

2025년판 머리말

1. 서

2025년판에서도 2024년도 변호사시험 모의고사와 2025년도 기출문제, 그리고 2024년도 법원행시, 법원사무관 및 법무사시험 등의 기출문제를 반영하였습니다.

특히 아직 출제되지는 않았지만 중요한 최근 판례 등도 사례화하여 반영하였습니다.

2. 주요내용

구체적으로 살펴보면, ① 수원고등법원의 신설과 관련하여 내용의 일부 수정[사례 1], ② 제33조 제1항 제1호의 '피고인이 구속된 때'의 의미와 관련한 대판(全숨) 2024.5.23. 2021도6357[사례 11], ③ 불기소 결정서에 관한 대판 2012.5.24. 2012도1284[유제 12], ③ 송달영수인 신고의 효력은 그 심급에만 미친다는 대판 2024.5.9. 2024도3296[사례 25], ④ 수사기관의 영장 없는 범행현장 대화녹음 등과 관련한 대판 2024.5.30. 2020도9370[사례 47], ⑤ 휴대전화 압수 완료 후 무관정보를 계속 보관하면서 별건 수사에 사용한 것은 위법수집증거로 증거능력이 없다는 대판 2024.4.16. 2020도3050[사례 64], ⑥ 유류물 압수에 있어서는 해당 사건과 관련성이 있는 경우에 한정된다거나, 참여권자의 참여가 필수적이라고 볼 수는 없다는 대판 2024.7.25. 2021도1181[사례 76], ⑦ 제3자가 피의자가 소유·관리하는 전자정보를 임의제출한 경우에는 원칙적으로 피의자에게도 참여권을 보장하여야 한다는 대판(全숨) 2021.11.18. 2016도348 [유제 35], ⑧ 공소제기 후 검사작성 피고인진술조서의 증거능력[유제 38], ⑨ 공동피고인의 법률관계[유제 64], ⑩ 국민참여재판을 받을 권리의 침해에 대한 대법원의 예상되는 판단[유제 66], ⑪ 제1심의 사실 인정에 관한 판단과 항소심[사례 119], ⑫ 다른 사건의 공판조서사본의 증거능력[유제 73], ⑬ 검사 작성의 피의자신문조서[사례 135], ⑭ 현장사진(CCTV)을 복사한 USB의 증거능력[유제 90], ⑮ 현장사진의 증거능력[유제 91], ⑯ 참고인 진술에 대한 영상녹화물과 법정진술에 대한 탄핵증거 허부[유제 100], ⑰ 공범인 공동피고인의 법정자백의 증거능력 등[유제 103], ⑱ 벌금형과 노역장유치기간[사례 184], ⑲ 항소심에서 심판되지 않은 사항에 대한 상고이유의 허부[유제 117] 등을 들 수 있습니다.

3. 작은 변사기의 활용

2025년판 기본서와 함께 앞으로 출간될 실전 분량의 「작은 변사기」와 적절히 활용하기를 기대합니다.

4. 맺으며

전주에 편집실장님, 임정택 실장님, 이승은 편집디자이너, 이인규 박사님 등 출판사 및 인쇄소 관계자님께도 감사의 마음을 전합니다.

아무쪼록 본서가 여러분의 슬기로운 수험생활에 동반자가 되기를 빕니다.

2025년 3월 15일

김영환

사례 1 제6조에 따른 토지관할 병합심리 신청사건의 관할법원

甲은 2006. 7. 26. 무고죄로 서울중앙지방법원 2006고단3591호로 기소되었다(제1사건). 이와 별도로 甲은 2006. 7. 31. 무고죄로 수원지방법원 성남지원 2006고단1276호로 기소되었다(제2사건). 제2사건의 국선번호인은 2006. 9. 15. '제1사건이 계류 중인 법원(서울중앙지방법원)에서 제2사건도 함께 재판받게 해달라'는 취지로 형사소송법 제6조에 따른 토지관할의 병합심리결정을 대법원에 신청하였다. 대법원의 조치는? (수원고등법원 신설 이전으로 가정한다)

▣ 관련법률

제6조(토지관할의 병합심리) 토지관할을 달리하는 수개의 관련사건이 각각 다른 법원에 계속된 때에는 공통되는 직근 상급법원은 검사 또는 피고인의 신청에 의하여 결정으로 1개 법원으로 하여금 병합심리하게 할 수 있다.

제367조(관할법원에의 이송) 관할인정이 법률에 위반됨을 이유로 원심판결을 파기하는 때에는 판결로써 사건을 관할법원에 이송하여야 한다. 단, 항소법원이 그 사건의 제1심관할권이 있는 때에는 제1심으로 심판하여야 한다.

제399조(준용규정) 전장의 규정은 본장에 특별한 규정이 없으면 상고의 심판에 준용한다.

▣ 관련판례 - 대결(全합) 2006.12.5. 2006초기335

(1) 형사소송법 제6조에 따른 토지관할 병합심리 신청사건의 관할법원 : 사물관할은 같지만 토지관할을 달리하는 수개의 제1심 법원(지원을 포함한다. 이하 같다)들에 관련사건이 계속된 경우에 있어서, 제6조에서 말하는 '공통되는 직근상급법원'은 그 성질상 형사사건의 토지관할 구역을 정해 놓은 '각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률' 제4조에 기한 [별표3]의 관할구역 구분을 기준으로 정하여야 할 것인바, 형사사건의 제1심 법원은 각각 일정한 토지관할 구역을 나누어 가지는 대등한 관계에 있으므로 그 상급법원은 위 표에서 정한 제1심 법원들의 토지관할 구역을 포괄하여 관할하는 고등법원이 된다. 따라서 토지관할을 달리하는 수개의 제1심 법원들에 관련 사건이 계속된 경우에 그 소속 고등법원이 같은 경우에는 그 고등법원이, 그 소속 고등법원이 다른 경우에는 대법원이 위 제1심 법원들의 공통되는 직근상급법원으로서 위 조항에 의한 토지관할 병합심리 신청사건의 관할법원이 된다(대결(全합) 2006.12.5. 2006초기335).

☞ 동일 피고인에 대한 항소심사건이 대전지방법원(불구속사건)과 서울형사지방법원(구속사건)에 계속중인 경우 토지관할을 달리하는 수개의 관련사건이 각각 동일심급의 다른 법원에 계속된 경우에 해당한다고 보아 대법원이 직근상급법원으로서 제6조에 의하여 서울형사지방법원으로 하여금 병합심리하도록 결정한 대결 1991.2.12. 90초112는 변경되었다.

I. 쟁점의 정리

토지관할을 달리하는 수개의 관련사건이 각각 다른 법원에 계속된 때에는 공통되는 직근 상급법원은 검사 또는 피고인의 신청에 의하여 결정으로 1개 법원으로 하여금 병합심리하게 할 수 있다(형사소송법 제6조, 이하 범명칭 생략). 여기서 토지관할 병합심리 신청사건의 관할법원인 '공통되는 직근 상급법원'이 어떤 법원을 의미하는 것인지가 문제된다.

II. 견해의 대립

1. 학 설

- ① 소송법설(심급설) : ‘공통되는 직급 상급법원’이란 심급관할상 상급법원을 의미한다는 견해이다.
- ② 조직법설 : ‘공통되는 직급 상급법원’이란 조직법상 상급법원을 의미한다는 견해이다.

2. 판 례

- ① 종래 동일 피고인에 대한 항소심사건이 대전지방법원(불구속사건)과 서울형사지방법원(구속사건)에 계속중인 경우 토지관할을 달리하는 수개의 관련사건이 각각 동일심급의 다른 법원에 계속된 경우에 해당한다고 보아 대법원이 직급상급법원으로서 제6조에 의하여 서울형사지방법원으로 하여금 병합심리하도록 결정하여(대결 1991.2.12. 90초112), 소송법설(심급설)의 입장이었다.
- ② 그 후 대법원 전원합의체는 “제6조에서 말하는 ‘공통되는 직급상급법원’은 ... 토지관할을 달리하는 수개의 제1심 법원들에 관련사건이 계속된 경우에 그 소속 고등법원이 같은 경우에는 그 고등법원이, 그 소속 고등법원이 다른 경우에는 대법원이 위 제1심 법원들의 공통되는 직급상급법원으로서 위 조항에 의한 토지관할 병합심리 신청사건의 관할법원이 된다.”고 판시하여(대결(술승) 2006.12.5. 2006초기 335), 조직법설의 입장으로 변경하였다.

3. 검 토

당사자의 소송상 편의를 도모할 수 있다는 점, 병합심리 결정은 가능한 사실심 법원에서 다루는 것이 바람직하다는 점에서 조직법설이 타당하다.¹⁾

III. 사안의 해결

조직법설인 판례에 따르면, 위 사건들의 제1심 법원들은 모두 서울고등법원 소속이므로 그 소속 고등법원이 같은 경우에 해당하여 서울고등법원이 법 제6조에 의한 병합심리 신청사건의 관할법원이 되고, 대법원은 관할권이 없다.

따라서 대법원은 관할인정이 법률에 위반됨을 이유로 관할법원인 서울고등법원으로 이송하여야 한다(제 367조, 제399조 참조).

(다만, 수원고등법원이 신설된 상황에서는, 사안은 제1심 법원들이 그 소속 고등법원이 다른 경우에 해당하여 대법원이 위 신청사건의 관할법원이 된다. 따라서 대법원이 직급상급법원으로서 제6조에 의하여 서울중앙지방법원으로 하여금 병합심리하도록 결정할 수 있다.)

1) 소송법설과 조직법설에 따른 관할법원의 차이 : 동일 고등법원 소속 지방법원의 제1심단독사건 또는 항소사건의 경우에 나타나는 바, 예컨대, 서울중앙지방법원과 수원지방법원의 제1심단독사건·항소사건의 경우에, 소송법설에 따르면 대법원, 조직법설에 따르면 서울고등법원이 직급상급법원이 된다(이주원, 병합심리 신청사건의 관할법원, 형사소송법 핵심판례 110선, 79면 참조).

제33조 제1항 제1호의 필요적 국선변호인 선정사유인 ‘피고인이 구속된 때’의 의미1)

○법원은 2020. 9. 9. 건조물침입죄 등으로 공소제기된 피고인에 대하여 징역 1년을 선고하면서 구속영장을 발부하였다(이하 피고인과 관련하여 ‘별건’을 언급할 때에는 위 건조물침입죄 등 사건을 가리킴). 위 판결은 2021. 3. 11. 확정되었다.

한편, 2020. 12. 22. 피고인에 대하여 상해죄로 ○법원에 공소가 제기되어 위 구속영장과 확정판결의 집행으로 피고인이 구금된 상태에서, 이 사건 제1심 공판절차가 진행되었다. 제1심에서, 피고인은 2021. 1. 12. ‘빈곤 기타 사유’를 이유로 국선변호인의 선정을 청구하였으나, 제1심법원은 기각하였다. 제1심법원은 2021. 1. 14. 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하면서 피고인에게 징역 3개월을 선고하였고, 피고인은 양형부당을 이유로 항소하였다. 항소심에서도 피고인을 위한 국선변호인의 선정 없이 피고인만 출석한 상태에서 2021. 4. 13. 제1회 공판기일이 진행된 다음 곧바로 변론이 종결되었다. 항소심은 2021. 5. 4. ‘제1심판결 선고 이후 확정된 위 별건의 죄’와 ‘이 사건의 죄’가 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있다는 이유로 제1심을 파기하면서도 다시 피고인에게 징역 3개월을 선고하였다.

이 사건의 제1심판결 및 항소심판결이 적법한지 여부와 그 이유에 관하여 서술하고, 만약 제1심판결이 부적법할 경우, 항소심법원의 조치는 무엇인지 각 서술하시오. (10점)

(다툼이 있는 경우 판례에 의하고, 전원합의체의 경우 다수의견에 따를 것)

▣ 관련법률

제33조(국선변호인) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 변호인이 없는 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다.

1. 피고인이 구속된 때

제282조(필요적 변호) 제33조의 규정에 따라 변호인이 선정된 사건에 관하여는 변호인 없이 개정하지 못한다.

제283조(국선변호인) 제282조의 경우 변호인이 출석하지 않은 때에는 법원은 직권으로 변호인을 선정하여야 한다.

제364조(항소법원의 심판) ⑥ 항소이유가 있다고 인정하는 때에는 원심판결을 파기하고 다시 판결을 하여야 한다.

▣ 관련판례 - 대판(全합) 2024.5.23. 2021도6357

(1) [다수의견] 제33조 제1항 제1호의 문언, 위 법률조항의 입법과정에서 고려된 ‘신체의 자유’, ‘변호인의 조력을 받을 권리’, ‘공정한 재판을 받을 권리’ 등 헌법상 기본권 규정의 취지와 정신 및 입법목적 그리고 피고인이 처한 입장 등을 종합하여 보면, 제33조 제1항 제1호의 ‘피고인이 구속된 때’란 피고인이 해당 형사사건에서 구속되어 재판을 받고 있는 경우에 한정된다고 볼 수 없고, 피고인이 별건으로 구속영장이 발부되어 집행되거나 다른 형사사건에서 유죄판결이 확정되어 그 판결의 집행으로 구금 상태에 있는 경우 또한 포괄하고 있다고 보아야 한다.

(2) [3인의 별개의견] 제33조 제1항 제1호의 ‘피고인이 구속된 때’란 피고인이 해당 형사사건에서 구속되어 재판을 받는 경우를 의미하고, 피고인이 별건으로 구속되어 있거나 다른 형사사건에서 유죄로 확정되어 수형 중인 경우는 이에 해당하지 않는다고 판시한 종래의 판례 법리는 여전히 타당하므로 그대로 유지되어야 한다. 다수의견과 같이 확립된 선례를 변경하지 않고도 구체적인 사안에서 타당한 해결이 가능할 뿐만 아니라 필요적 국선변호인 선정사유인 ‘구속’의 범위를 확대하는 해석론은 문언해석의 범위를 넘는 것으로서 사회적 공감대가 형성된 후 국회의 입법절차를 통하여 해결하는 것이 바람직하다.

1) 법무사 2024.

I. 쟁점의 정리

제1심판결 및 항소심판결의 적법 여부는 형사소송법 제33조 제1항 제1호의 '피고인이 구속된 때'의 의미와 관련하여 문제되고, 제1심판결이 부적법할 경우에 항소심법원의 조치는 필요적 변호사건에서 제1심의 공판절차가 변호인 없이 심리가 이루어진 경우가 문제된다.

II. 제33조 제1항 제1호의 필요적 국선변호인 선정사유인 '피고인이 구속된 때'의 의미

- ① 종래 판례는 제33조 제1항 제1호의 '피고인이 구속된 때'란, 피고인이 해당 형사사건에서 구속되어 재판받을 경우만을 의미한다는 입장이었다(대판 2017.1.12. 2016도19006 등 참조).
- ② 최근 대법원 전원합의체는 제33조 제1항 제1호의 '피고인이 구속된 때'란 피고인이 해당 형사사건에서 구속되어 재판받고 있는 경우에 한정된다고 볼 수 없고, 피고인이 별건으로 구속영장이 발부되어 집행되거나 다른 형사사건에서 유죄판결이 확정되어 그 판결의 집행으로 구금 상태에 있는 경우 또한 포괄하고 있다고 보아(대판(순심) 2024.5.23. 2021도6357(상해)), 종래의 입장을 변경하였다.
- ③ 그 구체적인 이유는 다음과 같다.
 - ㉠ '구속'이라는 법 문언의 의미 : 법 제69조의 구속이란 구인과 구금을 포함한다는 규정에 비추어, 제33조 제1항 제1호의 '구속'은 해당 형사사건의 구속으로 한정되지 않는다.
 - ㉡ 헌법 그리고 입법 목적을 고려한 해석 : 헌법 제12조 제1항, 특히 제4항 단서의 국선변호인 선정 규정의 입법 목적을 고려하여야 한다.
 - ㉢ 사건이 아닌 피고인의 입장에 선 해석 : 변호인의 조력을 통한 방어권의 보장은 사건의 병합·분리 여부와 무관하게 형사재판을 받는 피고인의 입장 및 관점에서 실현되어야 한다.
- ④ 만일 이 사건(상해)과 관련, 제33조 제1항 제1호에서 정한 국선변호인이 선정되었더라면 피고인의 범행 자체나, 유리한 양형자료를 제출하는 등 방법으로 방어권을 행사할 여지가 있었다.
- ⑤ 결국, 이 사건(상해)은 필요적 변호사건(제282조)에 해당하되, 국선변호인 선정 없이 피고인만 출석한 상태에서의 제1심판결 및 이를 그대로 유지한 항소심판결은 모두 위법하다.

III. 제1심판결이 부적법할 경우, 항소심법원의 조치

필요적 변호사건(제282조, 제33조)에서 제1심의 공판절차가 변호인 없이 증거조사와 피고인신문 등 심리가 이루어졌다면, 그와 같은 소송행위는 모두 무효이다(대판 2011.9.8. 2011도6325 등).

따라서 항소심에서는 변호인이 있는 상태에서(제283조) 새로 소송행위를 한 후 위법한 제1심판결을 파기하고 항소심에서의 진술 및 증거조사 등 심리결과에 기초하여 다시 판결하여야 한다(제364조 제6항의 항소심의 파기자판의 원칙, 대판 2015.12.24. 2015도10544 등 참조).

IV. 사안의 해결

이 사건(상해)은 필요적 변호사건(제282조, 제33조 제1항 제1호)에 해당하되, 국선변호인의 선정 없이 피고인만 출석한 상태에서의 제1심판결 및 이를 그대로 유지한 항소심판결은 모두 위법하다.

따라서 항소심법원은 변호인이 있는 상태에서(제283조) 새로 소송행위를 한 후 위법한 제1심판결을 파기·자판하여야 한다(제364조 제6항의 항소심의 파기자판의 원칙, 대판 2015.12.24. 2015도10544 등 참조).

유제 12	불기소결정서에 대한 법원의 송부요구 내지 변호인의 열람·지정을 거절한 검찰청의 조치에 대한 변호인이 주장할 수 있는 항소이유 ²⁾
-------	---

丙이 범죄단체구성 등의 혐의로도 기소되자, 丙의 변호인은 제1심 공판절차에서 형사소송법 제272조 제1항에 따라 과거 Y검찰청이 X폭력조직이 범죄단체에 해당하는지 여부를 수사한 후 공소의 W에게 행한 불기소결정서의 인증 등본 송부촉탁을 신청하였다. 이에 법원은 형사소송법 제272조 제1항, 형사소송규칙 제132조의4 제2항에 의하여 Y검찰청에 문서송부촉탁을 하였으나, Y검찰청은 “수사기관의 내부문서로 소송기록에 해당하지 않음”이라는 이유로 그 송부요구 내지 변호인의 열람·지정을 거절하였고, 丙이 위 불기소결정서를 열람하지 못한 채 범죄단체구성 혐의에 대하여 유죄판결이 선고되었다. 丙의 변호인은 범죄단체구성에 대한 유죄판결에 대하여 변호인의 열람·지정이 거부된 부분을 다투어 항소하고자 한다. 丙의 변호인이 주장할 수 있는 항소이유를 서술하시오. (10점)

해설

1. 법원이 송부요구한 서류에 대하여 변호인 등이 열람·지정할 수 있도록 한 것(법 제272조, 규칙 제132조의4 제3항)은 피고인의 방어권과 변호인의 변론권 행사를 위한 것으로서 실질적인 당사자 대등을 확보하고 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리를 위한 것이므로 규칙 제132조의4 제3항의 ‘정당한 이유’는 엄격하게 제한하여 해석하여야 하며, 이를 거부하기 위해서는 법 제266조의3의 구체적인 사유에 준하는 사유가 있어야 한다(대판 2012.5.24. 2012도1284).
2. 검찰청이 보관하고 있는 불기소결정서는 수사기관 내부의 의사결정과정 또는 검토과정에 있는 사항에 관한 문서도 아니고 그 공개로 수사에 관한 직무의 수행을 현저하게 곤란하게 하는 것도 아니므로 변호인의 열람·지정 공개의 대상이 된다(대판 2012.5.24. 2012도1284).
3. 변호인이 송부요구한 불기소결정서는 피고인의 무죄를 뒷받침할 수 있거나 적어도 법관의 유·무죄에 대한 심증을 달리할 만한 상당한 가능성이 있는 ‘중요증거’에 해당하는데도 검찰이 그 공개를 거부하는 것은 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 중대하게 침해하는 것임. 따라서 법원이 송부요구된 서류의 내용을 가능한 범위에서 밝혀 본다면 그 서류가 제출되면 유·무죄의 판단에 영향을 미칠 상당한 개연성이 인정되는데도 불구하고 유죄판결을 한 것은 공소사실이 합리적 의심의 여지없이 증명되지 않았음에도 유죄판결을 한 법령위반(제307조 제2항)이 인정된다(대판 2012.5.24. 2012도1284).
4. 결국, 丙의 변호인은 변호인의 열람·지정에 의한 공개의 대상이 되는 불기소결정서는 제출되면 유·무죄의 판단에 영향을 미칠 상당한 개연성이 있는 중요증거에 해당하는데도 불구하고 이를 확인하지 않고 유죄판결을 한 것은 공소사실이 합리적 의심의 여지없이 증명되지 않았음에도 유죄판결을 하여 형사소송법 제361조의5 제1호 소정의 ‘판결에 영향을 미친 법령위반’이 있다는 항소이유를 주장할 수 있다.

(다만, 대상판례에서는 위 불기소결정서가 위 피고인들의 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(단체등의 구성·활동)의 점에 관한 무죄를 뒷받침할 수 있거나 적어도 유·무죄에 대한 법관의 심증을 달리할 만한 상당한 가능성이 있는 중요증거에 해당한다고 보기도 어렵고, 위 검찰청의 거절조치로써 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리가 중대하게 침해되어 이 사건 공소사실에 대한 유·무죄의 판단 등에 영향을 미칠 상당한 개연성이 있다고는 할 수 없으므로, 위 피고인이 주장하는 이 부분 상고이유는 형사소송법 제383조 제1호 소정의 ‘판결에 영향을 미친 헌법·법률 또는 규칙의 위반이 있을 때’에 해당한다고 볼 수 없다고 한다)

2) 변시 2024(2).

송달영수인 신고의 효력 및 항소이유서 제출기간이 경과 전에 항소사건을 심판할 수 있는지 여부¹⁾

제1심법원은 2022. 12. 1. 피고인의 공소장 기재 주소지로 공소장 부분을 송달하였다. 제1심 변호인 A는 피고인을 대리하여 2023. 2. 2. 피고인의 송달영수인으로 변호인 A를, 송달장소로 그 사무소를 각 기재한 신고서를 제1심법원에 제출하였다. 제1심법원은 2023. 9. 13. 피고인에 대한 유죄판결을 선고하였고, 피고인과 검사는 이에 대하여 각 항소하였다.

항소심법원은 2023. 9. 27. 국선변호인 선정결정을 하고 2023. 10. 4. 그 국선변호인에게 국선변호인 선정결정등본, 소송기록접수통지서를 송달하였다. 또한, 항소심법원은 2023. 10. 5. 변호인 A의 사무소로 피고인에 대한 소송기록접수통지서를 송달하였다. 피고인은 항소심에서 변호인 B를 선임하여 2023. 10. 10. 그 선임서를 항소심법원에 제출하였고, 이에 항소심법원은 국선변호인 선정을 취소한 후 2023. 10. 16. 피고인에 대한 제1회 공판기일 소환장을 위 변호인 A의 사무소로 송달하였다. 항소심법원은 위 변호인 B에게 별도로 소송기록접수통지서를 하지 않은 채 2023. 11. 7. 제1회 공판기일을 진행하였고, 2023. 12. 19. 제2회 공판기일을 진행한 후 변론을 종결하였다. 항소심법원은 2024. 1. 30. 제3회 공판기일을 열어 피고인과 검사의 항소를 모두 기각하는 판결을 선고하였다.

항소심판결이 적법한지 여부와 그 이유에 관하여 서술하십시오. (15점)

▣ 관련법률

제60조(송달받기 위한 신고) ① 피고인, 대리인, 대표자, 변호인 또는 보조인이 법원 소재지에 서류의 송달을 받을 수 있는 주거 또는 사무소를 두지 아니한 때에는 법원 소재지에 주거 또는 사무소 있는 자를 송달영수인으로 선임하여 연명한 서면으로 신고하여야 한다. ② 송달영수인은 송달에 관하여 본인으로 간주하고 그 주거 또는 사무소는 본인의 주거 또는 사무소로 간주한다. ③ 송달영수인의 선임은 같은 지역에 있는 각 심급법원에 대하여 효력이 있다.

제65조(민사소송법의 준용) 서류의 송달에 관하여 법률에 다른 규정이 없는 때에는 민사소송법을 준용한다. 민사소송법 제183조(송달장소) ① 송달은 받을 사람의 주소·거소·영업소 또는 사무소(이하 "주소등"이라 한다)에서 한다. 다만, 법정대리인에게 할 송달은 본인의 영업소나 사무소에서 할 수 있다.

민사소송법 제184조(송달받을 장소의 신고) 당사자·법정대리인 또는 소송대리인은 주소등 외의 장소(대한민국 안의 장소로 한정한다)를 송달받을 장소로 정하여 법원에 신고할 수 있다. 이 경우에는 송달영수인을 정하여 신고할 수 있다.

▣ 관련판례

(1) [1] 형사소송법 제65조에 의하여 준용되는 민사소송법 제183조 제1항, 제184조에 의하면, 송달은 송달받을 사람의 주소·거소·영업소 또는 사무소 등의 송달장소에서 하여야 하고, 당사자·법정대리인 또는 변호인은 주소 등 외의 장소를 송달받을 장소로 정하여 법원에 신고할 수 있으며, 이 경우에는 송달영수인을 정하여 신고할 수 있다. 송달영수인의 신고가 있으면 송달은 신고된 장소와 영수인에게 하여야 하고, 송달영수인이 송달받은 때에 송달의 효력이 발생하나, 송달영수인 신고의 효력은 그 심급에만 미치므로, 상소 또는 이송을 받은 법원의 소송절차에서는 그 신고의 효력이 없다(대판 2018.4.12. 2017다52064 등 참조).

1) 법무사 2024.

[2] 또한 항소법원이 기록의 송부를 받은 때에는 즉시 항소인과 상대방에게 그 사유를 통지하여야 하고, 그 통지 전에 변호인의 선임이 있는 때에는 변호인에게도 소송기록접수통지를 하여야 하며(361조의2 제1항, 제2항), 항소인 또는 변호인은 그 통지를 받은 날부터 20일 이내에 항소이유서를 항소법원에 제출하여야 한다(제361조의3 제1항). 항소심의 구조는 피고인 또는 변호인이 법정기간 내에 제출한 항소이유서에 의하여 심판되는 것이므로 항소이유서 제출기간의 경과를 기다리지 않고는 항소사건을 심판할 수 없다(대판 2024.5.9. 2024도3298(공직선거법원판)[피고인에 대한 적법한 소송기록접수통지가 이루어지지 않은 상태에서 선임된 사선변호인에 대한 소송기록접수통지의 필요성이 문제된 사건]) 참조).

I. 위 항소심판결은 위법하다.

II. 이 유

- ① 송달영수인 신고의 효력이 상소 또는 이송을 받은 법원의 소송절차에 미치는지 여부, 항소이유서 제출기간이 경과하기 전에 항소사건을 심판할 수 있는지 여부가 문제된다.
- ② 송달영수인 신고의 효력이 상소 또는 이송을 받은 법원의 소송절차에 미치는지 여부(소극) : 형사소송법 제65조에 의하여 준용되는 민사소송법 제183조 제1항, 제184조에 의하면, 송달은 송달받을 사람의 주소·거소·영업소 또는 사무소 등의 송달장소에서 하여야 하고, 당사자·법정대리인 또는 변호인은 주소 등 외의 장소를 송달받을 장소로 정하여 법원에 신고할 수 있으며, 이 경우에는 송달영수인을 정하여 신고할 수 있다. 송달영수인의 신고가 있으면 송달은 신고된 장소와 영수인에게 하여야 하고, 송달영수인이 송달받을 때에 송달의 효력이 발생하나, 송달영수인 신고의 효력은 그 심급에만 미치므로, 상소 또는 이송을 받은 법원의 소송절차에서는 그 신고의 효력이 없다(대판 2018.4.12. 2017다52064 등 참조).
- ③ 항소이유서 제출기간이 경과하기 전에 항소사건을 심판할 수 있는지 여부(소극) : 또한 항소법원이 기록의 송부를 받은 때에는 즉시 항소인과 상대방에게 그 사유를 통지하여야 하고, 그 통지 전에 변호인의 선임이 있는 때에는 변호인에게도 소송기록접수통지를 하여야 하며(361조의2 제1항, 제2항), 항소인 또는 변호인은 그 통지를 받은 날부터 20일 이내에 항소이유서를 항소법원에 제출하여야 한다(제361조의3 제1항). 항소심의 구조는 피고인 또는 변호인이 법정기간 내에 제출한 항소이유서에 의하여 심판되는 것이고, 항소이유서 제출기간의 경과 전에는 추가·철회·변경이 가능하므로 항소이유서 제출기간의 경과를 기다리지 않고는 항소사건을 심판할 수 없다(대판 2024.1.25. 2023도12199 등 참조).
- ④ 사안에서 제1심에서의 송달영수인 신고의 효력은 그 심급에만 미치므로, 항소심법원이 국선변호인 선정결정을 하고 그 국선변호인에게 국선변호인 선정결정등본, 소송기록접수통지서를 송달하였지만, 제1심 변호인의 사무소로 피고인에 대한 소송기록접수통지서 등을 송달하고 새로 선임된 항소심 변호인에게 별도로 소송기록접수통지를 하지 않은 채 공판기일을 진행한 후 변론을 종결하고 판결을 선고한 것은 소송절차 법령위반의 위법이 있다(대판 2024.5.9. 2024도3298(공직선거법원판)[피고인에 대한 적법한 소송기록접수통지가 이루어지지 않은 상태에서 선임된 사선변호인에 대한 소송기록접수통지의 필요성이 문제된 사건]).

수사기관의 범행현장의 대화녹음, 체포현장에서의 영장 없는 사진촬영, 진술거부권 고지 및 그 대상이 되는 피의자의 지위 등

<범죄사실과 사건의 경과>

① 경찰관 5명은 2018. 5. 17. 제보에 따라 피고인이 운영하는 이 사건 성매매업소를 단속하였는데, 우선 사법경찰관 P가 영업시간인 19:42경 손님으로 가장하여 성매매가 가능한지 여부를 문의하였고, 여종업원 및 피고인과 나눈 대화를 녹음하였다. 한편 위 업소는 영업시간 중 누구나 제한 없이 출입할 수 있었다.

② 위 P는 피고인의 안내에 따라 내실로 들어갔고, 이후 여종업원이 내실에 들어와 P가 입고 있던 바지를 벗기고 침대 위로 올라오려고 하자 단속 사실을 밝히고 외부에 대기하던 나머지 경찰관들을 호출하였으며, 같은 날 20:30경 자신에 대한 성매매알선을 범죄사실로 하여 피고인을 현행범인으로 체포하였고, 단속 경찰관들은 피고인을 현행범인체포한 당시 성매매업소 내부를 수색하여 여성전용실에 있는 냉장고 옆 커튼 아래에서 발견한 비밀포장된 콘돔 7개를 업소시설과 함께 사진 촬영하였는데, 위 콘돔을 교부받아 점유를 취득하거나 압수절차를 진행한 사실은 없다.

③ 여종업원은 그 무렵 ‘이 사건 성매매알선 당시 성매매를 하려고 하였다.’는 취지의 진술서를 작성하였다. 위 진술서에는 이 사건 성매매알선 당시의 사실이 기재되어 있을 뿐이고, 수사기관의 여종업원에 대한 진술조서에도 여종업원의 기존 성매매 등 별도 범죄에 관한 내용은 기재되어 있지 않다. 당시 여종업원은 진술거부권을 고지받지 않았다.

<공소사실의 요지>

“피고인은 2018. 5. 17. 19:35경 고양시에 있는 ‘○○○○○’이라는 상호의 성매매업소에서, 손님으로 가장한 남성 경찰관에게서 대금 11만 원을 받고 7번방으로 안내한 다음 여종업원을 들여보내 성교행위를 하도록 하여 영업으로 성매매를 알선하였다.”

<검사가 제출한 증거>

- ① 단속 경찰관이 손님으로 이 사건 성매매업소에 들어가 피고인과 나눈 대화를 비밀녹음한 녹취CD(이하 ‘이 사건 녹음’)
- ② 피고인을 이 사건 성매매알선 행위의 현행범인으로 체포하면서 체포현장에서 업소시설 및 콘돔을 촬영한 사진(이하 ‘이 사건 사진’)
- ③ 여종업원의 수사기관에 대한 진술(이하 ‘여종업원의 진술’)

검사가 제출한 증거인 ① 이 사건 녹음, ② 이 사건 사진, ③ 여종업원의 진술이 증거능력이 있는지 유무 및 근거를 설명하시오. (15점)

(1) 영장 없는 현장녹음(엄격한 요건 하에 허용) : 수사기관이 적법한 절차와 방법에 따라 범죄를 수사하면서 현재 그 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 범행현장에서 현행범인 등 관련자들과 수사기관의 대화를 녹음한 경우라면, 위 녹음이 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 단정할 수 없다. 이는 설령 그 녹음이 행하여지고 있는 사실을 현장에 있던 대화상대방, 즉 현행범인 등 관련자들이 인식하지 못하고 있었다더라도, 통신비밀보호법 제3조 제1항이 금지하는 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 경우에 해당하지 않는 이상 마찬가지이다. 다만 수사기관이 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 녹음하였는지 여부는 수사기관이 녹음장소에 통상적인 방법으로 출입하였는지, 녹음의 내용이 대화의 비밀 내지 사생활의 비밀과 자유 등에 대한 보호가 합리적으로 기대되는 영역에 속하는지 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 한다.

☞ 피고인이 돈을 받고 영점으로 성매매를 알선하였다는 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」 위반(성매매알선등)으로 기소된 사안으로, 경찰관이 피고인이 운영하는 성매매업소에 손님으로 가장하고 출입하여 피고인 등과의 대화 내용을 녹음한 내용이 문제된 사안임.

☞ 원심은, 경찰관이 피고인 등과의 대화 내용을 비밀녹음한 것은 피고인 등의 기본권을 침해하고, 대화비밀을 침해하는 등으로 위법하므로 그 녹음은 위법수집증거로서 증거능력이 없다는 등의 이유로 범죄사실에 대한 증거가 없다고 보아 무죄를 선고하였음.

☞ 대법원은, 손님으로 가장한 경찰관이 대화당사자로서 성매매업소를 운영하는 피고인 등과의 대화 내용을 녹음한 것은 통신비밀보호법 제3조 제1항이 금지하는 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 경우에 해당하지 않고, 경찰관이 불특정 다수가 출입할 수 있는 성매매업소에 통상적인 방법으로 들어가 적법한 방법으로 수사를 하는 과정에서 성매매알선 범행이 행하여진 시점에 위 범행의 증거를 보전하기 위하여 범행 상황을 녹음한 것이므로 설령 대화상대방인 피고인 등이 인식하지 못한 사이에 영장 없이 녹음하였다고 하더라도 이를 위법하다고 볼 수 없다는 등의 이유로, 이와 달리 판단한 원심을 파기·환송함.

(2) 진술거부권 고지 대상이 되는 피의자 지위가 인정되는 시기 및 피의자 지위에 있지 아니한 자에게 진술거부권이 고지되지 아니한 경우, 진술의 증거능력 유무(적극) : 피의자에 대한 진술거부권 고지는 피의자의 진술거부권을 실효적으로 보장하여 진술이 강요되는 것을 막기 위해 인정되는 것인데, 이러한 진술거부권 고지에 관한 형사소송법 규정 내용 및 진술거부권 고지가 갖는 실질적인 의미를 고려하면 수사기관에 의한 진술거부권 고지 대상이 되는 피의자 지위는 수사기관이 조사대상자에 대한 범죄혐의를 인정하여 수사를 개시하는 행위를 한 때 인정되는 것으로 보아야 한다. 따라서 이러한 피의자 지위에 있지 아니한 자에 대하여는 진술거부권이 고지되지 아니하였더라도 진술의 증거능력을 부정할 것은 아니다.

☞ 「성매매알선등행위의처벌에관한법률」 에 성매매미수범에 관한 처벌규정이 없는 이상, 피의자로서의 지위가 아닌 참고인으로서 조사를 받으면서 수사기관으로부터 진술거부권을 고지받지 않았더라도 그 이유만으로 그 진술이 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 할 수 없다(대판 2024.5.30. 2020도9370).

I. 검사가 제출한 증거인 ①, ②, ③ 모두 증거능력이 있다.

II. 근 거

① 이 사건 녹음의 증거능력

수사기관이 현재 그 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 및 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법으로 범행현장에서 현행범인 등 관련자들과 수사기관의 대화를 녹음한 경우라면, 위 녹음이 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 단정할 수 없다. 이는 설령 그 녹음이 행하여지고 있는 사실을 현장에 있던 대화상대방, 즉 현행범인 등 관련자들이 인식하지 못하고 있었다라도, 통신비밀보호법 제3조 제1항이 금지하는 ‘공개되지 아니한 타인 간의 대화’를 녹음한 경우에 해당하지 않는 이상 마찬가지이다(대판 2024.5.30. 2020도9370).

이 사건 녹음은 대화당사자의 비밀녹음으로 통신법 제3조 제1항이 금지하는 ‘공개되지 아니한 타인 간의 대화’에 해당하지 않는다. 또한 범행의 현재성, 증거보전의 필요성 및 긴급성, 녹음방법의 상당성이 인정되므로 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 할 수 없다.

② 이 사건 사진의 증거능력

수사기관은 피의자를 현행범인으로 체포하는 경우에 필요한 때에는 ‘체포현장’에서 영장 없이 압수·수색·검증을 할 수 있다(제216조 제1항 제2호, 제217조 제2항. 사후영장).

사법경찰관 P는 현행범인 체포현장에서 체포의 원인이 되는 범죄사실과 관련하여 사진촬영을 하였고, 이는 제216조 제1항 제2호의 경우에 해당하므로 그 수색이나 촬영이 영장 없이 이루어졌다고 하더라도 위법하다고 할 수 없다. 나아가 범행현장에서 발견된 콘돔을 촬영하였다는 사정만으로는 단속 경찰관들이 강제로 그 점유를 취득하여 이를 압수하였다고 할 수 없으므로 사후영장을 받을 필요가 있었다고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 사진의 증거능력이 인정된다.

③ 여종업원의 진술의 증거능력

수사기관에 의한 진술거부권 고지의 대상이 되는 피의자의 지위는 수사기관이 범죄의 혐의가 있다고 보아 실질적으로 수사를 개시하는 행위를 한 때에 인정된다. 따라서 이러한 피의자의 지위에 있지 아니한 자에 대하여는 진술거부권이 고지되지 아니하였다 하더라도 그 진술의 증거능력을 부정할 것은 아니다(대판 2011.11.10. 2011도8125, 대판 2015.10.29. 2014도5939 등 참조).

「성매매알선등행위의처벌에관한법률」에 성매매미수범에 관한 처벌규정이 없는 이상 여종업원이 피의자로서의 지위가 아닌 참고인으로서 조사를 받으면서 수사기관으로부터 진술거부권을 고지받지 않았더라도 그 이유만으로 그 진술이 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 할 수 없다(대판 2024.5.30. 2020도9370 (성매매알선등행위의처벌에관한법률위반(성매매알선등)) [수사기관의 영장 없는 범행현장 대화 녹음 등의 증거능력이 문제된 사건]).

휴대전화 압수 완료 후 무관정보를 계속 보관하면서 별건 수사에 사용하는 것이 적법한지 여부 등2)

경찰이 피해자 A에 대한 범죄 혐의사실로 발부된 압수·수색영장(‘제1영장’)에 따라 2022. 6. 24. 피의자의 휴대전화 및 전자정보에 관한 집행을 하고 압수목록을 교부한 다음(‘1차 압수·수색’), 2022. 7. 27. 그 복제본이 저장되어 있는 경찰관의 컴퓨터에서 피해자 B에 대한 범죄 혐의사실에 관한 증거를 압수(‘2차 압수·수색’)하였다가, 검사의 보완수사요구에 따라 압수·수색영장(‘제2영장’)을 발부받아 2022. 9. 10. 다시 경찰관의 컴퓨터에서 피해자 B, C에 대한 범죄 혐의사실에 관한 증거를 압수(‘3차 압수·수색’)하였다.

2차 압수·수색과 3차 압수·수색의 각 적법 여부 및 그 이유를 서술하시오(견해 대립이 있는 경우 대법원 판례 및 대법원 전원합의체 판례의 다수의견에 의함). (10점)

▣ 관련판례 - 압수·수색 완료 후 무관정보를 계속 보관하는 경우

(1) 대판 2024.4.16. 2020도3050[수사기관이 휴대폰을 압수·수색한 뒤 대검찰청 서버(D-NET)에 해당 사건과 무관한 정보를 계속 보관하면서 별건 수사에 영장 없이 활용한 것은 위법수집증거로 증거능력이 없다는 사건]

① 전자정보에 대한 압수·수색에 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, 수사기관으로서 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한해 해당 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 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 압수·수색하여 취득한 것이어서 위법하고, 사후에 법원으로부터 압수·수색영장이 발부됐거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의했다고 하여 그 위법성이 치유된다고 볼 수 없다.

③ 수사기관이 새로운 범죄혐의의 수사를 위하여 무관정보가 남아 있는 복제본을 열람하는 것은 압수·수색영장으로 압수되지 않은 전자정보를 영장 없이 검색하는 것과 다르지 않다. 따라서 복제본은 더 이상 수사기관의 탐색, 복제 또는 출력 대상이 될 수 없으며, 수사기관은 새로운 범죄혐의의 수사를 위하여 필요한 경우에도 기존 압수·수색 과정에서 출력하거나 복제한 유관정보의 결과물을 열람할 수 있을 뿐이다. 사후에 법원으로부터 복제본을 대상으로 압수·수색영장을 발부받아 집행하였다고 하더라도, 이는 압수·수색절차가 종료됨에 따라 당연히 삭제·폐기되었어야 할 전자정보를 대상으로 한 것으로 위법하다.

(2) 대결 2022.1.14. 2021도1586, 대판 2023.6.1. 2018도19782, 대판 2023.10.18. 2023도8752

① 수사기관이 범죄 혐의사실과 관련 있는 정보를 선별하여 압수한 후에도 그와 관련이 없는 나머지 정보(이하 ‘무관정보’)를 삭제·폐기·반환하지 아니한 채 그대로 보관하고 있다면 무관정보 부분에 대하여는 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보를 영장 없이 압수·수색하여 취득한 것이어서 위법하고, 사후에 법원으로부터 압수·수색영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유된다고 볼 수 없다(대결 2022.1.14. 2021도1586).

2) 법무사 2024, 법행 2024 유사.

② 수사기관은 하드디스크나 이미지 등 형태(이하 '복제본')에 담긴 전자정보를 탐색하여 혐의사실과 관련된 정보(이하 '유관정보')를 선별하여 출력하거나 다른 저장매체에 저장하는 등으로 압수를 완료하면 혐의사실과 관련 없는 전자정보(이하 '무관정보')를 삭제·폐기하여야 한다. 수사기관이 새로운 범죄 혐의의 수사를 위하여 무관정보가 남아 있는 복제본을 열람하는 것은 압수·수색영장으로 압수되지 않은 전자정보를 영장 없이 수색하는 것과 다르지 않다. 따라서 복제본은 더 이상 수사기관의 탐색, 복제 또는 출력 대상이 될 수 없으며, 수사기관은 새로운 범죄 혐의의 수사를 위하여 필요한 경우에도 유관정보만을 출력하거나 복제한 기존 압수·수색의 결과물을 열람할 수 있을 뿐이다(대판 2023.6.1. 2018도19782; 대판 2023.10.18. 2023도8752).

I. 2차 압수·수색과 3차 압수·수색 모두 위법하다.

II. 이 유

1. 2차 압수·수색의 적법 여부

- ① 압수·수색은 유관증거를 선별하여 출력하거나 다른 저장매체에 저장하는 등 필요한 절차를 마치면 종료하므로, 사안에서 제1영장은 그 목적을 달성하여 효력이 상실되었으므로, 2차 압수·수색이 제1영장을 이용한 것이라면 이는 효력을 상실한 영장을 재집행한 것으로 그 자체로 위법하다.
- ② 결국 경찰의 2차 압수·수색은 압수·수색절차의 종료로 삭제·폐기의 대상일 뿐 더 이상 수사기관의 탐색·복제·출력 대상이 될 수 없는 복제본을 대상으로 새로운 범죄 혐의의 수사를 위하여 기존 압수·수색 과정에서 출력하거나 복제한 유관정보의 결과물에 대한 열람을 넘어 그 결과물을 이용하여 새로이 영장 없이 압수·수색한 경우에 해당하여, 이는 그 자체로 위법하다.
- ③ 따라서 경찰의 2차 압수·수색은 영장주의 및 적법절차 원칙을 위반하여 위법하고, 그 이후에 제2영장을 발부받아 3차 압수·수색을 하였다는 사정만으로 그 하자가 치유된다고 보기 어렵다(대판 2023.6.1. 2018도19782).

2. 3차 압수·수색의 적법 여부

- ① 3차 압수·수색은 피고인의 휴대전화가 아니라 제1영장에 기하여 실시한 1차 압수·수색에 따른 복제본이 저장된 경찰관 컴퓨터의 전자정보를 대상으로 발부된 제2영장을 집행한 것인바, 이는 제1영장의 집행이 종료됨에 따라 당연히 삭제·폐기되었어야 할 전자정보를 대상으로 한 것으로 위법하다(대판 2024.4.16. 2020도305[대검찰청 서버(D-NET) 계속 보관 사건]). 압수·수색절차의 종료로 삭제·폐기되었어야 할 전자정보를 계속 소지하는 행위는 그 자체로서 위법하기 때문이다(대판 2023.6.1. 2018도19782 참조).
- ② 따라서 경찰의 3차 압수·수색 역시 피의자의 참여권 등 압수·수색의 절차 관련 규정을 준수하지 않는 등 영장주의와 적법절차 원칙을 위반한 것이어서 위법하고, 그것이 제2영장에 따른 집행이라는 이유만으로 달리 보기 어렵다(대판 2023.10.18. 2023도8752).
- ③ 그리고 사후에 법원으로부터 압수·수색영장이 발부되었다거나 증거동의하였다고 하여 그 위법성이 치유된다고 볼 수 없다(대판 2024.4.16. 2020도305[대검찰청 서버(D-NET) 계속 보관 사건]).

사례 76 유류물의 압수(2)

甲의 불법촬영 혐의에 관하여 이루어진 주거지 등에 관한 압수수색 직전에, 甲은 주거지 밖으로 저장매체(SSD 카드, 이하 '이 사건 저장매체')를 집어던졌다.

수사기관은 이를 유류물로 영장 없이 압수한 후 위 저장매체 및 압수수색영장에 의하여 압수한 다른 저장매체의 탐색 과정에서 甲의 참여권을 보장하지 않은 상태에서 별건(아동·청소년 음란물 제작 등) 혐의의 증거를 발견하였고, 검사는 甲을 별건 혐의로만 기소하였다.

이 사건 저장매체로부터 복제, 출력된 SSD 카드 파일은 별건으로 기소된 사건에서 그 증거능력을 인정할 수 있는지 여부 및 근거를 설명하시오. (10점)

▣ 관련판례 - 대판 2024.7.25. 2021도1181(아청법위반(음란물제작·배포등)등)[피고인이 주거지 밖으로 집어던진 저장매체를 수사기관이 유류물로 영장 없이 압수한 사건] ★★★

- (1) 유류물 압수·수색에 대해서 영장에 의한 압수·수색·검증이나 임의제출물 압수에 관하여 적용되는 관련성의 제한이 적용되는지 여부(원칙적 소극) : 제215조 제1항은 '범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다'고 규정하고 있다. 그러나 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 제215조 제1항이나 임의제출물 압수에 관하여 적용되는 제219조에 의하여 준용되는 제106조 제1항, 제3항, 제4항에 따른 관련성의 제한이 적용된다고 보기 어렵다.
- (2) 유류물 압수에 있어서 수사기관의 압수 당시 참여권 행사의 주체가 되는 피압수자가 존재한다고 평가할 수 있는지 여부(원칙적 소극) : 정보저장매체에 대한 압수·수색에 있어, 압수·수색 당시 또는 이와 시간적으로 근접한 시기까지 정보저장매체를 현실적으로 지배·관리하면서 그 정보저장매체 내 전자정보 전반에 관한 전속적인 관리처분권을 보유·행사하고, 달리 이를 자신의 의사에 따라 제3자에게 양도하거나 포기하지 아니한 경우에는, 그 지배·관리자인 피의자를 정보저장매체에 저장된 전자정보 전반에 대한 실질적인 압수·수색 당사자로 평가할 수 있다(대판 2022.1.27. 2021도11170 등 참조). 그러나 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, 정보저장매체의 현실적 지배·관리 혹은 이에 담겨있는 전자정보 전반에 관한 전속적인 관리처분권을 인정하기 어렵다. 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) 따라서 범죄수사를 위해 정보저장매체의 압수가 필요하고, 정보저장매체를 소지하던 사람이 그에 관한 권리를 포기하였거나 포기한 것으로 인식할 수 있는 경우에는, 수사기관이 형사소송법 제218조에 따라 피의자 기타 사람이 유류한 정보저장매체를 영장 없이 압수할 때 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 압수의 대상이나 범위가 한정된다거나, 참여권자의 참여가 필수적이라고 볼 수는 없다.

I. 이 사건 저장매체로부터 복제, 출력된 SSD 카드 파일은 그 증거능력을 인정할 수 있다.

II. 근거

1. 유류물의 압수에 관련성의 제한이 적용되는지 여부(소극)

제218조는 유류물을 압수하는 경우에 사전, 사후에 영장을 받을 것을 요구하지 않는다. 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 제215조 제1항이나 임의제출물 압수에 관하여 적용되는 제219조에 의하여 준용되는 제106조 제1항, 제3항, 제4항에 따른 관련성의 제한이 적용된다고 보기 어렵다(대판 2024.7.25. 2021도1181(아청법위반(음란물제작·배포등)))[피고인이 주거지 밖으로 집어던진 저장매체를 수사기관이 유류물로 영장 없이 압수한 사건]. ★★★

2. 유류물의 압수에 참여권자의 참여가 필수적인지 여부(소극)

정보저장매체에 대한 압수수색에 있어, 압수·수색 당시 또는 이와 시간적으로 근접한 시기까지 정보저장매체를 현실적으로 지배·관리하면서 그 정보저장매체 내 전자정보 전반에 관한 전속적인 관리처분권을 보유·행사하고, 달리 이를 자신의 의사에 따라 제3자에게 양도하거나 포기하지 아니한 경우에는, 그 지배·관리자인 피의자를 정보저장매체에 저장된 전자정보 전반에 대한 실질적인 압수·수색 당사자로 평가할 수 있다(대판 2022.1.27. 2021도11170 등 참조).

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

정보저장매체를 소지하고 있던 사람이 이를 분실한 경우와 같이 그 권리를 포기하였다고 단정하기 어려운 경우에도, ... 특별한 사정이 없는 한, 영장에 의한 압수나 임의제출물 압수와 같이 수사기관의 압수 당시 참여권 행사의 주체가 되는 피압수자가 존재한다고 평가할 수는 없다.

따라서 범죄수사를 위해 정보저장매체의 압수가 필요하고, 정보저장매체를 소지하던 사람이 그에 관한 권리를 포기하였거나 포기한 것으로 인식할 수 있는 경우에는, 수사기관이 제218조에 따라 피의자 기타 사람이 유류한 정보저장매체를 영장 없이 압수할 때 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 압수의 대상이나 범위가 한정된다거나, 참여권자의 참여가 필수적이라고 볼 수는 없다(위 判例). ★★★

3. 사안의 경우

유류물의 압수의 경우에는 관련성의 제한이 적용되지 않고, 참여권자의 참여도 필수적인 것이 아니라는 관례에 따르면, 이 사건 저장매체로부터 복제, 출력된 SSD 카드 파일은 별건(아동·청소년 음란물 제작 등)으로 기소된 사건에서 그 증거능력을 인정할 수도 있다.

유제 35	피해자 등 피의자 아닌 제3자가 피의자가 소유·관리하는 전자정보를 임의제출한 경우, 피의자에게도 참여권을 보장하여야 하는지 여부 ¹⁾
-------	---

乙과 丙은 공모하여 보이스피싱 범죄를 저질렀으나, 丙은 수사절차에서 자신은 범행에 전혀 가담하지 않았다고 주장하였다. 이에 대해 억울하게 생각한 乙은 丙의 책임을 입증하기 위해 丙의 스마트폰을 훔쳐 경찰에 임의제출하였다.

(2) 경찰관 P가 위 丙의 스마트폰을 검색하면서 乙에게만 참여의 기회를 부여하였다면 이는 적법한가? (7점)

해설

1. 문제점

피해자 등 피의자 아닌 제3자가 피의자가 소유·관리하는 정보저장매체를 임의제출한 경우, 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권을 보장하여야 하는지가 문제된다.

2. 실질적인 피압수자의 참여권 보장 등

① 피의자가 소유·관리하는 정보저장매체를 피의자 아닌 피해자 등 제3자가 임의제출하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 제219조, 제121조, 제129조에 따라 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피의자의 절차적 권리를 보장하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다(대판(소심) 2021.11.18. 2016도348[휴대전화 2대 또는 대학교수 여제자 준강제추행 사건]).

② 만약 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보에 대해 수사기관이 영장 없이 압수·수색하여 취득한 증거는 위법수집증거에 해당하고, 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유되는 것도 아니다(위 소심).

3. 문제의 해결

사안에서 스마트폰의 임의제출자는 乙이지만, 스마트폰의 소유자로서 범죄혐의를 받는 피의자는 丙이므로, 丙은 스마트폰의 실질적인 피압수자에 해당한다.

따라서 경찰관 P는 스마트폰의 검색 과정에서 특별한 사정이 없는 한 丙에게도 참여권을 보장하여야 하고, 임의제출자인 乙에게만 참여의 기회를 부여하였다면 이는 위법하다(위 소심 참조).

1) 변시 2024(3).

검사는 乙을 특수공무집행방해죄 등으로 공소제기한 후 제1회 공판이 개정되기 전에 피고인 乙을 검사실로 소환하여 乙로부터 추가 진술을 듣고 그 내용을 조서로 작성하여 증거로 제출하였다. 乙에 대한 진술조서의 증거능력을 논하시오. (15점)

해설

I. 문제점 (1점)

공소제기 후 제1회 공판 개정 전 검사가 작성한 피고인 乙에 대한 진술조서의 증거능력은, 공소제기 후 수사기관의 피고인신문이 허용되는지 및 이때 작성된 피고인진술조서의 증거능력 요건과 관련하여 문제된다.

II. 공소제기 후 피고인신문의 허부 (5점)

학설은 ① 피고인신문이 임의수사라는 전제에서, 임의수사(제199조 제1항)에는 법적 제한이 없으므로 공소제기 후에도 제1회 공판기일 전후를 불문하고 가능하다는 적극설, ② 제200조의 피의자에는 피고인이 포함될 수 없고, 당사자주의와 모순되며, 공판정의 피고인신문절차(제296조의2)가 유명무실하게 되므로 허용되지 않는다는 소극설, ③ 공소제기 후의 피고인신문의 필요성과 피고인의 당사자로서의 지위를 조화해야 하므로, 공소제기 후에도 제1회 공판기일 전에는 피고인신문이 허용된다는 절충설 등이 대립한다.

판례는 “검사의 피고인에 대한 진술조서가 기소 후에 작성된 것이라는 이유만으로 곧 그 증거능력이 없는 것이라고 할 수 없다.”고 하여(대판 1984.9.25. 84도1646 등), 적극설의 입장이다.

생각건대, 공소제기 후에도 진술거부권 고지 등 임의수사의 방법으로 검사의 피고인신문은 허용된다고 봄이 타당하다.

III. 피고인진술조서의 증거능력 인정요건 (7점)

공소제기 후 수사기관의 피고인신문은 허용되지 않는다는 소극설에 따르면, 위 피고인진술조서는 위법하게 수집된 증거(제308조의2)로서 증거능력이 없다.

그러나 적극설 또는 판례에 따르면, 위 피고인진술조서도 검사작성의 피고인이 된 피의자신문조서와 마찬가지로 취급하여(제312조 제1항), 그 증거능력을 판단한다.

따라서 적극설인 판례에 따르면, 위 검사작성의 피고인 乙에 대한 진술조서도 진술거부권 고지 등 임의수사의 방법으로 작성되었다면, 검사작성 피의자신문조서와 마찬가지로 그 증거능력이 인정할 수 있다.

IV. 문제의 해결 (2점)

판례에 따르면, 피고인 乙에 대한 진술조서도 검사작성 피의자신문조서와 마찬가지로 그 증거능력이 인정할 수 있는바, ① 그 조서가 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 ② 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정하면 그 증거능력이 인정될 것이다(제312조 제1항 참조).

2) 변시 2024(1). [☞] 채점기준표에 따른 배점이다.

甲과 乙은 강남구 대치동에서 귀금속 판매점에 침입하여 금팔찌 등을 훔친 특수절도의 점과 개포동 노상에서 장물 분배로 시비를 벌이던 중 상호 폭력을 행사하였다는 폭행의 점으로 구속기소 되었다.

甲과 乙은 제1회 공판기일에서 검사가 신청한 증거에 대하여 증거의견을 밝히면서 경찰 수사과정에서 작성된 모든 진술서류에 대하여 내용 부인하거나 부동의한 상황이다. 이 경우 재판부가 공소사실에 관한 피고인들의 법정 진술을 유죄의 증거로 사용하기 위한 방법에 관하여 설명하시오. (15점)

해설

I. 문제점

甲과 乙은 특수절도의 점에서는 공범인 공동피고인의 관계에 있지만, 쌍방 폭행의 점에서는 공범 아닌 공동피고인의 관계에 있다. 여기서 공동피고인의 법정 진술과 증인적격과 관련한 법정 증언의 증거능력이 문제된다.

II. 공동피고인의 법정(공판정) 진술(자백)의 증거능력

증거조사 후 피고인신문이 행해지는데(제296조의2), 이러한 피고인신문 과정에서 피고인 지위에서의 법정 진술이 다른 공동피고인에 대하여 증거능력이 있는지가 문제된다.

판례는 공범인 공동피고인의 진술(자백)은 이에 대한 피고인의 반대신문권이 보장되어 있어 증인으로 신문한 경우와 다를 바 없으므로 독립한 증거능력이 있다는 입장이다(대판 1985.6.25. 85도691 등).

판례에 따르면, 甲과 乙의 법정 진술은 서로의 범죄사실에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

공범인 공동피고인의 법정(공판정) 진술은 당연히 다른 피고인에게 증거능력이 있다. [공범에 대한 판례명제 11]

III. 공동피고인의 증인적격

공동피고인의 증인적격에 대하여는 견해가 대립한다. 학설은 ① 공범관계 여부를 불문하고 변론을 분리하지 않는 한 증인적격이 없다는 부정설, ② 공동피고인은 다른 피고인에 대한 관계에서는 제3자이므로 증인적격이 있다는 긍정설, ③ 공동피고인 상호간의 실질적 관련성을 기준으로, 공범인 공동피고인은 증인적격이 없지만, 공범 아닌 공동피고인은 제3자성이 유지되므로 증인적격이 있다는 절충설(통설)이 대립한다.

판례는 공범인 공동피고인은 당해 소송절차에서는 피고인의 지위에 있으므로 증인적격이 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 증인적격이 있지만(대판 2008.6.26. 2008도3300), 공범 아닌 공동피고인은 다른 피고인의 범죄사실에 관하여는 증인의 지위에 있으므로 증인적격이 인정된다고 하여(대판 1982.9.14. 82도1000), 절충설 또는 변론분리후 허용설의 입장이다.

판례에 따르면, 甲과 乙은 공범인 공동피고인이므로 변론을 분리하지 않는 한 증인적격이 인정되지 않으므로, 법원은 甲을 乙에 대한 증인으로 신문할 수는 없다.

IV. 문제의 해결

甲과 乙은 특수절도의 점에서 공범인 공동피고인의 관계에 있으므로, 각각 피고인 지위에서 한 법정 진술은 당연히 다른 피고인에게 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

그러나 甲과 乙은 폭행의 점에서 공범 아닌 공동피고인의 관계에 있으므로, 각각 증인의 지위에서 선서 후의 법정 증언만이 다른 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 있다.

3) 법원 2024.

A에 대한 살인사건에서, 만약 피고인 甲이 법원에 국민참여재판을 신청하였음에도 법원이 이에 대한 배제결정도 하지 않은 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하여 유죄의 판결을 선고하였고, 甲이 양형부당을 이유로 항소하였으나 항소심이 甲의 항소를 기각하자, 甲이 대법원에 상고한 경우, 대법원의 예상되는 판단을 그 이유와 주문으로 나누어 설명하시오. (10점)

해설

[이유]

1. 피고인이 법원에 국민참여재판을 신청하였음에도 불구하고 법원이 이에 대한 배제결정도 하지 않은 채 통상의 공판절차로 재판을 진행하는 것은 피고인의 국민참여재판을 받을 권리 및 법원의 배제결정에 대한 항고권 등의 중대한 절차적 권리를 침해한 것으로서 위법하고, 국민참여재판제도의 도입 취지나 배제결정에 대한 즉시항고권을 보장한 취지 등에 비추어 이와 같이 위법한 공판절차에서 이루어진 소송행위는 무효라고 보아야 할 것이다.

따라서 제1심판결은 소송절차가 법령에 위반하여 ‘판결에 영향을 미친 위법’으로서 파기를 면할 수 없다.

2. 그리고 이러한 제1심법원의 소송절차상의 하자는 직권조사사유에 해당하므로, 원심법원은 비록 피고인이 이러한 점을 항소사유로 삼고 있지 않다 하더라도 이를 살펴 직권으로 제1심판결을 파기하였어야 함에도 불구하고 이에 대하여 아무런 심리, 판단을 하지 아니한 채 피고인의 항소를 기각하고 말았다.

결국 원심법원의 판단에도 국민참여재판을 받을 권리 및 소송절차상의 하자에 관한 법리를 오해하여 ‘판결에 영향을 미친 위법’이 있다.

3. 그러므로 형사소송법 제391조, 제396조를 적용하여, 원심판결과 제1심판결을 모두 파기하고 사건을 제1심 법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다(대판 2011.9.8. 2011도7106; 대판 2012.4.26. 2012도1225 등 참조).

[주문]

원심판결과 제1심판결을 모두 파기하고, 사건을 제1심법원으로 환송한다.

4) 변시 2024(2).

사례 119 제1심의 사실인정에 관한 판단과 항소심¹⁾

검사는 甲을 피해자 A, B 등에 대한 강제추행으로 공소제기하였다. 제1심법원은 甲의 공소사실 모두에 대해 유죄를 인정하였다. 이에 甲은 항소하였고, 항소심법원은 심리 과정에서 심증 형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 것이 없음에도 제1심의 사실인정에 관한 판단을 재평가하여 공소사실 모두에 대해 무죄를 선고하였다. 항소심 판결이 적법한지 논하시오. (10점)

■ 관련판례

(1) 항소심이 심리과정에서 심증 형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 것이 없음에도 제1심의 사실인정에 관한 판단을 재평가하여 사후심적으로 판단하여 뒤집을 수 있는지 여부(원칙적 소극) : 현행 형사소송법상 항소심은 속심을 기반으로 하되 사후심적 요소도 상당 부분 들어 있는 사후심적 속심의 성격을 가지므로, 항소심이 제1심판결의 당부를 판단할 때에는 이러한 심급구조의 특성을 고려하여야 한다. 그러므로 항소심 심리과정에서 심증 형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 것이 없음에도 불구하고 제1심판단을 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 아니 된다. 특히 공소사실을 뒷받침하는 증거의 경우에는, 증인 신문 절차를 진행하면서 진술에 임하는 증인의 모습과 태도를 직접 관찰한 제1심이 증인 진술의 신빙성을 인정할 수 없다고 판단하였음에도 불구하고, 항소심이 이를 뒤집어 그 진술의 신빙성을 인정할 수 있다고 판단하려면, 진술의 신빙성을 배척한 제1심의 판단을 수긍할 수 없는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나는 경우이어야 한다. 그것이 형사사건의 실체에 관한 유무죄의 심증은 법정 심리에 의하여 형성하여야 한다는 공판중심주의, 그리고 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼는 것을 원칙으로 하는 실질적 직접심리주의의 정신에 부합한다(대판 2023.1.12. 2022도14645 등).

1) 변시 2025.

I. 쟁점의 정리

제1심의 사실인정에 관한 판단을 항소심 법원이 재평가하여 무죄를 선고한 항소심 판결이 적법한지가 항소심의 구조 등과 관련하여 문제된다.

II. 제1심의 사실인정에 관한 판단과 항소심

현행 형사소송법상 항소심의 구조에 대하여는, ① 원칙적으로 속심이고 보충적으로 사후심적 요소가 가미되어 있다는 원칙적 속심설과, ② 원칙적으로 사후심이고 보충적으로 속심적 요소가 가미되어 있다는 원칙적 사후심설 등이 대립한다.

판례는 [1] 현행 형사소송법상 항소심은 속심을 기반으로 하되 사후심적 요소도 상당 부분 들어 있는 사후심적 속심의 성격을 가지므로, 항소심이 제1심판결의 당부를 판단할 때에는 이러한 심급구조의 특성을 고려하여야 한다. 그러므로 항소심 심리과정에서 심증 형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 것이 없음에도 불구하고 제1심판단을 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 아니 되고(대판 2023.1.12. 2022도14645 등), [2] 특히 공소사실을 뒷받침하는 증거의 경우에는, 증인신문 절차를 진행하면서 진술에 임하는 증인의 모습과 태도를 직접 관찰한 제1심이 증인 진술의 신빙성을 인정할 수 없다고 판단하였음에도 불구하고, 항소심이 이를 뒤집어 그 진술의 신빙성을 인정할 수 있다고 판단하려면, 진술의 신빙성을 배척한 제1심의 판단을 수긍할 수 없는 충분하고도 납득할 만한 현저한 사정이 나타나는 경우이어야 한다고 하여(대판 2023.1.12. 2022도14645; 대판 2022.8.11. 2022도6743 등), 원칙적 속심설의 입장이다.

[3] 그것이 형사사건의 실체에 관한 유무죄의 심증은 법정 심리에 의하여 형성하여야 한다는 공판중심주의, 그리고 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼는 것을 원칙으로 하는 실질적 직접심리주의의 정신에 부합한다(대판 2023.1.12. 2022도14645 등).

생각건대, 항소심의 구조는 기본적으로 속심이고 신속한 재판이나 소송경제를 위해 사후심적 요소가 항소심의 속심적 성격을 제한하고 있는 것으로 보는 것이 타당하다.

III. 사안의 해결

현행법상 항소심의 구조가 원칙적 속심이라는 점 및 공판중심주의 및 실질적 직접심리주의의 정신에 비추어, 항소심이 예외적 사정이 없음에도 제1심의 사실인정에 관한 판단을 재평가하여 공소사실 모두에 대하여 무죄를 선고한 것은 부적법하다.

검사는 丙에 대한 사건에서 “丁이 나에게 현금과 귀금속의 보관을 부탁하였다.”는 丙의 진술이 기재된 공판조서사본을 별도로 진행된 丁에 대한 공판절차에서 유죄의 증거로 제출하였다. 이 공판조서사본의 증거능력을 논하시오. (10점)

해설

I. 문제점

다른 사건에서 작성된 丙(장물범)의 자백이 기재된 공판조서 사본을 당해 피고인 丁(절도범)에 대하여 어떠한 요건 하에서 증거로 사용할 수 있는지가 적용법조 등과 관련하여 문제된다.

II. 다른 사건의 공판조서의 증거능력

학설은 ① 증거보전절차 및 증인신문청구절차(제184조 및 제221조의2)에서의 조서에 해당하여 당연히 증거능력이 인정된다는 제311조 후단설, ② 원진술자에 대한 피고인의 반대신문권을 조건으로 하는 제313조 제1항설, ③ 제311조의 법원·법관의 면전조서는 당해 사건의 조서만을 의미하므로, 다른 사건의 공판조서는 제315조 제3호의 ‘기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’로서 당연히 증거능력이 인정된다는 제315조 제3호설(통설)이 대립한다.

판례는 다른 사건의 공판조서는 제315조 제3호에 정한 서류로서 당연히 증거능력이 있는바, 공판조서 중 일부인 증인신문조서 역시 제315조 제3호에 정한 서류로서 당연히 증거능력이 있다고 하여(대판 2005.4.28. 2004도4428 등), 일관되게 다른 사건의 공판조서는 제315조 제3호 소정의 서류로서 당연히 증거능력이 있다는 입장이다. 생각건대, 제311조는 당해 사건의 공판조서만을 의미한다는 점, 제311조 후단설이나 제315조 제3호설 모두 적용법조만 다를 뿐 실제로 차이가 없다는 점에서 제315조 제3호설이 타당하다.

III. 사본의 증거능력

판례는 ① 그 원본이 존재하거나 존재하였을 것(원본성), ② 원본 제출이 불능 또는 곤란한 사정이 있을 것(사본 제출의 필요성), ③ 원본을 정확하게 전사하였을 것(정확성) 등 3가지 요건을 전제로, 원본과 동일하게 취급할 수 있다.”고 판시하여(대판 2002.10.22. 2000도5461[초본제출 사건]), ① 원본성, ② 필요성, ③ 정확성의 3가지 전제 요건을 충족하면, 사본을 원본과 동일하게 본다.

IV. 문제의 해결

장물범인 丙의 진술이 기재된 다른 사건의 공판조서사본은, 사본의 전제요건은 충족되었다고 보이므로, 반대신문의 기회가 없었더라도 제315조 제3호에 의하여 절도범인 丁에 대하여 당연히 증거능력이 있다.

※ 반대신문권 침해의 문제

★

다른 사건의 공판조서에 대하여 통설·판례가 당사자의 반대신문 또는 수소법원의 직접심리가 없음에도 무조건 증거능력을 인정하는 것은 문제가 있다.

따라서 피고인을 심리하는 수소법원은 가능하면 원진술자를 증인으로 소환하여 피고인에게 반대신문의 기회를 부여하는 것이 바람직하다고 본다(헌재결 2013.10.24. 2011헌바79. 3인의 보충의견 참조).

1) 변시 2024(2).

사례 135 검사작성 피의자신문조서¹⁾

피고인은 2021. 3.경부터 같은 해 6. 10. 19:00경 사이에 ○○시에서 일회용 주사기에 향정신성의약품인 메트암페타민 약 0.05g을 넣고 생수로 희석하여 자신의 오른팔에 주사하는 방법으로 총 2회에 걸쳐 이를 투약하여 마약류관리에 관한 법률을 위반하였다는 공소사실로 2022. 3. 1. 기소되었다. 피고인의 검찰 피의자신문조서에는 '피고인이 2021. 3.경부터 같은 해 6. 10. 19:00경 사이에 공소사실과 같은 방법으로 메트암페타민을 2회 투약하였다'고 진술한 것으로 기재되어 있다. 피고인은 제1심 공판기일에서 공소사실의 일시에 메트암페타민을 투약한 사실이 없다고 주장하면서 공소사실을 부인하였는데 제1심 공판조서의 일부인 증거목록에는 피고인이 제1심 공판기일에서 위 검찰 피의자신문조서에 동의한 것으로 기재되었다.

이 경우 피고인에 대한 검찰 피의자신문조서의 증거능력과 그 이유에 대해 약술하시오. (10점)

■ 관련판례 - 대판 2023.4.27. 2023도2102[마약류관리에관한법률위반(향정)]

★

(1) 공소사실의 특정 등 : 공소사실의 기재는 범죄의 일시, 장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 하고(제254조 제4항), 이와 같이 공소사실의 특정을 요구하는 법의 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어권의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있는 것이므로, 범죄의 '일시'는 이중기소나 시효에 저촉되는지 식별할 수 있을 정도로 기재하여야 한다. 검사는 가능한 한 공소제기 당시의 증거에 의하여 이를 특정함으로써 피고인의 정당한 방어권 행사에 지장을 초래하지 않도록 하여야 할 것이다. 범죄의 일시·장소 등을 특정 일시나 상당한 범위 내로 특정할 수 없는 부득이한 사정이 존재하지 아니함에도 공소의 제기 혹은 유지의 편의를 위하여 범죄의 일시·장소 등을 지나치게 개괄적으로 표시함으로써 사실상 피고인의 방어권 행사에 지장을 가져오는 경우에는 제254조 제4항에서 정하고 있는 구체적인 범죄사실의 기재가 있는 공소장이라고 할 수 없다. 공소사실이 특정되지 아니한 부분이 있다면, 법원은 검사에게 석명을 구하여 특정을 요구하여야 하고, 그럼에도 검사가 이를 특정하지 않는다면 그 부분에 대해서는 공소를 기각할 수밖에 없다.

(2) 검사작성 피신조서에서의 '내용 인정'(제312조 제1항) : '그 내용을 인정할 때'라 함은 피신조서의 기재 내용이 진술 내용대로 기재되어 있다는 의미가 아니고 그와 같이 진술한 내용이 실제 사실과 부합한다는 것을 의미한다(대판 2022.7.28. 2020도15669 등 참조). 따라서 피고인이 공소사실을 부인하는 경우 검사가 작성한 피신조서 중 공소사실을 인정하는 취지의 진술 부분은 그 내용을 인정하지 않았다고 보아야 한다.

기록에 의하면, 피고인은 제1심에서 선행판결의 범죄사실 외에는 공소사실의 일시에 메트암페타민을 투약한 사실이 없다고 주장하면서 공소사실을 부인하였으므로 위 검찰 피신조서 중 공소사실을 인정하는 취지의 진술 내용을 인정하지 않았다고 보아야 한다. 따라서 제1심 공판조서의 일부인 증거목록에 피고인이 제1심 제2회 공판기일에서 위 검찰 피신조서에 동의한 것으로 기재되어 있는 것은 착오 기재이거나 피고인이 그 조서 내용과 같이 진술한 사실이 있었다는 것을 인정한다는 것을 '동의'로 조서를 잘못 정리한 것으로 이해될 뿐 이로써 위 검찰 피신조서가 증거능력을 가지게 되는 것은 아니다.

그렇다면 원심이 위 검찰 피의자신문조서의 증거능력이 있다고 본 것은 제312조 제1항이 정하는 '검사가 작성한 피의자신문조서'의 증거능력에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

1) 법원 2024.

I. 위 검찰 피의자신문조서는 그 증거능력을 인정할 수 없다.

II. 이유

① 공소사실의 불특정과 법원의 조치 : 이 사건 공소사실의 '일시' 기재만으로는 이 사건 공소사실이 선행 판결의 범죄사실과 동일한지 판단할 수 없어 심판의 대상이나 방어의 범위가 특정되었다고 볼 수 없다. 피고인에 대한 검찰 피의자신문조서의 진술 기재대로 범죄 일시를 특정할 수 없는 부득이한 사정이 보이지도 않는다.

그렇다면 원심으로서도 검사에게 석명을 구하여(규칙 제141조) 범행일시에 관하여 공소사실을 특정하도록 요구하여야 하고 그럼에도 특정하지 않는다면 공소를 기각하였어야 하는데 원심은 유죄의 실체 판단을 하였는바, 이러한 원심의 조치에는 공소사실 특정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

② 제312조 제1항의 '내용 인정'의 의미 : 개정법 제312조 제1항의 검사작성 피신조서에서의 '그 내용을 인정할 때'란 피신조서의 기재 내용이 진술 내용대로 기재되어 있다는 의미가 아니고 그와 같이 진술한 내용이 실제 사실과 부합한다는 것을 의미한다(대판 2023.6.1. 2023도3741 등).

따라서 피고인이 공소사실을 부인하는 경우 검사가 작성한 피신조서 중 공소사실을 인정하는 취지의 진술 부분은 그 내용을 인정하지 않았다고 보아야 한다(대판 2023.4.27. 2023도2102 등).

③ 피고인이 공소사실을 부인하는 경우, 증거목록의 동의 기재의 의미 : 제1심 공판조서의 일부인 증거목록에 피고인이 제1심 제2회 공판기일에서 위 검찰 피의자신문조서에 동의한 것으로 기재되어 있는 것은 착오 기재이거나 피고인이 그 조서 내용과 같이 진술한 사실이 있었다는 것을 인정한다는 것을 '동의'로 조서를 잘못 정리한 것으로 이해될 뿐 이로써 위 검찰 피의자신문조서가 증거능력을 가지게 되는 것은 아니다(대판 2023.4.27. 2023도2102).

丙은 야간에 B가 운영하는 귀금속 가게에 금팔찌 등을 훔칠 생각으로 출입문을 열고 들어가 B에게 금팔찌를 보여 달라고 하여 이를 착용한 후에 화장실에 갔다 오겠다는 핑계를 대고 도주하였다. 도주에 성공한 丙은 편의점에 들러 음료수를 집어 들고 계산을 하려는데, 마침 10분 전에 다른 손님이 떨어뜨린 남성용 반지갑을 습득한 편의점 주인 C가 丙에게 “이 지갑이 선생님 지갑이 맞느냐”고 묻자 “내 것이 맞다”고 대답한 뒤 이를 교부받아 편의점을 나갔다. B는 귀금속 가게 내에 설치되어 있던 CCTV에 녹화된 丙의 범행장면을 USB에 담아서 경찰에 제출하였다.

USB의 증거능력을 부여하기 위한 요건을 설명하시오. (15점)

해설

I. 문제점

먼저 경찰이 영장 없이 범행장면이 촬영된 CCTV 동영상 파일을 USB에 담아서 제출받은 것이 적법한지가 정보저장매체등의 압수방법 및 임의제출물 압수와 관련하여 문제된다.

그리고 CCTV의 범행장면을 담은 USB의 증거능력은, 원본인 CCTV와의 동일성을 전제로 CCTV의 성질과 관련하여 문제된다.

II. CCTV를 복사한 USB를 제출받은 행위의 법적 성격과 적법성 (3점)

1. 정보저장매체등의 압수방법

원칙적으로 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 하고, 예외적으로 정보저장매체등을 압수할 수 있다(제106조 제3항, 제219조). [신설 2011. 7.18]

2. 임의제출물의 압수

수사기관은 피의자 기타인의 유류물이나 임의제출물을 영장 없이 압수할 수 있다(제218조). 이 경우 제출자의 처분권한을 불문하고, 특별한 사정이 없는 한 소유자의 동의가 불필요하고, 사후영장을 받을 필요도 없다.

3. 검토

사안에서 경찰이 B로부터 CCTV에 녹화된 丙의 범행장면이 담긴 USB를 제출받은 것은 제106조의 정보저장매체등의 압수 및 제218조의 임의제출물의 압수에 해당하여 적법하다.

III. CCTV를 복사한 USB의 증거능력

1. 현장사진의 증거능력 (4점)

현장사진의 성격에 대하여, 학설은 ① 현장사진은 비진술증거로 전문법칙은 적용되지 않고, 현장사진이 현장의 정확한 영상이라는 사실, 즉 요증사실과의 관련성만 입증되면 증거능력이 인정된다는 비진술증거설(실무), ② 현장사진도 사실보고의 기능에서 진술증거와 동일하고, 조작가능성도 있으므로 진술증거로서 전문법칙이 적용되고, 그 작성주체와 원진술자의 성격에 따라 제311조 내지 제313조에 의하여 증거능력을 판단하자는 진술증거설(종래 다수설), ③ 현장사진을 비진술증거로 보면서도 조작가능성이 있으므로 증거능력을 제한하자는 검증조서유추(유사)설이 대립한다.

판례는 명백하지는 않지만(대판 1997.9.30. 97도1230[공갈목적으로 찍은 간통현장 나체사진 사건]), 현장사진 자체는

2) 변시 2024(1). ☞ 이하는 채점기준표에 따른 내용과 점수이다.

비진술증거로 판단하는 것으로 보인다(법원실무(Ⅱ), 131면).

생각건대, 현장사진 자체는 현장을 사실대로 촬영한 것일 뿐 진술증거로 볼 수 없으므로 비진술증거설이 타당하다.

따라서 현장사진은 전문법칙의 적용되지 않고 요증사실과의 관련성만 입증되면 증거능력이 있다.

2. 사본의 원본과의 동일성 인정요건 (5점) - 원·필·정

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 전제로, 사본을 원본과 동일하게 취급하고 있다(대판 2002.10.22. 2000도5461[초본제출 사건] 등).

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

IV. 문제의 해결 (3점)

경찰이 범행장면이 녹화된 CCTV를 담은 USB를 영장 없이 압수한 행위는 적법하다.

그리고 USB에 담긴 丙의 범행장면은 현장사진에 해당하는바, 비진술증거로서 사건과의 관련성이 인정되고 복사한 USB가 원본인 CCTV와 동일성이 인정되면 증거능력이 인정된다.

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

유제 91 | 현장사진의 증거능력³⁾

순찰하던 경찰관 P는 Z이 D를 살해하려고 권총을 겨누었다가 도망하는 장면을 휴대전화기로 촬영하면서 검거를 시도했으나 실패하였다. 경찰관 P가 촬영한 사진의 증거능력을 논하시오. (15점)

해설

I. 문제점 (2점)

경찰관 P가 Z이 권총을 겨누었다가 도망하는 장면을 휴대전화기로 촬영한 행위가 적법한지, 적법하다면 그 사진은 어떠한 요건하에서 증거로 사용할 수 있는지가 현장사진의 법적 성질과 관련하여 문제된다.

II. 사진촬영의 적법성 (7점)

사진촬영의 법적 성질에 대하여는 임의수사설도 있지만, 강제수사로 보아야 한다.

사진촬영을 강제처분으로 보면, 그 성질상 검증에 해당하므로 원칙적으로 영장주의가 적용된다.

판례는 “수사기관이 범죄를 수사함에 있어 현재 범행이 행하여지고 있거나 행하여진 직후이고, 증거보전의 필요성 내지 긴급성이 있으며, 일반적으로 허용되는 상당한 방법에 의하여 촬영한 경우라면 위 촬영이 영장 없이 이루어졌다 하여 이를 위법하다고 단정할 수 없다.”고 하여(대판 1999.9.3. 99도2317[영남위원회 사진]; 대판 2023.4.27. 2018도8161 등), 엄격한 요건 하의 영장 없는 사진촬영을 허용하는 입장이다.

생각건대, 수사기관의 사진촬영은 강제수사인 검증의 성격을 가지는 것이지만, 관련법규가 없는 상황에서는 엄격한 요건하에 영장 없는 사진촬영을 허용하는 판례가 타당하다고 본다.

사안은 영장 없는 사진촬영이지만, 명백성, 필요성, 긴급성 및 상당성의 요건을 모두 갖추어 적법하다.

III. 현장사진의 증거능력 (6점)

현장사진이란 범인의 행동에 중점을 두어 범행상황과 그 전후 상황을 촬영한 사진으로서 그 범행을 증명하기 위하여 독립 증거로 사용되는 것으로, 사안은 범행 직후의 장면이 담긴 사진으로 현장사진에 해당한다.

현장사진의 성격에 대하여, 학설은 ① 현장사진은 사람의 지각에 의한 진술이 아니므로 독립된 비진술증거로 전문 법칙은 적용되지 않고, 요증사실과의 관련성, 즉 현장의 정확한 영상이라는 사실만 입증되면 증거로 할 수 있다는 비진술증거설(실무), ② 현장사진도 사실보고의 기능에서 진술증거와 동일하고, 조작가능성도 있으므로 진술 증거로서 전문법칙이 적용되고, 그 작성주체와 원진술자의 성격에 따라 제311조 내지 제313조에 의하여 증거능력을 판단하자는 진술증거설(다수설) 등이 대립한다.

판례는 명백하지는 않지만(대판 1997.9.30. 97도1230, 현장사진 자체는 비진술증거로 본다(법원실무(II), 131면). 생각건대, 현장사진 자체는 현장을 사실대로 촬영한 것일 뿐 진술증거로 볼 수 없으므로 비진술증거설이 타당하다.

IV. 문제의 해결

사안에서 경찰관 P가 Z을 촬영한 행위는 적법하다.

따라서 현장사진을 비진술증거로 보는 견해에 의하면, 경찰관 P가 촬영한 사진은 Z의 사건과 관련성이 있으므로 현장의 정확한 영상이라는 사실만 입증되면 그 증거능력을 인정할 수 있다.

(다만, 진술증거설(검증조서유추설)에 의하면, 사안처럼 수사기관이 촬영한 경우에는 제312조 제6항의 검증조서 규정이(유추)적용되어 공판정에서 경찰관 P의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되어야 한다.)

3) 변시 2024(2).

사법경찰관 P는 乙을 피의자로 조사하여 “甲이 丙 몰래 트럭을 가져온 것이지 내가 가져온 것은 아니다.”는 진술을 듣고 그 내용을 조서에 기재하였다. 乙에 대한 고소 사건의 참고인으로 소환된 甲은 P에게 “아들인 乙이 트럭을 丙에게 잠시 빌려줬을 뿐인데 丙이 함부로 빼돌리려 한다는 말을 乙에게서 듣고 그 트럭을 빼돌리지 못하도록 가져온 것이다.”라고 진술하였고, P는 이러한 과정을 甲이 모르게 영상녹화를 하였다.

甲에 대한 영상녹화물에 수록된 甲의 진술을 甲의 법정진술에 대한 탄핵증거로 사용할 수 있는가? (15점)

해설

I. 문제점

사법경찰관 P가 甲에 대한 참고인조사 과정에서 甲 모르게 촬영한 영상녹화물에 수록된 甲의 진술을 甲의 법정진술에 대한 탄핵증거(제318조의2 제1항)로 사용할 수 있는지가 위법수집증거배제법칙(제308조의2)과 제318조의2 제2항의 ‘제1항에도 불구하고’ 등과 관련하여 문제된다.

II. 참고인 진술에 대한 영상녹화물과 법정진술에 대한 탄핵증거 허부

- ① 사법경찰관 P가 甲을 참고인으로 소환하여 진술을 듣는 경우, 참고인의 동의를 받아 영상녹화할 수 있고(제221조 제1항), 만약 동의가 없었다면 영상녹화물은 위법수집증거(제308조의2)에 해당할 수 있다.
- ② 영상녹화물이 위법수집증거에 해당할 경우 탄핵증거로 사용할 수 없다는 부정설, 위법수집증거라도 유죄증거가 아닌 탄핵증거로는 사용할 수 있다는 긍정설 등이 대립한다.
- ③ 한편, 영상녹화물이 위법수집증거라도 유죄증거가 아닌 탄핵증거로는 사용할 수 있다는 긍정설에 의하더라도, 제318조의2 제2항의 ‘제1항에도 불구하고’ 해석과 관련하여 기억환기용으로만 사용할 수 있다는 견해와 탄핵증거로 사용할 수 있다는 견해가 대립한다.

III. 문제의 해결

탄핵증거로 사용할 수 있다는 긍정설에 의하면, 피고인의 공판정 진술에 대하여도 탄핵이 가능하고, 불일치 모순진술이면 검사측에서도 탄핵증거로 할 수 있기 때문에, 동일인인 甲이 수사단계에서 한 진술을 甲이 재판 단계에서 한 진술을 탄핵하는 증거로 사용할 수 있다.

4) 변시 2024(3).

유제 103	공범인 공동피고인의 법정자백의 증거능력, 공범자의 자백에 보강증거 요부, 보강증거의 자격 ⁵⁾
--------	---

마트를 운영하는 D는 맥주의 재고가 부족한 것을 발견하고 아르바이트를 하는 丙과 丁을 추궁하면서 丙과 丁에게 그 동안의 사실을 기재한 진술서를 작성하게 하였다. 丁은 2023년 1월 경 丙과 함께 맥주를 빼돌려서 주점을 운영하는 E에게 팔았다는 사실을 기재하였으나 丙은 그 사실을 부인하는 내용을 기재하였다. D는 丁에 대해서는 별도로 범행을 시인하는 진술을 받아 이를 기재하였다. 丙과 丁이 공동피고인으로 재판받는 과정에서, 丙은 범행사실을 부인했지만, 丁은 범행사실을 인정하였다.

丙과 丁의 진술서 및 D가 丁의 진술을 기재한 서류 이외에 다른 증거가 없는 경우에 법원은 丙과 丁에 대하여 유죄를 선고할 수 있는가? (15점)

해설

I. 丙에 대한 유죄 선고의 가능성 - 공범자의 자백과 보강증거 요부 (8점)

1. 문제점

먼저 공범자인 공동피고인의 법정자백(진술)이 다른 피고인에 대하여 증거능력이 인정되는지, 그리고 제310조의 피고인의 자백에 공범자의 자백이 포함되어 공범자의 자백이 있는 경우에도 보강증거가 있어야 부인하는 피고인을 유죄로 인정할 수 있는지가 문제된다.

2. 공범인 공동피고인의 법정자백의 증거능력

판례는 공범인 공동피고인의 법정에서의 진술(자백)은 피고인의 반대신문권이 보장되어 있어 증인으로 신문한 경우와 다를 바 없으므로 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 있다는 입장이다(대판 1985.6.25. 85도691; 대판 2006.5.11. 2006도1944 등).

생각건대, (i) 공동피고인의 법정진술은 법관 면전에서 임의의 진술이라는 점, (ii) 실무상 공범자의 진술에 대하여도 반대신문의 기회가 보장된다는 점, (iii) 전문증거가 아닌 피고인의 진술에 대하여 반대신문권의 보장을 엄격히 요구할 필요가 없다는 점에서, 공범인 공동피고인의 법정자백은 다른 피고인에 대하여 당연히 증거능력이 있다는 판례가 타당하다.

3. 공범자의 자백과 보강증거 요부

이에 대하여는 (i) 보강증거필요설, (ii) 보강증거불요설, (iii) 절충설 등이 대립한다.

판례는 강도강간의 공동정범 사건에서 “법 제310의 피고인의 자백에는 공범인 공동피고인의 진술이 포함되지 아니하므로 공범인 공동피고인의 진술은 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는데 있어서 증거로 쓸 수 있다.”고 하여(대판 1985.7.9. 85도951; 대판 1990.10.30. 90도1939 등), 보강증거 불요설의 입장이다.

보강증거 불요설에 따르면, 공범자의 자백은 다른 공범과의 관계에서는 독립된 증거로서의 가치를 가지게 된다.

4. 문제의 해결

공범자인 공동피고인의 법정자백은 당연히 증거능력이 있고, 공범자의 자백은 다른 피고인에 대한 관계에서 독립된 증거로서의 가치가 있다는 보강증거불요설인 판례에 따르면, 법원은 범행을 부인하는 丙에 대하여 공범자인 丁의 자백만으로 유죄를 선고할 수도 있다.

5) 변시 2024(1).

II. 丁에 대한 유죄 선고의 가능성 - 보강증거의 자격 (7점)

1. 문제점

丁은 공판정에서 자백하고 있는바, 사안의 丁의 진술서 및 D가 丁의 진술을 기재한 서류가 보강증거의 자격이 있는지가 문제된다.

2. 보강증거의 자격

보강증거란 피고인의 자백의 진실성을 담보하는 자백 이외의 별개의 독립한 증거를 의미한다.

판례는 ① 자백의 내용이 서면화된 丁의 진술서는 피고인의 자백으로서 제310조의 자백의 개념에 포함되어 그 자백만으로는 유죄의 증거로 삼을 수 없고, ② 피고인이 범행을 자인하는 것을 들었다는 피고인 아닌 자인 D가 丁의 진술을 기재한 서류는 제310조의 피고인의 자백에는 포함되지 아니하나 이는 피고인의 자백의 보강 증거로 될 수 없다고 한다(대판 2008.2.14. 2007도10937).

3. 문제의 해결

丁은 공판정에서 자백하고 있지만, 丁의 진술서 및 D가 丁의 진술을 기재한 서류는 보강증거의 자격이 없다(사안은 불분명하지만, 범행을 부인하는 내용의 丙의 진술서는 피고인 丁의 자백의 진실성을 담보할 정도로 충분하지 않다고 보인다).

따라서 법원은 범행을 자백하는 丁에 대하여 다른 보강증거가 없으므로 제310조에 의하여 유죄를 선고할 수 없다.

사례 184 벌금형과 노역장유치기간⁶⁾

피고인은 제1심에서 벌금 1억 5천만 원, 위 벌금을 납입하지 아니할 때에는 금 150,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치할 것을 명하는 판결을 선고받고 항소하였다. 항소심에서는 피고인에 대해 벌금 5천만 원, 위 벌금을 납입하지 아니할 때에는 금 50,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치할 것을 명하는 판결이 선고되었다.

위 항소심 판결이 적법한지 여부와 그 이유에 대해 약술하시오. (10점)

■ 관련법률

제368조(불이익변경의 금지) 피고인이 항소한 사건과 피고인을 위하여 항소한 사건에 대하여는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다.

형법 제69조(벌금과 과료) ① 벌금과 과료는 판결확정일로부터 30일 내에 납입하여야 한다. 단, 벌금을 선고할 때에는 동시에 그 금액을 완납할 때까지 노역장에 유치할 것을 명할 수 있다. ② 벌금을 납입하지 아니한 자는 1일 이상 3년 이하, 과료를 납입하지 아니한 자는 1일 이상 30일 미만의 기간 노역장에 유치하여 작업에 복무하게 한다.

형법 제70조(노역장 유치) ② 선고하는 벌금이 1억원 이상 5억원 미만인 경우에는 300일 이상, 5억원 이상 50억원 미만인 경우에는 500일 이상, 50억원 이상인 경우에는 1천일 이상의 노역장 유치기간을 정하여야 한다. <신설 2014. 5. 14., 2020. 12. 8.>

■ 관련판례

(1) 벌금형과 노역장유치기간 : 벌금형이 제1심보다 감경되었다면 비록 그 벌금형에 대한 노역장유치기간이 제1심보다 더 길어졌더라도 전체적으로 보아 형이 불이익하게 변경되었다고 할 수는 없다(대판 2000.11.24. 2000도3945).

I. 위 항소심 판결은 적법하다.

II. 이유

- ① 벌금액이 감경되면서 노역장유치기간이 증가된 경우에 불변금원칙(제368조)에 반하는지가 문제된다.
- ② 학설은 (i) 불이익하지 않다는 견해와, (ii) 불이익변경으로 보아야 한다는 견해가 대립한다.
- ③ 판례는 “벌금형이 제1심보다 감경되었다면 비록 그 벌금형에 대한 노역장유치기간이 제1심보다 더 길어졌다고 하더라도 전체적으로 보아 형이 불이익변경되었다고 할 수는 없다.”는 입장이다(대판 2000.11.24. 2000도3945).
- ④ 한편, 종래 형법은 벌금을 납입하지 아니한 자는 1일 이상 3년 이하의 기간 노역장에 유치하도록 하였지만, 소위 ‘황제 노역’ 사건 등을 계기로 개정 형법은 선고하는 벌금이 1억원 이상 5억원 미만인 경우에는 300일 이상, 5억원 이상 50억원 미만인 경우에는 500일 이상, 50억원 이상인 경우에는 1천일 이상의 노역장 유치기간을 정하도록 하고 있다(형법 제70조 제2항). <신설 2014. 5. 14., 2020. 12. 8.>
- ⑤ 따라서 판례와 개정형법에 따르면, 사안처럼 항소심이 벌금액을 감경하면서 노역장유치기간을 동일하게 유지하였더라도(1억 5천만원÷15만원=1000일 → 5천만원÷5만원=1000일) 적법하다.

6) 법원 2024.

유제 117 | 항소심에서 심판되지 않은 사항에 대한 상고이유의 허부1)

보이스피싱 범죄에 대해 1심 법원은 乙과 丙에게 각 징역 6개월에 집행유예 2년을 선고하였다. 피고인 乙, 丙 및 검사는 각 양형부당을 이유로 항소하였다. 항소심은 검사의 항소이유를 인용하여 제1심 판결을 파기하고 乙과 丙에게 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하였다. 이에 乙과 丙은 항소심에서 심판대상으로 되지 않았던 채증법칙위반, 심리미진 및 법리오해의 새로운 사유를 상고이유로 삼아 대법원에 상고하였다.

대법원은 어떤 판단을 내려야 하는가? (8점)

해설

I. 문제점

대법원의 판단, 즉 상고이유의 적법성은 소위 ‘상고이유 제한에 관한 법리’ 등과 관련하여 문제된다.

II. 상고이유의 제한 법리

1. 형사소송법의 관련규정

- ① 검사·피고인은 항소심판결에 대하여 불복이 있으면 대법원에 상고할 수 있다(제338조 제1항, 제371조).
- ② 상고이유의 제한(제383조 제1호 ~ 제4호) (생략)

2. 판례

- ① 종래부터, 피고인은 상고심에서 사실오인이나 법령위반 등 새로운 사유를 상고이유로 내세울 수 없고, 피고인은 원심판결에 대하여 채증법칙위반으로 인한 사실오인 또는 법리오해 등 잘못이 있다는 등 새로운 주장을 상고이유로 삼을 수 없다고 하였다.
- ② 즉, 상고심은 항소심에 대한 사후심이므로 항소심에서 심판대상이 되지 않은 사항은 상고심의 심판범위가 아니므로 피고인이 항소심에서 항소이유로 주장하지 않거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼은 사항 이외의 사유는 이를 적법한 상고이유로 삼을 수 없다(대판 2011.11.10. 2011도9919 등 참조).

3. 상고이유 제한 법리의 논거 - 대판(순심) 2019.3.21. 2017도16593[처방전 없는 한약 조제·판매 사건]

- ① 상고심의 사후심 구조(제379조 제1항, 제2항, 제384조 본문, 제391조, 제393조 내지 제397조 등)
- ② 법령 해석·적용의 통일 및 직권심판(제364조 제2항, 제384조 단서 등)

III. 문제의 해결

대법원 전합합의체 다수의견에 따르면, 피고인 乙과 丙은 항소심에서 심판대상으로 되지 않았던 채증법칙위반, 심리미진 및 법리오해의 새로운 사유를 상고이유로 대법원에 상고하였는바, 이는 기존 대법원 판례가 일관되게 유지해 온 이른바 ‘상고이유 제한에 관한 법리’에 반하여 적법한 상고이유가 아니므로 대법원은 상고를 기각하여야 한다.

1) 변시 2024(3).