

## 2017판 형사소송법(학연, 김영환) 추록

8p 마지막 行에 → 전부 추가(2018년판(이하 생략) 8p (8))

(8) 2017년 개정(법률 제14179호, 2016.5.29., 일부개정, 시행 2016.5.29.)

㉓ 2017. 12. 12. 일부개정에서는 비공무원의 서류에 기명날인뿐만 아니라 서명도 가능하도록 하였고(제59조 제1항), 마찬가지로 소환장의 방식에 있어서도 기명날인뿐만 아니라 서명도 가능하도록 하였다(제74조).

㉔ 2017. 12. 19. 일부개정에서는 약식명령에 불복해 정식재판 청구를 남용하는 경우를 방지하면서도 피고인의 정식재판청구권 위축 우려를 감안하여 종래의 '불이익변경의 금지'를 '형중 상항의 금지'로 대체하고, 양형 상항 시 양형 이유를 기재하도록 하였다(제457조의2, 전문개정).

22p 다. 위에 → 전부 추가(22p)

### ■ 상습특수상해죄의 사물관할, 상습 가중 등

[1] 형법 제264조, 제258조의2 제1항에 의하면 상습특수상해죄는 법정형의 단기가 1년 이상의 유기징역에 해당하는 범죄이고, 법원조직법 제32조 제1항 제3호 본문에 의하면 단기 1년 이상의 징역에 해당하는 사건에 대한 제1심 관할법원은 지방법원과 그 지원의 합의부이다(대판 2017.6.29. 2016도18194상습특수상해죄의 사물관할과 처단형의 범위가 쟁점인 사건 [남편 상습특수상해 톱부인 사건]).

[2] 형법 제264조는 상습특수상해죄를 범한 때에 형법 제258조의2 제1항에서 정한 법정형의 단기와 장기를 모두 가중하여 1년 6개월 이상 15년 이하의 징역에 처한다는 의미로 새겨야 한다.

☞ 피고인이 형법 제264조의 상습특수상해죄로 기소된 사건을 단독판사가 제1심으로 심판하였고, 원심이 그 항소심으로 심리하면서 형법 제258조의2(특수상해죄)에서 정한 형의 장기만을 가중하고 작량감경을 거쳐 피고인에게 징역 8개월을 선고한 경우, 상습특수상해죄를 저지른 피고인에 대하여 작량감경을 하더라도 그 처단형이 징역 9개월 미만이 될 수 없는데도 징역 8개월을 선고한 원심의 판단에는, 그 처단형의 범위를 벗어나 선고형을 정한 잘못도 있다.

☞ 따라서 원심판결과 제1심판결을 모두 파기하고, 사건을 관할권이 있는 광주지방법원 순천지원 합의부에 이송한 사안.

87p ■ 변호인의 접견교통권의 법적 성질 → 전부 변경<sup>(87p)</sup>

■ 변호인의 접견교통권의 법적 성질

- ① 종래 헌법재판소의 입장 : 헌법상의 변호인과의 접견교통권은 체포 또는 구속당한 피의자·피고인 자신에만 한정되는 신체적 자유에 관한 기본권이고, 변호인 자신의 구속된 피의자·피고인과의 접견교통권은 헌법상의 권리라고는 말할 수 없으며 단지 형사소송법 제34조에 의하여 비로소 보장되는 권리임이 그친다(헌재결 1991.7.8. 89헌마181).
- ☞ 2인의 반대이견 변호인 자신의 구속된 피고인·피의자와의 접견교통권 역시 피구속자의 변호인접견교통권과 상호 보완적으로 작용하여 피구속자의 인권보장과 방어준비를 위하여 헌법에서 당연히 우리나라오는 헌법상의 권리라 할 것이다.
- ② 최근 헌법재판소의 입장 : 피의자신문 참여 변호인에게 '피의자 뒤 착석' 요구행위는 변호인인 청구인의 자유로운 피의자 신문 참여를 제한함으로써 헌법상 기본권인 변호인의 변호권을 침해하므로 취소되어야 할 것이나, 이미 종료되었으므로 동일 또는 유사한 기본권 침해의 반복을 방지하기 위해 선언적 의미에서 위헌임을 확인한다(헌재결 2017.11.30. 2016헌마503변호인의 피의자 후방착석요구 사건).
- ☞ 2인의 별개의견 다만, 후방착석요구행위에 대해 위헌 확인을 하여야 한다는 점에 있어서는 견해를 같이 하나, 변호인의 변호권은 법률상 권리에 불과하므로 법정의견이 변호인의 변호권을 헌법상 기본권으로 파악한 부분에 대해서는 동의하기 어렵고, 이 사건 후방착석요구행위는 청구인의 직업수행의 자유를 침해한 것으로 보면 충분하다.

90p 2. 헌법소원 내용 밑에 → 전부 추가<sup>(90p)</sup>

■ 피의자신문 참여 변호인에게 '피의자 뒤 착석' 요구는 위헌

- 이 사건 후방착석요구행위는 변호인인 청구인의 자유로운 피의자 신문 참여를 제한함으로써 헌법상 기본권인 변호인의 변호권을 침해하므로 취소되어야 할 것이나, 이미 종료되었으므로 동일 또는 유사한 기본권 침해의 반복을 방지하기 위해 선언적 의미에서 위헌임을 확인한다(헌재결 2017.11.30. 2016헌마503변호인의 피의자 후방착석요구 사건).
- ☞ 다만, “후방착석요구행위에 대해 위헌 확인을 하여야 한다는 점에 있어서는 견해를 같이 하나, 변호인의 변호권은 법률상 권리에 불과하므로 법정의견이 변호인의 변호권을 헌법상 기본권으로 파악한 부분에 대해서는 동의하기 어렵고, 이 사건 후방착석요구행위는 청구인의 직업수행의 자유를 침해한 것으로 보면 충분하다”는 2인의 별개의견이 있었다.

146p ■ 대리인에 의한 고소방식 내용을 → 변경<sup>(146p)</sup>

■ 대리인에 의한 고소방식

대리권이 정당한 고소권자에 의하여 수여되었음이 실질적으로 증명되면 족하고, 반드시 위임장을 제출하거나 '대리'라는 표시를 해야 하는 것은 아니고, 또 고소기간은 대리고소인이 아니라 정당한 고소권자를 기준으로 고소권자가 범인을 알게 된 날부터 기산한다(대판 2001.9.4. 2001도3081). [변18] 한편 피해자로부터 고소를 위임받은 대리인은 구술에 의한 방식으로도 할 수 있다(대판 2002.6.14. 2000도4595).

151p 2) 검사와 법원의 처리 단락 밑에 → 전부 추가<sup>(151p)</sup>

## ■ 반의사불벌죄에서 비반의사불벌죄로 변경된 경우 고소취소의 허부(소극) [변17(2)]

친고죄에서 피해자의 고소가 없거나 고소가 취소되었음에도 친고죄로 기소되었다가 그 후 당초에 기소된 공소사실과 동일성이 인정되는 비친고죄로 공소장변경이 허용된 경우 그 공소제기의 흠은 치유되고(대판 1996.9.24. 96도2151[소위 조폭내연녀 사건(협박, 변경된 죄명(공갈미수))] 등 참조), 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(대판 1990.1.25. 89도1317 등 참조), 이는 반의사불벌죄에서 피해자의 '처벌을 희망하지 아니하는 의사표시' 또는 '처벌을 희망하는 의사표시의 철회'가 있는 경우에도 마찬가지로 보아야 한다(대판 2011.5.13. 2011도2233).

☞ 피해자가 제1심에서 처벌불원의사를 표시한 후에도 항소심에서 공소사실을 폭행에서 상해로 변경하는 공소장 변경을 할 수 있고, 이 경우 항소심이 변경된 공소사실인 상해의 점에 대해 심리·판단하여 유죄로 인정한 것은 정당하다고 한 사례.

181p 2) 법원에 사후통지 단락 밑에 → 전부 추가<sup>(180p)</sup>

## ■ 제200조의4 제4항을 위반한 조서의 증거능력

긴급체포되어 조사를 받고 구속영장이 청구되지 아니하여 석방되었음에도 검사가 그로부터 30일 이내에 법 제200조의4에 따른 석방통지를 법원에 하지 아니한 사실을 알 수 있으나, 긴급체포 당시의 상황과 경위, 긴급체포 후 조사 과정 등에 특별한 위법이 있다고 볼 수 없는 이상, 단지 사후에 석방통지가 법에 따라 이루어지지 않았다는 사정만으로 그 긴급체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서들의 작성이 소급하여 위법하게 된다고 볼 수는 없다(대판 2014.8.26. 2011도6035). [변17(2)]

194p 下 3행에 → 전부 추가<sup>(194p)</sup>

## ■ 제208조의 '구속되었다가 석방된 자'의 의미 [변17(3)]

긴급체포되었다가 수사기관의 조치로 석방된 후 법원이 발부한 구속영장에 의하여 구속이 이루어진 경우, 형사소송법 제200조의4 제3항, 제208조에 위배되는 위법한 구속인지 여부(소극) : 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 것이다.(대판 2001.9.28. 2001도4291).

☞ 피고인이 수사 당시 긴급체포되었다가 수사기관의 조치로 석방된 후 법원이 발부한 구속영장에 의하여 구속이 이루어진 경우 앞서 본 법조에 위배되는 위법한 구속이라고 볼 수 없다.

199p 上 10행 밑에 → 전부 추가<sup>(199p)</sup>

## ■ 제72조의 사전 청문절차를 거치지 않은 구속영장 발부결정의 효력(위법)

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(대결 2016.6.14. 2015모1032).

☞ A죄로 구속되어 재판 중 구속기간이 만료되자 병합된 B죄로 구속영장을 발부한 사안에서 B죄에 관하여 모두 절차를 거친 점만으로는 형사소송법 제72조의 사전 청문절차를 거쳤다고 볼 수 없어 위법하다고 한 사안.

220p (1)과 (2) 사이에 → 전부 추가(220p)

■ 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제1항과 영장주의 적용여부(적극)

수출입물품 통관검사절차에서 이루어지는 물품의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적절한 통관 등을 목적으로 조사를 하는 것으로서 이를 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 세관공무원은 압수·수색영장 없이 이러한 검사를 진행할 수 있다. 세관공무원이 통관검사를 위하여 직무상 소지하거나 보관하는 물품을 수사기관에 임의로 제출한 경우에는 비록 소유자의 동의를 받지 않았더라도 수사기관이 강제로 점유를 취득하지 않은 이상 해당 물품을 압수하였다고 할 수 없다. 그러나 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제1항에 따른 조치의 일환으로 특정한 수출입물품을 개봉하여 검사하고 그 내용물의 점유를 취득한 행위는 위에서 본 수출입물품에 대한 적절한 통관 등을 목적으로 조사를 하는 경우와는 달리, 범죄수사인 압수 또는 수색에 해당하여 사전 또는 사후에 영장을 받아야 한다(대판 2017.7.18. 2014도8719(마약류관리에관한법률위반(향정)) [통제배달(Controlled delivery) 사건].

222p ② 단락 밑에 → 전부 추가(223p)

■ '관련성' = 객관적 관련성 + 인적 관련성

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 기본적 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 인정된다고 보아야 하고, 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(대판 2017.12.5. 2017도13458; 대판 2017.1.25. 2016도13489 등 참조).

228p 1) 영장의 사전제시 단락 밑에 → 전부 추가(229p)

■ 팩스로 압수영장의 사본을 송신한 경우

압수집행시 Naver에 팩스로 압수영장의 사본을 송신하고, 압수조서와 압수물 목록을 작성·교부하지 않은 경우, 이러한 방법으로 압수한 E-Mail은 헌법과 형사소송법 제219조, 제118조, 제129조가 정한 절차를 위반하여 수집한 증거이고, 적법절차의 실질적 내용을 침해하는 경우에 해당하고, 위법수집증거의 증거능력을 인정할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수도 없으므로 증거능력이 없다(대판 2017.9.7. 2015도10648[Naver E-Mail 압수 사건 참조].

228p 2) 영장의 개별적 제시 밑에 → 전부 추가<sup>(229p)</sup>

## ■ 압수·수색영장의 제시 범위 및 방법 등

압수·수색영장을 집행하는 수사기관은 피압수자로 하여금 법관이 발부한 영장에 의한 압수·수색이라는 사실을 확인함과 동시에 형사소송법이 압수·수색영장에 필요적으로 기재하도록 정한 사항이나 그와 일체를 이루는 사항을 충분히 알 수 있도록 압수·수색영장을 제시하여야 한다(대판 2017.9.21. 2015도12400[압수영장을 제대로 제시하지 않은 사건]).

☞ 사법경찰관이 압수·수색영장의 피압수자에게 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 기간 취지 부분 등)을 확인하지 못하게 한 사안에서, 위와 같은 압수·수색영장의 제시는 피압수자로 하여금 그 내용을 충분히 알 수 있도록 제시한 것으로 보기 어려워 위법하고, 이로 인해 취득한 증거는 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 판단한 사례

## 229p Tip에 → 230p ⑩ 전부 추가

- ⑩ 수사기관이 피의자의 이메일 계정에 대한 접근권한에 갈음하여 발부받은 압수·수색영장에 따라 피의자가 접근하는 통상적인 방법으로 원격지의 저장매체에 적법하게 접속하여 수색장소의 정보처리 장치로 내려 받거나 그 화면에 현출된 전자정보를 대상으로 범죄 혐의사실과 관련된 부분에 대하여 압수·수색하는 경우 및 원격지의 저장매체가 국외에 있는 경우의 압수·수색(대판 2017.11.29. 2017도 9747 [외국계 이메일 압수·수색사건]).

238p 1. ②를 → 변경<sup>(239p)</sup>

② 본조는 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(대판 2017.9.12. 2017도10309).

240p ■ 보관자가 보관물을 임의제출시 ... 중 ②를 → 변경<sup>(241p)</sup>

## ■ 보관자가 보관물을 임의제출시 소유권자의 동의가 필요한지 여부(소극)

② 세관공무원이 통관검사를 위하여 직무상 소지 또는 보관하는 물품을 수사기관에 임의로 제출한 경우: 세관공무원이 통관검사를 위하여 직무상 소지 또는 보관하는 우편물을 수사기관에 임의로 제출한 경우에는 비록 소유자의 동의를 받지 않았다 하더라도 수사기관이 강제로 점유를 취득하지 않은 이상 해당 우편물을 압수하였다고 할 수 없다(대판 2013.9.26. 2013도7718).

☞ 그러나 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제1항에 따른 조치의 일환으로 특정한 수출입물품을 개봉하여 검사하고 그 내용물의 점유를 취득한 행위는 수출입물품에 대한 적절한 통관 등을 목적으로 조사를 하는 경우와는 달리, 범죄수사인 압수 또는 수색에 해당하여 사전 또는 사후에 영장을 받아야 한다(대판 2017.7.18. 2014도8719[통제배달(Controlled delivery) 사건]).

288p ■ 재정신청에 대한 공소제기결정의 ... 내용에 → 추가<sup>(288p)</sup>

■ 재정신청에 대한 공소제기결정의 하자를 본안사건에 다룰 수 있는지 여부(원칙적 소극) [변15(3)事,13(3)]

- ① 그대로
- ② 법원이 재정신청서를 송부받았음에도 송부받은 날부터 제262조 제1항에서 정한 기간 안에 피의자에게 그 사실을 통지하지 아니한 채 제262조 제2항 제2호에서 정한 공소제기결정을 하였더라도, ... 다른 특별한 사정이 없는 한 본안사건에서 위와 같은 잘못을 다룰 수 없다(대판 2017.3.9. 2013도16162).
- ③ 법원이 재정신청 대상 사건이 아님에도 이를 간과한 채 형사소송법 제262조 제2항 제2호에 따라 공소제기결정을 하였다고 하더라도, 그에 따른 공소가 제기되어 본안사건의 절차가 개시된 후에는 다른 특별한 사정이 없는 한 본안사건에서 위와 같은 잘못을 다룰 수 없다(대판 2017.11.14. 2017도13465(공선법 제251조의 후보자비방죄로 기소된 사건)).

289p I.1. 서면주의 2행에 → 전부 추가<sup>(290p)</sup>

■ 전자문서로 작성한 저장매체 자체를 공소장에 첨부하여 제출한 경우, 공소제기의 효력 범위(=서면에 기재된 부분) 및 이 경우, 법원이 취할 조치(=석명권 행사)

- [1] 검사가 공소사실의 일부인 범죄일람표를 컴퓨터 프로그램을 통하여 열어보거나 출력할 수 있는 전자적 형태의 문서(이하 '전자문서')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.
- [2] 따라서 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(대판 2017.2.15. 2016도19027(공소장에 범죄일람표 첨부 사건; 同旨 : 대판 2016.12.15. 2015도3682)).

311p 3행에 → 추가<sup>(310p)</sup>

- ③ 하나의 행위가 여러 범죄의 구성요건을 동시에 충족하는 경우 공소제기권자는 자의적으로 공소권을 행사하여 소추 재량을 현저히 벗어났다는 등의 특별한 사정이 없는 한 증명의 난이 등 여러 사정을 고려하여 그 중 일부 범죄에 관해서만 공소를 제기할 수도 있다(대판 2017.12.5. 2017도13458).

318p ④를 → 변경·추가<sup>(317p)</sup>

- ④ 거동범 → 행위시부터
- ⑤ 미수범 → 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니하여 더 이상 범죄가 진행될 수 없는 때에 종료하고, 그 때부터(대판 2017.7.11. 2016도14820)
- ⑥ 포괄일죄 → 최후의 범죄행위가 종료한 때부터(대판 2009.10.29. 2009도8069) [변11(1),14(1),15(1),16(2),16(3)]

341p 下 5행에 → 전부 추가<sup>(340p)</sup>

## ■ 사기 공소사실의 재산상 피해자와 공소장에 기재된 피해자가 다른 것이 판명된 경우, 법원의 조치

기소된 공소사실의 재산상 피해자와 공소장에 기재된 피해자가 다른 것이 판명된 경우에는 공소사실의 동일성을 해하지 않고 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 주지 않는 한 공소장변경절차 없이 직권으로 공소장 기재의 피해자와 다른 실제의 피해자를 적시하여 이를 유죄로 인정하여야 한다(대판 2017.6.19. 2013도564).

366p (4) 피고인이 출석하지 않는 경우 1), 2) → 전부 변경·수정<sup>(365 - 367p)</sup>

## (4) 피고인이 출석하지 않는 경우

## 1) 구속된 피고인의 출석거부

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(제277조의2 제1항). 이는 구속된 피고인이 고의적으로 출정을 거부하는 경우에 강제로 인치하기보다는 피고인 출석없이 공판절차를 진행할 수 있도록 한 것이다.<sup>1)</sup>

## ■ 구속된 피고인이 출석하지 않는 경우, 피고인의 출석 없이 공판절차를 진행하기 위한 요건

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(대판 2001.6.12. 2001도114).

☞ 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 위반하였다고 본 사례.

## 2) 불구속 피고인의 소재불명

## ① 소송촉진 등에 관한 특례법(약칭 '소촉법') 제23조(제1심 공판의 특례)

제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 피고인의 진술없이 재판할 수 있다. 다만, 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 그러하지 아니하다.

## ② 소송촉진 등에 관한 특례규칙(이하 '소촉 특례규칙') 제19조(불출석피고인에 대한 재판)

① 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때로부터 6월이 경과하도록 제18조 제2항 및 제3항의 규정에 의한 조치에도 불구하고 피고인의 소재가 확인되지 아니한 때에는 그 후 피고인에 대한 송달은 공시송달의 방법에 의한다.

② 피고인이 제1항의 규정에 의한 공판기일의 소환을 2회 이상 받고도 출석하지 아니한 때에는 제23조의 규정법 의하여 피고인의 진술없이 재판할 수 있다.

## ③ 소송촉진 등에 관한 특례규칙 제18조(주소의 보고와 보정)

① 재판장은 피고인에 대한 인정신문을 마친 뒤 피고인에 대하여 그 주소의 변동이 있을 때에는 이를 법원에 보고할 것을 명하고, 피고인의 소재가 확인되지 않는 때에는 그 진술없이 재판할 경우가 있음을 경고하여야 한다.

1) 출석을 거부하는 피고인에 대하여는 교도관리 등에 의한 강제출정이 가능하므로 입법론상 부당하다는 비판이 있다.

- ② 피고인에 대한 송달이 불능인 경우에 재판장은 그 소재를 확인하기 위하여 소재조사촉탁, 구인장의 발부 기타 필요한 조치를 취하여야 한다.
- ③ 공소장에 기재된 피고인의 주소가 특정되어 있지 아니하거나 그 기재된 주소에 공소제기 당시 피고인이 거주하지 아니한 사실이 인정된 때에는 재판장은 검사에게 상당한 기간을 정하여 그 주소를 보정할 것을 요구하여야 한다.
- ④ 소촉법 제23조의2(재심)
  - ① 제23조 본문에 따라 유죄판결을 받고 그 판결이 확정된 자가 책임을 질 수 없는 사유로 공판절차에 출석할 수 없었던 경우 「형사소송법」 제424조에 규정된 자는 그 판결이 있었던 사실을 안 날부터 14일 이내(재심청구인이 책임을 질 수 없는 사유로 위 기간에 재심청구를 하지 못한 경우에는 그 사유가 없어진 날부터 14일 이내)에 제1심 법원에 재심을 청구할 수 있다.

가. 의 의

피고인의 소재불명을 이유로 결석재판이 허용되는 경우로, ① 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건이 아닌 경우, ② 제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에는 대법원규칙으로 정하는 바(공시송달의 방법)에 따라 피고인의 진술없이 재판할 수 있다(소촉법 제23조).<sup>2)</sup>

나. 절 차

- ① 먼저 피고인에 대한 송달이 불능인 경우에 재판장은 그 소재를 확인하기 위하여 소재조사촉탁, 구인장의 발부 기타 필요한 조치 등을 취하여야 한다(소촉 특례규칙 제18조 제2항, 제3항).
- ② 그리고 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때로부터 6월이 경과하도록 위 규정에 의한 조치에도 불구하고 피고인의 소재가 확인되지 아니한 때에는 그 후 피고인에 대한 송달은 공시송달의 방법에 의하고(소촉 특례규칙 제19조 제1항), 피고인이 공시송달에 의한 공판기일의 소환을 2회 이상 받고도 출석하지 아니한 때에는 피고인의 진술없이 재판할 수 있다(소촉법 제23조, 소촉 특례규칙 제19조 제2항).

■ 소촉법상 ‘송달불능보고서의 접수’ 및 ‘소재탐지불능보고서의 접수’

- ① 피고인 주소지에 피고인이 거주하지 아니한다는 이유로 구속영장이 여러 차례에 걸쳐 집행불능되어 반환된 것을 소촉법상 ‘송달불능보고서의 접수’로 볼 수 있는지 여부(소극) : 소촉법 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 소촉법이 정한 ‘송달불능보고서의 접수’로 볼 수는 없다.
- ② ‘소재탐지불능보고서의 접수’를 위 소촉법상 ‘송달불능보고서의 접수’로 볼 수 있는지 여부(적극) : 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 소촉법이 정한 ‘송달불능보고서의 접수’로 볼 수 있다.
  - ☞ 피고인이 소송 계속 중인 사실을 알면서도 법원에 거주지 변경 신고를 하지 않았으나, 잘못된 공시송달에 터 잡아

12) 소촉법 제23조 및 제23조의2의 연혁 : 종래 헌법재판소는 ‘사형, 무기 또는 단기 3년 이상 사건’의 소촉법 제23조에 대하여 불출석 재판 대상이 너무 광범위하여 헌법상 과잉금지의 원칙과 적법절차에 위반된다는 이유로 위헌결정을 하였고(헌재결 1998.7.16. 97헌바22), 이에 따라 소촉법 제23조가 ‘사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 사건’으로 개정되었고, 한편 ‘피고인이 책임질 수 없는 사유로 출석할 수 없었고’ 그와 같은 이유로 유죄판결이 확정된 경우에 제1심법원에 재심을 청구할 수 있도록 하는 규정을 신설하여 재심청구권을 보장하였고(소촉법 제23조의2), 이와 같이 개정된 소촉법 제23조에 대해서는 합헌결정(헌재결 2005.7.21. 2005헌바21)을 한 바 있다.



피고인의 진술 없이 공판이 진행되고 피고인이 출석하지 않은 기일에 판결이 선고된 경우, 피고인은 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 상소제기기간을 준수하지 못한 것인지 여부(적극) : 피고인이 소송이 계속 중인 사실을 알면서도 법원에 거주지 변경 신고를 하지 않았다 하더라도, 잘못된 공시송달에 터 잡아 피고인의 진술 없이 공판이 진행되고 피고인이 출석하지 않은 기일에 판결이 선고된 이상, 피고인은 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 상소제기기간 내에 상소를 하지 못한 것으로 봄이 타당하다고 본 사안(대결 2014.10.16. 2014모15571상소권회복기각결정에대한재항고).

### 370p 제1관 모두절차 밑에 → 추가<sup>(371p)</sup>

- ① 재판장의 진술거부권 고지(제28조의2, 규칙 제127조)
- ② 인정신문(人定訊問)(제284조)
- ③ 검사의 모두진술(제285조)
- ④ 피고인의 모두진술(제286조, 규칙 제127조)
- ⑤ 재판장의 쟁점정리와 증거관계에 대한 진술(제287조)

### 437p Tip에 → 추가<sup>(437p)</sup>

#### (4) 상해진단서의 증명력

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(대판 2016.11.25. 2016도15018). [변17(1)]

### 441p 하단에 → 추가<sup>(442p)</sup>

#### ■ 제1심 증인진술의 신빙성과 항소심 [법행 2011]

항소심이 심리과정에서 심증의 형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 것이 없음에도 제1심 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 실제에 관한 유죄·무죄의 심증은 법정 심리에 의하여 형성하여야 한다는 **공판중심주의**, 그리고 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼는 것을 원칙으로 하는 **실질적 직접심리주의**의 정신에 부합한다(대판 2017.3.22. 2016도18031).

460p ① 단락 밑에 → 추가<sup>(461p)</sup>

■ 무전기와 같은 무선전화기를 이용한 통화가 통비법상 '타인간의 대화'에 포함 여부(소극)

통비법에서는 그 규율의 대상을 통신과 대화로 분류하고 그 중 통신을 다시 우편물과 전기통신으로 나눈 다음, 그 제2조 제3호로 "전기통신"이라 함은 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음성·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다고 규정하고 있는바, 무전기와 같은 무선전화기를 이용한 통화가 위 법에서 규정하고 있는 전기통신에 해당함은 전화통화의 성질 및 위 규정 내용에 비추어 명백하므로 이를 통법 제3조 제1항 소정의 '타인간의 대화'에 포함된다고 할 수 없다(대판 2003.11.13. 2001도6213(렉카 감청 사건).

☞ 렉카 회사가 무전기를 이용하여 한국도로공사의 상황실과 순찰차간의 무선전화통화를 청취한 경우 무전기를 설치함에 있어 한국도로공사의 정당한 계통을 밟은 결재가 있었던 것이 아닌 이상 전기통신의 당사자인 한국도로공사의 동의가 있었다고는 볼 수 없으므로 통비법상의 감청에 해당한다고 한 사례.

■ 통비법상 타인 간의 '대화' 등

통비법에서 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) : 통비법 제1조, 제3조 제1항 본문, 제4조, 제14조 제1항, 제2항의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통비법에서 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(대판 2017.3.15. 2016도19843상해·협박 [전화기상 음향 또는 비명소리가 문제된 사건]).

☞ 위와 같은 소리가 비록 통비법에서 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 비교衡量하여 결정하여야 하는바, 위와 같은 목소리를 들었다는 진술을 형사절차에서 증거로 사용할 수 있다.

534p ■ '체포 · 구속인접견부' 의 증거능력 밑에 → 추가<sup>(535p)</sup>

■ '건강보험심사평가원의 입원진료 적정성 여부 등 검토의뢰에 대한 회신'이 제315조 제3호의 '당연히 증거능력 있는 서류'에 해당 여부(소극)

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(대판(소승) 2015.7.16. 2015도2625). 따라서 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(대판 2017.12.5. 2017도12671).

612p 첫 행에 → 추가<sup>(612p)</sup>

## ■ 제328조 제1항 제4호(범죄사실 불포함 → 공소기각결정)의 범위

“공소장에 기재된 사실이 진실하다 하더라도 범죄가 될만한 사실이 포함되지 아니한 때”란 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 뜻한다(대판 1977.9.28. 77도2603).

☞ 따라서 구성요건 등을 검토하여 실체적 판단을 하여야 하는 경우는 이에 해당하지 않는다(대판 2014.6.26. 2013도16368 등).

624p ■ 공소사실의 동일성과 일사부재리효력 내용에 → 추가<sup>(624p)</sup>

⑤ 증거인멸 등 범죄사실과 살인죄의 공소사실 → 기본적 사실관계의 동일성이 없다(대판 2017.1.25. 2016도1552(이태원 햄버거가게 살인 사건)).

⑥ 이른바 질서위협 집회에 참가하였다는 공소사실과 금지통고된 위와 같은 집회를 주최하였다는 공소사실 → 기본적 사실관계의 동일성이 있다(대판 2017.8.23. 2015도11679).

652p 1) 약식명령, 즉결심판의 첫 번째 단락내용을 → 수정<sup>(654p)</sup>

2017년 개정법은 약식명령에 불복해 정식재판 청구를 남용하는 경우를 방지하면서도 피고인의 정식 재판청구권 위축 우려를 감안하여 종래의 ‘불이익변경의 금지’를 ‘형종 상향의 금지’로 대체하고, 양형 상향 시 양형 이유를 기재하도록 하였다.

## Tip | 형종 상향의 금지

제457조의2(형종 상향의 금지 등) ① 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다. ② 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 적어야 한다. [전문개정 2017.12.19.]

678p 上 4행 밑에 → 추가<sup>(681p)</sup>

## ■ ‘제1심판결이 인정한 사실에 대하여 법령을 적용하지 아니하거나 법령의 적용에 착오가 있는 때’

형사소송법 제372조에 의하면, 비약적 상고는 제1심판결이 그 인정한 사실에 대하여 법령을 적용하지 아니하였거나 법령의 적용에 착오가 있는 때 또는 제1심판결이 있는 후 형의 폐지나 변경 또는 사면이 있는 때에 한하여 제기할 수 있는데, 여기서 말하는 ‘제1심판결이 인정한 사실에 대하여 법령을 적용하지 아니하거나 법령의 적용에 착오가 있는 때’라 함은, 제1심판결이 인정한 사실이 옳다는 것을 전제로 하여 볼 때 그에 대한 법령을 적용하지 아니하거나 법령의 적용을 잘못된 경우를 말하는 것이다(대판 2017.2.3. 2016도20069).

☞ 그런데 국선변호인이 주장하는 사유는 형이 너무 무거워 부당하다는 취지이므로 적법한 비약적 상고이유가 되지 못한다.

686p ■ 특별사면 윗줄에 → 추가<sup>(689p)</sup>

■ 항소심에서 파기된 제1심판결을 대상으로 하는 재심청구의 적부(소극) [변18]

법 제420조, 제421조가 유죄의 확정판결 또는 유죄 판결에 대한 항소 또는 상고의 기각판결에 대하여만 재심을 청구할 수 있도록 규정하고 있는 이상, 항소심에서 파기되어버린 제1심판결에 대해서는 재심을 청구할 수 없는 것이다(대결 2004.2.13. 2003모464).

711p Tip 재심과 비상상고의 비교 마지막 줄 ‘판결의 공시’ 란을 → 변경<sup>(714p)</sup>

판결의 공시	무죄판결이 선고된 경우 공고. 단, 원하지 않는 경우에는 예외(제440조, 2016. 5. 29. 개정)	공시하지 않음
--------	--	---------

716p 2) ②를 → 변경<sup>(719p)</sup>

② 2017년 개정법은 약식명령에 불복해 정식재판 청구를 남용하는 경우를 방지하면서도 피고인의 정식재판청구권 위축 우려를 감안하여, 종래의 ‘불이익변경의 금지’를 ‘형종 상향의 금지’로 대체하고, 양형 상향 시 양형 이유를 기재하도록 하였다(제457조의2). [변13,13(2),13(3),14,14(2),14(3),17]

Tip | 약식명령과 형종 상향의 금지

제457조의2(형종 상향의 금지 등) ① 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다. ② 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 적어야 한다. [전문개정 2017.12.19.]