

형사소송법 최종 마무리 특강

박문각 공무원 학원
최정훈

[1] 형법 제5조, 제6조의 해석론

1. 외국인의 국외범의 처벌(내외국통유문인, 형법 제5조), 문서와 인장은 공문서만을 의미
2. 외국에서 외국인이 범한 범죄라도 대한민국인이 피해자인 경우에는 대한민국 형법적용. 단, 행위지법률에 의하여 범죄를 구성하지 않는 경우에는 예외(형법 제6조)
3. 캐나다인이 캐나다에서 한국인을 상대로 한 사문서 위조 ⇨ 공문서가 아니고, 사회적 법익으로서 피해자도 대한민국 국민이 아니어서 재판권이 없음
4. 캐나다인의 사기범행 : 피해자가 우리 국민이나, 캐나다법에 의하여 범죄를 구성하는지 여부에 대하여 검사가 엄격한 증명을 하지 않아, 재판권인정 어려움(과기환송)
※ 행위지 법률에 의하여 범죄를 구성하는지는 엄격한 증명의 대상이다(判).
5. 내국 법인의 대표자인 외국인이 내국 법인이 외국에 설립한 특수목적법인에 위탁해 둔 자금을 횡령한 경우, 횡령죄의 피해자는 내국법인(우리국민)이므로 우리 법원에 재판권이 있음(判)

[2] 국회의원의 면책특권과 불체포특권

1. 헌법 제44조와 헌법 제45조는 국회의원의 면책특권과 불체포특권을 명문으로 규정하고 있음
2. 국회의원의 면책특권
 - ① 국회의원의 국회(회의장) 내 발언과 표결 및 그에 부수한 행위(판례는 사전원고배포행위도 포함)
 - ② 면책특권의 대상(327조 제2호의 공소기각판결, 제327조 제1호의 재판권없을 때 (X))
 - ③ 그러나, 국회의원이 국회내 발언을 회의 종료 후 자신의 블로그에 게재 ⇨ 면책특권대상 (X)
3. 국회의원의 불체포 특권 (회현동)
 - ① 회기 중/현행범인이 아닌 한/국회의 동의(요구)없이 체포할 수 없음
 - ② 불체포특권에 따라 국회 석방요구시
⇨ 구속은 당연집행정지(제101조④)
⇨ 이 경우 구속취소나 집행정지결정의 대상이 아니고, 법원이 구속취소하더라도 법률상 무의미한 조치임

[3] 형사소송법의 법원

1. 형사소송법의 법원(法源)은 헌법, 법률에 제한됨이 원칙이고(형사절차법정주의, 헌법 제12조 제1항), 예외적으로 대법원규칙도 헌법 제108조에 따라 법원이 된다.
2. 대통령령이나 법무부령 역시 형사소송법의 법원이 될 수 없다.

[4] 구속집행정지에 대한 즉시항고 위험

1. 구속집행정지결정에 대한 즉시항고 규정은 현재의 위헌선언을 계기로 2016.1.6. 삭제
2. 법원의 구속집행정지결정이 있으면, 피고인을 즉시석방하여야 한지만, 검사가 이에 대해 즉시항고를 제기하면 즉시항고의 집행정지효(제410조)에 의하여 석방이 보류된다. 이는 사법권을 침해하여 적법절차원칙에 반한다는 것이 판례의 취지이다.
3. 같은 취지에서 보석과 구속의 당연실효에 대한 즉시항고 규정을 위헌이라 선언한 바 있다.
4. 한편, 구속취소결정에 대한 즉시항고규정(제97조 제4항) 역시 같은 취지에서 위헌성이 존재하지만, 구속취소에 대한 즉시항고규정은 여전히 존재한다. 이는 판례가 구속취소인정에 매우 소극적인바, 헌법재판소의 심판대에 오를 사건성이 부족하다는 점에서 기인하는 것으로 보인다.
5. 구속취소를 인정한 사례(判)
 - ㉠ 미결구금일수가 본형의 형기를 초과할 것이 명백한 경우
 - ㉡ 미결구금일수가 최장 8일밖에 남지 않은 경우
6. 즉시항고란 7일 이내 제기하는 항고를 말하는데, 그 허용여부는 입법정책적으로 결정된다.
7. 즉시항고는 집행정지효가 있는 것이 원칙이다(제410조). 단, 기피신청에 대한 간이기각결정(제23조②)과 증인의 출석의무 위반에 대한 제재에 대한 즉시항고(제151조⑧)은 예외적으로 집행정지효가 없다(간증)

[5] 헌법재판소의 위헌결정의 효력

1. 종전 헌법재판소가 합헌결정하였다가, 견해를 변경하여 형벌법규를 위헌 결정한 경우 위헌결정의 소급효는 종전합헌결정의 다음날부터 미침(헌재법 제47조 제2항 단서 개정)
2. 종전합헌결정 다음날 이전에 범죄를 범하였으나, 종전합헌결정 다음날 이후 유죄가 선고·확정된 자에게도 위헌결정의 소급효가 미쳐 재심청구가 가능(判) ⇨ 무죄
3. 종전합헌결정 다음날 이전에 (간통죄에 대해) 유죄가 확정된 자에 대해, 위헌결정 이후에 (다른 사유로) 재심청구 및 개시가 이루어진 경우, 재심법원은 범죄 후 형이 폐지된 것이므로 면소판결선고해야
4. 헌법재판소가 위헌, 헌법불합치결정하였는데, 법원이 면소판결한 경우에는 예외적으로 면소판결에 대하여 무죄주장 상소 가능
※ 면소판결에 대해서는 실체판결청구권결여되어 무죄상소불가능(원칙)
※ 공소기각판결에 대해서는 상소이익이 결여되어 무죄주장상소불가능

[6] 진술거부권

1. 판례는 헌법 제12조 제2항의 진술거부권에서 진술거부권의 고지가 곧바로 도출되지 않고, 입법적 뒷받침이 필요하다고 본다.
2. 참고인진술조서작성시 진술거부권의 미고지하였으나, 추후 피고인으로 기소된 경우
 - ① 추후 피고인으로 공소제기된 이상 본질은 피신조서이고 진술거부권을 고지해야 함이 원칙(제244조의3①)

- ② 위법수집증거인 경우
 - ㉠ 이미 피의자의 지위를 얻은 경우, 즉 실질적으로 범죄혐의가 있다고 보아 수사를 개시한 이후(실질설)에 참고인으로 출석요구하여 진술조서 작성시
 - ㉡ 허위의 외국인 투자라는 정황을 포착한 이후 참고인으로 조사한 경우
 - ㉢ 이미 구속수사 후 공소제기 이후 진술조서 작성시
- ③ 위법수집증거가 아닌 경우(증거능력인정)
 - ㉠ 아직 피의자의 지위를 얻지 못한 경우
 - ㉡ 순수한 참고인으로 조사한 경우(참고인조사시에는 진술거부권 고지 필요없음 감안)
3. 진술거부권의 행사는 가중적 양형조건으로 삼을 수 없음(원칙)

⇒ 단, 진술거부권행사가 객관적이고 명백한 증거가 있음에도 진실 발견을 적극적으로 숨기거나 법원을 오도하려는 시도에 기인한 경우에는 예외적으로 가중적 양형조건으로 삼을 수 있음
4. 진술거부권은 통상 인정신문 전 1회 고지하면 족하나 공판절차를 갱신하는 경우 다시 고지해야
5. 진술거부권을 고지하지 않은 경우, 설령 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 위법수집증거로서 증거능력이 없다(判).

[7] 관할

1. 토지관할 : 피고인의 **현재지**(임의 또는 적법한 강제에 의한 현재지), **주소, 거소 + 범죄지** (현주거범)

※ 토지관할은 피해자의 현재지, 주소, 거소 또는 범죄지이다(X).
2. 토지관할은 피고사건 진술전에 위반 주장해야, 주장 없으면 하자치유(상대적 소송조건)
3. 사물관할은 직권조사사항(제1조, 1조는 소송조건은 직권조사사항이라는 예시조항에 해당)
4. 관할위반이라도 소송행위의 효력에는 영향이 없다(제2조)

※ 관할위반판결이 선고·확정되더라도 구속영장은 당연히 실효되지 않는다.
5. 토지관할과 관련하여 지방법원 본원과 지원은 엄연히 다른 법원으로서, 지원이 토지관할을 갖는다고 당연히 본원이 토지관할을 갖는 것은 아니다(判).
6. 지방법원본원 전속관할 ㉠ 지방법원 단독판사관할사건의 항소사건
 - ㉡ 국민참여재판
7. 상습특수상해죄는 법원조직법상 합의부관할사건(判), 상습특수상해죄의 1/2가중규정은 장기 뿐 아니라 단기도 가중한다는 취지(주 형법은 장기만 가중할 때에는 장기의 1/2까지 가중한다는 형식을 취하므로)

[8] 관할과 관련한 재판형식

1. 관할위반이나 공소기각판결이 위법시 ⇒ 파기환송판결(제366조)

예) 제1심단독부가 단독사건임에도 불구하고 합의부사건으로 오인하여 관할위반판결을 선고한 경우 항소심은 제1심단독부로 파기환송 판결을 선고해야 한다.
2. 관할**인정**이 위법시 ⇒ 파기**이**송판결(제367조, 이인)

예) 제1심 단독부가 합의부관할사건임에도 불구하고 이를 단독판사관할사건으로 보고 실체판결을 선고한 경우, 항소심은 사건을 관할권있는 법원(제1심 합의부)으로 파기이송판결하여야 함

3. 관할위반시 ⇒ 관할위반판결

예) 합의부관할사건이 단독부로 잘못배당된 경우 단독부는 관할위반판결
4. 관할위반 ⇒ 절대적 항소이유(제361조의5 iii), 상대적 상고이유(제383조 i)

[9] 수 개의 관련사건의 병합관할, 병합심리

1. 병합관할
 - ① 사물관할 다른 때 ⇒ 합의부 병합관할, 단, 단독판사에게 이송가능(9조)
 - ② 토지관할이 다른 때(사물관할동일 전제) ⇒ 어느 한 법원이 병합관할(5조)
 - ③ 병합관할시 반드시 관련사건과 고유관할사건은 병합심리될 필요는 없고, 일단 관련사건으로 병합된 이상 고유관할사건이 먼저 종료되어도 관련사건의 관할권은 유지된다(判)
2. 병합심리
 - ① 사물관할 다른 때 : **합의부**가 병합심리(사합)
 - ② 토지관할 다른 때(사물관할 동일은 전제) : 공통되는 직근**상**급법원이 결정(토상, 6조)
3. 제6조의 직근상급법원
 - ① 심급관할은 고려하지 않고 관할구역기준표만을 고려
 - ② 소속고등법원이 같으면 고등법원이, 소속고등법원 다르면 대법원 병합심리를 결정할 관할법원이다.
4. 심리의 분리(자유재량) : 토지관할을 달리하는 수개의 관련사건이 동일법원에 계속된 경우에 병합심리 필요가 없는 때에는 법원은 결정으로 이를 분리하여 관할권 있는 다른 법원에 이송할 수 있음(제7조).

[10] 관할의 경합

1. 동일사건이 동일법원에 계속된 때 (협의의 이중기소) : 제327조 제3호 공소기각판결
2. 관할의 경합이란, 동일사건이
 - ① 사물관할이 다른 법원에 계속 ⇒ 합의부우선의 원칙(제12조), 단독부는 공소기각결정(328⑬3호)
 - ② 사물관할이 같은 법원에 계속 ⇒ 선착수우선의 원칙(제13조), 후에 공소를 받은 법원은 공소기각결정

단, 직근상급법원의 결정으로 후에 공소를 받은 법원이 관할권 가질 수 있음(제13조 단서)
3. 협의의 이중기소든, 관할의 경합이든 어느 한 법원이 먼저 확정(유·무죄실체판결이나 면소판결)된 경우, 다른 법원은 면소판결을 하여야 한다(제326조 제1호).

※ 형식재판 사유는 입법정책적으로 결정되었지만, 확정판결의 기판력은 헌법 제13조 제1항의 일사부재리원칙으로서 헌법상 기본권의 관점에서 규정된 제도이므로 기판력이 우선해야 하기 때문이다.

[11] 관할의 지정과 이전

- 1. 관할의 지정 ⇨ 검사만(검지)
- 2. 관할의 이전 ⇨ 검사가 신청한다. 피고인도 신청할 수 있다. (검사는 의무이나 피고인은 권한)
- 3. 관할이전신청기각결정은 판결전 소송절차에 관한 결정으로서 항고가 금지된다(제403조 제1항).

[12] 형사소송법 제8조 2항의 해석론

- 1. 합의부사건이 단독부에 잘못 배당된 경우(아직 심리진행X) ⇨ 관할위반판결
- 2. 단독사건으로 기소된 이후 합의부사건으로 공소장변경 (이미 상당부분 심리진행) ⇨ 제8조 제2항에 따라 합의부로 필요적 이송, 항소심의 경우 고등법원으로 필요적 이송
 - ※ 단독사건의 항소심에서 치료감호가 청구된 경우 ⇨ 고등법원으로 필요적 이송
 - ※ 단독사건의 항소심에서 위치추적 전자장치부착명령이 청구된 경우 ⇨ 고등법원으로 필요적 이송
 - ※ 이송하면 족하고 별도로 관할위반판결을 선고해서는 안된다.
- 3. 단독사건에서 합의부사건으로 공소장변경신청을 하여 적법하게 고등법원으로 이송하였는데, 고등법원이 일부무죄를 선고한 경우(단독사건부분만 유죄로 인정)라도, 합의부의 관할권에는 영향이 없다.
- 4. 합의부사건으로 기소된 이후 단독사건으로 공소장변경 ⇨ 제8조 제2항의 규정과 무관, 재배당이나 이송은 불가, 합의부가 계속 심판해야(재정합의부로 처리)

[13] 이송

- 1. 이송사유가 있으면 이송한다. 이송하여야 한다 등 필요적 이송이 원칙
- 2. 형사소송법상 임의적 이송 : 현재지로 이송할 수 있다(8조①)

[14] 군사법원보충

- 1. 민간법원 vs 군사법원 ⇨ 재판권의 문제
- 2. 민간이나 군인이냐, 군에 입적 혹은 군에서 제적하였느냐는 엄격한 증명의 대상이다.
- 3. 재판권의 문제이나 (관할에 준하여)
 - ① 민간인이 군에 입적하면, 일반법원은 군사법원에 필요적 이송
 - ② 군인이 제적하면 군사법원은 일반법원에 필요적 이송
- 4. 보통군사법원 ⇨ 고등군사법원 ⇨ 대법원의 순이다.
- 5. 약식명령을 청구받은 민간인이 군에 입적하면, 법원은 보통군사법원에 이송하여야 한다.
- 6. 군사법원의 소송행위는 이송후 일반법원에도 유효하다(일반법원의 소송행위도 군사법원에서 유효하다).
- 7. 군사법원에서 유죄판결이 확정된 후 피고인이 군에서 제적된 경우, 대응하는 일반법원에 재심관할권 있음
- 8. 군에서 제적되어 재판권이 없는 군사법원에서 행한 재심개시결정도 이송된 일반법원에 효력이 있다.

- 9. 군형법위반사건과 일반형법위반사건의 경합범의 경우, 군형법위반사건은 군사법원에, 형법위반사건은 일반법원에 각각 재판권이 있다(判).

[15] 기피제도

- 1. 기피신청시 소송절차 정지됨이 원칙. 단, 급속을 요하는 경우 제외(제22조)
- 2. 본안소송만 정지(判), 구속기간의 갱신이나 판결선고는 정지되지 않음(갱판)
- 3. 급속을 요하는 경우에도 정지되지 않음(예 구속기간 만료임박(13일전/24일전))
- 4. 당해법원, 법관이 간이기각결정시에도 정지되지 않음
- 5. 기피신청이 있었음에도 (본안)소송절차를 정지하지 않고 진행된 소송절차에서 이루어진 소송행위는 무효, 추후 설령 기피신청기각결정이 확정된 경우에도 마찬가지이다(判).
- 6. ① 기피신청 기각결정 ⇨ 즉시항고 허용
 - ② 기피신청 간이기각결정 ⇨ 즉시항고 허용(집행정지효 없음)
 - ③ 기피신청 인용결정 ⇨ 판결전 소송절차에 관한 결정으로 항고금지(403①)
- 7. 제척·기피사유 있는 법관이 관여한 판결은 당연히무효가 아니다.
 - ※ 당연히무효가 아니라 절대적 항소이유(제361조의5 제7호) 및 상대적 상고이유(제383조 제1호)일 뿐이다

[16] 변호인

- 1. 피의자·피고인에게 수인의 변호인이 있는 경우, 각자가 변호권을 가짐 → 공동하여 변호(×), 대표변호인만 변호(×)
- 2. 수인의 변호인이 선임된 경우, 3인 이내의 대표변호인을 둘 수 있음 → 대표변호인은 송달/통지의 대표일 뿐
- 3. 변호인선임대리권자 : 형제자매, 법정대리인, 배우자, 직계친족(형법배직)
 - ① 형법배직은 독립하여 변호인선임이 가능,“독립하여”란 피의자·피고인의 의사에 반하여도 가능하다는 의미
 - ② 형법배직이 피의자·피고인의 의사에 반하여 변호인을 선임한 경우, 그 선임은 유효하나 피의자·피고인은 해임으로 대처할 수 있음
 - ③ 변호인 선임대리권자는 형·법·배·직에 한하고, 그들로부터 위임받은 자의 선임은 무효
 - ※ 법인의 대표자로부터 위임받은 자가 법인을 위해 변호인을 선임한 것은 무효
 - ④ 변호인선임은 연명날인한 서면으로 해야, 선임서는 특단의 사정이 없는 한 원본이어야 하고 사본제출은 위법한 것이 원칙(判)
- 4. 변호인은 심급별로 선임해야(심급대리의 원칙)
 - ① 상급심이 파기환송시 원심의 변호권이 부활함
 - ② 공소제기전 변호인 선임은 1심까지 효력이 있음(1심선고시까지(×))
 - ③ 법 제341조는 원심의 변호인에게 상소권을 인정하고 있고, 판례는 원심의 변호인이 자신이 제기한 상소에 대해 상소이유서까지도 적법하게 제출할 수 있다고 판시

5. 하나의 사건에서의 변호인선임계약은 (피의자·피고인이나 변호인이 다른 의사표시가 없는 한) 병합된 다른 사건에도 효력이 있음
 - ① 필요적 변호사건에서 선임된 국선변호인은 통상 병합된 다른 사건에도 변호권이 있고, 법원은 병합사건도 소송기록접수통지를 하여 이의제출기회를 부여해야 함
 - ② 필요적 변호사건에 병합된 다른 사건(사건의 속성상 필요적 변호사건이 아닌 경우라도) 역시 필요적 변호사건으로 취급되어, 국선변호인의 선임이 없는 경우 고유의 필요적 변호사건뿐 아니라 병합사건에서 이루어진 일체의 소송행위도 무효로 됨(判)

[17] 국선변호인 주요사항

1. 피고인이 구속된 때
 - ① 당해사건으로 구속된 때에 한정
 - ② 불구속상태로 재판받은 후 법정구속된 경우는 제외 (주 불구속의 원심절차는 필요국선 아니라는 취지(判))
 - ③ 구인을 위한 구속영장으로 구인된 경우는 피고인이 구속된 경우에 해당하지 않는다(判).
2. 피고인이 2급시각장애, 3급청각장애 ⇨ 재량국선이나 법원이 반드시 선임했어야(判)
3. 피고인이 4급지체(척추)장애+기초생활수급자 ⇨ 청구국선, 청구 있으면 반드시 선임해야(判)
4. 1인의 피의자·피고인을 위해 수인의 국선변호인 선임이 가능
5. 수인의 피고인 사이에 이해가 상반되지 않는 경우, 수인의 피고인을 위해 동일국선변호인의 선임도 가능
 - ① 공범아닌 공동피고인(가령, 맞고소사건으로 병합기소된 경우)은 통상 이해가 상반되어 동일국선변호인을 선임한 것은 위법
 - ② 이해가 상반되는 공동피고인 중 1인이 선임한 범무법인 소속변호사를 상피고인의 국선변호인으로 선임한 것은 위법(判)
6. 개별규정에 의해 국선변호인이 선임되는 경우 (실적준비+재심참여)
 - ① 구속전 피의자심문(영장실질심사절차 제201조의2 제8항)
 - ② 체포·구속적부심사(제214조의2 제10항)
 - ③ 공판준비절차
 - ④ 재심사건의 재심공판절차(제438조③, 주 재심개시절차(×))
 - ⑤ 국민참여재판과 국선변호
 - ⑥ 기타특별법에 의한 경우
 - ㉠ 「특정범죄신고자 등 보호법」에 규정한 특정범죄의 신고자나 그 친족 등이 보복을 당할 우려가 있는 일정한 경우(동법 제11조 제6항)나 「군사법원법」에 따라 군사재판이 이루어지는 경우(동법 제62조 제1항)
 - ㉡ 치료감호법에 의하여 치료감호의 청구가 있는 사건은 변호인 없이 개정하지 못하므로, 피치료감호청구인에게 변호인이 없거나 변호인이 출석하지 않을 때에는 국선변호인을 선정하여야 한다(동법 제15조②)

[18] 필요적 변호사건

1. 국선변호인
 - ① 필요국선 (농아자, 심신장애 의심, 미성년자, 70세이상, 구속된 때, 단기3년이상 (구미농심70단삼))
 - ② 청구국선 (피고인 빈곤, 청빈)

- ③ 권리보호국선(법원이 여러 사정 참작, 명시 의사 반할 수 없음, 권명)
2. 필요적 변호사건 : 필요국선, 청구 또는 권리보호로 일단 변호인이 선임된 사건(제282조). 단, 판결만을 선고하는 경우는 제외
3. 필요적 변호사건에서 변호인이 없으면 국선변호인을 선임해야(제283조)
4. 필요적 변호사건에서 변호인없이 개정된 기일의 일체의 소송행위는 무효

※ 그러나, 변호인이 선임된 가운데 적법하게 이루어진 다른 기일의 소송절차까지 무효로 되는 것은 아님(判)
5. 4의 경우 무효이나, 무죄를 선고할 경우 판결에 영향을 미친 법령 위반 아님
6. 제1심이 필요적 변호사건임에도 변호인없이 공판기일 진행시, 항소심은 다시 증거조사하여 스스로 파기하여 판결하여야 한다(파기자판, 제364조 제6항).
7. 청구국선의 경우, 청구시 법원은 (설령 기각하더라도) 반드시 결정의무 있다.
8. 국선변호인 선임결정은 판결전소송절차에 관할 결정으로 보통항고 불가능하고, 재항고도 불가능하다(判).
9. 필요적 변호사건이라도 피고인·변호인이 무단퇴정하거나 퇴정명령을 받아 퇴정한 경우 법원은 제330조에 따라 변호인의 출석없이도 심리·판결할 수 있고, 제318조 제2항의 취지상 증거동의가 의제된다(判).

[19] 소송행위의 추완

1. 단순추완(단상약) : 상소권회복청구, 약식명령에 대한 정식재판회복청구(345, 458조, 명문으로 인정)
2. 보정적 추완(보변공고) : 변호인 선임계의 추완(X), 공소사실의 추완(△), 고소의 추완(X)
3. 공소제기의 하자
 - ① 공소제기의 현저한 하자 ⇨ 피고인이 이의없이 응하여 변론하였어도 하자치유되지 않음

예) 구술에 의한 공소장제출 : 피고인이 이의없이 변론 응하고 검사가 공소장변경신청서를 공소장에 갈음한다고 진술하고 있더라도 하자치유되지 않음(공소기각판결)
 - ② 현저한 하자에 미치지 않는 경우 ⇨ 추완이 가능

예) 검사가 공소장에 기명날인 또는 서명을 하지 않은 채로 제출한 경우 : 추후 검사가 기명날인 또는 서명하였다면 하자는 추완될 수 있음(判)
4. 고소취소된 협박으로 기소되었어도 공갈미수죄(비친고죄)로 변경시 공소제기의 하자는 치유

예) 폭행죄로 기소되어 1심에서 고소취소되었으나 검사의 항소로 진행된 항소심에서 상해죄로 변경된 경우에는 공소제기의 하자는 치유됨(判)

[20] 고소, 재정신청 등의 효력

1. 수인의 고소권자/재정신청권자 중 1인의 고소/재정신청은 전원을 위해 효력이 있다.
2. 수인의 고소권자/재정신청권자 중 1인의 고소취소/재정신청취소/고소기간의 해태는 다른 고소권자/재정신청권자에 영향이 없다.

[21] 고소의 주관적 불가분, 객관적 불가분

- 1. 고소의 주관적불가분 원칙은 형사소송법 제233조가 친고죄에 대해서만 규정하고 있다.
※ 따라서 반의사불벌죄와 즉시고발사건에는 주관적 불가분의 원칙이 적용되지 않는다는 것이 판례의 태도이다.
- 2. 고소의 객관적 불가분은 명문규정은 없지만 이론에 의하여 인정된다.
※ 이론에 의해 인정되는 이상, 친고죄, 반의사불벌죄, 즉시고발사건에도 객관적 불가분은 인정된다는 것이 판례의 태도이다.
- 3. 통상 판례에서 “고소의 불가분”이라고 표현하는 경우, 고소의 주관적 불가분을 의미한다.
※ 판례는 고소의 객관적 불가분이 문제될 때에는 반드시 고소의 객관적 불가분, 주관적 불가분을 구분하여 표시하고 있다.
- 4. 저작권법위반(친고죄)의 고소에 있어, 행위자에 대해서만 고소하더라도, 양벌규정에 의해 처벌받는 사업주에게도 고소의 효력이 미친다(친고죄에서는 고소의 주관적 불가분이 적용).
- 5. 조세범처벌법에 의한 고발에 있어서는 고발의 구비여부는 양벌규정에 의하여 처벌받는 자연인인 행위자와 법인에 대해서 개별적으로 논해야 한다(즉시고발사건에는 고발의 주관적 불가분의 원칙이 적용되지 않으므로).
- 6. 친고죄의 공범 1인에 대한 고소·고소취소는 다른 공범에게 효력이 미친다(고소취소의 주관적 불가분의 원칙, 제233조).
→ 따라서 비친고죄로 고소를 하였다하더라도 행위시범주의에 따라 본 범죄가 친고죄인 경우, 검사는 친고죄로 공소제기를 하여야 하고 이때에는 고소취소의 주관적 불가분의 원칙이 당연히 미치게 된다.
- 7. 고소의 주관적 불가분의 원칙에 반하는 고소는 적법한 고소로 볼 수 없다.
→ 가령, 절대적 친고죄의 공범 중 일부에 대하여만 처벌을 구하고 나머지에 대하여는 처벌을 원하지 않는다는 내용의 고소는 적법한 고소라고 할 수 없다(대판 2009.1.30. 2008도7462).

[22] 고소의 객관적·주관적 불가분의 원칙과 고소의 효력

- 1. 친고죄와 비친고죄가 상상적 경합인 경우
 - ① 비친고죄에 대한 고소는 친고죄에 효력이 없고
 - ② 친고죄에 대한 고소취소는 비친고죄에 효력이 없다.
- 2. 상대적 친고죄에 있어서 신분자와 비신분자가 공범인 경우
 - ① 비신분자(비친)에 대한 고소는 신분자(친)에 효력이 없고
 - ② 신분자(친)에 대한 고소취소는 비신분자(비친)에 효력이 없다.
 - ③ 신분관계있는 甲과 신분관계없는 친구 乙이 공범인 경우, 乙에 대한 고소는 甲에게 효력이 없고, 甲에 대한 고소취소는 乙에게 효력이 없다.

[23] 고소취소의 시기

- 1. 고소취소는 1심판결선고전까지 취소할 수 있다(제232조 제1항)
- 2. 1심에서는 비친고죄였으나 항소심에서 비로소 친고죄/반의사불벌죄로 변경된 경우
 - ① 항소심을 1심이라 할 수 없어 항소심에서 행한 고소취소는 효력이 없고 실체판결을 해야

- ② 반면, 1심에서 비친고죄에 대해 미리 고소취소를 해 놓은 경우, 항소심은 고소취소의 객관적 불가분의 원칙상 공소기각판결을 선고해야
- 3. 항소심에서 제1심으로 파기환송한 경우, 종래 1심은 파기되어 효력이 없으므로 파기환송 후 1심선고전까지 고소를 취소할 수 있다(判).
※ 1심이 공소기각판결을 선고하고 항소심은 공소기각판결이 위법하다고 보아 파기환송한 사안에서 파기환송을 한 항소심에서 고소취소장이 제출되거나 파기환송후 1심에서 고소취소장이 제출되었다면 고소취소는 적법하게 이루어진 것으로 환송후 1심은 공소기각판결을 선고해야 한다(判).
- 4. 파기판결과 관련한 판례의 비교정리
 - ① 제1심 유죄판결에 대해 항소심이/2심 유죄판결에 대해 상고심이 파기자판한 경우, 이미 파기되어버린 원심은 재심대상이 아니고 파기자판만이 유죄판결로서 재심의 대상이 된다.
 - ② 파기환송 후 1심에는 공소취소불가/증거보전신청불가/공소장일본주의 적용안됨(이미 법원의 재판을 한번 받았고, 법원이 실체심리에 이미 관여하였음을 감안)
 - ③ ②와 같은 취지에서 제1심에 대한 재심심판절차에서도 공소취소, 증거보전 불가능하고, 공소장일본주의 적용안됨

[24] 고발이 고소와 다른 점

- 1. 고발은 누구든지 가능한바,
 - ① 고발은 대리가 허용되지 않는다(누구든지 고발이 가능하여 대리인정의 실익이 없음)
 - ② 고소권자로서 고소한 자는 재정신청의 주체가 될 수 있으나, 고발권자는 형법 제123조 내지 제126조(독직직권남용, 독직불법체포·감금, 독직폭행·가혹행위, 피의사실공표죄, 단 피공표자의 의사에 반할 수 없음)의 고발권자만이 재정신청의 주체가 될 수 있다.
- 2. 즉시고발사건은 공익성을 강조하는 범죄규정들인바,
 - ① 고발은 기간제한이 없다.
 - ② 고발취소 후 재고발도 허용된다.
 - ③ 고발은 공무원의 경우, 직무상 알게 된 내용에 대하여 고발의무가 있다.
- 3. 즉시고발사건은 행정기관의 가벌성에 대한 판단을 존중하고자 마련된 범죄인바,
 - ① 고발은 객관적 불가분의 원칙은 적용될 여지가 있으나, 주관적 불가분의 원칙은 적용되지 않는다.
 - ② 법원은 즉시고발여부에 대해서는 직권조사의무가 있으나, 즉시고발사유의 존부에 대해서는 판단할 수 없다.
- 4. 즉시고발사건에서 고발이후에는 통고처분을 할 수 없고, 즉시고발이후 이루어진 (무효인) 통고처분에 대하여는 범칙금을 납부하더라도 기판력이 발생하지 않는다(判).
- 5. 국회증언감정법에서 정한 위증죄는 즉시고발사건으로서, 그 고발은 위원회가 존속하는 동안 이루어져야 한다고 해석하는 것이 타당하다(判).
※ 특별위원회가 존속하지 않게 된 이후 그 위원이던 18명 중 13명의 연서에 의하여 국회증언감정법상 위증죄에 대해 고발을 하였다면, 고발은 무효로 볼 것이므로 공소기각판결사유에 해당한다(判)

[25] 형제자매, 법정대리인, 배우자, 직계친족, 고용주, 가족, 변호인, 동거인이 청구권자인 경우

(보보신적)

- 1. 체포·구속적부심사의 청구권자
- 2. 보석의 청구권자
- 3. 신뢰관계있는자(형배직 + 고가변동(변호사))
- 4. 보조인

[26] 변호인의 피의자신문참여권

- 1. 피의자신문 참여시 정당한 사유란 ㉠ 수사방해 ㉡ 증거인멸의 우려가 있는 경우를 말함
- 2. 정당한 사유가 없는 경우(수사상 준항고를 인용한 사례)
 - ① 정당한 사유가 없는데도 멀리 떨어져 앓으라 지시후 이를 어기자 퇴거시킨 사안
 - ② 적극적으로 허위진술을 하도록 한 것이 아니라 진술거부권이 있음을 알려주고 권고한 사안(진술거부권 권고는 진실의무 위배아님(判))
 - ③ 단순히 공범가담만을 권유한 경우
 - ④ 검사의 후방착석요구에 변호인이 거절한 경우 ⇨ 헌법상 기본권인 변호인의 변호권침해
- 3. 정당한 사유가 있어서 피의자신문참여권을 제한할 수 있는 경우로는
 - ① 수인의 공범자들의 순차청구, 부당하게 장기간 접견을 신청하는 경우 등
 - ② 신문내용의 촬영, 녹음
- 4. 범무법인이 피의자신문참여권을 침해당한 경우에는 범무법인의 이름으로 준항고 제기해야
- 5. 피의자신문참여권 침해하여 피의자신문조서 작성시
 - ① 제312조에 “적법한 절차와 방식에 따라 작성된” 조서로도 볼 수 없음과 동시에(전문법칙 위반).
 - ② 제308조의2에 “적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한” 증거에 해당(위수증)
- 6. 수사상 준항고는
 - ① 기간제한 없고(이익이 있는 한 가능)
 - ② 준항고를 제기해도 집행정지효가 없으며(계속 피의자신문가능)
 - ③ 준항고심의 결정에 대해서는 곧바로 대법원에 재항고가 가능(判)
 - ④ 준항고는 그 본질이 항고소송이므로 준항고의 이익이 없는 상황에서 준항고 제기는 부적법하다(判).
 - ⑤ 준항고 인용시 피의자신문참여권이 침해된 상태에서 작성된 피신조서는 위수증처리

[27] 구속

- 1. 구속의 요건 : 범죄혐의의 상당성, 구속사유(도망, 주거부정, 증거인멸우려), 구속의 비례성
- 2. 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 중요참고인 등에 대한 위해우려를 고려해야
- 3. 범죄의 중대성 등은 구속시 고려사항일 뿐, 독자적인 구속사유가 아님

4. 피고인 구속시

- ① 제72조(범죄사실, 구속의 이유, 변호인선임권을 고지하고 명의 기회를 부여, 다만, 피고인 도망시는 제외)는 수소법원이 행하는 사전청문절차, 수명법관으로 하여금 진행하게 할 수 있음(제72조의2).
- ② 제72조의 절차는 원칙적으로 생략할 수 없으나, 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 위법이라 할 수 없음(判).
- ③ 다만, 피고인에 대한 1차 구속영장에 의한 구속기간이 만료될 무렵, 새롭게 병합되어 모두절차만이 진행되고 변호인의 변호 아래 피고인은 공소사실의 일부를 부인한다는 취지의 진술만이 이루어진 경우에는 별도의 사전청문절차없이 피고인이 병합사건의 범죄사실에 관하여 구속영장(2차구속영장)을 발부한 것은 제72조의 절차가 보장되지 않아 위법하다(判).
- ④ 판결내용 자체가 아니고 다만 피고인의 신병확보를 위한 구속 등 소송절차가 법령에 위반된 경우에는, 그로 인하여 피고인의 방어권이나 변호인의 조력을 받을 권리가 본질적으로 침해되고 판결의 정당성마저 인정하기 어렵다고 보이는 정도에 이르지 않는 한, 그것 자체만으로는 판결에 영향을 미친 위법이라고 할 수 없음(주 제361조의5 제1호, 제383조 제1호의 상대적 상소이유임을 고려한 판시)
- ⑤ 피고인에 대한 구속영장의 집행이 완료된 경우, 집행기관은 제88조에 따라 공소사실과 변호인선임권을 고지해야함이 원칙.
※ 제88조의 절차는 사후청문절차로서 동절차가 생략되어도 구속이 위법해지는 것은 아님(判)

[28] 구속기간 계산의 제문제

- 1. 구속과 시효, 형기는 초일을 산입하고, 말일이 공휴일 또는 토요일이라도 산입한다(66①③단서).
- 2. 체포이후 구속이 이루어진 경우 최초 체포일로부터 기산(제203조 2)
- 3. 영장실질심사나 체포구속적부심사를 진행한 경우, 법원에 서류가 접수된 날/때로부터 영장을 발부하여 검찰청에 반환한 날까지는 구속기간에서 제외(제201조의2⑦, 제214조의2⑬)
 - 예 7.1. 23:00서류가 법원에 접수되고 7.2. 09:00에 반환되면 총 2일 구속기간 연장
 - 예 적부심에서 제외기간은 영장청구시한은 시로써 계산, 구속기간은 일로써 계산
- 4. 피의자 : 사경 10일, 검사 10일에 1차 연장(20일), 연장시에는 익일부터 기산(규칙 제98조) 주 연장은 10일 이내이므로, 가령, 3일을 연장하는 것도 가능
- 5. 피고인(법원에 의한 구속)
 - ① 피고인에 대한 구속기간은 2월로 한다(제92조①).
 - ② 피고인구속은, 특히 구속을 계속할 필요가 있는 경우에는 심급마다 2개월 단위로 2차에 한하여 결정으로 구속기간을 갱신할 수 있다(제92조②).
 - ③ 상소심은 피고인 또는 변호인이 신청한 증거의 조사, 상소이유를 보충하는 서면의 제출 등으로 추가 심리가 필요한 부득이한 경우에는 3차에 한하여 갱신할 수 있다(제92조②).

- ④ 피고인의 구속기간 중에 현실적으로 구속되지 않은 보석기간, 구속집행 정지기간, 도주한 기간이나 감정유치기간(제172조의 2①), 제22조(기피)·제298조 제4항(공소장변경)·제306조 제1항(심신상실) 및 제2항(질병)의 규정에 의하여 공판절차가 정지된 기간, 공소제기 전의 체포·구인·구금 기간(제92조③), 위헌심판 제청기간(헌재법 제42조) 등은 수소법원의 구속기간에 산입되지 않는다.(체구피유 변심질)
- ※ 헌법소원이 청구된 경우에는 소송절차가 정지하지 않음

[29] 보증금납입부의자석방결정(피의자보석=기소전 보석)

- 구속된 피의자에 대해서만 허용, 즉 구속적부심사절차에서만 허용

※ 체포된 피의자는 보증금납입부석방 불가, 체포적부심에서는 피의자보석 불허
- 관할법원의 직권으로만 가능(즉, 피의자등의 청구권은 인정되지 않음)
- 보증금납입부의자석방 결정에 대해서는 보통항고가능(判)

※ 체포·구속적부심에서 석방 또는 기각결정에 대해서는 항고불가

[30] 보석

- 보석의 청구권자 : 피고인 + 형법배직 + 고가변동
- 보석청구가 있으면 필요적 보석의 제외사유가 없는 한 법원은 보석을 허가하여야 한다.

※ 집행유예결격자, 이미 보석이 취소된바 있는자, 구속집행정지 중인 자도 보석을 청구할 수 있고, 보석청구시 필요적 보석이 원칙이다.
- 필요적 보석의 제외사유(사형, 무기, 장기 10년을 넘는 징역·금고, 누범·상습범, 피해자등의 생명·신체에 해를 가할 염려, 도망·주거 부정·증거인멸의 염려가 현저, 10누상해도주인)
- 필요적 보석의 제외사유가 있더라도 법원은 직권 또는 청구권자의 신청에 따라 보석을 허가할 수 있다(임의적 보석, 재량보석)

※ 법원은 피고인이 누범이나 상습범인 경우 보석을 허가할 수 없다. (X)
- 보석취소시, 보석취소결정과 보증금의 임의적 몰취결정은 동시에 할 필요가 없다.

※ 보석취소결정은 신속한 판단을 요함에 비추어 보증금몰취결정은 신중한 판단이 요구되므로, 보석취소결정 후 7일이내에 보증금몰취결정하면 충분하다는 취지
- 보증금의 필요적 몰취의 대상에는 판결확정 후 도망한 자 뿐 아니라 판결확정 전에 이미 도망한 자도 포함된다(判).

※ 즉, 103조 2항의 보석된 자에는 보석된 후 판결확정전 도망한 자가 포함됨

[31] 구속영장의 실효에 관한 정리

- 재판이 선고 또는 고지되면 구속영장이 실효되는 것이 원칙이다(즉시석방).

※ 그러나 예외적으로 자유형(실형)이나 사형선고시에는, 구속영장은 실효되지 않는다(석방보류).

- 재판이 확정되면 구속영장은 실효되는 것이 원칙이다.

※ 따라서 사형, 자유형(실형), 무죄 등이 확정되면 구속영장은 당연히 실효됨

※ 이 경우 즉시 석방하는 것이 아니라, 형집행으로 즉시 전환하는 것이다.
- 관할위반은 선고 또는 확정되더라도 구속영장은 실효되지 않는다(구속유지).
- 부정수표단속법 위반죄의 경우, 벌금형을 선고하더라도 반드시 가납판결을 하여야 하고, 벌금형이 선고되더라도 벌금가납시까지 구속영장은 실효되지 않는다.

보석, 구속의 실효, 구속의 집행정지의 비교

	보 석	구속의 실효		구속의 집행정지
		구속취소	구속의 당연실효	
청구권자	피고인 + 형법배직 + 고가변동	검사, 피고인, 피의자 변호인파 변호인선임권자 (형법배직)	해당없음	해당없음
법원의 직권발동	가능	가능	해당없음	직권으로만 가능
구속의 효력	효력유지 (잠정적 중지)	효력상실	효력상실	효력유지 (잠정적 중지)
검사의 즉시항고	불가능	가능	불가능	불가능 (즉시항고 위헌)
검사의 의견청취	반드시 들어야	반드시 들어야. 다만, ① 검사청구사와 ② 급속을 요하는 경우는 들을 필요없음	들을 필요 없음	반드시 들어야. 다만, 급속을 요하는 경우는 들을 필요없음

★ 검사 의견을 들어야 하는 절차 : 개 구취 집 보관

① 증거개시결정, ② 구속취소, ③ 구속집행정지, ④ 보석허가, ⑤ 간이공판절차결정 취소

[32] 접견교통권에 대한 정리

- 접견교통권은 접견신청시 즉시 이루어져야
- 구금장소의 임의적 변경은 (접견지연을 초래하여) 위법하다.
- 접견신청일이 지나도록 접견을 허용하지 않은 것은 (접견지연으로서) 접견거부와 동일하다.
- 접견교통권의 침해에 대한 구제
 - 수소법원의 침해 : 보통항고 (판결전 소송절차에 관한 결정이나 제403조②의 구금에 관한 결정에 해당)
 - 수사기관의 침해 : 수사상 준항고(제417조), 예외적으로 헌법소원도 가능
 - 교정기관의 침해 : 행정소송(행정법상 취소소송)으로 불복해야 함(判)
- 접견교통권침해와 자백/진술의 증거능력
 - 변호인과의 접견교통권 침해 ⇨ 위법수집증거로서 증거능력배제(判)
 - 변호인 접견 이전에 이루어진 자백 ⇨ 증거능력 인정가능(判)
 - 비변호인과의 접견교통권 침해 ⇨ 증거능력(임의성) 인정(判)

[33] 재체포·재구속금지사유의 정리

구 분	재구속사유
긴급체포되었다가 석방된 자(긴영) (제200조의4③)	긴급체포 후 석방된 피의자는 영장없이도 동일한 범죄사실에 관하여 재체포하지 못함 ⇨ 영장을 발부받아서 체포·구속 가능
수사기관에 의해 구속되었다가 석방된 자(구중) (제208조)	검사 또는 사법경찰관에 의하여 구속되었다가 석방된 자에 대해 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재구속이 금지됨
체포·구속적부심으로 석방된 자(도·인) (제214조의3①)	석방된 피의자가 도망하거나 죄증을 인멸하는 경우를 제외하고는 재체포·구속이 금지됨
보증금납입조건부 피의자석방의 제외사유(인·해) (제214조의2⑤)	① 죄증을 인멸한 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때 ② 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때
보증금납입조건으로 석방된 피의자(도조인 + 불출석) (제214조의3②)	① 도망한 때 ② 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때 ③ 출석요구를 받고 정당한 이유없이 출석하지 아니한 때(불출석) ④ 주거의 제한 기타 법원이 정한 조건을 위반한 때
보석취소사유 = 구속집행 정지의 취소사유(도조인 + 불출석 + 해) (102조)	① 도망한 때 ② 도망하거나 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때 ③ 소환을 받고 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 때(불출석) ④ 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자, 또는 그 친족의 생명·신체·재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다. ⑤ 법원이 정한 조건을 위반한 때

[34] 전자기록의 압수

- 정보저장매체의 경우, 기억된 정보의 범위를 정하여 일부복제하거나 일부출력하는 것이 원칙
⇨ 일부복제나 일부출력이 불가능하거나 목적을 달성할 수 없는 경우에 예외적으로 정보저장매체를 압수
- 압수대상이 전기통신인 경우, 영장발부시 작성기간(파일생성기간)을 명시해야(제219조, 제114조① 단서)
- 판례는 현장에서 일부복제·출력이 불가능하거나 곤란한 경우 컴퓨터등을 수사기관 사무실로 옮겨 복제 후 반환하는 방법도 인정
⇨ 이를 위해서는 영장에 사전에 기재되어 있고 그와 같은 사유가 발생하여야 하며, 사무실에서의 복제·출력은 혐의와 관련된 부분에 한정되어야 하고 당사자의 참여등 절차보장 또한 이루어져야 한다(判).
⇨ 혐의와 관련없는 부분(무관정보)을 출력한 경우 이는 위법수집 증거이고 이를 토대로 관세사의 자백을 받은 경우 관세사의 자백은 독수과실(2차증거)로서 증거능력이 없다(判).
- 판례는 사전영장에 의한 전자정보의 탐색 중 무관정보(별건)를 발견한 경우, 탐색을 중단하고 새로운 영장을 발부받아 압수하여야 한다고 보았다.

- 甲의 공직선거법위반죄로 압수·수색영장을 발부받아 (甲의 휴대폰에서) 전자정보를 탐색 중 乙과 丙의 공직선거법과 관련한 녹음파일을 발견한 경우, 녹음파일의 압수는 별건압수로서 위법하다.
※ <비교> 전화사기죄로 긴급체포된 자(甲)가 소지한 타인의 신분증 2매를 제217조 제1항에 따라 압수한 것은 적법하고, 이 신분증 2매는 피고인(甲)의 점유이탈물횡령죄에 대한 증거로 사용할 수 있다(判).
⇨ 제217조 제1항의 압수는, 긴급행위로서 (사전영장이 발부된 경우와는 달리) 압수당시의 사정을 기준으로 수사주체의 입장에서 그 적법성을 판단해야 하는바, 압수당시의 수사기관의 입장에서는 甲이 가지고 있던 20여매의 신분증 가운데 아직 사용되지 않은 2매의 신분증도 전화사기죄에 제공된 물건으로 충분히 볼 수 있다는 점을 감안한 판시이다.
- 일련의 절차를 이루는 단계적 압수수색절차에서 피고인이 개별처분만의 취소를 구하는 준항고를 제기한 경우
(예 1처분(전자정보 전체를 하드카피·이미징, 적법) ⇨ 2처분(이미징한 파일을 하드디스크에 재복제, 당사자의 참여권을 침해하여 위법) ⇨ 3처분(재복제된 하드디스크를 탐색 중 무관정보를 발견하여 압수, 별건압수로 위법)로 이루어진 전자정보의 탐색 과정에서 피고인이 제3처분만의 취소를 구하는 준항고를 제기한 사안)
⇨ 대법원 다수의견은 1,2,3처분은 1개의 영장에 의해 이루어진 처분이고, 개별처분만 취소할 경우 수사기관은 압수물 전체를 보유하게 되어 압수된 하드디스크에 대한 수사기관의 추가적인 압수·수색을 막을 수 없으므로, 전체적으로 고찰하여 전체의 취소여부를 결정하여야 한다고 판시하면서, 실제 3처분뿐 아니라 1, 2처분까지도 취소하여야 한다고 보았다.
- 수사기관이 피의자 등의 참여권을 보장한 가운데 키워드·확장자 검색을 한 다음 동일한 비트열방식으로 혐의와 관련된 부분만을 복제·출력한 경우, 이로써 압수·수색은 종료되고 수사기관 사무실에서 해당파일을 탐색하는 과정에는 당사자의 참여가 없다하더라도 위법이 아니다.
- 피의자의 이메일 계정에 대한 접근권한에 갈음하여 발부받은 압수·수색영장에 따라 (우리나라의 사무실에서) 원격지의 저장매체(해외의 서버)에 적법하게 접속하여 내려 받거나 현출된 전자정보를 대상으로 하여 범죄 혐의사실과 관련된 부분에 대하여 압수·수색하는 것은, 형사소송법 제120조 제1항에서 정한 압수·수색영장의 집행에 필요한 처분에 해당하여 적법하다(判).
⇨ <근거> ① 해당 전자정보의 소유자 내지 소지자는 인터넷서비스이용자(이메일계정의 이용자인 피압수자)이고, ② 탐색 역시 국내사무실의 컴퓨터 화면에 현출된 이미지에 대한 것으로서 수색장소에 관한 규정을 위반한 것으로 볼 수 없고 ③ 원격지의 저장매체에 적법하게 접속하여 내려 받고나 현출된 전자정보를 대상으로 혐의와 관련된 부분을 압수·수색하는 것은 제120조 제1항에 따라 허용되기 때문이다

[35] 제주지사실 압수·수색사건

- 헌법상 영장주의의 중요성에 비추어 영장에 기재된 문언은 엄격히 해석해야
⇨ 보관중인 물건(압수이전부터 계속 존재의미)에 현존하는 물건은 포함되지 않음

2. 압수·수색·검증의 경우 반드시 사전에 영장을 제시해야 한다.
 - ㉠ 압수·수색·검증영장은 사후제시는 허용될 수 없다. 체포·구속의 경우와 달리 사후제시를 허용하는 규정이 없기 때문이다.
 - ※ 체포·구속영장은 사전에 제시하여야 하나, 영장을 소지하지 않은 경우에는 영장이 발부되었음을 알리고 집행한 다음 신속히 제시할 수 있다(긴급집행의 허용, 제209조·제200조의6, 제85조 ③④).
 - ㉡ 압수를 당하는 자가 여럿인 경우, 관리책임자에게 제시한 것만으로는 부족하고 개별적으로 제시해야 한다.
 - ㉢ 그러나 압수현장에서 피압수자가 없는 등 영장제시를 받을 자가 없는 경우에는 영장제시가 없어도 위법이 아니다(이석기내란음모사건).
 - ㉣ 압수·수색영장을 제시함에 있어 표지에 해당하는 첫 페이지와 피압수자의 혐의사실이 기재된 부분만을 보여 주고, 나머지 압수·수색영장의 기재 내용(압수·수색·검증할 물건, 압수·수색·검증할 장소, 압수·수색·검증을 필요로 하는 사유, 압수 대상 및 방법의 제한 등 필요적 기재 사항 및 그와 일체를 이루는 일부 기각 취지 부분 등)을 확인하지 못하게 하였다면 위법하다.
 - ㉤ 영장은 반드시 원본 내지는 정본을 제시하여야 하지, 영장의 사본을 제시하거나 영장의 사본을 팩스나 이메일을 통해 보낸 것만으로는 적법하게 영장을 제시한 것으로 볼 수 없다.
3. 압수 이후에는 압수목록을 교부해야 한다. 압수목록은 현장에서 작성하여 피압수자에게 즉시 교부하여야 한다.
 - ※ 압수한 경우에는 압수조서를 작성해야 한다. 다만, 압수조서는 교부의 대상이 아니다.
 - ※ 수사기관이 전자기록을 압수한 경우 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.
4. 압수·수색영장의 집행시에는 검사, 피의자, 변호인 등이 참여할 수 있다(219, 121).
 - ㉠ 압수·수색영장 집행 전에는 검사, 피의자, 변호인 등에게 미리 통지하여야 한다. 다만, 급속을 요하는 경우나 미리 참여하지 않겠다는 의사를 표명한 경우에는 그러하지 않다.
 - ㉡ 제122조 단서의 “급속을 요하는 경우”는 증거인멸의 가능성을 고려하여 넓게 해석하여야 한다(判).

[36] 압수물의 환부, 가환부, 피해자환부

1. 압수물의 환부는 압수계속이 필요없는 경우에 필요적으로 해야 한다.
 - ⇒ 증거물도 아니고 동시에 몰수대상물도 아닌 경우에만 환부의 대상이 됨
 - ⇒ 위·변조 문서는 원칙적으로 폐기하나, 위·변조의 표시후 환부도 가능하다(민·형사상 책임추궁에 도움을 주기 위한 규정이다).
2. 압수물환부청구권은 공권으로서 포기대상이 아니다(주 진술거부권, 고소권도 포기대상 아니다)
3. 소유권을 포기하더라도 수사기관의 압수물환부의무를 면제하는 조문이 없는 이상 반드시 환부해야 한다.
4. 관세장물임을 단정할 수 없어 기소중지된 경우에도 환부청구권은 인정되고 환부해야 한다.

5. 가환부는 증거물을 대상으로 한다(원칙)
 - ㉠ 증거에 공할 압수물은 가환부대상이 된다(임의적 가환부). 증거물로서의 속성과 더불어 임의적 몰수대상물(형법 제48조 제1항)인 경우에도 가환부의 대상이 된다.
 - ㉡ 증거에만 공할 압수물은 필요적 가환부의 대상이다.
6. 형사소송법 제218조의2 제1항은 (수사상) 증거에 공할 압수물은 소유자·소지자·제출인 등의 청구에 의하여 가환부하여야 한다고 규정하고 있다.
 - ※ 따라서, 수사기관은 가환부를 거부할 특단의 사정이 없는 한 소유자 등의 청구가 있으면 가환부에 응해야 한다(해석으로 임의적 가환부를 인정한 판시(判)).
 - ※ 관세법상 필요적 몰수는 범인의 소지를 막는다는 의미에 불과한바, 해외로 밀수출하기 위해 선적해둔 절취된 자동차가 압수된 경우, 범죄와 무관한 자동차의 소유자의 가환부 청구에 대해 수사기관은 가환부를 거부할 특단의 사정이 존재한다고 보기 어렵다(判).
7. ㉠ 압수물에 대해 환부 또는 몰수를 신고하지 않은 경우, 압수해제(환부)가 간주된다.
 - ㉡ 가환부된 장물에 대해 별단의 신고가 없는 경우에도 환부한 것으로 본다.
8. 압수해제된 압수물을 검사가 반환거부한 조치는 (형집행에 대한 조치인바) 수사상 준항고의 대상이 아니라 제489조의 이의신청의 대상이 된다.
 - ※ 단, 수사상 준항고를 제기한 경우라도 법원은 이의신청으로 선택하여 판단해야 한다(判).
9. ① 수사단계의 압수에 관한 처분 ⇨ 수사상 준항고(417조),
 - ② 수소법원의 압수에 관한 처분 ⇨ 보통항고(제403조②)
 - ③ 압수해제된 압수물(형집행단계)에 대한 검사의 반환거부조치 ⇨ 형집행에 대한 이의신청(제489조)
10. 압수물의 피해자환부는 피해자에게 환부할 이유가 명백한 경우에만 한하는데, 법률상 뿐 아니라 사실상 다소라도 의문이 있어도 피해자환부는 할 수 없다.
11. 압수물의 환부, 가환부 등은 형사법원의 절차법적 조치로서, 이해관계인의 민사소송청구에 영향을 미치지 않는다(333④).
 - ⇒ 환부, 가환부는 피압수자에게 행하는 절차법상 제도로써, 실제 법상 권리가 있는 자는 민사소송을 통해 반환받을 수 있다.

[37] 강제채혈과 채뇨

1. 간호사가 의식이 없는 피의자로부터 이미 채혈된 혈액을 제출 ⇨ 환자의 동의가 없다 하더라도 임의제출물로서 적법(증거능력인정)
2. 의사가/간호사가 사법경찰관의 요구를 받고, 환자의 처/동서/아들의 동의를 얻어 채혈하여 제출한 경우 ⇨ 피의자(환자)의 동의가 없는 이상, 강제채혈에 해당하여 사전·사후에 영장을 발부받지 않는 한 위법(위수증)
3. 위법한 강제연행 이후 강제채뇨를 한 이후, 영장을 발부받은 이후에 다시금 채뇨를 한 사안
 - ① 강제연행 이후의 강제채뇨는 위법하나, 피의자가 팬티를 내리는 등 이상 징후를 보이는 등 긴급한 상황이 있었고, 직후 영장을 발부받아 다시금 채뇨하였다는 점에서 독수과실의 예외를 인정(인과관계가 희석·단절되어 예외적으로 증거능력 인정)
 - ② 위법한 강제연행 이후 호흡측정을 한 이후, 피의자가 자신은 술을 마시지 않았다면 채혈을 요구하여 즉시 채혈한 사안 ⇨ 독수과실로서 증거능력부정(인과관계가 희석·단절되지 않음)

- 최근 판례는 강제채뇨의 경우도 강제채혈과 동일하게 ① 사전에 압수·수색영장을 발부받아 채뇨하는 방식 ② 채뇨후 지체없이 제 216조 제3항에 따라 압수·수색영장을 발부받는 방식 및 ③ 감정인으로 하여금 감정처분허가장을 제시한 후 채뇨하는 방식이 인정된다고 보았다.
- 나아가 판례는, 강제채뇨과정에서 수사기관은 별도로 체포·구속영장을 발부받지 않아도 제219조가 준용하는 제120조 제1항에 따라 피처분자를 제압하거나 병원등으로 강제인치 하는 등 필요최소한의 유형력 행사도 허용된다고 보았다(判).
- 동의에 의한 채혈, 채뇨는 임의수사의 방법으로 허용된다.
 - ① 신체는 처분불가능한 법익이므로 동의는 피처분자가 직접해야 한다
 - ② 미성년자가 교통사고후 의식을 잃고 있는 상태라도 (제26조가 적용되지 않는 이상) 법정대리인의 동의만으로 이루어진 영장 없는 채혈은 위법하다.
- 호흡측정은 진술거부권과 무관한 제도로서 임의수사에 해당한다.
 - ① 경찰관은 호흡측정을 거부하는 자에게 혈액측정의 방법이 있음을 알릴 의무가 없다.
 - ② 호흡측정을 한 경우 원칙적으로 혈액측정을 하는 것은 바람직하지 않으나, 주변정황을 참작하여 혈액측정을 하여야 할 필요성이 있는 경우 엄격한 요건 하에 혈액측정도 허용될 수 있다.
 - ③ 임의수사로서 혈액측정이 적법하기 위해서는 오로지 피의자의 자발적 의사에 의해 혈액채취가 이루어졌음이 객관적 사정에 의해 명백히 입증된 경우라야 한다(判).
 - ④ 음주측정기가 아니라 음주감지기에 대한 측정요구를 거부한 경우라도, 음주측정을 거부할 의사가 명백한 경우에는 도로교통법상 음주측정거부죄가 성립한다.

[38] 수사상 증거보전과 증인신문

구분	증거보전(제184조)	증인신문(제221조의2)
청구권자	검사, 피고인, 피의자, 변호인 (성폭력특별법이나 아동청소년성보호법위반죄에 있어서는 피해자나 법정대리인, 사법경찰관이 검사에게 증거보전 청구해줄 것 신청가능)	검사
청구사유	미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때	범죄수사에 없어서는 아니 될 사실을 안다고 명백히 인정되는 참고인이 출석 또는 진술을 거부한 경우 (㉠ 진술변복의 염려만으로 증인신문청구 불가(判))
가능시점	수사개시 이후 제1회 공판기일 전까지 (㉡ 내사단계의 피내사자는 청구불가, 제심, 상소절차 등에서도 청구불가)	수사개시 이후 제1회 공판기일 전까지 (㉢ 내사단계의 피내사자는 청구불가, 제심, 상소절차 등에서도 청구불가)
방식	서면으로 사유소명	서면으로 사유소명
관할	(관할지방법원) 판사	(관할지방법원) 판사
판사권한	법원 또는 재판장과 동일한 권한	법원 또는 재판장과 동일한 권한
증거능력	무조건 증거능력(제311조)	무조건 증거능력(제311조)

내용	압수·수색·검증, 감정, 증인신문 (㉣ 피의자신문은 불가, 그러나 공동피의자나 공범은 증인으로 취급)	증인신문 (㉤ 피의자신문은 불가, 그러나 공동피의자나 공범은 증인으로 취급)
불복	3일 이내에 항고가능	판사의 결정(명령)이므로 불복할 수 없음
당사자의 참여권과 통지	당사자참여권 보장되고 사전 통지도 필요 당사자참여권 보장되지 않은 증인신문조서는 위수증(判) ⇒ 증거동의(○)	당사자참여권 보장되고 사전 통지도 필요 당사자참여권 보장되지 않은 증인신문조서는 반대신문권 침해한 위수증(判)
보전된 증거의 처리	판사소속 법원에 보관, 피고인측과 검사 모두 판사의 허가를 얻어 보전된 증거 열람·등사 가능	지체없이 검사에게 송부, 공소제기전에는 피고인측의 열람·등사 불허

[39] 공소시효기간

기간	해당범죄의 법정형				
	사형	무기	징역·금고	자격정지	기타
25년	사형				의제 공소시효
15년		무기징역 무기금고			
10년			장기 10년 이상 징역·금고		
7년			장기 10년 미만 징역·금고 (5년 이상 10년 미만)		
5년			장기 5년 미만 징역·금고	장기 10년 이상 자격정지	벌금
3년				장기 5년 이상 자격정지 (5~10년 사이 자격정지)	
1년				장기 5년 미만 자격정지	구류·과료·몰수

[40] 공소시효의 기준이 되는 형

- 기준이 되는 형
 - ① 법정형 ⇒ 처단형이 아니라 법정형이다.
 - ② 병과형·선택형의 경우 ⇒ 중한 형이 기준이 된다(제250조).
 - ③ 형의 가중·감경의 경우
 - ㉠ 형법에 의하여 형을 가중 또는 감경할 경우에는 가중 또는 감경하지 아니한 형이 시효기간의 기준이 되고(제251조),
 - ㉡ 특별법에 의하여 가중·감경된 경우에는 그 법에 정한 법정형을 기준으로 공소시효기간을 정하여야 한다.
 - ④ 법정형이 변경된 경우 : 형법 제1조 제2항에 따라 변경된 경한형(신법의 법정형)이 기준(判)
 - ⑤ 교사범·중범의 경우 : 정범의 형을 기준.
- 기준이 되는 범죄사실
 - ① 공소장의 예비적·택일적 기재 ⇒ 각 범죄사실을 단위로 개별적으로 결정(통설)
 - ② 과형상 일죄(상상적 경합) ⇒ 각 범죄사실별로 결정(통설)

③ 공소장 변경의 경우(완제변기)

㉠ 공소시효완성여부는 공소제기시점을 기준으로 하고

㉡ 변경된 공소사실의 법정형을 기준으로 공소시효기간을 결정(判).

3. 공소시효는 범죄행위가 종료한 때부터 진행한다(형사소송법 제 252조 제1항).

4. 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 진행된다.

[41] 공범에 대한 공소제기와 공소시효의 정지

1. 공범 1인에 대한 공소시효의 정지는 다른 공범자에 대하여 효력이 미치고 공범에 대한 재판이 확정된 때로부터 진행한다(제253조 제2항).

⇒ 공범에 대한 재판의 확정 = 관할위반·공소기각 뿐 아니라 면소 판결이나 유·무죄실체판결도 포함(判).

2. 공범에 대한 공소시효의 정지와 관련하여, 공범인지 여부는 현재 공소시효가 문제되는 법원이 판단하는 것이다(이미 재판이 확정된 다른 공범乙에 대한 소송절차가 아니라, 현재 공소시효가 문제되고 있는 자 甲의 재판을 진행하고 있는 법원이 판단해야).

3. 공범 1인으로 기소된 자가

① 구성요건에 해당하고 위법행위를 공동으로 하였다고 인정되기는 하나 책임조각을 이유로 무죄가 선고된 경우에는 다른 공범에 대해 공소시효가 정지되거나

② 범죄의 증거가 없다는 이유로 공범 1인이 무죄확정판결을 받은 경우에는 그를 공범이라 할 수 없어(진범이라 할 수 없으므로) 진범에게는 공소시효 정지효력이 없다.

4. 제253조 제2항의 공범의 해석은 엄격히 해석해야 하는바, 위법행위를 공동으로 하였다고 볼 수 없는 대항범은 본조의 공범이라 할 수 없다는 것이 판례의 태도이다.

⇒ 따라서, 대항범관계에 있는 자 사이(가령, 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이)에서는 공범간 공소시효정지규정이 적용되지 않는다(判)

[42] 공소장변경 - 예비적·택일적 기재와 추가

1. 검사는, 동일성이 미치지 않는 수개의 범죄사실과 적용법조의 예비적·택일적 기재를 할 수 있다(제245조⑤).

2. 검사는, 동일성이 미치지 않는 수개의 범죄사실과 적용법조에 대해 예비적·택일적 추가를 신청할 수 없다(判, 제298조①2문. 공소장변경신청시에는 동일성 요구됨).

3. 공소장변경에 있어 예비적·택일적 철회는 개념상 불가능하다(법원 실무제요).

4. 예비적·택일적 기재/추가시 예비적·택일적 기재된 부분 상호간은 불가분의 관계이다.

※ 예비적·택일적 기재의 일부만이 유죄로 인정된 원심에 대해 유죄부분만을 상소하더라도 상소심으로는 전부가 이심된다. 따라서 상소심은 유죄인정된 부분을 파기하고, 원심이 심판하지 않

은 부분을 유죄로 인정할 수도 있다.

※ 예비적·택일적 기재된 부분의 일부에 대해 자백하더라도 법원은 일부에 대해서만 간이공판절차 개시 불가

5. 다만, 예비적·택일적 기재의 경우라도 공소시효는 각각 별개의 법정형을 기준으로 산정한다.

[43] 포괄일죄와 이중기소

1. 동일법원에 포괄일죄의 일부를 기소한 후 잔여부분을 추가기소한 경우

⇒ 이론상 협의의 이중기소로서 공소기각판결을 선고하는 것이 원칙이고

⇒ 검사가 추가기소된 부분을 공소취소하고 그 부분을 추가하는 공소장변경신청을 하는 것이 온당한 조치

2. 만일 검사가 공소장변경신청을 하지 않은 경우라면

① 공중위생법위반의 경우 ⇒ 공소장변경을 의제하여 전체유죄판결가능

② 상습사기/상습절도/상상적 경합의 경우 ⇒ 석명을 구하여 공소장변경의 취지임이 명백한 경우 전체유죄판결이 가능

③ 포괄일죄의 협박죄의 경우 ⇒ 석명이 없더라도 전체유죄판결이 가능하다

[44] 피고인 불출석특례 중 주요사항

1. 피고인이 심신상실 또는 질병(중병)인 경우 : 피고인에게 사물의 판단능력·의사결정능력이 없거나 질병으로 출정할 수 없는 때에는 공판절차를 정지(제306조①②). 단, 무죄·면소·형의 면제 또는 공소기각의 재판을 할 것이 명백한 때에는 피고인의 출정없이 재판할 수 있다(제306조④).

2. 공소기각 또는 면소의 재판을 할 경우 : 공소기각 또는 면소의 재판을 할 것이 명백한 사건에 관하여는 피고인의 출석을 요하지 않는다. 다만, 피고인은 대리인을 출석하게 할 수 있다(제277조 제2호).

3. 벌금 또는 과료에 해당하는 사건 : 다액 500만원 이하의 벌금 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피고인의 출석을 요하지 않는다.

※ 이 경우에도 피고인을 소환해야하고, 대리인을 출석하게 할 수 있음(제277조 제1호).

4. 법원이 피고인의 불출석을 허가한 경우 : 장기 3년 이하의 징역 또는 금고, 다액 500만원을 초과하는 벌금 또는 구류에 해당하는 사건에서 피고인의 불출석허가신청이 있고 법원이 피고인의 불출석이 그의 권리를 보호함에 지장이 없다고 인정하여 이를 허가한 사건에 관하여는 피고인의 출석을 요하지 않는다. 다만 이 경우에도 인정신문(제284조)이나 판결을 선고하는 공판기일에는 출석하여야 한다(제277조 제3호)

5. 즉결심판사건에서 벌금, 과료를 선고하는 경우 : 즉결심판에 의하여 피고인에게 벌금 또는 과료를 선고하는 경우에도 피고인의 출석을 요하지 않는다(즉심법 제8조의2). (주 구류 (×))

6. 약식명령에 대해 피고인만 정식재판 청구한 경우 : 약식명령에 대하여 피고인만이 정식재판의 청구를 하여 판결을 선고하는 경우에는 피고인의 출석을 요하지 않는다(제277조 제4호).

7. 약식명령에 대한 정식재판절차에서 피고인의 2회 불출석 : 약식명령에 대하여 정식재판을 청구한 피고인이 정식재판절차의 공판기일에 출정하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하여야 하고, 피고인이 정당한 사유 없이 다시 정한 기일에 출정하지 아니한 때에는 피고인의 진술 없이 심판할 수 있다(제458조②, 제365조).
※ 연속2회 불출석이 필요(判))
8. 항소심에서의 피고인 2회 불출석 : 항소심에서 피고인이 공판기일에 출정하지 아니한 때에는 다시 기일을 정하여야 하고, 피고인이 정당한 사유 없이 다시 정한 기일에 출정하지 아니한 때에는 피고인의 진술 없이 판결할 수 있다(제365조). 이 경우에도 판결뿐만 아니라 심리도 할 수 있다.
9. 구속피고인의 인치 곤란의 경우 : 피고인이 출석하지 아니하면 개정하지 못하는 경우에 구속된 피고인이 정당한 사유 없이 출석을 거부하고, 교도관리에 의한 인치가 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행할 수 있다. 이때 출석한 검사 및 변호인의 의견을 들어야 한다(제277조의2).
10. 소속법상 결석재판의 경우(제1심, 6개월이상 소재불명, 공시송달에 의한 결석재판) : 제1심공판절차에서 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때로부터 6월이 경과하도록 피고인의 소재를 확인할 수 없는 때에는 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다. 다만, 사형·무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 그러하지 아니한다(소속법 제23조).
※ 이 경우 2회의 공시송달이 필요하고, 귀책사유가 없는 경우 소속법 제23조의2에 따른 재심청구가 가능하다.
11. 임의퇴정 및 퇴정명령의 경우 : 피고인이 재판장의 허가없이 퇴정하거나, 재판장의 질서유지를 위한 퇴정명령을 받은 때에는 피고인의 진술 없이 판결할 수 있다(제330조).
⇒ 판례는 필요적 변호사건에서 피고인과 변호인이 퇴정하거나 퇴정명령을 받은 경우에도 법원은 심리·판결할 수 있고, 이 경우 증거동의도 의제된다고 본다(判)

[45] 협의의 공판준비절차

1. 재판장은 재량으로 공판준비절차 개시가능(단, 국민참여재판의 경우에는 공판준비절차 필수)
2. 공판준비절차는 수소법원이 진행하는데, 서면에 의한 방식과 기일을 지정하는 방식이 있음
3. 공판준비기일은 검사, 피고인 및 변호인에게 통지(주 검사, 피고인 또는 변호인에게 통지(×))
4. 공판준비기일에는 검사, 변호인이 출석해야, 단, 피고인은 출석할 수 있고 법원도 피고인을 소환할 수 있다.
5. 공판준비기일에 피고인에게 변호인 없으면 국선변호인 선임해야
6. 공판준비기일 종료시 실권효가 발생하여, 제출하지 못한 증거의 제출은 향후 금지되나, 소송절차가 현저히 지연되지 않거나 중대한 과실없이 제출하지 못하는 등 부득이한 사유소명시 예외적으로 제출할 수 있음
7. 공판준비절차는 공개한다. 다만, 공개시 절차진행 방해 우려시는 제외.
8. 1회 공판기일 이후 기일간 공판준비절차도 가능하고, 종결된 공판준비절차를 재개할 수도 있음(변론재개규정준용됨)

[46] 증거개시절차

1. 소송계속 중, 피고인이나 변호인은 검사보관 서류의 열람·등사·교부가 가능. 단, 변호인이 있는 피고인은 열람만 가능
2. 검사는 거부도 가능하나, 서류의 목록은 거부할 수 없음.
※ 수사기관은 빠짐없이 수사서류의 목록을 작성해야(제198조③)
3. 검사는 거부시 지체없이 서면으로 통지해야 하고, 검사가 거부하거나 48시간내에 통지하지 않으면 피고인은 법원에 개시신청가능
4. 법원의 개시결정은 판결전소송절차에 관한 결정으로 불복할 수 없음
5. 법원의 증거개시결정에 검사가 불응한 경우
㉠ 피고인도 증거개시거부가능
㉡ 해당서류와 증거는 향후 제출금지
㉢ 검사의 조치는 위헌적인 것이며, 직무상과실이 인정
㉣ 법원이 열람·등사결정을 하였는데, 열람만 시키고 등사를 거부시킨 행위는 신속·공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리, 당사자대등의 원칙을 침해하여 위헌(判)
6. 검사도 소송계속 중 피고인 또는 변호인에게 증거개시신청 가능
㉠ 검사의 증거개시신청 절차는 피고인의 경우를 준용
㉡ 단, 피고인 거부해도 검사는 이를 이유로 증거개시거부불가
㉢ 검사의 개시신청은 피고인측이 현장부재, 심신상실·미약 주장시에 한정

[47] 공동피고인과 증인적격의 정리

1. 공범 아닌 공동피고인의 경우에는 제3자로서 상피고인에 대하여 증인의 지위에 있다(判).
⇒ 맞고소 사건의 공동피고인은 상호 증인적격이 있다.
⇒ 선서없이 이루어진 공범 아닌 공동피고인의 법정진술은 상피고인(상대방)에게 증거능력이 없다(判).
2. 공범인 공동피고인의 경우에는 피고인의 지위에서 벗어나지 않는 한 증인이 될 수 없다(判).
⇒ 즉, 공범은 변론이 병합되어 공동피고인인 이상은 증인이 될 수 없으나, 피고인의 지위에서 벗어나 공동피고인이 아닌 공범의 경우에는 증인이 될 수 있다(判).
⇒ 대항범인 공범이라도 변론을 분리하지 않는 한 증인이 될 수 없다.
⇒ 그러나 변론이 분리되어 甲과 乙이 공동피고인이 아닌 경우에는 상호 증인이 될 수 있다.
3. 공동피고인 진술의 증거능력
⇒ 공범 아닌 공동피고인은 상호간의 증인의 지위에 있는바, 선서없이 이루어진 공범아닌 공동피고인의 법정진술(=공범아닌 공동피고인이 피고인의 지위에서 행한 진술)은 증거능력이 없다.
⇒ 공범인 공동피고인은 증인이 될 수 없으나, 공범인 공동피고인의 선서없이 이루어진 법정진술은 상피고인에 대하여 증거능력이 있다(判).
※ 피고인은 증인이 될 수 없으나, 피고인의 법정진술은 증거능력이 있음과 유사
4. 선서능력자가 선서없이 증언한 경우
㉠ 위증죄가 성립하지 않는다.
㉡ 증언은 증거능력이 없다.

- 증언거부권자에게 증언거부권을 고지하지 않은 경우
 - ㉠ 증언은 증거능력 인정이 가능하다.
 - ㉡ 증언거부권을 고지하였다 하더라도 위증을 하였으리라 인정되는 경우에는 위증죄도 성립될 수 있다.

[48] 증인신문과 유도신문 및 탄핵신문

- 증인신문시 주신문과 반대신문, 재주신문까지는 재판장의 허가없이도 당연히 보장된다.
- 증인신문시 재반대신문부터는 재판장의 허가를 얻어 가능하다.
- 증인신문시 주신문시에는 유도신문이 불가능하나, 반대신문시에는 유도신문이 원칙적으로 허용된다(규칙 제75조②).
- 단, 증인신문의 주신문시라도 ㉠ 증인과 피고인과의 관계, 증인의 경력, 교유관계, ㉡ 다툼없는 명백한 사안, ㉢ 증인이 주신문자에 대해 반감보이는 경우, ㉣ 증인의 자기모순진술 ㉤ 기타 유도신문할 사정이 있는 경우에는 예외적으로 유도신문이 가능하다(규칙 제75조② 단서).
- 증인신문시에는 주신문, 반대신문 모든 경우에
 - ① 증인의 신빙성이나 증언의 신용성을 다투기 위한 탄핵신문이 허용된다(규칙 제77조).
 - ② 다만, 탄핵신문이라도 증인의 명예를 훼손하는 내용의 신문을 하여서는 아니된다.

[49] 범죄피해자를 위한 제도

- 법원은 범죄로 인한 피해자 또는 그 법정대리인(피해자 사망시 형·배·직 포함)의 신청시 피해자등을 증인으로 신문하여야 한다.
 - ※ 피해자인술의 필요적 채택의무
- 다만, 피해자등이 이미 당해사건의 공판절차에서 충분히 진술하거나, 피해자 등의 진술로 공판절차가 현저히 지연될 우려가 있는 경우에는 채택하지 않을 수 있다(공지충).
- 피해자가 진술을 신청하더라도 동일범죄사실에 대해 신청인이 여러 명인 경우에는 진술자의 숫자를 제한할 수 있다.
- 진술을 신청한 신청인이 출석통지를 받고도 정당한 이유없이 출석하지 않으면 그 신청을 철회한 것으로 본다.
- 범죄피해자의 진술은 신청에 의하여 결정으로 공개하지 않을 수 있다. 비공개결정은 이유를 붙여야 하고, 불복이 불가능하다.
- 범죄피해자는 공판기록에 대한 열람·등사청구권이 있다. 법원이 열람·등사에 관한 결정을 한 경우에는 이에 불복할 수 없다.
- 법원은 필요시 직권이나 신청으로, 범죄피해자를 제294조의2의 증인신문의 방식에 의하지 아니하고 의견진술을 하게 할 수 있고(규칙 제134조의10), 의견진술에 갈음하여 서면을 제출하게 할 수 있다(제134의11)
 - ⇒ 이 경우 신뢰관계있는 자의 동석제도가 준용된다(규칙 제134조의10⑦).
 - ⇒ 규칙 제134조의10의 진술이나 제134조의11에 의한 서류는 범죄 사실인정을 위한 증거능력이 없다(규칙 제134조의12).

[50] 이의신청

- 공판조서 기재에 대한 이의신청(제54조③④)
 - ⇒ 법원은 결정의무 없음. 재판장의 의견 기재한 조서 첨부해야

- 재판장의 소송지휘권 행사(명령)에 대한 이의신청(제304조①)
 - ⇒ 법령위반을 이유로만 제기가능(규칙 제136조)
 - ⇒ 법원은 즉시 결정의무 있음. 법원의 결정은 판결전 소송절차에 관한 결정으로 보통항고 불가. 다만, 판결전체에 대한 상소를 제기하면서 그 위법을 상대적 상소이유로 제시는 가능(제361조의5 제1호, 제383조 제1호)
- 증거조사에 대한 이의신청(제296조①, 규칙 제135조의2 본문)
 - ⇒ 법령위반 또는 **상당하지** 않은 경우에 가능(조상)
 - ⇒ 법원은 즉시 결정의무 있음. 보통항고불가, 다만, 상소이유로 제시는 가능
- 증거결정에 대한 이의신청(제296조①, 규칙 제135조의2 단서)
 - ⇒ 법령위반을 이유로만 가능
 - ⇒ 법원은 즉시 결정의무 있음. 보통항고불가. 다만, 상소이유로 제시는 가능(제361조의5 제14호, 제383조 제1호·제4호)

[51] 간이공판절차

- 간이공판절차는 피고인이 공판정에서 자백한 경우에만 진행가능하다.
- 간이공판절차는 단독사건 뿐 아니라 합의부사건이 경우에도 개시 가능하다.
- 간이공판절차의 개시는 법원의 재량사항으로서, 개시결정에 대해서는 보통항고가 불가능하다.
- 간이공판절차에서는
 - ㉠ 증인신문의 방식 ㉡ 증거조사의 방식 ㉢ 증거조사결과와 의견 진술기회 부여 ㉣ 피고인 등의 퇴정 등에 관한 규정이 적용되지 않고, 증거동의가 의제된다(신조의퇴정+동의).
- 그러나, 간이공판절차라도
 - ㉠ 공소장변경이 가능하고
 - ㉡ 자백의 보강법칙이 적용되며
 - ㉢ 판결문도 간이하게 작성할 수 없으며
 - ㉣ 간이공판절차라도 무죄판결등이 가능하다.
- 자백의 신빙성이 없는 경우라도 간이공판절차의 개시는 가능하나 자백의 신빙성이 없음이 밝혀지면 반드시 간이공판절차를 취소하여야 한다.
- 간이공판절차를 취소하는 경우, 공판절차를 갱신하여야 한다. 다만, 검사, 피고인 또는 변호인의 이의가 없는 경우에는 그러하지 아니하다(제301조의2).

[52] 공판절차 정지 : (변심질, 재피관위)

- 법원의 결정에 의한 정지177)
 - ① 피고인의 심신상실과 질병에 의한 공판절차의 정지
 - ② 공소장 변경시 피고인에게 불이익 증가할 염려가 인정될 경우 (유일한 임의적 정지)
- 소송절차정지로 인한 당연정지
 - ① 법관등에 기피신청이 있는 경우
 - ② 토지 관할의 병합 심리신청, 관할지정신청, 관할이전의 신청이 제기된 경우
 - ③ 재심청구가 경합된 경우 상급심의 공판절차
 - ④ 법원이 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청한 경우(헌법소원 X)

[53] 공판절차의 갱신

- 1. 판사의 경질, 간이공판절차의 취소, 국민참여재판에서 새로운 배심원이 있는 경우, 심신상실인 피고인이 회복된 경우(규칙 제143조) 등에 있어서는 공판절차를 갱신하여야 한다.(경간참심)
- 2. 공판절차를 갱신하는 경우에는 진술거부권을 고지한 이후, 인정신문부터 다시 하여야 한다(규칙 제144조① 제1호).
- 3. 판사의 경질이 있는 경우, 공판절차를 갱신하는 것은 실질적 직접주의와 관련이 깊다.
※ 따라서, ㉠ 판사가 아직 실체심리에 들어가지 않은 경우나 ㉡ 실체심리를 종결하고 판결만을 선고하는 경우에 있어서는 판사의 경질이 있더라도 공판절차 갱신이 필요 없다.
- 4. 판사의 경질이 있음에도 불구하고 공판절차를 갱신하지 않은 경우 절대적 항소이유에 해당한다(법 제361조의5 8호)

[54] 국민참여재판

- 1. 법원조직법상 합의부판할사건을 대상으로 하고, 지방법원본원합의부 전속판할, 재정합의부도 포함
- 2. 피고인이 희망하는 경우에 한하여 개시가능, 7일 이내 의사확인서 미제출시 거부로 간주
① 의사확인서만으로 희망의사불분명하거나 의사확인서 미제출시 심문기일 열어 심문가능.
② 거부/의사확인서 미제출이라도 제1회 공판기일개시 전까지는 반복가능
- 3. 피고인이 국민참여재판 희망시
① 배제결정에 대해서는 즉시항고 가능
② 배제결정을 하지 않은 것만으로도 개시하는 것이 원칙(개시결정은 근거조문이 없음)
- 4. 피고인이 국민참여재판을 희망하였음에도 불구하고, 배제결정없이 통상의 공판절차로 진행하였다면, 일체의 소송행위는 무효
- 5. 단, 피고인의 의사를 중시하는 국민참여법의 태도에 비추어
① 충분한 안내 + 상당한 숙고의 시간을 부여한 경우에는 하자치유가능
② 그러나, 항소심 제1회공판기일에서 국민참여희망의사를 문자 이의없다고 진술한 정도로는 하자치유되지 않음
③ 반면, 판결선고기일까지 연기하고 다시금 안내서를 송달하고, 숙고의 시간을 부여함에도 불구하고 이의없다고 진술시에는 하자가 치유됨
- 6. 필요적 국선변호, 공판준비절차 필수, 주요공소사실 자백시라도 간이공판절차불가(배심원 5인)
- 7. 사형·무기 9인, 기타 7인, 주요공소사실 자백시 5인, 5인 이내 예비배심원
- 8. 9인의 경우 5인, 7인의 경우 4인, 5인의 경우 3인 검사, 변호인 각각 무이유부기피신청가능

[55] 자유로운 증명

판례 고추탄 특명 임의로 감보는 심정

- 1. 친고죄에 있어서 고소의 유무(대판 1967.12.19. 67도1181; 대판 1999.02.09. 98도2074)
- 2. 추정의 대상이 되는지와 추정액의 인정(대판 1993.06.22. 91도3346)

- 3. 탄핵증거 (대판 1998.02.27. 97도1770)
- 4. 제313조 단서의 특신상태 (대판 2001.09.04.2000도1743)
- 5. 명예훼손죄에 있어 사실의 진실성 및 공공의 이익에 관한 점(대판 1996.10.25. 95도1473)
- 6. 진술의 임의성 판단 (대판 1997.10.10. 97도1720)
- 7. 증명력 감쇄의 보조사실
- 8. 심신장애나 심신미약의 유무 및 정도(대판 1961.10.26. 4294형상590) ⇨ 같은 취지에서 판례는 심신장애여부는 전문가의 감정에 의해서만 결정할 수 있는 것이 아니고 법관이 목격자의 증언을 참작하여 결정할 수 있다고 본다(대판 1971.03.23. 71도212; 대판 1994.06.15. 94도581).
- 9. 양형의 자료가 되는데 불과한 정상사실(대전고판 2000.09.22. 2000노337)

[56] 위수증과 증거동의

- 1. 판례는 위법수집증거는 원칙적으로 증거동의의 대상이 아니라고 본다.
⇨ 영장주의 위반, 216조 제1항 제2호에 따라 압수하였으나 사후영장을 발부받지 않고 계속 보관한 압수물, 고문과 잠을 재우지 않는 위법이 경합한 가운데 얻은 자백, 임의성없는 진술(가혹행위 사안)
- 2. 그러나 판례는 반대신문권이 침해된 위법수집증거는 증거동의의 대상이 된다고 본다.
① 당사자에 기일을 통지하지 않은 채 이루어진 증인신문조서
② 당사자의 참여권을 침해한 / 반대신문권을 침해한 채 이루어진 증인신문조서
③ 공판정에서 피고인에게 유리한 증언을 한 증인의 진술을 반복시킨 조서
④ 제297조 제1항에 따라 일시퇴정한 피고인에게 재입정 후 증인신문사항을 고지하지 않은 경우(297②위반)는 반대신문권을 침해한 경우로서 위수증일 여지가 있으나 차회기일에 변경할 점과 이의할 점이 없다고 진술한 경우 하자가 치유된다(책문권 포기의 대상인 듯 판시하고 있으나, 묵시적 증거동의로 해석하는 경우 많음)

[57] 사법경찰관 피의자신문조서

- 1. 사경작성 피의자신문조서는 ㉠ 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 ㉡ 피고인이나 변호인이 내용을 인정한 경우에 한하여 증거능력이 인정된다(제312조③).
- 2. 제312조 제3항은 사경작성 피신조서뿐 아니라 사법경찰관작성 공범인 다른 피고인이나 피의자에 대한 피신조서를 당해 피고인에게 증거로 사용될 경우에도 적용된다(判)
※ 甲피고사건에서 사경작성 공범 乙에 대한 피신조서의 증거능력
⇨ 적+당해피고인 甲의 내용인정 (제312조③)
<근거> 제312조 제4항 적용시 내용이 부인된 사경작성 피신조서가 공범에 대한 증거로 사용됨으로써 제312조 제3항의 취지를 잠탈하게 되므로
- 3. 사경작성 공범인 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서는 제312조 제3항이 적용되는 당연한 결과로 당해 피고인이 내용을 부인한 이상 제314조는 적용되지 않는다.

- ※ 甲피고사건에서 사경작성 공범乙에 대한 피신조서가 제출되었는데, 乙이 공판정에 출정하지 않는 경우,
→ 판례는 甲이 내용을 부인한 이상, 제314조에 따라 증거능력이 인정될 수는 없다고 본다.
- <근거> 사경작성 공범에 대한 피신조서는 제312조 제3항이 적용되는 결과 진술요하는 자가 당해피고인이므로, 당해피고인이 출석하여 내용을 부인한 이상 제314조의 필요성요건을 충족하지 못하므로, 그 당연한 결과로 제314조는 적용여지가 없다.
4. 사경작성 공범 아닌 공동피고인에 대한 피신조서는 제312조 제4항에 따라 증거능력이 판단되어야 한다. 공범아닌 공동피고인은 단순피해자나 목격자로서 우연히 병합된 것에 불과하기 때문이다.
5. 피고인이 공판정에서 사경작성 피신조서의 내용을 부인함에도 공판조서에는 내용인정으로 기재되어 있는 경우, 이는 단순한 착오 기재에 불과하여 제56조의 배타적 증명력이 미치지 않는다고 볼 것이고, 내용을 인정한 경우로 볼 수 없다.

[58] 제312조 제5항의 진술서와 제313조 제1항의 진술서의 구분

1. 제312조 제5항의 진술서는 조서에 기재해야 마땅한 피의자의 진술을 수사기관이 진술서로 제출토록 강요하여 제313조 제1항을 적용하고자 하던 종래의 탈법적인 수사관행을 근절하기 위해 2008.1.1. 도입된 조문이다.
2. 제312조 제5항의 요건이 제313조 제1항의 요건보다 강화되어 있다는 점을 고려할 때 수사과정에서 수사기관의 면전에서 작성한 진술서, 수사기관의 요구로 작성한 진술서 등과 같이 작성과정에 수사기관의 개입이 있는 경우에는 제312조 제5항이 적용되어야 한다.
3. 반면, 작성과정에 수사기관의 개입이 없는 진술서는 제313조 제1항의 진술서에 해당한다. 가령,
 - ㉠ 사인이 집에 작성해둔 일기장이나, 한글파일을 수사기관이 압수한 경우,
 - ㉡ 사인간에 작성된 진술서(사인간의 각서, 확인서, 사인이 보낸 문자메세지, 트위터, 이메일 등)가 임의제출형식등으로 추후 제출된 경우
 - ㉢ 행정기관에 제출한 진술서
 - ㉣ 사인이 작성하여 법원에 제출한 진술서 등은 작성과정에 수사기관의 개입이 없으므로 제313조 제1항을 적용하여야 한다.
4. 따라서 제313조 제1항의 진술서와 관련하여서는 압수한 자가 검사이나 사법경찰관이냐에 따라 증거능력이 달라지지 않는다.
5. 피고인이 증거로 함에 동의한 압수조서 상에 피고인의 범행장면을 현장에서 목격한 사법경찰관리가 이를 묘사한 진술내용이 포함된 경우, 이러한 내용은 형사소송법 제312조 제5항에서 정한 '피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서'에 준하는 것으로서, 압수절차가 적법하였는지 여부에 영향을 받지 않는 별개의 독립적인 증거에 해당한다.

[59] 제313조 제1항, 제2항

1. 제313조 제1항은 제311조, 제312조 이외의 서류에 대한 전문법칙 예외규정이다. 2016.5.29. 입법자는 사진, 문자 등의 특수매체기록을 서류와 동일시하고 있다.

2. 피고인 아닌 자의 진술서
 - ⇒ 작성자의 공판정진술에 의한 진정성립 ⇒ 단, 성립의 진정 부인 시 디지털포렌식자료, 감정 등으로 대체증명 + 반대신문기회보장(313②)
3. 피고인 아닌 자(A)/피고인(甲)이 작성한 피고인 아닌 자(B)의 진술을 기재한 서류
 - ① 통설과 판례는 제313조 제1항 본문에 따라 원진술자(B)의 진정성립이 있어야 한다고 본다
 - 원진술자는 증인으로서의 요건도 갖추어야 함). 공판중심주의와 실질적 직접주의의 관점에서 수소법원의 법관이 직접 원진술자의 진술을 음미할 필요가 있기 때문
 - ② 결국, 제313조 제1항에서 진정성립의 인정주체인 작성자는 진술서에 대응되고, 원진술자는 진술을 기재한 서류에 대응된다고 해석하게 된다.
3. 피고인 아닌 자(A)가 작성한 피고인(甲)의 진술을 기재한 서류
 - 판례는 고소인이 피고인과의 대화를 녹음한 녹음내용은 제313조 제1항 단서에 따라, 작성자인 고소인의 진정성립과 검사에 의한 특신상태의 증명이 요구된다.
4. 피고인(甲)의 진술서(피고인의 진정성립 ⇒ 진정성립은 디지털포렌식자료등으로 대체증명가능(313②))

[60] 수사보고서의 증거능력

1. 수사보고서는 제311조, 제312조의 서류가 아니므로 제313조 제1항에 따라 증거능력을 판단하는 것이 원칙이고, 압수조서는 검증조서에 준하여 증거능력을 판단하여야 한다는 것이 통설과 판례의 태도.
2. 다만, 제313조 제1항은 제312조에 비하여 증거능력인정요건이 매우 완화되어 있으므로, 제312조를 잠탈하는 수단으로 활용될 수 없다.
 - ※ 수사보고서나 압수조서등은 수사 경위와 결과(가령, 고소, 고소 취소여부, 자수여부 등)만을 입증한다.
 - ※ 수사보고서에 검증내용이나 피고인의 진술 등이 기재된 경우에는 이를 증거로 할 수 없다.
3. 수사의 경위와 결과는 통상 순수한 소송법적 사실로서 자유로운 증명의 대상이 된다.
 - ※ 제313조 제1항의 요건을 갖추지 못한 수사보고서로도 고소취소 여부를 증명할 수 있다(判).
4. 수사보고서에 첨부된 새세대16호라는 이적표현물사본은 제315조 제3호에 따라 당연히 증거능력이 인정된다. (※ 수사보고서에 첨부된 복사본이어서 이를 떼어내 수사보고서와 별도의 증거로 사용한 사안임)

[61] 제314조와 제316조의 특신상태

1. 특신상태는 순수한 소송법적 사실인 증거능력 요건으로서 자유로운 증명의 대상이다.
2. 제314조와 제316조의 특신상태는 추정될 수 없고, 합리적 의심없는 정도로 증명이 이루어져야 한다.
3. 제314조의 특신상태는 구태여 반대신문을 통한 검증을 거치지 않더라도 진술이나 조서작성의 신빙성과 임의성을 담보할 만한 구체적이고 외부적인 정황이 있을 것을 의미

4. 군검찰관이 과테말라공화국의 호텔에서 참고인진술조서를 작성한 경우, 형사사법공조절차나 영사를 이용한 수사가 아니라 하더라도 이를 위법수집증거라 할 수는 없으나, 수사의 정형적인 형태를 벗어나 특신상태에 의심이 있어 증거로 할 수 없다.
5. 피의자신문조서에 기재된 내용의 일부가 영상녹화물에 없는 내용이거나 다른 경우는 제314조의 특신상태가 증명된 것으로 볼 수 없다(대판 2014.8.26. 2011도6053) ⇨ 본 사안에서 방광암말기인 공범에게 밤늦게까지 조사하여 진술을 얻었다는 점도 특신상태를 부정하는 요소로 보았다.

[62] 제315조 당연히 증거능력있는 증거

	당연히 증거능력(○)	당연히 증거능력(×)
공무상 직무문서 (제315조 1)	① <u>등기부등초본·인감증명·전과조회회보·신원증명서</u> ② <u>주민등록 등본</u> ③ <u>가족관계 기록사항에 관한 증명서</u> ④ <u>군 의관이 작성한 진단서</u> ⑤ <u>국립과학수사 연구소장 작성의 감정·의뢰회보서</u> ⑥ <u>외국공무원의 직무문서</u> ⑦ 보건사회부장관의 시가보고서 ⑧ 세무공무원의 시가감정서 ⑨ <u>일본하관 통괄심리관 작성의 범칙물건감정서등본</u>	① <u>외국의 수사기관이 작성한 조사·서류·수사보고서</u> ② 우리 수사기관의 조사·수사보고서 ③ 주중국 영사가 상급자의 지시로 작성한 사실확인서 중 공인부분을 제외한 부분 ④ <u>육군과학수사연구소 실험분석관이 작성한 감정서</u> (76도2960)
업무상 통상문서 (제315조 2)	① <u>상업장부·항해일지·금전출납부·전표</u> ② <u>의사가 작성한 진료기록부</u> ③ 그때그때의 기계적으로 작성한 비밀장부 ④ <u>성매매업소에서 영업에 참고하기 위하여 성매매상대방에 관한 정보를 입력·작성한 메모리 카드</u> ⑤ 이면에 필적을 연습한 업무일지(2008도1584)	① <u>사인인 의사의 진단서</u> (제313조①) ② 외부에 보이기 위한 표면장부 ③ <u>체포·구속인 접견부</u> (2011도5459) ④ 후보자별 최종결산내역, 각 견적서, 실제 견적서 등(2018도2841)
특신문서 (제315조 3)	① 공공기록·역서·정기간행물의 시장가격표·스포츠기록·공무소작성 통계와 연감 ② <u>구속전피의자신문조서</u> , <u>체포·구속적부심문조서</u> ③ <u>다른 사건의 공판조서</u> ④ <u>법원의 판결사본</u> ⑤ 사법경찰관작성의 수사보고서 중 국가보안법상의 새세대16호라는 이적표현물의 복사물(대판 1992.08.14. 92도1211)	① 주민들의 진정서사본 ② <u>공소장</u> ③ 외국수사기관이 수사결과 얻은 정보를 회신하여온 문서 ④ 국정원 심리전단 직원의 노트북컴퓨터에서 발견된 전자정보 ⑤ 건강보험심사평가원의 입원진료 적정성 여부 등 검토의뢰에 대한 회신

[63] 제316조 판례정리

1. 공동피고인은 그가 공범이든 공범이 아니든 제316조 제2항의 피고인 아닌 자로 해석해야 하지, 제316조 제1항의 피고인에 해당하지 않는다(判).
 - ※ 피고인 아닌 A가 공동피고인 乙의 진술을 전문한 경우 ⇨ 제316조 제2항
2. 전문진술의 원진술자인 공동피고인들이 법정에서 공소사실을 부인하는 경우 원진술자가 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당되지 않으므로 그 증거능력을 인정할 수 없다.
3. 피고인 甲이 아닌 상피고인 乙도 피고인 아닌 자에 해당한다고 할 것이니 상피고인 乙이 제1심 법정에서 간통사실을 부인하는 이 사건에 있어서는 원진술자인 상피고인 乙이 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당되지 아니하므로 상피고인 乙의 진술을 그 내용으로 하는 증언 및 진술은 전문증거로서 증거능력이 없다(84도2297).
4. 원진술자가 제1심법원에 출석하여 진술을 하였다가 항소심에 이르러 진술할 수 없게 된 경우를 제316조 제2항에서 정한 원진술자가 진술할 수 없는 경우에 해당한다고는 할 수 없다(2001도3997).
5. 조사자증언도 제316조 제2항에 따라 증거능력이 인정될 수 있지만, 원진술자가 법정에서 출석하여 수사기관에서 한 진술을 부인하는 취지로 증언한 이상 원진술자의 진술을 내용으로 하는 조사자의 증언은 증거능력이 없다.
6. 재전문증거의 증거능력
 - ① 재전문 증거의 증거능력을 인정여부에 대해 학설은 긍정설과 부정설로 대립한다.
 - ② 판례는 전문진술이 기재된 조서는 제312조 내지 제314조의 규정과 제316조의 요건을 충족하면 증거능력을 인정할 수 있지만, 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 조서는 당사자의 증거동의를 없는 한 증거능력을 인정할 수 없다는 입장이다(2000도519).

[64] 증거동의

1. 증거동의를 영미법상 당사자주의에서 유래한 것이지만, 증거동의가 있더라도 법원이 진정한 것으로 인정할 때에만 증거능력이 인정되도록 한 것은 직권주의적 요소를 가미한 것이다.
2. 판례는 물건이나 비진술증거인 상해부위사진도 증거동의 대상이 된다고 본다.
3. 판례는 묵시적 동의도 허용하고 있다.
 - ※ 피고인 아닌 자의 진술조서에 대하여 “의견 없다.”고 한 진술, 피고인이 신청한 증인의 전문진술에 대하여 “별 의견이 없다.”고 한 피고인의 진술 ⇨ 증거동의로 볼 수 있음
4. 나아가 판례는 포괄적 동의도 허용하고 있다.
 - ※ 개개의 증거에 대하여 개별적인 증거조사방식을 거치지 아니하고 “검사가 제시한 모든 증거에 대하여 피고인이 증거로 함에 동의한다.”는 방식 ⇨ 증거동의 효력 있음
5. 판례는 증거조사완료 전에는 증거동의를 철회가 허용되나 증거조사완료 이후에는 증거동의를 취소 또는 철회는 금지된다고 본다.
6. 판례는 증거동의를 진정성이란 서명이나 날인의 진정성, 즉 형식적 진정성립으로 파악한다.

- ※ 피고인이 작성한 진술서에 관하여 피고인과 변호인이 공판기일에서 증거로 함에 동의하였고 그 진술서에 피고인의 서명과 무인이 있는 것으로 보아 진정한 것으로도 인정된다면, 그 진술서는 증거로 할 수 있다.
- 7. 증거동의의 효력은 원칙적으로 전부에 미치지만 동의한 서류 또는 물건의 내용이 가분인 때에는 그 일부에 대하여도 동의할 수 있다.
 - ※ 검증조서 중 범행부분은 부동의하고 현장상황부분만 증거로 동의 ⇨ 가능
- 8. 동의의 효력은 공판절차의 갱신 후 또는 상소심에서도 유지된다.
 - ※ 피고인이 제1심에서 경찰 작성 조서에 대해 증거동의(또는 간이공판절차진행)한 후, 제2심에서 범행을 다투는 경우(증거동의 번복)라도 증거동의의 효력은 유지된다(판례).
- 9. 기피(제18조②), 상소(제341조②) 이외에 증거동의권을 피고인의 명시한 의사에 반하여 할 수 없는 독립대리권으로 보는 것이 판례의 태도
- 10. 다만, 명시한 의사에 반할 수 없으므로
 - ① 피고인이 기피신청권 포기, 취하(피고인의 기피신청권 소멸) 후에 변호인 기피신청시
 - ② 피고인이 상소권 포기, 취하(피고인의 상소권 소멸) 후에 변호인이 상소시
 - ③ 피고인이 증거동의하지 않겠다고 의사표시를 한 이후, 차회 기일에 변호인이 증거동의의사를 표현한 경우 등에 있어서는 변호인의 기피/상소/증거동의는 효력이 없다.

[65] 탄핵증거

1. 탄핵증거는 자유심증주의의 예외가 아니라, 자유심증주의를 보강하는 제도이다.
2. 주신문 또는 반대신문의 경우에는 증인의 증명력을 다투기 위하여 필요한 사항에 관한 신문을 할 수 있다.
 - ⇒ 탄핵신문은 증인의 경험, 기억 또는 표현의 정확성 등 증인의 신빙성에 관한 사항 및 증인의 이해관계, 편견 또는 예단 등 증인의 신용성에 관한 사항에 관하여 한다. 다만, 증인의 명예를 해치는 내용의 신문을 하여서는 아니 된다.
3. 피고인이 내용을 부인한 사법경찰관 작성의 피의자신문조서라도 임의성에 의심이 없는 한 피고인의 법정에서의 진술을 탄핵하기 위한 반대증거로 사용할 수 있다(대판 1998.2.27, 97도1770).
4. 증거제출의 상대방으로부터 동의가 없는 한 수소법원은 당해 증거의 진정성립 여부 등을 조사해야 하며, 그 증거에 대하여 피고인이나 변호인에게 의견과 변명의 기회를 준 후가 아니면 그 증거를 유죄인정의 증거로 사용할 수 없다(대판 1989.10.10, 87도966).
 - ※ 증거공통의 원칙은 증거에 대한 증거조사를 불필요하게 하는 힘은 없다(判).
5. 임의성이 없는 자백이나 진술 또는 그러한 진술이 기재된 서면은 탄핵증거로 허용되지 않는다(대판 1998.2.27, 97도1770).
6. 형식적 진정성립조차 없는 서류라도 탄핵증거로 제출이 가능하다(判).
7. 탄핵증거는 범죄사실을 인정하는 증거가 아니므로 엄격한 증거조사를 거쳐야 할 필요가 없다.
8. 그러나 공개재판의 원칙에 비추어 볼 때 공판정에서 탄핵증거로서의 증거조사는 필요하다. 탄핵증거를 제출할 때에는 상대방에게

그에 대한 공격·방어의 수단을 강구할 기회를 부여해야 한다. 따라서 탄핵증거를 제출할 때에는 탄핵증거의 어느 부분에 의하여 진술의 어느 부분을 다투려고 한다는 것을 사전에 상대방에게 알려야 한다. 즉, 탄핵증거를 제출할 경우 제출자는 입증취지를 밝혀야 한다(규칙 제134조의2 제1항).

9. 기억환기용으로 제출된 영상녹화물을 시청할 수 있는 자는 피고인 또는 피고인 아닌 자에 제한되고, 법원은 이를 시청할 수 없다.
 - ① 영상녹화물은 기억환기용으로만 사용될 뿐, 탄핵증거로의 사용은 불가능하다(통설).
 - ② 기억환기용 영상녹화물의 증거조사는 검사의 신청이 있는 경우에 한한다(규칙 제134조의4).
10. 비록 당초 증거제출 당시 탄핵증거라는 입증취지를 명시하지 아니하였다 하더라도 피고인의 법정진술에 대한 탄핵증거로서의 증거조사절차가 대부분 이루어졌다고 볼 수 있는 사정이 있다면, 위 피의자신문조서는 피고인의 법정진술에 대한 탄핵증거로 사용할 수 있다.

[66] 자백의 보강법칙

1. 자백의 보강법칙은 정식절차에만 적용되므로, 즉결심판절차와 소년보호사건에서는 적용되지 않는다.
2. 자백의 보강법칙은 헌법상 기본권으로서, 피고인의 공판정자백도 보강을 필요로 한다.
3. 공범인 공동피고인의 진술은 제310조의 그 피고인의 진술에 포함되지 않으므로 독립된 증거능력이 있다.
 - ⇒ 공범의 자백만으로도 피고인에게 유죄판결을 할 수 있다는 취지
4. 보강증거도 증거능력이 있어야 하고, 자백과는 독립성이 있어야 한다. 다만, 직접증거뿐 아니라 간접증거나 정황증거도 보강증거가 될 수 있고, 중요부분이 아니라 하더라도 진실성을 담보할 정도면 충분하다.
 - ※ 전문증거는 전문법칙의 예외에 해당하지 않는 한 보강증거가 될 수 없다.
5. 혐의의 객관적 구성요건 요소에만 보강증거가 있으면 족하고, 전과나 확정판결의 존재, 고의·과실 등은 피고인의 자백만으로 인정할 수 있다.
6. 경합범은 개별행위별로, 상습범인 상습마약투약죄의 경우도 개별 행위별로 보강증거가 필요하다.
7. 그때그때 기계적·계속적으로 작성된 수첩이나 상업장부는 자백과 독립성이 있어 보강증거가 된다.
8. 피고인 아닌 자가 피고인의 진술을 전문한 경우(제316조①) 이는 독립성이 없어, 피고인의 자백에 대한 보강증거가 될 수 없다.

[67] 자백의 보강증거가 될 수 없다고 본 예외적인 판례

1. 피고인이 위 차를 타고 그 무렵 충주까지 가서 소매치기 범행을 하였다고 자백하고 있는 경우 성남시 태평동 자기집 앞에 세워둔 봉고화물차 1대를 도난당하였다는 공소외인의 진술은 위 소매치기 범행과는 직접적으로나 간접적으로 아무런 관계가 없어 이는 위 피고인의 자백에 대한 보강증거가 될 수 없다(대판 1986.2.25. 85도2656).

2. 피고인의 자백내용이 현대자동차 점거로 갇이 처벌받은 것은 학교 측의 제보 때문이라 하여 피고인이 그 보복으로 학교총장실을 침입점거했다는 것(학교총장실 침입점거사실)이라면, 피고인과 공소외 갇이 현대자동차 춘천영업소를 점거했다가 갇이 처벌받았다는 사실(현대자동차 춘천영업소를 침입점거한 사실)에 대한 검사제출 증거는 피고인의 자백에 대한 보강증거가 될 수 없다(대판 1990.12.7. 90도2010).
 3. 피고인이 점포바닥에 타다 남은 성냥개비를 버렸다는 취지의 검찰에서의 자백에 대하여 점포내의 상품이 화학성섬유로 되어 있는 의류와 같은 경우에는 혼소현상의 발생이 희박하다는 감정증인의 증언부분은 보강증거가 될 수 없다(대판 1979.7.24. 78도3226).
 4. 피고인이 2만원을 뇌물로 교부한 사실(1968.11월경)을 자백하였다 하더라도 피고인에게 2만원을 대여하였다(1968.9월경)는 증인의 증언의 증언에 의하여 그 대여금원이 뇌물에 쓰인 것과 전혀 별개인 경우의 증언은 보강증거가 될 수 없다(대판 1970.1.27. 69도2200).
 5. 피고인이 습벽에 기하여 상습적으로 필로폰을 투약하였다고 자백(향정신성의약품관리법위반죄)하였다 하더라도 피고인에 대한 소변검사결과가 1995.1.17.자 투약행위로 인한 것만 증명할 수 있는 경우라면, 위 소변검사결과와 압수된 약물은 피고인이 자백하고 있는 그 이전의 4회에 걸친 투약행위(1994. 6월 중순, 7월 중순, 10월 중순, 11.20.)에 대한 보강증거가 될 수 없어 상습투약사실을 인정할 수 없다(대판 1996.2.23. 95도1794). ⇨ 동판례는 포괄일죄인 상습범과 관련하여 개별행위별로 보강증거를 요한다는 취지이다.
 6. 피고인이 필로폰 매수와 필로폰 투약사실을 자백하는 경우, 피고인이 필로폰을 매수하면서 공소외인에게 그 대금을 은행계좌로 송금하였다는 사실을 증명하는 압수·수색·검증영장 집행보고서는 필로폰 매수행위에 대한 보강증거는 될 수 있어도, 그와 실체적 경합범관계에 있는 필로폰 투약행위에 대한 보강증거는 될 수 없다(대판 2008.2.14. 2007도10937).
- ※ 히로뽕, 주사기, 자기앞수표 등에 대한 압수조서는 피고인이 자백한 (압수된 양을 초과하는) 히로뽕의 소지 및 매매사실에 대한 보강증거가 된다(대판 1997.4.11. 97도470)

[68] 유죄판결의 이유에 명시해야 할 사항(중요법적사실+조가)

1. 범죄될 사실
 2. 증거의 요지
 3. 법령의 적용
 4. 피고인의 주장(진술)이 있을 때 한하여 기재할 사항 ⇨ 법률상 범죄성립을 조각하는 이유 또는 형의 가중·감면의 이유가 되는 사실(제323조②)
 5. 범죄사실, 증거의 요지, 법령의 적용을 명시하지 않은 것은 이유불비로서 절대적 항소이유이다.
- ※ 반면, 법률상 범죄의 성립을 조각하는 사유나 형의 가중·감면의 이유되는 사실을 기재하지 않은 것은 상대적 항소이유일 뿐이다.
- ※ 다만, 유죄판결이유를 기재하지 않은 것은 모두 상대적 상고이유일 뿐이다(제383조 제1호)

[69] 유죄판결에 명시될 이유(지문정리)

1. 피고인이 알리바이를 내세우는 증거에 관하여는 사실인정에 배치되는 증거이므로 증거판단을 요하지 아니한다.
- ※ 공소사실에 부합하는 증거 또는 범죄사실에 배치되는 증거들에 관하여 이를 배척하는 경우에도 배척한다는 취지의 판단이나 이유를 설시할 필요는 없다(87도1240).
2. 증뢰죄의 범죄사실에 관한 이유에 있어서 공무원의 직무범위에 관한 기재를 필요로 하는 것은 아니다.(×)
- ※ 증뢰죄의 판시에 있어서 죄로 될 사실의 적시는 공무원의 직무중 개개의 직무행위에 대한 대가관계에 있는 사실까지를 판시할 필요는 없다 할지라도 적어도 공무원의 어떠한 직무권한의 범위에 관한 것인가에 대하여는 구체적으로 판시할 필요가 있다 할 것인바, 피고인이 군납계약체결에 대한 사례로 뇌물을 공여한 것이라는 이 사건에 있어서 원심이 공여 상대방인 공소외인들이 각종 군용피복의 군납계약체결과 어떠한 관계에 있고 또 어떠한 영향을 줄 수 있는가에 대하여 심리판단하지 않았음은 위법하다.
3. 증거요지를 명시하는 경우에 있어 개별증거의 내용을 구체적으로 명시해야 할 필요는 없다.
- ※ 증거의 요지를 기재한다 함은 법원이 인정한 범죄사실의 내용과 적시된 증거의 요지를 대조하여 어떠한 증거자료에 의하여 범죄사실을 인정하였는가를 짐작할 수 있을 정도로(혹은 알아볼 수 있을 정도로) 기재함을 의미한다. 따라서 어느 증거의 어느 부분에 의하여 어느 범죄사실을 인정하였는가를 구체적으로 설시할 필요는 없다(99도5312)
4. 상해죄의 성립에는 상해의 고의가 있는 행위와 이로 인하여 발생하는 인과관계 있는 상해의 결과가 있어야 하므로 이러한 행위와 그로 인한 상해의 부위와 정도가 증거에 의하여 명백하게 확정되어야 한다(93도711).
 5. 법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유되는 사실이란 구성요건해당성 배제사유, 위법성조각사유 또는 책임조각사유에 해당하는 사실을 말한다. (×)
- ※ 판례는 유죄판결에 명시할 이유로서 ‘법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유되는 사실’의 주장이라 함은 범죄구성요건 이외의 사실로서 법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유되는 사실상의 주장을 말하는 것이므로 ‘단순히 범죄사실을 부인함’과 같은 것은 이에 해당하지 않는다고 판시한 바 있다(대판 1982.6.22, 82도409).
6. 형법총칙상 자수에 대한 형의 감경/피해회복주장은 법원의 재량에 의한 것으로서 판결이유에 판단을 표시하지 않았다고 해서 위법한 것은 아니다(判).
- ※ 판례는 제323조 제2항의 법률상 형의 가중·감경사유는 필요적 가중·감경사유만을 말하고 임의적 감경사유는 이에 해당하지 않는다고 보고 있다(대판 2001.4.24, 2001도872).
7. 피고인에 대하여 무죄판결을 선고하는 때에도 공소사실에 부합하는 증거를 배척하는 이유까지 일일이 설시할 필요는 없다고 하더라도, 그 증거들을 배척한 취지를 합리적인 범위 내에서 기재하여야 한다. 만일 주문에서 무죄를 선고하고도 그 판결이유에는 이에 관한 아무런 판단을 기재하지 아니하였다면, 법 제361조의5 제11호 전단의 항소이유 또는 제383조 제1호의 상고이유로 할 수 있다.

[70] 기판력이 발생하는 확정재판

- 1. 기판력이 발생하는 경우
 - ① 면소판결
 - ② 군사법원의 판결
 - ③ 유·무죄의 실체판결(정식재판)
 - ④ 약식명령(89도1046)
 - ⑤ 즉결심판(91도2536)
 - ⑥ 통고처분에 기한 범칙금의 납부
예) 경범죄처벌법에 의한 통고처분과 범칙금납부, 도로교통법상 통고처분과 범칙금납부
- 2. 기판력이 발생하지 않는 경우
 - ① 소년에 대한 보호처분⇨ 공소기각판결사유
 - ② 교통사고처리특례법상 보험 또는 공제가입이 증명된 경우로서 11대 제외사유에 해당하지 않는 경우 ⇨ 공소기각판결사유
 - ③ 행정벌인 과태료의 부과처분(91도2536)
 - ④ 외국법원의 확정판결(83도2366)
 - ⑤ 단순히 통고처분만이 있는 경우
 - ⑥ 통고처분의 대상이 아닌 것을 통고처분하였는데 범칙금을 납부한 경우
 - ⑦ 즉시고발이후에는 통고처분을 할 수 없으므로, 즉시고발이후 이루어진 통고처분에 대해 범칙금을 납부한 경우
 - ⑧ 가정폭력처벌법에 따른 보호처분의 결정(공소기각판결사유) 또는 불처분결정(아무런 효력없음)이 확정된 경우

[71] 기판력의 객관적 범위와 규범적 요소의 도입

- 1. 형사소송법상 기판력은 헌법 제13조 제1항의 일사부재리원칙과 동일 의미(判)
- 2. 기판력의 객관적 범위는 사실심리가 가능하였던 전체범죄사실, 즉, 동일성이 미치는 전체범죄사실이 미침
- 3. 통상, 경합범(수죄)의 경우 일부가 확정되어도 다른 범죄에 기판력이 미치지 않으나, 상상적 경합, 단순일죄, 포괄일죄의 경우에는 일부확정시 잔여부분에 기판력 미침(원칙)
- 4. 다만, 판례는 기판력의 남용을 막기 위해
 - ① 상습범의 경우, 포괄일죄의 일부가 확정되더라도 기본범죄로 확정된 경우에는 기판력이 미치지 않고(일부가 상습범으로 확정되어야 기판력 미침)
 - ② 규범적 요소(죄질, 죄명, 보호법익, 형법적 관점 등)을 고려하여 장물취득죄의 확정판결의 기판력은 강도상해죄에 미치지 않는다고 봄
- 5. 최근에는, 통고처분에 범칙금을 납부한 사실과 관련하여, 같은 날 같은 장소에서 벌어진 일이라도 죄질, 보호법익등이 현저히 달라서 기본적 사실이 동일하지 않는 경우라면 기판력이 미치지 않는다고 판시하여 규범적 요소를 적극 고려하고 있다.

[72] 상습범과 기판력

- 1. 포괄일죄의 분단
 - ① 상습사기범행의 중간에 동종(죄명도 상습사기)의 확정판결이 있는 경우, 확정판결의 사실심판결선고시를 기준으로 이전의 범죄에 대해서는 면소판결, 이후의 범죄에 대해서는 실체판결이 선고되어야 한다.

- ② 상습사기범행의 중간에 동종(죄명도 상습사기) 확정판결이 있는 경우, 2개의 주문이 선고 되어야 한다.
- 2. 포괄일죄의 범행이후 그 일부를 이루는 범죄에 대한 확정판결이 있는 후 잔여부분 기소시
 - ① 전에 기본범죄(단순사기)로 확정판결을 받은 경우에는, 후에 잔여부분을 상습사기로 기소 되더라도 기판력이 미치지 않는다.
 - ② 전에 기본범죄(단순사기)로 확정판결을 받은 경우, 전의 확정판결을 상습사기에 대한 확정판결로 보아서는 안된다(①과 동일하게 기판력이 미치지 않는다는 취지).
 - ③ 전에 상습사기로 확정판결을 받은 경우에는, 잔여부분을 상습사기로 기소하더라도 기판력이 미친다.
 - ④ 전에 상습사기로 확정판결을 받은 경우에는, 잔여부분을 단순사기로 기소하더라도 기판력이 미친다

[73] 상소권자

- 1. 법정대리인이 있는 피고인과 법정대리인과의 관계
 - ① 법정대리인이 있는 피고인
 - ㉠ 법정대리인이 있는 피고인이라도 (의사능력이 있는 한) 단독으로 상소할 수 있다.
 - ㉡ 법정대리인이 있는 피고인은 상소의 포기·취하시 법정대리인의 동의를 얻어야 한다. 단, 법정대리인이 없는 경우는 그러하지 않다.
 - ② 법정대리인
 - ㉠ 법정대리인은 미성년의 의사에 반하여도 단독으로 상소할 수 있다.
 - ㉡ 법정대리인은 상소의 포기·취하시 피고인의 동의를 얻어야 한다.
- 2. 피고인은 사형, 무기징역, 무기금고가 선고된 사건에서 상소를 포기할 수 없다.
※ 피고인은 약식명령에 대한 정식재판청구권을 포기할 수 없다.
※ 검사는 언제나 상소포기가 가능하고, 약식명령에 대한 정식재판에 대한 포기도 가능하다. 또한 피고인은 즉결심판에 대한 정식재판청구권을 포기할 수는 있다.
- 3. 상소를 포기 또는 취하한 자(포기·취하에 동의한 자)는 재상소가 금지된다.
- 4. (상소를 제기한 자는) 상소포기·취하의 효력을 다투기 위해서는 상소절차속행신청(규칙 제154①)을 할 수 있다.
- 5. 상소제기기간 도과 후 책임질 수 없는 사유로 상소를 제기하지 못한 자는 상소권회복신청(제345조 이하)을 할 수 있다.
- 6. 상소를 포기한 자는 상소기간 중에는
 - ① 상소기간도과전이어서 상소권회복청구를 제기할 수 없고, 상소를 제기한바 없어 상소절차속행신청을 할 수 없다.
 - ② 상소를 포기한 자가 상소기간 중에 상소포기의 무효를 다투기 위해서는 상소를 제기하여야 한다(判)

[74] 상소권회복신청(=약식명령에 대한 정식재판 회복청구)

- 1. 단순추완이다. 이 2가지 이외에 판례는 단순추완은 불허된다고 본다.
- 2. 상소제기와 동시에 서면으로 원심법원에 청구하고, 사유를 소명하여야 한다.

3. 상소권회복신청기각결정에 대해서는 즉시항고할 수 있다.
4. 상소권회복신청시 법원은 임의적으로 형집행을 정지할 수 있다.
5. 상소권회복을 인정한 사례(귀책사유가 없다고 본 사례)로는
 - ① 교도소장이 송달받은 서류를 재감자에게 전달하지 않은 경우
 - ② 소추법상 결석재판등에서 공시송달에 하자가 있는 경우, 약식명령의 송달에 하자있는 경우
 - ③ 정식재판청구서에 피고인의 기명날인 또는 서명이 없음에도 법원 직원을 적법한 것으로 오인하여 접수시킨 경우 등이 있다.
6. 제1심판결에 대하여 검사의 항소에 의한 항소심판결이 선고된 후 피고인이 동일한 제1심판결에 대하여 항소권 회복청구를 하는 경우, 법원이 취할 조치

⇒ 부적법을 이유로 한 항소기각결정(判)
7. 상소권회복청구는 사유를 종지한 날로부터 상소기간에 상당하는 기간 내에 해야한다.

⇒ 피고인에 대하여 공시송달로 공소장 등이 송달되고 피고인이 불출석한 가운데 판결이 선고되어 검사만이 양형부당을 이유로 항소하고 항소이유서를 제출하였는데, 피고인이 별건으로 구속되자 원심법원이 피고인에게 소송기록접수통지서와 검사의 항소이유서를 함께 송달하였고, 피고인이 소송기록접수통지서와 검사의 항소이유서 등을 통해서 대상판결의 선고일자, 사건번호, 죄명과 선고형량 등을 알게 된 경우에는, 그날부터 상소 제기기간 내에 상소권회복청구와 상소를 하지 않았다면 상소권회복청구를 할 수 없다.

[75] 상소에 있어서 기간

1. 상소기간 7일
2. 소송기록송부기간 14일
3. 이유서제출기간 20일

※ 이유서제출기간은 필수보장, 이유서제출기간 내에 이유서가 제출되었다 하더라도 이유서제출기간 도과전에는 변론을 종결할 수 없고, 만약 변론종결후 추가로 이유서가 제출된 경우라면 법원은 특단의 사정이 없는 한 반드시 변론을 재개해야(判))
4. 답변서제출기간 10일(항소심: ~10일 이내 제출하여야 한다. 상고심 : 10일 이내 제출할 수 있다).

[76] 상소의 이익

1. 제1심판결에 대하여 검사만이 항소하였는데, 항소심이 항소기각판결을 하였다면, 피고인은 상고를 제기할 수 없다.

⇒ 피고인은 1심판결에 대해 항소하지 않았으므로 1심만족의사를 표현한 것임. 따라서 항소기각판결로 1심이 유지된 이상, 피고인은 상고의 이익이 없음
2. 제1심판결에 대하여 양형부당을 이유로 항소한 피고인은, 항소심의 항소기각판결에 대하여 사실오인이나 법리오해를 이유로 상고할 수 없다.

⇒ 피고인은 제1심판결에 대해 양형부당만을 다투었으므로 사실오인이나 법리오해는 만족하였다는 의사를 표현하였다고 볼 것이고, 따라서 이를 새롭게 주장하는 상고는 상고의 이익이 없다는 취지

3. 피고인들이 제1심에서 각각 벌금형을 선고받은 후 항소하지 않거나 양형부당만을 이유로 항소하였고 검사도 양형부당으로 항소하였는데, 항소심에서 검사의 항소이유가 인용됨으로써 제1심 판결이 파기되고 피고인들에 대해 보다 높은 형이 선고되자, 피고인들이 항소심에서 심판대상이 되지 않은 법령위반 등 새로운 사항을 상고이유로 삼아 상고한 경우, 피고인들의 법령위반 등 상고이유주장은 항소심에서 심판대상이 되지 아니한 사항이므로 적법한 상고이유로 볼 수 없다.

[77] 일부상소, 일죄일부의 상소와 편면적 공방대상론

1. 대법원은 일부상소인지 전부상소인지는 원칙적으로 상소장에 기재하여야 하나, 상소장과 상소이유서를 모두 고려하여 가급적 전부상소로 취급한다.
2. 재판의 일부에 대하여도 상소가 가능(제342조 제1항)
 - ① 일부상소 허용시(주문분리가능시), 일부상소된 부분은 이심되나, 잔여부분은 상소기간 도과로 확정
 - ② 일부상소 허용시, 상소심은 일부상소된 부분만 파기하면 족하다(일부파기설)
 - ③ 원심이 경합범으로 보아 일부상소가 허용되는 경우라도, 상소심이 죄수를 상상적 경합이나 포괄일죄 등 과형상 1죄로 보는 경우, 전부가 이심되고 전부파기할 수밖에 없다(判).
3. 확정판결 전의 공소사실과 확정판결 후의 공소사실에 대하여 따로 유죄를 선고하여 두 개의 형을 정한 제1심판결에 대하여도 일부상소가 가능하다.

※ 피고인을 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 후, 확정판결 전의 A범행과 확정판결 후의 B범행에 대해 각각 유죄를 인정하고 2개의 주문을 선고한 1심판결에 대해 피고인만이 확정판결 전 범행인 A부분에 한하여 항소하였는데, 항소심이 이미 유죄로 확정된 B부분까지 다시 심리하여 B부분에 대해 항소기각판결을 선고하였다면 피고인의 항소를 기각한 항소심판결 부분에는 항소심의 심리·판단의 범위에 관한 법리오해의 잘못이 있어 이 부분은 파기대상이 되나, 다만 이 부분은 이미 확정되어 당초부터 원심의 심판대상이 아니었으므로 원심에 환송할 수 없고, 상고심이 이를 파기하는 것으로 충분하다(대판 2018.3.29. 2016도18553).
4. 일죄의 일부에 대해서는 주문이 분리불가능하므로 일부상소가 불가능하다.

※ 일부상소가 불가능하다는 의미는, 일부상소하더라도 (일부상소의 취지대로 불복된 부분은 이심하고, 잔여부분은 상소기간 도과로 분리확정되지 않고) 전부가 상소심으로 이심됨을 의미
5. 포괄일죄, 상상적 경합 등에 있어서 일부에 대해서만 상소하는 경우 (편면적 공방대상론)
 - ① 판례는 불복하지 않은 부분이 무죄나 형식재판인 경우 (공방대상론적용)

⇒ 상소심(혹은 파기환송후 원심)은 불복하지 않은 무죄부분이나 형식재판부분은 (당사자의 공격방어에서 벗어나) 상소심이 유죄화불가/상소심의 심판대상 아님/상소심파기불가
 - ② 불복하지 않은 부분이 유죄인 경우(공방대상론 적용없음)

⇒ 상소심(혹은 파기환송 후 원심)은 불복하지 않은 유죄부분을 (제361조의4①단서, 제363조에 따라) 직권으로 무죄화가 능/직권으로 파기가능/심판대상이 됨

[78] 불이익변경금지의 원칙 - 일반론

- 1. 피고인만이 상소하거나, 피고인을 위하여 상소한 사건에 적용
- 2. 피고인과 검사가 함께 상소하였으나, 검사의 상소가 부적법 혹은 이유없음 기각시에도 적용
- 3. 피고인만 항소한 1심판결에 대해 검사가 상고를 제기한 경우, 상고심에서는 불이익변경금지원칙적용
⇒ 이 경우, 상고심은 1심보다 중형선고가 금지됨
- 4. 한미행정협정사건의 경우 검사가 상소하더라도 적용
- 5. 재심사건에도 항상 적용
※ 약식명령에 대한 정식재판에서는 중형선고가능. 단, 형종상향금지의 원칙이 적용
- 6. 중형선고가 금지, 따라서 사실인정이나 법령적용이 중하게 변경가능
- 7. 검사만이 상소한 경우라도 피고인에게 이익하게 변경되는 것이 금지되지는 않음
- 8. 피고인만 상소한 사건이라도 다른 사건이 병합된 경우에는 중형선고가 가능. 단, 병합사건이라도 전체적·실질적으로 고려하여 중형이라고 판단되면 불이익변경금지원칙 위반에 해당함에 유의
- 9. 약식명령에 대해 피고인만 정식재판을 청구한 경우(고정사건), 비록 다른 사건(고단사건)이 병합되었다 하더라도 법원은 고정사건에 대해 징역형을 선고할 수는 없음(형종상향금지의 원칙에 위배됨).

[79] 파기판결의 기속력

- 1. 파기판결의 기속력은 파기환송, 파기이송 판결·결정등에 인정된다.
- 2. 파기판결의 기속력은 소극적·부정적 판단에만 미치고, 적극적·긍정적 판단에 대해서는 미치지 않는다.
예) 피고인이 ㉠㉡㉢ 총 3가지 이유로 상고를 하였는데, 대법원이 ㉠을 이유로 파기한 경우, 원심에 대한 소극적·부정적 판단은 ㉠뿐이다. 반면, 판단하지 않은 ㉡㉢의 사유를 적극적·긍정적 판단이라고 한다.
- 3. 파기판결의 기속력은 파기한 상급심 자신에게도 미친다.
- 4. 그러나, 파기판결의 기속력은 자신보다 상급심에는 미치지 않는다
예) 가령, 2심의 파기판결에 대해 3심은 파기판결의 기속력이 미치지 않는다.
- 5. 파기판결의 기속력은 동일사실·동일법률관계를 전제로 하므로, 사실관계가 변동된 경우(예 새로운 증거의 제출), 판례가 변경된 경우(예 대법원 소부의 판단을 재상고심에서 대법원 전원합의체로 판례를 변경하는 경우), 법률이 변경된 경우에는 미치지 않는다.

[80] 항소심 재판의 원칙

- 1. 파기자판이 원칙(제364조 제6항) = 항소심이 새롭게 증거조사 후(새롭게 소송행위 후) 이를 토대로 심판
예) 제1심이 필요적 변호사건임에도 국선변호인 선임없이 진행한 경우 또는 제1심이 공시송달의 요건이 갖추어지지 못하였는데 공시송달로 재판을 진행한 경우 ⇒ 파기자판
- 2. 관할위반이 위법할 때, 공소기각판결이 위법할 때는 파기환송(제366조)
- 3. 관할인정이 위법할 때는 파기이송(제367조, 이인)
- 4. 공소기각결정사유 존재시 ⇒ 항소심의 공소기각결정

- 5. 항소이유서의 기재 자체로 항소가 이유없을 때 ⇒ 무변론항소기각판결
- 6. 항소기간도과, 항소이익없을 때 등 항소가 부적법한 경우 ⇒ 원심법원의 항소기각결정
- 7. 항소이유서 미제출시 ⇒ 항소심의 항소기각결정(단, 항소장에 이유가 기재되어 있거나, 직권조사사유 있는 경우 제외, 제361조의 4 제1항 단서)

[81] 항소이유서제출과 필요적 변호사건

- 1. 항소심이 소송기록접수통지를 하기 전에 변호인이 선임되어 있으면 변호인에게도 접수통지
① 이 경우 피고인과 변호인의 이유서제출기간은 각자가 통지받은 날로부터 산정
② 반면, 변호인 선임되어 있지 않으면 피고인에게만 통지, 피고인이 통지받은 날로부터 추후 선임된 변호인도 이유서제출기간(20일) 기산
③ 1심이 필요국선이나 재량국선이 아니어서 필요적 변호사건이 아닌 경우, 피고인이 항소를 제기하자 피고인에게 소송기록접수통지를 한 이후 “이유서 제출기간 경과 후” 피고인이 국선변호인선정청구를 하여 법원이 국선변호인을 선정한 경우 ⇒ 국선변호인이 항소이유서를 제출하는 기간은 피고인이 소송기록접수통지를 받은 날부터 기산
- 2. 항소이유서제출기간 내에 항소이유서제출 없으면 항소심의 항소기각결정이 원칙. 단, 항소장에 이유의 기재가 있거나, 직권조사사유가 있으면 예외(제361조의4① 단서)
- 3. 소송기록 접수통지가 2회에 걸쳐 이루어진 경우 최초 접수통지가 이루어진 날로부터 20일
- 4. 항소심은 이유서중심의 재판이 이루어지므로 이유서제출기간 경과 전에 이유서가 제출되었다 하더라도 항소사건을 심판할 수 없다.
※ 이유서제출기간 내에 변론을 종결하였는데, 추가로 이유서가 제출된 경우 법원은 특단의 사정이 없는 한 변론을 재개할 의무가 있다(判).
- 5. 피고인의 항소대리권자인 배우자가 피고인을 위하여 항소한 경우 소송기록접수통지는 항소대리권자인 배우자가 아니라 항소인인 피고인에게 하여야 하고, 피고인이 적법하게 소송기록접수통지서를 받지 못하였다면 이유서제출기간이 지났다는 이유로 항소기각결정을 할 수 없다(대결 2018.3.29. 2018모642).
- 6. 변호인 선임계를 내기 전에 변호인이 제출한 항소이유서는 무효, 추후 선임계를 제출한다 하더라도 하자는 치유되지 않음(보정적 추완 부정)
- 7. 필요적 변호사건에서는 피고인이 기간도과해도 항소기각결정불가
① 법원은 국선변호인 선임해서 소송기록접수통지후 20일 보장해야(규칙 제156조의2②)
② 법원이 국선변호인 선임하지 않는 동안 피고인이 사선변호인 선임시 사선변호인에게 20일을 보장해야
③ 선임된 국선변호인이 이유서제출기간을 도과시킨 경우 ⇒ 법원은 국선변호인 선정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선임해야
④ 법원이 국선변호인을 선임하여 소송기록접수통지를 하였는데, 피고인이 사선변호인을 선임하여 국선변호인선정이 취소된 경우에는 별도로 사선변호인에게 소송기록접수통지를 할 필요는 없음(이 경우 국선변호인이 접수통지를 받은 날로부터 이유서제출기간은 산정해야 함)

[82] 양형부당과 상고이유

- 1. 10년 미만의 형이 선고된 항소심의 양형판단이 잘못된 경우
⇒ 10년 이상의 형이 선고된 사안이 아니므로 제383조 제4호의 양형부당으로 상고할 수 없고 나아가 판결에 영향을 미친 법령 위반(제383조 제1호)을 이유로도 상고할 수 없음
- 2. 제383조 제4호 소정의 10년 이상의 형이 선고된 경우에 있어 사실오인과 양형부당은 피고인의 이익을 위한 것이므로
 - ① 여러 개의 형이 선고된 경우 각 법정형의 합계를 기준으로 10년 이상의 형이 선고된 것인지를 판단하고(判)
 - ② 검사는 10년 이상의 형이 선고된 사안에서 사실오인이나 양형과정을 주장하며 상고할 수 없다(判).
- 3. 선고유예가 선고된 원심판결을 대법원이 선고유예의 정당성을 고려하여 파기할 수 있는지와 관련하여
⇒ 형법 제51조의 사항과 개전의 정상이 현저한지 여부에 관한 사항은 널리 형의 양정에 관한 법원의 재량사항에 속한다고 해석되므로, 상고심으로서서는 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(대판[전합] 2003.2.20. 2001도6138; 대판 2016.12.27. 2015도14375).
- 4. 10년 미만의 형이 선고된 경우, 양형부당은 적법한 상고이유가 될 수 없으나, 피고인에게 공소가 제기된 범행을 기준으로 범행의 동기나 결과, 범행 후의 정황 등 형법 제51조가 정한 양형조건으로 포섭되지 않는 별도의 범죄사실에 해당하는 사정에 관하여 합리적인 의심을 배제할 정도의 증명력을 갖춘 증거에 따라 증명되지 않았는데도 핵심적인 형벌가중적 양형조건으로 삼아 형의 양정을 한 경우에는 책임주의 위반으로 제383조 제1호의 상고이유에 해당한다.
- 5. 형이 너무 무거워 부당하다는 이유로 제기한 비약적 상고는 부적법하다.
※ 비약적 상고의 사유 : **법령을 적용하지 않거나 법령적용에 착오**가 있는 때, 원심판결 후 형의 **폐지, 변경, 사면**이 있는 때(법적착오+폐사)

[83] 보통항고

- 1. 절차 ㉠ 제기기간의 제한이 없음(실익 없으면 불가능) ㉡ 집행부정지의 원칙(필요시 법원이 정지가능)
- 2. 보통항고의 대상
 - ① 수소법원의 결정에 대해서는 보통항고 가능하다(제402조).
 - ② 다만, 관할과 판결전소송절차에 관한 (수소)법원의 결정은 즉시항고할 수 있는 외에는 항고가 불가(제403조①)
※ 판례는 소년부송치결정은 판결전 소송절차에 관한 결정이 아니어서 보통항고의 대상이 된다고 보았다.
 - ③ 그렇지만, 판결전 소송절차에 관한 법원의 결정이라도 수소법원의 구금, 압수·압수물의 환부, 보석, 감정유치에 관한 결정에 대하여는 보통항고 가능하다(제403조②, 구금·압·보·유).
※ 구금에 관한 결정으로는 구속, 접견교통권침해, 구속집행과정에서의 구체적 처분등이 포함되고, 보석에 관한 결정으로는 보석

- 보증금의 몰취결정 등이 포함된다.
- ④ 수소법원의 결정이 아님에도 유일하게 보통항고가 허용되는 것으로는 보증금납입부 피의자석방결정이 있다(判).

[84] 준항고

- 1. 제416조 제1항의 준항고(구피보유/압과비)
 - ① 재판장과 수명법관의 구금, 기피, 보석, 감정유치, 압수, 과태료, 비용배상에 관한 재판(명령)을 대상으로
 - ② 소속법원에 제기 (주 상급법원에 불복하는 것이 아니어서 상소가 아님)
 - ③ 과태료와 비용배상재판에 대한 준항고 이외에는 집행정지효가 없음
 - ④ 제기기간은 7일
 - ⑤ 그러나, 현행법의 해석상 제416조의 준항고의 대상은 존재하지 않음
- 2. 제417조의 수사상 준항고(수구압+변호인참여)
 - ① 수사기관(검사, 사경관리)의 구금, 압수·압수물의 환부, 변호인 참여제한 조치에 대해 관할법원에 준항고를 제기할 수 있다.
 - ② 재판에 대한 상급법원으로서의 불복이 아니라 수사기관의 처분에 대한 불복이므로 제417조의 준항고 역시 상소가 아니다.
 - ③ 제417조의 준항고는 본래 항고소송(행정법상 취소소송)의 성격을 가지고 있는바
 - ④ 국민만이 준항고를 제기할 수 있고, 사경관리는 검사의 압수·수색영장 미청구조치에 대해 준항고를 제기할 수 없고
 - ⑤ 항고소송의 성격상 “항고의 이익(소의 이익)”이 있어야 한다.
예) 검사의 환부거부조치에 대한 준항고 진행중 수사기관이 압수물을 환부해 준 경우라면 항고의 이익이 없어 준항고는 부적법해짐(判)).
 - ⑥ 준항고심의 결정에 대해서는 곧바로 대법원에 재항고 할 수 있음(判, 이는 신속한 처리에 기여)
 - ⑦ 준항고의 절차는 보통항고에 준하므로, 집행정지효가 없음. 따라서 변호인의 신문참여제한에 대해 준항고를 제기하더라도 수사기관은 계속 피의자신문을 진행 가능.
⇒ 이 경우, 추후 준항고가 인용되면 변호인의 피의자신문참여권이 침해된 상태하에서 작성된 피신조서는 위수증으로 처리함
 - ⑧ 압수해제간주된 압수물(중국재판 선고시 아무런 선고가 없으면 압수해제 간주됨)을 검사가 반환거부한 조치는 수사상 준항고의 대상이 아니라 제489조의 형집행에 관한 이의신청의 대상이 된다.

[85] 재심의 대상

- 1. 재심의 대상은 유죄판결과 상소기각판결만을 대상으로 한다(이익재심의 원칙).
※ 무죄판결이나 형식재판은 재심대상이 아니다.
- 2. 집행유예판결이나 집행유예기간이 도과된 판결도 재심의 대상이 된다.
- 3. 선고유예의 경우 유예기간중에는 재심의 대상이 되나, 유예기간이 경과하면 면소된 것으로 간주되어 재심대상이 되지 않는다.

4. 비상상고로 일부파기된 유죄판결은 재심대상이 된다.
 ⇨ 비상상고는 법령위반부분만을 파기하고 피고인에게 효력이 없는 것이 원칙이므로(제447조)
5. 특별사면된 유죄판결도 재심대상이 된다(전원합의체 판결). 이 경우 군에서 제적되어 재판권이 없는 군사법원이 행한 재심개시결정도 효력이 있다.
6. 상소기각판결의 경우, 제420조 제1, 2, 7호로 재심사유가 축소하기는 하나, 상소기각판결로 확정된 유죄판결이 아니라 상소기각판결 자체가 별도로 재심의 대상이 된다.
 ※ 유죄판결(하급심)과 상소기각판결에 대해 동시에 재심을 청구한 경우(재심의 경합), 하급심의 판결부터 재심개시절차가 진행되고(이 경우 상소기각판결은 재심개시절차가 정지) 하급심이 재심개시판결을 한 경우 상소기각판결은 기각결정을 내린다. 반면 하급심이 재심기각결정을 내리게 되면 비로소 상급심의 재심개시절차가 진행된다.
7. 원판결이 상소심에서 파기된 경우 파기판결만이 유죄판결로서 재심의 대상이 되고, 이미 파기된 원심판결은 재심의 대상이 되지 않는다.
8. 약식명령에 대해 정식재판이 확정된 경우, 유죄판결에 대해 상급심에서 공소기각결정이 확정된 경우 등에는 이미 파기된 약식명령이나 유죄판결은 재심의 대상이 아니고, 이에 대해 재심개시결정이 확정되었다 하더라도 법원은 아무런 조치를 할 수 없다.
9. 상고심진행도중 피고인이 사망하여 공소기각결정을 하였음에도 항소심(유죄)판결에 대하여 재심개시결정이 확정되었다면, 법원으로서 심판대상이 없어 아무런 재판을 할 수 없다.
10. 판결서가 작성되지 않았거나 작성된 다음 멸실되어 존재하지 않더라도 판결이 선고되었다면 판결은 성립하여 존재한다고 보아야 하고, 그것이 유죄 확정판결이라면 재심의 대상이 될 수 있다.
11. 판결이 위헌·위법 사유로 당연무효인 경우에도 판결은 성립하여 존재한다고 보아야 하고, 그것이 유죄 확정판결이라면 재심의 대상이 될 수 있다.

[86] 제420조 제5호의 재심사유

1. 무죄, 면소, 형의 면제(필요적 면제만(判)), 경한 죄(법정형이 경한 다른 죄(判))를 인정할 명백한 증거가 새롭게 발견된 때로서 확정판결을 요하지 않는 유일한 재심사유
 ※ 피해회복주장은 단지 임의적 감경사유에 불과하므로 제420조 제5호의 원판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때에 해당하지 않는다.
2. 공소기각이 명백한 경우(예 고소취소를 간과한 유죄판결)는 재심 대상 아님)
3. 법원이 헌법 제107조에 따라 긴급조치4호, 9호를 위헌결정한 경우에는 제420조 제5호의 무죄를 인정할 명백한 증거가 새롭게 발견된 경우에 해당(주 법원의 위헌결정은 형사소송법상 재심사유, 헌법재판소의 위헌결정은 헌재법 제47조 상의 재심사유)
4. 증거의 명백성
 - ① 명백하다는 것은 “경험칙·논리칙상 객관적으로 우위에 있다고 보여지는 것”을 말하고, 자유심증에 좌우되는 증거를 말하는 것이 아님.
 - ② 다만, 명백한지 여부는 독립적·고립적(단독평가)으로 평가할 것이 아니라, 유기적으로 관련된 구증거까지 함께 고려해서 판단해야(한정적 재평가설)

5. 증거의 신규성
 - ① 새로운 증거란 법원뿐 아니라 피고인에게도 신규이어야
 - ② 원판결 당시 피고인이 알고 있었으나 이를 고의·과실로 제출하지 않은 증거는 신규성부정
 예) 위장자수한 자, 무정자증임을 이미 알고 있었던 피고인에게는 신규성부정

[87] 제420조 제7호의 재심사유

1. 원판결의 기초된 조사, 수사등에 관여한 법관, 수사기관이 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 증명된 때
2. 사법경찰관 등이 범한 직무에 관한 죄가 사건의 실체관계에 관계된 것인지 여부나 당해 경찰관이 직접 피의자에 대한 조사를 담당하였는지는 고려할 사항이 아님
 ※ 간접적으로 관여한 사법경찰관의 직무상 범죄행위가 증명된 경우에도 가능
3. 제420조 7호의 재심사유는
 - ① 원판결선고전 법관, 수사기관에 이미 공소제기가 있었던 경우에는 원판결 법원이 알지못한 때에 한하여 재심사유가 된다(원판결법원이 이미 그러한 사실을 고려했으리라 감안).
 - ② 피고인이 고문등을 유발한 경우에는 검사만이 제420조 제7호 이유로 재심청구 가능
4. 확정판결을 얻을 수 없는 경우, 확정판결에 대신하는 증명도 가능(제422조)
 - ① 확정판결에 대신하는 증명은 적극적으로 증명되어야
 - ② 경찰관에 대해 피고인이 제기한 재정신청이 기소유예정상이 있음을 이유로 기각된 경우, 재정신청기각결정으로 확정판결에 대신하는 증명이 이루어졌다고 봄
5. 재심청구인인 피고인이 영장주의를 배제하는 위헌적 법령인 긴급조치 제9호에 따라 영장없이 수사기관에 체포·구금을 한 경우라면 불법체포·감금의 직무범죄가 인정되는 경우에 준하는 것으로 볼 수 있으므로 형사소송법 제420조 제7호의 재심사유가 있다고 보아야 한다.

[88] 약식명령

1. 벌금, 과료, 몰수에 처할 사건에 대해 검사가 약식명령을 청구한다.
 ※ 법정형으로 벌금, 과료 등이 규정되어 있지 않은 사서명위조죄에 대해서는 약식명령을 청구할 수 없다.
 ※ 합의부사건이라도 선택형으로 벌금형이 규정되어 있으면 약식명령을 청구할 수 있다.
2. 약식명령은 서면심리에 의해 반드시 재산형 유죄판결을 선고해야 한다.
3. 약식명령장에는 증거의 요지를 기재하지 않는다.
4. 약식명령청구가 부적법하거나 적당하지 않은 경우, 특별한 조치가 없다하더라도 공판절차로 이행된다.
 ⇨ 약식명령청구시 공소장이 제출되므로
5. 약식명령에 대해 피고인은 정식재판청구권을 포기하지 못한다.

6. 약식명령절차는 서면심리에 의하므로, 공개주의가 적용되지 않는 등 몇 가지 특칙이 있다
- ① 약식절차에 적용이 배제되는 규정
 - ㉠ 공개주의
 - ㉡ 공소장변경
 - ㉢ 직접심리주의
 - ㉣ 전문법칙(제310조의2)
 - ㉤ 증거설명의 기재(제451조)
 - ② 약식절차에 적용되는 규정
 - ㉠ 위법수집증거배제법칙(제308조의2)
 - ㉡ 자백배제법칙(제309조)
 - ㉢ 자백보강법칙(제310조)
7. 약식명령은 정식재판청구에 의해 진행된 1심 재판이 선고·고지될 경우에 효력을 잃는다.
- ※ 약식명령은 정식재판청구가 있으면 효력을 잃는다(×)

- ① 피고인이었던 자가 수사 또는 재판을 그르칠 목적으로 거짓(허위) 자백을 하거나 다른 유죄의 증거를 만들어 기소된 것으로 인정된 경우
 - ② 1개의 재판으로써 경합범의 일부에 대하여 무죄판결이 확정되고 다른 부분에 대하여 유죄판결이 확정된 경우
 - ③ 「형법」 제9조(형사미성년) 및 제10조 제1항(심신상실)의 사유에 따른 무죄판결이 확정된 경우
 - ④ 그 비용이 피고인이었던 자에게 책임지울 사유로 발생한 경우
2. 무죄확정된 날로 5년 이내, 무죄확정을 안 날로 3년내 소속법원 합의부에 신청한다. (허!경미심신책임, 합의(보)오삼(5·3))

[89] 즉결심판

1. 즉결심판은 다액 20만원이하의 벌금, 구류, 과료에 처할 사건에 대해 즉시심판하는 사건이다.
2. 즉결심판은 경찰서장이 청구하고, 경찰서 이외의 공개된 법정에서 진행한다.
3. 즉결심판이 부적법하거나 적당하지 않은 경우, 즉결심판 청구를 기각하는데, 이 경우 경찰서장은 검찰청에 소송기록과 증거물을 송부하고, 검사가 공소제기여부를 결정해야 한다.
4. 즉결심판 절차에서는 무죄나 형식재판도 가능하고, 피고인은 정식 재판청구권을 포기할 수도 있다.
5. 즉결심판절차에서 벌금이나 과료를 선고하는 경우에는 피고인의 출석없이도 심리가 가능하다.
반면, 구류의 경우는 불출석허가 신청과 법원의 불출석허가심판이 있어야만 가능하다.
6. 즉결심판에서는 재산형에 대한 가납명령이 가능하고, 구류에 대해서는 5일 이내 유치명령이 가능하다.
7. 확정된 즉결심판은 경찰서장이 집행하는 것이 원칙이고, 관련서류는 경찰서에 보관하게 된다.
8. 즉결심판은 정식의 형사절차가 아니어서 자백의 보강법칙이 적용되지 않고 전문법칙의 일부가 적용되지 않으나, 공개된 법정에서 진행된다는 점에서 재정증거에 한하여 증거조사도 가능하고 공개주의가 적용된다.
 - ① 즉심절차에 적용이 배제되는 규정
 - ㉠ 전문법칙의 제한적 적용 (312③, 313①적용되지 않음)
 - ㉡ 자백의 보강법칙 적용안됨
 - ② 즉심절차에 적용되는 규정
 - ㉠ 위법수집증거배제법칙(제308조의2)
 - ㉡ 자백배제법칙(제309조)
 - ㉢ 공개주의
 - ㉣ 증거조사가능(단, 재정증거에 한정)

[90] 무죄판결에 대한 비용보상(제194조의2 이하)

1. 보상의 제외사유 : 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 비용의 전부 또는 일부를 보상하지 아니할 수 있다(제194조의2).

제1장 수사

1. 피고인이 자전거를 운행하던 중 전방주시의무를 게을리하여 보행자인 피해자 甲을 들이받아 중상해를 입게 하였다는 교통사고처리특례법 위반(치상)의 공소사실로 기소되었고, 위 사고로 의식불명이 된 甲에 대하여 성년후견이 개시되어 성년후견인으로 甲의 법률상 배우자 乙이 선임되었는데, 乙이 피고인 측으로부터 합의금을 수령한 후 제1심 판결선고 전에 甲을 대리하여 처벌불원의사를 표시한 사안에서, 위 특례법 제3조 제2항에서 차의 운전자가 교통사고로 인하여 범한 업무상과실치상죄는 ‘피해자의 명시적인 의사’에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 규정하여 문언상 그 처벌 여부가 ‘피해자’의 ‘명시적’인 의사에 달려 있음이 명백하므로, 乙이 甲을 대신하여 처벌불원의사를 형성하거나 결정할 수 있다. (X)
2. 법원이 선임한 부재자 재산관리인이 그 관리대상인 부재자의 재산에 대한 범죄행위에 관하여 법원으로부터 고소권 행사에 관한 허가를 얻은 경우 부재자 재산관리인은 형사소송법 제225조 제1항에서 정한 법정대리인으로서 적절한 고소권자에 해당한다. (O)
3. 게임장 운영자인 피고인이 게임장에 잠복근무 중인 경찰관으로부터 게임점수를 환전해 줄 것을 요구받고 거절하였음에도 경찰관의 지속적인 요구에 어쩔 수 없이 게임점수를 현금으로 환전해 준 것은 본래 범의를 가지지 않은 자에 대하여 수사기관이 계약으로 범의를 유발하게 한 위법한 함정수사에 해당한다. (O)
4. 경찰관은 게임장 운영자인 피고인의 게임 결과물 환전행위를 적발하기 위해 게임장에 여러 차례에 걸쳐 잠입수사를 하였는데, 그 과정에서 게임장 종업원의 제안에 따라 회원카드를 발급받아 게임점수를 적립하였을 뿐 피고인 등에게 회원카드 발급 및 게임점수 적립을 적극적으로 요구하거나 다른 손님들과 게임점수의 거래를 시도한 적은 없고, 그후에도 피고인에게 회원카드 발급 및 게임점수 적립 등을 통한 사행행위의 조장을 요구하거나 종용한 사실이 없으므로 피고인의 범행(사행행위 조장으로 인한 게임산업진흥에 관한법률위반)은 수사기관이 사술이나 계약 등을 써서 피고인의 범의를 유발한 것이 아니라 이미 이루어지고 있던 범행을 적발한 것에 불과하므로 이에 관한 공소제기가 함정수사에 기한 것으로 볼 수 없다. (O)
5. 법원이 검사의 청구에 의하여 체포된 피의자의 구금을 위한 구속영장을 발부하면 검사와 사법경찰관리는 지체 없이 신속하게 구속영장을 집행하여야 한다. 피의자에 대한 구속영장의 제시와 집행이 그 발부 시로부터 정당한 사유 없이 시간이 지체되어 이루어졌다면 구속영장이 그 유효기간 내에 집행되었다고 하더라도 위 기간 동안의 체포 내지 구금상태는 위법하다. (O)

6. 경찰은 범행의 피의자로 乙을 특정하여 乙이 소유·소지하는 물건을 압수하기 위해 영장을 신청하였고, 판사는 그 신청취지에 따라 乙이 소유·소지하는 물건의 압수를 허가하는 취지의 영장을 발부하였으므로 영장의 문언상 압수·수색의 상대방은 乙이고, 압수할 물건은 乙이 소유·소지·보관·관리·사용하는 물건에 한정된다. 비록 경찰이 압수·수색 현장에서 다른 사람으로부터 범행의 진범이 甲이라는 이야기를 들었다고 하더라도 영장에 기재된 문언에 반하여 甲 소유의 물건을 압수할 수는 없다. (O)
7. 피의자가 휴대전화를 임의제출하면서 휴대전화에 저장된 전자정보가 아닌 클라우드 등 제3자가 관리하는 원격지에 저장되어 있는 전자정보를 수사기관에 제출한다는 의사로 수사기관에게 클라우드 등에 접속하기 위한 아이디와 비밀번호를 임의로 제공하였다면 위 클라우드 등에 저장된 전자정보를 임의제출하는 것으로 볼 수 있다. (O)
8. 수사기관이 압수·수색영장에 적힌 ‘수색할 장소’에 있는 컴퓨터 등 정보처리장치에 저장된 전자정보 외에 원격지 서버에 저장된 전자정보를 압수·수색하기 위해서는 압수·수색영장에 적힌 ‘압수할 물건’에 별도로 원격지 서버 저장 전자정보가 특정되어 있어야 한다. 압수·수색영장에 적힌 ‘압수할 물건’에 컴퓨터 등 정보처리장치 저장 전자정보만 기재되어 있다면 컴퓨터 등 정보처리장치를 이용하여 원격지 서버저장 전자정보를 압수할 수는 없다. (O)
9. 피해자 등 제3자가 피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체를 임의제출한 경우에는 실질적 피압수자인 피의자가 수사기관으로 하여금 그 전자정보 전부를 무제한 탐색하는 데 동의한 것으로 보기 어려울 뿐만 아니라 피의자 스스로 임의제출한 경우 피의자의 참여권 등이 보장되어야 하는 것과 견주어 보더라도 특별한 사정이 없는 한 피의자에게 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피의자의 절차적 권리를 보장하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다. (O)
10. 수사기관이 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별하여 압수한 후에도 그와 관련이 없는 나머지 정보를 삭제·폐기·반환하지 아니한 채 그대로 보관하고 있다면 범죄 혐의사실과 관련이 없는 부분에 대하여는 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보를 영장 없이 압수·수색하여 취득한 것이어서 위법하고, 사후에 법원으로부터 압수·수색영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유된다고 볼 수 없다. (O)
11. 부패의 염려가 있거나 보관하기 어려운 압수물이라 하더라도 법령상 생산·제조·소지·소유 또는 유통이 금지되어 있고, 권한 있는 자의 동의를 받지 못하는 한 이를 폐기할 수 없고, 만약 그러한 요건이 갖추어지지 않았음에도 폐기하였다면 이는 위법하다. (O)

12. 수사기관이 적법한 절차와 방법에 따라 범죄를 수사하면서 현재 그 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 범행현장에서 현행범인 등 관련자들과 수사기관의 대화를 녹음한 경우, 위 녹음이 영장 없이 이루어졌다는 이유로 위법하다고 단정할 수 없다. 이는 그 녹음이 행하여지고 있는 사실을 현장에 있던 대화상대방, 즉 현행범인 등 관련자들이 인식하지 못하고 있었다라든가 마찬가지이다. (O)
13. 수사기관이 작성한 압수조서에 기재된 피의자였던 피고인의 자백 진술 부분에 대해 피고인 또는 변호인이 그 내용을 부인하는 경우, 구 형사소송법 제312조 제3항에 의한 증거능력은 부정된다. (O)
14. 수사기관이 새로운 범죄혐의의 수사를 위하여 무관정보가 남아 있는 복제본을 열람하는 것은 압수·수색영장으로 압수되지 않은 전자정보를 영장 없이 수색하는 것과 다르지 않다. 따라서 복제본은 더 이상 수사기관의 탐색, 복제 또는 출력 대상이 될 수 없으며, 수사기관은 새로운 범죄혐의의 수사를 위하여 필요한 경우에도 기존 압수·수색 과정에서 출력하거나 복제한 유관정보의 결과물을 열람할 수 있을 뿐이다. 사후에 법원으로부터 복제본을 대상으로 압수·수색영장을 발부받아 집행하였다고 하더라도, 이는 압수·수색절차가 종료됨에 따라 당연히 삭제·폐기되었어야 할 전자정보를 대상으로 한 것으로 위법하다. (O)
15. 통신비밀보호법 제3조 제1항은 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다고 규정하고 있고, 같은 법 제16조 제1항은 이를 위반하는 행위를 처벌하도록 규정하고 있다. 여기서 '청취'는 타인 간의 대화가 이루어지고 있는 상황에서 실시간으로 그 대화의 내용을 엿듣는 행위를 의미하고, 대화가 이미 종료된 상태에서 그 대화의 녹음물을 재생하여 듣는 행위는 '청취'에 포함되지 않는다. (O)
16. 피해자 등 제3자가 피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체를 임의제출한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 피의자에게 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피의자의 절차적 권리를 보장하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다. (O)
17. 증거은닉범이 본범으로부터 "수사가 끝날 때까지 숨겨놓으라."라는 취지로 지시를 받고 본범의 정보저장매체를 소지·보관하던 중 수사기관으로부터 증거은닉 혐의 피의자로 입건되자 본범의 정보저장매체를 임의제출한 경우 증거은닉범 외 본범에게도 참여권이 인정된다. (X)
18. 과거 정보저장매체의 이용 내지 개별 전자정보의 생성·이용 등에 관여한 사실이 있거나 그 과정에서 생성된 전자정보에 의해 식별되는 정보주체에 해당한다는 사정만으로 참여권 보장의 대상이 된다고 보기는 어렵다. (O)
19. 압수·수색 현장에 형사소송법상 참여권자나 참여할 수 있도록 규정된 사람 이외의 사람을 참여시킬 수는 없고, 참여가 허용된 사람 이외의 제3자를 임의로 참여케 하여 압수·수색영장을 집행하거나 영장 없이 압수·수색을 한 것은 위법하다. (O)
20. 수사기관의 압수·수색절차 과정에서 처분을 받는 자가 의사능력이 있는 미성년자인 경우, 반드시 미성년자에게 영장이 제시될 필요는 없고, 친권자에 대한 영장제시로 이를 갈음할 수 있다. (X)
21. (1) 전자정보가 제3자 소유·관리의 정보저장매체에 그 내용이 동일하게 복제되어 임의제출되는 경우, 복제 전자정보 임의제출자 외에 원본 전자정보 관리처분자를 실질적 피압수자로 보고 그에게 참여권을 인정해야 한다. (X)
(2) 아동·청소년이용음란물 및 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자들의 신체 부위를 피해자들의 동의 없이 촬영한 사진과 동영상 등 전자정보 중 일부를 피해자들이 임의로 선별, 복제한 다음 그 복제 전자정보를 피해자들이 소유·관리하는 USB들에 저장하여 경찰에 임의제출한 사안에서, 피해자들이 제출한 위 전자정보 등이 위법수집증거에 해당하고 이에 기초하여 획득한 증거도 2차적 증거로서 증거능력이 없다. (X)
22. 주거주 등 또는 이웃 등이 참여하였다고 하더라도 그 참여자에게 최소한 압수·수색절차의 의미를 이해할 수 있는 정도의 능력(참여능력)이 없거나 부족한 경우에는, 주거주 등이나 이웃 등의 참여 없이 이루어진 것과 마찬가지로 형사소송법 제123조 제2항, 제3항에서 정한 압수·수색절차의 적법요건이 갖추어졌다고 볼 수 없으므로 그러한 압수·수색영장의 집행도 위법하다. (O)
23. 피고인이 해당 형사사건에서 구속되어 재판을 받는 경우를 의미하고, 피고인이 해당 형사사건이 아닌 별개의 사건, 즉 별건으로 구속되어 있거나 다른 형사사건에서 유죄로 확정되어 수형 중인 경우는 이에 해당하지 않는다. (X)

제2장 증거

24. 의사에게 의료행위로 인한 업무상과실치사상죄를 인정하기 위해서는 의료행위 과정에서 공소사실에 기재된 업무상과실의 존재는 물론 그러한 업무상과실로 인하여 환자에게 상해·사망 등 결과가 발생한 점에 대하여도 엄격한 증거에 따라 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증거가 이루어져야 한다. (O)
25. 검사가 공판기일에 증인으로 신청하여 신문할 사람을 특별한 사정 없이 미리 수사기관에 소환하여 면담하는 절차를 거친 후 증인이 법정에서 피고인에게 불리한 내용의 진술을 한 경우 검사가 증인신문 전 면담 과정에서 증인에 대한 회유나 압박, 답변 유도나 암시 등으로 증인의 법정진술에 영향을 미치지 않았다는 점이 담보되어야 증인의 법정진술을 신빙할 수 있다. (O)
26. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제30조 제6항 중 '제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다' 부분이 헌법에 위반된다. (O)
27. 수사기관이 작성한 수사보고서는 전문증거로서 형사소송법 제311조·제312조·제315조·제316조의 적용대상이 아니함이 분명하므로 형사소송법 제313조의 서류에 해당하여야만 증거능력이 인정될 수 있는바, 형사소송법 제313조가 적용되기 위해서는 그 서류에 진술자의 서명 또는 날인이 있어야 한다. (O)
28. 나이트클럽의 운영자 피고인 甲, 연예부장 피고인 乙, 남성무용수 피고인 丙이 공모하여 클럽 내에서 성행위를 묘사하는 공연을 하는 등 음란행위 영업을 하여 풍속영업의 규제에 관한 법률 위반으로 기소되었는데, 당시 경찰관들이 클럽에 출입하여 피고인 丙의 공연을 촬영한 영상물 및 이를 캡처한 영상사진이 증거로 제출된 사안에서, 위 촬영물은 경찰관들이 피고인들에 대한 범죄 혐의가 포착된 상태에서 클럽 내에서의 음란행위 영업에 관한 증거를 보전하기 위하여, 불특정 다수에게 공개된 장소인 클럽에 통상적인 방법으로 출입하여 손님들에게 공개된 모습을 촬영한 것이므로, 영장 없이 촬영이 이루어졌더라도 위 촬영물과 이를 캡처한 영상사진은 증거능력이 인정된다. (O)
29. 피고인 甲이 마약류취급자가 아님에도 향정신성의약품인 메트암페타민(필로폰)을 물에 희석하여 일회용 주사기에 넣고 주사하는 방법으로 투약했다는 등의 공소사실로 기소된 사안에서, 甲의 모발에 대한 감정에서 필로폰이 검출되었다는 사정과 甲이 사용하던 차량을 압수·수색하여 발견된 주사기에서 필로폰이 검출된 사정만으로 필로폰 투약사실을 유죄로 인정한 원심판단에 증거재판주의, 자유심증주의 원칙을 위반한 잘못이 있다. (O)

30. 피의자가 SSD 카드 등이 든 신발주머니를 거주지 바깥으로 투척하였고 경찰관들이 이 신발주머니를 수거한 후 SSD 카드의 소유자가 맞는지 질문하자 소유권을 부인하여 경찰관들이 SSD 카드를 유류물로 압수한 경우에도 압수의 대상이나 범위는 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정된다. (X)
31. 검사가 피고인들의 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(친족관계에의한강간) 등 혐의를 수사하면서 아동인 피해자의 진술 내용에 대하여 대검찰청 과학수사부 소속 진술분석관에게 분석을 의뢰하였고, 이에 따라 진술분석관이 피해자를 면담하고 그 내용을 녹화한 '피해자 진술분석 과정 영상녹화 CD'(영상녹화물)가 제작되어 증거로 제출됨으로써 그 증거능력이 문제 된 사안에서, 제반 사정에 비추어 영상녹화물은 수사과정 외에서 작성된 것이라고 볼 수 없어 형사소송법 제313조 제1항에 따라 증거능력을 인정할 수 없다. (O)
32. 피고인이 자신의 휴대전화 카메라를 이용하여 총 9회에 걸쳐 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자 4명의 신체를 그들의 의사에 반하여 촬영하였다는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영)의 공소사실과 관련하여, 피고인은 현행범 체포 당시 목격자로부터 휴대전화를 빼앗겨 위축된 심리 상태였고, 목격자 및 경찰관으로부터 휴대전화를 되찾기 위해 달려들기도 하였다면, 휴대전화 제출에 관하여 검사가 임의성의 의문점을 없애는 증명을 다하지 못하였다면 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다. (O)
33. 피해아동의 담임교사인 피고인이 피해아동에게 수회에 걸쳐 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위를 하였다는 이유로 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌)으로 기소된 사안에서, 피해아동의 부모가 피해아동의 가방에 녹음기를 넣어 수업시간 중 교실에서 피고인이 한 발언을 녹음한 녹음파일, 녹취록 등은 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음한 것이므로 통신비밀보호법 제14조 제2항 및 제4조에 따라 증거능력이 부정된다. (O)
34. 경찰관들이 甲이 운영하는 성매매업소를 단속하여 甲을 현행범 체포하면서 성매매업소 내부를 수색하여 발견한 콘돔 7개와 업소시설을 사진 촬영하고 콘돔은 그대로 두고 나온 경우, 사후 압수영장을 발부받지 않았다면 촬영한 사진의 증거능력은 인정되지 않는다. (X)
35. 양벌규정에 따라 처벌되는 행위자와 행위자가 아닌 법인 간의 관계는 행위자가 저지른 법규위반행위가 사업주의 법규위반 행위와 사실관계가 동일하거나 적어도 중요 부분을 공유한다는 점에서 내용상 불가분적 관련성을 지닌다고 보아야 하므로 「형법」 총칙의 공범관계 등과 마찬가지로 인권보장적인 요청에 따라 「형사소송법」 제312조 제3항이 적용된다. (O)