

3 교 시

형 사 소 송 법

일 반

※ 답안지에 수정액, 수정테이프 사용은 불가하며, 오류기재 시 옆으로 두줄금을 그어 다시 기재하시기 바랍니다.

【문 1】 시청 공무원 甲은 관할 내 대형 할인마트 신설에 따른 교통 영향 평가와 관련하여 그 할인마트 간부 乙로부터 3,000만 원의 뇌물을 받는 사실로, 乙은 뇌물공여사실로 함께 기소되었다. 한편 마트 신설에 잡음이 있다는 소문을 들은 지역신문 기자 丙은 취재한다면서 乙을 찾아가 추궁하다가 기사화 무마조로 1,000만 원을 받은 사실로 공갈죄로 기소되어 위 뇌물사건과 병합하여 1심 재판 계속 중이다.

수사 당시 甲, 乙은 뇌물수수 및 공여 사실을 전부 자백하였으나, 법정에서 乙은 자백하면서 신청된 모든 증거에 동의한 반면, 甲은 태도를 바꾸어 뇌물수수 사실을 전부 부인하면서 사법경찰관 X 및 검사 Y가 작성한 甲, 乙에 대한 각 피의자신문조서에 대하여 증거동의하지 않았다. 丙은 자신이 乙을 협박하였다는 사실은 부인하면서도 乙이 甲에게 뇌물 준 사실을 인정하였다고 진술하고 있다.

한편, 검사 Y는 乙이 甲에게 공여한 뇌물액수가 5,000만 원이라는 첩보를 입수하고 수 소법원이 아닌 지방법원판사로부터 압수·수색영장을 발부받아 乙의 집에서 乙이 甲에게 금원을 지급한 내역이 기재된 비자금 장부를 추가로 확보하여 이를 증거로 제출하였다. (50점)

- (1) 乙에 대한 사법경찰관 X 및 검사 Y 작성의 각 피의자신문조서가 甲의 공소사실에 대하여 증거능력이 있는지를 논하라. (20점)
- (2) 乙의 법정진술과 乙의 뇌물공여 사실 시인에 대한 丙의 법정진술이 甲의 공소사실에 대하여 증거능력이 있는지 논하라. (단, 전문법칙에 대한 논의는 논외로 할 것) (13점)
- (3) 검사 Y가 증거로 제출한 비자금 장부의 증거능력이 인정되는가? (17점)

【문 2】 피의자의 소송법상 지위와 권리에 대하여 약술하시오. (25점)

【문 3】 공소장일본주의의 내용과 위반의 효과에 대하여 약술하시오. (25점)

【문 1 (1)】 공범에 대한 피의자신문조서의 증거능력¹⁾ (20점)

I. 사법경찰관 작성 공범 乙에 대한 피의자신문조서의 증거능력²⁾

1. 문제점

사법경찰관 작성 공범 乙에 대한 피의자신문조서가 어떠한 요건 하에서 당해 피고인 甲에 대하여 증거능력이 있는지에 대하여는 제312조 제3항의 취지 등과 관련하여 견해가 대립한다.

2. 사경작성 공범인 공동피고인의 피의자신문조서의 증거능력

(1) 학 설

1) 제312조 제4항설

개정법의 해석상 사경작성 공범에 대한 피의자신문조서는 제312조 제4항의 ‘피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류’에 해당한다는 한다는 견해이다.

2) 제312조 제3항설

① 원진술자내용인정설 : 공범인 공동피고인(공동피의자)이 공판정에서 내용을 인정하면 증거능력이 있다는 견해이다.

② 피고인내용인정설(통설) : 당해 피고인이 그 내용을 인정한 경우에 한하여 증거능력이 있다는 견해이다.

3) 절충설(원진술자의 내용인정 + 반대신문권 보장)

공범인 공동피고인(공동피의자)이 공판정에서 내용을 인정하고 피고인이 공판정에서 실제로 반대신문을 충분히 하거나 반대신문의 기회가 부여된 경우에 증거능력이 있다는 견해이다.

(2) 판 례

판례는 “형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인에 대한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 하는 경우뿐만 아니라, 검사 이외의 수사기관이 작성한 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 피의자신문조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다. 따라서 당해 피고인과 공범관계에 있는 공동피고인에 대하여 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 공동피고인의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다.”고 하여(대판(全合) 2004.7.15. 2003도7185 등), 제312조 제3항설 중 피고인내용인정설의 입장이다. - [공범에 대한 판례명제 ③]

(3) 검 토

생각건대 ① 제312조 제3항의 취지(인권보장과 위법수사의 예방장치) 및 ② 공범의 속성(책임전가적 허위진술이 농후한 자백) 등에 비추어, 원진술자인 공범이 아니라 당해 피고인이 그 내용을 인정하여

1) 2009년 사법시험 유사.

2) 경간 2017 유사 등 각종시험 기출다수. ☞ 상세는 사례 37·38, 156면·160면 이하 참조.

야 증거능력이 있다는 제312조 제3항설 중 피고인내용인정설이 타당하다.¹⁾

3. 문제의 해결

통설·판례인 피고인내용인정설에 따르면, 사안에서 피고인 甲이 공소사실을 전부 부인하면서 乙에 대한 사법경찰관 X 작성의 피의자신문조서에 대하여 증거동의하지 않고 있으므로, 乙에 대한 사법경찰관 X 작성의 피의자신문조서는 甲의 공소사실에 대하여 증거능력이 없다.

II. 검사작성 공범 乙에 대한 피의자신문조서의 증거능력²⁾

1. 문제점

검사 작성 공범 乙에 대한 피의자신문조서가 어떠한 요건 하에서 당해 피고인 甲에 대하여 증거능력이 있는지에 대하여는 특히 개정법 제312조 제1항의 검사 작성 「피고인이 된 피의자」라는 문언과 공범의 속성 등과 관련하여 견해가 대립한다.

2. 검사작성 공범자인 공동피고인의 피의자신문조서의 증거능력

(1) 학 설

① 제312조 제1항설 - 구범하의 공범에 대한 판례명제 ②

공범인 공동피고인도 제312조 제1항의 피고인에 포함된다는 견해이다. 이 견해는 검사작성의 피의자신문조서는 당해 피고인에 대한 것이건 공동피고인에 대한 것이건 검사의 준사법기관으로서의 지위에 비추어 동일한 요건에 그 증거능력을 판단하면 족하다는 점을 논거로 한다.

② 제312조 제4항설(통설·실무) - 개정범하의 공범에 대한 판례명제 ②

개정범하에서 제312조 제1항에서의 「피고인이 된 피의자」란 당해 피고인만을 의미하므로, 제312조 제1항은 검사작성의 당해 피고인에 대한 피의자신문조서만을 가리킨다는 견해이다.

따라서 검사 작성의 공범인 공동피고인에 대한 피의자신문조서는 당해 피고인에 대한 관계에서는 제312조 제4항에 따라 증거능력을 판단한다.

(2) 판 례 - 제312조 제4항설

특가범위반(뇌물) 등 사건에서 증뢰자가 피의자로 검찰조사를 받던 중에 갑자기 사망하였는데, 증뢰자의 사망 전 검사작성의 피의자신문조서에 대하여 제312조 제4항이 적용된다는 전제에서 제314조의 ‘특신상태’ 여부를 판단하고 있는바(대판 2014.8.26. 2011도6035 참조), 제312조 제4항설의 입장으로 평가된다.

(3) 검 토

생각건대 ① 제312조 제1항의 「피고인이 된 피의자」의 문언상 제312조 제1항은 검사작성의 당

1) 따라서 원진술자인 공범인 공동피고인(공동피의자)이 피고인신문 과정에서 증인신문과정에서는 그 진정성립 및 내용을 인정하더라도 당해 피고인이 내용인정을 하여야만 증거능력이 있다.

☞ 실무에서는 당해 피고인 또는 그 변호인은 증거에 대한 의견에서 공동피고인에 대한 사법경찰관 작성의 피의자신문조서에 대해 ‘동의’나 ‘부동의’를 통해 ‘내용인정’이나 ‘내용부인’을 하는 경우가 보통이다.

2) 각종시험 기출다수. ☞ 상세는 사례 36, 152면 이하 참조.

해 피고인에 대한 피의자신문조서만을 의미하는 것으로 보아야 하고, ② 특히 책임전가적 허위진술이 농후한 공범의 속성상 당해 피고인에 대한 관계에서는 보다 요건이 엄격한 제312조 제4항설이 타당하다(제312조 제4항은 제312조 제1항 보다 반대신문의 기회 보장이 요건으로 추가되어 있음).

결국, 공범인 공동피고인의 검찰진술은 그에 대한 증거결정에 관한 의견진술 과정(규칙 제134조 제2항)에서 진정성립 및 임의성이 인정되고, 당해 피고인 측에서 공동피고인에 대한 반대신문의 기회를 부여받은 경우(제312조 제4항)에는 증거능력이 있다고 할 것이다.

3. 문제의 해결

개정법의 취지를 고려한 통설·실무 및 판례인 제312조 제4항설에 따르면, 검사 작성의 공범인 공동피고인에 대한 피의자신문조서는 ① 적법한 절차와 방식, ② 실질적 진정성립의 증명, ③ 반대신문의 기회가 보장, ④ 특신상태가 증명된다면, 당해 피고인에 대하여 증거능력이 있게 된다.

따라서 사안처럼 피고인 甲이 공소사실을 전부 부인하면서 乙에 대한 검사 Y 작성의 피의자신문조서에 대하여 증거동의하지 않지만, 피고인 甲에게 공판정에서 원진술자 乙에 대한 반대신문의 기회가 보장된다면, 乙에 대한 검사 Y 작성의 피의자신문조서는 甲의 공소사실에 대하여 증거능력이 있다.

【문 1 (2)】 공범자의 법정진술과 공동피고인의 증인적격 (13점)

I. 문제의 제기

乙은 뇌물사건에 있어서 甲과의 관계에서 공범인 공동피고인이지만, 乙에 대한 공갈죄로 기소되어 뇌물사건과 병합된 丙은 甲에 대한 관계에서는 공범 아닌 공동피고인에 해당한다.

따라서 乙, 丙의 법정진술의 증거능력 유무는 공동피고인의 증인적격과 공범인 공동피고인의 법정진술의 증거능력 여부에 따라 결정되므로 이를 검토할 필요가 있다.

II. 공동피고인의 증인적격

1. 문제점

공동피고인이란 2인 이상의 피고인이 동일한 형사절차에서 심판을 받게 된 경우에 있어서 각각의 피고인을 말하는데, 자기 사건에 대하여는 피고인의 진술로서의 성격이지만 동시에 다른 공동피고인의 사건과 대하여는 제3자의 진술로서의 성격도 가진다는 특성 때문에, 공동피고인의 증인적격에 대하여는 견해가 대립한다.

2. 공동피고인의 증인적격

(1) 학 설

① 부정설 : 공동피고인은 공범 여부를 불문하고 변론을 분리하지 않는 한 증인적격이 없다는

견해이다.

- ② **공정설** : 공동피고인은 다른 공동피고인에 대한 관계에서는 제3자에 불과하므로 공동피고인도 병합심리되고 있는 당해 공판절차에서 증인으로 신문할 수 있다는 견해이다.
- ③ **절충설(통설)** : 공범자인 공동피고인은 증인적격이 없지만, 자기의 피고사건과 실질적인 관련성이 없는 사건 또는 동시범이나 맞고소사건과 같이 공동피고인 상호간에 이해관계가 상반되는 단순히 병합심리를 받고 있는 공범자 아닌 공동피고인은 공동피고인 사이에 제3자성이 유지되기 때문에 증인적격이 인정된다고 한다.

(2) 판례

- ① **공범 아닌 공동피고인** : “피고인과 별개의 범죄사실로 기소되어 병합심리중인 공동피고인은 피고인의 범죄사실에 관하여는 증인의 지위에 있[다]”고 판시하여(대판 1979.3.27. 78도1031), 실질적인 관련성이 없는 사건에 있어서는 공동피고인의 증인적격을 인정하고 있다.
- ② **공범인 공동피고인** : “공범인 공동피고인은 당해 소송절차에서는 피고인의 지위에 있으므로 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 없으나, 소송절차가 분리되어 피고인의 지위에서 벗어나게 되면 다른 공동피고인에 대한 공소사실에 관하여 증인이 될 수 있다.”고 판시하여(대판 2008.6.26. 2008도3300[소위 게임장 바지사장 사건]), 절충설 또는 변론분리후 허용설의 입장이다.

(3) 검토

- ① **공범인 공동피고인의 법정진술**은 다른 공동피고인의 공소사실에 대하여도 증거능력이 있으므로(대판 1990.10.30. 90도1939 등) 증인적격을 인정할 필요가 없지만, ② **자기의 피고사건과 다른 사건으로 공소제기되어 단순히 병합심리받고 있는 공범 아닌 공동피고인은 제3자에 불과하므로 증인적격이 인정된다는 절충설이 타당하다.**

3. 사안의 경우

피고인 甲과의 관계에 있어서 **공범인 공동피고인 乙은 변론을 분리하지 않는 한 증인이 될 수 없지만, 공범 아닌 공동피고인 丙은 증인이 될 수 있다.**

Ⅲ. 공범인 공동피고인의 법정진술의 증거능력

1. 문제점

공범자인 공동피고인의 법정진술이 다른 피고인에 대하여 증거능력이 인정되는지, 인정된다면 어떠한 요건이 필요한 것은 아닌지가 문제된다.

2. 공범자인 공동피고인의 법정진술

(1) 학설

- ① **적극설** : 공동피고인의 공판정에서의 진술을 다른 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 있다는 견해이다. 법관의 면전에서 공동피고인의 임의의 진술을 기대할 수 있고, 다른 피고인의 반대신문권도 어느 정도 확보되었다는 점을 논거로 한다.
- ② **소극설** : 공동피고인의 법정진술은 변론을 분리하여 증인으로 신문하지 않는 한 증거능력

이 없다는 견해이다. 공동피고인에게는 진술거부권이 인정되어 있으므로 그의 진술은 다른 피고인에 대하여 반대신문권이 보장되어 있지 않다는 점을 이유로 한다.

- ③ **절충설** : 법정에서 자백한 피고인에 대하여 피고인이 실제로 충분히 반대신문을 하였거나 또는 반대신문의 기회가 보장되어 있을 때에 한하여 증거능력을 인정해야 한다는 견해이다. 피고인의 반대신문권은 공정한 재판을 보장하기 위한 헌법상의 권리임을 이유로 한다.

(2) 판례

“공범인 공동피고인의 법정에서의 진술(자백)은 피고인의 반대신문권이 보장되어 있어 증인으로 신문한 경우와 다를 바 없으므로 (그것이 실제로 충분히 행하여졌는지의 여부는 따지지 않고 있다) 다른 공동피고인에 대한 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 있다.”고 판시하여(대판 1990.10.30. 90도1939 등), 적극설의 입장이다.

☞ 공범인 공동피고인의 법정진술은 다른 피고인에 대하여 당연히 증거능력이 있다. [공범에 대한 판례명제 1]

(3) 검토

(i) 공동피고인의 법정진술은 법관 면전에서 임의의 진술이라는 점, (ii) 실무상 반대신문의 기회가 보장된다는 점, (iii) 전문증거가 아닌 피고인의 진술에 대하여 반대신문권의 보장을 엄격히 요구할 필요가 없다는 점에서 판례인 적극설이 타당하다.¹⁾

3. 사안의 경우

판례인 적극설에 따르면, 공범자인 공동피고인 乙의 법정진술은 당연히 甲의 공소사실에 대하여 증거능력이 있다.

IV. 문제의 해결

(1) 乙의 법정진술

乙은 甲에 대한 관계에서 공범인 공동피고인에 해당하므로 ‘변론을 분리하지 않는 한’ 증인적격이 없고, 따라서 乙의 법정진술은 甲의 공소사실에 대하여 증거능력이 있다.

(2) 丙의 법정진술²⁾

1) 개정법하의 해석론 : 판례가 반대신문을 경유하지 아니한 참고인진술조서의 증명력을 제한한 바 있으며(대판 2006.12.8. 2005도9730), 개정법도 검사 또는 사법경찰관 작성 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서, 즉 진술조서에 대하여 반대신문의 기회보장을 명문화하여 공판중심주의를 강화하고 있는 점(제312조 제4항)에 비추어, 개정법하의 해석론으로는 반대신문의 기회보장을 전제로 하는 절충설이 타당하다고 본다(필자).

2) 丙의 법정진술과 전문법칙의 문제 : 사안에서 丙은 자신이 乙을 공갈하였다는 사실은 부인하면서도 乙이 甲에게 뇌물 준 사실을 인정하였다고 진술하고 있는바, 이는 전문진술에 해당하는데 피고인 아닌 자의 진술이 피고인의 진술을 전문하는 경우인지(제316조 제1항) 아니면 피고인 아닌 자의 진술이 피고인 아닌 타인의 진술을 전문하는 경우인지(제316조 제2항) 제316조 제2항의 ‘피고인 아닌 타인’의 의미와 관련하여 문제된다. 이에 대하여는 ① 제316조 제1항설과 ② 제316조 제1항설 등 견해가 대립하는데, 통설·판례는 형사소송법 제316조 제2항 소정의 “피고인 아닌 타인”이라 함은 제3자는 말할 것도 없고 공동피고인이나 공범자를 모두 포함한다는 입장이다(대판 1984.11.27. 84도2279[소위 부산남흥여관 사건]; 대판 2000.12.27. 99도5679[공천대가 기부금 사건] 등).

丙은 甲에 대한 관계에서 공범 아닌 공동피고인에 해당하므로 증인적격이 있고, 따라서 乙의 뇌물공여 사실 시인에 대한 丙의 범정진술은 증인신문절차에서 甲에 대하여 반대신문의 기회가 보장되어야(제161조의2 참조) 甲의 공소사실에 대하여 증거능력이 있게 된다.

【문 1 (3)】 공소제기 후 피고인에 대한 압수·수색의 허부¹⁾ (17점)

I. 문제점

검사 Y가 피고인 乙의 집에서 압수한 비자금 장부의 증거능력은 공소제기 후 수사기관에 의한 피고인에 대한 압수·수색이 허용되는지와 관련하여 문제된다.

II. 공소제기 후 피고인에 대한 압수·수색의 허부

1. 학 설

- ① 적극설 : (i) 제215조가 영장청구의 시기를 제한하지 않고 있으며, (ii) 압수·수색·검증은 피고인의 방어활동에 영향을 미치는 것이 아니며, (iii) 당사자주의와 공판중심주의에 일치한다는 이유로, 공소제기 후 제1회 공판기일 전까지는 허용된다는 견해이다.
- ② 소극설 : (i) 제215조는 수사상의 강제처분을 규정한 것이므로 인권보장적 견지에서 제한적으로 해석하여야 하며, (ii) 공소제기 후의 압수·수색·검증은 법원의 권한에 속하고, (iii) 공소제기 후 제1회 공판기일 전에 압수·수색·검증을 해야 할 긴급한 사정이 있는 때에는 증거보전절차(제184조)에 의하면 가능하므로 이를 인정할 필요가 없다는 견해이다.

2. 판 례

“검사가 공소제기 후 형사소송법 제215조에 따라 수소법원 이외의 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수·수색을 하였다면, 그와 같이 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다.”고 판시하여(대판 2011.4.28. 2009도10412), 소극설의 입장이다.

3. 검 토

공소제기 후의 피고인에 대한 압수·수색·검증은 법원의 권한에 속하므로 강제처분법정주의에 비추어 소극설이 타당하다.

다만, 소극설에 의하는 경우에도, ① 피고인에 대한 구속영장을 수사기관이 집행하는 경우(제216조 제2항. 피고인 구속현장에서의 영장 없는 압수 등), ② 임의제출물의 압수의 경우(제218조)에는 수사기관의 압수 등이 예외적으로 허용된다.

III. 문제의 해결

1) 경간 2018·2009, 경간 2014(단문), 사시 2014·2010(유사) 등 기출다수. ☞ 상제는 사례 28, 129면 이하 참조.

공소제기 후 피고인에 대한 압수·수색은 허용되지 않는다는 통설·판례인 소극설에 따르면, 사안의 경우 예외적으로 허용되는 경우도 아니므로 검사 Y가 증거로 제출한 비자금 장부는 위법수집증거배제법칙(제308조의2)에 의하여 증거능력이 인정되지 않는다.

【문 2】 피의자의 소송법상 지위와 권리에 대하여 약술하시오.¹⁾ (25점)

I. 서 설

1. 피의자의 의의

수사는 수사기관이 범죄혐의가 있다고 사료하는 때에 개시된다(제195조, 제196조 제2항). 이 때 수사기관에 의하여 범죄혐의를 받고 수사의 대상으로 되어 있는 자를 피의자라고 한다.

2. 구별개념

피의자는 수사개시 후의 개념이므로 아직 구체적 범죄혐의가 확인되지 않은 피내사자(용의자), 공소제기된 자인 피고인, 판결확정 후 집행대상으로 되어 있는 자인 수형자와 구별된다.

II. 피의자의 시기와 종기

1. 시 기

(1) 입 건

수사기관이 범죄혐의를 인정하여 수사를 개시한 때에 피의자가 된다. 즉 수사기관이 적극적으로 범죄인지를 하거나 고소·고발 등을 받은 경우 수사기관은 범죄인지서(검사규 제4조 제2항, 수사규정 제17조)를 작성하여야 하고, 실무상 사건접수부에 사건을 등재하는데 이를 입건(立件)이라고 하며 그 이전의 조사를 내사라고 하는데, 피내사자는 입건에 의하여 피의자가 된다.

(2) 현행범인

수사기관이 현행범인을 발견 또는 인도받은 경우에는 발견시 또는 인도시에 피의자가 된다.

(3) 고소·고발, 자수

수사기관에 고소·고발이 접수·수리될 때 피의자가 된다. 수사기관에 고소나 고발이 접수·수리되거나 인지되기 전에 자수한 때에는 자수한 시점부터 피의자의 지위가 개시된다.

2. 종 기

피의자는 검사의 공소제기(제246조) 또는 경찰서장의 즉결심판청구(즉결심판에 관한 절차법 제3조) 및 불기소처분의 확정에 의하여 피고인의 지위로 전환 또는 피의자의 지위가 소멸한다.

III. 수사의 구조와 피의자의 지위

수사절차에도 소송구조론을 도입하여 피의자의 지위를 강화하자는 논의가 있다.

수사절차상 피의자의 방어권 보장을 위한 피의자의 지위문제는 수사구조의 특수성에 기인한 것이 아니라 헌법적 형사소송에 근거하는 문제로 이해하는 것이 타당하다. 즉 수사는 본질적

1) 경간 2018, 91, 87(피의자의 권리), 85(피의자의 지위보장), 83; 경감 87, 77; 경정 88(수사절차의 소송구조화(준 당사자주의)), 76; 경간 92(피의자, 피고인의 지위 비교). ☞ 상세는 단문집 47면 참조.

으로 규문적이고 이는 수사의 효율상 타당하다.

따라서 피의자의 지위강화를 위한 수사의 구조론은 별도로 논의할 필요는 없다고 본다.

IV. 피의자의 소송법상 지위

1. 기본적 지위(수사의 대상으로서의 지위)

(1) 임의수사의 대상

피의자는 기본적으로 수사기관의 수사의 대상이 되며, 수사의 주체는 아니다. 따라서 수사기관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다(제200조).

(2) 강제수사의 대상

피의자는 체포·구속이나 압수·수색·검증 등 강제처분의 대상이 된다.

2. 증거방법으로서의 지위

(1) 인적 증거방법

피의자의 임의의 진술을 기재한 피의자신문조서나 진술서 등은 일정한 요건을 갖추면 증거능력이 인정된다(제312조 등).

(2) 물적 증거방법

피의자의 신체는 검증의 대상이 될 수 있다.

3. 무죄의 추정

피의자는 무죄로 추정된다(제275조의2). 따라서 피의자에 대한 고문은 절대로 금지되며, 피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 하며(제198조 제1항), 피의자에 대한 구속은 다른 방법에 의하여서는 형사소송을 확보할 수 없는 때에만 예외적으로 허용되어야 한다.

V. 피의자의 소송법상 권리(헌행법상 피의자의 지위보장제도)

1. 변호인선임권

피의자는 변호인선임권(제30조 제1항), 변호인선임 의뢰권이 보장된다. 체포·구속적부심사시와 구속영장실질심사시에 국선변호인을 선정하여야 한다(제214조의2 제10항, 제201조의2 제8항).

2. 임의수사에 대한 권리(피의자신문에 대한 권리)

(1) 진술거부권

① 피의자는 수사기관의 신문에 대하여 진술을 거부할 수 있고, 수사기관은 진술거부권이 있음을 미리 고지하여야 한다(헌법 제12조 제2항, 법 제244조의3).

② 진술거부권을 침해하여 얻은 자백은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부정된다(대판 1992.6.23. 92도682[소위 부산신20C과 사건] 등).

(2) 피의자신문 과정에 변호인의 참여권

- ① 피의자·변호인은 수사기관의 피의자신문시 변호인의 참여를 신청할 수 있고, 수사기관은 정당한 사유가 없는 한 변호인의 참여를 허용해야 한다(제243조의2).
- ② 변호인의 참여권이 침해된 상태에서 작성된 피의자신문조서는 제312조에 정한 ‘적법한 절차와 방식’에 위반된 증거일 뿐만 아니라, 제308조의2에서 정한 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거’에 해당하므로 이를 증거로 할 수 없다(대판 2013.3.28. 2010도3359[공항리무진 버스뺑뺑횡령 사건]).

(3) 피의자신문조서의 열람·등사 및 증감변경청구권

- ① 피의자신문조서는 피의자에게 열람하게 하거나 읽어주어야 하며 피의자가 증감·변경을 청구할 하였을 때에는 그 진술을 조서에 기재하여야 한다(제244조 제2항).
- ② 판례는 제244조 제2항 위반의 조서도(열람을 불허하거나 읽어주지 않은 경우) 제312조의 요건만 구비되면 증거능력이 인정된다고 하지만(대판 1988.5.10. 87도2716; 대판 1993.5.14. 93도739), 조서내용의 정확성을 기하려는 취지상 위법수집증거로서 증거능력을 부정해야 할 것이다(제308조의2).

3. 강제수사에 대한 권리

(1) 접견교통권

체포·구속된 피의자는 변호인, 비변호인과의 접견교통권이 있다(제34조, 제89조, 제91조, 제209조). 변호인과의 접견교통권은 수사기관의 처분 또는 법원의 결정으로도 제한할 수 없다(대결 1990.2.13. 89로37).

(2) 체포·구속취소청구권

체포·구속된 피의자는 체포·구속의 사유가 없는 때 또는 그 사유가 소멸된 때에는 체포·구속의 취소를 청구할 수 있다(제200조의6, 제209조, 제93조).

(3) 체포·구속적부심사청구권

체포·구속된 피의자는 법원에 체포·구속의 적부심사를 청구할 수 있다(제214조의2). 체포·구속의 위법뿐만 아니라 부당(구금계속의 필요성)도 청구사유가 된다.

(4) 압수·수색·검증에의 참여권

피의자는 수사기관의 압수·수색·검증에 참여할 권리가 있다(제219조, 121조, 제122조).

4. 증거보전에 대한 권리

피의자는 증거보전의 청구권 및 그 절차에의 참여권·열람권이 있으며(제184조, 제185조, 제221조의2 제5항), 증거보전청구를 기각하는 결정에 대하여는 3일 이내에 항고할 수 있다(제184조 제4항).

VI. 수사기록에 대한 열람·등사권

명문규정은 없지만, 수사의 필요성과 변호권의 강화를 조화하기 위해서는 수사기록의 열람·등사권을 원칙적으로 인정하면서 수사서류의 열람으로 인한 수사의 목적이 위태롭게 될 때에는 수사기관에게 예외적으로 거부권을 인정하고 수사가 종결되면 즉시 이를 허가하도록 하는 것이 타당하다.

형사소송규칙에서는 영장실질심사와 체포·구속적부심사에 참여할 변호인은 지방법원판사에게 제출된 구속영장청구서 및 그에 첨부된 고소·고발장, 피의자의 진술을 기재한 서류와 피의자가 제출한 서류를 열람할 수 있도록 하고 있다(규칙 제96조의21 제1항, 제104조의2 및 제101조).

VII. 결 어

1. 국선변호인제도 및 보석제도의 확대

개정법하에서는 공소제기 전 수사단계에서도 구속된 피의자에게는 적어도 국선변호인제도가 확대되어 피의자의 지위가 보다 강화되었다고 볼 수 있다(제201조의2 제8·9항 참조). 그러나 불구속 피의자의 경우에도 일정한 경우에는 국선변호인제도의 확대가 필요하다고 본다.

한편 필요적 보석제도를 피의자에게도 도입할 필요가 있다고 본다.

2. 피의자의 수사기록 등에 대한 열람·등사권

현행법은 피의자나 변호인 등에게 수사단계에서의 수사기록 등에 대한 열람·등사를 허용하고 있지는 않지만, 피의자의 실질적인 방어권보장을 위하여 수사방해나 수사기밀 누설 등의 경우가 없는 한 원칙적으로 이를 허용하는 입법이 필요하다고 본다.

【문 3】 공소장일본주의의 내용과 위반의 효과에 대하여 약술하시오.¹⁾ (25점)

I. 서 설

1. 의 의

검사가 공소를 제기할 때에는 법원에 공소장 하나만을 제출하여야 하고, 공소사실에 대한 증거는 물론 법원에 예단을 줄 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용할 수 없다는 공소제기 방식의 원칙을 말한다(형사소송규칙(이하 '규칙') 제118조 제2항).

2. 취지 및 이론적 근거

- ① 소송절차에 있어서 공평한 법원을 구성하여 공정한 재판을 실현하기 위한 형사소송구조상의 제도적 담보장치라고 할 수 있다(대판(全合) 2009.10.22. 2009도7436[문국현 사건] 참조).
- ② 당사자주의 소송구조, 예단배제의 원칙, 공판중심주의, 위법증거의 배제를 이론적 근거로 한다.

II. 내 용

1. 첨부 금지

사건에 관하여 법원의 예단을 발생시킬 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하는 것은 금지된다. 다만, 예단을 줄 염려가 없는 서류(구속영장 기타 구속에 관한 서류 또는 변호인선임서 등)를 공소장에 첨부하는 것은 허용된다(규칙 제118조 제1항).

2. 인용 금지

공소사실 특정을 위한 경우를 제외하고는 증거로 제출한 서류의 인용도 금지된다. 다만, 문서를 수단으로 한 협박·공갈·명예훼손 등의 사건에서는 문서의 기재내용 그 자체가 범죄구성요건에 해당하는 중요한 요소이므로, 공소사실을 특정하기 위하여 인용할 수 있다.

3. 여사기재의 금지

(1) 여사기재의 의의

여사기재란 공소장의 필요적 기재사항(제254조 제3항) 이외의 사항을 기재한 경우를 말한다.

(2) 전과의 기재

1) 전과의 기재가 필요한 경우(상습범·누범 등)

전과를 수단으로 한 공갈·협박과 같이 전과가 범죄사실의 내용을 이루는 경우, 상습범과 같이 전과가 상습성 인정의 자료가 되는 경우, 누범과 같이 전과가 형의 가중사유가 되는 경우에는 공소장에 전과가 반드시 기재되어야 한다.

2) 공소사실과 무관한 전과를 기재하는 경우

1) 사시 2004(전과기재 사례). ☞ 상세는 단문집 264면 참조.

- ① 동종전과의 기재 : 전과가 범죄구성요건에 해당하는 경우(상습범, 누범)나 사실상 범죄사실의 내용을 이루는 경우(전과를 수단으로 하는 공갈·협박) 이외에는 공소장에 동종의 전과를 기재하는 것은 예단배제의 원칙에 의해 공소장일본주의에 반한다.
- ② 이종전과의 기재 : (i) 단순한 여사기제로 공소장일본주의 위반이 아니라는 견해도 있지만, (ii) 동종이든 이종이든 법관의 심증형성에 영향을 주기는 마찬가지이므로 허용되지 않는다는 견해가 타당하다.
- ③ 판례 : “공소장에 누범이나 상습범을 구성하지 않는 전과사실을 기재하였다 하더라도 이는 피고인을 특정할 수 있는 사항에 속한다 할 것으로서 그 공소장기재는 적법하다.”고 한다(대판 1990.10.16. 90도1813).

(3) 전과 이외의 악성격·경력·소행의 기재

전과 이외의 피고인의 악성격 등을 기재하는 것은 그것이 범죄구성요건의 요소가 된 경우(공갈·강요의 수단이 된 때)나 구성요건적 행위와 밀접불가분한 관계에 있는 경우를 제외하고는 허용되지 않는다.

(4) 범죄동기의 기재

- ① 범죄의 동기·원인은 범죄사실이 아니므로 영아살해죄·영아유기죄 등에서와 같이 그것이 구성요건요소로 되어 있지 아니하는 한 이를 기재하지 않는 것이 원칙이다.¹⁾
- ② 그러나 살인죄·방화죄·상해·폭행·협박 등과 같은 중대범죄나 동기범죄에서는 동기가 공소사실과 밀접불가분 또는 공소사실을 명확하게 하기 위해서 필요한 것이므로 그 한도 내에서는 기재가 허용된다.²⁾ 다만, 직접적인 동기의 범위를 벗어나면 안 된다.
- ③ 판례는 “살인, 방화 등의 경우 범죄의 직접적인 동기 또는 공소범죄사실과 밀접불가분의 관계에 있는 동기를 공소사실에 기재하는 것이 공소장일본주의 위반이 아님은 명백하고, 설사 범죄의 직접적인 동기가 아닌 경우에도 동기의 기재는 공소장의 효력에 영향을 미치지 아니한다.”고 한다(대판 2007.5.11. 2007도748).

(5) 여죄의 기재

- ① 심판대상이 되는 범죄사실 이외의 여죄의 기재는 법관에게 예단을 줄 염려가 있으므로 허용되지 않는다.
- ② 판례는 공소시효가 완성된 범죄사실은 여죄로 기재하여도 위법하지 않다는 입장이다(대판 1983.11.8. 83도1979).

IV. 공소장일본주의의 적용범위

- ① 공소장일본주의는 공소제기시에만 적용되는 원칙이므로, 공판절차갱신 후의 절차, 상소심의 절차, 파기환송 후의 절차에는 적용되지 않는다.
- ② 다만, 약식절차(제449조)나 즉결심판(즉결심판에 관한 절차법 제4조)에서는 수사기록과 증거물을 법

1) 영아살해죄(형법 제251조), 영아유기죄(형법 제272조) 등은 그 동기가 감정적 구성요건요소이다.

2) 범죄의 동기·원인 : ‘... 가옥을 불태워 보험금을 타먹기로 결의하고...’ 또는 ‘...꼬치꼬치 캐묻자 이에 열이 뻗쳐...’

원에 제출하여야 하므로(규칙 제170조), 공소장일본주의의 예외라고 할 수 있다.

V. 위반의 효과

1. 공소기각판결

공소장일본주의의 위반은 공소제기의 방식에 관한 중대한 위반이므로 공소제기는 무효이고 법원은 공소기각판결(제327조 제2호)을 하여야 한다(대판(全합) 2009.10.22. 2009도743[소위 문국현 사건]).

2. 하자의 치유

(1) 학 설

- ① 치유긍정설(=시기제한설) : 공판절차가 진행되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 소송절차의 동적 안정성 및 소송경제의 이념 등에 비추어 더 이상 공소장일본주의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다룰 수는 없다고 한다(위 소합 다수의견).
- ② 절충설(=중대설) : 그 위배의 정도가 중대한 경우에는 형사소송절차의 진행 정도에 관계없이 공소기각의 판결을 선고하는 것이 합당하다고 한다(위 소합 1인의 별개의견).
- ③ 치유부정설(=공소기각설) : 공소장일본주의 위배는 치유될 수 없는 것이므로 시기 및 위반의 정도와 무관하게 항상 공소기각의 판결을 하는 것이 타당하다고 한다(위 소합 반대의견).

(2) 판 례

“공소장 기재의 방식에 관하여 피고인 측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였고, …(중략)… 공판절차가 진행되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 소송절차의 동적 안정성 및 소송경제의 이념 등에 비추어 볼 때 이제는 더 이상 공소장일본주의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다룰 수는 없다.”고 하여(대판(全합) 2009.10.22. 2009도743[소위 문국현 사건] [다수의견], 대판 2015.1.29. 2012도2957), 치유긍정설의 입장이다.¹⁾

(3) 검 토

여러 사정을 종합적으로 고려하여 공소장일본주의의 위배의 정도가 중대하여 법관의 공정한 심증형성에 심각한 장애를 초래하는 정도에 해당하는 경우에는 형사소송절차의 진행 정도에 관계없이 공소기각의 판결을 선고하는 것이 타당하다.

1) ☞ 검사가 공소장에 정당의 후보자 추천 관련 금품수수 범행의 공소사실에 대하여 범죄사실 이전 단계의 정황과 경위, 범행을 전후하여 관계자들이 주고받은 대화와 이메일 내용, 수첩의 메모내용, 세세한 주변사실 등 14쪽의 분량에 달하는 공소사실을 공소장에 기재하여 기소한 사례.