

2025 형사소송법 Blackbox(제12판) 추록 및 최근 중요판례 추가

【判】 법원은 피고인에게 유리한 양형요소를 주장할 필요성이 있는 경우, 피고인의 권리보호를 위하여 형사소송법 제33조 제3항을 적용하여 국선변호인을 선정해 줄 필요가 있는지 여부(적극) ★★★

대판 2024.7.11. 2024도4202(마약류관리에관한법률위반(향정)) [국선변호인의 선정 없이 공판심리가 이루어져 피고인의 방어권이 침해되었는지 여부가 문제된 사건].

→ BB 14p 하단 재량국선(제33조 제3항)에 추가.

- [1] 형사소송법 제33조에서 규정한 국선변호인 제도의 취지와 내용 : 형사소송법 제33조는 헌법 제12조에 의하여 피고인에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리가 공판심리절차에서 효과적으로 실현될 수 있도록 일정한 경우에 직권 또는 피고인의 청구에 의한 법원의 국선변호인 선정 의무를 규정하는 한편(제1항, 제2항), 피고인의 나이·지능 및 교육 정도 등을 참작하여 권리보호를 위하여 필요하다고 인정되면 피고인의 명시적 의사에 반하지 아니하는 범위에서 법원이 국선변호인을 선정하여야 한다고 규정하고 있다(제3항).
- [2] 약물중독 등으로 인한 심신미약 정도, 마약 투약으로 수사받던 피고인이 중요한 수사협조를 하여 특별감경 양형요소로 반영될 개연성이 높은 경우 등 피고인에게 유리한 양형요소를 주장할 필요성이 있는 경우, 피고인의 권리보호를 위하여 국선변호인을 선정하여 방어권을 보장해 줄 필요가 있는지 여부(적극) : 공소제기된 범죄의 내용과 보호법익, 피고인의 직업이나 경제력, 범죄 전력, 예상되는 주형과 부수처분의 종류, 약물중독 등으로 인한 심신미약 정도, 마약 투약으로 수사받던 피고인이 중요한 수사협조를 하여 특별감경 양형요소로 반영될 개연성이 높은 경우 등 피고인에게 유리한 양형요소를 주장할 필요성이 있다면 피고인의 권리보호를 위하여서는 피고인의 명시적 의사에 반하지 아니하는 범위에서 국선변호인을 선정하여 방어권을 보장해 줄 필요가 있다고 할 것이다.
- [3] 제1심법원이 피고인에 대하여 무죄를 선고하였으나 검사가 항소한 사안에서 항소법원이 변호인이 선임되지 않은 피고인에 대하여 검사의 항소를 받아들여 유죄를 선고하는 경우, 피고인의 권리보호를 위하여 공판심리단계에서부터 국선변호인의 선정을 더욱 적극적으로 고려하여야 하는지 여부(적극) : 항소심에서 양형이 피고인에게 불리하게 변경되는 경우뿐 아니라, 제1심법원이 피고인에 대하여 무죄를 선고하였으나 검사가 항소한 사안에서 항소법원이 변호인이 선임되지 않은 피고인에 대하여 검사의 항소를 받아들여 유죄를 선고하는 경우에는 공판심리단계에서부터 국선변호인의 선정을 더욱 적극적으로 고려하여야 한다. 그리하여 국선변호인이 피고인을 위하여 유죄 증명을 위한 검사의 주장과 증거 제출에 대응하는 데에서 나아가, 제1심의 무죄판결에서는 판단된 바 없는 양형에 관한 주장과 그에 관한 자료를 제출하도록 함으로써 피고인의 권리를 보호할 필요성은 충분하다고 할 것이다.
- [4] 제33조 제3항을 적용하여 국선변호인을 선정하여 방어권을 보장해 줄 필요가 있는지 판단할 때 고려하여야 할 사정 / 이때 국선변호인을 선정할 필요가 있음에도 국선변호인의 선정 없이 공판심

리가 이루어져 피고인의 방어권이 침해됨으로써 판결에 영향을 미친 경우, 제33조 제3항을 위반한 것인지 여부(적극) : 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리 및 형사소송법상 국선변호인 제도의 취지와 제33조 제3항 및 항소심에서의 국선변호인 선정과 관련한 판례의 취지에 비추어 보면, 법원으로서 피고인의 나이·지능 및 교육 정도, 건강상태, 다투는 내용에 관하여 피고인 홀로 방어권 행사가 가능한 수준과 정도, 피고인의 재판을 도와줄 가족이 있는지 여부 등을 충분히 살펴 권리보호를 위하여 필요하다고 인정되면 제33조 제3항의 규정을 적용하여 피고인의 명시적 의사에 반하지 아니하는 범위에서 국선변호인을 선정하여 방어권을 보장해 줄 필요가 있다. 그런데도 국선변호인의 선정 없이 공판심리가 이루어져 피고인의 방어권이 침해됨으로써 판결에 영향을 미쳤다고 인정되는 경우에는 제33조 제3항을 위반한 위법이 있다고 보아야 한다.

【정리】 형사소송법 제33조 제3항의 국선변호인 선정사유¹⁾

★★★

피고인이 구속기소가 되어 제1심에서 사선변호인을 선임하여 공소사실을 다투어 무죄판결이 선고되자 검사가 사실오인 등을 이유로 항소를 제기하였는데, 항소심은 변호인이 선임되지 않은 피고인에 대하여 국선변호인을 선정하지 않은 채 공판기일을 진행하고 검사의 주장을 받아들여 제1심 판결을 파기하고 피고인에 대해 실형을 선고한 사안

대법원은 ㉠ 피고인에 대해 원심에서 국선변호인이 선정되었다면 피고인이 1심 증인 진술의 신빙성과 자백보강증거의 유무 등에 대해 보다 구체적으로 다투거나, ㉡ 대법원 양형위원회의 양형기준에서 정한 특별양형인자 중 감경요소인 ‘중요한 수사협조’나 ‘심신미약(본인 책임 없음)’ 등 자신에게 유리한 양형사유를 주장하고 양형자료를 수집·제출하는 등의 방법으로 방어권을 행사할 여지가 있었으므로,

원심으로서 피고인의 나이와 지능 및 교육 정도, 피고인의 경제력, 검사의 주장에 대해 보다 구체적으로 다투거나 피고인에게 유리한 양형요소를 주장할 필요성 등을 충분히 살펴 피고인의 권리보호를 위해 필요하다고 인정하면 피고인의 명시적 의사에 반하지 않는 범위에서 국선변호인을 선정하는 절차를 취하여야 한다고 보아, 이와 달리 피고인의 권리보호를 위해 국선변호인을 선정함이 필요하다고 인정할 수 있는 여러 사정을 제대로 살피지 않은 채 국선변호인을 선정하지 않고 피고인만 출석한 상태에서 공판기일을 진행하여 판결을 선고한 원심을 형사소송법 제33조 제3항을 위반한 위법이 있다며 파기환송한 사례.

1) 이창현, 법률저널, 2025. 7. 1. 참조.

【判】 항소법원이 국선변호인을 선정하였는데, 피고인이 사선변호인을 선임하여 법원이 종전 국선변호인을 취소한 경우, 사선변호인에게 다시 소송기록접수통지를 할 필요가 있는지 여부(적극) [법행19,25 법원21 변21(1)] ★★★

※ [정리] 대판 2019.7.10. 2019도4221. → BB 17p. 25-2. 관련.

피고인과 국선변호인이 모두 법정기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하였더라도, 국선변호인이 항소이유서를 제출하지 아니한 데 대하여 피고인에게 귀책사유가 있음이 특별히 밝혀지지 않는 한, 항소법원은 종전 국선변호인의 선정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정하여 다시 소송기록접수통지를 함으로써 새로운 변호인으로 하여금 그 통지를 받은 때로부터 형사소송법 제361조의3 제1항의 기간 내에 피고인을 위하여 항소이유서를 제출하도록 하여야 한다(대결(全합) 2012.2.16. 2009도1044). [법부사 2014 등 각종기출 다수]

그리고 이러한 법리는 항소법원이 종전 국선변호인의 선정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정하여 소송기록접수통지를 하기 이전에 피고인이 사선변호인을 선임한 경우 그 사선변호인에 대하여도 마찬가지로 적용되어야 한다(대판 2019.7.10. 2019도4221). [법행 2025 등]

☞ 미성년자인 피고인이 법정대리인의 동의 없이 항소취하서를 제출하였다는 사정만으로 국선변호인이 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 않은 것에 대하여 피고인에게 귀책사유가 있다고 볼 수는 없다.

☞ 따라서 항소법원은 사선변호인에게 다시 기록통지를 하여 사선변호인이 피고인을 위하여 항소이유서를 제출할 기회를 부여하여야 한다.

■ 정보처리장치 등에 대한 압수에 휴대전화에 저장된 전자정보도 포함되는지 여부(소극) [변251] ★★★

→ BB 51p 중간 (5) 밑에 추가.

1. 문제점

영장에 기재된 '압수할 물건'에 휴대전화에 저장된 전자정보가 포함되어 있지 않은 경우 그 영장으로 휴대전화에 저장된 전자정보를 압수할 수 있는지 여부가 문제된다.

2. 휴대전화와 정보처리장치·정보저장매체의 구별

휴대전화는 정보처리장치나 정보저장매체의 특성을 가지고 있기는 하나, 기본적으로 통신매체의 특성을 가지고 있어 컴퓨터, 노트북 등 정보처리장치나 USB, 외장하드 등 정보저장매체와는 명확히 구별되는 특성을 가지고 있다. 휴대전화, 특히 스마트폰에는 전화·문자메시지·SNS 등 통신, 개인 일정, 인터넷 검색기록, 전화번호, 위치정보 등 통신의 비밀이나 사생활에 관한 방대하고 광범위한 정보가 집적되어 있다. 이와 같이 휴대전화에 저장된 전자정보는 컴퓨터나 USB 등에 저장된 전자정보와는 그 분량이나 내용, 성격 면에서 현저한 차이가 있으므로, 휴대전화에 대한 압수·수색으로 얻을 수 있는 전자정보의 범위와 그로 인한 기본권 침해의 정도도 크게 다르다.

따라서 압수·수색영장에 기재된 '압수할 물건'에 휴대전화에 저장된 전자정보가 포함되어 있지 않다면, 특별한 사정이 없는 한 그 영장으로 휴대전화에 저장된 전자정보를 압수할 수는 없다고 보아야 한다(대결 2024.9.25. 2024모2020 [압수수색영장에 명시적으로 기재되어 있지 않은 휴대전화에 대한 압수수색의 적법 여부가 문제된 사건]).

3. 결 어

영장에 기재된 '압수할 물건'에 휴대전화에 저장된 전자정보가 포함되어 있지 않은 경우 그 영장으로 휴대전화에 저장된 전자정보를 압수할 수 없다.

■ **피처분자가 미성년자인 경우, 압수·수색영장 제시의 상대방(= 의사능력이 있는 한 그 미성년자) ★★**

→ BB 52p ③ 밑에 추가.

수사기관의 압수·수색절차 과정에서 처분을 받는 자가 미성년자인 경우, 의사능력이 있는 한 미성년자에게 영장이 반드시 제시되어야 하고, 그 친권자에 대한 영장제시로 이를 갈음할 수 없다. 또한 의사능력이 있는 미성년자나 그 변호인에게 압수·수색영장 집행 절차에 참여할 기회가 보장되어야 하고, 그 친권자에게 참여의 기회가 보장되었다는 이유만으로 압수·수색이 적법하게 되는 것은 아니다(대판 2024.12.24. 2022도2071(업무방해) [경찰이 친권자를 통하여 미성년인 자녀가 사용·관리하는 휴대전화를 압수한 절차의 위법 여부가 문제된 사건]).

■ **압수·수색에 있어서 변호인의 참여권의 성격(= 고유권) ★★**

→ BB 52p ㉑에 추가.

제219조, 제121조가 규정한 변호인의 참여권은 피압수자의 보호를 위하여 변호인에게 주어진 고유권이다. 따라서 설령 피압수자가 수사기관에 압수·수색영장의 집행에 참여하지 않는다는 의사를 명시하였다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 그 변호인에게는 제219조, 제122조에 따라 미리 집행의 일시와 장소를 통지하는 등으로 압수·수색영장의 집행에 참여할 기회를 별도로 보장하여야 한다(대판 2020.11.26. 2020도10729 등).

☞ 피고인이 수년간 피시방, 노래방 등의 화장실에 몰래카메라를 설치하여 타인의 신체를 촬영한 것이 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반(카메라등이용촬영)으로 기소된 사안에서, 수사기관이 그 사무실에서 저장매체를 탐색·복제·출력하는 방법으로 압수·수색영장을 집행하기에 앞서 피고인의 국선변호인에게 그 집행의 일시와 장소를 통지하는 등으로 절차에 참여할 기회를 제공하지 않은 것은 적법절차 위반에 해당하지만, 다만, 기록에 나타난 제반 사정에 비추어 위법수집증거의 증거능력을 예외적으로 인정할 수 있는 경우에 해당한다고 볼 여지가 충분하다고 본 사안.

☞ 수사기관이 피고인의 동의를 얻어 피고인의 휴대전화 전자정보를 탐색하고, 그 과정에서 피해자와의 성관계 영상 등을 확인한 후, 압수·수색영장을 발부받아 피고인의 휴대전화에 저장된 동영상, 사진 등 전자정보를 압수하였는데, 그 과정에서 피고인의 변호인에게 위 압수·수색 절차에 관한 사전 통지를 하지 않은 경우, 수사기관은 위와 같은 탐색·복제에 앞서 피고인의 변호인에게 그 집행의 일시와 장소를 통지하는 등으로 절차에 참여할 기회를 제공하여야 하고 그와 같은 조치를 취하지 않은 것은 압수절차를 위반한 것이나, 피고인이 실제 탐색·복제 절차에 참여하는 등 제반 사정에 비추어 보면 예외적으로 그와 같이 수집된 증거와 2차적 증거 모두 증거능력이 있는 경우에 해당하여 증거능력을 인정할 수 있다고 본 사안(대판 2025.4.24. 2024도19106).

**【判】 수사기관이 휴대폰 압수수색 후 해당 사건과 무관한 정보를 계속 보관하면서
별건 수사에 영장 없이 활용한 것이 위법수집증거 해당 여부(적극) [변24 법24] ★★**

→ BB 55p 하단에 추가.

[1] 전자정보에 대한 압수수색에 있어 무관한 전자정보를 탐색·복제·출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수·수색에 해당하므로 허용될 수 없다. 다만, 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 유관정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 무관정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관으로서는 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한해 해당 정보에 대하여도 적법하게 압수수색을 할 수 있다.

[2] 수사기관이 유관정보를 선별해 압수한 후에도 무관정보를 삭제·폐기·반환하지 않고 그대로 보관하고 있다면 무관정보 부분에 대해서는 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보를 영장 없이 압수수색하여 취득한 것이어서 위법하고, 사후에 법원으로부터 압수수색영장이 발부됐다가거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의했다고 하여 그 위법성이 치유된다고 볼 수 없다. [변24,24(1),24(2),24(3) 법24]

[3] 한편, 녹음파일 등과 이에 터 잡아 수집된 2차적 증거들은 위법수집증거로 모두 증거능력이 없는데도 세 번째 영장의 집행 이후에 수집된 증거들에 대하여 증거능력을 인정한 원심의 판단에는 증거능력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다(대판 2024.4.16. 2020도3050[수사기관이 휴대폰을 압수·수색한 뒤 대검찰청 서버에 해당 사건과 무관한 정보를 계속 보관하면서 별건 수사에 영장 없이 활용한 것은 위법수집증거로 증거능력이 없다는 사건]).

☞ 검찰수사서기관인 A는 수사를 지연시켜 달라는 내용의 부정청탁을 받은 뒤 그에 따라 직무를 수행하고 수사기관 내부의 비밀을 누설한 혐의로 수사를 받게 되었는데, 수사기관은 다른 사람의 사건에서 휴대폰을 압수·수색하는 과정에서 해당 휴대전화에 저장된 전자정보를 탐색하던 중 우연히 이 사건 범죄사실 혐의와 관련된 녹음파일 등 전자정보를 발견하였다. 이후 수사기관은 약 3개월 동안 대검찰청 통합디지털증거관리시스템(D-NET, 대검찰청 서버)에 그대로 저장해 보관하면서 영장 없이 탐색·복제·출력해 증거를 수집하였다.

☞ (수사기관은 녹음파일 발견 후 약 1개월이 지난 시점에 이 혐의사실로 영장을 발부받았지만 집행하지 않았고, 해당 영장의 유효기간이 만료되자 다시 1개월여 뒤 동일한 내용의 영장을 추가로 발부받았다. 수사기관은 두 번째와 세 번 영장을 집행하지 않은 상태에서 당초 녹음 파일을 기초로 증거를 수집하다가, 세 번째 영장을 발부받은 때로부터 약 1개월이 지난 때 해당 영장을 집행하여 대검 서버에 저장돼 있는 이 사건 녹음파일 등을 압수하였다.)

☞ 대법원은 이 사건 녹음파일 등은 영장주의와 적법절차 원칙을 위반하여 위법하게 수집된 증거에 해당한다고 판단하고, 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 위반 등 혐의로 기소된 A에게 징역 2년에 집행유예 4년을 선고한 원심을 파기하고 사건을 춘천지법으로 돌려보낸 사안.

34-1. 유류물 압수·수색에서 관련성의 제한 여부(소극) 및 참여권자의 참여가 필수적인지 여부(소극)

[변시 2025(3) 등] ★★★

→ BB 59p 하단에 추가.

1. 유류물 압수·수색에 있어서 관련성의 제한이 적용되는지 여부

제215조 제1항은 ... 제218조는 유류물을 압수하는 경우에 사전, 사후에 영장을 받을 것을 요구하지 않는다. 유류물 압수와 같은 조문에 규정된 임의제출물 압수의 경우, 제출자가 제출압수의 대상을 개별적으로 지정하거나 그 범위를 한정할 수 있으나, 유류물 압수는 그와 같은 제출자의 존재를 생각하기도 어렵다.

따라서 유류물 압수·수색에 대해서는 원칙적으로 영장에 의한 압수·수색·검증에 관하여 적용되는 제 215조 제1항이나 임의제출물 압수에 관하여 적용되는 관련성의 제한이 적용된다고 보기 어렵다.

2. 유류물 압수·수색에 있어서 참여권 주체가 되는 피압수자의 존재가 있는지 여부

유류물 압수는 수사기관이 소유권이나 관리처분권이 처음부터 존재하지 않거나, 존재하였지만 적법하게 포기된 물건, 또는 그와 같은 외관을 가진 물건 등의 점유를 수사상 필요에 따라 취득하는 수사방법을 말하므로, 유류물 압수에 있어서는 정보저장매체의 현실적 지배·관리 혹은 이에 담겨있는 전자정보 전반에 관한 전속적인 관리처분권을 인정하기 어렵다.

따라서 정보저장매체를 소지하고 있던 사람이 이를 분실한 경우와 같이 그 권리를 포기하였다고 단정하기 어려운 경우에도, 수사기관이 그러한 사정을 알거나 충분히 알 수 있었음에도 이를 유류물로서 영장 없이 압수하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 영장에 의한 압수나 임의제출물 압수와 같이 수사기관의 압수 당시 참여권 행사의 주체가 되는 피압수자가 존재한다고 평가할 수는 없다.

3. 정 리

범죄수사를 위해 정보저장매체의 압수가 필요하고, 정보저장매체를 소지하던 사람이 그에 관한 권리를 포기하였거나 포기한 것으로 인식할 수 있는 경우에는, 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 압수의 대상이나 범위가 한정된다거나, 참여권자의 참여가 필수적이라고 볼 수는 없다(대판 2024.7.25. 2021도1181(음란물제작·배포등)[피고인이 주거지 밖으로 집어던진 저장매체를 수사기관이 유류물로 영장 없이 압수한 사건]).

[사실관계] 피고인이 불법촬영 혐의에 관하여 이루어진 주거지 등에 관한 압수수색 직전에 주거지 밖으로 저장매체(SSD 카드, 이하 '이 사건 저장매체')를 집어던졌고, 이를 유류물로 영장 없이 압수한 수사기관이 위 저장매체 및 압수수색영장에 의하여 압수한 다른 저장매체의 탐색 과정에서 별건(아동·청소년 음란물 제작 등) 혐의의 증거를 발견하여 피고인을 별건 혐의로만 기소한 사안임.

☞ 원심은, 이 사건 저장매체를 유류물로 보아 영장 없이 압수한 행위 자체는 적법하다고 보면서도, 경찰관들은 이 사건 저장매체에 들어있는 전자정보의 탐색, 출력 과정에서 피고인의 참여권을 보장하지 않았고, 이 사건 저장매체에서 복제, 출력된 동영상들(이하 'SSD 카드 파일')과 영장에 기재된 혐의사실 사이에 객관적 관련성이 인정되지 않는다는 등의 이유로 SSD 카드 파일의 증거능력을 부정하였음.

☞ 대법원은 위와 같은 법리로, 유류물로서 영장 없이 압수한 저장매체로부터 복제, 출력된 SSD 카드 파일의 증거능력을 부정하여 그 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결 부분을 파기·환송함.

- ① 제출자인 소지자·보관자 등의 처분권한의 유무는 불문.
- ② 임의제출시 소유권자의 동의도 불요(대판 2008.5.15. 2008도1097[소위 김태촌 비망록 사건]).
- ③ 다만, 소지·보관의 경위는 적법하여야 함(대판 2010.1.28. 2009도10092[쇠파이프 압수 사건]).
- ④ 그리고 현행범 체포현장 또는 범죄장소(또는 범죄현장)에서의 임의제출물 압수도 허용되며, 이 경우 별도로 사후영장을 받을 필요도 없음(대판 2019.11.14. 2019도13290; 대판 2020.4.9. 2019도17142 등).
- ⑤ 제출의 임의성의 입증 : 검사가 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명하여야 함. 임의성이 없는 경우에는 증거능력을 인정할 수 없음(대판 2024.3.12. 2020도9431 등). ★★
- ⑥ 전자정보의 경우 : 피압수수색 당사자 또는 변호인에게 참여의 기회를 보장하고, 파일 명세가 특정된 압수목록을 작성·교부하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 함(대판 2023.6.1. 2020도12157).
- ⑦ 관련성 한정 : 임의제출물 압수의 경우에도 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실과 관련된 부분에 한하여 압수의 대상이 됨(대판(총합) 2021.11.18. 2016도348[대학교수 여제자 중간제추행 사건] 등).
- ⑧ 참여권 보장, 압수목록 작성·교부, 압수조서의 작성 등 : 임의제출물 압수의 경우에도 임의제출자인 피의자에게 참여권을 보장하고(제121조), 압수목록을 신속하게 작성·교부하여야 하고(제129조), 압수경위 등을 구체적으로 기재한 압수조서도 작성하는 등, 피의자의 절차적 권리를 보장하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 함(대판(총합) 2021.11.18. 2016도348; 대판 2023.6.1. 2020도2550; 대결 2024.1.5. 2021도385 등). ★★
- ⑨ 피의자 아닌 피해자 등 제3자가 ‘피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체’를 임의제출하는 경우 : (가) ‘관련성’, 임의제출의 동기가 된 범죄혐의사실과 구체적·개별적 연관관계가 있는 전자정보에 한하여 압수의 대상이 되는 것으로 더욱 제한적으로 해석하여야 함, (나) 나아가 특별한 사정이 없는 한 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하여야 하고, (다) 만약 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보, 즉 무관정보에 대해 수사기관이 영장 없이 압수·수색하여 취득한 증거는 위법수집증거에 해당하고, 사후영장의 발부 또는 증거동의로 그 위법성이 치유되는 것도 아님(대판(총합) 2021.11.18. 2016도348 등). ★★
- ⑩ 임의제출한 피압수자에 더하여 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권이 보장되어야 하는 ‘피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체’의 의미 : ‘피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체’란 피의자가 압수·수색 당시 또는 이와 시간적으로 근접한 시기까지 해당 정보저장매체를 현실적으로 지배·관리하면서 그 정보저장매체 내 전자정보 전반에 관한 전속적인 관리처분권을 보유·행사하고, 달리 이를 자신의 의사에 따라 제3자에게 양도하거나 포기하지 아니한 경우로써, 피의자를 그 정보저장매체에 저장된 전자정보에 대하여 실질적인 압수·수색 당사자로 평가할 수 있는 경우를 말함.
 이에 해당하는지 여부는 민사법상 권리의 귀속에 따른 법률적·사후적 판단이 아니라 압수·수색 당시 외형적·객관적으로 인식 가능한 사실상의 상태를 기준으로 판단하여야 하고(대판 2024.12.26. 2023도3626 아청법위반(음란물제작·배포등) 등), 이러한 정보저장매체의 외형적·객관적 지배·관리 등 상태와 별도로 단지 피의자나 그 밖의 제3자가 과거 그 정보저장매체의 이용 내지 개별 전자정보의 생성·이용 등에 관여한 사실이 있거나 그 과정에서 생성된 전자정보에 의해 식별되는 정보주체에 해당한다는 사정만으로 그들을 실질적으로 압수·수색을 받는 당사자로 취급하여야 하는 것은 아님(대판(총합) 2023.9.18. 2022도7453(업무방해)[허위 인턴활동 확인서 사건] 등). ★★
- ⑪ 유류물의 압수에 있어서 ‘관련성’의 제한이 적용되는지 및 참여권자의 참여가 필수적인지 여부 : 범죄수사를 위해 정보저장매체의 압수가 필요하고, 정보저장매체를 소지하던 사람이 그에 관한 권리를 포기하였거나 포기한 것으로 인식할 수 있는 경우에는, 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 압수의 대상이나 범위가 한정되거나, 참여권자의 참여가 필수적이라고 볼 수는 없음(대판 2024.7.25. 2021도1181). ★★

▣ 공소장변경 없이 직권으로 준강간죄의 장애미수를 불능미수로 인정할 수 있는지 여부(적극) ★★★

→ BB 82p ⑤ 밑에 추가.

1. 준강간죄의 불능미수 성립요건

피고인이 피해자가 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다고 인식하고 그러한 상태를 이용하여 간음할 의사로 준강간의 실행에 착수하였으나, 피해자가 실제로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있지 않은 경우에는 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 준강간죄에서 규정하고 있는 구성요건적 결과의 발생이 처음부터 불가능하였다고 볼 수 있다. 이때 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 보았을 때 준강간의 결과가 발생할 위험성이 있었다면 준강간죄의 불능미수가 성립한다(대판(全숨) 2019.3.28. 2018도16002 참조).

2. 공소장변경 없이 직권으로 다른 범죄사실을 인정해야 하는 기준

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는, 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있고(대판 1999.11.9. 99도3674 등 참조), 이와 같은 경우 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 가볍지 아니하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우라면 법원으로서의 직권으로 그 범죄사실을 인정하여야 한다(대판 2006.4.13. 2005도9268, 대판 2022.4.28. 2021도9041 등 참조).

- ☞ 피고인이 술에 취하여 잠이 들어 항거불능 상태에 있던 피해자를 간음하려 하였으나 정신을 차린 피해자가 거부하며 항의하는 바람에 미수에 그쳤다는 이유로 준강간죄의 장애미수로 기소된 사안.
- ☞ 원심은, 피고인에게 준강간 고의가 있었던 것으로는 보이나 당시 피해자가 항거불능 상태에 있었다는 점에 관한 증거가 부족하여 준강간죄의 장애미수가 성립한다고 볼 수 없고, 준강간죄의 불능미수로 의율할 수는 있다고 보이나, 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 있으므로 공소장변경 없이 직권으로 준강간죄의 불능미수 범죄사실을 인정할 수는 없다는 이유로, 무죄로 판단하였음.
- ☞ 대법원은, 위와 같은 법리를 실시하면서, 피고인의 행위가 준강간죄의 불능미수에 해당한다고 볼 수 있고, 나아가 ① 준강간죄의 장애미수의 공소사실과 준강간죄의 불능미수의 범죄사실 사이에 범행일시, 장소, 구체적 행위 등 기본적 사실에 차이가 없고, ② 제반사정에 비추어 직권으로 준강간죄 불능미수의 범죄사실을 인정하더라도 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 있다고 볼 수 없으며, ③ 준강간죄의 불능미수가 중대한 범죄이고, 준강간죄의 장애미수와 사이에 범죄의 중대성, 죄질, 처벌가치 등 측면에서 별다른 차이가 없어, 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하므로, 원심으로서의 준강간죄의 불능미수 범죄사실을 직권으로 인정하였어야 한다고 보아, 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심을 파기·환송함(대판 2024.4.12. 2021도9043).

- 공범인 공동피고인이 소송절차가 분리된 상태에서 자신에 대한 범죄사실에 대하여 증언거부권을 행사하지 아니한 채 증언하였다면 위증죄가 성립할 수 있는지 여부(적극) ★★

→ BB 92p ③ 밑에 추가.

- ① 공범인 공동피고인은 당해 소송절차에서는 피고인의 지위에 있어 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있다(대판 2008.6.26. 2008도3300[소위 바지사장 사건] 등).
 - ② 형사소송법 제148조는 피고인의 자기부죄거부특권을 보장하기 위하여 자기가 유죄판결을 받을 사실이 드러날 염려 있는 증언을 거부할 수 있는 권리를 인정하고 있고, 제160조는 재판장이 신문 전에 증언거부권을 고지하여야 한다고 규정하고 있으므로, 소송절차가 분리된 공범인 공동피고인에 대하여 증언적격을 인정하고 그 자신의 범죄사실에 대하여 신문한다 하더라도 피고인으로서의 진술거부권 내지 자기부죄거부특권을 침해한다고 할 수 없다.
따라서 증인신문절차에서 형사소송법 제160조에 정해진 증언거부권이 고지되었음에도 불구하고 위와 같이 증언적격이 인정되는 피고인이 자기의 범죄사실에 대하여 증언거부권을 행사하지 아니한 채 허위로 진술하였다면 위증죄가 성립된다고 할 것이다(대판 2024.2.29. 2023도7528[소송절차가 분리된 공범인 공동피고인에 대한 위증죄가 성립하는지 여부가 문제된 사건]).
- ☞ 소송절차가 분리된 공범인 공동피고인이 증언거부권을 고지받았음에도 증언거부권을 행사하지 아니한 채 허위의 진술을 하였다면, 자신의 범죄사실에 대하여 증인으로서 신문을 받았더라도 피고인으로서의 진술거부권 내지 자기부죄거부특권 등이 침해되었다고 할 수 없어 위증죄가 성립한다는 사안.

▣ **해외에 체류 중인 사람에 대하여 선서 없이 인터넷 화상장치로 진술을 청취한 경우 그 진술 녹음파일과 녹취서의 증거능력(소극)** ★★★

→ BB 92p 하단에 추가.

① 헌법은 제12조 제1항 후문에서 적법절차원칙을 천명하고, 제27조에서 ‘법률에 의한 재판받을 권리’를 보장하고 있다. 형사소송법은 이를 실질적으로 구현하기 위하여 당사자주의와 공판중심주의 원칙 및 직접심리주의와 증거재판주의 원칙을 기본원칙으로 채택하고 있다(대판 2019.11.28. 2013도6825 등 참조).

② 형사소송법은 증인 등 인증, 증거서류와 증거물 및 그 밖의 증거를 구분한 다음 각각의 증거방법에 대한 증거조사 방식을 개별적·구체적으로 규정하여 위와 같은 헌법적 형사소송의 이념을 구체화하고 있다. 특히 형사소송법 증인에 대한 증거조사를 ‘신문’의 방식으로 하면서 소환방법과 법정에서 불출석할 경우의 제재와 조치, 출석한 증인에 대한 선서와 위증의 벌의 경고, 증언거부권 고지 및 신문문의 구체적인 방식 등에 대하여 엄격한 절차 규정을 두는 한편, 법정 외 신문(제165조), 비디오 등 중계장치 등에 의한 증인신문(제165조의2) 규정에서 정한 사유 등이 있는 때에만 예외적으로 증인이 직접 법정에서 출석하지 않고 증언할 수 있도록 정하였다.

그러므로 범죄사실의 인정을 위한 증거조사는 특별한 사정이 없는 한 공개된 법정에서 법률이 그 증거방법에 따라 정한 방식으로 하여야 하여야 한다(대판 2011.11.10. 2011도11115 등 참조).

③ 형사소송법에서 정한 절차와 방식에 따른 증인신문절차를 거치지 아니한 채 증인에 대하여 선서 없이 법관이 임의의 방법으로 청취한 진술과 그 진술의 형식적 변형에 불과한 증거(녹음파일 등)는 적법한 증거조사 절차를 거치지 않은 증거로서 증거능력이 없고, 피고인이나 변호인이 그러한 절차 진행에 동의하였다거나 사후에 이의를 제기하지 아니하고 그 녹음파일 등을 증거로 함에 동의하였다라도 그 위법성이 치유되지 않는다(대판 2024.9.12. 2020도14863[법원이 해외에 체류 중인 사람에 대하여 선서 없이 인터넷 화상장치로 진술을 청취한 경우 그 진술 녹음파일과 녹취서의 증거능력이 문제된 사건]).

☞ 대학교수인 피고인이 A 등 명의를 빌려 허위의 조교인사제청서를 대학에 제출하는 방법으로 조교 장학금을 편취하였다는 사기로 기소된 사안임.

☞ 원심은, A가 해외 체류 중이어서 법정 출석에 따른 증인신문이 어렵다는 이유로 선서 등 절차 없이 인터넷 화상장치를 통해 A의 진술을 청취하는 방법으로 증거조사를 한 다음, 이 사건 각 증거를 사실인정의 자료로 삼아 A 명의로 신청된 장학금 편취 관련 일부 공소사실을 유죄로 판단하였음.

☞ 대법원은 원심의 조치는 형사소송법이 정한 증거방법(증인)에 대한 적법한 증거조사라고 볼 수 없으므로 그러한 진술청취 결과물인 이 사건 각 증거는 증거능력이 없고, 이는 피고인과 변호인이 절차 진행에 동의하였다거나 사후에 이의를 제기하지 아니하고 증거로 함에 동의하였다 하더라도 마찬가지라고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함.

▣ **국민참여재판으로 진행된 제1심에서 배심원 전원일치 무죄평결이 채택되어 무죄가 선고된 경우 항소심에서의 추가적이거나 새로운 증거조사의 범위** ★

→ BB 97p에 추가.

배심원이 참여하는 형사재판 즉 국민참여재판을 거쳐 제1심 법원이 배심원의 만장일치 무죄평결을 받아들여 피고인에 대하여 무죄판결을 선고한 경우, 국민참여재판을 도입한 입법 취지, 실질적 직접심리주의의 의미와 정신 등에 비추어 ‘증거의 취사 및 사실의 인정’에 관한 제1심 법원의 판단은 한층 더 존중될 필요가 있고 그런 면에서 제1심 법원의 무죄판결에 대한 항소심에서의 추가적이거나 새로운 증거조사는 형사소송법과 형사소송규칙 등에서 정한 바에 따라 신중하게 이루어져야 한다.

구체적 이유는 다음과 같다.

[1] 사법의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위해 도입된 국민참여재판의 형식으로 진행된 형사공판절차에서 엄격한 선정절차를 거쳐 양식 있는 시민으로 구성된 배심원이 사실의 인정에 관하여 재판부에 제시하는 집단적 의견은 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의 아래에서 증거의 취사와 사실의 인정에 관한 전권을 가지는 사실심 법원의 판단을 돕기 위한 권고적 효력을 가지는 것인바, 배심원이 증인신문 등 사실심리의 전 과정에 함께 참여한 후 증인이 한 진술의 신빙성 등 증거의 취사와 사실의 인정에 관하여 만장일치의 의견으로 내린 무죄의 평결이 재판부의 심중에 부합하여 그대로 채택된 경우라면, 이러한 절차를 거쳐 이루어진 증거의 취사 및 사실의 인정에 관한 제1심의 판단은 우리 형사소송법이 채택하고 있는 실질적 직접심리주의 및 공판중심주의의 취지와 정신에 비추어 항소심에서의 새로운 증거조사를 통해 그에 명백히 반대되는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나지 않는 한 함부로 뒤집어서는 안 될 것이고 한층 더 존중될 필요가 있다(대판 2010.3.25. 2009도14065).

[2] 형사소송법이 채택하고 있는 실질적 직접심리주의의 취지, 형사재판 항소심 심급구조의 특성, 증거조사절차에 관한 형사소송법령의 내용 등을 종합하여 보면, 항소심에서의 증거신청 및 증거조사는 제1심에서보다 제한된다. ... (중략)...

☞ 피고인이 피해자로부터 투자금을 편취하였다는 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(사기)로 기소되었는데, 국민참여재판으로 진행된 제1심에서 배심원 전원일치 무죄평결이 채택되어 무죄가 선고됨.

☞ 원심은, 제1심 판결에 대하여 추가적인 증거조사를 거쳐 피해자 진술의 신빙성이 인정된다는 이유로 제1심 법원의 판단을 뒤집고 유죄로 판단함.

☞ 대법원은 ... (중략) ... 항소심인 원심으로서 추가적이거나 새로운 증거조사가 필요한 경우에 해당하는지를 더욱 신중하게 판단할 필요가 있는데도 원심이 이에 관한 충분한 고려 없이 증거조사를 실시하였고, 이를 통하여 제1심 법원의 증거가치 판단 및 사실인정에 관한 판단에 명백히 반대되는 충분하고도 납득할만한 현저한 사정이 나타났다고 보기도 어렵다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함(대판 2024.7.25. 2020도7802).

- ▣ 피고인이 수사과정에서 공소사실을 부인하였고 그 내용이 기재된 피의자신문조서 등에 관하여 증거동의를 한 경우, 그중 일부만 발췌하여 유죄의 증거로 사용할 수 있는지 여부(소극) ★★

→ BB 103p 두 번째 ▣를 추가·수정.

형사소송법이 공판중심주의의 한 요소로 채택하고 있는 실질적 직접심리주의의 내용과 취지 : 형사소송법은 형사사건의 실체에 대한 유무죄의 심증 형성은 법정에서의 심리에 의하여야 한다는 공판중심주의의 한 요소로서, 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼을 수 있고 증명 대상이 되는 사실과 가장 가까운 원본증거를 재판의 기초로 삼아야 하며 원본증거의 대체물 사용은 원칙적으로 허용되어서는 안 된다는 실질적 직접심리주의를 채택하고 있다.

따라서 피고인이 수사과정에서 공소사실을 부인하였고 그 내용이 기재된 피의자신문조서 등에 관하여 증거동의를 한 경우에는, 형사소송법에 따라 증거능력 자체가 부인되는 것은 아니지만, 전체적 내용이나 진술의 맥락·취지를 고려하지 않은 채 그중 일부만을 발췌하여 유죄의 증거로 사용하는 것은 합부로 허용할 수 없다.

특히 지적능력·판단능력 등과 같이 본질적으로 수사기관이 작성한 진술조서에 나타나기 어려운 피고인의 상태에 대해서는 공판중심주의 및 실질적 직접심리주의 원칙에 따라 검사가 제출한 객관적인 증거에 대하여 적법한 증거조사를 거친 후 이를 인정하여야 할 것이지, 공소사실을 부인하는 취지의 피고인 진술이 기재된 피의자신문조서 중 일부를 근거로 이를 인정하여서는 안 된다(대판 2024.1.4. 2023도13081).

▣ 독수과실의 예외적인 특별한 사정이 존재한다는 점에 대한 증명책임 소재(=검사) 또는 압수 수색 과정에서 피의자의 참여권이 보장되지 않은 채 수집된 1차적 증거와 이를 기초로 얻은 2차적 증거가 피고인의 법정진술인 경우의 증거능력(원칙적 소극) ★★ → BB 105p 하단에 추가.

- ① 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 물론, 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 역시 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없는 것이 원칙이다.
- ② 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 점(중략)... 예외적인 경우에 한하여 유죄 인정의 증거로 사용될 수 있다. ★★★
- ③ 따라서 2차적 증거의 경우에도, 절차에 따르지 아니한 1차적 증거수집과 관련된 모든 사정들까지 전체적·종합적으로 고려하여 인과관계가 희석 또는 단절되었다고 평가되는 예외적인 경우에 한하여 유죄 인정의 증거로 사용될 수 있다. ★★★
그러한 예외적인 경우에 해당한다고 볼 만한 구체적이고 특별한 사정이 존재한다는 점은 검사가 증명하여야 한다(대판 2009.3.12. 2008도763, 대판 2017.9.21. 2015도12400 등 참조). ★
- ④ 나아가, 이러한 법리는 2차적 증거가 피고인의 법정진술인 경우에도 그대로 적용된다. ★★ 따라서 2차적 증거인 피고인의 법정진술을 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는지 역시 위와 같은 법리에 의하여 판단하여야 하는데, 특히 수사기관이 위법하게 수집한 1차적 증거가 수사개시의 단서가 되었거나 사실상 유일한 증거 내지 핵심증거이고 위법의 정도 역시 상당할뿐더러, 피고인이 수사기관에서 1차적 증거를 제시받거나 1차적 증거의 내용을 전제로 신문받은 바가 있다면, 특별한 사정이 없는 이상 법정진술도 1차적 증거를 직접 제시받고 한 것과 다름없거나 적어도 1차적 증거의 존재를 전제로 한 것으로 볼 수 있으므로, 이는 절차 위반행위와의 인과관계의 희석 또는 단절을 인정하기 어려운 정황에 속한다.
이러한 경우더라도, 피고인의 법정진술이 다른 독립된 증거에서 기인하는 등 1차적 증거와 무관하게 이루어졌다고 평가된다면 인과관계의 희석 또는 단절을 인정할 수 있으나, 그러한 특별한 사정이 존재한다는 점은 검사가 증명하여야 한다(대판 2025.1.9. 2024도12689[독수와 과실 사이에 인과관계가 희석·단절되는지가 문제된 사건 또는 택시에서 분실한 휴대폰 사건]).

[사실관계] 피고인이 합성대마 매수자인 A(이하 ‘공범’)의 부탁에 따라 합성대마를 수거한 후 건네주어 합성대마 매수자와 공모하여 합성대마를 매수하였다. 공범은 그 이후 택시에서 휴대폰을 분실하였고, 택시 기사가 이를 경찰에 습득물로 제출하였는데, 경찰관은 휴대폰 소유자의 인적사항을 파악하기 위해 저장되어 있던 정보를 확인하던 중 필로폰 구매 정황으로 의심되는 텔레그램 대화내역 등을 목격하고 이를 다른 경찰관에게 인계하였으며, 이를 인계받은 경찰관은 공소사실과 관련된 피고인과 공범 사이의 이 사건 카카오톡 대화내역 등을 발견하고 이를 복제·출력하거나 사진으로 촬영하였고(공범에게 참여의 기회를 보장하지 않았음), 경찰관은 위 전자정보로 피고인의 인적사항을 파악하여 수사를 진행하고, 피고인에 대한 피의자신문 과정에서 이 사건 카카오톡 대화내역 등 전자정보의 출력물 내지 촬영물을 제시하였다.
 이후 검사는 피고인을 합성대마 매수자인 A의 부탁에 따라 합성대마를 수거한 후 건네주어 합성대마 매수자와 공모하여 합성대마를 매수하였다는 「약류관리에 관한 법률」 위반(향정)으로 기소하였다.

- ☞ 원심은, 이 사건 카카오톡 대화내역 등 전자정보가 영장주의를 위반하고 참여권을 보장하지 않은 위법수집증거로 보아 그 증거능력을 부정하면서도, 피고인의 1심 법정진술과 공범의 관련사건 1심 법정진술은 절차 위반행위와의 인과관계가 희석 또는 단절되어 증거능력이 인정된다고 보고, 이를 유죄의 증거로 삼아 공소사실을 유죄로 판단하였음.
- ☞ 대법원은 ... 피고인의 법정진술 및 공범의 관련사건 법정진술은 위법하게 수집된 이 사건 카카오톡 대화내역 등 전자정보에 기초한 2차적 증거들로, 절차 위반행위와의 인과관계의 희석 또는 단절을 인정할 특별한 사정이 존재하지 않으므로 증거능력이 부정되어야 한다고 보아, 이와 달리 위 각 법정진술에 증거능력이 인정된다는 전제에서 공소사실을 유죄로 판단한 원심을 파기·환송함.

■ ‘내용 인정’의 의미 - 진술한 내용이 실제 사실과 부합한다는 것

→ BB 118p ■를 아래로 추가·수정.

- ① ‘그 내용을 인정할 때라 함은 조서의 기재 내용이 진술 내용대로 기재되어 있다는 의미(실질적 진정성립)가 아니고, 그와 같이 진술한 내용이 실제 사실과 부합한다는 것을 의미한다(대판 2023.6.1. 2023도3741 등). [변24] ★★
- ② 피고인이 제1심에서 공소사실을 부인하는 경우, 증거목록에 피고인이 제1심에서 검찰 피의자신문조서에 동의한 것으로 기재되어 있어도 그 중 공소사실을 인정하는 취지의 진술 내용을 인정하지 않았다고 보아야 하고 증거 목록에 위와 같이 기재되어 있는 것은 착오 기재이거나 조서를 잘못 정리한 것으로 이해될 뿐 이로써 위 검찰 피의자신문조서가 증거능력을 가지게 되는 것은 아니다(대판 2023.4.27. 2023도2102). [법원24] ★★
- ③ 피고인이 수사과정에서 공소사실을 부인하였고 그 피의자신문조서 등에 관하여 증거동의 한 경우, 증거능력 자체가 부인되는 것은 아니지만, 전체적 내용이나 진술의 맥락·취지를 고려하지 않은 채 그중 일부만을 발췌하여 유죄의 증거로 사용하는 것은 함부로 허용할 수 없다(대판 2024.1.4. 2023도13081[피고인의 상태가 문제된 사건]). ★★
- ④ 압수조서의 압수경위 란에 기재된 피의자였던 피고인 진술은 실질적으로 피신조서와 달리 불 이유가 없고, 수사기관에 제출된 변호인의견서에 기재된 피고인 진술도 수사과정에서 작성된 ‘피의자의 진술서 등’으로부터 독립하여 증거능력을 가질 수 없는 성격의 것이므로, 피고인이 공소사실을 부인하면 유죄의 증거로 사용할 수 없다(대판 2024.5.30. 2020도16796). ★★

■ 제316조 제1항의 조사자 증언에서 ‘특신상태’의 의미, 입증책임 및 증명의 정도 ★★

→ BB 138p 8행 밑에 추가.

[1] ‘특신상태’의 의미

‘그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음’이란 그 진술을 하였다는 것에 허위 개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있음을 의미한다.

[2] ‘특신상태’의 입증책임 및 증명의 정도

이러한 ‘특신상태’는 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·증명하여야 하는데, 특신상태의 증명은 단지 그러한 개연성이 있다는 정도로는 부족하고 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다(대판 2023.10.26. 2023도7301).

조사자 증언을 허용하는 것은, 제312조 제1항, 제3항의 피고인의 수사기관 진술은 신용성의 정황적 보장이 부족하다고 보아 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정하지 않는 이상 피의자신문조서의 증거능력을 인정하지 않음으로써 그 진술내용이 법정에 현출되지 않도록 규정하고 있는 것에 대하여 중대한 예외를 인정하는 것이어서, 이를 폭넓게 허용하는 경우 제312조 제1항, 제3항의 입법 취지와 기능이 크게 손상될 수 있기 때문이다.

【정리】 대검찰청 소속 진술분석관이 검사로부터 피해자 진술의 신빙성 분석을 의뢰받고 피해자와의 면담내용을 녹화한 영상녹화물의 증거능력(소극) ★★★

대판 2024.3.28. 2023도15133[대검찰청 소속 진술분석관이 피해자와 면담하는 내용을 녹화한 영상녹화물의 증거능력이 문제된 사건]. → BB 152p를 아래와 같이 정리.

[1] 헌법 제12조 제1항의 적법절차의 원칙과 헌법 제27조의 공정한 재판을 받을 권리를 구현하기 위하여 형사소송법은 공판중심주의와 구두변론주의 및 직접심리주의를 기본원칙으로 하고 있는바, 형사소송법상 전문법칙의 예외규정(제311조 내지 제316조)은 엄격하게 해석·적용하여야 한다(대판 2024.3.28. 2023도15133). ★★★

[2] 제312조의 서류는 수사기관이 작성한 각종 조서와 수사과정에서 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서를, 제313조 제1항의 서류는 수사과정 외에서 작성된 서류를 의미한다. ★★★

[3] 사안의 영상녹화물은 진술분석관의 소속 및 지위, 제작 경위와 목적, 면담 장소 등에 비추어, 수사과정 외에서 작성된 것이라고 볼 수 없으므로 제313조 제1항에 따라 증거능력을 인정할 수 없다. ★★★

[4] 또한 위 영상녹화물은 수사기관이 작성한 각종 조서가 아니고, 그리고 수사과정에서 작성한 진술서도 아니므로 제312조에 의하여 증거능력을 인정할 수도 없다. ★★★

[5] 한편, 성폭력처벌법 제30조 제6항이나 청소년성보호법 제26조 제6항이 예정하고 있는 영상녹화의 조사 주체는 ‘검사 또는 사법경찰관’이므로, 대검찰청 소속 진술분석관 B는 ‘검사 또는 사법경찰관’이라고 할 수 없어, 성폭력처벌법 제30조 제6항¹⁾ 또는 위 규정들을 준용하는 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제17조 제1항에 따라, 위 영상녹화물의 증거능력을 인정하기도 어렵다. ★

[6] 결국, 대검찰청 소속 진술분석관이 작성한 사안의 영상녹화물은 피고인에 대하여 증거능력이 없다.

1) 다만, 헌법재판소는 “성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 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’ 부분 가운데 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 관한 부분은 헌법에 위반된다.”며 위헌결정을 하였고(헌재결 2021.12.23. 2018헌바524), 그 취지에 따라 성폭력범죄처벌법이 개정되었다. [법무사 2022]

【정리】 형사조정조서의 증거능력

[번시 2025(2) (15점)] ★★★

대판 2024.11.14. 2024도11314(성폭력처벌법위반(강간등치상) [형사조정조서 사진].

→ BB 152p 하단에 추가·정리.

- [1] 형사조정조서 중 ‘피의자의 주장’란의 피고인 진술 부분이 제313조 제1항 또는 제312조 등에 해당하여 그에 의하여 증거능력을 인정할 수는 없는지가 문제된다.
- [2] 전문법칙 예외규정의 엄격한 해석·적용 : 헌법 제12조 제1항의 적법절차의 원칙과 제27조의 공정한 재판을 받을 권리, 형사소송법의 공판중심주의와 구두변론주의 및 직접심리주의의 기본원칙에 비추어, 형사소송법상 전문법칙의 예외규정(제311조 내지 제316조)은 엄격하게 해석·적용하여야 한다(대판 2024.3.28. 2023도15133). ★
- [3] 형사소송법 제313조 제1항 적용 여부 : 제313조 제1항은 ‘전 2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류’를 규정하고 있다.

제313조 제1항의 서류는 수사과정 외에서 작성된 서류를 의미한다. ★★★

형사조정조서는 피고인의 진술을 기재한 서류가 비록 수사기관이 아닌 자에 의하여 작성되었다고 하더라도, 수사가 시작된 이후 수사기관의 관여나 영향 아래 작성된 경우로서 …(중략)… 실질적으로 고찰할 때 그 서류가 수사과정 외에서 작성된 것이라고 볼 수 없다. ★

- [4] 형사소송법 제312조 적용 여부 : 제312조는 제1항 및 제3항에서 검사 또는 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서를, 제4항에서 검사 또는 사경이 작성한 피고인 아닌 자의 진술조서를, 제5항에서 피고인 또는 피고인 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서를 규정하고 있다.

제312조의 서류는 수사기관이 작성한 각종 조서나 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서를 의미한다. ★★★

형사조정조서는 수사기관이 작성한 ‘피신신조서’나 ‘피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서’가 아니고, ‘피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서’로 보기도 어렵다. ★

- [5] 결국, 사안의 형사조정조서는 ① 제313조 제1항은 물론, ② 제312조에 의하여도 증거능력을 인정할 수 **없다**.

03. 유죄판결에 명시할 이유 중 소송관계인의 주장에 대한 판단(제323조 제2항) [변22(1)事 등]

→ BB 163p 밑에 추가.

① 법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유 또는 형의 가중·감면의 이유되는 사실의 진술이 있는 때에는 이에 대한 판단을 명시하여야 한다(제323조 제2항). 이는 그 주장이 채택되는 경우에만 그 의미가 있다.

② ‘형의 가중·감면의 이유되는 사실’이란 형의 필요적 가중·감면의 이유되는 사실을 말하고 형의 감면이 법원의 재량인 임의적 감면사유는 이에 해당하지 않는다(대판 2017.11.9. 2017도14769).

■ 심신상실의 주장 → 필요적 감면사유로 배척시 판결이유에서 명시 필요 [변22(1)事]

① 음주만취되어 기억이 나지 않는다는 주장은 심신장애의 주장이므로 이에 대하여 유죄판결의 이유에서 판단하여야 한다(대판 1990.2.13. 89도2364).

② 피고인이 법정에서 “공소사실은 모두 사실과 다름없다”고 하면서 술에 만취되어 기억이 없다는 취지로 진술한 경우, 피고인이 음주상태로 운전하다가 교통사고를 내었고, 또한 사고 후에 도주까지 하였다고 하더라도 피고인이 술에 만취되어 사고 사실을 몰랐다고 범의를 부인함과 동시에 그 범행 당시 심신상실 또는 심신미약의 상태에 있었다는 주장으로서 제323조 제2항에 정하여진 법률상 범죄의 성립을 조각하거나 형의 감면의 이유가 되는 사실의 진술에 해당하므로 피고인은 적어도 공소사실을 부인하거나 심신상실의 책임 조각사유를 주장하고 있는 것으로 볼 여지가 충분하므로 간이공판절차에 의하여 심판할 대상에 해당하지 아니한다(대판 2004.7.9. 2004도2116). [법01,11]

■ 심신미약의 주장 → 임의적 감면사유(형법 제10조 제2항 개정)로 배척시 판결이유에서 명시 불요

피고인측에서 “범행 당시 충동조절장애의 심신미약 상태였다.”고 진술하고 있는 경우 → 2018년 개정 형법 제10조 제2항에 따르면, 임의적 감면사유에 해당하므로, 배척시 판결이유에서 명시 불요(대판 2010.5.13. 2010도1784 참조).

■ 기타 임의적 감면사유의 주장

① 자수의 주장 : 자수(형법 제52조 제1항)는 그에 따른 형의 감면이 법원의 재량에 맡겨져 있다. 형의 임의적 감면사유인 자수사실에 관한 진술은 제323조에 따라 유죄판결의 이유에서 그에 대한 판단을 명시하여야 할 사항이라고 볼 수 없다(대판 2024.7.11. 2021도6051; 대판 2004.6.11. 2004도2018). ☞ 따라서 법원이 피고인들의 자수 주장에 관하여 아무런 판단을 하지 않았더라도 판단누락의 위법이 없다. [변22(1)事,22(3)]

② 피해회복에 관한 주장 : 피해회복에 관한 주장이 있었더라도 이는 작량감경 사유에 해당하여 형의 양정에 영향을 미칠 수 있을지언정 유죄판결에 반드시 명시하여야 하는 것은 아니다(대판 2017.11.9. 2017도14769).

■ 무고죄를 범한 자의 재판확정 전 자백을 필요적 감면사유로 정한 형법 제157조, 제153조에서 정한 ‘자백’의 범위 및 ‘재판이 확정되기 전’의 의미

형법 제157조, 제153조는 무고죄를 범한 자가 그 신고한 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백 또는 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다고 하여 재판확정 전의 자백을 필요적 감경 또는 면제사유로 정하고 있다. 그리고 형법 제153조에서 정한 ‘재판이 확정되기 전’에는 피고인의 고소사건 수사 결과 피고인의 무고 혐의가 밝혀져 피고인에 대한 공소가 제기되고 피고소인에 대해서는 불기소결정이 내려져 재판절차가 개시되지 않은 경우도 포함된다(대판 2024.9.12. 2024도7400(무고) [무고죄를 범한 자가 재판확정 전에 범행을 자백하여 필요적 감면사유가 인정되는지 여부가 문제된 사건]).

■ **재심청구의 취하시기(= 재심판결 선고 전까지)** ★

→ BB 186p 하단에 추가.

1. 재심법원의 재심판결을 선고 후에는 재심청구의 취하는 허용되지 않는다.

2. 근 거

① 재심청구인은 재심의 청구를 취할 수 있지만(제429조 제1항), ★★ 재심법원이 재심판결을 선고한 이후에는 재심청구의 취하는 허용되지 않는다. ★★

② 형사소송절차에 있어서는 법적 안정성과 형식적 확실성이 요구되고, 질차유지의 원칙이 적용된다. 특히, 법원의 종국적 소송행위인 판결의 선고가 있는 경우 그 판결은 정식의 상소절차를 거쳐 상급심에서 반복되어 효력을 상실하기 전까지는 일응 정당한 것으로 추정되고, 판결을 선고한 법원 스스로도 그 판결을 취소·변경·철회할 수 없다.

형사소송법이 검사의 공소취소의 시기, 정식재판청구인의 정식재판청구취하의 시기를 모두 제1심판결의 선고 전까지로 제한하는 것(제255조 제1항, 제454조)도 그와 같은 취지로 이해할 수 있다.

③ 재심이 청구되면 법원은 재심개시절차에서 재심사유의 존부를 판단하고, 재심심판절차를 통하여 그 심급에 따라 재심대상사건 자체를 처음부터 완전히 다시 심리하여 유무죄를 판단하고 형을 정하여 재심판결을 선고한다(대판(全수) 2019.6.20. 2018도20698 참조).

따라서 재심판결이 선고된 이후 재심판결에 대하여 불복이 있으면 상소절차를 통하여 이를 다룰 수 있을 뿐, 재심청구를 취하하는 방법으로 재심판결의 효력을 소멸시킬 수는 없다. ★★

④ 따라서 제1심판결 선고 후 피고인이 재심청구를 취하하였는데도 피고인의 항소를 기각한 원심의 판단에 재심사건에서 집행유예의 시기, 재심청구 취하의 종기에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다(대판 2024.4.12. 2023도13707(교사고처리특례법위반(치상)·도로교통법위반(음주운전)) [재심법원의 재심판결 선고 후 재심청구의 취하가 허용되지 않는다고 한 사례]).