

2018년 본문 페이지 기준

8p (9)를 다음 내용으로 변경

(8) 2017년 개정(1)(법률 제15164호, 2017.12.12., 일부개정, 시행 2017.12.12.)

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

(9) 2017년 개정(2)(법률 제15257호, 2017.12.19., 일부개정, 시행 2017.12.19.)

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).

48p 마지막 行에 다음 각주 13) 추가

13) 검경 수사권 조정안 : 최근(2018. 6. 21) 경찰에 1차적 수사권과 수사종결권을 부여하는 것을 골자로 한 정부의 ‘검경 수사권 조정안’ 합의문이 발표되었는데, 주요 내용으로는 ① 일반적으로는 검경의 관계를 수직적 상명하복관계에서 수평적 상호협력관계로 변경하였고, ② 제도적으로는 경찰비대화를 방지하기 위하여 지방자치경찰제를 순차적으로 도입하였지만, ③ 여전히 기소권은 물론 영장청구권을 검사에게만 독점시키고 있고(경찰이 검찰에 영장을 신청하면 경찰이 영장을 지체 없이 청구하도록 했고, 정당한 이유 없이 영장을 청구하지 않으면 경찰이 이의제기를 할 수 있도록 하고 있음), ④ 경찰의 송치 후 검사가 보완수사 요청, 불송치 결정문 통지 등 다양한 통제 수단을 통하여 경찰 수사에 대한 검사의 지휘권이 완전히 불식되지는 않았는데, 국회의 개정 논의 과정에서 많은 논란이 있을 것으로 보인다.

74p 上 13行 밑에 다음 추가

■ 필요적 변호사건에서 새로 선임된 사선변호인에 대한 소송기록접수통지 요부(소극) 및 항소이유서 제출기간의 기산점(국선변호인 또는 피고인이 기록통지를 받은 날로부터)

형사소송법은 항소법원이 항소인인 피고인에게 소송기록접수통지를 하기 전에 변호인의 선임이 있는 때에는 변호인에게도 소송기록접수통지를 하도록 정하고 있으므로(제361조의2 제2항), 피고인에게 소송기록접수통지를 한 다음에 변호인이 선임된 경우에는 변호인에게 다시 같은 통지를 할 필요가 없다. 이는 필요적 변호사건에서 항소법원이 국선변호인을 선정하고 피고인과 그 변호인에게 소송기록접수통지를 한 다음 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 항소법원이 국선변호인의 선정을 취소한 경우에도 마찬가지이다(즉, 새로 선임된 사선변호인에게 다시 같은 통지를 할 필요가 없다: 편자 주). 이러한 경우 항소이유서 제출기간은 국선변호인 또는 피고인이 소송기록접수통지를 받은 날부터 계산하여야 한다(대결(순합) 2018.11.22. 2015도10651[다수의견]).

- ☞ [5인의 반대의견] 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보장을 위해 형사소송규칙 제156조의2 제3항을 유추적용하여야 한다는 취지의 반대의견이 있다.
- ☞ 형사소송규칙 제156조의2 제3항 : 항소법원이 국선변호인 선정결정을 한 후 항소이유서 제출기간 내에 피고인이 책임질 수 없는 사유로 그 선정결정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정한 경우에도 그 변호인에게 소송기록접수통지를 하여야 한다. [신설 2006.3.23.]

81p 上 11行 밑에 다음 추가

③ 이는 필요적 변호사건에서 항소법원이 국선변호인을 선정하고 피고인과 그 변호인에게 소송기록접수 통지를 한 다음 피고인이 사선변호인을 선임함에 따라 항소법원이 국선변호인의 선정을 취소한 경우에도 마찬가지이다. 이러한 경우 항소이유서 제출기간은 국선변호인 또는 피고인이 소송기록접수통지를 받은 날부터 계산하여야 한다(대결(全승) 2018.11.22. 2015도10651[다수의견]).

87p 하단에 다음 추가

(5) 국가배상의 청구

■ 피의자가 변호인과의 접견을 거절하였지만 그 의사에 임의성 또는 진정성이 없다고 볼 만한 사정이 있는데도 접견을 불허한 경우, 변호인의 접견교통권 침해로 인한 국가배상책임이 성립하는지 여부(적극)

수사기관이 법령에 의하지 않고는 변호인의 접견교통권을 제한할 수 없다는 것은 대법원이 오래 전부터 선언해 온 확고한 법리로서 변호인의 접견신청에 대하여 그 허용 여부를 결정하는 수사기관으로서 마땅히 이를 숙지해야 한다. 이러한 법리에 반하여 변호인의 접견신청을 허용하지 않고 변호인의 접견교통권을 침해한 경우에는 접견 불허결정을 한 공무원에게 고의나 과실이 있다고 볼 수 있다.

변호인의 접견교통권은 피의자 등이 변호인의 조력을 받을 권리를 실현하기 위한 것으로서, 피의자 등이 헌법 제12조 제4항에서 보장한 기본권의 의미와 범위를 정확히 이해하면서도 이성적 판단에 따라 자발적으로 그 권리를 포기한 경우까지 피의자 등의 의사에 반하여 변호인의 접견이 강제될 수 있는 것은 아니다.

그러나 변호인이 피의자 등에 대한 접견신청을 하였을 때 위와 같은 요건이 갖추어지지 않았는데도 수사기관이 접견을 허용하지 않는 것은 변호인의 접견교통권을 침해하는 것이고, 이 경우 국가는 변호인이 입은 정신적 고통을 배상할 책임이 있다(대판 2003.1.10. 2002다56628 등 참조). 이때 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성, 수사기관에 이러한 권리를 침해할 동기와 유인이 있는 점, 피의자 등이 접견교통을 거부하는 것은 이례적이라는 점을 고려하면, 피의자 등이 헌법 제12조 제4항에서 보장한 기본권의 의미와 범위를 정확히 이해하면서도 이성적 판단에 따라 자발적으로 그 권리를 포기하였다는 것에 대해서는 이를 주장하는 사람이 증명할 책임이 있다고 보아야 한다(2018.12.27. 2016다266736).

☞ 피의자가 변호인 조력을 받을 권리의 의미와 범위를 정확히 이해하면서도 이성적 판단에 따라 자발적으로 그 권리를 포기하였다는 점에 관한 증명책임이 수사기관에 있음을 전제로 甲이 실질적으로 피의자의 지위에 있었고 변호인 접견을 원하지 않는다고 진술했으나 그것은 변호인의 조력을 받을 권리에 대하여 제대로 인식한 상태에서 진정한 의사로 이루어진 것이 아니어서 변호인인 원고들의 甲에 대한 접견교통신청을 불허한 것은 변호인의 접견교통권을 침해한 위법한 직무행위에 해당한다는 이유로 국가배상책임을 인정한 원심의 판단을 수긍한 사례.

104p 라. 공시송달 첫 번째 단락 밑에 다음 추가

Tip | 공시송달 관련법규

1] 형사소송법

제63조(공시송달의 원인) ① 피고인의 주거, 사무소와 현재지를 알 수 없는 때에는 공시송달을 할 수 있다. ② 피고인이 재판권이 미치지 아니하는 장소에 있는 경우에 다른 방법으로 송달할 수 없는 때에도 전항과 같다.

제64조(공시송달의 방식) ① 공시송달은 대법원규칙의 정하는 바에 의하여 법원이 명한 때에 한하여 할 수 있다. ② 공시송달은 법원사무관등이 송달할 서류를 보관하고 그 사유를 법원게시장에 공시하여야 한다. ③ 법원은 전항의 사유를 관보나 신문지상에 공고할 것을 명할 수 있다. ④ 최초의 공시송달은 제2항의 공시를 한 날로부터 2주일을 경과하면 그 효력이 생긴다. 단, 제2회 이후의 공시송달은 5일을 경과하면 그 효력이 생긴다.

2] 소송촉진 등에 관한 특례법

제23조(제1심 공판의 특례) 제1심 공판절차에서 피고인에 대한 송달불능보고서가 접수된 때부터 6개월이 지나도록 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다. 다만, 사형, 무기 또는 장기 10년이 넘는 징역이나 금고에 해당하는 사건의 경우에는 그러하지 아니하다. [개정 2009. 12. 29.]

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. [전문개정 2009. 11. 2.]

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 진술 없이 재판할 경우가 있음을 경고하여야 한다. 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.

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 법 제23조의 규정에 의하여 피고인의 진술 없이 재판할 수 있다.

148p (2) 고소취소의 시기 두 번째 단락으로 다음 추가

② 항소권회복청구(제345조)가 인용된 항소심에서도 반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시를 할 수 없다(대판 2016.11.25. 2016도9470). [법18]

150p 하단에 다음 추가

Tip | 합의서 제출 후 번복과 고소취소의 허부 [변18]

① 피해자 명의의 “당사자간에 원만히 합의되어 민·형사상 문제를 일체 거론하지 않기로 한다.”는 취지의 합의서가 수사기관 또는 법원에 제출된 경우, 이러한 합의서 제출만으로 고소취소로 볼 수 있는지 또는 합의서 제출 후 의사를 번복한 경우 고소취소로 볼 수 있는지가 문제된다.

② 판례는 합의서가 수사기관 또는 법원에 제출되거나(대판 2002.7.12. 2001도6777, 대판 2008.2.29. 2007도11339) 합의서와 함께 탄원서가 제출된 경우(대판 1981.11.10. 81도1171)에는 고소를 취소한 것으로 보지만, 합의서 제출 후 제1심에서 고소취소의 의사가 없다고 증언하거나(대판 1981.10.6. 81도1968), 합의서 제출 후에 고소인이 법정에 나와 그 합의서는 강요에 의한 것이며 고소취소의 의사가 없다고 진술하였다면(대판 1980.10.27. 80도1448[합의번복 사건]) 고소는 취소되지 아니한 것으로 본다.

③ 특히, 판례는 반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사표시의 철회와 관련하여, “피해자가 피고인과 사이에 피고인이 교통사고로 인한 피해자의 치료비 전액을 부담하는 조건으로 민·형사상 문제삼지 아니하기로 합의하고 피고인으로부터 합의금 일부를 수령하면서 피고인에게 합의서를 작성·교부하고, 피고인이 그 합의서를 수사기관에 제출한 경우, 피해자는 그 합의서를 작성·교부함으로써 피고인에게 자신을 대리하여 자신의 처벌불원의사를 수사기관에 표시할 수 있는 권한을 수여하였고, 이에 따라 피고인이 그 합의서를 수사기관에 제출한 이상 피해자의 처벌불원의사가 수사기관에 적법하게 표시되었으며, 이후 피고인이 피해자에게 약속한 치료비 전액을 지급하지 아니한 경우에도 민사상 치료비에 관한 합의금지급채무가 남는 것은 별론으로 하고 처벌불원의사를 철회할 수 없다.”고 한다(대판 2001.12.14. 2001도4283).¹⁾

⑤ 생각건대 합의서 제출을 일률적으로 고소취소로 볼 것이 아니라, 탄원서나 법정진술 등과 함께 합의서의 기재내용과 제출경위 등 고소취소권자의 진정한 의사를 고려하여 구체적으로 판단하는 것이 타당하다고 본다.

162p (4) 계좌추적 세 번째 단락으로 다음 추가

■ 금융거래정보에 대한 압수수색과 영장주의(적극)

「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」에 의하면, ① 금융계좌 명의인의 서면상 요구나 동의를 있거나 ② 법관이 발부한 ‘금융계좌추적용 압수수색영장’이 있어야 한다(동법 제4조 제1항). 따라서 수사기관이 영장에 의하지 아니하고 계좌추적 등 거래정보를 획득하였다면, 그와 같이 수집된 증거는 원칙적으로 형사소송법 제308조의2에서 정하는 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’에 해당하여 유죄의 증거로 삼을 수 없다(대판 2013.3.28. 2012도13607). [변19]

1) 판례사안의 운전 중 업무상과실치상죄 등은 반의사불벌죄에 해당한다(교통사고처리특례법 제3조 제2항 본문). 따라서 제1심판결 선고 전에 처벌불원의 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회된 경우에는 다시 고소할 수 없고(제232조 제3항), 재고소가 있더라도 법원은 공소기각판결(제327조 제6호)을 선고해야 한다.

226p 上 4行에 다음 추가

■ 해외서버에 저장된 E-Mail에 대한 압수수색의 허부(적극)

피의자의 이메일 계정에 대한 접근권한에 갈음하여 발부받은 압수·수색영장에 따라 원격지의 저장매체에 적법하게 접속하여 내려받거나 현출된 전자정보를 대상으로 하여 범죄 혐의사실과 관련된 부분에 대하여 압수·수색하는 것은, 압수·수색영장의 집행을 원활하고 적정하게 행하기 위하여 필요한 최소한도의 범위 내에서 이루어지며 그 수단과 목적에 비추어 사회통념상 타당하다고 인정되는 대물적 강제처분 행위로서 허용되며, 법 제 120조 제1항에서 정한 압수·수색영장의 집행에 필요한 처분에 해당한다. 그리고 이러한 법리는 원격지의 저장매체가 국외에 있는 경우라 하더라도 그 사정만으로 달리 볼 것은 아니다(대판 2017.11.29. 2017도9747).

231p 3) 책임자 등의 참여 위에 다음 추가

■ 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 이미지 파일을 제출받아 압수한 경우, 수사기관 사무실에서 압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에서 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는지 여부(소극)

수사기관이 정보저장매체에 기억된 정보 중에서 키워드 또는 확장자 검색 등을 통해 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별한 다음 정보저장매체와 동일하게 비트열 방식으로 복제하여 생성한 파일(이하 '이미지 파일')을 제출받아 압수하였다면, 이로써 압수의 목적물에 대한 압수·수색 절차는 종료된 것이므로, 수사기관이 수사기관 사무실에서 위와 같이 압수된 이미지 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에서 피의자 등에게 참여의 기회를 보장하여야 하는 것은 아니다(대판 2018.2.8. 2017도13263).

233p 하단에 다음 추가

■ 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분 → 헌법불합치

심판대상조항은 체포영장을 발부받아 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 타인의 주거 등 내에서 피의자 수사를 할 수 있다고 규정함으로써, 별도로 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는지 여부를 구별하지 아니하고 피의자가 소재할 개연성만 소명되면 영장 없이 타인의 주거 등을 수색할 수 있도록 허용하고 있다. 이는 체포영장이 발부된 피의자가 타인의 주거 등에 소재할 개연성은 소명되나, 수색에 앞서 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 인정되지 않는 경우에도 영장 없이 피의자 수색을 할 수 있다는 것이므로, 헌법 제16조의 영장주의 예외 요건을 벗어나는 것으로서 영장주의에 위반된다(헌재결 2018.4.26. 2015헌바370).

☞ 제216조 제1항 제1호의 영장 없는 피의자 수색은 ① 피의자가 타인의 주거 등에 소재할 개연성이 소명되고, ② 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우에 한하여 적용된다는 결정이다.

257p 5. 강제채뇨 → 다음 내용으로 변경

(1) 의 의

강제채뇨란 피의자의 하반신을 노출시키고 움직이지 못하게 한 다음 도뇨관을 요도를 통하여 방광에 삽입하여 체내에 있는 뇨(尿)를 강제로 채취하는 것을 말한다.

(2) 허용여부

다른 수사방법보다 인격침해가 심하므로 보다 엄격한 요건하에서 이를 인정하여야 한다(대판 2018.7.12. 2018도6219[채뇨장소로의 임의동행 거부 사건]).

(3) 요 건

최근 판례는 ① 피의자에게 범죄혐의가 있고 그 범죄가 중대한지(혐의범죄의 중대성), ② 소변성분 분석을 통해서 범죄혐의를 밝힐 수 있는지(증거로서의 중요성), ③ 범죄 증거를 수집하기 위하여 피의자의 신체에서 소변을 확보하는 것이 필요한 것인지(강제채취의 필요성), ④ 채뇨가 아닌 다른 수단으로는 증명이 곤란한지(대체수단의 부존재) 등을 고려하여 범죄 수사를 위해서 강제채뇨가 부득이하다고 인정되는 경우에 최후의 수단으로 적법한 절차에 따라야 하고, 이때 의사, 간호사, 그 밖의 숙련된 의료인 등으로 하여금 소변 채취에 적합한 의료장비와 시설을 갖춘 곳에서 피의자의 신체와 건강을 해칠 위험이 적고 피의자의 굴욕감 등을 최소화하는 방법으로 소변을 채취하여야 한다(채취방법의 상당성)는 입장이다(대판 2018.7.12. 2018도6219[채뇨장소로의 임의동행 거부 사건]).

(4) 절 차 - 영장의 종류와 형식

최근 판례는 강제채혈과 마찬가지로 압수 또는 감정의 성격으로 보고 있다.

■ 강제채뇨의 법적 성격과 필요한 영장의 종류

수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 피의자의 동의 없이 피의자의 소변을 채취하는 것은 법원으로부터 감정 허가장을 받아 제221조의4 제1항, 제173조 제1항에서 정한 '감정에 필요한 처분'으로 할 수 있지만(피의자를 병원 등에 유치할 필요가 있는 경우에는 제221조의3에 따라 법원으로부터 감정유치장을 받아야 한다), 제219조, 제106조 제1항, 제109조에 따른 압수·수색의 방법으로도 할 수 있다. 이러한 압수·수색의 경우에도 수사기관은 원칙적으로 제215조에 따라 판사로부터 압수·수색영장을 적법하게 발부받아 집행해야 한다(대판 2018.7.12. 2018도6219).

(5) 관련문제 - 채뇨장소에서의 강제연행

채뇨를 위한 영장의 효력으로 체포되지 아니한 피의자를 채뇨장소로 강제연행을 할 수 있는가의 문제이다.

채뇨장소까지의 연행은 '압수영장 등의 집행에 필요한 처분'에 해당하는 것으로 보아야 하므로(제120조 집행에 「필요한 처분」), 채뇨장소로의 연행은 별도의 체포영장이 없이 압수영장 등의 부수적 효력으로 허용된다.

■ 소변채취 장소로의 임의동행 거부시 유형력 행사의 허부(적극)

압수·수색의 방법으로 소변을 채취하는 경우 ... 피의자가 인근 병원 응급실 등 소변채취에 적합한 장소로 이동하는 것에 동의하지 않거나 저항하는 등 임의동행을 기대할 수 없는 사정이 있는 때에는 수사기관으로서는 소변채취에 적합한 장소로 피의자를 데려가기 위해서 필요 최소한의 유형력을 행사하는 것이 허용된다. 이는 제219조, 제120조 제1항에서 정한 '압수·수색영장의 집행에 필요한 처분'에 해당한다고 보아야 한다(위 판례).

판례 강제체뇨 - 대판 2018.7.12. 2018도6219[체뇨장소로의 임의동행을 거부한 사건].

I. 사실관계

메트암페타민 투약혐의로 영장전담판사로부터 피고인의 소변(30cc), 모발(80수), 마약류 불법사용 도구 등에 대한 압수·수색·검증영장을 발부받아 경찰관이 피고인의 주거지에서 사용 흔적이 있는 주사기 4개를 압수하고, 위 영장에 따라 약 3시간 동안 소변과 모발을 제출하도록 설득하였으나 계속 거부하면서 자해하자 이를 제압하고 수갑과 포승을 채운 뒤 강제로 인근 응급실로 데려가 응급구조사로 하여금 소변 30cc를 채취하도록 하여 이를 압수한 사안에서, 피고인의 소변에 대한 압수영장 집행이 적법하다는 원심의 판단을 수긍한 사례.

II. 판결요지

1. 강제체뇨의 의미와 강제체뇨의 허용 요건과 방법

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

2. 강제체뇨와 영장주의(= 강제체뇨의 법적 성질과 필요한 영장의 종류)

수사기관이 범죄 증거를 수집할 목적으로 피의자의 동의 없이 피의자의 소변을 채취하는 것은 법원으로부터 감정허가장을 받아 제221조의4 제1항, 제173조 제1항에서 정한 ‘감정에 필요한 처분’으로 할 수 있지만(피의자를 병원 등에 유치할 필요가 있는 경우에는 제221조의3에 따라 법원으로부터 감정유치장을 받아야 한다), 제219조, 제106조 제1항, 제109조에 따른 압수·수색의 방법으로도 할 수 있다. 이러한 압수·수색의 경우에도 수사기관은 원칙적으로 제215조에 따라 판사로부터 압수·수색영장을 적법하게 발부받아 집행해야 한다.

3. 소변채취 장소로의 임의동행 거부시 유형력 행사의 허부(적극)

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

287p ⑤ 밑에 다음 추가

■ '다른 중요한 증거를 발견한 경우'의 의미

재정신청 기각결정 당시에 제출된 증거에 새로 발견된 증거를 추가하면 충분히 유죄의 확신을 가지게 될 정도의 증거가 있는 경우를 말하고, 단순히 재정신청 기각결정의 정당성에 의문이 제기되거나 범죄피해자의 권리를 보호하기 위하여 형사재판절차를 진행할 필요가 있는 정도의 증거가 있는 경우는 여기에 해당하지 않는다(대판 2018.12.28. 2014도17182[재정신청 기각결정이 확정된 후 제기된 공소의 적법성 판단 기준이 문제된 사건]).

☞ 관련 민사판결에서의 사실인정 및 판단은, 그러한 사실인정 및 판단의 근거가 된 증거자료가 새로 발견된 증거에 해당할 수 있음은 별론으로 하고, 그 자체가 새로 발견된 증거라고 할 수는 없다는 판시.

288p ② 마지막 단락에 다음 추가

Tip | 즉시항고의 제기기간을 3일로 제한한 제405조 → 헌법불합치

최근 헌법재판소는 형사소송법 제405조는 즉시항고 제기기간을 지나치게 짧게 정함으로써 실질적으로 즉시항고 제기를 어렵게 하고, 즉시항고 제도를 단지 형식적이고 이론적인 권리로서만 기능하게 하므로, 입법제량의 한계를 일탈하여 재판청구권을 침해한다는 이유로 헌법불합치결정을 하였고, 위 법률 조항은 2019. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다고 하였다(헌재결 2018.12.27. 2015헌바77, 2015헌마832(병합)[즉시항고 제기기간 3일 제한 사건]).

295p 3. 표시오류의 효과 두 번째 단락에 다음 추가

■ 공소장에 기재된 적용법조에 법원이 구속되는지 여부(소극)

법률의 해석 및 적용 문제는 법원의 전권이므로, 공소사실이 아닌 어느 처벌조항을 준용할지에 관한 해석 및 판단에 있어서는 법원은 검사의 공소장 기재 적용법조에 구속되지 않는다(대판 2018.7.24. 2018도3443).

☞ 법원은 검사의 공소장 기재 적용법조인 특수상해죄(2016.1.6. 개정형법 제258조의2)에 구속되지 않고 특수폭행치상(제257조 제2항)의 예로 처벌함이 타당하다는 판시.

345p ■ 단독범을 공동정범으로 인정하는 경우에 다음 추가

② 단독범으로 기소된 것을 다른 사람과 공모하여 동일한 내용의 범행을 한 것으로 인정하는 경우에 이로 말미암아 피고인에게 예기치 않은 타격을 주어 방어권 행사에 실질적 불이익을 줄 우려가 없다면 공소장변경이 필요한 것은 아니다(대판 2018.7.12. 2018도5909[요양원의 국민건강보험공단에 대한 허위급여 비용청구 사건]). [법행18]

☞ 사회복지법인과 요양원의 대표인 피고인(女)이 2009년부터 2016년까지 피해자 국민건강보험공단에 허위로 급여비용을 청구하여 25억 여 원을 편취한 범죄사실로 기소된 사안에서, 피고인이 「남편 A가 사망한 2014. 11.까지는 A가 피고인을 배제한 채 요양원을 운영하였고, 피고인은 A가 사망한 이후에 비로소 요양원 운영에 관여하였을 뿐」 이라고 주장하면서 범행을 부인하자, 법원이 「요양원의 원장인 피고인이 남편 A가 사망한 2014. 11.까지는 A와 함께 실질적으로 요양원을 운영하면서 공모하여 피해자 공단을 상대로 사기 범행을 저질렀고, 그 후에는 피고인이 단독으로 이 사건 요양원을 운영하면서 사기 범행을 계속 저질렀다」 고 판단하여, 남편 A가 살아 있는 동안의 범행 부분에 관해서는 공소장변경 없이 피고인을 A와 공동정범으로 인정한 사례.

379p 마지막 단락에 다음 추가

피고인이나 변호인에게 최종의견 진술의 기회를 주지 아니한 채 변론을 종결하고 판결을 선고하는 것은 소송절차의 법령위반에 해당한다(대판 2018.3.29. 2018도327).

418p 上 7行 밑에 다음 추가

■ 강간죄에서 피해자의 진술이 유일한 경우

강간죄에서 공소사실을 인정할 증거로 사실상 피해자의 진술이 유일한 경우에, 피고인의 진술이 경험적상 합리성이 없고 그 자체로 모순되어 믿을 수 없다고 하여 그것이 공소사실을 인정하는 직접증거가 되는 것은 아니지만, 이러한 사정은 법관의 자유판단에 따라 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하거나 직접증거인 피해자 진술과 결합하여 공소사실을 뒷받침하는 간접정황이 될 수 있다(대판 2018.10.25. 2018도7709[피해자 진술의 신빙성이 문제된 사건]).

442p ■ 제1심 증인이 한 진술의 신빙성과 항소심에 다음 추가

② 제1심 증인이 한 진술에 대하여 그 신빙성을 평가하는 방법이 제1심과 항소심에서 본질적인 차이가 있는 점과 우리 형사소송법이 채택한 실질적 직접심리주의의 취지를 고려하면, 제1심판결 내용과 제1심에서 적법하게 증거조사를 거친 증거들에 비추어 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 명백하게 잘못되었다고 볼 특별한 사정이 있거나, 제1심의 증거조사 결과와 항소심 변론종결 시까지 추가로 이루어진 증거조사 결과를 종합하면 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 예외적인 경우가 아니라면, 항소심으로서 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 대한 제1심의 판단이 항소심의 판단과 다르다는 이유만으로 이에 대한 제1심의 판단을 함부로 뒤집어서는 아니 된다(대판 2018.3.29. 2017도21537 등).

☞ 변호인이 제출한 CD(차량 블랙박스 녹화 파일)에 대한 증거조사 외에 별도의 증거조사를 한 바는 없고, 위 증거에는 당시 현장은 녹화되어 있지는 않고 피고인과 경찰관 등의 목소리만 녹음되어 있을 뿐이다. 이와 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 공소사실에 관한 증인들의 법정진술의 신빙성을 인정한 제1심의 판단을 뒤집기 위해서는 그 판단이 명백하게 잘못되었다고 볼 특별한 사정이 인정되거나 그 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 인정되어야 할 것인데, 원심이 제1심의 판결을 파기하면서 지적한 사정들은 이미 제1심이 증인들의 제1심 법정진술의 신빙성을 심사함에 있어 고려한 여러 정황들 중 일부에 불과한 것으로 보일 뿐, 제1심의 판단을 뒤집을 만한 특별한 사정으로 내세울 만한 것은 아니므로, 증인들이 제1심에서 한 진술의 신빙성에 대한 제1심의 판단을 함에 있어 공판중심주의와 직접심리주의 원칙을 위반함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다는 판시.

490p ■ 진술번복의 효력에 다음 추가

다만, 적법절차 보장의 정신에 비추어 성립의 진정함을 인정한 최초의 진술에 그 효력을 그대로 유지하기 어려운 중대한 하자가 있고 그에 관하여 진술인에게 귀책사유가 없는 경우에 한하여 예외적으로 증거조사 절차가 완료된 뒤에도 그 진술을 취소할 수 있고, 그 취소 주장이 이유 있는 것으로 받아들여지게 되면 법원은 구 형사소송규칙(2007. 10. 29. 대법원규칙 제2106호로 개정되기 전의 것) 제139조 제4항의 증거배제결정을 통하여 그 조서를 유죄 인정의 자료에서 제외하여야 한다. [변19]

☞ 증거조사를 마친 조서의 임의성을 다투는 주장이 있으면, 검사가 그 임의성의 의문점을 없애는 증명을 하여야 한다.

558p 하단에 다음 추가

(2) 전자문서를 수록한 파일 등의 증거능력 인정요건과 원본과의 동일성에 대한 입증책임

전자문서를 수록한 파일 등의 경우에는, 성질상 작성자의 서명 혹은 날인이 없을 뿐만 아니라 작성자·관리자의 의도나 특정한 기술에 의하여 내용이 편집·조작될 위험성이 있음을 고려하여, 원본임이 증명되거나 혹은 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본의 내용 그대로 복사된 사본임이 증명되어야만 하고, 그러한 증거가 없는 경우에는 쉽게 증거능력을 인정할 수 없다. 그리고 증거로 제출된 전자문서 파일의 사본이나 출력물이 복사·출력 과정에서 편집되는 등 인위적 개작 없이 원본 내용을 그대로 복사·출력한 것이라는 사실은 ... 이러한 원본 동일성은 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·증명해야 한다(대판 2018.2.8. 2017도13263). [변18(1)]

638p (2) 청구시점 두 번째 단락으로 다음 추가

(2) 항소심판결 선고 후 제1심판결에 대한 항소권회복청구는 허용되지 않는다(대결 2017.3.30. 2016도2874).

■ 항소심판결 선고 후 제1심판결에 대한 항소권회복청구의 허부(소극)

제1심판결에 대하여 피고인 또는 검사가 항소하여 항소법원이 판결을 선고한 후에는 상고법원으로부터 사건이 환송 또는 이송되는 경우 등을 제외하고는 항소법원이 다시 항소심 소송절차를 진행하여 판결을 선고할 수 없다. 따라서 항소심판결이 선고되면 제1심판결에 대한 항소권이 소멸되어 제1심판결에 대한 항소권 회복청구와 항소는 적법하다고 볼 수 없다. 이는 제1심 재판 또는 항소심 재판이 소송촉진법이나 형사소송법 등에 따라 피고인이 출석하지 않은 가운데 불출석 재판으로 진행된 경우에도 마찬가지이다(대결 2017.3.30. 2016도2874).

☞ 따라서 제1심판결에 대하여 검사의 항소에 의한 항소심판결이 선고된 후 피고인이 동일한 제1심판결에 대하여 항소권회복청구를 하는 경우 이는 적법하다고 볼 수 없어, 법원은 제347조 제1항에 따라 결정으로 이를 기각하여야 한다.

639p 上 9行 밑에 다음 추가

Tip | 「소송촉진 등에 관한 특례법」상의 재심과 상소권회복의 구별

소속법(제23조의2)상의 재심	상소권회복(형사소송법 제345조)
제23조 본문(공시송달)에 따라 유죄판결이 확정된 자가 책임질 수 없는 사유로 출석할 수 없었던 경우에 제1심법원에 재심을 청구하는 제도	상소권자가 책임질 수 없는 사유로 인하여 상소제기기간이 경과한 후에 법원의 결정에 의하여 소멸된 상소권을 회복시키는 제도
확정된 제1심의 유죄판결이 대상	유죄판결을 포함한 모든 형태의 재판이 대상
원판결을 한 제1심절차가 개시됨 (친고죄 등 고소취소가 허용됨)	상소심절차가 개시됨 (친고죄 등 고소취소가 불허됨)
일단 확정판결이 존재한 상태에서 진행됨	유효한 상소제기가 있는 것으로 보아, 일단 발생했던 재판의 확정력이 배제됨

672p (2) 항소기각의 결정 두 번째 단락 밑에 다음 추가

■ 항소이유서 부제출을 이유로 항소기각의 결정을 하기 위한 요건

형사소송법 제361조의4, 제361조의3, 제361조의2에 따르면, 항소인이나 변호인이 항소법원으로부터 소송 기록접수통지를 받은 날로부터 20일 이내에 항소이유서를 제출하지 않고 항소장에도 항소이유의 기재가 없는 경우에는 결정으로 항소를 기각할 수 있도록 정하고 있다. 그러나 항소이유서 부제출을 이유로 항소기각의 결정을 하기 위해서는 항소인이 적법한 소송기록접수통지서를 받고서도 정당한 이유 없이 20일 이내에 항소이유서를 제출하지 않았어야 한다(대결 2018.3.29. 2018모642). [변19]

☞ 피고인의 항소대리권자인 배우자가 피고인을 위하여 항소한 경우(제341조)에도 소송기록접수통지는 항소인인 피고인에게 하여야 하는데(제361조의2), 피고인이 적법하게 소송기록접수통지서를 받지 못하였다면 항소이유서 제출기간이 지났다는 이유로 항소기각결정을 하는 것은 위법하다.

682p (1) 즉시항고 예 추가

예 재정신청에 대한 고등법원의 기각결정에 대하여도 제415조에 따른 즉시항고를 할 수 있다(제262조 제4항). [2016.1.6. 일부개정]

☞ 다만, 재소자의 재장신청기각결정에 대한 즉시항고장의 제출에는 도달주의 원칙에 따라 판단하여야 하고, 재소자특례규정(제345조)은 준용되지 않는다(대결(주소) 2015.7.16. 2013모2347[다수의견]).

Tip | 즉시항고의 제기기간을 3일로 제한한 제405조 → 헌법불합치

형사소송법 제405조는 즉시항고 제기기간을 지나치게 짧게 정함으로써 실질적으로 즉시항고 제기를 어렵게 하고, 즉시항고 제도를 단지 형식적이고 이론적인 권리로서만 기능하게 하므로, 입법재량의 한계를 일탈하여 재판청구권을 침해한다(헌재결 2018.12.27. 2015헌바77,2015헌마832(병합)[즉시항고 제기기간 3일 제한 사건]).

☞ 형사소송법 제405조는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2019. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

□ 사건개요

○ 2015헌바77[기피신청기각결정에 대한 즉시항고 사건]

재판장에 대하여 기피신청을 하였으나 기각되었고, 기피신청 기각결정에 대하여 즉시항고를 하였으나, 형사소송법 제405조에 규정된 3일의 즉시항고 기간이 경과하여 항고권이 소멸되었음을 이유로 즉시항고가 기각되자, 대법원에 재항고를 하고 재항고심 계속 중 형사소송법 제405조에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 기각되자, 이 사건 헌법소원심판을 청구한 사건.

○ 2015헌마832[재정신청기각결정에 대한 즉시항고 사건]

청구인은 자신이 고소한 사건에 대하여 서울중앙지방검찰청 검사가 불기소처분을 하자 서울고등법원에 재정신청을 하였으나 2015. 7. 10. 기각되었으며, 금요일인 2015. 7. 17. 그 결정문을 송달받았다. 청구인은 대법원에 즉시항고를 제기하고자 하였으나, 결정문을 송달받은 직후가 주말이어서 관련 공공기관 등이 휴무였고, 월요일에는 개인사정으로 법률상담을 받을 수 없게 되어 즉시항고 제기기간 3일을 지킬 수 없게 되었으므로 형사소송법 제405조가 자신의 재판청구권 등을 침해한다고 주장하며, 이 사건 헌법소원심판을 청구한 사건.

689p II. 재심사유 세 번째 단락 밑에 다음 추가

■ 재심이 허용되는 대상 판결 및 변소판결을 대상으로 한 재심청구가 적법한지 여부(소극)

- ① 재심은 형사소송법 제420조, 제421조 제1항의 규정에 의하여 유죄 확정판결 및 유죄판결에 대한 항소 또는 상고를 기각한 확정판결에 대하여만 허용된다(대결 2018.5.2. 2015도3243[긴급조치 제9호 관련 재심사건]).
- ② 변소판결은 유죄 확정판결이라 할 수 없으므로 변소판결을 대상으로 한 재심청구는 부적법하다. [변18]

693p 上 11行 밑에 다음 추가

■ 수사기관이 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따라 영장 없는 체포·구금을 한 경우에도 불법체포·감금의 직무범죄가 인정되는 경우에 준하는 것으로 보아 제420조 제7호의 재심사유가 있다고 보아야 하는지 여부(적극)

재심제도의 목적과 이념, 형사소송법 제420조 제7호의 취지, 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따른 체포·구금으로 인한 기본권 침해 결과 등 제반 사정을 종합하여 보면, 수사기관이 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따라 영장 없는 체포·구금을 한 경우에도 불법체포·감금의 직무범죄가 인정되는 경우에 준하는 것으로 보아 제420조 제7호의 재심사유가 있다고 보아야 한다. 위와 같이 유추적용을 통하여 영장주의를 배제하는 위헌적 법령에 따라 영장 없는 체포·구금을 당한 국민에게 사법적 구제수단 중의 하나인 재심의 문을 열어놓는 것이 헌법상 재판받을 권리를 보장하는 헌법합치적 해석이다(대결 2018.5.2. 2015도3243 [긴급조치 제9호 관련 재심사건]).

697p ■ 경합범의 일부와 재심개시결정의 범위 및 재심법원의 심판범위 ②를 다음 변경

- ② 경합범 관계에 있는 수개의 범죄사실에 대하여 1개의 형을 선고한 불가분의 확정판결 중 일부에 재심사유가 있는 경우의 재심개시의 범위(확정판결의 전부) : 경합범 관계에 있는 수개의 범죄사실을 유죄로 인정하여 1개의 형을 선고한 불가분의 확정판결에서 그 중 일부의 범죄사실에 대하여만 재심청구의 이유가 있는 것으로 인정되었으나 형식적으로는 1개의 형이 선고된 판결에 대한 것이어서 그 판결 전부에 대하여 재심개시의 결정을 한 경우, 재심법원은 재심사유가 없는 범죄에 대하여는 새로이 양형을 하여야 하는 것이므로 이를 헌법상 이중처벌금지의 원칙을 위반한 것이라고 할 수 없고, 다만 불이익변경의 금지 원칙이 적용되어 원판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못할 뿐이다(대판 2018.2.28. 2015도15782; 대결(총합) 2010.10.29. 2008제도11[‘진보당’ 사건에 대한 재심사건]).

724p (1) 공판절차에 의한 심판 두 번째 단락으로 다음 추가

② 즉결심판에 대하여 피고인만 정식재판청구가 있는 경우에도 불이익변경금지의 원칙이 적용된다(판례). 다만, 2017. 12. 19. 개정된 약식명령에 대한 정식재판청구사건에서의 ‘형중 상향 금지’의 원칙(제457조의)의 개정취지를 고려하면, 즉결심판에 대한 정식재판청구사건에서도 종래의 불이익변경금지의 원칙이 아닌 개정된 ‘형중 상향 금지’의 원칙이 준용되는 것으로 봄이 타당하다. [변18(1)]