사례 4 약식명령과 제척사유, 불이익변경금지원칙[1)]

검사는 甲을 2018. 1. 1.부터 2018. 4. 30.경까지 약 4개월간 10회에 걸쳐 상습도박을 한 혐의로 약식기소하였다. 이 약식사건에서 벌금 200만 원의 약식명령을 발령한 판사가 甲이 청구한 정식재판을 다시 심리하여 벌금 300만 원을 선고한 경우, 이 재판은 적법한가? (10점)

▣ 관련법률

제17조(제척의 원인) 법관은 다음 경우에는 직무집행에서 제척된다.

제7호. 법관이 사건에 관하여 전심재판 또는 그 기초되는 조사, 심리에 관여한 때

제18조(기피의 원인과 신청권자) ① 검사 또는 피고인은 다음 경우에 법관의 기피를 신청할 수 있다.

제1호. 법관이 전조 각 호의 사유에 해당되는 때 제2호. 법관이 불공평한 재판을 할 염려가 있는 때

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.]

▣ 관련판례

(1) **약식명령을 발부한 법관이 정식재판절차의 제1심판결에 관여한 경우, 제17조 제7호 소정의 제척원인에 해당하는지 여부**(소극) : **약식절차**와 피고인 또는 검사의 정식재판청구에 의하여 개시된 **제1심공판절차**는 동일한 심급 내에서 서로 절차만 달리할 뿐이므로, 약식명령이 제1심공판절차의 전심재판에 해당하는 것은 아니고, 따라서 약식명령을 발부한 법관이 정식재판절차의 제1심판결에 관여하였다고 하여 제17조 제7호의 제척의 원인이 된다고 볼 수는 없다(대판 2002.4.12. 2002도944 등). ☞ 다만, 약식명령을 한 판사가 그 정식재판의 **항소심**에 관여한 경우에는 제척사유에 해당한다(대판 1985.4.23. 85도281).

Ⅰ. 쟁점의 정리

① 약식명령을 발령한 판사가 정식재판을 청구한 사건을 다시 심리하는 것이 **제17조 제7호의 제척사유에 해당하는 것은 아닌지**, ② 벌금형 200만 원의 약식명령에 대한 정식재판에서 이 보다 중한 벌금형 300만 원을 선고한 것이 최근 **개정법 제457조의2**의 **'형종상향금지의 원칙'에 위반되는 것은 아닌지**도 문제된다.

Ⅱ. 제척사유 해당 여부

1. 문제점

약식명령을 발부한 판사가 그 정식재판청구에 대한 제1심절차에 관여한 경우 제17조 제7호 소정의 제척사유인 전심재판에 관여한 때에 해당하는 것은 아닌지가 문제된다.

2. 학 설

① **적극설** : 약식명령의 경우에도 판사는 사건의 실체에 관여한 것이므로 예단·편견의 가능성을 이유로 제척사유에 해당한다는 견해이다.

---

1) 사시 2013 일부, 변시 2014 유사; 조사의뢰한 선거관리위원장과 제17조 제6호·제7호 여부 - 사시 2016·입시 2014.

② **소극설** : 약식명령은 정식재판과 심급을 같이하는 재판 또는 절차의 연결성이 인정되지 않으므로 제척사유에 해당하지 않는다는 견해이다.

3. 판 례

① 약식절차와 정식재판청구에 의한 제1심 공판절차는 동일한 심급 내에서 서로 절차만 달리할 뿐이므로, 약식명령이 제1심 공판절차의 전심재판에 해당하는 것은 아니라는 이유로 **소극설**의 입장이다(대판 2002.2.26. 2001도4936; 대판 2002.4.12. 2002도944). ② 다만, 약식명령을 한 판사가 그 정식재판의 **항소심**에 관여한 경우에는 제척사유에 해당한다(대판 1985.4.23. 85도281).

4. 검토 및 사안의 경우

약식절차와 그 정식재판청구에 의한 제1심 공판절차는 동일한 심급이므로 전심재판에 해당하지 않는다는 다수설 및 판례가 타당하다.

다수설 및 판례에 따르면, 사안처럼 약식명령을 발령한 판사가 甲이 청구한 정식재판의 제1심에 다시 관여하여 심리하여도 **적법**하다.

Ⅲ. 형종 상향 금지의 원칙의 위반 여부

1. 문제점

약식명령에 대한 피고인의 정식재판청구사건에 대해서도 불이익변경금지원칙(제368, 제396조)이 적용되는지가 최근의 형사소송법 일부개정과 관련하여 문제된다.

2. 약식명령에 대한 정식재판청구사건과 '형종 상향 금지'의 원칙

① **1995년 개정법**은 "피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다."고 규정하여(제457조의2), 불이익변경금지의 원칙을 적용하고 있었다.

② 그러나 **2017. 12. 19. 개정법**은 약식명령에 불복하여 정식재판의 청구를 남용하는 경우를 방지하면서도 피고인의 정식재판청구권의 위축될 우려를 감안하여, **종래의 '불이익변경의 금지'**를 **'형종 상향의 금지'로 대체**하고, 양형 상향시 양형이유를 기재하도록 하였다(제457조의2). [전문개정. 2017.12.19.]

3. 사안의 경우

사안에서 약식사건에서 벌금 200만 원의 약식명령을 발령했는데 피고인 甲이 청구한 정식재판에서 벌금 300만 원을 선고한 것은, 최근의 개정법에 따르면, 형종 상향의 금지에 위배되지 않으므로, **적법**하다.

Ⅳ. 사안의 해결

① 약식명령을 발령한 판사가 甲이 청구한 정식재판사건을 다시 심리하였더라도 이는 제17조 제7호의 제척사유에 해당하지 않아 **적법**하고, ② 벌금 200만 원의 약식명령에 대하여 甲이 청구한 정식재판사건에서 벌금 300만 원을 선고한 것도 2016. 12. 19. 개정법 제457조의2의 형종 상향 금지의 원칙에 위배되지 않아 **적법**하다.

결국 약식사건에서 벌금 200만 원의 약식명령을 발령한 판사가 甲이 청구한 정식재판을 다시 심리하여 벌금 300만 원을 선고한 재판은 **적법**하다.

사례 38 구속영장청구 기각결정에 대한 검사의 조치 등[1)]

검사는 공갈죄 등에 대한 혐의로 甲에 대한 구속영장을 청구하였다.

(1) 지방법원판사가 구속영장청구를 기각한 경우 검사가 취할 수 있는 「형사소송법」상 조치를 논하시오. (10점)

(2) '구속 전 피의자심문'과정에서 甲이 피의사실에 대하여 자백한 내용이 심문조서에 기재되어 있다면 이 조서의 증거능력을 논하시오. (10점)

Ⅰ. 설문 1 - 구속영장 기각결정에 대한 검사의 불복 허부

1. 문제점

판사의 구속영장 기각결정에 대하여 검사가 항고, 준항고 등으로 불복할 수 있는지에 대하여는 기각결정의 주체인 판사의 성격 및 예방적 구금제도의 도입 등과 관련하여 견해가 대립한다.

2. 학 설

① **불복허용설**(검찰측) : 형사소송법상 법원의 구금에 관한 결정에 대하여 항고를 인정하는 명문규정이 있고(제403조 제2항), 영장기각결정에 대하여 수사기관의 항고를 배제하는 취지의 규정도 없으므로 항고할 수 있다는 견해이다.

② **불복불허설** : 검사는 영장이 기각된 경우 영장을 재청구할 수 있으며, 또한 지방법원판사가 행하는 영장기각재판은 '수소법원의 결정'이나 '재판장 또는 수명법관의 재판'에 해당하지 아니하므로 형사소송법상 항고(제402조) 또는 준항고(제416조) 등에 기하여 불복할 수 없다는 견해이다.

3. 판 례

"검사의 체포·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."고 판시하여(대결 2006.12.18. 2006모646[소위 론스타사건] 등), **구속영장 기각결정에 대하여 검사는 항고나 재항고 또는 준항고 등 형사소송법상 어떠한 방법으로도 불복할 수 없고**, 구속의 필요성이 있다고 판단되면 새로운 구속사유 등을 이유로 **구속영장을 재청구하는 방법밖에 없다**는 입장이다.

4. 사안의 해결

판례에 따르면, 판사의 구속영장 기각결정은 '수소법원' 또는 '재판장 또는 수명법관'의 재판이 아닌 '수임판사'의 재판에 불과하므로 **검사는 어떠한 방법**(항고, 즉시항고, 준항고)**으로도 불복할 수 없다.**

따라서 검사는 추가조사를 통하여 **구속영장을 재청구하는 방법**(제201조 제5항)**밖에 없다.**

입법론으로는 사회방위 차원이라는 예방적 구금제도 및 구속사유의 기준에 관한 대법원판례의 형성을 위해서도 **영장항고제도 등의 도입을 신중히 검토할 필요**가 있다고 본다.

---

1) 변시 2018, 변시 2013(2), 사시 2007 유사.

II. 설문 2 - 구속 전 피의자심문조서의 증거능력

1. 문제점

'구속 전 피의자심문' 과정에서 작성된 구속 전 피의자심문조서, 특히 피의자가 자백한 내용이 기재되어 있는 경우의 증거능력이 문제된다.

2. 구속 전 피의자심문조서의 작성

구속 전 피의자심문의 과정에서 피의자를 심문하는 경우 법원사무관 등은 심문의 요지 등을 조서로 작성하여야 하는데(제201조의2 제6항), 구속 전 피의자심문조서를 작성할 때에는 조서작성의 일반원칙에 따라 진술자에게 읽어주거나 열람하게 하여 기재내용의 정확여부를 물어야 하고(제48조 제3항), 진술자가 증감변경의 청구를 한 때에는 그 진술을 조서에 기재하여야 하고(동조 제4항), 신문에 참여한 검사, 피고인, 피의자 또는 변호인이 조서의 기재의 정확성에 대하여 이의를 진술한 때에는 그 진술의 요지를 조서에 기재하여야 하며(동조 제5항), 진술자로 하여금 간인한 후 서명날인하게 하여야 하고(동조 제7항), 그리고 판사와 참여한 법원사무관 등이 기명날인 또는 서명하도록 하여(제53조 제1항), **그 작성과정에 신용성의 정황적 보장이 고도로 보장**되고 있다.

3. 구속 전 피의자심문조서의 증거능력

구속 전 피의자심문조서는 형사소송법 제311조의 '공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검증의 결과를 기재한 조서'에는 해당하지 않지만, 제315조 제3호의 '기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'에 해당하여 당연히 증거능력이 인정된다고 할 것이다(통설).[2]

판례는 **구속적부심문조서의 증거능력**에 대한 것이지만, 제311조가 규정한 문서에는 해당하지 않지만, 특별한 사정이 없는 한, 피고인이 증거로 함에 부동의하더라도 제315조 제3호에 의하여 당연히 증거능력이 인정된다고 하면서도, 다만, **구속적부심문조서의 증명력**에 대하여는 허위자백을 하고서라도 자유를 얻으려는 유혹을 받을 수가 있으므로, 법관은 구속적부심문조서의 자백의 기재에 관한 증명력을 평가함에 있어 이러한 점에 각별히 유의를 하여야 한다는 입장이다(대판 2004.1.16. 2003도5693).

4. 사안의 해결

'구속 전 피의자심문' 과정에서 피의자 甲이 자백한 내용이 기재되어 있는 구속 전 피의자심문조서는 제311조가 규정한 문서에는 해당하지 않지만, 제315조 제3호에 해당하여 당연히 증거능력이 인정된다.

다만, 피의자는 허위의 자백을 하고서라도 구속을 면하려고 할 수도 있으므로, 법원은 이러한 점을 각별히 유의하여 구속 전 피의자심문조서의 증명력을 판단하여야 할 것이다.

---

2) 다만, 당연히 증거능력을 인정하게 되면 구속 전 피의자심문제도가 자칫 검사에 의하여 피의자의 법관 면전 진술을 확보하는 장치로 전용될 위험이 있으므로, 통설에 **반대하는 입장**도 있다.

3. 사안의 경우

사법경찰관 P가 甲을 긴급체포한 후 공범 乙이 증거를 은닉할 것을 염려하여 甲이 보관하던 디지털 카메라 등을 긴급체포한 때로부터 24시간 이내에 甲의 하숙집에서 압수하였으므로, 이러한 영장 없는 압수조치는 일단 형사소송법 제217조 제1항에 의하여 **적법**하다.

(요급처분의 불허와 관련하여, 사안에 압수의 시점이 야간이 아닌 오전 10시인 점에서 시간적 문제는 없다. 다만, 사안은 불분명하지만 참여자 문제는 없다고 전제하였다)

Ⅲ. 사안의 해결

사법경찰관 P가 甲을 긴급체포한 후 공범 乙이 증거를 인멸할 것을 염려하여 甲이 보관하던 디지털 카메라 등을 긴급체포한 2010. 6. 1. 23:00로부터 24시간 이내에 압수하였으므로, 이러한 영장 없는 압수조치는 형사소송법 제217조 제1항에 의하여 **일단 적법**하다

다만, **증거능력과 관련**하여, 사안에서는 지체없이 48시간 이내에 사후영장을 청구하여 발부받은 흔적이 보이지 아니하므로, 영장 없이 압수한 위 압수물과 압수조서의 기재는 형사소송법상 영장주의 원칙에 위배하여 수집하거나 그에 기초한 증거로서 그 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 정도에 해당하므로 그 압수물은 **증거능력이 없다**(대판 2009.5.14. 2008도10914[별건압수 사건] 참조).

유제 11 긴급체포시 영장 없는 압수

사법경찰관들은 2016. 10. 5. 20:00 경기 광주시갑(주소 1 생략) 갑앞 도로에서 위장거래자와 만나서 마약류 거래를 하고 있는 피고인 甲을 긴급체포한 뒤 현장에서 피고인이 위장거래자에게 건네준 메트암페타민 약 9.50g이 들어 있는 비닐팩 1개(증제1호)를 압수하였다. 그리고 위 경찰관들은 같은 날 20:24경 영장 없이 체포현장에서 약 2km 떨어진 경기 광주시갑(주소 2 생략)에 있는 피고인의 주거지에 대한 수색을 실시해서 메트암페타민 약 4.82g이 들어 있는 비닐팩 1개(증제2호) 등을 추가로 찾아내어 이를 압수한 후, 위 증제2호에 대하여 감정의뢰 등 계속 압수의 필요성을 이유로 검사에게 사후 압수수색영장 청구를 신청하였고, 검사의 청구로 서울지방법원 영장전담판사로부터 2016. 10. 7. 사후 압수수색영장을 발부받았다.

피고인 甲의 주거지에서 압수한 증제2호는 증거능력이 있는가?

[해설]

위와 같은 피고인에 대한 긴급체포 사유, 압수 · 수색의 시각과 경위, 사후 영장의 발부 내역 등에 비추어 보면, 수사기관이 피고인의 주거지에서 긴급 압수한 메트암페타민 4.82g(증제2호)은 긴급체포의 사유가 된 범죄사실 수사에 필요한 범위 내의 것으로서 **제217조에 따라 적법하게 압수**되었다고 할 것이다.

따라서 피고인 甲의 주거지에서 압수한 증제2호는 **증거능력이 있다**(대판 2017.9.12. 2017도10309[체포현장이 아닌 장소에서도 긴급체포된 자가 소유 · 소지 또는 보관하는 물건에 대한 압수 · 수색이 가능한지 문제된 사건]).

사례 50 임의제출물의 압수(1), 비망록의 증거능력[1)]

폭력조직 등의 혐의로 유죄판결을 받아 징역형이 집행 중이던 甲은 출소 이후 丁을 위협하여 돈을 뜯어낼 생각으로 교도소에서 자신이 알고 있는 丁의 뇌물제공과 관련한 사실을 비망록에 기록한 후 이를 교도관에게 맡겨 놓았다. 그런데 교도관은 甲이 맡긴 비망록을 甲의 동의 없이 사법경찰관 P에게 임의로 제출하였고, P는 이를 영장 없이 압수하였다. 이후 丁이 체포되어 기소된 경우 이 비망록은 丁의 공소사실을 입증하기 위한 증거로 사용할 수 있는가? (10점)

▣ 관련법률

제218조(영장에 의하지 아니한 압수) 검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장없이 압수할 수 있다. ☞ **유류물 · 임의제출물의 압수**.

▣ 관련판례

(1) **보관자가 보관물을 임의제출시 소유권자의 동의가 필요한지 여부(원칙적 소극)** : 제218조는 '검사 또는 사법경찰관은 피의자, 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있다'라고 규정하고 있고, 제219조에 의하여 준용되는 제111조 제1항은 '공무원 또는 공무원이었던 자가 소지 또는 보관하는 물건에 관하여는 본인 또는 그 해당공무소가 직무상의 비밀에 관한 것임을 신고한 때에는 그 소속공무소 또는 당해감독관공서의 승낙 없이는 압수하지 못한다'고 규정하고 있으며, 같은 조 제2항은 '소속공무소 또는 당해감독관공서는 국가의 중대한 이익을 해하는 경우를 제외하고는 승낙을 거부하지 못한다'고 규정하고 있을 뿐이고, 달리 형사소송법 및 기타 법령상 교도관이 그 직무상 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 아니고**, 따라서 검사가 교도관으로부터 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(대판 2008.5.15. 2008도1097[권상우 팬미팅 강요 사건 또는 김태촌 사건]).

Ⅰ. 쟁점의 정리

먼저 **압수의 적법성**과 관련, 사안의 영장 없는 압수가 제218조의 임의제출물의 압수에 해당하여 적법한지가 문제되고, 그리고 비망록 압수가 적법하다면 **비망록의 증거능력**과 관련, 제313조 제1항의 '피고인 아닌 자'가 작성한 진술서의 증거능력이 문제된다.

Ⅱ. 압수절차의 적법성

1. 임의제출물의 압수

검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물

1) 변시 2017(3).

건을 영장 없이 압수할 수 있다(제218조).

여기서 임의제출물의 경우 제출자인 소유자, 소지자 또는 보관자의 처분할 권한 유무는 불문하고, 보관자가 임의제출시 원칙적으로 소유자의 동의가 있어야 하는 것도 아니다.

판례도 "… 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 없다."고 판시하여(대판 2008.5.15. 2008도1097[소위 권상우 팬미팅 강요 또는 김태촌 사건]), 보관자가 임의제출시 특별한 사정이 없는 한 소유권자의 동의가 필요 없다는 입장이다.

2. 사안의 경우

비망록에 甲의 사생활의 비밀 기타 인격적 법익이 침해되는 등의 특별한 사정이 있다고 볼만한 자료가 없으므로, 비망록을 보관하던 교도관이 소유권자인 재소자 甲의 동의 없이 사법경찰관 P에게 임의로 제출한 것은 임의제출물의 압수(제218조)에 해당하여 **적법**하다.

Ⅲ. 비망록의 증거능력

1. 피고인 아닌 자가 작성한 진술서의 증거능력

전(前) 2조의 규정 이외에 **피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성**한 **진술서**나 **그 진술을 기재한 서류**로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것(정보저장매체에 저장된 것을 포함)은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다(제313조 제1항 본문).

2. 사안의 경우

사안의 비망록은 甲이 스스로 작성한 것이므로 **'피고인이 아닌 자'가 작성한 '진술서'**에 해당한다.

따라서 피고인 丁이 증거로 함에 동의(제318조 제1항)하거나 또는 甲의 자필이거나 서명 또는 날인이 있고, 작성자인 甲이 공판정의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되면 증거능력이 인정된다.

(만일, 甲이 성립의 진정을 부인하는 경우에는 디지털포렌식 자료 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되고, 피고인 丁측에게 반대신문권이 보장되면 증거로 할 수 있다(2016. 5. 29. 개정법 제313조 제2항 본문, 단서)).

Ⅳ. 사안의 해결

비망록을 보관하던 교도관이 소유권자인 재소자 甲의 동의 없이 사법경찰관 P에게 임의로 제출한 것은 임의제출물의 압수(제218조)에 해당하여 **적법**하다.

따라서 위 비망록은 **'피고인이 아닌 자'가 작성한 '진술서'**에 해당하므로, 피고인 丁이 증거로 함에 동의(제318조 제1항)하거나 또는 甲의 자필이거나 서명 또는 날인이 있고, 작성자인 甲이 공판정의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되면(제313조 제1항 본문) 증거능력이 인정된다.

사례 52 체포현장 또는 범죄장소에서의 임의제출물의 압수(3)[1)]

甲은 상습사기죄로 실형을 선고받고 교도소에서 그 형의 집행을 종료한 전력이 있음에도 불구하고 출소한 직후 자신의 채무를 변제하려는 의도를 숨기고 투자금 유치 명목으로 피해자 A에게 거짓말을 하여 수회에 걸쳐 4억 원을 교부받았다.

사법경찰관은 甲을 적법하게 긴급체포하면서 그 현장에서 甲이 소지하고 있던 '투자금유치계약서'에 대하여 甲의 동의를 받고 위 계약서를 제출받아 압수조서를 작성하였고, 甲은 변호인이 참여한 조사과정에서도 임의로 제출한 것으로 진술하였는데 위 계약서에 대하여 사후에 법원으로부터 압수수색영장을 발부받지는 않았다.

검사는 甲에게 사기의 습벽이 인정된다고 판단하고 甲에 대하여 상습사기죄로 기소하여 서울중앙지방법원 단독판사가 심리 중이다.

甲이 위 투자금유치계약서에 대하여 증거로 사용함에 동의하지 않은 경우, 위 투자금유치계약서를 甲에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 있는가? (10점)

▣ 관련판례

(1) **현행범 체포현장 또는 범죄장소에서 소지자 등이 임의로 제출하는 물건을 제218조에 따라 영장 없이 압수할 수 있는지 여부**(적극) **및 이 경우 사후영장을 받아야 하는지 여부**(소극) : 피고인이 바지선에 승선하여 밀입국하면서 필로폰을 밀수입하는 범행을 실행 중이거나 실행한 직후에 검찰수사관이 바지선 내 피고인을 발견한 장소 근처에서 필로폰이 발견되자 곧바로 피고인을 체포하였으므로 이는 **현행범 체포로서 적법**하고, 체포 당시 상황에서 피고인이 밀입국하면서 필로폰을 밀수한 현행범인에 해당하지 않는다거나 그에 관한 검찰수사관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성이 없다고 볼 수는 없다. 그리고 검찰수사관이 필로폰을 압수하기 전에 피고인에게 임의제출의 의미, 효과 등에 관하여 고지하였던 점, 피고인도 필로폰 매매 등 동종 범행으로 여러 차례 형사처벌을 받은 전력이 있어 피압수물인 필로폰을 임의제출할 경우 압수되어 돌려받지 못한다는 사정 등을 충분히 알았을 것으로 보이는 점, 피고인이 체포될 당시 필로폰 관련 범행을 부인하였다고 볼 자료가 없고, 검찰수사관이 필로폰을 임의로 제출받기 위하여 피고인을 기망하거나 협박하였다고 볼 아무런 사정이 없는 점 등에 비추어 보면, **피고인은 필로폰의 소지인으로서 이를 임의로 제출하였다고 할 것**이므로 **그 필로폰의 압수도 적법하다**(대판 2016.2.18. 2015도13726[소위 바지선 사건]). ☞ 이 경우에는 검사 또는 사법경찰관은 사후영장을 받을 필요도 없다.

Ⅰ. 쟁점의 정리

먼저 긴급체포 현장에서의 임의제출물의 압수가 허용되는지가 문제되고, 그리고 적법한 임의제출물의 압수에 해당한다면 위 투자금유치계약서의 증거능력은 투자금 유치 명목을 기망수단으로 한 피고인 甲의 상습사기죄에서 위 투자금유치계약서가 전문법칙이 적용되는 전문증거인지 아니면 본래증거인지와 관련하여 문제된다.

1) 사시 2017 일부, 법행 2017 유사.

II. 임의제출물의 압수

1. 유류물·임의제출물의 압수

① 검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장없이 압수할 수 있다(제218조).

② 임의제출물의 경우 제출자인 소유자 · 소지자 또는 보관자의 **처분할 권한 유무는 불문하며,** 또한 보관자가 보관물을 임의제출시 **소유권자의 동의**가 있어야 하는 것도 **아니다**(대판 2008.5.15. 2008도1097[소위 권상우 팬미팅 강요 또는 김태촌 사건]).

③ 다만, **소지 · 보관은 적법**해야 하므로, 소유자, 소지자, 보관자가 **아닌 자로부터** 수사기관이 임의제출받아 압수한 경우에는 적법하다고 볼 수 없다(대판 2010.1.28. 2009도10092[쇠파이프 압수사건]).

④ 그리고 **제출에 임의성**이 있다는 점에 관하여는 **검사**가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 한다(대판 2016.3.10. 2013도11233[별건압수물을 환부한 후 다시 임의제출받은 사건]).

2. 체포현장 또는 범죄장소에서의 임의제출물의 압수의 허부

판례는 "제218조에 의하면 검사 또는 사법경찰관은 피의자 등이 유류한 물건이나 소유자 · 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건은 영장 없이 압수할 수 있으므로, **현행범 체포 현장이나 범죄장소에서도** 소지자 등이 임의로 제출하는 물건은 위 조항에 의하여 영장 없이 압수할 수 있고, 이 경우에는 검사나 사법경찰관이 사후에 영장을 받을 필요가 없다."고 판시하여(대판 2016.2.18. 2015도13726[바지선 사건]), **체포현장 또는 범죄장소에서의 임의제출물의 압수도 허용된다는 입장**이다.

3. 사안의 경우

사안에서 사법경찰관은 甲을 적법하게 긴급체포하는 현장에서 그의 동의를 받고 위 투자금유치계약서를 제출받아 압수조서를 작성하였고, 甲은 변호인이 참여한 조사과정에서도 임의로 제출한 것으로 진술하였는바, 위 투자금유치계약서의 압수는 사후영장을 받지 않았더라도 **제218조의 임의제출물의 압수**에 해당하여 **적법하다**.

III. 전문법칙이 적용되는 전문증거의 개념요소

1. 전문증거와 본래증거의 판단기준

① 전문법칙이 적용되는 전문증거는 원진술 내용에 의하여 요증사실을 증명하는 경우, 즉 타인의 진술 또는 서류에 포함된 원진술자의 진술내용의 진실성이 요증사실로 된 경우에 제한된다.

② 따라서 **타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지 여부**는 **요증사실과의 관계**에서 정하여지는 바, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 **전문증거**이나, 원진술의 존재 그 자체가 요증사실인 경우에는 **본래증거**이지 전문증거가 아니다.

③ 판례도 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 아니라고 한다(대판 2000.2.25. 99도1252 등).

2. 사안의 경우

위 투자금유치계약서의 존재 그 자체는 甲이 투자금 유치 명목으로 피해자 A에 대한 기망행위를 증명하는

사기죄의 직접적인 수단에 해당하고, 전문법칙이 적용되는 전문증거에 해당하지 않는다.

Ⅳ. 사안의 해결

먼저 사법경찰관이 甲을 적법하게 긴급체포하면서 그 현장에서 甲이 소지하고 있던 '투자금유치계약서'를 甲의 동의를 받고 위 계약서를 제출받은 것은 제218조의 임의제출물의 압수에 해당하여 **적법**하다. 그리고 위 투자계약서는 투자금 유치 명목을 기망수단으로 한 사기죄에 있어서 기망행위를 증명하는 본래증거로, 피고인 甲의 상습사기죄에 대한 **유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다**.

사례 59 공소제기의 방식[3)]

검사는 ○○당 대표 甲을 정당의 후보자 추천 관련 금품수수 범행과 관련하여 공직선거법위반죄와 정치자금법위반죄로 기소하면서, 공소사실의 일부인 문자메시지와 이메일 내용 및 범죄일람표 등을 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 경우,

(1) 법원은 저장매체에 저장된 전자문서 부분도 심판할 수 있는가?

(2) 만일 서면의 기재내용만으로는 공소사실이 특정되지 않은 부분이 있다면, 법원의 조치는?

▣ 관련법률

제254조(공소제기의 방식과 공소장)

① 공소를 제기함에는 공소장을 관할법원에 제출하여야 한다.

④ 공소사실의 기재는 범죄의 시일, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다.

▣ 관련판례

(1) **검사가 공소사실의 일부인 범죄일람표를 전자문서로 작성한 다음 저장매체 자체를 서면인 공소장에 첨부하여 제출한 경우, 공소제기의 효력 범위**(= 서면에 기재된 부분만) : 검사가 전자문서나 저장매체를 이용하여 공소를 제기한 경우, 법원은 저장매체에 저장된 전자문서 부분을 제외하고 서면인 공소장에 기재된 부분만으로 공소사실을 판단하여야 한다(대판 2017.2.15. 2016도19027[전자문서(범죄일람표) 첨부 사건]).

(2) **공소사실의 불특정과 법원의 조치** : **만일 서면에 기재된 내용만으로는 공소사실이 특정되지 않은 부분이 있다면** 검사에게 특정을 요구하여야 하고, 그런데도 검사가 특정하지 않는다면 **그 부분에 대해서는 공소를 기각**(제327조 제2호)**할 수밖에 없다**(위 판례).

Ⅰ. 쟁점의 정리

사안은 공소제기의 방식과 관련하여 전자문서나 저장매체를 이용한 공소제기시 공소제기의 효력범위와, 서면의 기재내용만으로는 공소사실이 특정되지 않은 경우 그에 대한 법원의 조치가 문제된다.

Ⅱ. 설문 (1) - 공소제기의 효력범위

1. 공소사실 특정의 필요성

① 공소제기에 관한 형사소송법 제254조 제1항, 제3항, 제266조, 제57조 제1항 등의 규정은 형사소송에서 법원의 심판대상을 명확하게 하고 피고인의 방어권을 충분히 보장하기 위한 것이다.

② 따라서 **위와 같은 방식에 따르지 않은 공소제기는** 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하여 **공소기각판결**을 선고하여야 한다(제327조 제2호).

3) 공소사실의 불특정 - 법행 2015, 2007, 법원사 2016 등.

2. 저장매체 자체를 공소장에 첨부하여 제출한 경우, 공소제기의 효력 범위

검사가 공소사실의 일부인 범죄일람표를 전자문서로 작성한 다음 저장매체 자체를 서면인 공소장에 첨부하여 제출한 경우, **공소제기의 효력**은 서면에 기재된 부분에 대하여만 미친다(대판 2017.2.15. 2016도19027 [전자문서(범죄일람표) 첨부 사건]).

따라서 법원은 저장매체에 저장된 전자문서 부분을 제외하고 **서면인 공소장에 기재된 부분만으로 공소사실을 판단하여야 한다.**

Ⅲ. 설문 (2) - 공소사실의 불특정과 법원의 조치

1. 공소장의 기재가 불명확한 경우 법원의 조치 - 석명권 행사

검사가 공소사실의 일부를 전자문서로 작성한 다음 저장매체 자체를 서면인 공소장에 첨부하여 제출하였는데, 서면에 기재된 내용만으로는 공소사실이 특정되지 않은 부분이 있다면, 법원은 곧바로 공소기각을 할 것은 아니고, **석명권**(규칙 제141조)**을 행사**하여 검사에게 특정을 요구하여야 할 것이다(대판 2006.5.11. 2004도5972 등).

2. 사안의 경우

따라서 법원이 석명권을 행사하여 특정을 요구하였는데도 불구하고 검사가 이에 불응하여 보정하지 않는다면, 그때 비로소 법원은 그 부분에 대해서는 **공소기각판결**(제327조 제2호)을 하여야 할 것이다(대판 2017.2.15. 2016도19027[전자문서(범죄일람표) 첨부 사건]).

하여 공소시효 완성을 이유로 **면소판결**(제326조 제3호)**을 선고하여야 한다.**

Ⅲ. 사안의 해결

법원은 피고인 甲에 대한 뇌물교부죄의 공소제기에 대하여 공소시효 완성을 이유로 **면소판결**을 선고하여야 한다(제326조 제3호).

왜냐하면, ① **피고인 甲의 뇌물교부죄와 공범관계에 있는 A에 대한 공소제기로** 정지된 기간을 고려하더라도 甲에 대한 뇌물교부죄의 2013. 6. 29. 기소는 이미 시효가 완성되었고, ② **피고인 甲의 뇌물교부죄와 대향범 관계에 있는 뇌물취득자 B에 대한 공소제기로** 甲의 뇌물교부죄의 시효는 정지되지 아니하므로 甲에 대한 뇌물교부죄의 2013. 6. 29. 기소는 이미 시효가 완성되었기 때문이다.

유제 16 대향범 관계에 있는 자와 공범의 시효정지 여부[2)]

구청 건설과 공무원 甲은 2016. 2. 15. 관내에서 건설업체를 운영하는 丁을 찾아가 건축 허가할 때 잘 봐줄 테니 회식비를 좀 달라고 하였고, 丁은 흔쾌히 甲에게 3,000만 원을 주었다. 丁으로부터 3,000만 원을 받은 사건과 관련하여 丁은 도주하고 甲만 2016. 5. 1. 기소되어 2016. 6. 30. 제1심법원으로부터 징역 3년에 처하는 유죄판결을 선고받았고 항소제기기간의 도과로 판결이 확정된 경우, 이 사건에서 丁의 범행에 대한 공소시효는 언제 완성되는가? (10점)

[해설]

사안과 같은 **뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대향범 관계에 있는 자도** 제253조 제2항의 '공범'에 포함되어 그 1인에 대한 공소제기로 다른 자에 대한 공소시효의 진행도 정지되는지가 문제된다.

뇌물공여죄의 법정형은 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금이므로(형법 제133조), 공소시효 기간은 7년(형사소송법 제249조 제1항 제4호)이고, 시효의 초일은 시간을 계산함이 없이 1일로 산정한다(형사소송법 제66조 제1항 단서).

판례는 "제253조 제2항에서 말하는 '공범'에는 뇌물공여죄와 뇌물수수죄 사이와 같은 대향범 관계에 있는 자는 포함되지 않는다."고 판시하여(대판 2015.2.12. 2012도4842), 뇌물수수죄와 뇌물공여죄와 같은 대향범 공범관계에 있는 경우, 그 중 1인이 기소되더라도 다른 자에 대한 공소시효의 진행 등에는 영향을 미치지 않는다는 입장이다.

판례에 따르면, 甲에 대한 공소제기와 재판의 확정여부는 필요적 공범 丁의 범행에 대한 공소시효의 진행에는 영향을 미치지 않는다.

따라서 丁의 뇌물공여죄에 대한 공소시효는 범죄행위종료시인 2016. 2. 15.로부터 공소시효기간 7년이 경과한 2023. 2. 14. 24:00 완성된다.

2) 변시 2017(3).

유제 21 공소장변경의 필요성, 항소심에서의 고소취소의 효과[3)]

A(여, 26세)는 버스를 타고 남자친구를 만나러 가던 중 깜박 졸다가 휴대폰을 좌석에 둔 채 하차하였다. 그 순간 옆 좌석의 승객 甲(남, 30세)이 휴대폰을 발견하고 이를 전해주기 위해 A를 따라 하차하면서 A를 불렀으나 대답이 없자 뒤에서 A의 어깨를 잡았다. 그때 A를 기다리던 남자친구 乙은 그 장면을 보고 甲을 성폭행범으로 오해하여 A를 구하기 위해 甲을 밀어 넘어뜨렸다. 乙은 甲에 대한 폭행치상의 범죄사실로 기소되어 제1심 법원에서 유죄를 선고받고 항소하였다. 그러나 항소심은 상해의 점은 인정되지 않는다고 판단하고 있다.

(1) 항소심은 직권으로 乙에게 폭행죄로만 유죄를 선고할 수 있는가? (15점)

(2) 항소심 계속 중에 폭행죄로 공소장이 변경되었고, 그 후 甲이 乙에 대한 처벌을 원치 않는다는 내용의 합의서를 제출한 경우 항소심은 어떠한 판단을 내려야 하는가? (5점)

Ⅰ. 설문 (1) – 공소장변경의 필요성과 축소사실의 인정, 소위 '판결편의주의'

1. 공소장변경의 필요성과 축소사실의 인정

사안의 폭행죄는 폭행치상의 공소사실에 포함된 범죄사실로 축소사실에 해당하므로, 항소심은 乙에게 공소장변경 없이 직권으로 축소사실인 폭행죄로만 유죄를 선고할 수 있다.

2. 축소사실의 인정과 법원의 심판의무(소위 '판결편의주의' 문제)

A의 남자친구 乙이 甲을 성폭행범으로 오해하여 A를 구하기 위하여 甲을 밀어 넘어뜨렸다는 점에 비추어, 축소사실인 폭행죄는 중대한 범죄라 할 수 없고 이를 무죄로 한다고 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로도 볼 수는 없을 것이다.

따라서 항소심은 폭행죄에 대하여 유죄를 선고하지 않고 무죄를 선고하여도 위법하지 않다고 본다.

3. 사안의 해결

항소심은 폭행치상의 공소사실에 대하여 공소장변경 없이 직권으로 축소사실인 폭행죄를 유죄로 인정할 수 있지만, 사안이 중대하지 않고 유죄로 인정하지 않더라도 현저히 정의·형평에 반하지 않는다고 보인다.

따라서 **항소심은 乙에게 폭행죄에 대하여 무죄를 선고할 수도 있을 것이다.**

Ⅱ. 설문 (2) – 항소심에서의 고소취소의 허부

항소심에서는 고소취소가 허용되지 않는다는 무효설인 판례에 따르면, 사안처럼 항소심에서 비로소 반의사불벌죄인 폭행죄로 공소장이 변경되자 甲이 고소취소한 경우에도 그 고소취소의 효력은 없다.

따라서 **항소심은 합의서의 제출에도 불구하고 폭행죄에 대하여 유·무죄의 실체재판을 하여야 한다.**

3) 변시 2018.

유제 23 유죄판결이 확정된 공범의 증언거부권 유무[3)]

甲(남)은 전처와의 사이에 아들 乙(23세)을 두고 있으며 A와 재혼하였다. A의 요구로 甲은 A와 유효한 명의신탁약정을 맺고 甲 소유의 X아파트와 Y토지를 A 명의로 등기해 놓았다. 그런데 사업에 실패한 甲은 A의 재산을 상속받을 목적으로 사고사로 가장하여 A를 살해하기로 마음먹고, 乙에게 A를 살해하도록 교사하였다. 이에 乙은 甲이 교사한 대로 A를 화재로 인한 사고사로 가장하여 살해하였다. 검사 S는 甲이 도주하자 乙만 공소제기하였다.

乙은 자신에 대한 유죄판결이 확정된 후, 甲에 대한 재판에서 증인으로 소환된 乙은 증언거부권을 행사할 수 있는가? (15점)

[해설]

판례에 따르면, 이미 유죄판결이 확정된 피고인 乙은 일사부재리의 효력에 의하여 다시 처벌받지 아니하므로 공범 甲의 형사사건에서 **증언거부권이 없다**.

다만, 乙은 甲의 사건에 대하여 증언거부권이 인정되는 형사소송법 제148조 제1호 소정의 **친족관계**(甲과 乙은 부자관계)**에 있으므로, 증언거부가 가능**하다.

3) 변시 2014(1) 변형.

사례 84 국민참여재판의 제문제[1)]

검사 P는 연애단패거리 예술감독 甲을 극단 단원들에 대한 상습성추행과 A녀에 대한 강간치상의 혐의로 서울중앙지방법원에 구속기소하였다. 서울중앙지방법원은 甲에게 공소장 부본과 함께 국민참여재판에 관한 안내서를 송달하였다. 그러나 甲은 공소장 부본을 송달받은 날로부터 7일 내에 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사확인서를 제출하지 않았으나, 법원의 배제결정이 없는 상태에서 제1회 공판기일 전에 국민참여재판을 신청하였다. 그러자 법원은 甲의 의사를 확인한 후 국민참여재판으로 진행하기로 결정하였다.

(1) 국민참여재판으로 진행하기로 결정한 법원의 조치는 적법한가?

(2) 법원의 결정에 대하여 검사 S가 항고한 경우 법원은 어떤 조치를 취해야 하는가?

(3) 국민참여재판으로 진행한 제1심 재판부가 피해자를 비롯한 다수의 사건 관련자들에 대해 증인신문을 한 후, 만장일치로 한 배심원의 무죄평결이 재판부의 심증에 부합하자 甲, 乙에 대하여 무죄를 선고하였으나, 항소심 재판부가 피해자에 대하여만 다시 증인신문을 실시한 다음 제1심의 판단을 뒤집어 유죄로 인정하였다면, 이에 대한 당부를 논하시오.

(4) 만일 사안과 달리 제1심법원이 국민참여재판의 대상이 되는 사건임을 간과하여 이에 관한 피고인의 의사를 확인하지 아니한 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하였는데, 피고인이 항소심에서 국민참여재판을 원하지 않는다고 한 경우에 제1심 공판절차는 적법한가?

▣ 관련법률(국민의 형사재판 참여에 관한 법률)

제5조(대상사건) ① 1. 「법원조직법」 제32조 제1항(제2호 및 제5호는 제외한다)에 따른 합의부 관할 사건 (이하 생략)

제8조(피고인 의사의 확인) ① 법원은 대상사건의 피고인에 대하여 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사를 서면 등의 방법으로 반드시 확인하여야 한다. (이하 생략)

② 피고인은 공소장 부본을 송달받은 날부터 7일 이내에 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사가 기재된 서면을 제출하여야 한다. (이하 생략)

③ 피고인이 제2항의 서면을 제출하지 아니한 때에는 국민참여재판을 원하지 아니하는 것으로 본다.

④ 피고인은 제9조 제1항의 배제결정 또는 제10조 제1항의 회부결정이 있거나 공판준비기일이 종결되거나 제1회 공판기일이 열린 이후에는 종전의 의사를 바꿀 수 없다.

▣ 관련판례

(1) **국민참여재판의 신청기간(제1회 공판기일 전)과 회부결정의 항고대상 여부(소극)** : ① 공소장 부본을 송달받은 날부터 7일 이내에 의사확인서를 제출하지 아니한 피고인도(동법 제8조 제3항 참조) 제1회 공판기일이 열리기 전까지는 국민참여재판 신청을 할 수 있고, 법원은 그 의사를 확인하여 국민참여재판으로 진행할 수 있다. ② 제1심 법원이 피고인의 의사에 따라 국민참여재판으로 진행함에 있어 별도의 국민참여재판 개시결정을 할 필요는 없고, 그에 관한 이의가 있어 **제1심 법원이 국민참여재판으로 진행하기로 하는 결정**에 이른 경우 이는 판결 전의 소송절차에 관한 결정(제403조 제1항)에 해당하며, 그에 대하여 특별히 즉시항고를 허용하는 규정이 없으므로 위 결정에 대하여는 항고할 수 없다(대결 2009.10.23. 2009모1032).

1) 변시 2016 · 2016(1) · 2014(1) 유사, 법원사 2016.

(2) **국민참여재판에서의 제1심의 판단과 항소심** : 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**(대판 2010.3.25. 2009도14065).

☞ 국민참여재판으로 진행된 제1심에서 배심원이 만장일치로 한 평결 결과를 받아들여 강도상해의 공소사실을 무죄로 판단하였으나, 항소심에서는 제1심의 판단을 뒤집어 이를 유죄로 인정한 사안에서, 항소심 판단에 **공판중심주의와 실질적 직접심리주의 원칙의 위반 및 증거재판주의에 관한 법리오해의 위법이 있다**고 한 사례.

(3) 국민참여재판을 받을 권리의 침해와 그 효과 및 항소심에서 하자의 치유 여부 : ① 법원에서 피고인이 국민참여재판을 원하는지에 관한 의사의 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(대판 2012.4.26. 2012도1225; 대판 2013.1.31. 2012도13896 등). ② 제1심법원이 국민참여재판의 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 문제 삼지 아니할 의사를 명백히 표시하는 경우에는 그 **하자가 치유**되어 제1심 공판절차는 전체로서 적법하게 된다고 봄이 상당하고, ② 다만, **공판절차의 하자가 치유되기 위해서는** 피고인에게 국민참여재판절차 등에 관한 충분한 안내와 그 희망 여부에 관하여 숙고할 수 있는 상당한 시간이 사전에 부여되어야 할 것이다(대판 2012.4.26. 2012도1225; 대판 2012.6.14. 2011도15484).

Ⅰ. 쟁점의 정리

설문 (1)은 **공소장부분을 송달받은 날로부터 7일 이내에 의사확인서를 제출하지 아니한 피고인들이 국민참여재판을 신청할 수 있는지 여부**가 국민참여재판에 대한 피고인의 의사확인 등의 시기와 관련하여 문제된다.

설문 (2)는 **법원이 국민참여재판으로 진행하기로 하는 결정에 대하여 검사 S가 항고로 다툴 수 있는지**가 제403조 제1항의 '법원의 판결 전 소송절차의 결정'과 관련하여 문제된다.

설문 (3)은 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**가 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의의 취지·정신과 관련하여 문제된다.

설문 (4)는 **국민참여재판을 받을 권리의 침해와 그 효과 및 하자의 치유 여부**가 문제된다.

Ⅱ. 설문 (1) - 피고인이 국민참여재판을 신청할 수 있는 종기

1. 국민참여재판에 대한 피고인의 의사확인 및 의사표명절차와 그 시기

법원은 대상사건의 피고인에 대하여 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사를 서면 등의 방법으로 **반드시** 확인하여야 한다(국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제8조 제1항). 피고인은 공소장 부본을 송달받은 날부터 7일 이내에 국민참여재판을 원하는지 여부에 관한 의사가 기재된 서면을 제출하여야 한다(동조 제2항). 피고인이 제2항의 서면을 제출하지 아니한 때에는 국민참여재판을 원하지 아니하는 것으로 본다(동조 제3항).

2. 공소장부분을 송달받은 날로부터 7일 이내에 의사확인서를 제출하지 아니한 피고인 乙이 국민참여재판을 신청할 수 있는지 여부 및 그 종기

피고인은 '공판준비기일 종료시까지' 또는 '제1회 공판기일 전까지' 국민참여재판 희망 여부에 대한 **종전 의사를 번복**할 수 있다(제8조 제4항 참조). 따라서 **제8조 제4항의 반대해석상** 공소장부본을 송달받은 날부터 7일 이내에 의사확인서를 제출하지 아니한 피고인도 제1회 공판기일이 열리기 전까지는 국민참여재판 신청을 할 수 있다.

판례도 "국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제8조는 …(중략)… 공소장 부본을 송달받은 날부터 7일 이내에 의사확인서를 제출하지 아니한 피고인도 제1회 공판기일이 열리기 전까지는 국민참여재판 신청을 할 수 있고, 법원은 그 의사를 확인하여 국민참여재판으로 진행할 수 있다."고 한다(대결 2009.10.23. 2009모1032).

3. 사안의 경우

따라서 피고인 乙이 제1회 공판기일 전에 국민참여재판을 신청한 것에 대하여 법원이 국민참여재판으로 진행하기로 결정한 것은 **적법**하다.

Ⅲ. 설문 (2) - 검사 S의 항고에 대한 법원의 조치

1. 법원의 국민참여재판 회부결정에 대한 검사의 항고 허부

판례는 법원의 국민참여재판 회부결정은 제403조 제1항의 '법원의 판결 전 소송절차에 관한 결정'에 해당하며 그에 대하여 특별히 즉시항고를 허용하는 규정이 없으므로 검사는 항고 등으로 다툴 수 없다는 **부정설**의 입장이다(대결 2009.10.23. 2009모1032).

2. 사안의 경우

국민참여재판으로 진행하기로 하는 법원의 결정에 대한 검사 S의 항고는 항고의 제기가 법률상의 방식을 위반한 때에 해당한다.

따라서 법원은 검사 S의 **항고를 기각하는 결정**을 하여야 한다(제407조 제1항). 만일 위 결정을 한 법원이 항고기각의 결정을 하지 아니한 때에는 **항고법원은 결정으로 항고를 기각**하여야 한다.

Ⅳ. 설문 (3) - 국민참여재판에서의 제1심의 판단과 항소심

1. 국민참여재판에서의 제1심의 판단과 항소심

(1) 공판중심주의 및 실질적 직접심리주의

1) 공판중심주의

공판중심주의란 법원이 피고사건의 실체에 대한 유죄 · 무죄의 심증형성을 공판심리, 즉 '공개된 법정'에서의 심리에 의하여야 한다는 원칙을 말한다.

2) 실질적 직접심리주의

① 실질적 직접주의란 원본증거를 재판의 기초로 삼아야 한다는 주의를 말한다.

② 예컨대 증인신문(제161조의2)이나 피고인신문(제296조의2)은 공판정에서 증인 또는 피고인에 대해 직접 행하여야 하며 증인신문조서나 피의자신문조서로 대신할 수 없다고 하는 것이 실질적 직접주의의 표현이다.

(2) 국민참여재판에서의 제1심의 판단과 항소심

① 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 변론종결시까지 추가로 이루어진 증거조사 결과를 종합하면 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 등의 예외적인 경우가 아니라면, 항소심으로서는 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 항소심의 판단과 다르다는 이유를 들어 제1심의 판단을 함부로 뒤집어서는 아니된다(대판 2013.4.26. 2013도1222).

② 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 정신**에 비추어 항소심에서의 새로운 증거조사를 통해 그에 명백히 반대되는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나지 않는 한 한층 더 존중될 필요가 있다(대판 2010.3.25. 2009도14065).

2. 사안의 경우

사안처럼 국민참여재판으로 진행된 제1심에서 배심원이 만장일치로 한 평결 결과를 받아들여 강도상해의 공소사실을 무죄로 판단하였는데, 항소심 재판부가 다수의 사건 관련자들에 대하여 새로 증인신문은 하지 않은 채 단지 피해자에 대하여만 다시 증인신문을 실시한 다음 제1심의 판단을 뒤집어 유죄로 인정하였다면, 이와 같은 항소심 판단은 **공판중심주의와 실질적 직접심리주의 원칙을 위반**하여 **부당**하다.

V. 국민참여재판을 받을 권리의 침해와 그 효과 및 하자의 치유 여부

1. 국민참여재판을 받을 권리의 침해와 그 효과

피고인이 법원에 국민참여재판을 신청하였는데도 법원이 이에 대한 배제결정도 하지 않은 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하여 이루어진 소송행위는 **무효**라고 보아야 한다(대판 2011.9.8. 2011도7106; 대판 2013.1.31. 2012도13896 등).

2. 하자의 치유 허부 및 그 요건

① 제1심법원이 국민참여재판의 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 문제 삼지 아니할 의사를 명백히 표시하는 경우에는 그 **하자가 치유**되어 제1심 공판절차는 전체로서 적법하게 된다고 봄이 상당하고,

② 다만, **공판절차의 하자가 치유되기 위해서는** 피고인에게 국민참여재판절차 등에 관한 충분한 안내와 그 희망 여부에 관하여 숙고할 수 있는 상당한 시간이 사전에 부여되어야 할 것이다(대판 2012.4.26. 2012도1225; 대판 2012.6.14. 2011도15484).

3. 사안의 경우

제1심법원이 국민참여재판의 대상이 되는 사건임을 간과하여 이에 관한 피고인의 의사를 확인하지 아니한 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하였더라도, 피고인이 항소심에서 국민참여재판을 원하지 않는다는 의사를 명백히 표시한 경우에는, 그 **하자가 치유**되어 **제1심 공판절차는 전체로서 적법하게 된다.**

사례 95 전문법칙의 적용범위(개념요소)[2)]

아래 각 사례에서 나타난 증거가 전문증거로서 전문법칙이 적용되는지 여부를 논거를 들어 기술하시오. (20점)

(1) 甲은 乙에게 수명의 혐의자 중 절도범이 누구인지 지적하여 달라고 하자, 乙은 A를 지적하였고, 이후 甲은 법정에서 '乙은 A를 지적하였다'고 증언한 경우, 甲의 증언

(2) 甲은 乙에게 공포·불안감을 유발하는 내용의 문자메시지를 반복하여 수차례 보냈고, 乙은 이 문자메시지를 휴대전화기 화면에 표시하여 촬영하였고, 검사가 이 사진을 甲의 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반죄(음란물유포 등)에 대한 증거로 공판정에 제출한 경우, 이 사진

(3) 피고인 甲의 정신상태를 나타나기 위해 乙이 "평소 甲이 자신은 신이라고 말하였다"고 증언한 경우, 乙의 증언

(4) 피고인 甲은 건축허가와 관련된 알선수뢰혐의로 기소가 되었고, 증인으로 출석한 乙이 "甲과 전화통화하면서 '건축허가 담당 공무원이 4,000만 원을 요구하는데 사례비로 2,000만 원을 주어야 한다.'는 말을 들었다."라고 증언한 경우, 乙의 증언

Ⅰ. 쟁점의 정리

1. 전문증거의 특징

형사소송법은 전문증거의 증거능력을 원칙적으로 부정하면서(제310조의2. 전문법칙), 예외적으로 인정하고 있다(제311조~제316조. 전문법칙의 예외). 여기서 **전문증거**란 요증사실에 대한 보고를 내용으로 하는 원진술(原陳述)이 간접적 형태로 법원에 보고되는 것이다. 따라서 전문증거의 핵심요소는 어디까지나 원진술이다. **원진술의 특징**은 ① **반대신문이 가능한 진술증거**이어야 하고, ② **요증사실과의 관계에서 결정되는 상대적 개념**이며, ③ **공판준비 또는 공판기일 외에서의 진술일 것**을 요한다.

2. 전문증거 또는 본래증거 판단기준 – 설문 (2), (4) 관련

타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지 여부는 **요증사실과의 관계**에서 정해진다. 따라서 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 **전문증거**이나, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 **본래증거**이지 전문증거가 아니다.

Ⅱ. 설문 (1) : 전문으로서의 행동 → 전문법칙 적용vs.부적용

원진술은 언어적 형태로 표현된 진술증거이어야 하므로, 전문(傳聞)으로서의 행동(行動), 즉 원진술자의 진술이 언어적 행동으로 사용된 경우에 전문법칙의 적용여부에 대하여는 견해가 대립한다.[3)]

설문의 **乙의 지적**은 언어적 진술과 다름이 없으므로, 이후 甲이 법정에서 '乙은 A를 지적하였다'고 증언한 경우, **甲의 증언**은 실질적으로 전문증거에 해당하여 전문법칙이 적용되는 것으로 보아야 할 것이다(통설).

---

2) 법무사 2017, 변시 2012 유사, 사시 2009 · 2013 등 유사.

3) 다만, 설문과 달리 甲이 乙에게 수명의 혐의자 중 절도범이 누구인지 지적하여 달라고 하자, 乙이 A라는 진술을 하였고, 이후 甲이 법정에서 '乙은 A라고 진술을 하였다'고 증언한 경우, **甲의 증언**은 전문증거로 전문법칙이 적용됨은 물론이다(제316조 제2항의 피고인 아닌 타인의 진술을 원진술로 하는 피고인 아닌 자의 전문진술).

(이에 따르면, 甲의 증언은 피고인 아닌 자의 진술이 피고인 아닌 타인의 진술에 해당하여 제318조 제1항의 증거동의가 있거나 제316조 제2항의 필요성과 특신상태가 증명되어야 증거능력이 인정될 수 있다)

Ⅲ. 설문 (2) : 본래증거 → 전문법칙 부적용

형사소송법 제310조의2는 사실을 직접 경험한 사람의 진술이 법정에 직접 제출되어야 하고 이에 갈음하는 대체물인 진술 또는 서류가 제출되어서는 안 된다는 전문법칙을 선언하고 있다.

따라서 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 글을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 행위를 하였다는 공소사실에 대하여 휴대전화기에 저장된 문자정보가 그 증거가 되는 경우와 같이, 그 문자정보가 범행의 직접적인 수단이 될 뿐 경험자의 진술에 갈음하는 대체물에 해당하지 않는 경우에는 **전문법칙이 적용될 여지가 없다**(대판 2008.11.13. 2006도2556).

(다만, 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.)

Ⅳ. 설문 (3) : 정황증거 → 전문법칙 부적용

원진술자의 심리적·정신적 상태를 증명하기 위하여 원진술자의 말을 인용하는 경우, 즉 원진술자의 진술을 그 내용의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용하는 경우에는 반드시 전문증거가 되는 것은 **아니다**(대판 2000.2.25. 99도1252).

따라서 설문처럼 피고인 甲의 정신상태를 나타나기 위해 乙이 "평소 甲이 자신은 신이라고 말하였다"고 증언한 경우, **乙의 증언**은 단순히 원진술자의 심리적·정신적 상태(피고인 甲의 정신이상)를 증명하기 위한 정황증거로 사용하는 경우이므로, 형식적으로는 전문증거처럼 보이지만 전문증거에 해당하지 않으므로 처**음부터 전문법칙이 적용되는 경우가 아니다**.

Ⅴ. 설문 (4) : 본래증거 → 전문법칙 부적용

타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지 여부는 **요증사실과의 관계**에서 정하여지는바, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 **전문증거**이나, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 **본래증거**이지 전문증거가 아니다(대판 2008.9.25. 2008도5347 등 참조).

따라서 피고인 甲의 위와 같은 원진술의 존재 자체가 이 사건 알선수재죄에 있어서의 요증사실이므로, **이를 직접 경험한 乙이 피고인 甲으로부터 위와 같은 말들을 들었다고 하는 증언은** 전문증거가 아니라 **본래증거**에 해당하므로, 전문법칙은 적용되지 않는다(대판 2008.11.13. 2008도8007[특가법위반(알선수재) 등]).

유제 29 디지털증거의 증거능력[4)]

甲은 상습사기죄로 실형을 선고받고 교도소에서 그 형의 집행을 종료한 전력이 있음에도 불구하고 출소한 직후 자신의 채무를 변제하려는 의도를 숨기고 투자금 유치 명목으로 피해자 A에게 거짓말을 하여 수회에 걸쳐 4억 원을 교부받았다.

사법경찰관은 甲을 적법하게 긴급체포한 후 적법한 압수수색을 통해 甲이 자신의 처에게 보낸 이메일 출력물을 확보하였다. 그 이메일에는 "내가 A를 속여 투자금을 받았는데 그 돈을 송금한다."라는 내용이 기재되어 있었다.

검사는 甲에게 사기의 습벽이 인정된다고 판단하고 甲에 대하여 상습사기죄로 기소하여 서울중앙지방법원 단독 판사가 심리 중이다.

甲은 제1심 법정에서 위 이메일을 자신이 작성한 것이 아니라고 주장하고 있다. 위 이메일 출력물이 증거능력을 갖추기 위한 요건은 무엇인가? (10점)

[해설]

위 이메일 출력물은 **개정법**(2016. 5. 29) **제313조 제1항 단서**의 '**피고인의 진술을 기재한 서류**'에 해당한다. 따라서 사안처럼 피고인 甲이 위 이메일을 자신이 작성한 것이 아니라고 주장하고 있는 경우에도, ① 위 이메일의 내용과 그 출력물의 동일성이 인정되고, 무결성이 담보되는 것을 **전제요건**으로, ② **개정법 제313조가 직접 적용**되어, 디지털포렌식 자료 등 객관적인 방법으로 성립의 진정함이 대체증명되고(제313조 제2항 본문), 그 진술의 특신상태가 증명된다면(제313조 제1항 단서) 피고인 甲이 그 내용을 부인하더라도 증거능력을 인정할 수 있을 것이**다.**[5)]

4) 사시 2017 일부.

5) **제313조 제1항 단서의 제313조 제2항 적용여부** : 개정법(2016. 5. 29) 제313조 제2항의 '제1항 본문에도 불구하고'의 문언과 관련하여, 제313조 제1항 단서의 '피고인의 진술을 기재한 서류'의 경우에도 제313조 제2항이 적용되는지에 대하여는 논의가 있지만, 개정법의 취지를 고려하면 적용긍정설이 타당하다고 본다.

사례 113 CCTV(현장사진)를 복사한 CD의 증거능력(2)[1)]

X주식회사 대표이사 甲이 사채업자 乙에게 수억 원 대 내기 골프에 필요한 돈을 빌린 후 변제기에 이를 갚지 않자, 乙은 위 채무가 甲이 회사와 무관하게 개인적 용도로 차용한 것임을 알면서도 甲에게 위 채무담보 목적으로 약속어음을 발행해 줄 것을 요청하였다. 甲이 이를 승낙하여 위 회사 사무실에서 위 회사 약속어음 용지에 액면금 5억 원, 발행일 등을 기재하고 약속어음을 乙에게 교부하였다.

사법경찰관은 위 회사에서 甲과 乙이 만나 약속어음을 발행하는 상황이 녹화된 CCTV 동영상을 찾아내어 관리자의 동의를 얻어 그 부분의 동영상 파일을 CD에 복사한 후 이를 임의로 제출받아 압수하였는데, 이후 위 회사 CCTV 동영상의 보존기간이 경과하여 원본파일은 삭제되었다.

甲과 乙의 업무상배임혐의와 관련하여 압수된 위 CD는 증거로 사용할 수 있는가? (15점)

Ⅰ. 쟁점의 정리

먼저 사법경찰관이 영장 없이 범행장면이 촬영된 CCTV 동영상 파일을 CD에 복사한 후 압수한 것이 적법한지가 정보저장매체등의 압수방법 및 임의제출물 압수와 관련하여 문제된다.

그리고 CCTV를 복사한 CD의 증거능력은, 원본인 CCTV와의 동일성을 전제로 CCTV의 성질과 관련하여 이를 비진술증거로 볼 것인지 진술증거로 보아 전문법칙을 적용하여 그 증거능력을 제한하여야 할 것인지가 문제된다.

Ⅱ. CCTV를 복사한 CD를 제출받은 행위의 법적 성격과 적법성

1. 정보저장매체등의 압수방법

검사, 사법경찰관은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 '정보저장매체등')인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정하는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다(제106조 제3항, 제219조). [신설 2011. 7.18]

2. 임의제출물의 압수

검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출할 물건을 영장 없이 압수할 수 있다(제218조).

이 경우 제출자인 소유자, 소지자 등의 처분권한을 불문하고, 특별한 사정이 없는 한 소유권자의 동의가 필요한 것도 아니다. 다만, 제출의 임의성은 검사가 합리적 의심을 배제할 정도로 증명하여야 한다.

3. 검 토

사안에서 사법경찰관이 관리자의 동의를 얻어 CCTV 동영상 중 범행장면이 촬영된 부분만을 복사한 CD를 임의로 제출받은 것은 제106조의 정보저장매체등의 압수 및 제218조의 임의제출물의 압수에 해당하

1) 변시 2018 수정.

는바, 사법경찰관이 CCTV 동영상을 복사한 CD를 제출받은 행위는 **적법**하다.

Ⅲ. CCTV를 복사한 CD의 증거능력

1. 문제점

현장사진이란 현장이나 범인의 범행에 중점을 두어 범행 당시나 그 전후 상황을 촬영한 것으로 독립증거로 사용되는 경우를 말한다. 사안의 범행장면이 촬영된 CCTV는 **현장사진**으로, 현장사진의 증거능력에 대하여는 그 법적성격과 관련하여 증거능력이 문제된다.

한편 CD는 원본인 CCTV를 복사한 것이므로, 사본이 원본과 동일하게 취급할 수 있는 요건이 무엇인지도 문제된다.

2. 현장사진의 증거능력

(1) 학 설

① **비진술증거설(실무)** : 현장사진은 사람의 지각에 의한 진술이 아니므로 독립증거로서 제출되었다면 비진술증거로, 전문법칙은 적용되지 않고, 현장사진이 현장의 정확한 영상이라는 사실, 즉 요증사실과의 관련성만 입증되면 증거능력이 인정되고, 반드시 촬영자가 원진술자로서 증언할 필요는 없다는 견해이다(법원실무(Ⅱ), 131면).

② **진술증거설(종래 다수설)** : 현장사진도 사실보고의 기능에서 진술증거와 동일하고, 작성과정에 조작가능성이 있으므로 진술증거로서 전문법칙이 적용된다는 견해이다. 이에 의하면, 현장사진은 그 작성주체와 원진술자의 성격에 따라 법관 면전 작성의 경우에는 제311조에 준하여, 수사기관 면전 작성의 경우에는 제312조에 준하여, 그 밖의 일반 사인에 의하여 촬영된 경우에는 진술서에 준하여 제313조 제1항에 의하여 증거능력을 판단하게 된다.

③ **검증조서유추(유사)설** : 현장사진을 비진술증거로 보면서도 조작가능성이 있으므로 증거능력을 제한하자는 견해이다. 이에 의하면, 현장사진은 현장검증과 같은 기능을 가지고 있으므로 법원이 작성한 경우에는 제311조, 수사기관이 작성한 경우에는 제312조, 그리고 그 밖의 일반 사인에 의하여 촬영된 경우에는 제313조 제1항 본문을 유추적용하여 증거능력을 판단하게 된다.

(2) 판 례

피고인이 조작된 것이라고 다투는 사진의 촬영일자가 나타난 부분은 전문증거로서 전문법칙이 적용된다고 보았는데(대판 1997.9.30. 97도1230[공갈목적으로 찍은 간통현장 나체사진 사건]), 명백하지는 않지만 **현장사진 자체**는 **비진술증거**로 판단한 것으로 보인다(법원실무(Ⅱ), 131면).

(3) 검 토

사진의 조작가능성을 고려하여 전문법칙을 적용하자는 진술증거설과 검증조서유추설의 입장도 이해할 수 있지만, 현장사진 자체는 현장을 사실대로 촬영한 것일 뿐 진술증거로 볼 수 없으므로 **비진술증거설**이 타당하다.

따라서 현장사진은 **요증사실과의 관련성이 입증되면** 증거능력이 있다. 다만, **피고인이 사진이 조작되었다는 등의 이유로 그 진정성립을 부인하는 경우**에는 감정을 하거나 촬영자 또는 사진 속의 사람을 증인으로 환문하는 방법으로 사진이 진정한 것인지 여부를 판단하여야 할 것이다(2016.5.29. 개정법 제313조 참조).

3. 사본의 원본과의 동일성 인정요건

판례는 ① 그 원본이 존재하거나 존재하였을 것(원본성), ② 원본 제출이 불능 또는 곤란한 사정이 있을 것(필요성), ③ 원본을 정확하게 전사하였을 것(정확성) 등 3가지 요건을 **전제**로, 사본을 원본과 동일하게 취급하고 있다(대판 2002.10.22. 2000도5461[초본제출 사건]).

따라서 사안처럼 CCTV를 복사한 CD가 제출된 경우에는, 전제로서 복사한 CD가 원본인 CCTV와 동일성이 인정되어야 한다. 따라서 CCTV 동영상 파일 자체를 법정에 제출할 수 없거나 그 제출이 곤란한 사정이 있고, 복사한 CD 파일에 나타난 영상이 원본인 CCTV의 영상과 같다는 사실이 증명되어야 한다(대판 2008.11.13. 2006도2556 참조).

Ⅴ. 사안의 해결

사법경찰관이 범행장면이 촬영된 CCTV를 복사한 CD를 영장 없이 압수한 행위는 **적법**하다.

그리고 CD 파일에 담긴 甲과 乙의 범행장면은 **현장사진에 해당**하는바, **비진술증거**로서 사건과의 관련성이 인정되고 복사한 CD가 원본인 CCTV와 동일성이 인정되면 **증거능력이 인정**된다.

(만일 진술증거설에 따르면, 제313조에 따라 CCTV 관리자가 법정에서 성립의 진정함을 증명해야 할 것이다.)

③ **절충설** : 공범자의 자백이 **공판정에서 행하여진 것인가 아닌가**를 기준으로 하여, **공판정의 공범자의 자백**에는 보강증거를 불요하지만, **공판정 외에서의 공범자의 자백**에는 보강증거가 필요하다는 견해이다.

(2) 판 례 - 보강증거 불요설

강도강간의 공동정범 사건에서 "형사소송법 제310의 피고인의 자백에는 공범인 공동피고인의 진술이 포함되지 아니하므로 공범인 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는데 있어서 증거로 쓸 수 있다."고 판시하여(대판 1985.7.9. 85도951), **보강증거 불요설**의 입장이다.

(3) 검 토

판례인 **보강증거 불요설**에 의하면, **공범자의 자백**은 공동피고인의 지위에서 한 것인가 또는 공판정에서 한 것인가의 여부를 불문하고 **독립된 증거로서의 가치**를 가진다고 해야 한다.

3. 사안의 경우

판례에 따르면, 법원은 공범자 乙의 자백을 독립증거로 부인하는 피고인 甲에 대하여 보강증거 없이도 유죄판결을 할 수도 있다. ☞ [공범에 대한 판례명제 4]

Ⅲ. 사안의 해결

공범자의 자백에는 보강증거가 필요하지 않다는 판례에 의하면, 법원은 공범자 乙의 자백을 독립증거로 부인하는 피고인 甲에 대하여 보강증거 없이도 유죄판결을 할 수도 있다.

유제 38 공범자의 자백과 보강증거의 요부[2)]

구청 건설과 공무원 甲이 乙로부터 뇌물을 받은 사건과 관련하여 甲과 乙이 함께 기소되어 병합심리를 받으면서, 甲은 일관하여 범행을 부인하고 있는 반면 乙은 범행을 자백하고 그 신빙성이 인정되는 경우, 만약 乙의 자백 이외에 다른 증거가 없다면 제1심법원은 甲과 乙에 대하여 유죄판결을 내릴 수 있는가? (10점)

[해설]

뇌물수수자 甲과 뇌물공여자 乙은 필요적 공범관계에 있다.

따라서 공범자의 자백에는 보강증거 없이도 부인하는 다른 피고인을 유죄판결할 수 있다는 **보강증거 불요설**인 판례에 따르면, 법원은 공범인 뇌물공여자 乙의 자백을 독립한 증거로 (그 신빙성이 있다고 하므로) **범행을 부인하는 뇌물수수자 甲**에 대하여는 유죄판결을 할 수도 있다.

그러나 사안에서 자백 이외의 별개의 독립한 증거, 즉 보강증거가 없다고 하므로 법원은 자백보강법칙(제310조)에 의하여 **자백한 뇌물공여자 乙**에 대하여는 무죄판결을 선고하여야 한다.

2) 변시 2017(3).

사례 127 확정판결 전후의 포괄일죄의 분리 여부와 기판력[2)]

甲은 수억 원대 내기골프 도박죄에 대하여 유죄판결이 확정되었는데, 검사가 위 도박죄 범행 이전의 내기골프 도박 범행 10회와 위 도박죄 확정판결 이후의 내기골프 도박 범행 3회를 추가 수사한 후 상습도박죄로 기소하고, 공판심리 결과 甲에게 상습성이 인정된 경우 법원이 취할 수 있는 조치는? (10점)

Ⅰ. 쟁점의 정리

① 먼저 **포괄일죄의 일부에 대해 확정판결이 있는 경우**에 포괄일죄의 일련의 범행이 그 확정판결의 전후로 분리되는지가 문제되고, ② 그리고 **상습도박죄의 공소제기에 대한 법원의 조치**는 상습범과 같은 포괄일죄의 기판력이 미치는 범위와 관련하여 문제된다.

Ⅱ. 확정판결 전후의 포괄일죄의 분리 여부

1. 분리되는 경우 – 상습범의 중간에 동종의 상습범의 확정판결이 있는 경우

포괄일죄의 관계에 있는 상습사기 범행의 중간에 '**상습사기죄**'의 확정판결이 있는 경우에는, 그 확정판결에 의하여 원래 일죄로 포괄될 수 있었던 일련의 범행은 그 확정판결의 전후로 분리되고, 이와 같이 분리된 각 사건은 서로 동일성이 있다고 할 수 없어 이중으로 기소되더라도 각 사건에 대하여 각각의 주문을 선고하여야 한다(대판 2000.2.11. 99도4797; 同旨: 대판 2000.3.10. 99도2744).

2. 분리되지 않는 경우 – 상습범의 중간에 단순사기죄의 확정판결이 있는 경우

포괄일죄의 관계에 있는 상습사기의 범행이 '**단순사기죄**'의 확정판결의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는, 그 죄(상습사기 : 편자 주)는 두 죄로 분리되지 않고 확정판결 후인 최종의 범죄행위시에 완성되는 것이므로, 상습사기의 범죄는 확정된 단순사기죄와의 관계에서 그 후에 이루어진 포괄일죄의 범행으로 봄이 상당하다(대판 2010.7.8. 2010도1939).

3. 사안의 경우

사안은 상습범의 중간에 '단순도박죄'의 확정판결이 있는 경우로, 상습도박죄는 분리되지 않고 확정판결 후인 최종의 범죄행위시에 완성된다(위 2.의 경우).

Ⅲ. 포괄일죄의 기판력이 미치는 범위

상습범으로서 포괄일죄의 관계에 있는 여러 범죄사실 중 일부에 대하여 유죄판결이 확정된 경우에 그 확정판결의 사실심판결 선고 전의 나머지 범죄에 대하여 새로이 기소되면, 동일한 사건에 대하여 다시 기소된 것이므로 법원은 면소판결을 하는 것이 원칙이다(제326조 제1호).

다만, **이러한 법리가 적용되기 위해서는** 전의 확정판결에서 '상습범'으로 기소되어 처단되었을 것을 필요로 하고, 상습범 아닌 기본 구성요건의 범죄로 처단되는 데 그친 경우에는, … 그 기판력이 그 사실심판결

2) 변시 2018, 변시 2017(2) 유사.

선고 전의 나머지 범죄에 미치지 않는다(대판(全合) 2004.9.16. 2001도3206[인천신공항 사기 사건]; 대판 2010.2.11. 2009도12627 등).

Ⅳ. 사안의 해결

사안에서 甲의 '단순도박죄'에 대하여 유죄판결이 확정되었지만, 그 확정판결 전후의 상습도박은 두 죄로 분리되지 않고 확정판결 후인 최종의 범죄행위시에 완성된다. 한편 甲의 단순도박죄의 기판력은 그 확정판결 이후의 3회의 상습도박죄는 물론 그 확정판결 이전의 10회의 상습도박죄에도 미치지 않는다. 따라서 법원은 단순도박죄의 확정판결 이전의 10회의 상습도박죄와 확정판결 이후의 3회의 상습도박죄의 전부에 대하여 **포괄하여 하나의 상습도박죄로 유 · 무죄의 실체판결을 하여야** 한다.