

홍형철 변호사 제68기 경찰간부후보생 형사소송법 기출해설 특강 2018.10.20(토)

【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 받은 사실로, 乙은 뇌물공여 사실로 함께 기소되었다. 한편 마트 신설에 잡음이 있다는 소문을 들은 지역신문 기자 丙은 취재한다면서 乙을 찾아가 추궁하다가 기사화 무마조로 1,000만원을 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 수소법원이 아닌 지방법원판사로 부터 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 공소 사실에 대하여 증거능력 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)

2018년 경찰간부 형사소송법 기출해설¹⁾

[문 1]

I. 설문 (1)에 대하여 - 각 피의자신문조서의 증거능력

1. 사법경찰관 X 작성 피의자 乙에 대한 피의자신문조서의 증거능력

가. 쟁점의 정리

사법경찰관이 작성한 공범인 공동피고인에 대한 피의자신문조서의 증거능력을 인정하기 위한 요건이 문제된다. 즉, 전문법칙 예외에 대한 적용규정이 무엇인지와 제312조 제3항이 적용되는 경우 내용인정의 주체가 누구인지가 각각 문제된다.

1) 단문 문제의 경우 수험생들이 각자 소지하고 있는 교재 등으로 충분히 해결할 수 있다고 생각하여, 본 해설에서는 사례 문제만을 다루었다.

나. 견해의 대립

① 공범에 대한 조서는 제312조 제4항의 ‘피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서’에 해당한다는 **제312조 제4항설**, ② 제312조 제3항이 적용된다고 보면서 그 내용인정의 주체를 원진술자인 공범으로 보는 **원진술자 내용인정설(제312조 제3항설)** 및 ③ 제312조 제3항이 적용된다고 보면서도 그 내용인정의 주체를 공범이 아닌 유죄판결의 위험이 있는 당해 피고인으로 보는 **피고인 내용인정설(제312조 제3항설)**이 대립한다.

다. 판례의 태도

판례는 **피고인 내용인정설의 입장**에서 ‘당해 피고인과 공범관계에 있는 공동피고인에 대해 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 공동피고인의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다’고 판시하였다.²⁾

라. 검토

수사기관의 위법수사방지를 목적으로 하는 제312조 제3항의 입법취지를 고려할 때 **피고인 내용인정설**이 타당하다.

마. 사안의 검토

甲은 사법경찰관 X 작성 乙에 대한 피의자신문조서에 대해 증거부동의하였고, 자신에 대한 뇌물수수의 공소사실을 전부 부인하여 위 조서 기재된 자신의 뇌물수수에 대한 내용 역시부인하고 있다.

결국 사법경찰관 X 작성 乙에 대한 피의자신문조서의 **증거능력은 부정된다**(형사소송법 제312조 제3항, 제310조의2).³⁾

2. 검사 Y 작성 피의자 乙에 대한 피의자신문조서의 증거능력

가. 쟁점의 정리

검사가 작성한 공범인 공동피고인에 대한 피의자신문조서를 다른 공동피고인에 대한 증거로 사용하는 경우의 **적용규정이 문제된다**.

나. 견해의 대립

① 공범에 대한 조서는 제312조 제4항의 ‘피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서’에 해당한다는 **제312조 제4항설**과 ② 그 조서는 제312조 제1항의 ‘피고인이 된 자의 진술을 기재한 조서’에 해당한다는 **제312조 제1항설**이 대립한다.

다. 판례의 태도

판례는 **제312조 제4항설**의 입장에서 공범인 공동피고인에 대한 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 제312조 제4항에 따라 판단하고 있다.⁴⁾

2) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도1889 판결 참조

3) 사법경찰관 작성 피의자신문조서에 대하여는 제314조가 적용되지 아니한다는 내용을 추가할 수도 있다. 다만, 문제에서 제314조의 원진술자진술불능 등의 사실관계가 전혀 언급되지 않고 있어 본 해설에서는 생략하였다.

4) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결 참조

라. 검토

공범인 공동피고인은 당해 피고인과의 관계에서 피고인 아닌 제3자에 해당한다고 할 것이므로 제312조 제4항이 적용된다고 봄이 타당하다.

마. 사안의 검토

검사 Y 작성 乙에 대한 피의자신문조서에 대하여, 원진술자인 피고인 乙이 공판정에서 증거동의함으로써 그 조서의 실질적 진정성립을 인정하고 있으므로⁵⁾ 그 증거능력이 인정된다(제312조 제4항).⁶⁾

II. 설문 (2)에 대하여 - 乙, 丙 각 법정진술의 증거능력

1. 공동피고인 법정진술의 증거능력 및 공범의 의미⁷⁾

가. 공동피고인 법정진술의 증거능력

판례는 ① 공범인 공동피고인의 법정진술은 당해 피고인에 대한 반대신문권이 보장되어 있음을 이유로 그대로 증거능력을 인정하고(반대신문이 실제로 충분히 행하여졌는지는 따지지 아니한다),⁸⁾ ② 공범 아닌 공동피고인의 법정진술에 대하여는 증거능력을 부정한다.⁹⁾

나. 공범의 의미

판례는 여기에서 말하는 공범에 공동정범·합동범·필요적 공범이 포함되는 것으로 보고 있고, 실무는 그 밖에 교사범 및 종범과 정범도 공범에 포함시키고 있다. 그러나 본범과 장물범의 경우나 서로 싸움을 한 경우 등은 공범에 포함되지 아니한다.

2. 사안의 검토

가. 乙 법정진술의 증거능력

乙 뇌물공여자로서 뇌물수수자인 甲과 대항범으로서 공범인 공동피고인에 해당한다. 따라서 乙의 법정진술은 甲에 대하여 증거능력이 인정된다.

나. 丙 법정진술의 증거능력

丙은 甲의 뇌물수수의 공소사실에 대하여는 공범관계가 인정되지 아니하는 제3자로서, 공범 아닌 공동피고인에 해당한다. 따라서 丙의 법정진술은 甲에 대하여 증거능력이 부정된다.

5) 공범인 공동피고인의 검찰진술은 그에 대한 증거결정에 관한 의견진술과정에서 진정성립 및 임의성이 인정되고, 당해 피고인 측에서 공동피고인에 대한 반대신문의 기회를 부여받은 경우(제312조 제4항)에는 증거능력이 있다. 반면, 공범 아닌 공동피고인의 검찰진술은 당해피고인이 증거로 함에 동의하지 않는 한 그 공동피고인을 증인으로 신문하여 진정성립이 인정되어야 증거능력이 인정된다(제312조 제4항).

6) 피고인 乙의 증거동의의 의사표시에 실질적 진정성립 인정의 의사표시가 포함되어 있다는 해석을 누락한 경우, 제312조 제4항의 일반 요건 설시로 답안을 마무리할 수도 있다.

7) 공범인 공동피고인 甲의 별도의 선서 없이 이루어진 법정진술이 증거로 사용될 수 있는지에 대한 논의를 추가할 수 있다. 다만 이번 사안의 경우 공범인 공동피고인과 공범 아닌 공동피고인을 나누어 검토하는 것이 출제의 핵심이므로 위와 같이 설시하였다.

8) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결 참조

9) 대법원 1963. 7. 25. 선고 63도185 판결 참조

III. 설문 (3)에 대하여 - 비자금 장부의 증거능력

1. 공소제기 후 수사기관에 의한 압수·수색·검증

가. 쟁점의 정리

공소제기 후에도 임의수사는 허용됨이 원칙이나, 피고인의 구속은 법원의 권한에 속하고(제70조), 수사기관은 피고인을 구속할 수 없다. 다만 공소제기 후 수사기관에 의한 압수·수색·검증이 허용되는지 문제된다.

나. 견해의 대립

① 제215조가 영장청구의 시기를 제한하고 있지 않다는 점과 당사자주의 및 공판주의를 근거로 압수 등의 권한을 긍정하는 **긍정설**과 ② 공소제기에 의해 법원에 사건이 계속되는 이상 일체의 강제처분 권한은 법원에게 있다는 점을 근거로 부정하는 **부정설**이 대립한다.

다. 판례의 태도

판례는 **부정설**의 입장에서 ‘검사가 공소제기 후 형사소송법 제215조에 따라 수소법원 이외의 지방법원 판사에 게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수·수색을 하였다면, 그와 같이 수집된 증거는 기본적 인권보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없다’고 판시하였다.¹⁰⁾

라. 검토

형사소송법은 수사기관과 수소법원의 강제처분을 구별하고 있는바, 공소제기 후 일체의 강제처분 권한은 법원에 있다 할 것이므로 **부정설**이 타당하다.

2. 위법수집증거배제법칙

위법수집증거배제법칙이란 **위법한 절차에 의하여 수집한 증거의 증거능력을 부정**하는 법칙을 말한다(제308조의2). 이는 적정절차 원리에 반하는 중대한 위법이 있는 때에 한하여 적용된다.

다만 판례는 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우가 아니고, 오히려 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 하였다.¹¹⁾

3. 사안의 검토

검사 Y가 제출한 비자금 장부는 공소제기 후에 허용되지 않는 수사기관의 압수절차에 의하여 수집한 것이고, 이러한 압수절차의 위법성은 적정절차 원리에 반하는 중대한 것이다.

결국 위 비자금 장부는 위법수집증거배제법칙에 의해 **증거능력이 부정**된다(제308조의2).

10) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결 참조

11) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결 참조