

홍형철 변호사 「형사소송법 3개년 최신판례 및 개정법령」

제4판 사용자를 위한 추록② (2026-09-14)

001

변론종결 후 ‘서면 구형’의 적법성 등

대판 2026.5.8. 2025도10476 [사기]

검사가 공판기일에서는 양형에 관한 의견을 진술하지 않다가 변론이 종결된 후 서면으로 그 의견을 밝히는 이른바 ‘서면 구형’을 하는 것이 바람직한지 여부(소극) / 검사의 서면 구형으로 인하여 피고인의 최후진술 절차에 관한 공판중심주의가 형해화되거나 피고인의 방어권, 변호인의 변호권이 본질적으로 침해되는 정도에 이르렀다고 볼 수 없는 경우, 서면 구형을 거쳤다는 이유만으로 판결에 영향을 미친 위법이 있는지 여부(소극)

형사소송법은 공판중심주의를 실현하고 이를 통하여 피고인의 방어권을 실질적으로 보장하기 위하여, 판결은 법률에 다른 규정이 없으면 구두변론을 거쳐서 하여야 하고(제37조 제1항), 공판정에서의 변론은 구두로 하여야 하며(제275조의3), 검사는 공소장에 의하여 공소사실·죄명 및 적용법조를 낭독하여야 하고(제285조), 피고인은 검사의 모두진술이 끝난 후에 공소사실의 인정 여부를 진술하여야 하며(제286조 제1항), 피고인 신문과 증거조사가 종료한 때에는 검사는 사실과 법률 적용에 관하여 의견을 진술하여야 하고(제302조), 재판장은 검사의 의견을 들은 후 피고인과 변호인에게 최종의 의견을 진술할 기회를 주도록 하는 등의 규정을 두고 있고(제303조), 이러한 제1심 공판절차에 관한 규정은 특별한 규정이 없으면 항소심의 심판절차에 준용된다(제370조).

피고인 신문과 증거조사를 마친 후 이루어지는 ‘검사의 사실과 법률적용에 관한 의견 진술’의 절차에는 검사가 최종적으로 양형에 관한 의견을 진술하는 것이 포함된다. 이는 검사의 구형이라고 일컬어지는 것으로서 법원에 대하여 검사가 적정하다고 생각하는 양형을 주장하는 소송행위, 즉 ‘변론’에 해당한다. 따라서 검사의 양형 의견은 형사소송법이 채택하고 있는 공판중심주의와 구두변론주의를 명시한 형사소송법 제37조 제1항, 제275조의3에 따라 원칙적으로 공판정에서 구두로 진술되어야 한다.

한편 형사재판절차에서 피고인은 당사자로서 검사와 대등한 지위에서 자신의 정당한 이익을 방어할 권리를 갖고, 이러한 방어권의 대상이 되는 피고인의 이익에는 사건의 유무죄 등 실체에 관한 사항뿐만 아니라 양형에 관한 사항도 당연히 포함된다. 형사소송법 제303조가 피고인과 변호인의 최종의견 진술의 순서를 검사의 최종의견 진술 이후로 정한 것은 검사가 진술한 모든 최종의견에 대해 피고인과 변호인이 이를 반박하거나 다룰 수 있는 기회를 충실하게 보장하기 위함이다.

검사의 최종의견 진술과 피고인의 최후진술은 형사재판의 마지막 단계에서 사건의 유무죄와 양형에 관한 최종적인 의견을 밝히는 절차이다. 이 절차는 유무죄 등 실체에 관한 심리와 양형에 관한 심리를 엄격하게 구분하고 있지 않은 우리 형사소송절차에서 양형에 관한 심리에 있어 중요한 의미를 가질 수 있으므로, 검사가 양형에 관한 의견을 밝히는 절차에 있어서도 공판중심주의는 실질적인 지배원리로 충실히 기능할 수 있어야 한다.

다만 피고인이 유죄임을 전제로 하는 검사의 구형은 양형에 관한 의견 진술에 불과하여 법원이 그 의견에 구속된다고 할 수 없고, 판결내용 자체가 아니고 공판기일의 통지, 재판의 공개 등 소송절차가 법령에 위반되었음에 지나지 아니한 경우에는 그로 인하여 피고인의 방어권, 변호인의 변호권이 본질적으로 침해되고 판결의 정당성마저 인정하기 어렵다고 보여지는 정도에 이르지 아니하는 한, 그것 자체만으로는 판결에 영향을 미친 위법이라고 할 수 없다.

검사가 공판기일에서는 양형에 관한 의견을 진술하지 않다가 변론이 종결된 후 서면으로 그 의견을 밝히는 이른바 ‘서면 구형’을 하는 것은 바람직하지 않다. 그러나 검사가 양형 의견을 서면으로 제출한 경위, 시기 및 방법, 그 의견의 구체적인 내용이나 근거, 피고인이 행사할 수 있는 방어권의 기회 및 내용 등에 비추어 그 서면 구형으로 인하여 피고인의 최후진술 절차에 관한 공판중심주의가 침해화되거나 피고인의 방어권, 변호인의 변호권이 본질적으로 침해되는 정도에 이르렀다고 볼 수 없는 한, 서면 구형을 거쳤다는 이유만으로 판결에 영향을 미친 위법이 있다고는 볼 수 없다.다.

002	피해자보호명령 등에 대한 항고심에 형사소송법 제411조 제3항이 준용되는지 여부 대결 2026.5.8. 2026터4 [피해자보호명령등에대한재항고]
-----	--

항고법원이 소송기록과 증거물의 송부를 받은 날로부터 5일 이내에 당사자에게 그 사유를 통지하도록 규정한 형사소송법 제411조 제3항의 취지 / 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 피해자보호명령 등에 대한 항고심에서도 가정보호처분 등에 대한 항고심에서와 마찬가지로 항고인에게 소송기록과 증거물이 접수되었다는 통지를 하여 의견을 진술하고 유리한 증거를 제출할 기회를 부여하여야 하는지 여부(적극)

형사소송법 제411조 제3항은 항고법원은 제1심법원으로부터 소송기록과 증거물의 송부를 받은 날로부터 5일 이내에 당사자에게 그 사유를 통지하도록 규정하고 있는바, 이는 비록 항고인이 항고이유서 제출의무를 부담하는 것은 아니지만 당사자에게 항고에 관하여 그 이유서를 제출하거나 의견을 진술하고 유리한 증거를 제출할 기회를 부여하려는 데 그 취지가 있다.

가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제18조의2는 가정보호사건에 관하여 따로 정하지 아니한 사항에 대하여는 형사소송법을 준용한다고 규정하고, 같은 법 제55조의8 제3항은 피해자보호명령 등의 항고 및 재항고에 관하여 가정보호사건의 항고 및 재항고에 관한 조항들(제49조 제3항, 제50조부터 제54조)을 준용한다. 이러한 준용 규정의 취지와 피해자보호명령의 심리절차에서 행위자의 방어권을 보장할 필요가 있는 점을 종합하여 보면, 피해자보호명령 등에 대한 항고심에서도 가정보호처분 등에 대한 항고심에서와 마찬가지로 항고인에게 소송기록과 증거물이 접수되었다는 통지를 하여 의견을 진술하고 유리한 증거를 제출할 기회를 부여해야 한다.

003

과학적 증거방법의 구속력 등

대판 2026.5.29. 2026도4423 [강간]

[1] 항소심이 제1심의 사실인정에 관한 판단을 재평가하여 사후심적으로 판단하여 뒤집을 수 있는 경우

현행 형사소송법상 속심을 기반으로 하되 사후심적 요소도 상당 부분 들어 있는 이른바 사후심적 속심의 성격을 가지는 항소심에서 제1심판결의 당부를 판단할 때에는 그러한 심급구조의 특성을 고려하여야 하므로, 항소심이 제1심의 판단을 재평가하여 사후심적으로 판단하여 뒤집고자 할 때에는 제1심의 증거가치 판단이 명백히 잘못되었다거나 사실인정에 이르는 논증이 논리와 경험법칙에 어긋나는 등으로 그 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당한 경우이거나, 항소심의 심리 과정에서 심증의 형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 경우라야 한다.

[2] 공소사실을 뒷받침하는 과학적 증거방법이 사실인정에서 상당한 정도의 구속력을 갖는 경우 및 과학적 증거방법의 증명력을 인정하기 위한 전제 요건

공소사실을 뒷받침하는 과학적 증거방법은 전제로 하는 사실이 모두 진실임이 입증되고 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 전혀 없거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우라야 만 법관이 사실인정을 하는 데 상당한 정도로 구속력을 가진다. 이를 위해서는 그 증거방법이 전문적인 지식·기술·경험을 가진 감정인에 의하여 공인된 표준 검사기법으로 분석을 거쳐 법원에 제출된 것이어야 할 뿐만 아니라 채취·보관·분석 등 모든 과정에서 자료의 동일성이 인정되고 인위적인 조작·훼손·첨가가 없었음이 담보되어야 한다. 특히 그 증거방법이 공소사실을 뒷받침하는 유일하거나 유력한 증거일수록 자칫 그 과학성에 대한 맹목적인 신뢰로 인해 형사소송의 요체인 엄격한 증명을 요하는 증명법칙이 훼손될 수 있으므로 더욱 그러하다.

[3] 피고인이 자신의 차량 뒷좌석에서 甲을 강간하였다는 공소사실에 대하여, 제1심이 핵심 증거인 甲 진술의 신빙성을 배척하고 증거부족을 이유로 무죄를 선고하였는데, 검사가 항소한 후 원심에 이르러 甲이 당시 입었다는 슬랙스 바지 및 위 바지에서 피고인의 DNA가 검출되었다는 대검찰청 감정서를 증거로 제출하였고, 원심은 위 바지에 대한 DNA 감정 결과 피고인의 Y염색체 DNA형이 바지 안쪽 면에서 검출된 점 등을 근거로 甲 진술의 신빙성을 인정하여 유죄를 선고한 사안에서, 위 바지에 대한 DNA 감정 결과의 증명력을 인정하기 위한 전제사실의 구비 여부에 대한 심리 없이 이를 취신한 후 유죄의 증거로서 추가하여 공소사실을 유죄로 인정한 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

피고인이 자신의 차량 뒷좌석에서 甲을 강간하였다는 공소사실에 대하여, 제1심이 핵심 증거인 甲 진술의 신빙성을 배척하고 증거부족을 이유로 무죄를 선고하였는데, 검사가 항소한 후 원심에 이르러 甲이 당시 입었던 슬랙스 바지 및 위 바지에서 피고인의 DNA가 검출되었다는 대검찰청 감정서를 증거로 제출하였고, 원심은 위 바지에 대한 DNA 감정 결과 피고인의 Y염색체 DNA형이 바지 안쪽 면의 사타구니 솔기부위에서 검출된 점 등을 근거로 甲 진술의 신빙성을 인정하여 유죄를 선고한 사안에서, ① 위 바지는 피고인과 甲의 성관계가 있었던 날부터 甲이 수사기관에 이를 제출한 날까지 2년 이상 甲이 보관하였는데, 甲이 바지를 보관하는 동안 甲 또는 제3자에 의해 조작·훼손·첨가가 있었는지, 바지가 수사기관에 뒤늦게 제출된 경위 등에 대해 甲이 수사기관이나 법정에서 진술한 적이 없고, 재판 과정에서 심리가 이루어지지도 않은 점, 바지에서 피고인과 甲의 DNA 외에도 불상 남성의 DNA가 다수 검출된 점 등 제반 사정을 종합할 때 과학적 증거방법의 대상이 된 바지의 보관 과정에 인위적인 조작·훼손·첨가가 없었음이 객관적으로 담보되었다고 보기 어려워, 원심에서 주로 문제 된 당시 甲이 입었던 바지와 관련하여 검사가 유력한 보강증거로 제출한 위 감정서는 이를 공소사실을 뒷받침하는 과학적 증거로 쉽게 취신하여 유죄의 증거로 삼을 수 없고, ② 원심이 제1심과 달리 甲에 대한 추가 증인신문을 거쳐 甲 진술의 신빙성을 인정함에 있어 원심에서 추가로 제출되어 증거로 채택된 감정서의 증명력이 이를 뒷받침하는 유력한 증거가 된 경우라면, 바지에 대한 과학적 증거방법인 위 감정서의 DNA 감정 결과가 중요한 의미를 갖는데, 바지의 보관 및 제출 과정, 이에 관한 반대증거의 존재 등에 비추어, 검사로서는 채취·보관·분석 등 모든 과정에서 자료의 동일성이 인정되고 인위적인 조작·훼손·첨가가 없었음이 담보된다는 점에 대해 추가적으로 증명을 할 필요가 있고, 원심으로서도 이를 토대로 甲 진술의 신빙성을 심리, 판단하거나 혹은 위 감정서를 제외하고서도 원심에서 추가로 이루어진 증거조사 결과를 토대로 甲 진술의 신빙성을 인정할 수 있는 것은 아닌지 살펴볼 필요가 있다는 이유로, 이와 달리 위 바지에 대한 DNA 감정 결과의 증명력을 인정하기 위한 전제사실의 구비 여부에 대한 심리 없이 만연히 이를 취신한 후 유죄의 증거로서 추가하여 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단에 과학적 증거방법의 증명력에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

004

공소사실 불특정시 법원의 석명의무 인정여부 등

대판 2026.6.5. 2026도2358 [개인정보보호법위반]

[1] 불고불리 원칙과 법원의 심판 범위 / 공소장에 기재된 공소사실과 적용법조가 서로 다른 구성요건이나 법률적 평가를 전제로 하는 등 조화롭지 않고 부정합성을 드러내어 유무죄 판단에 영향을 미치거나 피고인의 방어권 행사에 지장을 초래할 정도에 이른 경우, 법원이 취할 조치

불고불리 원칙상 법원은 검사의 공소제기가 없으면 심판할 수 없고 공소가 제기된 사건에 한정하여 심판해야 하므로, 검사는 공소장의 공소사실과 적용법조 등을 명백히 함으로써 공소제기의 취지를 명확히 해야 한다. 공소장에 기재된 공소사실과 적용법조가 서로 다른 구성요건이나 법률적 평가를 전제로 하는 등 조화롭지 않고 부정합성을 드러내어 유무죄의 판단에 영향을 미치거나 피고인의 방어권 행사에 지장을 초래할 정도에 이른 경우, 법원으로는 형사소송규칙 제141조에 따라 검사에게 공소사실 및 적용법조의 문제점이나 오류 등에 관한 석명을 구하여 공소장을 올바르게 보완하도록 한 다음 이에 따라 충실하게 심리·판단할 필요가 있다.

[2] 검사가 피고인을 구 개인정보 보호법 위반으로 기소하면서, 공소장에 피고인이 甲의 동의가 없다는 사정을 알면서도 이동통신 가입자에 대한 개인정보 처리 업무를 담당하던 乙에게 ‘통신사 조회 시스템을 이용하여 甲의 전화번호를 조회한 뒤 알려달라.’고 요구하여 乙로부터 그 정보를 제공받았다는 공소사실을 기재하고, ‘같은 법 제71조 제1호, 제17조 제1항 제2호 등’을 적용법조로 기재한 사안에서, 공소장 기재 내용에 관한 서로 다른 해석이 가능하여 공소제기의 취지가 명료하지 않고 그로 인해 피고인의 방어권 행사에도 지장이 초래될 수 있는 경우이므로, 원심은 소송관계를 명료하게 하기 위해 검사에게 석명을 구하고, 그에 따라 공소제기의 취지가 명료해지면 거기에 맞추어 범죄구성요건 충족 여부를 심리한 후 유무죄를 판단했어야 한다는 이유로, 이러한 조치를 취하지 않은 채 공소사실을 유죄로 인정한 원심판단에 법리오해 및 심리미진의 잘못이 있다고 한 사례

검사가 피고인을 구 개인정보 보호법(2023. 3. 14. 법률 제19234호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 위반으로 기소하면서, 공소장에 피고인이 甲의 동의가 없다는 사정을 알면서도 이동통신 가입자에 대한 개인정보 처리 업무를 담당하던 乙에게 ‘통신사 조회 시스템을 이용하여 甲의 전화번호를 조회한 뒤 알려달라.’고 요구하여 乙로부터 그 정보를 제공받았다는 공소사실을 기재하고, ‘같은 법 제71조 제1호, 제17조 제1항 제2호 등’을 적용법조로 기재한 사안에서, 공소장에 기재된 공소사실 중 일부와 적용법조에 따르면, 피고인에 대하여 ‘개인정보처리자가 정보주체의 동의를 받지 않고 개인정보를 제공한다는 사정을 알면서도 그로부터 개인정보를 제공받은 사람’을 처벌하는 구 개인정보 보호법 제71조 제1호, 제17조 제1항 제1호 위반죄로 공소가 제기되었다고 볼 수 있는 한편, ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자가 업무상 알게 된 개인정보를 누설한다는 사정을 알면서도 영리 또는 부정한 목적으로 그로부터 개인정보를 제공받은 사람’을 처벌하는 같은 법 제71조 제5호, 제59조 제2호 위반죄로 공소가 제기되었다고

불 여지도 있어, 공소장 기재 내용에 관한 서로 다른 해석이 가능하여 공소제기의 취지가 명료하지 않고 그로 인해 피고인의 방어권 행사에도 지장이 초래될 수 있는 경우이므로, 원심으로서는 형사소송규칙 제141조에 따라 소송관계를 명료하게 하기 위해 검사에게 구 개인정보 보호법 제71조 제5호, 제59조 제2호 위반죄와 같은 법 제71조 제1호, 제17조 제1항 제1호 위반죄 중 어느 죄로 공소를 제기하는 것인지 등에 관하여 설명을 구하고, 그에 따라 공소제기의 취지가 명료해지면 거기에 맞추어 범죄구성요건 충족 여부를 심리한 후 유무죄를 판단했어야 한다는 이유로, 이러한 조치를 취하지 않은 채 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지한 원심의 판단에 구 개인정보 보호법 위반죄의 성립과 석명권 행사에 관한 법리오해 및 심리미진의 잘못이 있다고 한 사례.

005

정보저장매체 등에 대한 압수의 범위 등

대판 2026.6.25. 2025도17532 [공무상비밀누설]

[1] 수사기관이 정보저장매체와 거기에 저장된 전자정보를 임의제출의 방식으로 압수할 때 임의제출자의 의사에 따른 전자정보 압수의 대상과 범위가 명확하지 않거나 이를 알 수 없는 경우, 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위 / 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 범죄혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우, 수사기관이 그러한 정보에 대하여 적법하게 압수·수색을 하기 위한 요건 / 임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 넘어서는 전자정보에 대해 수사기관이 영장 없이 압수·수색하여 취득한 증거가 위법수집증거에 해당하는지 여부(적극) 및 사후에 법원으로부터 영장이 발부되었거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하면 그 위법성이 치유되는지 여부(소극)

수사기관은 피의사실과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다(형사소송법 제219조, 제106조). 따라서 전자정보를 압수하고자 하는 수사기관이 정보저장매체와 거기에 저장된 전자정보를 임의제출의 방식으로 압수할 때, 제출자의 구체적인 제출 범위에 관한 의사를 제대로 확인하지 않는 등의 사유로 인해 임의제출자의 의사에 따른 전자정보 압수의 대상과 범위가 명확하지 않거나 이를 알 수 없는 경우에는, 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실과 관련되고 이를 증명할 수 있는 최소한의 가치가 있는 전자정보에 한하여 압수의 대상이 된다.

임의제출된 정보저장매체에서 압수의 대상이 되는 전자정보의 범위를 초과하여 수사기관이 임의로 전자정보를 탐색·복제·출력하는 것은 원칙적으로 위법한 압수·수색에 해당하므로 허용될 수 없다. 만약 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 범죄혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원으로부터 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다. 따라서 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.

[2] 수사기관이 하드카피나 이미징 등(복제본)에 담긴 전자정보를 탐색하여 혐의사실과 관련된 정보를 선별하여 출력하거나 다른 저장매체에 저장하는 등으로 압수를 완료한 경우, 혐의사실과 관련 없는 전자정보(무관정보)를 삭제·폐기하여야 하는지 여부(적극) / 이때 수사기관이 새로운 범죄 혐의의 수사를 위하여 무관정보가 남아 있는 복제본을 대상으로 압수·수색을 할 수 있는지 여부(소극) 및 사후에 법원으로부터 복제본을 대상으로 압수·수색영장을 발부받아 집행하였더라도 위법한지 여부(적극)

수사기관은 하드카피나 이미징 등(이하 '복제본'이라 한다)에 담긴 전자정보를 탐색하여 혐의사실과 관련된 정보(이하 '유관정보'라 한다)를 선별하여 출력하거나 다른 저장매체에 저장하는 등으로 압수를 완료하면 혐의사실과 관련 없는 전자정보(이하 '무관정보'라 한다)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 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.