

2020.09.18. 제26회 법무사2차 형사소송법 기출문제 해설

2020년 제26회 법무사 2차 시험

형 사 소 송 법

(출제 : 법원행정처)

(해설 : 최철훈)

【문 1】 아래의 각 물음에 답하시오(아래 각 물음은 상호관련성이 없음, 관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것, 견해 대립이 있는 경우 대법원 판례 및 대법원전원합의체 판례의 다수의견에 따름).

1. 피고인은 2018. 6. 11. 수원지방법원에서 절도죄, 각 사기죄 등으로 벌금 300만원의 약식명령을 받은 후 정식재판을 청구하였다(검사는 정식재판을 청구하지 않음). 제1심 법원은 위 정식재판 사건(2018고정000)을 2018고단0000 점유이탈물횡령 등 사건에 병합하였고, 이후 7건의 사건을 추가로 병합하였다. 제1심은 2019. 7. 12. 판시 각 죄에 대하여 모두 징역형을 선택한 다음 이를 경합범으로 처단하여 피고인에게 징역 1년 2월을 선고하였고, 이에 피고인과 검사는 각 양형부당을 이유로 항소를 제기하였다. 항소심은 2019. 10. 11. 피고인과 검사의 각 양형부당 항소를 모두 기각하였다. 위 항소심의 판단이 적법한지 설명하시오. (10점)

■ 해 설 ■

(대상판례 : 대법원 2020. 1. 9. 선고 2019도15700 판결)

1. (10점)

○ 결론 - 형사소송법 제457조의2 제1항을 위반하여 위법하다.

○ 논거 -

[판례원문]

형사소송법 제457조의2 제1항은 “피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다.” 라고 규정하여, 정식재판청구 사건에서의 형종 상향 금지의 원칙을 정하고 있다.

위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 제1심판결 중 2018고정850 사건 부분은 피고인만이 정식재판을 청구한 사건인데도 약식명령의 벌금형보다 중한 종류의 형인 징역형을 선택하여 형을 선고하였으므로, 여기에 형사소송법 제457조의2 제1항에서 정한 형중 상향 금지의 원칙을 위반한 잘못이 있다.

그런데도 원심은 위와 같은 제1심판결을 그대로 유지하였으므로, 원심판결에는 형사소송법 제457조의2 제1항을 위반하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

[강사 추가해설 / 학원 강의시 판례 원문과 함께 설명한 내용을 추가합니다]

## 1. 문제점

제1심 법원은 병합 사건 모두에 대하여 1개의 단일한 형인 징역 1년 2개월의 형을 선고하였다.

첫째 병합사건 중에는 약식명령에 대하여 피고인이 정식재판 청구한 사건인 2018고정 850 사건도 포함되는바, 약식명령에 대하여 피고인만이 정식재판 청구할 경우 형사소송법 제457조의2 제1항의 형중 상향 금지의 원칙이 적용됨에도 불구하고 제1심 법원의 판결이 형중 상향 금지의 원칙에 위반되는지,

둘째, 항소심의 심리범위와 관련하여 피고인과 검사는 모두 양형부당만을 이유로 항소하였음에도 불구하고 형중 상향 금지의 위반을 이유로 1심 판결을 파기할 수 있는지가 문제된다.

## 2. 제1심에서 형중상향의 금지원칙을 위반하였는지 여부

가. 제1심에서 병합한 사건의 법적 성격(실체적 경합범 중 동시적 경합범)

제1심에서 약식명령에 대해 피고인만이 정식재판을 청구한 사건의 공소사실인 2018고정850 절도죄, 각 사기죄의 부분과 2018고단2752 점유이탈물횡령 등 사건 및 이후 7건의 사건을 추가로 병합된 사건은 모두 피고인이 수개의 행위로 수개의 범죄를 행한 경우로서 실체적 경합범이고 판결이 확정되지 아니한 수개의 범죄이므로 동시적 경합범인 형법 제37조 전단의 경합범에 해당하게 된다.

형법 제38조 1항에 의하면 실체적 경합범 중 동시적 경합범의 경우에 각 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고 이외의 동종의 형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하되 각 죄에 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다. 단 과료와 과료, 몰수와 몰수는 병과할 수 있다. 고 규정하고 있으므로 검사가 공소제기하여 병합된 사건 전부에 대하여 유죄판결을 선고하면서 동종의 형을 선고할 경우에는 1개의 단일한 형을 선고하게 된다.

#### 나. 사안의 경우

사안의 경우에는 병합 사건 모두가 실체적 경합범 중 동시적 경합범이나, 2018고정 850 사건은 약식명령에 대하여 피고인만이 정식재판을 청구한 사건이고, 약식명령에서 벌금형을 고지하였으므로 정식재판 1심에서는 설령 다른 사건이 병합되었다 하더라도 2018고정850사건에서는 벌금형보다 상향의 형벌인 선고할 수 없다.

형벌의 상향 여부는 형법 제50조 1항에 의해 형법 제41조의 기재 순서에 의하는 바, 벌금형에 비해 자유형인 징역형은 상향인 형벌에 해당한다.

따라서 약식명령에 대해 피고인만이 정식재판을 청구한 사건에서는 자유형인 징역형을 선고할 수 없다.

그러나 사안의 경우 검사가 공소제기하여 병합된 모든 공소사실에 대해 유죄를 인정하면서 1개의 단일한 징역형을 선고하였으므로 이는 결국 2018고정850사건 도 징역형을 선고한 경우에 해당하게 되며, 이는 2018고정850사건 이 약식명령에 대해 피고인만이 정식재판청구한 사건임에도 불구하고 이를 간과한 채 징역형을 선고한 경우에 해당하여 결국 형사소송법 제457조의2 제1항을 위반한 위법이 있다.

### 2. 항소심이 검사와 피고인의 항소를 기각한 조치는 위법한지 여부

#### 가. 항소심의 심리구조

항소심은 형사소송법 제364조 제1항 및 제2항에 의해 항소장에 기재한 항소이유 및 적법한 기간내에 제출한 항소이유서에 기재된 항소이유, 직권조사사항 을 가지고 판단하게 된다.

#### 나. 항소심 판결의 적법여부

설문상 검사와 피고인이 비록 양형부당(형사소송법 제361조의5 제15호)을 이유로

항소하였다 하더라도 1심 법원의 판결은 형사소송법 제457조의2 제1항을 명백히 위반한 위법이 있고, 이는 직권조사사항에 해당하므로 검사와 피고인이 비록 이를 항소이유로 삼지 않았다 하더라도 항소심 법원은 직권으로 이를 판단하여 1심 판결의 위법을 시정하는 조치를 취하였어야 하였다.

그럼에도 불구하고 1심의 위법을 시정하는 조치를 취하지 않은 채 제1심판결을 그대로 유지하였으므로, 항소심 판결에는 형사소송법 제457조의2 제1항을 위반하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

### 3. 사안의 해결

설문상 2018고정850 사건에 대하여는 1심 법원이 징역형을 선택할 수 없음에도 불구하고 징역형을 선택하였고, 1심 법원의 판단이 형사소송법 제457조의2 제1항을 위반하였음에도 불구하고 이를 시정하는 조치를 취하지 아니한채 1심 판결을 그대로 유지하였으므로 항소심 법원의 조치는 형사소송법 제457조의2 제1항을 위반한 위법이 있다.

#### ■ 강사의 강의 관련

(타학원 강의시 출제한) 2020년 대비 2순환 9,10회 모의고사 문제 4번과 완전 동일  
(타학원 3순환 강의에서도 다시 한번 설명 하였습니다)  
(법무사단기학원 동차반 최신판례 강의자료 #06 판례)  
(법무사단기학원 최신판례특강 강의자료 #13 판례)

2. 서울중앙지방법원은 2019. 9. 5. 피고인에 관한 2019고단0000 사건(이하 ‘제1 사건’이라고 한다)에서 각 사기죄, 상해죄 등을 유죄로 인정하고 징역 1년 2월을 선고하였다. 한편 서울중앙지방법원은 2018. 11. 26. 피고인에 대하여 폭행죄, 모욕죄로 벌금 300만 원의 약식명령을 하였고, 이후 피고인의 정식재판회복 청구가 받아들여진 2019고정0000(이하 ‘제2사건’이라고 한다. 검사는 정식재판을 청구하지 않았음)에서 2019. 9. 26. 위 폭행죄, 모욕죄에 대하여 유죄로 인정되어 벌금 300만 원이 선고되었다. 항소심은 2019. 12. 12. 제1사건의 항소사건(쌍방 항소함)과 제2사건의 항소사건(피고인만 항소함)이 병합되었음을 이유로 위 제1심판결들을 모두 파기한 다음, 위 각 죄에 대하여 유죄로 인정하고 징역형을 각 선택한 후 누범가중과 경합범가중을 하여 그 처단형의 범위 안에서 피고인에게 징역 1년 2월을 선고하였다. 위 항소심의 판단이 적법한지 설명하시오. (10점)

■ 해 설 ■

【대상판례 : 대법원 2020. 3. 26. 선고 2020도355 판결 [사기·상해·업무방해·폭행·모욕] > 종합법률정보 판례】

- 결론 - 형사소송법 제457조의2 제1항을 위반하여 위법하다.
- 논거 -

1. 문제점

1심은 제1사건에서 징역 1년 2월을, 제2사건인 약식명령에 대한 정식재판 청구사건에서 벌금 300만원을 각 선고하였고, 항소심은 위 각 사건을 병합하여 피고인에게 단일한 징역 1년 2월을 선고하였는바, 1심판결을 항소심 판결에 비교해 보면 피고인은 벌금 300만원을 면하는 이익을 얻어 외견상 피고인에게 오히려 유리한 경우로 보인다.

그럼에도 불구하고 항소심은 2019. 12. 12. 제1사건의 항소사건(쌍방 항소함)과 제2사건의 항소사건(피고인만 항소함)이 병합되었음을 이유로 위 제1심판결들을 모두 파기한 다음 피고인에게 징역 1년 2월의 단일한 형을 선고하였는바, 위 항소심 판결이 형사소송법 제457조의2 제1항을 위반한 위법이 있는지 문제된다.

2. 판례의 태도

가. 형사소송법 제457조의2 제1항은 “피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 종류의 형을 선고하지 못한다.” 라고 규정하여, 정식재판청구 사건에서의 형종 상향 금지의 원칙을 정하고 있다. 위 형종 상향 금지의 원칙은 피고인이 정식재판을 청구한 사건과 다른 사건이 병합·심리된 후 경합범으로 처단되는 경우에도 정식재판을 청구한 사건에 대하여 그대로 적용된다(대법원 2020. 1. 9. 선고 2019도15700 판결 참조).

나. 위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 제2사건은 피고인만이 정식재판을 청구한 사건이므로 형종 상향 금지의 원칙에 따라 그 각 죄에 대하여는 약식명령의 벌금형보다 중한 종류의 형인 징역형을 선택하지 못하고, 나아가 제2사건이 항소심에서 제1사건과 병합·심리되어 경합범으로 처단되더라도 제2사건에 대하여는 징역형을 선고하여서는 아니 된다. 그런데도 원심은 제2사건의 항소심에서 각 죄에 대하여 약식명령의 벌금형보다 중한 종류의 형인 징역형을 선택한 다음 경합범가중 등을 거쳐 제1사건의 각 죄와 제2사건의 각 죄에 대하여 하나의 징역형을 선고하고 말았다. 이러한 원심판결에는 형사소송법 제457조의2 제1항에서 정한 형종 상향 금지의 원칙을 위반한 잘못이 있다.

### 3. 사안의 해결

구 형사소송법 제457조의2 제1항은 약식명령에 대해 피고인만이 정식재판을 청구한 경우 불이익변경 금지의 원칙을 규정하였고, 이는 피고인의 정식재판청구권을 보장하기 위함이었다. 이러한 불이익변경금지의 원칙의 취지에 반하여 정식재판청구가 남발하여 법원의 부담이 가중되어 신 형사소송법 제457조의2 제1항은 형종 상향 금지의 원칙을 규정하였으나 이 또한 피고인의 정식재판청구권의 보장과 법원의 부담 경감을 절충하는 차원에서 입법화된 것이다.

사안의 경우 제2사건인 2019고정0000은 피고인만이 정식재판청구한 사건임에도 불구하고 항소심에서 각 사건이 병합되었음을 이유로 단일한 징역형을 선고하였으므로 결국 제2사건에 대하여도 징역형을 선고하였다.

결국 항소심은 제2사건이 벌금형의 약식명령에 대하여 피고인만이 정식재판을 청구한 사건임에도 불구하고 징역형을 선택하였고, 이는 형사소송법 제457조의2 제1항을 위반한 위법이 있다.

이러한 위법은 사안과 같이 설령 항소심 판결이 피고인에게 실질적으로 불이익하지 않다 하더라도 마찬가지로 보아야 한다.

결국 항소심법원의 조치는 형사소송법 제457조의2 제1항을 위반하여 위법하다.

■ 강사의 강의 관련

(타학원 강의시 출제한) 2020년 대비 3순환 10회 모의고사 문제 3번과 완전 동일  
(법무사단기학원 동차반 최신판례 강의자료 #03 판례)  
(법무사단기학원 최신판례특강 강의자료 #09 판례)

【문 2】 아래의 각 물음에 답하시오(아래 각 물음은 상호관련성이 없음, 관련 법리에 관한 대법원 판결이 있는 경우 대법원 판결의 입장과 논거를 포함시킬 것, 견해 대립이 있는 경우 대법원 판례 및 대법원전원합의체 판례의 다수의견에 따름).

1. 甲은 피고인이 경영하는 병원의 사무국장으로 근무하면서 2011. 8. 23.부터 2012. 2. 21.까지 총 43회에 걸쳐 합계 23,490,000원을 환자 소개의 대가 명목으로 교부하면서 환자를 소개·알선·유인하는 행위를 저질렀다. 이와 관련하여 피고인은 양벌규정인 의료법 제91조를 적용법조로 하여 기소되었다. 피고인은 제1심 제3회 공판기일에서 검사가 증거로 제출한 사법경찰관 작성의 甲에 대한 피의자신문조서를 증거로 함에 동의하지 않고 그 내용을 부인하였으나, 제1심은 위 피의자신문조서를 형사소송법 제312조 제3항이 적용되는 ‘검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서’가 아니라 같은 조 제4항의 ‘사법경찰관이 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서’에 해당한다고 보아, 甲이 이미 사망하였으므로 공판기일에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우에 해당하고 그의 경찰에서의 진술은 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 인정된다는 이유로 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력을 인정하였다. 이에 따라 제1심은 피고인에 대한 공소사실을 유죄로 인정하였다. 제1심의 증거능력에 대한 판단이 적법한지 설명하시오. (10점)

■ 해 설 ■

【대상판례 : 대법원 2020. 6. 11. 선고 2016도9367 판결 [의료법위반]】

- 결론 - 위법하다.
- 논거 -

1. 법 제312조 3항은 양벌규정에 의하여 기소된 법인 또는 개인인 피고인에 대한 관계에



서도 적용된다.

형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 해당 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라 검사 이외의 수사기관이 작성한 해당 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 해당 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다. 따라서 해당 피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대하여 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 피의자의 법정진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되는 등 형사소송법 제312조 제4항의 요건을 갖춘 경우라고 하더라도 해당 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인한 이상 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없고, 그 당연한 결과로 위 피의자신문조서에 대하여는 사망 등 사유로 인하여 법정에서 진술할 수 없는 때에 예외적으로 증거능력을 인정하는 규정인 형사소송법 제314조가 적용되지 아니한다(대법원 2004. 7. 15. 선고 2003도7185 전원합의체 판결 등 참조).

그리고 이러한 법리는 공동정범이나 교사범, 방조범 등 공범관계에 있는 자들 사이에 서뿐만 아니라, 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원 등 행위자의 위반행위에 대하여 행위자가 아닌 법인 또는 개인이 양벌규정에 따라 기소된 경우, 이러한 법인 또는 개인과 행위자 사이의 관계에서도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다.

## 2. 적용의 근거

대법원은 앞서 본 바와 같이 형사소송법 제312조 제3항의 규정이 검사 이외의 수사기관이 작성한 해당 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서에 대해서까지 적용된다는 입장을 확고하게 취하고 있다. 이는 하나의 범죄사실에 대하여 여러 명이 관여한 경우 서로 자신의 책임을 다른 사람에게 미루려는 것이 일반적인 인간심리이므로(강사 주 : 공범의 범행전가적 성격), 만일 위와 같은 경우에 형사소송법 제312조 제3항을 해당 피고인 외의 자들에 대해서까지 적용하지 않는다면 인권보장을 위해 마련된 위 규정의 취지를 제대로 살리지 못하여 부당하고 불합리한 결과에 이를 수 있기 때문이다(대법원 1986. 11. 1. 선고 86도1783 판결 참조).

나아가 대법원은 형사소송법 제312조 제3항이 형법총칙의 공범 이외에도, 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 할 뿐 각자의 구성요건을 실현하고 별도의 형벌규정에 따라 처벌되는 강학상 필요적 공범 내지 대항범 관계에 있는 자들 사이에서도 적용된다는 판시를 하기도 하였다(대법원 1996. 7. 12. 선고 96도667 판결, 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도6129 판결 등 참조). 이는 필요적 공범 내지 대항범의 경우 형법총칙의 공범관계와 마찬가지로 어느 한 피고인이 자기의 범죄에 대하여 한 진술이 나머지



대향적 관계에 있는 자가 저지른 범죄에도 내용상 불가분적으로 관련되어 있어 목격자, 피해자 등 제3자의 진술과는 본질적으로 다른 속성을 지니고 있음을 증명한 것으로 볼 수 있다.

무릇 양벌규정은 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원 등 행위자가 법규위반행위를 저지른 경우, 일정 요건 하에 이를 행위자가 아닌 법인 또는 개인이 직접 법규위반행위를 저지른 것으로 평가하여 행위자와 같이 처벌하도록 규정한 것으로서, 이때의 법인 또는 개인의 처벌은 행위자의 처벌에 종속되는 것이 아니라 법인 또는 개인의 직접책임 내지 자기책임에 기초하는 것이기는 하다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도7673 판결, 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도7834 판결, 대법원 2010. 9. 30. 선고 2009도3876 판결 등 참조). 그러나 양벌규정에 따라 처벌되는 행위자와 행위자가 아닌 법인 또는 개인 간의 관계는, 행위자가 저지른 법규위반행위가 사업주의 법규위반행위와 사실관계가 동일하거나 적어도 중요부분을 공유한다는 점에서 내용상 불가분적 관련성을 지닌다고 보아야 하고, 따라서 앞서 본 형법총칙의 공범관계 등과 마찬가지로 인권보장적인 요청에 따라 형사소송법 제312조 제3항이 이들 사이에서도 적용된다고 보는 것이 타당하다.

### 3. 사안의 해결

법 제312조 3항에 의하면 사경작성 피의자신문조서를 양벌규정의 법인 또는 개인에 대한 유죄의 증거로 사용하기 위하여는 피고인인 법인 또는 개인이 증거동의 하거나 혹은 내용을 인정하여야 한다. 그럼에도 불구하고 설문상 증거동의 하지 않았을 뿐만 아니라 내용을 부인하였으므로 법 제310조의 2에 의해 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없는데, 증거능력을 인정하여 유죄의 증거로 사용하였으므로 결국 증거능력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

#### ■ 강사의 강의 관련

(타학원 강의시 출제한) 2020년 대비 3순환 7회 모의고사 문제 4번과 완전 동일  
(법무사단기학원 동차반 최신판례 강의자료 1페이지 첫번째 판례)  
(법무사단기학원 최신판례특강 강의자료 #02 판례)

2. (기초사실) 피고인은 2018. 3. 20.부터 2018. 3. 26.까지 총 18회에 걸쳐 휴대전화기의 카메라 등을 이용하여 성명불상의 여성 피해자의 치마 속을 몰래 촬영하였다는 이유로 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법위반(카메라등이용촬영)죄로 기소되었다. 피고인은 제1심과 항소심에서 공소사실에 대해 자백하였고 검사가 제출한 모든 서류에 대하여 증거를 동의하였다(아래 가, 나항은 상호 관련

없음).

- 가. (위 기초사실을 바탕으로 한 추가사실) 검사가 법원에 제출한 증거에는 경찰관이 현행범 체포할 때 임의제출 방식으로 압수한 피고인 소유의 휴대전화기 및 여기에 기억된 저장정보를 탐색하여 복제·출력한 영상캡처 사진과 복제된 영상파일이 있었다(위 휴대전화기와 관련하여 별도로 사후에 영장을 받은 사실은 없다). 현행범 체포 당시 임의제출 방식 자체는 적법하였다는 전제 하에 피고인의 자백을 뒷받침할 보강증거가 있다고 볼 수 있는지 설명하시오. (5점)

■ 해 설 ■

【대상판례 : 대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결,

관련판례 : 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019도17142 판결 [성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)] 】

○ 결론 - 피고인의 자백을 뒷받침할 보강증거가 있다.

○ 논거 -

1. 문제점

형사소송법 제310조에 의해 피고인의 자백 이외에 이를 보강할 증거가 있어야 피고인에 대해 유죄판결을 선고할 수 있고, 보강증거는 자백의 진실성을 담보할 자백 이외의 증거로서 증거능력이 있어야 한다.

설문상 검사는 피고인의 자백 이외에 이를 보강할 증거로 피고인 소유의 휴대전화기 및 여기에 기억된 저장정보를 탐색하여 복제·출력한 영상캡처 사진과 복제된 영상파일을 증거로 제출하였는바, 이 증거들이 자백이외의 증거로서 피고인의 자백에 대한 진실성을 담보한다는 것에 대해서는 별다른 의문은 없어 보인다.

다만 이러한 증거를 수집한 과정에서 현행범 체포 현장에서 임의제출 방식에 의해 압수하였고, 별도로 사후영장을 청구하여 발부받은 사실도 없으므로 결국 위 문제는 현행범 체포 현장에서 임의제출 방식에 의한 압수가 가능한지의 문제로 귀결된다.

2. 현행범 체포 현장에서 형사소송법 제218조에 의한 임의제출의 방식에 의한 압수가 가능한지 여부

범죄를 실행 중이거나 실행 직후의 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있고(형사소송법 제212조), 검사 또는 사법경찰관은 피의자 등이 유류한 물건이나 소유자·소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장 없이 압수할 수 있으므로(제218조), 현행범 체포현장이나 범죄 현장에서도 소지자 등이 임의로 제출하는 물건을 형사소송법 제218조에 의하여 영장 없이 압수하는 것이 허용되고, 이 경우 검사나 사법경찰관은 별도로 사후에 영장을 받을 필요가 없다(대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결, 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도13726 판결 참조).

### 3. 사안의 해결

형사소송법 제218조는 단지 『검사, 사법경찰관은 피의자 기타인의 유류한 물건이나 소유자, 소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건을 영장없이 압수할 수 있다.』고 규정하고 있을 뿐 임의제출물의 압수 시기에 관하여 현행범 체포할 때는 할 수 없다는 규정을 따로 두고 있지 아니하다.

따라서 임의제출방식에 의한 압수가 가능하고, 설문상 소유자인 피고인이 임의로 제출하였고, 증거능력을 부정할 사유도 없어 보인다. 또한 위 증거들은 모두 피고인의 공판정 자백의 진실성을 담보하기 충분할 뿐만 아니라 피고인의 자백과 동일시 할 수 있는 것이라고 볼만한 사정도 없다.

결론적으로 경찰관이 현행범 체포할 때 임의제출 방식으로 압수한 피고인 소유의 휴대전화기 및 여기에 기억된 저장정보를 탐색하여 복제·출력한 영상캡처 사진과 복제된 영상파일들은 피고인의 공판정 자백에 대한 보강증거로 할 수 있고, 피고인의 자백을 뒷받침할 보강증거가 있다고 볼 수 있다.

추가 : 기억된 저장정보를 탐색하여 복제·출력한 영상캡처 사진과 복제된 영상파일은 원본의 복사본이며, 복사본을 증거로 제출할 때 복사본의 증거능력도 충분히 쟁점이 될 수 있다. 하지만 5점의 배점 및 설문의 취지상 현행범 체포 현장에서 임의제출에 의한 압수가 가능한지만 출제자의 출제의도로 보이므로 복사본의 증거능력을 쟁점으로 삼을 것을 요하지 않는다는게 해설자의 판단이다.

#### ■ 강사의 강의 관련

(타학원 강의시 강의한) 2020년 대비 3순환 최신판례자료 #08)

(법무사단기학원 동차반 3회 정기모의고사 문 3 해설에 관련 쟁점 해설)

(법무사단기학원 동차반 기본서 763쪽)

(법무사단기학원 동차반 최신판례 강의자료 #2019-05 판례)

(법무사단기학원 동차반 최신판례 강의자료 #02 판례)

(법무사단기학원 최신판례특강 강의자료 #08 판례)

나. (위 기초사실을 바탕으로 한 추가사실) 검찰이 법원에 제출한 증거는 오로지 2018. 3. 26.자 범행과 관련하여 작성한 위 휴대전화기에 대한 압수조서와 피고인에 대한 검사 작성의 피의자신문조서만이 있었는데, 위 압수조서에는 “2018. 3. 26. 07:30경 지하철 O호선 A역 승강장 등에서 경찰관이 비노출 잠복근무 중 검정 재킷, 검정 바지, 흰색 운동화를 착용한 20대 가량의 남성이 짧은 치마를 입고 에스컬레이터를 올라가는 여성을 쫓아가 뒤에 밀착하여 치마 속으로 휴대폰을 집어넣는 등 해당 여성의 신체를 몰래 촬영하는 행동을 하였다”는 내용이 포함되어 있고, 그 하단에는 2018. 3. 26.자 공소사실에 관한 피고인의 범행을 직접 목격하면서 위 압수조서를 작성한 사법경찰관 및 사법경찰리의 각 기명날인이 들어가 있었다. 이 경우 피고인의 각 범행에 관하여 자백을 뒷받침할 보강증거가 있다고 볼 수 있는지 설명하십시오. (5점, 만약 범행별로 그 여부가 달라질 경우 이를 구분하여 설명할 것)

[해설] (대상판례 : 대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결)

○ 결론 - 2018.03.26.자 범행에 대하여는 압수조서의 압수경위란은 피고인의 자백에 대한 보강증거가 된다고 볼 수 있으나, 나머지 각 범행에 대하여는 피고인의 자백에 대한 보강증거가 있다고 볼 수 없다.

○ 논거 -

1. 검사가 공소제기한 각 범죄의 법적 성격

검사는 피고인에 대해 피고인은 2018. 3. 20.부터 2018. 3. 26.까지 총 18회에 걸쳐 휴대전화기의 카메라 등을 이용하여 성명불상의 여성 피해자의 치마 속을 몰래 촬영하였다는 이유로 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법위반(카메라등이용촬영)죄로 기소하였고, 검사의 공소장 공소사실에 의할 때 피고인은 각 행위들은 모두 실체적 경합범 관계에 있다.

결국 검사가 공소제기한 총 18회의 공소사실 각각에 대해 피고인의 자백 이외의 각 보강증거가 있어야 형사소송법 제310조에 의해 유죄의 판결을 선고할 수 있다. (물론 상습범이나 상상적 경합의 경우에도 각 범죄에 대해 모두 보강증거가 있어야 함은 당연

하다)

## 2. 검사가 공소제기한 총 18회의 공소사실과 보강증거

가. 2018. 3. 26.자 범행과 관련하여

판례는 『이 사건 휴대전화기에 대한 압수조서 중 ‘압수경위’란에 기재된 상기의 내용은, 피고인이 이 부분 공소사실과 같은 범행을 저지르는 현장을 직접 목격한 사람의 진술이 담긴 것으로서 형사소송법 제312조 제5항에서 정한 ‘피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서’에 준하는 것으로 볼 수 있고, 이에 따라 이 사건 휴대전화기에 대한 임의제출절차가 적법하였는지 여부에 영향을 받지 않는 별개의 독립적인 증거에 해당하므로, 피고인이 증거로 함에 동의한 이상 유죄를 인정하기 위한 증거로 사용할 수 있을 뿐 아니라 이 부분 공소사실에 대한 피고인의 자백을 보강하는 증거가 된다고 볼 여지가 많다. (대사판례 : 대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결)』고 판단하여 경험자인 사경이 작성한 압수조서 중 자신의 경험사실을 기재한 압수경위란은 압수조서와는 별개의 독립된 전문증거로서 형사소송법 제312조 5항의 진술서에 준하는 것이라는 입장이고, 피고인이 증거동의 하였으므로 증거능력도 있다는 입장이다.

결국 2018. 3. 26.자 범행과 관련하여 2018. 3. 26.자 공소사실에 관한 피고인의 범행을 직접 목격하면서 위 압수조서를 작성한 사법경찰관 및 사법경찰리의 각 기명날인이 들어가 있는 압수조서의 압수경위란은 피고인의 자백이외의 증거능력 있는 증거로서 피고인의 자백의 진실성을 담보하기에 충분하므로 피고인의 자백에 대한 보강증거로 사용할 수 있다.

나. 나머지 각 공소장 기재 공소사실 범행의 보강증거와 관련하여

검사가 공소제기한 공소사실은 모두 행위가 다르고 피해자가 달라 모두 실제적 경합의 관계에 있고, 각 모든 범행에 대해 보강증거를 각각 요하는바, 설문상 만약 휴대전화기의 압수가 적법하고, 휴대전화기에 저장된 정보 중에 각 범죄를 증명할 증거가 존재한다면 위 휴대전화기에 저장된 사진 등 증거는 각 범죄에 대한 보강증거로 사용될 수 있었을 것이다.

그러나 설문상 압수조서와 압수조서에 기재된 압수경위란만 검사가 증거로 제출하였고, 검사가 제출한 압수조서의 압수경위란은 2018. 3. 26.자 범행에 대한 증명만 할 수 있는 증거로서 무죄추정을 받는 나머지 각 범죄의 자백에 대한 진실성을 담보할 보강증거로는 사용할 수 없다고 봄이 타당하다.

### 3. 사안의 해결

설문상 압수조서의 압수경위란은 2018. 3. 26. 자 범행에 대한 보강증거로 사용할 수 있을 뿐이며, 나머지 각 17회의 범행에 대한 보강증거로는 사용할 수 없다.

#### 【대상판례 원문】

#22. 대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도13290 판결 [성폭력범죄의처벌등에관한특례법 위반(카메라등이용 촬영)]

상고이유를 판단한다.

1. 이 사건 공소사실 중 원심판결 별지 범죄일람표 연번 18번에 관한 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력처벌법’ 이라고 한다) 위반(카메라등이용촬영) 부분에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지는 다음과 같다.

피고인은 2018. 3. 26. 08:14경 서울 (주소 생략) 지하철 ○호선 △△역 에스컬레이터에서 휴대전화기의 카메라를 이용하여 성명불상의 여성 피해자의 치마 속을 몰래 촬영하였다.

이로써 피고인은 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하였다.

나. 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어, 현행법 체포현장에서 형사소송법 제218조에 따른 임의제출물 압수가 가능하다고 하더라도, 제출의 임의성이 있어야만 압수물에 대한 증거능력이 인정될 수 있는 것인데, 임의제출에 의한 압수절차와 그 효과에 대한 피고인의 인식 또는 경찰관의 고지가 없었다고 보이는 등 피고인이 현행범으로 체포될 당시 임의제출 방식으로 압수된 피고인 소유의 휴대전화기(증 제1호증, 이하 ‘이 사건 휴대전화기’ 라고 한다)에 대하여 경찰관의 강제수사 또는 피고인의 임의적 제출의사 부재가 의심되는 반면 이를 배제할 검사의 증거가 전혀 이루어지지 않았음을 이유로, 이 사건 휴대전화기 자체는 물론 이를 기초로 한 2차 증거에 해당하는 이 사건 휴대전화기에 기억된 저장정보 역시 적법절차로 수집한 증거가 아니어서 유죄의 증거로 삼을 수 없고, 따라서 이 부분 공소사실에 대해서는 피고인의 자백 외에는 이를 보강할 증거가 없다고 판단하여, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 파기하고 이에



대하여 무죄를 선고하였다.

다. 그러나 원심의 이러한 판단은 아래와 같은 이유로 받아들이기 어렵다.

1) 기록에 의하면, 아래와 같은 사실을 알 수 있다.

가) 피고인은 제1심 법정에서 이 부분 공소사실에 대해 자백하고 검사가 제출한 모든 서류에 대하여 증거로 함에 동의하였으며, 이는 원심에서도 그대로 유지되었다.

나) 피고인이 위와 같이 증거로 함에 동의한 서류들 중 이 사건 휴대전화기에 대한 압수조서의 ‘압수경위’란에는, 이 부분 공소사실과 관련하여 “2018. 3. 26. 08:15경 지하철 ○호선 △△역 승강장 및’가 ‘게이트 앞에서 경찰관이 소매치기 및 성폭력 등 지하철 범죄 예방·검거를 위한 비노출 잠복 근무 중 검정재킷, 검정바지, 흰색 운동화를 착용한 20대 가량 남성이 짧은 치마를 입고 에스컬레이터를 올라가는 여성을 쫓아가 뒤에 밀착하여 치마 속으로 휴대폰을 집어넣는 등 해당 여성의 신체를 몰래 촬영하는 행동을 하였다”는 내용이 포함되어 있고, 그 하단에는 이 부분 공소사실에 관한 피고인의 범행을 직접 목격하면서 위 압수조서를 작성한 사법경찰관 및 사법경찰리의 각 기명날인이 들어가 있다.

다) 피고인의 변호인은 원심에서 이 부분 공소사실에 대하여는 보강증거가 구비되었음을 전제로 유무죄를 다투지 않겠다는 취지의 2019. 7. 25.자 변론요지서를 제출하였다.

2) 위와 같은 사실관계에 의하면, 이 사건 휴대전화기에 대한 압수조서 중 ‘압수경위’란에 기재된 상기의 내용은, 피고인이 이 부분 공소사실과 같은 범행을 저지르는 현장을 직접 목격한 사람의 진술이 담긴 것으로서 형사소송법 제312조 제5항에서 정한 ‘피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서’에 준하는 것으로 볼 수 있고, 이에 따라 이 사건 휴대전화기에 대한 임의제출절차가 적법하였는지 여부에 영향을 받지 않는 별개의 독립적인 증거에 해당하므로, 피고인이 증거로 함에 동의한 이상 유죄를 인정하기 위한 증거로 사용할 수 있을 뿐 아니라 이 부분 공소사실에 대한 피고인의 자백을 보강하는 증거가 된다고 볼 여지가 많다.

3) 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유로 이 부분 공소사실에 대하여까지 피고인의 자백을 뒷받침할 보강증거가 없다고 보아 무죄로 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 자백의 보강증거 등에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 이 사건 공소사실 중 나머지 부분에 대하여

가. 원심은 그 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실 중 원심판결 별지 범죄일람표 연번 1번 내지 17번에 관한 각 성폭력처벌법위반(카메라등이용촬영)의 점에 대하여 범죄의 증명이 없다고 보아, 이를 유죄로 판단한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

나. 범죄를 실행 중이거나 실행 직후의 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있고(형사소송법 제212조), 검사 또는 사법경찰관은 피의자 등이 유류한 물건이나 소유자·소지자 또는 보관자가 임의로 제출한 물건은 영장 없이 압수할 수 있으므로(제218조), 현행범 체포현장이나 범죄 현장에서도 소지자 등이 임의로 제출하는 물건은 형사소송법 제218조에 의하여 영장 없이 압수하는 것이 허용되고, 이 경우 검사나 사법경찰관은 별도로 사후에 영장을 받을 필요가 없다(대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도13726 판결 참조).

다. 앞서 본 법리에 따르면 현행범 체포현장에서는 임의로 제출하는 물건이라도 압수할 수 없다는 원심의 판단 부분은 잘못되었다. 하지만 기록에 비추어 살펴보면 이 부분 공소사실에 대하여 범죄의 증명이 없다고 본 원심의 결론 자체는 수긍할 수 있다. 따라서 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 압수물 제출의 임의성에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다는 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

■ 강사의 강의 관련

(타학원 강의시 출제한) 2020년 대비 3순환 2회 모의고사 문제 5번)

(법무사단기학원 동차반 기본서 763쪽)

(법무사단기학원 동차반 3회 정기모의고사 문 4)

(법무사단기학원 동차반 최신판례 강의자료 #2019-05 판례)

(법무사단기학원 최신판례특강 강의자료 #22 판례)

3. 피고인은 새마을금고 이사장 선거와 관련하여 대의원인 甲에게 자신을 지지해 달라고 부탁하면서 현금 50만 원을 제공하였다는 이유로 새마을금고법 위반으로 기소되었다. 검사는 사법경찰관 작성의 공범 甲에 대한 피의자신문조서 및 진술조서를 증거로 제출하고, 검사가 신청한 증인 乙은 법정에 출석하여 ‘甲으로부터 피고인에게서 50만 원을 받았다는 취지의 말을 들었다’고 증언하였다. 피고인은 공판기일에서 공소사실을 부인하였고 위 甲에 대한 피의자신문조서와 진술조서의 내용을 모두 부인하였다. 한편 공범이자 공동피고인인 甲은 현금 50만 원을 받았다는 취지의 공소사실을 부인하면서도 위 피의자신문조서와 진술조서의 성립의 진정은 인정하였다. 이 경우 피고인에 대하여 위 甲에 대한 피의자신문조서와 진술조서, 그리고 乙의 법정진술의 증거능력 유무에 대하여 설명하시오. (10점)

■ 해 설 ■

【대상판례 : 대법원 2019. 11. 14. 선고 2019도11552 판결 [새마을금고법위반]】

- 결론 - 유죄의 증거로 사용할 수 없다.
- 논거 -

1. 사경 작성 공범 갑에 대한 피의자신문조서와 참고인진술조서의 증거능력

사경작성 공범 갑에 대한 피의자신문조서는 법 제312조 3항에 의하여 당해 피고인 이 내용을 인정하여야 하나 범행을 부인하였고, 명칭이 진술조서라 하더라도 실질이 공범 갑에 대한 사경작성 피의자신문조서이며 피고인이 내용을 부인하였다.

결국 위 2개의 증거는 모두 형사소송법 제312조 3항의 요건을 충족하지 못하였으므로 형사소송법 제310조의 2에 의하여 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

2. 을의 법정진술

을의 법정진술은 경험자 갑으로부터 공소사실과 관련된 경험을 들은 을이 공판정에서 들은 사실을 진술하는 것으로 진술증거 중 전문증거로서 전문진술에 해당한다.

공범자의 진술을 내용으로 하는 진술의 증거능력을 판단할 때 형사소송법 제316조 중 몇항을 적용할 것인지와 관련하여 판례는 『형사소송법 제316조 2항의 피고인 아닌 타인에는 제3자는 물론 공범자와 공동피고인을 포함한다 (대법원 2000. 12. 27., 선고,

99도5679, 판결 등 다수)』고 판시하여 입장으로서는 제2항을 적용하여야 한다는 입장이고, 이러한 판례의 태도는 전문증거가 반대신문권의 결여되어 신용성이 없다는 점에서 예외적인 경우에만 증거능력을 인정하여야 한다는 형사소송법 제310조의 2의 전문법칙의 원리에 비추어 타당하다고 할 것이다.

설문상 을의 법정진술은 경험자인 공범자 갑의 진술을 내용으로 하는 전문진술로서 법 제316조 2항에 의하여 원진술자의 진술불능상태에 있어야 하는데 원진술자 갑이 법정에서 출석한 점에 비추어 요건을 충족하지 못하였다.

결국 법 제310조의 2에 의하여 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다.

### 3. 사안의 해결

검사가 증거로 제출한 사경 작성 공범 갑에 대한 피의자신문조서와 참고인진술조서 및 을의 법정진술은 모두 형사소송법 제310조의 2에 의해 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 없다,

#### [판례원문]

이 법정에서 출석하여 위 피의자신문조서 및 진술조서의 성립의 진정을 인정하였더라도 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 모두 부인한 이상 이는 증거능력이 없고, 한편 제1심 및 원심 공동피고인인 갑은 원심에 이르기까지 일관되게 피고인으로부터 50만 원을 받았다는 취지의 공소사실을 부인한 사실에 비추어 원진술자 갑이 사망, 질병, 외국거주, 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당하지 아니하여 갑의 진술을 내용으로 하는 을의 법정증언은 전문증거로서 증거능력이 없으며, 나아가 피고인은 일관되게 갑에게 50만 원 자체를 교부한 적이 없다고 주장하면서 적극적으로 다툰 점, 이에 따라 사법경찰관 작성의 갑에 대한 피의자신문조서 및 진술조서의 내용을 모두 부인한 점, 을의 법정증언이 전문증거로서 증거능력이 없다는 사정에 대하여 피고인 또는 변호인에게 의견을 묻는 등의 적절한 방법으로 고지가 이루어지지 않은 채 증인신문이 진행된 다음 증거조사 결과에 대한 의견진술이 이루어진 점, 을이 위와 같이 증언하기에 앞서 원진술자 갑이 피고인으로부터 50만 원을 제공받은 적이 없다고 이미 진술한 점 등을 종합하면 피고인이 을의 법정증언을 증거로 삼는 데에 동의하였다고 볼 여지는 없고, 을의 증언에 따른 증거조사 결과에 대하여 별 의견이 없다고 진술하였더라도 달리 볼 수 없으므로, 결국 사법경찰관 작성의 갑에 대한 피의자신문조서 및 진술조서와 을의 전문진술은 증거능력이 없다는 이유로, 위 각 증거의 증거능력을 인정하여 공소사실에 대한 유죄의 증거로 삼은 원심의 조치에 형사소송법 제312조, 제316조 등에서 정한 증거능력에 관한 법리 등을 오해한 잘못이 있다고 한 사례. (대법원 2019. 11. 14. 선고 2019

도11552 판결 [새마을금고법위반])

추가 : 검사는 사법경찰관 작성의 공범 甲에 대한 (참고인)진술조서를 증거로 제출하였는바, 설문상 공범 갑에 대한 참고인 진술조서이므로 진술거부권불고지에 의한 위수증을 쟁점으로 잡은 수험생 도 있을 수 있다. 그러나 판례에서는 이부분에 관해 전혀 쟁점으로 잡지 않았고, 공범 갑에 대한 진술조서 작성 시 갑이 피의자의 지위에 있었는지도 설문만으로는 불분명 하다. 따라서 진술거부권 불고지에 의한 위수증은 전혀 출제의도가 아니므로 이 부분 기술하였다 하더라도 무익적 기재사항이 될 것으로 보인다.

해설자는 학원모의고사에서 위 대상판례를 그대로 모의고사로 출제하면서 진술거부권은 쟁점으로 잡지 말라고 아예 문제에서 못을 박은 적이 있다.

■ 강사의 강의 관련

(타학원 강의시 출제한) 2020년 대비 3순환 8회 모의고사 문제 4번)

(법무사단기학원 최신판례특강 강의자료 #21 판례)