

## 신현식 변호사 제68기 경찰간부후보생 형사소송법 기출해설 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)

### 2019년 경찰간부 선발시험 해설

[문1-(1)]

#### I. 서론

을에 대한 사경 X작성 피의자신문조서는 공범인 공동피고인에 대한 사경작성 피의자신문조서의 증거능력이 문제된다.

을에 대한 검사 Y작성 피의자신문조서는 공동피고인에 대한 검사작성 피의자신문조서의 증거능력이 문제된다.

#### II. 을에 대한 사경 X작성 피의자신문조서의 증거능력

##### 1. 공범인 공동피고인에 대한 사경작성 피의자신문조서의 증거능력

###### (1) 문제점

공범인 공동피고인에 대한 사경작성 피의자신문조서의 증거능력에 대하여는 제312조 제4항설과 제312조 제3항설이 대립하고, 제312조 제3항설을 따를 경우 내용인정의 주체는 누구인지가 문제된다.

## (2) 학설

### 1) 제312조 제4항설

사경작성 공범에 대한 피의자신문조서는 ‘피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류’에 해당하므로 제312조 제4항의 요건을 구비해야 한다는 견해이다.

### 2) 제312조 제3항설

위법수사 억제라는 제312조 제3항의 입법취지를 고려하면, 사경작성 공범에 대한 피의자신문조서에 제312조 제3항이 제312조 제4항에 대한 특칙으로 우선 적용된다는 견해이다. 이때 내용인정의 주체에 대하여 다음 3가지 견해가 대립한다.

① 원진술자내용인정설 : 원진술자인 공범인 공동피고인(공동피의자)이 내용을 인정하면 증거능력이 인정된다는 견해이다.

② 피고인내용인정설(통설) : 당해피고인이 그 내용을 인정하여야 증거능력이 있다는 견해이다.

③ 절충설 : 공범인 공동피고인이 내용을 인정하고 당해피고인에게 반대신문의 기회가 보장된 경우에 증거능력이 있다는 견해이다.

## (3) 판례

“제312조 제3항은 당해 피고인에 대한 사경작성 피의자신문조서를 유죄의 증거로 사용하는 경우뿐만 아니라, 당해 피고인과 공범관계에 있는 다른 피고인이나 피의자에 대한 사경작성 피의자신문조서를 당해 피고인에 대한 유죄의 증거로 채택할 경우에도 적용된다.”고 하여 제312조 제3항설을 취하고, “따라서 당해피고인과 공범관계에 있는 공동피고인에 대하여 사경이 작성한 피의자신문조서는 그 공동피고인의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 당해피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다.”고 판시하여(대판(소합) 2004.7.15. 2003도7185), 피고인내용인정설의 입장이다.

## (4) 검토 - 제312조 제3항설 및 피고인내용인정설(판례)

## 2. 설문의 경우

을에 대한 사경 X작성 피의자신문조서는 갑의 공소사실에 대하여 제312조 제3항이 적용되고 피고인 갑이 내용인정을 해야 증거능력이 인정된다. 그러나 설문의 경우, 피고인이 법정에서 증거동의를 하지 않았으므로 증거능력이 부정된다.

## III. 을에 대한 검사 Y작성 피의자신문조서의 증거능력

### 1. 공동피고인에 대한 검사작성 피의자신문조서의 증거능력

#### (1) 문제점

공동피고인에 대한 검사작성 피의자신문조서가 어떤 요건 하에서 당해피고인의 사건에 대하여 증거로 사용될 수 있는지가 문제된다.

#### (2) 학설

① 제312조 제1항설 : 공범인 공동피고인도 제312조 제1항의 ‘피고인’에 포함되므로 제312조 제1항, 제2항에 따라 증거능력이 인정된다는 견해이다.

② 제312조 제4항설 : 제312조 제1항의 ‘피고인’은 당해피고인만을 의미하므로, 공동피고인은 당해피고인에 대하여 증인과 같은 지위에 있어 그 진술에 대하여 당해피고인이 반대신문의 기회를 가질 필요가 있으므로 제312조 제4항에 따라 증거능력을 판단한다.

#### (3) 검토 - 제312조 제4항설

## 2. 설문의 경우

을에 대한 검사 Y작성 피의자신문조서는 갑의 공소사실에 대하여 제312조 제4항이 적용되고 적법절차준수, 실질적 진정성립, 특신상태, 반대신문권 보장이 구비되어야 증거능력이 인정된다. 설문의 경우 을이 법정에서 자백하면서 모든 증거에 대하여 동의하였으므로 증거능력이 인정된다.

## IV. 결

(생략)

[문1-(2)]

I. 서

을의 법정진술은 갑에 대하여 공범인 공동피고인의 법정진술이고, 병의 법정진술은 갑에 대하여 공범아닌 공동피고인의 법정진술이다.

II. 을의 법정진술의 증거능력

1. 공범인 공동피고인의 법정진술

(1) 문제점

**공범인** 공동피고인의 선서없이 이루어진 법정진술이 다른 공동피고인(상피고인)의 공소사실에 대하여 유죄의 증거로 사용될 수 있는지가 문제된다.

(2) 학설

① 소극설 : **피고인신문시 진술거부권이 있는 공동피고인에게 반대신문권의 행사가 제약되므로** 변론을 분리하여 증인으로 신문하지 않는 한 공동피고인의 법정진술은 다른 공동피고인에 대하여 증거능력이 없다는 견해이다.

② 적극설 : **피고인신문시** 공동피고인의 법정진술은 법관면전 진술이고, **다른 공동피고인의 반대신문권도 보장되어 있으므로**, 공동피고인의 법정진술은 다른 공동피고인에 대하여 증거능력이 있다는 견해이다.

③ 절충설 : 공판정에서 자백한 공동피고인에 대하여 피고인의 반대신문권이 보장된 경우에만 공동피고인의 공판정 자백이 다른 공동피고인에 대하여 증거능력이 있다는 견해이다.

(3) 판례

“**공범인** 공동피고인의 자백은 이에 대한 피고인의 반대신문권이 보장되어 있어 증인으로 신문한 경우와 다를 바 없으므로(그것이 실제로 충분히 행하여졌는지의 여부는 따지지 않고 다)독립된 증거능력이 있다.”고 판시하여(대판2006.5.11. 2006도1944), **적극설**의 입장이다.

(4) 검토 - 적극설(판례)

2. 설문의 경우

을의 법정진술은 갑에 대하여 증거능력이 인정된다.

III. 병의 법정진술의 증거능력

1. 공범 아닌 공동피고인의 법정진술

판례는 “**피고인과 별개의 범죄사실로** 기소되어 **병합심리중인 공동피고인은 피고인의 범죄사실에 관하여는 증인의 지위에 있다** 할 것이므로 **선서없이 한 공동피고인의 법정진술이나 피고인이 증거로 함에 동의한 바 없는 공동피고인에 대한 피의자 신문조서는 피고인의 공소 범죄사실을 인정하는 증거로 할 수 없다.**”고 판시하여(대판 1982.9.14. 82도1000), 공범이 아닌 공동피고인의 법정진술은 상피고인에 대하여 증거능력을 부정하고 있다.

2. 설문의 경우

공범아닌 공동피고인인 병의 법정진술은 갑에 대하여 증거능력이 부정된다.

III. 결

(생략)

[문1-(3)]

I. 서

II. 공소제기 후의 강제수사

1. 공소제기 후 대물적 강제처분(압수·수색·검증)

(1) 문제점

제215조는 수사기관의 압수·수색·검증에 관하여 규정하고 있다. 이 규정에 근거하여 공소제기 전과 동일하게 공소제기 후에도 수사기관에 의한 압수·수색·검증이 허용되는지가 문제된다.

(2) 학설

1) 적극설 : 현행법(제215조)이 영장청구의 시기를 제한하지 않고 있으므로 허용된다는 견해이다.

2) 소극설 : 공소제기 후의 압수·수색·검증은 법원의 권한에 속하므로 이를 인정할 필요가 없다는 견해이다.

(3) 판례

판례는 “**검사가 공소제기 후 형사소송법 제215조에 따라 수소법원 이외의 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수·수색을 하였다면, 그와 같이 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 증거능력이 없다.**”고 판시하여(대판 2011.4.28. 2009도10412), 소극설이다.

(4) 검토 - 소극설(판례)

2. 소결

설문의 경우, 검사 Y가 수소법원이 아닌 지방법원판사로부터 영장을 받아 비자금장부를 압수한 것이므로 적법절차와 영장주의에 위반되어 위법수집증거에 해당한다.

IV. 위법수집증거의 증거능력

1. 판례

판례도 “**적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 위법수집증거로 그 증거능력을 부정하나, 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사소송의 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 해하고, 형사 사법정의의 실현에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.**”고 판시(대판(全합) 2007.11.15. 2007도3061 )하여 **재량적으로 판단**하고 있다.

2. 소결

설문의 비자금장부는 위법수집증거로서 그 증거능력을 부정해야 한다.

V. 결

(생략)

[문2] 피의자의 소송법상 지위와 권리

I. 서론

1. 의의

2. 구별개념

II. 소송법상 권리

1. 준당사자로서의 지위

무죄추정, 변호인선임권, 진술거부권

2. 수사대상으로서의 지위

체포·구속, 압수·수색 등 수사의 대상

### 3. 증거방법으로서의 지위

피의자의 진술은 인적 증거방법, 피의자의 신체는 검증의 대상으로서 물적 증거방법

### III. 피의자의 소송법상 권리

#### 1. 임의수사와 피의자의 권리

- (1) 진술거부권(제244조의3)
- (2) 변호인 참여신청권(제243조의2)
- (3) 피의자신문조서 열람 및 증감청구권(제244조 제2항)

#### 2. 강제수사와 피의자의 권리

- (1) 체포구속적부심사 청구권, 구속취소청구권(제214조의2, 제209조, 제93조)
- (2) 접견교통권(제34조, 제89조, 제91조, 제209조)
- (3) 자료제출권, 체포·구속영장 교부청구권(규칙 제96조, 제101조)
- (4) 압수·수색·검증에 참여권(제219조, 제121조, 제122조)

#### 3. 증거보전과 피의자의 권리

증거보전청구권(제184조), 증인신문·검증에의 참여권(제185조), 열람·등사권(제221조의2 제5항)

#### 4. 변호인 선임권

변호인 선임권(제209조), 구속영장실심사와 체포·구속 적부심사의 경우 국선변호인 조력을 받을 권리

## V. 결

[문3] 공소장일본주의의 내용과 위반의 효과

### I. 의의

공소장일본주의란 검사가 공소를 제기함에 있어 **공소장만을 제출하여야** 하고, 법원에 예단을 줄 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용할 수 없다는 원칙을 말한다(규칙 제118조 제2항).

### II. 내용

#### 1. 첨부 금지

공소장일본주의는 법원에 예단을 발생시킬 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하는 것을 금지한다(규칙 제118조 제2항).

#### 2. 인용 금지

법원에 예단을 줄 수 있는 서류 기타 물건의 내용을 인용하는 것도 금지한다(규칙 제118조 제2항).

#### 3. 여사기재의 금지

(1) 여사기재란 공소장의 필요적 기재사항(제254조 제3항) 이외의 사항을 기재한 것을 말한다. 범죄사실 이외에 법원에 예단을 줄 수 있는 여사기재는 금지된다.

#### (2) 전과의 기재

전과는 법원에 예단을 줄 수 있는 사항이므로 그 기재가 금지된다. 단, 전과가 범죄사실을 이루는 경우(ex. 전과를 수단으로 협박한 경우), 또는 상습범·누범에서의 전과는 범죄의 구성요건에 해당하는 것이므로 기재가 허용된다.

#### (3) 전과 이외의 악성격·경력·소행의 기재

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

#### (4) 범죄동기의 기재

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(대판 2007.5.11. 2007도748).

#### (5) 여죄의 기재

판례는 공소시효가 완성된 범죄사실을 공소범죄사실 이외의 사실로 기재한 공소장이 제254조 제3항에 위배되지 않는다(대판 1983.11.8. 83도1979).

### III. 위반의 효과

#### 1. 판단기준

법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 당해 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다(대판(全합) 2009.10.22. 2009도7436).

#### 2. 공소기각판결 사유(제327조 제2호)

(대판(全합) 2009.10.22. 2009도7436).

#### 3. 하자의 치유 인정여부

##### (1) 판례(대판(全합) 2009.10.22. 2009도7436)

다수의견 : 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 소송절차의 동적 안정성 및 소송경제의 이념 등에 비추어 볼 때 이제는 더 이상 공소장일본주의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다툴 수는 없다고 보아야 한다.

##### (2) 검토 - 판례(다수의견)

### IV. 결