서 공소장변경 (대법원 2017. 9. 21. 선고 2017도7843 판결) .....	290
345. 원심판결의 당부에 관한 판단시점 (대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도2682,2009전도7 판결) .....	291
346. 항소이유로서 ‘관할의 인정이 법률에 위반한 때’ (대법원 1999. 11. 26. 선고 99도4398 판결) .....	292
347. 항소이유로서 ‘재심청구의 사유가 있는 때’ (대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2960 판결) .....	293
348. 항소이유로서 ‘형의 양정이 부당하다고 인정할 사유가 있는 때’ (대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결) .....	293
349. 항소이유로서 ‘판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때’ (대법원 1991. 8. 13. 선고 90도637 판결) .....	295
350. 항소이유 기재와 관련된 항소법원의 심판범위 (대법원 1991. 8. 13. 선고 90도637 판결) .....	295
351. 항소이유서와 항소이유의 기재 (대법원 2008. 1. 31. 선고 2007도8117 판결) .....	296

352. 항소이유서 제출기간과 항소사건의 심판 (대법원 2018. 4. 12. 선고 2017도13748 판결) .....	297
353. 국선변호인의 교체와 항소이유서 제출 (대법원 2012. 2. 16. 자 2009모1044 전원합의체 결정) .....	298
354. 항소심의 심판범위 (대법원 1976. 3. 23. 선고 76도437 판결) .....	299
355. 항소심에서 피고인의 불출석 (대법원 2019. 10. 31. 선고 2019도5426 판결) .....	300
356. 항소심절차에서 증거에 대한 특칙 (대법원 2005. 3. 11. 선고 2004도8313 판결) .....	301
357. 항소기각의 결정 (대법원 2018. 3. 29. 자 2018모642 결정) .....	302
358. 항소기각의 판결 (대법원 2020. 6. 25. 선고 2019도17995 판결) .....	303
359. 항소심에서 공동피고인을 위한 파기 (대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도14303 전원합의체 판결) .....	303
360. 항소심과 구두변론원칙 (대법원 1994. 10. 21. 선고 94도2078 판결) .....	304

### 제3장 상고

361. 상고심의 구조 (대법원 2008. 5. 29. 선고 2007도1755 판결) .....	305
362. 상고이유 제한 법리 (대법원 2019. 3. 21. 선고 2017도16593-1 전원합의체 판결) .....	306
363. 양형부당과 상고이유 (대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결) .....	311
364. 중한 형이 선고된 사건을 대상으로 하는 상고이유 (대법원 2014. 2. 13. 선고 2013도14914 판결) .....	312
365. 상고이유서와 상고이유의 기재 (대법원 2009. 4. 9. 선고 2008도5634 판결) .....	312
366. 상고심의 심판범위 (대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도6730 판결) .....	313
367. 상고기각의 결정 (대법원 2010. 4. 20. 자 2010도759 전원합의체 판결) .....	314
368. 상고이유 존부의 시간적 판단기준 (대법원 2007. 1. 12. 선고 2006도5696 판결) .....	314

## 제4장 항고·재항고·준항고

369. 항고의 대상(1) (대법원 1987. 3. 28. 자 87모17 결정) .....	315
370. 항고의 대상(2) (대법원 2009. 10. 23. 자 2009모1032 결정) .....	316
371. 재항고의 방법 (대법원 2008. 4. 14. 자 2007모726 결정) .....	316
372. 수사기관의 구금처분과 준항고 (대법원 2003. 11. 11. 자 2003모402 결정) .....	317
373. 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분과 준항고 (대법원 2007. 5. 25. 자 2007모82 결정) .....	317

## 제 5 편 특별소송절차

### 제1장 재심

374. 재심의 대상 (대법원 2015. 10. 29. 선고 2012도2938 판결) .....	321
375. 허위증언 등과 재심사유 (대법원 2005. 4. 14. 선고 2003도1080 판결) .....	322
376. 법관 등의 직무에 관한 죄와 재심사유 (대법원 2018. 5. 2. 자 2015모3243 결정) .....	322
377. 증거의 신규성과 명백성 (대법원 2009. 7. 16. 자 2005모472 전원합의체 결정) .....	323
378. 공범에 대한 모순된 판결과 증거의 명백성 (대법원 1984. 4. 13. 자 84모14 결정) .....	325
379. 재심의 관할법원 (대법원 2003. 9. 23. 자 2002모344 결정) .....	326
380. 재심청구가 경합범의 일부에 대해 이유있는 경우 심판범위 (대법원 2018. 2. 28. 선고 2015도15782 판결) .....	327
381. 재심개시결정에 대한 불복 (대법원 2009. 8. 20. 자 2008모630 결정) .....	328
382. 재심심판절차와 공소장변경 (대법원 2019. 6. 20. 선고 2018도20698 전원합의체 판결) .....	328

## 제2장 비상상고

383. 비상상고의 목적 (대법원 2017. 6. 15. 선고 2017오1 판결) .....	330
384. 비상상고의 대상 (대법원 2006. 10. 13. 선고 2006오2 판결) .....	331
385. 비상상고의 이유(1): 판결의 법령위반 (대법원 2000. 10. 13. 선고 99오1 판결) .....	331
386. 비상상고의 이유(2): 소송절차의 법령위반 (대법원 2005. 3. 11. 선고 2004오2 판결) .....	333

## 제3장 약식절차

387. 약식명령의 청구와 공소장일본주의 (대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3906 판결) .....	324
388. 약식명령의 효력 (대법원 2013. 6. 13. 선고 2013도4737 판결) .....	324
389. 약식명령에 대한 정식재판청구와 재소자특칙 (대법원 2006. 10. 13. 자 2005모552 결정) .....	335
390. 약식명령에 대한 정식재판청구사건과 다른 사건을 경합범으로 처단할 경우 형종상향금지원칙 적용 (대법원 2020. 3. 26. 선고 2020도355 판결) .....	336
391. 약식명령의 실효와 재심 (대법원 2013. 4. 11. 선고 2011도10626 판결) .....	337

## 제4장 즉결심판절차

392. 범칙금 납부기간 도과 전 공소제기의 적법성 (대법원 2020. 4. 29. 선고 2017도13409 판결) .....	337
393. 즉결심판의 효력과 공소사실의 동일성 (대법원 1996. 6. 28. 선고 95도1270 판결) .....	338

## 제5장 국민참여재판

394. 국민참여재판에 관한 피고인의 의사확인 절차 (대법원 2012. 4. 26. 선고 2012도1225 판결) .....	339
395. 피고인의 국민참여재판 신청과 통상의 공판절차 (대법원 2011. 9. 8. 선고 2011도7106 판결) .....	340
396. 배심원의 무죄평결이 채택된 1심 판결과 항소심 판단 (대법원 2010. 3. 25. 선고 2009도14065 판결) .....	341



제 1 편

# 서 론





# 제 1 편 서 론

## I. 형사소송법의 기초

### 1. 형사소송법 법원(法源)

(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도4961 판결)

#### <쟁점>

법무부령인 검찰사건사무규칙이 형사소송법의 직접적인 법원(法源)인지 여부(소극)

#### <판결요지>

검찰사건사무규칙은 구 검찰청법 제11조의 규정에 따라 각급 검찰청의 사건의 수리·수사·처리 및 공판수행 등에 관한 사항을 정함으로써 사건사무의 적정한 운영을 기함을 목적으로 하여 제정된 것으로서 그 실질은 검찰 내부의 업무처리지침으로서의 성격을 가지는 것이므로 이를 형사소송법 제57조의 적용을 배제하기 위한 ‘법률의 다른 규정’으로 볼 수 없다.

#### <선정이유>

검찰사건사무규칙은 형사소송법의 법원이 될 수 없다는 취지의 판결이다.

### 2. 형사재판권

(대법원 2006. 5. 11. 선고 2005도798 판결)

#### <쟁점>

한반도의 평시상태에서 대한민국이 미합중국 군대의 군속에 대하여 형사재판권을 바로 행사할 수 있는지 여부(적극)

#### <판결요지>

대한민국과 아메리카합중국 간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정 제1조(정의) (가)항 전문, (나)항 전문, 제22조(형사재판권) 제4항에 의하면, 미합중국 군대의 군속 중 통상적으로 대한민국에 거주하고 있는 자는 협정이 적용되는 군속의 개념에서 배제되므로, 그에 대하여는 대한민국의 형사재판권 등에 관하여 협정에서 정한 조항이 적용될 여지가 없다. 미합중국 국적을 가진 미합중국 군대의 군속인 피고인은 이 사건 교통사고 범행 당시 10년 넘게 대한민국에 머물면서 한국인 아내와 결혼하여 가정을 마련하고 직장생활을 하는 등 생활근거지를 대한민국에 두고 있었던 사실이 인정되므로, 피고인은 협정에서 말하는

통상적으로 대한민국에 거주하는 자에 해당한다고 볼 것인바, 결국 피고인에게는 협정에서 정한 미합중국 군대의 군속에 관한 형사재판권 관련 조항이 적용될 수 없다.....따라서 원심이 미합중국 군대의 군속인 피고인이 대한민국 영역 안인 파주시에서 공무집행 중 저지른 이 사건 교통사고처리 특례법 위반 등 범행에 대하여 대한민국이 바로 형사재판권을 행사할 수 있다고 본 것은 정당하다.

〈선정이유〉

한반도의 평시상태에서 미합중국 군대의 군속에 대한 형법의 장소적 적용범위를 판시한 판결이다.

## II. 형사소송의 이념과 구조

### 3. 소극적 실체진실주의

(헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 94헌바1 결정)

〈쟁점〉

실체진실주의가 소극적 진실주의를 의미하는 것인지 여부(적극)

〈판결요지〉

우리 헌법 제12조 제1항 후문은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하여 적법절차의 원칙을 헌법원리로 수용하고 있는바, 이 적법절차의 원칙은 법률이 정한 형식적 절차와 실체적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있는 것으로서 특히 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형사소송 절차의 전반을 기본권 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리를 천명하고 있는 것으로 이해하여야 한다. 또한 헌법은 제27조 제1항에서 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 같은 조 제3항에서 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리를 가진다”라고 규정하여 공정하고 신속한 공개재판을 받을 권리를 보장하고 있는바, 이 재판청구권은 재판절차를 규율하는 법률과 재판에서 적용될 실체적 법률이 모두 합헌적이어야 한다는 의미에서의 법률에 의한 재판을 받을 권리뿐만 아니라, 비밀재판을 배제하고 일반 국민의 감시하에서 심리와 판결을 받음으로써 공정한 재판을 받을 수 있는 권리를 포함하고 있다. 이 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증하는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다. 그렇다면 형사재판의 증거법칙과 관련하여서는 소극적 진실주의가 헌법적으로 보장되어 있다 할 것이다. 즉 형사피고인으로서의 형사소송절차에서 단순한

처벌대상이 아니라 절차를 형성·유지하는 절차의 당사자로서의 지위를 향유하며 형사소송절차에서는 검사에 대하여 “무기대등의 원칙”이 보장되는 절차를 향유할 헌법적 권리를 가진다 할 것이다. 그런데 헌법이 공정한 재판을 받을 권리의 구체적인 내용까지 모두 규정하고 있다고는 볼 수 없다. 헌법이 보장하는 공정한 재판절차를 어떠한 내용으로 구체화 할 것인가의 문제는 우선적으로 입법자의 과제이기 때문이다. 다만 입법자는 형사소송절차를 규율함에 있어서 형사피고인인 국민을 단순한 처벌대상으로 전락시키는 결과를 초래하는 등 헌법적으로 포기할 수 없는 요소를 무시한 재판절차를 형성할 수 없다는 입법형성의 한계를 가진다 할 것이다. 따라서 형사소송에 관한 절차법에서 소극적 진실주의의 요구를 외면한 채 범인필벌의 요구만을 앞세워 합리성과 정당성을 갖추지 못한 방법이나 절차에 의한 증거수집과 증거조사를 허용하는 것은 적법절차의 원칙 및 공정한 재판을 받을 권리에 위배되는 것으로서 헌법상 용인될 수 없다.

### 〈선정이유〉

실체적 진실주의의 구체적 의미를 밝힌 판결이다.

## 4. 형사소송의 구조

(헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 92헌마44 결정)

### 〈쟁점〉

형사소송법이 당사자주의에 기초하고 있는지 직권주의를 취하고 있는지 여부(=원칙적 당사자주의)

### 〈판결요지〉

형사소송구조는 당사자주의적 구조와 직권주의적 구조로 나뉘는바, 당사자주의적 구조는 당사자, 즉 검사와 피고인에게 소송의 주도적 지위를 인정하여 당사자 사이의 공격과 방어에 의하여 심리가 진행되고 법원은 제3자의 입장에서 당사자의 주장과 입증을 판단하는 소송구조를 말하고, 직권주의적 구조란 소송에서의 주도적 지위를 법원에게 인정하는 소송구조를 말한다. 형사소송의 구조를 당사자주의와 직권주의 중 어느 것으로 할 것인가의 문제는 입법정책의 문제라고 보아야 할 것인바, 헌법 제11조 제1항의 평등권규정, 헌법 제12조 제1항의 적법절차규정, 헌법 제27조 제1항의 공정한 재판을 받을 권리규정 등을 근거로 형사소송에 있어서 완벽한 당사자주의가 요구된다고 보기는 어렵고, 또한 형사재판의 특수성에 비추어 헌법 제11조 제1항의 평등권규정을 근거로 하여 검사와 피고인 사이에 완벽한 당사자대등주의 내지 무기평등의 원칙이 적용되도록 요구할 수도 없는 것이므로 우리 현행 형사소송법이 어떤 구조를 취하고 있는지는 형사소송법의 해석에 의하여 결정될 것이다.

우리나라 현행 형사소송법은 직권주의를 취한 구 형사소송법과는 달리 당사자주의를 대폭 도입하였는바, 현행 형사소송의 기본구조가 무엇인가에 관하여는 학설상 ① 순수한 당사자주의라는 견해, ② 당사자주의를 기본구조로 하고 직권주의는 보충적 성격을 가진다고 보는 견해, ③ 직권주의를 기본구조 내지 기초로 하면서도 형식적으로는 당사자주의구조를 취하여 당사자주의와 직권주의

를 조화한 것이라는 견해, ④ 직권주의가 기본구조이고 당사자주의는 직권주의에 대한 수정적인 의미를 가질 뿐이라는 견해의 대립이 있으나, 현행 형사소송법은 공소장에 공소사실을 특정하여 기재하도록 하고(제254조 제4항), 공소사실과 동일성이 인정되는 사실이라 할지라도 원칙적으로 공소장 변경절차를 거치지 아니하면 심판의 대상이 될 수 없도록 하였으며(제298조), 피고인에 대한 공소장부분의 송달(제266조), 제1회 공판기일의 유예기간(제269조), 당사자의 공판기일변경신청권(제270조), 당사자의 출석권(제275조, 제276조), 검사의 모두진술에 의한 공판의 개시(제285조), 피고인 신문의 방식 및 진술거부권(제287조, 제289조), 당사자의 신청에 의한 증거조사(제294조), 증거조사 참여권 및 이의신청권(제163조, 제176조, 제296조), 교호신문방식에 의한 증인신문(제161조의2), 전문증거법칙의 채택(제310조의2) 등 규정을 두어 소송절차의 전반에 걸쳐 기본적으로 당사자주의 소송구조를 취하고 있는 것으로 이해되고, 또한 재판실무도 그와 같은 전제하에 운용되고 있다. 이와 같은 제도 아래에서는 검사가 비록 공익의 대표자적 지위에 있다고는 하나, 기본적으로 피고인과 대등한 당사자의 지위에 있는 것이므로, 검사와 피고인에게 공정한 공격 방어 기회 부여를 주어야 할 것이고, 검사를 지나치게 유리하게 하는 것은 당사자주의의 기본취지에 반하게 된다. 이러한 의미에서 당사자주의는 당사자대등주의 내지 무기평등의 원칙을 그 전제로 하고 있는바, 이 사건의 경우를 보면, 당사자주의 내지 당사자대등주의에 충실하려면 제1심법원에서 직접 항소법원으로 소송기록을 송부함이 옳을 것이다. 외국의 입법례를 보더라도 2차대전 후 형사소송법 개정시 미국의 당사자주의를 도입한 일본이나 미국은 제1심법원이 직접 항소법원에 소송기록을 송부하도록 하고 있으며, 독일은 검사에게 기록을 송부하도록 하고 있지만 독일은 직권주의적 소송구조를 취하고 있으므로 그 소송구조론에 크게 반하지 않는다.

### 〈선정이유〉

우리 형사소송의 구조가 원칙적으로 당사자주의에 기초하고 있음을 판시한 판결이다.

## 5. 무죄추정원칙

(대법원 2017. 5. 30. 선고 2017도1549 판결)

### 〈쟁점〉

무죄추정원칙의 규범적 내용

### 〈판결요지〉

형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것이므로, 검사의 증거가 그만한 확신을 가지게 하는 정도에 이르지 못한 경우에는 설령 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있어 유죄의 의심이 가는 등의 사정이 있다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다. 한편 살인죄와 같이 법정형이 무거운 범죄의 경우에도 직접증거 없이 간접증거만으로도 유죄를 인정할 수 있으나, 그 경우에도 주요사실의 전제가 되는 간접사실의 인정은 합리적 의심을 허용하지 않을 정도의 증거가 있어야 하고, 그 하나하나의 간접사실이 상호 모순, 저축이 없어야 함은 물론 논리와 경험칙, 과학법칙에 의하여 뒷받침되어야 한다. 그러므로 유죄의 인정은 범행 동

기, 범행수단의 선택, 범행에 이르는 과정, 범행 전후 피고인의 태도 등 여러 간접사실로 보아 피고인이 범행한 것으로 보기에 충분할 만큼 압도적으로 우월한 증거가 있어야 하고, 피고인이 고의적으로 범행한 것이라고 보기에 의심스러운 사정이 병존하고 증거관계 및 경험법칙상 고의적 범행이 아닐 여지를 확실하게 배제할 수 없다면 유죄로 인정할 수 없다. 피고인은 무죄로 추정된다는 것이 헌법상의 원칙이고, 그 추정의 번복은 직접증거가 존재할 경우에 버금가는 정도가 되어야 한다.

#### 〈선정이유〉

형사절차에서 무죄추정원칙이 가지는 구체적 의미를 밝힌 판결이다.



제2편

# 총 칙





## 제 2 편 총 칙

### I. 소송주체

#### 6. 토지관할 병합심리 신청사건의 관할법원

(대법원 2006. 12. 5. 자 2006초기335 전원합의체 결정)

##### 〈쟁점〉

형사소송법 제6조의 ‘공통되는 직근상급법원’이란 심급관할에 따른 상급법원인지, 토지관할에 따른 상급법원인지 여부(=토지관할에 따른 상급법원)

##### 〈판례요지〉

형사소송법 제6조는 “토지관할을 달리하는 수개의 관련 사건이 각각 다른 법원에 계속된 때에는 공통되는 직근상급법원은 검사 또는 피고인의 신청에 의하여 결정으로 1개 법원으로 하여금 병합심리하게 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 사물관할은 같지만 토지관할을 달리하는 수개의 제1심 법원(지원을 포함한다. 이하 같다)들에 관련 사건이 계속된 경우에 있어서, 위 조항에서 말하는 상급법원은 그 성질상 형사사건의 토지관할 구역을 정해 놓은 ‘각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률’ 제4조에 기한 [별표 3]의 관할구역 구분을 기준으로 정하여야 할 것인바, 형사사건의 제1심 법원은 각각 일정한 토지관할 구역을 나누어 가지는 대등한 관계에 있으므로 그 상급법원은 위 표에서 정한 제1심 법원들의 토지관할 구역을 포괄하여 관할하는 고등법원이 된다고 할 것이다. 따라서 토지관할을 달리하는 수개의 제1심 법원들에 관련 사건이 계속된 경우에 그 소속 고등법원이 같은 경우에는 그 고등법원이, 그 소속 고등법원이 다른 경우에는 대법원이 위 제1심 법원들의 공통되는 직근상급법원으로서 위 조항에 의한 토지관할 병합심리 신청사건의 관할법원이 된다.

##### 〈선정이유〉

형사소송법 제6조의 ‘공통되는 직근상급법원’이 토지관할에 따른 상급법원인 점을 분명히 한 판결이다.

#### 7. 항소심에서 공소장변경과 관할법원

(대법원 1997. 12. 12. 선고 97도2463 판결)

##### 〈쟁점〉

항소심에서 공소장변경에 의하여 단독판사 관할사건이 합의부 관할사건으로 된 경우의 관할법원

### 〈판례요지〉

광주지방법원 단독판사가 피고인에 대한 부정수표단속법, 상습사기, 공문서위조의 공소사실을 유죄로 인정하고 형을 선고하였고, 피고인의 불복으로 사건이 항소심에 계류 중에, 원심은 검사가 상습사기의 공소사실을 추가하고 죄명을 상습사기에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반죄(사기)로, 적용법조에 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항 제2호를 추가하는 내용으로 한 공소장변경신청을 허가한 다음 심리를 마치고, 위 단독판사의 제1심판결을 직권으로 파기하여 공소사실을 모두 유죄로 인정하고 형을 선고한 사실을 인정할 수 있다. 그런데 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항 제2호의 법정형은 3년 이상의 유기징역이고, 법원조직법 제32조 제1항 제3호에 의하면 사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 사건은 지방법원 또는 그 지원의 합의부가 제1심으로 심판권을 행사하는 것으로 규정되어 있다. 그리고 같은 법 제28조에는 고등법원은 지방법원 합의부의 제1심판결에 대한 항소사건을 심판하도록 규정되어 있으며, 형사소송법 제8조 제2항에는 단독판사의 관할사건이 공소장변경에 의하여 합의부 관할사건으로 변경된 경우에 법원은 결정으로 관할권이 있는 법원에 이송한다고 규정되어 있다. 위 관련 규정을 종합하여 보면, 항소심에서 공소장변경에 의하여 단독판사의 관할사건이 합의부 관할사건으로 된 경우에도 법원은 사건을 관할권이 있는 법원에 이송하여야 한다고 할 것이고, 항소심에서 변경된 위 합의부 관할사건에 대한 관할권이 있는 법원은 고등법원이라고 봄이 상당하다고 할 것이다. 따라서 원심법원은 위 공소장변경신청을 허가한 다음 결정으로 이 사건을 관할권이 있는 법원인 광주고등법원에 이송하였어야 함에도 불구하고, 관할의 인정을 잘못하여 실체의 재판을 하는 잘못을 저질렀다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

항소심에서 공소장변경에 의하여 단독판사 관할사건이 합의부 관할사건으로 된 경우 당해 사건을 이송해야 할 법원이 관할 고등법원이라는 취지의 판결이다.

## 8. 합의부 관할사건이 단독판사 관할사건으로 변경된 경우의 조치

(대법원 2013. 4. 25. 선고 2013도1658 판결)

### 〈쟁점〉

제1심 합의부 관할사건이 공소장변경으로 단독판사 관할사건으로 변경된 경우의 조치

### 〈판례요지〉

부산지방법원 제1심 합의부는 이 사건에 관한 심리에 들어가기 전에 검사가 피고인들에 대한 이 사건 공소사실 중 일부에 관하여 죄명을 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기)죄에서 사기죄로 변경하고, 적용법조 중 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호를 삭제하는 내용의 공소장변경허가신청서를 제출하자, 공소장변경을 허가하는 결정을 하지 않은 채 착오배당을 이유로 이 사건을 제1심 단독판사에게 재배당하게 한 사실, 검사는 제1심 제13회 공판기일에서 공소장 및 공소장변경허가신청서에 의하여 공소사실, 죄명, 적용법조를 낭독하였고, 제1심

단독판사는 심리를 마친 후 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하여 형을 선고한 사실을 알 수 있다. 그런데 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호에서 정한 범행형은 3년 이상의 유기징역이고, 법원조직법 제32조 제1항 제3호에 의하면 사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 사건은 지방법원 또는 그 지원의 합의부가 제1심으로 심판권을 행사하는 것으로 규정되어 있다. 그리고 형사소송법은 제8조 제2항에서 “단독판사의 관할사건이 공소장변경에 의하여 합의부 관할사건으로 변경된 경우에 법원은 결정으로 관할권이 있는 법원에 이송한다.”라고 규정하고 있을 뿐이고, 반대의 경우, 즉 합의부의 관할사건이 공소장변경에 의하여 단독판사 관할사건으로 변경된 경우에 관하여는 규정하고 있지 아니하며, ‘법관 등의 사무분담 및 사건배당에 관한 예규’에서도 이러한 경우를 재배당사유로 규정하고 있지 아니하다. 그렇다면, 이 사건은 공소제기 당시부터 합의부 관할사건이었고, 설령 합의부가 공소장변경을 허가하는 결정을 하였다고 하더라도 그러한 사정은 합의부의 관할에 아무런 영향을 미치지 아니하므로, 합의부로서는 마땅히 이 사건에 관하여 그 실체에 들어가 심판하였어야 하고 사건을 단독판사에게 재배당할 수는 없다. 그런데도 제1심 및 원심이 이 사건에 관한 실체 심리를 거쳐 심판한 조치는 관할권이 없는데도 이를 간과하고 실체판결을 한 것으로서 소송절차에 관한 법령을 위반한 잘못을 저지른 것이라 할 것이고, 관할제도의 입법 취지(관할획일의 원칙)와 그 위법의 중대성 등에 비추어 이러한 잘못은 판결에 영향을 미쳤음이 명백하다. 그러므로 형사소송법 제391조, 제394조에 의하여 원심판결 및 제1심판결을 모두 파기하고 사건을 관할권이 있는 부산지방법원 합의부에 이송하기로 한다.

### 〈선정이유〉

제1심 합의부 관할사건이 공소장변경으로 단독판사 관할사건으로 변경된 경우 합의부가 그 사건에 관하여 심판해야 하는 것이지 단독판사에게 재배당할 수는 없다는 취지의 판결이다.

## 9. 형사소송법 제5조의 병합관할의 요건

(대법원 2008. 6. 12. 선고 2006도8568 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제5조에 정한 관련 사건의 관할이 병합기소나 병합심리를 전제로 하는지 여부(소극)

### 〈판례요지〉

형사소송법 제5조에 정한 관련 사건의 관할은, 이른바 고유관할사건 및 그 관련 사건이 반드시 병합기소되거나 병합되어 심리될 것을 전제요건으로 하는 것은 아니고, 고유관할사건 계속 중 고유관할 법원에 관련 사건이 계속된 이상, 그 후 양 사건이 병합되어 심리되지 아니한 채 고유사건에 대한 심리가 먼저 종결되었다 하더라도 관련 사건에 대한 관할권은 여전히 유지된다.

### 〈선정이유〉

형사소송법 제5조에 정한 관련 사건의 관할은 고유관할사건 및 그 관련 사건이 반드시 병합기소되거나 병합되어 심리될 것을 전제요건으로 하는 것은 아니라는 취지이다.

## 10. 형사소송법 제4조 제1항의 ‘현재지’의 의미

(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도12927 판결)

### 〈쟁점〉

토지관할을 규정한 형사소송법 제4조 제1항에서 ‘현재지’의 의미 및 ‘적법한 강제에 의한 현재지’도 이에 해당하는지 여부(적극)

### 〈판례요지〉

형사소송법 제4조 제1항은 “토지관할은 범죄지, 피고인의 주소, 거소 또는 현재지로 한다”라고 정하고, 여기서 ‘현재지’라고 함은 공소제기 당시 피고인이 현재한 장소로서 임의에 의한 현재지뿐만 아니라 적법한 강제에 의한 현재지도 이에 해당한다. 피고인들은 2011. 1. 21. 06:00경 소말리아 가라카드에서 북동방으로 약 670마일 떨어진 공해상에서 국군 청해부대 소속 군인에 의하여 해상강도 등 범행의 현행범인으로 체포되어 삼호주얼리호(이하 ‘이 사건 선박’이라고 한다)에 격리 수용되었다. 청해부대는 피고인들을 국내로 이송하기로 하였고, 이후 아랍에미리트연합의 협조를 받아 그 전용기 편으로 2011. 1. 30. 04:00경 부산 김해공항으로 피고인들을 이송하여 남해지방 해양경찰청 소속 경찰관들이 그 무렵 피고인들을 인도받았다. 검사는 피고인들이 국내에 도착하기 직전인 2011. 1. 29. 20:30경 부산지방법원에 피고인들에 대한 구속영장을 청구하였고, 부산지방법원은 같은 날 23:30경 피고인들에 대한 심문용 구인영장을 발부하였으며, 2011. 1. 30. 08:00경 피의자심문을 거친 후 같은 날 10:40경 구속영장을 발부한 것이다. 제1심법원은 위 인정사실에 기하여 청해부대 소속 군인들이 피고인들을 현행범인으로 체포한 것은 검사 등이 아닌 이에 의한 현행범인 체포에 해당하고, 피고인들 체포 이후 국내로 이송하는 데에 약 9일이 소요된 것은 공간적·물리적 제약상 불가피한 것으로 정당한 이유 없이 인도를 지연하거나 체포를 계속한 경우로 볼 수 없다고 판단하였다. 나아가 제1심법원은, 구속영장 청구기간인 48시간의 기산점은 경찰관들이 피고인들의 신병을 인수한 2011. 1. 30. 04:30경부터 진행된다고 전제한 다음, 그로부터 48시간 이내에 청구되어 발부된 구속영장에 의하여 피고인들이 구속되었으므로, 피고인들은 적법한 체포, 즉시 인도 및 적법한 구속에 의하여 공소제기 당시 부산구치소에 구금되어 있다 할 것이어서 제1심법원에 토지관할이 있다고 판단하였다. 원심이 유지한 제1심법원의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 피고인의 변호인의 상고이유 주장과 같이 형사소송법상 토지관할이나 현행범인 체포 및 구속에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

토지관할의 기준으로서 ‘현재지’에는 ‘적법한 강제에 의한 현재지(예: 체포지)’도 이에 해당한다는 취지의 판결이다.

## 11. 법관의 제척사유

(대법원 1999. 4. 13. 선고 99도155 판결)

**〈쟁점〉**

수사기관에 수사를 의뢰한 법관이 그 후 당해 형사사건의 항소심 재판에 관여하는 경우 제척사유에 해당하는지 여부(소극)

**〈판례요지〉**

선거관리위원장은 형사소송법 제197조나 사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률에 사법경찰관의 직무를 행할 자로 규정되어 있지 아니하고 그 밖에 달리 사법경찰관에 해당한다고 볼 근거가 없으므로 선거관리위원장으로 공직선거및선거부정방지법위반혐의사실에 대하여 수사기관에 수사의뢰를 한 법관이 당해 형사피고사건의 재판을 하는 경우 그것이 적절하다고는 볼 수 없으나 형사소송법 제17조 제6호의 제척원인인 ‘법관이 사건에 관하여 사법경찰관의 직무를 행한 때’에 해당한다고 할 수 없다. 또 형사소송법 제17조 제7호의 제척원인인 ‘법관이 사건에 관하여 그 기초되는 조사에 관여한 때’라 함은 전심재판의 내용 형성에 사용될 자료의 수집·조사에 관하여 그 결과가 전심재판의 사실인정 자료로 쓰여진 경우를 말하므로 법관이 선거관리위원장으로 공직선거및선거부정방지법위반혐의사실에 대하여 수사기관에 수사의뢰를 하고, 그 후 당해 형사피고사건의 항소심 재판을 하는 경우 역시 적절하지는 않으나 위 제척원인인 법관이 사건에 관하여 그 기초되는 조사에 관여한 때에 해당한다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

**〈선정이유〉**

법관이 선거관리위원장으로 공직선거법 위반사건을 수사의뢰한 것이 전심재판의 실체형성을 위한 심리에 관여한 것이 아니라는 이유로 제척사유에 해당하지 않는다는 취지의 판결이다.

## 12. 형사소송법 제17조 제7호의 ‘전심재판’의 의미

(대법원 1985. 4. 23. 선고 85도281 판결)

**〈쟁점〉**

약식명령을 발부하고 그 정식재판 절차의 항소심 공판에는 관여하였으나 그 판결에는 관여하지 않은 경우, 제척·기피의 사유에 해당하는지 여부(소극)

**〈판례요지〉**

약식명령을 발부한 법관이 그 정식재판절차의 항소심판결에 관여함은 형사소송법 제17조 제7호, 제18조 제1항 제1호 소정의 법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사 심리에 관여한 때에 해당하여 제척, 기피의 원인이 됨은 과연 소론과 같으나 제척 또는 기피되는 재판은 불복이 신청된 당해 사건의 판결절차를 말하는 것이므로 이 사건 피고인에 대하여 약식명령을 발부한 서울형사지방법원 판사 ○○○는 그 정식재판절차의 항소심인 원심 제4차 공판에는 관여한 바 있으나 같은 판사는 원심 제5차 공판에서 경질되어 원심판결에는 관여하지 아니하였음이 기록상 명백한 이 사건에 있어서 전심재판에 관하여 법관이 불복이 신청된 당해 사건의 재판에 관여하였다고 할 수 없으므로 상고논지 또한 그 이유가 없다.

### 〈선정이유〉

약식명령을 발부한 법관이 그 정식재판 절차의 항소심 공판에 관여했어도 판결 선고 전에 경질된 것만으로는 '전심재판에 관여한 때'에 해당하지 아니한다는 취지의 판결이다.

## 13. 약식명령과 제척사유

(대법원 2002. 4. 12. 선고 2002도944 판결)

### 〈쟁점〉

약식명령을 발부한 법관이 정식재판절차의 제1심판결에 관여한 경우, 형사소송법 제17조 제7호 소정의 제척원인에 해당하는지 여부(소극)

### 〈판례요지〉

약식절차와 피고인 또는 검사의 정식재판청구에 의하여 개시된 제1심공판절차는 동일한 심급 내에서 서로 절차만 달리할 뿐이므로, 약식명령이 제1심공판절차의 전심재판에 해당하는 것은 아니고, 따라서 약식명령을 발부한 법관이 정식재판절차의 제1심판결에 관여하였다고 하여 형사소송법 제17조 제7호에 정한 '법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때'에 해당하여 제척의 원인이 된다고 볼 수는 없다.

### 〈선정이유〉

약식절차와 정식재판청구에 의하여 개시된 제1심공판절차는 동일한 심급이므로 약식명령은 제1심공판절차의 전심재판에 해당하지 않는다는 취지이다.

## 14. 증거보전과 제척사유

(대법원 1971. 7. 6. 선고 71도974 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제184조에 의한 증거보전절차에 의한 증인신문을 한 법관이 전심관여법관에 해당하는지 여부(소극)

### 〈판례요지〉

공소제기 전에 검사의 청구에 의하여 형사소송법 제184조에 의한 증인신문을 한 법관은 형사소송법 제17조 제7호에 이른바 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 법관이라고 할 수 없으므로, 이 사건에 있어서 형사소송법 제184조에 의한 검사의 증거보전신청에 의하여 증인을 신문한 판사가 원심법관으로 관여하였다 하여 제척원인 있는 법관이 원판결에 관여하였다고 할 수 없으므로, 논지는 이유 없다.

**〈선정이유〉**

수사상 증인신문을 한 법관은 형사소송법 제17조 제7호에 이른바 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 법관이라고 할 수 없다는 취지이다.

**15. 기피신청의 법리**

(대법원 2001. 3. 21. 자 2001모2 결정)

**〈쟁점〉**

간이기각과 형사소송법 제18조 제1항 제2호 소정의 ‘불공정한 재판을 할 염려가 있는 때’의 의미

**〈판례요지〉**

기피신청이 소송의 지연을 목적으로 함이 명백한 경우에는 그 신청 자체가 부적법한 것이므로 신청을 받은 법원 또는 법관은 이를 결정으로 기각할 수 있는 것이고, 소송지연을 목적으로 함이 명백한 기피신청인지의 여부는 기피신청인이 제출한 소명 방법만에 의하여 판단할 것은 아니고, 당해 법원에 현저한 사실이거나 당해 사건기록에 나타나 있는 제반 사정들을 종합하여 판단할 수 있다고 할 것이다. 기피원인에 관한 형사소송법 제18조 제1항 제2호 소정의 ‘불공정한 재판을 할 염려가 있는 때’라고 함은 당사자가 불공평한 재판이 될지도 모른다고 추측할 만한 주관적인 사정이 있는 때를 말하는 것이 아니라, 통상인의 판단으로서 법원과 사건과의 관계상 불공평한 재판을 할 것이라는 의혹을 갖는 것이 합리적이라고 인정할 만한 객관적인 사정이 있는 때를 말하는 것이다. 검사가 한 공소장변경허가신청이 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한 법원은 이를 허가하여야 함은 재항고이유에서 지적하는 바와 같으나, 그 동일성 여부에 대한 판단은 여전히 법원에 맡겨져 있을 뿐만 아니라, 원심법원이 검사의 피고인에 관한 공소장변경허가신청에 대하여 불허가 결정을 하였다고 하더라도 그러한 사유만으로 재판의 공평을 기대하기 어려운 객관적인 사정이 있다고 보기 어려우며, 기록을 살펴보아도 재판장이 피고인에 대하여 중한 죄의 유죄예단을 가지고 있다고 볼 만한 뚜렷한 자료도 없으므로 결국 원심결정에 재항고이유의 주장과 같은 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

**〈선정이유〉**

검사의 공소장변경허가신청에 대하여 기각결정을 한 경우 기피사유인 ‘불공정한 재판을 할 염려가 있는 때’에 해당하지 아니한다는 취지의 결정이다.

**16. 검사의 제척·기피**

(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011도12918 판결)

〈쟁점〉

범죄 피해자인 검사 또는 압수·수색영장의 집행에 참여한 검사가 관여한 수사의 적법 여부(적극)

〈판례요지〉

범죄의 피해자인 검사가 그 사건의 수사에 관여하거나, 압수·수색영장의 집행에 참여한 검사가 다시 수사에 관여하였다는 이유만으로 바로 그 수사가 위법하다거나 그에 따른 참고인이나 피의자의 진술에 임의성이 없다고 볼 수는 없다. 원심이 유지한 제1심은, 이 사건 압수·수색영장의 집행 과정에서 폭행 등의 피해를 당한 검사 등이 수사에 관여하였다는 이유만으로 그 검사 등이 작성한 참고인 진술조서 등의 증거능력이 부정될 수 없다고 판단하였다. 위 법리에 비추어 원심의 판단은 정당하고, 거기에 수사의 적법성이나 증거능력에 관한 법리오해 등의 위법이 있다 할 수 없다.

〈선정이유〉

피해를 당한 검사가 수사에 관여하였다는 이유만으로 그 검사에 대한 제척·기피가 인정되는 것은 아니라는 취지의 판결이다.

**17. 검사의 객관의무**

(대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 판결)

〈쟁점〉

검사에게 피고인의 정당한 이익을 옹호해야 할 의무가 있는지 여부(적극)

〈판례요지〉

검찰청법 제4조 제1항은 검사는 공익의 대표자로서 범죄수사·공소제기와 그 유지에 관한 사항 및 법원에 대한 법령의 정당한 적용의 청구 등의 직무와 권한을 가진다고 규정하고, 같은 조 제2항은 검사는 그 직무를 수행함에 있어 그 부여된 권한을 남용하여서는 아니된다고 규정하고 있을 뿐 아니라, 형사소송법 제424조는 검사는 피고인을 위하여 재심을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 검사는 피고인의 이익을 위하여 항소할 수 있다고 해석되므로 검사는 공익의 대표자로서 실제 적 진실에 입각한 국가 형벌권의 실현을 위하여 공소제기와 유지를 할 의무뿐만 아니라 그 과정에서 피고인의 정당한 이익을 옹호하여야 할 의무를 진다고 할 것이고, 따라서 검사가 수사 및 공판 과정에서 피고인에게 유리한 증거를 발견하게 되었다면 피고인의 이익을 위하여 이를 법원에 제출하여야 한다. 따라서 강도강간의 피해자가 제출한 팬티에 대한 국립과학수사연구소의 유전자검사결과 그 팬티에서 범인으로 지목되어 기소된 원고나 피해자의 남편과 다른 남자의 유전자형이 검출되었다는 감정결과를 검사가 공판과정에서 입수한 경우 그 감정서는 원고의 무죄를 입증할 수 있는 결정적인 증거에 해당하는데도 검사가 그 감정서를 법원에 제출하지 아니하고 은폐하였다면 검사의 그와 같은 행위는 위법하여 국가배상책임이 인정된다.

〈선정이유〉

검사는 피의자에게 불리한 사정 뿐만 아니라 유리한 사정도 조사해야 한다는 의무를 부담한다는

취지의 판결이다.

## 18. 성명모용과 피고인의 특정

(대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2554 판결)

### 〈쟁점〉

타인의 성명을 모용한 경우 공소제기의 효력이 미치는 인적 범위와 검사가 공소장의 피고인 표시를 정정함에 있어 공소장변경절차나 법원의 허가를 요하는지 여부(소극)

### 〈판례요지〉

형사소송법 제248조에 의하여 공소는 검사가 피고인으로 지정한 이외 다른 사람에게 그 효력이 미치지 아니하는 것이므로 공소제기의 효력은 검사가 피고인으로 지정한 자에 대하여만 미치는 것이고, 따라서 피의자가 다른 사람의 성명을 모용한 탓으로 공소장에 피모용자가 피고인으로 표시되었다 하더라도 이는 당사자의 표시상의 착오일 뿐이고 검사는 모용자에 대하여 공소를 제기한 것이므로, 모용자가 피고인이 되고 피모용자에게 공소의 효력이 미친다고 할 수는 없을 것이다. 그러므로 이와 같은 경우 검사는 공소장의 인적 사항의 기재를 정정하여 피고인의 표시를 바로 잡아야 하는 것인바, 이는 피고인의 표시상의 착오를 정정하는 것이지 공소장을 변경하는 것이 아니므로, 형사소송법 제298조에 따른 공소장변경의 절차를 밟을 필요는 없고 법원의 허가도 필요로 하지 아니한다고 할 것이다. 그러나 검사가 이와 같은 피고인의 표시를 정정하여 그 모용관계를 바로 잡지 아니한 경우에는 외형상 피모용자 명의로 공소가 제기된 것으로 되어 있고, 이는 공소제기의 방식이 형사소송법 제254조의 규정에 위반하여, 무효라 할 것이므로 법원은 공소기각의 판결을 선고하여야 할 것이다. 그리고 검사가 공소장의 피고인 표시를 정정하여 바로잡은 경우에는 처음부터 모용자에 대한 공소의 제기가 있었고 피모용자에 대한 공소의 제기가 있었던 것은 아니므로, 법원은 모용자에 대하여 심리하고 재판할 수 있는 것이지, 원칙적으로는 피모용자에 대하여 심판을 할 것이 아니다. 그러나 이와 같은 경우라도 피모용자가 약식명령에 대하여 정식재판의 청구를 하여 피모용자를 상대로 심리를 하는 과정에서 성명모용 사실이 발각되어 검사가 공소장을 정정하는 등 사실상의 소송계속이 발생하고 형식상 또는 외관상 피고인의 지위를 갖게 된 경우에는 법원으로서 는 피모용자에게 적법한 공소의 제기가 없었음을 밝혀 주는 의미에서 형사소송법 제327조 제2호를 유추적용하여 공소기각의 판결을 함으로써 피모용자의 불안정한 지위를 명확히 해소해 주어야 할 것이다. 돌이켜 이 사건에 관하여 보건대, 검사가 피고인을 피고인으로 표시하여 약식기소하였다고 하더라도 피고인은 성명을 모용당한 것에 지나지 아니하므로 그 공소제기의 효력은 피고인에게 미치지 아니하고, 모용자인 공소외인에게 미친다고 할 것이다. 그리고 이에 대하여 약식명령이 발하여지고 피고인이 이를 수령하여 정식재판을 청구하였다고 하여도 진정한 피고인에게는 아직 약식명령의 송달이 없었다고 할 것이고, 검사는 공소장에 기재된 피고인의 표시를 정정할 수 있고, 법원은 이에 따라 약식명령의 피고인 표시를 경정할 수 있으며, 본래의 약식명령정본과 함께 이 경정결정을 모용자인 공소외인에게 송달하면 이때에 그 약식명령은 적법한 송달이 있다고 볼 것이고, 이에 대하여 소정의 기간내에 정식재판의 청구가 없으면 이 약식명령은 확정된다고 볼 것이다.

### 〈선정이유〉

성명모용사건의 경우 공소제기의 효력은 모용자에게 미치고, 이 경우 검사는 공소장의 피고인 표시를 모용자로 정정하면 족하고, 공소장변경의 절차를 밟거나 법원의 허가를 받을 필요는 없다 취지의 판결이다.

## 19. 법인의 당사자능력

(대법원 1986. 10. 28. 선고 84도693 판결)

### 〈쟁점〉

소추되어 공판계속 중에 청산종결의 등기가 경료된 법인의 당사자능력

### 〈판례요지〉

법인은 그 청산종료의 등기가 경료되었다면 특단의 사정이 없는 한 법인격이 상실되어 법인의 당사자능력 및 권리능력이 상실되었다고 추정할 것이나 법인세체납 등으로 공소제기되어 그 피고사건의 공판계속 중에 그 법인의 청산결료의 등기가 경료되었다고 하더라도 동 사건이 종결되지 아니하는 동안 법인의 청산사무는 종료된 것이라 할 수 없고 형사소송법상 법인의 당사자능력도 그대로 존속한다.

### 〈선정이유〉

피고사건의 소송이 계속되고 있는 한 청산종료의 등기가 있더라도 그 법인의 형사소송법상 당사자능력은 그대로 존속하는 것으로 봐야 한다는 취지의 판결이다.

## 20. 진술거부권

(대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도5441 판결)

### 〈쟁점〉

헌법 제12조에서 진술거부권을 국민의 기본적 권리로 보장하고 있는 취지 및 진술거부권이 보장되는 절차에서 진술거부권을 고지받을 권리가 헌법 제12조 제2항에 의하여 바로 도출되는지 여부 (소극)

### 〈판례요지〉

헌법 제12조는 제1항에서 적법절차의 원칙을 선언하고 제2항에서 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.”고 규정하여 진술거부권을 국민의 기본적 권리로 보장하고 있다. 이는 형사책임과 관련하여 비인간적인 자백의 강요와 고문을 근절하고 인간의 존엄성과 가치를 보장하려는 데에 그 취지가 있다. 그러나 진술거부권이 보장되는 절차

에서 진술거부권을 고지받을 권리가 헌법 제12조 제2항에 의하여 바로 도출된다고 할 수는 없고, 이를 인정하기 위해서는 입법적 뒷받침이 필요하다. 구 공직선거법(2013. 8. 13. 법률 제12111호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 제272조의2에서 선거범죄 조사와 관련하여 선거관리위원회 위원·직원이 관계자에게 질문·조사를 할 수 있다고 규정하면서도 진술거부권의 고지에 관하여는 별도의 규정을 두지 않았고, 수사기관의 피의자에 대한 진술거부권 고지를 규정한 형사소송법 제244조의3 제1항이 구 공직선거법상 선거관리위원회 위원·직원의 조사절차에 당연히 유추적용된다고 볼 수도 없다. 한편, 2013. 8. 13. 법률 제12111호로 개정된 공직선거법은 제272조의2 제7항을 신설하여 선거관리위원회의 조사절차에서 피조사자에게 진술거부권을 고지하도록 하는 규정을 마련하였으나, 그 부칙 제1조는 “이 법은 공포한 날부터 시행한다.”고 규정하고 있어 그 시행 전에 이루어진 선거관리위원회의 조사절차에 대하여는 구 공직선거법이 적용된다. 결국, 구 공직선거법 시행 당시 선거관리위원회 위원·직원이 선거범죄 조사와 관련하여 관계자에게 질문을 하면서 미리 진술거부권을 고지하지 않았다고 하여 단지 그러한 이유만으로 그 조사절차가 위법하다거나 그 과정에서 작성·수집된 선거관리위원회 문답서의 증거능력이 당연히 부정된다고 할 수는 없다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 경기도선거관리위원회 직원인 공소외 2, 3 등이 구 공직선거법에 따라 공소외 1을 조사하면서 작성한 선거관리위원회 문답서의 증거능력을 다투는 피고인의 주장을 모두 배척하고 그 증거능력을 인정한 제1심의 판단을 그대로 유지하였는바, 이러한 원심의 판단은 앞서 본 법리에 따른 것일 뿐만 아니라, 기록에 의하더라도 경기도선거관리위원회 직원 등이 공소외 1로 하여금 피고인에게 선거운동의 대가로 금품을 요구하도록 교사하고 이 사건 공소사실에 부합하는 내용으로 허위 진술을 하도록 유도하거나, 공소외 1의 진술을 선별적으로 발췌하여 문답서에 기재하는 등으로 공소외 1에 대한 선거관리위원회 문답서를 조작 내지 왜곡하였다고 볼 아무런 자료를 찾아볼 수 없는 이상, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 위법수집증거의 증거능력에 관한 법리를 오해하거나 판단을 누락하는 등의 위법이 없다.

나아가 원심이, 공소외 1에 대한 선거관리위원회 문답서가 형사소송법 제312조 제3항에 규정된 서류에 해당한다는 전제에서 공소외 1과 공범관계에 있는 피고인이 그 내용을 부인한 이상 증거능력이 부정되어야 한다는 피고인의 주장을 배척하고, 형사소송법 제313조 제1항 본문에 따라 위 문답서의 증거능력을 인정할 수 있다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 선거관리위원회 문답서의 증거능력 인정요건에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다. 이와 관련된 상고이유 주장은 모두 받아들일 수 없다.

### 〈선정이유〉

진술거부권은 헌법상 기본권이지만 진술거부권을 고지받을 권리는 입법사안임을 밝힌 판결이다.

## 21. 진술거부권 행사와 양형상의 고려

(대법원 2001. 3. 9. 선고 2001도192 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송절차에서 피고인이 범죄사실에 대하여 진술을 거부하거나 거짓 진술을 하는 경우, 피고

인의 그러한 태도나 행위를 가중적 양형의 조건으로 참작할 수 있는지 여부(한정 적극)

### 〈판례요지〉

형법 제51조 제4호에서 양형의 조건의 하나로 정하고 있는 범행 후의 정황 가운데에는 형사소송절차에서의 피고인의 태도나 행위를 들 수 있는데, 모든 국민은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리가 보장되어 있으므로(헌법 제12조 제2항), 형사소송절차에서 피고인은 방어권에 기하여 범죄사실에 대하여 진술을 거부하거나 거짓 진술을 할 수 있고, 이 경우 범죄사실을 단순히 부인하고 있는 것이 죄를 반성하거나 후회하고 있지 않다는 인격적 비난요소로 보아 가중적 양형의 조건으로 삼는 것은 결과적으로 피고인에게 자백을 강요하는 것이 되어 허용될 수 없다고 할 것이나, 그러한 태도나 행위가 피고인에게 보장된 방어권 행사의 범위를 넘어 객관적이고 명백한 증거가 있음에도 진실의 발견을 적극적으로 숨기거나 법원을 오도하려는 시도에 기인한 경우에는 가중적 양형의 조건으로 참작될 수 있다고 할 것이다. 원심이 피고인 1이 시종 범행의 죄책을 회피하는 태도로 일관하는 등 반성하지 않는 점을 양형의 이유의 하나로 참작한 조치를 기록과 위 법리에 비추어 검토하여 보면 이는 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 헌법에서 보장된 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리를 침해한 위법이 있다고 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

피고인의 진술거부권 행사가 피고인에게 보장된 방어권 행사의 범위를 넘어 객관적이고 명백한 증거가 있음에도 진실의 발견을 적극적으로 숨기거나 법원을 오도하려는 시도에 기인한 경우에는 가중적 양형의 조건으로 참작될 수 있다는 취지의 판결이다.

## 22. 변호인선임의 효과

(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013도9605 판결)

### 〈쟁점〉

변호인선임신고서를 제출하지 아니한 변호인이 변호인 명의로 정식재판청구서만 제출하고 정식재판청구기간 경과 후에 비로소 변호인선임신고서를 제출한 경우, 위 정식재판청구서의 정식재판청구로서의 효력 유무(소극)

### 〈판례요지〉

변호인의 선임은 심급마다 변호인과 연명날인한 서면으로 제출하여야 하므로(형사소송법 제32조 제1항) 변호인 선임서를 제출하지 아니한 채 상고이유서만을 제출하고 상고이유서 제출기간이 경과한 후에 변호인 선임서를 제출하였다면 그 상고이유서는 적법·유효한 상고이유서가 될 수 없다. 이는 그 변호인이 원심 변호인으로서 원심법원에 상고장을 제출하였더라도 마찬가지이다. 기록에 의하면 피고인 2의 원심 변호인이던 변호사 공소의 4가 상고기간 내에 그 명의의 상고장을 제출하였는데, 또 다른 원심 변호인이던 법무법인 동인은 피고인 2 명의의 변호인 선임서를 제출하지 아

니한 채 상고이유서만을 제출하였고, 상고이유서 제출기간이 경과한 후에 비로소 피고인 2가 법무법인 동인과 연명날인한 변호인 선임서를 제출한 사실을 알 수 있으므로, 이를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면 피고인 2의 상고이유서는 권한이 있는 자에 의하여 제출된 서면이 아니어서 적법한 상고이유서가 되지 못한다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

변호인선임의 보정적 추완(새로운 소송행위를 통한 선행된 다른 소송행위의 하자의 치유)을 부정하는 취지의 결정이다.

## 23. 국선변호인의 선정사유

(대법원 2019. 9. 26. 선고 2019도8531 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제33조의 취지 및 국선변호인 선정사유로 형사소송법 제33조 제1항 제5호에서 정한 '피고인이 심신장애의 의심이 있는 때'의 의미

### 〈판례요지〉

형사소송법 제33조는 헌법 제12조에 의하여 피고인에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리가 공판심리절차에서 효과적으로 실현될 수 있도록 일정한 경우에 직권 또는 피고인의 청구에 의한 법원의 국선변호인 선정의무를 규정하는 한편(제1항, 제2항), 피고인의 연령·지능 및 교육 정도 등을 참작하여 권리 보호를 위하여 필요하다고 인정되는 때에도 피고인의 명시적 의사에 반하지 아니하는 범위 안에서 법원이 국선변호인을 선정하여야 한다고 규정하고 있다(제3항). 그리고 형사소송법 제282조는 제33조 제1항의 필요적 변호 사건과 제2항, 제3항에 따라 국선변호인이 선정된 사건에 관하여는 변호인 없이 개정하지 못한다고 규정하고 있다.

헌법상 변호인의 조력을 받을 권리와 형사소송법에 국선변호인 제도를 마련한 취지 등에 비추어 보면, 법원이 국선변호인을 반드시 선정해야 하는 사유로 형사소송법 제33조 제1항 제5호에서 정한 '피고인이 심신장애의 의심이 있는 때'란 진단서나 정신감정 등 객관적인 자료에 의하여 피고인의 심신장애 상태를 확신할 수 있거나 그러한 상태로 추단할 수 있는 근거가 있는 경우는 물론, 범행의 경위, 범행의 내용과 방법, 범행 전후 과정에서 보인 행동 등과 아울러 피고인의 연령·지능·교육 정도 등 소송기록과 소명자료에 드러난 제반 사정에 비추어 피고인의 의식상태나 사물에 대한 변별능력, 행위통제능력이 결여되거나 저하된 상태로 의심되어 피고인이 공판심리단계에서 효과적으로 방어권을 행사하지 못할 우려가 있다고 인정되는 경우를 포함한다.

제1심이 피고인에 대한 폭행, 상해, 재물손괴, 공연음란, 업무방해, 특수재물손괴의 각 공소사실을 모두 유죄로 인정하면서 일부 범행에 대해 심신미약 감경을 한 다음 벌금형을 선고하였고, 이에 대하여 검사만이 양형부당 등을 이유로 항소하였는데, 원심이 검사의 양형부당 주장을 받아들여 제1심판결을 파기하고 피고인에게 징역 10개월을 선고한 사안에서, 범행의 내용, 범행 전후에 나타난 피고인의 이상행동, 구속수감된 이후에도 계속된 피고인의 정신이상 증세, 정신과 전문의의 진단 결과와 약물 처방내역 등 제반 사정을 종합하면, 범행 당시 정신이상 증세로 인한 피고인의

심신장애 상태가 원심 공판심리단계에서도 계속되어 피고인이 공판심리단계에서 효과적으로 방어권을 행사하지 못할 우려가 있었을 가능성을 배제할 수 없고, 이는 형사소송법 제33조 제1항 제5호의 '심신장애의 의심이 있는 때'에 해당하여 형사소송법 제282조, 제33조 제1항 제5호에서 정한 필요적 변호 사건에 해당한다고 볼 여지가 충분할 뿐만 아니라, 같은 법 제33조 제3항에 따라 피고인의 명시적인 의사에 반하지 아니하는 범위 안에서 피고인의 권리 보호를 위해 직권으로 국선 변호인을 선정하여야 할 필요성도 있으므로, 원심이 변호인이 선임되지 않은 피고인에 대하여 국선 변호인을 선정하지 아니한 채 공판절차를 진행한 조치는 소송절차가 형사소송법에 어긋나 위법하고, 위와 같이 위법한 공판절차에서 이루어진 소송행위는 무효이다.

### 〈선정이유〉

국선변호인 선정사유로서 '피고인이 심신장애의 의심이 있는 때'의 의미를 제시한 판결이다.

## 24. 변호인의 변론권의 한계

(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도6027 판결)

### 〈쟁점〉

형사변호인이 의뢰인의 요청에 따른 변론행위라는 명목으로 수사기관이나 법원에 대하여 적극적으로 허위진술을 하거나 피고인 또는 피의자로 하여금 허위진술을 하도록 하는 것이 허용되는지 여부(소극)

### 〈판례요지〉

변호사는 공공성을 지닌 법률 전문직으로서 독립하여 자유롭게 그 직무를 수행하여야 하고(변호사법 제2조), 그 직무를 수행함에 있어 진실을 은폐하거나 거짓 진술을 하여서는 아니 된다(같은 법 제24조 제2항). 따라서 형사변호인의 기본적인 임무가 피고인 또는 피의자를 보호하고 그의 이익을 대변하는 것이라고 하더라도, 그러한 이익은 법적으로 보호받을 가치가 있는 정당한 이익으로 제한되고, 변호인이 의뢰인의 요청에 따른 변론행위라는 명목으로 수사기관이나 법원에 대하여 적극적으로 허위의 진술을 하거나 피고인 또는 피의자로 하여금 허위진술을 하도록 하는 것은 허용되지 않는다. 원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 뒤, 피고인 2는 변호인으로서 단순히 원심 공동피고인 2의 이익을 위한 적절한 변론과 그에 필요한 활동을 하는 데 그치지 아니하고, 원심 공동피고인 2와 피고인 1 사이에 부정한 거래가 진행 중이며, 원심 공동피고인 2 사건의 수임과 변론이 그 거래의 향배와 불가결한 관련이 있을 것임을 분명히 인식하고도 피고인 1로부터 원심 공동피고인 2 사건을 수임하고, 그들 사이의 합의가 성사되도록 도왔으며, 스스로 합의금의 일부를 예치하는 방안까지 용인하고 합의서를 작성하는 등으로 피고인 1과 원심 공동피고인 2 사이의 거래관계에 깊숙이 관여하였으므로, 이러한 행위를 정당한 변론권의 범위 내에 속한다고 평가할 수는 없다고 판단하였다. 그리고 나아가 변호인의 비밀유지의무는 변호인이 업무상 알게 된 비밀을 다른 곳에 누설하지 않을 소극적 의무를 말하는 것일 뿐, 이 사건과 같이 진범을 은폐하는 허위자백을 적극적으로 유지하게 한 행위가 변호인의 비밀유지의무에 의하여 정당화될 수는 없다고 판단하였다. 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 모

두 정당한 것으로 수궁할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 변호사의 비밀유지의무 및 변론권에 관한 법리오해 등의 위법은 없다.

### 〈선정이유〉

형사변호인이 변론행위라는 명목으로 적극적으로 허위진술을 하거나 피고인 또는 피의자로 하여금 허위진술을 하도록 하는 것은 변론권의 한계를 벗어난다는 취지의 판결이다.

## 25. 변호인의 진실의무

(대법원 2007. 1. 31. 자 2006모656 결정)

### 〈쟁점〉

변호사의 진실의무와 피의자 또는 피고인의 진술거부권행사 권유와의 관계

### 〈판례요지〉

형사소송법은 제89조에서 “구속된 피고인은 법률의 범위 내에서 타인과 접견할 수 있다.”고 규정하고, 제209조에 의하여 이를 체포 또는 구속된 피의자에 관하여도 준용하는 외에, 제34조에서 “변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이러한 형사소송법의 규정들은, 헌법 제12조 제4항 본문이 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하여 체포 또는 구속을 당한 사람이 변호인의 조력을 받을 권리를 기본적 인권의 하나로 보장한 취지를 실현하기 위하여 피의자 등의 헌법상 기본권을 구체화함과 동시에 변호인 또는 변호인이 되려는 자에게 피의자 등과 자유롭게 접견교통을 할 수 있는 법률상 권리를 인정한 것으로 보아야 할 것인데, 종래 변호인의 접견교통권을 직접적으로 제한하는 규정을 따로 두고 있지 아니하므로, 수사기관의 일방적인 처분 등을 통하여 함부로 변호인의 접견교통권을 제한할 수는 없다. 그러나 형사소송법상 체포 또는 구속은 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자 또는 피고인의 도망이나 증거인멸을 방지하고 출석을 보장하기 위해 이루어지는 것이므로(제70조, 제200조의2, 제201조), 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자에 대한 변호인의 접견교통권은 위와 같은 신체구속 제도의 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사되어야 하고, 이러한 한계를 일탈하는 접견교통권의 행사는 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니하여 허용될 수 없는 것으로 보아야 할 것이다. 다만, 신체구속을 당한 사람에 대한 변호인의 접견교통권은 헌법상 기본권의 하나로 보장되고 있는 신체구속을 당한 사람이 변호인의 조력을 받을 권리와 표리관계에 있는 것이므로 그 접견교통권의 행사가 위와 같은 한계를 일탈한 것이라고 인정함에 있어서는 신체구속을 당한 사람의 헌법상의 기본적 권리로서의 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적인 내용이 침해되는 일이 없도록 신중을 기하여야 한다. 한편, 변호사인 변호인에게는 변호사법이 정하는 바에 따라서 이른바 진실의무가 인정되는 것이지만, 변호인이 신체구속을 당한 사람에게 법률적 조언을 하는 것은 그 권리이자 의무이므로 변호인이 적극적으로 피고인 또는 피의자로 하여금 허위진술을 하도록 하는 것이 아니라 단순히 헌법상 권리인 진술거부권이 있음을 알려 주고 그 행사를 권고하는 것을 가리켜 변호사로서의 진실의무에 위배되는 것이라고는 할 수 없다. 나아가, 신체구속을 당

한 피의자 또는 피고인이 범한 것으로 의심받고 있는 범죄행위에 해당 변호인이 관련되어 있다는 등의 사유에 기하여 그 변호인의 변호활동을 광범위하게 규제하는 변호인의 제척과 같은 제도를 두고 있지 아니한 우리 법제 아래에서는, 변호인의 접견교통의 상대방인 신체구속을 당한 사람이 그 변호인을 자신의 범죄행위에 공범으로 가담시키려고 하였다는 등의 사정만으로 그 변호인의 신체구속을 당한 사람과의 접견교통을 금지하는 것이 정당화될 수는 없다. 이러한 법리는 신체구속을 당한 사람의 변호인이 1명이 아니라 여러 명이라고 하여 달라질 수 없고, 어느 변호인의 접견교통권의 행사가 그 한계를 일탈한 것인지의 여부는 해당 변호인을 기준으로 하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다.

### 〈선정이유〉

변호인의 진실의무를 구체적으로 다룬 결정이다.

## 26. 변호인이 되려는 자의 접견교통권

(헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2015헌마1204 결정)

### 〈쟁점〉

‘변호인이 되려는 자’의 피의자 접견교통권이 헌법상 기본권인지 여부(적극)

### 〈판례요지〉

헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 규정하여 무죄추정의 원칙을 선언하고 있는데, 이 무죄추정의 원칙은 불리한 처지에 놓인 피의자 등의 지위를 보호하여 형사절차에서 그들의 불이익을 필요한 최소한에 그치게 하자는 것으로서 인간의 존엄성 존중을 궁극의 목표로 하고 있는 헌법이념에서 나온 것이다. 구속은 피의자 등에 대하여 특히 부득이한 사유가 있을 때에만 인정되는 제도이나, 단순히 수사나 재판의 편의만을 위하여 수사기관이나 재판기관에 의하여 구속제도가 남용되기 쉬우며 구속된 상태에서는 헌법 제12조 제2항에 규정하고 있는 진술거부권도 효과적으로 보장되지 않을 수 있다. 따라서 무죄추정을 받고 있는 피의자 등에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 피해를 제거하고 구속이 그 본래의 목적에서 벗어나 부당하게 이용되지 않도록 보장하기 위하여 헌법 제12조 제4항 본문은 위와 같이 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있는 것이다. 위와 같이 구속된 피의자 등의 변호인 조력을 받을 권리를 헌법상 기본권으로 인정하는 이유 및 그 필요성은 체포된 피의자 등의 경우에도 마찬가지이다.

헌법 제12조 제4항 본문은 체포 또는 구속을 당한 때에 “즉시” 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 규정함으로써 변호인이 선임되기 이전에도 피의자 등에게 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 분명히 하고 있다. 이와 같이 아직 변호인을 선임하지 않은 피의자 등의 변호인 조력을 받을 권리는 변호인 선임을 통하여 구체화되는데, 피의자 등의 변호인선임권은 변호인의 조력을 받을 권리의 출발점이자 가장 기초적인 구성부분으로서 법률로써도 제한할 수 없는 권리이다. 따라서 변호인 선임을 위하여 피의자 등이 가지는 ‘변호인이 되려는 자’와의 접견교통권 역시 헌법상 기본권으로 보호되어야 한다.

피의자 등이 변호인을 선임하기 위해서는 피의자 등과 '변호인이 되려는 자' 사이에 신뢰관계가 형성되어야 하고, 이를 위해서는 '변호인이 되려는 자'와의 접견교통을 통하여 충분한 상담이 이루어져야 한다. 이와 같이 '변호인이 되려는 자'의 접견교통권은 피의자 등이 변호인을 선임하여 그로부터 조력을 받을 권리를 공고히 하기 위한 것으로서, 그것이 보장되지 않으면 피의자 등이 변호인 선임을 통하여 변호인으로부터 충분한 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 될 수밖에 없다. 따라서 '변호인이 되려는 자'의 접견교통권은 피의자 등을 조력하기 위한 핵심적인 부분으로서, 피의자 등이 가지는 헌법상의 기본권인 '변호인이 되려는 자'와의 접견교통권과 표리의 관계에 있다고 할 것이다.

따라서 '변호인이 되려는 자'의 접견교통권은 피의자 등을 조력하기 위한 핵심적인 권리로서, 피의자 등이 가지는 '변호인이 되려는 자'의 조력을 받을 권리가 실질적으로 확보되기 위하여 이 역시 헌법상 기본권으로서 보장되어야 한다.

### 〈선정이유〉

'변호인이 되려는 자'의 피의자 접견교통권이 형사소송법상 인정된 권리를 뛰어넘어 헌법상 기본권이라는 취지의 결정이다.

## 27. 접견교통권침해와 증거능력

(대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1586 판결)

### 〈쟁점〉

위법한 변호인접견불허 기간 중에 작성된 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력 유무(소극)

### 〈판례요지〉

헌법 제12조 제4항은 신체자유에 관한 기본권의 하나로 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 명시하고 있고, 이에 따라 형사소송법 제30조 및 제34조는 피고인 또는 피의자는 변호인을 선임할 수 있는 권리와 신체구속을 당한 경우에 변호인 또는 변호인이 되려는 자와 접견교통할 수 있는 권리가 있음을 규정하고 있다. 이와 같은 변호인과의 접견교통권은 헌법상 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 중핵을 이루는 것으로서 변호인과의 접견교통이 위법하게 제한된 상태에서는 실질적인 변호인의 조력을 기대할 수 없으므로 위와 같은 변호인의 접견교통권제한은 헌법이 보장한 기본권을 침해하는 것으로서 그러한 위법한 상태에서 얻어진 피의자의 자백은 그 증거능력을 부인하여 유죄의 증거에서 배제하여야 하며, 이러한 위법증거의 배제는 실질적이고 완전하게 증거에서 제외함을 뜻하는 것이다. 원심이 적법하게 확정사실에 의하면 피고인은 1989.8.3. 구속되어 국가안전기획부에서 조사를 받던 중 그달 12. 피고인의 변호인의 접견신청을 하였으나 불허되자 이에 대한 준항고를 제기 중에 그달 22.23:00경 검찰로 송치되었고, 검사는 당일 24:00경부터 피고인을 신문하여 제1회 피의자신문조서를 작성하였으며, 그후 이틀뒤인 그달 24. 위 준항고절차에서 위 접견불허처분이 취소되어 그날 접견이 허용됨으로써 변호인이 약 48분간 피고인과 접견하였다는 것이다. 위와 같은 사실관계에 비추어 보면 검사의 피고인에 대한 위 제1회 피의자신문은 변호인의 접견교통을 금지한 위법상태가 계속된 상황에서 시행

된 것으로 보아야 할 것이므로, 위와 같은 취지에서 위 피의자신문조서의 증거능력을 부인한 원심 판단은 정당하고 소론과 같이 변호인의 접견과 증거능력에 관한법리를 오해한 위법이 없으므로 이 점 논지는 이유없다. 또 원심은 위 피의자신문조서에 대하여 그 임의성을 판단하기에 앞서 변호인과의 접견교통이 위법하게 제한된 상태에서 작성된 것을 이유로 그 증거능력을 부인한 취지임이 명백하므로 임의성의 법리오해를 주장하는 소론 부분도 이유없다.

### 〈선정이유〉

위법한 변호인접견불허 기간 중에 작성된 수사기관 작성의 피의자신문조서가 증거능력을 가지지 못한다는 취지의 판결이다.

## 28. 변호인의 피의자신문참여권

(대법원 2020. 3. 17. 자 2015모2357 결정)

### 〈쟁점〉

검사 또는 사법경찰관이 단지 변호인이 피의자신문 중에 부당한 신문방법에 대한 이의제기를 하였다는 이유만으로 변호인을 조사실에서 퇴거시키는 조치가 정당한 사유 없이 변호인의 피의자신문 참여권을 제한하는 것인지 여부(적극) 및 그 허용 여부(소극)

### 〈판례요지〉

형사소송법 제198조에 의하면, 피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 하고(제1항), 검사는 피의자의 인권을 존중하여야 한다(제2항). 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(이하 '형집행법'이라 한다)에 의하면, 수용자의 인권은 최대한 존중되어야 하고(제4조), 미결수용자는 무죄의 추정을 받으며 그에 합당한 처우를 받아야 하며(제79조), 교도관은 '이송·출정, 그 밖에 교정시설 밖의 장소로 수용자를 호송하는 때', 수용자가 '도주·자살·자해 또는 다른 사람에 대한 위해의 우려가 큰 때', '위력으로 교도관 등의 정당한 직무집행을 방해하는 때', '교정시설의 설비·기구 등을 손괴하거나 그 밖에 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 큰 때' 중 어느 하나에 해당하는 경우에만 보호장비를 사용할 수 있고(제97조 제1항), 그 경우에도 교도관은 필요한 최소한의 범위에서 보호장비를 사용하여야 하며, 그 사유가 소멸하면 사용을 지체 없이 중단하여야 한다(제99조 제1항). 인간의 존엄성 존중을 궁극의 목표로 하고 있는 우리 헌법이 제27조 제4항에서 무죄추정의 원칙을 선언하고, 제12조에서 신체의 자유와 적법절차의 보장을 강조하고 있음을 염두에 두고 앞서 본 규정들의 내용과 취지를 종합하여 보면, 검사가 조사실에서 피의자를 신문할 때 피의자가 신체적으로나 심리적으로 위축되지 않은 상태에서 자기의 방어권을 충분히 행사할 수 있도록 피의자에게 보호장비를 사용하지 말아야 하는 것이 원칙이고, 다만 도주, 자해, 다른 사람에 대한 위해 등 형집행법 제97조 제1항 각호에 규정된 위험이 분명하고 구체적으로 드러나는 경우에만 예외적으로 보호장비를 사용하여야 한다. 따라서 구금된 피의자는 형집행법 제97조 제1항 각호에 규정된 사유에 해당하지 않는 이상 보호장비 착용을 강제당하지 않을 권리를 가진다. 검사는 조사실에서 피의자를 신문할 때 해당 피의자에게 그러한 특별한 사정이 없는 이상 교도관에게 보호장비의 해제를 요청할 의무가 있고, 교도관은 이에 응하여야 한다.

형사소송법 제417조는 검사 또는 사법경찰관의 '구금에 관한 처분'에 불복이 있으면 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 검사 또는 사법경찰관이 보호장비 사용을 정당화할 예외적 사정이 존재하지 않음에도 구금된 피의자에 대한 교도관의 보호장비 사용을 용인한 채 그 해제를 요청하지 않는 경우에, 검사 및 사법경찰관의 이러한 조치를 형사소송법 제417조에서 정한 '구금에 관한 처분'으로 보지 않는다면 구금된 피의자로서는 이에 대하여 불복하여 침해된 권리를 구제받을 방법이 없게 된다. 따라서 검사 또는 사법경찰관이 구금된 피의자를 신문할 때 피의자 또는 변호인으로부터 보호장비를 해제해 달라는 요구를 받고도 거부한 조치는 형사소송법 제417조에서 정한 '구금에 관한 처분'에 해당한다고 보아야 한다.

형사소송법 제243조의2 제1항은 검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 변호인 등이 신청할 경우 정당한 사유가 없는 한 변호인을 피의자신문에 참여하게 하여야 한다고 규정하고 있다. 여기에서 '정당한 사유'란 변호인이 피의자신문을 방해하거나 수사기밀을 누설할 염려가 있음이 객관적으로 명백한 경우 등을 말한다. 형사소송법 제243조의2 제3항 단서는 피의자신문에 참여한 변호인은 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있다고 규정하고 있으므로, 검사 또는 사법경찰관의 부당한 신문방법에 대한 이의제기는 고성, 폭언 등 그 방식이 부적절하거나 또는 합리적 근거 없이 반복적으로 이루어지는 등의 특별한 사정이 없는 한, 원칙적으로 변호인에게 인정된 권리의 행사에 해당하며, 신문을 방해하는 행위로는 볼 수 없다. 따라서 검사 또는 사법경찰관이 그러한 특별한 사정 없이, 단지 변호인이 피의자신문 중에 부당한 신문방법에 대한 이의제기를 하였다는 이유만으로 변호인을 조사실에서 퇴거시키는 조치는 정당한 사유 없이 변호인의 피의자신문 참여권을 제한하는 것으로서 허용될 수 없다.

### 〈선정이유〉

변호인이 피의자신문 중에 부당한 신문방법에 대한 이의제기를 하였다는 이유로 수사기관이 변호인을 조사실에서 퇴거시키는 조치는 위법하다는 취지의 판결이다.

## 29. 변호인의 피의자신문참여권 침해와 증거능력

(대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결)

### 〈쟁점〉

피의자가 변호인 참여를 원하는 의사를 표시하였는데도 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하게 하지 아니한 채 피의자를 신문하여 작성한 피의자신문조서의 증거능력 유무(소극)

### 〈판례요지〉

헌법 제12조 제1항에 의하면 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니하고, 같은 조 제4항 본문에 의하면 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 한편 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정된 형사소송법 제243조의2 제1항은 "검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다."고 규정하고 있다. 형사소송법 제243조의2 제1항은

피의자신문에 있어 수사기관과 피의자 사이의 당사자 대등을 확보함으로써 헌법상 적법절차의 원칙과 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 것이므로 그 절차는 엄격히 준수되어야 할 것이다. 위와 같은 헌법, 형사소송법의 규정 및 그 입법 목적 등에 비추어 보면, 피의자가 변호인의 참여를 원한다는 의사를 명백하게 표시하였음에도 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하게 하지 아니한 채 피의자를 신문하여 작성한 피의자신문조서는 형사소송법 제312조에 정한 ‘적법한 절차와 방식’에 위반된 증거일 뿐만 아니라, 형사소송법 제308조의2에서 정한 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거”에 해당하므로 이를 증거로 할 수 없다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

피의자가 변호인 참여를 원하는 의사를 표시하였는데도 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하게 하지 아니한 채 피의자를 신문하여 작성한 피의자신문조서는 위법수집증거로서 증거능력이 없다는 취지의 판결이다.

## II. 소송행위

### 30. 착오에 의한 절차형성적 소송행위와 무효

(대법원 1995. 8. 17. 자 95모49 결정)

#### 〈쟁점〉

절차형성적 소송행위가 착오로 인하여 행하여진 경우, 그 행위가 무효로 되기 위한 요건

#### 〈판례요지〉

원심은, 재항고인이 1995.5.3. 대구지방법원 94고단5104 간통 피고사건으로 징역 10월의 형을 선고받고 항소하면서 안경을 쓰지 않아 글을 알아 보기가 불가능한 상황에서 담당교도관이 항소장 용지 대신에 상소권포기서 용지를 잘못 내어 주는 바람에 이를 항소장 용지로 알고 항소장에 서명 무인하는 의사로 이에 서명무인한 것이고, 따라서 재항고인의 진의에 의하지 않은 위 항소포기행위는 무효이므로 그 후에 제기된 변호인의 항소는 적법한 것이라 할 것인데도 이를 기각한 제1심결정은 위법하다는 취지의 재항고인의 즉시항고에 대하여, 항소포기와 같은 절차형성적 소송행위가 착오로 인하여 행하여진 경우 그 행위가 무효로 되기 위하여는 그 착오가 행위자 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 발생하였을 것이 요구되는 것인바, 변호인의 주장 자체에 의하더라도 교도관이 내어 주는 상소권포기서를 항소장으로 잘못 믿은 나머지 이를 확인하여 보지도 않고 서명무인하였다는 점에 있어서는 재항고인에게 과실이 없다고 보기는 어렵고, 따라서 재항고인의 항소포기는 유효하다 할 것이므로 그 후에 제기된 변호인의 항소가 항소권소멸 후인 것이 명백하다 하여 이를 기각한 제1심결정은 정당하다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 옳고, 달리 원심결정에 헌법, 법률, 명령 또는 규칙의 위반이 있음을 찾아볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

절차형성적 소송행위가 착오로 인하여 행하여진 경우 그 행위가 무효로 되기 위한 엄격한 요건을 제시하는 판결이다.

## 31. 소송행위의 가치판단

(대법원 1995. 8. 17. 자 95모49 결정)

### 〈쟁점〉

소송행위의 성립·불성립과 유효·무효, 무효의 치유

### 〈판례요지〉

소송행위가 성립하기 위하여는 소송행위에 요구되는 소송법상의 정형을 충족하기 위한 본질적 개념요소를 구비하여야 할 것이고, 공소제기는 법원에 대하여 특정한 형사사건의 심판을 요구하는 검사의 법률행위적 소송행위로서 형사소송법 제254조 제1항은 공소를 제기함에는 공소장을 관할법원에 제출하여야 하도록 규정하고, 같은 조 제3항은 위 공소장에는 피고인의 성명 기타 피고인을 특정할 수 있는 사항, 죄명, 공소사실, 적용법조 등 일정한 사항을 기재하도록 하고 있는바, 형사소송법이 공소의 제기에 관하여 위와 같은 서면주의와 엄격한 요식행위를 채용한 것은 공소의 제기에 의해서 법원의 심판이 개시되므로, 심판을 구하는 대상(공소사실 및 피고인)을 명확하게 하고 피고인의 방어권을 보장하기 위한 것이라 할 것이어서 검사에 의한 공소장의 제출은 공소제기라는 소송행위가 성립하기 위한 본질적 요소라고 보아야 할 것이므로, 이러한 공소장의 제출이 없는 경우에는 소송행위로서의 공소제기가 성립되었다고 할 수 없다.

법원이 경찰서장의 즉결심판 청구를 기각하여 경찰서장이 사건을 관할 지방검찰청으로 송치하였으나 검사가 이를 즉결심판에 대한 피고인의 정식재판청구가 있는 사건으로 오인하여 그 사건기록을 법원에 송부한 경우, 공소제기의 본질적 요소라고 할 수 있는 검사에 의한 공소장의 제출이 없는 이상 기록을 법원에 송부한 사실만으로 공소제기가 성립되었다고 볼 수 없다.

소송행위로서 요구되는 본질적인 개념요소가 결여되어 소송행위로 성립되지 아니한 경우에는 소송행위가 성립되었으나 무효인 경우와는 달리 하자의 치유문제는 발생하지 않으나, 추후 당해 소송행위가 적법하게 이루어진 경우에는 그 때부터 위 소송행위가 성립된 것으로 볼 수 있다.

원래 공소제기가 없었음에도 피고인의 소환이 이루어지는 등 사실상의 소송계속이 발생한 상태에서 검사가 약식명령을 청구하는 공소장을 제1심법원에 제출하고, 위 공소장에 기하여 공판절차를 진행한 경우 제1심법원으로서는 이에 기하여 유효·무죄의 실제판단을 하여야 한다.

### 〈선정이유〉

소송행위의 성립/불성립, 소송행위의 유효/무효와 관련한 가치판단 문제를 다룬 원칙적 결정이다.

## 32. 소송행위 하자의 치유(1)

(대법원 2011. 5. 13. 선고 2011도2233 판결)

### 〈쟁점〉

친고죄로 기소된 후 고소 취소되더라도 제1심이나 항소심에서 당초 기소된 공소사실과 동일성이 인정되는 범위 내에서 다른 공소사실로 공소장을 변경할 수 있는지 여부(적극) 및 반의사불벌죄의 경우에도 동일한 법리가 적용되는지 여부(적극)

### 〈판례요지〉

친고죄에서 피해자의 고소가 없거나 고소가 취소되었음에도 친고죄로 기소되었다가 그 후 당초에 기소된 공소사실과 동일성이 인정되는 비친고죄로 공소장변경이 허용된 경우 그 공소제기의 흠은 치유되고, 친고죄로 기소된 후에 피해자의 고소가 취소되더라도 제1심이나 항소심에서 당초에 기소된 공소사실과 동일성이 인정되는 범위 내에서 다른 공소사실로 공소장을 변경할 수 있으며 이러한 경우 변경된 공소사실에 대하여 심리·판단하여야 하는데, 이는 반의사불벌죄에서 피해자의 ‘처벌을 희망하지 아니하는 의사표시’ 또는 ‘처벌을 희망하는 의사표시의 철회’가 있는 경우에도 마찬가지로 보아야 한다.

기록에 의하면, 이 사건 공소사실 중 피해자공소외인에 대한 상해의 점은 당초에 공소장에 죄명은 상해로, 적용법조는 형법 제257조 제1항으로 기재되어 있었으나 공소사실은 폭행으로 기재되어 있었던 사실, 위 피해자가 제1심에 피고인의 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 하였으나 제1심은 공소장에 기재된 적용법조와 공소사실을 그대로 원용하여 유죄판결을 선고한 사실, 그 후 피고인의 항소로 진행된 원심에서 검사가 위 공소사실을 상해로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하여 원심이 이를 허가한 후 위 변경된 공소사실에 관하여 심리·판단한 사실을 알 수 있다.

피해자가 1심에서 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 하였음에도 원심이 변경된 공소사실인 상해의 점에 대하여 심리·판단하여 이를 유죄로 인정한 것은 앞서 본 법리에 따른 것으로서 정당하고, 거기에 형사소송법 제327조 제6호에 관한 법리오해 등의 위법은 없다.

### 〈선정이유〉

친고죄로 기소된 후 고소 취소되어도 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 친고죄나 반의사불벌죄가 아닌 일반범죄로 공소장변경이 된 경우 공소기각판결을 할 수 없고 변경된 공소사실에 대하여 실체재판을 해야 한다는 판결이다.

## 33. 소송행위 하자의 치유(2)

(대법원 1974. 1. 15. 선고 73도2967 판결)

### 〈쟁점〉

법정외에서의 증인신문의 시일과 장소를 피고인에게 통지함이 없이 증인등 신문을 한 경우 그 신문조서를 공판기일에 고지함으로써 책문권의 포기로서 그 하자가 치유된 예

### 〈판례요지〉

기록에 의하면 1973.5.4. 15:00 증거조사 기일통지서 1통을 피고인의 변호인에게 1973.4.26 교부한 사실(기록 67장)이 명백하므로 소론의 증인신문을 함에 있어서 법원이 변호인의 참여권과 신문권을 박탈한 것이라고는 말할 수 없고, 다만 피고인에게 제1심이 위 증인신문의 시일과 장소를 미리 통지함이 없이 위 증인들의 신문을 시행하였음은 소론과 같이 위법하다 할 것이나 제1심 제5차 1973.5.15 공판조서에 의하면 동 증인 등 신문결과를 동 증인등신문조서에 의하여 소송관계인에게 고지하였던바, 피고인이나 변호인이 이의를 하지 않았음이 뚜렷하므로 위의 하자는 책문권의 포기로 치유되었다 할 것이고 이를 원심이 증거로 채택하였다 하여 원판결 결과에 하등 영향이 없다 할 것이므로 논지는 이유없다.

### 〈선정이유〉

소송의 진행에 따라서 기존 소송행위의 하자가 치유되는 예로서 법정 외에서의 증인신문의 시일과 장소를 피고인에게 통지함이 없이 증인등 신문을 한 경우 그 신문조서를 공판기일에 고지함으로써 책문권의 포기로 그 하자가 치유된다고 판시한 판결이다.

## 34. 소송행위 하자의 치유(3)

(대법원 2001. 12. 27. 선고 2001도5810 판결)

### 〈쟁점〉

항소이유서 부분이 상대방에게 송달되지 아니한 채 진행된 항소심 공판절차의 적법 여부(한정 적극)

### 〈판례요지〉

형사소송법 제361조의3 제1항 내지 제4항은 항소한 소송관계인의 상대방으로 하여금 방어를 준비할 기회를 주기 위한 것이므로 상대방이 항소이유서의 부분을 송달 받지 못하여 방어를 준비할 기회를 갖지 못하였다 하더라도 항소한 소송관계인 본인이 이를 닦할 수 없다 할 것인바, 항소인이 제출한 항소이유서 부분이 상대방에게 송달되지 아니하였고 이로 인하여 상대방이 답변서를 제출할 기회를 갖지 못하였으나 상대방이 항소심 공판기일에 출석하여 항소이유서 부분의 불송달과 이로 인한 답변서를 제출하지 못한 점에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않은 채 항소인이 항소이유서를 진술하고 상대방이 이에 대하여 항소가 이유 없다는 취지의 답변을 한 다음 쌍방이 이에 기하여 변론을 하는 등으로 항소심 공판절차의 진행에 협조하였다면 항소인이 항소이유서 부분이 송달되지 아니하였음을 비난할 수 없다.

### 〈선정이유〉

항소이유서 부분 등의 송달은 상대방으로 하여금 방어를 준비할 기회를 주기 위한 것이므로 항소이유서 부분 등이 상대방에게 송달되지 않았고 이로 인해 상대방이 답변서를 제출할 기회를 가지지 못하였더라도 이에 대해 상대방이 아무런 이의를 제기하지 않았다면 그 하자는 치유된다는

취지의 판결이다.

### 35. 소송행위 하자의 치유(4)

(대법원 2012. 9. 27. 선고 2010도17052 판결)

#### 〈쟁점〉

검사의 기명날인 또는 서명이 누락된 공소장이 관할법원에 제출된 경우, 공소제기의 효력(=원칙적 무효) 및 이때 검사가 공소장에 기명날인 또는 서명을 추완한 경우, 공소제기의 효력(=유효)

#### 〈판례요지〉

형사소송법 제254조 제1항은 “공소를 제기함에는 공소장을 관할법원에 제출하여야 한다”고 정한다. 한편 형사소송법 제57조 제1항은 “공무원이 작성하는 서류에는 법률에 다른 규정이 없는 때에는 작성 연월일과 소속공무소를 기재하고 기명날인 또는 서명하여야 한다”고 정하고 있다. 여기서 ‘공무원이 작성하는 서류’에는 검사가 작성하는 공소장이 포함되므로, 검사의 기명날인 또는 서명이 없는 상태로 관할법원에 제출된 공소장은 형사소송법 제57조 제1항에 위반된 서류라 할 것이다. 그리고 이와 같이 법률이 정한 형식을 갖추지 못한 공소장 제출에 의한 공소의 제기는 특별한 사정이 없는 한 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때( 형사소송법 제327조 제2호)에 해당한다. 다만 이 경우 공소를 제기한 검사가 공소장에 기명날인 또는 서명을 추완하는 등의 방법에 의하여 공소의 제기가 유효하게 될 수 있다. 이 사건 제1심법원에 제출된 공소장에는 그 하단에 부동문자로 ‘검사’라는 기재가 있을 뿐이고 그 공소장에 형사소송법 제57조 제1항이 요구하는 검사의 기명날인 또는 서명이 되어 있지 아니한 사실을 알 수 있다. 그럼에도 제1심법원은 이러한 공소제기절차의 하자를 간과한 채 피고인에게 공소장 부분을 송달하고 공판기일에서 피고사건에 대하여 심리한 뒤 무죄판결을 선고하였고, 원심 또한 위와 같은 제1심판결의 위법을 시정하는 조치를 하지 아니하고 검사의 항소를 기각하는 판결을 선고하였다. 앞서 본 법리에 의하면, 이러한 원심의 판단에는 검사의 기명날인 또는 서명이 누락된 공소장 제출에 의한 공소제기의 효력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

#### 〈선정이유〉

검사의 기명날인 또는 서명이 없는 공소장이 관할법원에 제출된 경우 공소제기가 원칙적으로 무효이지만 추완에 의하여 유효하게 될 수 있다는 취지의 판결이다.

### 36. 소송행위 하자의 치유(5)

(대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11813 판결)

#### 〈쟁점〉

공소제기에 현저한 방식 위반이 있는 경우 공소제기의 효력(무효) 및 그러한 절차위배의 공소제

기에 대하여 피고인 등이 이의 없이 변론에 응한 경우 그 하자가 치유되는지 여부(소극)

### 〈판례요지〉

공소의 제기는 법원에 대하여 특정한 형사사건의 심판을 요구하는 검사의 법률행위적 소송행위로서 형사소송법(이하 ‘법’이라고 한다) 제254조 제1항은 공소를 제기함에는 공소장을 관할법원에 제출하여야 한다고 규정하고, 같은 조 제3항은 위 공소장에는 피고인의 성명 기타 피고인을 특정할 수 있는 사항, 죄명, 공소사실, 적용법조 등 일정한 사항을 기재하도록 하고 있으며, 법 제266조는 공소의 제기가 있는 때에는 지체없이 공소장의 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하여야 한다고 규정하고 있는바, 형사소송법이 공소의 제기에 관하여 위와 같은 서면주의와 엄격한 요식행위를 채용한 것은 공소의 제기에 의해서 법원의 심판이 개시되므로 심판을 구하는 대상을 명확하게 하고 피고인의 방어권을 보장하기 위한 것이다. 따라서 위와 같은 엄격한 형식과 절차에 따른 공소장의 제출은 공소제기라는 소송행위가 성립하기 위한 본질적 요소라고 할 것이므로, 공소의 제기에 있어서 현저한 방식위반이 있는 경우에는 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당된다고 할 것이고, 위와 같은 절차위배의 공소제기에 대하여 피고인과 변호인이 이의를 제기하지 아니하고 변론에 응하였다고 하여 그 하자가 치유되지는 않는다.

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

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

그럼에도 원심이 이 사건 알선행위에 대한 공소의 제기가 적법함을 전제로 하여 그 부분 공소사

실을 유죄라고 인정한 조치에는 공소의 제기방식에 관한 법리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다.

#### 〈선정이유〉

공소장이 아닌 공소장변경신청서에 의한 공소제기는 공소제기에 현저한 방식 위반이 있는 경우에 해당하여 공소제기 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효이므로 공소기각판결을 선고해야 한다는 취지의 판결이다.

제3편

제1심



제 1 장 수 사

제 2 장 공 소

제 3 장 공 판



## 제 3 편 제1심

### 제 1 장 수 사

#### I. 수사의 의의와 구조

##### 37. 함정수사의 적법성 여부와 법적 처리

(대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결)

###### 〈쟁점〉

위법한 함정수사에 기한 공소제기의 효력(=무효)

###### 〈판결요지〉

범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법이 경우에 따라 허용될 수 있음은 별론으로 하고, 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다.

###### 〈선정이유〉

[함정수사의 적법성]과 관련하여 대법원은 ‘범의유발형’ 수사방법을 함정수사로서 위법하다고 보는 반면, ‘기회제공형’ 수사방법에 대해서는 경우에 따라 그 위법 여부를 판단한다. 또한 [함정수사에 기한 공소제기의 법적 처리]와 관련하여 ‘무죄판결설’과 ‘유죄판결설’이 대립하였으나, 위 판결을 통해 대법원은 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소기각판결을 내려야 한다는 입장(공소기각판결설)을 명확히 하였다.

##### 38. 함정수사의 위법성에 대한 판단기준

(대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339 판결)

###### 〈쟁점〉

함정수사에서 유인자와 수사기관의 직접적 관련성과 피유인자의 범의유발에 개입한 정도에 따라 함정수사의 위법성을 판단하는 방법

### 〈판결요지〉

본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법하다 할 것인바(대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결 등 참조), 구체적인 사건에 있어서 위법한 함정수사에 해당하는지 여부는 해당 범죄의 종류와 성질, 유인자의 지위와 역할, 유인의 경위와 방법, 유인에 따른 피유인자의 반응, 피유인자의 처벌 전력 및 유인행위 자체의 위법성 등을 종합하여 판단하여야 한다.

따라서 수사기관과 직접 관련이 있는 유인자가 피유인자와의 개인적인 친밀관계를 이용하여 피유인자의 동정심이나 감정에 호소하거나, 금전적·심리적 압박이나 위협 등을 가하거나, 거절하기 힘든 유혹을 하거나, 또는 범행방법을 구체적으로 제시하고 범행에 사용될 금전까지 제공하는 등으로 과도하게 개입함으로써 피유인자로 하여금 범의를 일으키게 하는 것은 위법한 함정수사에 해당하여 허용되지 아니한다 할 것이지만, 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 아니한 상태에서 피유인자를 상대로 단순히 수차례 반복적으로 범행을 부탁하였을 뿐, 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고 볼 수 없는 경우는, 설령 그로 인하여 피유인자의 범의가 유발되었다 하더라도 위법한 함정수사에 해당하지 아니한다.

### 〈선정이유〉

위 판결에서 대법원은 [범의유발형 함정수사의 위법성 판단기준]으로 수사기관의 개입과 범의유발 간의 '직접적 관련성'을 요구하고 있다.

## II. 수사의 개시와 단서

### 39. 내사와 수사의 구별 기준

(대법원 2010. 6. 24. 선고 2008도12127 판결)

### 〈쟁점〉

사법경찰관이 범죄를 '인지'하였다고 볼 수 있는 시기

### 〈판결요지〉

'피의자'라고 하기 위해서는 수사기관에 의하여 범죄의 인지 등으로 수사가 개시되어 있을 것을 필요로 하고, 그 이전의 단계에서는 장차 형사입건될 가능성이 크다고 하더라도 그러한 사정만으로 '피의자'에 해당한다고 볼 수는 없다. 한편 사법경찰관리 직무규칙 제21조에 의하면 사법경찰관이 범죄를 인지하는 경우에는 범죄인지보고서를 작성하는 절차를 거치도록 되어 있으므로 특별한 사정이 없는 한 수사기관이 그와 같은 절차를 거친 때에 범죄 인지가 된 것으로 볼 수 있겠으나, 사법경찰관이 그와 같은 절차를 거치기 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사에 착수하는 행위를 한 때에는 이때에 범죄를 인지한 것으로 보아야 하고 그 뒤 범죄인지보고서를 작성할 때에 비로소 범죄를 인지하였다고 볼 것은 아니다 (대법원 1989. 6. 20. 선고 89도648 판결, 대법원 2001. 10. 26. 선고 2000도2968 판결 등 참조).

### 〈선정이유〉

[내사와 수사의 구별기준]에 관련하여 형식설(입건時)과 실질설(실질적인 수사개시時)이 대립하나, 대법원은 실질설을 취한다. 이는 '피의자'로서의 신분전환을 보다 앞당김으로써 수사대상자의 권리보호가 그만큼 확대된다는 점에서 의의가 있다.

## 40. 인지절차 이전에 이루어진 수사의 적법성 여부

(대법원 2001. 10. 26. 선고 2000도2968 판결)

### 〈쟁점〉

범죄인지서를 작성하여 사건수리 절차를 밟기 전의 수사과정에서 작성된 피의자신문조서나 진술조서의 증거능력 유무(한정 적극)

### 〈판결요지〉

검찰사건사무규칙 제2조 내지 제4조에 의하면, 검사가 범죄를 인지하는 경우에는 범죄인지서를 작성하여 사건을 수리하는 절차를 거치도록 되어 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 수사기관이 그와 같은 절차를 거친 때에 범죄인지가 된 것으로 볼 것이나, 범죄의 인지는 실질적인 개념이고, 이 규칙의 규정은 검찰행정의 편의를 위한 사무처리절차 규정이므로, 검사가 그와 같은 절차를 거치기 전에 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 행위를 한 때에는 이 때에 범죄를 인지한 것으로 보아야 하고, 그 뒤 범죄인지서를 작성하여 사건수리 절차를 밟은 때에 비로소 범죄를 인지하였다고 볼 것이 아니며, 이러한 인지절차를 밟기 전에 수사를 하였다고 하더라도, 그 수사가 장차 인지의 가능성이 전혀 없는 상태에서 행해졌다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 인지절차가 이루어지기 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하다고 볼 수는 없고, 따라서 그 수사과정에서 작성된 피의자신문조서나 진술조서 등의 증거능력도 이를 부인할 수 없다.

### 〈선정이유〉

[인지절차 이전에 이루어진 수사의 적법성]과 관련하여 대법원은 원칙적으로는 적법하나, (위 판결요지를 반대해석하면) '인지의 가능성이 전혀 없는 상태에서 행해진 경우'에는 위법하다는 나름의 원칙과 적법성 판단기준을 제시하고 있다.

## 41. 직무질문의 대상자 및 방법

(대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도13999 판결)

### 〈쟁점〉

불심검문 대상자 해당 여부를 판단하는 기준 및 불심검문의 적법 요건과 내용

### 〈판결요지〉

경찰관직무집행법(이하 ‘법’이라고 한다)의 목적, 법 제1조 제1항, 제2항, 제3조 제1항, 제2항, 제3항, 제7항의 내용 및 체제 등을 종합하면, 경찰관이 법 제3조 제1항에 규정된 대상자(이하 ‘불심검문 대상자’라 한다) 해당 여부를 판단할 때에는 불심검문 당시의 구체적 상황은 물론 사전에 얻은 정보나 전문적 지식 등에 기초하여 불심검문 대상자인지를 객관적·합리적인 기준에 따라 판단하여야 하나, 반드시 불심검문 대상자에게 형사소송법상 체포나 구속에 이를 정도의 혐의가 있을 것을 요한다고 할 수는 없다. 그리고 경찰관은 불심검문 대상자에게 질문을 하기 위하여 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 대상자를 정지시킬 수 있고 질문에 수반하여 흉기의 소지 여부도 조사할 수 있다.

### 〈선정이유〉

직무질문의 대상자인 ‘거동불심자’의 판단기준 및 직무질문의 방법으로서 ‘정지와 질문’ 그리고 ‘흉기의 소지 여부 조사’ 등이 이루어질 수 있다는 점을 명확히 하였다.

## 42. 직무질문을 위한 정지와 실력행사

(대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도6203 판결)

### 〈쟁점〉

정지를 위한 실력행사의 허용 여부

### 〈판결요지〉

검문 중이던 경찰관들이, 자전거를 이용한 날치기 사건 범인과 흡사한 인상착의의 피고인이 자전거를 타고 다가오는 것을 발견하고 정지를 요구하였으나 멈추지 않아, 앞을 가로막고 소속과 성명을 고지한 후 검문에 협조해 달라는 취지로 말하였음에도 불응하고 그대로 전진하자, 따라가서 재차 앞을 막고 검문에 응하라고 요구하였는데, 이에 피고인이 경찰관들의 멱살을 잡아 밀치거나 욕설을 하는 등 항의하여 공무집행방해 등으로 기소된 사안에서, 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 경찰관들은 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법을 통하여 경찰관직무집행법 제3조 제1항에 규정된 자에 대해 의심되는 사항을 질문하기 위하여 정지시킨 것으로 보아야 하는데도, 이와 달리 경찰관들의 불심검문이 위법하다고 보아 피고인에게 무죄를 선고한 원심판결에 불심검문의 내용과 한계에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

### 〈선정이유〉

직무질문에 있어 [정지를 위한 실력행사의 허용 여부]와 관련하여 ‘목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수는 상당한 방법’이라는 실력행사의 허용한계를 구체적으로 실시하였다.

### 43. 직무질문의 적법절차(中 신분증 제시의무)와 그 예외

(대법원 2014. 12. 11. 선고 2014도7976 판결)

#### 〈쟁점〉

경찰관이 신분증을 제시하지 않고 불심검문을 하였으나, 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 피고인이 알고 있었던 경우, 그 불심검문이 위법한 공무집행인지 여부(소극)

#### 〈판결요지〉

경찰관직무집행법 제3조 제4항은 경찰관이 불심검문을 하고자 할 때에는 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하여야 한다고 규정하고, 경찰관직무집행법 시행령 제5조는 위 법에서 규정한 신분을 표시하는 증표는 경찰관의 공무원증이라고 규정하고 있는데, 불심검문을 하게 된 경위, 불심검문 당시의 현장상황과 검문을 하는 경찰관들의 복장, 피고인이 공무원증 제시나 신분 확인을 요구하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여, 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 피고인이 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에는 신분증을 제시하지 않았다고 하여 그 불심검문이 위법한 공무집행이라고 할 수 없다.

#### 〈선정이유〉

경찰관직무집행법상 직무질문을 함에 있어서 ‘신분증 제시’라는 절차요건의 예외를 인정하고 있다.

### 44. 수사단서로서 ‘고소(告訴)’

(대법원 2008. 11. 27. 선고 2007도4977 판결)

#### 〈쟁점〉

고소의 의미 및 그 효력

#### 〈판결요지〉

고소는 범죄의 피해자 기타 고소권자가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 소추를 구하는 의사표시를 말하는 것으로서, 단순한 피해사실의 신고는 소추·처벌을 구하는 의사표시가 아니므로 고소가 아니다. 또한, 피해자가 고소장을 제출하여 처벌을 희망하는 의사를 분명히 표시한 후 고소를 취소한 바 없다면 비록 고소 전에 피해자가 처벌을 원치 않았다 하더라도 그 후에 한 피해자의 고소는 유효하다.

#### 〈선정이유〉

‘수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 소추를 구하는 의사표시’로서 고소의 개념과 취

소하기 전까지는 고소의 의사표시가 유효함을 밝히고 있다.

## 45. 고소에 있어서 범죄사실 특정의 정도

(대법원 1988. 10. 25. 선고 87도1114 판결)

### 〈쟁점〉

범행기간을 특정하고 있는 고소의 효력이 미치는 범위

### 〈판결요지〉

가. 고소는 고소인이 일정한 범죄사실을 수사기관에 신고하여 범인의 처벌을 구하는 의사표시이므로 그 고소한 범죄사실이 특정되어야 할 것이지만 그 특정의 정도는 고소인의 의사가 구체적으로 어떤 범죄사실을 지정하여 범인의 처벌을 구하고 있는가를 확정할 수만 있으면 되는 것이고, 고소인 자신이 직접 범행의 일시, 장소와 방법 등까지 구체적으로 상세히 지적하여 범죄사실을 특정할 필요까지는 없다.

나. 범행기간을 특정하고 있는 고소에 있어서는 그 기간 중의 어느 특정범죄에 대하여 범인의 처벌을 원치 않는 고소인의 의사가 있다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 그 고소는 특정한 기간 중에 저지른 모든 범죄에 대하여 범인의 처벌을 구하는 의사표시라고 봄이 상당하다.

### 〈선정이유〉

범죄사실의 신고로서 고소의 유효하기 위해 필요한 요건으로 ‘범죄사실의 특정’과 그 ‘특정의 정도’에 대한 구체적인 기준을 제시하고 있다.

## 46. 고소의 방식과 고소능력

(대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도4451,2011전도76 판결)

### 〈쟁점〉

[1] 수사기관이 고소권자를 증인 또는 피해자로서 신문하였는데, 그 중 범인 처벌을 요구하는 고소권자의 의사표시가 조서에 기재된 경우, 이를 적법한 고소로 볼 수 있는지 여부(적극)

[2] 고소에 필요한 고소능력의 정도(=사실상의 의사능력)

### 〈판결요지〉

[1] 친고죄에서 고소는, 고소권 있는 자가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하고 범인의 처벌을 구하는 의사표시로서 서면뿐만 아니라 구술로도 할 수 있고, 다만 구술에 의한 고소를 받은 검사 또는 사법경찰관은 조서를 작성하여야 하지만 그 조서가 독립된 조서일 필요는 없으며, 수사기관이 고소권자를 증인 또는 피해자로서 신문한 경우에 그 진술에 범인의 처벌을 요구하는 의사표

시가 포함되어 있고 그 의사표시가 조서에 기재되면 고소는 적법하다.

[2] 고소를 할 때는 소송행위능력, 즉 고소능력이 있어야 하나, 고소능력은 피해를 입은 사실을 이해하고 고소에 따른 사회생활상의 이해관계를 알아차릴 수 있는 사실상의 의사능력으로 충분하므로, 민법상 행위능력이 없는 사람이라도 위와 같은 능력을 갖추었다면 고소능력이 인정된다.

[3] 친고죄에서 적법한 고소가 있었는지는 자유로운 증명의 대상이 되고, 일죄의 관계에 있는 범죄사실 일부에 대한 고소의 효력은 일죄 전부에 대하여 미친다.

[4] 피고인이 간음할 목적으로 미성년자인 피해자를 범행 당일 02:30경 주차장으로 끌고 간 다음 같은 날 02:40경 다시 부근의 빌딩 2층으로 끌고 가 약취하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 당시 피해자는 11세 남짓한 초등학교 6학년생으로서 피해입은 사실을 이해하고 고소에 따른 사회생활상의 이해관계를 알아차릴 수 있는 사실상의 의사능력이 있었던 것으로 보이고, 경찰에서 일죄의 관계에 있는 범죄사실 중 범행 당일 02:30경의 약취 범행 등을 이유로 피고인을 처벌하여 달라는 의사표시를 분명히 하여 그 의사표시가 피해자 진술조서에 기재되었으므로, 고소능력 있는 피해자 본인이 고소를 하였다고 보아야 하며, 피고인 제출의 합의서에 피해자 성명이 기재되어 있으나 피해자의 날인은 없고, 피해자의 법정대리인인 부(父)의 무인 및 인감증명서가 첨부되어 있을 뿐이어서 피해자 본인의 고소 취소의 의사표시가 여기에 당연히 포함되어 있다고 볼 수 없으므로, 설령 피해자 법정대리인의 고소는 취소되었다고 하더라도 본인의 고소가 취소되지 아니한 이상 친고죄의 공소제기 요건은 여전히 충족된다는 이유로 같은 취지에서 피고인에 대한 간음 목적 약취의 공소사실을 유죄로 인정한 원심판단을 정당하다고 한 사례.

#### 〈선정이유〉

대법원은 구술에 의한 고소가 유효하기 위해서는 형사소송법 제237조 제2항에 따라 조서의 작성성이 필요하지만, 반드시 독립된 조서일 필요는 없고 처벌희망의 의사표시가 포함되면 유효하다고 보았다. 한편 소송행위인 고소를 할 때 요구되는 ‘고소능력’과 관련해서는 ‘사실상의 의사능력’만 있으면 족하다고 보았다.

## 47. 고소권자로서 법정대리인이 갖는 고소권의 성질

(대법원 1999. 12. 24. 선고 99도3784 판결)

#### 〈쟁점〉

법정대리인의 고소권의 성질

#### 〈판결요지〉

형사소송법 제225조 제1항이 규정한 법정대리인의 고소권은 무능력자의 보호를 위하여 법정대리인에게 주어진 고유권이므로, 법정대리인은 피해자의 고소권 소멸 여부에 관계없이 고소할 수 있고, 이러한 고소권은 피해자의 명시한 의사에 반하여도 행사할 수 있다.

#### 〈선정이유〉

[법정대리인 고소권의 성질]과 관련하여, ‘독립대리권설’과 ‘고유권설’이 대립하나, 대법원은 무

능력자의 보호라는 제225조의 취지를 고려하여 법정대리인의 고유한 권한으로 본다. 이에 따르면, 고소기간도 법정대리인을 기준으로 산정되고, 피해자의 고소권이 소멸되거나 피해자의 명시적 의사에 반하여도 법정대리인은 고소할 수 있으며, 피해자는 법정대리인의 고소를 취소할 수 없게 된다.

## 48. 고소기간의 시기(始期)

(대법원 2001. 10. 9. 선고 2001도3106 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제230조 제1항 소정의 '범인을 알게 된 날'의 의미

### 〈판결요지〉

형사소송법 제230조 제1항 본문은 "친고죄에 대하여는 범인을 알게 된 날로부터 6월을 경과하면 고소하지 못한다."고 규정하고 있는바, 여기서 범인을 알게 된다 함은 통상인의 입장에서 보아 고소권자가 고소를 할 수 있을 정도로 범죄사실과 범인을 아는 것을 의미하고, 범죄사실을 안다는 것은 고소권자가 친고죄에 해당하는 범죄의 피해가 있었다는 사실관계에 관하여 확정적인 인식이 있음을 말한다.

### 〈선정이유〉

(비친고죄의 고소는 소송조건이 아니기 때문에 고소기간의 제한이 없으나) 친고죄의 고소는 형사소송법 제230조 제1항에 따라 '범인을 알게 된 날부터 6개월'로 제한되기 때문에 그 시기(始期)가 중요한 의미를 갖는데, 이와 관련하여 '범인을 알게 된 날'의 의미를 명확히 제시하였다.

## 49. 고소기간의 기산점

(대법원 1995. 5. 9. 선고 95도696 판결)

### 〈쟁점〉

고소능력이 없던 피해자가 후에 고소능력이 생긴 경우 고소기간의 기산점(=고소능력이 생긴 때)

### 〈판결요지〉

강제추행의 피해자가 범인을 안 날로부터 6월이 경과된 후에 고소제기하였더라도, 범행 당시 피해자가 11세의 소년에 불과하여 고소능력이 없었다가 고소 당시에 비로소 고소능력이 생겼다면, 그 고소기간은 고소능력이 생긴 때로부터 기산되어야 하므로, 고소기간이 경과된 것으로 볼 것이 아니다.

**〈선정이유〉**

(비록 현재는 친고죄의 대상이 아닌 강제추행 사안이긴 하지만) 실질적으로 ‘고소능력이 생긴 때’를 고소기간의 기산점으로 봄으로써 고소권자의 권리 보호를 꾀하고 있다는 점과 형사소송법 제 230조 제1항 단서의 ‘불가항력의 사유’를 구체화하였다는 점에서 의미가 있다.

**50. 고소·고발 전 수사의 적법성 여부**

(대법원 2011. 3. 10. 선고 2008도7724 판결)

**〈쟁점〉**

일반사법경찰관리가 출입국사범에 대한 출입국관리사무소장 등의 고발이 있기 전에 한 수사가 소급하여 위법하게 되는지 여부(원칙적 소극)

**〈판결요지〉**

[1] 법률에 의하여 고소나 고발이 있어야 논할 수 있는 죄에 있어서 고소 또는 고발은 이른바 소추조건에 불과하고 당해 범죄의 성립요건이나 수사의 조건은 아니므로, 위와 같은 범죄에 관하여 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였더라도, 그 수사가 장차 고소나 고발의 가능성이 없는 상태에서 행해졌다는 등의 특단의 사정이 없는 한, 고소나 고발이 있기 전에 수사를 하였다는 이유만으로 그 수사가 위법하게 되는 것은 아니다. 그렇다면 일반사법경찰관리가 출입국사범에 대한 출입국관리사무소장 등의 고발이 있기 전에 수사를 하였더라도, 달리 위에서 본 특단의 사정이 없는 한 그 사유만으로 수사가 소급하여 위법하게 되는 것은 아니다.

[2] 구 출입국관리법(2010. 5. 14. 법률 제10282호로 개정되기 전의 것) 제101조는 제1항에서 출입국관리사무소장 등의 전속적 고발권을 규정함과 아울러, 제2항에서 일반사법경찰관리가 출입국사범을 입건한 때에는 지체없이 사무소장 등에게 인계하도록 규정하고 있고, 이는 그 규정의 취지에 비추어 제1항에서 정한 사무소장 등의 전속적 고발권 행사의 편의 등을 위한 것이라고 봄이 상당하므로 일반사법경찰관리와 관계에서 존중되어야 할 것이지만, 이를 출입국관리공무원의 수사전담권에 관한 규정이라고까지 볼 수는 없는 이상 이를 위반한 일반사법경찰관리의 수사가 소급하여 위법하게 되는 것은 아니다.

**〈선정이유〉**

[고소·고발이 있기 이전에 이루어진 수사의 적법성 여부]를 판단함에 있어서 수사시점에 ‘고소·고발의 가능성 유무’를 그 판단기준으로 제시하였다는 점에서 의미를 갖는다.

**51. 친고죄에 있어서 (주관적) 고소불가분의 원칙**

(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도7462 판결)

### 〈쟁점〉

친고죄에서 공범 중 일부에 대하여만 처벌을 구하고 나머지에 대하여는 처벌불원의 의사를 표시한 고소의 적법성(소극) 및 이 때 법원이 취하여야 할 조치(=공소기각)

### 〈판결요지〉

고소불가분의 원칙상 공범 중 일부에 대하여만 처벌을 구하고 나머지에 대하여는 처벌을 원하지 않는 내용의 고소는 적법한 고소라고 할 수 없고, 공범 중 1인에 대한 고소취소는 고소인의 의사와 상관없이 다른 공범에 대하여도 효력이 있다(대법원 1994. 4. 26. 선고 93도1689 판결 참조). 한편, 구 저작권법(2006. 12. 28. 법률 제8101호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 '구 저작권법'이라고 한다) 제97조의5 위반죄와 같은 친고죄에서 공소제기 전에 고소의 취소가 있었다면 법원은 직권으로 이를 심리하여 공소기각의 판결을 선고하여야 한다(형사소송법 제327조 제2호).

### 〈선정이유〉

형사소송법은 친고죄에 있어서 고소인의 의사에 따라 국가 형벌권 행사가 좌지우지 되는 불합리를 방지하고자 [친고죄에 있어서 고소의 효력]과 관련하여 제233조에 '주관적 불가분'(친고죄의 공범 중 그 1인에 대한 고소 및 그 취소는 다른 공범자에게도 미친다)과 (명문의 규정은 없지만) '객관적 불가분'(한 개의 범죄사실의 일부분에 대한 고소 및 그 취소는 그 범죄사실 전부에 미친다)을 원칙으로 하고 있다. 한편 [불가분 원칙의 위반 효과]와 관련하여 법원은 직권심사하여 공소기각판결을 선고한다.

## 52. 반의사불벌죄에 있어서 고소불가분 원칙의 준용 여부

(대법원 1994. 4. 26. 선고 93도1689 판결)

### 〈쟁점〉

친고죄에 있어서의 고소불가분의 원칙을 규정한 형사소송법 제233조의 규정이 반의사불벌죄에 준용되는지 여부

### 〈판결요지〉

형사소송법이 반의사불벌죄에 관하여 고소취소의 시한과 재고소금지에 관한 제232조 제1, 2항의 규정을 준용하도록 규정하면서도 고소의 불가분에 관한 제233조를 준용하는 규정을 두지 아니한 것은, 반의사불벌죄에 대하여는 이 원칙을 적용하지 아니하고자 함에 있는 것인지, 아니면 입법의 불비인지는 일단 논의의 여지가 있다고 할 것이다.

가. 법이 친고죄를 인정하는 이유는 두 가지 유형이 있다고 볼 수 있다. 그 하나는 범죄를 소추해서 그 사실을 일반에게 알리는 것이 도리어 피해자에게 불이익을 줄 우려가 있기 때문에 이와 같은 경우에는 피해자의 처벌희망의 의사표시가 있어야 비로소 소추해서 처벌할 수 있게 하는 것이고, 또 하나는 비교적 경미하고 주로 피해자 개인의 법익을 침해하는 범죄에 관하여 구태여 피해자의 의사나 감정을 무시하면서까지 처벌할 필요가 없기 때문에 이와 같은 경우에는 피해자로

부터 아무런 말이 없으면 소추하지 아니하고 피해자가 처벌을 희망하여 올 경우에 그때에 논하게 하겠다는 것이다.

반의사불벌죄는 1953. 9. 18. 형법 개정시 구 형법에 없던 새로운 유형의 범죄를 창설한 것으로서, 위의 이유 중 첫째의 것은 없고, 친고죄 중 두 번째 이유에 해당하는 유형의 경우중 상대적으로 덜 경미하여 처벌의 필요성이 적지 않는데도 이를 친고죄로 하는 경우 피해자가 심리적 압박감이나 후환이 두려워 고소를 주저하여 법이 그 기능을 다하기 어려울 것에 대비한 것이며, 이와 같은 경우에는 다른 일반의 범죄와 마찬가지로 수사, 소추, 처벌을 할 것이나 피해자가 명시적으로 처벌을 희망하지 아니할 의사를 밝힌 경우에 한하여는 구태여 소추해서 처벌하지 않겠다는 것이다.

그러므로 친고죄와 반의사불벌죄는 피해자의 의사가 소추조건이 된다는 점에 있어서는 같다고 할 것이나, 피해자의 의사를 조건으로 하는 이유나 방법에 있어서는 같다고 할 수 없고, 반의사불벌죄는 피해자에 대한 배상이나 당사자 사이의 개인적 차원에서 이루어지는 분쟁해결을 촉진하고 존중하려는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있어서, 이점에서는 친고죄와는 다른 의미가 있다고 할 것이다.

나. 친고죄는 위에서 본 첫째의 이유에서 인정하는 유형이 주로 있는 것이므로, 그 고소는 피해자가 범죄사실이 알려지는 것을 감수하고 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 그 범인의 처벌을 희망하면 되는 것이고, 고소의 대상인 범죄사실이 특정되기만 하면 원칙적으로 범인을 특정하거나 범인이 누구인가를 적시할 필요는 없는 것이며, 친고죄에 고소나 고소취소 불가분의 원칙이 적용되어야 함은 친고죄의 이러한 특질에서 연유된다고 볼 수도 있다.

그러나 반의사불벌죄에는 위의 첫째의 이유는 없는 것이므로 그 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시는 반드시 위와 같은 불가분의 원칙에 따라야 한다고 할 수는 없고, 그 의사표시는 범죄사실에 대하여 하게 할 수도 있고 범인에 대하여 하게 할 수도 있다고 볼 것이며, 경미한 범죄에 대하여 피해자의 의사에 따라 처벌여부에 차등을 둔다고 하여 형사소송의 목적에 배치된다고 하기는 어려울 것이므로, 그 어느 경우로 할 것인가는 입법정책에 속하는 것이라고 보아야 할 것이다.

다. 그런데 형사소송법이 고소와 고소취소에 관한 규정을 하면서 그 제232조 제1, 2항에서 고소취소의 시한과 재고소의 금지를 규정하고 그 제3항에서는 반의사불벌죄에 위 제1, 2항의 규정을 준용하는 규정을 두면서도, 그 제233조에서 고소와 고소취소의 불가분에 관한 규정을 함에 있어서는 반의사불벌죄에 이를 준용하는 규정을 두지 아니한 것은 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시나 처벌을 희망하는 의사표시의 철회에 관하여는 친고죄와는 달리 그 공범자간에 불가분의 원칙을 적용하지 아니하고자 함에 있다고 볼 것이지, 입법의 불비로 볼 것은 아니다.

### 〈선정이유〉

[고소와 고소취소에 관한 불가분 원칙(제233조)이 반의사불벌죄에는 준용되지 않는 이유]와 관련하여, 대법원은 (입법의 불비가 아니라) ① 피해자의 의사를 조건으로 하는 이유 및 방법에 있어서 친고죄와 차이점과 ② ‘사적 분쟁해결의 촉진 및 존중’이라는 반의사불벌죄의 취지 등을 고려하여 내려진 입법정책적 결정임을 분명히 하였다.

## 53. 친고죄에 있어서 고소취소의 시한과 불가분원칙

(대법원 1985. 11. 12. 선고 85도1940 판결)

〈쟁점〉

친고죄의 공범중 일부에 대한 제1심판결선고후, 제1심판결선고전의 다른 공범자에 대한 고소취소의 가부

〈판결요지〉

친고죄의 공범 중 그 일부에 대하여 제1심판결이 선고된 후에는 제1심판결선고전의 다른 공범자에 대하여는 그 고소를 취소할 수 없고 그 고소의 취소가 있다 하더라도 그 효력을 발생할 수 없으며, 이러한 법리는 필요적 공범이나 임의적 공범이나를 구별함이 없이 모두 적용된다.

〈선정이유〉

친고죄의 공범 간 고소취소의 시한 적용에 있어서도 형평성 차원에서 주관적 불가분원칙의 취지가 관철되고 있음을 보여준다.

**54. 항소심에서의 공소장 변경과 고소취소의 허용 여부**

(대법원 1999. 4. 15. 선고 96도1922 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

항소심에서 공소장변경 또는 법원 직권에 의하여 비친고죄를 친고죄로 인정한 경우, 항소심에서의 고소취소가 친고죄에 대한 고소취소로서의 효력이 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

[다수의견]

원래 고소의 대상이 된 피고소인의 행위가 친고죄에 해당할 경우 소송요건인 그 친고죄의 고소를 취소할 수 있는 시기를 언제까지로 한정하는가는 형사소송절차운영에 관한 입법정책상의 문제이기에 형사소송법의 그 규정은 국가형벌권의 행사가 피해자의 의사에 의하여 좌우되는 현상을 장기간 방치하지 않으려는 목적에서 고소취소의 시한을 획일적으로 제1심판결 선고시까지로 한정하는 것이고, 따라서 그 규정을 현실적 심판의 대상이 된 공소사실이 친고죄로 된 당해 심급의 판결 선고시까지 고소인이 고소를 취소할 수 있다는 의미로 볼 수는 없다 할 것이어서, 항소심에서 공소장의 변경에 의하여 또는 공소장변경절차를 거치지 아니하고 법원 직권에 의하여 친고죄가 아닌 범죄를 친고죄로 인정하였더라도 항소심을 제1심이라 할 수는 없는 것이므로, 항소심에 이르러 비로소 고소인이 고소를 취소하였다면 이는 친고죄에 대한 고소취소로서의 효력은 없다.

[반대의견]

형사소송법 제232조 제1항 소정의 고소는 친고죄의 고소를 의미하고, 친고죄에 있어서 고소나 고소취소와 같은 소송조건의 구비 여부는 현실적 심판대상이 된 공소사실을 기준으로 판단하여야 하므로, 위 조항은 친고죄에 있어 고소는 현실적 심판대상이 된 친고죄에 대한 제1심판결의 선고 전까지 취소할 수 있다는 의미로 해석하여야 할 것이고, 따라서 친고죄가 아닌 죄로 공소가 제기되어 제1심에서 친고죄가 아닌 죄의 유죄판결을 선고받은 경우, 제1심에서 친고죄의 범죄사실은

현실적 심판대상이 되지 아니하였으므로 그 판결을 친고죄에 대한 제1심판결로 볼 수는 없고, 따라서 친고죄에 대한 제1심판결은 없었다고 할 것이므로 그 사건의 항소심에서도 고소를 취소할 수 있는 것으로 보아야 한다.

#### 〈선정이유〉

형사소송법 제232조 제1항에 따르면, 친고죄의 고소는 제1심 판결선고 전까지 취소할 수 있는데, [항소심에서 공소장변경에 의해 비친고죄가 친고죄로 바뀐 경우]와 관련하여 대법원의 [다수의 견]은 ‘제1심 판결선고’라는 시한을 절차적 관점에서 획일적/형식적으로 판단하여 제1심판결이 선고된 이후이기 때문에 항소심에서의 고소취소의 효력을 부정하는 반면, [반대의견]은 ‘친고죄의 범죄사실을 현실적 심판대상으로 한’ 제1심판결선고로 이를 제한하여 해석한다.

### 55. 파기환송에 따른 제1심에서의 고소취소 허용 여부

(대법원 2011. 8. 25. 선고 2009도9112 판결)

#### 〈쟁점〉

상소심에서 법률 위반을 이유로 제1심 공소기각판결을 파기하고 사건을 제1심법원에 환송하였는데 환송 후의 제1심판결 선고 전 고소가 취소된 경우, 법원이 취하여야 할 조치(=공소기각판결)

#### 〈판결요지〉

형사소송법 제232조 제1항은 고소를 제1심판결 선고 전까지 취소할 수 있도록 규정하여 친고죄에서 고소취소의 시한을 한정하고 있다. 그런데 상소심에서 형사소송법 제366조 또는 제393조 등에 의하여 법률 위반을 이유로 제1심 공소기각판결을 파기하고 사건을 제1심법원에 환송함에 따라 다시 제1심 절차가 진행된 경우, 종전의 제1심판결은 이미 파기되어 효력을 상실하였으므로 환송 후의 제1심판결 선고 전에는 고소취소의 제한사유가 되는 제1심판결 선고가 없는 경우에 해당한다.

#### 〈선정이유〉

(위 표준판례 54의 공소장변경 사례와 달리) 대법원은 파기환송 후 제1심에서의 고소취소는 종전의 제1심판결이 파기로 인해 효력을 상실하였으므로, 제1심판결 선고가 없는 경우에 해당하여 허용된다고 보았다.

### 56. 항소권회복청구에 의해 열린 항소심에서 처벌 희망 의사표시의 철회 가능 여부

(대법원 2016. 11. 25. 선고 2016도9470 판결)

### 〈쟁점〉

제1심 법원이 반의사불벌죄로 기소된 피고인에 대하여 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조에 따라 피고인의 진술 없이 유죄를 선고하여 판결이 확정되었는데, 피고인이 제1심 법원에 같은 법 제23조의2에 따른 재심을 청구하는 대신 항소권회복청구를 하여 항소심 재판을 받게 된 경우, 항소심 절차에서 처벌을 희망하는 의사표시를 철회할 수 있는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

형사소송법 제232조 제1항 및 제3항은 반의사불벌죄에서 처벌을 희망하는 의사표시는 제1심 판결 선고 전까지 철회할 수 있다고 규정하고 있다. 반의사불벌죄에서 처벌을 희망하는 의사표시의 철회를 어느 시점까지로 제한할 것인지는 형사소송절차 운영에 관한 입법정책의 문제로, 위 규정은 국가형벌권의 행사가 피해자의 의사에 의하여 좌우되는 현상을 장기간 방치하지 않으려는 목적에서 철회 시한을 획일적으로 제1심 판결 선고 시까지로 제한한 것이다.

제1심 법원이 반의사불벌죄로 기소된 피고인에 대하여 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 ‘소송촉진법’이라고 한다) 제23조에 따라 피고인의 진술 없이 유죄를 선고하여 판결이 확정된 경우, 만일 피고인이 책임을 질 수 없는 사유로 공판절차에 출석할 수 없었음을 이유로 소송촉진법 제23조의2에 따라 제1심 법원에 재심을 청구하여 재심개시결정이 내려졌다면 피해자는 재심의 제1심 판결 선고 전까지 처벌을 희망하는 의사표시를 철회할 수 있다. 그러나 피고인이 제1심 법원에 소송촉진법 제23조의2에 따른 재심을 청구하는 대신 항소권회복청구를 함으로써 항소심 재판을 받게 되었다면 항소심을 제1심이라고 할 수 없는 이상 항소심 절차에서는 처벌을 희망하는 의사표시를 철회할 수 없다.

### 〈선정이유〉

위 판결은 소송촉진법 제23조의2에 따라 ① 만약 재심을 청구하였다면, (표준판례 55의 파기환송 후 제1심 사안과 마찬가지로) 재심의 제1심 판결 선고 전까지 처벌의사표시의 철회가 가능하지만, ② 만약 항소권회복청구를 통해 항소심 재판이 진행되었다면, (표준판례 54의 공소장변경 사안과 같이) 항소심은 제1심이 아니라는 이유로 철회를 허용하지 않는다고 판시함으로써, 고소취소 및 처벌의사 철회의 시한과 관련하여 대법원의 확고한 법리적용을 잘 보여준다.

## 57. 고소취소와 재고소 금지

(대법원 2008. 11. 27. 선고 2007도4977 판결)

### 〈쟁점〉

고소의 적법 요건과 재고소 금지 규정의 적용 여부

### 〈판결요지〉

고소는 범죄의 피해자 기타 고소권자가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 소추를 구하는 의사표시를 말하는 것으로서, 단순한 피해사실의 신고는 소추·처벌을 구하는 의사표시가 아

니므로 고소가 아니라고 할 것이다. 또한, 피해자가 고소장을 제출하여 처벌을 희망하는 의사를 분명히 표시한 후 고소를 취소한 바 없다면 비록 고소 전에 피해자가 처벌을 원치 않았다 하더라도 그 후에 한 피해자의 고소는 유효하다(대법원 1993. 10. 22. 선고 93도1620 판결 등 참조).

#### 〈선정이유〉

형사소송법 제232조 제2항에 따르면, 고소의 취소에 의해 고소권이 소멸되기 때문에 고소를 취소한 자는 다시 고소하지 못한다. 이러한 법리는 반의사불벌죄에 있어서도 동일하게 적용된다(2007도3405).

### 58. 반의사불벌죄와 재고소금지(제232조 제2항)

(대법원 2007. 9. 6. 선고 2007도3405 판결)

#### 〈쟁점〉

반의사불벌죄에 있어서 피해자가 처벌에 대한 희망·불희망의 의사표시를 철회하였다고 인정하기 위한 요건 및 명시적으로 위 의사표시나 그 철회를 한 이후 이를 반복할 수 있는지 여부(소극)

#### 〈판결요지〉

반의사불벌죄에 있어서 피해자가 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시나 처벌을 희망하는 의사표시의 철회를 하였다고 인정하기 위해서는 피해자의 진실한 의사가 명백하고 믿을 수 있는 방법으로 표현되어야 하고(대법원 2001. 6. 15. 선고 2001도1809 판결 등 참조), 이러한 의사표시는 공소제기 이후에도 제1심판결이 선고되기 전이라면 수사기관에도 할 수 있는 것이지만, 한번 명시적으로 표시된 이후에는 다시 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시를 철회하거나 처벌을 희망하는 의사를 표시할 수 없다고 할 것이다.

#### 〈선정이유〉

고소취소 후의 재고소를 금지하는 형사소송법 제232조 제2항의 법리는 반의사불벌죄에 있어서도 동일하게 적용된다.

### 59. 친고죄와 고소권의 포기

(대법원 1967. 5. 23. 선고 67도471 판결)

#### 〈쟁점〉

친고죄에 있어서 고소 전, 고소권의 포기 가능 여부

### 〈판결요지〉

친고죄에 있어서의 피해자의 고소권은 공법상의 권리라고 할 것이므로 법이 특히 명문으로 인정하는 경우를 제외하고는 자유처분을 할 수 없고 따라서 일단 한 고소는 취소할 수 있으나 고소 전에 고소권을 포기할 수 없다고 함이 상당할 것이다.

### 〈선정이유〉

[고소권 포기의 허용 여부]와 관련하여 긍정설과 부정설이 대립하나, 대법원은 고소권이 공법상 권리임을 근거로 들어 부정설의 입장을 취한다.

## 60. 소송조건으로서의 고발과 불가분원칙의 적용 여부

(대법원 2014. 10. 15. 선고 2013도5650 판결)

### 〈쟁점〉

조세범칙사건에 대한 고발의 효력 범위 및 수 개의 범칙사실 중 일부만을 범칙사건으로 하는 고발의 효력 범위

### 〈판결요지〉

조세범 처벌절차법에 즉시고발을 할 때 고발사유를 고발서에 명기하도록 하는 규정이 없을 뿐만 아니라, 원래 즉시고발권을 세무공무원에게 부여한 것은 세무공무원으로 하여금 때에 따라 적절한 처분을 하도록 할 목적으로 특별사유의 유무에 대한 인정권까지 세무공무원에게 일임한 취지라고 볼 것이므로, 조세범칙사건에 대하여 관계 세무공무원의 즉시고발이 있으면 그로써 소추의 요건은 충족되는 것이고, 법원은 본안에 대하여 심판하면 되는 것이지 즉시고발 사유에 대하여 심사할 수 없다.

고발은 범죄사실에 대한 소추를 요구하는 의사표시로서 그 효력은 고발장에 기재된 범죄사실과 동일성이 인정되는 사실 모두에 미치므로, 조세범 처벌절차법에 따라 범칙사건에 대한 고발이 있는 경우 고발의 효력은 범칙사건에 관련된 범칙사실의 전부에 미치고 한 개의 범칙사실의 일부에 대한 고발은 전부에 대하여 효력이 생긴다. 그러나 수 개의 범칙사실 중 일부만을 범칙사건으로 하는 고발이 있는 경우 고발장에 기재된 범칙사실과 동일성이 인정되지 않는 다른 범칙사실에 대해서까지 고발의 효력이 미칠 수는 없다.

### 〈참조판례〉

대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도4066 판결 : 조세범처벌법 제6조는 조세에 관한 범칙행위에 대하여는 원칙적으로 국세청장 등의 고발을 기다려 논하도록 규정하고 있는바, 같은 법에 의하여 하는 고발에 있어서는 이른바 고소·고발 불가분의 원칙이 적용되지 아니하므로, 고발의 구비 여부는 양벌규정에 의하여 처벌받는 자연인인 행위자와 법인에 대하여 개별적으로 논하여야 한다.

### 〈선정이유〉

고발은 원칙적으로 수사단서에 불과하나, 즉시고발사건(예컨대, 독점규제법, 물가안정법, 관세법, 전투경찰법, 출입국관리법, 조세범처벌법 등)에 있어서는 소송조건이다. 따라서 [소송조건인 고발에 대해서도 불가분원칙의 적용 여부가 문제되는데, 대법원은 객관적 불가분원칙은 적용하는 반면(표준판례), 주관적 불가분원칙은 적용하지 않는다(참조판례)].

## Ⅲ. 임의수사

### 61. 임의수사 원칙과 임의동행

(대법원 2006. 7. 6. 선고 2005도6810 판결)

#### 〈쟁점〉

임의동행의 적법요건

#### 〈판결요지〉

형사소송법 제199조 제1항은 “수사에 관하여 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.”고 규정하여 임의수사의 원칙을 명시하고 있는바, 수사관이 수사과정에서 당사자의 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사관서 등에 동행하는 것은, 상대방의 신체의 자유가 현실적으로 제한되어 실질적으로 체포와 유사한 상태에 놓이게 됨에도, 영장에 의하지 아니하고 그 밖에 강제성을 띤 동행을 억제할 방법도 없어서 제도적으로는 물론 현실적으로도 임의성이 보장되지 않을 뿐만 아니라, 아직 정식의 체포·구속단계 이전이라는 이유로 상대방에게 헌법 및 형사소송법이 체포·구속된 피의자에게 부여하는 각종의 권리보장 장치가 제공되지 않는 등 형사소송법의 원리에 반하는 결과를 초래할 가능성이 크므로, 수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려 주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행장소로부터 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등의 동행이 이루어졌음이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여, 그 적법성이 인정되는 것으로 봄이 상당하다. 형사소송법 제200조 제1항에 의하여 검사 또는 사법경찰관이 피의자에 대하여 임의적 출석을 요구할 수는 있겠으나, 그 경우에도 수사관이 단순히 출석을 요구함에 그치지 않고 일정 장소로의 동행을 요구하여 실행한다면 위에서 본 법리가 적용되어야 하고, 한편 행정경찰 목적의 경찰활동으로 행하여지는 경찰관직무집행법 제3조 제2항 소정의 질문을 위한 동행요구도 형사소송법의 규율을 받는 수사로 이어지는 경우에는 역시 위에서 본 법리가 적용되어야 한다.

#### 〈선정이유〉

[임의동행의 법적 성질]과 관련하여 강제수사설과 임의수사설이 대립하나, 대법원은 임의수사설의 입장에서 임의동행의 적법 요건을 상세히 제시하고 있다.

## 62. 음주측정방법과 운전자의 동의 여부

(대법원 2015. 7. 9. 선고 2014도16051 판결)

### 〈쟁점〉

[1] 구 도로교통법 제44조 제2항, 제3항의 취지 및 이 규정들이 음주운전에 대한 수사방법으로서의 혈액 채취에 의한 측정 방법을 운전자가 호흡측정 결과에 불복하는 경우에만 한정하여 허용하려는 취지인지 여부(소극)

[2] 음주운전에 대한 수사 과정에서 음주운전 혐의가 있는 운전자에 대해 구 도로교통법 제44조 제2항에 따른 호흡측정이 이루어졌으나 호흡측정 결과에 오류가 있다고 인정할 만한 객관적이고 합리적인 사정이 있는 경우, 혈액 채취에 의한 측정 방법으로 다시 음주측정을 하는 것이 허용되는지 여부(한정 적극) 및 이때 혈액 채취에 의한 측정의 적법성이 인정되는 경우

### 〈판결요지〉

[1] 구 도로교통법(2014. 12. 30. 법률 제12917호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제44조 제2항, 제3항, 제148조의2 제1항 제2호의 입법연혁과 내용 등에 비추어 보면, 구 도로교통법 제44조 제2항, 제3항은 음주운전 혐의가 있는 운전자에게 수사를 위한 호흡측정에도 응할 것을 간접적으로 강제하는 한편 혈액 채취 등의 방법에 의한 재측정을 통하여 호흡측정의 오류로 인한 불이익을 구제받을 수 있는 기회를 보장하는 데 취지가 있으므로, 이 규정들이 음주운전에 대한 수사방법으로서의 혈액 채취에 의한 측정의 방법을 운전자가 호흡측정 결과에 불복하는 경우에만 한정하여 허용하려는 취지의 규정이라고 해석할 수는 없다.

[2] 음주운전에 대한 수사 과정에서 음주운전 혐의가 있는 운전자에 대하여 구 도로교통법(2014. 12. 30. 법률 제12917호로 개정되기 전의 것) 제44조 제2항에 따른 호흡측정이 이루어진 경우에는 그에 따라 과학적이고 중립적인 호흡측정 수치가 도출된 이상 다시 음주측정을 할 필요성은 사라졌으므로 운전자의 불복이 없는 한 다시 음주측정을 하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다. 그러나 운전자의 태도와 외관, 운전 행태 등에서 드러나는 주취 정도, 운전자가 마신 술의 종류와 양, 운전자가 사고를 야기하였다면 경위와 피해 정도, 목격자들의 진술 등 호흡측정 당시의 구체적 상황에 비추어 호흡측정기의 오작동 등으로 인하여 호흡측정 결과에 오류가 있다고 인정할 만한 객관적이고 합리적인 사정이 있는 경우라면 그러한 호흡측정 수치를 얻은 것만으로는 수사의 목적을 달성하였다고 할 수 없어 추가로 음주측정을 할 필요성이 있으므로, 경찰관이 음주운전 혐의를 제대로 밝히기 위하여 운전자의 자발적인 동의를 얻어 혈액 채취에 의한 측정의 방법으로 다시 음주측정을 하는 것을 위법하다고 볼 수는 없다. 이 경우 운전자가 일단 호흡측정에 응한 이상 재차 음주측정에 응할 의무까지 당연히 있다고 할 수는 없으므로, 운전자의 혈액 채취에 대한 동의의 임의성을 담보하기 위하여는 경찰관이 미리 운전자에게 혈액 채취를 거부할 수 있음을 알려 주었거나 운전자가 언제든지 자유로이 혈액 채취에 응하지 아니할 수 있었음이 인정되는 등 운전자의 자발적인 의사에 의하여 혈액 채취가 이루어졌다는 것이 객관적인 사정에 의하여 명백한 경우에 한하여 혈액 채취에 의한 측정의 적법성이 인정된다.

### 〈선정이유〉

대법원은 음주운전에 대한 수사방법으로 호흡측정과 혈액채취 방법 간에 우선순위가 있는 것은

아니나, 호흡측정이 이미 이루어진 경우, 측정결과에 대한 운전자의 불복이 없는 이상 원칙적으로 다시 음주측정은 허용되지 않고, 다만 운전자의 자발적 동의와 그 임의성이 객관적 사정에 의하여 명백한 경우에 한하여 혈액채취에 의한 음주측정의 적법성이 인정될 수 있다고 본다.

### 63. 사진촬영의 적법성

(대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결)

#### 〈쟁점〉

영장없이 이루어진 사진촬영의 적법성과 증거능력

#### 〈판결요지〉

누구든지 자기의 얼굴이나 모습을 함부로 촬영당하지 않을 자유를 가지나, 이러한 자유도 무제한으로 보장되는 것은 아니고 국가의 안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에는 그 범위 내에서 상당한 제한이 있을 수 있으며, 수사기관이 범죄를 수사함에 있어 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 촬영한 경우라면 위 촬영이 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 단정할 수 없다(대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결 참조).

원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5가 일본 또는 중국에서 북한 공작원들과 회합하는 모습을 동영상으로 촬영한 것은 위 피고인들이 회합한 증거를 보전할 필요가 있어서 이루어진 것이고, 피고인들이 반국가단체의 구성원과 회합 중이거나 회합하기 직전 또는 직후의 모습을 촬영한 것으로 그 촬영 장소도 차량이 통행하는 도로 또는 식당 앞길, 호텔 프런트 등 공개적인 장소인 점 등을 알 수 있으므로, 이러한 촬영이 일반적으로 허용되는 상당성을 벗어난 방법으로 이루어졌다거나, 영장 없는 강제처분에 해당하여 위법하다고 볼 수 없다. 따라서 위와 같은 사정 아래서 원심이 위 촬영행위가 위법하지 않다고 판단하고 그 판시와 같은 6mm 테이프 동영상을 캡처한 사진들의 증거능력을 인정한 조치는 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 영장주의의 적용 범위나 초상권의 법리 등을 오해한 위법이 없다.

#### 〈선정이유〉

[사진촬영의 법적 성질]에 대해서는 임의수사설, 강제수사설, 이분설(공개장소에서의 촬영은 임의수사, 사적 공간에서의 촬영은 강제수사)이 대립하나, 대법원은 일정한 허용요건(범죄의 현재성, 증거보전의 필요성 및 긴급성, 수단의 상당성 등)하에서 영장 없는 사진촬영을 예외적으로 허용하고 있다.

### 64. 무인단속장비에 의한 사진촬영의 적법성과 증거능력

(대법원 1999. 12. 7. 선고 98도3329 판결)

〈쟁점〉

무인장비에 의하여 제한속도 위반차량의 차량번호 등을 촬영한 사진의 증거능력 유무(적극)

〈판결요지〉

수사, 즉 범죄혐의의 유무를 명백히 하여 공소를 제기·유지할 것인가의 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동은 수사 목적을 달성함에 필요한 경우에 한하여 사회통념상 상당하다고 인정되는 방법 등에 의하여 수행되어야 하는 것인바, 무인장비에 의한 제한속도 위반차량 단속은 이러한 수사활동의 일환으로서 도로에서의 위험을 방지하고 교통의 안전과 원활한 소통을 확보하기 위하여 도로교통법령에 따라 정해진 제한속도를 위반하여 차량을 주행하는 범죄가 현재 행하여지고 있고, 그 범죄의 성질·태양으로 보아 긴급하게 증거보전을 할 필요가 있는 상태에서 일반적으로 허용되는 한도를 넘지 않는 상당한 방법에 의한 것이라고 판단되므로, 이를 통하여 운전 차량의 차량번호 등을 촬영한 사진을 두고 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없다고 말할 수 없다.

〈선정이유〉

대법원은 무인단속장비에 의한 사진촬영에 대해서도 표준판례 63의 법리를 적용한다.

**65. 피의자신문에 있어서 신뢰관계자의 동석**

(대법원 2009. 6. 23. 선고 2009도1322 판결)

〈쟁점〉

형사소송법 제244조의5에서 정한 ‘피의자 신문시 동석제도’의 취지 및 동석자가 한 진술의 성격과 그 진술의 증거능력을 인정하기 위한 요건

〈판결요지〉

형사소송법 제244조의5는, 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하는 경우 피의자가 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정·전달할 능력이 미약한 때나 피의자의 연령·성별·국적 등의 사정을 고려하여 그 심리적 안정의 도모와 원활한 의사소통을 위하여 필요한 경우에는, 직권 또는 피의자·법정대리인의 신청에 따라 피의자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있도록 규정하고 있다. 구체적인 사안에서 위와 같은 동석을 허락할 것인지는 원칙적으로 검사 또는 사법경찰관이 피의자의 건강 상태 등 여러 사정을 고려하여 재량에 따라 판단하여야 할 것이나, 이를 허락하는 경우에도 동석한 사람으로 하여금 피의자를 대신하여 진술하도록 하여서는 안 된다. 만약 동석한 사람이 피의자를 대신하여 진술한 부분이 조서에 기재되어 있다면 그 부분은 피의자의 진술을 기재한 것이 아니라 동석한 사람의 진술을 기재한 조서에 해당하므로, 그 사람에 대한 진술조서로서의 증거능력을 취득하기 위한 요건을 충족하지 못하는 한 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

### 〈선정이유〉

대법원은 신뢰관계인의 동석 허용 여부가 수사기관의 재량이라는 점과 동석자의 대리진술을 금지하고, 동석자가 피의자 대신 진술한 부분은 동석자에 대한 진술조서로 본다는 점을 이 판결을 통해 명확히 하였다.

## 66. 참고인조사에서 있어서 영상녹화

(대법원 2014. 7. 10. 선고 2012도5041 판결)

### 〈쟁점〉

수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 형사소송법 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물이 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수 있는지 여부(원칙적 소극)

### 〈판결요지〉

2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 형사소송법에는 없던 수사기관에 의한 피의자 아닌 자(이하 '참고인'이라 한다) 진술의 영상녹화를 새로 정하면서 그 용도를 참고인에 대한 진술조서의 실질적 진정성립을 증명하거나 참고인의 기억을 환기시키기 위한 것으로 한정하고 있는 현행 형사소송법의 규정 내용을 영상물에 수록된 성범죄 피해자의 진술에 대하여 독립적인 증거능력을 인정하고 있는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제6항 또는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제26조 제6항의 규정과 대비하여 보면, 수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 형사소송법 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물은, 다른 법률에서 달리 규정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수는 없다고 해석함이 타당하다.

### 〈선정이유〉

2007년 도입된 영상녹화제도에 따라 피의자 신문과정에서의 진술은 수사기관의 필요에 따라 촬영에 대한 사전 고지 후 피의자 또는 변호인의 동의 없이 가능하나, 참고인조사에 있어서 영상녹화는 참고인의 동의를 요한다. 다만 형사소송법상 영상녹화물은 본증으로 사용할 수 없고, 신문조서의 실질적 진정성립의 증명 또는 기억환기용으로만 사용 가능한데 반하여, 성폭법상 영상녹화물은 본증으로 사용 가능하다는 점에서 구별된다.

## 67. 수사기관의 출석요구에 불응하는 구속피의자에 대한 구인과 피의자신문의 적법성 요건

(대법원 2013. 7. 1. 자 2013모160 결정)

### 〈쟁점〉

구속영장 발부에 의하여 적법하게 구금된 피의자가 피의자신문을 위한 출석요구에 응하지 아니

하면서 수사기관 조사실에 출석을 거부할 경우, 수사기관이 구속영장의 효력에 의하여 피의자를 조사실로 구인할 수 있는지 여부(적극) 및 이때 피의자를 신문하기 전에 진술거부권을 고지하여야 하는지 여부(적극)

〈판결요지〉

형사소송법(이하 '법'이라고 한다) 제70조 제1항 제1호, 제2호, 제3호, 제199조 제1항, 제200조, 제200조의2 제1항, 제201조 제1항의 취지와 내용에 비추어 보면, 수사기관이 관할 지방법원 판사가 발부한 구속영장에 의하여 피의자를 구속하는 경우, 그 구속영장은 기본적으로 장차 공판정예의 출석이나 형의 집행을 담보하기 위한 것이지만, 이와 함께 법 제202조, 제203조에서 정하는 구속기간의 범위 내에서 수사기관이 법 제200조, 제241조 내지 제244조의5에 규정된 피의자신문의 방식으로 구속된 피의자를 조사하는 등 적절한 방법으로 범위를 수사하는 것도 예정하고 있다고 할 것이다. 따라서 구속영장 발부에 의하여 적법하게 구금된 피의자가 피의자신문을 위한 출석요구에 응하지 아니하면서 수사기관 조사실에 출석을 거부한다면 수사기관은 그 구속영장의 효력에 의하여 피의자를 조사실로 구인할 수 있다고 보아야 한다. 다만 이러한 경우에도 그 피의자신문 절차는 어디까지나 법 제199조 제1항 본문, 제200조의 규정에 따른 임의수사의 한 방법으로 진행되어야 하므로, 피의자는 헌법 제12조 제2항과 법 제244조의3에 따라 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있고, 수사기관은 피의자를 신문하기 전에 그와 같은 권리를 알려주어야 한다.

〈선정이유〉

대법원은 수사기관 조사실에서의 출석을 거부하는 구속피의자에 대한 수사기관의 구인은 구속영장의 효력에 의하여 가능하지만, 구인 이후의 피의자신문 절차는 임의수사의 한 방법으로 진행되어야 함을 명확히 하고 있다.

## IV. 강제수사

[대인적 강제처분 - 체포]

### 68. 통상체포에 있어서 영장의 제시 및 집행 방식

(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017도10866 판결)

〈쟁점〉

사법경찰관 등이 체포영장을 소지하고 피의자를 체포하는 경우, 체포영장의 제시나 고지 등을 하여야 하는 시기

〈판결요지〉

사법경찰관 등이 체포영장을 소지하고 피의자를 체포하기 위해서는 체포영장을 피의자에게 제시

하고(형사소송법 제200조의6, 제85조 제1항), 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다(형사소송법 제200조의5). 이와 같은 체포영장의 제시나 고지 등은 체포를 위한 실행행사에 들어가기 이전에 미리 하여야 하는 것이 원칙이다. 그러나 달아나는 피의자를 쫓아가 붙들거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에는 붙들거나 제압하는 과정에서 하거나, 그것이 여의치 않은 경우에는 일단 붙들거나 제압한 후에 지체 없이 하여야 한다.

### 〈선정이유〉

체포영장의 집행에 있어서 영장의 제시, 고지의무, 고지시기 등 적법요건을 명시하였다.

## 69. 현행범인 체포에서 ‘현행범’의 개념

(대법원 1991. 9. 24. 선고 91도1314 판결)

### 〈쟁점〉

현행범인 체포에 있어서 ‘범죄 실행의 즉후인 자’의 의미

### 〈판결요지〉

가. 형사소송법 제211조가 현행범인으로 규정한 "범죄의 실행의 즉후인 자"라고 함은, 범죄의 실행행위를 종료한 직후의 범인이라는 것이 체포하는 자의 입장에서 볼 때 명백한 경우를 일컫는 것으로서, "범죄의 실행행위를 종료한 직후"라고 함은, 범죄행위를 실행하여 끝마친 순간 또는 이에 아주 접착된 시간적 단계를 의미하는 것으로 해석되므로, 시간적으로나 장소적으로 보아 체포를 당하는 자가 방금 범죄를 실행한 범인이라는 점에 관한 죄증이 명백히 존재하는 것으로 인정되는 경우에만 현행범인으로 볼 수 있는 것이다.

나. 교사가 교장실에 들어가 불과 약 5분 동안 식칼을 휘두르며 교장을 협박하는 등의 소란을 피운 후 40여분 정도가 지나 경찰관들이 출동하여 교장실이 아닌 사무실에서 그를 연행하려 하자 그가 구속영장의 제시를 요구하면서 동행을 거부하였다면, 체포 당시 사무실에 앉아 있던 위 교사가 방금 범죄를 실행한 범인이라는 죄증이 경찰관들에게 명백히 인식될 만한 상황이었다고 단정할 수 없는데도 이와 달리 그를 "범죄의 실행의 즉후인 자"로서 현행범인이라고 단정한 원심판결에는 현행범인에 관한 법리오해의 위법이 있다고 하여 이를 파기한 사례.

### 〈선정이유〉

영장주의의 예외인 현행범체포에 있어서 ‘현행범인’의 개념요소인 ‘범죄의 실행행위를 종료한 직후’의 의미와 판단기준을 구체적으로 제시하였다는 점에서 의미가 있다.

## 70. 현행범인 체포의 적법성 요건

(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도3682 판결)

### 〈쟁점〉

현행범인을 체포하기 위하여 ‘체포의 필요성’이 있어야 하는지 여부(적극) 및 현행범인 체포 요건을 갖추지 못하여 위법한 체포에 해당하는지의 판단 기준

### 〈판결요지〉

[1] 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있는데(형사소송법 제212조), 현행범인으로 체포하기 위하여는 행위의 가별성, 범죄의 현행성·시간적 접촉성, 범인·범죄의 명백성 이외에 체포의 필요성 즉, 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야 하고, 이러한 요건을 갖추지 못한 현행범인 체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당한다. 여기서 현행범인 체포의 요건을 갖추었는지는 체포 당시 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량 여지가 있으나, 체포 당시 상황으로 보아도 요건 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관 등의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법하다고 보아야 한다.

[2] 형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하고, 여기서 적법한 공무집행은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리킨다. 경찰관이 현행범인 체포 요건을 갖추지 못하였는데도 실력으로 현행범인을 체포하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없고, 현행범인 체포행위가 적법한 공무집행을 벗어나 불법인 것으로 볼 수밖에 없다면, 현행범이 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다.

[3] 피고인이 경찰관의 불심검문을 받아 운전면허증을 교부한 후 경찰관에게 큰 소리로 욕설을 하였는데, 경찰관이 모욕죄의 현행범으로 체포하겠다고 고지한 후 피고인의 오른쪽 어깨를 붙잡자 반항하면서 경찰관에게 상해를 가한 사안에서, 피고인은 경찰관의 불심검문에 응하여 이미 운전면허증을 교부한 상태이고, 경찰관뿐 아니라 인근 주민도 욕설을 직접 들었으므로, 피고인이 도망하거나 증거를 인멸할 염려가 있다고 보기는 어렵고, 피고인의 모욕 범행은 불심검문에 항의하는 과정에서 저지른 일시적, 우발적인 행위로서 사안 자체가 경미할 뿐 아니라, 피해자인 경찰관이 범행 현장에서 즉시 범인을 체포할 급박한 사정이 있다고 보기도 어려우므로, 경찰관이 피고인을 체포한 행위는 적법한 공무집행이라고 볼 수 없고, 피고인이 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당한다는 이유로, 피고인에 대한 상해 및 공무집행방해의 공소사실을 무죄로 인정한 원심판단을 수긍한 사례.

### 〈선정이유〉

대법원은 현행범인 체포요건으로서 ‘체포의 필요성’이 있어야 함을 명확히 하고, 체포당시를 기준으로 체포요건의 충족 여부를 판단하되, 이에 대한 수사기관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우 체포는 위법하다고 판시하였다.

## 71. (준)현행범인 체포시 고지의 내용 및 시기

(대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결)

### 〈쟁점〉

[1] 순찰 중이던 경찰관이 교통사고를 낸 차량이 도주하였다는 무전연락을 받고 주변을 수색하다가 범퍼 등의 파손상태로 보아 사고차량으로 인정되는 차량에서 내리는 사람을 발견한 경우, 준현행범으로 체포할 수 있다고 한 사례

[2] 사법경찰관이 현행범인의 체포 또는 긴급체포를 하기 위하여는 반드시 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 하는지 여부(적극) 및 그 시기

### 〈판결요지〉

[1] 순찰 중이던 경찰관이 교통사고를 낸 차량이 도주하였다는 무전연락을 받고 주변을 수색하다가 범퍼 등의 파손상태로 보아 사고차량으로 인정되는 차량에서 내리는 사람을 발견한 경우, 형사소송법 제211조 제2항 제2호 소정의 '장물이나 범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흥기 기타의 물건을 소지하고 있는 때'에 해당하므로 준현행범으로서 영장 없이 체포할 수 있다고 한 사례.

[2] 헌법 제12조 제5항 전문은 '누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지 받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다.'는 원칙을 천명하고 있고, 형사소송법 제72조는 '피고인에 대하여 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다.'고 규정하는 한편, 이 규정은 같은 법 제213조의2에 의하여 검사 또는 사법경찰관리가 현행범인을 체포하거나 일반인이 체포한 현행범인을 인도받는 경우에 준용되므로, 사법경찰관이 현행범인으로 체포하는 경우에는 반드시 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 할 것임은 명백하며, 이러한 법리는 비단 현행범인을 체포하는 경우뿐만 아니라 긴급체포의 경우에도 마찬가지로 적용되는 것이고, 이와 같은 고지는 체포를 위한 실행행사에 들어가기 이전에 미리 하여야 하는 것이 원칙이나, 달아나는 피의자를 쫓아가 붙들거나 폭력으로 대항하는 피의자를 실력으로 제압하는 경우에는 붙들거나 제압하는 과정에서 하거나, 그것이 여의치 않은 경우이라도 일단 붙들거나 제압한 후에는 지체 없이 행하여야 한다.

### 〈선정이유〉

대법원은 현행범인 체포 및 긴급체포시 체포이유 등에 대한 고지가 행해져야 함을 분명히 하고, 고지시기와 관련해서는 그 원칙과 예외를 구체적으로 제시하였다.

## 72. 긴급체포의 적법성 요건 및 판단 기준

(대법원 2002. 6. 11. 선고 2000도5701 판결)

〈쟁점〉

긴급체포가 요건을 갖추지 못하여 위법한 체포에 해당하는 경우 및 위법한 체포에 의한 유치중에 작성된 피의자신문조서의 증거능력 유무(소극)

〈판결요지〉

긴급체포는 영장주의원칙에 대한 예외인 만큼 형사소송법 제200조의3 제1항의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 하고, 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당하는 것이고, 여기서 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이나, 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포라 할 것이고, 이러한 위법은 영장주의에 위배되는 중대한 것이니 그 체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서는 위법하게 수집된 증거로서 특별한 사정이 없는 한 이를 유죄의 증거로 할 수 없다.

〈선정이유〉

대법원은 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 긴급체포는 영장주의 위배로서 위법하고, 위법한 체포 중에 작성된 피의자신문조서 역시 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 보았다.

**73. 긴급체포에 있어서 ‘긴급성’**

(대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도5814 판결)

〈쟁점〉

피고인이 필로폰을 투약한다는 제보를 받은 경찰관이 제보의 정확성을 사전에 확인한 후에 제보자를 불러 조사하기 위하여 피고인의 주거지를 방문하였다가, 그곳에서 피고인을 발견하고 피고인의 전화번호로 전화를 하여 나오라고 하였으나 응하지 않자 피고인의 집 문을 강제로 열고 들어가 피고인을 긴급체포한 사안에서, 긴급체포가 위법하다고 한 사례

〈판결요지〉

피고인이 필로폰을 투약한다는 제보를 받은 경찰관이 제보된 주거지에 피고인이 살고 있는지 등 제보의 정확성을 사전에 확인한 후에 제보자를 불러 조사하기 위하여 피고인의 주거지를 방문하였다가, 현관에서 담배를 피우고 있는 피고인을 발견하고 사진을 찍어 제보자에게 전송하여 사진에 있는 사람이 제보한 대상자가 맞다는 확인을 한 후, 가지고 있던 피고인의 전화번호로 전화를 하여 차량 접촉사고가 났으니 나오라고 하였으나 나오지 않고, 또한 경찰관임을 밝히고 만나자고 하는데도 현재 집에 있지 않다는 취지로 거짓말을 하자 피고인의 집 문을 강제로 열고 들어가 피고인을 긴급체포한 사안에서, 피고인이 마약에 관한 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있었더라도, 경찰관이 이미 피고인의 신원과 주거지 및 전화번호 등을 모두 파악하고 있었고, 당시

마약 투약의 범죄 증거가 급속하게 소멸될 상황도 아니었던 점 등의 사정을 감안하면, 긴급체포가 미리 체포영장을 받을 시간적 여유가 없었던 경우에 해당하지 않아 위법하다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.

#### 〈선정이유〉

대법원은 긴급체포가 영장주의 예외로서 적법하기 위한 요건으로서의 '긴급성'을 '미리 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 경우'로 해석한다.

### 74. 자진출석한 자에 대한 긴급체포의 적법성 여부

(대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도148 판결)

#### 〈쟁점〉

수사기관에 자진출석한 자에 대한 긴급체포의 적법성 판단기준

#### 〈판결요지〉

형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하고, 여기서 적법한 공무집행은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키므로, 검사나 사법경찰관이 수사기관에 자진출석한 사람을 긴급체포의 요건을 갖추지 못하였음에도 실력으로 체포하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없고, 자진출석한 사람이 검사나 사법경찰관에 대하여 이를 거부하는 방법으로써 폭행을 하였다고 하여 공무집행방해죄가 성립하는 것은 아니다.

검사가 참고인 조사를 받는 줄 알고 검찰청에 자진출석한 변호사사무실 사무장을 합리적 근거 없이 긴급체포하자 그 변호사가 이를 제지하는 과정에서 위 검사에게 상해를 가한 것이 정당방위에 해당한다고 본 사례.

#### 〈선정이유〉

[수사기관에 자진출석한 피의자의 긴급체포의 적법성 여부]를 둘러싸고 견해가 대립하나, 대법원은 긴급체포 요건의 충족 여부를 판단하여 자진출석자에 대한 긴급체포의 적법성 여부를 판단한다. 이에 따르면, 피의자가 자진출석하여 조사를 받던 중 장기 3년 이상의 범죄를 범하였다고 볼 상당한 이유가 드러나고, 도주·증거인멸 우려가 있다고 객관적으로 판단되는 경우에는 자진출석한 피의자에 대한 긴급체포도 가능하다.

[대인적 강제처분 - 구속]

### 75. 구속영장의 효력 범위와 이중구속의 적법성

(대법원 2000. 11. 10. 자 2000모134 결정)

〈쟁점〉

구속기간이 만료될 무렵 종전 구속영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄사실로 피고인을 구속한 경우, 그러한 사정만으로 피고인에 대한 구속이 위법한 것인지 여부(소극)

〈판결요지〉

형사소송법 제75조 제1항은, "구속영장에는 피고인의 성명, 주거, 죄명, 공소사실의 요지, 인치구금할 장소, 발부연월일, 그 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 할 취지를 기재하고 재판장 또는 수명법관이 서명날인하여야 한다."고 규정하고 있는바, 구속의 효력은 원칙적으로 위 방식에 따라 작성된 구속영장에 기재된 범죄사실에만 미치는 것이므로, 구속기간이 만료될 무렵에 종전 구속영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄사실로 피고인을 구속하였다는 사정만으로는 피고인에 대한 구속이 위법하다고 할 수 없다.

〈선정이유〉

구속영장의 효력 범위에 관해서는 ① 피의자의 모든 범죄에 대해 효력이 미친다고 보는 [인단위설]과 ② 구속영장에 기재된 범죄사실에 대해서만 효력이 미친다고 보는 [사건단위설]이 대립하는데, 위 판례에서 대법원은 사건단위설에 따라 구속영장의 효력을 인정하고 있다.

**76. 검사의 구속영장 청구 전 대면조사의 허용 여부**

(대법원 2010. 10. 28. 선고 2008도11999 판결)

〈쟁점〉

구속영장 청구 전 검사의 대면조사를 허용한 취지와 한계

〈판결요지〉

사법경찰관이 검사에게 긴급체포된 피의자에 대한 긴급체포 승인 건의와 함께 구속영장을 신청한 경우, 검사는 긴급체포의 승인 및 구속영장의 청구가 피의자의 인권에 대한 부당한 침해를 초래하지 않도록 긴급체포의 적법성 여부를 심사하면서 수사서류 뿐만 아니라 피의자를 검찰청으로 출석시켜 직접 대면조사할 수 있는 권한을 가진다고 보아야 한다. 따라서 이와 같은 목적과 절차의 일환으로 검사가 구속영장 청구 전에 피의자를 대면조사하기 위하여 사법경찰관에게 피의자를 검찰청으로 인치할 것을 명하는 것은 적법하고 타당한 수사지휘 활동에 해당하고, 수사지휘를 전달받은 사법경찰관리는 이를 준수할 의무를 부담한다. 다만 체포된 피의자의 구금 장소가 임의적으로 변경되는 점, 법원에 의한 영장실질심사 제도를 도입하고 있는 현행 형사소송법하에서 체포된 피의자의 신속한 법관 대면권 보장이 지연될 우려가 있는 점 등을 고려하면, 위와 같은 검사의 구속영장 청구 전 피의자 대면조사는 긴급체포의 적법성을 의심할 만한 사유가 기록 기타 객관적 자료에 나타나고 피의자의 대면조사를 통해 그 여부의 판단이 가능할 것으로 보이는 예외적인 경우에 한하여 허용될 뿐, 긴급체포의 합당성이나 구속영장 청구에 필요한 사유를 보강하기 위한 목적으로 실시되어서는 아니 된다. 나아가 검사의 구속영장 청구 전 피의자 대면조사는 강제수사가 아

니므로 피의자는 검사의 출석 요구에 응할 의무가 없고, 피의자가 검사의 출석 요구에 동의한 때에 한하여 사법경찰관리는 피의자를 검찰청으로 호송하여야 한다.

### 〈선정이유〉

대법원은 구속영장 청구 전 검사의 대면조사를 임의수사로 보아 피의자가 검사의 출석요구에 동의한 경우에 한하여 허용하되, 체포의 적법성을 의심할 만한 객관적 사유가 존재하고 이를 확인하기 위해 필요한 경우로 국한한다.

## 77. 구속영장 발부 과정상 흠결의 치유 여부

(대법원 2016. 6. 14. 자 2015모1032 결정)

### 〈쟁점〉

법원이 사전에 형사소송법 제72조에 따른 절차를 거치지 아니한 채 피고인에 대하여 구속영장을 발부한 경우, 발부결정이 위법한지 여부(적극) / 위 규정에서 정한 절차적 권리가 실질적으로 보장된 경우, 해당 절차의 전부 또는 일부를 거치지 아니한 채 구속영장을 발부한 것만으로 발부결정이 위법한지 여부(소극) 및 사전 청문절차의 흠결에도 불구하고 구속영장 발부가 적법한 경우

### 〈판결요지〉

형사소송법 제72조의 ‘피고인에 대하여 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다’는 규정은 피고인을 구속함에 있어서 법관에 의한 사전 청문절차를 규정한 것으로서, 법원이 사전에 위 규정에 따른 절차를 거치지 아니한 채 피고인에 대하여 구속영장을 발부하였다면 발부결정은 위법하다.

한편 위 규정은 피고인의 절차적 권리를 보장하기 위한 규정이므로 이미 변호인을 선정하여 공판절차에서 변명과 증거의 제출을 다하고 그의 변호 아래 판결을 선고받은 경우 등과 같이 위 규정에서 정한 절차적 권리가 실질적으로 보장되었다고 볼 수 있는 경우에는 이에 해당하는 절차의 전부 또는 일부를 거치지 아니한 채 구속영장을 발부하였더라도 이러한 점만으로 발부결정을 위법하다고 볼 것은 아니지만, 사전 청문절차의 흠결에도 불구하고 구속영장 발부를 적법하다고 보는 이유는 공판절차에서 증거의 제출과 조사 및 변론 등을 거치면서 판결이 선고될 수 있을 정도로 범죄사실에 대한 충분한 소명과 공방이 이루어지고 그 과정에서 피고인에게 자신의 범죄사실 및 구속사유에 관하여 변명을 할 기회가 충분히 부여되기 때문이므로, 이와 동일시할 수 있을 정도의 사유가 아닌 이상 함부로 청문절차 흠결의 위법이 치유된다고 해석하여서는 아니 된다.

### 〈선정이유〉

대법원은 2007년 도입된 구속전피의자심문제도(영장실질심사제도)의 취지가 영장주의의 실효성을 확보하고 피의자의 법관대면권을 보장하는데 있는 만큼, 법관의 사전 청문절차를 거치지 않은 것은 위법하지만, 이후 소송절차에서 범죄사실에 대한 충분한 소명과 변명의 기회가 부여되었다면, 사전 청문절차의 흠결이 치유된다고 보았다.

## 78. 피고인 구속에 있어서 재구속 제한의 적용 여부

(대법원 1985. 7. 23. 자 85모12 결정)

### 〈쟁점〉

구속기간의 만료로 구속의 효력이 상실된 후 수소법원이 판결을 선고하면서 피고인을 구속한 것이 형사소송법 제208조 규정에 위배되는지 여부

### 〈판결요지〉

항소법원은 항소피고사건의 심리 중 또는 판결선고 후 상고제기 또는 판결확정에 이르기까지 수소법원으로서 형사소송법 제70조 제1항 각호의 사유 있는 불구속 피고인을 구속할 수 있고 또 수소법원의 구속에 관하여는 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 구속함을 규율하는 형사소송법 제208조의 규정은 적용되지 아니하므로 구속기간의 만료로 피고인에 대한 구속의 효력이 상실된 후 항소법원이 피고인에 대한 판결을 선고하면서 피고인을 구속하였다 하여 위 법 제208조의 규정에 위배되는 재구속 또는 이중구속이라 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

(수사기관에 의한 피의자 구속과 달리) 법원에 의한 피고인 구속에 있어서는 재구속의 제한(형사소송법 제208조 제1항)이 적용되지 않는다. 이 외에도 검사의 영장청구나 그에 따른 영장실질심사가 필요 없다는 점에서 피의자 구속과 구별된다.

## 79. 긴급체포 후 석방된 자에 대한 구속영장 발부 가능 여부

(대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도4291 판결)

### 〈쟁점〉

긴급체포되었다가 수사기관의 조치로 석방된 후 법원이 발부한 구속영장에 의하여 구속이 이루어진 경우, 형사소송법 제200조의4 제3항, 제208조에 위배되는 위법한 구속인지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

형사소송법 제200조의4 제3항은 영장 없이는 긴급체포 후 석방된 피의자를 동일한 범죄사실에 관하여 체포하지 못한다는 규정으로, 위와 같이 석방된 피의자라도 법원으로부터 구속영장을 발부받아 구속할 수 있음은 물론이고, 같은 법 제208조 소정의 '구속되었다가 석방된 자'라 함은 구속영장에 의하여 구속되었다가 석방된 경우를 말하는 것이지, 긴급체포나 현행범으로 체포되었다가 사후영장발부 전에 석방된 경우는 포함되지 않는다 할 것이므로, 피고인이 수사 당시 긴급체포되었다가 수사기관의 조치로 석방된 후 법원이 발부한 구속영장에 의하여 구속이 이루어진 경우 앞서 본 법조에 위배되는 위법한 구속이라고 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

재구속 제한 규정(제208조 제1항)의 적용 대상으로서 '구속되었다가 석방된 자'의 의미와 범위를 '구속영장에 의해 구속되었다 석방된 자'로 명확히 하였다는 점에서 의미가 있다.

## 80. 구속영장 기각결정에 대한 불복방법

(대법원 2006. 12. 18. 자 2006모646 결정)

### 〈쟁점〉

[1] 형사사법절차에서 검사에게 허용되는 재판에 대한 불복의 절차와 범위 및 방법 등의 문제가 입법정책에 속하는 사항인지 여부(적극)

[2] 검사의 체포영장 또는 구속영장 청구에 대한 지방법원판사의 재판이 항고나 준항고의 대상이 되는지 여부(소극)

[3] 체포영장 또는 구속영장의 청구에 관한 재판 자체에 대하여 직접 항고나 준항고를 통한 불복을 허용하지 아니한 것이 헌법에 위반되는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

[1] 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 신속한 재판을 받을 권리를 국민의 기본권의 하나로 보장하고 있는 헌법 제27조의 규정과 대법원을 최고법원으로 규정한 헌법 제101조 제2항, 명령·규칙 또는 처분에 대한 대법원의 최종심사권을 규정한 헌법 제107조 제2항의 규정 등에 비추어, 대법원 이외의 각급법원에서 잘못된 재판을 하였을 경우에는 상급심으로 하여금 이를 바로 잡게 하는 것이 국민의 재판청구권을 실질적으로 보장하는 방법이 된다는 의미에서 심급제도는 재판청구권을 보장하기 위한 하나의 수단이 되는 것이지만, 심급제도는 사법에 의한 권리보호에 관하여 한정된 법 발견자원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제에 귀착되므로 어느 재판에 대하여 심급제도를 통한 불복을 허용할 것인지의 여부 또는 어떤 불복방법을 허용할 것인지 등은 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이고, 특히 형사사법절차에서 수사 또는 공소제기 및 유지를 담당하는 주체로서 피의자 또는 피고인과 대립적 지위에 있는 검사에게 어떤 재판에 대하여 어떤 절차를 통하여 어느 범위 내에서 불복방법을 허용할 것인가 하는 점은 더욱 더 입법정책에 달린 문제이다.

[2] 검사의 체포영장 또는 구속영장 청구에 대한 지방법원판사의 재판은 형사소송법 제402조의 규정에 의하여 항고의 대상이 되는 '법원의 결정'에 해당하지 아니하고, 제416조 제1항의 규정에 의하여 준항고의 대상이 되는 '재판장 또는 수명법관의 구금 등에 관한 재판'에도 해당하지 아니한다.

[3] 헌법 제12조 제1항, 제3항, 제6항 및 형사소송법 제37조, 제200조의2, 제201조, 제214조의2, 제402조, 제416조 제1항 등의 규정들은, 신체의 자유와 관련한 기본권의 침해는 부당한 구속 등에 의하여 비로소 생길 수 있고 검사의 영장청구가 기각된 경우에는 그로 인한 직접적인 기본권침해가 발생할 여지가 없다는 점 및 피의자에 대한 체포영장 또는 구속영장의 청구에 관한 재판 자체에 대하여 항고 또는 준항고를 통한 불복을 허용하게 되면 그 재판의 효력이 장기간 유동적인 상태에 놓여 피의자의 지위가 불안하게 될 우려가 있으므로 그와 관련된 법률관계를 가급적

조속히 확정시키는 것이 바람직하다는 점 등을 고려하여, 체포영장 또는 구속영장에 관한 재판 그 자체에 대하여 직접 항고 또는 준항고를 하는 방법으로 불복하는 것은 이를 허용하지 아니하는 대신에, 체포영장 또는 구속영장이 발부된 경우에는 피의자에게 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있도록 하고 그 영장청구가 기각된 경우에는 검사로 하여금 그 영장의 발부를 재청구할 수 있도록 허용함으로써, 간접적인 방법으로 불복할 수 있는 길을 열어 놓고 있는 데 그 취지가 있고, 이는 헌법이 법률에 유보한 바에 따라 입법자의 형성의 자유의 범위 내에서 이루어진 합리적인 정책적 선택의 결과일 뿐 헌법에 위반되는 것이라고는 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

검찰은 법원의 구속영장 기각에 대한 불복방법으로 ‘영장항고제도’의 도입을 주장하고 있으나, 대법원은 ① 불복의 방법과 절차는 입법자의 자유라는 점, ② 체포·구속적부심사의 청구 및 영장의 재청구 등 간접적인 불복방법이 마련되어 있다는 점 ③ 체포영장 또는 구속영장 청구에 대한 지방법원판사의 재판은 항고대상(법원의 결정)이나 준항고대상(재판장 또는 수명법관의 구금에 등에 관한 재판)에도 해당하지 않는다는 점을 들어 구속영장 기각결정에 대한 항고 내지 준항고를 허용하지 않는다.

## 81. 체포·구속적부심사와 보증금납입조건부석방결정

(대법원 1997. 8. 27. 자 97모21 결정)

### 〈쟁점〉

- [1] 긴급체포된 피의자에게 체포적부심사청구권이 있는지 여부(적극)
- [2] 체포적부심사절차에서 피의자를 보증금 납입을 조건으로 석방할 수 있는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

[1] 헌법 제12조 제6항은 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다고 규정하고 있고, 형사소송법 제214조의2 제1항은 체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자 등이 체포 또는 구속의 적부심사를 청구할 수 있다고 규정하고 있는 바, 형사소송법의 위 규정이 체포영장에 의하지 아니하고 체포된 피의자의 적부심사청구권을 제한한 취지라고 볼 것은 아니므로 긴급체포 등 체포영장에 의하지 아니하고 체포된 피의자의 경우에도 헌법과 형사소송법의 위 규정에 따라 그 적부심사를 청구할 권리를 가진다.

[2] 형사소송법은 수사단계에서의 체포와 구속을 명백히 구별하고 있고 이에 따라 체포와 구속의 적부심사를 규정한 같은 법 제214조의2에서 체포와 구속을 서로 구별되는 개념으로 사용하고 있는바, 같은 조 제4항에 기소 전 보증금 납입을 조건으로 한 석방의 대상자가 '구속된 피의자'라고 명시되어 있고, 같은 법 제214조의3 제2항의 취지를 체포된 피의자에 대하여도 보증금 납입을 조건으로 한 석방이 허용되어야 한다는 근거로 보기는 어렵다 할 것이어서 현행법상 체포된 피의자에 대하여는 보증금 납입을 조건으로 한 석방이 허용되지 않는다.

### 〈선정이유〉

대법원은 (체포적부심과 구속적부심을 전제로) 구속적부심에 대해서만 보증금납입조건부 석방결정과 이에 대한 항고를 허용한다.

## 82. 구속의 취소

(대법원 1991. 4. 11. 자 91모25 결정)

### 〈쟁점〉

미결구금일수만으로도 본형의 형기를 초과한 경우가 구속 취소사유에 해당하는지 여부

### 〈판결요지〉

대법원의 파기환송취지대로 제1심판결을 파기하고 징역1년과 공소사실 중 일부무죄를 선고한 항소심판결에 대하여 피고인과 검사가 다시 상고한 경우에는 검사의 상고가 받아들여지리라고 보기 어렵다고 할 것이고, 피고인의 상고가 기각되더라도 제1심과 항소심판결 선고전 구금일수만으로도 구속을 필요로 하는 본형 형기를 초과할 것이 명백하다면 피고인이 현재 집행유예 기간 중에 있더라도 이것이 피고인의 구속을 계속하여야 할 사유가 된다고 할 수 없어 피고인을 구속할 사유는 소멸되었다고 할 것이므로 피고인에 대한 구속은 취소해야 한다.

### 〈선정이유〉

형사소송법에 따르면, 법원 또는 수사기관은 구속의 사유가 없거나 소멸된 때 직권 또는 청구에 의하여 구속취소결정을 함으로써 피의자·피고인을 석방하게 되는데, 대법원은 '미결구금일수만으로도 본형의 형기를 초과할 것이 명백한 경우'도 '구속의 사유가 소멸된 때'에 해당한다고 보았다.

### [보석]

## 83. 보석취소와 보석보증금몰수 결정

(대법원 2001. 5. 29. 자 2000모22 전원합의체 결정)

### 〈쟁점〉

보석보증금몰수결정은 반드시 보석취소와 동시에 하여야만 하는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

#### [다수의견]

형사소송법 제102조 제2항은 "보석을 취소할 때에는 결정으로 보증금의 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다."라고 규정하고 있는바, 이는 보석취소사유가 있어 보석취소결정을 할 경우에는 보석보증금의 전부 또는 일부를 몰수하는 것도 가능하다는 의미로 해석될 뿐, 문언상 보석보증금의 몰수

는 반드시 보석취소와 동시에 결정하여야 한다는 취지라고 단정하기는 어려운 점, 같은 법 제103조에서 보석된 자가 유죄판결 확정 후의 집행을 위한 소환에 불응하거나 도망한 경우 보증금을 몰수하도록 규정하고 있어 보석보증금은 형벌의 집행 단계에서의 신체 확보까지 담보하고 있으므로, 보석보증금의 기능은 유죄의 판결이 확정될 때까지의 신체 확보도 담보하는 취지로 봄이 상당한 점, 보석취소결정은 그 성질상 신속을 요하는 경우가 대부분임에 반하여, 보증금몰수결정에 있어서는 그 몰수의 요부(보석조건위반 등 귀책사유의 유무) 및 몰수 금액의 범위 등에 관하여 신중히 검토하여야 할 필요성도 있는 점 등을 아울러 고려하여 보면, 보석보증금을 몰수하려면 반드시 보석취소와 동시에 하여야만 가능한 것이 아니라 보석취소 후에 별도로 보증금몰수결정을 할 수도 있다. 그리고 형사소송법 제104조가 구속 또는 보석을 취소하거나 구속영장의 효력이 소멸된 때에는 몰수하지 아니한 보증금을 청구한 날로부터 7일 이내에 환부하도록 규정되어 있다고 하여도, 이 규정의 해석상 보석취소 후에 보증금몰수를 하는 것이 불가능하게 되는 것도 아니다.

[반대의견]

형사소송법 제102조 제1항이 마치 보석취소 사유만을 규정하고 있는 것처럼 보이지만 거기에서 열거한 사유 중 피고인이 도망한 때(제1호), 소환을 받고 정당한 이유 없이 출석하지 아니한 때(제3호), 주거의 제한 기타 법원이 정한 조건을 위반한 때(제5호) 등은 그것이 바로 보석보증금에 의하여 담보하고자 하는 내용들이므로 결국 제1항 각 호는 보석취소와 보석보증금 몰수의 실제적 요건을 동시에 규정한 것이라 할 것이고, 따라서 같은 조 제2항의 규정 취지는 제1항 각 호의 사유가 있어서 보석을 취소할 때에는 동시에 보석보증금을 몰수할 것이지만, 다만 제1항의 열거사유가 있다고 하여 반드시 피고인에게 보석조건위반 등 귀책사유가 있다고 단정하기 어려운 경우가 있기 때문에 보석보증금의 몰수를 필요적이 아닌 임의적인 것으로 하기 위한 것이라고 보아야 한다. 같은 법 제102조 제2항은 '보석을 취소할 때에는'이라고 규정하여 보석보증금을 몰수할 수 있는 시기적 제한의 의미로 표현하고 있으며 그 문언적 의미를 '보석취소 사유가 있을 때에는 언제든지'라고 확대해석할 논리적 근거를 찾아볼 수 없다. 형사소송법은 '보석을 취소할 때에는' 보석보증금을 몰수할 수 있다고 하여 보석보증금을 몰수함이 없이 보석만을 취소할 경우는 있으나 그와 반대로 보석을 취소함이 없이 보석보증금만을 몰수하는 경우를 전혀 상정하지 않고 있으므로 일단 보석이 취소되면 그 이후에 같은 법 제102조 제1항의 사유가 발생하더라도 다시 취소할 보석은 존재하지 아니하는 것이고, 보석보증금의 출석 등 담보기능은 보석취소와 동시에 소멸되는 것이어서 보석보증금을 몰수함이 없이 보석이 취소된 경우에는 이제는 몰수의 대상인 보석보증금이 아니라 같은 법 제104조에 의하여 환부하여야 할 보관금의 성격을 가진다고 보는 것이 자연스럽고 합리적인 해석이다. 같은 법 제103조는 '보석된 자' 즉 '보석허가결정을 받아 석방된 자'에 관한 규정으로 '보석취소결정을 받은 자'에 관한 규정이 아닐 뿐만 아니라 이 규정의 취지는 보석허가를 받아 석방된 자가 자유형이나 사형을 선고받고 그 판결이 확정된 경우에는 구속영장의 효력이 소멸되고, 보석허가결정 역시 실효되어 법원으로서의 피고인이 형의 집행을 위한 소환에 불응하거나 도망하더라도 같은 법 제102조에 의하여는 보석보증금을 몰수할 수 없게 될 뿐 아니라 오히려 피고인이 같은 법 제104조에 의하여 보석보증금환부청구권을 갖게 되는 것이므로 위와 같은 경우에 예외적으로 보석보증금을 몰수하도록 함으로써 형벌의 집행단계에서의 피고인의 신체 확보를 기하고자 함에 있다. 즉, 같은 법 제103조는 같은 법 제102조 및 제104조에 대한 특별규정으로서 보석된 자에 관한 규정이므로 이를 확대해석하여 보석보증금이 보석취소 후의 재구금까지 담보한다고 풀이할 수는 없다. 같은 법 제104조는 "구속 또는 보석을 취소하거나 구속영장의 효력이 소멸된 때에는 몰수하지 아니한 보증금을 청구한 날로부터 7일 이내에 환부하여야 한다."라고 하여, 그 해석

상 보석취소결정을 받은 피고인은 그 결정이 있는 때로부터 즉시 몰수하지 아니한 보석보증금에 대한 환부청구권을 가진다고 할 것인바, 이미 발생한 피고인의 환부청구권을 법원이 같은 법 제 103조와 같은 명확한 근거규정 없이 사후에 침해한다는 것은 허용될 수 없다. 보석취소결정에 따른 재구금에 불응하고 도망을 한 피고인에게까지 보석보증금을 환부해야 하는 것이 건전한 법감정에 반한다고 하여 법의 근거 없이 피고인에게 불이익한 처벌을 가할 수 있다고 해석하는 것은 죄형법정주의, 형사법의 확대해석과 유추해석의 금지 등 법리에 비추어 용인할 수 없다.

### 〈선정이유〉

대법원 [다수의견]은 보석취소와 보석금보증의 취지 및 기능에 비추어 보석보증금몰수결정은 반드시 보석취소와 동시에 하여야 하는 것은 아니며, 보석취소 후에 별도로 보증금몰수결정을 할 수도 있다고 보았다.

### [대물적 강제처분 - 압수/수색]

## 84. 압수·수색의 물적 효력 범위와 집행 절차

(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결)

### 〈쟁점〉

- [1] 압수·수색영장에 압수대상물을 압수장소에 '보관중인 물건'으로 기재한 경우, 이를 '현존하는 물건'으로 해석가능한지 여부(소극)
- [2] 압수·수색영장의 제시방법(=개별적 제시)
- [3] 형사소송법상 압수목록의 작성·교부시기(=압수 직후)

### 〈판결요지〉

[1] 헌법과 형사소송법이 구현하고자 하는 적법절차와 영장주의의 정신에 비추어 볼 때, 법관이 압수·수색영장을 발부하면서 '압수할 물건'을 특정하기 위하여 기재한 문언은 엄격하게 해석하여야 하고, 함부로 피압수자 등에게 불리한 내용으로 확장 또는 유추 해석하여서는 안 된다. 따라서 압수·수색영장에서 압수할 물건을 '압수장소에 보관중인 물건'이라고 기재하고 있는 것을 '압수장소에 현존하는 물건'으로 해석할 수는 없다.

[2] 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 하는바, 현장에서 압수·수색을 당하는 사람이 여러 명일 경우에는 그 사람들 모두에게 개별적으로 영장을 제시해야 하는 것이 원칙이다. 수사기관이 압수·수색에 착수하면서 그 장소의 관리책임자에게 영장을 제시하였다고 하더라도, 물건을 소지하고 있는 다른 사람으로부터 이를 압수하고자 하는 때에는 그 사람에게 따로 영장을 제시하여야 한다.

[3] 공무원인 수사기관이 작성하여 피압수자 등에게 교부해야 하는 압수물 목록에는 작성연월일을 기재하고, 그 내용은 사실에 부합하여야 한다. 압수물 목록은 피압수자 등이 압수물에 대한 환부·가환부신청을 하거나 압수처분에 대한 준항고를 하는 등 권리행사절차를 밟는 가장 기초적인 자료가 되므로, 이러한 권리행사에 지장이 없도록 압수 직후 현장에서 바로 작성하여 교부해야 하

는 것이 원칙이다.

### 〈선정이유〉

압수·수색은 대물적 강제처분으로서 영장주의의 적용을 받는데, 위 판결은 압수·수색영장의 집행절차 및 방법과 관련하여 상세히 다루고 있다는 점에서 의미가 있다. 즉 영장제시는 반드시 처분을 받은 자에게 영장정보를 사전에 개별적으로 제시해야 하고, 영장에 기재된 압수물의 범위와 관련하여 엄격한 해석이 요구된다는 점과 압수목록의 현장작성 및 교부 원칙을 밝히고 있다.

## 85. 대물적 강제처분에 있어서 영장주의와 적법절차

(대법원 2017. 9. 7. 선고 2015도10648 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 등에서 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 있는지 여부(원칙적 소극)

### 〈판결요지〉

(1) 수사기관의 압수·수색은 법관이 발부한 압수수색영장에 의하여야 하는 것이 원칙이고, 그 영장에는 피의자의 성명, 압수할 물건, 수색할 장소·신체·물건과 압수수색의 사유 등이 특정되어야 하며(형사소송법 제215조, 제219조, 제114조 제1항, 형사소송규칙 제58조), 영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시되어야 하고(형사소송법 제219조, 제118조), 압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(같은 법 제219조, 제129조). 이러한 형사소송법과 형사소송규칙의 절차 조항은 헌법에서 선언하고 있는 적법절차와 영장주의를 구현하기 위한 것으로서 그 규범력은 확고히 유지되어야 한다. 그러므로 형사소송법 등에서 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결 등 참조).

(2) 원심은, 수사기관이 2010. 1. 11. 공소외 1 주식회사에서 압수수색영장을 집행하여 피고인이 공소외 2에게 발송한 이메일(증거목록 순번 314-1, 3, 5)을 압수한 후 이를 증거로 제출하였으나, 수사기관은 위 압수수색영장을 집행할 당시 공소외 1 주식회사에 팩스로 영장 사본을 송신한 사실은 있으나 영장 원본을 제시하지 않았고 또한 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 이를 피압수·수색 당사자에게 교부하였다고 볼 수도 없다고 전제한 다음, 위와 같은 방법으로 압수된 위 각 이메일은 헌법과 형사소송법 제219조, 제118조, 제129조가 정한 절차를 위반하여 수집한 위법수집증거로 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없고, 이러한 절차 위반은 헌법과 형사소송법이 보장하는 적법절차 원칙의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하고 위법수집증거의 증거능력을 인정할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수도 없어 증거능력이 없다는 이유로, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로서 정당하고, 거기에 압수 절차나 압수물의 증거능력에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

**〈선정이유〉**

위 사안에서 대법원은 영장집행 절차 및 방법은 헌법에서 선언하고 있는 적법절차와 영장주의를 구현하기 위한 것이라고 평가하면서, 제3자 보관정보에 대한 영장원본 제시 및 압수목록 교부 등 영장집행절차의 위반을 적법절차 원칙의 실질적인 내용을 침해로 보아 그 압수물의 증거능력을 부정하고 있다. 하지만 이 판결 이후 사이버범죄 수사의 현실 및 효율성 제고 차원에서 '전자영장제도'의 도입 필요성이 제기되고 있다.

**86. 법관의 날인이 누락된 영장의 효력**

(대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결)

**〈쟁점〉**

법관의 서명만 있고 날인은 누락된 영장의 효력 여부

**〈판결요지〉**

압수·수색영장에는 피의자의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부 연월일, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지, 그 밖에 대법원규칙으로 정한 사항을 기재하고 영장을 발부하는 법관이 서명날인하여야 한다(형사소송법 제219조, 제114조 제1항 본문). 이 사건 영장은 법관의 서명날인란에 서명만 있고 날인이 없으므로, 형사소송법이 정한 요건을 갖추지 못하여 적법하게 발부되었다고 볼 수 없다.

**〈선정이유〉**

위 사안에서 원심은 영장이 법관의 진정한 의사에 따라 발부되었다는 등의 이유를 들어 유효하다고 보았으나, 대법원은 법관의 날인이 누락된 영장은 형사소송법이 정한 요건을 갖추지 못하였으므로 무효로 판시하였다.

**87. 압수·수색영장 제시의 예외**

(대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결)

**〈쟁점〉**

압수·수색영장의 제시가 현실적으로 불가능한 경우, 영장제시 없이 이루어진 압수·수색의 적법 여부(적극)

**〈판결요지〉**

형사소송법 제219조가 준용하는 제118조는 “압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.”고 규정하고 있으나, 이는 영장제시가 현실적으로 가능한 상황을 전제로 한 규정으로

보아야 하고, 피처분자가 현장에 없거나 현장에서 그를 발견할 수 없는 경우 등 영장제시가 현실적으로 불가능한 경우에는 영장을 제시하지 아니한 채 압수·수색을 하더라도 위법하다고 볼 수 없다.

〈선정이유〉

영장의 제시는 반드시 ① 사전에 ② 영장원본을 ③ 처분을 받은 자에게 ④ 개별적으로 제시하는 것이 원칙이나, ‘영장제시가 현실적으로 불가능한 경우’에는 사전영장 제시의 예외를 인정하였다는 점에서 의미가 있다.

**88. 종전 압수·수색영장의 유효기간 내 재압수·수색의 허용 여부**

(대법원 1999. 12. 1. 자 99모161 결정)

〈쟁점〉

수사기관이 압수·수색영장을 제시하고 집행에 착수하여 압수·수색을 실시하고 그 집행을 종료한 후 그 압수·수색영장의 유효기간 내에 동일한 장소 또는 목적물에 대하여 다시 압수·수색할 필요가 있는 경우, 종전의 압수·수색영장을 제시하고 다시 압수·수색할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

형사소송법 제215조에 의한 압수·수색영장은 수사기관의 압수·수색에 대한 허가장으로서 거기에 기재되는 유효기간은 집행에 착수할 수 있는 종기(종기)를 의미하는 것일 뿐이므로, 수사기관이 압수·수색영장을 제시하고 집행에 착수하여 압수·수색을 실시하고 그 집행을 종료하였다면 이미 그 영장은 목적을 달성하여 효력이 상실되는 것이고, 동일한 장소 또는 목적물에 대하여 다시 압수·수색할 필요가 있는 경우라면 그 필요성을 소명하여 법원으로부터 새로운 압수·수색영장을 발부 받아야 하는 것이지, 앞서 발부 받은 압수·수색영장의 유효기간이 남아있다고 하여 이를 제시하고 다시 압수·수색을 할 수는 없다.

〈선정이유〉

대법원은 이미 집행한 압수·수색영장의 유효기간이 남아 있더라도 이를 재사용할 수 없다고 판시함으로써 압수·수색영장의 효력이 일회성임을 명확히 하였다.

**89. 압수·수색영장 집행시 사전통지의 예외**

(대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도7455 판결)

〈쟁점〉

압수·수색영장을 집행할 때 피의자 등에 대한 사전통지를 생략할 수 있는 예외를 규정한 형사소송법 제122조 단서에서 ‘급속을 요하는 때’의 의미 및 위 규정이 명확성 원칙 등에 반하여 위헌인

지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

피의자 또는 변호인은 압수·수색영장의 집행에 참여할 수 있고( 형사소송법 제219조, 제121조), 압수·수색영장을 집행함에는 원칙적으로 미리 집행의 일시와 장소를 피의자 등에게 통지하여야 하나( 형사소송법 제122조 본문), ‘급속을 요하는 때’에는 위와 같은 통지를 생략할 수 있다( 형사소송법 제122조 단서). 여기서 ‘급속을 요하는 때’라고 함은 압수·수색영장 집행 사실을 미리 알려주면 증거물을 은닉할 염려 등이 있어 압수·수색의 실효를 거두기 어려울 경우라고 해석함이 옳고, 그와 같이 합리적인 해석이 가능하므로 형사소송법 제122조 단서가 명확성의 원칙 등에 반하여 위헌이라고 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

형사소송법은 압수·수색에 있어서 검사, 피의자·피고인 또는 변호인의 참여권을 보장하기 위해 미리 집행의 일시와 장소를 원칙적으로 통지하도록 규정하고(제121조, 제219조), 다만 참여자가 불참의사를 명확히 한 경우나 급속을 요하는 경우에는 예외를 인정하고 있는데(제122조, 제219조), 위 판결은 예외인 ‘급속을 요하는 때’를 “미리 알려주면 증거물을 은닉할 염려 등이 있어 압수·수색의 실효를 거두기 어려울 경우”로 그 의미를 명확히 하였다.

## 90. 압수해제물에 대한 재압수의 허용 여부

(대법원 1997. 1. 9. 자 96모34 결정)

### 〈쟁점〉

압수물에 대한 몰수의 선고가 없어 압수가 해제된 것으로 간주된 상태에서 공범자에 대한 범죄수사를 위하여 그 압수해제된 물품을 재압수할 수 있는지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

형사소송법 제215조, 제219조, 제106조 제1항의 규정을 종합하여 보면, 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 법원으로부터 영장을 발부받아서 압수할 수 있는 것이고, 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 범죄사실이 인정되는 경우에만 압수할 수 있는 것은 아니라 할 것이며, 한편 범인으로부터 압수한 물품에 대하여 몰수의 선고가 없어 그 압수가 해제된 것으로 간주된다고 하더라도 공범자에 대한 범죄수사를 위하여 여전히 그 물품의 압수가 필요하다거나 공범자에 대한 재판에서 그 물품이 몰수될 가능성이 있다면 검사는 그 압수해제된 물품을 다시 압수할 수도 있다.

### 〈선정이유〉

형사소송법 제106조 제1항 본문 및 제219조에 따라 범죄혐의 및 해당사건과의 관련성 그리고 압수·수색의 필요성만 인정된다면, 압수해제물에 대한 재압수가 가능하다는 것이 대법원의 입장이다.

## 91. ‘압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 관계있는 범죄’의 의미 및 범위

(대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결)

### 〈쟁점〉

영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우, 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는지 여부(원칙적 소극)

### 〈판결요지〉

형사소송법 제215조 제1항은 “검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”라고 정하고 있다. 따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다. 그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다. 그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적인 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다. 그 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다. 그리고 피의자와 사이의 인적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 대상자의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범은 물론 필요적 공범 등에 대한 피고사건에 대해서도 인정될 수 있다.

### 〈선정이유〉

압수대상의 범위와 적법성은 ‘사건관련성’의 해석에 따라 달라질 수 있는데, 대법원은 영장기재 범죄혐의와의 객관적 관련성과 영장 대상자와의 인적 관련성을 함께 요구하고 있다.

[디지털증거 압수·수색]

## 92. 정보저장매체에 대한 압수·수색영장의 집행 절차

(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결)

### 〈쟁점〉

[1] 압수의 목적물이 정보저장매체인 경우, 압수·수색영장을 집행할 때 취하여야 할 조치 내용 / 수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음

이미지 파일을 제출받아 압수한 경우, 수사기관 사무실에서 위와 같이 압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에서도 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는지 여부(소극)

[2] 압수물 목록의 교부 취지 / 압수된 정보의 상세목록에 정보의 파일 명세가 특정되어 있어야 하는지 여부(적극) 및 압수된 정보 상세목록의 교부 방식

[3] 전자문서를 수록한 파일 등의 증거능력을 인정하기 위한 요건 / 증거로 제출된 전자문서 파일의 사본이나 출력물이 복사·출력 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본 내용을 그대로 복사·출력한 것이라는 사실을 증명하는 방법 및 증명책임 소재(=검사)

### 〈판결요지〉

[1] 형사소송법 제219조, 제121조에 의하면, 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때 피의자 또는 변호인은 그 집행에 참여할 수 있다. 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체인 경우에는 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 이를 제출받아야 하고, 피의자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하여야 한다. 만약 그러한 조치를 취하지 않았다면 이는 형사소송법에 정한 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하지 않은 것이다. 수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 키워드 또는 확장자 검색 등을 통해 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 정보저장매체와 동일하게 비트열 방식으로 복제하여 생성한 파일(이하 '이미지 파일'이라 한다)을 제출받아 압수하였다면 이로써 압수의 목적물에 대한 압수·수색 절차는 종료된 것이므로, 수사기관이 수사기관 사무실에서 위와 같이 압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에서도 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는 것은 아니다.

[2] 형사소송법 제219조, 제129조에 의하면, 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다. 그리고 법원은 압수·수색영장의 집행에 관하여 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보의 탐색·복제·출력이 완료된 때에는 지체 없이 압수된 정보의 상세 목록을 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 하고, 수사기관은 이를 출력한 서면을 교부하거나 전자파일 형태로 복사해 주거나 이메일을 전송하는 등의 방식으로도 할 수 있다.

[3] 전자문서를 수록한 파일 등의 경우에는, 성질상 작성자의 서명 혹은 날인이 없을 뿐만 아니라 작성자·관리자의 의도나 특정한 기술에 의하여 내용이 편집·조작될 위험성이 있음을 고려하여, 원본임이 증명되거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 증명되어야만 하고, 그러한 증명이 없는 경우에는 쉽게 증거능력을 인정할 수 없다. 그리고 증거로 제출된 전자문서 파일의 사본이나 출력물이 복사·출력 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본 내용을 그대로 복사·출력한 것이라는 사실은 전자문서 파일의 사본이나 출력물의 생성과 전달 및 보관 등의 절차에 관여한 사람의 증언이나 진술, 원본이나 사본 파일 생성 직후의 해시(Hash)값 비교, 전자문서 파일에 대한 검증·감정 결과 등 제반 사정을 종합하여 판단할 수 있다. 이러한 원본 동일성은 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·증명해야 한다.

### 〈선정이유〉

전자정보의 압수·수색 관련한 적법절차 및 증거능력 인정 요건을 상세하게 다루었다는 점에서 의미가 있다.

## 93. 전자정보에 대한 압수·수색 영장 집행시 외부반출의 예외와 적법절차

(대법원 2011. 5. 26. 자 2009모1190 결정)

### 〈쟁점〉

[1] 전자정보에 대한 압수·수색영장을 집행할 때 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등 외부로 반출할 수 있는 예외적인 경우 및 위 영장 집행이 적법성을 갖추기 위한 요건

[2] 수사기관이 전국교직원노동조합 본부 사무실에 대한 압수·수색영장을 집행하면서 방대한 전자정보가 담긴 저장매체 자체를 수사기관 사무실로 가져가 그곳에서 저장매체 내 전자정보파일을 다른 저장매체로 복사하였는데, 이에 대하여 위 조합 등이 준항고를 제기한 사안에서, 위 영장 집행이 위법하다고 볼 수 없다는 이유로 준항고를 기각한 원심의 조치를 수긍한 사례

### 〈판결요지〉

[1] 전자정보에 대한 압수·수색영장을 집행할 때에는 원칙적으로 영장 발부의 사유인 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복사하는 방식으로 이루어져야 하고, 집행현장 사정상 위와 같은 방식에 의한 집행이 불가능하거나 현저히 곤란한 부득이한 사정이 존재하더라도 저장매체 자체를 직접 혹은 하드카피나 이미징 등 형태로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하여 해당 파일을 압수·수색할 수 있도록 영장에 기재되어 있고 실제 그와 같은 사정이 발생한 때에 한하여 위 방법이 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다. 나아가 이처럼 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮긴 후 영장에 기재된 범죄 혐의 관련 전자정보를 탐색하여 해당 전자정보를 문서로 출력하거나 파일을 복사하는 과정 역시 전체적으로 압수·수색영장 집행의 일환에 포함된다고 보아야 한다. 따라서 그러한 경우 문서출력 또는 파일복사 대상 역시 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 하는 것은 헌법 제12조 제1항, 제3항, 형사소송법 제114조, 제215조의 적법절차 및 영장주의 원칙상 당연하다. 그러므로 수사기관 사무실 등으로 옮긴 저장매체에서 범죄 혐의 관련성에 대한 구분 없이 저장된 전자정보 중 임의로 문서출력 혹은 파일복사를 하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 영장주의 등 원칙에 반하는 위법한 집행이다. 한편 검사나 사법경찰관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 자물쇠를 열거나 개봉 기타 필요한 처분을 할 수 있지만 그와 아울러 압수물의 상실 또는 파손 등의 방지를 위하여 상당한 조치를 하여야 하므로( 형사소송법 제219조, 제120조, 제131조 등), 혐의사실과 관련된 정보는 물론 그와 무관한 다양하고 방대한 내용의 사생활 정보가 들어 있는 저장매체에 대한 압수·수색영장을 집행할 때 영장이 명시적으로 규정한 위 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 이를 열람 혹은 복사하게 되는 경우에도, 전체 과정을 통하여 피압수·수색 당사자나 변호인의 계속적인 참여권 보장, 피압수·수색 당사자가 배제된 상태의 저장매체에 대한 열람·복사 금지, 복사대상 전자정보 목록의 작성·교부 등 압수·수색 대상인 저장매체 내 전자정보의 왜곡이나 훼손과 오·남용 및 임의적인 복제나 복사 등을 막기 위한 적절한 조치가 이루어져야만

집행절차가 적법하게 된다.

[2] 수사기관이 전국교직원노동조합 본부 사무실에 대한 압수·수색영장을 집행하면서 방대한 전자정보가 담긴 저장매체 자체를 영장 기재 집행장소에서 수사기관 사무실로 가져가 그곳에서 저장매체 내 전자정보파일을 다른 저장매체로 복사하자, 이에 대하여 위 조합 등이 준항고를 제기한 사안에서, 수사기관이 저장매체 자체를 수사기관 사무실로 옮긴 것은 영장이 예외적으로 허용한 부득이한 사유의 발생에 따른 것으로 볼 수 있고, 나아가 당사자 측의 참여권 보장 등 압수·수색 대상 물건의 훼손이나 임의적 열람 등을 막기 위해 법령상 요구되는 상당한 조치가 이루어진 것으로 볼 수 있으므로 이 점에서 절차상 위법이 있다고는 할 수 없으나, 다만 영장의 명시적 근거 없이 수사기관이 임의로 정한 시점 이후의 접근 파일 일체를 복사하는 방식으로 8,000여 개나 되는 파일을 복사한 영장집행은 원칙적으로 압수·수색영장이 허용한 범위를 벗어난 것으로서 위법하다고 볼 여지가 있는데, 위 압수·수색 전 과정에 비추어 볼 때, 수사기관이 영장에 기재된 혐의사실 일 시로부터 소급하여 일정 시점 이후의 파일들만 복사한 것은 나름대로 대상을 제한하려고 노력한 것으로 보이고, 당사자 측도 그 적합성에 대하여 묵시적으로 동의한 것으로 보는 것이 타당하므로, 위 영장 집행이 위법하다고 볼 수는 없다는 이유로, 같은 취지에서 준항고를 기각한 원심의 조치를 수긍한 사례.

#### 〈선정이유〉

대법원은 전자정보의 압수·수색과 관련하여 문서출력 및 파일복사를 원칙으로 하면서도, 원칙적 집행이 불가능하거나 현저히 곤란한 사정이 있는 경우에 예외적으로 저장매체 자체 또는 하드카피 및 이미징 형태로의 외부 반출을 인정하는 한편, 반출된 저장매체의 열람 및 복사과정에서 준수되어야 할 적법절차에 대해 상세히 언급하고 있다.

### 94. 정보저장매체의 반출 후, 복제·탐색·출력과정의 적법절차

(대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정)

#### 〈쟁점〉

[1] 전자정보에 대한 압수·수색이 저장매체 또는 복제본을 수사기관 사무실 등 외부로 반출하는 방식으로 허용되는 예외적인 경우 및 수사기관 사무실 등으로 반출된 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실 관련성에 대한 구분 없이 임의로 저장된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 행위가 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수인지 여부(원칙적 적극)

[2] 전자정보가 담긴 저장매체 또는 복제본을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 일련의 과정에서, 피압수·수색 당사자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치가 취해지지 않은 경우, 압수·수색의 적법 여부(원칙적 소극) 및 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였더라도 마찬가지로 여부(적극)

[3] 전자정보에 대한 압수·수색 과정에서 이루어진 현장에서의 저장매체 압수·이미징·탐색·복제 및 출력행위 등 일련의 행위가 모두 진행되어 압수·수색이 종료된 후 전체 압수·수색 과정을 단계적·개별적으로 구분하여 각 단계의 개별 처분의 취소를 구하는 준항고가 있는 경우, 당해 압수·수

색 과정 전체를 하나의 절차로 파악하여 그 과정에서 나타난 위법이 압수·수색 절차 전체를 위법하게 할 정도로 중대한지 여부에 따라 전체적으로 압수·수색 처분을 취소할 것인지를 가려야 하는지 여부(원칙적 적극) 및 이때 위법의 중대성을 판단하는 기준

[4] 검사가 압수·수색영장을 발부받아 갑 주식회사 빌딩 내 을의 사무실을 압수·수색하였는데, 저장매체에 범죄혐의와 관련된 정보(유관정보)와 범죄혐의와 무관한 정보(무관정보)가 혼재된 것으로 판단하여 갑 회사의 동의를 받아 저장매체를 수사기관 사무실로 반출한 다음 을 측의 참여하에 저장매체에 저장된 전자정보파일 전부를 '이미징'의 방법으로 다른 저장매체로 복제(제1 처분)하고, 을 측의 참여 없이 이미징한 복제본을 외장 하드디스크에 재복제(제2 처분)하였으며, 을 측의 참여 없이 하드디스크에서 유관정보를 탐색하는 과정에서 갑 회사의 별건 범죄혐의와 관련된 전자정보 등 무관정보도 함께 출력(제3 처분)한 사안에서, 제1 처분은 위법하다고 볼 수 없으나, 제2·3 처분의 위법의 중대성에 비추어 위 영장에 기한 압수·수색이 전체적으로 취소되어야 한다고 한 사례

[5] 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우, 수사기관이 적법하게 압수·수색하기 위한 요건 / 이 경우 피압수·수색 당사자에게 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 하는지 여부(원칙적 적극)

### 〈판결요지〉

[1] 수사기관의 전자정보에 대한 압수·수색은 원칙적으로 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복제하는 방식으로 이루어져야 하고, 저장매체 자체를 직접 반출하거나 저장매체에 들어 있는 전자파일 전부를 하드카피나 이미징 등 형태(이하 '복제본'이라 한다)로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하는 방식으로 압수·수색하는 것은 현장의 사정이나 전자정보의 대량성으로 관련 정보 획득에 긴 시간이 소요되거나 전문 인력에 의한 기술적 조치가 필요한 경우 등 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에 한하여 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다.

이처럼 저장매체 자체 또는 적법하게 획득한 복제본을 탐색하여 혐의사실과 관련된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 일련의 과정 역시 전체적으로 하나의 영장에 기한 압수·수색의 일환에 해당하므로, 그러한 경우의 문서출력 또는 파일복제의 대상 역시 저장매체 소재지에서의 압수·수색과 마찬가지로 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 함은 헌법 제12조 제1항, 제3항과 형사소송법 제114조, 제215조의 적법절차 및 영장주의 원칙이나 비례의 원칙에 비추어 당연하다. 따라서 수사기관 사무실 등으로 반출된 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실 관련성에 대한 구분 없이 임의로 저장된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 행위는 원칙적으로 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수가 된다.

[2] 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체 또는 하드카피나 이미징 등 형태(이하 '복제본'이라 한다)를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 경우에도, 그와 같은 일련의 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수·수색 당사자(이하 '피압수자'라 한다)나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차

를 준수하여야 한다. 만약 그러한 조치가 취해지지 않았다면 피압수자 측이 참여하지 아니한다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자 측에 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색이 적법하다고 평가할 수 없고, 비록 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였다 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

[3] [다수의견] 전자정보에 대한 압수·수색 과정에서 이루어진 현장에서의 저장매체 압수·이미징·탐색·복제 및 출력행위 등 수사기관의 처분은 하나의 영장에 의한 압수·수색 과정에서 이루어진다. 그러한 일련의 행위가 모두 진행되어 압수·수색이 종료된 이후에는 특정단계의 처분만을 취소하더라도 그 이후의 압수·수색을 저지한다는 것을 상정할 수 없고 수사기관에게 압수·수색의 결과물을 보유하도록 할 것인지가 문제 될 뿐이다. 그러므로 이 경우에는 준항고인이 전체 압수·수색 과정을 단계적·개별적으로 구분하여 각 단계의 개별 처분의 취소를 구하더라도 준항고법원은 특별한 사정이 없는 한 구분된 개별 처분의 위법이나 취소 여부를 판단할 것이 아니라 당해 압수·수색 과정 전체를 하나의 절차로 파악하여 그 과정에서 나타난 위법이 압수·수색 절차 전체를 위법하게 할 정도로 중대한지 여부에 따라 전체적으로 압수·수색 처분을 취소할 것인지를 가려야 한다. 여기서 위법의 중대성은 위반한 절차조항의 취지, 전체과정 중에서 위반행위가 발생한 과정의 중요도, 위반사항에 의한 법익침해 가능성의 경중 등을 종합하여 판단하여야 한다.

[제1 처분에 관한 대법관 김용덕의 별개의견] 컴퓨터용디스크나 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 '저장매체'라 한다)에 관한 압수 절차가 현장에서의 압수 및 복제·탐색·출력과 같은 일련의 단계를 거쳐 이루어지고 각 단계의 개별 처분이 구분될 수 있어 개별 처분별로 위법 여부를 가릴 수 있는 이상, 그에 관한 취소 여부도 개별적으로 판단할 수 있으며, 이는 영장에 의한 압수·수색 과정이 모두 종료된 경우에도 마찬가지이다. 준항고법원은 수사기관의 압수·수색 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여, 해당 압수·수색을 취소할 것인지 여부 및 취소한다면 어느 범위에서 취소할 것인지를 형사법적 관점에서 독자적으로 판단할 수 있으며, 결국 구체적인 사안에서 이루어진 일련의 압수·수색 과정에 관하여 위법 여부를 가린 후 결과에 따라 압수·수색 과정 전부를 취소할 수도 있고 또는 압수·수색 과정을 단계적·개별적으로 구분하여 일부만을 취소할 수도 있다.

[제1·2·3 처분에 관한 대법관 김창석, 대법관 박상옥의 반대의견] 전자정보에 대한 압수·수색은 일련의 과정을 거쳐 이루어지게 되므로, 압수·수색을 구성하는 일련의 과정에서 이루어진 저장매체 압수, 이미징, 탐색, 복제 또는 출력 등의 행위를 개별적으로 나누어 처분의 적법성을 판단하는 것은 타당하다고 할 수 없으나, 처분의 적법성은 압수의 대상이 된 전자정보별로 달리 평가될 수 있다. 즉 하나의 압수·수색영장에 기한 압수·수색이 외형상으로는 1개만 존재한다고 하더라도 관념적으로는 대상별로 수개의 압수·수색이 존재하고, 하나의 압수·수색만이 존재하는 것으로 보아야 한다 하더라도 압수 대상 전자정보별로 가분적인 것이다. 따라서 압수·수색의 적법성은 '대상별'로 전체적으로 판단되어야 한다.

[제1 처분에 관한 대법관 권순일의 반대의견] 일련의 과정을 거쳐 단계적으로 이루어지는 압수·수색 과정에 여러 개의 처분이 있을 경우 전체를 하나의 절차로 파악하여 위법 여부를 판단하여야 한다는 다수의견의 해석론은 형사소송법 제417조에서 곧바로 도출되는 것이라고 보기 어려울 뿐만 아니라 형사소송절차의 실제에서도 검사는 적법한 압수처분에 기하여 수집된 증거를 사용할 수 있는 것이므로, 압수처분 이후에 이루어진 다른 압수처분에 어떠한 잘못이 있다고 해서 적법하게 수집된 증거의 효력까지 소급하여 부정할 것은 아니다.

[4] [다수의견] 검사가 압수·수색영장을 발부받아 갑 주식회사 빌딩 내 을의 사무실을 압수·수색하였는데, 저장매체에 범죄혐의와 관련된 정보(이하 ‘유관정보’라 한다)와 범죄혐의와 무관한 정보(이하 ‘무관정보’라 한다)가 혼재된 것으로 판단하여 갑 회사의 동의를 받아 저장매체를 수사기관 사무실로 반출한 다음 을 측의 참여하에 저장매체에 저장된 전자정보파일 전부를 ‘이미징’의 방법으로 다른 저장매체로 복제(이하 ‘제1 처분’이라 한다)하고, 을 측의 참여 없이 이미징한 복제본을 외장 하드디스크에 재복제(이하 ‘제2 처분’이라 한다)하였으며, 을 측의 참여 없이 하드디스크에서 유관정보를 탐색하는 과정에서 갑 회사의 별건 범죄혐의와 관련된 전자정보 등 무관정보도 함께 출력(이하 ‘제3 처분’이라 한다)한 사안에서, 제1 처분은 위법하다고 볼 수 없으나, 제2·3 처분은 제1 처분 후 피압수·수색 당사자에게 계속적인 참여권을 보장하는 등의 조치가 이루어지지 아니한 채 유관정보는 물론 무관정보까지 재복제·출력한 것으로서 영장이 허용한 범위를 벗어나고 적법절차를 위반한 위법한 처분이며, 제2·3 처분에 해당하는 전자정보의 복제·출력 과정은 증거물을 획득하는 행위로서 압수·수색의 목적에 해당하는 중요한 과정인 점 등 위법의 중대성에 비추어 위 영장에 기한 압수·수색이 전체적으로 취소되어야 한다고 한 사례.

[제1 처분에 관한 대법관 김용덕의 별개의견] 위 사안에서, 위법한 제2·3 처분 외에 제1 처분까지 취소한 원심의 결론은 수긍할 수 있으나, 그 이유는 압수·수색이 종료된 이후에는 전체 압수·수색 과정을 하나의 절차로 파악하여야 함에 따라 제2·3 처분의 중대한 위법으로 인하여 절차적으로 적법하였던 제1 처분까지 함께 취소되어야 하기 때문이 아니고, 영장에서 정한 압수의 목적 내지 필요성의 범위를 벗어나는 제1 처분의 결과물을 더 이상 수사기관이 보유할 수 없음에 따라 제1 처분이 취소되어야 한다고 한 사례.

[제1·2·3 처분에 관한 대법관 김창석, 대법관 박상옥의 반대의견] 위 사안에서, 제2·3 처분 당시 참여권이 보장되지 않았더라도 가장 중요한 절차라고 할 수 있는 현장압수 및 제1 처분 당시 참여권이 보장된 점, 유관정보에 대하여는 참여권 보장이 가지는 의미가 상대적으로 적은 점 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 압수·수색 중 유관정보에 대한 압수·수색이 영장주의 원칙의 본질적 부분을 침해한 것으로 평가될 수 있는 경우에 해당하거나 증거로서의 사용 가능성을 원천적으로 배제하여야 할 만큼 절차적 위법이 중대한 경우에 해당한다고 볼 수 없어 취소할 수 없다고 한 사례.

[제1 처분에 관한 대법관 권순일의 반대의견] 위 사안에서, 검사가 당사자를 참여시키지도 아니한 채 이미징한 복제본을 자신이 소지한 외장 하드디스크에 재복제한 제2 처분 및 하드디스크에서 영장 기재 범죄사실과 무관한 정보까지 함께 출력한 제3 처분 등은 압수·수색에 관한 실체적·절차적 요건을 갖추지 못한 것으로서 위법하여 취소되어야 하지만, 그렇다고 적법하게 이루어진 제1 처분까지 소급하여 모두 위법하게 되는 것은 아니므로 취소의 대상이 되지 않는다고 한 사례.

[5] 전자정보에 대한 압수·수색에 있어 저장매체 자체를 외부로 반출하거나 하드카피·이미징 등의 형태로 복제본을 만들어 외부에서 저장매체나 복제본에 대하여 압수·수색이 허용되는 예외적인 경우에도 혐의사실과 관련된 전자정보 이외에 이와 무관한 전자정보를 탐색·복제·출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수·수색에 해당하므로 허용될 수 없다. 그러나 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원에서 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다.

나아가 이러한 경우에도 별도의 압수·수색 절차는 최초의 압수·수색 절차와 구별되는 별개의 절차이고, 별도 범죄혐의와 관련된 전자정보는 최초의 압수·수색영장에 의한 압수·수색의 대상이 아

니어서 저장매체의 원래 소재지에서 별도의 압수·수색영장에 기해 압수·수색을 진행하는 경우와 마찬가지로 피압수·수색 당사자(이하 '피압수자'라 한다)는 최초의 압수·수색 이전부터 해당 전자정보를 관리하고 있던 자라 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 피압수자에게 형사소송법 제219조, 제121조, 제129조에 따라 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다.

[6] 검사가 압수·수색영장(이하 '제1 영장'이라 한다)을 발부받아 갑 주식회사 빌딩 내 을의 사무실을 압수·수색하였는데, 저장매체에 범죄혐의와 관련된 정보(이하 '유관정보'라 한다)와 범죄혐의와 무관한 정보(무관정보)가 혼재된 것으로 판단하여 갑 회사의 동의를 받아 저장매체를 수사기관 사무실로 반출한 다음 을 측의 참여하에 저장매체에 저장된 전자정보파일 전부를 '이미징'의 방법으로 다른 저장매체로 복제하고, 을 측의 참여 없이 이미징한 복제본을 외장 하드디스크에 재복제하였으며, 을 측의 참여 없이 하드디스크에서 유관정보를 탐색하던 중 우연히 을 등의 별건 범죄혐의와 관련된 전자정보(이하 '별건 정보'라 한다)를 발견하고 문서로 출력하였고, 그 후 을 측에 참여권 등을 보장하지 않은 채 다른 검사가 별건 정보를 소명자료로 제출하면서 압수·수색영장(이하 '제2 영장'이라 한다)을 발부받아 외장 하드디스크에서 별건 정보를 탐색·출력한 사안에서, 제2 영장 청구 당시 압수할 물건으로 삼은 정보는 제1 영장의 피압수·수색 당사자에게 참여의 기회를 부여하지 않은 채 임의로 재복제한 외장 하드디스크에 저장된 정보로서 그 자체가 위법한 압수물이어서 별건 정보에 대한 영장청구 요건을 충족하지 못하였고, 나아가 제2 영장에 기한 압수·수색 당시 을 측에 압수·수색 과정에 참여할 기회를 보장하지 않았으므로, 제2 영장에 기한 압수·수색은 전체적으로 위법하다고 한 사례.

### 〈선정이유〉

위 표준판례 93에 따라 예외적 반출이 허용된 이후, 반출된 저장매체의 복제, 탐색, 출력과정에서 준수되어야 할 절차요건과 '혐의사실 관련성' 요건 위반 시 증거능력이 부정된다는 점을 명확히 하고 있다.

95.

## 정보저장매체에 기억된 문자정보 또는 그 출력물을 증거로 사용하기 위한 요건

(대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결)

### 〈쟁점〉

정보저장매체에 기억된 문자정보 또는 그 출력물을 증거로 사용하기 위한 요건 및 정보저장매체 원본을 대신하여 저장매체에 저장된 자료를 '하드카피' 또는 '이미징'한 매체로부터 출력한 문건의 경우, 그 출력 문건과 정보저장매체에 저장된 자료가 동일하고 정보저장매체 원본이 문건 출력 시 까지 변경되지 않았다는 점에 대한 증명 방법

### 〈판결요지〉

압수물인 컴퓨터용 디스크 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 '정보저장매체'라고만 한다)에 입력하여 기억된 문자정보 또는 그 출력물(이하 '출력 문건'이라 한다)을 증거로 사용하기 위해서는

정보저장매체 원본에 저장된 내용과 출력 문건의 동일성이 인정되어야 하고, 이를 위해서는 정보저장매체 원본이 압수 시부터 문건 출력 시까지 변경되지 않았다는 사정, 즉 무결성이 담보되어야 한다. 특히 정보저장매체 원본을 대신하여 저장매체에 저장된 자료를 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체로부터 출력한 문건의 경우에는 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체 사이에 자료의 동일성도 인정되어야 할 뿐만 아니라, 이를 확인하는 과정에서 이용한 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 조작자의 전문적인 기술능력과 정확성이 담보되어야 한다. 이 경우 출력 문건과 정보저장매체에 저장된 자료가 동일하고 정보저장매체 원본이 문건 출력 시까지 변경되지 않았다는 점은, 피압수·수색 당사자가 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체의 해쉬(Hash) 값이 동일하다는 취지로 서명한 확인서면을 교부받아 법원에 제출하는 방법에 의하여 증명하는 것이 원칙이나, 그와 같은 방법에 의한 증명이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는, 정보저장매체 원본에 대한 압수, 봉인, 봉인해제, ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’ 등 일련의 절차에 참여한 수사관이나 전문가 등의 증언에 의해 정보저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체 사이의 해쉬 값이 동일하다거나 정보저장매체 원본이 최초 압수 시부터 밀봉되어 증거 제출 시까지 전혀 변경되지 않았다는 등의 사정을 증명하는 방법 또는 법원이 그 원본에 저장된 자료와 증거로 제출된 출력 문건을 대조하는 방법 등으로도 그와 같은 무결성·동일성을 인정할 수 있으며, 반드시 압수·수색 과정을 촬영한 영상녹화물 재생 등의 방법으로만 증명하여야 한다고 볼 것은 아니다.

### 〈선정이유〉

대법원은 정보저장매체에 저장된 전자정보의 출력물을 증거로 사용하기 위해서, ① 원본의 존재, ② 필요성(원본제출의 불가능·곤란), ③ 원본과의 동일성(무결성), 즉 [원칙] 원본매체와 복사매체 사이의 해쉬값의 동일함이 피압수당사자가 인정하는 방법에 의하여 증명되거나 [예외] 수사관 또는 전문가의 증언에 의하여 증명되어야 함을 요구한다.

## 96. 디지털 저장매체로부터 출력한 문건의 증거능력

(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결)

### 〈쟁점〉

디지털 저장매체로부터 출력한 문건의 증거능력

### 〈판결요지〉

압수물인 디지털 저장매체로부터 출력한 문건을 증거로 사용하기 위해서는 디지털 저장매체 원본에 저장된 내용과 출력한 문건의 동일성이 인정되어야 하고, 이를 위해서는 디지털 저장매체 원본이 압수시부터 문건 출력시까지 변경되지 않았음이 담보되어야 한다. 특히 디지털 저장매체 원본을 대신하여 저장매체에 저장된 자료를 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체로부터 출력한 문건의 경우에는 디지털 저장매체 원본과 ‘하드카피’ 또는 ‘이미징’한 매체 사이에 자료의 동일성도 인정되어야 할 뿐만 아니라, 이를 확인하는 과정에서 이용한 컴퓨터의 기계적 정확성, 프로그램의 신뢰성, 입력·처리·출력의 각 단계에서 조작자의 전문적인 기술능력과 정확성이 담보되어야 한다. 그리고 압

수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문건을 진술증거로 사용하는 경우, 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되므로 형사소송법 제313조 제1항에 따라 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다.

### 〈선정이유〉

대법원은 전자정보 저장매체로부터 출력한 문건을 진술증거로 사용하려는 경우, 이를 전문증거로 보아 형사소송법 제313조를 적용한다. 즉 ① 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의해 또는 ② (진술서의 경우) 과학적 방법에 의해 성립의 진정이 증명되고, (피고인 아닌 자의 진술서의 경우) 반대신문 기회의 보장을 요건으로 그 증거능력을 인정한다.

## 97. 녹음테이프 및 녹음파일의 증거능력

(대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도7461 판결)

### 〈쟁점〉

대화 내용을 녹음한 녹음테이프 및 파일 등 전자매체의 증거능력

### 〈판결요지〉

[1] 피고인과 상대방 사이의 대화 내용에 관한 녹취서가 공소사실의 증거로 제출되어 녹취서의 기재 내용과 녹음테이프의 녹음 내용이 동일한지에 대하여 법원이 검증을 실시한 경우에, 증거자료가 되는 것은 녹음테이프에 녹음된 대화 내용 자체이고, 그 중 피고인의 진술 내용은 실질적으로 형사소송법 제311조, 제312조의 규정 이외에 피고인의 진술을 기재한 서류와 다름없어, 피고인이 녹음테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않은 이상 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술 내용을 증거로 사용하기 위해서는 형사소송법 제313조 제1항 단서에 따라 공판준비 또는 공판기일에서 작성자인 상대방의 진술에 의하여 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술 내용이 피고인이 진술한 대로 녹음된 것임이 증명되고 나아가 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것임이 인정되어야 한다. 또한 대화 내용을 녹음한 파일 등 전자매체는 성질상 작성자나 진술자의 서명 또는 날인이 없을 뿐만 아니라, 녹음자의 의도나 특정한 기술에 의하여 내용이 편집·조작될 위험성이 있음을 고려하여, 대화 내용을 녹음한 원본이거나 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 증명되어야 한다.

[2] 구 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2012. 2. 10. 법률 제11304호로 개정되기 전의 것) 위반(공갈) 피고사건에서, 피해자 토지구획정리사업조합의 대표자 갑이 디지털 녹음기로 피고인과의 대화를 녹음한 후 저장된 녹음파일 원본을 컴퓨터에 복사하고 디지털 녹음기의 파일 원본을 삭제한 뒤 다음 대화를 다시 녹음하는 과정을 반복하여 작성한 녹음파일 사본과 해당 녹취록의 증거능력이 문제된 사안에서, 제반 사정에 비추어 녹음파일 사본은 타인 간의 대화를 녹음한 것이 아니므로 타인의 대화비밀 침해금지를 규정한 통신비밀보호법 제14조의 적용 대상이 아니고, 복사 과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본 내용 그대로 복사된 것으로 대화자들이 진술한 대로 녹음된 것이 인정되며, 녹음 경위, 대화 장소, 내용 및 대화자 사이의 관계 등에 비추어 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것으로 인정된다는 이유로, 녹음파일 사본과 녹취

록의 증거능력을 인정한 사례.

### 〈선정이유〉

대법원은 대화 등 진술이 녹음된 녹음테이프 및 그 파일을 전문증거(전문서류)와 동일하게 취급한다. 즉, [증거상태]와 관련해서는 원본의 존재, 필요성(원본제출의 불가능·곤란), 정확성(원본과의 일치)이 충족되어야 하고, 한편 증거내용인 진술과 관련해서는 녹음주체 및 원진술 장소에 따라 전문법칙의 예외(제311조 내지 제313조)를 준용한다.

[사전영장주의의 예외]

## 98. 현행범체포현장에서의 압수와 사후영장

(대법원 2009. 5. 14. 선고 2008도10914 판결)

### 〈쟁점〉

음란물 유포의 혐의로 압수수색영장을 발부받아 수색 중 대마를 발견한 후, 마약류관리에 관한 법률 위반죄의 현행범으로 체포하면서 대마를 압수하고 사후영장을 발부 받지 않은 경우, 압수물과 압수조서의 증거능력

### 〈판결요지〉

구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 음란물 유포의 범죄혐의를 이유로 압수·수색영장을 발부받은 사법경찰관이 피고인의 주거지를 수색하는 과정에서 대마를 발견하자, 피고인을 마약류관리에 관한 법률 위반죄의 현행범으로 체포하면서 대마를 압수하였으나, 그 다음날 피고인을 석방하였음에도 사후 압수·수색영장을 발부받지 않은 사안에서, 위 압수물과 압수조서는 형사소송법상 영장주의를 위반하여 수집한 증거로서 증거능력이 부정된다고 한 사례.

### 〈선정이유〉

대마는 음란물 유포 범죄혐의의 압수·수색영장에 의한 압수대상물이 아니고, 마약류관리법 위반죄의 현행범으로 체포되는 현장에서 제216조 제1항 제2호에 의해 영장없이 압수된 물건이므로, 대마에 대한 압수가 적법하기 위해서는 현행범체포 시로부터 48시간 이내에 (구속영장의 발부와 관계없이) 압수·수색영장의 청구가 있어야 한다(제217조 제2항), 대법원은 이러한 사후영장청구 위반시 이를 위법수집증거로 보아 증거능력을 부정한다.

## 99. 범죄장소에서의 압수·수색

(대법원 1998. 5. 8. 선고 97다54482 판결)

**〈쟁점〉**

주취운전을 적발한 경찰관이 주취운전의 계속을 막기 위하여 취할 수 있는 조치 내용

**〈판결요지〉**

주취 상태에서의 운전은 도로교통법 제41조의 규정에 의하여 금지되어 있는 범죄행위임이 명백하고 그로 인하여 자기 또는 타인의 생명이나 신체에 위해를 미칠 위험이 큰 점을 감안하면, 주취운전을 적발한 경찰관이 주취운전의 계속을 막기 위하여 취할 수 있는 조치로는, 단순히 주취운전의 계속을 금지하는 명령 이외에 다른 사람으로 하여금 대신하여 운전하게 하거나 당해 주취운전자가 임의로 제출한 차량열쇠를 일시 보관하면서 가족에게 연락하여 주취운전자와 자동차를 인수하게 하거나 또는 주취 상태에서 벗어난 후 다시 운전하게 하며 그 주취 정도가 심한 경우에 경찰관서에 일시 보호하는 것 등을 들 수 있고, 한편 주취운전이라는 범죄행위로 당해 음주운전자를 구속·체포하지 아니한 경우에도 필요하다면 그 차량열쇠는 범행 중 또는 범행 직후의 범죄장소에서의 압수로서 형사소송법 제216조 제3항에 의하여 영장 없이 이를 압수할 수 있다.

**〈참조판례〉**

대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도15258 판결 : 음주운전 중 교통사고를 야기한 후 피의자가 의식불명 상태에 빠져 있는 등으로 도로교통법이 음주운전의 제1차적 수사방법으로 규정한 호흡조에 의한 음주측정이 불가능하고 혈액 채취에 대한 동의를 받을 수도 없을 뿐만 아니라 법원으로부터 혈액 채취에 대한 감정처분허가장이나 사전 압수영장을 발부받을 시간적 여유도 없는 긴급한 상황이 생길 수 있다. 이러한 경우 피의자의 신체 내지 의복류에 주취로 인한 냄새가 강하게 나는 등 형사소송법 제211조 제2항 제3호가 정하는 범죄의 증거가 현저한 준현행범인의 요건이 갖추어져 있고 교통사고 발생 시각으로부터 사회통념상 범행 직후라고 볼 수 있는 시간 내라면, 피의자의 생명·신체를 구조하기 위하여 사고현장으로부터 곧바로 후송된 병원 응급실 등의 장소는 형사소송법 제216조 제3항의 범죄 장소에 준한다 할 것이므로, 검사 또는 사법경찰관은 피의자의 혈중알코올농도 등 증거의 수집을 위하여 의료법상 의료인의 자격이 있는 자로 하여금 의료용 기구로 의학적인 방법에 따라 필요최소한의 한도 내에서 피의자의 혈액을 채취하게 한 후 그 혈액을 영장 없이 압수할 수 있다. 다만 이 경우에도 형사소송법 제216조 제3항 단서, 형사소송규칙 제58조, 제107조 제1항 제3호에 따라 사후에 지체 없이 강제채혈에 의한 압수의 사유 등을 기재한 영장청구서에 의하여 법원으로부터 압수영장을 받아야 한다.

**〈선정이유〉**

형사소송법 제216조 제3항의 '범죄장소에서의 압수·수색·검증'은 피의자에 대한 체포·구속을 전제로 하지 않으며, 피의자가 현장에 있거나 체포되었을 것을 요하지 않는다.

**100. 강제채혈과 영장주의 예외**

(대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도15258 판결)

### 〈쟁점〉

[1] 영장이나 감정처분허가장 없이 채취한 혈액을 이용한 혈중알코올농도 감정 결과의 증거능력 유무(원칙적 소극) 및 피고인 등의 동의가 있더라도 마찬가지인지 여부(적극)

[2] 강제채혈의 법적 성질(=감정에 필요한 처분 또는 압수영장의 집행에 필요한 처분)

[3] 음주운전 중 교통사고를 내고 의식불명 상태에 빠져 병원으로 후송된 운전자에 대하여 수사기관이 영장 없이 강제채혈을 할 수 있는지 여부(한정 적극) 및 이 경우 사후 압수영장을 받아야 하는지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

[1] 수사기관이 법원으로부터 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피의자의 동의 없이 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하고 사후에도 지체 없이 영장을 발부받지 아니한 채 혈액 중 알코올농도에 관한 감정을 의뢰하였다면, 이러한 과정을 거쳐 얻은 감정의뢰회보 등은 형사소송법상 영장주의 원칙을 위반하여 수집하거나 그에 기초하여 획득한 증거로서, 원칙적으로 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하여 피고인이나 변호인의 동의가 있더라도 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

[2] 수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 피의자의 동의 없이 피의자의 혈액을 취득·보관하는 행위는 법원으로부터 감정처분허가장을 받아 형사소송법 제221조의4 제1항, 제173조 제1항에 의한 ‘감정에 필요한 처분’으로도 할 수 있지만, 형사소송법 제219조, 제106조 제1항에 정한 압수의 방법으로도 할 수 있고, 압수의 방법에 의하는 경우 혈액의 취득을 위하여 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하는 행위는 혈액의 압수를 위한 것으로서 형사소송법 제219조, 제120조 제1항에 정한 ‘압수영장의 집행에 있어 필요한 처분’에 해당한다.

[3] 음주운전 중 교통사고를 야기한 후 피의자가 의식불명 상태에 빠져 있는 등으로 도로교통법이 음주운전의 제1차적 수사방법으로 규정한 호흡조사에 의한 음주측정이 불가능하고 혈액 채취에 대한 동의를 받을 수도 없을 뿐만 아니라 법원으로부터 혈액 채취에 대한 감정처분허가장이나 사전 압수영장을 발부받을 시간적 여유도 없는 긴급한 상황이 생길 수 있다. 이러한 경우 피의자의 신체 내지 의복류에 주취로 인한 냄새가 강하게 나는 등 형사소송법 제211조 제2항 제3호가 정하는 범죄의 증거가 현저한 준현행범인의 요건이 갖추어져 있고 교통사고 발생 시각으로부터 사회통념상 범행 직후라고 볼 수 있는 시간 내라면, 피의자의 생명·신체를 구조하기 위하여 사고현장으로부터 곧바로 후송된 병원 응급실 등의 장소는 형사소송법 제216조 제3항의 범죄 장소에 준한다 할 것이므로, 검사 또는 사법경찰관은 피의자의 혈중알코올농도 등 증거의 수집을 위하여 의료법상 의료인의 자격이 있는 자로 하여금 의료용 기구로 의학적인 방법에 따라 필요최소한의 한도 내에서 피의자의 혈액을 채취하게 한 후 그 혈액을 영장 없이 압수할 수 있다. 다만 이 경우에도 형사소송법 제216조 제3항 단서, 형사소송규칙 제58조, 제107조 제1항 제3호에 따라 사후에 지체 없이 강제채혈에 의한 압수의 사유 등을 기재한 영장청구서에 의하여 법원으로부터 압수영장을 받아야 한다.

### 〈선정이유〉

위 판결을 통해 대법원은 ① 음주운전 중 교통사고를 야기한 후 피의자가 의식불명 상태에 빠져 있는 등으로 도로교통법이 음주운전의 제1차적 수사방법으로 규정한 호흡조사에 의한 음주측정이 불가능하고, ② 범죄의 증거가 현저한 준현행범인의 요건이 갖추어져 있으며 ③ 교통사고 발생 시

각으로부터 사회통념상 범행 직후라고 볼 수 있는 시간 내라면, 피의자의 생명·신체를 구조하기 위하여 사고현장으로부터 곧바로 후송된 병원 응급실 등의 장소도 형사소송법 제216조 제3항의 범죄 장소에 준한다고 보아 사전영장주의의 예외로서 강제채혈에 의한 혈액의 압수를 허용하였다.

[영장주의의 예외]

## 101. 영장주의 예외 요건 불충족과 사후영장에 의한 위법성 치유 여부

(대법원 2017. 11. 29. 선고 2014도16080 판결)

〈쟁점〉

범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있도록 규정한 형사소송법 제216조 제3항의 요건 중 어느 하나라도 갖추지 못한 경우, 압수·수색 또는 검증이 위법한지 여부(적극) 및 이에 대하여 사후에 법원으로부터 영장을 발부받음으로써 위법성이 치유되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원 판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있으나, 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다(형사소송법 제216조 제3항). 형사소송법 제216조 제3항의 요건 중 어느 하나라도 갖추지 못한 경우에 그러한 압수·수색 또는 검증은 위법하며, 이에 대하여 사후에 법원으로부터 영장을 발부받았다고 하여 그 위법성이 치유되지 아니한다(대법원 2012. 2. 9. 선고 2009도14884 판결 등 참조).

〈선정이유〉

범죄장소에서의 압수·수색·검증은 ① 범죄 중 또는 범행 직후의 범죄장소, ② 긴급성(법원판사의 영장을 받을 수 없는 때), ③ 사후영장청구를 그 적법요건으로 하는데, 대법원은 ①, ②요건의 흠결이 사후영장의 발부에 의해서도 치유되지 않는다고 보았다.

## 102. 영장주의의 예외로서 형사소송법 제217조 제1항 의미

(대법원 2017. 9. 12. 선고 2017도10309 판결)

〈쟁점〉

긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대한 긴급 압수·수색 또는 검증을 규정한 형사소송법 제217조 제1항의 취지 / 위 규정에 따른 압수·수색 또는 검증은 체포현장이 아닌 장소에서도 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건을 대상으로 할 수 있는지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다(형사소송법 제215조 제2항).

이처럼 범죄수사를 위하여 압수, 수색 또는 검증을 하려면 미리 영장을 발부받아야 한다는 이른바 사전영장주의가 원칙이지만, 형사소송법 제217조는 그 예외를 인정한다. 즉, 검사 또는 사법경찰관은 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여는 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있고(형사소송법 제217조 제1항), 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수수색영장을 청구하여야 한다. 이 경우 압수수색영장의 청구는 체포한 때부터 48시간 이내에 하여야 한다(같은 조 제2항).

형사소송법 제217조 제1항은 수사기관이 피의자를 긴급체포한 상황에서 피의자가 체포되었다는 사실이 공범이나 관련자들에게 알려짐으로써 관련자들이 증거를 파괴하거나 은닉하는 것을 방지하고, 범죄사실과 관련된 증거물을 신속히 확보할 수 있도록 하기 위한 것이다. 이 규정에 따른 압수·수색 또는 검증은 체포현장에서의 압수·수색 또는 검증을 규정하고 있는 형사소송법 제216조 제1항 제2호와 달리, 체포현장이 아닌 장소에서도 긴급체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건을 대상으로 할 수 있다.

### 〈선정이유〉

이미 긴급체포된 자가 소유·소지·보관하는 물건에 대한 압수에 대해 영장주의의 예외를 인정하는 취지 및 그 요건으로서 ‘긴급히 압수할 필요’의 의미(공범 등에 의한 증거은닉 및 인멸의 방지)를 밝히고 있다.

## 103. 긴급체포시 압수의 대상 범위

(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도2245 판결)

### 〈쟁점〉

[1] 구 형사소송법 제217조 제1항에 따른 긴급체포시 적법하게 압수할 수 있는 대상물인지 여부의 판단 기준

[2] 경찰관이 이른바 전화사기죄 범행의 혐의자를 긴급체포하면서 그가 보관하고 있던 다른 사람의 주민등록증, 운전면허증 등을 압수한 사안에서, 이는 구 형사소송법 제217조 제1항에서 규정한 해당 범죄사실의 수사에 필요한 범위 내의 압수로서 적법하므로, 이를 위 혐의자의 점유이탈물횡령죄 범행에 대한 증거로 인정한 사례

### 〈판결요지〉

[1] 구 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 것) 제217조 제1항 등에 의하면 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 긴급체포한 경우 체포한 때부터 48시간 이내에 한하여 영장

없이, 긴급체포의 사유가 된 범죄사실 수사에 필요한 최소한의 범위 내에서 당해 범죄사실과 관련된 증거물 또는 몰수할 것으로 판단되는 피의자의 소유, 소지 또는 보관하는 물건을 압수할 수 있다. 이때, 어떤 물건이 긴급체포의 사유가 된 범죄사실 수사에 필요한 최소한의 범위 내의 것으로서 압수의 대상이 되는 것인지는 당해 범죄사실의 구체적인 내용과 성질, 압수하고자 하는 물건의 형상·성질, 당해 범죄사실과의 관련 정도와 증거가치, 인멸의 우려는 물론 압수로 인하여 발생하는 불이익의 정도 등 압수 당시의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.

[2] 경찰관이 이른바 전화사기죄 범행의 혐의자를 긴급체포하면서 그가 보관하고 있던 다른 사람의 주민등록증, 운전면허증 등을 압수한 사안에서, 이는 구 형사소송법(2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 것) 제217조 제1항에서 규정한 해당 범죄사실의 수사에 필요한 범위 내의 압수로서 적법하므로, 이를 위 혐의자의 점유이탈물횡령죄 범행에 대한 증거로 인정한 사례.

### 〈선정이유〉

대법원은 긴급체포시 적법하게 압수할 수 있는 대상물인지를 판단하는 기준으로서 ‘당해 범죄사실과의 관련 정도와 증거가치’를 제시하고, 그에 따라 제217조의 압수대상물의 범위를 ‘해당 범죄사실의 수사에 필요한 범위 내’로 한정하고 있다.

### [전기통신의 감청]

## 104. 통신비밀보호법상 감청의 의미

(대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도9016 판결)

### 〈쟁점〉

제3자가 전화통화자 중 일방만의 동의를 얻어 통화 내용을 녹음하는 행위가 통신비밀보호법상 ‘전기통신의 감청’에 해당하는지 여부(적극) 및 불법감청에 의하여 녹음된 전화통화 내용의 증거능력 유무(소극)

### 〈판결요지〉

통신비밀보호법(이하 ‘법’이라고만 한다) 제2조 제7호는 “감청”이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다고 규정하고, 제3조 제1항은 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 전기통신의 감청을 하지 못한다고 규정하며, 나아가 제4조는 제3조의 규정에 위반하여, 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다고 규정하고 있다. 이에 따르면 전기통신의 감청은 제3자가 전기통신의 당사자인 송신인과 수신인의 동의를 받지 아니하고 전기통신 내용을 녹음하는 등의 행위를 하는 것만을 말한다고 풀이함이 상당하다고 할 것이므로, 전기통신에 해당하는 전화통화 당사자의 일방이 상대방 모르게 통화 내용을 녹음하는 것은 여기의 감청에 해당하지 아니하지만, 제3자의 경우는 설령 전화통화 당사자 일방의 동의를 받고 그 통화 내용을 녹음하였다 하더라도 그 상대방의 동의가 없었던 이상, 이는 여기의 감청에 해

당하여 법 제3조 제1항 위반이 되고 (대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결 참조), 이와 같이 법 제3조 제1항에 위반한 불법감청에 의하여 녹음된 전화통화의 내용은 법 제4조에 의하여 증거능력이 없다 (대법원 2001. 10. 9. 선고 2001도3106 판결 등 참조). 그리고 사생활 및 통신의 불가침을 국민의 기본권의 하나로 선언하고 있는 헌법규정과 통신비밀의 보호와 통신의 자유 신장을 목적으로 제정된 통신비밀보호법의 취지에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결 참조).

### 〈선정이유〉

통신비밀보호법은 전기통신상 대화와 일반적인 대화를 구별하고, 전기통신에 대한 불법감청은 ‘통신비밀침해죄’로, 타인 간의 일반적인 대화에 대한 불법녹음과 청취는 ‘대화비밀침해죄’로 처벌한다. 대법원은 대화 당사자가 아닌 제3자의 전기통신 녹음행위는 (어느 일방의 동의를 받았다하더라도) 통신비밀보호법상 불법감청에 해당하고, 그 녹음내용은 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 본다.

## 105. 통신비밀보호법상 보호되는 타인간 ‘대화’의 의미

(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결)

### 〈쟁점〉

통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 ‘대화’에 사물에서 발생하는 음향이 포함되는지 여부(소극) 및 사람의 목소리라고 하더라도 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 비명소리나 탄식 등이 타인 간의 ‘대화’에 해당하는지 여부(원칙적 소극) / 타인 간의 ‘대화’에 해당하지 않는 사람의 목소리를 녹음하거나 청취하여 형사절차에서 증거로 사용할 수 있는지 판단하는 기준

### 〈판결요지〉

통신비밀보호법 제1조, 제3조 제1항 본문, 제4조, 제14조 제1항, 제2항의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 ‘대화’는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리킨다. 따라서 사람의 육성이 아닌 사물에서 발생하는 음향은 타인 간의 ‘대화’에 해당하지 않는다. 또한 사람의 목소리라고 하더라도 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 단순한 비명소리나 탄식 등은 타인과 의사소통을 하기 위한 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 타인 간의 ‘대화’에 해당한다고 볼 수 없다.

한편 국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속하고 이는 형사절차에서도 구현되어야 한다. 위와 같은 소리가 비록 통신비밀보호법에서 말하는 타인 간의 ‘대화’에는 해당하지 않더라도, 형사절차에서 그러한 증거를 사용할 수 있는지는 개별적인 사안에서 효과적인 형사소추와 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 결정하여야 한다. 대화에 속하지 않는 사람의 목소리를 녹음하거나 청취하는 행위가 개인의 사생활의 비밀과 자유 또는 인격권을 중대하게 침해하여 사회통념상 허용되는 한도를 벗어난 것이라면, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라

는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정해서는 안 된다. 그러나 그러한 한도를 벗어난 것이 아니라면 위와 같은 목소리를 들었다는 진술을 형사절차에서 증거로 사용할 수 있다.

#### 〈참조판례〉

대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 : 통신비밀보호법 제1조, 제3조 제1항 본문, 제4조, 제14조 제1항, 제2항의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 ‘대화’는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리킨다. 따라서 사람의 육성이 아닌 사물에서 발생하는 음향은 타인 간의 ‘대화’에 해당하지 않는다. 또한 사람의 목소리라고 하더라도 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 단순한 비명소리나 탄식 등은 타인과 의사소통을 하기 위한 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 타인 간의 ‘대화’에 해당한다고 볼 수 없다.

#### 〈선정이유〉

대법원은 통신비밀보호법상 ‘타인 간의 대화’란 원칙적으로 ①현장에 있는 대화 당사자들의 육성에 의한 ② 의사소통행위로서, 사물에서 발생하는 음향이나 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 단순한 비명소리 및 탄식 등은 이에 해당하지 않는다는 점을 명확히 하였다.

## 106. 이미 수신 완료된 전기통신 내용 지득과 감청

(대법원 2012. 10. 25. 선고 2012도4644 판결)

#### 〈쟁점〉

통신비밀보호법상 ‘감청’의 의미 및 이미 수신이 완료된 전기통신 내용을 지득하는 등의 행위에 포함되는지 여부(소극)

#### 〈판결요지〉

통신비밀보호법 제2조 제3호 및 제7호에 의하면 같은 법상 ‘감청’은 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음향·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다. 그런데 해당 규정의 문언이 송신하거나 수신하는 전기통신 행위를 감청의 대상으로 규정하고 있을 뿐 송·수신이 완료되어 보관 중인 전기통신 내용은 대상으로 규정하지 않은 점, 일반적으로 감청은 다른 사람의 대화나 통신 내용을 몰래 엿듣는 행위를 의미하는 점 등을 고려하여 보면, 통신비밀보호법상 ‘감청’이란 대상이 되는 전기통신의 송·수신과 동시에 이루어지는 경우만을 의미하고, 이미 수신이 완료된 전기통신의 내용을 지득하는 등의 행위는 포함되지 않는다.

#### 〈선정이유〉

대법원은 통신비밀보호법상 감청은 “전기통신이 이루어지고 있는 상황에서 실시간으로 전기통신

의 내용을 지득·채록하는 경우와 통신의 송·수신을 직접적으로 방해하는 경우(2016도8137)”를 의미하기 때문에, 이미 수신이 완료된 전기통신에 남아 있는 기록이나 내용을 열어보거나 지득하는 행위는 감청에 해당하지 않는다고 보았다.

## 107. 우연한 비밀 청취 및 녹음과 감청

(대법원 2016. 5. 12. 선고 2013도15616 판결)

### 〈쟁점〉

[1] 구 통신비밀보호법 제14조 제1항의 금지를 위반하는 행위가 같은 법 제3조 제1항 위반행위에 해당하여 같은 법 제16조 제1항 제1호의 처벌대상이 되는지 여부(원칙적 적극)

[2] 구 통신비밀보호법 제3조 제1항이 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못하도록 한 취지 / 대화에 원래부터 참여하지 않는 제3자가 일반 공중이 알 수 있도록 공개되지 아니한 타인간의 발언을 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취하는 것이 같은 법 제3조 제1항에 위반되는지 여부(원칙적 적극)

### 〈판결요지〉

[1] 구 통신비밀보호법(2014. 1. 14. 법률 제12229호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 제3조 제1항에서 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못하도록 규정하고, 제14조 제1항에서 위와 같이 금지하는 청취행위를 전자장치 또는 기계적 수단을 이용한 경우로 제한하는 한편, 제16조 제1항에서 위 제3조의 규정에 위반하여 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 자(제1호)와 제1호에 의하여 지득한 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자(제2호)를 처벌하고 있다. 위와 같은 구 통신비밀보호법의 내용 및 형식, 구 통신비밀보호법이 공개되지 아니한 타인간의 대화에 관한 녹음 또는 청취에 대하여 제3조 제1항에서 일반적으로 이를 금지하고 있음에도 제14조 제1항에서 구체화하여 금지되는 행위를 제한하고 있는 입법 취지와 체계 등에 비추어 보면, 구 통신비밀보호법 제14조 제1항의 금지를 위반하는 행위는, 구 통신비밀보호법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 같은 법 제3조 제1항 위반행위에 해당하여 같은 법 제16조 제1항 제1호의 처벌대상이 된다.

[2] 구 통신비밀보호법(2014. 1. 14. 법률 제12229호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항이 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못하도록 한 것은, 대화에 원래부터 참여하지 않는 제3자가 그 대화를 하는 타인간의 발언을 녹음 또는 청취해서는 아니 된다는 취지이다. 따라서 대화에 원래부터 참여하지 않는 제3자가 일반 공중이 알 수 있도록 공개되지 아니한 타인간의 발언을 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취하는 것은 특별한 사정이 없는 한 같은 법 제3조 제1항에 위반된다.

### 〈선정이유〉

대법원은 통신비밀보호법 제14조 제1항의 금지 위반행위는 (특별한 사정이 없는 한) 동법 제3조 제1항 위반에 해당하여 동법 제16조 제1항 제1호의 처벌대상이 된다고 보았다.

**108. 3자간 대화에서 일방 당사자의 녹음과 감청**

(대법원 2006. 10. 12. 선고 2006도4981 판결)

**〈쟁점〉**

3인 간의 대화에 있어서 그 중 한 사람이 그 대화를 녹음하는 경우에 통신비밀보호법 제3조 제1항에 위배되는지 여부(소극)

**〈판결요지〉**

통신비밀보호법 제3조 제1항이 “공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다”라고 정한 것은, 대화에 원래부터 참여하지 않는 제3자가 그 대화를 하는 타인들 간의 발언을 녹음해서는 아니 된다는 취지이다. 3인 간의 대화에 있어서 그 중 한 사람이 그 대화를 녹음하는 경우에 다른 두 사람의 발언은 그 녹음자에 대한 관계에서 ‘타인 간의 대화’라고 할 수 없으므로, 이와 같은 녹음행위가 통신비밀보호법 제3조 제1항에 위배된다고 볼 수는 없다.

**〈선정이유〉**

대화당사자가 아닌 제3자의 대화 녹음은 불법감청에 해당하지만, 3자간 대화에 있어서 그 중 1인이 다른 대화상대방들의 발언을 녹음한 행위는 녹음자 역시 대화 당사자이므로 통신비밀보호법에 위배되지 않는다.

**109.****‘통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄와 관련된 범죄’의 의미 및 범위**

(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도13489 판결)

**〈쟁점〉**

통신사실확인자료 제공요청에 의하여 취득한 통화내역 등 통신사실확인자료를 범죄의 수사·소추를 위하여 사용하는 경우, 대상 범죄가 통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄 및 이와 관련된 범죄에 한정되는지 여부(적극) / 여기서 ‘통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄와 관련된 범죄’의 의미 및 범위

**〈판결요지〉**

통신비밀보호법은 통신제한조치의 집행으로 인하여 취득된 전기통신의 내용은 통신제한조치의 목적이 된 범죄나 이와 관련되는 범죄를 수사·소추하거나 그 범죄를 예방하기 위한 경우 등에 한정하여 사용할 수 있도록 규정하고(제12조 제1호), 통신사실확인자료의 사용제한에 관하여 이 규정을 준용하도록 하고 있다(제13조의5). 따라서 통신사실확인자료 제공요청에 의하여 취득한 통화내역 등 통신사실확인자료를 범죄의 수사·소추를 위하여 사용하는 경우 대상 범죄는 통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄 및 이와 관련된 범죄에 한정되어야 한다. 여기서 통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄와 관련된 범죄란 통신사실 확인자료제공요청 허가서에 기재한 혐의사

실과 객관적 관련성이 있고 자료제공 요청대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다.

그중 혐의사실과의 객관적 관련성은, 통신사실 확인자료제공요청 허가서에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단 및 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다. 다만 통신비밀보호법이 통신사실확인자료의 사용 범위를 제한하고 있는 것은 특정한 혐의사실을 전제로 제공된 통신사실확인자료가 별건의 범죄사실을 수사하거나 소추하는 데 이용되는 것을 방지함으로써 통신의 비밀과 자유에 대한 제한을 최소화하는 데 입법 취지가 있다. 따라서 그 관련성은 통신사실 확인자료제공요청 허가서에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상 및 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 혐의 사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있는 것은 아니다.

그리고 피의자와 사이의 인적 관련성은 통신사실 확인자료제공요청 허가서에 기재된 대상자의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범은 물론 필요적 공범 등에 대한 피고사건에 대해서도 인정될 수 있다.

### 〈선정이유〉

대법원은 통신사실확인자료는 제공요청의 목적이 된 범죄 및 그 관련범죄에 한정하여 사용할 수 있다고 보면서, 그 관련성의 판단기준으로 ① 자료제공요청 허가서에 기재된 혐의사실과의 객관적 관련성과 ② 자료제공 요청대상자와 피의자 사이의 인적 관련성을 제시하고 있다.

### [압수물의 환부 및 가환부]

## 110. 압수물의 가환부

(대법원 1998. 4. 16. 자 97모25 결정)

### 〈쟁점〉

- [1] 형사소송법 제133조 제1항 소정의 '증거에 공할 압수물'의 의미
- [2] 형법 제48조에 해당하는 물건을 피고본안사건에 관한 종국판결 전에 가환부할 수 있는지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

[1] 형사소송법 제133조 제1항 후단이, 제2항의 '증거에만 공할' 목적으로 압수할 물건과는 다르이, '증거에 공할' 압수물에 대하여 법원의 재량에 의하여 가환부할 수 있도록 규정한 것을 보면, '증거에 공할 압수물'에는 증거물로서의 성격과 몰수할 것으로 사료되는 물건으로서의 성격을 가진 압수물이 포함되어 있다고 해석함이 상당하다.

[2] 몰수할 것이라고 사료되어 압수한 물건 중 법률의 특별한 규정에 의하여 필요적으로 몰수할 것에 해당하거나 누구의 소유도 허용되지 아니하여 몰수할 것에 해당하는 물건에 대한 압수는 몰수재판의 집행을 보전하기 위하여 한 것이라는 의미도 포함된 것이므로 그와 같은 압수 물건은 가

환부의 대상이 되지 않지만, 그 밖의 형법 제48조에 해당하는 물건에 대하여는 이를 몰수할 것인지는 법원의 재량에 맡겨진 것이므로 특별한 사정이 없다면 수소법원이 피고본안사건에 관한 중급판결에 앞서 이를 가환부함에 법률상의 지장이 없는 것으로 보아야 한다.

### 〈선정이유〉

형사소송법상 가환부는 압수의 계속이 필요한 상황 하에서 압수효력을 그대로 유지시키면서 압수물을 잠정적으로 소유자 등에게 돌려주는 제도인데, ① '증거에만 공할 목적의 압수물'에 대해서는 '필요적 가환부(제133조 제2항 및 제219조)'를, ② 증거에 공할 압수물에 대해서는 '임의적 가환부(제133조 제1항 후단)'를 규정하고 있다. 또한 가환부의 대상은 증거물에 한하므로 몰수의 대상물은 가환부 대상이 아니지만, 대법원은 임의적 몰수의 대상물에 한하여 임의적 가환부를 인정한다.

## 111. 피고인에 대한 통지없이 한 가환부결정의 적법성 여부

(대법원 1980. 2. 5. 자 80모3 결정)

### 〈쟁점〉

피고인에 대한 통지없이 한 가환부결정의 적법 여부

### 〈판결요지〉

법원이 압수물의 가환부결정을 함에는 미리 검사 피해자 피고인 또는 변호인에 통지를 한 연후에 하도록 형사소송법 제135조에 규정하고 있는 바, 이는 그들로 하여금 압수물의 가환부에 대한 의견을 진술할 기회를 주기 위한 조치라 할 것이다. (…중략…) 그렇다면 피고인에게 의견을 진술할 기회를 주지 아니한 채 한 가환부결정은 형사소송법 제135조에 위배하여 위법하고 이 위법은 재판의 결과에 영향을 미쳤다 할 것이다.

### 〈선정이유〉

대법원은 형사소송법 제135조 통지의 취지를 가환부에 대한 피고인의 의견 청취를 위한 것으로 보고, 이를 위반한 경우 위법하다고 평가하였다.

## 112. 가환부 여부에 대한 판단 기준

(대법원 2017. 9. 29. 자 2017모236 결정)

### 〈쟁점〉

검사는 증거에 사용할 압수물에 대하여 가환부의 청구가 있는 경우 가환부에 응하여야 하는지 여부(원칙적 적극) 및 가환부를 거부할 수 있는 특별한 사정이 있는지 판단하는 기준

### 〈판결요지〉

형사소송법 제218조의2 제1항은 ‘검사는 사본을 확보한 경우 등 압수를 계속할 필요가 없다고 인정되는 압수물 및 증거에 사용할 압수물에 대하여 공소제기 전이라도 소유자, 소지자, 보관자 또는 제출인의 청구가 있는 때에는 환부 또는 가환부하여야 한다’고 규정하고 있다. 따라서 검사는 증거에 사용할 압수물에 대하여 가환부의 청구가 있는 경우 가환부를 거부할 수 있는 특별한 사정이 없는 한 가환부에 응하여야 한다. 그리고 그러한 특별한 사정이 있는지는 범죄의 태양, 경중, 몰수 대상인지 여부, 압수물의 증거로서의 가치, 압수물의 은닉·인멸·훼손될 위험, 수사나 공판수행상의 지장 유무, 압수에 의하여 받는 피압수자 등의 불이익의 정도 등 여러 사정을 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다.

피의자들이 밀수출하기 위해 허위의 수출신고 후 선적하려다 미수에 그친 수출물품으로서 갑 주식회사 소유의 렌트차량인 자동차를 세관의 특별사법경찰관이 압수수색검증영장에 기해 압수하였는데, 갑 회사와 밀수출범죄 사이에 아무런 관련성이 발견되지 않음에도 검사가 갑 회사의 압수물 가환부 청구를 거부하자 갑 회사가 준항고를 제기하여 원심에서 준항고가 인용된 사안에서, 자동차는 범인이 간접으로 점유하는 물품으로서 필요적 몰수의 대상인데 밀수출범죄와 무관한 갑 회사의 소유이어서 범인에 대한 몰수는 범인으로 하여금 소지를 못하게 함에 그치는 점 및 밀수출범죄의 태양이나 경중, 자동차의 증거로서의 가치, 은닉·인멸·훼손될 위험과 그로 인한 수사나 공판수행상의 지장 유무, 압수에 의하여 받는 갑 회사의 불이익 정도 등 여러 사정을 아울러 감안하면, 검사에게 갑 회사의 가환부 청구를 거부할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우라고 보기 어려우므로, 이와 달리 자동차가 증거에만 사용할 목적으로 압수된 것임을 이유로 형사소송법 제133조 제2항에 의하여 준항고를 받아들이는 결정을 한 원심판단에는 검사의 압수물 가환부에 관한 적용법조 및 가환부 거부의 특별한 사정 유무 등에 관한 법리오해의 잘못이 있으나, 원심이 준항고를 받아들인 것은 결론적으로 정당하다고 한 사례.

### 〈선정이유〉

대법원은 가환부 청구가 있을 때에 공소제기 전이더라도 특별한 사정이 없는 한 가환부에 응할 의무(필요적 가환부)를 인정하면서 가환부 여부를 판단할 때 고려해야 할 사항들을 제시하고 있다.

## 113. 소유권 및 환부청구권의 포기과 수사기관의 환부의무

(대법원 1996. 8. 16. 자 94모51 전원합의체 결정)

### 〈쟁점〉

- [1] 수사 도중에 피의자가 수사관에게 소유권포기 각서를 제출한 경우 수사기관의 압수물 환부의무가 면제되는지 여부(소극) 및 피의자의 압수물 환부청구권도 소멸하는지 여부(소극)
- [2] 관세포탈된 물건인지 불명하여 기소중지 처분을 한 경우 그 압수물에 대한 국고귀속 처분의 가부(불가) 및 압수 계속의 필요성 여부(소극)

### 〈판결요지〉

[1] [다수의견] 피압수자 등 환부를 받을 자가 압수 후 그 소유권을 포기하는 등에 의하여 실제 법상의 권리를 상실하더라도 그 때문에 압수물을 환부하여야 하는 수사기관의 의무에 어떠한 영향을 미칠 수 없고, 또한 수사기관에 대하여 형사소송법상의 환부청구권을 포기한다는 의사표시를 하더라도 그 효력이 없어 그에 의하여 수사기관의 필요적 환부의무가 면제된다고 볼 수는 없으므로, 압수물의 소유권이나 그 환부청구권을 포기하는 의사표시로 인하여 위 환부의무에 대응하는 압수물에 대한 환부청구권이 소멸하는 것은 아니다.

압수물의 환부는 환부를 받는 자에게 환부된 물건에 대한 소유권 기타 실제법상의 권리를 부여하거나 그러한 권리를 확정하는 것이 아니라 단지 압수를 해제하여 압수 이전의 상태로 환원시키는 것뿐으로서, 이는 실제법상의 권리와 관계없이 압수 당시의 소지인에 대하여 행하는 것이므로, 실제법인 민법(사법)상 권리의 유무나 변동이 압수물의 환부를 받을 자의 절차법인 형사소송법(공법)상 지위에 어떠한 영향을 미친다고는 할 수 없다. 그리고 형사사법권의 행사절차인 압수물 처분에 관한 준항고절차에서 민사분쟁인 소유권 포기의사의 존부나 그 의사표시의 효력 및 하자의 유무를 가리는 것은 적절하지 아니하고 이는 결국 민사소송으로 해결할 문제이므로, 피압수자 등 환부를 받을 자가 압수 후에 그 소유권을 포기하는 등에 의하여 실제법상의 권리를 상실하는 일이 있다고 하더라도, 그로 인하여 압수를 계속할 필요가 없는 압수물을 환부하여야 하는 수사기관의 의무에 어떠한 영향을 미친다고 할 수는 없으니, 그에 대응하는 압수물의 환부를 청구할 수 있는 절차법상의 권리가 소멸하는 것은 아니다.

형사소송법 제133조 제1항, 제219조, 제486조 각 규정의 취지를 종합하여 보면, 압수물에 대하여 더 이상 압수를 계속할 필요가 없어진 때에는 수사기관은 환부가 불가능하여 국고에 귀속시키는 경우를 제외하고는 반드시 그 압수물을 환부하여야 하고, 환부를 받을 자로 하여금 그 환부청구권을 포기하게 하는 등의 방법으로 압수물의 환부의무를 면할 수는 없다. 법률이 압수물을 국고에 귀속시키는 절차와 방법에 관하여 엄격히 규정함과 아울러 압수된 범칙물이 범인에게 복귀되지 아니하도록 필요에 따른 준비를 하여 두고 있는데도, 법률이 정하고 있는 이러한 방법 이외에 피압수자 등으로 하여금 그 압수물에 대한 환부청구권을 포기하게 하는 등의 방법으로 압수물의 환부의무를 면하게 함으로써 압수를 계속할 필요가 없어진 물건을 국고에 귀속시킬 수 있는 길을 허용하는 것은 적법절차에 의한 인권보장 및 재산권 보장의 헌법정신에도 어긋나고, 압수물의 환부를 필요적이고 의무적인 것으로 규정한 형사소송법 제133조를 사문화시키며, 나아가 몰수제도를 잠탈할 수 있는 길을 열어 놓게 되는 것이다.

따라서 피압수자 등 압수물을 환부받을 자가 수사기관에 대하여 형사소송법상의 환부청구권을 포기한다는 의사표시를 한 경우에 있어서도, 그 효력이 없어 그에 의하여 수사기관의 필요적 환부의무가 면제된다고 볼 수는 없으므로, 그 환부의무에 대응하는 압수물의 환부를 청구할 수 있는 절차법상의 권리가 소멸하는 것은 아니다.

#### [반대의견]

형사소송법 제133조 제1항 전문의 취지는, 원래 압수는 증거물로 사용되거나 몰수할 것으로 소요되는 물건에 대하여 행하여지므로( 형사소송법 제106조) 압수를 계속할 필요가 없게 되는 경우에는 사건 종결 전이라도 압수물을 환부하여야 한다고 규정한 것일 뿐이고, 피압수자가 환부청구권을 포기한 경우에 압수물 반환의무가 면제되는지 여부에 관하여는 위 법조항에 아무런 언급이 없으며, 또 형사소송법 제486조는 형사소송법 제5편인 재판의 집행에 관한 규정으로서 법원에서 압수물 환부재판이 확정된 후 그 재판의 집행과정에서 환부받을 자의 소재불명 등 사유로 환부할 수 없는 경우의 압수물 처리방법을 정한 것으로서 이를 수사절차에 준용하는 경우에는 검사가 이미

환부하기로 결정하였으나 환부받을 자가 소재불명이고 압수물의 보관이 곤란한 경우 공고절차를 거쳐 국고귀속시키도록 하는 규정일 뿐이지 수사기관의 압수물에 대한 환부의무가 면제되는 예외를 인정하는 근거규정으로 볼 수는 없다.

일반적으로 권리자가 권리를 포기한 경우 그것이 유효하다면 그 의무자의 대응의무가 소멸되는 것은 당연한 것일 뿐 아니라 개인적 공권의 포기의 가부에 관한 일반적 이론에 비추어 보더라도, 첫째 압수물 환부청구권은 개인적 공권이라는 하지만 형사소송법 제133조의 주된 입법취지가 공익적 요소보다는 압수물에 대한 권리자의 경제적 이익의 보호에 있다고 할 것이고, 더구나 압수물 환부청구권의 포기가 문제되는 것은 피의사실에 대하여 불기소처분을 할 때에 우리 형사소송법상 압수된 범칙물을 몰수할 수 있는 제도가 마련되어 있지 아니한 관계로 피압수자에게 압수물을 반환함이 사회정의에 반하거나 압수물이 다시 범죄에 제공될 위험이 있음에도 불구하고 압수물을 반환하여야 하는 불합리한 결과를 피하기 위한 경우가 대부분이므로 스스로 자유로운 의사에 의하여 포기가 이루어지는 한 이를 부정할 필요가 없는 점, 둘째 피압수자가 압수물 환부청구권을 포기하여도 만일 그 소유권이 제3자에게 있는 경우에는 소유자의 권리에는 아무런 영향을 미치지 아니할 것임은 의문의 여지가 없어 피압수자의 환부청구권 포기는 피압수자인 권리자 자신에게 경제적 손실을 주는 외에는 그것으로 인하여 제3자의 권익에는 별다른 영향을 미칠 여지가 없는 점, 셋째 압수물 환부청구권은 추상적 청구가능성의 문제가 아니고 특정의 압수물에 대한 개개의 현실적 청구권이라는 점 등으로 보아 권리자가 자유로운 의사에 의하여 포기할 수 있다고 해석함이 상당할 것이므로 다수의견은 그 전제부터가 잘못된 것이라고 생각된다.

압수물에 대한 소유권포기가 있으면 국가가 그 소유권을 취득한다고 보아야 할 것이므로(압수물은 국가가 점유하고 있으므로 소유자의 소유권포기로 무주물 선점이나 대법원 1968. 2. 27. 자 67모70 결정의 판치처럼 국가에 대한 소유권 양도의 의사표시로 해석되어 국가가 소유권을 취득할 수 있을 것이다.) 환부청구에 의하여 환부가 된다 하여도 국가는 소유권에 기하여 다시 인도를 청구할 수 있게 되어 환부청구할 실익도 없게 될 것이므로, 다수의견은 결국 무용의 절차를 반복하게 되거나 압수물에 대한 불필요한 분쟁을 일으키게 된다는 점을 간과한 견해라고 할 수밖에 없다. 다수의견은 소유권포기로 인한 분쟁은 일단 압수물의 환부 후 민사사건으로 다시 다루겠다는 취지로 이해되나 이는 형사재판에서 소송촉진등에관한특례법 제25조의 배상명령과 같이 민사의 손해배상까지도 아울러 심리하여 국민의 법률적 분쟁을 신속히 해결하려는 우리 나라 소송법의 근본정신에도 어긋난다.

이와 같이 피압수자가 수사기관에 소유권포기서를 제출한 경우에는 의사표시의 해석상 특별한 사정이 없는 한 환부청구권을 포기한 것으로 보아야 할 것이므로 수사기관은 압수물을 피압수자에게 환부할 의무가 없으며, 다만 피압수자의 소유권포기가 수사기관의 강요나 기망 등으로 인한 하자 있는 의사표시에 의하여 이루어진 경우에는 그 포기는 무효 또는 취소할 수 있는 법률행위로서 피압수자는 이를 주장하여 압수물의 환부를 청구할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

[2] 외국산 물품을 관세장물의 혐의가 있다고 보아 압수하였다 하더라도 그것이 언제, 누구에 의하여 관세포탈된 물건인지 알 수 없어 기소중지 처분을 한 경우에는 그 압수물은 관세장물이라고 단정할 수 없어 이를 국고에 귀속시킬 수 없을 뿐만 아니라 압수를 더 이상 계속할 필요도 없다.

### 〈선정이유〉

대법원의 [다수의견]은 압수물의 환부는 단지 압수를 해제하여 압수 이전의 상태로 환원시키는 것이므로, 수사기관의 환부 의무는 압수 당시 소지인이 실제법상 권리를 상실하거나 환부청구권을

포기하더라도 (이는 무효이므로) 면제되거나 소멸하지 않는다고 본 반면, [반대의견]은 무용한 절차의 반복 및 압수물을 둘러싼 불필요한 민사분쟁 등의 우려를 근거로 환부청구권의 포기가 있는 경우 국고로의 귀속이 필요하다고 본다.

## [임의제출]

### 114. 소지자 및 보관자에 의한 임의제출

(대법원 1999. 9. 3. 선고 98도968 판결)

#### <쟁점>

경찰관이 간호사로부터 진료 목적으로 채혈된 피고인의 혈액 중 일부를 주취운전 여부에 대한 감정을 목적으로 제출받아 압수한 경우, 적법절차의 위반 여부(소극)

#### <판결요지>

형사소송법 제218조는 "검사 또는 사법경찰관은 피의자, 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다."라고 규정하고 있고, 같은 법 제219조에 의하여 준용되는 제112조 본문은 "변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자가 그 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로 타인의 비밀에 관한 것은 압수를 거부할 수 있다."라고 규정하고 있을 뿐이고, 달리 형사소송법 및 기타 법령상 의료인이 진료 목적으로 채혈한 혈액을 수사기관이 수사 목적으로 압수하는 절차에 관하여 특별한 절차적 제한을 두고 있지 않으므로, 의료인이 진료 목적으로 채혈한 환자의 혈액을 수사기관에 임의로 제출하였다면 그 혈액의 증거사용에 대하여도 환자의 사생활의 비밀 기타 인격적 법익이 침해되는 등의 특별한 사정이 없는 한 반드시 그 환자의 동의를 받아야 하는 것이 아니고, 따라서 경찰관이 간호사로부터 진료 목적으로 이미 채혈되어 있던 피고인의 혈액 중 일부를 주취운전 여부에 대한 감정을 목적으로 임의로 제출 받아 이를 압수한 경우, 당시 간호사가 위 혈액의 소지자 겸 보관자인 병원 또는 담당의사를 대리하여 혈액을 경찰관에게 임의로 제출할 수 있는 권한이 없었다고 볼 특별한 사정이 없는 이상, 그 압수절차가 피고인 또는 피고인의 가족의 동의 및 영장 없이 행하여졌다고 하더라도 이에 적법절차를 위반한 위법이 있다고 할 수 없다.

#### <참조판례>

(1) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결 : 형사소송법 제218조는 "사법경찰관은 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장없이 압수할 수 있다"고 규정하고 있는바, 위 규정을 위반하여 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 자로부터 제출받은 물건을 영장없이 압수한 경우 그 '압수물' 및 '압수물을 찍은 사진'은 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 것이고, 헌법과 형사소송법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

(2) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008도1097 판결 : 형사소송법 및 기타 법령상 교도관이 그 직

무상 위탁을 받아 소지 또는 보관하는 물건으로서 재소자가 작성한 비망록을 수사기관이 수사 목적으로 압수하는 절차에 관하여 특별한 절차적 제한을 두고 있지 않으므로, 교도관이 재소자가 맡긴 비망록을 수사기관에 임의로 제출하였다면 그 비망록의 증거사용에 대하여도 재소자의 사생활의 비밀 기타 인격적 법익이 침해되는 등의 특별한 사정이 없는 한 반드시 그 재소자의 동의를 받아야 하는 것은 아니다. 따라서 검사가 교도관으로부터 그가 보관하고 있던 피고인의 비망록을 뇌물수수 등의 증거자료로 임의로 제출받아 이를 압수한 경우, 그 압수절차가 피고인의 승낙 및 영장 없이 행하여졌다고 하더라도 이에 적법절차를 위반한 위법이 있다고 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

임의제출물의 압수는 수사기관의 점유취득 방법이 강제적이지 않고 임의적이라는 점에서 영장주의의 예외에 해당하고, 임의제출물은 증거물·물수물에 한정되지 않는다. 다만 대법원은 소유자·소지자·보관자 이외의 자로부터 제출받거나 수사기관의 요구에 의해 제출된 경우에는 그 임의성이 부정되므로 임의제출물에 해당하지 않는다고 보았다.

## 115. 체포현장 및 범죄장소에서의 임의제출과 영장주의의 예외

(대법원 2020. 4. 9. 선고 2019도17142 판결)

### 〈쟁점〉

현행법 체포현장이나 범죄 현장에서 소지자 등이 임의로 제출하는 물건을 형사소송법 제218조에 의하여 영장 없이 압수할 수 있는지 여부(적극) 및 이때 검사나 사법경찰관은 별도로 사후에 영장을 받아야 하는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

[판결이유] 상고이유를 판단한다.

#### 1. 무죄 부분 공소사실의 요지 및 원심의 판단

##### 가. 공소사실

피고인은 2018. 3. 7. 18:09경 고양시 일산서구에 있는 지하철 3호선 원당역에서 주엽역 사이 전동차 안에서 카메라 기능이 있는 휴대전화기(이하 '이 사건 휴대전화기'라 한다)로 앞에 앉아 있는 성명불상의 여성 피해자의 치마 속 부위를 몰래 촬영하였다.

피고인은 이를 비롯하여 2018. 3. 7.경부터 2018. 4. 18.경까지 원심판결 별지 범죄일람표 연번 1번 내지 4번 기재와 같이 7회에 걸쳐 같은 방법으로 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자들의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하였다.

##### 나. 원심의 판단

원심은, 다음과 같은 이유로 검사가 제출한 증거 중 경찰관이 피고인을 현행범 체포할 때 임의제출 방식으로 압수한 이 사건 휴대전화기(증 제1호) 및 여기에 기억된 저장정보를 탐색하여 복제·출력한 복원사진의 증거능력을 인정할 수 없어, 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다는 이유로 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제1심 판결을 파기하고 무죄로 판단하였다.

1) 형사소송법 제218조에 따른 영장 없는 압수는 현행범 체포현장에서 허용되지 않는다.

2) 설령 현행범 체포현장에서 형사소송법 제218조에 따른 임의제출물 압수가 가능하다고 보더라도 이 사건 휴대전화기에 대한 피고인의 임의적 제출의사 부재를 의심할 수 있으나, 이를 배제할 검사의 증거가 부족하다.

## 2. 판단

가. 원심 판단의 전제인 이 사건 휴대전화기에 대한 형사소송법 제218조에 따른 압수가 위법하다는 부분은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

### 1) 현행범 체포현장에서 형사소송법 제218조에 따른 압수 거부

범죄를 실행 중이거나 실행 직후의 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있고(형사소송법 제212조), 검사 또는 사법경찰관은 피의자 등이 유류한 물건이나 소유자·소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있으므로(제218조), 현행범 체포현장이나 범죄 현장에서 소지자 등이 임의로 제출하는 물건을 형사소송법 제218조에 의하여 영장 없이 압수하는 것이 허용되고, 이 경우 검사나 사법경찰관은 별도로 사후에 영장을 받을 필요가 없다(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결, 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도13726 판결 참조).

위와 같은 법리에 따르면 현행범 체포현장에서는 임의로 제출하는 물건이라도 형사소송법 제218조에 따라 압수할 수 없고, 형사소송법 제217조 제2항이 정한 사후영장을 받아야 한다는 취지의 원심 판단은 잘못되었다.

### 2) 이 사건 휴대전화기 제출의 임의성 여부

가) 기록에 의하면 다음과 같은 이 사건 공판 진행 경과를 알 수 있다.

(1) 피고인은 이 사건 공소장을 송달받고 제출한 의견서에서 이 사건 공소사실을 모두 인정하고, 양형사유에 관한 주장만을 하였으며, 제1회 공판기일에 출석하여 같은 취지로 변론하였다.

(2) 제1회 공판기일 이후 선임된 국선변호인도 제출한 변론요지서에서 이 사건 공소사실을 모두 인정하고, 양형사유에 관한 주장만을 하면서 그 주장에 부합하는 자료를 제출하였다.

(3) 위와 같이 피고인과 변호인은 이 사건 휴대전화기 제출의 임의성 여부에 대하여 다투지 않았고, 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 판단한 제1심판결에 대하여 항소하지 않았다.

(4) 검사가 제1심판결에 대하여 양형부당만을 이유로 항소하였고, 원심은 제1회 공판기일에서 이 사건 휴대전화기 제출의 임의성 여부에 대하여 심리하지 않은 채 변론을 종결한 후 선고한 판결에서 현행범 체포로 인한 심리적 위축, 임의제출에 의한 압수절차와 그 효과에 대한 피고인의 인식 또는 경찰관의 고지가 없었던 것으로 보이는 점을 들어 직권으로 그 임의성을 부정하는 판단을 하였다.

나) 이 사건 공판 진행 경과 및 원심의 판단 근거가 위와 같다면, 원심으로서는 전혀 쟁점이 되지 않았던 이 사건 휴대전화기 제출의 임의성 여부를 직권으로 판단하기 전에 추가적인 증거조사를 하거나 그와 같은 임의성에 대하여 증명할 필요성을 느끼지 못하고 있는 검사에게 증명을 촉구하는 등의 방법으로 더 심리하여 본 후 판단하였어야 한다.

나. 그런데도 원심은 판시와 같은 이유만을 들어 이 사건 휴대전화기의 증거능력이 인정되지 않는다고 판단하였으니, 원심의 판단에 현행범 체포현장에서의 임의제출물 압수에 관한 법리를 오해하고, 휴대전화기 제출의 임의성에 관하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

## 3. 결론

그러므로 원심판결 중 무죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

### 〈선정이유〉

대법원은 현행범 체포현장이나 범죄 현장에서도 소지자 등이 임의로 제출하는 물건은 형사소송법 제218조에 의하여 영장 없이 압수하는 것이 허용되고, 이 경우 검사나 사법경찰관은 별도로 사후에 영장을 받을 필요가 없다고 판시하였다. 하지만 위 대법원의 법리에 대해서는 임의제출에 의한 압수를 폭넓게 인정할 경우, 긴급체포에 따른 대물적 강제처분시 수사기관이 사후 압수·수색 영장을 받아야 하는 제약을 피할 수 있게 되어 헌법 및 형사소송법에서 긴급체포에 수반된 압수·수색에 관하여 조항을 둔 취지가 무력화될 위험이 있다(서울중앙지방법원 2019. 10. 8. 선고 2019고합441 판결)는 비판이 존재한다.

[대물적 강제처분 - 검증/감정]

## 116. 범죄증거 수집을 위한 사전 강제 채뇨의 허용 요건 및 방법

(대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도6219 판결)

### 〈쟁점〉

[1] ‘강제 채뇨’의 의미 / 수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 하는 강제 채뇨가 허용되기 위한 요건 및 채뇨의 방법

[2] 수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 피의자의 동의 없이 피의자의 소변을 채취하는 것을 ‘감정에 필요한 처분’으로 할 수 있는지 여부(적극) 및 이를 압수·수색의 방법으로도 할 수 있는지 여부(적극) / 압수·수색의 방법으로 소변을 채취하는 경우, 압수대상물인 피의자의 소변을 확보하기 위한 수사기관의 노력에도 불구하고 피의자가 소변 채취에 적합한 장소로 이동하는 것에 동의하지 않거나 저항하는 등 임의동행을 기대할 수 없는 사정이 있는 때에는 수사기관이 소변 채취에 적합한 장소로 피의자를 데려가기 위해서 필요 최소한의 유형력을 행사하는 것이 허용되는지 여부(적극) 및 이는 ‘압수·수색영장의 집행에 필요한 처분’에 해당하는지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

[1] 강제 채뇨는 피의자가 임의로 소변을 제출하지 않는 경우 피의자에 대하여 강제력을 사용해서 도뇨관(catheter)을 요도를 통하여 방광에 삽입한 뒤 체내에 있는 소변을 배출시켜 소변을 취득·보관하는 행위이다. 수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 하는 강제 채뇨는 피의자의 신체에 직접적인 작용을 수반할 뿐만 아니라 피의자에게 신체적 고통이나 장애를 초래하거나 수치심이나 굴욕감을 줄 수 있다. 따라서 피의자에게 범죄 혐의가 있고 그 범죄가 중대한지, 소변성분 분석을 통해서 범죄 혐의를 밝힐 수 있는지, 범죄 증거를 수집하기 위하여 피의자의 신체에서 소변을 확보하는 것이 필요한 것인지, 채뇨가 아닌 다른 수단으로는 증명이 곤란한지 등을 고려하여 범죄 수사를 위해서 강제 채뇨가 부득이하다고 인정되는 경우에 최후의 수단으로 적법한 절차에 따라 허용된다고 보아야 한다. 이때 의사, 간호사, 그 밖의 숙련된 의료인 등으로 하여금 소변 채취에 적합한 의료장비와 시설을 갖춘 곳에서 피의자의 신체와 건강을 해칠 위험이 적고 피의자의 굴욕감 등을 최소화하는 방법으로 소변을 채취하여야 한다.

[2] 수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 피의자의 동의 없이 피의자의 소변을 채취하는 것은 법원으로부터 감정허가장을 받아 형사소송법 제221조의4 제1항, 제173조 제1항에서 정한 ‘감

정에 필요한 처분'으로 할 수 있지만(피의자를 병원 등에 유치할 필요가 있는 경우에는 형사소송법 제221조의3에 따라 법원으로부터 감정유치장을 받아야 한다), 형사소송법 제219조, 제106조 제1항, 제109조에 따른 압수·수색의 방법으로도 할 수 있다. 이러한 압수·수색의 경우에도 수사기관은 원칙적으로 형사소송법 제215조에 따라 판사로부터 압수·수색영장을 적법하게 발부받아 집행해야 한다.

압수·수색의 방법으로 소변을 채취하는 경우 압수대상물인 피의자의 소변을 확보하기 위한 수사기관의 노력에도 불구하고, 피의자가 인근 병원 응급실 등 소변 채취에 적합한 장소로 이동하는 것에 동의하지 않거나 저항하는 등 임의동행을 기대할 수 없는 사정이 있는 때에는 수사기관으로서 소변 채취에 적합한 장소로 피의자를 데려가기 위해서 필요 최소한의 유형력을 행사하는 것이 허용된다. 이는 형사소송법 제219조, 제120조 제1항에서 정한 '압수·수색영장의 집행에 필요한 처분'에 해당한다고 보아야 한다. 그렇지 않으면 피의자의 신체와 건강을 해칠 위험이 적고 피의자의 굴욕감을 최소화하기 위하여 마련된 절차에 따른 강제 채뇨가 불가능하여 압수영장의 목적을 달성할 방법이 없기 때문이다.

[3] 피고인이 메트암페타민(일명 '필로폰')을 투약하였다는 마약류 관리에 관한 법률 위반(향정) 혐의에 관하여, 피고인의 소변(30cc), 모발(약 80수), 마약류 불법사용 도구 등에 대한 압수·수색·검증영장을 발부받은 다음 경찰관이 피고인의 주거지를 수색하여 사용 흔적이 있는 주사기 4개를 압수하고, 위 영장에 따라 3시간가량 소변과 모발을 제출하도록 설득하였음에도 피고인이 계속 거부하면서 자해를 하자 이를 제압하고 수갑과 포승을 채운 뒤 강제로 병원 응급실로 데리고 가 응급구조사로 하여금 피고인의 신체에서 소변(30cc)을 채취하도록 하여 이를 압수한 사안에서, 피고인에 대한 피의사실이 중대하고 객관적 사실에 근거한 명백한 범죄 혐의가 있었다고 보이고, 경찰관의 장시간에 걸친 설득에도 피고인이 소변의 임의 제출을 거부하면서 판사가 적법하게 발부한 압수영장의 집행에 저항하자 경찰관이 다른 방법으로 수사 목적을 달성하기 곤란하다고 판단하여 강제로 피고인을 소변 채취에 적합한 장소인 인근 병원 응급실로 데리고 가 의사의 지시를 받은 응급구조사로 하여금 피고인의 신체에서 소변을 채취하도록 하였으며, 그 과정에서 피고인에 대한 강제력의 행사가 필요 최소한도를 벗어나지 않았으므로, 경찰관의 조치는 형사소송법 제219조, 제120조 제1항에서 정한 '압수영장의 집행에 필요한 처분'으로서 허용되고, 한편 경찰관이 압수영장을 집행하기 위하여 피고인을 병원 응급실로 데리고 가는 과정에서 공무집행에 항거하는 피고인을 제지하고 자해 위험을 방지하기 위해 수갑과 포승을 사용한 것은 경찰관 직무집행법에 따라 허용되는 경찰장구의 사용으로서 적법하다는 이유로, 같은 취지에서 피고인의 소변에 대한 압수영장 집행이 적법하다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

### 〈선정이유〉

대법원은 범죄수사를 위한 강제채뇨는 ① 부득이한 경우에 최후 수단으로, ② 법원의 감정허가장에 기한 감정에 필요한 처분(제173조 제1항)에 의해 또는 압수·수색영장에 의해(제215조), ③ 적법절차와 방식(제221조의4)에 따라 허용된다고 판시하면서, 임의동행을 기대할 수 없는 사정에서 수사기관이 소변 채취에 적합한 장소로 피의자를 데려가기 위해 필요 최소한의 유형력을 행사하는 것은 형사소송법 제219조, 제120조 제1항에서 정한 '압수·수색영장의 집행에 필요한 처분'에 해당한다고 보았다.

## V. 증거보전

### 117. 증거보전의 의미와 시한

(대법원 1984. 3. 29. 자 84모15 결정)

#### 〈쟁점〉

- 가. 재심청구사건에서 증거보전절차의 허부(소극)
- 나. 증거보전청구 기각결정에 대한 즉시항고의 가부(소극)

#### 〈판결요지〉

가. 증거보전이란 장차 공판에 있어서 사용하여야 할 증거가 멸실되거나 또는 그 사용하기 곤란한 사정이 있을 경우에 당사자의 청구에 의하여 공판전에 미리 그 증거를 수집보전하여 두는 제도로서 제1심 제1회 공판기일전에 한하여 허용되는 것이므로 재심청구사건에서는 증거보전절차는 허용되지 아니한다.

나. 증거보전청구를 기각하는 결정에 대하여는 즉시항고로써 불복할 수 없다.

#### 〈선정이유〉

대법원은 증거보전의 시한(時限)을 '형사입건 이후 제1회 공판기일 전'으로 보고, 형사입건 이전인 내사단계(79도792)나 수소법원에 의한 증거조사가 가능한 제1회 공판기일 이후 또는 항소심 및 재심(84모15)에서의 증거보전은 허용하지 않는다.

### 118. 증거보전청구 가능 시기

(대법원 1979. 6. 12. 선고 79도792 판결)

#### 〈쟁점〉

형사 증거보전청구를 할 수 있는 시기 및 피의자신문에 해당하는 사항에 대한 증거보전청구의 가부

#### 〈판결요지〉

형사소송법 제184조에 의한 증거보전은 피고인 또는 피의자가 형사입건도 되기 전에는 청구할 수 없고, 또 피의자신문에 해당하는 사항을 증거보전의 방법으로 청구할 수 없다.

#### 〈선정이유〉

증거보전의 제도적 취지는 피의자·피고인에게도 공판개시 전 자신에게 유리한 증거에 대한 수집과 보전권을 보장해 줌으로써 공정한 재판의 이념을 실현하는데 있는 만큼, 형사입건 전 내사단계에서의 증거보전 청구는 허용되지 않는다는 것이 대법원의 입장이다.

**119. 증인신문에 있어서 당사자의 참여권 보장과 증인신문조서의 증거능력**

(대법원 1988. 11. 8. 선고 86도1646 판결)

**〈쟁점〉**

가. 수사단계에서 검사가 증거보전을 위하여 필요적 공범관계에 있는 공동피고인을 증인으로 신문할 수 있는지 여부(적극)

나. 증거보전절차로 증인신문을 하는 경우에 당사자의 참여권

**〈판결요지〉**

가. 공동피고인과 피고인이 뇌물을 주고 받은 사이로 필요적 공범관계에 있다고 하더라도 검사는 수사단계에서 피고인에 대한 증거를 미리 보전하기 위하여 필요한 경우에는 판사에게 공동피고인을 증인으로 신문할 것을 청구할 수 있다.

나. 판사가 형사소송법 제184조에 의한 증거보전절차로 증인신문을 하는 경우에는 동법 제221조의2에 의한 증인신문의 경우와는 달라 동법 제163조에 따라 검사, 피의자 또는 변호인에게 증인신문의 시일과 장소를 미리 통지하여 증인신문에 참여할 수 있는 기회를 주어야 하나 참여의 기회를 주지 아니한 경우라도 피고인과 변호인이 증인신문조서를 증거로 할 수 있음에 동의하여 별다른 이의없이 적법하게 증거조사를 거친 경우에는 위 증인신문조서는 증인신문절차가 위법하였는지의 여부에 관계없이 증거능력이 부여된다.

**〈선정이유〉**

위 판결에서 대법원은 '당사자의 증거동의를 있으면' 비록 당사자의 참여권이 보장되지 않은 상태 하에서 작성된 증인신문조서라 하더라도 그 증거능력을 인정하였다. 하지만 2007년 법개정으로 위법수집증거배제법칙(제308조의2)이 명문화된 이후에는 증거동의를 있더라도 위법수집증거의 증거능력을 부정하는 것이 대법원판례의 법리이다.

**120. 증거보전절차에서 작성된 증인신문조서에 기재된 피의자진술의 증거능력**

(대법원 1984. 5. 15. 선고 84도508 판결)

**〈쟁점〉**

증거보전 절차에서 작성된 증인신문조서 중 증인에 대한 반대신문과정에서 피의자가 진술한 내용을 기재한 부분의 증거능력

**〈판결요지〉**

증인신문조서가 증거보전절차에서 피고인이 증인으로서 증언한 내용을 기재한 것이 아니라 증인(갑)의 증언내용을 기재한 것이고 다만 피의자였던 피고인이 당사자로 참여하여 자신의 범행사실을 시인하는 전제하에 위 증인에게 반대신문한 내용이 기재되어 있을 뿐이라면, 위 조서는 공판준비

또는 공판기일에 피고인 등의 진술을 기재한 조서도 아니고, 반대신문과정에서 피의자가 한 진술에 관한 한 형사소송법 제184조에 의한 증인신문조서도 아니므로 위 조서중 피의자의 진술기재부분에 대하여는 형사소송법 제311조에 의한 증거능력을 인정할 수 없다.

〈선정이유〉

대법원은 증거보전절차에서 작성된 증인신문조서의 증거능력과 관련하여 형사소송법 제311조가 적용되는 진술의 범위는 증인의 진술에 한하여, 증거보전절차에서 증인에 대한 반대신문과정에서 피의자가 한 진술기재부분은 포함되지 않는다고 판시함으로써, 전문법칙 예외의 적용범위를 명확히 하였다.

**121. 형사소송법 제221조의2 제2항에 의한 증인신문청구와 피의사실의 존부**

(대법원 1989. 6. 20. 선고 89도648 판결)

〈쟁점〉

형사소송법 제221조의2 제2항의 증인신문청구와 피의사실의 존재

〈판결요지〉

형사소송법 제221조의2 제2항에 의한 검사의 증인신문청구는 수사단계에서의 피의자 이외의 자의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 안 될 것으로 인정되는 경우에 공소유지를 위하여 이를 보전하려는 데 그 목적이 있으므로 이 증인신문청구를 하려면 증인의 진술로서 증명할 대상인 피의사실이 존재하여야 하고, 피의사실은 수사기관이 어떤 자에 대하여 내심으로 혐의를 품고 있는 정도의 상태만으로는 존재한다고 할 수 없고 고소, 고발 또는 자수를 받거나 또는 수사기관 스스로 범죄의 혐의가 있다고 보아 수사를 개시하는 범죄의 인지 등 수사의 대상으로 삼고 있음을 외부적으로 표현한 때에 비로소 그 존재를 인정할 수 있다.

〈선정이유〉

수사상 증인신문은 중요참고인이 출석 또는 진술을 거부하는 경우에 인정되므로, 참고인의 진술로써 증명할 대상으로서의 피의사실이 존재해야 한다는 것이 대법원의 입장이다.

VI. 수사종결

**121. 불기소처분 이후의 공소제기와 소추조건**

(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도6614 판결)

〈쟁점〉

세무공무원 등의 고발에 따른 조세범처벌법 위반죄 혐의에 대하여 검사가 불기소처분을 하였다

가 나중에 공소를 제기하는 경우, 세무공무원 등의 새로운 고발이 있어야 하는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

검사의 불기소처분에는 확정재판에 있어서의 확정력과 같은 효력이 없어 일단 불기소처분을 한 후에도 공소시효가 완성되기 전이면 언제라도 공소를 제기할 수 있으므로, 세무공무원 등의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있는 조세범처벌법 위반죄에 관하여 일단 불기소처분이 있었더라도 세무공무원 등이 종전에 한 고발은 여전히 유효하다. 따라서 나중에 공소를 제기함에 있어 세무공무원 등의 새로운 고발이 있어야 하는 것은 아니다.

### 〈선정이유〉

대법원은 불기소처분 이후에도 언제라도 다시 공소제기가 가능하며, 종전의 소추조건(고소, 고발)도 여전히 유효하다고 본다.

## 123. 공소제기 후 수사의 허용 여부

(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결)

### 〈쟁점〉

검사가 '공소제기 후' 형사소송법 제215조에 따라 수소법원 이외의 지방법원 판사로부터 발부받은 압수·수색 영장에 의해 수집한 증거의 증거능력 유무(원칙적 소극)

### 〈판결요지〉

형사소송법은 제215조에서 검사가 압수·수색 영장을 청구할 수 있는 시기를 공소제기 전으로 명시적으로 한정하고 있지는 아니하나, 헌법상 보장된 적법절차의 원칙과 재판받을 권리, 공판중심주의·당사자주의·직접주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조, 관련 법규의 체계, 문언 형식, 내용 등을 종합하여 보면, 일단 공소가 제기된 후에는 피고사건에 관하여 검사로서는 형사소송법 제215조에 의하여 압수·수색을 할 수 없다고 보아야 하며, 그럼에도 검사가 공소제기 후 형사소송법 제215조에 따라 수소법원 이외의 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수·수색을 하였다면, 그와 같이 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다.

### 〈선정이유〉

대법원은 [공소제기 이후의 강제수사]와 관련하여 ① 대인적 강제처분(체포·구속)은 허용하지 않고 있으며, ② 대물적 강제처분(압수·수색)에 대해서도 ㉠ 피고인에 대한 구속영장 집행현장에서의 압수·수색(형사소송법 제216조 제2항) 및 ㉡ 임의제출물의 압수(형사소송법 제218조) 등 법적 근거가 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 불허하는 입장을 취한다. 다만 [공수제기 이후의 임의수사]와 관련해서는 상대방의 의사에 반하지 않거나 기본권 침해가 없는 한 이를 허용한다.

## 제2장 공소

### I. 공소의 제기

#### 124. 공소권남용론 - 검사의 소추재량

(대법원 2017. 8. 23. 선고 2016도5423 판결)

##### <쟁점>

기소편의주의에 따른 검사의 소추재량이 내재적 한계를 가지는지 여부(적극)

##### <판결요지>

검사는 범죄의 구성요건에 해당하여 형사적 제재를 함이 상당하다고 판단되는 경우에는 공소를 제기할 수 있고 또 형법 제51조의 사함을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있는 재량이 있다(형사소송법 제246조, 제247조). 위와 같은 검사의 소추재량은 공익의 대표자인 검사로 하여금 객관적 입장에서 공소의 제기 및 유지 활동을 하게 하는 것이 형사소추의 적정성 및 합리성을 기할 수 있다고 보기 때문이므로 스스로 내재적인 한계를 가지는 것이고, 따라서 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 가함으로써 소추재량을 현저히 일탈하였다고 판단되는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있다.

##### <선정이유>

공소권남용론이란 검사가 공소권을 남용하여 공소를 제기하였다고 인정되는 경우에는 유죄 또는 무죄의 실체재판(실체판결)을 할 것이 아니라 공소기각 또는 면소판결과 같은 형식재판에 의하여 소송을 종결시켜야 한다는 이론을 말하는데, 공소권남용론을 매우 제한적으로 받아들일 수 있다는 입장이 제시된 판례이다.

#### 125. 차별적 공소제기

(대법원 2012.7.12. 선고 2010도9349 판결)

##### <쟁점>

공소권 남용으로 공소제기의 효력이 부인되는 검사의 자의적인 공소권 행사로 인정되기 위한 요건 및 피고인과 동일하거나 다소 중한 범죄구성요건에 해당하는 행위를 한 사람이 불기소되었다는 사유만으로 피고인에 대한 공소제기가 공소권 남용에 해당하는지 여부

##### <판결요지>

검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현

저히 일탈한 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나, 자의적인 공소권의 행사로 인정되려면 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 그에 관한 미필적이거나 어떤 의도가 있음이 인정되어야 한다.

한편 검사에게는 범죄의 구성요건에 해당하는 경우에 피의자의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등의 사항을 참작하여 공소를 제기할 것 인지의 여부를 결정할 수 있는 재량권이 부여되어 있는바, 위와 같은 재량권의 행사에 따른 공소의 제기는 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 인정되지 않는 이상 공소권을 남용한 경우에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 어떤 사람에 대하여 공소가 제기된 경우 그 공소가 제기된 사람과 동일하거나 다소 중한 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였음에도 불기소된 사람이 있다는 사유만으로는 그 공소의 제기가 평등권 내지 조리에 반하는 것으로서 공소권 남용에 해당한다고 할 수 없다.

① 수사기관이 아닌 국회 경위들이 국회의장의 미디어 관련법 등 쟁점법안 직권상정 유보 방침 표명 이후에도 농성을 계속하면서 3차에 걸친 퇴거요구에 불응한 피고인들을 포함한 19명을 현행범인으로 체포하여 경찰에 인도함으로써 이 사건 수사가 개시된 것이므로 수사기관이 자의적으로 민주노동당 소속 보좌관인 피고인들만을 수사대상으로 선정한 것으로 보기는 어려운 점, ② 경찰이 위와 같이 현행범인으로 체포되어 인도된 민주당 국회의원 보좌관 공소외인과 피고인들을 포함한 19명 전원을 조사한 후 입건하여 검찰에 송치하였고, 검사는 그 혐의 여부, 전과관계 및 국회사무총장의 처벌불원의사 등 정상을 참작하여 위 19명 모두를 혐의없음 또는 기소유예의 불기소처분을 하거나 약식 기소한 점, ③ 민주당 측은 국회의장의 미디어 관련법 등 쟁점법안 직권상정 유보 방침 표명 이후 농성을 해제하고 로텐더 홀에서 자진 퇴거한 반면 민주노동당 측은 그 후에도 농성을 계속하면서 퇴거요구에 불응하다 강제퇴거조치를 당하였다는 점에서 농성에 참가한 민주당 및 민주노동당 측 관계자들의 기소 여부 판단을 위한 요소인 죄질 및 정상 등이 서로 다른 점, ④ 다른 국회 관련 폭력사건에 대한 기소 현황 등을 살펴보더라도 굳이 검사가 같은 입장에서 여당과 대립하고 있는 2개의 야당 중 민주노동당 측만 차별적으로 취급할 이유는 없는 점 등을 종합하여 보면, 검사의 이 사건 공소제기가 미필적이거나 민주노동당 소속인 피고인들을 차별취급할 의도로 소추재량권을 현저히 일탈하여 자의적으로 공소권을 행사한 것으로 볼 수는 없다.

### 〈선정이유〉

차별적 공소제기 또는 선별기소란 범죄의 성질과 내용이 같거나 비슷한 다수의 피의자들 중에서 일부만을 선별하여 공소제기하고 다른 사람들에 대하여는 형사입건조차 하지 않거나 기소유예 처분하는 경우를 말한다. 이러한 경우도 공소권남용으로 보고 형식재판에 의하여 형사절차를 종식시킬 수 있는지에 대해 공소기각판결설과 실체판결설이 대립하고 있다. 차별적 공소제가 공소권남용이 되기 위한 요건과 차별적 공소제기의 경우 실체판결설의 입장을 밝힌 판례이다.

## 126. 누락사건에 대한 공소제기

(대법원 2001. 9. 7. 선고 2001도3026 판결)

### 〈쟁점〉

기소편의주의와 검사의 재량권 및 공소권의 남용으로 공소제기의 효력이 부인되는 검사의 자의적인 공소권 행사의 의미

### 〈판결요지〉

형사소송법 제246조와 제247조에 의하여 검사는 범죄의 구성요건에 해당하여 형사적 제재를 함이 상당하다고 판단되는 경우에는 공소를 제기할 수 있고 또 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있는 재량권이 부여되어 있으나, 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있는 것이고, 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다.

피고인이 절취한 차량을 무면허로 운전하다가 적발되어 절도 범행의 기소중지자로 검거되었음에도 무면허 운전의 범행만이 기소되어 유죄의 확정판결을 받고 그 형의 집행중 가석방되면서 다시 그 절도 범행의 기소중지자로 긴급체포되어 절도 범행과 이미 처벌받은 무면허 운전의 일부 범행까지 포함하여 기소된 경우, 그 후행 기소가 적법한 것으로 보아 유죄를 인정한 원심판결에는 공소권 남용에 관한 법리 오해 또는 심리미진의 위법이 있다.

### 〈참고판례〉

(1) 대법원 1999. 12. 10. 선고 99도577 판결 : [1] 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있는 것이고, 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다.

[2] 검사가 구속영장기재의 범죄사실(선행사건)로 피고인을 신문할 당시 피고인이 여죄의 사실(후행사건)도 자백하였으나 경찰에서 후행사건의 수사관계로 선행사건과 분리하여 뒤늦게 따로 송치한 관계로 선행사건의 기소 당시에는 후행사건은 검찰에 송치되기 전이었고 불구속으로 송치된 후행사건에 대하여 검사가 제1회 피의자신문을 할 당시 선행사건의 유죄판결이 의외로 빨리 확정된 경우, 검사의 후행사건에 대한 기소가 공소권 남용에 해당하지 않는다.

### 〈선정이유〉

검사가 동시에 공소제기해야 할 사건의 일부를 누락하여 먼저 공소제기된 사건에 대하여 항소심판결이 선고된 후에 누락된 사건을 공소제기한 경우 이와 같은 추가기소를 공소권남용으로 보고 형식재판에 의하여 형사절차를 종결시킬 수 있는지에 관한 법리를 제시한 판결이다.

## 127. 자의적인 공소권행사

(대법원 2001. 9. 7. 선고 2001도3026 판결)

**〈쟁점〉**

기소편의주의와 검사의 재량권 및 공소권의 남용으로 공소제기의 효력이 부인되는 검사의 자의적인 공소권 행사의 의미

**〈판결요지〉**

형사소송법 제246조와 제247조에 의하여 검사는 범죄의 구성요건에 해당하여 형사적 제재를 함이 상당하다고 판단되는 경우에는 공소를 제기할 수 있고 또 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있는 재량권이 부여되어 있으나, 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있는 것이고, 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다.

피고인이 절취한 차량을 무면허로 운전하다가 적발되어 절도 범행의 기소중지자로 검거되었음에도 무면허 운전의 범행만이 기소되어 유죄의 확정판결을 받고 그 형의 집행중 가석방되면서 다시 그 절도 범행의 기소중지자로 긴급체포되어 절도 범행과 이미 처벌받은 무면허 운전의 일부 범행까지 포함하여 기소된 경우, 그 후행 기소가 적법한 것으로 보아 유죄를 인정한 원심판결에는 공소권 남용에 관한 법리 오해 또는 심리미진의 위법이 있다.

**〈선정이유〉**

검사의 자의적인 공소제기권의 행사가 공소권의 남용으로 인정되기 위해서는 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다는 법리를 제시한 대표적인 판결이다.

## II. 공소제기의 방식

### 128. 공소제기와 공소장

(대법원 2017. 2. 15. 선고 2016도19027 판결)

**〈쟁점〉**

검사가 공소사실의 일부인 범죄일람표를 전자문서로 작성한 다음 저장매체 자체를 서면인 공소장에 첨부하여 제출한 경우, 공소제기의 효력 범위 및 검사가 전자문서나 저장매체를 이용하여 공소를 제기한 경우, 법원이 취할 조치

**〈판결요지〉**

형사소송법은 공소제기에 관하여 엄격한 방식에 의한 서면주의를 채택하고 있다. 즉, 공소를 제기하려면 공소장을 관할법원에 제출하여야 하고, 공소장에는 피고인의 성명 그 밖에 피고인을 특정할 수 있는 사항, 죄명, 공소사실, 적용법조를 기재하여야 하며(제254조 제1항, 제3항), 공소가 제기된 때에는 지체 없이 공소장 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하여야 한다(제266조). 또한 공

무원이 작성하는 서류에는 법률에 다른 규정이 없는 때에는 작성 연월일과 소속공무소를 기재하고 기명날인 또는 서명을 하여야 하므로(제57조 제1항), 공소장에는 검사의 기명날인 또는 서명이 있어야 한다. 이러한 규정은 형사소송에서 법원의 심판 대상을 명확하게 하고 피고인의 방어권을 충분히 보장하기 위한 것이므로, 그 방식에 따르지 않은 공소제기는 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하여 공소기각을 선고하여야 한다(제327조 제2호).

컴퓨터와 인터넷이 보편적으로 사용되고 정보통신기술이 급속히 발달하고 있는 상황에 대응하여, 형사소송절차에서 정보저장매체에 저장된 문자 등의 전자정보를 증거로 사용하는 법적 근거를 마련하고(형사소송법 제313조 제1항, 제314조), 그에 관한 증거조사방법이나 강제처분절차도 규정하는 등(형사소송법 제292조의3, 제106조 등)으로 전자정보의 활용을 법적으로 뒷받침하기 위한 조치가 증가하고 있다. 그러나 공소제기에 관하여 전자문서나 전자매체를 이용할 수 있도록 한 입법적 조치는 마련되어 있지 않다.

그러므로 검사가 공소사실의 일부인 범죄일람표를 컴퓨터 프로그램을 통하여 열어보거나 출력할 수 있는 전자적 형태의 문서(이하 '전자문서'라 한다)로 작성한 다음 종이문서로 출력하지 않은 채 저장매체 자체를 서면인 공소장에 첨부하여 제출한 경우에는, 서면에 기재된 부분에 한하여 적법하게 공소가 제기된 것으로 보아야 한다. 전자문서나 저장매체를 이용한 공소제기를 허용하는 법규정이 없는 상태에서 저장매체나 전자문서를 형사소송법상 공소장의 일부인 '서면'으로 볼 수 없기 때문이다. 이는 공소사실에 포함시켜야 할 범행 내용이나 피해 목록이 방대하여 전자문서나 CD 등 저장매체를 이용한 공소제기를 허용해야 할 현실적인 필요가 있다거나 피고인과 변호인이 이의를 제기하지 않고 변론에 응하였다고 하여 달리 볼 수 없다. 또한 일반적인 거래관계에서 전자문서나 전자매체를 이용하는 것이 일상화되고 있더라도 그것만으로 전자문서나 전자매체를 이용한 공소제기가 허용된다고 보는 것은 형사소송법 규정의 문언이나 입법 취지에 맞지 않는다.

따라서 검사가 전자문서나 저장매체를 이용하여 공소를 제기한 경우, 법원은 저장매체에 저장된 전자문서 부분을 제외하고 서면인 공소장에 기재된 부분만으로 공소사실을 판단하여야 한다. 만일 그 기재 내용만으로는 공소사실이 특정되지 않은 부분이 있다면 검사에게 특정을 요구하여야 하고, 그런데도 검사가 특정하지 않는다면 그 부분에 대해서는 공소를 기각할 수밖에 없다.

## 〈참고판례〉

(1) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2015도3682 판결 : 검사가 공소사실의 일부가 되는 범죄일람표를 컴퓨터 프로그램을 통하여 열어보거나 출력할 수 있는 전자적 형태의 문서로 작성한 후, 종이문서로 출력하여 제출하지 아니하고 전자적 형태의 문서가 저장된 저장매체 자체를 서면인 공소장에 첨부하여 제출한 경우에는, 서면인 공소장에 기재된 부분에 한하여 공소가 제기된 것으로 볼 수 있을 뿐이고, 저장매체에 저장된 전자적 형태의 문서 부분까지 공소가 제기된 것이라고 할 수는 없다. 이러한 형태의 공소제기를 허용하는 별도의 규정이 없을 뿐만 아니라, 저장매체나 전자적 형태의 문서를 공소장의 일부로서의 '서면'으로 볼 수도 없기 때문이다. 이는 전자적 형태의 문서의 양이 방대하여 그와 같은 방식의 공소제기를 허용해야 할 현실적인 필요가 있다거나 피고인과 변호인이 이의를 제기하지 않고 변론에 응하였다고 하여 달리 볼 것도 아니다. 그리고 형사소송규칙 제142조에 따르면 검사가 공소장을 변경하고자 하는 때에는 그 취지를 기재한 서면인 공소장변경허가신청서를 법원에 제출함이 원칙이고, 피고인이 재정하는 공판정에서 피고인에게 이익이 되거나 피고인이 동의하는 예외적인 경우에 구술에 의한 신청이 허용될 뿐이므로, 앞서 본 법리는 검사가 공소장변경허가신청서에 의한 공소장변경허가를 구하면서 변경하려는 공소사실을 전자적 형태

의 문서로 작성하여 그 문서가 저장된 저장매체를 첨부한 경우에도 마찬가지로 적용된다. 나아가 검사가 위와 같은 방식으로 공소를 제기하거나 공소장변경허가신청서를 제출한 경우, 법원은 저장매체에 저장된 전자적 형태의 문서 부분을 고려함이 없이 서면인 공소장이나 공소장변경신청서에 기재된 부분만을 가지고 공소사실 특정 여부를 판단하여야 한다. 만일 공소사실이 특정되지 아니한 부분이 있다면, 검사에게 석명을 구하여 특정을 요구하여야 하고, 그럼에도 검사가 이를 특정하지 않는다면 그 부분에 대해서는 공소를 기각할 수밖에 없다.

### 〈선정이유〉

공소제기는 서면에 의하여야 하므로 구술이나 전보 또는 모사전송 등에 의한 공소제기는 인정되지 않으며 반드시 서면인 ‘공소장’을 제출해야 하는데(형사소송법 제254조 제1항), 검사가 전자문서나 저장매체를 이용하여 공소를 제기한 경우에 법원은 저장매체에 저장된 전자문서 부분을 제외하고 서면인 공소장에 기재된 부분만으로 공소사실을 판단하여야 한다는 법리를 제시한 판결이다.

## 129. 공소사실의 특정 (1)

(대법원 2013.6.27. 5선고 2013도4172 판결)

### 〈쟁점〉

공소사실이 특정되었는지 여부

### 〈판결요지〉

형사소송법 제254조 제4항에서 범죄의 일시·장소와 방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어권의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 용이하게 하기 위한 데 있다고 할 것이므로, 공소제기된 범죄의 성격에 비추어 그 공소의 원인이 된 사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 그 일시, 장소, 방법, 목적 등을 적시하여 특정하면 족하고, 그 일부가 다소 불명확하더라도 그와 함께 적시된 다른 사항들에 의하여 그 공소사실을 특정할 수 있고, 그리하여 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 공소제기의 효력에는 영향이 없다(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결 등 참조).

이 사건 공소사실에 피고인이 피해자를 살해한 장소가 부산 불상의 장소로, 살해 방법이 불상의 방법으로 되어 있는 것은 상고이유의 주장과 같으나, 범행시간이 2010. 6. 17. 02:30경부터 04:00경까지로 특정되어 있고, 피고인의 범행동기와 피고인이 연구한 살해방법과 피해자를 물색한 정황, 피해자와의 접촉 경위 등이 자세하게 적시되어 있어 이 사건 살인의 공소사실을 특정할 수 있으므로, 피고인의 방어권 행사에 지장이 있다고 볼 수 없어 공소제기의 효력에는 영향이 없다.

### 〈참고판례〉

(1) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도14989 판결 : 이 사건 공소사실의 범죄일시는 “2014년 6월에서 8월 초순 사이 일자불상경”으로 비교적 개괄적으로 표시되어 있다. 그러나 기록에 의하면, 피해자는 지적장애 2급의 장애인으로서 피해를 입은 정확한 일자를 기억하거나 표현하는 데 어려움이 있음을 알 수 있다. 피해자의 진술 외에는 객관적인 증거를 확보하기 쉽지 않은 성폭력범죄

의 특성에 비추어 볼 때, 검사로서는 피해자가 가진 진술능력의 한계로 말미암아 공소사실의 범죄 일시를 일정한 시점으로 특정하기 곤란하여 부득이하게 개괄적으로 표시할 수밖에 없었을 것으로 보인다. 또한 이 사건 공소사실은 범죄장소, 범행의 태양 등에 비추어 다른 사실과 구별될 수 있으므로 피고인의 방어권을 침해하였다고 볼 수도 없다. 이러한 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심판결에 상고이유 주장과 같은 공소사실의 특정에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 〈선정이유〉

공소사실의 기재는 범죄의 시일(時日), 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다(형사소송법 제254조 제4항). 이때 공소사실의 특정은 공소의 원인이 된 사실을 다른 사실과 구별할 수 있는 정도로 그 일시, 장소, 방법 등을 적시하여 특정하면 충분하고 그 일부다 다소 불명확하게 적시되었더라도 그와 함께 적시된 다른 사항들에 의하여 그 공소사실을 특정할 수 있고 피고인의 방어권행사에 지장이 없다면 가능하다. 공소사실의 특정 여부에 대한 대법원의 법리를 표현하고 있는 판결이다.

### 〈참고판례〉

(1) 대법원 2019. 12. 24. 선고 2019도10086 판결 : [1] 공소사실의 기재는 범죄의 일시, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 하며(형사소송법 제254조 제4항), 이와 같이 공소사실의 특정을 요구하는 법의 취지는 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해주기 위한 데에 있다.

[3] 공소사실이 특정되지 아니한 부분이 있다면, 법원은 검사에게 석명을 구하여 특정을 요구하여야 하고, 그럼에도 검사가 이를 특정하지 않는다면 그 부분에 대해서는 공소를 기각할 수밖에 없다.

## 130. 공소사실의 특정 (2) - 마약사범에 대한 소변검사

(대법원 2010.8.26. 선고 2010도4671 판결)

### 〈쟁점〉

공소사실의 특정 정도

### 〈판결요지〉

공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 하는 데(형사소송법 제254조 제4항), 이처럼 공소사실의 특정을 요구하는 법의 취지는 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있으므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 식별할 수 있는 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시, 장소, 방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고, 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이하며 그에 대한 피고인의 방어권 행사에 지장이 없다면 그 공소내용이 특정되지 않았다고 볼 수 없다(대법원 2007. 6. 14. 선고 2007도2694 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4854 판결 등 참조).

검사는 향정신성의약품인 메스암페타민의 양성반응이 나온 소변의 채취일시, 메스암페타민의 투

약 후 소변으로 배출되는 기간에 관한 자료와 피고인이 체포될 당시까지 거주 또는 왕래한 장소에 대한 피고인의 진술 등 기소 당시의 증거들에 의하여 범죄일시를 '2009. 8. 10.부터 2009. 8. 19.까지 사이'로 열흘의 기간 내로 표시하고, 장소를 '서울 또는 부산 이하 불상'으로 표시하여 가능한 한 이를 구체적으로 특정하였으며, 나아가 피고인이 자신의 체내에 메스암페타민이 투약된 사실을 인정하면서도 위 투약은 공소외인이 위 범죄일시로 기재된 기간에 해당하는 2009. 8. 19. 피고인 몰래 피고인의 음료에 메스암페타민을 넣어서 생긴 것이므로 위 투약에 관한 정을 몰랐다는 취지로 변호하자 이에 대응하여 위 공소외인에 대한 수사기관의 수사 및 제1심의 증거조사까지 이루어졌음을 알 수 있다. 위와 같은 이 부분 공소사실 기재의 경위 및 피고인의 변호와 그에 대한 증거조사 내용에다가 앞서 본 향정신성의약품투약 범죄의 특성 등에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실은 피고인의 방어권을 침해하지 않는 범위 내에서 범죄의 특성을 고려하여 합리적인 정도로 특정된 것으로 볼 수 있다.

### 〈선정이유〉

마약류 투약범죄에 관한 공소사실의 특정과 관련하여 '범죄의 특수성에 따른 공소사실 특정정도의 완화' 및 '피고인의 방어권 보장의 요청'이 충돌되므로 양자의 조화가 필요하다는 입장을 제시한 판결이다.

## 131. 공소사실의 특정 (3) - 마약사범에 대한 모발감정

(대법원 2012.4.26. 선고 2011도11817 판결)

### 〈쟁점〉

마약류 투약범죄의 공소사실 특정 여부를 판단하는 방법

### 〈판결요지〉

마약류 투약범죄는 그 범행이 은밀한 공간에서 목격자 없이 이루어지는 경우가 많고 관련 증거를 확보하기도 매우 어려운 사정이 있으므로 그 공소사실의 특정 여부를 판단함에 있어서도 해당 범죄의 특성이 충분히 고려될 필요가 있다고 할 것이나, 피고인이 필로폰 투약사실을 부인하고 있고 그에 관한 뚜렷한 증거가 확보되지 않았음에도 모발감정 결과에 기초하여 그 투약가능기간을 추정할 다음 개괄적으로만 그 범행시기를 적시하여 공소사실을 기재한 경우에 그 공소내용이 특정되었다고 볼 것인지는 매우 신중히 판단하여야 할 것이다.

피고인이 필로폰을 투약하였다고 하여 마약류 관리에 관한 법률 위반(향정)으로 기소되었는데, 공소장에 범행일시를 모발감정 결과에 기초하여 투약가능기간을 역으로 추정한 '2010. 11.경'으로, 투약장소를 '부산 사하구 이하 불상지'로 기재한 사안에서, 마약류 투약범죄의 특성 등에 비추어 공소사실이 특정되었다고 보기 어렵다.

마약류 투약사실을 밝히기 위한 모발감정은 그 검사 조건 등 외부적 요인에 의한 변수가 작용할 수 있고, 그 결과에 터 잡아 투약가능기간을 추정하는 방법은 모발의 성장속도가 일정하다는 것을 전제로 하고 있으나 실제로는 개인에 따라 모발의 성장속도에 적지 않은 차이가 있고, 동일인의 경우에도 그 채취 부위, 건강상태에 따라 편차가 있으며, 채취된 모발에도 성장기, 휴지기, 퇴행기

단계의 모발이 혼재함으로 인해 그 정확성을 신뢰하기 어려운 문제가 있다.

### 〈선정이유〉

마약류 투약범죄는 그 특성상 투약자 혼자서 행하거나 은밀한 장소에서 이루어지므로 마약투약자가 범행을 부인할 경우에 공소사실의 특징이 매우 곤란하게 되는 특성을 가지고 있다. 이 때문에 마약류 투약범죄의 특성을 고려하여 합리적인 정도로 공소사실이 특정되면 족하지만 소변감정결과에 기초한 투약일시와 장소의 특정(위 2010도4671 판결 참조)과 달리 모발감정결과에 기초한 투약일시와 장소의 특정에 대한 판단은 소변감정결과와 비교할 때 정확성에 대한 신뢰도가 더 낮아 보다 신중해야 한다는 입장을 보여주는 판결이다.

## 132. 공소장의 기재사항 - 공소사실 불특정의 효과

(대법원 2006.5.11. 선고 2004도5972 판결)

### 〈쟁점〉

공소장의 기재가 불명확한 경우 법원이 취하여야 할 조치

### 〈판결요지〉

공소장의 기재가 불명확한 경우 법원은 형사소송규칙 제141조의 규정에 의하여 검사에게 석명을 구한 다음, 그래도 검사가 이를 명확하게 하지 않은 때에는 공소사실의 불특정을 이유로 공소를 기각함이 상당하다고 할 것이므로(대법원 1983. 6. 14. 선고 82도293 판결 참조), 원심이 검사에게 공소사실 특정에 관한 석명에 이르지 아니한 채 곧바로 위와 같이 공소사실의 불특정을 이유로 공소기각의 판결을 한 데에는, 공소사실의 특정에 관한 법리를 오해하였거나 심리를 미진한 위법이 있다.

### 〈선정이유〉

공소사실의 특징은 공소제기의 유효조건이므로 만일 공소사실이 특정되지 않으면 법원은 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하여 공소기각판결을 선고하여야 한다(형사소송법 제327조 제2호). 다만 공소사실의 일부가 명확하지 않은 경우에 법원은 곧바로 공소기각판결을 선고하는 것이 아니라 검사에게 석명권을 행사하고 그럼에도 명확하게 되지 않은 때에 한하여 공소기각판결을 선고하여야 한다는 법리를 제시한 판결이다.

## 133. 공소사실의 예비적·택일적 기재의 허용범위

(대법원 1966.3.24. 선고 65도114 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

공소사실의 예비적·택일적 기재는 공소장변경에서와 같이 공소사실의 동일성이 인정되는 범위

내에서만 허용되는지 여부

### 〈판결요지〉

#### [다수의견]

형사소송법 254조 5항에 수개의 범죄사실과 적용법조를 예비적 또는 택일적으로 기재할 수 있 다함은 수개의 범죄사실간에 범죄사실의 동일성이 인정되는 범위내에서는 물론 그들 범죄사실 상호간에 범죄의 일시, 장소, 수단 및 객체등이 달라서 수개의 범죄사실로 인정되는 경우에도 이들 수개의 범죄사실을 예비적 또는 택일적으로 기재할 수 있다는 취지다.

#### [반대의견]

형사소송법 254조 5항에 수개의 범죄사실과 적용법조를 예비적 또는 택일적으로 기재할 수 있 다함은 검사가 특정한 범죄사실을 기재함에 있어 그 범죄사실과 동일성을 잃지않는 범위내에서 범죄의 일시, 장소, 방법, 객체등의 사실면의 어느점에 있어 상위한 사실을 예비적 또는 택일적으로 기재하거나 또는 법률적구성에 있어 동일사실을 이중으로 평가할 수 있을 경우에 이를 예비적 또는 택일적으로 기재할 수 있음을 규정한 것이다.

### 〈선정이유〉

공소장에 기재할 범죄사실과 적용법조의 예비적·택일적 기재를 어느 범위까지 허용할 것인지에 대해 적극설(비한정설), 소극설(한정설)로 견해가 대립되고 있는데, 대법원은 비한정설의 입장에 따 르고 있음을 알 수 있는 판결이다.

## 134. 예비적·택일적 기재의 경우 범원의 심판 대상

(대법원 2006.5.25. 선고 2006도1146 판결)

### 〈쟁점〉

동일한 사실관계에 대하여 양립할 수 없는 적용법조의 적용을 주위적·예비적으로 구하는 사안에서 예비적 공소사실만 유죄로 인정되고 그 부분에 대하여 피고인만이 상소한 경우, 주위적 공소사 실까지 상소심의 심판대상에 포함되는지 여부

### 〈판결요지〉

원래 주위적·예비적 공소사실의 일부에 대한 상소제기의 효력은 나머지 공소사실 부분에 대하여 도 미치는 것이고, 동일한 사실관계에 대하여 서로 양립할 수 없는 적용법조의 적용을 주위적·예비 적으로 구하는 경우에는 예비적 공소사실만 유죄로 인정되고 그 부분에 대하여 피고인만 상소하였 다고 하더라도 주위적 공소사실까지 함께 상소심의 심판대상에 포함된다.

검사는 이 사건에서 공사업자인 피고인 2가 (아파트명 생략)아파트 재건축조합 조합장인 피고인 1에게 조합의 업무와 관련된 공사 하도급과 관련하여 부정한 청탁과 함께 3억 원을 교부하였다고 공소사실을 기재하고, 이에 대하여 주위적으로는 뇌물공여죄, 예비적으로는 배임증재죄를 적용하여 기소한 사안에서, 항소심이 뇌물공여죄 부분은 무죄로 판단하고 배임증재죄 부분을 유죄로 인정한

경우, 피고인만 예비적 공소사실 부분에 대하여 상고하였더라도 주위적 공소사실 부분 역시 상고심의 심판대상에 포함된다고 보아 법리오해가 있는 주위적 공소사실 부분을 직권 파기한 사례.

### 〈선정이유〉

예비적·택일적 기재에서 공소사실의 일부에 대한 상소제기의 효력은 나머지 공소사실 부분에 대하여도 미치므로 모두 상소심의 심판대상이 된다는 법리를 제시한 판결이다. 이에 따라 상소심 법원은 원심법원이 판단하지 않았던 예비적 공소사실을 유죄로 인정할 수 있고, 택일적 공소사실 가운데 하나의 사실을 인정한 원심판결을 파기하고 다른 사실을 유죄로 인정할 수도 있다는 입장이 제시된 판결이다.

## 135. 공소장일본주의 (1) - 범죄전력의 기재

(대법원 1990.10.16. 선고 90도1813 판결)

### 〈쟁점〉

공소사실의 첫머리에 피고인이 전에 받은 소년부송치처분과 직업 없음을 기재한 경우의 공소제기의 적부 및 그와 같은 기재가 헌법상 형사피고인의 무죄추정조항 및 평등조항에 위반되는지 여부

### 〈판결요지〉

공소장의 공소사실 첫머리에 피고인이 전에 받은 소년부송치처분과 직업 없음을 기재하였다 하더라도 이는 형사소송법 제254조 제3항 제1호에서 말하는 피고인을 특정할 수 있는 사항에 속하는 것이어서 그와 같은 내용의 기재가 있다 하여 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반된 것이라고 할 수 없고 또 헌법상의 형사피고인에 대한 무죄추정조항이나 평등조항에 위배되는 것도 아니다.

### 〈선정이유〉

공소장에 소년부송치처분 등 범죄전력을 기재하였다고 하여도 이는 피고인의 특정에 관한 사항에 해당하는 것으로 보고 허용된다는 입장을 보여주는 판결이다.

## 136. 공소장일본주의 (2) - 피고인의 성격·경력 등의 기재

(대법원 2015. 1. 29. 선고 2012도2957 판결)

### 〈쟁점〉

공소장일본주의의 내용 및 공소장일본주의에 위배되는지 판단하는 기준 및 공소장일본주의에 위배된 공소제기의 소송법적 효과

### 〈판결요지〉

폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등협박죄)죄 등의 공소장의 모두사실에 [‘○○역전식구’ 세력화 이전 ○○지역 폭력배의 이합집산], [‘○○역전식구’의 세력화 배경], [운영자금 조달], [조직적 지휘, 통솔체계 확립 시도], [조직의 단합과 결속 도모] 등을 장황하게 기재하여 공소사실의 특징에 필요한 정도를 초과하여 피고인이 충분히 그 기소된 범죄들을 저지를 수 있는 자라는 강한 유죄의 심증을 불러일으키게 하여 공소장일본주의에 위배한다.

### 〈선정이유〉

피고인의 나쁜 성격이나 경력 등을 기재하는 것은 예단을 생기게 할 수 있으므로 공소장일본주의에 위배되어 원칙적으로 공소장에 기재할 수 없다는 법리가 제시된 판결이다.

## 137. 공소장일본주의 (3) - 그 위반의 효과와 치유 여부

(대법원 2009.10.22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

공소장일본주의의 위배 여부를 판단하는 기준 및 그 법적 효과

### 〈판결요지〉

[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 특성의 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 실제적 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 법원의 심증형성이 이루어진 단계에서는 소송절차의 동적 안정성 및 소송경제의 이념 등에 비추어 볼 때 이제는 더 이상 공소장일본주의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다툴 수는 없다고 보아야 한다.

[별개의견]

다수의견을 따르면 공소장일본주의 위배의 정도가 증대하여 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 실제적 진실발견과 적절한 형벌권의 행사를 함께 도모하기 위하여는, 공소장일본주의 위배의 효과를 모든 사안에 있어서 일률적으로 확정할 수는 없고, 그 위배의 정도가 증대하여 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.

[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 실제적 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 추구하고자 하는 재판의 공정이라는 가치가 실제적 진실발견보다는 더 우선하는 의미를 가지는 것이므로 재판의 공정과 관련된 공소장일본주의의 기능 발휘를 위해서는 실제적 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 추구하고자 하는 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 위배는 그 자체로 이미 중대한 위법상태에 해당하는 것으로서, 그 위배의 정도나 경중을 가릴 것 없이 모두 위법한 공소제기라고 보는 것이 타당하다. 결론적으로 공소장일본주의의 취지와 의미를 고려한다면 그 위배의 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.

#### 〈선정이유〉

공소장일본주의에 위배된 공소제기는 원칙적으로 위법하여 공소기각의 판결을 선고하는 것이 원칙이나 하자가 치유될 수 있는 예외사유를 인정할 수 있다는 취지로 공소장일본주의의 위배 여부를 판단하는 기준 및 그 법적 효과에 대한 다양한 관점을 다루고 있는 판결이다.

### Ⅲ. 공소시효

#### 138. 공소시효기간의 결정기준 (1) - 공소장에 기재된 공소사실

(대법원 2006.12.8. 선고 2006도6356 판결)

#### 〈쟁점〉

상상적 경합의 관계에 있는 사기죄와 변호사법 위반죄 중 변호사법 위반죄의 공소시효가 완성된 경우 사기죄의 공소시효까지 완성된 것으로 볼 수 있는지 여부

#### 〈판결요지〉

1개의 행위가 여러 개의 죄에 해당하는 경우 형법 제40조는 이를 과형상 일죄로 처벌한다는 것에 지나지 아니하고, 공소시효를 적용함에 있어서는 각 죄마다 따로 따져야 할 것인바, 공무원이 취급하는 사건에 관하여 청탁 또는 알선을 할 의사와 능력이 없음에도 청탁 또는 알선을 한다고 기망하여 금품을 교부받은 경우에 성립하는 사기죄와 변호사법 위반죄는 상상적 경합의 관계에 있으므로, 변호사법 위반죄의 공소시효가 완성되었다고 하여 그 죄와 상상적 경합관계에 있는 사기죄의 공소시효까지 완성되는 것은 아니다.

#### 〈선정이유〉

공소가 제기된 사건의 공소시효 완성 여부는 공소장에 기재된 공소사실에 대한 법정형을 기준으로 판단한다. 공소장에 공소사실이 예비적·택일적으로 기재된 경우에는 각 공소사실의 법정형을 기준으로 개별적으로 공소시효를 결정해야 한다. 또한 과형상 일죄인 상상적 경합의 경우에도 실질적으로 수죄에 해당하므로 각 공소사실의 법정형을 기준으로 개별적으로 결정하여야 한다는 입장을 밝힌 판결이다.

#### 139. 공소시효기간의 결정기준 (2) - 공소장변경시의 기준

(대법원 2001. 8. 24. 선고 2001도2902 판결)

#### 〈쟁점〉

공소장이 변경된 경우 공소시효 완성 여부의 기준시점, 공소사실이 변경됨에 따라 법정형에 차

이가 있는 경우 공소시효기간의 기준이 되는 법정형 및 공소제기 당시의 공소사실에 대한 법정형에 의하면 공소시효가 완성되지 않았으나 변경된 공소사실에 대한 법정형에 의하면 공소제기 당시 이미 공소시효가 완성된 경우, 법원의 조치

### 〈판결요지〉

[1] 공소장 변경이 있는 경우에 공소시효의 완성 여부는 당초의 공소제기가 있었던 시점을 기준으로 판단할 것이고 공소장 변경시를 기준으로 삼을 것은 아니다.

[2] 공소장변경절차에 의하여 공소사실이 변경됨에 따라 그 법정형에 차이가 있는 경우에는 변경된 공소사실에 대한 법정형이 공소시효기간의 기준이 된다.

[3] 공소제기 당시의 공소사실에 대한 법정형을 기준으로 하면 공소제기 당시 아직 공소시효가 완성되지 않았으나 변경된 공소사실에 대한 법정형을 기준으로 하면 공소제기 당시 이미 공소시효가 완성된 경우에는 공소시효의 완성을 이유로 면소판결을 선고하여야 한다.

### 〈선정이유〉

공소제기의 효력은 공소장에 기재된 공소사실과 동일성이 인정되는 사실에 대하여도 미치므로 공소제기 후에 공소장변경이 있는 경우에 변경된 공소사실에 대한 공소시효의 완성 여부는 공소장 변경시가 아니라 당초 공소제기시를 기준으로 판단하여야 한다. 다만 공소장변경에 의하여 공소사실이 변경됨에 따라 그 법정형에 차이가 발생한 경우에는 변경된 공소사실에 대한 법정형이 공소시효기간의 기준이 된다는 입장이 제시된 판례이다.

## 140. 공소시효의 계산

(대법원 2017. 7. 11. 선고 2016도14820 판결)

### 〈쟁점〉

공소시효의 기산점 및 미수범의 공소시효 기산점

### 〈판결요지〉

공소시효는 범죄행위가 종료한 때부터 진행한다(형사소송법 제252조 제1항). 미수범은 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에 처벌받게 되므로(형법 제25조 제1항), 미수범의 범죄행위는 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니하여 더 이상 범죄가 진행될 수 없는 때에 종료하고, 그때부터 미수범의 공소시효가 진행한다.

### 〈선정이유〉

공소시효는 범행행위를 종료한 때로부터 진행하는데, 미수범의 경우에는 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니하여 더 이상 범죄가 진행될 수 없는 때가 기준이 된다는 법리를 제시한 판결이다.

## 141. 공소시효의 정지 (1) - 범인의 국외도피

(대법원 2008.12.11. 선고 2008도4101 판결)

### 〈쟁점〉

공소시효 정지에 관한 형사소송법 제253조 제3항의 입법 취지 및 여기서 말하는 ‘형사처분을 면할 목적’으로 국외에 있는 경우의 의미

국외 체류중인 범인에게 ‘형사처분을 면할 목적’이 있었는지 여부의 판단 기준 및 그 범인이 외국에서 다른 범죄로 수감된 기간에도 ‘형사처분을 면할 목적’을 인정할 수 있는지 여부

### 〈판결요지〉

[1] 공소시효 정지에 관한 형사소송법 제253조 제3항의 입법 취지는 범인이 우리나라의 사법권이 실질적으로 미치지 못하는 국외에 체류한 것이 도피의 수단으로 이용된 경우에 그 체류기간 동안은 공소시효가 진행되는 것을 저지하여 범인을 처벌할 수 있도록 하여 형벌권을 적정하게 실현하고자 하는 데 있다. 따라서 위 규정이 정한 ‘형사처분을 면할 목적’은 국외 체류의 유일한 목적으로 되는 것에 한정되지 않고 범인이 가지는 여러 국외 체류 목적 중에 포함되어 있으면 족하다. 범인이 국외에 있는 것이 형사처분을 면하기 위한 방편이었다면 ‘형사처분을 면할 목적’이 있었다고 볼 수 있고, 위 ‘형사처분을 면할 목적’과 양립할 수 없는 범인의 주관적 의사가 명백히 드러나는 객관적 사정이 존재하지 않는 한 국외 체류기간 동안 ‘형사처분을 면할 목적’은 계속 유지된다.

[2] 국외에 체류중인 범인에게 형사소송법 제253조 제3항의 ‘형사처분을 면할 목적’이 계속 존재하였는지가 의심스러운 사정이 발생한 경우, 그 기간 동안 ‘형사처분을 면할 목적’이 있었는지 여부는 당해 범죄의 공소시효의 기간, 범인이 귀국할 수 없는 사정이 초래된 경위, 그러한 사정이 존속한 기간이 당해 범죄의 공소시효의 기간과 비교하여 도피 의사가 인정되지 않는다고 보기에 충분할 만큼 연속적인 장기의 기간인지, 귀국 의사가 수사기관이나 영사관에 통보되었는지, 피고인의 생활근거지가 어느 곳인지 등의 제반 사정을 참작하여 판단하여야 한다. 통상 범인이 외국에서 다른 범죄로 외국의 수감시설에 수감된 경우, 그 범행에 대한 법정형이 당해 범죄의 법정형보다 월등하게 높고, 실제 그 범죄로 인한 수감기간이 당해 범죄의 공소시효 기간보다도 현저하게 길어서 범인이 수감기간 중에 생활근거지가 있는 우리나라로 돌아오려고 했을 것으로 넉넉잡아 인정할 수 있는 사정이 있다면, 그 수감기간에는 ‘형사처분을 면할 목적’이 유지되지 않았다고 볼 여지가 있다. 그럼에도 그러한 목적이 유지되고 있었다는 점은 검사가 입증하여야 한다.

[3] 법정최고형이 징역 5년인 부정수표단속법 위반죄를 범한 사람이 중국으로 출국하여 체류하다가 그곳에서 징역 14년을 선고받고 8년 이상 복역한 후 우리나라로 추방되어 위 죄로 공소제기된 사안에서, 위 수감기간 동안에는 형사소송법 제253조 제3항의 ‘형사처분을 면할 목적’을 인정할 수 없어 공소시효의 진행이 정지되지 않는다.

### 〈참고판례〉

(1) 대법원 2015.6.24. 선고 2015도5916 판결 : 형사소송법 제253조 제3항은 “범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 공소시효는 정지된다.”라고 규정하고 있다. 위 규정의 입법 취지는 범인이 우리나라의 사법권이 실질적으로 미치지 못하는 국외에 체류한 것이 도피의 수단으로 이용된 경우에 체류기간 동안은 공소시효가 진행되는 것을 저지하여 범인을 처벌

할 수 있도록 하여 형벌권을 적정하게 실현하고자 하는 데 있다. 따라서 위 규정이 정한 ‘범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우’는 범인이 국내에서 범죄를 저지르고 형사처분을 면할 목적으로 국외로 도피한 경우에 한정되지 아니하고, 범인이 국외에서 범죄를 저지르고 형사처분을 면할 목적으로 국외에서 체류를 계속하는 경우도 포함된다.

### 〈선정이유〉

범인이 형사처분을 면할 목적을 국외에 있는 경우에는 그 기간 동안 공소시효는 정지된다(형사소송법 제253조 제3항). 이와 관련하여 국외 체류중인 범인에게 ‘형사처분을 면할 목적’이 있었는지 여부의 판단 기준 및 그 범인이 외국에서 다른 범죄로 수감된 기간에도 ‘형사처분을 면할 목적’을 인정할 수 있는지 여부에 대한 대법원의 입장이 제시된 판결이다.

## 142. 공소시효의 정지 (2) - 공범이 대항범 관계에 있는 경우

(대법원 2015.2.12. 선고 2012도4842 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제253조 제2항의 ‘공범’을 해석할 때 고려하여야 할 사항 및 형사소송법 제253조 제2항의 ‘공범’에 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대항범 관계에 있는 자가 포함되는지 여부

### 〈판결요지〉

형사소송법 제248조 제1항, 제253조 제1항, 제2항에서 규정하는 바와 같이, 형사소송법은 공범 사이의 처벌에 형평을 기하기 위하여 공범 중 1인에 대한 공소의 제기로 다른 공범자에 대하여도 공소시효가 정지되도록 규정하고 있는데, 위 공범의 개념이나 유형에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 따라서 형사소송법 제253조 제2항의 공범을 해석할 때에는 공범 사이의 처벌의 형평이라는 위 조항의 입법 취지, 국가형벌권의 적정한 실현이라는 형사소송법의 기본이념, 국가형벌권 행사의 대상을 규정한 형법 등 실체법과의 체계적 조화 등의 관점을 종합적으로 고려하여야 하고, 특히 위 조항이 공소제기 효력의 인적 범위를 확장하는 예외를 마련하여 놓은 것이므로 원칙적으로 엄격하게 해석하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 확장하여 해석해서는 아니 된다.

뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 이른바 대항범 관계에 있는 자는 강학상으로는 필요적 공범이라고 불리고 있으나, 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 할 뿐 각자 자신의 구성요건을 실현하고 별도의 형벌규정에 따라 처벌되는 것이어서, 2인 이상이 가공하여 공동의 구성요건을 실현하는 공범관계에 있는 자와는 본질적으로 다르며, 대항범 관계에 있는 자 사이에서는 각자 상대방의 범행에 대하여 형법 총칙의 공범규정이 적용되지 아니한다.

이러한 점들에 비추어 보면, 형사소송법 제253조 제2항에서 말하는 ‘공범’에는 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대항범 관계에 있는 자는 포함되지 않는다.

### 〈참고판례〉

(1) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011도15137 판결 : 공범 중 1인에 대한 공소의 제기로 다른 공범자에 대한 공소시효의 진행이 정지되더라도 공소가 제기된 공범 중 1인에 대한 재판이 확정되

면, 그 재판의 결과가 형사소송법 제253조 제1항이 규정한 공소기각 또는 관할위반인 경우뿐 아니라 유죄, 무죄, 면소인 경우에도 그 재판이 확정된 때로부터 다시 공소시효가 진행된다고 볼 것이고, 이는 약식명령이 확정된 때에도 마찬가지라고 할 것이다.

그리고 공범 중 1인에 대해 약식명령이 확정되고 그 후 정식재판청구권이 회복되었다고 하는 것만으로는, 그 사이에 검사가 다른 공범자에 대한 공소를 제기하지 못할 법률상 장애사유가 있다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 그 기간 동안 다른 공범자에 대한 공소시효가 정지된다고 볼 아무런 근거도 찾을 수 없다. 더욱이 정식재판청구권이 회복되었다는 사정이 약식명령의 확정으로 인해 다시 진행된 공소시효기간을 소급하여 무효로 만드는 사유가 된다고 볼 수도 없다.

또한 형사소송법이 공범 중 1인에 대한 공소의 제기로 다른 공범자에 대하여도 공소시효가 정지되도록 한 것은 공소제기 효력의 인적 범위를 확장하는 예외를 마련하여 놓은 것이므로, 이는 엄격하게 해석하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 확장하거나 축소하여 해석해서는 아니 된다.

그렇다면 공범 중 1인에 대해 약식명령이 확정된 후 그에 대한 정식재판청구권회복결정이 있었다고 하더라도 그 사이의 기간 동안에는, 특별한 사정이 없는 한, 다른 공범자에 대한 공소시효는 정지함이 없이 계속 진행한다고 보아야 할 것이다.

피고인에 대한 이 사건 공소사실은 피고인이 공소외 1과 함께 매수한 이 사건 임야에 관하여 위 공소외 1과 공모하여 명의수탁자인 공소외 2 명의로 2005. 7. 12. 소유권이전등기를 하였다는 것으로 그 공소시효기간이 5년인 사실, 공범인 공소외 1에 대하여는 2010. 6. 24. 약식명령이 청구되어 2010. 10. 8. 벌금 500만 원의 약식명령이 확정되었다가 2010. 11. 17. 그에 대한 정식재판청구권회복결정이 내려진 사실, 이 사건 공소는 2011. 2. 16. 제기된 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인에 대한 공소시효는 공범인 공소외 1에 대하여 약식명령이 청구된 2010. 6. 24. 일단 정지되었다가 벌금 500만 원의 약식명령이 확정된 때인 2010. 10. 8.부터 다시 진행하여 그에 대한 정식재판청구권회복결정이 내려진 2010. 11. 17. 이전에 공소시효기간 5년이 이미 경과하였음이 역수상 분명하므로, 피고인에 대한 이 사건 공소는 공소시효가 완성된 다음에 제기되었다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

공범의 1인에 대한 공소제기에 의한 시효정지는 다른 공범에 대하여도 효력을 미치고 당해 사건의 재판이 확정된 때로부터 정지된 시효가 다시 진행한다(형사소송법 제253조 제2항). 이와 관련하여 형사소송법 제253조 제2항의 ‘공범’을 해석할 때 고려하여야 할 사항 및 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대항범 관계에 있는 자는 필요적 공범이기는 하지만 각자 상대방의 범행에 대하여 형법총칙의 공범규정이 적용되지 않으므로 위 ‘공범’에 포함되지 않는다는 입장이 제시된 판결이다.

## IV. 공소제기의 효과

### 143. 일죄의 일부에 대한 공소제기

(대법원 2008.2.14. 선고 2005도4202 판결)

〈쟁점〉

하나의 행위가 부작위범인 직무유기죄와 작위범인 허위공문서작성·행사죄의 구성요건을 동시에 충족하는 경우, 그 중 하나의 죄로만 공소를 제기할 수 있는지 여부

〈판결요지〉

하나의 행위가 부작위범인 직무유기죄와 작위범인 허위공문서작성·행사죄의 구성요건을 동시에 충족하는 경우 공소제기권자는 재량에 의하여 작위범인 허위공문서작성·행사죄로 공소를 제기하지 않고 부작위범인 직무유기죄로만 공소를 제기할 수도 있는 것이므로, 검사가 위 피고인의 행위를 허위공문서작성·행사죄로 기소하지 않고 직무유기죄로만 공소를 제기한 이 사건에서 원심이 그 공소범위 내에서 위 피고인을 직무유기죄로 인정하여 처벌한 조치 역시 정당하다.

〈선정이유〉

일죄의 일부에 대한 공소제기란 소송법상 일죄로 취급되는 단순일죄 또는 과형상 일죄에 대한 공소제기를 말한다. 이때 일죄의 전부에 대해 객관적 혐의가 충분하고 소송조건이 갖추어져 있는데도 검사가 일죄의 일부에 대해서만 공소를 제기하는 것이 허용되는지 문제가 발생한다. 이에 대해 학설은 적극설(허용설), 소극설(불허설), 절충설로 견해가 대립하는데, 공소제기권자가 자의적으로 공소권을 행사하여 소추재량을 현저히 벗어났다는 등의 특별한 사정이 없는 한 허용된다는 적극설(허용설)의 입장이 제시된 판례이다.

## 제3장 공판

### 제1절 공판준비와 공판절차

#### I. 공판심리의 범위 - 공소장변경과 공소취소

#### 144. 공소장변경의 내용 - 공소사실 또는 적용법조의 추가

(대법원 2017. 4. 28. 선고 2016도21342 판결)

〈쟁점〉

포괄일죄인 영업범에서 공소제기된 범죄사실과 공판심리 중에 추가로 발견된 범죄사실 사이에 그 범죄사실들과 동일성이 인정되는 또 다른 범죄사실에 대한 유죄의 확정판결이 있는 경우, 추가로 발견된 확정판결 후의 범죄사실은 공소제기된 범죄사실과 분단되는지 여부(적극) 및 이때 공소장변경절차에 의하여 확정판결 후의 범죄사실을 공소사실로 추가할 수 있는지 여부(소극)

〈판결요지〉

포괄일죄인 영업범에서 공소제기의 효력은 공소가 제기된 범죄사실과 동일성이 인정되는 범죄사

실의 전체에 미치므로, 공판심리 중에 그 범죄사실과 동일성이 인정되는 범죄사실이 추가로 발견된 경우에 검사는 공소장변경절차에 의하여 그 범죄사실을 공소사실로 추가할 수 있다. 그러나 공소제기된 범죄사실과 추가로 발견된 범죄사실 사이에 그 범죄사실들과 동일성이 인정되는 또 다른 범죄사실에 대한 유죄의 확정판결이 있는 때에는, 추가로 발견된 확정판결 후의 범죄사실은 공소제기된 범죄사실과 분단되어 동일성이 없는 별개의 범죄가 된다. 따라서 이때 검사는 공소장변경절차에 의하여 확정판결 후의 범죄사실을 공소사실로 추가할 수는 없고 별개의 독립된 범죄로 공소를 제기하여야 한다.

### 〈참고판례〉

(1) 대법원 2017. 6. 8. 선고 2017도5122 판결 : 형사소송규칙 제142조 제1항은 '검사가 형사소송법 제298조 제1항에 따라 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경(이하 "공소장의 변경"이라 한다)을 하고자 하는 때에는 그 취지를 기재한 공소장변경허가신청서를 법원에 제출하여야 한다.'고 규정하고, 제5항은 '법원은 제1항의 규정에도 불구하고 피고인이 재정하는 공판정에서는 피고인에게 이익이 되거나 피고인이 동의하는 경우 구술에 의한 공소장변경을 허가할 수 있다.'고 규정하고 있다. 이는 검사가 공소장변경신청을 하고자 할 때에는 원칙적으로 서면으로 하도록 하고, 예외적으로 피고인이 재정하는 공판정에서 피고인에게 이익이 되거나 피고인이 동의하는 경우에는 구술에 의한 공소장변경신청도 할 수 있도록 한 것이다. 따라서 검사가 형사소송규칙 제142조 제1항에 따라 서면으로 공소장변경신청을 하는 경우에는 같은 조 제5항은 적용될 여지가 없다.

### 〈선정이유〉

공소장변경은 공소사실이나 적용법조를 추가, 철회 또는 변경하는 것을 내용으로 한다(형사소송법 제298조 제1항). 특히 공소장변경절차를 통해 공소사실이나 적용법조에 대하여 공소사실의 동일성이 인정되는 다른 공소사실 또는 적용법조를 '추가'할 수 있다. 예컨대 대상판결은 식품위생법 위반사건에 있어 포괄일죄인 영업범에서 공소제기의 효력은 공소가 제기된 범죄사실과 동일성이 인정되는 범죄사실의 전체에 미치므로, 공판심리 중에 그 범죄사실과 동일성이 인정되는 범죄사실이 추가로 발견된 경우에 검사는 공소장변경절차에 의하여 그 범죄사실을 공소사실로 추가할 수 있다는 입장이 제시된 판례이다.

## 145. 공소사실의 동일성 판단기준 (1)

(대법원 2009.11.12. 선고 2009도9189 판결)

### 〈쟁점〉

공소사실이나 범죄사실의 동일성 여부의 판단 기준

### 〈판결요지〉

공소사실이나 범죄사실의 동일성 여부는 사실의 동일성이 갖는 법률적 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 그 규범적 요소도 고려하여 판단하여야 할 것

인바( 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체 판결 등 참조), 기록과 위에서 본 사실관계에 의하면, 피고인이 흉기인 회칼을 휴대한 행위와 위 회칼로 피해자 공소의 2를 찔러 상해를 가한 행위는 피고인이 피해자에게 상해를 가하려는 단일의 범의하에 저지른 상호 수단과 결과의 관계에 있는 일련의 행위로서 밀접한 인과관계가 있다고 할 것이므로 상고이유에서 주장하는 바와 같은 요소들을 고려한다고 하더라도 위 공소사실과 위 확정판결의 범죄사실은 그 기본적 사실관계가 동일한 것이라고 하지 않을 수 없다.

### 〈선정이유〉

공소사실이나 범죄사실의 동일성 여부의 판단 기준(규범적요소고려설)을 제시한 여러 판결 중의 하나이다.

## 146. 공소사실의 동일성 판단기준 (2)

(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도15526 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송절차에서 두 죄 사이에 공소사실이나 범죄사실의 동일성이 있는지 판단하는 기준

### 〈판결요지〉

피고인이 ‘1997. 4. 3. 21:50경 서울 용산구 이태원동에 있는 햄버거 가게 화장실에서 피해자 갑을 칼로 찔러 을과 공모하여 갑을 살해하였다’는 내용으로 기소되었는데, 선행사건에서 ‘1997. 2. 초순부터 1997. 4. 3. 22:00경까지 정당한 이유 없이 범죄에 공용될 우려가 있는 위험한 물건인 휴대용 칼을 소지하였고, 1997. 4. 3. 23:00경 을이 범행 후 햄버거 가게 화장실에 버린 칼을 집어 들고 나와 용산 미8군영 내 하수구에 버려 타인의 형사사건에 관한 증거를 인멸하였다’는 내용의 범죄사실로 유죄판결을 받아 확정된 사안에서, 살인죄의 공소사실과 선행사건에서 유죄로 확정된 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(우범자)죄와 증거인멸죄(이하 ‘증거인멸죄 등’이라고 한다)는 범행의 일시, 장소와 행위 태양이 서로 다르고, 살인죄는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(우범자)죄나 증거인멸죄와는 보호법익이 서로 다르며 죄질에서도 현저한 차이가 있으므로, 살인죄의 공소사실과 증거인멸죄 등의 범죄사실 사이에 기본적 사실관계의 동일성이 없다.

### 〈선정이유〉

공소사실이나 범죄사실의 동일성 여부의 판단 기준(규범적요소고려설)을 제시한 여러 판결 중의 하나이다.

## 147. 공소사실의 동일성 판단기준 (3)

(대법원 2012.4.13. 선고 2010도16659 판결)

**〈쟁점〉**

검사의 공소장변경신청이 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 경우 법원은 이를 허가하여야 하는지 여부 및 공소사실의 동일성을 판단하는 기준

**〈판결요지〉**

당초 ‘피고인은 2008. 10. 하순경 성남시 모란시장 부근 도로에 정차한 승용차 안에서 공소의 1에게 향정신성의약품인 메스암페타민(일명 필로폰) 약 0.3g을 건네주어 이를 교부하였다’는 범죄사실로 공소를 제기하였다가, 2010. 10. 15. 원심법원에 ‘피고인은 사실은 10g 상당의 필로폰을 구해다 줄 의사나 능력이 없었음에도 불구하고 필로폰을 구해다 줄 것처럼 하여 필로폰 대금 명목의 금원을 편취하기로 마음먹고, 2008. 10. 중순경 장소불상지에서 공소의 1에게 전화로 350만 원을 주면 필로폰 10g을 구해다 주겠다고 거짓말하여 이에 속은 공소의 2, 1로부터 같은 달 하순경 성남 모란역에서 필로폰 대금 및 수고비 합계 370만 원을 교부받았다’는 범죄사실을 예비적으로 추가하는 내용의 이 사건 공소장변경허가신청을 하였고, 이에 원심법원은 2010. 11. 9. 제12회 공판기일에서 이 사건 공소장변경을 허가한 다음 이 부분 공소사실에 대하여 유죄를 인정하였다.

당초의 공소사실인 마약류관리에 관한 법률 위반(향정)의 범죄사실과 검사의 공소장변경에 의해 예비적으로 추가된 사기의 범죄사실은 그 수단·방법 등 범죄사실의 내용이나 행위의 태양 및 피해 범익이 다르고 죄질에도 현저한 차이가 있어, 그 기본적인 사실관계가 동일하다고 볼 수 없다.

그렇다면 이러한 공소장변경허가신청은 공소사실의 동일성 범위 내의 것이라고 할 수 없음에도 불구하고 원심은 공소장변경을 허가한 후 공소장변경으로 추가된 예비적 범죄사실에 대하여 유죄로 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 공소사실의 동일성 내지 공소장변경에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

**〈선정이유〉**

당초의 공소사실인 마약류관리에관한법률위반(향정)의 범죄사실과 검사가 예비적추가로 공소장변경허가신청을 한 사기의 공소사실에 대한 공소사실의 동일성 판단 기준을 제시한 판례이다.

**148. 공소장변경의 필요성 여부 (1) - 판단기준**

(대법원 2003. 7. 25. 선고 2003도2252 판결)

**〈쟁점〉**

법원이 공소장변경 없이 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정하기 위한 요건은 무엇인지 여부

**〈판결요지〉**

법원이 공소장의 변경 없이 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정하기 위하여는 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내이어야 할 뿐더러 또한 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없어야 한다. 따라서 절취한 신용카드를 사용한 사기의 이 사건 공

소사실과 신용카드 절취 여부와 무관하게 신용카드 사용으로 인한 사기를 인정할 수 있다는 검사 주장의 위 범죄사실은 그 범죄행위의 내용 내지 태양에서 서로 달라 이에 대응할 피고인의 방어행위 역시 달라질 수밖에 없어, 공소장 변경 없이 검사 주장과 같은 범죄사실을 인정하는 경우에는 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 있다.

### 〈참고판례〉

(1) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019도4608 판결 : 검사가 피고인을 도로교통법 위반(음주운전)으로 기소하면서 공소사실을 ‘도로교통법 위반(음주운전)죄로 소년보호사건 송치처분 및 벌금 150만 원의 약식명령을 받아 술에 취한 상태에서 운전금지의무를 2회 이상 위반한 사람으로서 다시 혈중알코올농도 0.132%의 술에 취한 상태로 자동차를 운전하였다’고 기재하고, 적용법조를 ‘도로교통법 제148조의2 제2항 제2호, 제44조 제1항’으로 기재한 사안에서, 도로교통법 제44조 제1항은 술에 취한 상태에서 자동차 등의 운전을 금지하고, 도로교통법 제148조의2 제1항 제1호는 ‘제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람’으로서 다시 같은 조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전한 사람을 무겁게 처벌하고 있으나, 검사가 도로교통법 제148조의2 제1항 제1호를 적용하지 않고 형이 가벼운 ‘도로교통법 제148조의2 제2항 제2호, 제44조 제1항’을 적용하여 공소를 제기하였으므로 법원이 공소장변경 없이 직권으로 그보다 형이 무거운 ‘도로교통법 제148조의2 제1항 제1호, 제44조 제1항’을 적용하여 처벌하는 것은 불고불리의 원칙에 반하여 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래하며, 위 공소사실에 관하여 ‘도로교통법 제148조의2 제1항 제1호, 제44조 제1항’과 ‘도로교통법 제148조의2 제2항 제2호, 제44조 제1항’이 모두 적용될 수 있는지 여부는 위와 같은 결론에 영향을 미치지 않는다.

### 〈선정이유〉

공소장변경의 필요성을 결정하는 기준에 대하여는 동일벌조설, 법률구성설, 사실기재설의 견해가 대립이 있는데, 공소장에 기재된 사실과 실질적으로 다른 사실이 인정되면 피고인의 방어권행사에 불이익을 초래하느냐를 기준으로 판단해야 한다는 입장(사실기재설)이 제시된 판결이다.

## 149. 공소장변경의 필요성 여부 (2) - 구성요건이 다른 경우

(대법원 2001. 6. 29. 선고 2001도1091 판결)

### 〈쟁점〉

살인죄의 공소사실에 대하여 공소장변경 없이 폭행치사죄로 처단할 수 있는지 여부

### 〈판결요지〉

공소가 제기된 살인죄의 범죄사실에 대하여는 그 증거가 없으나 폭행치사죄의 증거가 있는 경우에도 살인죄의 구성요건이 반드시 폭행치사 사실을 포함한다고 할 수 없고, 따라서 공소장의 변경 없이 폭행치사죄를 인정함은 결국 폭행치사죄에 대한 피고인의 방어권 행사에 불이익을 주는 것이므로, 법원은 위와 같은 경우에 검사의 공소장변경 없이는 이를 폭행치사죄로 처단할 수는 없다.

### 〈선정이유〉

공소장에 기재된 공소사실과 법원에서 인정할 사실 사이에 구성요건이 다른 경우에는 공소사실의 변경과 함께 적용법조나 죄명도 달라지게 되고 피고인의 방어권행사에 실질적인 불이익을 초래하게 되므로 원칙적으로 공소장변경이 필요하다는 입장이 제시된 판결이다.

## 150. 공소장변경의 필요성 여부 (3) - 축소사실의 인정

(대법원 2017. 12. 5. 선고 2016도16738 판결)

### 〈쟁점〉

업무상과실치상의 공소사실을 이유에서 무죄로 판단하고 축소사실인 과실치상 부분을 유죄로 인정한 원심판결이 정당한지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

3층 건물의 소유자로서 건물 각 층을 임대한 피고인이, 건물 2층으로 올라가는 계단참의 전면 벽이 아크릴 소재의 창문 형태로 되어 있고 별도의 고정장치가 없는데도 안전바를 설치하는 등 낙하사고 방지를 위한 관리의무를 소홀히 함으로써, 건물 2층에서 나오던 갑이 신발을 신으려고 아크릴 벽면에 기대는 과정에서 벽면이 떨어지고 개방된 결과 약 4m 아래 1층으로 추락하여 상해를 입었다고 하여 업무상과실치상으로 기소된 사안에서, 피고인이 건물에 대한 수선 등의 관리를 비정기적으로 하였으나 그 이상의 안전배려나 안전관리 사무에 계속적으로 종사하였다고 인정하기 어렵다고 보아 업무상과실치상의 공소사실을 이유에서 무죄로 판단하고 축소사실인 과실치상 부분을 유죄로 인정한 원심판결이 정당하다.

### 〈참고판례〉

(1) 대법원 2011.7.28. 선고 2009도9122 판결 : 특가법 제2조 제1항은 형법 제129조, 제130조 또는 제132조에 규정된 죄를 범한 자가 수수, 요구 또는 약속한 뇌물의 가액이 같은 조항 각호 소정의 금액 이상일 경우 그에 따라 가중처벌하는 것으로서 뇌물수수죄 등과는 그 뇌물의 가액에 차이가 있을 뿐 그 구성요건이 같아서 특가법 제2조 제1항 제1호 위반의 공소사실 중에는 형법상 뇌물죄의 공소사실이 구성요건으로서 당연히 포함되어 있는 것이므로, 특가법 제2조 제1항 제1호 위반의 죄로 공소가 제기된 경우에 심리 결과 뇌물의 가액이 위 조항 소정의 금액 이상임이 인정되지 아니한다고 하더라도 형법상의 뇌물수수죄가 인정되면 유죄의 판결을 하고, 공소기각 또는 면소의 사유가 있으면 공소기각 또는 면소의 판결을 하여야 하는 것이지 무죄의 선고를 할 것은 아니다.

### 〈선정이유〉

구성요건이 달라도 법원에서 인정할 사실이 공소장에 기재된 공소사실에 포함되는 축소사실인 경우에는 행위태양이 동일하고 그 정도가 줄어들 뿐이어서 피고인의 방어권행사에 불이익을 초래할 염려가 없으므로 공소장변경 없이 축소사실을 인정할 수 있다는 입장이 제시된 판결이다.

## 151. 공소장변경의 필요성 여부 (4) - 공범관계의 변경

(대법원 1991.5.28. 선고 90도1977 판결)

### 〈쟁점〉

형사재판에서 법원의 심판대상 및 공소사실과 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소장변경 없이 법원이 임의로 공소사실과 다르게 인정할 수 있지 여부

### 〈판결요지〉

단독범으로 기소된 것을 다른 사람과 공모하여 동일한 내용의 범행을 한 것으로 인정하는 경우에는 이 때문에 피고인에게 불이익의 타격을 주어 그 방어권의 행사에 실질적 불이익을 줄 우려가 있지 아니하는 경우에는 반드시 공소장 변경을 필요로 한다고 할 수 없고, 이 사건의 경우 기록을 살펴보면 피고인과 변호인은 원심에 이르기까지 피고인은 위 호적계장이나 시민봉사실장과 의논이 되어 판시와 같은 호적정정허가신청서를 작성하여 행사한 것이고 위 시민봉사실장은 위 신청서의 정정사유가 허위임을 알면서도 결재한 것이라고 주장하여 온 바 있음을 알 수 있으므로, 원심이 공소장변경절차 없이 피고인 단독범으로 기소된 이 사건 공소사실을 그 범행사실의 내용의 동일한 공동정범으로 인정하였다고 하여 피고인의 방어권 행사에 불이익을 줄 우려가 있는 경우라고 할 수 없다.

### 〈참고판례〉

(1) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도5909 판결 : 사회복지법인 갑 재단의 명의로 설립된 장기요양기관 을 요양원의 원장인 피고인이 갑 재단과 을 요양원을 운영하면서, 요양보호사나 물리치료사를 허위로 등록하거나 소속 요양보호사의 근무시간을 허위로 등록하고 을 요양원에 정원을 초과한 인원을 수용하였는데도 이를 신고하지 않는 방법으로 노인장기요양보험법 제39조 제3항과 같은 법 시행규칙 제32조에 따라 보건복지부장관이 고시한 '장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시'에서 정한 결원비율과 정원초과 등에 따른 감산율을 적용하지 않은 채 피해자 국민건강보험공단(이하 '공단'이라 한다)에 허위로 급여비용을 청구하여 이를 편취하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특정경제범죄법'이라 한다) 위반(사기)의 단독범으로 기소되었는데, 원심은, 피고인이 남편 병이 사망한 시점까지는 병과 함께 실질적으로 을 요양원을 운영하면서 공모하여 공단을 상대로 사기 범행을 저질렀고, 그 후에는 피고인이 단독으로 을 요양원을 운영하면서 사기 범행을 계속 저질렀다고 보아, 공소사실 중 피고인이 갑 재단의 대표이사로 취임하기 이전, 즉 병이 살아 있는 동안의 범행에 관해서는 공소장 변경 없이 피고인을 병과 공동정범으로 인정한 사안에서, 공소사실 기재 범행의 구체적인 내용은 피고인이 단독으로 을 요양원을 운영하면서 공단을 상대로 허위로 급여비용을 청구했다는 것인 반면, 원심이 일부 다르게 인정한 범죄사실은 병이 살아 있는 동안에는 피고인과 병이 함께 을 요양원을 운영하면서 범행을 저질렀다는 것으로서, 공소사실과 원심이 인정한 범죄사실은 기본적인 내용이 동일하고, 원심에서 피고인은 병이 살아 있는 동안 을 요양원의 운영이나 범행에 자신이 관여하지 않았다고 하여 공모관계를 다투어 왔으므로, 원심이 병이 살아 있는 동안에는 피고인과 병의 공모로 특정경제범죄법 위반(사기) 범행이 이루어졌다고 보아 피고인을 공동정범으로 인정하였다고 해서 피고인에게 예기치 않은 타격을 주거나 방어권 행사에 실질적인 불이익을 줄 우려가 없다는 이유로, 원심의 판단이

정당하다

(2) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결 : 법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 있어서, 그 심리의 경과 등에 비추어 볼 때 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주는 것이 아니라면 공소장 변경 없이 직권으로 가벼운 범죄사실을 인정할 수 있다고 할 것이므로 공동정범으로 기소된 범죄사실을 방조사실로 인정할 수 있다.

### 〈선정이유〉

공범인 여부에 대한 평가를 달리하는 경우에도 피고인의 방어권행사에 실질적인 불이익을 초래하지 않는다면 공소장변경을 필요로 하지 않는다는 입장이 제시된 판결이다.

## 152. 공소사실의 축소사실 인정과 법원의 의무성

(대법원 2009.5.14. 선고 2007도616 판결)

### 〈쟁점〉

법원이 검사에게 공소장 변경을 요구할 것인지 여부가 법원의 재량사항에 속하는지 여부 및 법원이 공소장 변경 없이 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정하여야 하는 경우

### 〈판결요지〉

법원이 검사에게 공소장 변경을 요구할 것인지 여부는 재량에 속하는 것이므로, 법원이 검사에게 공소장의 변경을 요구하지 아니하였다고 하여 위법하다고 할 수 없다

원심이 이 사건 살인죄의 공소사실을 상해치사 또는 감금치사죄로 공소장 변경을 요구하지 아니한 것이 위법하다고 볼 수 없다.

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있고, 이와 같은 경우 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 가볍지 아니하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우라면 법원으로서 직권으로 그 범죄사실을 인정하여야 한다.

### 〈참고판례〉

(1) 대법원 2008.10.9. 선고 2007도1220 판결 : 형법 제307조 제2항의 허위사실적시에 의한 명예훼손의 공소사실 중에는 같은 조 제1항의 사실적시에 의한 명예훼손의 공소사실이 포함되어 있으므로, 위 허위사실 적시에 의한 명예훼손으로 기소된 사안에서 적시한 사실이 허위임에 대한 입증이 없다면 법원은 공소장변경절차 없이도 직권으로 위 사실적시에 의한 명예훼손죄를 인정할 수 있다. 다만, 법원이 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함

된 이보다 가벼운 범죄사실을 공소장변경 없이 직권으로 인정할 수 있는 경우라고 하더라도, 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 중대하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우가 아닌 한, 법원이 직권으로 그 범죄사실을 인정하지 아니하였다고 하여 위법한 것은 아니다.

(2) 대법원 1990.12.7. 선고 90도1283 판결 : 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의3 제1항 소정의 죄는 형법 제268조의 죄를 범한 자가 피해자를 구호하지 아니하고 도주한 때에 성립하는 것으로서 형법 제268조 소정의 업무상과실치상죄는 위 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의3이 정한 죄에 포함되어 있다고 보아야 할 것이므로 특정범죄가중처벌등에관한법률위반죄로 공소가 제기된 경우 법원이 이 사건을 심리한 결과 위 범죄는 인정되지 아니하나 업무상과실치상죄가 인정된다면 공소장변경절차 없이도 그 죄로 처단되어야 한다.

### 〈선정이유〉

축소사실이 인정되는 경우에 법원이 직권으로 그 축소사실을 인정하여야 하는지에 대해 의무설과 원칙적 재량설의 견해가 대립하는데, 원칙적 재량설의 입장이 제시된 판결이다.

## 153. 법원의 공소장변경요구

(대법원 2006.9.14. 선고 2005도2518 판결)

### 〈쟁점〉

법원이 검사에게 공소장변경을 요구하지 않은 것이 위법한지 여부 및 법원이 공소장변경절차 없이 직권으로 공소사실 내용보다 가벼운 범죄사실을 인정하지 아니한 조치가 위법한지 여부

### 〈판결요지〉

법원이 검사에게 공소장 변경을 요구할 것인지 여부는 재량에 속하는 것이므로 법원이 검사에게 공소장의 변경을 요구하지 아니하였다고 하여 위법하다고 볼 수 없으며, 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있지만, 이와 같은 경우라고 하더라도 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우가 아닌 한 법원이 직권으로 그 범죄사실을 인정하지 아니하였다고 하여 위법한 것이라고까지는 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

공소장변경요구가 법원의 의무라고 보아야 하는지에 대해 의무설, 재량설, 예외적 의무설의 견해가 대립하는데, 재량설의 입장이 제시된 판결이다.

**154. 항소심에서 공소장변경 허용 여부**

(대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도8153 판결)

**〈쟁점〉**

환송 후 항소심에서의 공소장변경의 적부

**〈판결요지〉**

현행법상 형사항소심의 구조가 사후심으로서의 성격만을 가지는 것은 아니므로, 피고인의 상고에 의하여 상고심에서 원심판결을 파기하고 사건을 항소심에 환송한 경우에도 공소사실의 동일성이 인정되면 공소장변경을 허용하여 이를 심판대상으로 삼을 수 있는바, 환송 후 원심이 검사의 공소장변경신청을 허가하고 공소장변경을 이유로 직권으로 제1심판결을 파기한 후 다시 판결한 조치는 옳다.

**〈선정이유〉**

상고심은 사후심으로 새로운 증거를 제출하거나 증거조사를 하지 않기 때문에 공소장변경이 허용되지 않지만 항소심은 원칙적 속심, 보충적 사후심이므로 당연히 공소장변경이 허용된다. 이에 따라 상고심에서 파기환송된 경우에 환송 후의 항소심에서도 공소장변경이 가능하다는 입장이 제시된 판결이다.

**155. 공소취소의 효과 - 재기소의 제한**

(대법원 2009.8.20. 선고 2008도9634 판결)

**〈쟁점〉**

공소취소 후 재기소에 관한 규정인 형사소송법 제329조가 종전의 범죄사실을 변경하여 재기소하는 경우에도 적용되는지 여부

**〈판결요지〉**

형사소송법 제329조는 공소취소에 의한 공소기각의 결정이 확정된 때에는 공소취소 후 그 범죄사실에 대한 다른 중요한 증거를 발견한 경우에 한하여 다시 공소를 제기할 수 있다고 규정하고 있는바, 이는 단순일죄인 범죄사실에 대하여 공소가 제기되었다가 공소취소에 의한 공소기각결정이 확정된 후 다시 종전 범죄사실 그대로 재기소하는 경우뿐만 아니라 범죄의 태양, 수단, 피해의 정도, 범죄로 얻은 이익 등 범죄사실의 내용을 추가 변경하여 재기소하는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 따라서 단순일죄인 범죄사실에 대하여 공소취소로 인한 공소기각결정이 확정된 후에 종전의 범죄사실을 변경하여 재기소하기 위하여는 변경된 범죄사실에 대한 다른 중요한 증거가 발견되어야 한다.

〈선정이유〉

공소취소에 의한 공소기각결정이 확정된 때에는 검사는 공소취소 후 그 범죄사실에 대한 다른 중요한 증거를 발견한 경우에 한하여 다시 공소를 제기할 수 있다(형사소송법 제329조). 이때 공소취소의 효력은 공소사실과 동일성이 인정되는 사실의 전부에 미치므로 종전의 범죄사실을 그대로 재기소하는 경우뿐만 아니라 공소사실을 변경하여 재기소하는 경우에도 마찬가지로 적용되므로, 변경된 범죄사실에 대한 다른 중요한 증거가 발견되어야 한다는 입장이 제시된 판결이다.

II. 공판준비절차

156. 공소취소의 효과 - 재기소의 제한

(대법원 2014. 4. 24. 선고 2013도9498 판결)

〈쟁점〉

제1심이 공소장 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하지 아니한 채 공시송달의 방법으로 피고인을 소환하여 피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 가운데 제1심 공판절차가 진행된 경우, 항소심이 취해야 할 조치

〈판결요지〉

형사소송법 제266조는 “법원은 공소의 제기가 있는 때에는 지체없이 공소장의 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하여야 한다. 단, 제1회 공판기일 전 5일까지 송달하여야 한다.”고 규정하고 있으므로, 제1심이 공소장 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하지 아니한 채 공판절차를 진행하였다면 이는 소송절차에 관한 법령을 위반한 경우에 해당한다. 이러한 경우에도 피고인이 제1심 법정에서 이의함이 없이 공소사실에 관하여 충분히 진술할 기회를 부여받았다면 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없으나, 제1심이 공시송달의 방법으로 피고인을 소환하여 피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 가운데 제1심의 절차가 진행되었다면 그와 같은 위법한 공판절차에서 이루어진 소송행위는 효력이 없으므로, 이러한 경우 항소심은 피고인 또는 변호인에게 공소장 부분을 송달하고 적법한 절차에 의하여 소송행위를 새로이 한 후 항소심에서의 진술과 증거조사 등 심리결과에 기초하여 다시 판결하여야 한다.

〈선정이유〉

제1심이 공소장 부분을 피고인 또는 변호인에게 송달하지 아니한 채 공시송달의 방법으로 피고인을 소환하여 피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 가운데 제1심 공판절차가 진행된 경우 그러한 공판절차에서 이루어진 소송행위의 효력 여부 및 항소심이 취해야 할 조치를 다룬 판례이다.

157. 수사기록에 대한 변호인의 열람·등사권

(헌법재판소 2010.6.24. 선고 2009헌마257 전원재판부)

**〈쟁점〉**

수사서류 열람·등사 허용 결정의 효력과 이에 따르지 아니한 검사의 거부행위가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부 및 법원의 수사서류 열람·등사 허용결정에도 불구하고 검사가 열람·등사를 거부하는 경우, 수사서류 각각에 대한 열람·등사 거부의 정당한 이유가 있는지 여부를 판단할 필요성

**〈결정요지〉**

형사소송법 제266조의4 제5항은 검사가 수사서류의 열람·등사에 관한 법원의 허용 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 때에는 해당 증인 및 서류 등에 대한 증거신청을 할 수 없도록 규정하고 있다. 그런데 이는 검사가 그와 같은 불이익을 감수하지만 하면 법원의 열람·등사 결정을 따르지 않을 수도 있다는 의미가 아니라, 피고인의 열람·등사권을 보장하기 위하여 검사로 하여금 법원의 열람·등사에 관한 결정을 신속히 이행하도록 강제하는 한편, 이를 이행하지 아니하는 경우에는 증거신청상의 불이익도 감수하여야 한다는 의미로 해석하여야 할 것이므로, 법원이 검사의 열람·등사 거부처분에 정당한 사유가 없다고 판단하고 그러한 거부처분이 피고인의 헌법상 기본권을 침해한다는 취지에서 수사서류의 열람·등사를 허용하도록 명한 이상, 법치국가와 권력분립의 원칙상 검사로서는 당연히 법원의 그러한 결정에 지체 없이 따라야 할 것이다. 그러므로 법원의 열람·등사 허용 결정에도 불구하고 검사가 이를 신속하게 이행하지 아니하는 경우에는 해당 증인 및 서류 등을 증거로 신청할 수 없는 불이익을 받는 것에 그치는 것이 아니라, 그러한 검사의 거부행위는 피고인의 열람·등사권을 침해하고, 나아가 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리까지 침해하게 되는 것이다.

신속하고 실효적인 구제절차를 형사소송절차 내에 마련하고자 열람·등사에 관한 규정을 신설한 입법취지와, 검사의 열람·등사 거부처분에 대한 정당성 여부가 법원에 의하여 심사된 마당에 헌법재판소가 다시 열람·등사 제한의 정당성 여부를 심사하게 된다면 이는 법원의 결정에 대한 당부의 통제가 되는 측면이 있는 점 등을 고려하여 볼 때, 이 사건과 같이 수사서류에 대한 법원의 열람·등사 허용 결정이 있음에도 검사가 열람·등사를 거부하는 경우 수사서류 각각에 대하여 검사가 열람·등사를 거부할 정당한 사유가 있는지를 심사할 필요 없이 그 거부행위 자체로써 청구인들의 기본권을 침해한다.

**〈선정이유〉**

공소제기 후 검사가 보관하고 있는 기록에 대한 법원의 열람·등사 허용명령에 대한 검사의 거부처분을 '중대한 위법'이라고 처음으로 선언한 판결이다.

**158. 불기소 결정문에 대한 변호인의 열람·지정과 거절의 효과**

(대법원 2012.5.24. 선고 2012도1284 판결)

**〈쟁점〉**

형사소송법 제272조 제1항 등에서 법원이 공무소 등에 송부요구한 서류에 대하여 변호인 등이

열람·지정할 수 있도록 한 취지 및 서류의 열람·지정을 거절할 수 있는 ‘정당한 이유’의 해석 방법  
 검찰청이 보관하고 있는 불기소처분기록에 포함된 불기소결정서가 변호인의 열람·지정에 의한 공개의 대상이 되는지 여부

법원이 공무소 등에 송부요구한 서류가 피고인의 무죄를 뒷받침할 수 있거나 적어도 법관의 유·무죄에 대한 심증을 달리할 만한 상당한 가능성이 있는 중요증거에 해당하는데도 정당한 이유 없이 피고인 등의 열람·지정 내지 법원의 송부요구를 거절하는 경우, 법원이 취해야 할 조치

### 〈판결요지〉

[1] 형사소송법 제272조 제1항, 형사소송규칙 제132조의4 제2항, 제3항에서 규정한 바와 같이, 법원이 송부요구한 서류에 대하여 변호인 등이 열람·지정할 수 있도록 한 것은 피고인의 방어권과 변호인의 변론권 행사를 위한 것으로서 실질적인 당사자 대등을 확보하고 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리를 실현하기 위한 것이므로, 서류의 열람·지정을 거절할 수 있는 ‘정당한 이유’는 엄격하게 제한하여 해석하여야 한다. 특히 서류가 관련 형사재판확정기록이나 불기소처분기록 등으로서 피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상 주장과 관련된 것인 때에는, “국가안보, 증인보호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련 사건의 수사에 장애를 가져올 것으로 예상되는 구체적인 사유”에 준하는 사유가 있어야만 그에 대한 열람·지정을 거절할 수 있는 정당한 이유가 인정될 수 있다 (형사소송법 제266조의3 제1항 제4호, 제2항 참조).

[2] 검찰청이 보관하고 있는 불기소처분기록에 포함된 불기소결정서는 형사피의자에 대한 수사의 종결을 위한 검사의 처분 결과와 이유를 기재한 서류로서, 작성 목적이나 성격 등에 비추어 이는 수사기관 내부의 의사결정과정 또는 검토과정에 있는 사항에 관한 문서도 아니고, 그 공개로써 수사에 관한 직무의 수행을 현저하게 곤란하게 하는 것도 아니므로, 달리 특별한 사정이 없는 한 변호인의 열람·지정에 의한 공개의 대상이 된다.

[3] 법원이 형사소송법 제272조 제1항에 의하여 송부요구한 서류가 피고인의 무죄를 뒷받침할 수 있거나 적어도 법관의 유·무죄에 대한 심증을 달리할 만한 상당한 가능성이 있는 중요증거에 해당하는데도 정당한 이유 없이 피고인 또는 변호인의 열람·지정 내지 법원의 송부요구를 거절하는 것은 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 중대하게 침해하는 것이다. 따라서 이러한 경우 서류의 송부요구를 한 법원으로서도 해당 서류의 내용을 가능한 범위에서 밝혀보아 서류가 제출되면 유·무죄의 판단에 영향을 미칠 상당한 개연성이 있다고 인정될 경우에는 공소사실이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보아서는 아니 된다.

### 〈선정이유〉

형사소송법 제272조 제1항 등에서 법원이 공무소 등에 송부요구한 서류에 대하여 변호인 등이 열람·지정할 수 있도록 한 취지 및 서류의 열람·지정을 거절할 수 있는 ‘정당한 이유’의 범위, 불기소결정서가 변호인의 열람·지정에 의한 공개의 대상이 되는지 여부 그리고 정당한 이유 없는 피고인 등의 열람·지정 거절에 대한 소송법적 효과 등에 대한 대법원의 입장을 밝힌 판결이다.

## 159. 증거개시의 거부 등에 대한 불복절차

(대법원 2013. 1. 24. 자 2012모1393 결정)

**〈쟁점〉**

법원이 검사에게 수사서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용할 것을 명한 결정이 형사소송법 제403조 제1항에서 정한 ‘판결 전의 소송절차에 관한 결정’에 해당하는지 여부 및 위 결정에 대하여 형사소송법 제402조에 의한 항고의 방법으로 불복할 수 있는지 여부

**〈판결요지〉**

형사소송법 제402조는 “법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 항고를 할 수 있다. 단, 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.”고 규정하고, 제403조 제1항은 “법원의 관할 또는 판결 전의 소송절차에 관한 결정에 대하여는 특히 즉시항고를 할 수 있는 경우 외에는 항고하지 못한다.”고 규정하고 있다. 그런데 형사소송법 제266조의4에 따라 법원이 검사에게 수사서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용할 것을 명한 결정은 피고사건 소송절차에서의 증거개시(개시)와 관련된 것으로서 제403조에서 말하는 ‘판결 전의 소송절차에 관한 결정’에 해당한다 할 것인데, 위 결정에 대하여는 형사소송법에서 별도로 즉시항고에 관한 규정을 두고 있지 않으므로 제402조에 의한 항고의 방법으로 불복할 수 없다고 보아야 한다.

**〈선정이유〉**

법원이 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하는 결정을 한 경우에는 집행정지의 효력이 있는 즉시항고 등의 불복절차가 별도로 규정되어 있지 않으므로 형사소송법 제402조에 의한 항고의 방법으로 불복할 수 없어 그 결정이 고지되는 즉시 집행력이 발생한다는 입장이 제시된 판결이다.

### Ⅲ. 공판의 심리

#### 160. 소송관계인의 출석

(대법원 2012.6.28. 선고 2011도16166 판결)

**〈쟁점〉**

형사소송법 제365조에 따라 항소심에서 피고인 진술 없이 판결하기 위한 요건

**〈판결요지〉**

약식명령에 대해 피고인만이 정식재판을 청구한 사건에서, 원심법원이 제1회 공판기일에 변론을 종결하고 제2회 공판기일인 선고기일을 지정·고지하였는데, 피고인이 출석하지 아니하자 선고기일을 연기하고 제3회 공판기일을 지정하였으나 피고인에게 따로 공판기일 통지를 하지 않은 사안에서, 피고인의 출석 없이 제3회 공판기일을 열어 판결을 선고한 원심의 조치가 위법하다.

**〈선정이유〉**

형사소송법 제370조, 제276조에 의하면 항소심에서도 피고인의 출석 없이는 개정하지 못하는 것이 원칙이다. 다만 같은 법 제365조에 의하면 피고인이 항소심 공판기일에 출석하지 아니하여 다시 기일을 정하였는데도 정당한 사유 없이 그 기일에도 출석하지 아니한 때에는 피고인의 진술

없이 판결할 수 있으므로, 이와 같이 피고인이 불출석한 상태에서 그 진술 없이 판결할 수 있기 위해서는 피고인이 적법한 공판기일 통지를 받고서도 2회 연속으로 정당한 이유 없이 출석하지 아니한 경우에 해당하여야 한다는 입장이 제시된 판결이다.

## 161. 구속 피고인의 출석거부

(대법원 2001. 6. 12. 선고 2001도114 판결)

### 〈쟁점〉

구속된 피고인이 출석하지 않는 경우, 형사소송법 제277조의2에 의하여 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행하기 위한 요건

### 〈판결요지〉

형사소송법 제277조의2의 규정에 의하여 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행하기 위해서는 단지 구속된 피고인이 정당한 사유 없이 출석을 거부하였다는 것만으로는 부족하고 더 나아가 교도관리에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정되어야 하는 것이므로, 구속된 피고인이 출석하지 않는 경우에 법원이 위 조문에 따라 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행하기 위해서는 피고인의 출석거부사유가 정당한 것인지 여부뿐만 아니라 교도관에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하였는지 여부 등 위 조문에 규정된 사유가 존재하는가의 여부를 조사하여야 한다.

구속된 피고인이 출석하지 아니하자 그 출석거부사유만을 조사한 후 교도관에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하였는지 여부에 대한 조사를 아니한 채 바로 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행한 경우, 형사소송법 제277조의2의 규정을 위반하였다

### 〈선정이유〉

구속된 피고인이 출석하지 않는 경우에 형사소송법 제277조의2에 의하여 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행하기 위한 요건으로 ① 피고인의 출석거부사유가 정당하지 아니할 것, ② 교도관에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하였을 것을 구체적으로 제시한 판결이다.

## 162. 불구속 피고인의 소재불명

(대법원 2014. 10. 16. 자 2014모1557 결정)

### 〈쟁점〉

피고인 주소지에 피고인이 거주하지 아니한다는 이유로 구속영장이 여러 차례에 걸쳐 집행불능되어 반환된 것을 소송촉진 등에 관한 특례법상 '송달불능보고서의 접수'로 볼 수 있는지 여부(소극) 및 '소재탐지불능보고서의 접수'를 위 특례법상 '송달불능보고서의 접수'로 볼 수 있는지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

소송촉진 등에 관한 특례법 제23조와 같은 법 시행규칙 제19조 제1항에 의하면, 피고인의 소재를 확인하기 위하여 필요한 조치를 취하였음에도 불구하고 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때로부터 6월이 경과하도록 피고인의 소재가 확인되지 아니한 때에 비로소 공시송달의 방법에 의하도록 하고 있는데, 피고인 주소지에 피고인이 거주하지 아니한다는 이유로 구속영장이 여러 차례에 걸쳐 집행불능되어 반환된 바 있었다고 하더라도 이를 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 '송달불능보고서의 접수'로 볼 수는 없다. 반면에 소재탐지불능보고서의 경우는 경찰관이 직접 송달 주소를 방문하여 거주자나 인근 주민 등에 대한 탐문 등의 방법으로 피고인의 소재 여부를 확인하므로 송달불능보고서보다 더 정확하게 피고인의 소재 여부를 확인할 수 있기 때문에 송달불능보고서와 동일한 기능을 한다고 볼 수 있으므로 소재탐지불능보고서의 접수는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 '송달불능보고서의 접수'로 볼 수 있다.

### 〈선정이유〉

불구속 피고인의 소재불명과 관련하여 소재탐지불능보고서의 접수를 「소송촉진 등에 관한 특례법」이 규정한 '송달불능보고서의 접수'로 볼 수 있다는 입장을 밝힌 판례이다.

## 163. 위법한 공시송달에 기초한 재판의 효력

(대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도2714 판결)

### 〈쟁점〉

구치소나 교도소 등에 수감 중인 피고인에게 공시송달의 방법으로 소송서류를 송달한 것이 위법한지 여부(적극) 및 주거, 사무소, 현재지 등 소재가 확인되지 않는 피고인에게 공시송달을 할 때 법원이 취할 조치

### 〈판결요지〉

피고인이 구치소나 교도소 등에 수감 중에 있는 경우는 형사소송법 제63조 제1항에 규정된 '피고인의 주거, 사무소, 현재지를 알 수 없는 때'나 '소송촉진 등에 관한 특례법' 제23조에 규정된 '피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우'에 해당한다고 할 수 없으므로, 법원이 수감 중인 피고인에 대하여 공소장 부분과 피고인소환장 등을 종전 주소지 등으로 송달한 경우는 물론 공시송달의 방법으로 송달하였더라도 이는 위법하다고 보아야 한다. 따라서 법원은 주거, 사무소, 현재지 등 소재가 확인되지 않는 피고인에 대하여 공시송달을 할 때에는 검사에게 주소보정을 요구하거나 기타 필요한 조치를 취하여 피고인의 수감 여부를 확인할 필요가 있다.

제1심법원이 별건으로 수감 중인 피고인에게 공시송달의 방법으로 소송서류를 송달한 다음 피고인의 출석 없이 재판을 진행하여 유죄를 선고하였는데, 그 후 피고인이 상소권회복결정을 받아 원심 공판기일에 출석한 사안에서, 제1심의 피고인에 대한 송달은 위법하고, 위법한 공시송달에 기초하여 진행된 제1심 소송절차는 모두 위법하므로, 원심이 제1심의 공시송달이 적법함을 전제로 공소장 부분의 송달부터 증거조사 등 절차진행을 새로이 하지 아니한 채 제1심이 채택하여 조사한

증거만으로 피고인에게 유죄판결을 선고한 것은 위법하다

### 〈선정이유〉

공시송달은 다른 방법으로는 송달할 수 없는 때에만 허용되는 송달방법으로 구치소나 교도소 등에 수감 중인 피고인에게 공시송달의 방법으로 소송서류를 송달한 것은 위법한 공시송달의 방법이라는 입장이 제시된 판결이다.

## 164. 항소심에서의 불출석 재판과 재심청구

(대법원 2015. 6. 25. 선고 2014도17252 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

소송촉진 등에 관한 특례법 제23조에 따라 진행된 제1심의 불출석 재판에 대하여 검사만 항소하고 항소심도 불출석 재판으로 진행된 후에 제1심판결을 파기하고 새로 또는 다시 유죄판결을 선고하여 유죄판결이 확정된 경우, 같은 법 제23조의2 제1항을 유추 적용하여 항소심 법원에 재심을 청구할 수 있는지 여부

### 〈판결요지〉

#### [다수의견]

소송촉진 등에 관한 특례법(이하 ‘소송촉진법’이라 한다) 제23조(이하 ‘특례 규정’이라 한다)와 소송촉진법 제23조의2 제1항(이하 ‘재심 규정’이라 한다)의 내용 및 입법 취지, 헌법 및 형사소송법에서 정한 피고인의 공정한 재판을 받을 권리 및 방어권의 내용, 적법절차를 선언한 헌법 정신, 귀책사유 없이 불출석한 상태에서 제1심과 항소심에서 유죄판결을 받은 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 실질적으로 보호할 필요성 등의 여러 사정들을 종합하여 보면, 특례 규정에 따라 진행된 제1심의 불출석 재판에 대하여 검사만 항소하고 항소심도 불출석 재판으로 진행된 후에 제1심판결을 파기하고 새로 또는 다시 유죄판결을 선고하여 유죄판결이 확정된 경우에도, 재심 규정을 유추 적용하여 귀책사유 없이 제1심과 항소심의 공판절차에 출석할 수 없었던 피고인은 재심 규정이 정한 기간 내에 항소심 법원에 유죄판결에 대한 재심을 청구할 수 있다.

그리고 피고인이 재심을 청구하지 않고 상고권회복에 의한 상고를 제기하여 위 사유를 상고이유로 주장한다면, 이는 형사소송법 제383조 제3호에서 상고이유로 정한 원심판결에 ‘재심청구의 사유가 있는 때’에 해당한다고 볼 수 있으므로 원심판결에 대한 파기사유가 될 수 있다. 나아가 위 사유로 파기되는 사건을 환송받아 다시 항소심 절차를 진행하는 원심으로서의 피고인의 귀책사유 없이 특례 규정에 의하여 제1심이 진행되었다는 파기환송 판결 취지에 따라, 제1심판결에 형사소송법 제361조의5 제13호의 항소이유에 해당하는 재심 규정에 의한 재심청구의 사유가 있어 직권 파기 사유에 해당한다고 보고, 다시 공소장 부분 등을 송달하는 등 새로 소송절차를 진행한 다음 새로운 심리 결과에 따라 다시 판결을 하여야 한다.

#### [대법관 민일영, 대법관 권순일의 반대의견]

법률에 명문의 규정이 있고 의미와 내용이 명확한 경우에는 그 규정에 부족함이나 불합리한 점이 있다고 하더라도 국회의 입법을 통해 보완해 나가야 옳지, 그러한 절차를 거치지 않고 법원이

곧바로 명문의 규정에 어긋나게 해석하거나 입법자의 의사를 추론하여 새로운 규범을 창설하여서는 안 된다.

재심 규정이 '특례 규정에 따라 유죄 판결을 받고 그 판결이 확정된 경우'에 재심을 청구할 수 있다고 규정하고, 나아가 재심의 관할법원을 '원판결 법원'이 아닌 '제1심 법원'으로 한정하고 있는 점에 비추어 보면, 재심 규정은 제1심의 피고인 불출석 재판에 의하여 유죄판결이 확정된 경우에만 제1심 법원에 재심을 청구하는 것을 허용하고 있을 뿐, 제1심에 이어 항소심도 피고인 불출석 재판으로 진행된 후 제1심판결을 파기하고 다시 유죄판결을 선고하여 확정된 경우에는 재심을 허용하지 않고 있음이 분명하다.

형사소송법상 재심은 확정된 종국판결에 중대한 하자가 있음을 이유로 판결의 기판력을 깨뜨려 부당함을 시정하는 사후적인 구제절차이므로, 재심사유는 형사소송법이 열거하고 있는 사유에 한정되고 그 이외의 사유는 허용되지 않는다. 이러한 재심사유의 엄격성을 완화하기 위하여 헌법재판소법 등 개별 법률로 재심사유를 확장해 가고 있기는 하지만, 여전히 재심사유는 법률로 엄격히 제한되어 법률에서 제한적으로 인정하는 사유 이외에는 허용되지 않는다.

결론적으로, 제1심에 이어 항소심도 피고인 불출석 재판으로 진행하여 제1심판결을 파기하고 다시 유죄판결을 선고하여 확정된 경우에도 재심 규정을 유추 적용하여 항소심 법원에 재심을 청구할 수 있다는 다수의견은 정당한 법률해석의 한계를 벗어나 사실상 입법을 한 것이나 다름없어 받아들이기 어렵다.

### 〈선정이유〉

제1심 피고인의 불출석 재판(「소송촉진 등에 관한 특례법」 제23조)에 대하여 검사만 항소하고 이에 따라 항소심도 피고인 불출석 재판으로 진행된 후에 제1심판결을 파기하고 새로 또는 다시 유죄판결을 선고하여 유죄판결이 확정된 경우에 재심규정(같은 법 제23조의2 제1항)을 유추적용하여 귀책사유 없이 항소심 법원에 재심을 청구할 수 있다는 입장이 제시된 판결이다.

## 165. 일시퇴정

(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도9344 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제297조에 따라 피고인을 퇴정하게 하고 증인신문을 진행하는 경우 피고인의 반대신문권을 배제할 수 있는지 여부 및 피고인에게 실질적인 반대신문의 기회를 부여하지 아니한 채 이루어진 증인의 법정진술이 위법한 증거로 볼 수 있는지 여부

### 〈판결요지〉

[1] 형사소송법 제297조의 규정에 따라 재판장은 증인이 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에는 피고인을 퇴정하게 하고 증인신문을 진행함으로써 피고인의 직접적인 증인 대면을 제한할 수 있지만, 이러한 경우에도 피고인의 반대신문권을 배제하는 것은 허용될 수 없다.

[2] 형사소송법 제297조에 따라 변호인이 없는 피고인을 일시 퇴정하게 하고 증인신문을 한 다

음 피고인에게 실질적인 반대신문의 기회를 부여하지 아니한 채 이루어진 증인의 법정진술은 위법한 증거로서 증거능력이 없다고 볼 여지가 있으나, 그 다음 공판기일에서 재판장이 증인신문 결과 등을 공판조서(증인신문조서)에 의하여 고지하였는데 피고인이 '변경할 점과 이의할 점이 없다'고 진술하여 책문권 포기 의사를 명시함으로써 실질적인 반대신문의 기회를 부여받지 못한 하자가 치유되었다

### 〈선정이유〉

재판장은 증인이 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에는 피고인을 퇴정하게 하고 증인신문을 진행함으로써 피고인의 직접적인 증인 대면을 제한할 수 있으나(형사소송법 제297조 제1항), 이러한 경우에도 피고인의 반대신문권까지 배제하는 것은 허용될 수 없다. 다만 대법원은 피고인에게 실질적인 반대신문의 기회를 부여하지 않은 증인신문은 위법하지만 이 경우에도 다음 공판기일에 재판장이 증인신문 결과를 증인신문조서에 의하여 고지하였고 이에 대해 피고인이 '변경할 점과 이의할 점이 없다'고 진술하였다면 책문권 포기 그 하자가 치유된다는 입장을 제시하고 있다.

## 166. 필요적 변호사건에서 변호인 없이 한 공판절차 진행의 효력

(대법원 2011. 9. 8. 선고 2011도6325 판결)

### 〈쟁점〉

필요적 변호사건에서 제1심 공판절차가 변호인 없이 이루어진 경우, 제1심이 행한 소송행위의 효력 및 항소심이 취해야 할 조치

### 〈판결요지〉

형사소송법 제282조에 규정된 필요적 변호사건에 해당하는 사건에서 제1심의 공판절차가 변호인 없이 이루어져 증거조사와 피고인신문 등 심리가 이루어졌다면, 그와 같은 위법한 공판절차에서 이루어진 증거조사와 피고인신문 등 일체의 소송행위는 모두 무효이므로, 이러한 경우 항소심으로서 변호인이 있는 상태에서 소송행위를 새로이 한 후 위법한 제1심판결을 파기하고, 항소심에서의 증거조사 및 진술 등 심리 결과에 기하여 다시 판결하여야 한다.

### 〈선정이유〉

필요적 변호사건(형사소송법 제282조)의 경우에는 변호인의 출석이 공판개정의 요건이 되는데, 이러한 필요적 변호사건에서 제1심 공판절차가 변호인 없이 이루어진 경우 제1심이 행한 소송행위는 모두 무효가 되고, 항소심으로서 변호인이 있는 상태에서 소송행위를 새로이 한 후 위법한 제1심판결을 파기하고 항소심에서의 증거조사 및 진술 등 심리 결과에 기하여 다시 판결하여야 한다는 입장이 제시된 판결이다.

**167. 필요적 변호사건에서 변호인의 퇴정**

(대법원 1991. 6. 28. 선고 91도865 판결)

**〈쟁점〉**

필요적 변호사건에서 피고인이 재판거부의 의사표시 후 재판장의 허가 없이 퇴정하고 변호인마저 이에 동조하여 퇴정해 버린 경우, 수소법원에서는 피고인이나 변호인의 재정없이도 심리판결할 수 있는지 여부

**〈판결요지〉**

필요적 변호사건이라 하여도 피고인이 재판거부의 의사를 표시하고 재판장의 허가 없이 퇴정하고 변호인마저 이에 동조하여 퇴정해 버린 것은 모두 피고인측의 방어권의 남용 내지 변호권의 포기로 볼 수밖에 없는 것이므로 수소법원에서는 형사소송법 제330조에 의하여 피고인이나 변호인의 재정 없이도 심리판결 할 수 있다.

**〈선정이유〉**

필요적 변호사건에서 변호인이 피고인의 명시적 또는 묵시적 동의하에 재판장의 허가 없이 퇴정하거나 재판장의 질서유지를 위한 퇴정명령을 받은 경우에 형사소송법 제330조를 유추적용할 수 있는지에 대하여 적극설, 제한적 적극설, 소극설의 견해가 대립되는데, 적극설의 입장을 밝힌 판례이다.

**168. 전문심리위원의 참여**

(대법원 2019. 5. 30. 선고 2018도19051 판결)

**〈쟁점〉**

형사소송법과 형사소송규칙 등에서 전문심리위원의 형사소송절차 참여와 관련하여 상세한 규정을 마련한 취지 및 이와 관련하여 형사재판의 담당 법원이 준수하여야 할 사항

**〈판결요지〉**

형사소송법 제279조의2 제1항, 제2항, 제4항, 제279조의4 제1항, 제279조의5 제1항, 형사소송규칙 제126조의8, 제126조의10, 전문심리위원의 소송절차 참여에 관한 예규 제4조 제1항, 제5조에서 전문심리위원의 형사소송절차 참여와 관련하여 위와 같이 상세한 규정을 마련한 것은, 전문심리위원의 전문적 지식이나 경험에 기초한 설명이나 의견이 법원의 심증형성에 상당한 영향을 미칠 가능성이 있음을 고려한 다음 그에 대응하여 전문심리위원이 지정되는 단계, 전문심리위원의 설명이나 의견의 대상 내지 범위를 정하는 과정, 그의 설명이나 의견을 듣는 절차에 피고인 등 당사자가 참여할 수 있도록 한 것이다. 그럼으로써 형사재판에 대한 당사자의 신뢰의 기초가 될 '형사재판의 절차적 공정성과 객관성'이 확보될 수 있기 때문이다. 따라서 형사재판의 담당 법원은 전문심

리위원회에 관한 위 각각의 규정들을 지켜야 하고 이를 준수함에 있어서도 적법절차원칙을 특별히 강조하고 있는 헌법 제12조 제1항을 고려하여 전문심리위원회와 관련된 절차 진행 등에 관한 사항을 당사자에게 적절한 방법으로 적시에 통지하여 당사자의 참여 기회가 실질적으로 보장될 수 있도록 세심한 배려를 하여야 한다. 그렇지 않을 경우, 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙을 구현하기 위하여 형사소송법 등에서 입법한 위 각각의 적법절차조항을 위반한 것임과 동시에 헌법 제27조가 보장하고 있는 공정한 재판을 받을 권리로써 '법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 방어할 수 있는 기회가 실질적으로 부여되는 재판을 받을 권리'의 침해로 귀결될 수 있다.

### 〈선정이유〉

전문심리위원회제는 수사절차에서의 전문수사자문위원회제(형사소송법 제245조의2 이하)와 같이 의료, 건축, 지적재산권, 첨단산업분야 기타 전문적인 지식이 필요한 사건에서 법원의 지정을 받아 소송절차에 참여함으로써 법원의 충실하고 신속한 심리에 도움을 주기 위한 제도이다. 이러한 전문심리위원회와 관련된 절차 진행 등에 관한 사항을 당사자에게 적절한 방법으로 적시에 통지하여 당사자의 참여 기회가 실질적으로 보장될 수 있도록 세심한 배려를 하여야 한다는 입장이 제시된 판결이다.

## 169. 소송지휘권 - 석명권의 행사

(대법원 1983. 6. 14. 선고 83도293 판결)

### 〈쟁점〉

석명권 행사의 의미

### 〈판결요지〉

공소장에 피고인인 계주가 조직한 낙찰계의 조직일자, 구좌·계금과 계원들에게 분배하여야 할 계금이 특정되어 있고 피해자인 계원들의 성명과, 피해자 별 피해액만이 명확하지 아니한 경우에는, 법원은 검사에게 석명을 구하여 만약 이를 명확하게 하지 아니한 경우에 공소사실의 불특정을 이유로 공소기각을 할 것이고 이에 이르지 않고 바로 공소기각의 판결을 하였음은 심리미진의 위법이 있다.

### 〈선정이유〉

석명이란 사건의 내용을 명확히 하기 위하여 당사자 등에게 사실상 및 법률상의 사항에 관하여 질문하여 그 진술 내지 주장을 보충 또는 정정할 기회를 부여하는 것을 말한다. 석명권은 효율적인 소송진행을 위한 소송지휘권의 일환으로 행사하는 것인데, 공소사실의 일부가 명확하지 않는 경우에는 검사에게 석명을 구하여야 하고 만일 바로 공소사실의 불특정을 이유로 공소기각판결을 하는 것은 심리미진의 위법이 있다는 입장을 밝힌 판결이다.

**170. 최종변론 (1) - 검사의 의견진술**

(대법원 2001. 11. 30. 선고 2001도5225 판결)

**〈쟁점〉**

검사가 양형에 관한 의견진술을 하지 않은 것이 판결에 영향을 미친 법률위반이 있는 경우에 해당하는지 여부 및 검사의 구형에 법원이 구속되는지 여부

**〈판결요지〉**

검사가 양형에 관한 의견진술을 하지 않았다 하더라도 이로써 판결에 영향을 미친 법률위반이 있는 경우에 해당한다고 할 수 없고, 검사의 구형은 양형에 관한 의견진술에 불과하여 법원이 그 의견에 구속된다고 할 수 없다.

**〈선정이유〉**

검사는 사실과 법률적용에 관하여 의견을 진술하여야 하고, 다만 검사의 출석 없이 개정된 경우에는 공소장의 기재사항에 의하여 검사의 의견이 있는 것으로 간주한다(형사소송법 제302조). 검사에게 이와 같이 의견진술의 기회를 부여하면 되고 실제 검사가 의견을 진술하지 않더라도 공판절차가 무효가 되는 것은 아니라는 입장이 제시된 판결이다.

**171. 최종변론 (2) - 최종의견 진술**

(대법원 2018. 3. 29. 선고 2018도327 판결)

**〈쟁점〉**

피고인이나 변호인에게 최종의견 진술의 기회를 주지 아니한 채 변론을 종결하고 판결을 선고하는 경우, 소송절차의 법령위반에 해당하는지 여부

**〈판결요지〉**

형사소송법 제303조는 “재판장은 검사의 의견을 들은 후 피고인과 변호인에게 최종의 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.”라고 정하고 있으므로, 최종의견 진술의 기회는 피고인과 변호인 모두에게 주어져야 한다. 이러한 최종의견 진술의 기회는 피고인과 변호인의 소송법상 권리로서 피고인과 변호인이 사실관계의 다툼이나 유리한 양형사유를 주장할 수 있는 마지막 기회이므로, 피고인이나 변호인에게 최종의견 진술의 기회를 주지 아니한 채 변론을 종결하고 판결을 선고하는 것은 소송절차의 법령위반에 해당한다.

**〈선정이유〉**

최종 의견의 진술기회는 피고인과 변호인에게 모두 주어야 하는데(형사소송법 제303조), 만일 피고인과 변호인에게 위와 같은 최종의견 진술의 기회를 주지 아니한 상태에서 심리를 마치고 판결

을 선고하는 것은 위법하다는 입장이 제시된 판결이다.

## IV. 증거조사

### 172. 법원의 직권에 의한 증거조사

(대법원 1990. 11. 27. 선고 90도2205 판결)

#### <쟁점>

법원이 직권에 의한 증거조사를 적절히 하지 않은 경우의 효과

#### <판결요지>

항소이유서에서 피고인이 공소제기된 부정수표단속법위반의 수표발행시기에 교도소에 수감되어 있었고, 이 사건 수표는 타인이 훔쳐 사용하였다고 주장하였고, 실제로 피고인이 무고죄로 구속되어 재판을 받은 날과 마지막으로 수표를 발행하였다는 날짜와는 40일 정도의 간격밖에 없었다면 사실심인 항소심으로서 마땅히 이 부분에 대한 심리를 하였어야 할 것인데도, 이를 심리하지 아니한 것은 심리미진이 위법을 저지른 것이다.

#### <선정이유>

법원은 실제적 진실발견의 책무가 있으므로 직권에 의한 증거조사는 법원의 권한인 동시에 의무이다. 따라서 법원이 직권에 의한 증거조사를 적절히 하지 않은 경우에는 심리미진의 위법이 인정되어 상대적 항소이유(형사소송법 제361조의5 제1호)와 상고이유(형사소송법 제383조 제1호)가 된다는 입장이 제시된 판결이다.

### 173. 법원의 증거결정

(대법원 2020. 12. 10. 선고 2020도2623 판결)

#### <쟁점>

다른 증거나 증인의 진술에 비추어 굳이 추가 증거조사를 할 필요가 없다는 등 특별한 사정이 없고, 소재탐지나 구인장 발부가 불가능한 것이 아님에도 불구하고, 불출석한 핵심 증인에 대하여 소재탐지나 구인장 발부 없이 증인채택 결정을 취소하는 법원의 조치가 위법한지 여부(적극)

#### <판결요지>

형사소송법이 증인의 법정 출석을 강제할 수 있는 권한을 법원에 부여한 취지는, 다른 증거나 증인의 진술에 비추어 굳이 추가 증인신문을 할 필요가 없다는 등 특별한 사정이 없는 한 사건의 실체를 규명하는 데 가장 직접적이고 핵심적인 증인으로 하여금 공개된 법정에서 출석하여 선서 후 증언하도록 하고, 법원은 출석한 증인의 진술을 토대로 형성된 유죄·무죄의 심증에 따라 사건의 실

체를 규명하도록 하기 위함이다. 따라서 다른 증거나 증인의 진술에 비추어 굳이 추가 증거조사를 할 필요가 없다는 등 특별한 사정이 없고, 소재탐지나 구인장 발부가 불가능한 것이 아님에도 불구하고, 불출석한 핵심 증인에 대하여 소재탐지나 구인장 발부 없이 증인채택 결정을 취소하는 것은 법원의 재량을 벗어나는 것으로서 위법하다.

### 〈참고판례〉

(1) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도7947 판결 : 증거신청의 채택 여부는 법원의 재량으로서 법원이 필요하지 않다고 인정할 때에는 이를 조사하지 않을 수 있는 것이고, 법원이 적법하게 공판의 심리를 종결한 뒤에 피고인이 증인신청을 하였다 하여 반드시 공판의 심리를 재개하여 증인신문을 하여야 하는 것은 아니므로, 원심이 제1심에서 이미 증인신문이 이루어진 공소의 2에 대한 증인신청을 하기 위한 피고인 1의 변론재개신청을 받아들이지 아니하였다고 하여 위법하다고 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

법원이 개개의 증거에 대해 증거결정을 하여 증거조사를 실시하는 여부는 기본적으로 법원의 재량이지만, 「특정범죄신고자 등 보호법」에 따라 보호되는 제보자 증인이 불출석하는 상황에서, 소재탐지촉탁 및 구인 결정 등을 하지 않고 증인채택결정을 취소한 경우 법원의 재량을 벗어난 위법처분이라는 입장을 밝힌 판례이다.

## 174. 증거결정에 대한 불복

(대법원 1990. 6. 8. 선고 90도646 판결)

### 〈쟁점〉

증거신청채부결정에 대한 불복방법

### 〈판결요지〉

당사자의 증거신청에 대한 법원의 채택여부의 결정은 판결 전의 소송절차에 관한 결정으로서 이의신청을 하는 외에는 달리 불복할 수 있는 방법이 없고, 다만 그로 말미암아 사실을 오인하여 판결에 영향을 미치기에 이른 경우에만 이를 상소의 이유로 삼을 수 있을 뿐이다.

### 〈선정이유〉

증거결정은 판결 전의 소송절차에 관한 결정이므로 즉시항고를 허용하는 규정이 없어 항고를 할 수 없고(형사소송법 제403조 제1항), 증거결정에 법령의 위반이 있음을 이유로 하는 경우에 한하여 이의신청을 할 수 있을 뿐이다(형사소송법 제295조, 규칙 제135조의2 단서). 다만 증거능력이 있는 증거에 대하여 증거신청을 기각하는 등의 증거결정으로 말미암아 사실을 오인한 경우에는 판결에 영향을 미친 법령위반에 해당하므로(형사소송법 제361조의5 제1호, 제383조 제1호) 판결 자체에 대하여 상소를 할 수 있다는 입장이 제시된 판결이다.

## 175. 공범 아닌 공동피고인의 증인적격

(대법원 2006. 1. 12. 선고 2005도7601 판결)

### 〈쟁점〉

절도범과 장물범이 함께 기소된 경우, 검사 작성의 공동피고인에 대한 피의자신문조서가 증거능력을 갖기 위한 요건

### 〈판결요지〉

공동피고인인 절도범과 그 장물범은 서로 다른 공동피고인의 범죄사실에 관하여는 증인의 지위에 있다 할 것이므로, 피고인이 증거로 함에 동의한 바 없는 공동피고인에 대한 피의자신문조서는 공동피고인의 증언에 의하여 그 성립의 진정이 인정되지 아니하는 한 피고인의 공소 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

증인신문이란 증인으로부터 과거의 체험사실에 대한 진술을 듣는 증거조사를 말한다. 공동피고인이란 2인 이상의 피고인이 동일한 공판절차에서 공동으로 심판을 받는 경우에 그 각각의 피고인을 말하고, 공동피고인의 한 사람에 대하여 다른 피고인을 상피고인이라 한다. 이때 공동피고인이 상피고인의 사건에 대하여 증인될 수 있는지에 대해 긍정설, 부정설 및 절충설의 견해가 대립하고 있다.

공범인 공동피고인과 달리 피고인과 별개의 범죄사실로 기소되어 병합심리중인 공동피고인, 즉 공범 아닌 공동피고인은 피고인의 범죄사실에 관하여는 증인의 지위에 있으므로 증인으로서 선서하고 성립의 진정을 인정하면 공동피고인에 대한 피의자신문조서의 증거능력이 인정된다는 입장이 제시된 판결이다.

## 176. 공범인 공동피고인의 증인적격

(대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도3300 판결)

### 〈쟁점〉

공범인 공동피고인이 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인적격이 있는지 여부

### 〈판결요지〉

[1] 공범인 공동피고인은 당해 소송절차에서는 피고인의 지위에 있으므로 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있다.

[2] 게임장의 종업원이 그 운영자와 함께 게임산업진흥에 관한 법률 위반죄의 공범으로 기소되어 공동피고인으로 재판받을 중, 운영자에 대한 공소사실에 관한 증인으로 증언한 내용과 관련하여 위증죄로 기소된 사안에서, 소송절차가 분리되지 않은 이상 위 종업원은 증인적격이 없어 위증죄가

성립하지 않는다

### 〈참고판례〉

(1) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2009도11249 판결 : 피고인의 지위에 있는 공동피고인은 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있고, 이는 대항범인 공동피고인의 경우에도 다르지 않다(피고인들이 뇌물증·수뢰사건으로 공소제기된 사례).

### 〈선정이유〉

공범인 공동피고인 또는 공범 아닌 공동피고인은 당해 소송절차에서는 피고인의 지위에 있어서 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있다는 입장이 제시된 판결이다.

결국 대법원은 위 2005도7601 판결과 2008도3300 판결을 통해 실질적 관련성이 없는 사건에서는 공동피고인의 증인적격을 인정하는 반면에 공범인 공동피고인에 대해서는 증인적격을 부정하여 절충설의 입장을 취하고 있음을 알 수 있다.

## 177. 선서무능력자의 증언

(대법원 2006. 4. 14. 선고 2005도9561 판결)

### 〈쟁점〉

사고 당시 만 3세 3개월 내지 만 3세 7개월 가량이던 피해자인 여아의 증언능력

### 〈판결요지〉

피해자 공소의 1(1999. 7. 14.생으로서 이 사건 사고 당시 만 3세 3개월 내지 만 3세 7개월 가량이 (명칭 생략) 아동센터에서 정신과 전문의 공소의 2로부터 진료를 받을 당시(2004. 7. 7.)와 연세의료원에서 임상심리전문가 공소의 3으로부터 심리평가를 받을 당시(2004. 7. 15.) 및 은평시립병원에서 (명칭 생략)집의 사회복지사 공소의 4와 대화시(2004. 8. 5.경)에는 각 만 5세 가량, 경찰에서 진술 당시(2005. 4. 20.)에는 만 5세 9개월 남짓 된 여아이나, 위 피해자가 경험한 사실이 “피고인이 피해자의 발가락을 빨고 가슴을 만졌으며, 또한 음부에 피고인의 손가락을 넣거나 성기를 집어넣었다.”는 비교적 단순한 것으로서 피해자 연령 정도의 유아라고 하더라도 별다른 사정이 없는 한 이를 알고 그 내용을 표현할 수 있는 범위 내의 것일 뿐만 아니라, 그 진술이 그 연령의 유아 수준의 표현이라고 보여지며, 위 공소의 3의 심리평가 결과 위 피해자가 그 심리평가 무렵 평균 수준의 지능, 어휘력 및 지각적 조직화 능력(비언어적 의사소통능력)을 가지고 있어 자신이 경험하는 일들에 대하여 적절히 보고하는 능력이 있는 것으로 나타나는 등, 기록에 나타난 위 피해자의 진술내용과 진술태도, 표현방식 등을 종합해 보면, 위 피해자는 위 각 대화 내지 진술 당시 증언능력에 준하는 능력을 갖추었던 것으로 인정되고, 나아가 그 각 진술의 신빙성도 인정된다.

### 〈참고판례〉

(1) 대법원 1999. 11. 26. 선고 판결 : 증인의 증언능력은 증인 자신이 과거에 경험한 사실을 그 기억에 따라 공술할 수 있는 정신적인 능력이라 할 것이므로, 유아의 증언능력에 관해서도 그 유무는 단지 공술자의 연령만에 의할 것이 아니라 그의 지적수준에 따라 개별적이고 구체적으로 결정되어야 함은 물론 공술의 태도 및 내용 등을 구체적으로 검토하고, 경험한 과거의 사실이 공술자의 이해력, 판단력 등에 의하여 변식될 수 있는 범위 내에 속하는가의 여부도 충분히 고려하여 판단하여야 한다(사건 당시 만 4세 6개월, 제1심 증언 당시 만 6세 11개월 된 피해자인 유아의 증언능력을 인정한 사례).

### 〈선정이유〉

선서무능력자는 16세 미만의 자와 선서의 취지를 이해하지 못하는 자이고, 이러한 선서무능력자는 선서의무가 없으므로 선서하게 하지 않고 신문하여야 한다(형사소송법 제159조). 선서무능력자인 유아의 증언능력과 그 진술의 신빙성을 판단하는 기준을 제시한 판결이다.

## 178. 증언거부권

(대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도10028 판결)

### 〈쟁점〉

범행을 하지 아니한 자가 범인으로 공소제기되어 피고인의 지위에서 범행사실을 허위자백하고, 나아가 공범에 대한 증인의 자격에서 증언하면서 공범과 함께 범행하였다고 허위의 진술을 한 경우, 증언거부권의 대상이 되는지 여부

### 〈판결요지〉

형사소송법에서 위와 같이 증언거부권의 대상으로 규정한 ‘공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려 있는 증인’에는 자신이 범행을 한 사실뿐 아니라 범행을 한 것으로 오인되어 유죄판결을 받을 우려가 있는 사실 등도 포함된다고 할 것이다. 따라서 범행을 하지 아니한 자가 범인으로 공소제기가 되어 피고인의 지위에서 범행사실을 허위자백하고, 나아가 공범에 대한 증인의 자격에서 증언을 하면서 그 공범과 함께 범행하였다고 허위의 진술을 한 경우에도 그 증언은 자신에 대한 유죄판결의 우려를 증대시키는 것이므로 증언거부권의 대상은 된다고 볼 것이다. 다만 그 경우는 자신이 하지 아니한 범행을 오히려 했다고 진술하는 것으로서 자기부죄거부의 특권이 인정되는 본래 모습과는 상당한 차이가 있으므로, 이는 증언거부권을 고지받았으면 증언을 거부하였을지 여부, 즉 증언거부권의 행사에 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는지를 판단함에 있어 중요한 요소로 고려함이 마땅하다.

### 〈참고판례〉

(1) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011도11994 판결 : 형사소송법 제148조의 증언거부권은 헌법 제12조 제2항에 정한 불이익의 진술의 강요금지 원칙을 구체화한 자기부죄거부특권에 관한 것인

데, 이미 유죄의 확정판결을 받은 경우에는 헌법 제13조 제1항에 정한 일사부재리의 원칙에 의해 다시 처벌받지 아니하므로 자신에 대한 유죄판결이 확정된 증인은 공범에 대한 사건에서 증언을 거부할 수 없고, 설령 증인이 자신에 대한 형사사건에서 시종일관 범행을 부인하였다더라도 그러한 사정만으로 증인이 진실대로 진술할 것을 기대할 수 있는 가능성이 없는 경우에 해당한다고 할 수 없으므로 허위의 진술에 대하여 위증죄 성립을 부정할 수 없다. 한편 자신에 대한 유죄판결이 확정된 증인이 재심을 청구한다 하더라도, 이미 유죄의 확정판결이 있는 사실에 대해서는 일사부재리의 원칙에 의하여 거듭 처벌받지 않는다는 점에 변함이 없고, 형사소송법상 피고인의 불이익을 위한 재심청구는 허용되지 아니하며(형사소송법 제420조), 재심사건에는 불이익변경 금지 원칙이 적용되어 원판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못하므로(형사소송법 제439조), 자신의 유죄 확정판결에 대하여 재심을 청구한 증인에게 증언의무를 부과하는 것이 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려 있는 증언을 강제하는 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 자신에 대한 유죄판결이 확정된 증인이 공범에 대한 피고사건에서 증언할 당시 앞으로 재심을 청구할 예정이라고 하여도, 이를 이유로 증인에게 형사소송법 제148조에 의한 증언거부권이 인정되지는 않는다(피고인이 마약류관리에 관한 법률 위반(향정)죄로 이미 유죄판결을 받아 확정된 후 별건으로 기소된 공범 갑에 대한 공판절차의 증인으로 출석하여 허위의 진술을 한 사안에서, 피고인에게 증언을 거부할 권리가 없으므로 증언에 앞서 증언거부권을 고지받지 못하였더라도 증인신문절차상 잘못이 없다고 판단하여 위증죄를 인정한 원심판단을 수긍한 사례).

### 〈선정이유〉

증언거부권이란 증언의무가 있는 증인이 일정한 법률상의 사유를 근거로 증언을 거부할 수 있는 권리를 말한다. 형사소송법 제148조는 누구든지 자기나, 친족이거나 친족이었던 사람, 법정대리인, 후견감독인의 어느 하나에 해당하는 자가 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 드러날 염려가 있는 증언을 거부할 수 있다고 규정하고 있다. 이때 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려 있는 증언이란 공소제기가 된 상태에서 아직 판결이 선고되기 전에 타인의 피고사건에 대하여 증언하게 되면 자기나 근친자에게 유죄의 자료를 제공하는 경우를 말한다. 이러한 증언에 자신이 범행을 한 사실뿐 아니라 범행을 한 것으로 오인되어 유죄판결을 받을 우려가 있는 사실 등도 포함된다는 입장이 제시된 판결이다.

## 179. 증언거부권의 고지

(대법원 2010. 1. 21. 선고 2008도942 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

증언거부사유가 있음에도 증언거부권을 고지받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우 위증죄 성립 여부

### 〈판결요지〉

증언거부권 제도는 증인에게 증언의무의 이행을 거절할 수 있는 권리를 부여한 것이고, 형사소송법상 증언거부권의 고지 제도는 증인에게 그러한 권리의 존재를 확인시켜 침묵할 것인지 아니면

진술할 것인지에 관하여 심사숙고할 기회를 충분히 부여함으로써 침묵할 수 있는 권리를 보장하기 위한 것임을 감안할 때, 재판장이 신문 전에 증인에게 증언거부권을 고지하지 않은 경우에도 당해 사건에서 증언 당시 증인이 처한 구체적인 상황, 증언거부사유의 내용, 증인이 증언거부사유 또는 증언거부권의 존재를 이미 알고 있었는지 여부, 증언거부권을 고지 받았더라도 허위진술을 하였을 것이라고 볼 만한 정황이 있는지 등을 전체적·종합적으로 고려하여 증인이 침묵하지 아니하고 진술한 것이 자신의 진정한 의사에 의한 것인지 여부를 기준으로 위증죄의 성립 여부를 판단하여야 한다. 그러므로 헌법 제12조 제2항에 정한 불이익 진술의 강요금지 원칙을 구체화한 자기부죄거부 특권에 관한 것이거나 기타 증언거부사유가 있음에도 증인이 증언거부권을 고지받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우에는 위증죄의 성립을 부정하여야 할 것이다.

### 〈선정이유〉

증인이 증언거부권자에 해당하는 경우에 재판장은 증인신문 전에 증언을 거부할 수 있음을 설명하여야 한다(형사소송법 제160조). 증인이 이러한 증언거부권자임에도 재판장이 증인신문 전에 증인에게 증언거부권을 고지하지 않은 경우에 증인에게 위증죄가 성립하는지에 대해 긍정설과 부정설의 견해가 대립한다. 이와 관련하여 증인이 증언거부사유가 있음에도 증언거부권을 고지받지 못함으로 인하여 그 증언거부권을 행사하는 데 사실상 장애가 초래되었다고 볼 수 있는 경우에 위증죄의 성립이 부정된다는 입장을 밝힌 판결이다.

## 180. 당사자의 참여권 - 피고인의 참여권

(대법원 1969. 7. 25. 선고 68도1481 판결)

### 〈쟁점〉

피고인 본인 또는 그 변호인이 미리 증인신문에 참여케 하여 달라고 신청한 경우에는 변호인이 참여하겠다고 하여도 피고인의 참여없이 실시한 증인신문이 위법한지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

피고인 본인 또는 그 변호인이 미리 증인신문에 참여케 하여 달라고 신청한 경우에는 변호인이 참여하겠다고 하여도 피고인의 참여없이 실시한 증인신문은 위법이다.

### 〈선정이유〉

검사·피고인 또는 변호인은 증인신문에 참여할 권리를 가진다. 따라서 증인신문의 시일과 장소를 당사자에게 통지하지 아니한 때에는 증인신문은 위법할 뿐만 아니라 피고인이 참여하게 하여 달라고 신청한 때에는 변호인이 참여한 때에도 피고인의 참여 없이 실시한 증인신문은 위법하다는 입장이 제시된 판결이다.

## 181. 비디오 등 증거장치 등에 의한 증인신문

(대법원 2015. 5. 28. 선고 2014도18006 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제165조의2 제3호의 요건이 충족될 경우, 피고인 외에 검사, 변호인, 방청인 등에 대하여도 차폐시설 등을 설치하는 방식으로 증인신문을 할 수 있는지 여부 및 이는 형사소송규칙 제84조의9에서 ‘피고인’과 증인 사이의 차폐시설 설치만을 규정하고 있더라도 마찬가지인지 여부

### 〈판결요지〉

형사소송법 제165조의2 제3호에 의하면, 법원은 범죄의 성질, 증인의 연령, 피고인과의 관계, 그 밖의 사정으로 인하여 ‘피고인 등’과 대면하여 진술하면 심리적인 부담으로 정신의 평온을 현저하게 잃을 우려가 있다고 인정되는 사람을 증인으로 신문하는 경우 상당하다고 인정되는 때에는 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 차폐시설 등을 설치하고 신문할 수 있다.

증인이 대면하여 진술함에 있어 심리적인 부담으로 정신의 평온을 현저하게 잃을 우려가 있는 상대방은 피고인인 경우가 대부분일 것이지만, 증인이나 피고인과의 관계에 따라서는 방청인 등 다른 사람도 상대방이 될 수 있다. 이에 따라 형사소송법 제165조의2 제3호도 대상을 ‘피고인 등’이라고 규정하고 있으므로, 법원은 형사소송법 제165조의2 제3호의 요건이 충족될 경우 피고인뿐만 아니라 검사, 변호인, 방청인 등에 대하여도 차폐시설 등을 설치하는 방식으로 증인신문을 할 수 있으며, 이는 형사소송규칙 제84조의9에서 피고인과 증인 사이의 차폐시설 설치만을 규정하고 있다고 하여 달리 볼 것이 아니다.

다만 증인이 변호인을 대면하여 진술함에 있어 심리적인 부담으로 정신의 평온을 현저하게 잃을 우려가 있다고 인정되는 경우는 일반적으로 쉽게 상정할 수 없고, 피고인뿐만 아니라 변호인에 대해서까지 차폐시설을 설치하는 방식으로 증인신문이 이루어지는 경우 피고인과 변호인 모두 증인이 증언하는 모습이나 태도 등을 관찰할 수 없게 되어 그 한도에서 반대신문권이 제한될 수 있으므로, 변호인에 대한 차폐시설의 설치, 특정범죄신고자 등 보호법 제7조에 따라 범죄신고자 등이나 친족 등이 보복을 당할 우려가 있다고 인정되어 조서 등에 인적사항을 기재하지 아니한 범죄신고자 등을 증인으로 신문하는 경우와 같이, 이미 인적사항에 관하여 비밀조치가 취해진 증인이 변호인을 대면하여 진술함으로써 자신의 신분이 노출되는 것에 대하여 심한 심리적인 부담을 느끼는 등의 특별한 사정이 있는 경우에 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다.

### 〈선정이유〉

형사소송법 제162조의2는 비디오 등 증거장치 등에 의한 증인신문에 관한 사항을 규정하고 있다. 이는 피해자 등의 증인이 피고인이나 방청인들 앞에서 증언하는 경우에 입게 될 정신적 압박과 불안감을 배제 또는 완화하기 위한 조치이다. 이와 관련하여 같은 조 제3호의 대상을 ‘피고인 등’이라고 규정하고 있으므로 법원은 차폐시설 등의 설치요건이 충족될 경우에 피고인이나 방청인뿐만 아니라 검사와 변호인에 대하여도 차폐시설 등을 설치하는 방식으로 증인신문을 할 수 있다. 다만 변호인에 대한 차폐시설의 설치에 특별한 사정이 있는 경우에 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이라는 입장이 제시된 판결이다.

## 182. 유도신문

(대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결)

### 〈쟁점〉

유도신문과 책문권의 포기

### 〈판결요지〉

검사가 제1심 증인신문 과정에서 증인 갑 등에게 주신문을 하면서 형사소송규칙상 허용되지 않는 유도신문을 하였다고 볼 여지가 있었는데, 그 다음 공판기일에 재판장이 증인신문 결과 등을 각 공판조서(증인신문조서)에 의하여 고지하였음에도 피고인과 변호인이 '변경할 점과 이의할 점이 없다'고 진술한 사안에서, 피고인이 책문권 포기 의사를 명시함으로써 유도신문에 의하여 이루어진 주신문의 하자가 치유되었다.

### 〈선정이유〉

유도신문이란 신문하는 자가 원하는 내용을 진술하도록 증인을 유인하는 신문을 말한다. 주신문에서는 원칙적으로 유도신문이 금지되고(규칙 제75조 제2항 본문), 재판장은 주신문자가 유도신문을 하는 경우에 이를 제지하여야 한다(같은 조 제3항). 이와 관련하여 유도신문이 이루어진 경우에 그에 따른 증언은 위법한 증거가 되지만 증인신문을 하고 공판조서(증인신문조서)가 작성된 후에 다음 공판기일에 재판장이 증인신문 결과 등을 공판조서에 의하여 고지하였는데, 피고인과 변호인이 '변경할 점과 이의할 점이 없다'고 진술하였다면 책문권의 포기의사를 명시한 것으로 보아 유도신문에 의해 주신문이 이루어진 하자가 치유되었기에 그 부분의 증언이 적법하게 된다는 입장이 제시된 판결이다.

## 183. 증인신문의 일시와 장소

(대법원 2000. 10. 13. 선고 2000도3265 판결)

### 〈쟁점〉

법원이 공판기일에 증인을 채택하여 다음 공판기일에 증인신문을 하기로 피고인에게 고지하였으나 피고인이 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 경우, 이미 출석하여 있는 증인에 대하여 공판기일 외의 신문으로서 증인신문을 하고 다음 공판기일에 그 증인신문조서에 대한 서증조사를 하는 것이 증거조사절차로서 적법한지 여부

### 〈판결요지〉

법원이 공판기일에 증인을 채택하여 다음 공판기일에 증인신문을 하기로 피고인에게 고지하였는데 그 다음 공판기일에 증인은 출석하였으나 피고인이 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 경우, 그 사건이 형사소송법 제277조 본문에 규정된 다액 100만 원 이하의 벌금 또는 과료에 해당하거

나 공소기각 또는 면소의 재판을 할 것이 명백한 사건이 아니어서 같은 법 제276조의 규정에 의하여 공판기일을 연기할 수밖에 없더라도, 이미 출석하여 있는 증인에 대하여 공판기일 외의 신문으로서 증인신문을 하고 다음 공판기일에 그 증인신문조서에 대한 서증조사를 하는 것은 증거조사 절차로서 적법하다.

### 〈선정이유〉

법원이 공판기일에 증인을 채택하여 다음 공판기일에 증인신문을 하기로 피고인에게 고지하였는데, 그 다음 공판기일에 증인은 출석하였으나 피고인이 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 경우에 이미 출석하여 있는 증인에 대하여 공판기일 외의 신문으로서 증인신문을 하고 다음 공판기일에 그 증인신문조서에 대한 서증조사를 하는 것이 증거조사절차로서 적법하다는 입장이 제시된 판결이다.

## 184. 감정

(대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도870 판결)

### 〈쟁점〉

항소이유서에서 명시적으로 심신장애 주장을 하지 않은 경우라도 법원이 직권으로 피고인의 심신장애 여부를 심리하였어야 하는지 여부

### 〈판결요지〉

피고인이 정신장애 3급의 장애자로 등록되어 있고, 진료소견서 등에도 병명이 ‘미분화형 정신분열증 및 상세불명의 간질’ 등으로 기재되어 있을 뿐만 아니라, 수사기관에서부터 자신의 심신장애 상태를 지속적으로 주장하여 왔으며, 변호인 또한 공판기일에서 피고인의 심신장애를 주장하는 내용의 진술을 하였다면, 비록 피고인이 항소이유서에서 명시적으로 심신장애 주장을 하지 않았다고 하더라도, 직권으로라도 피고인의 병력을 상세히 확인하여 그 증상을 밝혀보는 등의 방법으로 범행 당시 피고인의 심신장애 여부를 심리하였어야 한다.

### 〈선정이유〉

감정이란 특별한 지식이나 경험을 가진 제3자가 그 지식이나 경험에 의하여 알 수 있는 법칙 또는 그 법칙을 적용하여 얻은 판단을 법원에 보고하는 것을 말한다. 법원이 감정을 명할 것인지의 여부는 원칙적으로 법원의 재량이라고 하겠지만 법률에 의하여 감정이 필요적으로 요구되고 있는 경우(형사소송법 제306조 제3항)와 사실인정을 위해 감정을 명하는 것이 합리적이라고 판단되는 경우에는 예외적으로 법원은 감정을 명할 의무가 있다. 책임능력 인정 여부와 관련하여 심신장애상태의 의심이 드는데도 건강보험공단에 대한 문서송부촉탁, 피고인이 치료받은 병원에 대한 사실조회 등을 포함하여 정신감정을 하지 않았다면 심리미진과 심신장애에 관한 법리오해의 위법이 있다는 입장이 제시된 판결이다.

## V. 공판절차의 특칙

### 185. 간이공판절차에서 피고인의 공판정에서의 자백

(대법원 2006. 5. 11. 선고 2004도6176 판결)

#### 〈쟁점〉

피고인의 공판정에서의 자백 내용

#### 〈판결요지〉

제1심 공판기일에서의 피고인의 진술이 공소사실 중 일부를 부인하거나 또는 최소한 피고인에게 폭력의 습벽이 있음을 부인하는 취지라고 보임에도, 간이공판절차에 의하여 상습상해 내지 폭행의 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 유지한 원심판결에 간이공판절차에 관한 법리를 오해하거나 증거 없이 유죄로 인정한 위법이 있다.

#### 〈참고판례〉

(1) 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도2116 판결 : 피고인이 법정에서 "공소사실은 모두 사실과 다름없다."고 하면서 술에 만취되어 기억이 없다는 취지로 진술한 경우에, 피고인이 음주상태로 운전하다가 교통사고를 내었고, 또한, 사고 후에 도주까지 하였다고 하더라도 피고인이 술에 만취되어 사고 사실을 몰랐다고 범의를 부인함과 동시에 그 범행 당시 심신상실 또는 심신미약의 상태에 있었다는 주장으로서 형사소송법 제323조 제2항에 정하여진 법률상 범죄의 성립을 조각하거나 형의 감면의 이유가 되는 사실의 진술에 해당하므로 피고인은 적어도 공소사실을 부인하거나 심신상실의 책임조각사유를 주장하고 있는 것으로 볼 여지가 충분하므로 간이공판절차에 의하여 심판할 대상에 해당하지 아니한다,

#### 〈선정이유〉

자백은 공소사실에 대한 자백이어야 하는데, 이때 공소사실의 자백이란 공소장에 기재된 공소사실을 모두 인정할 뿐만 아니라 위법성조각사유와 책임조각사유의 부존재도 인정하는 진술을 말한다. 따라서 피고인이 범의를 부인하거나, 공소사실을 인정하면서도 위법성조각사유나 책임조각사유를 주장하는 경우에는 자백이라고 할 수 없다는 입장이 제시된 판례이다.

### 186. 간이공판절차에서 피고인 자백의 시기

(대법원 1987. 8. 18. 선고 87도1269 판결)

#### 〈쟁점〉

피고인의 공판정 자백의 시기

**〈판결요지〉**

제1심 제5회 공판조서의 기재에 의하면, 피고인은 그전까지의 진술중 부인하였던 점은 잘못된 진술이며 공소사실과 같이 범행을 하였던 것이 틀림이 없다고 이 사건 공소사실 전부에 대하여 자백을 하고 있고, 위법성이나 책임의 조각사유가 되는 사실의 진술을 한 흔적을 찾아볼 수 없으므로 이 사건을 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정한 제1심의 결정은 정당하다.

**〈선정이유〉**

자백은 공판기일에 공판정에서 하여야 한다. 공판기일에서의 자백이 가능한 구체적인 시기에 대하여 모두진술설, 변론종결시설의 견해가 대립하는데, 제1심 제5회 공판기일에 피고인이 이전의 부인 진술을 번복하고 공소사실 전부를 자백하여 제1심이 간이공판절차에 의하여 심판하기로 한 결정은 정당하다는 입장이 제시된 판결이다.

**187. 간이공판절차에서 증거조사에 관한 특칙**

(대법원 1980. 4. 22. 선고 80도333 판결)

**〈쟁점〉**

간이공판절차의 증거조사에서 증거조사 내용을 "증거조사함"이라고 한 경우가 상당한 증거조사 방법인지 여부

**〈판결요지〉**

피고인이 공판정에서 공소사실을 자백한 때에 법원이 취하는 심판의 간이공판절차에서의 증거조사는 증거방법을 표시하고 증거조사내용을 "증거조사함"이라고 표시하는 방법으로 하였다면 간이절차에서의 증거조사에서 법원이 인정채택한 상당한 증거방법이라고 인정할 수 있다.

**〈선정이유〉**

간이공판절차에서도 증거조사를 하여야 하지만 엄격한 증거조사방식에 의할 필요는 없고 법원이 상당하다고 인정하는 방법으로 할 수 있다(형사소송법 제297조의2). 여기서 '상당하다고 인정하는 방법'이란 공개주의 원칙상 당사자와 방청인에게 증거내용을 알 수 있도록 한다는 의미이다. 이와 관련하여 공판조서의 일부인 증거목록에 여러 증거방법을 열거하고 각기 조사내용을 '증거조사함'이라고 기재한 방식의 증거조사도 상당한 방법으로 한 것으로 인정할 수 있다는 입장이 제시된 판결이다.

**188. 변론의 병합과 분리에 대한 결정**

(대법원 2005. 12. 8. 선고 2004도5529 판결)

〈쟁점〉

동일한 피고인에 대하여 각각 별도로 2개 이상의 사건이 공소 제기되었을 경우 반드시 병합 심리하여 동시에 판결을 선고하여야 되는지 여부

〈판결요지〉

동일한 피고인에 대하여 각각 별도로 2개 이상의 사건이 공소 제기되었을 경우 반드시 병합 심리하여 동시에 판결을 선고하여야만 되는 것은 아니므로, 별도로 공소 제기된 사건을 병합 심리하여 달라는 피고인 1의 신청을 받아들이지 아니한 원심의 공판절차에 상고이유의 주장과 같은 위법이 있다고 할 수 없다.

〈참고판례〉

(1) 헌법재판소 2011.3.31. 선고 2009헌바351 전원재판부 : 형사소송법 제5조, 제6조, 제9조, 제10조는, 여러 개의 관련사건이 여러 법원에 계속되어 있다가 사물관할을 달리하여 합의부와 단독판사에게 각각 계속되어 있는 때에 관한 것으로서, 관할의 병합심리의 문제일 뿐 이 사안에서 문제되는 변론의 병합, 분리에 관한 것이 아니어서 당해 사건의 재판에 적용되는 법률이라고 할 수 없으므로, 이 부분 심판청구 부분은 재판의 전제성이 없어서 모두 부적법하다.

나. 이 사건 법률조항은 합리적이고 적정한 변론 진행을 위하여 법원으로 하여금 소송경제와 신속한 재판, 실체적 진실발견의 요청, 검사의 입증이나 피고인 측의 방어에 편의, 경합범처벌조항 적용의 이익, 공범 사이의 사건 처리의 형평, 병합 또는 분리 심리의 장단점을 종합적으로 고려하여 변론의 병합과 분리 여부를 개별적으로 판단하도록 한 것으로서, 그 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다.

〈선정이유〉

변론의 병합과 분리에 대한 결정은 법원의 재량에 속한다. 법원은 실체적 진실발견과 소송경제 등을 종합하여 판단하여야 한다. 이에 따라 동일한 피고인에 대하여 수개의 사건이 별도로 공소 제기되었다고 하여 반드시 병합심리하여야 하는 것은 아니라는 입장이 제시된 판결이다.

**189. 변론재개에 대한 결정**

(대법원 2014. 4. 24. 선고 2014도1414 판결)

〈쟁점〉

변론종결 후에 이루어진 변론재개신청을 불허한 조치가 위법한지 여부

〈판결요지〉

형사소송법 제305조는 “법원은 필요하다고 인정한 때에는 직권 또는 검사, 피고인이나 변호인의 신청에 의하여 결정으로 종결한 변론을 재개할 수 있다”고 규정하고 있는바, 변론종결 후 변론재개 신청이 있는 경우에도 종결한 변론을 재개하느냐의 여부는 법원의 재량에 속하므로, 검사나 피고인

에게 주장 및 입증을 위한 충분한 기회를 부여하였다가 변론을 종결한 이상 다른 특별한 사정이 없는 한 그 후에 이루어진 변론재개신청을 법원이 받아들이지 아니하였다고 하여 이를 위법하다고 할 수는 없다.

### 〈선정이유〉

법원은 필요하다고 인정한 때에는 직권 또는 검사, 피고인이나 변호인의 신청에 의하여 결정으로 종결한 변론을 재개할 수 있다(형사소송법 제305조). 이러한 변론재개에 대한 결정은 법원의 재량에 속한다. 이에 따라 검사나 피고인에게 주장 및 입증을 위한 충분한 기회를 부여하였다가 변론을 종결한 이상 다른 특별한 사정이 없는 한 그 이후에 이루어진 변론재개신청을 법원이 받아들이지 않았어도 위법하지 않다는 입장이 제시된 판결이다.

## 제2절 증거

### I. 증거법의 기본원칙

#### 190. 증거물인 서면

(대법원 2015. 4. 23. 선고 2015도2275 판결)

#### 〈쟁점〉

수표를 발행한 후 예금부족 등으로 지급되지 아니하게 하였다는 부정수표단속법위반 공소사실을 증명하기 위하여 제출되는 수표가 '증거물인 서면'에 해당하는지 여부(적극) / 이때 수표 원본이 아닌 전자복사기를 사용하여 복사한 사본이 증거로 제출되고 피고인이 이를 증거로 하는 데 부동의한 경우, 위 수표 사본의 증거능력을 인정하기 위한 요건

#### 〈판결요지〉

피고인이 수표를 발행하였으나 예금부족 또는 거래정지처분으로 지급되지 아니하게 하였다는 부정수표단속법위반의 공소사실을 증명하기 위하여 제출되는 수표는 그 서류의 존재 또는 상태 자체가 증거가 되는 것이어서 증거물인 서면에 해당하고 어떠한 사실을 직접 경험한 사람의 진술에 갈음하는 대체물이 아니므로, 증거능력은 증거물의 예에 의하여 판단하여야 하고, 이에 대하여는 형사소송법 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용될 여지가 없다.

이때 수표 원본이 아니라 전자복사기를 사용하여 복사한 사본이 증거로 제출되었고 피고인이 이를 증거로 하는 데 부동의한 경우 위 수표 사본을 증거로 사용하기 위해서는 수표 원본을 법정에서 제출할 수 없거나 제출이 곤란한 사정이 있고 수표 원본이 존재하거나 존재하였으며 증거로 제출된 수표 사본이 이를 정확하게 전사한 것이라는 사실이 증명되어야 한다.

#### 〈선정이유〉

부정수표단속법위반죄의 수표는 '증거물인 서면'에 해당하여 전문법칙이 적용될 여지가 없으며, 사본의 경우에는 사본으로서의 요건(즉, 원본의 존재, 원본제출의 불능·곤란, 정확성)을 갖추어야

한다고 한 판결이다.

## 191. 증명책임의 소재와 증명의 정도

(대법원 2018. 6. 19. 선고 2015도3483 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송에서 범죄사실에 관한 증명책임 소재(=검사) 및 피고인에게 유죄를 인정하기 위한 증명의 정도

### 〈판결요지〉

형사소송에서는 범죄사실이 있다는 증거를 검사가 제시하여야 한다. 피고인의 변소가 불합리하여 거짓말 같다고 하여도 그것 때문에 피고인을 불리하게 할 수 없다. 범죄사실의 증명은 법관으로 하여금 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 고도의 개연성을 인정할 수 있는 심증을 갖게 하여야 한다. 이러한 정도의 심증을 형성하는 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 1996. 3. 8. 선고 95도3081 판결 : 민사재판이었다면 입증책임을 지게 되었을 피고인이 그 쟁점이 된 사항에 대하여 자신에게 유리한 입증을 하지 못하고 있다 하여 위와 같은 원칙이 달리 적용되는 것은 아니다.

### 〈선정이유〉

형사소송에서 범죄사실의 증명책임과 유죄 인정에 필요한 증명정도에 대한 판결이다.

## 192. 시공간이 특정되지 않은 사실의 부존재에 대한 증명의 방법

(대법원 2018. 9. 28. 선고 2018도10447 판결)

### 〈쟁점〉

공직선거법 제250조 제2항의 허위사실공표죄에서 공표사실의 '허위성'을 증명하는 방법

### 〈판결요지〉

민주주의정치제도하에서 언론의 자유는 가장 기초적인 기본권이고 선거과정에서도 충분히 보장되어야 한다. 그리고 공직선거에서 후보자의 공직담당적격을 검증하는 것은 필요하고도 중요한 일이므로, 그 적격검증을 위한 언론의 자유도 보장되어야 한다. 이를 위하여 후보자에게 위법이나 부도덕함을 의심케 하는 사정이 있는 경우에는 이에 대한 문제 제기가 허용되어야 하고, 공적 판단

이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 쉽게 봉쇄되어서는 안 된다. 그러나 한편 근거가 박약한 의혹의 제기를 광범위하게 허용할 경우, 비록 나중에 그 의혹이 사실무근으로 밝혀지더라도 잠시나마 후보자의 명예가 훼손됨은 물론, 임박한 선거에서 유권자들의 선택을 오도하는 중대한 결과가 야기되고, 이는 오히려 공익에 현저히 반하는 결과가 된다. 그러므로 후보자의 비리 등에 관한 의혹의 제기는, 비록 그것이 공식적격 여부의 검증을 위한 것이라 하더라도 무제한 허용될 수는 없고, 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 허용되어야 한다. 그리고 이때 의혹사실의 존재를 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지고, 그러한 소명자료를 제시하지 못한다면 달리 그 의혹사실의 존재를 인정할 증거가 없는 한 허위사실 공표의 책임을 져야 하며, 제시된 소명자료 등에 의하여 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 비록 사후에 그 의혹이 진실이 아닌 것으로 밝혀지더라도 표현의 자유 보장을 위하여 이를 별할 수 없다. 그리고 허위사실공표죄에서 의혹을 받을 일을 한 사실이 없다고 주장하는 사람에 대하여, 의혹을 받을 사실이 존재한다고 적극적으로 주장하는 자는, 그러한 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지고, 검사는 제시된 그 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 허위성의 증명을 할 수 있다. 이때 제시하여야 할 소명자료는 위 법리에 비추어 단순히 소문을 제시하는 것만으로는 부족하고, 적어도 허위성에 관한 검사의 증명활동이 현실적으로 가능할 정도의 구체성은 갖추어야 하며, 이러한 소명자료의 제시가 없거나 제시된 소명자료의 신빙성이 탄핵된 때에는 허위사실 공표의 책임을 져야 한다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결 : 병역법 제88조 제1항은 국방의 의무를 실현하기 위하여 현역입영 또는 소집통지서를 받고도 정당한 사유 없이 이에 응하지 않은 사람을 처벌함으로써 입영기피를 억제하고 병력구성을 확보하기 위한 규정이다. 위 조항에 따르면 정당한 사유가 있는 경우에는 피고인을 별할 수 없는데, 여기에서 정당한 사유는 구성요건해당성을 조각하는 사유이다. 이는 형법상 위법성조각사유인 정당행위나 책임조각사유인 기대불가능성과는 구별된다. (중략)

구체적인 병역법위반 사건에서 피고인이 양심적 병역거부를 주장할 경우, 그 양심이 과연 위와 같이 깊고 확고하며 진실한 것인지 가려내는 일이 무엇보다 중요하다. 인간의 내면에 있는 양심을 직접 객관적으로 증명할 수는 없으므로 사물의 성질상 양심과 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 판단하여야 한다. (중략)

정당한 사유가 없다는 사실은 범죄구성요건이므로 검사가 증명하여야 한다. 다만 진정한 양심의 부존재를 증명한다는 것은 마치 특정되지 않은 기간과 공간에서 구체화되지 않은 사실의 부존재를 증명하는 것과 유사하다. 위와 같은 불명확한 사실의 부존재를 증명하는 것은 사회통념상 불가능한 반면 그 존재를 주장·증명하는 것이 좀 더 쉬우므로, 이러한 사정은 검사가 증명책임을 다하였는지를 판단할 때 고려하여야 한다. 따라서 양심적 병역거부를 주장하는 피고인은 자신의 병역거부가 그에 따라 행동하지 않고서는 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 절박하고 구체적인 양심에 따른 것이며 그 양심이 깊고 확고하며 진실한 것이라는 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시하고, 검사는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 진정한 양심의 부존재를 증명할 수 있다. 이때 병역거부자가 제시해야 할 소명자료는 적어도 검사가 그에 기초하여 정당한 사유가 없다는 것을 증명하는 것이 가능할 정도로 구체성을 갖추어야 한다.

### 〈선정이유〉

범죄사실의 증명방법과 관련하여, 시공간이 특정되지 않은 사실의 부존재에 대한 증명은 검사가 제시된 소명자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 증명할 수 있음을 인정한 대표적인 판례이다.

## 193. 소송법적 사실의 증명책임

(대법원 1970. 11. 24. 선고 70도2109 판결)

### 〈쟁점〉

증거능력의 전제되는 사실 등 소송법적 사실의 증명책임

### 〈판결요지〉

서증의 증거능력을 부여하기 위한 입증책임은 그 서증을 증거로 제출한 검사에게 있다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도517 판결 : 임의성 없는 진술의 증거능력을 부정하는 취지는, 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태에서 행하여진 진술은 그 자체가 실제적 진실에 부합하지 아니하여 오판을 일으킬 소지가 있을 뿐만 아니라 그 진위를 떠나서 진술자의 기본적 인권을 침해하는 위법·부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것이므로, 그 임의성에 다툼이 있을 때에는 그 임의성을 의심할 만한 합리적이고 구체적인 사실을 피고인이 증명할 것이 아니고 검사가 그 임의성의 의문점을 없애는 증명을 하여야 하며, 검사가 그 임의성의 의문점을 없애는 증명을 하지 못한 경우에는 그 진술증거는 증거능력이 부정된다.

(2) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 : 검사 또는 사법경찰관은 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있는 경우에 판사로부터 발부받은 영장에 의하여 압수·수색을 할 수 있으나, 압수·수색은 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련된 증거에 한하여 할 수 있으므로, 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

다만 수사기관이 별개의 증거를 피압수자 등에게 환부하고 후에 임의제출받아 다시 압수하였다면 증거를 압수한 최초의 절차 위반행위와 최종적인 증거수집 사이의 인과관계가 단절되었다고 평가할 수 있으나, 환부 후 다시 제출하는 과정에서 수사기관의 우월적 지위에 의하여 임의제출 명목으로 실질적으로 강제적인 압수가 행하여질 수 있으므로, 제출에 임의성이 있다는 점에 관하여는 검사가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 하고, 임의로 제출된 것이라고 볼 수 없는 경우에는 증거능력을 인정할 수 없다.

### 〈선정이유〉

검사가 제출한 증거의 경우 증거능력의 전제되는 사실은 소송법적 사실로서 증거제출자인 검사에게 증명책임이 있다고 한 판결이다.

**194. 증명책임의 전환**

(대법원 1996. 10. 25. 선고 95도1473 판결)

**〈쟁점〉**

명예훼손죄의 위법성조각사유에 대한 거증책임 및 형사소송법 제310조의2의 적용 여부(소극)

**〈판결요지〉**

공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 형법 제310조의 규정에 따라서 위법성이 조각되어 처벌대상이 되지 않기 위하여는 그것이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당된다는 점을 행위자가 증명하여야 하는 것이나, 그 증명은 유죄의 인정에 있어 요구되는 것과 같이 법관으로 하여금 의심할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것은 아니므로, 이 때에는 전문증거에 대한 증거능력의 제한을 규정한 형사소송법 제310조의2는 적용될 여지가 없다.

**〈선정이유〉**

증명책임이 전환되는 경우 증거능력이 필요한지 여부와 증명력의 정도에 대해 그 기준을 제시한 판결이다.

**195. 주관적 요소(고의·공모)와 엄격한 증명**

(대법원 2008. 9. 11. 선고 2006도4806 판결)

**〈쟁점〉**

고의의 증명방법

**〈판결요지〉**

고의는 내심의 사실이므로 피고인이 이를 부정하는 경우에는 사물의 성질상 이와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하여 정하여야 한다.

**〈참고판결〉**

(1) 대법원 2018. 4. 19. 선고 2017도14322 전원합의체 판결 : 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 (중략) 이러한 공모관계를 인정하기 위해서는 엄격한 증명이 요구되지만, 피고인이 범죄의 주관적 요소인 공모관계를 부인하는 경우에는 사물의 성질상 이와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 이를 증명할 수밖에 없다. 이때 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분

석력으로 사실의 연결 상태를 합리적으로 판단하는 방법으로 하여야 한다.

### 〈선정이유〉

범죄사실 중 주관적 구성요건요소인 고의의 증명 방법에 관한 대표적인 판결이다.

## 196. 몰수·추징에 관한 사실과 엄격한 증명 여부

(대법원 1993. 6. 22. 선고 91도3346 판결)

### 〈쟁점〉

몰수, 추징의 대상 여부나 추징액의 인정이 엄격한 증명을 요하는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

몰수, 추징의 대상이 되는지 여부나 추징액의 인정은 엄격한 증명을 필요로 하지 아니한다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2014도4708 판결 : 몰수·추징의 대상이 되는지 여부나 추징액의 인정 등은 범죄구성요건사실에 관한 것이 아니어서 엄격한 증명은 필요 없지만 역시 증거에 의하여 인정되어야 함은 당연하고, 그 대상이 되는 범죄수익을 특정할 수 없는 경우에는 추징할 수 없다.

### 〈선정이유〉

통설과 달리, 몰수·추징에 관한 사실은 엄격한 증명이 필요 없다는 판례의 입장을 알 수 있는 대표적인 판결이다.

## 197. 특별한 경험법칙과 증명의 방법

(대법원 2000. 11. 10. 선고 99도5541 판결)

### 〈쟁점〉

위드마크(Widmark) 공식을 사용하여 주취정도를 계산함에 있어 그 전제사실을 인정하기 위한 입증 정도

### 〈판결요지〉

음주운전에 있어서 운전 직후에 운전자의 혈액이나 호흡 등 표본을 검사하여 혈중알코올농도를 측정할 수 있는 경우가 아니라면 소위 위드마크 공식을 사용하여 수학적 방법에 따른 계산결과로 운전 당시의 혈중알코올농도를 추정할 수 있으나, 범죄구성요건사실의 준부를 알아내기 위해 과학

공식 등의 경험칙을 이용하는 경우에는 그 법칙 적용의 전제가 되는 개별적이고 구체적인 사실에 대하여는 엄격한 증명을 요한다 할 것이고, 위드마크 공식의 경우 그 적용을 위한 자료로는 섭취한 알코올의 양, 음주시각, 체중 등이 필요하므로 그런 전제사실을 인정하기 위해서는 엄격한 증명 이 필요하다 할 것이며, 나아가 위드마크 공식에 따른 혈중알코올농도의 추정방식에는 알코올의 흡수분배로 인한 최고 혈중알코올농도에 관한 부분과 시간경과에 따른 분해소멸에 관한 부분이 있고 그 중 최고 혈중알코올농도의 계산에 있어서는 섭취한 알코올의 체내흡수율과 성, 비만도, 나이, 신장, 체중 등이 그 결과에 영향을 미칠 수 있으며 개인마다의 체질, 음주한 술의 종류, 음주속도, 음주시 위치에 있는 음식의 정도 등에 따라 최고 혈중알코올농도에 이르는 시간이 달라질 수 있고, 알코올의 분해소멸에 있어서는 평소의 음주정도, 체질, 음주속도, 음주 후 신체활동의 정도 등이 시간당 알코올분해량에 영향을 미칠 수 있는 등 음주 후 특정 시점에서의 혈중알코올농도에 영향을 줄 수 있는 다양한 요소들이 있는바, 형사재판에 있어서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명이 필요하므로, 위 각 영향요소들을 적용함에 있어 피고인이 평균인이라고 쉽게 단정하여서는 아니되고 필요하다면 전문적인 학식이나 경험이 있는 자의 도움을 받아 객관적이고 합리적으로 혈중알코올농도에 영향을 줄 수 있는 요소들을 확정하여야 한다.

#### 〈선정이유〉

특별한 경험법칙은 엄격한 증명 이 필요한 사실 인정의 기초가 될 경우 엄격한 증명 이 필요하다고 한 판결로서, 그 예로 위드마크(Widmark) 공식의 적용을 위한 전제사실인 음주량, 음주시각, 체중에 대한 엄격한 증명 이 있고, 혈중알코올농도에 영향을 미치는 다른 요소들에 대하여 피고인에게 가장 유리한 수치를 대입하여 위드마크(Widmark) 공식에 따라 혈중알코올농도를 산출한 결과 혈중알코올농도가 기준치를 상당히 초과함을 이유로 음주운전의 공소사실에 대한 충분한 증명에 이르렀다고 볼 여지가 있다고 한 사례이다.

### 198. 외국법규의 존재에 대한 증명의 방법

(대법원 2011. 8. 25. 선고 2011도6507 판결)

#### 〈쟁점〉

형법 제6조 단서에서 정한 '외국법규의 존재'에 대한 증명의 정도(=엄격한 증명)와 증명책임의 소재(=검사)

#### 〈판결요지〉

형법 제6조 본문에 의하여 외국인이 대한민국 영역 외에서 대한민국 국민에 대하여 범죄를 저지른 경우 우리 형법이 적용되지만, 같은 조 단서에 의하여 행위지 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 우리 형법을 적용하여 처벌할 수 없고, 이 경우 행위지 법률에 의하여 범죄를 구성하는지는 엄격한 증명에 의하여 검사가 이를 증명하여야 한다.

### 〈선정이유〉

외국법규의 존재에 대한 증명 방법에 관한 판결이다.

## 199. 증거공통 원칙의 한계

(대법원 1989. 10. 10. 선고 87도966 판결)

### 〈쟁점〉

피고인이 무죄에 관한 자료로 제출한 증거를 유죄인정의 증거로 쓸 경우의 증거조사 절차

### 〈판결요지〉

증거공통의 원칙이란 증거의 증명력은 그 제출자나 신청자의 입증취지에 구속되지 않는다는 것을 의미하고 증서의 증거능력이나 증거에 관한 조사절차를 불필요하게 할 수 있는 힘은 없으므로 피고인이나 변호인이 무죄에 관한 자료로 제출한 서증 가운데 도리어 유죄임을 뒷받침하는 내용이 있다 하여도 법원은 상대방의 원용(동의)이 없는 한 그 서류의 진정성립 여부 등을 조사하고 아울러 그 서류에 대한 피고인이나 변호인의 의견과 변명의 기회를 준 다음이 아니면 그 서증을 유죄인정의 증거로 쓸 수 없다고 보아야 한다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013도12155 판결 : 당해 서류를 제출한 당사자는 그것을 증거로 함에 동의하고 있음이 명백한 것이므로 상대방인 검사의 원용이 있으면 그 서증을 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

(2) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도10787 판결 : 실제로 혼인한 사실이 없는 갑이 위장결혼 알선브로커 을 및 중국 국적의 병과 공모하여 갑과 병간의 허위의 혼인신고서를 공무원에게 제출함으로써 공정증서원본불실기재죄 및 동행사죄를 범하였다는 공소사실에 대하여, 갑이 공범관계에 있는 병의 경찰피의자신문조서를 증거로 함에 동의하지 않고 일관되게 그 내용을 부인하였다면 위 조서의 증거능력은 인정할 수 없고, 갑이 무죄의 자료로 제출한 '외국인 소재불명·가출신고서'에 대해 법원이 갑이나 변호인에게 의견과 변명의 기회를 주지 않았다면 이 또한 유죄인정의 증거로 사용할 수 없음에도 이들을 유죄의 증거로 삼아 공소사실을 유죄로 인정한 원심을 채증법칙 위반을 이유로 파기한 사례

### 〈선정이유〉

피고인이 제출한 무죄의 증거를 오히려 유죄 인정의 증거로 쓸 경우 요구되는 절차적 요건을 명백히 제시한 판결이다.

## 200. 소송조건과 자유로운 증명

(대법원 1999. 2. 9. 선고 98도2074 판결)

**〈쟁점〉**

친고죄에서 적법한 고소가 있었는지가 자유로운 증명의 대상인지 여부(적극)

**〈판결요지〉**

친고죄에서의 고소 유무에 대한 사실은 자유로운 증명의 대상이 된다.

**〈참고판결〉**

(1) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도5610 판결 : 반의사불벌죄에서 피고인 또는 피의자의 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시 철회의 유무나 그 효력 여부에 관한 사실은 엄격한 증명의 대상이 아니라 증거능력이 없는 증거나 법률이 규정한 증거조사방법을 거치지 아니한 증거에 의한 증명, 이른바 자유로운 증명의 대상이다.

**〈선정이유〉**

소송조건은 소송법적 사실로서 자유로운 증명의 대상이 된다고 한 판결이다.

## 201. 증거능력의 전제되는 사실과 자유로운 증명

(대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결)

**〈쟁점〉**

형사소송법 제312조 제4항에서 정한 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’의 의미 및 그 증명책임 소재(=검사)와 증명의 정도(=자유로운 증명)

**〈판결요지〉**

형사소송법 제312조 제4항에서 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’란 진술 내용이나 조서 작성에 허위 개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것을 말한다. 그리고 이러한 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’는 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·증명하여야 하지만, 이는 소송상의 사실에 관한 것이므로 엄격한 증명을 요하지 아니하고 자유로운 증명으로 족하다.

**〈참고판결〉**

(1) 대법원 1986. 11. 25. 선고 83도1718 판결 : 피의자의 진술에 관하여 공판정에서 그 임의성 유무가 다투어지는 경우에는 법원은 구체적인 사건에 따라 증거조사의 방법이나 증거능력의 제한을 받지 아니하고 제반사정을 종합 참작하여 적당하다고 인정되는 방법에 의하여 자유로운 증명으로 그 임의성 유무를 판단하면 된다.

**〈선정이유〉**

검사가 제출한 증거에 대한 증거능력의 전제되는 사실은 소송법적 사실로서 증거제출자인 검사

에게 증명책임이 있고 다만 자유로운 증명의 대상이 된다고 한 판결이다.

## 202. 자유심증주의의 의미와 한계

(대법원 2015. 8. 20. 선고 2013도11650 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제308조에서 규정하는 자유심증주의의 의미와 한계

### 〈판결요지〉

#### [다수의견]

형사소송법 제307조 제1항, 제308조는 증거에 의하여 사실을 인정하되 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의하도록 규정하고 있는데, 이는 법관이 증거능력 있는 증거 중 필요한 증거를 채택·사용하고 증거의 실질적인 가치를 평가하여 사실을 인정하는 것은 법관의 자유심증에 속한다는 것을 의미한다. 따라서 충분한 증명력이 있는 증거를 합리적인 근거 없이 배척하거나 반대로 객관적인 사실에 명백히 반하는 증거를 아무런 합리적인 근거 없이 채택·사용하는 등으로 논리와 경험의 법칙에 어긋나는 것이 아닌 이상, 법관은 자유심증으로 증거를 채택하여 사실을 인정할 수 있다.

#### [반대의견]

수사기관이 피고인 아닌 사람을 상대로 증거를 수집하면서 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하여 증거능력이 부정되는 정도에까지는 이르지 아니하였더라도, 피고인 아닌 사람을 소환하여 진술을 듣고 이를 조서로 작성하는 일련의 증거수집과정이 수사의 정형적 형태를 벗어남으로써 실제적 진실 규명과 기본적 인권 보장을 목표로 하는 형사사법절차의 존재 의의와 목적에 비추어 수사의 상당성을 인정하기 어렵고 그 과정에 허위가 개입될 여지가 있을 경우에는, 진술조서의 진술기재의 신빙성을 인정하려면 그것을 뒷받침할 객관적인 증거나 정황사실이 존재한다는 특별한 사정이 있어야 한다.

그리고 공판중심주의 원칙과 전문법칙의 취지에 비추어 보면, 피고인 아닌 사람이 공판기일에 선서를 하고 증언하면서 수사기관에서 한 진술과 다른 진술을 하는 경우에, 공개된 법정에서 교호신문을 거치고 위증죄의 부담을 지면서 이루어진 자유로운 진술의 신빙성을 부정하고 수사기관에서 한 진술을 증거로 삼으려면 이를 뒷받침할 객관적인 자료가 있어야 한다. 이때 단순히 추상적인 신빙성의 판단에 그쳐서는 아니 되고, 진술이 달라진 데 관하여 그럴 만한 뚜렷한 사유가 나타나 있지 않다면 위증죄의 부담을 지면서까지 한 법정에서의 자유로운 진술에 더 무게를 두어야 함이 원칙이다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2020도2433 판결 : 특히 친족관계에 의한 성범죄를 당하였다는 미성년자 피해자의 진술은 피고인에 대한 이중적인 감정, 가족들의 계속되는 회유와 압박 등으로 인하여 번복되거나 불분명해질 수 있는 특수성을 갖고 있으므로, 피해자가 법정에서 수사기관에서의 진술을 번복하는 경우, 수사기관에서 한 진술 내용 자체의 신빙성 인정 여부와 함께 법정에서 진술을 번복하게 된 동기나 이유, 경위 등을 충분히 심리하여 어느 진술에 신빙성이 있는지를 신

중하게 판단하여야 한다.

### 〈선정이유〉

자유심증주의의 의미와 한계에 대한 전원합의체 판결로서, 수사기관에서의 진술과 법정진술이 상이한 경우 수사기관에서의 진술의 신빙성을 인정한 사례이다.

## 203. 자유판단의 기준

(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도12728 판결)

### 〈쟁점〉

형사재판에서 자유심증주의의 의미와 한계 및 유죄 인정을 위한 심증형성의 정도에서 ‘합리적 의심’의 의미

### 〈판결요지〉

자유심증주의를 규정한 형사소송법 제308조가 증거의 증명력을 법관의 자유판단에 의하도록 한 것은 그것이 실제적 진실발견에 적합하기 때문이므로, 증거판단에 관한 전권을 가지고 있는 사실심 법관은 사실인정을 하면서 공판절차에서 획득된 인식과 조사된 증거를 남김없이 고려하여야 한다. 또한 증거의 증명력에 대한 법관의 판단은 논리와 경험칙에 합치하여야 하고, 형사재판에서 유죄로 인정하기 위한 심증 형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나, 이는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니며, 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다. 여기에서 말하는 합리적 의심이란 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도15526 판결 : 피고인이 ‘1997. 4. 3. 21:50경 서울 용산구 이태원동에 있는 햄버거 가게 화장실에서 피해자 갑을 칼로 찔러 을과 공모하여 갑을 살해하였다’는 내용으로 기소된 사안에서, 갑은 피고인과 을만 있던 화장실에서 칼에 찔려 사망하였고, 피고인과 을은 서로 상대방이 갑을 칼로 찔렀고 자신은 우연히 그 장면을 목격하였을 뿐이라고 주장하나, 범행 현장에 남아 있던 혈흔 등에 비추어 을의 주장에는 특별한 모순이 발견되지 않은 반면 피고인의 주장에는 쉽사리 해소하기 힘든 논리적 모순이 발생하는 점, 범행 이후의 정황에 나타난 여러 사정들 역시 피고인이 갑을 칼로 찌르는 것을 목격하였다는 을의 진술의 신빙성을 뒷받침하는 점 등 제반 사정을 종합하면, 피고인이 갑을 칼로 찔러 살해하였음이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 충분히 증명되었다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.

### 〈선정이유〉

법관의 자유판단이 합리적인가에 대해 판단기준을 제시한 판결이다.

## 204. 간접증거에 의한 유죄 인정과 그 한계

(대법원 1998. 11. 13. 선고 96도1783 판결)

### 〈쟁점〉

형사재판에 있어서 간접증거의 증명력

### 〈판결요지〉

범죄사실의 증명은 반드시 직접증거만으로 이루어져야 하는 것은 아니고 논리와 경험칙에 합치되는 한 간접증거로도 할 수 있으며, 간접증거가 개별적으로는 범죄사실에 대한 완전한 증명력을 가지지 못하더라도 전체 증거를 상호 관련하여 종합적으로 고찰할 경우 그 단독으로는 가지지 못하는 종합적 증명력이 있는 것으로 판단되면 그에 의하여도 범죄사실을 인정할 수가 있다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2006. 3. 9. 선고 2005도8675 판결 : 범행에 관한 간접증거만이 존재하고 더구나 그 간접증거의 증명력에 한계가 있는 경우, 범인으로 지목되고 있는 자에게 범행을 저지를 만한 동기가 발견되지 않는다면, 만연히 무엇인가 동기가 분명히 있는데도 이를 범인이 숨기고 있다고 단정할 것이 아니라 반대로 간접증거의 증명력이 그만큼 떨어진다고 평가하는 것이 형사 증거법의 이념에 부합하는 것이라 할 것이다.

(2) 대법원 2017. 5. 30. 선고 2017도1549 판결 : 피고인이 피해자 갑과 혼인한 후 피보험자를 갑, 수익자를 피고인으로 하는 다수의 생명보험에 가입하였다가, 경제적 상황이 어려워지자 거액의 보험금을 지급받을 목적으로 자신의 승합차 조수석에 갑을 태우고 고속도로를 주행하던 중 갓길 우측에 정차되어 있던 화물차량의 후미 좌측 부분에 피고인 승합차의 전면 우측 부분을 고의로 충돌시키는 방법으로 교통사고를 위장하여 갑을 살해하였다는 내용으로 주위적으로 기소된 사안에서, 피고인이 고의로 갑을 살해하였다는 점이 합리적 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보아 유죄를 인정한 원심판결에 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례

### 〈선정이유〉

간접증거에 의한 범죄사실의 인정과 관련하여 그 판단기준을 제시한 판결이다.

## 205. 과학적 증거의 증명력

(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결)

### 〈쟁점〉

과학적 증거방법이 사실인정에서 상당한 정도의 구속력을 갖기 위한 요건

### 〈판결요지〉

[1] 살인죄 등과 같이 법정형이 무거운 범죄의 경우에도 직접증거 없이 간접증거만으로 유죄를 인정할 수 있으나, 그러한 유죄 인정에는 공소사실에 대한 관련성이 깊은 간접증거들에 의하여 신중한 판단이 요구되므로, 간접증거에 의하여 주요사실의 전제가 되는 간접사실을 인정할 때에는 증명이 합리적인 의심을 허용하지 않을 정도에 이르러야 하고, 하나하나의 간접사실 사이에 모순, 저촉이 없어야 하는 것은 물론 간접사실이 논리와 경험칙, 과학법칙에 의하여 뒷받침되어야 한다.

[2] 공소사실을 뒷받침하는 과학적 증거방법은 전제로 하는 사실이 모두 진실인 것이 입증되고 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류 가능성이 전혀 없거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우라야 법관이 사실인정을 하는 데 상당한 정도로 구속력을 가진다 할 것인데, 이를 위해서는 그 증거방법이 전문적인 지식·기술·경험을 가진 감정인에 의하여 공인된 표준 검사기법으로 분석을 거쳐 법원에 제출된 것이어야 할 뿐만 아니라, 채취·보관·분석 등 모든 과정에서 자료의 동일성이 인정되고 인위적인 조작·훼손·첨가가 없었다는 것이 담보되어야 한다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도14222 판결 : 피고인이 메트암페타민을 투약하였다고 하여 마약류 관리에 관한 법률 위반(향정)으로 기소되었는데, 공소사실을 부인하고 있고, 투약의 일시, 장소, 방법 등이 명확하지 못하며, 투약 사실에 대한 직접적인 증거로는 피고인의 소변과 머리카락에서 메트암페타민 성분이 검출되었다는 국립과학수사연구원의 감정 결과만 있는 사안에서, 피고인은 경찰서에 출석하여 조사받으면서 투약혐의를 부인하고 소변과 머리카락을 임의로 제출하였는데, 경찰관이 조사실에서 아퀴사인(AccuSign) 시약으로 피고인의 소변에 메트암페타민 성분이 있는지를 검사하였으나 결과가 음성이었던 점, 경찰관은 그 직후 피고인의 소변을 증거물 병에 담고 머리카락도 뽑은 후 별다른 봉인 조치 없이 조사실 밖으로 가지고 나간 점, 피고인의 눈앞에서 소변과 머리카락이 봉인되지 않은 채 반출되었음에도 그 후 조작·훼손·첨가를 막기 위하여 어떠한 조치가 행해졌고 누구의 손을 거쳐 국립과학수사연구원에 전달되었는지 확인할 수 없는 점, 감정물인 머리카락과 소변에 포함된 세포의 디엔에이(DNA) 분석 등 피고인의 것임을 과학적 검사로 확인한 자료가 없는 점 등 피고인으로부터 소변과 머리카락을 채취해 감정하기까지의 여러 사정을 종합하면, 국립과학수사연구원의 감정물이 피고인으로부터 채취한 것과 동일하다고 단정하기 어려워 그 감정 결과의 증명력은 피고인의 투약 사실을 인정하기에 충분하지 않은데도, 이와 달리 보아 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에 객관적·과학적인 분석을 필요로 하는 증거의 증명력에 관한 법리오해 등의 잘못이 있다고 한 사례.

(2) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2007도1950 판결 : DNA분석을 통한 유전자검사 결과는, 충분한 전문적인 지식과 경험을 지닌 감정인이 적절하게 관리·보존된 감정자료에 대하여 일반적으로 확립된 표준적인 검사기법을 활용하여 감정을 실행하고 그 결과의 분석이 적정한 절차를 통하여 수행되었음이 인정되는 이상 높은 신뢰성을 지닌다 할 것이고, 특히 유전자형이 다르면 동일인이 아니라고 확신할 수 있다는 유전자감정 분야에서 일반적으로 승인된 전문지식에 비추어 볼 때, 피고인의 유전자형이 범인의 그것과 상이하다는 감정결과는 피고인의 무죄를 입증할 수 있는 유력한 증거에 해당한다.

### 〈선정이유〉

과학적 증거방법이 사실인정에서 상당한 정도의 구속력을 갖기 위한 요건으로, 감정인의 자격, 과학적 방법의 인정기준, 보관의 연속성을 제시한 판결이다.

## 206. 성인지 감수성과 자유심증주의

(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결)

### 〈쟁점〉

법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때 유의하여야 할 사항 및 성폭행 등의 피해자 진술의 증명력을 판단하는 방법

### 〈판결요지〉

법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않도록 유의하여야 한다(양성평등 기본법 제5조 제1항 참조). 우리 사회의 가해자 중심의 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 성폭행이나 성희롱 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 피해자가 부정적인 여론이나 불이익한 처우 및 신분 노출의 피해 등을 입기도 하여 온 점 등에 비추어 보면, 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다. 따라서 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도2614 판결 : 위와 같은 법리는, 피해자임을 주장하는 자가 성폭행 등의 피해를 입었다고 신고한 사실에 대하여 증거불충분 등을 이유로 불기소처분되거나 무죄판결이 선고된 경우 반대로 이러한 신고내용이 객관적 사실에 반하여 무고죄가 성립하는지 여부를 판단할 때에도 마찬가지로 고려되어야 한다. 따라서 성폭행 등의 피해를 입었다는 신고사실에 관하여 불기소처분 내지 무죄판결이 내려졌다고 하여, 그 자체를 무고를 하였다는 적극적인 근거로 삼아 신고내용을 허위라고 단정하여서는 아니 됨은 물론, 개별적, 구체적인 사건에서 피해자임을 주장하는 자가 처하였던 특별한 사정을 충분히 고려하지 아니한 채 진정한 피해자라면 마땅히 이렇게 하였을 것이라는 기준을 내세워 성폭행 등의 피해를 입었다는 점 및 신고에 이르게 된 경위 등에 관한 변소를 쉽게 배척하여서는 아니 된다.

(2) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2020도6965 판결 : 피고인의 친딸로 가족관계에 있던 피해자가 ‘마땅히 그러한 반응을 보여야만 하는 피해자’로 보이지 않는다는 이유만으로 피해자 진술의 신빙성을 함부로 배척할 수 없다. 그리고 친족관계에 의한 성범죄를 당하였다는 피해자의 진술은 피고인에 대한 이중적인 감정, 가족들의 계속되는 회유와 압박 등으로 인하여 번복되거나 불분명해질 수 있는 특수성이 있다는 점을 고려해야 한다.

**〈선정이유〉**

성폭행이나 성희롱 사건 및 관련 무고사건에서 피해자 진술의 증명력 판단의 유의사항을 제시한 판결이다.

**207. 상해진단서의 증명력**

(대법원 2016. 11. 25. 선고 2016도15018 판결)

**〈쟁점〉**

상해진단서가 주로 통증이 있다는 피해자의 주관적인 호소 등에 의존하여 의학적인 가능성만으로 발급된 경우, 그 증명력을 판단하는 방법

**〈판결요지〉**

형사사건에서 상해진단서는 피해자의 진술과 함께 피고인의 범죄사실을 증명하는 유력한 증거가 될 수 있다. 그러나 상해 사실의 존재 및 인과관계 역시 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 인정할 수 있으므로, 상해진단서의 객관성과 신빙성을 의심할 만한 사정이 있는 때에는 증명력을 판단하는 데 매우 신중하여야 한다. 특히 상해진단서가 주로 통증이 있다는 피해자의 주관적인 호소 등에 의존하여 의학적인 가능성만으로 발급된 때에는 진단 일자 및 진단서 작성일자가 상해 발생 시점과 시간상으로 근접하고 상해진단서 발급 경위에 특별히 신빙성을 의심할 만한 사정은 없는지, 상해진단서에 기재된 상해 부위 및 정도가 피해자가 주장하는 상해의 원인 내지 경위와 일치하는지, 피해자가 호소하는 불편이 기왕에 존재하던 신체 이상과 무관한 새로운 원인으로 생겼다고 단정할 수 있는지, 의사가 상해진단서를 발급한 근거 등을 두루 살피는 외에도 피해자가 상해 사건 이후 진료를 받은 시점, 진료를 받게 된 동기와 경위, 그 이후의 진료 경과 등을 면밀히 살피 논리와 경험법칙에 따라 증명력을 판단하여야 한다.

**〈선정이유〉**

상해진단서의 증명력에 관한 대표적인 판결이다.

**208. 범인식별절차의 신용성**

(대법원 2004. 2. 27. 선고 2003도7033 판결)

**〈쟁점〉**

범인식별 절차에 있어 목격자 진술의 신빙성을 높이기 위한 절차적 요건

**〈판결요지〉**

[1] 용의자의 인상착의 등에 의한 범인식별 절차에 있어 용의자 한 사람을 단독으로 목격자와

대질시키거나 용의자의 사진 한 장만을 목격자에게 제시하여 범인 여부를 확인하게 하는 것은 사람의 기억력의 한계 및 부정확성과 구체적인 상황하에서 용의자나 그 사진상의 인물이 범인으로 의심받고 있다는 무의식적 암시를 목격자에게 줄 수 있는 가능성으로 인하여, 그러한 방식에 의한 범인식별 절차에서의 목격자의 진술은, 그 용의자가 종전에 피해자와 안면이 있는 사람이라든가 피해자의 진술 외에도 그 용의자를 범인으로 의심할 만한 다른 정황이 존재한다든가 하는 등의 부가적인 사정이 없는 한 그 신빙성이 낮다고 보아야 한다.

[2] 범인식별 절차에 있어 목격자의 진술의 신빙성을 높게 평가할 수 있게 하려면, 범인의 인상착의 등에 관한 목격자의 진술 내지 묘사를 사전에 상세히 기록화한 다음, 용의자를 포함하여 그와 인상착의가 비슷한 여러 사람을 동시에 목격자와 대면시켜 범인을 지목하도록 하여야 하고, 용의자와 목격자 및 비교대상자들이 상호 사전에 접촉하지 못하도록 하여야 하며, 사후에 증거가치를 평가할 수 있도록 대질 과정과 결과를 문자와 사진 등으로 서면화하는 등의 조치를 취하여야 할 것이고, 사진제시에 의한 범인식별 절차에 있어서도 기본적으로 이러한 원칙에 따라야 한다.

### 〈선정이유〉

범인식별 절차에서 목격자 진술의 신빙성을 높이기 위한 절차적 요건을 제시한 판결이다.

## II. 위법수집증거배제법칙

### 209. 적법절차와 위법수집증거의 배제

(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

[1] 헌법과 형사소송법이 정한 절차를 위반하여 수집한 압수물과 이를 기초로 획득한 2차적 증거의 증거능력 유무(원칙적 소극) 및 그 판단 기준

[2] 피고인측에서 검사의 압수수색이 적법절차를 위반하였다고 다투고 있음에도 불구하고 주장된 위법사유가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하였는지 여부 등에 관하여 충분히 심리하지 아니한 채, 압수절차가 위법하더라도 압수물의 증거능력은 인정된다는 이유만으로 압수물의 증거능력을 인정한 것은 위법하다고 한 사례

### 〈판결요지〉

[1] [다수의견] (가) 기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다. 그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다. 수사기관의 위법한 압수수색을 억제하고 재발을 방지하는 가장 효과적이고 확실한 대응책은 이를 통하여 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거를 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없도록 하는 것이다.

(나) 다만, 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단함에 있어서는, 실체적 진실 규명을 통한 정당한 형벌권의 실현도 헌법과 형사소송법이 형사소송 절차를 통하여 달성하려는 중요한 목표이자 이념이므로, 형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거라는 이유만을 내세워 획일적으로 그 증거의 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞다고 볼 수 없다. 따라서 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정 즉, 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴 볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다. 이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 경우에도 마찬가지로, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

[대법관 양승태, 김능환, 안대희의 별개의견]

법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 압수물의 증거능력 유무를 판단함에 있어서는 적법절차의 요청과 실체적 진실규명의 요청을 조화시키는 균형이 유지되어야 한다. 그런데 다수의견이 제시하는 기준은 그 취지가 분명하지 아니할 뿐 아니라, 지나치게 엄격한 기준으로 위법수집증거의 배제원칙을 선언함으로써 자칫 실체적 진실 규명을 통한 형벌권의 적정한 행사라는 형사 사법의 또다른 목표의 달성을 불가능하게 하거나 지나치게 어렵게 만들 우려가 있다. 그러므로 수집절차에 위법이 있는 압수물의 증거능력은, 법원이 그 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 절차조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 고려하여 볼 때 그 증거수집 절차의 위법사유가 영장주의의 정신과 취지를 몰각하는 것으로서 그 증거의 증거능력을 부정해야 할 만큼 중대한 것이라고 인정될 경우에는 그 증거능력을 부정하여야 하고, 그 위법 사유가 이 정도에 이르지 아니하는 경우에는 그 압수물의 증거능력을 부정하여서는 아니 된다.

[2] 피고인측에서 검사가 제주지사실에 대한 압수수색 결과 수집한 증거물이 적법절차를 위반하여 수집한 것으로 증거능력이 없다고 다투고 있음에도 불구하고, 주장된 위법사유 중 영장에 압수할 물건으로 기재되지 않은 물건의 압수, 영장 제시 절차의 누락, 압수목록 작성·교부 절차의 현저한 지연 등으로 적법절차의 실질적인 내용을 침해하였는지 여부 등에 관하여 충분히 심리하지 아니한 채 압수절차가 위법하더라도 압수물의 증거능력은 인정된다는 이유만으로 압수물의 증거능력을 인정한 것은 위법하다고 한 사례.

### 〈선정이유〉

소위 〈제주도지사실 압수·수색 사건〉에 관한 위 전원합의체 판결을 통해 대법원은 비진술증거에 대한 기존의 ‘형질·형상불변론’을 포기하고, 적법절차에 위배하여 위법하게 수집된 증거에 대해 증

가능력을 부정하는 ‘위법수집증거배제법칙’을 공식적으로 수용하였고, 이후 제308조의2를 통해 위법리가 명문화되었다.

210.

## 압수조서의 작성 및 압수목록의 작성·교부절차 위반과 위법수집 증거배제법칙의 예외

(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결)

### 〈쟁점〉

압수조서의 작성 및 압수목록의 작성·교부 절차가 제대로 이행되지 아니하였더라도 위법수집 증거배제법칙의 예외에 해당하는지 여부

### 〈판결요지〉

원심 및 제1심의 각 판결이유와 그 채택 증거들 및 법령의 규정에 의하면, 이 사건 강판조각은 형사소송법 제218조에 규정된 유류물에, 이 사건 차량에서 탈거 또는 채취된 이 사건 보강용 강판과 페인트는 위 차량의 보관자가 감정을 위하여 임의로 제출한 물건에 각 해당함을 알 수 있다. 따라서 이 사건 강판조각과 보강용 강판 및 차량에서 채취된 페인트는 형사소송법 제218조에 의하여 영장 없이 압수할 수 있으므로 위 각 증거의 수집 과정에 영장주의를 위반한 잘못이 있다 할 수 없고, 나아가 이 사건 공소사실과 위 각 증거와의 관련성 및 그 내용 기타 이 사건 수사의 개시 및 진행 과정 등에 비추어, 비록 상고이유의 주장처럼 위 각 증거의 압수 후 압수조서의 작성 및 압수목록의 작성·교부 절차가 제대로 이행되지 아니한 잘못이 있다 하더라도, 그것이 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당한다거나 앞서 본 위법수집증거의 배제법칙에 비추어 그 증거능력의 배제가 요구되는 경우에 해당한다고 볼 수는 없다.

### 〈참조판례〉

대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결 : 형사소송법 제219조, 제121조는 ‘수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 피압수자 또는 변호인은 그 집행에 참여할 수 있다.’고 정하고 있다. 저장매체에 대한 압수·수색 과정에서 범위를 정하여 출력·복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 예외적인 사정이 인정되어 전자정보가 담긴 저장매체, 하드카피나 이미징(imaging) 등 형태(이하 ‘복제본’이라 한다)를 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 경우에도, 피압수자나 변호인에게 참여 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다. 만일 그러한 조치를 취하지 않았다면 압수·수색이 적법하다고 평가할 수 없다. 다만 피압수자 측이 위와 같은 절차나 과정에 참여하지 않는다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자에게 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없는 경우에는 압수·수색의 적법성을 부정할 수 없다. 이는 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력한 경우에도 마찬가지이다.

### 〈선정이유〉

대법원은 위법수집증거배제법칙을 수용하여 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 부정하면서도, ① 적법절차의 실질적인 내용을 침해하지 않고, ② 증거능력을 부정하는 것이 형사 사법 정의에 반하는 경우에는 예외적으로 그 증거능력을 인정하는데, 위 표준판례(압수조서의 작성 및 압수목록의 교부 절차 위반)에서도 적법절차의 실질적 내용 침해가 없다고 보아 위법하게 수집된 증거임에도 그 증거능력을 인정하였다. 그리고 위 법리는 <참조판례>에서처럼 디지털증거의 압수절차 위반의 경우에도 유지되고 있다.

## 211. 영장주의에 위반한 강제채혈과 감정결과보고서의 증거능력

(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009도10871 판결)

### 〈쟁점〉

피의자의 동의 또는 영장 없이 채취한 혈액을 이용한 감정결과보고서 등의 증거능력 유무

### 〈판결요지〉

형사소송법 제215조 제2항은 “사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”고 규정하고, 형사소송법 제216조 제3항은 범행 중 또는 범행 직후의 범죄장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 압수·수색·검증을 할 수 있으나 이 경우에는 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다고 규정하고 있으며, 한편 검사 또는 사법경찰관으로부터 감정을 위촉받은 감정인은 감정에 관하여 필요한 때에는 검사의 청구에 의해 판사로부터 감정처분허가장을 발부받아 신체의 검사 등 형사소송법 제173조 제1항에 규정된 처분을 할 수 있도록 규정되어 있는바( 형사소송법 제221조, 제221조의4, 제173조 제1항), 위와 같은 형사소송법 규정에 위반하여 수사기관이 법원으로부터 영장 또는 감정처분허가장을 발부받지 아니한 채 피의자의 동의 없이 피의자의 신체로부터 혈액을 채취하고 더구나 사후적으로도 지체없이 이에 대한 영장을 발부받지 아니하고서 위와 같이 강제 채혈한 피의자의 혈액 중 알코올농도에 관한 감정이 이루어졌다면, 이러한 감정결과보고서 등은 형사소송법상 영장주의 원칙을 위반하여 수집하거나 그에 기초한 증거로서 그 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 정도에 해당한다고 할 것이므로, 피고인이나 변호인의 증거동의 여부를 불문하고 이 사건 범죄사실을 유죄로 인정하는 증거로 사용할 수 없다고 보아야 한다.

### 〈선정이유〉

대법원은 영장주의 위반은 적법절차의 실질적인 내용 침해로 보아 위법수집증거배제법칙(제308조의2)에 따라 그 증거능력을 부정하고, 이러한 위법수집증거의 배제효는 증거동의 여부와 상관없이 절대적임을 명확히 하였다.

212.

## 피고인 아닌 자를 상대로 위법하게 수집된 증거의 (피고인에 대한) 증거능력

(대법원 2011. 6. 30. 선고 2009도6717 판결)

### 〈쟁점〉

수사기관이 ‘피고인 아닌 자’를 상대로 위법하게 수집한 증거를 ‘피고인’에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 있는지 여부(원칙적 소극)

### 〈판결요지〉

형사소송법 제308조의2는 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.”고 규정하고 있는데, 수사기관이 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없는 것이 원칙이므로, 수사기관이 피고인 아닌 자를 상대로 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 원칙적으로 피고인에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

유흥주점 업주와 종업원인 피고인들이 영업장을 벗어나 시간적 소요의 대가로 금품을 받아서는 아니되는데도, 이른바 ‘티켓영업’ 형태로 성매매를 하면서 금품을 수수하였다고 하여 구 식품위생법(2007. 12. 21. 법률 제8779호로 개정되기 전의 것) 위반으로 기소된 사안에서, 경찰이 피고인 아닌 갑, 을을 사실상 강제연행하여 불법체포한 상태에서 갑, 을 간의 성매매행위나 피고인들의 유흥업소 영업행위를 처벌하기 위하여 갑, 을에게서 자술서를 받고 갑, 을에 대한 진술조서를 작성한 경우, 위 각 자술서와 진술조서는 헌법과 형사소송법이 규정한 체포·구속에 관한 영장주의 원칙에 위배하여 수집된 것으로서 수사기관이 피고인 아닌 자를 상대로 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거에 해당하여 형사소송법 제308조의2에 따라 증거능력이 부정된다는 이유로, 이를 피고인들에 대한 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다고 한 사례.

### 〈선정이유〉

대법원은 피고인 아닌 자를 상대로 위법하게 수집된 증거를 원칙적으로 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다고 보았는데, 이는 위법하게 수집된 증거의 증거능력을 부정함으로써 수사기관의 적법절차 준수를 강제하고자 하는 위법수집증거배제법칙의 취지를 고려한 것으로 이해할 수 있다.

213.

## 위법한 강제연행 이후 이루어진 채노 요구의 적법성

(대법원 2013. 3. 14. 선고 2012도13611 판결)

### 〈쟁점〉

동행을 거부하는 의사를 표시한 피의자를 수사기관이 영장에 의하지 아니하고 강제연행한 행위가 위법한 체포에 해당하는지 여부(적극) 및 위법한 체포상태에서 이루어진 마약 투약 혐의를 확인하기 위한 채노 요구가 위법한지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

[1] 피의자가 동행을 거부하는 의사를 표시하였음에도 불구하고 경찰관들이 영장에 의하지 아니하고 피의자를 강제로 연행한 행위는 수사상의 강제처분에 관한 형사소송법상의 절차를 무시한 채 이루어진 것으로 위법한 체포에 해당하고, 이와 같이 위법한 체포상태에서 마약 투약 혐의를 확인하기 위한 채노 요구가 이루어진 경우, 채노 요구를 위한 위법한 체포와 그에 이은 채노 요구는 마약 투약이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위하여 연속하여 이루어진 것으로서 개별적으로 그 적법 여부를 평가하는 것은 적절하지 아니하므로 그 일련의 과정을 전체적으로 보아 위법한 채노 요구가 있었던 것으로 볼 수밖에 없다.

[2] 마약 투약 혐의를 받고 있던 피고인이 임의동행을 거부하겠다는 의사를 표시하였는데도 경찰관들이 피고인을 영장 없이 강제로 연행한 상태에서 마약 투약 여부의 확인을 위한 1차 채노절차가 이루어졌는데, 그 후 피고인의 소변 등 채취에 관한 압수영장에 기하여 2차 채노절차가 이루어지고 그 결과를 분석한 소변 감정서 등이 증거로 제출된 사안에서, 피고인을 강제로 연행한 조치는 위법한 체포에 해당하고, 위법한 체포상태에서 이루어진 채노 요구 또한 위법하므로 그에 의하여 수집된 '소변검사시인서'는 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없으나, 한편 연행 당시 피고인이 마약을 투약한 것이거나 자살할지도 모른다는 취지의 구체적 제보가 있었던 데다가, 피고인이 경찰관 앞에서 바지와 팬티를 내리는 등 비정상적인 행동을 하였던 사정 등에 비추어 피고인에 대한 긴급한 구호의 필요성이 전혀 없었다고 볼 수 없는 점, 경찰관들은 임의동행시점으로부터 얼마 지나지 아니하여 체포의 이유와 변호인 선임권 등을 고지하면서 피고인에 대한 긴급체포의 절차를 밟는 등 절차의 잘못을 시정하려고 한 바 있어, 경찰관들의 위와 같은 임의동행조치는 단지 수사의 순서를 잘못 선택한 것이라고 할 수 있지만 관련 법규정으로부터의 실질적 일탈 정도가 헌법에 규정된 영장주의 원칙을 현저히 침해할 정도에 이르렀다고 보기 어려운 점 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 2차적 증거 수집이 위법한 체포·구금절차에 의하여 형성된 상태를 직접 이용하여 행하여진 것으로는 쉽사리 평가할 수 없으므로, 이와 같은 사정은 체포과정에서의 절차적 위법과 2차적 증거 수집 사이의 인과관계를 희석하게 할 만한 정황에 속하고, 메스암페타민 투약 범행의 중대성도 아울러 참작될 필요가 있는 점 등 제반 사정을 고려할 때 2차적 증거인 소변 감정서 등은 증거능력이 인정된다고 한 사례.

### 〈선정이유〉

대법원은 1차 채노절차가 영장주의에 위반하여 위법하다고 보고 그에 의해 수집된 소변검사인시서는 위법수집증거로 보았지만, 그 후 압수영장에 의해 적법하게 이루어진 2차 채노절차에 의한 소변감정서는 독수독과원칙의 예외사유인 인과관계의 단절을 이유로 그 증거능력을 인정하였다.

## 214. 위법한 압수 이전에 범행현장에서 채취한 지문의 증거능력

(대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도7471 판결)

### 〈쟁점〉

수사기관이 적법절차를 위반하여 지문채취 대상물을 압수한 경우, 그전에 이미 범행 현장에서 위 대상물에서 채취한 지문이 위법수집증거에 해당하는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 피해자 공소의 1의 신고를 받고 현장에 출동한 인천 남동경찰서 과학수사팀 소속 경장 공소의 2는 피해자 공소의 1이 범인과 함께 술을 마신 테이블 위에 놓여 있던 맥주컵에서 지문 6점을, 물컵에서 지문 8점을, 맥주병에서 지문 2점을 각각 현장에서 직접 채취하였음을 알 수 있는바, 이와 같이 범행 현장에서 지문채취 대상물에 대한 지문채취가 먼저 이루어진 이상, 수사기관이 그 이후에 지문채취 대상물을 적법한 절차에 의하지 아니한 채 압수하였다고 하더라도(한편, 이 사건 지문채취 대상물인 맥주컵, 물컵, 맥주병 등은 피해자 공소의 1이 운영하는 주점 내에 있던 피해자 공소의 1의 소유로서 이를 수거한 행위가 피해자 공소의 1의 의사에 반한 것이라고 볼 수 없으므로, 이를 가리켜 위법한 압수라고 보기도 어렵다), 위와 같이 채취된 지문은 위법하게 압수한 지문채취 대상물로부터 획득한 2차적 증거에 해당하지 아니함이 분명하여, 이를 가리켜 위법수집증거라고 할 수 없으므로, 원심이 이를 증거로 채택한 것이 위법하다고 할 수 없다. 이 점에 관한 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

### 〈선정이유〉

위법수집증거는 위법한 절차에 위배에 의해 수집된 증거를 말하므로, 위법하게 증거물을 압수하기 이전에 범죄현장에서 먼저 직접 채취한 지문은 위법한 수집절차로부터 수집된 증거가 아니므로, 위법수집증거배제법칙이 적용되지 않는다고 보았다.

## 215. 증거의 우연한 발견과 영장주의

(대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도7101 판결)

### 〈쟁점〉

수사기관이 피의자 갑의 공직선거법 위반 범행을 영장 범죄사실로 하여 발부받은 압수·수색영장의 집행 과정에서 을, 병 사이의 대화가 녹음된 녹음파일을 압수하여 을, 병의 공직선거법 위반 혐의사실을 발견한 사안에서, 별도의 압수·수색영장을 발부받지 않고 압수한 위 녹음파일은 위법수집 증거로서 증거능력이 없다고 한 사례

### 〈판결요지〉

수사기관이 피의자 갑의 공직선거법 위반 범행을 영장 범죄사실로 하여 발부받은 압수·수색영장의 집행 과정에서 을, 병 사이의 대화가 녹음된 녹음파일(이하 '녹음파일'이라 한다)을 압수하여 을, 병의 공직선거법 위반 혐의사실을 발견한 사안에서, 압수·수색영장에 기재된 '피의자'인 갑이 녹음파일에 의하여 의심되는 혐의사실과 무관한 이상, 수사기관이 별도의 압수·수색영장을 발부받지 아니한 채 압수한 녹음파일은 형사소송법 제219조에 의하여 수사기관의 압수에 준용되는 형사소송법 제106조 제1항이 규정하는 '피고사건' 내지 같은 법 제215조 제1항이 규정하는 '해당 사건'과 '관계가 있다고 인정할 수 있는 것'에 해당하지 않으며, 이와 같은 압수에는 헌법 제12조 제1항 후문, 제3항 본문이 규정하는 영장주의를 위반한 절차적 위법이 있으므로, 녹음파일은 형사소송법 제308조의2에서 정한 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거'로서 증거로 쓸 수 없고,

그 절차적 위법은 헌법상 영장주의 내지 적법절차의 실질적 내용을 침해하는 중대한 위법에 해당하여 예외적으로 증거능력을 인정할 수도 없다고 한 사례.

### 〈선정이유〉

플레인뷰(Plain View)원칙이 인정되지 않는 우리 현행 형사소송법상 영장에 기재된 혐의사실과 관련성이 없이 우연히 발견된 다른 범죄의 증거물은 임의제출 받거나 별도의 영장을 발부받아야만 압수할 수 있다.

## 216. 영장주의에 위반한 압수 직후 작성된 임의제출동의서의 증거능력

(대법원 2010. 7. 22. 선고 2009도14376 판결)

### 〈쟁점〉

사법경찰관이 형사소송법 제215조 제2항을 위반하여 영장없이 물건을 압수한 직후 피고인으로부터 작성받은 그 압수물에 대한 '임의제출동의서'의 증거능력 유무(원칙적 소극)

### 〈판결요지〉

형사소송법 제215조 제2항은 “사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원 판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 사법경찰관이 위 규정을 위반하여 영장없이 물건을 압수한 경우 그 압수물은 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 역시 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 것이고, 이와 같은 법리는 헌법과 형사소송법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 위법한 압수가 있는 직후에 피고인으로부터 작성받은 그 압수물에 대한 임의제출동의서도 특별한 사정이 없는 한 마찬가지라고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

대법원은 영장주의에 위배하여 위법하게 압수된 압수물(1차 증거) 뿐만 아니라 그 압수물에 대한 임의제출동의서(2차 증거)도 위법수집증거배제법칙에 따라 증거능력을 부정한다.

## 217. 영장 없는 압수와 그 압수물을 찍은 사진의 증거능력

(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제218조를 위반하여 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 자로부터 제출받은 물건을 영장없이 압수한 경우, 그 '압수물' 및 '압수물을 찍은 사진'의 증거능력 유무(소극)

### 〈판결요지〉

형사소송법 제218조는 “사법경찰관은 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다”고 규정하고 있는바, 위 규정을 위반하여 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 자로부터 제출받은 물건을 영장 없이 압수한 경우 그 ‘압수물’ 및 ‘압수물을 찍은 사진’은 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 것이고, 헌법과 형사소송법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

### 〈선정이유〉

대법원은 소유자, 소지자 또는 보관자가 아닌 자로부터 제출받은 물건은 임의제출물이 아니므로 영장에 의한 압수가 이루어져야 함에도 이에 위배하여 압수하였다면, 그 압수물(1차 증거)은 물론 독수독과 법리에 따라 압수물을 찍은 사진(2차 증거)에 대해서도 그 증거능력을 부정한다.

## 218. 사전영장주의 예외에 따른 압수물의 반환의무 위반과 증거능력

(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결)

### 〈쟁점〉

긴급체포 시 압수한 물건에 관하여 형사소송법 제217조 제2항, 제3항의 규정에 의한 압수수색영장을 발부받지 않고도 즉시 반환하지 않은 경우, 그 증거능력 유무 및 증거동의를 의하여 증거능력이 인정되는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

형사소송법 제216조 제1항 제2호, 제217조 제2항, 제3항은 사법경찰관은 형사소송법 제200조의3(긴급체포)의 규정에 의하여 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 체포현장에서 압수·수색을 할 수 있고, 압수한 물건을 계속 압수할 필요가 있는 경우에는 지체 없이 압수수색영장을 청구하여야 하며, 청구한 압수수색영장을 발부받지 못한 때에는 압수한 물건을 즉시 반환하여야 한다고 규정하고 있는바, 형사소송법 제217조 제2항, 제3항에 위반하여 압수수색영장을 청구하여 이를 발부받지 아니하고도 즉시 반환하지 아니한 압수물은 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없는 것이고, 헌법과 형사소송법이 선언한 영장주의의 중요성에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

### 〈선정이유〉

대법원은 사전영장주의 예외에서의 즉시반환의무의 위반도 영장주의에 대한 적법절차 위반으로 보고 그 증거능력을 부정한다.

## 219. 진술거부권의 불고지와 증거능력

(대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결)

**〈쟁점〉**

피의자에게 진술거부권을 고지하지 아니하고 작성한 피의자신문조서의 증거능력 유무(소극)

**〈판결요지〉**

형사소송법 제200조 제2항은 검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있는바, 이러한 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다.

**〈선정이유〉**

대법원의 진술거부권 불고지 등의 절차 위반이 진술의 임의성에 영향을 미치지 않았더라도 이와 상관없이 진술의 수집과정에서 적법절차 위반이 있으면 제308조의2에 따라 증거능력을 부정한다.

## 220. 피의자 아닌 자에 대한 진술거부권 불고지와 그 진술의 증거능력

(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도8125 판결)

**〈쟁점〉**

진술거부권 고지 대상이 되는 피의자 지위가 인정되는 시기 및 피의자 지위에 있지 아니한 자에게 진술거부권이 고지되지 아니한 경우, 진술의 증거능력 유무(적극)

**〈판결요지〉**

[1] 피의자에 대한 진술거부권 고지는 피의자의 진술거부권을 실효적으로 보장하여 진술이 강요되는 것을 막기 위해 인정되는 것인데, 이러한 진술거부권 고지에 관한 형사소송법 규정내용 및 진술거부권 고지가 갖는 실질적인 의미를 고려하면 수사기관에 의한 진술거부권 고지 대상이 되는 피의자 지위는 수사기관이 조사대상자에 대한 범죄혐의를 인정하여 수사를 개시하는 행위를 한 때 인정되는 것으로 보아야 한다. 따라서 이러한 피의자 지위에 있지 아니한 자에 대하여는 진술거부권이 고지되지 아니하였더라도 진술의 증거능력을 부정할 것은 아니다.

[2] 피고인들이 중국에 있는 갑과 공모한 후 중국에서 입국하는 을을 통하여 필로폰이 들어 있는 곡물포대를 배달받는 방법으로 필로폰을 수입하였다고 하여 주위적으로 기소되었는데 검사가 을에게서 곡물포대를 건네받아 피고인들에게 전달하는 역할을 한 참고인 병에 대한 검사 작성 진술조서를 증거로 신청한 사안에서, 피고인들과 공범관계에 있을 가능성만으로 병이 참고인으로서 검찰 조사를 받을 당시 또는 그 후라도 검사가 병에 대한 범죄혐의를 인정하고 수사를 개시하여 피의자 지위에 있게 되었다고 단정할 수 없고, 검사가 병에 대한 수사를 개시할 수 있는 상태이었는데도 진술거부권 고지를 잠탈할 의도로 피의자 신문이 아닌 참고인 조사의 형식을 취한 것으로 볼 만한 사정도 기록상 찾을 수 없으며, 오히려 피고인들이 수사과정에서 필로폰이 중국으로부터

수입되는 것인지 몰랐다는 취지로 변호하였기 때문에 피고인들의 수입에 관한 범의를 명백하게 하기 위하여 병을 참고인으로 조사한 것이라면, 병은 수사기관에 의해 범죄혐의를 인정받아 수사가 개시된 피의자의 지위에 있었다고 할 수 없고 참고인으로서 조사를 받으면서 수사기관에게서 진술 거부권을 고지받지 않았다는 이유만으로 그 진술조서가 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 할 수 없는데도, 아무런 객관적 자료 없이 병이 피고인들 범행의 공범으로서 피의자 지위에 있다고 단정한 후 진술거부권 불고지로 인하여 병에 대한 진술조서의 증거능력이 없다고 본 원심판결에는 법리오해의 위법이 있고, 이러한 위법은 주위적 공소사실을 무죄로 인정한 판결 결과에 영향을 미쳤다고 한 사례.

### 〈선정이유〉

대법원은 진술거부권의 고지와 관련하여 ① [피의자 · 피고인]에 대한 불고지와 ② [피의자 아닌 자]에 대한 불고지를 달리 취급한다. 즉 ①과 관련하여 진술거부권의 고지는 형사소송법 제244조의3 및 제283조의2에 의해 적법절차의 내용을 이룬다고 보아 그 위반에 대해 제308조의2를 적용하여 증거능력을 부정하는 반면, ②와 관련해서는 적법절차 위반으로 평가하지 않는다.

## 221. 2차적 증거의 증거능력 및 그 판단 기준

(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결)

### 〈쟁점〉

2차적 증거의 증거능력을 인정할 만한 구체적 정황례

### 〈판결요지〉

[1] 형사소송법 제308조의2는 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”고 규정하고 있는바, 수사기관이 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 물론, 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 역시 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없는 것이 원칙이다. 다만, 수사기관의 절차 위반 행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다. 따라서 법원이 2차적 증거의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는 먼저 절차에 따르지 아니한 1차적 증거 수집과 관련된 모든 사정들, 즉 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 살펴야 한다. 나아가 1차적 증거를 기초로 하여 다시 2차적 증거를 수집하는 과정에서 추가로 발생한 모든 사정들까지 구체적인 사안에 따라 주로 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로 전체적·종합적으로 고려하여야 한다.

[2] 구체적인 사안에서 2차적 증거들의 증거능력 인정 여부는 제반 사정을 전체적·종합적으로

고려하여 판단하여야 한다. 예컨대 진술거부권을 고지하지 않은 것이 단지 수사기관의 실수일 뿐 피의자의 자백을 이끌어내기 위한 의도적이고 기술적인 증거확보의 방법으로 이용되지 않았고, 그 이후 이루어진 신문에서는 진술거부권을 고지하여 잘못이 시정되는 등 수사 절차가 적법하게 진행되었다는 사정, 최초 자백 이후 구금되었던 피고인이 석방되었다거나 변호인으로부터 충분한 조력을 받은 가운데 상당한 시간이 경과하였음에도 다시 자발적으로 계속하여 동일한 내용의 자백을 하였다는 사정, 최초 자백 외에도 다른 독립된 제3자의 행위나 자료 등도 물적 증거나 증인의 증언 등 2차적 증거 수집의 기초가 되었다는 사정, 증인이 그의 독립적인 판단에 의해 형사소송법이 정한 절차에 따라 소환을 받고 임의로 출석하여 증언하였다는 사정 등은 통상 2차적 증거의 증거능력을 인정할만한 정황에 속한다.

[3] 강도 현행범으로 체포된 피고인에게 진술거부권을 고지하지 아니한 채 강도범행에 대한 자백을 받고, 이를 기초로 여죄에 대한 진술과 증거물을 확보한 후 진술거부권을 고지하여 피고인의 임의자백 및 피해자의 피해사실에 대한 진술을 수집한 사안에서, 제1심 법정에서의 피고인의 자백은 진술거부권을 고지받지 않은 상태에서 이루어진 최초 자백 이후 40여 일이 지난 후에 변호인의 충분한 조력을 받으면서 공개된 법정에서 임의로 이루어진 것이고, 피해자의 진술은 법원의 적법한 소환에 따라 자발적으로 출석하여 위증의 벌을 경고받고 선서한 후 공개된 법정에서 임의로 이루어진 것이어서, 예외적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 2차적 증거에 해당한다고 한 사례.

### 〈선정이유〉

대법원은 2차 증거의 증거능력을 판단함에 있어서 수집하는 과정에서 추가로 발생한 모든 사정들까지 전체적·종합적으로 고려하여 구체적인 사안에 따라 독수독과의 예외(인과관계 희석 또는 단절 등) 해당성 여부를 판단한다.

## 222. 위법한 구속 상태에서 수집된 진술증거의 증거능력

(대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도526 판결)

### 〈쟁점〉

[1] 구속집행절차에 위배된 구속 중 수집한 피고인의 진술증거의 증거능력 유무(원칙적 소극) 및 그 판단 기준

[2] 구속영장의 집행 당시 구속영장이 제시되지는 않았으나, 그 구속 중 수집한 피고인의 진술증거가 유죄 인정의 증거로 삼을 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 한 사례

### 〈판결요지〉

[1] 형사소송법 제308조의2는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다'고 규정하고 있는바, 수사기관이 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 물론, 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 역시 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없는 것이 원칙이다. 다만, 수사기관의 절차 위반 행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 도모하고, 이를 통하여 형사

사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다. 따라서 법원이 2차적 증거의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는 먼저 절차에 따르지 아니한 1차적 증거 수집과 관련된 모든 사정들, 즉 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 살피는 것은 물론, 나아가 1차적 증거를 기초로 하여 다시 2차적 증거를 수집하는 과정에서 추가로 발생한 모든 사정들까지 구체적인 사안에 따라 주로 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로 전체적·종합적으로 고려하여야 한다. 수사기관이 헌법 제12조 제3항, 형사소송법 제85조 제1항, 제209조에 반하여 사전에 영장을 제시하지 아니한 채 구속영장을 집행한 경우, 그 구속 중 수집한 2차적 증거들인 구속 피고인의 진술증거가 유죄 인정의 증거로 사용될 수 있는지 역시 위와 같은 법리에 의하여 판단되어야 하고, 이는 형사소송법 제81조 제3항, 제209조에 따라 검사의 지휘에 의하여 교도관리가 구속영장을 집행하는 경우에도 마찬가지이다.

[2] 사전에 구속영장을 제시하지 아니한 채 구속영장을 집행하고, 그 구속 중 수집한 피고인의 진술증거 중 피고인의 제1심 법정진술은, 피고인이 구속집행절차의 위법성을 주장하면서 청구한 구속적부심사의 심문 당시 구속영장을 제시받은 바 있어 그 이후에는 구속영장에 기재된 범죄사실에 대하여 숙지하고 있었던 것으로 보이고, 구속 이후 원심에 이르기까지 구속적부심사와 보석의 청구를 통하여 구속집행절차의 위법성만을 다투었을 뿐, 그 구속 중 이루어진 진술증거의 임의성이나 신빙성에 대하여는 전혀 다투지 않았을 뿐만 아니라, 변호인과의 충분한 상의를 거친 후 공소사실 전부에 대하여 자백한 것이라면, 유죄 인정의 증거로 삼을 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 한 사례.

### 〈선정이유〉

대법원은 위법한 인신구속 상태에서 수집된 진술은 위법수집증거로서 원칙적으로 그 증거능력이 부정된다고 하면서도, 위 판결사안처럼 그 후 수집과정의 위법을 희석 내지 단절시킬 만한 구체적인 사정이 존재하면 이를 전체적·종합적으로 고려하여 독수독과의 예외를 인정한다.

## 223. 위법수집된 증거에 의한 피의자의 자백 및 제3자 진술의 증거능력

(대법원 2013. 3. 28. 선고 2012도13607 판결)

### 〈쟁점〉

[1] 수사기관이 법관의 영장에 의하지 아니하고 금융회사 등으로부터 신용카드 매출전표의 거래명의자에 관한 정보를 획득한 경우, 그와 같이 수집된 증거의 증거능력 유무(원칙적 소극)

[2] 수사기관이 법관의 영장에 의하지 아니하고 매출전표의 거래명의자에 관한 정보를 획득한 경우, 이에 근거하여 수집한 피의자의 자백이나 범죄 피해에 대한 제3자의 진술 등 2차적 증거의 증거능력을 예외적으로 인정할 만한 정황

### 〈판결요지〉

[1] 수사기관이 범죄 수사를 목적으로 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률(이하 '금융실명법'이라 한다) 제4조 제1항에 정한 '거래정보 등'을 획득하기 위해서는 법관의 영장이 필요하고, 신용카드에 의하여 물품을 거래할 때 '금융회사 등'이 발행하는 매출전표의 거래명의자에 관한 정보 또한 금융실명법에서 정하는 '거래정보 등'에 해당하므로, 수사기관이 금융회사 등에 그와 같은 정보를 요구하는 경우에도 법관이 발부한 영장에 의하여야 한다. 그럼에도 수사기관이 영장에 의하지 아니하고 매출전표의 거래명의자에 관한 정보를 획득하였다면, 그와 같이 수집된 증거는 원칙적으로 형사소송법 제308조의2에서 정하는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거'에 해당하여 유죄의 증거로 삼을 수 없다.

[2] 수사기관이 법관의 영장에 의하지 아니하고 매출전표의 거래명의자에 관한 정보를 획득한 경우, 이에 터 잡아 수집한 2차적 증거들, 예컨대 피의자의 자백이나 범죄 피해에 대한 제3자의 진술 등이 유죄 인정의 증거로 사용될 수 있는지를 판단할 때, 수사기관이 의도적으로 영장주의의 정신을 회피하는 방법으로 증거를 확보한 것이 아니라고 볼 만한 사정, 위와 같은 정보에 기초하여 범인으로 특정되어 체포되었던 피의자가 석방된 후 상당한 시간이 경과하였음에도 다시 동일한 내용의 자백을 하였다거나 그 범행의 피해품을 수사기관에 임의로 제출하였다는 사정, 2차적 증거 수집이 체포 상태에서 이루어진 자백 등으로부터 독립된 제3자의 진술에 의하여 이루어진 사정 등은 통상 2차적 증거의 증거능력을 인정할 만한 정황에 속한다고 볼 수 있다.

### 〈선정이유〉

위 판결에서 대법원은 위법하게 수집된 1차 증거로부터 얻은 2차 증거들의 증거능력 유무를 결정함에 있어서 고려해야 할 정황들을 구체적으로 다루고 있다.

## 224. 선행 음주측정의 위법과 후행 음주측정 결과의 증거능력

(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도2094 판결)

### 〈쟁점〉

위법한 강제연행 상태에서 호흡측정 방법에 의한 음주측정이 이루어진 후 강제연행 상태에서부터 시간적·장소적으로 단절되었다고 볼 수 없는 상황에서 피의자의 요구에 의하여 이루어진 혈액채취 방법에 의한 음주측정 결과의 증거능력 유무(원칙적 소극) 및 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의한 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

[1] 헌법 제12조 제1항, 제5항, 형사소송법 제200조의5, 제213조의2, 제308조의2를 종합하면, 적법한 절차에 따르지 아니한 위법행위를 기초로 하여 증거가 수집된 경우에는 당해 증거뿐 아니라 그에 터 잡아 획득한 2차적 증거에 대해서도 증거능력은 부정되어야 한다. 다만 위와 같은 위법수집증거 배제의 원칙은 수사과정의 위법행위를 억지함으로써 국민의 기본적 인권을 보장하기 위한 것이므로 적법절차에 위배되는 행위의 영향이 차단되거나 소멸되었다고 볼 수 있는 상태에서

수집한 증거는 그 증거능력을 인정하더라도 적법절차의 실질적 내용에 대한 침해가 일어나지는 않는다 할 것이니 그 증거능력을 부정할 이유는 없다. 따라서 증거수집 과정에서 이루어진 적법절차 위반행위의 내용과 경위 및 그 관련 사정을 종합하여 볼 때 당초의 적법절차 위반행위와 증거수집 행위의 중간에 그 행위의 위법 요소가 제거 내지 배제되었다고 볼 만한 다른 사정이 개입됨으로써 인과관계가 단절된 것으로 평가할 수 있는 예외적인 경우에는 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

[2] 위법한 강제연행 상태에서 호흡측정 방법에 의한 음주측정을 한 다음 강제연행 상태에서부터 시간적·장소적으로 단절되었다고 볼 수도 없고 피의자의 심적 상태 또한 강제연행 상태에서부터 완전히 벗어났다고 볼 수 없는 상황에서 피의자가 호흡측정 결과에 대한 탄핵을 하기 위하여 스스로 혈액채취 방법에 의한 측정을 할 것을 요구하여 혈액채취가 이루어졌다고 하더라도 그 사이에 위법한 체포 상태에 의한 영향이 완전하게 배제되고 피의자의 의사결정의 자유가 확실하게 보장되었다고 볼 만한 다른 사정이 개입되지 않은 이상 불법체포와 증거수집 사이의 인과관계가 단절된 것으로 볼 수는 없다. 따라서 그러한 혈액채취에 의한 측정 결과 역시 유죄 인정의 증거로 쓸 수 없다고 보아야 한다. 그리고 이는 수사기관이 위법한 체포 상태를 이용하여 증거를 수집하는 등의 행위를 효과적으로 억지하기 위한 것이므로, 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여도 달리 볼 것은 아니다.

### 〈선정이유〉

대법원은 선행절차의 위법과 후행 검증결과 사이의 인과관계 단절 여부를 판단함에 있어서 “선행절차의 위법상태가 완전히 배제되고 피의자의 의사결정의 자유가 확실히 보장되었다고 볼 만한 다른 사정이 개입되었는지”를 기준으로 판단한다.

## 225. 사인에 의해 위법하게 수집된 증거의 증거능력 판단기준

(대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결)

### 〈쟁점〉

국민의 사생활 영역에 관계된 증거의 제출이 허용되는지 판단하는 기준 및 이때 법원이 고려하여야 할 사항

### 〈판결요지〉

국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속하고 이는 형사절차에서도 당연히 구현되어야 하지만, 국민의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로 볼 수는 없으므로 법원에서는 효과적인 형사소추 및 형사소송에서 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다. 이때 법원이 그 비교형량을 함에 있어서는 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 사생활 내지 인격적 이익을 보호하여야 할 필요성 여부 및 정도, 증거수집 과정에서 사생활 기타 인격적 이익을 침해하게 된 경위와 침해의 내용 및 정도, 형사소추의 대상이 되는 범죄의 경중 및 성격, 피고인의 증거동의 여부 등을 전체적·종합적으로 고려하여야 하고, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만

을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정하여서는 아니 된다.

### 〈선정이유〉

위법수집증거배제법칙(제308조의2)이 수사기관의 적법절차 준수를 강제하기 위한 의도로 형성된 것인 만큼 [사인의 증거수집에 대해서도 이를 적용할지]를 두고 견해가 대립하는데, 대법원은 (수사기관에 대한 위법수집증거배제법칙의 적용법리와는 달리) 진실발견이라는 공익과 침해된 사인의 '비교형량'을 통하여 그 증거능력 인정 여부를 결정한다.

## 226. 피고인 동의 하에 제3자에 의해 촬영된 나체사진과 위법수집증거

(대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결)

### 〈쟁점〉

제3자가 공갈목적은 숨기고 피고인의 동의하에 나체사진을 찍은 경우, 피고인에 대한 간통죄에 있어 위법수집증거로서 증거능력이 배제되는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

모든 국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속하는 것이고, 이는 형사절차에서도 당연히 구현되어야 하는 것이기는 하나 그렇다고 하여 국민의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로 볼 수는 없고, 법원으로서도 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활의 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하고, 적절한 증거조사의 방법을 선택함으로써 국민의 인간으로서의 존엄성에 대한 침해를 피할 수 있다고 보아야 할 것이므로, 피고인의 동의하에 촬영된 나체사진의 존재만으로 피고인의 인격권과 초상권을 침해하는 것으로 볼 수 없고, 가사 사진을 촬영한 제3자가 그 사진을 이용하여 피고인을 공갈할 의도였다고 하더라도 사진의 촬영이 임의성이 배제된 상태에서 이루어진 것이라고 할 수는 없으며, 그 사진은 범죄현장의 사진으로서 피고인에 대한 형사소추를 위하여 반드시 필요한 증거로 보이므로, 공익의 실현을 위하여는 그 사진을 범죄의 증거로 제출하는 것이 허용되어야 하고, 이로 말미암아 피고인의 사생활의 비밀을 침해하는 결과를 초래한다 하더라도 이는 피고인이 수인하여야 할 기본권의 제한에 해당된다.

### 〈선정이유〉

대법원은 표준판례 225에서 언급한 '비교형량의 법리'에 따라 사인이 위법하게 수집한 증거(나체 사진)라 하더라도 진실발견의 공익이 더 크다고 보아 증거능력을 인정하였다.

## 227. 피의자신문 절차 및 방식의 위반과 신문조서의 증거능력

(대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결)

### 〈쟁점〉

[1] 진술거부권 행사 여부에 대한 피의자의 답변이 형사소송법 제244조의3 제2항에 규정한 방식에 위배된 경우, 사법경찰관 작성 피의자신문조서의 증거능력 유무(원칙적 소극)

[2] 피의자가 변호인 참여를 원하는 의사를 표시하였는데도 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하게 하지 아니한 채 피의자를 신문하여 작성한 피의자신문조서의 증거능력 유무(소극)

### 〈판결요지〉

[1] 헌법 제12조 제2항, 형사소송법 제244조의3 제1항, 제2항, 제312조 제3항에 비추어 보면, 비록 사법경찰관이 피의자에게 진술거부권을 행사할 수 있음을 알려 주고 그 행사 여부를 질문하였다 하더라도, 형사소송법 제244조의3 제2항에 규정한 방식에 위반하여 진술거부권 행사 여부에 대한 피의자의 답변이 자필로 기재되어 있지 아니하거나 그 답변 부분에 피의자의 기명날인 또는 서명이 되어 있지 아니한 사법경찰관 작성의 피의자신문조서는 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제312조 제3항에서 정한 ‘적법한 절차와 방식’에 따라 작성된 조서라 할 수 없으므로 그 증거능력을 인정할 수 없다.

[2] 헌법 제12조 제1항, 제4항 본문, 형사소송법 제243조의2 제1항 및 그 입법 목적 등에 비추어 보면, 피의자가 변호인의 참여를 원한다는 의사를 명백하게 표시하였음에도 수사기관이 정당한 사유 없이 변호인을 참여하게 하지 아니한 채 피의자를 신문하여 작성한 피의자신문조서는 형사소송법 제312조에 정한 ‘적법한 절차와 방식’에 위반된 증거일 뿐만 아니라, 형사소송법 제308조의2에서 정한 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’에 해당하므로 이를 증거로 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

위 판결에 따르면 전문법칙의 예외는 위법수집증거에 해당하지 않는 것을 전제로 인정될 수 있다.

## 228. 영장발부 사유와 무관한 증거의 압수와 증거능력

(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결)

### 〈쟁점〉

검사 또는 사법경찰관이 영장 발부 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수한 경우, 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는지 여부(원칙적 소극) / 수사기관이 별개의 증거를 환부하고 후에 임의제출받아 다시 압수한 경우, 제출에 임의성이 있다는 점에 관한 증명책임 소재(=검사)와 증명 정도 및 임의로 제출된 것이라고 볼 수 없는 경우 증거능력을 인정할 수 있는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

검사 또는 사법경찰관은 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있는 경우에 판사로부터 발부받은 영장에 의하여 압수·수색을 할 수 있으나, 압수·수색은 영장

발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련된 증거에 한하여 할 수 있으므로, 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다.

다만 수사기관이 별개의 증거를 피압수자 등에게 환부하고 후에 임의제출받아 다시 압수하였다면 증거를 압수한 최초의 절차 위반행위와 최종적인 증거수집 사이의 인과관계가 단절되었다고 평가할 수 있으나, 환부 후 다시 제출하는 과정에서 수사기관의 우월적 지위에 의하여 임의제출 명목으로 실질적으로 강제적인 압수가 행하여질 수 있으므로, 제출에 임의성이 있다는 점에 관하여는 검사가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 하고, 임의로 제출된 것이라고 볼 수 없는 경우에는 증거능력을 인정할 수 없다.

### 〈선정이유〉

대법원은 영장발부사유인 범죄혐의와 무관하게 압수된 증거를 위법수집증거로 보아 원칙적으로 그 증거능력을 부정한다. 하지만 이를 피압수자에게 환부한 후 이를 임의제출의 형식으로 다시 압수한 경우에는 검사에 의한 임의성 입증은 전제로 인과관계의 단절을 인정하여 그 증거능력을 긍정한다.

## III. 자백배제법칙

### 229. 고문·폭행·협박으로 인한 자백

(대법원 2012. 11. 29. 선고 2010도3029 판결)

#### 〈쟁점〉

피고인이 수사기관에서 임의성 없는 자백을 한 후 법정에서도 임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 자백을 한 경우, 법정에서 자백의 임의성 유무(소극)

#### 〈판결요지〉

피고인이 수사기관에서 가혹행위 등으로 인하여 임의성 없는 자백을 하고 그 후 법정에서도 임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 자백을 하였다면 법정에서의 자백도 임의성 없는 자백이라고 보아야 한다(대법원 2004. 7. 8. 선고 2002도4469 판결, 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도1603 판결 등 참조).

피고인들은 장기간 불법 구금된 상태에서 수사관들에 의하여 가혹행위를 당하여 임의성 없는 자백을 하였고, 그 후 검사의 수사 및 법원의 재판 단계에서도 임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 자백을 한 것으로 볼 수 있으므로, 피고인들에 대한 검사 작성의 각 피의자신문조서의 기재 및 법정 자백은 임의성이 없어 증거로 사용할 수 없고, 공소사실에 부합하는 참고인들에 대한 진술조서(일부 진술서 포함) 역시 수사관들의 가혹행위에 의해 작성된 것으로 임의성이 없거나 그 내용을 신빙할 수 없어 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

## 〈선정이유〉

고문·폭행·협박으로 인하여 임의성이 없는 자백을 설명하고 있는 판결이다.

## 230. 기타 방법에 의한 자백

(대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도517 판결)

### 〈쟁점〉

연일 계속되는 장시간 조사와 심리적·정신적 압박상태에서의 자백

### 〈판결요지〉

별건으로 수감 중인 자를 약 1년 3개월의 기간 동안 무려 270회나 검찰청으로 소환하여 밤늦은 시각 또는 그 다음날 새벽까지 조사를 하였다면 그는 과도한 육체적 피로, 수면부족, 심리적 압박감 속에서 진술을 한 것으로 보이고, 미국 영주권을 신청해 놓았을 뿐 아니라 가족들도 미국에 체류 중이어서 반드시 미국으로 출국하여야 하는 상황에 놓여있는 자를 구속 또는 출국금지조치의 지속 등을 수단으로 삼아 회유하거나 압박하여 조사를 하였을 가능성이 충분하다면 그는 심리적 압박감이나 정신적 강압상태하에서 진술을 한 것으로 의심되므로 이들에 대한 진술조서는 그 임의성을 의심할 만한 사정이 있는데, 검사가 그 임의성의 의문점을 해소하는 증명을 하지 못하였으므로 위 각 진술조서는 증거능력이 없다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2002. 10. 8. 선고 2001도3931 판결 : 별건으로 구속된 자를 일정 기간 동안 거의 매일 검사실로 소환하여 밤늦게까지 조사를 하였다면 그에 대한 진술조서는 임의성을 의심할 만한 사정이 있고, 검사가 그 임의성의 의문점을 해소하는 입증을 하지 못하면 위 진술조서는 증거능력이 없다고 한 사례

(2) 대법원 1998. 4. 10. 선고 97도3234 판결 : 피고인들의 검찰에서의 자백은 그들 주장대로 잠을 재우지 아니한 채 심문을 계속한 것이 사실이라면 강요와 회유를 거듭한 끝에 받아들인 것일 뿐 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 상당한 이유가 있어, 피고인들이 검찰에서 행한 위 각 자백은 이 사건에서 문제되는 철야조사가 있어 그 때문인지 여부를 심리·판단하지 아니하고는 결국 유죄의 증거로 삼을 수 없다고 할 것이고, 이와 달리 위 판시 이유만으로 그 임의성을 인정하여 이를 유죄의 증거로 인정한 원심판단은 잘못이라고 할 것이다.

(3) 대법원 1984. 5. 9. 선고 83도2782 판결 : 피고인이 처음 검찰조사시에 범행을 부인하다가 뒤에 자백을 하는 과정에서 금 200만원을 뇌물로 받은 것으로 하면 특정범죄가중처벌등에관한법률 위반으로 중형을 받게 되니 금 200만원 중 금 30만원을 술값을 갚은 것으로 조서를 허위작성한 것이라면 이는 단순 수뢰죄의 가벼운 형으로 처벌되도록 하겠다고 약속하고 자백을 유도한 것으로 위와 같은 상황하에서 한 자백은 그 임의성에 의심이 가고 따라서 진실성이 없다는 취지에서 이를 배척하였다 하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 있다고는 할 수 없다.

## 〈선정이유〉

육체적 피로·정신적 압박 신문, 철야신문, 약속 등 기타의 방법에 의하여 임의성이 없는 자백을 설명하고 있는 판결이다.

**231. 자백의 임의성에 대한 증명책임**

(대법원 1998. 4. 10. 선고 97도3234 판결)

## 〈쟁점〉

자백의 임의성에 다툼이 있는 경우, 그 입증책임의 소재(검사)와 진술의 임의성 유무의 판단방법

## 〈판결요지〉

임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지가 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태에서 행하여진 자백은 그 자체로 실제적 진실에 부합하지 아니하여 오판의 소지가 있을 뿐만 아니라 그 진위 여부를 떠나서 자백을 얻기 위하여 피의자의 기본적 인권을 침해하는 위법부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것이므로 그 임의성에 다툼이 있을 때에는 그 임의성을 의심할 만한 합리적이고, 구체적인 사실을 피고인이 입증할 것이 아니고 검사가 그 임의성의 의문점을 해소하는 입증을 하여야 한다.

이 사건에 있어서 피고인들은 체포 후 줄곧 범행을 부인하다가 금품수수의 상대방과 대질신문을 벌였다거나 특별한 증거가 제시되지 아니하였음에도 갑자기 그 동안 지켜온 명예감정을 포기하고 순순히 범행 일체를 자백하였다는 것은 지극히 이례적인 것으로서 선뜻 납득하기 어려운데다가, 그 진술내용도 범행사실은 물론 굳이 허위진술의 필요가 없는 기본적인 사항마저도 부정확한 내용이 포함되어 있고 피고인 1의 경우 아래 나.항에서 보는 바와 같이 준공검사의 결재과정에 관여할 여지가 없는데도 준공검사와 관련하여 부정한 금품이 수수된다는 것은 경험칙상 뇌물을 수수한 동기로 인정하기 미흡한 점, 피고인들은 모두 제1회 공판정에서부터 그 범행을 전면 부인한 점 등에 비추어 볼 때, 피고인들의 검찰에서의 자백은 그들 주장대로 잠을 재우지 아니한 채 심문을 계속한 것이 사실이라면 강요와 회유를 거듭한 끝에 받아들인 것일 뿐 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 상당한 이유가 있어, 피고인들이 검찰에서 행한 위 각 자백은 이 사건에서 문제되는 철야조사가 있어 그 때문인지 여부를 심리·판단하지 아니하고는 결국 유죄의 증거로 삼을 수 없다고 할 것이고, 이와 달리 위 판시 이유만으로 그 임의성을 인정하여 이를 유죄의 증거로 인정한 원심 판단은 잘못이라고 할 것이다.

## 〈참고판결〉

(1) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도3801 판결 : 법원은 구체적인 사건에 따라 피고인의 학력, 경력, 직업, 사회적 지위, 지능 정도, 진술의 내용, 피의자신문조서의 경우 그 조서의 형식 등 제반 사정을 참작하여 자유로운 심증으로 위 진술이 임의로 된 것인지의 여부를 판단하되, 자백의 진술 내용 자체가 객관적인 합리성을 띠고 있는가, 자백의 동기나 이유 및 자백에 이르게 된 경위는 어떠한가, 자백 외의 정황증거 중 자백과 저촉되거나 모순되는 것이 없는가 하는 점 등을 고려하여

그 신빙성 유무를 판단하여야 한다.

(2) 대법원 1986. 11. 25. 선고 83도1718 판결 : 피의자의 진술에 관하여 공판정에서 그 임의성 유무가 다투어지는 경우에는 법원은 구체적인 사건에 따라 증거조사의 방법이나 증거능력의 제한을 받지 아니하고 제반사정을 종합 참작하여 적당하다고 인정되는 방법에 의하여 자유로운 증명으로 그 임의성 유무를 판단하면 된다.

### 〈선정이유〉

자백의 임의성은 검사에게 증명책임이 있고 다만 그 임의성의 의문점을 해소하는 입증을 하는 방법으로 증명하되 자유로운 증명의 대상이 된다는 법리 하에, 그 임의성에 대한 판단기준을 알 수 있는 판례이다.

## 232. 인과관계의 요부

(대법원 1984. 11. 27. 선고 84도2252 판결)

### 〈쟁점〉

임의성이 없다고 의심할 만한 사유가 있으나 그 사유와 자백간에 인과관계가 없는 경우, 자백의 임의성 여부(적극)

### 〈판결요지〉

피고인의 자백이 임의성이 없다고 의심할 만한 사유가 있는 때에 해당한다 할지라도 그 임의성이 없다고 의심하게 된 사유들과 피고인의 자백과의 사이에 인과관계가 존재하지 않은 것이 명백한 때에는 그 자백은 임의성이 있는 것으로 인정된다. 다만 임의성이 없다고 의심할 만한 이유가 있는 자백은 그 인과관계의 존재가 추정되는 것이므로 이를 유죄의 증거로 하려면 적극적으로 그 인과관계가 존재하지 아니하는 것이 인정되어야 할 것이다.

### 〈선정이유〉

‘자백의 임의성에 영향을 미치는 사유’와 ‘자백’ 사이에 인과관계가 존재하지 않는 것이 명백한 때에는 그 자백은 임의성이 인정된다는 판례의 입장(필요설 내지 추정설)을 알 수 있는 대표적인 판례이다. 반면 자백배제법칙의 근거에 대한 위법배제설이 인과관계의 존재를 요구하지 않는 것(불요설)과 대비된다. 어떤 형태로든 인과관계를 요구하게 되면 제309조의 적용범위는 그만큼 제한될 수밖에 없다.

## 233. 증거능력의 절대적 배제

(대법원 2006. 11. 23. 선고 2004도7900 판결)

**〈쟁점〉**

기록상 진술증거의 임의성에 관하여 의심할 만한 사정이 나타나 있는 경우에 법원이 취하여야 할 조치

**〈판결요지〉**

기록상 진술증거의 임의성에 관하여 의심할 만한 사정이 나타나 있는 경우에는 법원은 직권으로 그 임의성 여부에 관하여 조사를 하여야 하고, 임의성이 인정되지 아니하여 증거능력이 없는 진술 증거는 피고인이 증거로 함에 동의하더라도 증거로 삼을 수 없다.

**〈선정이유〉**

임의성 없는 자백은 피고인이 증거동의하더라도 증거능력이 없다는 것을 확인한 판례이다.

## IV. 전문법칙

### 234. 전문법칙의 근거

(대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도1550 판결)

**〈쟁점〉**

증인이 반대신문에 대하여 묵비함으로써 진술내용의 모순이나 불합리를 드러내는 것이 사실상 불가능한 경우, 그 증인의 진술증거의 증명력 유무(한정 소극)

**〈판결요지〉**

형사소송법은 제161조의2에서 피고인의 반대신문권을 포함한 교호신문제도를 규정함과 동시에, 제310조의2에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에 의한 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 진술에 대하여는 원칙적으로 증거능력을 부여하지 아니함으로써, 형사재판에 있어서 모든 증거는 법관의 면전에서 진술·심리되어야 한다는 직접주의와 피고인에게 불리한 증거에 대하여는 반대신문할 수 있는 권리를 원칙적으로 보장하고 있는바, 반대신문권의 보장은 형식적·절차적인 것이 아니라 실질적·효과적인 것이어야 하므로, 증인이 반대신문에 대하여 답변을 하지 아니함으로써 진술내용의 모순이나 불합리를 드러내는 것이 사실상 불가능하였다면, 그 사유가 피고인이나 변호인에게 책임있는 것이 아닌 한 그 진술증거는 법관의 올바른 심증형성의 기초가 될 만한 진정한 증거가치를 가진다고 보기 어렵다 할 것이고, 따라서 이러한 증거를 채용하여 공소사실을 인정함에 있어서는 신중을 기하여야 한다.

**〈참고판결〉**

(1) 헌법재판소 1994. 4. 28. 선고 93헌바26 결정 : 적법절차에 의한 공개법정에서의 공정한 재판받을 권리보장을 위하여 현대 민주국가에서는 형사소송절차상의 증거법에 있어서도 임의성 없는 증거와 유일한 증거인 자백에 대한 증거 능력을 배제하는 한편 공판중심주의에 의한 직접주의와, 반대신문의 기회가 부여되지 않은 전문증거에 대한 증거능력을 부인하는 전문법칙을 채택하

고 있다.

직접주의는 요증사실에 대한 직접적인 증거가 아니거나, 공개된 법정에서의 법관의 면전에서 진술되지 아니한 진술에 의하여 유죄로 인정할 수 없다는 원리로 형사소송절차에서 직권주의 구조인 대륙법계에서 발달되어 왔다. 공개법정에서 법관이 직접 증거를 조사하고 진술을 듣는 경우는 진술자에 있어 공판정의 엄숙함과 방청석의 비판적 시선을 의식하는 심리적 요인에서 허위진술을 하기 어렵고, 또 공개법정에서 법관에 의하여 직접 심리되지 않은 증거는 그 진술태도에 의한 법관의 정확한 심증형성이 어렵게 된다는 점에서, 진실한 진술과 법관의 정확한 심증형성에 의한 공정한 재판은 위하여 요증사실에 대한 증거는 공개법정에서의 법관의 면전에서 직접 심리된 것이어야 한다는 공판중심주의 요청에 근거를 둔 것이다.

그리고 그 법정 외에서 행하여진 진술인 증언이나 법정 외에서 한 진술을 기재해서 제출한 증거를 전문증거라고 하는바, 공정한 재판을 위하여 이러한 “전문증거는 증거로 되지 않는다.”는 법칙인 이른바 전문법칙은 일찍이 형사소송절차에서 당사자주의가 지배하는 영미법계에서 자백이 유일한 증거인 때는 증거능력을 배제한다는 자백배제법칙과 함께 증거능력을 규율하는 법칙으로 발달되어 각국에서 채택한 형사소송절차상의 원칙이다. 전문증거는 대개 요증사실을 직접 체험한 자의 진술이기는 하나, 원진술자가 공판정에 출석하지 아니하여서 선서도, 피고인의 면전에서 진술도, 반대신문도 거치지 않은 증거이다. 그러므로 선서가 결여됨으로써 선서가 갖는 의식의 엄숙함과 위증죄의 경고를 통하여 진실을 말하려는 심적 동기의 결여로 신빙도가 약하고, 또 진술자가 피고인의 면전에서 진술하지 아니함으로써 진술자는 피고인의 면전이라는 심리적 요인에서 허위진술이 견제되는 점이 없고 증인과 피고인의 태도증거에 의한 법관의 생생한 심증형성이 불가능하며, 반대신문을 거치지 않음으로써 피고인이 증언에 대한 탄핵을 통하여 그 진술의 오류를 지적·시정하여 무죄를 입증할 기회가 박탈되고, 들은 말의 전달 진술은 원진술과 차이가 있기 쉽다는 등의 이유로 전문법칙이 인정되어 왔다.

직접주의와 전문법칙은 다 같이 오판방지와 방어권 보장으로 공정한 재판을 달성하는 기능을 한다. 1954.9.23. 제정된 우리 형사소송법(법률 제341호)은 증거능력에 관하여 대륙법계의 이 직접주의에 바탕을 두었다. 그러던 중 1961.9.1. 법률 제705호로 이를 개정하여, 그 제161조의2와 제310조의2를 신설하여 위와 같은 적법절차에 의한 공정한 공개재판을 받을 권리보장을 위한 헌법상의 위 각 원리에 입각하여 직접주의의 바탕 위에 영미법계의 전문법칙을 받아들여 이를 확립하고 공판중심주의의 철저를 기하였다. 즉 “증인신문의 방식”이란 제하의 그 제161조의2의 제1항에 “증인은 신청한 검사·변호인 또는 피고인이 먼저 이를 신문하고, 다음에 다른 검사·변호인 또는 피고인이 신문한다.”라는 반대신문에 관한 규정을 신설하였고, 그 제310조의2에는 “전문증거와 증거능력의 제한”이란 제하에 “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.”라는 전문법칙에 관한 규정을 신설하여 오늘에 이르렀다.

(2) 대법원 2006. 11. 24. 선고 2006도4994 판결 : 우리 형사소송법은 형사사건의 실체에 대한 유죄·무죄의 심증 형성은 법정에서의 심리에 의하여야 한다는 공판중심주의의 한 요소로서, 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본 증거를 재판의 기초로 삼아야 하며 원본 증거의 대체물 사용은 원칙적으로 허용되어서는 안 된다는 실질적 직접심리주의를 채택하고 있는바, 이는 법관이 법정에서 직접 원본 증거를 조사하는 방법을 통하여 사건에 대한 신선하고 정확한 심증을 형성할 수 있고 피고인에게 원본 증

거에 관한 직접적인 의견진술의 기회를 부여함으로써 실제적 진실을 발견하고 공정한 재판을 실현할 수 있기 때문이다. 형사소송절차를 주재하는 법원으로서의 형사소송절차의 진행과 심리 과정에서 법정을 중심으로 특히, 당사자의 주장과 증거조사가 이루어지는 원칙적인 절차인 제1심의 법정에서 위와 같은 실질적 직접심리주의의 정신이 충분하고도 완벽하게 구현될 수 있도록 하여야 할 것이다.

### 〈선정이유〉

전문법칙의 근거를 설명하고 있는 기본적인 판례이다. 우리 형사소송법이 공판중심주의를 위한 두 가지 원칙으로, 독일의 직접주의와 영미법계의 전문법칙을 모두 받아들이고 있다는 점을 확인하는 판결이다. 일본의 경우처럼 헌법에 반대신문권을 규정하고 있지는 않지만 적어도 형사소송법에서는 반대신문권이 보장된다는 점을 명시하고 있다.

## 235. 전문증거의 개념 (1) - 진술대체물

(대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도2556 판결)

### 〈쟁점〉

휴대전화기에 저장된 협박 취지의 문자정보가 증거로 제출된 경우, 형사소송법 제310조의2의 전문법칙이 적용되는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

[1] 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(2005. 12. 30. 법률 제7812호로 개정되기 전의 것) 제65조 제1항 제3호는 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 처벌하고 있다. 검사가 위 죄에 대한 유죄의 증거로 문자정보가 저장되어 있는 휴대전화기를 법정에 제출하는 경우, 휴대전화기에 저장된 문자정보 그 자체가 범행의 직접적인 수단으로서 증거로 사용될 수 있다. 또한, 검사는 휴대전화기 이용자가 그 문자정보를 읽을 수 있도록 한 휴대전화기의 화면을 촬영한 사진을 증거로 제출할 수도 있는데, 이를 증거로 사용하려면 문자정보가 저장된 휴대전화기를 법정에 제출할 수 없거나 그 제출이 곤란한 사정이 있고, 그 사진의 영상이 휴대전화기의 화면에 표시된 문자정보와 정확하게 같다는 사실이 증명되어야 한다.

[2] 형사소송법 제310조의2는 사실을 직접 경험한 사람의 진술이 법정에 직접 제출되어야 하고 이에 갈음하는 대체물인 진술 또는 서류가 제출되어서는 안 된다는 이른바 전문법칙을 선언한 것이다. 그런데 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다든 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우, 그 문자정보는 범행의 직접적인 수단이고 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하지 않으므로, 형사소송법 제310조의2에서 정한 전문법칙이 적용되지 않는다.

### 〈선정이유〉

전문증거의 개념과 관련하여, 휴대전화기에 저장된 협박 취지의 문자정보가 범행의 수단으로서

진술대체물이 아닌 경우 전문법칙이 적용되지 않는다고 한 판결이다.

## 236. 전문증거의 개념 (2) - 요증사실과의 관계

(대법원 2018. 5. 15. 선고 2017도19499 판결)

### 〈쟁점〉

타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거 또는 본래증거에 해당하는지 판단하는 기준

### 〈판결요지〉

1. 라. (2) (가) 타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지 여부는 요증사실과의 관계에서 정해진다. 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이나, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다(대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결 등 참조).

기록에 의하면 △△△대 입학부처장 공소외 3과 면접위원 공소외 4는 제1심법정에서 “면접 당일 면접위원들에 대한 오리엔테이션 장소에서 피고인 1이 ‘이번에 아시안게임 금메달리스트가 지원하였다. 총장님께 보고를 드렸더니 총장님이 무조건 뽑으라고 한다’고 말하는 것을 들었다.”라는 취지로 진술한 사실을 알 수 있다.

위와 같은 공소외 3, 공소외 4의 각 진술이 피고인 1의 진술을 내용으로 하는 진술이기는 하다. 그러나 피고인 1이 위력을 행사하였는지와 관련하여서는 원진술의 내용인 사실 즉 ‘피고인 3이 뽑으라는 말을 하였는지’가 아니라, 원진술의 존재 자체 즉 피고인 1이 위와 같은 말을 하였는지가 요증사실이므로, 이를 직접 경험한 공소외 3, 공소외 4의 위 각 진술은 전문증거가 아니라 본래증거에 해당한다.

같은 취지인 원심판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 전문진술의 증거능력에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

1. 라. (4) (가) 3) 공소외 3 등의 위 각 법정진술의 원진술은 피고인 1의 진술로, 그 요지는 ‘총장이 공소외 1을 뽑으라고 했다’는 것이다. 그런데 피고인 1의 위와 같은 진술은 타인인 피고인 3의 진술을 내용으로 하는 것이기는 하나, 그 원진술이라고 할 수 있는 피고인 3의 진술 내용의 진실성이 아니라 그 진술의 존재 자체가 위 피고인들 사이의 공모관계에 관한 증거가 되는 것이다. 따라서 피고인 1의 위와 같은 진술은 전문증거가 아닌 본래증거이고, 이를 내용으로 하는 공소외 3 등의 위 각 법정진술은 재전문증거가 아닌 전문증거이다. 따라서 이를 재전문증거로 본 원심판단은 적절하지 않다.

그러나 공소외 3 등의 위 각 법정진술은 피고인 3과의 관계에서는 형사소송법 제316조 제2항에 정한 ‘피고인 아닌 자의 공판기일에서의 진술로서 피고인 아닌 타인(공동피고인 1)의 진술을 그 내용으로 하는 것’에 해당하므로, 원진술자인 피고인 1이 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 경우에 한하여 이를 증거로 할 수 있는데, 그와 같은 요건이 갖추어지지 않았음은 기록상 분명하다. 따라서 피고인 3과의 관계에서 위 각 진술 및 이를 기재한 서류를 위 피고인이 공소외 1을 뽑으라고 지시하였는지 여부를 증명하기 위한 직접증거로 사용할 수 없다는 원심 결론은 정당하다.

한편 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 공소의 3 등의 위 각 법정진술을 피고인 1이 ‘피고인 3이 공소의 1을 뽑으라고 한다’는 말을 했었다는 사실 자체 또는 위 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용할 때에는 이를 전문증거로 볼 수 없다. 같은 취지인 원심판단에 상고이유 주장과 같이 전문법칙에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도8007 판결 : 타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지 여부는 요증사실과의 관계에서 정하여지지만, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이나, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도5347 판결 참조).

기록에 비추어 살펴보면, 공소의 2는 전화를 통하여 피고인으로부터 2005. 8.경 건축허가 담당 공무원이 외국연수를 가므로 사례비를 주어야 한다는 말과 2006. 2.경 건축허가 담당 공무원이 4,000만 원을 요구하는데 사례비로 2,000만 원을 주어야 한다는 말을 들었다는 취지로 수사기관, 제1심 및 원심 법정에서 진술하였음을 알 수 있는데, 피고인의 위와 같은 원진술의 존재 자체가 이 사건 알선수재죄에 있어서의 요증사실이므로, 이를 직접 경험한 공소의 2가 피고인으로부터 위와 같은 말들을 들었다고 하는 진술들은 전문증거가 아니라 본래증거에 해당된다.

### 〈선정이유〉

전언(傳言)이 모두 전문증거인 것은 아니며, 요증사실과의 관계에서 본래증거가 되기도 하고 전문증거가 되기도 하는 상대적인 관계에 있다는 점을 알 수 있는 대표적인 판결이다.

## 237. 전문증거의 개념 (3) - 간접사실에 대한 정황증거

(대법원 2000. 2. 25. 선고 99도1252 판결)

### 〈쟁점〉

어떤 진술이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용함에 있어서 전문증거가 되는 경우, 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용함에 있어서도 반드시 전문증거가 되는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

어떤 진술이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용함에 있어서는 전문증거가 된다고 하더라도 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용함에 있어서는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2018. 5. 15. 선고 2017도19499 판결 : 공소의 3 등의 위 각 법정진술의 원진술은 피고인 1의 진술로, 그 요지는 ‘총장이 공소의 1을 뽑으라고 했다’는 것이다. 그런데 피고인 1의

위와 같은 진술은 타인인 피고인 3의 진술을 내용으로 하는 것이기는 하나, 그 원진술이라고 할 수 있는 피고인 3의 진술 내용의 진실성이 아니라 그 진술의 존재 자체가 위 피고인들 사이의 공모관계에 관한 증거가 되는 것이다. 따라서 피고인 1의 위와 같은 진술은 전문증거가 아닌 본래증거이고, 이를 내용으로 하는 공소외 3 등의 위 각 법정진술은 재전문증거가 아닌 전문증거이다. 따라서 이를 재전문증거로 본 원심판단은 적절하지 않다.

그러나 공소외 3 등의 위 각 법정진술은 피고인 3과의 관계에서는 형사소송법 제316조 제2항에 정한 ‘피고인 아닌 자의 공판기일에서의 진술로서 피고인 아닌 타인(공동피고인 1)의 진술을 그 내용으로 하는 것’에 해당하므로, 원진술자인 피고인 1이 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 경우에 한하여 이를 증거로 할 수 있는데, 그와 같은 요건이 갖추어지지 않았음은 기록상 분명하다. 따라서 피고인 3과의 관계에서 위 각 진술 및 이를 기재한 서류를 위 피고인이 공소외 1을 뽑으라고 지시하였는지 여부를 증명하기 위한 직접증거로 사용할 수 없다는 원심 결론은 정당하다.

한편 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 공소외 3 등의 위 각 법정진술을 피고인 1이 ‘피고인 3이 공소외 1을 뽑으라고 한다’는 말을 했었다는 사실 자체 또는 위 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용할 때에는 이를 전문증거로 볼 수 없다. 같은 취지인 원심판단에 상고이유 주장과 같이 전문법칙에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

### 〈선정이유〉

어느 진술이 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용되는 경우에는 전문증거가 되는 것은 아니고 전문법칙도 적용되지 않는다는 내용의 판결이다.

## 238. 전문증거의 개념 (4) - 전문법칙의 잠탈 불허

(대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

어떠한 내용의 진술을 하였다는 사실 자체에 대한 정황증거로 사용될 것이라는 이유로 서류의 증거능력을 인정한 다음 그 사실을 다시 진술 내용이나 그 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하는 경우, 그 서류는 전문증거에 해당하는지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

가) 형사소송법은 제310조의2에서 원칙적으로 전문증거의 증거능력을 인정하지 않고, 제311조부터 제316조까지 정한 요건을 충족하는 경우에만 예외적으로 증거능력을 인정한다. 다른 사람의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지는 요증사실이 무엇인지에 따라 정해진다. 다른 사람의 진술, 즉 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이지만, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다.

어떤 진술이 기재된 서류가 그 내용의 진실성이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용될 때는 전문증거가 되지만, 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에

대한 정황증거로 사용될 때는 반드시 전문증거가 되는 것이 아니다. 그러나 어떠한 내용의 진술을 하였다는 사실 자체에 대한 정황증거로 사용될 것이라는 이유로 서류의 증거능력을 인정한 다음 그 사실을 다시 진술 내용이나 그 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하는 경우에 그 서류는 전문증거에 해당한다. 서류가 그곳에 기재된 원진술의 내용인 사실을 증명하는 데 사용되어 원진술의 내용인 사실이 요증사실이 되기 때문이다. 이러한 경우 형사소송법 제311조부터 제316조까지 정한 요건을 충족하지 못한다면 증거능력이 없다.

나) 원심은 다음과 같이 판단하였다. 공소의 9의 업무수첩에 그와 같은 기재가 존재하는 것 자체에 관하여는 본래증거이지 전문증거가 아니고, 증거물인 서면으로서 증거능력이 인정된다. 공소의 9의 업무수첩이 전 대통령이 공소의 9에게 지시한 내용, 전 대통령과 피고인 1 사이에 있었던 대화 내용 등을 증명하기 위한 증거라면 요증사실과의 관계에 비추어 볼 때 원진술의 존재 자체가 아니라 그 내용의 진실성이 문제 되는 경우에 해당한다. 이러한 경우에는 그 기재 내용의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거라고 볼 수는 없다. 전 대통령의 진술을 들었다는 공소의 9의 진술 역시 마찬가지이다.

공소의 9의 업무수첩에 전 대통령이 공소의 9에게 지시한 내용의 기재, 전 대통령과 피고인 1 사이에 있었던 대화 내용의 기재가 있다는 그 자체를 전 대통령이 공소의 9에게 지시한 내용, 전 대통령과 피고인 1 사이에 있었던 대화 내용을 인정할 간접사실에 대한 증거로 사용할 수 없다.

다) 원심판결 이유를 위 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴본다.

공소의 9의 업무수첩 등에는 ‘전 대통령과 개별 면담자가 나눈 대화 내용을 전 대통령이 단독 면담 후 공소의 9에게 불러주었다는 내용’(이하 ‘대화 내용 부분’이라 한다)과 ‘전 대통령이 공소의 9에게 지시한 내용’(이하 ‘지시 사항 부분’이라 한다)이 함께 있다.

공소의 9의 업무수첩 등의 대화 내용 부분이 전 대통령과 개별 면담자 사이에서 대화한 내용을 증명하기 위한 진술증거인 경우에는 전문진술로서 형사소송법 제316조 제2항에 따라 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 진술할 수 없고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 한 것임이 증명된 때에 한하여 증거로 사용할 수 있다. 이 사건에서 공소의 9의 업무수첩 등이 이 요건을 충족하지 못한다. 따라서 공소의 9의 업무수첩 등은 전 대통령과 개별 면담자가 나눈 대화 내용을 추단할 수 있는 간접사실의 증거로 사용하는 것도 허용되지 않는다. 이를 허용하면 대화 내용을 증명하기 위한 직접증거로 사용할 수 없는 것을 결국 대화 내용을 증명하는 증거로 사용하는 결과가 되기 때문이다.

이 부분 원심의 판단에 상고이유 주장과 같은 전문법칙 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다. 특별검사가 상고이유로 들고 있는 대법원판결은 이 사건과 사안이 다르므로 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.

공소의 9의 진술 중 지시 사항 부분은 전 대통령이 공소의 9에게 지시한 사실을 증명하기 위한 것이라면 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에 해당하여 본래증거이고 전문증거가 아니다. 그리고 공소의 9의 업무수첩 중 지시 사항 부분은 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비나 공판기일에서 그 작성자인 공소의 9의 진술로 성립의 진정함이 증명된 경우에는 진술증거로 사용할 수 있다.

그런데도 원심이 이 부분에 관하여 전 대통령이 공소의 9에게 지시한 내용을 증명하기 위해 사용하는 경우에도 증거능력이 없다고 판단한 것은 전문법칙에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.

〈선정이유〉

전문법칙의 취지를 우회·잠탈하는 것을 불허하는 이른바 백도어 전문(傳聞)의 금지(prohibition of back door Hearsay) 법리를 인정한 판결이다.

**239. 제311조 - 공판조서의 열람등사권 침해**

(대법원 2012. 12. 27. 선고 2011도15869 판결)

〈쟁점〉

피고인의 공판조서에 대한 열람 또는 등사청구권이 침해된 경우, 공판조서 또는 공판조서에 기재된 피고인이나 증인의 진술을 증거로 할 수 있는지 여부(소극) 및 이때 공판조서 등을 증거로 사용한 잘못이 판결에 영향을 미친 위법에 해당하지 않는 경우

〈판결요지〉

형사소송법 제55조 제1항은 공판조서의 정확성을 담보함과 아울러 피고인의 방어권을 충실하게 보장하려는 취지에서 피고인에게 공판조서의 열람 또는 등사청구권을 인정하고, 제3항은 피고인의 위와 같은 청구에 응하지 아니하는 때에는 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없다고 규정하고 있다. 따라서 피고인이 공판조서의 열람 또는 등사를 청구하였음에도 법원이 불응하여 피고인의 열람 또는 등사청구권이 침해된 경우에는 공판조서를 유죄의 증거로 할 수 없을 뿐만 아니라 공판조서에 기재된 당해 피고인이나 증인의 진술도 증거로 할 수 없다고 보아야 한다. 다만 그러한 증거들 이외에 적법하게 채택하여 조사한 다른 증거들만에 의하더라도 범죄사실을 인정하기에 충분하고, 또한 당해 공판조서의 내용 등에 비추어 보아 공판조서의 열람 또는 등사에 응하지 아니한 것이 피고인의 방어권이나 변호인의 변호권을 본질적으로 침해한 정도에 이르지 않는 경우에는, 판결에서 공판조서 등을 증거로 사용하였다고 하더라도 그러한 잘못이 판결에 영향을 미친 위법이라고 할 수는 없다.

〈선정이유〉

피고인의 공판조서에 대한 열람 또는 등사청구권이 침해된 경우에는 공판조서 또는 공판조서에 기재된 피고인이나 증인의 진술을 증거로 할 수 없다는 판결이다.

**240. 제311조 - 녹음테이프에 대한 법원의 검증조서**

(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007도10755 판결)

〈쟁점〉

사인(사인)이 피고인 아닌 자의 대화를 비밀녹음한 녹음테이프와 관련하여 녹음된 진술자의 상태 등을 확인하기 위하여 법원이 테이프에 대한 검증을 실시한 경우, 그 검증조서의 증거능력

### 〈판결요지〉

수사기관이 아닌 사인(사인)이 피고인 아닌 자와의 전화대화를 녹음한 녹음테이프에 대하여 법원이 실시한 검증의 내용이 녹음테이프에 녹음된 전화대화의 내용이 검증조서에 첨부된 녹취서에 기재된 내용과 같다는 것에 불과한 경우에는 증거자료가 되는 것은 여전히 녹음테이프에 녹음된 대화 내용이므로, 그 중 피고인 아닌 자와의 대화의 내용은 실질적으로 형사소송법 제311조, 제312조 규정 이외의 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 다를 바 없어서, 피고인이 그 녹음테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않은 이상 그 녹음테이프 검증조서의 기재 중 피고인 아닌 자의 진술내용을 증거로 사용하기 위해서는 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비나 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 그 녹음테이프에 녹음된 진술내용이 자신이 진술한 대로 녹음된 것이라는 점이 인정되어야 하는 것이지만 (대법원 1996. 10. 15. 선고 96도1669 판결, 대법원 1997. 3. 28. 선고 96도2417 판결 등 참조), 이와는 달리 녹음테이프에 대한 검증의 내용이 그 진술 당시 진술자의 상태 등을 확인하기 위한 것인 경우에는, 녹음테이프에 대한 검증조서의 기재 중 진술내용을 증거로 사용하는 경우에 관한 위 법리는 적용되지 아니하고, 따라서 위 검증조서는 법원의 검증의 결과를 기재한 조서로서 형사소송법 제311조에 의하여 당연히 증거로 할 수 있다.

### 〈선정이유〉

녹음테이프에 대한 법원의 검증조서 중 녹음된 대화의 내용이 증거가 되는 경우와 녹음된 진술자의 상태 등을 확인하는 것인 경우 제311조의 적용 여부에 대한 판결이다. 이 경우 검증조서에 기재된 진술은 “검증”의 목적에 부합하는 한에서만 전문법칙의 예외 규정인 제311조가 적용된다는 취지의 판례이다.

## 241. 제312조 - 검사 작성의 피의자신문조서

(대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

검사가 작성한 피의자신문조서의 증거능력의 요건인 ‘성립의 진정’의 의미

### 〈판결요지〉

형사소송법 제312조 제1항 본문은 "검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에 증거로 할 수 있다."고 규정하고 있는데, 여기서 성립의 진정이라 함은 간인·서명·날인 등 조서의 형식적인 진정성립과 그 조서의 내용이 원진술자가 진술한 대로 기재된 것이라는 실질적인 진정성립을 모두 의미하는 것이고, 위 법문의 문언상 성립의 진정은 '원진술자의 진술에 의하여' 인정되는 방법 외에 다른 방법을 규정하고 있지 아니하므로, 실질적 진정성립도 원진술자의 진술에 의하여서만 인정될 수 있는 것이라고 보아야 하며, 이는 검사 작성의 피고인이 된 피의자신문조서의 경우에도 다르지 않다고 할 것인바, 검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여

형식적 진정성립뿐만 아니라 실질적 진정성립까지 인정된 때에 한하여 비로소 그 성립의 진정함이 인정되어 증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도16586 판결 : 실질적 진정성립을 증명할 수 있는 방법으로서 형사소송법 제312조 제2항에 예시되어 있는 영상녹화물의 경우 형사소송법 및 형사소송규칙에 의하여 영상녹화의 과정, 방식 및 절차 등이 엄격하게 규정되어 있는데다(형사소송법 제244조의2, 형사소송규칙 제134조의2 제3항, 제4항, 제5항 등) 피의자의 진술을 비롯하여 검사의 신문 방식 및 피의자의 답변 태도 등 조사의 전 과정이 모두 담겨 있어 피고인이 된 피의자의 진술 내용 및 취지를 과학적·기계적으로 재현해 낼 수 있으므로 조서의 내용과 검사 앞에서의 진술 내용을 대조할 수 있는 수단으로서의 객관성이 보장되어 있다고 볼 수 있으나, 피고인을 피의자로 조사하였거나 조사에 참여하였던 자들의 증언은 오로지 증언자의 주관적 기억 능력에 의존할 수밖에 없어 객관성이 보장되어 있다고 보기 어렵다. 결국 검사 작성의 피의자신문조서에 대한 실질적 진정성립을 증명할 수 있는 수단으로서 형사소송법 제312조 제2항에 규정된 ‘영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법’이란 형사소송법 및 형사소송규칙에 규정된 방식과 절차에 따라 제작된 영상녹화물 또는 그러한 영상녹화물에 준할 정도로 피고인의 진술을 과학적·기계적·객관적으로 재현해 낼 수 있는 방법만을 의미하고, 그 외에 조사관 또는 조사 과정에 참여한 통역인 등의 증언은 이에 해당한다고 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

① 선정판례는 성립의 진정이란 형식적 성립의 진정과 실질적 성립의 진정을 모두 포함하는 것으로, 전자가 인정된다고 하여 후자까지 추정되는 것은 아니고, 후자는 별도로 요구되는 요건임을 명시적으로 밝힌 판결이다. 민사소송법상 진정성립의 추정과는 다른 법리가 적용된다는 점을 명시한 판결이다. ② 한편, 참고판결은 검사 작성의 피의자신문조서에 대한 실질적 진정성립의 대체증명 방법인 제312조 제2항에 규정된 ‘영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법’에 조사관 또는 조사 과정에 참여한 통역인 등의 증언이 이에 해당하는지 여부에 대하여, 과학적·기계적·객관적 방법에 한정하고 있는 판결이다.

그런데 2020년 형사소송법 개정에서 제312조 제1항은 사법경찰관 작성의 피의자신문조서를 규정한 제3항과 동일한 내용으로 개정되었고, 제2항은 삭제되었다. 제312조 제1항의 개정규정은 향후 2022. 1. 1.부터 시행될 예정이고, 제2항의 삭제 부분은 이미 2021. 1. 1.부터 시행되었다. 이에 따라 위 ① 선정판례는 향후 2022. 1. 1.부터 더 이상 유효하지 않게 될 예정이다. 다만 위 ② 참고판결은 그럼에도 불구하고 참고인진술조서를 규정한 제4항의 ‘영상녹화물·영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법’의 해석과 관련하여, 판례의 엄격한 입장을 알 수 있다는 점에서 여전히 그 의의가 있다.

## 242. 제312조 - 사법경찰관 작성의 피의자신문조서 (1)

(대법원 1995. 5. 23. 선고 94도1735 판결)

**〈쟁점〉**

형사소송법 제312조 제3항 소정의 "그 내용을 인정할 때"의 의미

**〈판결요지〉**

가. 형사소송법 제312조 제3항(2007년 형사소송법 개정 전 제2항)에서 "그 내용을 인정할 때"라 함은 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서의 기재내용이 진술내용대로 기재되어 있다는 의미가 아니고(그것은 문서의 진정성립에 속하는 사항임), 그와 같이 진술한 내용이 실제 사실과 부합한다는 것을 의미한다.

나. 피고인이 검찰 이래 원심법정에 이르기까지 사법경찰리 앞에서의 자백이 허위였다고 일관되게 진술하고 있다면 결국 사법경찰리 작성의 피의자신문조서의 진술내용을 인정하지 않는 것이라고 보아야 하므로, 원심 기록상 공판기일에 피고인이 그 서증의 내용을 인정한 것으로 기재되어 있으나 기록에 나타난 피고인의 진술 경위로 보아 위 기재는 착오 기재였거나 아니면 피고인이 그와 같이 진술한 사실이 있었다는 것을 "내용인정"으로 조서를 잘못 정리한 것으로 보아 그 피의자신문조서는 신빙성의 판단에 나아가기 이전에 이미 증거능력이 부여될 수 없다.

**〈참고판결〉**

(1) 대법원 2006. 1. 13. 선고 2003도6548 판결 : 미국 범죄수사대(CID), 연방수사국(FBI)의 수사관들이 작성한 수사보고서 및 피고인이 위 수사관들에 의한 조사를 받는 과정에서 작성하여 제출한 진술서는 피고인이 그 내용을 부인하는 이상 증거로 쓸 수 없다.

**〈선정이유〉**

사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 전문법칙 예외 요건인 '내용인정'의 의미와 기능에 대한 기본적인 판결이다. 외국의 권한 있는 수사기관의 경우에도 같은 법리가 적용된다는 점을 알 수 있다.

**243. 제312조 - 사법경찰관 작성의 피의자신문조서 (2)**

(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10139 판결)

**〈쟁점〉**

형사소송법 제312조가 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인 또는 피의자에 대한 관계에서도 적용되는지 여부(적극)

**〈판결요지〉**

형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라, 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다. 따라서 당해 피고인과 공범관계에 있는 공동피고인에 대하여 검사 이외

의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 공동피고인의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정 되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다.

### 〈선정이유〉

제312조 제3항은 공범자의 경찰 피의자신문조서에 대해서도 마찬가지로 적용된다고 한 대표적인 판결이다.

## 244. 제312조 - 사법경찰관 작성의 피의자신문조서 (3)

(대법원 2020. 6. 11. 선고 2016도9367 판결)

### 〈쟁점〉

피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대하여 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력이 인정되기 위한 요건 및 위 피의자신문조서에 형사소송법 제314조가 적용되는지 여부(소극) / 이러한 범리는 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원 등 행위자의 위반행위에 대하여 행위자가 아닌 법인 또는 개인이 양벌규정에 따라 기소된 경우, 이러한 법인 또는 개인과 행위자 사이의 관계에서도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 해당 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 검사 이외의 수사기관이 작성한 해당 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 해당 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다. 따라서 해당 피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대하여 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 피의자의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되는 등 형사소송법 제312조 제4항의 요건을 갖춘 경우라도 해당 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인한 이상 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없고, 그 당연한 결과로 위 피의자신문조서에 대하여는 사망 등 사유로 인하여 법정에서 진술할 수 없는 때에 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정인 형사소송법 제314조가 적용되지 아니한다. 그리고 이러한 범리는 공동정범이나 교사범, 방조범 등 공범관계에 있는 자들 사이에서만 아니라, 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원 등 행위자의 위반행위에 대하여 행위자가 아닌 법인 또는 개인이 양벌규정에 따라 기소된 경우, 이러한 법인 또는 개인과 행위자 사이의 관계에서도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다. 구체적 이유는 다음과 같다.

대법원은 형사소송법 제312조 제3항의 규정이 검사 이외의 수사기관이 작성한 해당 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서에 대해서까지 적용된다는 입장을 확고하게 취하고 있다. 이는 하나의 범죄사실에 대하여 여러 명이 관여한 경우 서로 자신의 책임을 다른 사람에게 미루려는 것이 일반적인 인간심리이므로, 만일 위와 같은 경우에 형사소송법 제312조 제3항을 해당 피고인 외의 자들에 대해서까지 적용하지 않는다면 인권보장을 위해 마련된 위 규정의 취지를 제대로 살리지 못하여 부당하고 불합리한 결과에 이를 수 있기 때문이다.

나아가 대법원은 형사소송법 제312조 제3항이 형법 총칙의 공범 이외에도, 서로 대항된 행위의

존재를 필요로 할 뿐 각자의 구성요건을 실현하고 별도의 형벌 규정에 따라 처벌되는 강학상 필요적 공범 내지 대항범 관계에 있는 자들 사이에서도 적용된다는 판시를 하기도 하였다. 이는 필요적 공범 내지 대항범의 경우 형법 총칙의 공범관계와 마찬가지로 어느 한 피고인이 자기의 범죄에 대하여 한 진술이 나머지 대항적 관계에 있는 자가 저지른 범죄에도 내용상 불가분적으로 관련되어 있어 목격자, 피해자 등 제3자의 진술과는 본질적으로 다른 속성을 지니고 있음을 증시한 것으로 볼 수 있다.

무릇 양벌규정은 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원 등 행위자가 법규위반행위를 저지른 경우, 일정 요건하에 이를 행위자가 아닌 법인 또는 개인이 직접 법규위반행위를 저지른 것으로 평가하여 행위자와 같이 처벌하도록 규정한 것으로서, 이때의 법인 또는 개인의 처벌은 행위자의 처벌에 종속되는 것이 아니라 법인 또는 개인의 직접책임 내지 자기책임에 기초하는 것이기는 하다. 그러나 양벌규정에 따라 처벌되는 행위자와 행위자가 아닌 법인 또는 개인 간의 관계는, 행위자가 저지른 법규위반행위가 사업주의 법규위반행위와 사실관계가 동일하거나 적어도 중요 부분을 공유한다는 점에서 내용상 불가분적 관련성을 지닌다고 보아야 하고, 따라서 형법 총칙의 공범관계 등과 마찬가지로 인권보장적인 요청에 따라 형사소송법 제312조 제3항이 이들 사이에서도 적용된다고 보는 것이 타당하다.

#### 〈선정이유〉

제312조 제3항은 양벌규정에 따라 기소된 경우의 사업주와 행위자 사이의 관계에서도 마찬가지로 적용된다고 한 판결이다.

### 245. 제312조 - 수사기관의 진술조서 (1)

(대법원 1994. 11. 11. 선고 94도343 판결)

#### 〈쟁점〉

증거로 함에 부동의한 피의자신문조서·진술조서 등의 원진술자가 증인으로 나와 진술기재의 내용을 열람하거나 고지받지 못한 채 단지 수사기관에서 사실대로 진술하였다는 취지의 증언만을 하고 있는 경우, 그 피의자신문조서·진술조서의 증거능력

#### 〈판결요지〉

피고인이 사법경찰리 작성의 공소외인에 대한 피의자신문조서, 진술조서 및 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서 중 위 공소외인의 진술기재 부분을 증거로 함에 부동의하였고, 원진술자인 위 공소외인이 제1심 및 항소심에서 증인으로 나와 그 진술기재의 내용을 열람하거나 고지받지 못한 채 단지 검사나 재판장의 신문에 대하여 수사기관에서 사실대로 진술하였다는 취지의 증언만을 하고 있을 뿐이라면, 그 피의자신문조서와 진술조서는 증거능력이 없어 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없다.

#### 〈선정이유〉

수사기관의 진술조서에서 성립의 진정을 인정하는 원진술자의 진술은 '당해 진술조서의 내용을

열람하거나 고지받은 다음' 이루어진 것이라야 한다는 판결이다.

## 246. 제312조 - 수사기관의 진술조서 (2)

(대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

제312조 제4항에서 증거능력의 인정 요건인 '원진술자를 신문할 수 있었던 때'의 의미

### 〈판결요지〉

현행 형사소송법 제312조 제4항은 구 형사소송법이 정한 원진술자의 진정성립 인정 요건 외에 '피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때', 즉 피고인의 반대신문권이 보장될 것을 증거능력 인정의 요건으로 추가함으로써 피고인의 반대신문권이 보장되지 않은 참고인에 대한 진술조서는 원칙적으로 증거능력이 인정되지 않음을 선언하였다. 반대신문권의 보장은 형식적·절차적인 것이 아니라 실질적·효과적인 것이어야 한다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도1550 판결 : 반대신문권의 보장은 형식적·절차적인 것이 아니라 실질적·효과적인 것이어야 한다.

### 〈선정이유〉

제312조 제4항에서 증거능력의 인정 요건인 '반대신문의 기회보장'의 의미를 밝힌 판결이다.

## 247. 제312조 - 수사기관의 진술조서 (3)

(대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제312조 제4항에서 정한 '특히 신빙할 수 있는 상태'의 의미 및 그 증명책임 소재(=검사)와 증명의 정도(=자유로운 증명)

### 〈판결요지〉

형사소송법 제312조 제4항에서 '특히 신빙할 수 있는 상태'란 진술 내용이나 조서 작성에 허위 개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것을 말한다. 그리고 이러한 '특히 신빙할 수 있는 상태'는 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·증명하여야 하지만, 이는 소송상의 사실에 관한 것이므로

엄격한 증명을 요하지 아니하고 자유로운 증명으로 족하다.

### 〈선정이유〉

증거능력의 인정 요건인 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’의 증명에 관한 판결이다.

## 248. 제312조 - 수사기관의 진술조서 (4)

(대법원 1993. 6. 22. 선고 91도3346 판결)

### 〈쟁점〉

공동피고인이 성립 및 임의성을 인정한 검사 작성의 공동피고인에 대한 피의자신문조서를 피고인이 증거로 함에 부동의한 경우 증거능력 유무(적극)

### 〈판결요지〉

검사 작성의 공동피고인에 대한 피의자신문조서는 공동피고인이 성립 및 임의성을 인정한 이상 피고인이 증거로 함에 부동의하더라도 증거능력이 있다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 1990. 12. 26. 선고 90도2362 판결 : 검사 작성의 공동피고인 갑에 대한 피의자신문조서는 갑이 제1심에서 성립 및 임의성을 인정한 경우에는 공동피고인 을이 이를 증거로 함에 부동의하였다고 하더라도 피고인 을의 범죄사실에 대한 유죄의 증거로 삼을 수 있다.

(2) 대법원 1982. 9. 14. 선고 82도1000 판결 : 피고인과 별개의 범죄사실로 기소되어 병합심리중인 공동피고인은 피고인의 범죄사실에 관하여는 증인의 지위에 있다 할 것이므로 선서없이 한 공동피고인의 법정진술이나 피고인이 증거로 함에 동의한 바 없는 공동피고인에 대한 피의자 신문조서는 피고인의 공소 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 없다.

(3) 대법원 1999. 10. 8. 선고 99도3063 판결 : 공범이나 제3자에 대한 검사 작성의 피의자신문조서등본이 증거로 제출된 경우 피고인이 위 공범 등에 대한 피의자신문조서를 증거로 함에 동의하지 않는 이상, 원진술자인 공범이나 제3자가 각기 자신에 대한 공판절차나 다른 공범에 대한 형사공판의 증인신문절차에서 위 수사서류의 진정성립을 인정해 놓은 것만으로는 증거능력을 부여할 수 없고, 반드시 공범이나 제3자가 현재의 사건에 증인으로 출석하여 그 서류의 성립의 진정을 인정하여야 증거능력이 인정된다.

### 〈선정이유〉

공범자의 경찰 피의자신문조서와 달리 공범자의 검사 피의자신문조서가 제312조 제4항에 의하여 증거능력이 인정될 수 있는 요건을 ‘공범인 공동피고인의 경우’와 ‘그렇지 않은 경우(공범이 아닌 경우, 공동피고인이 아닌 경우)’를 구분하여 제시하고 있는 판례들이다. 2020년 형사소송법 개정에서 제312조 제1항이 사법경찰관 작성의 피의자신문조서를 규정한 제3항과 동일한 내용으로 개정(2022. 1. 1.부터 시행)됨에 따라, 향후 공범자의 경찰 피의자신문조서와 같은 법리가 적용될

것인지 여부가 주목된다.

## 249. 제312조 - 증언 반복 진술조서

(대법원 2000. 6. 15. 선고99도1108 전원합의체 판결)

### <쟁점>

공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 그 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 반복시키는 방식으로 작성한 진술조서의 증거능력을 인정할 수 있는지 여부(소극)

### <판결요지>

#### [다수의견]

공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 그 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 반복시키는 방식으로 작성한 진술조서를 유죄의 증거로 삼는 것은 당사자주의·공판중심주의·직접주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조에 어긋나는 것일 뿐만 아니라, 헌법 제27조가 보장하는 기본권, 즉 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 실질적으로 부여되는 재판받을 권리를 침해하는 것이므로, 이러한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하는 한 그 증거능력이 없다고 하여야 할 것이고, 그 후 원진술자인 종전 증인이 다시 법정에서 출석하여 증언을 하면서 그 진술조서의 성립의 진정함을 인정하고 피고인측에 반대신문의 기회가 부여되었다고 하더라도 그 증언 자체를 유죄의 증거로 할 수 있음은 별론으로 하고 위와 같은 진술조서의 증거능력이 없다는 결론은 달리할 것이 아니다.

#### [보충의견]

(1) 헌법은 제12조 제1항에서 적법절차에 의하지 아니하고는 처벌을 받지 않을 권리를, 제27조 제1항 및 제3항에서 법관의 법률에 의한 공정하고 신속한 공개재판을 받을 권리를 각 명문으로 규정하고 있고, 이러한 기본권을 실현하기 위하여 형사소송법은 제161조의2에서 피고인의 반대신문권을 포함한 교호신문제도를 규정함과 동시에, 제310조의2에서 법관의 면전에서 진술되지 아니하고 피고인에 대한 반대신문의 기회가 부여되지 아니한 진술에 대하여는 원칙적으로 증거능력을 부여하지 아니함으로써, 형사재판에 있어서 모든 증거는 법관의 면전에서 진술·심리되어야 한다는 직접주의와 피고인에게 불리한 증거에 대하여는 반대신문할 수 있는 권리를 원칙적으로 보장하고 있으므로 형사소송법 제310조의2에서 정한 예외 규정인 제312조와 제313조가 엄격하게 해석·적용되어야 하고, (2) 형사소송법은 ① 공소제기 이전 단계에서 검사가 피의자나 피의자 아닌 자에 대하여 작성한 조서는 법 제312조에서, ② 제1회 공판기일 이전 단계에서 수소법원이 아닌 판사가 행한 증거보전절차 등에 따라 작성된 증인신문조서는 법 제311조 후문에서, ③ 제1회 공판기일 이후에 수소법원에 의하여 작성된 증인신문조서는 법 제311조 전문에서 각 그 증거능력을 규정하고 있음을 알 수 있으므로, 공판준비 또는 공판기일에서 이미 증언을 마친 증인을 검사가 소환한 후 피고인에게 유리한 그 증언 내용을 추궁하여 이를 일방적으로 반복시키는 방식으로 작성한 진술조서는 공소제기에 따라 피의자가 피고인이 됨으로써 피의자라는 개념이 없어진 이후에 작성된 것으

로서 형사소송법 제312조가 예정하는 '피의자 아닌 자'의 진술을 기재한 조서에 해당하지 아니하고, 같은 법 제313조도 같은 법 제311조와 제312조 이외의 진술서 등 서류를 규정한 것으로서 역시 위 진술조서와 같은 것을 예정하고 있는 것이라고 볼 수 없어 위 진술조서는 같은 법 제312조의 조서나 제313조의 진술서 등에 해당하지 아니하며, (3) 형사소송법 제312조나 제313조가 규정하는 조서나 서류는 수사기관이 수사 업무를 수행하면서 작성하거나 수집한 증거를 말하는 것인데, 증인을 위증 혐의로 입건·수사한 바 없이 위와 같은 진술조서를 작성하는 행위는 그 실질에 있어서 증인의 종전 증언을 탄핵할 목적으로 증인을 상대로 재신문을 행하되, 법정이 아닌 자의 사무실에서 증인신문절차가 아닌 임의의 방법을 취한 것에 불과하다고 봄이 상당하므로, 결국 이러한 검사의 행위는 수사기관이 행하는 수사라기보다는 공소유지기관인 당사자가 행하는 재신문이라는 소송행위의 연장선상에 있는 것으로 봄이 마땅하고, 그 결과 작성된 진술조서는 형사소송법 제312조나 제313조가 규정하는 조서나 서류에 해당한다고 볼 수도 없다 할 것이며, (4) 참고인이 증인으로 소환되어 법관의 면전에서 자기가 경험한 사실을 직접 진술한 바 있고 그 후에도 재차 증언이 가능한 경우, 수소법원으로서 그 증인의 종전 증언 내용에 의문이 있다고 판단되면 직권이나 당사자의 신청에 따라 그를 다시 소환하여 증언을 직접 들으면 되고 또한 그것으로 충분한 것이며, 그럼에도 불구하고 검사가 종전 증인을 상대로 진술조서를 작성하여 유죄의 증거로 제출하였다면, 그것은 법원의 직접 심리가 얼마든지 가능한 상황에서 의도적으로 만들어진 전문증거로서 직접주의에 역행하는 산물임이 분명하므로, 여기에 제312조나 제313조를 내세워 증거능력을 부여할 수 없는 것이다.

#### 〈선정이유〉

이른바 증언 반복 진술조서의 증거능력에 관한 전원합의체 판결이다.

### 250. 제312조 - 공소제기 후 작성된 진술조서

(대법원 2019. 11. 28. 선고 2013도6825 판결)

#### 〈쟁점〉

제1심에서 피고인에 대하여 무죄판결이 선고되어 검사가 항소한 후, 수사기관이 항소심 공판기일에 증인으로 신청하여 신문할 수 있는 사람을 특별한 사정 없이 미리 수사기관에 소환하여 작성한 진술조서의 증거능력 유무(원칙적 소극) / 참고인이 나중에 법정에서 증인으로 출석하여 위 진술조서의 성립의 진정을 인정하고 피고인 측에 반대신문의 기회가 부여되더라도 위 진술조서의 증거능력을 인정할 수 없음은 마찬가지인지 여부(적극) / 참고인이 법정에서 위와 같이 증거능력이 없는 진술조서와 같은 취지로 피고인에게 불리한 내용의 진술을 한 경우, 그 진술에 신빙성을 인정하여 유죄의 증거로 삼을 것인지 판단하는 기준

#### 〈판결요지〉

헌법은 제12조 제1항 후문에서 적법절차의 원칙을 천명하고, 제27조에서 재판받을 권리를 보장하고 있다. 형사소송법은 이를 실질적으로 구현하기 위하여, 피고사건에 대한 실체심리가 공개된 법정에서 검사와 피고인 양 당사자의 공격·방어활동에 의하여 행해져야 한다는 당사자주의와 공판

중심주의 원칙, 공소사실의 인정은 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 기초로 해야 한다는 직접심리주의와 증거재판주의 원칙을 기본원칙으로 채택하고 있다. 이에 따라 공소가 제기된 후에는 그 사건에 관한 형사절차의 모든 권한이 사건을 주재하는 수소법원에 속하게 되며, 수사의 대상이던 피의자는 검사와 대등한 당사자인 피고인의 지위에서 방어권을 행사하게 된다. 형사소송법상 법관의 면전에서 당사자의 모든 주장과 증거조사가 실질적으로 이루어지는 제1심법정에서의 절차가 실질적 직접심리주의와 공판중심주의를 구현하는 원칙적인 것이지만, 제1심의 공판절차에 관한 규정은 특별한 규정이 없으면 항소심의 심판절차에도 준용되는 만큼 항소심도 제한적인 범위 내에서 이러한 원칙에 따른 절차로 볼 수 있다.

이러한 형사소송법의 기본원칙에 따라 살펴보면, 제1심에서 피고인에 대하여 무죄판결이 선고되어 검사가 항소한 후, 수사기관이 항소심 공판기일에 증인으로 신청하여 신문할 수 있는 사람을 특별한 사정 없이 미리 수사기관에 소환하여 작성한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 않는 한 증거능력이 없다. 검사가 공소를 제기한 후 참고인을 소환하여 피고인에게 불리한 진술을 기재한 진술조서를 작성하여 이를 공판절차에 증거로 제출할 수 있게 한다면, 피고인과 대등한 당사자의 지위에 있는 검사가 수사기관으로서의 권한을 이용하여 일방적으로 법정 밖에서 유리한 증거를 만들 수 있게 하는 것이므로 당사자주의·공판중심주의·직접심리주의에 반하고 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하기 때문이다.

위 참고인이 나중에 법정에 증인으로 출석하여 위 진술조서의 성립의 진정을 인정하고 피고인 측에 반대신문의 기회가 부여된다 하더라도 위 진술조서의 증거능력을 인정할 수 없음은 마찬가지이다.

위 참고인이 법정에서 위와 같이 증거능력이 없는 진술조서와 같은 취지로 피고인에게 불리한 내용의 진술을 한 경우, 그 진술에 신빙성을 인정하여 유죄의 증거로 삼을 것인지는 증인신문 전 수사기관에서 진술조서가 작성된 경위와 그것이 법정진술에 영향을 미쳤을 가능성 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 한다.

### 〈선정이유〉

공소제기 후 작성된 참고인 진술조서의 증거능력과 이후 법정진술의 증명력에 대한 최근의 중요한 판결이다.

## 251. 제312조 - 압수조서의 압수 경위란에 기재된 목격 진술

(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결)

### 〈쟁점〉

압수조서에 기재된 '압수 경위'의 법적 성질(피고인 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서)

### 〈판결요지〉

압수조서 중 '압수경위'란에 기재된 내용은 피고인이 범행을 저지르는 현장을 직접 목격한 사람의 진술이 담긴 것으로서 형사소송법 제312조 제5항에서 정한 '피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서'에 준하는 것으로 볼 수 있고, 이에 따라 휴대전화기에 대한 임의제출절차가 적법하

였는지에 영향을 받지 않는 별개의 독립적인 증거에 해당한다.

### 〈선정이유〉

압수조서의 압수경위란에 기재된 내용이 범행현장을 목격한 사람의 진술(범행현장 목격 진술)인 경우 별도의 '피고인 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서'에 해당한다고 한 판결이다.

## 252. 제312조 - 검증조서

(대법원 1998. 3. 13. 선고 98도159 판결)

### 〈쟁점〉

피고인이 사법경찰관 작성의 검증조서 중 자신의 진술 또는 범행재연 사진 부분을 부인하는 경우, 그 부분의 증거능력 유무(소극) 및 그 경우 검증조서 전부를 유죄의 증거로 인용한 조치의 적부(소극)

### 〈판결요지〉

사법경찰관 작성의 검증조서에 대하여 피고인이 증거로 함에 동의만 하였을 뿐 공판정에서 검증조서에 기재된 진술내용 및 범행을 재연한 부분에 대하여 그 성립의 진정 및 내용을 인정할 흔적을 찾아 볼 수 없고 오히려 이를 부인하고 있는 경우에는 그 증거능력을 인정할 수 없으므로, 위 검증조서 중 범행에 부합되는 피고인의 진술을 기재한 부분과 범행을 재연한 부분을 제외한 나머지 부분만을 증거로 채용하여야 함에도 이를 구분하지 아니한 채 그 전부를 유죄의 증거로 인용한 항소심의 조치는 위법하다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2006. 1. 13. 선고 2003도6548 판결 : 사법경찰관이 작성한 검증조서에 피의자이던 피고인이 검사 이외의 수사기관 앞에서 자백한 범행내용을 현장에 따라 진술·재연한 내용이 기재되고 그 재연 과정을 촬영한 사진이 첨부되어 있다면, 그러한 기재나 사진은 피고인이 공판정에서 그 진술내용 및 범행재연의 상황을 모두 부인하는 이상 증거능력이 없다.

(2) 대법원 1989. 12. 26. 선고 89도1557 판결 : 피의자이던 피고인이 사법경찰리의 면전에서 자백한 진술에 따라 사고 당시의 상황을 재현한 사진과 그 진술내용으로 된 사법경찰리 작성의 실황조사서는 피고인이 공판정에서 그 범행 재현의 상황을 모두 부인하고 있는 이상 이를 범죄사실의 인정자료로 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

수사기관의 검증조서 및 실황조사서의 증거능력에 관한 판례이다. 검증조서에는 수사기관의 검증의 결과가 기재되는데 그 실질이 검증조서와 동일한 실황조사서도 검증조서에 준해서 판단한다는 점을 명시한 판결이다.

## 253. 제313조 - 피고인의 진술서

(대법원 2001. 9. 4. 선고 2000도1743 판결)

### 〈쟁점〉

피고인의 자필진술서의 증거능력의 요건과 그 입증 정도

### 〈판결요지〉

피고인의 자필로 작성된 진술서의 경우에는 서류의 작성자가 동시에 진술자이므로 진정하게 성립된 것으로 인정되어 형사소송법 제313조 단서에 의하여 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 때에는 증거능력이 있고, 이러한 특신상태는 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·입증하여야 하는 것이지만, 이는 소송상의 사실에 관한 것이므로, 엄격한 증명을 요하지 아니하고 자유로운 증명으로 족하다.

### 〈선정이유〉

수사과정 이외에서 작성된 ('피고인의 진술기재서' 외에) '피고인의 진술서'에 대해서도 그 증거능력 인정 요건으로 제313조 제1항 단서의 '특히 신빙할 수 있는 상태'를 추가적으로 요구한 판결이다.

## 254. 제313조 - 녹음테이프(피고인의 진술기재서)

(대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도7461 판결)

### 〈쟁점〉

대화 내용을 녹음한 녹음테이프 및 파일 등 전자매체의 증거능력

### 〈판결요지〉

피고인과 상대방 사이의 대화 내용에 관한 녹취서가 공소사실의 증거로 제출되어 녹취서의 기재 내용과 녹음테이프의 녹음 내용이 동일한지에 대하여 법원이 검증을 실시한 경우에, 증거자료가 되는 것은 녹음테이프에 녹음된 대화 내용 자체이고, 그 중 피고인의 진술 내용은 실질적으로 형사소송법 제311조, 제312조의 규정 이외에 피고인의 진술을 기재한 서류와 다름없어, 피고인이 녹음테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않은 이상 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술 내용을 증거로 사용하기 위해서는 형사소송법 제313조 제1항 단서에 따라 공판준비 또는 공판기일에서 작성자인 상대방의 진술에 의하여 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술 내용이 피고인이 진술한 대로 녹음된 것임이 증명되고 나아가 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 것임이 인정되어야 한다. 또한 대화 내용을 녹음한 파일 등 전자매체는 성질상 작성자나 진술자의 서명 또는 날인이 없을 뿐만 아니라, 녹음자의 의도나 특정한 기술에 의하여 내용이 편집·조작될 위험성이 있음을 고려하여, 대화 내용을 녹음한 원본이거나 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사과정에

서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 증명되어야 한다.

### 〈선정이유〉

피고인의 진술이 녹음된 녹음테이프의 증거능력 인정 요건에 관한 판결이다. 제313조 제1항 단서의 ‘피고인의 진술이 기재된 서류’와 ‘작성자’의 의미를 문언의 뜻 그대로 읽고 있는 판결이다.

## 255. 제313조 - 전자문서의 증거능력

(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결)

### 〈쟁점〉

전자문서를 수록한 파일 등의 증거능력을 인정하기 위한 요건 / 증거로 제출된 전자문서 파일의 사본이나 출력물이 복사·출력 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본 내용을 그대로 복사·출력한 것이라는 사실을 증명하는 방법 및 증명책임 소재(=검사)

### 〈판결요지〉

전자문서를 수록한 파일 등의 경우에는, 성질상 작성자의 서명 혹은 날인이 없을 뿐만 아니라 작성자·관리자의 의도나 특정한 기술에 의하여 내용이 편집·조작될 위험성이 있음을 고려하여, 원본임이 증명되거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 증명되어야만 하고, 그러한 증거가 없는 경우에는 쉽게 증거능력을 인정할 수 없다. 그리고 증거로 제출된 전자문서 파일의 사본이나 출력물이 복사·출력 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본 내용을 그대로 복사·출력한 것이라는 사실은 전자문서 파일의 사본이나 출력물의 생성과 전달 및 보관 등의 절차에 관여한 사람의 증언이나 진술, 원본이나 사본 파일 생성 직후의 해시(Hash)값 비교, 전자문서 파일에 대한 검증·감정 결과 등 제반 사정을 종합하여 판단할 수 있다. 이러한 원본 동일성은 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·증명해야 한다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8869 판결 : 디지털 녹음기로 녹음한 내용이 콤팩트디스크에 다시 복사되어 그 콤팩트디스크에 녹음된 내용을 담은 녹취록이 증거로 제출된 사안에서, 위 콤팩트디스크가 현장에서 녹음하는 데 사용된 디지털 녹음기의 녹음내용 원본을 그대로 복사한 것이라는 입증이 없는 이상, 그 콤팩트디스크의 내용이나 이를 녹취한 녹취록의 기재는 증거능력이 없다고 한 사례.

### 〈선정이유〉

전자문서의 경우 ‘원본동일성’은 해석상 별도로 요구되는 증거능력의 요건에 해당한다고 한 판결이다.

## 256. 제313조 - 전화통화 수사보고서

(대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도5610 판결)

### 〈쟁점〉

피해자와의 전화통화 내용을 기재한 검사 작성의 수사보고서의 증거능력 유무(소극)

### 〈판결요지〉

이 사건 각 수사보고서는 검사가 참고인인 피해자공소의 1,2와의 전화통화 내용을 기재한 서류로서 형사소송법 제313조 제1항 본문에 정한 ‘피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류’인 전문증거에 해당하나, 그 진술자의 서명 또는 날인이 없을 뿐만 아니라 공판준비기일이나 공판기일에서 진술자의 진술에 의해 성립의 진정함이 증명되지도 않았으므로 증거능력이 없다(대법원 1999. 2. 26. 선고 98도2742 판결, 대법원 2007. 9. 20. 선고 2007도4105 판결 등 참조).

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 1999. 2. 26. 선고 98도2742 판결 : 외국에 거주하는 참고인과의 전화 대화내용을 문답형식으로 기재한 검찰주사보 작성의 수사보고서는 전문증거로서 형사소송법 제310조의2에 의하여 제311조 내지 제316조에 규정된 것 이외에는 이를 증거로 삼을 수 없는 것인데, 위 수사보고서는 제311조, 제312조, 제315조, 제316조의 적용대상이 되지 아니함이 분명하므로, 결국 제313조의 진술을 기재한 서류에 해당하여야만 제314조의 적용 여부가 문제될 것인바, 제313조가 적용되기 위하여는 그 진술을 기재한 서류에 그 진술자의 서명 또는 날인이 있어야 한다.

### 〈선정이유〉

피해자와의 전화통화 내용을 기재한 수사기관 작성의 수사보고서는 그 증거능력이 인정되지 않는다는 취지의 판결이다.

## 257. 제314조 - 외국거주

(대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도17115 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제314조에 따라 예외적으로 증거능력을 인정하기 위한 요건 중 ‘외국거주’의 의미와 그 판단 방법

### 〈판결요지〉

참고인 진술서 등 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류가 진술자가 공판정에서 한 진술에 의하여 진정성립이 증명되지 않았음에도 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력이 인정되려면, 진술자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술할

수 없는 때에 해당하고, 또 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명되어야 한다. 여기서 '외국거주'란 진술을 요하는 자가 외국에 있다는 것만으로는 부족하고, 수사 과정에서 수사기관이 진술을 청취하면서 진술자의 외국거주 여부와 장래 출국 가능성을 확인하고, 만일 진술자의 거주지가 외국이거나 그가 가까운 장래에 출국하여 장기간 외국에 체류하는 등의 사정으로 향후 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우가 발생할 개연성이 있다면 진술자의 외국 연락처를, 일시 귀국할 예정이 있다면 귀국 시기와 귀국 시 체류 장소와 연락 방법 등을 사전에 미리 확인하고, 진술자에게 공판정 진술을 하기 전에는 출국을 미루거나, 출국한 후라도 공판 진행 상황에 따라 일시 귀국하여 공판정에 출석하여 진술하게끔 하는 방안을 확보하여 진술자가 공판정에 출석하여 진술할 기회를 충분히 제공하며, 그 밖에 그를 공판정에 출석시켜 진술하게 할 모든 수단을 강구하는 등 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 진술을 요할 자를 법정에서 출석하게 할 수 없는 사정이 있어야 예외적으로 적용이 있다.

나아가 진술을 요하는 자가 외국에 거주하고 있어 공판정 출석을 거부하면서 공판정에 출석할 수 없는 사정을 밝히고 있더라도 증언 자체를 거부하는 의사가 분명한 경우가 아닌 한 거주하는 외국의 주소나 연락처 등이 파악되고, 해당 국가와 대한민국 간에 국제형사사법공조조약이 체결된 상태라면 우선 사법공조의 절차에 의하여 증인을 소환할 수 있는지를 검토해 보아야 하고, 소환을 할 수 없는 경우라도 외국의 법원에 사법공조로 증인신문을 실시하도록 요청하는 등의 절차를 거쳐야 하고, 이러한 절차를 전혀 시도해 보지도 아니한 것은 가능하고 상당한 수단을 다하더라도 진술을 요하는 자를 법정에서 출석하게 할 수 없는 사정이 있는 때에 해당한다고 보기 어렵다.

### 〈선정이유〉

제314조의 증거능력 인정 요건인 '외국거주'의 의미에 대해 엄격하게 제한해석하는 취지의 판결이다. 제314조는 직접주의의 예외에 대한 중대한 예외에 해당하기 때문에 그 문언을 해석함에 있어서 엄격해야 한다는 점을 강조한 판결이다.

## 258. 제314조 - 소재불명

(대법원 2013. 4. 11. 선고 2013도1435 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제314조에 의한 증거능력 인정 요건 중 '증인이 소재불명이거나 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당한다고 인정하기 위한 요건

### 〈판결요지〉

형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위하여는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 것이어야 한다는 두 가지 요건을 갖추어야 한다. 그리고 직접주의와 전문법칙의 예외를 정한 형사소송법 제314조의 요건 충족 여부는 엄격히 심사하여야 하고, 전문증거의 증거능력을 갖추기 위한 요건에 관한 증명책임은 검사에게 있으

므로, 법원이 증인이 소재불명이거나 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당한다고 인정할 수 있으려면, 증인의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 증인의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정을 검사가 증명한 경우여야 한다.

제1심법원이 증인 갑의 주소지에 송달한 증인소환장이 송달되지 아니하자 갑에 대한 소재탐지를 촉탁하여 소재탐지 불능 보고서를 제출받은 다음 갑이 '소재불명'인 경우에 해당한다고 보아 갑에 대한 경찰 및 검찰 진술조서를 증거로 채택한 사안에서, 검사가 제출한 증인신청서에 휴대전화번호가 기재되어 있고, 수사기록 중 갑에 대한 경찰 진술조서에는 집 전화번호도 기재되어 있으며, 그 이후 작성된 검찰 진술조서에는 위 휴대전화번호와 다른 휴대전화번호가 기재되어 있는데도, 검사가 직접 또는 경찰을 통하여 위 각 전화번호로 갑에게 연락하여 법정 출석의사가 있는지 확인하는 등의 방법으로 갑의 법정 출석을 위하여 상당한 노력을 기울였다는 자료가 보이지 않는 사정에 비추어, 갑의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 갑의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정이 증명된 경우라고 볼 수 없어 형사소송법 제314조의 '소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당한다고 인정할 수 없다.

### 〈선정이유〉

제314조의 증거능력 인정 요건인 '소재불명'의 의미에 대해 엄격하게 제한해석하는 취지의 판결이다.

## 259. 제314조 - 정당한 증언거부

(대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

증인이 형사소송법에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우가 형사소송법 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

형사소송법 제314조는 "제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다."라고 정함으로써, 원진술자 등의 진술에 의하여 진정성립이 증명되지 아니하는 전문증거에 대하여 예외적으로 증거능력이 인정될 수 있는 사유로 '사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'를 들고 있다. 위 증거능력에 대한 예외사유로 1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 '사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때', 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 '사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'라고 각 규정한 것에 비하여 현행 형사소송법은 그 예외사유의 범위를 더욱 엄격하게 제한하고 있는데, 이는 직접심리주의와 공판중심주의의 요소를 강화하려는 취지가 반영된 것이다. 한

편 형사소송법은 누구든지 자기 또는 친족 등이 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려가 있는 증언을 거부할 수 있도록 하고( 제148조), 또한 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 사람은 그 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것은 증언을 거부할 수 있도록 규정하여( 제149조 본문), 증인에게 일정한 사유가 있는 경우 증언을 거부할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 위와 같은 현행 형사소송법 제314조의 문언과 개정 취지, 증언거부권 관련 규정의 내용 등에 비추어 보면, 법정에 출석한 증인이 형사소송법 제148조, 제149조 등에서 정한 바에 따라 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니한다.

### 〈선정이유〉

증인이 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’에 해당하지 않는다고 한 전원합의체 판결이다.

## 260. 제314조 - 진술거부권의 행사

(대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결)

### 〈쟁점〉

피고인이 증거서류의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하여 진술을 거부한 경우가 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

형사소송법 제314조는 “제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.”라고 정함으로써, 원진술자 등의 진술에 의하여 진정성립이 증명되지 아니하는 전문증거에 대하여 예외적으로 증거능력이 인정될 수 있는 사유로 ‘사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’를 들고 있다. 위 증거능력에 대한 예외사유로 1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 ‘사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’, 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 ‘사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’라고 각 규정한 것에 비하여 현행 형사소송법은 그 예외사유의 범위를 더욱 엄격하게 제한하고 있는데, 이는 직접심리주의와 공판중심주의의 요소를 강화하려는 취지가 반영된 것이다. 한편 헌법은 모든 국민은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다고 선언하고(제12조 제2항), 형사소송법은 피고인은 진술하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있다고 규정하여(제283조의2 제1항), 진술거부권을 피고인의 권리로서 보장하고 있다. 위와 같은 현행

형사소송법 제314조의 문언과 개정 취지, 진술거부권 관련 규정의 내용 등에 비추어 보면, 피고인이 증거서류의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하여 진술을 거부한 경우는 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 아니한다.

### 〈선정이유〉

피고인이 진술거부권을 행사하여 진술을 거부한 경우도 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’에 해당하지 않는다고 한 판결이다.

## 261. 제314조 - 정당한 이유 없는 증언거부

(대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

수사기관에서 진술한 참고인이 법정에서 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못하였으나 정당하게 증언거부권을 행사한 것이 아닌 경우, 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하는지 여부(원칙적 소극) 및 이때 수사기관에서 그 증인의 진술을 기재한 서류의 증거능력 유무(소극)

### 〈판결요지〉

수사기관에서 진술한 참고인이 법정에서 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못한 경우에는 정당하게 증언거부권을 행사한 것이 아니라도, 피고인이 증인의 증언거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 않는다고 보아야 한다. 따라서 증인이 정당하게 증언거부권을 행사하여 증언을 거부한 경우와 마찬가지로 수사기관에서 그 증인의 진술을 기재한 서류는 증거능력이 없다.

다만 피고인이 증인의 증언거부 상황을 초래하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 형사소송법 제314조의 적용을 배제할 이유가 없다. 이러한 경우까지 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때’에 해당하지 않는다고 보면 사건의 실체에 대한 심증형성은 법관의 면전에서 본래증거에 대한 반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 실질적 직접심리주의와 전문법칙에 대하여 예외를 정한 형사소송법 제314조의 취지에 반하고 정의의 관념에도 맞지 않기 때문이다.

### 〈선정이유〉

증인이 정당한 이유 없이 증언을 거부한 경우에도 특별한 사정이 없는 한 그 증인의 진술을 기재한 수사기관의 진술조서는 피고인의 반대신문의 기회가 보장되지 않으므로, 형사소송법 제314조의 ‘그 밖에 이에 준하는 사유’에 해당하지 않는다고 한 전원합의체 판결이다.

**262. 제314조 - 구인불능**

(대법원 2007. 1. 11. 선고 2006도7228 판결)

**〈쟁점〉**

증인에 대한 구인장 집행불능 상황을 형사소송법 제314조의 '기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당한다고 인정할 수 있는 요건

**〈판결요지〉**

직접주의와 전문법칙의 예외를 정한 형사소송법 제314조의 요건 충족 여부는 엄격히 심사하여야 하고 전문증거의 증거능력을 갖추기 위한 요건에 관한 입증책임은 검사에게 있는 것이므로, 법원이 증인에 대한 구인장 집행불능 상황을 형사소송법 제314조의 '기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당한다고 인정할 수 있으려면, 형식적으로 구인장 집행이 불가능하다는 취지의 서면이 제출되었다는 것만으로는 부족하고, 증인에 대한 구인장의 강제력에 기하여 증인의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고, 부득이 증인의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정을 검사가 입증한 경우여야 한다.

경찰이 증인과 가족의 실거주지를 방문하지 않은 상태에서 전화상으로 증인의 모(모)로부터 법정 출석케 할 의사가 없다는 취지의 진술을 들었다는 내용의 구인장 집행불능 보고서를 제출하고 있을 뿐이고, 검사가 기록상 확인된 증인의 휴대전화번호로 연락하여 법정 출석의사가 있는지를 확인하는 등의 방법으로 출석을 적극적으로 권유·독려하는 등 증인의 법정 출석을 위하여 상당한 노력을 기울이지 않은 경우, 형사소송법 제314조의 '기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하지 않는다.

**〈선정이유〉**

제314조의 증거능력 인정 요건인 '그 밖의 사유'의 의미에 대해 엄격하게 제한해석하는 취지의 판결이다.

**263. 제314조 - 특신상태 (1)**

(대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결)

**〈쟁점〉**

형사소송법 제312조 제4항, 제314조의 규정 취지 및 형사소송법 제314조에 따라 증거능력을 인정하기 위한 요건

**〈판결요지〉**

형사소송법(이하 '법'이라 한다) 제312조 제4항, 제314조는 형사소송에서 헌법이 요구하는 적법절차의 원칙을 구현하기 위하여 사건의 실체에 대한 심증 형성은 법관의 면전에서 본래 증거에

대한 반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 실질적 직접심리주의와 전문법칙을 기본원리로서 채택하면서도, 원진술자의 사망 등으로 위 원칙을 관철할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 ‘그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때’, 즉 그 진술의 내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위 개입의 여지가 거의 없고 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 증명된 때에 한하여 예외적으로 증거능력을 인정하고자 하는 취지이다. 그러므로 법원이 법 제314조에 따라 증거능력을 인정하기 위하여는 단순히 그 진술이나 조서의 작성과정에 뚜렷한 절차적 위법이 보이지 않는다고 진술의 임의성을 의심할 만한 구체적 사정이 없다는 것만으로는 부족하고, 이를 넘어 법정에서의 반대신문 등을 통한 검증을 굳이 거치지 않더라도 진술의 신빙성과 임의성을 충분히 담보할 수 있는 구체적이고 외부적인 정황이 있어 그에 기초하여 법원이 유죄의 심증을 형성하더라도 증거재판주의의 원칙에 어긋나지 않는다고 평가할 수 있는 정도에 이르러야 한다.

### 〈선정이유〉

제314조의 증거능력 인정 요건인 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’의 의미에 대해 엄격하게 제한해석하는 취지의 판결로서, 영상녹화물에 나타난 진술내용과 그에 대응하는 피의자신문조서의 기재 사이에 차이가 있는 경우 특신상태를 부정한 사례이다.

## 264. 제314조 - 특신상태 (2)

(대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도12652 판결)

### 〈쟁점〉

참고인의 소재불명 등의 경우에 참고인이 진술하거나 작성한 진술조서나 진술서에 대하여 증거능력을 인정하는 취지 및 이때 참고인의 진술 또는 작성이 ‘특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음’에 대한 증명의 정도(=합리적인 의심의 여지를 배제할 정도)

### 〈판결요지〉

형사소송법이 원진술자 또는 작성자(이하 ‘참고인’이라 한다)의 소재불명 등의 경우에 참고인이 진술하거나 작성한 진술조서나 진술서에 대하여 증거능력을 인정하는 것은, 형사소송법이 제312조 또는 제313조에서 참고인 진술조서 등 서면증거에 대하여 피고인 또는 변호인의 반대신문권이 보장되는 등 엄격한 요건이 충족될 경우에 한하여 증거능력을 인정할 수 있도록 함으로써 직접심리주의 등 기본원칙에 대한 예외를 인정한 데 대하여 다시 중대한 예외를 인정하여 원진술자 등에 대한 반대신문의 기회조차 없이 증거능력을 부여할 수 있도록 한 것이므로, 그 경우 참고인의 진술 또는 작성이 ‘특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음에 대한 증명’은 단지 그러한 개연성이 있다는 정도로는 부족하고 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다.

### 〈선정이유〉

제314조의 증거능력 인정 요건인 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’의 증명의 정도에 대해 밝힌 판결로서, 공소사실의 핵심적인 사항에 관하여 피고인과 참고인의 진술이 시종일관 일치하지 않았고 원

심에서 피고인이 제출한 CD(을 제1호)에 수록된 동영상에서는 참고인이 수사기관에서 한 자신의 진술이 허위라는 취지로 진술하고 있는 점도 기록상 드러난 경우 참고인 진술의 특신상태를 부정한 사례이다.

## 265. 제314조 - 사법경찰관 작성의 피의자신문조서

(대법원 2004. 7. 15. 선고 2003도7185 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

피고인과 공범관계에 있는 다른 피의자에 대한 사법경찰관리 작성의 피의자신문조서의 증거능력과 형사소송법 제314조의 적용 여부(소극)

### 〈판결요지〉

형사소송법 제312조 제2항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용되는바, 당해 피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대한 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 그 피의자의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정되므로 그 당연한 결과로 그 피의자신문조서에 대하여는 사망 등 사유로 인하여 법정에서 진술할 수 없는 때에 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정인 형사소송법 제314조가 적용되지 아니한다.

### 〈선정이유〉

피고인과 공범관계에 있는 다른 피의자에 대한 사법경찰관리 작성의 피의자신문조서는 제314조가 적용되지 않는다고 한 판결이다.

## 265. 제314조 - 반대신문이 결여된 진술증거의 증명력

(대법원 2006. 12. 8. 선고 2005도9730 판결)

### 〈쟁점〉

원진술자의 법정 출석과 피고인에 의한 반대신문이 이루어지지 못한 경우, 수사기관이 원진술자의 진술을 기재한 조서의 증거가치

### 〈판결요지〉

수사기관이 원진술자의 진술을 기재한 조서는 원본 증거인 원진술자의 진술에 비하여 본질적으로 낮은 정도의 증명력을 가질 수밖에 없다는 한계를 지니는 것이고, 특히 원진술자의 법정 출석

및 반대신문이 이루어지지 못한 경우에는 그 진술이 기재된 조서는 법관의 올바른 심증 형성의 기초가 될 만한 진정한 증거가치를 가진 것으로 인정받을 수 없는 것이 원칙이다. 따라서 피고인이 공소사실 및 이를 뒷받침하는 수사기관이 원진술자의 진술을 기재한 조서 내용을 부인하였음에도 불구하고, 원진술자의 법정 출석과 피고인에 의한 반대신문이 이루어지지 못하였다면, 그 조서에 기재된 진술이 직접 경험한 사실을 구체적인 경위와 정황의 세세한 부분까지 정확하고 상세하게 묘사하고 있어 구태여 반대신문을 거치지 않더라도 진술의 정확한 취지를 명확히 인식할 수 있고 그 내용이 경험칙에 부합하는 등 신빙성에 의문이 없어 조서의 형식과 내용에 비추어 강한 증명력을 인정할 만한 특별한 사정이 있거나, 그 조서에 기재된 진술의 신빙성과 증명력을 뒷받침할 만한 다른 유력한 증거가 따로 존재하는 등의 예외적인 경우가 아닌 이상, 그 조서는 진정한 증거가치를 가진 것으로 인정받을 수 없는 것이어서 이를 주된 증거로 하여 공소사실을 인정하는 것은 원칙적으로 허용될 수 없다. 이는 원진술자의 사망이나 질병 등으로 인하여 원진술자의 법정 출석 및 반대신문이 이루어지지 못한 경우는 물론 수사기관의 조서를 증거로 함에 피고인이 동의한 경우에도 마찬가지이다.

### 〈선정이유〉

반대신문이 결여된 진술증거는 증거능력이 인정되는 경우에도 강한 증명력을 인정할 특별한 사정이나 다른 유력한 증거가 없는 한 증명력은 신중하게 판단하여야 한다는 취지의 판결이다.

## 267. 제315조 - ‘당연히 증거능력 있는 서류’의 의미

(대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제315조 제3호에서 정한 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’의 의미 / 문서가 형사소송법 제315조 제2호에서 정한 ‘업무상 통상문서’에 해당하는지 판단하는 기준

### 〈판결요지〉

상업장부나 항해일지, 진료일지 또는 이와 유사한 금전출납부 등과 같이 범죄사실의 인정 여부와는 관계없이 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 내역을 그때그때 계속적, 기계적으로 기재한 문서는 사무처리 내역을 증명하기 위하여 존재하는 문서로서 형사소송법 제315조 제2호에 의하여 당연히 증거능력이 인정된다. 그리고 이러한 문서는 업무의 기계적 반복성으로 인하여 허위가 개입될 여지가 적고, 또 문서의 성질에 비추어 고도의 신용성이 인정되어 반대신문의 필요가 없거나 작성자를 소환해도 서면제출 이상의 의미가 없는 것들에 해당하기 때문에 당연히 증거능력이 인정된다는 것이 형사소송법 제315조의 입법 취지인 점과 아울러, 전문법칙과 관련된 형사소송법 규정들의 체계 및 규정 취지에 더하여 ‘기타’라는 문언에 의하여 형사소송법 제315조 제1호와 제2호의 문서들을 ‘특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’의 예시로 삼고 있는 형사소송법 제315조 제3호의 규정형식을 종합하여 보면, 형사소송법 제315조 제3호에서 규정한 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’는 형사소송법 제315조 제1호와 제2호에서 열거된 공권적 증명문서 및 업무상 통상문서에 준하여 ‘굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문제 되지 않을 정도로 고도의 신용성의

정황적 보장이 있는 문서'를 의미한다.

나아가 어떠한 문서가 형사소송법 제315조 제2호가 정하는 업무상 통상문서에 해당하는지를 구체적으로 판단함에 있어서는, 형사소송법 제315조 제2호 및 제3호의 입법 취지를 참작하여 당해 문서가 정규적·규칙적으로 이루어지는 업무활동으로부터 나온 것인지 여부, 당해 문서를 작성하는 것이 일상적인 업무 관행 또는 직무상 강제되는 것인지 여부, 당해 문서에 기재된 정보가 취득된 즉시 또는 그 직후에 이루어져 정확성이 보장될 수 있는 것인지 여부, 당해 문서의 기록이 비교적 기계적으로 행하여지는 것이어서 기록 과정에 기록자의 주관적 개입의 여지가 거의 없다고 볼 수 있는지 여부, 당해 문서가 공시성이 있는 등으로 사후적으로 내용의 정확성을 확인·검증할 기회가 있어 신용성이 담보되어 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3219 판결 : 성매매업소에 고용된 여성들이 성매매를 업으로 하면서 영업에 참고하기 위하여 성매매 상대방의 아이디와 전화번호 및 성매매방법 등을 메모지에 적어두었다가 직접 메모리카드에 입력하거나 업주가 고용한 다른 여직원이 그 내용을 입력한 사안에서, 위 메모리카드의 내용은 형사소송법 제315조 제2호의 '영업상 필요로 작성한 통상문서'로서 당연히 증거능력 있는 문서에 해당한다.

(2) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도12671 판결 : 사무처리 내역을 계속적, 기계적으로 기재한 문서가 아니라 범죄사실의 인정 여부와 관련 있는 어떠한 의견을 제시하는 내용을 담고 있는 문서는 형사소송법 제315조 제3호에서 규정하는 당연히 증거능력이 있는 서류에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이른바 보험사기 사건에서 건강보험심사평가원이 수사기관의 의뢰에 따라 그 보내온 자료를 토대로 입원진료의 적정성에 대한 의견을 제시하는 내용의 '건강보험심사평가원의 입원진료 적정성 여부 등 검토의뢰에 대한 회신'은 형사소송법 제315조 제3호의 '기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'에 해당하지 않는다.

### 〈선정이유〉

제315조의 '당연히 증거능력이 있는 서류'의 의미를 밝힌 판결이다. 제315조는 1961년 형사소송법 개정으로 전문법칙이 도입되기 전인 제정형사소송법부터 있었던 조항인데, 일본형사소송법상 예외 인정 요건인 '신용성의 정황적 보장'을 그대로 받아들인 조항이다.

268.

## 제315조 - '공범이 다른 사건에서 피고인으로서 한 진술을 기재한 공판조서'

(헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2011헌바79 결정)

### 〈쟁점〉

이 사건 법률조항이 규정한 문서에 공범이 다른 사건에서 피고인으로서 한 진술을 기재한 공판조서가 포함된다고 보는 것이 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

1. 전문법칙과 관련된 형사소송법 규정들의 체계와 규정취지, 여기에 더하여 '기타'라는 문언에 의하여 형사소송법 제315조 제1호와 제2호의 문서들을 '특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'의 예시로 삼고 있는 이 사건 법률조항의 규정형식을 종합해 보면, 이 사건 법률조항에서 규정한 '기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'란 형사소송법 제315조 제1호와 제2호에서 열거된 공권적 증명문서 및 업무상 통상문서에 준하여 '굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문 제되지 않을 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서'를 의미하는 것으로 해석할 수 있으므로, 이 사건 법률조항은 명확성원칙에 위배되지 않는다.

2. 공판조서는 그 서면 자체의 성질과 작성과정에서 법정된 엄격한 절차적 보장에 의하여 고도의 임의성과 기재의 정확성 및 절차적 적법성이 담보되어 있고, 우리 형사소송법이 채택하고 있는 대심적 구조 하에서 피고인의 진술은 공개된 법정에서 반대당사자의 지위에 있는 검사에 의하여 검증되고 탄핵되는 지위에 있어 이를 제3자가 일방적으로 한 진술과 같다고 평가할 수 없으므로, 법정진술에 해당하는 공판조서상의 진술과 다른 전문증거와 사이에는 문서의 신용성과 관련된 외부적 정황에 뚜렷한 차이가 있다. 또한 공판조서의 증거능력을 일률적으로 부정한다면, 공판조서보다 낮은 신용성의 보장을 가진 수사기관 작성의 조서에 관하여는 일정한 요건 하에 그 증거능력을 인정하면서도 그보다 우위의 임의성과 신용성의 보장을 가진 공판조서에 대하여는 증거능력을 부정하는 법체계상의 모순이 발생하게 되며, 공범의 진술을 기재한 공판조서가 증명력 있는 경우에도 이를 당해 사건의 심리과정에서 고려할 수조차 없게 되어 실제적 진실 발견에 중대한 지장을 초래하게 된다. 나아가 공판조서상의 진술이 피고인의 유무죄를 가르는 중요한 증거이고 피고인이 그 진술을 다투고 있음에도 불구하고 법원이 원진술자인 공범에 대한 증인신청을 거부할 이유가 없으므로, 실제 재판과정에서 이 사건 법률조항에 의하여 피고인의 방어권에 대한 현실적인 침해가 발생할 가능성도 거의 없다. 따라서 다른 사건에서 공범의 피고인으로서의 진술을 기재한 공판조서가 이 사건 법률조항에 포함되는 것으로 해석한다고 하여 피고인의 방어권에 지나친 제약을 가져와 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다.

### 〈선정이유〉

공범의 진술을 기재한 공판조서는 제315조에 의하여 당연히 증거능력이 있는 서류에 해당한다는 취지의 결정이다.

## 269. 제316조 - 전문진술 (1)

(대법원 2000. 12. 27. 선고 99도5679 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제316조 제2항 소정의 "피고인 아닌 타인"의 의미

### 〈판결요지〉

형사소송법 제316조 제2항에 의하면 피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이

피고인 아닌 타인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 원진술자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다고 규정하고 있는데 여기서 말하는 피고인 아닌 자라고 함은 제3자는 말할 것도 없고 공동피고인이나 공범자를 모두 포함한다고 해석된다. 피고인 2에 관한 이 사건 공소사실에 대하여는, 공동피고인 1도 피고인 아닌 자에 해당한다고 할 것이어서 위 피고인 1이 원심법정에 이르기까지 일관하여 판시 기부행위사실을 부인하는 이 사건에서는 원진술자인 피고인 1이 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당되지 아니하므로 피고인 1의 진술을 그 내용으로 하는 위 전옥순의 각 진술은 전문증거로서 증거능력이 없다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

제316조의 적용범위와 관련하여, 여기서의 피고인은 당해 피고인만을 의미하고, 피고인 아닌 타인은 당해 피고인을 제외한 모든 사람을 의미한다고 한 판결이다.

## 270. 제316조 - 전문진술 (2)

(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6985 판결)

### 〈쟁점〉

공소제기 전에 피고인 아닌 자를 조사한 자 등의 증언이 형사소송법 제316조 제2항에 따라 증거능력을 갖추기 위한 요건

### 〈판결요지〉

형사소송법 제316조 제2항은 “피고인 아닌 자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인 아닌 타인의 진술을 그 내용으로 하는 것인 때에는 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없고, 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다”고 규정하고 있고, 같은 조 제1항에 따르면 위 ‘피고인 아닌 자’에는 공소제기 전에 피고인 아닌 타인을 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자(이하 ‘조사자’라고 한다)도 포함된다. 따라서 조사자의 증언에 증거능력이 인정되기 위해서는 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없어야 하는 것이어서, 원진술자가 법정에서 출석하여 수사기관에서 한 진술을 부인하는 취지로 증언한 이상 원진술자의 진술을 내용으로 하는 조사자의 증언은 증거능력이 없다.

### 〈선정이유〉

피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 조사자의 증언이 증거능력이 인정되기 위해서는 원진술자의 진술불능 및 특신상태의 요건을 충족해야 한다는 취지의 판결이다.

## 271. 제316조 - 전문진술 (3)

(대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도725 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제314조의 '특신상태'와 관련된 법리가 형사소송법 제316조 제2항의 '특신상태'에 관한 해석에 그대로 적용되는지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

[1] 형사소송법 제314조가 참고인의 소재불명 등의 경우에 그 참고인이 진술하거나 작성한 진술 조서나 진술서에 대하여 증거능력을 인정하는 것은, 형사소송법이 제312조 또는 제313조에서 참고인 진술조서 등 서면증거에 대하여 피고인 또는 변호인의 반대신문권이 보장되는 등 엄격한 요건이 충족될 경우에 한하여 증거능력을 인정할 수 있도록 함으로써 직접심리주의 등 기본원칙에 대한 예외를 인정한 데 대하여 다시 중대한 예외를 인정하여 원진술자 등에 대한 반대신문의 기회 조차 없이 증거능력을 부여할 수 있도록 한 것이므로, 그 경우 참고인의 진술 또는 작성이 '특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음에 대한 증명'은 단지 그러한 개연성이 있다는 정도로는 부족하고 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다.

[2] 형사소송법 제314조의 '특신상태'와 관련된 법리는 마찬가지로 원진술자의 소재불명 등을 전제로 하고 있는 형사소송법 제316조 제2항의 '특신상태'에 관한 해석에도 그대로 적용된다.

### 〈선정이유〉

제316조의 증거능력 인정 요건인 '특히 신빙할 수 있는 상태'의 의미에 대해 엄격하게 제한해석하는 취지의 판결이다. 특신상태는 증거능력의 요건 사실이고 소송법적 사실로서 자유로운 증명의 대상이지만, 그 증명의 정도는 '합리적인 의심의 여지를 배제할 정도'라야 한다는 점을 확인하고 있다.

## 272. 재전문증거의 증거능력

(대법원 2000. 3. 10. 선고 2000도159 판결)

### 〈쟁점〉

전문진술을 기재한 조서의 증거능력을 인정하기 위한 요건 / 피고인이 증거로 하는 데 동의하지 아니한 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서의 증거능력 유무(소극)

### 〈판결요지〉

가. 전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서는 형사소송법 제310조의2의 규정에 의하여 원칙적으로 증거능력이 없는 것인데, 다만 전문진술은 형사소송법 제316조 제2항의 규정에 따라 원진술자가 사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상

태하에서 행하여진 때에 한하여 예외적으로 증거능력이 있다고 할 것이고, 전문진술이 기재된 조서는 형사소송법 제312조 또는 제314조의 규정에 의하여 각 그 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론 나아가 형사소송법 제316조 제2항의 규정에 따른 위와 같은 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능력이 있다고 할 것인바, 여기서 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때라 함은 그 진술을 하였다는 것에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다.

나. 형사소송법은 전문진술에 대하여 제316조에서 실질상 단순한 전문의 형태를 취하는 경우에 한하여 예외적으로 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있을 뿐, 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서에 대하여는 달리 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 아니하고 있으므로, 피고인이 증거로 하는 데 동의하지 아니하는 한 형사소송법 제310조의2의 규정에 의하여 이를 증거로 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

재전문증거 중 재전문서류와 재전문진술의 차이가 증거능력에 미치는 영향을 잘 보여주는 판결이다.

## 273. 제317조 - 진술의 임의성

(대법원 2015. 9. 10. 선고 2012도9879 판결)

### 〈쟁점〉

임의성 없는 진술의 증거능력을 부정하는 취지 및 진술의 임의성에 대한 증명책임 소재(=검사)

### 〈판결요지〉

임의성 없는 진술의 증거능력을 부정하는 취지는, 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태하에서 행하여진 진술은 그 자체가 실제적 진실에 부합하지 아니하여 오판을 일으킬 소지가 있을 뿐만 아니라 그 진위를 떠나서 진술자의 기본적 인권을 침해하는 위법·부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것이므로, 그 임의성에 다툼이 있을 때에는 그 임의성을 의심할 만한 합리적이고 구체적인 사실을 피고인이 증명할 것이 아니고 검사가 그 임의성의 의문점을 없애는 증명을 하여야 하고, 검사가 그 임의성의 의문점을 없애는 증명을 하지 못한 경우에는 그 진술증거는 증거능력이 부정된다. 나아가 피고인이 경찰에서 가혹행위 등으로 인하여 임의성 없는 자백을 하고 그 후 검찰이나 법정에서도 임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 자백을 하였다면 각 자백도 임의성 없는 자백이라고 보아야 한다(대법원 2014. 12. 11. 선고 2012도15405 판결 등 참조).

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결 : 진술의 임의성이라는 것은 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타 진술의 임의성을 잃게 하는 사정이 있다는 것 즉 증거의 수집과정에 위법성이 없다는 것이다.

### 〈선정이유〉

임의성 없는 진술의 증거능력을 부정하는 법리를 밝힌 기본적인 판례이다.

## 274. 사진의 증거능력

(대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3906 판결)

### 〈쟁점〉

‘상해부위를 촬영한 사진’에 전문법칙이 적용되는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

‘상해부위를 촬영한 사진’은 비진술증거로서 전문법칙이 적용되지 않는다. 위 사진이 진술증거임을 전제로 전문법칙이 적용되어야 한다는 취지의 상고이유의 주장 또한 받아들일 수 없다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2015도2275 판결 : 수표 원본이 아니라 전자복사기를 사용하여 복사한 사본이 증거로 제출되었고 피고인이 이를 증거로 하는 데 부동의한 경우 위 수표 사본을 증거로 사용하기 위해서는 수표 원본을 법정에 제출할 수 없거나 제출이 곤란한 사정이 있고 수표 원본이 존재하거나 존재하였으며 증거로 제출된 수표 사본이 이를 정확하게 전사한 것이라는 사실이 증명되어야 한다.

### 〈선정이유〉

‘상해부위를 촬영한 사진’은 비진술증거로서 전문법칙이 적용되지 않는다고 한 판결이다.

## 275. 녹음테이프의 증거능력

(대법원 2008. 12. 24. 선고 2008도9414 판결)

### 〈쟁점〉

대화를 녹음한 녹음테이프의 증거능력을 인정하기 위한 요건

### 〈판결요지〉

피고인과 상대방 사이의 대화내용에 관한 녹취서가 공소사실의 증거로 제출되어 그 녹취서의 기재내용과 녹음테이프의 녹음내용이 동일한지 여부에 대하여 법원이 검증을 실시한 경우에, 증거자료가 되는 것은 녹음테이프에 녹음된 대화내용 그 자체이고, 그 중 피고인의 진술내용은 실질적으로 형사소송법 제311조, 제312조의 규정 이외에 피고인의 진술을 기재한 서류와 다름없어, 피고인이 그 녹음테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않은 이상 그 녹음테이프 검증조서의 기재 중

피고인의 진술내용을 증거로 사용하기 위해서는 형사소송법 제313조 제1항 단서에 따라 공판준비 또는 공판기일에서 그 작성자인 상대방의 진술에 의하여 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술내용이 피고인이 진술한 대로 녹음된 것임이 증명되고 나아가 그 진술이 특히, 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 것임이 인정되어야 하며(대법원 2001. 10. 9. 선고 2001도3106 판결, 대법원 2004. 5. 27. 선고 2004도1449 판결 등 참조),

또한 녹음테이프는 그 성질상 작성자나 진술자의 서명 혹은 날인이 없을 뿐만 아니라, 녹음자의 의도나 특정한 기술에 의하여 그 내용이 편집, 조작될 위험성이 있음을 고려하여, 그 대화내용을 녹음한 원본이거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사과정에서 편집되는 등의 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 증명되어야만 하고, 그러한 증명이 없는 경우에는 쉽게 그 증거능력을 인정할 수 없다고 할 것이며(대법원 2002. 6. 28. 선고 2001도6355 판결, 대법원 2005. 2. 18. 선고 2004도6323 판결 등 참조),

녹음테이프에 수록된 대화내용이 이를 풀어쓴 녹취록의 기재와 일치한다거나 녹음테이프의 대화내용이 중단되었다고 볼 만한 사정이 없다는 녹음테이프에 대한 법원의 검증 결과만으로는 위와 같은 증명이 있다고는 할 수 없을 것이다.

기록에 의하면, 제1심이 검증을 실시한 2개의 녹음테이프(압수물 증 제1호 및 증 제26호)는 원본이 아니라 당초 디지털 녹음기에 녹음된 내용을 전자적 방법으로 테이프에 전사한 사본임이 명백한 바, 피고인은 검증기일에서 이 사건 녹음테이프의 내용에 녹음 당일 피고인이 말하지 않은 부분이 녹음되어 있어 의도적으로 편집된 의심이 있다고 주장한 사실, 그럼에도 불구하고 위 검증기일에는 위 녹음테이프에 수록된 대화내용이 녹취록의 기재와 일치하고 그 음성이 피고인의 음성임을 확인하는데 그치고, 위 녹음테이프가 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 것인지 여부에 대하여 별도로 확인하거나 달리 증거조사를 실시하지 아니한 사실을 알 수 있다.

원심은 한국합동속기사무소 소속 속기사 공소외인이 작성한 확인서의 기재와 제1심 법원의 검증 결과 위 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술내용은 피고인이 진술한 대로 녹음된 것임이 밝혀지고, 달리 녹음이 중단되거나 조작되었다 볼 만한 사정은 나타나지 않았다는 점을 근거로 위 녹음테이프가 원본 그대로 복사한 사본이라고 인정한 듯하나, 위 확인서는 녹취록의 작성자가 그 녹취록을 작성하는 과정에서 원본인 음성파일이 저장된 디지털 녹음기의 재생기능과 일반 카세트의 녹음기능을 연결해 그대로 터빙하였다는 내용일 뿐이므로, 그 정도의 확인만으로 위 녹음테이프가 인위적 개작 없이 원본 내용 그대로 복사되었음이 증명되었다고 보기 어렵고, 위에서 본 법리에 의하면 제1심의 검증조서에 나타난 검증결과로써 위 녹음테이프의 증거능력이 인정된다고 보기 어려울 뿐 아니라, 제1심의 검증조서 기재에 의하면 녹음이 중단되었다고 볼만한 사정이 없다는 검증결과는 검증대상인 2개의 녹음테이프 중 압수물 증 제26호에 관한 것이지 증 제1호인 녹음테이프에 관한 것이 아니므로, 이를 가지고 증 제1호에 증거능력을 부여할 근거로 삼을 수도 없으며(이 사건 공소 사실을 뒷받침하는 내용은 증 제1호의 녹음테이프에만 담겨 있고, 증 제26호의 녹음테이프에는 오히려 피고인이 금전수수관계를 일체 부인하는 내용이 수록되어 있을 뿐이므로 증거능력 유무가 특히 문제되는 것은 증 제1호의 녹음테이프라고 보아야 할 것이다), 달리 위 검증조서의 기재내용 중 위 증 제1호에 대해 증거능력을 부여할 근거를 찾아 볼 수 없다.

그렇다면 위 법리에 비추어 볼 때 원심이 실시하는 사유만으로는 이 사건 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술 내용과 이를 풀어쓴 녹취록은 증거능력을 인정할 수 없다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007도10804 판결 : 피고인과의 대화내용을 녹음한 보이스펜 자체에 대하여는 증거동의를 있었지만 그 녹음내용을 재녹음한 녹음테이프, 녹음테이프의 음질을 개선한 후 재녹음한 시디 및 녹음테이프의 녹음내용을 풀어 쓴 녹취록 등에 대하여는 증거로 함에 부동의를 사안에서, 극히 일부의 청취가 불가능한 부분을 제외하고는 보이스펜, 녹음테이프 등에 녹음된 대화내용과 녹취록의 기재가 일치하는 것으로 확인되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 것으로 인정되므로 이를 증거로 사용할 수 있다.

### 〈선정이유〉

진술녹음의 증거능력에 관한 법리를 밝힌 기본적인 판례이다.

## 276. 영상녹화물의 증거능력

(대법원 2014. 7. 10. 선고 2012도5041 판결)

### 〈쟁점〉

수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 형사소송법 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물이 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수 있는지 여부(원칙적 소극)

### 〈판결요지〉

2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 형사소송법에는 없던 수사기관에 의한 참고인 진술의 영상녹화를 새로 정하면서 그 용도를 참고인에 대한 진술조서의 실질적 진정성립을 증명하거나 참고인의 기억을 환기시키기 위한 것으로 한정하고 있는 현행 형사소송법의 규정 내용을 영상물에 수록된 성범죄 피해자의 진술에 대하여 독립적인 증거능력을 인정하고 있는 성폭법 제30조 제6항 또는 아동법 제26조 제6항의 규정과 대비하여 보면, 수사기관이 참고인을 조사하는 과정에서 형사소송법 제221조 제1항에 따라 작성한 영상녹화물은, 다른 법률에서 달리 규정하고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공소사실을 직접 증명할 수 있는 독립적인 증거로 사용될 수는 없다고 해석함이 타당하다.

(중략) 피고인의 동의가 없는 이상 참고인 공소외 3에 대한 진술조서의 작성이 없는 상태에서 수사기관이 그의 진술을 영상녹화한 영상녹화물만을 독자적인 증거로 쓸 수 없고 그 녹취록 또한 증거로 사용할 수 없는 위 영상녹화물의 내용을 그대로 녹취한 것이므로 역시 증거로 사용할 수 없다.

### 〈선정이유〉

수사기관의 영상녹화물은 실질적 진정성립 또는 기억환기의 용도 이외에 독자적으로 본증으로 사용할 수 없다는 법리를 밝힌 기본적인 판례이다.

**277. 거짓말탐지기 검사 결과의 증거능력**

(대법원 2005. 5. 26. 선고 2005도130 판결)

**〈쟁점〉**

거짓말탐지기 검사 결과에 대하여 증거능력을 인정하기 위한 요건

**〈판결요지〉**

거짓말탐지기의 검사 결과에 대하여 사실적 관련성을 가진 증거로서 증거능력을 인정할 수 있려면, 첫째로 거짓말을 하면 반드시 일정한 심리상태의 변동이 일어나고, 둘째로 그 심리상태의 변동은 반드시 일정한 생리적 반응을 일으키며, 셋째로 그 생리적 반응에 의하여 피검사자의 말이 거짓인지 아닌지가 정확히 판정될 수 있다는 세 가지 전제요건이 충족되어야 할 것이며, 특히 마지막 생리적 반응에 대한 거짓 여부 판정은 거짓말탐지기가 검사에 동의한 피검사자의 생리적 반응을 정확히 측정할 수 있는 장치이어야 하고, 질문사항의 작성과 검사의 기술 및 방법이 합리적이어야 하며, 검사자가 탐지기의 측정내용을 객관성 있고 정확하게 판독할 능력을 갖춘 경우라야만 그 정확성을 확보할 수 있는 것이므로, 이상과 같은 여러 가지 요건이 충족되지 않는 한 거짓말탐지기 검사 결과에 대하여 형사소송법상 증거능력을 부여할 수는 없다.

**〈참고판결〉**

(1) 대법원 1987. 7. 21. 선고 87도968 판결 : 거짓말탐지기의 검사는 그 기구의 성능, 조작기술 등에 있어 신뢰도가 극히 높다고 인정되고 그 검사자가 적격자이며, 검사를 받는 사람이 검사를 받음에 동의하였으며 검사서가 검사자 자신이 실시한 검사의 방법, 경과 및 그 결과를 충실하게 기재하였다는 등의 전제조건이 증거에 의하여 확인되었을 경우에만 형사소송법 제313조 제2항에 의하여 이를 증거로 할 수 있는 것이고 위와 같은 조건이 모두 충족되어 증거능력이 있는 경우에도 그 검사결과가 검사를 받는 사람의 진술의 신빙성을 가늠하는 정황증거로서의 기능을 하는데 그치는 것이다.

**〈선정이유〉**

거짓말탐지기 검사결과에 대한 증거능력 여부에 대한 기본적인 판례이다.

**V. 증거동의****278. 증거동의의 주체**

(대법원 1988. 11. 8. 선고 88도1628 판결)

**〈쟁점〉**

증거로 함에 대한 동의의 주체

### 〈판결요지〉

변호인은 피고인의 명시한 의사에 반하지 아니하는 한 피고인을 대리하여 증거로 함에 동의할 수 있으므로 피고인이 증거로 함에 동의하지 아니한다고 명시적인 의사표시를 한 경우 이외에는 변호인은 서류나 물건에 대하여 증거로 함에 동의할 수 있고 이 경우 변호인의 동의에 대하여 피고인이 즉시 이의하지 아니하는 경우에는 변호인의 동의로 증거능력이 인정된다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2015도19139 판결 : 형사소송법 제318조에 규정된 증거 동의는 소송 주체인 검사와 피고인이 하는 것이고, 변호인은 피고인을 대리하여 증거 동의에 관한 의견을 낼 수 있을 뿐이므로, 피고인이 변호인과 함께 출석한 공판기일의 공판조서에 검사가 제출한 증거에 대하여 동의한다는 기재가 되어 있다면 이는 피고인이 증거 동의를 한 것으로 보아야 하고, 그 기재는 절대적인 증명력을 가진다.

(2) 대법원 1983. 6. 28. 선고 83도1019 판결 : 피고인이 사법경찰관작성의 피해자진술조서를 증거로 동의함에 있어서 그 동의가 법률적으로 어떠한 효과가 있는지를 모르고 한 것이었다고 주장하더라도 변호인이 그 동의시 공판정에 재정하고 있으면서 피고인이 하는 동의에 대하여 아무런 이의나 취소를 한 사실이 없다면 그 동의에 무슨 하자가 있다고 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

증거동의와 관련하여, 변호인의 동의가 갖는 의미를 밝힌 판결이다.

## 279. 증거동의의 효력 범위

(대법원 1984. 10. 10. 선고 84도1552 판결)

### 〈쟁점〉

"공판정 진술과 배치부분 부동의" 라는 피고인의 진술의 취지

### 〈판결요지〉

검사 작성의 피고인 아닌 자에 대한 진술조서에 관하여 피고인이 공판정 진술과 배치되는 부분은 부동의한다고 진술한 것은 조서내용의 특정부분에 대하여 증거로 함에 동의한다는 특별한 사정이 있는 때와는 달리 그 조서를 증거로 함에 동의하지 아니한다는 취지로 해석하여야 한다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 1990. 7. 24. 선고 90도1303 판결 : 피고인들이 제1심 법정에서 경찰의 검증조서 가운데 범행부분만 부동의하고 현장상황 부분에 대해서는 모두 증거로 함에 동의하였다면, 위 검증조서 중 범행상황 부분만을 증거로 채용한 제1심판결에 잘못이 없다.

### 〈선정이유〉

증거동의의 효력범위와 관련하여, 그 기재내용이 가분인 경우에는 일부 동의를 가능하지만, 불가분인 경우에는 일부 동의가 불가능하고 그 전부를 부동의한다는 취지로 해석해야 한다는 판결이다.

## 280. 묵시적 동의

(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도11552 판결)

### 〈쟁점〉

전문진술에 대하여 피고인이 별 의견이 없다고 한 경우 그 전문진술의 증거능력

### 〈판결요지〉

피고인이 새마을금고 이사장 선거와 관련하여 대의원 갑에게 자신을 지지해 달라고 부탁하면서 현금 50만 원을 제공하였다고 하여 새마을금고법 위반으로 기소되었는데, 검사는 사법경찰관 작성의 공범 갑에 대한 피의자신문조서 및 진술조서를 증거로 제출하고, 검사가 신청한 증인 을은 법정에서 출석하여 ‘갑으로부터 피고인에게서 50만 원을 받았다는 취지의 말을 들었다’고 증언한 사안에서, 갑이 법정에서 출석하여 위 피의자신문조서 및 진술조서의 성립의 진정을 인정하였더라도 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 모두 부인한 이상 이는 증거능력이 없고, 한편 제1심 및 원심 공동피고인인 갑은 원심에 이르기까지 일관되게 피고인으로부터 50만 원을 받았다는 취지의 공소사실을 부인한 사실에 비추어 원진술자 갑이 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당하지 아니하여 갑의 진술을 내용으로 하는 을의 법정 증언은 전문증거로서 증거능력이 없으며, 나아가 피고인은 일관되게 갑에게 50만 원 자체를 교부한 적이 없다고 주장하면서 적극적으로 다툰 점, 이에 따라 사법경찰관 작성의 갑에 대한 피의자신문조서 및 진술조서의 내용을 모두 부인한 점, 을의 법정증언이 전문증거로서 증거능력이 없다는 사정에 대하여 피고인 또는 변호인에게 의견을 묻는 등의 적절한 방법으로 고지가 이루어지지 않은 채 증인신문이 진행된 다음 증거조사 결과에 대한 의견진술이 이루어진 점, 을이 위와 같이 증언하기에 앞서 원진술자 갑이 피고인으로부터 50만 원을 제공받은 적이 없다고 이미 진술한 점 등을 종합하면 피고인이 을의 법정증언을 증거로 삼는 데에 동의하였다고 볼 여지는 없고, 을의 증언에 따른 증거조사 결과에 대하여 별 의견이 없다고 진술하였더라도 달리 볼 수 없으므로, 결국 사법경찰관 작성의 갑에 대한 피의자신문조서 및 진술조서와 을의 전문진술은 증거능력이 없다는 이유로, 위 각 증거의 증거능력을 인정하여 공소사실에 대한 유죄의 증거로 삼은 원심의 조치에 형사소송법 제312조, 제316조 등에서 정한 증거능력에 관한 법리 등을 오해한 잘못이 있다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 1983. 9. 27. 선고 83도516 판결 : 피고인이 신청한 증인의 증언이 피고인 아닌 타인의 진술을 그 내용으로 하는 전문진술이라고 하더라도 피고인이 그 증언에 대하여 별 의견이 없다고 진술하였다면 그 증언을 증거로 함에 동의한 것으로 볼 수 있으므로 이는 증거능력 있다.

### 〈선정이유〉

증거동의와 관련하여 묵시적 동의를 인정되는가를 판단하는 기준을 제시하는 판결이다.

## 281. 피고인의 불출정과 증거동의의 의제

(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010도15977 판결)

### 〈쟁점〉

피고인이 공시송달의 방법에 의한 공판기일 소환을 2회 이상 받고도 출석하지 않아 법원이 피고인의 출정 없이 증거조사를 하는 경우, 형사소송법 제318조 제2항에 따라 피고인의 증거동의가 간주되는지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

소송촉진 등에 관한 특례법(이하 '소촉법'이라 한다) 제23조는 “제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다. 다만, 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있고, 형사소송법 제318조 제2항은 “피고인의 출정 없이 증거조사를 할 수 있는 경우에 피고인이 출정하지 아니한 때에는 피고인의 동의를 있는 것으로 간주한다. 단, 대리인 또는 변호인이 출정한 때에는 예외로 한다.”고 규정하고 있는바, 소촉법 제23조의 경우 피고인의 출정 없이도 심리·판결할 수 있고 공판심리의 일환으로 증거조사가 행해지게 마련이어서 피고인이 출석하지 아니한 상태에서 증거조사를 할 수밖에 없는 경우에는 형사소송법 제318조 제2항의 규정상 피고인의 진의와는 관계없이 형사소송법 제318조 제1항의 동의를 있는 것으로 간주하게 되어 있는 점, 형사소송법 제318조 제2항의 입법 취지가 재판의 필요성 및 신속성, 즉 피고인의 불출정으로 인한 소송행위의 지연 방지 내지 피고인 불출정의 경우 전문증거의 증거능력을 결정하지 못함에 따른 소송지연 방지에 있는 점 등에 비추어, 피고인이 공시송달의 방법에 의한 공판기일의 소환을 2회 이상 받고도 출석하지 아니하여 법원이 피고인의 출정 없이 증거조사를 하는 경우에는 형사소송법 제318조 제2항에 따른 피고인의 증거동의가 있는 것으로 간주된다고 할 것이다.

그리고 피고인이 제1심에서 공시송달의 방법에 의한 공판기일의 소환을 2회 이상 받고도 출석하지 아니하여 형사소송법 제318조 제2항에 따른 증거동의가 간주된 후 증거조사를 완료한 이상, 간주의 대상인 증거동의를 증거조사가 완료되기 전까지 철회 또는 취소할 수 있으나 일단 증거조사를 완료한 뒤에는 철회 또는 취소가 인정되지 아니하는 점, 증거동의 간주가 피고인의 진의와는 관계없이 이루어지는 점 등에 비추어, 비록 피고인이 항소심에 출석하여 공소사실을 부인하면서 간주된 증거동의를 철회 또는 취소한다는 의사표시를 하더라도 그로 인하여 적법하게 부여된 증거능력이 상실되는 것은 아니라고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

피고인이 공시송달의 방법에 의한 공판기일 소환을 2회 이상 받고도 출석하지 않아 법원이 피고

인의 출정 없이 증거조사를 하는 경우, 제318조 제2항에 따라 피고인의 증거동의를 간주된다고 한 판결이다.

## 282. 증거동의를 취소와 철회

(대법원 1988. 11. 8. 선고 88도1628 판결)

### 〈쟁점〉

증거동의를 취소 또는 철회와 그 시간적 한계

### 〈판결요지〉

형사소송법 제318조에 규정된 증거동의를 의사표시는 증거조사가 완료되기 전까지 취소 또는 철회할 수 있으나 일단 증거조사가 완료된 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하므로 취소 또는 철회 이전에 이미 취득한 증거능력은 상실되지 않는다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2005. 4. 28. 선고 2004도4428 판결 : 형사소송법 제318조에 규정된 증거동의를 의사표시는 증거조사가 완료되기 전까지 취소 또는 철회할 수 있으나, 일단 증거조사가 완료된 뒤에는 취소 또는 철회가 인정되지 아니하므로 제1심에서 한 증거동의를 제2심에서 취소할 수 없고, 일단 증거조사가 종료된 후에 증거동의를 의사표시를 취소 또는 철회하더라도 취소 또는 철회 이전에 이미 취득한 증거능력이 상실되지 않으며, 또한 증거로 함에 대한 동의의 주체는 소송주체인 당사자라 할 것이지만 변호인은 피고인의 명시한 의사에 반하지 아니하는 한 피고인을 대리하여 증거로 함에 동의할 수 있으므로 피고인이 증거로 함에 동의하지 아니한다고 명시적인 의사표시를 한 경우 이외에는 변호인은 서류나 물건에 대하여 증거로 함에 동의할 수 있고, 이 경우 변호인의 동의에 대하여 피고인이 즉시 이의하지 아니하는 경우에는 변호인의 동의로 증거능력이 인정되어 증거조사 완료 전까지 그 동의가 취소 또는 철회하지 아니한 이상 일단 부여된 증거능력은 그대로 존속한다 (대법원 1988. 11. 8. 선고 88도1628 판결, 1999. 8. 20. 선고 99도2029 판결 등 참조).

### 〈선정이유〉

증거동의를 취소 또는 철회의 시간적 한계가 증거조사가 완료되는 시점까지라고 한 판결이다.

## VI. 탄핵증거

## 283. 탄핵증거의 의의

(대법원 1976. 2. 10. 선고 75도3433 판결)

〈쟁점〉

탄핵증거가 범죄사실 또는 그 간접사실의 인정의 증거로서 허용되는지 여부(소극)

〈판결요지〉

탄핵증거는 탄핵증거의 성질 및 전문증거법칙과 아울러서 볼 때에 형사소송법 318조의 2에 의하여 증거로서 허용되는 것은 진술의 증명력을 감쇄하기 위하여서 인정되는 것이고 그 증거를 범죄사실 또는 그 간접사실의 인정의 증거로서는 허용되지 않는다.

〈선정이유〉

탄핵증거는 진술의 증명력을 다투기 위한 증거로는 허용되지만, 범죄사실 또는 그 간접사실의 인정의 증거로서는 허용되지 않는다고 한 대표적인 판결이다.

**284. 탄핵증거의 제출방식과 조사방식**

(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도2617 판결)

〈쟁점〉

탄핵증거를 신청하는 경우 입증취지 등을 구체적으로 명시하여야 하는지 여부 및 탄핵증거로서의 증거조사가 필요한지 여부

〈판결요지〉

검사가 유죄의 자료로 제출한 사법경찰리 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서는 피고인이 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나, 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있으며, 또한 탄핵증거는 범죄사실을 인정하는 증거가 아니므로 엄격한 증거조사를 거쳐야 할 필요가 없음은 형사소송법 제318조의2의 규정에 따라 명백하나 법정에서 이에 대한 탄핵증거로서의 증거조사는 필요한 것이고(대법원 1996. 1. 26. 선고 95도1333 판결, 1998. 2. 27. 선고 97도1770 판결 등 참조), 한편 증거신청의 방식에 관하여 규정한 형사소송규칙 제132조 제1항의 취지에 비추어 보면 탄핵증거의 제출에 있어서도 상대방에게 이에 대한 공격방어의 수단을 강구할 기회를 사전에 부여하여야 한다는 점에서 그 증거와 증명하고자 하는 사실과의 관계 및 입증취지 등을 미리 구체적으로 명시하여야 할 것이므로, 증명력을 다투고자 하는 증거의 어느 부분에 의하여 진술의 어느 부분을 다투려고 한다는 것을 사전에 상대방에게 알려야 한다.

기록에 의하면, 검사는 유죄의 증거로 사법경찰리 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서를 제출하였고 이에 대하여 피고인이 성립 및 임의성은 인정하였으나 그 내용을 부인하여 증거능력이 없게 되었는데, 검사는 증거제출 당시 또는 그 이후 제1심법정에서 위 피의자신문조서가 탄핵증거라는 입증취지를 밝히지 않았으나 원심법정에서 진술한 항소이유서에서 그와 같은 취지를 밝혔으며, 다만 법정에서 탄핵증거로서 증거조사가 이루어진 바는 없으나 탄핵증거는 범죄사실을 인정하는 증거가 아니므로 엄격한 증거조사를 거쳐야 할 필요가 없는 점, 위 피의자신문조서에 대하여 탄핵

증거로서의 증거조사가 이루어진 바는 없지만 어쨌든 법정에서 제출되어 증거조사가 이루어진 점, 위 피의자신문조서에 대한 탄핵증거로서의 증거조사절차는 결국 검사가 입증취지 등을 진술하고 피고인측에 열람의 기회를 준 후 그 의견을 듣는 방법에 의할 것인데, 원심에 이르기까지 이와 같은 절차가 대부분 이루어졌다고 볼 수 있는 점 등의 사정에 비추어 보면, 위 피의자신문조서는 피고인의 법정 진술에 대한 탄핵증거로 사용할 수 있다고 보아야 한다.

### 〈선정이유〉

비록 당초 증거제출 당시 탄핵증거라는 입증취지를 명시하지 아니하였지만 피고인의 법정 진술에 대한 탄핵증거로서의 증거조사절차가 대부분 이루어졌다고 볼 수 있는 점 등의 사정에 비추어 피고인의 법정 진술에 대한 탄핵증거로 사용할 수 있다고 한 사례이다.

## 285. 피고인의 부인 진술과 탄핵의 대상

(대법원 1998. 2. 27. 선고 97도1770 판결)

### 〈쟁점〉

피고인이 내용을 부인하여 증거능력이 없는 사법경찰리 작성의 피의자신문조서의 탄핵증거 여부

### 〈판결요지〉

사법경찰리 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서와 피고인이 작성한 자술서들은 모두 검사가 유죄의 자료로 제출한 증거들로서 피고인이 각 그 내용을 부인하는 이상 증거능력이 없으나 그러한 증거라 하더라도 그것이 임의로 작성된 것이 아니라고 의심할 만한 사정이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011도5459 판결 : 탄핵증거는 진술의 증명력을 감쇄하기 위하여 인정되는 것이고 범죄사실 또는 그 간접사실의 인정의 증거로서는 허용되지 않는다( 대법원 1996. 9. 6. 선고 95도2945 판결 참조).

원심은 검사가 탄핵증거로 신청한 체포·구속인접견부 사본은 피고인의 부인진술을 탄핵한다는 것이므로 결국 검사에게 입증책임이 있는 공소사실 자체를 입증하기 위한 것에 불과하므로 형사소송법 제318조의2 제1항 소정의 피고인의 진술의 증명력을 다투기 위한 탄핵증거로 볼 수 없다는 이유로 그 증거신청을 기각하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 이 부분 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 탄핵증거에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반한 위법이 없다.

### 〈선정이유〉

피고인이 내용을 부인하여 증거능력이 없는 사법경찰리 작성의 피의자신문조서가 탄핵증거로 허용되는가를 판단하는 기준을 제시하고 있는 판결이다.

## Ⅶ. 자백의 보강법칙

### 286. 공범자의 자백과 보강증거 요부

(대법원 1990. 10. 30. 선고 90도1939 판결)

#### 〈쟁점〉

형사소송법 제310조 소정의 "피고인의 자백"에 공범인 공동피고인의 자백이 포함되는지 여부(소극) 및 공범인 공동피고인들의 각 진술이 상호간에 보강증거가 되는지 여부(적극)

#### 〈판결요지〉

형사소송법 제310조 소정의 "피고인의 자백"에 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 아니하므로, 공범인 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 있는 것일 뿐만 아니라, 공범인 공동피고인들의 각 진술은 상호간에 서로 보강증거가 될 수 있다.

#### 〈참고판결〉

(1) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결 : 형사소송법 제310조의 피고인의 자백에는 공범인 공동피고인의 진술은 포함되지 않으며, 이러한 공동피고인의 진술에 대하여는 피고인의 반대신문권이 보장되어 있어 독립한 증거능력이 있다는 것이 당원의 일관된 견해이므로(당원 1985.3.9. 선고 85도951 판결; 1985.6.25. 선고 85도691 판결; 1987.7.7. 선고 87도973 판결 각 참조), 원심이 피고인 A의 범죄사실을 인정함에 있어서 공범인 다른 피고인들의 진술을 증거로 삼았다고 하여 이를 위법이라고 말할 수 없다.

#### 〈선정이유〉

자백의 보강법칙이 적용되는 '피고인의 자백'에는 공범자의 자백은 포함되지 않는다는 취지의 판례이다.

### 287. 보강증거의 자격 (1) - 자백문서

(대법원 1981. 7. 7. 선고 81도1314 판결)

#### 〈쟁점〉

피고인의 자백을 내용으로 하는, 피고인 아닌 자의 진술이 보강증거가 될수 있는지의 여부(소극)

#### 〈판결요지〉

피고인의 법정 및 검찰이나 경찰에서의 자백은 형사소송법 제310조에서 규정하는 자백의 개념에 포함되어 그 자백만으로는 유죄의 증거로 삼을 수 없는 것이고( 대법원 1965.6.29. 선고 65도405

판결, 1966.7.26. 선고 66도634 판결 참조) 검사 작성의 공소의 1에 대한 진술조서나 사법경찰관 사무취급 작성의 공소의 2에 대한 진술로서의 각 기재내용은 피고인이 이 사건 범죄사실을 모두 자인하는 것을 들었다는 진술로서 전문증거이기는 하나 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정한 이 사건에 있어서는 같은 법 제318조의 3의 규정에 의하여 피고인의 동의를 있는 것으로 간주되어 증거능력이 인정되고 또한 이러한 진술조서는 자백자 본인의 진술 자체를 기재한 것은 아니므로 같은 법 제310조의 자백에는 포함되지 않는다 할 것이다. 그러나 피고인의 자백을 내용으로 하고 있는 이와 같은 진술기재내용을 피고인의 자백의 보강증거로 삼는다면 결국 피고인의 자백을 피고인의 자백으로서 보강하는 결과가 되어 아무런 보강도 하는 바 없는 것이니 보강증거가 되지 못하고 오히려 보강증거를 필요로 하는 피고인의 자백과 동일하게 보아야 할 성질의 것이라고 할 것이다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 1966. 7. 26. 선고 66도634 전원합의체 판결 : 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거인 때에는 그 자백이 공판정에서의 자백이든 피의자로서의 조사관에 대한 진술이든 그 자백의 증거능력이 제한되어 있고 그 어느 것이나 독립하여 유죄의 증거가 될 수 없으므로 위 자백을 아무리 합쳐 보더라도 그것만으로는 유죄의 판결을 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

자백에 대한 보강증거는 피고인의 자백과 독립된 별개의 증거라야 한다는 취지의 판결이다.

## 288. 보강증거의 자격 (2) - 업무용 수첩

(대법원 1996. 10. 17. 선고 94도2865 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

상업장부·항해일지·진료일지·금전출납부 등 사무 내역을 기재한 문서의 증거력 및 그 기재 내용 중 공소사실에 부합되는 부분이 자백문서에 해당하는지 여부(소극) 및 피고인이 업무추진 과정에서 지출한 자금 내역을 기록한 수첩의 기재 내용이 자백에 대한 독립적인 보강증거가 될 수 있는지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

[2] [다수의견] 상법장부나 항해일지, 진료일지 또는 이와 유사한 금전출납부 등과 같이 범죄사실의 인정 여부와는 관계없이 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 사무 내역을 그때그때 계속적, 기계적으로 기재한 문서 등의 경우는 사무처리 내역을 증명하기 위하여 존재하는 문서로서 그 존재 자체 및 기재가 그러한 내용의 사무가 처리되었음의 여부를 판단할 수 있는 별개의 독립된 증거자료이고, 설사 그 문서가 우연히 피고인이 작성하였고 그 문서의 내용 중 피고인의 범죄사실의 존재를 추론해 낼 수 있는, 즉 공소사실에 일부 부합되는 사실의 기재가 있다고 하더라도, 이를 일컬어 피고인이 범죄사실을 자백하는 문서라고 볼 수는 없다.

[반대의견]

자백은 범죄사실의 전부 또는 일부를 인정하는 진술을 말하는 것이고 그러한 진술이라면 피고인의 지위에서 행한 것이건, 기소 전에 피의자의 지위에서 행한 것이건, 또 범행 혐의를 받기 전에 행한 것이건, 범행 발각 후에 행한 것이건 모두 자백임에는 차이가 없다. 그리고 그러한 진술은 구술의 형식으로 이루어질 수도 있고 서면에 기재하는 방식으로 이루어질 수도 있다. 또, 그 진술이 어디에서 누구에 대하여 행하여졌는지도 자백인지 아닌지의 문제와는 관계없는 것이고, 상대방이 없이 행하여진 경우에도 자백인 점에는 마찬가지로 할 것이다. 따라서 피고인이 범죄의 혐의를 받기 전에, 그와는 관계없이 타인에게 보이는 것을 예상하지 아니하고 자기의 범죄사실을 기재하여 둔 것이라 하더라도, 그 기재 내용을 증거로 하는 경우에는 이 또한 자백이라고 할 것이다.

[3] [다수의견] 피고인이 뇌물공여 혐의를 받기 전에 이와는 관계없이 준설공사에 필요한 각종 인·허가 등의 업무를 위임받아 이를 추진하는 과정에서 그 업무수행에 필요한 자금을 지출하면서, 스스로 그 지출한 자금내역을 자료로 남겨두기 위하여 뇌물자금과 기타 자금을 구별하지 아니하고 그 지출 일시, 금액, 상대방 등 내역을 그때그때 계속적, 기계적으로 기입한 수첩의 기재 내용은, 피고인이 자신의 범죄사실을 시인하는 자백이라고 볼 수 없으므로, 증거능력이 있는 한 피고인의 금전출납을 증명할 수 있는 별개의 증거라고 할 것인즉, 피고인의 검찰에서의 자백에 대한 보강증거가 될 수 있다.

[반대의견]

수첩의 기재는 피고인이 경험한 사물에 대한 인식을 외부에 글로 표현한 내용이 증거방법으로 사용된다는 점에서 이를 자백으로 봄이 합당하고, 이를 피고인의 자백과는 성질이 다른 독립된 증거라고 볼 수 없고, 따라서 물증 등 다른 증거에 비하면 거짓이나 조작이 개재될 여지가 많은 피고인의 자백만으로 유죄판단을 하지 못하도록 제한하려는 형사소송법 제310조의 입법취지에 비추어 이러한 수첩의 기재 내용만으로는 유죄의 판단을 할 수 없음은 물론 이는 자백에 대한 보강증거도 될 수 없다고 보아야 한다. 피고인이 작성한 수첩의 기재 내용이 형사소송법 제315조에 의하여 증거능력을 가지게 된다는 것과 자백만으로는 유죄판결을 할 수 없다는 형사소송법의 원칙과는 서로 차원을 달리하는 것이다.

<선정이유>

업무용 수첩과 같이 사무처리 내역을 그때그때 계속적, 기계적으로 기재한 문서는 자백과 별개의 독립된 증거이고, 이는 피고인의 자백문서가 아니라는 취지의 전원합의체 판결이다.

**289. 보강증거의 자격 (3) - 정황증거**

(대법원 2006. 1. 27. 선고 2005도8704 판결)

<쟁점>

자백에 대한 보강증거의 정도

<판결요지>

자백에 대한 보강증거는 범죄사실의 전부 또는 중요 부분을 인정할 수 있는 정도가 되지 아니하

더라도 피고인의 자백이 가공적인 것이 아닌 진실한 것임을 인정할 수 있는 정도만 되면 족할 뿐만 아니라, 직접증거가 아닌 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 1986. 2. 25. 선고 85도2656 판결 : 성남시 태평동 자기집 앞에 세워둔 봉고화물차 1대를 도난당하였다는 공소외인의 진술은 피고인이 위 차를 타고 그 무렵 충주까지 가서 소매치기 범행을 하였다고 자백하고 있는 경우, 위 피고인의 자백이 그 차량을 범행의 수단, 방법으로 사용하였다는 취지가 아니고 피고인이 범행장소인 충주까지 가기 위한 교통수단으로 이용하였다는 취지에 불과하여 위 소매치기범행과는 직접적으로나 간접적으로 아무런 관계가 없어 이는 위 피고인의 자백에 대한 보강증거가 될 수 없다.

(2) 대법원 1990. 12. 7. 선고 90도2010 판결 : 검사가 보강증거로서 제출한 증거의 내용이 피고인과 공소외인이 현대자동차 ○○영업소를 점거했다가 같이 처벌받았다는 것이고, 피고인의 자백 내용은 현대자동차 점거로 같이 처벌받은 것은 학교측의 제보 때문이라 하여 피고인이 그 보복으로 학교총장실을 침입점거했다는 것이라면, 위 증거는 공소사실의 객관적 부분인 주거침입, 점거사실과는 관련이 없는 범행의 침입동기에 관한 정황증거에 지나지 않으므로 위 증거와 피고인의 자백을 합쳐 보아도 자백사실이 가공적인 것이 아니고 진실한 것이라 인정하기에 족하다고 볼 수 없으므로 검사 제출의 위 증거는 자백에 대한 보강증거가 될 수 없다.

### 〈선정이유〉

자백에 대한 보강증거는 피고인의 자백이 진실한 것임을 인정할 수 있는 정도만 되면 충분하고, 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있다는 취지의 판결이다.

## 290. 보강의 정도 (1)

(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2343 판결)

### 〈쟁점〉

자백에 대한 보강증거의 정도

### 〈판결요지〉

자백에 대한 보강증거는 범죄사실의 전부 또는 중요부분을 인정할 수 있는 정도가 되지 아니하더라도 피고인의 자백이 가공적인 것이 아닌 진실한 것임을 인정할 수 있는 정도만 되면 족한 것으로서, 자백과 서로 어울려서 전체로서 범죄사실을 인정할 수 있으면 유죄의 증거로 충분하고, 나아가 사람의 기억에는 한계가 있는 만큼 자백과 보강증거 사이에 어느 정도의 차이가 있어도 중요부분이 일치하고 그로써 진실성이 담보되면 보강증거로서의 자격이 있다.

### 〈선정이유〉

절도의 공소사실에 대한 피고인의 자백에서 충분히 진실성이 인정되는 경우, 피고인의 집에서

해당 피해품을 압수한 압수조서와 압수물 사진은 그 보강증거가 된다고 한 사례이다.

## 291. 보강의 정도 (2)

(대법원 1996. 2. 13. 선고 95도1794 판결)

### 〈쟁점〉

포괄1죄의 개별행위별로 보강증거가 필요한지 여부

### 〈판결요지〉

소변검사 결과는 1995. 1. 17.자 투약행위로 인한 것일 뿐 그 이전의 4회에 걸친 투약행위와는 무관하고, 압수된 약물도 이전의 투약행위에 사용되고 남은 것이 아니므로, 위 소변검사 결과와 압수된 약물은 결국 피고인이 투약습성이 있다는 점에 관한 정황증거에 불과하다 할 것인바, 피고인의 습벽을 범죄구성요건으로 하며 포괄1죄인 상습범에 있어서도 이를 구성하는 각 행위에 관하여 개별적으로 보강증거를 요구하고 있는 점에 비추어 보면 투약습성에 관한 정황증거만으로 향정신성의약품관리법위반죄의 객관적 구성요건인 각 투약행위가 있었다는 점에 관한 보강증거로 삼을 수는 없다.

### 〈선정이유〉

포괄1죄의 경우 개별행위가 각각 구성요건상 독립된 의미를 갖는 때에는 개별행위별로 보강증거가 필요하다는 취지의 판결이다.

## Ⅷ. 공판조서의 배타적 증명력

## 292. 공판조서의 증명력

(대법원 2005. 12. 22. 선고 2005도6557 판결)

### 〈쟁점〉

공판조서의 증명력

### 〈판결요지〉

공판조서의 기재가 명백한 오기인 경우를 제외하고는 공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 조서만으로써 증명하여야 하고, 그 증명력은 공판조서 이외의 자료에 의한 반증이 허용되지 않는 절대적인 것이다.

### 〈선정이유〉

공판조서의 배타적 증명력의 의미를 밝힌 기본적인 판결이다.

**293. 서로 다른 내용이 기재된 공판조서의 병존**

(대법원 1988. 11. 8. 선고 86도1646 판결)

**〈쟁점〉**

기재내용이 서로 다른 공판조서에 대한 증명력

**〈판결요지〉**

동일한 사항에 관하여 두개의 서로 다른 내용이 기재된 공판조서가 병존하는 경우 양자는 동일한 증명력을 가지는 것으로서 그 증명력에 우열이 있을 수 없다고 보아야 할 것이므로 그 중 어느 쪽이 진실한 것으로 볼 것인가는 공판조서의 증명력을 판단하는 문제로서 법관의 자유로운 심증에 따를 수 밖에 없다.

**〈선정이유〉**

공판조서에 동일한 사항에 관하여 기재내용이 서로 다른 경우에는 그 증명력에 우열이 있을 수 없다는 취지의 판결이다.

**294. 명백한 오기와 공판조서의 증명력 제한**

(대법원 1995. 4. 14. 선고 95도110 판결)

**〈쟁점〉**

공판조서의 공판기일의 소송절차 기재가 소송기록상 명백한 오기인 경우, 그 공판조서의 증명력

**〈판결요지〉**

형사소송법 제56조는 “공판기일의 소송절차로서 공판조서에 기재된 것은 그 조서만으로써 증명한다”고 규정하고 있으므로 소송절차에 관한 사실은 공판조서에 기재된 대로 공판절차가 진행된 것으로 증명되고 다른 자료에 의한 반증은 허용되지 아니하나, 공판조서의 기재가 소송기록상 명백한 오기인 경우에는 공판조서는 그 올바른 내용에 따라 증명력을 가진다.

우선 이 사건 제1심 제3회 공판기일의 공판조서 기재를 보면, “판사, 공소장 별지 기재 8 내지 12 부도수표(공소장 별지 기재 10 수표(수표번호 1 생략)는 제1심 판시 범죄일람표 순위 제9번 수표와 같고, 공소장 별지 기재 11 수표(수표번호 2 생략)는 제1심 판시 범죄일람표 순위 제10번 수표와 같다. 이하, 위 수표들을 ‘이 사건 수표들’이라고 한다)가 회수되었음을 고지”, 이어서 “검사, 위 수표에 대한 공소를 취소한다 진술”이라고 기재되고, 다시 “판사, 위 수표에 대한 공소를 기각한다 결정 고지”라고 순차 기재되어 있으므로, 위 공판기일에 이 사건 수표들에 대한 부정수표단속 범위반의 점에 대한 공소기각 결정 고지 절차가 일응 적법하게 이루어진 것처럼 보인다.

그러나, 기록에 의하면 공소장 별지 기재 8 내지 12 수표들 중 위 공판기일까지 회수된 것은 공소장 별지 기재 8, 9, 12 수표들일 뿐 공소장 별지 기재 10, 11 수표인 이 사건 수표들은 회수된

바가 없는 데다가, 제1심 판사가 제4회 공판기일에 피고인에 대하여 이 사건 수표들에 대한 부정수표단속법위반의 공소사실에 관하여 유죄를 선고한 점에 비추어 보면, 위 공판조서상의 “판사, 공소장 별지 기재 8 내지 12 부도수표가 회수되었음을 고지”는 “판사, 공소장 별지 기재 8, 9, 12 부도수표가 회수되었음을 고지”의 명백한 오기라고 할 것이고, 따라서 그 올바른 내용에 따라 검사의 공소취소 및 제1심 판사의 공소기각결정 대상으로 순차 기재된 “위 수표”는 모두 ‘공소장 별지 기재 8, 9, 12 부도수표’를 가리키는 것이어서 위 공판기일에 이 사건 수표들에 대한 부정수표단속법위반의 점에 대한 공소기각 결정 고지 절차가 이루어진 것은 아니라고 보아야 할 것이다.

〈선정이유〉

공판조서상 명백한 오기가 있는 경우에는 예외적으로 공판조서의 배타적 증명력이 인정되지 않고 그 올바른 내용에 따라야 한다는 취지의 판결이다.

**295. 공판조서상 착오기재와 경찰 피의자신문조서의 증거능력**

(대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3997 판결)

〈쟁점〉

피고인의 부인과 공판조서상의 경찰 작성의 피의자신문조서의 내용인정 기재의 의미

〈판결요지〉

형사소송법 제312조 제2항에 의하면 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때 한하여 증거로 할 수 있다고 규정하고 있는바, 위 규정에서 그 내용을 인정할 때라 함은 위 피의자신문조서의 기재 내용이 진술내용대로 기재되어 있다는 의미가 아니고(그것은 문서의 진정성립에 속하는 사항임), 그와 같이 진술한 내용이 실제사실과 부합한다는 것을 의미한다고 할 것인바( 대법원 1995. 5. 23. 선고 94도1735 판결 등 참조), 기록에 의하면, 피고인은 검찰이래 원심법정에 이르기까지 이 사건 공소사실 중 감금의 점에 대하여 부인하고 있으므로, 이는 감금 부분에 대하여 자백한 취지가 포함되어 있는 경찰 작성의 피의자신문조서의 진술내용을 인정하지 않는 것이라고 보아야 할 것이고, 한편 기록에 편철된 증거목록을 보면 제1심 제1회 공판기일에서 피고인이 경찰 작성의 피의자신문조서의 내용을 인정한 것으로 기재되어 있으나, 이는 착오 기재이었거나 아니면 피고인이 그와 같이 진술한 사실이 있었다는 것을 내용인정으로 조서를 잘못 정리한 것으로 이해될 뿐 이로써 위 피의자신문조서가 증거능력을 가지게 되는 것은 아니다.

〈선정이유〉

피고인이 일관되게 공소사실의 내용을 부인하는 경우 공판조서상 경찰 작성의 피의자신문조서의 내용을 인정한 것으로 기재되어 있는 것은 착오 기재 또는 조서를 잘못 정리한 것으로 그 피의자신문조서는 증거능력이 인정되지 않는다는 취지의 판결이다.

## 제3절 공판의 재판

### I. 재판의 기본개념

#### 296. 선고와 판결의 불일치

(대법원 1981. 5. 14. 자 81모8 결정)

##### <쟁점>

선고된 형과 판결원본에 기재된 형이 다를 경우에 집행할 형(선고된 형)

##### <판결요지>

판결은 그 선고에 의하여 효력을 발생하고 판결원본의 기재에 의하여 효력을 발생하는 것이 아니므로 양자의 형이 다른 경우에는 검사는 선고된 형을 집행하여야 한다.

##### <선정이유>

선고된 형과 판결 원본에 기재된 형이 다를 경우 선고된 형이 집행의 기준이 된다고 한 판결이다.

### II. 종국재판

#### 297. 명백히 죄 안됨과 공소기각 결정

(대법원 1977. 9. 28. 선고 77도2603 판결)

##### <쟁점>

형사소송법 328조 1항 4호의 '범죄가 될 만한 사실이 포함되지 아니한 때'의 의미

##### <판결요지>

형사소송법 제328조 1항 4호에 “공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될만한 사실이 포함되지 아니한 때”라고 함은 공소장 기재사실 자체가 일견하여 법률상 범죄를 구성하지 아니함이 명백하여 공소장의 변경등 절차에 의하더라도 그 공소가 유지될 여지가 없는 형식적 소송요건의 흠결이라고 볼 수 있는 경우를 뜻한다고 할 것이다.

그런데 이 사건에 있어서 공소가 제기된 향토예비군 설치법제15조 제5항, 제6조 제1항 소정의 훈련을 위한 소집불응죄가 되려면 반드시 그 소집일 7일전까지 소집통지서가 본인 또는 본인에 갈음하여 받을수 있는 자에게 전달되어야 하는 것인지의 여부는 법률해석상의 문제로서 이 공소사실 자체가 바로 일견하여 법률상 범죄를 구성하지 아니함이 명백한 경우에 해당된다고는 할 수 없다 할 것이다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 1973. 12. 11. 선고 73도2173 판결 : 부정수표단속법위반 사건의 공소사실증 수표가 그 제시기일에 제시되지 아니한 사실이 그 자체 명백하다면 이 공소사실에는 범죄가 될만한 사실이 포함되지 아니하는 때에 해당하므로 형사소송법 제328조 제1항 제4호에 의하여 공소기각의 재판을 하여야 한다.

### 〈선정이유〉

제328조 1항 4호에 “공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될만한 사실이 포함되지 아니한 때”의 의미와 판단기준을 제시한 기본적인 판례이다.

## 298. 공소취소 후 재기소와 공소기각 판결

(대법원 1977. 12. 27. 선고 77도1308 판결)

### 〈쟁점〉

공소취소후 재기소의 요건으로서 " 다른 중요한 증거를 발견한 때" 의 의미

### 〈판결요지〉

공소취소에 의한 공소기각의 결정이 확정된 때에는, 공소취소 후 그 범죄사실에 대한 다른 중요한 증거를 발견한 경우에 한하여 다시 공소를 제기 할 수 있다고 규정하고 있고, 여기서 말하는 ' 다른 중요한 증거가 발견된 경우'라 함은 공소취소전에 검찰관이 가지고 있던 증거 이외의 증거로서, 공소취소전의 증거만으로는 증거불충분으로 무죄가 선고될 가능성이 있으나 새로 발견된 증거를 추가하면 충분히 유죄의 확신을 가지게 될 정도의 증거라 할 것이다.

### 〈선정이유〉

공소취소 후 재기소의 허용요건인 '다른 중요한 증거를 발견한 때'의 의미를 밝힌 기본적인 판결이다.

## 299. 공소기각의 재판과 상소이익

(대법원 2008. 5. 15. 선고 2007도6793 판결)

### 〈쟁점〉

공소기각 판결에 대해 피고인이 상소권을 갖는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

피고인을 위한 상소는 피고인에게 불이익한 재판을 시정하여 이익된 재판을 청구함을 그 본질로

하는 것이므로 피고인은 재판이 자기에게 불이익하지 아니하면 이에 대한 상소권이 없다. 공소기각의 재판이 있으면 피고인은 유죄판결의 위험으로부터 벗어나는 것이므로 그 재판은 피고인에게 불이익한 재판이라고 할 수 없어서 이에 대하여 피고인은 상소권이 없다.

### 〈선정이유〉

공소기각 판결은 피고인에게 불이익한 재판이 아니라서 상소권이 없다는 취지의 판결이다.

## 300. 면소판결의 본질

(대법원 1964. 3. 31. 선고 64도64 판결)

### 〈쟁점〉

면소판결의 법적 성질(형식재판)

### 〈판결요지〉

사면법 제5조 제1항 제1호 규정에 의하면, 일반사면은 형의 선고를 받지 않은 자에 대하여 공소권이 상실되는 것이므로 본 법 제326조 제2호에 의하여 면소판결을 하여야 하며, 무죄판결은 실체적 공소권이 없다는 이유로서 하는 실체적 재판임에 반하여 면소판결은 공소권의 소멸을 이유로 하여 소송을 종국시키는 형식적 재판으로서, 공소사실의 무죄에 관하여 실체적 심리를 하여 그 사실이 인정되는 경우에 한하여 면소판결을 하는 것이 아니고, 공소장에 기재되어 있는 범죄사실에 관하여 동법 제326조 각호 사유가 있으면 실체적 심리를 할 필요 없이 면소판결을 하여야 된다고 해석되므로, 원심이 피고인에 대한 제1심의 무죄판결에 대하여 사면되었음을 이유로 면소판결하였음은 정당하다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 1964. 4. 28. 선고 64도134 판결 : 구 일반사면령(63.12.14. 각령 제1678호, 같은 달 16일부터 시행)에 의하여 사면된 공소사실(1961.1.2. 17:10에 발생한 업무상 과실치상사실)에 관하여는 면소판결을 하여야 함에도 불구하고 실체에 관하여 심리한 후 무죄판결을 하였음은 법령 적용을 그르친 적법이 있다.

(2) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2007도7523 판결 : 범죄 후 법령의 개폐로 그 형이 폐지되었을 경우 면소판결을 선고하여야 함에도, 이에 관하여 무죄로서의 실체적 재판을 한 원심판결을 위법하다고 본 사례

### 〈선정이유〉

면소판결의 법적 성질을 밝힌 기본적인 판결이다.

### 301. 면소판결과 상소이익 (1)

(대법원 1984. 11. 27. 선고 84도2106 판결)

#### 〈쟁점〉

면소판결에 대하여 무죄의 실체판결을 구하는 상소의 가부(소극)

#### 〈판결요지〉

피고인에게는 실체 판결청구권이 없는 것이므로 면소판결에 대하여 무죄의 실체판결을 구하여 상소를 할 수는 없는 것이다.

#### 〈선정이유〉

면소판결에 대해서는 원칙적으로 피고인에게 상소권이 없다는 취지의 판결이다.

### 302. 면소판결과 상소이익 (2)

(대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결)

#### 〈쟁점〉

폐지 또는 실효된 형벌 관련 법령이 당초부터 위헌·무효인 경우 그 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 법원이 취하여야 할 조치(=무죄의 선고) 및 이 경우 면소를 선고한 판결에 대하여 상소가 가능한지 여부(적극)

#### 〈판결요지〉

재심이 개시된 사건에서 범죄사실에 대하여 적용하여야 할 법령은 재심판결 당시의 법령이다. 따라서 법원은 재심대상판결 당시의 법령이 변경된 경우에는 그 범죄사실에 대하여 재심판결 당시의 법령을 적용하여야 하고( 대법원 1996. 6. 14. 선고 96도477 판결 등 참조), 폐지된 경우에는 형사소송법 제326조 제4호를 적용하여 그 범죄사실에 대하여 면소를 선고하는 것이 원칙이다.

그러나 법원은, 형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 소급하여 그 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우, 당해 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 형사소송법 제325조에 따라 무죄를 선고하여야 한다(대법원 1992. 5. 8. 선고 91도2825 판결 등 참조). 나아가 형벌에 관한 법령이 재심판결 당시 폐지되었다 하더라도 그 '폐지'가 당초부터 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 형사소송법 제325조 전단이 규정하는 '범죄로 되지 아니한 때'의 무죄사유에 해당하는 것이지, 형사소송법 제326조 제4호 소정의 면소사유에 해당한다고 할 수 없다. 따라서 면소판결에 대하여 무죄판결인 실체판결이 선고되어야 한다고 주장하면서 상고할 수 없는 것이 원칙이지만 ( 대법원 1964. 4. 7. 선고 64도57 판결, 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도3532 판결 등 참조), 위와 같은 경우에는 이와 달리 면소를 할 수 없고 피고인에게 무죄의 선고를 하여야 하므로 면소를 선고한 판결에 대하여 상고가 가능하다.

**〈선정이유〉**

면소판결에 대해 예외적으로 피고인의 상소권이 있는 경우를 밝힌 판결이다.

**303. 형식재판 우선 원칙의 예외**

(대법원 2015. 5. 14. 선고 2012도11431 판결)

**〈쟁점〉**

교통사고처리 특례법 제3조 제1항, 제2항 단서, 형법 제268조를 적용하여 공소가 제기된 사건에서, 심리 결과 같은 법 제3조 제2항 단서에서 정한 사유가 없고, 같은 법 제3조 제2항 본문이나 제4조 제1항 본문의 사유로 공소를 제기할 수 없으며, 피고인이 같은 법 제3조 제1항의 죄를 범하였다고 인정되지 않는 경우, 피고인의 이익을 위하여 공소기각판결이 아닌 무죄판결을 선고할 수 있는지 여부(적극)

**〈판결요지〉**

교통사고처리 특례법 제3조 제1항, 제2항 단서, 형법 제268조를 적용하여 공소가 제기된 사건에서, 심리 결과 교통사고처리 특례법 제3조 제2항 단서에서 정한 사유가 없고 같은 법 제3조 제2항 본문이나 제4조 제1항 본문의 사유로 공소를 제기할 수 없는 경우에 해당하면 공소기각의 판결을 하는 것이 원칙이다. 그런데 사건의 실체에 관한 심리가 이미 완료되어 교통사고처리 특례법 제3조 제2항 단서에서 정한 사유가 없는 것으로 판명되고 달리 피고인이 같은 법 제3조 제1항의 죄를 범하였다고 인정되지 않는 경우, 같은 법 제3조 제2항 본문이나 제4조 제1항 본문의 사유가 있더라도, 사실심법원이 피고인의 이익을 위하여 교통사고처리특례법 위반의 공소사실에 대하여 무죄의 실체판결을 선고하였다면, 이를 위법이라고 볼 수는 없다.

**〈선정이유〉**

형식재판 우선의 원칙에 대한 예외를 인정하고 있는 판결이다.

**304. 유죄판결에 명시할 이유**

(대법원 2017. 11. 9. 선고 2017도14769 판결)

**〈쟁점〉**

형사소송법 제323조 제2항에서 정한 '형의 가중, 감면의 이유되는 사실'의 의미 및 피해회복에 관한 주장을 유죄판결에 반드시 명시하여야 하는지 여부(소극)

**〈판결요지〉**

형사소송법 제323조 제2항은 '법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유 또는 형의 가중, 감면의 이

유되는 사실의 진술이 있을 때에는 이에 대한 판단을 명시하여야 한다'고 규정하고 있다. 여기에서 '형의 가중, 감면의 이유되는 사실'이란 형의 필요적 가중, 감면의 이유되는 사실을 말하고 형의 감면이 법원의 재량에 맡겨진 경우, 즉 임의적 감면사유는 이에 해당하지 않는다. 따라서 피해회복에 관한 주장이 있었다라도 이는 작량감경 사유에 해당하여 형의 양정에 영향을 미칠 수 있을지언정 유죄판결에 반드시 명시하여야 하는 것은 아니다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 1990. 9. 28. 선고 90도427 판결 : 피고인이 경료한 소유권이전등기가 절차상 하자가 있거나 등기원인이 실제와 다르다 하더라도 그 등기가 실제적 권리관계에 부합하는 유효한 등기인 경우에는 공정증서원본불실기재, 동행사죄의 구성요건 해당성이 없게 되는 것이므로, 공정증서원본불실기재 및 동행사죄로 공소가 제기된 경우 피고인이 시효취득으로 당해 등기가 실제적 권리관계에 부합하는 유효한 등기라고 주장하는 것은 공소사실에 대한 적극부인에 해당할 뿐, 법률상 범죄의 성립을 조각하는 사유에 관한 주장이라고는 볼 수 없으므로 그 주장이 받아들여져 무죄가 선고되는 경우와는 달리 그 주장이 받아들여지지 아니하는 경우에는 그대로 유죄의 선고를 함으로써 족하고 반드시 그에 대한 판단을 판결이유 중에 명시하여야만 하는 것은 아니다.

### 〈선정이유〉

유죄판결에 명시할 이유와 관련하여, 소송관계인의 주장에 대한 판단의 범위를 밝힌 판결이다.

## 305. 헌법불합치결정과 전단 무죄

(대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

헌법불합치결정이 위헌결정인지 여부(적극) 및 이로 인하여 위 규정이 소급하여 효력을 상실하는지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

헌법재판소의 헌법불합치결정은 헌법과 헌법재판소법이 규정하고 있지 않은 변형된 형태이지만 법률조항에 대한 위헌결정에 해당하고, 집회 및 시위에 관한 법률(2007. 5. 11. 법률 제8424호로 전부 개정된 것, 이하 '집시법'이라 한다) 제23조 제1호는 집회 주최자가 집시법 제10조 본문을 위반할 것을 구성요건으로 삼고 있어 집시법 제10조 본문은 집시법 제23조 제1호와 결합하여 형벌에 관한 법률조항을 이루게 되므로, 집시법의 위 조항들(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)에 대하여 선고된 헌법불합치결정(헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2008헌가25 전원재판부 결정, 이하 '이 사건 헌법불합치결정'이라 한다)은 형벌에 관한 법률조항에 대한 위헌결정이다. 그리고 헌법재판소법 제47조 제2항 단서는 형벌에 관한 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고된 경우 그 조항이 소급하여 효력을 상실한다고 규정하고 있으므로, 형벌에 관한 법률조항이 소급하여 효력을 상실한 경우에 당해 조항을 적용하여 공소가 제기된 피고사건은 범죄로 되지 아니한 때에 해당하고, 법원은 이에 대하여 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄를 선고하여야 한다.

**〈선정이유〉**

헌법불합치결정이 선고된 당해 조항을 적용하여 공소제기된 사건은 전단 무죄를 선고해야 한다는 취지의 판결이다.

**III. 재판의 확정과 효력****306. 범칙금 납부와 일사부재리 효력**

(대법원 1986. 2. 25. 선고 85도2664 판결)

**〈쟁점〉**

경범죄처벌법 제7조 제2항의 범칙금 납부행위의 효력

**〈판결요지〉**

경범죄처벌법 제7조 제2항에 범칙자가 통고처분을 받고 범칙금을 납부한 경우에는 그 범칙행위에 대하여 다시 벌받지 아니한다고 규정하고 있음은 위 범칙금의 납부에 확정재판의 효력에 준하는 효력을 인정하는 취지로 해석할 것이므로 이에 위반하여 공소가 제기된 경우에는 면소의 판결을 하여야 한다.

**〈선정이유〉**

통고처분을 받고 범칙금을 납부한 경우 이는 일사부재리 효력이 발생하는 재판에 해당한다는 취지의 판결이다.

**307. 범칙금 납부와 일사부재리 효력의 제한**

(대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도6612 판결)

**〈쟁점〉**

경범죄처벌법상 범칙금제도의 의의 및 범칙금의 납부에 따라 확정판결에 준하는 효력이 인정되는 범위

**〈판결요지〉**

경범죄처벌법상 범칙금제도는 형사절차에 앞서 경찰서장 등의 통고처분에 의하여 일정액의 범칙금을 납부하는 기회를 부여하여 범칙금을 납부하는 사람에 대하여는 기소를 하지 아니하고 사건을 간이하고 신속·적정하게 처리하기 위하여 처벌의 특례를 마련해 둔 것이라는 점에서 법원의 재판절차와는 제도적 취지 및 법적 성질에서 차이가 있다. 그리고 범칙금의 납부에 따라 확정판결에 준하는 효력이 인정되는 범위는 범칙금 통고의 이유에 기재된 당해 범칙행위 자체 및 범칙행위와 동일성이 인정되는 범칙행위에 한정된다. 따라서 범칙행위와 같은 시간과 장소에서 이루어진 행위

라 하더라도 범칙행위의 동일성을 벗어난 형사범죄행위에 대하여는 범칙금의 납부에 따라 확정판결에 준하는 일사부재리의 효력이 미치지 아니한다.

### 〈선정이유〉

피고인이 경범죄처벌법상 ‘음주소란’ 범칙행위로 범칙금 통고처분을 받아 이를 납부하였는데, 이와 근접한 일시·장소에서 위험한 물건인 과도(과도)를 들고 피해자를 쫓아가며 “죽여 버린다.”고 소리쳐 협박하였다는 내용의 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반으로 기소된 사안에서, 범칙행위인 ‘음주소란’과 공소사실인 ‘흥기휴대협박행위’는 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없다는 이유로, 범칙금 납부의 효력이 공소사실에 미치지 않는다고 한 사례이다.

## 308. 범칙금 납부기간 경과 전 공소제기와 공소기각 판결

(대법원 2020. 4. 29. 선고 2017도13409 판결)

### 〈쟁점〉

경찰서장이 범칙행위에 대하여 통고처분을 하였는데 통고처분에서 정한 범칙금 납부기간이 경과하지 아니한 경우, 원칙적으로 즉결심판을 청구할 수 없고, 검사도 동일한 범칙행위에 대하여 공소를 제기할 수 없는지 여부(적극)

### 〈판결요지〉

경범죄 처벌법은 제3장에서 ‘경범죄 처벌의 특례’로서 범칙행위에 대한 통고처분(제7조), 범칙금의 납부(제8조, 제8조의2)와 통고처분 불이행자 등의 처리(제9조)를 정하고 있다. 경찰서장으로부터 범칙금 통고처분을 받은 사람은 통고처분서를 받은 날부터 10일 이내에 범칙금을 납부하여야 하고, 위 기간에 범칙금을 납부하지 않은 사람은 위 기간의 마지막 날의 다음 날부터 20일 이내에 통고받은 범칙금에 20/100을 더한 금액을 납부하여야 한다(제8조 제1항, 제2항). 경범죄 처벌법 제8조 제2항에 따른 납부기간에 범칙금을 납부하지 않은 사람에 대하여 경찰서장은 지체 없이 즉결심판을 청구하여야 하고(제9조 제1항 제2호), 즉결심판이 청구되더라도 그 선고 전까지 피고인이 통고받은 범칙금에 50/100을 더한 금액을 납부하고 그 증명서류를 제출하였을 경우에는 경찰서장은 즉결심판 청구를 취소하여야 한다(제9조 제2항). 이와 같이 통고받은 범칙금을 납부한 사람은 그 범칙행위에 대하여 다시 처벌받지 않는다(제8조 제3항, 제9조 제3항).

위와 같은 규정 내용과 통고처분의 입법 취지를 고려하면, 경범죄 처벌법상 범칙금제도는 범칙행위에 대하여 형사절차에 앞서 경찰서장의 통고처분에 따라 범칙금을 납부할 경우 이를 납부하는 사람에 대하여는 기소를 하지 않는 처벌의 특례를 마련해 둔 것으로 법원의 재판절차와는 제도적 취지와 법적 성질에서 차이가 있다. 또한 범칙자가 통고처분을 불이행하였더라도 기소독점주의의 예외를 인정하여 경찰서장의 즉결심판 청구를 통하여 공판절차를 거치지 않고 사건을 간이하고 신속·적절하게 처리함으로써 소송경제를 도모하되, 즉결심판 선고 전까지 범칙금을 납부하면 형사처벌을 면할 수 있도록 함으로써 범칙자에 대하여 형사소추와 형사처벌을 면제받을 기회를 부여하고 있다.

따라서 경찰서장이 범칙행위에 대하여 통고처분을 한 이상, 범칙자의 위와 같은 절차적 지위를

보장하기 위하여 통고처분에서 정한 범칙금 납부기간까지는 원칙적으로 경찰서장은 즉결심판을 청구할 수 없고, 검사도 동일한 범칙행위에 대하여 공소를 제기할 수 없다고 보아야 한다.

### 〈선정이유〉

통고처분에서 정한 범칙금 납부기간이 경과하기 이전에 동일한 범칙행위에 대하여 공소를 제기하는 경우 제327조 제2호(공소제기 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때)에 따라 공소기각의 판결을 선고해야 한다는 취지의 판결이다.

## 309. <소년보호처분과 일사부재리 효력 여부>

(대법원 1985. 5. 28. 선고 85도21 판결)

### 〈쟁점〉

소년법 제30조의 보호처분을 받은 사건에 대해 다시 공소가 제기된 경우 법원이 취하여야 할 조치(공소기각 판결)

### 〈판결요지〉

소년법 제30조의 보호처분을 받은 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 공소제기가 되었다면 동조의 보호처분은 확정판결이 아니고 따라서 기판력도 없으므로 이에 대하여 면소판결을 할 것이 아니라 공소제기절차가 동법 제47조의 규정에 위배하여 무효인 때에 해당한 경우이므로 공소기각의 판결을 하여야 한다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2017. 8. 23. 선고 2016도5423 판결 : 가정폭력처벌법에 따른 보호처분의 결정이 확정된 경우에는 원칙적으로 그 가정폭력행위자에 대하여 같은 범죄사실로 다시 공소를 제기할 수 없으나(가정폭력처벌법 제16조), 그 보호처분은 확정판결이 아니고 따라서 기판력도 없으므로, 보호처분을 받은 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 공소제기가 되었다면 이에 대해서는 면소판결을 할 것이 아니라 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위배하여 무효인 때에 해당한 경우이므로 형사소송법 제327조 제2호의 규정에 의하여 공소기각의 판결을 하여야 한다(대법원 1985. 5. 28. 선고 85도21 판결 참조). 그러나 가정폭력처벌법은 불처분결정에 대해서는 그와 같은 규정을 두고 있지 않을 뿐만 아니라, 가정폭력범죄에 대한 공소시효에 관하여 불처분결정이 확정된 때에는 그때부터 공소시효가 진행된다고 규정하고 있으므로(가정폭력처벌법 제17조 제1항), 가정폭력처벌법은 불처분결정이 확정된 가정폭력범죄라 하더라도 일정한 경우 공소가 제기될 수 있음을 전제로 하고 있다.

따라서 가정폭력처벌법 제37조 제1항 제1호의 불처분결정이 확정된 후에 검사가 동일한 범죄사실에 대하여 다시 공소를 제기하였다거나 법원이 이에 대하여 유죄판결을 선고하였다고 하더라도 이중처벌금지의 원칙 내지 일사부재리의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

소년법 제30조의 보호처분을 받은 사건에 대해 다시 공소가 제기된 경우에도 제327조 제2호에 따라 공소기각의 판결을 선고해야 한다는 취지의 판결이다.

## 310. 일사부재리 효력의 객관적 범위 (1)

(대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체판결)

### 〈쟁점〉

두 죄의 기본적 사실관계가 동일한지 여부의 판단기준 (장물취득죄와 강도상해죄)

### 〈판결요지〉

#### [다수의견]

유죄로 확정된 장물취득죄와 이 사건 강도상해죄는 범행일시가 근접하고 위 장물취득죄의 장물이 이 사건 강도상해죄의 목적물 중 일부이기는 하나, 그 범행의 일시, 장소가 서로 다르고, 강도상해죄는 피해자를 폭행하여 상해를 입히고 재물을 강취하였다는 것인 데 반하여 위 장물취득죄는 위와 같은 강도상해의 범행이 완료된 이후에 강도상해죄의 범인이 아닌 피고인이 다른 장소에서 그 장물을 교부받았음을 내용으로 하는 것으로서 그 수단, 방법, 상대방 등 범죄사실의 내용이나 행위가 별개이고, 행위의 태양이나 피해법익도 다르고 죄질에도 현저한 차이가 있어, 위 장물취득죄와 이 사건 강도상해죄 사이에는 동일성이 있다고 보기 어렵고, 따라서 피고인이 장물취득죄로 받은 판결이 확정되었다고 하여 강도상해죄의 공소사실에 대하여 면소를 선고하여야 한다거나 피고인을 강도상해죄로 처벌하는 것이 일사부재리의 원칙에 어긋난다고는 할 수 없다.

공소사실이나 범죄사실의 동일성은 형사소송법상의 개념이므로 이것이 형사소송절차에서 가지는 의의나 소송법적 기능을 고려하여야 할 것이고, 따라서 두 죄의 기본적 사실관계가 동일함의 여부는 그 규범적 요소를 전적으로 배제한 채 순수하게 사회적, 전법률적인 관점에서만 파악할 수는 없고, 그 자연적, 사회적 사실관계나 피고인의 행위가 동일한 것인가 외에 그 규범적 요소도 기본적인 사실관계 동일성의 실질적 내용의 일부를 이루는 것이라고 보는 것이 상당하다.

#### [반대의견]

강도상해죄는 강도죄와 상해죄의 결합범이고 강도죄는 절도죄와 폭행 또는 협박죄의 결합범의 형태를 갖추고 있는 것으로서 실체적으로는 수개의 행위를 법률적 관점에서 하나의 행위로 파악하고 있는 데 지나지 아니하므로, 강도상해죄가 절도죄의 경우와는 달리 장물죄와의 사이에 피해법익이 다르고 죄질에 현저한 차이가 있다는 것만으로 이 사건 범죄사실의 동일성을 부인할 이유는 되지 않는다. 금품을 강취한 후 그 장물을 분배하는 일련의 범죄행위는 이를 생활의 한 단면으로 보아야 할 것이고, 한편 공소사실의 동일성이 인정되는 한 공소장의 변경을 허용할 수 있어 기판력이 미치는 범위와 공소장변경이 허용되는 범위는 일치한다고 보아야 하는바, 생활의 한 단면 내의 어느 한 행위(장물죄)에 대하여 재판절차를 마친 이상 피고인에게는 그 단면 내의 모든 행위에 대하여 소추 재판의 위험이 따랐다고 하여야 할 것인데 실제로 소추 재판된 행위(장물죄)가 같은 단면 내의 다른 행위(강도죄)와 비교하여 피해법익에 있어서 완전히 겹쳐지지 않는 부분이 있다는 이

유만으로 그 다른 행위(강도죄)에 대해 다시 논할 수 있다는 것은 방대한 조직과 법률지식을 갖춘 국가기관이 형사소추를 거듭 행함으로써 무용의 절차를 되풀이하면서 국민에 대해 정신적, 물질적 고통을 주게 하는 것이며, 한편으로는 수사기관으로 하여금 사건을 1회에 완전히 해결하려 하지 않게 함과 아울러 이를 악용하게 할 소지마저 있다.

기본적사실관계동일설을 취하는 경우에는 그 사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한가의 여부를 구체적 사실에 관하여 개별적으로 판단하여 결정하여야 하는 것으로서 기본적 사실관계의 동일성 여부를 판단함에 있어서는 일체의 법률적 관점을 배제하고 순수하게 자연적, 전법률적 관점에서 범죄사실의 동일성을 판단하고자 하는 것이고 규범적 요소는 고려되지 아니함이 원칙이다.

### 〈선정이유〉

범죄사실의 동일성 판단에 규범적 요소를 고려해야 한다는 점을 명확하게 밝힌 최초의 판결로서, 확정된 장물취득죄와 강도상해죄 사이에 동일성이 인정되지 않는다고 한 사례이다.

## 311. 일사부재리 효력의 객관적 범위 (2)

(대법원 2010. 2. 25. 선고 2009도14263 판결)

### 〈쟁점〉

수 죄의 기본적 사실관계가 동일한지 여부의 판단 기준 (교통사고처리 특례법 위반죄와 보험사기죄)

### 〈판결요지〉

형사재판이 실제적으로 확정되면 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌할 수 없고( 헌법 제13조 제1항), 확정판결이 있는 사건과 동일사건에 대하여 공소의 제기가 있는 경우에는 판결로써 면소의 선고를 하여야 하는 것인바( 형사소송법 제326조 제1호), 피고인에 대한 각 ‘교통사고처리 특례법 위반죄’의 확정판결의 기판력이 ‘사기 및 사기미수죄’에 미치는 것인지의 여부는 그 기본적 사실관계가 동일한 것인가의 여부에 따라 판단하여야 할 것이다. 또한 기본적 사실관계가 동일한가의 여부는 규범적 요소를 전적으로 배제한 채 순수하게 사회적, 전법률적인 관점에서만 파악할 수는 없고, 그 자연적, 사회적 사실관계나 피고인의 행위가 동일한 것인가 외에 그 규범적 요소도 기본적 사실관계 동일성의 실질적 내용의 일부를 이루는 것이라고 보는 것이 상당하다.

살피건대, 위 각 교통사고처리 특례법 위반죄의 행위 태양은 과실로 교통사고를 발생시켰다는 점인데 반하여, 이 사건 사기 및 사기미수죄는 고의로 교통사고를 낸 뒤 보험금을 청구하여 수령하거나 미수에 그쳤다는 것으로서 서로 행위 태양이 전혀 다르고, 각 교통사고처리 특례법 위반죄의 피해자는 교통사고로 사망한 사람들이나, 이 사건 사기 및 사기미수죄의 피해자는 피고인과 운전자보험계약을 체결한 보험회사들로서 역시 서로 다르다. 따라서 위 각 교통사고처리 특례법 위반죄와 이 사건 사기 및 사기미수죄는 그 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없으므로, 위 전자에 관한 확정판결의 기판력이 후자에 미친다고 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

과실로 교통사고를 발생시켰다는 각 '교통사고처리 특례법 위반죄'와 고의로 교통사고를 낸 뒤 보험금을 청구하여 수령하거나 미수에 그쳤다는 '사기 및 사기미수죄' 사이에는 범죄사실의 동일성이 인정되지 않는다고 한 사례이다.

## 312. 일사부재리 효력의 객관적 범위 (3)

(대법원 2004. 9. 16. 선고 2001도3206 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

상습범의 일부 확정판결의 기판력

### 〈판결요지〉

[다수의견] 상습범으로서 포괄적 일죄의 관계에 있는 여러 개의 범죄사실 중 일부에 대하여 유죄판결이 확정된 경우에, 그 확정판결의 사실심판결 선고 전에 저질러진 나머지 범죄에 대하여 새로이 공소가 제기되었다면 그 새로운 공소는 확정판결이 있었던 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 제기된 데 해당하므로 이에 대하여는 판결로써 면소의 선고를 하여야 하는 것인바(형사소송법 제326조 제1호), 다만 이러한 법리가 적용되기 위해서는 전의 확정판결에서 당해 피고인이 상습범으로 기소되어 처단되었을 것을 필요로 하는 것이고, 상습범 아닌 기본 구성요건의 범죄로 처단되는 데 그친 경우에는, 가사 뒤에 기소된 사건에서 비로소 드러났거나 새로 저질러진 범죄사실과 전의 판결에서 이미 유죄로 확정된 범죄사실 등을 종합하여 비로소 그 모두가 상습범으로서의 포괄적 일죄에 해당하는 것으로 판단된다 하더라도 뒤늦게 앞서의 확정판결을 상습범의 일부에 대한 확정판결이라고 보아 그 기판력이 그 사실심판결 선고 전의 나머지 범죄에 미친다고 보아서는 아니 된다.

### [반대의견]

포괄일죄인 상습사기죄의 일부에 관하여 유죄의 확정판결이 있더라도 단순사기죄로 처벌된 것인가, 상습사기죄로 처벌된 것인가에 따라 기판력이 미치는 범위가 달라진다고 하는 다수의견에는 다음과 같은 이유로 찬성할 수 없는바, 첫째 다수의견은 공소불가분의 원칙을 규정하고 있는 형사소송법 제247조 제2항과 일사부재리의 원칙을 규정하고 있는 헌법 제13조 제1항 후단 및 형사소송법 제326조 제1호에 반하는 것으로 다수의견이 기존에 확립된 판례를 변경하는 것은 법령의 해석·적용에 관하여 선택할 수 있는 여러 견해 중 하나를 선택하는 차원의 범위를 넘어선 것이고, 둘째 후에 공소제기된 사건에 관하여 확정판결이 있었는지 여부는 그 사건의 공소사실의 전부 또는 일부에 대하여 이미 판결이 있었는지 여부의 문제이고, 이는 전의 확정판결의 죄명이나 판단내용에 의하여 좌우되는 것이 아니므로 이론상으로도 전의 확정판결에서 단순사기죄로 판단한 것의 구속력을 인정할 여지는 없고, 단순사기죄의 확정판결에 그와 같은 내용적 확정력을 인정할 법령상의 근거 역시 찾아볼 수 없으며, 셋째 다수의견이 기판력이 미치는 범위를 기본적으로 공소장 기재 사실을 한도로 하는 것은 소인개념을 채택하고 있지 아니하는 현행법상으로는 무리한 해석이다.

## 〈선정이유〉

상습범의 경우 일사부재리 효력이 발생하기 위해서는 선행사건의 확정판결에서 '상습범으로 기소되어 처단되었을 것'을 필요로 한다는 취지의 판결이다.

**313. 일사부재리 효력의 기준시점 (1)**

(대법원 1983. 4. 26. 선고 82도2829,82감도612 판결)

## 〈쟁점〉

형사판결의 기판력의 시적 범위

## 〈판결요지〉

가. 현행 형사소송법상 항소심은 기본적으로 실체적 진실을 추구하는 면에서 속심적 기능이 강조되고 있고, 다만 사후심적 요소를 도입한 형사소송법의 조문들이 남상소의 폐단을 억제하고 항소법원의 부담을 감소시킨다는 소송경제상의 필요에서 항소심의 속심적 성격에 제한을 가하고 있음에 불과하다.

나. 공소의 효력과 판결의 기판력의 기준시점은 사실심리의 가능성이 있는 최후의 시점인 판결 선고시라고 할 것이나, 항소된 경우 그 시점은 현행 항소심의 구조에 비추어 항소심 판결선고시라고 함이 타당하고, 그것은 파기자판한 경우이든 항소기각된 경우든 다를 바가 없다.

다. 포괄일죄인 상습절도 사실의 일부에 대한 공소(단순절도)의 효력은 그 공소제기된 사건의 항소심 판결선고시까지 범해진, 그와 포괄일죄의 관계에 있는 다른 범죄사실에도 미치므로 그 다른 범죄사실(상습절도)에 대하여 별개의 공소가 제기된 경우에는 면소판결을 하여야 한다.

## 〈참고판결〉

(1) 대법원 1993. 5. 25. 선고 93도836 판결 : 판결의 확정력은 사실심리의 가능성이 있는 최후의 시점인 판결선고시를 기준으로 하여 그때까지 행하여진 행위에 대하여만 미치는 것으로서, 제1심 판결에 대하여 항소가 된 경우 판결의 확정력이 미치는 시간적 한계는 현행 형사항소심의 구조와 운용실태에 비추어 볼 때 항소심 판결선고시라고 보는 것이 상당한데 항소이유서를 제출하지 아니하여 결정으로 항소가 기각된 경우에도 형사소송법 제361조의4 제1항에 의하면 피고인이 항소한 때에는 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하였다 하더라도 판결에 영향을 미친 사실 오인이 있는 등 직권조사사유가 있으면 항소법원이 직권으로 심판하여 제1심 판결을 파기하고 다시 판결할 수도 있으므로 사실심리의 가능성이 있는 최후시점은 항소기각 결정시라고 보는 것이 옳다.

(2) 대법원 1994. 8. 9. 선고 94도1318 판결 : 포괄일죄의 관계에 있는 범행일부에 관하여 약식명령이 확정된 경우, 약식명령의 발령시를 기준으로 하여 그 전의 범행에 대하여는 면소의 판결을 하여야 하고, 그 이후의 범행에 대하여서만 일개의 범죄로 처벌하여야 한다.

## 〈선정이유〉

민사재판과 달리 형사재판에서 기판력의 시간적 범위는 '판결의 선고시' 또는 '약식명령의 발령

시'라는 기준을 제시한 기본적인 판례이다.

### 314. 일사부재리 효력의 기준시점 (2)

(대법원 1994. 8. 9. 선고 94도1318 판결)

#### <쟁점>

포괄일죄의 관계에 있는 범행 일부에 관하여 약식명령이 확정된 경우 면소판결의 대상

#### <판결요지>

포괄일죄의 관계에 있는 범행일부에 관하여 약식명령이 확정되었다면 그 약식명령의 발령시를 기준으로 하여 그 전의 범행에 대하여는 면소의 판결을 하고, 그 이후의 범행에 대하여서만 일개의 범죄로 처벌하여야 할 것이다(당원 1984.7.24. 선고 84도1129 판결; 1981.6.23. 선고 81도1437 판결 참조).

소론과 같이 이 사건에 있어 확정된 약식명령의 발령일이 1991.11.1.이라면, 그 약식명령의 발령일 다음날인 1991.11.2.부터 1993.6.15.까지의 범행을 유죄로 처단한 제1심을 유지한 원심은 정당하다고 할 것이고 거기에 확정판결의 기판력에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 확정된 약식명령의 기판력의 기준시를 약식명령의 확정일로 하여야 한다는 것이나, 이는 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다.

#### <선정이유>

포괄일죄의 일부에 확정판결의 기판력이 미치는 경우 후행범죄 사건의 처리 방법을 구체적으로 제시한 판결이다.

### 315. 동종 범죄의 확정판결과 일사부재리 효력 - 분단 효과와 경합범 관계 (1)

(대법원 2017. 5. 17. 선고 2017도3373 판결)

#### <쟁점>

실체법상 포괄일죄의 관계에 있는 일련의 범행 중간에 동종의 죄에 관한 확정판결이 있는 경우, 확정판결의 전후로 일련의 범행이 분리되는지 여부(적극) 및 사실심판결 선고 시 이후의 범죄는 확정판결 전의 범죄와 포괄일죄의 관계에 있더라도 별개의 독립적인 범죄가 되는지 여부(적극)

#### <판결요지>

실체법상 포괄일죄의 관계에 있는 일련의 범행 중간에 동종의 죄에 관한 확정판결이 있는 경우에는 확정판결로 전후 범죄사실이 나뉘어져 원래 하나의 범죄로 포괄될 수 있었던 일련의 범행은 확정판결의 전후로 분리된다. 사실심판결 선고 시 이후의 범죄는 확정판결의 기판력이 미치지 않음

므로 설령 확정판결 전의 범죄와 포괄일죄의 관계에 있다고 하더라도 별개의 독립적인 범죄가 된다(대법원 2000. 2. 11. 선고 99도4797 판결, 대법원 2000. 3. 10. 선고 99도2744 판결 참조).

### 〈선정이유〉

포괄일죄의 중간에 동종의 죄에 관한 확정판결이 있는 경우 그 확정판결의 기판력에 의한 포괄일죄의 분단효과 등의 법리를 구체적으로 밝힌 기본적인 판결이다.

## 316. 동종 범죄의 확정판결과 일사부재리 효력 - 분단 효과와 경합범 관계 (2)

(대법원 2000. 3. 10. 선고 99도2744 판결)

### 〈쟁점〉

상습범의 중간에 동종의 상습범의 확정판결이 있는 경우, 확정판결 전후의 범행은 두 개의 죄로 분단되는지 여부(적극) 및 판결 확정 후의 범죄사실을 공소장변경절차에 의하여 판결 확정 전의 범죄에 대한 공소사실에 추가할 수 있는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

상습범에 있어서 공소제기의 효력은 공소가 제기된 범죄사실과 동일성이 인정되는 범죄사실의 전체에 미치는 것이므로 상습범의 범죄사실에 대한 공판심리중에 그 범죄사실과 동일한 습벽의 발현에 의한 것으로 인정되는 범죄사실이 추가로 발견된 경우에는 검사는 공소장변경절차에 의하여 그 범죄사실을 공소사실로 추가할 수 있다고 할 것이나, 공소제기된 범죄사실과 추가로 발견된 범죄사실 사이에 그것들과 동일한 습벽에 의하여 저질러진 또다른 범죄사실에 대한 유죄의 확정판결이 있는 경우에는 전후 범죄사실의 일죄성은 그에 의하여 분단되어 공소제기된 범죄사실과 판결이 확정된 범죄사실만이 포괄하여 하나의 상습범을 구성하고, 추가로 발견된 확정판결 후의 범죄사실은 그것과 경합범 관계에 있는 별개의 상습범이 되므로, 검사는 공소장변경절차에 의하여 이를 공소사실로 추가할 수는 없고 어디까지나 별개의 독립된 범죄로 공소를 제기하여야 한다.

### 〈선정이유〉

포괄일죄의 중간에 동종의 죄에 관한 확정판결이 있는 경우 그 확정판결의 기판력에 의한 포괄일죄의 분단효과 이외에 공소장변경에 의한 공소사실 추가 등의 법리를 구체적으로 밝힌 기본적인 판결이다.

## 317. 재심판결의 기판력과 제37조 후단 경합범 여부

(대법원 2019. 6. 20. 선고 2018도20698 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

상습범으로 유죄의 확정판결을 받은 사람이 그 후 동일한 습벽에 의해 후행범죄를 저질렀는데

유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 동일한 습벽에 의한 후행범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 선고 전에 범하여졌다면 재심판결의 기판력이 후행범죄에 미치는지 여부(소극) / 유죄의 확정판결을 받은 사람이 그 후 별개의 후행범죄를 저질렀는데 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 후행범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 확정 전에 범하여졌다면 아직 판결을 받지 아니한 후행범죄와 재심판결이 확정된 선행범죄 사이에 형법 제37조 후단에서 정한 경합범 관계가 성립하는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

#### [다수의견]

① 재심 개시 여부를 심리하는 절차의 성질과 판단 범위, 재심개시결정의 효력 등에 비추어 보면, 유죄의 확정판결 등에 대해 재심개시결정이 확정된 후 재심심판절차가 진행 중이라는 것만으로는 확정판결의 존재 내지 효력을 부정할 수 없고, 재심개시결정이 확정되어 법원이 그 사건에 대해 다시 심리를 한 후 재심의 판결을 선고하고 그 재심판결이 확정된 때에 종전의 확정판결이 효력을 상실한다.

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 일반 절차로 진행 중인 별개의 형사사건을 병합하여 심리하는 것도 허용되지 않는다.

② 상습범으로 유죄의 확정판결(이하 앞서 저질러 재심의 대상이 된 범죄를 ‘선행범죄’라 한다)을 받은 사람이 그 후 동일한 습벽에 의해 범행을 저질렀는데(이하 뒤에 저지른 범죄를 ‘후행범죄’라 한다) 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 동일한 습벽에 의한 후행범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 선고 전에 저질러진 범죄라 하더라도 재심판결의 기판력이 후행범죄에 미치지 않는다.

재심심판절차에서 선행범죄, 즉 재심대상판결의 공소사실에 후행범죄를 추가하는 내용으로 공소장을 변경하거나 추가로 공소를 제기한 후 이를 재심대상사건에 병합하여 심리하는 것이 허용되지 않으므로 재심심판절차에서는 후행범죄에 대하여 사실심리를 할 가능성이 없다. 또한 재심심판절차에서 재심개시결정의 확정만으로는 재심대상판결의 효력이 상실되지 않으므로 재심대상판결은 확정판결로서 유효하게 존재하고 있고, 따라서 재심대상판결을 전후하여 범한 선행범죄와 후행범죄의 일죄성은 재심대상판결에 의하여 분단되어 동일성이 없는 별개의 상습범이 된다. 그러므로 선행범죄에 대한 공소제기의 효력은 후행범죄에 미치지 않고 선행범죄에 대한 재심판결의 기판력은 후행범죄에 미치지 않는다.

만약 재심판결의 기판력이 재심판결의 선고 전에 선행범죄와 동일한 습벽에 의해 저질러진 모든 범죄에 미친다고 하면, 선행범죄에 대한 재심대상판결의 선고 이후 재심판결 선고 시까지 저지른 범죄는 동시에 심리할 가능성이 없었음에도 모두 처벌할 수 없다는 결론에 이르게 되는데, 이는 처벌의 공백을 초래하고 형평에 반한다.

③ 유죄의 확정판결을 받은 사람이 그 후 별개의 후행범죄를 저질렀는데 유죄의 확정판결에 대하여 재심이 개시된 경우, 후행범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 확정 전에 범하여졌다 하더라도 아직 판결을 받지 아니한 후행범죄와 재심판결이 확정된 선행범죄 사이에는 형법 제37조 후단에서 정한 경합범 관계(이하 ‘후단 경합범’이라 한다)가 성립하지 않는다.

재심판결이 후행범죄 사건에 대한 판결보다 먼저 확정된 경우에 후행범죄에 대해 재심판결을 근

거로 후단 경합범이 성립한다고 하려면 재심심판법원이 후행범죄를 동시에 판결할 수 있었어야 한다. 그러나 아직 판결을 받지 아니한 후행범죄는 재심심판절차에서 재심대상이 된 선행범죄와 함께 심리하여 동시에 판결할 수 없었으므로 후행범죄와 재심판결이 확정된 선행범죄 사이에는 후단 경합범이 성립하지 않고, 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 없다.

재심판결이 후행범죄에 대한 판결보다 먼저 확정되는 경우에는 재심판결을 근거로 형식적으로 후행범죄를 판결확정 전에 범한 범죄로 보아 후단 경합범이 성립한다고 하면, 선행범죄에 대한 재심판결과 후행범죄에 대한 판결 중 어떤 판결이 먼저 확정되느냐는 우연한 사정에 따라 후단 경합범 성립이 좌우되는 형평에 반하는 결과가 발생한다.

### 〈선정이유〉

후행사건이 선행사건의 재심판결 확정 전에 범하여졌다고 하더라도, 그 재심판결의 기판력은 후행사건에 미치지 않으며, 그 후행사건과 선행사건 사이에는 형법 제37조 후단 경합범 관계도 성립하지 않는다는 취지의 판결이다. 재심심판절차에서는 검사가 재심대상사건과 별개의 공소사실을 추가하는 내용으로 공소장을 변경하는 것이 허용되지 않고, 재심대상사건에 일반 절차로 진행 중인 별개의 형사사건을 병합하여 심리하는 것도 허용되지 않는다는 이유에서이다. 그 결과 재심심판절차에서는 후행범죄에 대하여 사실심리를 할 가능성이 없고, 아직 판결을 받지 아니한 후행범죄는 재심심판절차에서 재심대상이 된 선행범죄와 함께 심리하여 동시에 판결할 수 있었던 경우가 아니게 된다는 것이다.

## 318. 이종 범죄의 확정판결과 일사부재리 효력 여부

(대법원 2003. 8. 22. 선고 2002도5341 판결)

### 〈쟁점〉

포괄일죄의 중간에 별종의 죄의 확정판결이 끼어 있는 경우의 처벌례(=확정판결 후의 범죄)

### 〈판결요지〉

포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 다른 종류의 죄의 확정판결의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 그 죄는 2죄로 분리되지 않고 확정판결 후인 최종의 범죄행위시에 완성되는 것이다.

### 〈참고판결〉

(1) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도2029 판결 : 포괄일죄는 그 중간에 별종의 범죄에 대한 확정판결이 끼어 있어도 그 때문에 포괄적 범죄가 둘로 나뉘는 것은 아니라 할 것이고, 또 이 경우에는 그 확정판결 후의 범죄로서 다루어야 한다.

### 〈선정이유〉

포괄일죄의 중간에 별종의 죄에 관한 확정판결이 있는 경우 확정판결의 기판력이 작용하지 않는다는 취지의 기본적인 판결이다.



제4편

상 소



---

제 1 장 통 칙

제 2 장 향 소

제 3 장 상 고

제 4 장 향고 · 재향고 · 준향고



## 제 4 편 상 소

### 제 1 장 통 칙

#### I. 상소일반

#### 319. 유죄판결에 대한 피고인의 상소이익

(대법원 1994. 8. 12. 선고 94도1591 판결)

##### <쟁점>

누범가중을 하지 않은 위법을 피고인이 상고이유로 주장할 수 있는지 여부(소극)

##### <판결요지>

원심이 피고인에게 누범에 해당하는 전과가 있음에도 불구하고 형법 제35조 제2항에 의한 누범가중을 하지 아니한 것은 위법하다고 할 것이나, 피고인으로서 위와 같은 위법을 주장하는 것은 자기에게 불이익을 주장하는 것이 되므로 이는 적법한 상고이유가 될 수 없다.

##### <선정이유>

원심에서 누범가중을 하지 않은 위법을 주장하는 상소는 상소이익이 없어 상소가 허용되지 않는다는 취지의 판결이다.

#### 320. 무죄판결에 대한 피고인의 상소이익

(대법원 1998. 11. 10. 선고 98두11915 판결)

##### <쟁점>

전부승소 판결을 받은 자의 상소의 이익 유무(소극)

##### <판결요지>

상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 유리하게 취소변경을 구하기 위한 것이므로 승소판결에 대한 불복상소는 허용할 수 없고, 재판이 상소인에게 불이익할 것인지 여부는 원칙적으로 재판의 주문을 표준으로 하여 상소제기 당시를 기준으로 하여 판단하여야 하며, 상소인의 청구가 전부 인용되었다면 그 판결이유에 불만이 있더라도 상소의 이익은 없다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

불복은 재판의 주문에 대한 것이어야 하고 재판의 이유만을 다투기 위하여 상소하는 것은 허용되지 않는다는 취지의 판결이다.

## 321. 공소기각판결에 대한 피고인의 상소이익

(대법원 1997. 8. 22. 선고 97도1211 판결)

### 〈쟁점〉

공소기각판결에 대하여 피고인이 무죄를 이유로 상소할 수 있는지 여부(소극)

### 〈판결요지〉

피고인을 위한 상소는 피고인에게 불이익한 재판을 시정하여 이익된 재판을 청구함을 그 본질로 하는 것이므로 피고인은 재판이 자기에게 불이익하지 아니하면 이에 대한 상소권이 없다고 할 것인바, 공소기각의 판결이 있으면 피고인은 유죄판결의 위험으로부터 벗어나는 것이므로 그 판결은 피고인에게 불이익한 재판이라고 할 수 없고, 따라서 피고인의 상고는 부적법하여 받아들일 수 없다.

### 〈선정이유〉

공소기각재판에 대하여 피고인에게 상소이익이 없다는 이유로 무죄를 주장하는 상소가 허용되지 않는다는 판결이다.

## 322. 이심의 효력

(대법원 1985. 7. 23. 자 85모12 결정)

### 〈쟁점〉

이심의 효력발생 시기가 상소를 제기한 때인지, 원심법원으로부터 상소법원에 소송기록이 송부된 때인지 여부(=상소제기시)

### 〈판결요지〉

형사사건에 있어 항소법원의 소송계속은 제1심판결에 대한 항소에 의하여 사건이 이심된 때로부터 그 법원의 판결에 대하여 상고가 제기되거나 그 판결이 확정되는 때까지 유지된다 할 것이니, 항소법원은 항소피고사건의 심리 중 또는 판결선고 후 상고제기 또는 판결확정에 이르기까지 수소법원으로서 형사소송법 제70조 제1항 각호의 사유있는 불구속피고인을 구속할 수 있다 할 것이고 이것은 이미 구속되어 있던 피고인에 대하여 상소기간 중 또는 상소중의사건에 관한 소송기록이 있는 원심법원이 상소법원의 권한을 대행하여 구속기간의 갱신 등을 하도록 한 형사소송법 제105

조, 형사소송규칙 제57조의 각 규정과 아무런 관계가 없으며, 또 수소법원아닌 검사가 형의 확정 후 형을 집행하기 위하여 발부하는 집행영장과도 전혀 다른 것이고, 위 수소법원의 구속에 관하여는 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 구속함을 규율하는 형사소송법 제208조의 규정은 적용되지 아니하므로 구속기간의 만료로 피고인에 대한 구속의 효력이 상실된 후 원심법원이 피고인에 대한 판결을 선고하면서 피고인을 구속하였다 하여 위 법조에 위배되는 재구속 또는 이중구속이라 할 수는 없다.

### 〈선정이유〉

상소장이 원심법원에 제출되어 상소제기가 되었을 때 이심의 효력이 발생한다는 판결이다.

## 323. 포괄일죄에 대한 피고인만의 상소와 상소심의 심판범위

(대법원 1991. 3. 12. 선고 90도2820 판결)

### 〈쟁점〉

포괄일죄 중 유죄부분에 대하여 피고인만이 상고하였을 뿐 무죄부분에 대하여 검사가 상고를 하지 않은 경우 상소심의 심판범위

### 〈판결요지〉

환송 전 항소심에서 포괄일죄의 일부만이 유죄로 인정된 경우 그 유죄부분에 대하여 피고인만이 상고하였을 뿐 무죄부분에 대하여 검사가 상고를 하지 않았다면 상소불가분의 원칙에 의하여 무죄 부분도 상고심에 이심되기는 하나 그 부분은 이미 당사자 간의 공격방어의 대상으로부터 벗어나 사실상 심판대상에서부터도 벗어나게 되어 상고심으로서도 그 무죄부분에까지 나아가 판단할 수 없는 것이고, 따라서 상고심으로부터 위 유죄부분에 대한 항소심판결이 잘못되었다는 이유로 사건을 파기환송받은 항소심은 그 무죄부분에 대하여 다시 심리판단하여 유죄를 선고할 수 없다.

### 〈선정이유〉

포괄일죄 중 유죄부분에 대하여 피고인만이 상고한 경우 무죄부분도 상소심에 이심되기는 하지만 피고인보호를 위해 그 무죄부분은 상소심의 심판대상에서 제외된다는 판결이다.

## 324. 포괄일죄 중 무죄부분에 대한 검사만의 상소와 상소심의 심판범위

(대법원 1989. 4. 11. 선고 86도1629 판결)

### 〈쟁점〉

포괄일죄의 관계에 있는 공소사실 중 유죄부분과 무죄부분이 있어 검사만이 무죄부분에 대하여 상고한 경우 상고심의 심판대상

### 〈판결요지〉

포괄적 일죄의 관계에 있는 이 사건 공소사실을 일부에 대하여서만 유죄로 인정하고 그 나머지 공소사실에 대하여서는 범죄사실의 증거가 없으므로 무죄로 판단하였고, 이에 대하여 검사는 위 무죄부분에 대하여 불복상고를 하고 피고인 2는 상고를 하지 아니하였으나, 상소불가분의 원칙상 위 상고는 포괄일죄의 관계에 있는 원심판결의 유죄부분과 무죄부분 전부에 미치는 것이므로 피고인 2에 대하여 유죄로 인정된 부분도 상고심에 이심되어 당원의 심판대상이 된다고 할 것인 바, 앞서 살펴본 바와 같이 택지조성공사비의 횡령사실에 대하여 원심이 유죄로 인정한 것은 위법이고 그 위법은 판결결과에 영향을 미치는 것이라 할 것이니 피고인 1에 대한 부분은 전부 파기되어야 하고 피고인 1에 대한 위 파기이유는 피고인 2에 대하여도 공통되므로 형사소송법 제392조의 규정에 따라 피고인 2에 대한 부분도 파기되어야 할 것이다.

### 〈선정이유〉

포괄일죄에 대해 검사만 상소한 경우에는 나머지 부분도 상소심에 이심되어 심판대상이 된다는 판결이다.

## II. 일부상소

### 325. 일부상소의 방식

(대법원 2014. 3. 27. 선고 2014도342 판결)

### 〈쟁점〉

일부상소를 한다는 취지를 명시하지 않고 불복부분을 특정하지도 않은 경우의 효과

### 〈판례요지〉

형법 제37조 전단 경합범 관계에 있는 공소사실 중 일부에 대하여 유죄, 나머지 부분에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결에 대하여 검사만이 항소하면서 무죄 부분에 관하여는 항소이유를 기재하고 유죄 부분에 관하여는 이를 기재하지 않았으나 항소 범위는 '전부'로 표시하였다면, 이러한 경우 제1심판결 전부가 이심되어 원심의 심판대상이 되므로, 원심이 제1심판결 무죄 부분을 유죄로 인정하는 때에는 제1심판결 전부를 파기하고 경합범 관계에 있는 공소사실 전부에 대하여 하나의 형을 선고하여야 한다.

### 〈선정이유〉

일부상소를 한다는 취지를 명시하지 않고 불복부분을 특정하지도 않은 경우에는 전부상소로 보아야 한다는 취지의 판결이다.

### 326. 일부상소와 전부상소의 판단기준

(대법원 2004. 12. 10. 선고 2004도3515 판결)

#### 〈쟁점〉

일부상소와 전부상소의 판단기준에 있어서 상소장만을 기준으로 하여야 하는지, 상소이유서까지 참작할 수 있는지 여부

#### 〈판결요지〉

기록에 의하면, 제1심은 이 사건 각 사기죄와 의료법위반죄를 형법 제37조 후단의 경합범으로 보아 이 사건 각 사기죄에 대하여는 징역 1년 및 집행유예 2년을, 의료법위반죄에 대하여는 벌금 200만 원을 각각 선고하였고, 이에 대하여 피고인의 제1심 변호인이 제출한 항소장에는 “징역 1년 및 집행유예 2년을 선고하였으나 그 판결에 불복이므로 항소를 제기합니다.”라고 기재되어 있으나, 피고인의 원심 변호인이 제출한 항소이유서에는 “석명원 부도발생 이후 일당 형식으로 일을 하다가 범행에 이른 것이고, 이 부분 의료법위반죄는 300만 원 이하의 벌금형에 해당하는 경미한 사안으로 부실 또는 무면허 의료행위가 아니다.”라고 기재하여 의료법위반죄에 대하여도 양형부당의 항소이유를 개진하였음을 알 수 있다.

현행 법규상 항소장에 불복의 범위를 명시하라는 규정이 없고 또 상소는 재판의 전부에 대하여 하는 것을 원칙으로 삼고 다만 재판의 일부에 대하여도 상소할 수 있다고 규정한 형사소송법 제342조의 규정에 비추어 볼 때, 비록 항소장에 이 사건 각 사기죄에 대한 형만을 기재하고 의료법위반죄에 대한 형을 기재하지 아니하였다 하더라도 항소이유서에서 의료법위반죄에 대하여도 항소이유를 개진한 경우에는 판결 전부에 대한 항소로 봄이 상당하다.

그렇다면 피고인이 이 사건 전부에 대하여 항소한 것이라는 판단을 전제로 하여, 개정 형법은 제37조 후단에서 ‘금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결확정 전에 범한 죄’를 경합범으로 규정하고 있으므로 피고인에 대한 이 사건 각 사기죄와 의료법위반죄는 형법 제37조 전단의 경합범에 해당하여 피고인에게 1개의 형을 선고하여야 할 것이라는 이유로, 피고인이 2001. 8. 10. 수원지방법원에서 근로기준법위반죄로 벌금 150만 원의 약식명령을 발령받아 2001. 9. 5. 그 약식명령이 확정되었으므로 약식명령이 확정된 근로기준법위반죄와 이 사건 각 사기죄가 형법 제37조 후단의 경합범에 해당한다고 판단한 후 이 사건 각 사기죄를 의료법위반죄와 분리하여 피고인에게 2개의 형을 선고한 제1심판결을 파기하고, 판시 각 죄에 대하여 1개의 형을 선고한 원심의 조치는 옳고, 거기에 항소의 범위를 오해하여 심판범위를 일탈한 위법이 있다고 할 수 없다.

#### 〈선정이유〉

일부상소와 전부상소의 판단기준에 있어서 상소장뿐만 아니라 상소이유서의 내용도 고려해야 한다는 판결이다.

### 327. 일부상소에 의한 심판범위의 제한

(대법원 2010. 11. 25. 선고 2010도10985 판결)

〈쟁점〉

경합범 중 일부에 대하여 무죄, 일부에 대하여 유죄를 선고한 제1심판결에 대하여 검사만이 무죄 부분에 대해 항소한 경우, 항소심에서 이를 파기할 때의 파기 범위(=무죄 부분)

〈판결요지〉

경합범으로 동시에 기소된 사건에 대하여 일부 유죄, 일부 무죄를 선고하는 등 판결주문이 수개일 때에는 그 1개의 주문에 포함된 부분을 다른 부분과 분리하여 일부상소를 할 수 있고 당사자 쌍방이 상소하지 아니한 부분은 분리 확정되므로, 경합범 중 일부에 대하여 무죄, 일부에 대하여 유죄를 선고한 제1심판결에 대하여 검사만이 무죄 부분에 대하여 항소를 한 경우, 피고인과 검사가 항소하지 아니한 유죄판결 부분은 항소기간이 지남으로써 확정되어 항소심에 계속된 사건은 무죄판결 부분에 대한 공소뿐이며, 그에 따라 항소심에서 이를 파기할 때에는 무죄 부분만을 파기하여야 한다. 따라서 제1심판결의 유죄 부분인 2009. 8. 26.자 및 2009. 8. 27.자 마약류관리에 관한 법률 위반(향정)죄에 대해서 피고인은 항소하지 아니하고 무죄 부분인 2009. 9. 17.자 마약류관리에 관한 법률 위반(향정)죄에 대한 검사의 항소만 있는 이 사건에 있어서, 위 유죄 부분은 확정되고 무죄 부분만이 원심에 계속되게 되었으므로 원심으로서는 위 무죄 부분만을 심리·판단하여야 한다.

〈선정이유〉

상소법원은 상소가 제기된 부분에 대하여만 파기할 수 있다는 취지의 판결이다.

**328. 경합범의 일부상소에 따른 상소심의 심판범위**

(대법원 1992. 1. 21. 선고 91도1402 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

경합범 중 일부에 대하여 무죄, 일부에 대하여 유죄를 선고한 항소심 판결에 대하여 검사만이 무죄 부분에 대하여 상고를 제기한 경우 상고심에서 이를 파기할 때의 파기범위

〈판례요지〉

형법 제37조 전단의 경합범으로 같은 법 제38조 제1항 제2호에 해당하는 경우 하나의 형으로 처벌하여야 함은 물론이지만 위 규정은 이를 동시에 심판하는 경우에 관한 규정인 것이고 경합범으로 동시에 기소된 사건에 대하여 일부 유죄, 일부 무죄의 선고를 하거나 일부의 죄에 대하여 징역형을, 다른 죄에 대하여 벌금형을 선고하는 등 판결주문이 수개일 때에는 그 1개의 주문에 포함된 부분을 다른 부분과 분리하여 일부상소를 할 수 있는 것이고 당사자 쌍방이 상소하지 아니한 부분은 분리 확정된다고 볼 것인바, 경합범 중 일부에 대하여 무죄, 일부에 대하여 유죄를 선고한 항소심 판결에 대하여 검사만이 무죄 부분에 대하여 상고를 한 경우 피고인과 검사가 상고하지 아니한 유죄판결 부분은 상고기간이 지남으로써 확정되어 상고심에 계속된 사건은 무죄판결 부분에 대한 공소뿐이라 할 것이므로 상고심에서 이를 파기할 때에는 무죄 부분만을 파기할 수 밖에 없다.

## [반대의견]

형법 제37조 전단의 경합범으로 동시에 판결하여 일개의 형을 선고할 수 있었던 수개의 죄는 서로 과형상 불가분의 관계에 있었다고 볼 수 있으므로, 실제로 일개의 형이 선고되었는지의 여부와 관계없이 상소불가분의 원칙이 적용된다고 해석하는 것이 이론상 일관된 태도라 할 것인바 경합범 중 일부에 대하여는 유죄, 다른 일부에 대하여는 무죄를 선고하였다고 하더라도, 무죄 부분에 대하여 상소가 제기됨으로써 그 부분이 유죄로 변경될 가능성이 있게 되는 경우에는, 유죄 부분에 대하여 따로 상소가 되지 않았더라도 상소불가분의 원칙이 적용되어 유죄 부분도 무죄 부분과 함께 상소심에 이심되는 것이고, 따라서 상소심 법원이 무죄 부분을 파기하여야 할 경우에는 직권으로 유죄 부분까지도 함께 파기하여 다시 일개의 형을 선고할 수 있도록 하여야 한다.(전부파기설)

## [반대의견에 대한 보충의견]

형사소송법의 해석 적용에 있어서 특별한 사정이 없는 한 실체법인 형법의 규정의 취지에 충실히 따라야 할 것인바 형법 제37조 전단의 경합범으로 기소된 수개의 죄가 다같이 유죄로 판단되는 경우 형법은 제38조 제1항 제2호에서 단일한 형으로 처벌한다는 원칙을 규정하고 있는 취지에 비추어 형사소송법 제342조 제2항을 해석함에 있어 일부 무죄판결의 무죄 부분에 대하여만 상소가 제기된 경우에 그와 경합범관계에 있는 유죄 부분도 과형상 불가분관계에 있는 것으로서 당연히 상소의 효력이 미친다고 새겨 무죄 부분이 파기되는 때에는 유죄 부분과 합하여 단일한 형으로 처단하게 함이 타당하다.

## 〈선정이유〉

경합범 중 일부에 대하여 무죄, 일부에 대하여 유죄를 선고한 항소심 판결에 대하여 검사만이 무죄 부분에 대하여 상고를 제기한 경우 상고심에서 이를 파기할 때에는 무죄 부분만을 파기해야 한다는 판결이다(일부파기설).

**329. 상소심에서 죄수판단이 변경된 경우 심판범위**

(대법원 1980. 12. 9. 선고 80도384 전원합의체 판결)

## 〈쟁점〉

상상적 경합관계에 있는 수죄를 실제적 경합으로 보고 그 일부에 대한 상고와 상고심의 심판범위

## 〈판례요지〉

석유사업법 제22조 제1호에 의하면 판매를 목적으로 석유의 품질을 저하시켜 석유를 판매하는 행위를 하여서는 아니된다고 규정하고 있는 바, 원심이 확정된 바와 같이 판매의 목적으로 휘발유에 솔벤트, 벤젠 등을 혼합하여 그 품질을 저하시켜 판매한 행위와 형법 제347조 제1항의 사기죄와는 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 동법 제40조 소정의 이른바 상상적 경합관계가 있다 할 것이고, 본건에 있어서와 같이 원심이 위 두죄를 경합범으로 보고, 일부는 유죄, 일부는 무죄를 각 선고하였고 또 검사만이 원심판결 중 무죄된 부분만을 불복 상고하였다 하더라도 위 두죄가 상상

적 경합관계에 있는 것인 이상 공소불가분의 원칙이 적용되어, 원심에서 유죄된 사기방조죄의 점도 상고심에 이심되고 따라서 심판의 대상이 된다고 볼 것이다. 그런데 상상적 경합관계에 있는 죄에 대하여는 형법 제40조에 의하여 그중 중한 죄에 정한 형으로 처벌하도록 되어 있고, 위에서 본 석유사업법위반죄의 정한 형과 사기죄에서 정한 형을 비교하여 보면 사기죄의 정한 형이 더 중하므로, 가사 원심이 이 두죄를 유죄로 보았다 하더라도 결국 사기방조죄의 정한 형으로 처벌할 수 밖에 없는 것인 이상, 원심의 위에서 본 바와 같은 위 법은 결과적으로 판결의 결과에 영향이 없는 것이 아닌가 하는 의문이 있지만 상상적 경합관계에 있는 수죄 중 그 일부만이 유죄로 인정된 경우와 그 전부가 유죄로 인정된 경우와는 형법 제51조에 규정된 양형의 참작 조건에 따라 선고형의 형량을 도출함에 있어서는 큰 차이가 있을 수 있는 바, 예컨대 5인의 피해자를 사망시킨 업무상과실치사죄 중 2인의 피해자에 대한 점만 유죄로 인정하여 형량을 정하였으나 상급심에서 나머지 3인의 피해자에 대한 점도 유죄임이 밝혀졌다고 하는 경우나(5인의 피해자 중 원심에서 유죄로 인정된 2인에 대하여만 피해변상이 이루어진 경우라면 더욱 형량상 차이가 있게 됨은 쉽게 상정할 수 있다) 본건에 있어서도 이미 타인이 품질을 저하시켜 놓은 휘발유를 단순히 정상유라고 기망하여 판매한 자와 스스로 휘발유에 이 품질을 혼합하여 품질을 저하시킨 뒤 정상유라고 기망하여 판매한 자와는 역시 양형의 조건을 참작함에 있어서 차이가 생기고 따라서 선고형에 차이가 있을 수 있게 되므로 결국 판결의 결과에 영향을 미치는 것으로 볼 수 밖에 없다.

#### [반대의견]

원심판결에 석유사업법위반죄의 범죄주체에 관한 법리오해의 위법이 있음은 다수설의 견해에서 본 바와 같지만, 이것을 이유로 원심판결을 파기환송하여 원심에서 심리한 결과 동 석유사업법위반의 방조가 유죄로 인정된다고 하더라도 원심으로서도 형법 제40조의 규정에 의하여 형이 더 중한 사기방조죄의 처단형으로 처벌할 수 밖에 없게 되는데, 이는 원심이 동 석유사업법위반 방조의 점을 무죄로 보고 사기방조죄의 처단형으로 처벌한 경우와 결과적으로 동일하므로 본건과 같은 원심판결의 위 법은 판결의 결과에 영향이 없는 것으로 보아야 옳다. 그렇지 않고 다수의 견해대로 개개의 구체적 사안에 있어서 선고형을 도출하기 위한 양형의 조건에 차이가 있다는 것을 가지고 판결의 결과에 영향이 있는 것으로 본다면 그 어느 경우도 양형의 조건에 차이가 없다고 단정할 수 있는 경우는 없는 셈이 되며, 또 위와 같은 양형 조건상의 차이는 순전히 양적인 차이에 불과하여 어느 정도의 것을 기준으로 판결의 결과에 영향이 있는 경우와 그렇지 않은 경우를 판별할 것인가 하는 점도 문제로 남게 될 것이다.

#### <선정이유>

원심이 두개의 죄를 경합범으로 보고 한 죄는 유죄, 다른 한죄는 무죄를 각 선고하자 검사가 무죄부분만에 대하여 불복상고 하였다고 하더라도 위 두죄가 상상적 경합관계에 있다면 유죄부분도 상고심의 심판대상이 된다는 판결이다.

### Ⅲ. 불이익변경금지원칙

### 330. 불이익변경금지원칙의 실질적 근거

(대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도3448 판결)

#### 〈쟁점〉

불이익변경금지원칙이 피고인의 상소권을 보장하기 위한 정책적 고려에서 나온 제도인지 여부(긍정)

#### 〈판례요지〉

불이익변경금지원칙은 피고인이 안심하고 상소권을 행사하도록 하려는 정책적 고려에서 나온 제도로서 피고인만이 상소한 사건의 상소심에서 원심보다 피고인에게 불리하게 미결구금일수의 산입을 감축하는 등의 경우에는 불이익변경금지원칙의 적용 여부를 살펴보아야 하나, 위와 같이 판결을 선고한 법원에서 당해 판결서의 명백한 오류에 대하여 판결서의 경정을 통하여 그 오류를 시정하는 것은 피고인에게 유리 또는 불리한 결과를 발생시키거나 피고인의 상소권 행사에 영향을 미치는 것이 아니므로, 여기에 불이익변경금지원칙이 적용될 여지는 없다.

#### 〈선정이유〉

불이익변경금지원칙이 피고인의 상소권을 보장하기 위한 정책적 고려에서 나온 제도임을 명확히 하는 판결이다.

### 331. 불이익변경금지원칙의 의미

(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011도14986 판결)

#### 〈쟁점〉

약식명령에 대하여 피고인만이 정식재판을 청구하였는데, 검사가 당초 사문서위조 및 위조사문서행사의 공소사실로 공소제기하였다가 제1심에서 사서명위조 및 위조사서명행사의 공소사실을 예비적으로 추가하는 내용의 공소장변경을 신청한 사안

#### 〈판례요지〉

형사소송법 제457조의2에서 규정한 불이익변경금지의 원칙은 피고인이 약식명령에 불복하여 정식재판을 청구한 사건에서 약식명령의 주문에서 정한 형보다 중한 형을 선고할 수 없다는 것이므로(※ 현재는 형중상향금지원칙으로 변경), 그 죄명이나 적용법조가 약식명령의 경우보다 불이익하게 변경되었다고 하더라도 선고한 형이 약식명령과 같거나 약식명령보다 가벼운 경우에는 불이익변경금지의 원칙에 위배된 조치라고 할 수 없다.

약식명령에 대하여 피고인만이 정식재판을 청구하였는데, 검사가 당초 사문서위조 및 위조사문서행사의 공소사실로 공소제기하였다가 제1심에서 사서명위조 및 위조사서명행사의 공소사실을 예비적으로 추가하는 내용의 공소장변경을 신청한 사안에서, 두 공소사실은 기초가 되는 사회적 사실관

계가 범행의 일시와 장소, 상대방, 행위 태양, 수단과 방법 등 기본적인 점에서 동일할 뿐만 아니라, 주위적 공소사실이 유죄로 되면 예비적 공소사실은 주위적 공소사실에 흡수되고 주위적 공소사실이 무죄로 될 경우에만 예비적 공소사실의 범죄가 성립할 수 있는 관계에 있어 규범적으로 보아 공소사실의 동일성이 있다고 보이고, 나아가 피고인에 대하여 사서명위조와 위조사서명행사의 범죄사실이 인정되는 경우에는 비록 사서명위조죄와 위조사서명행사죄의 법정형에 유기징역형만 있다 하더라도 형사소송법 제457조의2에서 규정한 불이익변경금지 원칙이 적용되어 벌금형을 선고할 수 있으므로, 위와 같은 불이익변경금지 원칙 등을 이유로 공소장변경을 불허할 것은 아닌데도, 이를 불허한 채 원래의 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지한 원심의 조치에는 공소사실의 동일성이나 공소장변경에 관한 법리오해의 위법이 있다.

### 〈선정이유〉

그 죄명이나 적용법조가 약식명령의 경우보다 불이익하게 변경되었다고 하더라도 선고한 형이 약식명령과 같거나 약식명령보다 가벼운 경우에는 불이익변경금지의 원칙에 위배된 조치라고 할 수 없다는 판결이다.

## 332. 불이익변경금지원칙의 적용범위(1)

(대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도7647 판결)

### 〈쟁점〉

피고인과 검사 쌍방이 상소한 결과 검사의 상소가 받아들여져 원심판결 전부가 파기되는 경우, 불이익변경금지의 원칙이 적용되는지 여부(소극)

### 〈판례요지〉

불이익변경금지의 원칙은, 피고인의 상소권을 보장하기 위하여 피고인이 상소한 사건과 피고인을 위하여 상소한 사건에 있어서는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다는 것이므로, 피고인과 검사 쌍방이 상소한 결과 검사의 상소가 받아들여져 원심판결 전부가 파기됨으로써 피고인에 대한 형량 전체를 다시 정해야 하는 경우에는 적용되지 아니하는 것이다. 기록에 의하면, 제1심은 이 사건 공소사실 중 공소외인에 대한 범인도피교사의 점을 무죄로 인정하고, 나머지 공소사실을 유죄로 인정하여 징역 8월의 형을 선고하였으며, 피고인이 유죄 부분에 대하여, 검사가 무죄 부분에 대하여 각 항소하였는데, 원심은 제1심 무죄 부분 공소사실과 교환적으로 변경된 공소사실인 공소외인에 대한 범인도피방조의 점을 유죄로 인정하여 판시 제1죄[특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(도주차량)죄, 도로교통법 위반죄, 도로교통법 위반(무면허운전)죄]에 대하여 징역 6월을, 판시 제2죄(범인도피방조, 범인도피교사)에 대하여 징역 4월을 선고하였음을 알 수 있는바, 원심판결에 상고이유의 주장과 같은 불이익변경금지에 관한 법리오해의 위법은 없다.

### 〈선정이유〉

피고인과 검사 쌍방이 상소한 결과 검사의 상소가 받아들여져 원심판결 전부가 파기되는 경우에는 불이익변경금지의 원칙이 적용되지 않는다는 판결이다.

**333. 불이익변경금지원칙의 적용범위(2)**

(대법원 2006. 5. 26. 선고 2005도8607 판결)

**〈쟁점〉**

피고인만의 상고에 의하여 원심판결을 파기하고 사건을 항소심에 환송한 경우, 환송 전 원심판결과의 관계에서도 불이익변경금지의 원칙이 적용되는지 여부(적극)

**〈판례요지〉**

피고인의 상고에 의하여 상고심에서 원심판결을 파기하고, 사건을 항소심에 환송한 경우에는 환송 전 원심판결과의 관계에서도 불이익변경금지의 원칙이 적용되어 그 파기된 항소심판결보다 중한 형을 선고할 수 없다 할 것이다. 기록에 의하면 당초 원심판결이 판시 제1, 3의 죄에 대하여 벌금 7,000,000원, 판시 제2, 4의 죄에 대하여 벌금 2,000,000원을 선고하였고 이에 대하여 피고인만이 상고한 결과 상고심에서 원심판결을 파기하고, 사건을 항소심에 환송한다는 판결이 선고되었는데 환송 후 원심은 판시 각 죄에 대하여 징역 1년에 집행유예 2년 및 사회봉사명령 80시간을 선고하였음을 알 수 있는바, 이와 같이 환송 후 원심이 형법 제50조 제1항, 제41조에 비추어 환송 전 원심이 선고한 벌금형보다 무거운 징역형의 집행유예와 그 부가처분인 사회봉사명령을 선고한 것은 불이익변경금지의 원칙에 위배하여 판결 결과에 영향을 미쳤다고 하지 않을 수 없다.

**〈선정이유〉**

피고인만의 상고에 의하여 원심판결을 파기하고 사건을 항소심에 환송한 경우, 환송 전 원심판결과의 관계에서도 불이익변경금지의 원칙이 적용된다는 판결이다.

**334. 불이익변경의 판단기준**

(대법원 2013. 12. 12. 선고 2012도7198 판결)

**〈쟁점〉**

선고된 형이 피고인에게 불이익하게 변경되었는지 판단하는 기준

**〈판례요지〉**

불이익변경금지의 원칙은 피고인의 상소권 또는 약식명령에 대한 정식재판청구권을 보장하려는 것으로서, 피고인만이 또는 피고인을 위하여 상소한 상급심 또는 정식재판청구사건에서 법원은 피고인이 같은 범죄사실에 대하여 이미 선고 또는 고지받은 형보다 중한 형을 선고하지 못한다는 원칙이다. 이러한 불이익변경금지의 원칙을 적용함에 있어서는 주문을 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니라 전체적·실질적으로 고찰하여 그 경중을 판단하여야 하는바, 선고된 형이 피고인에게 불이익하게 변경되었는지의 여부는 일단 형법상 형의 경중을 기준으로 하되, 한 걸음 더 나아가 병과형이나 부가형, 집행유예, 노역장 유치기간 등 주문 전체를 고려하여 피고인에게 실질적으로 불

이익한가의 여부에 의하여 판단하여야 한다.

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 제1심은 피고인에 대한 이 사건 공소사실을 전부 유죄로 인정하여 피고인에게 징역 1년 6월 및 추징 26,150,000원을 선고하였고, 이에 대하여 피고인만이 항소하였는데, 원심은 제1심과 마찬가지로 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정하는 한편 제1심이 누락한 수뢰액 관련 필요적 벌금형 병과규정인 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2008. 12. 26. 법률 제9169호로 개정된 것) 제2조 제2항을 적용하여 피고인에게 징역 1년 6월에 집행유예 3년, 벌금 50,000,000원(1일 50,000원으로 환산한 기간 노역장 유치) 및 추징 26,150,000원을 선고하였음을 알 수 있다.

앞서 본 법리에 따라 제1심이 선고한 형과 원심이 선고한 형의 경중을 비교해 볼 때 제1심이 선고한 '징역 1년 6월'의 형과 원심이 선고한 '징역 1년 6월에 집행유예 3년'의 형만을 놓고 본다면 제1심판결보다 원심판결이 가볍다 할 수 있으나, 원심은 제1심이 선고하지 아니한 벌금 50,000,000원(1일 50,000원으로 환산한 기간 노역장 유치)을 병과하였는 바, 집행유예의 실효나 취소가능성, 벌금 미납 시의 노역장 유치 가능성 및 그 기간 등을 전체적·실질적으로 고찰하면 원심이 선고한 형은 제1심이 선고한 형보다 무거워 피고인에게 불이익하다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

선고된 형이 피고인에게 불이익하게 변경되었는지 여부는 일단 형법상 형의 경중을 기준으로 하되, 한 걸음 더 나아가 병과형이나 부가형, 집행유예, 노역장 유치기간 등 주문 전체를 고려하여 피고인에게 실질적으로 불이익한가에 의하여 판단하여야 한다는 판결이다.

335.

## 불이익변경금지원칙의 적용(1): 집행유예에 대한 징역형 감축과 실형선고

(대법원 1965. 12. 10. 선고 65도826 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

항소심이 징역1년에 3년간 집행유예를 선고한 1심판결에 대한 피고인 및 검사의 각항소를 기각하고 직권으로 1심판결의 형이 과경하다는 이유로 파기하면서 징역 10월의 실형을 선고한 경우와 불이익변경금지의 원칙

### 〈판례요지〉

징역 1년에 3년간 집행유예가 선고된 제1심 판결에 대하여 피고인은 무죄를 주장하여 검사는 형의 양정이 부당하게 경하다고 주장하여 각 항소를 하였던바 원판결은 피고인의 무죄 주장은 이유없다고 하여 기각하고 검사의 형이 경하다는 주장은 오히려 형이 부당하게 중하다는 이유로 기각하고나서 직권으로 제1심 판결의 형이 부당하게 중하다는 이유로 파기하고 피고인에게 대하여 징역 10월의 실형을 선고하였다. 그러나 판결에 있어서 집행유예의 선고는 중요한 요소로서 집행유예의 경우는 현실로 형의 집행을 받을 필요는 없고 선고가 취소되지 않고 유예기간을 경과한 때에는 형의 선고 그 자체가 효력을 상실하게 되는 것이므로 실질적으로 보면 집행유예라는 법률적 사회적 가치판단은 높게 평가되지 않을 수 없다고 할 것이다. 따라서 제1심의 형과 원심의 형을

총체적으로 고찰하여 보면 원심의 형은 제1심의 형보다 중하다고 하지 않을 수 없는바 원판결이 제1심의 형이 부당하게 경하다는 검사의 항소는 이유없다고 하여 기각하면서 직권으로 제1심판결은 형이 부당하게 중하다는 이유로 파기하고 오히려 피고인에게 대하여 중한 형을 선고하였음은 그 이유에 전후 모순이 있고 불이익 변경의 금지 규정에 위배한 위법이 있다.

### 〈선정이유〉

징역 1년에 3년간 집행유예가 선고된 제1심 판결에 대하여 피고인 및 검사가 제기한 항소를 기각하고 직권으로 제1심 판결의 형이 중하다는 이유로 이를 파기한 후 징역 10월의 실형을 선고한 경우에는 불이익변경의 금지규정에 위배된다는 판결이다.

## 336. 불이익변경금지원칙의 적용(2): 벌금형과 환형유치

(대법원 1981. 10. 24. 선고 80도2325 판결)

### 〈쟁점〉

벌금형은 감경되었으나 그 환형유치기간이 길어진 경우에 불이익변경금지의 원칙에 위배 여부(소극)

### 〈판례요지〉

원심이 1심 보다 피고인에 대한 징역형과 그 병과형인 벌금형을 각 감경하고 징역형에 대하여는 그 집행유예를 선고한 것이니 그 점에 있어서 피고인에 대한 형이 불이익하게 변경되었다고 할 수 없다. 또한, 1심에서의 벌금형인 1억8백만원에 대한 노역장 유치기간을 산정함에 있어서 3백60만원을 1일로 환산토록 하였으므로 그 기간은 30일에 불과하니 2심에서의 벌금형은 8천5백만원으로 감경되었으나 동액에 대한 노역장 유치기간의 산정은 30만원을 1일로 환산토록 하였으므로 그 기간은 283일이 되어 피고인만이 항소한 이 건에 있어서 피고인에 대한 형이 불이익하게 변경된 것이라는 논지는 피고인에 대한 벌금형이 감경되었다면 그 벌금형에 대한 환형 유치기간이 더 길어졌다 하더라도 전체적으로 비교하여 보면 형이 불이익하게 변경되었다고 할 수는 없다.

### 〈선정이유〉

피고인만이 항소한 경우에 벌금형은 감경되었으나 그 환형유치기간만이 길어졌다고 하더라도 형이 불이익하게 변경되었다고 할 수 없다는 판결이다.

## 337. 불이익변경금지원칙의 적용(4): 부정기형과 정기형

(대법원 2020. 10. 22. 선고 2020도4140 전원합의체 판결)

〈쟁점〉

불이익변경금지 규정을 적용함에 있어 부정기형과 정기형 사이에 그 경중을 가리는 기준

〈판례요지〉

제1심판결 시 소년에 해당하여 부정기형을 선고받은 피고인만이 항소한 항소심에서 피고인이 성년에 이르러 항소심이 제1심판결을 파기하고 정기형을 선고하여야 하는 경우, 항소심은 불이익변경금지 원칙에 따라 제1심에서 선고한 부정기형보다 중한 정기형을 선고할 수 없는데, 이때 불이익변경금지 원칙의 위반 여부는 부정기형의 장기와 단기의 중간형을 기준으로 삼는 것이 부정기형의 장기 또는 단기를 기준으로 삼는 것보다 상대적으로 우월한 기준으로 평가될 수 있음은 분명하다고 볼 수 있다. 따라서 살인죄 및 사체유기죄를 범한 피고인이 제1심판결 시 소년에 해당하여 징역 장기 15년, 단기 7년의 부정기형을 선고받았고, 피고인만이 항소를 하였는데 피고인이 항소심에 이르러 성년에 이르러 항소심이 피고인에 대하여 7년을 초과하는 형을 선고할 수 없다는 이유로 피고인에 대하여 징역 7년을 선고하였으나, 이러한 경우 부정기형과 실질적으로 동등하다고 평가될 수 있는 정기형으로서 항소심이 선고할 수 있는 정기형의 상한은 부정기형의 장기와 단기의 정중앙에 해당하는 중간형이므로 중간형을 기준으로 삼아 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단해야 하고, 그렇다면 원심은 징역 11년(= 장기 15년 + 단기 7년 / 2)까지를 선고할 수 있다.

〈선정이유〉

부정기형의 장기와 단기의 중간형을 기준으로 삼아 불이익변경금지 원칙 위반 여부를 판단해야 한다는 판결이다.

**338. 병합사건에서 불이익변경금지원칙의 적용**

(대법원 1980. 5. 27. 선고 80도981 판결)

〈쟁점〉

항소심에서 사건의 병합과 불이익변경금지의 원칙과의 관계

〈판례요지〉

항소심에서 두 개의 사건이 병합심판되어 경합범으로 처단되는 경우에는 제1심의 각형량보다 중한 형이 선고되었다고 하여 위법이라고 할 수 없다.

〈선정이유〉

항소심에서 병합되어 경합범으로 처단되는 경우에는 제1심이 선고한 각각의 형량보다 중한 형이 선고되었다는 사정만으로는 불이익변경금지원칙에 대한 위반으로 볼 수 없다는 판결이다.

**IV. 파기판결의 구속력**

### 339. 파기판결의 구속력 인정 근거

(대법원 2001. 3. 15. 선고 98두15597 전원합의체 판결)

#### 〈쟁점〉

환송판결의 구속력이 재상고심의 전원합의체에도 미치는지 여부(소극)

#### 〈판례요지〉

상고심으로부터 사건을 환송받은 법원은 그 사건을 재판함에 있어서 상고법원이 파기이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 대하여, 환송 후의 심리과정에서 새로운 주장이나 입증이 제출되어 구속적 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 생기지 아니하는 한 이에 구속을 받는다고 할 것이다. 따라서 환송 후 원심판결이 환송 전후를 통하여 사실관계에 아무런 변동이 없음에도 불구하고 환송판결이 파기이유로 한 법률상의 판단에 반하는 판단을 한 것은 일응 환송판결의 구속력에 관한 법리를 오해한 위법을 저지른 것이라고 아니할 수 없다. 그런데 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 행정소송에 준용되는 민사소송법 제406조 제2항이, 사건을 환송받은 법원은 상고법원이 파기이유로 한 법률상의 판단 등에 구속을 받는다고 규정하고 있는 취지는, 사건을 환송받은 법원이 자신의 견해가 상고법원의 그것과 다르다는 이유로 이에 따르지 아니하고 다른 견해를 취하는 것을 허용한다면 법령의 해석적용의 통일이라는 상고법원의 임무가 유명무실하게 되고, 사건이 하급심법원과 상고법원 사이를 여러 차례 왕복할 수밖에 없게 되어 분쟁의 종국적 해결이 지연되거나 불가능하게 되며, 나아가 심급제도 자체가 무의미하게 되는 결과를 초래하게 될 것이므로, 이를 방지함으로써 법령의 해석적용의 통일을 기하고 심급제도를 유지하며 당사자의 법률관계의 안정과 소송경제를 도모하고자 하는 데 있다고 할 수 있다. 따라서 위와 같은 환송판결의 하급심법원에 대한 구속력을 절차적으로 담보하고 그 취지를 관철하기 위하여서는 원칙적으로 하급심법원뿐만 아니라 상고법원 자신도 동일 사건의 재상고심에서 환송판결의 법률상 판단에 구속된다고 할 것이다. 그러나 한편, 대법원은 법령의 정당한 해석적용과 그 통일을 주된 임무로 하는 최고법원이고, 대법원의 전원합의체는 종전에 대법원에서 판시한 법령의 해석적용에 관한 의견을 스스로 변경할 수 있는 것인바(법원조직법 제7조 제1항 제3호), 환송판결이 파기이유로 한 법률상 판단도 여기에서 말하는 '대법원에서 판시한 법령의 해석적용에 관한 의견'에 포함되는 것이므로 대법원의 전원합의체가 종전의 환송판결의 법률상 판단을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우에는, 그에 구속되지 아니하고 통상적인 법령의 해석적용에 관한 의견의 변경절차에 따라 이를 변경할 수 있다고 보아야 할 것이다. 환송판결이 한 법률상의 판단을 변경할 필요가 있음에도 불구하고 대법원의 전원합의체까지 이에 구속되어야 한다면, 그것은 전원합의체의 권능 행사를 통하여 법령의 올바른 해석적용과 그 통일을 기하고 무엇이 정당한 법인가를 선언함으로써 사법적 정의를 실현하여야 할 임무가 있는 대법원이 자신의 책무를 스스로 포기하는 셈이 될 것이고, 그로 인하여 하급심법원을 비롯한 사법전체가 심각한 혼란과 불안정에 빠질 수도 있을 것이며 소송경제에도 반하게 될 것이 분명하다. 그리고 이와 같은 환송판결의 자기구속력의 부정은 법령의 해석적용에 관한 의견변경의 권능을 가진 대법원의 전원합의체에게만 그 권한이 주어지는 것이므로 그로 인하여 사건이 대법원과 원심법원을 여러 차례 왕복함으로써 사건의 종국적 해결이 지연될 위험도 없다고 할 것이다.

### 〈선정이유〉

파기판결의 구속력을 인정하는 근거가 법령의 해석적용의 통일성 확보, 심급제도의 가치 유지 등에 있으며, 대법원의 전원합의체가 종전의 환송판결의 법률상 판단을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 그에 기속되지 아니하고 통상적인 법령의 해석적용에 관한 의견의 변경절차에 따라 이를 변경할 수 있다는 판결이다.

## 340. 파기판결의 구속력의 범위

(대법원 1983. 4. 18. 선고 83도383 판결)

### 〈쟁점〉

환송후의 원심판결에 대한 상고법원이 환송판결의 파기이유에 기속되는지 여부(적극)

### 〈판례요지〉

파기환송받은 법원은 그 사건 처리에 있어 상고법원의 파기이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 기속되는 것인바(법원조직법 제7조의 2 참조) 기록에 의하면 소론이 비난하는 원심판시는 당원이 전 항소심판결을 파기환송하면서 파기이유로 실시한 판단에 따른 것임을 알 수 있고 그 환송이유에 기속을 받는 원심으로서는 정당한 조치였다고 하지 않을 수 없고 또 위와 같이 원심의 상고법원의 파기이유로 한 법률상 및 사실상의 판단에 따라 한 판결에 대하여 재차 상고된 경우 그 상고사건을 재판하는 상고법원도 앞서한 스스로의 파기이유로 한 판단에 기속되게 되고 이를 변경할 수는 없다 할 것이다. 만일 이를 변경할 수 있다고 한다면 무용의 절차가 반복되게 되고 사건은 언제까지도 종국적 해결을 볼 수 없는 우려마저 있기 때문이다.

따라서 이 사건에서와 같이 환송후 원심이 앞서한 당원의 파기이유로 법률상 및 사실상의 판단에 따라서 한 판결에 대하여는 앞서 한 당원의 견해가 비록 객관적으로 잘못된 것이라 하더라도 이에 따른 원심판결을 위법하다고 할 수는 없는 것이므로 위 파기환송판결의 파기이유로 한 법률상 및 사실상의 판단이 잘못된 것이고 이에 따른 원심판시도 소론의 위법이 있다는데 귀착되는 논지는 받아들일 수 없다.

### 〈선정이유〉

파기환송받은 법원은 그 사건 처리에 있어 상고법원의 파기이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 기속되며 이에 따라 행한 판결에 대하여 재차 상고된 경우 그 상고사건을 재판하는 상고법원도 앞서 한 스스로의 파기이유로 한 판단에 기속되게 되고 이를 변경할 수 없다는 판결이다.

## 341. 파기판결의 구속력이 미치는 판단의 범위(1)

(대법원 2018. 4. 19. 선고 2017도14322 전원합의체 판결)

**〈쟁점〉**

파기판결의 구속력이 상급법원의 법률판단뿐만 아니라 사실판단에 대하여도 미치는지 여부(긍정)

**〈판례요지〉**

법원조직법 제8조는 '상급법원 재판에서 한 판단은 해당 사건에 관하여 하급심을 기속한다.'고 정하고, 민사소송법 제436조 제2항 후문은 상고법원이 파기의 이유로 삼은 사실상·법률상 판단은 하급심을 기속한다고 정하고 있다. 형사소송법에는 이에 상응하는 명문의 규정이 없지만, 위와 같은 법규정의 취지, 심급제도의 존재 이유, 대법원에서 상고이유를 판단하면서 사실인정에 관한 원심판결의 당부에 관하여 개입할 수 있는 점 등에 비추어 형사소송에서도 상고심 판결의 파기이유가 된 사실상의 판단도 구속력을 가진다고 보아야 한다. 따라서 상고심으로부터 형사사건을 환송받은 법원은 환송 후의 심리과정에서 새로운 증거가 제시되어 구속력 있는 판단의 기초가 된 증거관계에 변동이 생기지 않는 한 그 사건의 재판에서 상고법원이 파기이유로 제시한 사실상·법률상의 판단에 기속된다.

**〈선정이유〉**

상고심으로부터 형사사건을 환송받은 법원은 환송 후의 심리과정에서 새로운 증거가 제시되어 구속력 있는 판단의 기초가 된 증거관계에 변동이 생기지 않는 한 그 사건의 재판에서 상고법원이 파기이유로 제시한 사실상·법률상의 판단에 기속된다는 판결이다.

## 342. 파기판결의 구속력이 미치는 판단의 범위(2)

(대법원 2018. 4. 19. 선고 2017도14322 전원합의체 판결)

**〈쟁점〉**

파기판결의 구속력이 파기의 직접적인 이유가 아닌 그 이면에 있는 적극적·긍정적 판단에 대하여도 미치는지 여부(소극)

**〈판례요지〉**

환송판결의 하급심에 대한 구속력은 파기의 이유가 된 원심판결의 사실상 판단이나 법률상 판단이 위법하다는 소극적인 면에서만 발생하므로, 환송 후의 심리과정에서 새로운 증거나 이에 준하는 새로운 간접사실이 제시되는 등의 사유로 그 판단의 기초가 된 증거관계 등에 변동이 있었다면 구속력이 미치지 않는다. 따라서 환송 후 법원이 파기이유가 된 잘못된 판단을 피하여 새로운 증거 등에 따라 환송 전의 판결과 같은 결론은 물론이고, 그보다 무거운 결론을 내리더라도 위법하지 않다.

**〈선정이유〉**

환송판결의 하급심에 대한 구속력은 파기의 이유가 된 원심판결의 사실상 판단이나 법률상 판단이 위법하다는 소극적인 면에서만 발생하므로, 환송 후의 심리과정에서 새로운 증거나 이에 준하는

새로운 간접사실이 제시되는 등의 사유로 그 판단의 기초가 된 증거관계 등에 변동이 있었다면 기속력이 미치지 않는다는 판결이다.

## 제 2 장 항 소

### 343. 항소심의 구조

(대법원 2017. 3. 22. 선고 2016도18031 판결)

#### 〈쟁점〉

현행 형사소송법상 항소심의 구조가 속심인지, 사후심인지 여부(=원칙적 속심)

#### 〈판례요지〉

현행 형사소송법상 항소심은 속심을 기반으로 하되 사후심적 요소도 상당 부분 들어 있는 이른바 사후심적 속심의 성격을 가지므로 항소심에서 제1심판결의 당부를 판단할 때에는 그러한 심급구조의 특성을 고려하여야 한다. 그러므로 항소심이 심리과정에서 심증의 형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 것이 없음에도 제1심의 판단을 재평가하여 사후심적으로 판단하여 뒤집고자 할 때에는, 제1심의 증거가치 판단이 명백히 잘못되었다거나 사실인정에 이르는 논증이 논리와 경험법칙에 어긋나는 등으로 그 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 볼 만한 합리적인 사정이 있어야 하고, 그러한 예외적 사정도 없이 제1심의 사실인정에 관한 판단을 함부로 뒤집어서는 안 된다. 그것이 형사사건의 실체에 관한 유죄·무죄의 심증은 법정 심리에 의하여 형성하여야 한다는 공판중심주의, 그리고 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼는 것을 원칙으로 하는 실질적 직접심리주의의 정신에 부합한다.

#### 〈선정이유〉

현행 형사소송법상 항소심의 구조가 사후심적 속심의 성격을 가진다는 취지의 판결이다.

### 344. 항소심에서 공소장변경

(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017도7843 판결)

#### 〈쟁점〉

항소심에서 공소장변경이 가능한지 여부(적극)

#### 〈판례요지〉

형사소송법 제298조 제1항에는 검사의 공소장변경허가신청에 대하여 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허가하여야 한다고 규정되어 있고, 제370조에 따라 항소심에서의 공

판결차에도 위 규정이 준용되지만 공소장변경의 시기에 관하여는 별도로 규정되어 있지 않다. 한편 형사소송법 제298조 제4항에는 법원은 공소장변경이 피고인의 불이익을 증가할 염려가 있다고 인정할 때에는 직권 또는 피고인이나 변호인의 청구에 의하여 피고인으로 하여금 필요한 방어에의 준비를 하게 하기 위하여 결정으로 필요한 기간 공판절차를 정지할 수 있다고 규정되어 있다. 따라서 변경된 공소사실이 변경 전의 공소사실과 기본적 사실관계에서 동일하다면 그것이 새로운 공소의 추가적 제기와 다르지 않다고 하더라도 항소심에서도 공소장변경을 할 수 있다. 항소심에서 공소장변경을 하더라도 제1심에서 판단한 공소사실과 기본적 사실관계가 동일한 범위 내에서만 허용되기 때문에 그 변경된 공소사실의 기초를 이루는 사실관계는 제1심에서 이미 심리되었으므로, 항소심에서의 공소장변경이 피고인의 심급의 이익을 박탈한다고 보기도 어렵다(헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2010헌바128 전원재판부 결정 참조).

이 사건에서 검사는 원심 제8회 공판기일 전에 피고인 2에 대한 공소사실 중 단독범행으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 관하여 포괄일죄의 관계에 있는 사실을 추가하겠다고 공소장변경 허가신청을 하였으나, 원심은 그 허가 여부를 결정하지 않다가 제10회 공판기일에 '공소사실의 동일성이 인정된다고 하여 항소심에서의 공소장변경이 무제한으로 허용되는 것은 아니다. 위 공소장변경허가신청은 시기적으로 볼 때 지나치게 늦고, 변경된 공소사실의 내용은 다수의 범행을 추가하고 전체 횡령 금액도 두 배 이상 늘리는 것이며 행위의 태양도 제각각이어서 단기간 내에 심리를 마치기 어려운 상황이므로, 이를 허가할 경우 피고인 2의 심급의 이익과 방어의 기회를 현저하게 해칠 우려가 크고 심리부담의 증가와 심리의 장기화가 불가피하다'는 이유를 들어 위 공소장변경허가신청을 불허하였다. 그러나 앞서 본 법리에 의하여 살펴보면, 항소심에서도 검사가 공소장변경허가신청을 하면 법원은 공소사실의 동일성이 인정되는지에 대하여 먼저 심리한 후 그 동일성이 인정된다면 공소장변경을 허가하여야 하는데도, 위와 같은 이유를 들어 이를 불허한 원심의 판단에는 공소장변경에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이를 지적하는 취지의 상고 이유 주장은 이유 있다. 그렇다면 원심판결 중 피고인 2에 대한 단독범행으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 관한 유죄부분과 원심판결문 별지 범죄일람표 순번 18번 이유무죄 부분은 위와 같은 이유로 파기한다. 다만 이 부분 공소사실은 원심판결문 별지 범죄일람표 순번 17번 기재 공소사실과 포괄일죄 관계에 있고, 원심은 위 유죄부분의 공소사실이 피고인 2에 대한 공동범행으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령), 특정범죄가중법위반, 조세범처벌법위반의 점에 대한 각 공소사실과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다는 이유로 피고인 2에 대하여 하나의 형을 선고하였으므로, 원심판결 중 피고인 2에 대한 부분을 전부 파기한다.

### 〈선정이유〉

변경된 공소사실이 변경 전의 공소사실과 기본적 사실관계에서 동일하다면 그것이 새로운 공소의 추가적 제기와 다르지 않다고 하더라도 항소심에서도 공소장변경을 할 수 있다는 판결이다.

## 345. 원심판결의 당부에 관한 판단시점

(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도2682,2009전도7 판결)

〈쟁점〉

소년법 감경에 관한 소년법 제60조 제2항 등의 적용대상인 ‘소년’인지 여부를 판단하는 시기(= 사실심판결 선고시)

〈판례요지〉

소년법이 적용되는 ‘소년’이란 심판시에 19세 미만인 사람을 말하므로, 소년법의 적용을 받으려면 심판시에 19세 미만이어야 한다. 따라서 소년법 제60조 제2항의 적용대상인 ‘소년’인지의 여부도 심판시, 즉 사실심판결 선고시를 기준으로 판단되어야 한다. 이러한 법리는 ‘소년’의 범위를 20세 미만에서 19세 미만으로 축소한 소년법 개정법률(2007. 12. 21. 법률 제8722호로 공포되어, 2008. 6. 22.에 시행되었다)이 시행되기 전에 범행을 저지르고, 20세가 되기 전에 원심판결이 선고되었다고 해서 달라지지 아니한다.

〈선정이유〉

소년법 감경에 관한 소년법 제60조 제2항 등의 적용대상인 ‘소년’인지 여부를 판단하는 시기와 소년법 제2조의 ‘소년’ 연령범위를 적용하는 기준 시기가 사실심판결 선고시라는 판결이다.

**346. 항소이유로서 ‘관할의 인정이 법률에 위반한 때’**

(대법원 1999. 11. 26. 선고 99도4398 판결)

〈쟁점〉

지방법원과 그 지원의 합의부가 제1심으로 심판하여야 할 사건을 지방법원 지원 단독판사가 제1심으로 심판하고, 그 제1심 사건에 대한 항소심 사건을 지방법원 본원 합의부가 실체에 들어가 심판한 경우 형사소송법 제361조의5 제3호 소정의 ‘관할의 인정이 법률에 위반한 때’에 해당하는지 여부(적극)

〈판례요지〉

피고인에 대한 공소사실은 피고인이 폭력행위등처벌에관한법률위반죄 및 감금치상죄를 범하였다는 것이고, 위 공소사실에 대하여 춘천지방법원 원주지원 단독판사가 제1심으로 심판하고, 그 제1심 사건에 대한 항소심사건을 원심인 춘천지방법원 본원 합의부가 실체에 들어가 심판하였음은 명백하다. 그런데 형법 제281조 소정의 감금치상죄는 단기 1년 이상의 징역에 해당하는 범죄로서 법원조직법 제32조 제1항 제3호 본문에 의하면 감금치상죄에 대한 제1심 관할법원은 지방법원과 그 지원의 합의부라 할 것이므로, 각급법원의설치와관할구역에관한법률 제4조에 따른 [별표3] 고등법원·지방법원과 그 지원·소년부지원의 관할구역에 의하면 이 사건의 경우 춘천지방법원 원주지원 합의부가 제1심의 심판권을 가지고, 그 항소 사건은 서울고등법원에서 심판권을 가진다 할 것이다. 그러므로 원심 및 제1심이 이 사건에 대하여 그 실체에 들어가 심판한 조치는 관할권이 없음에도 이를 간과하고 실체판결을 한 것으로서, 소송절차의 법령을 위반한 잘못을 저지른 것이라 할 것이고, 관할제도의 입법 취지(관할확일의 원칙)와 그 위법의 중대성 등에 비추어 이는 판결에 영향을

미쳤음이 명백하므로, 직권으로 원심판결 및 제1심판결을 파기하고, 사건을 관할권이 있는 춘천지방법원 원주지원 합의부에 이송하기로 관여 법관들의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

### 〈선정이유〉

항소이유로서 ‘관할의 인정이 법률에 위반한 때’의 해당 여부를 구체적으로 제시한 판결이다.

## 347. 항소이유로서 ‘재심청구의 사유가 있는 때’

(대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2960 판결)

### 〈쟁점〉

항소이유로서 ‘재심청구의 사유가 있는 때’의 의미

### 〈판례요지〉

직권으로 살피건대, 원심판결 이유에 의하면, 원심은, 이 사건 공소사실 중 “피고인 2가 2002. 5. 11. 10:10경부터 10:50경까지 서울 종로구 세종로 77 소재 파나마 대사관 옆 정부중앙청사 후문 앞에서 개최된 전공노 주최의 집회에 참석하여 구호를 외치는 방법으로 옥외집회 및 시위가 금지된 장소에서 열린 집회 및 시위에 참가하였다.”는 부분에 대하여 구 집회및시위에관한법률 제20조 제3호, 제11조 제1호를 적용하여 피고인 2에게 유죄를 선고하였다. 그런데 원심이 이 부분 범죄사실에 대하여 적용한 구 집회및시위에관한법률 제11조 제1호는 원심판결 선고 후인 2003. 10. 30. 헌법재판소로부터 헌법에 위반된다는 위헌결정(2000헌바67, 83)을 받음으로써 소급하여 효력을 상실하였는바, 위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 그 효력을 상실한 경우에는 당해 법조를 적용하여 기소한 피고 사건은 범죄로 되지 아니한 때에 해당하므로, 원심판결 중 피고인 2에 대한 위 유죄부분은 그대로 유지될 수 없다. 따라서 원심판결 중 피고인 2에 대한 위 유죄부분은 파기되어야 할 것인바, 원심은 이 부분을 피고인 2에 대한 나머지 죄와 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하여 피고인 2에게 하나의 형을 선고하였으므로, 결국 원심판결 중 피고인 2에 대한 유죄부분 전부는 파기되어야 할 것이다.

### 〈선정이유〉

원심인 항소심이 내린 유죄판결의 근거가 된 형벌법령이 항소심 판결 이후 위헌결정에 따라 소급무효로 되었음을 이유로 그 유죄판결을 파기하고, 아울러 경합범으로 하나의 형을 선고한 부분까지 함께 파기한 판결임과 동시에 항소·상고이유의 하나인 ‘재심청구의 사유가 있는 때’ 가운데 ‘유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄를 인정할 구체적 명백한 증거가 새로 발견한 때’에 해당하는 경우임을 밝힌 판결임

## 348. 항소이유로서 ‘형의 양정이 부당하다고 인정할 사유가 있는 때’

(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결)

### 〈쟁점〉

제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 않는 경우, 항소심이 이를 존중하여야 하는지 여부(적극) 및 항소심이 형의 양정이 부당한 제1심판결을 파기하여야 하는 경우

### 〈판례요지〉

[1] 양형부당은 원심판결의 선고형이 구체적인 사안의 내용에 비추어 너무 무겁거나 너무 가벼운 경우를 말한다. 양형은 법정형을 기초로 하여 형법 제51조에서 정한 양형의 조건이 되는 사항을 두루 참작하여 합리적이고 적정한 범위 내에서 이루어지는 재량 판단으로서, 공판중심주의와 직접주의를 취하고 있는 우리 형사소송법에서는 양형판단에 관하여도 제1심의 고유한 영역이 존재한다. 이러한 사정들과 아울러 항소심의 사후심적 성격 등에 비추어 보면, 제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 아니하는 경우에는 이를 존중함이 타당하며, 제1심의 형량이 재량의 합리적인 범위 내에 속함에도 항소심의 견해와 다소 다르다는 이유만으로 제1심판결을 파기하여 제1심과 별로 차이 없는 형을 선고하는 것은 자제함이 바람직하다. 그렇지만 제1심의 양형심리 과정에서 나타난 양형의 조건이 되는 사항과 양형기준 등을 종합하여 볼 때에 제1심의 양형판단이 재량의 합리적인 한계를 벗어났다고 평가되거나, 항소심의 양형심리 과정에서 새로이 현출된 자료를 종합하면 제1심의 양형판단을 그대로 유지하는 것이 부당하다고 인정되는 등의 사정이 있는 경우에는, 항소심은 형의 양정이 부당한 제1심판결을 파기하여야 한다.

[2] [다수의견] 항소심은 제1심에 대한 사후심적 성격이 가미된 속심으로서 제1심과 구분되는 고유의 양형재량을 가지고 있으므로, 항소심이 자신의 양형판단과 일치하지 아니한다고 하여 양형부당을 이유로 제1심판결을 파기하는 것이 바람직하지 아니한 점이 있다고 하더라도 이를 두고 양형심리 및 양형판단 방법이 위법하다고까지 할 수는 없다. 그리고 원심의 판단에 근거가 된 양형자료와 그에 관한 판단 내용이 모순 없이 실시되어 있는 경우에는 양형의 조건이 되는 사유에 관하여 일일이 명시하지 아니하여도 위법하다고 할 수 없다.

[반대의견] 상고심은 항소심이 제1심판결에 대한 항소이유가 있는지를 제대로 판단하였는지 여부, 항소심에서 항소이유가 있다고 판단하여 제1심판결을 파기하였을 경우 그에 대한 적절한 심리와 판단이 이루어졌는지 및 파기이유 기재가 충분한지 여부 등을 법률심으로서 심사할 권한이 있다. 따라서 항소심이 제1심판결을 파기할 수 없는 경우임에도 제1심판결을 파기하였다면 이는 항소이유가 없음에도 항소이유가 있다고 잘못 판단한 것이므로, 당연히 상고심의 심사대상이 된다. 이는 항소심이 선고한 형량이 부당한지 여부를 심사하는 것이 아니라 항소이유에 대한 판단이 제대로 이루어졌는지를 심사하는 것이므로 양형부당의 문제가 아니라 법령 위반의 문제로 보아야 한다.

나아가 항소심이 제1심의 양형판단을 뒤집을 만한 특별한 사정이 인정되는 객관적이고 합리적인 근거를 파기이유로 실시하지 않았다면 이 또한 법령 위반으로 평가할 수 있다. 요컨대, 제1심의 양형판단이 항소심에서 그대로 유지되는 경우와 제1심의 양형판단이 항소심에서 파기되는 경우에 항소심 이유 기재의 정도는 달라질 수밖에 없다. 이는 사실오인의 항소이유를 배척할 때에는 간단히 '사실오인의 항소이유는 이유 없다'고만 하여도 무방하지만, 항소이유를 받아들일 경우에는 구체적으로 어떤 점에서 제1심의 사실인정이 잘못되었는지를 밝혀야 하는 것과 마찬가지로이다.

## 〈선정이유〉

양형부당의 구체적인 의미를 법령위반과 비교하여 제시한 판결이다.

349.

### 항소이유로서 ‘판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때’

(대법원 1991. 8. 13. 선고 90도637 판결)

## 〈쟁점〉

헌법재판소의 위헌결정으로 소급하여 효력을 상실한 법령을 적용한 경우 ‘판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때’ 해당하는지 여부(적극)

## 〈판례요지〉

헌법재판소의 1991.7.8. 자 91헌가4 결정에 의하여 제1심이 피고인에게 적용한 복표발행, 현상 기타사행행위단속법 제9조 중 ‘제5조의 규정에 의한 각령의 규정에 위반한 행위로서 각령에서 본 조의 벌칙을 적용할 것을 정한 조항에 해당하는 자’라는 부분은 헌법에 위반된다는 위헌결정이 있었으므로 형벌에 관한 위의 조항부분은 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에 의하여 소급하여 그 효력을 상실한다 할 것이고, 따라서 원심이 제1심이 위 법조를 적용하여 피고인에 대한 이 사건 공소 사실을 유죄로 인정한 것이 정당하다는 이유로 제1심 판결을 유지한 것은 위법함에 돌아간다고 할 것이니, 논지는 이 범위 안에서 이유 있다.

## 〈선정이유〉

헌법재판소의 위헌결정으로 소급하여 그 효력을 상실한 법령을 적용하여 피고인에 대하여 유죄를 인정한 제1심판결을 유지한 것이 위법하다는 판결이다.

350.

### 항소이유 기재와 관련된 항소법원의 심판범위

(대법원 1991. 8. 13. 선고 90도637 판결)

## 〈쟁점〉

검사가 제1심 유죄판결 또는 일부 유죄, 일부 무죄로 판단한 제1심판결 전부에 대하여 항소하면서 항소장이나 항소이유서에 단순히 ‘양형부당’이라는 문구만 기재하였을 뿐 그 구체적인 이유를 기재하지 않은 경우, 항소심이 제1심판결의 유죄 부분의 형이 너무 가볍다는 이유로 파기하고 그보다 무거운 형을 선고할 수 있는지 여부(소극)

## 〈판례요지〉

형사소송법은 ‘형의 양정이 부당하다고 인정할 사유가 있는 때’를 항소이유로 할 수 있는 사유로

규정하고 있고(제361조의5 제15호), 형사소송규칙은 항소이유서에 항소이유를 구체적으로 간결하게 명시하도록 규정하고 있다(제155조). 위 규정에 의하면, 검사가 제1심 유죄판결 또는 일부 유죄, 일부 무죄로 판단한 제1심판결 전부에 대하여 항소하면서, 항소장이나 항소이유서에 단순히 ‘양형부당’이라는 문구만 기재하였을 뿐 그 구체적인 이유를 기재하지 않았다면, 이는 적법한 항소이유의 기재라고 볼 수 없다. 한편 검사가 항소한 경우 양형부당의 사유는 직권조사사유나 직권심판사항에 해당하지도 않는다. 그러므로 위와 같은 경우 항소심은 검사의 항소에 의해서든 직권에 의해서든 제1심판결의 양형이 부당한지 여부에 관하여 심리·판단할 수 없고, 따라서 제1심판결의 유죄 부분의 형이 너무 가볍다는 이유로 파기하고 그보다 무거운 형을 선고하는 것은 허용되지 않는다.

### 〈선정이유〉

검사가 제1심 유죄판결 또는 일부 유죄, 일부 무죄로 판단한 제1심판결 전부에 대하여 항소하면서 항소장이나 항소이유서에 단순히 ‘양형부당’이라는 문구만 기재하였을 뿐 그 구체적인 이유를 기재하지 않은 경우, 항소심이 제1심판결의 유죄 부분의 형이 너무 가볍다는 이유로 파기하고 그보다 무거운 형을 선고할 수 없다는 취지이다.

## 351. 항소이유서와 항소이유의 기재

(대법원 2008. 1. 31. 선고 2007도8117 판결)

### 〈쟁점〉

일부 유죄, 일부 무죄가 선고된 제1심판결 전부에 대하여 검사가 항소하면서 유죄 부분에 대하여는 항소이유를 주장하지 아니한 경우에 제1심판결의 양형상의 잘못이 형사소송법 제361조의4 제1항 단서의 직권조사사유나 같은 법 제364조 제2항의 직권심판사항에 해당하는지 여부(소극)

### 〈판례요지〉

원심은, 검사가 항소이유로 “피고인의 죄질이 불량한 점 등 여러 양형 조건에 비추어, 원심의 형량은 너무 가벼워 부당하다”는 주장을 하였음을 전제로, 판시 사정들에 비추어 보면 원심의 형량이 너무 가벼워 부당하다는 이유로 피고인에게 징역 2년, 집행유예 3년을 선고한 제1심판결의 유죄 부분을 파기하고, 피고인에게 징역 1년 6월을 선고하였다. 그런데 기록에 의하면, 검사는 제1심판결에 대하여 항소하면서, 항소장의 ‘항소의 범위’란에 ‘전부(양형부당 및 무죄 부분, 사실오인, 법리오해)’라고 기재하였으나 적법한 기간 내에 제출된 항소이유서에는 제1심판결 중 무죄 부분에 대한 항소이유만 기재한 사실을 알 수 있는바, 형사소송법 제361조의5 제15호가 ‘형의 양정이 부당하다고 인정할 사유가 있는 때’를 항소이유로 규정하고 있고, 형사소송규칙 제155조가 “항소이유서 또는 답변서에는 항소이유 또는 답변내용을 구체적으로 간결하게 명시하여야 한다”고 규정하고 있는 점 등에 비추어, 다른 구체적인 이유의 기재 없이 단순히 항소장의 ‘항소의 범위’란에 ‘양형부당’이라는 문구가 기재되어 있다고 하여 이를 적법한 항소이유의 기재라고 볼 수는 없다. 한편, 일부 유죄, 일부 무죄가 선고된 제1심판결 전부에 대하여 검사가 항소하였더라도 검사가 유죄 부분에 대하여는 아무런 항소이유도 주장하지 아니하였다면 유죄 부분에 대하여는 법정기간 내에 항소이유

서를 제출하지 아니한 경우에 해당하므로, 가사 원심 판단과 같이 제1심의 양형에 판사와 같은 잘못이 있더라도 그러한 사유는 형사소송법 제361조의4 제1항 단서의 직권조사사유나, 같은 법 제364조 제2항의 직권심판사항에 해당한다고 볼 수 없다. 그런데도 원심은 검사가 제출한 항소장의 '양형부당'이란 기재가 적법한 항소이유의 기재에 해당한다고 오인하여 형사소송법 제361조의4 제1항 단서 소정의 직권조사사유 또는 같은 법 제364조 제2항 소정의 직권심판사항에 해당되지도 않는 사유를 이유로 제1심판결의 유죄 부분을 파기하고 피고인에게 제1심판결의 형보다 중한 형을 선고하였으니, 원심판결에는 항소이유의 적법한 기재에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

### 〈선정이유〉

일부 유죄, 일부 무죄가 선고된 제1심판결 전부에 대하여 검사가 항소하였더라도 검사가 유죄 부분에 대하여는 아무런 항소이유도 주장하지 아니하였다면 유죄 부분에 대하여는 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우에 해당하므로, 가사 제1심의 양형에 잘못이 있더라도 그러한 사유는 형사소송법 제361조의4 제1항 단서의 직권조사사유나 같은 법 제364조 제2항의 직권심판사항에 해당한다고 볼 수 없다는 판결이다.

## 352. 항소이유서 제출기간과 항소사건의 심판

(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017도13748 판결)

### 〈쟁점〉

항소이유서 제출기간이 경과하기 전에 항소사건을 심판할 수 있는지 여부(소극) / 항소이유서 제출기간 내에 변론이 종결되었는데 그 후 위 제출기간 내에 항소이유서가 제출된 경우, 항소심법원이 변론을 재개하여 항소이유 주장에 대해 심리를 하여야 하는지 여부(원칙적 적극)

### 〈판례요지〉

형사소송법 제361조의3, 제364조의 각 규정에 의하면 항소심의 구조는 피고인 또는 변호인이 법정기간 내에 제출한 항소이유서에 의하여 심판하는 것이고, 이미 항소이유서를 제출하였더라도 항소이유를 추가·변경·철회할 수 있으므로, 항소이유서 제출기간의 경과를 기다리지 않고는 항소사건을 심판할 수 없다. 따라서 항소이유서 제출기간 내에 변론이 종결되었는데 그 후 위 제출기간 내에 항소이유서가 제출되었다면, 특별한 사정이 없는 한 항소심법원으로서 변론을 재개하여 항소이유의 주장에 대해서도 심리를 해 보아야 한다. 기록에 의하면, ① 피고인이 제1심판결에 대하여 항소를 제기하자 원심은 소송기록 접수통지서의 송달을 실시하였고, 그 통지서가 2017. 7. 4. 피고인에게, 2017. 7. 6. 피고인의 사선변호인에게 각 송달된 사실, ② 피고인 및 사선변호인은 2017. 7. 19. 열린 제1회 공판기일에서 항소이유를 사실오인 및 양형부당이라고 주장하며 추후 항소이유서를 제출할 예정이라고 진술하였는데, 원심은 변론을 종결하고 선고기일을 2017. 8. 9.로 지정한 사실, ③ 피고인의 사선변호인은 2017. 7. 21. 제1심판결에 대한 사실오인 및 양형부당의 사유를 구체적으로 기재한 항소이유서를 제출하면서 선고기일 연기를 요청하였고, 2017. 8. 8. 감정결과와 증거능력 등을 다투는 법리오해 주장을 추가한 항소이유보충서를 제출하였음에도 원심

은 변론을 재개하지 아니한 채 2017. 8. 9. 판결을 선고한 사실 등을 알 수 있다. 이 사건에서 사선변호인의 항소이유서 제출기간은 소송기록 접수통지서가 송달된 2017. 7. 6.로부터 20일 이내인 2017. 7. 26.까지이다. 피고인과 사선변호인이 2017. 7. 19. 제1회 공판기일에서 구두로 항소이유는 사실오인 및 양형부당이라고 진술을 하였으나, 당시는 형사소송법 제361조의5에 규정된 항소이유를 구체적으로 기재한 항소이유서가 제출되지 않은 상태였으므로, 형사소송법 제361조의3, 제364조의 각 규정에서 예정하고 있는 것처럼 항소이유서에 의하여 심판대상이 특정되었다거나 그에 대한 심리가 이루어졌다고 보기 어렵다. 더욱이 이러한 상태에서 변론이 종결된 후 항소이유서 제출기간 내인 2017. 7. 21. 적법한 항소이유서가 제출된 이상 원심으로서 특별한 사정이 없는 한 변론을 재개하여 항소이유서에 기재된 내용에 대하여 심리를 해 보았어야 한다. 그럼에도 원심이 항소이유서 제출 후 공판기일을 열어 피고인에게 변론할 기회를 부여하는 등의 절차를 거치지 아니한 채 그대로 판결을 선고함으로써 항소이유서 제출기간 만료 시까지 항소이유서를 제출하고 이에 관하여 변론을 한 후 심판을 받을 수 있는 기회를 피고인으로부터 박탈하고 말았으니, 이러한 원심의 조치에는 항소이유서 제출기간 및 변론재개에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

### 〈선정이유〉

항소이유서 제출기간의 경과를 기다리지 않고는 항소사건을 심판할 수 없다는 취지의 판결이다.

## 353. 국선변호인의 교체와 항소이유서 제출

(대법원 2012. 2. 16. 자 2009모1044 전원합의체 결정)

### 〈쟁점〉

헌법상 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 및 국선변호인이 선정된 사건에서 피고인과 국선변호인이 모두 항소이유서를 제출하지 아니하고, 국선변호인이 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 데 피고인의 귀책사유가 밝혀지지 아니한 경우 항소법원이 취하여야 할 조치

### 〈판례요지〉

헌법 제12조 제4항 본문은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”고 규정하고 있는바, 우리 헌법상의 법치국가원리, 적법절차원칙 등에 비추어 이러한 변호인의 조력을 받을 권리는 구속 피의자·피고인뿐만 아니라 불구속 피의자·피고인에게도 당연히 인정되는 것이다. 나아가 헌법은 같은 항 단서에서 “다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.”고 규정함으로써 일정한 경우 형사피고인에게 국선변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 밝히면서 이를 보장하는 것이 국가의 공적 의무임을 천명하고 있다. 그런데 위와 같이 헌법상 보장되는 ‘변호인의 조력을 받을 권리’는 변호인의 ‘충분한 조력’을 받을 권리를 의미하므로, 일정한 경우 피고인에게 국선변호인의 조력을 받을 권리를 보장하여야 할 국가의 의무에는 형사소송절차에서 단순히 국선변호인을 선정하여 주는 데 그치지 않고 한 걸음 더 나아가 피고인이 국선변호인의 실질적인 조력을 받을 수 있도록 필요한 업무 감독과 절차적 조치를 취할 책무까지 포함된다고 할 것이다. 때문에 위와 같은 헌법

의 취지와 정신을 구현하기 위하여 형사소송법은 일정한 경우 법원으로 하여금 직권 또는 피고인의 청구 등에 의하여 국선변호인을 선정하도록 하는 한편(제33조), 국선변호인이 선정된 사건에 관하여 변호인 없이 개정하지 못하게 하면서 만일 변호인이 출석하지 아니한 때에는 직권으로 새로운 국선변호인을 선정하도록 하였고(제282조, 제283조, 제370조), 형사소송규칙은 국선변호인을 선정한 후에도 법원으로 하여금 그 선정 취소, 사임 허가, 감독 등의 업무를 담당하도록 하고 있는 것이다(제18조 내지 제21조).

한편 형사소송법 제361조의3 제1항, 제361조의2 제1항, 제2항, 제361조의4 제1항, 제364조 제1항 등에 의하면, 피고인이 항소한 경우 형사 항소심은 기본적으로 피고인 또는 변호인이 법정기간 내에 제출한 항소이유서에 포함된 항소이유에 관하여 심판하는 구조이고, 만일 법정기간 내에 적법한 항소이유서가 제출되지 아니하면 원칙적으로 피고인의 항소를 기각하도록 되어 있다. 그 결과 피고인은 항소법원으로부터 본안판단을 받을 기회를 잃게 된다. 항소심 소송절차에서 항소이유서의 작성과 제출이 지니는 위와 같은 의미와 중요성에 비추어 볼 때, 항소심 소송절차에서 국선변호인이 선정된 경우 국선변호인으로부터 충분한 조력을 받을 피고인의 권리는 공판심리 단계에서뿐만 아니라 항소이유서의 작성·제출 과정에서도 당연히 보장되어야 한다. 그러므로 피고인을 위하여 선정된 국선변호인이 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하면 이는 피고인을 위하여 요구되는 충분한 조력을 제공하지 아니한 것으로 보아야 하고, 이런 경우에 피고인에게 책임을 돌릴 만한 아무런 사유가 없음에도 불구하고 항소법원이 형사소송법 제361조의4 제1항 본문에 따라 피고인의 항소를 기각한다면, 이는 위에서 본 바와 같이 피고인에게 국선변호인으로부터 충분한 조력을 받을 권리를 보장하고 이를 위한 국가의 의무를 규정하고 있는 헌법의 취지에 반하는 조치라고 할 것이다. 따라서 피고인과 국선변호인이 모두 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하였다고 하더라도, 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 아니한 데 대하여 피고인에게 귀책사유가 있음이 특별히 밝혀지지 않는 한, 항소법원은 종전 국선변호인의 선정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정하여 다시 소송기록접수통지를 함으로써 새로운 국선변호인으로 하여금 그 통지를 받은 때로부터 형사소송법 제361조의3 제1항의 기간 내에 피고인을 위하여 항소이유서를 제출하도록 하여야 한다.

### 〈선정이유〉

피고인과 국선변호인이 모두 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하였더라도, 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 아니한 데 대하여 피고인에게 귀책사유가 있음이 특별히 밝혀지지 않는 한, 항소법원은 종전 국선변호인의 선정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정하여 다시 소송기록접수통지를 함으로써 새로운 국선변호인으로 하여금 그 통지를 받은 때로부터 형사소송법 제361조의3 제1항의 기간 내에 피고인을 위하여 항소이유서를 제출하도록 하여야 한다는 결정이다.

## 354. 항소심의 심판범위

(대법원 1976. 3. 23. 선고 76도437 판결)

### 〈쟁점〉

항소법원이 항소이유서에 없는 내용을 심판할 수 있는지 여부(적극)

### 〈판례요지〉

검사의 상고이유의 요지는 요컨대 원심이 피고인 2의 항소이유서에 포함되어 있지 않는 양형에 관해서 직권으로 조사하고 동 피고인에 대한 제1심판결을 파기한 것은 형사소송법 361조의 4 및 364조의 2항의 법리를 오해하였다는 것인바 형사소송법 361조 4의 1항에는 항소인이나 변호인이 같은 법 361조의 3의 기간내에 항소이유서를 제출하지 아니한 때에는 결정으로 항소를 기각하여야 하나 단 직권조사 사유가 있거나 항소장에 항소이유의 기재가 있는 때에는 예외로 한다고 규정하고 있는데 같은 법 364조 1항 및 2항에는 항소법원은 항소이유서에 포함된 사유에 관해서 심판하여야 하나 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다고 규정되어 있는 바 위 양 규정을 대조 고찰하면 직권조사사유에 관해서는 항소제기가 적법한 이상 항소이유서의 제출 여부를 가릴 필요없이 반드시 심판하여야 할 것이지만 직권조사사유가 아닌 것은 그것이 항소장에 기재되었거나 그렇지 않으면 소정기간내에 제출된 항소이유서에 포함되었을 경우에 한해서만 심판의 대상이 될 수 있을 뿐이고 단지 판결에 영향을 미친 사유에 한해서는 예외적으로 항소이유서에 포함되지 아니하였다 하더라도 직권으로 심판할 수 있음이 명백한데 364조 2항의 그 취지는 형사소송법이 항소이유를 제한하고 소정기간내에 항소이유서의 제출을 하도록 하고 있는 등 항소절차를 제한하고 있기 때문에 당사자가 미처 생각지 못하고 또는 적절하게 항소이유서에서 지적하지 못한 사유도 있을 것이 예상되므로 실제적 진실의 발견과 형벌법규의 공정한 실현을 위하여 그것을 직책으로 하고 있는 법원에게 판결에 영향을 미친 사유에 대하여는 그것이 항소이유서에 포함되어 있지 않는 경우에도 직권으로 심판을 하여 판결의 적정을 기하고 당사자의 이익을 보호하려는데 있다고 할 것이므로 동 조항의 판결에 영향을 미친 사유라는 것은 널리 항소이유가 될 수 있는 사유중에서 직권조사사유를 제외한 것으로서 판결에 영향을 미친 경우를 포함하는 것이라고 해석함이 타당하다.

### 〈선정이유〉

형사소송법 364조 2항의 취지는 실제적 진실의 발견과 형벌법규의 공정한 실현을 위하여 법원에게 판결에 영향을 미친 사유가 상소이유서에 포함되지 않는 경우에도 직권으로 심판을 하여 판결의 적정을 기하고 당사자의 이익을 보호하려는데 있다는 판결이다.

## 355. 항소심에서 피고인의 불출석

(대법원 2019. 10. 31. 선고 2019도5426 판결)

### 〈쟁점〉

항소심에서 피고인이 불출석한 상태에서 그 진술 없이 판결하기 위한 요건

### 〈판례요지〉

항소심에서도 피고인의 출석 없이는 개정하지 못하는 것이 원칙이다(형사소송법 제370조, 제276조). 다만 피고인이 항소심 공판기일에 출석하지 않아 다시 기일을 정하였는데도 정당한 사유 없이 그 기일에도 출석하지 않은 때에는 피고인의 진술 없이 판결할 수 있다(형사소송법 제365조). 이와

같이 피고인이 불출석한 상태에서 그 진술 없이 판결할 수 있기 위해서는 피고인이 적법한 공판기일 통지를 받고서도 2회 연속으로 정당한 이유 없이 출석하지 않은 경우에 해당하여야 한다.

기록에 따르면 아래와 같은 사실을 알 수 있다.

가. 피고인은 2019. 1. 16. 원심 제1회 공판기일에 출석하였고, 원심은 위 기일에 사선변호인 선정을 위한 피고인의 요청을 받아들여 변론을 연기하면서 제2회 공판기일을 2019. 3. 6.로 지정하여 고지하였다.

나. 피고인은 2019. 3. 6. 원심 제2회 공판기일에 사선변호인과 함께 출석하였고, 원심은 위 기일에 변론준비를 위한 변호인 요청을 받아들여 변론을 연기하면서 제3회 공판기일을 2019. 3. 13.로 지정하여 고지하였다.

다. 변호인은 2019. 3. 12. 원심법원에 공판기일 변경 신청서를 제출하였으나 원심은 이를 불허하였고, 위 고지된 원심 제3회 공판기일에 변호인만이 출석하고 피고인은 건강상 이유를 들어 출석하지 않았다. 원심은 피고인을 재소환하기 위하여 변론을 연기하면서 제4회 공판기일을 2019. 3. 22.로 지정하여 고지하였다.

라. 피고인은 2019. 3. 22. 원심 제4회 공판기일에 변호인과 함께 출석하였고, 원심은 변론을 종결하면서 제5회 공판기일인 선고기일을 2019. 4. 10.로 지정하여 고지하였다.

마. 피고인과 변호인은 모두 2019. 4. 10. 원심 제5회 공판기일에 출석하지 않았고, 원심은 피고인의 출석 없이 공판기일을 개정하여 피고인의 항소를 기각하는 판결을 선고하였다.

이러한 사실관계를 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 고지된 선고기일인 원심 제5회 공판기일에 출석하지 않았더라도 원심 제4회 공판기일에 출석한 이상, 피고인이 2회 연속으로 정당한 이유 없이 출석하지 않은 경우에는 해당하지 않으므로 원심으로서의 형사소송법 제365조 제2항에 따라 제5회 공판기일을 개정할 수 없다. 그런데도 원심은 피고인의 출석 없이 제5회 공판기일을 개정하여 판결을 선고하였으므로, 원심의 조치에는 소송절차에 관한 형사소송법 제365조에 반하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 따라서 이를 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.

### 〈선정이유〉

피고인이 불출석한 상태에서 그 진술 없이 판결할 수 있기 위해서는 피고인이 적법한 공판기일 통지를 받고서도 2회 연속으로 정당한 이유 없이 출석하지 않은 경우에 해당하여야 한다는 판결이다.

## 356. 항소심절차에서 증거에 대한 특칙

(대법원 2005. 3. 11. 선고 2004도8313 판결)

### 〈쟁점〉

제1심법원에서 간이공판절차에 의하여 심판하기로 하여 형사소송법 제318조의3 규정에 따라 증거능력이 있는 증거를 항소심에서 범행을 부인하는 경우, 항소심에서도 계속 증거로 할 수 있는지 여부(적극)

### 〈판례요지〉

피고인이 제1심법원에서 공소사실에 대하여 자백하여 제1심법원이 이에 대하여 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정하고, 이에 따라 제1심판결 명시의 증거들을 증거로 함에 피고인 또는 변호인의 이의가 없어 형사소송법 제318조의3의 규정에 따라 증거능력이 있다고 보고 상당하다고 인정하는 방법으로 증거조사를 한 이상, 가사 항소심에 이르러 범행을 부인하였다고 하더라도 제1심법원에서 증거로 할 수 있었던 증거는 항소법원에서도 증거로 할 수 있는 것이므로 제1심법원에서 이미 증거능력이 있었던 증거는 항소심에서도 증거능력이 그대로 유지되어 심판의 기초가 될 수 있고 다시 증거조사를 할 필요가 없는바, 원심이 제1심판결 명시의 증거들을 인용하여 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 조치는 옳다.

### 〈선정이유〉

제1심법원에서 간이공판절차에 의하여 심판하기로 하여 형사소송법 제318조의3 규정에 따라 증거능력이 있는 증거를 항소심에서 범행을 부인하는 경우, 항소심에서도 계속 증거로 할 수 있다는 판결이다.

## 357. 항소기각의 결정

(대법원 2018. 3. 29. 자 2018모642 결정)

### 〈쟁점〉

항소이유서 부제출을 이유로 항소기각의 결정을 하기 위한 요건 / 피고인의 항소대리권자인 배우자가 피고인을 위하여 항소한 경우, 소송기록접수통지를 항소인인 피고인에게 하여야 하는지 여부(적극)

### 〈판례요지〉

형사소송법 제361조의4, 제361조의3, 제361조의2에 따르면, 항소인이나 변호인이 항소법원으로부터 소송기록접수통지를 받은 날로부터 20일 이내에 항소이유서를 제출하지 않고 항소장에도 항소이유의 기재가 없는 경우에는 결정으로 항소를 기각할 수 있도록 정하고 있다. 그러나 항소이유서 부제출을 이유로 항소기각의 결정을 하기 위해서는 항소인이 적법한 소송기록접수통지서를 받고서도 정당한 이유 없이 20일 이내에 항소이유서를 제출하지 않았어야 한다. 피고인의 항소대리권자인 배우자가 피고인을 위하여 항소한 경우(형사소송법 제341조)에도 소송기록접수통지는 항소인인 피고인에게 하여야 하는데(형사소송법 제361조의2), 피고인이 적법하게 소송기록접수통지서를 받지 못하였다면 항소이유서 제출기간이 지났다는 이유로 항소기각결정을 하는 것은 위법하다.

### 〈선정이유〉

피고인의 항소대리권자인 배우자가 피고인을 위하여 항소한 경우에도 소송기록접수통지는 항소인인 피고인에게 하여야 하고, 피고인이 적법하게 소송기록접수통지서를 받지 못하였다면 항소이유서 제출기간이 지났다는 이유로 항소기각결정을 하는 것은 위법하다는 결정이다.

**358. 항소기각의 판결**

(대법원 2020. 6. 25. 선고 2019도17995 판결)

**〈쟁점〉**

검사와 피고인 양쪽이 상소를 제기하였는데, 어느 일방의 상소는 이유 없으나 다른 일방의 상소가 이유 있어 원판결을 파기하고 다시 판결하는 경우, 이유 없는 상소에 대하여도 주문에서 상소를 기각하는 표시를 하여야 하는지 여부(소극)

**〈판례요지〉**

검사와 피고인 양쪽이 상소를 제기한 경우, 어느 일방의 상소는 이유 없으나 다른 일방의 상소가 이유 있어 원판결을 파기하고 다시 판결하는 때에는 이유 없는 상소에 대해서는 판결이유 중에서 그 이유가 없다는 점을 적으면 충분하고 주문에서 그 상소를 기각해야 하는 것은 아니다. 피고인과 검사는 제1심판결에 불복하여 항소하였다. 원심은 판결이유 중 ‘피고인의 강제추행죄 성립 여부에 관한 판단’ 부분에서 ‘피고인이 피해자의 어깨를 주무르듯이 만져 강제추행한 사실이 인정된다. 그런데도 피고인이 피해자의 어깨를 툭툭 쳤다고만 인정한 제1심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.’고 판단하고, ‘검사의 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(특수강제추행)의 점에 관한 항소이유에 대한 판단’ 부분에서 검사의 이 부분 항소이유를 배척한 다음, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 제1심판결 중 피고인에 대한 부분을 파기하고 다시 판결을 하였다. 원심은 명시적으로 피고인의 항소를 이유 없다고 판단하지는 않았으나 검사의 항소가 일부 이유 있다는 원심판단 속에는 피고인의 항소를 받아들이지 않는다는 판단이 포함되어 있다고 봄이 타당하다. 위와 같은 사건 경과를 위에서 본 법리에 비추어 보면, 원심이 판결 주문에서 피고인의 항소를 기각한다는 표시를 하지 않았다고 하더라도 형사소송법 제364조 제4항을 위반한 잘못이 없다.

**〈선정이유〉**

검사와 피고인 양쪽이 상소를 제기한 경우, 어느 일방의 상소는 이유 없으나 다른 일방의 상소가 이유 있어 원판결을 파기하고 다시 판결하는 때에는 이유 없는 상소에 대해서는 판결이유 중에서 그 이유가 없다는 점을 적으면 충분하고 주문에서 그 상소를 기각해야 하는 것은 아니라는 판결이다.

**359. 항소심에서 공동피고인을 위한 파기**

(대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도14303 전원합의체 판결)

**〈쟁점〉**

형사소송법 제364조의2의 취지 및 위 규정은 공동피고인 사이에서 파기의 이유가 공통되는 해당 범죄사실이 동일한 소송절차에서 병합심리된 경우에만 적용되는지 여부(적극)

### 〈판례요지〉

원심은 직권남용 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 파기하면서 그 근거로 공소의 4, 공소의 1에 대한 파기이유가 제1심 공동피고인이었던 피고인에게도 공통된다는 이유로 형사소송법 제364조의2를 들었다. 그러나 형사소송법 제364조의2는 “피고인을 위하여 원심판결을 파기하는 경우에 파기의 이유가 항소한 공동피고인에게 공통되는 때에는 그 공동피고인에게 대하여도 원심판결을 파기하여야 한다.”라고 정하고 있고, 이는 공동피고인 상호 간의 재판의 공평을 도모하려는 취지이다. 위와 같은 형사소송법 제364조의2의 규정 내용과 입법 목적을 고려하면, 위 규정은 공동피고인 사이에서 파기의 이유가 공통되는 해당 범죄사실이 동일한 소송절차에서 병합심리된 경우에만 적용된다고 보는 것이 타당하다. 기록에 의하면, 피고인은 이 부분 공소사실이 포함된 서울중앙지방법원 2017고합364호 사건으로 공소의 4, 공소의 17과 함께 공소제기 되었으나, 공소의 4, 공소의 1에 대한 이 부분 공소사실은 이미 서울중앙지방법원 2016고합1202호 사건으로 공소제기 되었고, 피고인과 공소의 4, 공소의 1 각각에 대한 이 부분 공소사실은 병합되어 심리되지 않은 사실을 알 수 있다. 따라서 피고인은 공소의 4, 공소의 1과 이 부분 공소사실에 관하여 형사소송법 제364조의2에서 정한 공동피고인에 해당하지 않는다.

### 〈선정이유〉

형사소송법 제364조의2는 공동피고인 사이에서 파기의 이유가 공통되는 해당 범죄사실이 동일한 소송절차에서 병합심리된 경우에만 적용된다는 판결이다.

## 360. 항소심과 구두변론원칙

(대법원 1994. 10. 21. 선고 94도2078 판결)

### 〈쟁점〉

항소심에서의 판결이 반드시 구두변론을 거쳐야 하는지 여부(적극)

### 〈판례요지〉

판결은 항소심에서 항소이유가 없음이 명백하여 항소기각의 판결을 하는 때와 상고심의 판결 등 예외적으로 법률에 의하여 서면심리에 의한 판결이 가능하도록 규정되어 있는 경우를 제외하고는 구두변론을 거쳐야 함이 원칙이다. 그런데 기록에 의하면, 제1심판결의 유죄부분에 대하여 검사만이 양형부당을 이유로 항소하였는데 원심은 공판절차를 진행함에 있어, 그 모두절차에서는 피고인이 항소이유서에 의하여 항소이유를 진술하고 검사는 항소기각의 의견을 진술하였으며, 그 최종변론단계에서도 검사가 피고인의 항소를 기각함이 상당하다는 의견만을 진술하여 검사가 항소이유를 진술하거나 피고인이 이에 대하여 의견을 진술한 흔적이 전혀 없음에도 불구하고 변론을 종결한 다음 검사의 항소를 받아들여 양형부당을 이유로 제1심판결을 파기하였음이 명백하다. 그렇다면 원심은 검사의 항소이유에 대하여 구두변론을 거쳐 심리하지 아니함으로써 법률의 규정에 따라 공판절차를 진행하지 아니한 위법을 범하였고, 그 결과 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다고 할 수 없으므로 이 점을 탓하는 논지는 이유 있다.

## 〈선정이유〉

판결은 항소심에서 항소이유가 없음이 명백하여 항소기각의 판결을 하는 때와 상고심의 판결 등 예외적으로 법률에 의하여 서면심리에 의한 판결이 가능하도록 규정되어 있는 경우를 제외하고는 구두변론을 거쳐야 함이 원칙이라는 판결이다.

## 제 3 장 상 고

## 361. 상고심의 구조

(대법원 2008. 5. 29. 선고 2007도1755 판결)

## 〈쟁점〉

상고심의 구조가 법률심·사후심인지 여부(적극)

## 〈판례요지〉

검사는 상고이유로, 이 사건 심리과정에서 나타난 여러 가지 다른 사정들을 종합하여 보면 피고인의 위 변명은 믿기 어렵고 그 밖에 공소사실을 인정할 증거가 충분하므로 피고인에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 채증법칙을 위반한 사실오인의 잘못이 있다고 주장한다. 검사의 상고이유 주장을 자세히 살펴보면, 그 주장은 결국 원심의 전권사항인 증거취사와 사실인정을 나무라는 취지임을 알 수 있는바, 형사소송법 제308조는 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의하도록 자유심증주의를 규정하고 있으므로, 가사 원심의 증거의 증명력에 대한 판단과 증거취사 판단에 그와 달리 볼 여지가 상당한 정도 있는 경우라고 하더라도, 원심의 판단이 논리법칙이나 경험법칙에 따른 자유심증주의의 한계를 벗어나지 아니하는 한 그것만으로 바로 형사소송법 제383조 제1호가 상고이유로 규정하고 있는 법령 위반에 해당한다고 단정할 수 없고, 또한 원심의 구체적인 논리법칙 위반이나 경험법칙 위반의 점 등을 지적하지 아니한 채 단지 원심의 증거취사와 사실인정만을 다투는 것은, 특별한 사정이 없는 한 사실오인의 주장에 불과하다. 그런데 형사소송법 제383조는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 한하여 ‘중대한 사실의 오인’을 상고이유로 허용하고 있고, 그 나머지 사건에서는 오로지 ‘판결에 영향을 미친 법령 위반’, ‘형의 폐지나 변경, 사면’, ‘재심청구의 사유가 있을 때’만을 상고이유로 허용하고 있으므로, 징역 8월이 선고된 이 사건에서는 위와 같은 사실오인의 주장은 형사소송법이 허용하고 있는 적법한 상고이유에 해당하지 아니한다. 검사의 이 사건 상고이유 중에는 원심의 증거판단 중 어떠한 점이 어떠한 이유로 어떠한 논리법칙이나 경험법칙에 위반하였는지에 관하여 구체적으로 지적하고 있지 않을 뿐 아니라, 원심판결 이유와 상고이유를 살펴봐도 원심판결에 자유심증주의의 한계를 벗어난 법령 위반에 해당한다고 볼 만한 사정은 엿보이지 아니하여, 결국 검사의 이 사건 상고이유 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

## 〈선정이유〉

사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서 중대한 사실의 오인이 있다는

주장이 아니라면 증거취사와 사실인정의 오류인 ‘사실오인’과 논리법칙이나 경험법칙에 따른 자유 심증주의의 한계를 벗어난 ‘법령위반’을 구분해야 한다는 취지의 판결이다.

## 362. 상고이유 제한 법리

(대법원 2019. 3. 21. 선고 2017도165931 전4체 판결)

### 〈쟁점〉

이른바 ‘상고이유 제한에 관한 법리’의 의의와 근거 / 상고심은 항소심에서 심판대상으로 되었던 사항에 한하여 상고이유의 범위 내에서 그 당부만을 심사하여야 하는지 여부(적극) 및 항소인이 항소이유로 주장하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼아 판단한 사항 이외의 사유를 상고이유로 삼아 다시 상고심의 심판범위에 포함시키는 것은 상고심의 사후심 구조에 반하는지 여부(적극) / 피고인이 유죄가 인정된 제1심판결에 대하여 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 항소하고 검사는 양형부당만을 이유로 항소하였는데, 항소심이 검사의 항소를 받아들여 제1심판결을 파기하고 그보다 높은 형을 선고한 경우, 피고인이 항소심의 심판대상이 되지 않았던 법령위반 등 새로운 사항을 상고이유로 삼아 상고하는 것이 적법한지 여부(소극)

### 〈판례요지〉

[1] [다수의견] ① 형사소송법상 상고인이나 변호인은 소정의 기간 내에 상고법원에 상고이유서를 제출하여야 하고, 상고이유서에는 소송기록과 항소법원의 증거조사에 표현된 사실을 인용하여 그 이유를 명시하여야 한다(제379조 제1항, 제2항). 상고법원은 원칙적으로 상고이유서에 포함된 사유에 관하여 심판하여야 하고(제384조 본문), 상고이유가 있는 때에는 판결로써 항소심판결을 파기하여야 하는데(제391조), 파기하는 경우에도 환송 또는 이송을 통해 항소심으로 하여금 사건을 다시 심리·판단하도록 함이 원칙이며 재판은 예외적으로만 허용된다(제393조 내지 제397조). 또한 상고심은 항소심까지의 소송자료만을 기초로 하여 항소심판결 선고 시를 기준으로 그 당부를 판단하여야 하므로, 직권조사 기타 법령에 특정한 경우를 제외하고는 새로운 증거조사를 할 수 없을뿐더러 항소심판결 후에 나타난 사실이나 증거의 경우 비록 그것이 상고이유서 등에 첨부되어 있다 하더라도 사용할 수 없다. 위 규정 및 법리를 종합해 보면, 상고심은 항소심판결에 대한 사후심으로서 항소심에서 심판대상으로 되었던 사항에 한하여 상고이유의 범위 내에서 그 당부만을 심사하여야 한다. 그 결과 항소인이 항소이유로 주장하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼아 판단한 사항 이외의 사유는 상고이유로 삼을 수 없고 이를 다시 상고심의 심판범위에 포함시키는 것은 상고심의 사후심 구조에 반한다. 이러한 점에서 이른바 ‘상고이유 제한에 관한 법리’(이하 ‘상고이유 제한 법리’라고 한다)는 형사소송법이 상고심을 사후심으로 규정한 데에 따른 귀결이라고 할 수 있다.

② 상고이유 제한 법리는 피고인이 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 항소함으로써 항소심의 심판대상이 되지 않았던 법령위반 등 새로운 사항에 대해서는 피고인이 이를 상고이유로 삼아 상고하더라도 부적법한 것으로 취급함으로써 상고심의 심판대상을 제한하고 있다. 이는 심급제도의 운영에 관한 여러 가지 선택 가능한 형태 중에서 현행 제도가 사후심제 및 법률심의 방식을 선택한 입법적 결단에 따른 결과이다. 특히 모든 사건의 제1심 형사재판절차에서 법원에 의한 사실적·법률적 심리검토의 기회가 주어지고 피고인이 제1심판결에 대해 항소할 기회가 부여되어 있음에도

항소심에서 적극적으로 이를 다투지 아니한 사정 등을 감안하여 개개 사건에서 재판의 적정, 피고인의 구제 또는 방어권 보장과 조화되는 범위 내에서 재판의 신속 및 소송경제를 도모하고 심급제도의 효율적인 운영을 실현하기 위하여 마련된 실정법상의 제약으로서 그 합리성도 인정된다.

③ 상고심과 항소심의 직권심판권은 하급심판결에 대한 법령위반 등 잘못을 최대한 바로잡기 위한 취지이다. 그리하여 먼저 항소심의 직권심판권을 통하여 제1심판결에 대하여 피고인이 항소이유를 주장하여 적절히 다투지 아니하더라도 사실을 오인하거나 법령을 위반하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다면 항소심에서 이를 바로잡을 수 있고, 상고심은 항소심판결 자체에 여전히 위법이 있는 경우, 예를 들어 항소심이 제1심판결의 위법을 간과하고 항소기각 판결을 선고하거나 제1심판결을 파기 후 재판하는 항소심판결에 고유한 법령적용의 위법이 있는 경우에 직권심판권을 폭넓게 활용함으로써 최종적으로 이를 바로잡을 수 있다. 위와 같이 형사소송법상 상고심과 항소심의 두 심급에 걸쳐 마련되어 있는 직권심판권의 발동에 의해 직권심판사항에 해당한다고 판단되는 위법사유에 대해서는 피고인이 항소하지 않거나 항소이유로 주장하지 아니함에 따라 항소심의 심판대상에 속하지 않았던 사항이라도 피고인에게 이익이 되는 방향으로 그 잘못을 최대한 바로잡을 수 있는 장치가 갖추어져 있다. 이를 통해 상고심의 사후심 및 법률심으로서의 기능과 피고인의 구제는 더욱 강화된다.

④ 형사소송법상 법관의 면전에서 당사자의 모든 주장과 증거조사가 실질적으로 이루어지는 제1심법정에서의 절차가 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의를 구현하는 원칙적인 것이 되고, 다만 제1심의 공판절차에 관한 규정은 특별한 규정이 없으면 항소심의 심판절차에도 준용되는 만큼(제370조), 항소심도 제한적인 범위 내에서 이러한 원칙에 따른 절차로 볼 수 있다. 반면 형사소송법상 상고심은 상고장, 상고이유서 기타의 소송기록에 의하여 변론 없이 판결할 수 있도록 되어 있고(제390조 제1항), 공판절차를 진행하더라도 피고인의 소환을 요하지 않는 등(제389조의2) 절차적인 면에서 이와는 현격한 차이가 있다. 위와 같은 제1심 및 항소심과 상고심에 있어 심리절차상의 차이를 공판중심주의 및 실질적 직접심리주의의 정신에 비추어 살펴보면, 제1심법원이 법관의 면전에서 사실을 검토하고 법령을 적용하여 판결한 사유에 대해 피고인이 항소하지 않거나 양형부당만을 항소이유로 주장하여 항소함으로써 죄의 성부에 관한 판단 내용을 인정하는 태도를 보였다면 그에 관한 판단 내용이 잘못되었다고 주장하면서 상고하는 것은 허용될 수 없다고 보아야 한다.

⑤ 양형이 원칙적으로 재량 판단이라는 점을 감안한다면, 항소심이 검사의 양형부당에 관한 항소를 받아들임으로써 제1심판결을 파기하고 보다 높은 형을 선고한 것은 심급제도하에서 양형 요소라는 동일한 심판대상에 관해 서로 다른 법원에서 고유의 권한으로 반복하여 심사가 이루어짐에 따라 부득이하게 발생된 결과라고 봄이 타당하다. 따라서 제1심과 항소심 사이의 양형 판단이 피고인에게 불리한 내용으로 달라졌다는 사정변경이 사후심 구조에 따른 상고이유 제한 법리의 타당성 등에 영향을 미칠 만한 것이라고 보기는 어렵다.

[대법관 권순일, 대법관 이기택, 대법관 김재형, 대법관 김선수의 별개의견]

① 피고인이 유죄가 인정된 제1심판결에 대하여 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 소극적으로 항소하고 검사는 양형부당만을 이유로 항소하였는데, 항소심이 검사의 항소를 받아들임으로써 제1심판결을 파기하고 그보다 높은 형을 선고하였다면 이는 피고인이 항소 여부 등을 판단할 때 기초가 된 사정에 중대한 변경이 생긴 것으로 볼 수 있다. 이러한 사정변경은 제1심법원이 양형에 관한 판단을 잘못하였다는 이유로 상급심인 항소법원이 이를 바로잡는 과정에서 발생한 것이어서 피고인이 항소 여부 등을 판단할 당시에는 예견하기 어려웠던 것일 뿐만 아니라 그 발생 원인에

대해 피고인에게 책임이 있다고 볼 수도 없다. 이러한 사정을 종합해 볼 때 피고인이 제1심판결의 결론에 승복함으로써 항소 당시에는 그 주장을 보류해 두었던 사실오인, 법령위반 등 사유를 항소심에서 형이 높아진 다음에 상고이유로 삼아 상고하였을 때 이를 허용해 주는 것이 타당하다. 설령 이러한 상황에서 피고인이 상고이유로 삼고 있는 사유가 항소심의 심판대상이 되지 않았던 새로운 것이라고 하더라도 이를 주장하여 상고하는 피고인의 태도를 항소 당시와는 모순되는 거동으로서 부당하다고 볼 수는 없다. 또한 이를 남상고로 단정하기도 어렵다. 오히려 이와 같은 경우에 대해서도 상고이유를 항소 여부를 결정할 당시를 기준으로 제한하는 것은 피고인의 상고권을 과도하게 제한하는 것이어서 부당하다.

② 상소제도와 관련하여 판결 주문은 피고인의 상소 가능성과 그 의사는 물론, 구체적인 상소이유의 내용과 범위를 전반적으로 결정짓는 핵심이 된다는 점에서 판결 이유와는 질적으로 다르다. 상소의 적법 여부, 상소이유의 허용 범위를 판단할 때에도 양자는 달리 취급되어야 하고 1차적으로 판결 주문이 기준이 되어야 한다. 따라서 판결 주문이 앞선 심급에 비하여 피고인에게 불이익하게 변경되었고 그에 대해 피고인이 승복하지 않고 상소할 경우에는, 이를 뒷받침하기 위해 주장할 상소이유의 허용 범위도 주문의 정당성을 다툴 만한 것인 이상 가급적 널리 인정하여야 한다. 이것이 불이익한 재판 결과에 대한 소송절차상의 방어권으로서 피고인에 대해 상소권을 인정한 취지에 부합하는 태도이다. 제1심판결에 대하여 검사만이 양형부당을 이유로 항소하고 피고인은 항소하지 않은 상황에서 항소심이 검사의 항소를 받아들여 제1심보다 무거운 형을 선고한 사안이나 제1심판결에 대하여 피고인과 검사 쌍방이 양형부당만을 이유로 항소하였으나 항소심이 피고인의 항소는 기각하고 검사의 항소만을 받아들임으로써 제1심판결을 파기하고 그보다 무거운 형을 선고한 사안(이하 통틀어 ‘이 사건 사안’이라 한다)은 피고인이 제1심판결의 주문에 대해 승복함으로써 그 결론이 유지되는 이상 적극적으로 항소할 의사가 없었고 설령 판결 이유 중의 사실인정, 법령 적용 등에 불만이 있었더라도 항소하는 것이 허용되지도 않았는데, 항소심에서 판결 주문이 불리하게 변경됨으로써 상고할 이익이나 필요성이 새로 발생된 경우라고 할 수 있다. 따라서 피고인이 상고함에 있어 판결 이유 중의 법령위반 등 새로운 사유라도 이를 주장하여 항소심판결의 잘못을 충분히 다툴 수 있도록 하여야 한다.

③ 사후심이란 원판결 자체를 심판대상으로 삼아 원판결의 당부를 제출된 상소이유에 따라 사후에 심사하는 것을 말한다. 이때 사후심이 복심이나 속심 등 다른 심판구조와 대비되는 본질적인 특징은 심판대상이 원판결 자체인지 아니면 피고사건 자체인지 및 심판방법이 원판결 당시를 표준으로 기존의 소송자료에만 기초하여 심사하는 것인지 여부의 차이에 따른 것이다. 그러므로 상고심이 사후심이라는 사실 자체는 피고인이 상고이유로 삼을 수 있는 사유가 다수의견이 주장하는 것처럼 항소심판결 중 피고인이 항소이유로 주장하여 다투었거나 직권 발동에 의해 심판대상이 됨으로써 판단된 사항에 한정된다고 볼 근거가 될 수 없다. 항소심판결의 판단 내용에 포함된 사실인정, 법령적용에 관한 사항도 항소심의 심판대상이 된 사항에 속할 수 있는 것이며 그와 같은 해석이 상고심의 사후심 구조에 배치되는 것은 아니다.

④ 심급에 기초한 상소제도의 구성과 운영은 입법정책의 문제이기는 하지만, 헌법상 법치주의의 원리, 헌법 제12조 제1항의 적법절차 규정과 헌법 제27조 제1항의 공정한 재판청구권 규정은 형사재판에서 피고인의 방어권을 보장하려는 취지이므로, 항소심에서도 이러한 취지는 유지되어야 하고, 현행 형사항소심의 구조를 기본적으로 속심제로 보는 이상 항소심에서 피고인의 방어권 보장의 내용은 본질적인 면에서는 제1심에서의 그것과 같이 보아야 한다. 특히 이 사건 사안과 같은 경우는 항소심이 파기 후 재판함으로써 제1심판결의 효력이 사실상 소멸되고 제1심판결 선고 직전 상

태에서 항소심의 심리가 계속 이어져 항소법원이 항소심판결 선고 시를 표준으로 피고사건 실체에 대해 새로운 판단을 내린 것이라는 점에서 속심적 성격이 더욱 분명하다. 따라서 피고인이 자신에게 불리하게 선고된 제1심판결에 대해 항소할 때와 마찬가지로, 자신에게 불리하게 변경된 항소심판결에 대해서도 그 직전의 항소심 진행 과정에서 적극적으로 다투었는지 여부에 구애됨이 없이 다음 심급인 상고심에서 항소심판결에 영향을 미친 법령위반 등 사유를 상고이유로 삼아 자유롭게 다투므로써 스스로를 적극적으로 방어할 수 있도록 그 기회를 보장해야 한다.

⑤ 이 사건 사안에서 상고이유 제한 법리를 엄격하게 관철할 경우 피고인의 전략적 행동을 유발함으로써 권리의 구제와 오판의 시정이라는 심급제도 및 상소제도 본래의 취지나 목적과는 무관하게 절차가 운영될 뿐만 아니라, 피고인과 항소법원 모두에게 소송절차와 관련된 불필요한 비용이나 부담이 발생하는 부작용이 초래된다. 결국 이 법리는 남소소를 방지하기 위한 적합한 수단이 될 수 없다.

⑥ 요컨대, 유죄판결을 받은 피고인이 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 항소한 후 항소심이 검사의 양형부당 항소를 받아들여 제1심판결을 파기하고 재판하면서 형을 높인 때에는 항소심의 심판대상이 되지 않았던 사유라 할지라도 적법한 상고이유로 인정되어야 한다. 이 사건 사안에 대해서까지 상고이유 제한 법리를 적용하는 것은 피고인이 항소 여부 등을 결정할 당시에는 예견하기 어려운 중대한 사정변경이 있었다는 점, 형사소송법상 상소의 가능성과 그 의사는 판결 주문에 따라 결정되는데 항소심에서 주문이 불리하게 변경된 점, 항소심의 파기 후 재판에 의한 판결 내용은 항소심의 고유한 판단이라는 점, 제1심과 항소심에서의 판결 결과에 따라 상소권 보장의 불균형이 생기는 것을 방지할 필요가 있는 점, 불필요한 항소를 유발하게 되어 심리부담 경감의 수단으로는 부적합한 점 등의 특수한 사정을 간과한 것이다. 그리하여 피고인이 상고하여 방어권을 행사할 실질적인 근거가 있음에도 그 기회를 사실상 박탈함으로써 피고인에게 예상치 못한 불이익을 주는 결과가 된다. 이는 재판받을 권리를 기본권으로 규정하고 적법절차를 보장하고 있는 헌법의 정신에도 반한다. 상고이유 제한 법리는 심급제도 및 각 심급의 구조와 역할, 그리고 이에 대응한 피고인의 소송상 지위 등에 기초한 것으로서, 위 법리 자체의 타당성은 인정된다. 그러나 이는 형사소송법 제383조와는 달리 명문의 규정이 없이 관련 규정의 체계적 해석을 통해 인정되는 것이고 이로 인하여 피고인이 형사소송법에 규정된 상고권을 행사할 기회는 크게 제한된다. 이러한 점에 비추어 본다면, 이 사건 사안과 같이 위 법리를 구체적 사안에 적용하였을 때 본래의 취지에 맞지 않는 불합리한 결과가 초래된다거나 심급에 따른 상소권 보장의 본질에 반하는 등 특수한 사정이 존재하여 이를 그대로 적용하는 것이 타당하지 않다고 인정되는 경우에는 그 적용을 배제하는 것이 균형 있는 해석이 된다.

#### [대법관 조희대의 별개의견]

① 형사소송법 제383조는 상고권자가 적법하게 상고를 제기할 수 있는 요건으로 원심판결에 대한 것일 것과 제1호 내지 제4호의 각호에서 정한 사유 중 어느 하나에 해당할 것이라는 두 가지만을 요구하고 있다. 위의 두 가지 요건 외에 다수의견이 말하는 것처럼 ‘항소심에서 상고인이 항소이유로 주장하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼음으로써 항소심의 심판대상이 된 사항일 것’이 요구된다고 볼 수는 없다. 이러한 요건이 포함되어 있다고 보는 것은 위 규정의 문언에 따른 가능한 해석의 범위를 넘는다. 그 밖에 형사소송법과 다른 법률을 살펴보아도 다수의견의 위와 같은 상고이유 제한 법리를 뒷받침하고 있다고 볼 만한 근거 규정을 전혀 찾을 수 없다.

② 상고심은 법률심으로서 재판을 통하여 원심판결에 관한 법령위반의 잘못을 최종적으로 바로잡음으로써 법률문제에 관하여 여러 개의 하급심의 판단이 서로 달라질 경우 발생하게 될 위법 상

태 또는 법적 혼란 상태를 극복하는 것을 본질적인 기능으로 하고 있다. 이는 유일의 최상급법원으로 하여금 법률의 해석·적용에 관한 최종적인 심판권을 갖도록 함으로써 국가 전체적으로 법률의 해석·적용에 관한 통일성을 유지하고, 하급심의 잘못된 법률의 해석·적용으로 인하여 침해되는 피고인의 권리가 구제될 수 있도록 하기 위한 것이다. 상고심이 법률문제에 대해 최종적인 심판기관으로서 이러한 기능과 역할을 수행하는 것은 심급제도와 상소제도에 관한 입법적 결단으로서 결코 포기될 수 없는 상고심의 고유한 권한인 동시에 책무이다. 따라서 형사소송법 제383조에서 규정하는 법령위반 등에 관한 상고이유 주장은 언제나 적법한 상고이유가 된다고 보아야 한다. 다수의견의 상고이유 제한 법리는 이러한 법률문제에 관한 상고이유에 대해서도 항소심에서 구체적인 심판대상이 된 사항인지 아닌지에 따라 적법성 여부가 좌우된다고 보고 있는데, 이는 법률심인 상고심의 기능과 역할에 배치되므로 받아들이기 어렵다.

③ 형사소송법 제384조에 규정된 직권심판은 상고심의 의무가 아니라 권한으로서 그 발동 여부가 상고심의 재량에 달려 있다. 그리하여 직권심판사항에 대해서는 그 위법사유가 긍정되어야 할 뿐만 아니라 상고심 스스로 이를 바로잡기 위해 원심판결을 파기할 필요가 있다고 인정하는 예외적인 경우에 한하여 그에 관한 명시적인 판단이 이루어지기 때문에 대부분의 경우에는 그에 관하여 상고심이 제대로 직권심판권을 발동하였는지 알 길이 없다. 이러한 점에서 상고심의 직권심판은 의무적 심판대상인 상고이유에 관한 판단과 비교해 볼 때 법률심을 강화하기 위한 수단으로 미흡하여 다수의견의 상고이유 제한 법리를 합리화할 근거가 되기에 부족하다.

④ 요컨대, 형사소송법 제383조는 상고이유의 범위에 관하여 명문의 규정을 두고 있는데, 다수의견이 주장하는 상고이유 제한 법리는 형사소송법, 그 밖의 관련 법령상 아무런 근거가 없을 뿐만 아니라, 상고심의 사후심 구조나 상고심의 적정한 기능 확보를 위한 정책적 필요성을 이유로 그 타당성을 인정하기도 어렵다. 이는 헌법과 형사소송법의 취지 및 법률심으로서 상고심의 기능이나 역할과도 배치되므로 도저히 받아들일 수 없다. 그러므로 형사소송법 제383조에 따라 판결에 영향을 미친 법령위반 등 사유를 상고이유로 삼아 상고한 경우에는 항소심에서 심판대상이 된 사항인지 여부와 관계없이 언제나 적법한 상고이유가 된다고 보아야 한다. 상고심의 기능은 위 규정을 보다 엄격히 해석하여 순수한 법령위반에 관한 사유만으로 상고이유의 범위를 한정하는 방법으로 해결되어야 한다.

[2] 피고인들이 약사법 위반으로 기소되어 제1심에서 각각 벌금형을 선고받은 후 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 항소하였고 검사도 양형부당을 이유로 항소하였는데, 항소심에서 검사의 항소이유가 인용됨으로써 제1심판결이 파기되고 피고인들에 대해 각각 그보다 높은 형이 선고되자, 피고인들이 항소심에서 심판대상이 되지 않았던 채증법칙위반, 심리미진 및 법리오해의 새로운 사유를 상고이유로 삼아 상고한 경우, 기존 대법원 판례가 일관되게 유지해 온 이른바 ‘상고이유 제한에 관한 법리’가 그대로 적용되어야 한다는 전제에서, 피고인들의 위 상고이유 주장은 항소심에서 심판대상이 되지 아니한 사항이므로 적법한 상고이유가 아니다.

### 〈선정이유〉

상고이유 제한법리에 관한 기본적인 내용들을 판시하고 있는 판결이다.

### 363. 양형부당과 상고이유

(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결)

#### 〈쟁점〉

양형부당을 사유로 한 상고이유를 제한하는 형사소송법 제383조 제4호의 위헌 여부(소극) / 선고유예의 요건 중 '개전의 정상이 현저한 때'의 의미 및 이에 대한 원심 판단의 당부를 상고심의 심판대상으로 삼을 수 있는지 여부(소극)

#### 〈판례요지〉

[1] 대법원의 재판권에 관하여 헌법은 제107조 제2항의 규정 외에는 아무런 규정을 두고 있지 아니하고 있어, 위 규정 외의 대법원의 재판권에 관한 사항은 적의 규정할 수 있는 것이므로 형사 사건에서 어떤 사유를 이유로 하여 상고할 수 있도록 하느냐의 문제는 입법정책의 문제일 뿐만 아니라, 양형부당을 사유로 한 상고이유를 제한한 형사소송법 제383조 제4호의 규정은 입법권자에게 허용된 형성의 자유의 영역에 속하는 것이라고 할 것이어서, 위 법률의 규정이 헌법 제101조 제2항이나, 대법원의 재판을 받을 국민의 권리를 규정하고 있는 헌법 규정에 위반되는 것이라고 할 수 없다.

[2] [다수의견] 선고유예의 요건 중 '개전의 정상이 현저한 때'라고 함은, 반성의 정도를 포함하여 널리 형법 제51조가 규정하는 양형의 조건을 종합적으로 참작하여 볼 때 형을 선고하지 않더라도 피고인이 다시 범행을 저지르지 않으리라는 사정이 현저하게 기대되는 경우를 가리킨다고 해석할 것이고, 이와 달리 여기서의 '개전의 정상이 현저한 때'가 반드시 피고인이 죄를 깊이 뉘우치는 경우만을 뜻하는 것으로 제한하여 해석하거나, 피고인이 범죄사실을 자백하지 않고 부인할 경우에는 언제나 선고유예를 할 수 없다고 해석할 것은 아니며, 또한 형법 제51조의 사항과 개전의 정상이 현저한지 여부에 관한 사항은 널리 형의 양정에 관한 법원의 재량사항에 속한다고 해석되므로, 상고심으로서 형사소송법 제383조 제4호에 의하여 사형·무기 또는 10년 이상의 징역·금고가 선고된 사건에서 형의 양정의 당부에 관한 상고이유를 심판하는 경우가 아닌 이상, 선고유예에 관하여 형법 제51조의 사항과 개전의 정상이 현저한지 여부에 대한 원심 판단의 당부를 심판할 수 없고, 그 원심 판단이 현저하게 잘못되었다고 하더라도 달리 볼 것이 아니다.

#### [반대의견]

선고유예의 요건 중 '개전의 정상이 현저한 때' 관한 판단이 기본적으로는 하급심의 재량에 속한다고 할 것이지만 그 재량판단이 '현저하게 잘못된 경우'에는 선고유예의 요건에 관한 법리오해의 위법이 있는 것으로 보아 형사소송법 제383조 제1호의 '판결에 영향을 미친 법률위반이 있는 때'에 해당하여 상고심이 그 당부를 심판할 수 있다.

#### [별개의 반대의견]

형법 제59조 소정의 선고유예의 요건 등에 관한 판단은 형의 경중을 가려서 단순한 형의 종류를 선택하거나 선택한 형에 대하여 그 형량을 정하는 것과는 차원이 다른 '법률판단'이라 할 것이고, 따라서 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금형을 선고할 수 없는 사건이거나, 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여 형의 선고를 유예한 경우와 마찬가지로 제51조의 사항을 참작하여 개전의 정상이 현저하지 아니하다고 판단되는 자에 대하여 형의 선고를 유예한 경우에도 형사소송법 제383조 제1호에 의하여 상고할 수 있다.

### 〈선정이유〉

형사사건에서 어떤 사유를 이유로 하여 상고할 수 있도록 하느냐의 문제는 입법정책의 문제일 뿐만 아니라, 양형부당을 사유로 한 상고이유를 제한한 형사소송법 제383조 제4호의 규정은 입법권자에게 허용된 형성의 자유의 영역에 속하는 것이라고 할 것이어서 위헌으로 볼 수 없고, 형법 제51조의 사형과 개전의 정상이 현저한지 여부에 관한 사항은 널리 형의 양정에 관한 법원의 재량 사항에 속한다고 해석되므로, 상고심으로서는 이에 대한 원심 판단의 당부를 심판할 수 없다는 판결이다.

## 364. 중한 형이 선고된 사건을 대상으로 하는 상고이유

(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013도14914 판결)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제383조 제4호의 해석상 검사가 항소심의 형의 양정이 가법다는 사유로 상고할 수 있는지 여부(소극)

### 〈판례요지〉

원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 이 사건 공소사실 중 피해자 서명택에 대한 상해의 점에 대하여 그 범죄사실의 증거가 없음을 이유로 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지한 것은 정당하다. 거기에 상고이유의 주장과 같이 상해죄에서의 고의 내지 예견가능성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다. 그리고 원심이 양형에 있어서 법리를 오해한 위법이 있다는 취지의 주장은 결국 양형부당 주장에 해당한다. 그러나 형사소송법 제383조 제4호의 해석상 검사는 원심의 형의 양정이 가법다는 사유를 상고이유로 주장할 수 없다.

### 〈선정이유〉

검사는 원심의 형의 양정이 가법다는 사유를 상고이유로 주장할 수 없다는 판결이다.

## 365. 상고이유서와 상고이유의 기재

(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008도5634 판결)

### 〈쟁점〉

상고이유서에 구체적이고 명시적인 이유를 설시하지 않고 단순히 원심판결에 사실오인 내지 법리오해의 위배가 있다고만 기재한 경우, 적법한 상고이유가 제출된 것으로 볼 수 있는지 여부(소극)

**〈판례요지〉**

상고법원은 상고이유에 의하여 불복신청한 한도 내에서만 조사·판단할 수 있으므로, 상고이유서에는 상고이유를 특정하여 원심판결의 어떤 점이 법령에 어떻게 위반되었는지에 관하여 구체적이고도 명시적인 이유의 설시가 있어야 할 것이고, 상고인이 제출한 상고이유서에 위와 같은 구체적이고도 명시적인 이유의 설시가 없이 상고이유로 단순히 원심판결에 사실오인 내지 법리오해의 위배가 있다고만 기재함에 그치고만 경우는 어느 증거에 관한 취사조치가 채증법칙에 위배되었다는 것인지, 또 어떠한 법령적용의 잘못이 있고 어떠한 점이 부당하다는 것인지 전혀 구체적 사유를 주장하지 아니한 것이어서 적법한 상고이유가 제출된 것이라고 볼 수 없다. 기록에 의하면, 검사는 상고를 제기하면서 상고의 범위 란에 '전부', 상고의 이유 란에 '채증법칙 위배 및 법리오해로 판결에 영향을 미친 위법이 있음'이라고만 간단히 기재한 상고장을 제출한 다음, 상고이유서에는 무죄 부분에 관한 상고이유를 기재하지 않고 있는바, 위 법리에 비추어 볼 때, 무죄 부분에 대하여는 적법한 상고이유가 제출된 것으로 보기 어려우므로, 검사의 이 부분 상고는 이유 없다.

**〈선정이유〉**

상고인이 제출한 상고이유서에 위와 같은 구체적이고도 명시적인 이유의 설시가 없이 상고이유로 단순히 원심판결에 사실오인 내지 법리오해의 위배가 있다고만 기재한 경우는 어느 증거에 대한 취사조치가 채증법칙에 위배되었다는 것인지, 또 어떠한 법령적용의 잘못이 있고 어떠한 점이 부당하다는 것인지 구체적 사유를 전혀 주장하지 않은 것이어서 적법한 상고이유가 제출된 것으로 볼 수 없다는 판결이다.

**366. 상고심의 심판범위**

(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도6730 판결)

**〈쟁점〉**

법률의 해석·적용을 그르친 나머지 피고인을 유죄로 잘못 인정한 원심판결에 대하여 검사만이 상고한 경우, 상고법원이 직권으로 심판하여 무죄의 취지로 원심판결을 파기할 수 있는지 여부(적극)

**〈판례요지〉**

상고법원은 판결에 영향을 미친 법률의 위반이 있는 경우에는 상고이유서에 포함되지 아니한 때에도 직권으로 심판할 수 있는바(형사소송법 제384조, 제383조 제1호), 이는 법률의 해석·적용을 그르친 나머지 피고인을 유죄로 잘못 인정한 원심판결에 대하여 피고인은 상고를 제기하지 아니하고 검사만이 다른 사유를 들어 상고를 제기하였고, 검사의 상고가 피고인의 이익을 위하여 제기된 것이 아님이 명백한 경우라 하더라도 마찬가지이다.

**〈선정이유〉**

법률의 해석·적용을 그르친 나머지 피고인을 유죄로 잘못 인정한 원심판결에 대하여 검사만이

상고한 경우, 상고법원이 직권으로 심판하여 무죄의 취지로 원심판결을 파기할 수 있다는 판결이다.

### 367. 상고기각의 결정

(대법원 2010. 4. 20. 자 2010도759 전원합의체 판결)

#### 〈쟁점〉

형사소송법 제380조의 '상고이유서'의 의미 및 같은 법 제383조 각 호에 해당하지 않는 상고이유가 기재된 상고이유서가 제출된 경우, 결정으로 상고를 기각할 수 있는지 여부(원칙적 적극)

#### 〈판례요지〉

형사소송법 제380조에서 말하는 '상고이유서'라 함은 같은 법 제383조 각 호에 규정한 상고이유를 포함하고 있는 서면을 의미하는 것으로 보아야 한다. 따라서 상고인이나 변호인이 '상고이유서'라는 제목의 서면을 제출하였다고 하더라도 위 법조에서 상고이유로 들고 있는 어느 하나에라도 해당하는 사유를 포함하고 있지 않은 때에는 적법한 상고이유서를 제출한 것이라고 할 수 없고, 이 경우 상고법원은 같은 법 제380조에 의하여 결정으로 상고를 기각할 수 있다고 할 것이다. 다만, 상고법원은 같은 법 제383조 제1호 내지 제3호의 사유에 관하여는 상고이유서에 포함되지 아니한 때에도 직권으로 이를 심판할 수 있으므로(같은 법 제384조 단서), 원심판결에 이에 해당하는 사유가 있는 때에는 상고법원은 판결로 그 사유에 관하여 심판할 수 있다고 할 것이다.

#### 〈선정이유〉

상고이유서란 형사소송법 제383조 각 호에 규정한 상고이유를 포함하고 있는 서면을 의미하고, 형사소송법 제383조 각 호에 규정된 사유의 어느 것에도 해당하지 않는 상고이유가 기재된 상고이유서가 제출된 경우, 결정으로 상고를 기각할 수 있다는 판결이다.

### 368. 상고이유 존부의 시간적 판단기준

(대법원 2007. 1. 12. 선고 2006도5696 판결)

#### 〈쟁점〉

원심판결 선고 후에 비로소 별개의 범죄에 대하여 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 경우, 형사소송법 제383조 제1호나 제2호의 상고이유가 존재하는지 여부(소극)

#### 〈판례요지〉

사후심인 상고심은 원심판결에 형사소송법 제383조 제1호의 상고이유인 '판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있을 때' 여부를 원심판결 당시를 기준으로 판단하는 것이 원칙이므로, 원심판결 선고 이후에 비로소 별개의 범죄에 대하여 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확

정되었다면 원심판결이 형법 제39조 제1항을 적용하지 않은 것을 위법하다고 볼 수 없는 것이고, 형사소송법 제383조 제2호의 상고이유인 ‘판결 후 형의 폐지나 변경이 있는 때’는 원심판결 후 법령의 개폐로 인하여 형이 폐지되거나 변경된 경우를 뜻하는 것이고 법령의 개폐 없이 단지 형을 감경하거나 면제할 수 있는 사유가 되는 사실이 발생한 것에 불과한 경우는 이에 포함되지 않는 것이다. 따라서 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고하되 그 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 형법 제39조 제1항이 2005. 7. 29. 법률 제7623호로 개정·시행된 이후인 2006. 7. 27. 원심판결이 선고되고, 피고인의 별개의 범죄에 대하여 징역형을 선고한 판결이 그 이후인 2006. 8. 25.에 이르러 비로소 확정된 이 사건의 경우에는, 원심판결에 형사소송법 제383조 제1호나 제2호에서 정한 상고이유 중 어느 것도 존재하지 않는 것이다.

### 〈선정이유〉

형법 제39조 제1항이 2005. 7. 29. 법률 제7623호로 개정·시행된 후에 원심판결이 선고되고, 피고인의 별개의 범죄에 대하여 징역형을 선고한 판결이 원심판결 선고 후에 이르러 비로소 확정된 경우에는, 원심판결에 형사소송법 제383조 제1호나 제2호에서 정한 상고이유 중 어느 것도 존재하지 않는다는 판결이다.

## 제 4 장 항고 · 재항고 · 준항고

### 369. 항고의 대상(1)

(대법원 1987. 3. 28. 자 87모17 결정)

#### 〈쟁점〉

소송사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경의 허가에 관한 결정에 대한 불복방법

#### 〈판례요지〉

판결전의 소송절차에 관한 결정에 대하여는 특히 즉시항고를 할 수 있는 경우외에는 항고를 하지 못하는 것인 바, 소송사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경의 허가에 관한 결정은 판결전의 소송절차에 관한 결정이라 할 것이므로, 그 결정을 함에 있어서 저지른 위법이 판결에 영향을 미친 경우에 한하여 그 판결에 대하여 상소를 하여 다툴으로써 불복하는 외에는 당사자가 이에 대하여 독립하여 상소할 수 없다

#### 〈선정이유〉

소송사실 또는 적용법조의 추가, 철회 또는 변경의 허가에 관한 결정은 판결전의 소송절차에 관한 결정이라 할 것이므로 당사자가 이에 대하여 독립하여 상소할 수 없다는 결정이다.

### 370. 항고의 대상(2)

(대법원 2009. 10. 23. 자 2009모1032 결정)

#### 〈쟁점〉

국민참여재판으로 진행하기로 하는 제1심 법원의 결정에 대하여 항고할 수 있는지 여부(소극) 및 그에 대한 법원의 조치(=기각결정)

#### 〈판례요지〉

국민의 형사재판 참여에 관한 법률에 의하면 제1심 법원이 국민참여재판 대상사건을 피고인의 의사에 따라 국민참여재판으로 진행함에 있어 별도의 국민참여재판 개시결정을 할 필요는 없고, 그에 관한 이의가 있어 제1심 법원이 국민참여재판으로 진행하기로 하는 결정에 이른 경우 이는 판결 전의 소송절차에 관한 결정에 해당하며, 그에 대하여 특별히 즉시항고를 허용하는 규정이 없으므로 위 결정에 대하여는 항고할 수 없다. 따라서 국민참여재판으로 진행하기로 하는 제1심 법원의 결정에 대한 항고는 항고의 제기가 법률상의 방식을 위반한 때에 해당하여 위 결정을 한 법원이 항고를 기각하여야 하고, 위 결정을 한 법원이 항고기각의 결정을 하지 아니한 때에는 항고법원은 결정으로 항고를 기각하여야 한다.

#### 〈선정이유〉

제1심 법원이 국민참여재판으로 진행하기로 하는 결정은 판결 전의 소송절차에 관한 결정에 해당하여 항고할 수 없다는 취지의 결정이다.

### 371. 재항고의 방법

(대법원 2008. 4. 14. 자 2007모726 결정)

#### 〈쟁점〉

항소법원의 결정에 대한 불복방법(=대법원에 재항고)

#### 〈판례요지〉

형사소송법 제415조에서는 “항고법원 또는 고등법원의 결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 대법원에 즉시항고를 할 수 있다”고 규정하고 있는바, 항소법원의 결정에 대하여도 대법원에 재항고하는 방법으로 다투어야만 할 것이다. 기록에 의하면, 재항고인은 항소법원인 서울남부지방법원 합의부가 같은 법원 2007노506 유해화학물질관리법 위반(환각물질흡입) 사건에 관하여 직권으로 한 2007. 10. 15.자 판결서 경정결정(이하 ‘이 사건 경정결정’이라 한다)에 대하여 항고를 제기하였음이 분명하므로, 위 법원으로서 이를 재항고로 보아 기록을 대법원에 송부하여야 할 것임에도 불구하고, 이를 새로운 경정신청 사건으로 보고 원심법원으로서 신청을 기각한다는 결정을 하였는바, 그렇다면 원심법원이 위와 같

이 결정을 한 것은 권한 없는 법원이 한 것으로 귀착된다 할 것이므로 원심결정을 취소하기로 하고, 이 사건 재항고는 이 사건 경정결정에 대한 재항고로서 처리하기로 한다.

### 〈선정이유〉

항소법원의 결정에 대하여도 대법원에 재항고하는 방법으로 다루어야 한다는 결정이다.

## 372. 수사기관의 구금처분과 준항고

(대법원 2003. 11. 11. 자 2003모402 결정)

### 〈쟁점〉

구금된 피의자에 대한 피의자신문에 변호인의 입회를 불허하는 수사기관의 처분을 다루는 방법 (=준항고)

### 〈판례요지〉

형사소송법 제417조는 검사 또는 사법경찰관의 구금에 관한 처분에 불복이 있으면 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다고 규정하고 있는바, 이는 피의자의 구금 또는 구금 중에 행하여지는 검사 또는 사법경찰관의 처분에 대한 유일한 불복방법인 점에 비추어 볼 때, 영장에 의하지 아니한 구금이나 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권을 제한하는 처분뿐만 아니라 구금된 피의자에 대한 신문에 변호인의 참여(입회)를 불허하는 처분 역시 구금에 관한 처분에 해당하는 것으로 보아야 한다. 원심이 같은 취지에서 준항고인에 대한 피의자신문에 변호인의 참여를 불허한 처분이 준항고의 대상이 됨을 전제로 판단한 조치는 정당하다.

### 〈선정이유〉

영장에 의하지 아니한 구금이나 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 접견교통권을 제한하는 처분뿐만 아니라 구금된 피의자에 대한 신문에 변호인의 참여(입회)를 불허하는 처분 역시 준항고의 대상이 되는 구금에 관한 처분에 해당하는 것으로 보아야 한다는 결정이다.

## 373. 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분과 준항고

(대법원 2007. 5. 25. 자 2007모82 결정)

### 〈쟁점〉

검사가 압수·수색영장의 청구 등 강제처분을 위한 조치를 취하지 아니한 것을 형사소송법 제417조 소정의 '압수에 관한 처분'으로 보아 준항고로 불복할 수 있는지 여부(소극)

### 〈판례요지〉

헌법과 형사소송법 및 검찰청법 등의 규정을 종합해 보면, 고소인 또는 고발인, 그 밖의 일반국민이 검사에 대하여 영장청구 등의 강제처분을 위한 조치를 취하도록 요구하거나 신청할 수 있는 권리를 가진다고 할 수 없고, 검사가 수사과정에서 영장의 청구 등 강제처분을 위한 조치를 취하지 아니함으로써 말미암아 고소인 또는 고발인, 그 밖의 일반국민의 법률상의 지위가 직접적으로 어떤 영향을 받는다고도 할 수 없다. 따라서 검사가 수사과정에서 증거수집을 위한 압수·수색영장의 청구 등 강제처분을 위한 조치를 취하지 아니하고 그로 인하여 증거를 확보하지 못하고 불기소처분에 이르렀다면, 그 불기소처분에 대하여 형사소송법상의 재정신청이나 검찰청법상의 항고·재항고 등으로써 불복하는 것은 별론으로 하고, 검사가 압수·수색영장의 청구 등 강제처분을 위한 조치를 취하지 아니한 것 그 자체를 형사소송법 제417조 소정의 '압수에 관한 처분'으로 보아 이에 대해 준항고로써 불복할 수는 없다. 검사의 불기소처분에 대하여 검찰청법의 규정에 따른 항고 또는 재항고의 결과 고등검찰청검사장 등이 하는 이른바 재기수사명령은 검찰 내부에서의 지휘권의 행사에 지나지 아니하므로 그 재기수사명령에서 증거물의 압수·수색이 필요하다는 등의 지적이 있었다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

### 〈선정이유〉

검사가 압수·수색영장의 청구 등 강제처분을 위한 조치를 취하지 아니한 것 그 자체를 형사소송법 제417조 소정의 '압수에 관한 처분'으로 보아 이에 대해 준항고로써 불복할 수는 없다는 결정이다.

제 5 편

# 특별소송절차



- 제 1 장 재 심
- 제 2 장 비상상고
- 제 3 장 약식절차
- 제 4 장 즉결심판절차
- 제 5 장 국민참여재판



## 제 5 편 특별소송절차

### 제 1 장 재 심

#### 374. 재심의 대상

(대법원 2015. 10. 29. 선고 2012도2938 판결)

##### 〈쟁점〉

특별사면으로 형 선고의 효력이 상실된 유죄의 확정판결에 대하여 재심개시결정이 이루어져 다시 심판한 결과 유죄로 인정되는 경우, 재심심판법원이 선고할 주문(=피고인에 대하여 형을 선고하지 아니한다)

##### 〈판례요지〉

형사소송법은 유죄의 확정판결과 항소 또는 상고의 기각판결에 대하여 각 선고를 받은 자의 이익을 위하여 재심을 청구할 수 있다고 규정함으로써 피고인에게 이익이 되는 이른바 이익재심만을 허용하고 있으며(제420조, 제421조 제1항), 그러한 이익재심의 원칙을 반영하여 제439조에서 “재심에는 원판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다.”라고 규정하고 있는데, 이는 실체적 정의를 실현하기 위하여 재심을 허용하지만 피고인의 법적 안정성을 해치지 않는 범위 내에서 재심이 이루어져야 한다는 취지로서, 단순히 재심절차에서 전의 판결보다 무거운 형을 선고할 수 없다는 원칙만을 의미하고 있는 것이 아니라, 피고인이 원판결 이후에 형 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면을 받아 형사처벌의 위험에서 벗어나 있는 경우라면, 재심절차에서 형을 다시 선고함으로써 특별사면에 따라 발생한 피고인의 법적 지위를 상실하게 하여서는 안 된다는 의미도 포함되어 있다.

따라서 특별사면으로 형 선고의 효력이 상실된 유죄의 확정판결에 대하여 재심개시결정이 이루어져 재심심판법원이 심급에 따라 다시 심판한 결과 무죄로 인정되는 경우라면 무죄를 선고하여야 하겠지만, 그와 달리 유죄로 인정되는 경우에는, 피고인에 대하여 다시 형을 선고하거나 피고인의 항소를 기각하여 제1심판결을 유지시키는 것은 이미 형 선고의 효력을 상실하게 하는 특별사면을 받은 피고인의 법적 지위를 해치는 결과가 되어 이익재심과 불이익변경금지의 원칙에 반하게 되므로, 재심심판법원으로서 ‘피고인에 대하여 형을 선고하지 아니한다’는 주문을 선고할 수밖에 없다.

##### 〈선정이유〉

특별사면으로 형 선고의 효력이 상실된 유죄의 확정판결에 대하여 재심개시결정이 이루어져 재심심판법원이 그 심급에 따라 다시 심판한 결과 유죄로 인정되는 경우에는, 이익재심과 불이익변경금지원칙에 비추어볼 때 재심심판법원은 ‘피고인에 대하여 형을 선고하지 아니한다’는 주문을 선고할 수밖에 없다는 판결이다.

### 375. 허위증언 등과 재심사유

(대법원 2005. 4. 14. 선고 2003도1080 판결)

#### 〈쟁점〉

위증을 한 자가 사실대로 증언한 증인을 위증으로 고소하였다가 무고죄로 유죄의 확정판결을 받은 경우, 형사소송법 제420조 제2호에서 정한 '확정판결'에 포함되는지 여부(소극)

#### 〈판례요지〉

형사소송법 제420조 제2호 소정의 '원판결의 증거된 증언'이라 함은 원판결의 증거로 채택되어 범죄사실을 인정하는 데 사용된 증언을 뜻하는 것이고 단순히 증거 조사의 대상이 되었을 뿐 범죄사실을 인정하는 증거로 사용되지 않은 증언은 위 '증거된 증언'에 포함되지 않는 것이며, '원판결의 증거된 증언이 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명된 때'라 함은 그 증인이 위증을 하여 그 죄에 의하여 처벌되어 그 판결이 확정된 경우를 말하는 것이고, 원판결의 증거된 증언을 한 자가 그 재판 과정에서 자신의 증언과 반대되는 취지의 증언을 한 다른 증인을 위증죄로 고소하였다가 그 고소가 허위임이 밝혀져 무고죄로 유죄의 확정판결을 받은 경우는 위 재심사유에 포함되지 아니한다.

#### 〈선정이유〉

원판결의 증거된 증언을 한 자가 그 재판 과정에서 자신의 증언과 반대되는 취지의 증언을 한 다른 증인을 위증죄로 고소하였다가 그 고소가 허위임이 밝혀져 무고죄로 유죄의 확정판결을 받은 경우는 허위증언으로 인한 재심사유에 포함되지 아니한다는 판결이다.

### 376. 법관 등의 직무에 관한 죄와 재심사유

(대법원 2018. 5. 2. 자 2015모3243 결정)

#### 〈쟁점〉

수사기관이 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따라 영장 없는 체포·구금을 한 경우에도 불법 체포·감금의 직무범죄가 인정되는 경우에 준하는 것으로 보아 형사소송법 제420조 제7호의 재심사유가 있다고 보아야 하는지 여부(적극)

#### 〈판례요지〉

형사재판에서의 재심은 유죄의 확정판결에 중대한 하자가 있는 경우 피고인의 이익을 위하여 이를 바로잡기 위한 비상구제절차이다. 형사소송법 제420조 제7호는 재심사유의 하나로서 "원판결, 전심판결 또는 그 판결의 기초된 조사에 관여한 법관, 공소의 제기 또는 그 공소의 기초된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 때"를 들고 있다. 형법 제124조의 불법체포·감금죄는 위 재심사유가 규정하는 대표적인 직무범죄로서 헌법

상 영장주의를 관철하기 위한 것이다. 헌법 제12조 제3항은 영장주의를 천명하고 있는데, 이는 강제처분의 남용으로부터 신체의 자유 등 국민의 기본권을 보장하기 위한 핵심 수단이 된다. 수사기관이 영장주의에 어긋나는 체포·구금을 하여 불법체포·감금의 직무범죄를 범하는 상황은 일반적으로 영장주의에 관한 합헌적 법령을 따르지 아니한 경우에 문제 된다. 이와 달리 영장주의를 배제하는 위헌적 법령이 시행되고 있는 동안 수사기관이 그 법령에 따라 영장 없는 체포·구금을 하였다면 법체계상 그러한 행위를 곧바로 직무범죄로 평가하기는 어렵다. 그러나 이러한 경우에도 영장주의를 배제하는 법령 자체가 위헌이라면 결국 헌법상 영장주의에 위반하여 영장 없는 체포·구금을 한 것이고 그로 인한 국민의 기본권 침해 결과는 수사기관이 직무범죄를 저지른 경우와 다르지 않다. 즉, 수사기관이 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따라 체포·구금을 한 경우 비록 그것이 형식상 존재하는 당시의 법령에 따른 행위라고 하더라도 그 법령 자체가 위헌이라면 결과적으로 그 수사에 기초한 공소제기에 따른 유죄의 확정판결에는 수사기관이 형법 제124조의 불법체포·감금죄를 범한 경우와 마찬가지로 중대한 하자가 있다고 보아야 한다. 만일 이러한 경우를 재심사유로 인정하지 않는다면, 수사기관이 헌법상 영장주의를 위반하여 국민을 체포·구금하였고 그 수사에 기초한 공소제기에 따라 진행된 유죄 확정판결에 형사소송법 제420조 제7호의 재심사유와 동일하게 평가할 수 있는 중대한 하자가 존재함에도 단지 위헌적인 법령이 존재하였다는 이유만으로 그 하자를 바로잡는 것을 거부하는 결과가 된다. 이는 위헌적인 법령을 이유로 국민의 재판받을 권리를 제한하는 것일 뿐만 아니라 확정판결에 중대한 하자가 있는 경우 법적 안정성을 후퇴시키더라도 구체적 정의를 실현하고자 하는 재심제도의 이념에도 반한다.

한편 이러한 수사기관의 행위에 관하여도 당시의 법령에 의하여 불법체포·감금죄가 성립하는 경우에만 형사소송법 제420조 제7호의 재심사유가 인정된다고 해석하는 것은 위헌적 법령으로 인하여 갖출 수 없게 된 요건을 요구하며 재심사유를 부정하는 것이 되어 부당하다. 따라서 위와 같은 재심제도의 목적과 이념, 형사소송법 제420조 제7호의 취지, 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따른 체포·구금으로 인한 기본권 침해 결과 등 제반 사정을 종합하여 보면, 수사기관이 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따라 영장 없는 체포·구금을 한 경우에도 불법체포·감금의 직무범죄가 인정되는 경우에 준하는 것으로 보아 형사소송법 제420조 제7호의 재심사유가 있다고 보아야 한다. 위와 같이 유추적용을 통하여 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따라 영장 없는 체포·구금을 당한 국민에게 사법적 구제수단 중의 하나인 재심의 문을 열어놓는 것이 헌법상 재판받을 권리를 보장하는 헌법합치적 해석이다.

### 〈선정이유〉

수사기관이 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따라 영장 없는 체포·구금을 한 경우에도 불법체포·감금의 직무범죄가 인정되는 경우에 준하는 것으로 보아 형사소송법 제420조 제7호의 재심사유가 있다고 보아야 한다는 결정이다.

## 377. 증거의 신규성과 명백성

(대법원 2009. 7. 16. 자 2005모472 전원합의체 결정)

### 〈쟁점〉

형사소송법 제420조 제5호에 정한 재심사유인 ‘증거가 새로 발견된 때’와 관련하여 그 증거가 법원뿐만 아니라 재심을 청구한 피고인에게도 새로워야 하는지 여부(적극) / 형사소송법 제420조 제5호에 정한 ‘무죄 등을 인정할 명백한 증거’에 해당하는지 여부를 판단할 때 함께 평가하여야 할 기준 증거의 범위

### 〈판례요지〉

[1] [다수의견] 형사소송법 제420조 제5호에 정한 무죄 등을 인정할 ‘증거가 새로 발견된 때’란 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차에서 발견되지 못하였거나 또는 발견되었다 하더라도 제출할 수 없었던 증거를 새로 발견하였거나 비로소 제출할 수 있게 된 때를 말한다. 증거의 신규성을 누구를 기준으로 판단할 것인지에 대하여 위 조항이 그 범위를 제한하고 있지 않으므로 그 대상을 법원으로 한정할 것은 아니다. 그러나 재심은 당해 심급에서 또는 상소를 통한 신중한 사실심리를 거쳐 확정된 사실관계를 재심사하는 예외적인 비상구제절차이므로, 피고인이 판결확정 전 소송절차에서 제출할 수 있었던 증거까지 거기에 포함된다면, 판결의 확정력이 피고인이 선택한 증거제출시기에 따라 손쉽게 부인될 수 있게 되어 형사재판의 법적 안정성을 해치고, 헌법이 대법원을 최종심으로 규정한 취지에 반하여 제4심으로서의 재심을 허용하는 결과를 초래할 수 있다. 따라서 피고인이 재심을 청구한 경우 재심대상이 되는 확정판결의 소송절차 중에 그러한 증거를 제출하지 못한 데 과실이 있는 경우에는 그 증거는 위 조항에서의 ‘증거가 새로 발견된 때’에서 제외된다고 해석함이 상당하다.

[대법관 김영란, 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 박일환, 대법관 김능환, 대법관 전수안의 별개의견]

형사소송법 제420조 제5호는 그 문언상 ‘누구에 의하여’ 새로 발견된 것이어야 하는지 그 범위를 제한하지 않고 있는데, 다수의견과 같이 그 증거가 법원이 새로 발견하여 알게 된 것임과 동시에 재심을 청구한 피고인에 의하여도 새로 발견된 것이어야 한다고 보는 것은 피고인에게 명백히 불리한 해석에 해당하며, 법적 안정성의 측면만을 강조하여 위 조항에 정한 새로운 증거의 의미를 제한 해석하는 것은 위 조항의 규정 취지를 제대로 반영한 것은 아니다. 또한, 다수의견이 예정하는 피고인의 귀책사유 때문에 신규성이 부정된다는 이유로 재심사유로 인정받지 못하게 되면 정의의 관념에 현저히 반하는 결과를 초래할 수 있으며, 법원이 종전 소송절차에서 인식하였는지 여부만을 기준으로 하여 새로운 증거인지 여부를 판단하고 그에 의하여 판결확정 후에도 사실인정의 문제에 한하여 이를 재론할 수 있다는 것 자체가 대법원을 최종심으로 규정한 헌법의 취지에 반한다고 할 수는 없다. 따라서 형사소송법 제420조 제5호에서 무죄 등을 인정할 증거가 ‘새로 발견된 때’에 해당하는지는, 재심을 청구하는 피고인이 아니라 어디까지나 재심 개시 여부를 심사하는 법원이 새로이 발견하여 알게 된 것인지 여부에 따라 결정되어야 한다.

[2] [다수의견] 형사소송법 제420조 제5호에 정한 ‘무죄 등을 인정할 명백한 증거’에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 법원으로서 새로 발견된 증거만을 독립적·고립적으로 고찰하여 그 증거가 치만으로 재심의 개시 여부를 판단할 것이 아니라, 재심대상이 되는 확정판결을 선고한 법원이 사실인정의 기초로 삼은 증거들 가운데 새로 발견된 증거와 유기적으로 밀접하게 관련되고 모순되는 것들은 함께 고려하여 평가하여야 하고, 그 결과 단순히 재심대상이 되는 유죄의 확정판결에 대하여 그 정당성이 의심되는 수준을 넘어 그 판결을 그대로 유지할 수 없을 정도로 고도의 개연성이 인정되는 경우라면 그 새로운 증거는 위 조항의 ‘명백한 증거’에 해당한다. 만일 법원이 새로 발견

된 증거만을 독립적·고립적으로 고찰하여 명백성 여부를 평가·판단하여야 한다면, 그 자체만으로 무죄 등을 인정할 수 있는 명백한 증거가치를 가지는 경우에만 재심 개시가 허용되어 재심사유가 지나치게 제한되는데, 이는 새로운 증거에 의하여 이전과 달라진 증거관계 아래에서 다시 살펴 실제적 진실을 모색하도록 하기 위해 '무죄 등을 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때'를 재심사유의 하나로 정한 재심제도의 취지에 반하기 때문이다.

[대법관 김영란, 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 박일환, 대법관 김능환의 별개의견]

형사소송법 제420조 제5호에 정한 '무죄 등을 인정할 명백한 증거'에 해당하는지 여부를 판단할 때 고려하여야 할 구 증거의 평가 범위를 다수의견과 같이 제한할 것이 아니라 새로 발견된 증거와 재심대상인 확정판결이 그 사실인정에 채용한 모든 구 증거를 함께 고려하여 종합적으로 평가·판단하여야 한다. 다수의견과 같이 새로운 증거가 무죄 등을 인정할 '명백한 증거'에 해당하는지 여부를 판단할 때 새로운 증거만을 독립적·고립적으로 고찰할 것은 아니라고 해석한다면, 재심대상인 확정판결이 사실인정에 채용한 구 증거들 중에서 새로운 증거와 유기적으로 밀접하게 관련·모순되는 것들로 그 범위를 제한할 것은 아니다. 새로 발견된 증거와 확정판결이 채용한 구 증거들 사이의 밀접한 관련성이나 모순성은 실제 각 사안에서 구체적·개별적으로 판단될 수밖에 없을 것으로 보이는데, 무죄 등을 인정할 명백한 증거에 해당하는지 여부는 법원이 각 사안에 따라 새로운 증거와 확정판결이 채용한 증거들을 함께 고려하여 종합적으로 판단하도록 하는 것이 현실적으로 타당하다.

### 〈선정이유〉

재심사유인 신증거와 관련하여 그 증거가 법원뿐만 아니라 재심을 청구한 피고인에게도 새로워야 하고, 증거의 명백성을 판단할 때 기존 증거도 판단의 대상에 포함된다는 취지의 결정이다.

## 378. 공범에 대한 모순된 판결과 증거의 명백성

(대법원 1984. 4. 13. 자 84모14 결정)

### 〈쟁점〉

공범자 중 1인에 대한 무죄확정판결 자체가 타인에 대하여 형사소송법 제 420조 제5호 소정의 '명백한 증거'가 될 수 있는지 여부(소극)

### 〈판례요지〉

형사소송법 제420조 제5호의 명백한 증거가 새로 발견되었을 때라 함은 신증거의 존재가 본안 판결의 전후를 불문하고 판결법원에 현출되지 아니한 당해 사건의 증거자료로서 증거가치가 다른 증거에 비하여 객관적으로 우월성이 인정될 근거가 있는 것을 말하며, 당해 사건의 증거가 아니고 공범자 중 1인에 대하여는 무죄, 다른 1인에 대하여는 유죄의 확정판결이 있는 경우에 무죄확정판결의 증거자료를 자기의 증거자료로 하지 못하였고 또 새로 발견된 것이 아닌 한 무죄확정판결 자체만으로는 유죄확정 판결에 대한 새로운 증거로서의 재심사유에 해당한다고 할 수 없다.

### 〈선정이유〉

공범자에 대한 무죄확정판결 자체만으로는 유죄확정 판결에 대한 새로운 증거로서의 재심사유에 해당한다고 할 수 없다는 취지의 결정이다.

## 379. 재심의 관할법원

(대법원 2003. 9. 23. 자 2002모344 결정)

### 〈쟁점〉

제1심법원이 재심관할법원인 항소심법원으로 재심사건을 이송하여야 함에도 재심청구기각결정을 한 데 대하여 재심관할법원인 항소심법원에 항고가 제기된 경우, 재심관할법원이 취하여야 할 조치

### 〈판례요지〉

재심청구가 재심관할법원인 항소심법원이 아닌 제1심법원에 잘못 제기된 경우 제1심법원은 그 재심의 소를 부적법하다 하여 각하할 것이 아니라 재심관할법원인 항소심법원에 이송하여야 할 것인데, 제1심법원이 항소심법원으로 이송결정 대신 재심청구기각결정을 하고 이에 대하여 재심청구인으로부터 항고가 제기된 경우라면 항고를 받은 법원이 마침 재심관할법원인 항소심법원인 경우에는 그 법원으로서 형사소송법 제367조를 유추적용하여 관할권이 없는 제1심결정을 파기하고 재심관할법원으로서 그 절차를 취하여야 할 것이다. 기록에 의하면, 제1심법원은 2001. 3. 19. 재항고인에 대하여 징역 1년을 선고하였고, 그 항소심법원은 같은 해 9. 6. 위 제1심판결을 파기하고 재항고인에 대하여 징역 10월을 선고하였으며, 그 항소심판결이 대법원의 상고기각 판결로 그대로 확정된 사실, 이에 재항고인은 이 사건 재심청구를 함에 있어서 그 청구서의 이유에서 확정된 위 제2심판결에 재심사유가 있다고 주장하였으면서도 재심 대상판결이 무엇인지를 명시하지 아니한 채 제1심법원에 이 사건 재심청구서를 제출한 사실, 제1심법원은 재항고인이 재심대상판결을 이미 위 항소심판결에 의하여 파기된 위 제1심판결로 오인한 방식위반의 잘못이 있다는 이유로 재항고인의 이 사건 재심청구를 기각하였고, 이에 대하여 재항고인이 원심법원에 항고를 제기한 사실을 인정할 수 있다. 기록에 나타난 재항고인의 의사에 비추어 볼 때, 재항고인이 재심의 대상으로 삼은 것은 위 항소심판결임을 넉넉히 인정할 수 있고, 그렇다면 마침 이 사건 재심대상판결을 한 법원으로서 재심관할권이 있는 법원인 원심으로서 위 법리에 따라 마땅히 제1심결정을 파기하고 재심관할법원으로서 그 절차를 취하여야 할 것임에도, 이 사건 제1심결정의 당부만을 판단하여 재항고인의 항고를 기각하는 데 그치고 말았으니, 이러한 원심의 결정에는 재심관할법원이 취할 조치에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이므로 이 점을 지적하는 취지의 재항고이유는 이유 있다.

### 〈선정이유〉

제1심법원이 재심관할법원인 항소심법원으로 재심사건을 이송하여야 함에도 재심청구기각결정을 한 데 대하여 재심관할법원인 항소심법원에 항고가 제기된 경우, 그 법원으로서 형사소송법 제 367조를 유추적용하여 관할권이 없는 제1심결정을 파기하고 재심관할법원으로서 그 절차를 취하여

야 한다는 결정이다.

### 380. 재심청구가 경합범의 일부에 대해 이유있는 경우 심판범위

(대법원 2018. 2. 28. 선고 2015도15782 판결)

#### 〈쟁점〉

경합범 관계에 있는 수 개의 범죄사실을 유죄로 인정하여 1개의 형을 선고한 불가분의 확정판결 중 일부 범죄사실에만 재심청구의 이유가 있으나 판결 전부에 대하여 재심개시결정을 한 경우, 재심법원이 재심사유가 없는 범죄에 대하여 새로이 양형을 하는 것이 헌법상 이중처벌금지 원칙에 반하는지 여부(소극) 및 이때 불이익변경금지 원칙이 적용되는지 여부(적극)

#### 〈판례요지〉

경합범 관계에 있는 수 개의 범죄사실을 유죄로 인정하여 한 개의 형을 선고한 불가분의 확정판결에서 그중 일부의 범죄사실에 대하여만 재심청구의 이유가 있는 것으로 인정되었으나 형식적으로는 1개의 형이 선고된 판결에 대한 것이어서 그 판결 전부에 대하여 재심개시의 결정을 한 경우, 재심법원은 재심사유가 없는 범죄에 대하여는 새로이 양형을 하여야 하는 것이므로 이를 헌법상 이중처벌금지의 원칙을 위반한 것이라고 할 수 없고, 다만 불이익변경의 금지 원칙이 적용되어 원판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못할 뿐이다.

원심은, (1) ① 피고인이 2009. 1. 15. 서울중앙지방법원에서 간통죄 및 상해죄로 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받아 2009. 1. 23. 그 판결(이하 ‘재심대상판결’이라 한다)이 확정된 사실, ② 그 후 피고인은 형법 제241조에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 따라 2015. 3. 17. 재심대상판결에 대하여 헌법재판소법 제47조 제3항, 제4항에 의한 재심청구를 한 사실, ③ 이에 제1심은 2015. 4. 16. 재심개시결정을 한 다음, 2015. 5. 29. 간통의 공소사실에 대하여는 위헌결정으로 형벌법규가 효력을 상실하였다는 이유로 무죄를 선고하고, 상해의 공소사실에 대하여는 벌금 400만 원을 선고한 사실 등을 인정한 다음, (2) 재심대상판결에 따른 집행유예기간이 도과한 이 사건에서 재심사유가 없는 상해의 공소사실에 대하여 새로이 형을 선고하였다 하더라도 일사부재리 원칙에 위반될 여지는 없다는 취지로 판단하였다. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로서 거기에 상고이유 주장과 같이 일사부재리 원칙 및 이중처벌금지 원칙에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

#### 〈선정이유〉

경합범 관계에 있는 수 개의 범죄사실을 유죄로 인정하여 1개의 형을 선고한 불가분의 확정판결 중 일부 범죄사실에만 재심청구의 이유가 있으나 판결 전부에 대하여 재심개시결정을 한 경우, 재심법원이 재심사유가 없는 범죄에 대하여 새로이 양형을 하는 것이 헌법상 이중처벌금지 원칙에 반하지 않고, 이 경우 불이익변경금지 원칙이 적용된다는 취지의 판결이다.

### 381. 재심개시결정에 대한 불복

(대법원 2009. 8. 20. 자 2008모630 결정)

#### 〈쟁점〉

재감자에 대한 재심기각결정의 송달을 교도소 등의 장에게 하지 않은 경우 그 송달의 효력(무효)

#### 〈판례요지〉

교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 유치장에 체포·구속 또는 유치된 사람에게 할 송달은 교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 장에게 하도록 되어 있는바(형사소송법 제65조, 민사소송법 제182조), 재감자에 대한 재심기각결정의 송달을 교도소 등의 장에게 하지 아니하였다면 부적법하여 무효이고, 즉시항고제기기간의 기산일을 정하게 되는 송달 자체가 부적법한 이상 재감자인 피고인이 재심기각결정이 고지된 사실을 다른 방법으로 알았다고 하더라도 송달의 효력은 여전히 발생하지 않는다. 기록에 의하면, 제1심 법원은 이 사건 재심청구기각결정(이하 ‘이 사건 결정’이라고 한다)을 서울구치소에 수용중인 재항고인에게 송달하면서 송달받을 사람을 ‘피고인’으로 기재하였고 서울구치소의 직원이 2008. 2. 28. 이 사건 결정등본을 수령하여 같은 날 재항고인에게 전달한 사실, 제1심 법원은 그 후 다시 송달받을 사람을 ‘서울구치소장’으로 기재하여 이 사건 결정을 송달하여 2008. 3. 18. 송달된 사실, 재항고인은 2008. 3. 21.에 이 사건 결정에 대한 즉시항고를 제기한 사실을 알 수 있는바, 위 법리에 비추어 보면 재감자인 재항고인에게 이 사건 결정을 송달함에 있어서 제1심 법원이 송달받을 사람을 구치소장이 아닌 재항고인으로 하여 송달한 것은 부적법하여 무효이고, 즉시항고제기기간의 기산일을 정하게 되는 송달 자체가 부적법한 이상 재감자인 재항고인이 이 사건 결정등본을 직접 전달받았다 하더라도 송달의 효력은 여전히 발생하지 않는 것이며, 이 사건 결정은 송달받을 사람을 구치소장으로 하여 다시 송달된 2008. 3. 18. 비로소 적법하게 송달되었다 할 것이므로, 그로부터 3일의 즉시항고기간 내에 제기된 재항고인의 즉시항고는 적법한 것이라 할 것이다. 그렇다면, 재항고인에 대한 이 사건 결정의 송달 효력이 2008. 2. 28. 발생하였음을 전제로 재항고인의 즉시항고를 기각한 원심의 조치에는 재감중인 사람에 대한 송달에 관한 법리를 오해하여 재판에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

#### 〈선정이유〉

재감자에 대한 재심기각결정의 송달을 교도소 등의 장에게 하지 아니하였다면 부적법하여 무효이라는 취지의 결정이다.

### 382. 재심심판절차와 공소장변경

(대법원 2019. 6. 20. 선고 2018도20698 전원합의체 판결)

#### 〈쟁점〉

재심심판절차에서 검사가 재심대상사건과 별개의 공소사실을 추가하는 내용으로 공소장을 변경하는 것이 허용되는지 여부

## 〈판례요지〉

### [다수의견]

1) 형사소송법은 제4편에서 특별소송의 하나로 재심을 규정하면서 재심을 청구할 수 있는 사유를 한정적으로 열거하고 있고(제420조), 헌법재판소법은 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여 재심을 허용하고 있다(제47조 제4항). 재심은 해당 심급에서 또는 상소를 거쳐 확정된 사실관계를 재심사하는 예외적인 비상구제절차로서, 확정된 중국판결에 중대한 하자가 있는 경우 그 판결의 확정력으로 유지되는 법적 안정성을 후퇴시키고 구체적 정의를 실현하기 위하여 마련된 것이다. 형사소송법은 ‘유죄의 확정판결과 항소 또는 상고의 기각판결에 대하여 각 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 재심을 청구할 수 있다’고 규정함으로써 피고인에게 이익이 되는 이른바 이익재심만을 허용하고 있다(제420조, 제421조 제1항). 또한 이익재심의 원칙을 반영하여, ‘재심에는 원판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다’고 규정하고 있다(형사소송법 제439조). 이는 실체적 정의를 실현하기 위해 재심을 허용하지만 피고인의 이익을 위해서 또한 피고인의 법적 안정성을 해치지 않는 범위 내에서 재심이 이루어져야 한다는 취지이다.

2) 형사소송법상 재심절차는 재심 개시 여부를 심리하는 절차와 재심개시결정이 확정된 후 재심 대상사건에 대한 심판절차로 구별된다. 재심개시절차에서는 형사소송법 등에서 규정하고 있는 재심 사유가 있는지 여부만을 판단하고, 나아가 재심사유가 재심대상판결에 영향을 미칠 가능성이 있는가의 실체적 사유는 이를 고려하여서는 아니 된다. 한편 재심의 청구는 형의 집행을 정지하는 효력이 없고(형사소송법 제428조), 재심의 청구가 이유 있다고 인정하여 재심개시의 결정을 할 때에도 결정으로 형의 집행을 정지할 수 있을 뿐(형사소송법 제435조 제2항) 그로 인하여 형의 집행이 당연히 정지되는 것이 아니다. 위와 같은 재심 개시 여부를 심리하는 절차의 성질과 그 판단 범위, 재심개시결정의 효력 등에 비추어 보면, 유죄의 확정판결 등에 대해 재심개시결정이 확정된 후 재심심판절차가 진행 중이라는 것만으로는 확정판결의 존재 내지 효력을 부정할 수 없고, 재심개시결정이 확정되어 법원이 그 사건에 대해 다시 심리를 한 후 재심의 판결을 선고하고 그 재심판결이 확정된 때에 종전의 확정판결이 효력을 상실한다.

3) 재심개시결정이 확정되면 법원은 형사소송법 제436조의 경우 외에는 그 심급에 따라 다시 심판을 하여야 한다(형사소송법 제438조 제1항). 재심심판절차는 원판결의 당부를 심사하는 종전 소송절차의 후속절차가 아니라 사건 자체를 처음부터 다시 심판하는 완전히 새로운 소송절차이다. 그러나 이는 재심심판법원으로 하여금 이익재심 원칙의 제한하에 재심대상판결의 내용에 구속되지 않고 재심대상사건의 유·무죄를 판단하고 형을 정하여야 한다는 취지이지, 일반 절차에 적용되는 법령이 비상구제절차인 재심심판절차에 모두 그대로 적용된다는 의미는 아니다. 일반 절차에 관한 법령은 비상구제절차인 재심의 취지와 특성에 반하지 않는 범위 내에서 재심심판절차에 적용될 수 있다. 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 일반 절차로 진행 중인 별개의 형사사건을 병합하여 심리하는 것도 허용되지 않는다.

## 〈선정이유〉

재심심판절차에서는 특별한 사정이 없는 한 검사가 재심대상사건과 별개의 공소사실을 추가하는 내용으로 공소장을 변경하는 것은 허용되지 않는다는 판결이다.

## 제 2 장 비상상고

### 383. 비상상고의 목적

(대법원 2017. 6. 15. 선고 2017오1 판결)

#### 〈쟁점〉

비상상고에 관한 형사소송법 제441조에서 정한 ‘그 사건의 심판이 법령에 위반한 것’의 의미 및 단순히 법령 적용의 전제사실을 오인함에 따라 법령위반의 결과를 초래한 것과 같은 경우가 여기에 해당하는지 여부(소극)

#### 〈판례요지〉

형사소송법 제441조는 “검찰총장은 판결이 확정된 후 그 사건의 심판이 법령에 위반한 것을 발견한 때에는 대법원에 비상상고를 할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이러한 비상상고 제도는 법령 적용의 오류를 시정함으로써 법령의 해석·적용의 통일을 도모하려는 데에 주된 목적이 있는 것이므로, ‘그 사건의 심판이 법령에 위반한 것’이라고 함은 확정판결에서 인정한 사실을 변경하지 아니하고 이를 전제로 한 실체법의 적용에 관한 위법 또는 그 사건에 있어서의 절차법상의 위배가 있음을 뜻하는 것이라고 할 것이다. 따라서 단순히 그 법령 적용의 전제사실을 오인함에 따라 법령위반의 결과를 초래한 것과 같은 경우는 법령의 해석·적용을 통일한다는 목적에 유용하지 않으므로 ‘그 사건의 심판이 법령에 위반한 것’에 해당하지 않는다고 해석함이 상당하다.

이 사건 비상상고는, 원판결의 범죄사실 중 통신매체이용음란의 점은 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정되기 전의 것) 제12조에 해당하는 죄로서 같은 법 제15조에 의하여 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 사건인데 원판결 법원이 위 사건을 비친고죄로 심리·판결하였고, 같은 법 제18조에 의하면 범인을 알게 된 날부터 1년이 지나면 고소하지 못하는데 위 사건 피해자가 피고인이 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 문자메시지(이하 ‘음란메시지’라고 한다)를 전송했다는 사실을 안 날부터 1년이 도과한 2013. 12. 13.에야 비로소 고소를 제기하였음에도 위 법원이 공소기각 판결을 하지 않은 것은 법령위반에 해당한다는 취지이다.

그러나 기록을 살펴보아도 위 법원이 위 사건을 비친고죄로 심리·판단하였다고 볼 아무런 근거가 없을 뿐만 아니라, 위 피해자가 피고인이 음란메시지를 전송했다는 사실을 고소 제기일인 2013. 12. 13.을 기준으로 1년 이전부터 이미 알고 있었다는 점을 인정할 만한 어떠한 자료도 찾아 볼 수 없으며, 오히려 위 법원은 위 피해자가 고소기간 내에 고소하였음을 전제로 하여 친고죄인 위 사건에 대하여 유죄의 실체 판단에까지 나아간 것으로 보일 뿐이다. 결국 이 사건 비상상고는 아무런 근거 없이 원판결이 소송조건을 간과하였다고 주장하는 것이거나 전제된 사실에 관한 원판결의 오인을 주장하는 것에 불과하고, 이는 형사소송법 제441조가 비상상고의 이유로 정한 ‘그 사건의 심판이 법령에 위반한 것’에 해당하지 않는다.

#### 〈선정이유〉

단순히 법령 적용의 전제사실을 오인함에 따라 법령위반의 결과를 초래한 것과 같은 경우는 형

사소송법 제441조에서 정한 ‘그 사건의 심판이 법령에 위반한 것’에 해당하지 않는다는 판결이다.

### 384. 비상상고의 대상

(대법원 2006. 10. 13. 선고 2006오2 판결)

#### 〈쟁점〉

공소시효가 완성된 사실을 간과한 채 약식명령을 발령한 원판결이 비상상고의 대상이 되는지 여부(적극)

#### 〈판례요지〉

조세범처벌법 제17조는 제9조 제1항 소정의 조세포탈죄의 공소시효를 5년으로 규정하고 있고, 이 사건과 같이 과세표준이나 세액을 허위로 과소신고하여 조세를 포탈한 경우에는 그 신고·납부 기한이 경과함으로써 조세포탈죄는 기수에 이르는 것이므로(조세범처벌법 제9조의3 제2호 참조), 각 신고·납부기한으로서 이 사건 법인세의 경우에는 2000. 3. 31.이 경과함으로써(법인세법 제60조 제1항 및 제64조 제1항 참조), 증권거래세의 경우에는 늦어도 1999. 12. 10.이 경과함으로써(증권거래세법 제10조 제1항, 제2항 참조), 각 조세포탈죄는 기수에 이르렀다고 할 것인데, 이 사건 약식명령은 그로부터 5년의 공소시효 기간이 경과한 이후인 2005. 9. 7.에 청구되었으므로, 결국 이 사건 공소사실은 모두 공소시효가 완성된 때에 해당한다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 공소시효가 완성된 사실을 간과한 채 피고인에 대하여 약식명령을 발령한 원판결은 법령을 위반한 잘못이 있고(대법원 1957. 5. 3. 선고 4289형비상1 판결, 1963. 1. 10. 선고 62오4 판결 등 참조), 또한 피고인에게 불이익하다고 할 것인바, 이 점을 지적하는 이 사건 비상상고는 이유가 있다.

#### 〈선정이유〉

공소시효가 완성된 사실을 간과한 채 피고인에 대하여 약식명령을 발령한 원판결은 법령을 위반한 잘못이 있고, 또한 피고인에게 불이익하므로 이를 문제삼는 비상상고는 이유가 있다는 판결이다.

### 385. 비상상고의 이유(1): 판결의 법령위반

(대법원 2000. 10. 13. 선고 99오1 판결)

#### 〈쟁점〉

친고죄에서 고소가 없거나 고소취소가 되었음에도 유죄판결을 선고·확정된 경우 비상상고 가부(적극)

### 〈판례요지〉

형법 제354조, 제328조의 규정을 종합하면, 직계혈족, 배우자, 동거친족, 호주, 가족 또는 그 배우자 간의 사기 및 사기미수의 각 죄는 그 형을 면제하여야 하고, 그 외의 친족 간에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있으며, 또한 형법상 사기죄의 성질은 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(이하 '특경법'이라 한다) 제3조 제1항에 의해 가중처벌되는 경우에도 그대로 유지되고, 특별법인 특경법에 친족상도례에 관한 형법 제354조, 제328조의 적용을 배제한다는 명시적인 규정이 없으므로, 형법 제354조는 특경법 제3조 제1항 위반죄에도 그대로 적용된다.

한편 구 민법(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것) 제789조 제1항은, '가족은 혼인하면 당연히 분가된다.'고 규정하고 있었으므로, 호주의 직계비속 장남자 아닌 가족인 남자가 혼인하면 법률의 규정에 의하여 당연히 분가되어야 함에도 호적상 법정분가의 절차를 거치지 아니하여 호주의 호적부에 가족으로 남아 있다고 하더라도, 그러한 호적 기재와는 관계 없이 혼인신고를 한 이후에는 호주의 가족이라는 신분관계는 소멸되는 것이다.

기록에 의하면, 이 사건 공소사실 중 특경법위반(사기) 및 사기미수의 각 죄의 피해자들은 모두 호주인 피고인과 동일 호적 내에 있는 가족들로서 피해자 1은 피고인의 종조모이고, 피해자 2,3,4,5는 피고인의 종고모들이며, 피해자 6,7은 피고인의 종숙부들인데, 피해자 6은 1984. 4. 17. 일본에서 공소외 1과 혼인하고 1988. 11. 8. 호적정리신청을 하였고, 나머지 피해자 2,3,4,5,7은 아직 혼인하지 아니하였음을 알 수 있다(기록 제2권 52-60쪽에 편철된 호적등본, 제적등본, 호적초본의 각 기재).

사실관계가 이와 같다면, 피고인의 종숙부인 피해자 6이 현재 호주인 피고인과 동일한 호적에 가족으로 등재되어 있다고 하더라도, 민법상의 법정분가규정이 시행된 이후에 혼인한 이상 법률상 당연히 피고인의 가에서 분가되는 것이므로, 피해자 6은 피고인과 사이에 형법 제328조 제1항에 정한 호주와 가족인 관계에 있다고 볼 수 없고, 같은 조 제2항에 정한 친족에 해당할 뿐이며, 나머지 피해자들인 1,2,3,4,5,7은 모두 호주인 피고인의 호적에 등재되어 있는 가족들이어서 같은 조 제1항에 정한 호주와 가족인 관계에 있음이 분명하다.

따라서 원판결 법원으로서 이 사건 공소사실 중 피해자 6을 제외한 나머지 피해자들에 대한 특경법위반(사기) 및 사기미수의 각 점에 대하여는 형법 제354조, 제328조 제1항의 규정을 적용하여 형을 면제하여야 하고, 피해자 6에 대하여는 같은 조 제2항의 규정에 따라 피해자 6의 고소가 있어야 할 것인데, 그 고소가 있음을 기록상 인정할 자료가 없으니만큼 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소를 기각하여야 함에도 불구하고, 이들의 점과 사문서위조 및 위조사문서행사의 각 점에 대하여 모두 유죄로 인정한 다음 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고하였으므로, 원판결에는 형사소송법 제441조에 정한 법령위반의 사유가 있고, 이 점을 지적하는 비상상고는 이유 있다.

### 〈선정이유〉

친고죄에서 고소가 없거나 고소취소가 되었음에도 유죄판결을 선고·확정된 경우 비상상고가 허용된다는 판결이다.

**386. 비상상고의 이유(2): 소송절차의 법령위반**

(대법원 2005. 3. 11. 선고 2004오2 판결)

**〈쟁점〉**

형사소송법 제441조에 정한 ‘그 사건의 심판이 법령에 위반한 것’의 의미 및 단순히 법령 적용의 전제사실을 오인함에 따라 법령위반의 결과를 초래한 것과 같은 경우가 여기에 해당하는지 여부(소극) / 법원이 원판결의 선고 전에 피고인의 사망 사실을 알지 못하여 공소기각의 결정을 하지 않고 실체판결에 나아간 경우, 비상상고의 이유가 될 수 있는지 여부(소극)

**〈판례요지〉**

형사소송법 제441조는 “검찰총장은 판결이 확정된 후 그 사건의 심판이 법령에 위반한 것을 발견한 때에는 대법원에 비상상고를 할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이러한 비상상고 제도는 법령 적용의 오류를 시정함으로써 법령의 해석·적용의 통일을 도모하려는 데에 주된 목적이 있는 것이므로, ‘그 사건의 심판이 법령에 위반한 것’이라고 함은 확정판결에서 인정한 사실을 변경하지 아니하고 이를 전제로 한 실체법의 적용에 관한 위법 또는 그 사건에 있어서의 절차법상의 위배가 있음을 뜻하는 것이라고 할 것이다. 따라서 단순히 그 법령 적용의 전제사실을 오인함에 따라 법령위반의 결과를 초래한 것과 같은 경우는 법령의 해석적용을 통일한다는 목적에 유용하지 않으므로 ‘그 사건의 심판이 법령에 위반한 것’에 해당하지 않는다고 해석함이 상당하다.

이 사건 원판결의 기록에 의하면, 피고인이 2003. 7. 21. 서울지방법원 동부지원에 사기죄로 불구속 기소된 후, 위 법원은 피고인에 대한 소재조사촉탁과 구인장의 발부 등의 조치에도 불구하고 피고인의 소재를 확인할 수 없다고 하여 소송촉진등에관한특례법 제23조에 의하여 공시송달로 공판을 진행하여 피고인이 불출석한 상태에서 2004. 10. 5. 피고인을 징역 10월에 처하는 원판결을 선고하였고, 원판결은 같은 달 13. 항소기간 도과로 확정되었음을 알 수 있다.

그런데 이 사건 비상상고는 원판결의 선고 전인 2004. 8. 4. 피고인이 이미 사망하였다고 주장하면서 그 사실을 전제로 하여 위 법원이 공소기각의 결정을 하지 않은 것은 법령위반에 해당한다는 취지이다. 그러나 피고인이 위와 같이 이미 사망하였다는 사실에 관하여 원판결의 선고 전에 아무런 신고가 없었고 또 이를 인정할 만한 어떠한 자료도 찾아 볼 수 없으며, 위 법원은 피고인이 여전히 생존해 있음을 전제로 하여 원판결을 선고한 것이 기록상 분명하므로, 위 법원이 원판결의 선고 전에 피고인이 이미 사망한 사실을 알지 못하여 공소기각의 결정을 하지 않고 실체판결에 나아감으로써 법령위반의 결과를 초래하였다고 하더라도, 이는 형사소송법 제441조에 정한 ‘그 심판이 법령에 위반한 것’에 해당한다고 볼 수 없다.

그렇다면 이 사건 비상상고는 결국 전제된 사실에 관한 원판결의 오인을 주장하는 것에 귀착되고, 그러한 사실오인을 비난하는 것은 비상상고의 이유가 될 수 없다.

**〈선정이유〉**

법원이 원판결의 선고 전에 피고인이 이미 사망한 사실을 알지 못하여 공소기각의 결정을 하지 않고 실체판결에 나아감으로써 법령위반의 결과를 초래하였다고 하더라도, 이는 형사소송법 제441조에 정한 ‘그 심판이 법령에 위반한 것’에 해당한다고 볼 수 없다는 판결이다.

## 제 3 장 약식절차

### 387. 약식명령의 청구와 공소장일본주의

(대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3906 판결)

#### 〈쟁점〉

검사가 약식명령의 청구와 동시에 증거서류와 증거물을 법원에 제출한 것이 공소장일본주의를 위반한 것인지 여부(소극) 및 정식재판청구 후 법원이 위 증거서류와 증거물을 검사에게 반환하지 않은 것이 위법한지 여부(소극)

#### 〈판례요지〉

검사가 약식명령을 청구하는 때에는 약식명령의 청구와 동시에 약식명령을 하는 데 필요한 증거서류 및 증거물을 법원에 제출하여야 하는바(형사소송규칙 제170조), 이는 약식절차가 서면심리에 의한 재판이어서 공소장일본주의의 예외를 인정한 것이므로 약식명령의 청구와 동시에 증거서류 및 증거물이 법원에 제출되었다 하여 공소장일본주의를 위반하였다 할 수 없고, 그 후 약식명령에 대한 정식재판청구가 제기되었음에도 법원이 증거서류 및 증거물을 검사에게 반환하지 않고 보관하고 있다고 하여 그 이전에 이미 적법하게 제기된 공소제기의 절차가 위법하게 된다고 할 수도 없다. 같은 취지의 원심판단은 정당하고, 상고이유의 주장과 같이 공소장일본주의에 관한 법리오해, 헌법 제12조 제1항의 적법절차의 원칙 위반, 형사소송법 제254조 제1항 및 검찰사건사무규칙 제61조 위반 등의 위법이 없다.

#### 〈선정이유〉

검사가 약식명령의 청구와 동시에 증거서류와 증거물을 법원에 제출한 것이 공소장일본주의를 위반하였다고 할 수 없다는 취지의 판결이다.

### 388. 약식명령의 효력

(대법원 2013. 6. 13. 선고 2013도4737 판결)

#### 〈쟁점〉

약식명령에 대한 기판력의 시간적 범위(=약식명령 발령시절)

#### 〈판례요지〉

여러 개의 업무상 횡령행위라 하더라도 피해법익이 단일하고, 범죄의 태양이 동일하며, 단일 범의의 발현에 기인하는 일련의 행위라고 인정될 때에는, 포괄하여 1개의 범죄라고 봄이 타당하고, 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부에 대하여 약식명령이 확정된 경우에는 그 약식명령의 발령

시를 기준으로 하여 그 이전에 이루어진 범행에 대하여는 면소의 판결을 선고하여야 한다.

기록에 의하면, 원심의 국선번호인은 2013. 3. 5. 의견서를 제출하여, “피고인은 ‘○○수산’의 직원으로 재직하면서 서귀포시 중문동 소재 ▽▽▽마트에서 수급한 돈 2,864,500원을 횡령하였다는 범죄사실로 제주지방법원 2012고약4728호로 약식기소되어 위 법원에서 2012. 10. 18. 250만 원의 벌금형을 선고받았고, 위 판결은 2012. 10. 27. 확정되었다.”는 취지의 주장을 한 사실을 알 수 있다. 이 사건 공소사실인 업무상횡령과 국선번호인이 위 주장에서 언급한 업무상횡령은 그 피해법익이 동일하고, 범죄의 태양이 동일하며, 단일 범의의 발현에 기인하는 일련의 행위라고 보여지므로 포괄하여 1개의 범죄라고 볼 여지가 크다.

따라서 원심으로서 국선번호인의 위 주장과 같이 실제로 피고인의 업무상횡령에 대하여 별도로 약식명령이 발령되어 확정되었는지, 그 약식명령의 범죄사실인 업무상횡령의 내용은 무엇인지에 관하여 추가로 심리하여 본 후 이 사건 공소사실과 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부에 대하여 약식명령이 확정되었고 그 약식명령의 기판력이 미치는 경우에 해당하는지 여부에 관하여 판단하여야 할 것이다. 그럼에도 이 사건 공소사실과 포괄일죄의 관계에 있는 범행의 일부에 대하여 약식명령이 확정되었는지 여부를 제대로 살피지 아니한 채 유죄를 선고한 원심판결에는 직권조사사항으로 소극적 소송조건인 약식명령의 존부에 관한 심리미진 내지 법리오해의 잘못이 있다.

### 〈선정이유〉

약식명령에 대한 기판력의 시간적 범위가 약식명령의 발령 시라는 판결이다.

## 389. 약식명령에 대한 정식재판청구와 재소자특칙

(대법원 2006. 10. 13. 자 2005모552 결정)

### 〈쟁점〉

상소장 제출에 관하여 재소자에 대한 특칙을 규정한 형사소송법 제344조 제1항이 정식재판청구서 제출에 관하여도 준용될 수 있는지 여부(적극)

### 〈판례요지〉

원래 형사소송법이 재소자에 대한 특칙을 두어 상소장 법원 도달주의의 예외를 인정한 취지가 재소자로서 교도소나 구치소에 구금되어 행동의 자유가 박탈되어 있는 자가 상소심 재판을 받기 위한 상소장 제출을 위하여 할 수 있는 행위는 구금당하고 있는 교도소 등의 책임자나 그 직무대리자에게 상소장을 제출하여 그들로 하여금 직무상 해당 법원에 전달케 하는 것이 통상적인 방법이라는 점을 고려하여 재소자에게 상소 제기에 관한 편의를 제공하자는 데 있는 점, 약식명령을 고지받은 피고인으로서 공개된 법정에서 정식재판절차에 따라 재판을 받기 위해서는 반드시 적법한 정식재판청구서를 제출하여야 하므로 정식재판청구서 제출의 방법에 있어서는 상소장과 그 사정이 전혀 다를 바 없는 점, 한편 제출기간 내에 교도소장 등에게 정식재판청구서를 제출하였음에도 불구하고 기간 도과 후에 법원에 전달되었다는 이유만으로 정식재판청구가 기각된다면 이는 자기가 할 수 있는 최선을 다한 자에게조차 공개된 법정에서 정식재판을 받을 기회를 박탈하는 것으로서 헌법이 보장한 공개재판을 받을 권리를 침해할 뿐만 아니라 결과적으로 실제적 진실발견을

통하여 형벌권을 행사한다는 형사소송의 이념을 훼손하며 인권유린의 결과를 초래할 수도 있는 점 등에 비추어 보면, 위에서 본 바와 같은 형사소송법 제344조 제1항의 재소자에 대한 특칙 규정의 취지와 상소권회복청구에 관하여 그 준용을 규정한 같은 법 제355조의 법리에 비추어 정식재판청구서의 제출에 관하여도 위 재소자에 대한 특칙 규정이 준용되는 것으로 해석함이 상당하다.

### 〈선정이유〉

약식명령에 대한 정식재판청구서의 제출에 관하여도 형사소송법상 재소자에 대한 특칙 규정이 준용되는 것으로 해석해야 한다는 결정이다.

390.

## 약식명령에 대한 정식재판청구사건과 다른 사건을 경합범으로 처단할 경우 형종상향금지원칙 적용

(대법원 2020. 3. 26. 선고 2020도355 판결)

### 〈쟁점〉

약식명령에 대하여 피고인이 정식재판을 청구한 사건과 다른 사건이 병합·심리된 후 경합범으로 처단되는 경우에도 정식재판을 청구한 사건에 대하여 형종상향금지원칙이 그대로 적용되는지 여부 (적극)

### 〈판례요지〉

형사소송법 제457조의2 제1항은 “피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다.”라고 규정하여, 정식재판청구 사건에서의 형종 상향 금지의 원칙을 정하고 있다. 위 형종 상향 금지의 원칙은 피고인이 정식재판을 청구한 사건과 다른 사건이 병합·심리된 후 경합범으로 처단되는 경우에도 정식재판을 청구한 사건에 대하여 그대로 적용된다. 제2사건은 피고인만이 정식재판을 청구한 사건이므로 형종 상향 금지의 원칙에 따라 각각 죄에 대하여는 약식명령의 벌금형보다 중한 종류의 형인 징역형을 선택하지 못하고, 나아가 제2사건이 항소심에서 제1사건(고단사건)과 병합·심리되어 경합범으로 처단되더라도 제2사건에 대하여는 징역형을 선고하여서는 아니 된다. 그런데도 원심은 제2사건의 항소심에서 각 죄에 대하여 약식명령의 벌금형보다 중한 종류의 형인 징역형을 선택한 다음 경합범가중 등을 거쳐 제1사건의 각 죄와 제2사건의 각 죄에 대하여 하나의 징역형을 선고하고 말았다. 이러한 원심판결에는 형사소송법 제457조의2 제1항에서 정한 형종 상향 금지의 원칙을 위반한 잘못이 있다.

### 〈선정이유〉

약식명령에 대하여 피고인이 정식재판을 청구한 사건과 다른 사건이 병합·심리된 후 경합범으로 처단되는 경우에도 정식재판을 청구한 사건에 대하여 형종상향금지원칙이 그대로 적용되어야 한다는 판결이다.

**391. 약식명령의 실효와 재심**

(대법원 2013. 4. 11. 선고 2011도10626 판결)

**〈쟁점〉**

약식명령에 대한 정식재판 절차에서 유죄판결이 선고되어 확정된 경우, 재심청구의 대상(=유죄의 확정판결) 및 이때 피고인 등이 약식명령에 대하여 재심을 청구하여 재심개시결정이 확정된 경우, 재심절차를 진행하는 법원의 심판 대상

**〈판례요지〉**

형사소송법 제420조 본문은 재심은 유죄의 확정판결에 대하여 그 선고를 받은 자의 이익을 위하여 청구할 수 있도록 하고, 같은 법 제456조는 약식명령은 정식재판의 청구에 의한 판결이 있는 때에는 그 효력을 잃도록 규정하고 있다. 위 각 규정에 의하면, 약식명령에 대하여 정식재판 청구가 이루어지고 그 후 진행된 정식재판 절차에서 유죄판결이 선고되어 확정된 경우, 재심사유가 존재한다고 주장하는 피고인 등은 효력을 잃은 약식명령이 아니라 유죄의 확정판결을 대상으로 재심을 청구하여야 한다. 그런데도 피고인 등이 약식명령에 대하여 재심의 청구를 한 경우, 법원으로서 재심의 청구에 기재된 재심을 개시할 대상의 표시 이외에도 재심청구의 이유에 기재된 주장 내용을 살펴보고 재심을 청구한 피고인 등의 의사를 참작하여 재심청구의 대상을 무엇으로 보아야 하는지 심리·판단할 필요가 있다. 그러나 법원이 심리한 결과 재심청구의 대상이 약식명령이라고 판단하여 그 약식명령을 대상으로 재심개시결정을 한 후 이에 대하여 검사나 피고인 등이 모두 불복하지 아니함으로써 그 결정이 확정된 때에는, 그 재심개시결정에 의하여 재심이 개시된 대상은 약식명령으로 확정되고, 그 재심개시결정에 따라 재심절차를 진행하는 법원이 재심이 개시된 대상을 유죄의 확정판결로 변경할 수는 없다. 이 경우 그 재심개시결정은 이미 효력을 상실하여 재심을 개시할 수 없는 약식명령을 대상으로 한 것이므로, 그 재심개시결정에 따라 재심절차를 진행하는 법원으로서 심판의 대상이 없어 아무런 재판을 할 수 없다.

**〈선정이유〉**

약식명령에 대한 정식재판 절차에서 유죄판결이 선고되어 확정된 경우, 재심청구의 대상은 유죄의 확정판결이라는 판결이다.

**제 4 장 즉결심판절차****392. 범칙금 납부기간 도과 전 공소제기의 적법성**

(대법원 2020. 4. 29. 선고 2017도13409 판결)

**〈쟁점〉**

범칙행위에 대한 통고처분에서 정한 범칙금 납부기간 이전에 즉결심판을 청구할 수 있는지 여부 (소극)

### 〈판례요지〉

경범죄처벌법상 범칙금제도는 범칙행위에 대하여 형사절차에 앞서 경찰서장의 통고처분에 따라 범칙금을 납부할 경우 이를 납부하는 사람에 대하여는 기소를 하지 않는 처벌의 특례를 마련해 둔 것으로 법원의 재판절차와는 제도적 취지와 법적 성질에서 차이가 있다. 또한 범칙자가 통고처분을 불이행하였더라도 기소독점주의의 예외를 인정하여 경찰서장의 즉결심판청구를 통하여 공판절차를 거치지 않고 사건을 간이하고 신속·적정하게 처리함으로써 소송경제를 도모하되, 즉결심판 선고 전까지 범칙금을 납부하면 형사처벌을 면할 수 있도록 함으로써 범칙자에 대하여 형사소추와 형사처벌을 면제받을 기회를 부여하고 있다. 따라서 경찰서장이 범칙행위에 대하여 통고처분을 한 이상, 범칙자의 위와 같은 절차적 지위를 보장하기 위하여 통고처분에서 정한 범칙금 납부기간까지는 원칙적으로 경찰서장은 즉결심판을 청구할 수 없고, 검사도 동일한 범칙행위에 대하여 공소를 제기할 수 없다고 보아야 한다.

### 〈선정이유〉

경찰서장이 범칙행위에 대하여 통고처분을 한 이상, 범칙자의 위와 같은 절차적 지위를 보장하기 위하여 통고처분에서 정한 범칙금 납부기간까지는 원칙적으로 경찰서장은 즉결심판을 청구할 수 없고, 검사도 동일한 범칙행위에 대하여 공소를 제기할 수 없다고 보아야 한다는 판결이다.

## 393. 즉결심판의 효력과 공소사실의 동일성

(대법원 1996. 6. 28. 선고 95도1270 판결)

### 〈쟁점〉

즉결심판이 확정된 경범죄처벌법위반죄의 범죄사실과 폭력행위등처벌에관한법률위반죄의 공소사실 사이에 동일성이 있다고 한 사례

### 〈판례요지〉

공소사실이나 범죄사실의 동일성 여부는 사실의 동일성이 갖는 법률적 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 그 규범적 요소도 고려에 넣어 판단하여야 할 것이지만, 기록과 위에서 본 사실관계에 의하면 이 사건 경범죄처벌법위반죄의 범죄사실인 음주소란과 폭력행위등처벌에관한법률위반죄의 공소사실은 범행장소가 동일하고 범행일시도 같으며 모두 피고인과 피해자 공소의 2의 시비에서 발단한 일련의 행위들이 분명하므로, 위와 같은 요소들을 고려한다고 하더라도 양 사실은 그 기본적 사실관계가 동일한 것이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 이 사건 경범죄처벌법위반죄에 대한 즉결심판의 기판력은 폭력행위등처벌에관한법률위반죄의 공소사실에는 미친다고 보는 것이 상당하다고 할 것이므로, 이미 확정된 즉결심판의 기판력이 이 사건 공소사실에도 미친다고 보아 피고인에 대한 이 사건 공소사실에 관하여 이미 확정판결이 있었다는 이유로 면소의 판결을 선고한 원심판결은 정당하다.

## 〈선정이유〉

즉결심판이 확정된 경범죄처벌법위반죄의 범죄사실과 폭력행위등처벌에관한법률위반죄의 공소사실 사이에 동일성이 있다고 판시한 판결이다.

## 제 5 장 국민참여재판

## 394. 국민참여재판에 관한 피고인의 의사확인 절차

(대법원 2012. 4. 26. 선고 2012도1225 판결)

## 〈쟁점〉

국민참여재판 대상사건의 피고인이 국민참여재판을 원하는지에 관한 의사 확인절차를 거치지 아니한 채 통상의 공판절차로 재판을 진행한 경우 그 절차의 위법 여부(적극) 및 위 공판절차에서 이루어진 소송행위의 효력(=무효)/ 제1심법원이 국민참여재판 대상사건임을 간과하여 이에 관한 피고인의 의사를 확인하지 아니한 채 통상의 공판절차로 재판을 진행한 경우, 항소심에서 절차상 하자가 치유되기 위한 요건

## 〈판례요지〉

국민참여재판 실시 여부는 일차적으로 피고인의 의사에 따라 결정되므로 국민참여재판 대상사건의 공소제기가 있으면 법원은 피고인에 대하여 국민참여재판을 원하는지에 관한 의사를 서면 등의 방법으로 반드시 확인하여야 하고(국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제8조 제1항), 이를 위해 공소장 부분과 함께 피고인 또는 변호인에게 국민참여재판의 절차, 같은 법 제8조 제2항에 따른 서면의 제출, 같은 법 제8조 제4항에 따른 의사변복의 제한, 그 밖의 주의사항이 기재된 국민참여재판에 관한 안내서를 송달하여야 한다(국민의 형사재판 참여에 관한 규칙 제3조 제1항). 만일 이러한 규정에도 불구하고 법원에서 피고인이 국민참여재판을 원하는지에 관한 의사 확인절차를 거치지 아니한 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하였다면, 이는 피고인의 국민참여재판을 받을 권리에 대한 중대한 침해로서 그 절차는 위법하고 이러한 위법한 공판절차에서 이루어진 소송행위도 무효라고 보아야 한다. 국민참여재판은 그 실시를 희망하는 의사의 번복에 관하여 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제8조 제4항에 따른 시기적·절차적 제한이 있는 외에는 피고인의 의사에 반하여 할 수 없으므로, 제1심법원이 국민참여재판 대상이 되는 사건임을 간과하여 이에 관한 피고인의 의사를 확인하지 아니한 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하였더라도, 피고인이 항소심에서 국민참여재판을 원하지 아니한다고 하면서 위와 같은 제1심의 절차적 위법을 문제삼지 아니할 의사를 명백히 표시하는 경우에는 하자가 치유되어 제1심 공판절차는 전체로서 적법하게 된다고 보아야 하고, 다만 국민참여재판제도의 취지와 피고인의 국민참여재판을 받을 권리를 실질적으로 보장하고자 하는 관련 규정의 내용에 비추어 위 권리를 침해한 제1심 공판절차의 하자가 치유된다고 보기 위해서는 같은 법 제8조 제1항, 국민의 형사재판 참여에 관한 규칙 제3조 제1항에 준하여 피고인에게 국민참여재판절차 등에 관한 충분한 안내와 그 희망 여부에 관하여 숙고할 수 있는 상당한 시간이 사전에 부여되어야 한다.

### 〈선정이유〉

국민참여재판절차 등에 관한 충분한 안내와 그 희망 여부에 관하여 숙고할 수 있는 상당한 시간이 사전에 부여되어야 국민참여재판을 원하는지에 관한 의사 확인절차를 거치지 아니한 하자가 치유될 수 있다는 취지의 판결이다.

## 395. 피고인의 국민참여재판 신청과 통상의 공판절차

(대법원 2011. 9. 8. 선고 2011도7106 판결)

### 〈쟁점〉

국민참여재판 대상 사건의 피고인이 국민참여재판을 신청하였는데도 법원이 이에 대한 배제결정을 하지 않은 채 통상의 공판절차로 재판을 진행한 경우의 위법 여부(적극) 및 위 공판절차에서 이루어진 소송행위의 효력(=무효)

### 〈판례요지〉

국민참여재판을 시행하는 이유나 ‘국민의 형사재판 참여에 관한 법률’의 여러 규정에 비추어 볼 때, 위 법에서 정하는 대상 사건에 해당하는 한 피고인은 원칙적으로 국민참여재판으로 재판을 받을 권리를 가지는 것이므로, 피고인이 법원에 국민참여재판을 신청하였는데도 법원이 이에 대한 배제결정도 하지 않은 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하는 것은 피고인의 국민참여재판을 받을 권리 및 법원의 배제결정에 대한 항고권 등 중대한 절차적 권리를 침해한 것으로서 위법하고, 국민참여재판제도의 도입 취지나 위 법에서 배제결정에 대한 즉시항고권을 보장한 취지 등에 비추어 이와 같이 위법한 공판절차에서 이루어진 소송행위는 무효라고 보아야 한다.

제1심법원이 피고인의 강간치상 사건에 대하여 공소장 부분 송달일로부터 7일이 경과하기 전에 제1회 공판기일을 진행하면서 국민참여재판 신청 의사를 확인하지 않고, 피고인이 공판기일 전날 구치소장에게 제출한 국민참여재판 신청서가 공판기일이 진행된 후에 법원에 접수되었으나 신청에 대해 배제결정도 하지 않은 채 통상의 공판절차로 재판을 진행한 사안에서, 피고인이 국민참여재판을 받을 권리를 침해당하였을 뿐 아니라 이를 위해 배제결정에 대하여 즉시항고할 권리조차 박탈당한 위법한 공판절차에서 이루어진 소송행위는 무효라고 보아야 하므로 제1심판결에는 직권파기 사유가 있는데도, 제1심판결의 위법에 대하여 아무런 심리, 판단을 하지 아니한 채 피고인의 항소를 기각한 원심판단에 국민참여재판을 받을 권리 및 소송절차상 하자에 관한 법리오해의 위법이 있으므로, 원심판결과 제1심판결을 모두 파기하고 사건을 제1심법원에 환송한다.

### 〈선정이유〉

국민참여재판 대상 사건에 대한 절차적 하자가 치유되기 위한 요건을 명확하게 제시한 판결이다.

## 396. 배심원의 무죄평결이 채택된 1심 판결과 항소심 판단

(대법원 2010. 3. 25. 선고 2009도14065 판결)

### 〈쟁점〉

항소심이 제1심 증인이 한 진술의 신빙성에 관한 제1심의 판단을 뒤집을 수 있는지 여부(원칙적 소극) / 국민참여재판에서 배심원이 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심증에 부합하여 그대로 채택된 경우, 증거의 취사 및 사실의 인정에 관한 제1심의 판단을 항소심에서 뒤집을 수 있는지 여부(원칙적 소극)

### 〈판례요지〉

제1심 증인의 진술에 대한 제1심과 항소심의 신빙성 평가 방법의 차이에, 우리 형사소송법이 채택하고 있는 실질적 직접심리주의의 취지 및 정신을 함께 고려해 보면, 제1심판결 내용과 제1심에서 적법하게 증거조사를 거친 증거들에 비추어 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 명백히 잘못되었다고 볼 특별한 사정이 있거나, 제1심의 증거조사 결과와 항소심 변론 종결시까지 추가로 이루어진 증거조사 결과를 종합하면 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 등의 예외적인 경우가 아니라면, 항소심으로서 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 항소심의 판단과 다르다는 이유를 들어 제1심의 판단을 함부로 뒤집어서는 아니된다. 특히 공소사실을 뒷받침하는 증인의 진술의 신빙성을 배척한 제1심의 판단을 뒤집는 경우에는, 무죄추정의 원칙 및 형사증명책임의 원칙에 비추어 이를 수긍할 수 없는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나는 경우라야 한다.

사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위해 도입된 국민참여재판의 형식으로 진행된 형사공판절차에서, 엄격한 선정절차를 거쳐 양식 있는 시민으로 구성된 배심원이 사실의 인정에 관하여 재판부에 제시하는 집단적 의견은 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의하에서 증거의 취사와 사실의 인정에 관한 전권을 가지는 사실심 법관의 판단을 돕기 위한 권고적 효력을 가지는 것인바, 배심원이 증인신문 등 사실심리의 전 과정에 함께 참여한 후 증인이 한 진술의 신빙성 등 증거의 취사와 사실의 인정에 관하여 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심증에 부합하여 그대로 채택된 경우라면, 이러한 절차를 거쳐 이루어진 증거의 취사 및 사실의 인정에 관한 제1심의 판단은 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의의 취지와 정신에 비추어 항소심에서의 새로운 증거조사를 통해 그에 명백히 반대되는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나지 않는 한 한층 더 존중될 필요가 있다.

### 〈선정이유〉

국민참여재판에서 배심원이 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심증에 부합하여 그대로 채택된 경우, 항소심은 원칙적으로 증거의 취사 및 사실의 인정에 관한 제1심의 판단을 뒤집을 수 없다는 취지의 판결이다.