

1. 공동피고인의 법정자백과 파기환송심에서의 불이익변경금지 원칙의 적용

【設問】

甲은 2010.3.3. 乙과 공동으로 4호선 사당역 구내에서 지하철 승객 A의 지갑을 소매치기 하고, 같은 해 5.20. 단독으로 B의 지갑을 절취하였다는 혐의사실에 대하여 서울중앙지방법 검찰청 검사 C로부터 조사를 받았다.

(1) 수사를 마친 검사 C는 범정이 무겁다고 판단되는 甲을 기소하고, 초범이며 이렇다 할 다른 범행이 없는 乙에 대해서는 불기소처분을 하였다. 검사 C의 기소가 적법한지, 이 경우 수소법원은 어떤 판단을 하여야 하는가?(10점)

(2) 한편, 검사 C는 위 사안의 甲에 대하여 특수절도와 절도의 경합범으로, 乙에 대해서는 특수절도의 공소사실로 기소하였다. 공동피고인 乙은 공판정에서 특수절도의 공소사실을 모두 자백하였지만, 상피고인 甲은 이를 부인하였다. 이 경우 수소법원은 乙의 자백을 증거로 사용하여 甲에 대한 특수절도의 공소사실에 대하여 유죄를 인정할 수 있는가?(20점)

(3) 제1심법원은 甲의 공소사실에 대하여 전부 유죄를 인정하여 징역 1년을 선고하였고, 甲만이 항소하였다. 제2심법원은 심리결과 B에 대한 절도의 공소사실을 인정할만한 증거가 없다고 판단하여 무죄를 선고하고 甲에 대하여 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하였다. 이 무죄부분에 대하여 검사만이 상고한 사건에서 대법원은 B에 대한 절도의 공소사실을 유죄로 인정하여 사건을 파기환송하였다. 이 경우 사건을 환송받은 법원의 심판범위와 형을 선고하는 때에 고려되어야 할 문제에 관하여 논하라.(20점)

출제의도

설문 (1)에서는 검사의 기소편의주의의 내용과 한계에 대하여 그리고 그 남용 또는 오용에 대한 법원의 조치에 대한 견해의 대립을 묻고자 하였다.

그리고 설문 (2)에서는 공범자인 공동피고인의 법정자백이 상피고인의 공소사실에 대한 유죄의 증거로서 증거능력이 있는지를 묻고자 하였으며, 나아가 보강증거를 필요로 하는 형사소송법 제310조의 피고인의 자백에 공동피고인의 자백이 포함되는지의 여부 및 공동피고인의 증인적격 등이 문제된다.

끝으로 설문 (3)에서는 경합범에 대한 일부상고에서 상고심이 원심을 파기하여 사건을 원심법원에 환송한 경우, 이를 환송받은 법원의 심판범위와 그 법원이 형을 선고하는 경우에 고려되어야 할 불이익변경금지원칙의 적용문제에 관하여 묻고자 하였다.

【답안구성 예】

I. 논점의 정리

II. 설문 (1)과 관련하여 - 기소편의주의와 선별기소의 문제

1. 선별기소의 의의
2. 학설 및 판례의 태도
 - (1) 학계의 입장
 - (2) 판례의 태도
3. 검토 및 수소법원의 조치

III. 설문 (2)와 관련하여 - 공범자의 자백과 증거능력의 문제

1. 공범자의 자백과 보강법칙
 - (1) 학계의 입장
 - (2) 판례의 태도
 - (3) 검토
2. 공동피고인의 증인적격 문제
 - (1) 학계의 입장
 - (2) 판례의 태도
 - (3) 검토
3. 공동피고인의 법정자백에 대한 증거능력 문제
 - (1) 학계의 입장
 - (2) 판례의 태도
 - (3) 검토
4. 사안의 해결

IV. 설문 (3)과 관련하여 - 일부상소와 파기환송심에서의 심판범위, 불이익변경금지원칙의 적용여부

1. 일부상소와 환송받은 법원의 심판범위
 - (1) 학계의 입장
 - (2) 판례의 태도
 - (3) 소결
2. 형선고시의 문제
 - (1) 불이익변경금지원칙의 의의 및 근거
 - (2) 파기환송된 사건과 불이익변경금지원칙 적용여부
 - (3) 검사가 상고한 사건이 파기환송된 경우

3. 사안의 해결

V. 결 론

1. 설문 (1)에 대해서는 현행법이 검사의 기소권의주의를 채택하고 있기 때문에 선별기소를 하더라도 공소기각의 사유가 아니다. 위 사안과 같이 검사 C가 범정이 무겁다고 판단되는 甲만을 기소하고 공범자인 乙에 대하여 불기소처분을 하더라도 검사 C의 기소는 적법하며 수소법원은 甲에 대하여 유죄 또는 무죄의 실체판결을 하여야 한다.

2. 설문 (2)에 대해서는 공범자인 공동피고인에게 증인적격을 인정하지 않더라도 공동피고인의 법정진술은 법관 앞에서 행해진 임의의 진술이기 때문에 독립한 증거로서 증거능력이 있다. 따라서 수소법원은 乙의 자백을 증거로 하여 甲에 대한 특수절도의 공소사실을 유죄로 인정할 수 있을 것이다. 다만, 주의하여야 할 점은 공범자의 자백에는 자기의 책임을 다른 공범자에게 전가시키려는 내용을 포함하는 일반적인 경향에 비추어 그 신빙성이 없을 것이므로 실제로 공범자의 자백만으로 피고인의 유죄를 인정해서는 안된다는 것이다. 그러나 이는 공범자의 법정진술의 증명력에 관한 문제로서 유죄의 심증형성은 법관의 합리적 판단에 맡겨야 할 사안이다.

3. 설문 (3)에 대해서는 상고심에서 검사의 상고를 이유 있다고 판단하여 원심을 파기환송하는 경우에 환송받은 법원이 형을 선고하는 때에는 제1심판결의 형뿐만 아니라 환송전 원심의 형도 고려하여 형의 불이익한 변경이 있는지의 여부를 검토하여야 한다. 위 사안에서 제1심법원이 甲에게 징역 1년형을 선고하였고, 파기환송전 원심이 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하고 검사만이 상고한 사건이 상고심에서 파기환송되었으므로, 환송받은 법원은 甲의 B에 대한 절도공소사실에 대하여 상고심의 취지를 받아들여 유죄를 인정하더라도 형법 제39조 제1항과 형사소송법 제321조 제1항에 의거하여 형의 면제를 선고해야 할 것이다.

2010년 7월호 고시계
숙명여자대학교 교수 이경렬

2. 포괄일죄에 대한 공소사실의 특정·추가기소·항소심심판의 범위

【設問】

피고인 甲은 보이스 피싱(voice fishing)을 이용하여,

- ① 2006.12.30. A로부터 상품당첨 명목으로 100만원을 편취하였고,
- ② 2008.1.30. B로부터 같은 명목으로 100만원을 편취하였으며,

- ③ 2008.3.15. C로부터 같은 명목으로 90만원을 편취하였고,
- ④ 2008.5.10. D로부터 같은 명목으로 110만원을 편취하였으며,
- ⑤ 2008.6.1. E로부터 같은 명목으로 150만원을 편취하였고,
- ⑥ 2009.1.17. F로부터 같은 명목으로 100만원을 편취하였으며,
- ⑦ 2009.1.20. G로부터 같은 명목으로 80만원을 편취하였다.

1. 이는 통상 상습사기죄의 공소사실에 해당함에도 불구하고, 검사 X는 제①사건만을 수사하여 단순사기죄로 공소제기를 하였다. 그에 따라 수원지방법원에서는 2009.12.20. 단순사기죄의 유죄판결을 하였고, 피고인이 항소하지 않아 판결은 확정되었다. 그 후 검사 X는 ②③④⑤사건을 새로이 인지하여, 서울지방법원에 상습사기죄로 공소제기하였다. 이 때 검사 X는 각 사건별로 구체적인 일시, 장소, 방법 등을 특정하지 아니하고 '동 피고인은 2008.1.30.부터 2008.6.1. 사이에 피해자 B, C, D, E로부터 상품당첨 명목으로 함께 450만원의 금원을 상습적으로 편취하였다'고 공소제기하였다.

(1) 이러한 검사 X의 공소제기는 적법한가?(5점)

(2) 법원이 ②③④⑤사건에 대해 유죄판결을 내리는 것은 확정판결의 일사부재리효에 반하는가?(10점)

2. ②③④⑤사건이 1심에 계류하던 중 ⑥⑦사건에 대한 F, G로부터의 고소가 있어, 검사 X는 이에 대한 수사를 개시하였으며, 그 후 검사 X는 공소장변경을 하지 아니하고, 같은 법원에 ⑥⑦사건에 대하여 새로 추가기소를 하였다. 검사 X의 ②③④⑤사건에 대한 공소제기가 일사부재리효에 반하지 않는 적법한 공소제기라고 전제할 때,

(1) 검사 X의 ⑥⑦사건에 대한 추가기소는 적법한가?(5점)

(2) 서울지방법원은 공소장변경을 요구할 의무가 있는가?(5점)

(3) 검사 X의 추가기소가 부적법하다고 할 때, 서울지방법원의 조치는 무엇인가?(10점)

3. 서울지방법원에서 공소장변경이 이루어져, 이제 ②③④⑤⑥⑦사건이 모두 현실적인 심판의 대상이 되었다. 그런데 ②③⑤⑦사건에 대하여는 증거가 충분하여 유죄판결이 내려졌으나, ④⑥사건에 대해서는 증거가 불충분하여 무죄판결이 내려졌다. 이에 피고인 甲은 ②③⑤⑦사건의 유죄판결에 대하여 항소를 제기하였다. 이 경우 이심의 효력발생시기 및 항소심의 심판범위는?(10점)

4. 한편 서울지방법원은 그동안 불구속상태로 재판을 받아온 피고인에 대하여 ②③⑤⑦사건에 대하여 실형을 선고한 후, 피고인을 법정구속하였다. 이러한 서울지방법원의 조치는 적법한가?(5점)

1.28 출제의도

본 사례는 첫째, 포괄일죄에 있어서 어느 정도 공소사실이 특정되어야 하는지 여부 및 포괄일죄에 있어서 확정판결의 일사부재리의 효력이 미치는 객관적 범위 여부, 둘째, 포괄일죄에 대한 법원의 심판범위 및 검사의 부적법한 공소제기에 대하여 공소

장 변경으로 의제할 수 있는지 아니면 검사의 석명이 있어야 하는지 여부, 셋째, 포괄일죄에 있어 이심의 효력발생시기, 일부상소와 상소심의 심판범위 및 피고인만이 상소한 경우에는 어떻게 되는지 여부, 넷째, 형사소송법 제105조와 동 규칙 제57조 제1항의 해석상 원심법원이 불구속상태로 공판심리를 진행해 온 피고인에 대하여 실형을 선고한 후, 소송기록 등이 상소법원에 도달하기까지 그 피고인을 구속할 수 있는지 여부 등 포괄일죄에 대하여 수험생이 정확한 이해를 하고 있는가를 묻는 종합적인 문제이다.

【답안구성 예】

I. 쟁점의 정리

II. 설문 1 - 공소사실의 특정 및 일부부재리의 효력

1. 공소사실의 특정여부 - 설문 1의 (1)

(1) 공소사실의 특정

(2) 포괄일죄에 있어서의 공소사실의 특정정도

2. 검사의 공소제기가 일부부재리에 반하는지 여부 - 설문 1의 (2)

(1) 문제점

(2) 포괄일죄의 일부에 대하여 유죄판결이 확정된 후, 나머지 주요부분에 대한 공소가 제기된 경우

III. 설문 2 - 포괄일죄의 일부에 대한 추가기소의 적법여부 및 법원의 조치

1. 검사의 추가기소가 적법한지 여부 - 설문 2의 (1)

(1) 추가기소와 공소장변경에 의한 공소사실의 추가의 차이점

(2) 포괄일죄의 일부에 대한 추가기소가 이중기소에 해당하는지 여부

2. 법원의 공소장변경요구의 의무성 - 설문 2의 (2)

(1) 문제점

(2) 학설

(3) 판례

(4) 검토

3. 검사의 추가기소에 대한 법원의 조치 - 설문 2의 (3)

(1) 문제점

(2) 학설

(3) 판례

(4) 검토

IV. 설문 3 - 포괄일죄에 있어 이심의 효력발생시기와 항소심의 심판범위

1. 이심의 효력발생시기

(1) 문제점

(2) 학설

(3) 검토 및 사안의 경우

2. 포괄일죄의 일부상소시 항소심의 심판범위

- (1) 문제점
- (2) 학설
- (3) 판례
- (4) 검토 및 사안의 경우

V. 설문 4 - 불구속피고인의 구속 가능여부

- 1. 문제점
- 2. 판례
- 3. 검토

VI. 사례의 해결

1. 설문의 1의 (1)에서, 포괄일죄의 공소사실은 전체범행을 특정할 수 있을 정도로만 기재되면 충분하기 때문에 적법하며, 설문 1의 (2)에서 판례의 태도에 의하면, 법원이 ②③④⑤사건에 대해 실체판결을 하는 것이 일사부재리효에 반하지 아니하나, (i) 포괄일죄는 실제범상 일죄라는 점, (ii) 판례의 태도는 피고인에게 부당한 불이익을 가한다는 점에서, 일사부재리효가 미친다는 다수설의 태도가 타당하므로 일사부재리효에 반한다.

2. 설문 2의 (1)에서 포괄일죄는 일죄에 해당하고, ⑥⑦사건은 법원의 잠재적 심판의 대상이 되었으므로 이는 이중기소에 해당하여 부적법하다. (2)의 경우, 원칙적으로 검사에게 공소장변경의 권한을 인정한 형사소송법의 체계에 비추어 볼 때, 법원의 공소장변경요구는 원칙적으로 재량행위에 해당하지만, 법원이 공소장변경요구를 하지 아니하고 무죄판결을 하는 것이 현저히 정의에 반한다면 예외적으로 의무성을 인정해야 할 것이다(예외적 의무설). (3)의 경우, 나아가 법원은 이러한 공소제기에 대하여 먼저 석명을 한 후, 검사가 이에 불응할 때에 한하여 법 제327조 제3호에 따라 공소기각의 판결을 선고해야 할 것이다.

3. 설문 3에서 이심의 효력발생시기는 소송기록송부시절을 따르는 것이 타당하다. 다만 항소심의 심판범위와 관련하여 판례의 태도에 따르면, 피고인이 항소한 경우이므로, 유·무죄 전부가 항소심으로 이심되나, 법원은 유죄판결부분만을 심리할 수밖에 없다. 그러나 포괄일죄를 일죄라고 보는 이상, 상소불가분의 원칙이 적용되어야 하므로 유·무죄의 모든 부분이 항소심에 이심되며, 또한 법원의 심판대상이 된다고 보는 것이 타당할 것이다.

4. 설문 4의 경우, 피고인구속에 관한 원칙규정인 법 제70조에 따라 원심법원이 (불구속)피고인을 구속할 수 있다고 보아야 할 것이다.

2010년 8월호 고시계
서경대학교 교수 정웅석

3. 현행법

【設問】

피고인 甲은 2010. 5. 10. 21:10경 메스암페타민(속칭 히로뽕)을 흡입한 채 차량을 운전하고 가다가 앞서가던 피해자 乙이 마침 신호를 보고 정차하는 것을 뒤늦게 발견하고 급정차하였으나 미흡한 채 동 차량의 뒤 범퍼를 추돌하고 말았다. 이 경우 사고를 낸 가해자 운전자로서는 차에서 내려 경찰에 신고를 하고 피해자를 구호조치 하는 등 의무를 이행하여야 함에도 불구하고 만약 마약을 흡입한 것이 적발되면 형사처벌을 받게 될 것이 두려운 나머지 그대로 달아나 현장에서부터 약 500미터 떨어진 자신의 주거지 아파트 이면도로에 정차하였다.

사고 신고를 접수한 경찰관은 약 5분후 현장에 도착하여 피해자로부터 '흰색 차량이 자신을 들이 받고 도주하였다. 앞 범퍼가 떨어졌을 것이다'는 말을 듣고 달아난 방향으로 추격하였다.

그로부터 약 5분인 같은 날 21:20경 후 아파트 이면도로를 찾아 진행하던 중 마침 앞 범퍼가 떨어진 흰색 차량에서 내리는 피의자를 발견하고 '도주차량이 아닐까'생각하고 다가갈 적무질문한 끝에 피의자는 범행일체를 순순히 자백하므로 피의자를 현행범으로 체포하였다.

계속해서 피의자가 경찰관의 질문에 횡설수설하고 있고, 몸을 잘 가누지 못하므로 '약이라도 한 것이 분명하다'고 생각한 경찰관은 피고인의 차량을 수색하기 시작하였다. 의자를 밀고 당기는 등으로 내부를 수색하다가 마침 조수석 의자 밑에 숨겨둔 흰 분말가루를 찾아내었고, 마침 가지고 있던 시약으로 간이 실험을 해본 결과 마약임을 확인하고 압수하였다.

2010. 5. 11. 19:00경 경찰관은 甲에 대해 도주차량과 마약흡입 및 소지혐의로 구속영장을 신청하여 법관으로부터 구속영장을 발부받았다. 같은 달 16. 경찰관은 피의자에 대해 위 혐의사실로 검찰에 구속 송치하였다. 피해자는 요치 4주간의 좌측 대퇴골 골절상 등의 상해를 입었다. 법정에서 피고인은 동 마약에 대해 증거사용에 동의하였다.

1. 현행범으로 체포한 근거를 제시하고 과연 경찰관의 행위는 현행범체포는 적법한가.
2. 자동차를 수색한 법적 근거와 허용된다면 그 한계를 논하라.
3. 압수한 마약의 증거능력을 논하라.

출제의도

금번 제52회 사법시험의 문제 중 구속기간의 문제는 단순히 기간문제에 그치지 않고, 법률규정의 정확한 의미를 알고 있는지, 이러한 실무상 문제에도 공부가 되어 있는지를 테스트 하는 문제로서 평소 이에 대비하지 않은 수험생들에게는 당황스러운 문제이었을 것이다. 최근 사법시험은 이와 같이 실무형 문제를 출제하는 경향이 있으므로 수험생의 입장에는 시간이나 기간 계산 문제에도 눈여겨 둘 필요가 있다. 또한

위법수집증거배제 법칙에 관련한 문제는 다양한 사례를 접해 두어야 한다.

【답안구성 예】

I. 현행범으로 체포한 근거를 제시하고 과연 경찰관의 현행범체포 행위는 적법한가

1. 문제의 제기
2. 현행범과 영장주의 예외
 - (1) 현행범 체포의 의의 및 규정 취지
 - (2) 현행범인의 요건
 - (3) 준현행범인
3. 문제의 해결

경찰관은 피해자로부터 ‘흰색 차량이 자신을 들이 받고 도주했다. 앞 범퍼가 떨어진 것 같다’는 말을 듣고 피해자가 가르키는 방향으로 순찰하던 도중 ‘앞 범퍼가 떨어진 희색 차량’을 발견하였고, 당해 차량을 위 제211조 제2항 제2호 소정의 ‘범죄에 사용되었다고 인정함에 충분한 흉기 기타의 물건을 소지’하고 있다고 볼 수 있기 때문에 준 현행범인으로 체포한 것은 적법한 체포라고 보인다. 따라서 비록 범행으로부터 10여분이 지나고 범행현장에서 500미터 떨어진 장소로서 시간적·공간적으로 근접성은 어느 정도 결하고 있지만 준현행범으로서 요건을 구비하고 있다고 볼 수 있으므로 경찰관의 체포행위는 적법하다. 한편 현행범 체포에도 ‘도주 및 증거인멸 우려’의 요건을 필요로 한다는 적극설에서는, 이 경우 도주차량임을 단순히 자백하고, 마약도 압수되었으므로 도주 및 증거인멸우려가 없다고 볼 여지는 있으나 사고 후 일차 도주하였고, 마약흡입사실에 대해서는 소변채취 등 향후 증거보전의 필요성이 있으므로 적극설, 소극설 공히 본건 현행범 체포에 대해서는 적법하다고 할 수 있다.

II. 자동차를 수색한 법적 근거와 범위를 명확히 하라

1. 문제의 제기
2. 본건 압수·수색의 법적근거
 - (1) 체포현장에서의 압수·수색
 - (2) 학설
 - (3) 소결
3. 압수·수색의 허용 범위
 - (1) 장소적 허용범위
 - (2) 압수대상물의 사건관련성 유무
4. 사안의 해결

경찰관이 피고인甲의 자동차를 수색한 것은 체포현장에서 한 압수수색으로, 합리성설에 따라 체포현장에서 음주·마약을 한 것이 아닌지에 대한 증거물을 찾기 위하여 자동차를 수색하는 것은 관리권이 미치는 범위 내이고, 압수물인 마약은 도주차량인 본건 범행의 동기, 원인관계에 있으므로 마약의 압수 또한 사건과의 관련성이 인정되므로 경

찰관의 압수수색행위는 허용범위 내에 있는 행위로 적법하다.

III. 압수한 마약의 증거능력

1. 문제제기
2. 압수한 이후 영장청구 누락
3. 위법수집증거의 증거능력
 - (1) 사후영장을 발부받지 않은 마약의 경우 증거능력
 - (2) 동의에 의한 경우 증거능력 유무
 - (4) 소결
4. 사안의 해결

경찰은 피고인 甲을 현행범으로 체포한 후 피고인의 차량을 수색하여 마약을 발견하였다. 따라서 경찰관이 체포현장에서 甲의 관리지배 범위 내에 있는 자동차를 수색하여 마약을 압수한 것은 정당하지만 마약을 계속 압수할 필요가 있는 경우 체포부터 48시간 이내에 압수수색영장을 청구하여 발부 받아야 법정에 증거로 제출할 수 있다. 그러나 본건에서는 사후영장을 신청하지 않았기 때문에 이는 중대한 절차위법이 있고, 따라서 당사자가 증거로 사용함에 동의한 경우라도 마약의 증거능력은 없다.

2010년 9월호 고시계
성균관대학교 교수 노명선

4. 私인에 의한 비밀녹음의 증거능력과 함정수사

【設問】

사실관계

(1) 甲은 市長이고, 乙은 건설업자로 甲의 고교후배이며, 丙은 乙의 당숙이며 甲의 외가 친척으로 甲의 시장선거를 도왔다. 甲은 乙과 丙으로부터 여러 차례 당해 시에서 발주하는 하수종말처리장 공사수주를 부탁받아오던 중, 2008. 12. 24. 현금 1억 원을 甲의 집에서 乙로부터 받았다. 그 후 2009. 1. 18. 乙과 丙이 甲을 찾아가 공사수주를 독촉하자 甲은 시에서 일괄 발주하는 2월 말까지 기다려 달라고 말하였다.

(2) 乙은 2008. 12. 24. 甲에게 현금을 전달하면서, 미리 준비한 보이스펜을 이용하여 甲·乙의 대화를 甲 몰래 녹음하였다.

(3) 丁은 2008. 10. 31. 실시된 시장선거에 출마하였다가 甲에게 패배한 戊의 측근이면서 乙과도 잘 아는 사이였으나 수년간 연락이 없다가 이사건 뇌물수수 직전인 2008. 12. 20.부터 乙에게 연락하기 시작하여, 수표 및 현금으로 교부되는 시점에서 2009. 2. 9.까지 뇌물수수의 주요고비 때마다 乙이 丁에게 141회, 丁이 乙에게 28회 걸쳐 전화통화가 이루어

졌다. 특히 乙은 丁에게 2009. 1. 18. 甲에게 공사수주를 독촉한 후, 甲으로부터 기다려달라는 말을 듣고 丁에게 걸과보고 전화를 하면서 자신은 아무것도 없이 戊와의 약속만 중요하다고 말하였다.

(4) 丁은 乙에게 뇌물로 교부할 1억 원을 마련하여 주었고, 뇌물수수 현장을 녹음할 보이 스펀을 제공하였다.

(5) 그 후 乙은 甲이 2월 안으로 공사를 주겠다는 답변을 듣고서도 그때까지 기다리지 않고, 뇌물로 제공한 금원을 돌려받으려는 요구나 시도도 하지 아니한 채 2009. 2. 7. 甲의 뇌물수수사실을 검찰에 알렸다.

(6) 甲은 검찰에서 현금을 받은 사실은 있으나, 며칠 후 丙을 통하여 乙에게 이미 현금을 돌려주었다라고 진술하여, 검찰은 뇌물수수에 관한 증거확보를 위하여 법원으로부터 영장을 발부받아 丙의 집을 압수수색을 하였다. 그러나 검찰수사관은 뇌물수수에 관한 증거는 확보하지 못하고, 우연히 甲이 시장선거 출마 당시 甲의 지시로 丙을 통하여 유권자 10명에게 금 100만원을 공여한 사실이 기록된 丙의 수첩을 발견하고 압수하였다. 丙은 검사의 수사에서 참고인으로 출석하여 수첩의 내용을 인정하였지만, 법정에서의 증언은 거부하였다.

(7) 검찰은 2009. 2. 27. 甲을 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)과 공직선거법위반으로 공소제기 하였다.

설문 1

乙이 몰래 녹음테이프가 피고인 甲에 대한 유죄의 증거로 제출되었다. 법원은 유죄의 증거로 사용할 수 있는가.

설문 2

甲에 대한 선거법위반의 점에 대한 공소사실에 관하여 검찰은 유죄의 증거로 압수한 수첩과 丙에 대한 검사작성의 참고인진술조서를 제출하였지만, 甲은 공소사실을 부인하였다. 법원은 어떤 판결을 내려야 하는가.

설문 3

甲은 법정에서 乙, 丁, 戊 등이 자신을 함정에 빠뜨린 뇌물사건으로 함정교사에 의한 것이므로 면책되어야 한다고 주장하였다. 타당한가.

출제의도

함정수사와 비밀녹음에 관하여 최근 사법시험에서 출제된바 있어 비교적 중요시 되는 논점이다. 그 중에서도 사인에 의한 함정수사에 관하여는 처음으로 제기되는 문제 이어서 논점으로 제시하여보았다. 아울러 사인에 의한 비밀녹음의 증거능력과 압수·

수색에 관하여도 관례와 학설을 정확히 이해하고 있는지를 묻는 문제이다.

【답안구성 예】

I. 설 문 1-사인에 의한 비밀녹음의 증거능력

1. 문제의 제기
2. 녹음테이프의 전문법칙적용
 - (1) 녹음테이프의 의의와 성격
 - (2) 전문법칙 적용의 근거
 - (3) 증거능력의 인정요건
 - (4) 소결론
3. 증거수집절차의 적법성
 - (1) 문제점
 - (2) 통신비밀보호법상 당사자에 의한 비밀녹음의 위법성
 - (3) 위법수집증거배제의 법칙 적용
 - (4) 소결론
4. 문제의 해결

결론적으로 乙이 甲이 모르게 甲과 乙의 대화를 녹음한 녹음테이프는 적법한 절차에 의한 증거라고 하겠다. 다만 甲에 대한 유죄의 증거로 사용함에 있어서는 먼저 甲이 녹음테이프의 녹음된 음성이 자신의 음성임을 인정하는 경우에는 법원이 증거자료인 녹음테이프의 녹음내용을 유죄의 증거로 사용할 수 있다. 甲이 부동의 한 경우 형사소송법 제292조와 형사소송규칙 제134조의8에 따라 검증절차를 거쳐야 한다. 이 경우 진정성립의 인정주체에 대하여 원진술자설에 의한 경우 증거능력을 인정할 수 없어 증거능력이 부정되어 유죄의 증거로 사용하지 못한다. 그러나 작성자설과 관례에 의하면, 乙의 공판기일 또는 공판준비기일에서의 진술로 진정성립이 증명되고, 보이스펜의 테이프가 원본으로 진술 내용이 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술에 신빙성이나 임의성이 인정된다 할 것이므로 사안의 경우 유죄의 증거로 쓸 수 있다.

II. 설 문 2-압수·수색의 적법성(영장 없이 압수한 수첩의 증거능력)

1. 문제의 제기
2. 수첩에 대한 압수·수색의 적법성
 - (1) 서언
 - (2) 압수·수색영장에 의한 압수
 - (3) 압수·수색영장 없는 압수
 - (4) 소결론
3. 丙에 대한 참고인진술조서의 증거능력
 - (1) 문제점
 - (2) 법률의 규정
 - (3) 사안의 검토

4. 문제의 해결

사안에서 丙의 수첩을 압수한 점에 관하여 영장에 의한 압수·수색은 위법하다 할 것이고, 선거법위반의 점에 관하여 피의자의 신병에 관하여 강제처분한 점이 보이지 않고 있어, 영장에 의하지 아니한 경우의 압수·수색 중 체포현장에서의 압수·수색과 긴급체포시의 압수·수색에는 위 사안이 이에 해당하지 아니한다 할 것이다. 다만 임의제출에 관하여 살펴보면, 또한 수첩의 발견은 수사관들에 의한 발견으로 보이고, 丙이 임의로 제출한 것으로 보기 어렵다 하겠다. 따라서 수첩에 대한 압수·수색은 위법하다 하겠다.

丙에 대한 참고인진술조서에 대하여 피고인 甲이 증거부동의 한 사건에 대하여 검사는 증거능력 인정요건을 갖추기 위한 소송행위가 보이지 않는다. 따라서 丙에 대한 참고인진술조서는 엄격한 증명을 요하는 유죄의 증거로는 쓸 수 없다. 위 사안에서 甲의 선거법위반의 점에 대한 유죄를 입증할 증거가 없다. 따라서 법원은 甲의 선거법위반의 점에 대하여는 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 한다.

III. 설 문 3- 사인에 의한 함정수사

1. 문제의 제기
2. 함정수사의 의의·법적성질·종류
 - (1) 함정수사의 의의
 - (2) 함정수사의 법적성질
 - (3) 함정수사의 종류
3. 함정수사의 위법성판단기준
 - (1) 학설
 - (2) 판례
 - (3) 검토
4. 사인에 의한 함정수사는 위법한가
 - (1) 문제점
 - (2) 함정수사의 주체
 - (3) 甲에 대한 뇌물의 공여는 함정교사인가
 - (4) 甲의 면책주장은 타당한가
5. 문제의 해결

甲의 행위가 비록 乙, 丁, 戊 등의 함정에 의하여 저질러진 범행이라 하더라도, 乙, 丁, 戊의 함정교사 자체에 의한 범죄성립은 별개의 문제이므로 甲의 뇌물수수의 점은 면책되지 아니한다.

2010년 10월호 고시계
경상대학교 교수 김태계

5. 위법한 체포와 자백의 보강법칙

【 事案 및 設問 】

① 공무원 甲이 그 職務에 관하여 乙로부터 賂物을收受하였다는 所聞이 돌고 있다. 이를 인지한 사법경찰관 A는 뇌물수수 혐의사실을 조사하기 위하여 甲에게 경찰서에 출두할 것을 요구하였다. 甲이 지정된 날에 경찰서에 출두하자 사법경찰관 A는 甲을 체포하려고 하였다. 이에 甲은 '자기는 억울하게 누명을 쓴 것이고, 주거도 확실하고 공무원이기에 도망할 수도 없고 또 혐의사실과 관련이 있을 만한 증거를 인멸할 수도 없고 그럴 생각도 없다'고 하였다. 그리고 '헌법상의 무죄추정원칙에 따르면 형사피고인은 유죄판결을 받을 고도의 개연성이 있어야 체포 내지 구속을 할 것인데, 단순히 乙의 말만 듣고서 자신을 체포하는 것은 부당하다'고 하였다.

문 (1) 위 사안에서 A가 甲을 체포할 수 있는지를 판단하시오.

② 甲이 긴급체포되어 수사를 받던 중 검사 B는 '乙이 모든 피의사실을 자백하였으니 甲도 피의사실을 자백하는 것이 이후의 사건처리나 양형에서 유리할 것이라고 속여 甲의 혐의사실에 대하여 자백을 받았다.'

③-1) 이에 기하여 甲이 乙로부터 받았던, 현금 운송용의 007 가방을 압수하였다. 위와 같은 증거에 기하여 검사B는 甲을 관할법원에 뇌물수수의 피의사건으로 기소하였다.

문 (2) 검사 B의 공소제기의 효과에 대하여 판단하고 수소법원의 조치에 대하여 설명하시오.

③-2) 한편, 공판진행중에 피고인 甲은 검사 B의 공소사실에 대하여 공판정에서 자백하였다. 검사 B는 공소사실에 관한 유죄증거로 피고인 甲의 자백이 기재된 검사작성의 피의자신문조서, 피의자 甲이 혐의사실을 인정하는 것을 들었다는 검사작성의 참고인 C에 대한 진술조서를 제출하였다.

문 (3) 위와 같은 경우 수소법원이 피고인 甲에게 유죄의 판결을 선고할 수 있는지 판단하시오.

출제의도

- 설문 (1)과 관련하여 무죄추정의 원칙이 피의자의 체포 및 구속과 어떤 관계가 있는지를 고려해 보고자 하였다. 이와 관련하여 헌법재판소는 무죄추정원칙이 불구속 수사 및 불구속체포의 근거라고 하고(헌재 90헌마82결정), 대법원은 피의자나 피고인에게 구속사유가 있으면, 구속하여 신체의 자유를 제한할 수 있으며 이것이 무죄추정의 원칙에 반하지 않는다고 하고 있다(대법원 2001도5225판결).

- 설문 (2)에서는 특히, 위법한 수사에 기한 공소제기의 효과와 관련하여 이른바 대법원의 압수물의 성질·형상불변론이 제308조의2를 신설한 개정형사소송법에 있어서도 그대로 유지될 수 있는지에 관하여 묻고자 하였다.

- 설문 (3)에서는 피고인의 자백이 유일한 증거일 때, 형사소송법 제310조에 규정된 자백보강법칙과 관련하여 보강증거의 자격에 관하여 묻고자 하였다.

【답안구성 예】

I. 논점의 정리

II. 설문 (1)에 관하여 - 무죄추정의 원칙과 체포·구속의 관계

1. 법적 근거규정
2. 무죄추정원칙과 체포·구속과의 관계
3. 설문 (1)의 해결

III. 설문 (2)에 대하여 - 위법한 수사에 기한 공소제기의 효과

1. 법적 근거
2. 위법수사와 공소제기 효과의 관계
3. 사안의 해결 및 수소법원의 조치

IV. 설문 (3)에 대하여 - 자백에 대한 보강증거의 자격

1. 자백의 보강법칙
2. 자백에 대한 보강증거의 자격
3. 수소법원의 판단

V. 결어 - 사안의 해결

1. 설문 (1)에 대하여는 형사소송법 제200조의2 제1항에서 명시하고 있는 범죄혐의의 상당성, 체포사유, 체포의 필요성 등과 제200조의3 제1항에서 정하고 있는 범죄의 중대성, 체포의 필요성, 체포의 긴급성 등을 고려하게 되면, 甲의 뇌물수수죄의사실에 대한 긴급체포는 현행법의 규정을 위반한 것으로 사법경찰관 A가 甲을 체포한 것은 위법이라고 판단하여야 한다.

2. 설문 (2)에서는 검사 B의 기망에 의한 자백은 임의성 없는 자백으로서 형사소송법 제309조에 의하여 증거능력이 없다. 甲의 자백에 근거하여 획득된 007 가방도 위법한 수사에 의하여 압수된 압수물로서 위법수집증거의 증거능력을 배제하는 규정에 의하여 증거능력이 없게 된다. 나아가 대법원 2007도3061 전원합의체판결에서 판시하는 바와 같은 예외적 사유, 즉 법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 압수물의 증거능력을 예외적으로 인정해야 할, 실제적 진실규명을 통한 정당한 형벌권의 실현이라는 형사소송의 중요한 목표·이념을 인정해야 할 별다른 설명도 위 사안에서는 보이지 않는다. 결국 수소법원은 피고사건이 범죄사실의 증명이 없는 때에 해당하는 경우로서 무죄의 판결을 선고해야 할 것이다.

3. 설문 (3)에 대해서는 피고인이 공판단계에서 범죄사실을 자백하고, 그 보강증거

로서 제3자의 진술이 기재된 검사작성의 참고인진술조서가 있으므로 유죄판결을 선고할 수 있다. 다만, 이 검사작성의 참고인진술조서가 형사소송법 제312조 제4항에 의하여 증거능력이 있어야 한다.

2011년 1월호 고시계
숙명여자대학교 교수 이경렬

6. 공판절차의 이행에서의 성명모용, 법관의 제척, 축소사실인정에서 소송조건 결여

【設問】

검사 X는 甲이 불철 직장 야유회에서 부하직원인 乙 女의 가슴을 만지는 등의 성희롱하였다하여 乙녀의 고소를 제기 받아 강제추행죄로 공소제기와 동시에 3백만 원의 약식명령을 청구하였다. 甲은 유사한 범죄경력이 있어 경찰 및 검찰의 수사 단계에서 甲의 사촌 동생 丙의 인적사항을 모용하였다.

법원은 甲(약식명령 청구에는 丙)에 대한 약식명령 청구를 단독판사 A에게 배당하였고, A 판사는 약식명령을 검토한 결과 약식명령 청구가 적당하지 아니하다고 인정하여 공판절차에 의하여 심판하기로 결정 하고, 법원은 甲에 대한 공판절차이행 사건을 단독판사 B에게 배당하였다.

공판절차에서 피고인 甲은 야유회에서 직장 동료들과 함께 춤을 추는 과정에서 서로 껴안았을 뿐이라고 주장한 반면 乙녀는 甲이 자신의 상관을 내세워 가슴을 만지는 등의 추행을 하여 이를 피하려다가 넘어져 치아 파절로 4주간의 치료를 요하는 상해를 입은 것이라고 주장하였고, 乙녀의 주장사실이 입증되었다. 검사는 강제추행치상죄로 공소장변경신청을 하고, 법원은 허가하였다. 단독판사 B는 합의부로 사건을 이송 하였으나, 소속법관의 부족으로 A판사가 합의부원으로 공판에 관여하였다. 공판진행 중 甲은 乙과 합의하고 고소 취소장을 법원에 제출하였다.

1심법원은 甲에게 징역 3년을 선고하고 법정구속하였다.

1심의 선고에 대하여 피고인 甲만 항소하여 항소심 심리결과 乙의 치아 파절은 甲의 추행 시 입은 상해가 아니라, 乙이 술에 취하여 귀가하여 자신의 집에서 넘어져 입은 상해임이 밝혀졌고, 당시 야유회에 참석한 동료들의 증언은 모두 화기애애한 분위기였고, 乙이 싫어하는 표정을 보지 못하였다고 증언하였다.

(1) 검사 X의 약식명령청구 및 단독판사 A의 공판절차에의 이행은 타당한 것인가.

(2) 甲이 공판정에서 인정신문에서 丙의 성명을 모용 하였음이 밝혀졌다. 검사 X는 피고인을 乙에서 甲으로 변경하는 공소장변경신청을 하였다. 검사X의 공소장변경신청은 타당한 조치인가 또 법원은 어떤 조치를 하여야하는가.

(3) 합의부 구성에 A 판사의 참여는 정당한가.

(4) 항소심 법원은 피고인의 강제추행치상죄에 대하여 치상의 부분을 인정하기 어렵다는 심증을 얻고 검사에게 강제추행으로 공소장의 변경할 것을 요구하였으나 검사는 이에 응하지 아니하였다. 항소심은 검사가 공소장변경을 하지 아니한 경우 어떤 판결을 할 수 있는가.

출제의도

약식명령의 청구와 공판절차의 이행은 시험에서 출제비중이 낮으나 실무에서는 중요시 되고 있어 언제나 기초적인 문제가 출제될 가능성이 높다. 여기에 공판절차 진행의 일련의 과정에서 일어날 수 있는 성명모용, 법관의 제척 및 특히 공소장변경에서 축소사실의 인정 중 친고죄의 소송조건 결여에 대한 문제에 관하여 판례를 정확히 이해하고 있는지에 대하여 묻는 문제이다.

【답안구성 예】

- I. 논점의 정리
- II. 약식명령 청구와 공판절차에의 이행(설문1)
 1. 약식명령 청구의 타당성
 2. 공판절차에의 이행에 대한 타당성
- III. 성명모용에 대한 검사와 법원의 조치(설문2)
 1. 서언
 2. 피고인의 확정기준
 3. 검사 X의 공소장변경신청의 타당성 및 법원의 조치
- IV. 법관의 제척사유(설문3)
 1. 서언
 2. 학설의 대립
 3. A 판사의 합의 참여의 정당성 여부
- V. 공소장변경의 필요성과 축소사실에 대한 판결(설문4)
 1. 서언
 2. 공소장변경이 필요성판단 기준
 3. 축소사실의 인정
 4. 설문에 대한 판결

2011년 4월호 고시계
경상대학교 교수 김태계